



# 民法思维与 司法对策

上

杨立新 著

北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



## 图书在版编目(CIP)数据

民法思维与司法对策: 全2册/杨立新著. —北京: 北京大学出版社, 2017.1

ISBN 978-7-301-27956-4

I. ①民… II. ①杨… III. ①民法—中国—文集 IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第010046号

- 书 名** 民法思维与司法对策(上下)  
Minfa Siwei Yu Sifa Duice(Shang Xia)
- 著作责任者** 杨立新 著
- 责任编辑** 苏燕英 田 鹤
- 标准书号** ISBN 978-7-301-27956-4
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 南京爱德印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 880毫米×1230毫米 32开本 90.875印张 3764千字  
2017年1月第1版 2017年1月第1次印刷
- 定 价** 498.00元(上下)

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

4

作为一位著名法学家，中国人民大学的博士生导师杨立新有着比一般学者更为丰富和曲折的人生经历：他不仅下过乡，当过兵，在中级人民法院当过副院长，还在最高人民法院、最高人民检察院工作过，更有过连升七级、“两进两出”的传奇故事。可以说，杨立新见证了30年来中国的法治进程。

中国民法典的制定不仅是法学界几代人的梦想，也承载着亿万人民的期盼。对一个公民来说，衣食住行、工作娱乐、婚姻家庭等一切日常活动都离不开民法，一个企业从事的一切经营活动也都离不开民法。在西方，民法被形象地称为“社会生活的圣经”。中国能否继19世纪的《法国民法典》和20世纪的《德国民法典》之后，制定一部代表21世纪潮流和发展趋势的伟大的中国民法典，成了摆在杨立新这样的民法学者面前的历史使命。杨立新先后参与制定了《合同法》《物权法》和《侵权责任法》，这其中，《侵权责任法》他是主要起草人，他对这部法律的感情也最深。

——中央电视台2009年10月国庆六十周年法治人物专题片

《为了民法典之梦》解说词

## 作者经历

### 现任

教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

华东师范大学法学院教授

全国人大常委会法制工作委员会立法专家顾问

最高人民法院专家咨询委员会专家咨询委员

最高人民法院案例指导工作专家委员会委员

国家卫生和计划生育委员会公共政策专家咨询委员会专家委员

中央「五五」普法国家中高级干部学法讲师团成员

中国民法学研究会副会长

中国婚姻法研究会常务理事

世界侵权法学会亚洲区执行委员

东亚侵权法学会理事长

北京市消费者权益保护法学会会长

### 曾任

最高人民检察院检察委员会委员、民事行政检察厅厅长、检察员

最高人民法院民事审判庭审判员、审判组长

吉林省通化市中级人民法院常务副院长、副院长、审判员

烟台大学法学院副教授

### 荣誉

享受国务院政府特殊津贴

北京市师德标兵

吉林省劳动模范

吉林省振兴中华一等奖获得者

## 序：跨越时代的中国民法思维与司法

我自1975年6月进入法院从事民事审判工作，1981年在《法学研究》发表第一篇侵权法论文以来，先后在法学刊物和报纸上发表了民法理论和实践的研究论文五百余篇，涉及包括消费者法领域的主要内容。2017年1月，我就六十五岁了，就要迎接退休了。我跟北京大学出版社的蒋浩先生商量，在五百余篇论文中精选一部分出来，出版一部文集，既可以展示几十年的研究成果，也便于学者、法官、检察官、律师以及法学院同学查找阅读和使用。蒋浩先生积极支持我，因而完成了本书的编选工作。

我亲身经历了中国民法四十多年理论思维和司法实践的发展历程。在近半个世纪中国民法思维和司法的发展中，跨越了废法时期、苏法时期、德法时期和融法时期四个阶段。1976年之前是废法时期，无论民法的理论还是实践，都无法可依，形成中国民法的空窗期。1985年和1987年，中国民法有了《继承法》和《民法通则》，尽管与苏联交恶已久，但苏联民法对我国的影响至深，致使民法仍然延续了1949—1966年的传统，依旧是苏法时期。之后，随着对德国民法思想的大量借鉴，特别是王泽鉴教授的德国请求权理论在大陆的广泛影响，形成尊崇德国民法思维的德法时期。至2009年《侵权责任法》出台，标志着中国大陆融合各国民法传统，初步形成了有独自风格的民法思维和司法。中国大陆这四十年民法思维和司法的发展，跨越了世界民法发展的千年历史，最起码也是跨越了两百多年来近现代民法发展的历史时代，浓缩了民法的发展历史。因而，把四十多年中国民法思维和司法的进步称为跨越时代的发展，并不为过。

