

不問祭祀問繼承 —祭祀公業和釋字第七二八號解釋

編目：公法

出處	月旦法學雜誌，第 243 期，頁 5~21	
作者	陳榮傳教授	
關鍵詞	祭祀公業、公序良俗、性別平等、違憲審查、私法自治	
摘要	日據時期日本法院將祭祀公業視為習慣法上法人，最高法院 39 年台上字第 364 號判例否定其法人資格，將舊習慣法上的祭祀公業，轉換為祀產在現行民法上的公同共有財產。祭祀公業條例的內容在整理地籍的主軸中，呈現出「去祭祀化」傾向。	
重點整理	本案爭點	祭祀規範及決定祀產受益人的方式，似有從政策上探究之必要。
	解評	一、最高法院相關判例與日據時期相關法制 (一)祭祀公業最初是為祭祀祖先而設，其所有的土地或財產，一直與設立人的一般遺產分離而作為祀產，並非依繼承法的規定由繼承人繼承。日據時期之祭祀公業均被認為合法存在之法人。光復後，最高法院在 39 年台上字第 364 號判例中認為，祭祀公業不再具有法人之地位，原來登記在祭祀公業之祀產，則為派下員全體公同共有。 (二)上開祭祀公業財產屬於派下員公同共有的見解，與祭祀公業不由祭祀的子孫繼承得設立目的牴觸，也產生問題。因為一般的公同共有，對於其公同共有人及各公同共有人的潛在應有部分，法律均設有明文規定，而作為祭祀公業祀產的權利主體的派下員及其派下權，只能依據習慣法予以決定。 (三)對於派下員資格認定無法律明文規定時，最高法院裁判認為應以舊有的習慣為準。因祭祀公業而發生的法律事實，原則上應依該法律事實發生時的法律為準。 (四)最高法院否定既存之祭祀公業的法人格及權利能力後，一方面以繼承法上的公同共有作為其物權

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>關係之架構，另方面以舊習慣中的祭祀規範處理享祀人和派下員的關係，由於祭祀習慣規範和繼承法或共同共有法則之間，有相牴觸之處，實非合理。</p> <p>二、祭祀公業條例相關規定之檢討</p> <p>(一)立法背景：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 為解決實務面臨之問題，尤其是祭祀公業土地地籍管理問題。第 3 條定義對於習慣法原則之成文化有重要意義，包括「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。」「設立人：捐助財產設立祭祀公業之自然人或團體。」「享祀人：受祭祀公業所奉祀之人。」「派下員：祭祀公業之設立人及繼承其派下權之人。」「派下全員：祭祀公業或祭祀公業法人自設立起至目前止之全體派下員。」「派下現員：祭祀公業或祭祀公業法人目前仍存在之派下員。」 2. 條例創設「祭祀公業法人」的新法人類型，係為保存傳統所為之特別規範，嚴格而言，條例僅適用於既存的「真正」祭祀公業。新設立者須視其設立之型態，以人（宗親）為主成立社團法人，以財產為主則成立財團法人。 3. 條例制定的背景，是祭祀公業不具權利能力，派下成員無法完全具體確定，但在土地登記實務上，卻有不少土地登記為祭祀公業所有，為確定登記名義的祭祀公業背後的真正權利人，條例採取以地找人的方式，在施行後先透過祭祀公業之申報、祭祀公業法人之登記，確定或創設祭祀公業土地的所有人，建構出新的權利主體的系統，再對於權利主體不明的祭祀公業土地，以強制標售的方式移轉給新的所有人。 <p>(二)男系子孫繼承宗祧的原則：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 祭祀公業係依有關祭祀的舊習慣所設立，此等舊習慣中關於祭祀的規則，基本上是從「祭祀祖先」及「宗祧繼承」的角度決定派下成員，父系或母系的單一系統乃是必要的選擇，而現代法律著重在權利義務的繼承，不問祭祀何人及宗祧由何人承擔，此兩種規範應如何協調？ 2. 祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派
-------------	-----------	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	解評	<p>下員如無規約可依時，實務上一般依舊習慣法予以決定。舊習慣因採單一系統的父亲原則，條例第 4 條第 1 項後段乃規定：「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）。」</p> <p>(三)女子生有冠母姓男子的例外：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 對於「派下員無男系子孫」的情形，條例第 4 條第 2 項規定：「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。」上述規定是基於尊重傳統習俗及法律不溯及既往之原則，重述習慣法的規則。2. 釋字第 728 號解釋理由書指出，祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段規定，係以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，第 2 及 3 項等部分，已有減緩差別待遇之考量，且第 5 條以基於性別平等原則而為規範，「但整體派下員制度之差別待遇仍然存在」，因而要求有關機關就相關規定適時檢討修正。3. 傳統的祭祀習慣如確實有違反兩性平等原則之處，固應不予適用。但傳統的祭祀習慣的規範功能與繼承法並不相同，採取男系為主、女系為輔的制度，或採取女系為主、男系為輔的制度，乃是為祭祀遠祖的必要選擇，即使與形式的兩性平等不同，在維持家族制度的原則下，似不應完全予以否定。 <p>(四)繼承人承擔祭祀的標準：</p> <p>派下權的繼承究竟應按宗祧繼承或遺產繼承的法則，祭祀公業條例第 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。」揚棄以父系為主的祭祀習慣，亦宣示宗祧繼承的舊習慣法走入歷史。</p> <p>(五)派下權與規約自治：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 祀產管理處分的自治：實務上似將祭祀公業和一般的非法人團體同視，認為祭祀公業的派下員資格，不再是依習慣規範或設立祭祀公業時原始規約為依據，而以派下員依民主原則決定之規約為準。
------	----	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

