

关于《日本民法典》的全面修改 【星野英一 渠涛译】

物权法制定中有关意识形态的论争 【梁慧星】

日本担保制度的现状与课题 【堀龙儿 杨巍 高庆凯译】

物权的本质论与物权法定原则 【申政武】

中国《公司法》的修订与改革趋向 【王保树】

股份无纸化与间接持有证券制度 【田泽元章 蔡元庆译】

《日本信托法》的修改 【道垣内弘人 高庆凯译】

日本新司法考试制度及其对我国的启示 【冷罗生】

渠涛 主编

# 中日民商法研究

第六卷



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 丁日民商法研究

第六卷

渠涛 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

中日民商法研究(第六卷)/渠涛主编. —北京:北京大学出版社,2007.8  
ISBN 978-7-301-12594-6

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(2007)第 119714 号

书 名: 中日民商法研究(第六卷)

著作责任者: 渠 涛 主编

责任编辑: 徐云龙

标准书号: ISBN 978-7-301-12594-6/D·1833

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 28.5 印张 451 千字

2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

## 《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3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。

中日民商法研究会会长 梁慧星

2002年11月25日

## 开卷语

本卷是《中日民商法研究》第六卷,所收录的是“中日民商法第五届大会”的内容。本届大会于2006年6月在中国南京召开,由南京大学法学院承办,另有江苏天豪律师事务所协办。

参加本届大会的著名民法学者有:星野英一教授(日本学士院院士、东京大学名誉教授、中国社会科学院法学研究所特聘教授),梁慧星教授(中国社会科学院学部委员、法学研究所研究员、中国政治协商会议委员、中日民商法研究会会长),高翔龙(韩国学士院院士、韩国成均馆大学名誉教授、日本大东文化大学大学院法科大学院教授),加藤雅信(名古屋大学教授,现为上智大学教授),近江幸治(早稻田大学法学研究科教授),道垣内弘人(东京大学法学研究科教授),冈孝(学习院大学法学研究科教授)等。

参加本届大会的著名商法学者有:王保树(清华大学教授、中国法学会商法学会会长),田泽元章(名城大学法学部教授),布井千博(一桥大学教授),周剑龙(拓殖大学法学研究科教授)等。

参加本届大会的还有:在日中国法著名学者铃木贤(北海道大学教授),宇田川幸则(名古屋大学副教授),坂口一成(日本学术振兴会特别研究员);此外,本届大会又有更多的留日归国学者以及具有留日背景的法律实务界人士参与进来,为研究会今后的发展在人才方面进一步提供了有力的保障。

本届大会一如既往,将报告和讨论截然分开,第一天完全是学者的报告,第二天是自由讨论。第二天上午的讨论分为民法和商法两个部分,下午集中在一起综合讨论。《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的水平的工作,今年这项工作更多是由承办校的研究

生和老师们完成的,因此为长年对此付出极大贡献的李又又小姐减轻了不少的辛劳。对此,谨代表研究会和读者向南京大学法学院的师生及李又又小姐表示衷心感谢。

再有,本届大会有幸邀请到国内中日语言翻译领域的顶级高手杨晶和郑瑾两位女士到场操麦做同声传译,对于她们的辛苦付出表示衷心感谢。

在两天的会议期间,与会专家学者同前几次一样,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。

需要说明的是,第一,《中日民商法研究》收发稿件的要求,也是其主要特点就是所有稿件必须有中日法律比较或日本法律介绍的内容。此卷论文集收录的学术报告、论文和译文共26篇,即是严格按照既定要求选录并是在国内首次发表。这26篇学术力作的内容涉及民法和商法的各个领域。其中有些在大会以后经过作者修改增加了新的内容,而有些则未经过作者修改仍保持着向大会提交当时的原貌。对于这些“原貌”作品的内容,也许会使人感到“陈旧”,但作为研究的轨迹,理当具有重要的价值。第二,在本卷的附录部分,接受出版社方面的意见,对开幕式的致辞部分作了省略处理。这一点与以往各卷在内容结构上有所不同。就此,谨向莅临开幕式致词的各位致歉,并请亲临本会开幕式的读者见谅。