有幸的是，我作为一名民事法官和民法学者，经历了这样跨越时代的民法发展。我自己对民法思维与司法对策的研究，正是随着这一跨越时代的发展而不断深入，已经发表的文章完全可以看到这一发展的印记。从初出茅庐到学有所成，从孤陋寡闻到深入展开，从边城人民法院到最高人民法院的法官，再到最高人民检察院的检察官，最后到高等学府的教授，我见证和记录了中国大陆民法思维和司法的进步。

编选本书，我比较侧重于选择1990年之后发表的文章，此前的文章选入不

多。此举不是想掩饰自己学术幼稚期的缺陷，而是不敢耽搁、浪费读者的宝贵时间和金钱。本书编选了215篇论文，突出了学术性、实践性和新颖性，能够表现我国民法思维与司法对策跨越时代的学术成果，对民法教学和学习的师生进行研究，对民事法官、检察官、律师的司法实践，都能有所裨益。

本书命名为《民法思维与司法对策》，想要表达的是四十多年来我国民法思维和司法的跨越时代的发展，我将其奉献给“中国民法典”编纂的伟大工程，迎接她的诞生。

本书的出版，我要感谢在求学、工作、教学过程中给予我知识和力量的各位师长和同仁，感谢跟我一起共同研究问题的博士研究生和硕士研究生同学，感谢支持我、帮助我的亲人，感谢几十年来一直关心我的广大读者朋友。特别要感谢北京大学出版社，感谢蒋浩先生，也感谢本书的各位责任编辑。正是他们的辛勤工作，才使本书得以问世。

杨立新

2017年1月

# 总目

## 上

第一编 民法典编纂	1
第二编 民法总则	133
第三编 人格权法	497
第四编 物权法	809
第五编 债与合同法	995
第六编 家事法	1197

## 下

第七编 侵权责任法	1403
第八编 消费者法	2223
第九编 民事司法解释	2439
第十编 民事判例	2625
附录	2815
跋：有文万事足	2861



上

第一编 民法典编纂

编纂民法典必须肃清苏联民法的影响 .....	3
我国“民法总则”法律行为效力规则统一论 .....	17
“民法总则”制定与我国监护制度之完善 .....	30
我国民事权利客体立法的检讨与展望 .....	45
我国民法典总则编应当规定法例规则 .....	54
对民法典规定人格权法重大争论的理性思考 .....	62
民法典中债法总则之存废 .....	81
世界侵权法的历史源流及融合与统一 .....	100

第二编 民法总则

百年中的中国民法华丽转身与曲折发展	
——中国民法一百年历史的回顾与展望 .....	135
佟柔民法调整对象理论渊源考 .....	171
连体人的法律人格及其权利冲突协调 .....	185

植物人的法律人格及其权利保护 .....	207
我国老年监护制度的立法突破及相关问题 .....	226
体外早期胚胎的法律地位与保护规则 .....	242
论人格利益准共有 .....	256
物权法规定的物权客体中统一物的概念 .....	265
脱离人体的器官或组织的法律属性及其支配规则 .....	279
人体变异物的性质及其物权规则 .....	291
尸体的法律属性及其处置规则 .....	308
支配尸体的权利冲突及处理规则 .....	320
人体医疗废物的权利归属及其支配规则 .....	330
动物法律人格之否定	
——兼论动物之法律“物格” .....	340
网络虚拟财产的物权属性及其基本规则 .....	369
货币的权利客体属性及其法律规制	
——以“一般等价物”理论为核心 .....	385
自然力的物权客体属性及其法律规则 .....	397
民事权利保护的请求权体系及其内部关系 .....	408
抗辩与抗辩权 .....	424
论统一撤销权概念 .....	438
戏谑行为及其法律后果	
——兼论戏谑行为与悬赏广告的区别 .....	446
汶川大地震的应急民法思考 .....	465
地震作为民法不可抗力事由的一般影响 .....	479
当代中国民法学术的自闭与开放 .....	489

### 第三编 人格权法

论人格权请求权 .....	499
人身权的延伸法律保护 .....	524
抽象人格权与人格权体系之构建 .....	535
论作为抽象人格权的自我决定权 .....	559

论作为抽象人格权的一般人格权 .....	573
论人格标识商品化权及其民法保护 .....	584
公民身体权及其民法保护 .....	596
安乐死合法化的民法基础 .....	606
论名称权及其民法保护 .....	618
侵害肖像权及其民事责任 .....	627
自媒体自净规则保护名誉权的优势与不足 .....	637
自由权之侵害及其民法救济 .....	648
被遗忘权的中国本土化及其法律适用 .....	662
“艳照门”事件的人格权法和侵权法思考 .....	682
“速度与激情”事件引发的民法思考 .....	687
形象权的独立地位及其基本内容 .....	696
论声音权的独立及其民法保护 .....	708
侵害公民个人电子信息的侵权行为及其责任 .....	720
公民个人电子信息保护的法理基础 .....	730
性自主权及其侵害的民法救济 .....	743
构建以私权利保护为中心的性骚扰法律规制体系 .....	757
性骚扰行为的侵权责任形态分析 .....	779
死者人格利益的民法保护及其商业化利用问题 .....	786
隐性采访和人格权保护 .....	799

