



### 言詞辯論意旨書

案號：110 年度憲二字第 529 號

- 聲請人 許金賀 住籍詳卷
- 許瑞民 住籍詳卷
- 許瑞章 住籍詳卷
- 許瑞發 住籍詳卷

憲法法庭收文
111. 9. 07
憲A字第 4764 號

上四人共同 翁方彬律師 設台北市大安區和平東路一段 16 號 5 樓之 1  
 訴訟代理人 呂冠勳律師 設同上  
 陳品好律師 設花蓮縣花蓮市中美一街 3 號 1 樓

為聲請解釋之憲法法庭言詞辯論程序，依法提出言詞辯論意旨書：

一、**祭祀公業條例第 4 條第 2 項之規定「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員」**，限制女性派下員之繼承人取得派下權之資格，有違憲法第 7 條人民無分男女在法律上一律平等、及憲法增修條文第 10 條第 6 項消除性別歧視之意旨，亦與祭祀公業條例制定目的無關：

(一) 祭祀公業條例制定目的

按「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用，增進公共利益，特制定本條例」、「本條例用詞定義如下：一、祭祀公業：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」，此為祭祀公業條例第 1 條、第 3 條第 1 款，觀諸該條例之立法意旨，無非係為凝聚宗族意識、彰顯家產，蓋因台灣光復後，政府對於祭祀公業之土地任其自然發展並無立法特別保護，再者，我國因實施民生主義之土地政策，對土地所有權限制甚多，加之工商業發達，宗族觀念淡薄，導致祭祀公業存續根基為之動搖（附件 1），因此為使祭祀公業有法人地位，得為權利義

務之主體，解決公共共有關係衍生土地登記財產處分複雜問題，特制定此條例。

(二) 祭祀公業條例第 4 條第 2 項卻以性別區分是否取得派下權，此差別待遇違反憲法第 7 條、及憲法增修條文第 10 條第 6 項之意旨：

1. 按「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」(憲法第 7 條)、「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」(憲法增修條文第 10 條第 6 項)，此為憲法保障性別平等與婦女實質平等之明文規定。因性別而為之差別待遇，僅於特殊例外情形，且必須基於男女生理上之差異或因差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足當之(釋字第 365 號理由書參照)。且立法者於形塑政策時，亦應避免形成性別角色之窠臼，否則亦有違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨(釋字第 807 號解釋理由書參照)。
2. 所謂「對婦女的歧視」，依據《消除對婦女一切形式歧視公約》，係指「基於性別而作的任何區別、排斥或限制，其影響(結果)或其目的均足以妨礙或否認婦女不論已婚未婚在男女平等的基礎上認識、享有或行使在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面的人權和基本自由」，故對女性的歧視態樣包括直接歧視、間接歧視、目的上歧視與結果上歧視。所謂直接歧視，係指法律條文本身對於女性構成差別待遇，而間接歧視，係指法律條文本身並未構成差別待遇，然而實施的結果卻造成差別待遇(釋字第 666 號解釋許宗力大法官協助同意書、釋字第 760 號解釋黃昭元大法官、詹森林大法官協同意見書參照)。
3. 次查，祭祀公業財產是以「祭祀」為目的，然祭祀公業條例第 4 條第 2 項之規定卻將性別作為是否得祭祀祖先，並列為派下權取得及喪失之要件，換言之，男性子孫得無條件取得派下員資格、女性子孫卻需滿足「派下員無男系子孫，且未出嫁」之條件，始取得派下

員資格（系爭規定前段）；男性派下員之子孫得無條件取得派下員資格、女性派下員需招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓（系爭規定後段）。

4. 然因性別而為之差別待遇，僅於特殊例外情形，且必須基於男女生理上之差異或因差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足當之（釋字第 365 號解釋理由書參照），而祭祀公業條例第 4 條第 2 項之規定造成實質上差別待遇，並非基於男女生理上之差異或因差異所生之社會生活功能角色上之不同，而係基於「重男輕女」舊有文化，且落入傳統「以夫為尊的性別窠臼」，換言之，其所內嵌的是父系中心家族主義的傳統，以男系為中心的「房」的概念，將女性視為父或夫的從屬，否定女性作為平等家族成員的身分，即與憲法第 7 條與增修條文第 10 條第 6 項之意旨不符。
5. 末查，有學者謂，觀諸祭祀公業條例第 5 條明文規定：「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」，其立法理由謂：「基於民法規定男女繼承權平等，本條例施行後之祭祀公業即不宜再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利」；然祭祀公業條例第 4 條卻不願否定既有之排斥女性成為派下員之習慣法，以致社會實踐上女性極少成為派下員，而得以如第 5 條所稱「共同承擔祭祀」，故實質架空第 5 條追求兩性平等之立法理念，倘若能以實證資料證明第 5 條所期待之「男女繼承權平等」的社會效應，因第 4 條之故而無法實現，則將使得第 4 條正當性，因違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨，而應被否定（附件 2）。

### **（三）以性別作為差別待遇之限制手段與祭祀公業條例立法目的之間顯然無關聯必要性：**

1. 查性別之分與祭祀公業條例制定目的「祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理」之間究竟有何關聯？在子孫

均有奉祀本家祖先之前提下，女性子孫相較於男性子孫，即使未滿足「派下員無男系子孫，且未出嫁」之條件，亦得彰顯其祭祀祖先之精神、或對於其宗族之認同，則何以相同血緣、相同祖先之二人，卻因性別有異，須有更嚴格之限制，才能祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統以及健全祭祀公業土地地籍管理？另男性派下員所生之子孫、與女性派下員所生之子孫，兩者祭祀相同祖先，其血緣來源係父或母，並不因此而有祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統以及健全祭祀公業土地地籍管理之差異，是以，足見以性別為分類之手段與祭祀祖先發揚孝道之目的間，顯無關聯必要性。

2. 綜上，祭祀公業條例第4條第2項附加上開要件之手段與其目的間難認係絕對必要且無可替代，與立法目的亦無顯然關聯必要性，是祭祀公業條例第4條第2項抵觸憲法第7條保障性別平等與增修條文第10條第6項之意旨而應宣告違憲。

