



中国法律集刊联盟
ALLIANCE OF CHINESE LAW JOURNALS

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

私法研究

第22卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 李俊 陈晓敏

Vice Editor-in-Chief: Li Jun Chen Xiaomin

PRIVATE LAW REVIEW
VOL.22

顾问

王泽鉴
梁慧星
吴汉东

主办

国家级重点学科
中南财经政法大学民商法学科


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

PRIVATE LAW REVIEW VOL.22

私法研究

第22卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 李俊 陈晓敏

Vice Editor-in-Chief: Li Jun Chen Xiaomin

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第22卷 / 陈小君主编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2303-3

I. ①私… II. ①陈… III. ①私法—研究 IV.

①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第121286号

私法研究第22卷
SIFA YANJIU DI-22 JUAN

陈小君 主编

责任编辑 吴 昉
装帧设计 乔智炜

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 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 18.25
字数 312千
版本 2018年3月第1版
印次 2018年3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

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2303-3

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

学术顾问 王泽鉴 梁慧星 吴汉东

编委会主任 陈小君

编委会委员 (以姓氏拼音为序)

陈小君 高 飞 高利红

耿 卓 雷兴虎 麻昌华

温世扬 肖志远 徐涤宇

张 红 赵家仪 资 琳

主编 陈小君

副主编 李 俊 陈晓敏

编辑部主任 陆 剑

本卷责任编辑 陈晓敏 李 俊 陆 剑

麻昌华 石一峰

编辑助理 徐育知 韩 超



卷首语

士欲修身者,不可以不读书;人欲致事者,不可以不明理。读书穷尽于诸子百家,明理遨游于古今中外。灯尽油枯,知源流于刻板之间;皓首穷经,识大道于文字之外。本卷《私法研究》共设“民事法论”“知识产权法专论”“环境资源法专论”三个专题,为大家奉上14篇佳作,以期给各位读者带来启迪。

一、民事法论

本专题共收录九篇文章。

第一篇是谢冬慧教授所作《政法精英与民国民法典编纂》一文。民国时期,一批政法精英当政,并主持法典的编纂。民国民法典正是当时一代又一代的政法精英通过不懈的努力而完成的立法成果。从沈家本主持修订的《大清民律草案》到王宠惠主政编纂的《民国民律草案》,再到胡汉民亲自督率的《民国民法典》,正是众多的政法精英对民法典编纂事业的投身,才促成了民国民法典的诞生,这些政法精英的先进法治理念以及他们的专业技术水准是民法典编纂技术和水平的保障,值得我们追忆。今天,在我国当代民法典编纂之际,也应该重视政法精英的力量,并从民国精英参与民法典编纂的经验中获得必要的启发。

第二篇是徐银波副教授所作《〈民法总则〉决议行为规则之解释适用》一文。该文认为,不同于《民法总则》第133条对于传统意思表示之法律行为的界定,决议行为并不必然导致民事法律关系的产生、变更或消灭,而旨在形成对社团及其成员的拘束力。决议行为规则仅调整社团按一定程序和方式形成

团体意思之决议行为,并不调整共有人等形成决议的多方法律行为。就决议瑕疵,虽然《民法总则》仅以第85条、第94条规定可撤销事由,但基于整体解释,还应依据《民法总则》第134条、第153条分别认定决议不成立、无效。就决议被撤销、无效的法律后果,无法适用《民法总则》第157条之一般规定;《民法总则》第85条、第94条的特别规定并未解决社团内部决议何以及如何影响外部行为效力之前提性问题,需基于瑕疵决议的内容,结合越权代表、无权代理规则认定社团后续从事行为之效力。

第三篇是李明恒所作《我国〈民法总则〉个人信息保护规则的完善》一文。《民法总则》第111条规定了个人信息保护规则,肯定了个人信息的人格权益属性,一定程度上改变了我国个人信息法律保护碎片化、零散化的状态,对强化个人信息保护具有重要意义。该文章主张,我国未来民法典分则应当在《民法总则》规定的基础上,完善个人信息的保护规则,如肯定个人信息权的积极利用权能,明确个人信息收集、利用行为的合法性标准等,以不断完善我国的个人信息保护法律制度。

