

论人体构成与分离部分的法律地位^{*}

张保红

摘要：医学的发展使得人体构成与分离部分客体说占据了上风。然而，基于客体说理论上的器官等交易合法化在实践中始终无法得到立法认同。法理上无论所有权客体说还是人格权客体说都存在难以逾越的伦理障碍和逻辑悖论。人是目的，人物殊途。法律不应当介入人格领域，人格领域有自己的运行法则。法律上的人体应当包括蕴含人格要素的人的构成部分和分离部分。分离部分虽暂时分离但仍然是人体也即是主体的一部分。主体说既无理论障碍，也能适应器官捐赠、冷冻胚胎等现实问题。器官捐赠可看作人格之馈赠，冷冻胚胎应当依来源之人的意思处理。

关键词：人格权；客体；器官移植；分离部分

中图分类号：D913.1 **文献标识码：**A **文章编号：**0257-5833(2015)06-0094-09

作者简介：张保红，广东韶关学院法学院副教授，中国社科院法学所博士后流动站研究人员（广东 韶关 512005）

DOI:10.13644/j.cnki.cn31-1112.2015.06.010

人体整体的法律地位属于主体，已经没有争议。但就包括四肢、器官、组织、精子、卵子等在内的人体构成与分离部分的法律地位，目前客体说占据了上风。表面上，这是基于医学发展、生命延续、器官移植的需要。但是，客体说不但在理论上存在着难以克服的悖论，在实践中也很容易导致人体被滥用、人格被贬损。本文意在梳理既有人体学说的基础上，提出支持人体部分主体说的新见解，在解决人格尊严与医学发展的矛盾基础上，以期对正在进行的民法典编纂和司法实践有所裨益。

一、问题的提出：客体抑或主体

学界有关人体构成与分离部分在私法的地位主要有两种意见：一种观点认为，人体构成与分离部分为所有权之客体物，或为人格权中的身体权的客体^①；另一种观点则认为，人体构成与分离部分都是主体^②。

（一）客体说

人体部分客体说认为，人体部分（包含分离物）为权利之客体。具体可以分为所有权客体说

收稿日期：2015-03-30

^{*} 本文系广东省高等学校优秀青年教师培养计划资助项目（项目编号：Yq2013148）的阶段性成果。

① 梁慧星《民法总论》，法律出版社1996年版，第106页。

② 此外，一些学者还提出了折衷说，即认为人体分离部分既不属于客体，也不属于主体，而处于主体与客体之间。徐国栋《民法的人文精神》，法律出版社2009年版，第238页。

和身体权客体说。所有权客体说认为, 人体部分(包含分离物)为所有权之客体^①。又分为: 其一, 全部为物说, 认为个人的身体无论整体还是部分都属于个人所有的财产^②。根据这一观点, 个人出卖身体, 卖身为奴, 也不是不可以的。其二, 部分为物说, 认为个人的身体整体不为物, 但部分为物。又细分为二: 一是分离部分为物说。例如, 史尚宽认为, 器官等一俟脱离人体, 便为身外之物^③。德国学者沃尔夫认为“从人体分离出来并且已经独立化的人体部分, 例如头发, 拔出的牙齿, 捐献的血液、卵子、精子或者人体器官可以是所有权客体之物。”^④梅迪库斯也认为, “随着输血和器官移植行为越来越重要, 现在已无法将这一法律上的禁令继续贯彻下去了。毋宁说, 现在必须承认献出的血以及取出的、可用于移植的器官为物。这些东西可以成为所有权的客体, 而且首先是提供这些东西的活人的所有物。对于这些东西的所有权转移, 只能适用有关动产所有权转移的规则。当然, 一旦这些东西被移植到他人的身体中去, 它们就重新丧失了物的性质。”^⑤二是可分离部分也为物说。在我国, 学者甚至不排除与人体未分离的部分为物。例如, 梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿附理由》第 95 条第 3 款规定“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等, 以不违背公共秩序与善良风俗为限, 可以成为民事权利的客体。”^⑥该条并未说明上述器官等为权利客体是否以脱离为条件。还有学者迂回地将身体可分离而未分离身体部分称之“将来物”^⑦。

