

# 中日民商法研究

(第八卷)

# 中日

渠涛 · 主编

民法典中的侵权行为法体系

——未来侵权行为法的展望【星野 英一】

侵权责任立法：功能定位、利益平衡与制度构建【张新宝】

损害赔偿法的结构性转换【藤岗 康宏】

民法典中不法行为的位置

——日本债法修改以及相关制度【大村 敦志】

从《道路交通安全法》第76条看侵权行为立法【于敏】

因债务不履行之损害赔偿与债务人的归责事由【潮见 佳男】

保证、债务承担、保险等：债权法的一种情形【道垣内 弘人】

日本非典型担保法的最近的动向【松冈 久和】

日本成年监护制度的现状与课题【田山 辉明】

民法的世界与其展望【刘得宽】

日本民法典修改的最新动向【渠涛】

地震作为民法不可抗力事由的一般影响【杨立新】

关于设立5.12汶川地震受害者补偿基金的建议

——从美国9.11受害者补偿基金制度中获得的启示【易继明】

大型自然灾害中的民法问题——以汶川地震为背景【渠涛】

章程的适用与章程的自治空间【王保树】

中日票据法上之“对价”研究【赵新华】

日本的敌意收购与反收购措施【田泽 元章】

日本投资者保护立法理念的最新发展及其启示【杨东】

拒签手术同意单行为之法律意义分析【夏芸】

【案评】监护人解除被监护人保险合同纠纷案【解亘】

【案评】被保险人与受益人同时死亡情形下的保险金给付【岳卫】



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

# 中日民商法研究

(第八卷)

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8卷 / 渠涛主编. —北京: 法律出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9784 - 5

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 D931.33

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第131463号

中日民商法研究(第八卷)

渠涛 主编

责任编辑 刘彦泮  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 / A5

版本 / 2009年8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 / 17.5 字数 / 495 千

印次 / 2009年8月第1次印刷

编辑统筹 / 学术·对外出版分社

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

---

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9784 - 5

定价: 38.00 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》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《中日民商法研究》第八卷收录的是“中日民商法第七届大会”的内容。本届大会于2008年9月13日和14日,作为辽宁大学建校60周年的纪念活动之一,由中日民商法研究会主办,辽宁大学法学院承办在辽宁大学召开。

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、法学研究所研究员、全国人大代表、中日民商法研究会会长),王保树(清华大学教授、中国法学会商法学会会长),杨立新(中国人民大学民商事法研究中心主任、法学院教授),张新宝(中国人民大学法学院教授、中国法学会民法研究会秘书长),易继明(华中科技大学法学院教授,法学院院长),杨松(辽宁大学法学院教授,法学院院长),郭洁(辽宁大学法学院教授,法学院副院长),赵新华(吉林大学法学院教授),段匡(复旦大学法学院教授),于敏(中国社会科学院法学研究所研究员),陈华彬(中央财经大学法学院教授),夏芸(东南大学法学院教授),刘惠明(河海大学教授),申政武(中国海洋大学法政学院教授),解亘(南京大学法学院副教授),岳卫(南京大学法学院副教授),朱晔(浙江大学光华法学院副教授),杨东(中国人民大学法学院副教授),董惠江(黑龙江大学法学院副教授),傅智操(浙江工商大学法学院副教授),金赛波(同上律师事务所合伙人律师),陈飏(嘉德恒久时律师事务所主任律师),何平(博融律师事务所合伙人律师)等。

日方:星野英一(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),大村敦志(东京大学教授),道垣内弘人

(东京大学教授),松冈久和(京都大学教授),潮见佳男(京都大学教授),田泽元章(明治学院大学教授),铃木贤(北海道大学教授),冈田幸宏(同志社大学教授),宇田川幸则(名古屋大学副教授)等。

此外还有在日中国人著名学者刘德宽(东海大学名誉教授),周剑龙(独协大学法学部教授),崔光日(尚美学院大学教授),郑芙蓉(京都大学法学部助教,现为名古屋商科大学准教授),江涛(千叶大学特别研究员,现为上海政法学院法律系讲师)等。

