

中日民商法研究

(第十三卷)

渠涛 · 主编

民法

日本债法修改讨论中的格式条款规制【道垣内弘人 周江洪】

日本民法改正中的消费者法问题【大村敦志 渠涛】

日本的消费者团体诉讼【王晨】

论消费者的民事主体定位与消费者权益保护理念的解释【李国强】

医疗损害赔偿诉讼中“相当程度的可能性”法理【张瑞辉】

商法

滥用型公司分立与债权人保护——基于公司法的路径【早川胜 蔡元庆】

公司内部控制系统的法律构造及法律责任【田泽元章 蔡元庆】

股份有限公司章程对股权转让的限制【蔡元庆】

企业集团结构形态比较与问题探讨【姜一春 耿浩健】

商业保险下大病医保模式探究【李伟群】

保险法司法解释的意义及对保险实务的影响【岳卫】

法律实务

中国反垄断法律实务动态【吴鹏 程诚】

对日商事法律服务领域相关动态【刘新宇】

公司登记中的实体确认【加藤政也 渠涛】

因《外国人登录法》的废止引起的其他相关问题【郑英模 渠涛】

中国备用信用证的法律与案例回顾【金赛波】

其他

中国城镇化建设中城投债融资的法律反思

——以日本地方债为借鉴【李立新】

日本规范放贷业的新动向及其启示【郭娅丽】

附录



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中日民商法研究

(第十三卷)

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13卷 / 渠涛主编. —北京:
法律出版社, 2014.9

ISBN 978-7-5118-6834-3

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. ①D923.04
②D931.33

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第207735号

中日民商法研究(第十三卷)

渠涛主编

责任编辑 吕丽丽
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.65 字数 326千

版本 2014年9月第1版

印次 2014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 固安华明印业有限公司

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 978-7-5118-6834-3

定价:38.00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》创办缘起

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

本卷收录的是中日民商法研究会第十二届大会的内容。

本届大会于2013年9月14日和15日,由中国社会科学院法学研究所私法中心下属中日民商法研究会主办,湖南大学法学院和湖南大学罗马法系研究中心承办,北京市中伦律师事务所和北京市金杜律师事务所协办,在长沙召开。

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、中日民商法研究会会长),段匡(复旦大学法学院教授),刘荣军(北京师范大学法学院教授),屈茂辉(湖南大学法学院党委书记、教授),徐涤宇(湖南大学罗马法系研究中心主任、教授),白国栋(复旦大学法学院教授),刘惠明(河海大学法学院教授),蔡元庆(深圳大学法学院教授),牟宪魁(山东大学法学院副教授),李伟群(华东政法大学教授),傅智操(湖南大众传媒学院教授),解亘(南京大学法学院教授),岳卫(南京大学法学院教授),其木提(上海交通大学法学院副教授),徐慧(上海财经大学法学院副教授),李国强(吉林大学法学院副教授),王焱(大连外国语学院应用英语学院副教授),陈永强(杭州师范大学法学院副教授),白巴根(湖南大学法学院副教授),郭娅丽(北京联合大学商务学院副教授),李立新(上海大学法学院副教授),徐寅(华东政法大学讲师),张挺(杭州师范大学法学院讲师),吴鹏(北京市中伦律师事务所主任),刘新宇(北京市金杜律师事务所合伙人律师),鲍荣振(北京市金杜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),渠涛(中国社会科学院法

学研究所研究员)等。

湖南大学党委副书记栾永玉教授到会致辞,并为会议提供了有力的支持;法学院党委书记和罗马法系研究中心主任徐涤宇两位著名民法学者亲自督导,在各方面为会议提供了极大的便利;罗马法系研究中心副主任张红先生和会务组各位老师 and 同学们为会议提供了热情周到的服务;各位民商法学专业的老师们拨冗参会,在此一并表示衷心感谢!

