

## 中国古代墓地保护法律制度研究

——以唐、宋、明、清代为例

陈佳鸿

**摘要** | 中国古代法制中对墓地有较为完善的保护制度,涵盖坟墓、碑碣树木等诸多方面。墓地之上承载着保护死者安宁和保证生者祭祀的人格因素和社会功能,同时墓地本身为土地的利用,本质上属于财产,在这种双重因素的影响下,中国古代以其特有的方式建构了墓地保护的规范体系和基本秩序,体现了古代法制中的“中国经验”,为现代中国民法构筑墓地的保护体系提供史鉴意义。

**关键词** | 中国古代法制;墓地;法律制度;唐律疏议;大清律例

**作者简介** | 陈佳鸿,北京邮电大学人文学院2019级硕士研究生。研究方向:民商法制史。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、引言

《礼记·中庸》有云:“事死如事生,事亡如事存,孝之至也。”<sup>[1]</sup>在中国传统孝文化的影响下,对墓地的保护已经成为社会共识,并得到法律的支持。中国古代为维护墓地秩序和社会伦理关系,建立起一整套独具特色的关于墓地的保护制度,既体现了对伦理道德的尊重与遵循,也反映了私权保护与法益规制的价值追求。

墓地,在封建等级森严的古代,针对不同身份的人存在不同的称谓,帝王之陵称为“园陵”,而普通人的坟墓称为“墓茔”,抑或“冢”。帝王之园陵并不具备普遍性,因此就本文而言,仅探讨作为普通人的坟墓,即“冢”。

中国人对墓葬的重视由来已久,《周易·系辞》:“古之葬者,厚衣之以薪,后代圣人易之以棺槨。”《礼记·檀弓》:“葬也者,藏也;藏也者,欲人之弗得见也。”<sup>[2]</sup>《孟子·滕文公上》:“死,葬之以礼。”可见在古代中国人心中,墓地是十分重要的,甚至认为死得其所重于生有所居。

在这种观念的影响下,以唐律为代表的中国传统律典,构建起一整套墓地保护的法律规范体系。唐朝是中国古代的盛世,典章制度达到成熟和定型,

[1] 胡平生、张萌译注:《礼记》,中华书局出版社2017年版,第1019页。

[2] 同上注第163页。

《唐律疏议》是中华法制文明的重要标志。<sup>[1]</sup>唐宋以后,历代律典在唐代的蓝本的基础上多少做了改动,但主体并无太大变动,尤在本文讨论范围内。本文以唐律中墓地保护规范为核心,通过考察唐律有关条文以及相关疏议,并参考《宋刑统》、大明律和大清律等有关法典,探讨中国古代墓地保护制度的立法特色、逻辑理路、功能意义和价值取向,并循此路径为现代中国的墓地纠纷以及墓地保护问题提供可能的历史借鉴。

## 二、中国古代法中“发冢开棺”条<sup>[2]</sup>

墓地保护在中国由来已久,自先秦时起已有立法对盗墓的行为进行禁止,诸如《吕氏春秋》《淮南子》中均有记载。<sup>[3]</sup>在唐律中,墓地保护的對象最重要的是坟冢棺槨。《礼记》有云:“孔子既得合葬于防,曰:‘吾闻之,古也墓而不坟。’”<sup>[4]</sup>由此可见,坟与墓并非同物。沈之奇指出:“葬法高者曰坟,封者曰冢,平者曰墓。”<sup>[5]</sup>可见在文字表述上,坟是指高出地面之上的部分,墓是指地面以下部分,二者合称为“冢”。

在中国古代法制中,对坟墓棺槨的保护规定在“发冢开棺槨”条:

诸发冢者,加役流;发彻即坐。招魂而葬亦是。已开棺槨者,绞;发而未彻者,徒三年。

《宋刑统》因袭之,明清律虽有改动,仅为着眼于当时社会生活和司法实践过程中的实际情况而补充规定,主体部分并未有实质性变动。故唐律该条可以视为传统中国构建墓地保护制度最基本的条款。从条文的结构性来看,主要分为行为方式、保护对象和处罚方法三个部分。

### (一) 行为方式为发冢、开棺

中国古代墓葬为保障其安全性,根据死者的身份、地位和财力采用不同的墓葬规格。具体而言,按地理位置可以划分为地上和地下两个部分。据学者考究,墓葬要求上择高地、下掘黄泉,地下部分包括墓门、墓坑、棺槨、机关、假室等,地上部分包括坟丘、碑碣、树木等。<sup>[6]</sup>不同身份等级的死者的墓葬规格不同,但一般都包括坟丘、墓坑和棺槨。

本条规定侵犯坟墓的两种行为方式,即发冢和开棺槨。发冢是指发掘他人坟墓的行为,有坟者掘

坟丘至墓坑;无坟者掘墓坑。发冢的行为可以按结果划分为两类,其一是发而未彻,即发掘坟墓并未掘至棺槨;其二是发彻,即掘至棺材。开棺槨是在发冢的基础上的进一步行为,即挖掘他人坟墓至棺槨后又打开他人的棺槨。棺槨并非一物,而是指棺、槨两物。按疏议,有棺有槨的,必须棺槨两开才成立该行为;若不用棺槨的,发至尸体的也视为开棺槨。同时,条文规定,招魂而葬亦是。招魂而葬是指死者发生诸如客死他乡或意外死亡之类的情形而导致死体难以入殓的,通过招魂仪式将其衣服等物品代替尸体验入棺中并葬至坟冢。

