

中日民商法研究

(第四卷)

渠涛 · 主编

日中韩民法制度同一化的诸问题【星野英一 渠涛译】

知识经济时代民法的变迁【易继明】

中日韩法学交流中的几个问题【渠涛】

关于禁止权利滥用原则的三点思考【郭明瑞 张平华】
——以日本法为背景的考察

中日民法消灭时效制度比较【董翠香】

东亚区域的民法趋同论【崔建远】
——以物权行为理论为中心

对抗要件与优先权【尹田】
——中国物权法的重要改革

土地与建筑物的法律关系【藤井俊二 政武 译】
——两者是一个物还是两个独立的物

外国人土地法的现状及展望【金敏圭 李鲜花 译】

典权、传质权、不动产质权之比较【刘保玉 陈龙业 张珍宝】
——兼论中国物权法上规定典权的必要性

日本抵押权实行制度的最新修改【近江幸治 渠涛 译】

东亚统一买卖法的构想【李英俊 金路伦 译】
——关于基本标准契约书的制定

韩中日契约法比较【高翔龙 金玉珍 译】

从PECL看东亚合同法协调化之路【韩世远】

作为东北亚普通法的统一买卖法的立法方向【金相容 金路伦 译】

承揽契约中补足请求权的优越性【岗孝 郭越涛 译】

民事程序法与实体法关系初探【王国征】

中日亲子法的变迁与展望【王丽萍】

日本人的涉外婚姻【笠原俊宏 李旺 译】



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中日民商法研究

(第四卷)

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. 第四卷/渠涛主编. —北京:法律出版社, 2006. 2
ISBN 7-5036-6132-1

I. 中… II. 渠… III. ①民法一对比研究—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(2006)第005886号

© 法律出版社·中国

中日民商法研究

渠涛主编

责任编辑 徐雨衡

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2006年2月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.5 字数 288千

印次 2006年2月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6132-1/D·5849

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中日韩民法制度趋同道路探索国际研讨会

2004.11.20-21 青岛



中日民商法大会第四届大会参会人员合影

目 录

主题讲演

日中韩民法制度同一化的诸问题

星野英一 渠 涛 译 3

基本问题

知识经济时代民法的变迁

易继明 21

中日韩法学交流中的几个问题

渠 涛 33

民法总则

关于禁止权利滥用原则的三点思考

——以日本法为背景的考察

郭明瑞 张平华 47

中日民法消灭时效制度比较

董翠香 72

物权法

东亚区域的民法趋同论

——以物权行为理论为中心

崔建远 85

对抗要件与优先权

——中国物权法的重要改革

尹 田 109

土地与建筑物的法律关系

——两者是一个物还是两个独立的物

藤井俊二 申政武 译 118

外国土地法的现状及展望

金敏圭 李鲜花 译 123

典权、传质权、不动产质权之比较

——兼论中国物权法上规定典权的必要性

刘保玉 陈龙业 张珍宝 136

2 / 中日民商法研究(第四卷)

日本抵押权实行制度的最新修改

近江幸治 渠 涛 译 153

契约法

东亚统一买卖法的构想

——关于基本标准契约书的制定

李英俊 金路伦 译 167

韩、中、日契约法比较

高翔龙 金玉珍 译 177

从 PECL 看东亚合同法协调化之路

韩世远 198

作为东北亚普通法的统一买卖法的立法方向

金相容 金路伦 译 210

承揽契约中补正请求权的优越性

岗 孝 郭越涛 译 217

诉讼法

民事程序法与实体法关系初探

王国征 225

亲族法

中日亲子法的变迁与展望

王丽萍 241

日本人的涉外婚姻

笠原俊宏 李 旺 译 262

附 录

《中日韩三国民法制度趋同道路探索》国际

研讨会会议日程

271

《中日韩三国民法制度趋同道路探索》国际

研讨会会议记录

整理人:田其云 高容超 杨 巍 275

《中日韩三国民法制度趋同道路探索》

国际研讨会与会人员名单

302

日本法律文献的阅读方法

林 青 305

《中日民商法研究》注释体例(试行)

330

中日民商法研究(第四卷)

