

明天是“好否”还是“有无”？

香港高等法院“邓光裕堂案”述评

金敏*

摘要 根据 1898 年英国租借新界后所制定的《新界条例》第 13 条第一款之规定,香港法院在处理新界土地诉讼时得适用中国传统法,即清律及习惯。2002 年,向香港高等法院提起诉讼的“邓光裕堂案”,历时数年、无数次的法庭辩论,于 2007 年作出终审判决,支持了张伟仁先生的专家意见——族产不可分割和让与的“通则”。这一通则是经由上千年的社会生活逐渐形成的“活法”(living law),涉及伯尔曼所说的“代际关系的法律”,且为制定法即“国法”所认可。从本案中,我们可以看到“天理”“人情”与“国法”之间的互动与“并行不悖”,而非贺卫方先生所说的中国传统社会官员在对纠纷作出裁判时“经常地将所谓天理人情置于国法之上”。

关键词 邓光裕堂案 族产 《新界条例》

一

说来惭愧,笔者虽然是学法律史的,但若不是 2007 年夏初张伟仁先生到浙大法学院讲学,笔者根本不知道在我们中国法制史教科书上早已被“革命”的清朝法律制度乃至中国传统家族法〔1〕的“幽灵”依然游荡在中华人民共和国香港特别行政区的法庭。这让笔者惊觉克林伍德在《历史的观念》一书中所提出的“活着的过去”(living past)不光存在于观念中,而且存在于现实中。

张伟仁先生在浙大法学院讲学时,向我们介绍了他作为专家证人在香港高等法院数度出

* 浙江大学法学院副教授。

〔1〕 借用滋贺秀三先生在《中国家族法原理》一书中的概念。(日)滋贺秀三:《中国家族法原理》,张建国、李力译,法律出版社 2003 年版,页 11。

庭作证的“邓光裕堂案”，其后，又无私地向笔者提供了该案一、二审的判决意见书、专家意见书等法律档。

该案的案情大致如下：

乾隆年间广东邓姓家族为纪念其祖邓文国而设立“邓光裕堂”，将该族位于新界的广大土地登记于该堂名下，由邓氏的六房子孙共同司理。该堂每年以其土地出租所得租金支付维修该族祠堂、祖坟及祭祖之“肉金”、司理之“鞋金”、在学子孙之“书金”，并于必要时给予该堂成员经济资助，名曰“派饥”。

1963年香港政府因公用征收该堂的部分土地，发给补偿金及“换地证”。1976年该堂将“换地证”出售，得价金约港币1500万元，分予诸房，当时四房已绝嗣，其余五房成员多寡不一，^{〔2〕}其中人丁较稀少的第三房即本案原告亦分得约五分之一。1981年香港政府再度征收该堂土地，第三房司理邓芝兰因对该堂成员如何分配补偿金不能达成协议，拒绝接收补偿金。1982年五房司理签署协定将前述补偿金8%平均分配予五房，92%平均分配予各成员，并约定以后政府征收该堂土地的补偿金均依此比例分配，第三房房长称其签字系受胁迫而为。自1983年至1997年香港政府共征收该堂土地九次，其补偿金皆按上述比例分配。1998年香港政府再行征收该堂土地，邓芝兰致函其它四房，要求更改分配比例，将50%平均分配予诸房，50%平均分配予各成员，否则不接受分配，其它四房则不同意更改，于是将补偿金悉数存入银行。2001年本案被告即第一、四、五、六房决议发给“派饥”每人港币1500元，原告拒领；2002年被告决议动用邓光裕堂存款港币201,000元发给“派饥”每人1000元，并讨论如何分配该堂存于银行的港币7300万元。

原告未参加会议，反对“派饥”并向香港高等法院提起诉讼，主张未经光裕堂成员全体同意发放“派饥”及分配政府征收该堂土地补偿金的行为无效，要求法院判令被告将2002年所发“派饥”返还给光裕堂，并禁止该堂此后未经全体成员之同意再行分配政府征收该堂土地之补偿金。被告则主张1982年五房关于分配堂产之协议有效。^{〔3〕}

由于诉讼标的数额巨大，两造除出庭律师(barrister)和事务律师(solicitor)外，还分别聘请了“重量级”的专家证人，原告方的专家证人即张伟仁教授，^{〔4〕}被告方的专家证人为“中国

〔2〕 据传统中国的家族法，只有男性才是“堂”的成员。截止到该案提起诉讼时，邓光裕堂共有成员206人，其中长房22人，二房11人，三房5人，五房151人，六房17人。显然，补偿款若按各成员平均分配，五房最占便宜，三房最吃亏；若按各房平均分配，则三房最占便宜。参见香港特别行政区高等法院“一审判决书”，页8-9, *Judgment*, HCA No.331 of 2002。