在唐律该条中,并未区分行为的主观意图。意指不论何故,凡发冢开棺的,均应按此条定罪。

### (二) 本条的保护对象

礼教之本在于人伦,社会本位的价值取向人与人之间互有其情分,各有其义务,礼则是实践道德上义所当为之的一种任务。<sup>[7]</sup>中国古代社会法律以义务为本位,在法律中并未明确有关条文所保护的对象或权利。故而仅能通过对条文文本以及法典体系加以阐释,借助现代权利理论进行分析说明。

就文本而言,本条所直接保护的對象有两类:坟墓和棺槨。按疏议的解释:埋葬死者是为了把死者藏到别人看不见的地方。坟墓和棺槨就是起“藏”死者尸体的作用,法律规范对发冢的打击目的在于

[1] 张晋藩:《中华民族精神和传统法律》,载《比较法研究》2018年第1期。

[2] 本文所引唐律参见钱大群撰:《唐律疏议新注》,南京师范大学出版社2007年版,其他比较著作参见[清]薛允升编《唐明律合编》,中国书店2010年版。

[3] 王子今:《中国古代惩治盗墓行为的礼俗传统和法律制度》,载《重庆师范大学学报》(哲学社会科学版),2009年第3期。

[4] 胡平生、张萌译注:《礼记》,中华书局出版社2017年版,第100页。

[5] [清]沈之奇撰,怀效锋、李俊点校,《大清律辑注》,法律出版社2000版,第625页。

[6] 刘振东:《以汉代墓葬为例解读中国古代墓葬性质》,载《考古与文物》2020年第4期。

[7] 陈顾远:《中国法制史概要》,商务印书馆2017年版,第55页。

保障死者尸体被“藏”的状态。《白虎通义·崩薨篇》有云：“所以有棺槨何？所以掩藏形恶也，不欲令孝子见其毁坏也。”<sup>[1]</sup>学者指出：棺以藏尸，槨以藏棺，棺槨葬具的实际作用在于保护尸体。<sup>[2]</sup>由此可见，棺槨坟墓一方面用来保护尸体不至于发生腐烂；另一方面也是更为重要的原因在于保护孝子的孝心，使其免受见尸体毁坏痛苦。孝，是中国古代的核心文化，也是最为重要的精神支柱和统治秩序基础。在中华传统文化中，孝道有三：利亲、善事和慎终。<sup>[3]</sup>其中，慎终就体现在祭祀上，即祭之以礼。宗庙和坟墓是祭祀的主要场所，但由于中国古代具有非常严格的封建等级制度，平常老百姓不得建立宗庙，因此坟墓就成为老百姓最为重要的祭祀场所。<sup>[4]</sup>自汉代引礼入律以来，孝道成为古代立法的重要指导思想，以孝为规范对象的条文无处不在。同时，中国古代社会是以“家国一体”的秩序建立起来的，重视人与人之间的关系，强调义务本位。故而在唐律中，由孝道所延伸出来的义务便理所当然地成为法律的规范对象，对坟墓棺槨的保护也正是如此。坟墓是祭祀的重要场所，其上承载着死者亲属对死者的祭祀义务，法律既要求死者亲属遵守并履行此种祭祀义务，也要求他人不得干涉这种义务。就现代法律理论而言，义务与权利是相对的，要求他人不得干涉祭祀义务也意味着死者的亲属享有对死者进行祭祀的权利，故可以认为在唐律中对发冢行为的打击意在保护死者亲属的祭祀权。

《易传》有云：“原始反终，故知生死之说。精气为物，游魂为变，是故知鬼神之情状。”<sup>[5]</sup>受此种生死观的影响，中国传统观念认为：人死后并非完全消失，而是由一个世界到另一个世界的转

变。生者为阳，死者为阴，故死者所在的地方被称为“阴间”，而坟墓则被认为是死者在阴间的住宅。隋（610）陶智洪《买地》券中记载：

墓送之（后），不得更相妨碍。天地水三官刊石为券，张兼（坚）固、李定度明如奉行。冢成之后，使里域吏官可问亡人犯座。毕事之后，千年不惊，万年不动。亡人安乐，子孙安隐（稳）。四时（为信）。<sup>[6]</sup>

买地券所记载的土地买卖并非实际发生，而是向鬼神买地的契约形式。<sup>[7]</sup>可以看出，买地券的一方主体是天地神明，其目的是通过买地券使得死者在阴间的住宅，也即坟墓，可以得到鬼神护佑，以维护死者的安宁。故，坟墓的另一个重要意义在于保护死者的安宁权，使其免受侵扰。因此可以看出，唐律对发掘坟墓行为的惩治的另一面原因就在于维护死者安宁。

生者的祭祀权和死者的安宁权事实上在清代的判词中也有所体现。在“王华士冒祖占葬案”中有判词云：“皖人坚信风水，斩罡塞阳，惊死刑生之谈，奉为金玉，牢不可破……以此断之，其为冒祖占葬无疑。”<sup>[8]</sup>从判词中可知，风水之谈，意在维护死者不受惊和生者不受伤害，这也是当时民众的统一观念。死者不受惊和生者不受伤害分别对应死者的安宁权和生者的祭祀权等，以此作为断案的主要依据也足可见该理念在当时的人民心中的地位。

### （三）处罚方法

在本条中，以刑罚的方式来规制发冢的行为，这是中国古代法典中民刑不分的体现，即以刑罚方法来惩治民事纠纷。发冢的行为分为三个阶段：发而未彻—发彻—开棺槨，因此对应三种不同的刑罚方式：徒三年—加役流—绞刑。唐律主要刑罚方式

