

民法基本原则与调整对象立法研究

尹 田

摘 要 《民法总则草案》对民法基本原则的规定具有科学性，但其增设的“自觉维护交易安全”和“环境资源保护”两项基本原则均涉及公共利益保护，该两种利益的保护只能通过法律的强制性规范才能实现。交易安全保护不可能成为民事主体的行为规范，而环境资源保护则被公序良俗原则所包含，故这两者均不应成为民法的基本原则。《民法总则草案》在有关民法调整对象的规定中，将“非法人组织”纳入民事主体范围值得商榷，在立法表述中，改变民法调整的“财产关系”和“人身关系”的表述先后顺序，既没有根据，也没有必要。

关键词 民法总则 基本原则 民法调整对象

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2016.05.002

作者尹田，北京大学法学院教授。

一、概 说

（一）章名设置

《中华人民共和国民法总则（草案）》（征求意见稿）（以下简称《民法总则草案》）第一章主要是对民法基本原则的规定，但又包括了立法目的（第1条）、调整对象（第2条）、司法裁判依据（第10条）、特别法优先于普通法原则（第11条）以及民法典适用范围（第12条）的规定，因此，将本章依照《民法通则》第一章的做法定名为“基本原则”，有欠妥当。建议将本章章名设置为“一般规定”，并注意在民法典的分则中尽量不再出现“一般规定”的章节标题。

（二）基本原则的取舍

比较法上，《法国民法典》和《德国民法典》均未对民法的基本原则进行集中或系统的表达，此与近代民法的基本观念与宪政思想相互融合有关，也与民法基本原则非为裁判规范有关。但《瑞士民法典》及以后的各国民法典，则逐渐重视在其“一般规定”中明确宣示民法的各项基本原则。^① 受前

^① 参见《瑞士民法典》第2条第1-2项及第11条；《日本民法典》第1-2条；《俄罗斯联邦民法典》第1条。

苏联民法理论和立法的影响,我国民法理论逐渐形成“平等”“公平”“等价有偿”“意思自治”“诚实信用”“公序良俗”“民事权利保护”“禁止权利滥用”等基本原则的理论归纳和立法表达,其中除“禁止权利滥用”原则之外,其他各项基本原则均为《民法通则》所采纳。^②后来,《民法通则》所规定的“等价有偿”原则以及民事活动“不得破坏国家经济计划”以及“遵守国家政策”等内容,被《合同法》淘汰出局。《民法总则草案》全部采纳了《民法通则》所规定的其他基本原则,同时,增设了“禁止权利滥用”“维护交易安全”和“环境保护”三项内容。

从既有理论观点来看,将“平等”“意思自治”“诚实信用”以及“公序良俗”作为民法的基本原则,应无异议。但就是否将“公平”“禁止权利滥用”和“民事权利保护”作为基本原则在立法上予以表达,存在不同看法。王利明教授主持提出的建议稿将“民事权利保护”及“公平”作为基本原则予以规定,但此不为梁慧星教授主持提出的建议稿所采;而梁慧星教授的建议稿中所规定的“禁止权利滥用”原则,则不为前者所采。中国法学会民法典编纂项目领导小组及中国民法学研究会提出的建议稿中,未采纳“民事权利保护”及“禁止权利滥用”二原则,但采纳了“公平”以及徐国栋教授主持提出的建议稿中的“绿色”(即环境资源保护)二原则。^③

就“公平”原则而言,“公平(正义)”为法的最终目标,具有最高程度的抽象性及模糊性,为法的一般价值和一般观念。对于公平观念,民法是通过“自己的”基本原则(平等、意思自治等)来加以具体表达的。尤其是在商事活动和一般民事活动中,“公平”具有不同的内涵和法律鉴别标准,故与其他基本原则不同,“公平”既难以在具体规则中直接展示其存在(法律行为的“显失公平”也须以背离意思自治为成立条件),更难以直接作为法官裁判民事案件的一般准则。因此,笔者一贯认为,“公平”原则在民法总则中不予规定为好。^④不过,作为民法的基本理念,“公平”毕竟具有统帅地位,将之在民法典总则中予以宣示,亦无害处,故不妨予以保留。

