

逝者的財產權：兼論台灣的祭祀公業

劉瑞華

清華大學經濟學系副教授

「祭祀公業」是以永久祭祀死者為目的，而不得自由處分之獨立財產。這種限定處分的財產權制度在台灣開拓時期相當普遍，一直延續至現在。由於祭祀是家族成員之間的活動，如果能夠經由家庭內部交易達成目的，則沒有必要形成財產權的限制。本文強調台灣開拓時期的社會環境之下，家庭內的跨代交易容易失靈，逝者常常無法從家人得到可靠的祭祀。由於享受祭祀的對象並無行使權利的能力，為了使逝者能夠得到其應得的祭祀，於是透過超出家庭的組織來實現祭祀，並且利用財產權的限制確保祭祀活動所需的經費來源。雖然財產權的限制造成活人在利用財產時遭遇較高的交易成本，但是卻能讓逝者的祭祀得到保障。在這一制度之下，逝者得到部份的財產權。從《台灣司法附錄參考書》裡的祭祀公業契約中，本文的解釋可以得到史料的支持。

關鍵字：財產權、交易成本、祭祀

壹、導論

已死去的人是否能有財產權？由於現代社會的產權制度是立基於個人對於產權的行使與保護，所以個人一旦因為死亡而喪失行使權利的能力，其產

本文曾經在中研院社科所主辦之「法與經濟分析研討會」中發表，作者感謝研討會中，王泰升教授的細心評論，以及簡資修、承立平、邱澎生、陳秋坤諸位教授的意見，本刊的編輯與兩位匿名審稿人在審稿過程中也對本文助益不少，在此一併致謝，文中倘有任何錯誤，皆屬作者個人之責。

收稿日期：89 年 8 月 28 日；接受刊登日期：90 年 6 月 22 日

權就會消失或移轉給他人而且法律只承認活人的權利。然而，從歷史中考察，傳統社會裡的一些財產權的建立與形成確實有相當程度取決於死者。Max Weber 即曾指出在較為原始的社會裡，人們常畏懼於先人在亡後的神秘力量，而在人死後相當一段時間內不處分死者的財產。¹ 逝者財產權的成立不僅是禁忌與慣例而已，而是在制度之下有執法力量予以保護。當我們論述死者的財產權時，必須將其與死者在生前的財產移轉與分配權區分開來。人在死前可以對其所有之財產行預先之分配，於死後再根據其安排而移轉。然而，這種遺產分配在當事人死後就移轉給活人，並非逝者的財產權。所謂逝者的財產權是指當事人在死後仍留有若干對財產支配的權利，並未完全移轉給活人，以致活人對財產權的行使受到限制。這種逝者的財產權對於財產的累積與利用所造成的限制有兩層意義。一方面它能保障逝者的遺願，讓逝者在臨死前（或死後）仍能獲得其生前累積財產所帶來的滿足；另一方面它約束了接受財產移轉的活人對於財產利用的決定，使新的財產所有人面臨難以克服的交易成本。本文的主題就是以這一逝者的財產權觀點探討在台灣存在已久的祭祀公業。

屬於祭祀公業的財產係設定為祭祀死者為目的，而不得自由處分之財產，多半以享祀者為名。² 由於祭祀公業的財產權是由祭祀團體之成員共有，所以亦有人將祭祀公業視為共同祭祀之團體組織。³ 然而，基於「公業」一詞的本義，以及本文的研究目的，在此是將祭祀公業視為特殊之共有財產權，而將討論重心放在受此一財產權規範之土地財產。根據內政部調查的民國七十三年資料，祭祀公業的土地面積在台灣省多達 7,896 公頃，以當時之現值計就近達六千五百億元，除了台東縣與花蓮縣並無祭祀公業之外，在全省與北高兩市裡的分布甚廣。祭祀公業涉及之共有土地的財產權自日據時代就

1 見於韋伯：《宗教社會學》一書。

2 此一定義見於姉齒松平，《祭祀公業及在台灣特殊法律之研究》，許多後續文獻均沿用之。

3 如 Sangren, "Traditional Chinese Corporations Beyond Kinship," *Journal of Asian Studies* 43(3) (1984): 391-415. 即認為台灣的寺廟、神明會、祖公會與祭祀公業皆是超越家庭親族之不同層次的傳統組織，其間界線很難清楚釐定。另外，陳井星所著《台灣祭祀公業新論》一書亦在開端就稱祭祀公業為台灣民間之祭祀團體。