[1] 载于《白虎通义·崩薨篇》，转引自姚中秋：《重新审视“殡葬改革”》，载《文化纵横》2014年第5期。

[2] 刘振东：《以汉代墓葬为例解读中国古代墓葬性质》，载《考古与文物》2020年第4期。

[3] 龙大轩：《孝道：中国传统法律的核心价值》，载《法学研究》2015年第3期。

[4] 瞿同祖指出：庶人向例不许立庙，只能祭于寝。见瞿同祖著：《中国法律与中国社会》，商务印书馆2010年版，第223页。

[5] [魏]王弼注：[唐]孔颖达疏：《周易正义》《十三经注疏》上册，第76页；转引自乔清举：《论〈易传〉的“生生”思想及其生态意义》，载《南开学报（哲学社会科学版）》2011年第6期。

[6] 张传玺：《契约史买地券研究》，中华书局2008年版，第217页。

[7] 鲁西奇：《汉代买地券的实质、渊源和意义》，载《中国史研究》2006年第1期。

[8] 陈全伦、毕可娟、吕晓东主编：《徐公藏词——清代名吏徐士林判案手记》，齐鲁书社2001年版，第582页。

包括笞、杖、徒、流和死五种，其中徒刑分五等，即一年、一年半、二年、二年半、三年；流刑分三等，即二千里、二千五百里、三千里；死刑分两种，即绞刑和斩刑。

值得注意的是，在唐律法定刑罚中并未存在加役流的刑罚方法，加役流在唐律中的首次出现是在“赎章”之中。疏议有云：加役流者，旧是死刑，武德年中改为断趾。加役流是在流三千里的一年苦役的基础上增加二年苦役，故名加役流。<sup>[1]</sup>从本条规定的三种刑罚可以看出，不论是发而未彻，还是发彻，抑或是开棺椁，均是各自刑罚中的最高处罚。

法律以严苛的刑罚来保护死者的安宁权和生者的祭祀权，虽然手段不同，但是在保护对象上与罗马法有异曲同工之处。罗马法对死者的安宁权和生者的祭祀权的保护体现在对所有权的限制上，主要包括两个方面：一方面是针对埋葬在他人土地上的墓地，土地所有权人不得自行挖掘；另外一方面是在相邻关系上，即墓地的通行权。但是与唐律不同的是，罗马法的规定更出于宗教的考量，古罗马人认为死者属于低级的神，所以在未经大祭司或皇帝发布挖掘令，土地所有人不得擅自将尸体或骨灰掘走。<sup>[2]</sup>中国古代和罗马法都从不同的角度和不同的手段保护了墓地不受随意侵犯，肯定墓地上所存在的死者的安宁权和生者的祭祀权。

综上所述，唐律有关本条的保护对象分别是生者的祭祀权和死者的安宁权。然而，唐律中有关墓地的保护并非以前者为限，除坟墓棺椁之外，唐律中还有对墓田、碑碣树木的保护。从现代法学理论入手，若认为对坟墓棺椁的保护属于人身权，那么对墓田、碑碣树木的保护更加侧重于财产权，在具体的实践中纠纷也是最普遍的。

### 三、中国古代对墓田、碑碣树木保护的规范

在唐律中，对墓田、碑碣树木的保护规范分别由三个条文构成，即“盗耕人墓田及盗葬于人田”“盗坟莹内树及砍伐树木”和“毁人碑碣庙主及修造物”。其中，墓田的保护是体现财产权最突出的一条，也是在具体实践过程中纠纷最多的。“盗耕人墓田及盗葬于人田”规定于《唐律疏议卷十三：户婚篇》中，其条文内容如下：

诸盗耕人墓田，杖一百；伤坟者，徒一年。即盗葬他人田者，笞五十；墓田，加一等。仍令移葬。若不识盗葬者，告里正移埋，不告而移，笞三十。即无处移埋者，听于地主口分内埋之。

从体系来看，该条被规定在《唐律·户婚篇》中，属于唐律12篇篇名之一。据辞典记载：唐律中的户婚律，户律主要包括占田、盗耕、妄认、盗卖公私田产以及赋税等规定；婚律主要包括嫁娶等方面规定。<sup>[3]</sup>唐律该条所在的第十三卷，在内容上主要分为三个部分：田地、赋税和婚姻，其中“盗耕人墓田及盗葬于人田”就属于田地部分内容。就体系而言，至明清两律，已无专门“盗耕他人墓田及盗葬于人田”一条，而是同发冢开棺弃尸等共同规定于“发冢”条文中。<sup>[4]</sup>

#### （一）行为方式

该条中，所包含的行为方式主要有两类，一类是盗耕人墓田；另一类是盗葬他人墓田，前者包括盗耕未伤坟和盗耕伤坟二者。盗耕未伤坟是指在他人墓田上耕种，没有伤及墓田中的坟包以及地下的墓坑的情形。有学者指出，在中国古代，墓地根据墓地与坟墓的关系可以分为狭义的墓地和广义的墓地；根据是否进葬可以分为死墓地、生墓地以及未来墓地。<sup>[5]</sup>按疏议云，墓田的范围，法律中有明

[1] 本文所引唐律参见钱大群撰：《唐律疏议新注》，南京师范大学出版社2007年版，第58页。

[2] 周相著：《罗马法原论》，商务印书馆2014年版，第346页。

[3] 邹瑜、顾明主编：《法学大辞典》，中国政法大学出版社1991年版，第274页。

[4] 马建石、杨育棠等认为：清律发冢条系《唐律》“发冢”“残害死尸”和“穿地得死人”三条合并，此合并为《大明律》起始，清律沿袭。见马建石、杨育棠主编：《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社1992年版，第756页。实则不然，该条中包含平治他人坟墓为田园和盗葬于有主坟地，这二行为被规定在唐律“盗耕他人墓田及盗葬于人田”条中。

