

非其鬼而祭之

祭祀公業條例第 5 條

2007/12

／台灣高等法院台中分院 104 年度上字第 549 號判決

黃詩淳◎台灣大學法律學院副教授

Taiwan Law Journal

祭祀公業條例第 5 條 2007/12

事實摘要

甲男（徐姓）為「祭祀公業徐○○」（下稱 Y）之派下員。甲生前與其配偶乙（羅姓）育有 X（羅姓）、A（徐姓）、B（徐姓）三名子女。甲於 2015 年 5 月 14 日死亡。X 主張，其為甲之子，且有共同承擔祭祀之事實，應適用祭祀公業條例第 5 條之規定，X 自得繼承甲為派下員，故起訴請求確認派下權存在。Y 則抗辯，X 非冠徐姓，依 Y 之規約第 13 條規定：「系爭公業之派下員必須為設立人及其男系子孫（含養子）且所傳男性直系血親卑親屬冠徐姓為限」為由，否定 X 為派下員。

裁判摘要

祭祀公業條例第 4 條規定，係針對在祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員資格如何取得、認定之依據；而同條例第 5 條則係針對祭祀公業條例公布施行後，祭祀公業之派下員發生繼承事實者，如何定其繼承派下員所為之規定；兩者規範之對象不同。祭祀公業第 5 條立法理由雖係基於男女繼承權平等，而為此規定；惟該條僅規定以共同承擔祭祀者列為派下員，並未限制未從祭祀公業設立人之姓者，不得列為派下員。……是依該條規定，祭祀公業

派下員死亡，發生繼承事實時，僅須繼承人有共同承擔祭祀者，即得繼承為派下員，並無分繼承人為男女或是否冠以祭祀公業設立人之姓，而有所不同。

相關法條

民法第 1059 條第 3 項；祭祀公業條例第 4 條、第 5 條

相關裁判

最高法院 70 年第 22 次民事庭會議決議、台灣高等法院台中分院 99 年度上字第 94 號判決、台灣高等法院 99 年度上字第 1349 號判決、台灣高等法院台中分院 100 年度上字第 254 號判決

關鍵字

祭祀公業、派下員、從母姓、異姓、共同承擔祭祀、祭祀公業規約

裁判簡評

一、派下資格與派下權

祭祀公業係以祭祀祖先為目的，由享祀者的子孫（設立人）集資購置田產，以其收益作為祖先祭祀時之用。祭祀公業有人的要素及物的要素，人的部分指須有享祀人及派下（員），物的要素指須有財產，台灣多數的祭祀公業都是不動產。

本件裁判所爭執者，是從母姓的男性子孫（X）能否成為父系祭祀公業（Y）的派下員，因此，本文將檢討派下員資格取得要件。首先須釐清的是，「派下資格」係指作為祭祀公業構成員之身分，「派下權」則係派下員對祭祀公業之權利義務之總稱，兩者本為不同之概念。不過，「何人得成為派下員」的問題，司法實務包括本判決均以「何人具有派下權」一語稱之，亦即當利害關係人對某人是否具有派下資格有所爭執時而欲請求法院裁判時，均以「確認派下權存在或不存在之訴」為之¹。而學說在討論派下資格的取得要件時，也經常以「派下權之取得方式」稱之，故本文以下的敘述也不特別區分二者²。

何人能成為派下，亦即派下權之取得方式，可分為原始取得及繼受取得³：前者是指祭祀公業之設立人因設立行為

¹ 此乃因最高法院過去認為，以派下員之身分為確認之訴之標的，不合（當時）民事訴訟法第 247 條之規定之故，參見同院 80 年度台上字第 1874 號判決。從而訴之聲明只能是「確認派下權存在（或不存在）」，而不能是「確認派下員資格（或身分）存在（或不存在）」。

² 惟曾文亮、黃丞儀，民間習慣與祭祀公業派下資格認定——試從法律史觀點評最高法院八十九年台上字第 113 號判決，台灣本土法學雜誌，41 期，2002 年 12 月，頁 110，認為派下資格與派下權乃不同之概念，而批評「以有無派下權來論斷是否為派下」的實務見解。筆者同意派下權與派下資格乃二事，至於為何實務會混用此二概念，以及此二概念形成的系譜，參見黃詩淳，肆、以於訴訟爭執派下權／派下資格之方式，王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮合著，祭祀公業及神明會裁判評析，元照：台北，2015 年 9 月，頁 475-478。

