

## 中国传统礼法规制下的身体归属及其 在近代法律转向

方 潇

**内容提要:**一个人的身体归属于谁?在中国传统礼法文化的规制下,超越物质性更具精神性的身体在绝大多数上并非归属于自己,而主要归属于家长、家族和国家。身体的归属具有流转性和多重性,归属权的行使要受到礼法的约束,归属状况使得身体成为一种伦理和政治符号。传统的身体归属在近代由于西方法文化的冲击发生了个人归属的法律转向;在重视个人人权、自由的潮流中,虽有家族归属和国家归属的运作,但身体的个人归属及法律保障则应是最主要的迈进方向。

**关键词:**身体 归属 中国传统礼法 近代 法律转向

方潇,苏州大学法学院副教授,法学博士。

### 一 现代观念中的身体和中国古代观念中的身体

现代观念中的身体主要是指肉体,具有物质性。蔡璧名先生在其著作中称:“在当今的思考与生活情境中,‘身体’与‘灵魂’、‘健身’与‘修心’,似乎是彼此鲜少交集的命题。从学校教育里的健康教育、生物、护理等课程,乃至运用到医疗保健上,生活习惯所理解的‘身体’,大都无涉于心、神、灵魂等课题。换言之,现代意义的‘身体’乃局限在其具体形貌、可以透过解剖、扫描来观照的血肉之躯。”<sup>[1]</sup>

然而,中国古代观念中的身体并非如此,除了指向血肉身躯之外,却更注意心灵的东西,从而更具有精神性。中国古代经典中身体一词不很多见,常见的是体、身分说。“体”的形躯物质性较为突出,而“身”则含义广,除表形体外,更与自我、生命、心灵等义相通。孟子对身体的论述可谓代表了中国古人对身体的最典型的理解:“人之于身也,兼所爱;兼所爱,则兼所养也。无尺寸之肤不爱焉,则无尺寸之肤不养也。所以考其善不善者,岂有他哉?于己取之而已矣!体有贵贱,有大小;无以小害大,无以贱害贵。养其小者为小人,养其大者为大

[1] 蔡璧名、林丽真:《身体与自然——以〈黄帝内经素问〉为中心论古代思想传统中的身体观》,国立台湾大学出版委员会1997年版,第45页。

人。”<sup>〔2〕</sup>可见是将心性的东西纳入身体的义界之中。因此,中国古代的身体有广狭之分。狭义即指形躯结构之身,广义的则统摄形、气、心而为生命整体。<sup>〔3〕</sup>如《孝经》所说的“身体发肤,受之父母,不敢毁伤”即指狭义,而如《礼记·乐记》所载的“惰慢邪辟之气不设于身体,使耳目鼻口心知百体,皆由顺正以行其义”即为广义。

如果身体含义的广狭之分只是我们出于一种认知便利的话,那么在中国古人的身体观中,实际上是无所谓这种区分,两者实统一于一个人的身体,身体就是一个小宇宙。由此,中国人往往把国家与身体类比,国家的存在和发展就类似于一个人的身体生存和延续,而治国病就如治身病。南宋名相李纲说:“天下虽大,一人之身是也。内之王室,其腹心也。外之四方,其四肢也。纲纪法度,其荣卫血脉也。善医疾者,不视其人之肥瘠,而视其荣卫血脉之何如。善医国者,不视其国之强弱,而视其纲纪法度之何如。”<sup>〔4〕</sup>元明宗也说:“天下国家,譬犹一人之身,中书则右手也,枢密则左手也。左右手有病,治之以良医,省院缺失,不以御史台治之,可乎?”<sup>〔5〕</sup>这些均为精彩之论,其中也透露着身体之于国家礼法的隐喻意义。

