



王泰升

台大講座教授、中研院台史所法律所合聘研究員

## 從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變\*

### 摘要

從人死後仍有靈魂的觀點，祭祀公業係死者 / 享祀者，而非設立公業或奉祀之人的財產，其收益作為各房 / 派下共同辦理祭祀之費用，並依房份分配剩餘利益。台灣於日治後進入現代法秩序，在明治憲法下由法院依習慣法所形成的祭祀公業法制，派下僅限於男系子孫，由於明治憲法無司法違憲審查制，又欠性別平等之規定，故未以憲法審視該法規範。1945 年改行中華民國法制，依訓政時期 20 年院字第 647 號解釋，派下權亦僅男系子孫有享有，除非規約另訂，但此已違反訓政時期約法上男女平等之規定，卻仍未被宣告違憲。今之憲法不但規定性別平等，且大法官職司違憲審查，但歷來司法機關仍維持女性無派下權之基調，立法上再為祭祀公業條例採納。釋字第 728 號認為該條例第 4 條第 1 項前段，雖實質上差別待遇但並非恣意，惟依傳統祭祀公業由天上的享祀者擁有，其不在意祭祀者為男或女，故該差別待遇實屬恣意；另要求第 4 條第 1 項後段、第 2 項、第 3 項及第 5 條須適時檢討修正，然有關機關迄今不為，故已確定違憲。今應尊重傳統上祭祀公業係以房 / 派下為單位分享的祀產，但房 / 派下應包含男系及女系子孫，蓋僅限於男系子孫已不符合性別平等理念，原本所依附的社會和經濟基礎亦不復存在。

關鍵詞：祭祀公業、派下權、繼承權、習慣法、民事習慣調查、法律傳統、性別平等、房份

\* 本文改寫自筆者在憲法法庭 109 年度憲二字第 110 號、110 年度憲二字第 529 號祭祀公業聲請釋憲案件，所提出的專家諮詢意見書，網址：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=2203&id=341055>（最後瀏覽日：2022 年 10 月 20 日）。該釋憲案件 2022 年 10 月 18 日的言詞辯論經過，網址：<https://www.facebook.com/judicial.gov.tw/videos/1533495053832729>（最後瀏覽日：2022 年 10 月 20 日）。

- 壹、保存漢族傳統價值觀的祭祀公業法制
  - 一、台灣漢人移民特定文化觀及社會經濟條件下的產物
  - 二、日治時期國家法容許祭祀公業派下僅限於男系子孫
- 貳、現行祭祀公業派下權僅限男性子孫擁有之由來與爭議
  - 一、在戰後台灣作為訓政時期中國遺緒的 20 年院字第 647 號
  - 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

- 三、戰後司法實務界見解一直沿襲舊說
- 四、祭祀公業條例有限的立法變革
- 參、對祭祀公業立法的司法違憲審查
  - 一、釋字第 728 號解釋的內涵及其省思
  - 二、祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項、第 3 項及第 5 條違憲
- 肆、結論

## 壹、保存漢族傳統價值觀的祭祀公業法制

### 一、台灣漢人移民特定文化觀及社會經濟條件下的產物

由於當今的法學及法律制度係來自歐洲文明，<sup>1</sup> 故對於漢人源自固有文化而與當今法律相關的制度一可稱「法律傳統」，宜先以固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查。在此將以現在的人所能了解的文句，描述「法律傳統」的內涵。這樣的「傳統」當然是被建構出來的知識，但跟一般所稱的法實證現象、法經驗事實，乃至學界常見的各種學說或理論，同為現代人文社會科學的一種解釋 / 詮釋，未自認為絕對的真理。與其抱持帶有犬儒主義色彩的歷史虛構論，一概否定傳統之真實性，不如提出史料等素材、透過具有相互批判可能性的論述，言而有據

地解釋 / 詮釋傳統「是」什麼。<sup>2</sup> 以下將基於這樣的立場，說明包括今稱「祭祀公業」在內的漢族法律傳統。

在學界所謂「傳統中國法」底下，漢人所稱的「家」，乃是由各個「房」組成的經濟性團體；且由於重視男性勞動力，以及從儒家三綱（君為臣綱、父為子綱、夫為妻綱）所衍生「君父權體制」下重男輕女的觀念，只有男性才構成「房」，女性則附屬於男性組成的房。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在「出嫁」時以嫁妝的方式