中日民商法研究会白手起家,能够成功地召开第五届大会,主要得益于南京大学法学院的鼎力承办以及中日两国民商法学者的积极参与。在此,谨代表研究会向承办校,向积极参与本届大会的各位学者,以及参加会务工作的南京大学法学院的各位领导、老师们和研究生们表示衷心感谢。

本卷《中日民商法研究》因为诸多原因,改由北京大学出版社出版。在此,首先要感谢法律出版社社长黄闽先生长期以来对《中日民商法研究》出版的支持,也要感谢在学术出版日趋严峻的情况下能够欣然接受本卷出版的北京大学出版社蒋浩先生的厚爱,同时更要感谢负责具体工作的责任编辑,以及各位编辑为论文集付出的辛勤劳动。

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中心(中日民商法研究会)

E-mail:PLSCJ@law.cass.net.cn qutao@cass.org.cn

本卷主编于通州寒舍书斋

2007年5月吉日

# 中日民商法研究会第五届（2006）大会代表合影

6.17于南京



中日民商法研究会第五届（2006）大会代表合影

# 目录

## 中日民商法研究 第六卷

### 开卷语

#### 民法 1 总论

关于《日本民法典》的全面修改/星野英一 渠涛 译 1

消灭时效制度的若干考察/冈孝 申政武 译 25

关于“重大误解”的几点考察/刘勇 33

#### 民法 2 物权

物权法制定中有关意识形态的论争/梁慧星 46

韩国不动产物权与登记制度

——与日本法比较/高翔龙 金玉珍 译 66

日本担保制度的现状与课题/堀龙儿 杨巍 高庆凯 译 77

物权的本质论与物权法定原则

——近代日本法与现代中国法的双重视点/申政武 85

业主的建筑物区分所有权/陈华彬 97

论不动产双重交易纠纷中预告登记的作用/朱晔 118

#### 民法 3 债权

建设工程承包契约中的实践问题

——以日本法为视点/近江幸治 渠涛 译 142

论民法典草案产品责任规定的几个问题

——以与现行法的关系为中心/崔光日 153

日本环境侵权民事责任归责原则的新发展及其对我国的启示/罗丽 169

#### 商法 1 公司法

中国《公司法》的修订与改革趋向/王保树 181

中国外商投资企业法的统一公司法整合路径/吴建斌 187

2005 年日本新公司法的基本原则的变化/布井千博 杨东 译 203

- 略论《日本公司法》中有关公司机关的制度设计/周剑龙 215
- 日本股东代表诉讼中的担保提供制度/蔡元庆 225
- 设立登记之前的公司机关的权限
- 以《公司法》和《公司登记管理条例》的规定为中心/徐浩 246
- 职工持股制度价值再考
- 日本职工持股制度发展趋势及其对我们的启示/李立新 266

## 商法 2 证券法

- 股份无纸化与间接持有证券制度
- 公司法上的股票不发行原则与《公司债、股份等的交割法》；
- 兼谈《海牙间接持有证券的法律适用公约》/田泽元章 蔡元庆 译 285
- 关于《日本公司法》中的种类股/杨泽宇 307

## 信托法

- 《日本信托法》的修改/道垣内弘人 高庆凯 译 318
- 新《日本信托业法》的结构和内涵/姜一春 327

## 其他

- 中国破产程序中劳动债权的保护/刘荣军 334
- 日本新司法考试制度及其对我国的启示/冷罗生 346
- 浅析新日本国际私法
- 《法律适用通则法》/鞠凤琴 366

## 附录

- 中日民商法研究会第五届大会议程 385
- 中日民商法研究会第五届大会参会人员名单 389
- 中日民商法研究会 2006 年大会会议记录 392
- 《中日民商法研究》注释体例(试行) 442

# 民法 1 总论

## 关于《日本民法典》的全面修改 | 星野英一\* 渠涛\*\* 译

### 一、引言

### 二、《日本民法典》全面修改的动向

### 三、民法典修改时应探讨的各种问题——现代的“法典论”

### 四、民法典修改的程序

## 一、引言

日本在 2002 年实现了民法典的现代语化修改,进而人们开始讨论全面修改民法典的问题。作为民事立法机关的法务省民事局局长在对外发言中谈到过,在已列入民事立法的计划中有准备对债权法进行全面修改的内容。这一发言在媒体上报道之后<sup>①</sup>,遂在学界成为人们热烈讨论的话题。

