

中日民商法研究

(第一卷)

渠涛 · 主编

关于中国民法典编纂【梁慧星】

日本民法在比较法中的位置【五十岚清】

日本民法典编纂中遇到的难题【星野英一】

——“习惯”在民法中的定位

中国民法典立法中习惯法应有的位置【渠涛】

——以物权法立法为中心

从民法典的制定看法与政治的关系【加藤雅信】

日本民法典100年的启示【江平】

关于日本民法的思考【谢怀栻】

日本的根抵押权制度立法【铃木禄弥】

不动产商业性包租契约

在日本的现状及其问题【近江幸治】

日本契约法学的展开【山本敬三】



法律出版社
LAW PRESS

中日民商法研究

(第一卷)

渠涛·主编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中日民商法研究. 第1卷/渠涛主编. —北京:法律出版社, 2003.1
ISBN 7-5036-4075-8

I. 中… II. 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. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 102965 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京民族印刷厂	
开本/A5	印张/18.25 字数/514千
版本/2003年2月第1版	印次/2003年2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
法学学术出版中心/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/010-63939685 63939689	传真/010-63939701
中国法律图书公司/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	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-4075-8/D·3793	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

欣逢《中日民商法研究》(第一卷)出版之际,兴奋之情溢于言表。

《中日民商法研究》是由中日民商法研究会编辑的系列论文集,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。

中日两国一衣带水,有着两千多年文化和经济交流的历史。在这段历史中,近代以前主要是日本向中国学习,而近代以来,则是中国向日本学习的更多一些。从法律角度看,这主要因为:日本是亚洲最早引进西方法律制度的国家,日本民法典成立以来一百多年的历史,积累了丰富的法学研究成果和法律实践经验。这些对整个亚洲国家和地区都产生过很大的影响,而且今天仍然对亚洲国家民商法研究和立法发挥着重要的作用。通过成立中日民商法研究会的形式,促进两国法律界的交流,学习和借鉴日本法的经验教训,对于中国的法学研究和法律制度的完善具有十分重要的意义。

中日民商法研究会是一个松散型的学术组织,属于中国社会科学院法学研究所私法中心(中心主任梁慧星,副主任邹海林,秘书长渠涛)的外围学术团体。研究会的宗旨是:最广泛地联络中日两国法学、法实务界人士,通过对中日民商法领域的法学、立法及审判实践中各种问题的比较研究,促进中日两国民商法学界的学术交流。以期最及时准确地向国内介绍日本民商法学和法实务问题研究的最新成果,进而为今天中国的民法典制定和日本正在展开的民法修改做出应有的贡献。

研究会的主要活动是每年召开全体会员大会一次,并按照研究会宗旨组织至少一次学术研讨会;每年根据研讨会的举办次数,以系列论文集的形式向社会介绍本研究会的研究成果。需要特别介绍的是,研

2 中日民商法研究(第一卷)

研究会的中方会员基本上都是有留日背景的学者和法律实务界人士,因此中方会员除极个别的特殊情况外,在会上发表报告均需要自己担任翻译。

研究会的成立经过是这样的。今年1月,我同梁慧星老师应日本“日中法学会”邀请参加在早稻田大学召开的“日中法学家共同研讨会——中国物权法与民法典制定研讨会”,恰遇段匡和刘荣军两位当年在日本留学时相识的好友,四人在会议之余,闲谈中,话题遂集中到了中日民商法学交流的话题上。自1998年从日本回国工作后,曾经同梁老师谈论过成立一个中日民商法研究会的想法,但因种种原因一直未能实现。这次四个人在日本谈及此事,都认为今天各方面条件已经成熟,应该作为一项事业立即操办起来。因此,在会后短暂的时间里确定了研究会的宗旨和各自的分工,又经过大家几个月的精心设计和筹办,于2002年6月1日和2日在广州海关的莲花山训练基地隆重地召开了“中日民商法研究会成立大会暨中日民法典编纂比较研讨会”。大会选举出了研究会机关,即由梁慧星担任会长,渠涛担任秘书长。

