

附件一格式四（各頁得雙面列印，上下左右邊界為2.5公分）

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、機關或團體

姓名或名稱：王泰升

1 為請求確認派下權存在事件，認臺灣高等法院高雄分院107年度上易
2 字第354號民事判決，所適用之祭祀公業條例第4條第1項後段、第2
3 項、第3項及第5條規定，有違憲疑義，聲請解釋案，提出專家諮詢意
4 見事：

5 應揭露事項

- 6 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
7 代理人有分工或合作關係。
- 8 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
9 代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。
- 10 三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

12 專業意見

13 鈞院指定本人就 鈞院所示：祭祀公業條例第4條第1項後段規
14 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，
15 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：
16 『派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。』是否違憲？
17 提出專家諮詢意見。茲敬提意見如下：

19 一、保存漢族傳統價值觀的祭祀公業法制

21 （一）台灣漢人移民特定文化觀及社會經濟條件下的產物

22 由於當今的法學及法律制度係來自歐洲文明，¹ 故對於漢人源自
23 固有文化而與當今法律相關的制度——可稱「法律傳統」，宜先以固
24 有文化中的用語及觀念說明其立制基礎及理由，方可知其後如何被轉
25 譯而成為不同語彙世界的現行法制，俾能以現行的憲法進行違憲審
26 查。在學界所謂「傳統中國法」底下，漢人所稱的「家」，乃是由各

¹ 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》（台北：臺大出版中心，2022），頁7-12、16。

1 個「房」組成的經濟性團體；且由於重視男性勞動力，以及從儒家三
2 綱（君為臣綱、父為子綱、夫為妻綱）所衍生「君父權體制」下**重男**
3 **輕女的觀念，只有男性才構成「房」**，女性則附屬於男性組成的房。
4 按所有家之成員的勞動所得均歸入「家產」，當中女子對家產的貢獻
5 在「出嫁」時以嫁妝的方式回饋之，在出嫁後其勞動力歸於夫家，對
6 娘家的家產即無貢獻。因此家產乃是所有留在家中的男子之共同勞動
7 所得，當需要「分家」時，即由各男子分別組成的房（大房、二房、
8 三房，依此類推）作為單位，依原則上均分的「房份」〔按：《大清律
9 例》規定不分妻妾婢生，都均分，只有姦生之子得半份，惟台灣漢人
10 社會是否全然遵從之仍待查〕，來承受家產，以延續各房的宗祧/祭
11 祀，各房即從同「家」而成為同「宗」之關係。分家通常發生在家長
12 死亡之後，漢族自古以來的觀念認為，**人死後靈魂仍在，須受後世子**
13 **孫祭拜**，不然會淪為可憐的孤魂野鬼，因此各房在分得家產的同時，
14 也要飲水思源**共同祭祀**曾為家產有所貢獻之已死的父母親及其他祖
15 先，因此**承受家產與祭祀先祖**是兩者合一、一體的兩面。²

16 不過家長在世時也可能進行分家，此時父母親可能抽出/設立一
17 份作為「公業」（相對於各房的「私業」）的財產，保留為生前之養
18 贍，並於死後用以祭祀其在天之靈。亦有可能分家後各房感念父母親
19 之恩，出資集成/設立一份亦稱「公業」、通常為土地的財產，以祭祀
20 父母親或其他祖先。例如清治時期漢人移民在台灣發達、而有經濟基
21 礎後，即落地生根的在台灣，而不再返回中國原鄉，祭祀自己的祖
22 先；台灣漢人移民之設立這種祭祀先祖的公業，剛好在19世紀中期
23 的「在地化」後達到高峰。甚或一般人為感謝無親屬關係之某死者生
24 前的貢獻或出於其他理由，出資集成/設立一份財產以祭祀該死者
25 （**享祀者**）在天之靈。還有享祀者自己生前、或享祀者的親人在享祀
26 者亡後，為祭祀之用所設立的公業。這份財產即日治時期國家法上所

² 參見王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，6版，2020），頁35-40、93、97

1 稱的「**祭祀公業**」（參見後述），若從人死後仍有靈魂的觀點，可說是
2 **死者（享祀者）**，而不是設立公業之人或奉祀（實際上為祭祀）之人
3 的**財產**。這份為享祀者而存在、通常為土地的公業，就由分家後為同
4 **宗的各房**成為「**派下**」，共同辦理祭祀事宜，並依**房份**承受實際上的
5 財產利益。³ 按各房（頂房）成為一個新的家之後，將來會再分家而
6 滋生數房（下房），如開枝散葉般成長，以致共同祭祀並承受祭祀公
7 業之利益的人數越來越多。年代久遠的祭祀公業，於今歷來的各房子
8 孫人數眾多，還可能居住於國內外、分散於五大洲。

