

# 祭祀公業制度之變革 暨爭議問題之探討（下）

尤重道\*

壹、前言	為標售
貳、祭祀公業法律地位之演變	伍、爭議問題之探討
一、祭祀公業在實體法上地位	一、祭祀公業法人財產是否仍屬其派下全體共同共有？
二、祭祀公業在程序法上地位	二、祭祀公業提出相關資料請求主管機關所為備查行為是否為行政處分？
三、小結	三、祭祀公業管理人對於祭祀公業所有權移轉事件，有無權限在訴訟中與對造成立和解或調解？
參、祭祀公業法制之變革	四、祭祀公業條例規定，本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約約定之，是否有違憲法保障性別平等意旨致侵害女子財產權？
一、日據時期適用習慣法	五、小結
二、臺灣光復後陷於混沌不明到訂定行政命令規範	陸、結語
三、制定特別法規範——祭祀公業條例	
肆、祭祀公業條例重點內容	
二、祭祀公業創設祭祀公業法人	
三、本條例施行前原有祭祀公業財產之歸屬	
四、未申報祭祀公業土地由主管機關代	

## 肆、祭祀公業條例重點內容

一、祭祀公業派下員身分取得男女平權  
所謂派下員，按祭祀公業條例的定義是指「祭祀公業的設立人及繼承其派下權之人」，而對於祭祀公業派下員身分之取得，不宜再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利，即是祭祀公業派下員男女平權之內

涵。

惟學者間指出，從性別的視角來考察法律，現代法律與過去法律相比，一個最大的進步，就是消除了歧視婦女的條款。而現代法律的一個最大缺陷，則是忽視了兩性區別，用毫無性差的法律規定男女同權、男女平等，其結果是男女根本不可能平等。因而，這種男女平等，實際上是用形式上的平

\* 本文作者係雲林縣社區大學講師

等掩飾了事實的不能平等，是一種包裝了的男女不平等。所以，男女平等的法律，並不是最好的法律。只有體現性別差異、補充女性能力，實現男女無利差的法律，才是最好的法律<sup>50</sup>。

### （一）本條例施行後派下員身分取得以共同承擔祭祀為要件

祭祀公業條例施行後，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。祭祀公業條例第5條定有明文。其立法意旨乃基於民法規定男女繼承權平等，不宜再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利，而為之規定。準此，自民國97年7月1日祭祀公業條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實者，其繼承人不問性別，凡共同承擔祭祀者均得繼承派下權<sup>51</sup>。

學者陳榮傳指出，祭祀公業條例第5條規定，揚棄以父系為主的祭祀習慣，改採民法繼承編的男女平等原則，從祀產繼承的角度而言，固屬進步。不過，祭祀公業畢竟是為祭祀祖先而設立，本條以祭祀為基礎，決定繼承人得否列為派下員的標準，相信未來對於祀產利益的爭奪，將不再單純的爭執血統或性別，而是「祭祀」事實的有無，以及是否已達到「共同承擔祭祀」的程度，繼承人

為了祀產的利益，也可能會出現蓄意阻止其他繼承人參與祭祀祖先活動的情形。如何確定派下員並端正禮俗，預料將有新的考驗<sup>52</sup>。

祭祀公業條例第5條規定「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<sup>53</sup>。祭祀公業派下權之取得應由該公業於其規約中訂定有關共同承擔祭祀之合法合理條件<sup>54</sup>。內政部98年4月16日內授中民字第0980032164號函曾釋示：「不具有共同承擔祭祀事實者可由管理人、派下員或利害關係人切結，於系統表加以註記，不列入派下現員名冊，向行政機關申請公告徵求異議」，惟實務上祭祀公業於辦理祭祀活動時，常排除女性之參與或未邀請女性參加，而構成女性不具有共同承擔祭祀之事實，經管理人、派下員或利害關係人切結，致形成女性之繼承權當然被排除之情形，使祭祀公業條例第5條規定形同具文。為落實祭祀公業條例第5條之立法目的，嗣內政部103年9月25日以臺內民字第10303066541號函乃變更規定：祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人不分男女原則均推定為派下員，除非當事人表示不願意共同承擔祭祀，提出相關書面文件，得由管理人、派下員、利害關係人於系統表切結註記，不列入派下現員名冊外，否則符合派下員資格

註50：王禮仁，〈男女平等的法律並不是最好的法律〉，台灣法律網，[http://www.lawtw.com/article.php?template=article\\_content&area=free\\_browse&parent\\_path=,1,783,&job\\_id=154985&article\\_category\\_id=849&article\\_id=83564](http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,783,&job_id=154985&article_category_id=849&article_id=83564)，瀏覽日期：2017/4/28。

註51：最高法院103年臺抗字第307號裁定參照。

註52：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》，第243期，2015年7月，頁14。

註53：內政部97年10月6日內授中民字第0970732852號函。

註54：內政部98年3月2日內授中民字第0980720054號函參照。

之繼承人，均應列入派下全員系統表及派下現員名冊內，並向行政機關申請公告徵求異議，以維護派下員權益。」，故上開內政部98年4月16日內授中民字第0980032164號函應予停止適用。至於經核備有案之派下員，嗣後如有不具共同承擔祭祀之事實者，除依規約或法人章程規定辦理外，得由管理人、派下員或利害關係人檢附相關佐證資料辦理變動登記；倘涉私權爭議，應向法院提起民事確認訴訟，以澈底解決紛爭<sup>55</sup>。

早期已完成申報並核發派下證明書之祭祀公業，原採「指定繼承」或「代表繼承」<sup>56</sup>或特定會（股）份持分之特殊組織等，規約另有規定並報經受理機關備查有案者，得逕依上開派下全員證明書，就派下員變動部分完成變動備查後，向主管機關申請登記為祭祀公業法人。上開特殊組織之祭祀公業，其派下員繼承事實發生於祭祀公業條例施行後者，其繼承人仍應依同條例第5條規定，以共同承擔祭祀者列為派下員<sup>57</sup>。

本條例第4條意旨係規範已存在之祭祀公業其派下員應具備條件之原則及例外，第5條意旨係基於民法規定男女繼承權平等，規範本條例施行後之祭祀公業即不得再依宗祧繼承

之習俗排除女性繼承派下之權利。祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，依法訂定規約，並報經受理機關備查有案，其規約內容如與本條例第4條規定不一時，優先適用規約規定辦理；如其規約內容如與本條例第5條規定不一時，除應優先適用條例規定辦理外，並請變更其規約<sup>58</sup>。

祭祀公業之派下權包括身分權及財產權，拋棄派下權之效力應依規約規定，無規約者拋棄財產權之派下員，僅對祭祀公業喪失財產分配請求權，並不影響其為公業成員之法律上地位，自仍得行使派下之表決權，得為祭祀公業管理人之權利，參與處分公業財產之權利等<sup>59</sup>。又祭祀公業派下（或稱派下員）得拋棄其派下權（包括身分權及財產權）。是縱祭祀公業規約或祭祀公業法人章程已定有派下權之除名規定，派下（或稱派下員）仍得依其單方自由意思表示，拋棄其對祭祀公業之身分權及財產權，並自公業脫離<sup>60</sup>。