本届大会鉴于日本正在展开对民法典实施百年以来的大修改工作和中国正在展开侵权行为法立法工作,将主题确定为这两个题目。但是,依如本会的惯例,无论是大会的报告,还是本论文集收录的论文都不只限于大会主题。

《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水平的工作,今年这项工作的基础是辽宁大学法学院李岩和李卓两位副教授负责整理的“会议简报”,在此基础上由江涛负责了全面的校订和增补工作。在此向三位以及辽宁大学参与这项工作的其他老师和同学表示衷心感谢!

本届大会,承蒙博融律师事务所的何平(合伙人律师)先生、解亘副教授和岳为副教授、傅智操副教授等担当同声传译,以及部分论文的笔译工作,对他们的辛苦付出表示衷心感谢!

辽宁大学校长程伟教授在百忙之中到会致辞,副校长郭永新拨冗参加开幕式,表示了对本会的高度重视;法学院杨松院长和郭洁副院长在会议的始终亲临指挥;法学院办公室主任袁峰先生以及各位事务人员,特别是法学院参加会务工作的各位老师与会务整体协调、具体事务工作方面付出了极大的辛劳,在此一并表示感谢!

在两天的会议期间,与会专家学者一如既往,以中国物权法为中心议题,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。

中日民商法研究会白手起家,能够成功地持续到今天,主要得益于各大学及法学院等单位的鼎力承办以及中日两国民商法学者的积极参与。在此,谨代表研究会向积极莅临本届大会的各位学者,向此次共同举办这次大会的东京大学社会科学研究所、东京大学大学院法学政治学研究科,向提供赞助的江草基金会、商事法务研究会等单位表示衷心感谢!

本卷由法律出版社出版。在此,感谢在学术出版日趋严峻的情况下能够欣然回召本卷出版的法律出版社社长黄闽先生,学术分社社长朱宁女士的厚爱;同时更要感谢负责具体编辑工作的刘彦洋小姐等各位为论文集出版付出的辛勤劳动。另外,还要特别感谢通商律师事务所合伙人律师金赛波先生为本卷出版提供的资助。

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(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: qutao@cass.org.cn

本卷主编于通州书斋

2009年7月吉日

# 目 录

## 民法总论

|                |          |    |
|----------------|----------|----|
| 民法的世界与其展望      | 刘得宽      | 3  |
| 日本民法典修改的最新动向   | 渠 涛      | 14 |
| 日本成年监护制度的现状与课题 | 田山辉明 解 豆 | 47 |

## 民法物权

|                |          |    |
|----------------|----------|----|
| 日本非典型担保法的最近的动向 | 松冈久和 郑芙蓉 | 57 |
| 论动产与不动产区分的相对化  | 李国强      | 86 |

## 民法债权

|                      |           |     |
|----------------------|-----------|-----|
| 因债务不履行之损害赔偿与债务人的归责事由 | 潮见佳男 解 豆  | 105 |
| 保证、债务承担、保险等：债权法的一种情形 | 道垣内弘人 岳 卫 | 117 |
| 日本关于旅游合同性质的学说及其裁判实践  | 周江洪       | 125 |

## 民法侵权

|                        |          |     |
|------------------------|----------|-----|
| 民法典中的侵权行为法体系           |          |     |
| ——未来侵权行为法的展望           | 星野英一 渠 涛 | 143 |
| 损害赔偿法的结构性转换            | 藤岗康宏 高革慧 | 159 |
| 侵权责任法立法：功能定位、利益平衡与制度构建 | 张新宝      | 175 |
| 民法典中不法行为的位置            |          |     |
| ——日本债法修改以及相关制度         | 大村敦志 渠 涛 | 189 |
| 法益侵权法客体地位的确立           |          |     |
| ——兼论中日两国立法比较           | 李 岩      | 195 |
| 从《道路交通安全法》第76条看侵权行为立法  | 于 敏      | 217 |