不可否认,今天的国人之所以越来越看重物质身体而无视精神身体,实为近代以来西方科学输入和普及的结果。近代以来的科学的观念和方法使得世界统统如韦伯所说的被“除魅”了,成为一个完全可以技术观照的物质图景展现在人们面前。对身体而言,就是将身体的一切置于物质概念之下,一切神秘的非物质因素被破除殆尽,甚至身体都存有被复制克隆的极大可能性。当年西来的传教士们利用科学理念指导的西医为中国人治病,就剥离了中医赖以依靠的身体的精神性因素,使得国人逐渐将身体视为物质至上的存在;而“五四”后科学理念的传播和流行以及此后科学对生产力的推动,都使得人们愈加相信科学的力量。身体就在科学的推动下成为了人们观念中当然的物质身体。

## 二 传统礼法规制视角下的种种身体归属

在传统礼法文化的视角下,中国古人身体的归属呈现出复杂的状态,一个人在社会中由于礼法的规制而承担着不同的角色,他(她)的身体的权利归属就会多种多样,甚至几种归属交织在一起。另外,由于婚姻以及社会性别的差异问题,不同性别、不同婚姻身份的人的身体归属也相差很大,甚至是天壤之别。

### (一) 归属于家长、家族乃至宗族

中国古代家国同构,宗法发达。虽然有自然属性的个人,但从来没有真正脱离家族、宗族的个人,每个人都首先被围困在家族、宗族的伦理之网中,礼制又将人系牢在各个网结上。所谓“身体发肤,受之父母,不敢毁伤,孝之始也”,《孝经》中的这句话可谓历代追奉之名言,然而这里的“受”绝不是一种简单的给予、授予或赠予,它不产生“身体发肤”所有权的转移问题。从这个意义说,在伦理这张大网中,个人的身体从来就不属于自己,而归属于家长,再扩展归属于家族、宗族。

〔2〕 《孟子·告子上》。

〔3〕 周与沉:《身体:思想与修行》,中国社会科学出版社2005年版,第88页。

〔4〕 (宋)李纲:《医国说》,载《梁溪集》卷一百五十七,《四库全书》影印本,上海古籍出版社1987年版,第1126册,第683-684页。

〔5〕 (清)毕沅:《续资治通鉴》卷二百五《元纪二十三》,中华书局1957年版,第12册,第5576页。

首先,对家长来说,常把子女视为自己的所有物,在孝忠、谋生等名目下,家长可任意支配子女的身体。春秋易牙烹子以悦桓公、〔6〕汉代郭巨埋儿养母、〔7〕北魏费羊皮卖女葬母〔8〕等故事都是子女身体归属于家长的典型表现。据说鲁迅先生年少时读了郭巨埋儿的故事后,不仅打消了自己做孝子的念头,更害怕起父亲做孝子了,颇具讽刺味。在重男轻女的宗法观念下,对女婴的杀溺非常普遍,而在家庭生活拮据的情景下,甚至还会杀子。先秦时期就存有普遍的杀婴杀子现象。然而早期的杀婴杀子并未受到法律的干涉,“大一统”后对此类现象的限制和禁止主要是基于国家利益的考虑,如征发徭役、补足兵源及国家赋税等需求。如秦律就多条规定了“擅杀子罪”,并对此罪进行重罚。〔9〕不过,秦律还是认可了某种情况下的杀子行为,〔10〕从而确定了家长对子女身体一定的归属处理权。又如明朝,虽然各级政府及士大夫为戒除溺婴作出了种种努力,并制定了惩治溺婴的法律措施,溺婴的习俗仍然广泛流行于各地。〔11〕所以,虽然历代对擅杀子女行为有所限制和处罚,但家长基于一种孝忠、血脉传承等道德观念及谋生和其他私利的需要,不仅天经地义地将子女视为私物,而且往往对子女的身体进行处理,或杀之,或伤之,或卖之,不一而足。