〔3〕 参见香港特别行政区高等法院“一审判决书”，张伟仁先生“专家意见书”，*Judgement, Expert of Wejen Chang*, HCA No.331 of 2002。

〔4〕 张伟仁，台湾大学法律学士、耶鲁大学法学硕士(LL.M.)、哈佛大学法学博士(S.J.D.)。原任我国台湾地区中研院史语所研究员、台湾大学法律系教授，并曾执教于哈佛、耶鲁、纽约、康乃尔、北大、清华等大学，讲述中国法律思想及清代法制。更值得一提的是，张伟仁先生还是台湾史语所保存的明清三法司档案的主要整理者，其毕数十年之功所主持的《明清档案》324册已在我国台湾地区出版。

通”Anthony Dicks^{〔5〕}。对于专家证人的实力，一审法官在判决书中用了这样的话予以了肯定：“双方专家证人在该领域均享有极高的声誉，毋庸置疑。”^{〔6〕}两位专家此前曾多次在香港高等法院就中国习惯法方面的问题出庭作证。

对于该案的事实部分，两造无异议，因此双方辩论的焦点就集中在诉讼标的之性质及应适用的法律，特别是对所适用之法律的基本精神的理解上。这里，我们不得不回顾一下本案所涉及的历史背景及相关的司法制度：1842年第一次鸦片战争后签订的《南京条约》割让香港岛；1862年第二次鸦片战争后的《天津条约》割让九龙；而新界九百多平方公里的土地则在1898年租借，为期99年。^{〔7〕}根据1898年英国租借新界后所制定的《新界条例》：自1843年4月5日起施行于香港的英国的普通法和衡平法，于1899年4月17日起适用于新界，但依该条例第13条第一款之规定，香港法院在处理新界土地诉讼时得适用中国传统法，即清律及习惯。^{〔8〕}

本案法官Anthony To依据重要先例及专家意见，认定《新界条例》所称“土地”应包括土地所生之孳息、出售所得价金及被征收所得补偿金，适用本案之法律为《大清律例》、中国习惯法、新界习惯及光裕堂习惯。被告方的专家证人Dicks虽然号称中国通，但自承在阅读所提供的中文材料时，对中国文言了解不够。这样，历时数年、无数次的法庭辩论，大部分的时间成了张伟仁先生的“课堂讲解”——被两造律师和法官追问并向他们解释中国传统法及习惯的历史、社会、经济、政治背景及其理论依据。

首先是对诉讼标的性质的界定。本案的诉讼标的是族产，虽然笼统地说属于滋贺秀三先生所说的“家族法”的调整范围，不过，滋贺先生《中国家族法原理》一书实际上基本探讨的是家

〔5〕 Anthony Dicks，毕业于剑桥大学，1961年进入英国内殿律师公会(the Inner Temple)，1994年成为“皇家大律师”，曾执教于剑桥大学，为伦敦大学中国法荣休教授，参见 *Expert of Anthony Dicks*，HCA No. 331 of 2002。“皇家大律师”这一称号表明了 Anthony Dicks 非泛泛之辈，“这一称号由御前大臣在与其它法官和资深出庭律师商议之后授予，是一种极高的荣誉。这一称号的意义部分地是社会性的(由于该称号广为人知，因而拥有该头衔者享有一定的威望)，但主要是职业上的，它意味着拥有该头衔者在所从事的事业中获得的成就。目前，全英国执业皇家大律师只有大约五百位。”引自(英)P. S. 阿蒂亚、(美)R. S. 萨默斯着《英美法中的形式和实质》，金敏、王笑红、陈林林译，中国政法大学出版社2005年版，页303。

〔6〕 香港特别行政区高等法院“一审判决书”，页4，*Judgment*，HCA No.331 of 2002。

〔7〕 据维基百科，香港岛的面积为78平方公里，只占全香港陆地面积的7%，新界的面积约有980平方公里，相当于香港陆地面积的91%，<http://zh.wikipedia.org/zh-cn>，最后访问日期：2013年3月4日。

〔8〕 《新界条例》第13条：“原讼法庭或区域法院可执行中国习俗。”(09/06/2000)(1)除第(2)款另有规定外，在原讼法庭或区域法院所进行的任何有关新界土地的法律程序中，法庭有权认可并执行任何影响新界土地的中国习俗或传统权益。New Territories Ordinance, Section 13; Court of First Instance or the District Court may enforce Chinese customs(01/07/1997) (1) Subject to subsection (2), in any proceedings in the Court of First Instance or the District Court in relation to land in the New Territories, the court shall have power to recognize and enforce any Chinese custom or customary right affecting such land. 所谓“中国习俗”，据张伟仁先生在香港法院亲身作证所得的认知，包括《大清律例》内之律及例，而且该等条文的效力高于一般通行之民间习俗。笔者阅读邓光裕堂案一、二审长达164页的判决书、判决理由，也印证了张伟仁先生的认知。