³ 法務部編，台灣民事習慣調查報告，2004 年，頁 783。

而取得派下權；後者是指因派下員死亡而繼承取得，或由派下員受讓取得之情形，其中繼承為常態，受讓為例外。本判決之事實關係乃派下員甲之死亡，何人得自甲繼承取得派下權的問題。

二、祭祀公業條例施行前，派下權繼承取得之要件

在 2008 年 7 月 1 日祭祀公業條例施行前，並無法律明文規範祭祀公業相關事項，因此發生紛爭時，均根據民法第 1 條，「民事，法律所未規定者，依習慣」，由法院認定何謂祭祀公業的習慣，並適用於具體個案⁴。雖本件之派下權繼承係發生於祭祀公業條例施行後，但為判斷 Y 之抗辯有無理由，並理解祭祀公業條例所帶來之改變，以下將先簡要說明祭祀公業條例施行前之繼承取得的狀況。

當派下員死亡時，何人能繼承取得派下權，法院通常先檢視該祭祀公業是否有規約，若無，則依循本判決所引用、檢討之最高法院 70 年度第 22 次民事庭會議決議所認定的「習慣」來判斷。此決議認為：「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（參照司法院院字第六四七號解釋），故民法所定一般

⁴ 曾文亮，壹、祭祀公業如何適用習慣，王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮合著，祭祀公業及神明會裁判評析，元照：台北，2015 年 9 月，頁 19。

遺產之繼承，於祭祀公業財產之繼承，不能為全部之適用。」因此，派下權的繼承取得，不適用民法繼承編所規範的遺產繼承規則（直系血親卑親屬不分性別地平均繼承），而採男系子孫優先制；僅在派下員無男子時，「奉祀本家祖先之女子」及「從母姓之子孫」始得例外繼承派下權⁵。換言之，派下權的繼承取得之規則（習慣），乃不同於民法繼承編之規定。然而，此習慣的內涵，有最高法院的獨創之處，並非習慣法的「如實呈現」⁶，毋寧是特定價值判斷底下的產物⁷，此點讀者仍應以批判性的角度檢視之。

但不論如何，倘若本件派下權繼承發生在祭祀公業條例施行前，則判斷何人繼承的問題時，法院將先檢視祭祀公業 Y 是否有規約。由於 Y 的組織規約第 13 條規定：「本公業之派下員為設立人及其男系子孫（含養子）且所傳男性直系血親卑親屬冠徐姓為限。」X 並不符合「冠徐姓」之要件，法院將尊重規約，判斷 X 無法繼承甲之派下權。

⁵ 雖本決議並未言明「奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫僅在派下員無男子時始得繼承派下權」，但在實務上被視為當然之理，參照陳昭如，有拜有保佑？——從最高法院九十二年度台上字第一二八〇號判決論女性的祭祀公業派下資格，月旦法學雜誌，115 期，2004 年 12 月，頁 254。

⁶ 陳昭如，女兒還是外人：論大法官釋字第 728 號解釋的雙重排除，月旦裁判時報，41 期，2015 年 11 月，頁 85-86，指出「奉祀本家的女子」、「從母姓之子孫」之限制，乃是此決議所「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」。

⁷ 王泰升，論台灣社會上習慣的國家法化，台大法律學論叢，44 卷 1 期，2015 年 3 月，頁 35-36。

三、祭祀公業條例施行後，派下權繼承取得之要件

如上所述，由於本件派下員甲之死亡發生於祭祀公業條例施行後，因此，關於派下權繼承之問題，不能再依習慣，而應視法律如何規定。

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。」依此及 Y 的組織規約第 13 條，非姓徐的 X 看似無法繼承派下權。不過，祭祀公業條例第 5 條卻又規定，「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」，倘若適用本條，則甲之繼承人依民法乃 X、A、B 三人，只要有共同承擔祭祀，均得繼承取得派下權而成為派下員，而不問性別與姓氏。

適用祭祀公業條例第 4 條（及祭祀公業之規約）和第 5 條之結果有所矛盾時，應以何者為準？最高法院對此問題至今尚無裁判⁸，不過以往已有數則第二審法院之裁判可供參考⁹，本判決之見解亦與此些裁判相同，認為第 4 條係針對在祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員資格如何取得、認定之依據；而第 5 條則係針對祭祀公業條例公

⁸ 釋字 728 號（及其所根基的最高法院 99 年度台上字第 963 號判決）的事實關係與本件不同，其派下權之繼承乃發生於祭祀公業條例施行前（2000 年 8 月 2 日），無法適用祭祀公業條例第 5 條。