其次,对子女来说,把自己的身体全部或部分贡献给父母是天经地义的孝事。台湾李敖先生有两篇精彩考论文章,一为《中国女人割股考》,一为《中国男人割股考》,就对中国古代的子女为治疗父母之病而割股与食的“只此一家的中国文化”进行了考证和评价。〔12〕特别是在前一文中,李先生以大量地方志为依据,制了一个大表,列举了自唐以来的620个女人的割股之事,其中有近580例是为父母翁姑割股疗食的。子女们为何义不容辞甚至争先恐后地割股甚至挖肾呢?孝之观念推动也!所谓“百行孝为先”,既然自己是父母身上掉下来的肉,现父母有病欲食肉或需肉疗除,子女割股挖肾以奉乃是基本之孝,因为自己的身体本来是从无到有而归属于父母的。如果说出于伦理压力子女们要割股挖肾以表孝心的话,那么国家法令对此予以鼓励、赞赏和旌表则是极有力的推动,从而使得子女们的身体在礼法的全面意义上均归属于家长了。虽然“身体发肤,受之父母,不敢毁伤”的传统孝论会对割股造成一定冲突和非难,但前者是“小孝”,后者为“大孝”,故历代几乎均予以法律形式进行表彰和鼓励。〔13〕

第三,对族来说,个人身体不仅属于家长,同时也属于族。中国古代由于对血缘的重视,由婚姻组成家庭,由家庭组合为家族,由家族又扩展为宗族。这是一个由小家构成大家,由小宗构成大宗的利益共同体。在宗族这个大的利益共同体中,族法族规规范了每个族人的身体力行,如果族中之人违背了族法族规就要受到处罚乃至身体的极端处罚。已有研究充分表明,对于反大常、做盗匪、妇女淫乱等严重过错的族人,古代的一些宗族基本上不用报官就可凭族规以逼令自尽、勒毙、活埋、沉潭、打死等方式予以处死。〔14〕族规对违规族人身体

〔6〕 参见《韩非子·二柄》。

〔7〕 参见《二十四孝》之“埋儿奉母”。

〔8〕 参见《魏书》卷一百一十一《志第十六·刑法七》。

〔9〕 参见睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1978年版,第181-183页。

〔10〕 秦律《法律答问》:“擅杀子,黥为城旦舂。其子新生而有怪物其身及不全而杀之,勿罪。”同前注,第181页。

〔11〕 参见常建华:《明代溺婴问题初探》,载张国刚主编:《中国社会历史评论(第四辑)》,商务印书馆2002年版。

〔12〕 李敖:《中国艺术新研》,中国友谊出版公司2002年版,第169-302页。

〔13〕 如历代正史的《孝义传》中就多有记载孝子孝女割肉疗亲而被朝廷以物质和精神旌表的事例。

〔14〕 参见费成康主编:《中国的家法族规》,上海社会科学院出版社1998年版,第108-117页。

的生命剥夺是客观存在的,它往往游离于国家法律之外。

## (二) 归属于国家

### 1. 礼法的政治意义

从礼法的政治意义来看,所有的人的身体都属于国家。

(1) 君主。中国古代的国君从来就是政治的产物,“君权神授”本身就昭示着国君是从上天那里获取了治理国家的权力,从而具有王权的神圣合法性。由于“天”本身具有的“公义”,所以国君作为国家的首脑,也是国家的代表,他必须“天下为公”,因此他的身体就丝毫没有属于他自己的时候,而是属于国家、社稷和人民。他的身体的一举一动都关涉到国家的利益,同时也受制于制度的监督、限制和禁止。他甚至不存有身体上的隐私权,如今天最被视为隐秘的性生活发生在国君身上就往往成为一种众目睽睽下的透明之事。又如国君不能为某事过分伤心,否则伤了龙体则对不住国家和百姓。康熙帝在祖母孝庄太皇太后去世时过分悲痛,就遭到臣子们的坚决反对。<sup>[15]</sup>

(2) 臣子。臣子之“子”这一概念就表明了臣子就是国君的归属品。随着皇帝制度的法律确立,臣子身体和人格的独立性丧失殆尽,所谓“君要臣死,臣不得不死”。史载元世祖曾说:“中书朕左手,枢密朕右手,御史台是朕医两手的。”<sup>[16]</sup> 此处虽突出御史台的作用,但实际上中国古代君主从来都是将各级臣子视为自己手足的延伸。强调臣子的“忠”表明臣子不属于自己的,他的身体归属于君主,最终归属于国家。