产,对族产虽有少许文字涉及,但并没有说出个所以然来。此次通过阅读张伟仁先生“邓光裕堂案”的专家意见书,清楚地看到了家产与族产在分析、继承、处分上的不同。

根据《大清例例》的规定:“其分析家财、田产,不分妻、妾、婢生,止以子数均分;奸生之子依子量与半分。”我们从中可以看到:其一,家产是可以分析的,在父母生前或死后分析的情形均常见,“进行家产分割的特点,是与家父的死亡没有直接的关系。”〔9〕其二,家产在分析时,贯彻的大体上是“诸子均分”的原则,据滋贺秀三先生的考察,这一分家原则“至少是汉代以来延续到最近被稳固维持的一个大原则”,〔10〕“家产分割上嫡庶子的平等,不止是一个时代法的规定,也是民众的传统性的法意识。”〔11〕

张伟仁先生在专家意见书〔12〕中解释道,“除了个人,宗族亦可以拥有财产。”宗族的财产称之为“族产”(clan property),通常是通过出租获取收益的土地,其收益则用途不一,总的来说就是“光前裕后”。就“光前”而言,是慎终追远,使得对祖宗的祭祀活动有经济上的保证;就“裕后”而言,是使得祖宗的余荫可以佑庇后世子孙,无论是在生计还是学业上。从“专家意见书”所引述的公元1080年北宋名臣范仲淹所订的《范氏义庄规矩》来看,族产的用途十分广泛,包括:1)每月分给全族男女老少乃至仆人的常谷;2)未出嫁女子的妆奁;3)青年男子的结婚费用;4)族人的丧葬费用;5)给予宗族附近邻人的周济等。在缺乏全国性的社会保障制度的中国传统社会,族产实际上为族众提供了生老病死的保障功能,其用思和考虑的周密甚至是当今的社会保障制度所不曾顾及的。而国法对于这类族规及其所保护的族产,是予以承认和支持的。如北宋元佑六年,“刑部言:墓田及田内材木土石,不许典卖及非理砍伐,违者杖一百,以不荫论。”〔13〕北宋元佑七年诏:“诸大中大夫、观察使以上,每员许占永业田十五顷;余官及民庶,愿以田宅充奉祖宗飨祀之费者亦听,官给公据,改正税籍,不许子孙分割典卖,止供祭祀,有余均贍本族。”〔14〕

“专家意见书”为什么且可以征引北宋的相关族规与国法呢?显然是因为这类处理族产的规则不仅为有宋一朝所有,其产生与形成可能早于北宋,而直到《大清律例》仍有类似规定。〔15〕所以,族产不可分割和让与(indivisible and inalienable)可以说是传统中国处理族产问题的“通则”(the general principle)。这一通则是经由上千年的社会生活逐渐形成的“活法”

〔9〕 滋贺秀三,见前注〔1〕,页69。

〔10〕 滋贺秀三,见前注〔1〕,页199。

〔11〕 滋贺秀三,见前注〔1〕,页201。

〔12〕 张伟仁先生“专家意见书”,*Expert of Wejen Chang*, HCA No.331 of 2002。以下简称“专家意见书”。

〔13〕 《宋会要稿》食货六十一,转引自张伟仁“专家意见书”。

〔14〕 同上注。

〔15〕 “凡子孙盗卖祖遗祀产至五十亩者……发边远充军;不及前数,及盗卖义田,应照盗卖官田律治罪(加盗卖他人田宅二等)。”见《大清律例便览》,页963、970。转引自张伟仁“专家意见书”。

(living law),且为制定法即“国法”所认可。在这里,我们看到了“礼”与“刑”、“天理”“人情”与“国法”之间的互动。

二

贺卫方先生曾经在《法律职业化的难题》一文中称中国传统社会官员在对纠纷作出裁判时“经常地将所谓天理人情置于国法之上”,“由于司法过程不注重‘同样的事情同样地对待’的准则,因而,司法不能通过纠纷解决过程对立法规则加以明确化和精细化,天理与人情的高度不确定性导致决策者可以翻手为云,覆手为雨……”〔16〕贺文还说日本著名的中国法律史专家滋贺秀三先生“轮到讲中国法学时,他几乎有点无话可谈的感觉”。〔17〕

且不说滋贺秀三先生近五十万字的力作《中国家族法原理》,便是贺文提到的“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法”〔18〕一文中,滋贺对作为古代中国法律渊源的天理国法人情及其相互关系不但不是“无话可谈”,而是说了不少。

