

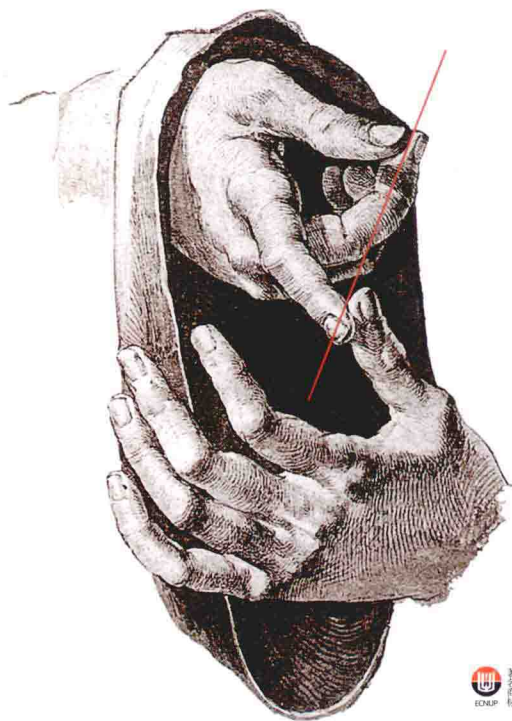
手的失窃案

肉体的法制史

[法] 让-皮埃尔·博 著 周 英 译

L'Affaire de la main volée:

Une histoire juridique du corps



华东师范大学出版社
全国百佳图书出版单位

法治文化史丛书 主编 何勤华

手的失窃案

肉体的法制史

[法] 让-皮埃尔·博 著 周 英 译

L'Affaire de la main volée:

Une histoire juridique du corps



上海
名牌
大学

华东师范大学出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (C I P) 数据

手的失窃案：肉体的法制史 / (法) 博著；周英译.

-- 上海：华东师范大学出版社, 2014.4

ISBN 978-7-5675-2009-7

I. ①手… II. ①博… ②周… III. ①法学—理论研究

IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 075338 号

L'Affaire de la main volée : Une histoire juridique du corps

By Jean-Pierre Baud

Originally published by Édition du Seuil

Copyright © 1993 by Édition du Seuil

Simplified Chinese Translation Copyright © 2014 by Shanghai Rhinoceros Media Co., LTD.

ALL RIGHTS RESERVED.

上海市版权局著作权合同登记 图字：00-2014- 235 号

法治文化史丛书

手的失窃案——肉体的法制史

著 者 让-皮埃尔·博

译 者 周 英

项目编辑 许 静 姚之均

特约编辑 马健荣

审读编辑 陆海明

装帧设计 王小阳

出版发行 华东师范大学出版社

社 址 上海市中山北路 3663 号 邮编 200062

网 址 www.ecnupress.com.cn

电 话 021-60821666 行政传真 021-62572105

客服电话 021-62865537 (兼传真)

门市 (邮购) 电话 021-62869887

门市地址 上海市中山北路 3663 号华东师范大学校内先锋路口

网 店 <http://hdsdcbs.tmall.com/>

印刷者 常熟兴达印刷有限公司

开 本 890×1240 32 开

插 页 2

印 张 9.5

字 数 204 千字

版 次 2014 年 5 月第 1 版

印 次 2014 年 5 月第 1 次

书 号 ISBN 978-7-5675-2009-7/G.7325

定 价 35.00 元

出版人 朱杰人

(如发现本版图书有印订质量问题, 请寄回本社市场部调换或电话 021-62865537 联系)

总 序

人类数千年的物质(生产劳动)生活和精神(思想活动)生活,创造了区别于其他生物的光辉灿烂的人类文化,人类文化又哺育着人类的进一步成长,以此往复,螺旋形上升。至今天,终于使人类的生活和文化融为一体,不可分割。

法律制度,是人类文化的重要组成部分。作为法律制度运作实态的法治文化,与人们的日常生活息息相关,紧密相连。早上起床后吃过早饭开着车匆匆赶去上班,需要遵守交通规则;到公司与客户签署了一份订单、合同,或者接待一批在动拆迁过程中发生争议的村民,就需要遵守民商、行政法规范。其他,如小孩出生了需要申报户口;儿子谈了女朋友要办理结婚手续;亲戚搞运输资金被骗上了法庭;老乡的小孩贪污了单位的公款受到检察院起诉需要找一名律师,诸如此类也都会和各种各样的法律发生关系。

