



近 30 年来日本的民法研究

〔日〕大村敦志 著^{*}

渠 涛 译^{**}

摘 要 日本民法近 30 年来,以 1998 年时逢日本民法典实施 100 周年为节点,其前后的主流研究从解释论转向立法论,并分别通过单行法立法和民法典修改对现行民法制度进行了大规模改造。特别是现在进行中的债法修改更是欲对日本民法进行可谓脱胎换骨的改造。本文正是以日本民法急剧变动的历史为背景,结合自身研究对日本民法学这段历史作出立体素描。

关键词 日本民法 民法典的应然形态 契约正义 “人法”在民法中的定位 非婚姻家庭

一、引 言

1982 年,本人从东京大学法学部毕业后进入民法研究,今年正好满 30 年。关于近 30 年日本民法的研究动向,我曾经在 2010 年刊行的日本的杂志上对其特征做过总结⁽¹⁾。这次来中国有幸得到几次作报告的机会⁽²⁾,我也想借此回顾一下自己 30 年来的研究历史,将自己研究过

* 东京大学大学院法学政治学科教授。

** 中国社会科学院法学研究所研究员。

(1) 参见〔日〕大村敦志:“民法の30年+30年——变化する法典と法学”(民法的30年+30年——变化的法典与法学),《法学教室》2010年10月号。

(2) 本人于2011年10月在中国作短期学术访问。期间,先后有幸在中国社会科学院法学研究所(10月11日)、中国人民大学法学院(10月12日)、清华大学法学院(10月14日)、北京大学法学院(10月16日),分别就“民法典的意义、对象、编成”,“‘人法’的重构与不法行为法”,“契约正义与公序良俗·典型契约”,“婚姻家庭与非婚姻家庭”作过学术报告。这些报告在准备阶段即考虑到了体系性,现将其作为一篇归纳整理。另外,借此向为我安排各个报告机会的孙宪忠教授、姚辉教授、韩世远教授、刘凯湘教授和马忆南教授以及渠涛教授等各位表示衷心感谢!特别是这次承蒙渠涛教授在百忙中为我每次的报告以及本文做翻译工作,深表谢意。

的问题分几个题目归纳总结并做进一步的探讨。当然，我个人所涉猎到的研究课题是有限的，自己的研究历程绝不能概括这 30 年日本民法学历史的整体。但是我想，通过考察一个学者在 30 年研究生活中曾对什么样的问题抱有过兴趣，或者可以看出这 30 年日本民法学界历史的一个侧面。

我主要的研究领域，按照所展开的先后是契约法、消费者法、亲族法、民法总论。从民法的体系考虑，本文将这次在北京作过的四个报告，以民法总论、契约法、侵权法、亲族法为序依次排列，作为我 30 年来对民法研究的些许感悟报告给中国学界，期望能够以此为契机，与中国的同行们展开更深入的交流。

二、民法典的意义、对象、编成

20 世纪 90 年代末至 21 世纪初，我的研究重心是民法总论。我在 2001 年出版，并已在中国翻译出版的《民法总论》中列举了五个题目。这就是，民法的历史、民法的内容、民法的任务、民法的研究、民法与现代社会，而我在民法总论领域最关注的则是民法及民法典论和法学教育论。我对这两个课题的最初研究成果体现在已经收录进我的论文集《法典、教育、民法学》（1999）中的“民法与民法典的探讨”（1996 年）和“现代日本的法学教育”（1997 年）这两篇论文之中。其中，民法和民法典论与现在正在进行的日本民法修改有密切关系。关于这一点，在我最近出版的《民法修改探考》（2011 年）中也进行了讨论。

这篇报告主要联系现在进行的日本民法修改，谈民法典的意义、对象及编成。

下面，先谈民法典的对象和编成，然后再谈民法和民法典的意义。最后，简单谈一下东亚民法修改的动向以及民法与教育之间的关系。

（一）民法典的对象与编成

1. 从“债权法”到“契约法”

（1）现状——关于编成的讨论

法制审议会民法（债权关系）部会于 2009 年设立，以后至 2011 年 4 月进行了多次审议。其结果是归纳出了一个“关于民法（债权关系）修改的中间性论点整理”。在这里共提出了 63 项问题，其中最后一个是“第 63 项——规定的排列”。具体地说就是，① 将法律行为、消灭时效的规定移至债权编；② 将债权总则与契约总则合并。

这个问题在法制审议会中基本上没有引起争论。实务家关注度也不高。但是，在法制审议会审议之前，学者课题组（民法〈债权法〉改正检讨委员会）的讨论中曾经就此引发过激烈的争论，从这一点看，这个问题可能在理论界会引起高度关注。其理由是，第 63 项列举的这两点对现在的民法典编成做了很大的修改。

（2）传统——关于编成的经验

现行民法典的编成（潘德克顿方式）对法律家姑且不论，对市民来说是一种高深难懂的结构，这一点很早就有人提出过批判。比如，关于买卖契约的规定——既有总则编的法律行为部分，又有债权编总则部分，还有分则中契约总则部分，另有契约分则部分中的“买卖”——就分散在四个地方。

现在正在进行的“债权法修改”的对象是债权编中侵权行为等法定债权以外的部分，以及增加总则编中的法律行为、消灭时效的部分。它的实际意义应该说是寻求“契约法”的修



改。如果是这样，在民法典的编成上也应该将契约法作为完整的“契约法”，尽可能以统一归纳形式来配置才是最为理想的。在这一点上，中国的“合同法”是非常值得我们参考的。

关于这一点，日本学说之中很早就有反对脱离潘德克顿体系的观点。但是，在日本，自20世纪20年代末弘严太郎的《民法讲话》和穗积重远的《民法读本》出版以来，以一般读者为对象的不按日本现行民法典编别做内容排列的民法教科书已经大量出版。20世纪40年代出版的我妻荣《民法大意》、20世纪90年代出版的星野英一的《民法财产法》等即是其典型。

特别值得关注的是，基于这些学界研究的积累，有别于潘德克顿体系的民法典编成，由日本的民法学者在国外进行了尝试。这就是2007年的柬埔寨民法典。它是由日本的所谓“立法整備支援”项目资助起草制定的，其编别与我妻荣的《民法大意》的编别相近似。

这种近一百年来学说上的努力，恐怕不应该仅限于在国外，也应该将其反映到日本国内立法上来。同时由此来实现“国民易懂的民法”。这些都是我以前在各处讲演中以及我撰写的出版物上反复重复过的观点。⁽³⁾

2. 从普遍的“人”到有差异的“人”

(1) 现象——民商统一论与消费者法的出现

纵观世界，在进入20世纪后制定的新民法典中，采用潘德克顿方式的例子很少。例如，20世纪初制定的瑞士民法典，20世纪末制定的荷兰民法典以及魁北克民法典都采用了独自的编成。

20世纪民法典中还有一个突出的特征，这就是民商统一法典化和与消费者法的统和。众所周知，作为前者的例子是瑞士债务法典和意大利新民法典。在这一点上，美国的UCC也没有对民商进行区别。作为后者的例子有荷兰民法典和魁北克民法典以及德国新债务法。

在日本的债权法修改过程中，引起争论的一大焦点是“论点整理”第62项的“关于消费者、事业者的规定”。在是否将关于消费者的规定放置到民法典中的问题上，特别是与产业界以及消费者相关的政府部门以及律师中的一部分人表示了强烈反对。

(2) 原理——市民社会究竟是什么样的社会

产业界对此反对。恐怕是出于对加强消费者保护这一动向的警惕；而与消费者相关的人们对此反对，恐怕是源自对消费者法独立性的保护。本来作为相互对立的人们采取了一致的态度赞成民法与消费者法分离，这一点令人不可思议。但是，从这里我们可以看到他们共通的思路。他们的思路是，消费者问题就是应该作为消费者问题，不应该放在民法典这种一般法中，而应该由特殊利害关系人之间参与的、作为特别法的消费者法予以处理。同样的思路在劳动契约中也可以看到。

如果这种思考方法进一步扩大，那么就应该是个别问题都应该放到各种个别的法中解决。如果真是这样的话，民法典中还能剩下什么呢？民法既然被称为“市民社会的基本法”，如果不将商业交易和消费者交易的存在考虑进去，这种“市民社会”将会成为什么样的社会呢？而时至现代，恰恰是商业交易和消费者交易在交易中占有中心地位。如果不对这些交易的方法显示出关注的民法典，难道不是不能被称之为“市民社会”的基本法典了吗？这一点也是我曾经反复强调过的。

