



國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

祭祀公業土地財產權之損失補償

The Ancestor Worship Guild's Land Property Rights:

A Compensation for Damages Perspective

林婉玄

Wan-Hsuan Lin

指導教授：葛克昌 教授

林明昕 教授

Advisors: Prof. Keh-Chang Gee

Prof. Ming-Hsin Lin

中華民國 104 年 6 月

June 2015

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

祭祀公業土地財產權之損失補償

The Ancestor Worship Guild's Land Property Rights:
A Compensation for Damages Perspective

本論文係 林婉玄 君 (R00A21031) 在國立臺灣大學法律學研究所完成之碩士學位論文，於民國 104 年 6 月 24 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 高克尚 林明昕

口試委員： _____

陳立夫

陳清秀

林明昕

高克尚



摘要

在臺灣，祭祀公業為以祭拜祖先為主要目的而成立的宗族團體。除形式意義上的敦親祭祖，尚有救濟族人、管理進而充實祭祀公業財產的實質意義，且具有非營利組織的性質。祭祀公業目前面臨的問題，包括派下子孫開枝散葉，無人管理、權利主體不明、土地閒置、與土地開發之扞格等。惟以清理地籍、都市計畫等為由干預其土地時，即浮現祭祀公業財產保障與公益之間的緊張關係。2008年7月1日施行祭祀公業條例後，祭祀公業的性質、設立、機關及派下權等問題在新制上路後呈現出新氣象，舊慣的運作與現今法制下的操作，其間落差值得檢視。

以損失補償理論觀之，基於公益目的所為之徵收、限制使用等公權力行為，若超出人民應容忍的社會義務範圍（即特別犧牲），應有合理相當之補償。遺落下來的祭祀公業土地雖有加以清理之公益目的，然而早期的法規建置對其所受損失之認定、補償方式未有完善的規定。縱使祭祀公業已有專法規範，實務上仍承襲早期便宜行事的函令見解，導致祭祀公業土地之清理計畫僅是由粗糙的論述所構成的散漫體系。祭祀公業面臨各式公權力干預，是否受有特別犧牲而應獲損失補償，有獨立於一般人民財產權保障問題而為觀察，並且審視其法理基礎之必要。

本論文之研究重心在於祭祀公業的財產權定性與損失補償理論之適用。本文認為祭祀公業應在獲得法律上適當評價的前提下，銜接損失補償的議題，從我國損失補償的體系下，討論祭祀公業面臨何種公權力的侵害，而此些侵害若屬損失補償事由，則是否應獲得補償、補償方式為何。最後，企盼藉由提出相關實務問題，可更具體地處理涉及祭祀公業財產的損失補償問題，因此提出各案例中涉及的損失補償爭議，對此提出批評以及建議。

關鍵字：祭祀公業財產、損失補償、特別犧牲、都市更新、文化資產、容積移轉

ABSTRACT



In Taiwan, an ancestor worship guild refers to a lineage association providing services for ancestor worship. In addition to this formal purpose, the guilds also carry out several additional tasks, such as providing assistance for family members, management and development of their properties. Over many years of social change, the guilds have become regarded as a type of non-profit organization as well.

In recent years, many issues concerning ancestor worship guilds have arisen, including geographic dispersion of descendants, lack of management, ambiguity of obligations and rights, land vacancy, and inconsistency in land use. Conflicts continue to arise between property owners and the public interest while the guilds' land and buildings are infringed upon by the exercise of public power, such as in cadastral clearance or urban planning. The Act for Ancestor Worship Guild, which came into effect on July 1st, 2008, has addressed, but not fully resolved the problems concerning the nature, establishment, and authorities concerned with ancestor worship guilds, as well as the rights of successors in the family. Therefore, the differences between operations relying on traditional customs and those relying on current regulations warrant further examination.

From the perspective of compensation for damages, the government should pay fair compensation for exercises of public power such as expropriation or land use control when its exercise constitutes the guilds' *Sonderopfer* (special sacrifice) which goes beyond their social obligations. The definition of damages and methods of compensation were not properly stipulated in previous regulations and administrative practices, and the administrative authorities have continued to follow earlier interpretative rules even after the passage of the Act for Ancestor Worship Guild, resulting in lax planning and implementation of cadastral clearance of the guilds' lands.

Consequently, it is necessary to further investigate the legal basis of ancestor worship guilds to determine whether they deserve fair compensation, and whether they should be considered as separate cases from the protection of other private property rights, given that these infringements reflect a specific trend in the exercise of public power.

The focus of this paper is to characterize the ancestor worship guilds' property rights and apply a theory of compensation for their damages. Relying on a premise that ancestor worship guilds should be properly and legally evaluated, the study discusses the violations of the guilds' rights for public purposes and the mechanism of compensation for damages in particular cases. Finally, several practical issues sourced from real cases related to the compensation for the guilds' damages are presented, with comments and suggestions in order to shed light on the significance of applying this theory, and to provide solutions to the controversies surrounding compensation for the guilds' damages.

Keywords: Ancestor Worship Guild's Property, Compensation for Damages, Special Sacrifice(Sonderopfer), Urban Renewal, Cultural Heritage, Transfer Development Right

簡目

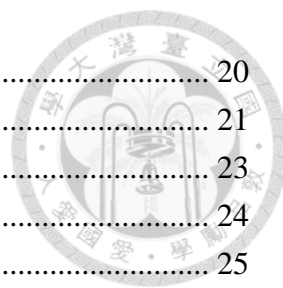


口試委員會審定書	I
摘要	II
ABSTRACT	III
簡目	V
詳目	VI
圖目錄	IX
表目錄	X
第一章 緒論	1
第一節 研究動機及架構	1
第二節 問題提出	4
第三節 文獻回顧	5
第二章 祭祀公業財產性質	10
第一節 祭祀公業之概念及法律性質	10
第二節 祭祀公業財產權之特殊性	61
第三節 小結	69
第三章 損失補償理論於祭祀公業財產權保障之適用	71
第一節 損失補償概說	71
第二節 祭祀公業財產受徵收及限制使用態樣	110
第三節 小結	125
第四章 祭祀公業受損失補償之問題	127
第一節 代為標售	127
第二節 容積獎勵制度之缺失	132
第三節 撤銷違法指定古蹟處分之損失補償	134
第四節 損失補償金之課稅	138
第五章 結論	147
參考文獻	149
附錄	160

詳目

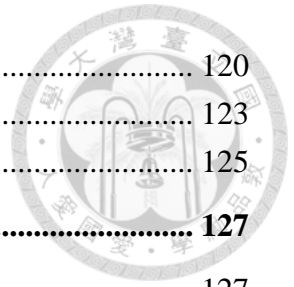


口試委員會審定書	I
摘要	II
ABSTRACT	III
簡目	V
詳目	VI
圖目錄	IX
表目錄	X
第一章 緒論	1
第一節 研究動機及架構	1
第一項 研究動機	1
第二項 研究架構	2
第二節 問題提出	4
第三節 文獻回顧	5
第一項 文獻探討	5
一、 日治時期	6
二、 國治時期早期	7
三、 國治時期近期	7
第二項 預期結果	9
第二章 祭祀公業財產性質	10
第一節 祭祀公業之概念及法律性質	10
第一項 起源與目的	10
一、 祭祀公業之起源	10
二、 祭祀公業之設立目的	12
第二項 設立要件及方式	13
一、 人的要素與物的要素之結合	13
二、 設立方法	15
第三項 種類	18
一、 社團的祭祀公業	18
二、 財團的祭祀公業	18
第四項 決議機關與管理人	19



一、	派下員	20
二、	派下總會	21
三、	管理人	23
第五項	法律性質之紛爭	24
一、	祭祀公業之法律性質	25
二、	非營利性質	41
第六項	類似團體之比較分析	47
一、	比較目的	47
二、	與韓國「宗中財產」之比較	48
三、	與香港「堂」之比較	51
四、	對我國祭祀公業的啟發	58
第二節	祭祀公業財產權之特殊性	61
第一項	私團體之財產權	61
一、	法人財產權	63
二、	非法人團體財產權	63
第二項	習慣法下的派下權	66
一、	派下權不同於一般財產權	66
二、	派下權繼承與性別平等	67
第三節	小結	69
第三章	損失補償理論於祭祀公業財產權保障之適用	71
第一節	損失補償概說	71
第一項	財產權之保障內涵	71
一、	存續保障與價值保障	71
二、	財產權的社會義務性	72
第二項	損失補償之發展與法制化	74
一、	德國法	74
二、	日本法	77
三、	我國法	84
第三項	國家責任二元論未逮之處	97
一、	德國法	98
二、	日本法	104
三、	我國法	107
第二節	祭祀公業財產受徵收及限制使用態樣	110
第一項	所有權之剝奪	111
一、	都市更新條例之徵收	112
二、	祭祀公業條例之代為標售	117
第二項	限制使用	119

一、	出租人收回耕地之限制	120
二、	文化資產保存法上之限制	123
第三節	小結	125
第四章	祭祀公業受損失補償之問題	127
第一節	代為標售	127
第一項	代為標售之定性	127
第二項	申報期間與暫緩標售	130
第二節	容積獎勵制度之缺失	132
第一項	制度之濫用	132
第二項	申請容積移轉之門檻	133
第三節	撤銷違法指定古蹟處分之損失補償	134
第一項	吳氏宗祠案之背景	135
第二項	本案構成國家損失補償責任	136
第四節	損失補償金之課稅	138
第一項	祭祀公業作為納稅義務人	139
一、	稅捐主體之概念	139
二、	不同類型祭祀公業所受補償金之課稅	140
第二項	損害補償不課徵所得稅	144
第五章	結論	147
	參考文獻	149
	附錄	160



圖目錄



圖 1-1	研究架構及流程.....	4
圖 2-1	土地審裁處於香港司法系統之定位.....	56
圖 2-2	房份示意圖.....	66
圖 3-1	損失要否－實質判斷基準判斷流程圖.....	80
圖 3-2	我國損失補償內容.....	88
圖 3-3	容積移轉示意圖.....	94
圖 3-4	既存之祭祀公業土地處理流程圖.....	119
圖 4-1	地籍清理程序.....	129

表目錄



表 2-1 祭祀公業法律性質.....	38
表 3-1 損失要否－綜合判斷基準表.....	81
表 3-2 司法院大法官解釋所承認之財產權範圍	84



第一章 緒論

第一節 研究動機及架構

第一項 研究動機

祭祀公業為以祭拜祖先為主要目的而成立的宗族團體，隨著派下子孫開枝散葉，人際關係不如從前緊密，祖先所設立的祭祀公業未必為子孫所知悉，至各種土地開發事業發展，觸及到這些無人問津的宗族財產，開始浮現祭祀公業財產保障的問題。縱使大多數人未涉入祭祀公業的運作，但不少人有著相同的經驗：在得知數代前留下的偏遠地號，尋求代書處理時才知道自己為祭祀公業派下。接踵而來的派下間的權利爭奪、補稅、徵收、領取補償金等事務為人民帶來不少訟累，大量技術性的立法政策與行政函釋，難以釐清祭祀公業在法律評價上的真實狀態，且許多行政及司法實務仍未能把握公益目的與人民權利保障的輕重衡量，導致祭祀公業仍陷於土地清理成效不彰又過度侵害人民財產的噩夢中。

在 2008 年 7 月 1 日施行祭祀公業條例後，祭祀公業之管理及祭祀公業土地清理的依據獲得應有的法律位階，雖不宜否定其美意，但行政實務運作卻與立法意旨有相當大的落差，例如申報為祭祀公業法人者為數不多¹、祭祀公業土地清理成效不佳又有許多侵害祭祀公業財產權之疑慮等。注意到祭祀公業在法制上呈現的新氣象，本論文研究以此契機為開端，希望能釐清祭祀公業的法律地位。

祭祀公業的財產權保障在損失補償理論適用上，不同於一般人民財產，可從幾個層面來理解：祭祀公業本身在法制上的流變、近半世紀來的土地政策背景以及我國損失補償理論的形成。土地徵收與限制使用無法與合理補償脫離，此點反映到祭祀公業在損失補償的主體地位，更顯出適用損失補償理論下呈現的特殊脈絡，尋覓這幾項參數之間的關聯，成為本文撰寫過程中不斷的自我提醒。

¹ 例如祭祀公業已依祭祀公業條例第 50 條核准設立祭祀公業法人者，至今仍佔少數。以臺北市、桃園縣的情況而言，已核准設立祭祀公業法人之數量仍遠遠未過半。參高曜堂（2014），《臺灣祭祀公業制度變革之研究》，頁 4，中原大學財經法律學研究所碩士論文。



第二項 研究架構

本論文的主要研究方法為文獻回顧及法政策研究。欲研究祭祀公業財產權及其在損失補償上的問題，必須提出連結祭祀公業財產性質以及損失補償理論之間的問題意識。故文獻回顧分為兩部分，一為祭祀公業性質之調查，二為損失補償理論相關之整理；法政策研究部分則是蒐集 1990 年代以降與祭祀公業有關之立法資料、法規命令及解釋函令，耙梳出有關祭祀公業財產徵收、限制使用等整體概貌，以前述之文獻為基礎，分析各說優劣，檢驗對其財產權侵害及補償事由之正當性，最後歸納出本文的建議。本論文的章節安排如下：

首先在第一章緒論說明研究動機及目的、提出研究觸及之核心問題、說明研究方法及研究架構。由於祭祀公業之研究典範在時代推移下有明顯的變革，故本文所援用的文獻以時期區分。最後說明本文的預期結果是在文獻回顧與法政策分析下，可以緊扣著本文的問題意識，指明現今實務、判決見解不妥處，並提出立法建議。

第二章為文獻回顧及歸納工作，在第二章第一節，藉由日治時期至國治時期的政府機構資料、實務及學說見解，介紹祭祀公業之起源、設立、種類、機關等舊慣內容，以及眾說爭鳴之法律性質，希冀藉由比較不同時期的資料，篩漏掉已經過時的見解，勾勒出祭祀公業在現今的社會以及法制下較真實的面貌。接著與其他相類似宗族團體為比較，比較祭祀公業與韓國之宗中團體、香港之（祠）堂的不同，尋覓他山之石可攻錯之處。接著在第二章第二節析論祭祀公業財產權之特殊性，蓋祭祀公業財產不同於一般人民之財產，在於祭祀公業究為權利「主體」或權利「客體」此一重大前提問題。姑且不論祭祀公業是依派下總會決議或依共同共有之規定處分祭祀公業財產，依現行法之適用，處分祭祀公業財產的程序繁複，遠未如一般人民自由。此外應土地清理之需求，有許多針對祭祀公業的清理要點，可知國家並未將祭祀公業財產等同一般人民財產視之。本節先討論祭祀公業財產權的概念，確立此等宗族團體受財產權保障的依據，接著就祭祀公業財產

特殊之處，包括派下權的性質，以及祭祀公業財產面臨何種趨勢等面向，說明祭祀公業財產權所受保障範圍。

第三章則是研究損失補償理論於祭祀公業財產權之適用，在第一節說明基本的國家責任體系。損失補償制度乃獨立於國家「不法行為」之損害賠償的另一種國家責任，我國參照德國、日本的學說，基本上亦遵循此種概念上的區分，但德國、日本學說在補償原則、基準的論證並不相同，尤其對於二元論體系以外的損失類型有不同的處理方式，若擅加混用援引將導致我國理論體系紊亂，故有必要加以釐清，始能確立由我國的法律規定與司法解釋共同形塑出的損失補償制度面貌。

第三章第二節提出祭祀公業財產受公權力侵害的主要典型態樣，為求緊扣損失補償理論，本文撰寫思維是以徵收、類似徵收之侵害、具有徵收效力之侵害等類型作為檢驗主軌，惟實際上與法規政策較契合的具體用語包括土地徵收、徵用、標售、限制使用、補償金之稅捐等。考量到此點，本節中仍依各具體用語表述。此階段的主要工作係整理出侵害祭祀公業財產權的相關法規以及實務見解，俾明確化祭祀公業財產受侵害的態樣，以及說明是否受有損失補償。

第四章提出祭祀公業受損失補償之實務問題，包括標售作為清理地籍手段是否適切、容積制度之濫用、國家違法指定古蹟之行政處分的損失補償責任，以及補償金的課稅問題。這些爭議的浮現，也證立了損失補償與祭祀公業財產權保障的特殊關聯。首先在標售手段部分，探討其性質以及為何立法者訂下看似果斷的清理期限，卻無法達到理想的土地清理成效；我國之容積制度背離補償性質，且適用在祭祀公業上有其難處；近年有判決認為撤銷違法指定古蹟的行政處分，國家對此無責任可言，此見解顯然發生與損失補償理論銜接不良的情況；最後，實務見解對於祭祀公業所獲補償金應否課徵所得稅，本文亦對之提出批評。

第五章綜合前述各章節之研究成果，提出簡要的研究結論以及立法建議。茲以下圖說明本論文之研究架構以及流程：

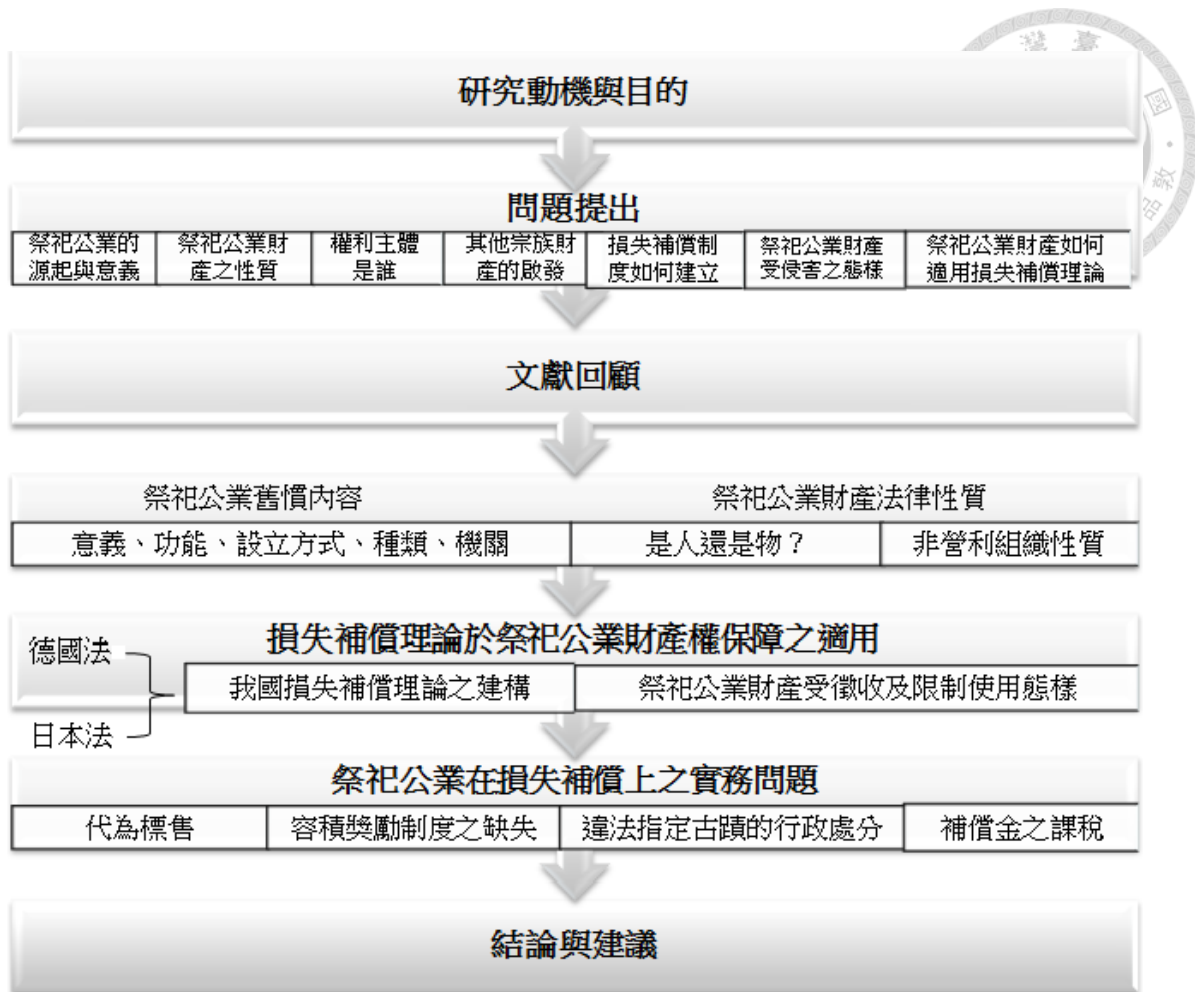


圖 1-1 研究架構及流程


本研究自製

第二節 問題提出

由於本論文之研究重心在於祭祀公業的財產權，故關於祭祀公業制度的變革，無法一一深入探析各種不合理處²。從而，本文研究目的係以祭祀公業在其法律性質獲得適當評價的前提下，銜接損失補償的議題，討論祭祀公業在現行的法制底下，面臨公權力的何種侵害，而此些侵害若屬損失補償事由，則是否應獲得補償、補償方式為何。基於前述研究目的提出問題如下：

現今的立法措施遵循著促進祭祀公業法人化的方向前進，然而實際上大部分

² 例如依祭祀公業條例第 4 條與第 5 條，國家促進性別平等的積極義務與維護男系繼承習慣有何衝突、第 50 條第 3 項有無強令解散祭祀公業，侵害人民結社自由之意等。



的祭祀公業未完成立法者的期盼，導致許多現存的祭祀公業仍存有法人格問題。但祭祀公業歷經百多年來的運作，其重要機關，如派下總會及其構成員、管理人、監察人在舊慣上的權力分配皆影響祭祀公業財產處分權的正當性，從中可發現日治時期以來的舊慣調查結果、司法實務與現今的立法政策並非一致。那麼應如何在現今的法制下反思祭祀公業財產的法律性質、權利主體、重要機關的運作？

在其他注重祭祀文化的國家或地區，是否亦有以宗族財產為經濟基盤的組織或團體？若與我國的祭祀公業比較有何異同處？他國在法律上如何看待此種宗族財產，尤其當發生財產權的法律爭議時，他國的處理方式為何？此些問題將有助於啟發我國祭祀公業法規建置不完善之處。

我國受德國法與日本法的國家責任理論影響甚深，但僅限於框架式的適用。人民財產面臨各式各樣的公權力侵害，我國如何建構損失補償理論？與其他國家之立法例比較有何不同？藉由比較分析，釐清了損失補償理論在我國法制下的脈絡化過程後，接著要檢驗的是，是否有專門針對祭祀公業財產的立法或其他法規命令，並具有侵害財產權的意味？是否可從中耙梳出祭祀公業不同於一般財產而淪為公權力侵害客體之原因？而我國所承認的損失補償類型，對此些現象是否能加以涵蓋？相關的補償依據、方式又是否符合損失補償理論？

最後，祭祀公業在實務上面臨何種與損失補償相關的問題？本文企盼藉著提出相關案例，能更凸顯各案例中涉及損失補償的爭點，並對相關判決或見解提出修正。

第三節 文獻回顧

第一項 文獻探討

研究祭祀公業的文獻來源主要可分早期與晚近文獻，早期文獻以日治時期之官方資料為主，當時的官方與學說可說是互為輔助，由於調查成果豐碩，其影響所及，許多近年文獻仍以此為基礎，發展更詳細的研究，晚近文獻又分兩部分，

一為國治時期（大理院以來）的實務見解，另一為因應近年相關法令的各種反思。

清末時到臺灣開墾之移民承襲中國祭田的基本雛形，然又有別於籠統的儒家宗姚思想，逐漸發展出各種祭祀公業的舊慣內容。直到日治時期將祭祀公業列為舊慣調查的重點，祭祀公業的研究才開始廣受各方注意。祭祀公業之傳統研究重點包括其意義、起源、沿革、性質、種類、設立、組織、派下權、執行...基於此方面不乏權威性研究，本論文不擬就祭祀公業各項舊慣運作為深入探討，僅選擇與祭祀公業財產保障部分相關且必要之部分討論。

若以資料種類以觀，可區分為官方調查工作、學者專書、歷年法院見解、行政機關函令、工作決議以及期刊論文等；若以時期區分，可分為三個時期，分別如下：

一、日治時期

日治時期之相關文獻，是進行調查舊慣工作所得出之研究成果。總督府於明治 34 年（1901 年）成立臨時臺灣舊慣調查會，由京都帝國大學教授岡松參太郎及織田萬所主持彙編「臺灣私法暨附錄參考書」（以下皆稱臺灣私法）詳細羅列各家學說及並客觀呈現調查內容，凡研究臺灣祭祀公業不得不參考此文獻。

專書部分，以姉齒松平於 1934 年出版之「祭祀公業並びに台灣に於ける特殊法律の研究」最具有權威性，姉齒松平曾登錄特許辯理士，後又陸續擔任判官等要職，並在臺北帝國大學授課。可說是實務及學術交流中重要的橋梁，其本著嚴謹的調查態度，也展現學者批判的研究精神，學術價值斐然。但也因為出於司法實務運作的需要，其研究仍侷限於制定法上³。定期刊物部分，臺灣總督府高等法院出版的法學刊物「臺法月報」亦為祭祀公業文獻發表的重要平臺之一。

日治與國治時期對祭祀公業性質認定大相逕庭。惟國治時期仍有許多承繼日治時期著作的觀點，繼續編譯資料，就此點而言，日治時期的調查成就深深影響國治時期至今的祭祀公業研究。

³ 王泰升（2006），〈以臺灣法制研究為志業的姉齒松平〉，《臺灣法學雜誌》，89 期，頁 9。



二、國治時期早期

司法行政部（今法務部前身）所著「臺灣民事習慣調查報告」中關於祭祀公業的部分主要由段盛豐主筆。此文獻參照日治時期的官方資料，並加入國治時期的實務見解，至此祭祀公業的研究因政權更迭開始出現微妙的變化。至於戰前判例，臺灣省通史稿卷三政事志司法編有完整收集，執筆者為戴炎輝、蔡章麟。此階段的實務承襲在中國大陸地區之最高法院對祭田的見解，將祭祀公業認定為派下子孫共同共有之財產，直至祭祀公業條例施行前，實務皆否定祭祀公業的法人格⁴。

三、國治時期近期

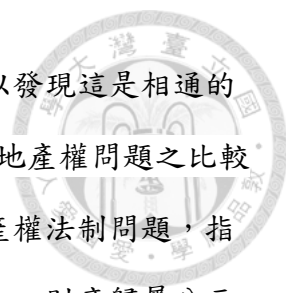
此時期的官方文獻多是為了解決祭祀公業土地問題而生，例如內政部召集實務界人士敘述處理祭祀公業土地問題之心得及研究，彙編為「祭祀公業論述專輯」，於1996年6月發行。也有以法律史途徑論述的學者，例如王泰升所著多部著作（以「臺灣日治時期的法律改革」為首）在此領域具有開創性的貢獻。臺灣法律史的研究重點是反思各種包括祭祀公業制度的習慣法之形成過程，又例如晚近有林端、劉夏如等學者，其針對祭祀公業的研究重點，係關注殖民者將西方法律觀點強加諸臺灣民間習慣的法律移植過程。林端指出，日本人在確立近代意義的國家公權力之後，必須在西方繼受（reception, Rezeption）來的「國家制定法」的框架下，替祭祀公業作法律本質上的定位⁵；而劉夏如就日治時期祭祀公業存廢討論過程，析出祭祀公業之立法處置背後各派人馬的利益糾葛⁶。

