

2006年第4辑 (总第30辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◆主编

本辑要目

【物权立法研究】

常鹏翱 / 对“物”的理论反思——以实务问题为对象

【司法解释之窗】

曹守晔 / 依法规范 适度监督 大力支持——对仲裁法司法解释的理解与适用

【法学专论】

张铁薇 / 共同危险行为若干理论的实证分析

【法官论坛】

单国军 / 铁路交通事故人身损害赔偿的归责原则及其适用

【品味民法】

王利明 / 王婆卖瓜的法律启示

【判例评析】

马 强 / 无民事行为能力人订立合同问题研究

陈健全 / 生育权的性质及其冲突解决原则

罗小平 / 不真正连带责任法理在审判中的适用

人民法院出版社

2006年第4辑(总第30辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2006 年. 第 4 辑: 总第 30 辑/王利明主编.
北京: 人民法院出版社, 2006. 12
ISBN 7-80217-401-5

I. 判… II. 王… III. ①判例-研究-中国-丛刊②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. D920.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 155482 号

判解研究

2006 年第 4 辑(总第 30 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编: 100745
电 话 (010)85250571(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司
经 销 新华书店
开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 212 千字
印 张 12.125
版 次 2006 年 12 月第 1 版 2006 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-401-5
定 价 28.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇三年

七月一日

《判解研究》编辑委员会

主 任：王利明

副主任：杨立新

委 员：(以姓氏笔画为序)

王运声 龙翼飞 刘春田

江 伟 孙华璞 纪 敏

杨润时 吴汉东 张晓秦

俞灵雨 姚 辉 钱 锋

郭明瑞 董安生 蒋志培

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 熊谓龙

麻锦亮 刘生亮 周云涛

电 话：(010) 85250571 62514868

传 真：(010) 85250586 62514868

E - mail: caselaw@sohu.com

支持单位：北京市鑫兴律师事务所

网 址：www.xinxinglaw.com

E - mail: xinglaw@yahoo.com.cn

稿 约

《判解研究》旨在对审判实践中的重大疑难案件及司法解释展开研究，将法学理论全面运用于司法实务，通过分析归纳演绎，在个案中寻找法理与裁判的连接点，在判决中发掘对法律予以选择的理由、法条的内涵，以及判决的一致性，藉此丰富对法律的解释、总结法律适用的经验、探求法律的精神，为立法和司法提供经验。真诚欢迎法学理论及实务工作者惠赐佳作。来稿要求：

1. 稿件应属未公开发表的作品。

2. 稿件字数应在 5000 字以上，引文务必注明出处，注释体例以已出版的《判解研究》中的样式为准，稿件应为打印稿并请附软盘，并以 Word 文件或文本文件存盘。

3. 投稿后 3 个月未接到用稿通知，作者可另投他刊，来稿中请详写联系地址、电话、电子邮箱，以便及时联系。请勿一稿两投。

4. 本刊所发表的所有文章，均已由作者授予自发表之日起 1 年的专有使用权，任何转载、摘登、翻译或结集出版等事宜，均须事先得到本刊编辑部的书面许可。

投稿请寄：

中国人民大学民商事法律科学研究中心，邮政编码：100872。请在信封正面注明“《判解研究》投稿”字样。

E-mail: caselaw @sohu.com

有关本书的征订、邮购等事宜，请直接与人民法院出版社联系。

联系电话：(010) 85250558

地址：北京市东城区东交民巷 27 号

邮编：100745

本丛书现已出版 30 辑。欢迎读者邮购。

目 录

物权立法研究

对“物”的理论反思

——以实务问题为对象…………… 常鹏翱（1）

司法解释之窗

依法规范 适度监督 大力支持

——对仲裁法司法解释的理解与适用
…………… 曹守晔（21）

法学专论

共同危险行为论

…………… 张铁薇（29）

析合同法中的几个诉讼时效问题…………… 周湘华（54）

法官论坛

铁路交通事故人身损害赔偿的归责原则

及其适用…………… 单国军（62）

品味民法

王婆卖瓜的法律启示…………… 王利明（79）

判例评析

无民事行为能力人订立合同问题研究

…………… 马 强（87）

简单与复杂之间

——对一辆出租车引出九个裁判的思考

…………… 王伟国（101）

论股东优先购买权对股权转让协议的影响	孙巾淋 (115)
生育权的性质及其冲突解决原则	
——李×诉启东市陈黄秀珍医院、王××生育权纠纷案评析 ...	陈健全 (125)
不真正连带责任法理在审判中的适用	
——从一则个案说开去	罗小平 (133)
公报案例评析	
实际承运人的无单放货责任	邢海宝 (142)
死亡赔偿金的调整、属性及其改进	
——季宜珍等诉财保海安支公司、穆广进、徐俊交通事故损害赔偿纠纷案	王 成 (160)
海外判例选介	
诉讼时效的起算：英国最新判例	
启示	冯 悦 丁尚军 (175)
编辑后语	(189)

