第一图书网, tushu007.com

<<民法理论与制度比较研究>>

图书基本信息

书名：<<民法理论与制度比较研究>>

13位ISBN编号：9787562026600

10位ISBN编号：7562026602

出版时间：2004-1

出版时间：中国政法大学出版社

作者：渠涛

页数：523

字数：435000

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：http://www.tushu007.com

内容概要

本书是作者1999年以来的主要学术研究论文。
其中，主论文7篇，附录论文8篇，附录论文顾名思义是主论文的附属或对应乃至背景研究。
15篇中有3篇是新作，另有1篇是用中文在国内初次发表，还有两篇是日文原文转载，其他是在国内已发表的论文。
此次收录对已发表的论文都做了程度不同的修改。
论文的内容主要是围绕中国民法典立法展开的研究，研究领域涉及民法总论、物权法、担保法、习惯法、土地法等。
研究方法主要是中外制度比较。
全书整体分为上下两篇，上篇主要是民法理论方面的研究，下篇主要是民法具体制度方面的研究。
以下仅就各篇论文的研究经纬和主要内容做一简单介绍。
　上篇1“中国民法典草案引发的民法立法问题思考”是针对2002年12月全国人大常委会第一次审议的《中国民法典草案》展开的立法比较研究。
最早是有感而发的一篇短文，后经过修改以“中国民法典立法中的比较法问题”，作为发言稿以中日两种文字提交给中国社会科学院法学研究所亚洲法研究中心于2003年1月16日--17日在北京召开的“第一届亚洲法论坛”，之后又将这两种文字的发言稿发表在“中国法学网”。
作者于该“论坛”结束的第二天，作为日本学术振兴会资助的访问学者到早稻田大学做短期研究。
在此期间，曾应邀在日本的“中国社会科学研究会”，中央大学，专修大学等专门召开的讲演会上先后就同一题目做了报告。
在“中国社会科学研究会”做报告时，主办方邀请到了日本著名民法学家星野英一教授到场做我的评论人，这篇讲稿因此有幸得到星野教授青睐，并承蒙星野教授指导将一篇短短的讲稿写成了一篇论文，之后又经其惠荐以“中国民法典审议草案成立学界议论(上.下)”发表在日本著名的法学刊物《Jurist1249、1250号》（2003.7.5/8.1）。
该篇论文作为本书的附录论文1收录。
上篇1论文与附录论文1基本上是一篇论文的两种文本，但两者之间也存在诸多不同。
这种不同主要体现在，两种文本决定其读者对象不同。
日文文本中，对具体问题的说明以及引用文献上照顾到相关论题在日本研究的现状，所以文字篇幅较长，而中文文本则较短。
作者关于这一问题的研究主要是通过制度设计比较的角度探讨了以下问题。
　第一，是否采用德国式的5编制体例。
　第二，关于英美法制度的取舍。
　第三，坚持大陆法系的重要性。
　第四，广采各国民法之长，要考虑到与本国国情以及制度之间的“匹配性”。
　第五，在民法典立法中重视本国的习惯具有非常重要的意义。
　第六，在世界政治多极化和世界经济全球化这种大趋势下，在亚洲各国之间通过法律制度的建设寻求国际政治的共通性和地区经济的协调性，在今天尤其具有重要的意义。
从这层意义上说，今后非常有必要加强对亚洲国家和地区民事法律的深入研究。
　上篇2“中国民法典编纂中习惯法应有的位置——以物权法立法为中心”曾发表于渠涛主编《中日民商法研究(第l卷)》(法律出版社2003年2月)。
其基本框架是作者于2002年1月15日一16日在日本早稻田大学召开的“日中法学家研讨会——中国物权法．民法典立法’’国际研讨会上以同一题目作过的报告。
其后，笔者以中日两种文字写成论文，日文以“中国物権法立法　　为题，发表在早稻田大学《比较法研究》第36卷第2号，(2003年3月)。
考虑到读者对象的不同，同时发表的两种文本在具体内容上也作了一些调整。
此次对中文原文又做了修改。
日文论文原文作为附录2收录其后。

