



沈阳师范大学法律文化协同创新文库

2

器官捐献的民法 阐释与制度构建

DU HUAN TAO AUTHOR
杜换涛 著

沈阳师范大学法律文化协同创新中心 组织编写



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



沈阳师范大学法律文化协同创新文库

2

器官捐献的民法 阐释与制度构建

DU HUAN TAO AUTHOR
杜换涛 著

沈阳师范大学法律文化协同创新中心 组织编写



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

器官捐献的民法阐释与制度构建 / 杜换涛著. —北京: 法律出版社, 2015. 4

(辽宁省法律文化协同创新文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7875 - 5

I. ①器… II. ①杜… III. ①人体器官—移植术(医学)—民法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 081185 号

辽宁省法律文化协同创新文库

器官捐献的民法阐释与制度构建

杜换涛 著



编辑统筹 政务出版分社

策划编辑 吕丽丽

责任编辑 吕丽丽

装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 9

字数 112 千

版本 2015 年 5 月第 1 版

印次 2015 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7875 - 5

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

沈阳师范大学法律文化协同创新中心,以法律文化传承为主旨,联合西北政法大学,大连理工大学等国内、省内著名大学,辽宁省社会科学院等科研院所,及辽宁省高级人民法院、辽宁省人民检察院、辽宁省人民政府法制办、辽宁省法学会、辽宁省律师协会等法务部门与行业协会,旨在通过协同攻关、合作创新,推出高质量的法律文化创新研究成果与实践创新成果。在法律文化原理、部门法文化、中国传统法文化、中外(中西)法文化比较等领域,开展全方位的法文化元素(基因)、结构、特征、意义等静态的以及法文化生成、变迁、转型、传播等动态的理论研究;通过调查、走访、驻站等方式,对传统法文化因素的遗存、消失,外来法文化因素的传入、吸收,国人法文化的融汇、创造,当下法文化的现状、建设等,进行实践层面的关注、跟进,以阐扬时代、提炼精神,构建涵摄传统、切合时代、推陈出新、创造更新的具有中国特色的社会主义法文化。这样的新型的法文化,是具有民族根、时代魂的法文化。

协同创新中心研究成果将作为共同成果,以“沈阳师范大学法律文化协同创新中心丛书”形式陆续出版;调研成果也将适时发布,符合发表、出版条件的,也将陆续予以发表,或纳入丛书出版。首批首部著作,是大连大学法学院教师王爱群博士翻译的《日本民法典》。期待这一好的开始,也期待中心丛书越来越好。

法律文化协同创新中心联席主任:霍存福

汪世荣

二〇一四年七月五日

目 录

Contents

导 论	(1)
一、背景	(1)
二、现状考察	(2)
三、本书研究的问题	(3)
第一章 器官捐献理论基础	(5)
第一节 遗体的法律属性	(5)
一、学界与实务界见解	(5)
二、本书所持见解	(11)
三、遗体所有权的归属	(16)
第二节 遗体器官的法律属性	(22)
一、既有学者见解	(22)
二、本书所持见解	(24)
第二章 器官捐献主体	(26)
第一节 本人捐献	(26)
第二节 近亲属捐献	(32)
一、概念界定	(32)
二、近亲属捐献的原则	(33)

三、无名遗体的器官捐献	(38)
-------------	------

第三章 器官捐献行为 (40)

第一节 器官捐献模式 (40)

一、自愿捐献模式	(40)
二、推定同意模式	(41)
三、两种模式的比较	(43)
四、我国的应然选择	(50)

第二节 器官捐献意思表示 (51)

一、意思表示成立	(51)
二、意思表示形式	(53)
三、意思表示撤销	(58)
四、器官捐献行为效力	(61)
五、器官捐献附条件	(74)
六、器官捐献与代理	(80)

第四章 器官捐献与脑死亡立法 (86)

第一节 脑死亡的提出与立法 (86)

一、传统死亡标准	(86)
二、脑死亡标准的提出	(87)
三、域外脑死亡立法	(88)
四、我国脑死亡立法	(90)

第二节 我国脑死亡立法构想 (92)

一、我国脑死亡立法的紧迫性	(92)
二、学者见解及其评析	(96)