人格权(身体)客体说认为人体部分是人格权中的身体权的客体。例如, 张俊浩先生认为, 身体权的客体是未分离的肢体、器官等^⑧。王利明、杨立新教授认为, “身体权是自然人维护其身体组织器官的完整性并支配其肢体、器官和其他组织的权利”^⑨。在这里, 人格权排除了完整意义上的人身。不过这里似乎存在矛盾。如果说整体体现伦理性和主体性^⑩, 那么部分也应当体现伦理性和主体性; 同时, 如果整体为客体怕被滥用, 那么部分为客体同样可能会滥用。整体是由部分构成的, 整体为主体, 部分也应当为主体。事实上, 身体权的客体只是身体的安全利益^⑪。即是从消极意义定义身体权的客体。此种人格权, 只有被动的免受侵害的义务, 而无主动利用身体之权利。严格意义上说, 此种人格权并不是严格意义上的权利, 正如德国学者梅迪库斯所言“权利在私法中所占的主导性地位, 长期以来遮住了传统学说考察其他思路的路线。人们将那些仅仅通过个别的命令或禁令得到保护的法律状态, 也视作了权利”^⑫。

鉴于客体说存在一些伦理问题, 近来一些学者又提出了“伦理物”^⑬和“人格物”^⑭的主体。在伦理物中, “包括人体变异物, 即脱离人体的器官和组织、尸体以及医疗废物”^⑮。杨立新

① 还有一种整体为物但部分非物说。根据罗马法, 奴隶为奴隶主所有, 但奴隶主有善待奴隶的义务。据此可推知, 身体构成部分不可为物。

② Penney Lewis, “Rights Discourse and Assisted Suicide” *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 27, 2001. pp. 45-99.

③ 史尚宽 《民法总论》, 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 250 页。

④ [德] 曼非雷德·沃尔夫 《物权法》, 吴越、李大雪译, 法律出版社 2000 年版, 第 7 页。

⑤ [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 876—877 页。

⑥ 梁慧星 《中国民法典草案建议稿》, 法律出版社 2003 年版, 第 19 页。

⑦ 李云波 《人体器官移植的物权法解读》, 《学术论坛》2008 年第 8 期。这种思维很可怕: 任何不符合现存法律理论者均可以以“将来物”回避之。例如, 配偶一方将财产赠与“小三”可以处分“将来财产”之名对抗另一方共同财产的抗辩。

⑧ 张俊浩主编 《民法学原理》, 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 143—144 页。

⑨ 王利明 《人格权法研究》, 中国人民大学出版社 2005 年版, 第 340 页; 杨立新 《人格权法》, 法律出版社 2011 年版, 第 398 页。

⑩ 王利明 《人格权法研究》, 中国人民大学出版社 2005 年版, 第 357 页。

⑪ 陈民 《论人格权》, 《法律评论》(台湾) 第 28 卷第 8、9 期。

⑫ [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 63 页。

⑬ 杨立新、朱呈义 《动物人格权之否定——兼论动物之法律“物格”》, 《法学研究》2004 年第 5 期; 霍原、崔东、张衍武 《脱离人体的器官和组织之法律属性及权利归属》, 《卫生与法》2011 年第 12 期。

⑭ 冷传莉 《论民法中的人格物》, 法律出版社 2011 年版, 第 39 页。

⑮ 杨立新 《人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题》, 《人民司法》2014 年第 13 期。笔者认为, 尸体可以确认为物, 归属权属于继承人。

教授认为“当人体器官和组织脱离了人体,用于移植的人体器官和用于利用的人体组织应当属于物的范畴,能够建立所有权,只不过这种所有权的行使将受到法律的适当限制。”^①人格物涉及人格与财产融合,彰显人格利益与财产利益,并认为司法解释中“具有人格象征意义的特定纪念物品”,其中就包括与人体分离的器官、基因、精子等。

(二) 主体说

主体说认为人体部分不为物也不为人格权之客体。例如,有学者认为人的身体是人格的载体,不是所有权的客体^②。张民安教授认为,人的整体、部分以及与一定条件下活体的脱离器官均为人体的组成部分。医学进步,可以断指再造,肌肤移植,精子卵子冷冻等技术,人体脱离部分可以重新与人体复合^③。在国外,也有这样的立法例和判例。《法国民法典》第 16 条第 1 款规定:人的身体、人的身体的组成部分和人的后代不得成为财产权的标的。在德国,一家医院由于过失将一男子储存的精子销毁了,致使因故已经丧失生育能力的该男子无法实现繁衍后代的愿望。联邦最高法院认为,精子为人体的组成部分,即使在其与人体相分离,仍然“具有生命特征和生理活性,能够发展成为一个人,仍然属于人的身体的组成部分。因此,对储存的精子的损害,就是对人的身体的侵害。”^④澳大利亚维多利亚议会上院处理的美国公民里奥斯夫妇所遗胚胎案也表明了认定受精胚胎具有生命的人格属性的观点。上院经反复讨论决定,把所遗胚胎植入代理母亲的子宫中孕育,且所孕育孩子长大后可以继承遗产^⑤。

