

中日民商法研究

(第十二卷)

渠涛 · 主编

中日之间法律文化的渊源 【星野英一 渠涛译】

作为借地借家法鼻祖的《日本建筑物保护法》 【田山辉明 渠涛译】

日本债权法修改提案与联合国国际货物买卖合同公约 (CISG) 的
比较 【久保田隆 解亘译】

债务不履行上的过失相抵 【道垣内弘人 周江洪译】

物权法的规范配置 【王轶】

中国私法典形式的历史与现实思考 【董惠江 严诚】

可持续发展与中国民法典立法之关系研究序论 【渠涛】

共益权与自益权的主体偏离论 【刘惠明】

公司法修改带来的公司治理改革 【早川胜 刘惠明译】

法院强制批准重整计划的不确定性 【邹海林】

母公司股东保护与多重股东代表诉讼 【田泽元章 蔡元庆译】

论公司利益相关者理论与公司价值 【王作全】

公司减资中的瑕疵及其法律效力 【蔡元庆】

公司组织形态改革的检讨 【姜一春】

公司制度优越性的法理解析 【周继红】

论股东间协议的有效性 & 效力 【刘小勇】

民间金融统合规制论 【杨东 任晓杰】

日本内幕交易监管的改革动向及其启示 【李立新】

公司法修改和商业登记 【加藤政也 刘惠明译】

《日本外国人登录法》的废止及其对登记的相关影响 【郑英模 渠遥译】

中国商业银行的保证金和金钱质押优先权保障 【金赛波】

案评：著作权法定许可中的“教科书” 【解亘】

沉痛悼念星野英一先生和北川善太郎先生 【梁慧星 渠涛】

星野英一先生生平

北川善太郎先生生平

星野英一的中国行——充满感谢的回忆 【星野美贺子 渠涛译】

星野英一老师与中国 【大村敦志 渠涛译】

我的“以小卖小”——悼念星野英一老师 【道垣内弘人 渠涛译】

缅怀星野英一老师 【加藤政也 渠涛译】

我与三位已故日本著名民法学者的几段往事 【渠涛】



法律出版社
LAW PRESS CHINA

013069187

D923.04

31

V12

中日民商法研究

(第十二卷)



渠涛 · 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA



北航

C1676354

D923.04

31

V12

图书在版编目(CIP)数据

中日民商法研究(第十二卷)/渠涛主编. —北京:
法律出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5317 - 2

I. ①中… II. ①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. ①
D923.04②D931.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 203448 号

中日民商法研究(第十二卷)

渠涛主编

责任编辑 吕丽丽
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 16.625 字数 468 千

版本 2013 年 9 月第 1 版

印次 2013 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

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 - 5118 - 5317 - 2

定价:42.00 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

本卷收录两方面的内容,一是中日民商法研究会第十一届大会的内容;二是因星野英一先生和北川善太郎先生在去年9月和今年1月相继逝世,为缅怀这两位中日民商法研究会的良师益友而特设的悼念单元。

首先介绍本届大会的内容。

本届大会于2012年9月8日和9日,由黑龙江大学法学院承办,由北京市中伦律师事务所合伙人律师和北京市金杜律师事务所协办,在哈尔滨召开。

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),邹海林(中国社会科学院法学研究所研究员、商法研究室主任),王轶(中国人民大学法学院教授,副院长、中国民法研究会秘书长),刘荣军(北京师范大学法学院教授),易继明(北京大学法学院研究员、北京大学国际知识产权研究中心主任),白国栋(复旦大学法学院教授),王作全(青海民族大学法学院教授),刘惠明(河海大学法学院教授),董惠江(黑龙江大学法学院教授),蔡元庆(深圳大学教授),姜一春(烟台大学法学院教授),周继红(青海民族大学法学院教授),解亘(南京大学法学院教授),金文静(浙江财经学院讲师),李国强(吉林大学法学院民法教研部副教授),刘小勇(汕头大学法学院教授),徐慧(上海财经大学法学院副教授),杨东(中国人民大学法学院副教授),王燧(大连外国语学院副教授),周江洪(浙江大学光华法学院副教授),郭娅丽(北京联合大学商务学院副教授),李立新(上海大