第三节 东亚立法经验与启示 (99)

一、东亚立法经验	(99)
二、东亚经验的启示	(104)

第五章 器官捐献激励制度	(106)
第一节 物质激励的理论与实践	(107)
一、物质激励理论	(107)
二、物质激励实践	(109)
第二节 人道救助制度	(111)
一、人道救助的必要性	(111)
二、人道救助制度的内容	(113)
第三节 人体器官捐献基金	(117)
一、人体器官捐献基金定位	(117)
二、人体器官捐献基金来源	(118)
三、人体器官捐献基金支出	(120)
四、人体器官捐献基金监管	(120)
第六章 器官捐献民事责任	(122)
第一节 民事责任原理	(122)
一、民事责任界定	(122)
二、民事责任方式	(123)
第二节 器官捐献民事责任类型	(123)
一、违反保密义务的民事责任	(123)
二、违反检查义务的民事责任	(127)
三、违反处理义务的民事责任	(128)
四、违反恢复原貌义务的民事责任	(129)
参考文献	(130)

导 论

一、背景

随着医学技术的进步,20 世纪生物医学领域具有划时代意义的技术革新,就是人体器官移植技术。这一重大技术进步,改变了传统的医药治疗方式,是目前挽救终末期脏器官衰竭患者的有效手段,为延续患者生命、改善其健康状态提供了崭新途径。与世界先进国家相比,我国人体器官移植技术起步较晚,开始于 20 世纪 60 年代。经过半个世纪的发展,其技术已经达到世界先进水平,国际上所有类型的器官移植,在我国都能够实施。人体器官移植在我国已越来越成为一种常规的治疗手段。^①同时,我国器官移植数量仅次于美国,位居世界第二位,成为名副其实的器官移植大国。^②

器官移植技术迅猛发展的同时,临床器官来源短缺成为各国面临的最大问题。与世界其他国家和地区相比,我国人体器官移植供需矛盾尤为突出。据权威部门统计,我国每年大约有三十万器官衰竭患者登记等待器官移植,而由于可供移植的人体器官来源匮乏,大约只有一万例患者可以完成器官移植手术,器官供需比约为 1:30。^③换言之,只有少数患者有幸得到器官而延续生命,大

① 陈来成:“关于器官移植的立法问题的探讨”,载《中国卫生事业管理》2002 年第 4 期。

② 姜柏生、杨芳:《高新生命技术的民法问题研究》,法律出版社 2010 年版,第 295 页。

③ 数据来源:中国人体器官捐献管理中心。

部分患者在等待救命的器官过程中,身体状况持续恶化,甚至不幸离世。为了挽救更多患者的生命,世界各国都在积极探索增加器官来源的途径。

2010年1月,我国原国家卫生部委托中国红十字会总会,根据《人体器官移植条例》的相关规定,建立人体器官捐献工作体系,开展人体器官捐献试点工作,探索建立人体器官捐献的组织机构、工作机制、规章制度、工作队伍、保障措施和监督机制。2010年3月2日,中国红十字会与原卫生部联合在天津召开全国人体器官捐献试点工作启动会,会议确定了《中国人体器官捐献试点工作方案》(以下简称《试点工作方案》),在天津等11个省(市)开展为期一年的试点工作。2011年试点工作扩大到16个省份。2013年2月25日,人体器官捐献试点工作宣告结束,已经在全国范围内展开。按照《试点工作方案》的规定,所谓的人体器官捐献,又称公民逝世后器官捐献,是指公民生前表示死亡后捐献自己的器官,以及公民生前未表示捐献自己的器官,由其近亲属捐献死者器官。换言之,我国日前开展的人体器官捐献,不包括活体器官捐献。本书即以公民逝世后器官捐献为研究对象,探讨的问题不包括活体器官捐献。为行文方便起见,本书中所称的器官捐献,均指公民逝世后器官捐献,简称为器官捐献。

二、现状考察

器官捐献是一个老生常谈的话题,我国法学界从20世纪80年代即开始探讨相关问题。综合分析现有文献可以看出,虽然法学界已经取得了一定成果,但也存在以下问题与不足之处:

第一,对器官捐献的基本问题未达成共识。遗体与器官的法律属性,是构建器官捐献制度的两大基石。但大陆法系学者对遗体与器官的法律属性,在认识上存在很大分歧。对于遗体的法律属性,有人格权残存说、民法上的物说与管理权标的说等见解。对于遗体器官,有民法上物说、人格权标的说等见解。纷繁复杂的学说争议固然表明我国学术发展的繁荣,但也给法律规则的设计和具体制度的构建带来困难。

第二,2010年3月,我国人体器官捐献事业正式展开试点,由红十字会作为中介机构,建立有中国特色的人体器官捐献工作体系。在其他国家和地区,一般是由捐献者或者其亲属直接向医疗机构表达捐献意愿,由专门的中介机构主导器官捐献的模式尚不多见。学者文献绝大部分发表于器官捐献试点开始之前,专门以试点开始之后的器官捐献为研究对象的文献,目前尚不多见。

第三,现有文献大都借鉴外国特别是美国的器官捐献立法,提出完善我国器官捐献制度的建议,而忽略了我国本质上属于大陆法系的定位。目前,尚没有文献从民法角度,以法律行为理论为指导,详细探讨器官捐献法律问题。如此一来,我国器官捐献实践中出现的问题就不能得到解答。如捐献者或者其家属如何作出捐献器官的意思表示,该意思表示如何撤销,器官捐献是单方行为还是双方行为,能否适用《合同法》的规定,能否附加条件,是否适用代理制度等问题,尚未见到学者进行探讨。

第四,脑死亡的判定显然对器官捐献具有促进作用,但在我国脑死亡立法尚属空白的情况下,如何评价目前开展的器官捐献?如何建立符合我国国情的脑死亡立法?学者们提出了一元死亡标准和二元死亡标准的构想,但经不起理论推敲,有必要借鉴东亚儒家文化圈的立法经验,构建我国的脑死亡立法制度。

第五,从世界范围来看,对器官捐献者家属给予物质帮助的国家和地区并不多见。但我国目前开展的器官捐献事业,允许给予死者家属一定的物质帮助。如何从民法角度论证这一制度的合理性?如何构建中国特色的人道救助制度?这些问题目前尚未有学者进行探讨。

三、本书研究的问题

本书以民法中的法律行为理论为分析框架,主要研究以下问题:

第一,遗体的法律属性。本书梳理大陆法系国家和地区学者的见解,厘清遗体的法律属性,厘清遗体是否为民法上的物,其上是否成立所有权,何人享有所有权,为近亲属捐献器官的理论根据奠定基础。

第二,器官捐献行为。本书以民法上法律行为理论为视角,详细探讨器官

捐献行为的主体、意思表示、法律效力、能否附加条件、是否适用代理等问题,检讨我国现行法律规定的利弊得失,为未来完善相关法律提供建议。

第三,脑死亡立法构想。器官捐献与脑死亡标准有着剪不断理还乱的关系。两者到底是何种关系,器官捐献与脑死亡标准有无必然联系,在脑死亡立法缺失的情况下,如何看待我国目前开展的人体器官捐献,如何制定适合我国国情的脑死亡法,选取何种立法体例等,是研究器官捐献必须解决的问题,也是完善器官捐献法律必须解决的问题。本书试图对上述问题进行回答。

第四,器官捐献激励制度。我国目前可供移植的器官匮乏,供需比例极其悬殊。造成这一困境的原因,除了传统观念的影响外,激励制度的缺失也是不可忽视的因素。本书拟参考其他国家和地区的实践做法,构建适合我国国情的器官捐献激励制度,特别是人道救助制度,促进器官捐献事业发展。

