

# 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一一三四號判決——

曾文亮\*

(中華技術學院講師)

黃丞儀\*\*

(現職律師)

## 目次

### 壹、判決要旨

### 貳、問題的提出

一、八九年台上字第一一三四號判決的特殊性

二、最高法院處理祭祀公業派下資格問題的原則：依「習慣」

三、「派下資格認定」習慣的一般規範化傾向

### 參、「派下資格認定」一般規範化的法律史考察

一、派下資格問題的來源：祭祀公業類型的多樣性

(一)觀察清治時期契字歸納之分類

(二)日治時期實務上之分類

(三)本文的分類

二、日治時期台灣總督府法院的處理經驗與「派下資格認定」習慣之一般規範化

(一)清治時期民間習慣面貌之還原

(二)日治時期「派下資格」認定之一般規範化

三、國治之後法院對於「派下資格」一般規範化的延續與強化

(一)祭祀公業制度的民事法化

(二)實定法的不足與習慣的補充

肆、對本件判決之評析——民事習慣在實定法上地位之再思考

一、「習慣」、「判決」與「成文法」：習慣差異性之認識

二、客觀主義的習慣考察之必要性

三、時代演進中司法者之任務：法官造法與習慣的抽象規範化

## 摘要

最高法院對於祭祀公業性質向來以共同共有關係解之，遇有法律所未規定之祭祀公業問題，則透過民間習慣處理，八九年台上字第一一三四號判決（以下簡稱「本件判決」）所涉及之祭祀公業派下資格認定問題即為著例。從最高法院歷來相關判決以觀，其對派下資格認定之習慣，已有某種「一般規範化」之傾向，因而當

\* 台大法研博士生。

\*\*台大法學碩士，中研院訪問學員。

本件判決出現相左見解時，不免引起最高法院是否變更見解之揣測。筆者認為，本件判決更大之意義在於提供吾人重新思考「習慣／成文法」關係之機會。在具體論述上，本文先就派下資格認定習慣進行法律史之考察，一方面藉此陳明目前最高法院此種習慣內容「一般規範化」之形成經過，另一方面則指出此種「一般規範化」之習慣在效力上仍與成文法有別。然後，在此一基礎上，就本件判決提出個人之看法及評價。

關鍵詞：台灣、法律史、習慣、祭祀公業、派下資格

## 壹、判決要旨

【最高法院八九年度台上字第一一三四號判決】

祭祀公業如由享祀人之子孫共同出資設立者，其設立人及其男性繼承子孫，固均有派下權。惟祭祀公業如非由派下子孫共同設立，而係其族親或他人捐贈設立以供享祀人之派下子孫祭祀者，則僅該享祀人之祭祀子孫始得為派下員。<sup>1</sup>

## 貳、問題的提出

### 一、八九年台上字第一一三四號判決的特殊性

關於祭祀公業「派下員資格」或「派下權」之爭議，我國民法上並無相關規定，因此最高法院歷年來均視為習慣問題，並迭為判決，表明見解。其中七四年度台上字第二七八〇號判決認為：「祭祀

公業係屬派下全體共同共有祀產之總稱，其派下資格之認定，應以該祭祀公業之設立人及享有該設立人派下權之繼承人為限，至享祀人僅係公業所祭祀之祖先，並非公業之所有權人，故凡非公業之設立人或享有該設立人派下權之繼承人，縱為享祀人之後裔，仍無派下權可言。」可謂為相類紛爭之代表性判決（leading case）。

自該號判決以還，實務見解多遵循「惟設立人始得為派下而享有派下權」之原則。曩近最高法院八八年度台上字第一四二〇號判決及八八年度台上字第三五一五號判決<sup>2</sup>，亦重申斯旨。其中八八年度台上字第三五一五號判決更進一步指出，祭祀公業之設立人雖非享祀人本人或其第二代子孫，且享祀人亦非設立人自己之祖先，仍只有設立人及其子孫始得謂之為派下，並對祭祀公業有所謂「派下權」。準此，此一關於派下資格認定之習慣，雖非國家制定法，但卻隱然形成相當之拘束效力。

然而最高法院卻於八九年度台上字第

<sup>2</sup> 88年度台上字第1420號判決：「按祭祀公業係屬派下全體共同共有祀產之總稱，其派下資格之認定，應以該祭祀公業之『設立人』及享有該設立人派下權之繼承人為限。至『享祀人』僅係公業所祭祀之祖先，並非公業之所有權人，故凡非公業之設立人，或享有該設立人之派下權之繼承人，縱為享祀人之後裔，仍無派下權可言。」88年度台上字第3515號判決謂：「祭祀公業之設立人未必即係享祀人本人或其第二代子孫，且享祀人亦未必係設立人自己之祖先，惟只有設立人及其子孫始得謂之為派下，並對祭祀公業有所謂『派下權』，則無二致。本件上訴人既主張其係祭祀公業王○厚之子孫，對祭祀公業王○厚有派下權存在，自應就系爭祭祀公業之設立人及上訴人確係該設立人之繼承人等事實，舉證以實其說，要難以年代久遠，無法證明設立人為何人即遽認系爭祭祀公業應為享祀人自行所設立或係其子所設立。」以上判決均引自《台灣本土法學雜誌》，前號判決：第5期，1999年12月，頁177-178；後號判決：第11期，2000年6月，頁177。

<sup>1</sup> 引自《台灣本土法學雜誌》第17期，2000年12月，頁210。該期民事裁判類「編者的話」第十四點亦指明最高法院第八庭所作成本件判決，「似與同院先前表示之見解不同，最高法院立場如何，值得進一步觀察」。

一一三四號判決（以下簡稱本件判決）中認為，「如祭祀公業非由派下子孫共同設立，而係其族親或他人捐贈設立以供享祀人之派下子孫祭祀者，則僅該享祀人之祭祀子孫始得為派下員。」此一判決與最高法院向來採取之法律見解不同，對於非由享祀人子孫所設立之祭祀公業，不再以設立人為祭祀公業派下資格及派下權之認定標準。<sup>3</sup>對於同樣依習慣處理祭祀公業派下資格的最高法院而言，此一與過去最高法院判決在「認知習慣內容」上的不一致，一方面重新提醒了我們「依習慣」與「依實定法規範」之間的差異，另一方面也讓我們有機會重新思考最高法院判決的意義；由此可見本件判決之特殊性。

## 二、最高法院處理祭祀公業派下資格問題的原則：依「習慣」

如前所述，最高法院對於祭祀公業派下資格問題，歷來均視為習慣上之問題而處理。這樣的立場，係奠基於三九年台上字第三六四號判決。該判決要旨謂：「臺灣關於祭祀公業之制度，雖有歷來不問是

否具備社團法人或財團法人之法定要件，均得視為法人之習慣，然此種習慣自臺灣光復民法施行後，其適用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，在民法施行前亦須具有財團及以公益為目的社團之性質，而有獨立之財產者，始得視為法人，民法第二十五條及民法總則施行法第六條第一項，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。」亦即該判決首先否定了日治時期對於祭祀公業看法，否定其具有法人的地位。然後該判決又稱：「...依上說明，該祭祀公業不過為○○○後裔公同共有祀產之總稱，」此一看法似乎是針對個案的意見，但是卻成為戰後中華民國法院將祭祀公業定位為「公同共有」之基礎。<sup>4</sup>從上述簡短的說明我們可以知道，中華民國時期法院處理祭祀公業之原則乃為「公同共有」制度，至於公同共有制度所未規定之部份，則依「習慣」補充之。換言之，本件判決中關於祭祀公業派下資格認定之要旨內容，並非根據民法上之具體規定，而是於公同共有規定之外，依習慣補充而作成之決定。

## 三、「派下資格認定」習慣的一般規範化傾向

從前面的說明我們整理出下列幾項事實：第一，我國法院關於祭祀公業派下資格的認定，是以民間習慣而非國家制定法

<sup>3</sup> 在本件判決之後，最高法院對於祭祀公業派下資格案件的態度，似乎又恢復過去一貫的見解。在最近一篇關於九十年最高法院判決回顧的文章中也提到，最高法院對於祭祀公業派下資格的認定，仍然維持一貫之見解，例如90年台上字第46號判決認為「享祀人僅係公業所祭祀之祖先，並非公業之所有人，故享祀人之後裔，如未參與設立祭祀公業或為設立人之繼承人，仍無派下可言。」90年台上字第678號判決謂「享祀人僅係祭祀公業所祭祀之祖先，並非公業所有人，又公業之派下權之取得，原則上以祭祀公業之設立人及其繼承人為限，縱為享祀人之後裔，非當然取得派下權。」參見詹森林，〈最高法院九十年民事實體法判決回顧〉，《台灣本土法學雜誌》第38期別冊，2002年9月，頁59。詹氏在文中亦特別提醒讀者注意本件判決之見解，但是並未有進一步之論述。

<sup>4</sup> 例如最高法院69年台上字第3758號判決謂：「祭祀公業為公同共有關係。」71年台抗字第161號判決亦謂：「台灣之祭祀公業，不過為某死亡者派下子孫公同共有祀產之總稱。」將祭祀公業視為某某死亡者後裔所公同共有祀產之總稱，成為國治時期法院的一貫見解。

為依據；第二，最高法院對於認定派下資格的習慣內容，有一種抽象規範化的傾向；第三，本件判決與最高法院一般規範化傾向的內容不一致。從這三個事實出發，我們可以提出三個問題：第一，在我國的法體系下，所謂「民間習慣」，係處於何種地位？又最高法院應如何探求「民間習慣」的內容？第二，關於派下資格認定的習慣，為什麼會出現一般規範化的傾向，而這樣的傾向又代表了什麼意義？第三，本件判決所代表的意義為何？

