

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)[论文精粹](#)[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读全文](#)[> 论文精粹](#)

李锡鹤：民法学应有“准人身”概念

admin 发表于： 2009-09-04 10:44 点击： 569

一、绝对性身份根据概念

社会表现为人的集合,本质上是意志的集合。意志是希望达到某种目的的心理状态。

意志的实现依赖于利用可支配的稀缺资源。在社会产生剩余劳动以前,各意志的实现资格是平等的,社会无须规定可支配稀缺资源的归属。社会产生剩余劳动后,占有他人的劳动成为可能,社会通过法律,规定了可支配稀缺资源的归属,以定分止争。对稀缺资源享有支配资格者即法律上的主体。被支配之稀缺资源即法律上的客体。未规定归属之可支配稀缺资源,即民法中的无主财产,除法律专门规定外,适用民法先占原则。

法律上的支配,指自主作用,即主体可在客体上实现自己的意志,或者说,主体的意志可在客体上实现自己。所谓主体支配客体,其实是主体的意志支配客体。在法理上,欠缺行为能力人以监护人的意志为其意志。主体的意志是通过行为支配客体的。行为是意志的表现,是主观见诸客观的过程,需要特定的承担物。行为的承担物存在于意志之外,是意志的“表现介质”,必须受主体意志的支配,不能受其他主体的支配,否则主体的意志无法表现为行为,也就无法支配自己的客体,不成为主体的意志。主体即由意志及其“表现介质”构成。

这是主体的结构。民法中的“人身”范畴,其实就是指主体的“表现介质”。意志是主体的核心和灵魂。人身是主体意志的载体,主体的存在形式。对主体而言,人身具有固有性和专属性。所谓固有性,即与特定主体同始终。所谓专属性,即只能由该主体支配。民法中所谓的人身属性,就是相对于特定主体的固有性和专属性。

人身由要素组成,分一般要素和特殊要素。一般要素分有形部分和无形部分。有形部分包括生命、健康、身体、行动等,无形部分包括姓名(拟制主体为名称,网络世界中为域名)、肖像、名誉、隐私等。主体欠缺一般人身要素,将部分或完全丧失主体资格。特殊要素指主体的身份。主体欠缺特殊人身要素,将不成为该特定主体。

法律上的归属,指可在对对象的全部支配方式中,任意选择支配方式。在现象上,归属关系反映的是主体与归属对象的关系。在实质上,归属关系反映的是意志和归属对象的关系。归属关系可分为专属性归属关系和非专属性归属关系。归属对象也可分为专属性归属对象和非专属性归属对象。(1)非专属性归属对象,可由其他主体支配,有交换价值。此类归属关系发生财产权。所谓财产权,即非固有权利,非专属权利,本质上是具体主体因自己的行为而享有的权利。法律上之财产,即有交换价值之可支配稀缺资源。其中,可占有者为法律上之物;不可占有者包括智力成果和所有权以外之财产权。(2)专属性归属对象,只能由归属者支配,无交换价值。又可分为两类。一是归属者之主体资格根据,属主体之一般人身要素。此类归属关系发生人格权。所谓人格权,即具体主体作为一般主体而享有的权利;二是归属者特定化之根据,即主体之身份根据。此类归属关系发生身份权。所谓身份权,即具体主体作为具体主体而专享的权利。人格权和身份

权同属人身权。人身权是具体主体之固有权利,专属权利,是具体主体因自身的存在而享有的权利。

主体的身份指主体的某种地位,其实是具体主体因身份根据的专属性归属而与其他主体发生的关系。这一地位属主体意志的“表现介质”,是主体的特殊人身要素,是主体人身的组成部分。主体的身份根据是主体发生身份关系的根据,即主体特定化的根据,可分为相对性身份根据和绝对性身份根据。前者发生相对身份权,如配偶权、亲权、亲属权,身份根据是专属性的特定行为,属人身范畴;后者发生绝对身份权,如荣誉权,其身份根据为荣誉。