日方:

大村敦志(东京大学法科大学院教授),道垣内弘人(东京大学大学院法学政治学研究科教授),早川胜(同志社大学法科大学院教授),田泽元章(明治学院大学法科大学院教授),宇田川幸则(名古屋大学法科大学院法学部教授),高桥祐喜(日本驻华大使馆二等秘书官〈法官〉),斋木贤二(日本司法书士会连合会会长),加藤政也(日本司法书士会连合会常务理事),郑英模(同前研究室研究员)。

在日华人:

王晨(大阪市立大学教授),王冷然(德岛大学法学院准教授),胡光辉(北陆大学未来创造学部准教授),张瑞辉(名古屋大学博士)。

本届大会,承蒙宇田川幸则、白国栋、刘惠明、蔡元庆、解亘、胡光辉、傅智操、张瑞辉、渠遥等各位担当同声传译,以及论文的笔译工作,对他们无偿的辛苦付出表示衷心感谢!

与会专家学者和实务界工作者在两天会议期间,一如既往,围绕着中日两国民商法领域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;学者和实务界人士严谨而务实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》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”的发言以及工作在法律事务第一线的法官和律师的发言中,还能汲取到难以在学术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的工作,且需要相当高水平才能完成,今年这项工作是由渠遥负责。在此,衷心感谢她在学业繁忙的情况下

承担这项艰巨的工作!

本卷由法律出版社出版。在此,感谢法律出版社社长黄闽先生和学术分社社长朱宁女士的支持;同时更要感谢吕丽丽编辑为论文集出版付出的辛劳。

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研究中心

E-mail: qutao@cass.org.cn

本卷主编于通州书斋

2013年7月吉日

目 录

民 法

日本债法修改讨论中的格式条款规制(草译)	道垣内弘人 周江洪	3
日本民法改正中的消费者法问题	大村敦志 渠 遥	15
日本的消费者团体诉讼	王 晨	23
论消费者的民事主体定位与消费者权益保护理念的解释	李国强	30
医疗损害赔偿诉讼中“相当程度的可能性”法理	张瑞辉	41

商 法

滥用型公司分立与债权人保护		
——基于公司法的路径	早川胜 蔡元庆	59
公司内部控制系统法律构造及法律责任	田泽元章 蔡元庆	69
股份有限公司章程对股权转让的限制	蔡元庆	90
企业集团结构形态比较与问题探讨	姜一春 耿浩健	105
商业保险下大病医保模式探究	李伟群	118
保险法司法解释的意义及对保险实务的影响	岳 卫	133

法律实务

中国反垄断法律实务动态	吴 鹏 程 诚	149
对日商事法律服务领域相关动态	刘新宇	161
公司登记中的实体确认	加藤政也 渠 涛	168
因《外国人登录法》的废止引起的其他相关问题	郑英模 渠 遥	174

2 / 中日民商法研究(第十三卷)

中国备用信用证的法律与案例回顾

金赛波 184

其他

中国城镇化建设中城投债融资的法律反思

——以日本地方债为借鉴

李立新 201

日本规范放贷业的新动向及其启示

郭娅丽 222

附录

中日民商法研究会第十二届大会

245

本届大会会议记录

252

日本法律文献的阅读方法

325

《中日民商法研究》注释体例(试行)

362

中日民商法研究(第十三卷)

民 法

日本债法修改讨论中的格式 条款规制(草译)

道垣内弘人* 周江洪**

目 次

- 一、引言
- 二、格式条款纳入要件的意义
- 三、格式条款的变更
- 四、结语

一、引言

日本民法债权法修改,已于2013年2月26日整理出了中间试案。截至6月3日,受理了来自相关各方的自由意见。目前,法制审议会民法(债权相关)分会进入了根据这些意见作进一步讨论的阶段。计划在2015年的通常国会(1月中旬召集,会期150天)上提出法案。

* 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副教授。

其实,关于格式条款的规制,在上述债权法修改讨论之前,在学说上也对此进行了立法论在内的广泛讨论;而在债权法修改讨论中,从一开始就被认为是重要的修改项目。

而最近,即2013年6月11日,日本经团联发表了《对〈民法(债权相关)修改中间试案〉的建议》,明确表明了“反对在民法中规定格式条款规制”的意见。

为此,本报告将在简单回顾日本关于格式条款讨论并梳理出目前讨论状况的基础上,对格式条款的规制作若干分析讨论。

为便于后面的分析,特列举中间试案中关于格式条款规制的内容。

“第30 格式条款

1. 格式条款的定义

格式条款,即为了与复数的当事人缔结合同而预先准备的合同条款的整体,并以定式化规定此等契约的内容为目的而使用的条款。

(注)也存在对格式条款规制不作规定的观点。

2. 格式条款纳入要件的内容

契约当事人就其契约利用格式条款作出了合意,并且,准备该格式条款者(以下称“格式条款使用人”)确保了相对人若采取合理的行动即可在缔结契约前知悉格式条款内容的机会的,格式条款构成该契约的内容。

