

# 民法典 总则论

李永军 著



法律规定得愈明确，其条文就愈容易切实地施行。

—— 黑格尔 ——



法律的基本原则是：  
为人诚实，不损害他人，给予每个人他应得的部分。

—— 查士丁尼 ——



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

### 李永军

法学博士（博士后），中国政法大学教授、博士生导师，中国法学会民法学研究会副会长，中国法学会民法典起草领导小组成员，北京市破产法学会常委副会长，北京市政协常委、中国人民大学民商法研究基地兼职研究员；主要代表著作有《民法总则》《合同法》《破产法律制度》等；在《中国法学》《法学研究》《比较法研究》《法学家》《华东政法大学学报》《中国政法大学学报》等学术刊物上发表文章百余篇。

CIVIL  
CODE

# 民法典 总则论

李永军 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目(CIP)数据

民法典：总则论 / 李永军著. —北京：中国法制出版社, 2022.10

ISBN 978-7-5216-2434-2

I. ①民… II. ①李… III. ①民法—总则—研究—中国 IV. ①D923.14

中国版本图书馆CIP数据核字(2022)第011433号

责任编辑：靳晓婷

封面设计：李 宁

### 民法典：总则论

MINFADIAN : ZONGZELUN

著者 / 李永军

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

印张 / 59 字数 / 930 千

版次 / 2022 年 10 月第 1 版

2022 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-2434-2

定价：179.00 元

北京市西城区西便门西里甲 16 号西便门办公区

邮政编码：100053

传真：010-63141600

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010-63141827

市场营销部电话：010-63141612

印务部电话：010-63141606

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系。)

2020年颁布的《民法典》是我国法制史上具有里程碑意义的重大事件，自此以后，我国民法领域的司法、理论研究和法学教育有了基础和依据，为教义学的展开奠定了基础。从此，我国的法学教育和理论研究也同时进入了一个新的时期。

尽管我国《民法典》颁布于2020年，但是，作为首编的总则编，却在2017年就已经通过。这主要与我国人大法工委确定的民法典编纂“分两步走”的战略有关：第一步制定《民法总则》作为《民法典》的首编，第二步编纂整理当时的单行法形成分编，将总则编与分编统合起来形成我国的《民法典》。实践证明这种做法是节省时间的最好办法，为我国《民法典》的顺利颁布奠定了基础。对于《民法典》的颁布，无论用什么赞美之词来夸赞都不为过，她确实是我国社会主义法治建设中的一个新纪元，对于中国的法治建设、经济建设、政治制度建设、人民生活、法学教育等诸方面，将产生积极的影响。

既然是一部法典，首先就应该是一个科学的体系。科学的立法技术是形成科学体系的法宝。我国《民法典》是一部带有“总则编”模式的民法典，但仔细观察我国《民法典》“总则编”的内容和立法技术，应该说有探讨的余地。从

这种带有“总则编”模式的民法典体系看，整个民法典体系结构，总的来说是一个“总+分”的模式结构：不仅总则编是各个分编的“总的一般性规定”，是一个“总+分”的模式，各个分编也应该是一个“总+分”的结构。从我国《民法典》的六个分编来看，无论是物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编，还是侵权责任编，都是先规定本编的“一般性问题”，再规定具体问题，基本遵循了“总+分”的结构模式。如果不看各个分编的具体内容，单就这种形式结构来看，各个分编是符合体系结构的一般要求的。但是，就《民法典》的总则编来看，其在体系化的方法上是存在需要解释之余地的：既然“总则编”是一般性规定，就应该将各个分编共同使用的“公因式”提取出来。我国《民法典》在这一点上并没有做到彻底：“基本原则”“自然人”“法人”“非法人组织”“法律行为和代理”“诉讼时效”可以说是民法典的一般性问题。但是，对“民事权利”的列举就不应该是“总则编”的任务和使命——我们既然已经分编，为什么还要单独去列举这些权利呢？如果要界定清楚哪些财产性或者非财产性的东西能够进入民法领域，完全可以通过提取“客体”的方式来达到相同的目的，没有必要通过规定“民事主体享有债权”“民事主体享有物权”“民事主体

