

## 專家諮詢意見書

案號：109年度憲二字110號及110年度憲二字第529號祭祀公業案

專家學者 姓名：鄧學仁

為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

應揭露事項：無

- 一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。
- 二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。
- 三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

專業意見或資料：如下

此致

憲法法庭

公鑒

中華民國111年9月5日

憲法法庭收文
111. 9. 08
憲B字第 401 號

具狀人/撰狀人 鄧學仁 (簽名蓋章)



## 祭祀公業派下員之繼承與平等權之研究

中央警察大學法律系教授 鄧學仁

### 一、前言

依據祭祀公業條例第3條第1款規定，祭祀公業係由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體。亦即，祭祀公業之成立，應具備設立人、享祀人、獨立之財產及祭祀活動等相關事項。因此，以延續家產俾祭祀祖先為目的之祭祀公業，即包含物的要素與人的要素。在物的要素方面，須有得以延續祭祀的獨立財產（實際上多數為不動產）；在人的要素方面，祭祀公業構成員須為得以延續祭祀的享祀人子孫（即設立人及其派下員）。

因祭祀公業派下權兼具財產權與身分權之性質；該財產權主要是收益分配權及財產處分權，身分權則是執行祭祀之資格。又隨著社會變遷後，派下權在財產權之性質較重，該身分權僅為主張財產權之依據而已，故派下權之爭執特別集中在財產利益的分配與繼受方面。

2008年7月1日祭祀公業條例施行前，凡與祭祀公業相關之事項，因屬於民事法律所未規定者，於發生紛爭時，依現行民法第1條之規定，皆由法院依據民事習慣處理。亦即，在祭祀公業條例施行前，祭祀公業之紛爭在實務上主要多涉及派下權確認訴訟，依當時之行政實務規定「祭祀公業派下權之繼承或喪失，依規約定之，無規約或規約未規定者，依民事習慣定之<sup>1</sup>」；而有關祭祀公業之繼承所依從之習慣，於當時之司法實務上認為「係以享有派下權之男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫（例如招贅婚之子女係從母姓），向無派下權，即不得繼承祭祀公業財產」<sup>2</sup>，亦即，過去以來在實際上，無論係基於祭祀公業內部規約或社會習慣，因傳統上重視性別與姓氏，皆以派下員之男系子孫（含養子）始具有派下員資格。

<sup>1</sup> 參照祭祀公業土地清理要點（民國97年7月1日廢止）第12點。

<sup>2</sup> 參照司法院字第647號解釋。

而於 2008 年 7 月 1 日祭祀公業條例施行後，則以該條例第 4 條及第 5 條規定全體派下員資格。亦即，現行法融合傳統習慣及行政規則、司法實務之相關解釋後，於同法第 4 條針對祭祀公業條例施行前已存在之派下員資格，建構其適用法源的順序為：1 規約；2 習慣；3 經同意。其立法理由乃顧及祭祀之傳統習俗，且尊重當事人私法自治之原則與維護法秩序之安定性而設；然而於同法第 5 條針對祭祀公業條例施行後發生繼承事實之派下資格，卻規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者為派下員」，其立法理由乃排除宗祧繼承重視男系子孫之傳統習俗，為男女平等原則而設。

換言之，在現行法之祭祀公業條例中，關於派下員資格的規定，竟然同時存在前者尊重傳統習俗，而後者卻排除傳統習俗之兩種互相矛盾的規定，此乃考量私法自治原則、法秩序安定性原則與性別平等原則互相折衝下的結果，也就是在這些基本原則之間，進行法的價值判斷與利益衡量後的妥協讓步，本文即針對此派下員繼承與平等權之間的關係，分析如下。

## 二、依釋字第 728 號解釋之解決方法

釋字第 728 號解釋認為，關於祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫(含養子)為派下員，多數情形女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定，是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第 7 條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

亦即釋字第 728 號解釋認為，縱然過去以來在實質上已經形成性別上之差別待遇，但祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定，在法條之

形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，更何況相關規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於憲法第14條保障結社自由，第15條保障財產權及第22條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。由於該規定實質上縱形成差別待遇，但並非恣意，尚難認與憲法第7條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

然而，釋字第728號解釋又認為祭祀公業條例第4條第1項後段規定：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）」則係以性別作為認定派下員之標準，已經形成在性別上之差別待遇。雖然同條第2項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，亦得為派下員、、、」，及第3項規定：「派下員之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員、、、」等部分，已有減緩差別待遇之考量；且第5條「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員」之規定，亦已基於性別平等原則為規範，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在。

關於整體派下員制度之差別待遇仍然存在的問題，釋字第728號解釋認為「有關機關應與時俱進、、、視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正，俾能更符性別平等原則與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨。」

