

将“人前物后”进行到底

● 文 / 徐国栋

人身关系解决存在问题，财产关系解决拥有问题，只有先存在才能后拥有，这是自然的语法和逻辑。坚持“人前物后”，在《民法通则》中将人身权规定于物权之前，是完全的体系重构，而对于属于德国法族的中国民法学和立法来说，应该是一场革命。

众

所周知，1986年的《民法通则》第2条对于民法的对象采用“物前人后”的表述，即把财产关系作为民法的首要对象，人身关系作为次要对象。2001年及以后，笔者开始批判这样的表述，其理路是：人身关系解决存在（to be）问题，财产关系解决拥有（to have）问题，必须先存在才能后拥有，这是自然的语法和逻辑，它们体现在任何一种有助动词的西方语言中，它们哪个不是 to be 在前 to have 在后？所以，《民法通则》第2条正确的规定应当是民法调整人身关系和财产关系。

然而笔者的批判文字发表后遭到许多同行的批驳，例如“物为人而存，物文主义本质上还是人文主义”。但几年之后，批驳者开始悄悄地采用笔者的观点。一采用于《民法总论》教材，试看坊间售卖的几十种此等教材，有哪种在言说民法对象时不“人前物后”？二采用于层出不穷的私家民法典草案

或民法总则草案。试看三大民法典草案（王利明团队草案、梁慧星团队草案、徐国栋团队草案）中两大非我草案，哪一个草案的民法对象条款不是“人前物后”？

所以，2015年重启民法典编纂后，短期内上网的中国法学会的民法总则草案、梁慧星教授领衔的民法总则草案、杨立新教授领衔的民法总则草案、龙卫球教授领衔的民法总则草案都不约而同地在自己的民法对象条款中采用了“人前物后”的安排。在2015年9月14日到16日人大法工委民法室召集19个来自全国的民法教授举行的“民法总则立法座谈会”上，绝大多数接受“人前物后”的安排。

通过仔细阅读这些草案，可以发现除了对象条款变了，其他一切未变，这不禁让人思考改为“人前物后”的意义：此改恐怕不仅是一个宣言，而是一个完全的体系重构。对于属于德国法族的中国民法学和立法来说，应该是一

场革命。笔者通过分析在“民法总则立法座谈会”上作为19个民法教授之一提供的2015年8月28日的全国人大法工委民法室“室内稿”，为改进立法草案提出自己的意见。

“室内稿”第一个未贯彻“人前物后”宗旨的地方是其第5条规定的公平原则，其辞曰：“民事主体从事民事活动应当遵循公平原则”。法律人一看便知道这个原则只适用于财产关系法。首先适用于物权法调整的相邻关系，该法第84条规定：不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。其次适用于合同法，该法第5条规定：当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。再次适用于侵权责任关系，尽管侵权责任法无公平原则的明文规定，但在学理上有所谓公平原则之存在，即在加害和受害双方都无过错的情形下，根据双方的经济能力定责任承担的原则。实际上，侵权法是



公平原则最活跃的地盘。

但所谓的公平原则不适用于家庭法和继承法，因为公平是适用于交换关系和责任承担关系的概念。在交换情形，公平概念表达的是交换物和被交换物价值的比例关系。在责任承担情形，表达的是“天塌下来由大个子顶”处理的妥当性。然而，家庭法与交换无关，也与责任承担无关，它是家庭成员间团结合作、共谋集体福利的共同体。这里讲究的是利他，是奉献与牺牲。全体成员，各尽所能，按需分配，实行一种微型的共产主义。这里没有交换（家人之间无合同），也没有侵权责任承担（家人之间无侵权）。责任倒是有的，那就是“大个子”责任，养家糊口的人承担责任，未成年子女、无正式工作的妻子理所当然地接受抚养。从市场的角度来看，这是地地道道的不公平关系，但却是一种和谐的关系。

继承也与交换无关，继承的依据主要是血缘关系，被继承人的遗产基此无偿地移转给继承人或受遗赠人，从市场的角度看，也是地地道道的不公平关系，但它为维持人类社会养老育幼的功能所必需。