(3) 参见〔日〕大村敦志：《民法改正を考える》，岩波书店2011年版；另参见〔日〕大村敦志：“法教育からみた民法改正——民法典・民法学と法教育？その1”（从法学教育看民法修改——民法典和民法学与法教育研究之一），《NBL》第940号（2010）。

(二) 民法和民法典的意义

是否应该将民法典的编成体系做得简单易懂, 同时将商业交易和消费者交易规定的一部分放入民法典, 这一问题涉及如何理解民法和民法典的意义。

1. 民法和民法典的定位——定义问题

(1) 以往的见解——“私法一般法”和“资本主义社会经济的法”

以往日本将民法定义为“私法一般法”或者是“资本主义社会经济的法”。

前者是显示民法在法体系中的地位。稍后将会谈到, 何谓“私法”是一个大问题。另外, 所谓“一般法”不过是表示一种与商法的区别。无论哪一个都是形式上的定义, 并不是显示民法调整内容的定义。因此日本有代表性的国语辞典一直采用的是这样的定义。但是, 现在则转向了以重视“与财产和契约、家庭和继承相关的法”为内容的定义。但是, 这个定义也不能够说明上述这些内容为什么一定要规定到民法中。后者的定义显示的是民法与法以外体系之间的关系。然而, 20 世纪后半叶的日本民法学强烈地受到马克思主义的影响, 这一定义表现出了浓厚的经济中心主义的色彩。当然, 民法的各种制度是资本主义经济的基石, 但却不能仅以它来概括资本主义经济的全部。

(2) 新观点——“作为公事的民法”和“市民社会的基本法”

对以上观点, 从 90 年代后半期开始有人提出从民法的政治性的角度对其进行定义的观点。我本人自 1996 年发表前述题为“民法与民法典的探究⁽⁴⁾”的论文以来, 一直在努力说明, 民法的内容受其社会形态强烈左右, 因此会有什么样的民法典更多地取决于政治性因素。反过来说, 要想将民法作为构成社会关系的基础, 最理想的就是将一般市民共同关心的问题规定到民法典中。正因如此, 才可以说有必要将民法制定成一般市民也简单易懂的编成体系, 并应该将商业交易与消费者交易也作为其调整对象。

这种观点与星野英一教授(日本学士院院士、东京大学名誉教授)的《民法劝学》⁽⁵⁾具有异曲同工之处。此外, 最近法制史学者水林彪教授(一桥大学)也提出了基本相同的观点。水林教授认为将“Code civil”用汉字翻译为“民法典”并不确切, 应该译为“国法典”⁽⁶⁾。

的确, 翻译用语的问题非常重要, 最近我也指出了几处翻译西方法律用语上的日语用词问题。

2. 民法与民法典的思想——翻译用语问题

(1) 何谓私权——私权? 或者转向市民的权利

我曾经在“作为市民性权利法的民法”这篇论文中提出, 将“droits civils”译为“私权”似乎不太确切⁽⁷⁾。这个问题也可以称之为“私权”的内涵应该作何理解的问题。这一点当然与“私法”的意义也有关联。

以往人们一直将“私法”和“私权”理解为是个人与个人之间的关系, 即关于私事的法和

(4) 参见拙文: “民法と民法典を考える——‘思想としての民法’のために”(民法与民法典的思考——为实现作为“思想的民法”), 《民法研究》第 1 卷(1996)。

(5) 参见(日)星野英一: 《民法のすすめ》, 岩波书店 1998 年版(中文版为《民法劝学》, 北京大学出版社 2006 年版)。

(6) (日)水林彪: “近代民法の本源的な性格——全法体系の根本法としての Code civil”(近代民法的本源性格——作为整体法律体系中的根本法的 Code civil), 《民法研究》第 5 号(2008 年)。

(7) 参见《ジュリスト》(法学家) 第 1322 号(2006)。



权利。但是，个人与个人之间的关系并仅限于私事。或者说私事经常带有公事的性质。法国民法典中所说的“Droits civils（市民性权利）”是指“Droits politiques（政治性权利=参政权）”以外的所有的权利。因此这里包括作为市民的各种自由（信教自由、言论自由、表现自由、结社自由……）和作为市民的平等。

日本民法典的起草人之中，既有对这种观点提出异议的人（穗积陈重），也有对这种观点表示支持的人（梅谦次郎）。概言之，民法的对象应该包括私权以外更广泛的权利这种观点是否正确，仍是值得研究的问题。

（2）何谓民法——“都人士”的法？或者转向市民法

我在最近出版的《民法修改探究》（2011年）一书中还提出了一个问题，即将“Droit civil”译为“民法”是否贴切。“民法”这一译词，是由津田真道最早提出，由箕作麟祥确定的。但是，在当时就有人对此表示出疑问。因为“民”是指被统治者，“法”是用于统治的手段，按这种理解，“民法”的含义就变成了“统治民的法”。因此说这种翻译背离了“Droit civil”的本义^{〔8〕}。

曾经有人提出，“civil”这一形容词或者它的原型citoyen这一名词不应该翻译为“民”，而应该译为“都人士”。这种译词可谓是下了大工夫。所谓“都人”是指居住在都市的人，所谓bourgeois/Burger恐怕本来是指“都城中居住的人”。再加上“士”则不是被统治者而是指“治者”。“Citoyen”的意义的确是自我治理的人。

时至今日，恐怕无法再改变民法和民法典这一译词。但是“Droit civil”并不是受支配的“民”的法，而是由自己统治自己的“士”（这样可以想象到的有“士大夫”、“武士”的“士”）的法。这一点应该得到充分的认识。

换言之，作为“Droit civil”的“民法”应该成为一种为实现民主化的法、自治的法才对。如果是这样，所谓民法的修改则应该是作为“Citoyen”的“市民”为了自己更好地治理自己而进行的事业。

（三）小结

如果从这一观点出发，还可以进一步推导出以下的主张：

第一，市民为了修改民法需要具备相应的法律见识。为了培养这种法律见识就有必要进行有别于为培养专家的法律教育，即针对市民的“法教育”。我最初是在1997年发表的题为“现代日本的法学教育”^{〔9〕}这篇论文中提出这种观点，其后在21世纪初，又写了很多有关“法教育”的论文和专著。关于这一问题的最近的一些想法又都归纳到了《“法与教育”研究序说》^{〔10〕}这本书里。

第二，为了理解东亚民法修改，不仅要从经济一体化，而且好像还应该从“民主化”这一角度进行考察。我现在正在考虑对1990年以后的中国、韩国、中国台湾，进而对日本的“社会与法”的状况，从民法的角度进行研究。2010年我撰写出版了《日韩比较民法序说》^{〔11〕}，迈出了这一研究的第一步，今后还要加深对韩国法的学习，并将中国法也纳入自己的研究领域，在

〔8〕 关于这一点，参见拙著：《民法改正を考える》，岩波书店2011年版。

〔9〕 拙文：“现代日本の法学教育——法学部における教育を中心に”（现代日本の法学教育——以法学部的教育为中心），载《岩波講座・現代の法15 現代法学の思想と方法》，岩波书店1997年版。

〔10〕 参见拙著：“‘法と教育’序説”，商事法务2010年版。

〔11〕 参见〔日〕大村敦志、権激：《日韩比較民法序説》，有斐阁2010年版。

将来的某一时候将我自己的观察总结出来。

三、契约正义与公序良俗——典型契约

从20世纪80年代到90年代前半期，我研究的重点在契约法和消费者法。其主要成果有《公序良俗与契约正义》^{〔12〕}，《典型契约与性质决定》^{〔13〕}，《消费者法》^{〔14〕}（1998）等。前两本是研究专著，最后一本是概说性质的著作。

本小节主要介绍前两本书的研究背景、成果及影响^{〔15〕}，最后介绍一点我在这两本书出版之后对今后契约法研究的一些想法，同时简单地介绍一下《消费者法》这本书的研究内容。