滋贺认为法制史的研究首先是从对法律渊源的论述开始的。在中国法制史的研究中,法律渊源理论作为所谓法典编纂沿革的问题,很早以来一直受到关注。尽管在这个方面也仍有无数应做而未做之事,〔19〕但法律渊源的研究还有一条途径,或者说是一条不可或缺的途径。这就是,着眼于现实的诉讼场景,通过分析审判事例,来揭示什么被作为审判的依据。〔20〕以往中国大陆的法制史教科书对于法源的考察基本上就是将其作为“法典编纂沿革问题”来处理。这实际上是分析实证法学的路数,关注的主要是立法,尤其是立法中的法典,或者说就是那几部刑法典。而滋贺这里所说的另一条途径,即着眼于当时的诉讼场景,通过分析现存的诉讼档案,来揭示当时审判案件的依据,则实际上走的是社会学法学的路数,关注的主要是当时的司法实践。

我们对分析法学关于法律渊源的限缩性(under-inclusive)理解都不陌生,我们甚至可以背出中国法制史教科书中汉的法律形式主要是“律、令、科、比”,隋唐为“律、令、格、式”等,但事实上都是一些法条主义式的对法源的理解,往往是静态的。滋贺的文中,通过对旧中国现实的诉讼场景的考察,为我们提供了一种 over-inclusive、动态的对法源的理解:

在诉讼中,……作为公共权力的判断或意思表示,为了强制当事人接受他们所不情愿

〔16〕 贺卫方:《法律职业化的难题》,人民法院报 2001 年 12 月 7 日。

〔17〕 同上注。

〔18〕 载王亚新编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社 1998 年版。

〔19〕 杨一凡、田涛等主持的卷帙浩繁的“中国珍稀法律典籍”的整理编辑即为这方面的努力。

〔20〕 参见(日)滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法”,范愉译,载王亚新编,见前注〔18〕,页 19。

的后果,审判必须有着某种制度性的设定,使当事人即使并不心甘情愿也不得不承认这种结果并非全无道理。换言之,必须使当事人多多少少在某种程度上感受到存在一种保障:审判是依照某些普遍性标准对案件进行裁决,无论是谁,在相似的情况下都能得到相似的结果,谁也不致受到完全随心所欲的处置。^[21]

滋贺将能够作为上述“某种普遍性判断标准”的东西,在可能的限度内作广义理解,称之为“法律渊源”。

滋贺对法律渊源的这种理解与他在《中国家法原理》中对法的定义的看法是一致的,在该书的“序说”中,滋贺认为:

如果将实定性视为法的本质要素,法就是由集中的权力订立或承认的同时具有强制作用的规范来定义的话,...就有关旧中国的私法作出某种内容充实的叙述大约也成为不可能。如果法的特质不是从规范的形式而是从内容上求得,那么所谓法,就是自古以来的法谚所说“应该给与某人应归于他的东西”(suum cuique)的意义上的关系到正义的规范。...本书便持这一见解。旧中国的私法那样的研究对象本身,我认为带有不能接受法实证主义的方法论的那样的特性。^[22]

可见,滋贺所说的轮到讲中国法学几乎有点无话可谈是在假定持分析法学的法律定义和方法论的前提下,而这恰恰是滋贺认为在研究旧中国私法时所要摒弃的。或者说,滋贺说“无话可谈”是以反论的方式引出关于中国法是有话可谈的,可惜贺卫方先生没有听出滋贺的弦外之音。而滋贺对旧中国审判事例的分析,得出的结论也与贺文所谓完全不考虑规则以及依据规则的判决的确定性“翻手为云,覆手为雨”的说法大相径庭,即滋贺认为旧中国的审判是有“某种普遍性判断标准”的。这种普遍性的判断标准,在旧中国,就是“情、理、法”。

贺文称中国传统社会的官员在裁判纠纷时将所谓天理人情置于国法之上,这里隐含着一种预设,即认为天理人情与国法是对立的。但据滋贺的考察,“理”、“天理”指思考事物时所遵循的、也是对同类事物普遍适用的道理。如“有借有还,一定之理”,^[23]“父在子不得自专,理也。”^[24]前者客观地看,是对所有人,不分东西方都适用的规范;后者,对生活在过去的中国人来说,也是对所有人——夷狄姑且不论,至少是对“诸夏”——都是适用的规范。滋贺注意到在判语中所见的“理”字,可以说完全没有使人感觉到朱子理学中的那种哲学性意味,也就是说,不是表现为那种“纯粹理性”,而表现为一种实践理性、经验理性。