第四篇是吴昭军博士的《“宗教活动场所”法人化与民法典的路向选择——解读〈民法总则〉第92条第2款》一文。该文针对《民法总则》规定“宗教活动场所法人”的规范解释与理论研究的不足,探讨“宗教活动场所”究竟应为客体还是主体,其名称是否可替换表达为“宗教法人”,该类法人系特别法人还是普通非营利法人,民法调整此类法人的立法目标定位是什么,以及如何设计相应的登记程序的问题。该文通过解读《民法总则》第92条第2款,探究宗教活动场所法人化的价值定位,分析“宗教活动场所”规定于《民法总则》并明确界定为法律主体而非客体之意义。在此基础上,文章以体系化的立法解读方式,对“宗教活动场所”的设立、登记、体系化位置、性质等问题一一回应,提出增设无须登记而自动取得法人资格之规定,建构“民法典—单行立法—宗教自治规范”三维规范体系。

第五篇为陈苇教授和陈钊博士所作《瑞士新成年人意定照顾制度研究及其启示》一文。2013年1月1日生效的新“瑞士成年人保护制度(成年人监护制度)”,被置于《瑞士民法典》亲属编之中。其内容包括意定照顾措施(自我照顾安排)与法定监护措施,两者并列,各自单独规定,且前者优先于后者适用。前者根据照顾内容的不同,分为一般措施和医疗措施。一般措施针对委托人日常照顾安排,而医疗措施仅针对委托人医疗事项的安排,如此分类凸显“重视人身上照顾”的理念。这两种照顾措施均由委托人自主决定委托事项,在委托人丧失判断能力时由受托人严格按照其指示执行,充分体现“尊重本人自我决定权”和“活用当事人的剩余能力”的理念。同时,为了辅助当事人意定措施的设立和实现,对委托人范围、设

立形式、内容要求、公力介入等均有明确的规定,体现了“国家公力的适当介入”理念,形成以“自治为主,国家辅助”的新型成年人意定监护制度。该文拟对瑞士修改后的新成年人意定照顾制度进行研究,汲取其立法改革经验,从我国实际出发,提出我国“民法典婚姻家庭编”之增补细化成年人意定监护制度的立法构想。

第六篇为雷秋玉副教授所作《债权让与的法律构成——以解释论的选择为中心》。债权让与的法律构成涉及债权让与的权利变动模式、债权让与合同与债权让与行为之间的因果关联,对此已形成三种解释论:债权意思主义、准物权形式主义、二元意思主义。该文认为,基于民法解释方法的基本准则,准物权形式主义因不符合文义解释的基本要求,债权意思主义则因逻辑不够自治、合体系性较差,均应予否弃。二元意思主义吸纳物权变动意思主义中的物权合意要素,改造为债权让与意思,区分于债权效果意思,认为债权让与的权利变动是债权让与意思的结果,形成了债权让与的二元法律构造,其逻辑自治性与合体系性较为突出。改良的二元意思主义试图以基础合同、主合同与债权让与行为的因果关联替代债权让与合同与债权让与行为因果关联,解释力较弱,但可作为二元意思主义的必要补充。显然,该文以合法律解释的准则、合逻辑性与合体系性为标准,为债权让与解释论的选择提供了一个相对科学的评价标准体系,也即以改良的二元意思主义为辅的二元意思主义的解释模式。

第七篇是蒋佳艺博士所撰《委托合同任意解除权的基础及限制》一文。委托合同中的任意解除权构成“契约严守”原则之例外。通说认为,其理论基础在于当事人之间的信任关系,然而单一的信赖基础说无法应对日益复杂的实践,需要结合大陆法系传统重新审视其理论基础及限制方式。该文对此的研究不仅能够为《合同法》第410条的适用提供更准确的参照,也为委托合同给即将到来的合同分则之立法完善奠定基础。