[5] 何小平：《清代习惯法：墓地所有权研究》，人民出版社2012年版，第8页。作者认为：狭义的墓地是坟墓直接占用的土地；广义的墓地包括狭义的墓地以及禁步以外的地块；死墓地是指已埋葬死人的墓地；生墓地是正在开造而未埋葬死人的墓地；未来墓地是既未埋葬死人，也未开造的规划中的墓地。

确的规定,一般以分包所在点为中心向四周计算步数,故所规定步数以内的也称为禁步。就平民而言,按法律规定,庶民的禁步一般在九步左右,坟包高四尺。<sup>[1]</sup>对于墓田里是否要求有埋葬死人体体的,唐律中并无明文规定。沈之奇认为:“穿地得死人是不知道有尸体在其中;平治他人坟墓是明知其为坟墓,而有心平治。”<sup>[2]</sup>此处沈之奇认为穿地得死人与平治他人坟墓的主要区别在于是否在主观上认识到其中有尸体,虽然其在平治中以“坟墓”代替“尸体”二字,但从区分此罪与彼罪和比较的逻辑来看,此处二者并无区别。故可认为,盗耕人墓田应当是指埋有死者尸体的坟墓,活墓地与未来墓地尽不在其列。

盗耕伤坟是指在埋葬有死者尸体的墓田之上且禁步之内平治田地,其行为造成坟包受损或者墓坑受损。按疏议,盗耕伤坟所谓的坟既包括坟包,也包括墓坑。需要区分的是盗耕伤坟行为与穿地得死人以及发冢之间的区别。唐律第267条规定穿地得死人的行为,是指因挖掘田地或荒地后发现死尸的行为。如前所述,穿地得死人在主观上要求行为人不知地下埋有死人,而盗耕伤坟要求主观上认识到此为坟墓而故意挖掘。盗耕伤坟与发冢之间的区别,有学者指出主要看“平治”二字。<sup>[2]</sup>除此之外,盗耕伤坟与发冢之间在主观上,严格来说是在动机上存在不同,盗耕伤坟的动机在于耕种;而发冢的动机在于破坏他人坟墓的完整性,意在侵犯死者的安宁权和生者的祭祀权。

盗葬他人墓田在清律中表述为“于有主坟地内盗葬”,是指在田地中已先埋葬尸体后,行为人为人围于风水或者其他原因将其他尸体埋入该墓田之中。盗葬他人墓田的,如果有发生破坏他人坟包或墓坑的,应当认定为盗耕伤坟之罪。若为盗葬而故意发掘他人坟墓的,应照发冢罪名定罪。然而,在实践中,盗葬的情形远非局限于此。以清代《徐公献词》为例,所记载中涉及坟地纠纷案件有20件,其中盗葬案件多以“强占”“冒祖盗葬”“捏约盗葬”等形式出现。盗葬的认定在实践中并不困难,而纠纷焦点更多在于如何认定先坟墓所属或有关墓地所属问题,归根究底即中国古代法律中“盗耕墓田”和“盗葬”所保护的

## (二) 保护对象

在前述“发冢”的保护对象中以及阐明,在墓地上存在死者的安宁权和生者的祭祀权,这是唐律对墓地进行保护的重要原因。除此之外,由于坟墓本身就是物理上的实物,更是附着于土地之上,因此对坟墓进行保护的另一重要原因在于其本身的土地权属属性,是现代法中的财产权。就条文而言,盗葬于他人墓田是盗葬于人田的特殊形式,条文表述为“盗葬他人田者,笞五十;墓田,加一等”。<sup>[3]</sup>墓田,在条文中实际上就是盗葬他人田者的加重情节,对其加重情节的考量主要出于墓地的特殊性——即其上所蕴含的人格因素,此处不再赘述。故可认为,墓田其本质为田地,应属于财产权,其应与普通田地一样被土地法律加以保护。虽可判定其为财产权,但究竟属于何种财产权,尚有疑问。

首先需要明确的是,墓地与墓地所在的土地在权属上可能发生分离,这在实践中经常出现。作为设置墓地的根据,有时是自己取得的土地所有权,有时则是为了设置坟墓而从土地所有权获得土地利用权。<sup>[4]</sup>以墓地所在土地的权属为标准,可以划分为两类,一类是死者亲属本就享有所有权的土地;另一类是死者亲属并不享有所有权而只有使用权的土地。就墓地的本质而言,属于对土地的使用,故在有所有权的土地上,其墓地的权利类型毫无疑问地属于所有权,设置墓地仅为所有权的使用权能。需要注意的是,虽然墓地设立在有所有权的土地上,但是死者的亲属并不能随意处置该土地,严格来说是不得随意处置该土地上禁步以内的地块。唐律中

[1] 瞿同祖著:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2010年版,第215页。钱大群也认为庶人应当是请方七步,坟四尺;见前注钱大群撰书,第419页。二位学者所述唐代平民禁步数不一致的情况,原因在于所引用的资料不同,瞿同祖参考《大唐开元礼》;钱大群参考《唐会要》;前者为唐玄宗时期官修文本,后者是北宋时期所著,故以前者为准。

[2] [清]沈之奇撰,怀效锋、李俊点校,《大清律辑注》,法律出版社2000年版,第633页。

[3] 本文所引唐律参见钱大群撰:《唐律疏议新注》,南京师范大学出版社2007年版,第419页。

[4] [日]森田成满:《清代中国土地法研究》,法律出版社2012年版,第177页。

并无明文规定限制附有坟墓的土地的转让,据现有资料显示,对附有坟墓的土地转让的限制从宋代开始,至清代时有关规定相对丰富,可考资料也较多。清律中“盗卖田宅”有例文规定:

若子孙将公共祖坟山地朦胧投献王府及内外官豪势要之家,私捏文契典卖者,投献之人问发边远充军,田地给还应得之人,其受投献家长并管庄人参究治罪。<sup>[1]</sup>

“发冢”律中规定:

若将尊长坟墓平治作地得财卖人,止问诬骗人财,不可作弃尸卖坟地断。计赃轻者仍杖一百。买主知情则坐不应重律,追价入官。不知情,追价还主。<sup>[2]</sup>

清律并不禁止附有坟墓的土地的流转,而是禁止为了买卖土地而将坟墓平治或投献的行为。问题在于所买卖的附有坟墓的土地之上,买主的使用权是否包括再次进葬呢?事实上法律并无明文规定,若买卖双方均无平治坟墓、发冢弃尸等法律明文禁止的行为时,买主的使用权能主要由买卖双方的合同约定。有学者指出,在中国古代,民间长期存在着与官府律令相对应的,以地域自治为主要内容的民事习惯法。<sup>[2]</sup>清代实践中,既有在约定附有坟墓的土地买卖后,卖主不可再葬或在原坟墓多大范围内不可再葬的,如张永成占地强葬案;<sup>[3]</sup>亦有允许买主再次进葬的,如王自长、王自泰兄弟所卖竹园<sup>[4]</sup>。故,当土地所有权发生流转以后,死者的亲属对土地丧失了所有权,而对土地之上的坟墓其权属也同样发生了变化。若在合同中,双方当事人约定可以再次进葬时,则在该坟墓之上仅就前述人格属性权利进行保护,即不得进行发冢、开棺及弃尸等行为。若在合同中,双方当事人约定不得进葬或在一定范围内不得进葬的,死者的亲属对该坟墓仍享有财产权。此时,财产权的属性需要进行厘定。

有学者认为,棺柩和墓碑所有人与土地所有人不同时,土地所有人转让土地的话,要为棺柩和墓碑所有人设定利用权,该利用权是能够对抗第三人的物权性权利。<sup>[5]</sup>可以明确的是,此时坟墓的亲属对坟墓所在的土地并不享有所有权,即坟墓的亲属是在他人的土地上对该土地进行利用,其所享有的是该土地上一定范围的使用价值,这与现代民法中的用益物权在本质上是是一致的。在现代物权法理

论中,囿于物权法定原则,仅包括所有权、用益物权和担保物权。而担保物权是以交换价值为目的的物权种类,与墓地无涉。在罗马法中,用益物权包括役权、地上权和永租权。<sup>[6]</sup>役权有人役权和地役权之分,而地役权的设立当以需役地的存在为前提,故不属于地役权。人役权,顾名思义是指在他人的土地上为某人的利益而设置的使用、收益的权利,与此时坟墓所处情况最相类似。如前所述,墓地所在的土地经流转而是死者的亲属丧失对该土地的所有权,而同时买卖双方又在土地上约定对一定范围内的土地进行使用,即保留原来的墓地以供死者亲属祭祀和维护死者的安宁,此符合罗马法上人役权的本质。故,可认为对于买卖土地契约中约定保留墓地的情况下,死者亲属对墓地的财产权性质应为人役权。

综上所述,墓地因其本质为土地的一部分而具有财产权的属性,且墓地实际上是对所在土地的使用。根据墓地所在土地的权属划分,可区分有所有权土地上的墓地和无所有权土地上的墓地。对于前者,墓地的权属当属无意义,应为所有权中使用权能;而对于后者,因律文并无规定而应从当事人契约,故区分两种情形。其一是当事人约定不保留对墓地的使用权,即买主可在该土地上耕种、进葬,但不可进行发冢、开棺和弃尸等行为;原因在于法律对死者的安宁权和亲属的祭祀权的保护。其二是当事人约定保留墓地的使用权,即该土地上一定范

[1] 马建石、杨育棠主编:《大清律例通考校注》,中国政法大学出版社1992年版,第756页。

[2] 李显冬:《“民有私约如律令”考》,载《政法论坛(中国政法大学学报)》2007年第3期;契约也是清代墓地纠纷中的重要断案依据,清律中有载:凡民告争坟山,近年者以印契为凭。

[3] 陈全伦、毕可娟、吕晓东主编:《徐公谏词——清代名吏徐士林判案手记》,齐鲁书社2001年版,第193页。

[4] 张传玺:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版;转引自杨立民:《清代涉坟土地的类型及流转原因辨析》,载《甘肃政法学院学报》2013年5月。

[5] [日]森田成满:《清代中国土地法研究》,法律出版社2012年版,第178页。

[6] 周相著:《罗马法原论》,商务印书馆2014年版,第406页。

围内不允许买主耕种、进葬,在此种情形下死者的亲属是在他人的土地之上为死者的安宁和亲属的祭祀利益而设定的使用一定范围土地的权限,本质上属于人役权。

### (三) 处罚方式

按条文规定,盗耕墓田的,杖一百;盗耕墓田伤坟的,徒一年;盗葬他人田的,笞五十;盗葬他人墓田的,在盗葬他人田上加一等。唐律中对笞刑的规定分为五等,从十到五十依次增加。笞刑之上为杖刑,最低杖六十,故笞五十加一等,应杖六十。

需要注意的是,疏议中提到在自己的田地之上(包括墓地)被人盗葬,若不知盗葬者为何人,不得擅自移埋,需要向有权处置者报告请求移埋。不报告私自移埋的,笞三十。这显然是法律所保护的利益的冲突适用方法。盗葬者虽侵犯他人的所有权或其他物权;但其所埋葬的尸体之上仍附有死者的安宁权和生者的祭祀权。从条文的规定可知,唐律尤以死者的安宁权和生者的祭祀权为重,这恰符合中国传统习语“死者为大”所代表的观念。更是在立法理念上与罗马法不谋而合,罗马法将此种情况列为对所有权的限制,也说明了死者的安宁权和生者的祭祀权更为重要。正如有学者所言,敬礼死者的宗教是人类最古老的宗教。<sup>[1]</sup>

