

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

臺灣「神明會」的社會學分析(2/2)

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC92-2412-H-002-001-

執行期間：92年08月01日至93年07月31日

執行單位：國立臺灣大學社會學系暨研究所

計畫主持人：林端

報告類型：完整報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 93 年 11 月 22 日

計畫名稱：台灣「神明會」的社會學分析（2/2）

執行期間： 92年 8月 1日至 93年 7月 31日

計畫主持人： 台大社會學系教授 林 端 (linduan@ntu.edu.tw)

壹、 中英文摘要

何謂臺灣的「神明會」？根據日本人編纂的《臺灣私法》的定義：「神明會是由同鄉、同業、讀書人或親友等為奉祀神佛而設的團體，其目的在皈依神佛，亦有兼顧會員個人的利益者。」在研究臺灣的固有的習慣法（也就是日本人所謂的舊慣）其中的「祭祀公業」三年之久後，我們繼續這樣的研究，一方面擴大我們對臺灣舊慣的研究，二方面也綜合過去的研究成果，在法律（現行法與習慣法）、人（組織）、土地等三個面向，來進一步作臺灣「神明會」的研究。

過去兩年來，發揮研究者本身的專長，將法律與宗教綜合起來研究，我們分別在五大方面取得了一定的研究成果：

1. 協助政府對「神明會」的立法；
2. 研究「共同共有」的法律制度；
3. 「神明會」的田野研究與實地訪談；
4. 誰主誰從－「神明會」與寺廟的關係；
5. 對於借殼上市、身披祭祀公業之名的「神明會」加以研究。

在研究的過程裡面，田野研究方面，我們進行兩年的研究計畫，除了台北市、台北縣、桃園縣等地區的研究，也作了台南市等地的研究。在研究方法上，希望能做到所挑定的縣市作深度的訪談，從事實際個案的研究。因此，就像我們在研

究祭祀公業的過程一樣，我們某種程度也希望透過此一實地訪談的研究，協助政府訂定神明會的相關法令，我們一定程度也由研究者的角色，轉變到兼具協助立法者的角色，我們的研究領域也由分析性的、描述性的社會學研究轉到兼具應用的社會學研究。透過我們的實地研究，對於有關神明會的法律（定位不明、政策紊亂）、土地（荒廢而無法處理）以及人的組織（會員爭權奪利）的情形，提出一定的分析與對策。我們發現目前官方對於神明會採取放任不顧的態度，不但所提供的資料與地址幾乎無效失聯，而且目前政策傾向把神明會的法律問題與土地問題一併擺在《地籍清理條例》裡面來加以「清理」，不像祭祀公業仍在努力草擬《祭祀公業管理條例》，希望藉著「管理」而讓它存活下去。在這種情形下神明會有可能因此而逐步走入歷史。

關鍵字： 臺灣舊慣、神明會、祭祀公業、公同共有、固本法與繼受法

This study deals with “Shen-Min-Hui” (religious corporation) in contemporary Taiwan. It is the purpose of this sociological analysis to examine the real function of this Chinese traditional customary law as it exists in Taiwan today. The main finding of this analysis is to know how such a Chinese tradition adapts itself to the new changing social-legal conditions in South Taiwan.

Keywords: “Shen-Min-Hui” (religious corporation) , Chinese customary law in Taiwan, customary law and development, state enacted law, social practice of law, Eigentum zur Gesamthand, Indigenous Law and Transplanted Law.

貳、計畫緣由與目的

我們在過去研究臺灣固有的習慣法（也就是日本人所謂的「舊慣」）其中的「祭祀公業」三年之久後，我們繼續針對與祭祀公業有密切相關的「神明會」進行研究，一方面擴大我們對臺灣「舊慣」的研究，二方面也綜合計劃執行人過去的研究成果，在法律（現行法與習慣法）、宗教（神明及神明的相關儀式）、人（組織）與土地等幾個面向，來進一步做臺灣「神明會」的研究。

立基在計劃執行人的專長，亦即法律社會學與宗教社會學的基礎之上，我們繼續對台灣漢人民間社會固有的習慣的進行研究。在過去的祭祀公業研究裡，我們發現這涉及漢人非常重要的宗教習慣，亦即漢人社會的祖先崇拜，非常具有宗教意涵，而在我們過去對祭祀公業的研究裡，我們發現在漢人唐山過台灣、在臺灣落地生根的時候，不只會重視對祖先的崇拜，而且希望民間宗教的各個主要神明，也能夠協助先民在臺灣安居樂業，建立起自己安和樂利的家園。因此，血緣、地緣團體，建立起祭祀公業的同時，也同時建立類似「神明會」的組織。而這種組織也是大家共同集資創立起來，如果他們擁有土地的話，就會被看成是一種類似祭祀公業共同擁有土地與資產的狀況（現行民法稱之為「共同共有」），所以，在研究祭祀公業的基礎之上，我們進一步來探討「神明會」在法律、宗教、人的組織與土地等方面的問題，我們研究的問題意識，基本上就是綜合法律社會學與宗教社會學這兩個專長領域。

參、 結果與討論

在日據時期裡，對「神明會」的法律定位，把「神明會」看成崇拜特定神明的宗教團體，裡面包括財團與社團兩種，日據初期還承認它有法人資格，到了日據後期，因為皇民化運動，對宗教團體特別忌憚，不在承認「神明會」有法人資格。這種打壓「神明會」的作法，在臺灣光復後，似乎某種程度被繼承下來，對於這些日據時代成立的「神明會」，並不當然承然它為法人（換句話說，對於宗教組織也有一定的戒心），尤其是光復之後，《中華民國民法》在臺灣施行後，如果不是按照民法相關規定，向主管機關登記者，不得成立「神明會」。因此，臺灣現存的「神明會」組織，除了在光復前依日本民法，光復後依我國民法，改組為社團或法人者，都被看成非法人團體。但因為日本人長期壓抑「神明會」的結果，很多「神明會」的成員，也有組織祭祀公業，在日本人承認祭祀公業為習慣法人的情形下，所以很多「神明會」為了逃避日本人的鎮壓，紛紛改名為祭祀公業，如「祭祀公業福德正神」、「祭祀公業天上聖母」、「祭祀公業大墓公」、「祭祀公觀音田」、「祭祀公業三觀大帝」、「祭祀公業保生大帝」、「祭祀公業忠武王」、「祭祀公業觀聖帝君」、「祭祀公業城隍爺」，在這種情形下，政府遷臺以來，對於臺灣「神明會」無論已清理或未清理，很多地方轉而適用祭祀公業的法律，尤其是兩者在土地資產上，都被國民政府看成是「共同共有」的性質，所以我們會特別覺得研究完祭祀公業來研究「神明會」，特別有其實際意義。

因此，在法律上我們的研究特別要釐清祭祀公業、「神明會」、寺廟以及未來〈宗教團體法〉通過後要成立的宗教法人，這幾個不同的主體之間，其相互的關係：「神明會」的組織是宗教團體，祭祀公業則是祭祀團體；其組織成員，「神明會」的成員是會員或信徒，祭祀公業的成員則是派下員；兩者在繼承方式有明顯差異，「神明會」為長子繼承，而且並不完全排斥女子繼承的權益，而祭祀公業則為男系繼承，排除女性的繼承權；在權利主體上，「神明會」的權利主體是神

明，而祭祀公業的主體就是祭祀公業，兩者有一定的差異。參看下面所引的民政司宗教科長黃慶生所列出來的祭祀公業與神明會的差異，還有神明會與寺廟的差異圖表。

表一：神明會與寺廟的差異

項目 \ 名稱	神明會	寺廟
組織屬性	宗教團體	宗教團體
財產性質	共同共有	私建：私有 募建：寺廟或法人
申請規定	申報清理	登記管理
組織體制	非法人團體	法人或非法人
組織成員	會員或信徒	信徒
管理制度	共同共有行使權利	管理章程
財產處分	自行決定	公益目的
最後歸屬	分配會員	國有或地方自治團體
硬體設施	有或無	有廟
權利主體	神明名義	自然人、寺廟或法人

製表：黃慶生

表二：神明會與祭祀公業差異比較

項目 \ 名稱	神明會	祭祀公業
組織屬性	宗教團體	祭祀團體
財產性質	共同共有	共同共有
設立時期	前清及日據時期	前清及日據時期

截止成立	日據大正十二年	日據大正以後尚有
申報認定	土地所在地	土地所在地
申報要件	原始契約憑證	切結書
申報機關	縣市或鄉鎮市公所	鄉鎮市公所
組織成員	會員或信徒	派下員
繼承方式	長子繼承	男系繼承
核發文件	會員或信徒名冊	派下員名冊
管理組織	管理章程	規約
訂定要件	全體同意	全體同意
財產處分	章程規定或土地法	章程規定或土地法
最後歸屬	維持、出售、解散、建廟、 成立法人	維持、出售、解散、成立 法人
權利主體	神明名義	祭祀公業

製表：黃慶生

我們過去兩年執行本計畫的研究，主要完成了下列的研究工作，並且會在未來繼續應用我們的研究成果，協助政府制訂適當的神明會法令與政策。

- 一、 **協助政府立法**：光復以來，國民政府都用從德國與瑞士抄來的日耳曼習慣法概念「共同共有」(Eigentum zur Gesamthand)，來概括祭祀公業與「神明會」的法律性格，因此，這兩個傳統的漢人習慣法組織，就像難兄難弟一樣，被擺在一起來看待。又因為長期年代久遠，這兩個組織的成員，祭祀公業為派下員，「神明會」為會員，對於這種被政府

定位為「共同共有」的財產，總是覺得格格不入，又因為財產的爭執，產生法律糾紛層出不窮，所以在幾年前內政部地政單位草擬的《地籍清理條例》就把祭祀公業與「神明會」列在同一類，訂出日落條款，希望限期加以清理，然後有關「神明會」的土地清理，因為它與祭祀公業相近，都屬於「共同共有」的性質，所以準用祭祀公業土地清理的相關規定。後來在立法院審議過程中，因為蘇煥智立委等人的異議，特別將祭祀公業與「神明會」的部份，抽出來單獨立法，我們也在研究祭祀公業與「神明會」的過程中，參與協助祭祀公業與「神明會」相關法律的立法工作。幾次開會後，在民國 90 年制定出所謂的《祭祀公業暨神明會管理條例》草案，在這個草案裡，「神明會」也準用祭祀公業的相關規定，預備聯合起來進行立法。但是在 90 年 7 月內政部民政司的草案裡，已把「神明會」拿掉，僅在 55 條規定「神明會」之申報及土地清理準用本條例。後來在內政部法規會的討論裡，又傾向於將祭祀公業與「神明會」分開立法，在祭祀公業管理條例方面，92 年元月內政部通過送到行政院祕書處的草案裡，全名就叫《祭祀公業管理條例》，已經跟「神明會」沒有直接關係，內文也沒有「神明會」準用的規定。正如我們過去的研究，對政府施政的法律政策，提供必要的協助一樣，在內政部民政司的請求之下，計劃執行人也在九十二年四月十六日與九十三年九月兩次撰寫了有關該條例的草案的意見，提供行政院參考。目前神明會又被放回《地籍清理條例》之內，這可能是因為祭祀公業有上萬件，而「神明會」可能只有百千件的情形下，有關單位傾向不為「神明會」單獨立法。只是回歸《地籍清理條例》是否適當，亦不無疑問。未來我們會繼續關注此一課題，不斷協助政府對祭祀公業與「神明會」等臺灣舊慣，制定與時俱進、合乎時宜的法令。這是我們整個研究過程，第一個重要的成果。

目前在兩個相關的法令：《祭祀公業管理條例》、《地籍清理條例》都

沒有通過的情形之下，甚至在可見的將來，通過還遙遙無期的情形下，神明會的管理還是比照內政部頒訂的《祭祀公業土地清理要點》來進行管理，未來神明會又要被丟回《地籍清理條例》來加以規範，在這種情形下，政府政策傾向讓神明會自生自滅，因為他的案件相對於祭祀公業來得少很多。另一方面，如果要為神明會單獨立法，成本效益上似乎沒有那個必要。在這樣的情形下，我們所探訪到的神明會的的確確也呈現一種人才凋零、會務萎縮的、土地處理狀況不明的渾沌狀態。我們關心的是目前依照要點，以後按照《地籍清理條例》來加以處理，似乎並不能完全解決神明會所面臨的相關問題。在有關固有法與繼受法的問題之上，神明會是長子繼承，各出資人按照出資股份來分配他們的應繼份，這是不是也是一種共同共有的關係？在法律上，其實仍有值得商榷之處，舉例來說，當神明會土地被處分時，有所謂「推定均分」的問題，這種推定均分的設定是否跟神明會原有的股份份額相對應，未來在實務上，可能會產生一定程度的爭議，嚴格說起來，並不能為共同共有這個法律概念所能加以完全涵蓋。

二、 **研究「共同共有」的法律制度**：為了說明從德國與瑞士民法抄來的「共同共有」的法律概念，是否適合祭祀公業與「神明會」的臺灣舊慣，計劃執行人特別花了不少功夫，去回溯日耳曼人的「共同共有」的法律制度，在 2002 年臺灣社會學年會發表了一篇論文，論文題目為：**漢民族的，還是日耳曼族的法律？-「共同共有」的社會學分析**，大綱分為前言、「共同共有」在日耳曼族的歷史背景與由來、漢民族對「共同共有」法律制度的繼受、「共同共有」的法律意義、「共同共有」的各國比較、繼受來的國家法與固有的民間習慣：「共同共有」與臺灣漢人祭祀公業與「神明會」的比較、結語。全文共約兩三萬字，除了回溯日耳曼人產生「共同共有」法律概念的歷史外，然後討論漢民族繼受法律的經

過，將德國、瑞士與我國法律做一比較，我們把研究焦點集中在共同共有與祭祀公業跟「神明會」的異同，我們的研究發現，將日耳曼人的法律套在祭祀公業與「神明會」之上，是有重重的問題的。我國在清末民初接受這個法律以後，一直把這種日耳曼人重視前現代的、前資本主義的農業法人團體的「共同共有」的特質，跟我們漢人社會固有的家產、祖產、祀田、公業、「神明會」等同看待，不管是北洋政府或後來的國民政府，一直認為「共同共有」是可以用在祠堂土地、宗族土地、祭祀公業土地、「神明會」土地與祖先共業土地等土地資產之上。這種套用的作法，是我們在論文裡所要處理的重要問題，我們發現有下列若干的問題：如國家法令會對民間的習慣，因為關係到是否承認它為法人，其政策就會實際改變這些民間習慣的法律定位，祭祀公業與「神明會」被國民政府看成是「共同共有」，全然喪失了法人的性格，變成只是一種共同擁有某些財產財產的狀態，有關「人」的法律定位，會被有關「物」的法律定位所取代；此外，就算是被認定「共同共有」關係，日耳曼是以「人」為基礎的共同共有，而公業則是以「房」為基礎的「共同共有」，只有在第二世的時候，房與人是重疊的；同樣的，以人為單位的「共同共有」，跟以「神明會」長子繼承為基礎的「共同共有」，其法律意義也有一定的差異，有必要我們做進一步的分析；這會產生所謂房份與丁份的問題，日耳曼人的共同共有比較接近丁份，而祭祀公業比較接近房份，兩者有明顯的差異，在「神明會」長子繼承方面，長子繼承後拿回自己的家庭內，如何進一步細分「神明會」是否有所謂推定均分的情形，值得我們進一步來探討。我們在那一篇論文的結論裡指出，民事法律是一國風俗習慣的成文化，我們在繼受其它國家的民事法律時，應該考量國情的不同，儘量兼顧原有的民間習慣，我們對祭祀公業與「神明會」的研究，就是希望國家不會過度武斷，貿然抄來法律，不但增加民間困擾，而且破壞既有的民間習慣所建構出來的法律規範體系。在這樣的基