（一）《公序良俗与契约正义》——契约内容的直接性规范

1. 背景和内容

（1）背景——新判例的出现与“已丢失法理”的发现

在我本人开始研究生生活的20世纪80年代的初期，违反公序良俗的法理，并没有被多少人认为是魅力的法理。之所以这样有两个原因。一个是历史原因。因为在“第二次世界大战”前和“第二次世界大战”中民法学曾经过于强调这一法理，而在战后，毋宁说是强调契约自由的见解站住了强势地位。另一个原因是实际性的原因。过去的判例曾经认为作为担保标的的代物清偿预约属于暴利行为，因其构成违反公序良俗而被认定无效。但是到了20世纪60年代后期，由于判例确立了一种法理，这就是，已获得超额担保的担保权人负有对债权额之间差额清算的义务，因此，违反公序良俗的法理便不能再得到使用。

但是，我本人通过研究发现，最高裁姑且不论，在下级裁判例中，为了应对新出现的问题，而灵活运用这种法理的裁判例却出现了不少。特别是，在那时逐渐得到重视的消费者保护，让人感到正在逐渐开始利用这一法理。在另一方面，通过对日本民法典编纂过程的调查研究发现，所谓暴力行为论是明显是20世纪20年代的学说判例继受德国法的产物。

（2）内容——暴利行为论的重组与“契约正义”的提倡

正是基于上述背景，我本人从两个方面提出了问题。

一方面，我提出应该将暴利行为的判断标准做柔化处理，并将其灵活运用到消费者保护中。实际上，在下级裁判所的审判中，也并没有完全按照最高裁判所的判断标准进行审判。而且，即便是在暴力行为论的母国德国，也有人以各种形式提出过对其判断标准进行柔化处理。

另一方面，我认为，为了使这种解释论得以正当化，有必要重新审视契约法的基本法理。以往的一般思考方法是，契约自由是原则，而应该根据不同情况对其加以限制。但是，当时在法国，已经开始出现了一种针对契约自由而强调契约正义的思考方法。正是因为这样，我经过对法国、德国以及其他几个国家的立法动向进行调查之后指出，在欧洲，从中世纪到19世纪前

〔12〕 参见拙著：《公序良俗と契約正義——契約法研究Ⅰ》，有斐阁1995年版。

〔13〕 参见拙著：《典型契約と性質決定——契約法研究Ⅱ》，有斐阁1997年版。

〔14〕 参见拙著：《消費者法》，有斐阁2003年第2版；2007年第3版；2011年第4版。

〔15〕 这两本书出版于20世纪90年代后期，最初是在东京大学《法学协会杂志》刊载的论文。《公序良俗与契约正义》发表于1987年，《典型契约与性质决定》是于1993年至1995年以连载的形式发表的。前者是我在东京大学当助手的时候（1982年至1985年）的研究成果，后者是我第一次到国外进行研究（1987年至1989年）时的研究成果。



半叶, 契约正义的观点处于支配地位, 而 19 世纪后半叶开始强调契约自由, 而进入 20 世纪之后又开始重新重视契约正义的实现; 这是主要的历史潮流。

反观日本法的变化, 实在是这一世界大潮流的压缩版。具体说就是, 在旧民法典 (1890 年) 草案中, 就曾有过承继中世纪欧洲广为流行的 *Légion* 这种法国式的法理存在⁽¹⁶⁾。这是一种将对价不均衡可作为契约撤销原因的法理。但最终结果是, 日本的旧民法典排斥了这种法理, 在现行民法 (1896 年至 1898 年) 中交易秩序的维护以及契约当事人的保护被排除在公序良俗的适用对象之外。这就是说, 无论是旧民法典还是现行民法典, 在立法的当时, 自由主义的契约观都占据着非常强势的地位, 因此, *Légion* 法理刚见天日不久便被葬送掉了。然而, 到了 20 世纪 20 年代, “法的社会化” 开始在全世界范围内得到提倡。在这样的背景下, 人们开始强调对契约自由的限制, 而日本为了适应潮流, 也马上开始继受德国式的暴力行为理论。

从上述考察可以看出, 无论从世界范围看还是从日本国内看, 强调契约自由仅仅是一个短暂的时期。在现代, 契约正义是与契约自由是并列的基本原理。因此, 应该从正面对其作出应有的认识。这就是我在《公序良俗与契约正义》中的主要主张。

2. 特色与影响

(1) 特色——公序良俗的再评价与经济学性的公序论

几乎在我发表上述论文的同时, 东京大学的能见善久教授发表了一篇以主张在违约金规制上应该积极地运用违反公序良俗法理的论文⁽¹⁷⁾。由于我本人的论文和能见的论文作为两方面研究的大部头成果的出现, 进入 20 世纪 90 年代后, 一度处于停滞状态的公序良俗论引起了学界的关注。石田喜久夫教授和椿寿夫教授等权威教授也就此问题展开研究。特别是, 椿教授组织的课题组于 1995 年出版了一本题为《公序良俗违反的研究》⁽¹⁸⁾ 的大作。

我本人也受椿教授邀请, 参加了他的课题组并发表了新的研究成果。这就是题为“交易与公序⁽¹⁹⁾”的论文。这篇论文主要是讨论违反行政性取缔法令的法律行为的效力问题。它首先找出以往的所谓“原则有效论”的前提, 而论证现在应该转采“原则性无效”, 进而主张有效与无效的判断应该以是否构成违反公序良俗为标准。所谓原则有效论主张的是, 公法上的取缔性法令与私法上的民法无关; 而原则无效论主张的是, 重视取缔性法令的否定评价, 一旦违反它即构成违反公序良俗。这一论文对其后的学说产生了很大的影响, 而且最近还出现了在关于是否违反反垄断法的审判中采用了这一观点的判例。

以上介绍的我的公序良俗论, 在其后的学说中逐渐被称之为“经济学性的公序良俗论”。它的意义在于, 违反公序良俗的法理不仅作用于维护政治制度、家族秩序、性风俗, 还包括对经济秩序与交易当事人的保护。这就是我本人关于这方面研究的创新点。

(2) 影响——山本敬三论文与消费者契约法以及债权法修改

此后, 到 20 世纪 90 年代后半期, 京都大学的山本敬三教授发表了一系列关于违反公序良俗

(16) 所谓的 *Légion* 制度是指因给付不均衡而产生的损害超过一定比例时, 承认该契约可以撤销。这是一种将对价不均衡可作为契约撤销原因的法理——译者。

(17) 参见〔日〕能见善久: “違約金・損害賠償額の予定とその規制 (1~5・完) (违约金、损害赔偿的预定及其规则)”, 《法学協會雜誌》第 102 卷 2、5、6、10 号, 第 103 卷 6 号 (1985~1986)。

(18) 参见〔日〕椿寿夫、伊藤进编: 《公序良俗違反の研究》, 日本评论社 1995 年版。

(19) 拙文: “取引と公序——法令違反行為効力論の再検討 (上下)”, 《ジュリスト》(法学家) 第 1023、1025 号 (1993)。

法理的论文。这些论文今天被收录到了《公序良俗论的再构成》⁽²⁰⁾一书中。山本教授的观点是违反公序良俗的法理是用于保护基本权利的法理，正是基于这种认识，人们将其称之为“基本权保护论”⁽²¹⁾。

如此大规模展开的关于公序良俗的研究自然开始影响到了立法。这就是在2000年制定的消费者契约法中设置了关于在消费者契约中的不当条款作为无效的规定。该法的第10条就说明《日本民法》第90条关于违反公序良俗的规定在特别法中得到了具体化。另外，在2009年开始的法制审议会民法（债权关系）部会讨论债权法修改时，其中就有人提出在关于违反公序良俗的规定之后设置关于暴利行为的规定。而且其设想的适用范围超过了以往判例。

正是经过这些过程，姑且不论是不是我提出的契约正义或者山本教授提出的基本权保护，可以说不正当的契约内容应该作为违反公序良俗积极地认定为无效这一观点现在已经作为定论被日本学界广泛承认。

（二）《典型契约与性质决定》——契约内容的间接规范

1. 背景与内容

（1）背景——法国的研究状况与日本的研究状况

《典型契约与性质决定》⁽²²⁾是继《公序良俗与契约正义》之后的研究成果。它的出发点在于对法国契约法的关注。我本人于20世纪80年代后半期有一段时间居住在法国。当时我想通过对那以前30年的主要学位论文进行探讨来掌握法国契约法学的主要动向。那时，作为总结各种研究观点而提取出来的是“契约类型”。