9

10 （二）日治時期國家法容許祭祀公業派下僅限於男系子孫

11 包括憲法在內之來自西方的現代法，⁴ 於日本 1895 年取得台灣主
12 權後，開始規範上述在台漢人為祭祀而設立的公業。在戰前日本明治
13 憲法底下，日治台灣的民事事項須以**法律**位階規範之，屬於法律位階
14 的六三法（三一法及法三號）規定：台灣總督發布的「律令」在台灣
15 地域具有與法律同一之效力，而 1898 年律令第 8 號及 1908 年稱為
16 「台灣民事令」的律令，均規定僅涉及台灣人的民事事項，包括為祭
17 祀而設的公業，應「**依舊慣**」。按在台生效的日本《法例》第 2 條規
18 定，以「不違反公共秩序與善良風俗」作為前提，「依法令規定所承
19 認」或「關於法令中未規定的事項」之習慣，與法律有同一效力。前
20 揭律令上「依舊慣」，即是該條「依法令規定所承認」之習慣，故乃
21 是具法律位階、作為法之適用的邏輯三段論法上大前提的「**習慣**
22 **法**」。1923 年 1 月 1 日起日本民法典施行於台灣，但本於法三號（法
23 律）的授權而可創設在台灣特別規定的 1922 年**勅令**第 407 號，於第 5
24 條表示：「僅涉及本島人〔按：即台灣人〕的親屬繼承事項，除有特

³ 參見臨時臺灣舊慣調查會，《臺灣私法 第一卷下》（台北：臨時臺灣舊慣調查會，1910），頁405-410；法務部，《臺灣民事習慣調查報告》（台北：法務通訊雜誌社，6版，1992），頁703；曾文亮，〈台灣漢人祭祀公業問題的歷史考察〉，收於台灣法律史學會、王泰升、劉恆奴編，《以台灣為主體的法律史研究》（台北：元照，2007），頁56。

⁴ 關於現代法的由來及內涵，及其與台灣人民之相遇，參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁103-110。

1 別規定外，**依習慣**」，第 15 條規定「本令施行之際現存的祭祀公業依
2 **習慣**而存續」。因此雖然此後禁止新設祭祀公業，但對於既有祭祀公
3 業而言，關於祭祀公業的習慣法**優先於**日本民法親屬繼承兩編而適
4 用，而非僅僅是藉以補充民法典之法源。⁵ 總之，由於日治 50 年立法
5 上只表示「依舊慣」或「依習慣」，職司習慣法之**認定的**台灣總督府
6 **法院**，在當時的憲政體制下，擁有**具體化祭祀公業法制之規範內涵的**
7 **權力**。

8 費時 10 年後出版《臺灣私法》的舊慣調查事業，即屬於行政部
9 門的台灣總督府，為協助法院內幾乎全為日本人的判官，認定僅涉及
10 台灣人之民事案件中的習慣法，而邀請法學者岡松參太郎，本於**法院**
11 **所使用之漢族法律傳統所無的現代歐陸法系概念**，「發現」台灣漢人
12 社會有哪些民事習慣法。按「祭祀公業」之稱呼未見於清律或中國大
13 陸，以及中國清末民國時期的大理院或最高法院判決或司法院解釋，
14 故實係日治時期舊慣調查當局於 1905 年**新造**之詞；《臺灣私法》將祭
15 祀公業定義為「為祭祀祖先而設立之獨立財產」，其成立要件有二：
16 1. 祭祀祖先之子孫，稱為派下、2. 支付祭祀經費的獨立財產。⁶

17 日治台灣憲政體制下的**有關機關**，一直**維持**祭祀公業派下**限於男**
18 **性子孫**的漢族法律傳統。依現代民法概念，人死即無權利能力，不能
19 作為權利的主體，故其所擁有的財產，須依照**西方的民法上「繼承」**
20 制度，移轉給具有權利能力的繼承人。漢人通常在父母親死亡後依房
21 份所為之分家，依歐陸法概念轉譯為：「**被繼承人**」死亡後，由於
22 「房」非權利主體，乃由構成房之男性「諸子」擁有「**繼承權**」，出
23 嫁後未能分得家產的女子則**無「繼承權**」。日治法院因此判認「家
24 產」或者稱「戶主所有之財產」，由**諸子均分**，**無男子**時，若「被繼
25 承人之親族無異議」，**女兒**方得繼承。⁷ 類似的概念操作**延伸至祭祀公**

⁵ 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁131-133、285-287、290-291。

⁶ 參見法務部，《臺灣民事習慣調查報告》，頁701-702、704；曾文亮，〈台灣漢人祭祀公業問題的歷史考察〉，頁61-63；臨時臺灣舊慣調查會，《臺灣私法 第一卷下》，頁394。