享有知识产权”“民事主体享有继承权”等这种方式来简单地列举，因为各个分编中民事主体享有这些权利是当然的；更不需要以简单列举“民事责任”的方式，用一个“责任”的帽子来强行联系各个分编。因此，可以说，总则编的立法技术和内容是值得商榷的。本书的一个很大的任务就是对此进行体系分析和说明，并通过教义学的方式来解释这种体系化问题。例如，在本书第三编的“民事权利”中，重点阐述了权利的概念、民事法律关系中权利的体系、民事权利的客体、权利与利益的区分标准和实益等。因为这种区分不仅对下面各种权利在司法实践中的确认有利，而且为侵权构成要件提供了支持。

其次，《民法典》这样一个科学体系应该是一个“规范的体系”，而每一个规范都应该有“条件+结果”的基本构造。我国《民法典》的各编基本上遵循了这种结构，这是立法的一个很大的进步，是值得肯定的。当然，我国《民法典》中还有很多“提倡”和“宣传”的规定，大家习惯性地称之为“无害条款”，例如，《民法典》第3条规定：“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”《民法典》“物权编”第206条规定：“国家坚持和完善公有制为主体、多种所有制经济共同发展，按

劳分配为主体、多种分配方式并存，社会主义市场经济体制等社会主义基本经济制度。国家巩固和发展公有制经济，鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。”这个条款从民法的视角来看，属于“无害条款”，但同时也是“无用条款”：（1）我国《宪法》第13条、第37条和第38条已经明确宣示了个人财产、自由和人格尊严受法律保护，《民法典》没有必要再去重复这种《宪法》已经宣示过的原则；《宪法》第11条也明确承认“公有制为主体、多种经济成分并存”的社会主义市场经济模式，《民法典》为什么要在“物权编”重复这些宪法性原则？（2）《民法典》应该具体去落实《宪法》的这些基本原则和规定，具体规定“具备什么要件”才算是侵犯，“侵犯后应该承担什么样的民事责任”等，因此，《民法典》的内容应该是一个为裁判提供依据的民事规范体系。本书也是从规范体系的视角对问题进行阐述的，对将《民法典》规定的基本原则和指导思想与司法实践的结合途径进行了探讨。

应该说，我国《民法典》“总则编”中两个分量较重的内容就是：民事主体和法律行为。在民事主体部分，在编纂过程中讨论最多的就是：《民法典》

应该根据什么标准对法人进行分类？尽管我国《民法典》最后采取的是营利法人与非营利法人的方式分类，但从民法典体系化的视角来看，这并非唯一的方法。本书对此进行了详细说明和分析。同时，本书为了全面地阐述自然人，把人格权放在了自然人部分进行讨论。另外，对于法律行为，我国学界争议很大，特别是关于法律行为的独立性和无因性的讨论，几乎没有结论，《民法典》立法上对此问题留有讨论空间；司法实践中承认独立性，但无因性比较模糊。本书也对此进行了说明。

同时，我们也应该看到，尽管《民法典》已经颁行，但司法和学理以及教学的使命远远没有完成。单单从条文数量的简单比较，就可以看出，司法判例和学理研究任务艰巨：1804年的《法国民法典》共有2283条，1900年的《德国民法典》有2385条。我国2020年的《民法典》仅仅有1260条，而他们的民法典还不包括人格权编，侵权责任的条文也比我国《民法典》要少得多。因此，在民法典的实施过程中，还会遇到很多问题。我国最高人民法院积极主动地制定关于《民法典》的司法解释，就是一个显著的例证。当然，《民法典》的落实和实施更离不开民法教学和学理研究，最高人民法院在制定包括《民法

典》“总则编”在内的各编的司法解释的时候，也积极征求民法学界的意见，并与学者、立法机关一起对很多问题进行学理上的探讨，这是形成教义学的重要途径。另外，我们对《民法典》“总则编”的研究当然必须以我国《民法典》为依据和基础，同时要结合司法解释、学理积累和判例规则，正确阐述和完善《民法典》的制度，以便于《民法典》顺利实施的同时，逐步建立和形成中国的民法教义学。本书也就是以此为指导，不仅依据我国《民法典》，也结合了我国最高人民法院在《民法典》颁布后制定的一系列司法解释。