就“民事权利保护”原则而言,其作为权利保护的一般条款,有必要在民法典总则中予以规定,但因其非为民法本身之特有价值观念的体现(一切权利均应受法律保护),所以,立法上可以规定,但理论上不将之视为民法的基本原则为宜。

就“禁止权利滥用”原则而言,虽然存在“权利一旦滥用还是权利吗”的质疑,也存在此原则是否被“诚实信用”原则所覆盖或者吸收的诘问,但作为对民事权利行使进行限制的一般条款,此项原则反映了人类生存及人类社会可持续发展之根本利益高于个人自由的现代民法思想,而包括德国、瑞士、日本以及韩国的民法典均对此项原则作出了明文规定。^⑤故《民法总则草案》规定了这一原则,是可取的。但是,《民法总则草案》有关该原则的表述,需要进行修改。《民法总则草案》第9条在规定“民事主体合法的人身、财产权益受法律保护,任何组织或者个人不得侵犯”(第1款)之后,另设一款(第2款)规定:“民事主体行使权利的同时,应当履行法律规定的或者当事人约定的义务,承担相应责任。”该第2款所规定的应当是“权利不得滥用原则”,但其表达

^② 参见《民法通则》第3条至第7条。

^③ “绿色原则”是指“当事人进行民事活动,应遵循节约资源、保护环境、尊重其他动物之权利的原则。”(《绿色民法典》第9条)参见徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第3页。

^④ 参见尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第132页。

^⑤ 参见《德国民法典》第226条;《瑞士民法典》第2条第2款;《日本民法典》第1条第3项;《韩国民法典》第2条第2款等。

却完全不是同一意思。应当指出：(1)权利的享有和行使与义务及责任的承担与履行之间，没有必然的因果关系，有权利未必有义务，有义务也未必有权利；(2)即使民事主体同时享有权利和承担义务，但其权利的行使与义务的履行多半不会“同时”进行，依照约定或者法律规定，在具体的法律关系中，民事主体有可能先行使乃至实现其权利之后，再履行义务，反之，也有可能先履行义务之后，才可以行使其权利；(3)如果将民事主体行使权利的同时“应当履行”的“义务”解释为不得损害他人利益以及社会公共利益的法定义务，则此种义务不可能基于“当事人的约定”而产生。因此，《民法总则草案》第9条第2款有关“民事主体行使权利的同时应当履行其义务”的表述值得商榷，建议将其修改为：“民事主体因滥用权利而为他人造成损害的，应当承担民事责任。”

至于《民法总则草案》所增设的“维护交易安全”以及“环境保护”两项基本原则，应属立法创新，其得当与否，容后再做分析。

(三) 其他条款

《民法总则草案》第一章有两处立法创新值得肯定：

1. “公序良俗”概念的启用。

《民法总则草案》第8条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵守法律，不得违背公序良俗，不得损害他人合法权益。”在此，我国民事立法上第一次采用了“公序良俗”的用语。

民法理论上，“公序良俗”是“公共秩序”和“善良风俗”的合称。公序良俗与意思自治两大原则共同构成了民事主体行为规范的两个最为基本的支撑点：意思自治原则确定了民事主体最大限度的意志自由及行动自由，公序良俗原则则是对当事人意志自由之边界的标示。据此，大陆法系各国家民法典均有“公共秩序和善良风俗”（法国、日本）或者“善良风俗”（德国）的立法表达。在我国《民法通则》及其他民事法律中，“公序良俗”一直被表述为“公共秩序”与“社会道德”，而不使用“善良风俗”。随着民法知识在我国社会大众中的逐渐普及，“公序良俗”的用语逐渐为民众所熟悉和理解，在民法典中直接采用“公序良俗”的立法表达，其时机已经成熟。