**二、祭祀公業條例第4條第2項後段「該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員」之規定限制人民之姓名權、身分權等人格權，有違憲法第22條自由權以及第23條比例原則：**

**(一) 憲法第22條保障姓名權、身分權等人格權：**

維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值（釋字第603號、第689號解釋參照），人格權作為個人人格的基礎，乃為不可或缺之基本權利，而為憲法第22條所保障之基本人權之一，其保護範圍包括生命、姓名、血統等。就「姓名」而言，「姓名權」係指人民自我命名的自由，為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，亦為憲法第22條所保障（釋字第399號參照）。就「血統」而言，釋字第587號解釋理由書認為，「子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障」，倘若法律否定子女之真實血統來源，已侵犯

子女之人格權。然所謂血統，不僅止於個人身分之血統，亦包括族群身分之血統。

(二) 以我國民事習慣觀之，並未要求女性派下員所生男子需同姓氏、甚或要從母姓之例外限制：

1. 按「祭祀公業之派下，原則上以男系子孫為限，出嫁女子之子孫不得為派下，但女子因家無男人（兄弟）可承繼派下權而招贅夫，或未招贅生有男子，或收養男子者，該男子均可為派下，台灣省原有此習慣」，此有最高法院 72 年台上字第 1111 號民事判決（附件 3）可資參照。
2. 再按，通說上則認為「考察長年以來被司法機關奉為圭臬的台灣民事習慣調查報告、被視為台灣傳統習慣權威解釋的台灣私法、甚或日治時期的法院判決與學說，都沒有出現以『奉祀本家祖先』作為女性例外得繼承的要件，甚至也未有從母姓的例外限制。例如台灣民事習慣調查報告指出『派下子孫以男系子孫為限，出嫁女子之子孫，不得為派下……但女子因其家無男子（兄弟）可繼承派下權，而招贅夫，或未招贅夫生有男子或收養男子者，該男子均可為派下』（法務部編，《台灣民事習慣調查報告》，2004 年，頁 754），其就女性所生男子得例外繼承的情況，便未列有從母姓的要件。因此台灣民事習慣調查報告、台灣私法、日治時期的法院判決與學說的見解可以作為認定台灣民間習慣法的參照，則『奉祀本家的女子』、『從母姓的子孫』之限制，乃是最高法院民庭決議所『發明』的習慣法，而非經研究檢驗、獲得充分證據支持對習慣法內容的『確認』。雖然台灣民事習慣調查報告認為得依據各公業之規約或習慣限制祭祀公業之設立人及其繼承人的派下資格，但法院仍應本於憲法的平等保障精神，以及民法第 2 條、第 72 條民事習慣與法律行為皆不得背於公共秩序或善良風俗之規定，審查該規約或習慣是否違反公序良俗，以決定其法律上之效力」（附件 4）。

3. 復按，「法律既尊重男女平等及姓氏自由約定，**當不以姓氏而限制或剝奪權益**，宜以子孫祭祀祖先，崇德揚孝之念為出發，故**雖不同姓氏，然均屬同源，為血脈相承**」，此亦有內政部辦理 100 年度祭祀公業及神明會清理工作檢討會編號 3 提案單（附件 5）可資參考。
4. 綜上可知，依照我國傳統習慣權威解釋《臺灣民事習慣調查報告》之記載，其實具有派下權之女子招贅夫所生之男子亦得為派下員，並未要求該男子需「從母姓」，換言之，就女姓招贅夫所生男子得例外繼承的情況，並未列有從母姓的要件。

**(三) 現今已無「招贅婚」概念、更無強制子女必須從父姓或母姓，祭祀公業條例第 4 條第 2 項後段之規定顯係侵害人民之姓名權、身分權等人格權：**

1. 查民國 96 年以前，民法第 1059 條：「子女從父姓。但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。贅夫之子女從母姓。但約定其子女從父姓者，從其約定」，舊民法將婚姻分為嫁娶與招贅兩種方式，子女的姓氏也因為婚姻的種類不同而標準不一。而民國 96 年以後，民法第 1059 條修正為：「父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。未約定或約定不成者，於戶政事務所抽籤決定之。子女經出生登記後，於未成年前，得由父母以書面約定變更為父姓或母姓」，可見婚姻不再分為嫁娶或招贅，夫妻可以自行決定子女要從父姓或母姓，無法決定則在戶政事務所抽籤決定，不會用法條強制規定子女應該跟著哪一方姓氏。限制子女為派下員資格而要求其祭祀公業派下員「同姓氏」，將因而成為無意義之事。
2. 由此可見，祭祀公業條例第 4 條第 2 項後段仍以現今法律已不存在之「招贅」觀念，並剝奪其如何命名之自由，據以拘束女性派下員子孫必須從母姓，始「承認」該子孫為其本家子孫，無異否定異姓子女之真實血統來源，已侵犯子女之人格權甚明。

**(四) 以姓氏作為差別待遇之限制手段與祭祀公業條例立法目的之間顯然無關聯必要性：**

1. 查祭祀公業條例第4條第2項後段，以「該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員」為女性派下員其子女取得派下員身分之要件。我國固有「從父姓」之概念或傳統，要求子女從父之姓，即為父姓本家之子孫，而招贅婚中所生之子女，該子女從母姓則為母姓本家之子孫，然要求子女須從其母之姓，始得取得母姓本家派下員身分之限制手段，是否真有助於促進以祭祀祖先或其他享祀人為目的，實有疑問。
2. 其次，促進以祭祀祖先或其他享祀人之方法多端，姓名只是其中之一，而且是相當形式之手段。如同111年憲判字第4號所述，如欠缺實際之養成過程，單純從父或母之姓亦未必真能顯現對原住民文化之認同，相同地，亦未必真能顯現對自我宗族之認同，因為認同之形成及持續，需要有相關之養成、學習或生活過程。祭祀公業條例第4條第2項後段要求「先從母姓，而後才有身分」之限制手段，也明顯並非侵害最小之限制手段。
3. 查姓氏之分與祭祀公業條例制定目的「祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理」之間究竟有何關聯？在異姓子孫均有相同祖先之前提下，即使未相同姓氏，亦得彰顯其祭祀祖先之精神、或對於其宗族之認同，則何以相同血緣、相同祖先之二人，卻因姓氏有異，須有更嚴格之限制，才能祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統以及健全祭祀公業土地地籍管理？另男性派下員所生之子孫、與女性派下員所生之子孫，兩者祭祀相同祖先，其血緣來源係父或母，並不因此而有祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統以及健全祭祀公業土地地籍管理之差異，是以，足見以姓氏為分類之手段與祭祀祖先發揚孝道之目的間，顯無關聯必要性。