### 三、祭祀公業之法律性質

祭祀公業為台灣漢人社會之特有文化，而我國民情原本就鼓勵對於祖先要「慎終追遠」，現行民法繼承編之所以不採用傳統繼承舊慣，也僅是對於封建制度「嫡長子」或僅男系子孫始得以繼承，反對這種「宗祧繼承」所表彰的長幼尊卑與男女性別上的不平等而已，但從未反對延續家產與祭祀祖先的古風。故祭祀公業所實踐之延續家產與祭祀祖先，並未違反現代社會的公共秩序與善良風俗。因此，作為台灣

社會獨特的傳統文化，祭祀公業的組織架構仍然存在，僅其運作方式為順應時代變遷有所調整而已。

換言之，祭祀公業條例所規範之祭祀公業不僅有其組織名稱、管理人、組織規約、派下員，亦有獨立財產，在過去日治時代之殖民者認為其乃台灣固有習慣，不宜以日本民法規範，而將其法律性質理解為具有「習慣上法人」之地位。相對於此，國民政府治理台灣後，則認為祭祀公業類似於大陸之祭田、祀田等，單純為後代子孫共有之產業，將其法律性質理解為全體派下員之「共同共有物」，而不具有法人格；因為法人非依法登記不得成立，故無所謂「習慣上法人」，但依據祭祀公業之特徵，又具有團體性質僅未依法登記成立法人而已。因此，在訴訟實務上認為祭祀公業符合民事訴訟法第 40 條第 3 項規定，具有「非法人團體」之地位。

然而，於 2008 年 7 月 1 日祭祀公業條例施行後，立法意旨在於使祭祀公業法制化並促使其邁向法人化。然而，對於未依法登記為法人之非法人祭祀公業團體，於訴訟實務上仍認為具有「非法人團體」之地位，而關於此種祭祀公業財產之歸屬，則認為由全體派下員共同共有。

再者，依據祭祀公業條例第 21 條規定：「本法施行前已成立之財團法人祭祀公業，得依本條例規定，登記為祭祀公業法人」亦即，依據同法第 21 條之規定，經法人登記後之祭祀公業法人，其法律性質屬於特別法之法人，仍保有祭祀公業之傳統型態，同時並有程序法上之當事人能力，亦得成為民法上之權利義務之主體，但仍有別於依民法規定所成立之財團法人及社團法人。

而於祭祀公業條例施行後新設立之祭祀公業，則依同法第 59 條規定，應依民法規定成立社團法人或財團法人，並於同法第 5 條規定：

「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員」，其立法意旨在於防止男

系繼承之性別不平等與公同共有財產處分困難之問題。

#### 四、法秩序的「安定要求」與「正確要求」之取捨

所謂法秩序的「安定要求」係強調法秩序應維持其客觀之安定，否則朝令夕改將致人民產生極大之不安全感，甚至使人民無所適從，致對法秩序產生不信任感。為保持法秩序之穩定性，可直接得出「法律不溯既往」之要求，另一方面，法秩序安定性原則亦意謂著對人民就現行有效法秩序之主觀信賴的保護，不使人民受到不測之損害，即所謂「信賴保護原則」之意旨<sup>3</sup>。而所謂法的「正確要求」係指在嚴守法秩序安定原則之情況下，因社會變遷導致無法實現具體個案之公平正義時，應與時俱進就相關規定適時檢討修正。

由於過去的傳統習俗使得祭祀公業本來就有濃厚的宗祧繼承色彩，進而造成祭祀公業派下員資格僅男系子孫得繼承之性別不平等問題一直揮之不去，現行法之祭祀公業條例即有鑒於此而欲檢討修正，可惜最後仍然為德不卒。其中第4條之規定就是在顧及祭祀公業傳統習俗下的妥協讓步，但在立法理由中卻以尊重當事人私法自治原則與維護法秩序安定原則為依據，將性別不平等問題隱藏在安於過去傳統習俗的慣例裡，藉此獲得暫時的安定狀態。然而，這樣明顯的性別不平等規定，未來依然不能免於遭受「性別歧視、差別待遇」的持續批判，亦將面臨應適時檢討修正的挑戰。換言之，如此的法秩序「安定要求」，並不能阻礙立法政策在社會變遷中勇於求新求變的需要。

再者，從法秩序的「正確要求」來看，於重視個人尊嚴與兩性本質平等的現代社會中，現行法之祭祀公業條例，既然是對於包含物的要素與人的要素在內的團體，使其法制化並促進其邁向法人化的法律，則該條例應該是要同時具備組織規範、裁判規範、行為規範等性質與功能的三重構造綜合體<sup>4</sup>。因此，在現代社會價值體系轉換的變革期中，