(3) 百姓。古代百姓的芸芸身体从礼法政治上说也归属于国家。既然子女的身体产权在观念上悉归父母,既然天下百姓都是君王的“子民”,那么他们的身体悉归君主也就必然。特别在服徭役、兵役而成为义务主体时,身体即典型地体现着国家所有。

### 2. 礼法的具体运作

从礼法的具体运作看,当个人直接侵害国家利益时,其身体即归属于国家,国家有权对个人身体进行合法性、正当性处理。

(1) 死刑中体现的身体国有。对于此类死刑,国家往往要举行盛大的仪式,在众目睽睽下由刽子手处理罪犯的身体,这时的罪犯身体会引发出公众参与的强烈效果。如将死刑犯推至街头杀死而将其身体“与众弃之”的“弃市”之刑,就有着强烈的共振效果和威慑作用。而如“凌迟”之刑,某种意义上就是刽子手代表国家把死罪者的身体当作一件雕刻品进行精雕细琢的过程,或者当成一种人体解剖学向公众进行精细的展示。作家莫言在其文学中着力描绘和渲染的“檀香刑”,就说明了当身体由于犯罪而归属国家后经历的受刑壮观和悲惨。<sup>[17]</sup> 可以说,对国家利益的侵害而招致的死刑,意味着无论犯罪者的个人还是家族都无法行使身体的所有权而全面丧失。

(2) 肉刑中体现的身体国有。显然,墨、劓、剕、宫等肉刑直接体现了身体是被国家如何处理的过程和结果。不过值得注意的是,肉刑体现的身体国有并不是绝对的、全面的国有,而是相对的、部分的国有,身体的个人和家族归属只是部分丧失。

## (三) 归属于个人

身体归属于个人似乎是今人最普遍具有的观念,然而在古代语境中,身体归属于个人却

[15] 参见中国第一历史档案馆整理:《康熙起居注》,中华书局1984年版,第1692-1702页。

[16] (明)叶士奇:《草木子·杂制》,中华书局2006年版。

[17] 参见莫言:《檀香刑》,作家出版社2001年版。

是个奢侈的事物,因为在家族伦理和礼法政治中,身体常常归属于家长、家族和国家。不过,一个人虽然无法跳出伦理、法度之网,却总归以个体生命的方式生存着。从这个意义说,身体也是归属于个人的,或者说,只有当关乎生物意义时,个人才算真切拥有自己的身体。

从礼法的设置和实施来看,中国古代关于对他人身体进行伤害或灭杀行为的处刑,大都以承认身体归属于个人为前提。如一般性的“杀人偿命”<sup>[18]</sup>原则,对杀人犯进行处决,就是国家承认了被害人的身体是属于他(她)自己的。根据一般的以命抵命观念,杀人者就应该以自己的身体相抵进行赔偿。这里,“杀人偿命”实际上就是承认了被害人和杀人者双方的身体都是自己的,而且是等价的。国家对犯罪人的抓捕、审判和行刑并非指此时犯罪人的身体归属于国家,而只是充当了一个实现该原则的仲裁和执行者的角色,这显然是国家出于维护社会秩序的需求。中国历史上对民间的复仇行为由放任到限制再到禁止的制度变迁,正表明国家力图以法律制裁杀人者的方式代替私下复仇,从而体现和落实了“杀人偿命”这种千古原则。

#### (四) 女人的身体归属于男人

这里面涉及到一个贞节的大是大非问题。现代男女谈情说爱、夫妻情深恩爱会说“你是我的,我是你的”,但在古代这种并列说法却绝不成立,只能分开说“你是我的”(丈夫对妻子说)或“我是你的”(妻子对丈夫说)。这是男权社会的产物,女人是男人的附属品,妻子的身体绝对归属于丈夫。古代中国的礼法对女子的身体贞节有着诸多方面的规定,对丈夫拥有妻子的身体同样有诸多方面的规定。历代对贞妇烈女的礼法鼓励和表彰,以及具有强烈物质性标志以吸引世人眼球而可资女人楷模教化的一座座贞节牌坊的官方建立,都强烈地聚焦着这样一个主题:妻子的身体归属于丈夫,女人的身体归属于男人。