是許多土地糾紛的來源，當時殖民政府對此台灣長久存在的傳統是以「習慣法」為準，承認此類財產權本來設立之目的，遇有訴訟糾紛則以裁判立法建立援引之判例，作為日後處理之依據。光復之後，雖然由於司法制度改變，以致政府機關就其所司，欲立法規範祭祀公業，但是仍舊因過於複雜，而懸於草案階段。自日據時代以來有關祭祀公業的解釋與處理程序大致視此一財產權的性質為公同共有。⁴ 戴炎輝對於公同共有之產權關係的缺點做了很好的說明，「公同共有財產之家產，以公同關係之家團體為其基礎而成立。公同共有人之應有部分，係存在於構成家產之各個財產全部之上，非就每一個財產上之應有部份。其應有部分係不確定性質，與普通共有（所謂分別共有）之為確定應有部分者不同。故應分人之增減（因出生、收養而增加，因有份人之出養、被招或身故而無承分人時則減少），引起應分額之減少。」⁵ 不僅公同共有之下所有人的應有部份不確定，而且共有關係之下，每一所有人皆有相同之權利，因此祭祀公業之處分，除非有合法章程規定決策程序外，必須由全體所有人共同一致決定，集體決策之成本甚高。除此之外，另一項複雜因素在於財產所有人的認定。祭祀公業設立之初不論是以列名方式，或是以家庭親族關係都可確定祭祀公業之設立人為所有人。然而，當所有人死亡，共有財產權在繼承後往往日趨複雜。日據時代之司法判決於是建立出「派下權」，作為認定祭祀公業共有財產權繼承資格之依據。⁶ 基本上，此一「派下權」讓祭祀公業財產權之繼承配合家庭親族關係。再加上政府積極鼓勵祭祀公業團體「法人化」，以合法程序界定成員之權利與義務，於是祭祀公業之共有關係大致確立。

祭祀公業的共有財產權關係顯然令所屬土地財產的利用受到牽制。尤其是隨著經濟發展導致土地增值，祭祀公業土地的交易需求日增，其財產權關係下的交易成本問題亦愈發嚴重。基本上，財產權的分配並不影響交易成本，

4 有關祭祀公業之法律地位的歷史演變，以及目前以民法之公同共有關係處理祭祀公業所涉及的問題，可參考曾文亮，《台灣法律史上的祭祀公業》，台灣大學法律學研究所碩士論文，民國八十七年。作者感謝王泰升教授在研討會時提供這項參考資料的訊息。

5 戴炎輝，〈清代台灣之家制及家產〉，頁 10。

6 所謂「派下權」是指祭祀公業的設立人及其子孫，可以有祭祀之資格者，通常以男性為限。

而是財產權的界定與規範是否明確才影響交易成本之高低。共有財產制之下，行使財產權的利益由全體共享，因而在成員易形成「白搭便車」(free-ride)的問題，以致個人行使財產權的誘因不足，而不能達成最有效率的結果。除此之外，祭祀公業之「派下權」依「習慣法」傳統係由家族繼承之習俗所決定，並無明確之所有權界定。因此，遇有祭祀公業土地面臨處分之要求，常因派下權人資格難定而爭訟延宕，影響土地交易配置之效率。⁷ 由於這些祭祀公業的財產權關係有如此種種的缺點，所以自日據時代就有關於其「存廢論」的爭議。最後終於因禮敬祖先之善良風俗不宜輕毀，以及徹底改革茲事體大，而存續至今。⁸

雖然祭祀公業的財產權存在嚴重缺點不如私有財產適合市場經濟的環境，但是其長久普遍存在台灣民間社會，必有其形成與發展的原因。究竟祭祀公業為何產生？這一問題勢必應從台灣傳統社會之歷史條件中提出答案。文獻中所見諸學者雖然都主張祭祀公業為歷史文化因素影響之結果，但並未深入探討解釋設立祭祀公業之行為與環境條件。戴炎輝認為台灣之祭祀公業係源於自中國傳統之祭田，將家族祭祀與置產結合，有敬祀先人與光宗耀祖之意義。⁹ 日人井出季和太則認為祭祀公業是屬於台灣特有之祭祀團體。¹⁰ 姉齒松平以降則多持綜合的看法，認為祭祀公業與祭田有類似之淵源，但亦有在台灣之特有性質。¹¹ 根據現存之祭祀公業文獻資料與訪察，台灣祭祀公業的設立除了同一家庭成員，也有同宗與非同宗的人士，而派下成員除了享祀人與設立人之外，也包括有招贅或收養的家人。¹² 因此，祭祀公

7 派下權難於認定的問題可見於各式之政府解釋令，即使再內政部所定之「祭祀公業土地清理要點」中亦明定民政機關核發支派下全員證明書內應載明「本證明係應當事人之申請而發給，無確定私權之效力」。

8 有關祭祀公業之「存廢論」的見解可普遍見於文獻中，例如姉齒松平，《祭祀公業及在台灣特殊法律之研究》；名坂義彥，《祭祀公業之基本問題》；程大學，《祭祀公業問題之初探》；陳井星，《台灣祭祀公業新論》。最近，陳夏如，〈法·近代·民族主義〉一文對於該論爭做了深入的歷史探討，甚具參考價值。