对“物”的理论反思

——以实务问题为对象

常鹏翱*

一、引言

物权的主要客体是物，在德国民法中，物的基本特性为：

(1) 非人格性，即人体不是物；(2) 有体性，即物必须是有体物；(3) 可支配性，即能为人所控制和支配；(4) 独立性，即在性质上是可以被界定的，具有特定性，能与他物区别而独立存在。^①从实际情况来看，我国民法在物的认识上也大抵相同。^②

物的上述特性是自然意义之物产生法律意义的标准，只有符合这些标准，物才能承载物权。不过，任何一项标准只能考虑和体现事物有限的典型因素，法律在设定物的标准的同时，也放弃了一些有价值但非典型的参考因素，这使得物的界定并不具有完全性，一些有意义的外在经济对象因此不得成为物。

* 中国人民大学博士后研究人员，中国社科院法学所博士，哈尔滨工业大学法学院教授。

① Vgl. Müller, Sachenrecht, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1997, S.6-8; Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 24. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2000, S.347-348.

② 参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第207～208页；王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2002年版，第27页；梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿·总则编》，法律出版社2004年版，第124～125页。

由此也引发了若干实务问题：1. 胎盘、血液等器官和组织在脱离母体后，属于人体还是物？与此相关联，丧失生命力的遗体如何定性？2. 与物的有体性相反，股权等财产权或财产性利益是无体物，但为了发挥其经济价值，其上也可负载物权（如债权质权、股权质权等），那么，对它有无范围或者类型限制？3. 企业等集合物是诸多财产的结合体，不具有特定性，不能成为单一物权的客体，但既然有体物和无体物都分别能成为物权的客体，为何综合了有体物和无体物的企业不能负载物权？

以上三个问题构成了本文的分析对象。本文对它们的分析将是具体和微观的，但基本出发点是希望探讨物权客体的一般性理论，确立外在对象得以负载物权的一般标准，并在此基础上分析具体物权的限制性，比如能负载何种类型的物权，物权能否流通等。本文的分析将超越德国法给物设定的标准，也会背离我国民法理论的通常认识，结论是否妥当，尚乞方家不吝赐教。

二、人体的法律地位

在传统民法中，物的首要意义，就是人体之外的物质对象，因为人体具有特定的人格价值，不能作为客体。^① 不过，随着社会观念的发展和医疗技术的进步，传统民法对人体的界定不能涵盖现实情况，人的器官能被无害分离、复制和移植，人的精子、卵子、受精卵能够被储存和再用，这些身体要素均被物化或者客体化了，成了被支配的对象，民法应对此进行怎样的应对呢？不仅人体器官和组织如此，实践也对遗体的法律地位提出了疑问，其究竟是物还是人格载体？

（一）器官和组织的法律地位

1. 基本定位

在人体保持生命力的状态下，不损害活体的正常形态和功能完整性，脱离人体的器官和组织将不再承载主体价值，在法律性质上转化为物，如脱落的毛发、捐献的血液、摘取的器官等。脱离活体的器官和组织既然是物，其上自然可负担所有权，所有权人应为母体之原主。卫生部 2005 年 3 月 31 日卫政法发〔2005〕123 号《关于产妇分娩后胎盘处理问题的批复》，即确认产妇分娩后胎盘应当归产妇所有。当然，当脱离人体的器官和组织被植入他

