



外来规则与固有习惯

祭田法制的近代转型

Imported Rules and Traditional Customs
the Modern Transformation of Chinese Law on Sacrificial Fields

李启成 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

下篇 祭田案件审理的近代转型

第三章 转型之肇端

——晚清民初新司法机构对祭田案件的审理 / 159

- 159 第一节 晚清新律中与“祭田”相关的法律规则
- 166 第二节 晚清各级审判厅对祭田案件的审理
- 172 第三节 民初地方新式司法审判机构对祭田案件的审理

第四章 祭田案件审理转型之关键

——民国大理院审理祭田案件概述 / 184

- 185 第一节 大理院在北洋时期司法体系中的重要地位
- 192 第二节 大理院对祭田案件的审理
——以判决要旨和判决书全文为中心
- 219 第三节 从解释例看大理院对祭田案件的答复

第五章 解析大理院确立的祭田案件规则 / 226

- 226 第一节 祭田性质在学术上的辨析与选择
- 236 第二节 对大理院“祭田分析”判例之分析
- 244 第三节 大理院关于“祭田典卖”判例之分析

第六章 祭田案件审理转型之初步完成

——国府时期的立法与司法 / 253

- 253 第一节 国府围绕祭田之立法
- 256 第二节 司法院关于祭田的判解和议决案
- 268 第三节 “误读”抑或“创造”——“公同共有”语词考

变既有的祭田制度?这种政策对祭田制度及其案件之走势产生了什么样的影响?这些问题是我要考察祭田制度和法制之结局所要认真对待的。

大致与此同时,作为中国一部分的台湾在甲午之后被日本占据,在祖国大陆祭田基础上发展出来的祭祀公业原则上受日本法律的支配。此时日本的法律和司法体系已经基本近代化。在日据台湾时期,殖民当局对祭祀公业的定性以及他们对祭祀公业案件的审断情形,当然对我研究祖国大陆祭田案件有所帮助。因此,要深入考察近代中国祭田案件的审理所发生的变化,尤其是对之作出评估时,台湾祭祀公业的相关情形确是一个理想的参照对象。因此,就需要对台湾祭祀公业之起源、演变、司法定性及裁断办法等相关事实进行梳理,然后在此基础上与祖国大陆祭田案件的近代审理情形进行比较。当然,比较本身不是目的,其着眼点是考察祖国大陆祭田案件之审理从传统到近代转型过程中的得失。^①

在前述研究的基础上,既有祭田案件审理的纵向认识,又有横向比较,因此可以集中考察祭田习惯在此类案件司法审断过程中所发生的变化,以及反过来对作为裁判根据的外来规则所施加的影响(这种影响同时也为外来法理的中国化所必需)。阐明祭田案件审理近代化过程中固有习惯与外来规则之互动关系,进而思考在这个转型过程中个人、家族与国家间关系所发生的变动,这种变动对于中国法律近代化施加了什么样的影响。回答这个问题,则是本书的结论所在。

以上就是本书研究主题逐层展开的问题意识和论证思路。集中到一点,就是在实证研究的基础上弄清楚祭田案件审理从传统到近代的演变历程,分析在这个过程中固有习惯与外来法理的交互影响,最后略微引申到家族在近代法转型过程中所发挥作用的评价。

^① 在香港,尤其是新界,有祭田存在,但我对香港特别行政区的法制和祭田状况缺乏了解,不能将之纳入比较范围,是一个遗憾,希望以后能有机会弥补。

上,方见实惠”^①。相应地,族有之“义田”应在族中子孙之间永远传递下去,与宗族内某个具体家庭的兴衰存亡并无直接关系。从“义田”设置后的实际效果来看,它在同一家族的诸多家庭之间的互相救济和推行教化方面发挥了较大的作用,在一定程度上防止了贫富的极端分化,弥补了传统官府在这方面功能的不足。所以,自宋代以来,历代官府对“义田”“义庄”的发展都持相对肯定和鼓励的态度,尤以清代最为明显。^②如影响甚大同时也是朝廷推行教化的主要资料——《圣谕广训》——即将“置义田以赡贫乏”作为重要的睦族之道,并辑录《大清律例》相关条文以为奖惩的标准。^③清代诸多大臣,如许庚、徐用仪、邵友濂、张之洞等,皆因捐置田产,设立义庄,由朝廷御书匾额以示嘉奖。^④有上述收族睦族观念、义田的实效以及官方的倡导和鼓励,以“义田”为核心的“义庄”制度自宋以后始终是中国传统民间社会的一项重要举措。

第二节 祭田与祠堂

一、“祭田”及其相近语词

从传统中国家族制度的功能来观察,一方面与祖先崇拜联系,有利于集合族人祭祀祖宗;另一方面团结族人,通过对内周济、对外一致行动,以获得更多供整个家族生存和发展的各种资源。这两个方面可以分开来理解,但实际上又是统一的:祭祀祖宗,按照传统中国人的理解,是“尊祖敬宗收族”的需要。所谓“收族”,离不开为族人生存和繁衍之需提供必备的物质支持。

① 《〈圣谕广训〉集解与研究》,周振鹤撰集,上海书店出版社2006年版,第20页。

② 参见王日根:《义田及其在封建社会中后期的社会功能浅析》,载《明清民间社会的秩序》,岳麓书社2003年版,第109—129页。

③ “凡置义田以赡宗族者,许有司官详请旌表;其盗卖义田,应照盗卖官田律一体治罪。”参见《〈圣谕广训〉集解与研究》,周振鹤撰集,上海书店出版社2006年版,第22—23页。