(三) 客体抑或主体

在我国,客体说占据了主流。客体说则反映了器官、组织等移植的现实需要,以及人格权的独立和建构身体权的需要。在实践中,器官移植、人体再造、基因重组等在技术上已经取得重大突破,法律上应当为这些技术进步造福人类提供法律支撑。如果人体部分为物,似乎更有利于解决这些问题(在商业化的前提下)。在理论上,权利,表达的是人与外界的关系,这个关系需要通过一个客体作为联结点。人格权也不应当有例外。人体或其部分若为客体,人格权自然存在。人格权客体说试图将人体或其部分客体化以解决人格权的客体问题。但客体总是面临着伦理和逻辑的诘难。伦理上不应接受身体全部或一部分可以自由买卖。在今天“动物不是物”的观念之下,尚提身体为物,也不可思议。

相比之下,主体说不占主流。主体说坚持认为人物应当区分,人享有至高无上的地位,不能与物等同。主体说虽提高人体部分的地位,但也存在一些技术上的难题。这从一则案例可以看出。某冷冻受精胚胎的夫妻遭遇车祸去世后,其双方父母欲继承受精胚胎,遭到医院的拒绝。医院的理由受精胚胎不是物,也不是遗产,且医院是按照有关部门的规定和与死者所签订的知情同意书^⑥行事,不能将胚胎交给死者双方父母^⑦。该案引起了巨大的争议。如果视受精胚胎为主体,那便不是遗产,死者父母也无法继承,但这种做法不合情理。但将受精胚胎视为物,也不是没有问题。如果是物,那继承人便可以自由处分,甚至可以任意丢弃。这在伦理上说不过去。如果是物,还存在其损害时无法说明其价值的问题。

主体说和客体说似乎都有一些道理。但是,二者只能存一。我们选择哪一种学说呢?笔者认为,应当坚持人体部分主体说。具体理由请参见下述。

① 杨立新、曹艳春《脱离人体的器官和组织的法律属性及其支配规则》,《中国法学》2006 年第 1 期。

② 尹飞《人身损害赔偿概述》,载王利明主编《人身损害赔偿疑难问题》,中国社会科学出版社 2004 年版,第 19 页。

③ 张民安、龚赛红《因侵犯他人人身完整性而承担的侵权责任》,《中外法学》2002 年第 2 期。

④ [德] 马克西米利安·福克斯《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社 2006 年版,第 13 页;杨立新《人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题》,《人民司法》2014 年第 13 期。

⑤ 邱仁宗《生命伦理学》,上海人民出版社 1987 年版,第 51 页。

⑥ 同意书中明确,医院冷冻保存期限为一年,如需继续冷冻,需补交费用,逾期不予保存;如果超过保存期,视为同意将胚胎丢弃。

⑦ 江苏省无锡市中级人民法院民事判决书(2014)锡民终字第 01235 号, http://www.lawyee.org/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&RID=8603392 2015-02-10。

二、人体构成与分离部分客体说之否定

客体说符合生活常识。例如,人们总习惯说,我的身体,我的眼睛等等,这暗含着身体和器官归己所有的意思。然而,生活常识不能替代法学思维。生活常识里面可能蕴含一些道理,但从法律角度看,也可能是错的。

(一) 所有权客体说之否定

所有权客体说之目的在于两点,一为交易;二为使用或支配。

1. 器官、人体组织市场化不宜施行

器官、人体组织市场化的需要是所有权客体说最大的根据。器官交易合法化有许多好处:第一,可以满足器官移植的需要。目前,我国需要器官移植的人很多,但提供器官者则很少。以角膜移植手术为例,美国一年手术可达 37000 例;而中国每年则只能做上千例,这与有 13 亿总人口相比不成比例^①。造成这种情况主要是深受“死后要留有全尸”的中国传统思想观念的影响^②。如果器官交易合法化,将有许多人基于利益的驱使而主动的捐献器官或其他可移植的身体部分,这不仅给提供者带来经济利益,而且也给受供者带来生活品质的改善,甚至是新生。第二,可以避免黑市交易。有利益在,必然就会交易存在。禁止器官交易表面上似乎可以避免提供者以损害自身的方式提供器官等身体部分,但无法避免黑市交易。黑市交易中,社会弱势群体依然会损害自身的方式交易器官,且由于是黑市,更不容易得到相应的保护。并且,黑市交易必须伴随着器官走私等犯罪活动。堵不如疏,应在管制的基础上使交易合法,反而更能保护提供器官的弱势群体。纵然器官交易存在着道德风险,但非法黑市对人的损害可能更大。权衡利弊,两害相权取其轻,还是器官交易合法化更好。基于上述,至少人体的部分应当视为物,只有如此,器官交易才可能合法化。