因此,人类的生活在一定意义上又是一种法律生活,同时也是一种法治文化。虽然,古代的法治文化比较简陋、粗放、甚或野蛮残忍一些,现代的法制文化精细、周密、更加富有人性,但其中通行的原则是一样的,没有实质性的变化。从这一点来说,人类历史上的法治文化,也是现代法治文化、现代人类生活的一面镜子,将各国先贤描述、阐释历史上丰富多彩、形态各异的法治文化的作品予

以翻译出版,对提升我们现在的法律生活和法治文化、总结人类成长过程中的经验得失,无疑是有重要的学术价值和思想意义的。我们翻译、编辑、出版“法治文化史丛书”,其目的就在于此。

该丛书中,一方面有比较严肃的学术著作,另一方面也有适合于普通读者阅读的图文并茂的作品,在轻松的阅读中,让大家增长法律方面的知识和素养,了解过去时代的法律生活。此外,还有一些作品则具有非常高的史料价值,其价值随着岁月的流逝会越来越高,这些作品在国内翻译出版尚属首次。最后,这些作品不仅仅着眼于以往学界关注比较多的西方,也注意到了东方,包括了中国和日本。这对我们完整了解世界法治文化史具有非常重要的意义。

翻译外国法学作品,并不是一件很轻松的事情,即使如本丛书,里面有不少比较通俗的作品,翻译起来仍然非常辛苦。因此,我首先要向丛书的译者、校者表示诚挚的谢意。本丛书能够在这么快的时间内迅速推出,得到了华东师范大学出版社领导的全力支持,在选题策划和出版统筹方面得到上海独角兽文化传播有限公司的大力协助,也得到了国家重点学科华东政法大学法律史学科、上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院的课题经费的资助,在此也一并表示笔者的深深感谢。

当然,对于本丛书中可能出现的错误和问题,也请广大读者批评指正。

何勤华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2013年“圣诞节”

凡 例

1. 人名、地名在正文中一律只出现中文译名，西文原名请查书后的“人名索引”和“地名索引”。
2. 译文中的书名、刊名用书名号，文章名用双引号。
3. 书名、刊名、文章名以及重要名词和语句的外语原文一般情况下在括号中给出。
4. 引用《查士丁尼法典》、《法学阶梯》时，括号里出现的数码依次代表编、章、条、款的编号，“Pr.”代表头段(Principium)。

法治文化史丛书内容简介

1. 《手的失窃案——肉体的法制史》

[法]让-皮埃尔·博 著 周英 译

生命科学的发展使作为身体一部分的血液、脏器等继续再生成为可能，这极大地动摇了产生于罗马法、且被现在西方所继承的视人类为非物质东西的看法。离开了身体的那部分东西究竟算什么？而且它又属于谁？本书在对争夺他人身上切除的手臂这一虚拟故事进行思考的过程中，不仅对该看法的历史进程进行了梳理，并对围绕肉体的法学理论展开了全新的探究。本书的论题属于法学和医学的跨学科领域，观点新颖，叙述有趣，是本学术畅销书，已译成意大利语（2003年）、日语（2004年）。

2. 《审判尼亚依拉——古希腊司法丑闻的真实故事》

[美]德布拉·哈梅尔 著 孙璇 译

公元前4世纪古希腊城邦国家的一个弃儿尼亚依拉，长大后成了身价最高的美貌艺伎之一。成功获得自由人身份之后，一见钟情爱上了演说家斯蒂芬诺斯，在雅典共同生活了三十多年。她和斯蒂芬诺斯的生活并非一帆风顺，其中充满了法律诉讼。在公元前340年，尼亚依拉被拖上法庭并被指控违反了雅典的婚姻法。在审判中，狂热的公诉人们收集了她生平中的许多细节。这个案子的赌注很高，尼亚依拉的自由掌握在陪审团的手中。因为她的公诉人在法庭上做的发言流传下来，尼亚依拉生平的种种细节才为后人所知。在本书中，作者以同情的眼光看待这位艺伎，解释了有关这场审判的历史、法律和文化背景，绘声绘色地描述了古希腊社会。作者的叙述引人入胜，扣人心弦。本书是部出色的法制史著作，2005年出版后相继出了德文版、日文版、韩文版。

3. 《死刑的历史》

[法]让-马里·卡巴斯 著 吴伟丽 译

国家是否有权力对谋杀犯和危险的罪犯施以死刑？关于这个严肃的问题，长期以来一直争论不休，本书短小精悍地分析了死刑制度的历史和现状，是研究死刑制度存废问题的必读书。

4. 《殖民地时期刑罚趣史》

[美]艾丽斯·莫尔斯·厄尔 著 王瑛滔 译

本书主要介绍了北美大陆殖民初期，尤其是英国统治时期，在各洲殖民地所广泛使用的刑罚，同时也对这些刑罚的起源和发展情况做了介绍。在这几个世纪中，实施刑罚时大多数使用了足枷台、铁棒足枷、颈首枷、铁笼头、铁

项圈等稀奇古怪而又带有侮辱性、给人以痛苦的“刑具”。本书在内容介绍方式上,主要引用了殖民地时期的一些法庭记录、书信和报刊上的一些报导。同时,在写作手法上,作者把本该生硬、残酷的法律和刑罚通过幽默的方式呈献给读者,让读者站在历史的高度上回顾过去,在催人泪下的残酷现实中让我们感受到当今我们所生活的社会是如此充满美德、智慧和博爱。以史为鉴,痛苦将不再有,幸福将属于全人类!