祭祀公業在法律繼受以及社會變遷的衝擊下，研究典範逐漸移轉到以法學而

⁴ 嚴格說起來，國治時期早期的學說也有承接日治時期見解的現象，例如曾沿襲日治時期將祭祀公業認定為法人的見解。又例如姉齒松平劃分民政時期與軍政時期（軍政時期又分為律令原則時期及敕令原則時期），依此為不同的法制內容描述。國民政府早期的學者，例如戴炎輝、蔡章麟、黃靜嘉的著作皆沿用此種時代劃分法，惟學者指出此種分法不足以適切反映劃分前後法律實質內容的變遷。參王泰升，同前註，頁9-11。

⁵ 林端（2000），〈「國家制定法」與「民間習慣」—臺灣「祭祀公業」的歷史社會學分析（I）〉，《法制史研究：中國法制史學會會刊》，1期，頁122。

⁶ 劉夏如（1999），〈法·近代·民族主義—1920年代臺灣祭祀公業改廢論爭〉，《臺灣風物》，50卷2期，頁40-56。

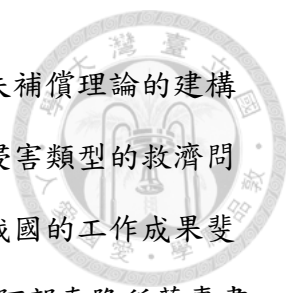


非宗族文化的解釋。在與其他類似宗族財產的比較研究時，可以發現這是相通的現象。金根植在其 1996 年的博士論文「中韓祭祀公業法制與土地產權問題之比較研究」第五章中，比較臺灣祭祀公業與韓國宗中團體在不動產產權法制問題，指出兩者在法律適用上發生的不同爭議點（當事人能力、登記能力、財產歸屬公示方式、團體內外部關係等）。劉夏如在「台湾祭祀公業研究をめぐる「伝統中国」と「近代法継受」の相克」一文中，也將祭祀公業與韓國宗中團體及香港祠堂進行比較，其關注焦點在於宗族財產在法律繼受過程中受到的挑戰，促使本文進一步研究各該國法律如何處理宗中團體或祠堂的議題，從中獲得對我國祭祀公業法規建置之啟發。

意識到祭祀公業條例等新法規適用的疑義，高曜堂在其碩士論文「臺灣祭祀公業制度變革之研究」中，提出新法制下所衍生的問題，包括祭祀公業處理土地、建物之方式受到限制、均分登記侵害依房份計算的派下權內容，以及性別平等與派下員資格認定等問題。其實在祭祀公業條例立法前後，不論是官方或民間舉辦的公聽會或研討會，皆激起了各方人士的意見交流，儼然已引發了新一波的祭祀公業制度變革。雖尚未有人針對近期實務與學說的交流，形成有系統的著作，但相關研討資料殊值參照⁷。

此階段的文獻資料以歷年調查結果及學說論述做為基石，逐漸形成了關於祭祀公業財產研究的新意識，例如陳薇芸以祭祀公業作為稅捐義務人為研究重點；尤重道以祭祀公業的財產權、派下權為開展，撰寫多篇文章；亦有研究城鄉發展者，尋求適合祭祀公業土地的開發模式。此些文獻已跳脫早年的制式研究模式，將祭祀公業研究導引至各特定議題，同時也緊扣憲法保障人民基本權利保障的思維。本文受惠於早期調查工作的嚴謹、多元及晚近文獻在研究領域上的突破，得以進行對祭祀公業財產權適用損失補償理論的研究。

⁷ 例如 2014 年之法律史學會之春季研討會即以「從法律史觀點論祭祀公業條例的制定及施行」為題；實務方面，內政部曾提出派下權繼承之修正草案、司法院大法官解釋第 728 號亦針對此問題做出解釋。



關於損失補償理論，我國主要受到德國與日本影響，在損失補償理論的建構上，原以國家行為的合法性為辨識符碼，進而討論無法涵蓋的侵害類型的救濟問題。我國留學德國與日本之學者眾多，多年來引介他國理論至我國的工作成果斐然，故本文參考葉百修所著「損失補償法」、日本學者塩野宏、阿部泰隆所著專書的脈絡，以及其他國內學者之專文，作為檢討我國損失補償體系的援引資料。

第二項 預期結果

本研究的預期結果，一言以蔽之，就是希望釐清祭祀公業財產權的性質以及其在損失補償理論適用下的特殊性，以保障祭祀公業財產權。祭祀公業因為欠缺健全的管理政策，時常發生管理人偽造派下全員證明書或推舉證明，以利擅自處分公業財產⁸。本文希望可為祭祀公業派下間纏訟不斷的弊病，提供適當的解決方案，例如單純化祭祀公業的公司共有關係、促進其法人化等應為重要的努力方向。

其次，祭祀公業財產權之保障經常與土地開發、都市更新等公益目的有所衝突，且受徵收、限制不見得可以獲得適當的補償。故本研究探討相關法令（以祭祀公業條例、都市更新條例及文化資產保存法為中心）及實務爭議，整理祭祀公業土地遭受公權力侵害的情況，希冀可進一步檢視祭祀公業財產面臨的損失補償問題，將祭祀公業財產權保障與損失補償理論的銜接工作盡一份棉薄之力。

⁸ 搜尋判決書查詢系統結果，1996年至2007年，平均每年上訴（或聲請再審）至最高法院的相關案件數為15件。祭祀公業管理人偽造簽名私自出賣祀產的新聞更是時有所聞，參植根法律網，<http://www.rootlaw.com.tw/NewsContent.aspx?ID=16189>（最後瀏覽日：11/16/2014）。



第二章 祭祀公業財產性質

第一節 祭祀公業之概念及法律性質

第一項 起源與目的

一、祭祀公業之起源

(一) 源於祭田制度

祭祀公業的起源，可追溯至中國宋代之祭田制度⁹，據信由南宋之朱熹所倡導的禮制改革而來，其氏提倡，不只達官貴族人等有權建「廟」以祭祖，士庶人等亦得設立「祠堂」作為祭祖場所¹⁰。祠堂本義僅指家族活動的建築場所，伴隨而來的則是祭田的設立，依照朱文公家禮記載：「初立祠堂，則計見田，每龕取其二十之一以為祭田，親盡則以為墓田。後凡正位祔者皆放此，宗子主之，以給祭用，上世初未置田則合墓，下子孫之田計數而割之，皆立約，開官不得典賣。」由此段記載可清楚得知當時人民抽取祖產以祭祀祖先的過程。

臺灣之祭祀公業，其思想淵源與組織型態出於祭田，此點並無疑問，但是當時的社會背景導致祭祀公業在臺灣形成特殊的發展。首先，祭祀公業形成時間約在清乾隆年間。當時移民日愈漸多，設立祭祀公業的記載有典籍可查¹¹。而臺灣設立祭祀公業風氣漸盛的主要原因，實是因為當時的特殊環境，當時人民經濟狀況已趨富裕穩定，可提供不動產作為祭祀之用。此外當時漢人移墾臺灣，須與原住民及其他移民族群爭戰。以同姓宗親的旗幟號召有血緣關係之人丁，聚集捐資，可以達到鞏固、保衛宗族不受外人侵擾的目的，故祭祀公業之設立，亦具有團結宗族組織以自衛的功能¹²。

⁹ 段盛豐（2004），〈祭祀公業〉，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁737-738，法務部編印。陳井星（1997），《臺灣祭祀公業新論》，3版，頁11-12，臺北：文笙書局。

¹⁰ 自明代以來，在珠江三角洲一帶逐漸形成士庶階層建祠堂祭祖的風氣，稱為家廟氏祠堂，參科大衛（2003），〈祠堂與家廟—從宋末到明中葉宗族禮儀的演變〉，《歷史人類學學刊》，1卷2期，頁11-18。

¹¹ 陳井星，前揭註9，頁9-11。

¹² 段盛豐，前揭註9，頁734-739。井出季和太（1940），〈台灣の公業と南支那の集團地主制度〉，《臺法月報》，34卷9號，頁4。



(二) 祭祀公業與祭田之不同

祭田應設立書，並呈報主管官署；祭祀公業早期並無官給者，全是民間私設，未報官署核備，兩者設立的實質內容亦不完全相同¹³。祭田之設立係為祭祀祖先及結合同姓同宗之親屬而設置，其主要目的係為防止子孫延誤及推諉祭祀祖先之責任，且礙於當時社會環境迫使各親屬團體緊密結合以求自衛¹⁴。就此點言，臺灣祭祀公業與上述祭田制度確有相似之處。但是日治時期學者認為，在中國的祭田制度型態難以捉捕，不似祭祀公業在臺灣被賦予習慣法的色彩，蓋祭祀公業為習慣上法人的地位，可說是全憑日治時期法院裁判見解而確立¹⁵。由此可知，中國的祭田制度係基於籠統的宗姚繼承概念，在不同地區形成不同的制度；而祭祀公業在臺灣，從設立背景、設立目的至法律上設置型態，皆有特定的輪廓。很重要的一點在於，祭祀公業的性質，藉由調查工作與法學解釋不斷的交互影響，其特色得以強化、輪廓得以明確化。

由前述可知，祭田是一個較為籠統的概念，而祭祀公業之具體特徵，茲就幾點說明之：

1. 祭祀公業是「以祭祀祖先為主要目的，由享祀者之子孫所組成，且設置有獨立財產之宗族團體¹⁶。」此種見解受到廣泛援用¹⁷，但也有支持祭祀公業屬共同共有財產之學者，將其定義為：「為祭祀祖先而由家族子孫集聚成立之共同共有產業¹⁸。」
2. 祭祀公業在民間記載上有許多不同名稱，例如「祖公產」、「百世祀產」、「公費」、「公田」、「大田公」、「公山」、「嘗」、「祖嘗」等稱呼，公文書

¹³ 陳井星，前揭註9，頁11-12。

¹⁴ 王保鍵（2003），〈祭祀公業法人化之商榷〉，《立法院院聞》，31卷10期，頁55。

¹⁵ 尤重道（2002），《祭祀公業之研究—以派下權及財產權為中心》，頁27，國立中正大學法律學系研究所論文。

¹⁶ 陳井星，前揭註9，頁4-5。林端，前揭註5，頁120。

¹⁷ 臺灣私法、臺灣民事習慣調查報告、姉齒松平、陳井星等人皆援用此傳統定義。

¹⁸ 陳銘福（1997），《祭祀公業實務》，頁3-4，臺北：書泉。

上也有各種稱呼¹⁹。為了維持用語之一貫，本文一律以祭祀公業或公業²⁰稱之。

3. 祭祀公業外觀上必有一獨立財產。至於為何要設立「獨立」財產，日治時期的文獻少有置喙。依照後來的調查，有認為係為維持祖先之祭祀於不絕，此非僅一代兩代之任務，故在分產之際，抽出祖產一部分作為獨立產業，取其收益專供祭祖之用，使後代子孫不致推諉卸責。設立獨立財產可以提供祭祀的資費²¹，所以有免除長期捐助祭祀費用負擔的優點。

以現今社會的觀點來看，祭祀公業之不動產必定具有一定的獨立性（至少獨立於私人、各房所有），且此特徵亦凸顯了現下各種因祭祀公業不動產涉訟所發生之財產權保障問題的特色。

二、祭祀公業之設立目的

（一）以祭祀祖先為主要目的

姉齒松平指出，祭祀公業未具備當時日本民法第 34 條所謂「其他文化、教育及公益價值」的要件，因為祭祀公業以祭祀祖先為其設立目的，是為設立者及其子孫之利益而存在，非以公益為目的²²。有學者參照各方說法，歸納出祭祀公業在臺創立的原因如下²³：

1. 清代時期公權力僅及縣衙門，縣衙門以下放任鄉黨自治。人民為了自身安全，多舉族以自保。分類械鬥時宗祠與祭祀公業常是族人聚會場所²⁴。
2. 移民來臺墾荒，落地生根後，便設立專供祭祀的田產，不必返回唐山祭祖。

¹⁹ 段盛豐，前揭註 9，頁 744-745。


²⁰ 臺灣尚有所謂的辦事公業、育才公業，皆可簡稱為公業，但非本文所研究之祭祀公業。

²¹ 尤重道，前揭註 15，頁 13。

²² 姉齒松平（1994），《祭祀公業並びに台湾に於ける特殊法律の研究》，頁 5，初版 2 刷，臺北：南天。不過姉齒松平也強調祭祀公業是屬於介於公益與私益之間的中間法人，與現今祭祀公業條例所採取的特別法人說見解類似。

²³ 轉引自林端，前揭註 5，頁 121。

²⁴ 清治時期的祭祀公業尚有負擔族人械鬥前後所生之費用與犯罪之損害賠償的目的。陳井星，前揭註 9，頁 47。

- 
3. 臺灣先民多來自福建、廣東兩地，祭祀公業實為閩粵兩地祭田的延長與擴張。
 4. 臺灣的遺產繼承習慣上採均分制，且嫡長孫也參加繼承，但嫡長孫的繼承份額習慣上是贈與性質，如果沒有一定的祭祀經費，嫡長孫祭祖仍有可能草草為之，此時應指定特別財產專供祭祀之用。
 5. 在當時農地易得的情況，小康之家容易設置公業以祭拜祖先。

基於上述原因，祭祀公業除了祭祀祖先、維持先人財產，也是依據子孫共同利益而設，富有結合宗族、扶助族人等功利性格。故有認為祭祀公業並非以公益目的為主，若有涉及公益，也只是「附加之價值」而已²⁵。

（二） 祭祀公業社會功能趨向多元化

陳井星認為祭祀公業設立的目的，包括祭祀目的〈墓祭、祠祭等〉及非祭祀目的（宗族福利、社會福利²⁶）。若觀察現今在臺灣仍繼續運作之祭祀公業，大略可看出現今的祭祀公業因應社會發展，其功能及目的亦擴展許多，除了配合政府政策所為的各種建物維護、捐列古蹟²⁷、設置族人急難救助金、獎助學金、提供宗親事業廣告²⁸、敬老金等措施以外，亦不乏將觸手伸及宗族圈以外的社會慈善事業，例如提供學童營養午餐、定期捐款協助救災²⁹

第二項 設立要件及方式

一、 人的要素與物的要素之結合

在設立要件方面，歷來文獻認為祭祀公業外觀上須具備人的要素及物的要素，但是此兩要件／要素，並不涉及祭祀公業法律性質的探究，而是作為與其他祭祀

²⁵ 張學海，〈祭祀公業實務問題之研究〉，《律師雜誌》，225期，頁51。

²⁶ 陳井星，前揭註9，頁47。

²⁷ 如祭祀公業李清水派下族人捐列古蹟，自1983年主動申列為國家文化資產，1985年經內政部公告為三級古蹟，2006年以蘆洲李宅古蹟暨李友邦將軍紀念館正式開放，<http://www.luchoulee.org.tw/web/info.php?nt=10>（最後瀏覽日期：11/20/2014）。

²⁸ 如祭祀公業法人桃園縣呂六合，<http://www.lu.org.tw/front/bin/home.phtml>（最後瀏覽日期：11/20/2014）。

²⁹ 如財團法人廖元聰祭祀公業定期捐款給創世基金會以及學校。



團體³⁰結構相區隔的基本標準，藉以捕捉臺灣祭祀公業之輪廓。

（一） 人的要素

祭祀公業須有享祀者及設立者，即人的要素。祭祀公業係以祭祀祖先為主要目的，有其特定之享祀者，即祭祀公業供奉之祖先。不過所謂的享祀者，是否應侷限於某一死者？依姉齒松平見解，凡在當時日本民法施行於臺灣前，有以祭祀為目的者，例如祭祀某一絕嗣者、某一高風亮節者、非特定祖先者，廣泛包含於祭祀公業中應無不妥³¹。

至於設立人通常為該享祀者之子孫，設立者及其子孫，稱為派下³²。不過當設立人無法確定的情況下，應探求祭祀公業設立之方式，具體認定之³³。

（二） 物的要素

除了人的要素，祭祀公業尚須設有獨立的財產，即物的要素。首先解釋所謂的「公」業，「公」乃相對於「私」字而言，係以同宗族同祭祀團體為公，其共有的財產為「公業³⁴」，故可知該財產只是超脫於派下子孫個人私益而存在，但仍屬於宗族而非一般公眾所有。

次者，所謂公「業」，必須是獨立的不動產，祭祀公業的財產雖非不可以動產或其他財產權充之，但依臺灣習慣，動產通常稱為財或物，不動產通常稱為業。探究「業」的稱呼來源，具有「有秩序的經營」的意義，此源自於中國的王土主義，認為土地的所有者只不過是經營土地者³⁵。此外，祭祀公「業」表示不動產，包括土地、房地，此也合乎祭祀公業的產業多為土地之事實³⁶。姉齒松平進一步明

³⁰ 臺灣舊慣中有許多以地緣、血緣關係組成之團體與組織，僅以其他祭祀團體為例，就包括了神明會、辦事公業、育才公業、祖公會、父母會、共祭會、行郊等。

³¹ 姉齒松平，前揭註 22，頁 6-9。

³² 李錦豐（1983），〈論臺灣祭祀公業〉，《法律評論》49 卷 10 期，頁 16。

³³ 例如享祀者死後始設立之闔分字祭祀公業，應以派下各房為設立人、捐贈字之祭祀公業應以贈者為設立人。參張學海，前揭註 25，頁 55-56。

³⁴ 林端，前揭註 5，頁 119。

³⁵ 三好一八（1923），〈臺灣新民事法概論(五)〉，《臺法月報》，17 卷，11 月號，頁 15。

³⁶ 金根植（1996），〈中韓祭祀公業法制與土地產權問題之比較研究〉，頁 45，國立政治大學地政學研究所博士論文。

確指出獨立財產的範圍，係指不動產中的土地，而本來即以土地為主體設立的祭祀公業，其所附帶之動產及其他權利即可成為公業財產³⁷，此應屬較適宜之見解。

此外有學者強調祭祀公業之設立為要式行為，不但要以書面為之，且公業之登錄存案須以設立之字據為依據，並檢具派下名簿、財產目錄及規約書，呈請主管官署備案³⁸。不過依照大部分文獻，仍多以人與物的要素作為必要要件即可，並不強調關於祭祀公業須呈請備案的要式性。

二、設立方法

祭祀公業有鬮分字、合約字、贈送字及信託字四種不同的設立字。祭祀公業的設立方式為舊慣調查中的重點。除了利於辨明祭祀公業與其他類似團體的界限，更重要的是可以藉由設立形式，確立派下權的分配。依文獻記載，以鬮分設立者最為常見³⁹。茲就四種設立方法，簡要說明如下：

（一）鬮分字

乃指自鬮分目的物之財產中，已先行抽出或所留存財產，為祭祀祖先或伯叔兄弟等所設定者⁴⁰。具體而言，係在家產分割之際，由被繼承人邀族親及公親，於祭祖之後，將財產按價值分成數份，並抽籤決定應繼承之類別與數量，敦請代書或公親見證，寫成鬮分字契，並由設立人，派下各房、房親及公親連署為之⁴¹。依此方法設立之祭祀公業，不問享祀人生前或死後設立之⁴²，均須作成由派下連署之「鬮書」，也就是分家分產契約文書，詳細記載各種田園租業、厝宇、現銀以及欠債款項，平均攤分成鬮份，子孫以抽籤決定鬮份（拈鬮⁴³）。

³⁷ 姉齒松平，前揭註 22，頁 11。

³⁸ 陳井星，前揭註 9，頁 49-50。

³⁹ 尤重道，前揭註 15，頁 20。

⁴⁰ 姉齒松平，前揭註 22，頁 42。

⁴¹ 陳井星，前揭註 9，頁 47-48。

⁴² 享祀人生前或死後設立，並不影響鬮分字祭祀公業的成立，不得單以公業設定者在其生存中為理由認定祭祀公業設定行為無效。見姉齒松平，前揭註 22，頁 15。

⁴³ 江韶瑩等，《民俗文物辭彙類編》，2 版，2012 年 12 月，線上版網址 <http://dict.th.gov.tw/>（最後瀏覽日期：11/17/2014）

依臺灣私法記載，臺灣的祭祀公業十之八九係以鬮分方式設立⁴⁴。但其實鬮分字的祭祀公業，晚於合約字祭祀公業出現，原因在於移民社會初期，祭祀在唐山的祖先，屬於普遍現象，至來臺移民開墾數代之後，才由立定基業的子孫組成，祭祀世代較近的祖先，通常是開臺祖⁴⁵。在社會意義上，鬮分字祭祀公業的形成反映出臺灣移民的土著化傾向，亦即由合約字此種移植性的唐山祖宗族，移向來臺開基祖派下的宗族⁴⁶。另依戴炎輝之研究，閩南籍民設立的多為鬮分字祭祀公業，客家籍民則多設合約字祭祀公業（通常稱為祖嘗⁴⁷）。

（二） 合約字

乃指已分家之子孫，就各自所有持分所釀出之財產，設定為獨立財產，藉以祭祀祖先。本質上並非先鬮分抽出財產，而是事後以子孫私產所設定者⁴⁸。由於是由早已分割財產並異居之子孫所設立，有可能溯至十餘代以前之太祖者。故其派下之範圍及人數，均較上述鬮分字的祭祀公業為多且廣⁴⁹。依此種方式設立時，須做成合約字，並由捐資人連署，可能有下列出資方法⁵⁰：

1. 直接房平均出資設立

由享祀者的第一代子孫平均出資設立，當各房再衍生分出的子孫，以直接房數與逐代分出之房數相乘所得數額為分母，而以一為分子，各房即依該比例負擔出資額。此種祭祀公業多由最近親屬（子輩或孫輩）設立。

2. 特定股份總數，不特定設定人

設立公業時即預定股份數，是否出資、出資多少是由子孫自由決定，每一派股份數額不一，只有出資之人始為派下，此種祭祀公業不以子孫輩為限，

⁴⁴ 段盛豐，前揭註9，頁760。

⁴⁵ 陳其南（1991），《臺灣的傳統中國社會》，4版，頁143-144，臺北：允晨文化。

⁴⁶ 陳其南，同前註，頁150。

⁴⁷ 戴炎輝（1979），《清代臺灣之鄉治》，頁771，臺北：聯經。

⁴⁸ 姉齒松平，前揭註22，頁41。

⁴⁹ 段盛豐，前揭註9，頁761。

⁵⁰ 段盛豐，同前註，頁760-762。



甚至有過非血族之同姓人參與出資之實例⁵¹。

3. 男系子孫平均出資，不特定股份權

僅後代男丁有出資權利，故股份總數無法預定。後代男性子孫一經出生即取得派下權，派下死亡時即喪失派下權，沒有繼承派下權的問題。

(三) 贈送字

設立人非享祀者亦非後代子孫，而是由子孫或親族中一人或數人捐助設立，此種設立方式並不顧及派下有無出資，一律以享祀者的後代為其派下員。

若廣義言之，亦有承認單純為無繼嗣之人設立祀業者，例如土地業主感念無嗣之人的開墾功勞，為其設立一祀業，由無血緣關係之佃人祭祀，但不能認此種祭祀業有派下員。依臺灣私法，此種贈送字是一種變例，是否可納入祭祀公業的一種其實並不明確⁵²。

(四) 信託字

享祀者以契約或遺囑將其財產信託於親族，由親族在享祀者死後設立。亦有另一種可能是由享祀者的親族協議設立，並為亡者立繼嗣，然後將公業交由該繼嗣管理⁵³。

文獻上關於贈送字與信託字的記載甚少，僅在祭祀公業設立風潮最盛之清道光年間有數案例可循⁵⁴。贈送字與信託字的區別，依姉齒松平見解，前者是享祀人死後由他人捐助而成立，後者是享祀人生前先行委託他人於享祀人死後保存、管理其財產⁵⁵。於此有一觀念應釐清者，前述闢分字祭祀公業之設立不區分享祀者生

⁵¹ 承認此種祭祀公業的疑義在於，過於寬泛肯認無血緣關係之人參與設立祭祀公業，是否模糊了祭祀公業與神明會、同宗會的界限。不過，姉齒松平認為祭祀公業的設立不以自己祖先為享祀者為限。見姉齒松平，前揭註 22，頁 6-7。

⁵² 岡松參太郎（1910），《臺灣私法暨附錄參考書，第一卷下》，臨時臺灣舊慣調查會，頁 587。

⁵³ 岡松參太郎，同前註，頁 587。

⁵⁴ 依臺灣總督府官房法務課統計，臺灣各州廳祭祀公業設定年次統計表（1937）顯示，道光年間開始，臺北州、臺中州、臺南州每年皆有 10 件上下的設立件數，為之前乾隆年間的 2 倍至 3 倍，至日治時期大正年間才稍微趨緩。轉引自陳其南，前揭註 45，頁 139。

⁵⁵ 蓋享祀者有可能在生前並無子嗣，為保存其遺產可作為祭祀自己之用，故先行將財產信託於他人。



前或死後為之，但若是信託字祭祀公業，因在法律概念上屬附始期之法律行為，只有在設立人已告死亡時才發生效力⁵⁶。此外，以信託方式設立祭祀公業，在現今的信託法制下亦是可行的選擇（參本節第六項、四）。

綜上所述，臺灣的祭祀公業絕大部分以鬮分字為主，且鬮分制房份多為均分，合約字房份則依出資比例而定。

第三項 種類

祭祀公業之種類，較有意義的分類為社團與財團法人。祭祀公業為社團或財團法人，依姉齒松平，係以有無派下存續為準⁵⁷。到了國治時期，法務部所出版的臺灣民事習慣調查報告，則是依派下存否及公業團體與派下的關係來區分，但實際上就是直接將鬮分字與合約字祭祀公業歸屬於社團性質；丁仔會則歸屬於財團性質⁵⁸。

本文認為單以派下存續與否為標準的觀點過於簡略，蓋祭祀公業的派下是必要機關，縱使直接派下皆已亡佚，在概念上只是不存在派下現員，該祭祀公業在概念上仍有派下全員；而派下是否與享祀人具血緣關係，或是否以單純合資財產的方式成立財團法人，亦不影響派下的資格。若依照祭祀公業在臺灣發展的獨特性來建立分類架構，似以法務部之見解為佳。

一、社團的祭祀公業

包括前述鬮分字及合約字的祭祀公業，蓋此兩種皆由現存的派下子孫設立。狹義之祭祀公業，即是指以人為集合之社團之祭祀公業。

二、財團的祭祀公業

丁仔會⁵⁹、祖公會⁶⁰或義莊（後者存於中國大陸地區），屬財團之祭祀團體。所

⁵⁶ 姉齒松平，前揭註 22，頁 42。

⁵⁷ 姉齒松平，同前註，頁 41。

⁵⁸ 段盛豐，前揭註 9，頁 756-758。張學海，前揭註 25，頁 51。

⁵⁹ 依戴炎輝的分類，丁仔會因為公益色彩明顯，自成一類公業，廣義而言也是一種宗族團體。不過丁仔會實為罕見，文獻上僅有邱端睦公會及祭祀公業賴平川兩例有詳實記載。參戴炎輝，前揭註 47，頁 771、774-776。

⁶⁰ 所謂祖公會業，係共有同一祖先之子孫，共同捐獻以祭祀其共同祖先為目的所設定之獨立財產。

謂的丁仔會，指出資人生有男丁時，應報新丁、繳新丁錢，供奉紅龜於祖先。新生男丁一經入會即不得退會，一直到日治時期的前期才停止報新丁，而遂確定其會員數及會份⁶¹。從丁仔會的會員權與一般祭祀公業的派下權的不同來看，丁仔會可以說是祭祀公業的一種變例。然而觀民法上財團法人為「財產之集合」的要件⁶²，無法完全與丁仔會契合，因為丁仔會仍然有其會員（出資者），只是會員權是不得自由處分的。但依臺灣民事習慣調查報告，丁仔會處分財產時較少是分配給會員，而幾乎是供作祭祀或公益之用，其公益性質比一般的祭祀公業強烈，就此點而言，應具有財團的公益性質⁶³，所以將其歸於財團仍然有其立論之處。

