

中日民商法研究

(第二卷)

渠涛 · 主编

中国民法典编纂的进程与争论点【梁慧星】

非营利团体和非营利法人在日本的立法【星野英一】

——日本的前车之鉴

东亚近代民法典群的形成与伪满洲国的民法典【申政武】

——日本法在东亚移植西欧近代法过程中的历史作用
(中间报告提纲)

中国社会团体法律环境与民法法人制度立法【渠涛】

——法人制度论析说

财产法理论的展开【加藤雅信】

——物权债权区分论的基本构造

物权制度的创设与物权、债权的区别【太田胜造】

日本担保法制度改革的动向【汤浅道男】

试论中国动产抵押权的完善【刘保玉】

——兼及让与担保制度的取舍

典权制度的比较研究【其本提】

委托契约的信托化倾向【解亘】

日本关于国际商事仲裁协议准据法的法律制度【李旺】

关于近期日本商法的修改【田泽元章】

——有价证券的无纸化和股票不发行制度

中国的立法论与日本的解释论【铃木贤】

——为什么日本民法典可以沿用100多年之久

民法解释和判例研究在中国展开的现状【段匡】



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中日民商法研究

(第二卷)

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. 第二卷/渠涛主编. —北京:法律出版社, 2004. 5

ISBN 7-5036-4951-8

I. 中… II. 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. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 049289 号

©法律出版社·中国

责任编辑/思 实

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

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

开本/A5

印张/19.75 字数/540 千

版本/2004 年 5 月第 1 版

印次/2004 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼
(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.Chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4951-8/D·4669

定价:36.00 元

《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,并创办系列出版物《中日民商法研究》。

梁慧星

2002年11月25日

开 卷 语

《中日民商法研究》(第二卷)即将付梓,值此开卷之际,谨向各位读者介绍本卷成就经纬。

中日民商法第一届大会于2002年6月在广州举行之后,《中日民商法研究》第一卷顺利出版(2003年2月),与此同时即开始了第二届大会的筹备工作。然而,突如其来的“非典”打乱了一切设计周密的计划。原定于每年6月第二个周六、日两天的会期一改再改,其间同承办校和参会学者之间的联系也颇费周折,由此给承办校和参会学者们平添了太多的麻烦。但令人欣慰的是,承蒙山东大学法学院的鼎力承办,在经过了诸多曲折后,2003年10月25日和26日,我们终于在山东济南这个文化底蕴极其丰厚的地方成功地举办了中日民商法研究会的第二届大会。这次大会尽管会期多次变动,还是得到了众多学者的大力支持,他们苦心调整日程莅临大会,使大会开成了一个形式、内容、成果俱佳的法学盛会。

此次大会的参会者约60余名。其中,日本学者有:著名民法学专家,日本学士院院士、东京大学名誉教授星野英一;著名民法学专家,名古屋大学教授加藤雅信;著名民诉学、法经济学专家,东京大学教授太田胜造;著名民法学专家,爱知学院大学教授汤浅道男;著名中国法专家,明治大学教授木间正道和北海道大学教授铃木贤等12名;还有目前在日本工作和学习中国学者4名;其他则是来自北京、上海、广州、山东、南京等地的国内学者和法律实务界人士。

需要特别提及的是,此次大会由于得到了日本国际交流基金会的资助,有幸请到国内顶尖级的同声传译员林国本先生和杨晶女士到会

操麦,为大会既节省了时间,又提高了效率。在一天半的会议期间,与会专家学者围绕着中日两国民商法的各种热点问题展开了广泛深入热烈的研讨。大会自始至终都洋溢着“神圣的学术”的气氛,学者们务实、严谨而又不尚华丽的治学态度保证了研讨会达到了很高的学术水平。

在此卷论文集收录的学术报告和论文中,有的是学者到会发表的报告或论文,也有的是原计划到会,却因“非典”最终无法调整日程而为大会提交的论文,共28篇;其中日方学者撰写的有15篇,中方学者撰写的有13篇,它们全部为在中国首次发表。其中,值得着重介绍的是财产法总论中的6篇论文,它们是2002年召开的日本私法学会第66届大会上专题研讨会的报告,曾作为“日本私法学会专题研讨会资料”发表于[日]《ジュリスト》No.1229(2002年)。这些论文系统而深入地讨论了财产法的历史、现状和今后的课题,而且参与研讨和撰稿的5位日本学者都是活跃于当今日本法学界的顶尖级学者,因此有很高的权威性,是民法研究领域非常珍贵的文献。