⁷ 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁311。

1 業，雖保留「派下」之名，但已非以「房」，而是由**男系子孫**，擁有
2 祭祀公業所由生的各項權利，法院亦不曾認定該項習慣法違反**公序良**
3 **俗**而無效。且1910年代前期總督府擬進行「舊慣立法」，將由法院形
4 成的祭祀公業習慣法明文化而做成制定法，並將其中不當、有害社會
5 秩序及與法理不合部分予以刪除，⁸然其1913年提出的「台灣祭祀公
6 業令」草案，對於僅男系子孫為祭祀公業派下一事，**毫無改變**之意。⁹
7 戰前日本明治憲法既無司法違憲審查制度，第二章「臣民權利義務」
8 亦無關於性別平等之規定，故**無從依實證憲法**論證祭祀公業派下限於
9 男系子孫之當否。

10 日治末期日本帝國為動員殖民地人民參戰而提出的「處遇改
11 善」，曾擬在立法上將民法典內親屬繼承兩編施行於台灣人，但將例
12 外的不適用日本民法的家督繼承，以維持諸子繼承。¹⁰依同理，很可
13 能將持續由男系子孫承受派下資格，但該等措施因日本旋即戰敗而未
14 施行。

15

16 二、現行祭祀公業派下權僅限男性子孫擁有之由來與爭議

17

18 （一）在戰後台灣作為訓政時期中國遺緒的20年院解字第647號

19 台灣史上戰後果然「處遇改善」了，只不過所施行的是與日本民
20 法典大同小異的中華民國民法典，其自1945年10月25日起施行於
21 台灣。且中華民國民法繼承編異於日本民法（家督繼承）及日治台灣
22 民事習慣法（諸子繼承）的是，關於**遺產**之繼承，**捨棄漢族法律傳**
23 **統**，由**不分男女**的「直系血親卑親屬」繼承。由於中華民國民法第1
24 條只允許在「法律所未規定」的情況下，由習慣法作為**補充性**法源，
25 故漢族關於祭祀公業由各房為派下而承受的法律傳統，須被認定為不

⁸參見曾文亮，〈台灣漢人祭祀公業問題的歷史考察〉，頁65。

⁹該草案第5條第2項規定：「派下之房份為平等，派下之子均分繼承其父之房份。」參見法務部，〈臺灣民事習慣調查報告〉，頁779。

¹⁰參見王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》44：1（2015年3月），頁30。

1 同於遺產繼承，始得以習慣法之形式被納入國家法。載有僅男系子孫
2 具有祭祀公業派下資格的**規約**，則須被視為係社會上慣行、但欠缺法
3 之確信的「事實上習慣」，方可以之作為**解釋或補充當事人法律行為**
4 **或意思表示**的基準。且習慣法本身或事實上習慣所解釋或補充的法律
5 行為，依民法第2條、第72條之規定，均**不得違反公序良俗**。¹¹ 然
6 而，**近似**同一時間在台灣的總督府法院，訓政時期中國司法院如下所
7 述，突破前揭重重關卡，**承認祭祀公業僅由男系子孫承受派下資格的**
8 **法律傳統**。

9 1931年12月25日做成的司法院20年院字第647號解釋第4
10 項，透過非屬審判的「司法解釋」，而形塑**民國中國祭祀公業法制**。
11 其表示：「家族中之祭祀公業，以男系子孫輪管或分割或分息者，係
12 本於從習慣家族團體之公共規約，在女子向無此權，苟非另行約定，
13 自不得與男系同論。」亦即認為**女子並無祭祀公業派下權**，除非**例外**
14 **的規約中**明定其有斯權。按法之解釋適用，本有多種可能性。例如可
15 從中華民國民法立法時，就「遺產繼承人」刪除第一次民律草案中的
16 「男子」，而僅留「直系血親卑親屬」，可知立法者對於像遺產這種向
17 來附隨著**祭祀之責（承繼宗祧）的財產**，已明白**否定**漢族以傳統的房
18 之觀念而限於由男性承受，從而**類推適用**於祭祀公業的派下權，否定
19 其之限於男性。惟1931年在中國的司法院所為之**價值判斷**，傾向於
20 支持源自過往禮教、重男輕女的僅男系子孫擁有派下權。¹²

21 同為1931年的6月1日剛公布施行之**民國中國法秩序上最高規**
22 **範的《中華民國訓政時期約法》**，在第2章「人民之權利義務」的第6
23 條規定：「中華民國國民無男女、種族、宗教、階級之區別，在法律
24 上一律平等。」故有別於同時間的日本明治憲法，業已**明確揭示男女**
25 **平等**之旨，但司法院前揭解釋卻**逆向而行**，**踐踏國家基本法之尊嚴**。
26 然而體現「以黨治國」的訓政時期約法第85條規定：「本約法之解釋