第四項 決議機關與管理人

祭祀公業的機關包括派下總會、派下員、派下代表總會、管理人、特別代理人及監察人。這些機關的設置，在舊慣調查工作下就確立了基本輪廓。雖然祭祀公業土地清理要點中有簡單的相關規定，但該要點於 2008 年 7 月 1 日廢止，同日取而代之的祭祀公業條例中，將祭祀公業重要機關的產生、權限等訂定得更為詳細，許多原本由規約自由形成之內容，皆在條例中有明確規定，與日治時期的舊慣調查結果、國治初期的司法實務比較，其中的變革值得注意（詳見附錄）。

祭祀公業的運作，指涉的不外乎是決議與執行管理的過程。一般來說，形成祭祀公業內部意思與對外處分祭祀公業財產的機關通常是分由派下總會與管理人為之，亦即意思機關與處分機關並非歸於一體。至於祭祀公業內部有時亦會設置臨時或非必要機關，僅於特別情事下存在，重要性不大，故皆由規約或派下總會

在舊慣中被認為有異於祭祀公業。兩者主要差別在於祭祀公業的派下係由其子孫繼承，按其系統關係，依比例對祭祀公業出資，並對該業有權利義務；但祖公會業，係由同一祖先所分子孫，各自捐資所設定之財產，並不按系統關係，而係依出資比例對該業負有權利義務。參師齒松平，前揭註 22，頁 21-22。

⁶¹ 段盛豐，前揭註 9，頁 757。

⁶² 財團係集合「財產」的組織，為達成一定目的而加以管理運用，並無組成分子的個人。施啟揚（2003），《民法總則》，增訂版，頁 117，臺北：三民。財團法人為財產的集合體，其成立的基礎在財產，並無社員。王澤鑑（2003），《民法總則》，增訂版，頁 165。臺北：三民。

⁶³ 段盛豐，前揭註 9，頁 758。



決議決定之，例如臨時管理人⁶⁴、特別管理人⁶⁵、監察人⁶⁶。以下僅就重要的派下員、派下總會及管理人為介紹：

一、派下員

派下員，通常簡稱派下，指的是為享祀者傳宗接代之子孫，也就是以祭祀享祀者為目的之祭祀團體之構成員⁶⁷。姉齒松平明確地指出，派下就是祭祀公業之設立者及其繼承人⁶⁸。

依附著派下員身分而來的派下權，即是對祭祀公業之權利義務之總稱。派下權的取得，主要有原始取得⁶⁹、繼承取得以及依法律行為取得者。依法律行為取得之情形較為罕見，例如經由親屬協議選定為繼承人或者依派下全體同意，仍可由原不具派下員資格之人取得派下權⁷⁰；派下權的喪失可基於派下本身之意思，例如派下間轉讓派下權（歸就），以及非基於派下本身之意思，例如派下員死亡。至於派下員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，自即日起生效⁷¹。

本來，祭祀公業依照不同的設立字，可能產生不同的派下權繼承系統表，現今祭祀公業條例第4條統一規定，原則上派下員為設立人及其男系子孫(含養子)；若為新設公業者，依第5條則以有共同承擔祭祀事實者始能繼承派下權。此種認

⁶⁴ 臨時管理人是一補缺機關、臨時機關，暫時執行管理人之職務，其權利義務皆與管理人相同。陳井星，前揭註9，頁64。

⁶⁵ 亦稱特別代理人。在日治時期，係為避免祭祀公業發生自己代理的利益衝突而特別設置者，僅於與管理人利害關係相反事項為祭祀公業之代表與執行機關，一旦事項任務終了，當然喪失特別管理人之職權。見姉齒松平，前揭註22，頁130-131。

⁶⁶ 又稱監事，祭祀公業條例第23條僅規定祭祀公業法人得設監察人，惟應由派下現員中選任。可知並無強制設立監察人之規定，祭祀公業通常也不設此機關。但若有設立此職位者，依條例第16條，應自派下全員證明書核發之日起一年內選任監察人，並報公所備查。

⁶⁷ 陳井星，前揭註9，頁54。

⁶⁸ 姉齒松平，前揭註22，頁63。

⁶⁹ 例如設立人全員因設立祭祀公業而取得派下權。

⁷⁰ 段盛豐，前揭註9，頁783、798。此見解至今仍有實務支持，如最高法院102年臺上字第2057號判決：「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...」

⁷¹ 內政部100.3.1(100)內授中民字第1000720037號函。



定方式係以闡分字祭祀公業為想像的規範對象，大大限縮了舊慣所承認的其他設立字祭祀公業，但優點在於設立人及其繼承人的認定方式明確，解決了其他設立字祭祀公業經常須藉各家內部文書證物認定身分的困難。

派下權與社團法人的社員權類似。權利可分為普益性及非普益性，前者如出席派下總會、參與表決、被選任為管理人，後者如使用收益公業財產、受領分配公業財產或剩餘財產；義務方面則有一般性之義務，例如管理公業財產、參與祭祀、清償公業債務等，特殊性義務，例如終身負有管理祠堂義務或為祭祀執行人⁷²。

二、派下總會

祭祀公業如何運作，須由其最高意思機關決定，此機關即為派下總會。只要依派下之意見發表祭祀公業之意思的議決機關就稱派下總會⁷³。派下總會之用語在文獻上廣泛受到使用，但在法令上，如祭祀公業條例第 30 條、已廢止之祭祀公業土地清理要點皆使用「派下員大會」之用語。依照祭祀公業條例第 3 條第 6 款對派下員大會之定義，係指：「由祭祀公業或祭祀公業法人派下現員組成，以議決規約、業務計畫、預算、決算、財產處分、設定負擔及選任管理人、監察人。」

派下總會之成員由其派下子孫（派下員）共同組成，但具出席派下總會資格之人，除了有派下員此身分權以外還必須有派下權（財產權性質⁷⁴）。一般而言，只有直接派下⁷⁵會同時具備這兩個要件，但是若遇有拋棄派下權、歸就⁷⁶的事實，則可能發生只有派下身分卻無派下權利的情況。

派下總會決議的重要事項，包括了規約、業務計畫、預算、決算、財產處分、設定負擔及選任管理人；而針對祭祀公業法人，祭祀公業條例第 30 條亦規定派下

⁷² 整理自高耀堂，前揭註 1，頁 45-47。陳井星，前揭註 9，頁 56-58。

⁷³ 姉齒松平，前揭註 22，頁 136。

⁷⁴ 最高法院 72 年臺抗字第 371 號判例：「確認祭祀公業派下權存在與否事件，係因財產權而起訴，其訴訟標的價額之核定，應依該祭祀公業之總財產價額中訟爭派下權所佔之比例，計算其價額。」

⁷⁵ 現存與祭祀者最親一等之親屬，例如父子均可為派下員，但僅直接派下者（父）具派下權，間接派下（子）無派下權。

⁷⁶ 內政部 99.3.31.（99）內授中民字第 0990031836 號函指出：「如有派下員間發生「歸就」（讓與）事實，應該該公業列入派下全員系統表及派下現員名冊，敘明「歸就」（讓與）事由，並依祭祀公業條例第 11 條、第 18 條規定一併公告徵求異議。」



總會應定期召開及其議決事項⁷⁷，且應將會議紀錄報請主管機關備查。然而規約或章程如有顯著違反法令或公序良俗時，行政機關仍得通知改正，否則此屬派下間私法上關係，行政機關應以不干涉為原則⁷⁸。

至於派下總會之召集與決議方法，基本上皆是委由規約⁷⁹決定。依規約所訂時期召開的定期決議，稱通常派下總會，若是臨時召開的決議，稱臨時派下總會⁸⁰。所謂召集，只要是遇有須經派下總會決議者，而派下聚會討論即可稱之，例如在舉行祭祀活動時，同時集派下員於一堂開會決定，此時為祭祀所舉行的集會亦為派下總會⁸¹。關於決議方法，祭祀公業條例第 33 條將決議事項區分為一般事項及特別事項。若章程無較高規定，一般事項由派下現員過半數出席，出席人數過半數之同意為之；特別事項⁸²則須有派下現員三分之二以上之出席，出席人數超過四分之三之同意。

另一種意思形成機關，尚有派下代表總會。基於當各房子孫人數越來越多，派下總會之召開則越來越困難，故可依照規約設立派下代表總會，由派下推選代表或由房長組織而成，代替派下總會為議決⁸³。作為派下總會的代替機關（或謂祭祀公業之間接意思機關），但此種機關與派下總會在意思形成的基礎上仍屬有間，

⁷⁷ 祭祀公業條例第 30 條第 1 項：

祭祀公業法人派下員大會每年至少定期召開一次，議決下列事項：

- 一、章程之訂定及變更。
- 二、選任管理人、監察人。
- 三、管理人、監察人之工作報告。
- 四、管理人所擬訂之年度預算書、決算書、業務計畫書及業務執行書。
- 五、財產處分及設定負擔。
- 六、其他與派下員權利義務有關之事項。

⁷⁸ 內政部 70.8.16. (70) 臺內民字第 37067 號函意旨參照。

⁷⁹ 早期認為祭祀公業之規約，並不等於法人之章程，蓋前者不需以書面為要件，但依祭祀公業條例申請登記為祭祀公業法人者，其章程即相當於其他種類祭祀公業之規約。觀條例第 15 條及第 24 條關於規約與章程記載事項大部分雷同，應可得出此結論。

⁸⁰ 姉齒松平，前揭註 22，頁 138。

⁸¹ 岡松參太郎，前揭註 52，頁 427。

⁸² 祭祀公業條例第 33 條第 1 項但書：

但下列事項之決議，應有派下現員三分之二以上之出席，出席人數超過四分之三之同意；依前條規定取得同意書者，應取得派下現員三分之二以上書面之同意：一、章程之訂定及變更。二、財產之處分及設定負擔。三、解散。

⁸³ 陳井星，前揭註 9，頁 70。



僅係為便宜而設，並非必要機關。

現今法制將過去舊慣及實務上肯認的意思機關運作的模式明文化、具體化，並且在新法制下區分祭祀公業及祭祀公業法人訂有不同範圍的議決事項、召集及方法，從此可看出派下總會的議決義務，與祭祀公業的種類有連動關係。

三、管理人

管理人的法律性質為：共通於所有祭祀公業之必要機關、執行祭祀公業之一切事務（舉凡祭祀活動之執行、財產之管理、派下總會或派下代表總會之召集等）、就祭祀公業之一切事務，具有代表權限，可與第三人為事實行為及法律行為⁸⁴。就前述要件而言，可看出管理人的權限所涉及者有執行與代表兩部分⁸⁵。

祭祀公業條例並未對管理人的權限為條列式的規定，從第 22 條前段規定只能得知祭祀公業法人的管理人為必要機關，執行法人事務、管理法人財產，並對外代表祭祀公業法人。以文獻歸納的結果來看，管理人之權利包括⁸⁶：代表公業做成或接受意思表示、管理公業財產、報酬與代墊款之請求權、會議之召集⁸⁷、執行其他章程或派下總會決議事項；義務之部分，包括以善良管理人地位管理公業財產、就管理事務向派下總會報告、收取收益或支付代墊款項之物、其他關於受任人之一切應為之義務。

管理人負善良管理人責任及報告義務的原因，乃因為自日治時期以來，管理人之選任行為就被認為是類似委任契約之一種⁸⁸，現今司法實務持同見解，認為祭祀公業管理人之選任／解任契約，性質上係屬於委任契約或是類似委任之一種無名契約，以派下與管理人間之信賴關係為其基礎⁸⁹。祭祀公業條例也明訂管理人原

⁸⁴ 姉齒松平，前揭註 22，頁 94-95。陳井星，前揭註 9，頁 61。

⁸⁵ 這樣的區分只是為了劃分祭祀公業活動存在於內部或外部：代表是管理人與外部的關係，執行是管理人與祭祀公業間的內部關係。

⁸⁶ 整理自陳井星，前揭註 9，頁 63。

⁸⁷ 祭祀公業條例第 31 條：

祭祀公業法人派下員大會，由代表法人之管理人召集。

⁸⁸ 姉齒松平，前揭註 22，頁 98。

⁸⁹ 參照最高法院 89 年度臺上字第 2348 號判決、最高法院 91 年臺上字第 2114 號判決、最高法院 99 年臺抗字第 990 號判決。

則上只能在保全、利用及改良目的範圍內管理公業財產，逾其權限處分祭祀公業財產⁹⁰（如與第三人就祭祀公業財產處分訂立租賃、買賣契約），係直接適用無權代理之規定⁹¹。

依習慣，公業管理事項形式上維持專任管理，公業財產之管理大部分仍採輪流管理⁹²，也就是各房輪值管理，可與專任管理人並存。輪流管理的方式依習慣，可能是以各房數為一單位，輪房管理，也可能按照長幼順序在每房選一人輪流管理⁹³，並無一定形式。

早期最高法院認為既然有派下總會決議選任管理人之習慣，自不容上訴人以管理人之選任未經共同共有人全體同意為指摘⁹⁴。至於關於管理人之任免、人數、資格，幾乎全部委由規約、慣例訂定，只有在規約未明定選任規定時才會適用到當時唯一的法令依據—祭祀公業土地清理要點，但此點在祭祀公業條例中有稍微修正，為求同意門檻方便計算，祭祀公業條例第 22 條明定，祭祀公業法人應設單數之管理人；管理事務之執行以全體管理人過半數同意為之。管理人對外代表祭祀公業法人。管理人有數人者，其代表人之產生方式及管理事務之執行取決於全體管理人過半數之同意。

關於管理人的管理方式及選任，只要不妨礙祭祀公業運作，例如管理人至少須為有意思能力之自然人，且不應同時兼任監察人，並有利益迴避制度之設計，其他大部分細節事項仍應回歸規約或章程規定，法律不宜干預太多。

第五項 法律性質之紛爭

祭祀公業性質之爭論，因時代遞嬗有不同之見解。在清治時期，祭祀公業是民間自治團體，由「國家制定法」與「民間習慣」相輔相成的「法律多元主義」(legal

⁹⁰ 祭祀公業條例第 36 條：

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。

⁹¹ 最高法院 89 年度臺上字第 2348 號判決、最高法院 94 年度臺上字第 1297 號判決參照。

⁹² 段盛豐，前揭註 9，頁 772。

⁹³ 陳井星，前揭註 9，頁 74-75。

⁹⁴ 最高法院 69 年度臺上字第 883 號判決。

pluralism, Rechtspluralismus) 特色相當明顯⁹⁵。當時的國定法，即大清律例，雖然有一些針對買賣祀產的限制規定，但原則上並未對之多加置喙⁹⁶。真正展開祭祀公業性質之辯論，起於日治時期的舊慣調查工作。以下先列舉各說，再析論其沿革。

一、祭祀公業之法律性質

(一) 各學說主張

依照姉齒松平的分類，有 1. 共有說、2. 總有說、3. 法人說⁹⁷；依照段盛豐的分類，有 1. 日耳曼法人說、2. 羅馬法法人說、3. 共同共有說⁹⁸；依照陳井星的分類，有 1. 享祀者主體說、2. 派下分別共有說、3. 派下共同共有說（合有說）、4. 習慣法人說（相當於羅馬法人說）、5. 實在綜合人說（相當於日耳曼法人說、總有說）、6. 非法人團體說⁹⁹；依照後藤武秀的分類，有 1. 享祀者主體說、2. 財團說、3. 特殊法律關係說、4. 合有說、5. 總有說、6. 法人說¹⁰⁰。

由於陳井星的分類涵蓋日治時期至祭祀公業條例施行之前的各家學說，較為完整，故以其分類為基礎，復加上其他學者見解之整理，就祭祀公業之法律地位，分述如下：

1. 享祀者主體說

此說認為，享祀者本人即為祭祀公業的主體，派下不過是管理財產之人，

此為早期臺灣民間的通俗見解，理由有：

⁹⁵ 參曾文亮（1999），《臺灣法律史上的祭祀公業》，頁 16-17，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。清光緒年間一件祭祀公業涉訟的具體事例，其裁判流程展現了國家制定法與民間習慣互為輔助的司法文化，參林端，前揭註 5，頁 130-131。


⁹⁶ 例如「盜賣田宅附例第四則」記載：「凡子孫盜賣祖遺祀產至五十畝者，照投獻捏賣祖墳山地例，發邊遠充軍。不及前數，及盜賣義田，應照盜賣官田律治罪。其盜賣歷久宗祠，一間以下，杖七十；每三間加一等，罪止杖一百，徒三年。以上知情謀買之人，各與犯人同罪。房產收回，給族長收管，賣價入官。不知者，不坐。其祀產義田，令勒石報官，或族黨自立單公據，方准按例治罪。」此外，「戶部則例」裡「盜賣盜耕」規定：「凡盜賣祖遺祀產義田宗祠等項，將盜賣與知情謀買者分別治罪，房產收回給族長收管，賣價入官。」

⁹⁷ 姉齒松平，前揭註 22，頁 34-36。

⁹⁸ 段盛豐，前揭註 9，頁 805-814。

⁹⁹ 陳井星，前揭註 9，頁 23-25。

¹⁰⁰ 後藤武秀（1998），〈台湾における祭祀公業：法的性質に関する諸説〉，《地域文化研究》，3 號，頁 16 以下。

- 
- (1). 公業以享祀者的諡號或本名為業主，並以此名義行使法律行為，即以享祀者為典賣公業當事人。
 - (2). 鬮分時大多先抽出部分財產，然後分配餘額，而抽出或抽存，將繼承財產保持原狀不分配。
 - (3). 父母在生前分配財產給眾子時留存的養贍業，其亡後大多出充為公業，其鬮書通常載為：「生為養贍，死為祭祀費」，不因生死變更財產主體，所以贍養業的主體永遠成為公業的主體。
 - (4). 臺灣人認為父祖的靈魂永遠附在其所設的財產，所以不得處分，要將其收益充為祭祀費。此慣例可謂基於享祀者為公業主體的觀念¹⁰¹。

支持此說者，尚有總督府官員出身之學者井出季和太，其認為依照一般漢民族「事死如事生，事亡如事存，孝之至也」的觀念，被祭祀的公祖才是祭祀公業的主體¹⁰²。本說認為雖然法人說為日治時期之通說，但不過是為了經營管理上的方便，依法律擬制為人使其形式上合法，但實質上與本來的慣習並不一致¹⁰³。

值得一提的是，此說雖然普遍上不被接受，近年仍有學者以法律經濟的成本交易分析祭祀公業為「逝者的財產權」的本質。所謂「逝者的財產權」就是當事人死後仍對財產有支配權利，並未完全移轉給活人，以致活人對財產權的行使受到限制¹⁰⁴。藉由此種約束，提高公業管理人的交易成本，一旦財產難以處分，則可達到依照享祀者生前的意思為財產之使用收益的目的。同時，因為家族每個成員對家產的應有部分，係存在於構成家產之各個財產全部之上，當家族成員有增減時即產生變動，故應有部分係不確定性質。此

¹⁰¹ 岡松參太郎，前揭註 52，頁 401。

¹⁰² 井出季和太，前揭註 12，頁 8-9。

¹⁰³ 井出季和太，同前註，頁 11。

¹⁰⁴ 楊瑞華（2001），〈逝者的財產權：兼論臺灣的祭祀公業〉，《人文及社會科學集刊》，13 卷 2 期，頁 232。

外依共有規定，欲處分祭祀公業財產需要全體所有人一致決定。集體決策成本甚高，導致重分配效率低¹⁰⁵。

對此必須說明的是，享祀者主體說與共同共有說確有其相同點，意即皆將祭祀公業視為物，而排除其人格性。但前者認為死者是權利之歸屬主體，而後者是以現存之派下子孫作為歸屬主體，此點差異不可謂不大，蓋肯認逝者享有財產權，遇到之最大問題即是與「權利能力，終於出生，始於死亡」的現代法治精神有所扞格；而共同共有說充其量係否認祭祀公業的團體性質到達可成為法人的高度，兩說不可不辨。況且依現代的非營利組織任務多元化的角度來看，祭祀公業之功能不僅是為保護死者的財產權¹⁰⁶。

自臺灣法制史來看，團體、組織體被視為法律上之人，是日本在臺灣建立西方法律及裁判制度後才引進的概念。此外，早期研究皆指出祭祀公業具有不可自由胎借典賣之性質。往往在設立公業之初即在鬮書上載明此種限制，甚至有加以呪詛此種行為者，而一般人亦忌避購買祭祀公業財產¹⁰⁷。故基於家產永續性，民間視享祀者為主體之觀念尚非難以理解。但經過數十年的法制建樹，在現今臺灣，不考慮死者無權利能力，而直接將公業與享祀者視為同一體之觀念也難以維繫。

雖然享祀者主體說不符現代法治精神，但其背後之法律繼受(Reception)，或稱法律移植(Transplant)的問題是許多殖民地法制發展的共同經驗。所謂近代西方法上的權利，係指有請求權人得發動並控制整個實施具有實質內涵之法律規範者而言，也就是特定人得藉由法律制度貫徹實施之力或地位¹⁰⁸，此種觀念顯然與死去的享祀者的「權利」有異，而不得不加以調和。但與其說是調和，不如說舊慣內容與現代法上權利概念不合之處必須有所隱遁。日

¹⁰⁵ 楊瑞華，同前註，頁 233。

¹⁰⁶ 實際上少有法學資料或文獻強調祭祀公業係專為保護享祀者之財產權而設。

¹⁰⁷ 段盛豐，前揭註 9，頁 737。

¹⁰⁸ 王泰升(2010)，《臺灣日治時期的法律改革》，5 版，頁 307，臺北：聯經。

治時期雖然未否定臺灣民間對享祀者作為主體的法之確信，但在移植西方法律制度到臺灣時，仍然蓄意地或無形中改變了祭祀公業的舊慣內容。

2. 派下分別共有說

此說認為祭祀公業屬於全體派下分別共有，乃羅馬法上共同所有之型態，個人色彩強烈。分別所有人於標的物均保有管理權能及收益權能，為標的物自體之管理，有時亦採多數決方式。分別共有與總有之差別在於前者仍屬由管理權能及收益權能所結合之單一所有權；後者則是只有收益權。分別共有關係應有部分得自由處分，無論何時欲終止分別共有之關係，變為單獨所有者，亦得自由請求分割¹⁰⁹。

分別共有說與祭祀公業性質不符之處，在於派下對祭祀公業並無得以自由處分的獨立持分（應有部分）。從房份的概念來看，房份僅是表示比序的計算標準，並非實質的權利，所以縱使派下子孫繁衍各自分房，派下亦無依房份取得自由處分之持分。臺灣私法亦是著眼於此點，將祭祀公業視為是公同共有之合有關係，而非分別共有關係¹¹⁰。

近期少有採取此說者，若從祭祀公業條例第 50 條第 3 項觀察，未辦理登記之祭祀公業可能被囑託登記為分別共有，本文認為分別共有關係已使祭祀公業喪失原有的本質，形同解散，故祭祀公業不能以分別共有方式繼續存續。

3. 派下公同共有說

此說又可稱為合有說。合有乃介於總有與分別共有中間之一種共同所有型態，各共同所有人之應有部分，於共同目的存續中，僅屬潛在，於共同目的終了時，始得成為現實¹¹¹。此說認為公業是一種共有關係，並非組合。此說論據如下¹¹²：

¹⁰⁹ 鄭玉波（2007），《民法物權》，修訂 15 版，頁 140-141，臺北：三民。

¹¹⁰ 岡松參太郎，前揭註 52，頁 584。

¹¹¹ 鄭玉波，前揭註 109，頁 141-142。

¹¹² 段盛豐，前揭註 9，頁 811。



- (1). 一般而言，臺灣未有以享祀者為財產權主體之觀念。
- (2). 公業之典賣契字鮮有使用公業名義之例。

此說受到臺灣私法以及國治實務見解的支持，共同共有說的重要意義在於公業財產的主體是總派下全體，並將之比擬於德國固有法上之合有關係（Rechtsgemeinschaft Zur Gesamthand¹¹³）。臺灣私法否定公業團體的法人性，此與大理院以來，國民政府之法令及行政、司法機關實務見解雷同。此說長期支配國治時期以來的實務，直至祭祀公業條例施行。

查國民政府早期的判例及函令，多以大陸地區之祭田、祭產的觀點出發，並未探究臺灣祭祀公業的特殊性¹¹⁴。複製祭田處理方式的結果則是祭祀公業喪失法人性，例如省政府 38 年 10 月 21 日府網甲字第 55624 號代電曾援引行政院 35 年節京 8 字第 10158 號指令¹¹⁵，不認公業為法人，並通令各縣市政府關於祭祀公業土地及建築物之登記，應依照民法關於共有之規定辦理¹¹⁶。當然，此處所謂之「共有」，應指共同共有。

最高法院 39 年臺上字第 364 號判例為認定祭祀公業為共同共有之指標性判例，其謂：「臺灣之祭祀公業，如僅屬於某死亡者後裔共同共有，不過為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¹¹⁷。」同時認為習慣在此無從適用：「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，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

¹¹³ 段盛豐，同前註，頁 786。

¹¹⁴ 關於早期對中國之祭產、祀產、祠堂的見解，參考段盛豐，同前註，頁 812-814。

¹¹⁵ 行政院 35 年 9 月 8 日節京字第 10158 號指令：「祭祀公業並無權利能力，無人格權，不得為權利主體。」

¹¹⁶ 段盛豐，前揭註 9，頁 811-812。

¹¹⁷ 最高法院 65 年度第 2 次民事庭決議（三）同意旨。

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。」民法總則施行法第 6 條雖然規定「民法總則施行前具有財團及公益為目的之社團性質而有獨立財產者，視為法人」，但依同法第 9 條規定：「第六條至第八條之規定，於祠堂、寺廟及以養贍家族為目的之獨立財產，不適用之」。職是之故，祭祀公業既以祭祀為目的，自不能無視於法律之明文，而適用與法律相反之習慣。

採取公司共有說，僅是不承認各個派下的顯在持分。於公司關係終止後，公司共有人非不得請求分割其公司共有物，故祭祀公業以規約訂定於公司關係終止後各房份所有及持分之比例，似無不可¹¹⁸。

然而採取此說最大的問題，在於實體法與訴訟法上地位產生矛盾，如前述所言，祭祀公業的性質採取公司共有說，但在訴訟法上，又多承認管理人可以自己名義代表派下。例如最高法院 31 年上字第 3363 號判例謂：「關於共同共有祭祀之訴訟，如其共同關係所由規定之契約未確定得由何人起訴或被訴，則依一般習慣，其祭產設有管理人者，該管理人得以自己名義代表派下全體起訴或被訴...」同年同院 11 月 19 日民刑事庭總會決議及司法院 36 年院解字第 3328 號解釋，均認為祭產或嘗產之訴訟僅得由管理人以管理人自己名義代表派下為之¹¹⁹。不過由於現今法制已明確採取特殊法人說，故涉及此種見解之判例也應不再援用。

陳井星指出，在訴訟法上，未登記為法人之祭祀公業屬非法人團體，仍有當事人能力，故法院以管理人名義為原告或被告，載明：「OO 祭祀公業管理人」之慣例應加以糾正，從而正確的作法應為將管理人列為祭祀公業之法定代理人¹²⁰。