第五,器官捐献民事责任。器官捐献过程中,协调员和医疗机构处于核心位置,负有保密和检查等义务。本书试图探讨协调员和医疗机构违反上述义务时,应承担何种民事责任。

第一章 器官捐献理论基础

第一节 遗体的法律属性

所谓遗体,是指自然人死亡后的躯体。遗体在民法上的地位,或者遗体的法律属性如何,大陆法系国家和地区的学者存在不同认识,实务界见解也不一致。

一、学界与实务界见解

(一) 民法上的物说

德国学者认为,自然人死亡后权利能力丧失,人格权不复存在。出于医学应用的目的,遗体及其部分可视为民法上的物。^①

日本学者对遗体法律属性的认识,重点在讨论遗体之上能否成立所有权,但学者争论背后的理论基础,仍然是遗体可否视为民法上的物。日本学者我妻荣认为,遗体是物,其上当然能成立所有权。其所有权的内容,不像普通的所有权那样使用、收益、处分,只能考虑为专以构成埋葬、祭祀、供养权能与义务为内容的特殊物,在这种意义上,也不允许放弃对遗体的所有权。^②近江幸治认为,从生命伦理观点而言,遗体或许不适宜以所有权方式处理。但从法律观点而

① BGB Buergerliches Gesetzbuch Handkommentar. 2002. 2. Aufl. Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

② [日]我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第190页。

言,应该承认遗体上可以成立所有权。将祭祀、供养遗体认为是对遗体的使用,将遗体用于展览虽受到法令上的规范,但不妨理解为遗体的收益权能,死者家属可以将遗体埋葬火化,也是对遗体的处分权能的体现。^①与上述两位学者见解不同,石田穰认为,对于遗体的权利,显著地脱离一般所有权的概念,不应认为其为所有权。对于遗体不认为有排他性地支配,所以遗体不是物,其只是为了埋葬、祭祀与供养等特殊权利的客体。^②柚木馨认为,对于遗体的权利并非所有权,仅是为了埋葬遗体而排除第三人不当干涉的一种亲属法上的权利。^③可以看出,多数日本学者肯定遗体为民法上的物,个别学者持否定观点。

我国台湾地区多数学者认为遗体为民法上的物。如梅仲协认为,尸体为物,于不妨害善良风俗之范围内,死者的亲属有保存的权利。其生前有约定,或者以遗嘱指定,以尸体供科学上研究而使用,如为无偿契约或其遗言不背良俗,亦为有效。^④史尚宽认为,尸体为物固无疑义,然除为供学术研究及合法目的之使用外,不得为财产权之标的,故原则上应为不融通物也。其法律上之关系,应以法律及习惯定之。死者生前关于其遗骸处分之契约或遗嘱,如不反于公共之秩序或善良风俗,为有效。^⑤姚瑞光认为,人死后之尸体,为物理学上的物虽无异论,但在通常情形,尸体并非供人生活上需要,仅在特殊情形,具有特异体质或罕见病人之尸体,于医学上有解剖价值之研究,可供特定人生活上之需要者,始为民法上的物。此时,其人于死前处分其尸体,或就该尸体有管领力之人处分该遗体,均应认为有效。^⑥王泽鉴认为,遗体是物,但遗体与其他物不同,应以遗体的埋葬、管理、祭祀及供养为目的,不得自由使用、收益及处分。^⑦可以看出,我国台湾地区学者多数认为,遗体为民法上的物。与德国学者认识的不同之处在于,其注意到了遗体处分的特殊之处,强调对遗体的使用受到习惯、