④ 张之洞以宗支繁衍,贫乏不能自给者甚多,其父张铨曾立志效仿范仲淹遗规,设立义庄,以周宗族,然因力不从心而未果。张之洞秉承遗训,购地完成,凡族中贫苦之家,老疾孤幼节妇,及丧葬无措、幼学无力、科试无资者,俱于此项出产内,分别帮助。时为直隶总督的李鸿章为此盛举有一《捐立义庄之妙批》,足见晚清朝廷和官僚集团对于义庄的积极赞助态度。该批文如下:“查现任湖广总督张之洞,克承先志,捐置田产,共值价银一万五千七百零两,以赡宗支。孝义之风,足励薄俗。定例:士民人等捐资赡族,值千金以上者,均请旨建坊。咸丰八年,吏部右侍郎张祥,捐田赡族,经部议以系二品大员,若仅照士民捐田之例,似无区别。奏奉谕准,加恩赏给御书匾额,以示嘉奖。自后原任兵部尚书许庚、现任吏部左侍郎徐用仪、现任福建台湾巡抚邵友濂,均以捐产赡族,经历任浙江巡抚刘秉璋、崧骏先后奏请,蒙恩赏给匾额,钦遵在案。张之洞事同一律,自当援照成案,奏请赏赐御书匾额,以示嘉奖。”参见襟霞阁主编:《清代名吏判牍七种汇编》,台湾老古文化事业股份有限公司2000年版,第511—512页。

期,尚有一些家、族购进田亩来设置“墓田”。如曹汝霖在其父故后,将其父在原籍安葬之时,除在墓地建立墓祠和小学校之外,“并置祭田百亩,以备修葺,并为后人祭扫之需。”^①此处的“祭田”,系供墓祭之用,故实为“墓田”。

在近代以来的司法判决书里面,在江南地方,亦可发现因为墓田的管理处分而涉讼的案件。如浙江高等审判厅民一庭于1917年2月6日判决的胡言和诉胡远灏莖产纠葛案件就是一例。该案经鄞县地方审判厅第二审判决后,胡言和不服第二审关于否决其对成魁、成祖两公莖产的轮管权,而仅肯定其对成凤公莖地的轮管权。^②从中可以看出,这种“莖产”实际上是“墓田”的另一称谓,是为具体祖先的墓祭而设立,其所有者仅限于该被祭祖的直系男性后裔,仍保有明显的个别性。

“墓田”作为“祭田”的一重要种类,较早地出现于晋代,仅限于朝廷对于功臣的赏赐;真正有确切证据普及到民间是唐宋时期。至迟到南宋时期,政府已经制定了相当详密的规则来对与墓田相关的田土交易进行规范,墓田的创设更为普遍。墓田是为墓祭某一特定祖先而设定,其管业权仅限于该祭祀对象的直系男性后裔。墓田的普遍设定和保持以及它的这种个别化特征在元明清诸朝一直保存下来,并延续到了民国时期。墓田作为“祭田”的重要类型,一直长期广泛存在于中国社会。

三、祭田之(二):“祠田”

(一)《朱子家礼》中的“祠堂”和“祭田”的设置

《朱子家礼》(又名《文公家礼》)一书是否为朱熹本人所作,学界向存争议。包括朱熹季子朱在、弟子兼女婿黄勉斋及其他弟子在内的南宋诸家皆于传世《家礼》为朱熹所撰一事无异议,然而到了元至正间,却有武林应氏作《家礼辨》,疑《家礼》非朱子所作,从而挑起了有关《家礼》一书的真伪之争,明代丘濬作了反驳,否定说在明代影响不大。“真考亭功臣”^③的清代学者王懋竑作《家礼考》,明确否定《家礼》为朱子之书,此说得到了四库馆臣之赞同,云“如……《家礼考》,皆反复研索,参互比较,定为后人所依托,为宋元以来儒者所未发”。^④因《四库提要》在学术史上的权威地位,否定说大占上风。直到晚清咸同之际,李慈铭尚持此说不疑,“阅王予中《白田杂著》……于《纲

① 《曹汝霖一生之回忆》,台湾传记文学出版社1980年版,第193页。

② 《浙江高等审判厅民事判词辑录》,浙江省图书馆藏,第658—659页。

③ 焦循:《国史儒林文苑传议》,载《雕菰楼集》卷十二,苏州文学山房民国活字本。

④ 《钦定四库全书总目》(上册),中华书局1997年版,第1597—1598页。

一定级别的大臣建立家庙祭祖,并将之称为“影堂”。司马光追溯这一沿革云:

先王之制,自天子至于官师皆有庙,及秦非笑圣人,荡灭典礼,务尊君卑臣,天子之外,无敢营宗庙者。汉世公卿贵人,多建祠堂于墓所,在都邑则鲜焉。魏晋以降,渐复庙制……唐世贵臣皆有庙。及五代荡析,士民求生有所未遑,礼颓教坠,庙制遂绝。宋兴,夷乱苏疲,久而未讲,仁宗皇帝悯群臣贵及公相,而祖祢食于寝,侔于庶人。庆历元年……听文武官依旧式,立家庙……于是翰林承旨而下共奏请自平章事以上立四庙,东宫少保以上三庙……诏如其请。既而在职者违慢相仗,迄今庙制卒不立。公卿亦安故习常,得谗以为辞,无肯唱众为之者。独平章事文公首奏乞立庙河南,明年七月有诏可之。^①

由于程颐认为祭时用“影”字不妥,朱熹遂将这种适用于所有人的家庙改称为“祠堂”。《家礼·祠堂》附注云:“伊川先生云,古者庶人祭于寝,士大夫祭于庙,庶人无庙,可立影堂,今文公先生乃曰祠堂者,盖以伊川先生谓祭时不可用影,故改影堂曰祠堂云。”^②本来,西汉中期以后,豪强大族纷纷在坟墓之前建立祠堂,把“上墓”、祭祀祠堂作为团结大族成员的一种手段。^③但这限于特定的等级,并没有普及到民间。朱子于《家礼》中规定祠堂制度,就是要它走进寻常百姓家。