礎上，我們在 2003 年的臺灣社會學年會裡，繼續撰寫有關「共同共有」的法律社會學分析的文章，題目是：〈固有法與繼受法 - 大理院「共有」判例的社會學分析〉。這一次將針對民國初年的最高法院，當時稱爲大理院，所形成的有關共同共有的法律判例，做全盤的研究，這些七十二則的法律判例，至今在臺灣依然有效，有些已經納入現行民法的規定裡，有些則對現行民法有一定的補充作用，在民國初年到民國十八年左右，《中華民國民法》通過之前，因爲《大清民律》草案沒有通過，北洋政府又沒有單獨制定民法，所以這些大理院的判例，其實具有相當實質的國家法律規範的作用，我們透過這個七十二則左右的判例的分析研究裡，我們可以理解當日日耳曼的法律規範如何被詮釋接受，然後放在中國人的土地之上，套用在中國人的祭田、祖產、公產、神明會等共有的東西之上，就會有很多在歐陸法律文化與中國法律文化之間，出出入入的問題，我們希望透過這個研究進一步探討「共同共有」法律概念，在現行中華民國法律制度裡所可能產生的問題，探討它與「神明會」的法律性質是否真正相符的問題。第三篇則是比較完整的一篇，是今年九月在日本札幌「第五屆亞洲法理學會議」中發表，題目是：**固有法與繼受法：「共同共有」的社會學考察**，分析了近百年來這個法律概念在中國大陸與台灣適用的困難。我們把它放在這篇報告最後的附錄裡，請大家參閱。由於中國大陸最近也正在草擬民法典，「共同共有」他們稱爲「共同共有」，其法律依據仍然是繼承《中華民國民法》而來，只是因爲中共建政後將土地收歸國有，所以祠堂、宗族、寺廟的財產多被充公，相對來說比較不構成問題，共同共有則限縮在對於夫妻共同財產與合夥制度等應用之上。未來我們希望繼續這樣的研究取向，向歷史回溯現行民法中一些繼受法與固有法的相互重疊的領域，一方面去追索它原來羅馬-日耳曼法的根源，二方面去追索漢民族傳統的法律根源，這個不只展現在物權問題之上，在親屬、甚至部分刑法條文中，都可能找到

這個痕跡。而這樣的研究策略和法律社會學、法律史學與法學的綜合研究途徑，這是目前不只在台灣，而且是在所有華人地區都比較欠缺的研究取向，我們會朝這個方向繼續努力下去。

三、「神明會」的田野研究與實地訪談：正像前面所說明的，對於「神明會」的組織，政府遷台以來，並沒有給予適當的重視，甚至沒有很明確的「神明會」的政策。我們竭盡所能從內政部民政司所獲得的「神明會」名單，所謂已清理的「神明會」，民政司只給我們台北市、台北縣、基隆市、台中市、台中縣、彰化縣、新竹縣、苗栗縣、台南市、嘉義縣、澎湖縣等的已清理資料，總共只有 181 個已清理的「神明會」，這些當然相當有限，未清理的「神明會」的資料，在地政單位手裡，有一些則隱藏在已清理與未清理祭祀公業的名單內，要對相關問題做清楚的探討的話，必須要考量「神明會」、祭祀公業與寺廟等之間的犬牙交錯的關係。爲了克服有關「神明會」資料的欠缺問題，我們在過去兩年的研究裡，研究對象先從台北地區的「神明會」的開始，尤其是台北市萬華地區的「神明會」。「神明會」的組織除了跟祭祀公業關係密切之外，也跟社會經濟組織，所謂「行郊」關係相當密切，以萬華艋舺爲例，道光咸豐年間艋舺市況趨於頂盛，最早在艋舺地局開拓的人爲泉州的晉安、惠安、南安，所謂三邑人，亦通稱所謂的頂郊人，其中最有勢力的是黃、吳、林三姓，他們都以龍山寺爲中心，創立北郊、泉郊，使貨品能夠通暢其流，這些行郊組織接近我們現在所謂的同業公會，他們參與了龍山寺的興建與實際運作，因此，也共同成立了龍山寺相關的「神明會」。這些「神明會」目前跟龍山寺密切相關的，共有十一個，包括如下的組織：地緣性組織：晉水天上聖母會、螺陽公會、武榮媽祖會；商業性組織：北郊金萬利、金晉興、金得利、西義堂、龍山商場；血緣性組織：張德寶號（亦是祭祀公業），以及龍山寺觀音會、唸佛會等。觀音會及

唸佛會為龍山寺的附屬團體，組織規龍山寺管理，沒有血緣、地緣或同業的限制，為龍山寺一般信眾的組織，人數每年都有增減，其他的九個「神明會」，其管理組織都獨立於龍山寺之外，各有各的組織跟財產，祭拜的神明除觀音外，還有自己的神明，晉水天上聖母會、螺陽公會、武榮媽祖會、北郊金萬利的會員為世襲制，不能中途加入，所有「神明會」淵緣最深的為四大柱：晉水天上聖母會、螺陽公會、武榮媽祖會和金晉興會，前三大柱是地緣團體，後一大柱是商業團體，螺陽就是惠安，武榮就是南安，晉水就是晉安，這三大柱就是三邑人，至於金晉興則是金紙的同業公會。後來擴大為十一大柱，主要參加的是龍山寺的中元普渡，有趣的是當民國 52 年龍山寺成立財團法人的時候，這十一個「神明會」陸陸續續都加入成為龍山寺的團體會員，只有武榮媽祖會始終沒有真正參加。根據我們實際的訪談，這些「神明會」的近況如下：晉水天上聖母會現任的主任委員，是老松國小的體育組長，也曾經創社「古風古蹟研究學會」，對傳統民俗活動相當投入，家族也是經營紙業，同樣是金晉興會的會員，後來各自忙錄而結束金紙的經營，這個「神明會」在貴陽街有一個土地，租給一個洗車廠，每年中元普渡與農曆三月媽祖生，是最大的祀拜儀式，普渡當天還會穿上印有晉水天上聖母的背心，聚餐同樂。螺陽公會會長江先生，公務員退休，有成立管理委員會，共十二人，目前該會有土地一筆，收入有限。「神明會」的會員原來是 144 人，繼承的方式是長子繼承，長子過世則由長子的大兒子繼承，如果兒子想放棄，也可以給女兒繼承，一年在媽祖生開一次會議，他認為「神明會」有存在的必要，也曾經想改組為財團法人，但一直沒有成功。北郊金萬利受訪的是擔任會計 57 年的林先生，原來都是做大陸商船的貿易生意，1890 年淡水河淤淺後，這一行就沒落了，其會員有 18 家，一家傳一人，不一定要長子繼承，女子也可以，三七五減租對他們影響很大，被徵收的地被換成債券，被會員平均分光，現在剩下的財產有限，

大家就比較不爭財產，他們一年只有中元普渡一項活動。武榮媽祖管理人黃先生，目前會員只剩 60 人，這個過去相當顯赫，台北地區很多廟宇（包括龍山寺）的土地都是他們捐贈的，目前幾乎十分沒落，很多土地幾乎都被賣掉了，大家把錢分了，剩下幾筆有建房子的土地出租給別人，以收取租金供祭拜之用，他們有類似管理員委員會的組織，稱為幹部會，管理人一任四年，幹部則是二年。西義堂的受訪者為蘇先生，在萬華經營小吃 50 年，「神明會」的會員都是龍山商場的小吃攤，目前只剩下 15、16 個會員，因為這是一個小吃攤的同業公會所組成的，所以沒有土地，也不用繳交會費，只要參加龍山寺普渡錢、開會決定等事的開銷費用，會員平均祭拜費用時再繳錢，管理員是會員戶選的，他認為只是做龍山寺與西義堂的聯絡人而以，他認為這樣的「神明會」對他們的生意有一定的保證。田野訪談除了龍山寺外，還有萬華的青山宮，裡面有三個「神明會」，金進興、金進抑、協福堂，這三個會都是祭拜靈安尊王，後稱三兄弟，金進抑的是大哥，金進興是老二，協福堂是老三。金進抑現任會長林先生，也是青山宮管理委員會主委，現在的慣例為青山宮的主委就是金進抑的會長，三個「神明會」的會員可能重覆。金進興的會長是戶選，現任的蔡先生已做了三十年，協福堂會現在由阿宗伯來接任，也做了三十多年，三個會的會員都差不多五六十人，在青山宮的祝壽大典後，三個「神明會」各自分三天祭拜，將自己會的靈安尊王神像請回青山宮，下午三點祭拜，晚上六點在青山宮「吃會」，阿宗伯自己家開餐廳，所以就在自己的餐廳裡吃會比較方便，「神明會」主要的開銷是一年一次的祭拜活動，除了吃會之外，還有一些零星的開銷，活動也相對有限。除此之外，桃園地區一個公號萬善祀、公號大墓公的「神明會」，很成功的在一位相當幹練的洪代書的協助之下，第五代的管理人江先生，很成功地向桃園縣政府辦理清理成功，公號萬善祀和公號大墓公是二個不同主體，但是會員和管理員都是相同的，已經擔任管

理員十四年的江先生，因為本身學的就是會計，所以可以把「神明會」的帳目開支報表整理的很清楚，對內也沒有什麼糾紛，這個「神明會」的歷史跟板橋林本源家族有些關係，其先祖是林本源的長工，幫林家到處收租的時候，在各地發現很多荒廢的屍骨，同治四年，1865年，有81個人，每一個人出一塊農園，然後慢慢累積，就在大溪跟中壢買地，中壢登記為萬善寺，大溪登記為大墓公，他們的繼承權是由長子，或推定一個人來代表，只要他們內部協調，女子也可以列為「神明會」會員，這個「神明會」設有管理委員會，委員九人，一年開會大致六次以內，這個「神明會」的佃農已經耕種了二代，與「神明會」關係密切，將來他分到三分之一土地時，約值1、2億台幣，佃農也會跟「神明會」一起吃會拜拜，江先生認為將來土地處理完後，財產分配妥當，可以將「神明會」改為財團法人。

接著我們訪問台南市在民政單位登記有案的狹義的「神明會」，但進行得相當不順利。因為所有神明會地址與管理人名冊，因為長年沒有整理更新，使得下列四十多家神明會，多半處於失聯而無法順利訪問的狀態。

表三：台南市已登記的神明會名單

地藏王	羅添
金弊社	郭福
太子爺	張？摺
天和堂	呂榮家
和集共福堂	黃？？
呂府？？	呂昆河
淨？庵	蔡吉
福德爺	許炳爐
？仰堂	曾榮山

李天王	李吉
福德正神	沈火棧
駐生娘娘	吳？潺
正心社	陳昆？
魯班公	邱林金霞
元帥爺	李吉
三聖宮	李肥
福安宮	蕭禧藍？
青雲社	黃金塗
心歇堂	吳文仁
振聲社	黃天補
歇和堂	？忝旺
灣？社	黃廷饌
天上聖母	林？南
開台延平郡王合心敬	李？山
萬福庵二境福德正神	陳才
七寶尊王胡靖先師	葉四海
福德爺會	林金鐘
金義興	鄭文海
善和堂	梁煥圻
火德星君	趙糧穗
福德爺	柯賢溺
誠心敬	蘇驛
福德爺	張連春
大使爺	張火頭
福德爺	黃祖性
朝南宮	蘇明蘭
關基南善聖堂	王林量
水遷宮	陳吝
北極殿	陳吝
	李塗
五王宮	郭朝木
白府千歲	黃坤
太子殿	李鐵
金剛堂	胡家真
佛教居士林	
？？街福德爺	林當山

我們訪問到一些不在名單上的神明會，例如有一個不在名單上的神明會，位於台南市的中華路上，以太子爺為祭拜的對象，目前神明會只有一塊地與一尊神像。管理人民國五十年(23 歲)以來擔任神明會管理人至今，會員目前共二十九人。他認為二十九人是會員的上限，只能少不能多，因為人多意見就多，事情就多，而會員之間也都多少有些親戚關係，因為只有一個姓陳，其餘皆姓李。爐主的決定方式則是以擲筊決定，擲筊多的就當爐主。不知道從什麼時候開始，當爐主的必須在祭拜期間自己花錢請其它會員（為期約三週），這項傳統已持續了十年了。神明會的管理人是採投票多數決定，無所謂任期限制的問題，並且神明會的也未談到神明會會員是否採世襲制這方面的問題，而神明會的土地分成七份，但已經拋荒了二十年左右，目前則是在未經過告知的情形下變為某私人撞球場的停車場，他說如果承認了那塊土地是他們神明會的話，就必須要繳土地稅，就沒有再多加過問。李伯伯認為神明會有存在的必要，雖然只有一尊神像和一塊土地，以及一年一次的祭拜，但畢竟是項傳統，而信徒裡有兩位省議員。目前神明會所急需解決的問題則是三七五減租所帶來的後遺症，他認為光復時期的平均地權和三七五減租對於土地持有者不公平，除非解除租約才可以處理土地，而土地的地租現在是一年交 1,8444 元，以前則是一年交七千多元。他也認為耕者有其田是一項不公平的政策，應該可以用金錢或是農作物的收成來代替土地的無條件割讓，否則對於那些辛苦了大半輩子才得到那塊土地的地主來說不盡公平。

未來我們雖然開始進行新的研究計畫，但因為協助政府立法，隨時會碰到神明會與祭祀公業的案例，將會繼續作相關田野工作的後續研究。

四、 誰主誰從 - 「神明會」與寺廟的關係： 值得一談的是台北大同區的金同順「神明會」，這個「神明會」也是跟茶郊有關，他們比較特別的是，會員是用選舉的方式，不一定一代傳一代，會員都不同姓，是日據時代幾個比較出名的家族組成的。金同順其實有三個「神明會」：金同順（大安區）、天上聖母（淡水）、保生大帝（中山區）。天上聖母的廟是媽祖宮，保生大帝的廟是保安宮，金同順是媽祖宮。以前是金同順然後有管理人派去各個廟，像是總會和分會，但現在已經不是如此，所以分成三個主體，也可以說金同順是總公司，而現在分成個別的非法人團體，因為有獨立的財產，所以就把他們分為獨立的主體，但是會員都一樣。還有一個是台北地區的陳姓家族主導的神明會組織，共有三個神明會：金同順（大同區）、天上聖母（淡水）、保生大帝（中山區）。他們反映地政與民政單位互踢皮球的問題，淡水天上聖母神明會的例子，民政事務所多此一舉，他們只有天上聖母四個字，被要求加上「神明會」三個字，說這樣才是神明會。結果到了地政單位說他們名稱錯誤，除非證明「天上聖母」和「神明會天上聖母」是同一組織，地政說民政單位的東西只是參考，他們不會看，最後他們拿很多東西證明，地政連問民政都不會問。所以現在在民政單位登記叫「神明會天上聖母」，但地籍、股票方面資料都叫天上聖母。他們有天上聖母只有主體不同的問題，保生大帝則是公告過又撤銷的問題，天上聖母的廟是媽祖宮，保生大帝的廟是保安宮，但保安宮現在沒有什麼關係，金同順是媽祖宮的神明會。現在是分成三個主體，但會員都一樣，可以說金同順是總公司，但現在分成個別的「非法人團體」，因為都有獨立的財產，所以就把他們分為獨立的主體。以前是金同順然後有管理人派去各個廟，但現在已經不是如此，所以分三個主體，以前等於是總會跟分會。他們認為改成財團法人沒有

什麼意義，因為都是董事在決定事情，所以說祭祀公業、神明會有漏洞，財團法人漏洞更大。他們認為只要建立一個制度，讓這個機制可以運作正常就好了，管他法人不法人，又不是財團法人就不會告，要不然景文中學怎麼會有問題，因此都是看人，只要人有私心，機制就不容易動。另外神明會有寺廟，管理廟才是大問題，他們覺得管理廟是要用新的管理方式、新的廟，怎麼讓廟有人來拜，就像宜蘭的社區總體營造，把廟跟地區、學校結合，有錢設電腦中心讓小孩子來上網不用錢等，自然而然會對廟有認同感，這些其實廟公都不行，我們只要找專業經理人來就好了，也可以找 MBA。對神明會來說，廟公連會員都不是，也沒有信託行為，只是他們請的廟公，就像他們的總經理，可以把他解雇掉，但是這樣會出人命，廟公也沒有管廟，只是收錢而已，廟的祭典也都是小事。他們的會員只有六人，都七八十歲了，面臨世代交替的問題。但是因為要作公益事業又跟神明、廟有關，當然有繼續存在的必要，藉著崇神來作慈善事實，把廟弄掉，土地賣掉也是可惜，像保安宮就作得很好。他們認為目前神明會政策管理的最大問題是承辦的人都不懂，他們覺得民政機關不適合管，應讓地政來辦，但是地政又不辦。至於神明會自己的組織，以前日據時代時金同順辦公室是在媽祖宮中，因為管理人現在已經沒在做什麼事，由一後輩就像總幹事在做事，土地資料寄給代書、律師等，這樣比較方便，我們有事務所但是平常沒人上班，偶爾有開會時才去。

另外一個例子也是台北近郊一個宮廟本身的主體就是個神明會，宮廟即他們的會廟。這個神明會一百年前就開始供奉三官大帝（堯、舜、禹），建了一個小廟放在廟裡祭拜，但也有奉祀保生大帝，只是保生大帝是每年輪爐主在爐主家供奉。縣政府認為此神明會只有供奉三官大帝而沒有保生大帝。其實保生大帝就是由住在那一代的各姓氏的居民輪流