¹¹ 參見同上註，頁32-35。

¹² 參見同上註，頁35-36。

1 權，由中國國民黨中央執行委員會行使之」，是以司法院前揭解釋有
2 悖於約法上關於男女平等之保障與否，係由對司法院有指揮監督之
3 權、形同其上級的國民黨決定，¹³ 等於自己審查自己，難期約法發揮
4 法規範審查之作用。

5 在此，將時與地拉回當今的台灣。今在台灣的司法院，2018年
6 12月14日針對繼承回復請求權時效完成之效果，所做成的大法官釋
7 字第771號解釋，明示：「本院院字及院解字解釋，係本院依當時法
8 令，以最高司法機關地位，就相關法令之統一解釋，所發布之命令，
9 並非由大法官依憲法所作成。於現行憲政體制下，法官於審判案件
10 時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受
11 其拘束。」訓政時期黨國體制下產出的司法院20年院字第647號解
12 釋，顯然忽略當時約法第6條所規定之無男女之別，在法律上一律平
13 等，故於今本於自由民主憲政理念，不應再持以正當化「女子無祭祀
14 公業派下權」的主張。

15

16 (二) 戰後司法實務上盲從《臺灣民事習慣調查報告》處理祭祀公業

17 1949年遷移至台灣的最高法院，即依中華民國民法關於「習
18 慣」之規定，以判例/判決形成祭祀公業法制。1950年的39年台上字
19 第364號判例表示：「台灣關於祭祀公業之制度，雖有……均得視為
20 法人的習慣，然此種習慣自台灣光復民法施行後，其適用應受民法第
21 一條規定之限制，僅就法律所未規定者有補充之效力，法人非依民法
22 或其他法律之規定不得成立，……既設有明文規定，自無適用與此相
23 反之習慣，認其祭祀公業為法人之餘地」。¹⁴ 此判例係將依中華民國
24 法屬於不同法秩序之「舊的國家法」的日治時期民事習慣法（參見前
25 述一（二）），即祭祀公業為習慣法（非日本民法）上法人，認定為中

¹³ 訓政時期由中國國民黨全國代表大會行使中央統治權，其閉會時由該黨中央執行委員會行使之，即指揮監督作為國家機關的國民政府及五院。參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁136。

¹⁴ 參見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》（台北：最高法院，2001），頁3。

1 華民國民法第1條所稱之「習慣」，再以其並非「法律所未規定者」
2 而拒絕適用之。惟舊國家法/日治時期民事法的規範內涵，可能是日
3 本民法典而非台灣人習慣法（如日治後期關於民事財產法事項），因
4 此與戰後中華民國時期台灣人民當下的「習慣」是什麼，概念上是不
5 同的兩件事，該判例似乎只因日治後期國家法規定親屬繼承事項及祭
6 祀公業「依習慣」（1922年勅令第407號），即誤將兩者混而為一。嚴
7 格來講，中華民國法院若要準據日治時期民事法（含財產法與身分
8 法），應是依中華民國民法第1條，因新舊國家民事法之銜接（不同
9 於同一國家法秩序內新舊法銜接之可適用民法各編施行法），屬於
10 「法律所未規定者」，¹⁵ 且就此無習慣，故依「法理」。亦即本於「既
11 得私法上權益應受保障」，依舊國家法認定發生於當時之行為的法律
12 效果，除非法理上以法庭地國得拒絕準據違反其公序良俗之外國法，
13 而不依日治時期的舊國家法。

14 該39年台上字第364號判例，接著認為祭祀公業「不過為某死
15 亡者後裔共同共有祀產之總稱，尚難認為有多數人組織之團體名義」
16 [按：這則判例自2008年7月1日起，因與後述《祭祀公業條
17 例》之規定不符而不再援用]。當時據此，祭祀公業法律關係可直接
18 依照民法共同共有之規定，但姑不論民法物權編共同共有規定僅寥寥
19 數條，其並未關注祭祀公業之係基於宗族身分而組成團體的特質，於
20 是這部分依該判例的論理，須依「習慣」規範之。惟戰後台灣法院的
21 司法官，於1950或60年代大多數來自中國大陸，尤以高等及最高法
22 院層級為甚，故對台灣民間習慣不熟悉。¹⁶

23 於是類似日治時期舊慣調查，戰後的司法行政部委託法學者戴炎

¹⁵ 最高法院1952年在41年台上第1573號判例指出，民法總則施行法第18條第2項規定之「適用舊法」，不包括台灣於戰前所適用的日本民法，亦即該施行法僅適用於同屬中華民國法體制內之新舊法的銜接。1952年12月16日最高法院民刑庭總會，在提案說明中亦曾表示：「台灣光復後，關於法律之適用，本應制定專法，然既未為規定，無所依據，自當援用法理，以資救濟」，參見王泰升，〈台灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接（1945-1949）〉，收於同作者，《台灣法的斷裂與連續》（台北：元照，2002），頁27。