在表达民法基本原则时，以“善良风俗”替换“社会道德”的重要意义在于：公序良俗原则中的“善良风俗”具有特定的含义，不是一种道德规范，不是对“社会道德”的同义表达。尽管善良风俗的渊源在于道德秩序而非法律秩序，但由于两个原因，公序良俗中的善良风俗得以发生保护法律秩序的作用：第一，善良风俗只是对部分道德秩序的“裁剪”。德国学者梅迪库斯指出：“‘善良风俗’只是从道德秩序中剪裁下来的、在很大程度上被烙上了法律印记的那部分”。^⑥ 其他一些德国学者则更为具体地将之称为“最低的道德规范”，而拉伦茨则将之称为“法律本身内在的伦理原则和价值标准”。^⑦ 但无论作何理解，善良风俗的目的都不是一般性地赋予社会道德以法律强制力，亦即并非整个道德秩序都通过善良风俗的适用而被纳入法律秩序之中。因此，善良风俗来源于道德秩序，但其目的不是为了直接保护道德秩序。第二，善良风俗原则的效果仅仅是阻止违反道德的行为获得强制力，而不是直接实现道德本身的要求。对于善良风俗原则的目的，在法国学者看来，在于实现某些基本道德“所具有的社会价值”，而在梅迪库斯等德国学者看来，是为了“阻止

⑥ [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第510-511页。

⑦ [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第601页。

法律行为为实施不道德行为提供服务。”^⑧换言之，民法上善良风俗原则的效果不是赋予道德规范以法律强制实效力，也不是对违反道德的行为予以法律制裁，而是不为违反道德的行为提供法律行为强制履行的效力。

质言之，违背善良风俗的行为的违法性，不是表现为对道德规范本身的违反（否则道德就被法律所吞并），而是表现为对法律不允许违背道德的行为破坏法律秩序之规定的违反。^⑨由此可见，相对于“社会道德”的多元性、模糊性和不确定性，“善良风俗”具有更为严谨和准确的特点。

2. 确认“习惯”为裁判依据。

在民法传统理论和立法例上，将“习惯”乃至“法理”作为民法的渊源具有悠久的历史。我国学者历来重视“习惯”在民事纠纷裁判过程中所具有的特殊功能，在制定1999年《合同法》以及第四次民法典起草过程中，均在其提出的相关学者建议稿中将“习惯”规定为民事裁判的依据。但立法者一直难以采纳学者建议，主要原因在于，“习惯”具有模糊性，有“好习惯”也有“坏习惯”，能够作为民事裁判依据的“习惯”的确定标准难以把握。事实上，“习惯”尤其是商事习惯，已经成为裁判民商事纠纷案件的重要依据，且为立法和司法解释所确定。如《合同法》中，有9个条文出现“交易习惯”的用语，^⑩《物权法》中，“当地习惯”被明确规定为处理相邻关系纠纷的法律依据（第85条）、“交易习惯”则被规定为法定孳息的取得依据（第116条），而我国最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》中也对“交易习惯”的认定作出了明确规定（第7条），在有关物权法、买卖合同、民间借贷等各项司法解释中，“交易习惯”也被作为事实认定和法律适用的重要裁判依据。与此同时，在处理农村发生的财产关系和因婚姻、亲属关系而发生的各种民事纠纷中，传统习俗或者民间生活习惯也产生了重要的调节作用。据此，《民法总则草案》第一次在立法上（第10条）明确规定：“处理民事纠纷，应当依照法律规定；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”这一规定，符合我国的实际情况，具有重要意义。

二、有关创新增设的两项基本原则的评价

（一）“自觉维护交易安全原则”增设之评价

《民法总则草案》第6条在规定“诚实信用原则”（第1款）之后，另设第2款，规定“民事主体从事民事活动，应当自觉维护交易安全”。

民法理论上，交易安全是专指财产之“动”的安全。法律对交易安全的保护主要表现为对善意交易者之“信赖利益”的保护（如善意取得、表见代理等典型制度）。强化对交易安全的保护为现代民法的重要特征，其本质为对交易秩序之整体利益的侧重维护，由此，法律甚至不惜牺牲个别当

^⑧ 同注⑥，第511页。

^⑨ 参见注④，第150页。

^⑩ 参见《合同法》第22、26、60、61、92、125、136、293、368等各条。

事人的权利或者正当利益（如善意取得制度对于财产被无权处分的真正权利人的利益的牺牲、表见代理制度对于无权代理之本人的利益的牺牲）。实质上，法律基于交易安全保护而设置的各项具体制度，都是以某种个别利益在社会整体利益（交易秩序）面前的让步为其基点的。交易安全保护相关制度的实质效果，是对当事人之间的有关利益和损失风险的强制分配，因此，交易安全的法律保护必须直接借助于法律的强制性规范方可实现。换言之，交易安全的维护者只能是法律而不能是行为人自身。因此，维护交易安全不可能具体表现为民事主体的行为规范。