主题讲演

日中韩民法制度同一化的诸问题

星野英一* 渠涛** 译

目 次

- 一、引言
- 二、法律制度“统一”的意义与实践
 - (一)“统一”一词的使用
 - (二)“统一”的对象
 - (三)以往的“统一”实践
- 三、日中韩三国法律制度“统一”的基本取向
 - (一)研究范围的确定
 - (二)颇具参考价值的欧洲契约法统一的实践经验
- 四、日中韩三国法律制度统一的具体问题
 - (一)统一的必要性
 - (二)统一的困难性
 - (三)法技术差异的问题
 - (四)“统一”的程度、方法、领域

* 作者：日本学士院院士，东京大学名誉教授，中国社会科学院名誉教授。

** 译者：中国社会科学院法学研究所研究员（民法室）。

一、引言

各位在前面开幕式的致辞中多次给了我非常高的评价,如此赞誉令我诚惶诚恐。其实,今天我报告的内容,并不是什么高深的研究,只是最近就这个问题查阅了一些资料,充其量也只能算做一个研究生水平的笔记经过了一些整理。权作抛砖引玉,希望能给大家提供一些思考的基础。

根据本次研讨会的主题,我的报告将从两个方面探讨“法的统一”问题。一方面是作为考察研究该问题的基础资料,将目前世界各地正在进行的“法的统一”事业进行分类整理;另一方面是思考日中韩三国法律制度统一中需要研究的一些具体问题。

二、法律制度“统一”的意义与实践^①

(一)“统一”一词的使用

“法的统一”这一概念,从不同的角度整理可以得出各式各样的定义。因此,本报告将最为一般意义上的统一,用加引号的“统一”表示;而将严格意义上的统一以不加引号表示。

(二)“统一”的对象

1. 应作为“统一”对象的法制度领域

应作为“统一”对象的法制度领域基本上有三个。

第一,程序法的统一。主要包括:裁判管辖权以及一国做出的裁判能够在他国得到承认和执行等,即所谓国际民事诉讼法的统一;进而对裁判以外的纠纷解决程序(如仲裁等)和破产程序法的统一。

第二,国际私法的统一。

第三,实质法(民法、商法)的统一。

^① 关于世界上法律制度统一的问题日本学者有卓越的研究,参见:田中耕太郎著《世界法理论》第1—3卷(岩波书店,1933年)。这是日本法学史上的一部巨著,它从统一的哲学性构想、理论根据的探求、对法律趋向统一的世界历史的详细考察等方面研究了这个问题。时至今日,这部著作仍具有很高的参考价值。

私人之间一旦发生国际性纠纷,会面临两个法律问题:一是,应当在哪一国法院提起诉讼,即裁判管辖权问题;二是,法院将会运用哪一国的法律进行判断,即准据法问题。准据法问题属于国际私法解决的范畴。正是因为如此,最为普遍的做法是,在诸多的法领域中,实际上首先需要统一的是国际私法,接下来才是在一定的法领域内谋求实质法的国际化统一。而裁判等程序法领域因为相对复杂,所以一般都是稍后一步开始,而程序法的统一又需要与国际私法以及实质法相互对应平行讨论。本报告虽然以实质法的统一为重点,但作为资料性的考察也会涉及一些程序法相关制度的“统一”问题。

2. 国内关系法的统一与涉外关系法的统一

在同一法律关系——如买卖制度——的统一问题上,基本上有两种选择。一是包括国内交易法在内一揽子统一,二是制定仅限于涉外关系适用的统一法。这一问题恐怕会因法领域的不同而有所不同。如果某个领域(如票据领域)的交易在国内国外都比较频繁,那么,要做到国内交易与涉外交易区分立法,在技术上是困难的。因此,在这样的领域,就有必要将国内交易法一并统一。当然,如果某一法律领域的国内交易和国际交易可以很容易的区分,那么,就可以先统一国际交易的法律制度。

3. 全世界范围的法律统一与特定区域范围的法律统一

这个问题也会因法领域的不同而有差异。如果是在全世界广为使用的交易类型,当然最理想的是就此有世界性的统一法,但不容否定的是,它会因为相关国家的数量大,而产生立法上的困难。与此相对,如果是仅在一定区域内频繁发生的交易类型,在其相关的法领域仅有区域性统一则为己足。而且在特定的区域内,如果存在文化等方面的共通性,统一就会更为容易。欧洲大陆就是一个典型的例子,由于具有共同的历史背景,欧洲内部的法统一活动正在积极进行。