设立祠堂以祭祀祖宗,通过特定的仪式,可达到族人自觉“守礼”,尤其是“家礼”之目的。有学者以为要理解中国文化,先要认识中国文化的独特性,其中“礼”和“(家)族”都是西文没有的概念,标志着中国的特殊性。^④而《家礼》所创设的祠堂制度正好可以把“礼”和“(家)族”联系起来。

明儒吕坤云:“祠以奉神魂,莹以藏体魄,皆祖宗所以寄没于不没者也,皆子孙所以见不没于没者也。”^⑤王士晋《宗规》“祠墓当展”条亦云:

祠乃祖宗神灵所依,墓乃祖宗体魄所藏,子孙思祖宗不可见,见所

① 司马光:《文潞公家庙碑》,载《温国文正公文集》卷七十九,四部丛刊本。

② 日本学者室直清认为,祠堂即古之家庙,但他也指出了二者的区别,“古之家庙,后有寝前有庙,而祠堂有堂无寝;古之家庙,分为房室,藏主于室,奉一世为一庙,而祠堂为四龛室,祭四主于一堂。”参见[日]室直清:《文公家礼通考》,载《丛书集成续编》第66册,台湾新文丰出版公司1988年版,第699页。

③ 杨宽:《先秦史十讲》,高智群编,复旦大学出版社2006年版,第309页;包伟民:《唐宋家族制度嬗变原因试析》,载包伟民:《传统国家与社会(960—1279)》,商务印书馆2009年版,第246—252页。

④ [美]邓尔麟:《钱穆与七房桥世界》,蓝桦译,社会科学文献出版社1995年版,第7页。

⑤ 《叙吕氏祠堂志》,载《吕坤全集》(上册),中华书局2008年版,第115页。

日本学者多贺秋五郎先生所辑录的宗祠规条中共收录该类规条将近 30 篇,其中能从文字里面看到宗祠有比较完备的管理机构的约 12 篇,由于有些祠规只是节略,故实际上拥有较为完备管理机构的宗祠数目会更大一些,但仍有很大一部分宗祠规约里并无较为完备管理机构的记载。可进一步推测,这些留传下来并能保存至今的祠规一般而言是较大且规划相对完善的宗族,其他没有祠规留传下来的宗祠,有的可能存在,有的可能根本没有较为系统详明的规约,当然也谈不到较为完备的管理机构。据此可知,并非所有的宗祠都有相对完备的管理机构,只有那些庞大、族内读书人众多且热心族益的宗族才制定了详明的祠规,发展出较为完备的管理机构。

宗祠如没有明确的管理机构和人员经理其财产,那将“宗祠田”断定为归宗祠所有难免会与事实本身相悖。虽然不能遽然断定“宗祠田”为“宗祠”所有,但却不能否定该宗族通过修建宗祠、设立祠田而拥有宗族公产。事实上,有些宗族通过各房轮管的方式确认了该田产的全宗族“公产”的性质。如浙江会稽张氏宗族所拥有的祠田则规定“按房承值”^①;江西婺源溪南江氏则规定各处祀田,由其支下子孙照管,除祭祀开销外,如有赢余,不许私自侵扣,需要置买附近膏腴之田,以广孝思。^②既然不许私用,其宗族公有性质显明。

既然设置“宗祠田”是为了报本追远,一般情况下不允许分析,应该使其长存。随着宗族的繁衍,不但不应使既有的“宗祠田”分析,还应该不断扩大其规模。虽然从理论上看不应分析,作为个体的族人不能从此类公有族产中得到事实上的私有份额,但相对于族外人而言,他通过对祭祀的参与而能从“宗祠田”受益。用现代话语来讲,他作为宗族的一分子,享有“宗祠田”的受益权。也就是说,个体宗族成员对“宗祠田”保有私有份额,只不过这种私有份额是潜在的,他作为宗族成员所享有的受益权就是这种潜在私有份额的外在表现。所以,在这个意义上,“宗祠田”可以被视为全宗族共有的“族产”。

不管宗祠有无完善的管理机构,有无独立拥有财产的能力和事实,宗祠田是族产这个判断都能成立。相对于将宗祠田视为附属于宗祠的财产而言,具有更广的解释力和更精确的概括力。我认为,将宗祠田归为族产是一种相对妥当的定性。

(四) “家祠”和“家祠田”

《家礼》自流行开来,对中国社会产生了巨大的持续性影响。建祠堂逐

① [日]多贺秋五郎:《宗谱の研究·资料篇》,东洋文库论丛第四十五,日本东洋文库 1960 年刊印,第 814 页。

② 同上书,第 787 页。

强行将之纳入该法律框架之中,难免有削足适履之弊。只有在现代民法学体系和传统惯例之间妥协和折衷,将之定性为习惯法上的法人,才可能将传统惯例和现代法律规则及其背后的法理共同作为裁判此类案件的法源,在个案判决中根据具体情况获得尽可能妥当的司法判决。

二、光复后的“公同共有”说

祭祀公业一般而言由享祀者、祭祀、独立财产和派下等几个相互联系的部分所构成。日本占据时期的祭祀公业法人说主要是从独立财产视角来观察祭祀公业所得出的结论。如从派下来观察,祭祀公业的性质则与前述法人说迥异,而呈现出一种“共有”性质,这是祭祀公业定性上“公同共有”说的学理出发点。

