

民法 总则

李永军 / 著

CIVIL
LAW

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

CIVIL
LAW

民法 总则

李永军 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总则 / 李永军著. — 北京: 中国法制出版社,

2018.1

ISBN 978-7-5093-8965-2

I. ①民… II. ①李… III. ①民法—总则—中国

IV. ① D923.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 277979 号

策划编辑: 马 颖

责任编辑: 靳晓婷 (tinajxt@126.com)

封面设计: 李 宁

民法总则

MINFA ZONGZE

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

版次 / 2018 年 1 月第 1 版

印张 / 57 字数 / 900 千

2018 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8965-2

定价: 159.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66034242

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

李永军

法学博士（博士后），中国政法大学教授、博士生导师，中国民法研究会副会长，中国法学会民法典起草领导小组成员，中国政法大学民商经济法学院副院长，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《合同法》《民法总论》《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。

应该说,《民法总则》的颁布标志着我国民法典已经迈出了成功的第一步,尽管对它有不同的评价,但这是值得我们珍惜的一步。新中国的民法典立法工作可谓命运多舛,我们自1954年开始先后四次启动了民法典的立法工作(分别是1954年、1962年、1979年和2001年),但都因为各种原因没有成功。此次民法典的立法工作,是在党的十八届四中全会上作为一项重要的立法任务提出来的,我们顺利地通过了民法典的首编——民法总则,可以说,为民法典的未来奠定了基础。

《民法总则》通过以后,许多出版社都出版了很多不同版本的释义、解读等类似的书籍,既有立法机关中参与立法的同志编写的,也有最高人民法院的法官编写的,也有学者的版本,这些都为正确理解和适用《民法总则》提供了很好的帮助。我也有幸参与了民法总则的立法工作,对于许多问题也提出过自己的看法和意见。加之自己多年从事民法总则的教学和研究,特别是这几年来开始民法典的起草工作后,对于民法体系的研究也有自己的一些心得。因此,决定写这本专著,将自己的观点和看法表达出来。

总体上说,我对于《民法总则》的评价是积极的,也是肯定的。当然,民

民法总则不是一部学术作品，甚至可以直接说不是学者的作品。我国民法典的起草机制决定了民法典必定是“集国人智慧，成伟大法典”的模式，而不是德国民法典、法国民法典、俄罗斯民法典的起草模式。因此，每个学者、每个法官、每个律师，甚至每个关心民法典的人，心中都有自己的一部民法典。当民法总则与我们心中的“民法典”不同时，自然会有许多不同意见。但无论如何，我们还是要研究民法典的一般技术和规律，达成共识，共同推动我国民法典的制定。

我们在立法中应该“求同存异”，但作为学者的专著，我必须有自己的观点。《民法总则》颁布后，我尽管比较崇尚“法教义学”之义，但对于《民法总则》中的一些规范，也提出了自己的观点。因为，我们的立法机关曾经表示，在未来民法典的编纂中，民法总则部分还有可能变化。也许，这些不同意见能够推动这种变化。

我一向认为，《民法总则》应该利用提取“公因式”的方式，把未来民法典下面各编中的“公因式”提取出来。因此，我认为，“民事主体”“法律行为和代理”“诉讼时效”“法源”“举证责任”“权利客体”等属于民法总则的一般

内容，而其他的应该放在民法典的其他各编中予以规定。但我们的《民法总则》通过后，尽管基本上也包括这些内容，却规定了很多在我看来不应该属于总则的内容。例如，关于无因管理和不当得利的规定，就不应该属于总则中的内容。也许有人认为，未来我国的民法典没有“债法总则”编，不规定在这里，规定在什么地方呢？这恰恰也许是我们担心之处：一个没有债法总则的民法典，未来如何能够作为统帅所有“债”的关系的法典呢？因为，在民法典之外，会存在各种各样的特别债，例如，票据关系、证券关系等，当这些特别法没有规定时，到哪里去寻找适用的一般规则呢？