具体地说就是，我将众多的研究成果以五个层次进行了分类。第一是关于（买卖、赠与及其他）个别契约类型的研究；第二是将各种契约类型如何进行分类，以及怎样处理非典型契约的研究；第三是契约类型及原因与性质决定关系的研究⁽²³⁾；第四是法官如何适用契约法的规定研究；第五是有关立法及习惯等契约法法源的研究。

在这样的研究中，我当然也有意识地与日本的研究状况进行比较。前面提到的京都大学山本敬三教授在题为“补充性的契约解释论”一文中曾提到过“典型与个别”的思考方法⁽²⁴⁾；冲野真已教授（现任教于东京大学）也曾经对这一点表示过关注。⁽²⁵⁾另外，河上正二教授（现

(20) 参见〔日〕山本敬三：《公序良俗论的再构成》，有斐阁2000年版。

(21) 关于这一点可见于笔者对山本教授的回应。参见拙文：“山本敬三《公序良俗論の再構成》を味わう——‘公序の未来’または民主主義の再定位と民法・民法学の役割”（品味山本敬三所著《公序良俗的再构成——公序的未来或民主主义的再定位与民法、民法学的作用》，《民商法雜誌》第125卷第5号（2001）。

(22) 参见拙著：《典型契約と性質決定——契約法研究Ⅱ》，有斐阁1997年版。

(23) 所谓“原因”是指，契约拘束力发生的理由，就有偿契约而言，对价的存在即为其理由。因此，仅有合意的存在是不够的。所谓“性质决定”是指，就买卖而言，通过找出可构成买卖特征的要素，对某契约作出其为买卖契约的判断。一旦可以作出判断，既可以将关于买卖的规定适用于该契约。

(24) 参见〔日〕山本敬三：“補充的契約解釈（1～5）——契約の解釈と法の適用との関係に関する一考察（补充性契约的解释——关于契约的解释与法的适用的关系的考察）”《法学論叢》第119卷第2、4号，第120卷第1、2、3号（1988）。

(25) 参见〔日〕冲野真已：“契約の解釈に関する一考察（1～3）——フランス法をてがかりとして”（关于契约的解释的考察——以法国作为切入点），《法学協會雜誌》第109卷第2、4、8号（1992）。



任教于东京大学)从融资租赁契约的角度也探讨过契约类型的意义。⁽²⁶⁾

(2) 内容——契约类型的意义的再发现与比较法的新方法

基于上述背景,本人确立的课题是“克服当时日本民法学轻视‘契约类型’的倾向”

在规范契约的问题上,应该避免将具体契约嵌入某一种契约类型,而应该根据不同的契约提出对应的规则。持这种观点的代表学者是来栖三郎教授⁽²⁷⁾,并得到我妻、铃木、星野等各位教授的支持。但是,这种典型契约否定论对于各国民法已经就典型契约设置完善规定的意义何在却无法作出充分的说明。从根本上说,之所以能够做出个别对应的原因就在于标准性的对应在每个类型之中得到了明确规定。因此,我们不能无视类型的存在来考虑这个问题,而且在实践中大家也没有这样做。

当然,这并不等于说所有的个别契约都可以放到典型契约中来处理。因为现存的契约类型并不能完全囊括实际存在的新型契约。但是,尽管遇到民法典中没有规定的契约,我们还是要去探究这种契约的性质,讨论它的要件和效果,进而试图做出类型化地处理。例如,融资租赁契约就是一种新的契约类型(非典型契约类型)之一,或者说信用卡相关契约也是同样的。

以上的观点从方法论上看,与重视个性(自下而上型)的利益考量法学不同⁽²⁸⁾,而与重视类型和概念(自上而下型)的法学再评价有异曲同工之处。我现在认为,利益考量法学有其独特的存在理由⁽²⁹⁾,但当时我却只是想强调与其不同的法学的意义。

另一个方法论上的观点是与比较法研究有关的。此前的日本民法学上的比较法研究,要么是对某种规定的历史沿革进行研究或者对理论学说史的研究,概言之,是对某种限定的对象从其历史的角度进行比较。与此相对,我本人要尝试的是,姑且将历史放在一边,代以从不同的层面进行范围广泛的比较。这种方法一方面考虑到了法国民法学的研究方法,同时将这些方法运用到比较研究之中。此后这种形式的比较研究方法开始逐渐增多。

2. 特色和影响

(1) 特色——要件事实论的定位与契约类型的三种功能

实际上,《典型契约与性质决定》中的序论部分是在1991年发表的题为“‘脱法行为’与强行规定的适用”论文⁽³⁰⁾。在这篇论文中,我提出了应对“脱法行为”的方法,即①事实认定层面;②法律适用层面;③规范订立层面。这里所关注的是,要明确法律适用的程序。我的典型契约论就是根据这些做出来的,它要揭示的是如何适用典型契约的类型。也就是说,它是从契约为切入点讨论法的适用过程。

(26) 参见〔日〕河上正二:“契約の法的性質決定と典型契約—リース契約を手がかりにして”(契约的法的性质决定与典型契约——以融资租赁契约为切入点),载《加藤一郎先生古稀纪念——现代社会与民法学的动向》(下),有斐阁1992年版。

(27) 参见〔日〕来栖三郎:《契約法》,有斐阁1974年版。

(28) 利益考量论是1960年至1980年间在日本占统治地位的法解释方法。长期以来,它一直被理解为是一种观点:法的使命在于针对个别问题寻求具体的妥善的解决方法。

(29) 如拙文:“‘時効に関する覚書’に関する覚書”(关于时效的备忘,《慶応法学》第10号(2008));同“法教育からみた利益考量論——民法典・民法学と法教育・その2”(从法学教育看利益考量论——民法典和民法学与法教育研究之2),《法と教育》创刊号(2011)。

(30) 拙文:“‘脱法行為’と強行規定の適用(上下)”(脱法行为与强行规定的适用),《ジュリスト》(法学家)第987,988号(1991)。

这一讨论引起了法实务家，特别是对要件事实论比较关注的司法研修所的教官们的关注。如果买卖合同成立将适用关于买卖的任意性规定，那么，买卖合同的成立究竟应该以怎样的事实予以认定？要件事实论要明确的正是这一点。其本质可以说是使法律适用过程定型化（即可以让所有的法官以同样的方法适用法律）。我的典型契约论被认为是与要件事实论相辅相成的理论，因此对实务界产生了一定的影响。

的确，契约类型对于法律适用具有辅助功能。这一点在我的研究中称之为分析基准功能。但是，它不仅限于此，契约类型还有两个功能。这就是，内容调整功能和创造辅助功能。一方面，游离于契约类型之外的契约内容一般缺少合理性，契约条款内容不够明确时（或者即便明确），需要将其放入类型之中进行解释。这是间接性的内容规制的手法之一。另一方面，在创造新型结构的契约时，又会以利用现有的类型作为其出发点。关于这点将在后面详细讨论。

（2）影响——从小粥、竹中、石川博康等论文看“性质决定”的普及

在我获益颇多的法国法中，类别要素（如果是买卖就是买卖）是确定契约类型的一种征象，是否存在一种类别因素对其性质决定起关键作用。从这个意义上说，要素与典型契约、性质决定之间具有紧密关联关系。在《典型契约与性质决定》之后，这种主张得到了扩展性的研究。小粥太郎教授（现任教于东北大学）、竹中悟人准教授（现任教于学习院大学）的因素论研究以及石川博康教授（现任教于东京大学）的“契约本性”研究都是这方面的力作。^{〔31〕}

正是上述这些论文提高了学界对典型契约论的关注，进而推动了因素论等方面的研究。进言之，这一研究甚至改变了以前的法律用语使用方法。比如，以前说“这个契约如果能够解释为买卖……”，而现在却说“如果该契约能够以买卖作性质决定……”。它显示了的是，“契约的解释”与“契约的性质决定”是不同层次的程序概念这一认识得到广泛认同。契约的解释要做的是确定契约的内容，而性质决定则是如何使用法律的规定。