## （二）本條例施行前派下員身分取得依照宗祧繼承舊慣所約定

祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業多設立於民國以前，且祭祀公業祀產並非自然

註55：內政部104年9月11日臺內民字第1041104456號函參照。

註56：例如祭祀公業出資設立人約定，日後各房的派下權，係由現存之派下員從其後代子孫中指定1人來繼承，則此種作法即為「指定繼承制」；若祭祀公業出資設立人約定，日後各房的派下權，係由現存派下員之長子代表繼承者，則為「代表繼承制」。

註57：內政部101年11月5日內授中民字第1015730851號函參照。

註58：內政部97年12月10日內授中民字第0970732948號函。

註59：司法院76年1月24日秘臺廳（一）字第01061號函及內政部98年1月8日內授中民字第0970037208號函參照。

註60：法務部100年1月5日法律決字第0999057387號函轉准司法院秘書長99年12月21日秘臺廳民一字第0990026176號函參照。

人之遺產，其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。基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則，對於已存在之祭祀公業明定其派下員依規約<sup>61</sup>定之，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）。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<sup>62</sup>。

祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，有關其派下員身分存否之認定，如祭祀公業已有規約規範者，自應優先適用之，否則應回歸臺灣民事習慣判斷之。祭祀公業係以祭祀祖先為目的而設立，依前清、日據時期及臺灣光復後之祭祀公業習慣，其派下員向以男系子孫為限，祭祀公業之女系子孫原則上固不能取得派下權，除非另行約定，女子不得與男系同論，則出嫁女子之子孫自不得為派下，且奉祀本家祖先之女子及其從母姓之子孫得繼承祭祀公業之派下權，亦以該女子家無男子（兄弟）即無男系子孫可繼承派下權為前提<sup>63</sup>。

祭祀公業條例第4條第1項後段：「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）」之規定，係以性別作為認

定派下員之分類標準而形成差別待遇，同條第2項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員」，業已緩減差別待遇之考量，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在，已據司法院大法官釋字第728號解釋理由書闡釋在案。除上揭臺灣傳統習慣當然取得派下員資格外，其餘派下之女子、養女、贅婿等依同條第3項規定，經派下現員2/3以上書面同意或經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數2/3以上同意通過，雖可取得派下員資格。惟此例外情形，基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則，此項多數同意應於祭祀公業條例施行後，始符法意。至祭祀公業條例施行前，派下之女子、養女、贅婿欲取得派下員資格，依公同共有財產所由生之法律（如行為時之民法第828條）、規約、習慣若無規定，仍應得全體公同共有人同意<sup>64</sup>。

換言之，祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員之認定，已有規約者依規約約定之，否則依習慣派下員為設立人及其男系子孫，出嫁女子固不得為派下。惟於祭祀公業條例施行前發生繼承之事實，設立人直系血親卑親屬之女子、養女等不具規約所訂派下資格之人，如持續有祭祀祖先之行為，經派下員全體同意取得派下權者，既不違背

註61：祭祀公業規約之性質，乃祭祀公業係以祭祀祖先為目的而設立之獨立財產，有關祭祀公業事務之處理，應由派下員大會決議訂定規約，以資遵循，性質上為全體派下員多數相同方向的意思表示趨於一致而成立之法律行為（共同行為或合同行為），與當事人間相互對立之意思表示趨於一致而成立之契約，性質殊異，最高法院103年度臺再字第46號判決參照。

註62：祭祀公業條例第4條立法理由參照。

註63：最高法院104年度臺上字第2363號判決參照。

註64：最高法院102年度臺上字第928號裁定參照。

祭祀公業設立意旨，復無派下權由外姓子孫取得，而使祭祀祖先之行為中斷之虞，亦不失規約之本旨，本於男女平權之精神，應得為派下員<sup>65</sup>。

## 二、祭祀公業創設祭祀公業法人

祭祀公業之性質特殊，其以獨立財產為基礎，而由全體派下員所組成，同時兼具財團及社團之特徵，既需以派下員大會為最高意思機關，而其專為祭祀所設立之財產既非以營利為目的，又非盡屬公益性質，不宜逕以法律單純將其歸類為財團法人或社團法人，基於維護並延續其固有宗族傳統特性，解決其與現行法律體系未盡契合之問題。祭祀公業條例創設祭祀公業法人之目的，旨在解決日據時期遺留產物所衍生的問題，就特殊事項為規定者，乃為特別法人的性質，規範對象應以本條例施行前或日據時期已存在之祭祀公業為限；新設立祭祀公業，應回歸普通法的規定，亦即，應適用民法關於法人的設立規定。如將新設立之祭祀公業亦納入「祭祀公業法人」範圍內，顯然混淆祭祀公業的法律性質，且與祭祀公業在法律上重新定位的目的有違，自有所不宜。

故祭祀公業條例第59條規定：「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（第1項）」；而對於「本條例施行前，已成立之財團法人祭祀公業，亦得於3年內辦理變更登記為祭祀公業法人，完成登記後，祭祀公業法人主管機關應函請法院廢止財團

法人之登記（第2項）」；同時規定，原已存在之祭祀公業，得依其意願申請更名登記為「祭祀公業法人所有」，或「派下員分別共有或個別所有」，抑或「依民法規定成立財團法人更名登記為財團法人所有」（第50條參照）。

### （一）本條例施行前已存在祭祀公業之處理

#### 1.得申請登記為祭祀公業法人

祭祀公業之性質特殊，其以獨立財產為基礎，而由全體派下員所組成，同時兼具財團及社團之特徵，既需以派下員大會為最高意思機關，而其專為祭祀所設立之財產既非以營利為目的，又非盡屬公益性質，不宜逕以法律單純將其歸類為財團法人或社團法人，基於維護並延續其固有宗族傳統特性，解決其與現行法律體系未盡契合之問題，爰於祭祀公業條例明定依本條例申報並完成登記之祭祀公業為特殊性質法人，名稱為祭祀公業法人，俾使其具有當事人能力成為權利義務之主體，以有別於財團法人及社團法人<sup>66</sup>。

祭祀公業條例第21條第1項規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其依本條例申報，並向直轄市、縣（市）主管機關登記後，為祭祀公業法人。」，第2、3、4項分別規定：「本條例施行前已核發派下全員證明書之祭祀公業，視為已依本條例申報之祭祀公業，得逕依第25條第1項規定申請登記為祭祀公業法人。」、「祭祀公業法人有享受權利及負擔義務之能力。」、「祭祀公業申請登記為祭祀公業法人後，應於祭祀公業名稱

註65：最高法院102年度臺上字第2057號判決參照。

註66：祭祀公業條例第21條立法理由參照。

之上冠以法人名義。」

惟對於有土地或建物既存之祭祀公業核發派下全員證明書後，可登記為祭祀公業法人。若祭祀公業名下已無不動產，自無土地、建物登記之問題，其現金財產可決議分配與派下員或作其他處理。故已無土地、建物僅餘現金之祭祀公業依照前揭說明不宜成立祭祀公業法人而應依民法規定捐助其財產成立社團法人或財團法人<sup>67</sup>。又祭祀公業法人既為依法成立之私法人，其登記方式，自應比照現行私法人作法，亦即僅登載法人名稱、統一編號及主事務所住址，代表人之個人資料無須登載，登記機關應加收一內部收件，以登記原因「管理者變更」塗銷原祭祀公業管理人之登記資料<sup>68</sup>。

未成立祭祀公業法人，而原以派下員全體共同共有方式登記之土地，該公業如已完成祭祀公業法人登記，得辦理所有權更名登記為祭祀公業法人所有。至於建物部分，倘原即以管理人名義申請建築執照並完成所有權第一次登記，自應以移轉方式登記為祭祀公業法人所有<sup>69</sup>。