法学院讲师),徐浩(浙江大学光华法学院讲师),江涛(上海政法学院法学系副教授),朱涛(天津财经大学法学院副教授),刘涛(天津大学法学院讲师),张晓霞(北京市第一中级人民法院民事审判庭庭长),鲍荣振(北京市金杜律师事务所合伙人律师),陈青东(北京市金杜律师事务所合伙人律师),金赛波(通商律师事务所合伙人律师),王春民(大成律师事务所合伙人律师),任晓杰(中国人民大学法学院助理),渠遥(北京大学法学院本科生),渠涛(中国社会科学院法学研究所研究员)等。

黑龙江大学党委书记、著名民法学专家杨震教授在百忙之中到会致辞,并为会议提供了强有力的支持;法学院院长于逸生教授亲自督导,在各方面为会议提供了极大的便利;办公室主任曲志勇讲师和会务组各位老师和同学们为会议提供了热情周到的服务;钱福臣教授,龚兵副书记、副院长,赵立程教授,申建平教授,张铁薇教授,翟羽艳教授,杨建斌教授,孙毅副教授,刘滨副教授,王春梅副教授,杨振宏副教授,陈建旭副教授,于锐讲师,潘丹丹讲师,陈彦晶讲师,王艳慧讲师,姜荣吉讲师,徐志刚讲师,李兵巍讲师,李鸿翼主任(黑龙江大学司法鉴定中心办公室),孙磊讲师等拨冗参会,在此一并表示衷心感谢!

日方:道垣内弘人(东京大学大学院法学政治学研究科教授),铃木贤(北海道大学法科大学院教授),久保田隆(早稻田大学教授),早川胜(同志社大学法科大学院教授),田泽元章(明治学院大学法科大学院教授),布井千博(一桥大学大学院国际企业战略研究科教授),甘利公人(上智大学教授),宇田川幸则(名古屋大学法科大学院法学部教授),细田长司(日本司法书士会连合会会长),加藤政也(同连合会常务理事),西村やす子(同连合会国际交流室负责人),郑英模(同前),大石和也(西村朝日法律事务所律师)。

在日华人:刘得宽(东海大学名誉教授),张红(日本冈山大学教授),杨沢宇(城西国际大学准教授),王冷然(德岛大学综合科学部准教授),郑芙蓉(广岛修道大学法学部准教授),李智基(铃鹿短期大学讲师),徐行(北海道大学法学部助手),李英爱(TMI综合法律事务所律师),贺熹(名古屋大学大学院法学研究科研究生),毛智琪(一桥大学法学部研究生)。

本届大会,承蒙铃木贤、徐行、宇田川幸则、白国栋、刘惠明、蔡元庆、周江洪、解亘、渠遥等各位担当同声传译,以及部分论文的笔译工作,对他们无偿的辛苦付出表示衷心感谢!

与会专家学者和实务界工作者在两天会议期间,一如既往,围绕着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又得到了新的提高。

《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”的发言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,今年这项工作是由朱涛、刘小勇分担负责。在此,衷心感谢他们在百忙之中承担这项艰巨的工作!

其次介绍悼念单元的内容。

该单元主要内容有,会长梁慧星教授和渠涛连名撰写了悼念文章;星野英一先生和北川善太郎先生的生平介绍;星野英一先生的一篇未曾以文字形式发表过的讲演稿;早稻田大学教授田山辉明先生专门为本单元撰写的纪念论文;星野夫人美贺子女士撰写的回忆录;东京大学教授大村敦志先生的悼念文章及对星野先生生平的评介;东京大学教授道垣内弘人先生和日本司法书士会联合会常务理事加藤政也先生以特定话题撰写的悼念文章;渠涛撰写的与先生们的几段往事。

这些文章从不同的角度缅怀已故民法泰斗,文中有许多未曾公开过的奇闻异事。我们相信,这些寄托了笔者哀思的文字将会对民法界的同人及后学大有裨益。

本卷由法律出版社出版。在此,法律出版社社长黄闽先生和学术分社社长朱宁女士的支持;同时更要感谢吕丽丽编辑为论文集出版付出的辛勤劳动。

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。

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研究中心(中日民商法研究会)
E-mail: qutao@cass.org.cn