(三) 以往的“统一”实践

1. 推进“统一”事业的机关

历史上,推进“统一”事业的机关有很多。

首先,世界性的机关有:一战后的国联(League of Nations),二战后的联合国(United Nations);

其次,区域性机关有:欧共体(EU),前苏联与东欧之间的经互会(COMECON);

再次,专门的法领域的机关有:联合国商事交易委员会(UNCITRAL),总部设在比利时安德瓦布的万国海商法会,总部设在荷兰的海牙国际私法会议,总部设在意大利罗马的私法统一国际协会,总部设在加拿大蒙特利尔的国际航空法协会(ICA0)等。

2. 裁判管辖权的统一

海牙国际私法会议“关于裁判选择合意的国际条约”草案(最新版为2004年)。

3. 国际私法的统一

(1) 国际性的私法统一

① 海牙国际私法会议(1893年—1928年,1959年至今)

在此会议发起的国际条约中,日本已批准的有:《关于民事诉讼程序条约》(1954年生效,日本于1970年批准);《关于对子女扶养义务准据法条约》(1956年生效,日本于1977年批准);《关于遗嘱方式中法律冲突的条约》(1961年生效,日本于1964年批准);《关于扶养义务准据法条约》(1973年生效,日本于1986年批准)。

日本未批准,但已经生效的条约有:《关于有体动产国际买卖中所有权移转的准据法条约》(1958年生效);《关于制造物责任准据法条约》(1973年生效)。

② 国联及联合国

在国联和联合国发起的国际条约中,日本已批准的有:《关于仲裁的议定书》(1923年);《关于执行外国仲裁判断的条约》(1927年);《关于汇票和期票的条约》(1930年);《关于支票的条约》(1931年);《关于难民地位的条约》(1951年);《关于承认和执行外国仲裁判断的条约》(1958年)。

(2) 区域性的私法统一

① 美国:利马会议(1878年);蒙得维的亚会议(1888年、1939年、1940年);巴巴纳泛美会议(OAS)(1890年—1928年);美洲国家会议(1948年至今),曾于1975年签署《巴拿马条约》,1979年签署《蒙得维

的亚条约》;

② 斯堪的纳维亚会议(1931年—1935年);

③ 比荷卢经济联盟(Benelux Economic Union);

④ EC, EU:《关于民事及商事裁判管辖和判决执行的条约》(1968年);《关于契约准据法的条约》(1980年)。

4. 国际统一法

(1) 统一的各种方法

① 如前所述,法的统一分为两种,一是不论国内关系与涉外关系一律适用的私法性法律的统一,二是仅限于涉外关系适用的私法性法律的统一。以下列举各项已生效的国际条约中明显属于前者的用后缀 θ 表示,明显属于后者的用后缀 β 表示。

② 联合国国际商事交易委员会(UNCITRAL)起草的统一法(各国可以做部分保留)中,有的属于供各国立法参考的模范法;有的则属于立法的指导性文件(指南)。

(2) 世界性的统一规范

① 国联:《关于汇票和期票的条约》(1930年);《关于支票的条约》(1931年) θ 。

② 联合国国际商事交易委员会(UNCITRAL)1966年以后生效的条约:《关于国际动产买卖中时效问题的条约》(1974年);同前条约修改议定书(1980年);《联合国国际货物买卖公约(CISG)》(1980年,日本至今尚未批准); β ②《关于国际汇票及国际期票的联合国公约》(1988年);《国际汇款模范法》(1992年);《国际海上物品运送规则》(1992年);《关于国际贸易中债权转让的条约》(2001年);《电子交易模范法》

② 关于《联合国货物买卖公约》在日本的介绍和公约的日文译本可参见:曾野和明·山手正史著《国际买卖法(资料编)》(青林书院,1993年);另有,将CISG的英文版介绍和日文译本、ULIS,ULF,时效条约的英文版介绍以及INCOTERMS(1990年版)概要一览表整理成册的,参见:贝特·修雷希特利姆著,内田贵·曾野裕夫译《国际统一买卖法》(商事法务研究会,1997年)。还有,将CISG源自英文的日文译本,ULIS,ULF的英文版介绍等整理成册的,参见:甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司著《注释国际统一买卖法》(法律文化社,2000年)。此外,在日本还出版了许多相关文献。