应该说，《民法总则》中有许多可圈可点的地方，例如，自然人部分、法律行为和代理部分、诉讼时效部分等很多地方都吸收了《民法通则》之后 30 多年来的学术研究成果和司法判例规则，但法人部分就可以说见仁见智了。就我而言，我认为法人部分写得好的方面是：第一，规定了特别法人，将农村集体经济组织、基层群众性自治组织（居民委员会、村民委员会）规定为特别法人，为保护其利益提供了法律上的可能性，同时，解决了长期以来在我国基层存在的主体方面的实际问题。第二，将机关法人视为特别法人，也是非常有意

义的。机关根本就不是民法上的法人——其成立、运行、主要职能、消灭等都与民法无关，仅仅是在有的时候偶然进入民法领域，民法赋予其民事权利能力和民事行为能力，让其能够作为民法上的原告与被告。这就是其特别的地方。

第三，把宗教场所作为法人对待，对于保护这些宗教场所的财产，明确其权利义务有重大意义。但法人部分也有值得考虑和商榷的地方：例如，以“营利法人与非营利法人”作为法人的基本分类来构建法人制度，使得我国的法人制度异常复杂，营利法人与非营利法人各自有自己的规则，难以找出法人的“公因式”。同时，将一些本来是公司法上专门对公司这种具体法人的规则直接搬入民法总则，甚至将一些与“私法”毫不相关的东西写进民法总则，如“公司的社会责任”，这种责任在民法上如何落实？又如何请求呢？如果一个公司只关心自己的盈利，而不关心或者专注于改善职工福利，关心社会发展，职工可以请求公司什么呢？或者社会能够对公司提出民事诉讼吗？我们不能在“民法典要反映民商合一”的口号下，分割民法典的逻辑体系，让民法典难以成为法典，而是成为各种特别法的汇编。另外，像“民事责任”这样的规定未来是否需要单独规定都值得重新思考：合同法部分、侵权责任法部分都有自己的责任构成

要件，都规定有自己的具体的责任方式，《民法总则》中是否还需要这种空洞的规定？

当然，《民法总则》通过后，我们更应该思考的问题是：在这样一个总则的体系下，未来民法典下面各编应如何安排？如果像现在人们想象的那样：总则通过后，保留自成体系的合同法、自成体系的侵权责任法，再加上原来就很成熟的同样是自成体系的婚姻法和继承法，我们的民法典就可以大功告成了。那将真的不像一个民法典，而是民法通则、合同法、侵权责任法、婚姻法、继承法的一个汇编。正是因为我们对民法典充满期待，因此，我们有必要充分地研究和论证，将时代交给我们的任务完成得更出色。

在本书中，难免有许多错误，甚至有许多需要重新思考和斟酌的不成熟的观点，希望大家批评指正。我也想通过这本书，与大家交流，讨论总则体系，以利于未来教学、研究。在写作过程中，我得到了许多同事和朋友、学生的帮助，在此表示感谢。特别需要感谢的是，中国法制出版社及编辑马颖，在约稿后从来没有催过我交稿，使我有时间安心写作。希望这本简书不会令他们失望。

第一编 绪 论

第一章 民法总则的抽象性及规范性

第一节 民法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、“民法总则”的概念及由来 / 005

三、“民法总则”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 / 009

第二节 民法总则立法应遵循规范性要求 / 017

一、问题的提出及意义 / 017

二、规范与法律体系 / 018

三、法律规范的属性、构成及种类 / 019

四、结论 / 026

第二章 民法与民法典

第一节 民法的概念与特征 / 027

一、民法的概念 / 027

二、民法的特征 / 029

第二节 公法与私法 / 031

一、公法与私法划分的标准 / 031

二、评价 / 033

三、公法与私法的内容 / 033

第三节 民法与商法 / 034

- 一、商法的概念 / 034
- 二、民法与商法的关系 / 036
- 三、民商分立与民商合一的分析 / 037

第四节 民法典编纂 / 047

- 一、民法、民法典与民法典编纂 / 047
- 二、法典化与反法典化 / 048
- 三、法典编纂的模式 / 052

第三章 民法的基本原则

第一节 民法典（总则）应否规定基本原则 / 053

第二节 什么是民法的基本原则 / 055

- 一、关于基本原则的观点与争鸣 / 055
- 二、从功能视角来定位“基本原则”的地位 / 058

第三节 如何理解我国民法典（《民法总则》）的基本原则 / 060

- 一、对于我国《民法总则》“基本原则”一章的分解 / 060
- 二、主体平等原则 / 061
- 三、私权神圣原则 / 064
- 四、意思自治原则 / 065
- 五、公平原则 / 068
- 六、诚实信用原则 / 071
- 七、公序良俗原则 / 076