## 第四编 物权法

物权法定缓和与非法定物权 .....	811
论不动产错误登记损害赔偿责任的性质 .....	816
善意取得制度研究 .....	827
论相邻防险关系 .....	835
论建筑物区分所有 .....	846
窗前绿地·楼顶空间·停车位	
——《物权法》规定建筑物区分所有权必须解决的三个问题 .....	857

不动产支撑利益及其法律规则	
——以美国法上不动产支撑权为借鉴	869
共同共有不动产交易中的善意取得	884
我国他物权制度的重新构建	893
关于建立大一统的地上权概念和体系的设想	930
我国土地承包经营权的缺陷及其完善	
——兼论建立地上权和永佃权的必要性和紧迫性	940
完善中国农村土地权利制度的几点思考	955
解释论视野下的《物权法》第 166 条和第 167 条	
——兼评用益物权编“不动产即土地”的定势思维	965
后让与担保：一个正在形成的习惯法担保物权	975
司法实践的后让与担保与法律适用	990

## 第五编 债与合同法

论债的保全	997
论债权人撤销权	1001
论债权人代位权	1006
对完善我国债的保全制度的构想	1010
对债权准占有人给付的效力	1018
论损益相抵	1032
债权侵权行为及其损害赔偿	1042
中国合同责任研究	1054
我国合同责任的归责原则	1085
缔约过失责任原理及其适用	1096
饭店旅店车辆管护义务及其损害赔偿	1112
合同无效责任及其承担方式	
——《中华人民共和国合同法》第 58 条评注	1124
论悬赏广告	1137
论重大误解	1150
论情事变更原则	1160
奖券纠纷及其对策	1175

债法视角下的信用卡冒用损害责任 .....	1185
-----------------------	------

## 第六编 家事法

中国身份权研究 .....	1199
论身份权请求权 .....	1222
完善我国亲属法律制度的六个基本问题 .....	1236
论婚生子女否认和非婚生子女认领及法律疏漏之补充 .....	1251
论婚生子女否认与欺诈性抚养关系 .....	1262
论探望权及其强制执行 .....	1273
“常回家看看”条款的亲属法基础及具体适用 .....	1283
关于夫妻共同财产的若干问题 .....	1296
论夫妻约定财产 .....	1310
论家庭共有财产 .....	1320
论侵害配偶权的精神损害赔偿 .....	1338
我国配偶法定继承的零顺序改革 .....	1353
关于恢复继承权宽宥制度的重新思考 .....	1367
对我国继承法特留份制度的再思考 .....	1377
遗产继承归扣制度改革的中途路线 .....	1390

## 下

## 第七编 侵权责任法

### 第一分编 侵权行为及侵权责任法

中国侵权行为法的百年历史及其在新世纪的发展 .....	1406
-----------------------------	------

论埃塞俄比亚侵权行为法对中国侵权行为法的借鉴意义 .....	1428
论侵权特别法及其适用 .....	1441
东亚地区侵权法实现一体化的基础及研究任务 .....	1450
中国侵权责任法大小搭配的侵权责任一般条款 .....	1462
侵权请求权的优先权保障 .....	1472
如何判断《侵权责任法》保护的民事利益范围 .....	1481
原因力的因果关系理论基础及其具体应用 .....	1490
客观与主观的变奏:原因力与过错	
——原因力主观化与过错客观化的演变及采纳综合比较说的必然性 .....	1507
规定无过错责任应当着重解决限额赔偿问题 .....	1529

## 第二分编 多数人侵权行为及责任

多数人侵权行为及责任理论的新发展 .....	1540
共同侵权行为及责任的立法抉择 .....	1554
教唆人、帮助人责任与监护人责任 .....	1573
试论共同危险行为 .....	1586
论分别侵权行为 .....	1591
论竞合侵权行为 .....	1609
我国《侵权责任法》中的第三人侵权行为 .....	1625

## 第三分编 侵权损害赔偿

《侵权责任法》应对大规模侵权的举措 .....	1644
论数种原因造成损害结果的赔偿数额计算 .....	1658
论人身伤害的抚慰金赔偿 .....	1668
论侵害财产权中的精神损害赔偿 .....	1677

