

# 民法视野下的人体法益构造

——以人体物性的科技利用为背景

汪志刚\*

---

---

**内容提要：**近现代民法体系所持的“人体为主体人格之一部”的立场系建立在传统人物两分理论基础之上，该理论虽有助于彰显人的主体价值和尊严，但在处理因人的活体、尸体、离体组织和基因的科技利用所生法律问题上，已显现出部分失灵和易加剧人体物性利用与人性尊严保障之间价值冲突的不足。人与物或人格与财产的区别并非绝对不容许因时代变迁而作必要修正。通过逻辑的、价值的、实践的 and 法释义学的综合考量，理论上可以得出，有限地承认人体为物，并将“人体财产权”和人类作为物种享有的“类的人性尊严”纳入到人体法益构造体系之中，能较好地克服以上不足。在以公序良俗原则限制人体或其一部的利用和处分时，应建立和实践“人性尊严关联度原则”。

**关键词：**人体 物 人格 人体财产权 人性尊严

---

---

人的主体性与物的客体性的区分和对立是近现代民法体系构造的基础和前提。在这一体系中，人被赋予法律关系主体地位，物则被确定为受主体意志支配之客体，人不得被降格为客体，物也无法升格为主体，二者界限分明，任何理论或实践上的越界操作都将被视为是对这一基本前提的违反，从而不被民法体系所接受。然而，随着生物科技的发展，人开始越来越多地被当作“客体”操作，如人体医学试验、胚胎的体外培育、人体器官移植等。这种利用科技手段将人体或其一部作类似于物的处理虽有诸多实益，但客观上也模糊了人与物的界限，进而对人与物的主客体划分这一民法基础提出了“具有颠覆性”的挑战，〔1〕并由此引发了一系列令人困扰的问题。其中，尤以如何确定尸体、与人体分离的细胞、组织和器官、人类胚胎和基因的法律地位问题，最受学者关注。

本文的思考围绕以上问题展开，以“活人身体”（以下简称“人体”）的法律属性及法益构造为原点，进而延伸至尸体、与人体分离的细胞、组织和器官、人的基因（为便于行

---

\* 江西财经大学法学院教授。

〔1〕“这种将主体当作客体的操作，对民法的前提决定才真正具有颠覆性。”苏永钦：《民事财产法在新世纪面临的挑战》，载氏著《走向新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第60页。

文,以下统称为“人体派生物”)的法律地位问题。〔2〕采如此进路,主要是考虑到人体与人体派生物乃是一种“源与流”的关系,若不能从源头上把握人体的性质及其法益构造,则实难真正把握人体派生物的性质及其法益构造,更毋论对所有这些问题加以整体把握进而从体系的高度来思考民法的应对之策了。〔3〕

## 一、人体法律属性的民法阐释之惑

### (一) 人体为主体人格之一部的基本立场

单纯从生物学上讲,人与动植物都不过是由各种有机化合物构成的生命体。然而,在近现代民法的视野里,人与动植物并没有因具有同一生物属性而被赋予同一法律地位,而是被分别划入了相互对立的阵营之中。其中,人因拥有理性和自由意志,并负载着尊严、自由、独立等伦理价值,而被赋予了法律关系主体地位。动植物则因无理性和自由意志,不能与人共享主体伦理价值和地位,被定性为法律上的物,属于得受主体意志支配的客体的一种。由此,近现代民法上的以人物两分为基础的主客体差序格局得以形成。在此格局中,人体(含植入人体的人造组织和器官)因其为自然人“这一权利主体之物质载体”或“人格之所附”,并表彰着人之为人的平等、自由和尊严等价值,被视为是自然人主体人格之一部和某些人格权的物质载体,既非法律上的物,也不能成为物权或他人权利的客体。〔4〕

毫无疑问,以上立场有其深刻的历史背景和道德意涵,即便是在人体已经被越来越多地当作客体操作的今天和这种操作的可能性将会以我们无法预知的面貌发展的未来,坚守这一立场对于彰显人的主体价值和尊严,也有其不容忽视的积极意义。有鉴于此,包括我国法在内的各国法上,都以“人体非物,而为主体人格之一部”作为定性人体法律属性的基本立场,而拒绝接受“人体也为不融通物”的立场。〔5〕但是,令人困惑的是,在事涉尸体、与人体分离的细胞、组织、器官和基因等人体派生物时,以上的这种拒绝承认人体为物的立场似乎并未得到有效贯彻,甚至不能为解决这些人体派生物的法律地位问题提供坚实的理论基础。

### (二) 尸体的法律属性之惑

关于自然人尸体的法律属性,学说上主要有“人格残存说”和“特殊物说”。〔6〕德国通说采“人格残存说”。该说认为,死者生前对自己身体享有的权利仍有所残留,并继续存

〔2〕考虑到胚胎(含体内和体外胚胎)的法律地位问题在许多方面已经超出了本文所讨论的“个人对其身体及其派生物究竟享有何种权益的”问题范围,本文对此不予讨论。当然,从某种程度上讲,本文关于尸体、离体组织和器官以及基因的讨论,原则上也可适用于死胎、取自胚胎或胎儿的组织、器官和基因。

〔3〕目前,国内外相关讨论大多是针对人体派生物的,很少专门讨论人体本身的法律地位。这种溯流不溯源的做法也许能暂且应对一时之所需,但从法律发展的角度看,人体本身的法律地位问题始终是绕不过去的。

〔4〕参见〔德〕梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第876页;王泽鉴:《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第214页;王利明、杨立新等:《民法学》,法律出版社2008年版,第230页;〔日〕我妻荣:《新订民法总论》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第189页。

〔5〕学者富井政章和约翰尼斯·布鲁纳认为“人体也为不融通物”。参见〔日〕富井政章:《民法原论》第1卷,陈海瀛、陈海超译,中国政法大学出版社2003年版,第190页;Johannes Brunner, *Theorie und Praxis im Leichenrecht*, NJW 1173 (1953)。

〔6〕此外,也有学者认为,尸体到底是物还是人格之残余者,不能纯依理论判断,而应根据其国社会上一般之心理决定之。参见郑玉波:《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第265页。

在于其尸体之上，故尸体非物，不得为所有权的客体，仍应受到一般人格权的保护，并由死者继承人或其指定的人来执行这种保护。<sup>〔7〕</sup>当然，如果尸体已经变成“非人格化”的木乃伊或骨骼，有关物的一般规则可适用于尸体。<sup>〔8〕</sup>我国大陆、台湾地区和日本则以“特殊物说”为通说。该说认为，尸体也是物，其所有权属于死者的继承人，但尸体毕竟不是一般的物，因而尸体所有权的内容原则上仅限于埋葬、祭祀和一定范围内的处分（如捐赠遗体器官），任何人都不能以违背死者意愿或公序良俗的方式对尸体为自由使用、收益和处分。<sup>〔9〕</sup>简言之，尸体为融通性受限的特殊物。

“人格残存说”虽然在拒绝承认人体（含活体和尸体）为物上与前述“人体为主体人格之一部”的立场大体保持了一致，但该说在说理上存在明显障碍。其一，该说与自然人的权利能力终于死亡这一各国广为采用的规则存在矛盾，若不通过某种高难度的说理技巧或拟制方法的运用，实难克服以上矛盾，<sup>〔10〕</sup>也很难合理阐明“死者近亲属所享有的保护死者残存在尸体上的人格的权利”的发生基础及其性质。其二，全然否定尸体的物性，不仅无法合理解释遗体或遗体器官捐赠的客体到底是“物”还是“人格”，甚至连捐赠人与受赠人之间能否成立一个“一方将自己的财产无偿给予另一方”的赠与合同，都会成为疑问。其三，在胎儿一出生即为死胎时，由于该胎儿从未取得过权利能力和人格权，其死后应无人格之残存，如此，则如何确定死胎的法律地位又将成为问题。

与之相对，“特殊物说”虽然获得了更多的支持，但在以下方面也易招致批评和质疑：其一，在人物两分格局之下，物是一种没有伦理价值的存在，将尸体定性为物就意味着否定了尸体的伦理价值，而这“明显与社会大众认知及国民情感背道而驰”，<sup>〔11〕</sup>“势必折损人的主体价值”。<sup>〔12〕</sup>其二，该说一方面认为尸体是物，从而否定了尸体的伦理价值，另一方面又认为尸体非一般的物，其利用和处分仍须受到公序良俗原则的限制，这似乎又是对尸体的公序价值或伦理价值的肯认。两种认定之间能否相互兼容，其中的公序价值或伦理价值的产生依据又何在，凡此种种，都将成为疑问。而“特殊物说”对此并未给出合理、周详的说明。其三，在该说之下，能否妥善处理死者遗体所承载的基因信息的地位也是颇有疑问的。因为基因信息并非物，而是一项可能与个体隐私相关的人格要素。

### （三）与人体分离的细胞、组织和器官的法律属性之惑

在生物科技带来的诸多法律问题中，与人的活体或尸体分离的细胞、组织和器官（以下统称“离体组织”，并以“人体组织”统称未与人体分离的细胞、组织和器官）的法律地位到底为何，是比较法上的一个热门话题。在德国，人们起初并不承认离体组织为物，而是“将人体组成部分（的法律地位）视同于尸体”，<sup>〔13〕</sup>即离体组织与尸体一样，其上也有主体人格之留存，因而仍须受到人格权制度的保护。该说可称为“人格续存说”。“然而，随

〔7〕 参见〔德〕施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第95页。

〔8〕 参见前引〔4〕，梅迪库斯书，第876页。

〔9〕 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2004年版，第88页；崔建远等编著：《物权法》，清华大学出版社2008年版，第30页；前引〔4〕，王泽鉴书，第224页；前引〔4〕，我妻荣书，第190页。

〔10〕 参见税兵：《身后损害的法律拟制——穿越生死线的民法机理》，《中国社会科学》2011年第6期。

〔11〕 李悌恺：《论尸体之法律性质》，《台湾本土法学杂志》第56期（2004年3月）。

〔12〕 常鹏翱：《民法中的物》，《法学研究》2008年第2期。

〔13〕 前引〔4〕，梅迪库斯书，第876页。

着输血和器官移植行为越来越重要……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移转，只能适用有关动产所有权移转的规则……当然，一旦这些东西被植入他人的身体中去，它们就重新失去了物的性质。”<sup>[14]</sup>这就是目前在德国居于通说地位的“动产说”。<sup>[15]</sup>当然，在该说之下，对离体组织的利用和处分仍以不违反公序良俗为必要，因而该说同样也可被称为“特殊物说”。该说在我国大陆、台湾地区和日本也为通说。<sup>[16]</sup>

