

网络法学研究丛书

WANGLUOFAXUEYANJIU
CONGSHU



杨立新 著

民商法评论



MINSHANGFA

PINGLUN



(第一辑)



· 吉林人民出版社 ·

中国政法大学民商经济法学院

中国政法大学民商经济法学院



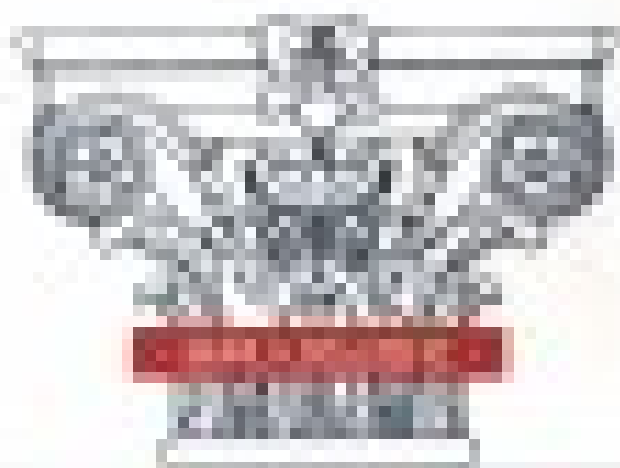
第10卷 第1期

民商法评论

MENSHANGFA
PINGLUN

中国政法大学民商经济法学院

（第一辑）



·网络法律研究丛书·

杨立新民法网

民 商 法 评 论

第一辑

(WWW. yanglx. com)

杨立新 编著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商法评论·第1辑/杨立新编著. —长春:吉林人民出版社, 2001.7

(网络法学研究丛书)

ISBN 7-206-03785-2

I. 民… II. 杨… III. ①民法—研究—中国②
商法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 048766 号

民商法评论(第一辑)

编 著 杨立新
责任编辑 刘树炎

封面设计 翁立涛
责任校对 晓 君

出 版 者 吉林人民出版社 0431—5649710
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)

发 行 者 吉林人民出版社 010—63475245 0431—5638605

制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018

印 刷 者 长春市东新印刷厂

开 本 850×1168 1/32 印 张 12.375

版 次 2001 年 9 月第 1 版

印 次 2001 年 9 月第 1 次印刷

字 数 290 千字 印 数 1—5 000 册

标准书号 ISBN 7-206-03785-2/D·957

定 价 20.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

总 序

在新旧世纪交替之际，中国的网络发展是十分迅猛的，中国的网络法律发展也紧跟其后。最近几年，网络法律研究跟上网络和网络法律发展的需要，也正在逐渐深入，向纵深发展。网络法律，还是不能说已经是一个准确、科学的法律概念。对这一概念的准确界定，还需要进行深入的研究和探讨。目前按照一般的理解，网络法律大体概括为三个方面的内容：一是有关网络管理方面的立法、执法和司法，这主要是对网络进行规制、管理以及争议处理程序等的公法内容；二是有关网络主体及其权利义务关系和网络法律行为等方面的立法，规定网络的主体如网站和网民的主体资格、相互之间的权利义务关系、网络法律行为等的私法内容；三是网络利用的法律问题，即利用网络进行交易，进行思想交流，进行新闻传播，以及利用网络研究法律、传授法律知识、进行法律宣传等内容。这三个方面的内容，基本上概括了网络法律的内容。现在研究网络法律所进行的，一般不超过这个范围。

如果实事求是地来分析和看待问题，可以发现，中国关于网络法律问题的研究，是远远不够的，不仅与世界各国的研究水平相差很大，就是与现实网络和网络法律发展的现状相比较，也还是有很大的差距的。例如，在公法方面，对网络的法律规制问题上，国家的立法刚刚开始，而且主要的立法是行政法规，还缺乏高层次的立法；在司法对出现纠纷的处理程序上，虽然有诉讼法的基本制度，但是还缺乏具有网络特色的程序立法或者司法

解释。在私法方面,对网络主体、网络法律关系以及网络法律行为等方面,缺乏基本的立法,还处在摸索阶段。在网络的法律利用方面,则有更多的欠缺。可以预计,在新的世纪中,网络的发展还要进一步“提速”,急需在网络法律的立法、司法和研究上,采取更为得力的措施,以缩短中国与世界、理论与实践的差距,使网络的发展在法治的环境下进行,做到有法可依、有章可循,尽快走上法制轨道。

我作为一个法律界的网民,一方面利用网络进行法律研究,与法律网民在网上进行交流,另一方面在网络法中的私法方面进行初步的探讨,研究得不深;但是有一点,就是愿意以自己的力量,推动网络法律研究的发展。因此,与吉林人民出版社的领导和编辑同志一起,筹划出版网络法律研究丛书,为网络法律研究的深入发展创造一个阵地,为网络法律人的交流提供一个论坛,为繁荣网络法律研究做出一点贡献。

网络法律研究任重道远,愿我们共同努力。

杨立新

2001年3月5日于北京西郊

《民商法评论》网站宣言（代序）

民商法研究是我的终生追求。

在 20 年前，我开始了民商法研究的艰难历程。在这 20 年中，有成功的欢乐，也有失败的挣扎；有意志的坚定不移，也有过徘徊和犹疑。但是，20 年的历程是不悔的路。

