

# 骨灰的法律地位研究

陆晓萍, 吴建华

(西昌学院, 四川 西昌 615013)

**【摘要】**民法理论对骨灰等死者遗留保护的定性争议由来已久。不论是在实践中还是理论上都存在是物是权的争论, 对其权利范围和内容也未达成一致。本文对骨灰属性在依据民法基本理论进行分析总结的基础上将骨灰定性为具有特定意义的纪念物, 明确其权利主体实际上为死者近亲属, 其权利内容是一种不完整的物权(或曰准物权), 其权利行使受诸多限制, 具有人格属性。最后对公序良俗原则在此类案件中如何适用提出自己见解, 并提出立法建议。

**【关键词】**骨灰; 物; 人格; 公序良俗

**【中图分类号】**D923 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2012)02-0081-05

关于骨灰的法律地位的争议由来已久, 无论是在实务界还是理论界都还未形成统一的观点, 在涉及到骨灰的案件的审理中, 由于法官的认识不同, 也会适用不同的观点来处理案件, 由此导致不同的判决的出现。对于骨灰的法律地位, 我们有必要从理论上进行研究, 以指导实践。

## 一 关于骨灰法律属性的争议

### (一) 实务界的主要观点

对于涉及骨灰的案件, 在审理时往往会有如下争议: 有的法官认为骨灰为丧失生命的人体物质形态, 本质上为身体权作为客体在死亡后的延续权益, 简称身体延续权益, 虽无任何经济价值, 但对死者亲属是寄托哀思的方式; 有的法官认为骨灰不属于财产标的, 民法及法律未界定其所有权归属, 配偶子女都有安葬义务, 不存在相互侵权可能; 有的法官认为骨灰是特定不可分物, 属配偶子女共有; 有的法官认为应按继承法按继承人顺序即配偶、父母、子女排序后确定骨灰处理的先后; 有的法官甚至提出骨灰应是可分物, 按照一般遗产的继承予以分割等等观点。骨灰是可分物这一观点与我国著名民法学家梁慧星教授在《裁判的方法》一书中观点一致。梁教授在其所著该书第三讲中指出“之所以建议将遗体进行分割, 并未说一定是分割遗体, 民法上遗体是不可分物, 但骨灰在民法上属于可分物, 一些名人不是预先订立遗嘱, 要求继承人将其骨灰到处撒吗? 如果双方子女不能达成协议, 法庭派法警拨个电话, 殡仪馆来辆车拉到火葬场火化, 将骨灰一分为二, 装两个骨灰盒, 当庭宣判, 双方各领回一个骨灰盒, 不就可以了吗?”<sup>[1]</sup>但是采用这一观点审理案件始终困扰人们的难题是有恐违背公序良俗, 甚至有人提出如此有死后开棺分尸之嫌, 违背中华民族传统伦理道德观念, 实为大忌。

### (二) 理论界的主要观点

#### 1. 关于尸体的定性

尸体(或遗体)火化后成为骨灰, 因此尸体与骨灰这两者具有客观上的关联性和类似性。故而, 有关尸体性质的理论观点对骨灰属性之分析具有参考价值。民法理论对尸体定性保护争议由来已久, 主要有以下学说:

#### (1) 非物说

梅迪库斯认为: 有关物的规则不适用尸体, 除非其已化为非人格化的木乃伊或骨骼, 因此死者家属不享有所有权, 而只有不同于一般所有权的照顾管理权利义务。我国台湾有学者也认为对尸体丧主无所有权, 唯有依习惯法管理及葬仪之权利义务。<sup>[2]</sup>

#### (2) 可继承物说

认为身体权本身就是公民对自己身体具有的所有权, 死后变为尸体, 所有权应由继承人继承。根据《日本民法典》规定应由死者祭祀者继承尸体所有权其权限限于埋葬和祭祀, 不许放弃, 因其是特殊物并非一般物。