## 2.已成立財團法人之祭祀公業得變更登記為祭祀公業法人

為解決既存之祭祀公業所面臨之問題，故以申報清理之方式確定其派下員再由派下員決定其是否存續，需存續者可經登記成為祭祀公業法人，仍保有祭祀公業之傳統型態。故祭祀公業條例第59條第2項規定：「本條例

施行前，已成立之財團法人祭祀公業，得依本條例規定，於3年內辦理變更登記為祭祀公業法人，完成登記後，祭祀公業法人主管機關應函請法院廢止財團法人之登記。」

因早期祭祀公業態樣繁多，有原為共同共有關係既存之祭祀公業，經申報清理核發派下全員證明書後而成立財團法人祭祀公業，亦有因不能新設立祭祀公業而成立財團法人祭祀公業者，如祭祀公業條例施行前，已成立之財團法人祭祀公業，係以自然人名義登記之土地及建物捐助申請設立，並非屬原為共同共有關係既存之祭祀公業，經申報清理核發派下全員證明書後所成立之財團法人祭祀公業，自與本條例第59條規定意旨不符<sup>70</sup>。亦即，非屬原為共同共有關係既存之祭祀公業財團法人，不得變更登記為祭祀公業法人。

## (二)新設立祭祀公業應依民法規定成立社團法人或財團法人

祭祀公業條例立法目的，在於解決既存之祭祀公業所面臨之問題，故以申報清理之方式確定其派下員再由派下員決定其是否存續，需存續者可經登記成為祭祀公業法人，仍保有祭祀公業之傳統型態；不需存續者則將其財產捐出成立財團法人或登記為派下員分別共有或個別所有。是以祭祀公業法人係為保存傳統所為之特別規範，如有需新設立祭祀公業實不宜再以舊制組織存在，以免繼續衍生男系繼承及共同共有財產處分困難之

註67：內政部98年6月9日內授中民字第0980033246號函參照。

註68：內政部98年7月3日內授中辦地字第0980724822號令參照。

註69：內政部98年11月11日內授中辦地字第0980725913號函參照。

註70：內政部98年7月8日內授中民字第0980033905號函參照。

問題，故明定新設立者視其設立之型態以人（宗親）為主則成立社團法人，以財產為主則成立財團法人<sup>71</sup>。

社團法人係以社員之組織為基礎所設立，以公益為目的之社團，其設立許可由社政單位辦理；財團法人係以所捐助之財產為設立之基礎，財團法人應以所捐助財產及其收入孳息辦理公益事務為目的。內政業務之財團法人則依其設立目的分別由民政、戶政、役政、社政、地政等業務主管單位許可其設立；宗親會以祭祀聯誼為目的由同姓宗親所組成者，屬人民團體或社團法人，應向社政單位申請；若以捐助財產成立財團法人之宗親會則向民政單位申請<sup>72</sup>。

### 三、本條例施行前原有祭祀公業財產之歸屬

祭祀公業於祭祀公業條例施行前已核發派下全員證明書或依本條例申報後核發派下全員證明書者，經選任管理人並報公所備查後，應於3年內由其自行選擇存續之方式或解散，以達土地利用及管理之目的<sup>73</sup>。

#### （一）自行選擇存續之方式或解散

祭祀公業派下全員證明書核發，經選任管理人並報公所備查後，應於3年內依下列方式之一，處理其土地或建物：1.經派下現員過半數書面同意登記為「祭祀公業法人並申辦

所有權更名登記為祭祀公業法人所有」、  
「依民法規定成立財團法人，並申辦所有權更名登記為財團法人所有」或「依規約規定申辦所有權變更登記為派下員分別共有或個別所有」；2.施行前已核發派下全員證明書之祭祀公業，亦應依照上開規定辦理（祭祀公業條例第50條第1、2項）

祭祀公業申請變更登記或共有型態變更登記時，應將全部不動產登記為(1)祭祀公業法人(2)財團法人(3)派下員分別共有或個別所有，選擇一種方式處理<sup>74</sup>。祭祀公業條例第14條第1項規定：「祭祀公業無原始規約者，應自派下全員證明書核發之日起1年內，訂定其規約。」對於條例施行前已核發派下全員證明書之祭祀公業，並無明文規定應予訂定規約，惟同條例第50條第1項第3款規定：「依規約規定申辦所有權變更登記為派下員分別共有或個別所有。」當祭祀公業依該款處理其土地及建物時，如該公業無規約，自應先訂定其規約後行之<sup>75</sup>。

祭祀公業申請登記為派下員分別共有者，僅係派下員共有型態由公同共有變更為分別共有，應以「共有型態變更」為登記原因；申請變更登記為派下員個別所有者，因已涉及權屬之變動，其性質與公同共有物分割相似，應以「共有物分割」為登記原因<sup>76</sup>。又依內政部訂頒之登記原因標準用語規定，「共有型態變更」係指公同共有後型態變更

註71：祭祀公業條例第59條立法理由及內政部97年10月15日內授中民字第0970035630號函參照。

註72：內政部94年1月19日內授中民字第0940030168號函。

註73：祭祀公業條例第50條立法理由參照。

註74：內政部97年12月3日內授中民字第0970732959號函。

註75：內政部97年10月6日內授中民字第0970732852號函參照。

註76：內政部99年10月13日內授中地字第0990725639號令參照。

為分別共有之登記；「共有物分割」係指共有人依協議或依法辦理分別各自取得其應有部分所有權所為之所有權移轉登記。是以，該令釋規定之登記原因「共有型態變更」或「共有物分割」均係針對公業仍有2人以上派下員，申請將其不動產變更登記為各該派下員分別共有或個別所有之規定；祭祀公業目前派下員僅1人，尚無從依上開登記原因辦理登記為該派下員所有，惟該登記原因事由仍屬「解散」行為<sup>77</sup>。

已成立「祭祀公業法人」之祭祀公業，其解散依祭祀公業條例第33條規定辦理（即多數同意）。未成立法人之祭祀公業，依法訂有規約者，其解散依其規約規定辦理。無規約者，其解散依民法第828條規定經全體派下員之同意後辦理之。祭祀公業土地及建物依照祭祀公業條例第50條規定申辦所有權變更登記為派下員分別共有或個別所有，不須經解散程序報民政機關備查<sup>78</sup>。

關於非財團法人組織之祭祀公業解散時，經該管民政機關核發派下全員證明書，其派下員僅存1人，土地所有權變更登記為派下員所有，尚無土地所有權移轉情事，無土地稅法第28條課徵土地增值稅規定之適用<sup>79</sup>。又登記原因「解散」適用於祭祀公業、神明會辦理解散後，將其產權移轉或更名為派下員或信徒所為之登記，登記既無涉移轉行為，應得以登記事由「更名登記（名義變

更）」，登記原因「解散」辦理登記<sup>80</sup>。

地政機關受理祭祀公業申辦所有權變更登記為派下員分別共有或個別所有，其登記之申請、登記原因及應附文件如下<sup>81</sup>：

- 1.登記原因：…申請登記為派下員分別共有者，僅係派下員共有型態由共同共有變更為分別共有，應以「共有型態變更」為登記原因；申請變更登記為派下員個別所有者，因已涉及權屬之變動，其性質與共同共有物分割相似，應以「共有物分割」為登記原因。
- 2.登記之申請：由受分配取得該土地之派下員單獨提出申請。
- 3.應附文件：…