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 年，7-12、16 頁。

2 筆者認為歷史 / 傳統具有相對的真實，亦即是根據可供檢驗的實證資料所建構的事實。之所以言「相對」，乃因將來可能有其他實證資料指向不同的事實描述，故須對歷史 / 傳統的內涵保持一定的開放性，但非因而否定其之為事實。

回饋之，在出嫁後其勞動力歸於夫家，對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所得，當需要「分家」時，即由各男子分別組成的房（大房、二房、三房，依此類推）作為單位，依原則上均分的「房份」〔按：《大清律例》規定不分妻妾婢生，都均分，只有姦生子得半份，惟台灣漢人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／祭祀，各房即從同「家」而成為同「宗」之關係。分家通常發生在家長死亡之後，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，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先，因此**承受家產與祭祀先祖**是兩者合一、一體的兩面。<sup>3</sup>

不過家長在世時也可能進行分家，此時父母親可能抽出／設立一份作為「公業」（相對於各房的「私業」）的財產，保留為生前之養贍，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 世紀中期的「在地化」風潮時達到高峰。甚或一般人為感謝無親屬關係之某死者生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（**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**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**承受實際上的財產利益。<sup>4</sup>按各房（頂房）成為一個新的家之後，將來會再分家而滋生數房（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，於今歷來的各房子孫人數眾多，還可能居住於國內外、分散於五大洲。

## 二、日治時期國家法容許祭祀公業派下僅限於男系子孫

包括憲法在內之來自西方的現代法，<sup>5</sup>於日本 1895 年取得台灣主權後，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

3 參見王泰升，台灣法律史概論，台北：元照，6 版，2020 年，35-40、93、97 頁。

4 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 年，405-410 頁；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 年，703 頁；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、劉恆姁編，以台灣為主體的法律史研究，台北：元照，2007 年，56 頁。

5 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，同註 3，103-110 頁。

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「台灣民事令」的律令，均規定僅涉及台灣人的民事事項，包括為祭祀而設的公業，應「依舊慣」。按在台生效的日本《法例》第 2 條規定，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。前揭律令上「依舊慣」，即是該條「依法令規定所承認」之習慣，故乃是具法律位階、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 條表示：「僅涉及本島人〔按：即台灣人〕的親屬繼承事項，除有特別規定外，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用，而非僅僅是藉以補充民法典之法源。<sup>6</sup>總之，由於日治 50 年立法上只表示「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權力。

費時 10 年後出版《臺灣私法》的舊慣調查事業，即屬於行政部門的台灣總督府，為協助當時法院內全為日本人的判官，認定僅涉及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，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」，其成立要件有二：1. 祭祀祖先之子孫，稱為派下、2. 支付祭祀經費的獨立財產。<sup>7</sup>

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」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份所為之分家，依歐陸法概念轉譯為：「被繼承人」死亡後，由於「房」非權利主體，乃由構成房之男性「諸子」擁有「繼承權」，出嫁後未能分得家產的女子則無「繼承權」。日治法院因此判認「家產」或者稱「戶主所有之財產」，由諸子均分，無男子時，若「被繼承人之親族無異議」，女兒方得繼承。<sup>8</sup>類似的概念操作延伸至祭祀公業，雖保留「派下」之名，但已非以「房」，而是由男系子孫，擁有祭祀公業所由生的

6 參見王泰升，同註 3，131-133、285-287、290-291 頁。

7 參見法務部，臺灣民事習慣調查報告，701-702、704 頁；曾文亮，同註 4，61-63 頁；臨時臺灣舊慣調查會，同註 4，394 頁。

8 參見王泰升，同註 3，311 頁。



各項權利，法院亦不曾認定該項習慣法違反公序良俗而無效。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、有害社會秩序及與法理不合部分予以刪除，<sup>9</sup>然其 1913 年提出的「台灣祭祀公業令」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」，<sup>10</sup>擬在制定法上接納在台漢人關於祭祀公業的法律傳統，而對僅男系子孫為祭祀公業派下一事，毫無改變之意。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」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男系子孫之當否。