第一個問題屬於我國現行法制設計的層次，在此先簡單予以說明。我國民法上關於習慣的規定有兩個地方，第一個是民法第一條的概括規定：「民事，法律所未規定者，依習慣」；第二個則是民法各條中已明文規定賦予習慣有優先適用效力時，法院應適用習慣而將成文法之任意規定予以排除。學者一般稱前者為習慣之補充效力，後者則為習慣之優先效力。<sup>5</sup>而不論是民法第一條之習慣或民法各條中所適用之習慣，還須受到一定之限制，即不得違背公共秩序或善良風俗（民法第二條），否則縱有習慣存在，亦不生效力。<sup>6</sup>最高法院認為祭祀公業屬於共同共有，但是對於派

下資格與派下權的部分應該如何認定，共同共有未有任何規定，因此依照前述說明，法院應依照民法第一條之規定適用習慣解決之。

關於習慣還有另外一個問題必須先予釐清者，即所謂「習慣」與「習慣法」。所謂習慣法，係指非由立法機關制定，而由該社會各組成份子所反覆實施，且具有法的確信之規範。<sup>7</sup>換句話說，習慣法仍屬於實定法（positive law）之一部分；只是該習慣法之內容並非由立法機關所制定，而是由法院透過「習慣認定」所產生。我國民法中並未明白區分此二者，而統稱為「習慣」，不過實務上在解釋民法第一條之習慣要件時，也與前述習慣法內涵相同。<sup>8</sup>從而有學者認為民法第一條所稱之習慣，即習慣法，至於民法第二條所稱習慣則包括事實習慣（民間習慣）與習慣法在內。<sup>9</sup>惟即使認為民法第一條所規定之習慣為習慣法，從我國實務上的做法來看，在效力上亦僅及於援用此習慣作成判決的具體案件，而不具有一般性、形式上的拘束力。蓋相較於國家制定法的統一性，習慣法在要件上並不要求全國一致；蓋習慣（法）本與各地方的社會風土民情有密切的關係，不同的地方有不同的習慣存在，實屬當然之事。<sup>10</sup>準此而言，最高法院在個案中依照民法第一條之規定認定習慣內

<sup>5</sup> 例如關正懷，〈法院對民法習慣之適用〉，《法令月刊》第36卷第10期，頁8；施啓揚，《民法總則》，台北：著者，1999年9月，頁55。另外最高法院28年上字第1078號判決亦採相同見解。但是亦有學者認為第二種習慣效力係屬於法律明文規定應適用習慣之事項，與民法第一條以「法律未規定者」為前提之習慣事項並不相同，參見姚瑞光，〈民法總則及第一條釋論〉，《法令月刊》第41卷第11期，頁9。

<sup>6</sup> 參見王澤鑑，《民法總則》，台北：著者，2002年7月，頁62-63。惟至少就與祭祀公業相關的習慣問題上，國治法院對於民法第二條的限制規定，似乎不甚注意。關於此一問題，本文後述三.(二).1有較詳細之討論。

<sup>7</sup> 參見王澤鑑，《民法總則》，頁61；施啓揚，《民法總則》，頁55。

<sup>8</sup> 參見17年上字第613號判例。

<sup>9</sup> 參見王澤鑑，《民法總則》，頁63；施啓揚，《民法總則》，頁55。惟亦有不同見解認為民法第一條與第二條所稱之習慣均屬事實上的習慣者，參見黃茂榮，《法學方法與現代民法》，台北：著者，1993年7月，頁415-417，特別是頁416註192。

<sup>10</sup> 施啓揚，《民法總則》，頁55。

容並據以作成之判決，其所認定之習慣內容即屬於習慣法，而該習慣法在性質上具有兩項特色：首先該習慣法在內容上並不像制定法般單一、固定，因而在同一事項尚有可能出現不同的習慣法內容。其次，習慣法的效力上也不像制定法般具有一般性效力，從而依習慣法所作成的判決，只能就該個案具有效力，對於新的案件（如過去的最高法院判決對於本件判決）尚不具有拘束力。

至於習慣之內容，法院應如何探求？我國民事訴訟法第二八三條規定：「習慣...為法院所不知者，當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。」亦即將習慣視為事實問題，而由主張習慣存在之當事人方負責證明，當然，法院亦得自行依職權調查。透過這樣的程序規定，希望能夠確保司法機關所得出據以作成判決的習慣法之妥當性（符合當地人民日常生活習慣）。

上述關於我國習慣法制之規定，正是用來檢證最高法院在關於祭祀公業派下資格認定案件中，對於習慣內容認定是否妥當之基準。如果我們觀察最高法院在派下資格事件中對於派下資格認定標準的習慣內容之討論，將會發現最高法院往往將該習慣內容直接置於理由說明的第一段，亦即相當於據以判斷雙方當事人勝負的法規範依據之位置。雖然說這樣的安排並不表示習慣（法）即具有與國家制定法規範具有相同的效力一般規範效力，<sup>11</sup> 但是在本件判決之前，最高法院幾乎已經認定只

有設立人子孫才得成為派下，這種將習慣（法）一般規範化的傾向，究竟是如何產生的？正是本文接下來所要處理的問題。

### 參、「派下資格認定」一般規範化的法律史考察

本件判決與最高法院歷來的判決看法雖然殊異，但是兩者之間仍有一個共同點，那就是認定派下資格之時點，應回溯到祭祀公業設立時。<sup>12</sup> 例如本件判決中，最高法院明白指出本事件的關鍵在於，明治時期祭祀公業陳○尾設立時，與陳○玉子孫之間的關係為何。既然派下資格的問題必須回溯到祭祀公業設立之初來看，則其所依據的習慣，自然為當時的習慣，從而在探求習慣的過程中，自然必須從當時的祭祀公業制度開始了解起。以下本文擬以祭祀公業的派下資格為核心，對祭祀公業在台灣出現以來迄今的演變進行法律史的考察，希望能夠從中整理出最高法院這種將習慣一般規範化傾向的來龍去脈，然後以此為基礎，嘗試對本件判決及最高法院的習慣探求方式，提出一些個人看法。

#### 一、派下資格問題的來源：祭祀公業類型的多樣性

按祭祀公業乃起源於傳統中國社會對祖先祭祀所形成之一種民間制度，其後隨著閩粵移民傳入台灣而更為發達，這樣的看法已經是學界對祭祀公業在台灣形成發

<sup>11</sup> 從我國的法制來看，習慣（法）要與法規範具有相同的效力，除了經由立法之外，尚可經由被選為判例而達成。換言之，當最高法院判決（與習慣（法）有關者）被選為判例之後，即屬於習慣（法）一般規範化之完成。

<sup>12</sup> 這裡只是決定最初的派下權歸屬而已。至於就整個事件而言，現時的派下權歸屬還會涉及另外一個問題，也就是在祭祀公業存續期間，派下員因為派下權的拋棄或讓與而喪失派下權的問題。事實上本件判決在二審時的主要爭點也是在這個部分。但是這個問題的考慮從邏輯上言，必須以具有派下權為前提；因此在處理這些問題之前，還是得先確定在祭祀公業設立之初其派下權歸屬的問題。

展的一個共識。<sup>13</sup>不過清治時期的「大清律例」及「會典事例」等官府制定法中並沒有關於「祭祀公業」的規定，而民間契字上，雖然早在嘉慶年間即可看到「祭祀公業」一詞的使用，<sup>14</sup>但是一直到清治時期結束，台灣有關祭祀公業的用語始終未見統一，而其具體內容更只能透過民間契字內容逐一探求。

最早針對清治時期的祭祀公業進行整理研究者，為日治初期的臨時台灣舊慣調查會（以下簡稱「舊慣調查會」）。根據舊慣調查會之調查，清治時期的民間契字常以「公業」一詞代替「祭祀公業」，只是「公業」包含之範圍較廣，除了祭祀業之外，尚包含書田和恤孤業。「祭祀公業」則限於祭祀業，其目的在於作為祖先祭祀之資用，「公業」一詞則係就其不動產之特質而稱之。<sup>15</sup>一直到一九一〇年左右（明治四〇年代），在日本殖民政府及學界的努力下，「祭祀公業」一詞才逐漸被用來專稱此類事業，並逐步分析整理出其內涵與性質。<sup>16</sup>

由於舊慣調查會對祭祀公業所進行的調查，主要目的在於提供當時的司法當局判斷台灣舊慣（相當於現在的「民間習慣」）的參考資料，因此日治法院對於台灣舊慣的判斷，對於祭祀公業的各種習慣都是最重要的決定者。而一九二三年隨著日本民商法體系的施行於台灣，當時的勅令第四〇七號第十五條規定「現存之祭祀公業依習慣存續」。此後祭祀公業被禁止

新設，總督府法院的重點即擺在解決現有祭祀公業的問題之上；換句話說，日治後期對於祭祀公業的問題仍然是透過「習慣法」的方式處理。

祭祀公業派下資格認定之所以成為問題，其主要原因即在於清治以來的祭祀公業具有多樣化之類型，因而無法以單一固定之模式來處理祭祀公業派下資格的認定問題。有鑑於此，以下我們將首先重新檢視日治時期舊慣調查會、法院乃至於學界對於清治以來台灣祭祀公業之分類，然後再就日治時期有關祭祀公業派下資格認定習慣之模式進行考察。

#### （一）觀察清治時期契字歸納之分類

如前所言，最早對清治時期台灣的祭祀公業進行有系統的分析研究者，為臨時台灣舊慣調查會，在該會所出版的《臺灣私法》第一冊（下）有一專章專門討論台灣的祭祀公業舊慣。根據《臺灣私法》的觀點，「祭祀公業的設立通常於財產鬮分時，抽出一部份為之」。<sup>17</sup>亦即享祀者或其以下子孫於鬮分家產時，設立祭祀公業，以維祖宗祭祀之香火綿互。然而，從民間契字中尚可見到其他特殊的祭祀公業設立方式，包括：<sup>18</sup>