应当指出，《民法总则草案》是从民事主体的行为规范的角度对民法的基本原则作出规定的（即“民事主体从事民事活动，应当遵循……原则”），而任何基本原则均须在民法典中具体化为民事主体的特定行为规则。例如，意思自治原则在合同规则中表现为当事人有通过合意确定合同条款的权利等；诚实信用原则表现为当事人应承担法定的缔约过失责任等；公序良俗原则表现为当事人不得恶意串通、损害他人合法权益等各种禁止性规定等。但维护交易安全是法律应为之事项而非当事人必为之事项，无法也不可通民事主体的具体行为规范（命令性规范）加以表现。交易安全必须在交易中方可存在，如果行为人是善意交易者，则对其交易安全只能由法律设置各种制度来加以维护，其自身无法“自觉”维护；如果行为人是恶意交易者，则其恶意交易行为违反的是诚实信用原则或者公序良俗原则，并依照相关规则产生相应法律效果，而非违反“自觉维护交易安全”原则。至于在交易安全保护规则的实行之中未参加交易却被“牺牲”掉的真正权利人或其他民事主体，令其“自觉维护交易安全”则无从说起。

据此，《民法总则草案》第6条第2款有关民事主体应当“自觉维护交易安全”的规定即使具有某种道德引导作用，但离开民法的具体制度，其内容的不确定性和空泛性使其无法产生任何实际的作用。因此，这一规定，既不能作为民法的基本原则，也不能作为民事主体的一般性义务条款，建议删去。

（二）“环境资源保护原则”增设之评价

前述有关“维护交易安全原则”的分析，几乎可以直接适用于“环境保护原则”。

《民法总则草案》第7条规定：“民事主体从事民事活动，应当保护环境、节约资源，促进人与自然和谐发展。”此即“环境资源保护原则”。

在现代社会，环境保护和生态平衡是最重要的公共利益，人人均应保护环境和节约资源。环境资源保护需要同时借助于法律和社会道德两种规范。在法律层面，环境资源保护主要是通过法律的强制性规范（包括命令性规范和禁止性规范）实现的，即一方面通过行政监督、行政审批、行政处罚以及刑事制裁等公法规范预防和惩治破坏环境资源的不法行为；另一方面，通过民法上的公序良俗原则以及环境侵权民事责任等制度安排，从私法的角度对环境资源进行法律保护。质言之，在民法典中，环境资源保护的立法目标主要是通过公序良俗原则而加以表现的。根据民法的性质，包括环境资源保护在内的一切公共利益的保护，在民法中只能设置为一种民事主体依法必须履行的消极的不作为法定义务，但不可能设置为民事主体应当履行的积极作为的法定义务（否则，便将个人的道德义务与法律义务混同）。

因此，《民法总则草案》增设“环境资源保护原则”，与公序良俗原则相重复，其纯粹只能具有一种道德指引作用。此项规定，没有法律适用价值和实际意义，建议删去。

三、民法调整对象的立法表达之评价

(一) 概说

《民法总则草案》第2条规定：“民事法律调整作为平等民事主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”这是关于民法调整对象的专条规定。此条规定首先存在两个较为明显的瑕疵：

1. 与第1条发生不必要的重复

《民法总则草案》第1条规定：“为了保护自然人、法人和非法人组织的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，根据宪法，制定本法。”此条已确定了民事主体的具体范围为“自然人、法人和非法人组织”，第2条再指出该种具体范围便发生重复。妥当的做法是：要么在第1条不指出民事主体的具体范围，仅规定“为了保护民事主体的合法权益……”；要么在第1条指出其范围而将第2条表述为“民法是法律调整民事主体之间的人身关系和财产关系”。

2. 与第3条发生不必要的重复

《民法总则草案》第3条规定：“民事主体的法律地位一律平等。”此系对“平等原则”的专条规定。平等原则既已确定民事主体在民事关系中的相互平等地位，对于此种地位，自然无需在本法其他条文中重复表达。因此，第1条有关“作为平等民事主体的自然人……”的表述中，“平等”二字应当删掉。

涉及民法调整对象，真正需要讨论的是：一是非法人组织是否为民事主体；二是人身关系是否仅指“身份关系”而并不包括所谓“人格关系”。前者涉及《民法总则草案》第1条和第2条对于民事主体范围的列举是否妥当；后者则涉及第2条关于法人作为人身关系主体的规定是否妥当。

