

中日民商法研究

(第十六卷)

渠涛 · 主编

民法立法论

中国民法总则的制定【梁慧星】

对民法总则(草案)第一章“基本原则”的评述【尹田】

对错误制度的展望

——立法、判例、学说的相互影响【大村敦志】

债权让与

——“日本法主义”及其现状【中原太郎】

论民法总则的权利体系【朴成姬】

民法专题研究

法国19世纪的法条注释法学派【张民安】

人工造地与借地借家法的适用问题【近江幸治】

所有建筑物的共用部分所生金钱债权的法律性质【山口敬介】

监督者责任论的展开与课题

——日本型衡平责任的走向【大泽逸平】

消费者交易上的不当劝诱规制

——与民法强迫规定的关系为视角【大泽彩】

从日本的一个判例看成年监护制度和监护人责任的关联性【冷然】

商法

比特币的法律性质与交易所破产取回权的成立与否【道垣内弘人】

关于合营合同(股东间合同)效力的一个考察

——以日本法的现状与中国外国投资法方针比较为背景【平野温郎】

日本虚拟货币规制法的概要与课题【久保田隆】

日本虚拟货币若干法律问题：金钱、所有权、“海怪”【得津晶】

从判例看董事内部控制系统构建义务【田泽元章】

日本公司法典的最新发【王作全】

公司治理结构的法律思考

——兼论华为的虚拟股权与阿里的AB股制度【姜一春】

对赌条款法律效力辨析【刘惠明】

论债转股中诚信规则的建立与适用【李立新】

商业健康险与社会医疗险衔接的法律协调机制之构想【李伟群】



法律出版社

LAW PRESS CHINA

中日民商法研究

(第十六卷)

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. 第十六卷 / 渠涛主编. -- 北京:
法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1267 - 9

I. ①中… II. ①渠… III. ①民法—研究—中国②民法—研究—日本③商法—研究—中国④商法—研究—日本
IV. ①D923.04②D931.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 207028 号

中日民商法研究(第十六卷)
ZHONG RI MINSHANGFA YANJIU
(DI SHILIU JUAN)

渠 涛 主 编

策划编辑 刘文科
责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杜 进
责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室
开本 A5
印张 13.25
字数 380 千
版本 2017 年 9 月第 1 版
印次 2017 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1267 - 9

定价:68.00 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》

编 委 会

主 任:

梁慧星 中国社会科学院学部委员,中日民商法研究会会长

主 编:

渠 涛 中国社会科学院法学研究所研究员,中日民商法研究会常务副会长

编 委:

段 匡 上海复旦大学教授,中日民商法研究会副会长

刘荣军 北京师范大学教授,中日民商法研究会副会长

姚 辉 中国人民大学教授,中日民商法研究会副会长

邹海林 中国社会科学院法学研究所研究员

施天涛 清华大学法学院教授

易继明 北京大学教授

谢鸿飞 中国社会科学院法学研究所研究员

吴建斌 南京大学教授

杨 东 中国人民大学教授

蔡元庆 深圳大学教授,中日民商法研究会副秘书长

李伟群 华东政法大学教授

高见泽磨 东京大学东洋研究所教授

铃木贤 明治大学教授

宇田川幸则 名古屋大学教授,中日民商法研究会副秘书长

《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。于是联络学界同人,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十五届大会的内容。

本届大会于2016年9月10日和11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和北京理工大学珠海学院东北亚民商法律研究中心共同主办,北京理工大学珠海学院民商法律学院承办,北京市中伦律师事务所和北京市金杜律师事务所协办,在珠海召开。

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,北京理工大学珠海学院民商法律学院名誉院长,中日民商法研究会会长);尹田(北京大学法学院教授,北京理工大学珠海学院民商法律学院特聘教授);王建宇(北京理工大学珠海学院民商法律学院院长,教授);张明安(中山大学法学院教授,北京理工大学珠海学院民商法律学院兼职教授);于海涌(中山大学法学院教授);董惠江(黑龙江大学法学院教授);段匡(复旦大学法学院教授);丁相顺(中国人民大学法学院教授);王作全(青海师范大学法学与社会学学院教授);刘惠明(河海大学法学院教授);蔡元庆(深圳大学法学院教授);姜一春(烟台大学法学院教授);李伟群(华东政法大学教授);周江洪(浙江大学光华法学院教授);郭娅丽(北京联合大学法律系教授);李立新(上海大学法学院副教授);王燧(大连外国语大学副教授);刘善华(山东大学法学院副教授);高庆凯(中南财经政法大学法学院副教授);赵廉慧(中国政法大学民商法学院副教授);李麒(北京理工大学珠海学院民商法律学院副教授);李正华(北京理工大学珠海学院民商法律学院副教授);丁恒(北京市中伦律师事务所合伙人律师);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);渠涛(中国社会科学院法学研究所研究员,北京理工大学珠海学院民商法律学院特聘教授)等。