(1996年);《关于附担保交易立法的指南》(可望于2005年生效)。

③ 私法统一国际协会(UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law)1926年以后生效的条约:《关于有体动产国际买卖的统一法条约》(ULIS)(1973年,日本尚未批准);《关于有体动产国际买卖契约的成立的统一法条约》(ULF)(1964年,日本尚未批准)^③;《融资租赁国际条约》(1988年)《可动设备国际担保条约(案)》(1999年、2001年)。

④ 其他。

a. 《关于工业所有权保护的巴黎公约》(1883年);《关于文学及美术作品保护的伯尔尼公约》(1886年);

b. 《统一船舶碰撞若干法律规定的国际公约》(1910年);《海难救助若干法律规定的国际公约》(1910年);《统一提单若干法律规定的国际公约》(1924年,另有《国际海上货物运输法》);《统一国际航空运输某些规则的公约》(1925年,《华沙公约》)。

(3) 区域性的统一规范

欧洲复兴开发银行(1991年)制定的《模范担保法》(1994年)。

5. 关于契约内容的统一标准格式契约

(1) 世界性规范

① 洲际商业委员会(ICC, CCI)制定的有《商业信用证统一规则》(UCP)、《贸易用语定义集》(INCOTERMS)等。

② 国际法协会(International Law Association, 1873年成立于布鲁塞尔制定的)《华沙·牛津规则》(关于CIF贸易的规则)(1938年制定、1932年修改)。

(2) 区域性规范

① 联合国欧洲委员会(ECE)制定的《标准契约一般条款及标准契约》。

② 联合国欧洲委员会(ECE)制定的《标准契约的一般条款及标准契约》。

③ 参见:同前引用书。

③ 国际统一私法学会 1994 年制定的《国际商事契约原则》(Principles of International Commercial Contract)。^④

④ EU LAND 委员会制定的《欧洲契约法原则》(PECL)1995 年、1999 年、2003 年。^⑤

三、日中韩三国法律制度“统一”的基本取向

(一) 研究范围的确定

此次研讨会要讨论的问题属于区域性法律的统一,而非全球性法律的统一,因此应该以前者为前提展开讨论。另外,国际私法的统一虽然也不在本研讨会讨论的范围之内,但是在讨论区域性法律的统一时,国际私法的问题意识是不可缺少的。至少应该说,在统一法的对象范围这个问题上,争论比较激烈的难题之一就是在一定的场合中是否需要通过国际私法确定准据法。例如,在将统一法的对象确定为“一定种类的买卖”时,如何划定统一法规定的范围就是制定统一法时经常遇到的难题;再如,这种“一定种类的买卖”是只限于企业间的买卖,还是包括以消费者为对象的买卖;等等。

(二) 颇具参考价值的欧洲契约法统一的实践经验

在这些问题上,最近被大量介绍到日本的欧洲契约法统一的动向,可提供一些有益的参考。

关于这一内容在日本的介绍,使用频率最高的是德文的文献,其次是一些英文文献,另外,在介绍论文的引用中还可以看到荷兰、意大利、挪威的纳维亚等国和地区中主张推进这一事业的学者的文献。

但是,与这些推进论形成对比的是英国和法国。在这两个国家中,对推进论明显表示出消极态度的观点并不少见。所谓消极的态度,并

④ 参见:[日]曾野和明·广濑久和·内田贵·曾野裕夫译《UNIDROIT 国际商事契约原则》(商事法务,2004 年)。该书中不仅收录了“原则”的英文文本,还有日文译文以及就英文本所做的解释。

⑤ 参见:川角由和、中田邦博、潮见佳男、松冈久和编《欧洲私法的动向与课题》(ヨーロッパ私法の動向と課題);另见:《欧洲统一契约法的道路》(ヨーロッパ統一契約法への道)(法律文化社,2004 年版)。