(二) 民事主体范围的确定

自然人与法人为民事主体，自不待言。但就国家、集体以及非法人组织是否为民事主体的问题，一直存在争议。《民法总则草案》将非法人组织列入民事主体范围，但将国家、集体等予以排除，其做法妥当与否，殊值研究。

1. 国家的民法地位

就“国家”的民事法律地位问题，笔者曾多次撰文，认为其非为民事主体，主要论据是：在我国，“国家”是一个抽象的概念，国家不是公法人，国家享有所有权的财产要么不能进入民事领域（指国家专属财产），要么只能通过行政拨款或者投资等方式将国家财产转化为公法人（如行政机关、公办事业单位）所有的财产或者企业法人的财产而进入民事领域，因此，国家并不直接成为民事法律关系的一方当事人。^①但现在看来，至少在国有建设用地使用权出让关系中，国家其实是应当具有民事主体地位的：国有建设用地使用权出让是一种在国有土地上设立用益物权的行为，土地

^① 参见注④，第86-96页。

所有人（国家）与用益物权人（建设用地使用权人）之相互关系上的平等性不可否认。不过，若仔细分析即可发现，至少在民事活动流转领域，国家对其土地所有权或者其他财产权利的行使，总是须由政府（中央政府或者经授权的地方政府）予以“代表”。此种“代表”的特点是，被代表的国家从不亲自出场亮相，政府不仅以自己的名义“代表”国家签订合同和履行合同，而且以自己的名义“代表”国家出庭应诉并承担法律责任。这就表明，在我国，“国家”即使在实质上参加了民事法律关系，但在形式上，其从来不具有民事主体的地位。由此，在我国民法典总则的法人制度中确认各级“行政机关”具有法人资格（公法人）而不将国家纳入民事主体的范围，具有妥当性。

另外存留的一个问题是：如不将国家列为民事主体，而民法典分则中的物权编又规定了国家财产所有权，是否会导致逻辑上的混乱？即一方面（总则）不承认国家是一类民事主体，另一方面（分则物权编）又规定国家是物权主体，岂不自相冲突？对此，笔者曾多次撰文，提出“国家所有权为一种公法上的所有权而非私法上的所有权（民事权利）”的观点，主要论据是：国家所有权依照公法规定而直接取得，依照公法的规定而行使，以实现国家利益（公的利益）为目的，故其完全不能适用民法（主要是物权法）的一整套规则，《物权法》对之不应加以规定。^⑫ 质言之，国家既不是公法人，也不是自然人、法人之外的民事主体。但在以允许一些公法规范进入民法领域为现代标志的民法中，对非民事权利的国家财产所有权作出某些必要的原则性规定，也不是不可以。因此，在物权法上，基于特别之规定，国家作为公权（国家所有权）的主体而存在。

据此，《民法总则草案》在民法保护的主体范围（第1条）以及民法调整对象（第2条）的规定中未将国家列入民法主体的范围，符合我国的实际情况，具有理论上的依据。

2. 农村集体经济组织的民法地位

农村集体经济组织是农村集体土地的所有权人。此种“集体所有权”虽是集体所有制（公有制的一种）的法律表现，但绝对不能像国家财产所有权一样被列入“公权利”的范围，其本质应属私权即民事权利，因此，作为农村集体土地所有权之权利主体的农村集体经济组织，当然应具有民事主体地位。但所谓“农村集体经济组织”只是一个抽象的概念，除非有一定的名称、组织机构和场所等，否则无法在民法上具备作为权利主体的组织或者团体所必须具备的基本条件。但自农村实行联产承包责任制以来，以土地上的集体生产为特征的人民公社等经济组织不复存在，“农村集体土地所有权主体究竟是谁”遂成为物权立法未能解决的重大疑难问题之一。对此，笔者曾撰文指出，除非对农村集体土地所有权进行改造，即在农村土地集体所有（公有）继续存在的条件之下，抛弃与“集体所有制”严格对应的“集体所有权”概念，将农村土地所有权设计为一种区别于一般财产共有权的、与集体所有制相适应的、具有某种“身份”性质的特殊共有权（集体成员身份之有无与权利之有无直接相联系，不得分割、退出、转让、继承，等等），^⑬ 否则，农村集体土地所有权人的确定问题只能是一个无法解决的“死问题”。而在前述问题尚未解决之前，《民法总则草案》对之予以回避，不将“集体”纳入民事主体范围，值得赞同。