供奉的，共有十二個姓氏，都是此會的會員（此會很大）。會員總共十二姓，向政府登記有 120 個會員，年老過世後每年開會員大會時提出並再推舉新人。『原則上會員是不能繼承的，除非宗旨裡面有寫可以』。從 120 個會員裡面推舉管理委員會的成員，管理委員共 21 人，委員當中再推選主任委員一人對外代表寺廟和副主任委員一位。早期只蓋個小廟供奉三官大帝，後因都市計畫道路要拓寬，原來的小廟被拆除，他們只好透過民意代表向市公所建議交涉，將廟宇重建於現址，將保生大帝也一起請入，原來供奉保生大帝的廟均稱保安宮，所以現廟以神明的位階來區分，將三官大帝供奉在三樓，保生大帝在二樓，其他還有附祀福德正神等。民國七十幾年時寺廟清理時，原希望爭取兩個寺廟的名稱，但公所說同一個地址只能做一個寺廟登記，且兩個宮都是同一管理委員會組成的，所以沒有稱為保安宮。但原來土地卻仍登記為「保生大帝」（因為當時土地登記都是用神明的名稱）。土地被徵收以後，民意代表幫忙爭取在現址建了新廟，自此神明會會廟轉為公廟，神明會的會員依舊是宮廟的信徒，並成立管理委員會。這可以看成該宮廟現在所供奉的保生大帝的權利主體，就是原來神明會的保生大帝，也就是現在的保生大帝是從以前的神明會延伸過來的。台北大龍峒保安宮是台灣保安宮的主廟，裡面有記載這座分廟，一開始有供奉保生大帝時，每年三月十五日都要到台北保安宮去進香，後來因為當時要搭船交通很不方便，就在民國五年時將保生大帝正式供奉在分廟，形式上還是會到台北去拜拜，可是不需要那麼多人過去進香了。目前因為徵收補償費的問題，該神明會面臨法律訴訟的問題，協助處理相關問題的先生認為，凡間還是有神存在的，「有誠則靈」這句話千真萬確，他本身是信仰民間信仰，有信仰作事情會比較忠貞，比較不會趁人之危或是斂財，所謂「頭上三尺有神明」。他認為辦理這個案件最主要就是要證明，該宮廟與保生大帝為同一權利主體，因為土地登記名稱為「保生大帝」。

由金同順等的案例來看，我們發現一個非常有意思而值得深入研究的課題，那就是「神明會」與寺廟之間犬牙交錯的關係。往往廟地是屬於「神明會」的，廟的興建剛開始也是「神明會」出資的私廟，但因為「神明會」的成員，大部份只會做生意，寺廟本身交由廟公來管理，逐步接受社會大眾的捐獻，其它社會大眾也來祭拜，漸漸地由私廟轉為公廟，獨立「神明會」之外，而廟公成為廟的實際管理人，但土地又是「神明會」的，土地稅也是「神明會」繳納的，香火錢則是廟公在收，如果又有黑道介入的話，想要把廟收回來相當困難。據他們說明，在歷史上這個「神明會」曾經管理過很多寺廟，有十二個管理員輪流管理寺廟，歷史上霞海城隍廟、保安宮和媽祖宮都是他們所有，但是保安宮已是財團法人，而媽祖宮與城隍廟的土地都是他們的，但目前卻沒有實際介入，因為環境太複雜了。類似這種由私廟變成公廟的情形，「神明會」與廟公、「神明會」與寺廟管理委員會犬牙交錯的關係，我們在板橋等地也有看到類似的例子，這是我們在第二年繼續要做的研究裡，會繼續討論的課題：究竟「神明會」轉成公廟的整合過程裡，具有怎麼樣的類型與模式？期間容易產生什麼樣的糾紛？而這些糾紛又如何在法律上加以解決？這都是我們需要實際進一步加以研究的。

五、 對於借殼上市、身披祭祀公業之名的「神明會」加以研究： 就像前面所提到的，我們在現有掌握的祭祀公業的資料裡，整理出全省具有祭祀公業之名的「神明會」八九十家，未來希望繼續透過田野訪談的方式，追蹤這些兼具雙重身份的「神明會」，探討他們實際碰到的問題，如祭祀公業為男系繼承，「神明會」為長子繼承，祭祀公業權利主體為公業，「神明會」權利主體為神明，凡此種種都需要進一步加以探討。舉例來說：土城有名的「祭祀公業大墓公」，我們用個案研究法來加以處理，其組織成員前清時代留下的板橋、中和、土城等所謂十三莊的傳

統，現有的會員都是這三個地區現任或卸任的地方首長，如板橋市長、中和市長、土城市長以及這些地區的里長，其名下擁有相當多的土地，這樣的組織型態，如果沒有加以公益化，可能會造成非常多的糾紛。所以我們必須要把它跟祭祀公業的組織作某種程度的對比，然後將「神明會」的組織作進一步分類，以探討它們未來與寺廟法人、宗教法人或祭祀公業法治化後的法人在組織上的差異。這種案例透過個案研究法，再以問卷法來加以輔助，相信會獲得很多很有意思的研究成果。我們初步根據資料，大致整理出一些簡單的統計數字，如以縣市來分，參見下表：

表四：各縣市以祭祀公業為名的神明會數目統計：

縣市	數目
基隆市	1
宜蘭縣市	1
台北市	11
台北縣	12
桃園縣市	4
新竹縣市	13
苗栗縣	4
台中縣市	20
彰化縣	3
雲林縣	3
嘉義縣	1
台南縣市	5
高雄縣	2
屏東縣	1
總計	81

如以神明來分，有天上聖母、福德正神、觀音、保生大帝、義塚公、大墓公、有應公、三界公、三王公、保儀尊王、開漳聖王、忠武王、五國王、毛金王、城隍爺、五府千歲、太子爺、關帝爺、義民會、玄天上帝、輔順將軍等等，我們初步發現其管理遠比一般的祭祀公業困

難，派下系統表接近神明會，但卻被當成祭祀公業看待。

肆、計畫成果與自評

我們在過去研究臺灣固有的習慣法（也就是日本人所謂的「舊慣」）其中的「祭祀公業」三年之久後，我們繼續針對與祭祀公業有密切相關的「神明會」進行兩年研究，一方面擴大我們對臺灣「舊慣」的研究，二方面也綜合計劃執行人過去的研究成果，在法律（現行法與習慣法）、宗教（神明及神明的相關儀式）、人（組織）與土地等幾個面向，來進一步做臺灣「神明會」的研究。立基在計劃執行人的專長，亦即法律社會學與宗教社會學的基礎之上，我們發現在漢人唐山過台灣、在臺灣落地生根的時候，不只會重視對祖先的崇拜，而且希望民間宗教的各個主要神明，也能夠協助先民在臺灣安居樂業，建立起自己安和樂利的家園。因此，血緣、地緣團體，建立起祭祀公業的同時，也同時建立類似「神明會」的組織。而這種組織也是大家共同集資創立起來，如果他們擁有土地的話，就會被看成是一種類似祭祀公業共同擁有土地與資產的狀況（現行民法稱之為「共同共有」），所以，在研究祭祀公業的基礎之上，我們進一步來探討「神明會」在法律、宗教、人的組織與土地等方面的問題，我們研究的問題意識，基本上就是綜合法律社會學與宗教社會學這兩個專長領域。

如上所述，我們分別在五大方面取得了一定的研究成果：

- 一、 協助政府立法；
- 二、 研究「共同共有」的法律制度；
- 三、 「神明會」的田野研究與實地訪談；
- 四、 誰主誰從－「神明會」與寺廟的關係；
- 五、 對於借殼上市、身披祭祀公業之名的「神明會」加以研究。

在研究的過程裡面，田野研究方面，我們進行兩年的研究計畫，除了台北市、台北縣、桃園縣等地區的研究，也作了台南市等地的研究。在研究方法上，希望能做到所挑定的縣市作深度的訪談，從事實際個案的研究。因此，就像我們在研究祭祀公業的過程一樣，我們某種程度也希望透過此一實地訪談的研究，協助政府訂定神明會的相關法令，我們一定程度也由研究者的角色，轉變到兼具協助立法者的角色，我們的研究領域也由分析性的、描述性的社會學研究轉到兼具應用的社會學研究。透過我們的實地研究，對於有關神明會的法律（定位不明、政策紊亂）、土地（荒廢而無法處理）以及人的組織（會員爭權奪利）的情形，提出一定的分析與對策。我們發現目前官方對於神明會採取放任不顧的態度，不但所提供的資料與地址幾乎無效失聯，而且目前政策傾向把神明會的法律問題與土地問題一併擺在《地籍清理條例》裡面來加以「清理」，不像祭祀公業仍在努力草擬《祭祀公業管理條例》，希望藉著「管理」而讓它存活下去。在這種情形下神明會有可能因此而逐步走入歷史。

未來我們除了繼續協助立法，深化這些議題之外，也希望有機會針對別的議題，如「神明會」與行業神的關係進行研究。如前所述，台灣「神明會」的設立，是與同業公會般的「行郊」關係密切的。而以漢人的宗教習慣來看，各行各業皆有自己專業的神明，號稱「行神」，如木匠拜魯班、商人拜財神與關公等等。未來因為仍然進行法律社會學與宗教社會學的相關研究，仍然有機會探討「神明會」與行業神所可能具有的相關性問題。

伍、 參考文獻

(有關「公同共有」與祭祀公業部份的文獻，參閱附件二的文章)

一、 專書

尤重道(1997) 神明會之理論與實務。 臺北：永然文化。

黃懷遠，黃明芳(1996) 神明會實務與法令廣輯。 臺北市：三民。

田中庄役場編 神明會台帳 [出版地不詳]：[出版者不詳]，[出版年不詳]

曾隆海編纂(1982) 神明會觀音祀沿革 [微縮資料]

神明會調查：彰化郡鹿港街 [出版地不詳]：[出版者不詳]，[出版年不詳]

黃慶生(2000) 寺廟經營與管理。臺北：永然文化。

鄭志明、孔建中(1998) 北港朝天宮的神明會。嘉義縣大林鎮：南華管理學院。

法務通訊雜誌社(1992) 臺灣民事習慣調查報告。

陳金田 譯(1990) 臺灣司法第一卷。臺灣省文獻委員會編印。

二、 期刊論文

尤重道(1997) 神明會諸問題研析(上)。法務通訊 1810：2

(1997) 神明會諸問題研析(中)。法務通訊 1812：2

(1997) 神明會諸問題研析(下)。法務通訊 1813：2

(1996) 神明會財產處分問題研析 -1-。現代地政 16:4=178：20-23。

(1996) 神明會財產處分問題研析 -2-。現代地政 16:5=179：11-13。

(1996) 神明會財產處分問題研析 -3-。現代地政 16:6=180：14-16。

(1996) 神明會之起源與演變暨問題研析(上)。人與地 148：37-42。

(1996) 神明會之起源與演變暨問題研析(下)。人與地 149：23-28。

(1992) 神明會財產管理處分問題之研究。法律評論。58:7=1297：23-27

吳榮發(1999) 臺灣的食福習俗與共祭組織。雄中學報 2：67-82

陳照銘(1998) 臺灣大小租業與香燈租。現代地政 18:5=203：40-42

張學海(1997) 臺灣祭祀公業與神明會之辨正。司法周刊 827：2

(1995) 祭祀公業與神明會之辨正。法務通訊 1725：2。

(1995) 祭祀公業與神明會之辨正。法律評論 61:1/2=1315：39-42。

趙金抱(1999) 神明會--寺廟之探討 -1-。現代地政 19:5=215：48-52。

(1999) 神明會--寺廟之探討 -2-。現代地政 19:6=216：39-42。

溫振華(1991) 神明會資料與清代臺灣鄉村研究—臺中縣石岡鄉舉例。臺灣史田野研究通訊 19：51-55。

黃慶生(1991) 神明會土地如何清理申報 -1-。現代地政 11:8=122：4-7。

(1991) 神明會土地如何清理申報 -2-。現代地政 11:8=123：8-11。

(1991) 神明會土地如何清理申報 -3-。現代地政 11:10=124：8-11。

(2001) 祭祀公業講習會講義。行政院人事行政局 地方行政研習中心印製。

三、 行政令函

臺灣省政府民政廳 70.6.10.民五字第一六二九九號函

臺北市政府民政局 90.02.09.北市民一字第90二0三二九00一號公告

財政部 78.10.24. 臺財稅第七八〇三六二一一一號函
財政部 83.4.12. 臺財稅字第八三一五八九六〇四號函
內政部 54.7.2. 臺內民字第一七七〇一二號代電
內政部 79.5.24. 臺內地字第七九四九一五號函
內政部 79.5.24. 臺內地字第八〇四八六九號函
內政部 79.6.19. 臺內民字第八〇〇七九四號函
內政部 79.6.19. 臺(79)內民字第八〇〇七九四號函
內政部 81.4.17. 臺(81)內民字第八一七六〇九四號函
內政部 82.3.25. 臺內地字第八二〇四一二三號函
內政部 80.2.26. 臺內民字第九〇〇六六四號函
內政部 83.03.09. 臺內地字第八三〇三一三七號函

四、判決判例

司法院 83.06.03. 大法官會議釋字第三五〇號解釋
最高行政 90.04.26. 九十年判字第六六二號法院裁定
最高行政法院 90.04.18. 九十年判字第六〇四號裁定
最高法院 90.03.30. 九十年臺上字第五八〇號民事判決
最高行政法院 90.03.22. 九十年判字第四五二號判決
最高法院 90.08.30. 九十年臺抗字第四一五號民事裁定
最高法院 89.09.28. 八十九年度臺抗字第四九一號民事裁定
最高法院 89.10.19. 八十九年度臺上字第二三三六號民事判決
最高法院 89.08.10. 八十九年度臺上字第一七九六號民事判決
最高法院 89.05.11. 八十九年度臺上字第一〇七九號民事判決
最高法院 86.11.13. 八十六年度臺上字第六六三一號刑事判決
最高法院 86.12.19. 八十六年度臺上字第三七七八號民事裁定

最高法院 86.09.11. 八十六年度臺上字第二八一七號民事判決
臺灣高等法院 86.08.30. 八十六年度家抗字第一一二號民事裁定
最高法院 85.06.21. 八十五年度臺上字第一三七一號民事判決
最高法院 84.8.31. 八十四年度臺上字第二一九四號民事判決
最高法院 83.06.18. 八十三年度台上字第二七八四號判決
行政法院 83.10.18. 八十三年判字第二二〇七號判決
行政法院 83.7.7. 八十三年判字第一四二四號判決
最高法院 82.05.28. 八十二年度台抗字第二四一號裁定
最高法院 82.04.22. 八十二年度臺上字第一九二四號判決
最高法院 82.06.23. 八十二年度台上字第一四四八號判決
最高法院 81.03.31. 八十一年度台上字第五九五號判決
最高法院 80.09.26. 八十年度台上字第四四二一號判決
行政法院 80.11.22. 八十年判字第二二三三號判決
最高法院 80.08.19. 八十年度臺上字第一八二八號民事判例
最高法院 80.07.12. 八十年度台上字第一五三二號判決
最高法院 79.08.13. 七十九年度台上字第一七二三號判決
行政法院 77.3.21. 七十七年判字第三五三號判決
最高法院七十七年度臺上字第三〇九號民事判決
行政法院 73.6.30. 七十三年判字第七九七號判決
行政法院 74.10.11. 七十四年判字第一四〇四號判決
最高法院七十二年度臺上字第一一七四號民事判決
最高法院七十年度臺上字第一四〇一號民事判決
行政法院五十四年判字第一一六號判例
最高法院四十七年度臺上字第一一八六號判例

附錄一：神明會管理人（會長、主委）訪談問卷

● 基本資料

日期：

地點：

1. 性別： 男 女

2. 年齡：您是什麼時候出生的？ 民國 _____年，現年_____歲。

3. 籍貫： 福佬 客家 外省 原住民 其他

4. 出生地：_____ 縣(市) _____ 鄉鎮市

5. 神明會所在地：_____ 縣(市) _____鄉鎮市

6. 15歲以前最久的居住地：_____ 縣(市) _____鄉鎮市

7. 教育程度

私塾 大學 小學 國(初)中 高中(職) 專科

研究所以上 其他

8. 目前職業種類：

公 軍 教 工 農 商 自由業

退休 其他 自雇者 受雇於私人事業

(如勾選退休者請接答下面問題)