⁹ 例如台灣高等法院台中分院 99 年度重上字第 94 號判決、台灣高等法院 99 年度上字第 1349 號判決、台灣高等法院台中分院 100 年度上字第 254 號判決。

布施行後，祭祀公業之派下員發生繼承事實者，如何定其繼承派下員所為之規定；兩者規範之對象不同。此外，本判決也與過往裁判相同，引用內政部 97 年 12 月 10 日內授中民字第 0970732948 號函，當祭祀公業之「規約」與祭祀公業條例第 5 條抵觸時，應優先適用條例。

有學說對此問題採取相同見解，認為第 5 條之效力優先於第 4 條，但批判第 5 條爲了貫徹男女繼承權平等之理念而忽略社會沿襲而就祭祀各家先祖所自然形成之分工文化¹⁰。

四、同性不同姓之狀況

本判決與上述三舉出的裁判雖均爲祭祀公業第 5 條的解釋適用問題，但不同之處，在於過去的紛爭均在女兒能否因共同承擔祭祀而繼承（父親生前具備的）派下權；本判決則是與父親不同姓氏但同性別的兒子，能否因共同承擔祭祀而繼承（父親生前具備的）派下權。

對此，本判決清楚交代了，若對祭祀公業第 5 條進行歷史解釋，可能得出其僅規範「不同性別」的繼承人可否取得派下權之事宜¹¹，然若採文義解釋，

「該條僅規定以共同承擔祭祀者列爲派下員，並未限制未從祭祀公業設立人之姓者，不得列爲派下員」，因此異姓之繼承人亦得繼承派下權。

在過去，何人得成爲派下、取得派下權、承擔祭祀義務，最重要的判準是姓氏。在 1985 年民法修正以前，一般嫁娶婚之情形，子女難以從母姓¹²，讓女兒傳承派下姓氏有實際困難，以致實務見解花費偌大精力去劃分何種（招贅？出舍？離婚？）女兒（及其子孫）可以繼承派下權、何種不行，卻少有裁判點出「姓氏」才是真正關鍵者¹³。筆者先前已指出祭祀公業條例第 5 條的文義可能導致祭祀與姓氏拖鉤，發生異姓（但有血緣連繫）子孫繼承派下權並祭祀祖先的可能¹⁴。

等之舊慣，將符合社會之期待」所制定之條文。

¹² 1930 年民法第 1059 條規定：「（第 1 項）子女從父姓。（第 2 項）贅夫之子女從母姓。但另有約定者，從其約定。」

¹³ 吳煜宗，姓氏與祭祀公業派下資格——台灣高等法院九十七年台上易字第 39 號民事判決，月旦裁判時報，3 期，2010 年 6 月，頁 44，認為「姓氏」才是關鍵，「而非如文字表面所顯示的性別議題」。相反地，陳昭如則認為，正是因爲女性無法傳承姓氏（即便例外使其子女從母姓，其所傳承的仍是自己父親（父系）的姓氏），因此以姓氏爲權利取得規則的祭祀公業習慣，其結果仍是將女性視爲父或夫的從屬，否定女性做爲平等家族成員的身分，因此性別才是關鍵，參見陳昭如，貳、出嫁女兒所生之從母姓男子，王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮合著，祭祀公業及神明會裁判評析，元照：台北，2015 年 9 月，頁 286。

¹⁴ 台灣法律史學會 2014 年度春季研討會：從法律史觀點論祭祀公業條例的制定及施行，台灣法學雜誌，264 期，2015 年 1 月，頁 99[黃詩淳發言]。

¹⁰ 楊智守，探究「從祭祀公業條例」對目前實務見解之影響，全國律師，12 卷 2 期，2008 年 2 月，頁 88。

¹¹ 本條之立法理由爲：「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，爰規定本條例施行後，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爲派下員」。立法院公報，96 卷 14 期，2007 年，頁 127，亦指出第 5 條乃「配合兩性平權政策，突破祭祀公業百餘年來宗祧繼承之傳統習慣，符合憲法及民法男女平權之精神，結束男女不平

五、共同承擔祭祀

如上述，祭祀公業第 5 條規定，當派下員死亡時，「其繼承人應以共同承擔祭祀者列爲派下員」，因此「共同承擔祭祀」的定義爲何，至關重要。本判決援引內政部 97 年 10 月 6 日內授中民字第 0970732852 號函，認爲所謂「共同承擔祭祀者」，係指「具有參與祭祀活動及共同負擔祭祀經費之事實者」。