中日民商法研究会白手起家,能够继第一届大会而成功地召开此次大会,主要得益于山东大学和山东大学法学院的鼎力承办和日本国际交流基金会的资助,以及中日民商法学者的积极参与。在此,谨代表研究会向承办和提供资助的各机构领导,向积极参与本会的各位学者,以及参加会务工作的各位教授和研究生表示衷心的感谢。此外,还要感谢法律出版社总编黄闽先生、社长助理蒋浩先生在学术出版日趋严峻的情况下欣然接受这部刚刚出生的系列论文集的继续出版;同时我们更要感谢负责具体工作的各位编辑为论文集付出的辛勤劳动。另外,山东大学法学院硕士研究生王毅同学承担了本卷的文字校对工作,在此一并表示感谢。

另如《中日民商法研究》第一卷开卷语中所云:中日民商法研究会和它编辑的系列论文集旨在为中日民商法学界、法律实务界之间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

中国社会科学院法学研究所私法中心(中日民商法研究会)

邮编:100720

电话:0086-10-6405-4114 传真:0086-10-6401-4042

E-Mail:PLSCJ@law.cass.net.cn

本卷主编于通州寒舍书斋

2004年4月吉日

目 录

民法总论

- 中国民法典编纂的进程与争论点 梁慧星 3
- 非营利团体和非营利法人在日本的立法
——日本的前车之鉴 星野英一 渠 涛 译 12
- 东亚近代民法典群的形成与伪满洲国的民法典
——日本法在东亚移植西欧近代法过程中的历史作用
(中间报告提纲) 申政武 28
- 中国社会团体法律环境与民法法人制度立法
——法人制度论序说 渠 涛 53

财产法总论

- 财产法理论的展开
——物权债权区分论的基本构造 加藤雅信 渠 涛 译 109
- 从英美法的观点看“物权”与“债权” 樋口範雄 林 青 译 130
- 财产权是如何发生的 加藤雅信 丁相顺 译 142
- 物权制度的创设与物权、债权的区别 太田胜造 金玉珍 译 158
- 物权债权二分论之意义及其适用范围 瀬川信久 其木提 译 172
- 从不动产的流动化和证券化看物权与债权共有法理、
团体法理、契约法理之间的交错关系 松木恒雄 吉富茉莉 译 193

财产法分论——1 物权

- 日本担保法制度改革的动向 汤浅道男 李又又 译 217
- 评财产权劳动学说 易继明 228

2 / 中日民商法研究(第二卷)

不动产物权变动论(序论)

——以第三人论的理论现状为主线 田中淳子 李又又 译 251

试论中国动产抵押权的完善

——兼及让与担保制度的取舍 刘保玉 275

典权制度的比较研究 其木提 301

财产法分论——2 债

侵权行为法的整体性图景 藤冈康弘 丁相顺 译 327

委托契约的信托化倾向 解 豆 360

网络的管理人及服务商对网络名誉侵权所应承担的责任

新美育文著 夏 芸 译 376

日本消费者契约法上的缔约过程规制与说明义务

——以说明义务规范的构造为中心 牟宪魁 386

医事法

临床试验上的民事法律问题 祝 轩 405

人体生命科学发展规制中的民法问题 龚赛红 424

仲裁法

试论作为制度契约的仲裁契约 小島武司 丁相顺 译 463

日本关于国际商事仲裁协议准据法的法律制度 李 旺 482

商 法

关于近期日本商法的修改

——有价证券的无纸化和股票不发行制度 田泽元章 祝 轩 译 493

日本董事责任免除制度的新发展 蔡元庆 505

论电子商务中的消费者保护 田泽元章 蔡元庆 译 517

法解释学

中国的立法论与日本的解释论

——为什么日本民法典可以沿用百多年之久

铃木贤 537

民法解释和判例研究在中国展开的现状

段 匡 546

附 录

中日民商法研究会 2003 年大会议程

555

中日民商法研究会 2003 年大会会议记录

李又又 整理 558

中日民商法研究会第二届(2003)大会与会人员名单

587

日本法律文献的阅读方法

林 青 591

《中日民商法研究》注释体例(试行)

616

中日民商法研究(第二卷)

民法总论



中国民法典编纂的进程与争论点

梁慧星*

目 次

- 一、1949—1982 年的三次民法典起草
- 二、1998 年民法起草工作小组的设立及其“三步走”规划
- 三、民法典起草的开始
- 四、2002 年 4 月民法典草案专家讨论会
- 五、民法典草案(9 月稿)及 2002 年 9 月专家讨论会上的争论点
- 六、《民法典草案(审议稿)》介绍
- 七、结语

一、1949—1982 年的三次民法典起草

中国自 1949 年以来曾经三次起草民法典。前两次均因政治运动

* 作者:中国社会科学院法学研究所研究员、中日民商法研究会会长、山东大学法学院院长。

而中断^①。

第三次起草民法典从 1979 年开始,至 1982 年暂停^②,改为先制定单行法^③。

二、1998 年民法起草工作小组的设立及其“三步走”规划

1998 年 1 月 13 日第八届全国人大常委会王汉斌副委员长邀请五位民法教授^④座谈民法典起草,五位教授一致认为起草民法典的条件已经具备,王汉斌副委员长遂决定恢复民法典起草,并委托九位学者专家组成民法起草工作小组^⑤,负责民法典草案的起草工作。