笔者不赞成器官、人体组织市场化。第一,交易合法化诚然可能为提供者带来似乎是其应得的经济利益,以刺激其主动地提供器官的积极性,但至少会产生两个问题:一个问题是,交易合法化必将刺激人们的逐利心态,不利于穷人,不利于危难之际的人。提供者可能会受经济利益的驱使而不顾自己的身体安危提供器官。即便法律禁止这种以损害身体的方式提供器官,但恐怕也难以很清晰地确定哪些适合交易,而哪些又不适合交易。河南驻马店的爱滋病村的悲剧告诉我们,器官、人体组织市场化是不可取的。另一个问题是,合法化对于穷人的需求者不公平。生命面前应当是平等的,而穷人只能看着富人将器官买走。另外,以经济利诱移风易俗的做法似乎也不可取。风俗扎根于民族根基之中,只宜潜移默化,不宜以外力诱导改变。第二,合法化可能更会加剧犯罪。历史上曾出现过德国法西斯买卖器官的不道德现象。即使现在,西方国家的所谓合法的“器官市场”、“眼银行”、“肾银行”也出现了买卖儿童以摘取其器官的不人道现象。一些儿童甚至以收养名义被拐卖^③。同时,“当人体器官或组织的买卖双方都唯利是图时,器官的质量就会被忽视,这进而会影响器官移植的质量及供体和受体的生命安全,影响着器官移植的健康发展”^④。更重要的是,正如前述,我们没有标准去判断哪些是合法的交易,而哪些是非法的交易。或许市场化会减少黑市交易,但正常交易带来的危害无疑更大,人们更难承受这样的后果。

2. 对器官的支配不能等同于对物的支配

值得注意的是,许多学者在否认器官交易合法化的基础上依然认为器官等应当为物。如前所述,有些学者甚至主张,在器官没有脱离人体之前,也为物或人格权的客体。这种认识主要是认为人对人体及其构成部分的支配力。在表象上,人处分自己的器官就像处分自己的实物一样。但

① 高崇明、张爱琴《生物伦理学十五讲》,北京大学出版社 2004 年版,第 197 页。

②④ 杨立新、曹艳春《脱离人体的器官或组织的法律属性及其支配规则》,《中国法学》2006 年第 1 期。

③ 姚晓明等《眼库》,广东科技出版社 1997 年版,第 125 页。

是, 表象只能是表象。实质上, 我们并不能在物权法意义上支配我们的身体及构成部分。

首先我们要分析物权中支配的内涵。物权中的支配, 除了表现意志对物的支配, 关键在于它具有法律意义^①。此种支配, 在于它与他人产生联系, 否则如鲁宾逊在荒岛上支配物体没有法律意义。我支配一个物, 可以排他性使用, 可以处分以换取经济利益。另外, 这种支配有必要性。例如, 对于一件实物, 如果一个人不占有, 那么可能被其他人占有。物权有定纷止争的意义。

人对器官的所谓支配, 显然不属于这种情况。首先, 表面上看, 我们支配的四肢活动、器官呼吸, 但实际上这不过是器官自身功能而已。动物也能做到这一点。这些功能不具有法律意义。我们对身体及其构成部分的占有也没有法律意义, 因为它们也不可能为他人所占有, 除非人的主体地位被否认。其次, 在器官未脱离人体之前, 各国法律均不允许人以交易为目的处分自己的身体。因此, 身体并不能通过交换而带来物质利益。最后, 我们的身体也不能为他人所利用。此处利用非指利用身体进行劳动, 而是指躯体自身的利用。譬如一块土地, 所有权人可以种植以获得经济利益, 也可以授予他人获取经济利益, 而身体则不同, 身体不能为上述利用。如此, 此种“物”只有对我有用, 而他人无法利用(器官移植包含伦理、人格因素, 不能算是利用, 参见后述)。这种“物”不具有普适的有益性。如此, 我们再称之为物, 又有何意义呢?

综上, 人体及其构成部分(毛发等除外), 不能在物权法意义上进行使用支配, 更不能自由交易, 此时再称之为物没有意义。在德国, 即使坚持人体分离部分一定条件下可以为物的沃尔夫也认为, 只要人不将来源于自身的“物”进行交易, 该“物”仍然受到人法的保护^②。显然, 此“物”非彼物。

(二) 人格权客体说之否定

笔者认为, 人格权客体说与所有权客体说没有实质区别, 同样不可取。尽管回避了身体为物, 但却没有回避身体为客体。康德哲学认为, 人是主体, 是目的, 不得将人视为客体。同样地, 人体为客体, 逻辑上也有问题。客体的意义在于其是权利义务的联结点。既然是联结点, 那么自然是在人之外, 人体为人之构成部分, 不可能在人之外, 除非把灵魂视作人之本质, 那也得灵魂可以独立存在才可。