（三）小结

20世纪90年代的日本民法学的中心课题是契约法学。吉田克己教授（北海道大学）曾将山本敬三的理论定位为“个人中心”，将内田贵理论定位为“社会中心”，而将大村理论定位为“国家中心”。我本人对这样的定位并没有更多的意见，同时认为将我的观点定位为重视国家确实比较贴切。之所以这么说，是因为在我的《消费者法》中就明显地体现了这一点。这就是，消费者问题并不是仅限于解决个别的事业者与个别的消费者的纠纷，更需要关心国家采用什么样的消费者政策。

但是，在出版了《典型契约与性质决定》一书之后，我现在关心的却是如何对前面谈到过的契约类型中的“创造辅助功能”进行进一步深入研究。在《典型契约与性质决定》之后，我曾经写过一本小书，题为《创造为生活服务的制度》^{〔32〕}。在这本书里我主张的是可以通过利用既存的法律制度（特别是契约）创造出对于我们自己容易使用的“制度”。在这里我将这种创发性的社会称之为“契约社会”。我认为，现在日本正在进行的“债权法修改”所指向的社会形态就应该是这种“契约社会”。

〔31〕 其中作为专著出版的是，〔日〕石川博康：《契約の本性》，有斐阁2010年版。

〔32〕 参见拙著：《生活のための制度を創る——シビル・ロー・エンジニアリングにむけて》（创建为生活的制度——民法技术的运用），有斐阁2005年版。



四、“人法”的重构与不法行为法

最近作为民法总论研究的一个领域,本人正在关注民法典编成的重构。关于这一方面的研究成果,最早曾在《民法0·1·2·3条》⁽³³⁾中提出基本原理转化论;还有就是在2009年出版的《民法读解总则编》⁽³⁴⁾中曾主张总则缩小论。除此之外在最近、即2011年出版的《对不法行为判例的学习——社会与法的接点》⁽³⁵⁾的第二部中曾经以“人格权”为中心,以“人法”为起点思考了民法的重构问题。因为这个研究还正在进行,所以现在还不能将这一研究画上完整的句号。在这里我想就上述3本书中的一些论点以及其他本人与此相关的研究做一整理向大家报告。

下面我将先谈我自己对“人法”的认识,然后再谈它与不法行为法的关系,最后简单地谈一谈民法典和民法学今后的方向。

(一) 何谓“人法”

1. 编成问题

(1) 向“旧民法⁽³⁶⁾”的回归

民法典的编成问题已经成为现在正在进行的日本债权法修改中的争论点。这种争论的中心问题是,是否应该将现在债权编中关于契约的规定重新进行归纳。值得注意的是,在债权法修改之前,大概10年前,曾经有人从其他的角度提出过是否应该考虑民法典编成的重构问题。原东北大学的广中俊雄教授曾经指出,由于成年监护制度的改革使民法正在向旧民法人事编“人法”回归⁽³⁷⁾。

广中认为:日本于1890年完成的旧民法采取的是法国式的编成体系,曾经是以人事编、财产编、财产取得编、担保编、证据编等5编构成。其中人事编有如下内容:第1章私权的享有及行使;第2章国民的分限(国籍);第3章至第10章是家庭关系的相关内容;其后是“自治产”和“禁治产”(第11章、第12章);第13章是户主及家庭;第14章是“住所”;第15章是“失踪”,最后第16章是关于身份的证书。

现行民法将上述旧民法中的家庭相关的章节作为亲族编独立,但是将“禁治产”的章节分别作为“行为能力”相关的规定和关于“监护”相关的规定进行分割,前者并入总则编,后者并入亲族编。但是,1999年成年人监护制度修改之后,该制度分设为两处的缺点开始凸显。而

(33) 参见拙著:《“民法0·1·2·3条”——〈私〉が生きるルール》(民法0、1、2、3条——一个在世的规则),みすず書房2007年版。

(34) 参见拙著:《民法読解総則編》,有斐閣2009年版。

(35) 参见拙著:《不法行為判例に学ぶ——社会と法の接点》(不法行为判例学习——社会与法的接点),有斐閣2011年版。

(36) 所谓“旧民法”是指,日本在现行民法典颁布之前颁布而没能实施的一部民法典。关于这部民法典的成立等内容请参见渠涛:“日本民法编纂及学说继受的历史回顾”,《环球法律评论》2001年秋季号——译者。

(37) 参见〔日〕广中俊雄:“成年後見制度の改革と民法の体系(上、下)——旧民法人事編 = ‘人の法’の解体から1世紀余を経て”[成年人监护制度改革与民法体系——自旧民法人事編 = (人法)的解体的一个世纪],《ジュリスト》(法学家)第1184号、第1185号(2000)。

且新法将亲族以外的人也可以作为监护人是一个特点，因此监护的规定仅放于亲族编便缺乏了必然性。如果是这样，就是人感到，将关于成年监护的规定集中在一起，以此来充实“人法”的做法是否应该是今后立法的方向？广中教授提出的观点与此有契合之处。

（2）人法的内容

广中教授的观点准确地说应该分为两个内容。一个是应该将“人法”作为一个整体放置于民法典中；另一个是设置一编“人法”或者“人事编”、“人格编”。关于第二点，我想在后边再仔细谈及，这里先说第一点。所谓“人法”究竟应该包含哪些规定，我想如下三点都是重要的。

第一，是设置关于人格、人身的规定。实际上，旧民法典中并没有这样的规定，在旧民法的原型法国民法典中也是一样。时至1970年法国法设置了关于尊重私生活，1994年设置了关于对人身的尊重这样的规定。而作为现代法中的规定来考虑“人法”，这些规定则是不可缺少的。

第二，是关于个人相关要素的规定的设置。具体可以考虑姓名、年龄、性别、住所等相关的规定。在旧民法中，关于这方面的规定设置在“关于身份的证书”这一章中，而在现行法体系之下，可以考虑将户籍法中的一部分规定移置到民法之中。另外，也许将前文谈到的性同一性障碍特例法等特别法的规定统合到民法之中会更好。

第三，可以考虑设置保护人的共同生活体的相关规定。关于以家庭以外的方式共同生活的人们之间的法律关系的规定，既可以考虑放到家庭法中，也可以考虑放到契约法中，但还有一种方案可以考虑的就是将其放到“人法”中。

那么，如果将这些规定作为属于“人法”的一个单元来配置的话会怎样？恐怕这就会引发对传统民法上“人”的概念的修改。

2. 原理问题

（1）人的尊严——特别人群的利益与民法

以往民法上的“人”一直是被作为“权利义务的归属点”。物权、债权以及其他权利究竟归属于谁，可以使已归属的权利发生变动的又是谁。前者是属于权利能力的问题。权利能力的平等被作为近代法上的一大原则，一般认为民法上的所有的“人”享有同等的权利能力。后者是行为能力的问题，关于这一点，是以自我决定和自我责任为原则，而行为能力的限制一般一直被认为是例外的情况。也就是说，民法上设想的“人”，是排除“成年”这种条件以外的，基本上是所有属性（年龄、性别、国际、人种、宗教、资产情况、判断能力等等）以外的“普遍的、抽象的”人。

如果将“人”作为“权利义务的归属点”当然没有问题。但是，实际上的“人”，既具有人格和人身，同时又具备各种各样的属性，在这里姑且不论人格、人身，首先再看一看人与人之间存在的“差异”。在普遍意义上的抽象的和形式上的平等的“人”这种思维方法，实际上会使在各种意义上处于社会劣势地位的“人”（及特别人群——译者）的尊严受到损害。因此，“劳动者”、“消费者”的权利、“女性”、“儿童”的权利、“外国人”以及“残疾人”的权利应该得到主张。在现代民法中，难道不需要这样一种从弱者的层面来正面地接受这样一种社会性承认的要求吗？即新型的“人”的形象等于人的形象吗？我在“特别人群与民法”^{〔38〕}（2005年）

〔38〕 拙文：“マイノリティと民法——シヴィルの再検討のために”（少数人利益与民法——为重新审视民法），收录于早稻田大学比较法研究所编：《歴史と比較の中の日本法学》，早稻田大学比较法研究所2008年版。