^⑫ 参见注④，第96页。

^⑬ 参见注④，第97-100页。

3. 非法人组织的民法地位

有关非法人组织是否为民事主体的争论，由来已久。《民法总则草案》第1条和第2条明确将之列为民主体，笔者对此始终持反对意见。^⑭

如果抛弃对有关问题在理论上的复杂分析，争议的焦点最终可以归结为对“民事主体”这个民法的基本概念的含意的确定，即“什么是民事主体”？而基本的逻辑推理是：如果说权利能力是民事主体资格的话，那么，非法人组织不具有权利能力，又如何能够成为民事主体？对此只可能存在两种解释：

一是非法人组织仅具有部分权利能力（以及部分行为能力和不独立的责任能力），故其仍为民事主体。此种解释否认权利能力（民事主体资格）的整体性和抽象性，否认了“权利能力”确定民事主体法律地位和塑造法律人格（即权利主体资格）的基本功能，其明显不能成立。

二是非法人组织不具有权利能力，但权利能力并非民事主体资格，而只是某些民事主体（自然人和法人）独立享有民事权利和承担民事义务的资格，因此，不具有权利能力亦即不能独立享受民事权利和承担民事义务的非法人组织也是民事主体。如依此解释，则民事主体被分为两种：一种是有权利能力的（独立的民事主体）；另一种是无权利能力的（不独立的民事主体）。但如此一来，整个民法的基本观念和基本规则在逻辑上都会发生严重的碰撞和混乱：比如关于“平等原则”的适用，依照理论阐述，“平等”即主体的“意志独立”和“意志自由”，即一个民事主体不得将其意志强加给另一个民事主体。但任何非法人组织身后总是存在必须依法最终为其承担民事责任的法人（如设立分公司的公司法人）或者自然人（如合伙企业之合伙人）。如果分公司不是相关公司的“组成部分”而是该公司之外的另一个“民事主体”，那么，在这两个民事主体的相互关系上，根本不可能存在什么“平等”。对于分公司的一切活动，设立分公司的公司都有绝对的支配和控制权力。由此，《民法总则草案》第3条有“民事主体的法律地位一律平等”的规定，可以休矣。同样，股东与公司之间的平等地位是可以想像的（所以，二者之间可以进行交易，股东可以诉公司，或者相反），但个人独资企业与该“个人”之间的“平等地位”却是不可想像的（总不能让该两个“民事主体”之间进行交易或者诉讼吧）。

非法人组织不具有民事主体（权利主体）的资格，在权利登记制度以及强制执行程序中也有明显表现：如果非法人组织是民事权利主体，则其当然应享有债权之外的其他财产权利（物权、知识产权和股权等），但不动产物权登记和专利权、商标权登记却将其予以排斥。问题在于，如果非法人组织能够对财产享有所有权，并据此能够以自己的名义进行不动产所有权登记，则因所有权为民事主体对财产予以排他地全面支配的权利，其“排他性”不仅排除了非法人组织的设立人对之享有的处分权，也排除了其设立人的债权人对之申请强制执行的权力，还排除了其设立人的债权人在设立人破产时将之列入破产财产范围的权利，而前述种种效果，是不可能发生的。与此同时，分公司作为另一公司的股东并享有股权，则是完全不可想像的。

总之，民事主体的独立性（财产独立、意志独立和责任独立）是近代和现代民法不可动摇的观念基础。为适应实际生活，法律有必要承认非法人组织在形式上具有合同当事人以及诉讼当事人地

^⑭ 参见注④，第102-109页。

位,但据此认定其具有民事主体资格,目的何在?益处何在?反之,在具体规则中承认其可以充当合同当事人和参加民事诉讼,但不一般地确认其民事主体地位,有何不妥?有何坏处?如果仅凭一种似是而非的论断(非法人组织能够以自己的名义订立合同和参加民事诉讼,就应该认定其为民事主体),不考虑权利主体与权利义务和责任之间的关系,不回答非法人组织何以不能享有除债权之外的其他财产权利的问题,不在乎确定非法人组织具有民事主体资格而对整个民法的主体理论和相关规则所产生的根本性的破坏作用,此种做法,不是一种科学的做法。