<sup>3</sup> <https://moilaw.moi.gov.tw/LawContentExShow.aspx?type=C&id=D.556>，最後瀏覽日：2022年7月18日。

<sup>4</sup> 青山道夫，有地亭，新版注釋民法(21)，1989年，第11頁。

該條例之立法目的即應以合乎法目的之立場告別過去性別不平等的傳統習俗，而不是僅追隨傳統習俗之後而安於過去性別不平等的慣例中。換言之，法秩序的「正確要求」，就是要求法秩序應發揮「正確指導力」，賦予法律應與時俱進就相關規定適時檢討修正的任務，以實現具體個案之公平正義。

## 五、結社自由與私法自治之法理侷限

在祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，大多設立於 1912 年中華民國創立以前，自今也已存在超過 110 年；就算是設立於日治時期之少數既存祭祀公業，從國民政府統治台灣後之 1945 年至今 2022 年也至少超過 77 年。在這些不算短的歲月中，我國的傳統文化、道德、習俗等亦同時面對現代西方人權思想發達後，在人權價值體系方面的各種檢驗與挑戰，並有所因應與調整。

一般而言，我國的傳統向來比較重視集體主義，乃至強調「家」的重要性，可說完全欠缺每一個人都是「獨立人格」與「權利主體」的現代法律概念，因此鼓勵人民勇於「犧牲小我完成大我」；過去傳統社會的氛圍也是「家的延續與和諧」重於「個人尊嚴」的維護，導致對於法律所未規定的民事法律關係，即以傳統習俗為依據而形成「法之確信」，藉以解決與派下權相關的紛爭。縱使已經進入二戰結束後的現代社會，許多裁判實務仍然重視此種傳統習俗的法秩序安定性；相關判例及解釋也很自然會尊重既成事實。

然而，來自西方的現代人權思想卻強調個人主義，在以「個人」為單位，以「權利」為本位的現代法律思潮下，不但不認為個人應該為群體犧牲，甚至認為個人應該積極為自己爭取權利以獲得保障；唯有如此，個人才值得受法律保護與社會重視。在此種社會氛圍下，「家之延續」與「祭祀」已經不如往昔重要；相對於此，表彰獨立人格的個人主體性就日益受重視。換言之，個人尊嚴的維護成為現代社會最受重視的普世價值。

由以上分析可知，在現代人權思想的引導下，多年來經由學校教育及社會教育的洗禮，就算是非法律專業人士的一般人，也逐漸認識女性在法律上乃具有獨立人格的權利主體，並非依附在大家族下的廉價勞動力，亦非早期父權或夫權社會的附屬品；一般人在常識上或認知上，或多或少也有承認女性法律地位的心理準備，而非一夕之間忽然面臨來自性別平等的突襲與挑戰。

最重要者，祭祀公業的成立並非僅單純憲法所保障的結社自由，其內部規約之訂立亦非僅單純私人之間的私法自治內容。其最主要的原因在於派下員之派下權同時具有身分權及財產權之性質，導致後代子孫經常因此訟爭不斷，若僅依據結社自由與私法自治的法理，並不能釐清並解決派下權之紛爭。

亦即，針對祭祀公業的團體而言，後代子孫主要是經由繼承事實當然成為派下員。而其「結社自由」係指後代子孫是否願意成為派下員之自由，本來後代子孫皆可依繼承事實而當然取得派下員資格，若不願成為派下員者，可自由選擇不成為派下員。但祭祀公業內部規約卻特別規定只有「男系子孫」得以當然成為派下員，而僅強制排除女系子孫之派下權，也就是雖然同樣是後代子孫，卻剝奪女系子孫依繼承事實當然成為祭祀公業派下員之自由，此舉已屬個人尊嚴之基本人權問題，不能以結社自由之法理作為限制女系子孫本來當然可以成為祭祀公業派下員之依據。

再者，有關祭祀公業內部規約是否完全屬於私法自治範圍之問題，關於此所謂私法自治原則係指個人得依自己意思，自主形成法律關係之原則。亦即，個人不受國家干預，依據自己的需求並自我負責安排法律關係之謂。然而，祭祀公業內部規約縱然是屬於私法自治範圍內之約定，亦不能表示該內部規約可以成為私人之間恣意性別歧視進而剝奪他人繼承權之依據。

又祭祀公業的後代子孫也因社會變遷，逐漸瞭解與其強調祭祀祖



先的香火延續，倒不如重視自我權益的滿足。因此，既然現行祭祀公業條例之立法意旨在於將祭祀公業法制化及促進祭祀公業邁向法人化，則與時俱進就相關規定適時檢討修正，使女系子孫亦得因繼承事實回復派下員資格，乃不能迴避的必然之事，並且只是時間早晚的問題而已。因此，女系子孫如同男系子孫，經由繼承事實而當然成為派下員身分的願望，應指日可待。