和《民法0·1·2·3条》(2007年)中提出了这样的主张。

(2) 人性的使然——社会交往与法

对于人来讲,有各种各样的财产归属关系,并通过契约对这些归属进行交换,如果依据这样的观点,“人与人之间的关系”不过是财货移转的媒介。但是我们需要考虑的是,人们交换财货究竟是为什么?我想这只是为了作为人更好地活着。而且要为了更好地活着,不单单是需要财货的交换,还需要与其他人之间构筑各种各样的关系。这并不仅是一个作为生活的手段,有时可能仅仅是以为建立这种关系为目的。这就是人与人之间谋求构筑关系、即社会性、社交性(sociable)的存在。

作为人与人之间的关系,一方面家庭关系非常重要,但同时不能忽视家庭以外的关系。当然,交易关系不属于家庭关系,此外还有无偿的行为、非营利团体的成立抑或依据契约成立的生活共同体等。关于这一点,我在自己撰写的两本书中曾经强调过。这就是2002年出版的《法国的社交与法》⁽³⁹⁾和2008年出版的《与他人共生——从民法看外国人法》⁽⁴⁰⁾。

需要注意的是,人格权与不法行为法之间具有密切的关系。实际上,日本现行民法的起草者们,当时已经知道人格权的概念,但是,他们认为只要在不行为法中设置相关规定(例如,涉及人身、自由、名誉的第710条和规定恢复名誉的第723条)即为已足。然而,在今天究竟是不是还可以这样认为却是一个问题。下面就从不行为法切入,讨论一下人格权法乃至“人法”的问题。

(二) 从不行为法看“人法”

1. 在日本不法行为判例的展开

(1) 20世纪70年代以前

与中国《侵权责任法》设有详细规定相比,日本不法行为法在民法中只有十几条规定。但是,判例通过对以过失责任为原则的中心条文第709条进行灵活运用几乎解决了所有的问题。

在20世纪中,日本的不行为判例有两个发展时期,一个是1910年至1920年,还有一个是1960年至1970年。在最初的时期,判例揭示的判断框架是将过失作为违反结果回避义务(大阪强碱事件),而并不是将过失作为心理状态。同时又确立了权利行使在构成权利滥用时也可以作为不法行为成立这一观点(信玄公旗挂松事件判决)。这些判例构成了70年代由学说展开的新过失论、新违法性论的出发点。

与此相对,在后一个时期,因果关系论的展开尤为突出。在所谓四大公害诉讼(三个水质污染诉讼和一个大气污染诉讼)的判决中,采用了一些新型的理论。如新漏水候病事件判决中采用的“间接反证理论”,即如果能够认定原因物质的排除与被害的发生之间存在因果关系,尽管不能明确原因物质生成的机制,也可以推定其因果关系;四日市哮喘事件判决中采用的“疫学因果关系论”,即集体受害情况的分布推定各个人受害原因,等等。

不法行为的判例在上述两个时期的发展极为显著,但是如果从所得到损害赔偿的内容的角度可以总结为,1910年至1920年是物的损害(农作物、树木的枯死),20世纪60至70年代是

⁽³⁹⁾ 参见拙著:《フランスの社交と法——〈つきあい〉と〈いきがい〉》(法国的社交与法——人和人之间的交往与生活的意义),有斐阁2002年版。

⁽⁴⁰⁾ 参见拙著:《他者とともに生きる——民法から見た外国人法》(与他人共生——从民法看外国人法),东京大学出版社2008年版。

人身损害（生命、健康的损害）。现在日本不法行为教科书中写的主要是这个时期形成的理论。

（2）20 世纪 80 年代末以降

然而到了 20 世纪 80 年代末，又出现了与上述判例完全不同的一组判例。这些判例一言以蔽之可以说就是关于人格权、人格性利益的判例。

在日本损害名誉构成不法行为有明文规定（《民法》第 710 条）。另外关于隐私权侵害在 20 世纪 60 年代中期也出现过其可以构成不法行为的裁判例（“欢宴之后”事件，政治家有田八郎与小说家三岛由纪夫之间的纠纷）。以这些判决为契机，自从 20 世纪 80 年代末到今天的 1/4 世纪里又积累了多种多样的裁判例。这些判例包括了很多内容，诸如试图否定对外国人或残疾人予以歧视对待的案例，保护在宗教上的少数人（基督教徒）或在民族上属于少数人（在日韩国人和朝鲜人）的人格性利益，或者是出于尊重医疗上（输血手术等）方面的受害人以及在工作现场（性骚扰）中自己决定的利益。

在这些判决中可以看到，一方面它在“人”的差异问题上揭示了两种需要不同对待的情况，即忽视其差异（即同等对待）的情况与尊重其差异（个别对待）的情况；另一方面，“人”与“人”之间的关系中伴随着权力性这一点得到发现，进而禁止持有权力一方的滥用，并其课以须施以必要关照制义务。除此之外还明确了以往并没有被作为“人格权”承认的利益，根据不同情况（根据当事人之间的交流程序）也可以作为受保护的对象^{〔41〕}。

2. 人格权的出现

（1）法益的变迁——从财产权转向经人身的人格

从上述判例的变迁看，首先可以说，不法行为法所保护的法益是从“财产”经过“人身”而转向“人格”。当然即使在今天，对“财产”和“人身”的侵害还在以各种形态发生。但是不法行为的判例的新展开的部分确实可以看到一种变化。

其结果是，（包括人格性利益在内的广义的“人格权”的内容相比以往变得丰富多彩起来。特别是在今天，人格权不仅限于侵害禁止（消极的义务），而且正在向某种关照（积极的义务）的请求展开。在它的背后可以看到，并不是将个人作为独立的存在，而是作为某种关系中的存在而把握。因此这种已经转化的观点得到了承认。

（2）原理的转换——从财产法转向人法

人格权、人格利益的充实提高了“人格法”（进而包括“人格法”在内的“人法”）的比重。而它的先决条件则是民法基本原理的转换。以往民法的中心曾经是“财产法”，即作为“财货归属的法”的所有权法和作为“财货交换法”的契约法。尽管其中使用了“法人格”，但它不过是作为财货归属和交换得以可能的理论基础，即“权利义务归属点”。

然而，由于“人格法”的发展而逐渐得到明确的是，民法是“活着的人”的法，“想更好地活着的人”的法。如果这样考虑，所有权（propriété）作为为此不可缺少之物，而契约则作为在人与人之间发生以相互依存为内容的债权债务关系（obligations），予以重新定位。

如果想将这种转换象征性地揭示出来，恐怕就应该将“人格法”或“人法”作为民法典最初的编章予以定位才更有益。因此，如果中国将“人格法”作这样的定位予以处理，恐怕可以

〔41〕 关于这一点参见：拙文“‘人の法’から見た不法行為法の展開”，载〔日〕大塚直、大村敦志、野澤正充編：《淡路剛久古稀・社会の発展と権利の創造——民法・環境法学の最前線（社会的发展与权利的创造——民法、环境法学前沿）》，有斐阁 2012 年版。



起到引导 21 世纪民法这样的大作用。

(三) 小结

当然在日本,恐怕也应该以同样的思路对民法典的整个体系进行重组。而且在民法学中,也应该期待对“人格法”或“人法”予以发展而进行研究。换言之,以“人格法”或“人法”为中心的民法典的体系重构将会促使对这方面法律的研究;反过来,对这一领域研究的促进又可以提高这些法律制度本身的价值。即他们之间形成了一种相辅相成、相互促进的关系。

因此,促进立法研究和提高法律制度本身价值的研究有必要齐头并进。我本身一方面以“人”为中心,同时又在探索“人”与“人”的链接的“家族”、“契约”、“团体”在整个体系中的定位⁽⁴²⁾。正是基于对这些问题的思考,在目前正在展开的债权法修改的问题上,我也提出了应该修改民法典编别结构的主张。在另一方面,我也推崇对“人法”相关的外国法研究(《法国民法》(2010年))⁽⁴³⁾。当然我也期待这类研究的尝试在东亚各地也得到展开,并促进在这方面与日本学界的交流,应该说,这是日本(进而东亚)民法学尚需开拓的领域之一。