① [日]近江幸治:《民法讲义I 民法总则》,成文堂2010年版,第159页。

② [日]石田穰:《民法总则》,悠悠社1992年版,第225页。

③ [日]柚木馨:《民法总论》,青林书院1955年版,第123页。

④ 梅仲协:《民法原论》,中国政法大学出版社2004年版,第78页。

⑤ 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第251页。

⑥ 姚瑞光:《民法总则论》,中国政法大学出版社2011年版,第139页。

⑦ 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第217页。

法令或者公序良俗的限制。

我国大陆学者佟柔认为,人的生命终止后,其人格丧失,人的尸体可以成为民事法律关系的客体。尸体可以归民事主体支配,如可捐献用于医学研究,自应属于物的范畴。^① 魏振瀛认为,尸体及从人体上分离之物体,应认为可以成为民事法律关系的客体,亦可称为民法上的物。尸体及尸体火化后的骨灰,可以成为继承人继承的客体,但它只具有精神价值,不具有交换价值。^② 王利明指出,尸体是没有思维和生命现象的肉体,故尸体不是人身,在符合法律和社会公共秩序的情况下,尸体也可以作为特殊的物,成为物权的客体。^③ 刘凯湘认为,尸体乃无生命之躯壳,已非人身,不再具有人格意义,而是与人格相分离,故可以作为民事法律关系的客体。只是由于尸体非为身体分离之物而为一整体,且道德风俗上视尸体为灵魂之附体,将其作为祭祀之物加以供奉,故尸体尽管得为民法上的物,却须受公序良俗之规范,而不得基于意思自治原则任意处置,如不能买卖、不能抛弃,除医学解剖之外不得分割。^④ 可以看出,上述我国大陆学者虽然认为遗体为民法上的物,但未如日本与中国台湾地区学者认识到其自身存在的特殊性。如遗体能否如同其他物品那样,在市场上自由流通,并由所有权人依其意志自由处分?我国大陆学者并未给予回答。

(二) 人格权残存说

人格权残存说由德国学者提出,该说否认人的遗体是民法上的物,认为应该从死者人格权的残存角度来理解遗体的属性。如施蒂尔纳认为,人的身体虽然属于物质,但它不是法律客体,也不是物。这同样适用于死者的遗体,因为其上人格权继续残存着。^⑤ 德国的司法实务界也支持这种见解,德国联邦普通法院认为,人格权在自然人死亡后继续存在,理应受到直接保护。基于人格权保

① 佟柔:《中国民法学·民法总则》,人民法院出版社2008年版,第145页。

② 魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第123页。

③ 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第191页。

④ 刘凯湘:《民法总论》,北京大学出版社2011年版,第62页。

⑤ Baur/Stürmer, Sachenrecht, Verlag C. H. Beck, 1999, S. 17.

护的理由,遗体不可作为法律交易的客体。^① 依此说,所谓遗体上的权利,是由人尚生存时对自己身体所具有的权利内容所导出的权利。换言之,人格权在个人死亡后,应于受保护必要限度内转化为关于遗体的权利而存续。如为了器官移植而从遗体中摘取器官时,必须尊重死者本人的人格权,死者生前对于自己的遗体处分有指示时,只要不违反法律规定与社会公序良俗,就必须绝对予以尊重。人格权残存说强调死者本人具有人格权,但由于死者本人已经不复存在,显然不能由其本人保护其遗体,只能由其继承人或者近亲属执行。我国台湾地区学者黄立也持该说,他认为遗体不适用物权法,也不能产生所有权,因为遗体在法律上不是物,而是人格者之残余。因此,对死者之殡葬决定权并不属于继承人,除死者另有其他意思外,其他亲属也有参与决定权。^②

人格权残存说的目的在于给予遗体如同自然人活体一般的尊重和保护,避免遗体被交易的危险。该学说的出发点虽然良善,但在理论上存在以下缺陷:其一,从感官上而言,遗体事实上是存在于人体之外的有机物,遗体有形体、有质量,人们可以轻易地感知到遗体的客观存在。遗体为有体物,在物理学上不能否认这一点,否认遗体为物并不符合人的感官经验。其二,民法对人的保护,就是保护人的生存和发展。但是,人死亡后不再有生存发展的需要,也就是说丧失了法律保护人的价值基础。^③ 其三,人格权残存说中,近亲属的死者保护权为何种性质的权利、其权利主体为谁并不明确。如果认为系基于近亲者本身对于死者的追慕之情,则死者保护权应该是近亲属固有的人格权,而非死者人格权的残留。自然人死亡后,其与近亲属之间的人身保护关系归于消灭,消灭的人身关系如何能够在遗体上继续保持? 其四,民法理论一般认为,胎儿以将来非死产者为限,为民事权利主体。若胎儿出生时已死亡,自始即没有人格权存在,因此死胎的遗体上并没有人格权残存,人格权残存说显然是无法解释这种现象的。其五,人格权残存说的目的,在于排除第三人对遗体施加不当毁损。

^① Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 27.