4. 習慣法人說（羅馬法人說）

¹¹⁸ 法務部（81）法律字第 19186 號函參照。

¹¹⁹ 段盛豐，前揭註 9，頁 811。

¹²⁰ 陳井星，前揭註 9，頁 199。



此說認為祭祀公業屬於具有一定目的之社會組織體，在其目的之範圍內，有與自然人相同之社會存在價值，論據如下¹²¹：

- (1). 祭祀公業對外交易外觀，完全係以公業為當事人，派下並不直接參與之。
- (2). 祭祀公業均有管理人，由此人代表公業與外交易。
- (3). 有派下之祭祀公業設有派下總會，作為最高決議機關。
- (4). 依祭祀公業存續之實情以觀，可謂具有與自然人相同之社會活動之價值

此說在日治後期受實務及學說支持¹²²。早在大正 12 年（1922 年）9 月 18 日頒布的第 407 號敕令第 15 條即規定「本令施行之際，現存之祭祀公業，依習慣得以存續。但得準用民法施行法第十九條之規定，將其視為法人」。而日本民法施行法第 19 條第 1 項規定：「民法施行前，已有獨立財產之社團或財團，而具有民法第 34 條所列之目的，為法人。」祭祀公業雖符合民法第 34 條所列之目的¹²³，但因為未有人依規定辦理登記法人，故實際上仍是依第 407 號敕令存續。

至日本民法適用於臺灣時，祭祀公業為習慣上法人之地位可謂已確定。由於具權利能力，得為土地登記之主體，從而日治時期土地登記簿或土地台帳均可見祭祀公業被列為土地所有權人的情形。也因為具法人資格，祭祀公業即為訴訟之當事人，由此訴訟所生結果歸於公業本身，管理人與公業之關係是分開的，非以個人身分為公業為訴訟。利害關係人亦不得以管理人死亡逕向其繼承人提訴¹²⁴。

支持此說之學者包括姉齒松平，其認為嘗試將祭祀公業歸類於財團法人或公益社團法人並無實益，故應視為習慣上法人之一種。其結論為：「祭祀公業者，以社團（擁有派下）或財團（未有派下）之組織，擁有其獨立財產（以

¹²¹ 段盛豐，前揭註 9，頁 809。

¹²² 日治初期有反對公業為法人之判例，明治 36 年（1903）4 月 17 日覆審法院上告部判決即認為公號並非有法人之資格，故為訴訟時，不得以公號名義為之。參段盛豐，同前註，頁 810, 814-815。

¹²³ 其所列目的有祭祀、宗教、慈善、學術、技術或其他有關公益。

¹²⁴ 段盛豐，前揭註 9，頁 810。



土地為本體)，以其收益來行使設立者所定享祀者之祭祀為其目的之習慣法上之法人¹²⁵。」

5. 實在綜合人說（總有說、日耳曼法人說）

依臺灣民事調查報告記載，此說論據包括¹²⁶：

- (1). 祭祀公業有其公號，且通常備有圖章對外行使之。
- (2). 祭祀公業有將其字號公號備案者（開官、立案、存案）。
- (3). 公業團體得為業主。
- (4). 公課亦以公號名義繳付之。
- (5). 以公號為業主之結果，亦以公號名義繳納大租¹²⁷。
- (6). 公業團體向外承買、承典不動產者，其契據亦以公號或字號為承買人、承典人。
- (7). 公業設管理人，其代表公業，惟行為人仍為公業。

此說又稱總有說，所謂總有，是團體主義法制下的共同所有型態，基於個人主義法制的精神，近世各國幾已不採用之，改採用個人主義法制下的分別共有型態，介於兩者之間的「合有」亦有採用之¹²⁸，我國民法即為適例。

坂義彥、戴炎輝皆支持此說¹²⁹。依戴炎輝之見解，祭祀公業與祭田團體在性質上有其相同處，認為祭田係由派下全體所組織，由各派下支持，緊密立於各派下上面之共同團體，得單獨為權利主體，可為法律行為及訴訟行為¹³⁰。祭田財產是團體與總派下總有，但是此種所有權內容的呈現，有些屬於團體（如處分權），有些屬於派下（如部分收益權）。而團體之債務，派下仍應負

¹²⁵ 姉齒松平，前揭註 22，頁 40。

¹²⁶ 段盛豐，前揭註 9，頁 806-808。

¹²⁷ 公業業主招佃開墾，為大租；前來開墾公業土地的多數佃農，為小租。

¹²⁸ 鄭玉波，前揭註 109，頁 140、142。

¹²⁹ 吳豪人（1999），〈植民地台灣における祭祀公業制度の改廢問題〉，《日本台灣學會報》，1 號，頁 63。

¹³⁰ 段盛豐，前揭註 9，頁 805。

連帶責任，此乃基於祭田團體具有合夥的性質¹³¹。然而陳井星就實在綜合人理論指出，此為日耳曼鄉村團體之古代法制，我國民法上並無明文，若將祭祀公業視為總有關係，僅能說明其歷史性意義，而與現行法律規定不符¹³²。

6. 非法人團體說

此說的實益主要係解決訴訟法上當事人適格之問題。學說上認為非法人團體之本質即排斥共同共有的特徵，支持非法人團體說的學者有陳井星，但其亦曾指出更適宜之作法是以特別法上規範祭祀公業之地位。關於非法人團體說之論據如下¹³³：

- (1). 雖然自派下對公業財產無處分或分割權限此點而言，與共同共有之概念相似，但是公業出賣、出典必蓋有公號之印章，又顯與無團體之觀念之共同共有不同。
- (2). 通認祭祀公業為有獨立財產之團體，且光復後並未有派下就公業債務負直接清償責任之裁判。
- (3). 其他學說僅指出祭祀公業一部份的性質。
- (4). 祭祀公業有一定目的、名稱、事務所與管理人，並有與派下分離之財產，具有團體之性格。只是未依法成立法人而已。

所謂的非法人團體，可定義為：「具有團體性特徵但不完全具有法人資格，得以自己名義對外活動，但須承擔無限連帶責任的組織體¹³⁴。」我國學說上有認為非法人團體即等於無權利能力團體，也有認為無權利能力團體（Der nichtrechtsfähige Verein）僅是非法人團體之一種，非法人團體尚包括合夥、神明會等等¹³⁵。

非法人團體在民法條文裡雖不被承認有權利能力，但民事訴訟法第 40 條

¹³¹ 段盛豐，同前註，頁 805。

¹³² 陳井星，前揭註 9，頁 34。

¹³³ 陳井星，前揭註 9，頁 32-35。

¹³⁴ 石碧波（2009），《非法人團體之研究》，頁 39，北京：法律出版社。

¹³⁵ 王澤鑑，前揭註 62，頁 210。

第3項規定有當事人能力，因此學者有謂非法人團體有「事實上之權利能力¹³⁶」。申言之，非法人團體在我國的發展，係先於民事訴訟法上出現，而後影響其實體法上的權利能力、行為能力及責任能力的討論¹³⁷，學者曾對此本末倒置之推論加以批評，可以說非法人團體在民法上作為權利義務主體的必要性，乃來自於訴訟法上規定的反證¹³⁸¹³⁹。

依此說，在未辦妥法人登記之前，祭祀公業應解釋為非法人團體，實體法上可以解釋為無權利能力之社團，但訴訟法上依民事訴訟法第40條第3項，有當事人能力¹⁴⁰。我國民法既採法人登記主義，若是未登記為法人之祭祀公業為非法人團體，尚稱妥當¹⁴¹，但是關於此說之疑慮，可能有下列幾點：

- (1). 非法人團體在不動產之享受上，無法以自己名義登記之問題，並非祭祀公業特有之問題¹⁴²，只是將祭祀公業定性為非法人團體，不免也會遇到不動產合法登記之問題。
- (2). 祭祀公業具備相同的必要機關，對內與對外關係皆有明確的特徵，僅是因為有無登記，使法人與非法人之祭祀公業在法律適用上遭受不同待遇，亦不適當。
- (3). 再者，通常討論的非法人團體例子，如籌備中的法人、法人分支機構、合夥、家庭等皆屬於團體性較法人低弱的組織。祭祀公業作為一個團體性強、組織內部各機關權責明確的組織，實難視為非法人團體。

7. 財團法人說

¹³⁶ 陳井星，前揭註9，頁34。

¹³⁷ 關於法人與非法人團體在特質、權利能力、行為能力及責任能力的比較，參照石碧波，前揭註134，頁39-74。

¹³⁸ 例如曾世雄即批評：非法人組織如不能使權利義務駐足集散，不能有民法上之權利能力，則何來糾紛？又何來訴訟？賦予訴訟法上當事人之能力，豈非多餘？轉引自石碧波，同前註，頁13-14。

¹³⁹ 又例如學者陳宗榮認為一般學者於訴訟上將同一非法人團體以人相待，而於實體法上卻不以人相待。顯見有當事人能力之非法人團體無權利能力之見解於推理上有背裡之情形。參陳宗榮(1990)，〈非法人團體之權利能力論〉，收於《民事訴訟法之研討(三)》，頁104，臺北：三民。

¹⁴⁰ 整理自陳井星，前揭註9，頁199。

¹⁴¹ 陳井星，同前註，頁34-35。

¹⁴² 陳井星，同前註，頁34。

日治時期雖以習慣法人說為主流，但早期也有採財團法人說的判決¹⁴³。在學說上反對習慣法人說而偏向財團說者，以後藤和佐二的論述最為細緻。後藤似乎認為祭祀公業的本質是「保留下來的一部分繼承財產，」或是各子孫出資所成立的「財團」¹⁴⁴。但在當時法制下觀察的結果，祭祀公業絕非習慣法上法人，此見解值得深思。後藤和佐二認為敕令第 407 號第 15 條規定：「本令施行之際，現存之祭祀公業，依習慣得以存續。」之意，並非承認祭祀公業為法人。蓋同敕令第 17 條規定，無特別規定則適用民法施行法，而民法施行法第 19 條又規定，民法施行前的獨立財產且具有民法第 34 條的目的者視為法人。所以如果沒有第 15 條規定，祭祀公業會直接準用民法施行法，在民法施行的同時就會成為法人。然而正為了防止此事，才特別有第 15 條之規定，讓祭祀公業能特別地依習慣而存續。復依該條但書：「但得準用民法施行法第十九條之規定，將其視為法人。」法人必須依民法施行法第 19 條登記，該條第 2 項明確規定公業的管理人必須以書面記載設立字，才可成為財團法人。由此可知整個立法政策係期盼以但書的規定促使祭祀公業成為法人。然而實際上沒有人在民法施行後 3 個月內去登記，所以無祭祀公業成為法人。縱使有新設之祭祀公業，也是民法上共有關係而已¹⁴⁵。

基於前述理由，後藤認為祭祀公業絕非法人，此外從合有與總有的性質論述中，支持合有說。有趣的是，後藤在實務上卻又贊成將祭祀公業視作財團法人。申言之，縱使不允許新設祭祀公業，但若是為了祭祀祖先目的設立財團法人，本不須有何顧忌¹⁴⁶。學者吳豪人亦採取財團法人說，並且認為分別共有說及特殊法律關係說並無道理¹⁴⁷。

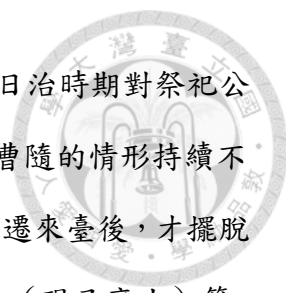
¹⁴³ 昭和 2 年（1927）5 月 13 日臺灣高等法院上告部判決。

¹⁴⁴ 後藤和佐二（1928），〈祭祀公業論—現行の法制より觀たる祭祀公業〉，《臺法月報》，22 卷 1 號，頁 34。

¹⁴⁵ 後藤和佐二，同前註，頁 35-38。

¹⁴⁶ 後藤和佐二，同前註，頁 41。

¹⁴⁷ 吳豪人，前揭註 129，頁 71。



實際上國治初期的法院不甚了解臺灣法律，故仍延續日治時期對祭祀公業的看法，甚至還有「近似財團法人」之見解。然而蕭規曹隨的情形持續不久，隨著 1949 年末南京的最高法院以及中國大陸的法官播遷來臺後，才擺脫日治時期的影響¹⁴⁸。而後內政部訂頒「祭祀公業清理要點」（現已廢止）第 23 條規定新設立之祭祀公業，應以財團法人為之。現今之祭祀公業條例第 59 條也規定新設之祭祀公業回歸民法上二元化法人制度，設立型態以財產為主者，屬財團法人。由前述日治及國治時期的規定可看出來，採取財團法人說，毋寧是期待以財團法人制度管理祭祀公業，畢竟祭祀公業性質不明，放任其存在而無法可管並非法秩序所樂見。不過在祭祀公業條例施行之後，特殊法人說已然成為主流，此說之基礎漸趨薄弱。此外採取財團法人說之缺點在於：

(1). 佔臺灣多數類型的鬮分字祭祀公業，派下員及派下權的繼承特色明顯。

祭祀公業顯非單純財產之聚合而已。

(2). 財團法人在法制上多有限制，以今日之財團法人管制意旨以觀，為了確保其捐助財產總額足以達成設立目的及業務宗旨，依「內政部審查內政業務財團法人設立許可及監督要點」之規定，財團法人之設立，其財產總額須達足以達成其設立目的為準。舉例言之，申請內政部許可設立之全國性財團法人，其設立基金為新臺幣 3000 萬元以上（不含不動產、有價證券），地方性財團法人則依各縣市標準定之。不符合捐助財產總額門檻之祭祀公業，當無法成立財團法人。

8. 特殊法人說

實際上早期文獻中，已有不少人主張祭祀公業是一特殊類型之法人，例如姉齒松平認為探尋祭祀公業的性質，無法強求類推適用社團或財團之規定，認以習慣上法人，則可一掃前述之疑問¹⁴⁹，此見解不拘泥於民法上法人二元

¹⁴⁸ 參曾文亮，前揭註 95，頁 95-97。

¹⁴⁹ 姉齒松平，前揭註 22，頁 38-40。

論，與特殊法人說立場相同。簡言之，祭祀公業以獨立財產為基礎，而由全體派下員所組成，同時兼具財團及社團之特徵。

陳井星雖然支持非法人團體說，但亦指出，較佳之作法乃以特別法規範祭祀公業之性質。此外祭祀公業在日治時期曾身陷存廢爭論中，當中不少有特別立法之呼聲，可謂特殊法人說之前身。

值得注意的是，有學者指出所謂的習慣法人說始終只是總督府當局的一種理想，無法完全解決祭祀公業的特殊性，所以祭祀公業其實一直以來是以「特殊法」的形態存在於臺灣社會的¹⁵⁰。此種富具後殖民批判主義(Postcolonial Criticism)的析論，可說是反映了近代研究祭祀公業的新頁扉。

特殊法人說也可說是因應 2008 年施行之祭祀公業條例而明確化，蓋現行祭祀公業條例的主要目的即是推動、敦促祭祀公業法人化。經 97 年度第 2 次民事庭會議決議，39 年臺上字第 364 號判例、74 年臺上字第 1359 號判例、74 年臺抗字第 40 號判例違背祭祀公業條例意旨之部分皆不再援用，確認了祭祀公業的法人性質以及當事人能力。

惟須注意者，現在臺灣祭祀公業有以祭祀公業法人與財團法人兩種不同形態存續者，前者依祭祀公業條例第 21 條第 1、2 項申報登記¹⁵¹，後者則是依第 50 條第 1 項第 2 款程序成立財團法人；至於未為登記，依先前實務被視為屬於共同共有之祭祀公業，依照同條第 3 款，登記為派下員分別共有或個別所有（其實就形同解散¹⁵²）。故在祭祀公業法人適用特殊法人說固無疑義，

¹⁵⁰ 劉夏如，前揭註 6，頁 38。

¹⁵¹ 祭祀公業條例第 21 條第 1、2 項：

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。

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，得逕依第二十五條第一項規定申請登記為祭祀公業法人。

¹⁵² 祭祀公業條例第 50 條第 1 項第 2、3 款：

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，應於三年內依下列方式之一，處理其土地或建物：

二、經派下現員過半數書面同意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。



但財團法人之祭祀公業仍應適用財團法人之規定。

實際上，在祭祀公業條例草案時期，即有學者認為祭祀公業條例第 2 條不妥之原因在於既然將已存在之祭祀公業定位為特殊法人，沿襲日治時期的習慣法人說觀點，法人有無辦妥登記程序只是踐行行政上手續之問題，不應因此異其權利主體的法律地位¹⁵³。此見解應可說明「特殊法人說」與「習慣法人說」的本質相同。然而在結果上，本文認為，申報之目的即在於幫助釐清派下員與祭祀公業財產之關係，若祭祀公業之權利主體已無從查明且無人爭執，則應以釐清地籍責任為重，否則不啻放任土地權屬不明狀態，也要保存有名無實之組織的法律地位之情事，就比例原則而言尚有不符。

9. 結論

祭祀公業性質各學說主張茲以下表整理：

表 2-1 祭祀公業法律性質

學說	權利能力	行為能力	訴訟能力	派下權利義務	附註
享祀者主體說	無	無	無	依規約、習慣	日治初期實務、井出季和太
派下分別共有說	無	無	無	依規約、習慣	不符合祭祀公業之特性
派下公司共有說	無	無	無	依規約、習慣	臺灣私法、國治時期實務(至 2008)
習慣法人說	有	有	有	依規約、習慣	姉齒松平、日治後期實務
實在綜合人說	有	有	有	部分權益歸團體、部	坂義彥、戴炎輝

三、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。

¹⁵³ 尤重道 (2005)，〈論祭祀公業在法律上如何定位(六)〉，《現代地政》，285 期，頁 32。

(總有說、日耳曼法人說)				分權益歸派下。派下就團體債務負連帶清償責任。	
非法人團體說	有(事實上權利能力)	有	有	依規約、習慣	陳井星
財團法人說	有	有	有	依規約、習慣	吳豪人、後藤和佐二
特殊法人說	有	有	有	依規約、習慣	祭祀公業條例

資料來源：本研究自製

祭祀公業一開始定為法人之一種，即違背了漢人固有法制觀。但引進法律上之人的概念，是建立西方法律精神之時勢所趨。故現已屏除享祀者主體說不談。

日治時期並非一開始即認定祭祀公業為習慣上法人，初期有學者認為係共同共有關係，而後趨向認為是法律擬制之法人，最後又轉變為習慣上法人¹⁵⁴。考察日治時期文獻所羅列的各派主張，其立論皆與祭祀公業設立種類及方式息息相關。申言之，主張共有說或總有說者，以鬮分字祭祀公業立論，認為家產鬮分之際，先行抽出財產，恰如仍在延續家產的共有關係；而主張法人說者，認為祭祀公業不應拘泥於是否依分鬮設立、有無派下員等情況，一律將祭祀公業視為與自然人同具社會活動價值的法人，但是在認定為何種法人的問題上，仍不免掉入民法中社團、財團二分法的思維，將祭祀公業，區分為公益社團法人(有派下者)及財團法人(無派下)兩者¹⁵⁵。

此外分別共有說亦不能說明祭祀公業為聚合力強的宗族財產的概念。回歸爭論本質，仍是它是否為法人之爭，支持其為非法人的，有實務所採的共同共有說、非法人團體說；而在支持其為法人的學說，有羅馬法上的習慣法人說、日耳曼法

¹⁵⁴ 高曜堂，前揭註1，頁16。

¹⁵⁵ 姉齒松平，前揭註22，頁41。



上的實在綜合人說及特殊法人說。此外祭祀公業非單純財產之聚合，故財團法人說毋寧是在祭祀公業特殊法人化情勢明朗之前，對祭祀公業登記為財團法人的期待。

因臺灣祭祀公業的設立種類及方式不一，若只憑藉觀察特定種類而強行得出某派主張的結論，又有以管窺豹的缺失。現行法制雖已創設特殊法人制度來管理祭祀公業，但祭祀公業法人在各個法領域上是否享有與其他法人應有之基本權義，仍然是尚未終結的爭議。

（二） 行政法上地位

祭祀公業在行政訴訟法上地位，受民事訴訟法上的理論影響甚深。本文僅從行政處分相對人、行政爭訟中訴願人及行政訴訟原告之觀點，說明目前實務肯認祭祀公業在行政法上之主體性。

1. 實體法上地位

行政法律關係，存在於國家與人民之間。所謂人民，自不限於自然人，尚及於私法人、非法人團體、立於私人地位之公權力主體。祭祀公業不論是否具法人資格，其在行政法律關係中，是否有權利能力，與民法之權利能力無關，蓋只要在行政法律關係中得享有權利及負擔義務，即可謂有行政法之權利能力¹⁵⁶。祭祀公業具行政法上權利能力，則可為行政處分相對人。例如祭祀公業得以公業名義向民政機關提出申請管理人變更登記、與第三人為土地買賣而會同向地政機關申請買賣移轉登記，地政機關依土地法及土地登記規所為之准駁，為行政程序法第 92 條第 1 項前段之行政處分，祭祀公業具有行政處分相對人之適格¹⁵⁷。但是行政法之權利能力又分為完全權利能力與部分權利能力，實體法上不具有權利能力之組合，如獨資或合夥，在特定範疇或特定事項（例如繳納營業事業所得稅）範圍內仍是權利義務主體¹⁵⁸。準此，

¹⁵⁶ 陳敏（2011），《行政法總論》，7 版，頁 239，臺北：自刊。

¹⁵⁷ 高耀堂，前揭註 1，頁 32-33。

¹⁵⁸ 陳敏，前揭註 156，頁 241-242。

祭祀公業縱使為非法人團體，其作為具有部分權利能力之主體應無疑義。

2. 訴訟法上地位

所謂訴訟主體非指其為訴訟標的之主體，而係指其為訴訟程序之主體，應與行政實體法上權利能力分開思考。我國現行行政訴訟類型中，撤銷之訴及課與義務之訴採訴願前置原則，故祭祀公業得否成為訴願主體也是一問題。有認為祭祀公業得否為訴願主體，應依具體事件類型輔以主管之行政法規內涵研判，例如行政法規賦予祭祀公業特定、部分的權利能力時（如申報地價、管理人申請備查案件、申請土地登記）即有訴願當事人能力¹⁵⁹。此外也有認為依照行政訴訟當事人能力之討論，比照處理訴願當事人能力的問題¹⁶⁰。實務向肯認祭祀公業在行政爭訟中具有當事人能力，例如前行政院 68 年 8 月 25 日庭長評事聯席會議決議承認祭祀公業為非法人團體，具有當事人能力，於當事人欄位記載「OO 祭祀公業」「代表人 OO」即可¹⁶¹。行政院並認為，地方自治機關掌管派下員及管理人之登記，緣於祭祀公業之管理，故派下員及管理人法律上地位並非緣於登記，此項登記之註銷，不影響其於登記前已產生之法律上地位，從而祭祀公業之派下員或管理人，聲請該管縣市政府辦理有關祭祀公業登記之事項時，如該管縣市政府藉故延不辦理，即應是同為核駁之行政處分，聲請人對之提起訴願，不得以程序駁回¹⁶²。

二、非營利性質

探討祭祀公業的非營利組織性質，係希冀探尋重新定義祭祀公業設立之目的及其社會功能之空間，並且正當化祭祀公業在法令適用（尤其稅捐優惠）上異於營利事業之處。祭祀公業雖以祭祀祖先或辦理家祭或祭祠為其主要目的，然祖產撥充祭祖若尚有餘，亦不乏有以該項基金獎勵同族／同姓者深造或注入社會慈善

¹⁵⁹ 高曜堂，前揭註 1，頁 37。

¹⁶⁰ 尤重道，前揭註 15，頁 78-79。

¹⁶¹ 此與民事法院向來否認祭祀公業在民事訴訟法上的當事人能力之見解不同。

¹⁶² 行政院 80 年度判字第 2504 號裁定參照。



事業者。祭祀公業從事此些事務，其非營利性當不可被否定，但是否可為非營利組織，尚須從實定法規定來探討，以下將從相關學說、實務見解與法律規定探討此議題：

（一） 非營利組織之概念

所謂非營利組織（Non-profit Organization）乃介於政府部門及營利部門間，不以營利為目的之組織，縱使從事營利或投資行為，亦非出於賺取利潤之目的。關於非營利組織特質，依國內外學說大致可包括「非營利性」、「非私益性」、「非政府組織」且具「自主性」及「限制盈餘分配¹⁶³」。有別於純粹提供公共財的政府部門及完全提供私有財的營利部門，所以非營利組織又稱第三部門。

祭祀公業是否為非營利組織，自上述標準檢驗，有認為皆符合者，蓋祭祀公業的目的為祖先之祭祀、宗教、慈善、公共事業之捐助及辦理育英事業而不在獲取財務上利益；祭祀公業財產完全獨立，傳統觀念上不可擅加胎借典賣¹⁶⁴，故捐贈者無收回資金獲取利益的預期而具有非私益性；祭祀公業設有派下總會、管理人及監事等自願性機關；祭祀公業經費有餘時亦兼辦獎學、慈善及其他敦親睦族之活動，分配給派下時則有所限制¹⁶⁵，故本文認為祭祀公業通常具有非營利性。但是，非營利組織之所以從事營利及投資活動，主要目的是籌措營運資金，而不是為組織所有者賺取利潤，以此標準來看，也並非所有祭祀公業皆注重公業事務上的營運¹⁶⁶。

各國對於非營利組織多設有租稅優惠規定¹⁶⁷。區分營利事業及非營利事業的一項重要實益，即是有無享受租稅優惠之法律地位。給予非營利組織租稅優惠，

¹⁶³ 呂繼宗（2005），《祭祀公業定位及租稅問題之研究》，頁 10 以下，中原大學會計學研究所碩士論文。

¹⁶⁴ 早期多數文獻皆強調臺灣民間忌諱買賣祀產之傳統觀念，但現今基於工商業社會之交易需求，此觀念已趨淡薄。

¹⁶⁵ 呂繼宗，前揭註 163，頁 30-31。

¹⁶⁶ 此種情形通常發生在開枝散葉且已喪失宗族凝聚力的祭祀公業，派下子孫並無管理公業財產的真意。

¹⁶⁷ 參凌忠媛（1911），〈非營利組織課稅規定之國際比較〉，《財稅研究》，23 卷 6 期，頁 3-24。

可以單純是填補其需求，也可以是出於鼓勵、獎勵目的，以減免租稅之方法彌補其支出；或者是基於傳統上國家尊重特定團體，不對其課徵稅賦之習慣¹⁶⁸。

（二） 祭祀公業作為實定法之非營利組織

「非營利組織」之字眼雖然可見於我國部分法律¹⁶⁹，但其學術意涵遠大於立法用語上的意義。在我國，非營利組織之具體型態，是以公法人、公益社團法人、中間社團法人、財團法人以及各式各樣非法人團體的組織表現之¹⁷⁰。其所涉及之法令規範狀況亦紊亂。以下分別就社團法人、財團法人及非法人團體之祭祀公業說明：

1. 財團法人之祭祀公業，原則上係依民法設置、規範，採取許可主義，並無以特別法規範之情形¹⁷¹。財團係一種他律組織，捐助人捐出財產後即與該財團法人脫離，之後財團法人皆依捐助章程運作。實務亦認為，財團法人祭祀公業，若未依人民團體法規定申請核准在案，則非屬該法所稱人民團體，無該法相關規定之適用¹⁷²。
2. 非營利性社團法人，除了民法以外尚有人民團體法的適用。社團法人之祭祀公業，可依人民團體法辦理設立所謂的社會團體（第4條第2款）。復依同法第39條規定：「社會團體係以推展文化、學術、醫療、衛生、宗教、慈善、體育、聯誼、社會服務或其他以公益為目的，由個人或團體組成之團體。」從法條來看，「完全的公益」做為人民團體的設立前提