## （二）囑託登記為派下員分別共有

祭祀公業未自行選擇存續之方式或解散者，由直轄市、縣（市）主管機關依派下全員證明書之派下現員名冊，囑託該管土地登記機關均分登記為派下員分別共有（祭祀公業條例第50條第3項）。所謂囑託該管土地登記機關將土地或建物均分登記為派下員分別共有，係指共有型態由「共同共有」變更登記為「分別共有」，將該祭祀公業每1筆土地建物都依派下現員人數均分登記為派下現員相同持分比例之分別共有，並非將土地或建物所有權分割為派下員個別所有（即一人擁有一物全部之所有權）<sup>82</sup>。

關於祭祀公業之囑託登記作業流程，依作

註77：內政部103年5月26日臺內民字第1030174295號函參照。

註78：內政部97年12月2日內授中民字第0970732955號函參照。

註79：財政部86年4月9日臺財稅字第861892328號函參照。

註80：內政部103年5月26日臺內民字第1030174295號函參照。

註81：內政部99年10月13日內授中辦地字第0990725639號令參照。

註82：內政部99年11月3日內授中民字第0990036799號函參照。

業程序第8點第(2)項規定，公所針對符合囑託登記之土地造冊，得函送土地所在管轄地政事務所查明土地（建物）標示、登記名義人等，經查核無誤後，通知祭祀公業之管理人或派下員，並於公所、祭祀公業土地所在地之村（里）辦公處公告、陳列30日，及刊登公所網站，公告期滿後，函送直轄市、縣（市）政府辦理囑託登記，並請公所列冊管控進度。至是否於地政事務所辦理公告，則由主管機關依實際需要，本權責為之<sup>83</sup>。

對於已清理（取得核發派下全員證明書）之祭祀公業，在其全部不動產均完成所有權移轉前或囑託登記前，仍得選擇自行選擇存續之方式或解散之方式處理，公所仍應受理不得拒絕。為維護已清理之祭祀公業全體派下員權益，各公所應函知轄管各已清理之祭祀公業應儘速依本條例第50條第1項規定辦理，如有派下員變動者，並請依條例第18條規定辦理變動，避免因囑託登記而影響權益受損<sup>84</sup>。

為應政策需求，順利推動地籍清理，解決其原為共同共有關係所衍生之土地登記之困難問題，有關直轄市、縣（市）主管機關依祭祀公業派下員全員證明書之派下現員名冊或神明會之現會員或信徒名冊，囑託土地登記機關均分登記為派下員或現會員或信徒分別共有時，倘有行方不明者，為保障其權益，應維持其權利狀態，故於囑託登記相關

文件中將列明其姓名、住址及權利範圍，並註明行方不明，並囑託由土地登記機關辦理登記。惟該已登記行方不明者，涉有權屬不明之情形，留俟修正祭祀公業條例及地籍清理條例增訂有關清理之規定後處理<sup>85</sup>。

祭祀公業未於期限內依規定之方式處理其土地，為達清理目的，…囑託該管土地登記機關均分登記為派下員分別共有，該囑託登記屬共有型態之變更。參照財政部68年8月25日臺稅第35920號函規定，應不課徵土地徵值稅；嗣其派下員再移轉該土地時，其前次移轉現值，應以該祭祀公業原取得該筆土地時核定之移轉現值為準<sup>86</sup>。

#### 四、未申報祭祀公業土地由主管機關代為標售

##### （一）代為標售之程序

祭祀公業土地代為標售之標的，大部分為登記主體不明、產權認定不易之情形，難以找到真正之權利人，無法藉由司法途徑解決。至於祭祀公業可檢具證明文件申報或申請登記者，自可依規定辦理登記，而不必以公權力介入，代為標售。又「代為標售」性質上係藉非常之手段，以解決長久以來地籍管理之問題，不僅可以促進土地有效利用，增進公共利益，增加政府稅收，並有助於政策之推行及人民財產權利之行使<sup>87</sup>。

祭祀公業條例第51條規定，祭祀公業土地

註83：內政部101年12月17日內授中民字第1015730943號函參照。

註84：內政部100年6月17日內授中民字第1000720141號函參照。

註85：內政部102年4月3日內授中民字第1025730151號函參照。

註86：財政部102年4月2日臺財稅字第10100720090號函、內政部102年5月3日內授中民字第1025760094號函參照。

註87：祭祀公業條例第51條立法理參照。

於第7條（祭祀公業未申報案件之公告及通知）規定公告之日屆滿3年，仍未完成申報者，除公共設施用地外，由主管機關代為標售。祭祀公業未申報案件之公告及通知，旨在公告並通知尚未申報之祭祀公業應自公告之日起3年內辦理申報或已清理之祭祀公業應依祭祀公業條例第50條規定辦理。土地既已依有關法令清理，自應依同條例第50條規定辦理，雖毋庸辦理補行公告，但應通知該祭祀公業依本條例第50條第1項及第2項規定辦理<sup>88</sup>。

主管機關代為標售土地前，應公告3個月；公告應載明優先購買權意旨，並以公告代替對優先購買權人之通知。優先購買權人未於決標後10日內以書面為承買之意思表示者，視為放棄其優先購買權；主管機關於代為標售公告清理之土地前，應向稅捐、戶政、民政、地政等機關查詢；其能查明祭祀公業土地之派下現員或利害關係人者，應於公告時一併通知（祭祀公業條例第53條）。

## （二）代為標售之原因

祭祀公業土地代為標售之標的，大部分為登記主體不明、產權認定不易之情形，難以找到真正之權利人，無法藉由司法途徑解決，乃以公權力介入，代為標售。故祭祀公業條例第51條第1項規定，祭祀公業未申報案件公告之日屆滿3年，有下列情形之一者，除公共設施用地外，由主管機關代為標售：「期滿3年無人申報」、「經申報被駁回，屆期未提起訴願或訴請法院裁判」、「經訴願決定或法院裁判駁回確定」，同條第2項規定「祭祀公業及利害關係人有正當理由者，得

申請暫緩代為標售」

主管機關辦理公告標售後符合一定之要件者，相關權利人得檢具理由及證明文件申請暫緩標售，依祭祀公業未能釐清權屬土地代為標售辦法第22條設有如下之規定：

- 1.主管機關辦理公告標售後，土地有下列情形之一者，得由相關權利人檢具理由及證明文件，申請暫緩標售：
  - (1)經申報或申請登記遭駁回，已於期限內提起訴願或訴請法院裁判，尚未確定。
  - (2)標售土地於決標前，真正權利人依本條例規定申報或申請登記。
  - (3)其他具有正當理由經直轄市或縣（市）主管機關同意。
- 2.前項第2款情形，民政機關於接獲申報或申請登記時，應即通知主管機關暫緩標售。
- 3.暫緩標售時，主管機關應囑託登記機關為暫緩標售之註記，並於登記簿所有權部其他登記事項欄註記第1項原因消滅後，登記機關應通知主管機關囑託辦理塗銷暫緩標售之註記。

## （三）代為標售土地價金之處理

有關代為標售土地價金之處理，本條例第54條設有如下之規定：

- 1.國庫設立地籍清理土地權利價金保管款專戶保管：直轄市或縣（市）主管機關應於國庫設立地籍清理土地權利價金保管款專戶，保管代為標售土地之價金（第1項）。
- 2.扣除行政處理費用清理獎金及應納稅賦