1998 年 3 月召开民法起草工作小组第一次会议,议定“三步走”的规划:第一步,制定统一合同法,实现市场交易规则的完善、统一和与国

① 从 1954 年开始起草民法典,至 1956 年 12 月完成新中国的第一部《民法典草案》,分为总则、所有权、债、继承四编,共 525 条。由于此后发生“整风”、“反右”等政治运动,致民法典起草工作被迫中断。这一民法典草案,其编制体例和基本制度均参考 1922 年的苏俄民法典。1962 年,中国在经历严重自然灾害和“大跃进”所造成的严重困难之后,重新强调发展商品生产和商品交换,在此背景之下开始了第二次民法典起草,至 1964 年 7 月完成《民法典草案(试拟稿)》。该草案仅分三编:第一编总则;第二编财产的所有;第三编财产的流转。这次民法典起草因 1964 年开始的“四清运动”而中断。

② 1979 年开始第三次起草民法典,至 1982 年完成民法典草案(1—4 稿)。《民法典草案(第四稿)》包括八编:第一编民法的任务和基本原则;第二编民事主体;第三编财产所有权;第四编合同;第五编智力成果权;第六编财产继承权;第七编民事责任;第八编其他规定。其编制体例和主要内容,主要参考 1962 年的苏联民事立法纲要、1964 年的苏俄民法典和 1978 年修订的匈牙利民法典。

③ 因 1982 年立法机关决定暂停民法典起草,于是形成现今以《民法通则》及《合同法》、《担保法》、《婚姻法》等单行法构成的民事立法体系。

④ 出席座谈会的五位教授是:政法大学的江平教授、中国社会科学院法学研究所的王家福研究员和梁慧星研究员、清华大学的王保树教授、人民大学的王利明教授。

⑤ 民法起草工作小组的九位成员是:江平教授(政法大学)、王家福研究员(中国社会科学院法学研究所)、魏振瀛教授(北京大学)、王保树教授(清华大学)、梁慧星研究员(中国社会科学院法学研究所)、王利明教授(人民大学)、肖岫先生(法制工作委员会退休干部)、魏耀荣先生(法制工作委员会退休干部)、费宗祯先生(最高人民法院退休法官)。

际接轨^⑥；第二步，从 1998 年起，用 4—5 年的时间制定物权法，实现财产归属关系基本规则的完善、统一和与国际接轨；第三步，在 2010 年前制定民法典，最终实现建立完善的法律体系的目标。至 2001 年，在两个物权法草案学者建议稿的基础上^⑦，产生了法制工作委员会的《物权法草案（征求意见稿）》，按照原计划应当在 2002 年提交全国人大常委会审议，2003 年通过。

三、民法典起草的开始

因中国加入 WTO，要求改善国内法制环境，第九届全国人大常委会李鹏委员长要求在 2002 年完成民法典草案并经常委会审议一次。于是，在 2002 年 1 月 11 日召开民法典起草工作会议，由法制工作委员会副主任胡康生委托六位专家学者分别起草民法典各编条文草案^⑧，民法典起草正式开始。

四、2002 年 4 月民法典草案专家讨论会

在六位受托人相继完成各编条文草案后，法制工作委员会于 2002 年 4 月 16 日至 19 日召开民法典草案专家讨论会。在对受托人起草的各编条文草案进行了讨论之后，于 19 日上午集中讨论民法典结构体例。王家福研究员建议民法典设 10 编：第一编总则；第二编人格权；第三编物权；第四编知识产权；第五编债权总则；第六编合同；第七编侵权行为；第八编亲属；第九编继承；第十编涉外民事关系的法律适用。经

⑥ 合同法的起草始于 1993 年，1993 年 10 月拟订《合同法立法方案》，1994 年 1 月正式开始起草，1995 年 1 月产生《合同法草案建议稿》，1998 年形成正式草案提交人大常委会审议，1999 年 3 月 15 日经全国人大第二次会议通过，同年 10 月 1 日生效。

⑦ 一是由梁慧星负责起草的中国社会科学院的物权法草案建议稿，一是由王利明负责起草的人民大学的物权法草案建议稿。

⑧ 委托中国社会科学院法学研究所梁慧星研究员负责起草总则编、债权总则编和合同编；人民大学法学院王利明教授负责起草人格权编和侵权行为编；中国社会科学院法学研究所郑成恩研究员负责起草知识产权编；最高人民法院唐德华副院长负责起草民事责任编；中国政法大学巫昌桢教授负责起草亲属编和继承编；最高人民法院退休法官费宗祯负责起草涉外民事关系的法律适用编。