#### (3) 非所有权客体说

认为尸体为特殊物, 不能作为所有权客体。否则会导致尸体商品化, 可流通, 产生错误观念导向, 导致人体器官被摘取牟利。若一定要将尸体处分权定性, 则其是民法上一种新型的、特殊的、不完整的物权, 最多包含占有、使用、处分权。

#### (4) 准财产权说

美国宾夕法尼亚州 LARSON V .CHASE 一案判决中明确遗体安葬是法定义务, 处置权属于亲属, 由其活着的丈夫和妻子享有, 但亲属不能以完全的财产意义拥有该尸体, 仅对尸体具有保护权利和尸体被侵犯时获得赔偿金的权利, 不是一般意义上的

收稿日期: 2012-04-20

作者简介: 陆晓萍(1980- ), 女, 讲师, 研究方向: 法学。

直接财产权,因此被称为准财产权。

## 2.关于骨灰的定性

关于骨灰的定性在理论界主要有以下几种学说:

### (1)家庭权益保护说

自然人虽死亡,但民事权利所产生利益并不会马上消失,还会延续一段时间。法律基于对自然人生前民事权利保护自然应保护民事权利产生的利益。

“死者遗留”按性质分两类,一类具经济价值,能客观独立存在于世,能支配利用,如死者肖像、尸体、著作权中财产权等;另一类没有经济价值,不能支配利用,如死者名誉、荣誉等。两类间最大差别在于是否能独立而存在,是否能带来经济利益。第一类“遗留”具经济利益,处理可参照民法对财产的规定,实质将其置于一个“准财产”地位。目前法律对这类“准财产”没有规定,不妨参照继承法中对死者遗产规定。骨灰究竟有没有经济价值呢?经济价值具相对性,一个事物对主体有没有经济价值要看主体是否愿将该物与一般等价物即货币进行交换,且这个交换实际是否能够实现。骨灰可独立于死者存在,可被独立支配,且对死者亲属来说愿意用货币进行交换取得骨灰,且交换也能够实现(这不同于死者名誉与荣誉,这两者即使死者亲属愿意交换,交换在现实中也不可实现)。因此,对死者亲属而言,骨灰有经济价值。该观点认为骨灰可归为第一类“遗留”。对骨灰可参照继承法规定处理。认为侵害死者骨灰是对死者家庭权益的侵害。对骨灰的保护实质是对死者家庭权益的保护

### (2)尸体是特殊物说

火化后的尸体是人丧失生命后遗留的物质实体,是埋葬和祭祀标的,不是财产权标的,不能继承。尸体在法律上权限于埋葬及祭祀之权能,不许放弃。尸体是人体失去生命后继续存在的一种表现形式,是自然人死亡后遗留下的物质形态,因其是自然人遗骸,所以蕴蓄特殊涵义,不是一般民法意义之物,是特殊物。尸体是从它对死者亲属和社会的重要意义上表现作用,而不像一般物从事实上满足人们生活具体需要。尸体利用要受一定限制,因其与死者及其近亲属都有直接关系,必须严格按法律规定进行。

### (3)尸体法益说

尸体作为丧失生命物质形态本质表现为一种利益,这种利益既涉及死者人身利益(如死者姓名、肖像、名誉等利益为死者近亲属所享有),又与死者

近亲属人身利益息息相关(如对死者的缅怀、哀悼)。不妨称之为尸体法益。何为法益?李斯特指出:“由法律所保护的利益,我们称之为法益(RECHTSGUTER)。法益就是合法利益。”尸体法益是由法律所保护的有关尸体的各种正当利益。侵害尸体法益行为,尤其是损害尸体行为,既是对死者人身利益的漠视,又是对死者近亲属人身利益和心理情感的粗暴践踏,更是对社会公序良俗和公共利益的公然挑衅,理应受到社会谴责和法律制裁。