5. 《行刑者日记》

[德]弗朗兹·施密特 著 王瑛滔 译

本书详细记载了在中世纪末期的纽伦堡市一位职业生涯中对361名犯罪者处以死刑的行刑者的日记,是一部如实地描绘了当时所有犯罪和刑罚的宝贵史料。同时,也是对中世纪末人们现实生活的意味深长的真实写照。

6. 《18世纪巴黎市民的私生活——诙谐离奇的诉讼名案》

[法]阿尔弗雷德·富兰克林 著 赵小云 译

本书再现了18世纪曾被巴黎市民广为流传的著名诉讼案件。其中有身份悬殊男女的婚姻、被年轻舞女席卷一空的贵族、对惹事生非的房客提起诉讼的房东、围绕失踪驴子的一场官司、在皇宫礼拜堂里爆发的酒窖争夺战、控告傲慢妻子的盲人等故事。

7. 《因杀人被判死刑的猪——中世纪的刑事诉讼和动物审判》

[英]爱德华·佩森·埃文斯 著 王丹 译

咬死孩子被判死刑的猪、被逐出教会的蝗虫、作为恶魔化身的猴子、依靠辩护人的能力获得无罪的老鼠……本书描写了中世纪在基督教社会庄严举行的“动物审判”和由此产生的悲喜剧。

8. 《恐怖之都——伦敦》

[英]斯蒂夫·琼斯 著 闫可卓 译

19世纪的伦敦既是一个王朝血腥历史的舞台也是一个华丽的首都,除了少数贵族享受着最好的生活,绝大多数的普通百姓只有最低的生活标准。这个血染的首都充斥着猎奇的杀人犯、幽灵、处刑、卖春、传染病、怪事等等,作者在书中用大量的图片展现了伦敦下层社会的真实状况,可以说是《雾都孤儿》的非小说版。

9. 《从钥匙孔里窥见的伦敦》

[英]斯蒂夫·琼斯 著 闫可卓 译

卖淫、通奸、赌博、密室中蠢蠢欲动的奇男怪女、骇人的决斗、孩子们的悲惨生活,各种各样的犯罪弥漫在往昔的伦敦,大都市的世态炎凉及时代表象

在这里被毫无遮拦的显露出来。

10. 《充斥着罪与罚的伦敦》

[英]斯蒂夫·琼斯 著 王晶 译

维多利亚时代的伦敦,在产业革命带来社会繁荣的同时,由苛刻的身份制度导致的社会闭塞、饥饿、疾病的蔓延也成为了犯罪的温床。丈夫对妻子、孩子施以暴力,佣人骗取主人的财物,暴徒在街角实施抢劫,由此引发的审判、拷问、鞭打、烙印、徒刑、死刑、街头示众……是从社会的底层眺望另一个伦敦的指南。通过多张照片、插图,将这样一个世界活生生地展现在人们眼前。

11. 社会新闻的荣耀与辛酸——近代法国的犯罪、文学和新闻

[法]路易·舍瓦利耶 著 周英 译

犯罪、事故、丑闻……对于欲望和谜团交织的社会新闻事件,大众报纸是如何报道的,文学、电影又是如何取材的。该书称得上是来自法国的社会史大家的最后讲义。

12. 市长的女儿——中世纪德国哈尔市发生的丑闻

[美]斯蒂芬·奥兹门特 著 孙璇 译

故事发生在中世纪德国的古城哈尔市(施瓦本地区),市长赫尔曼·比施勒的女儿安娜由于跟两位贵族男子产生感情,差点儿被父亲剥夺了继承权。女儿将父亲告上法庭,从此开始了漫长的诉讼之路。该书以奇迹般遗存下来的史料(情书和法庭记录)为素材再现了一名女性令人震惊的半生,堪称史书中的杰作,《纽约时报》的书评盛赞其为“历史学的新成果”。