## 2 / 中日民商法研究(第八卷)

### 侵权责任法中规定环境侵权民事责任制度的构想

——以中国侵权法立法为背景

罗 丽 225

## 医事法

拒签手术同意单行为之法律意义分析

夏 芸 249

## 商法

章程的适用与章程的自治空间

王保树 265

中日票据法上之“对价”研究

赵新华 275

日本的敌意收购与反收购措施

田泽元章 蔡元庆 289

公司法上内部控制制度之构建

——以日本法为中心

周剑龙 313

日本投资者保护立法理念的最新发展及其启示

杨 东 325

日本商法中的营业转让制度

——兼谈对中国的启示

郭姪丽 339

日本公司重组制度的基本结构

姜一春 349

## 劳动法

劳务派遣立法中的劳动者权益保护

李立新 365

## 国际私法

解析日本新国际私法中的当事人变更准据法原则

鞠凤琴 379

## 震灾法律问题

地震作为民法不可抗力事由的一般影响

杨立新 403

关于设立5·12汶川地震受害者补偿基金的建议

——从美国9·11受害者补偿基金制度中获得的启示

易继明 417

大型自然灾害中的民法问题

——以汶川地震为背景

渠 涛 451

## 案例评析

监护人解除被监护人保险合同纠纷案

|                                             |         |
|---------------------------------------------|---------|
| ——以监护人财产管理权限制规定的解释为中心                       | 解 豆 465 |
| 被保险人与受益人同时死亡情形下的保险金给付                       |         |
| ——苏州市中级人民法院 2003 年 8 月 2 日判决(苏中民二终字第 202 号) |         |
|                                             | 岳 卫 477 |

## 附录

|                         |         |
|-------------------------|---------|
| 中日民商法研究会第七届(2008 年)大会议程 | 489     |
| 本届大会参会人名单               | 493     |
| 本届大会记录                  | 497     |
| 日本法律文献的阅读方法             | 林 青 521 |
| 《中日民商法研究》注释体例(试行)       | 546     |

中日民商法研究(第八卷)

---

## 民法总论



# 民法的世界与其展望

刘得宽\*

## 目 次

- 一、前言——民法的社会的“Constitution”
- 二、民法与宪法的互动关系
- 三、民法基本原理的变容
- 四、民法修改的国际动向
- 五、结语

### 一、前言——民法的社会的“Constitution”

民法的基本原理为“权利能力平等的原则”、“所有权绝对原则”、“私法自治·契约自由原则”与“过失责任主义”。

凡人均具有权利能力。权利能力者乃享有权利·义务(为权利主体)之资格。基于该资格得与他人自由交易,获取利益。对于获取的财产具有所有权,既然有其所有权,则该所有权应受到保护。而且

---

\* 作者:东京律师,前东海大学法科大学院教授。

在交易过程中,即使给人予损害,若非出自故意·过失,则可不负赔偿责任。

斯乃民法所采的基本原则。在此社会中,凡是具有一般判断能力的人,都得凭自己的意思从事自由交易活动而获取利益。斯乃采取市场经济,资本主义国家的社会形态。与此相对者为,所有的交易均受到国家的统制,并由国家配给生活必需品,以及经由国家的许可,供给生活必需的土地使用权;斯乃社会主义国家的社会形态。

民法的确是为解决人与人之间纷争的基本规则(rule)的集合体也。民法非仅是解决社会纷争的工具,同时亦为市民社会所依赖的基盘。众所周知,宪法的英语称呼为“Constitution”,“Constitutional Law”乃规定“构造”问题的法规。何种“构造”?斯乃国家统制的构造之意也。即,规定统制机构的构成原理者,乃“宪法”(公法)。反之,民法乃规定市民社会的结构,指市民社会的“构造”而言。即,规定市民社会的构造原理者乃民法也。故民法为“市民社会的基本法也”<sup>①</sup>(注1)。宪法为“Constitution of the Country”,民法为“Constitution of the Civil Society”,法国民法在法国以“民法宪法”(Constitution Civile)被遵守。但是,法有位阶性,民法乃处于宪法之下,民法的诸原理必须以宪法为其根据,上开民法基本原则也必须以宪法为其基础<sup>②</sup>。