9 〈祭田又祭祀公業〉。

10 《南進台灣史考》。

11 《祭祀公業及在台灣特殊法律之研究》。

12 見於內政部之解釋令。參考王進祥編著之《祭祀公業產權清理與登記實務》。

業的團體成員雖然係以家族為中心，但並不僅限家族之內，而有相當程度反映出台灣移民社會裡民間團體超越血親（lineage）關係的特徵。¹³

不論祭田或祭祀公業，其目的皆是以財產之收入作為支應祭祀先人活動的費用。除了特殊置產為祭祀之用，一般之祭祀先人活動則是以直系親屬在家庭之內進行。如果為了探討祭祀活動與財產權的關係，而將祭祀視為生存之人為死者所執行的消費活動，則逝者死前遺產的安排就可視為與繼承人的交易。這一交易顯然並非市場交易，而是必須具有特殊身份關係的親屬透過家庭組織才能進行的交易。從組織與財產權的差異，可以將祭祀交易分為三種：一是家庭內直系親屬繼承遺產並擔負祭祀之工作，其財產移轉過程不改變財產權，財產權仍在家庭內部維持私有關係；二是家族成員集體繼承部分遺產，並共同負擔祭祀工作，財產移轉中將一些私有財產轉變為家族共有；三是基於非家族的關係形成之團體集體繼承遺產，並共有負擔祭祀工作，財產移轉中不僅有私有財產變為公有，而且祭祀活動的組織亦並須跨越家族。台灣祭祀公業的財產權形成包括了後二者，因而產生的產權糾紛問題特別嚴重。本文以為，何以台灣移民社會裡的祭祀組織要超出直系家庭，甚至家族，而產生複雜的共有財產權與祭祀組織，必須以其所取代的直系家庭祭祀關係為分析基礎，探討為何有許多財產必須以設置公業的方式來達成祭祀之目的。¹⁴

以下第二節將從家庭內部移轉行為的分析架構，指出家庭內為祭祀目的而進行之財產移轉交易必須依賴之機能，以及這些機能一旦失靈後，制度調整的取代過程。第三節則利用第二節的分析架構，討論台灣祭祀公業形成與發展。最後，第四節是簡單的結論。

13 Maurice Freedman 以 降許多人類學家都認為傳統中國社會以血親關係構成社會團體之基礎，然而，亦有學者指出移民社會的團體由於缺乏龐大的血親成員，而形成之組織常超越血親關係，而建立在更廣的社會關係基礎上。參考 Pasternak, Burton. "The Role of Frontier in Chinese Lineage Development" 與 Sangren 前引文。

14 台灣平埔族原住民雖然有公共祭祀的習俗，但是設立祭祀用途的財產並非原有的制度，而是漢化之後的作法。一些原住民設立祭祀公業的事實應屬特例，其設立原因與漢人的祭祀公業並不相同。例如竹塹社就有為受賜漢人姓氏的七姓公設立祭祀公業，見王世慶、李季樺，〈竹塹社七姓公祭祀公業與采田福地〉。

貳、跨代交易與家族財產

經濟史學家一向很重視傳統的遺產制度對近代經濟發展的影響。歐美經濟史的研究重點在於兩種遺產處理方式的差異：一種是完整地將遺產移交給一位繼承人，由繼承人自行決定如何照顧家庭裡其他成員，也稱為長子繼承制（primogeniture）；另一種是將遺產平分給家庭裡的每一成員。就其經濟意義而言，前者可以讓家庭累積的財產集中，並且能將財產所有人的權勢地位也一併移轉給繼承人；而後者則是能讓家中全部子女的照顧都能有所保障。Habakkuk 認為十九世紀歐洲地區遺產繼承制度的差異基本上就反映出這兩種目標的考慮。他並且進一步指出這兩種制度對歐洲近代人口成長、家庭結構與人口流動有重要的影響。¹⁵ Habakkuk 之後，Cagan 研究美洲的遺產制度也依循這一分析架構進行。¹⁶ 在歐洲與美洲實際的繼承未必單純僅止於這兩種形式。Habakkuk 即曾提醒，實際的繼承作法可以是兩者的綜合，各地也普遍存在差異，Cagan 更指出加拿大地區的農家雖然實施長子繼承為主，但已經可見繼承人給予其他家人金錢補償的情形。

Habakkuk 等人的理論基本上假設父親在死前很善意地為子女將來的生活打算，而且遺產分配是唯一直接影響子女生活的因素，因此父親的遺囑或繼承制度一定是將財產以私有財產的形式，移轉給下一代。繼承上的差異只在於，一種為全部財產交給長子，讓他能有效利用財產創造財富，並且照顧家人；另一種為均分財產給每一位家人，令其各自照顧自己。假設父親能夠清楚掌握子女的行為的訊息，則他可以選擇將遺產以私有財產的形態，分配給繼承人，達到有效利用財產與保障家人生活兩項目的。因此，無論遺產的形式將是長子繼承制或者財產鬮分制，¹⁷ 最適的選擇都是維持財產為個

15 見“Family Structure and Economic Change in Nineteenth-Century Europe,” *Journal of Economic History* 15 (1955): 1-12.

16 見“The Indivisibility of Land: a Microanalysis of the System of Inheritance in Nineteenth-Century Ontario,” *Journal of Economic History* 36 (1976): 126-141.

17 財產鬮分制未必是將遺產平均分配給繼承人，而是依據遺囑或慣例所決定的繼承權來分配，本文僅粗略的以鬮分制涵蓋長子繼承制以外的財產繼承方式。

人私有的。然而，這一理論顯然無法合理的應用到祭祀公業，解釋何以財產會設定為眾人共有。欲解釋祭祀公業的共有產權，則我們必須假設祭祀公業的設立者有其他的動機與理由。

我們不難想像，傳統社會裡的財產持有人在有效利用財產與保障家人生活兩項目的之外，有其他的原因設立共有產權，文獻上最常見的理由是「崇拜祖先、維持家族」。¹⁸ 這種主張的重點在於指出財產的原所有人抱持一種經濟動機以外的特定目的，必須藉由公業的設立來實現。不過，這一說法還有必要深入思考。家族祭祀是社會的一般傳統，未必每個家族都有設立公業的做法，設立公業的理由應該不能完全歸於上述的動機，而需要進一步的解釋。尋求解答的關鍵因素有兩項：一是交易成本；二是家族成員的合作。從家族制度思考公業的設立，關鍵性的問題是何以設立者不採用私有財產的移轉，而要設定共有產權。理論上，私有財產權界定清楚，可以降低財產的交易成本，則不論財產如何分配，繼承人或所有人可以有效率的進行契約交易，使財產的利用有效率。¹⁹ 相對之下，公業的設立將造成財產利用效率的損失。何種原因使得設立者願意接受這種損失，尚待解釋。不過，公業執行人的交易成本並非此處唯一的考慮，設立者與執行人之間的交易成本也要考慮。