### 三 中国传统身体归属的若干特征及相关评价

#### (一) 身体归属具有流转性和多重性

##### 1. 合于礼法下的流转性和多重性

此由一个人的自然属性和社会属性的统一性决定。一个人在不同的身份中有着不同的身体依归,随着身份的流动变化其身体归属也发生相应的流动变化,因为不同的身份有着不同的游戏规则即礼法规定。当一个人在独自体验着生物气息时,身体归属于自己;当生活在家的氛围时,身体却属于家族;而当迈向社会特别是参与国家政治生活时,其身体又归属于国家。而这三种归属也只是相对的流转,实质上又难以真正割裂,常常重叠交织在一起。比如,当一位清官为了家族荣耀而节衣缩食清廉从政时,其身体的三重归属就会同时体现。

##### 2. 违背礼法下的流转性和多重性

此种情况主要以直接侵害国家为条件。这与侵害个人而受到的身体法律制裁并没有发生身体归属权的转移不同,对直接侵害了国家的行为,身体的归属就会发生直接意义上的流转和重叠,实际表现为以国家归属为核心或中转。(1)对国家的犯罪使得身体的个人和家族归属迅速转为国家归属。这种国家归属并非抽象,而是颇具实体意义,同时还以个人的犯

[18] “杀人偿命”原则在中国古代并非凡杀人都能有效体现,一般要同时满足以下条件:杀人者是主观故意;被杀者无罪或罪不至死;杀人者与被杀者为非尊卑、非主奴关系;杀人者不享有免死特权。

罪程度而定。如死刑是国家归属权的全部体现,肉刑是部分体现,而株连则将亲属身体从个人和家族归属直接转化为国家归属。(2)死刑执行后身体(尸体)归属的转移。一般情况由家属收尸从而归属于家属,但如“弃市”刑之类却并非如此。(3)非刑杀尸体的归属转移。中国古代的“戮尸”刑表明一个正常尸体由家族转归国家所有。这其中关乎着国家尊严和利益的仪式表达,以及对灵魂寄居场所的摧毁问题。如清代康熙年间的庄廷珑案,庄被开棺戮尸乃至焚尸扬灰,就说明其尸体转归于国家而被全面彻底处理。

## (二) 身体归属权的行使受到礼法的全面规制,反映出个人归属的严重缺失

身体的多重归属并不表明可以任意行使,即使当身体归属自己时也会受到礼法的诸多约束。如早在商周时期的“四杀”中,对“作淫声异服以疑众”的刑杀就是对身体自我归属权行使的一种强烈限制。还如在“身体发肤,受之父母,不敢毁伤”的伦理下,个人也不可以理光头,否则就是不孝,或者就是受了髡刑。一个人只能以适当形体的方式展示他(她)的身体,不适当的形体表现如发型、服装色样等问题都会受到礼法的限制。其他如在司法中对个人自残和自杀行为的禁止,国家对家族宗族处死族人行为的介入和干涉等都表明了礼法的约束。所以,虽然在受到他人伤害时其身体的个人归属权能够体现,但这也主要是生物学意义上的,其正常行使由于受到了礼法的种种规制,被挤压在一个极为狭小的空间。