那麼何謂「有參與祭祀活動」？本件 X 提出其前往 Y 之祖祠祭祀之照片爲證，且本判決尚指出，祭祀活動的時間點是在繼承事實發生後即可；雖 Y 指責 X 在甲生前從未參與祭拜，而是「最近爲領錢才去祭拜」，但法院認爲甲生前 X 尚非派下員，自無庸承擔祭祀¹⁵。此見解與過去裁判大致類似，例如台灣高等法院台中分院 99 年度重上字第 94 號判決肯定「前往系爭祭祀公業祠堂爲祭祀行爲，並參與系爭祭祀公業所舉辦之週年紀念活動」屬於「參與祭祀活動」；台灣高等法院 99 年度上字第 1349 號判決認爲「參與祭祀活動」，不限於公業之主要祭祀活動，一般祭祀活動且「委由其母親代爲祭祀」亦可；台灣高等法院台中分院 100 年度上字第 254 號判決亦贊同不限於逢年過節祭祖，只要有前往祭祀公業公廳祭祀即屬之。不過，如果只是

¹⁵ 也有學說認爲，共同承擔祭祀是被繼承人之子女取得派下員資格之要件，且祭祀事實的有無，係從被繼承人死亡時起（至公業向民政單位辦理派下員繼承變動爲止），此期間有無共同承擔祭祀之事實爲準，參見郭秀裕，祭祀公業條例第 5 條規定之繼承問題探討——其他相關議題，土地問題研究季刊，10 卷 3 期，2011 年 9 月，頁 120-123。

在自己住處祭拜祖先牌位，或爲自己父母掃墓和超渡，則似不該當「參與祭祀活動」。

至於「共同負擔祭祀經費」，雖本判決未牽涉此要件，但以往的裁判對此也多採寬鬆標準認定。例如台灣高等法院台中分院 99 年度重上字第 94 號判決的祭祀公業財務狀況甚佳，由公業資產即可支付，因此派下員之繼承人（女兒）無庸負擔祭祀之經費。同院 100 年度上字第 254 號判決，則是祭祀公業採輪值主祭方式，費用由主祭者先行墊支後再由公業財產負擔，而派下員之繼承人（女兒）尚未輪值，不須負擔祭祀經費。此些狀況均不得謂其未共同負擔祭祀經費。

六、小結

綜上所述，本判決對祭祀公業第 4 條和第 5 條之關係、「共同承擔祭祀」之概念，站在與過去多數二審裁判相同的立場；而其新穎之處，在於明確肯定祭祀公業第 5 條亦能適用於「不同姓氏」的繼承人，在共同承擔祭祀的條件下，繼承取得派下權，此舉對男系同姓祭祀之「傳統文化」的衝擊不言而喻。

不過祭祀公業的危機（更正確地說，是男系同姓祭祀規則的危機）並非始自今日，長久以來法院便逐步放寬派下權之讓與可能性¹⁶，使原本被定義爲

¹⁶ 黃詩淳，貳、派下權讓與第三人，王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮合著，祭祀公業及神明會裁判評析，元照：台北，2015 年 9 月，頁 460，指出從日治時期至現在，派下權之讓與有逐漸鬆動的傾向：最初法院僅承認得讓與同一公業之其他派下；最高法院 92 年度台上字第

「身分權兼財產權」的派下權愈來愈接近一般財產權，祭祀公業條例之施行及本判決只不過是路徑選擇的自然結果，即去除性別及姓氏之規則，更加使祭祀公業的性質轉變為普通財產，其解釋適用更接近物權（財產權）。

就本質言，祭祀公業在早期具有宗教性質，甚至是身分區別的基礎。但隨現代國家興起，政府力量逐漸滲透進入社會各階層，在信仰領域除魅化（disenchantment），在物質領域規範化（normalization），因此兩者合一的結果，體現為祭祀公業的物權化。此處的「物權化」並非「債權之物權化」，而是指在現代國家法中，凡是「物」都需要滿足以下條件：能成立於其上的權利種類為法律所明定（物權法定原則），其權利的變動一不論讓與或繼承，也均依照法律規定之方式為之；其目的在讓社會財物秩序及國家管理單純化。因此諸如先人之遺產中，動產最容易物權化，不動產也在土地法等相關管理規制下逐漸物權化，祭祀公業由於涉及身分與信仰，反而是當前對物權化抵抗力最強的領域之一。