在我們討論設立者考慮的交易成本之前，我們先來考慮家族或祭祀團體的合作關係。如果設立者的目的可以由財產執行人各自分別來達成，而不需要共同合作，則上述的長子繼承或財產鬮分制會較為適當。將財產設立成共有的基本原因是，財產設立的目的必須依賴具有共有關係的數人共同執行財產方式來達成。當家長面對分配財產的決策時，如果設立財產的目的是為了增加子孫的財富，可以用直接移轉遺產的方式，而不須設立共有財產。然而從家族祭祀的目的而言，共有財產的設立是要讓子孫共同參與祭祀，所以設立財產的方式就不會是私有產權。Grossman and Hart 曾經在分析廠商是否

18 例如姉齒松平。

19 這一推論乃是交易成本理論中 Coase Theorem 的簡單應用。參考 Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and Economics* 3 (1960): 1-44，與 Cooter, Robert, "The Cost of Coase," *Journal of Legal Studies* 11 (1982): 1-33.

整合的問題時指出類似的結論。²⁰ 如果兩家廠商（甲、乙）的決策互不影響，則兩廠商將不會合併；如果甲方的決策影響本身，也影響對方的利潤，而乙方的決策不影響甲方，則會合併，並且由甲方控制所有權；而當雙方的決策會互相影響對方的利潤時，則雙方會在合併後，由雙方共同控制所有權。（Grossman and Hart, 1986, p. 705.）依據相同的推理，如果祭祀是子孫各自進行互不影響的，就只需移轉給個人私有遺產，而無須合併成公業。以祭祀目的設立公業，顯示出祭祀活動是需要派下子孫共同參與進行。

其實，Grossman and Hart 的分析僅限於私有財產之下組織的所有權分配，不過其中包括的合併持股相當接近公業的性質。我們可以以此推論，如果兒子都很重視家庭財，而家庭財的生產又無顯著的規模或合作效益，是以選擇分割財產移轉給個人較好。若是家庭財的生產有顯著的規模效益，則以不分割財產較佳。在家產集中的情況下，假如家庭財的生產沒有合作效益，則以重視家庭財的一方擔任繼承人為佳。以上兩種情況分別是鬮分與單一繼承，都是父子之間私有財產的移轉，並不構成設立公業的理由。然而，單純的合作效益仍不足以構成設立公業的理由，原因是如果兒子都重視家庭財，獲得私有財產後可以自願合併或合資，實現合作的效益。因此，設立公業的最主要情況乃是設立者希望執行人合作生產家庭財，但執行人的意願不高。用另一種方式表達，也可以說是設立者利用公業之設立，迫使繼承人實現設立者的目的。

要使上述的主張成立，我們還必須回答，何以用私有財的移轉不能實現設立者的目的，這個問題涉及經濟學理論的 Rotten Kid Theorem（不肖子定理）。Becker 提出的 Rotten Kid Theorem 指出，父親只要有足夠的經濟資源用於移轉給子女，即使子女純粹是自利的，也會照父親的願望行事。在 Becker 的理論中，父親有利他心的效用函數中除了考慮自己的消費，還考慮子女的消費。由於子女的消費乃是子女的選擇所決定，父親只能用所得的移

20 見“The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration,” *Journal of Political Economy* 94 (1986): 691-719.

轉來影響子女的選擇。²¹ 根據 Rotten Kid Theorem，父親用私有財產移轉，不論是分割財產或是長子繼承都可達成使子女依照父親的意願行事。即使前述提到的兄弟皆不重視家庭財，父親可以將財產分割，移轉給兩個兒子，再令兩人合作生產家庭財，滿足父親的心願。

Bergstron 正確地指出 Rotten Kid theorem 與 Coase theorem 有異曲同工之妙。²² 由於父親的效用函數受到兒子消費的影響，父親又無法替兒子選擇消費，於是只好用所得移轉和兒子交易，讓兒子的消費行為符合父親的願望。這種情形很類似 Coase 所主張的交易方式解決外部性（externality）問題的方式。對於本文所要解釋的祭祀公業之共有財產權，我們也可採取這一角度，探討家庭內跨代交易失靈的問題。如果家庭內跨代交易可以達成最適結果，則先人的財產應該可以維持以私有財產的形式，移轉給直系繼承人，或者其他家庭成員。因此根據這一理論基礎，祭祀公業的產生乃是家庭的交易與財產移轉機制出了問題。

財產繼承在家庭交易中最為關鍵的失靈情況就是被繼承人死後，其所留遺願是否會被執行。這個問題可以用 Hirshleifer 對 Rotten Kid Theorem 的批評來說明。Hirshleifer 以莎士比亞的名劇「李爾王」為比喻，指出如果父親一旦將財產移轉給了繼承人，該繼承人可以改變行為，只為自己的私利，拒絕執行父親的願望。因此，Hirshleifer 認為 Rotten Kid Theorem 成立之要件必須是父親握有「最後決定權」（the last word）²³。在一般的家庭內跨代交易中，父親是可以掌握「最後決定權」的。然而在父親安排遺產的問題上，顯然父親在死亡之時將喪失其最後決定權。何況，如果父親所期望之目的要延及第三代之下，勢必更無法掌握最後決定權。以我們前面提過的例

21 見“A Theory of Social Interactions,” *Journal of Political Economy* 82 (1974): 1063-1094，與 *A Treatise on the Family* (1981).