1. 鬮分家產時未設立祭祀公業，而只設立養贍業，但約定於被養人死亡後，將養贍業充為祭祀公業。

2. 生前自己預留田業，託付他人於自己亡故後設立祭祀公業。例如有感自己年老，而將業託宗弟掌管為業，囑其代理己家一爐忌辰節忌；<sup>19</sup>或託外甥代贖田業，並將田業交付外甥掌管，而代己家春秋年

13 參見戴炎輝，〈祭田又は祭祀公業(一)〉，《法學協會雜誌》第54卷第10期，頁109。

14 參見曾文亮，〈台灣法律史上的祭祀公業〉，台大法研所碩士論文，1999年，頁8-9。

15 戴炎輝，〈祭田又は祭祀公業(一)〉，《法學協會雜誌》第54卷第10期（1936），頁94。

16 同註14，頁9。

17 臨時台灣舊慣調查會編，《台灣私法》第一卷下，台北：著者，1910年，頁405。

18 同註14，頁24-26。

19 見《台灣私法附錄參考書》，公業款契字，第32件。

節忌辰祭祀；<sup>20</sup> 又如夫妻俱無所出，恐來日禋祀無傳，乃抽出田園托孤與外甥等。<sup>21</sup>

3. 鬮分時由子孫共同贖回出典的土地充為公業，由一人贖回則歸於贖回人。<sup>22</sup>

4. 繼母無子時以第三嫡子為過房子，並將繼母的養贍業歸於此子，如此子不願意祭祀繼母，則以養贍業為輪流祭祀公業。<sup>23</sup>

5. 外媽身故，族親無人肯出首承祀，乃將外媽及伊子神主外媽神主請回家奉祀，而將外媽所有厝地園埕盡賣，以為外媽等祭祀之資。<sup>24</sup>

6. 為他人出資設立祭祀公業者。<sup>25</sup>

7. 出賣田業時約定留一部份為歷年香祀之需。<sup>26</sup>

## (二) 日治時期實務上之分類

1. 依享祀者所作區別：<sup>27</sup>

(1) 享祀者應限於設立者之祖先。

(2) 享祀者不限於設立者之祖先：

A、日治時期高等法院上告部判例（昭和三年上民字第九七號，同年七月十

日判決，判集第五三頁）：「…民法施行前，或為充無繼嗣死者之祭祀費為目的，非其子孫者，捐出其自己所有部份財產，在本島之習慣上被認為亦屬祭祀公業，此際因享祀者無子孫存在，設定者之子孫應視為其派下。」<sup>28</sup>

B、此類祭祀公業又可分為：

a、於分配祖先遺下財產之際，遇有已死亡而無其直系卑親屬之兄弟叔姪，自前述遺產中抽出可供祭祀該死亡者之一部，設定不許他者處分之獨立財產。

b、為自己祖先或親族以外之人，因崇拜其人格識見之餘，或為土地之開墾，以及其他為地方開發有貢獻之人，為供其死後祭祀之目的，由一人或二人以上自行設立不許處分之財產。

2. 依設定之方式分類：<sup>29</sup>

(1) 子孫共同繼承財產，分配協定（鬮分）後，捐出鬮分部份之財產。

(2) 同姓者相集捐出一定財產。

(3) 在生存中，將自己所有財產之一部份或全部為自己之祭祀設定不確定期限之祭祀業者。

(4) 在生存中，將自己所有財產信託（委託管理）他人，死後將該財產設定祭祀業者。

(5) 母之養贍業，其死亡時同為父母之祭祀業者。

(6) 為祭祀地方之功勞者、先覺者之靈，一人或數人捐出財產設財團並設定祭祀業者。

(7) 共同開墾或開發事業之指導者或中途倒斃者，為其舉行祭祀而將墾出之土地撥一部之收益設定祭祀業者。

## (三) 本文的分類

依前述觀察，筆者認為台灣民間習慣上之祭祀公業，可以設立者與享祀者身分

<sup>20</sup> 見《台灣私法附錄參考書》，公業款契字，第 31 件。

<sup>21</sup> 見《台灣私法附錄參考書》，公業款契字，第 33 件。

<sup>22</sup> 見《台灣私法附錄參考書》，公業款契字，第 46 件。

<sup>23</sup> 見《台灣私法附錄參考書》，公業款契字，第 12 件。

<sup>24</sup> 台灣分館館藏，《台灣古文書》微捲資料，第 700195 號。

<sup>25</sup> 見《台灣私法附錄參考書》，公業款契字，第 29 件。

<sup>26</sup> 見《台灣私法附錄參考書》，公業款契字，第 25 件。

<sup>27</sup> 姉齒松平，《日據時期祭祀公業及在台灣特殊法律之研究》，台灣省文獻委員會編印，1983 年 6 月，頁 3。反面言之，亦可由設立者而為分類，見同書，頁 5。其中，設立者非享祀者之子孫一類，其設立者及其繼承人，即為該公業之派下。

<sup>28</sup> 同上註，頁 3，註 3。

<sup>29</sup> 同註 14 書，頁 70。

是否合一，而區分為以下兩大類：

1. 一般型：設立者與享祀者身分合一

最普遍之原始型態即如台灣私法所述，「於財產鬮分時，抽出一部份設定祭祀蒸嘗」，亦即姉齒松平氏所謂「子孫共同繼承財產，分配協定（鬮分）後，捐出鬮分部份之財產」。此際設立者即為享祀者本人或其子孫。其亞型則含括清治時期契字觀察所得之第2、3、4、5、7類，及日治實務上依設立方式所區別之第(2)、(3)、(4)、(5)類。主要型態為享祀者生前預留祭祀財產，或享祀者之後代以非遺產之財產公同設立。質言之，此際設立者亦為享祀者本人或其子孫。

在前述二種類型之祭祀公業中，設立者與享祀者（或其子孫）身分合一。因此，不論為設立者之繼承人或享祀者之繼承人均屬祭祀公業之派下。（本件判決前段所指情形，即屬本文所稱一般型。）

2. 分離型：設立者與享祀者身分分離

此類之型態包括清治時期契字觀察所得之第6類，及日治實務上依設立方式所區別之第(2)、(6)及(7)類。其共同特徵即：為他人出資設立之祭祀公業。設立者多半並非享祀人子孫，甚至與享祀人亦非同宗同族、無血緣關係。然而此種祭祀公業又因享祀者是否有後裔子孫存在而異：

(1) 享祀者已絕嗣

此一類型通常出現在同宗族人為絕嗣之他房親戚香火祭祀而設。（前述日治實務上依享祀者區分之(2) A 類型）。或者，為開墾事業之無子嗣之先賢、「羅漢腳」而設之祭祀公業。（此種公業與民間廣設之「萬應公廟」在設立目的、組織成員及運作方式上仍有所區別）。

享祀者已絕嗣之祭祀公業，按日治時期實務見解（前引高等法院上告部判例，昭和三年上民字第九七號，同年七月十日判決，判集第五三頁），因享祀者已無子

孫存在，應以設定者之子孫為該祭祀公業之派下。

(2) 享祀者並未絕嗣

縱然為祭祀他人而釀資設立公業，亦可能出現享祀人仍有後裔之情形（如同前述日治實務上依享祀者區分之(2) B 類型）。然而此時該祭祀公業之派下究係享祀人或設立人之子孫，不無疑問。此正為本件判決與最高法院向來見解不同之處。

按最高法院八八年台上字第一四二〇號判決認為：「享祀人僅係公業所祭祀之祖先，並非公業所有權人，故凡非公業之設立人，或享有該設立人之派下權之繼承人，縱為享祀人之後裔，仍無派下權可言。」此處似認為公業之享祀人如同廟宇供奉之神明，神明並未享有廟宇之所有權，同理，公業之享祀人僅為祭祀之對象，公業之財產應仍屬出資設立之人員所有。此種論據似係由財產歸屬狀態判斷派下員之資格。

至於本件判決則認為，「祭祀公業如……係其族親或他人捐贈設立以供享祀人之派下子孫祭祀者，則僅該享祀人之祭祀子孫始得為派下員。」似係自享祀人利益之角度立論，認為惟實際上負責祭祀之人員始符合派下員之資格，設立人並不因其出資而取得派下資格。

蓋祭祀公業並非單純財產之組合，尚負擔一定之目的（祭祀），因此同時兼具物與人之組合的性質。其物之組合，性質上並不以不動產為限，亦包括現銀、家器雜物（動產），或大小租谷（使用收益所得）。<sup>30</sup> 其人之組合，即派下資格之認定。祭祀公業之物與人的組合關係，在深一層的思考上，更涉及其基本性質的認定問題。因此，欲釐清派下資格之認定標準，亦即最高法院判決衝突之癥結，需進一步

<sup>30</sup> 同註 14 書，頁 27-29。

討論祭祀公業的基本性質問題。

## 二、日治時期台灣總督府法院的處理經驗與「派下資格認定」習慣之一般規範化

如前所述，清治時期關於祭祀公業之內容並無官府制定法規定，但是日治初期的舊慣調查會在舊慣調查的過程中則予以一定程度的類型化。此後不論是實務或學界討論，都是將祭祀公業予以類型化處理。舊慣調查會這種類型化處理的模式，相當符合近代歐陸法制下的法律思維模式，同時也有助於總督府法院掌握祭祀公業內涵。