“情”、“人情”往往被现代人误解为“人情世故”的人情,甚至是请托。但滋贺指出,在当时司法实践中所称的“情”字的含义及其作用颇具多面性:

[21] 同上注,页20。

[22] 滋贺秀三,见前注[1],页11。

[23] 《问心一隅》卷下7a,转引自滋贺秀三,见前注[20],页36。

[24] 《徐雨峰中丞勘语》卷三61b,转引自滋贺秀三,见前注[20],页36。

其一，情字有情节、情况等事实关系的含义，在英国人所编的辞典中被译为 circumstances。滋贺文中举了《徐雨峰中丞勘语》卷四的一桩戴氏悔婚的案例，其中道台的判语为：“夫大小之狱，必以其情，戴氏悔婚矣。亦察其悔婚者何情耶，”滋贺评论说这“可以看作是这种作为沟通事实与规范评价之间桥梁的用语之例。”^[25] 笔者想起来，“大小之狱，必以其情”这句话曾经见于《左传》“曹刿论战”，李梦生《左传译注》译为：“大大小小的案件，虽然不能详细审察，但一定按照实际情况处理。”^[26]

其二，滋贺指出，情本来有“心”的意思。然而这里——特别是在说到“人情”时——通常照例是指活生生的平凡人之心。一般，人们通常可以估计对方会怎样思考和行动，彼此这样相互期待，也这样相互体谅，或许这就是“人情”所代表的意思。无论是从好的方面还是从坏的方面超越或践踏了这种一般人的想法，就是“不近人情”。审判中，同样必须重视这种对一般人而言是正常的、并非不合情理的要求。^[27]

滋贺把相互联结、相互补充形成的“情理”称作中国式的理智（良知），“可以说这是一种最普遍的审判基准。”^[28] 这种“天理人情”与“国法”又是什么关系呢，嘉庆年间大名府知府张五纬说得最明确：“律例者，本乎天理人情而定。”^[29] 清初的汤斌在谈到为官的心得时说：“天地间，法情理三字，原并行不悖。”^[30] 国家的法律是情理的部分实定化，一般而言，情理所起的作用有提供线索的性质。因此，法律的条文还需要通过情理加以解释和变通。由情理之水的一部分凝聚成形的冰山，恰恰就是法律。^[31] “天理国法人情”作为法源在古代中国的司法实践中并行不悖，在现存最完好的县衙门——河南内乡县县衙门的门匾上得到了最为直观的象征与表达。而“邓光裕堂”一案中，张伟仁先生的专家意见书中向我们提供的北宋有关处理族产问题的族规和国法，再一次证实了滋贺秀三“国家法律是情理的部分实定化”这一研究结论。

另外，透过“邓光裕堂”案件，“我们发现，所谓中国古代没有民法，这个结论实际上是由于我们沿用了那种如今看来过于狭窄的‘法律’定义，即法必须由国家制定颁布，而造成一个智识盲点。”^[32] “由于制定法的泛滥，近代以来的学者在谈论法律时已经习惯于谈论成文的宪法、制定法或某些法律原则。然而，法律不是、至少主要不是成文法的制定，而是社会生活中体现出来的规则。”^[33]

[25] 滋贺秀三，同上注，页 37。

[26] 李梦生：《左传译注》，上海古籍出版社 1998 年版，页 122。

[27] 滋贺秀三，见前注[20]，页 37。

[28] 滋贺秀三，见前注[20]，页 39。

[29] 张五纬《未能信录》卷一，“原起总论”1a，转引自滋贺秀三，见前注[20]，页 39。

[30] 《学仕录》卷一 14a，转引自滋贺秀三，见前注[20]，页 22。

[31] 参见滋贺秀三，见前注[20]，页 35—36。

[32] 苏力：《阅读秩序》，山东教育出版社 1999 年版，页 105。

[33] 同上注，页 105。

在“光裕堂案”中,族规、习惯、“通则”等实际上扮演着民法的角色,发挥着调整部分财产关系的功能,而国法对之是予以认可和保护的,虽然其行文是通过盗卖、毁损族产者处以“100 blows of the heavy bamboo”(笞一百杖)这样的形式。从本案中,我们除了发现民间法与国家法之间的这种互动外,还借此可以理解礼刑关系中“礼之所取,刑之所取”、“出乎礼则入乎刑”的意蕴。只有严重违背了族规、习惯、“通则”等礼俗,才会受到刑的惩罚。不然,在考察古代中国的法律制度时,视野中如果只有“国法”,而看不到族规、习惯等礼俗,就只能得出“诸法合体,民刑不分,以刑为主”这类所谓对中华法系基本特征的偏狭概括了。只有放宽视野,扩大视域(horizon),才能理解《管子》对礼法“同出”的解释:“礼者,因人之情,缘义之理,而为之节文者也。故礼者谓有理也。理也者,明分以谕义之意也。故礼出乎义,义出乎理,理因乎宜者也。法者所以同出,不得不然者也,故杀戮禁诛以一之也。”〔34〕