22 見“A Fresh Look at the Rotten Kid theorem,” *Journal of Political Economy* 97 (1989): 1138-1159.

23 “Shakespeare vs. Becker on Altruism: The Importance of Having the Last Word,” *Journal of Economic Literature* 15 (1977): 500-502. 關於「最後決定權」的重要性，Becker 也曾指出 the Rotten Kid Theorem 的一項主要假設父母在子女決定之後才做選擇。（見 *A Treatise on the Family*, p. 9）

子而言，當父親所面對的兒子都是自私的，不論是以私有財產的方式將遺產交給任何一方，或均分給二人，恐都將不能達到他的目的。此時，如果父親選擇不分割財產，將財產移轉給兄弟二人共有，在共有財產之下，造成兄弟二人處分財產的困難，可以使該財產長期維持家族所有，而且能在形式上維持兄弟間的合作。

以上的分析是應用到一般共有的家族財產制，並未特別考慮祭田或祭祀公業的特性。²⁴ 如前文所述，祭田與祭祀公業之目的特徵在於祭祀逝者，尤其是祭祀公業，更有許多是在逝者將死或初死之時所設立，可以視為是為逝者死後之消費目的所建立之共有財產。本文在此並無法討論中國傳統文化中對人死後消費的認知與信仰，僅就祭祀之祭享性質假設逝者在生前認為死後受到的祭祀是有價值的，換句話說，我們可以假設財產擁有者的效用函數中不僅包括其生前的消費，也包括其死後受到的祭祀。因為祭祀必然要交給子孫在未來執行，父親為獲得所希望受到的祭祀，將設法限制其移轉給繼承人的遺產之財產權，使財產專為祭祀目的之用，而且不能為子孫輕易私有或變
+ 更用途。根據此一論點，我們可以將祭祀公業的形成視為設立人將財產信託，
+ 以孳息作為祭祀之用，並且令繼承人成為信託財產的執行人。由於傳統社會裡並無設立信託的公權力保護，所以採取設立公業的方式，造成執行人互相牽制難以對外交易，達成維護設立者信託財產的目的。

首先，導致家庭內跨代交易失靈最直接的原因是財產所有人缺乏子嗣。這種情況在台灣早期的移民社會可能甚為重要。如果一人因缺乏子孫，以致個人努力累積的財產將無家庭內移轉的對象，於是將尋求血親以外的交易對象，以財產換取其死後能獲得的祭祀。不論最終將財產交於何人，由於缺乏血親關係，將更難確保繼承人獲得財產後是否會按先人意願從事祭祀。因此以祭祀公業之共有關係限制財產的用途與處分，是財產所有人利用一些制度確保其於死後仍能擁有逝者的財產權。這些情況之下，祭祀公業對後代財產權的限制就成為保障先人祭祀消費的逝者財產權。

24 清水盛光，《中國民族產制度考》一書中舉出中國傳統的族產以義田與祭田為最主要。不過從其討論內容看，書中所稱之義田與祭田甚為廣義。

其次，有子嗣繼承者，如果遇子嗣欠缺能力或意願，無法順利維持未來祭祀任務，這也構成家庭內交易的失靈。這種狀況之下，公業的設立可以交付他人監管，不得自由處分，使財產能用於祭祀。此外，格外值得注意的是，當家庭交易失靈時，設立者為了維持財產的專用，將有意造成未來財產執行人（使用者）的交易成本，避免財產在經過執行人的協議後處分他用。因此，如果有意設立公業者認為本家族親人之間容易在未來協議處分財產，則可能尋求其他家庭的合作，讓監管公業的執行人除了本族的親人之外，也可能包括外姓人士。不過，由於外姓之人缺乏血親關係的維繫，除非有相當的信任，否則難使其有效監管祭祀任務。較合理的安排是結合具有的互信基礎不同家庭共同設立祭祀公業，使成員增加，難以協議處分財產，以便維護逝者的財產權。

參、台灣移民社會與祭祀公業

上節的分析指出傳統中國社會裡的各式族產與祭祀公業都是替代直系家庭內私有財產跨代交易的財產權形式。依照清水盛光的看法，中國社會的族產以義田與祭田為主。²⁵ 祭田之性質與台灣之祭祀公業接近，學者中有視祭祀公業為祭田演變而來的看法。²⁶ 義田以贍養宗教為目的，而祭田以祭祀祖先為目的，其用途與起源雖有不同，但演變之後，義田與祭田常有互通機能的情形。史料中所見，中國最早創設義田的是北宋的范仲淹。范仲淹設立義田的目的可見其對子弟的留訓：

「吾吳中宗族甚眾，於吾固有親疏，然以吾祖宗視之，則均是祖孫，固無親疏也。吾安得不恤其飢寒哉？且自祖宗來積德百餘年，而始發於吾，得至大官，若獨享富貴而不恤宗族，異日何以見祖宗於地下，亦何以入家廟乎？」（范文正公集）