台湾光复后,司法当局一改日本殖民机构对祭祀公业的法人定性,沿袭了民初大理院和最高法院对大陆祭田的定性,将台湾祭祀公业定性为公同共有物。“最高法院”1950年台上字第364号判例列举了将台湾祭祀公业定性为公同共有物的主要理由,主要有下述三点:第一,日本在台司法当局对祭祀公业的定性不能拘束民国司法机构;第二,即便肯定日本在台司法当局的法人定性对台湾祭祀公业产生了事实上的影响,这种影响也属于习惯之范畴,只有在不与法律抵触时方发生效力;第三,现行民法有“法人非依民法或其他法律之规定不得成立,在民法施行前亦须具有财团及以公益为目的社团之性质而有独立之财产者,始得视为法人”之规定,故前述习惯与法律规定相悖,认定祭祀公业为法人的见解不能成立。^① 第一点系属政治问题,第二、三点是从法源位阶上阐述将祭祀公业定性为法人见解不能成立的主要法律根据所在。该判例并没有正面揭示祭祀公业为公同共有物的法律根据所在。^②

既不能从判例中直接归纳出将祭祀公业定性为公同共有物的根据,那就只能从法理和事实相关联的角度来进行演绎式的推理,这是台湾私法所采纳的见解。从习惯事实上来看,“(1)在台湾,一般观念上,并无以享祀人即死者为财产权之主体者,且亦无认定公业为法人格体之想法。(2)公业财产之处分行为,必须经派下全体之一致,其典卖契字,鲜有使用公业名义之例。”^③公

^① 台湾“法务部”:《台湾民事习惯调查报告》,台湾法务通讯杂志社1995年版,第773—774页。

^② 该判例在正面论证时仅笼统指出,“台湾之祭祀公业,如仅属于某死亡者后裔公同共有,不过为某死亡者后裔公同共有祀产之总称,尚难认为有多数人组织之团体名称。”转引自同上书,第767—768页。

^③ 台湾“法务部”:《台湾民事习惯调查报告》,台湾法务通讯杂志社1995年版,第766页。

识、法观念的生成,还是微观层面上的具体制度建设——不能回避的难题。选择异质文化中属于相近发展阶段且较为恰当的理论模式来规范本土文化中的某个具体制度或事实,应是最理想的选择。戴先生的“实在综合人”说对祭祀公业的定性,具有较大妥当性的学理根据即主要在于此。

主要作为农业社会习惯的祭祀公业进入工商业社会之后,难免会出现某些困难情形。前述祭祀公业派下的确定因人口的流动不居而产生的困难就是一例。戴先生基于对祭祀公业习惯的“复多性”认识,考虑到祭祀公业的“实在综合人”特性,反对单纯以“法人”说或“公同共有”说来规范之,而是认可这两种理论主张的合理性,同时也注意到其局限性,即只抓住了祭祀公业习惯的某一面相。要解决派下确定的困难,不能直接从现有的民法框架中找到相应的具体规则,因在现有的民法框架中,最适合祭祀公业习惯的规则要么在“法人”项目之下,要么在“公同共有”项目下;因此需要结合二者,来制定特别法规以规范之。其具体思路就是,“凡以‘死者名义’‘公号’‘公业’等名义为所有人,而不以个人名义登记其所有权者,就其不动产,命利害关系人于一定期间内提出申报,政府设一查核机构予以审查,如无人提出异议,则迳行核定其共有人;如有异议,则命关系人提出主张或举证,由复审机构审定之。一经审定即具有创设之效力,不得再行异议。而后令其设立社团法人或财团法人。”《调查报告》的作者对这点评价甚高,认为它“似为一劳永逸之解决办法”。^①戴先生这个解决方案,是基于其对祭祀公业“实在综合人”的定性,既看到社会已工商业化,也考虑了祭祀公业先后经历了法人和公同共有规范两个阶段,祭祀公业本身的“复多性”更为彰显,要通过特别立法加以规范之,以减少围绕祭祀公业而产生的纷争。在特别立法之中,要通过不动产登记、申报、异议和复查等程序间接承认祭祀公业的“共有”性质,最终达到以“法人”进行规范之目的,在尽量照顾祭祀公业习惯之“复多性”情况下,完成其近代改造,确不失为一妥当之办法。

关于台湾祭祀公业之性质认定问题,自日本占据台湾以来,司法当局都是力图以欧陆近代法律制度来规范它,以实现祭祀公业的近代化。司法当局通过调查台湾祭祀公业旧惯,结合日本民法的法律规定情形,侧重于祭祀公业团体的单一性特征,将之定性为习惯法上的“法人”,并结合祭祀公业习惯和日本民法中法人规则对之进行规范。及至光复,直至1949年后,司法当局沿袭了民初大理院和“最高法院”对大陆祭田性质的认定,忽略了大陆祭田和祭祀公业在习惯上的差别,以及日本殖民司法当局数十年来以法人定性祭

^① 台湾“法务部”:《台湾民事习惯调查报告》,台湾法务通讯杂志社1995年版,第782页。

各房的利益,那就应分析。这就间接证明大理院和最高法院在保存祭田这个问题上并没有僵化的主观成见,在公司共有关系中应保护所有公司共有人的利益,故祭田案件的判决一切以保护祭田所有管业权人的利益为准,保证了说理的充分和正当。实际上,潜移默化地改造了祭田应永久保存这个传统观念和惯例。故可认为,大理院以现代法理改造祭田处分习惯这种方式是较为妥当的。其实,分析史尚宽先生的批评,其理由集中于两点:一是判例并没有严格遵守公司共有法理之一般规定,而对规定作了扩大解释,导致了祭田保存习惯之破坏;二是单纯以公司共有定性并以相关的法理规范祭田不妥,因为祭田是带有总有性质的特殊公司共有。他并不反对以现代法理来规范祭田习惯,而是对此种方式肯定的基础上要寻求更为妥当的现代法理以准确规范之。