过讨论,其中八编,包括总则、物权、债权总则、合同、侵权行为、亲属、继承、涉外民事关系的法律适用,获得一致同意。对于是否设人格权编和知识产权编,未达成一致意见^⑨。

五、民法典草案(9月稿)及2002年9月专家讨论会上的争论点

法制工作委员会在受托人起草的各编草案基础上,用了五个月的时间进行删节、修改、整理、编纂,形成《民法典草案(9月稿)》,包括九编:总则、人格权、物权、知识产权、合同、侵权行为、亲属、继承、涉外民事关系的法律适用。

这一草案在9月16日至25日的民法典草案专家讨论会上进行了讨论。讨论会上的争论点如下:

(一)是否规定“非法人团体”?^⑩

(二)是否规定“权利滥用的禁止原则”?^⑪

(三)是否规定“无法律规定时可以适用习惯,无法律规定和习惯时可以适用公认的法理”?^⑫

(四)关于法人的分类,是分为社团法人与财团法人,或者营利法人

⑨ 梁慧星不赞成设人格权编,梁慧星和郑成思不赞成设知识产权编。

⑩ 法制工作委员会的意见是,改变民法通则关于法人承担有限责任的规定,扩大法人概念,将合伙组织等包括进去,因此民法典草案(9月稿)未规定“非法人团体”;多数参加者认为,不具有法人资格的团体的存在,是不可否认的事实,是不可回避的问题,主张规定“非法人团体”。

⑪ 法制工作委员会认为,什么是“权利滥用”及“权利滥用”与诚信原则是什么关系,说不清楚,因此民法典草案(9月稿)未规定“权利滥用的禁止”;多数参加者认为,应当规定“权利滥用的禁止原则”。

⑫ 法制工作委员会认为,什么是“习惯”说不清楚,“习惯”还有好坏之分,什么是“公认的法理”,也说不清楚,因此民法典草案(9月稿)未作规定;多数参加者认为,什么是习惯,习惯之能否适用,以及什么是公认的法理,应由审理案件的法官判断,建议规定这一法律适用原则。

与非营利法人,或者沿用企业法人与非企业法人的分类?^⑬

(五)是否保留“法律行为制度”?^⑭

(六)是否规定“间接代理”?^⑮

(七)是否保留“债法总则”和“债权”概念^⑯

(八)人格权是否独立设编?^⑰

(九)如何看待法人的本质,以及法人是否有“一般人格权”?^⑱

(十)侵权行为是否独立设编,以及是采大陆法系模式或者英美法系模式?^⑲

⑬ 对此问题的讨论,学者间意见分歧,一种意见主张采传统民法的“社团法人与财团法人”的分类,一种意见认为因“一人公司”的出现致“社团、财团”的分类受到挑战,主张采“营利法人”与“非营利法人”分类;另一种意见主张按法人的一般规定、设立、机关、变更、清算,将分类纳入各阶段。

⑭ 法制工作委员会认为,法律行为主要是合同,主张在合同法编规定法律行为,江平教授进一步建议取消“法律行为制度”,主要理由是:一是“法律行为”概念难懂;二是学者间有争论。多数参加者主张保留“法律行为制度”。

⑮ 学者间一种意见主张维持大陆法系只承认“直接代理”的传统,不赞成规定“间接代理”;另一种意见主张规定“间接代理”。

⑯ 会上就是否保留“债法总则”和“债权”概念进行了激烈争论,江平教授、马俊驹教授等赞同民法典草案(9月稿)取消“债法总则”和“债权”概念;多数参加者主张保留“债法总则”和“债权”概念。

⑰ 会上就人格权是否单独设编进行了激烈争论,王利明教授、郭明瑞教授、马俊驹教授等主张人格权单独设编;多数参加者不赞成人格权单独设编。

⑱ 凡主张人格权单独设编的学者,均主张法人有“一般人格权”;相反的意见认为,法人只是为“经济目的”而存在,所谓“法人名称、商誉、商业秘密”等,实质上属于“经济利益”,与自然人的“人格利益”不同,规定法人有“一般人格权”违背法人制度和人格权制度的本质。

⑲ 一种意见强调侵权责任的本质是“责任”而不是“债”,主张侵权行为编独立于“债权编”而与“物权编”并立(绝对独立);另一种意见认为侵权责任的本质仍然属于“债”,主张仍规定在债权编内,或者在“债法总则编”之下设(相对独立的)侵权行为编。主张侵权行为编“绝对独立”的学者,建议像英美法TORTS那样,将一切“救济手段”均纳入侵权行为编,称为“大侵权”模式;相反的意见,不赞成所谓“大侵权”模式,主张仍以大陆法系“侵权之债”为中心,适当规定“停止侵害”等救济手段,维持“小侵权”模式。