## 四、中国古代法中的弃毁碑碣和盗坟莹树木

唐律中“发冢”和“盗耕盗葬墓田”都是围绕着墓地本身来展开的,而碑碣树木是附属于墓地的物品,其在价值上取决于墓地的存在。当然,树木是可以独立于墓地而单独存在的,但离开了墓地,其仅是普通的树木,不必予以特别规定和保护。就此而言,墓地与碑碣树木的关系类似于现代民法中的主物与从物的关系。<sup>[2]</sup>

### (一) 弃毁碑碣

唐律中对弃毁碑碣和盗坟莹树木分别规定在两个条文中,其中唐律第443条规定“毁人碑碣庙主及修造物”,涉及碑碣、石兽、宗庙等等。具体如下:

诸毁人碑碣及石兽者,徒一年;即毁人庙主者,加一等。

毁人碑碣、石兽或庙主是指行为人破坏他人的

墓碑、碣石、坟内石兽或宗庙神主,致使不可再次使用。毁坏的标准主要在于是否破坏碑碣、石兽或庙主的使用性。按疏议:唐代丧葬令中有规定,五品官员以上可以立碑石,七品官员以上可以立碣石,坟莹之内可以放置石兽。据此可知,庶民是不得立碑碣、放置石兽的。封建古代等级制度森严,若如此理,那该条当与本文所论主题无关。事实上,律令虽然如此规定,但是现实中并非严格照此遵循。瞿同祖先生指出,法律的禁制并未发生很大的效力,在丧葬方面尤为普遍;同时厚葬其亲是孝道的表现,朝廷为了表现孝道,对于违制的情况也不便认真追究,导致禁令成为具文。<sup>[3]</sup>故此,庶民同样有在墓地上建造碑碣的习惯,而且广而存在。

需要考量的是,法律对庶民逾制建造碑碣的习惯不作深究,但并不意味着庶民所建造的碑石能够得到法律的相应保护。律文中并无明确规定,为探究中国古代是否对庶人所立碑碣进行保护,需要对有关案例进行解读。

首先可以明确的是,碑碣,尤其是墓碑在司法实践中起到非常重要的作用。在众多坟墓纠纷之中,墓碑都在权利人的确定上作为核心证据。前述已提及,清律中有明文规定,坟山纠纷年份较近的依据契约断案。但在实践中,往往有不法之人捏造契约以图盗葬。例如在“汤宗文彭又煌互争祖坟案”中,彭又煌祖先与汤宗文祖先原为姻亲,彭家先祖赠一地与汤家埋葬其妹;汤宗文在原契约上作假,意在盗葬彭又煌家的坟山;徐士林以坟山上的墓碑为依

[1] [法]库朗热著:《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社2006年版,第13页。

[2] 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第305页。书中指出:同属一人所有的两个独立存在的物,结合起来才能发挥经济效益,才能构成主从物的关系。从物是在两个独立物结合使用中处于附属地位、其辅助和配合作用的物。墓地和碑碣树木结合起来虽然并非为了经济效益,但是仍是两种物为了某种特殊需要结合起来发生当事人所期待的作用的,故可参照主从物的关系。

[3] 瞿同祖指出:庶人向例不许立庙,只能祭于寝。见瞿同祖著:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2010年版,第220页。

据,认定坟山上唯一坟属汤家,其余仍归彭家所有,以此应证原契约内容,推断汤宗文所改动的内容,从而进行判决。故有判词曰:“契之所无,忽为碑之所有,荒唐殊甚。”<sup>[1]</sup>又如“葛行德冒祖争山案”中判词记载“盖立墓碑者属程,则墓决不属汪”。<sup>[2]</sup>由此可见,墓碑在古代墓地纠纷中与契约遥相呼应,互相应证,以此探明事情原委。

碑碣于墓地的意义,更多的在于保持墓地的辨识度,以碑碣为记,以便后人年年祭拜维护。那么,法律中是否对庶人所立墓碑进行保护,仍有疑问。就逻辑层面而言,如果仅保护墓地而不保护墓碑,那么就会造成墓地的权属难以确定和墓地的保护不甚完整;就价值层面而言,如果否认了对墓碑的保护,那么无疑为生者的祭祀平添阻碍。故应认为,虽然在封建等级森严的中国古代社会中,庶民不被允许为死者设立碑碣,但是出于孝道的考量和碑碣对墓地的意义,官方仍允许庶民设立碑碣;也正因为如此,墓碑在墓地的权属确认等方面的重要意义使得法律必须予以相应的保护。

## (二) 盗坟茔树木

与碑碣、石兽一样,坟茔之上的树木也是墓地的附属物。在律文中,既有规定园陵树木,又有规定坟茔树木的保护。按疏议,园陵属于帝王的陵寝,不在本文讨论范围内,故就盗坟茔树木的展开论述,律文中有关盗坟茔树木的表述为:“若盗他人墓茔内树者,杖一百。”疏议补充:“若非盗,唯止斫伐者,准杂律,毁伐树木稼穡,各准盗论。”