该文首先针对中国起草物权法乃至民法典立法中习惯法没有得到应有的重视这一问题，从概念考察、法效力考察、法理考察提出习惯和习惯法在民法典，特别是物权法立法中的重要作用。
继而通过三个方面——即现有物权法草案中关于习惯法应该讨论的问题、新中国的习惯法历史及学界对习惯法的相关研究、中国农村现存习惯法的实际情况(基于作者在农村的实地调研)——论证了中国物权法乃至民法典立法中习惯法应有的位置。
研究方法主要实地调研和制度比较，探讨的主要问题涉及以下几个方面。
第一，民法典立法的急迫性不应该影响对习惯法的重视。
第二，在流转法与归属法以及特定归属与一般归属等法律关系之间对法律制度一致性的要求有很大差异。
于债权法领域，尤其是契约法领域，对国际接轨的要求非常高；但在物权法领域恐怕可以说反而对区域性的要求更高。
第三，立法与国际接轨的真正意义在于采用各国通用的做法。
实际上，从各国的民法制度中都可以看到，相对于债权制度，在物权和亲族、继承等制度上都显示出了对本国习惯的重视。
因此，只有准确地把握这一点，才能称得上是真正的国际接轨。
第四，民法典立法中考虑习惯和习惯法，应该兼顾城市与农村，一般市民与商人等各个社会生活领域。
第五，中国应该从历史中汲取的重大教训之一就是不能忽视悠久历史留下的灿烂文化遗产的存在。
今天，反省过去以“中华思想”为代表的国粹主义非常重要，但同时也应该警惕自改革开放以来社会中出现的从“文革”时的盲目自尊跌入今天的盲目自卑这种可谓是矫枉过正的现象。
第六，究竟应该如何看待和对待习惯法，实质上是一个如何区别对待各种性质的民族遗产的问题。
在中华法律文化遗产中既有“良性遗产”，也有“劣性遗产”，当然还有“中性遗产”，它们存在的形式正是习惯或习惯法。
首先，应该通过深入分析和研究准确地界定良与劣乃至中性的概念分类和具体分类；其次，应该在此基础上，通过慎重的分析和详细的论证，将良性遗产中仍然具有实用价值的具体制度以实定法的形式上升为国家法；将劣性遗产作为垃圾，毫不留情地予以摒弃；将中性遗产作为习惯法在一定的范围和条件下予以承认。
上篇3“日本民法编纂及学说继受的历史回顾”最早作为由本人主持的“专题研讨——日本民法百年”的主论文之一发表于《环球法律评论》2001年秋季号。
该论文在参考和浓缩了大量日本原文资料的基础上，详细介绍了日本民法典编纂和100年来民法学研究的历史，对此过程中出现的各种问题进行了分析研究，并从废除治外法权、建立统一的资本主义市场以及对亚洲各国的影响等方面分析了日本民法典的历史意义。
该论文在此基础上，还通过对中国改革开放后的民法立法历程与日本民法编纂史之间的比较，探讨了中国民法典制定中应该注意的下列问题。
第一，日本的法典论争与中国的民法经济法论争都在不同程度反映了当时社会中存在的各阶层不尽相同的“困惑”。
这一点，两国有着诸多相类似的现象。
第二，法典草案的起草从政府部门起草到法律专家起草，中国与日本或许可谓是殊途同归。
第三，在立法上，中日两国都是由单行法走向法典化，但是，中国今天的民法典立法应该汲取日本当年仓促立法的教训。
第四，如何调整引进西方法律制度与传统习惯之间的关系。
上篇3　的附录论文有3篇，即附录论文3“公序良俗原则在日本的最新研究动向”；附录论文4“诚实信用原则在日本的研究”；附录论文5“从日本民法学说的历史沿革看民法在当今社会中的地位与作用”。
这三篇论文本来是当年为《环球法律评论》专题研讨“日本民法百年，，准备的专题论文，当时因杂志可刊载的篇幅所限没有同时发表，后发表在渠涛主编《中日民商法研究(第1卷)》，鉴于研究内容之间具友高度的关联性作为附录收录于此。