如前所述, 理论界目前一般认为人整体不能成为客体, 但多数认为未分离人体构成部分可以成为人格权客体。一些学者通过论证人对其身体的支配力来论证身体构成部分作为人格权客体的合理性。例如, 有学者认为, 身体权是指人对其身体享有一定的支配权“权利人有权在法律和社会公共道德允许的范围内对其身体个别部分加以处分, 也有权在自己身体某一部位发生病变或其他情况时决定是否切除或治疗, 有权决定是否从事某种危及身体完整的活动, 等等。”^③笔者不认为此为支配。首先, 这种人格权中对肢体的支配或处分和物权中对肢体的支配和处分并没有实质的区别。不能因为换个名称即说他们之间的性质不一样了。其次, 如前所述, 身体之处分不能为我们带来经济利益, 此与物权客体物之处分显然不一样。最后, 我们知道, 物之处分内容是很丰富的, 可以出卖、可以担保、可以消费等等, 而人对身体构成的所谓处分仅限于捐赠、献身等少数高尚的领域, 此种处分不是太少了么? 另外, 把捐赠器官视为一种法律上的权利, 实际上是把简单问题复杂化。人所谓“处分”自己的“权利”有限, 而非要称其为权利, 结果不得不大量的否定性规范规范之, 在立法也不节约。但否定人格领域内的行为, 往往又适得其反。

另外, 不能为了建构身体权的需要而硬性把身体的构成部分视为客体。首先, 身体权本身即是值得商榷的。身体权的权利内容极为单薄。即使器官捐赠都很难说是一种权利, 其他自杀、自虐更不是权利。如果说有内容, 可能有一些消极内容, 即他人不得侵犯人体。但这些消极内容完

① 不具有法律意义的支配是没有意义。否则, 我们可以说动物可以对其四肢和食物进行支配。

② [德] 曼弗雷德·沃尔夫《物权法》, 吴越、李大雪译, 法律出版社 2000 年版, 第 8 页。

③ 王利明《人格权法研究》, 中国人民大学出版社 2005 年版, 第 342 页。这里作者描述的更像是一种物权, 而不是身体权, 尽管其名为身体权。

全可以算人格自身的内容而非权利的内容。其次,学者对身体权的客体描述是混乱的。例如,一些学者先认为人格权的客体为人格利益,然后具体到身体权又认为客体为身体的构成部分,但或许发现对身体的构成部分的支配并没有多少积极内容,于是把身体权的客体又加上身体完整的安全利益这一客体^①。应当说,人格利益作为人格权的客体,表面符合权利应当以人之外之事物为客体之自身逻辑的。利益,属于身外之物,而权利的支配对象也为身外之物,正好相合。然而,如若如此,一则,人格权似乎与物权等权利没有多大区分的价值^②。二则,当我们仔细分析所谓的身体权人格利益时,发现其仅有消极利益,即禁止他人侵犯人体的具体到所谓的身体权、生命权、健康权等物质性人格时,会发现这些权利至多有消极的人格利益,而无或极少有积极的利益。^③我们不能说自杀或者自虐是一种权利。或许可以说自杀或自虐是在滥用权利,应当禁止,但法律实际并无能力禁止。法律不能对一个自杀的人评价说,你的自杀是违法的。之所以如此,原因是法律对人格的领域往往是无用的。

除了上述理由,人体部分客体论还将人降格,面临人为主体的,复又为客体的逻辑悖论,因而不可取的。总之,将人体看作客体,利益很小危害却很大,得不偿失。

三、人体构成与分离部分主体说重构

人体构成与分离部分客体说不足取。但这也不是主体说当然成立的理由。目前的人体的主体说理论论据过于简单。除了主体说的法理基础需要重构之外,人体部分的私法地位也需要区分构成与分离部分加以具体论述。

(一) 人体构成与分离部分主体地位的法理基础

仅仅从自然法角度声称人的地位至高无上是不够的,还应当说明人体为主体的法理学上的内在根据。易言之,人体的主体说的成立需要坚实的法理基础。笔者认为,下列论据可以作为确立主体说的法理基础。

1. 人是目的论

康德哲学是德国私法的基础。我国基本接受了德国私法,那么自然应当接受作为德国私法根基的康德哲学。在康德之前,人们通常用自然法和天赋人权的观念论人在法律上的地位。因此,尽管奴隶不是罗马实在法上的主体,但却一直是自然法上的主体。法国大革命后,《法国民法典》在启蒙运动天赋人权的影响下,所有生物人才毫不差别视为实在法上的主体。然而,随着休谟怀疑论思想的发酵,人们对上帝产生了动摇,近而对自然法和天赋人权的观念也产生了动摇。“为了重塑人的价值,康德则从内生于人的理性出发,指出理性才是区别人与物的标志。尽管不同于自然法的论证,但康德有关人权的理念最终却是和自然法有关人权的理念是殊途同归的。”^④

