

中日民商法研究

(第九卷)

渠涛 · 主编

日本民法修改的现状^①【道垣内弘人 周江洪】

日本民法修改的现状(2)【大村敦志 解亘】

服务合同法模式及其具体规则之探讨【周江洪】

私法与消费者法【瀨川信久 其木提】

民法典民族品格的塑造【王崇敏 陈敖翔】

论具有人格利益的财产【易继明 周琼】

表演者权的立法疏漏及其应对【解亘】

因市场变动引发的担保制度变化【近江幸治 渠涛】

关于ABL(资产担保型贷款)【堀龙儿 刘惠明】

中国侵权责任法立法的最新进展【梁慧星】

对侵权责任法草案(第二次审议稿)的修改意见【梁慧星】

对中国侵权责任法(草案)(二次审议稿)的意见【住田尚之】

社会发展与使用人责任的多元化【瀨川信久 其木提】

论等级公司的规制【田泽元章 蔡元庆】

票据法的坚守与发展【董惠江】

关于第三者配股增资实务在日本的最新动向【楠元纯一郎 赵煜琳 石飞】

公司僵局的认定与司法解散【蔡元庆】

新公司法下股份有限公司董事会的召集和主持【徐浩】

试论金融机构高管的社会责任【杨东】

日本股份公司设立中发起人义务、权责的法律界定及其启示【李立新】

从使馆业务看中国的民事法律制度【长田雅之 解亘】

中国律师业务近20年来的发展变化【吴鹏】

日中贸易新时代中的法律人地位【甲斐史朗 高庆凯】

浅谈日本企业的中国法务【陈天华】

日本司法书士在登记业务中的民事责任【郑英模 渠涛】

景观上存在的是利益还是权利【刘惠明】

日本民法(债权法)修改草案条文【渠涛 等】



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中日民商法研究

(第九卷)

渠涛 · 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中日民商法研究. 第9卷 / 渠涛主编. —北京: 法律出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1134 - 9

I. ①中… II. ①渠… III. ①民法—对比研究—中国、日本②商法—对比研究—中国、日本 IV. ①
D923. 04②D931. 33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 163009 号

中日民商法研究(第九卷)

渠涛主编

责任编辑 刘彦洋 田会文
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 21.25 字数 602 千

版本 2010 年 9 月第 1 版

印次 2010 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1134 - 9

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中日民商法研究》创刊缘起

中国近代之继受外国法,始于20世纪初。1902年光绪皇帝下诏:参酌外国法律,改订律例。设修订法律馆主持法典起草。1906年,修订法律大臣沈家本,派侍郎董康等赴日本考察裁判、监狱等制度,邀请著名民法学者梅谦次郎到中国讲学并协助起草民法典。梅谦次郎因故不能应邀,推荐东京控诉院判事松冈义正。同时应邀来华的日本学者有帝国大学刑法教授冈田朝太郎、司法省事务官小河滋次郎、帝国大学商法教授志田钾太郎。松冈义正于是年来华,就任京师法律学堂民法教习。1908年,开始编纂民法典,采德国民法之五编制体例,由松冈义正起草总则编、物权编和债编,由修订法律馆编纂、日本中央大学法学士高种等三人起草亲属编和继承编。可见中国近现代民商法和民商法学,得日本民商法和民商法学之助益甚多。改革开放以来的民商事立法,如1999年的合同法,参考日本立法、学说之处亦复不少。目前进行中的民法典编纂,尤应着重吸取日本民法百余年间累积之宝贵经验。于是联络学界同仁,设立纯粹民间性质之中日民商法学术研究会,旨在推进中日民商立法学说判例之比较研究,增进中日两国民商法学者间的学术交流,为研究成果之及时刊发流布,并创办《中日民商法研究》系列论文集。

梁慧星

2002年11月25日

开 卷 语

本卷《中日民商法研究》第九卷收录“中日民商法第八届大会”的内容。本届大会是于2009年9月12日和13日,由海南大学法学院承办,在海口市召开的。

参加本届大会的主要代表如下:

中方:梁慧星(中国社会科学院学部委员、法学研究所研究员、全国人大代表、中日民商法研究会会长),易继明(华中科技大学法学院教授,法学院院长),王崇敏(海南大学法学院教授,法学院院长),王琦(海南大学法学院教授,法学院副院长),白国栋(复旦大学法学院教授),刘惠明(河海大学教授),董惠江(黑龙江大学法学院教授),刘永光(厦门大学法学院教授),蔡元庆(深圳大学法学院教授),其木提(上海交通大学法学院副教授),解亘(南京大学法学院副教授),徐慧(上海财经大学法学院副教授),杨东(中国人民大学法学院副教授),李立新(上海大学法学院副教授),傅智操(浙江工商大学法学院副教授),李岩(辽宁大学法学院副教授),徐浩(浙江大学光华法学院讲师),周江洪(浙江大学光华法学院讲师),李国强(吉林大学法学院讲师),吴鹏(中伦律师事务所合伙人律师),金赛波(通商律师事务所合伙人律师),陈天华(金杜律师事务所律师),陈飏(嘉德恒久时律师事务所主任律师)等。

日方:近江幸治(早稻田大学教授),堀龙二(早稻田大学教授),濑川信久(北海道大学教授),大村敦志(东京大学教授),道垣内弘人(东京大学教授),田泽元章(明治学院大学教授),楠元纯一郎(东洋大学教授),铃木贤(北海道大学教授),宇田川幸则(名古屋大学副教授),长田雅之(日本驻中国大使馆二等秘书官、法官),住田尚之(日本国际协

力机构长期专家、律师),中川裕茂(安德森毛利友常律师事务所北京代表处首席代表),甲斐史朗(西村朝日律师事务所律师),斋木贤二(日本司法书士连合会副会长),里村美喜男(日本司法书士连合会常务理事),郑英模(日本司法书士连合会国际研究室研究员)等。

此外还有在日中国人民商法学者崔光日(尚美学院大学教授),张红(冈山大学教授),朱晔(静岡大学教授)等。

本届大会鉴于日本正在展开对民法典实施百年以来的大修改工作和中国侵权责任法立法工作,将主题确定为这两个题目。但是,中日民商法研究会各届大会上的报告以及讨论均不严格限制在主题范围之内,因此,本卷收录的论文以及讨论等还有其他方面的内容。特别是,本届大会增加了法实务单元,给中日之间法学理论和法律事务之间的交流提供了有益的平台,由此也形成了一个新的亮点。

《中日民商法研究》的主要特色之一在于每卷都将讨论的内容原原本本地记录在册,这些讨论有些比学者提交的论文更能启发人们思考和研究问题的意识,而且在一些“大家”的发言中还能汲取到难以在研究论文中得到的宝贵知识。每年的讨论会记录整理是最为辛苦且需要相当高水平的工作,今年这项工作是由江涛先生全面负责这项工作。在此,向百忙之中不辞辛苦再次接受这项艰巨工作的江涛先生表示衷心感谢!

海南大学副校长傅国华教授在百忙之中到会致辞,表示了对本会的高度重视;法学院王崇敏院长和王琦副院长在会议的始终亲临指挥;特别是法学院负责会务工作的办公室主任虞衍聪先生和各位老师 in 会务整体协调和具体工作方面付出了极大的辛劳,在此一并表示感谢!

本届大会,承蒙傅智操、杨东、铃木贤、其木提、解亘、周江洪等各位担当同声传译以及部分论文的笔译工作,对他们无偿的辛苦付出表示衷心感谢!

此外,需要特别提及的是,中伦律师事务所能够在本次金融危机的背景下给予本届大会以及论文集的出版以强有力的财力支援,显示了法实务界对本研究会的重视。对此,深表感谢!

在两天的会议期间,与会专家学者一如既往,以日本民法典修改和

中国侵权责任法为中心议题,围绕着中日两国民商法的各种热点问题展开了广泛深入的研讨;大会自始至终洋溢着“学术神圣”的气氛;学者和实务界人士务实、严谨的治学态度使此次研究大会的水平又得到了新的提高。

中日民商法研究会白手起家,能够成功地持续到今天,主要得益于各大学及法学院等单位的鼎力承办以及中日两国民商法学者的积极参与。在此,谨代表研究会向积极莅临本届大会的各位学者,向以往以及此次给予本研究会财力和人力支持的各单位和个人表示衷心感谢!