## (三) 为掌握和体现身体归属的话语权,身体成为了刑罚施加的追逐对象

当身体的归属在违背礼法前提下形成或变更时,身体就面临一个直接被处罚的问题。为体现身体归属的话语权,对身体施刑成为最佳途径。死刑和肉刑都是直接把身体作为处罚对象,不同之处在于死刑是对身体进行全部处理,肉刑只是部分处理。耻辱刑同样是针对身体而运作。如髡刑、耐刑等都是对身体(头颅)上的毛发做文章;象刑作为耻辱刑,同样是对犯人身体进行羞辱性处罚;徒刑仍然是对身体的处罚,是限制身体活动的范围,并使身体进行劳作。汉代废除肉刑的刑制改革只是使得对身体的处罚变换了方式而已,即由对身体的破坏转变为对身体的笞打。在国家刑罚之外,家长则普遍动用各种私刑对家庭成员进行身体责罚。“这种以身体作为惩治对象的安排,说明身体在中国长期成为王权、父权、夫权,甚至家长权竞相争逐的场域的事实。”<sup>[19]</sup> 身体之所以成为处罚的追逐对象,是因为“既然‘自我’的所有权属于灵魂,那么,对灵魂的惩戒就显得更为必要——事实上,各种惩戒肉体的措施,从根本上讲,不是为了摧毁肉体,而是为了摧毁灵魂”<sup>[20]</sup>

## (四) 身体的归属状况,说明身体不仅是一个具有体积的存在,同时也是一种伦理的和法律的符号象征

由于礼法的规制,身体突破了仅仅作为肉身、作为体积的存在,其多重性和流转性的复杂归属使身体成为礼法的符号象征。一个人的身体除了作为生理、生命的意义外,更多的是体现了身体在礼法下的展现、活动及其限制。周与沉曾对学界中身体观的现有研究进行了总结,即就认知模式言,身体就是一种思维方法,而由政治运作看,身体又是一种权力符号。<sup>[21]</sup> 身体归属的背后即隐含着一个人的身体在社会上如何展现、如何活动的问题,而这个展现和活动则体现了身体和身体思维的联结,所谓“观其行知其思”,身体从而成为一种

[19] 黄金麟:《历史、身体、国家》,新星出版社2006年版,第99页。

[20] 马陌上:《身体的沦陷:帝国阉宦简史》,敦煌文艺出版社2006版,第5-6页。

[21] 周与沉:《身体:思想与修行》,第42页。

思维方法。作为政治权力展现场所的身体,学者黄俊杰认为可以从两个角度思考:一是身体作为一种隐喻或符号,承载丰富的政治思想与价值,以展开关于国家等政治组织之原理、运作的论述;二是身体成为抽象的国家权力支配和控制并借以获得具体化的对象。<sup>[22]</sup>这两个角度在身体的归属问题上即充分体现出来。我们知道,国家政治的运作需要通过礼法来实现,而礼法的背后即是政治的意志。在礼法规制下,每个人都不是抽象地存在,而是以各自的身体以符合礼法的方式而存在,所以身体就是一种政治符号或隐喻。而第二个角度则在礼法的政治意义下十分明显,因为此时的身体不仅是归属于家族和个人,更是归属于国家。国家完全可以通过国家权力及其意志来支配每个人的身体,比如凌迟,“国家权力的微观物理学”在一具“政治躯体”中得以充分施展和表演。

## 四 中国传统身体归属在近代法律转向

### (一) 身体归属的近代法律转向:个人归属

在中国传统礼法的规制下,中国人的身体归属主要是体现在家族归属和国家归属的意义上,个人归属经常被漠视或边缘化,即使个人归属存在,也主要是在生物学意义上展现。

然而在近代,由于西方个人主义文化的输入,同时在西方武力的打逼下,中国传统的礼法文化为了救亡图存的需要却不得不要进行一场剧变了。这种剧变反映在身体的归属上即是:以家族和国家归属为主的身体归属,开始转向以新式法律确立和保障的以个人归属为主的身体归属。这个新式法律与传统礼法的不同之处,在于它是在以个人本位为核心的资产阶级法律原则的指导下制订的。身体个人归属的“法律转向”其意蕴即在于:它已经突破传统中国在礼法双重层面对身体归属的规训,而主要希图通过一种全新的法律对身体归属进行新的规定,即实现法律层面上的个人转向。这种个人转向之所以唯有诉求于单纯的新式法律,是因为到了近代中国,毕竟有着上千年传统伦理的积累,即使在西方文化的汹涌冲击下,也难以形成一种内化于民众的新式道德,而在当时政治逼迫的时代,也唯有法律改革才是最便捷最有效的拯救途径。