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，但將例外的不適用日本民法的家督繼承，以維持諸子繼承。<sup>11</sup>依同理，很可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施行。

## 貳、現行祭祀公業派下權僅限男性子孫擁有之由來與爭議

### 一、在戰後台灣作為訓政時期中國遺緒的 20 年院字第 647 號

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 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，故漢族關於祭祀公業由各房為派下承受的法律傳統，須被認定為不同於遺產繼承，始得以習慣法之形式被納入國家法。規約上通常載有僅男系子孫具有祭祀公業派下資格的現象，則須視為係社會上慣行、但欠缺法之確信的「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行為，依民法第 2 條、第 72 條之規定，均不得違反公序良俗。<sup>12</sup>然而，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法律傳統。

1931 年 12 月 25 日做成的司法院 20 年院字第 647 號解釋第 4 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。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，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

9 參見曾文亮，同註 4，65 頁。

10 參見法務部，同註 4，779 頁。

11 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，30 頁。

12 戰後法院有關習慣法、事實上習慣這兩個概念的內涵，參見同註 11，34 頁。

可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「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來附**隨著祭祀之責（承繼宗祧）的財產**，已明白否定以傳統的房之觀念而限於由男性承受，從而**類推適用**（當時以稱「類推解釋」者居多）於祭祀公業的派下權，<sup>13</sup> 否定其之限於男性。惟1931年在中國的司法院所為之**價值判斷**，傾向於支持源自過往禮教、重男輕女的僅男系子孫擁有派下權。<sup>14</sup>

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條規定：「中華民國國民無男女、種族、宗教、階級之區別，在法律上一律平等。」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**。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權、形同其上級的國民黨決定，<sup>15</sup> 等於自己審查自己，難期約法發揮法規範審查之作用。

在此，將時與地拉回當今的台灣。今在台灣的司法院，2018年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，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「女子無祭祀公業派下權」的主張**。

## 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

1949年遷移至台灣的**最高法院**，即依中華民國民法關於「習慣」之規定，以判例/判決**形成祭祀公業法制**。1950年的39年台上字第364號判例表示：「台灣關於祭祀公業之制度，雖有……均得視為法人的習慣，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，自無適用與此相反之習慣，認其祭祀公業為法人之餘地」。<sup>16</sup> 此判例係將依中華民國

13 中國在1920年代後期到1940年代中期的《法學通論》著述，多數視「類推解釋」為法律解釋中「論理解釋」的一種，僅少數認為「類推適用」係法律解釋之外的一種法律適用的方法。參見王泰升，同註1，432、442頁。

14 參見王泰升，同註11，35-36頁。

15 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，同註3，136頁。

16 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年，3頁。

法屬於不同法秩序之「舊的國家法」的日治時期民事習慣法（參見前述壹、二、），即祭祀公業為習慣法（非日本民法）上法人，認定為中華民國民法第1條所稱之「習慣」，再以其並非「法律所未規定者」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祀公業「依習慣」（1922年勅令第407號），即誤將兩者混而為一。嚴格來講，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「法律所未規定者」，<sup>17</sup>且就此無習慣，故依「法理」。亦即本於「既得私法上權益應受保障」，準據舊國家法認定發生於當時之行為的法律效果，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，而不依日治時期的舊國家法。

該39年台上字第364號判例，接著認為祭祀公業「不過為某死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」〔按：這則判例自2008年7月1日起，因與後述《祭祀公業條例》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，於是關於宗族團體的運作部分，成為「法律所未規定者」，而可依「習慣」規範之。惟戰後台灣法院的司法官，於1950或60年代大多數來自中國大陸，尤以高等及最高法院層級為甚，故對台灣民間習慣不熟悉。<sup>18</sup>

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月的實地調查，出版《臺灣民事習慣調查報告》。該書「編輯凡例」第4點表示「各編就前清、日據時期、光復後之臺灣民事習慣，為縱的敘述，……可知其演變之跡。」可見調查報告中「前清」和「日據」部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：「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『臺灣私法』、……所載學者之論著、質疑回答、司法公牘等」，亦即舊國家法上法院的有權解釋，及當時學者見解（無權解釋）。但如前述

