

中日民商法研究

(第十卷)

渠涛 · 主编

法制审议会民法(债权法)部会讨论情况概要【松冈久和 周江洪】

日本民法中的“身心”与“生活”【大村敦志 高庆凯】

中国《侵权责任法》【梁慧星】

21世纪人格权法的立法模式【王 晨 其木提】

论劳动合同的部分无效【顾祝轩】

中国《信托法》与所有权的功能【道垣内弘人 高庆凯】

公司法上的竞争与债权人保护【早川胜 姚岑岑】

公司利润分配中的自治原则与司法干预【蔡元庆】

粉饰决算、虚假财务中会计监察人的民事责任【田泽元章 蔡元庆】

董事内部控制义务探析【刘惠明】

面向创业板企业的日本商法修改及其借鉴【姜一春】

创业投资契约特别条款的实现与公司法制的完善【刘小勇】

日本商法上的商业使用人制度及重要启示【王作全】

投资法人制度的导入与投资者保护【杨 东 毛智琪】

日本票据法上的权利外观理论及其对我国的启示【刘永光 向佳丽】

追认之于票据无权代理和票据伪造【董惠江】

成年人监护制度与司法书士【郑英模 渠 涛】

民事保护令及其本土化的基本构想【张平华】

中国的贸易融资法律 and 实务【金赛波】



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中日民商法研究

(第十卷)

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. 第十卷 / 渠涛主编. —北京:
法律出版社, 2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2320 - 5

I. ①中… II. ①渠… III. ①民法一对比研究—中国、
日本②商法一对比研究—中国、日本 IV. ①D923. 04
②D931. 33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 145246 号

中日民商法研究(第十卷)

渠涛主编

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 14.25 字数 403 千

版本 2011 年 8 月第 1 版

印次 2011 年 8 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 北京北苑印刷有限责任公司

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 - 2320 - 5

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“中日民商法第九届大会”的内容。本届大会于2010年9月11日和12日,由山东省民商法重点学科、烟台大学法学院承办,由威海市人民政府法制办公室、北京市金杜律师事务所、山东鑫士铭律师事务所协办,在烟台大学召开。

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、全国人大代表、中日民商法研究会会长),王保树(中国法学会商法研究会会长、清华大学法学院教授),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),王作全(青海民族学院法学院教授),申政武(山东大学法学院教授),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),李旺(清华大学法学院教授),陈华彬(中央财经大学法学院教授),牟宪魁(山东大学法学院副教授),其木提(上海交通大学法学院副教授),顾祝轩(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),杨东(中国人民大学法学院副教授),傅智操(浙江工商大学法学院副教授),徐浩(浙江大学光华法学院讲师),刘小勇(汕头大学副教授),蒋晓玲(山东工商学院教授),夏凤英(山东工商学院教授),史长青(烟台大学法学院副教授),刘经靖(烟台大学法学院副教授),何燕(烟台大学法学院讲师),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),加藤雅信(上智大学教授),大村敦志(东京大学教授),道垣内弘人(东京

大学教授),松冈久和(京都大学教授),早川胜(同志社大学教授),田泽元章(明治学院大学教授),铃木贤(北海道大学教授),宇田川幸则(名古屋大学副教授),三重野真人(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),冈田早织(西村朝日律师事务所北京事务所首席代表),细田长司(日本司法书士连合会会长),里村美喜男(日本司法书士连合会专务理事),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:王晨(大阪市立大学教授),崔光日(尚美学院大学教授),张红(冈山大学教授),朱晔(静冈大学教授)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,本届大会继上届大会增加了法实务单元,给中日之间法学理论和法律实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、周江洪、刘小勇三位分担负责的。在此,向百忙之中不辞辛苦再次接受这项艰巨工作的三位表示衷心感谢!

烟台大学校长房绍坤教授,在百忙之中到会致辞,并在会议期间抽暇与会,表示了对本会的高度重视;老校长郭明瑞教授全程参加本会,积极参与讨论,并为本会的日程安排等运作提出了宝贵意见;法学院金福海院长,张平华副院长,姜一春教授等各位老师,吴贻园、田华栋两位办公室主任以及各位硕士生本科生在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、宇田川幸则、蔡元

庆、高庆凯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!