“人格续存说”和“动产说”虽互不相容，但二者也都有可检讨之处。其中，“人格续存说”最大的不足在于完全排除了将离体组织作为“物”加以利用和处分的可能，而这显然与客观情况和实际需要不符。有鉴于此，德国学说最终还是选择了向“动产说”作出部分退让。与之相对，“动产说”虽然在一定程度上迎合了现实需要，但由于持该说的绝大多数学者在人体法律属性上同时又持“人体非物，而为主体人格之一部”的见解，因而该说在论理上必然遭遇一个难题，即离体组织是如何由原初的“主体人格之一部”转换为“物”的，或者说，离体组织之上原本存在的人格权是如何被转换为物权的？离体组织所有权由“该组织所由分离之人”原始取得的依据何在？此外，纯粹以物权方式建构离体组织之上的权利，能否为权利人（如基因权利人）提供周全保护，也是该说易遭批评之处。当然，前述对“特殊物说”之下尸体的利用和处分须受公序良俗原则限制的法理根据何在的追问，同样可适用于此。

#### （四）基因的法律属性之惑

在基因科技已经相对高度发达的今天，如何应对基因科技给人类文明秩序带来的系统性挑战，已成为一项迫在眉睫的课题。<sup>[17]</sup>而从民法的角度看，如何确定人的基因的法律地位无疑是决定法律应对之策的关键。对此，各国学者讨论颇多，所持见解也未尽一致，但

[14] 前引[4]，梅迪库斯书，第876页。

[15] 此外，这里需要简要提及的是德国联邦最高法院在“储存精子灭失案”中提出的“分离目的说”。该案中，原告预见到自己将来有不能生育的可能，便将其精子冷冻储存于被告医院。在其婚后欲取用精子时，才知因被告过失致其储存的精子灭失，于是请求抚慰金。一审和二审均驳回了原告的请求，德国联邦最高法院则支持了原告的请求，理由是：与身体分离部分虽然通常被认为是物，但若依权利人的意思，分离的目的系为保持其身体功能，或其后还将重新与其身体结合，则应认为该身体部分在其与身体分离期间，仍与身体具有功能上的一体性，因而仍属身体的一部分。对该身体部分的侵害，仍属对身体的侵害，故受害人仍有权请求抚慰金（BGHZ 124, 52）。我国也有部分学者赞同该说。但考虑到以下几点，本文不打算对该说作过多讨论：（1）对同一离体组织，依其分离目的不同而分别赋予不同性质，并提供不同性质的权利保护，难谓公平合理。尤其是要考虑到，以当事人的意思来决定离体组织是否为身体的一部分，本身就暗含了身体权也可以被抛弃，而这显然有违人格权不得抛弃之法理。更何况，在该说之下，第三人根本无从判断某一离体组织到底是“某人身体的一部分”还是“物”。（2）依德国通说，身体权保护的并非身体功能，而是其完整性，以功能一体性为由将身体的保护范围延伸至离体组织，难以令人信服。（3）该说很大程度上是为了克服德国法上的抚慰金制度仅适用于侵害人格权之诉而不适用于违约之诉和侵害财产权之诉的弊端（经过2002年的修正，该弊端得到了一定的克服）。正是为了避免原告可能无法获得抚慰金的不利后果，法院才创造了上述学说。该说虽有助于实现个案公正，但作为个案判例产物，很难上升为一般性的法理或规则。（4）不妨假设，在异体移植时，因第三人的过错导致拟移植的离体组织毁损、灭失或不能被及时移植，进而导致拟接受移植者健康受损乃至死亡的情况。在此情况下，依据法院的上述逻辑，是不是也应该为了赋予受害人以抚慰金请求权而肯定该离体组织为其“身体的一部分”呢？答案显然是否定的。

[16] 参见杨立新、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；前引[4]，王泽鉴书，第108页；前引[4]，我妻荣书，第189页。

[17] 人类基因组计划的子计划ELSI（Ethical, Legal and Social Implications）研究项目，就是专门用来研究人类基因组计划所带来的伦理、法律和社会问题的，详情请参见<http://www.genome.gov/10001618>。

大体说来,区分基因物质和基因信息,并分别以二者为客体建构起“基因所有权”和“基因隐私权”的主张仍为当下主流见解。虽然在这种复合的权利建构之下,对于基因权利是否仅限于以上二者以及基因所有权主体是否仅限于个人,各家主张并不完全一致。〔18〕

依前述主流见解,人的基因作为人身上携带遗传信息、控制生命性状的遗传因子,在其尚未与人身体分离之前,属于身体的一部分,自然可以直接适用身体的法律地位,在其尚未与离体组织分离之前,也可直接适用离体组织的法律地位。而依据离体组织通常为物的见解,离体组织中的基因也应为物,其所有权应归属于离体组织所有权人,并得与离体组织一起发生所有权移转或抛弃的效果。但是,由于基因之上存储着可决定个体生命性状的遗传信息,这些信息不仅可用来识别特定个体——基因被喻为人的“生物身份证”,而且可揭示出该个体的形体、外貌、器官基质、对某些疾病的敏感性等生命特征,因而对于基因不能单作物的认定,还应考虑到基因信息的私人性及其“一身专属性”,肯定个人对基因信息的隐私权。说得更精确一点,就是人对于其基因信息的保密、流通和使用等拥有自主决定权。未经其同意,他人不得擅自收集、公开和利用这些信息。〔19〕

除以上权利外,在基因或DNA片段上,也有可能成立专利权。我国国家知识产权局就规定,虽然人们从自然界找到的以天然形态存在的基因或DNA片段属于不能授予专利的科学发现,但如果是首次从自然界(含人体)分离或提取出来的基因或DNA片段,其碱基序列是现有技术中不曾记载的,并能被确切地表征,且在产业上有利用价值,则该基因或DNA片段本身及其提取方法均属于可给予专利保护的客体。〔20〕美国、德国、欧盟、瑞士和日本,原则上也都承认基因专利,〔21〕我国台湾地区也将DNA序列列为生物相关发明之标的。〔22〕

#### (五) 小结

综上所述,围绕尸体、离体组织和基因的法律属性及其权利构造问题,学者已有较为广泛、深入的讨论,所提各说也都具有一定的合理性,但也都或多或少地存在一些问题。尤其是在有关尸体和离体组织的法律地位上,任何一种在人与物两端之间择其一端而执之的学说,都难免会在逻辑上、价值上或实践效用表现出明显不足。这种“顾此即失彼”的情况足以表明,在传统人物两分理论及其内含的概念工具、分析架构和理论预设所划定的框架下,执着于在人与物两端之间作非此即彼的选择并非解决问题的出路。可能的出路似乎应该是在此与彼之间谋求某种折衷和调和,或者开拓出某种超越传统理论的新视野。在这方面,有关基因的“复合型权利建构”理论可以被视为一种有益的尝试,但其论述毕竟偏于一隅,而且同样隐含了“基因的物性及其所有权从何而来”的法律难题。

由此看来,要真正解决人体派生物的法律地位问题,必须回到作为它们共同源头的人

〔18〕 参见颜阙安:《财产、人格,还是资讯?——论人类基因的法律地位》,载氏著《鼠臂与虫肝的管制——法理学与生命伦理探究》,北京大学出版社2006年版,第134页以下;汤啸天:《基因及基因研究的法律控制》,《法律科学》2000年第4期;王康:《位格伦理视角下人类基因的法律地位——基于主体客体化的背景》,《北方论丛》2009年第6期;刘红臻:《人体基因财产权研究——“人格性财产权”的证成与施用》,《法制与社会发展》2010年第2期。

〔19〕 参见上引颜阙安书,第125页。

〔20〕 参见中华人民共和国国家知识产权局:《审查指南》,知识产权出版社2006年版,第285页。

〔21〕 相关情况的综合整理,参见曹丽荣:《我国基因专利保护范围界定的思考》,《河北法学》2010年第12期。

〔22〕 参见我国台湾地区经济部智慧财产局颁布的《专利审查基准》第2篇第11章,经授智字第09620030750号令。

体本身，回到传统人物两分理论本身。只有在源头上理清了人体的法律地位和导致前述“顾此即失彼”困境的根源，才能在面对困境时，对于到底是应该继续坚守传统还是应该在某些方面尝试开拓出新的理论视野，作出审慎的、理性的选择。

## 二、对传统人物两分理论的反思与重释

### （一）康德的人物两分理论及其民法贯彻

近现代民法作为启蒙运动的精神之子，高扬的是人性和天赋人权的旗帜。而在启蒙思想家那里，所谓的人性其实就是指人的理性，正是因为人拥有康德所说的“按照对一定规律的表象（Vorstellung）自身规定行为”的意志或实践理性，<sup>[23]</sup>人才拥有了道德的人格主体地位和自由，并有能力承担加之于他的行为和责任。<sup>[24]</sup>而在以人的意志为核心构建的目的王国中，惟一能够成为目的的就是人，因为“他们的本性表明自身自在地就是目的，是种不可被当作手段使用的东西”。<sup>[25]</sup>正是因为每个人都自在地作为目的实存着，所以每个人都拥有“独立于别人的强制意志”的法律上的自由。<sup>[26]</sup>也只有人，或者说“与道德相适应的人性（Menschheit），才是具有尊严的东西”，即具有“超越于一切价值之上，没有等价物可替代的”尊严。<sup>[27]</sup>自然和人工的东西并没有这种属性。因为它们都是“无理性的东西”，是“不可能承担责任主体的东西……它本身没有自由，因而被称之为物”。<sup>[28]</sup>相对于人，这种物只是人的“意志活动的一个对象”，只具有服务于人类目的的价值，是法律上“外在的我的和你的”财产或客体。<sup>[29]</sup>然而，“一个人可以是他自己的主人，但并不是他自己的所有者，他不能任意处理自己，更不用说对他人有这种关系的可能了，因为他要对他自身中的人性负责。这一点，由于它是属于人性本身的权利，而不是属于他个人的权利”。<sup>[30]</sup>

正是通过上述“理性与无理性”、“目的与手段”、“尊严与无尊严”的对立区分，康德才将人与外在物质世界的关系建构为“人”与“物”、“主体”与“客体”的关系。而康德在建构这种关系时，所采用的界分标准看似多元，但根本标准其实只有一个，那就是被界分对象的价值属性。亦即，人之所以为人、是主体，是因其拥有理性或自由意志而独占地享有了作为目的存在的尊严、自由等伦理价值，正是这种伦理价值——也是人在道德上和法律上的唯一价值——决定了人不能像外我之物那样，被作为客体即工具和手段来对待。外在于人的物则因其在以人为尺度的意义世界里仅具财产价值或价格，无法与人一起分享主体伦理价值和地位，因而只能成为受主体意志支配的客体，是“外在的我的和你的”财产。