显然，公平原则是财产关系法的原则，并不能涵摄人身关系法，把它作为民法的基本原则，还是物文主义的民法观在作怪，把它作为财产关系法的小总则的原则，就比较妥当。由此也显然可知，“人前物后”有时不能进行到底，也由大总则的观念造成。这种观念追求提炼出可涵摄全部民法内容的公因式，这是一个无法实现的追求，但在人类极度狂信自己理性力量的时代，人们却错误地认为这是可行的，于是有了公平原则这样貌似全面、实则片面的基本原则。聪明的荷兰人意识到了这个问题，就在其新民法典中不搞大总则，改搞小总则。实际上，我国婚姻法、继承法的制定者早就看出了这一点，所以在这两部法律中只字未提公平原则，

点睛

公平原则是财产关系法的原则，并不能涵摄人身关系法，把它作为民法的基本原则，还是物文主义的民法观在作怪，把它作为财产关系法的小总则的原则，就比较妥当。

甚至在著作权法、专利法和商标法中也只字未提，于是在属于财产关系法的知识产权法中是否适用公平原则，便也有了质疑的余地。

“室内稿”第二处未贯彻“人前物后”宗旨之处在于其对民事权利客体的列举方式。严格说来，“室内稿”没有规定这一问题，而是作为附录转载了“法学会专家建议稿”的这一部分，

但既然附录了，“建议稿”就有可能转化为“室内稿”的一部分，故本文仍分析之。

该部分占一章的规模。第一节规定物，包括不动产、动产、公用物、人体组织、动物等；第二节规定有价证券，包括汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单、股票、提存单证等；第三节规定其他民事权利客体，包括人格利益和身份利益、智力成果、网络虚拟财产、企业等。读者一眼可看出，这是个“物前人后”的民事权利客体列举，先列举财产关系的客体，把有价证券列为单独的一类客体，人身关系法的客体则被放在“其他民事权利客体”的杂类中，与智力成果、网络虚拟财产等搅合在一起。试问，这不是物文主义又是什么？按“人前物后”的对象规定逻辑上顺下来，应该是第一节规定人格利益和身份利益，第二节规定物，第三节规定有价证券，第四节规定其他民事权利客体。但这样的“物前人后”权利客体列举在我国存在了多年，许多民法教材长期把物等同于民事权利客体（采用“民事权利的客体——物”之类的表述，法律关系客体理论中也只以物、行为和智力成果为客体），由于惯性的存在，对象条款的“人前物后”宗旨尚未传导到客体条款，所以发生这样的体系违反。

“室内稿”第三处未贯彻“人前物后”宗旨之处在于其对民事权利的列举方式。该部分也占一章的篇幅，共计7条，基本上是每条列举一类民事权利。第1条列举物权；第2条列举债权；第5条列举知识产权；第6条列举人格权（健康、姓名、肖像、名誉、荣誉、信用、隐私）；第7条列举家庭权（采用“因婚姻、家庭关系产生的人身权利”的表述）。第3条和第4条插在这个权利列举清单中分别规定无因管理和不当得利。这显然也是采取了“物前人后”的结构，不过“人”在本章中的地位比在权利客体章中的地位略强，没有被淹

没在“其他”的项下，还占用了两个条文，尽管如此，起草者把人身关系作为财产关系的附庸的想法是不加掩饰的，但却是错误的，与对象条款不相符合。

“室内稿”第四处未贯彻“人前物后”宗旨之处是其第139条对承担民事责任的方式的列举，此等方式有十，一曰停止侵害，二曰排除妨碍，三曰消除危险，四曰返还财产，五曰恢复原状，六曰修理、重作、更换，七曰赔偿损失，八曰支付违约金，九曰消除影响、恢复名誉，十曰赔礼道歉。不难看出，消除影响、恢复名誉和赔礼道歉是侵犯人身权的民事责任方式，而其他的责任方式除了“停止侵害”可共用于侵犯财产权和侵犯人身权的情形外，都是侵犯财产权的责任形式，侵犯人身权的责任形式又不幸地叨陪末座，起草者又一次地发生体系违反！如果把对象条款体现的“人前物后”贯彻到底，上述十种民事责任的排序应是这样的：1. 停止侵害，2. 消除影响、恢复名誉，3. 赔礼道歉，4. 排除妨碍，5. 消除危险，6. 返还财产，7. 恢复原状，8. 修理、重作、更换，9. 赔偿损失，10. 支付违约金。这便逻辑一贯了。