除了舊慣調查會的調查外，總督府也可能經由頒布特定的法令，統一變更台灣原有的習慣內容，使得習慣內容更進一步的一般規範化。例如一九〇五年總督府府令第四三號公布之「台灣土地登記規則施行規則」第五條規定，屬於公業之土地登記應由其管理人申請。按台灣原來之民間習慣，祭祀公業不一定要設管理人，但是因為土地登記之需要，許多祭祀公業必須選出管理人以進行土地登記。<sup>31</sup>

最後也是最重要的一點，乃是法院在實際運作上對於舊慣認定過程中的一般規範化傾向。日治前期所謂的台灣舊慣，是指經過國家機關「認定機制」承認其存在；而此一「認定機制」通常即指台灣總督府法院而言。換句話說，日治時期對於祭祀公業問題是由總督府法院依「習慣法」加以處理。而隨著總督府法院主張台灣與日本內地法制應該予以統一，因此在認定舊慣的過程中，逐漸以日本內地法體系（即近代歐陸式法體系）的觀點或價值，作為評價舊慣的標準，使得台灣民間

習慣在其篩選下，逐步縮小與日本內地法律之間的差異。一九二三年在內地延長主義的政策下，日本的民商法直接適用於台灣，台灣與日本內地的法制差異進一步縮小；雖然祭祀公業因勅令第四〇七號第一五條而排除在日本民商法適用範圍外，但亦因該條明定適用過去的習慣，而使得日治前期總督府法院所認定的關於祭祀公業習慣內容，取得相當於制定法之效力。<sup>32</sup>

經由上述層層修正篩選之後所留下來的，即是日治時期台灣「舊慣」的內容；而這些屬於「習慣法」層次的舊慣內容，在經過日治時期法院的「抽象化」、「一般化」處理後，已經跟清治時期單純的民間習慣內容有所出入。以下我們針對祭祀公業之性質及派下資格為例，具體呈現日治時期民間習慣的一般規範化後之面貌。

### （一）清治時期民間習慣面貌之還原

如本文先前所述，舊慣調查會是第一個針對清治時期的祭祀公業進行整理研究者，因此日治時期所理解的「祭祀公業」習慣，其實首先是由舊慣調查會根據一定的標準加以確定的。如果我們直接觀察舊慣調查會所列的四種祭祀公業成立契字，會發現其實在清治時期的台灣社會中，「祭祀公業」並不是一個當然的獨立組

<sup>32</sup> 昭和7年上民第165號判決。見小森惠編，《覆審高等法院判例[自明治二九年至昭和一八年]》第六冊，東京：文生書院，1995年，頁129。另外我國學者姚瑞光在論及習慣效力時也提到：「以往之習慣，已經明定為法律者，則為法律而非習慣。台灣之祭祀公業，當初雖係依習慣而成立，但日據時期，日本大正十一年九月十八日勅令第四〇七號『關於施行於台灣法律之特例』第十五條規定『本令施行之際，現存之祭祀公業依習慣存續，但得準用民法施行法第十九條規定以之為法人。』」此段文字亦可作為祭祀公業習慣在日治時期的一般規範化之例證。參見姚瑞光，《民法總則論》，台北：著者，2002年，頁22。

<sup>31</sup> 參見同註14書，頁59-60。

織。以最普遍設立情形的鬮分之際抽出公業的情形來說，這類契字的主要重點在於家產的分析，而祭祀公業只是家產分析過程中的一項安排。除了祭祀公業外，在家產分析契字中還可能針對育才、辦事等事項抽出公業。這些家產分析契字中之所以要強調某些財產是「公業」，主要在於與各房所鬮分而得的「私業」區別。此外，即使同屬於鬮分時抽出祭祀公業的情形，底下也還可在細分為許多不同的祭祀公業型態，例如抽出的公業可能為祭祀參與家產鬮分之各房的直系尊屬，也可能是為了祭祀分家各房的叔伯而設定。

同樣的道理，《台灣私法》認為所謂派下是指有管理公業及舉行祭祀義務者，從契字內容來看，派下通常指由享祀者分派的子孫，且限於男性<sup>33</sup>——這樣的說法也是歸納自民間習慣的抽象化論述。要正確探求當時的民間習慣內容，在理解這類的論述時，必須透過「還原式的理解」，而不宜將之直接等同於當時的民間習慣。所謂「還原式理解」，即是解除其「抽象性」而將之還原為當時的民間習慣來理解。例如《台灣私法》的這段話，我們可以分成兩個部份來理解：首先，前半段可謂「派下」的定義，《台灣私法》對於派下所下的定義主要來自祭祀公業契字以及舊慣訪談，屬於清治時期民間習慣的反映；至於後半段應該屬於舊慣調查會根據從契字的觀察所得來的印象，因為祭祀公業的類型最多的是於分家時抽出祭祀祖先之公業，因此有管理公業及祭祀義務者自然以享祀者分派之子孫最為常見。而在這樣的理解過程中，我們必須注意到，不能將這樣的說法過度放大適用於所有類型之祭祀公業，例如於分離型祭祀公業中享祀者如已絕嗣，即無「分派之子孫」，因此

其派下自不可能屬於「由享祀者分派之子孫」，而必須視實際上負責管公業及祭祀義務者為誰而定；又如分離型祭祀公業中，如享祀者未絕嗣，則此時派下是否當然歸屬享祀者分派的子孫，恐亦未可遽斷。

如果我們將《台灣私法》關於「派下」的定義還原到清治時期的台灣社會中來看，也許可以更清楚看出祭祀公業派下的原始意義。按清治時期設立祭祀公業之目的，本在於「祭祀」，也就是「祭祀是尊崇一族祖先的儀式，也是祭祀公業存在的目的，但是從祭祀公業的契字內，多僅止於抽象式的描述，因此不容易看到祭祀的具體內容。」<sup>34</sup>不過，由台灣私法與台灣慣習記事中的舊慣問答部份，約略可知「祭祀」由三部份構成，一為祭祀之時節（忌辰、年節），一為享祀者，一為祭祀者。關鍵點在祭祀者是否限定於享祀者子孫。論者有謂，關於此點通常在祭祀公業的設立字上會直接載明祭祀由派下各房輪流辦理，稱為值年。因此，如享祀者未絕嗣之分離型祭祀公業，其設立字上載明由享祀者子孫值年，則派下應為享祀者子孫。如設立字上並未載明由享祀者子孫值年，則應視實際值年者而論斷派下誰屬。

綜上所述，在清治時期台灣社會，所謂祭祀公業的派下，取決於兩個因素：一為財產出處，一為由誰祭祀。在一般型祭祀公業中，祭祀公業財產本由享祀者家產中所抽出設立，屬於享祀者各房子孫所未分之家產，其由享祀者派下負責管理、祭祀，本屬理所當然。而在分離型祭祀公業中，如果設立人原有捐贈之意，而該公業財產亦交由享祀人子孫管理、祭祀，則該享祀人子孫為派下亦屬合理；至於享祀人子孫無力設立公業，而由不屬享祀人分派

33 同註 14 書，頁 26。

34 同上註。

子孫之人設立公業並予以管理、祭祀者，似可認為設立人並無將該公業財產贈與享祀人子孫之意，從而不論從公業財產歸屬或從祭祀公業管理、祭祀之觀點來看，均以祭祀公業設立人及其子孫為派下較屬妥當。

## (二) 日治時期「派下資格」認定之一般規範化

### 1. 日治前期舊慣的一般規範化

#### (1) 祭祀公業之性質

##### A、學說上意見

日治前期所呈現的祭祀公業面貌，原則上仍是以舊慣作為其內涵。但是由於統治者對於祭祀公業的內涵並不清楚，因此面對這一傳統台灣社會特有制度的基本性質，產生了許多不同看法，包括享祀者主體說、特定法律關係說、共有說、法人說、財團說等等。大體而言，享祀者主體說認為祭祀公業的主體為已經死亡的享祀者，而派下只是管理人。因此已過世之享祀者對於祭祀公業享有一定「利益」。如採此說，則分離型祭祀公業不論派下為何人，其財產利益似應歸於享祀者。（亦即公業財產對外經營如有盈餘，應悉數歸公業消耗，並不歸派下或管理人。）至於其他各說，絕大多數係從當時日本實定法規範所為解釋。<sup>35</sup>對於派下資格之認定問題，各說並無明確意見。如採共有說之上內恆三郎在〈中國法系之法制及慣習所認定之財產制〉一文中認為祭祀公業在性質上，既非屬於一人專有，亦非屬於法人，而應認為該公業基於設定的主旨及該財產原來的性質，應屬於該設定者及其子孫所共有為適當。<sup>36</sup>至如採法人說或財團說似亦應從發起設立者來認定法人之構成員（財團之管理人）。如是，則應與上內氏結論相

同。另外，乞靈於德國法上合有制或總有制之解釋，在派下資格認定方面應仍偏向財產共有關係，惟當時論者並未具體表示意見。

##### B、實務上意見

日治前期台灣的法院對台灣祭祀公業性質的看法，從判例的內容來看，<sup>37</sup>實務上認為祭祀公業的性質較接近於民法上的財團法人，不過就理論而言，法院在處理祭祀公業法律性質的認定上，如果真的依照當時的法律適用規定，應以「享祀者主體說」最為接近民間之舊慣。由此可以看出，「法院在決定祭祀公業的法律性質時，將之解為一種財團關係，可謂在民間習慣與日本法體系間盡量取得一個平衡點」。<sup>38</sup>另外，鑑於公業在人之組合的特質，法院明白表示：「…派下於公業存續中，將其股份歸就於派下以外之他人者，自係背於公業之目的性質，即為無效。」<sup>39</sup>並且，將派下與公業之關係透過判決擬制為連帶責任關係。<sup>40</sup>