从永久保存祭田之习惯是否适应当时社会这个角度来看,实际关涉价值判断。大理院之所以不坚持、在判决中不采信的根本原因是他们认为,该习惯发展到当时已不适应近代社会。柯凌汉先生的批评则是立足于保存祭田以维持祖先祭祀仍是良好习惯这个判断上。其实,任何问题一旦直接牵涉到价值判断,就难免有见仁见智的主观考虑在内。即便如此,也并非不能对之作进一步的阐释。

在传统中国社会,祭田的设立和维持自然有助于尊祖敬宗睦族,发挥了良好的作用。但这种良好作用的发挥是与整体社会环境分不开的,比如说家国同构的政治结构、以孝悌为核心的社会意识形态对宗族的认同和支撑等。即便如此,但一种制度在长期运作之后,其所能产生的作用与其设立初衷难免会存在不同程度的背离,这一点在祭田制度中表现得尤其明显:祭田设立之初,所有管业权人之间因为相近的血缘而维持着密切关系,其尊祖睦族的功能尚能较好地发挥;随着年湮代远,祭田的管业权团体逐步扩大,管业权人之间的血缘越来越远,其关系也更加淡漠,甚至频繁出现纷争,处理得不好,祭田的存在反倒成了纠纷的根源。传统社会祭田纠纷较多的原因即与此紧密相关。但由于大环境的制约,设立和维持祭田尚无太大问题。

步入近代社会之后,整个社会舆论环境是朝着不利于祭田维持的方向不断发展:在与西方面对面大规模接触之后,在中西比较当中,越来越多的中国人将传统的宗族、宗法国家等相关观念和制度视为中国贫穷落后的重要根源,故在原先尊祖敬宗观念支配下的子孙应永远保存祭田以供祖先祭祀的做法不再被认为是天经地义。有人根据祭田的实际支配现实出发,认为祭田名义上虽然是族内公产,实际上掌握在族内有钱有势的人手中,成为剥削、压迫

贫困族人的工具^①;有人看来,尽管他们承认祖先祭祀是中国传统文化优越性的重要体现,祭田的存在也有其睦族之功能,但面对众多的祭田纷争,还是主张迁就这种纷争的现实,在具体的祭田纷争中来考虑该系争祭田是否有其存续的价值。绝大多数法曹中人,尤其是大理院和国民政府最高司法当局的法官们,采取的是以个案审理的方式创设一般性判例,以公同共有这个外来法理为据,承认在一定条件下对祭田进行实质性处分的正当性。自20世纪初以来,司法判例中所体现出来的是成就祭田实质处分的条件越来越宽松,比如从对“全体同意”之含义所进行的阐释上面来说,就有一个从全体族人同意到多数同意再到各房代表同意,甚至到族人的事后实际追认这个变迁过程。^② 不论大理院和最高法院的法官们有没有自觉意识到此种社会意识形态的变迁趋势,但在对祭田习惯的改造上,尤其是关于祭田的实质处分方面,其制作的判例是与这一趋势大致吻合的。

再就经济发展演变而言,祭田作为家族公产,不允许子孙进行实质性处分的习惯基本上能与整个社会相对静止的自然经济形态相适应。在那些祭田规模较大的地方,祭田在承担祭祀费用之余,其收益还给贫苦族人提供借贷、甚至免费救济,既能让族人直接体会到同族之间的血缘温情,同时也有助于低经济发展水平之下的社会安定。清代有祭田免于查封等行政强制处分之例文,在客观上也为祭田承担此种社会职能提供了一定的保证。^③ 大理院在“六年抗字第154号判例”重申了此种规定,指出,“族中公共祠产,当其设置之初,原以永供祠堂祭享或其他族中公用,为一定之目的,与寻常之共有物,自难相提并论。故在未经公同议定废止以前,不得由族人私擅处分,尤不得因族人负有债务之故,即由执行衙门施行查封拍卖等处分,以之抵债。”^④

① 《广东省志·国土志》,广东人民出版社2004年版,第112—116页。

② 大理院四年上字第977号判例要旨有:族人处分祖遗祭田以共有物之常规言之,自当以得族人全体之同意为有效要件,惟依地方旧有之习惯或族中特定之规约,各房房长可以共同代理全体族人,以为处分;抑或各房房长集众会议,可依族人多数议决以为处分者,则依该习惯或规约处分为行,虽未得族人全体同意,亦应认为有效。(郭卫编辑:《大理院判例全书》,台湾成文出版有限公司1972年版,第168页。)到1928年2月24日最高法院民事第一庭对孟人柱等与孟学颜等因变卖祭田涉讼上告案作出判决,制作了“上字第169号”判例要旨:族人处分祀田,就公同共有物性质而言,自以有必要情形并得族人全体同意为有效条件,但依地方习惯,各房房长得共同代理全体族人以为处分,或各房房长集族众会议,依多数议决以为处分,或于处分后经族众追认其事者,亦应认为有效。参见郭卫编辑:《最高法院判例汇编》第一册,上海法学编译社1928年版,第44—45页。

③ 《大清律例》规定,“凡亏空入官房地内,如有坟地,及坟园内房屋、看坟人口、祭祀田产,俱给还本人,免其入官变价。”《户部则例·田赋门》中的“存留坟地”条规定“凡八旗及汉员应行入官地内,有坟园祭田数在三顷以下者,免其入官。若在三顷以上,除给还三顷外,余地悉行入官。”薛允升并认为这两个规定属于“良法美意”。参见薛允升著述、黄静嘉编校:《读例存疑重刊本》第二册,第369页。