第四章 民法的法源与适用

第一节 民法的法源 / 077

- 一、民法之法律渊源的概念 / 077
- 二、我国民法典（总则部分）规定的法律渊源 / 080
- 三、民法的其他法源 / 088

第二节 民事法律关系 / 094

一、民事法律关系的概念 / 094

二、法律关系的产生 / 097

第三节 法律解释 / 097

一、关于民法解释的一般概述 / 097

二、法律解释的目标 / 106

三、解释的标准 / 111

四、各种解释标准之间的关系 / 118

第四节 法律漏洞及其填补 / 120

一、法律漏洞的概念 / 120

二、法律漏洞的种类 / 124

三、法律漏洞的认定 / 126

四、法律漏洞的填补方法 / 126

五、法律漏洞的补充与法律解释 / 130

六、法律解释、法律漏洞的补充与法官造法 / 131

第二编 民事主体

第一章 自然人

第一节 自然人的概念 / 139

一、民法上的自然人并非物理意义上的“自然人” / 139

二、抽象意义上的自然人对民法体系构建的作用 / 142

三、“自然人”一词的适用在民法上的进步意义 / 144

第二节 自然人的权利能力 / 145

一、权利能力的概念和特征 / 145

二、权利能力的本质 / 151

三、权利能力的功能 / 157

四、权利能力的取得 / 158

五、权利能力的终止 / 161

第三节 自然人的理性表现形式——行为能力 / 162

- 一、行为能力的概念 / 162
- 二、制度价值 / 163
- 三、关于行为能力的立法例 / 164
- 四、行为能力的分类标准及具体分类 / 164
- 五、行为能力对行为之法律后果的影响 / 167
- 六、需要说明的问题 / 176

第四节 自然人的监护 / 183

- 一、监护的概念、功能及与亲权的关系 / 183
- 二、《民法总则》与《民法通则》关于监护的差异 / 186
- 三、监护的种类及监护人的范围 / 187
- 四、监护人的职责范围 / 191
- 五、监护人的责任 / 192
- 六、监护人权利的保护 / 193
- 七、监护的变更与终止 / 193

第五节 自然人的住所 / 195

- 一、住所的概念与种类 / 195
- 二、住所法律上的意义 / 196
- 三、住所的确定 / 196
- 四、住所的变更 / 196

第六节 自然人的宣告失踪和宣告死亡 / 197

- 一、自然人的宣告失踪制度 / 197
- 二、自然人的宣告死亡制度 / 199
- 三、宣告失踪与宣告死亡的关系 / 203

第七节 自然人的人格权 / 204

- 一、关于人格权的理论与立法模式争议 / 204
- 二、人格权的概念 / 204
- 三、人格权的特点 / 215
- 四、人格权的立法模式与我国民法典的选择 / 216