但是,《日本民法典》的全面修改并非是最近才突然出现的问题。本文将首先简略介绍学者关于民法典修改问题的讨论,然后对现在关于民法典全面修改中存在的各种问题做概括性的考察。

## 二、《日本民法典》全面修改的动向

1998 年,恰逢《日本民法典》施行 100 周年,为此举行了很多大型纪

\* 作者:日本学士院院士、东京大学名誉教授。中国社会科学院法学研究所特聘教授。

\*\* 译者:中国社会科学院法学研究所研究员(民法室)。

① 参见新春访谈:法务省民事局长谈“民商事法改正の动向”,载《金融法务事情》1759 号(2006 年 1 月)。

念活动。<sup>②</sup> 在这些纪念活动中的发言里,一般都会先对《日本民法典》给予一番肯定,诸如,民法典通过特别法的制定和法典本身的小修改,进而经过判例的积累和学说的进步迎来了一百年等;接着便是对民法典全面修改的积极讨论。

我本人很早以前也就《日本民法典》的全面修改写过一些东西。<sup>③</sup> 我对现在大家提出的民法典全面修改的认识是,日本继明治初年和第二次世界大战结束的两次大规模立法之后,现在迎来了第三个“立法改革期”。在写这些东西的当时,我正在担任法制审议会民法部会的会长。所谓法制审议会是法务大臣的咨询机关,而法务大臣的职责是负责制定民法、商法、刑法等被称之为基本法律的政府法案。在我担任民法部会会长期间,曾经经历了《债权让渡特例法》、《成年人监护法》、《中间法人法》等几部法律的起草工作,因为有限的精力过于集中在法案的起草上,所以没能抽出更多的时间考虑民法典的全面修改问题。

基本在同一时期——即 1991 年——开始进行的民法典现代语化草案制作中,我曾担任委员长一职,最终将这一草案于 1996 年完成后提交给了法务省民事局局长。但是,因为种种理由,最后到 2004 年才提交到国会通过,这就是 2005 年开始实施的所谓“民法现代语化”的修改。<sup>④</sup>

这次的所谓“现代语化”修改,主要的内容有以下两项。一是,对条文本身的修改,这部分主要是因为一些与条文文理明显相左的解释已经成为确定判决的判例,而且在学说上对这些解释也没有歧义,因此用这种“解释”对条文的内容进行了修改,其中也包括新增的内容,如将“善意”改为“善意无过失”等。二是,在内容上与原文相比基本没有任何变化,而只是将其语言改为了现代语。在这项工作进行当中,很多人都认为,无论如何在不远的将来还是需要对民法典的内容进行全面修改,既然如此,现在仅仅将民法典“现代语化”实在是一种对时间的浪费。但是对

② 例如,以“民法 100 年記念シンポジウム”为题,于 1998 年 11 月 12 日在东京,11 月 14 日在京都召开的国际研讨会。该研讨会分两个会场,基本上召集到了全日本所有的民法学者,并由日本学者邀请到了法国、德国、美国、荷兰等国在世界上著名的学者各 1 名参加。关于研讨会的情况参见〔日〕能见善久:《〈民法 100 年記念シンポジウム〉開催される》,载《NBL》第 654 号(1998 年 12 月)。

③ 参见〔日〕星野英一:《近づいた民法典百周年》,载《法学教室》第 150 号(1993 年)。

④ 关于这一问题的研究文献有很多。最为详细的论文是作为研究委员之一的中田裕康所著的:《民法の现代语化》,载《ジュリスト》第 1283 号(2005 年)。

于这种认识,当时我就有不同的看法。<sup>⑤</sup>

(1) 民法包括的内容基本上要适用于人们日常生活的各个方面,而且是社会的基本法。因此,必须让它成为国民容易理解的法律。然而,当时的民法使用的片假名标记和文言句,以及用词和文章都令人费解,所以将民法改为亲近于一般民众的现代文文体实在是亟待解决的问题。因此,这项工作刻不容缓,至为重要。