近现代民法在建构其体系时，也大体接受了康德的以上“伦理人格主义”，<sup>[31]</sup>并将物

[23] [德] 康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社2012年版，第35页。

[24] 参见[德] 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆2005年版，第30页。

[25] 前引[23]，康德书，第36页。

[26] 前引[24]，康德书，第50页。

[27] 前引[23]，康德书，第41页。

[28] 前引[24]，康德书，第30页。

[29] 同上书，第50、54页。

[30] 同上书，第86页。

[31] 参见[德] 拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第46页。

界定为“除人之身体外，凡能为人力所支配，独立满足人类社会生活需要的有体物及自然力”。<sup>[32]</sup>其中，“除人之身体外”强调的是物的“非人格性”，目的是为了维护人的主体性价值；“能为人力所支配，独立满足人类社会生活需要”强调的是物的“财产性”，目的是为了实现对物的权利关系建构。正是通过这种“非人格性”和“财产性”的价值引导，物的概念得以实现从经验上的物向法律上的物的“目的之变形”，并被安置在了与人不可通约的彼岸，衬托着人的主体地位。而人，即作为一个整体与外部世界发生关系的人，则因其为伦理价值之所在，只能作为主体，不仅享有取得权利和承担义务资格——形式上的法律人格，而且享有人之为人的平等、自由和尊严等一般人格利益——实质伦理上的人格。<sup>[33]</sup>正是通过对人和物的不同价值评判，同时借助于人体这一人性价值得以栖息的物质实体所拥有的外物理界限，人与物被从内到外地清晰界分开来。亦即，人为伦理价值之所在，物为财产价值之所在；人（人格）在人体之内，物（财产）在人体之外。人体则因其为人格之所附，难以摆脱内在于人的人格束缚而无法成为独立的物。借用康德的语言来说，人体不是“我的”，而是“我”本身，是我自己所不能处置的“人”本身。

在上述理论框架中，人体之所以被排除在物之外，根本理由只有一个，那就是“人体为人格之所附”。正是因为人体与作为主体的人密不可分，所以不能将人体定性为物，否则就会导致人既为主体又为客体的逻辑混乱，而且有损人的尊严。

本文认为，传统理论所持的以上理据虽然较为符合时代主流思想，但该理据的存在并不一定就意味着相反的“有限地承认人体为物”的观点就根本无从获得合理的论证。因为一方面，法律作为社会系统的整合工具，在实现特定伦理目标时，可采用的技术手段并非必定是唯一的。另一方面，不管是伦理还是立法，终归都是时代的产物。而在传统人物两分理论诞生之际，一个重要的历史背景是，当时的社会对人体物性的科技利用并不普遍，人们对此也无充分的认识。因而，当时的学者和立法者在确定人和物的地位及其关系时，还不太可能将这种利用所可能具有的意义纳入其思考或评价范围。亦即，从法释义学来讲，人体物性的科技利用问题本就属于立法者未为评价之处。<sup>[34]</sup>既然未为评价，那么在人体物性的科技利用已成为为人类谋幸福的重要手段之一的今天，自然有必要将其纳入到人物两分理论之下加以考量，进而重新实现传统理论与变化了的实践的具体的、历史的统一。

基于以上思考，同时结合传统人物两分理论本身的构成，本文认为，在如何确定人体的法律地位上，如果我们能够真正将自己置于当下历史情境之下，并在此采取一种不受某种先验观念束缚的开放态度，则这里需要认真检讨和反思的问题至少有四：其一，人为主体是否就一定会在逻辑上排斥人体为物的立论，二者是否就一定不能兼容。其二，在民法中，维护人的尊严是否只有通过赋予个体以人格或人格权的手段才能达成，舍此别无他途。其三，肯定人体物性利用的合理性，是否就一定会构成对人的尊严的玷辱。其四，人体之上是否只能存在人格权，而无法实现人格权与财产权的交融和并存。

## （二）权利主体客体二分法新解

[32] 前引[4]，王泽鉴书，第214页。

[33] 关于“人格”一词多重含义的深入讨论，参见尹田：《论人格权的本质》，《法学研究》2003年第4期。

[34] 按照拉伦茨的说法，这已构成“嗣后隐藏的漏洞”。参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第256页。

在法律上,何者为主体,何者为客体,主客体之间的关系如何,并非先验确定的,而是应以法律的规定为依归。也就是说,在法律上,作为权利和义务的归属者与承担者的主体,其地位本身即由法律赋予。只有在法律认为其有被赋予主体资格的社会价值时,法律才会赋予其主体地位;反之则否。<sup>[35]</sup>以此观之,自然人的民事主体地位也非因其拥有人的生命躯体而自然取得,而是仍需法律赋予其取得权利和承担义务的资格,即权利能力或抽象的法律人格。<sup>[36]</sup>若只有人的生命躯体,而无法律赋予的抽象人格,则其人并非法律主体,如奴隶。这表明,作为主体的自然人,实际上是由“人体”这一具体的物质存在与“法律人格”这一抽象的观念存在共同构成。其中,人体为主体自然之力(可作用于外物)之来源,人格为主体法律之力(可作用于所有客体)之来源,二者共同型构了人作为主体的法形式内涵。

这种对人或主体的理解虽然技术色彩较浓,但与“人法”的现代发展却是吻合的。在罗马法上,“人法”作为与“物法”相对的一编,是建立在一个融合了主体资格、自由人身份、市民身份和家族地位等社会和道德内涵的统一的“人”的概念的基础之上。<sup>[37]</sup>但是,在潘德克顿法学以五编制的法典编纂技术对罗马法进行改造之后,传统“人法”及其内含的整体的人的概念开始走向解体。其中,传统“人法”上的人的形式内涵,即具有主体资格的生物人所享有的“人格”(personalita),<sup>[38]</sup>被改造成了总则上的主体制度的基础。在这一制度中,居于核心地位的是德国人创造的权利能力概念。不管是生物人还是人的组织体,都只有在与它结合时,才能成为主体。至于权利能力以外的构成人的实质要素或伦理要素,则为对人本身的权利和家庭权利所涵盖,分别形成了(侵权法上的)人格保护制度和亲属、继承制度。对此,普赫塔曾说道:“法律首先将生物人理解为意志主体,理解为人,并赋予其自由,抽象掉了人的权利能力之外的所有其他属性。而正是这些属性和权利能力一起使得生物人成为完整的个体”。<sup>[39]</sup>

我国民法也大体继受了潘德克顿法学的以上成果。<sup>[40]</sup>据此,理论上应可看出,就自然人而言,主体与人体并非同一概念。虽然人体之所在必为主体之所在,但人体本身并非主体。我们在说人是主体时,并不是在说人体是主体。个中差异,甚为明显。也正是这一差异决定了,将人体定性为物或客体,并不必然会与人的主体地位发生矛盾。类似的道理也同样适用于人格权。笼统地讲,人格权的主体和客体其实都是人。其中,主体指的是由人体和法律人格共同构成的自然人,客体指的则是“人之人格”,即人之为人的各项人格要素共同构成的人格整体。<sup>[41]</sup>也正是通过对这一整体人格的构成要素的技术界分,具体人格权得以按以所有权为原型发展起来的权利构造模型(主体+客体+内容)建构起来。

[35] 参见李宜琛:《民法总则》,中国方正出版社2004年版,第81页;前引〔4〕,我妻荣书,第114、117页。

[36] “人之为人以及与此相应而生的权利能力是由实在法规定的。”前引〔31〕,拉伦茨书,第121页。

[37] “在罗马法上,要作为完全的权利义务主体,需要具备自由权、市民权和家族权。”周相:《罗马法原论》上册,商务印书馆2002年版,第107页。

[38] 在罗马法上,生物学意义上的人称为“homo”,但“homo”不一定是权利义务主体,权利义务主体被称为“caput”,只有当“homo”具有“caput”时,才是法律技术意义上的“人”(persona)。这种人在法律上的地位称为“personalita”(人格),在罗马法上,人格只能为特定身份的人所享有。同上书,第106页。

[39] Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesung, in der Anton Weberschen Buchhandlungen, München, 1829, S. 19. 转引自沈建峰:《一般人格权研究》,法律出版社2012年版,第93页。

[40] 参见孙宪忠:《中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴》,《中国社会科学》2008年第2期。

[41] 参见马骏驹:《人格和人格权理论讲稿》,法律出版社2009年版,第101、156页。

概言之，权利主客体的归属本就源自法律的设计。在面对人体的法律属性时，如果我们能以一种更开放、理性的心态来观察法律与社会的关系，则在逻辑上，将人体定性为物并不会必然导致主客体的混同，将人体的所有权归属于主体自身所有，在权利构造也不存在矛盾。当然，这并不意味着在现行民法体系之下将人体定性为物就不会在逻辑上遭遇其他问题。依法理，所有权人原则上是可以自由使用和处分其物的，一旦将人体定性为物，则逻辑上自然可以推导出，人体也可被其所有权人自由使用和处分，甚至可以在市场上自由流通，从而使一个人的身体完全成为另一个人物权的客体——传统理论所担心的主客体混同即由此而生，而这在伦理上显然是令人无法接受的。<sup>[42]</sup>

以上担忧虽不无道理，但我们大可不必为此过于焦虑。在当下历史情境下，所有试图将人体或其一部定性为物的努力，都不是为了要使人或其一成为自由流通物，而只是为了更好地实现对人体物性利用所生法律关系的调整，更好地服务于人这个目的。在明确以上目的之后，同时考虑到以下两点，以上担忧应可大大减轻：第一，“人体可否被定性为物”与“作为物的人体可否被自由利用和处分”本属两个不同层面的问题，法律完全可以对此分别作出评价。在这一点，民法上的例子很多，如农地、毒品和枪支等，就是所有权权能和流通性受限的物。第二，可以想象的是，即便是在人体被承认为物的前提下，人体之上也只能存在一种权能受限的所有权。因为除所有权之外，人体之上必然还并存着其他受法律保护的人格权利或价值，正是这些权利或价值构成了对前者权能的限制。以下所要讨论的就是构成这种限制的价值之一，即“类的人性尊严”。

### （三）“类的人性尊严”的再发现

近现代民法作为个人主义思想的产物，是以个人权利为本位建构起来的。受此影响，同时基于民法的私法本质，民法在构建人的尊严保护制度时，所能创设的唯一权利类型就是个体人格权，而传统法哲学中所阐述的人的尊严的另一个层面，却被有意无意地淹没在整个私权体系当中。这一层面就是“类的人性尊严”或“人性尊严”，即康德所说的“属于人性本身的权利，而不是属于他个人的权利”。<sup>[43]</sup>