4. 綜上，祭祀公業條例第 4 條第 2 項後段附加上開要件之手段與其目的間難認係絕對必要且無可替代，與立法目的亦無顯然關聯必要性，是祭祀公業條例第 4 條第 2 項後段限制人民之姓名權、身分權等人格權，有違憲法第 22 條自由權。

**證據清單**

- 附件 1：黃志偉，祭祀公業條例解析與土地清理實務，頁 1 至 3，2016 年 12 月四版。
- 附件 2：王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮，祭祀公業及神明會裁判評析，頁 13 至 14，2015 年 9 月初版。
- 附件 3：最高法院 72 年台上字第 1111 號民事判決。
- 附件 4：王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮，祭祀公業及神明會裁判評析，頁 384 至 386，2015 年 9 月初版。
- 附件 5：內政部辦理 100 年度祭祀公業及神明會清理工作檢討會編號 3 提案單。

此 致

憲法法庭

中 華 民 國 1 1 1 年 9 月 日

聲請人：許金賀



許瑞民

許瑞章



許瑞發



上四人共同訴訟代理人：翁方彬律師

呂冠勳律師

陳品好律師





● 第十八章	祭祀公業土地清查處理原則總說明及條文修正說明 對照表 .....	359
● 第十九章	祭祀公業土地清理實施計畫 .....	365
● 附錄一	祭祀公業解散後派下員由分割所得未產生經濟效益土地 認定標準 .....	379
● 附錄二	祭祀公業法人圖記之樣式及規格 .....	380
● 附錄三	申請祭祀公業派下全員證明書應備表件及格式 .....	386
● 附錄四	申請登記為祭祀公業法人相關文書表件 .....	394
● 附錄五	祭祀公業土地清理不同階段之公告及一併通知函 .....	408
● 附錄六	訂定祭祀公業法人申請登記及變更登記事項等參考 範例 .....	428
● 附錄七	祭祀公業派下員名冊漏列或謬列更正應備表件及格式 ..	436
● 附錄八	祭祀公業派下員繼承變動應備表件及格式 .....	443
● 附錄九	祭祀公業不動產清冊謬列或漏列更正應備表件及格式 ..	451
● 附錄十	祭祀公業規約訂定或變更應備表件及格式 .....	455

## 第一章 認識祭祀公業

### 一、崇敬祖先、彰顯家產

我國祭田、塋田之設立，旨在特置田產，將田產收入專供祭祀之用，其起源已無可考，然據典章記載，南宋時代已有此制度；台灣祭祀公業與祭田相類，目的在於崇敬祖先、彰顯家產、凝聚宗族意識，其濫觴於明末鄭成功渡海來台之時，及至嘉慶、道光年間祭祀公業之設立逐年增加，甲午戰爭之後，台灣割讓予日本，台灣人民懷念祖國與追思祖先之心日殷，祭祀公業之設立再度盛行，然日本政府為消弭「本島中國人情結」，自大正 12 年（1923 年）即全面實施日本法制，不准祭祀公業之新設立，台灣光復後，政府對祭祀公業之土地任其自然發展並無立法特別保護，再者，我國因實施民生主義之土地政策，對土地所有權限制甚多，加之工商業發達，宗族觀念淡薄，導致祭祀公業存續根基為之動搖。

### 二、避免爭奪、促進地用

祭祀公業係祖先克勤克儉艱難創業，然經過數代或數十代之後，或因派下員散居各地，疏於祀奉先人血食、任由土地荒蕪，或因祭祀公業土地價值飛漲，不肖子孫只知爭逐利益，忘卻追薦烝嘗之目的，祭祀公業不但走上暮途，而且成為爭權奪利衍生糾紛之訟源及促進土地利用的障礙。目前台灣省祭祀公業約有四萬多件，土地面積約九千餘公頃，其開發空間相當寬廣，但礙於清理程序相當繁複，開發並非易事。

### 三、經費來源、法律地位

台灣地區之祭祀公業，大多數係以祭祀祖先為主要目的，以土地為基礎，由享祀者之子孫所組成而設立之獨立財產。在明末清初已陸續設立，尤以日據初期為多。據明治 41 年（光緒 34 年）台灣總督府調查統計，台

附件 1



灣祭祀公業之總數為 2 萬 2,199 件，其中持有土地者占 1 萬 5,621 件。除祭祀為主要目的之外，尚辦理福利事業、慈善活動，其所需經費即由祭祀公業之財產及其收入支付之。祭祀公業財產係屬獨立財產，為派下全體共同共有，公業財產之主體為派下全體，由其子孫相繼為派下，按其系統關係比例對祭祀公業具有其權利與義務，非派下子孫之個人財產，其處分權依規約或習慣定之，通常屬於派下子孫全體，其使用收益，可以約定由專人管理或由派下輪流管理。故台灣私法，認定台灣祭祀公業為派下所組成之一個獨立團體，祭祀公業之財產不僅為派下個人之私益而存在，乃為祭祀祖先而設立者。並非專謀一般社會之公共利益為目的。在實質上尚難當然認為公益為目的之社團或財團法人團體。因此在日據時期，大正 12 年 1 月 1 日日本民法施行於台灣時，特以法律特例（大正 11 年 9 月 18 日勅令第 407 號：「關於施行於台灣之法律之特例」第 15 條規定，僅得視為「習慣上法人」，繼續存在，准以祭祀公業名義辦理土地登記，但以當時現存者為限，不得再新設立，以資過渡。故祭祀公業於土地台帳及土地登記簿上，均列明為土地所有權人）。