需要特别提及的是,此次大会得到威海市人民政府法制办公室、北京市金杜律师事务所、山东鑫士铭律师事务所大力支持。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。

中日民商法研究会白手起家,能够成功地持续到今天,完全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,要感谢法律出版社社长黄闽先生,学术分社社长朱宁女士的支持;同时更要感谢刘彦泮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中来,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(中日民商法研究会)

e-mail: qutao@ cass. org. cn

本卷主编于通州书斋

2011年6月吉日

目 录

民 法

法制审议会民法(债权法)部会讨论情况概要	松冈久和 周江洪	3
日本民法中的“身心”与“生活”		
——作为对接“人法”的线索	大村敦志 高庆凯	36
中国《侵权责任法》	梁慧星	43
21 世纪人格权法的立法模式	王 晨 其木提	75
论劳动合同的部分无效		
——兼析《劳动合同法》第 27 条	顾祝轩	86
中国《信托法》与所有权的功能	道垣内弘人 高庆凯	105

商 法

公司法上的竞争与债权人保护	早川胜 姚岑岑	117
公司利润分配中的自治原则与司法干预	蔡元庆	134
粉饰决算、虚假财务中会计监察人的民事责任	田泽元章 蔡元庆	145
董事内部控制义务探析	刘惠明	159
面向创业板企业的日本商法修改及其借鉴	姜一春	182
创业投资契约特别条款的实现与公司法制的完善	刘小勇	195
日本商法上的商业使用人制度及重要启示	王作全	208
投资法人制度的导入与投资者保护		
——以日本法为借鉴	杨 东 毛智琪	219
日本票据法上的权利外观理论及其对我国的启示	刘永光 向佳丽	233
追认之于票据无权代理和票据伪造	董惠江	243

法律实务

成年人监护制度与司法书士	郑英模 渠 涛	265
民事保护令及其本土化的基本构想	张平华	280
中国的贸易融资法律和实务	金赛波	312

附 录

中日民商法研究会第九届(2010年)大会议程	339
本届大会参会人员名单	344
中日民商法研究会会务组成员名单	348
本届大会会议记录	349
日本法律文献的阅读方法	418
《中日民商法研究》注释体例(试行)	443

中日民商法研究(第十卷)

民 法

法制审议会民法(债权法) 部会讨论情况概要

松冈久和* 周江洪**

目 次

引言

一、民法修改的整体状况

二、审议概要(之一):修改民法的必要性及其理念、方向

三、审议概要(之二):具体问题的研讨概要

四、今后的审议

引言

为研讨以契约法为中心的债权相关部分的民法修改问题,法制审议会于2009年11月24日设立了民法(债权法)部会。到2010年7月末为止,已举行了13次讨论会。在法务省主页(<http://www.moj.go>。

* 作者:京都大学法科大学院教授。

** 译者:浙江大学光华法学院副教授。

jp/shingi1/shingikai_saiken.html)上可详细了解到讨论的具体内容。也就是说,每次会议分发的资料,除了参考资料及法制审议会民法分会委员等提供的资料以外,都可以获得PDF文件资料。而且,记录了发言人姓名的会议记录(议事录),在每次会议结束后1个月左右也会通过文本文件或PDF文件公开。

然而,每次会议的资料及会议记录都非常之多,要准确把握讨论的要点及会议的气氛等,都是非常困难的。为此,本文以现场报告的方式,对其讨论情况做一简单介绍。

一、民法修改的整体状况

(一)之前的学者修改草案

在法制审议会设置民法(债权法)部会之前相当长的一段时间内,就有若干学者团体开始了民法修改的讨论。其中之一是以从东京大学教授转任法务省参与的内田贵为中心、镰田薰教授担任委员长的民法(债权法)修改研讨委员会。^①另外一个团体是以上智大学教授加藤雅信为代表的民法修改研究会。^②因两者名称类似,容易产生混淆,本文将前者简称为内田委员会,将后者简称为加藤研究会。除以上两个团

① 该委员会的建议,被整理成了民法(债权法)修改研讨委员会编:《债权法修改的基本方针》别册NBL第126号(商事法务,2009年,以下简称《基本方针》),并被作为参考资料1在法制审议会民法分会中分发。更为详细的说明,参见:民法(债权法)修改研讨委员会编《详解债权法修改的基本方针I~V》(商事法务,2009年至2010年)。参见:内田贵《债权法的新时代》(商事法务,2009年)对《基本方针》的要点做了简明扼要的说明。该委员会的主页上(<http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/indexja.html>),刊登了目前仍然得以参考的许多资料及会议记录等。

② 在2008年10月日本私法学会年会上,加藤研究会提出了民法修改方案,该草案刊登在判例时代(判例タイムズ)第1281号(2009年)《日本民法典财产法修改草案》中,并与国际会议及私法学会的报告一起收录于民法修改研究会《民法修改与世界的民法典》(信山社,2009年)之中。该修改方案经过该研究会成员之外的学者及司法实务人员之间的意见交流,被修订为民法修改研究会编《民法修改:国民·法曹·学会有志案(临时案)》(法律时报增刊,日本评论社2009年)(以下简称《临时案》)。在法制审议会民法分会上,该方案被作为参考资料2分发。