莅临此次大会的学者约60名。其中来自日本的有:著名的民法学专家、日本学士院院士、东京大学名誉教授星野英一和日本学士院院士、东北大学名誉教授铃木禄弥,著名的比较法学专家、北海道大学名誉教授五十岚清等日本法学者8名和目前在日本工作和学习的中国学者4名;其他则是来自北京、上海、青海、广州、香港等地的国内学者和法律实务界人士;可谓盛况空前。

在两天的会议期间,与会专家学者围绕着中日两国民法典编纂这一主题,就民法典编纂中的热点问题展开了广泛深入的研讨,不仅仅在研讨会上,而且在闲暇的时间,也随处可见学者们潜心交流的身影,这充分体现了学者们对于他们心中“神圣的学术”的追求。正是这种务实、严谨而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。我们有理由认为:这次研讨会,从规模到具体内容都可以赶上或超过近年召开的同类会议的水准。这部论文集,在大会的报告、讨论等内容之外,还收录了一些近年来有关日本民商法方面的研究成果。因此应该说,这部论文集在国内的日本民商法研究领域具有很高的学术地位。

中日民商法研究会白手起家,能够成功地召开这次研讨会,主要得益于中山大学和中山大学法学院的鼎力承办和广州海关、日本驻广州总领馆、广州国际友好联络会等单位的协办,在此,谨代表研究会向承办和协办机关、各机关的各位领导,以及参加会务工作的各位教授和研究生表示衷心的感谢。另外还要感谢法律出版社总编辑黄闽先生、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尚处于襁褓之中的系列论文集的出版;同时我们更要感谢负责具体工作的各位编辑为这论文集付出的辛勤劳动。

最后,在为《中日民商法研究》的出版感到高兴的同时,我们也深感任重道远。有鉴于此,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司法中心(中日民商法研究会)

邮编:100720

电话:0086-10-64054114 传真:0086-10-64014042

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

本卷主编于通惠河畔寒舍书斋
2002年12月吉日

走近民法典 ——编后记

新中国成立五十多年没有制定出一部统一的民法典,但是制定民法典的要求和努力一直就有,从1955年的《中华人民共和国民法总则草稿》到1985年的《中华人民共和国民法总则(讨论稿)》,民法典总则和分则草案近百。对历次民法典草案流产的原因,论者见仁见智;可以肯定的是,民法典不是坚船利炮的技术,没有现实生活作根基,没有相应的经济和政治制度作保障,任何创制的努力注定不会成功。

现在,在改革开放二十多年以后,在加入世界贸易组织之后,中国似乎真正到了必须创制民法典的关口。决策层和法学界都在积极动作,民法学界的重要活动都以制定民法典为中心,重要的研究均围绕着有关制定民法典的问题展开;对国外民法典的比较研究以及国外学者对中国民法典研讨的参与空前热烈;媒体的关注,又使得制定民法典不仅仅是法学的热点,也成为社会生活的热点。

民法典在我们的社会生活和法律体系中是如此重要,以至于对它的研讨永远不会嫌多。为了展现新中国逐渐走近民法典的历程,保留各个阶段人们在民法典制定上的追求,记录民法典孕育中的各种印迹,向立法者和研究者提供尽可能多的材料,最终催生出一部完备的民法典,我们编辑出版了《新中国民法典草案总览》(上、中、下卷)、《中国民法百年回顾与前瞻学术研讨会文集》、《中日民商法研究》(第一卷)、《制定科学的民法典——中德民法典研讨会文集》、《德国债法改革——〈德国民法典〉最新进展》、《德国新债法一条文及官方解释》等一系列与制定民法典相关的书籍,这也是我们对民法典的贡献。

法学学术出版中心

2002年12月20日

目 录

民法典编纂问题

关于中国民法典编纂	梁慧星 3
日本民法在比较法中的位置	五十岚清 渠涛 译 18
日本民法典编纂中遇到的难题	
——“习惯”在民法中的定位	星野英一 渠涛 译 34
中国民法典立法中习惯法应有的位置	
——以物权法立法为中心	渠涛 44
从民法典的制定看法与政治的关系	加藤雅信 渠涛 译 82
东亚法系的建立	五十岚清 林青 译 86

历史回顾

日本民法的 100 年	星野英一 渠涛 译 91
日本民法典 100 年的启示	江 平 96
关于日本民法的思考	谢怀栻 100
日本民法编纂及学说继受的历史	渠涛 104