## 第四分编 媒体侵权责任

我国的媒体侵权责任与媒体权利保护	
——兼与张新宝教授“新闻(媒体)侵权否认说”商榷 .....	1686

新闻侵权问题的再思考 .....	1701
论中国新闻侵权抗辩及体系与具体规则 .....	1715
不具名媒体报道侵权责任的认定 ——以陆幽案为中心的考察 .....	1744
《侵权责任法》规定的网络侵权责任的理解与解释 .....	1753
论网络侵权责任中的通知及效果 .....	1763
论网络侵权责任中的反通知及效果 .....	1773
小说侵害名誉权的责任 .....	1785
关于侵权小说编辑出版者的民事责任问题 .....	1795

## 第五分编 产品责任

对我国侵权责任法规定惩罚性赔偿金制裁恶意产品侵权行为的 探讨 .....	1804
论产品代言连带责任及法律适用规则 ——以 2009 年《食品安全法》第 55 条为中心 .....	1813
山寨名人代言广告是否构成侵权 .....	1826
有关产品责任案例的亚洲和俄罗斯比较法研究 .....	1833

## 第六分编 事故责任

修正的《道路交通安全法》第 76 条的进展及审判对策 .....	1858
我国道路交通事故责任的归责原则研究 .....	1866
机动车代驾交通事故侵权责任研究 .....	1878
工伤事故的责任认定和法律适用 .....	1893
火灾事故责任的性质及民事责任 .....	1915
校园欺凌行为的侵权责任研究 .....	1929

## 第七分编 医疗损害责任

中国医疗损害责任制度改革 .....	1938
医疗损害责任一般条款的理解与适用 .....	1956

医疗损害责任概念研究 .....	1967
《侵权责任法》规定的医疗损害责任归责原则 .....	1978
论医疗过失的证明及举证责任 .....	1986
论医疗过失赔偿责任的因果力规则 .....	2000
医疗损害责任的因果关系证明及举证责任 .....	2012
论医疗机构违反告知义务的医疗侵权责任 .....	2024
医疗管理损害责任与法律适用 .....	2037
论医疗产品损害责任 .....	2049
错误出生的损害赔偿责任及适当限制 .....	2061
论医疗过失损害赔偿责任的适当限制规则 .....	2076

## 第八分编 其他侵权责任类型

论违反安全保障义务侵权行为及其责任 .....	2090
饲养动物损害责任一般条款的理解与适用 .....	2109
对建筑物抛掷物致人损害责任的几点思考 .....	2119
高速公路管理者对妨碍通行物损害的侵权责任 .....	2130
试论定作人指示过失的侵权责任 .....	2138
论国有公共设施设置及管理欠缺致害的行政赔偿责任 .....	2147
论妨害经营侵权行为及其责任 .....	2157
论商业诽谤行为及其民事法律制裁 .....	2173
论违反竞业禁止的商业侵权行为 .....	2193
我国善意救助者法的立法与司法 ——以国外好撒马利亚人法为考察 .....	2206

## 第八编 消费者法

### “王海现象”的民法思考

——论消费者权益保护中的惩罚性赔偿金 .....	2225
德国民法典规定一体化消费者概念的意义及借鉴 .....	2236
我国消费者行政的现状与改革 .....	2246
日本消费者法治建设经验及对中国的启示 .....	2259



消费者权益保护中经营者责任的加重与适度 .....	2269
我国消费者保护惩罚性赔偿的新发展 .....	2281
消费者权益小额损害的最低赔偿责任制度 .....	2298
修订后的《消费者权益保护法》规定经营者违约责任规则 .....	2311
论消费者损害赔偿请求权的法律优先保障 .....	2319
非传统销售方式购买商品的消费者反悔权及适用 .....	2334
经营者提供商品或者服务三包责任制度的新发展 .....	2347
修订后的《消费者权益保护法》规定的虚假广告责任研究 .....	2358
网络交易平台提供者的法律地位与民事责任 .....	2373
网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任 .....	2387
网络交易平台提供服务的损害赔偿责任和规则 .....	2406
利用网络非交易平台进行交易活动的损害赔偿和规则 .....	2418
商业行规与法律规范的冲突与协调 .....	2430

## 第九编 民事司法解释

对债权准占有人给付的效力 .....	2441
论债权人撤销权及其适用 .....	2444
债权人代位权的原理及其适用 .....	2449
混合过错与过失相抵 .....	2454
民间借贷关系法律调整新时期的法律适用尺度 .....	2460
最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干 问题的解释》释评 .....	2480
适用人身损害赔偿司法解释的疑难问题及对策 .....	2499
建筑物区分所有权和物业服务合同法律规范的新进展 .....	2519
《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干 问题的解释》的理解和适用 .....	2530
近亲属优先购买权及适用 .....	2544
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干 问题的解释(三)》的民法基础 .....	2556