三

“邓光裕堂”一案中,被告方的专家证人 Anthony Dicks 找出了三个北洋政府时期大理院的相关判例以支持被告方分割族产即被香港政府征用之土地赔偿金的请求。

这三个判例都是 1915 年民国大理院的判决:

四年上字第七七一号判决:祀产系共有性质,其所有权属于同派之各房。自其维持祖先祭祀之宗旨而言,原期永远保全,不容擅废,故凡设定祀产字据内,例有“永远不得典卖”等字样;然查我国惯例,此等祀产遇有必要情形(例如子孙生计艰难,或因管理而生重大之纠葛)得各房全体同意时,仍得分析典卖,或为其它之处分行为。此种惯例并无害于公益,亦不背于强行法规。即现行律例于盗卖祀产之规定,意亦仅在禁止盗卖。所谓“盗卖”者,以无出卖权之人而私擅出卖之谓。如未经各房之同意,仅由一房或数房主持出卖,固在“盗卖”之例;若已经各房全体之同意,自不得以“盗卖”论。〔35〕

四年上字第九七七号判决:族人处分祖遗祭产,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;抑或各房房长集中会议,可依族众多数议决,以为处分者,则依该习惯或规约之处分行为虽未得族人全体同意,亦应认为有效。〔36〕

四年上字第一八四九号判决:祀产在现行法上,虽以不可分割为原则,然遇有必要情形(如子孙生计艰难,或因管理而生重大之纠葛),并得各房全体之同意时,仍准分析。此

〔34〕 《管子·心术上》。

〔35〕 郭卫编,《大理院判决例全书》,成文出版社 1972 年版,页 168。转引自张伟仁“专家意见书”。

〔36〕 同上注,页 168。

项必要情形如已显然存在,各房中仍存意图自利,不表示同意者,审判据其它房分析之请求,亦得准其分析。^[37]

Dicks 先生找到这三个北洋政府时期的判决例,笔者在感受到其对旧中国法制的了解及对客户的负责外,还看到了英美法律人与受大陆法系训练的中国法律人的差异,英美法律人在接受一个案件时,除了查阅相关的制定法条文外,还要去查阅相关的判例,这对他们来说是理所当然的,因为他们对“规则”的理解就不是像我们一样往往将之理解为法条,而是也包括了判例法规则。

在上述案例中,我们一方面可以看到大理院在判决中对有关处理族产问题的“通则”的重申和对民间习惯法的描述——“原期永远保全,不容擅废,故凡设定祀产字据内,例有‘永远不得典卖’等字样”;另一方面也如张伟仁先生在专家意见书中所指出的,中国固有法在辛亥革命后所发生的变化。随着“中华民国”的建立,在 1912—1927 年期间,北洋政府的大理院虽然声称在民事方面继续适用清律,但已经开始在西法东渐的大背景下逐步引入某种程度的变化,尽管这种变化是日渐的、细微到不易察觉的(piecemeal and subtle)。

在第一个判决例中,北洋政府大理院的推事们的立场已经从相关传统法律制度和习俗的“永远保全,不容擅废”“不得典卖”退到“遇有必要情形”“得各房全体同意时,仍得分析典卖”,而其依据是“我国惯例”。但张伟仁先生的专家意见书指出,大理院这里所谓的“我国惯例”是不大站得住脚的,因为绝大多数的族规都规定族产不得分割,所以尽管大理院作出了这样的判决,但在当时并没有形成一种普遍的实践。

在第二个判例中,大理院对于分割族产的有效要件则从“得族众全体之同意”退到了“可依族众多数议决以为处分”,其前提是存在地方习惯和族规。对此,张伟仁的专家意见书指出大理院这么做实际上是将地方习惯和族规置于“通则”(the general principle)之上。即便如此,要想证明存在这种依族众多数议决来处分族产的地方性习惯和族规也是极为困难的。因为某种法律实践要成为一种习惯须满足这样一个条件:它必须被该地方相当规模的人们在相当长的时间段(即便没能历经数代)内接受并广为运用(To be qualified as a custom a practice must have been accepted and generally approved by the people of a local community of considerable size over a period of many years if not generations)。^[38]

到了第三个判例,大理院更是强化了多数议决的规则,并称法院可以据要求分析族产的多数房的请求,罔顾反对的少数各房强制分析族产。张伟仁的意见书指出,大理院导入的“多数规则”对传统中国人来说是陌生的,极少有宗族这么做,因为中国传统强调的是相互协商和妥协。即便大理院作出了这样的判决,其实际效力也是令人怀疑的,在大理院的管辖范围之外,