9. 退休前的職業種類

公 軍 教 工 農 商 自由業

其他_____

自僱者

受僱於私人事業

10. 職業生涯的變動：

11. 管理人的職業背景對於處理神明會問題的影響：

12. 職業之外的其他社會、社團經驗：

13. 個人對於神明會的信念：

習慣法人

財團法人

社團法人

共同共有

分別共有

其他_____

14. 個人對於現行法律規定的看法：

15. 處理神明會問題時，最常的互動對象：

會中長輩

前任管理人

土地代書

律師

其他_____

● 管理人的對內關係

16. 會中會員多寡(會份問題)：

17. 成為管理人的機緣？

18. 處理神明會的經歷：(如：擔任過幾屆管理人？)

19. 與神明會其他成員的關係

(1) 管理委員會的互動

(2) 是否有助理？ 助理名稱_____

(3) 與各會員的關係

(4) 與前任管理人的關係

20. 管理神明會過程中，值得重視的事件或改革

21. 管理人的經營能力與信念、操守

22. 神明會內部糾紛解決的策略

23. 神明會「未來動向」的共識問題 (與其他會員是否有共同看法)

24. 存廢問題：

您認為在二十一世紀中，神明會有無繼續存在之必要

非常有其必要 有 可有可無 無存在之必要

25. 現代功能問題：

聯絡會員情感 祭拜神明

團結社區，互相幫助 除會員之外，也促進社會公益的發展

其他_____ (請說明)

●神明會未來發展的問題

26. 土地：

分割 出租 出售 合建 維持原狀

一部份出售，一部份維持原狀 其他_____ (請說明)

27. 財產分配問題：

應該全部加以分配 大部份分配，小部分保留祭拜之用

小部分分配，大部分保留祭拜之用 不應分配，應全部保留祭拜
之用

如果要分配神明會財產，應該如何分配：

會員均分 按股分 一部份均分，一部份按股分

依內部協調結果 其他

28. 「財產」在神明會中的意義問題：

29. 神明會組織問題：

(1) 是否想改組為財團法人？

(3) 是否有「代表制」(或類似的制度)？

(4) 派系結構情形？

(5) 其他非正式的制度性運作？

(6)會員的行使權利的意見形成過程？

● 對外關係

30. 管理人與基層村里長的關係：

31. 管理人與地方派系的關係：

32. 管理人與鄉鎮市公所、地政事務所、稅務單位的關係：

33. 管理人與法定代理人的關係：

(1) 律師

(2) 代書

(3) 其他

34. 管理人對於上述關係的主觀評價：

(1) 官方行政人員

(2) 民間法定代理人

35. 對上述關係的客觀評價：

36. 對管理人的整體評價：

37. 初訪日期：

再訪日期：

第____次訪問

訪問者：

被訪問者：

訪問地點：

消息來源：

交通方式：

收集到的資料：

我們提供的資料與服務：

訪談記錄：(1) 有無錄音：

(2) 對方合作態度：

(3) 有無合作可能：

檔案分類與編號：

附錄二：

第五屆東亞法哲學研討會

題目：固有法與繼受法：「共同共有」的社會學考察

(Indigenous Law and Transplanted Law: A Sociological Analysis of
“Eigentum zur Gesamthand”)

林端（台灣大學社會學系教授）

Email: linduan@ntu.edu.tw

大綱：

- 一、 前言：固有法與繼受法的社會學意義
- 二、 「共同共有」在日耳曼法的固有意義
- 三、 由「大清民律草案」到民國初年大理院「共同共有」的判例
- 四、 國民政府在台灣對「共同共有」的法律實踐：以「祭祀公業」與「神明會」為例
- 五、 結語：固有法與繼受法的衝突與融合

主辦單位：北海道大學大學院法學研究科

2004年9月19-20日於札幌會議中心

一、前言：「固有法與與繼受法」的社會學意義

顧名思義，「固有法與繼受法」的想法，在這裡預設了中西不同法律文化的差異性的存在。換句話說，我們的問題意識，一開始就立基在社會學與人類學裡面，常常見到的文化相對論（cultural relativism）的立場。本來不同地區各自發展出來的法律文化，因為文化模式與文化發展的重心不同的結果，會產生一定程度不同的法律文化。某個意義上來說，法律文化之間是存在著一些明顯的差異。但是文化有強有弱，文化的傳播、採借與繼受（reception）在人類的歷史上屢見不鮮，法律文化也不例外。正如當年日耳曼人繼受羅馬法，韓國人、日本人繼受《唐律》一樣，我們現在繼受歐陸、羅馬—日耳曼法系，並不是獨一無二的現象。但是繼受的事實雖然常常發生，卻也不能完全證明人類社會的法律文化都是普同且一致的。所以法律文化的普同論（cultural universalism），不能完全取代法律文化的相對論的立場。某個意義來說，法律社會學與法律史就應該告訴法律解釋學，當它以外國法來解釋固有法的時候，這中間不只存在著普同性的問題，更存在的是差異性的問題，因此，突顯法律文化的差異性與獨特性，應該就是本文第一個問題意識。

突顯文化的差異性與獨特性的同時，其實我們也是在突顯文化的主體性。我們現在身處在一個後現代多元理性、多元文化並存的時代。雖然英美法系與大陸法系在全世界各國隨著西方文化的優勢地位四處傳播，但是世界各地所各自存在的法律文化的獨特性與主體性，並不因為它們繼受了歐陸法或英美法而完全喪失其法律文化的獨特性與主體性。很可能在國家制定法的層次上，完全歐化了、西化了，但是人民的日常生活以及社會大眾的法律意識裡，甚至部份法律人的法律意識，仍然會具有固有法律文化的特色。所以在這種情形下，我們今天來討論固有法與繼受法的問題，第二個重要的問題意識，就在於文化主體性的突顯與追求之上。

對於這個固有法與繼受法問題的討論，我們必須注意到先對繼受問題作一定程度社會學的考察。法律的繼受，在法學上意義是「一個特定的法律秩序，被一個國家部份或全盤加以接受的現象。」我們可以採取比較社會學意義的看法，意思是說在一個特定法律風土發展出來的法律現象，有意思地在一個其它的法律風土內，被接納為它的現行法。有些學者則認為對其它法律的繼受，尤其是其他法律的繼受，首先是一個社會學上的問題，法律的繼受不會是一次性的立法行動，而是長期社會變遷的過程。這種變遷是以文化傳遞的方式出現，是個長期性的現象，一直要等到外來的文化資產及法律思想資產，漸漸被繼受的一方，整合吸收進本身的社會文化裡，才算完整，有時候要數十年甚至上百年以上的工夫。在近

代非西方世界國家繼受西方法律的現象，其動機包括規範渴求，被強迫繼受，以及爲了面子的問題等等，但是繼受比較有意識性、自願性與雙面性的特徵，因爲它不是一個過度片面的現象¹。

我們在這裡會來研究民國初年大理院（當時的最高法院）判例裡面，直接面對固有法與繼受法的努力，其實是有其特定意義的。因爲這些大理院的判例，深深受到清朝末年民律草案制定的影響，當時所接受的法理，透過大理院的判例，有的被收納在《中華民國民法》之內，有的則繼續以判例的形式，一直到今天，制約了在台灣的中華民國司法審判的過程。其中最明顯的就是祭祀公業與神明會的法律性質，都被看成是一個「共同共有」的狀況。

這種大理院以「共同共有」來解釋祖產、祠產、祭田、塋田、祖先共業土地等等的作法，繼續延用到今天對台灣祭祀公業的法律性質的定位之上。這使得原本在日治時期，具有習慣法人的法律地位的祭祀公業，在中華民國法律的體制之下，卻降格成爲一種不是法人，也不是非法人團體的物權概念－「共同共有」，這裡只注意到財產的共同持有，不得任意分割與典賣，但忽視到西方法律規範的「共同共有」概念，事實上是跟中國人的族產或祭祀公業具有一定程度本質上的差異。

日耳曼法律的共同共有觀念，以人爲單位，而不是以房爲單位，這只有在第二世的時候，人與房其個數是一致的，在第三世以下，有可能各房傳各房的情形，每房的祠份就未必跟人的祠份是一致的。人丁比較多的那一房，每個人的持份就會減少，人丁比較單薄的那一房，每個人的持份反而會增多。這就是所謂「按房份」或「按丁份」的問題，在台灣祭祀公業的土地實務上，常常就有類似的糾紛。而且在現代個人主義的法律的影響之下，「按房份」的劃分方式逐漸變成「按丁份」的方式來發展，所以在這個意義之下，我們說對於大理院的判例裡面，繼承了《大清民律草案》，將族產、祠產都看成「共同共有」的狀況，這不能不說是當時繼受西方法律的時候，對固有法律的所作的一種不必要的「削足適履」的作法。這種情形延伸到中華民國《民法》裡面，變成《民法總則施行法》裡面，只承認兩種法人，亦即社團法人與財團法人，而將祠堂的財產、寺廟的財產、族產等等排除在這兩種法人適用的範圍之外。這使得台灣地區的寺廟、祭祀公業等等，受到法律的客觀限制，變成在訴訟或發生法律糾紛的時候，常常很難用法人的名義跟別人提起訴訟，以爭取自己的權利。所以一直到今天 2004 年了，我們還要制定《宗教團體法》、《祭祀公業管理條例》、《神明會管理條例》等等，來面對這些團體，有法人之實，而無法人之名的法律困擾。

¹ 有關繼受的社會學研究，參見林端，《儒家倫理與法律文化：社會學觀點的探索》（修訂版：北京：中國政法大學出版社，2002），頁 64-68。

因此，我們要強調的是，大理院裡的推事（法律人），這些受過西方法律邏輯訓練的現代法律人，其實他們在決定判例的時候，就以國家法律的尊嚴，對過去固有法做某種程度的解釋與轉化，固有法就被他們以轉化的形式加以保留下來，而這種保留到底是一種創造性的轉化？還是一種對固有法的扭曲？他們所搭起來的橋，是穩固的橋，還是脆弱的橋？如人飲水、冷暖自知，以現在很多祭祀公業派下員當事人相當困擾的情形來看，這樣的解釋似乎有其內在的矛盾與困難，這不一定是對固有法正確的解釋，而且也不一定是有助於這些團體的永續經營。所以，到底這是「超前立法」還是「落後立法」？，端看我們用什麼標準來加以認定？在這個意義之下，法律社會學家所常常強調的「民間法」相對於「國家法」的法律多元主義 (legal pluralism)，民間習慣相對於專家法律所存在的相互對抗或相互補充的問題，在我們今天看來仍然是非常具有意義的。

身為專家的法律人，必須要注意他在立法、造法或解釋法律、建立判例的時候，很有可能與民間的習慣，或民眾的法律意識有著一定距離的。法律人的立法與建立判例必須要相當謹慎，不能只是在法律的邏輯的完備性上站穩腳根，他更應該在法律的社會文化基礎上，找到它真正的根基。如此一來，法律人在繼受法律的過程中，才不會過度的「以西論中、削足適履」，因為專家的剛愎自用與自以為是的盲點，忘記了連續的社會生活才是法律的真正基礎。只有在法律人這種專家對固有法有了正確的認識之後，專家所帶來的專業知識的風險與不確定性，才能減到最低。我們對專家的信任，才能夠持續不斷的得到肯定。

因此，以法律社會學的方式來研究大理院判例，其實還是有其一定意義的。起碼我們可以提醒進行法律解釋學的專家，以及司法審判實務工作的專家，提醒他們在繼受法律、建構法律、解釋法律、運用法律來審判的過程裡，必須回頭過來看看自己的法律文化，法律所立足的社會生活，以免專家離民眾愈來愈遠，離社會生活愈來愈遠，而成爲風險社會的亂源之一。

而這種文化主體性的問題意識，也伴隨著法律社會學與知識社會學的問題意識。法官不可能憑空做出判決、建立判例，他的判例是如何形成，在怎樣的社會中形成？很可能不同的社會文化環境，對他做出判例是會有不同的影響的。因此，民國初年的社會文化背景，就可能對判例的形成產生一定程度的影響（社會→法官建立判例）。但是換另外一個角度來說，一旦形成判例，他就變成國家制定法裡面的一環，也變成整體法律文化的一部份，這樣的判例，對於固有的社會文化背景，也會產生一定程度的制約作用（法官建立判例→社會）。因此，我們也會認爲重要的，是這種社會與法官建立判例之間交互影響的問題意識。目前我們在這裡根據七十二個判例以及找到的五十六個案件，比較能處理的是，前一個面向：社會對法官建立判例的影響。至於判例對於社會現況與經驗事實的影響，我們目前擁有的比較多的是，其在台灣實施所碰到的實際困難。比較沒有辦

法重建當時在中國大陸上這些判例所產生的具體影響。因此，當法學專家－法律人作出法律規範的選擇而形成判例，應用在連續而沒有中斷的固有法律相關的民事習慣的案例之上時，在這個時候，法官的實際抉擇，其所牽涉到的相關社會事實，就變成是我們要探究的對象。

因此，我們也要注意相關的風險社會學（sociology of risk）的議題，大理院的法官會不會犯錯？他們所挑選的法律規範，是否真正適用中國人共有的民事習慣？他的判決、他的撿選法條、他的建立判例，是存在著若干風險的。我們不能完全信任這些法律人，並不是因為他們不懂法律，或者也不是因為他們不夠精明，而是因為他們的決策，有可能是封閉式的，他們的法律邏輯的運作，儘管有其法律背後的根源（如根據沒有實施的《大清民律》草案）來建立判例。以判例來填補沒有立法的漏洞，但是即使他忠於他的法律邏輯與法律職業操守，但是這個法律人團體以及他們所承擔的法律知識系統，卻有可能不是完全融合在他們所立足的社會之上。因此，他們有可能對於固有的社會與當下正在劇烈變遷的社會，有些誤解與無知的狀況。同樣的，也會對於繼受來的法律規範，其背後的實質意義，作出超出原意的解釋。在這種情形下，我們研究這個議題，其實就像研究社會風險、科學的風險與科學的不確定性的相關性一樣，在這個議題上，將法律社會學的議題，跟風險社會學的問題意識結合在一起。

民國初年的最高法院（當時稱為大理院），所形成的有關「共有」的判例，這些法院判例，至今多數在臺灣依然有效，有些已經納入現行民法的規定裡，有些則對現行民法有一定的補充作用。在民國初年到民國十七年左右，《中華民國民法》（民國十八年）通過之前，因為《大清民律》草案沒有通過，北洋政府又沒有單獨制訂民法，所以這些大理院的判例，其實具有相當實質的國家法律規範的作用。我們透過這個七十幾則左右的判例的分析研究裡，我們可以理解當年主要源自日耳曼人的法律規範，如何被詮釋、接受，然後放在中國人的土地之上，套用在中國人固有的祭田、族產、祠堂等共有的東西之上。當年建立判例的法官們，在歐陸法律文化與中國法律文化之間出出入入，在國家法律與民間習慣之間斟酌考量，其間的分寸拿捏，很值得我們作社會學的分析。

身為法律社會學家，來探討大理院時代的有關「共有的」判例，這個基本上不是偶然的，某個原因是因為研究台灣的祭祀公業與神明會所致。一直到今天在台灣的中華民國法院，有關祭祀公業與神明會的法院判決裡，還是在《民法》之外，常常引用大理院的判例，把宗族的財產、家族的財產等等看成是一種「共同共有」的情況（法律的連續性）。換句話說，民國初年在大陸的大理院（當時的最高法院），所建立起來的判例，迄今對台灣各級法院的法官的實際審判活動，還有一定的拘束力。也就是因為研究祭祀公業這種祭祀用的族產，中華民國法律還是把它當作是一種「共同共有」的狀況，而不是把它看成是一個「社團法人」

或「財團法人」，或者像日本人一樣，把它看成是一種「習慣法人」。這種妾身未明的狀態，讓我們要去思索，何以宗族完全不發達的日本人，在殖民統治台灣的時候，反而懂得承認台灣漢人的舊慣，以「習慣法人」來看待祭祀公業團體？（據日本學者後藤武秀告知，他們的《民法》裡也沒有「共同共有」的概念）。而反觀中華民國政府，自清末民初以來，則一直把宗族團體的財產看成是一種「共同共有」的狀態。使得台灣光復之後，祭祀公業等團體，在法律上就由「習慣法人」的團體，「降格」變成是一個「共同共有」的狀態，變成是一個物權的概念，而不再是一個人的組合。難道是中國人自己比較不尊重自己的傳統，比較不懂得把宗族團體的財產，看成是一個法人團體的財產？或者還是因為日本人當初協助中國人繼受德國法律的時候，這些立法的法學專家－法律人，以及後來在大理院負責審判的法律人，他們究竟是站在什麼立場，來理解西方繼受來的法律概念？他們有沒有認識到不管是「共同共有」或「分別共有」等羅馬法或日耳曼法的法律概念，套用在中國社會的時候，他們有沒有意識到固有法與繼受法之間，不同法律文化與法律規範知識系統之間的差別？