五、婚姻家庭与非婚姻家庭⁽⁴⁴⁾

从 20 世纪 90 年代前半期到 20 世纪 90 年代末,我曾经将研究的重点放在了家庭法上。另外,通过两次出国研究(1987 至 1989 和 1999 至 2000 年)直接接触到了法国的家庭法立法,于是开始关注立法学。关于这方面研究的主要成果是 1999 年出版的《家族法》⁽⁴⁵⁾;还有 1995 年出版的论文集《法源、解释、民法学》⁽⁴⁶⁾和 1999 年出版的《消费者、家族与法》⁽⁴⁷⁾以及 2009 年出版的《作为学术的民法 I II》⁽⁴⁸⁾等著作中收录的相关论文。在这些成果中,虽然 1999 年的《家族法》只是一本概论性著作,但可以说它是我对家庭法的主要观点的集成之作。因此在这里主要以这本书为中心,再根据需要介绍一些其他论文中的内容,向大家报告该项研究的背景、成果及其影响。令人感到有趣的是,在《家族法》这本书出版之后,我竟然被人们认为是研究家庭法问题的专家,因此在过去的十几年里,曾经有机会参加了家庭法相关的立法,在此也想将参加立法的一些经验介绍给大家。

下面,我先就日本学界关于家庭法的研究和立法状况做一个简单的介绍,然后介绍我本人对这些研究和立法的看法以及家庭法应有的形态。

(一) 家庭法的研究——以《家族法》一书为中心

1. 家庭法的多元化倾向

(42) 参见拙著:《市民社会与“私”与法(I)(II)》,商事法务 2010 年版。

(43) 参见拙著:《フランス民法》(法国民法),信山社 2010 年版。

(44) 关于婚姻家庭的法律,日文一般用“家族法”或“亲族法”表示。本小节译文中出原文书名等特别需要用原文标示处之外,考虑到中国学者的阅读习惯,使用中文法律用词“家庭法”表示——译者。

(45) 参见拙著:《法律学叢書・家族法》,有斐阁 2002 年第 2 版;2004 年第 3 版。

(46) 参见拙著:《法源・解释・民法学——フランス(法国)民法総論研究》,有斐阁 1995 年版。

(47) 参见拙著:《消費者・家族と法——生活民法研究 II》,东京大学出版会 1999 年版。

(48) 参见拙著:《学術としての民法 I——20 世紀フランス民法学から》(作为学术的民法 I——以 20 世纪法国民法学为视角),东京大学出版会 2009 年版;同《学術としての民法 II——新しい日本の民法学へ》(作为学术的民法 2——走向新型的日本民法学),东京大学出版会 2009 年版。

(1) 家庭的多元化——典型与非典型

我本人撰写的《家族法》的第一个特色,恐怕可以说是不按民法典的编成顺序,而是按照“婚姻家庭的法”与“非婚姻家庭的法”的对比展开的。这里所说的“婚姻家庭”,顾名思义是男女基于婚姻成立的家庭。婚姻的本质在于给所生子女赋予父亲(即嫡出推定制度),因此,关于“婚姻家庭”的法中包括夫妻的法和亲子的法。而串联这两个法律制度的则是嫡出推定制度。与此相对,所谓“非婚姻家庭”是指男女(父母)不具有法律婚姻关系的家庭,它要处理的是离婚后的亲子关系以及婚姻外的亲子关系。

这种对比是之前研究契约法时对典型契约与非典型契约进行比较中产生的灵感。尽管在现代日本,家庭的形态正在逐渐趋于多样化,但是婚姻家庭仍然是家庭类型的主要形态。因此,首先有必要将其作为一种典型的形态予以保护,同时应该从正面承认其他各种家庭或家庭类型,并给予其恰当的待遇。“典型”与“非典型”正是基于这种考虑而确立的。

(2) 法的多元化——家庭与契约

多元化现象不仅在家庭法内部,也影响到家庭法外部。这种现象用一句话概括就是“家庭的契约化”。在过去的日本,将没有履行婚姻登记的男女共同生活关系称之为“内缘夫妻”,在法理上是被作为准婚姻予以保护的。因此这种法理被称之为准婚理论。具体说就是,内缘夫妻在离异时应予以一定保护(损害赔偿)的法理,在1915年以后得到发展,此后,特别是在社会保障法领域中已经将内缘夫妻关系视为法律上的夫妻关系。

但是在最近有一种学说逐渐取得权威地位。这就是,它认为应该对有意不履行婚姻登记的男女关系无需给予其与法律上的夫妻相同的待遇。另外,在判例上也开始出现采用这种观点的判决。我本人在《家族法》主张的就是这种观点。因为通过契约有可能创造出一种与家庭相类似,但又弱于家庭关系的结合。我认为在现代,对这种相对弱的结合的保护也是非常重要的。在我曾经撰写的论文中,诸如1998年的“关于再构成家庭的一个考察”,2005年的“日本法中的兄弟姊妹”,2001年的“民法中的‘孩子’”等论文中都展示了这一观点。

作为调整交易和组织以外的人与人结合的相关法律,并不仅限于家庭法,契约法也会在这种关系中起到作用。

2. 走向开放的家庭法学

(1) 与政策的对接——市场、家庭、社会保障

家庭,无论采取哪种形态,其作用都在于支撑其成员的生活。但是,这并不是说支撑个人生活的仅有家庭。这一点,看护服务就是最好的例子。人们所需要的服务除了可以从家庭中得到以外,也可以从市场中得到,当然也可以从社会保障中得到。所谓“从市场中得到”是指,已具有偿契约接受护理服务;所谓“从社会保障中得到”是指,接受社会保障的给付。

如果是这样,那么就应该说,仅将家庭作为个人与个人的私人关系予以把握,并仅将其中所发生的纠纷作为解决对象是不够的。我们所处的社会,究竟在哪些方面是要依靠家庭,而又在哪些方面是要依靠家庭以外的什么?从这样的宏观的角度来考虑家庭的应有形态是极为重要的。这种观点还关系到家庭在公法上如何规制的问题,具体地说就是在税法和社会保障法上如何对待家庭(优惠程度)等问题。

(2) 家庭法的定位——两种“家庭法”

正是因为存在上述问题,我在《家族法》一书中提出不仅限于民法上关于家庭的规定,还对社会保障法以及税法上的家庭形态予以关注。从这个意义上说,我撰写的《家族法》的对象



要比以往的家庭法研究范围更为广泛。

但是,从另一方面说,我的《家族法》只以日本民法中的亲族法编为对象,而不包括继承编的内容。然而,在日本传统的法学上,“家庭法”则是包括亲族编和继承编两个方面内容的。我认为,亲族法与继承法之间有无法作一体性把握的差别。另外,我认为“亲族法”这一概念在“亲族”的存在意义逐渐淡化的日本,用其指谓家庭关系的法并不贴切。如果从这个角度看,我的《家族法》的对象比以往的“家族法”的研究范围又显得更为狭窄。

正是在上述这些方面,我的《家族法》所指谓的范围与以往的通说见解不同,这点可以说是我的《家族法》的第二个特色。这一研究成果当然是直接受到法国法的影响,但德国法也同样是继承法作为财产法与家庭法之间交叉的领域。

(二) 家庭法的立法——2011年亲权法修改之前

日本于1947年对民法中的亲族和继承两编作了全面修改,此后由于1962年、1980年、1987年做过修改。在这个时期,所谓民法修改仅是指家庭法修改。但是,进入20世纪90年代以后,家庭法的修改开始让人感到不尽人意,虽然不能说没有成功的例子,但失败的例子却一直在增加。

1. 过去15年的立法状况

(1) 失败例——1996年改正纲要、2003年中间总结、2010年报告书

日本家庭法立法的失败始于1996年的改正纲要。在这个纲要中,囊括了引入选择性的夫妻别姓制度、离婚原因和离婚给付的改革、非婚生子女继承份额的平等化等内容。按照以往的惯例,如果法制审议会归纳出了修改纲要,本应该原封不动地成为法律,但是因为这个改正纲要涉及到了家庭形态,在执政党的自民党之中也分成赞成与反对两大阵营。当时因为政府的执政能力不断减弱,因此没有能够做到压制党内反对派的意见将法案提交到国会。自由民主党从1955年到1993年一直掌握政权,但1993年这种自由民主党独家长期执政的政体崩溃,随之进入了多党联合执政的时代。