25 見《中國族產制度考》。

26 見戴炎輝，〈祭田又 祭祀公業〉，與姉齒松平，《祭祀公業及在台灣特殊法律之研究》。

從范仲淹的說法中可見，設置族產以恤宗族是不論親疏，只要是吳中范氏宗族皆可。如果要照顧的僅是最親近的直系子弟，大可直接移轉家產予一人或多人。如果范仲淹個人「先天下之憂而憂，後天下之樂而樂」的行事原則能夠令子弟完全遵循，以後世代代子孫皆能由家產中支出贍養族人，則也不需要設置不歸子孫私有的義田。

據清水盛光所稱，祭田之創始於南宋的朱熹，其「文公家禮」中有所謂：

「初立祠堂，則計見田，每龕取其二十之一，以為祭田，宗子主之，以給祭田，上世初未置田，則合墓下子孫之田，計數而割之，皆立約聞官，不得典賣。」

依照此說，祭祀死去祖先之神位於祠堂者，取其田之二十分之一為祭田，如果先人沒有置祭田，則由各子孫分出部分田產，合為祭田，並且立下契約，由官府見證，不得典賣。這一段話已經將設置祭田的基本性質交待的相當清楚。朱熹將祭田之建立歸於宗族祠堂，正是有集體祭祠之需要，而且祭田之財產權不僅非私有，而且明定不得典賣。先人在分產給子孫後，若能獲得所期望祭祠或其他目的，自然無需設置祭田，並規定不得典賣。更值得注意的是，引文的後半段中指出「合墓下子孫之田」，顯然子孫不在少數。如果家中只有單傳之直系血親繼承，則應不必要設置祭田。可能是擔心子孫中有部分人輕忽了祭祀之責，以致於集體祭祀會出現公共財不足的問題，這一問題符合本文分析的家庭跨代交易失靈。因此，家庭內跨代交易失靈的解釋可以從中國族產設置的作法中得到支持。

雖然前文提及的早期文獻中，各方學者對於祭祀公業是否就是祭田，看法並不完全一致，但是都認知兩者的性質接近，祭祀公業可能更加反應台灣社會的特殊條件。祭祀公業不同於祭田的特徵在於，可以包括非血親關係的人士為其派下，因此解釋其設置之原因比祭田更為複雜。²⁷ 除了前述族產所

27 除了非血親的派下之外，另一個祭祀公業與祭田在形式上的不同之處是，祭祀公業常以設立者命名，祭田則通常僅以姓氏命名，不過兩者的設立目的則都是強調祭祀祖先。

提到之照顧家人與家族集體祭祀等原因外，還有考慮一項因缺少血親繼承，以致家庭內跨代交易失靈的情況。這項因素是台灣漢人移民社會的特徵。漢人移民渡台通常脫離了在原來家鄉的家庭關係，在台的開墾生活亦不易建立家庭。縱使建立了家庭，亦多半人丁單薄。因此，台灣傳統社會裡家庭裡交易與財產移轉的機能較為不足。這使得祭祀公業應運而生，並且形成一種比祭田更為複雜的財產權關係。

有關祭祀公業的史料上缺乏有系統的統計整理。本文所參考檢視的史料主要是日據時代之臨時台灣舊慣調查會所編之《台灣司法第一卷附錄參考書（下卷）》，其中關於「公業」一節裡載入七十六件契約，絕大部分是祭祀公業的史料。從這些史料中可以看出，許多祭祀公業的設置是在各房子嗣分家之後，留置部分田產，取其租息為祭祀父祖之用，這些情況與前述祭田設置的情形類似。除此之外，也有相當多的例子顯示祭祀公業是在缺乏子嗣的情況下設置的。以下茲舉具代表性的四個例子說明：

十 (一)過繼立嗣(台灣司法附錄參考書 公業第二七)：有一家兄弟分產後，「四房未有後胤」，於是有晚輩親族「不忍坐視」而將其第二男給四伯父繼嗣為孫，將一水田交予掌管，並規定「不能變賣，亦不得典借，永遠為香燈祭祀」。這個例子中雖然逝者有單一之繼承人，但因係過繼立嗣而非本人之後代，所以也屬跨代交易失靈，因此必須以祭祀公業的財產權限制，方能確保「永遠為香燈祭祀」。

(二)託管（第三〇）：有一人立契約說明「今因家門不振，未傳後嗣，並無胞姪可賴」，不得已抽起山田一小段托付記叔（並非本房親戚）掌管，待其「百歲歸後之日，將香丁田應收小租谷，煩為奉祀，看顧坟墓，以為年節忌辰費用之資。」契約最後還註明「倘有房親人等藉端滋事，執字為憑，極力抵擋」。這一例是明顯的缺乏繼承人。

(三)贈與(第二八)：在賣契的文後註明葉姓買主是要將此地作為妻子蘇氏家族的永遠祀業。當事人說明「批在契後；以垂久遠，而防

後患之端。」「他日終年，將業付蘇家子孫收稅，奉祀祖先」。此外又註明「契係仍交葉家收存，其蘇家不得強取變售」，以及當事人「自願批出以後不敢翻異，合並聲明」。此例是夫贈與妻家的祀業，又恐妻家違背本意，所以設為公業已限制妻家之人不得變售。