① 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 380 页。

人身体后,就构成新主身体的有机组成部分,不再是物,原主不能再对其主张所有权。

不过,并非所有脱离活体的器官和组织均立即转化为物。在现有医疗技术条件下,如果该器官和组织不可被替代,同时还有再进入原主身体的现实可能性时,只要原主具有让其回归身体的意思和目的,那么,它们仍然属于原主身体的一部分。德国联邦法院在处理某医院因过失导致某男子储存的精子灭失的纠纷时指出:若身体部分的分隔,依权利主体者的意思系为保持身体功能,或其后将再与身体结合时,则为保护权利主体者的自主决定权与身体本身,从法律规范目的言,应认为此项身体部分在其与身体分离期间,乃构成功能上的一体性。对此种分离身体部分的侵害,应认是对身体的侵害。^①从法律后果上看,这种见解更利于保护受害人的利益,使其还能获得精神损害赔偿的救济,值得赞同。

2. 基本要求

人体器官向物的转化,除了理发、美容等无害行为之外,通常要有害于人体生理结构或者功能的完整性,为了确保人体安全,按照我国有关地方性法规的规定,这种转化必须符合以下基本要求:(1)决定转化的主体是身体原主,具有完全行为能力;(2)转化的决定必须出于内心真实意愿;(3)转化的决定符合书面等要式要求;(4)在活体捐献的情况下,决定转化主体的生命安全不因此而危险。^②

在实务中,在决定转化主体方面存在以下两点疑问,值得认真讨论:

(1) 死刑犯能否捐献器官?

据报载,曾有数名死刑犯向看守所提出申请,想在行刑之前捐献身体器官来赎罪,以减轻罪行给社会造成的危害。然而,各种制约因素使得法院没有批准这些申请,理论界也有人对此提供了理论支持,其理由大致为:其一,我国目前的羁押制度和刑事诉讼程序没有给死刑犯活体捐献预留空间,死刑犯活体器官捐献面临监管制度上的巨大障碍,死刑犯请求法院批准这种捐献是不合理的要求;其二,死刑犯处于弱势地位,其捐献器官的表示不一定出自本人的真实意愿,而且应当原则上推定其为非自愿、非真实;其三,

① 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第108~109页。

② 例见《深圳经济特区人体器官捐献移植条例》第6~7条;《山东省遗体捐献条例》第8~9条。

包括死刑犯在内的犯罪人道德生活失败，其自愿捐献比例不可能超过正常人群，允许其捐献，会导致更多的人被判处死刑；其四，国家和政府代表社会剥夺了死刑犯的生命，社会成员没有资格获取死刑犯的人体器官。^①

由于论者的知识结构和认识态度不同，对特定问题也会持有不同看法和理由，这是很自然的现象。从论者的具体性知识出发，上述理由有其合理性，但本文认为，其合理性有待进一步商榷：

首先，特定职能部门依据法律对死刑犯的羁押，目的在于限制犯人的的人身自由，为刑罚的执行、维护法律尊严提供了技术准备。不过，必须注意，这种限制有其限度，它并不指向犯人的意思自由，其中当然包括捐献器官等决定自由。这意味着，羁押等制度与死刑犯捐献器官的要求并不矛盾。实际上，法院等实务部门之所以采用消极态度，并非要否定死刑犯的这种自由，而是因为难以处理下列的棘手问题：如何在捐献手术过程中的保障死刑犯的安全？谁对犯人逃离、自杀、自残、伤人或者意外死亡负责？^② 还要看到，实务中还有犯人自残、自虐行为，这在一定程度上也属于犯人的意思自由范畴，对此，法律制度肯定不会采用不予救助的立场，而一旦实施救助，上述棘手问题同样存在。要解决这些实务难题，必须理顺司法、医疗、监督等各部门的职责衔接，并进行相应的制度构建，而这恰好是目前制度空白，客观来看，正是制度缺失导致实务操作不能。因此，只要明晰相关的程序和职责，死刑犯捐献器官就只是如何操作的技术问题，而非是否正当的价值判断问题。

其次，在法律意义上，死刑犯是被法院判为死罪，等待执行死刑的罪犯，在特定期限内，其生命将被国家强行剥夺。这是一种极其确定的生命趋于灭亡的状态，此时的犯人处于生死界线之间。从一般社会情理判断，死刑犯的生命将不复存在，所有的一切也将化成虚无，这是一种万念俱灰的生存状态；从法律上判断，死刑犯无望减轻处罚，其捐献器官不能再给自己换取生存的空间。故而，除非出于其内心忏悔和赎罪的真实意愿，很难想像，在没有其他不当欲望引导的具体现实中，万念俱灰、无欲而刚的死刑犯会因外界强力的劝导、引诱、威逼而被迫捐献器官。而且，我们不能因为死刑犯被国家羁押的弱势地位，就推定其捐献器官的意愿不真实不自愿，因为如果只