“类的人性尊严”作为人类集体共同的尊严，是一种尊重人类有别于动物之思维，其所欲尊重者并不是特定个体的尊严，而是人类集体所展现出的有别于动物的本质，是人之为人应有的形象和存在方式。事实上，在康德的主体性哲学中，所谓人的地位和尊严也首先是在作为类的人与其他“无理性的东西”相区别的意义上被阐述的。“人性本身就是一种尊严；因为人不能被任何人（既不能被他人，也甚至不能被自己）纯然当作手段使用，而是在任何时候都必须同时当作目的看待。他的尊严（人格性）正在于此，由此他使自己高于一切其他不是人、但可能被使用的世间存在者。”<sup>[44]</sup>也就是说，在康德那里，作为类的人性尊严核心内涵的乃是人因其本性而决定的其必须作为主体和目的存在的人格本身。正

[42] 类似的反对意见在是否应该承认“人格权”为权利的问题上也同样存在过，即如果承认人可在其自身人格构成要素之上成立人格权，则不仅会导致主客体混同——二者都是人，而且会导致“内在于人”的人格价值为主体自由支配（会导出存在自杀权的结论）甚至成为交易标的的问题。时至今日，人格权的概念已经得到了许多国家的认同，而人格权的概念之所以可能，与“生物人”和“法律人（格）”的分离以及人格保护范围的扩展和人的伦理价值的外在化是密不可分的。同上书，第78页以下。

[43] 前引[24]，康德书，第86页。

[44] [德]康德：《道德形而上学》（注释本），张荣、李秋零译，中国人民大学出版社2013年版，第239页。

是人的本性决定了每个人不仅平等享有自由人格和尊严，而且同时负有保有自身尊严和按照符合人性尊严的方式去行动的义务——将自己和他人身上的人性作为目的。

这种植根于人类本性的尊严并非基于特定个体的理性与自律而发生，而是整个人类在其种族发展历史中，通过无止境的学习和传承所形成的对自我本质的认知和规定。“在其他一切自顾自的动物那里，每个个体都实现着它的整个规定性，但在人那里，只有类才可能是这样。所以，人类只有通过许多世代的无穷尽的进步，才能努力去追求它的规定性。”<sup>[45]</sup>个人虽然会死，但只要人类种族不灭，这种基于集体理性的自我认知和规定就将始终与人类相伴随，并通过理性的自我发展和更新而在不同时期展现出不同的风貌。也就是说，类的人性尊严作为人类种族发展史的成果，本质上系源于人类对自我本质的认知和规定，而人类本质作为人格当中对人类本性的一种统领性概念，又是由人类基于自我认知和规定而给自己课予的“义务”（而非权利）发展而来，是你的人格及其他所有人的人格共同汇聚而成的人类本质。人应该尊重人有别于动物的自我形象和存在方式，任何一种将人（含自己、他人）降格为动物或工具的行为方式和样态，都有违人性尊严应受尊重之诫命。

在历史上，对类的人性尊严的尊重在各个时期的法制中都有所反映。在现代，其在法律上的首先表现就是，保障人的尊严应是一项普遍化的“最高宪法原则”。<sup>[46]</sup>对此，德国法院多有论及。在著名的“恶魔之舞案”中，德国联邦宪法法院就曾指出：“刑法中的人性尊严的概念须与基本法第1条第1项的条文内容相结合……人的尊严并非仅指各个人的个体尊严，更可以是人类作为物种所享有的尊严”。本案所涉影片对人进行非人性的描写，“否定了理应属于众人的基本价值和受尊重的权利”。“即使其描写的人是纯粹虚构的，但仍然可能违背了应该尊重人性尊严之诫命”。<sup>[47]</sup>德国联邦行政法院在“窥视秀案”判决中所说的人的尊严，也主要不是指“窥视秀”的女性扮演者的个人尊严——自治、自决意义上的尊严，而是同时还包含了作为“个人无法放弃对其之保卫的客观的、不可处分的价值”的人性尊严。正是出于对后者的维护，即便是在表演者自愿的情况下，国家也应履行其人性尊严保护义务，对“窥视秀”的营业予以禁止。<sup>[48]</sup>同理，法国行政法院在“抛掷侏儒案”<sup>[49]</sup>中所说的与公共秩序相关的人的尊严，也主要是指人类集体的尊严。

以上所述表明，宪法层面的人的尊严并非仅指个体的尊严，而是还包含了康德式的与“类的概念的人”相结合的人的尊严。前者作为后者的个别化，虽然通常被理解为是个体所拥有的自主、自决的基本权或一般法律地位，但本质上仍根源于类的概念之下的人的本性，<sup>[50]</sup>

[45] [德] 康德：《实用人类学》，邓晓芒译，上海人民出版社2005年版，第263页。

[46] 参见翁岳生：《行政法》上册，中国法制出版社2002年版，第149页。

[47] BVerfGE 87, 209 (228). 该案涉及一部描写人被鬼附体的恐怖片“恶魔之舞 (Tanz der Teufel)”。在影片的影带被慕尼黑区法院和地方法院判处没收后，影片使用权人向德国联邦宪法法院提起了宪法诉愿。

[48] BVerwGE 64, 274 (278). 该案原告因主管机关拒绝了其“窥视秀” (Peep-Show) 营业许可的申请而向德国联邦行政法院提起诉讼，法院以“窥视秀”表演有损人的尊严为由，驳回了原告之诉。

[49] 该案涉及一些马戏团在表演中，将为了谋生而自愿参与表演的侏儒作为体格健壮的人投掷的对象。这种表演被法国行政法院以有悖人的尊严和公共秩序为由，裁定予以禁止。参见韩德强：《论人的尊严：法学视角下人的尊严理论的诠释》，山东大学2006年博士论文，第78页。

[50] “如果个人的尊严源于……那些使个人与他人区分开来的专门特性，那么他恐怕就会被封闭在一种道德的利己主义中，这种利己主义会使社会的任何凝聚力没有可能。但事实上，个人从更高的、他与所有人共享的源泉中获得这种尊严。如果他有权获得……尊敬，那是因为他身上具有某种人性的因素。人性是神圣的、值得尊敬的。” [法] 涂尔干：《乱伦禁忌及其起源》，汲喆等译，上海人民出版社2003年版，第206页。

并因此须受到作为共同体法则的类的人性尊严的约束。任何个体都不得以有违人性尊严的方式来行使其自主、自决的基本权；或者说，在共同体拘束的意义上，所有个体都负有保护其“自身尊严”——它同时也是人类本性和尊严的体现——的义务，否则，国家的保护义务就无从实现。<sup>[51]</sup> 在当代法制之下，宪法上的人的形象已不再是古典自由主义之下的原子化的个人，而是一个受共同体拘束并自觉意识到对共同体责任的“位格人”——他既可以作为具体的个人存在，也可以作为人类形象的镜像而存在。<sup>[52]</sup>

在民法上，类的人性尊严虽然无法被确认为一项私权，但通过公序良俗原则的媒介，这一宪法价值依然可以得到民法的保护。民法之所以不承认个人有权任意处理自己，如卖身为奴、自戕、自杀和出卖肉体，并不是因为他这么做会侵犯其他个体的权利，而是因为他这么做有违人类总体的尊严。<sup>[53]</sup> 同理，法律之所以禁止任意处分人的尸体、离体组织和基因，如盗窃、侮辱尸体（刑法第302条），自由买卖尸体和离体组织（《人体器官移植条例》第3条），将人的生殖细胞与其他物种的生殖细胞结合（《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》第6条）等，其目的也主要在于维护类的人性尊严（及因此形成的公序良俗）。甚至，在我们谈论人的身体、尸体和离体组织也可被定性为物时，许多受众在心理上自然产生的反感、不安也是源于这种人性尊严观念的投射。正是因为它们都是“人的”，而不是“动物的”，所以在非自然科学的价值领域和心理层面，它们所具有的意义是不同的，是始终都与作为物种的人的尊严相关的。

综上所述，人的尊严作为一项最高法律价值，实质上是由类的尊严和个体的尊严共同构成的。民法在维护人的尊严时，除可通过个体人格尊严这一权利建构来实现其规范任务外，也可通过公序良俗原则的媒介，将类的人性尊严引入其价值体系。这种类的人性尊严要素的引入，在使我们对人的尊严的内涵有了更为完整的认识的同时，也为我们将人体定性为物同时又使该物免受有违人性尊严的对待，提供了法律建构上的可能。换言之，在类的人性尊严要素被重新发掘之后，即便我们承认个体可对其身体享有物权意义上的支配权，我们也不必过于担心该物权的行使可能会导致人体被完全物化地对待。因为在人性尊严原则之下，所有个体都负有不得将人或人体作完全等同于物的对待的义务。这一义务作为人类所有行为的最高诫命，虽然在内容上具有一定的相对性和主体间性，但在形式上始终具有伦理上和法律上的有效性。

#### （四）人性尊严内涵的历史性和实践性

[51] 参见蔡维音：《德国基本法第一条“人性尊严”规定之探讨》，台湾《宪政时代》第18卷第1期。

[52] “位格（person）”是基督教教义中的概念，只有觉悟到自己生命存在的本质和价值，并透过内在自由肯定这种价值且为之奉献的人，才能成长为“位格人”。正是通过借助“位格”概念，德国学者杜立西（Dürig）才将德国基本法中的人解释为“具有位格的人”，即服从共同体约束，自觉意识到对共同体责任并为共同体作奉献的理性的、自决的人。该理论不仅对德国宪法实践产生了重大影响，而且在一定意义上超越了传统的个人主义或团体主义之下的人的概念。参见李龙、龙晟：《论宪法人性尊严的人像模式——兼论我国宪法人像之重构》，《东北师大学报（哲学社会科学版）》2007年第3期。

[53] 人格权不得抛弃或转让的法理根据也大抵在此。“放弃自己的自由，就是放弃自己做人的资格，就是放弃人类的权利，甚至就是放弃自己的义务。……这样一种放弃是不合人性的。”[法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1980年版，第16页。“人的有些权利是不可放弃和不可让渡的……因为有些权利体现的是道德主体的本质规定，在涉及人的尊严和人格等权利时，放弃意味着自贱。”余涌：《道德权利研究》，中央编译出版社2001年版，第96页。

在康德的主体性哲学中，尊严作为人独有的本质属性，不仅是主体内在价值之所在，而且具有超越于一切价值之上、无等价物可替代的绝对性。正是这种绝对性决定了尊严不仅具有相对于其他价值（如幸福价值）的优位性，而且是实现其他价值的必要条件。用康德的话说，就是尊严是内在的“无条件的善的东西”的本质属性，是一项无条件的“绝对价值”，而外在的“有条件的善的东西”只具有“相对价值或价格”，它们不仅可以被替换，而且只有在其是以“无条件的善”为条件时才是善的。<sup>[54]</sup>