因此，我們現在要研究大理院的有關「共有」的判例，其實是有一定程度「應用的法律社會學」意義的。換句話說，我們是為了面對當代二十一世紀在台灣都會碰到的祭祀公業、神明會、合夥、家產與夫妻共同財產等等「共同共有」的問題，發現除了受到現行民法的制約外，民法所未顧及之處，大理院的判例依然有效。因此，我們是為了對應現行審判上法律規範的不明，使得審判過程中窒礙難行，兩造爭訟不已的狀況，能夠獲得解決，因應這樣法律實務上的需求，也因應法律解釋學上，法律規範的選擇難清的狀況下，來進行這樣的研究。正如我們不斷地希望透過對祭祀公業的研究，協助有關單位的立法，讓糾紛頻傳的祭祀公業得以妾身正名，恢復在日據時代本來就享有的「法人」地位（我們正協助《祭祀公業管理條例》的訂定），這種作法都是具有「應用的法律社會學」研究的性質，換句話說，我們以法律社會學的研究成果，來為法律解釋學與法律實務工作者開路。

但細究其實，光看清末民初時，中國人突然放棄實施二、三千年的中華法系，為了迎頭趕上與富國強兵，突然革命式地徹底繼受（reception）移殖外來的、歐陸的德國法律革命式的大動作，就夠吸引法律社會學家了（法律的不連續性）。而這個法律又是在羅馬法、法國大革命的拿破崙法典、以及德國人自己思想結晶等等基礎上發展出來的，是西洋歐陸法律文化的集大成者。為了師夷之技以制夷，除了船堅炮利之外，還需要法律這種典章制度，所以，如何把完全外來的法律規範與法律邏輯紮根在東方的土壤裡？變成是一個必須要作，既複雜而且艱鉅的工程。這不只是在立法工作上如此，而且是在法律人審判及所謂法官藉著判例、「法官造法」以填補漏洞的過程裡，也要如此實踐。同樣的，這樣外來的法律規範，究竟如何被重新解釋？是忠於原來的西方意義？還是作某種程度的修改

與嶄新的詮釋（以便在本土的環境裡移植成功）？凡此種種，都是法律社會學家基於理解法律相關社會事實的興趣，知性上想要理解的。我們希望以經驗科學的方法，來掌握法律的實然面與經驗面的事實。

中華民國《民法》八百二十八條有關「共同共有」的規定，其實是繼承《大清民律草案第三編物權》的。該草案第一千零六十四條規定：「共同共有人之權利義務，依法律或契約定之。」第一千零六十五條規定：「各共同共有人非經全體一致不得行其權利。但法律及契約有特別訂定者不在此限。」這是從德國與瑞士繼受來的日耳曼法律。由此可見，清末民初就已經引進「共同共有」的法律概念，其原有的法源在現行瑞士民法裡也有相關的規定。

本文首先回溯日耳曼「共同共有」法律規範發展的歷史，然後針對民國初年的大理院所作成的有關「共有」的七十多則的判例作研究，它們至今在臺灣依然有效，有些已經納入現行民法的規定裡，有些則對現行民法有一定的補充作用。

接著討論「共同共有」的法律性質，並立基在作者這些年對臺灣漢人舊有的習慣法—祭祀公業與神明會的經驗研究的基礎之上，進一步討論「共同共有」這種日耳曼族的法律概念，在漢民族的法律土壤之上生根發芽，所碰到的種種法律文化衝突與融合的問題。

我們發現，這種將「繼受法」硬生生套在「固有法」上面的作法，表面上相當巧妙，但其實產生的問題相當多，其中最主要的是以「人」為單位的日耳曼「共同共有」關係，跟我們以「房」為單位的祖產或祭祀公業，其實在很多地方是格格不入的。只有在第二世的時候，「繼受法」的規定與「固有法」的規定是重疊的，即各房彼此之間是一種類似以人為單位的「共同共有」關係，但在第三世以後，因為各房傳各房，各房的男丁數目不一，就會造成以房份為基礎的共同共有關係，其派下員彼此之間的持份會因為房份的不同而有所差異，因此在這種情形下，用共同共有觀念不足以完全涵蓋祭祀公業派下員彼此之間的權利義務，是相當明確的。其次，臺灣現存的「神明會」的土地與資產，也被看成是「共同共有」的，神明會是會員制、長子繼承（祭祀公業是派下員制、男系繼承），這樣的組織型態與物權概念，是否比祭祀公業更貼近日耳曼法律的「共同共有」的物權觀，我們有必要分析比較之。

二、「共同共有」在日耳曼法的固有意義

在西元八世紀末葉至九世紀初期的法蘭克王國興起之前，依據凱撒之高盧戰記(Caesar, *de Bello Gallico.*)與塔西圖(Tacitus)之日耳曼尼亞志(*Germania*)所描述的古日耳曼人生活狀況，早期(約當西元前五十年，凱撒時代)以狩獵、戰爭為主，在經濟生活上仰賴畜牧為主，農業次要，人民對土地每年輪流調換占有，對土地無永續的關係存在，當時任何人均無確定的土地所有權，只由政府或各族族長將土地分給各「血族」(*Sippe*)團體，並按年輪流開墾或畜牧。在當時，血族團體為法律上、經濟上的單位，在政府或族長指定的範圍內，經營草地經濟生活，並逐年遷移居所。亦即當時日耳曼民族並未達成定居生活狀態，人與人之間的經濟結合因素乃在於血緣及身分關係，與近代人與人之間，可以基於物或資本的經濟結合關係大為不同。換句話說，近代所有權分配的觀念，其實是以定居生活為其前提的。因此，日耳曼民族在早期共同占有土地之血族團體內部，實行共同經濟制度，而無近代私有財產的觀念²。

至於古日耳曼後期(約當塔西圖時代，為凱撒時代後一百五十年)，日耳曼民族仍行狩獵與戰爭生活，然而已進入農業時代，過定居生活，土地由比血族團體更小的單位「村落」(*Mark*)照各戶耕作能力，逐年測定分配給各戶耕地，決定個人對於土地的占有。村民分得其劃分之土地(稱作 *Gewann*)後，便加以耕作，並逐年輪流調換農耕地，居所不需要再因土地調換而轉移。換句話說，在古日耳曼後期，因為人民轉為定居生活，對於分配之土地雖仍須每年調換，但其管理單位已由血族團體轉為範圍較小的村落。而對於人民的住居宅第，則發展出宅第私有權的概念，戶長在牆垣圍繞的一定範圍內，擁有專屬的排他的所有權，而土地之分配係在「土地總有」(*Gesamteigentum*)的前提下，村落自治的結果³。

亦即，古日耳曼實行「土地總有」而自治分配的村落，是在血族的結合為基礎之下發展出來的，所有一切關於村民對土地的占有使用關係，皆為身分關係的反映。至於村落團體的權利與住民個人的權利實為相對強弱的概念，村落團體對於總有地的管領力最強，及於耕地，次及於民之宅地；住民之個別權對個人的宅地最強，對於總有地之管領力最弱。團體與個人的權能互為補充約束，為不可分的結合關係⁴。

² 有關古日耳曼之土地所有權，參見 Brunner, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Berlin: Duncker & Humblot, 1958-1961) ; Gierke, Otto: *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* (Berlin : Weidmann, 1868-1913), 另外參考石田文次郎著，印斗如譯：《土地總有權史論》，頁 1-6。

³ 同上石田書，頁 8-14。

⁴ 同上石田書，頁 54-57。

古日耳曼的「土地總有」制度發展到後期，隨著農業的逐漸進步，日耳曼人過著定居生活，土地分割越細碎，住民之個別權利越為強大，人民各自將分配到的耕地築牆表彰特權，並由於對自己的私有土地運用更進步的耕作方法，增加個人的財富，使得住民個人所有之財產越來越不平等。因此，原先基於血緣的、身份的團體結合逐漸被物的、財產的使用分配所取代。這種由住民人格平等進化為財產分配不平等的過程，導致「私有財產制」的成立，並使得「總有制度」逐漸走向崩潰⁵。

而在中古世紀末期，國家思想開始興起，在政治上為求國家自由發展，必先否定各團體自治，而切斷各血族團體之關係。且在經濟上個人主義思想底下的羅馬法所有權觀念，正好切合在當時已擁有相當私有財產的個人。宗教團體使用「加諾恩法」所影響的義大利學說當中關於羅馬法 *universitas* 的團體概念，在當時擁有強大勢力的教會，一旦與世俗團體發生紛爭，必服從教會的法律，故教會之團體論便通過裁判而適用於世俗的團體上。此外又因為繼受羅馬法的緣故，接受大學教育者，皆受到羅馬法的理論的影響，在裁判時對於德意志團體皆用羅馬法法人學理解釋，尤其十六世紀中日耳曼的民眾裁判制度崩潰後，由大學出身、受羅馬法教育之人擔任裁判官，更加使羅馬法理論見諸實行，故十六世紀日耳曼的「總有制度」便在這樣的歷史背景下，一概以羅馬法學理解釋，當時盛行的立法事業更由法學家參與其事，而將羅馬法的理論時現在法規上。我們可以看到，在歷史上擁有解釋權、裁判權的裁判官如何影響土地制度的運行⁶。

直到十九世紀初歷史法學派興起，對於德國固有法制的研究較盛行，才有關於繼受羅馬法此種現象的檢討分析。研究結果發現，德國固有的團體，並不與羅馬法之 *universitas* 及 *societas* 概念相符合。也因這樣的研究，才發現羅馬法對於法人人格之基礎解釋為「法的擬制」並不恰當，研究者強調法人的基礎在於社會的組織體確實的存在，並由「法人實在說」承認古日耳曼總有制度下的團體本來即存在、不待擬制的事實。於是日耳曼法之團體（*Genossenschaft*），基於羅馬法之繼受，被解釋為具有法人格之實在的團體（*Körperschaft*），總有權亦由 *genossenschaftliches Gesamteigentum* 轉化為 *Körperschaftliches Eigentum*，但團體之所有權與羅馬法之所有權概念，並不相同。原來古日耳曼法，並無抽象的物之概念，日耳曼法上以物的性質，為權利劃分的主軸，在此時代，人從屬於土地，

⁵ 同上書，頁 60-62；128-130。

⁶ 同上書，頁 203-204。

土地所有權與物的「所有權」兩者因為土地的性質與物的性質不同，而產生不同的概念，在日耳曼法上的權利性質為何，取決於物的性質，總有制度下的土地屬於血族團體全體擁有支配、分割權，個人僅得在其分得土地上占有使用一段時間，而對於未分割之森林牧場總有土地僅有共同用益的事實。若依羅馬法思想下所有權觀念，則古日耳曼總有並不能以所有權概念解釋，日耳曼法的物權，從具體的事實關係出發，對物的事實上占有(Gewere 制度)，即取得私人可使用支配的「所有權」，此種所有權概念，與羅馬法將占有與抽象的所有權分立的概念不同，在日耳曼法上占有與所有並無區別，所有權也由於團體性格而在內在受限，無絕對的排他支配權能，只能在不違反團體利益的前提下使用所有物⁷。

因此，在不同文化時空背景之下，會有著不同的所有權概念。至於羅馬法上的「共有」與日耳曼法之「總有」，不僅存在的前提不同，制度施行的結果也大相逕庭，羅馬法是以個人主義為前提，羅馬法上的共有關係強調分割；相反的，日耳曼法的總有以團體主義為前提，強調團體的存續。而十六世紀德國繼受羅馬法，而對於固有日耳曼法加以羅馬法化後，在羅馬法的共有權之外創設不允許持分自由處分的共有權，即為現今「共同共有」(Eigentum zur gesamten Hand) 制度之前身。在十九世紀對於日耳曼固有法之研究趨於鼎盛，在共同繼承人之場合、夫妻財產制之場合，具有相當團體性格，但對於其持分財產是否能自由處分，則須歸結於人的結合性質為何，是否容許其構成員代替？由於在公司共有的場合，身份的結合強烈反映在財產關係上，故原則上不允許持有分之自由處分，可謂羅馬法化後仍受日耳曼法影響之下所遺留之制度。

以上的探討，可知日耳曼法與羅馬法在制度歷史發展過程當中的經濟、政治、思想背景都不同，在法律解釋研究上，應該參酌時代背景，而非一味以繼受來的羅馬法律規範解釋日耳曼法。但一旦繼受別人的法律後，難免受其影響，而有新的綜合制度類型的出現，「共同共有」制度，是日耳曼「總有」制度，受到羅馬法薰陶下，逐步綜合兩者而發展出來的。因此，我們站在以「實然」現象的研究為職志之法律社會學的基礎之上，不能過於強調現行法規範上的「應然」層面，而忽略事物原來之本質。同樣的道理，也可以在中華民國引進「共同共有」法律規範之後，將它套在中華民國原有的漢人法律規範與民間習慣之上，一方面會有硬套的「削足適履」的情形出現；另一方面，在兩者互動之下，也會形成一種新的法律規範的形式，既與羅馬法影響下的日耳曼法有異，也與原來漢人民間習慣產生實質的差異。

⁷ 同上書，頁 26；212-216。

三、由「大清民律草案」到民國初年大理院

「共同共有」的判例

清末民初時，中國人突然放棄實施二、三千年的中華法系，爲了迎頭趕上與富國強兵，突然革命式地徹底繼受(reception)移殖外來的、歐陸的德國法律(法律的不連續性)。而這個法律又是在羅馬法、法國大革命的拿破崙法典、以及德國人自己思想結晶等等基礎上發展出來的，是西洋歐陸法律文化的集大成者。爲了師夷之技以制夷，除了學習船堅炮利之外，還需要法律這種典章制度，所以，如何把完全外來的法律規範與法律邏輯，紮根在東方的土壤裡？變成是一個必須要做、既複雜而且艱鉅的工程。

清末民初爲了變法圖強，沈家本在日本學者協助之下，制訂了《大清民律草案》，其中《第三編物權》第一千零六十四條規定：「共同共有人之權利義務，依法律或契約定之。」第一千零六十五條規定：「各共同共有人，非經全體一致，不得行其權利。但法律及契約有特別訂定者，不在此限。」

此一草案雖然沒有來得及實施，但是「共同共有」已在漢人的法律文化中生根。民初大理院判例，已將它套在傳統漢民族原有的民間習慣之上。最明顯的就是把祭田、祀產、祠堂與族產，這種宗族的財產，看成共同共有的財產：「同族設置公產，以供一定用途，應視爲共同共有。」(三上 1144)，「祭田共有之分割，須得共有人之全體同意。」(三上 156)，「祀產係共有性質，其所有權屬於同派之各房...」(四上 771)，「祀產在現行法上，雖以不可分爲原則，然遇有必要情形(例如子孫生計困難，或因管理而生重大糾葛)，並得各房全體之同意時，仍准分析...」(四上 1849)。

這個漢人宗族的習慣，在清代是受到國家法律的保障的，按照《大清律例》有關祀產的規定，〈盜賣田宅附例第四則〉中記載：

「凡子孫盜賣祖遺祀產至五十畝者，照投獻捏賣祖墳山地例，發邊遠充軍。不及前數，及盜賣義田，應照盜賣官田律治罪。其盜賣歷久宗祠，一間以下，杖七十；每三間加一等，罪止杖一百，徒三年。以上知情謀買之人，各與犯人同罪。房產收回，給族長收管，賣價入官。不知者，不坐。其祀產義田，令勒石報官，或族

黨自立單公據，方准按例治罪。」⁸

此外，《戶部則例》裡〈盜賣盜耕〉中規定：

「凡盜賣祖遺祀產義田宗祠等項，將盜賣與知情謀買者分別治罪，房產收回給族長收管，賣價入官。」⁹

而國民政府制定現行民法的時期，由胡漢民在民國 18 年所帶頭決議的「民法物權原則」裡面的第七條是有關共同共有人的規定：「共同共有人非經全體同意不得行使其權利，但其共同關係所由規定之法律或契約另有規定者，不在此限。」其說明文特別強調說：「中華民國祠堂、祭田、合夥均為共同共有關係，故不可無共同共有之規定。至共同共有人，非如普通共有人，對於共有物各有其應有部分，故明定除依其共同關係所由規定之法律或契約另有規定外，非經共同共有人全體之同意，不得處分共同共有物，或行使其他之權利，以保護共同共有人全體之利益。」¹⁰