¹⁶⁸ 張永明（2010），〈租稅優惠正當性之探討〉，收於氏著《國家租稅權之界限》，頁68以下。

¹⁶⁹ 如住宅法、社會救助法、營利事業捐贈文化創意相關支出認列費用或損失實施辦法等等。

¹⁷⁰ 亦有學者將非法人團體排除在外，認為臺灣的非營利組織是依民法、人民團體法、各個特別法規及相關宗教法規所設立的「非營利性社團法人」、「一般性財團法人基金會」、「依各種特別法規所設立的財團法人」（但不包括政府捐資成立者）、「宗教社團法人」、「宗教財團法人」，且向法院辦理登記完成，享有稅法上優惠之組織；另外也包括依據寺廟監督條例登記為寺廟者。見官有桓，〈非營利組織在臺灣的發展：兼論政府對財團法人基金會的法令規範〉，《中國行政評論》，10卷1期，頁82。

¹⁷¹ 以特別法規範財團法人之法律，包括例如私立學校法、醫療法、少年福利法、兒童福利法、老人福利法等等。

¹⁷² 內政部 103.1.16（103）內授中民字第 1035033338 號函同此見解。



的色彩並不濃厚¹⁷³。祭祀公業只要有部分涉及推展上述事項者，當可落入第4條第2款之社會團體之定義射程。然而最高法院認為：「祭祀公業係以祭祀祖先及結合同姓同宗之親屬為目的而設置，為臺灣省特有之習慣，與人民團體法所稱之人民團體有異，自無人民團體選舉罷免辦法之適用¹⁷⁴。」此外，祭祀公業若是設立為公益社團，依民法第46條，應得目的事業主管機關的許可，復依據「法院辦理社團法人登記注意事項」第14條規定，如社團法人之章程內容有左列各款情形之一者，應認為違反設立目的，不准登記：(一)以法人收益之全部或一部歸屬於特定之私人或以營利為目的之團體者。(二)法人解散時，其賸餘財產歸屬於自然人或以營利為目的之團體者。(三)允許社員或受益人之繼承人繼承其權益者。(四)其他顯然不以公益為目的者。

3. 非法人團體的規範，在我國並無明確的法律可循，許多爭議（尤其訴訟法上的當事人能力及實體法上的權利能力部分）皆是憑藉長期的司法解釋、行政函令解決。在非法人團體要件部分，普遍承認必須具有：多數人組成、設有代表人或管理人、一定名稱及事務所或營業所、一定之目的、獨立財產¹⁷⁵。關於非法人團體之內部或外部關係，若是無權利能力之社團，多類推適用社團法人的相關規定¹⁷⁶，或是參照人民團體法的規範；而無權利能力之財團，有認為僅係捐助人對財團管理人所信託之財產，法律上乃屬管理人之所有，只是捐助人與管理人間發生信託法律關係而已¹⁷⁷。

¹⁷³ 人民團體法舊法第2條規定：「人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。」雖然本條已在2008年經大法官解釋第644號宣告違憲，但從整體法律解釋，本法是以一種負面表列的方式，作為人民團體的設立限制，所謂的公益性是非常廣泛的。

¹⁷⁴ 最高法院82年度臺上字第170號判決。

¹⁷⁵ 最高法院64年度臺上字第2461號判例、最高法院70年度臺上字第1401號判例參照。

¹⁷⁶ 認為未經登記社團對內類推社團法理，對外則類推合夥的見解。參楊建華（1989），〈非法人團體取得確定判決後權利義務之歸屬〉，《司法周刊》，441期。

¹⁷⁷ 張宣芬，〈承認非法人團體有當事人能力之必要並簡介其理論（下）〉，《萬國法律》，52期，頁36。認為限定繼承之遺產、無人承認之遺產，及破產財團等，亦屬無權利能力之財團。



(三) 非營利組織稅捐優惠與祭祀公業之關係

租稅優惠理論各說不一，大略可整理為¹⁷⁸：補助原則（Subsidy Theory）、稅基定義理論（Base-defining Theory）、捐贈理論（Donatives Theory）、利他行為理論（Altruism Theory）以及主權觀點（Sovereignty View）。各說對於建構祭祀公業享有稅捐優惠之基礎各有所貢獻，例如：


1. 稅基理論主張非營利組織扮演財富轉移及保管的功能，形同「導管」一般，納稅義務人將收益移轉給非營利組織，非營利組織再轉給受益人。此理論將非營利組織視為捐贈者與受惠者之間的媒介（Conduit），主要用於解釋互益性團體，如宗親會、同鄉會等為何免稅¹⁷⁹。
2. 根據利他行為理論，免稅是一種確認和鼓勵利他行為存在於社會中的一種方式。如果一個組織受捐贈的來源，是由「購買者」（Buyer）共同集資，則成為一個互益性的非營利團體或聯盟，其目的主要是幫助其會員們。那麼這種利他行為之財貨或勞務之供給，係一種超越利益的表現，值得給予租稅上的優惠¹⁸⁰。因為此說具有實質認定精神，不以組織形式為據，符合現今祭祀公業雖有不同種類但本質無異的事實。
3. 從主權觀點理論來看，非營利組織享有獨立自主權。此說解釋了為何政府應採取免稅的間接方式補助非營利團體，而不直接以金錢挹注之。免稅可以減少政府對非營利組織日常生活事物之不必要干擾，而使其具有獨立性¹⁸¹。祭祀公業為私團體，縱使在社會福利領域上可補足政府所不能者，但畢竟非政府之手足，應避免公權力對之直接介入，對於祭祀公業此種注重派下私益的團體而言，此為保障其獨立運作之重點。

¹⁷⁸ 詳細介紹請參張永明（2010），〈宗教類公益慈善團體租稅優惠法制之研究〉，收於氏著《國家租稅權之界限》，頁 138 以下，臺北：翰蘆。

¹⁷⁹ 范文清（2012），〈宗教團體之地價稅優惠與信賴保護—最高法院一 00 年度判字第八一—號判決評析〉，《月旦法學雜誌》，206 期，頁 69。

¹⁸⁰ 張永明，前揭註 178，頁 142-143。

¹⁸¹ 張永明，同前註，頁 144-145。



由於現行法令並未針對祭祀公業規定稅捐優惠之規定，但藉由非營利組織之概念，使其登記為民法上之法人或其他法規之團體，可以連結至個別稅法的各種免稅規定。以所得稅為例，教育文化公益慈善機關或團體免納所得稅適用標準第2條第1款規定：「教育、文化、公益、慈善機關或團體符合下列規定者，其本身之所得及其附屬作業組織之所得，除銷售貨物或勞務之所得外，免納所得稅：一、合於民法總則公益社團及財團之組織，或依其他關係法令，經向主管機關登記或立案。」此外，針對財團法人祭祀公業，在個別稅法中，例如在贈與稅¹⁸²、土地增值稅¹⁸³及遺產稅¹⁸⁴上亦可以享受免稅的待遇。故祭祀公業捐贈財產或土地予他人有興辦社會福利事業之目的（如捐贈予安養院、醫院等）或是自然人遺贈於祭祀公業者，可享有相關稅目之免稅。

不過，實務上也曾有將祭祀公業視為營利事業，認為必須課徵營利事業所得稅者。依財政部函釋：「祭祀公業如未依照所得稅法第11條第4項之規定辦理登記者，應通知該團體主動向其主管登記。至其登記後是否符合所得稅法第4條第13款之免稅適用標準，請依照本部（68）臺財稅第35340號解釋規定辦理，如祭祀公業逾期未改進而不符合免稅適用標準者，應對其課徵營利事業所得稅，並以祭祀公業管理人為負責人，發單由其繳納¹⁸⁵。」依本函見解，較適宜的判準應該是有無符合公益團體之相關免稅標準要件，縱使為非法人之祭祀公業，亦可能應由管理人繳納營利事業所得稅，蓋營利事業所得稅之納稅義務人，包括「營利事

¹⁸² 遺產與贈與稅法第20條：

捐贈依法登記為財團法人組織且符合行政院規定標準之教育、文化、公益、慈善、宗教團體及祭祀公業之財產，不計入贈與總額課徵贈與稅。

¹⁸³ 土地稅法第28條之1：

私人捐贈供興辦社會福利事業使用之土地，免徵土地增值稅。但以符合下列各款規定者為限：

1. 受贈人為財團法人。
2. 法人章程載明法人解散時，其贖餘財產歸屬當地地方政府所有。
3. 捐贈人未以任何方式取得所捐贈土地之利益。

¹⁸⁴ 遺產與贈與稅法第16條：

遺贈人、受遺贈人或繼承人捐贈於被繼承人死亡時，已依法登記設立為財團法人組織且符合行政院規定標準之教育、文化、公益、慈善、宗教團體及祭祀公業之財產，不計入遺產總額課徵遺產稅。

¹⁸⁵ 財政部（69）臺財稅字第32552號函（已廢止）。



業」與「非營利事業而不具備免稅要件之公益團體」，簡言之，凡非民法上公益社團及財團法人，或依其他關係法令上所成立者，則不具備免稅標準之要件，仍應課徵營利事業所得稅¹⁸⁶。

第六項 類似團體之比較分析

一、比較目的

早期文獻廣納各種設立方式的祭祀公業，姉齒松平在早期明顯採取廣義的祭祀公業，舉凡享祀者、設立人的資格均不嚴格限制¹⁸⁷。我國最高法院在一件派下權歸就的案例中似乎亦承認祖公會為廣義的祭祀公業¹⁸⁸。但寬泛的認定，將使祭祀公業與其他宗族團體難以區分。況且其他宗族團體的財產基於不同的設立目的、成員間的歸屬感、凝聚程度不一，並非皆會發生與祭祀公業類似的產權爭執¹⁸⁹。

不少文獻將祭祀公業與神明會或其他團體比較研究，區分此些團體的意義，在於捕捉出祭祀公業的特徵¹⁹⁰，以確定祭祀公業相關法令適用範圍。由於日治時期將祭祀公業視為習慣上法人，土地登記簿多有以祭祀公業為登記名義者，但實務上辦理登記過程中並未詳查所有人。例如依實施耕者有其田條例，辦理耕地徵收時，誤認為廟產而未辦理徵收之例，亦曾聞見。又諸如登記為「祭祀公業觀音佛祖」、「祭祀公業福德正神」、「祭祀公業聖母會」、「祭祀公業關聖帝君」等，皆非實質意義之祭祀公業，行政、司法機關審查申請內容時，應參考沿革、祖先牌位，鬮分書、墓碑或訪查鄰里以為認定¹⁹¹。不過類似團體之區辨並非易事，故實

¹⁸⁶ 陳清秀（2014），《稅法各論（上）》，頁 203，臺北：元照。

¹⁸⁷ 甚至不排除祖公會業屬於祭祀公業之一種（性質上較類似於合約字之祭祀公業）不過，姉齒松平爾後又改變見解，明白表示將祖公會業排除於祭祀公業中。

¹⁸⁸ 最高法院 100 年度臺上字第 486 號：「…按系爭公業之設立，與嚴格以祭祀為目的之祭祀公業有別，在會員權方面，係以自始已確定之股份為基準，在享祀者及設立者面，有三不同姓氏之人，同血緣之意識稀薄，身分關係不明確，就各派下之權利，係以股份名義人之股份以一定比例表示之，則系爭祭祀公業之性質應較接近於臺灣民事習慣調查報告上所稱之祖公會。」

¹⁸⁹ 以宗祠為例，由於不一定擁有具有生產力之獨立財產，較少發生因土地開發的不動產之徵收、限制等問題。

¹⁹⁰ 關於祭祀公業與辦公事業、育才公業、神明會、祖公會、父母會及宗祠的比較，參陳井星，前揭註 9，頁 36-40。至於與共祭會、行郊的比較，可參尤重道，前揭註 15，頁 19-26。

¹⁹¹ 張學海（1999），〈九二一災區祭祀公業相關法律問題之探討〉，《全國律師月刊》，11 月號，頁 20。



務上有以形式認定者：對於實際性質為神明會，但經核發「祭祀公業蒼聖嘗派下員現員」證明，仍承認其為祭祀公業，理由在於既業經公所核發祭祀公業派下證明在案，不宜改依神明會辦理申報¹⁹²。

本文關注的是如何以比較法的途徑，獲得對我國祭祀公業財產權相關問題的啟發。韓國宗中財產與香港的堂制度，皆是以親屬關係（Kinship）為網絡，集結子孫，世代共同祭祀的宗族團體。而且與臺灣社會的相同處在於，因保存傳統祭祀祖的文化，皆設有宗族祭祀團體，習慣法與繼受法衝突成為三地的共同歷史經驗。故以韓國宗中財產與香港的堂制度做為比較對象應是較為適宜的¹⁹³。

二、與韓國「宗中財產」之比較

在傳統韓國社會，以同族集團建立經濟基盤的歷史由來已久，通常以宗中組織共有農地的方式來表現同族經濟上的結合¹⁹⁴。宗中財產的前身可追溯至具有財團法人的「寶」（Bo）及具有公會性質的「契」，「契」係同一地域裡聚集數人或數十、數百人，在同一目的下訂定一定規約而成為團體，互相提供金錢、勞力等增進經濟上福利，具有公會的性質¹⁹⁵，後來才逐漸發展為宗中團體。

（一）宗中財產之性質

1. 宗中機關

法院對宗中定義略為：以同一祖先之成年男孫為宗員所成立，為了保護及守護祖先的墳墓及祭祀奉行，還有增進宗族成員相互間之親睦、救助以及

¹⁹² 內政部辦理 100 年度祭祀公業及神明會清理工作檢討會提案 1（2011），地政法令月報，頁 23。

¹⁹³ 當然，宗族團體（Kinship Group）擁有財產並非我國或本文比較對象獨有的現象。自古宗族團體與土地的關聯相當緊密，例如近東地區就有以父系為主的數代家庭、家族或村落形式發展出掌握、保護土地財的方式。據古籍記載在近東地區認為沒有補償的徵收、收取宗族所擁有的土地，是比侵入（Trespass）更嚴重的侮辱，公權力經常克制此種行為。See Robert C. Ellickson, *Ancient Land Law: Mesopotamia, Egypt, Israel*, 71 CHIKLR 321, 345-58 (1995).

¹⁹⁴ 1945 年韓國脫離日本殖民統治後，因為農村社會生活型態復甦，同族組織又得以運行。但是此時宗中組織在管理「位土」等共有物上有所失敗，加上 1948 年所施行的農地改革（即朴正熙政權下進行的新農村運動），使得同族所共有農地激減，同族組織因失去經濟基盤又開始衰微，故有認為共有農地型態的崩壞，促進了同族組織的解體。參金大煥，〈韓國の近代化過程における同族社会（兩班）の変遷〉、金宅圭，〈韓・日兩國のいわゆる「同族」村落に関する比較試攷〉，收於江守五夫、崔龍基（編）（1982），《韓國兩班同族制研究》，東京：第一書房，頁 255-256, 328。

¹⁹⁵ 金根植（1996），〈當今中韓祭祀公業法律問題之比較探討〉，《軍法專刊》，42 卷 8 期，頁 13。

福利等目的而自然發生的慣習上的集團¹⁹⁶。宗中團體的發展，在高麗王朝末期深受朱子學的影響，朝鮮亦要承認：一族係指男系血族之指稱，以本貫（始祖發祥地）與姓相同者為同宗族人¹⁹⁷。

為求宗中的運行，設有一定的機關，例如宗中之代表以及其財產管理人（類似於祭祀公業之管理人地位）、宗中之會議（類似於祭祀公業之派下員大會¹⁹⁸）等。並且對宗中財產之出典或出售必得宗中員（派下）全體同意使得為之¹⁹⁹，此外與祭祀公業較不同的是解散事由部分，依韓國法院採用之自然發生團體說，即使子孫連一人都不存在亦不得人為解散之²⁰⁰。另外從用語方面比較，嚴格來說，宗中是人的結合體，此種結合體的財產為宗中財產²⁰¹，宗中財產屬於「物」的性質並無疑義；相對於祭祀公業長期處於到底是「物」或是「人」的爭議，兩者有所不同。

2. 宗中財產為總有關係

韓國的宗族團體至發展為宗中，其財產之歸屬，依韓國人傳統觀念，是宗中財產所祭祀之祖先，其理由大致上與前述享祀者主體說相符。但是宗中財產性質在法院的認定上，有所更迭，在日本朝鮮總督府時期，宗中並無法人格，故財產只能為宗中員所有，申言之，當時法院將事實上屬於宗中的祭位土、墓山等所有型態，皆認定屬於宗中員分別共有關係，卻導致了代表人名義所登記宗中財產權利歸屬不清的問題。爾後朝鮮總督府高等法院於昭和2年（1927）9月23日以聯合部判決，將從前的分別共有說變更為公同共有（合有）。此種變更較符合宗中員不能單獨自由處分其共有財產的概念²⁰²。但

¹⁹⁶ 大判1992年2月14日、大判1992年10月27日，轉引自近江幸治、田炳西（1996），〈韓國の登記制度における名義信託とその法的規制〉，《比較法學》，29卷，2號，頁4。

¹⁹⁷ 金根植，前揭註36，頁100-103。

¹⁹⁸ 依韓國舊慣及法院實務，宗中之代表與會議之運作，參金根植，前揭註36，頁112-117。

¹⁹⁹ 金根植，前揭註195，頁12。

²⁰⁰ 金根植，同前註，頁10。

²⁰¹ 劉夏如（2000），〈台灣祭祀公業研究をめぐる「伝統中国」と「近代法継受」の相克〉，《日本台灣學會報》，2號，頁62。

²⁰² 高翔龍認為判決見解的變更是為了保護宗中財產免於動輒被處分買賣，才捨棄分別共有而採取



是此種公司共有（合有）關係，戰後的韓國政府法院又在 1966 年 3 月 15 日以大法院的判決予以推翻，採用總有說²⁰³。

韓國宗中不具有法人格者，被視為無權利能力社團，但依韓國民法第 275 條第 1 項、第 278 條規定，無人格社團的財產關係視為總有，此為宗中團體的法律性質尋得一條出路²⁰⁴。

一開始，宗中財產法律性質從分別所有到公司所有的變革，肇因於土地歸屬的權利主體與登記名義人曖昧不清，然而後來又改採總有說，乃是法律適用上不得已所為。1960 年施行的韓國民法，採取德國法體系，但基於對習慣法的尊重，設定了包括宗中財產在內的所有形態上的分別共有（Miteigentum）、共同共有（Gesamthandseigentum）以及總有（Gesamteigentum）三個概念²⁰⁵。而韓國對於無人格社團，沒有如德國民法般可適用組合（類似我國的合夥）的規定，且在無人格社團與組合的本質迥異的立場下，韓國學界大多贊同索性將無人格社團關係，視為「總有」予以規定²⁰⁶。

早在姉齒松平的研究中，即指出將祭祀公業類比為韓國宗中財產的主張是錯誤的。其認為，朝鮮高等法院將宗中財產解為合有觀念才是正確的，因宗中財產與祭祀公業的內容完全不同，宗中反而是相當於臺灣從前的辦事公業²⁰⁷。辦事公業是同宗為支付交際信教慈善或公共事業費而設的公業²⁰⁸。與祭祀公業不同在於，辦事公業主要目的在於生存族人之生活上之互助救濟，多由富豪之家設立，且設立均在家產分析之際²⁰⁹。

宗中財產的法律性質，從傳統舊慣的享祀者主體說到合有說，是由韓國

共同共有說。參高翔龍（1988），〈宗中財產と名義信託〉，《北大法學論集》，49 卷 3 号，頁 241。

²⁰³ 金根植，前揭註 36，頁 151-153。

²⁰⁴ 金根植，前揭註 195，頁 18。

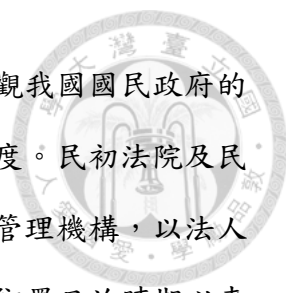
²⁰⁵ 倪正茂（2006），《比較法學探析》，頁 285-286，北京：中國法政。

²⁰⁶ 金根植，前揭註 36，頁 162-163。

²⁰⁷ 程大學譯（1983），姉齒松平著，《日據時期祭祀公業及在臺灣特殊法律之研究》，頁 74-75，臺中：臺灣省文獻委員會。

²⁰⁸ 岡松參太郎，前揭註 52，頁 608。

²⁰⁹ 陳井星，前揭註 9，頁 36。



法院整理舊慣判決，進而創設合有法理的一連串變革；反觀我國國民政府的法院並未有此作為，而是直接適用關於祭田的公同共有制度。民初法院及民法學界認為中國祭田為公同共有物。祭田缺乏設立章程及管理機構，以法人制度規範自有其不便²¹⁰，但祭祀公業未有前述缺點，法院卻置日治時期以來許多學者在祭祀公業之研究結晶不顧，逕將中國大陸地區之祭田的法律性質與臺灣之祭祀公業畫上等號，例如臺灣省政府 38 年 10 月 21 日酉馬府綱甲字第 55624 號代電臺中縣政府略以「查祭祀公業各地俱有，不僅臺灣為然，於民法施行前內地已有此種財產者，依民法總則施行法第 9 條規定，不認其為法人，現民法施行於臺灣，本於同一意旨，自不能認臺灣此類財產為法人，前長官公署卅五年九月間經呈奉行政院節京八字第一 0 一五八號指令有案，是項祭祀公業土地及建築物之登記，應依照關於共有之規定辦理²¹¹。」

（二） 宗中團體的登記能力

與臺灣祭祀公業大相逕庭的是，宗中、門中團體雖為非法人社團，但是得以團體之名義辦理登記，其登記能力，並不因其為非法人社團而有窒礙，此為不動產登記法第 30 條第 1 項明文規定：「宗中、門中及其他設有代表人或管理人之非法人社團，或財團，所屬不動產之登記，以該社團或財團為登記權利人或登記義務人²¹²。」由於臺灣對於非法人團體的權利能力及登記能力的法規付之闕如，導致多年來學說與實務的爭議。如今臺灣採取法人化的方式，理論上可終極解決相關問題，但實際上在祭祀公業未申報為法人又未改為分別共有、個別所有的場合，此問題仍懸而未決。

三、 與香港「堂」之比較

²¹⁰ 李啟成(2010)，〈民事權利在近代中國的生成—以大理院審理祭田案件為中心的實證考察〉，《比較法研究》，6 期，頁 10。

²¹¹ 轉引自張學海，前揭註 25，頁 52。

²¹² 韓國不動產登記法第 30 條第 1 項：

(1) As for registration of real estate belonging to an association or foundation, other than families of the same clan, family members of the same clan, a juristic person which has the representative or manager, such association or foundation shall be a person entitled to registration or an obligator for registration.



(一) 性質之比較

所謂的「堂」，文獻多指出其意義源於中國的祠堂，又稱宗祠、家廟。與祭祀公業一樣，源於南宋時期修建祠堂、設立祭田的禮教改革。依古文記載，一方面「倡族人至祭田若干畝」，一方面「復創建祠堂於種庵公墓左」以奉先世神主²¹³。臺灣本身亦有設立祠堂並辦理財團法人登記者，但其性質與法律適用上與祭祀公業仍有不同²¹⁴。而臺灣的祠堂與香港的祖堂，也有其不同處，學者指出，珠江三角洲一帶及香港新界的宗族組織，是一種族田共業，既有經濟共利作用，亦是競爭地方權力的文化象徵²¹⁵。

在香港，「堂」向來是以英國法理解為祖先的信託（Ancestral Trust²¹⁶），並未有將其法人化的立法傾向，組織內也沒有設置明確的機關的習慣²¹⁷，無論是在新界地區或是市區，港英殖民地政府都沒有把堂視為獨特的制度²¹⁸。在 *Secretary for Justice v. To Ka Yi Tso and To Clan* 一案中，香港終審法院就明白指出，堂是由個別成員組成的非法人團體（Unincorporated Associations），並且由設立成員的男系子孫繼承²¹⁹。

學者指出，對於祖堂成員來說，比起分割信託財產後，再拿分得資產去做其他投資，不如直接換取現金再平分，而這種情況的紛爭不少，但幾乎可藉由成員全體同意解決。因外部因素而分割的情況還比信託財產內部關係（各支族、分家

²¹³ 中國祠堂的由來與意義，詳參科大衛 (David Faure)，前揭註 10，頁 1-20。

²¹⁴ 陳井星，前揭註 9，頁 40-41。另，臺灣祠堂之法律地位，依司法院 (75) 廳民一字第 1677 號函，縱未依新設立法人之程序聲請登記，應適用監督寺廟條例，而當然承認其法人人格。

²¹⁵ See DAVID FILLIAMS, HELEN SIU eds., *DOWN TO EARTH: THE TERRITORIAL BOND IN SOUTH CHINA*, Stanford: Stanford University Press, 4-11 (1995).

²¹⁶ 劉夏如，前揭註 201，頁 70。

²¹⁷ 「堂」可能有管理規約，也可能舉辦族眾大會（堂產處分的最高決策機關），但該等機關的設置不具有必要性。

²¹⁸ 松園健太郎（著），卜永堅（譯）（2009），〈是信託還是法人？中國宗族財產的管治問題〉，《歷史人類學學刊》，7 卷 2 期，頁 99。

²¹⁹ "... The t'ong is an institution of Chinese law and custom. At least they are generally understood, t'ong are essentially in the nature of unincorporated associations composed of individuals and with continuous succession through patrilineal descent from their founding members. A t'ong's type depends on its purpose and activities. Generally if not invariably, the context in which the Hong Kong courts have dealt with t'ongs has been that of land in the New Territories..." See FACV 8/2000.