第八篇是谢潇博士所作《论普通法中的私法拟制:故步自封与柔性损益的结合》一文。普通法私法部分历史进程中的法律拟制,或曰私法拟制,扮演了极为重要的角色。该文认为,借由融合了外在法律形式主义与法律实用主义精神的私法拟制,普通法的法官们柔性地不断突破令状制度及相关立法与惯例的樊篱,实现了私法的有机发展,并给予了当事人必要的救济。尽管在法律实证主义的视角下,私法拟制无疑是对既定令状与法律规定及惯例的僭越,但就私法发展与当事人权益保障而言却不无裨益。

第九篇是徐铁英副研究员撰写的《意大利法上的物件看管损害责任》。该文对意大利法上物件看管损害责任的规范起源、体系定位、责任构成等做了详细的考

察与分析,对我国侵权责任法上违反安全保障义务的责任的法律解释适用与完善具有重要的启发意义。

二、知识产权法专论

本专题共收录两篇文章。第一篇是王小丹博士的《民国商标法的续造:商标近似判例及适用》一文。民国时期,商标近似是商标注册审查和商标侵权认定的主要尺度。当时商标法尚未明确界定商标近似标准,且司法院解释的补漏作用有限。而三类商标近似判例却提供了标准,进行了民国商标法的续造。这些判例前后相承,适用广泛,具有较强的规范作用。最高法院判例形成最早,初步确立了认定商标近似的要件;行政法院判例适用于行政诉讼和诉愿,为解决商标近似争议发挥了最显著的作用;行政院判例仅适用于诉愿,形成了比较全面且成熟的商标近似标准。这些判例完善了民国商标法的解释,增加了适用的灵活性,推动了民国商标法本土化进程。较之来源单一的判例,商标近似判例有其独特之处,可借此透视民国判例制度在商标领域的运行。

第二篇是宁立志教授与王少南博士合作的《技术标准中的专利权及其反垄断法规制》一文。该文认为,专利权人利用技术标准实施各种专利滥用行为,危害到技术创新和市场竞争。为了防止和规制专利权人的滥用行为,标准化组织通常在其专利政策中对专利信息披露、必要专利甄选以及专利许可条件作出规定。但相较而言,具有社会本位和以保护公平竞争为目标的竞争法能起到更好的规制作用。国际上的竞争立法对技术标准中的专利权滥用均作出了规定,这些规定对我国有重要的借鉴意义。反垄断法应以合理原则审查涉及技术标准专利的垄断协议和滥用市场支配地位行为,合理权衡其中的利弊,谨慎地作出法律判断。我国应进一步完善《反垄断法》,尽快细化有关操作指南,在司法和执法实践中不断积累经验,更好地营造公平竞争的市场环境。

三、环境资源法专论

本专题共收录三篇文章。第一篇是李飞博士所作《环境要素的罗马法保护:空气与水》一文。该文对罗马法中有关空气和水这两种环境要素的法律保护,通过原始文献做了非常细致的考察与梳理。尽管罗马法上并不存在现代意义上的环境法律规范,对环境的法律干预主要是对私人利益保护的附属产物,但是其在环境要素保护方面的经验在方法论上对于今天的立法仍有借鉴意义。

第二篇是袁博博士的《我国水权取得的社会本位机理——基于民法上水资源

国家所有权的证成》。“水资源全民所有”第一层意涵是全体公民共同利益下的所有,第二层意涵是防御式的保障全体公民的利用权。水资源国家所有权只是民法意义上的,是水资源国家所有的具体规则建构,实际上也是利用私法的形式来解决公法规制的问题。水权形成实际上是一种社会目的的实现过程,作为一种用益物权,其取得具备二次赋权性。同时水权形成也是个人与公共协调的结果。水权的社会本位实现需要通过具体制度来实现《宪法》“全民所有”的价值辐射,还需要明确水权取得的基础、行政特许的内在要求,以及通过司法维护社会本位。