¹⁶ 參見曾文亮，〈台灣漢人祭祀公業問題的歷史考察〉，頁81；王泰升，《台灣法律史概論》，頁233、235。

1 輝，綜合各地院有關轄區民事習慣報告，及1966年8月到12月的實
2 地調查，出版《臺灣民事習慣調查報告》。該書「編輯凡例」第4點
3 表示「各編就前清、日據時期、光復後之臺灣民事習慣，為縱的敘
4 述，……可知其演變之跡。」可見調查報告中「前清」和「日據」部
5 分係**描述過去的法制**內涵，故所載者「非現行法」，**不等於當今社會**
6 上慣行或具有法之確信的事實上習慣或習慣法。其第5點進一步說：
7 「日據時期部分係以臺灣高等法院之判例解釋為主要資料，並參酌
8 「臺灣私法」、……所載學者之論著、質疑回答、司法公牘等」，亦即
9 舊國家法上法院的有權解釋，及當時學者見解（無權解釋）。但如前
10 述39年台上字第364號判例所示，戰後法院經常將日治時期的舊國
11 家法與現行法上習慣混而為一，於是調查報告中依日治時期法院判決
12 例所述的習慣內涵，竟被當成是中華民國法上的「習慣」，實有商榷
13 餘地。且該調查報告所述「光復後」部分，乃基於1966年所為的調
14 查（依編輯凡例第7點），縱令其可信度可延續至1980年代，還能代
15 表1990年代後因自由化、民主化導致社會劇變後的慣行或法之確信
16 嗎？¹⁷然而戰後台灣司法實務界，在無其他資料或文獻可參考的情況
17 下，竟長期的唯一仰賴該調查報告，認定當下社會的習慣，深感遺
18 憾。¹⁸

19 《臺灣民事習慣調查報告》關於祭祀公業派下權之記載，因此不
20 足以表述當今台灣社會的習慣，而**正當化**僅限於男系子孫擁有派下
21 權。該書關於「派下權之取得」，先就派下員資格，認為「原則上，
22 祭祀公業之設立人及其繼承人全部，均得為派下，但得依各公業之規
23 約或習慣，而限制之。設立人之繼承人以外之人或外國人（註二），
24 均不得為派下。又繼承人中，女子出嫁者亦不得為派下。」再就得為
25 派下之人，如何取得派下權，分為（1）原始取得，亦即全體設立祭

¹⁷ 參見法務部，《臺灣民事習慣調查報告》，編輯凡例。

¹⁸ 習慣是本於社會共識而存在，社會共識當然可能隨時間而有所變動，法院若根據數十年前所為的習慣調查報告來認定習慣，不免與當今一般人的認知產生落差。參見王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮，《祭祀公業及神明會裁判評析》（台北：元照，2015），頁1。

1 祀公業之人，及（2）繼承的取得，並詳述如下：「原則上，公業設立
2 人之繼承人全部，均因設立人之死亡，而取得派下權，自不問其為
3 男、女或嗣子、養子，均平等取得此權，惟當時因女子，原則上並無
4 遺產繼承權，故除有特殊情形（如無男子繼承人而招婿並未出嫁者）
5 外，亦不得取得派下權（註三）（註四）。」經查上揭註二、三、四均
6 是引用日治時期總督府法院判決例，故**所述者根本是舊國家法**。¹⁹ 今
7 之**司法者無適用之義務，立法者若欲延續尤須考量其蘊含的法律價值**
8 **是否已過時**。不過細讀後可發現，該調查報告所言的「原則上」，係
9 指**男、女均得為派下、繼承派下權**，惟「依規約或習慣」、「當時」
10 （指日治時期法律）女子原則上無遺產繼承權，才**例外的**女子出嫁後
11 無派下資格、無權繼承派下權。換言之，猶稍稍寓有男女平等之意，
12 但此未為法院所細查（見後述）。

13

14 （三）戰後司法實務界見解一直沿襲舊說

15 1949年遷至台灣的最高法院，在1961年的50年台上字第146
16 號判決，即表態**支持訓政時期中國**司法院20年院字第647號解釋所
17 做的價值判斷。²⁰ 這項判決似認為該有利於男系子孫的習慣，可透過
18 「另行約定」而變更其內涵，不具有強制性，故不違反公序良俗。然
19 而，倘若法院認為呈現於祭祀公業規約內「以男系子孫輪管或分割或
20 分息」的事實上習慣，有悖於男女平等原則而違反公序良俗，則根本
21 不發生「解釋或補充當事人法律行為」之效力，女性子孫也就不必仰
22 仗「另行約定」來保護其利益。顯然來到戰後台灣的最高法院，仍在
23 **價值選擇上偏惠男性**。1971年最高法院又在60年台再字第79號判
24 決，參照前揭20年院字第647號解釋，針對祭祀公業財產之**繼承**，
25 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
26 權，故亦不得繼承公業之財產」。有學者以祭祀公業財產係設立人在