## (三)对相关观点的评析

### 1.关于尸体性质之学说的评述

可继承物说价值在于明确其为特定物,将物的规则引入适用,肯定死者亲属对遗体权利与所有权不同,不具占有、使用、收益、处分的完整财产所有权,可见尸体不是传统意义上的物或财产。对其人格属性进一步做出肯定,对其处理权限进行了明确,且认为死者遗留具有人格权一样不可抛弃和放弃的属性。但对权利具体内容未加以明确,在实务领域仍会面临一定问题。且如不考虑其他因素,仅按遗产继承顺位简单认定处理,可能导致法律效果与社会公众意识的较大差异。

非物说和非所有权客体说具有自身一定道理,如认为其是民法上一种新型的、特殊的、不完全的物权,最多包含占有、使用、处分权,这些观点都正确。但未明确具体权利内容,从实务角度并不能终结争议得出结论。因为在案件处理过程中法官有权去争论,但却无权不按期或拒绝下达判决,上述两观点缺乏实用主义价值。

准财产权说肯定其不具完全财产意义,但未将权利范围外延具体化。在判例法国家中问题不大,在我国大陆民法实践中不具太多参考价值。

### 2.关于骨灰性质之观点的评述

“家庭权益保护说”,这一学说出发点在于以家庭整体为权利主体,尽量避免家庭成员内部间因不同意见引发权利纷争,体现权利整体性和权利行使一致性,但因家庭成员是各自独立民事主体,且我国民法不以家庭为民事权利主体,这一观点在我国不具价值。笔者赞同将侵犯死者遗留视为侵犯生者即近亲属权利的观点。该观点提出“死者遗留”概念,认为自然人死亡但民事利益并不会马上消失,还会延续。但这种延续由何权利派生?内容为何?延续多久?该观点的赞同者将“死者遗留”分为具经济价值和没有经济价值两种。认为骨灰可分,只考虑经济利益不考虑情感因素,认为“骨灰具经济利益,甚至可以交换,死者家属有交换意愿,存

在交换可能”。对于上述观点和做法笔者不敢苟同。死者身份权消亡虽无异议,但死者生前感情寄托应成为处理案件时所考虑因素。骨灰具经济利益可交换的话,是否会有这样的交易?是否还会有一个骨灰交易市场呢?显然荒谬!这样的做法无疑与社会的普遍观念和公序良俗相悖。

“尸体是特殊物说”对尸体定性和权利内容认定准确,认为承载权利限于埋葬祭祀,不是一般民法意义上的物,是特殊物。是从对死者亲属和社会的重要意义上表现作用,而不像一般物从事实上满足人们生产生活具体需要,上述观点都正确。该观点的赞同者认为对尸体侵害是对死者人格利益损害和人类尊严的侵害而非对近亲属利益的侵害,对此笔者并不认同,这一观点存在对不存在的主体权益进行保护的情况,且对权利保护对象描述过于宽泛,认定侵权在民法中有扩大化之嫌,让人感觉一旦侵犯尸体利益就具有社会危害性,仍是在以公法观点强调保护所有人的尊严,而对死者亲属的实际利益和感受没有给予充分重视。

“尸体法益说”,认为自然人死后尸体作为丧失生命物质形态,本质上表现为一种法益,且较为全面地对合理利用尸体和侵犯尸体的行为做了详细论述。但对尸体人格属性鲜有论及,且未明确具体发生争夺尸体时的处理方法和法益真正内容,有待完善。

总之,上述观点对尸体或骨灰是权是物仍有争议,对其权利主体及内容范围也未达成一致。但不乏共性的东西,如:对尸体或骨灰处理以死者遗愿和公序良俗作为评判标准成为通说,明确其作为特定物在遭受侵害时可主张精神损害赔偿。入土为安成为在类似案件中适用较多的一个标准。配偶对骨灰的处理权对抗了子女的处理权,意味采用继承近亲属顺位确定处理死者安葬问题的先后也成为通行做法。