当然，本书属于个人的著作，许多观念不一定恰当，甚至可以说难免会有错误存在，希望各位同仁不吝赐教。

李永军

2021年初秋

## 第一编 绪 论

### 第一章 总则的抽象性及规范性

#### 第一节 总则的宗旨和立法技术及由其决定的基本内容 / 003

##### 一、对问题的说明 / 003

##### 二、“总则”的概念及由来 / 006

##### 三、“总则”的立法技术——抽象提取“公因式” / 007

##### 四、由民法总则宗旨及立法技术所决定的总则之内容 / 010

#### 第二节 总则立法应遵循规范性要求 / 018

##### 一、问题的提出及意义 / 018

##### 二、规范与法律体系 / 019

##### 三、法律规范的属性、构成及种类 / 020

##### 四、结论 / 027

### 第二章 民法与民法典

#### 第一节 民法的概念与特征 / 028

##### 一、民法的概念 / 028

##### 二、民法的特征 / 030

#### 第二节 公法与私法 / 032

##### 一、公法与私法划分的标准 / 032

##### 二、评价 / 034

##### 三、公法与私法的内容 / 035



### 第三节 民法与商法 / 036

一、商法的概念 / 036

二、民法与商法的关系 / 037

三、民商分立与民商合一的分析 / 038

### 第四节 民法典编纂 / 048

一、民法、民法典与民法典编纂 / 048

二、法典化与反法典化 / 050

三、法典编纂的模式 / 054

## 第三章 民法的基本原则

第一节 民法典（总则编）应否规定基本原则 / 056

第二节 什么是民法的基本原则 / 058

一、关于基本原则的观点与争鸣 / 058

二、从功能视角来定位“基本原则”的地位 / 061

第三节 如何理解我国《民法典》的基本原则 / 062

一、对于我国《民法典》“基本规定”一章的分解 / 062

二、主体平等原则 / 063

三、私权神圣原则 / 066

四、意思自治原则 / 067

五、公平原则 / 071

六、诚实信用原则 / 073

七、公序良俗原则 / 078

## 第四章 民法的法源与适用

第一节 民法的法源 / 080

一、民法之法律渊源的概念 / 080

二、我国《民法典》“总则编”规定的法律渊源 / 083

三、民法的其他法源 / 092

第二节 民事法律关系 / 098

一、民事法律关系的概念 / 098

- 二、法律关系的产生 / 100
- 第三节 法律解释 / 100
  - 一、关于民法解释的一般概述 / 100
  - 二、法律解释的目标 / 110
  - 三、解释的标准 / 114
  - 四、各种解释标准之间的关系 / 122
- 第四节 法律漏洞及其填补 / 123
  - 一、法律漏洞的概念 / 123
  - 二、法律漏洞的种类 / 128
  - 三、法律漏洞的认定 / 129
  - 四、法律漏洞的填补方法 / 130
  - 五、法律漏洞的补充与法律解释 / 133
  - 六、法律解释、法律漏洞的补充与法官造法 / 134

## 第二编 民事主体

### 第一章 民法上的人的理性基础

- 第一节 民法上的人的形式结构 / 143
  - 一、民法上的人的表现形式 / 143
  - 二、民法上的人的差异 / 144
- 第二节 民法上的人的理性基础 / 145
  - 一、民法上的人的标准 / 145
  - 二、现实中的人与理性的并具有主体性的人的区别 / 147
  - 三、人通过“手术”被改造为法律上的人——法律主体（人格人） / 147
  - 四、民法上的理性人的客观性及其在民法制度构建中的影响 / 149
- 第三节 法人的理性说明 / 153
  - 一、法人的意志的说明障碍 / 153
  - 二、法人的各种理性说明理论 / 153
- 第四节 对理性为基础的民事主体平等制度的人文主义反思 / 163