上篇4“关于知情权私法属性的思考——以日本公民知情权的历史为背景，，本为受李步云教授之托，为其组织的“信息公开制度研究”课题组撰写的一篇关于日本公民知情权方面的介绍论文。
但在研究和写作过程中，出于一个民法学者的感悟，不由得对知情权被专门作为行政法课题这一传统见解产生了疑问。
于是，有感而发对私法领域中存在的知情权的问题，以及知情权用私法概念界定问题进行了如下几方面的研究。
第一，知情权性格的多重性——公权(知情权与公民主权原理)、人格权(知情权与个人隐私)、自由权(信息传送方与接受方的自由)、社会权(企业经营信息与市民生活的关系)——必然导致知情权关系的复杂性。
第二，知情权的性质随着社会的发展已经从单纯的消极权利逐步变成一种复合性的积极权利。
知情权问题中总结出来的社会现象也可以揭示社会中公法与私法融通——即公法的私法化和私法的公法化现象——的社会基础。
第三，“治疗前的告之义务”概念——病人对自己病情的知情权。
第四，知情权与私权相关的其他问题。
①国有以及国营企业的信息公开问题。
②媒体的信息公开问题。
③自治体的信息公开问题。
④专家责任问题。
第五，知情权的私法界定——以请求权法理构成为中心，以直接利益与间接利益界定有无请求权的判断标准。
下篇1“中国社会团体法律环境与民法法人制度立法——法人制度序说”是作者最近两年来研究的课题。
开始这一研究的契机是承蒙作者所在研究所的厚爱，有机会参加荷兰大使馆援助的项目“中国社团法律环境”课题，由此萌发了从民法角度研究社团法律制度的兴趣。
该文正是从社团的法律环境作为切入点，通过对社团乃至法人的概念及其在新中国存在的历史的考察以及同国外相关立法的比较，对民法典中法人制度的设计进行了比较全面的研究，在此基础上对制度设计提出了具体的建议。
该项研究的结论性内容主要涉及以下几个方面。
第一，社团乃至法人的立法主要涉及两方面的内容，一是政策取向，一是法技术。
前者更多的体现于以宪法为代表的公法领域，后者则是民法中具体制度制定本身。
社会团体法律环境必须从政策选择和法技术选择两个方面入手进仃整合。
“第二，在政策选择上应该顺应世界潮流，放宽准入机制同时加强监督机制，以此政策选择为前提，在价值取向上重视制度建设和运营的社会成本，在技术层面上对法人行为能力进行分割，即完全行为能力法人与限制行为能力法人，从而将广义上“第三主体”纳入法人制度。
第三，法人本质论在今天的中国是否还有意义。
法人本质论只是为政策选择提供的理论依据。
法人本质论中的各种观点尽管在形式上各有偏重，但无论是哪一种学说都可以集中到一个基点，这就是：作为国家与个人之间存在的团体应该被作为法主体得到承认。
这些学说展开讨论的社会背景已经同今天的社会状况大相径庭，因此．，毋宁说，日本学界提出的以政策选择为中心的讨论更具有现实意义。
第三、政治、经济、社会在职能上的分离与社会中法主体的多元化之间是相辅相成相互促进的关系。
但是要真正实现这种“分离”和“多元化”不能缺少两方面的因素，一是政治上宽松的民主环境，一是经济的发展；因为只有具备了这两个因素才能使人们在对自已．行为和组织形式选择的多样化成为可能。
下篇2“中国农村土地财产权民法制度论”也是首次发表的研究论文。
该文的附属研究“中国土地制度的现状与展望(附录论文5)”最早是应邀出席《日本比较法学会》第63