第三篇是日本著名法学家儿玉晴男所撰《论作为信托财产的环境资源权——环境财产的权利构造分析》一文,该文由战东升副教授翻译。科学技术进步和经济增长,既是导致地球环境问题的原因,也是解决地球环境问题的前提条件;这两个方面的价值评价截然相反。因而,立法政策必须以科学技术进步、经济增长与环境保全之间的相互关系为出发点。信托制度在环境保护领域的运用再次受到了关注。英国的民间组织国民信托把土地当作信托财产;我们也可以借鉴这样的公益信托制度,把作为信托对象的环境资源(财产)称为环境财产,其权利称为环境财产权。为构建科学技术进步、经济增长与环境保全之间的合理关系,有必要对环境财产的权利构造做进一步分析。

目 录

民事法论

- | | | |
|-----|---|---------|
| 3 | 政法精英与民国民法典编纂 | 谢冬慧 |
| 15 | 《民法总则》决议行为规则之解释适用 | 徐银波 |
| 32 | 我国《民法总则》个人信息保护规则的完善 | 李明桓 |
| 42 | “宗教活动场所”法人化与民法典的路向选择
——解读《民法总则》第92条第2款 | 吴昭军 |
| 57 | 瑞士新成年人意定照顾制度研究及其启示 | 陈 苇 陈 钊 |
| 82 | 债权让与的法律构成
——以解释论的选择为中心 | 雷秋玉 |
| 97 | 委托合同任意解除权的基础及限制 | 蒋佳艺 |
| 113 | 论普通法中的私法拟制:故步自封与柔性
损益的结合 | 谢 潇 |
| 157 | 意大利法上的物件看管致害责任 | 徐铁英 |

知识产权法专论

- | | | |
|-----|--------------------|---------|
| 171 | 民国商标法的续造:商标近似判例及适用 | 王小丹 |
| 189 | 技术标准中的专利权及其反垄断法规制 | 宁立志 王少南 |

环境资源法专论

- | | | |
|-----|-----------------|-----|
| 225 | 环境要素的罗马法保护:空气与水 | 李 飞 |
|-----|-----------------|-----|

- 251 我国水权取得的社会本位机理
——基于民法上水资源国家所有权的证成 | 袁 博
- 264 论作为信托财产的环境资源权
——环境财产的权利构造分析 | [日]儿玉晴男著
| 战东升译

Contents

Civil Law Theory

Xie Donghui Political and Legal Elites of the Republic of China and the Civil Code Compilation of That Time	3
Xu Yinbo Interpretation and Application about the Rule of Resolution of General Provisions of the Civil Law	15
Li Minghuan Perfecting the Personal Information Protection Rules of the General Provisions of the Civil Law	32
Wu Zhaojun The Choice of the Legal Person of the Sites for Religious Activities in the Civil Code —Interpretation and Application of the Second Paragraph of the Article 92 in the General Provisions of the Civil Law	42
Chen Wei, Chen Zhao Research on the New Adult Guardianship System in Switzerland and Its Enlightenment to China	57
Lei Qiuyu Legal Constitution of Assignment; Centering on the Choice of Interpretation	82
Jiang Jiayi On Termination <i>ad nutum</i> of Contract of Mandate; Basis and Limitation	97
Xie Xiao Legal Fiction of Private-Common Law; The Combination of Self-restraint and Flexibility	113
Xu Tieying Study on the Responsibility to the Damage Caused by Things in Custody in Italian Civil Law	157

Intellectual Property Law

Wang Xiaodan The Further Development to Trademark Laws in the Republic of China; Precedents on Trademark Similarity and Their	
---	--

Application	171
Ning Lizhi, Wang Shaonan Regulation of Anti-monopoly Law on Patent Rights in Technical Standards	189

Environmental Resources Law

Li Fei Protection of Environmental Elements in Roman Law: Air and Water	225
Yuan Bo The Social Standard Mechanism of Water Right Acquisition in China in Evidence of National Ownership of Water Resources Based on Civil Law	251
Eryuqingnan(Translator: Zhan Dongsheng) On the Environmental Resource Right as Trust Property —The Analysis of Constitution of the Right of the Environmental Property	264