台灣光復後由於日據時期被視為「習慣上法人」准予登記，故光復初期地政機關乃因循日據時期土地登記簿及土地台帳之記載，准其申報辦理土地總登記，成為現行之土地登記名義人。惟依民國 39 年最高法院台上第 364 號判例：「台灣關於祭祀公業之制度僅係某死者後裔共同共有祀產之總稱，無權利能力，雖有歷來不問是否具備社團法人或財團法人之法定要件，均得視為法人之習慣，然此種習慣自台灣光復初期民法施行後，其適用應受民法第 1 條規定之限制，僅就法律所未規定者有補充之效力，法人非依民法或其他法律之規定不得設立，在民法施行前，亦須有財團及公益目的社團之性質而有獨立之財產，始得視為法人，民法第 25 條及民法總則施行法第 6 條第 1 項既設有明文規定，自無適用與此相反之習慣，認其祭祀公業為法人之餘地。」據此判例，光復後祭祀公業土地之權利主體不得登記為○○祭祀公業，應為全體共同共有人，即全體派下，土地登記依理自亦應以全體派下為所有權人，但現在土地登記簿上仍照日據時期之

例，登記其所有權人為某某祭祀公業而為權利主體。造成土地登記上名實不符之困擾。據統計在民國 74 年台灣地區之祭祀公業，其具有獨立財產者仍有 1 萬 2 千餘件，土地 1 萬 5 百餘公頃，筆數 5 萬 6 千餘筆，其中耕地因民國 42 年施行耕者有其田條例，其出租耕地大部分已被徵收，所餘保留者已屬不多，但擁有建地、山林者不在少數，其在城市之建地有多達數千坪，價值億萬以上者。

台灣光復以後，我國民法施行於台灣，祭祀公業凡是未經成立登記為法人者，不再視為法人，且土地政策上，土地法、耕地三七五減租條例、實施耕者有其田條例及實施都市平均地權條例等法律之施行，使祭祀公業不僅不再盛行，且日漸衰微，而未有新設立之例。

祭祀公業既然非法人，自不能為權利主體，為何土地登記簿上仍登記為權利人？蓋因台灣光復時，百廢待興，而其中以地籍整理為要，但礙於人力、財力及時間等限制，乃參照民國 36 年 7 月 30 日地政部京地籍字第 0440 號代電：「查共有土地共有人過多，如宗祠或同鄉會之地產，應飭其依民法總則關於法人規定，成立財團法人，依法辦理登記。如不依法成立財團法人時，即應在申請登記時，飭其全體或大多數共有人推舉代表人，付與授權書，以該團體名義（如某某宗祠或某某同鄉會）申請登記」之釋示，而以「權利憑證繳驗」之權宜方式，將日據時期土地台帳及土地登記簿上列為土地所有權人之祭祀公業予以轉錄，致目前土地登記簿上，仍登記祭祀公業為土地所有權人。

#### 四、未立法前，祭祀公業清理困難因素

- (一) 祭祀公業土地由管理人或由派下全體之過半數推舉之代表主動申報，而祭祀公業往往因派下間利害衝突，意見不一，無法申報。
- (二) 派下員人數眾多，散居國內外且姓名、住址不明，難以通知清理申報。
- (三) 派下員有無不明而管理人早已死，無法推舉代表人辦理申報。
- (四) 祭祀公業享祀人已無後裔，其土地又無人管理，無法申報。



不過，日治前期功虧一簣的關於祭祀公業的習慣立法，於民主化以後的台灣被實現了。自日治初期起，台灣的司法及行政機關持續地在「依舊慣」的法律條文下，認定台灣人的民事習慣法。台灣殖民地政府進而於1909年至1914年間著手為「習慣立法」，亦即擬依立法權的作用，將台灣人的習慣規範轉化成構成要件及法律效果較明確的制定法上條文，故一方面承襲既有的習慣法之內涵，另一方面參酌現代法理念及歐陸和日本立法例而為創新的規定（並不全然跟隨習慣中的價值觀），並提出包括《臺灣祭祀公業令》等在內的數種律令案。<sup>26</sup>然而日本帝國政府認為殖民地之擁有獨自的民法典，將妨害其與母國的政治統合，故不准《臺灣祭祀公業令》等習慣立法的公布施行。<sup>27</sup>直到1990年代，由台灣人民選出代表所組成的立法機關，在可不受域外政治權威干涉的情形下，終於實現了習慣立法。例如1999年將台灣社會上關於「合會」的習慣，轉化為中華民國《民法》債編第二章「各種之債」第十九節之一「合會」的條文。同樣的，立法機關為了更積極地整頓祭祀公業，於2007年12月12日公布《祭祀公業條例》（2008年7月1日施行），完成了將近一百年前被外力阻擋之祭祀公業的習慣立法。<sup>28</sup>祭祀公業在國家法上地位因而提升，例如該條例第21條允許祭祀公業得登記為「祭祀公業法人」，故原本否認祭祀公業具有法律上人格之判例不得再援用。<sup>29</sup>但進行習慣立法時，亦經常本於當代的價值觀而修正原有的習慣規範。例如該條例的第4條，雖於第1項就既存的祭祀公業承認由男系子孫為派下，但第3項規定了習慣所無之女子得經決議成為派下員；該條例

第5條更將得繼承祭祀公業財產者，從習慣規範上的「男系子孫」，改為「共同承擔祭祀者」（詳見後述）。

雖然如今已施行具創新內涵的《祭祀公業條例》，但本書所考察的法院裁判，有許多是做成於該條例生效之前，故在進行評釋時，仍須了解戰後的中華民國法院，向來是如何本於傳承自明治日本的「習慣法」與「事實上習慣」概念，處理祭祀公業相關法律問題。以下將就此，做簡要的說明。

戰後司法機關極少將台灣社會的習慣，視為國家法上作為補充性法源的習慣法，但祭祀公業恰有一例：「祭祀公業派下權以男系子孫為限」。戰後的最高法院曾於1971（民國60）年，參照民國時代中國1931（民國20）年12月25日做成的司法院20年院字第647號解釋，而就「祭祀公業財產之繼承」判認應「依從習慣，係以享有派下權之男系子孫為限，女子向無派下權，故亦不得繼承公業之財產」。<sup>30</sup>