[37] 郭卫编,见前注[35],页 169。

[38] 张伟仁“专家意见书”,见前注[12]。

人们还是依照传统来行事。

那么,北洋政府大理院为什么要导入“多数规则”支持分析“原期永远保全”的族产呢?张伟仁的意见书指出:学者们目前有种共识,当时的大理院虽然被授权适用清律,但作为辛亥革命的产物,它抱有致力于推进传统中国社会、政治、经济和法律制度的现代转型这样一个宗旨。因此,在民事案件中,大理院往往力图放松宗族等传统制度的控制,赋予个人更多的自由。在上述案例中,大理院实际上是在创制新法,这也正是它为什么没有(或者说无法)援用权威渊源来支持其判决的原因。笔者以为,除了历史大背景之外,当时北洋政府大理院推事的个人教育背景也值得注意,他们往往有留洋(西洋或东洋)的背景。

回到“邓光裕堂”案,由该案引出了张伟仁先生专家意见书中最出彩也是笔者最感兴趣的一个问题:就算退回到北洋政府大理院的第一个判决例的立场,只要邓光裕堂现存五房族众全体同意,就可以分析全部堂产,这不等于让邓光裕堂寿终正寝?果如是,那将会是对邓光裕堂创设者的意愿的违背,也是对邓姓后世子孙的利益僭越,因为毕竟祖先们设立光裕堂为的是千秋万代的子孙的利益。如果光裕堂现存各房达成协议,处置该堂部分而不是全部财产,那么现在的一项法律行为就不能视为替后世子孙创设规则,后世子孙对邓光裕堂的命运和他们自己的利益,有权利发出他们的声音。所以,即便是现有各房一致的协议,也不该约束后世子孙,剥夺其处置权。

事实上,张伟仁先生在这里所提出的问题和所阐述的内容,已经超越了他作为一个本案专家证人的具体立场,具有普遍的法理学上的意义;某种程度上,甚至也对其当事人的眼前利益提出了质疑。因为本案原告也就是张伟仁先生的当事人是出于自己的利益,在要求其它各房更改1982年协议的分配比例,“将50%平均分配予诸房,50%平均分配予各成员”,而遭到其它各房拒绝的情况下提起诉讼的,其诉讼请求只是要求法院“禁止该堂此后未经全体成员之同意再行分配政府征收该堂土地之补偿金”。倘其它各房答应了原告更改1982年协议的要求,又或者此后得到了“全体成员之同意”,则邓光裕堂仍面临着分崩离析的命运。邓光裕堂创建者们的意愿如何得到尊重?邓姓后世子孙们的利益又如何得到保障?

由于问题已经涉及“世代”,这实际上已经关乎伯尔曼所说的“代际关系的法律”,^[39]“法律的基本目的之一是提供稳定性和连续性,……法律中大规模的突然变化即革命性变化实际上是‘不自然的’。当这样的事情发生,必须采取某些措施防止它再次发生。”^[40]“用爱德蒙·柏克的话讲,那些数典忘祖者也不会远虑他们的后代。”^[41]“邓光裕堂”一案让我们有机会来重新打量和认真对待(take seriously)中国传统法及其法理;不管是自觉还是不自觉,原来我们

[39] (美)伯尔曼:《法律与革命》,“导论”,贺卫方等译,大百科全书出版社1993年版,页41。

[40] 同上注,页18-19。

[41] 伯尔曼,见前注[39],页48。

的祖先们在形成他们的生活规则时对他们的后代是有过远虑的，绝非“野蛮”“落后”“这样的标签化语词可以盖棺定论。

如果我们把视野越出“邓光裕堂”案，打量一下我们处于全球化生态危机中的地球，早在陀思妥耶夫斯基所处的十九世纪开始，“世界的新信条”就已经是：“你有了需要，就应该让它满足，……你不必怕满足需要，甚至应该使需要不断增长。”^[42]这种鼓励不断满足物质欲望的所谓“发展”所付出的生态代价有目共睹，那么，我们在污染水资源，^[43]竭泽而渔式地开采数亿年所形成的石油、煤炭等矿产资源时，我们是否想过：我们实行的究竟是“全体一致的同意”还是“多数原则”甚或是“少数原则”？是谁赋予了我们随心所欲地处置地球及其之上的资源的权利？《创世记》里上帝赋予亚当夏娃的只是“管理(manage)权”，我们这一代人权利的边界在哪里呢？在后世子孙无法提前发出他们的声音的情况下，他们的利益又由谁来顾及？