現行中華民國《民法》八百二十八條，規定共同共有人之權利義務關係：

「共同共有人之權利義務，依其共同關係所由規定之法律或契約規定之。除前項之法律或契約另有規定外，共同共有物之處分，及其他之權利行使，應得共同共有人全體之同意。」

《民法》八百二十八條修正草案（1999 年五月立法院議案）：

「共同共有人之權利義務依其共同關係所由規定之法律、法律行為或習慣定之。第八百二十條、第八百二十一條及第八百二十六條之一之規定，於共同共有準用之。共同共有物之處分及其他權利行使，除法律另有規定外，應得共同共有人全體之同意。」

在這裡，加上「習慣」二字，其立法用意是希望將類似族產的祭祀公業與神明會的民間習慣，在沒有專法（如我們推動的《祭祀公業管理條例》）的情況下，能有明文加以範定。

⁸ 薛允升，《讀例存疑（重刊本）》（台北：成文出版社，1970），頁 277。

⁹ 承啓等纂，《欽定戶部則例（二）》（台北：成文出版社，1968），頁 771-772。

¹⁰ 以上史料參見司法行政部編，《中華民國民法制定史料彙編》（上）（台北：司法行政部，1976）。

由這些法條演變的歷史，我們發現清末民初繼受德國與瑞士相關法律的時候，就已經引進共同共有的概念，其原有的法源，在現行瑞士民法裡也有相關的規定。這樣的規定，其實具有「日耳曼法」重視前現代、前資本主義的農業社會裡，農業法人團體共同共有的特質，表面上跟我們漢人社會的「固有法」有關家產、族產、祭田、公業、神明會等的法律性質有一定的類似之處，所以這也是中華民國開國以來，不管是北洋政府或是國民政府，一直把「共同共有」的繼受法律概念套在所謂祠堂土地、宗族土地、祭祀公業土地、神明會土地與祖先共業土地，這種將繼受法套在固有法上面的作法，表面上相當巧妙，但其實有不少我們後面進一步要探討的問題。

在此，我們要先研究大理院有關「共有」的七十二個判例，這些判例是在先前一些學者的努力下，被整理出來的。清朝末年沈家本變法之後，宣統三年完成第一次民法草案，而在這之前的一年，在伍廷芳起草的情況下，完成《民事訴訟法草案》。不久辛亥革命，中華民國成立，一直到民國十四年才有第二次民法的草案。但一直到民國十八年，在國民政府北伐成功之後，才真正完成實施現行的《中華民國民法》。換句話說，在民國元年到民國十七年之間，中國並沒有現行的民法典，而當時到底是根據怎麼樣的法律來做判決呢？大理院的判例又扮演怎麼樣的角色？

很弔詭的，當時的北洋政府因為沒有民法典，只好根據前清在宣統年間的頒佈的《大清現行刑律》，宣佈該律中不與共和國國體相抵觸的民事部份繼續有效（**法律規範的連續性！**），其中包括服制、名例、戶役、田宅、婚姻、犯姦、鬥毆、錢債等部份，以因應民法規範的缺乏，所以這部法典變成民初大理院時期的「實質民法」。除此之外，則必須要根據民事習慣以及大理院的判例來進行審判。但是，清末所草擬的民法草案雖然沒有實施，可是裡面的法理與法律規範，很多最後也形成大理院的判例。

在這種情形下，我們研究大理院的判例，在當時國家制定法的層次上，跟我們現在具有一定程度不同的意義，而且這也跟清代《大清律例》裡面律跟例之間的關係，有明顯的差異。我們先說明，我們目前的研究對象，是民國時代的法學家郭衛，他在民國二十年根據大理院自己曾經刊行的判例要旨彙覽正續二集，以及民國十二年之後的大理院判例，整理而成為《大理院判決例全書》。1978年在戴炎輝院長的鼓勵下，司法院祕書處重印這本重要的書，在這本書的165頁到173頁，共收集七十二個判例，這七十二個判例就本文主要的研究對象。¹¹其中

¹¹ 在這裡我們要感謝政治大學黃源盛教授，他到中國大陸歷史檔案館影印回台，建立《大理院民事判例全文彙編》，其中第十六冊，收集了有關共有的這七十二個判例裡面大部份的判決全文。

有十六判例找不到案件原文，所以本文的主要討論就案件本身是包含五十六案件（有的案件不只形成一個判例），而判例則包含七十二個判例。

就判例法來看，它到底具有怎麼樣現行法的意義呢？過去一般對於中華法系有一定的誤解，以為中國傳統法律都是成文法。事實上，明清以後的判例也相當重要，《大清律例》本身包括 1892 條，其中律是 436 條，例則是一千多條，律文不變，歷史變遷則靠「例」的變遷來加以修定。例是律的補充法，但是另外一方面，例又是特別法，有例則置其律，特別法優於普通法¹²，因此，在這裡在中國傳統法律裡，因為律文很少改變，歷史社會文化的變遷，就必須靠不斷增加的「例」來加以補充。相對不變的「律」，反應出道德和行政法與刑法上的原則，動態變遷的「例」隨時代改變不斷增加，反應法律對社會變遷與政治現實的調適。在這裡，判例比律文還有優先性，法律規範的位階似乎高於律文，特別法優於普通法。

而中華民國現行法裡，民法第一條規定，這一條是抄《瑞士民法》的：「民事，法律所無規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」在這種情形下，現行法的判例基本上只有補充法律的性質，不可能先於法律、優於法律，但因為民國十八年之後，就有一部相當完整的《中華民國民法》，所以我們要注意的是，在這之後，最高法院的判例，只有在現行法律規定有漏洞時，填補這些漏洞，而不是說要去取代這些法律，或超越這些法律的規定。

而在我們要研究的北洋政府時期，民國元年到民國十七年，大理院的判例在國家法律裡的位階，跟前清以及民國十八年以後的民國又有所不同。其差異性在於當時沒有一部民法典，民事法律的規範體系相當缺乏，所以在這種立法的空窗期裡，大理院的判決例與解釋例，就會變成通行全國，具有實質等同成文法的法律效力。因為前面提到的仍然實質有效的《大清現行刑律》的民事有效部份，事實上所包括的條文相當有限。跟我們相關的只有在「田宅」的部份，但是這些部份的規定，也都是非常有限的。這時候大理院的判例就具有超越補充法的意義，而有等同以判例來逐步建構民法典的意義。這時候，民間原來存有的法律習慣，與法官心目中的法律規範之間的分分合合，在形成判例的過程中，法官們其實背後不只是有《大清現行刑律》而已，其實他還包括清朝末年沒有頒佈成功的民律草案。因此，這不是一個單純由習慣到習慣法再到國家制定法的過程，也不是像英美法那種形成法律或者法典化的過程。相反的，它是背後有沒有頒佈的、繼受來的西方法典為依據的建構判例的行為。說是法官造法，但其實背後的參考架構卻是有實際存在的「有實無名的」基礎的。所以我們在這裡研究這樣的判例，我們就必須要注意到當時的判例具有這樣的特色。

¹² 參見林端，《韋伯論中國傳統法律：韋伯比較社會學的批判》（台北：三民，2003），頁 53-58；此書簡體版將在年底由中國政法大學出版社出版。

在國家法律與民間習慣之間，法官的審判行為搭起了一座橋，這座橋是好橋還是壞橋？其建構橋的鋼筋結構或水泥磚塊，究竟是繼受來的還是本土的？判例一旦形成，後來的人就必須要遵守，除非它被法律改變¹³。我們走在這座橋上，會不會有風險，我們走得是否安穩，那就要看這些造法的法官們，他們融合固有法與繼受法的實質功力了，他們對於兩種法律文化與兩種法律的規範體系與知識系統，是否發揮了「創造性的轉化」的功力？我們可以在以下「共有的」的案例中，來加以逐步檢証。

根據我們研究大理院判例有關共有部份，72 個判例裡面，除了判決全文殘缺的 16 個之外，目前找到的 56 個判例，在地理空間分佈上，廣東省最多，有十個，其次是天津市、河南省、奉天省、湖南省，各五個。北京市跟浙江省有四個判例，湖南省、四川省各三個，兩個判例的有湖北省、福建省、江蘇省、山東省，而山西省與吉林省各一個判例。由判例的分佈地點來看，遍佈華南、華中、華西、華北與奉天地區，由此可見，當時中華民國司法體系運作的領域與政治行政體系運作的領域大致相當，政府的司法公權力，某種程度遍佈全國各地。

而在共有部份的判例，根據不同的時間分佈來看，七十二個判例裡面，民國二年五個，三年、四年是高峰，各為十四個和二十三個，民國五年到民國八年，各為六個、七個、七個、五個。民國九年以後，個數逐漸減少，九年是二個，十年是一個，十二年是一個。

由這樣的時間分佈來看，我們會發現，在民國三年、四年之所以構成高峰期，應該是相關的「共有」的問題，法律糾紛很多，但是民法又沒有通過，為了補充法律規範的不足，所以，必須要透過大理院判例的解釋來加以補充，以免落入法律的空窗期。而在民國八年以後，相關的判例逐漸減少，很可能原有大理院的判例，某種程度已經補充法律空窗期的困擾，具有實質的國家制定法的功能，所以判例就逐漸減少了。

此外，由爭訟的主要「標的物」來看，的確都是有關祭田、塋田、祭產、祀產、祠產、祠堂、族內公產、家庭內的遺產、祖先共業土地等等，共四十四個案件。已經占五十六個案件裡面的八成左右。因此，我們說大理院「共有」部份的案件，主要是處理宗族、家族的共產，其實是不為過的。因為當時中華民國剛剛建立，民法典又還沒通過，可是人民的生活並不因為改朝換代而中斷。所以，有關族產、家產，這種共同擁有的財產，究竟要根據什麼樣的法律來加以處理？就變成當時一個十分重要的課題。我們觀察當時的這些案例的判決書，其實運用現代西方法律訴訟的名詞與概念相當純熟。因此，這種審判是一種專家的審判、專

¹³ 所以在這裡還有一個面向，就是這些判例跟後來實施的《中華民國民法》之間的實質關係何在，也是我們在別的文章必須要處理的課題，此地不再細論。

業法律人的審判，其用字遣詞都非常具有法律人的素養（專家法），往好的說法是，已經現代化了、專業化了、科學化了，但是如果考慮到法律人與一般社會大眾的差距，我們就不一定是如此樂觀，很可能上階層的法律人已經專業化了，而下面的一般社會大眾仍然我行我素（民間法），對於繼受來的現代西方法律概念，仍是不熟悉與不清楚的。我們以下舉幾個例子，來跟大家作討論。

以二年上字八號為例，這是有關祭田的，我們看判決書，這是民國元年湖北高審判廳第二審判決，後來再上訴，判決書的形式包括上告人、被上告人的年紀與住址，然後主文是原判撤消，而理由則有數頁，裡面很明顯已經具有「民事訴訟法」諸多的概念，如被上告人不到場、訴訟費平均分擔等等。在理由的第一頁裡面提到上告意旨，所有權、契約、準禁治產、法律行為、祭產慣例、特別慣例、普通慣例、義莊、典押等等。在第二頁裡面提到：「按我國慣例及法理，契約關係本可分為債權、物權兩種，物權契約以直接發生物權設定變更之效果為目的，與債權契約異，契約成立同時履行，更無存留義務之可言。且物權契約除質權等關係外，概非要式行為，因當事人之意思表示，即生效力。」然後在理由的第三頁裡面提到，物權契約成立的三個條件，最後談到本判例：「徵之我國慣行法則，祭田設定之方法，雖有種種，而其管業權因自亡人死後，即歸屬於後世共同享有，若因不得已情形，得宜共同處分之。故其性質與共有法理相通，共同管業之一人，無論如何不得獨自處份該項祭田……。」然後在第四頁裡面提到：「本案訴訟費用，依現行法例，應由上告人及被上告人平均擔負，故撤消原判，特為判決如右。」這個民國二年三月二十六號大理院審判原文。從這樣子的判例來看，這是一種專家的法律，需要既懂得繼受來的現代法律概念，又要對傳統的民事習慣有一定的理解，裡面有關法例、慣行法則、法理、慣例，這些名稱都出現了，而且訴訟程序也有相當實質性的規則，要做實質審判之前，必須合乎一定的民事訴訟程序。

案號	地點	上告人	被上告人	事實概述	結果	判例要旨	共有類型
二年上字第八號	湖北武昌	安壽世	張好生	1 祭田之性質，與共有法理相通。 2 祭田之管業權，自亡人死後，即應屬於後嗣共同享有。共同管業之一人不得獨自處分該項祭田，若與第三人締結物權契約，其將祭田之所有權移轉之物權行為自屬無效。故張貽瑾與上告人安壽世私自立約賣地，雖其所締結之債權契約有效成立，張貽瑾對於安壽世在	撤銷原判決，訴訟費用由上告人即被上告人平均負擔。	祭田設定之方法雖有種種，而其管業權應自亡人死後，即歸屬於後嗣共同享	祭田

			<p>債權法上負有清償義務，然而張貽瑾並未得其他共同管業人之同意，無處分祭田之權，故其移轉祭田所有權之物權契約無效，此祭田之所有權歸屬於共同管業人張貽章、張貽瑾、張貽珍三共同管業人所有。</p> <p>3 張貽章未得其兄弟張貽瑾、張貽珍之同意，私自押捐於敬節堂，即被上告人張好生名下管業，然祭田之所有權不因張貽章之押捐而移轉。</p> <p>4 本件祭田所有權之爭，最後上告人安壽世與被上告人張好生皆未取得祭田所有權，其所有權仍屬原張家三兄弟所有。</p>		有，若因不得已情形，得由共同協議處分之。	
--	--	--	--	--	----------------------	--

我們再來看第二則的二年上字三十六號，這裡面提到相關的重要法律名詞，包括宗祠、合族公產、田單魚鱗印契、繳納丁契糧串、康熙年間的字據、共同所有權、証據法則、係爭土地、順契、絕賣契、公共契田等。然後判例的來源就是下例的情況：「公產，依現行法例，故不以各自占有為共有權維持之要件，是原判與法理又不無誤解，致難認為適法.....據以上理由，應將原判撤銷，發還現有管轄權之直隸高等審判廳，更為判決，特為判決如右。」從這裡來看，也是一樣必須對固有法、甚至康熙年間的國家制定法與民間習慣有一定的理解。難後再按照現行法例加以審判，這裡面提到的「現行法例」、「現行規例」、「現行事例」，都是大理院提到現行法的常用字句，其可能原因在於因為當時的現行法只有前面提及的《大清現行刑律》，其漏洞部份必須靠慣例、判例以及法理等等來加以填補，所以提到現行法時，不得不用「現行法例」等名詞來加以含蓋之。

案號	地點	上告人	被上告人	事實概述	結果	判例要旨	共有類型
二年上字第三六號	天津	劉蔭湘 劉兆麟	劉作淮 代表劉氏十五股	<p>1 上告人劉蔭湘與被上告人劉兆麟具有同宗關係，然早在百年前劉蔭湘之先祖劉開仁即已遷居田家嘴，劉氏友公共祭田四段，皆由被上告人劉兆麟之先祖歷代占有。</p> <p>2 本案首應研究被上告人等是</p>	原判撤銷，本案發還直隸高等審判廳更為審判。	公產依現行法例，固不以各自占有為共有權維持	祭田

				否亦有共有之權？ 所有權之存在與否應以文契為前提，以占有為歸宿。 本案兩造皆不否認兩造為同宗，則應認為被上告人應具有共有之權。不因上告人之歷代先祖公然和平占有此祭田而喪失被上告人對於祭田之共有權。		之要件。	
--	--	--	--	---	--	------	--

我們再看第三個案例，是有關廣東人的嘗田，這在台灣客家人的祭祀公業裡，也同樣稱祭祀公業為嘗田，大理院民事審判二年上字一一九號，這裡面除了使用祭田、輪值、房、永佃權、輪流嘗田、損害賠償權等等，其結果除宣佈對祭田尚為永佃關係的設定無效之外，並主張：「即令批單屬實，亦屬無權限之行爲，在法律上本屬當然無效，在物權法上，上告人是不得憑黃恩財所立之批單以與被上告人等對抗.....訴訟費用依現行規例，應由上告人負擔之。致本件上告係屬實體法上之論爭，即原判事實點，一見有不明瞭，終應發還更審之件，按照本件現行事例，得為書面審理，故本判決即以書面審理行之，特為判決如右。」在這裡我們就可以看得到，的的確確「共有權」被大理院的法官們所相當堅持。