康德哲学总结为一点,就是尊重人。康德认为,“没有理性的东西只具有一种相对价值,只能作为手段,因此叫做物;而有理性的生灵叫做‘人’,因为人依其本质即为目的本身,而不能仅仅作为手段来使用”。康德进一步论述道,“你的行为举止应该是这样:无论是在你自己,还是在任何其他一个人,你都应将人类看做是目的,而永远不要看做是手段”^⑤。尊重人为人,意

① 王利明《人格权法研究》,中国人民大学出版社2005年版,第15、340、357页。如果身体权为一种权利,其自身将出现强烈的不稳定性:一方面强调支配性,但另一方面又不得不大量限制这种支配性。人格有其自身的活动规则,不与权利一样。如果硬将其与权利混合,将出现生搬硬套的问题。

② 张俊浩先生认为人格权应当为人格要素,而利益乃是身外,不能成为与主体须臾不可分离的人格权之客体。张俊浩主编《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第133—134页。笔者认为,这一观点同样犯了主体与客体混同的毛病。

③ 梁慧星教授认为,人格权“仅在人格权受侵害时,才发生权利人与加害人之间的关系即侵权损害赔偿关系”。梁慧星:《民法典不应单独设立人格权编》,《法制日报》2002年8月4日。

④ 张保红《权利能力的双重角色困境与主体资格制度重构》,《法学家》2014年第2期。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(上册),王晓华等译,法律出版社2003年版,第46页。

味尊重他的身体, 尊重他的身体的构成部分。这些都是人格的构成要素, 都不能为客体。同时, 也要尊重那些暂时分离人体的人体构成部分。那些鲜活的人体构成部分, 并不因暂时脱离人体而变成物。这于情于理都讲不通^①。

2. 法律不应当积极介入人格领域

既然人物殊途, 那么应用于物的法自然不能应用于人。法律只应当规定涉及与他人物质利益的地方, 以及消极保护他人的人格。不应当承认个人对其身体及其部分的人格权的存在。法律不能承认个人对人体及其部分自由处分的权利。例如性虐待, 我们不能承认人有这方面的自由, 但法律也不能禁止个人自愿从事这样的行为。权利认定具有价值判断的作用。如果我们认为变性是一种权利, 那么可能意味着法律是在肯定变性。但如果归入人格自身的运行法则, 那么我们就没有进行价值判断。人格领域是不能简单的用权利规则去概括。正是复杂的人格活动, 才造就了多姿多彩的人格。

有些学者认为身体权也有具体的内容, 认为身体权的内容是权利人有权保持自己的身体的完整^②。但这种表述是从“权利”的消极方面表达的, 更像是一种义务, 例如。如果不厌其烦, 法律还可以做出诸如不能交易、不能自残、不能自杀等规定。如此是否还称之为权利, 很是可疑。还有学者把人格自决等同于自决权^③。人格自决的确是一种自由, 但那是人格领域的自由, 是人自身的属性, 和法律中权利完全不是同一性质。法律不是万能的, 有其特定的适用范围。

主体说能够更好解释许多现象。主体说视人体及其部分为人格, 既为人格, 其本质即为自由。该种自由, 即“法无禁止即可为”, “法无命令可不为”。此种自由, 是人格的行为方式, 与权利的行为方式则不同。权利, 实为赋权, 权利之外, 法律并不保护。而人格之自由, 若定为权利, 则未免框住人格之活动范围, 反而不美。另外, 人格之自由, 其利弊得失难以衡量, 也不宜为法律所规范。有些人格行为, 法律也难以规制, 正如前述之自杀、自虐等行为。这里所说的人格自由, 是指的精神自由, 非涉及物质利益的自由。涉及到物质利益的自由, 则由权利界定。非物质利益的自由, 应当以自由方式的行之, 不受权利形式的约束。主体说能够最大限度的保障的自由和尊严。

综上所述, 由于人是目的, 那么作为人组成部分的人体就不能再为客体; 同时, 人体作为重要人格要素, 一般只能为法律所保护, 而不能直接作为法律所调整的对象。

(二) 人体私法学内涵与人体部分地位具体分析

欲界定人体部分的私法学地位, 首先需要定义人体的内涵, 其次再确定人体部分私法上的地位。

1. 人体的私法学内涵

人体是人格的精神要素的物质载体, 与精神性要素共同构成人格, 即人。此一定义表明, 人体每一部分都应当是精神性要素的载体。不能说, 只有头颅才是精神性要素的物质载体, 而其他不是。如无其他部分, 头颅也不能自存。同样地, 这些精神性要素还存在于一些与人体分离部分之中。