註88：內政部100年10月11日內授中民字第1000034081號函。

後儲存於前項保管款專戶：直轄市或縣（市）主管機關應將代為標售土地價金，扣除5百分之5行政處理費用、千分之5地籍清理獎金及應納稅賦後，以其餘額儲存於前項保管款專戶（第2項）。

3. 祭祀公業自專戶儲存之日起10年內申請發給土地價金：祭祀公業自專戶儲存之保管款儲存之日起10年內，得檢附證明文件向直轄市或縣（市）主管機關申請發給土地價金；經審查無誤，公告3個月，期滿無人異議時，按代為標售土地之價金扣除應納稅賦後之餘額，並加計儲存於保管款專戶之實收利息發給之（第3項）。

祭祀公業土地價款現金之分配，如該公業規約另有規定，從其規定外，仍應依民法第828條公同共有之規定，由全體公同共有人同意後行之<sup>89</sup>。又祭祀公業申請領取祭祀公業土地代為標售價金時，應檢附下列文件<sup>90</sup>：(1)申請人身分證明文件。(2)權利書狀。(3)規約。無規約者，免附。(4)管理人備查文件。但無管理人或管理人死亡尚未依規定選任新管理人者，免附。(5)派下全員證明書。(6)其他經中央主管機關規定之證明文件。

4. 前項期間屆滿後，專戶儲存之保管款經結算如有賸餘，歸屬國庫（第4項）。
5. 儲存保管程序另定辦法：地籍清理土地權利價金保管款之儲存、保管、繳庫等事項及地籍清理獎金之分配、核發等事項之辦法，由中央主管機關定之（第5項）。

#### （四）未完成標售土地之處理

代為標售之土地經2次標售而未完成標售者，為保障祭祀公業之財產權益，不宜再減價標售；又為免影響清理作業，亦不宜懸而不決，故祭祀公業條例第51條第1項規定：「代為標售之土地，經2次標售而未完成標售者，由主管機關囑託登記為國有。」；對於未完成標售已登記為國有之土地，為保障祭祀公業派下員之權益，乃於同條第2項規定：「自登記完畢之日起10年內，祭祀公業得檢附證明文件，向主管機關申請發給土地價金；經審查無誤，公告3個月，期滿無人異議時，依該土地第2次標售底價扣除應納稅賦後之餘額，並加計儲存於保管款專戶之應收利息發給。所需價金，由地籍清理土地權利價金保管款支應；不足者，由國庫支應。」

### 伍、爭議問題之探討

祭祀公業法條例之制定，旨在為達到延續宗族傳統兼顧土地利用及增進公共利益之目標，配合地籍清理之政策方向，以維持祭祀公業之優良傳統，並解決其原為公同共有關係所生之土地登記、財產處分運用之困難問題。惟本條例自97年7月1日施行以來，仍有若干疑義或爭議之問題，茲舉其重要者分述如下：

#### 一、祭祀公業法人財產是否仍屬其派下全體公同共有？

關於祭祀公業法人財產是否仍屬其派下全體公同共有？有不同見解：

註89：內政部94年12月13日內授中民字第0940036546號函。

註90：內政部103年6月9日臺內民字第1030174243號函參照。

(一) 否定說：持否定說者認為：「祭祀公業條例第21條第3項規定：『祭祀公業法人有享受權利及負擔義務之能力。』即具有當事人能力成為權利義務之主體，祭祀公業登記為祭祀公業法人後其財產即應更名為祭祀公業法人所有，不再為祭祀公業派下員共同共有<sup>91</sup>。」、「…祭祀公業依本條例規定登記為祭祀公業法人，並將其所有土地或建物申辦所有權更名登記為祭祀公業法人所有，該土地或建物已非派下員全體共同共有，而應屬祭祀公業法人所有；準此，對祭祀公業法人之訴訟，其確定判決之效力自不及於派下員…<sup>92</sup>」

(二) 肯定說：「…原法院以：祭祀公業法人○○○已完成法人登記，並置管理人23名，主任管理人1名，自應由其主任管理人代表祭祀公業法人○○○應訴，判決效力僅及於該祭祀公業，不及於具派下員資格之第三人。…而祭祀公業法人之財產，實質上仍屬其派下全體共同共有，則關於祭祀公業法人之訴訟，倘祭祀公業法人受敗訴判決，於法律上或事實上依該裁判之內容或執行結果，派下全體將致受不利益，其派下就此訴訟，自屬有法律上利害關

係之第三人，而得為參加…<sup>93</sup>」

## 二、祭祀公業提出相關資料請求主管機關所為備查行為是否為行政處分？

關於祭祀公業派下員大會選任為新管理人，提出相關資料請求主管機關就其為新任管理人為備查，遭主管機關否准。該否准備查之行為是否為行政處分？有不同見解：

(一) 肯定說：持肯定說者認為：「主管機關同意新管理人之備查，即表示原任之管理人資格被推定已經喪失，而無法再以管理人身分行使職權，對原任管理人之權益及祭祀公業整體之運作，均發生重大之影響。是直轄市、縣（市）主管機關對祭祀公業法人選任管理人後所為備查之行為，足以發生具體之法律上效果，性質上應屬行政處分<sup>94</sup>。」、「按祭祀公業規約之訂定或變更、管理人之選任或變動，依祭祀公業條例第14條第3項、第16條第1項、第19條規定，應向鄉（鎮、市、區）公所申請備查，鄉（鎮、市、區）公所否准備查之申請，雖無確定私權效力，但具有初步形式認定之效果，影響祭祀公業對於受監督事項之運作，例如與金融機構之往來，申請登記為祭祀公業法人，處理其土地或建物，或申請地政機關為土地登記等，自屬主

註91：內政部97年11月17日內授中民字第0970036520號函參照。

註92：最高法院104年度臺抗字第531號民事裁定意旨參照。

註93：最高法院104年度臺抗字第146號民事裁定意旨參照。

註94：高等行政法院102.3.20—102年度法律座談會討論意見甲說參照。

管機關基於職權，就特定之具體事件，所為發生公法上效果之單方行政行為，而為行政處分<sup>95</sup>。」

(二) 否定說：持否定說者認為：「祭祀公業條例第30條第2項規定應報請『備查』者，係派下員大會會議紀錄，並非祭祀公業之規約，亦非原告所稱之房代表名單，且『備查』程序對於祭祀公業法人派下員大會所決議之事項是否有效，並不生影響，如屬不法之決議，縱經報請備查，亦不因而變成合法，即『備查』之性質非行政處分<sup>96</sup>。」、「人民向監督機關陳報須經『備查』之事項，其目的僅在供監督機關事後監督之用，不以之作為該行為之合法要件。足見，主管機關對於祭祀公業法人派下員大會會議紀錄為『備查』與否之行為，對於祭祀公業法人派下員大會所決議事項是否有效，並不生影響，其性質並非行政處分<sup>97</sup>。」、「祭祀公業管理人選任係屬團體自治事項，行政權原則上不介入。是管理人選任後雖應向主管機關申請備查，然綜覽祭祀公業條例，尚無以備查之介入，始令其對外發生一定法律上效果之規定或意旨。因此，新任管理