体外,还有以椿寿夫为代表的民法整体的修改研讨,^③以及以庆应大学教授金山直树为代表的关于消灭时效的民法修改建议案。^④ 这些状况也表明,这次的民法修改,可以说是由学者主导而发动的。

虽然学者团体的提案都被作为参考资料平等分发,但因受以下因素影响,《基本方针》事实上决定了修改的方向。这些因素主要有:内田委员会中存在法务省的有关人员、修改的研讨对象与修改的征询意见(咨问)对象基本一致、法制审议会的学者委员及干事主要从内田委员会中选任、出版了载有详细修改理由的前注1中的《详解债权法修改的基本方针I~V》,等等。

(二) 法制审议会民法(债权法)部会的研讨体制

1. 民法修改对象及讨论对象

如同征询意见(咨问)第88号^⑤所明确表明的那样,民法修改的对象为广义上的契约法。具体来说,就是除了规范无因管理、不当得利及侵权行为等法定债权发生原因部分之外的民法第3编债权部分(第399~696条)。此外,民法第1编总则部分中与契约相关的部分(具体来说,即规范法律行为、期间计算及时效的第90~174条之2条)也构成了研讨的对象。^⑥ 与此相对,民法总则中的行为能力、法人、物等(第4~89条),第2编物权编(第175~398条之22条,包括担保物权),第4编亲属编及第5编继承编(第725~1044条)以及特别法等,并不是研

③ 参见:[日]椿寿夫等编《民法修改考》(法律时报增刊,日本评论社2008年9月)。该书并不是连续性研究会中的研讨成果,而是由以所选取问题的研究专家对此进行的简洁研讨的汇编。

④ 参见:[日]金山直树编《消灭时效法的现状及修改提案》(别册NBL第122号,商事法务2008年10月)。该提案在法制审议会民法分会中被作为参考资料3分发。在2008年10月的日本私法学会年会上,金山小组也召开了加藤研究会之外的研讨会,讨论了民法修改方案中的消灭时效问题。

⑤ “就作为民事基本法典的民法中的债权相关的规定言,从应对自该法制定以来的社会、经济变化,以及易于为一般国民所理解的角度来看,有必要重新审视以与国民日常生活及经济活动密切相关的契约方面的规定为中心的规定,因此,亦有必要提供其要纲。”

⑥ 此外,研讨对象也可能包含超越民法目前的编别体系之外的规范重整。例如,第3次会议时曾就将第414条(债权实际履行之强制)扩张为实现权利的一般方法等做了具体讨论。

讨的直接对象。虽说有这些限定,但这次修改的研讨对象涉及日本民法财产法部分(第1~724条)条文的半数以上,乃是1896年民法制定以来的首次大修改。

将修改的对象限定于以契约为中心的债权法,而不是民法财产法的全部,其理由有以下两点:(1)作为市场经济活动的法律基础,契约法是最有必要改正的部分;(2)契约之债与法定之债在基本观念上存在相异之处,并不一定需要同时做出修改,考虑到审议的效率性,仅就契约之债做出修改。对研讨对象做出如此限定,也有观点从财产法的整合性、体系性以及个别规定之间的相互影响等角度对此予以批评。^⑦

受此等批评的影响,在与契约法相关的范围内,审议会讨论的内容也远远超出了修改研讨的对象。也就是说,除了受到债权法总则规定巨大影响的法定债权法,是否将商法中关于商行为的规定以及消费者法中的相关规定一般法化、并将其纳入民法之中^⑧等民法与特别法之间的关系问题,也成为讨论的对象。

2. 研讨的体制

如后述资料01所述,民法分会共有委员19名(包括临时委员)及干事19名(目前为18名),同时,因所研讨主题的不同,5~10名法务省

⑦ 加藤研究会的方案,则是以担保物权法之外的财产法为对象。椿寿夫等注释^③的研讨,则以包括担保物权法在内的全部财产法为对象。以欧洲私法的进一步统一为目标的欧洲《共同参考框架草案》以及韩国民法典的修改,也都是对财产法整体的整合性和体系性研讨,这也为此等批判提供了支撑依据。

⑧ 将商法或消费者契约法的规定,依特别规定而不是一般法的方式纳入民法之中,被认为存在诸如提高消费者法的认知度、使一般法与特别法的关系更为明确等优点。但更强有力的意见是消极性意见,其认为,诸如消费者团体的停止侵害请求权(差止权)以及行业法上的规定等本身无法纳入民法之中,若将其纳入,对保持消费者法的统一性不利;而且,若将特别法的规定纳入民法之中,会使规范复杂化进而导致法律适用困难,也难以依状况变化作出适时的修改等。