首先,有关坟茔树木单独保护的原因。树木本身便具有财产性质,对其盗伐的行为在法律上有明确的禁止,如唐律中的“毁伐树木稼穡”。但是在坟茔禁步之内的树木,除其本身的财产性质,还兼具坟墓这种极具人格要素的性质,故而在法律中予以特殊的保护。也有学者提出,坟茔树木隶属于坟产的一部分;或认为坟茔树木是坟墓的风水树,在中国传统观念中极具重要性。<sup>[3]</sup>事实上,坟茔树木属于坟产,但其财产性质不足以令其获得特殊保护;而风水观念并非根本因素,风水观念的根本在于维护死者的安宁和生者的利益,这才是坟茔树木获得特殊保护的原因,即其与墓地一样兼顾人格和财产两方面的要素。同时,对其的保护与墓地分离的原因在于其虽然是坟墓的一部分,但严格来讲,

并非同属一物,而是主从物之间的关系,对墓地的保护如:“发冢”和“盗耕盗墓”条文在逻辑上并不能周延至坟茔树木,故而在法律中需要对其单独保护。

其次,有关该条中所规定的行为方式,即盗与伐之间的区别。唐律中规定:盗坟茔树木的,杖一百;若不是盗,而只是砍伐,则按窃盗罪论处,同样杖一百。虽然在最后的结果是一样的,但是所认定的罪名不同,故而有必要对此盗、伐进行界定。从现代刑法学的角度来看,盗窃的行为方式是以秘密窃取的方式非法占有他人之物。秘密窃取是指行为人采用自认为不使他人发觉的方法占有他人财物。<sup>[4]</sup>盗窃罪与抢劫罪、抢夺罪的重要区别在于行为方式是秘密窃取。在唐律中以贼道为篇名,并在其中规定盗坟茔树木、强盗、窃盗等罪。很显然,这里的“盗”绝非现代刑法中盗窃罪的“盗”,从语言的周延范围来看,唐律中“盗”应当包含现代刑法中盗窃罪中的“盗”。从语义来看,据词典记载:“盗,从次皿;次,欲也;欲皿为盗。”<sup>[5]</sup>即以非法占有为目的他人财物的行为,皆可归为盗。故,盗坟茔树木者,意为非法占有他人坟茔禁步内树木。而伐,按疏议云“非盗,唯止砍伐者,准杂律”,是指行为不是以非法占有为目的的砍伐他人坟茔之内的树木的行为,则应按照杂律中的窃盗罪定罪处罚。虽然盗与伐都是侵犯他人财产权的行为,但是盗是以非法占有为目的的强占他人坟茔树木,在实践中往注意在盗墓<sup>[6]</sup>,故予以定盗坟茔树木之罪;而伐主要意在侵犯财产,故以普通窃盗之罪

[1] 陈全伦、毕可娟、吕晓东主编:《徐公谏词——清代名吏徐士林判案手记》,齐鲁书社2001年版,第553页。

[2] 同上注第207页。

[3] 前者如:魏顺光:《清代政府关于坟产的法律规定》,载《求索》2013年第1期;后者如余格格:《宋代墓木盗伐和保护观念探析》,载《云南大学学报(社会科学版)》,2019年第5期。

[4] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第九版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第498页。

[5] [汉]许慎撰,[清]段玉裁注:《说文解字注》,上海古籍出版社1981年版,第743页。

[6] 如“江图檀文交互争祖莹案”,同前注陈全伦、毕可娟、吕晓东主编书,第188页。

定罪处罚。

综上,碑碣石兽、坟茔树木皆是墓地的一部分,从理论上而言应属于坟墓的从物,故在中国古代法律中也对其予以特别保护。碑碣石兽虽然在礼制上不被允许由庶人设立,但是古代对孝道的推崇使其成为事实上的存在,同时法律也对庶人所设立的碑碣进行保护。而对坟茔树木的侵害行为区分盗和伐,只有非法占有他人坟茔树木的行为,才受到法律的特殊保护。

## 五、中国古代墓地保护制度的特点和价值旨趣

中国古代有关墓地的保护制度有着悠久的历史,具有中国传统法制的基本特点,也蕴含自身的独特性。其所体现的价值和精神,也需要我们去深入挖掘。中国古代以特有的方式规范墓地的权利秩序,体现了“中国经验”的本土意义,同时对现代墓地保护制度的构建提供史鉴价值。

### (一) 中国古代墓地保护的特点

墓地的保护既有传统法制的基本特点,也有自身蕴含的独特之处,前者学者们多有论述,而后者是此处的关键问题。总而言之,中国古代墓地保护的显眼之处在于:墓地之上同时构建人格和财产双重权利保护的模型。

诸多学者在论及墓地保护的原因时,不约而同地将其归于中国传统孝道的要求。本质上而言固然不错,但是细究发现,这无异于以“动物”解决“鸭”为何物的问题。生物分类有界种之分,法学又岂能含糊而过。正如黄源盛所指出的:“盖帝制中国,政治建立于伦理之上,由孝而推演至忠。”<sup>[1]</sup>中国古代社会秩序是通过血缘宗法伦理构建起来的,而孝道贯穿其中。“孝”这一宗法伦理的基本原则,成为一切法律问题的最后准则。<sup>[2]</sup>孝道是中国传统社会秩序构建的基础,是整个社会伦常道德的核心,也是礼的最高准则。不可否认,孝道是墓地保护理论的根本来源,但并非直接理论依据。孝道与墓地之间的衔接在于由孝衍生的人格理论和墓地本身的财产属性,二者结合使得墓地保护成为必然。

土地是古代社会的主要财产,墓地置于土地之中,本身就具有财产法的性质,对于墓地的侵害实际上也是对土地权利的侵害。同样的,碑碣、

树木也均具有财产性质,对其保护是财产法的应有之义。但是在法律之中为何对其进行单独保护,而不将其视为普通的盗田、窃盗呢,原因在于其所蕴含的人格要素。墓地所承载的社会功能就是这种人格要素的体现,而这种社会功能恰恰是孝道所需要的。