① 参见：《人体器官移植法律缺失 法学专家呼吁尽快立法》，载《法制日报》2005年6月1日，第9版。

② 参见：《死刑犯捐器官为何难如愿》，载《法制日报》2005年5月30日，第5版。

是认为死刑犯无权捐献器官，而非死刑犯的其他罪犯有权捐献器官，那么，在都被羁押而丧失人身自由的条件下，给同样处于弱势地位的死刑犯和其他罪犯两种截然不同的判断，恐怕就有违“同样事物给予同样对待”的自然正义规则。

再次，与正常的人群相比，包括死刑犯在内的犯人触犯了国家刑律，这是否必然会推导出这个群体道德低下而难以自愿捐献器官？恐怕难以得出肯定的结论。我们都知道，法律和道德是两个不同的范畴，它们之间不存在正函数关系，守法者未必是道德高尚之人，违背者未必不是操持特定道德准则的人，我们在电影中常见杀手杀人但也救人的故事，现实中也不乏在亲人同事朋友邻人眼里为好人、但实际是罪犯的事例，同理，死刑犯尽管罪行严重，但不能因此就怀疑他们不具有捐献器官的思想境界。而且，死刑犯捐献器官与死刑适用情况似乎也没有必然逻辑关联，只要法律严格限定死刑的适用条件和核准程序，只要法官依法裁判和严守职业道德，只有罪行的严重性才能决定行为人是否应当判为死刑，允许死刑犯捐献器官的制度考量对此不会产生任何影响；死刑数量并不因捐献器官而扩大，故而，即使死刑犯捐献器官的比例很低，法院也不会因此扩大死刑的适用数量。

最后，死刑的适用将剥夺死刑犯的生命，这是其罪有应得、咎由自取的结果，这种结果是国家对犯人的惩戒，对其他社会成员的抚慰和警示，也是对失范之社会秩序的补救，在特定的社会条件制约下，其正当性是不言而喻的。在此宏观前提下，死刑犯捐献器官是一种法律框架内的自由表现，这种自由要实现，就必须有具体社会成员的配合，否则，这种自由就是没有任何实际意义的冲动和言辞。在社会有需要的现实中，死刑犯捐献器官当然有价值，它的价值实现，正落实在需要器官移植的社会成员身上。换言之，死刑的功能不在于剥夺死刑犯的意思自由，而死刑犯要实现这种自由价值，首当其冲是特定社会成员同意接受死刑犯器官的意愿，这两者是相辅相成的。这当然意味着，如果社会成员没有资格获取死刑犯的活体器官，我们压根儿无需在此讨论这个问题。

上述的分析表明，死刑犯有权捐献器官！死刑犯是虽生即死的特定人群，他们在生死之间自愿捐献器官，应当视为回归社会母体的良知重现，虽然这种举措发生的比例会很低，但基于我国活体器官供体严重缺乏的现

实,^① 法律应当认可死刑犯捐献器官的自由和权利,并提供制度保障,以落实这种自由和权利,促进社会福祉。^② 这不仅是对作为人之死刑犯的主体尊重,也是对作为人之受益人的主体尊重,要知道,生命将消失的死刑犯因为捐献器官,会为生命受阻的受益人提供健康生存的机会,这应当是人类携手并进的至高道德表达,不应漠视!

(2) 谁有权决定被监护人的器官或组织脱离身体?

由于无行为能力人和限制行为能力人(被监护人)不能辨认和认定器官或组织脱离身体对自己身体健康产生的影响,法律通常认为他们做出脱离的自我决定没有法律意义,这种决定原则上不构成阻却侵权行为之抗辩事由的受害人同意;但在他们能产生特定认识的场合,如到理发店理发、学校组织体检抽血、到医院拔出虫牙,也不应否定自我决定的法律意义。

但对于被监护人之重要器官或者组织的脱离,如捐献骨髓、切除少女子宫等,谁有权作出决定,则存在疑问。依据《深圳经济特区人体器官捐献移植条例》第7条的规定,未成年人捐献骨髓,需要父母或者监护人的同意。由此,决定权由监护人享有,这也符合我国医疗实践的通常做法。