是否分割、如何分割)的問題來得簡單。對此,1987年的一個判例做出一個曖昧的結論:堂的宗族財產是永久不可分、不可讓的,所以依照中國的習慣,未事先設想分割的情況,也尚無適切的分割手段。而此判決涉及的真正爭點,正是在於

1.宗族財產可否分割?2.如果可以分割,分割的方法是株分主義(Per Stripe)或是頭分主義(Per Capita)?此裁判未對宗中財產的分割下明確的結論,反而使信託內部關係更惡化²²⁰。


堂與祭祀公業反映在香港與臺灣社會的法律爭議不太相同,祭祀公業可以說是從各種宗族團體(包括祠堂)中細分出來的特殊制度,並經歷「人」與「物」的爭論,最終在法理上使其享有特殊法人的地位,學說及實務較少探討成立信託的問題。此外,雖然堂與祭祀公業都象徵著父系血緣團體,但我國祭祀公業條例,基於性別平等精神,有限度地廢除了派下員資格取得上的性別差別待遇(詳參第二章第二節第二項),而堂在特別法的適用下,相關習慣內容並未有所修改。

前述關於祭祀公業之非營利性質,我國司法實務並無詳細的論述,但香港高等法院及上訴庭曾在一宗涉及葉氏堂產買賣之訴訟,對「堂」的慈善性質有細緻的論證。因為本案的祖堂是否以慈善信託形式持有皇后大道中的物業,影響信託法之適用,所以堂的慈善目的成為本案攻防重點。以結果而論,法院認為,為祭祖而設的基金,其受惠人之間的紐帶,是建立在與同一始祖的關係上,因此不具備慈善功能;至於有助於鄉中公益也不具有慈善功能,因為據該葉氏祖堂的規則,此用語只指涉葉氏宗族而非整條鄉村²²¹。依此見解,祭祀目的似乎不具有若何公益目的,相較下臺灣祭祀公業的功能經常包括外族人的辦學、濟貧乃至更大的社會救助事業,功能不若祠堂狹隘²²²,這也是本文將祭祀公業納為非營利組織的原因。

²²⁰ 劉夏如,前揭註201,頁71-72。

²²¹ 詳參松園健太郎(著),卜永堅(譯),前揭註218,頁91-98。

²²² 中國的宗族團體經常被解釋為一種控產組織,在社會上之活動無非是買賣物業、投資等等,私益性濃厚。



所謂的「堂」，從民間習慣內容來看，本無區分香港市區或是新界地區的堂之必要，但由於新界範圍以內的「堂」，有新界條例之適用，使得新界仍得保留從清朝以來的民間習慣，現今亦有許多祖堂地仍存在於新界地區，故本文主要也是以新界範圍之「堂」為討論對象。

(二) 新界土地之習慣法

在長達一個半世紀的英國統治時期，香港的家族、繼承等屬人法仍保有習慣法上的效力²²³。香港回歸中華人民共和國後開始一連串的法制改革，其中關於農地的改革成果不盡理想，研究新界地區土地習慣法之學者 Michael Palmer 將之歸咎於香港殖民地法體系與中國習慣裡所有權概念產生矛盾。其指出新界地區的習慣法表現方式包括 1. 土地依照血緣關係或是宗教組織的關係，以習慣信託(Customary Trust) 的形態受到保有、2. 無遺言的繼承的情況²²⁴。其中與堂之財產權保障息息相關的就是第 1 點。行使習慣上權利，應依照新界條例²²⁵規定之程序，新界條例關於「堂」的土地處分，規定在第 15 條。該條規定「堂」必須有一名信託代表或在該土地有法律上責任，如同是土地單獨所有人的人作為管財人(下稱司理)。區長基於充分理由可選定司理，司理做成文書、署名並經民政事務局局長認證，即視為堂的全部成員皆完成署名，而新界總部的判決認為沒有全員一致的明白許可，不可出賣土地²²⁶。申言之，全員一致同意的程序簡化為選任司理作為祖堂之代表人，但為了避免司理以一人行事之便，私賣土地，民政事務局局長也應審查是否

²²³ 但是 1960 年以降開始經歷許多法律改革，例如習慣法上的婚姻(Customary Marriage)，1971 年 10 月 1 日前，華人在香港得依「大清律例」締結婚姻，容許納妾；而 1971 年 10 月 1 日後，須依「婚姻條例」締結婚姻始為有效，亦即廢除納妾制度。

²²⁴ 劉夏如，前揭註 201，頁 69-70。

²²⁵ 新界條例訂於 1910 年，涉及新界原居民的習慣權利。祖堂之所以能在新界得到較好的保存，主要就是因為新界條例將祖堂信託關係排除在禁止永久性信託的規定之外。

²²⁶ 但是亦有資料指出，有些祖堂的司理人可代表祖堂出售物業，有些祖堂則可能須取得所有村民的同意，才能出售土地資產。參 2011 年 9 月 9 日舉行的城市規劃委員會第 992 次會議記錄，頁 15。香港城市規劃會網址：http://www.info.gov.hk/tpb/tc/meetings/tpb_meeting.html#2011(最後瀏覽日期：12/05/2014)。依筆者蒐集之資料，大部分仍需全部持份者的同意，例外情形可能是因為祖堂地之規約內容對於同意門檻有較低的規定。

有來自祖堂內部的反對聲音，以及系爭買賣是否對成員有益、具正當目的²²⁷。

早期有研究基於新界條例第 15 條，主張宗族本身的存在來自於司理的代表，該條規定正好顯示出殖民政府的法律系統和人的風俗習慣表面上都承認宗族的現象，但是雙方的詮釋和了解非常不同。宗族的風俗習慣被融入到英國法律，法律上只承認司理有法人身分，但司理對他所代表的宗族團體的義務則不在法律受理的範圍內²²⁸。這樣的見解，毋寧以幾個思考步驟來解構殖民地的法律繼受過程：首先，在舊慣裡，子孫會保全祖先的信託財產，不會與第三人訂立買賣契約，所以清朝法律自然不會去規定祖先信託財產買賣契約的解消問題。若國家去干涉一個高度聚合的財產，會導致宗族或一族統合的動機則不復存在，況且欲廢除祖先信託制度，應找到相同價值的替代制度，否則「分割財產就是對宗族這種組織構造的致命傷害²²⁹。」

本文一貫的立場係認為，像宗族這種保持高度聚合性的團體，欲使其在具西方精神的法制下存續，至少應賦予其一定的法律地位，而不必逕否認其具有人的性格；而司理，也並非漫無限制地可以行使其對祖堂地的處分權。例如 Palmer 曾以兩個經典的祖堂地涉訟案例²³⁰說明：如果祖堂地的買賣契約威脅到宗族組織的經濟基盤，可能會受到信託關係的解除，進而不承認該買賣契約。

（三） 土地審裁處之角色

香港徵收立法例中，比較特別的是設置了一獨立的司法機構——土地審裁處。依照土地審裁處條例第 4 條，土地審裁處成員包括高等法院法官出任的土地審裁處庭長、區域法院法官、具一定資格之律師或測量師。庭長和法官可單獨或會同審裁處成員審理案件，審裁處成員亦可單獨審理案件。凡屬於下列情況，土地審

²²⁷ Gillespie John and Hualing Fu, *Resolving Land Disputes in East Asia: Exploring the Limits of Law*, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper (2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2394424> (最後瀏覽日期：12/05/2014)。

²²⁸ 陳奕麟 (1986)，〈香港新界在二十世紀的土地革命〉，《中央研究院民族學研究所集刊》，61 期，頁 11。

²²⁹ 劉夏如，前揭註 201，頁 71。

²³⁰ See HKLR 276/1970, HKLR 516/1987.

裁處具有司法管轄權：土地或任何土地權益的強制性徵用、附屬於土地的任何權利的終絕或更改、任何土地的地役權或其上或其下的地役權的設立、對影響任何土地或任何土地的權益的業務予以批准，或在政府及原告雙方達成協議或有人代表政府及原告雙方達成協議的情況下，呈交審裁處裁定者也具有管轄權²³¹。如對審裁處的決定不滿，可向高等法院上訴庭提出上訴。審裁處的定位是一個獨立的司法機關，以下圖表示：

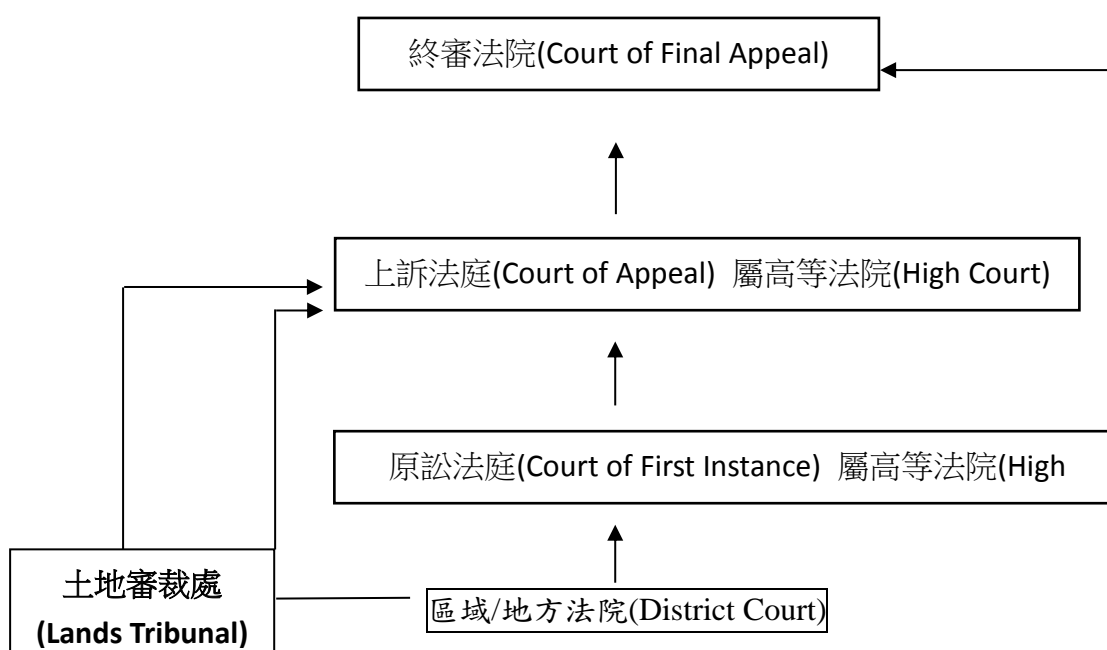


圖 2-1 土地審裁處於香港司法系統之定位²³²

資料來源：本研究自製

伴隨著新界的土地開發與都市發展，作為祖先信託地的祠堂土地，其買賣及公用徵收逐漸增加。祠堂土地（也稱祖堂地，目前約有 7000 個祖堂）的買賣，應獲得具持份的成員同意，而各祖堂地後的收益分配準則不一，有些按男丁數目，

²³¹ 土地審裁處條例第 8 條參照。

²³² 本圖只標出土地審裁處與區域/地方法院及其主要的上訴途徑，實際上整個香港司法機構尚設有許多專門法院及其他審裁處。

有些是按戶口，有些是按房數攤分，成員間難達成共識，依照新界條例，程序上還必須經過當地民政事務局局长之同意以及一定期間之公告，使得祖堂地難透過私人市場收購，而要靠徵收收取土地²³³。以新界的洪水橋新發展區為例，該發展區有 12%，近 100 公頃的土地為祖堂地，涉及鉅額的徵收補償金²³⁴。但另一方面，市場經濟之誘因也使得私人買賣祖堂地活絡起來，祖堂地之買賣申請，由 2008 年 71 件申請增至 2011 年的 128 件，增幅達 80%²³⁵。

凡涉及「土地被強制收回或因公共或私人的土地發展以致價值減損時，釐定政府或有關機構須給予受影響業權人的賠償額」之事務，土地審裁處為主要的紛爭解決機構，所以在新界祠堂土地徵收事務方面，土地審裁處扮演了很重要的角色。以「黃三協堂土地補償金²³⁶」一案為例，本案是由新界祖堂地的徵收與裁定補償金數額糾紛所引發。原告主張了幾點：首先，政府計算補償金時，忽略了收地傷害了原居民的感情，沒有考慮到這是剝奪了原居民世代相傳土地的權利，此本身就構成補償事由。土地審裁處認為就算這論點在道德上或邏輯成立，但不在「土地收回條例」的法定補償事由之列，由此可知法院並非否認精神上損失有可加以補償的意義，此對於建構損失補償的立論非無參考價值。同時此判決認為不能以丁屋權為潛在利益（類似於所失利益）作為計算賠償額的一個因素。本文亦認為僅以所受損害為應填補的範圍，以符相當補償的內涵。

此外，原告還主張補償金額因祖堂的地位而提高。就此，判決認為沒有任何證據顯示申請人可因其身份可獲得較市場價值為高的價錢，就算情況真的是這樣，政府也只須賠償一個公平的價錢，就是土地本身的市場價值。

²³³ 香港立法會曾討論新界東北新發展區的開發模式。政府當局研究採用公營部門與私營機構合作（下稱公私營合作）模式的可行性。不過，最後是採取了「傳統新市鎮發展模式」。亦即政府負責徵收土地和清拆。政府亦會進行土地平整工程及提供基礎設施，然後再撥出土地作各種用途，包括在市場批出規劃作私人發展的土地。參立法會 CB(1)2599/11-12 號文件，頁 16。

²³⁴ 新聞網址：http://www.mingpaocanada.com/Tor/htm/News/20131029/HK-gma1_er.htm?m=0（最後瀏覽日期：12/05/2014）。

²³⁵ 新聞網址：http://www.mingpaocanada.com/Tor/htm/News/20131029/HK-gma2_er.htm?m=0（最後瀏覽日期：12/05/2014）。

²³⁶ LDLR 17/2002 & LDMR 19/2002 合併案件。判決查詢網址：<http://mediation.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/judgment.jsp>



四、對我國祭祀公業的啟發

(一) 以信託方式設立祭祀公業之可能？

宗中團體在日治時期無登記能力，進而產生了名為「名義信託」的特殊制度。名義信託係指單純將財產權的所有移轉至受託者名下，但受託者不被賦予對信託財產的管理、處分權²³⁷。名義信託之背景源於朝鮮總督府在 1910 年所施行的土地調查事業。1912 年的朝鮮民事令規定日本民法財產編適用於韓國，適用結果是非法人社團被認為無登記能力。加上同年的朝鮮不動產登記令並未規定宗中團體應為如何登記，而同時為收土地調查之效，必須確認不動產所有權人，故宗中團體只能在無法為登記的情形下，以信託方式選定族中有力者，以該宗中員的名義登記²³⁸，不動產所有權人（查定名義人）即告確定。朝鮮高等法院依照信託行為的法理承認此種法律關係，而光復後此見解由大法院（最高法院）承襲並得到進一步確立²³⁹。大法院甚至明確指出此種信託的對外關係：身為受託者之宗中員擁有對宗中財產完全的所有權，故從該宗中員受讓不動產之第三人，不問其善惡意，皆合法取得該財產²⁴⁰。宗中財產不管在被認定為「分別共有」或「合有」的階段，實務上將其解為名義信託之見解並未有所改變。

名義信託雖由大法院判例所確立，然而此種信託關係易發生投機利用，例如強制執行時脫產、避稅、公務員財產隱匿等等弊病，並且法理上名義信託的對內關係與對外關係有所矛盾，與實體權利關係不一致²⁴¹。1995 年時，韓國為避免名義信託的弊病，立法通過不動產實名登記法，使名義信託之契約皆無效，甚至對違反者設有罰則。不過現行條文在第 8 條第 1 款將宗中財產排除在適用之列（但必須不具有不正當目的），可知宗中財產仍可依照名義信託方式存活²⁴²。

²³⁷ 究其本質，名義信託是否為信託行為之一種，學說上不無爭議，參近江幸治、田炳西，前揭註 196，頁 10-11。

²³⁸ 金根植，前揭註 36，頁 166-167。

²³⁹ 近江幸治、田炳西，前揭註 196，頁 5-6。高翔龍，前揭註 202，頁 241-242。

²⁴⁰ 轉引自高翔龍，同前註，頁 236。

²⁴¹ 對內關係中，名義信託者是財產之所有權人；對外關係，名義受託者是財產之所有權人。

²⁴² 韓國不動產實名登記法第 8 條第 1 款：

相較於臺灣之祭祀公業，雖然有所謂的信託字祭祀公業，意即享祀者囑託將其財產信託於親族，由親族在享祀者死後設立，或由享祀者的親族協議設立，並為亡者立繼嗣，然後將公業交由該繼嗣，但此種設立字實際上很少，並未有針對此種祭祀公業特別析論其信託關係者²⁴³。至於其他的祭祀公業可否以法律上信託之方式設立，日治時期並無適例。學者後藤武秀在其「台湾の祭祀公業に関する二つの資料」一文，提供了一份題為「祭祀公業ト信託」的報告資料，由當時臺灣銀行內部行員黃逢平²⁴⁴作成，內容包括祭祀公業以信託設立的可能性。其中提及如果將管理人的職務移轉於信託會社，技術上是有可能的，但是就經濟角度上而言，不見得可使公業得到更有利的經營，除了信託本質可能有違祭祀的善良風俗以外，尚有小作人（佃農）與祭祀公業管理人之間約定降低小作費（佃租）的契約履行關係，而且公業散布在全島各地，難以集約經營，也難以信託的方式為新式經營²⁴⁵。

前述說法在當時不無道理，但祭祀公業之運作模式已有所變遷，若在現今法制底下觀察，祭祀公業有以信託方式為之的空間²⁴⁶。信託法第 69 條以下規定了所謂的公益信託（Charitable Trust），其規定「稱公益信託者，謂以慈善、文化、學術、技藝、宗教、祭祀或其他以公共利益為目的之信託。」明定可透過公益信託來進行祭祀等目的，所以祭祀公業可透過信託方式，將其財產信託，以對不動產更靈活運用的方式來達成祭祀目的，此並非法所不許。惟依同法第 75 條，公益信

Articles 4 through 7, and 12 (1) and (2) shall not apply to any of the following cases which are not involved in evading any tax and compulsory execution, or avoiding any legal restrictions:

1. Where the real right to any real estate held by a family of the same clan is registered under the name of a person, other than the family of the same clan (including where the registration is made with both the family of the same clan and its representative indicated);

²⁴³ 在釋字第 728 號的黃茂榮大法官不同意見書中，提及設立祭祀公業之行為性質有信託說、贈與說及繼承說，不論採何說都不妨礙財產私使用性的本質。不過此處關於信託說的立論係來自學理上的分類，並非以現今法規觀察所得之結論。

²⁴⁴ 關於黃逢平負笈日本研究法律的背景及其生平，見線上臺灣歷史辭典（電子資源），智慧藏學習科技，臺北市，2005。

²⁴⁵ 後藤武秀(1998)〈台湾の祭祀公業に関する二つの資料〉《東洋法學》42 卷 1 號，頁 105-106。

²⁴⁶ 此處指的信託，依我國信託法第 1 條定義：「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」

託強制設置信託監察人，此乃基於公益信託受更嚴格之監督所必要，此點與祭祀公業並不強制設置監事相異。

我國司法實務亦承認祭祀公業可為信託之委託人²⁴⁷。但有幾處應注意：受託人以財產權利人之名義管理信託財產，並於信託關係存續中，就該信託財產對外為唯一有權管理及處分權人。又信託關係消滅後，受託人有義務將信託財產移轉於信託財產的歸屬權利人，惟信託財產的移轉手續未必於短期內能完成，為保障信託財產歸屬權利人之權益，受託人移轉信託財產於信託法第 65 條歸屬權利人前，信託關係視為存續，以歸屬權利人視為受益人²⁴⁸。此外，按土地登記規則第 133 條第 1 項規定，信託內容有變更，而不涉及「土地權利變更登記」者，委託人應會同受託人檢附變更後之信託內容變更文件，以登記申請書向登記機關提出申請。已辦竣信託登記而移轉為受託人所有，委託人由祭祀公業登記為祭祀公業法人而為更名時，因不涉及土地權利變更，得依上開規定辦理信託內容變更登記²⁴⁹。

（二）紛爭解決機制

香港以獨立的審裁處作為糾紛解決的主要場所，有其值得借鏡之處，蓋審裁處與法庭不同，審裁處的設立意旨在於分類解決常見簡易案件，以減輕法院訟累，故訴訟程序簡易，費用低廉，並且經常促成當事人和解²⁵⁰。而作為一個專門法庭，審裁處的成員有專門人士（測量師）的參與，專家小組的裁定具有拘束力，這種機制的引入應有助避免遭拖延。對於祠堂土地徵收案件的雙方來說，有一個簡便的程序得以利用自然是有益的。

相對於我國，雖然早在 1999 年九二一震災暴露出祭祀公業領取補償費的爭議時，立法委員就成立了立法院土地改革小組，主張應成立調解委員會特別處理祭

²⁴⁷ 最高法院 100 年度臺上字第 109 號民事判決參照。

²⁴⁸ 法務部 100.12.29 (100) 法律決字第 1000028290 號函。

²⁴⁹ 內政部 101.11.16 (101) 內授中民字第 1015730896 號函。

²⁵⁰ 審裁處是仿照英國行政裁判庭形式設立的（準）司法性質的審裁機構。目前香港主要有四種審裁處：勞資審裁處、土地審裁處、小額錢債審裁處、色情物品審裁處。

祀公業土地問題²⁵¹。但以目前的祭祀公業條例及相關立法，未有專門調解機關的設置。我國雖在直轄市、縣（市）層級設有不動產糾紛調處委員會，但其調處事件並不包括祭祀公業涉訟時常見的派下權糾紛²⁵²，甚至實務認為人民就祭祀公業派下權有爭議，仍應逕向法院提起確認之訴，而不得聲請鄉鎮市公所調解委員會調解：「...祭祀公業條例並無另設有專業之調解（處）機制，亦無明定祭祀公業派下權爭議，可透過鄉、鎮、市公所調解委員會調解之規定。公業派下權之爭議既經當事人提起確認派下權之訴，公所自應俟各法院均判決後，依確定判決辦理²⁵³。」有學者認為宗族之維繫端賴社群成員間的情感支持，國家以裁判的公權力介入宗族內部的紛爭，可能對社群的維繫產生負面影響，故應優先選擇可促使宗族內部成員對話的策略機制²⁵⁴。

本文認為，我國在現有的司法機關架構下，雖未如香港設置專門法庭，使祠堂的土地糾紛得藉此途徑獲得解決，但是至少應該提供祭祀公業一個簡便程序解決糾紛。而若要將宗族事務不宜由國家強硬介入的因素考慮進來，應可考慮設立專門的調解委員會，或是允許由更貼近當地的鄉鎮市公所調解祭祀公業之糾紛。

第二節 祭祀公業財產權之特殊性

第一項 私團體之財產權

財產權的基本權主體不單限於自然人，亦包含法人及非法人之團體²⁵⁵，故祭祀公業若以不同組織型態表現者，理論上其財產權受保障之範圍應無差異，在憲法上皆是以第 15 條為依據²⁵⁶。

²⁵¹ 當時立法院土地改革小組之主張包括：土地現使用人的合法占有權、免土地增值稅以獎勵開發土地、土地分割之門檻、成立調解委員會、承認祭祀公業為習慣上法人、引進假決議制度、允許新取得不動產、徵收補償費由管理人代表領取、相關規定應提升至法律位階。參張學海，前揭註 191，頁 28-29。


²⁵² 更精確地說，在派下權無爭執的情形下，藉由調處委員會估算祭祀公業派下持有土地建物之持分並非不可，但調處標的在爭執派下權之有無時則不與之。

²⁵³ 內政部 102.8.19. (102) 內授中民字第 1025003435 號函。

²⁵⁴ 葉俊榮（1999），〈吳氏宗祠案〉，《行政法案例分析研究方法》，頁 106，臺北：三民。

²⁵⁵ 許育典（2011），《憲法》，5 版，頁 296-301，臺北：元照。

²⁵⁶ 憲法第 15 條：



本文所指之法人或非法人，以私人設置者為前提，故可冠以私團體之名稱。所謂私團體，係指和國家等公法人相對者，但不以具有法人資格者為限。營利社團法人公司的財產固然屬於私團體財產，但諸如公益社團、財團法人，甚至祭祀公會、寺廟、教會等擁有許多財產之非法人團體也包括在內。私團體財產和自然人財產已分開，因此已非自然人所可自由運用的財產。雖然私團體之業務執行人對私團體財產有運用之權，但受限制²⁵⁷，就此點而言，私團體本身是以自己名義享有財產權，此種地位自應受保障。

實際上對祭祀公業採取較廣泛的「私團體」取代私人財團或社團之理解，並非新近想法，在 1968 年內政部草擬之祭祀公業管理辦法第 1 條第 1 項，即謂：「凡宗族中以祭祀祖先為目的之私團體，稱祭祀公業。」然而搭配著難以打破的派下共同共有說的見解，前開草案似乎難以貫徹賦予私團體權利能力之意旨，這樣的用語在當時的管制改革毋寧為聊備一格，但對現今法制在形塑祭祀公業的大方向，卻起到一定的借鑒作用。

大法官肯認私團體在憲法層次所受的財產權保障，依釋字第 486 號解釋理由書，商標法保障「其他團體」的財產上利益。所謂的「其他團體」，係指於自然人及法人以外其他無權利能力之團體，只要有一定之名稱、組織而有自主意思之團體，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論是否從事公益，均受憲法財產權之保障。由此號解釋理由書可知，財產權之權利主體尚可擴及到非法人團體。

最後說明關於財產權之用語，新聞時常報導祭祀公業的「產權」紛爭，關於產權與法律上財產權是否為同一概念，必須加以說明：產權是一種社會工具，幫助形成與他人進行交易時的合理預期，確定不同主體的權利內容。但是產權的概念在法學研究上並未被明確化。以經濟學的視角而言，產權是在對資源進行配置

人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。

²⁵⁷ 謝哲勝（1995），〈準財產權〉，《中央研究院人文及社會科學集刊》，7 卷 1 期，頁 200、209。

和交易時形成的各種權利之總和，泛指所有權、使用權、經營權、無形財產權甚至債權等財產權，範圍可以說比財產權廣泛²⁵⁸。此種經濟學的理解並非與法律上財產權的解釋範圍不能重合，若觀察我國司法解釋實務，會發現立基於憲法第 15 條，擴張財產權解釋範圍到財產利益之地位的例子並不少見。

一、法人財產權

現今關於法人財產權（Corporate Property Rights）之討論，係聚焦於「企業法人」之財產權。由於營利法人依法自主經營、自負盈虧，其財產權應獨立於其構成員（股東）而存在。然而如祭祀公業此種具非營利性質之法人，與企業法人之本質大相逕庭，尤其祭祀公業的構成員，並無如公司的構成員—股東的盈餘分派請求權、股份分配請求權等等權利，故不宜適用企業法人之財產權理論。

有認為法人財產權不是一項具體權利，而是一個權利束，是具體法律權利的上位概念。法人財產權兼具綜合性和動態性，既含有現行法律確認的各種權利類型，還包括尚未明確規定的其他類型的權益，且法人財產權是一種運動中的權利，隨著法人業務活動的開展，財產權的客體不斷擴張或縮減²⁵⁹。就此而言，祭祀公業財產權的範圍，應視其進行業務界定。例如祭祀公業出租土地，並收取租金作為公業從事社會慈善活動之資金，一方面因土地所生之法律上權利屬財產權，另一方面，祭祀公業以從事的活動為中心，所延伸之事務範圍涉及財產利益地位者，亦為財產權保障範圍所及。至於損失補償的歸屬主體為法人應無疑義，因應祭祀公業特殊法人化之趨勢，近年實務表示道路徵收補償費為祭祀公業法人土地被徵收所得費用，仍屬祭祀公業法人之財產²⁶⁰，當受憲法保障。

二、非法人團體財產權

非法人團體的財產權應如何理解，經常是針對個別、特殊的團體發展出不同

²⁵⁸ 張永兵、溫世揚（2013），〈農業專業合作社財產權法律屬性研究〉，《當代法學》，3期，頁84。

²⁵⁹ 張永兵、溫世揚，同前註，頁91。

²⁶⁰ 內政部 99.9.7.（99）內授中民字第 0990035616 號函。

見解。以重劃會為例²⁶¹，其未依民法等規定辦理法人登記，屬於臨時性、任務性的團體，一旦重劃業務結束即無存在必要，且重劃會之法律行為無須他人同意即可發生法律效果，其性質與法人有間²⁶²。實務上也將自辦市地重劃會定義為非法人團體²⁶³。在最高法院 91 年臺上字第 1985 號民事判決中，除了肯認重劃會是非法人團體，尚認定出售抵費地所得之價款，屬重劃會特有財產。又重劃會於銀行以重劃會為帳名，設有帳戶，並可出具存摺及存款，即可證明重劃會有獨立之財產，可知重劃會此種非法人團體享有與法人或自然人相同完整的財產權。