目 录

第一章 判例-虚构	1
一、第一种解决方式:认定切除有罪	2
二、第二种解决方式:认定偷盗有罪	5
三、第三种解决方式:无罪释放	7
第二章 肉体,这麻烦的东西	11
一、法律的道成肉身	12
二、要求法学家表明态度	13
三、一个陪衬角色:肉体是金钱	16
四、在试图证明肉体非“物”的同时却论证了肉体即“物”的法国主流学说	19
五、民法的历史演变	21
第三章 结尾……预告	27
一、作为女儿嫁资的死尸	28
二、用于治疗的死尸	31
三、死尸,有害物的原型	34
四、民法学家拒绝认可死尸	37
五、因两重性而被隐匿的死尸	40
六、从死尸到活人	42

第四章 罗马式礼仪追求法律的非肉身化	49
一、法律拥有的肉体	50
二、反对道成肉身的礼仪	55
第五章 人格,来自其导演(罗马式礼仪)的创造物	63
一、“头格”与“人格”:头及其面具	64
二、善于创造的法学家	65
三、法学家,人格的生命操纵者	70
四、严禁制造怪物	76
第六章 肉体,是有体物——一个难以证明的确凿事实	85
一、人类都是“人”	87
二、人的肉体都是“物”	91
三、自由人的肉体是无法定价的“物”	95
第七章 有关疯狂与怪诞的逸闻	101
第八章 日耳曼人是否长着犄角	107
一、日耳曼人的犄角与手	108
二、置身于习惯堡垒中的法律的肉身化	112
三、拿破仑在编纂法典时对于肉体的回避	116
第九章 教会法对肉体的定义——权利的对象	123
一、灵魂对肉体的“现实”的揭露	124
二、基督徒对于他人肉体的权利	126
三、宗教上的罪孽处在无可避免的十字路口——血液与精液造成的污秽	129
四、教会法对污秽的主张	134

五、基督教徒对于自身肉体的权利	135
第十章 教会法对肉体的定义——治疗的对象	143
一、法律必须要到人吃饱了再议吗？	143
二、通过法律实施治疗	151
第十一章 追溯公共卫生的起源	161
一、治疗的权利	161
二、健康的场所	166
三、生物学资本	170
四、血液循环标志着一个连接点	177
第十二章 新的法律事实——劳动者的身体	183
一、卫生学的权势及衰落	184
二、卫生学废墟中的法学家	192
三、处于工业化环境中的劳动者的身体	195
第十三章 暴力对礼仪的威胁	201
一、人在法律上生来就自由且平等,但在力量与美貌上则生来就不平等	203
二、事故发生在工厂之外时	210
第十四章 有一天,血液……	219
一、捐献者-拯救者的时代	221
二、血液,一个不被承认的“物”	222
第十五章 血液产生的诸问题	229
一、体面的赚钱法	230
二、关于买卖的肉体上的地形图	235

三、血液的价值 241

第十六章 是人的肉体,也是另一种“物” 247

一、对回归神圣性的超越 248

二、重读奥雷尔·达维德 250

三、“人”和“物”之间存在什么? 252

四、民法典能为肉体的“现实”打好牢固的基础 255

五、自由惧怕存在空白 259

六、从人的尊严来讲,承认肉体为“物”是理所当然的 261

七、而且,就另一种“物”而言的话又会怎样? 265

人名索引 269

地名索引 283

译后记 285

第一章 判例-虚构

手被切除这种事情，光是想象一下就令人毛骨悚然。

然而，在我们安逸的家庭生活中，手脚划伤、烫伤、中毒、窒息甚至当场导致死亡的事情常有发生。星期天做木工活时受伤，修剪庭院时受伤，诸如此类的劳动事故已经成为市民日常生活的一部分。据统计，在家里发生的事故中，手的划伤占据了相当的比率。

尽管如此，一只断手还是会令我们不知所措。因为我们很难正视这个不幸的物体。它到底算是什么？是令人作呕的残肢断体，还是一个依旧有生命的东西？或许根本就没人愿意思考这种晦气古怪的事情。

何况还冒出来一个人要偷走这只被切除的手，就更不愿意去多想了……

* * *

我们可以试想这样一个场景，星期天做木工活时，在锯子“呜呜”的鸣叫声中，一不留神手被锯断，滑落至锯末中，顿时鲜血横

流……

失去知觉的这个男子毫无疑问是一个受害者,但还不能认定他为断手者。按照我们通常的理解,切除意味着无法再恢复原状,而这个男子的手虽然已经脱离了他的身体,但它还有生命。外科医学以及技术的进步使这个男子可以寄希望于通过断手再植手术来使其恢复原状,只有在所有人都认为手术无法进行或者手术最终以失败告终时,这个受害者才能被认定为一个断手者。¹