依上述定义, 理论中有一些称谓是不妥当的。第一, 脱离物之称谓不妥。有些所谓的脱离物里面蕴含人的人格因素在内。例如, 暂时脱离人体之部分, 可能在医疗技术的帮助下可以再接续回去。此种情况下, 显然此人体部分蕴含着人格要素在里面。还有些脱离物虽然不可以接回去,

① 郝立军 《论脱离人体的器官的法律属性——与“二元区分说”商榷及对“人身之外”的理解》, 《法学论坛》2011年第5期。

② 王利明 《人格权法研究》, 中国人民大学出版社2005年版, 第342页。

③ 所谓人的自决权, “是基于人性尊严的要求, 对所有有关个人的事物, 应由个人自主且自由地加以决定, 以获得自我实现的机会”。黄俊杰、吴秀玲 《医疗正义之研究》, (台湾 《中原财经法学》2001年第5期, 转引自余能斌、涂文 《论人体器官移植的现代民法理论基础》, 《中国法学》2003年第6期。

但于人有重要意义。例如古代的太监在净身后, 其生殖器要妥善保管, 待其死后, 还其本身, 以全其尸。但是有些所谓的脱离物, 便没有人格因素在内。例如头发、指甲、乳汁等分离可能的确无害, 也应当不含人格因素在内。至于人格纪念物, 则应当视为一种可能引起精神损害的物, 不能视为含有人格因素。脱离物中是否含有人格因素应当以社会观念为准。第二, 将人体分为主要部分和附属部分也为不妥。主要部分有头颅、躯干、器官和其他组织, 一般不得与身体相分离。附属部分, 如毛发、血液、体液、指甲、皮肤等, 附着于身体, 可以分离。此种区分没有意义, 毛发可以交易, 而血液则不可以, 放在一起, 不伦不类。同时, 在现代科技下, 很难确定哪些可以与人体分离, 哪些不可与人体分离。

2. 人体部分地位具体分析

人的整体不可看作是客体, 已经成通论, 不再赘述。人体部分的私法地位, 应当区分构成部分、分离部分和分离物论述。下面分析构成体、分离部分和分离物。

构成部分与人体相联, 具有人格要素的身体部分。广义上的人体也包括一些非人格要素的身体部分。非人格要素之身体部分主要指与人体分离无害且并不蕴含人格要素的毛发、体液、指甲、气味等。这些可以成为物, 也可以成为交易之客体。笔者认为, 头发即使长在人体上, 但也可以为物。对头发的伤害, 不是对身体的伤害。所谓“身体发肤, 受之父母, 不敢毁伤”^①的观念早已过时。买卖头发之所以不可以强制执行, 在于其可能造成对人的尊严的伤害。构成部分蕴含人格要素, 其在法律上的地位与人整体类同, 都属于主体。

构成部分主体说也不会妨碍器官捐赠。器官可以捐赠, 看上去是物。但是如若在法律上将器官解释为物, 无疑是在轻贱自己身体的一部分, 进而贬损自己的人格。笔者认为, 器官捐赠, 不同于物的赠与, 而是人格要素的馈赠行为, 应当为人格法或自然法所规定, 而不归于世俗权利法所规定。权利法沾满利益之气, 降格人之地位。权利法将器官认定为物可能导致人格要素之滥用。举轻以明重。动物都不是物, 人体器官也应当不为物。人格法可以满足器官捐赠之法律要求。人格之法, 无利益容身之地, 自然不得强制人们捐赠器官或遗体, 自然器官不得交易。质言之, 捐赠行为为人格自处行为, 法律或至少权利法不得干预。捐赠行为, 也不是法律行为, 但受赠人、医院可以帮助捐赠人完成其人格意愿(医院的行为是法律行为, 必须严格依照法律, 否则可能涉嫌违法)。此意愿, 可以任意反悔。对于反悔的捐赠者, 不应当受到任何法律与合同的约束。然而, 恶意捐赠者, 应当承担侵权责任或刑事责任。如前所述, 器官只能捐赠, 而不能买卖。既然如此, 就没有必要主张客体说。

分离部分, 也可以称之分离体, 是指具有人格意义的与人体暂时或永久分离的部分。分离部分应当继续视为是主体的一部分。精子、卵子应当是分离部分, 因为其含可能孕育后代, 应当受制于伦理, 其含人格因素在内。同时, 精子、卵子等可能是暂时分离于人体。对其伤害, 即是对人本身的伤害。法律的保护应当扩大至与身体分离但终将再与人结合的分离部分。前述德国的储存精子灭失案即将精子视为人体的一部分。