惟該項有關祭祀公業之習慣法的認定，毋寧是特定價值判斷底下的產物。曾有學者表示，祭祀公業財產係設立人在生前所為且生前即生效，與遺產繼承或遺囑之均於死後始生效有別，故不同於《民法》上所規定的遺產繼承權及繼承人之特留分（第1138、1223-1225條），<sup>31</sup>以此合理化「祭祀公業財產之繼承」係《民法》第1條所稱「法律所未規定者」，故可將「以享有派下權之男系子孫為限」的習慣法（作為法源）適用於個案，得出該案女子不得繼承公業之財產的法律上結論。以生前或死後生效之差異來特殊化祭祀公業，誠然是一種法律解釋，但亦可解釋為，祭祀公業財產是以「祭祀」為目的，而祭祀與財產繼承密不可分；由於《民法》第1138條已對財產繼承明文規定不限於男性子孫，故關於祭祀公業財產之繼承，即無「法律所未規定者，依習慣」之情形。<sup>32</sup>最高法院在1971年時不採取後一種解釋，乃因其仍支持民國時代中國司法行政當局在1931年所做的價值判斷。直到最近，立法者再做

<sup>30</sup> 此判決為60年台再字第79號。參見黃茂榮，《民法總則》，頁16-17。

<sup>31</sup> 參見黃茂榮，《民法總則》，頁17-18。

<sup>32</sup> 較詳細的法律論證，參見王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，44卷1期（2015年3月），頁1-69。

<sup>26</sup> 參見王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁176-186。

<sup>27</sup> 此外，當時以仿效西歐法律為主流的日本法學界，也視這種相當程度肯認東亞法文化的習慣立法為異端。王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁202。

<sup>28</sup> 參見王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁211-213。台灣晚近的習慣立法，也是整個「中華民國法制台灣化」的一環。參見王泰升，《臺灣法律現代化的歷程》，第三章第四節（即將出版）。

<sup>29</sup> 於2008年8月12日，最高法院97年度第2次民事庭會議決議，不再援用否認祭祀公業法律上人格的39年台上字第364號判例。

PTA 4-2



價值選擇，《祭祀公業條例》第5條明文規定：「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」。<sup>33</sup>問題是立法者於該條例第4條，卻不願否定既有之排斥女性成為派下成員的習慣法（第1項），只形式上給予女性經決議成為派下員的機會（第3項），以致社會實踐上女性極少成為派下，而得以如第5條所稱的「共同承擔祭祀」，故實質架空了第5條追求兩性平等的立法理念。面對該第4條是否違憲的爭議，2015年3月20日司法院大法官釋字第728號解釋採合憲說。惟筆者認為，倘若能以實證資料證明第5條所期待之「男女繼承權平等」的社會效應，因第4條之故而無法實現，則這個法事實將使得第4條的正當性，因違反憲法第7條保障性別平等之意旨，而應被否定。<sup>34</sup>

本書各作者對於選出之法院裁判所持法律解釋，可能有不同意見，以體現不同的價值選擇。這是為了提供給審理司法個案的法官更多的選項，以協助法官獨立做成符合當代人民需要的裁判，故判斷之權與責，仍在任重道遠的法官手中。不過，立法與司法有其分際，若立法者的價值選擇已定，司法者僅能遵從之，除非以司法違憲審查權否定其法律效力。

戰後台灣國家法上較常見的是，將社會上習慣視為學說所稱的「事實上習慣」，而以之作為解釋或補充當事人法律行為或意思表示的基準。<sup>35</sup>就祭祀公業而言，戰後的中華民國法院逕將台灣的祭祀公業視為

與在中國大陸的「祭田」相同，以方便運用在民國時代中國的判例中所持之祭田係公同共有物的見解，處理台灣的祭祀公業法律問題。是以1951（民國40）年最高法院曾於40年台上字第998號判例稱：「惟該地如有祭產管理人得代表祭產公同共有人全體處分祭產之習慣，可認祭產公同共有人有以此為契約內容之意思者，自不得謂祭產管理人之處分為無效。」<sup>36</sup>按台灣的祭祀公業曾遭舊的日治時期國家法改造，亦即於土地調查時令各公業選出專任管理人，台灣總督府法院再以判決認為縱使祭祀公業內部另有約定，公業管理人對外代表公業所為行為仍有效，以保護交易上善意第三人。因此戰後初期台灣社會上，很可能存在著祭祀公業管理人得代表該祭祀公業處分公業財產之習慣。<sup>37</sup>上揭判例意味著國家法將「公業管理人得代表公業處分」的習慣，視為是事實上習慣，並以之解釋或補充當事人關於「公同共有」的法律行為，而非視其為可作為補充性法源的習慣法。

社會上習慣在國家法中能否視為事實上習慣，同樣是一個法的價值判斷。戰後台灣法院於1961（民國50）年某一判決，亦參照前揭民國中國1931年的20年院字第647號解釋，而謂：「家族中之祭祀公業以男系子孫輪管或分割或分息者，係本於從習慣為家族團體之公共規約，在女子向無此權，苟非另行約定，自不得與男系同論」，<sup>38</sup>同樣是以事實上習慣來解釋或補充當事人間的「公共規約」。不過無論習慣法或事實上習慣，違反公序良俗者，均無適用餘地（民法第2條）。<sup>39</sup>做成於

<sup>33</sup> 第5條所稱「祭祀公業及祭祀公業法人」，在解釋上應包括「本條例施行前已存在之祭祀公業」，按本條例第59條明定：「新設立之祭祀公業應依民法規定成立社團法人或財團法人」，則該等法人的財產應依民法處理，而「祭祀公業法人」依本條例第21條之規定，係屬「本條例施行前已存在」。因此，既存的祭祀公業在本條例施行後，就祭祀公業財產之繼承，即須「以共同承擔祭祀者列為派下員」。該第5條之立法理由明確表示：「基於民法規定男女繼承權平等，本條例施行後之祭祀公業即不宜再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利」。