那么,在我们设想的情节中,事故受害者实际上能否成为一个断手者呢?这个设想中还有一个仇敌,这个仇敌一直在寻找时机实施恐怖的复仇计划,而且下手之后全然不顾受害人痛得昏死过去,仍然断其手并将鲜血淋淋的断手扔进了供暖锅炉房内的锅炉里。

也就是说,我们设计的这种行为,一方面因偷盗他人之手可认定是盗窃犯的行为,按照《刑法典》(Code Pénal)的用语就是“对财产的犯罪”,但最终结果是切除了他人之手,因此也可划分在“对人的犯罪”行为之中。

那么,应该如何看待这种不法行为呢?

一、第一种解决方式:认定切除有罪

这显然是从受害者的角度认定的。从受害者的角度而言,加害者的意图就是要伤害自己,不管是通过毁掉与身体相连接的手达到目的,还是切除手后进行焚烧达到目的,都没什么区别。从受害者的视角来看,都能适用《刑法典》第 309 条的“致人伤残罪”,处

以五年以上十年以下徒刑。

《刑法典》第 309 条是“对个人所犯的重罪和轻罪”这一章节中的内容。也就是说,虽然肉体也受到保护,但在一些有关殴打和伤害的处罚中,如同杀人是对人所犯的罪行一样,从法律上来讲,所涉及的不是肉体,而是人。那么,究竟什么是“人”,我想先就此讨论一下。

法律的世界分为人和物,这是我们从罗马法中继承的。这种二分法对于罗马的法学家及其后继者来说有什么意义,这一点我在后面将会提及。这里,我首先要阐明的是,“人”是一个学理上的概念,是为了使个人——拥有肉体 and 灵魂的人——登上法律的舞台而创造的概念。在法律体系中,“人”又被称作权利主体(Sujet de droits,即能够享受权利的主体),这个主体既可以是现实中存在的人,也可以是一种脱离肉体的存在物。换句话说,就是采用法人的形式,可以是一种个人的集合(社团、协会等等),甚至可以由一堆财产(财团)来充当“权利主体”。“自然人”这个法律概念表示法律舞台上人的存在,它实际上和“法人”一样完全脱离肉体。人的存在是通过肉体得以认知和确定的,“自然人”是取而代之的一个概念,结果使得肉体被抹杀。而且,对杀人、殴打、伤害进行处罚也不过是间接地保护肉体,也就是说,保护肉体只是对人所实施的保护的一种反映而已。这一点,在手的失窃案这一假定事件中体现得尤为清楚。

在这个事件中,受害者将自己的惨状归结于仇敌的残忍而不是自己的笨拙这种心情不难理解。但是,如何让对方认识到偷盗断手的行为实际上和切除手的行为是一回事呢? 如果将肉体跟

“人”分开考虑的话,无论从整体上还是从部分上都可视肉体为一个“物”。因为源自罗马法的法律体系中不存在一个位于“人”和“物”的范畴之间的中间状态。更何况被切除下来的手怎么看都是一个“物”,一个会逐渐发生腐烂、会变得有害的“物”。如果是“物”,就将成为所有权的对象。如果拥有了对它的所有权,或是放弃(比如掩埋),或是转让(比如提供给医疗机构),或是通过再植,可自由选择。失去手的人即便是明确知道自己的手已无法再缝合也还有其他选择,他可以寻求新的所有物,即寻求一种他从未谋面的东西替代他的手。即便他现在安装的是只假手,将来的某一天也可能拥有曾经是他人之物的一只真手。

要想从法律理论上让他明白偷盗断手不单是一种盗窃行为,还是一种对肉体的伤害行为,就必须对手的法律地位不随着它从身体上被切除而发生变化这一点进行论证。如果能够被肯定,那么无论是连着身体还是被切除,手都是人的一部分,偷盗断手的行为与切除手的行为并无二致。也就是说,像我们上文分析的那样,如果把被切除下来的肢体算作“物”的话,那么其依附的肉体也都应该算作“物”。其实也就是认为,整个肉体都可视作被称为“人”或是“权利主体”的法律抽象体的所有物。说起来“物质的”(corporate)这个形容词本身也有肉体这层意思,完全符合其词意的“物”只有肉体。的确,肉体会被严加保护以免受到侵害,对它的使用以及处理的方法也都有着极其严格的规定。然而这和肉体从属于“物”并不矛盾。正因为它是非常珍贵的“物”才会如此。

这种理论是把对肉体实施刑事保护以免受到侵害的理由放在对所有物实施保护的一般体系中考虑的。但是,这一理论却与《刑