(2) 当然,作为面向 21 世纪的民法典,需要全面修改也迫在眉睫,但是,仍然不能改变前一种需求的存在。

(3) 通过现代语化可以唤起更多的国民对全面修改民法典的关心。

《日本民法典》施行 100 周年的纪念活动曾经在各地举办过很多次,其中之一是日本私法学会于 1998 年召开的以“民法 100 年与债权法修改的课题和方向”为题的大型研讨会。<sup>⑥</sup>

此外还有一些旨在研究民法典全面修改的自发性研究组织,以东京大学的内田贵教授为主名曰“修改委员会”的研究小组就是其中之一。<sup>⑦</sup>这个研究小组从 2001 年 2 月开始讨论担保物权法,在大致确定了基本方针之后,邀请研究小组以外的学者召开了一次讨论会。<sup>⑧</sup>并且在此基础上公开发表了研究小组制作的草案(中间试案)。<sup>⑨</sup>此后,该研究小组又分别设立债权法小组和家族法小组分别展开相关研究。债权法小组开始于 2001 年 1 月,中间也开过一次由组外学者参加的讨论会;后者开始于 2003 年 12 月,也开过同样的讨论会。<sup>⑩</sup>

此外,尽管直接的目的并不在于《日本民法典》的修改,但以介绍外国法和国际立法动向——诸如,最近《德国债权法》修改,关于动产买卖的全世界或地区性的统一法律条约或统一契约法草案,《法国债权法》修改草案以及其他国家最近民法典的修改等——展开个人和有组织研究的

⑤ 参见〔日〕星野英一:《インタビュー民法典の 現代語化をめぐる》,载《法学教室》第 294 号(2005 年)。

⑥ 参见《私法》第 61 号(1999 年)。

⑦ 内田贵教授的说明参见《ジュリスト》第 1307 号第 104 页以下(2006 年)。

⑧ 这次研讨会的内容参见《ジュリスト》第 1213 号、第 1214 号(2001 年)。

⑨ 参见《ジュリスト》第 1228 号(2002 年)。

⑩ 参见“債権法の改正に向けて”(上)(下),载《ジュリスト》第 1307 号、第 1308 号(2006 年);“家族法の改正に向けて”(上)(下),载《ジュリスト》第 1324 号、第 1325 号(2006 年)。

也很多。<sup>⑪</sup> 特别值得关注的是2006年6月在比较法学会年会上召开的两个研讨会。其中,一个是规模比较小的“欧洲契约法原则研讨会”,还有一个规模比较大的“债务不履行——买卖标的物存在瑕疵时的买主救济——研讨会”。在这两个研讨会上,经常可以从报告人和参加讨论的人们的发言之中见到他们有意识地提及到已经开始得到广泛讨论的《日本民法典》修改问题。<sup>⑫</sup>

说到这里,我想谈一谈《日本民法典》的全面修改与日本“第三次立法改革期”之间的关系。

依本人所见,所谓“第三次立法改革期”走过来的是一条曲折多歧之路。

最初制定《成年人监护法》以及《中间法人法》都是在某种程度上改变民法原则或对一些本应在民法典中规定而现行民法典没有规定的制度,这种欠缺的填补,都是一些带有根本性修改这一性质的立法。

但是,接下来是对民法中一些重要制度的修改,就其修改的动机和内容而言,与其说是从根本上重新构建民法典,倒不如说只是为了处理20世纪90年代泡沫经济崩溃而出现的一些具体问题,应该说这些修改仅限于这个层次。例如,关于抵押权制度的修改就成了一锅夹生饭(正因为如此,“修改委员会”曾经策划过一个对抵押权进行彻底修改的方案)<sup>⑬</sup>;民法的保证制度修改也没有触及到其根本的问题所在,修改欠缺彻底性;因此说这些修改无非仅限于最低限度满足当时社会的需要(关于这一点也可以看作是各种势力妥协的结果)。<sup>⑭</sup>