(注)存在作如下规定的观点:规定格式条款利用人在缔结契约前明确提示格式条款为原则要件,并在此基础上规定开示困难的例外情形。

3. 突袭条款

格式条款中包含的契约条款,若相对人从其他契约条款的内容、格式条款使用人的说明、相对人的知识及经验以及其他与该契约相关的一切情事无法合理预测其被包含在格式条款之中的,【原文第2页】不依前款2之规定构成合同的内容。

4. 格式条款的变更

关于格式条款的变更,是否设置下述规定,继续探讨。

(1)格式条款依前款2之规定构成契约内容之场合,符合下述所有

情形时,格式条款使用人无须相对人的同意亦可通过变更该格式条款而变更契约内容。

A. 存在应予统一变更该格式条款内容的合理的必要性。

B. 存在着使用了该格式条款的多数契约,从所有的相对人处获得变更契约内容的同意显著困难的。

C. 对照上述 A 之必要性,格式条款的变更内容合理,且其变更的范围及程度妥当。

D. 格式条款的变更内容对相对人带来不利益时,采取了与此等不利益程度相应的措施。

(2) 前项(1)之格式条款变更,格式条款使用人以合理的方法告知使用了该格式条款的契约相对人格式条款之变更及变更后的格式条款内容,始生效力。

5. 不当格式条款的规制

依前款(2)构成契约内容之契约条款,若与不存在该条款之情形相比,限制了格式条款使用人之相对人的权利,或者加重了相对人的义务的,从契约内容之整体、契约缔结时的状况及其他一切情事考量,该限制或加重的内容给相对人带来过大的不利益时,该条款无效。

(注)存在不设置上述规定的观点。”

二、格式条款纳入要件的意义

(一) 中间试案及对其的批评

1. 如后所述,格式条款的定义实际上由格式条款的规制内容决定。原因在于,定义是从应该对某内容予以规制的对象究竟是什么这一观点而来。因此,以下先来看一下其具体内容。

首先来看纳入要件。

2. 满足什么样的要件,格式条款就构成契约的内容?从一般法理来说,契约内容因存在当事人的合意才得以具备拘束力,作为该合意的前提,则是双方当事人了解契约的内容。然而,要求具备了了解了契约内容之全部后的合意,与要求迅捷性的现代交易社会并不相契合。因此,有必要作一定的缓和。

中间试案就此规定,若满足了以下两个要件,该格式条款构成契约内容:

①契约当事人就其契约利用格式条款作出了合意;

②相对人若采取合理的行动即可在缔结契约前知悉格式条款内容的机会,格式条款使用人予以确保。

3. 该要件设定,较之契约法的原则,在格式条款问题上,意味着放宽了其构成契约内容的要件。关于为何做此等放宽,留待后述。但该要件设定遭到了批评,尤其是遭到了来自参与交易实务的企业法务专家的批评。典型的如开头讲到的日本经团联《对〈民法(债权相关)修改中间试案〉的建议》。该批评认为,

“这次的提案,虽然被认为是出于将各种交易中使用的格式条款的拘束力根据规定于民法的目的而提出,但并没有认识到目前交易实践中,由于使用了格式条款而产生了交易安定性的质疑。即使是格式条款存在问题之情形,产生争议的并非格式条款本身的拘束力问题,而是各条款是否妥当的问题。”

同样地,理论上来说,设定格式条款纳入的要件,即使是缓和了契约法的原则,但从现行实务来看,也有不少意见反而认为其趋于严格化。

4. 那么,经济界的上述认识是正确的吗?