本卷由法律出版社出版。在此,法律出版社社长黄闽先生,学术分社社长朱宁女士的支持;同时更要感谢刘彦沅和田会文两位编辑为论文集出版付出的辛勤劳动。

如《中日民商法研究》第一卷开卷语所云:中日民商法研究会和它编辑的系列论文集旨在为中日之间的民商法学界、法律实务界提供一个交流的平台。我们在为今天取得的进展而感到欣慰的同时也深感任重道远。衷心希望有志于这项事业的师长前辈,同仁学子能够参与到我们的研究会来,为这一事业的兴旺发达献计献策,以图共同进取。

中日民商法研究会联络方式如下:

地址:中华人民共和国北京市东城区沙滩北街15号(邮编:100720)

中国社会科学院法学研究所私法中心(中日民商法研究会)

E-Mail: qutao@cass.org.cn

本卷主编于通州书斋
2010年7月吉日

目 录

日本民法修改

日本民法修改的现状(1)

——以民法(债权法)修改研讨委员会草案为中心

道垣内弘人 周江洪 3

日本民法修改的现状(2)

——以民法(债权法)修改研讨委员会草案为中心

大村敦志 解 豆 16

附录 民法典的编纂草案

25

服务合同立法模式及其具体规则之探讨

——兼评日本《债权法改正基本方针》中相关规定

周江洪 32

民法总论

私法与消费者法

——日本立法的进展与面临的课题

濑川信久 其木提 53

民法典民族品格的塑造

王崇敏 陈教翔 65

论具有人格利益的财产

易继明 周 琼 78

表演者权的立法疏漏及其应对

解 豆 104

担保物权

因市场变动引发的担保制度变化

近江幸治 渠 涛 113

关于 ABL(资产担保型贷款)

堀龙儿 刘惠明 123

侵 权

中国侵权责任法立法的最新进展

梁慧星 129

对侵权责任法草案(第二次审议稿)的修改意见

梁慧星 142

2 / 中日民商法研究(第九卷)

对中国侵权责任法(草案)(二次审议稿)的意见	住田尚之	160
社会发展与使用人责任的多元化		
——以“职务行为”为主要研究对象	瀬川信久 其木提	193

商 法

论等级公司的规制	田泽元章 蔡元庆	225
票据法的坚守与发展	董惠江	239
关于第三者配股增资实务在日本的最新动向	楠元纯一郎 赵煜琳、石 飞	265
公司僵局的认定与司法解散		
——对《〈公司法〉司法解释(2)》的几点思考	蔡元庆	271
新公司法下股份有限公司董事会的召集和主持	徐 浩	282
试论金融机构高管的社会责任		
——对金融衍生工具风险防范的思考	杨 东	292
日本股份公司设立中发起人义务、权责的法律界定及其启示	李立新	307

中日法律实务

从使馆业务看中国的民事法律制度		
——以具体的事例为中心	长田雅之 解 豆	327
中国律师业务近 20 年来的发展变化		
——以民商事法律业务为中心	吴 鹏	333
日中贸易新时代中的法律人地位		
——以中国对日投资案件为中心	甲斐史朗 高庆凯	339
浅谈日本企业的中国法务	陈天华	344
日本司法书士在登记业务中的民事责任	郑英模 渠 涛	351

案例评析

景观上存在的是利益还是权利		
——对日本最高裁判所第一小法庭 2006 年 3 月 30 日		
判决的评析	刘惠明	367

最新立法信息

日本民法(债权法)修改草案条文

渠涛等译 378

附 录

中日民商法研究会第八届(2009 年)大会议程 591

本届大会参会人名单 596

本届大会会议记录 600

日本法律文献的阅读方法 635

《中日民商法研究》注释体例(试行) 660

中日民商法研究(第九卷)

日本民法修改

日本民法修改的现状(1)

——以民法(债权法)修改研讨 委员会草案为中心

道垣内弘人* 周江洪**

目 次

引言

一、序论

二、债权让与

三、债权人撤销权

四、债权人代位权

五、抵销

六、债权时效(消灭时效)

结语

* 作者:东京大学大学院法学政治学研究科教授。

** 译者:浙江大学光华法学院讲师。

引言

日本目前正计划修改民法典债权法部分。2009年10月28日,受法务大臣之托,法制审议会下设置了民法(债权关系)分会,并于2009年11月24日召开了分会第一次会议。