#### (2) 派下與派下權之區分

在此值得注意的一點日治前期法院已

37 明治 37 年控民第 144 號判例認為：「公業具有類似財團之性質，在本島雖另無法人之規定，但慣例上，業經認為得以公業名，享有權利云云。」大正 9 年控民第 85 號判例亦指出：「本島之公業，係屬一種財團法人。其管理人對於公業，具有法律上之代理人之資格。」大正 9 年控民第 495 號判例也認為：「祭祀公業，係以祭祀祖先為目的而設立之財團，……」以上判決分別引自台灣總督官房法務課員編，《民法對照台灣人事公業慣習研究》，台北：台法月報發行所，1931 年，頁 309。台灣總督官房法務課員編，《民法對照台灣人事公業慣習研究》，頁 336。法務部，《台灣民事習慣調查報告》，台北：法務通訊社，1984 年，頁 755。

38 請參見註 14 書，頁 66。

39 大正 9 年控民字第 704 號，引自註 14 書，頁 71。

40 參照明治 38 年控民字第 346 號、同 39 年 11 月 9 日覆審法院判決、同年 12 月 17 日覆審法院判決及大正 5 年控民字第 626 號。

35 同註 14 書，頁 62。

36 同上註。

經透過判決將派下與祭祀公業間之關係予以「權利化」，因此區分出派下與派下權之不同。在派下資格之認定方面，如大正七年控民第一四一號：「非公業名義之直系卑親屬，且非公業之設立人本人，或其子孫，僅係公業名義人之旁系血親親屬者，在舊慣上不得為該公業之派下。」大正七年控民第六四一號：「既非公業享祀人之直系卑親屬，且非公業設立人或其子孫，而僅係公業享祀人之旁系親屬者，舊慣上難謂為該公業之派下。」此處「公業名義」應同享祀人之含意。綜合前述，判例見解似認為享祀人之直系卑親屬，或設立人本人或其子孫均得為公業之派下。

（依形式邏輯分析，判例見解之反面推論即為 $\sim(\sim A \cap \sim B) = A \cup B$ 。）此一法院見解，就本文之理解，應係對公業性質採法人說，而以法人構成員作為認定派下之標準。然而，究其實際此時實務見解尚未對分離型祭祀公業之派下資格有何明確意見。

關於派下權之解釋，依大正九年十二月十五日覆審法院判決：「公業之派下權係包括各派下所擁有權利義務之名稱，並非純粹是權利之稱謂。」準此，派下權並非具體的、單一的民法上權利（請求權、物權或身分權），派下權是來自於派下之身分，必須先具有派下資格始得進一步檢討是否具有派下權。（具有派下資格者，亦可能因「歸就」而不具有派下權。喪失派下權並不影響其派下資格。）此種解釋，應較能契合祭祀公業的原貌。

## 2. 內地延長主義之影響

如前所述，日本民商法典隨著日本政府的「內地延長主義」而於一九二三年起施行於台灣。然而，台灣殖民地仍有許多日本民商法無法完整規範的民間習慣，因此一九二二年勅令第四〇七號「有關施行

於台灣的法律之特例之件」，另外設定許多規定以排除適用，其中第一五條規定：「本令施行之際現行之祭祀公業，依慣習存續，但準用民法施行法第一九條之規定得成為法人。」<sup>41</sup>雖然先前總督府評議會對祭祀公業討論甚眾，<sup>42</sup>然而直到日本結束統治，祭祀公業所適用者仍僅勅令第四〇七號第一五條。

### (1) 祭祀公業之性質

#### A、學說上意見

雖然勅令第四〇七號第一五條規定祭祀公業得準用日本民法成為法人，惟當時學界認為祭祀公業之本質仍非無討論餘地。

較諸前期，學說上增加了德國法上「總有說」的討論。<sup>43</sup>此說起源於日爾曼法村落共同體之所有型態，為所有權「質的分割」，在使用、收益及處分上相當類似共同共有，但無應有部份存在，不能請求分割。持此說之學者有坂義彥及戴炎輝。依本文分析，「總有說」對祭祀公業的性質亦偏向財產關係之思考，雖然對於公業成員在使用、收益或處分上，給予團體主義法制之安排。然而，仍未考慮祭祀公業除了物之組合外，尚有人之組合的特質，成員在身分上受有祭祀目的之影響。當時實務界人士姉齒松平即認為「共有說」與「總有說」均無法完滿說明無派下祭祀公業存在的例子。<sup>44</sup>

姉齒氏另外提出「習慣上之法人」的看法，認為無派下之祭祀公業類似民法上財團法人，有派下之祭祀公業類似社團法

<sup>41</sup> 請參見註 14 書，頁 72-73。

<sup>42</sup> 請參見註 14 書，頁 73-78。

<sup>43</sup> 有關「總有說」之介紹請參見謝在全，《民法物權論》上冊，台北：著者，1992 年，頁 332。

<sup>44</sup> 請參見註 14 書，頁 83。

人，而其性質介於公益與私益之間。<sup>45</sup> 祭祀公業之派下與祭祀公業在法律上為二獨立之主體，派下雖為祭祀公業之構成員，但祭祀公業之財產並非屬於派下共有，祭祀公業所負擔之債務亦非其派下之債務。事實上，姉齒氏對「祭祀公業及其派下」之理解大致不脫「法人說」之範圍，只是將「享祀者主體說」中祭祀之目的（亦及氏所謂「人格關係」）納入考量。是故，姉齒氏認為「祭祀公業之派下，係為該祭祀公業之設立者及其繼承人」，蓋「祭祀公業乃為享祀者存在，以土地為基本的獨立財產」、「設定者之子孫僅為執行職務」。<sup>46</sup>

#### B、實務上意見

此時實務上對祭祀公業基本性質之認定，受勅令第四〇七號第一五條影響，均採「法人說」。在法律適用上，亦多以該條文為實體法上依據，不再依「法理」解釋。而且在公業與派下之權利義務關係方面亦採取與姉齒氏相同見解，認為公業自身可以成為權利義務主體，與派下分別獨立存在。故派下無須直接負擔祭祀公業之債務，亦不負連帶責任。<sup>47</sup> 明顯與前期不同。

#### (2) 派下及派下權之認定

關於本文所稱已絕嗣之分離型祭祀公業，法院認為「因享祀者無子孫存在，故

其派下是為設立者及其子孫。」<sup>48</sup> 至於未絕嗣之分離型祭祀公業，昭和一二年上民字第二〇六號判決認為在一定條件下，其派下為享祀者之子孫。觀乎判決：「作為派下而對該祭祀公業享有權利義務關係者，係以該祭祀公業之設定者及設定者之子孫為原則。惟如果是因為祖先以外的親族或親族以外的他人，而以捐贈的方式，或者是因為享祀者的信託，而由受信託者設定祭祀公業的情況下，該祭祀公業之享祀者的子孫則成為其派下。」首須辨明者，判決之論理邏輯係原則上以設定者及其子孫為派下，但是在一定條件下享祀者之子孫則成為其派下，是否因而同時排除設定者及其子孫，尚非明確。因此，依判決內容之邏輯，此種公業的派下可能同時有享祀者子孫和設定者及其子孫。其次，判決設定之條件為設定者捐贈或受信託，因此如不具有此一條件，縱為未絕嗣之分離型祭祀公業亦未承認享祀者子孫當然為其派下。

從上述日治時期法院判決的內容來看，日治時期對於祭祀公業派下資格之認定，主要乃關於一般型祭祀公業。如前所述，清治時期台灣社會中所設立的祭祀公業，本以一般型祭祀公業最為普遍，因此日治時期的法院所處理的有關派下資格的祭祀公業案件以一般型祭祀公業為主，乃屬合理之結果。我們一直到昭和一二年上民字第二〇六號判決才看到日治法院對於分離型祭祀公業的派下資格表示其見解，但是因為法院判決乃針對個案所為之決定，因此在缺乏足夠的案例之下，我們無法明確掌握法院對於此一類型祭祀公業派下資格舊慣之態度為何，但是從該件判決中我們至少可以了解，日治法院在認定台

<sup>45</sup> 請參見註 27 書，頁 77。

<sup>46</sup> 請參見註 27 書，頁 25-27，及頁 73-74、76-77。姉齒氏雖未直接探討本文所指「未絕嗣之分離型祭祀公業」，但氏在同書第 76（丁）項認為：對於以祖先或親族以外之人祭祀為目的而設定之財產，與以祖先為祭祀目的之祭祀業之組織內容完全相同。故可知在未絕嗣之分離型祭祀公業，姉齒氏應仍將派下視為管理執行祭祀事務之人，與本文認為應以「值年」與否或設立字上之約定判斷派下，立場一致。

<sup>47</sup> 參照昭和 2 年上民字第 46 號，引自註 14 書，頁 85。

<sup>48</sup> 參照昭和 3 年上民字第 97 號，引自註 14 書，頁 85。

灣舊慣的同時，至少就祭祀公業派下資格的問題而言，並未因為強求舊慣內容的統一而過度忽略習慣之間的差異性。這種對習慣差異可能性的肯認使得「根據台灣舊慣」（習慣法）與「根據制定法規範」之間仍然具有一定的差別。

### 三、國治之後法院對於「派下資格」一般規範化的延續與強化

#### (一)祭祀公業制度的民事法化

##### 1. 祭祀公業性質

國民政府司法實務從大理院以降乃至遷台前司法院、最高法院，均將祭祀公業解釋為民法物權編之「共同共有」。<sup>49</sup> 行憲後的中華民國政府遷至台灣以後，最高法院首先透過三九年台上字三六四號判例<sup>50</sup> 排除祭祀公業可以沿襲日治之例（適用舊慣）的空間，而直接適用民法規定，如有不足始得依民法第一條之規定，以習慣補充之。該號判例直接以民法第二五條及民法總則施行法第六條第一項為依據，否認祭祀公業之法人性質。至於所謂共同共有，如果仔細推敲判例原文，似僅指祭祀公業派下對於「祭祀公業財產」所擁有的財產上權利之關係，而非就祭祀公業組織本身所為的法律定性（民法上的共同共有