1980年，美国学者艾恺对时已八十七岁高龄的梁漱溟作了连续两周的访谈，30盒录音带在二十六年后整理成书出版，中文书名为《这个世界会好吗？》，书末附有一小段点题的文字：

1918年11月7日，梁漱溟的父亲梁济正准备出门，遇到漱溟，二人谈起关于欧战的一则新闻。“世界会好吗？”梁济问道。漱溟回答：“我相信世界是一天一天往好里去的。”“能好就好啊！”梁济说罢就离开了家。

三天之后，梁济投净业湖自尽。

而我注意到，英文的书名却是 *Has Man A Future?* 在访谈中，艾恺教授明白无误地向梁漱溟提问过：“今日的世界有希望吗？”^[44]梁漱溟也承认现在的世界处于现代化的危机中。^[45]这两个似乎有所差异的书名让我捉摸了许久：明天究竟是“好否”还是“有无”呢？

拿“邓光裕堂”案来说，如果各房达成全体一致的协议分析光裕堂的全部财产，那光裕堂就不是“好否”而是“有无”的问题了。所幸，“邓光裕堂”案一审法官完全采信了张伟仁先生在本案中的专家证言，其判决意见耐人寻味：

原告虽曾同意分配补偿金及派饥，但其中之一（第四原告）出生于1982年协议之后，

[42] (俄)陀思妥耶夫斯基，《穷人的美德》，刘开华等译，天津人民出版社2007年版，页64。

[43] 柴静新书《看见》第七章“山西，山西”有一段柴静与“老头儿”（山西环保厅巡视员）的对话：“山西百分之六十的河都是这样，”老头儿说，“想先发展，再治理？太天真了。”我问：“如果现在把污染都停下来呢？”“挖煤把地下挖空了，植被也破坏了，雨水涵养不住。”“你是说无论如何我都看不见汾河的水清了？”他看我一眼：“你这一代不行了。”“这并不是最要紧的，要紧的是现在已经出现地下水污染了，”他说，“就你们家那儿。”污染物已经从土壤中一点一点地渗下去，一直到几百米之下。”我觉得，不会吧，这才几年。……现在这些焦厂已经被取缔，老头儿说：“但今后几百年里，每次降雨后，土壤中致癌物都会向地下水溶入一些。”我听得眼皮直跳。柴静：《看见》，广西师范大学出版社2013年版，页124—125。

[44] 《这个世界会好吗？——梁漱溟晚年口述》，艾恺采访、梁漱溟口述，东方出版中心2006年版，页166。

[45] 同上注，页332。

该协议未得其同意,彼有权抗议,故该协议未得全体之同意。

即使原告未受胁迫自愿订立“1982”协议,但一旦醒悟分配之非,仍得提出异议,反对分配。

基于中国传统及法理,族产及其孳息原则上皆不得分配,除非:有不可抗拒之情势并经全体族人之同意。

因此,“1982 协议”依香港法无法执行,依中国传统法及习惯为非法,且因违背公共政策(public policy)而无法执行。因为该协议背弃了该堂设立的目的,会使该堂毁于一旦。该协议也是对后世子孙对该堂财产权益的抢劫。(It violates the purpose of the Tong and is destructive of the Tong. It would rob the future generations of their right to the asset of the Tong.)

被告在香港法及中国传统法下皆无权要求原告履行“1982 协议”并寻求赔偿。被告谅不至再行分配补偿金,故不必颁发禁止令。^[46]

“邓光裕堂”案从 2002 年香港高等法院初审到 2007 年上诉法庭作出终审判决,前后历时五年之久。该案的二审法官虽认为初审法官对“土地”概念的界定不必那么弯弯绕,但支持了一审法官的判决意见和理由。^[47] 与北洋政府大理院的判例相比,香港高等法院在本案中充分尊重了中国传统和法理,而其关于“1982 协议”未得第四原告同意的特别说明,可以视为对张伟仁先生专家意见书中有关后世子孙的声音和权益的响应。

行文至此,这篇述评似乎可以打住了,但有几个问题仍值得思考:本案的原告如果没有找到兼通中国传统法和英文的张伟仁先生,那本案的判决结果会当如何? 大陆法律人中,有几人可以担当起类似的在香港高等法院出庭作证的专家证人的角色? 中国传统法及法理为什么反倒是在香港获得了尊重? 在 2047 年之前,法官可以推论“被告谅不至再行分配补偿金”,那 2047 年之后呢,“邓光裕堂”的命运又会如何?

(责任编辑:章永乐)

[46] 参见香港特别行政区高等法院“一审判决书”,*Judgement*, HCA No.331 of 2002。

[47] 参见香港特别行政区高等法院“二审判决书”,*Judgement*, CACV 137/2007。