<sup>34</sup> 如何將法經驗事實，運用於性質上屬於「法適用」的司法違憲審查，參見王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁32-33。

<sup>35</sup> 參見28年上字第1977號、37年上字第6809號判例。法律上被視為事實上習慣之既存於台灣社會的習慣，很少是因為法律條文明定「另有習慣者，依／從其習

慣」，以致實際上發生規範作用。按這些明定有習慣時依習慣之關於財產法任意事項的法條，基本上都是抄襲自歐陸民法典，原係反映歐陸社會，而非台灣社會的需求，且戰後政府部門極少從事與民事財產法相關習慣的調查，故法官難以知悉習慣之存在。

<sup>36</sup> 最高法院判例編輯委員會編，《民國十六年至八十七年最高法院判例要旨》，頁429。

<sup>37</sup> 參見法務部編，《台灣民事習慣調查報告》，頁730-736。

<sup>38</sup> 此判決為50年台上字第146號。參見黃茂榮，《民法總則》，頁16-17。

<sup>39</sup> 中華民國民法第2條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」此條所稱「習慣」解釋上應兼指習慣法及事實上習慣。參見王澤鑑，《民法實例研習 民法總則》，頁28。亦有學者認為該民法第2條所稱的習慣只指習慣法。參見胡長清，《民法總則》，頁13。





【裁判字號】72,台上,1111

【裁判日期】720318

【裁判案由】確認派下權

【裁判全文】

上訴人 李建興

法定代理人 李梅

被上訴人 李新和（李珠妹祭祀公業管理人）

李錦塗

右當事人間請求確認派下權事件，上訴人對於中華民國七十一年十一月二十二日台灣高等法院第二審判決（七十一年度上字第二三五五號），提起上訴，本院裁定如左：

主文

上訴駁回。

第三審訴訟費用，由上訴人負擔。

理由

按當事人依民事訴訟法第四百六十八條規定，以第二審判決有不適用法規或適用法規不當為上訴第三審之理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容。若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣。倘為司法院解釋，或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容。如依民事訴訟法第四百六十九條所列各款事由提起第三審上訴者，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明者，即難認為已對第二審判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。查祭祀公業之派下，原則上以男系之子孫為限，出嫁女子之子孫不得為派下，但女子因家無男子（兄弟）可承繼派下權而招贅夫，或未招贅生有男子，或收養男子者，該男子均可為派下，台灣省原有此習慣。本件原審認定李寬死亡時已有養子即上訴人李錦塗繼承為戶主，自不容李寬之女李梅之養子即上訴人繼承派下權。自無違背法令之可言。上訴人對第二審判決提起上訴，或就原審取捨證據認定事實之職權行使，謂為不當，或謂前開習慣所謂家無男子（兄弟）係指親生男子而言，不包括養子在內，而未說明其依據。或具體指摘原判決違背法令之所在。依首揭說明，其上訴即非合法。