^② 黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第165页。

^③ 余能斌、涂文:“论人体器官移植的现代民法理论基础”,载《中国法学》2006年第6期。

但物权说同样能以所有权不受第三人侵害为手段,达到排除第三人不法侵害的目的。其六,人格权残存说试图避免人类被物化,防止出现遗体被商业交易的道德风险,但即使认为遗体是民法上的物也能完全达到相同目的。因为承认遗体为民法上的物,其上就可以成立所有权,该所有权的行使并非完全自由,而是受到社会公共利益和公序良俗的限制。即使死者生前对其遗体表示使用、收益或者处分的方式,该意愿也受到诸多限制。换言之,限制遗体被物化的决定性因素,不在于死者残存的人格权,而在于特定社会的公众对遗体利用的限制。

(三) 管理权标的说

该说主张尸体是管理权的标的,死者家属对尸体的管理权限以埋葬为限。如德国学者梅迪库斯认为,尸体本身不是物,有关物的一般规则不适用于尸体,除非尸体已经变成木乃伊或骨骼。死者的家属对尸体不再享有所有权,所具有的只是一项不同于所有权的对死者的照管权利及义务,这一管理权的权限仅以死者的安葬为限,对其的处分也不得有悖于公序良俗。德国于1934年制定的《火葬法》也采取了这一立场,并作了相应规定。^① 换言之,人的尸体不是物,由尸体蜕化而来的木乃伊或骨骼才是物。

该说认为死者家属对遗体具有管理权,否认遗体为民法上的物,符合社会一般的道德观念,容易让人接受一些,但该说存在以下缺陷:其一,该说不符合民事权利的本质。关于权利的本质,有意思说、利益说和法力说三种学说。现今学者通说采法力说,可享受特定利益的法律上之力,即为权利。法律上之力,必须与特定利益相结合才构成权利。此利益指生活利益,包括财产利益和非财产利益两种。^② 因为权利的落脚点是权利人从权利中获得利益,如果说对遗体的权利是一种管理权,就等于说死者家属可以通过埋葬死者而获得利益。生活经验告诉我们,死者家属对遗体的埋葬,不仅需要投入很大精力,而且需要付出一定的金钱,其本身并未从中获得利益。死者家属既然对埋葬遗体无利益可

① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第876页。

② 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第71页。

言,尚难谓一种权利。其二,如果承认遗体之上成立管理权,那么权利人就可以放弃该权利,这是法律所不允许的。事实上,死者家属的管理权仅仅是管理死者尸体的一种资格,与民法上的监护权类似,其本身并不是民法上的权利。从这一角度而言,管理权标的说并没有揭示遗体的法律属性。其三,该说认为人的遗体仅限于埋葬用途,与社会实际状况不相符合。事实上,随着医学科学技术的发展,人类遗体的使用范围已经大为拓展了。传统上,遗体主要用于埋葬和祭祀,寄托死者亲人的哀思。在现代社会,遗体可以用于教学科研、制作标本、器官移植等,从遗体中取出的骨骼等组织,还可用于制造医疗器械,具有极大的临床应用价值。坚持此说将不当限制遗体的应用途径,不利于科学技术的发展和人类健康的保护。其四,死者家属的管理权是何种性质的权利、从何而来,从该说中并未清楚得知,还是无法正确说明遗体的法律属性问题。

(四) 社会心理决定说

我国台湾地区学者郑玉波主张该说。他认为,遗体是否为物,学说见解不一。对此问题,不能完全依理论判断,而应根据其国社会上一般之心理解决之。^① 此说对于遗体的法律属性不作明确的判断,而是委诸于一国社会心理判断,依不同国家不同时代公众一般心理决定,具有开放性。但对遗体法律属性的认识因人而异,思想不可能统一,从而一国的社会心理也难探测,依此说并不能得出确定的结论。

(五) 延续身体法益说

我国大陆学者杨立新主张该说。认为虽然不可否认尸体具有某些物的属性,但这些属性非尸体的本质属性。其本质属性在民法上表现为身体权客体在权利主体死亡后的延续利益,正如人在出生之前已经享有先期利益一样。先期身体利益、身体权客体的本身身体利益和延续身体利益和在时间上先后相序,互相衔接,构成完整的身体利益。对尸体的保护适用于人身权延伸保护的理论。公民在出生前和死亡后,存在着与身体权客体即身体利益相区分的先期身

^① 郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第265页。