“室内稿”第五处未贯彻“人前物后”宗旨之处在于其第115条关于无效和被撤销的法律行为自始无效的规定。如果说前四个物文主义的规定是明的，那么这个物文主义的规定则是暗的。一暗在它不包含让人想到人身关系因素或财产关系因素的文字；二暗在它和《婚姻法》第12条第一句的规定一致：无效或被撤销的婚姻，自始无效。这种一致昭示了立法者心目中“自始无效”规则在财产关系法和人身关系法中的一致性。该条的物文主义倾向只有通过对其适用效果的社会学研究和它在《婚姻法》中的翻版在逻辑上的自相矛盾才能揭示出来。

如前所述，《婚姻法》第12条第一句规定：无效或被撤销的婚姻，自始无效。这种无效的效果是完全恢复原

状，也就是无论在人身上还是在财产上都把双方当事人置于缔结无效和可撤销婚姻前的地位。从社会学的角度看，财产上的恢复原状较好执行，人身上的恢复原状则否，《婚姻法》第12条第一句的适用经不起社会学验证。难怪一参加婚姻法的年会，就听到这一行的学者对许多民法总则诸多制度的意见：只考虑到了对财产法的适用，未考虑到其对人身法的适用。而在财产法中适用得很好的制度，适用于人身法就可能产生奇怪的结果。“一制两用，效果迥异”是一个影响民法学者与婚姻法学者团结的因素，说不定后者也会像商法学者一样以“道不同”为由要求“独立”呢！他们的独立比商法学者的独立容易实施得多，因为从1949年以来，婚姻法就是一个相对独立于民法的学科，这要归结为前苏联的影响。

从《婚姻法》第12条逻辑上的自治性来看也存在问题。一方面，其第一句规定了无效和被撤销婚姻当事人的人身关系和财产关系要恢复原状，另一方面，它接下来又规定：“同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。……当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定”。这个规定否定了前面的规定要求的恢复原状，而是承认了无效和被撤销婚姻的部分效力。其一是形成夫妻共同财产的效力，故规定由当事人协议分割或由法院主持分割此等财产，这便不是恢复原状了，而是分割共同财产，前者是谁投入的谁拿回去，后者是有过错方投入的也拿不回去。其二是承认了无效和被撤销婚姻形成亲子关系的效力。这样分析下来，实际上无效或被撤销的婚姻，并非自始无效。既然如此，“室内稿”第115条作为一个既要涵盖财产行为，又要涵盖人身行为的规则，适用于后者时就名不副实，这种名实不一是起草者的物文主义倾向造成的：口里说的是民法总则的规则要涵盖民法的各个分支，手里做的

是以财产法为参照物制定规则。

在这方面，孙宪忠教授的《民法总则编法律行为一章的结构和条文建议稿》是个可敬的例外。它在规定法律行为的一般规则后，分别规定“人身关系的法律行为”和财产关系的法律行为（采用“财产权利设定、变更与废止的一般规则”的表述），而且“人”前“财”后。人身关系的法律行为有婚约、结婚与离婚、收养、输血、人体器官移植与捐赠、精子、卵子的捐赠、运动员、艺员的转让等，这些行为具有不可强制执行的特征。

之所以讲这样的安排“可敬”，共两点原因。其一，法律行为本是财产法的概念，在拉丁文中，法律行为（negotio）本身就是“商铺”的意思，在现代意大利语中仍是如此，所以在老祖宗那里建构法律行为规则就是围绕着交易进行的，这种胎记留在每个现代民法典规定的法律行为制度的身上，故“室内稿”第115条的问题具有国际性，一般的立法者在制定法律行为的规则时都只考虑财产法。当然，有些国家（例如智利）的立法者考虑到这一点，干脆在债法中规定法律行为，让这方面的规则不对人身法生效。把法律行为制度改造成兼包人身法和财产法的尝试，过去未尝闻也！其二，相对于拉丁法族国家而言，德国民法具有特别强的物文主义倾向，长期弥漫于我国民法学界的物文主义情节便来自该国。孙宪忠教授作为一位留德学者，能超越德国人带给他的物文主义桎梏，实属不易。

笔者正在主持修订厦大民法总则教材，一个重要的任务就是将“人前物后”进行到底。即将于2016年年底面世的这本书将是中国第一部实现了这一目标的教材。它会证实：牵一发而动全身，把对象条款改为“人前物后”后，差不多整个民法总则的体系都要做相应的调整。■

（作者系厦门大学法学院教授）