接下来,2003年的“中间试案”的情况基本与上述情况相类似。这个“试案”的内容是关于生殖辅助医疗与亲子法之间的关系。在政府和执政党中,对于生殖辅助医疗的利用,既有赞成的也有反对的意见。这个“中间试案”中对生殖辅助医疗的利用基本上采取了限制的态度。对此一部分议员希望能够提出更为积极的方案。针对这样的情况,法务省担心重蹈1996年“改正纲要”的覆辙,因此在中间试案阶段便停止了这项工作。⁽⁴⁹⁾

再接下来是2010年的报告书。这个报告书主要是一项降低成年年龄的方案。它的背景是有人提出为了让国民于18岁开始享有选举权,应该降低成年的年龄。然而由于反对在宪法修改问题上采取国民投票制度的民主党于2009年取得了政权,所以国民投票的可能性当时化为乌有。因此,尽管出台了“报告书”,但其后再没有任何这项法律修改的意向。⁽⁵⁰⁾

综上所述,对于所有存在政治对立的问题,法的修改都不能得以顺利实现。

(49) 关于这项立法,参见拙文:“医療補助生殖と家族法——立法準備作業の現状をふまえて”(医疗辅助生殖与家族法——以立法准备工作的现状为基本视角),《ジュリスト》(法学家)1243号(2003)。

(50) 关于这个问题,作为笔者的浅见可参见拙文:“民法4条をめぐる立法論的覚書——‘年少者法(子ども・わかもの法)’への第一歩”(围绕民法第4条的立法论备忘——走近少年法的第一步)《法曹時報》第59卷第9号(2007)。

(2) 成功例——1999年、2001年的民法修改与2003年的特例法

近年来的家庭法立法中有一个较为顺利展开并得以实现的例子。这就是1999年的成年监护制度改革。这项制度是要将对判断力低下的高龄人安排监护人的程序予以简化的制度改革。另一个成功的例子是2011年亲权制度的修改。这个制度的目的在于，为了防止儿童受到虐待，可以采取更为简单的方式停止亲权的行使。这两项修改一个是为了对应高龄化社会，另一个是为了对应虐待儿童。因为能对这些目标本身可以提出反对的人很少，因此这些法律的修改比较容易得到了实现。值得一提的是，日本的高龄化率（65岁以上的人口比例）已经达到23%；另外，虐待儿童的咨询件数已达到5万件，而20年前只有1000件。

与此相对，2003年的性同一性障碍者特例法的制定是一种异例立法。这种立法本身涉及包括与男女性别这种根本问题的修改，但不知为什么并没有引起强烈的反对。其理由或许是因为在立法中强调了性同一性障碍是一种疾病，并在立法说明中谈到新法所规定的只是一种例外措施等。这些无疑是给了保守派议员一粒定心丸。

2. 关于家庭法修改的研究

(1) 立法提案——家庭法修改与学界的动向

仅就个别的家庭法立法而言，如上所述，既有失败例，也有成功例，但从整体上看，家庭法立法是处于停滞状态。但是最近对家庭法进行大规模修改的提案在学界呈上升趋势。特别是2009年秋天，在日本的三大学会（即日本私法学会、家庭“法与社会”学会、性别法学会）都相继以家庭法修改作为学会的主题。特别是在2010年日本私法学会的研讨会上发表的题为“家族改正”的系列报告，尤其值得关注（我本人也在这个课题组之中）。

家庭法修改在学界引起关注主要有以下两个理由。一是如果现在进行的债权法修改得以完成，很可能接下来就要对家庭法予以修改；另一个是出于一种现在停滞的家庭法立法局面进行彻底改变的意识。

(2) 立法学——多元性与统合性以及开放性与专业性

然而，针对现实的立法有一个必须解决的课题，这就是如何处理在家庭以及家庭法问题上意见不能统一的问题。当然，像亲权修改时那样能够达成一致意见最好，但如果达不成一致意见又应该怎么办。

关于这一点，法国的经验值得借鉴。在法国，20世纪70年代对离婚法制度进行了修改，但是当时国内的意见并不一致。就是说，既有人希望将离婚简单化，同时也有人因持传统的天主教家庭观而不愿意承认离婚。那时，负责起草的人J.卡尔博尼耶所采用的是多元主义的立法观。他当时提出的口号是“让每个人有各自的家庭，让各自的家庭有各自的法”。也就是说，他准备的立法方案是一种站在任何立场上的人都可以接受的多元化的立法方案。而且为了规避反对，还需要政治上的妥协以及象征性的法律名称。例如，在离婚法中一方面保留有责主义的离婚原因，同时在保护同性伙伴关系上采用了“PACS”这一称谓。“PACS”是“Pacte civil de solidarité”的缩写，“solidarité”意为“连带”，在法国社会中是褒义词，“PACS”又与“PAX”（和平）相通之寓意。关于这方面的情况，在“法国家庭法改革与立法学⁽⁵¹⁾”（1993年）和“帕

(51) 参见拙文：“フランス家族法改革と立法学”（法国家族法改革与立法学，《法学协会雑誌》110卷1号（1993））。



克斯 (PACS) 的教训⁽⁵²⁾” (2005年) 这两篇论文中有详细的介绍和探讨。现在这两篇文章已经分别被收录到了此后出版的论文集。⁽⁵³⁾

除此之外,与照顾多元性同样重要的是立法的开放性。这就是,尽量回避只准备一个“好的选择系”这种容易招致抵抗的方法,而是照顾到各种立场准备“复数的选择系”,最后交由国民选择。如果能够做到这样,立法的负担就会大大减轻。法国的离婚法改革就是一个例子,其中所提出的复数离婚原因被称之为“离婚菜单”。

综上所述,现代社会需要的是重视多元性、开放性的家庭法立法,但是只有这些还不够。一方面需要一种在基本性选择上取得一致,这就是无论是持什么样的家庭观,都应该尊重家庭的存在,并予以一定的保护。另一方面,我们要做的不是在各个时期零散立法,更有必要的是从专业的角度在价值和逻辑两个层面上检查立法是否保持了一贯性。也就是说,如果不能做到以统合性和专业性为中心的平衡,也就不可能做到具有稳定性的立法。

(三) 小结

为了对应家庭的多元化,最重要的是不能陷入单纯的图表式的思考。为了不堕入这种陷阱,更需要一种对家庭和家庭法的变迁进行全面考察的视野。具体地说,比较立法学和历史研究都是有益的方法。我们不仅需要了解各国立法中不同的形态,更要了解它的原因,同时,一国的家庭和家庭法应该是在各自的历史之中生成,因此我们更应该知道它并非简单的构成要素。只有通过这些具体的研究工作,国民和专家才有可能做出相对成熟的判断。

我本人继《家族法》出版之后,于2011年出版了一本《从文学的角度看家庭法》⁽⁵⁴⁾,现在正在准备出版《民法解读亲族编》。前者是以近代文学作品为素材揭示家庭和家庭法的变迁;而后者则是要揭示民法亲族法编中个别条文的由来,并以此为基础试图对现行民法中存在的关于家庭的各种观点进行分析。

最后简单地谈一下2009年的民主党政权在立法上失败的原因。取得政权后的民主党本来想实现前面提到的1996年的改正纲要。学说中也有人认为立法的实现只是时间问题。但是现实并不如此简单,因为并不是说掌握了议会多数议席就可以按照自己的意愿实现立法。关于家庭法的修改,即便是可以认为有部分反对意见也实属无奈,但是如果不能取得广泛的共识,立法是不可能顺利实现的。2009年民主党的失败正是证明了这一点。

但是我们必须看到,即便是照顾到了多元性和开放性,要想取得一致的意见(共识)并非易事。恐怕最关键的是,因为这20年来立法的停滞,有一种可称为家庭法已经完全脱离了现实这一意识在国民中根深蒂固才是原因所在。因此,恐怕让人们认识修改的必要性才是第一个课题,而如何修改则是其后才需要解决的问题。

(52) 参见拙文:「パクス」の教訓——フランスの同性カップル保護立法をめぐる(连带的教训——法国同性恋保护立法),载〔日〕岩村正彦、大村敦志编:《個を支えるもの》(支撑个体之物),东京大学出版社2005年版。

(53) 参见〔日〕大村敦志:《法源・解釈・民法学》,有斐阁1995年版;同著《20世紀フランス民法学から》(20世纪的法国民法学),东京大学出版社2009年版。

(54) 参见〔日〕大村敦志:《文学から見た家族法——近代日本の家族像》,ミネルヴァ書房2011年版。