至於有論者<sup>5</sup>謂我國仍應重視祭祀公業之特殊性質，主張須以尊重私法自治與維護法之安定性為原則，男女平權優先為例外，俾解決祭祀公業派下員資格之爭議，否則祭祀公業之派下員可能出現百家姓，導致違反祭祀公業設立人為使享祀人能永久享祀之宗旨。

關於此，現行民法第 1059 條有關子女之姓氏已修正為依父母約定，故只有男性才能維持家族祖先姓氏之情形現今已不復存在；再者，從單一血統的延續性而言，我國早已設立收養制度，就是允許具有他人血統的養子女成為後代子孫而參與祖先祭祀。與此相對者，縱使具有一脈相承純正血統之後代子孫，亦可能因為不婚、不生或宗教信仰等原因而無法延續祭祀，由此可知重點在於是否認同祭祀祖先之活動，而非受限於性別與姓氏。所以僅男系子孫始得成為祭祀公業派下員之傳統論點，已因社會變遷失其存在基礎。

總之，傳統「神不歆非類，民不祀非族」、「非其鬼而祭之，諂也」的思想，造成過去派下員限制以男系子孫、未出嫁女子、招贅婚或未招贅所生男子冠母姓者為對象，考其重點應在於姓氏的傳承，但如前述民法第 1059 條有關子女之姓氏已修正為依父母約定，無法約定者由抽籤決定，亦即，只有男性才能維持祖先姓氏之情形已不復存在。且祭祀條例第 5 條亦規定有共同承擔祭祀之繼承人均得成為派下員，因此，祖先應該由有意願慎終追遠之子孫來祭拜，而非單純依性別來限制，有關派下員資格應依繼承事實不分性別當然取得。

---

<sup>5</sup> 顏淑娟，私法自治與公法規制衝突下之「祭祀公業規約」法律問題研究——以派下員資格為中心——，國立中正大學法律學系碩士論文，2017 年 7 月，123 頁以下。

## 六、未來修法之建議—代結論

綜上所述，祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業……無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」及同條第 2 項前段規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。」已經形成在性別上之差別待遇應屬違憲，實有修正之必要。

成為問題者，若祭祀公業條例修正，使得女系子孫因繼承事實當然回復派下員身分後，其財產權的法律效果應如何處理？有關於此，似乎可參考家事事件法第 163 條之相關規定。亦即，關於死亡宣告之裁定經撤銷或變更後，受死亡宣告之人即回復其以住所地為中心之身分關係與財產關係；而有關身分關係之規定，同法第 163 條規定「裁定確定前之善意行為，不受影響。」（第 1 項但書）；而有關財產關係之規定，同法第 163 條第 2 項規定「因宣告死亡取得財產者，如因前項裁定失其權利，僅於現受利益之限度內，負歸還財產之責。」

據此，於祭祀公業之情形，其女系子孫因繼承事實，當然回復派下員身分後，固得向已取得其財產之派下現員，請求返還女系子孫所失之權利，但該派下現員係相信現行法之規定而善意取得財產，亦具有現行祭祀公業條例之「信賴基礎」，故有受信賴保護利益之必要。申言之，家事事件法第 163 條之所以規定負返還義務之人「僅於現受利益之限度內，負歸還財產之責」，係因負返還義務之人相信法院死亡宣告之裁定而善意取得財產，有信賴保護之利益使然。因此，祭祀公業條例修正後，使得女系子孫因繼承事實當然回復派下員身分後，得要求祭祀公業登記其派下員之身分，關於此若有爭執者，積極主張權利之人即得依修正後祭祀條例第 4 條之規定（詳如後述），提起「確認派下權存在之訴」，並負舉證責任。而針對財產權之部分，得向已取得其財產之派下現員，於現受利益之限度內，請求返還。關於此若有爭執者，積極主張權利之人得依修正後祭祀條例第 5 條之規定（詳

如後述)，提起「請求派下現員返還現受利益之訴」，並負舉證責任。

鑒於祭祀公業條例第 4 條對祭祀公業條例施行前已存在之派下員資格，不論係依規約、習慣或經同意之規定，在實質上與形式上均造成性別歧視應屬違憲，又第 5 條規定本條例施行後之派下員，「應以共同承擔祭祀者為派下員」之規定，所謂共同承擔祭祀義務是指僅須有主觀之意願，或必須有客觀參與祭祀之事實如何認定易生爭議，且過去非屬派下員之女系子孫如何能共同承擔祭祀，爰建議修正祭祀公業條例此二條文如下：

第 4 條 祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人依民法繼承編之規定列為派下員。

第 5 條 前條修正前派下現員已取得財產者，如因前條修正失其權利，僅於現受利益之限度內，負歸還財產之責。