## 第二章 自然人

### 第一节 自然人的概念 / 166

一、民法上的自然人并非物理意义上的“自然人” / 166

二、“自然人”一词的适用在民法上的进步意义 / 169

### 第二节 自然人的权利能力 / 170

一、权利能力的概念和特征 / 170

二、权利能力的本质 / 176

三、权利能力的功能 / 182

四、权利能力的取得 / 183

五、权利能力的终止 / 184

### 第三节 《民法典》第16条关于胎儿利益的保护及探析 / 185

一、对于《民法典》关于胎儿利益保护条款的疑惑 / 185

二、该条是否赋予了胎儿权利能力 / 186

三、“利益保护”的限制之规范目的范围应如何理解 / 192

四、胎儿利益保护中的代理人 / 198

五、关于胎儿继承的疑惑 / 199

六、胎儿的远距离损害赔偿请求权 / 201

七、胎儿的利益保护与诉讼时效 / 204

八、结论 / 205

### 第四节 自然人的理性表现形式——行为能力 / 207

一、行为能力的概念 / 207

二、制度价值 / 207

三、关于行为能力的立法例 / 208

四、行为能力的分类标准及具体分类 / 209

五、行为能力对行为之法律后果的影响 / 211

六、需要说明的问题 / 220

### 第五节 自然人的监护 / 228

一、监护的概念、功能及与亲权的关系 / 228

二、《民法典》与《民法通则》关于监护的差异 / 230

- 三、监护的种类及监护人的范围 / 231
- 四、监护人的职责范围 / 235
- 五、监护人的责任 / 237
- 六、监护人权利的保护 / 237
- 七、监护的变更与终止 / 238
- 第六节 自然人的住所 / 239
  - 一、住所的概念与种类 / 239
  - 二、住所法律上的意义 / 240
  - 三、住所的确定 / 241
  - 四、住所的变更 / 241
- 第七节 自然人的宣告失踪和宣告死亡 / 241
  - 一、自然人的宣告失踪制度 / 241
  - 二、自然人的宣告死亡制度 / 244
  - 三、宣告失踪与宣告死亡的关系 / 248
- 第八节 自然人的人格权 / 248
  - 一、关于人格权的理论与立法模式争议 / 248
  - 二、人格权的概念 / 249
  - 三、人格权的特点 / 260
  - 四、人格权的立法模式与我国《民法典》的选择 / 260
  - 五、法人是否具有人格权 / 270
  - 六、一般人格权与具体人格权 / 274
- 第九节 自然人的姓名权 / 278
  - 一、问题的提出及意义 / 278
  - 二、姓名权的概念及意义 / 280
  - 三、姓名权的权利属性 / 282
  - 四、姓名权的权能 / 285
  - 五、姓名权的保护 / 292
- 第十节 肖像权 / 301
  - 一、肖像权的概念和性质 / 301

- 二、集体肖像权的保护问题 / 304
- 三、侵犯肖像权的认定 / 308
- 四、剧中人物肖像与扮演者肖像权的关系问题 / 316
- 五、肖像权与隐私权 / 319
- 六、肖像权与名誉权 / 319
- 七、肖像权与著作权 / 324
- 八、死后肖像权的保护问题 / 328
- 九、名人肖像权的保护问题 / 330

#### 第十一节 隐私权与信息权 / 331

- 一、概述 / 331
- 二、隐私权与信息权的概念及立法模式 / 332
- 三、隐私权与名誉权的关系 / 342
- 四、隐私权与“被遗忘权” / 346
- 五、宪法上的隐私权与民法上的隐私权 / 355
- 六、我国隐私权与信息权保护的请求权基础 / 356
- 七、隐私权保护中的问题 / 362
- 八、结论 / 366

#### 第十二节 名誉权 / 367

- 一、名誉与名誉权的概念 / 367
- 二、名誉权的主体 / 372
- 三、侵害名誉权的侵权行为的构成 / 373
- 四、侵权责任外的救济 / 376
- 五、侵害名誉权案件中值得探讨的问题 / 376
- 六、名誉权与信用 / 383