對祭祀公業物權化之現象，有學者稱其為「文化危機」者¹⁷，或有認為祭祀習慣應使每人都歸屬於某一家族大樹之下，不樂見一人兼挑眾多祭祀公業的複雜狀況，並指責派下權的財產權化使

2485 號判決擴大至「未來得繼承派下之人」；至祭祀公業條例第 4 條第 3 項更承認女子、養女、贅婿，可經多數派下同意而取得（包括受讓）派下資格。

¹⁷ 吳煜宗，前揭註 13，頁 45，認為姓氏自由化將對祭祀公業形成文化危機。

「祀產迷得眾人醉，直把繼承當祭祀」者¹⁸。但將「傳統」與「現代」對立，或將「祖情」與「財產」對立，都只能得到薛西佛斯式的結論。吾人應重視國家權力對社會秩序的滲透性，並且設法在物權化潮流之中，找到個體在現代法制中相互適應的方式。

比如回歸祭祀公業制度原意，便是超越傳統禮教限度（五服），而將自身精神存在（祭祀）永續化。換言之，將土地的永續性質，取代自身存有的有限性質，將自身所受香火之「利權」，寄託於永續之土地上。因此，祭祀公業的物權化（或學者所稱的財產權化），與慎終追遠、香火綿延的期望並不衝突。當然，在經濟交易為主旋律的現代社會中，祭祀公業的財產性質可以理解為一種先人撫育子女此一行為本身並不全然依照功利主義思維行動（一般狀況，父母對子女確實必須無私付出），更值得重視的是對人死燈滅的焦慮。

現代較為調和的作法之一，例如英美法中之信託制度也有將某些財產用於緬懷先人，亦即名譽信託（honorary trusts）係將信託財產用於維護設立人的墳墓或相關宗教儀式（support of religious gravesite ceremonies）。在信託關係中，信託設立人希冀將財產被特定受託人使用於特定目的之「願望」，被理解為死人之手（dead hand）對財產之控制，既非「習慣」也不是傳統；受託人

¹⁸ 陳榮傳，不問祭祀問繼承——祭祀公業和釋字第七二八號解釋，月旦法學雜誌，243 期，2015 年 8 月，頁 16、19、21。

的資格決定規則並未被解為「身分權」，亦不妨礙緬懷先人之目的；其信託條款的正當性（包括受託人及繼任受託人的決定方式、信託期間）也不能免於法院的審查¹⁹。

過去吾人將一般財產繼承與祭祀公業劃分開來，前者納入西方式的法律規範，後者歸入傳統文化領域，此種傳統文化與現代法律之對立性論述，內化了法律東方主義，也侷限了改革的可能性²⁰。本文贊同，以傳統文化之名所維繫祭祀公業的「男系同姓規則」，已到了重新檢討的時代，從信託法的角度出發，便能清楚洞悉過去將祭祀公業的「男系同姓規則」定義為「傳統」或「習慣」此一作法的建構性，其次便能引入財產法（信託法）的規則予以重構。

或許讀者無法遽然同意筆者大刀闊斧將祭祀公業「解構」為信託的主張，但至少也應肯認本判決以文義解釋達成姓氏自由化的作法，因社會有切實的需求。蓋目前少子化的社會中，後代人數遞減²¹，維持一人僅能祭拜（同姓的）一

祖先的「傳統」，只會讓祭祀的延續更加困難。

¹⁹ 筆者提倡以財產法（信託法）的觀念重新理解並訂定祭祀公業相關規範，詳細論證參照前揭註 14，頁 99-101。

²⁰ 陳昭如，法律東方主義陰影下的近代化：試論台灣繼承法史的性別政治，台灣社會研究季刊，72 期，2008 年 12 月，頁 127。

²¹ 此絕非危言聳聽，日本 2008 年起正式成為人口減少社會，參見子野雅人，人口減少社會「元年」は、いつか？，總務省統計局 <http://www.stat.go.jp/info/today/009.htm>。台灣則預計在 2021 年至 2025 年開始人口負成長，參見國家發展委員會，中華民國人口推估（105 至 150 年），2016 年 8 月，頁 3（可於國發會網站下載 https://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=84223C65B6F94D72）。

但近日媒體報導，2017 年出生數恐將是歷年次低、人口自然增加將改寫歷史新低，若趨勢無法逆轉，人口負成長將提前兩年，在 2019 年到來；參見陳梅英，前 9 月新生兒僅 14.3 萬 人口死亡交叉恐提前，2017 年 10 月 30 日，自由時報 <http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1147903>。