據上論結，本件上訴為不合法。依民事訴訟法第四百八十一條，第四百四十四條第一項，第九十五條，第七十八條，裁定如主文。

中 華 民 國 七 十 二 年 三 月 十 八 日



44-45)。

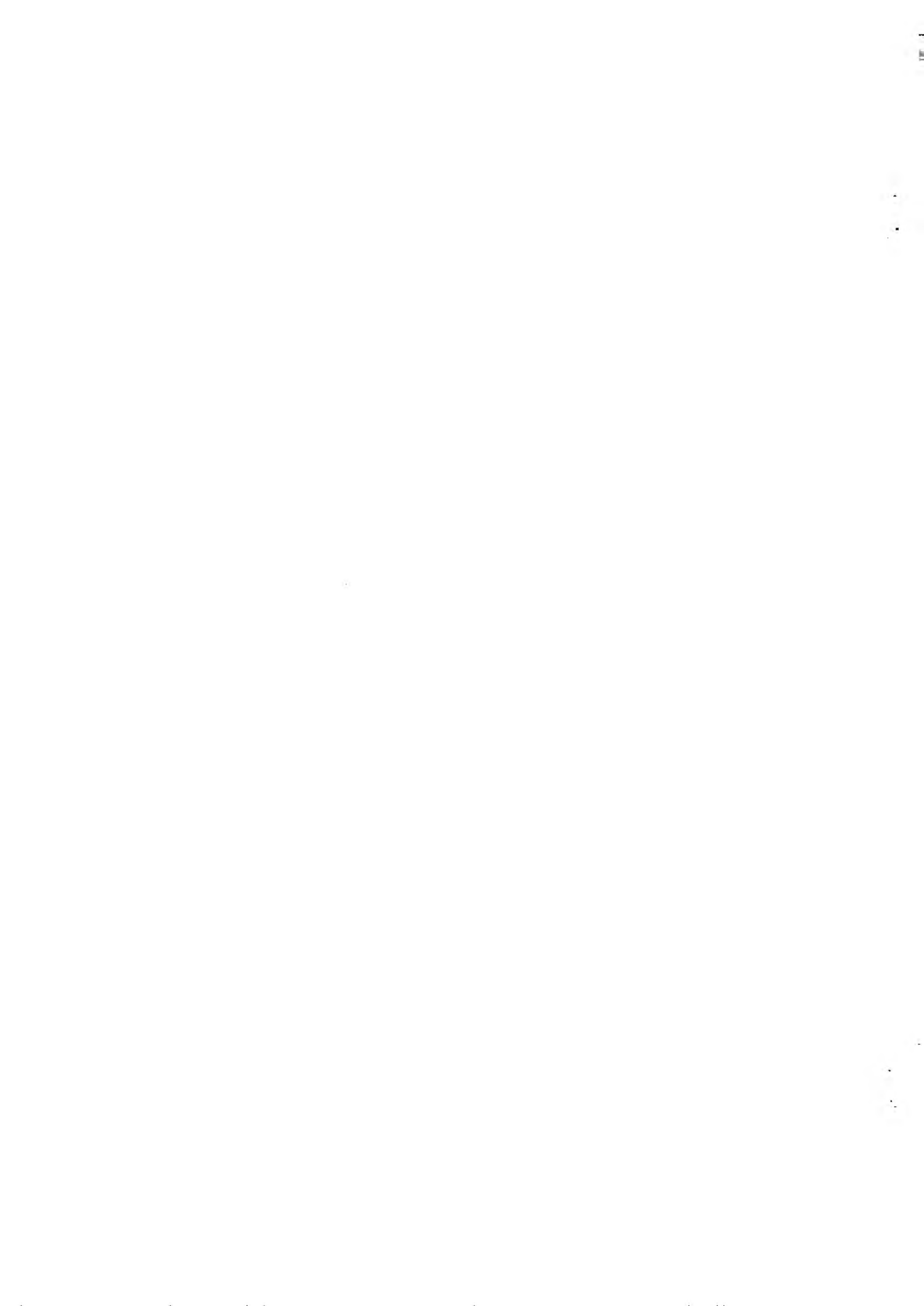
#### 四、本文見解

本案所涉及的是血親種類（自然或擬制血親）、性別（男性或女性子孫）與從姓（是否從祭祀公業創設人之姓）與祭祀公業派下資格之關係。亦即，祭祀公業派下資格是否因其為自然或擬制血親而有所不同？如為擬制血親，是否又因其為男性或女性、是否從祭祀公業創設人之姓而有所不同？

在認定個案事實、決定法律關係時，首先需予區分的是事實係發生於日治時期或戰後，以此決定所應適用之法律。相關討論請參見前最高法院87年度台上字第1710號民事判決，本書頁320-321。本案之部分案件事實發生於日治時期，亦即楊○被收養與結婚生子皆發生於日治時期，而楊樓（楊○之女）收養楊○錫則發生於戰後（1962年），祭祀公業公約之訂定時間亦為戰後（1981年），但有證人謂該公約內容係根據祖先之口述流傳下來，而楊○錫係於民國77年經祭祀公業派下員大會決議列為派下員，此係雙方不爭執之事實。就發生於日治時期的事實所由成立的法律關係，亦即養家另有收養未從養家姓的男子，此時從養家姓、並於養家招夫的養女是否得為祭祀公業派下？於本案中，最高法院91年度台上字第1335號判決引用司法實務上慣常引用的司法院20年院字第647號解釋認為，「祭祀公業之繼承，依從習慣，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（例如招贅婚）之子孫，向無派下權，不得繼承祭祀公業財產」，因此認定應以「奉祀本家祖先」為判準，高○（派下員楊○迪之螟蛉子）未從楊姓、並非祭祀本家祖先，而楊○係招贅而奉祀本家祖先，因此「是否不能取得派下權，即值深究」，其招贅所生之獨子未從母姓即非本家子孫，而長女楊樓終身未嫁奉祀本家祖先，可能屬於司法院該號解釋所稱之「奉祀本家祖先之女子」，故其養子亦得繼承派下權。

本文認為，司法院20年院字第647號解釋：「家族中之祭祀公產。以男系子孫輪管或分割或分息者。係本于從前習慣為家族團體之公共規約。在女子向無此權。苟非另行約定。自不得與男系同論」，以及最高

法院70年度第22次民事庭會議決議：「祭祀公業之繼承，依從習慣，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（參照司法院院字第647號解釋），故民法所定一般遺產之繼承，於祭祀公業財產之繼承，不能為全部之適用。」絕非祭祀公業派下權習慣法的「如實呈現」、「金科玉律」，法院在引用時不只經常疏於區分司法院20年院字第647號解釋的內容與最高法院70年度第22次民事庭會議決議之間的差異，誤將最高法院70年度第22次民事庭會議決議的內容當成司法院20年院字第647號解釋的內容（本案最高法院91年度台上字第1335號判決之承審法院即犯了此謬誤），更忽略了司法院該號解釋及最高法院該次決議的內容，與台灣民事習慣調查報告、台灣私法、日治時期的法院判決與學說見解之歧異，如考察長年以來被司法機關奉為圭臬的台灣民事習慣調查報告、被視為台灣傳統習慣權威解釋的台灣私法、甚或日治時期的法院判決與學說，都沒有出現以「奉祀本家祖先」做為女性例外得繼承的要件，甚至也未見有從母姓的例外限制。例如，台灣民事習慣調查報告指出「派下子孫以男系之男子孫為限，出嫁女子之子孫，不得為派下……但女子因其家無男子（兄弟）可承繼派下權，而招贅夫，或未招贅夫生有男子或收養男子者，該男子均可為派下」（法務部編，《台灣民事習慣調查報告》，2004年，頁754），其就女性所生男子得例外繼承的情況，便未列有從母姓的要件。因此，如果台灣民事習慣調查報告、台灣私法、日治時期的法院判決與學說的見解可以做為認定台灣民間習慣法的參照，則「奉祀本家的女子」、「從母姓的子孫」之限制，乃是最高法院民庭決議所「發明」的習慣法，而非經研究檢驗、獲得充分證據支持對習慣法內容的「確認」。這個發明再透過各級法院的持續引用而成為司法實務上認定祭祀公業派下資格的判準。因此，最高法院以「奉祀本家祖先」做為是否具有派下資格的判準，不盡適當。更何況，依據一般對於祭祀公業派下資格的定義，不論是「設立人及其子孫」、「享祀者之子孫」、「享祀者子孫以及設立人及其子孫」，都不以奉祀做為派下的資格要件，而是派下的「義務」。因此，最高法院以奉祀祖先做為資格要件，



是混淆了「派下資格」與「基於派下資格所生之義務」的差異。再者，即便依照司法院該號解釋與最高法院該次決議的內容，都並未區分擬制血親與自然血親的差異，也並未完全排除女性的繼承。因此，誠如最高法院所言，楊○與楊樓可被視為「奉祀本家祖先的女子」。