或相关省厅的相关官员参与其中。^⑨ 上述四十名左右的委员、干事及相关官员为得以发表意见的会议组成人员。此外,来自相关省厅及律师协会等的旁听人员以及会议方面的事务性职员,也有大致相同的人数。据此,每次会议的参加人员超过了 80 名,属于大型会议。

最多的是学者委员及干事,共计 19 名(内田贵计入学者行列);其次是来自法院、法务省及律师协会的法曹相关人员,共计 14 名(目前为 13 名);而来自企业、消费者及工会组织等领域的委员,仅为 5 名。在第一次会议时也有人指出,委员、干事的组成方面是否有欠平衡。而且,也有批评认为,在学者委员、干事以及民法分会会长、会长代行方面,^⑩ 多偏向于内田委员会的中心成员,即使吸收了加藤研究会的成员,也大多是以在契约责任方面赞成内田委员会多数意见的成员为主。关于这点,详见加藤报告。

3. 截至目前的审议概要^⑪及今后的议程

当初的审议计划如下:为充分确保必要的审议时间,不设定修改要纲草案的提出期限。目前则是约每三周举行一次会议,共 16 次会议,每次会议从下午 1 点半开始,5 点半结束,共 4 小时(中间休息 15 分钟),每次会议讨论哪些方面应该修改,其修改的方向如何。这是第一轮的审议,事务局将其整理成“中间论点整理”的基调平台。从 2011 年 1 月开始到 3 月,计划用 2~3 次的会议审议确定“中间论点整理”,并计划于 2011 年 4 月公开,征求国民各阶层的意见(公开征求意见)。根据意见征求的结果,在第二轮的审议中,以最终答申(方案、汇报)的方式整理成修改草案。这一轮审议的具体期限及其具体审议步骤,目前尚

^⑨ 根据法制审议会令(1945 年制令第 134 号)第 6 条第 2 款,民法(债权法)部会由委员与临时委员组成。委员为 20 名以内、任期 2 年(该令第 1 条、第 2 条第 2 款);临时委员不受人数限制,其任期为关于特别事项的调查审议结束之时(该令第 3 条);干事亦不受人数限制,任期 2 年(该令第 5 条)。该令对相关官员未作规定。虽然仅委员、临时委员拥有议决权(该令第 7 条第 2 款),但在审议时,委员、临时委员、干事及相关官员在发言权(发表意见的权利)上不存在差别。

^⑩ 镰田薰被选为民法(债权法)部会的分会会长;镰田薰指定野村丰弘与能见善久为分会会长代行。三人都是内田委员会的中心成员。

^⑪ 指 2010 年 8 月为止的审议概要(译者注)。

未最终确定。

与当初计划不同的是,每次都出现了多种多样的意见,致使讨论无法在预定时间内结束。因此,从第10次会议开始,会议时间改为从下午1点开始到下午6点结束;未尽审议的论点,由预备日的会议继续审议。2010年7月29日的第13次会议,是继续审议的最先的例子。而且,也增加了第一轮审议的预定会议次数,预定到2010年年底举行20次左右的会议。

研讨的具体事项,参见后述整理表02中的大项目一览表。

二、审议概要(之一):修改民法的必要性和其理念、方向

民法分会第1次会议及第2次会议,未设定具体的主题,自由讨论。这两次会议主要讨论了修改民法的必要性和其理念、方向。

(一)修改民法的必要性

关于修改民法的必要性,也有质疑的意见。即通过判例及学说,现行民法也能充分应对现代问题,因此,目前是否有必要修改民法,值得怀疑。实际上,民法规定被认为存在不合理之处的条文,出人意料地少。^⑫ 若进行大幅修改,需要为此付出过多的劳力(包括不想从现在开始重新学习的朴素的排斥感),有可能出现弊端。即所谓的“不要修理尚未毁坏之物”。^⑬ 与此相对,关于修改必要性的论据很多,主要集中在以下三点:

1. 使民法成为“易于国民理解的民法”的必要性

对于定义性规定以及法律专家自明的原则,日本民法有意识地不予规定;对于高度抽象的例外规定,则在先头予以配置。也就是说,日本民法本质上属于面向专业人士的民法。在这点上,虽然也有条文数

⑫ 经常被提及的例子有,民法第404条规定的5%、商法第514条规定的6%这一固定年利率,极大地偏离了利率标准;第534条、第535条规定的特定物债权人负担价金风险的规定,以及部分商行为的规定等。

⑬ Karl Riesenhuber(卡尔·里森胡巴)在2008年3月1日、3月2日举行的“民法修改国际研讨会”上演讲时引用的美国政治家的言辞。参见前注②《民法修改与世界的民法典》第268页。