在我刚刚走进民商法研究之路的时候，我还年轻，涉世不深，带有一些莽撞，更带有一些肤浅。那时的我如果有今天这样的成熟，那我会左思右想，决不会这样贸然就闯进这样神圣的领地。然而，确实是闯进来了，确实是做起来了，于是有了今天我在民商法研究园地中的耕耘和收获。

民商法理论博大精深这句话，是被人们说滥了的话。但是，只有真正走进民商法研究大门的人，才能更深刻地理解这句话的内涵。我曾经多次想过，在这样复杂、深奥的理论面前，就像我们这样的俗人，拚其终生，也难以揭开民商法理论的一角。当然，更重要的是民商法的精神，公平、正义的理念无时不在，诚实、信用的原则海人至深。20 年徜徉在这种精神的河流中，沐浴人的身心，让人从里到外融化在平和的世界之中。人世间的善恶是非都规范在民商法的精神之下，世界将永远无争。正因为这样，为民商法研究而献身，能说不值得吗？

开办一个《民商法评论》的网站，是要弘扬民商法的理论和精神，宣传民商法的研究成果，交流民商法研究的心得、意见，评论理论和实践中的热点问题，使更多的民商法研究爱好者和网

友了解我的研究现状，帮助我对民商法理论加深认识，推动我的研究更加深入。我的民商法研究的特点，是坚持理论和实践相结合，尤其是注重对民商法判解的理论研究。我在这个网站中的研究和评论将继续坚持这样的风格。

愿大家共同建筑民商法的大厦，让中国的民商法在世界民法之林中更加壮观、秀美！

杨立新

2000年6月28日

本书的其他网友作者 (排名不分先后)

野山闲水 曹呈宏 亚西 阿木撒
李常胜 李永红 yin 王鸿
如风 雪飞 成群星 铁面柔情
苏北 洪峰 tony 倚天屠龙
林霏 CLS Aly 愚民
阿凯 李质 一路风尘 Kunyu
徐江 银灰 Ywh 冷眼观潮
铁面刀客 凌云志 笑笑天 老行者
建建 华英雄 孤呈 楚无忌
小秦 小鸭笨笨 青青梅子 WBY
华琳 DFHT 大山 Justine
余律师 沈浪 上海商商 止境
Tidewind Gy 天天 令孤卫
一文 XJ Zr PKO 哲敏
寒山一竹 雨非 阿铭 一休
阿晖 小胖 七野安定 Mouse kk
xhun 小丁 pound 王屋山人
s375s Kkkkkk

目 录

总 序	(1)
《民商法评论》网站宣言 (代序)	(1)
·1·众口说法	
关于禁放鞭炮立法问题的讨论	(3)
关于妻子通奸怀孕期间丈夫可否起诉离婚问题的讨论	(11)
关于乘客乘坐出租车意外受伤的赔偿问题的讨论	(22)
关于发回重审的裁定要不要写明发回的理由问题的讨论	(32)
关于借贷案件举证责任问题的讨论	(37)
关于提供虚假验资是否为恶意串通问题的讨论	(42)
关于国有企业改制的法律问题的讨论	(47)
关于破产抵押问题的讨论	(52)
关于侵害债权问题的讨论	(55)
关于医疗事故纠纷举证责任应当倒置问题的讨论	(58)
·2·热案点评	
隐私权是权利人的独占人格权	(65)
义务与能力	(67)
值得同情的和应当保护的	(69)
侵权还是违约	(71)
看问题要看实质	(73)

朱某的行为不是犯罪·····	(75)
高速公路障碍物致害赔偿的性质问题·····	(77)
关于人身伤害中定期金赔偿的问题·····	(81)
关于舆论监督的几个问题·····	(85)
 ·3·论坛纪要	
关于民商法及其适用的网络法律论坛·····	(91)
关于司法改革的网络法律论坛·····	(105)
杨立新民法网第一次网络法律人网上研讨会纪要·····	(116)
 ·4·虚拟法庭	
民商事网络虚拟法庭规则·····	(143)
第一案 铁面柔情诉洪发网络公司论坛版主奖励规则 变更纠纷案·····	(148)
一、民事诉状·····	(148)
二、答辩状·····	(150)
三、判决书·····	(152)
四、庭长点评·····	(175)
 ·5·网络学院	
第一讲 自信与成功·····	(185)
第二讲 关于研究选题问题·····	(191)
第三讲 关于自学·····	(199)
第四讲 怎样写法学论文·····	(205)
 ·6·判解研究	
关于綦江彩虹桥垮塌案人身损害赔偿的几个问题·····	(219)

从“人狗同餐”案看一般人格权法律保护的必要性 …	(226)
论悬赏广告·····	(233)

•7•文章精粹

隐性采访和人格权保护·····	(253)
关于隐私权及其法律保护的几个问题·····	(268)
中国合同责任研究·····	(276)
“中国民事证据法研讨会”讨论意见综述·····	(330)
“2001 年中国物权法国际研讨会”讨论纪要 ·····	(347)