二年 上字 第一 一九 號	廣東	黃濟釧 黃昌壽	黃炳中	<p>1 嘗田係屬其子孫共同享有，其性質為共有關係，故黃恩才非經共有人之同意，以單獨之意思與上告人寫立批單設定永佃關係，是無權限之行爲，在法律上此永佃權不存在。故本件上告人不得以此批單主張永佃權對抗被上告人。</p> <p>2 被上告人主張上告人毀去被上告人麻豆，並請求賠償一事，原審法院應確實調查證據，依證據認定損害賠償數額，不得職權酌定賠償額。</p>	<p>原判令上告人等賠償毀損被上告人麻豆費三百兩之部份撤銷，本案損害賠償之點發還廣東高等審判廳更為審判。</p> <p>本判決前之訴訟費用由上告人負擔。</p>	嘗田係屬其子孫共同享有，其權利性質法律上本為一種之共有關係。故非經共同享有人之同意，無論何人不得就該祭田對他	公產 (祖先 共業 土地)
---------------------------	----	------------	-----	--	--	--	------------------------

						人擅為 永佃關 係之設 定。	
--	--	--	--	--	--	-------------------------	--

在四年上字第七七號這個案例裡面，是一個十幾頁的判決書，但是裡面牽涉到的比較有趣，因為第一點引用《大清現行刑律》，禁止盜賣祀產，因為房屋與祀產無關，然後又提到前清州縣斷案，所謂當堂立契已成習慣，並遵結案畫押，這就有法律的效力。然後就是本判例所提到的，祀產原則上不得典賣，但慣例各房全體同意時，可以分析典賣，這種慣例並無害於公益，也不背於強行法規，即現行律關於盜賣祀產之規定。然後，又提到取給贍養之權、別籍異財、叔姪四房應做四股均分，後面又提到所謂共有法律。這個案子很有趣的是，現行律以及前清大清律例下的司法審判、法律效果等等都被考慮在內，很值得我們進一步來加以思考之。

<p>四年上 字 第七七 一號</p>	<p>湖南</p>	<p>湖南大清銀行 (L 周廷傑)</p>	<p>唐世漢 唐世瀛 唐其楨 (L 唐彭氏)</p>	<p>1.上告意旨略稱：(1) 本案所爭的房屋，並不在祀產之列。因而原判援引現行律，禁止盜賣祀產之條，是錯誤的。(2) 被上告人於宣統二年訂定同心出售之合約，雖然曾於宣統二年五月間，登報聲明永不出賣，但乃是針對葉某人而發，故不具效力。(3) 據証人指出，被上告人對於買賣之行為，應視為事後之追認。且所爭房產，在當時為被上告人與其他人所賣，可見被上告人在事前並無不承認意思。(4) 原判四房之產專歸被上告人世漢一人所有，其不費一文獨得各房共有之業，而公家無故損失此一萬四千餘金，實為不公平。</p> <p>2.本案認定，被上告人等既已立有甘售務約在先，自不容一二人事後阻止不賣。被上告人雖曾登報聲明永不出賣，但只是針對某人而發。因此原判認定所立甘售合約不生效力，未免失之武斷。</p> <p>3.唐劉氏等與上告人訂立賣契時，被上告人等並未到場，賣契內亦未答名畫押，固應無效。然查閱之前被上告人等所具甘結內戴各語，此項買賣契約似顯為被上告人等所追認。該結文內有被上告人等畫押，自不難核對筆跡。且上告人所稱被上告人曾領銀出莊，及數年獨管所爭房屋之外的房產之情形，如果屬實，則足為追認之証。原審未予詳查，殊有未合。</p> <p>4.因此，根據上述種種論斷，本案上告有理由應將原判撤銷。 (相關法律或法條：現行律、慣例、強行法規、律條)</p>	<p>原判撤銷</p>	<p>祀產係共有性質，其所有權屬於同派之各房，自其維持祖先祭祀之宗旨言之，原期永遠保全，不容擅廢。故凡設定祀產字據內例，有永遠不得典賣等字樣。然查我國慣例，此等祀產遇有必要情形（例如子孫生計艱難或因管理而生重大之糾葛）得各房全體同意時，仍得分析典賣或為其他之處分行為。此種慣例並無害於公益，亦不背於強行法規，即現行律關於盜賣祀產之規定，意亦僅在禁止盜賣，所謂盜賣者，以無出賣權之人而私擅出賣之謂，如未經各房同意，僅由一房或數房主持出賣，固在盜賣之例，若已經各房全體同意，自不得以盜賣論。</p>
---------------------------------	-----------	---------------------------	--	--	-------------	---

再來是民國四年上字一七七一號有關祀產的判例，其判決理由是：「祀產系共有性質，其所有權屬於同派之各房，自其設定之宗旨言之，本其永久保存，不容擅廢，故非有必要情形，且得各房全體之同意，不能為典賣或其它處分，違者，不生權利轉移之效力。此現行法上適當之解釋，迭經本院判例採行者也。」在這裡強調祠產不能典賣，其規定是原來在前朝《大清律例》有的，《大清現行刑律》也有類似的條文，而只是現在加以「公共共有」的解釋，這裡很有意思的是，前朝的舊有法律在這裡給予一個新的解釋，然後繼續有效（法律的連續性！）。在後面討論時，又提到民事法條理，凡買主於結約當時，集資買賣之目的，物不屬於賣主所有者，即不得以不履行契約為理由，請求損害賠償。然後又提到按現行訴訟法例，訴訟費用應由敗訴之人負擔等等，在這個判例裡面，我們看到了由《大清律例》到《大清現行刑律》到大理院判例的演變情形，還有採用民事條理（法理），整個法律演變的過程非常有趣。

四年上字第一七七一號	四川巴縣	劉磊安 (原籍福建)	彭合興	<p>1.本案所爭係祀產為公共共有性質。劉磊安為現值理人，未經其之同意，任何不得擅自變賣產。上告人彭合興宣稱其承買此房，係出於縣署之命令，為勢所迫，不能不買。然當時並無勒令上告人承買此買之事。</p> <p>2.上告人彭合興請求上告人劉磊安審償印紅損失及修繕費用。按民事法條，若已知買賣之目的，物不屬於賣主所有者，即不得以不履行契約為理由，請求損害賠償。因此，上告人彭合興沒有理由請求賠償。</p> <p>3.而關於訴訟費之事，應由敗訴者支付。第一審中上告人彭合興財訴，理應由其支付訴訟費，卻判由上告人劉磊安支付，此判決未當，應撤銷。改由彭合興支付。</p> <p>(相關法律或法條：現行法、民事法條、現行訴訟法例)</p>	<p>原判上告人劉磊安賠償上告人彭合興損失銀二百五十兩，並訴訟費用之部分撤銷。</p> <p>迴告人彭合興關於賠償賣契投稅損失之請求駁回。</p>	祀產係共有性質，其所有權屬於同派之各房，自其設定之宗旨言之，本期永遠保全不容擅廢。
------------	------	---------------	-----	--	---	---

然後是四年上字第一八一六號的判例，非常明白的討論「公共共有」與「分別共有」的概念，它直接稱現行法裡，塋田屬於公共共有，而分別共有，在公共關係存續中，即經分析以前，原不准共有人之一處分其應有之份，這裡其實雖然直接講「現行法」，但是它指涉的並非《大清現行刑律》的規定，它指涉的其實

是，清末民律草案的相關規定，裡面才有討論「共同共有」與「分別共有」所存在的區別。而這種分別在原來祀產不得典賣的規定裡面，是沒有這樣的區分的。換句話說，大理院的判例它藉著判例的推行，將《大清現行刑律》的現行法與清末民律草案，雖然沒有通過，但已經具備的法律概念兩相結合，賦予一個嶄新的意義。因此，我們這裡可以看到的是，大理院的法官們，不是憑空法官造法的，相反的，在清末民律草案所依循的「共同共有」與「分別共有」的區分，在這裡只是重新透過大理院的判例來加以正式確定而已，而這種區分在後來國民政府的中華民國民法裡面，也正式收納進去的，大理院的判例在這裡發生承先啓後的作用（法律的連續性）。

四年上 字 第一八 一六號	浙江 新昌縣	石玉書	石翁氏	<p>1.本案所爭之田畝，被上告人宣稱爲其獨有，上告人擅自盜賣，自然不生效力。</p> <p>2.上告人宣稱，該田畝爲被上告人與石玉葉所共有，石玉葉將其部份賣與上告人。如此，按現行例，該田畝爲共同共有性質，非分別共有性質，故不准其中任一人擅自處分。因此，無論該田畝爲被上告人所獨有，或爲被上告人與上告人所共有，上告人都無權擅自盜賣。</p> <p>（相關法律或法條：現行法）</p>	<p>本案上告駁回 上告審訟費由上 告人負擔</p>	<p>塋田之 性質，在 現行法 上亦屬 共同共 有，而非 分別共 有，在公 同關係 存續中 （即分 析以前） 原不准 共有人 之一人 處分其 應有之 分。</p>
------------------------	-----------	-----	-----	---	------------------------------------	---

由上述的幾個案例來看，大理院的法官們已經一定程度熟稔清末繼承來的「共同共有」與「分別共有」等的法律概念，並應用在對族產與祭田等的規範之上。但是「共同共有」是否真的完全適用對這些族產與祭田的爭執之上，卻是我們必須進一步加以追索的嚴肅課題。

在進入下一節討論台灣的祭祀公業與神明會與「共同共有」的關係時，我們先來分析一下「共同共有」所具有的法律意義。「共同共有」，即德國學者所謂「合有」(Eigentum zur gesamten Hand)，德國民法七百一十八條括弧所謂

Gesellschaftsvermögen。

依中華民國《民法》第八百二十七條第一項之規定，「共同共有」的定義為：依一定原因成立共同關係之數人，基於其共同關係，而共享一物之所有權者謂之共同共有。¹⁴其享有權利之人，謂為共同共有人(民法八二七 I)。而中華民國對於共有的規定，又有「共同共有」與「分別共有」相異的兩種態樣。根據《中華民國民法制定史料彙編》，¹⁵「在中華民國物權法上，所有權為事實上、法律上能於其範圍內管領物之物權，數人不得同時於一物上有數個所有權，此即中華民國物權法上『一物一權主義』的要求。」然就同一之物或同一權利，可能歸屬於單一人，也可能歸屬於多數人，此並無違反於所有權之觀念，且為近世各國民法所認，於實際亦頗重要，故在中華民國民法物權編第二章「所有權」之下第四節設有「共有」的規定。

申言之，當一個所有權歸屬於單一人時，即為「單獨所有」的表現型態，「當一個所有權歸屬於多數人時，即為『共同所有』的表現型態。在共有的情形，其特徵為一個權利歸屬於多數人，且該權利並不因歸屬於多數人而喪失其規範意義上之單一性，要之，一物一權主義，並不排除多數人以持分的方式共同擁有對一物的同一物權，而該物權亦不因歸屬於多數人，而喪失其規範意義上之單一性。¹⁶」

而中華民國對於共有的規定，又有「共同共有」與「分別共有」(Miteigentum)相異的兩種態樣，數人以持分的方式共有一物，法律上將之稱為「分別共有」；而「共同共有」則指對「財產」共有的狀態。要之，「分別共有」與「共同共有」最大不同乃在於數人共同擁有的「客體」不同。黃茂榮指出：「共同共有並非以單一之物或權利作為其共有之客體，而是以多數物或權利共同組成的『財產』為其客體。因此，共同共有人得對兩個以上的物或權利擁有共同關係，而分別共有人不能在一個分別共有關係下對兩個以上的物擁有共有關係。」

綜上所述，我們可以了解到，共同共有規定之存在，乃為對應一物一權主義之要求，以使多數人對兩個以上的物或權利(簡稱為財產)，擁有共同關係成為可能：「共同共有在規範體系上欲所處理的問題，事實上並非物權的問題，而是身分權(夫妻共同財產；共同繼承之財產)或當事人之契約上地位

¹⁴ 謝在全，《民法物權論》(台北：作者刊行，1989)，頁 374。

¹⁵ 司法行政部編，《中華民國民法制定史料彙編》(上)(台北：司法行政部，1976)，頁 702 起。

¹⁶ 黃茂榮，《民商法判解評釋》(台北：作者刊行，1981)，頁 343 起。

(合夥人地位、信託制度)的問題。共同共有之規定是為處理團體性較強、基於共同關係，彼此牽制不能隨意處分財產的情況。其特徵為：由於該身分關係或契約上地位所構成之存在於當事人間的法律關係，尚未密集到使該權利之歸屬關係凝聚為法律上的主體，而超出各共有人之外，獨立成為該共有財產歸屬意義上的權利主體，但為使該財產有所歸屬，在規範意義上有必要創設『共同共有』此種類型例。」¹⁷

因此，我們可以說，若不承認共同共有，若不承認這種受「人」的共同關係所拘束的「物」的共同共有關係，若我們不承認此種特殊的物權歸屬狀態，則由共同關係創設之共有財產，由於尚沒有由共同共有人凝聚成一個權利主體可供歸屬，則共同關係這種「人」的關係，對共同共有這種「物」的關係，將欠缺約束的規範依據。申言之，共同共有關係，除了在物權關係上說明該共同共有物之歸屬狀態外，更重要的意義在於展示各共同共有人之間團體性強、受共同關係目的約束的特殊關係，是以為保全社會整體經濟利益，或為達成團體目的，共同共有制度有其必要性與重要性。

在體系上而言，中華民國就共同共有各條，民法仿瑞士民法，皆於物權編所有權章除分別共有外，並設有共同共有之規定。(827—830)。唯與瑞士民法不同之處在於，中華民國民法第八三一條並明文規定，共同共有規定準用於所有權以外之財產權由數人共有或共同共有者，故可視之為有關「廣義」共同共有之一般性規定，而瑞士民法並無準用於其他財產權為數人「分別共有」或「共同共有」之明文，故對於瑞士民法「共同共有」並無廣義的「共同共有」之一般性規定，此點中華民國民法與瑞士民法有別。

此外，中華民國民法亦仿瑞士債務法，不於債編各種之債部分設有關於「共同關係」之一般性規定，此為中華民國民法、瑞士民法與德國民法不同之處。至於合夥(667—699)、夫妻共同財產制(1031—1041)共同繼承(1151—1153)皆設關於共同共有之特別規定，此與瑞民、德民相同。

至於法國民法與日本民法，僅規定有源於羅馬法之「分別共有」，對於「共同共有」則付之闕如，只有石田文次郎所著《土地總有權史論》第五章（中譯本缺）與鄭玉波氏¹⁸將日本村民之入會權解釋為「共同共有」。

¹⁷ 同上書，頁 344-5。

¹⁸ 鄭玉波，《民法物權》（台北，三民，1963）頁 166。

由其制度發展觀之，有學者指出：「共同共有溯源於古日耳曼法之家庭共有團體，故共同共有法律原則為日耳曼團體法思想之餘緒。大陸法系國家將共同共有與分別共有併納於現行民法(包括瑞瑞債法、商事法)而設為規定者，闕為德國、瑞士與我國(中華民國)耳」¹⁹。唯中華民國共同共有立法體例與內容，皆近於瑞士立法例而遠於德國立法例，而德國固有家產共同體不見容於德國現行法，反而瑞士民法加以採用方得以保存。

由上所見，三國的法律主要在夫妻、遺產、合夥、家產、族產與其他等方面有所規定。其中夫妻、遺產、合夥、家產等方面，因為各有其問題的特性，本文無法一一探討，以下的討論將集中在「共同共有」與漢人族產(以台灣祭祀公業為例)與神明會的同異問題，進行進一步的分析與研究。我們之所以這樣選擇，除了縮小研究領域的考量之外，最重要的是：無論是日耳曼人繼受羅馬法，或是漢人繼受德國與瑞士的法律，其涉及「共同共有」的部分，首先要面對的便是族產的問題，夫妻、家產、合夥與其他問題，是進一步法律適用的領域，因此，有必要先從族產的問題開始我們進一步的研究與討論。

四、國民政府在台灣對「共同共有」的法律實踐：以「祭祀公業」與「神明會」為例

一旦中華民國《民法》繼受了「共同共有」之法律條文，它就開始成為現行法，產生實際的法律效果。依民法第八二七條第一項規定，它可依「法律規定」而發生，例如：遺產未分割前之數繼承人應繼承之遺產(民法第一一五一條)；它也可依「契約訂定」而生，如：依「合夥契約」而生之合夥共同關係(民法第六六八條)；又如：依夫妻約定採取「共同財產制契約」所生之夫妻共同關係(民法第一〇三一條)等。但此地並不是說當事人可隨意訂定創設共同關係之契約，而只是說明可依某種契約(如合夥、婚約)成立共同關係而已。但是「共同共有」的成立，除上述情形者外，自民初大理院判例以來，司法實務上，還承認由民事習慣或單獨行為(遺囑)而產生者，如中華民國之祭祀公業(最高法院三十九年台上字第三六四號判例)、神明會(最高法院七十二年台上字第一一七四號判決)、祭田(大理院十八年上字第三四號判例)、祭產(司法院院字第八九五號解