受康德以上思想的影响，法学上也存在一种将尊严价值绝对化，并据此排斥其他可能与之冲突的价值的倾向。在比较法上，这种倾向在是否应该承认精神损害赔偿上，是否应该允许对姓名、肖像等人格标志作商品化利用上，是否应该允许堕胎和安乐死上，都曾有过不同程度的表现。在人体物性的科技利用逐步进入人们的视野之后，某种试图以尊严价值的绝对性来排斥人体物性利用功利价值的倾向依然时隐时现，而这在很大程度上也构成了人体的财产价值始终未能获得法律明确承认的一个重要原因。<sup>[55]</sup>

对于这种将尊严价值绝对化的倾向，本文认为，从价值位阶上讲，认为人的尊严高于一切价值的康德式观点，大体上是符合时代共识的，也与当今许多国家的宪法理论相吻合。<sup>[56]</sup>但是，尊严价值的优越性并不意味着尊严本身的内涵也是绝对一成不变的。因为，人性尊严本身反映的就是人对自我本性和价值的认识 and 规定，是对人之为人应有的本质规定性的尊重。而在不同时代和地方，各人类共同体就此形成的认识并不完全一致，而是在有其“重叠共识”和“家族相似性”（维特根斯坦语）的同时，也具有内涵上的多样性和情境性。<sup>[57]</sup>人性尊严原则并非脱离具体历史情境的不变原则，而是在始终保有其形式有效性的同时，也会随着时间因素和不同社会因素的加入而发生实质内容上的变化。这种变化最主要的表现形式就是，不同商谈主体间就此共同认可的价值选择并非始终同一。正如学者所言：“归根结底，文明发展的方向指向的是一个无限制的普遍商谈论域。具有……道德意识的人们，不论是作基于原则的道德判断，还是作基于价值的伦理决定，都在独自承担起作出这种判断和决定的责任的同时，诉诸一个交往共同体。”<sup>[58]</sup>

以此观之，人性尊严作为人类史的一项发展成果，其内涵也是历经变迁的。在历史上，与自由人一样同为人类一分子的奴隶，就曾被作为没有人的资格和尊严的物来对待。甚至在近代，买卖妻儿、将女儿送给他人做童养媳的做法依然普遍存在。而在当时，社会的伦理和法律对此也是接受的。只不过，在经过启蒙思想的洗礼之后，这种完全将人当作“物”或“商品”来交易的观念开始受到平等、自由和人权等思想的全面抑制，所谓的人体物性

[54] 参见前引 [23]，康德书，第6、36页。

[55] 法国民法典对人体的财产化利用的防卫立场甚为坚决。该法在1994年增设的“尊重人的身体”专章中明文规定：“人体、人体之组成部分及其所生之物，不得作为财产权利之标的”（第16-1条），“以赋予人体、人体之组成部分及其所生之物以财产价值为效果的任何协议均无效”（第16-5条）（罗结珍译，北京大学出版社2010年版）。

[56] 参见胡玉鸿：《“人的尊严”在现代法律中的地位》，载胡建森主编：《公法研究》第6辑，浙江大学出版社2008年版，第302页。

[57] “人性尊严概念之解析，完全取决于当时历史、社会、信仰与世界观等现实状况。”陈慈阳：《基本权核心理论之实证化及其难题》，台湾翰芦图书出版公司1997年版，第179页。

[58] 童世骏：《没有“主体间性”就没有“规则”——论哈贝马斯的规则观》，《复旦学报》（社科版）2002年第5期。

也因人体被排除在物之外而转变为一种人所不乐见的“隐性”存在。但即便如此，不同文化和地区的社群所持的人性尊严观念依然存在一定差异，其法律对何种行为会损害人性尊严，尊严价值的受保护范围如何，所持的看法也未尽一致。例如，对于人类胚胎从何时起开始享有生命和尊严保障，是否应废除死刑，是否应该允许安乐死等，不同社群所持的价值观念就有明显差异。这种差异在人的财产化或商品化利用上，同样有所反映。

在此，姑且不论精神损害赔偿制度的从无到有，也不论肖像、姓名等人格要素的商品化利用是如何得到法律认可的，单就人体本身而言，已经有迹象表明，在特定情形下，有限地开放人体物性利用之门已成为一种现实。例如，在英国和美国部分州，代孕的合法性已经获得了有限的承认，<sup>[59]</sup>而代孕从本质上讲，就是对人体这一生物体的生理功能的利用，因而允许代孕就是在一定程度上承认人体为物，承认可对其物性加以财产化利用。又如，依前文所述，尸体、离体组织和人的基因的物性实际上已经得到了许多国家学说乃至立法的承认，而这从逻辑上自然可以推导出，人体本身也是物。因为这些人体派生物的物性不可能是原始发生的，而只能是继受于作为其源头的人体。当今法学理论之所以不肯揭明这一显而易见的逻辑关系，并非因为前述推论在逻辑上不能成立，而是为了避免触及人体不得为物的伦理禁区。这表明，人体是否得为物的问题本质上是一个伦理问题。在伦理上，在人体的物性利用已经给人类世俗生活带来种种切实福利的今天，真正构成禁区的已非人体不得为物，而是对人体物性的利用不得违反主体间共同认可的人性尊严。简言之，在新的历史语境下，所谓的人物两分及其对立，已非整体的人与外我之物的区分与对立，而是同时还包含了作为物质世界一部分的“人体”与其承载的“人格价值”之间的区分与对立，而这实际上已经隐含了人体也是物这一传统理论所不愿承认或正视的前提性预设。

在“人体是否得为物”这一议题已被转化为“人体物性之利用”与“人性尊严之保障”之间的矛盾关系之后，如何在新的历史语境之下重新实现二者关系的协调，已非任何一种简单执着于其中一方而拒绝接受另一方的解决方案所能胜任。正视人体物性与人性之间的矛盾，并对二者关系展开理性的讨论，并非是对神圣不可侵犯的人性的玷辱，而是在市场经济和生物科技时代重新探求“世俗人”与“精神人”的和谐，<sup>[60]</sup>进而达致工具理性和价值理性的平衡的要求使然。

#### （五）人格利益与财产利益的交融

从权利构造上讲，人体是否得为物的问题，本质上是人体之上是否存在值得法律保护的财产价值的问题。传统民法基于“人为目的，物（财产）为手段”的理念，对此作出了否定回答。也正是这一否定回答，使我们的法学理论和实践在力图肯定尸体、离体组织和基因的“物性”的同时，却无法对这些物的“物性”及其“所有权”到底从何而来作出合理的说明，更毋论对人体本身的物性利用所生法律关系进行有效调整了。

诚然，人体之上确实存在受法律保护的人格利益或价值，但这并不一定就意味着人体

[59] 参见张燕玲：《论代孕母的合法化基础》，《河北法学》2006年第4期。

[60] “世俗人”与“精神人”本质上反映的是人性结构上的矛盾，在观念上则表现为世俗的功利主义和超越的人文主义之间的矛盾。在启蒙时期，二者大体上是和谐的，并一体服务于对宗教神权和封建专制体制的反抗。但是，当启蒙思想面对的已不再是传统体制，而是一个以理性的个人为单位构成的市场社会时，二者开始发生了分化和对立。参见许纪霖：《当代中国的启蒙与反启蒙》，社会科学文献出版社2011年版，第40页以下。

之上只能存在人格权益，而不能存在受法律保护的财产利益或价值。虽然在大陆法系，严格区分人格权与财产权（区分标准是价值属性）是一般法理，但将人格或特定人格要素所具有的财产价值纳入到人格法域之下加以保护的情况并不少见，甚至存在将人格利益和财产利益纳入同一权利概念之下，从而构成一种复合性权利的现象。前者如人格商品化权，即对姓名、肖像等标示性人格要素进行商业利用的权利；后者如著作权等知识产权。

对于人格商品化权，我国法也是承认的。但是，我国法在为人格商品化权所含财产利益提供保护时，并没有像德国法那样将其一并纳入到一般人格权的保护范围之下，也没有像美国法那样专门构造一项以隐私权为基础的财产性权利——公开权，而是根据被商品化利用的人格要素的不同，分别纳入相应的具体人格权（如姓名权、肖像权）的保护范围之下加以保护。<sup>〔61〕</sup>然而，不管人格商品化权的受保护方式如何，对于人格权也包含财产利益且应受法律保护这一点，各国法并无实质分歧。所谓的“人格权的财产性”、<sup>〔62〕</sup>“人格利用权”和“经济人格权”<sup>〔63〕</sup>等新兴概念，也都是在此背景下提出的，其目的无非是希望能在法教义学的意义上，对人格权所含的精神性利益和财产性利益实现某种程度的分离或整合，使二者能分别依其性质得到相匹配的法律调整和保护。至于著作权，则自诞生之日起，就被认为是一种由人格性质的权利和财产性质的权利复合而成的权利。这些不同性质的权利不仅可以和平共处于同一概念之下，而且可以与作品本身的所有权发生主体上的分离。

毫无疑问，这种对人格商品化权和著作权等新型权利的承认，已经在一定程度上突破了原有的人格权和财产权分处相互对立的两端的传统藩篱。而法律之所以能实现这种突破，其动力和基础不外乎实践和理论两个方面。从实践上讲，推动这种突破的无疑是社会生活的现实需求，正是因为现实生活中产生了大量的复合的利益保护需求，法律才会有以上突破性的理论构建。而从理论上讲，虽然严格区分人格权和财产权在法理逻辑上有其合理性，但“在法学中，逻辑不过是目的论的侍者”。<sup>〔64〕</sup>法律在为制度构建时，只要其制度构造有助于实现“人为目的”这一根本目的，则不管其是否严格遵循以上区分法理，该制度在价值论的意义上都是良法。将人格商品化所生财产利益纳入到人格权的保护范围之下，虽然看似有悖于“人为目的，而不得仅为手段”的诫命，但事实并非如此。如果不承认人对其他人格商品化利益享有财产权利（含财产损害赔偿权利），那么在实践中所可能导致的是，市场逐利之主体可以在不必向人格要素被商品化利用的权利主体支付任何对价或成本，或者只须支付很低的对价或成本——主要用来应对权利人可能提起的精神损害赔偿之诉的情况下，就可以从中大肆渔利，而这显然是在变相鼓励将他人作为工具使用。

由上可见，人格权和财产权的区分和对立，并不像想象中的那样泾渭分明，而是存在大量相互交融的情况。这种情况的出现除部分可归因于科技之手和市场之欲的相互推动而带来的人或人格的商品化利用之外，很大程度上也根源于人格（权）与财产（权）之间本身就不存在绝对的界限，而是始终存在一种剪不断的内在联系。这里姑且不论私有财产的