本卷主编于通州书斋
2013年7月吉日

中日民商法研究会第11届(2012年)大会

二〇一二年九月八日 中国·哈尔滨



中日民商法研究会第十一届(2012年)

目 录

民法方法论

中国私法法典形式的历史与现实思考	董惠江 严 诚 3
日本债权法修改提案与《联合国国际货物买卖合同公约(CISG)》的比较 ——围绕“文本争斗”的“Knock-out Rule”与“Last Shot Rule”	
久保田隆 解 豆 21	
论物权法的规范配置	王 轶 26
债务不履行上的过失相抵 ——与债务不履行法修改之间的关系	道垣内弘人 周江洪 51
可持续发展与中国民法典立法之关系研究序论	渠 涛 65

商 法

公司法制修改带来的公司治理改革 ——监察、监督委员会的设置	早川胜 刘惠明 73
母公司股东保护与多重股东代表诉讼	田泽元章 蔡元庆 84
法院强制批准重整计划的不确定性	邹海林 95
共益权与自益权的主体偏离争论	刘惠明 113
论公司利益相关者理论与公司价值	王作全 123
公司减资中的瑕疵及其法律效力	蔡元庆 133
公司组织形态改革的检讨	姜一春 147
公司制度优越性的法理解析	周继红 156
论股东间协议的有效性与效力 ——由真功夫控制权之争引发的思考	刘小勇 165

日本内幕交易监管的改革动向及其启示

李立新 180

法律实务及其他

公司法修改和商业登记

加藤政也 刘惠明 199

《日本外国人登录法》的废止及其对登记的相关影响

郑英模 渠 涛 208

中国商业银行的保证金和金钱质押优先权保障

——法律、案例和风险

金赛波 225

民间金融统合规制论

杨 东 任晓杰 259

著作权法定许可中的“教科书”

解 亘 271

悼念

沉痛悼念星野英一先生和北川善太郎先生

梁慧星 渠 涛 290

星野英一先生生平

297

北川善太郎先生生平

307

中、日之间法律文化的渊源

——在中国社会科学院法学研究所的讲演

星野英一 渠 涛 360

作为借地借家法鼻祖的《日本建筑物保护法》

——因近代法的承继而改变传统市民生活的一道“印迹”

田山辉明 渠 涛 374

星野英一的中国行

——充满感谢的回忆

星野美贺子 渠 涛 387

星野英一老师与中国

大村敦志 渠 涛 396

我的“以小卖小”

——吊念星野英一老师

道垣内弘人 渠 涛 402

缅怀星野英一老师

加藤政也 渠 涛 404

我与三位已故日本著名民法学者的几段往事

中国社会科学院法学研究所研究员 渠 涛 406

附录

中日民商法研究会第十一届(2012 年)大会	417
本届大会会议记录	426
日本法律文献的阅读方法	494
《中日民商法研究》注释体例(试行)	519

中日民商法研究(第十二卷)

民商法立法论

中国私法法典形式的历史与现实思考

董惠江 严 诚*

目 次

- 一、中国大陆私法法典化的意义
- 二、私法分化与统一的历史流变
- 三、民商法典分立与合一的理性分析
- 四、中国大陆民商法立法的形式选择
- 五、结论

一、中国大陆私法法典化的意义

一国法律体系形成的标志是其法律制度已完备,突出表现为起着支架性作用的法律已经制定。就中国大陆私法立法而言,在《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《公司法》、《证券法》、《票据法》、《保险法》、《破产法》等一系列基本民商事法律诞生后,虽然各项法律之间基本保持了一致,意味着我国民商事立法已进入了完善化、系

* 作者:董惠江,黑龙江大学民商法研究中心研究员,博士生导师;严诚,黑龙江大学马列主义学院讲师。

统化阶段,但在形式上却因为无法典而体系化程度不高,这与私法作为市场经济基本法的地位严重不符。^①

中国大陆民商事法律的体系化需要制定法典,这不仅出于立法形式上的考虑,更重要的是,法典化是实现私法系统化的一个完美方法。^②大陆法系国家的民事立法经验已经充分证明了法典所具有的统一国法、揭示价值、体系效率、集中资讯、规范指引等重要功能。^③