④ 郭卫编辑:《大理院判例全书》(下册),台湾成文出版有限公司1972年版,第756页。

很多共同之处。这是大理院和国民政府最高法院法官们将祭田定性为公同共有物的主要原因所在。自晚清以来,为了新制定的民商法能适应中国国情,当局启动了全国性的民商事习惯调查;到民国时期,出于民商事纠纷的调处和审判的需要,也进行了民商事习惯调查,但根据现今得到整理的调查报告来看,^①其中甚少关于祭田的习惯。在用公同共有法理裁决祭田案件之初,法官们无法对既已存在的祭田惯例作一总体把握,公同共有法理与祭田习惯之间的复杂关系尚未得到充分展现的机会。随着更多的祭田纠纷被提交到从事法律审的大理院和最高法院,当事人在其上诉状和答辩词中就有列举祭田惯例作为攻击防御的手段,法官们在审理这类案件的过程中,势必促使他们深入探究祭田习惯,对之逐渐有了全方位了解,主动设法弥合祭田惯例和公同共有法理之间的冲突才有可能。在这种弥合过程中,一方面是改造了祭田习惯,使之更符合公同共有法理;另一方面公同共有法理也受到了祭田习惯的影响,因法官有意识的主导,也有些适合中国祭田惯例的新发展。这种发展,主要表现在下述两个方面。

第一,在诉讼程序上,按照通常的公同共有法理,以公同共有物为诉讼标的的案件,在诉讼法上属于固有的必要共同诉讼,也就是说共同诉讼人被当作一个不可分割的整体,必须一起去进行起诉或应诉,否则就是当事人不适格。如此一来,对方当事人要提起诉讼,就首先需要调查清楚所有的公同共有人,否则,在提起诉讼后,一旦被法院或对方发现还缺少公同共有人,那就就会产生败诉、甚至是判决后无法执行的危险。因公同共有物不利于对物的最大效益的利用,且容易引发纠纷,所以在传统民法理论中,何种共同关系能引发公同共有之成立,原则上应依法律之特别规定,这就是通常所说的“类型强制原则”^②,故公同共有物的类型较为固定。常见的公同共有关系大体限于合伙、共同继承遗产、夫妻约定的共同财产等,其公同共有人的范围较为明确,因此等公同共有物而涉讼时,在当事人适格方面尚不致引起太大困难。如将祭田作为公同共有物,情形就不同了;也许在设立之初,确定所有的公同共有人尚还困难较少;及至时间推移,公同共有人的范围逐渐扩大,且随着近代中国有从农业社会向工商业社会转变的趋势,人口流动性增加,且相应地

① 参考俞江、尹华蓉整理:《安徽宪政调查局编呈民事习惯答案》,载李贵连主编:《近代法研究》,北京大学出版社2007年版,第一辑,第154—258页;南京国民政府司法行政部编、胡旭晟等点校:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2000年版;施沛生编:《中国民事习惯大全》,上海书店出版社2002年版。

② 张双根:《共有中的两个问题——兼谈对〈物权法(草案)〉“共有”章的一点看法》,载《比较法研究》2006年第2期。

人口调查和登记一直没有真正建立起来,故要确定祭田的所有公同共有人实在是一件难事,因此,在祭田案件中,当事人的适格问题迟早会严重起来。

在以公同共有法理裁判祭田案件的初期,因为人们法律知识的相对欠缺,不能有效地利用它来进行法律上的攻击防御。在这种情况下,也许薛祀光先生的办法能应付于一时:只要判例对于公同共有财产团体的诉讼能力,维持旧来的态度,则足可弥补祭田公同共有说在当事人适格方面的缺陷。^①随着近代法观念的逐渐普及,原先没有人利用此种缺陷来作攻击防御之方法,并不能保证以后也没有人提出,绝大多数人没有如此做也并不就意味着根本没有人要做,法院也不能对这个问题长期保持沉默。大理院“第902号解释例”即足可证明这个问题已为司法者所意识到。因司法机关并不株守诉讼主体适格问题而从宽受理案件,故这个问题被暂时搁置起来。但问题终归还要从理论上加以解决。到1942年11月19日,国民政府最高法院民庭会议作出了关于以公同共有物为标的之案件当事人适格问题的决议,其中的第6点专门议及祭田问题,终于解决了这个难题。

考虑到该决议是今后国民政府各级法院审断祭田案件所应遵守的规则,故似可推断:在祭田涉讼案件里,将管理人或各房房长当作适格当事人,也即是说他们在这类案件中具有当事人能力。之所以如此规定,因他们是祭田及其管业权团体(所有派下)的代表。实际上,这已经走出了将祭田和其管业权团体(派下全体)视为“有当事人能力之非法人团体”的决定性一步。^②祭田既然被定性为公同共有物之一种,这个关于祭田的决议是应该可以对之进行一定程度抽象的,即在因公同共有物而涉讼的案件中,如该公同共有物设有管理人或代表人,在所有的公同共有人难以确定的情况下,可以赋予该管理人或代表人以权利能力,间接将这个因公同关系结合起来的公同共有物和全体公同共有人视为一“有当事人能力之非法人团体”,以此方法来解决当事人适格问题,能在很大程度上减轻因此而生的私权长期不确定之困境。要观察这一思路对公同共有理论之发展,可以参照日本的“入会权”。虽然日本民法没有规定公同共有,但其固有的入会权却是与公同共有最为近似的。直到平成时期,最高裁判所的判例还对团体代表人的权限课以实质性的制约,要求代表人在实施诉讼前必须获得成员的同意。^③两相比较,可见中国