〔61〕 参见程合红：《商事人格权论》，中国人民大学出版社2002年版，第259页。

〔62〕 张民安主编：《公开权侵权责任研究：肖像、隐私及其他人格特征侵权》，中山大学出版社2010年版，第8页。

〔63〕 前引〔39〕，沈建峰书，第185、189页。

〔64〕 [德]魏德士：《法理学》，丁越春、吴越译，法律出版社2005年版，第88页。

正当性系根源于人通过劳动将其身体所有权掺进无主物之中的洛克式观点，〔65〕也不论财产是人格的投射的黑格尔式观点，〔66〕仅就实证法而言，以上权利现象的存在就足以说明，人格与财产的区别并非始终可以得到有效贯彻。〔67〕而且，侵害人格权会导致财产损失，侵害财产权也会导致精神损害，这一现象也在一定程度上表明了人格权与财产权实际上是你中有我、我中有你。

既然人格利益与财产利益可复合并存于同一权利或客体之上，那么在人体之上，是否也可以存在这种复合的权益结构，而非单纯的人格权益结构呢？本文的回答是肯定的。不管我们愿不愿意承认，人体的财产价值都是客观存在的。而法律作为解决现实问题的建构，并不是某种纯粹观念上的东西，而是必须始终面对人所处的社会生活现实。在人体物性利用越来越普遍，围绕人体的财产利益纠葛也日益增多的情况下，面对人体之上已现实存在的财产价值及其利益保护诉求，〔68〕若法律仍拒绝肯定这种利益及其保护诉求的合理性，则“人的尊严不容侵犯”的原则虽看似犹在，但“人为目的”的理念却可能已经与我们渐行渐远了。现实中大量存在的无偿占取他人离体组织并以此谋取巨额商业利益的现象已经表明，若无将人体财产利益归属于主体自身的财产权制度的“反制”——违反人格权意义上的“知情同意原则”通常只能招致数额很低的精神损害赔偿——所导致的并不一定是对人的更加尊重，而是可能更为肆无忌惮地对他人离体组织财产价值的占取和掠夺，从而使得普罗大众的人体沦为特定技术阶层和团体牟利的工具。类似的道理在代孕的合法化问题上也同样存在。

#### （六）小结

综上所述，以传统人物两分理论为基础的伦理和法律秩序，虽然在较长的一段历史时期内保持了相对的安定性，但实际上也在某些方面被迫作出了一些合目的性的调整，以因应时代的正义诉求。在市场经济及其所裹挟的科技力量开始将人体的财产价值从作为整体的人的伦理价值中予以分离，并以此作为为人类谋福利的手段之后，考量对人体物性的科技利用这一以往的立法者未为评价的问题，并以此作为重释传统人物两分理论的契机，应属必要和可能。因为，人的尊严毕竟并非只是道德意识的自我吟唱，而是始终须通过实践加以具体化的对人的尊重。基于上述逻辑的、价值的、实践的 and 法释义学上的考量，本文认为，有限地承认人体物性，并在人体之上构建起某种能使其财产价值和伦理价值保持相对和谐的法益构造，应是新的历史语境之下所应致力的方向。

### 三、人体法益构造模式的修正

依据民事主体制度和人格权制度，个体的自然人除享有抽象的法律人格和人之为人的应有平等、自由和尊严等一般法律地位或一般人格权外，还可在自身构成要素上成立各项

〔65〕 参见〔英〕洛克：《政府论》下篇，瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1982年版，第27段。

〔66〕 参见〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1982年版，第52页。

〔67〕 有学者认为，以劳动换报酬以及债权都是人格与财产交融的表现。参见前引〔39〕，沈建峰书，第201页。

〔68〕 相反的一个诉求是，物也开始要求法律保护其“伦理价值”，德国民法典第90条新增“动物不是物”即为其反映。此即为“人与物的对立性，也同时从另一端相对化”。前引〔1〕，苏永钦书，第60页。

具体人格权，但唯独不能对自己享有物权或财产权。然而，基于前文所述的将人体定性为物并非断不可行、亦非毫无实践根据的观点，本文认为，在保留“人体为主体之所附”而必然内含的抽象法律人格及人之为人的一般性人格法益的同时，应将“人体物权或财产权”和“类的人性尊严”的概念引入到人体法益构造体系之中，从而实现了对传统人体法益构造模式的修正。

### （一）人体法益构造的“三位一体论”

#### 1. 物权

人体与人格、主体并非同一概念。以这种概念的观念区分为基础，同时将传统理论所持的界分人与物的价值标准内移至“整体的人”本身，可以发现，人体其实也具备作为物权客体的物应有的财产价值及其他全部技术特征，即人体也具有有体性、可支配性（能够为主体意志支配）、有用性（具有生物科技上的利用价值）、稀缺性（人体组织已成为各方争夺的资源）、特定性和独立性，因而在法技术上也可被定性为物或“身体财产”。

当然，人体作为“内在于人的物”，其物上权利应与“外在于人的物”有所不同。相对于权利主体，“外在于人的物”是一种实体上完全独立于人的物，而“内在于人的物”只是观念上而非实体上真正独立于人的物。在“内在于人的物”之上，即因其承载的人格而被赋予道德意义的人的身体之上，只能成立由该人体承载的人格主体所享有的不可让渡和放弃的所有权——一种权能受限的“弱的财产权”，<sup>[69]</sup>而不能成立他物权。这种所有权不仅是权利人与他人缔结“人体利用合同”的法教义学基础，而且是他人取得与人体分离的细胞、组织、器官和基因的所有权的权源。前者如人体医学实验合同、活体器官捐赠合同和代孕合同；后者如人体所有权人可以通过让与、抛弃的方式放弃其对脱离自己身体的离体组织的所有权，从而使得他人可以通过受让或先占的方式取得该离体组织的所有权。<sup>[70]</sup>

#### 2. 物质性人格权

按照传统人格权理论，在人所享有的各项具体人格权中，直接依附于人体这一物质载体而存在的人格权只有生命权、身体权、健康权，它们也因此被称为物质性人格权。其他人格权则为对人体无直接依附性的精神性人格权。依此分类，理论上应可得出，生命权、身体权和健康权应属“人体”与“人格利益”之交集，即这些权利指向的对象仍为人体，但其所要保护的并非人对其身体享有的财产利益，而是人格利益，即人体的生命活性（受生命权保护）、人体的完整性（受身体权保护）、人体的生理机能（受健康权保护）。简言之，人体是物质性人格权的载体，物质性人格权所要保护的是主体对人体所享有的物质性人格利益。

另外，此处需说明的是，在民法上，人体还是“基因信息隐私”及其他与人体相关的隐私信息的载体，在我国法已明确承认隐私权为一项独立的具体人格权（侵权责任法第2条）的前提下，这些人体相关隐私应属隐私权的保护范畴。但是隐私不宜作为一项独立的人体法益纳入到人体法益构造体系之中。因为通过隐私权保护的基因隐私等人体信息隐私毕竟不是人体本身，这些隐私信息可以独立于人体而被利用和传播，其所欲保护的精神价

[69] Henk A. M. J. Ten Have and Jos V. M. Welie (eds.), *Ownership of the Human Body: Philosophical Considerations on the Use of the Human Body and Its Parts in Healthcare*, Kluwer Academic Publisher, 2010, p. 5.

[70] 参见前引[4]，王泽鉴书，第108页。

值也非必须依附于人体而存在，因而基因隐私权更宜被理解为是隐私权在人体之上的投射。

### 3. 类的人性尊严

除以上归属于自然人个体的法益之外，人体还是前文所述的类的人性尊严的载体。虽然在不同的法律共同体之中，该概念的内涵并不完全同一，但出于对人类应有样貌和存在方式的尊重，对人的活体、尸体、器官和基因不得作完全等同于物的对待，应为尊重类的人性尊严应有的题中之义，这也是各共同体共同认可的准则。简言之，如何利用和处分人体及其派生物，也系类的人性尊严关切之所在，故类的人性尊严应属人体法益构造中不可或缺之一环。

#### （二）人体财产法益与人格法益的结构关系

综上，人体是人体物权、物质性人格权和类的人性尊严三项法益的直接物质载体。在这种被修正了的法益构造模式下，人体各相关权利或法益所欲保护的利益虽各不相同，但作为共生于人本身的不同法益，相互之间也内在地存在着一种系统上的相互作用关系。这种相互作用关系的基本面就是，人体之上的人格法益对人体财产法益的伦理控制，即后者对前者的伦理控制关系，次要面是作为更高价值的生命权和人性尊严对身体权和健康权的伦理控制。

在人体财产法益与人格法益的相互角力过程中，财产法益作为一种进取性法益，与其可兑换的资本一样，始终怀有一种肆意扩张其领地的本能冲动，而人格法益作为一种防御性法益，与其所承载的人格价值一样，始终具有一种抵抗外侮的伦理品格。启蒙运动之后，人格法益作为内生于人的主体性价值，基本上实现了对人体财产法益的全面控制，传统的人体物化利用制度（如奴隶制）也已经被建立在人格平等基础之上的新制度所取代。所谓的人体财产价值也因此由曾经的“显性存在”转变为一种“隐性存在”——这种隐性的财产价值是许多非法利用人体和买卖人口的违法行为追逐的对象。但是，在现代生物科技已经以一种变异了的形式重新激活了人体的财产价值之后，出于对这种高度科技化的人体的财产化利用所具有的正面价值的肯定，人格法益最终还是选择了向人体财产法益作出部分的退让，器官移植、人工生殖和基因科技的发达，以及代孕在部分国家的合法化，很大程度上皆得益于此。

但是，人格法益的部分退让并没有从根本上改变其与人体财产法益的结构关系，前者依然是对后者实现伦理控制的必要手段。这不仅是因为人体的物性利用始终都与其他共生于人的法益相关，而且也是因为人格法益优位于财产法益，道德价值高于幸福价值，依然是当下较为普世的价值观念。人体器官的捐赠不得严重损害被捐赠人的健康乃至危及其生命，人不得将自己卖身为奴，不能自由买卖人体组织和器官，人体的利用和展示不能有悖公序良俗等，都是这种价值优位选择的体现，即使权利人是自愿从事以上行为的，也不例外。这表明，人格法益的优位性及其对人体财产法益的伦理控制作用，仍然是当下法制应予坚守的基本立场。在我们无法预知的未来，即便还有可能出现一些新的人体物性利用形式，这种形式及其所含财产利益的合法化，仍须透过人格法益优位原则的过滤和首肯。

## 四、人体派生物上的法益构造

尸体、离体组织和人的基因作为源于人体的派生物，其法律属性和权利归属理应受制

于人体原初的法律属性及其上的法益构造模型。按照“人体也得为物”和上述“三位一体”的人体法益构造模型，理论上应可得出：这些人体派生物也应具有物的属性，它们除了不再负有生命权、身体权和健康权这些以活人整个身体为载体的人格权外，依然可以与人体一样，成为物权的客体并负载着类的人性尊严。亦即，这些人体派生物之上的基本法益构造模型应为“物权+类的人性尊严”，虽然在具体构造细节上，三者之间略有差异。