不过,这种做法在实践中遭到质疑:某市儿童福利院的两名智障孤儿少女月经不能自理并痛经,日常生活完全不能自理,常识和判断能力极差,容易受到性侵犯,福利院遂委托医生切除智障少女的子宫,最终导致该福利院的负责人和医生承担了相应的责任。^③ 针对“在现行法律中,福利院是否可以以监护人的身份决定切除智障少女子宫”的问题,有学者持否定态度,认为:智障人的生育权在没有任何法律明文剥夺的情况下,无论谁剥夺这种权利都是违宪的。切除子宫涉及基本权利,凡是涉及人身自由、身体健康的,

① 现实状况的数字化描述,参见《人体器官移植法律缺失,法学专家呼吁尽快立法》,载《法制日报》2005年6月1日,第9版。

② 我国相关实务部门曾肯定死刑犯捐献遗体的自由。据报载,卫生部有负责人在接受一家中央媒体采访时说:“在(20世纪)80年代,最高人民法院、卫生部等部委就联合发文明确规定,为了救死扶伤的目的,只有在死刑罪犯自愿并签名同意,或经其家属同意,并经有关卫生行政部门和司法部门严格审查批准,医疗和科研部门才可利用死刑罪犯的尸体或尸体器官。这与其他公民自愿在去世时捐献遗体或遗体器官是一样的。”参见《人体器官移植法律缺失,法学专家呼吁尽快立法》,载《法制日报》2005年6月1日,第9版。

③ 参见:《福利院切智障少女子宫之人道伦理争议》,载《南方周末》2005年6月9日,第1~2版。

只要法律没有明文规定，无论谁都不能去做。^①

这种见解的出发点在于保障人权，即智障人的生育权，以此来否定监护人的相应决定权。对此，本文认为不妥。因为：宪法规定的基本权利固然属于人人皆应享有的普适性权利，但必须看到它们在应然和现实之间的差距，并非宪法规定的基本权利都必然落实到现实之中，其中存在诸多现实制约要素。具体到本案中的智障少女而言，生育与否对她们已经没有实际价值，而且，生殖组织的完整给她们带来的是生理痛苦，在此背景下，与如何为她们提供良好的生活环境、提高其生存质量相比，生殖组织的完整和生育的权利已经不再占据主导和首要位置。相反，保障和提高她们的生活质量，才是对她们基本权利的最大关注。而且，既然法律给监护人设定相应的监护职责，就是默认监护人会为被监护人的最大利益而行动。如果排除监护人在本案事项上的决定权，无疑是戴着怀疑的眼镜来审视监护人的诚信，其结果可能是监护人不尽心为妥当监护的义务，被监护人处于更为糟糕的生存环境之中，这对本案智障少女来说是祸不是福。特别是在我国目前缺乏必要的制度安排的现实情况下，如没有诸如医疗伦理委员会等专业组织考察决定权行使的正当性，忽视监护人的决定权，用泛泛的宪法基本权利掩盖现实条件制约，就是用美好的话语掩饰现实的残酷，最终会给被监护人带来身心痛苦，而不是人权保障。

3. 流通性

由人体器官和组织转化的物比较特殊，它毕竟曾经负载过人的主体价值，与一般的物不同，法律往往限制它在交易市场上的公开流通性，比如，献血法第11条规定：“无偿献血的血液必须用于临床，不得买卖。血站、医疗机构不得将无偿献血的血液出售给单采血浆站或者血液制品生产单位。”又如，《深圳经济特区人体器官捐献移植条例》第3条第1款规定：“捐献人体器官实行自愿、无偿的原则，禁止以任何方式买卖人体器官。”这样的规定当然有助于维护人作为主体的尊严，也有助于维护人体生命安全和健康。

但从实用主义的立场出发，完全禁止这类物的市场交易，也有不当之处：市场需求决定了供给，我国目前人体器官需求量很大，而供体远远不

^① 参见：《“切除智障少女子宫案”四问》，载《南方周末》2005年6月9日，第2版。

足,这种需求势必会导致器官黑市交易的存在,甚至促成器官中介业的生成,^①对此,法律限制基本上不起作用。在器官移植以及配型技术不完备和不科学的情形下,还会产生诸如传染疾病等问题,给社会带来了更大的危险和危害。与其如此,不如由专业机构组织和搭建公开的交易平台,设定严格而恰当的交易条件和程序,创造有序的交易秩序,消除黑市交易带来的风险和危害。还要看到,随着科学技术的发展,人体胚胎干细胞能培育供移植用的细胞、组织或器官,这些细胞、组织或器官具有一定的财产价值,在移植入人体之前属于流通物。^②