荣誉是权威机关对特定主体的正式的、肯定的评价,是一种可支配的稀缺资源。荣誉权是荣誉权人作为特定主体而固有的、专享的权利。荣誉具有固有性、专属性,并非财产。荣誉不是荣誉权人主体资格的根据,不是一般人身要素。荣誉权人和荣誉之间的专属关系,是荣誉权人的特殊人身要素。但荣誉本身不是一种社会地位,不是荣誉权人的特殊人身要素,属“身外之物”。总之,荣誉既非财产,又非人身。

相对身份权和绝对身份权都是因特定身份而专享的权利,都通过利用即支配身份而行使权利。因此,两者的直接客体都是权利人的身份。但相对身份权人支配身份,其实是支配自己的行动;而绝对身份权人支配身份是通过自己的行动支配某一专属的“身外之物”。

不难发现,绝对身份根据就是具体主体专属的“身外之物”,其特征为:(1)属可支配之稀缺资源,否则法律无须规定其归属;(2)属权利客体,因已是归属对象;(3)专属于归属者,因此不是财产;(4)属“身外之物”,因此非人身组成部分。

二、绝对性身份根据种类

需要指出,具备以上四项条件者不止是荣誉。

如,作为著作身份权客体之作品。作品是一种智力成果。通说认为,智力成果是一种无形财产。作品作为使用对象时,无专属性,是财产;但作为发表、署名、修改对象时,有专属性,不是财产。著作权不是同一项包括人身权能和财产权能的权利,而是一项人身权(著作身份权)和一项财产权(著作财产权)的权利组合。著作身份权和著作财产权的宗旨不同:

前者是公示作品和作者,后者是使用作品(含许可他人使用)。因此,著作财产权的客体仅仅是作品,而著作身份权的客体除作品外,还包括作者的姓名。著作身份权有专属性,著作财产权无专属性。作者转让著作财产权后,仍享有一项完整的权利——著作身份权,而不是仅享有著作权的若干权能。同样,受让人也享有一项完整的权利——著作财产权,而不是仅享有著作权的若干权能。著作身份权人和作品的专属关系,是著作身份权人的特殊人身要素,但作品本身不是作者的特殊人身要素,而是作者的身份根据——专属的“身外之物”。

又如,人身遗存。自然人去世以后,其人身并不随即消灭,在相当长的一个时期内,将遗存于社会。死者的人身遗存包括两部分:(1)有形人身遗存,即死者的尸体,遗骸和骨灰;(2)无形人身遗存,即死者的姓名、肖像、名誉、隐私等。死者的人身遗存已不归属于死者。

如何对待死者的人身遗存,必然对生者产生影响,尤其对死者生前的亲朋好友产生影响。法律有必要像规定遗产的继承一样,规定对死者的人身遗存的保护方式。

如果死者生前没有相反遗嘱,可推定死者生前已决定,死后人身遗存归属于近亲属,即由近亲属支配。据此,死者的尸体、遗骸和骨灰,在尊重死者生前意志的前提下,其近亲属享有处置权,当然不得违背公序良俗;死者的无形人身遗存,其近亲属享有保护权。如果死者没有近亲属,可推定死者生前已决定,死后人身遗存归属于国家,即由国家处置自己的有形人身遗存和保护自己的无形人身遗存。因此,应有专人享有对死者人身遗存的权利。

死者的人身遗存不是死者的人身,也不是人身遗存权人的人身;出于伦理的原因,不能交换,即有专属性,因此不是财产。人身遗存权人和人身遗存之间的专属关系,是人身遗存权人的特殊人身要素,但人身遗存本身不是人身遗存权人的特殊人身要素,而是人身遗存权人的身份根据——专属的“身外之物”。