民法基本问题

从日本民法的历史看民法在当今社会中的地位与作用	渠涛 155
公序良俗在日本的最新研究动向	渠涛 167
诚实信用原则在日本的研究	渠涛 178

物权及担保物权法

日本的根抵押权制度立法	铃木禄弥 渠涛 译 189
中日担保物权法比较研究	中日担保物权法比较研究课题组 196

2 / 中日民商法研究(第一卷)

不动产商业性包租契约在日本的现状及其问题

近江幸治 渠涛 译 248

台湾“民法物权编修正草案”(简介)

刘得宽 293

日本抵押权制度中的新问题

——对抵押物租金实行物上代位的理论构成

李又又 299

债 法

日本债法总论和契约法的变迁

段 匡 321

日本契约法学的展开

山本敬三 李凌燕 译 351

日本侵权行为法沿革

刘荣军 355

亲族法

日本成年人监护制度修改后的现状及与之配套的

公共设施 and 制度

铃木初代 宇田川幸则 译 369

浅论日本关于成年人监护制度的修改

宇田川幸则 382

国际私法

日本法院制度改革展望

李 旺 399

从民法的基本理论看国际贷款协议的违约责任

仇京春 407

商 法

试论日本股份公司董事对公司责任制度

王作全 449

日本国有·国营企业的变迁及其相关立法

渠涛 461

判例介绍和评析

关于医疗过程中“说明义务”

龚赛红 李 柯 473

附 录

中日民法典编纂比较研讨会暨中国日本民商法研究会

成立大会会议议程

513

纪念中日邦交正常化 30 周年中日民法典编纂比较

研讨会暨中日民商法研究会成立大会会议记录

李又又 整理 517

中国日本民商法研究会成立大会暨第一次研讨会与会人员名单	546
日本法律文献的阅读方法	林青 549

中日民商法研究(第一卷)

民法典编纂问题

关于中国民法典编纂

●梁慧星*

目 次

- 一、20 世纪初期的民法典编纂
- 二、中华人民共和国的三次民法典编纂
- 三、现行民事法律体系及其存在问题
- 四、编纂民法典的三个步骤及目前状况
- 五、涉及民法典编纂体例的若干重要争论点
- 六、2002 年 4 月 16—19 日法工委召开的民法典草案讨论会概要及
 重大分歧
- 七、结语

一、20 世纪初期的民法典编纂

(一)第一次民法编纂

中国历史上,长期推行重农抑商的经济政策,自给自足的自然经济占据主导地位。政治上实行封建专制主义统治,个人自由、平等、权利

* 作者:中国社会科学院法学研究所研究员。

义务等观念均无由发生。因此,不具备民法产生和发展的基本条件。历代封建统治者虽重视法典编纂,但多为刑法规定。一般民事关系主要由习惯法调整。

近现代意义上的民法编纂,始于清朝末年的法制改革,1910年底完成第一个民法典草案,称为“大清民法典草案”。该草案仿照《德国民法典》的体例,分总则、债权、物权、亲属、继承五编,共1569条。特别是总则、债权、物权三编的内容,主要参考《德国民法典》和《日本民法典》。因1911年10月发生辛亥革命,推翻帝制,建立共和国,致使这一民法典草案未能成为正式的法律。值得指出的是,通过这一民法典草案,大陆法系民法尤其是德国民法的编纂体例及法律概念、原则、制度和理论被引入中国,对现代中国的民事立法和民法理论产生了深远的影响。

(二)第二次民法编纂

中华民国成立后,继续进行民法典编纂,以“大清民法典草案”为基础,予以增删修改,于1925年完成“民国民法典草案”。仍是总则、债权、物权、亲属、继承五编,共1745条。对瑞士债务法有所参考。这部法典草案未获得通过。

(三)国民政府制定的中国民法

1927年国民党领导的国民政府成立,1928年12月设立法院,负责民刑法典的编纂工作。从1929年2月1日开始编纂民法典,至1930年底,民法典各编全部完成并通过生效,称为《中华民国民法》。包括总则、债、物权、亲属、继承五编,共29章,1225条。这是中国历史上第一部民法典,所参考的是《德国民法典》第二草案,并参考了《日本民法典》、《瑞士民法典》、《苏俄民法典》和《泰国民法典》。1949年中华人民共和国成立,这一法典被中央人民政府明令废除,现仅在中国台湾地区施行。