届大会(2001年)时作的报告，后以日文发表在该学会杂志《比较法研究2001》(2002年出版)。
该稿经修改再次作为研究报告将发表于作者最近应邀参加的韩国土地法学会第20届大会(2004年10月)，此次作为中文稿也是首次发表。
作者长期以来一直将中国农村土地财产权的研究作为自己的主要课题，作为该课题的研究业绩主要有1998年曾在日本发表的、以中国农村实地调查为基础撰写的论文“中国农村土地财产权研究”(《名城法学》第47卷第4号)。
本文是以上述研究为基础，针对当前中国物权法立法中农村土地财产权的具体制度设计展开的研究。
作者对该项制度设计的基本设想如下： 第一，中国物权法中对土地财产权的界定不能再沿用笼统的“集体所有”。
建议采用“共有”概念。
以“总有”形式为基础，在有条件并得到当地居民三分之二以上同意的情况下可采用“合有”形式。
第二，在经营方式上，应该汲取人民公社时代的教训，避免“一刀切”成一种模式。
因为无论是现在的“家庭联产承包制”还是过去的“人民公社制”以及现实社会中存在的“股份合作制”等各种经营模式都不能，也不可能是放之中国广大农村而皆准的灵丹妙药。
因此，应该承认采用何种方式经营属于基于财产所有权的经营自主权。
第三，为了解决出嫁女，入赘男等因人的移动而致使承包权等对土地的财产性权利受到侵害的问题，建议在物权法中明确界定以家庭承包经营等形式的共同经营关系为“合有”，即“合伙”形式，由此承认共同经营者之间在“退伙”时对入伙财产的购买请求权或对入伙财产的收益请求权。
第四，农村土地的经营权属公示方面不必一律采取不动产登记的方式。
鉴于中国农村属于“熟人社会”，建议采取更为灵活的公示方式，即在不动产登记之外承认包括当地习惯公认的各种公示方式。
而且，在这种权属变动中采用公示对抗要件。
下篇3“日本担保物权法制度的修改”是以介绍日本近年来担保物权制度大改革为主要内容的研究。
该文通过对日本这次改革的全面介绍，揭示了担保法理念的历史变迁——即从用益价值型担保到交换价值型担保到收益价值型担保的转变。
日本今天的担保物权法改革以及担保法理念的变迁对今天中国物权法立法具有很高的参考和借鉴价值。
作为该研究的背景有两篇论文，一是附录论文7“担保物权法制度比较研究”，一是附录论文8“关于不动产证券化的制度考察”。
附录论文7是中日学者共同研究的业绩，此次得到其他几位共同执笔者惠允收录于此。
附录论文8是诞生于美国，最近在日本登陆的最新型的担保制度，因此它也最能体现担保理念的最新变化。

作者简介

渠涛，山西祁县籍，1956年生于吉林省长春市。
1982年华中科技大学毕业，文学学士；1992年古屋大学法学硕士；1995年名古屋大学法学博士课程毕业。
1994-1998年任名城大学法学部专任讲师，1998-1999年任中国社会科学院法学院法学研究所副研究员，现任中国社会科学院法学研究所研

书籍目录

序言前言上篇　民法理论研究 1 中国民法典草案引发的民法立法问题思考　附录论文 2 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　附录论文 3 日本民法编纂及学说继受的历史　附录论文3　公序良俗原则在日本的最新研究动向　附录论文4　诚实信用原则在日本的研究　附录论文5　从日本民法的历史看民法在当今社会中的地位与作用 4 关于知情权私法属性的思考——以日本公民知情权的历史为背景下篇　民法制度研究 5 中国社会团体法律环境与民法法人制度立法——法人制度论序说 6 中国农村土地财产权民法制度论　附录论文6　中国土地制度的现状与展望 7 日本担保物权制度改革　附录论文7　中日担保物权法比较研究　附录论文8　关于不动产证券化的考察后记

第一图书网, tushu007.com

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:http://www.tushu007.com