2. 派下成員認定的自治：條例對於派下員之認定，基本上採取派下員自治原則，而非設立人自治原則，規定以規約或章程中的記載為準。對於既存之祭祀公業的派下員，亦依規約定之。祭祀公業派下員的女兒、養女、贅婿等，在祭祀習慣規範並未單獨列為派下員，但條例第 4 條第 3 項新增：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」

3. 祭祀公業條例施行後，派下權的取得及喪失，應以規約或章程及條例的規定為準，原來適用的祭祀習慣將無用武之地，派下權將成為純粹的財產權，而與宗祧關係脫節，祭祀公業徒留其名。

三、釋字第七二八號解釋之評析

(一) 案例事實

在最高法院 99 年度台上字第 963 號民事判決中，甲之父丙生前為祭祀公業呂萬春的派下員，甲為長女，於民國 48 年 7 月 10 日招贅夫丁，目的在共同傳承呂家香火，於 52 年 1 月 8 日生育從母姓之乙，按理甲應與丙的其他兒子共享派下權的利益。但依該祭祀公業於 75 年 7 月 31 日訂定之管理章程第 4 條前段規定：「登記在案派下員亡故時，其直屬有權繼承人公推一名為代表繼任派下員，惟依照政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權。」丙於 89 年 8 月 2 日死亡後，甲的宗祠繼承權被否定，傳承呂家香火的乙也被排除在該祭祀公業的派下權系統之外。

(二) 釋字第 728 號解釋認為，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。」並未違憲，該規定「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，多數情形致女子不得為派下員，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

重點整理	解評	<p>祀公業派下員，尙難認與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。」</p> <p>(三)本文見解</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 祭祀公業規約或章程的訂定行爲亦爲法律行爲，其內容應受司法審查，對於不得以規約或章程訂定的事項，如仍予以訂定，固應認爲無效；對於得以規約或章程訂定的事項，如訂定的內容違反法律的強制或禁止規定或公序良俗，依法亦應屬無效。 2. 故祭祀公業的規約或祭祀公業法人的章程，得否就派下權的繼承予以訂定，乃首應判斷的問題；如派下權的繼承得由規約或章程予以訂定，是否侵害特定人的身分權或財產權，及其是否違反兩性應屬平等的基本法律原則，則爲次一層次之問題。 3. 本案之問題焦點爲：甲尙有其他兄弟得以傳承香火，甲招贅夫依祭祀習慣是否即與男子同視？如甲無任何兄弟，其依祭祀習慣招贅夫所生從母姓之男子原可傳承香火並任派下員，此一資格及權利如被章程剝奪，使假的後代無樹可依，此種章程侵害人格尊嚴，自難謂爲適法。 4. 若祭祀習慣只許男性有家族大樹可依，否定女性歸樹之權，該習慣即與公序良俗相違；如祭祀公業的章程，對於依祭祀習慣未屬任何其他家族樹系之成員，任意剝奪其歸屬原本家族大樹之權，也應認爲其約定或決定違反公序良俗而無效。 <p>四、結論</p> <p>日據時期日本法院將祭祀公業視爲習慣法上法人，最高法院 39 年台上字第 364 號判例否定其法人資格，將舊習慣法上的祭祀公業，轉換爲祀產在現行民法上的共同共有財產。祭祀公業條例的施行，爲祭祀公業開啓法人化的新時代，其立法理由雖指出「就維持宗族之意識、發揚崇祖睦親之傳統習慣及土地經濟而言，祭祀公業自有其時代背景並具重要意義與價值」，但該條例的內容在整理地籍的主軸中，其實已呈現明顯的「去祭祀化」傾向。</p>
------	----	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

考題趨勢	祭祀公業條例規定，本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之，是否合憲？
延伸閱讀	一、戴東雄，〈女孩所流父母的血緣難道與男孩有所不同？—評釋字第七二八號解釋意旨排除女性子孫繼承祭祀公業財產不違憲〉，《月旦裁判時報》，第 41 期，頁 60-80。 二、陳昭如，〈女兒還是外人：論大法官釋字第七二八號解釋的雙重排除〉，《月旦裁判時報》，第 41 期，頁 81-88。 ※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！