再以合作社為例，其與非法人團體之祭祀公業一樣，人的性質相當濃厚，無法忽視其內部關係係建立於構成員的基礎上。學說上有認為合作社的財產是以個人所有為核心，實質是私人產權，承認其為獨立的經營主體；也有採複合產權說，認為是由眾多數量大體均等的個人產權復合而成。經由集合的個人產權和集體產權復合而成，是同一類主體按一定原則，將各自所有的資源和共同所有的資源集中到一起所形成的特殊產權²⁶⁴。以現今實務已擺脫祭祀公業為共同共有物之見解的情形來看，非法人團體之祭祀公業，依照此兩說的不同理解，也可以導向私人產權說與複合產權說的結論，但不論採哪一說，都已經肯認了非法人團體之祭祀公業可享有財產之法律地位。

更追本溯源一點探討非法人團體之財產權問題，其實就是權利能力之有無的爭議。非法人團體是否有實體法上之權利能力，至今仍有很大的意見分歧。雖然非法人團體依民事訴訟法第 40 條第 3 項，在設有代表人或管理人之情形，有當事人能力，但當事人能力乃係因為該團體對內有與其成員間之關係，對外也有與他人發生法律行為之關係，若不賦予其當事人能力，產生之紛爭則無法利用法院進

²⁶¹ 早期臺灣僅有公辦市地重劃制度，至平均地權條例增訂了第 58 條，得獎勵土地所有權人自行組織「團體」（1988 年將原規定「團體」一詞修正為「重劃會」）辦理市地重劃。之後經內政部分別訂定發布市地重劃實施辦法、獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法，從此確定市地重劃分為公辦與自辦二種開發方式。

²⁶² 立法院公報處（1992），《立法院公報》，81 卷 71 期，頁 138。

²⁶³ 內政部 80.3.14.(80)臺內地字第 807647 號函、法務部 79.10.9.(79)法律字第 14583 號函參照。

²⁶⁴ 張永兵、溫世揚，前揭註 258，頁 85。



行訴訟。在實體法上，是否當然有權利能力，學說上一般分有：

(一) 無權利能力說

此說認為基於法人法定主義，未經登記之非法人團體自不得享受權利負擔義務²⁶⁵。經登記法人設立以後取得權利能力，才可以法人名義從事法律行為。

(二) 部分權利能力說

有學者認為應依訴訟標的之性質定之，如為物權請求即採無權利能力，如為債權請求即採有權利能力²⁶⁶。

(三) 有權利能力說

民事訴訟法第 40 條第 3 項既然規定非法人團體有為訴訟當事人之能力，又認為非法人團體無權利能力，顯然有邏輯矛盾、解釋錯誤之問題。觀察德國的法人制度沿革，法人之所以能成為權利義務之主體，並非由於法律規定使然，而是因為其在社會上擔負一定功能之故，立法者鼓勵人民登記團體為法人，是為了保障人民財產獨立於該團體之外，本意並非決定誰有權利能力、誰無權利能力²⁶⁷。

實務見解有認為非法人團體並無權利能力，例如最高法院 68 年臺抗字 82 號判例認為：「...非法人之團體，設有代表人或管理人者，依民事訴訟法第四十條第三項規定，固有當事人能力，但在實體法上並無權利能力。」然而，學者指出，祭祀公業有財產、管理人及構成員（派下），且不能否認在社會上交易的事實，並且有清償能力，應承認其有非法人團體的當事人能力及權利能力²⁶⁸。本文亦認為，若認非法人的祭祀公業無權利能力，與現今社會交易事實不符，徒增困擾。實際上非法人團體之法律關係也並非只有肯認權利能力的爭議，還有真正權利歸屬者的認定問題。由於非法人的祭祀公業，存在的方式可能有以構成員為重心的社團，或是以財團捐助的方式成立，這兩種不同的非法人團體，其內外部關係也循不同

²⁶⁵ 姚瑞光（2004），《民事訴訟法論》，頁 90，臺北：大中國。

²⁶⁶ 楊建華（1999），《問題研析民事訴訟法(一)》，頁 23，臺北：三民。

²⁶⁷ 陳榮宗（1990），〈非法人團體之權利能力論〉，《民事訴訟法之研討(三)》，頁 106-112, 115-121，臺北：三民。

²⁶⁸ 陳榮宗，同前註，頁 99。



規定類推適用法律²⁶⁹，此種法秩序的例外情形，本應盡量避免，所以這也就是為何推動祭祀公業法人化是現今立法政策重大、急迫的目標。

第二項 習慣法下的派下權

一、派下權不同於一般財產權

具有派下身分之人始能取得派下權。派下權可以從房份的意義理解，依大正 9 年（1920 年）控民第 704 號判決之用語，房份即派下權，係包括各派下所有之權利義務之總稱。房份並非現行法律用語，但其概念涉及派下權範圍之計算。房份的重要性在於，祭祀公業的收益，除去祭祀、管理之必要費用之餘額，習慣上皆分配予派下員，故須由房份確定其派下權利義務多寡²⁷⁰。不過房份之概念是從各房本位角度出發之定義，其多寡是一種固定事實，而派下權可自由處分。總之在概念上，派下權是對祭祀公業所應享有的權利與應負擔的義務的總稱。而房份指的是：派下權的範圍，故可稱為派下權份額²⁷¹。以下圖表示：

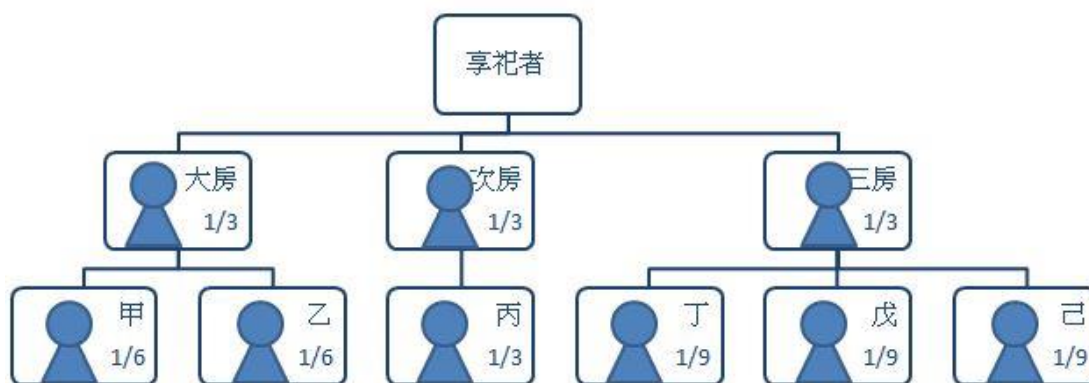


圖 2-2 房份示意圖

資料來源：本研究自製

²⁶⁹ 學者大多尚細分內外部關係來解釋非法人團體的權利義務歸屬。非法人之社團，對內的法律關係類推適用有關於社團之規定，其財產應歸屬於全體社員共同共有，在取得確定私權之確定判決後，其確定判決效力在程序上雖僅及於該非法人之團體，但在實體法上，基於判決得以享受權利負擔義務者，應為社團性質之全體構成員；財團性質之非法人團體，則歸屬於捐助人之受託人。相關問題參楊建華，前揭註 176。

²⁷⁰ 高曜堂，前揭註 1，頁 40。

²⁷¹ 認為派下權即等於房份的見解，見段盛豐，前揭註 9，頁 782, 797。

實務認為派下權兼具身分權及財產權性質，各祭祀公業本身就其派下員身分權及財產權之處分及權利之習慣（歷年慣例），僅屬事實上之習慣，與民法第1條所指之具有法效性之習慣（法）有間²⁷²。若從派下權之處分自由度論述，派下權的身分性質與民法上具有一身專屬性的身分權並不相同。近年已有司法判決承認派下員得以轉讓於特定子女的方式，排除掉其他養子女原本得經繼承取得的派下權。派下權既有高度的自由處分權，那麼將其解為財產權並無不可²⁷³。派下權身為習慣法下的產物，其內容從日治時期開始就不斷被司法權形塑而成，至今日之發展，仍有許多不確定或未深入觸及之處，可經由司法實踐賦予新的內容。

二、派下權繼承與性別平等

然而所謂派下權兼具財產性質，是否代表派下權亦受到一般財產繼承規定之適用？此點極有疑義。從傳統意義來說，不能否認派下權具有的身分性質，受到男系繼承的觀念影響很深。派下權是由負有祭祀責任之人—男系子孫始得享有之，在日治時期雖有承認女性取得派下權之判例，但也僅是承認以例外、候補的方式取得之²⁷⁴。

國治時期的實務見解在派下權取得資格問題上，形式地採取尊重祭祀公業內部機關意思與習慣的立場（祭祀公業土地清理要點第12條亦明定此原則²⁷⁵。）但是實際上司法在解釋女性繼承人是否取得派下權之際，常援引臺灣民事習慣調查報告之論述，認依習慣原則上排除女性取得派下權，司法院院字第647號、最高

²⁷² 臺灣高等法院98年度重上字第598號民事判決。

²⁷³ 學者黃詩淳認為，現在的司法實踐已肯認派下權得以規避民法（一般身分上權利的繼承）之方式讓與給他人，那麼將其定性為身份權有其困難，毋寧更具財產權之色彩。參黃詩淳（2015），〈臺灣法律史學會2014年度春季研討會：從法律史觀點論祭祀公業條例的制訂及施行〉與談紀錄，《臺灣法學雜誌》，264期，頁97-99。

²⁷⁴ 如明治39年控字第272號、大正6年控字第154號、明治42年控字第391號、大正11年上民字第71號、大正11年控民字第107號，轉引自陳昭如（2004），〈有拜有保佑？—從最高法院九十二年度臺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，頁251-252。

²⁷⁵ 祭祀公業土地清理要點（已廢止）第12點：
祭祀公業派下權之繼承或喪失，依規約定之，無規約或規約未規定者，依民事習慣定之。

法院 70 年第 22 次民事庭決議皆同此見解²⁷⁶。故有判決將「祀奉本家祖先的女子」作為可取得派下權的標準，而進一步以「未出嫁」或「招贅」的形式事實來決定是否符合前述標準²⁷⁷；甚至近年另一判決認為縱使是祭祀公業派下員的親生子女，但因為冠外姓而成為「外姓人」，亦不得繼承派下權²⁷⁸。這些判決顯是以宗姚繼承，甚至「外姓亂宗」的角度來認定派下員資格。簡言之，實務思維無法跳脫宗姚繼承跟財產繼承綁在一起的「習慣」，才會導出女子無繼承派下權之結論。有學者批評，縱使承認祭祀公業之派下權性質有別於近代西方個人財產觀念所規定的財產繼承，但在形塑所謂的女子不得繼承之習慣的過程，本身即有受質疑之處²⁷⁹。

在派下權與宗姚繼承身分緊密相連的解釋之下，將使得派下權的遺產性被削弱，依現行祭祀公業條例第 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。」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²⁸⁰。在本條例施行後所設立（原則上無新設之案例）或發生繼承事實的祭祀公業，只要是承擔祭祀責任的派下子孫即可繼承派下權，未有不合理之區別標準，雖然立法者願意在此範圍內將性別平等置於既得權保障、法安定性之前，但關於既已存在之祭祀公業之派下權取得，依同法第 4 條規定，以有無規約為區別標準，而縱使在無規約之場合，亦承襲前述實務闡述舊慣的遺緒思維²⁸¹。司法院大法官釋字第 728

²⁷⁶ 陳昭如，前揭註 274，頁 254。

²⁷⁷ 最高法院 92 年度臺上字第 1280 號判決。

²⁷⁸ 臺灣高等法院 97 年家上易字第 39 號民事判決。關於對此判決之批評，參吳煜宗，〈姓氏與祭祀公業派下資格——臺灣高等法院九十七年家上易字第三九號民事判決〉，《月旦裁判時報》，3 期，頁 40-46。

²⁷⁹ 質疑的重心在於誰有定義習慣之權力、習慣或文化可否改造等問題，參陳昭如，前揭註 274，頁 261-262。

²⁸⁰ 內政部 97.10.6（97）內授中民字第 0970732852 號函。

²⁸¹ 祭祀公業條例第 4 條：

本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。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。

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。

號對此並未出於解釋整體法規範意旨的立場，反而只針對第4條第1項前段做出合憲之宣告，雖然理由書中肯認同條第1項後段的規定確實形成性別差別待遇，不過卻為派下權取得的差別待遇緩頰，認為在同條第3項的各項「寬容」事由中受到「減緩」，已是國家權力與舊慣折衷的最大美意，致此號解釋不僅有多位大法官提出不同意見書且迭遭學界批評。

學者吳煜宗指出，祭祀公業制度固源於男尊女卑之社會，惟其設立本意並非排斥女性子孫，而係著重祖先祭祀功能，之所以造成幾乎由男性子孫承繼的結果，只是反應既往社會現實而已。法律未對如斯具文化意涵的民事習慣設立規範，其實才是爭議的原因²⁸²。本文認為，此些具文化意涵的舊慣，在經年累月的行政及司法實踐下已有變遷、鬆動的痕跡（從派下權的歸就、不斷開拓女子繼承派下身分的例外事由等可窺知一二），法律對其設立規範當跟隨社會變遷，最大程度地維護所有家族成員之派下權利。可惜釋字第728號解釋中，司法院大法官仍過度尊重此種「司法形塑的舊慣」，繼續強化祭祀公業作為排除女性在外的一種制度。

第三節 小結

祭祀公業源自於祭田制度，其運作的內容經過舊慣調查工作及學說發展，在臺灣具有獨特的習慣法上地位。祭祀公業的設立方法及種類相當多元，與現今法律制度比較，可以呼應到不同類型法人制度之處，然而經過長期的司法判決及行政函釋的形塑，乃至具法律位階的「祭祀公業條例」制定施行後，祭祀公業的舊慣內容，尤其決議機關（派下員大會）及管理人的設置、權力分配等問題已經有單一化的傾向，基本上是以闔分字祭祀公業作為想像的規範對象。

學說對祭祀公業性質的主張繁多且差異甚大，各有所據。近年旨在將祭祀公業法人化的立法政策促使祭祀公業法律性質得以明確化。簡言之，祭祀公業從早期的公司共有物，經過變革而成為現今的法人。在行政法上，縱使是非法人團體

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。

²⁸² 吳煜宗，〈繼承的範圍—祭祀公業派下權的遺產性〉，《月旦法學教室》，51期，頁9。

之祭祀公業，也享有部分的行政法之權利能力。然而實際上未依祭祀公業條例登記為祭祀公業法人，也未依民法規定登記為社團／財團法人的祭祀公業仍為數不少。對於此種祭祀公業應如何定性，依循國治時期的公同共有說並不見得適切，故仍然有重新審視祭祀公業本質，以定性其法律地位之必要。

祭祀公業的社會功能日漸擴大，例如從事社會救助、辦學、提供獎學金、醫療服務等，而且收益經常注入在公業之營運，而非分配予派下，通常具有非營利性質。而登記為非營利組織，在稅捐上有稅捐優惠規定，此些優惠可做為祭祀公業登記為非營利組織之誘因。

祭祀公業與韓國之宗中財產、香港之祠堂系出同源，且都經歷過殖民地法律移植歷史。觀察他國在宗族財產方面的法律爭議，對我國祭祀公業的法規建置亦可獲得啟發，包括是否可以成立信託財產、紛爭解決途徑之新設等。

最後，祭祀公業是一種以法人或非法人形態存在的私團體，其財產權亦受憲法保障。判斷祭祀公業財產權範圍，須肯認祭祀公業享有權利能力，其次公業團體因其所進行的活動所生的財產利益²⁸³，亦應受憲法上財產權保障；另一方面祭祀公業的派下權，雖依附派下員身分而來，但藉由司法實務的塑造，已顯現出不同於一身專屬權的性質，因此理論上祭祀公業財產權的保障範圍亦包括派下權。

²⁸³ 早在臺灣私法中即列出在公業財產設定之後，得以伸縮其財產範圍之事由（諸如孳息收入、公作物改良或毀損、受贈與等法律行為、公權力之徵收），參岡松參太郎，前揭註 52，頁 423-424。

第三章 損失補償理論於祭祀公業財產權保障之適用



第一節 損失補償概說

第一項 財產權之保障內涵

一、存續保障與價值保障

E.G. Furubotn 認為在法律與經濟學的研究共識下，財產權可定義為「界定個人有關於稀少資源之利用的地位之一套經濟與社會關係²⁸⁴」，並認為應凸顯其「財產權的內容以特定、可預期之方式影響資源之配置與使用」的特質。17 世紀的 Grotius 以自然法詞彙闡述私有財產權，認為財產權是在法律之上的，亦稱為原始基本權 (Urgrundrecht²⁸⁵)，經過不同思潮的修正，原則上皆肯認財產權是先於國家與實定法存在之基本權利，以此延伸出防禦權及有限政府之概念²⁸⁶，國內學者亦多為如是主張²⁸⁷。

財產權的保障內涵，有存續保障 (Bestandsgarantie) 及價值保障 (Eigentumswertgarantie) 兩個面向。存續保障指的是財產現有存續狀態之保障，使人民可就財產依其現狀繼續為使用收益。確保財產之存續狀態不改變，是傳統「財產權」保障內涵，藉以對抗國家的違法侵害，所以財產權的保障首重存續保障，次以價值保障輔助²⁸⁸，以強調基本權的防禦性質。存續保障與徵收、限制補償的連結在於：財產權之存續保障具備高強度之防禦侵害的保護結構²⁸⁹，它可說是第一道防線，即使構成徵收事由，若無補償或符合相關的徵收程序，亦不可剝奪財產的存續保障。價值保障，係指為了達到財產本身「價值」的保障，將應受

²⁸⁴ “[A]s the set of economic and social relations defining the position of each individual with respect to the utilization of scarce resource.” See E.G. Furubotn, Svetozar Pejovich, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, 10(4) J. Econ. Lit. 1137, 1139 (1972).

²⁸⁵ Vgl. Hasso Hofmann, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Aufl., 1995, S.14.

²⁸⁶ See JEREMY WALDRON, *THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY*, 251, Oxford University Press, 1988.

²⁸⁷ 參吳庚 (2004)，《憲法的解釋與適用》，3 版，頁 243，臺北：三民。葉百修 (1989)，〈從財產權保障觀點論公用徵收制度〉，氏著，《國家責任叢書 (一)》，頁 4-6。劉建宏 (2004)，〈財產權〉，《法學講座》，29 期，頁 3。

²⁸⁸ 吳庚，同前註，頁 249，臺北：三民。

²⁸⁹ 蔡維音 (2006)，〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，11 期，頁 15。



保障的財產標的擴張到所有具有經濟上財產價值之權利²⁹⁰。故財產的存續狀況改變時，例如被徵收、徵用，必須給予相當價值的補償。也只有在合於公用徵收的條件下，財產權之存續保障始由價值保障替代之²⁹¹。

司法院大法官在釋字第 400 號清楚說明存續保障為主、價值保障為輔的精神：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。如因公用或其他公益目的之必要，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨。」其中存續狀態指的是存續保障，而相當補償即是指價值保障。

我國於 1954 年公佈施行之平均地權條例，或是土地法、都市計畫法、市區道路條例等立法都對徵收及其相關之補償有所規定。但是在證立徵收行為的正當性時，關涉存續保障（Bestandsschutz）的討論往往被忽略。存續保障是傳統財產權保障的核心部份，其意涵在於對國民財產權持有狀態之確保，藉由此種狀態的確保達到對既得權的承認與尊重，故存續保障對於土地所有權的剝奪具有較強的抗拒強度。然而學者指出我國早期的徵收實務運作，並未嚴格遵守「存續保障」轉變成為「交換價值之保障」的要件（具備法定程序、正當理由、比例原則以及合理之「補償」）而屢有架空「存續保障」的情形²⁹²。

二、財產權的社會義務性

古典的財產權所描述的是絕對保障概念，但鑒於資本主義所帶來的社會貧富不均問題，開始出現財產權保障概念相對化的思想²⁹³。各國開始強調財產權的社會性、義務性（Sozialgebundenheit），也就是國家基於公益而限制財產權，如果不

²⁹⁰ 惟法律制度創設目的不在具體化人民財產權內容者，如維護證券交易安全而禁止內線交易，僅屬於客觀法規範性質，人民不得空泛援引作為財產權基礎。參李惠宗（2009），《憲法要義》，5 版，頁 273，臺北：元照。

²⁹¹ 葉百修，前揭註 287，頁 41。

²⁹² 蔡維音，前揭註 289，頁 22-23。

²⁹³ 關於財產權（所有權）概念之演進，參溫豐文（1982），〈論土地所有權之限制〉，《東海學報》，23 卷，頁 59。

至於太過，乃屬憲法所許可，不須對所有權人加以補償。此種思潮首先反映在 1919 年的德國威瑪憲法第 153 條第 1 項、西德基本法第 14 條第 2 項。戰後的日本仿德國，在憲法中規定「財產權之內容須合於公共福祉，以法律規定之。」至此，大多數的國家皆對於財產權加諸一定程度的限制²⁹⁴；簡言之，依照現代的憲法思潮，對財產權的討論，大多強調在各種社經條件的變遷下，「財產權的保障」與「財產權的社會拘束」兩者如何調和的議題²⁹⁵。

財產權的私使用性必須受到社會義務之要求，而在某些情形下受有程度不一的限制。我國憲法第 23 條規定，國家基於公共利益之必要，得以法律限制之。此涉及財產的社會義務性（相對的概念為特別犧牲），因此，對於財產權可以限制到何處，而不致侵犯私有財產制度之核心內涵，是損失補償制度的重心。

以徵收為例，一方面，立法者為了追求公共福祉目的，在社會義務範圍內，得對人民之財產權加以限制²⁹⁶，此時乃屬國家合法侵害（干預）人民之財產權；另一方面，在超出社會義務範圍的情形下的徵收，既然私有財產是為個人生活權與生存權之具體依憑所在，故對於因公用徵收而導致個人財產損失，應予補償²⁹⁷。

德國基本法施行之後，聯邦普通法院承襲帝國法院的擴張徵收概念的解釋，將財產權限制類型分為「應予補償之公用徵收」與「不予補償之財產權限制」兩大類型²⁹⁸。前者屬於徵收之財產權限制者，需給予補償；反之，即屬財產權社會拘束（Sozialbindung des Eigentum）範疇，無補償問題²⁹⁹。若以我國憲法脈絡理解此種區分，可以比擬為公用徵收下的限制或是憲法第 23 條之限制。蓋公用徵收下

²⁹⁴ 葉百修（1988），《從財產權保障觀點論公用徵收制度》，頁 83-84，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

²⁹⁵ 陳愛娥（2011），〈土地利用規劃與權利保障〉，收錄於《資訊法制、土地規劃與損失補償之新趨勢》，臺灣行政法學會，頁 14。

²⁹⁶ 不過立法者仍須遵循制度性保障與法治國原則，例如法律保留原則、比例原則等等，此與是否容許立法者以社會義務性為理由限制人民財產權是兩個問題。

²⁹⁷ 楊松齡（1996），《現行土地制度有關財產權保障之研究—公用徵收補償之分析》，頁 2-16，臺北：大日。

²⁹⁸ 李建良（1999），〈行政法上損失補償制度之基本體系〉，《東吳法律學報》，11 卷 2 期，頁 44。

²⁹⁹ 陳愛娥，〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，收錄於劉孔中、李建良主編（1998），《憲法解釋之理論與實務》，頁 15-16，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。



的限制必須對被徵收人為補償，但若符合憲法第 23 條的事由，雖侵害人民權利仍具有正當化事由，並無補償之必要。

第二項 損失補償之發展與法制化

一、德國法

(一) 特別犧牲理論的發展

德國的財產權損失補償制度，是到了威瑪憲法時期才算是有憲法上依據，其第 153 條 2 項規定徵收應出於為了公共福祉，並且只能基於法律為之，若無其他法律，則應以相當補償替換³⁰⁰。1949 年頒布的基本法第 14 條第 3 項³⁰¹允許直接以法律為徵收，並規定公用徵收法律必須訂有補償規定，即所謂的聯結條款

(Junktinklausel³⁰²)。而基本法第 14 條的財產權概念，也藉由聯邦最高法院的解釋不斷擴大，不限於人民在土地上或動產上的財產所有權 (Sacheigentum)，還延伸到整體的財產上私有權利，這些權利從屬於個人，就如同可以私人利用及支配的財產所有權一樣，並且也延伸到許多公法上的法律地位³⁰³。具體來說，除了物權，還包括具有財產價值的社員權、股東權、債權、租賃權、專利權、有保護價值並登記之商標權、出版權、先占權、礦業權、狩獵權、漁獵權，甚至在聯邦最高法院的判決中，認為已設立並有經營活動之營業 (Gewerbebetrieb³⁰⁴)，也具有財產價值而為憲法所保障³⁰⁵。

特別犧牲理論的發展，與徵收概念的擴張息息相關。十七、十八世紀時期，

³⁰⁰ 早在 1794 年，普魯士一般國法序章第 74 條及第 75 條已有規定犧牲補償 (Aufopferung)。後來 1874 年訂定的土地徵收法，也是伴隨土地徵收而來的損失補償的法律。參塩野宏 (2013)，《行政法 II—行政救濟法》，第 5 版補訂版，頁 356-357，東京：有斐閣。

³⁰¹ §14 Abs.3 GG:


(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

³⁰² 國內學者也有將其翻譯為結合條款或唇齒條款，本文不統一稱呼，仍依各學者慣用語為主。

³⁰³ Vgl. Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl., München 1998, S. 247.