17 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年，27頁。

18 參見曾文亮，同註4，81頁；王泰升，同註3，233、235頁。



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家法與現行法上習慣混而為一，於是調查報告當中依日治時期法院判決例所述的習慣內涵，竟被當成是中華民國法上的「習慣」，實有商榷餘地。且該調查報告所述「光復後」部分，乃基於 1966 年所為的調查（依編輯凡例第 7 點），縱令其可信度可延續至 1980 年代，還能代表 1990 年代後因自由化、民主化導致社會劇變後的慣行或具有法之確信嗎？<sup>19</sup> 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下，竟長期的唯一仰賴該調查報告，認定當下社會上的習慣，實感遺憾。<sup>20</sup>

《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權。該書關於「派下權之取得」，先就派下員資格，認為「原則上，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），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，亦即全體設立祭祀公業之人，及(2)繼承的取得，並詳述如下：「原則上，公業設立人之繼承人全部，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）外，亦不

得取得派下權（註三）（註四）。」經查上揭註二、三、四均是引用日治時期總督府法院判決例，故所述者實為舊國家法，尚不能逕認為是進行習慣調查的 1960 年代，尤其是數十年後當今 2020 年代的習慣內容。<sup>21</sup> 今之司法者當無適用舊國家法之義務，立法者若欲延續之，尤須考量其蘊含的法律價值是否已過時。不過細讀後可發現，該調查報告所言的「原則上」，係指男、女均得為派下、繼承派下權，惟「依規約或習慣」、「當時」（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，但此未為法院所細查（見後述）。

### 三、戰後司法實務界見解一直沿襲舊說

1949 年遷至台灣的最高法院，在 1961 年的 50 年台上字第 146 號判決，即表態支持訓政時期中國司法院 20 年院字第 647 號解釋所做的價值判斷。<sup>22</sup> 這項判決似認為該有利於男系子孫的習慣，可透過「另行約定」而變更其內涵，不具有強

19 參見法務部，同註 4，編輯凡例。國史館的褒揚史料全宗內，有出自司法行政部的檔案，載明 1966 年 8 月曾由司長張文伯及戴炎輝教授率領數位團員，經各地方法院及縣市政府安排，就民事習慣的內涵，詢問地方士紳；由此產生者才是「當下」的習慣，不同於根據日治時期法院判決例（舊國家法）所認定者。這份史料由服務於國史館的吳俊瑩提供。

20 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 年，1 頁。

21 參見法務部，同註 4，740-741、754 頁。

22 參見黃茂榮，民法總則，台北：黃茂榮，增訂版，1982 年，16-17 頁。



制性，故不違反公序良俗。然而，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，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」。有學者以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>23</sup> 合理化「祭祀公業財產之繼承」之為民法第1條所稱「法律所未規定者」。於是「依習慣法，女子無祭祀公業派下員資格，從而不能繼承派下權」，成為台灣司法實務界通行的原則。

再10年後的1981年，最高法院70年度第22次民事庭會議，做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：「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，即不得繼承公業之財產（參照司法院院字第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，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，所「發明」的習慣法。之所以如此，恐怕就因該決議，實整理最高法院歷來關於祭祀公業判決而做增補，其強調民法遺產繼承之規定不能完全適用於祭祀公業之繼承，亦是沿用向來的見解。<sup>24</sup> 換言之，1949年後在台灣運作的最高法院，對於訓政時期中國司法院偏惠男性的祭祀公業派下權見解，不僅承襲還繼續「發揚光大」。

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。

#### 四、祭祀公業條例有限的立法變革

可跳脫不告不理原則或既有判例束縛

<sup>23</sup> 參見同註22，16-18頁。

<sup>24</sup> 參見王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮，同註20，283-284、295-297頁。

的習慣立法，原有比法院之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 12 月 12 日公布、2008 年 7 月 1 日生效的《祭祀公業條例》，第 4 條第 1 項和第 2 項基本上並未變更自最高法院 70 年度第 22 次民事庭會議決議以來的司法實務見解。<sup>25</sup> 該條例第 4 條第 1 項規定：「（前段）本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約約定之。（後段）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）。」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」由男系子孫為派下，卻假借「規約」之具有當事人「意思自由」的外觀，託詞「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 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。」僅僅在第 4 條第 3 項，為展示立法上不受傳統束縛，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，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。」