中国目前也正着手逐步制定民法典,中国学者对日本债权法的修改或许也感兴趣。而且,该主题也符合《中日民商法研究》的比较法旨趣。另外,就像我后面要介绍的那样,日本的债权法修改本身也受到了各国最新动向的影响。具体分析其如何影响,也符合《中日民商法研究》倾向于比较法的旨趣。

关于这些的综合分析,此处难以展开探讨。本文与刊登于《中日民商法研究》的大村敦志教授论文一起,只是就日本债权法修改的现状作一总体介绍。不过,有几个问题必须事先加以说明。

第一,关于研讨对象的选择。虽然债权法修改的工作尚未正式开始,但在学者中间出现了若干研究会,分别就债权法修改的应然态势作出了探讨。此处主要介绍我们参加的“民法(债权法)修改研讨委员会”的草案。

第二,与大村教授之间的内容分配。民法(债权法)修改研讨委员会设置了5个小组分别开展工作。当然,最终的意见都要经过全体讨论,但各个小组的讨论对象,各自都可以构成一个整体,因此分开讨论、分别开展工作也是有可能的。为此,大村教授的论文主要介绍第1小组、第2小组、第4小组的讨论对象;本文则主要介绍第3小组、第5小组的讨论对象。另外,就全体讨论的过程等,则由本文作简单介绍。

第三,内容方面的进一步限定。即使跟大村教授一起就内容作了分配,但各自部分对应的草案内容都非常庞大,无法就其全部作介绍和解说。非常抱歉的是,我们只能就其很少的一部分作一介绍。这里尽可能选择有代表性的主题进行介绍。

一、序论

(一) 民法(债权法)修改研讨委员会草案的由来

在此之前,学者的主要工作是就现行民法条文展开解释论上的探讨。

当然,学者也通过在法制审议会等机构参与立法工作发挥了重要的作用。但学者通常都只是在政府决定要进行某项立法后对立法的内容等提出意见、建议而已,由学者主动发起的民法修改并不太常见。不过,特别养子(收养)制度、成年监护(后见)制度以及预先登记担保法等立法,在某种程度上也可以说先是由学界呼吁其立法的必要性的。但是,这些立法即使说其为民法的修改,针对的也不过是很窄范围内的个别事物。因此,可以说学界此前几乎没有进行过以民法整体的现代化为目标的活动。

但以下观点也逐渐抬头,即日本民法典自从制定以来已经经过了100年,已经到了应该从整体上对其进行重新审视的时候了。据我的记忆,由当时还是东京大学教授的内田贵先生(现为法务省民事局参与)发起,2004年左右成立了专门研讨民法整体修改方向的研究会,大村教授和我作为成员参加了该研究会。由于一旦决定了要立法就很难平静沉着地进行研讨,因此,该研究会的目的在于,试图在尚未计划全面修改民法以前,踏踏实实地开展立法论的研究。

但到了2006年,法务省开始讲有必要修改债权法。而内田贵先生则从东京大学调到了法务省,担负起债权法修改的准备工作。这些变化是我们当初成立以修改民法为目的的研究会时完全没有预见到的。

接着,作为债权法修改的准备,首先展开了学者层面的研讨,2006年10月,成立了民法(债权法)修改研讨委员会。在该委员会成立过程中,当时已成为法务省民事局参与的内田贵先生也发挥了重要的作用。但就该委员会的定位来说,终究还是学者之间的非官方的自治性组织,并不是受法务省的委托而成立了民法(债权法)修改委员会,也没有来自国家的财政支持。因此,并不能认为该委员会所提供的立法草案,就会成为法制审议会讨论的基础平台。

其实,随着债权法修改时机的日益高涨,除了我们这个委员会,还成立了以加藤雅信教授为中心的“民法修改研究会”,该研究会也公布了民法整体修改草案;此外,以樗寿夫教授为中心的研究会也开展了修改民法的活动。在这层意义上说,本文所介绍的民法(债权法)修改研讨委员会的草案,只不过是其中之一而已。