¹⁹ 鄭慶隆，《民法共同共有之研究》，(台北：台大法研所碩士論文，1976)，頁1。鄭氏的說法不夠周全，因為基於法律的連續性，中國大陸的相關民事法規，亦有類似的規定，不過稱為「共同共有」。

釋)等²⁰。

因此，「共同共有」的成立原因，早在它被引進中國時，就不是以法律規定或民法上規定之契約為限，因此，《民法》八百二十八條修正草案（1999年五月立法院議案），才會作如下的修正：

「共同共有人之權利義務依其共同關係所由規定之法律、法律行為或習慣定之。第八百二十條、第八百二十一條及第八百二十六條之一之規定，於共同共有準用之。共同共有物之處分及其他權利行使，除法律另有規定外，應得共同共有人全體之同意。」

在這裡，加上「習慣」二字，其立法用意是希望將類似族產的祭祀公業與神明會的民間習慣，在沒有專法（如我們推動的《祭祀公業管理條例》）的情況下，能有明文加以範定。

究竟日耳曼人繼受羅馬法之後，所逐步發展出來的「共同共有」的法律規範，跟我們漢人社會的「固有法」有關家產、族產、祭田、公業、神明會等的法律規範有多少類似之處？中華民國立國以後，不管是北洋政府或是國民政府，一直把「共同共有」套在所謂祠堂土地、宗族土地、祭祀公業土地、神明會土地與祖先共業土地之上，這種將「繼受法」套在「固有法」上面的作法，表面上相當巧妙，但其實有不少我們在下面值得進一步要探討的問題。

1. 國家法對民間習慣的定位：承認與改變

有關國家法對民間習慣的定位，通常它會透過國家法的承認與否，對民間習慣產生很明確的改變功能，以臺灣的祭祀公業為例，日據時代承認其為習慣法人，因此有關公業的管理逐漸制度化，管理人派下員大會等祭祀公業的組織逐漸確定，整個組織具有一定法人的性格。後來臺灣光復後，《中華民國民法》逐步實施於臺灣，國民政府承繼民國二年大理院的判例，將祭祀公業看成所謂的「祀產」，是所謂「共同共有」的法律定位，從此便使得原來具有法人性格的祭祀公業²¹，成為既非法人團體又非「非法人團體」，而只是一種共同擁有宗族財產的一

²⁰ 參閱陳河泉，《共有土地分割之研究》（台中：東海大學法律研究所論文，1995），頁8。

²¹ 有關臺灣「祭祀公業」的過去、現在與未來，除了前面注十二林端的書，有討論《淡新檔案》的公業部分（頁134-149）之外，另參見林端的四篇文章：〈「國家制定法」與「民間習慣」：臺灣「祭祀公業」的歷史社會學分析（I）〉，《法制史研究》第1期，頁117-151（台北：2000年12月）；〈「國家制定法」與「民間習慣」：臺灣「祭祀公業」的歷史社會學分析（II）〉，《法

種狀態。因此有關人的定位，被有關物的定位的法律意義所取代，這會促成「共同共有」的法律性格，對祭祀公業此一組織的內部結構產生質上的變化。

2. 「共同共有」 vs. 「總有」

認定族產與祭祀公業是「共同共有」的關係，其主要原因是主張公業不是享祀人的財產，死者不能為財產權的主體，祭祀公業且非法人，因此是派下員全體「共同共有」，公業財產之主體為派下全員，因此公業要進行法律行為必須以派下全體之名義為之，公業本身並無權利能力與訴訟能力，公業財產之處分行為必須經派下全體之一致，其典賣契字很少使用公業的名義，這種說法主要見於《臺灣私法》，中華民國大理院與司法院的判例解釋及認定，祠堂、市場為共同共有的性質，《民法總則施行法》也不承認它為法人，因此在實體法上認為它是「共同共有」，所以在訴訟法上也不認定公業本身有訴訟能力。

這樣的法律認定實際上有不少的缺點，甚至可能是對於傳統民間習慣的誤解。戴炎輝教授主張祭祀公業應該是類似日耳曼人的法人，即所謂「實在的綜合人」，這種祭田由派下全體所組織緊密相連的共同團體，常常有所謂的字號（公號），以其字號所有財產得為法律行為和訴訟行為，因此這種祭田團體是一種單一體，但在物權法上，此一祭田團體與其派下的關係，祭田財產是派下之「總有」（Gesamteigentum），所有權的內容在某些關係下分屬於團體與派下，標的物的處分及某些收益權屬於團體本身，其他使用收益權則是派下所有，在債務法上各派下就團體債務負連帶責任，這些都是祭田之「複多性」的表現。²²

如此一來，祭祀公業在戴炎輝的主張下，比較接近「總有」的狀態。我們如果理解日耳曼法由「總有」到「共同共有」的發展，以具有法人地位的前者，而非沒有法人地位の後者，來規範族產等的問題，似乎較為妥當。我們認為，祭祀公業等族產，其實是漢人民事習慣上的團體，是習慣法意義的法人，不應只是個「共同共有」的關係，這也是我們積極推動立法，希望祭祀公業取得「習慣法人」的地位的原因。

制史研究》第2期，頁183-216（台北：2001年12月）；〈再論全球化下的儒家倫理：社會學觀點的考察〉，《思與言》39卷4期，頁107-128（台北：2001年）；〈徘徊在傳統與現代之間：台灣「祭祀公業」管理人的社會學分析〉（台灣社會學會2001年年會暨「生活\社會新視界：理論與實踐的對話」學術研討會論文，2002年11月3日）。

²² 戴炎輝，《中國法制史》，（台北：三民，1987），頁196-197。

3. 「人」為基礎 vs. 「房」為基礎

其次，就算認定為「共同共有」關係，也與日耳曼人不同。因為以「人」為基礎的日耳曼「共同共有」關係，跟我們以「房」為單位的祖產或祭祀公業，其實有所差異，只有在第二世的時候，繼受法的規定與固有法的規定是重疊的，即各「房」彼此之間，是一種類似以「人」為單位的共同共有關係，但在第三世以後，因為各房傳各房，各房的男丁數目不一，就會造成以房份為基礎的共同共有關係，其派下員彼此之間的潛在持份，會因為房份的不同而有所差異，因此在這種情形下，用「共同共有」觀念不足以完全涵蓋祭祀公業派下員彼此之間的權利義務，是相當明確的。

何謂「房」呢？根據陳其南²³的研究，「房」的中心概念—兒子相對於父親的身份—是相當清楚而一致的：

- (1) 男系的原則：只有男子才稱房，女子不論如何皆不構成一房。
- (2) 世代的原則：只有兒子對父親才構成房的關係。孫子對祖父，或其他非相鄰世代者皆不得相對稱為房。
- (3) 兄弟分化的原則：每一個兒子只能單獨構成一房，而與其他兄弟分畫出來。
- (4) 從屬的原則：諸子所構成的「房」絕對從屬於以其父親為主的「家族」，所以房永遠是家族的次級單位。
- (5) 擴展的原則：房在系譜上的擴展性是連續的，「房」可以指一個兒子，也可以指包含屬於同一祖先之男性後代及其妻等所構成的父系團體。
- (6) 分房的原則：每一父系團體在每一世代均根據諸子均分的原則於系譜上不斷分裂成房。

此一分房法則，定了漢人一般家族事務的運作型態，臺灣漢人稱這種法則為「照房份」。「房份」可以解釋為根據分房法則所訂出來的身份(status)或份額(share)。此種照房份的法則具體表現於家族財產的分割，家戶生活團體的分化，祀產利潤的分配，年老父母的輪流供養，祀產的值年管理，祭祀義務的分攤及其他有關家族事務的處理等等。實際上，漢人在家族土地所有的關係是建立在分房的原則上。「房」才是家族土地所有的主體。個人的所謂土地所有權是透過它在

²³ 陳其南，《家族與社會》(台北：聯經，1990)，頁 131-132

家族中的房份(status)所獲得的。在某種意義上，土地的擁有和轉移可以看做是系譜性的分房過程之具體化，臺灣民間在處理土地所有問題時，通常是以房為指涉單位，而非常流利地使用這個概念。依據「房—家族」的系譜原則，一個男人對應於其父親之家族而構成一房，此關係之確立從其出生或被收養之日起即開始，所以兒子並不是根據父親的意願或遺囑而繼承其財產。具有房之地位的兒子因出生或收養，而完全擁有其對於父親的家族財產之「房所有權」。弟弟的出生往往表多了一個將共同瓜分家產的對象。從現實利益的觀點來看，同輩的房數越少，每一房所分得的財產也就越多²⁴。

陳其南上面的分析，主要指涉的是家與家產的層次，在祭祀的族產上，「房份」如何認定，通常是設立者以下的第二世的各男丁為房，如他有七子，以後分產就按七大房來分。

4. 鬮分字祭祀公業的「房份」與「丁份」的問題

這種質上的改變，首先出現就在「房份」與「丁份」的問題，如果按照原來鬮分字祭祀公業的房份原則，因為劃分「共同共有」的潛在持份是以房份為準，所以在各房傳各房的情況之下，世代單傳的一房勢必會比子孫滿堂的另一房派下員潛在的房份會來得多很多，很可能有一房的派下員可分得十分之一，另外一房則因多子多孫的關係可能會得到百分之一的部份。如此看來，「共同共有」的派下權會形成一種不相等的分佈，這種不相等的分佈，其實跟原有「共同共有」日耳曼人的相等的潛在持份已經有明顯的距離，日耳曼人的共同共有的潛在持份，其實比較接近所謂的「丁份」，每一丁的派下權的潛在持份是相等的，一個公業裡有多少丁，每一丁所得的份額是相等的。如此看來，「共同共有」跟我們祭祀公業這種「祀產」，在本質上其實是有一定的差異的。以西方人的個人平等所組成的「共同共有」，跟我們以房為單位所組成的「共同共有」(只有在第二世時各房平等份額)，就其法律本質上其實有明確的差異。

5. 祭祀公業解散時，推定均分的問題

這種不同類型的「共同共有」，或者說房份與丁份之間的差異，在某些時刻就會有國家法律與民間習慣之間的差異問題，例如當公業解散時，有所謂推定均分的問題，或者當公業土地處分之後，對於以《土地法》34條之1，提撥給未出

²⁴ 同上書，頁 139, 152。

現的派下員的部份，也有所謂推定均分的問題；還有在課土地增值稅時，若非推定均分，分得較多的部份會被課以相關的賦稅，如果是以推定均分的方式為之，則眾人皆免土地增值稅。如此一來，又是以丁份為原則，以派下員的潛在房份皆一律平等為其分配祀產的原則，依房份來劃分財產便會產生質上的變化。主張按房份分產的人，必然遭到國家現行法一定程度的杯葛與限制，而朝向以丁份為基準的方式來劃分祭產。

6. 鬮分字祭祀公業由房份到丁份的轉變問題

這種情形我們可以在田野調查裡發現，因為國家法主張祭祀公業是「共同共有」，而且派下員大會的決議在規約書不容易修改的情形下，數人頭的派下員大會也可以以派下員大會的決議，來凍結按房份來劃分祭祀公業財產的民間習慣。很明顯地我們就看到非常多祭祀公業裡，只要有人主張以丁份來劃分財產，在派下員大會中，人數眾多的派下子孫就很容易透過派下員大會的決議，將按房份來分的原則改成按丁份來分的原則。這種由房份到丁份的轉變，事實上就是國家法定位民間習慣，改變民間習慣所產生的實際現象。在日據時代很可能這方面的例子比較不容易出現，一方面是因為習慣法人的定位，使得原有民間習慣按房份得以繼續確保，二方面很可能也因為日據時代，臺灣雖然逐步納入世界資本主義的體制也逐漸現代法制化，但因為「農業臺灣、工業日本」的政策，使得臺灣主要還是維持農業社會的狀態，個人主義並未迅速擴張，很可能因此類似丁份的較具個人主義的所有權主張形式，比較沒有明顯的發展。

7. 合約字祭祀公業的股份問題

如果我們再進一步討論到合約字祭祀公業的組成，一開始就是類似股份制，這種祭祀公業一開始各派下員的潛在持份，就是不對等的，從第二世以下每一支的派下權，因為其子孫的多寡又會產生明顯的差別，這樣的祭祀公業如果也是以「共同共有」的方式來加以認定的話，那麼各出資人的子孫，其潛在的應繼份就會跟上述的房份問題不同，其大小比例的懸殊除了子孫多寡之外，還受到原來出資多寡的因素的影響，這種型態的「共同共有」的狀況如果在解散或課稅時，也是運用推定均分的問題，勢必也會產生很多適法性與公平性的問題。因為就算它是一種接近「共同共有」的狀態，但是推定均分的原則，是否也會對原有合約字的民間習慣產生一定的實質上的影響，值得我們進一步加以考量。

8. 神明會的股份問題

此外就神明會的股份問題來看，如前所述，神明會也被看成比照祭祀公業一般的「共同共有」，其管理的法令常常比照祭祀公業。但是神明會是所謂的長子繼承，如果神明會會員沒有加入與退出的情形發生時，其出資比例的多寡會一成不變地保持下來，除非有「歸就」的情形出現。在這種情形下，這種共同共有因為長子繼承的緣故，長子繼承後拿回自己的家庭內，如何進一步細分也是一個很有趣的問題，目前我們尚不知神明會是否也有「推定均分」的問題，還是處分後按原有出資比例來做分配，但這裡事實上也明顯涉及了「共同共有」的另外一種類型，國家法律對民間習慣產生另外一種類型的影響。

9. 歸就的問題

研究臺灣的祭祀公業與神明會，都會發現所謂的「歸就」的問題，將派下權或會員的權利轉讓給其他的成員，這種歸就的民間習慣在現行法裡，是繼續加以保留的。我們感到有趣的是，不知在原來日耳曼人的「共同共有」裡，是否有類似的民間習慣的存在？而他們的「共同共有」能否允許類似歸就的情形出現。如果沒有的話，那麼就是我們繼承了日耳曼人的「共同共有」的法律，而我們卻在適用於臺灣土地上的時候，又加以本土化，這種本土化其實也導致了原有「共同共有」的創新。

七、結語：固有法與繼受法的衝突與融合

總結來說，類似「共同共有」的法律規定透過中華民國《民法》傳入漢人的社會時，一方面有可能日耳曼人的法律概念會透過國家法承認、限制甚至改變原有漢人的民間習慣，但是另外一方面，為了使這種繼受來的日耳曼法律能在漢人社會生根，在適度尊重漢人原有民間習慣的情形下，漢人民間習慣也會形成對原有日耳曼共同共有法律規定的創新詮釋，使得臺灣社會的共同共有，有可能會與瑞士民法所規定的共同共有，產生一些適用內容上的差異。

其次，台灣社會在幾十年經濟發展之後，迅速地資本主義化及個人主義化，因此，會促使祭祀公業的派下員逐漸傾向將公業財產由共同共有改成分別共有或者甚至改成個別所有，而且現行很多有關補償費領取以及土地增值稅是否課徵的相關規定，通常都有所謂「推定均分」原則，其實也是跟房份的概念大相逕庭，而是按照數人頭的丁份來做計算，這種情形下，也暴露了民法共同共有的相關規

定，已經影響到稅法、行政法等相關的領域，造成現行實務上非常困難的一面。難怪會使這些祭祀公業土地、神明會土地與祖先共業土地被看成是台灣都市開發的「土地之癌」。我們看在「民法物權篇」的修正案中，事實上並沒有特別檢討，僅加上依習慣的字眼，爲了確保祭祀公業在台灣能永續經營下去，我們有必要制定單獨的《祭祀公業管理條例》，讓它成爲民法的特別法，以凍結公司共有不合乎祭祀公業傳統習慣的相關規定。

最後我們要強調，某個意義來說，民事法律是一國風俗習慣道德之成文化，我們在繼受他國民事法律時，應該參酌各地風俗民情之不同，在繼受過程中儘量顧及原有的民間習慣。由法律社會學的觀點來看，須進一步考察民間與時俱進的「現況」，而非由國家武斷專權的逕行立法，徒增民間困擾，破壞既有的民間習慣所構成的法律規範體系。