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 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 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，不應再援用。<sup>26</sup> 然而，倘若上述第 4 條第 1 項及第 2 項、第 3 項的規定，事實上導致絕大多數女性關係人被排除於派下員之外，<sup>27</sup>

25 參見同註 24，303 頁。

26 參見同註 24，344-345 頁。

27 觀察該條例施行後的情形，確實女性關係人經常被排除於派下員之外。憲法法庭 109 年度憲二字第 110 號祭祀公業聲請釋憲案中，「監察院國家人權委員會 1110915 鑑定意見書」的第 12 頁指出：「自祭祀公業條例創設祭祀公業法人以來，截至 2020 年各縣市政府完成登記之祭祀公業法人計 995 家、派下員 19 萬 5,017 人，女性 1 萬 7,852 人，顯見於現實生活中，女性取得派下員資格者仍為極度少數。」網址：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=2203&id=341055>（最後瀏覽日：2022 年 10 月 20 日）。

則基於有名分才入列祭拜的常規，恐不易本於親屬身分參與祭祀，以致女性很可能因未「共同承擔祭祀」，不得繼承派下權。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意呢？

當下實質不公平的現狀，不能僅僅以「法律不溯既往之原則」作為「救贖」。民法親屬繼承兩編的修正，如1985年所修正之原先偏惠男性的夫妻財產制，在立法上已採取「溯及既往」的作法，亦即在法之安定性與妥當性相互衝突時，以當今性別平等理念的妥當性為優先（亦參見大法官釋字410號解釋）。又如2019年民法將繼承人對債務繼承，全面改採限定責任為原則，所牽動的各方財產權益何其重大，但亦採有條件地溯往適用（參見民法第1148條、1148條之1、1156條之1；民法繼承編施行法第1條之3）。從而同樣涉及性別平等的祭祀公業派下制度之修正，立法上應否或在怎樣的範圍內應溯及既往，有其討論及斟酌的空間，而非將「法律不溯既往」當成不可撼動的鐵律。

## 參、對祭祀公業立法的司法違憲審查

### 一、釋字第728號解釋的內涵及其省思

2022年10月18日舉行言詞辯論的憲法法庭109年度憲二字第110號、110年度憲二字第529號祭祀公業聲請釋憲案，須參酌2015年3月20日做成的釋字728號解釋，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》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(2)第4條第1項後段、第2項、第3項及第5條。釋字728號解釋就第一部份，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。」在解釋理由書中因此表示：「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。」

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上的意義再做思考。筆者開宗明義即已指出，本於漢族千年相傳的生命觀，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定，處理這些稱「公業」或「祀產」的不動產，其實恰是否定了傳統上祭祖的精神，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遇。

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知的，將稱為公業的土地，作為與祭祀合一的特定財產，而以宗族團體內的房/派下為單位分享之；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，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性繼承人的繼承標的。

台灣在告別由日本殖民、或國民黨威權的統治者單方裁決的年代，身為自由人，對於己身的傳統文化及價值，應有自我審視的智慧及斷然變革的勇氣。早在100年前的1920年代，台灣人知識菁英討論到傳統與現代的衝突與調和時，曾有論者從現代主義的「進步」觀點出發，認為祭祀公業所代表的宗族組織，也有可能自為社會團體的小基礎而存在。<sup>28</sup>從文化相對主義的視角，基於漢族傳統的祭祖文化所形成的宗親團體，應為多元社會的一部份，故宜正面看待依漢族法律傳統計算房份而組成的祭祀公業團體，<sup>29</sup>其或可發

揮祭祀祖先的當代意義，例如鼓勵為家族史研究，重新形塑在台漢人的歷史文化。此外，在新的時代，房的意涵須與時俱進。古籍《說文解字》將房解釋為「室在旁也」，即「堂」旁邊的「室」（按：傳統漢人住宅在中央者為公廳或廳堂，其左右兩側稱室或房）；此「堂」指父母，故以「房」稱其兒子，或兄弟互稱，<sup>30</sup>且對未出嫁之女兒亦稱為「在室」女。如上傳統觀念，是以結婚後的兒子仍與父母同居為前提。然而當今台灣社會，兒子結婚後不與父母同居者比比皆是，故僅以兒子—「在室」的男子—為房的意義已失。若不同居的兒子可以是房，不同居的女兒也可以，或乾脆不管同居與否，兒子和女兒都是房。晚近台灣報章雜誌上常以「大房」、「二房」稱大太太、二太太，可見「房」已不再專指男性。