## 二、民法与宪法的互动关系

### (一)基本人权

所谓“基本人权”问题,非仅是宪法上问题,同时也是民法上的问题。宪法与民法的关系为,宪法上所规定的基本权非仅须要依据民法来实现之(依赖民法来实现宪法的内容——即从宪法到民法),同时民法还有配合创造时代基本权之协助关系<sup>③</sup>。

---

① 参见:[日]星野英一《民法》岩波新书 536 参照;[日]山本敬三“基本法上の民法”载《Jurist》第 1126 期,第 261 页以下(1998.1)。

② 德国在第二次世界大战以后称呼宪法为基本法(Grundgesetz)。

③ 参见:[日]大村敦志“韩国民法 50 年与日本宪法 60 年”载《Jurist》第 1322 期,第 49 页以下(2006.11)。

## (二) 法国民法与宪法的关系

1804 年制定的法国民法典(拿破仑法典)乃最初的近代民法典,迄今已有 200 年的历史,此乃规律法国人的日常生活,迄今虽有部分修改,但其基本结构还是不变的,该民法实际上还影响了法国近代社会的成立与发展,同时还超越国界影响了欧洲诸国、中东以及亚洲。该民法典确实对于 19 世纪法国社会·国家的构成(constitution)有所贡献,可谓形成“法国自身的构成原理(constitution)”,以致在法国传统上已形成“吾等的宪法”(constitution)即是民法典也”。民法为市民社会的“基本法”也<sup>④</sup>。

## (三) 宪法与民法的关系

1. 宪法乃国家的基本法也,即使对于市民相互间的私权关系不直接干预,然宪法对于民法具有很大的意义,并可拘束民法。

虽然宪法为国家的基本法,民法为社会的基本法,但二者应互相配合以达成国家与社会基本上任务<sup>⑤</sup>。

2. 近年来将宪法条文直接引用到民法判决的日本·德国判例。

①日本早稻田大学(1998 年 7 月下旬)江泽民主席演讲会中,校方将与与会者名单秘密提供给公安(警察)事件(日本最高法院平成 15(2003)年 9 月 12 日第二小法庭判决)对此判决要旨:对于个人隐私权(自己姓名不愿暴露)的期待应加以保护,而判令提供者(校方)应向被提供的原告负责人格权侵害的损害赔偿(即废弃原高院的维持地院驳回原告的判决)。其所引用的法条为:宪法第 13 条个人尊严,第 19 条思想良心自由,第 23 条学问自由以及民法第 709 条侵权行为,第 710 条人格权侵害等。

②耶和章见证人案。本件为对于患者的肝脏手术,医院(东京大学附属医院)未遵守患者再三所嘱咐,为信仰·宗教理由,拒绝输血事件。本件医院最后还是有非输血不可而输血,手术倒很成功,患者事后知

<sup>④</sup> 参见:[日]大村敦志“民法と憲法の関係——フランス法の視点”载《法学教室》第 117 期,第 52~53 页(1994. 12)。

<sup>⑤</sup> 参见:拙著“大陆法系于民法典的立法体系与精神内涵”载《月旦法学雜誌》第 153 号,第 1 页以下(2008. 2. 15)。

情,非常难过,告院方损害赔偿(日本最高法院平成12(2000)年2月29日第三小法庭判决)。判决要旨:医院对于本件手术,未尽告知(inform and consent)义务,而判决医院对原告应负精神上损害赔偿责任。其所引用的法条为:宪法第13条个人尊严,第20条生命·自由·幸福追求权,以及民法第709条侵权行为及第710条人格权侵害等。