有学者指出:自西周时起,孝的主要内容就包括尊祖敬宗,并且施孝的方式主要是祭祀。<sup>[3]</sup>随着时间的不断推进,孝道的内涵逐渐扩大,孝的要求也不断增加,但是祭祀仍然是其最为重要的要求之一。自古以来,墓地就是重要的祭祀场所,尤其是对于在等级森严的礼制之下,庶民不得建庙,墓地对庶民而言重要性不言而喻。保护墓地不受他人侵犯的直接原因,在于保障死者的亲属可以年年祭拜;保护碑石不被破坏的原因在于碑石是坟墓归属的标识,是确定坟墓死者亲属的重要依据。

而另一方面,中国传统生死观认为,人死之后并非散去,而是由这个世界到那个世界的转变;如朱子认为:“人之生死,亦只是阴阳二气屈伸往来耳。”<sup>[4]</sup>而坟墓被认为是死者在死后的住宅,如同人在世时其住宅需要被保护一般,死者的坟墓也需要受到保护,这是为了维护死者的安宁。维护死者的安宁和维护生者的祭祀,这两者交叉在一起构成墓地的基本人格要素。

如上言,墓地上交叉存在着人格要素和财产要素,正因如此,其一方面既要打击破坏死者安宁和生者祭祀的行为;另一方面也要打击侵犯墓地财产权的行为。

### (二) 中国古代墓地保护的价值旨趣

中国古代墓地保护的基本价值在于其深刻体现了中国古代社会的伦理道德和社会观念。有学者指

[1] 黄源盛:《汉唐法制与儒家传统》,广西师范大学出版社2020年版,第98页。

[2] 范忠信:《中国法律传统的基本精神》,山东人民出版社2001年版,第123页。

[3] 林明:《传统法制中的孝道文化因素释义》,载《法学论坛》2011年第6期。

[4] [宋]黎靖德:《朱子语类》第5册,第1687页;转引自乔清举:《论〈易传〉的“生生”思想及其生态意义》,载《南开学报(哲学社会科学版)》2011年第6期。

出,中华民族在宗法制度的影响下形成了重视伦常关系,形成了中人伦之礼的民族精神。<sup>[1]</sup>中国传统社会是以“血缘家族”为基础构建起来的社会模型,在这种社会模型之下,家国一体和家天下的理念成为必然。同时,在血缘家族的影响下,长幼有序,尊卑有道是构建古代社会秩序的基本逻辑,敬老养老,事死如事生的观念成为人民的基本观念和社会共识。与西方社会对墓地保护起源于宗教不同,中国对墓地保护的起源正是这种“血缘亲族”的社会模型所要求的“孝道”理念。在孝道的影响下,中国古代对墓地异常重视,对墓地的保护也成为了社会需求。而另外一方面,在家国一体的社会模型下,统治者为了稳定社会秩序,就必然需要从“血缘亲族”入手,对“长幼有序、尊卑有道”的极力推崇是统治的必然手段,以此对接在国家层面上的封建等级制度。

中国古代墓地保护制度从一个侧面向我们展现了中国古代法制中将社会共识和民族精神与法律结合在一起的可能空间。墓地保护制度像其他法律制度一样,作为传统中国人精神生活和社会生活中的重要方面,需要保证他们的正常预期在法律上得以实现,维护他们的正常精神需求。

一个重要的问题在于,在中国古代法制中并没有权利、人格之类的概念,我们不能完全以现代民法理论和概念为蓝本强加于古代法制。正如学者所言:

当代人研究古代时,固应尽量避免以今非古或以古议今,但终究法史学的探讨还是较偏重于法学属性,因此也无须刻意完全避开当今的法学概念。<sup>[2]</sup>

在世界法制的发展脉络上,中国显然是一颗耀眼的星,以自身特有的价值和精神屹立于世界法制史之林。虽然在中国古代法制中并无“权利”的概念,但这并非代表中国传统社会中人民并无“权利”。

“权利”一词是西方学者所创,抽象于社会生活,却并不意味着这种社会生活是西方社会所独有的。在中国传统社会中,同样也存在利益和负担,同样存在纠纷和冲突,与此相适应的也存在极具中国特色的传统法制。中国古代社会是一个“家国一体”的社会,强调“集体利益”和“义务本位”,这并不意味着在中国传统社会中只有义务和责任,而没有权利。“权利—义务”概念的创设是提供了一种解释社会生活的阐述方式,而非另外创设一种社会生活;虽然中国传统法制中没有这套概念,但并不影响我们以此概念去阐述中国古代的社会生活。

## 六、结语

在中国古代法制中,在墓地保护上创造出一整套完整的制度,体现了中国传统观念和社会共识,反应当时人民的现实需求。近代以来,中国社会经历了翻天覆地的变化,但是中国人的根,中国人的精神和观念仍然植根于每一个中国人心中。墓地,至今为止仍然是中国人的心灵寄托,在中国人民心中拥有崇高的敬意和地位。虽然在民法典之中规定死者的人格权,但是未能就墓地提供有效的保护,仍然是一大缺憾。或许,如何在实践中兼容并包,既吸收传统法律文化精髓,又继受外来文化的合理因子,仍是我们探寻文化自信和制度自信道路的大本之宗。<sup>[3]</sup>

[1] 张晋藩:《中华民族精神与传统法律》,载《比较法研究》2018年第1期。

[2] 黄源盛:《汉唐法制与儒家传统》,广西师范大学出版社2020年版,第27页。

[3] 顾元:《论唐代无主物法律制度》,载《中国法学》2020年第3期。