日方:近江幸治(早稻田大学大学院法学研究科教授);平野温郎(东京大学大学院法学政治学研究科教授);道垣内弘人(东京大学大学院法学研究科教授);大村敦志(东京大学法科大学院教授);中原太郎(东北大学大学院法学部准教授);早川胜(德岛文理大学综合政策学部教授);久保田隆(早稻田大学大学院法学研究科教授);田泽元章(明治学院大学学部教授);山口敬介(立教大学法学部准教授);得津晶(东北大学法学部准教授);大泽彩(法政大学法学部教授);大泽逸平(专修大学法科大学院准教授);铃木贤(明治大学大学院法学研究科教授);宇田川幸则(名古屋大学大学院法学研究科教授)等。

在日华人:王冷然(德岛大学综合科学部准教授,现为南山大学教授);温笑侗(东北大学法学部准教授)。

北京理工大学珠海学院常务副院长庞思勤教授到会并致辞;民商法律学院院长王建宇教授亲自督导,在各方面为会议提供了极大的便利;办公室主任马叶和雷婷以及会务组各位老师、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!

本届大会,承蒙铃木贤、刘惠明、蔡元庆、周江洪、高庆凯、寺岛美贵子、渠遥等担当同声传译和论文的笔译工作,对他们无偿付出的辛劳表示衷心感谢!

本届大会的与会专家学者和实务界工作者在两天会议期间,一如既往地围绕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得到了新的提高。

特别值得一提的是,本届大会承蒙大村敦志和道垣内弘人等日方教授的大力推介,迎来了很多日本民商法学界的青年才俊参与,为本会今后的发展进一步夯实了基础。

《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”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且需要相当高水平的工作,今年这项工作由李志鹏和渠遥负责。在此,衷心感谢他们在学业繁忙的情况下完成这项艰巨的工作!

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社务委员朱宁女士的支持;同时更要感谢刘文科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,同人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。

此外,需要特别说明的是,本卷为社科基金项目(13AFX014)的阶段性成果。

中日民商法研究会联络方式如下:

1. 中国社会科学院法学研究所私法研究中心,地址:北京市东城区沙滩北街15号(邮编:100720)

2. 北京理工大学珠海学院东北亚民商法律研究中心,E-mail: qutao@cass.org.cn

本卷主编于通州书斋

2017年7月吉日

目 录

民法立法论

中国民法总则的制定	梁慧星	3
对民法总则(草案)第一章“基本原则”的评述	尹 田	19
对错误制度的展望		
——立法、判例、学说的相互影响	大村敦志	25
债权让与		
——“日本法主义”及其现状	中原太郎	33
论民法总则的权利体系	朴成姬	54

民法专题研究

法国 19 世纪的法条注释法学派	张民安	69
人工造地与借地借家法的适用问题	近江幸治	98
区分所有建筑物的共用部分所生金钱债权的法律性质	山口敬介	105
监督者责任论的展开与课题		
——日本型衡平责任的走向	大泽逸平	115
消费者交易上的不当劝诱规制		
——与民法强迫规定的关系为视角	大泽彩	122
从日本的一个判例看成年监护制度和监护人责任的关联性	王冷然	131

商 法

比特币的法律性质与交易所破产取回权的成立与否	道垣内弘人	149
------------------------	-------	-----

关于合营合同(股东间合同)效力的一个考察	
——以日本法的现状与中国外国投资法方针比较为背景	平野温郎 160
日本虚拟货币规制法的概要与课题	久保田隆 169
日本虚拟货币若干法律问题:金钱、所有权、“海怪”	得津晶 182
从判例看董事内部控制系统构建义务	田泽元章 202
日本公司法典的最新发展	王作全 211
公司治理结构的法律思考	
——兼论华为的虚拟股权与阿里的 AB 股制度	姜一春 224
对赌条款法律效力辨析	刘惠明 235
论债转股中诚信规则的建立与适用	李立新 251
商业健康险与社会医疗险衔接的法律协调机制之构想	李伟群 272