• 1 •

众口说法

原书空白

关于禁放鞭炮立法 问题的讨论

一、问 题

曹呈宏：从放鞭炮看法制现代化。

自从提出依法治国以来，立法的数量好像又有加快的趋势，司法解释、行政法规更是越来越多。大家心往一处想，劲往一处使，都依法治国了，不立大量的法哪行呢？大家一致认为中国的法治之未实现，实在是以前提倡“无法无天”（毛泽东语）的结果，主要是立法太少，所以不能依法治国。他们的理想是对社会生活的方方面面都立尽量详尽的法律，然后全体国民都按条文办事。

几年前北京市地方立法禁放鞭炮。北京是首都，又是历史文化名城，谁敢说禁放鞭炮不应该？让他去看看被鞭炮炸伤的人，看看被鞭炮引起的火灾烧毁的财物吧。所以禁放鞭炮利国利民，实在是政府为老百姓考虑的大实事。是的，我同意这种认识。

但是，从现实情况看，老百姓居然对这种大实事不大买帐，依然我行我素，用 STC 的话说，昨天半夜居然“像开了闸门一样”（这个时间大概是警察下班了）。问题出在什么地方呢？

首先，我们知道，过年放鞭炮是中华民族千百年来传统，甚至至今在海外的华人或华裔都仍然保存着这份传统，可见历史

悠久、源远流长。而要使如此深入人心到融化到中华民族血液里的程度的传统习俗得以改变，却不是简单地一个立法所能够达到的，它需要宣传教育，需要潜移默化，例如在报纸上登法规条文，在电视上放宣传片播出放鞭炮的危害，在广播里进行呼吁等等，而这些都是需要花大量的人力物力财力的。

其次，我们还知道，法律的力量在于其强制性，立了法就得遵守，就像文里大花脸手摇大刀唱道：“如其不然，你来看！”但是万一有些人不遵守怎么办？当然是要依法严惩。好了，这就需要派出警察去维持秩序，说服劝阻人们不要放鞭炮，要遵纪守法，遇到有放鞭炮的人要马上调查取证，并依据《行政处罚法》的规定组织召开听证会，然后该罚款的罚款，该怎么处理的怎么处理。这些当然也是要花钱的。

如果我们仔细想想的话，可能还可以找出一些例子来证明实施一项与风俗习惯相对立的法律、法规是需要付出多大的代价的，在经济学家眼里，这些代价当然是可以换算成金钱的。

我们注意到，在上海、杭州等城市，却并不是一概全城禁止放鞭炮，而只是在一些重点地段禁放。怎么回事？是不是这些地方的政府不够聪明，他们不知道放鞭炮会炸伤人、会引起火灾、会影响他人休息甚至破坏安定团结吗？好像不是。据说上海市在讨论要不要像北京那样立个地方法规禁止放鞭炮前进行了论证，精明的上海人算了一笔帐，把历年的统计资料拿出来看看，因放鞭炮造成损失的共计有多少金额，再估算一下，如果制定了地方性法规禁止全城放鞭炮的话，那么为了使这个法规得到执行，就需要在放鞭炮的高峰时期派出多少警察进行巡逻，需要占用多少广告版面、广告时间进行宣传，需要占用多少行政机关的时间进行处理……，算下来的结果：如果派出全城的警力轮班维持秩序的话，就算是能够达到禁放鞭炮的目的，也明显是大大地不经济

的。也就是说，不考虑警力派去维持这方面的秩序可能对其他案件的处理带来的影响，只算直接的加班费、工资、警车出勤等等费用，已经大大地超过了鞭炮伤人和火灾所可能带来的损失，更不用说宣传费用了。所以得出的结论是：好钢要用在刀刃上，要花最少的钱，办最多的事，如果划出重点地段，在这些重点地段禁放鞭炮的话，就既可以节省了大量的费用，又把可能发生的灾难降低到最低的限度。更为重要的是，这样一来，由于该规定尊重了老百姓千百年来传统习惯，加以有限的限制又合情合理，自然就具有了较大的说服力，很容易得到大家的共鸣，使人们自觉遵守，宣传费用也大大减少。这可以算是运用法经济学原理来指导立法的一个比较成功的例子吧。

所以我们是不是可以因此而考虑一下，光强调立法的数量也许并不是问题的关键，立法的数量固然重要，但是如果立出来的法都是得不到执行的话，或者执行的成本过高导致执法变成一种不经济的行动，或者严重违背民意而不给予适当的尊重的话，这样的立法数量上的增加与立法所带来的效益可能不成正比，甚至走向反面（例如北京加班费也付了，民间鞭炮照放，还有法律威信丧失的无形损失等）。从这个例子上所反映出的问题，是不是可以说立法观念上的现代化更是一个重要而紧迫的问题呢（因为我们现在立了而无法不折不扣执行的法律、法规、司法解释实在是比比皆是）？我们所强调的加强立法，有时候是不是意味着不但不是数量上的立法增加，反而是经过研究后对有些法作出“不立”的结论，是立法的慎重和节制呢？

我听着窗外的鞭炮声，想到了这些问题。