¹⁹ 參見法務部，《臺灣民事習慣調查報告》，頁740-741、754。

²⁰ 參見黃茂榮，《民法總則》（台北：黃茂榮，增訂版，1982），頁16-17。

1 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，
2 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、
3 1223-1225條），²¹ 合理化「祭祀公業財產之繼承」之為民法第1條所
4 稱「法律**所未規定者**」。於是「依習慣法，女子無祭祀公業派下員資
5 格，從而不能繼承派下權」，成為台灣司法實務界通行的原則。

6 再10年後的1981年，最高法院70年度第22次民事庭會議，做
7 成其後常為法院審理祭祀公業案件時引用的一項決議。該決議表示：
8 「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
9 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
10 如招贅婚之子女係從母姓）向無派下權，即不得繼承公業之財產（參
11 照司法院院字第647號解釋），故民法所定一般繼承遺產之繼承，於
12 祭祀公業財產之繼承，不能為全部之適用（註：底線為筆者所添加，
13 顯示其增補前揭60年台再字第79號判決的部分）。」有學者認為該
14 決議所列「奉祀本家的女子」、「從母姓的子孫」之限制，乃是超越日
15 治時期《臺灣私法》及戰後《臺灣民事習慣調查報告》之實證調查，
16 所「發明」的習慣法。之所以如此，恐怕就因該決議，實整理最高法
17 院**歷來**關於祭祀公業**判決**而做**增補**，再次強調民法遺產繼承之規定不
18 能完全適用於祭祀公業之繼承，亦然。²² 換言之，1949年後在台灣運
19 作的最高法院，對於訓政時期中國司法院偏惠男性的祭祀公業派下權
20 見解，不僅承襲還繼續「發揚光大」。

21 從憲法的觀點，上述最高法院所為裁判或決議都是《中華民國憲
22 法》1947年公布施行之後做成的，而該憲法第2章「人民之權利義
23 務」第7條已明示「男女平等」之旨。或許在台灣的最高法院，早期
24 絕大多數是養成於訓政時期中國的司法官，較缺乏民事裁判應符合憲
25 法保障人民基本權利的意識，未深刻省思上述祭祀公業法制是否**抵觸**

²¹ 參見同上註，頁16-18。

²² 參見王泰升、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283-284、295-297。

1 **了憲法上性別平等的誠命**。司法院 20 年院字第 647 號解釋如前所述
2 已不宜沿用，則參照該號解釋的前揭判決或決議亦不足採矣。

3

4 **（四）祭祀公業條例有限的立法變革**

5 可跳脫不告不理原則或既有判例束縛的習慣立法，原有比法院之
6 於個案審判中形塑習慣法，擁有更大的法規範變革空間。惟 2007 年
7 12 月 12 日公布、2008 年 7 月 1 日生效的《祭祀公業條例》，第 4 條
8 第 1 項和第 2 項基本上並未變更自最高法院 70 年度第 22 次民事庭會
9 議決議以來的司法實務見解。²³ 該條例第 4 條第 1 項規定：「（前段）
10 本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。（後段）無
11 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）。」
12 其立法理由第 1 點為了**阻斷民法典上遺產繼承已採男女平權對祭祀公**
13 **業法制的衝擊**，乃宣稱「派下權之繼承不同於一般遺產之繼承，其派
14 下員之資格係依照宗祧繼承之舊慣所約定」。由是亦可知立法者明白
15 既有的祭祀公業若有規約，也是依傳統宗祧觀念「約定」由男系子孫
16 為派下，卻假借「規約」之具有當事人「意思自由」的外觀，託詞
17 「**私法自治**」，而在第 1 項前段故作大方的表示「依規約」。若無此掩
18 飾之物，亦即無規約或規約未約定時，就在該項後段**圖窮匕現**的規定
19 派下員係事實上均男性的設立人以及男系子孫。再以其立法理由第 2
20 點所謂「基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則」，**明文化過往司**
21 **法實踐**上遵從以各房為派下之傳統，所形成的派下員資格基準，此即
22 第 4 條第 2 項所規定的「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為
23 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
24 子亦得為派下員。」僅僅在第 4 條第 3 項，為展示立法上不受傳統束
25 縛，增設過往被否定派下權之人，可在經重重難關後獲得派下資格，
26 故規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派

²³ 參見同上註，頁303。

1 下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派
2 下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」