① 薛祀光:《祀产的立法问题》,载《社会科学论丛》第2卷第1号,1930年。

② 参见黄阳寿:《有当事人能力之非法人团体之权利能力论》,台湾汉兴书局有限公司1996年版,第18—25页。

③ [日]高乔宏志:《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第150—151页。

上来说,这些学者,甚至包括大理院法官们制作的祭田判例要旨在内,都为在近代中国发展公同共有法理提供了进一步思考的起点。

将祭田定性为公同共有物,是整个民国时期司法界的主流做法,在几十年的司法实践中,法官们和法学者面对固有祭田习惯和公同共有法理之间既吻合又有冲突的复杂情况,在当事人适格这个程序问题上,以及在寻求并论证其间的公同关系这个实体问题上,对公同共有理论都有一定的发展,或为今后的进一步发展提供了思考的契机。

(三) 从台湾祭祀公业评估民国时期对祭田案件的审理

曾经是中国重要土地制度的祭田为中华人民共和国建立初期的土地改革所彻底否定,使我们无法直接审视自晚清以来在祭田案件审判中所积累起来的经验和可能产生的问题。但在台湾,起源于大陆祭田制度的祭祀公业却得到了延续,现今仍然存活着,司法机关在裁断这类案件时仍是沿着晚清民国时期的路子,即是以公同共有物来定性祭祀公业,并在此基础上以公同共有法理为判决的主要依据。可以合理地推断,台湾祭祀公业的审断现状也许能在很大程度上帮助我们评估自近代以来用西方法理裁决祭田案件的做法。

在台湾,有学者和司法官员对于以公同共有法理来裁判祭祀公业案件提出了质疑,认为围绕祭祀公业案件的审断所出现的诸多问题是与司法当局将祭田定性为公同共有物直接相关的。影响较大的是在《台湾民事习惯调查报告》中调查并撰写“祭祀公业”编的刘绍猷先生,他认为,“对此组织松散、派下关系模糊之制度,在法律上反以须得全体公同共有人同意始得行使权利义务之公同共有关系视之,祭祀公业各项问题之症结即在此。”^①这种说法自有其道理,但尚可作进一步的引申。提出此种质疑的台湾学者多强调祭祀公业在日据时期曾经有将之定性为法人的经历,在他们看来,围绕祭祀公业出现的问题是因为日据司法当局将祭祀公业定性为习惯性法人,导致了祭祀公业的法人化,在光复后,遽然将之重新定性为公同共有物,在这种不同规则的规制下,难免出现诸多问题。我也承认这种判断无疑是围绕祭祀公业所出现问题的根源之一,但绝不认为它是主要原因。日据台湾司法当局虽有近二十年以法人规则来规制祭祀公业的实践,但从理论上来说,它是将祭祀公业定性为习惯法上的法人,较多地保存了固有的惯例;从实际上来看,在法人规制下,祭祀公业惯例究竟发生了多大的改变还很难说,例如祭祀公业的管理,日据之前以轮管居多,日本殖民当局为了方便土地登记,要求各祭祀公业设立

^① 台湾“法务部”编:《台湾民事习惯调查报告》,台湾法务通讯杂志社1995年版,第771页。

时间则更长,变革起来当更艰难。虽然到宋代,以血缘为基础的贵族制度在社会上基本上不复存在,但该制度存在了数千年之久,贵族思想意识却依然存在。在这个新时代,决定一个人、甚至一个家族政治和社会地位高低的标准是能否在科举上获得成功。要想在举业上获得成功,一般而言,需要一定的天赋、闲暇和物质基础。故创设祭田制度,积累一定数量的家族公产,进而利用这家族公产,创办族内、房内义学,让族房内的俊秀子弟上学,为其参加科举尽可能提供便利。比如说根据该子弟在科举道路上的具体成就设置数额不等的奖励等。如此一来,这类俊秀子弟在科举路上获得成功的可能性遂大增。及至那些获得成功的子弟出仕以后,有了官俸收入,原先为其提供了资助的族房当然亦要求他捐出一部分官俸所入,来补助族房内公产,由此形成了一个家族保持地位、族人也能从中受益的良性循环。这样,尽管基于血缘的贵族没有了,但一个家族以内的族人通过科举连续数代获得成功即有了可能,这样的家族自然也就成为当地乃至超越省区的书香望族,在一定程度上能部分满足普通人们渴望成为贵族之心理要求。换句话说,作为制度的贵族制不复存在,但实际上某些家族却得以另一种举业代代相传的形式成为“新贵”,成为其他家族仿效的对象。关于这批“新贵”之形成和作用,何启民通过与魏晋隋唐的世家大族相比较,指出:

中古的世家大族……日渐消融,到北宋初年,已零落殆尽。新兴的阶层,经历一段时间后,也许会形成新的世族,然而再也不会有中古时代世家大族的光彩。他们对于政治、经济、社会、学术,已不再有举足轻重的影响力。在世人心目中,最多因他们家族历史的悠久,出过一些人物,交游广阔,在地方上地位比较特殊,而给予相当的注意,以及适当的敬意。他们可能是地方社会的安定力量,却不再是历史的中心。^①

这里所说的“新兴的阶层”“新的世族”,主要就是科举世家。尽管其地位和权势不能与魏晋隋唐的世家大族相比,但仍然是“地方社会的安定力量”。这些科举世家,成为绅士的重要来源。关于这些绅士在19世纪社会中的作用,张仲礼先生有深入研究,指出:

绅士作为一个居于领袖地位和享有各种特权的社会集团,也承担了若干社会职责。他们视自己家乡的福利增进和利益保护为己任。在政府官员面前,他们代表了本地的利益。他们承担了诸如公益活动、排

^① 何启民:《鼎食之家——世家大族》,载杜正胜主编:《中国式家庭与社会》,黄山书社2012年版,第60—61页。

也,尊贤也,亲亲也,敬大臣也,体群臣也,子庶民也,来百工也,柔远人也,怀诸侯也。”儒家经典中的这些理想性论述,对历代朝廷和士大夫影响深远。顾炎武即明确区分了“亡国”和“亡天下”之别。^①本来,天下国家作为一种理想规划,从来都没能真正完全实现过。到近代,晚清朝廷遭遇西方,天下国家的基本架构,即“天朝体制”出现了不能按常规应对的危机,在列强的强烈要求下,先是成立了总理衙门,向列强派出驻外使节,后又将总理衙门改为外务部,位列各部之首。到20世纪初,更成立了作为预备国会的资政院和责任内阁。这些变化,是清朝廷为救亡图存,借鉴西方各民族国家相关制度的结果。