法典作为一种立法形式,代表某一法律领域的完整规范,但究竟是否为最好的选择,而以其技术上的困难,值不值得当成一个目标去追求,到了20世纪的中期以后,已经在盛产法典的欧洲大陆引起越来越多的怀疑。意大利学者那塔利诺·伊尔蒂为此提出了“去法典化”的主张,他认为“从第二次世界大战以来的历史,将被称为一个‘解法典化的时代’:一个特别法日常性地深入地扩展自己的领域的时代”。^④而每一部特别法都会具有自身所追求的立法目的,有着自己的原则和概念,并且“这些原则在对此类特定问题的解决上具有普遍适用性,因此逐渐形成独立于民法典的‘微观民事规范系统’”。^⑤“特别法本来是作为对法典法的原则的例外或纯粹的展开而出现的,现在却控制了法律关系的整个类型的调整,并且施加上新的、具有不同逻辑的规范体制,表现出一般性、自主性的标准。”^⑥事实确实表明,继法国、德国、瑞士等声誉载满的民法典之后,鲜有新的高峰,而行政法、劳动法、社会法等新的领

① 参见:王利明“法律体系形成后的民法典制定”载《广东社会科学》,2012年第1期。

② Karsten Schmidt, Die Zukunft der Kodifikationsidee: Rechtsrechnung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzwerken des geltenden Rechts, Heidelberg 1985, S. 39.

③ 参见:苏永钦“民法典的时代意义——对中国大陆民法典草案的大方向提几点看法”载《月旦民商法杂志》2004年第3期。

④ 引自:[意]那塔利诺·伊尔蒂,薛军译“解法典化的时代”载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(2003年第4卷)中国法制出版社2004年版,第98页。

⑤ 引自:张礼洪“民法典的分解现象和中国民法典的制定”载《法学》2006年第5期。

⑥ 引自:[意]那塔利诺·伊尔蒂,薛军译“解法典化的时代”载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(2003年第4卷)中国法制出版社2004年版,第98~99页。

域,尽管法律常常多如牛毛,案例更是汗牛充栋,却始终无法产生一部和上述民法典并驾齐驱的法典,各色单行法成了唯一选择。但这并不表明法典重要性的衰落,只是反映了单行法对法典中心地位的冲击现象。

中国大陆地区现行制度下从无私法法典,民商法法律均以单行法发布。即使以容忍各单行法之间的冲突和立法上的疏漏的代价以及缺少体系化思考的代价与“去法典化”的代价相比,仍然是前者更可取,况且结合我国的实际情况来看,通过制定私法法典,实现私法的体系化,既有确保私法规范逻辑自洽、科学合理的系统化效用,才能充分满足法官依法公正裁判民商事纠纷案件的实际需要,故而,中国私法体系化必须走法典化道路。问题是,是民商法各自法典化,还是单独制定民法典或者商法典,抑或其他?

二、私法分化与统一的历史流变

(一) 私法分化实践与民商法典的分立

近代西方国家的私法来源主要有三:罗马法、教会法和中世纪商法。从商法的历史发展来看,商法的基本理论和实践都要晚于民法。在自给自足型的自然经济中,劳动者自己生产自己所需的一切东西,既是生产者又是消费者,很少有交易关系产生。此时的市场交易常与家庭联系在一起,人们从事商品交换的目的主要是为了取得商品的使用价值而非营利。即使陆上和地中海沿岸存在一些商业交易,5世纪前的西方世界在罗马统治下,此间已高度发达的罗马法已足以应付这些商事交易的需要。^⑦ 5世纪到11世纪,西罗马帝国灭亡后,欧洲国家间海上及陆上交易近乎停滞,商人处于一种相对隔离的状态,在很大程度上只是巡回兜售的小贩,并且从事贸易的也只是些被派出推销商品的非专业的人。^⑧ 罗马法文献包含有适用于达成各种类型契约的一整套高度复杂的规则,这些契约包括金钱借贷、抵押、买卖、租赁、合伙和委

^⑦ 参见:[日]大隅健一郎著《商法总则》,第4页(有斐阁,1994年)。

^⑧ 参见:[美]哈罗德·J.伯尔曼著,贺卫方等译《法律与革命——西方法律传统的形成》法律出版社2008年版,第328~329页。