3 處於民主台灣的立法者，當知憲法第7條、增修條文第10條第
4 6項對性別實質平等、消除性別歧視之要求，故就祭祀公業派下權之
5 繼承，欲跳脫原本司法實務見解將女性排除在外的窠臼。該條例第5
6 條規定：「祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼
7 承人應以共同承擔祭祀者列為派下員」，並未限於男性子孫。並在立
8 法理由明白表示：「基於民法規定男女繼承權平等，本條例施行後之
9 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」。條
10 文中係以「共同承擔祭祀」為得以繼承派下權之要件，前揭70年度
11 第22次民事庭會議決議中所謂「奉祀本家祖先」的標準，不應再援
12 用。²⁴ 然而，倘若上述第4條第1項及第2項、第3項的規定，事實
13 上導致絕大多數女性關係人被排除於派下員之外，則恐不易本於親屬
14 身分參與祭祀，從而可能因未「共同承擔祭祀」，不得繼承派下權。
15 這項可想像得到的風險，立法者是否預見、但結果之發生不違背其本
16 意呢？

17

18 三、對祭祀公業立法的司法違憲審查

19

20 （一）釋字第728號解釋的內涵及其省思

21 本釋憲案乃延續2015年3月20日做成的釋字第728號解釋而來，
22 故宜先解析該號解釋的內涵。釋字第728號解釋將《祭祀公業條例》
23 的第4條和第5條，分成兩個部分處理：（1）第4條第1項前段，與
24 （2）第4條第1項後段、第2項、第3項及第5條。釋字第728號解
25 釋就第一部份，認為「祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條
26 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

²⁴ 參見同上註，頁344-345。

1 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
2 系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等
3 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
4 自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。」在解釋理由書中因
5 此表示：「系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與
6 憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。」

7 關於這項差別待遇是否「恣意」，可從祭祀公業法制在漢族傳統
8 上的意義再做思考。在此開宗明義即指出，本於漢族千年相傳的生命
9 觀，祭祀公業乃是**為享祀者**在天上的靈魂，而**不是為設立人及其子孫**
10 包括如「**私法自治**」等在內的利益而存在。若現行法對這種作為祭祀
11 公業制度之基礎的漢族傳統觀嗤之以鼻，那麼也就沒有必要再保存祭
12 祀公業制度了。戰後台灣最高法院僅以財產法上關於共同共有之規
13 定，處理這些稱「公業」或「祀產」的不動產，其實恰是**否定了傳統**
14 **上祭祖的精神**，係對當年（1923年國家法上禁設祭祀公業之前）在台
15 灣設立祭祀公業之**人大不敬**。若從享祀者的角度來看相關的問題，**享**
16 **祀者是不會在乎奉祀者為男或女**，尤其是在出現少子化趨勢的當今台
17 灣，天上的享祀者可能較期待的是有後代來辦理祭祀，而不管其為男
18 性或女性。如此說來，規約大都限定以男系子孫（含養子）為派下
19 員，多數情形致女子不得為派下員，乃是一種**恣意的實質上差別待**
20 **遇**。

21 在當今台灣自由民主憲法秩序下，可依當年祭祀公業設立人所認
22 知的，將稱為公業的土地，作為**與祭祀合一**的特定財產，而以**房/派**
23 **下**為單位分享之，但是房/派下的**構成者**，不再純粹從重男輕女觀念
24 出發而**限於男性**。此一新的法秩序不但來自當今**性別平等**的理念，也
25 因過往限於男性的**經濟面正當性基礎**——女性於婚後因「出嫁」而勞
26 動所得均歸夫家——**已不復存在**，當代女性勞動所得已由自己掌握，
27 進而挹助夫家和娘家，故娘家**無由排斥女兒及女系子孫**。以現代法的

1 概念及語彙，即女性應為派下權的權利主體，派下權可成為男性或女
2 性繼承人的繼承標的。²⁵

3 釋字 728 號解釋就第二部份，直指第 4 條第 1 項後段之規定已形
4 成**以性別為準的差別待遇**，惟因還有第 4 條第 2 項、第 3 項及第 5 條
5 等規定**緩和**該項差別待遇，故**未否定**第 4 條第 1 項後段之法律效力，
6 但**期待**政府機關有所作為以**改善**之。按其解釋理由書謂：「惟祭祀公
7 業條例第四條第一項後段規定：『無規約或規約未規定者，派下員為
8 設立人及其男系子孫（含養子）。』係以性別作為認定派下員之分類
9 標準，而形成差別待遇，雖同條第二項規定……第三項規定……已有
10 減緩差別待遇之考量，且第五條規定：『本條例施行後，祭祀公業及
11 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
12 者列為派下員。』亦已基於性別平等原則而為規範，但整體派下員制
13 度之差別待遇仍然存在。……有關機關自應與時俱進，……視社會變
14 遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正」。然而從
15 2015 年至今 2022 年，就《祭祀公業條例》第 4 條和第 5 條構成的**整**
16 **體**派下員制度所存在的差別待遇，行政、立法、司法機關**並沒有**想方
17 設法盡量再減緩，顯然大法官在釋字 728 號解釋的殷切期待**落空**了。