(四)遺孤不肖（第三四）：父親死時，遺下之孤兒「四體不全，愚蠢無知」，將來田產「恐被灰消，廢墜煙祀」，於是將田產用為年節煙祀，「不得擅行變賣」。倘若兒子「不遵眾議，意存盜賣」，則眾房親姻親「決不寬貸」。而各親「亦不得涉抗利己，致負所託」。這個例子裡雖然有繼承人，但是不受信賴，於是限制其權。另外值得注意的是，為防止設立親族為私利而有負所託，設立公業也有讓眾親互相監督牽制之意。

除了以上各例說明家庭跨代交易失靈產生祭祀公業之外，公業史料中還有許多養贍業的例子值得討論。在家產分產之際，為死人設置的財產為祭祀業，為無力生產之活人設置的則是養贍業。若父親於生前分家產時留置部分產業供自己生前消費，（並且作為死後之祭祀業），並不稱為養贍業。養贍業多半指在父親死後為供應母親生活所需所設置之產業，以及一些更為複雜的情況。養贍業的性質與義田有些類似，因其目的是供養家族中人。然而，公業史料中收集的許多養贍業例子並非廣泛的宗親，而是產業繼承人的母親，這一現象顯示出本文強調之跨代交易失靈在台灣傳統社會的重要性。父親死後，供養母親應是兒子的責任。在分家產之後，兒子可以用其私產來供養母親。即使兒子無此孝心，如果 Rotten Kid Theorem 成立，父親移轉財產的影響也可誘使兒子供養母親。然而，從存在許多父親死後設置母親養贍業的例子看來，台灣傳統社會裡 Rotten Kid Theorem 不成立的場合可能甚多，因而必須專為養贍母親而設置一受特定限制的財產。另一方面，由於母親的贍養業仍由兒子輪流管理（母親死後再另行處分），在性質上又類似於祭祀公業。其實多數祭祀公業的設立目的都不是專為設立人本身的祭祀，而是將祭祀追遠於祖先，我們可以將祭祀公業當成是全體逝者的產權，或者是設立人死後的逝者的產權。至於母親的養贍業，看起來似乎不是逝者的產權，而時

歸屬於還在世的母親。不過，如果將享受祭祀和母親的供養都視為父親死後的心願，則養贍業乃是父親無法以私有財產與兒子交易，來達成心願，而產生之特殊的共有財產制度，也可以算是一種逝者的產權。

肆、結論

研究中國宗教的學者早已指出，從中國人的祭祀對象可以看見祭祀者對周遭社會的認知，中國人的宗教信仰裡附帶了社會的縮影。²⁸ 從祭祀公業的形成與發展，我們得以利用制度面的觀察，釐清社會歷史發展的脈絡。隨著家庭成員的出生死亡，家庭內部進行財產的移轉交易，並且使上一代的目標交給下一代執行。雖然，家庭內的交易有血統維繫，遭遇的交易成本較低，但是家庭內的交易還是可能失靈，而台灣早年的移民社會裡，家庭失靈的機會相當的大。本文的分析指出，祭祀公業是因應家庭失靈的信託財產，讓財產的原所有人在死後能享受祭祀。由於傳統制度缺乏政府公權力保護信託財產，所以當事人採用設立公業的方式，提高公業執行人之間的交易成本，使財產難以被交易處分，達到維護財產原所有人享有祭祀的目的，這種制度的安排造成了台灣社會特殊的逝者財產權。

本文雖然將祭祀公業解釋為傳統社會一種信託財產的方式，但是對於是否應該以法律上的信託關係處理目前祭祀公業的糾紛，尚不能驟下結論。一種經過長久時間發展而成的財產制度有其歷史的脈絡，也必然和其他同時演變的制度之間，存在著互補依賴的關係。比較法學學者 Merryman 指出，承襲羅馬法最深的義大利法律裡，並沒有如美國法律制度中的信託財產制度。這一項不同法系之間的差異牽涉到法律保障財產所有人的自主性（autonomy），以及法律是否應以所謂未來利益（future interests）的考慮，而讓死人之手控制財產。容許財產信託將維護所有人的財產自主性，卻也將財產未來的處分置於死人之手的控制，造成繼承人財產自主性的削弱。而且，財產

28 Wolf, Arthur P. "Gods, Ghosts, and Ancestors," in Arthur P. Wolf, ed. *Religion and Ritual in Chinese Society*, 1974.

的自主性程度，或財產處分的自由，直接影響到財產利用的方式與利用的效率。法律對於財產權的保護與規範必須從法律體系整體來考量。²⁹ 就祭祀公業的生成背景而言，移民社會需要積極的創業精神，死後的享祀提供了先民們一種自利的信仰動機，尤其是當移民們普遍面對著缺乏家族機能保障死後的祭祀，財產所有人能夠維護其死後對財產的控制，將可以激勵其生前努力創造與累積財富的動機。此外，逝者為求享祀的自利動機並非僅在於物質面的消費，更重要的動機是心理的與社會層面的。³⁰ 不論是為了「光宗耀祖」或「典範長存」，逝者以祭祀公業保有的財產權除了維持香煙不斷之外，還具有其他社會功能彰顯逝者的成就，從早期移民社會欠缺公共建設與社會福利的角度考量，祭祀公業對個人財產的利用是有其積極的歷史意義。