不一定是从理念上否定统一,而是具体针对现有的草案,即兰道(Ole Lando)委员会案提出的意见。

在日本,因为德国法的影响力依然处于强势,所以,更多地援用属于积极推进派的德国学说,但是我认为对欧洲法学领域的佼佼者英国、以及在本国权威学者中更多的是持反对意见的法国,也应该同时予以必要的关注。^⑥

首先,法国原本是积极主张欧洲私法统一的学者最多的国家。在实践中,法国主要的民商法学者当时都参加了作为《法国·意大利债务法与契约法草案》起草一方的法国委员会。该起草委员会于1927年公布了草案,于1929年公布了草案的理由书。起草理由书的五名起草人中,有两名意大利人,三名法国人。三名法国人分别是,安利·卡比丹(Henri Capitant);安布洛瓦兹·克兰(Ambroise Colin);吉尔鸠·利贝尔(Georges Ripert)。这三个人都是当时法国民法学界中最顶尖的人物。该草案虽然没有最终作为立法得以实现,但它对1937年的波兰民法典、1940年的罗马尼亚民法典、1942年的意大利民法典都有过相当的影响。

其次,法国在第二次世界大战后,司法部设置了民法典修改委员会,开始从总则、家族和继承法方面入手讨论民法典的修改问题。鸠里奥·德·拉·莫兰蒂埃尔(Léon Julliot de la Morandière)教授是当时民法学界的第一人,一直担任这个委员会的委员长。他在谈到修改民法典的时候曾经说过:对这些领域还有所有权的传统,国民们都很留恋,要制定新的统一法很难;因此对民法典中涉及这些领域的修改需要慎重;债务法和契约法的统一相对容易,这些领域应该尽快开始以统一法的形式进行修改。进而,他还提出法国应该采取国民提出法案的方式,最终在国会中讨论议决。该民法典修改委员会于1964年——留下了庞大的资料库——宣告解散,亲族和继承法的修改留给了20世纪后半叶位居法国民法泰斗的卡尔博尼耶(Jean Carbonnier)教授。卡尔博尼

^⑥ 关于法国对应统一法动向的历史可参见:Claude WITZ, *La longue gestation d'un code européen des contrats*, RTDciv. 2003, p. 447 et suiv.

耶同其前任一样,领导修改委员会试图致力于对家族法的修改,而没有计划对相当于债权总则和契约总则的内容进行修改。对此,他陈述的理由在整体上与其前任没有太大的差别,只是他在谈到没有计划修改所有权法和契约法的理由时说,这是因为“欠缺有足以在资本主义与社会主义之间做出决断的能力”。这一点非常值得注意,后面将就此详述。

再次,兰道委员会中有两名法国的权威学者,但法国更多的学者在开始的时候对此并不关心。但是后来发生的几件事改变了法国学界对此漠不关心的局面。2001年7月11日欧洲委员会(European Commission)对欧洲内阁理事会(European Council)和欧洲议会(European Parliament)发出关于统一欧洲契约法的通告,要求各方就法的不统一将会导致的问题进行讨论,提出咨询意见,并就此提出了回复的日程表。^⑦在此前,欧洲议会在1989年和1994年,更为激进地提出了制定欧洲民法典的设想,并就此做出决议。^⑧欧洲委员会的通告在各国引起了广泛的讨论,法国为此也成立了《比较立法协会》(Société de législation Comparée),并邀请德国的统一法论的代表学者克里斯蒂安·冯·贝尔(Christian von bahr)教授到法国最高法院(Cour de cassation)讲演。此后,法国各大学开始积极举办以统一法为主题的研讨会,在各个研讨会上,赞成和反对两种观点之间都互不相让地展开了激烈的争论。这些讨论的部分内容已经汇集成册出版。^⑨

在这一问题上,与法国形成鲜明对照的是德国。从1995年前后开始,德国有相当数量的大学都设立了关于欧洲统一法的研究所,而且经常举办该项主题的研讨会。意大利的情况大致也是如此。这些地方大都对兰道委员会的工作显示出善意的支持。

然而,在法国,原本是权威学者都积极主张欧洲契约法的统一,而

⑦ Communication of 13/09/2001, JO C255 - 0001.

⑧ Resolution of 26/5/1989, JO C158 - 400; of 6/5/1994, JO C205 - 518.

⑨ Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit, Société de législation comparée, 2003.