### （一）尸体之上的法益构造

依据死者生前个人财产应由其继承人继承之法理，死者死后，其生前对自己身体享有的所有权也应转归其继承人所有。在死者生前已对其遗体处分作出了明确意思表示时，只要这种意思表示符合法定生效要件，原则上就应该赋予其法律效力，包括死者继承人在内的所有人都不得以违背死者意愿的方式处分其遗体。这里尊重的不是死者死后的人格残存，而是其生前人格和权利。我国《人体器官移植条例》第8条第2款就很好地贯彻了这一点。

死者继承人（或遗体受赠人）在取得死者遗体所有权之后，只要不违反死者生前意愿和类的人性尊严，原则上就可依其意志对遗体加以利用和处分，如决定是否捐献死者遗体或器官。《人体器官移植条例》第8条第2款对此也予以肯定。而且，值得注意的是，依据该款的规定，有权就此作出决定的死者亲属——配偶、成年子女、父母——恰恰是得为死者第一顺序继承人的亲属。当然，这并不意味着死者的其他近亲属就对死者遗体不享有任何精神利益，只不过，由于这种利益系依习俗而非法律产生，因而最多只能受到公序良俗原则的消极保护，而无法与死者继承人的权利并列为绝对权。另外，纵使死者无继承人或亲属，或者案件所涉尸体为身份不明的无名尸体，该尸体仍须受到类的人性尊严的保护。

### （二）离体组织之上的法益构造

关于离体组织的法律地位，通说采“动产说”，本文亦从之。不过，依据本文所主张的人体法益构造模型，将离体组织定性为物，并不会产生通说所遭遇的前述“由人到物，由人格权到物权”的转换难题。因为，从法释义学上讲，在肯定人体本身也为物的前提下，所谓的人体组织与人体的分离，只不过是物（人体）的成分与物的整体的分离，而依据“物的成分在与物分离之后，也属物的所有人所有”的法理，法律上自然可以发生离体组织的所有权也属于其分离之前所属之人的效果，不生任何“转换”问题。至于离体组织所有权的变动，则应在人性尊严原则限制之下，准用物权法上的动产所有权变动规则。

不过，依据许多国家法律的规定，人体组织通常只能作为“礼物”被捐赠，而不能作为“商品”被买卖。<sup>[71]</sup>从规范目的上讲，这种对利他性捐赠的提倡，对利己性买卖的禁止，很大程度上是为了避免伤及人的尊严，同时也是为了避免激励人们纯粹为了金钱而出让其身体部分，甚至为此不顾自身健康和生命。另一方面，这也与那种买卖将使得穷人的身体被迫沦为富人追求健康长寿的手段和工具甚至诱发相关犯罪的社会学担心有关。<sup>[72]</sup>

应该说，从伦理上和社会学意义上讲，以上目的导向和担心有其合理性。但是，人体组织除可以通过移植直接达到治病救人的高尚目的外，也可被用于病理诊断和分析、生物技术的教学与研究、生物制品和医疗产品的研发等目的。而在人体组织被用于后述目的时，

[71] 但在个别国家，也存在有偿的器官捐献制度，如伊朗和新加坡。参见焦艳玲：《生物科技研究中人体组织提供者补偿模式研究》，《法律科学》2011年第1期。

[72] 参见黄文艺、于莹、朱振等：《人体器官移植》，《法制与社会发展》2004年第1期。

尤其是在被用于科学研究和产品研发时，可能带来的利润往往是巨大的。例如，在美国著名的“摩尔诉加利福尼亚大学董事会”案中，原告摩尔的主治医生及其所在的加利福尼亚大学医学中心正是利用从摩尔身上切除的脾脏组织，成功地培育出了源自原告 T 淋巴细胞的细胞株，并以此细胞株申请到了专利。据专家估算，该专利市值至少可达 30 亿美元。在此后与业界的合作中，被告方也确实获利颇丰。<sup>[73]</sup>

该案的终审判决虽然最终只认定被告违反了告知同意义务，而没有认定原告对自己被切除的组织享有受法律保护的财产利益，也没有认定被告的行为构成侵占（conversion），但通过该案，我们至少可以看出，人体组织的物性利用背后潜藏着巨大商业利润已是不争的事实。而且，也正是因为人体组织供体所提供的“生命资料”的独特性和稀缺性，使得这种专利和相关产品的市场价值成为可能。在这种“科学也可以成为追求利润甚至垄断利润的科学”的情境下，完全排除病人等人体组织供体参与利润分配的诉求是否公平合理，确实很值得怀疑。<sup>[74]</sup>正是鉴于以上问题，才有了各种相关的理论和实践探索，以求能在人体组织供体和研发者之间实现财产利益的合理分配。<sup>[75]</sup>鉴于本文主旨和篇幅，此处不予详述。惟就离体组织的利用所蕴含的巨大商业利益的分配问题，提出以下几项基本原则：

第一，区分原则。在现代生物科技条件下，人体组织利用的主要方式是移植和科技研发。与异体移植往往需要摘除他人组织或器官从而给他人身体健康造成损害不同，以人体组织为“材料”进行的科学研究或产品研发，大多是在细胞层面或分子层面进行的（前者如细胞工程，后者如基因工程和蛋白质工程，摩尔案中的细胞株就是通过人工培育促使原淋巴细胞分裂增殖而成），所需人体组织不仅往往非常少，而且多为病变组织或医疗过程中剩余的组织，其操作对供体的健康一般不会产生什么危害。同时，考虑到异体移植的直接目的在于利他性的治病救人，而研发的直接目的在于利己性的谋取利润，二者的伦理属性本就有所不同，<sup>[76]</sup>故在价值衡量上，理应对二者加以区别对待，而不应该简单地将禁止以移植为目的的人体组织或器官买卖的理由完全套用到以研发为目的的人体组织利用上，而是可以基于利益的公平分配考虑，同时也为了激励人体组织供体积极地为相关科研提供“原材料”，例外地允许人体组织供体与研发者就后续研发所得财产利益的分配进行市场化的交易安排。在这方面，美国统一遗体捐赠法的做法无疑值得借鉴。该法仅禁止了以移植

[73] Moore v. Board of Regents of the University of California, 793 P.2d 479 (1990).

[74] 这也是加州上诉法院在上述“摩尔案”的二审判决中支持原告所提起的侵占之诉一个主要理由（但加州最高法院的终审判决没有支持这一点）。上诉法院甚至认为，人拥有对自己的身体的支配权与利益业已为法院在诸多判决中承认。此外，在另一起与“摩尔案”类似的案件中，法院也肯定了被告的行为已构成不当得利。See Greenberg v. Miami Children Hospital Research Institute Inc., 264 F. Supp. 2d 1064 (S. D. Fla. 2003).

[75] See Charlotte H. Harrison, *Neither Moore nor the Market: Alternative Models for Compensating Contributors of Human Tissue*, 28 American Journal of Law & Medicine 77 (2002); Russell Korobkin, *Buying and Selling Human Tissues for Stem Cell Research*, 49 Arizona Law Review 45 (2007)。国内相关讨论，参见前引 [71]，焦艳玲文；赵西巨：《人体组织提供者法律保护模式之建构》，《中国卫生法制》2008 年第 4 期；申卫星、王琦：《论人体器官捐献与移植的立法原则》，《比较法研究》2005 年第 4 期。

[76] 美国统一遗体捐赠法（Uniform Anatomical Gift Act 1987）在第 10 条所附评论中，就该条禁止以移植和治疗为目的的遗体组织买卖给出的一个主要理由是：“利他主义和使共同体中的其他成员获益的愿望，是促使很多人从事捐赠的重要的道德原因。……主要着眼于获利而非治疗来从事移植，将严重损害该制度的道德基础和功效。” [http://people.bu.edu/wildman/courses/thth/projects/thth\\_projects\\_2003\\_lewis/uaga.pdf](http://people.bu.edu/wildman/courses/thth/projects/thth_projects_2003_lewis/uaga.pdf).

或治疗为目的的遗体组织买卖，而没有禁止以研究或教学为目的的遗体组织买卖。<sup>[77]</sup>

此外，从法释义学上讲，与移植通常只是将“一物（人体或尸体）的成分”变成“另一物（人体）的成分”不同，以人体组织为研发材料而取得的发明成果或新产品，多数情况下都可以被解释为是以供体组织为“原材料”，通过“加工”产生的新物。<sup>[78]</sup>而依据物权法理，通过加工产生的新物的所有权及其财产利益并非必然属于加工人，而是可以根据情况的不同，分别归属于加工人或材料提供方，或者由当事人约定。也就是说，不管是从价值衡量上讲，还是从法释义学上讲，对移植和研发这两种不同的人体组织利用方式所涉利益关系加以区别对待，并允许当事人就后一种利用所生财产利益作出交易性的安排，并非毫无法理根据。

第二，契约分享原则。在人体组织的研发利用上，即便是出于避免直接买卖人体组织可能产生各种伦理或社会问题的考虑，法律也可以只规定，人不能通过直接出卖自己的人体组织获利，但可以通过与研发者缔结契约，就其人体组织研发可能产生的预期财产利益的分配作出安排。例如，与受让方“缔结利益分享契约，约定分享预期利润的一定比例；成为预期专利权的权利人之一……；免费或低价享受所参与项目的产品或服务”。<sup>[79]</sup>

第三，法律解释补充原则。在人体组织的研发利用上，即使当事人未就其间可能产生的财产利益分配问题作出契约安排，解释上也应认为，研发方若未尽到其对供体应尽的法定义务，后者仍有通过财产损害赔偿制度来谋求救济的可能。以下将以研发用的人体组织的最初来源系出自医疗机构为患者提供医疗服务过程中所获得的情况为例，加以说明。

在医方为患者提供医疗服务过程中，医患之间系处于医疗服务合同关系中。基于该合同的目的、诚实信用原则和交易习惯，解释上可以得出，就患者人体组织的取得和利用而言，医方至少负有以下义务：其一，符合合同目的地利用该组织的义务。这是因为，患者将其人体组织提供给医方或者允许医方切除其人体组织的根本目的，是为了获取其所需要的医疗服务，原则上并不包含允许或授权医方可将该组织用于其他目的的意思表示。正是这一目的决定了医方原则上没有权利将患者的人体组织进行超医疗目的范围的使用，除非医方已就此向患者尽到了其告知同意义务，否则将构成对合同的违反，同时也侵犯了患者的自主决定权。在医方因此获得不当利益时，患者应有权请求返还不当得利或财产损害赔偿。其二，事先告知并取得患者同意的义务，即应事先向患者详细说明医方取得患者组织的目的和可能的用途，并告知患者对该离体组织享有的权益等。尤其是在医方已决定或打算将该组织用于研发时，更应如此。在这一点上，人类基因组提出的以下要求可供参照：使被告方“理解研究的性质、风险和收益，以及其他任何可供选择的办法是很重要的，这种同意应该摆脱科学的、医学的或其他权威的强迫”，“参加者就从他们那里取得或获得的材料或信息的储存或其他用途作出的任何选择应该得到尊重，要知道或不要知道伴随的

[77] See Uniform Anatomical Gift Act (1987) § 10 (a) or Revised Uniform Anatomical Gift Act (2006) § 16 (a).