③德国的本件为德国(1993年)联邦宪法法院(Bundesverfassungsgericht)对于契约自由理念,以宪法替代民法,课予一定限制的举世瞩目的判例。其内容如下:

银行在供给中小企业或个人的信用贷款时,往往会要求无资产的债务人家属出来做连保(缔结连带保证契约)。对此担保契约,本来1993年的德国联邦普通最高法院(BGH)民事第九庭认为,即使债务额与保证人的资力有不相均衡情形,然这种保证契约仍然还是有效,并不认为有违反公序良俗或诚信原则。本案为,21岁女儿为父亲的高额银行信用贷款债务缔结限额10万马克(约人民币50万元)的连带保证契约。然,事后父亲事业失败。联邦普通最高法院判决确定要女儿履行保证债务。该女儿于是向联邦宪法法院提起宪法上异议之诉(Verfassungsbeschwerde)。结果,联邦宪法法院竟下了创举性的裁定——废弃(推翻)原告(银行)在普通最高法院胜诉的确定判决。其主要理由为:上开民事法院的判决对于德国民法第138条“公序良俗”违反及同法第242条“诚信原则”等一般条款的解释与应用上,并未充分地考虑到基本法(宪法)第2条第1项(人格自由发展权)的基本法上私法自治保障的意义,以及宪法上社会国家的原理(GG § 20 II、§ 28 I)⑥。不论如何,私法秩序,因一方当事人显然利于优位,而交涉均衡性产生障害现象时,法院应采取某种措施来公平处理之(1993年10月

---

⑥ 所谓社会国家(sozialstaat)者,乃不能将一部分国民在经济、文化上置于不利地位为立国目标之一。即为得社会问题,保护弱者的色彩(nuance),基此社会性为出发点,在19世纪80年代里,即已有俾斯麦社会保险立法,从传统性弱者保护思想发展而生的基本法上社会国家原理。但此与“社会主义国家”又全然不同。

19 日德国联邦宪法法院第二小法庭裁定)<sup>⑦</sup>。

### 三、民法基本原理的变容

民法的基本原理,在财产法上的原理为——权利能力平等原则,所有权绝对原则,私法自治·契约自由的原则,以及过失责任主义原则。

在亲属法上的基本原理为——一个人的尊严与两性的平等。

#### (一)对“所有权绝对”之检讨

法国人权宣言(1789 年)第 17 条规定:“所有权为神圣不可侵的权利”,提倡所有权绝对性。基此精神制定《法国民法典》(1804 年),然,强调所有权社会性的德国《魏玛宪法》(1919 年)第 153 条第 3 项规定:“所有权乃具有义务。对其行使必须要同时考虑到,公共的福祉。”因此,所有权并非神圣的,也须受到法令的限制。例如,在日本应受到《土地收用法》、《都市计划法》、《航空法》、《建筑物基本法》、《大气污染防治法》、《水质污染防治法》及《矿业法》等法规之限定。

中国台湾地区“宪法”第 10 条第 5 项也规定:“使用土地任何的组织或个人,必须要合理性的土地利用。”同法第 13 条第 3 项规定:“国家为得公共利益所需,得依据法律规定,收用或征用市民的私有财产,同时予以补偿等。”

#### (二)无过失责任的抬头

##### 1. 无过失责任之规则根据

“危险责任”与“赔偿责任”之抬头。前者乃,危险性行为活动者与人损害时应负其危险责任(例如,汽车驾驶本身就具有危险性)。后者乃,利益的归属者损害责任亦应归属之之意。尤其对于人的生命·身体的侵害要求最高的注意或防止义务,例如,东大输血梅毒事件(1961 年)对医师要求“最高的注意义务”。对于新潟水俣病事件(1971 年),

---

<sup>⑦</sup> 参见:[日]村上=守矢/ハンス・ペーター・マルチュケ著《ドイツ法入門》(改訂 6 版),第 124~125 页(有斐閣)。拙文“私の東海大学法学部 20 年”载《東海法学》第 40 号,第 6 页以下(2008.8)。