參考文獻

中 日 文：

王世慶、李季樺

1995 〈竹塹社七姓公祭祀公業與采田福地〉，潘英海、詹素娟 主編，《平埔研究論文集》，中央研究院台灣史研究所籌備處，頁 127-172。

王進祥

1984 《祭祀公業產權清理與登記實務》，二版。

伊能嘉矩，（江慶林等譯）

1985-1991 《台灣文化志》，台灣省文獻會。

井出季和太

1943 《南進台灣史考》，昭和十八年。

姉齒松平，（程大學譯）

1983 《祭祀公業及在台灣特殊法律之研究》，台灣省文獻會。

程大學

1985 〈祭祀公業問題之初探〉，《台灣文獻》，36 卷 3、4 期合刊。

清水盛光，（宋念慈譯）

1986 《中國族產制度考》，中國文化大學出版部，新一版。

29 見 Merryman, "Policy, Autonomy, and the *Numerus Clausus* in Italian and American Property Law." 作者非常感謝簡資修先生提供這項參考文獻，讓作者認識到財產信託在財產權或制度理論尚，還有許多值得仔細思考的問題。

30 Merryman (1999), pp. 424-425.

陳井星

1997 《台灣祭祀公業新論》，新增三版。

陳夏如

2000 〈法・近代・民族主義〉，《台灣風物》，五十卷二期。

坂義彥

1936 《祭祀公業之基本問題》，台北帝國大學，昭和十一年。

戴炎輝

1936 〈祭田又 祭祀公業〉，《法學協會雜誌》54 卷 10、11 期，昭和十一年。

1963 〈清代台灣之家制及家產〉，《台灣文獻》十四卷 3 期。

內政部地政司

1984 《台灣民間共有土地權利之研究》。

台灣舊慣調查會

1910 《台灣私法》，第一卷，明治四十三年。

1911 《台灣私法附錄參考書》，第一卷（下），明治四十四年。

英文：

Becker, Gary S.

1974 “A Theory of Social Interactions,” *Journal of Political Economy* 82: 1063-94.

1981 *A Treatise on the Family*. Harvard University Press.

Bergstrom, Theodore C.

1989 “A Fresh Look at the Rotten Kid Theorem-and other Household Mysteries.”
Journal of Political Economy 97: 1138-1159.

Bruce, Neil, and Michael Waldman

1990 “The Rotten-Kid Theorem Meets the Samaritan’s Dilemma,” *Quarterly Journal of Economics* 105(3): 817-826.

Coase, Ronald

1960 “The Problem of Social Cost,” *Journal of Law & Economics* 3: 1-44.

Cohen, Myron

1993 “Shared Beliefs: Corporations, Community and Religion among the South
Taiwan Hakka During the Ch’ing,” *Late Imperial China* 14 (1): 1-33.

Cooter, Robert

1982 “The Cost of Coase,” *Journal of Legal Studies* 11: 1-33.

Cagan, David P.

1976 “The Indivisibility of Land: A Microanalysis of the System of Inheritance in
Nineteenth-Century Ontario.” *Journal of Economic History* 36: 126-141.

Grossman, Sanford J. and Oliver Hart

1986 “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral
Integration.” *Journal of Political Economy* 94(4): 691-719.

Habakkuk, H. J.

1955 “Family Structure and Economic Change in Nineteenth-Century Europe”
Journal of Economic History 15(1): 1-12.

Hirshleifer, Jack

- 1977 "Shakespeare vs. Becker on Altruism: The Importance of Having the Last Word." *Journal of Economic Literature* 15(2): 500-502.

Merryman, John Henry

- 1999 "Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law," (originally published in *American Journal of Comparative Law* 2, 1963) in *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*. Kluwer Law International. 420-430.

Pasternak, Burton

- 1969 "The Role of Frontier in Chinese Lineage Development." *Journal of Asian Studies* 28(3): 551-561.

Sangren, Steven

- 1984 "Traditional Chinese Corporations Beyond Kinship." *Journal of Asian Studies* 43(3): 391-415.

Wolf, Arthur P.

- 1974 "Gods, Ghosts, and Ancestors," in Arthur P. Wolf, ed. *Religion and Ritual in Chinese Society*. Stanford University Press.

Property Rights of the Deceased: the Corporate Land for Ancestral Worship in Early Taiwan

Ruey-hua Liu

Department of Economics, National Tsing Hua University

ABSTRACT

Will people decide to honor the property rights of the deceased? In practice, they did. In Taiwanese history, there existed a system of corporate land for the purpose of ancestral worship (chi-se-kung-yeh). A piece of land was specified as corporate property (kung-yeh) with its rights being entailed solely for ancestral worship (chi-se). This system prevailed in Ch'ing Taiwan and was sustained through the Japanese colonial period. This paper analyzes the particular ownership of land in the light of transaction costs and property rights theories. Because the corporate land system imposed serious constraints on valuable property, it affected land use and resource allocation. Although the entailment of properties resulted in a system different from the private property system, the constraints did ensure the accomplishment of worship activities. In the frontier economy of early Taiwan, the transaction costs among families and kinship members caused failures in intergenerational transactions, so that families might not be relied upon to keep up the tradition of ancestral worship. To ensure the deceased would receive the worship they deserved, the worship activities were organized by a corporate organization with accompanied land property as its binding commitment, which constituted the property rights of the deceased.

Key Words: property rights, transaction costs, ancestral worship.