18

19 **（二）祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項、第 3 項及第 5 條違**
20 **憲**

21 《祭祀公業條例》第 4 條第 1 項後段之違反憲法第 7 條男女平
22 等，至為明確。同條第 2 項、第 3 項係從第 1 項**衍生**之規定，自應**隨**
23 **著一併因違反男女平等**而屬違憲。同條例第 5 條則受到違憲的第 4 條
24 規定之拖累，現實社會中女性不易以「共同承擔祭祀者」來繼承祭祀
25 公業派下權，造成**實質上性別不平等**，亦應屬違憲。

²⁵ 台灣在接納源自西方文明的自由民主憲政理念後，非爾後所有法律論證的理由都需跟隨西方的學說理論，而應領會自由民主憲政的核心價值，並從台灣在地人的歷史或生活經驗中提出更容易了解的說理，讓民眾打從心裡接受不同於傳統的新的法秩序，否則僅出於忌憚國家權威而服從，即不免挖空心思規避之。

1 本案被告內政部，作為釋字 728 號解釋曾期待減緩性別上差別待
2 遇的「有關機關」之一，為辯解其不作為而提出的「造成混亂及調查
3 困難」實不存在。²⁶ 內政部指出，一旦前揭與祭祀公業派下相關的法
4 條失其效力，至該條例施行日為止、60 餘年來已核發的 3,555 家祭祀
5 公業派下全員證明書將失其作用。惟行政機關原本依違憲的法律、不
6 再適用的判例或解釋所發的派下全員證明書，應隨新的法律而為修改
7 乃屬當然，何足惜？內政部又稱派下資格及其繼承納入女性後，將
8 「影響已完成之財產處分」；惟既有財產處分的相對人，依行為時之
9 法律所獲致的權利義務狀態，並不受行為後祭祀公業內部派下員變動
10 之影響。內政部雖擔憂親屬關係調查困難，但台灣擁有自日治時期戶
11 口調查簿以來完整的戶籍資料，具有公信地揭示從清治晚期迄今的家
12 族親屬關係，足以因應祭祀公業派下資格及繼承關係之認定所需，故
13 「增加訟源，造成社會動盪不安」云云恐為過慮。誠然舊法秩序下原
14 有派下員的利益將被稀釋，但這項**改變**正是新時代新的價值理念所**期**
15 **待**。台灣的祭祀公業基本上都是在 1923 年 1 月 1 日以前，即距今剛
16 好一百年之前設立的，且目的在於追思先祖，何妨看成是**當今台灣社**
17 **會的「公共財」，也讓祭祀之事「男女共治」**，一起籌劃經營。祭祀公
18 業造成土地流通性受限等弊端的「源頭」，從來就是因否定祭祀公業
19 的親屬團體（於今不應排斥女性）性格，視其為共同共有的財產，以
20 致處分等須經全體而非過半數的成員同意，與是否開放女性為成員不
21 相干。

22

23 四、結論

24

25 台灣現行的《祭祀公業條例》第 4 條及第 5 條規定，源自日治時
26 期以來現代國家在立法條文、司法解釋上，維持偏惠男性的漢族法律

²⁶ 以下所引內政部意見，參見內政部 109.06.04 台民字第 1090223629 號函。網址：
<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=2203&id=341055>。

1 傳統。但傳統的延續，不是出於義務，而是出於必要。向來的祭祀公
2 業派下法制，在當今自由民主憲政秩序下已失其必要性。

3 既有的大法官釋字 728 號解釋，認為「祭祀公業條例第四條第一
4 項前段規定，……原則上應予尊重」，惟祭祀公業係漢族法律傳統的
5 產物，觀念上是為享祀者而設，現實上供設立人及其子孫滿足祭祖的
6 精神面向需求，雖可維持依房組成祭祀團體的傳統，但應調整為各房
7 的男系或女系子孫皆得為派下。至於同條例的第四條第一項後段規
8 定、第 2 項、第 3 項及第 5 條，釋字 728 號則一起總評為「整體派下
9 員制度之差別待遇仍然存在，……有關機關自應與時俱進，……就相
10 關規定適時檢討修正」。因迄今仍未見有關機關適時修正，其之為違
11 憲已告確定。蓋祭祀公業派下資格及派下權繼承之僅限於男系子孫，
12 不符合現今性別平等理念，其原本所依附的社會和經濟基礎亦不復存
13 在，顯已違反憲法第 7 條、增修條文第 10 條第 6 項之規定。

14

15

16

此致

17

憲法法庭

公鑒

18

19 中華民國 111 年 9 月 18 日

20

具狀人

21

撰狀人