据此,宜在《民法总则草案》第1条和第2条所列民事主体中删除非法人组织,取消对非法人组织的专章规定(第四章),将非法人组织作为与法人有关的问题,在法人章中单设一节加以规定。

(三)“人身关系”的含义及其与“财产关系”在表述上的先后顺序

1. 人身关系的含义

将“人身关系”解释为系对“人格关系”和“身份关系”的总称,并将“人格关系”认定为民法规范的对象,是我国民法理论在20世纪80年代的创造。^⑮迄今为止,“人身关系”是一个模糊的法律用语。已存争端在于,“人格关系”是否应属民法的规范对象?依照一种应有的解释,无论对“人格”如何理解,但“人格”应当指人(自然人和法人)的一种民事法律地位,此点并无歧义。既然如此,“人格关系”至少便应当是基于人的民事法律地位而发生的社会关系,即有人格,才有人格关系的发生。由此,“人格”不可能是一种自然的社会客观存在,基于人的法律地位而产生的“人格关系”应属法律关系,绝非有待民法去调整的(所谓“物质”的即客观存在的)社会关系,不可能成为民法的调整对象。

上述抽象的逻辑分析远未揭示问题的复杂性,但却是十分明晰的,自然为“人格关系是民法调整对象”理论的成立设置了根本的障碍。不过,障碍总是可以绕过的。比如,生命、健康是客观存在的,肖像、隐私也是客观存在的,民法对之进行规范并产生生命权、健康权、肖像权以及隐私权等人格权,有何不可?由此,便又牵扯出究竟应该从整体去理解“人格”还是从人格的各个具体的组成要素去理解“人格”的问题,还牵扯出生命权、健康权究竟是来源于民法的规范还是其他(或是源于基本法,或者源于所谓“自然法”)的问题。

但是,既然在“人格关系是否属民法调整对象”问题上存在理论争端,且其基本上是一个理论创新问题,对具体规则安排(在人格权不在民法典分则中单独设编的条件下)并无实质性影响,故在立法上应当予以回避。据此,将民法调整对象中的“人身关系”替换为“自然人基于婚姻、家庭而产生的身份关系”,应是妥当的选择。

2. “财产关系”与“人身关系”的先后顺序

《民法总则草案》第2条改变了《民法通则》第2条有关民法调整的对象即财产关系和人身关系在表达上的先后顺序,即改为人身关系在前,财产关系被置后。此种改变,源于徐国栋教授在2000年初对近代以来民法的“重物轻人”即“物文主义”所展开的批评。^⑯尽管在我国大陆和台湾

^⑮ 参见徐国栋:《“人身关系”流变考》,《中国民法百年回顾与前瞻学术研讨会论文集》,法律出版社2003年版,第38页。

^⑯ 参见徐国栋:《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》,《法学研究》2000年第1期,第46页;徐国栋:《两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义》,《中国民法典起草思路论战——世界民法典编纂史上的第四大论战》,中国政法大学出版社2001年版,第137-183页。

地区一些学者看来,此种批评并无根据,^①但很多人仍然接受。于是,我们看见一些学者在提出其民法典草案建议稿时,在相关规定中将财产关系和人身关系进行了置换,并且此种置换并未辅之以任何必要的理论阐述或者理论赞同。

对此前述“置换”的不当,至少有3条理由:

(1)《民法通则》是一块丰碑,后人应予以尊重。对其作出的规定,错误的、不当的、过时的、缺漏的,当然要进行纠正、调整、删减或者弥补,但必须要充分说明理由。将“财产关系”和“人身关系”在民法调整对象表达顺序上予以置换,当然是基于原有表达发生重要错误,不换不足以矫正。但应看到,在“重物轻人”的指控中,民法调整对象之“先物后人”表述的“错误”只能算是鸡毛蒜皮,其最为重要的实质内容是“民法典不能设总则”“身份权不能置于物权、债权等财产权之后”,因此,“民法典必须取消总则编,应当把有关人的规定全部前置”“身份权应当置于财产权之前”,等等。换言之,《民法通则》敢于作为民法典总则的“雏形”并在民法调整对象的表述中“前物后人”,其做法如果构成“重物轻人”的严重错误,自当予以纠正。但奇怪的是,学者们赞同民法典设置总则,也赞同在民法典分则中将身份权置于物权、债权之后,显然是对有关“物文主义”的批评不予理睬的,然而,却又悄然将“财产关系”和“人身关系”予以置换,似乎又对其不予理睬分明有些理亏和心虚。