五、法人是否具有人格权 / 225

六、一般人格权与具体人格权 / 229

第八节 自然人的姓名权 / 232

一、问题的提出及意义 / 232

二、姓名权的概念及意义 / 234

三、姓名权的权利属性 / 236

四、姓名权的权能 / 239

五、姓名权的保护 / 245

第九节 肖像权 / 255

一、肖像权的概念和性质 / 255

二、集体肖像权的保护问题 / 258

三、侵犯肖像权的认定 / 262

四、剧中人物肖像与扮演者肖像权的关系问题 / 270

五、肖像权与隐私权 / 272

六、肖像权与名誉权 / 273

七、肖像权与著作权 / 277

八、死后肖像权的保护问题 / 281

九、名人肖像权的保护问题 / 283

第十节 隐私权与信息权 / 284

一、概述 / 284

二、隐私权与信息权的概念及立法模式 / 285

三、隐私权与名誉权的关系 / 294

四、隐私权与“被遗忘权” / 298

五、宪法上的隐私权与民法上的隐私权 / 307

六、我国隐私权与信息权保护的请求权基础 / 308

七、隐私权保护中的问题 / 316

八、结论 / 320

第十一节 名誉权 / 321

一、名誉与名誉权的概念 / 321

二、名誉权的主体 / 326

三、侵害名誉权的侵权行为的构成 / 328

四、侵害名誉权案件中值得探讨的问题 / 330

五、名誉权与信用 / 337

第十二节 荣誉权 / 338

一、荣誉与荣誉权的概念 / 338

二、荣誉权的性质 / 340

三、侵犯样态及救济措施 / 343

第十三节 自然人的其他人格权 / 344

一、生命权 / 344

二、健康权 / 345

三、身体权 / 345

第二章 法 人

第一节 民法典编纂中关于法人的主要争议及评说 / 346

一、关于法人的主要争议 / 346

二、评说 / 347

第二节 私法人的一般性问题 / 359

一、法人的概念与特征 / 359

二、法人的本质 / 364

三、法人的分类 / 369

四、法人的设立 / 376

五、设立中的社团之法律地位 / 382

六、法人的设立标志与权利能力、行为能力 / 385

七、法人的不法行为责任 / 386

八、法人与其成员或者设立人的关系 / 387

九、法人的变更 / 388

十、法人的解散、终止 / 391

十一、法人的清算 / 393

十二、未经清算即注销法人的后果 / 395

第三节 营利法人 / 396

- 一、《民法总则》中营利法人概述 / 396
- 二、营利法人的组织机构 / 397
- 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 / 405
- 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）/ 406
- 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 / 407
- 六、营利法人的社会责任 / 420

第四节 非营利性法人 / 426

- 一、关于非营利性法人概述 / 426
- 二、公益目的法人终止时的财产分配 / 426
- 三、公益性事业单位 / 427
- 四、非营利的社会团体法人 / 427
- 五、捐助法人 / 429

第五节 特别法人 / 437

- 一、关于“特别法人”的概述 / 437
- 二、机关法人 / 438
- 三、农村集体经济组织法人和村民委员会法人 / 439
- 四、居民委员会法人 / 439

第六节 集体经济组织法人及村委会法人 / 441

- 一、问题的提出 / 441
- 二、集体经济组织的由来 / 442
- 三、《民法总则》将集体经济组织赋予法人资格具有重大意义 / 453
- 四、乡镇集体经济组织与乡镇政府的界分 / 456
- 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 / 460
- 六、集体经济组织法人的财产归属之疑惑 / 464
- 七、结论 / 467

第三章 其他主体——个体工商户、农村承包户与非法人组织

第一节 农村承包经营户 / 468

一、农村承包经营户的概念及具有主体资格的必要性 / 468

二、财产与责任关系 / 471

第二节 个体工商户 / 472

一、个体工商户的概念与现实状况 / 472

二、个体工商户的民事主体地位 / 473

三、个体工商户的登记 / 475

四、司法判例对个体工商户的主体性态度 / 476

第三节 非法人组织 / 477

一、定义 / 477

二、非法人团体究竟包括哪些类型及规范原则 / 478

三、赋予非法人“团体”权利能力的条件 / 479

四、非法人团体与其成员的责任关系 / 481

五、非法人组织的解散与清算 / 482

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 / 485

一、关于“权利”概念的说明 / 485

二、关于“权利”概念的诸家学说 / 486

三、关于权利界定的前提性讨论——主观权利与客观权利 / 492

四、对于权利概念的界定 / 496

第二节 民事权利概述 / 497

一、民事权利的概念及意义 / 497

二、权利的对应物——义务 / 498

第三节 民事权利的体系分类 / 499

一、绝对权与相对权 / 499