二、中华人民共和国的三次民法典编纂

(一)第一次民法起草

中华人民共和国成立后,于1954年开始起草民法典,至1956年12月完成新中国第一部“民法典草案”。分为总则、所有权、债、继承四编,

共 525 条。主要参考 1922 年的《苏俄民法典》。其特点是,将亲属法排除在外,不规定物权,仅规定所有权,以公民概念代替自然人概念,不规定取得时效制度,片面强调对公有财产的特殊保护等。因 1957 年开始的政治运动,导致民法典起草工作中断。

(二)第二次民法起草

1962 年开始第二次民法起草。至 1964 年 7 月完成新中国第二部“民法典草案”,仅包括三编:总则、财产的所有、财产的流转。起草人设计了全新的体例,一方面将侵权行为、继承、亲属排除在外,另一方面将预算、税收、劳动报酬报酬纳入法典,并一概不用自然人、法人、物权、债权、权利、义务等法律概念。这次民法典起草因 1964 年开始的政治运动而中断。

(三)第三次民法起草

中国在经历“十年文化大革命”之后实行“改革开放”政策,从计划经济转向市场经济,民法的地位和作用开始受到重视。1979 年 11 月成立民法起草小组,至 1982 年 5 月起草了新中国第三部“民法草案”(一至四稿)。此后,立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活处在变动之中,一时难以制定一部完善的法典,决定改采先分别制定民事单行法,待条件具备时再制定民法典的方针。迄今已经形成一个以《民法通则》为民事基本法、由《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《公司法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《海商法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》等民事单行法构成的民事立法体系。这一民事立法体系,为改革开放和社会主义市场经济的发展,为建立民事生活的法律秩序,保障公民和企业的合法权益,维护社会公平正义,促进民主法治,发挥了重大的作用。

三、现行民事法律体系及其存在问题

(一)现行民事立法

1.《民法通则》

居于民事基本法地位的是《民法通则》。《民法通则》既不是民法典,也不同于民法典的总则编。它包括九章 156 条,即第一章基本原

则;第二章公民(自然人);第三章法人;第四章民事法律行为和代理;第五章民事权利;第六章民事责任;第七章诉讼时效;第八章涉外民事关系的法律适用;第九章附则。

2. 民事单行法

相对于民事基本法而言,民事单行法属于民事特别法。现行单行法有:(1)属于民法典债权编内容的,是现行《合同法》;(2)现行《担保法》中,关于保证和定金的规定,属于民法典的债权编的内容,关于抵押权、质权和留置权的规定,属于民法典的物权编的内容;(3)属于民法典亲属编内容的,是现行《婚姻法》和《收养法》;(4)属于民法典继承编内容的,是现行《继承法》;(5)属于商事法性质的民事特别法,有现行《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》、《专利法》、《商标法》等。

3. 民事法规

由国务院制定的民事法规,也属于民法之构成部分。如国务院1989年制定的《国内航空运输旅客身体损害赔偿暂行规定》等。

4. 行政法律法规中的民法规则

行政法律法规中也往往包含了民法规则,也属于现行民法之构成部分。如《产品质量法》第四章关于瑕疵担保责任和产品质量责任的规定;《城市房地产管理法》第四章关于房地产交易的规定。国务院1991年制定的《道路交通事故处理办法》,其中第六章关于人身伤害的损害赔偿的规定,也属于民法规则。

(二)存在的主要问题

1. 法律规则不完善

中国大陆进行经济体制改革是从发展市场交易开始的,当时的一个口号叫“搞活流通”,调整市场交易关系的法律较早受到重视,导致现行民法立法体系中,调整市场交易关系的法律法规(例如《合同法》、《海商法》、《证券法》、《保险法》),相对而言要完善一些,而调整财产归属关系的物权法,未受到应有的重视。至今缺乏关于物权的基本规则、基本制度,例如区分动产和不动产的准则、不动产物权和动产物权发生、变更与消灭的基本规则、物权保护的原则和制度、关于土地使用权的基本