(2)“物文主义”批评是建立在“民法应先保护人,然后保护财产”的理论基础之上的,即“人的保护比物的保护更为重要”,因此,应将“人身关系”置于“财产关系”之前。已有批评意见早已指出:民法并不保护财产而仅仅是保护对财产享有权利的人,因此,“重物轻人”的指控没有根据;在物质利益与精神利益中,物质利益决定人的基本生存条件,故“无财产即无人格”,为此,任何民法典均以主要篇幅规定对财产权的保护,民法必须将财产权的保护置于首位。

(3)民法典的制度安排必须遵循相关规则的逻辑顺序,鉴于人身权问题的处理须以财产权的定位为前提,故在民法典体系安排中,只能先规定财产权,再规定其他。

据此,建议将《民法总则草案》第2条修改为:“民事法律调整作为民事主体的自然人、法人之间的财产关系和自然人基于婚姻、亲属产生的身份关系。”

【主要参考文献】

1. 徐国栋:《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》,《法学研究》2000年第1期。
2. 徐国栋:《“人身关系”流变考》,《中国民法百年回顾与前瞻学术研讨会论文集》,法律出版社2003年版。
3. 徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版。
4. 苏永钦:《民法典的时代意义》,王利明等主编:《中国民法典基本理论问题研究》,人民法院出版社2004年版。
5. 尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版。

(责任编辑:高圣平)

^① 参见张谷:《质疑民法典起草中的“新人文主义”——评徐国栋〈两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义〉》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2007年第4期,第45页;苏永钦:《民法典的时代意义》,王利明等主编:《中国民法典基本理论问题研究》,人民法院出版社2004年版,第44页。

ABSTRACTS

Reflections on the Formulation of General Principles of Civil Code

WANG Liming · 1 ·

General Principles of Civil Code is to guide the whole Civil Code and generally applicable to the basic rules of the various parts of the civil and commercial law. The formulation of General Principles of Civil Code basically establishes the system arrangement of Civil Code, which is of great significance to the appropriate coordination General Principles and specific parts of Civil Code. In the system arrangement of Civil Code, civil rights should be General Principles of Civil Code should fully affirm and protect civil rights, fully demonstrate humanistic spirit of the times, and strengthen the protection of human dignity. The protection and confirmation of civil rights in General Principles of Civil Code (Draft) is comprehensive, system-developing and opening.

Key Words General Principles of Civil Code; Systematism; System of Civil Code; Humanistic Care

Wang Liming, Ph.D. in Law, Professor of Renmin University of China Law School, Research Fellow of The Research Center of Civil and Commercial Jurisprudence of Renmin University of China.

Review on 'Basic Principles' (Chapter 1) of General Principles of Civil Code

YIN Tian · 10 ·

The basic principles stipulated in General Principles of Civil Code (Draft) are of scientific nature. However, the additional two basic principles— 'maintaining the transaction security' and 'environmental resource protection' are involved in public interests protection, and can only be achieved through the legal mandatory norms. 'Maintaining the transaction security' can't be regarded as behavior standards of civil subjects, and 'environmental resource protection' is contained in the principle of public policy and good customs, so the two should not become the basic principles of civil law. It is a mistake for including 'unincorporated organization' into the civil subject in the provisions about civil law's sphere in General Principles of Civil Code (Draft). It is neither baseless nor necessary adjusting the expression order of 'property relationship' and 'personal relationship'.

Key Words General Principles of Civil Code; Basic Principles; Civil Law's Sphere

Yin Tian, Professor of Peking University Law School.

Review on 'Natural Person' (Chapter 2) of General Principles of Civil Code

YANG Zheng · 20 ·

Chapter 2 of General Principles of Civil Code (Draft) protects the interests of the fetus in a summarizing mode, which is more comprehensive and powerful than current rules. However the rules should be mod-

— 175 —