不同于德国的储存精子灭失案, 前述我国的受精胚胎案诉讼请求人是死者的父母。这样就产生了前者所有的受精胚胎的“继承”问题。法院最终授权由死者父母监管和处置胚胎。理由是, 第一, “胚胎是介于人与物之间的过渡存在, 具有孕育成生命的潜质, 比非生命体具有更高的道德地位, 应受到特殊尊重与保护”; 第二, 死者父母“不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体, 而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。”法院也特别强调, “权利主体在行使监管权和处置权时, 应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。”^② 笔者同意法

^① 《孝经·开宗明义章》。

^② 江苏省无锡市中级人民法院民事判决书(2014)锡民终字第01235号, http://www.lawyee.org/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&RID=8603392 2015-02-10。

院的判决结果,但不同意其说理。第一,主体与客体应当非此即彼。过渡存在说不但使主客混同,模糊二者的界限,而且也只能说是一种偷懒的不是解释的解释方法。不能一遇难处即模糊处理,模糊或折衷处理是理论上的和稀泥,最终必将摧毁理论的说理力。一种理论的生命力在于它在逻辑上是否能够一以贯之。正如波斯纳所言,“影响一个学派的际遇和发展的重要因素之一是其质量本身,即它是不是一种强有力的分析和解释工具,能否据此有效地积累和传承智识”^①。第二,法院的结论完全可以用主体说来解释。受精胚胎应当是其产生者主体的一部分,理所当然受受精胚胎的监管者。产生者可以通过遗嘱将受精胚胎交与他人监管。本案的特殊性是,产生者死亡,且曾授权医院在协议规定的情况出现可以处置受精胚胎。但死者属于意外死亡,因此医院无权擅自处理受精胚胎。死者死亡后,可以推定其对受精胚胎的意思应当是:如果发生死亡,受精胚胎应当交由其父母监管。如此解释,也可以得到与法院判决相同的结果,但不破坏既有理论体系,无疑更有说服力,且不用“公序良俗”这样的一般条款来打补丁。

分离物,即与人体已经分离无害且并不蕴含人格要素的生物学意义身体的构成部分,如头发、指甲、乳汁、体液、气味^②等。分离物不能视之为法律意义上的人体之构成部分。如前所述,头发等在未分离之前为生物学人体之构成部分,但从法律上说可以为物,可以进行市场化交易。例如,人奶交易,自古有之。我国古代的奶妈,即可算是以人奶交易为职业。

人整体及构成部分、分离部分组成法律意义上的人体。法律意义上的人体,不可为物,也不可为客体。主体说并不影响人之保护。人体及其构成部分受到伤害,可以诉诸法律保护。权利为人所有,既然都受到法律保护,那么作为人自身,更应该得到法律的保护。但是,法律不得主动干预涉及人格领域。正如前述,人格领域有自己的运行法则。总之,诸如基因工程技术、人工授精技术、克隆技术等科技进步,对法律提出了挑战。法律需要应对,但是完全没有必要将之确定为人格权。权利即意味着价值肯定,赋予权利的同时,也意味可能被滥用。不如按照本体模式进行保护,这样不但能够节约立法资源,而且可以从源头上切断对人体的商业化利用。

(责任编辑: 杨晨阳)

On Legal Status of Human Body Constitution and the Separation Section

Zhang Baohong

Abstract: With the development of medical science, the theory that human body constitution and the separation section are objects becomes prevailed. But as an illustration of the object theory, organ trading hasn't got the legislative approval till today. In legal theory, no matter the ownership object theory or the personal right object theory both have the insurmountable ethical obstacles and logical paradox. Persons are the purpose. Persons and things have different roads. Law shouldn't intervene in personality and personality has its own operation principle. Human body in law shall mean person's organism and its detached body which include personality factors. Though the detached body is detached from the person, it is still the body, exactly, part of the body. The subject theory has no barriers in theory and still it can adapt to the reality of organ donation and embryo cryopreservation. Organ donation can be regard as the personality's present and embryo cryopreservation shall be treated by the meaning of it owner.

Keywords: Personal Right; Object Organ Transplant; Detached Body

^① Richard A. Posner, "Legal Scholarship Today" *Harvard Law Review* Vol. 115, March, 2002. pp. 1314-1326.

^② 在日本,有些人会把原味内裤拿出来拍卖。此种交易应当违背公序良俗,属于无效。如果内裤属于盗窃者,应当算是对人格尊严或隐私的侵犯而不是对身体的侵犯。