上揭法律論述在法學知識的建構上，具有特殊的意義。按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

28 參見曾文亮，同註4，76頁。

29 房份的計算，以設立公業當時的房為準，各個房所承受的份再傳給其下各房，而與其他房所承受的份，不相干擾。例如公業設定時有長房、次房等2房，故其房份各為1/2。若長房之下只有甲1房，則甲獨享長房的房份，亦即1/2；次房之下有乙、丙等2房，則乙和丙均分次房的房份，故其房份各為 $1/2 \times 1/2 = 1/4$ ；形成甲、乙、丙雖同世代，但房份不一定一樣。若甲房之下有A、B、C等3房，則A、B、C均分甲的房份，故其房份各為 $1/2 \times 1/3 = 1/6$ ；乙房之下只有D1房，則D獨享乙房的房份，亦即1/4；丙房之下有E、F等2房，則E和F均分丙的房份，故其房份各為 $1/4 \times 1/2 = 1/8$ 。同世代的A、B、C、D、E、F所擁有的房份，並不一致，分別為1/6、1/6、1/6、1/4、1/8、1/8。參見臨時臺灣舊慣調查會，臺灣私法第一卷下，413-415頁。

30 參見臨時臺灣舊慣調查會，臺灣私法第二卷下，台北：臨時臺灣舊慣調查會，1911年，184-185頁。



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，再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，讓民眾發自內心地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。因此對於漢族傳統產物的祭祀公業，筆者擬從台灣自身社會文化的素材，以現代人文社會科學的研究態度，發現複雜的法律現象之共通的原理，作為學理而運用於性質上係實踐評價的憲法適用，<sup>31</sup>有別於台灣常見之援引西方學界就其法律現象所提出的文化、種族、或性別理論。

釋字 728 號解釋再就第二部份，直指第 4 條第 1 項後段之規定已形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，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標準，而形成差別待遇，雖同條第二項規定……第三項規定……已有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。』亦已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。……有關機關自應與時俱進，……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」。然而從 2015 年至今 2022 年，就《祭祀公業條例》第 4 條和第 5 條構成的整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。

## 二、祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項、第 3 項及第 5 條違憲

《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」來繼承祭祀公業派下權，造成實質上性別不平等，亦應屬違憲。

本聲請釋憲案被告內政部，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「造成混亂及調查困難」實不存在。<sup>32</sup>內政部指出，一旦前揭與祭祀公業派下相關的法條失其效力，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「影響已完

31 參見王泰升，同註 1，9-11 頁。

32 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>（最後瀏覽日：2022 年 10 月 20 日）。

成之財產處分」；惟既有財產處分的相對人，依行為時之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「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，即距今剛好一百年之前設立的，<sup>33</sup>且目的在於追思先祖，何妨看成是**當今台灣社會的「公共財」**，也**讓祭祀之事「男女共治」**，一起籌劃經營。祭祀公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，<sup>34</sup>以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相干。

## 肆、結論

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。向來的祭祀公業派下法制，在當今自由民主憲政秩序下已失其必要性。

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「整體派下員制度之差別待遇仍然存在，……有關機關自應與時俱進，……就相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，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在，顯已違反憲法第 7 條、增修條文第 10 條第 6 項之規定。



33 日治後期在法律上已不許設立新的祭祀公業，戰後法律上得以共同共有關係成立祭祀公業，故並無明文禁止設立，但 1966 年所為的民事習慣調查報告指出，戰後祭祀公業「不特無從再行盛行，甚且日見衰退及萎縮，而新設立之例，即未曾聞之。」不過「原已設立之祭祀公業，尚繼續存在」。參見法務部，同註 4，708 頁；曾文亮，同註 4，84 頁。

34 參見曾文亮，同註 4，83-85 頁。