人申請備查當僅係供主管機關事後監督之用，是否准予備查，因無法律效果，均非行政處分<sup>98</sup>。」

### 三、祭祀公業管理人對於祭祀公業所有權移轉事件，有無權限在訴訟中與對造成立和解或調解？

關於原告甲對被告乙祭祀公業（非法人）起訴，主張被告乙祭祀公業應移轉某不動產與原告甲，被告乙祭祀公業之管理人丙已到場並表示同意，則是否可成立調解？有不同見解：

肯定說：持肯定說者認為，按「祭祀公業未依該條例第21條、第22條規定向主管機關登記為祭祀公業法人者，依本院最新見解仍不失為非法人團體，自有當事人能力。…該公業既屬非法人團體，具有當事人能力<sup>99</sup>。」，是依上開法律見解，管理人丙既為祭祀公業於該訴訟中之法定代理人，應屬有權與對造成立調解<sup>100</sup>。

否定說：持否定說者認為，…按臺灣之祭祀公業，僅屬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，故除有表示其團體名義者外，縱設有管理人，亦非民事訴訟法第40條第3項所謂非法人之團體，自無當事人能力。實務上雖認得以該管理人之名義起訴或被訴，乃係基於便宜上之理由，非謂其管理人即為民事訴訟法第

註95：最高行政法院105年1月份第1次庭長法官聯席會議甲說。

註96：臺中高等行政法院100年度訴字第39號裁定參照。

註97：高等行政法院102.3.20—102年度法律座談會研討結果多數意見參照。

註98：最高行政法院105年1月份第1次庭長法官聯席會議決議參照。

註99：最高法院97年度臺上字第2070號裁定要旨參照。

註100：臺灣高等法院暨所屬法院104.11.4—104年度法律座談會討論意見甲說。

40條第3項之代表人或管理人，即非祭祀公業之法定代理人。祭祀公業條例第36條規定：管理人就祭祀公業法人財產之管理，除章程另有規定外，僅得為保全及以利用或改良為目的之行為。本件雖非祭祀公業法人，亦應類推適用。故不適宜由管理人丙直接代表祭祀公業成立調解筆錄，應視管理人丙是否已依規約或取得全體派下員同意，始得就該祭祀公業之財產為處分行為<sup>101</sup>。

#### 四、祭祀公業條例規定，本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約約定之，是否有違憲法保障性別平等意旨致侵害女子財產權？

關於祭祀公業條例規定，本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約約定之，是否有違憲法保障性別平等之意旨致侵害女子之財產權？有不同見解：

否定說：持否定說者認為：「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，以維持法律的整體一致性。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（父系）為主、女系（母系）為輔的制度，或採取女系（母系）為主、男系（父系）為輔的制度，乃是為祭祀遠祖的必要選擇，即使其與形式的兩性平等原則不同，在維持家族制度的原則下，似不應完全

予以否定<sup>102</sup>。」、「我國祖先崇拜的神聖性既然已經上升到類似宗教，且並非為民眾所惡，且與公共利益有違之『非善良風俗』，則如同國家對於宗教團體的自治應當給予最高度的尊重，也同樣的必須施於祭祀公業的內部規範之上。因此，此結社權的特殊性即足以合理化系爭規定的差別待遇<sup>103</sup>。」、「祭祀公業規約係設立人或其繼承派下子孫基於意思表示所為之私法上結社及財產處分行為，以規約定其派下員，基於私法自治原則，除有違反強制禁止規定之情形，應有其法律效力，而無基本權第三人效力之適用。被排除為派下員之繼承人，自不得主張規約與憲法第7條保障性別平等之意旨有違，致侵害女性子孫之財產權<sup>104</sup>。」

肯定說：持肯定說者認為：「祭祀公業設立當初之宗旨或規約，在性質上係屬法律行為（合同行為），其內容自不能與現行憲法或其他強制規定有所違背，以男系子孫為限始得享有派下權之宗旨或規約，不惟與現行憲法第7條之規定有所抵觸，即與民法第1138條之規定亦有違背。是此項宗旨或規約依法應屬無效，已無遵守之餘地<sup>105</sup>。」、「…系爭規定中祭祀公業派下員之規約，已非純屬自治或自律的私權範圍，其所衍生之相關爭議，自非僅以『私法自治，原則上應予尊重』，就可一語帶過，亦非僅得以私法爭訟

註101：臺灣高等法院暨所屬法院104.11.4—104年度法律座談會討論意見乙說，經研討結果採取否定說（乙說）之見解。

註102：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》，第243期，2015年7月，頁14。

註103：司法院釋字第728號解釋，大法官陳新民協同意見書參照。

註104：司法院釋字第728號解釋，大法官陳碧玉部分協同部分不同意見書參照。

註105：王慶雲，〈論祭祀公業派下權之女子繼承〉，《司法通訊》，第232期，1966年3月18日。

方式解決。…如果僅因『消除性別歧視』規定於基本國策，就認其非為憲法第7條之男女平權應有的主觀功能，而將之定位為客觀上僅得作為國家視能力而選擇性執行之依據時，憲法第7條男女平權的規定，豈不成為失去靈魂的軀殼，而『國家應促進兩性地位實質平等』，將流於口號。…祭祀公業條例在調和傳統與現代的性別平等意識上，主管機關曾作出相當的努力，惜只顧及起、承、轉的階段上，卻在『合』的步驟上，未能接上憲政的常軌，而釋憲者又未能適時地協助挽回，頗為遺憾。為避免既存祭祀公業在既有規約效力範圍下，成為平等光輝永遠無法照射的陰暗面，亡羊補牢之計，建議主管機關或可比照本條例第7條、第14條等規定，修法再設定過渡時間，至少應就現生存女性關係人繼承之方式與時點，另行斟酌設定實體與程序要件，讓繼承人中『願共同承擔祭祀』之女性皆有請求納入派下員之權，逾時未申請方視同放棄，以定紛止爭<sup>106</sup>。」、「憲法第7條平等原則得否介入私法自治領域，直接限制設立人自由處分其私有財產之行為？此為憲法規定之第三人效力的問題。如採肯定說，肯認憲法規定對於私法關係之約定，有直接拘束力，則於憲法秩序下，規約之規範內容應符合憲法意旨；如採否定說，認為憲法關於基本權利之保障規定對於私法關係之約定，無直接拘束力，亦即無第三人效力（Drittwirkung），則祭祀公業之設立人基於私法自治原則，就其捐助之祭祀公業的財

產，所定規約內容無憲法平等權之適用餘地。…不論祭祀公業設立於該條例施行前或施行後，只要其派下權之繼承事實發生在本條例施行後，關於其派下員資格之取得，已不再有男女不平等的疑義。至於派下權之繼承事實發生在本條例施行前者，其派下員資格之認定，因仍應依本條例第4條之規定，適用繼承事實發生時法，所以尚有男女不平等的情事<sup>107</sup>。」、「…系爭規定…以規約認定派下員，或於無規約、規約未規定時，逕以男系子孫為派下員，且僅於無男系子孫而女子未出嫁者，始得為派下員，或派下女子、養子須得其他派下員多數同意始得為之，其所為差別待遇之手段，一方面反映對於生理性別在宗祧傳統上之固有印象，進而強化社會對於生理性別之固有印象與性別偏見，形成不公平之差別待遇及次等公民之地位，使女子派下權繼承之財產權，將因此受到完全剝奪，或受有一定條件之限制，尚非對於人民財產權侵害最小之手段<sup>108</sup>。」、「祭祀公業條例第4條確有『維護法秩序之安定』之公益目的；然祭祀公業所涉及設立人及派下員財產處分權、契約自由及結社自由等，如具歧視女性之內涵，則無憲法保護價值。女性在憲法第7條下受性別平等之保護價值與重要性則相對較高。且立法者亦非不得設置適當之機制，以調和法秩序安定與兩性平等之積極確保與促進，故…本條例第4條各項與憲法第7條保障性別平等之意旨有違，且逾越憲法第23條之必要程度。立法者自應積極迅速制