再接下来,恐怕就应该是以这次不具实际修改内容的“现代语化”为

⑪ 参见〔日〕星野英一、渠涛译:《日中韩民法制度同一化的诸问题》,载渠涛主编:《中日民商法研究(第4卷)》,法律出版社2006年2月版,第3页引用文献。

⑫ 参见《比较法研究》第67号(2007年)。

⑬ 关于这个问题的研究文献很多。〔日〕松冈久和:《担保・執行法改正の概要と問題点》,载《金融法事情》第1687号、第1688号(2003年),该论文中列举了相关研究的文献。另外,《ジュリスト》第1283号刊载有以“平成16年民法改正”为题的专辑,其中的内容与此问题有关,也有下一注释中涉及问题的解说和研讨会的情况。实际上可以推测该问题多与担保相关,但是在立法上,虽然《关于动产及债权让与的对抗要件的民事特例法等相关法律》(平成10(1999)年法律第104号)在立法上作为对抗要件广泛承认法人的动产让与的登记,这也是一种新思路,但从这一立法的整体上看,它并没有将存在的问题都考虑进去。

⑭ 在民法典现代语化的同时还在民法典的保证部分加入了第465条2—5等4个条文。关于这一点的研究文献也很多。作为日文文献仅举前掲《ジュリスト》第1283号(2005年);作为中文文献有渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社2006年版。

出发点,继而将进入所谓民法典全面改革,即“第三次立法改革”的高峰期了。之所以这么说是因为,在现代语化之后又有大量新的立法出台。诸如,旨在对非营利法人及公益法人制度进行全面修改(即废止《中间法人法》)而制定的三个大型法律(即平成18年法律第48号、第49号、第50号);2006年的信托法全面修改(平成18年法律第108号);对2004年施行的新公司法的全面修改以及公司法脱离商法典的动向(平成17年法律第86号)等。如果将这些立法现象综合起来看,应该说2005年前后再次进入了民商法大规模修改的时代。最近人们将今天的时代称之为“大立法期”<sup>⑤</sup>,也正是源于上述以修改法律为表象的立法现象。

从上述背景看,应该说民法典的全面修改——至少是债权法的修改时机,在日本已经成熟。

### 三、民法典修改时应探讨的各种问题——现代的“法典论”

#### (一) 概观

但是事情并非如此简单。

在考虑全面修改法典的时候需要事先考虑到一些基本的问题和实际问题。

实际上,在前述日本私法学会的研讨会上,虽然许多报告人都在主张债权法修改的必要性,但参加讨论的人并非全都无条件地举手赞同。当时,我本人没有就自己的基本态度进行陈述,而只是援用参加讨论的人表现出来的前述疑惑,对报告人的“修改论”中显现的过于急迫的态度(也许是我个人的感觉)表示出了自己的担心,并指出了一些修改民法典中应该注意的问题。<sup>⑥</sup> 我的最终结论是支持民法典全面修改的,只是想提出一些在修改过程中应事先考虑的问题。

在这里,我们应该重新审视古典典型的民法典论。关于这方面的论著,既可以看到被称之为《法国民法典》之父的包塔利斯(Portalis)的《民法典绪论》<sup>⑦</sup>,也可以看到《日本民法典》起草人之一穗积陈重的《法典论》

<sup>⑤</sup> 参见〔日〕房村精一(时任法务省民事局局长):《大立法时代の到来》,载《金融法务事情》第1695号(2004年)等。

<sup>⑥</sup> 参见《私法》第61号第63页以下(广中俊雄),第65页以下(北川善太郎),第66页以下(星野英一)等。

<sup>⑦</sup> 野田良之译,日本评论社。

(1890年)。

穗积是《日本民法典》起草人中的中心人物,《法典论》是他压在箱底多年的一部论文稿,恰逢博瓦索纳德起草的旧民法典被决定延期施行后,因主张民法典应该由日本人起草而引发的所谓“法典论争”最为激烈的时候,将其公布了出来。这部著作的字数并不多,但正像在穗积其他论著中表现出的那样,以其犀利的视点针对当时围绕法典编纂讨论的几乎所有问题提出了自己的见解。这一论著在今天也经常被引用。

本文要讨论的民法全面修改中应该注意的问题,将主要以这部论著的视点为中心,同时结合本人在前述日本私法学会上的发言,并参考前述内田贵教授研究小组围绕其提出的修改方案展开讨论。

穗积的论著分为五个部分,即绪论、法典编纂的目的、法典的体例、法典编纂委员、法典编纂的程序。以下本文将按照当前需要考虑的问题的具体情况,以不同的排列顺序就这些问题展开讨论。