[78] 前述“摩尔案”中的细胞株就属于对原细胞进行增殖操作的加工物。加州最高法院认为：“已专利化的细胞系在事实上和法律上已不同于从原告身体上所取得的细胞。”参见前引[18]，颜阙安书，第140页。

[79] Lori B. Andrews, *Harnessing the Benefits of Biobanks*, 33 (1) *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 22 (2005 Spring).

研究成果的选择也应得到尊重”。<sup>[80]</sup> 简言之，人体组织提供方的知情同意权应得到充分尊重，他们应被视为是相关研究的平等参与者，而非其人体组织可被任意占取和利用的“被掠夺者”和“免费的原料仓库”。

### （三）基因之上的法益构造

在基因法益构造上，本文原则上赞同前述区分基因物质和基因信息，并分别以二者为客体构造基因物质所有权和基因信息隐私权的见解。惟在此处需要补充说明的是：其一，本文并不赞同有的学者所主张的基因所有权主体的多元化，如个人基因属个体所有，家族基因属家族共有，主权管辖范围内的民族基因属国家所有的主张。<sup>[81]</sup> 这一方面是出于个人基因、家族基因和民族基因的划分困难和可能发生的所有权主体重叠的考虑，另一方面也是考虑到国家对基因资源的控制并不一定要通过取得私法所有权来实现。其二，基因物质所有权的行使仍应以不得违反本文所述的人性尊严为必要，如禁止克隆人。<sup>[82]</sup> 其三，对于基因信息隐私权，原则上应依隐私权法理和规则进行保护。任何对基因材料和信息的收集、储存和使用，行为人都应该事先获得基因隐私权人的知情同意，并就其基因材料和信息的保密、可能的用途、供体对其基因材料和信息所享有的权利等，作出必要的说明。正如联合国教科文组织在《人类基因组与人权问题的世界宣言》第5条（b）中所提出的那样：“在任何情况下，应征得当事人预先、自愿和明确的同意”。其四，基因提供者对基因发明专利本身虽然通常并未作出任何智力上的贡献，但基于前文所述之理由，原则上应承认基因提供者有权分享该基因发明标的（加工物）的财产价值，基因提供者也可就此与发明人事先作出约定。

## 五、人性尊严关联度原则与人体法益的行使与保护

### （一）人性尊严关联度原则的含义

人性尊严作为对“人体及其派生物”（以下统称“人体相关物”）的利用和处分施加公序良俗原则限制的主要法释义学依据，与公序良俗原则一样，也是一个内涵并不是很明确的开放式概念或原则，其具体操作往往需更多地依赖法官的自由裁量，具有很强的主观性。正如德国联邦宪法法院所言：“对于在何种状态下人性尊严可能受到侵害，不能为一般的普遍的认定，而是应依其具体事件来为具体判断。”<sup>[83]</sup> 然而，法官在为此类具体判断时，并非单凭个人法感或道德直觉而恣意为之，而是仍须受特定准则或价值原则的指引。就此处所涉问题而言，鉴于在不同情况下，对于不同的人体相关物或不同的利用和处分人体相关物的行为，人们对其与人性尊严价值的关联程度的认识并不完全一致，因而法官在将公序良俗原则运用于此时，应对案件所涉人体相关物或行为与人性尊严之间的关系加以考量，并依据“与人性尊严关联度越高的物，其受人性尊严原则保护的程度也就越高”的客体导向性原则，或者依据“行为样态越是有损于人性尊严所保护的价值核心，其受人性尊严原

[80] ELSI Committee, Human Genome Organisation, *Statement on the Principled Conduct of Genetics Research*, 6 *Eubios Journal of Asian and International Bioethics* 59-60 (1995).

[81] 参见前引 [18], 汤啸天文。

[82] 参见《人类基因组与人权问题的世界宣言》第10条和第11条。

[83] BVerfGE 30, 1 (25).

则限制的程度也就越强”的行为导向性原则，来决定法律适用标准。此即为本文所述的人性尊严关联度原则。

## （二）人性尊严关联度原则的操作

在将人性尊严关联度原则运用至人体法益的保护和限制时，首先需要考量的是特定人体相关物与人性尊严的关联度。依据社会常情和一般观念，这里可供考量的因素至少有三：其一是生命活性，即生命活性程度越高的人体相关物，与人性尊严的关联度通常也就越高。在这方面，人的活体的生命活性程度无疑是最高的。尸体的生命活性则会随着时间的流逝逐步减退，直至变成无生命活性的（可流通的）遗骨或木乃伊。<sup>〔84〕</sup>离体组织在刚与人体分离时是最具生命活性的，随着其生命活性的逐渐丧失，其与人性尊严的关联程度也将逐步下降。<sup>〔85〕</sup>甚至于在离体组织已被加工改造成其他物之后，这些加工物原则上是可以自由买卖的。<sup>〔86〕</sup>其二是个体表征度，即越是能反映、指示或表征特定个体特征的人体组织，其与人性尊严的关联度也就越高。例如，生殖细胞的个体表征度显然要高于一般的体细胞；携带遗传物质的离体组织就不携带此类物质的人体物质（血小板、红细胞和脑脊髓液等）的个体表征度要高；可识别特定个体的离体组织的个体表征度就要高于已匿名化的离体组织。其三是功能地位，即对于维护人体整体功能越是重要的人体构成部分，其与人性尊严的关联度也就往往越高。在这方面，不可再生的人体组织的地位显然高于可再生的人体组织。例如，对于指甲和头发等可再生组织，即使法律允许其买卖，一般也不会危及到人的尊严。事实上，在美国，“诸如血液、头发、手指甲、脚指甲和骨髓等可再生组织的市场交易早已为人所知，虽然在事涉血液时，它有时会被看成是‘服务’交易，而非出售血液”。<sup>〔87〕</sup>

其次，即便是针对同一人体相关物实施行为，不同行为可能给人性尊严价值造成的损害程度也是不同的。于此，自然需要对特定行为与人性尊严的关联度加以考察，以决定法律对特定行为的管制程度。鉴于人性尊严价值的核心在于维护人区别于物（尤其是动物）的自我形象和存在方式，因而，在此行为导向性的人性尊严关联度原则之下，可供考量的核心因素应是所涉行为在对待人体相关物的方式上，越是接近于人与动物的根本区别或主要差异之所在，就越是有益于人的尊严。例如，按照社会的一般观念和习俗，对于人的尸体和动物的尸体，可以采用的相同处理方式通常为火化、掩埋和制作木乃伊，但丢弃、食用则只能适用于动物尸体，而不能适用于人的尸体。同理，在基因科技的运用上，虽然基因治疗技术在一定范围内也可运用于人本身，但转基因技术显然只能适用于动植物，而不能适用于人，否则，作为人性尊严物质基础的人类物种的纯正性和独特性，就将变得岌岌可危了。

〔84〕 “对于法律上如何对待尸体的问题，时间因素也产生影响；从死者的人格权不再产生后续影响的时候起，尸体的‘流通能力’得到推定。”前引〔7〕，施瓦布书，第95页；同时参见前引〔4〕，梅迪库斯书，第876页。

〔85〕 杨立新认为，生理活性的丧失将导致离体器官或组织的“物格”由“生命物格”降格为“一般物格”，其物权的规制也由特殊规则规制改为受一般物的物权规则规制。参见前引〔16〕，杨立新等文。

〔86〕 英国人体组织法就将“因人类技术的运用而成为财产权客体的人体物质”排除在了禁止交易之列。See Human Tissue Act 2004, Art. 32 (8) and (9).

〔87〕 Remigius N. Nwabueze, *Biotechnology and the New Property Regime in Human Bodies and Body Parts*, 19 Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review 61 (2002).

## 结 语

“人的本质问题，人的人格，对于法的本质是决定性的。法的标准，即法的观念本身，是人。”〔88〕对于作为人的物质表现形式的人体到底是“我”本身，还是也可以是“我的”，是一个需要综合科技、伦理、法律和社会等各方面因素加以考量的复杂问题。在生物科技已经以我们未曾预料到的方式将许多原本的不可能变成可能之后，尤其是在其已经将人体碎片化为一个个独立的功能单位之后，人体的物性和财产价值已经被越来越多地开发出来，并开始向人体就是“我”本身的传统观念提出了挑战。面对这种挑战，单纯地固守传统并非有效的应对之策。从兼顾“人体物性利用之幸福价值”和“人性尊严保障之伦理价值”的角度看，有限地承认人体为物，并将人体财产权和人类作为物种所享有的尊严引入到人体法益构造体系之中，应有助于克服传统理论和法制在应对生物科技挑战时所显现出的不足。建立和实践人性尊严关联度原则，不仅是贯彻生命伦理基本原则的需要，而且是平衡与人体利用相关的幸福价值和伦理价值的法律要求使然。

---

**Abstract:** The modern civil law doctrine that “the human body is part of natural person’s personality” is based on the traditional theory of distinguishing between human beings and things, established by Kant and other classical philosophers. This doctrine, as a consensus reached in a specific historical context, serves to highlight the value and dignity of human beings. However, it has shown some deficiencies when dealing with legal problems resulting from scientific use of human bodies, remains, tissues and genes and, in some cases, even aggravated the value conflict between the utilization of human body and the protection of human dignity. The traditional doctrine of distinguishing between human beings and things or between personality and property is not absolute, but allows for necessary modification along with the passage of time. A comprehensive consideration of the issue from logical, value, practical and legal dogmatic perspectives leads to the following conclusion: recognizing that the human body is to a certain extent also a property and incorporating “the property right of human body” and “dignity of human being as a species” into the system of legal interests of human body will not only enable us to overcome the above-mentioned deficiencies, but also provide us with a new legal perspective to the problems caused by the scientific use of human body. When using “public order and moral” as ground for limiting the use and disposition of the human body or part of it, “the rule of relevancy to humanity dignity” should be established and practiced so as to balance the welfare value and ethical value relating to the use of human body.

**Key Words:** human body, things, personality, right to human body as property, humanity dignity

---

〔88〕 [德] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第490页。