如果允许脱离人体的器官和组织进行流通,不可避免地涉及流通契约的效力问题,对此,应把握的基本规则为:(1)有违生命安全的非出于正常生活、医疗之目的所为的流通契约,如用器官偿还赌债,违背了法律强行性规定或者公序良俗,应为无效。(2)出于正常生活或医疗目的所为的流通契约,在不危及生命安全的情况下,契约有效成立,但受让人不能请求强制执行。^③这样,就可将人体器官、组织的流通契约放在法律行为效力体系框架内进行判断,以是否符合法律强制性规定和公序良俗作为判断标准,既尊重了当事人的意思表示,又照料了人体安全,可谓是两全其美。

(二) 遗体的法律地位

1. 法律属性之争

人体丧失生命力成为遗体,这是活体转化为尸体,其表现形态有完整遗体、部分遗体、遗骸的骨灰。与活体相比,人的遗体不再负担主体地位和价值,在法律上可以将之界定为物的范畴,这种界定的意义主要在于,在安葬、祭祀等公序良俗允许的范围内,遗体之上能够存在所有权,^④否则,遗体之保管和安葬将成为无稽之谈。

不过,上述认识并不惟一。梅迪库斯教授就提出了相反的见解:有关物的一般规则不适用于尸体,除非尸体已经变成‘非人格化’的木乃伊和骨

① 有关我国器官交易的现实描述,参见:《等待器官,就像等待戈多》,载《南方周末》2003年9月4日,D26版;《深圳条例:一次成功的软着陆》,载《南方周末》2003年9月4日,D27版。

② 参见黄立:《民法总则》,元照出版公司2005年版,第163页。

③ 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第291页;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·总则编》,法律出版社2004年版,第151~152页。

④ 参见谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社1999年版,第17页。

骼，死者家属对尸体不享有所有权，而只具有一项不同于所有权的死者照管权利（及义务）。^① 黄立教授也认为：尸体在法律上不是物，而是人格者之残余，但时间的经过可以改变人格权的残余，因此，可承认人骨标本、解剖标本、木乃伊的所有权。^②

抛开这两种认识在形式上的差别，它们的实质都意欲给遗体以妥当的法律保护，只不过前种认识从所有权入手，后者则从人格入手，最终结果并无两样。但从理论严整性和实用性来看，后者似乎略有瑕疵：（1）它在人与物的区分之外，创设了死者亲属的照管权或者义务、遗体的人格残余，而它们既非人格权，也非物权，这种创设似乎多余，它完全能被遗体的所有权所吸收，即在特定范围和限度内，由死者亲属对遗体享有所有权，从而实现死者生前的意志或者保护遗体的完整，间接实现人类的尊严；（2）它对人格化的遗体隐含的前提性认识是具有活体形状，至于与活体形状差别大之木乃伊、骨骸则是物，这种区分关注的是遗体的外表，忽视了遗体得以与活体区分的决定性要素，即缺失生命力，甚至忽视了死者亲属可能无视遗体之外观（如经历火灾而产生的遗体与自然生成的遗体）而对遗体享有的共同的情感价值，由此观察，这种区分貌似细致，但实际上存在相当程度的忽略。

2. 遗体所有权的主体

综上所述，承认遗体之物的法律地位，应成为较佳的选择。问题在于，如果死者生前没有指定遗体照料人（所有权人），并有数个近亲属，如配偶、子女、父母等时，应如何认定遗体的所有权人？我国有法院判决认为，在目前法律尚无明文规定的情况下，根据法律上“最亲密关系”的原则，与父母等死者近亲属相比，配偶拥有对遗体的管理和支配权，并处于主导地位。只要配偶对遗体的处理未违反公序良俗原则，且未剥夺其他近亲属对死者哀悼、思念权，其行为就不构成侵权。^③

本文认为，这种认识有误：至少就继承法第10条的规定来看，在遗产继承方面，配偶、子女和父母具有同等法律地位，如果将死者遗体视为死者遗留之物或者由活体转化而来之物，那么，至少配偶、子女和父母均是遗体

① 参见[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页。

② 参见黄立：《民法总则》，元照出版公司2005年版，第164页。

③ 参见：《婆媳争夺“骨灰管理权”》，载《民主与法制时报》2004年3月2日，第3版。