至於戰後所發生的收養關係，亦即楊樓收養楊○錫為養子，則基於以下三點理由，不應區分養子與親生子的差異，楊○錫應有派下資格。首先，雖然民國74年修正前之民法第1142條第2項前段規定養子女之應繼分爲婚生子女之二分之一，且楊樓收養楊○錫之事實發生於民國51年，但由於民法於民國74年之修正已經廢除了養子女與親生子女在應繼份上之差異，憲法第7條、增修條文第10條第6項更規範了平等原則，因此擬制血親與自然血親之權利義務應無不同。其次，祭祀公業條例第4條之立法理由亦表示「依據台灣民事習慣調查報告記載有關養子對於養家之親屬關係，均與親生子女相同，如以繼嗣爲目的而收養者，並承繼養家之宗祧」。最後，該祭祀公業之規約亦規定，養子女與婚生子女同，無男性而由女性招贅所生之男子從楊姓者得有派下權。但須注意的是，雖然台灣民事習慣調查報告認爲得依據各公業之規約或習慣限制祭祀公業之設立人及其繼承人的派下資格（法務部編，《台灣民事習慣調查報告》，2004年，頁740），但法院仍應本於憲法的平等保障精神，以及民法第2條、第72條民事習慣與法律行爲皆不得背於公共秩序或善良風俗之規定，審查該規約或習慣是否違反公序良俗，以決定其法律上之效力。

（主筆者：陳昭如）

## 參、死後收養之養子

▶▶最高法院民事判決 99年度台上字第1264號

### 主要爭點

日治時期寡妻收養養子的習慣與效力為何？過房子與螟蛉子之派下員資格有無不同？

### 事實摘要

陳○泰以陳○蓮、陳○田於民國95年間申報核備祭祀公業陳○記管理人及派下時，將伊排除於派下員名冊之外，遂請求確認派下權存在。陳○泰主張，祭祀公業陳○記原派下陳○屋於日治昭和18年（1943）去世後，因原育有一子陳○已卒於日治大正5年（1916），其妻陳張○單獨收養另一派下陳○（即陳○屋父陳正之叔）之孫陳○沂為螟蛉子，以承繼陳○屋裡祀而為其「死後立嗣」，陳○沂為其父，已於民國79年死亡，伊即因繼承而成為公業派下。

陳○蓮、陳○田則抗辯，陳○沂於日治時期之戶籍載為「陳張氏右螟蛉子」，並非「陳○屋養子」，且陳張○收養行為未經族長或宗親會議決之，宗族間更無人知曉其事，該收養屬陳張○個人所為，非為陳○屋死後立嗣，況陳張○篤信基督，無設置香案祭祀陳○屋之可能；再者，陳○沂被收養後仍繼續與本生父母共同生活，並未與陳張○一起生活，生前亦以陳○祿後代之身分參與系爭祭祀公業有關派下會議及參與宗族祭祀，並繼承陳○祿產業，故陳○沂仍為派下陳○祿之子，而與派下陳○屋無涉，陳○泰並無派下權可言。

### 裁判內容

最高法院民事判決 九十九年度台上字第一二六四號

上訴人（兼被選定人） 陳○蓮 陳○田

共同

訴訟代理人 沈○宏律師 張○桓律師

被上訴人 陳○泰

訴訟代理人 黃○維律師

上列當事人間請求確認派下權存在事件，上訴人對於中華民國九十八年十二月二十三日台灣高等法院第二審更審判決（九十八年度上更（二）字第一〇號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。



內政部辦理 100 年度祭祀公業及神明會清理工作檢討會  
提案單

提案單位	嘉義縣民雄鄉公所	編號	3
遭遇問題	為祭祀公業條例第 5 條所示應將 97 年 7 月 1 日後有共同承擔繼承事實及有繼承資格之繼承人（包含女子）列為派下員之規定，卻可能因我國風俗（繼承男方姓氏）之傳統而產生祭祀公業「百家姓」的問題，故有些祭祀公業不願將女子列為派下員。		
說明	因我國繼承男方姓氏之文化傳統，若將女子列為派下員，所生之子無論是否冠其（母）姓氏，惟有祭祀事實，亦得列為該公業之派下員，則會衍生出眾多「雙公業」或「多公業」的問題產生，除了財產方面的繼承問題之外，對於祭祀公業最核心的延續「宗族」及祭祀祖先之目的，卻可能轉變成為不同姓氏的龐大組織。		
具體建議意見			
決議	祭祀公業，係以祭祀祖先發揚孝道，延續宗教傳統為目的。而依民法 1059 條規定，父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。未約定或約定不成者，於戶政事務所抽籤決定之。子女經出生登記後，於未成年前，得由父母以書面約定變更為父姓或母姓子女已成年者，得變更為父姓或母姓。法律既尊重男女平等及姓氏自由約定，當不以姓氏而限制或剝奪權益，宜以子孫祭祀祖先，崇德揚孝之念為出發，故雖不同姓氏，然均屬同源，為血脈相承，應請行政機關同仁善加宣導改正觀念。		

內政部辦理 100 年度祭祀公業及神明會清理工作檢討會  
提案單

提案單位	左營區公所	編號	
遭遇問題	依祭祀公業條例第 14 條第 3 項，規約之訂定及變更應有派下現員之出席，出席人數 3/4 以上之同意或經派下現員 2/3 以上之書面同公所備查。依據前開公所准予規約備查，公業即依祭祀公業條例第 3 款規定依規約申辦所有權變更登記為派下員分別共有，致使未規約之派下員權利受損。		
說明	祭祀公業條例相關規定並無規範訂定及變更規約所召集之派下現員書面同意，須有送達通知之證明，僅依一定人數出席及表決，為審核，公所即得准予備查，似有欠妥。		
具體建議意見	訂定及變更規約召集之派下現員大會或書面同意，建議應有送達通知或已為盡力通知之舉證，以為公所准予備查之要件之一，以防公業為規避阻力，故意不為通知，致使其他派下員權益受損之虞。		
決議	祭祀公業訂定及變更規約程序，依祭祀公業第 15 條第 4 款規定為規約應記載事項，而同條例第 14 條第 3 項係規範規約之訂定及變更派下員大會或由派下員書面同意等方式為之。祭祀公業本質為屬私法，苟無礙公益或違反法令及禁止規定，應予尊重。因此為維護全體派下員權益之規定（含程序與實體），建議應於規約內明定。此外，行政機關相關管理人及規約備查案，對於程序之踐行（開會通知是否寄派）仍宜予注意。		

P.1

附件 5