众所周知,近代西方列强在中国取得领事裁判权的主要口实,就是指责中国不尊重个人的身体权属,特别是刑罚中广泛存在着以身体作为直接处罚对象的肉刑及野蛮死刑如凌迟,司法审判中也广泛存在着非人道的跪审和刑讯。清末法律改革的一个主要动因即是希望通过革除旧律、制订新律而收回领事裁判权,而贯穿其中的礼法之争实际上就是一场身体的归属之争,或是“一场身体的从属战争”。<sup>[23]</sup>礼法之争中关于干名犯义、子孙违反教令、犯罪存留养亲、无夫妇女犯奸、故杀子孙、卑幼对尊长的正当防卫权等问题的争论,其实无一不涉及到身体及其归属问题。杨度提出将身体由家族转移为国家归属,本质上指由传统的家族和国家归属为主转变为个人归属为主。因为杨度所谓的“国家”并非是传统意义上的家族本位之物,而是一个以个人为本位的新概念国家。显然,在这个新概念的国家中,“在法的层次上,个人的身体开始走上平等化的路径,成为家族无法全然支配的对象。”<sup>[24]</sup>

[22] 黄俊杰:《中国思想史上“身体观”研究的新视野》,《中国文史研究集刊》第20期,台北中研院文哲所2003年出版。

[23] 黄金麟:《历史、身体、国家》,第113页。

[24] 黄金麟:《历史、身体、国家》,第115页。

我们发现,由于深受西方尊重个人人权的资产阶级法理念的影响,法理派在整个礼法之争乃至整个法律变革中都在坚持着身体的个人归属权。虽然新刑律迫于无奈附了一个暂行章程,但主体仍是闪耀着尊重个人身体权属的光辉,而新的民律草案则破天荒将一个个自然人视为是一个权利和责任的主体,则使得个人的身体归属在更广泛的社会关系层面解除了传统上一直以来处于主导地位的家庭和国家归属,个人成为了自己身体的最广泛的主人。令人感慨的是,虽然这些新的法律在当时很难真正实施,当然随着清朝的迅速灭亡也无法实施,但其中包含的尊重身体的个人归属的法律精神则被一再扩展,某种意义上甚至成为了作为“辛亥政治的身体标记物”——头发进行革命的强大推动力,并且极大地促成了“五四”时期的“身体解放”思潮。<sup>[25]</sup>这些都推动、制约着民国时期的立法,1929年至1930年国民党政府颁布的《中华民国民法》不仅将男女在法律上一律平等对待,从而彻底摆脱了女人身体归属于男人、妻子身体归属于丈夫的传统,而且明确将个人独立化于家庭的管制,从而使个人的身体摆脱家庭归属,而主要成为个人归属并受到法律的平等保护。

## (二) 身体归属于个人的法律转向意义

从中国传统礼法看,一个人的身体虽然有归属自己的时候,但却是微小的,而且主要是在生物学的层面上存在,其身体归属更多的是由家庭、由国家来决定,此时身体体现出强烈的伦理和政治的符号象征意义。中国传统礼法之所以从各方面规制一个人的身体归属于家庭和国家,其主要目的就在于强化君主专制,因为在家国同构、家国专制的语境中,个人身体的任何独立都表达出对集权的离心力。由于专制是建立在暴力和臣服之上,因此统治者就要不断强化礼法对子民的身体进行从灵魂到肉体的全面规训和控制。