附 录

中日民商法研究会第十五届(2016 年)大会	283
中日民商法研究会第十五届大会讨论会记录	297
日本法律文献的阅读方法	林 青 373
《中日民商法研究》注释体例(试行)	410

中日民商法研究(第十六卷)

民法立法论

中国民法总则的制定

梁慧星*

目 次

- 一、引言——中国民法典编纂与民法总则立法概况
- 二、一般规定
- 三、自然人
- 四、法人制度
- 五、关于民事权利
- 六、民事法律行为
- 七、关于代理制度
- 八、诉讼时效

一、引言——中国民法典编纂与民法总则立法概况

中国自改革开放以来,分别制定了民法通则(1986年)、继承法(1985年)、婚姻法(1982年)、收养法(1993年)、担保法(1995年)、合

* 作者:中国社会科学院学部委员、法学所研究员;北京理工大学珠海学院民商法律学院名誉院长。

同法(1999年)、物权法(2007年)、侵权责任法(2009年)、涉外民事关系法律适用法(2010年)等一系列民事法律,在经济社会发展中发挥了重要作用。近年来,人民群众和社会各方面对编纂民法典的呼声很高。编纂民法典的主客观条件已经具备。

2014年10月《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,确定了“编纂民法典”的立法目标。因此,全国人大常委会按照中共中央的决定,将民法典编纂工作提上日程。民法学界关于民法典编纂形成两种思路。中国民法学研究会会长、中国人民大学法学院王利明教授建议分三步走:第一步制定民法总则;第二步制定人格权法;第三步编纂民法典。十二届全国人大代表、中国社会科学院法学研究所孙宪忠教授建议分两步走:第一步制定民法总则;第二步编纂民法典。

全国人大常委会,经同有关方面反复研究,最后决定民法典编纂工作按照“两步走”的思路进行:第一步,在现行民法通则基础上,制定作为民法典总则编的民法总则,经全国人大常委会审议后,争取提请2017年3月召开的十二届全国人大第五次会议审议通过;第二步,在各民事单行法基础上,编纂民法典各(分则)编,拟于2018年上半年整体提请全国人大常委会审议,经全国人大常委会分阶段审议后,争取于2020年3月将民法典各(分则)编一并提请十三届全国人民代表大会审议通过,从而完成统一的民法典。^①

按照全国人大常委会的工作部署,自2015年3月以来,全国人大常委会法制工作委员会牵头成立了由最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、中国社会科学院、中国法学会5家单位参加的“民法典编纂工作协调小组”,并组织了专门负责起草的“工作小组”,^②积极开展民法典编纂工作。在深入开展调查研究,梳理分析主要问题,广泛听取各方面意见的基础上,协调小组各成员单位密切配合,工作小组抓紧工

① 民法典将由民法总则编与物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编、继承编和涉外民事关系法律适用编组成。

② 全国人大常委会的文件中称为“工作专班”。

作,形成了《中华人民共和国民法总则草案(征求意见稿)》^③,于2016年2月2日,印发地方人大、中央有关部门和部分全国人大代表、法学教学研究机构和一些社会组织征求意见。法制工作委员会,根据各方面的意见和建议,对征求意见稿作了反复修改,并分别召开协调小组会议和专题会议,听取协调小组各参加单位、部分全国人大代表和专家学者的意见建议,对草案进行修改完善。

2016年6月14日,习近平总书记主持召开中共中央政治局常委会会议,听取了全国人大常委会党组《关于民法典编纂工作和民法总则(草案)几个主要问题的请示》的汇报,原则同意请示,并就做好民法典编纂和民法总则草案审议修改工作作出重要指示。全国人大常委会法制工作委员会,根据党中央的重要指示精神,对草案又作了进一步修改完善,形成正式的法律草案:《中华人民共和国民法总则(草案)》。

2016年6月28日,第十二届全国人大常委会第二十一次会议,对《中华人民共和国民法总则(草案)》(以下简称民法总则草案)进行了初审(第一次审议)。^④审议后,将民法总则草案在中国人大网正式公布,向社会公众征求修改意见。民法总则草案包括11章:第一章“基本原则”;第二章“自然人”;第三章“法人”;第四章“非法人组织”;第五章“民事权利”;第六章“民事法律行为”;第七章“代理”;第八章“民事责任”;第九章“诉讼时效与除斥期间”;第十章“期间的计算”;第十一章“附则”,共186条。