(二) 债权法修改的理由

债权法修改的时机如此高涨,是存在一定的背景的。就这点,镰田

薰教授做了非常到位的整理^①,在此作一介绍。

概括起来主要有以下五点:“①现代社会是一个大生产、大消费的时代,经济发展也步入了软件化、信息化的时代,在这个时代,交易的大部分为非特定物的买卖以及劳务提供型合同,因此,需要对以特定不动产买卖合同为模型构筑的近代民法典进行重新整顿,或者说,至少对其进行补充已经变得十分必要。②不仅在各种领域纷纷出现了新类型的合同及新的结算支付手段,即使在传统的合同类型中,也发展出了高度专业化的复杂法律技术,仅靠古典民法的规定,难以充分应对。③与此相伴的是,虽然这个时代被称为从事先行政规制走向事后私法救济的时代,但仍然出现了‘特别法泛滥’的状况,或者说是出现了在条文以外形成庞大规范群的现象。这一现象反过来使得交易法的全貌很难被认识和把握。④随着国际贸易的发展,不仅需要进行国际间的协调,国际交易和国内交易二元处理的非妥当性也日益显现。⑤以消费者法为中心形成了新的法律原理,因此,在特定范围内对民法基本原理本身作出现代式的修正也变得十分必要。”

上述五点已基本上涵盖了债权法修改的全部背景。这里再补充两点:第一,国际贸易相关的条约及模范法的发展。日本也批准了联合国国际货物销售合同公约,最近已经内国法化。此外,国际统一私法协会的《国际商事合同通则》也很重要。需要指出的是,两者具有很多相似的内容。第二,在上述背景之下进行民法的修改或者试图进行民法的修改的国家,并不是只有日本。荷兰、德国已经完成了重要的根本性修改,在法国,修法的活动也很热烈。另外还存在试图制定欧洲民法典的动向。即使在亚洲各国当中,越南以及柬埔寨也都制定了民法典,中国也正准备制定民法典。韩国则计划全面修改民法。

在探讨各项具体制度时,日本也受到了上述动向的影响,广泛地参考了包括亚洲各国法典在内的法典。

(三) 介绍、研讨的方式

虽然关于债权法修改的背景状况还有很多,但到了必须进入具体

^① 参见:镰田薰“总论”载民法(债权法)修改研讨委员会编《“债权法修改的基本方针”研讨会》(NBL 特刊第127号,2009年),第8~9页。

内容的时候了。接下来开始介绍第3小组、第5小组的草案内容。

这两个小组的探讨对象,一言以蔽之,就是关于责任财产的保全、债权的回收的规则。具体来说,第3小组主要负责债权让与、合同上地位的移转、保证、债务承担、复数当事人的债权债务关系,债权人撤销权、债权人代位权;第5小组主要负责清偿、抵销、更改、免除、混同和消灭时效。

我们这里主要介绍其中的债权让与、债权人撤销权、债权人代位权、抵销、消灭时效的草案内容。需留意的是,前述债权法修改背景中的若干理由是如何与各个领域的修改之间一一对应的。

二、债权让与

(一) 修改理由

修改债权让与制度的理由,大致有以下两点。

第一点理由是判例法的快速发展。日本的债权让与法制,继受的是法国法。在法国法中,债权让与的对抗要件以传达官的债权让与通知到达债务人为前提,依其先后决定对抗问题。但在日本并没有发展出传达官通知制度,其结果就导致:虽然债权让与通知书上附有确定日期,但通过官方的方法难以明确到达的时间。为此,就无法得知其到达先后等情形,判例法得到了相当程度的发展。这一判例法规则,并不能从条文上看出来。

第二点理由是特别法的制定。在《关于动产及债权让与对抗要件的民法特例法》中,1998年确立了登记于债权让与登记文件则得以具备债权让与对抗第三人要件的制度。经此规定,债权让与对抗第三人要件制度,就出现了两个制度并存的局面,即民法典规定的“通过附有确定日期的证书的通知或承诺”这一制度和“登记于债权让与登记文件”这一制度。两者并存,使得对抗制度变得很难理解。毕竟,通知债务人也可对抗第三人这一制度,作为公示手段难谓其已充分。

(二) 草案内容

为此,民法(债权法)修改研讨委员会在【3.1.4.04】条规定了以下规则,即“金钱债权的让与,非经债权让与登记,不得对抗债务人以外的第三人”;“非金钱债权的让与,除非在其让与合同书中附有确定的日期,不得对抗债务人以外的第三人”。