規定，本即關於財產權的規定。）<sup>51</sup> 惟此後最高法院之判決，除否認祭祀公業的法人性質外，更直接將祭祀公業與祭祀公業財產合而為一，從而認為所謂祭祀公業，也就是民法上的共同共有關係，並常引據此號判決作為認定祭祀公業性質屬共同共有之依據，似有擴大本判例要旨範圍之嫌。<sup>52</sup>

如此一來，最高法院似已將「祭祀公業之財產」等同於「祭祀公業」本身，則所謂祭祀公業之存在與否，即「祭祀公業財產」之存在與否；是故祭祀公業倘無財產即不成其為祭祀公業，完全忽略祭祀公業中人之組合的性質；<sup>53</sup> 至於與祭祀公業關係甚切的祭祀義務或輪值等事務，更因為與民法所關心的重點——財產關係——無涉而完全被忽略。如果我們稍微回顧一下日治時期的歷史，即便在日治後期受國家制定法影響，實務見解對祭祀公業之性質明確採取法人說，亦不忘祭祀公業具有祭祀目的，因而略為修正法人說之適用範圍；學說更因此而採取「習慣上法人」之見解。然而，同樣以歐陸法體系處理既存民間習慣產生之紛爭，不同之司法體系在尊重人民「在地」（local）生活秩序上，差異殊深。

<sup>49</sup> 請參見，註 14 書，頁 99。

<sup>50</sup> 39 年台上字 364 號判例：「臺灣關於祭祀公業之制度，雖有歷來不問其是否具備社團法人或財團法人之法定要件，均得視為法人之習慣。然此種習慣自臺灣光復民法施行後，其適用受現行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，在民法施行前，亦須具有財團及以公益為目的社團之性質，而有獨立財產者，始得視為法人，民法第二十五條及民法總則施行法第六條第一項既設有明文規定，自無適用與此相反之習慣，認該祭祀公業為法人之餘地。」引自最高法院，《中華民國裁判類編》民事法，第一冊，頁 128-129。

<sup>51</sup> 此種派下對於祭祀公業財產所得享有的權利，按照日治時期對於祭祀公業制度的理解，僅屬於派下權內容的一部分而已。

<sup>52</sup> 例如最高法院 71 年台抗字第 161 號判決認為：「台灣之祭祀公業，不過為某死亡者派下子孫共同共有祀產之總稱。」最高法院 1976 年第二次民庭庭推總會決議：台灣祭祀公業並非法人，僅屬於某死亡者後裔共同共有祀產之總稱，其本身無權利能力，不能為權利之主體，其財產應為祭祀公業派下共同共有。派下共同共有者，既為祭祀公業，復為祭祀公業之財產。

<sup>53</sup> 本段論述請詳見，註 14 書，頁 100-101。

## 2. 派下及派下權

有關國治時期以後法院判決對派下資格之認定爭議，已如前述。但是實務上往往將派下資格與派下權混為一談。依日治時期建立之概念，派下係指祭祀公業之構成員，派下權則係派下對祭祀公業之權利義務。在因果關係上應先考量是否具有派下資格，而後判斷其派下權。然而不少判決或將派下資格等同於派下權，<sup>54</sup> 或反以是否具有派下權來論斷是否為派下，<sup>55</sup> 論理上似有違因果關係。

在派下權方面，因為國治時期將祭祀公業性質認定為共同共有關係，因此對派下權通常只著重在「物」之要素而解釋為類似物權之性質。<sup>56</sup> 如最高法院七一年台上字八五七號判決認為：「祭祀公業屬於派下員全體共同共有。所謂派下權即共同共有權。法律上並無不許經派下員全體之承諾或作成決議書，允許原無派下權之人為派下員。」依此判決甚至可以使不具有派下資格之人透過一定方式取得派下權（成為派下員），如此一來，不但有違前述日治以來司法實務建立之原則——派下權源自派下資格，而且有破壞民間祭祀公業原貌之虞，徒增紛擾。

近來最高法院對於派下、派下權乃至於祭祀公業之性質，仍舊莫衷一是，除了

一貫的「共同共有權」之外，又有解為「祭祀公業之會員權」<sup>57</sup>，八七年台上字第四一號判決則明確表示「祭祀公業之派下權，係身分權之一種」<sup>58</sup>。將派下權解釋為身分權固然較解釋為財產權更貼近民間習慣之原貌，然而亦僅顧及祭祀公業人之要素的特質，尚未兼顧物之要素的特質，可謂顧此失彼。無如延續日治時期對派下權之界定，解釋為派下全體權利義務關係之總合，並非具體的、單一的民法上權利。適用上應優先考量公業內部是否有規約（特別約定），如有則依此認定派下權之內涵，如無則依一般型祭祀公業「人與物之組合」的性質以界定派下權之內涵，無須偏於身分權或財產權之一端。

### (二) 實定法的不足與習慣的補充

#### 1. 法院對於習慣問題的調查方式

從上述國治時期的司法實務運作可知，法院在處理祭祀公業事件時，由於是以現行民法上的共同共有制作為討論的起點，因而重點不免落在祭祀公業財產的權利歸屬判斷上，事實上這也是現今民事法律秩序所關心的重點所在。（雖然說前面的歷史回顧告訴我們，財產固然是祭祀公業制度成立的要素之一，但是在早期的祭祀公業習慣中，更重要的因素也許是對於先人的「祭祀」，而財產只是為了實踐祭

54 最高法院 72 年台上 2005 號判決：「祭祀公業派下之取得，除祭祀公業之設立人及設立人之繼承人外，其他第三人不得享有派下權。」

55 例如：88 年度台上字第 1420 號判決：「按祭祀公業係屬派下全體共同共有祀產之總稱，其派下資格之認定，應以該祭祀公業之『設立人』及享有該設立人派下權之繼承人為限。…」

56 相同意旨之判決亦可參見 77 年台上字 1907 號判決：「祭祀公業係以祭祀祖先為目的而設例，各派下對祭祀公業之派下權並非顯在的應有部份，僅為潛在的股份。各派下不能對公業請求財產之分割，亦不能主張其應有部份及將派下權處分。」

57 最高法院 87 年台上字第 3 號判決，詳見《台灣本土法學雜誌》第一期，1999 年 4 月，頁 137。

58 87 年台上字第 41 號判決：「祭祀公業之派下權，係身分權之一種，如無特別約定，向由派下員之男系子孫因繼承而當然取得，派下權乃派下員對於祭祀公業所有權利及義務之總稱，派下員祭祀祖先之義務應不得出售或讓與，祭祀公業之財產則為派下全體所共同共有，並無所謂之應有部份，各共同共有人之權利及於共同共有物之全部，各共同共有人不得就共同共有物主張有其特定部份而擅加處分，縱加以處分對共同共有人亦不生效力。」，《台灣本土法學雜誌》，第一期，1999 年 4 月，頁 137。

祀的目的而存在。)但是問題在於：將祭祀公業解為派下共同共有之財產，而所謂派下權即共同共有權之後，法院要用什麼樣的標準去判斷誰擁有這項共同共有權——亦即「派下資格」？我國民法第八二八條第一項規定「共同共有人之權利義務，依其共同關係所由規定之法律或契約定之。」理論上最高法院可以根據這項規定而直接依祭祀公業成立時的契字內容來判斷派下資格。但是本文的歷史考察結果告訴我們，台灣在一九二三年以後即因統治當局的禁令而不再有新設的祭祀公業，而之前已經設立的祭祀公業，在其設立契字中幾乎不會有關於派下資格的記載，因此這項規定幾乎完全無助於派下資格的判斷。最後最高法院在派下資格的認定上，還是只能根據民法第一條的規定，以習慣作為判斷的依據。由於習慣在派下資格認定的問題上具有決定性的地位，因此如何認定祭祀公業習慣的內容，便成為審理此類案件時的重要課題。雖然民事訴訟法中規定習慣原則上是由當事人所舉證，但是法院在判決過程中仍多會依職權調查習慣內容。但是國治時期司法人員的養成教育中，傳統習慣的內容並不被強調，如何正確理解、適用繼受自近代歐陸的民法規定，才是培養司法人才的第一要務。這樣的教育方針，一方面反映了國治時期受到歐陸「成文法萬能」的法實證主義影響的事實，另一方面則造成了法院實務上處理習慣事件的困難。<sup>59</sup>

<sup>59</sup> 日治初期也曾面臨這樣的問題，總督府在律令中規定要以台灣舊慣（當時的法律上用語為「現行之例」）作為判決依據，這對於總督府法院裡受西方式法學教育的日籍法官們而言，無疑是一項「不可能的任務」。所以後來總督府所成立的臨時舊慣調查會，其主要目的之一即在於整理台灣各地的舊慣內容，供法院作為認定舊慣之參考。

有感於台灣固有習慣內容對於司法實務的重要性，司法行政部從一九六六年開始進行台灣民事習慣調查。一九七〇年，完成《台灣民事習慣調查報告》〔以下簡稱《報告書》〕。《報告書》前面的編輯凡例中指出，「本書就台灣民事習慣根據廣泛調查結果，加以整理分析研究彙編而成。目的在供司法實務上之參考，兼以便利立法及法學研究。」<sup>60</sup>《報告書》出版之後，最高法院在認定祭祀公業的習慣上，可以說獲得了有力的助手。從此後的最高法院判決中，我們可以發現最高法院在說明過去的台灣民間習慣內容時，幾乎都會引用《報告書》的內容作為依據，而且其對《報告書》信賴之程度，可以說已經不僅止於「參考」而已。<sup>61</sup>最高法院這種對於《報告書》的完全信賴，可以說造成是最高法院在審理派下資格認定事件時，習慣內容「一般規範化」的重要原因之一。