註106：司法院釋字第728號解釋，大法官李震山不同意見書參照。

註107：司法院釋字第728號解釋，大法官黃茂榮不同意見書參照。

註108：司法院釋字第728號解釋，大法官葉百修不同意見書參照。

定符合性別平等之相關規定與機制，導正其歧視女性之效果<sup>109</sup>。」

司法院104年3月20日作成釋字第728號解釋：「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祀公業派下員，尚難認與憲法第7條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。」

## 五、小結

### （一）祭祀公業財產登記為「祭祀公業法人」應歸屬祭祀公業法人所有

祭祀公業已登記為「祭祀公業法人」者，具有權利能力及當事人能力，依祭祀公業條例第21條第3項規定：「祭祀公業法人有享受權利及負擔義務之能力」，即具有權利能力及當事人能力，得為權利義務之主體，如將其所有不動產更名登記為「祭祀公業法人」所有，該不動產已非派下員全體共同共有，而應屬祭祀公業法人所有。至未登記為「祭祀公業法人」之財產，基於祭祀公業係以祭祀祖先為目的而設立之獨立財產之本質，其

公業財產仍屬全體派下員共同共有之性質應無改變。

### （二）祭祀公業提出相關資料請求主管機關所為備查行為非行政處分

「行政處分」與欠缺法效性之「觀念通知」之區分，原應視其是否「已直接發生法律上效果」為斷，惟政府機關之公文書常因涵義不明確，甚且有意或無意間迴避法效性問題，而影響人民依法爭訟之權利，是以在實務上欲判別「行政處分」與「觀念通知」，應從實質上加予認定，而不拘泥於公文書之用語、形式及是否有後續行為或記載不得聲明不服而有異<sup>110</sup>。地方制度法第2條第5款對「備查」之定義為：「指下級機關或機關間，就其得全權處理之業務，依法完成法定效力後，陳報上級政府或主管機關得悉之謂。」行政機關對於於人民報請備查之事件，其准予備查或不準備查是否直接發生公法上之法律效果，原應視人民報請備查之事項而定，不可一概而論。

在實務上有認為，就寺廟管理事件而言，如因主管機關不予備查，而導致人民無法成立合法之管理組織，甚或影響其後續管理人之登記、寺廟之興辦及財產之處理，即難謂非屬行政處分<sup>111</sup>。又主管機關備查所轄財團法人之會議紀錄後，始發現該會議之召開不符捐助章程規定，應如何處理乙節，仍應視主管機關備查行為之性質以為衡量，如屬違法行政處分，應依行政程序法第117條以下有

註109：司法院釋字第728號解釋，大法官羅昌發不同意見書參照。

註110：司法院釋字第423號解釋意旨參照。

註111：最高行政法院97年度裁字第2890號裁定參照；同旨：高雄高等行政法院99年訴字第363號判決。

關行政處分撤銷之規定辦理；如屬事實行為（如觀念通知），學理上有認可依其情形，類推適用行政處分之規定<sup>112</sup>。而祭祀公業提出相關資料報請主管機關所為備查行為，僅係供主管機關事後監督之用，其准予備查或不准備查均未對受監督事項之效力產生影響，不直接發生公法上之法律效果，其性質皆非行政處分。

**（三）祭祀公業管理人對於祭祀公業所有權移轉事件，有無權限在訴訟中與對造成立和解或調解，應視管理人有無經合法選任及踐行處分程序而定**

祭祀公業法人財產「管理、處分及設定負擔之方式」及「章程之訂定及變更程序」，均應記載於章程（祭祀公業條例第24條參照），從而，有關祭祀公業法人財產之管理、處分及設定負擔，章程有規定者，應從章程之規定，章程未規定者，則依章程所規定章程變更程序變更之，以為依循。依祭祀公業條例第36條規定：「管理人就祭祀公業法人財產之管理，除章程另有規定外，僅得為保全及以利用或改良為目的之行為」。非祭祀公業法人之祭祀公業，亦應類推適用<sup>113</sup>。而管理人是否經合法選任，攸關該祭祀公業法定代理權有無欠缺，法院於此不問其訴訟進行至如何之程度，應依職權調查之，縱使其

實際尚有欠缺，苟非不能補正，仍應以裁定酌定期間命為補正，迨逾期不為補正時，始得認其訴為不合法，而以裁定駁回之<sup>114</sup>。

祭祀公業依法成立祭祀公業法人者，其財產之處分、設定負擔依祭祀公業條例第33條（經祭祀公業法人派下員大會特別決議通過）規定辦理。祭祀公業未成立法人，依法訂有規約者，其財產之處分、設定負擔依其規約規定辦理。無規約者其不動產依土地法第34條之1之規定辦理，至其動產則依民法第828條之規定辦理<sup>115</sup>。又祭祀公業不動產處分，如有祭祀公業之原始規約或經派下員特別多數決同意之規約，即以該規約之規定辦理；倘該規約中明確授權管理人得代表派下員就祭祀公業之不動產處分或設定負擔者，基於私權自治原則，予以尊重<sup>116</sup>。祭祀公業依規約處分其不動產時，倘規約中已有上開授權管理人之約定，於該公業申請登記時，毋庸提出派下員同意授權文件…<sup>117</sup>。

對於未成立法人之祭祀公業，早期最高行政法院認為，公同共有之祭產，其管理人之選定，原則上固須公同共有人全體之同意，惟依該公同共有人間之慣例，祭產管理人得由多數共有人之決議當選，而此項習慣，通常可認祭產公同共有人有以之為契約內容之意思者，即應認該祭產管理人之多數決議當

註112：林錫堯，《行政法要義》，著者自印，3版1刷，2006年9月，頁480；法務部96年11月20日法律字第960033634號函參照。

註113：臺灣高等法院暨所屬法院104.11.4-104年度法律座談會研討結果參照。

註114：最高法院101年度臺抗字第255號裁定參照，《最高法院民事裁判書彙編》，第64期，頁141-144。

註115：內政部97年12月3日內授中民字第0970732954號函參照。

註116：內政部101年8月3日內授中民字第1015730525號函參照。

註117：內政部101年8月17日內授中辦地字第1016037946號函參照。

選為合法<sup>118</sup>。

祭祀公業管理人是否為合法之管理人，應以其產生方式是否合於規約之規定或慣例為準，即以民事法律關係為斷，至於有無向主管機關申請變更登記或備查，對管理人之合法性均不影響，均得代表祭祀公業為訴訟行為<sup>119</sup>，尚不得以祭祀公業選定管理人未經備查，即認定管理人為非真正管理人，而否定其代表祭祀公業實施行政救濟之權能<sup>120</sup>。亦即，祭祀公業管理人選任係屬團體自治事項，行政權原則上不介入。是管理人選任後雖應向主管機關申請備查，然綜覽祭祀公業條例，尚無以備查之介入，始令其對外發生一定法律上效果之規定或意旨<sup>121</sup>。