民法法论



政法精英与民国民法典编纂*

谢冬慧**

目 次

一、引言

二、清朝末期的政法精英与《大清民律草案》

三、民国前期的政法精英与《民国民律草案》

四、国民政府的政法精英与《中华民国民法》

五、结语

一、引言

法典是经过专业化、系统化、学术化的产物,它离不开政治界与法学界诸多精英人士的孜孜以求和艰苦卓绝的工作。民国民法典的编纂也不例外,它肇始于清末变法,完成于国民政府时代,凝聚了几代政法精英的智慧和汗水。从清末到民国 20 余年的时间里,正是众多的政法精英对民法典编纂事业的投身,才促成了民国民法典的诞生。这些政法精英的先进法治理念以及他们的专业技术水准是民法典编纂技术和水平的保障,值得我们追忆。今天,在当代中国民法典编纂之际,也应该重视政法精英的力量,并从民国精英参与民法典编纂的经验中获得必要的启发。

* 本文为中国法学会 2016 年度部级法学研究课题“民国民法典编纂及其当下启示”[CLS(2016)C47]的研究成果。

** 谢冬慧,南京审计大学法学院教授,法学博士、博士后。

二、清朝末期的政法精英与《大清民律草案》

民国民法典编纂可以追溯至清末变法时期的《大清民律草案》。古代中国没有单行民法典,清末变法引进西方法制,着手编纂民法典;但由于当时政局动荡,中国第一部民法典——民国民法典直至1929年才由南京国民政府制定公布。^[1]因此,研究民国民法典得从《大清民律草案》的制定开始。也就是说,从法律沿革的历史来看,民国民法典直接来源于清末变法的成果之一——《大清民律草案》。作为中国历史上首部专门的民法典草案,《大清民律草案》是1911年8月由清政府通过修律活动完成的。实际上,《大清民律草案》是中国20世纪大规模修律活动的产物;而修律的主持者是政法精英沈家本、伍廷芳与俞廉三等。其中,沈家本为清末官吏兼法学家;伍廷芳乃近代中国第一个法学博士、清末民初外交官兼法学家;俞廉三曾任地方巡抚兼教员。很明显,沈家本、伍廷芳与俞廉三属于当时社会政法界的精英。有学者认为:沈家本先生主持的修订法律馆堪称清末政法精英人才的汇聚地。^[2]修订法律馆也因此被誉为“中国民法典的发祥地”,沈家本因主持制定了《大清民律草案》而被称为“中国民法典之父”。^[3]的确,《大清民律草案》的问世,渗透了沈家本等一批当时政法精英人才的辛勤汗水,也为民国民法典的编纂积累了经验,奠定了基础,具有多方面的意义。

首先,主持、制定《大清民律草案》的政法精英创新了近现代法典模式。清末修律一改传统中国“诸法合体”的法典编纂模式,效仿西方采取单行法律或者法律部门的立法形式。然而,这个转变首先需要取得清廷官方的认可。为此,在清末修律之前,沈家本等作为当时的政法精英,积极向当朝统治者上奏,以取得最高统治层的权力支持。1905年3月13日,沈家本和伍廷芳两人共同向光绪皇帝上了奏折,其中恳请将原《大清律例》中纯属民事的部分条款分出,不再科刑,以示“民刑分立”。^[4]后来,沈家本和俞廉三等再次提交奏折,认为:“保护私权,实关重要。东西各国法制虽殊,然于人民私权秩序,维持至周。既有民律以立其基,更有民事诉讼律以达其用。”^[5]1907年6月,清政府民政部大臣、晚清贵族重臣善耆再次提

[1] 参见叶孝信:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,第605页。

[2] 参见张仁善:《论中国近代法律精英的法治理想》,载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第1期。

[3] 参见李显冬:《从〈大清律例〉到〈民国民法典〉的转型》,中国人民公安出版社2003年版,第111页。

[4] 参见《奏请先将律例内应删各条分次开单进呈折》,转引自沈家本:《沈家本未刻书集纂》,中国社会科学出版社1996年版,第383页。

[5] 孔庆明等:《中国民法史》,吉林人民出版社1996年版,第696页。