#### 第十三节 荣誉权 / 385

- 一、荣誉与荣誉权的概念 / 385
- 二、荣誉权的性质 / 387
- 三、侵犯样态及救济措施 / 389

#### 第十四节 自然人的其他人格权 / 390

- 一、生命权 / 390
- 二、健康权 / 391
- 三、身体权 / 392
- 四、与生命、健康、身体有关的其他规范 / 393
- 五、上述三种权利的救济问题 / 393

### 第三章 法 人

#### 第一节 民法典编纂中关于法人的主要争议及评说 / 394

- 一、关于法人的主要争议 / 394
- 二、评说 / 395

#### 第二节 私法人的一般性问题 / 407

- 一、法人的概念与特征 / 407
- 二、法人的本质 / 412
- 三、法人的分类 / 418
- 四、法人的设立 / 424
- 五、设立中的社团之法律地位 / 430
- 六、法人的设立标志与权利能力、行为能力 / 433
- 七、法人的不法行为责任 / 434
- 八、法人与其成员或者设立人的关系 / 435
- 九、法人的变更 / 436
- 十、法人的解散、终止 / 439
- 十一、法人的清算 / 441
- 十二、未经清算即注销法人的后果 / 443

#### 第三节 营利法人 / 445

- 一、《民法典》中营利法人概述 / 445
- 二、营利法人的组织机构 / 446
- 三、法人组织机构之决议等违反法律、法规和章程规定的救济方式 / 454

四、营利法人的出资人滥用出资人地位损害法人本身或者其他出资人利益的行为之效力（内部损害）/ 455

五、公司出资人滥用权利损害债权人利益（外部损害）——法人人格否认 / 456

六、营利法人的社会责任 / 471

#### 第四节 非营利性法人 / 477

一、关于非营利性法人概述 / 477

二、公益目的法人终止时的财产分配 / 478

三、公益性事业单位 / 478

四、非营利的社会团体法人 / 479

五、捐助法人 / 481

#### 第五节 特别法人 / 489

一、关于“特别法人”的概述 / 489

二、机关法人 / 490

三、农村集体经济组织法人和村民委员会法人 / 490

四、居民委员会法人 / 491

#### 第六节 集体经济组织法人及村委会法人 / 493

一、问题的提出 / 493

二、集体经济组织的由来 / 493

三、《民法典》将集体经济组织赋予法人资格具有重大意义 / 496

四、乡镇集体经济组织与乡镇政府的界分 / 498

五、村集体经济组织、村内集体经济组织与村民委员会、村民小组的关系 / 503

六、集体经济组织法人的财产归属之疑惑 / 507

七、结论 / 510

## 第四章 其他主体

### 第一节 农村承包经营户 / 511

一、农村承包经营户的概念及具有主体资格的必要性 / 511



更多法律电子书尽在 [docsriver.com](http://docsriver.com) 商家巨力书店

- 二、财产与责任关系 / 514
- 第二节 个体工商户 / 515
  - 一、个体工商户的概念与现实状况 / 515
  - 二、个体工商户的民事主体地位 / 516
  - 三、个体工商户的登记 / 517
  - 四、司法判例对个体工商户的主体性态度 / 518
- 第三节 非法人组织 / 520
  - 一、定义 / 520
  - 二、非法人团体究竟包括哪些类型及规范原则 / 521
  - 三、赋予非法人“团体”权利能力的条件 / 522
  - 四、非法人团体与其成员的责任关系 / 524
  - 五、非法人组织的解散与清算 / 524

## 第三编 民事权利

### 第一章 权利与民事权利的概念

- 第一节 “权利”的概念分析和说明 / 527
  - 一、关于“权利”概念的说明 / 527
  - 二、关于“权利”概念的诸家学说 / 528
  - 三、关于权利界定的前提性讨论——主观权利与客观权利 / 534
  - 四、对于权利概念的界定 / 538
- 第二节 民事权利概述 / 539
  - 一、民事权利的概念及意义 / 539
  - 二、权利的对应物——义务 / 540
- 第三节 民事权利的体系分类 / 541
  - 一、绝对权与相对权 / 541
  - 二、支配权、请求权、抗辩权和形成权 / 545
  - 三、财产权、人身权、知识产权和社员权 / 552
  - 四、专属权与非专属权 / 553