按當事人與祭祀公業管理人在法院和解成立，確認其對祭祀公業有派下權存在者，管理人出庭與原告達成和解前仍應經該公業過半數派下現員同意授權管理人和解，始符合祭祀公業條例第17條更正派下全員證明書之要件<sup>122</sup>；在地方法院簡易庭調解確認派下權，祭祀公業法人管理人所為之和解，仍須符合章程規定及派下員大會通過<sup>123</sup>。基於同一法理，祭祀公業法人或祭祀公業管理人對於祭祀公業所有權移轉事件，在訴訟中與對造成立調解或和解，除祭祀章程或規約中明確授權管理人得代表祭祀公業法人或派下員就祭祀公業之不動產處分或設定負擔外，仍

應符合祭祀公業條例第33條（祭祀公業法人派下員大會特別決議通過）或祭祀公業規約規定或土地法第34條之1（無規約者須經派下員多數決同意）之規定。

#### （四）落實兩性平權政策祭祀公業下員身分認定有待法律修正予以妥善解決

關於祭祀公業條例規定以規約認定祭祀公業派下員，是否有違憲法保障性別平等意旨之問題，司法院釋字第728號解釋謂：「尚難認與憲法第7條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權」惟其解釋理由書末段指出：「國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等。對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，有關機關自應與時俱進，於兼顧上開憲法增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，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，俾能更符性別平等原則與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨。」

經查，司法院作成釋字第728號解釋後，行政院以：「祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員資格之取得，於施行前及施行後之適用不同。惟本條例第4條之規定，僅有男系子孫可為派下員，不符合CEDAW要求確保婦女與男子享有平等法律權利之規

註118：最高行政法院54年判字第228號判例參照。

註119：最高法院92年度臺上字第2113號判決參照。

註120：高等行政法院法96.4.25—96年度法律座談會大會研討結果參照。

註121：最高行政法院105年1月份第1次庭長法官聯席會議決議參照。

註122：內政部99年9月9日內授中民字第0990035783號函參照。

註123：內政部102年3月8日內授中民字第1025000670號函參照。

定。為保障女性平等法律權利，有關本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員資格取得之規定，朝兼顧以往法律事實狀態之穩定及未來女性平等權益之保障等方向修法」，擬具「祭祀公業條例」第4條修正草案，就「本條例施行前已存在之祭祀公業，無規約或規約未規定者，其派下員資格之取得，修正為依習慣定之，如能取得祭祀公業內部派下現員特別多數同意，亦得為派下員，以維護國人平等參與祭祀公業之權利<sup>124</sup>。」，函送立法院審議中。

立法委員盧秀燕等17人亦以：「有鑑於憲法已明文規定男女平等原則，且民法對於贅夫婚相關規定亦早予以廢除，以落實男女平等之意旨。唯查祭祀公業條例中相關文字規定並未配合民法修訂，祭祀公業條例第4條第2項後段及第3項尚存有「招贅夫」或「贅婿」等文字，顯與民法規定不合。另民法規定男女繼承權平等，本條例第5條立法理由亦說明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，然而本條例第1條第1項卻仍僅規定「養子」可取得派下員資格，而將「養女」排除；此條規定不僅有違憲法男女平等原則，亦與本條例第5條立法理由有所矛盾。」，提案「祭祀公業條例第4條條文修正草案」，刪除女子派下員資格取得需得2/3派下員同意或派下員大會出席人數2/3人同意之相關規定，並將養女列入可取得派下員資格之人，以落實男女平等原則<sup>125</sup>。

## 陸、結語

日據時代與臺灣光復後對祭祀公業的不同定位，其法律後果與社會影響產生明顯的差異：日據時代靈活地將祭祀公業看作是「習慣法人」，其國家法律政策大多得以貫徹；反之，臺灣光復後固守民初大理院以來的見解，堅持類似祠堂族產的祭祀公業不是法人，只是「派下共同共有」，導致了「祭祀公業」在臺灣社會變遷的過程裡，衍生層出不窮的問題。

祭祀公業條例公布施行後，祭祀公業賦予祭祀公業特殊法人的地位，稱為「祭祀公業法人」，祭祀公業申請登記為「祭祀公業法人」者，有權利能力及當事人能力；祭祀公業尚未登記為法人者，視為非法人團體，僅具有當事人能力，而無權利能力。祭祀公業條例創設祭祀公業法人之目的，旨在解決日據時期遺留產物所衍生的問題，就特殊事項為規定者，乃為特別法人的性質，規範對象應以本條例施行前或日據時期已存在之祭祀公業為限，新設立祭祀公業，應回歸普通法的規定，亦即，應適用民法關於法人的設立規定。

依祭祀公業條例之規定，以申報清理之方式確定其派下員，再由派下員決定其是否存續，需存續者可經登記成為祭祀公業法人，仍保有祭祀公業之傳統型態；不需存續者則將其財產捐出成立財團法人或登記為派下員分別共有或個別所有。是以祭祀公業法人係

註124：行政院105年8月17日院臺綜字第1050173947號函送立法院審議。

註125：立法院議案關係文書院總第1224號，委員提案第19751號，105年11月2日。

為保存傳統所為之特別規範，如有需新設立祭祀公業實不宜再以舊制組織存在，以免繼續衍生男系繼承及共同共有財產處分困難之問題。故明定新設立者視其設立之型態以人（宗親）為主則成立社團法人，以財產為主則成立財團法人。至未依規定申報清理之祭祀公業，該祭祀公業土地，由主管機關代為標售，代為標售價金國庫設立地籍清理土地權利價金保管款專戶保管，祭祀公業自專戶儲存之日起10年內得申請發給土地價金（須扣除行政處理費用清理獎金及應納稅賦），期間屆滿後，專戶儲存之保管款經結算如有賸餘，歸屬國庫。

「祭祀公業法人」財產之管理、處分及設定負擔，章程有規定者，應從章程之規定，章程未規定者，則依章程所規定章程變更程序變更之，以為依循，其與祭祀公業應從規約，有所不同。祭祀公業已登記為「祭祀公業法人」者，即具有權利能力及當事人能力，得為權利義務之主體，如將其所有不動產更名登記為「祭祀公業法人」所有，該不動產已非派下員全體共同共有，而應屬祭祀公業法人所有，祭祀公業法人雖仍維護並延

續其固有宗族傳統特性，但祭祀公業法人財產歸屬法人所有，不再為祭祀公業派下全體共同共有。對祭祀公業法人之訴訟，其確定判決之效力歸屬祭祀公業法人本身，而不及於派下員；未登記為「祭祀公業法人」之祭祀公業，基於祭祀公業係以祭祀祖先為目的而設立之獨立財產之本質，其公業財產仍屬全體派下員共同共有之性質應無改變，在訴訟上其確定判決之效力及於全體派下員。

有關祭祀公業條例規定以規約認定祭祀公業派下員，是否有違憲法保障性別平等意旨之問題，司法院釋字第728號解釋理由書末段既指出：「…對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，有關機關自應與時俱進，於兼顧上開憲法增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，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…」，尚有必要透過法律之修正，予以妥善解決，故仍有待祭祀公業條例之修正，以落實兩性平權政策，符合憲法及民法男女平權之精神，結束男女不平等之舊慣，而符合社會之期待。