## 二 本文关于骨灰的法律属性的观点

### (一) 骨灰的法律地位

#### 1. 骨灰是物

上述观点争议未平,但尸体或骨灰是特殊物几成通说,这也是目前比较符合现行立法的相对合理解释。笔者认为骨灰是具有人格意义的特定纪念物。民法通说认为,尸体属于物,不为任何人所有,不属于遗产。尸体及其组成部分构成法律中具有往来流转能力的物,依笔者之见这一流转只能在近亲属或其他与死者生前具一定人格关系的人之间进行。

笔者认为骨灰作为特定物,既不是财产意义上的物,也没有完整财产意义上的物权,其上权利为非财产权,其适用继承顺位,但不是继承财产之一部分。死者的人身遗存不是死者的人身,也不是人身遗存权人的身;出于伦理的原因,不能交换,即有专属性,因此不是财产。<sup>[3]</sup>但其可以成为特殊的权利标的物,其权利具特殊性即非财产性和不可流转,这是一种特殊的不完整物权或曰准物权,因其没有使用收益权能。因此,对骨灰争执不下时不可用竞价方式处理,否则会存在以金钱与人格做对比和交换,极大伤害亲属感情,违背公序良俗。但需注意的是我们说骨灰没有财产价值仅针对骨灰本身而言,骨灰不绝对排斥经济利益,如在有的案件中双方当事人争夺骨灰保管权的背后实质上是在争夺相关丧葬补偿抚恤费用和上述费用的分配权,骨灰保管和安葬可能成为约定取得上述款项的条件,表明它自身虽不具财产价值,但可能与经济利益有关。

#### 2. 骨灰具人格属性

之所以强调这一点,正如日尔曼古法中所述,人于死亡后,尚生存于幽冥。法律上之人格,往往存于死后。死者于死后尚有所谓“死者之权利”(Potenteil)。<sup>[4]</sup>强调骨灰人格属性基于两方面原因:一是对死者和生者感受的尊重;二是对亲属感受的尊重。其一、对于所有人而言,骨灰具有一定感情因素价值,因其是人类同胞的死后遗存,人们往往会推人及己,对其存有一些共同的期待,希望他人在不违反法律和公序良俗的情况下以人道方式善待之,犹如对待生前同胞一般,对骨灰的尊重是对死者及生者的共同尊重。其二、对死者亲属意义更加重大,其是寄托无尽哀思的对象,任何对其不利的伤害都可能导致亲属的感情及精神受到创伤,这是法律对其特别保护的重要原因。

#### 3. 骨灰是否可分

笔者认为大部分情况下其应是不可分的,这主要是基于死者亲属的感受和社会普遍的观念考虑,而且保全其完整性也是对死者完整人格的象征性保护。但不可分并非绝对,应综合考虑死者遗愿和亲属协商及地方民俗差异等情况分别处理,分割尸体的做法为社会和法律所不容,但分割骨灰在一定情况下却为社会和法律所允许,可见骨灰与尸体二者并非绝对相同。

### (二) 骨灰与死者近亲属的权利、义务

笔者认为法律对死者相关权益保护实质上是对生者利益的保护,如死者名誉权,众所周知,其一

且遭受侵害,受损失和痛苦的人是死者亲属,并非死者本人。虽实际保护的是死者亲属,但不能简单将死者亲属名誉权理解为死者名誉权,因为名誉与死者人身的依附性非常紧密,我们甚至无法将这些权利从消亡的主体之上剥离下来由生者继受,否则对其权利内容界定将丧失意义。因此,我们应透过现象看本质。如认为死者具有上述权益那么权利主体和内容上均存瑕疵,无论对死者人身或财产及名誉的保护都是如此。

骨灰与死者近亲属的权利义务的来源和具体内容,分述如下:

第一、这些权利义务关系源于死者生前人格权身份关系中亲权的转化。一方面死者死后身体遗存转变为特定具有人格象征意义的纪念物,基于亲权而使近亲属间产生了对骨灰的准物权和相关安葬祭奠等权利。亲权虽具很大情感利益,但因死者死亡,不可能进一步转化为其他具交互性质的权利。笔者认为虽然这样的精神利益和情感价值缺乏统一认定标准难以量化,但民法是社会生活经验的总结,在其中充满着一些人文伦理因素,对于这样一些利益和价值我们必须正视而绝不可忽略。

第二、骨灰表征的纪念意义具双重性:一是死者身份,其作为特定纪念物可以成为死者生前身份的象征;二是亲属间亲权转化而来的巨大情感价值和缅怀纪念的精神利益。

骨灰上承载的与死者生前近亲属间的权利义务:具体而言,死者亲属对骨灰具有的最重要的处分权就是安葬的权利,其他权利则应该还包括祭祀权。但安葬权具有双重性既是权利也可能是一种义务,义务属性首先是从社会公共利益的考虑而对死者家属的要求。其次这与死者生前与近亲属的身份权类似,权利内容较少而义务内容较多,在死者死后转化为安葬权时,内容仍具以上属性。

### 三 公序良俗原则在涉及骨灰案件中的适用和对完善相关立法的思考

#### (一) 公序良俗原则在涉及骨灰案件中的适用

公序良俗,顾名思义即公共秩序与善良风俗。公序良俗是法律对人们行为准则的基本要求,任何民事活动均不应违反。在法律规定缺位情况下,其实法官审案考虑和适用更多的不再是法律而是习惯和公序良俗。

如上文所言,死者近亲属对死者尸体虽可以火化、埋葬、祭祀甚至处分,但一个基本前提是这些做法通常应尊重死者生前愿望,不能由“管理者”为所欲为,否则属于违背公序良俗的行为;再者,这种权

利并不象一般民事权利可以为权利的享有人带来一定的利益,相反,往往表现为一种义务或者责任,将其理解为一种资格也许更贴切;法律对死者尸体进行保护的最终目的其实是为了保护死者近亲属人格利益,侵害了死者尸体,对死者而言,从唯物主义观点出发,已经无所谓利益,但是对死者近亲属而言,因为死者遗体对其具有重大情感价值,侵害死者遗体必然对死者近亲属的精神造成损害,甚至造成其人格贬损。<sup>[5]</sup>

对类似案件中公序良俗原则的适用,笔者谈以下意见:

首先,当事人意思自治优先。第一位是死者的意思表示,即其生前对自己后事的遗愿,这体现对死者遗嘱处理后事相关内容给予最大程度尊重,对死者的决定给予与生者相同尊重。在不违反法律法规和公序良俗前提下,在亲属力所能及情况下应尽量对死者的遗愿予以满足。

其次,如果死者生前没有相反遗嘱,可推定死者生前已将自己人身遗存的支配权授予其近亲属。据此,死者尸体、遗骸和骨灰,在尊重死者生前意志前提下,其近亲属享有处置权,当然不得违背公序良俗,应尊重死者亲属对死者后事处理的共同决定权和一致意见。这样的协商一致包括事前协商一致和事后调解协议,因此,这类案件应强调调解优先。协商无法一致时可参照财产继承近亲属顺位排序。但这一方法并非绝对,应有其他参照,如综合考虑各近亲属生前与死者关系,特别是亲情和生活上相互依赖和扶助情况以及感情上的依赖程度还有夫妻合葬的要求等。同一顺位中如还有争执,只有靠法官依个案实际情况参照上述其他标准自由裁量。祭奠不按继承顺位先后排序,因各方行使时不会构成对另一方这一权利的根本妨害,可以并存不应有排他性。

最后,因为我国地域辽阔民族众多,风俗习惯和葬礼传统存在较大差异,在考虑处理方法时必须给予不同民族地区的习惯以充分尊重。

#### (二) 对完善相关立法的思考

探讨立法建议前,首先应该综合考虑立法成本。因为从司法实践看,涉及骨灰的案件发生率并不高,这正是其一出现即成为关注焦点的原因,因此笔者认为对这类案件无立专门的法律规范之必要,只需在缺乏法律规定时依习惯和公序良俗处理即可。否则对这样不具普遍性的东西立法本身就是一种社会资源浪费,只会导致立法和司法成本上升。