学术界对西周“以德配天”观念的确立常以很多的言辞予以赞美,以为人在法律中的位置从此开始确定,殊不知此时的“人”并非指个人,而是泛指区别于动物的群体。既然是群体,“人”就是一个模糊的概念,就是一个经常被统治者利用当“枪”来使的工具。“人”愈模糊,个人就愈不存在,“民之所欲,天必从之”<sup>[26]</sup>不过是利用“民”这个“人”的模糊概念的主要统治策略而已,统治者并非真正去关注每个人的真情实欲。因此,在“民”或“人”的概念里,个人只是一具空壳,没有自己的思想,没有自己的自由身体。而更为重要的是,由于身体的个人归属严重缺失,一个人除了服从奴性,除了满足自己以及亲人身体的生存外,又如何指望他(她)去真正关心国家的“身体”的健康发展呢?因此,诚如杨度之言,中国古代的国家只是君主的国家,不是人民的国家,更不是个人为本位的国家。正是这样的国家,哪怕是经历了几千年的“修炼”,但到了近代一旦遇上西方的挑战,也就俯首称臣了。这是一种国家历史的嘲弄,也是身体个人归属缺失的必然悲剧。

## 五 结语:身体个人归属拓展的法律期待

当然,一个人在行使自己身体归属权的时候,也需要考虑到是否构成对家庭和国家归属权的破坏,是否要尊重这些归属权在自己身体上的存在。因此,强调身体的个人归属并非是

[25] 关于头发作为辛亥政治的身体标记物及“五四”时期的身体解放思潮问题,请参见葛红兵等:《身体政治》,上海三联书店2005年版,第57-71页。

[26] 《尚书·泰誓》。



要抹杀家族和国家归属,而是在尊重合理、适当的家族和国家归属下,尽量去拓展身体的个人归属的空间。

从历史境遇来看,在传统礼法的规制下,中国人长期浸没在自我身体归属的丧失中而无有所知,只有在近代遭遇西方法律文明的冲击后才有所惊醒,原来人应该有一个有尊严、有自由的活着过程。虽然自我拥有一个被尊重且又自由的身体是由人的本质决定的一种内心需求,<sup>[27]</sup>但如果没有法律的确立和保障,一切终归于零。

然而,在当代中国,虽然身体归属于自己有着较多的表现,但不可否认,身体的国有依然是普遍状态,法律往往把个人的身体不合理地国家化。比如人的迁徙自由这种身体在空间上的移动自由就未能体现,国家通过城乡差别对待的户籍法律把一个人的身体固定在某一个特定空间,这既显示了人与人之间的不平等,同时也限制了个人的生存和发展空间。而另一个更为典型的现象就是:把一切刑事犯罪都视为对国家利益这个客体或法益的破坏,而不视为对个人利益特别是身体权益的破坏;法律着重体现的是对罪犯的处罚,而不太关注对受害者身体的保障。不过,令人感到欣慰的是,恢复性司法、刑事和解等在目前的司法中正进行着尝试,这可说是一个在“具体法治”上的将身体尽可能归属于个人的努力体现。我们期待着身体的个人归属在法治的意义上有更多、更合理、更公正的表达和拓展。

---

[ Abstract ] To whom does a person's body belong? Under the regulation of the traditional Chinese culture of rites, a more spirit-oriented but not material-oriented body, to a greater extent, did not belong to oneself, instead, it belonged to the parents, the clan and the state. As the ownership of the body could be transferred and had multiple attributions, and the exercise of the ownership was subject to restraints of the rites, the ownership condition made the body become a moral and political symbol. With the impact of the western legal culture in modern times, the traditional ownership of the body changed direction towards individual ownership. In the trend of emphasizing individual human rights and liberty, the individual ownership of the body and legal protection should be the main trend of development, though the practice that one's body belongs to the clan and the state still remains in our life.

---

(责任编辑:支振锋)

---

[27] 实际上,任何人都希望自己得到尊重,希望拥有一个自由的身体,即使最忠实的奴才也会在内心深处渴望身体的个人归属。当清末的中国人在租界法庭感受“站审”甚至“坐审”而不是“跪审”之时,他们就已经分辨出不同的身体归属所带来的区别意义,并在内心产生一种暗暗的振奋和欣喜。