## 2. 「派下資格」認定一般規範化的實質延續

《報告書》究竟如何影響最高法院認定習慣內容的一般規範化傾向呢？筆者擬分兩個部分說明。首先是《報告書》在習慣調查上對於日治時期「一般化舊慣」（即經過法院認定之習慣層次的習慣）內容的延續；其次則是最高法院在參考《報告書》的習慣內容時欠缺反思的態度：

### (1) 習慣內容認定的延續

按《報告書》在定性上雖然是屬於習慣調查，但是其所展現的內容其實更像是祭祀公業法律史的作品，因而無法真正反映「習慣」的內容——特別是關於日治時期及之前的民間習慣。在報告書第五編

<sup>60</sup> 法務部，《台灣民事習慣調查報告》四版，台北：法務通訊雜誌社，1995年，編輯凡例一。

<sup>61</sup> 關於最高法院引用《報告書》之情況，可以參見註14書，頁115-120。

(標題為「祭祀公業」)的導言中,作者首先提到所調查、參考的資料有哪些:「司法行政部台灣民事習慣調查團,對於祭祀公業之調查,除參考專門著作,各地保存紀錄,以及各祭祀公業管理人或派下等有關人士之談話,為其主要之資料外,並先後閱覽有關紀錄,如台灣省各縣市祭祀公業收支簿之序文,管理規章、契卷、碑文及各姓氏之族譜等,多至一百餘件。……關於各地召開之座談會,或各祠堂,與地方人士直接交換意見者,為數亦不少。」<sup>62</sup>接著作者提到如何完成本篇習慣報告:「然限於時間及篇幅關係,未克對祭祀公業之全貌,作廣泛之研討,因此,僅以此次調查所獲之資料為基礎,參考中日兩國文獻,日據時期台灣總督府高等法院覆審部、上告部之判例,以及我國前北京政府大理院之判解、最高法院之判例、司法院解釋,就祭祀公業之組織及其本質,加以法律上之探討。」<sup>63</sup>如果我們對照《報告書》中有關祭祀公業習慣內容的描述,將會發現,作者對於所謂祭祀公業習慣之認定,除了國治之後(光復後的祭祀公業)這個部份外,主要都是建立在二手的資料之上。而如本文先前對於舊慣調查會見解的說明,這些看法或多或少都已經將民間習慣予以抽象化處理,因此不能將之等同於民間習慣內容;特別是日治時期總督府法院的判例見解,這些屬於習慣法層次的法院見解,不只是抽象化當時的民間習慣而已,另一方面更有從日本帝國法律體系的價值判斷篩選民間習慣的意義隱含其中(更詳細的討論見「欠缺反思能力的參考適用」一節)。

雖然說在祭祀公業的基本性質上面,國治時期與日治時期的看法不同,但是就

國治以後共同共有法制所不足的部分(例如派下資格認定),《報告書》中所呈現的其實還是延續了日治時期以來對於祭祀公業習慣的看法;而這就意味著《報告書》中所呈現的習慣內容其實是日治官方對於台灣民間習慣的「法律觀點」(或總督府法院的「習慣法」),而非確實的民間習慣內容。

#### (2)欠缺反思能力的參考適用

面對這種主要以日治時期法院判決及學者研究著作為依據、呈現日治時期官方法律觀點的習慣調查報告,法院在參考時必須格外小心。首先,國治以後最高法院所需要的,其實是當時的「民間習慣」,而不是法院或學者的見解。以《報告書》最常引用的兩個資料來源為例,《台灣私法》雖然是舊慣調查報告,但是它的主要目的之一本在於提供法院台灣舊慣內容,因此在舊慣內容的描述上已經經過相當程度的化約;而總督府法院的判例更是在《台灣私法》所建立的基礎上,再經過當時日本帝國的法律體系——特別是關於舊慣是否違反「公序良俗」條款之限制——進一層的篩選、轉化,其所形成的台灣舊慣內容,較之《台灣私法》所呈現者自然更遠離台灣民間社會。至於《報告書》中所參考的其他資料,如前大理院乃至於國民政府時期的最高法院判決,其問題更不待言:一九四五年以前的台灣與中國大陸根本屬於不同的法域,引述大理院或最高法院見解,或許具有「比較法」上的功能,但是如果以之證成當時台灣民間習慣的存在,那就真的是其繆大矣!<sup>64</sup>

<sup>62</sup> 法務部,《台灣民事習慣調查報告》第五編第一章導言,頁693-694。

<sup>63</sup> 法務部,《台灣民事習慣調查報告》第五編第一章導言,頁694。

<sup>64</sup> 國治時期法院對於這種歷史上的現實似乎不甚在意。例如在70年第22次民事庭會議決議中,對於祭祀公業派下權是否為單純財產權一案,即引用司法院院字第六四七號解釋為依據。對於最高法院這種態度的批評,可以參見王泰升,《日治時期法律在中華民國法制上之運用》(國科會計劃成果報告,1995),頁32。

除了這種習慣內容是否反映社會現實的問題之外，《報告書》更重大的一個缺陷——或者說侷限——在於，如前所述，日治法院判決中所呈現的祭祀公業習慣，其實是一種經過日治時期日本帝國法體系價值觀（表現在公序良俗內涵的認定上）制約後的面貌，而在我國現行法體系下，習慣要成為法院判決依據，也必須符合我國法律體系所設定的價值判斷標準（即民法第二條規定之公序良俗條款）。直接引用日治時期的法院見解作為認定當時民間習慣的依據，在邏輯上隱藏著承認日治時期的公序良俗價值判斷標準的危險。因此對於國治時期的法院而言，當在探求習慣過程中參考《報告書》的內容時，必須先意識到《報告書》的此一侷限，而在「公序良俗」的判斷上進行二度的省察，方為允當。<sup>65</sup> 否則以《報告書》內容所參考資料之混雜，以及其共時性、共域性之論述方式，最高法院除了可能在參考的過程中不自覺地陷入時空錯亂的謬誤中——例如誤用在地理空間上根本與認定台灣習慣不相關之大理院判決——外，更可能因為沿用日治法院判決而誤將內化於其中的舊時價值判斷體系重現於現行法律體系中而不自知。

茲以祭祀公業之法律上性質為例。《報告書》在第七章的前言中已經提到，其所臚列的關於習慣上所認定的祭祀公業法律上性質，其實是從日治時期到國治時期的主要學說：「類似日爾曼法之法人說」是戴炎輝博士的見解；「類似羅馬法之法人說」是姉齒松平氏之見解，而「公

同共有說」則是《台灣私法》<sup>66</sup> 與國民政府時期司法院解釋所採的見解。<sup>67</sup> 換句話說，《報告書》在這個問題上所呈現的是一種脫離當地社會與歷史層次，而單純從近代歐陸法觀點切入所進行的「比較說明」，從而法院在處理祭祀公業案件時，如果脫筆而出「清治時期台灣的祭祀公業屬於全體派下共同共有」，即陷入本文所謂「時空錯亂之謬誤」矣！<sup>68</sup>

至於本文討論核心之派下資格問題，從《報告書》完成後的司法實務來看（參見本文壹、「問題之提出」部分），最高法院在處理此一問題的過程中，即是因為過度依賴《報告書》內容，而且在參考的過程中並未見有從民法第二條進行反思論證者——從而使得最高法院在認定派下資格的習慣時，在日治時期既有的一般規範化基礎上，進一步出現超越「習慣法」層次的一般規範化傾向。

#### 肆、對本件判決之評析——民事習慣在實定法上地位之再思考

<sup>66</sup> 從實質內容而言，《台灣私法》所採取的見解的確與「共同共有說」相同，不過當時《台灣私法》的用語為「合手共有」。另外附帶指出者，當時的日本民法上的共有制度只有分別共有，因此司法判決上所見之「共有」係指分別共有而非共同共有。

<sup>67</sup> 參見法務部，《台灣民事習慣調查報告》第七章各節說明，頁760-771，特別是頁769-771註1-5之說明。

<sup>68</sup> 這樣的說法也許在這裡看起來很奇怪，但是絕對不是不可能發生。在另一個必須大量依賴習慣的民事領域——家產事件——中，最高法院86年台上字第1630號判決即曾直接採用《報告書》中這種超越時空的論述作為所認定習慣之內容，因而在判決中出現「台灣之家產自清朝以降即屬父祖子孫所構成家屬之共同共有...」這樣的字句。《報告書》中關於家產性質之討論，可參見法務部，《台灣民事習慣調查報告》頁325-331，特別是頁328。

<sup>65</sup> 令人遺憾的是，我們似乎看不到最高法院在審理案件的過程中有這樣的思考出現。雖然司法院曾經就祭祀公業的女性繼承權進行過討論，但是最後的結論仍然以民間習慣為由而認為繼承規定於祭祀公業之繼承不能適用。從法理上言，此種違反憲法上基本人權的民間習慣，應該是違反民法第二條所規定的公序良俗而不予承認具有法律效力才是。

在針對派下資格問題進行過法律史的考察之後，我們已經可以知道為什麼最高法院在派下資格認定的習慣上會出現一般規範化的現象。接下來我們將從上述的基礎來思考本文所提出來的第三個問題——本件判決所代表的意義。針對這個問題，筆者認為可以再分成從幾個方面來思考：一、法院所認定的習慣內容，與判決、成文法之間的關係如何？二、法院應該如何探求習慣的內容？三、隨著時代的改變，法院對於習慣的內容是否改變應該如何判斷？