既然必定要进行从天下国家向民族国家的转型,那这个民族国家究竟应该是什么样的?在西方列强中,民族国家有帝国、有共和国,有专制国、有立宪国。如果说在整个19世纪,对于当时中国究竟应建立一个什么样的民族国家还不是特别明确的话,那到20世纪前二十年,这个问题基本上解决了。1904—1905年日俄战争的结果,使得中国朝野在建设立宪国这一点上基本形成共识,由此有了晚清最后几年的预备立宪改革。随后辛亥革命的成功和洪宪帝制的失败,历史帮助中国民众选择了共和国。至此,近代中国所建设的民族国家就是立宪共和国。也就是说,近代中国的国家转型是要完成从“帝国”到“民国”的彻底转变。正是充分注意到了这一宏大的历史场景,张君勱先生这一论断才有了充分的根据:“所谓近代国家,就是一个民主国家,对内工商业发达,注意科学研究,乃至军备充实;对外维持其主权独立,领土之完整,且能与各大国相周旋;至于政府机构方面,一定有内阁、议会以及选举制度。这都是现代国家的特色,亦即近代国家应具备的种种特点。”^②

近代中国要在国家层面上进行从“帝国”到“民国”的转型,相应地,法律也要转型。其转型的内容,可从法律和司法所要承担的职能方面进行部分归纳,即从治吏治民以保障君权向治吏以保障民权方向发生根本性转变。秦汉之后,专制帝国代替了封建天下,历代靠打天下成功的帝王及其继承者,最关心的是皇位稳固。为达到这一目的,他们大致以儒家学说为核心来推行教化于先,以法家学说提供的手段来威慑于后。以什么样的威慑为最有效?按照韩非子为专制君主给出的办法,君主除“暗用术”之外,还要“明用法”。因此

① 《日知录》卷十三“正始”一条说:有亡国,有亡天下。亡国与亡天下奚辨?曰:易姓改号,谓之亡国。仁义充塞,而至于率兽食人,人将相食,谓之亡天下……保国者,其君其臣,肉食者谋之;保天下,匹夫之贱与有责焉耳矣。”参见顾炎武:《日知录校注》(中册),陈垣校注,安徽大学出版社2007年版,第722—723页。

② 张君勱:《宪政之道》,清华大学出版社2006年版,第136页。

52. 刘志扬:《民法物权》,上海大东书局 1936 年版。
53. 卢静仪:《清末民初家产制度的演变——从分家析产到遗产继承》,台湾元照出版有限公司 2012 年版。
54. 吕思勉:《中国制度史》,上海教育出版社 2002 年版。
55. 麦惠庭:《中国家庭改造问题》,商务印书馆 1930 年版。
56. 那思陆:《清代州县衙门审判制度》,文史哲出版社 1982 年版。
57. 潘光旦、全蔚天:《苏南土地改革访问记》,三联书店 1952 年版。
58. 瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社 1998 年版。
59. 尚小明:《留日学生与清末新政》,江西教育出版社 2002 年版。
60. 室直清:《文公家礼通考》《丛书集成续编》第 66 册,台湾新文丰出版公司 1988 年版。
61. 史风仪:《中国古代的家族与身份》,社会科学文献出版社 1999 年版。
62. 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版。
63. 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社 2000 年版。
64. 苏亦工:《中法西用:中国传统法律及习惯在香港》,社会科学文献出版社 2002 年版。
65. 睦鸿明:《清末民初商事习惯调查之研究》,法律出版社 2005 年版。
66. 王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社 2005 年版。
67. 王宠惠:《王宠惠先生文集》,台湾中国国民党中央委员会党史委员会 1981 年版。
68. 王尔敏:《晚清政治思想史论》,广西师范大学出版社 2005 年版。
69. 王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》,中国政法大学出版社 2001 年版。
70. 王志强:《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社 2003 年版。
71. 吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社 2005 年版。
72. 谢怀栻:《大陆法国家民法典研究》,中国法制出版社 2004 年版。
73. 谢振民编著:《中华民国立法史》,张知本校订,中国政法大学出版社 2002 年版。
74. 熊月之:《西学东渐与晚清社会》,上海人民出版社 1994 年版。
75. 杨鸿烈:《中国法律思想史》,商务印书馆 1998 年影印本。
76. 杨立新:《共有权研究》,高等教育出版社 2003 年版。
77. 杨幼炯编著:《近代中国立法史》,上海商务印书馆 1936 年版。
78. 易家钺:《西洋家族制度研究》,商务印书馆 1922 年版。
79. 俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社 2003 年版。
80. 张伟仁辑著:《清代法制研究》,台湾“中央研究院”历史语言研究所 1983 年印行。
81. 张研:《清代族田与基层社会结构》,中国人民大学出版社 2001 年版。
82. 郑玉波主编:《民法物权论文选辑》,台湾五南图书出版公司 1984 年版。
83. 郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社 2003 年版。
84. 郑玉波:《民法物权》,台湾三民书局股份有限公司 1988 年版。
85. 郑爱淑编著:《现行律民事有效部分集解》,上海世界书局 1928 年版。
86. 周大烈、陈国祥编:《民法总则》,天津丙午社 1907 年铅印本。
87. 周振鹤撰集:《〈圣谕广训〉集解与研究》,上海书店出版社 2006 年版。