(二)有关格式条款契约的成立的案例及其误解的原因

1. 要说上述两个要件较之现行裁判实践中的格式条款纳入要件更为严格,则需要满足以下两点之一,并且其应当构成了裁判实践的一般倾向时才得以如此判断。即,

其一,即使契约当事人未对其契约使用格式条款作出合意,该格式条款的内容也被作为契约内容的案例。

或者是,

其二,虽然契约当事人就其契约使用格式条款作出了合意,但即使相对人采取合理的行动亦难以了解格式条款的内容之情形,该格式条款的内容也被作为契约内容的案例。

然而,就我所知,并不存在这样的案例。

2. 让我们看一下较近的一个案例,即函馆地判 2000 年 3 月 30 日《判例时报》1720 号第 33 页的案例。在该案中,就格式条款中的特定条款、其契约是否成立成为问题点。其结论是,肯定了该保险契约中的地震免责条款有效,并构成契约的内容。

原告主张,该条款因说明不充分不构成契约的内容。被告保险公司对此主张:

“民商法中关于契约的许多规定,规定了即使当事人在缔结契约的时点未予明示亦得以推测出通常当事人意思的规则。而且,各行业都有行业的规则,此等规则即使未在契约上予以明示,对于行业相关者的契约亦予以适用。

若遵循此等意思解释的方法,保险契约书中若明确记载了依特定的格式条款时,推定依该格式条款之意思缔结了契约,乃是当然之理。”

该逻辑存在若干不明确之处。但此处应注意的是,在该案中,也是肯定了契约当事人就其契约中使用格式条款作出了合意,被告保险公司也没有就格式条款使用的合意为必要之点作出争议。

而且,在该案中,也不存在原告要求被告保险公司开示其格式条款而被拒绝的情形。

3. 试想,这也是当然的。

关于格式条款拘束力问题的典型案例是大审院 1915 年 12 月 24 日民录 21 辑 2181 页的案例,是火灾保险契约中的免责条款(就森林火灾引起的损害不负其责任)成为问题点的案件。该案认为,“如同本案事实所述,针对在我国从事火灾保险事业的外国公司制作的申请书,其中记载了依该公司的普通保险格式条款,投保人在该申请书上自行签字为申请而缔结了火灾保险契约之情形(下划线为道垣内所加),即使在缔结契约的时点不是很了解该格式条款的内容,姑且先推定订立了依该格式条款的契约,也是当然的”。

一般来说,这并不是说,其认为既然缔结了契约,就受并不知道其存在的格式条款的拘束。而是说,既然就依格式条款作出了合意,就可以推定存在即使不知晓该格式条款的具体内容也依该格式条款的意思。

而且,该判决认为,“对于在我国从事保险事业的公司,政府介入此等公司制定的普通保险格式条款,审查其格式条款是否适当,并给与其许可。通过此等介入以保护一般的投保人。而投保人之所以即使不了解该格式条款的内容也缔结契约,乃是信赖其大体上是妥当之故(下划线为道垣内所加)”。也就是说,是以“即使不确认其内容也大体上是公正”这一当事人的信赖为基础的。

若是如此,对因并不信赖而试图确认内容的对方当事人回答“不给看、也不告知内容”之情形,并不能推出该格式条款的内容构成契约的内容。而且,对于原本就不知道依格式条款之事的当事人来说,因其对格式条款的内容并不生信赖,并不能推定其具有以格式条款的内容为契约内容的意思。

若日本经团联等主张的是“即使隐秘了格式条款的存在或其内容之情形,一旦到了裁判,也要适用其内容”的话,只能认为其欠缺常识。当然,大概其并不会这样的。在实务中,对依格式条款之主旨仔细地作了合意,对于想了解格式条款内容的相对人也不是答复“不给看、也不告知内容”。从这层含义上来说,中间试案中的纳入要件,并没有要求实务做任何变更。

4. 那么,为何会出现如此强烈的批评呢?可能存在以下两个理由。

第一,与这次修改的过程相关。

在法制审议会民法(债权相关)分会的审议开始前,若干研究团体公开发表了民法的修改草案。代表性的有民法(债权法)修改研讨委员会和民法修改研究会的方案。关于格式条款纳入的要件,两者都以事先的开示为原则。

民法(债权法)修改研讨委员会公开发表的《债权法修改基本方针》之【3.1.1.26】<1>规定:

“格式条款使用人在契约缔结前向相对人提示其格式条款(以下称为开示),双方当事人就其格式条款用于其契约达成合意时,格式条款称为该契约的内容。但在契约属性于契约缔结时开示格式条款有显著困难时,格式条款使用人向相对人表示契约缔结时使用格式条款的,且在契约缔结前格式条款置于相对人可知状态时,格式条款在契约缔结