### 一、「習慣」、「判決」與「成文法」： 習慣差異性之認識

從以上的討論我們可以發現，針對祭祀公業派下資格的案件，最高法院除了依照民法第一條所規定的法律／習慣之外，司法體系本身的判決先例似乎也扮演重要的法源角色。或者應該說，在法院操作習慣體系的過程中，隨著判決先例的累積，所謂的習慣內容，逐漸從人民的具體生活中被抽象規範化為短短數行的「判決要旨」，因而在越晚近的判決中，越容易看到最高法院直接以過去的判決所認定的習慣內容作為判決的規範依據。而此種習慣內容一般化的過程，並不是從國治時期以後的一九五〇年代才開始的，而是可以上溯至日治初期的一九〇〇年代即已逐步展開。最明顯的證據是，最高法院在決定派下資格認定的習慣內容過程中，透過司法行政部所出版的《報告書》，不僅大量參考了日治時期的舊慣調查資料以及法院見解，而且在參考的過程中未有因意識到兩國法制上之差異，而將日治時期習慣重新置入我國民法體系內進行公序良俗的審查。這種習慣內容的一般規範化影響所及，最高法院對於祭祀公業派下資格案件所認定的習慣內容，不僅有均質化的傾

向，而且在用語上也愈趨統一，直如立法機關制定的成文法內容。這也許是為什麼當最高法院作成本件判決時，馬上引起有關最高法院是否有變更見解的討論之原因。

但是判決的效力畢竟不同於國家的制定法。雖然說在我國經選為判例的最高法院判決，可以具有如同成文法般的效力，但是對於絕大多數的最高法院判決而言，其針對某一事項所持之法律見解，固然可能為後來的判決所延續，但是這種做法基本上乃是建立在兩判決的前提依據相同——同一國家制定法規範——的基礎之上，而非基於前判決本身即具有一般性之效力。

本件判決所涉及之主要爭點乃在於認定派下資格之習慣。過去最高法院判決雖然迭以「祭祀公業之設立人及享有該設立人派下權之繼承人」作為認定派下資格之標準，但是從本文的分析以觀，其主要原因乃在於過去台灣民間之祭祀公業本以一般型祭祀公業為主，因而自日治時期以降，在法院所處理之派下資格爭議事件中，也以一般型祭祀公業者居多，因而法院判決所呈現的派下資格認定習慣，主要仍為一般型祭祀公業之認定標準；但是在本質上這段文字所陳述之內容仍屬於「習慣」而非國家制定法。既然是習慣，即非單一、固定之內容，而有差異存在之可能。本件判決清楚意識到在該事件中之祭祀公業類型有別於一般型祭祀公業，因而提出與過去判決不同之派下資格認定習慣，除了提醒我們習慣的差異可能性這項「習慣（法）／制定法」之間的區別外，另一方面也凸顯了最高法院判決與國家制定法之間的差異。

### 二、客觀主義的習慣考察

本文簡略回顧清治時期之原貌，認為祭祀公業乃以祭祀為目的所構成之「人與

物之組合」。因此，祭祀公業之要素為享祀者、祭祀者及祭祀。祭祀公業所有之財產乃依附於祭祀之目的而存在，故縱無財產倘仍有祭祀存在，尚非不得成為祭祀公業。反面申論，縱有財產倘已無祭祀存在，則不成其為祭祀公業，應轉換其性質。當然，在經歷日治時期及國治時期之後，由於國家權力透過法律介入民間生活秩序，重新整理，祭祀公業之風貌應已不同以往；至於其確切的風貌如何，則可能因為時代、地域之不同而有所差異。從日治時期與國治時期均曾組織調查機構進行調查，可知如何區別此間之差異，掌握確切之習慣內容，確實為司法實務在面臨此類問題時之一大課題。

我國目前司法實務對於祭祀公業之性質採公同共有之見解，對於派下資格之認定，因為屬於國家制定法規定所無，因而必須仰賴法院探求民間習慣之方式（即習慣法）處理，使得法院所認定之習慣具有成為法院判決依據之實定法上效力。準此，法院就習慣之採擇、認定，必須以客觀主義之方法與心態，積極調查、嚴謹判斷；而且由於法院所作成之習慣認定，就該事件之判決而言具有與法律規範相同之效力，因而在判決理由之地方，自應公開其如何形成該習慣內容之認定。<sup>69</sup>

以本件判決之情形而論，認定派下資格之時點為祭祀公業成立時，而當時之祭祀公業依其成立方式可分成不同類型，而異其派下資格之認定。最高法院在判決中陳明此點，已有意識到習慣的差異性，頗值肯定。但是本件判決要旨後段所稱「僅該享祀人之祭祀子孫始得為派下員」之習慣認定，除了未說明其採擇該項習慣之理由外，從實質內容來看也有值得商榷之

處。首先，本件判決將派下員資格繫於子孫履行祭祀義務與否之上，但是並未言明「祭祀子孫」之判斷方式與時點。筆者以為，解釋上應以祭祀公業成立之初是否參與祭祀輪值為判斷依據。其次，最高法院在這段文字中已經將設立人子孫先排除在派下資格判斷之外，如此是否符合當時認定祭祀公業派下之習慣，不無疑問。蓋「祭祀」為祭祀公業存在之主要目的之一，而在「捐贈字」的分離型祭祀公業中，如果設立者與享祀者均有子孫，但是對於享祀者之祭祀本由設立者及其子孫所祭祀，此時即應以該設立者及其子孫為派下，較為妥當。最後附帶一提者，即使確定了最初的祭祀公業派下歸屬，仍並不代表本件判決中之公業財產權利歸屬即告確定。蓋從祭祀公業設立後到今日為止的情事發展，對於派下資格乃至祭祀公業的其他權利義務仍有可能造成影響，這些雖然不在本文論述範圍之內，卻是法院在處理本案時所必須一併考量者。<sup>70</sup>

### 三、時代演進中司法者之任務：法官造法與習慣的抽象規範化

<sup>70</sup> 例如本件判決在事實審中所處理到的派下間所訂立的財產讓與契約，即可能成為確定最初的派下權歸屬後，影響派下權變動的重要因素。又如女子對於派下或派下財產究竟有無繼承資格的問題，日治時期法院所以維持清治以來的民間習慣，部份原因在於台灣舊慣與日本當時民法上對於女性地位的態度一致。而國治時期的法律體系，既然是以兩性平等作為其主要的基礎之一，則對於此種違反憲法上平等權保障的民間習慣，是否應承認其效力，實有重新檢討之必要。最高法院向來均以習慣作為女性不得繼承祭祀公業財產或派下權之理由。不過在最新的「祭祀公業管理條例草案」中，已經修正此項傳統習慣，而在條文中明定於祭祀公業法人規約未另有約定時，承認女子得為派下員。準此，如果系爭祭祀公業在國治時期有派下權繼承事由發生，對於女子是否有繼承派下權之資格，仍不無商榷餘地。

<sup>69</sup> 此處所謂「客觀主義」，係強調習慣採擇過程之公開，公符合檢測可能性之要求。

祭祀公業在日治時期即爭議不斷，尤其在日本民法直接施行於台灣後，其存廢即屢受討論，嚴重者甚至以「魔窟」視之<sup>71</sup>。因此論者多認為將此一既成制度予以成文化，亦即在秉持客觀主義進行祭祀公業之舊慣考察後，以特別法方式立法規範之<sup>72</sup>。然而不論立法者或司法者，在面對祭祀公業時，除了考量符合民間習慣原貌之最佳處理方式外，尚需思考在現代社會環境下祭祀公業存續之目的及作用。尤其司法者在作利益衡量時，不得不將時代思潮對人民生活的影響納入考量。<sup>73</sup>

對於現行法中所漏未規定的事項，立法者委由司法者探求民間習慣而決定之（即透過「習慣法」的方式處理），除了顯示出成文法的侷限性之外，另一方面也暗示了民間習慣中差異存在的可能性。對於必須透過民間習慣解決之事項，經過司法者針對個案判決之累積後，一方面可以看出該習慣事項是否屬於易生爭議之事項從而有必要予以立法規範，另一方面也可以在立法者決定將該習慣事項成文法化時，提供立法者一般規範化的方向，使立法者所制定的法律，在規範的一致性與妥當性上，更能符合社會的

實際情況與需求。

目前司法實務上之公業糾紛，主要出現在派下資格認定及派下權利義務行使方面，如女子、養子或招婿是否亦有派下資格或公業財產分割等問題。以祭祀公業派下資格的認定為例，我們從過去最高法院的判決中，已經可以清楚看出主要的規範化方向。而本件判決的出現，則適時提醒了不同習慣存在的可能性，有助於將來立法者更完善地思考派下資格認定的問題。但是還有一點必須要注意者，法院在探求習慣的過程中，除參考過去的作法外（如日治時期的法院判決），對於時代演進所造成的習慣內容改變（如社會經濟條件之改變對於祭祀公業功能之影響），以及舊有習慣與現行法體制所保障的價值之間的衝突問題（公序良俗）也必須詳加參酌，始能避免在判斷權利的歸屬上失其輕重。但是我們從過去的最高法院判決，乃至本件判決，似乎看不到最高法院在這方面的想法。將來最高法院在處理類似的問題時，是否能夠將戰後改行中華民國法律，以及嗣後的社會等時代變遷的意義，反映在其所成的習慣內容認定之上，仍然值得期待與觀察！

71 請參見註 27 書，頁 77 所引述當時報端意見。

72 此種看法可見諸：姉齒松平，參見註 27 書，頁 77；曾文亮，參見註 14 書，頁 139-140。

73 請參見川井健著，《民法判例と時代思潮》，頁 15。