与征求意见稿相比较,民法总则草案在法律结构合理性、概念准确性、制度目的性、体系逻辑性及法律规范可操作性等方面确有提高。但尚有进一步修改完善的余地。按照立法计划,将根据社会各界意见修

③ 2016年2月的《中华人民共和国民法总则草案(征求意见稿)》包括10章:第一章“一般规定”;第二章“自然人”;第三章“法人”;第四章“其他组织”;第五章“民事权利”;第六章“民事法律行为”;第七章“代理”;第八章“民事权利的行使和保护”;第九章“期间和时效”;第十章“附则”,共158条。此前,2015年9月法制工作委员会在北京召开专家讨论会,会上讨论的是法制工作委员会民法室的内部草案(以下简称室内稿),包括9章,160条。

④ 按照惯例,一项法律案至少须经全国人大常委会进行三次审议。例如,物权法草案,常委会审议了6次。

改完善,经全国人大常委会进行第二次审议、第三次审议修改完善后,提请2017年3月召开的十二届全国人大第五次会议审议通过。下面着重介绍民法总则草案对民法通则的重要修改和新增内容。

二、一般规定

(一)调整对象

民法总则草案第2条规定调整对象(适用范围)。^⑤是以民法通则第2条的规定为依据,但将“财产关系”和“人身关系”的顺序调换了。民法通则的规定是“财产关系和人身关系”,现在的条文是“人身关系和财产关系”。所谓“人身关系”,是指婚姻家庭关系,亦即所谓“身份关系”。与此前民法学界关于民法调整对象的争论有关,当时有学者批评民法通则是“重物轻人”。按照本条规定,将来编纂民法典,是否会将“人身关系法”(婚姻家庭编、继承编)安排在“财产关系法”(物权编、合同编、侵权责任编)的前面?

(二)基本原则

民法总则草案第3~8条规定民法基本原则,即平等原则(第3条)、意思自治原则(第4条)、公平原则(第5条)、诚信原则(第6条)、保护环境原则(第7条)和公序良俗原则(第8条)。法律明文规定基本原则,属于中国立法惯例。中国民事立法明文规定民法基本原则,与中国曾经长期实行计划经济体制、缺乏民法传统有关。实行改革开放,发展社会主义市场经济,需要向全社会灌输民法所赖以存在的平等、意思自治(合同自由)、公平、诚实信用等基础性原理和思想观念,也便于发挥民法基本原则的立法指导作用。

其中,明文规定公序良俗原则,值得注意。民法通则未采用“公序良俗”概念。^⑥民法通则所谓“社会公德”和“社会公共利益”,被学者和法官解释为“公共秩序与善良风俗”。民法总则草案,反映学术界和实

^⑤ 第2条:“民事法律调整作为平等民事主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”

^⑥ 民法通则第7条:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,扰乱社会经济秩序。”

务界的一致要求,放弃原来的“社会公德”和“社会公共利益”概念,采用大陆法系民法通用的“公共秩序和善良风俗”概念,具有重要的理论意义和实践意义。

(三)民法法源

民法总则草案第10条是关于民法法源的规定。^⑦按照民法原理和立法例,民法法源分为三个层次,第一层次是“法律规定”;第二层次是“习惯”;第三层次是“法理”。所谓“法理”,指公认的民法原理,日本法和韩国法称为“条理”。值得注意的是,本条关于民法法源的规定,只规定了第一层次的“法律规定”和第二层次的“习惯”,而没有规定第三层次“法理”。本条未规定“法理”的法源地位,其理由是,按照中国的国情,在法律规定和习惯之外,还有最高人民法院制定和发布的各种司法解释。最高人民法院司法解释,被认为具有相当于法律规定的效力,可以作为裁判案件的依据。

最高人民法院司法解释,多数情形是对现行法律规定如何理解适用进行的解释,但针对法律未有规定的案型,创设规则、弥补法律不足的情形也不少。例如,合同法司法解释(二)第26条创设情事变更规则;^⑧买卖合同司法解释第2条创设买卖预约规则,^⑨第3条创设买卖合同特别效力规则,^⑩即其著例。此外,最高人民法院近年推行指导性案

^⑦ 第10条:“处理民事纠纷,应当依照法律规定;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”

^⑧ 合同法司法解释(二)第26条:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”

^⑨ 买卖合同司法解释第2条:“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同,约定在将来一定期限内订立买卖合同,一方不履行订立买卖合同的义务,对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”

^⑩ 买卖合同司法解释第3条:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”