有一种观点,主张死者的有形人身遗存属于禁止流通物;据此,民法中的物可以是非财产。其实,民法需要物的概念,是为了表示可占有的财产,以区别不可占有的财产。前者存在移转占有问题,后者不存在移转占有问题,法律必须作不同的规定。民法中的禁止流通物属于财产,对物的权利属于财产权。主体的人身、主体的身份根据、禁止流通物,均禁止流通,但原因不同:人身中的一般要素是主体资格之根据,特殊要素是主体特殊性之标志;身份根据是主体特定化之根据;故禁止流通。禁止流通物则因具体国家的政策而禁止流通。

又如,人体可逆性分离部分。此处之“可逆性”包括自体移植和异体移植。人体可逆性分离部分具有以下性质:在自体移植前,不是原人体的组成部分,因此不属于原主体的人身;在异体移植前,不是受赠人人体的组成部分,因此不属于受赠主体的人身;出于伦理的原因,不能交换,即有专属性,因此不是财产。法律应规定人体可逆性分离部分之专属权人,权利人可在公序良俗的限度内决定其命运;不特定人承担不作为义务。人体可逆性分离部分与其权利人之间的专属关系,是权利人的特殊人身要素,但人体可逆性分离部分本身不是其权利人的特殊人身要素,而是他的身份根据——专属的“身外之物”。

又如,主体之效果意思。民法中之效果意思,指追求民事效果之意思。根据到达原则,在诺成性行为中,合法效果意思到达相对人生效;到达以前,意思表示有效,行为人和不特定人已就该效果意思发生了绝对权关系:行为人享有效果意思权,可支配该效果意思,即可决定是否撤回该效果意思;不特定人不得否定该效果意思,譬如阻扰传递,篡改内容,通过毁损载体而否定其本身。效果意思不可占有,不是物,不受物权法保护;通常无独创性,也不是智力成果,不受知识产权法保护。效果意思无法转让,具有专属性。效果意思权人和效果意思之间的专属关系,是效果意思权人的特殊人身要素,但效果意思本身不是效果意思权人的特殊人身要素,而是效果意思权人的身份根据——专属的“身外之物”。

从以上分析可知,可支配之稀缺资源可分为已规定归属和未规定归属两部分(见以下可支配稀缺资源分类表)。前者即权利客体,后者即无主财产。可支配稀缺资源中,有交换价值者为财产。权利客体中,非专属性归属者属财产;专属性归属者包括两部分。(1)主体意志之“表现介质”和载体,是主体之存在形式,称主体之人身。其中,主体资格之存在根据为一般要素;主体特殊性之标志——身份,为特殊要素。(2)主体之绝对性身份根据,即专属之“身外之物”,包括:主体之荣誉、作为著作身份权客体之作品、人身遗存、人体可逆性分离部分、效果意思等。主体之绝对身份根据可消灭,但不可与主体分离。主体之绝对身份根据消灭后,具体主体不再是该具体主体,但仍是民事主体。所谓主体之绝对身份根据与主体分离,指绝对身份根据受其他主体支配,“分离”的前提是该具体主体和该“身外之物”存在。主体与其绝对性身份根据之关系,反映主体之身份,为主体之特殊人身要素,属主体人身之组成部分。但主体绝对性身份根据本身不是主体人身组成部分;因具有专属性,也不是财产,而是既非财产,又非人身之特殊可支配稀缺资源,特殊权利客体。民法学应该为其命名。就具体主体而言,主体绝对身份根据具有固有性和专属性,准用对人身的规定,似可称“准人身”。具体主体因准人身的归属而与其他主体发生的法律关系为准人身关系,但准人身关系即绝对性身份关系,属身份关系范畴,不是财产关系和人身关系外的第三种民事关系。侵犯主体之准人身即侵犯主体之身份,也就是侵犯主体之人身。但主体之准人身并非主体人身之组成部分。民法学范畴应有确定的含义,不能因准人身关系属于人身关系,侵犯准人身即侵犯人身,而不区分准人身和人身。

出处:《华东政法学院学报》2007年第2期(总第51期)