## (二) 修改的目的<sup>⑮</sup>

必须明确为什么修改法典。这个问题比没有法典而编纂法典更为棘手。如果是一部非常糟糕的法典,问题反倒简单了,但如果是做得相当不错的法典,又因时代的变迁而由判例、学说作出了相当完善的补充的话,人们就会对这种大规模的修改提出疑问。诸如:今后是否也应该采用以往的方法逐步完善民法典;是不是只需要修改特别糟糕的部分或者仅对法典中没有直接规定的新的问题予以规定(在民法典中规定或用特别法的形式规定)即为已足等等。关于这一点,在穗积的著作中,作为法典编纂内容列举了“治安”、“守成”、“统一”、“整理”、“更新”等五项。并认为,在实际编纂法典中有时会兼有其中几项,明治初期的刑法和民法编纂就是采用了其中的“统一”和“更新”。有学者将修改的课题定位为三项,即 Reseat、Reform、Create 等三项。<sup>⑯</sup> 可以说这三项是充分地归纳了修改的目的。

如果从当代的日本特别法的数量众多和判例的大量积累这些方面看,应该说将穗积所说的“整理”,进而“更新”作为修改的目的之一,当然无可非议,但是仅有这一点,是否足够成为需要全面修改民法典的理由呢?

<sup>⑮</sup> 参见〔日〕穗积陈重:《法典论》第2编。

<sup>⑯</sup> 参见《私法》第61号,第70页(山田卓生)。

对此,私法学会上的报告人(特别是日本东京大学的能见善久),以及内田教授(东京大学)在研讨会上的发言作出了回答。

首先,内田指出:与法典制定的当时相比,社会和经济环境发生了巨大的变化;为数众多的特别法的存在导致了民法典的“空洞化,即民法典可规范的领域极其狭窄”;同时又列举了各国都有全面修改民法典的动向以及债权法领域的“国际性法律制度统一”的动向。其次,内田教授又提出,对修改民法典的“基本态度至关重要”,即不能仅以日本现行民法典是“比较法的成果”而满足现状,更应该认识到“民法典参与国际竞争的态度”具有相当的重要性,而且主张“应该将制作民法典作为一种文化事业来认识”极为重要。此外,他还谈到所谓“法典整備支援”<sup>②</sup>,并指出,“作为继受西洋法而成功的亚洲国家”的“市场价值并不会永久地持续下去”,因此,这种“法准备支援”更应该“考虑到全球化的视野”。<sup>③</sup>与此相对,能见教授认为:就契约法的修改而言,“对于市民或企业通过契约展开活动,需要有可供支持的契约法存在。”<sup>④</sup>内田教授最后提出的问题与能见提出的问题都是崭新的观点,但这些观点有待于深化。

上述讨论所针对的对象是,有人在研讨会上就债权法立法强调提出的应该重视“逻辑上”的整合性这一见解。最近森田修发表了一篇关于立法方法的论文,其针对的对象也是这一见解。这篇论文的副标题是“旨在债权法修改工作的‘文脉化’”,而主标题是“《民法典》问题的性格”,论文提出的问题是“为什么现在要修改民法典”。这篇论文的出发点是“民法典的危机”意识。首先是“版图的危机”,即为数众多的特别法使民法典在法院得到适用的范围逐渐缩小;由此又从作为法典基础的社会哲学的角度提出民法典是否与现实生活相符合的疑问,即“权威的危机”和“思想的危机”。而这两者之间的取舍又会陷入两难境地,因为如果重视前者,将现在特别法规定的内容简单地纳入民法典,相反会加剧“思想的危机”。对此,森田首先讨论了“作为法典的基础应选择什么样的社会哲学”的问题,继而又讨论了“我们的法典化基础是否可以寻求意思自律的原理”的问题。森田认为,“研究会”的基本姿态是对“合意原则”、“意思自律原则”的强调,因此,援用了与《德国债务法》相左的,即否定将消费

<sup>②</sup> 日本的所谓“法整備支援”是指对第三世界国家制定法典提供援助——译者。

<sup>③</sup> 参见《債權法の改正に向けて》(上),载《ジュリスト》第1307号,第103页。

<sup>④</sup> 参见《私法》第61号,第73页。