如要对现行立法加以完备的话,可将其规定于

民法的人格或亲属关系中。首先明确骨灰属于死者遗留之一部分,是具有人格象征意义的特定纪念物,但其物权内容不完备,不具有使用收益权利,死者死后该准物权即归继承人所有。亲属对其有相应处分权利即安葬权利,原则上由各近亲属协商一致行使,在不同近亲属就该权利行使发生纠纷时依继承法中继承人近亲属顺位确定其权利行使的先后,上述权利具有排他性,前一顺位可对抗后一顺位,同时确定上述顺位时应综合考虑死者生前生活上相互依赖和扶助情况以及感情上的依赖程度。肯定死者亲属及好友对于死者骨灰及死后墓葬具有祭祀和探望的相关权利。该权利经各方协商一致行使,不具排除他人行使之效力,且一方行使时他方有告知地点等一定协助义务。在行使安葬祭祀和探望等相关权利时不得违反法律法规的强制规定,不得违背社会公序良俗。国家对不同地区和民族的安葬祭祀方式和习俗给予充分尊重和保护。

对安葬权保护主体的缺失,可从行政法等公法角度进行完善,如规定民政部门对于无人处理或一定限期不处理的骨灰具有法定的保管和安葬处分权利。对特定侵害骨灰行为可以民政部门作为实际对骨灰行使管理处分权的人,以原告身份对侵权人主张相关侵权责任,即赋予国家代位诉权。可考虑扩大刑事保护范围,将特定侵害骨灰犯罪规定为公诉案件,由检察院提起公诉。如果死者没有近亲属,法律可推定死者生前已经委托国家处置自己的物质性人身遗存和保护自己的精神性人身遗存。如果侵害死者人身遗存的同时侵害了社会利益,国家应享有诉权。<sup>[6]</sup>

另外,现行刑法对“尸体”包含范围不清楚,应明确尸体所包括范围。“尸体”不仅包括人们死亡后尚未腐烂的躯体,还应包括能够代表死者的人体遗留物,如尸骨、骨灰、遗发等物。完善这一法律内涵对于现行法律对骨灰(尸体)保护具有重要现实意义。

#### 注释及参考文献:

- [1]梁慧星.裁判的方法[M].北京:法律出版社,2003:156.
- [2]杨立新.民法物权制度研究[M].北京:法律出版社,2008:121.
- [3]李锡鹤.民法学应有“准人身”概念[J].华东政法学院学报,2007,2.
- [4]李宜琛.日尔曼法概说[M].北京:中国政法大学出版社,2003:18.
- [5]陈年冰.物质性人格权精神损害赔偿中的几个问题[J].法学,2005,6.
- [6]李锡鹤.论保护死者人身遗存的法理根据[J].华东政法学院学报,1999,2.

## Research on the Legal Status of the Ashes

LU Xiao-ping, WU Jian-hua

(Xichang College, Xichang, Sichuan 615013)

**Abstract:** The theory of civil law towards the protection of the ashes etc.left by the deceased and other qualitative debate has been for a long time. Whether in practice or in theory, there is controversy over the right thing and substance. To the scope and content of their rights it has not been agreed. In this paper, for the ashes properties in the analysis and summary based on the basic theory of civil law and characterization of the ashes with a specific meaning for the monument, it's actually a clear subject of right for a close relative of the deceased, and the content of the right is a kind of incomplete property right (or quasi-property), the exercise of their rights under many restrictions, with the attributes of personality. Finally, the principle of public order and good custom in such cases how to apply to put forward my opinion, and puts forward the legislative suggestions.

**Key words:** Ashes; Substance; Personality; Public Order and Good Custom

(责任编辑:李进)