³⁰⁴ 葉百修 (2011)，《損失補償法》，頁 76-77，臺北：自刊。

³⁰⁵ 蓋營業之利用本身也是一種「現實具體之價值」，可以在頂讓時的買賣價格或出租時的租金中反映出來。因公權力措施而被迫停業，屬營業利用可能性之被剝奪，構成一種財產權實質之損害，應對之加以補償。參廖義男 (1994)，《國家賠償法》，頁 20，臺北：自刊。



國家僅能基於特殊公益上理由，剝奪或限制個人的既得權利³⁰⁶，而且不論是徵收標的、方式都受到嚴格限縮³⁰⁷，這時候的公用徵收（Enteignungsinstitut）又稱為古典徵收（klassische Enteignung）。到了二十世紀初的威瑪時期，威瑪憲法第 153 條在帝國法院及學者的解釋下擴張了以往的徵收概念³⁰⁸。擴張的結果，使得徵收標的上包括其他具私法上財產價值之權利、徵收手段包括財產權之限制、徵收只須符合一般公共利益即可，且徵收方式不限以行政處分為之³⁰⁹。基本法時期的徵收概念與威瑪憲法大同小異，只是基本法第 14 條，強調了法律依據、公共利益、比例原則、明文訂定結合條款等，是德國近代史上所有憲法，條文最為詳盡者³¹⁰。簡言之，後來的徵收概念在徵收客體、權利是否移轉、目的、法律方式皆獲得鬆綁及進一步的擴張。至此，公用徵收擴張到公益徵收已經是必然的趨勢。

原本，公用徵收的本質就是一種特別犧牲的類型，但在古典公用徵收場合，因為已與損失補償思想相結合，而有法律明文及唇齒條款之保障。至於有問題的是其他財產權限制，才得以被評價為已超越應忍受之社會義務而應受補償，其標準如何莫衷一是。此時伴隨著公用徵收概念擴張到公益徵收的趨勢（也就是所謂的「擴張徵收」概念），德國的聯邦普通最高法院與聯邦行政法院開始藉由法官造法的途徑發展出逾越社會義務的標準——特別犧牲理論（Sonderopferstheorie³¹¹），作為與損失補償效果連結的橋樑。

聯邦普通法院將財產限制類型分為「應予補償之公用徵收」與「不予補償之財產權限制」，但兩者之間處於一種流動之狀態，「特別犧牲理論」就是用來區分

³⁰⁶ 李建良，前揭註 298，頁 35。

³⁰⁷ 葉百修，前揭註 304，頁 83-84。董保城（2002），《國家責任法》，頁 8，臺北：神州。

³⁰⁸ 德國法上徵收概念的擴張，其實還涉及補償原則，也就是完全補償、適當補償以及公平補償三種立法趨勢，不過特別犧牲理論主要是處理社會義務容忍界限的問題，所以此處只就徵收標的及目的為討論。

³⁰⁹ 董保城，前揭註 307，頁 9。

³¹⁰ 好處則在於可以避免威瑪時期立法者可以制定不予補償或不予公正補償之法律。參見陳新民（2007），〈財產權保障的陰暗角落？——論被徵收人的回復權問題〉，臺灣行政法學會主編，《國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織》，頁 398，臺北：元照。

³¹¹ 陳愛娥，前揭註 299，頁 67。

兩者，意旨略以：「國家對人民財產權之干預，無論其形態是否為財產權之剝奪，抑或財產權利用之限制，財產權人之犧牲程度如與他人所受限制相較，顯失公平且無期待可能性者，即構成公用徵收，國家應予補償；反之，如未達特別犧牲程度者，則屬財產權之社會義務³¹²。」但是特別犧牲的具體判斷標準在德國未有定見³¹³，一般來說有「個別行為理論」(Einzelaktstheorie)、「實質界限理論」(materielle Abgrenztheorie)、「目的違反理論」(Zweckentfremdungstheorie)、「私用理論」(Privatnützigkeitstheorie)、「可期待性理論」(Zumutbarkeitstheorie)及「重大性理論」(Schweretheorie)等³¹⁴。

(二) 補償範圍及方式

1. 補償範圍

1986年修正，於1987年生效的聯邦建設法典(BauGB)，具體化了基本法上徵收補償範圍的立法委託。徵收補償之範圍與基準，於本法第93條至第103條設有規定³¹⁵。

首先，依聯邦建設法典第93條第2項，因公用徵收所生之權利損失(Rechtsverlust)以及財產上不利益(Vermögensnachteile)應予補償³¹⁶。所謂權利損失之補償，依同法第95條第1項，以被徵收土地或其他徵收標的在徵收聲請受裁決之時點之交易價值(Verkehrswert)為之³¹⁷。從權利損失與交易

³¹² 李建良(2000)，〈損失補償〉，收於翁岳生(編)，《行政法2000(下冊)》，頁1433-1434，臺北：翰蘆。

³¹³ 各理論皆有所據，但普通最高法院向來堅持平等原則的操作，兼採實質界限說；而聯邦行政法院則採用侵害程度、地緣、特別狀況、狀態拘束性等理論。葉百修，前揭註304，頁44-45。

³¹⁴ 參葉百修，同前註，頁39-41。李建良，同前註，頁40-45。

³¹⁵ 德國都市更新制度的主要規定即是依循此法第136至164條，其他規定散落於相關規定中，參林明鏘(1997)，〈論德國都市更新制度—兼論我國都市更新制度〉，《歐美研究》，27期2卷，頁111-112。

³¹⁶ §93 Abs.2 BauGB

Die Entschädigung wird gewährt

1. für den durch die Enteignung eintretenden Rechtsverlust,

2. für andere durch die Enteignung eintretende Vermögensnachteile.

³¹⁷ §95 Abs.1 BauGB

Die Entschädigung für den durch die Enteignung eintretenden Rechtsverlust bemisst sich nach dem Verkehrswert (§ 194) des zu enteignenden Grundstücks oder sonstigen Gegenstands der Enteignung. Maßgebend ist der Verkehrswert in dem Zeitpunkt, in dem die Enteignungsbehörde über den

價值掛鈎的角度來看，一個重要的關鍵在於，權利損失的討論僅限於土地本體，或是可延伸到將來的收益機會。關於此實務與學說見解並不相同，以聯邦普通最高法院為例，其認為補償並非「關係假定或將來之價值，而是一種事實上已附在其本身之價值。」所以只有此等將來之希望、收益機會在徵收時點已實現，才應予斟酌³¹⁸。

至於財產上不利益的補償規定，依聯邦建設法典第96條，配合實務見解，可區分為：營業損失（如營業搬遷、營業拋棄、租約）、殘餘地價值減少、遷移費、代理費用、其他權利維護費用³¹⁹。針對此些項目的補償，有一個很重要的考量因素，就是這些財產上的不利益並且須以客觀情勢判斷，不取決於被徵收人之主觀意見。

此外還有針對違章建築的衡平補償，以及針對徵收關係人個人生活狀況的急難補償（合稱為特殊補償³²⁰），其與一般補償範圍較為不同的地方在於這些原本應屬無補償的個案，本質上無可歸咎於國家之性質，然而，在通過衡平性或補充性的要求下，仍給予補償，體現社會救助之精神。

2. 補償方式

依德國基本法第14條第3項，徵收補償之額度或方法屬立法形成空間。然而實務上以現物補償迭有困難，故原則上採以被徵收土地之等價金錢補償（定期或一次性金錢給付），例外情形可採土地補償（代償地補償）或其他權利補償，例如移轉被徵收土地上的物權之設定。

二、日本法

（一） 憲法上損失補償依據之爭議

日本憲法第29條之文義使用「財產權」作為規範依據，配合同條第2項「財

Enteignungsantrag entscheidet.

³¹⁸ 葉百修，前揭註304，頁206-207。

³¹⁹ 葉百修，同前註，頁216-223。

³²⁰ 葉百修，同前註，頁223-229。

產權之內容，應以適合公共福祉的方式，以法律定之」的規定，被認為是維持資本主義下的私有財產制。實務見解同時也指出，憲法第 29 條是將「作為社會的經濟活動基礎之國民個別財產權作為基本人權而加以保障³²¹。」可知財產權兼具制度性與個別性保障性質。

通說認為，日本憲法第 29 條第 3 項是損失補償的明文規定。本項的防禦範圍除了財產所有權的強制取得，尚及於對財產的限制。但同條 2 項明確肯認基於公共福祉而限制財產權的容許性³²²，所以對財產權的「限制」要到甚麼程度才要給予補償，容有爭議，學界就此發展了不同的判斷基準，來判斷是否應予補償。

從憲法上的規定來看，還衍生了人民是否得逕依憲法主張損失補償的爭議，此在日本學界之所以受到關注，乃由於明治憲法與現今日本憲法的規定有所不同，造成了對損失補償請求權依據的理解有所不同。明治憲法第 27 條第 2 項規定了：「若因公益上之必要所為收用處分，應依法律規定之內容行之³²³」，但沒有損失補償的規定³²⁴；反觀現今的日本憲法上雖訂有損失補償的明文，但比起明治憲法，在解釋損失補償制度時，問題更大。因為依明治憲法，損失補償委由立法者制定，是否要補償、金額多少等全部都依照該制定法；與此相對，現今日本憲法第 29 條第 3 項只規定「私有財產，在正當補償下，得為公共利益而使用之。」既然並無規定應依法律為之，那麼在欠缺補償規定的實定法之情形下，依一般憲法解釋論，必須檢討到底要不要為損失補償³²⁵。關於此點有違憲無效說，逕認為該規定違憲

³²¹ 蔡維音，前揭註 289，頁 17。

³²² 日本国憲法第 29 条第 2 項、第 3 項：

財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。

私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。

³²³ 日本帝国憲法（明治憲法）第 27 条：

日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サル、コトナシ

公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル

³²⁴ 不過學者指出，1900 年的土地收用法就設有徵收時的補償條款，雖然是以個別法律而非在憲法上規定，但作為行政法上的制度之一種，損失補償制度還是存在於憲法中的。見塩野宏，前揭註 300，頁 357。

³²⁵ 塩野宏，同前註，頁 357-358。

無效，以及直接請求權發生說，即人民可直接以憲法為根據而請求³²⁶。

採取違憲無效說者，認為補償規定之有無是在立法指針的表現，學者林修三認為若沒有補償規定，即無補償請求權；而今村成和、阿部泰隆等學者則支持直接請求權說，亦有判例支持此說³²⁷。此爭議可以一例來說明：用不補償的方式來設計都市周邊的綠化帶時，如果認為此種無補償的土地利用是違憲的，由於在日本抽象性的規範統制訴訟³²⁸是不被承認的，所以對建築確認的申請的否准處分，正確的救濟途徑是對該否准行政處分提一撤銷訴訟；相反地，若認為欠缺補償規定的系爭法律並非違憲，那麼受損失之人民應該可以直接根據憲法，主張損失補償請求權³²⁹。日本憲法到底是採取前者或後者主張，無法明確判斷，通說判例認為是後者，亦即肯認憲法第 29 條第 3 項可作為是損失補償請求權的基礎³³⁰。

（二） 補償要否的判斷

徵收補償在憲法上已有依據，至於財產權的限制應否給予補償，日本學界的討論，大致上可以與德國的特別犧牲理論呼應。以今村成和支持的實質基準說與田中二郎支持的形式基準說為代表。

形式上的基準以田中二郎為首所主張，考量因素包括：對一般人或特定人侵害、侵害是否涉及本質程度，或只是財產內在性制約的程度？不過有些情況下難以判斷是對一般人或特定人之侵害³³¹，所以較有意義的思考點仍是該侵害是否涉及本質程度，或只是財產內在性制約的程度。

採實質上基準說者，認為必須達到對該財產權本來效果的發揮有所妨礙，除

³²⁶ 阿部泰隆（2009），《行政法解釈学 II，実効的な行政救済の法システム創造の法理論》，頁 393-394，東京：有斐閣。

³²⁷ 阿部泰隆，同前註，頁 394-396。

³²⁸ 日本法上所謂規範統制訴訟，相當於我國的「法規抽象審查」，其目的係在已知系爭的法令將適用於具體事件之前，即聲請法院先行確認法令之合憲性，參歐廣南（2007），〈預防性救濟問題之研究—以日本憲法訴訟為中心〉，《復興崗學報》，90 期，頁 205-206。

³²⁹ 塩野宏，前揭註 300，頁 356。

³³⁰ 塩野宏，同前註，頁 356。

³³¹ 例如依都市計畫的徵收事件，很難判斷是一般或特定侵害，而且縱使是對一般人侵害也應該要補償。參阿部泰隆，前揭註 326，頁 398。



非權利者有需要容忍的理由，否則當然要為補償。但如果沒有達到前述的限制財產權的程度，該財產權的存在，是為了保持社會共同生活而必要者，就應解釋為財產權的內在的社會的拘束的表現，而不需補償³³²。就此今村成和所提出的實質判斷基準，可以下圖表現³³³：

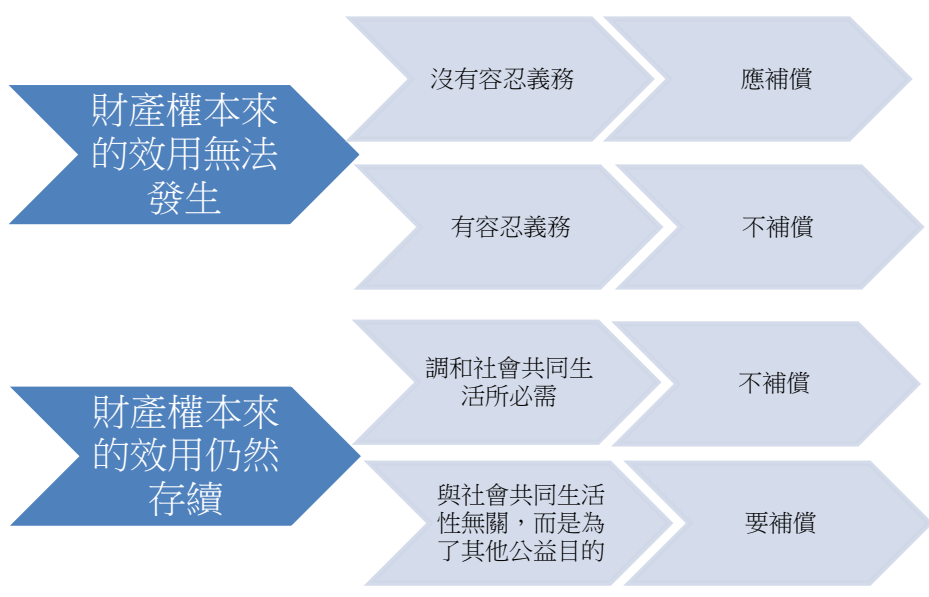


圖 3-1 損失要否－實質判斷基準判斷流程圖

資料來源：改自阿部泰隆（2009），《行政法解釈学 II，実効的な行政救済の法システム創造の法理論》，頁 399，東京：有斐閣。

除了形式基準與實質基準說以外，還有出於其他考量，諸如警察限制與公用限制的類型³³⁴、補償規定是否溯及適用、補償財源觀點等等³³⁵作為人民權利受到的損害超出其社會義務的判斷標準。

結論上來講，應從利用規制的態樣、原因、損失程度、社會通念加以綜合判

³³² 塩野宏，前揭註 300，頁 361。
³³³ 圖中所謂與社會共同生活性無關的其他公益目的，例如為了重要文化財的環境保全，而對環境的限制。參阿部泰隆，同前註，頁 399。
³³⁴ 此種區別著眼於限制目的，進而發展出更為具體的基準。所謂警察限制是為了維持社會公共秩序與維護國民安全所為的消極限制（例如禁止採取砂石），判例曾表明此種情形不需補償；公用限制則是出於增進公共福祉所為的積極限制，若達重大限制程度（例如凍結現狀利用或禁止開發）則需要受補償。阿部泰隆，前揭註 326，頁 400。
³³⁵ 阿部泰隆，同前註，頁 400-402。



斷³³⁶。基於前述，可參考的判斷基準如下：

表 3-1 損失要否—綜合判斷基準表

	相關事例	是否補償	
限制程度極度弱，但公共利益極大。	例如限制特定場所附近的採礦權。相關判例：「為了公共福祉所為的一般最小限制，不管何人皆要當然忍受。」	不補償。	
財產權人存有必須忍受原因。	例如在火災發生場所基於防火所為措施，人民必須忍受 ³³⁷ 。	不補償。	
在財產價值已經消滅的情形，對該財產之剝奪。	例如救火時毀損已燒燬之物；又例如依食品衛生法廢棄確定已受病菌感染的食物。	不補償。	
著眼於物所具有的危險性來判斷。又稱為狀態責任。	例如油槽因道路拓寬而必須被移置，移置費用應由道路管理者或油槽設置者負擔。最高裁判所認為：「道路工程施行的結果，使危險物保有者該當違反法規的狀態，被迫要移轉他的工作物，即使因此有所損失，也只不過剛好是實現道路工程施行的結果而已。」	不補償。依照判決主旨，無法導出憲法上的損失補償請求權 ³³⁸ 。	
從規範目的的角度判斷 ³³⁹ 。	警察限制	出於公共安全、秩序維持的消極目的所為的限制。	不需補償。
	公用限制	出於增進公共福祉的積極目的所為的限制。	若達重大程度，需補償。

資料來源：改自塩野宏（2013），《行政法 II—行政救濟法》，5 版補訂版，頁 362，東京：有斐閣

（三） 補償範圍及方式³⁴⁰

1. 補償範圍

補償範圍包括：1.因為徵收當然發生的損失（徵收損失）、2.因為財產被

³³⁶ 塩野宏，前揭註 300，頁 362。

³³⁷ 換句話說，公權力在沒有延燒之虞的場合、物為防火措施，則必須補償。

³³⁸ 不過塩野宏認為狀態責任是預先可知的，油槽所有人根本無從得知土地被徵收，所以從公平的理念來看應該是道路管理者負擔。

³³⁹ 之所以區分警察/公用限制是因為國家有確保市民安全的義務，人民必須對國家的最低義務有所忍受，但對於增進福祉的積極目的，對另一方所造成的損失，要由全體的負擔去調整，才符合公平。

³⁴⁰ 依塩野宏之用語，將其稱為補償項目，分為針對財產之補償、其他補償項目，亦即針對遭徵收土地之損失及其他財產或非財產上損失之補償，參塩野宏，前揭註 300，頁 370-377。

徵收而無法執行事業的損失（事業損失，即附隨的損失）、3.生活權補償³⁴¹。

就徵收損失而言，補償金額依土地收用法第 71 條，須就鄰近土地及類似土地與擬徵收土地之位置、形狀、環境、收益性及其他一般會影響土地價格形成之要素，予以綜合比較，而估計之。另外，基於興辦事業利益歸屬適切化及補償價格公平化之考量，其評估之地價，應以從事業認定告示時起至權利取得裁決間物價變動之修正率（物價指數）予以調整，以作為實際補償價格³⁴²。

至於附隨的損失補償及生活權補償，經常被提出來討論的項目，包括了殘地補償、精神損失、文化財損失³⁴³、生活上損失、伴隨徵收事業而來的損失、限制財產的情況。以下針對宗族團體財產權被侵害時較可能構成之損失項目討論：

精神損失指的是因土地徵收所生之精神上損失。從較狹義的觀點來看，就是指失去先祖傳來的土地或慣住土地的痛苦³⁴⁴。就性質上而言此屬於當然的徵收損失。在某些場合有所謂的「謝金」規定，且實際上具有補足財產補償的功能，但實務認為這是不明確的補償名目，原則上否定此種補償範圍³⁴⁵，就此塩野宏指出，憲法第 29 條的損失本就有限定於財產上損失。只是肯認精神上損失的障礙在於：精神損失是否為獨立救濟對象、是否可評價以及補償方法為何。

³⁴¹ 以分類架構來看，學說上所謂「狹義的財產權補償」、「附隨的損失補償」及「生活權補償」之用語，前兩者結合為一個廣義之財產權補償概念。所謂附隨的損失是直接附隨於財產權之徵收而產生者；至於生活權補償，在日本並無相當明確之定義，與財產權補償範圍分開來討論。參江義雄（1998），〈日本法上「公用徵收」補償制度之探討〉，《中正大學法學集刊》，創刊號，頁 13-14。

³⁴² 陳立夫（2010），〈土地徵收補償合理性審查之研究—公告土地現值定性及其與徵收補償之關聯問題〉，司法院印行，頁 52-53。

³⁴³ 葉百修將文化財損失與精神上損失列為同一類者，但是基於文化財具有一定的公共利益性質，僅以個人主觀感情尚非可完全評價公共財之價值，故本文仍分開討論。

³⁴⁴ 塩野宏，前揭註 300，頁 371。

³⁴⁵ 日本之土地收用法並未明定此種補償範圍，且「隨著公共用地取得之損失補償基準要綱」的內閣會議中曾提到「以往在只有某些情況才會發生的精神補償、協力獎勵金及其他相類的不明確的名目都不再予以補償」。參塩野宏，前揭註 300，頁 371-372。公共用地補償研究会（著），国土交通省土地・水資源局總務課公共用地室（監修）（2010），《公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱の解説》，東京：近代図書，頁 30-31。

文化財の價值未明訂於土地徵收法，在輪中堤³⁴⁶補償案中，最高裁判所認為土地徵收法的通常所受損失為「從客觀的、社會的性質來看，被徵收人基於徵收，當然所受到的經濟的、財產的損失，此種解釋始稱允當，將不具經濟價值的特殊價值也視為補償對象，應非土地徵收法趣旨³⁴⁷。」此判決因為否認文化財損失為補償事由，受到學界的批評，例如阿部泰隆認為應將其納入土地徵收法的補償對象³⁴⁸。塩野宏則進一步指出，認為基於文化財的公共性質，此種損失並非權利人的損失，但若有人因該文化財的徵收而受有精神損失，仍不失為是損失³⁴⁹。

在限制財產使用的情形，例如為了保存歷史的風土，在古蹟、公園、自然環境的地方，課與人民某種不作為義務。此時若人民申請建照被否准，則限制了人民對該財產的使用權利，必須被補償，故又被稱為「不許可補償」，也就是說必須要等到被否准時才可主張³⁵⁰。實務上的補償基準有兩說：1. 地價低落說、2. 積極的實損說。從重視現狀變更的要素的見解來看，學者與實務皆有採積極實損說的見解³⁵¹。

2. 補償方式

以土地徵收為例，補償方式原則採金錢補償，土地收用法第 70 條原則採取金錢補償，例外為現物補償³⁵²，以金錢補償時，原則上採事前、全額支付，但因為此非憲法上所保障之手段，故實務亦承認事後、定期支付³⁵³。土地收用法中多訂有現物補償的規定，包括替地補償、耕地造成補償、工事代行補

³⁴⁶ 輪中堤乃在一定的居民聚落周圍建立防洪堤防，該附近地域之總稱。以愛知縣的福原輪中堤為例，其由被徵收者祖先以私費興建，具有文化資產性質，並非個人私財。

³⁴⁷ 塩野宏，前揭註 300，頁 372-373。

³⁴⁸ 阿部泰隆，前揭註 326，頁 425。

³⁴⁹ 塩野宏，前揭註 300，頁 373。

³⁵⁰ 塩野宏，同前註，頁 376-377。

³⁵¹ 塩野宏，同前註，頁 377。

³⁵² 土地收用法第 70 條：

損失の補償は、金錢をもつてするものとする。但し、替地の提供その他補償の方法について、第八十二条から第八十六条までの規定により収用委員会の裁決があつた場合は、この限りでない。

³⁵³ 葉百修，前揭註 304，頁 328。

償、移轉代行補償、宅地造成補償等，又例如土地區畫整理法第 103 條以下的換地處分也是一種現物補償³⁵⁴。此外，土地收用法第 76 條規定之殘地徵收補償權³⁵⁵，係指土地所有權人請求國家徵收殘地的權利，蓋殘地既然難以使用，對土地所有權人已經喪失實際經濟利用價值，與其對土地所有權人給予殘地補償，不如給予得請求徵收殘地之完全補償，較為合理。此被認為屬金錢補償的一種變形³⁵⁶。

三、我國法

(一) 憲法第 15 條之財產權保障

關於憲法第 15 條財產權的保障範圍，有學者認為，我國並不需要援引德國基本法第 14 條規定的模式來解釋我國保障財產權的概念³⁵⁷。因為我國大法官解釋中歷來對「財產權」保護領域之界定，早已跨越德國實務的審慎立場，財產權概念就已有放寬的趨勢。整理如下³⁵⁸：

表 3-2 我國司法院大法官解釋所承認之財產權範圍

財產權類型	解釋字號
所有權	148、336、374、400、406、440、444
分別共有物應有部分	349、671
共有物分割請求權	358
抵押權	216、304、671
地上權	291、350
準物權（礦業權）	383
智慧財產權	213、370、548、594
債權	37、106、292、335、386、596

³⁵⁴ 相關法律依據及內容，參葉百修，同前註，頁 330-334。

³⁵⁵ 土地收用法第 76 條第 1 項：

同一の土地所有者に属する一団の土地の一部を収用することに因つて、残地を従来利用していた目的に供することが著しく困難となるときは、土地所有者は、その全部の収用を請求することができる。

³⁵⁶ 葉百修，前揭註 304，頁 326。

³⁵⁷ 蔡維音，前揭註 289，頁 31-61。

³⁵⁸ 整理自陳愛娥，前揭註 299，頁 405。葉百修，前揭註 304，頁 77。

寺廟管理權	200
時效取得權	291、350、408、437、451
公法上財產請求權	187、201、246、285、280、312、316、320、389、431、434、457、723
集合或團體財產	410、643、728
總財產價值	225、390、426
經濟活動、財產經營權	414、573
營業自由	390、514、564、606

資料來源：本研究自製

從早期的釋字可知大法官認為我國憲法第 15 條之財產權包括財產利益，例如 180 號、217 號、286 號認為租稅影響人民財產利益與憲法第 15 條有關；而在 291 號、350 號認為事實上占有他人土地而依時效取得地上權者，亦應受保障，可知憲法保障財產權係在保障具有財產利益之法律上地位，不只限於債權、物權、準物權和智慧財產權，範圍比傳統民法上的財產權更廣³⁵⁹。就此種具財產權利益之法律地位，有稱為準財產權者³⁶⁰。但也需注意到，司法解釋試圖逐漸擴大財產權保障的範圍，並非完全受到實務及學說支持，例如在釋字第 606 號解釋，認為股利緩課規定應受憲法之保障，在該號解釋的協同意見書中，大法官許宗力、余雪明、曾有田、林子儀表示：「系爭細則有關股東租稅緩課之程序要件規定，所影響的只是公司的機會或期待，如解為對公司財產權與營業自由之限制，即無異於賦予單純之機會或期待憲法上財產權之地位。財產權概念範圍擴張若此，前所未見」，即已明確地表達反對此種擴張，蓋系爭規定僅僅是可能影響股東投資意向，如以解釋中所謂「對公司之財務結構、營運及發展有重大之影響」來界定「財產權」之新基準，反而使得經濟政策的實施動輒受到憲法拘束，無法施行，我國憲法上

³⁵⁹ 謝哲勝，前揭註 257，頁 194。

³⁶⁰ 「準財產權」指的是，由政府賦予之具有財產利益之法律上地位，和因繼續性法律關係而具有財產利益之法律上地位之人，對未來法律關係亦將繼續存在之正當期待，此種正當期待應承認其為準財產權，使其和傳統財產權概念有所區別。參謝哲勝，同前註，頁 206。

對「財產權」之保障無異被稀釋架空³⁶¹。

我國憲法對財產權所賦予的社會義務，除了可從第 23 條一般限制的規定推導出來以外，在憲法基本國策一章中有更明確的原則可循。包括 142 條、第 143 條第 1 項、第 144 條以及第 145 第 1 項，這些條文都展現了孫中山主張民生主義的精神，這些主張的重點有二：平均地權以及節制資本。尤其在平均地權制度中，承認國家擁有土地的上級所有權，可依國家整體經濟調整土地的配置³⁶²。這種配置或措施，因背後有基本國策方針的支持，因此亦可能成為損害人民財產權的調控手段。

從前述可觀察到，依我國憲法規定及釋憲實務發展，財產權的定義與德國憲法釋義學有不同的解釋結果。我國在基本權保障之運作，實務與學說均一致地透過憲法第 23 條蘊含之「法律保留」與「比例原則」進行合憲性控制。故有學者認為我國本無必要跟隨德國的憲法釋義學，將權利區分為「內在界限」與「外在界限」³⁶³。也就是將「內容形成規定」界定為非屬對基本權之限制，再衍生是否要將所謂「所有權之社會性拘束」，視為內容規定之爭議³⁶⁴。此觀諸釋字第 564 號解釋理由書可知憲法第 23 條如何被運用在財產權侵害行為的合憲性控制：「人民之財產權應予保障，憲法第十五條設有明文。惟基於增進公共利益之必要，對人民依法取得之土地所有權，國家並非不得以法律為合理之限制，此項限制究至何種程度始逾人民財產權所應忍受之範圍，應就行為之目的與限制手段及其所造成之結果予以衡量，如手段對於目的而言尚屬適當，且限制對土地之利用至為輕微，則屬人民享受財產權同時所應負擔之社會義務，國家以法律所為之合理限制即與

³⁶¹ 蔡維音，前揭註 289，頁 13。

³⁶² 楊松齡（1992），〈財產權保障與公用徵收補償之研究〉，《經社法制論叢》，9 期，頁 265。

³⁶³ 從德國法之釋義學結構來看，其以「所有權」為保護標的，因之其「所有權保障」之釋義學建構均係以一特定、存在有特定權利標的的「所有權」為核心，無論是該「權利」本身的存續，或是對該「權利」的使用收益處分，都扣在此原始「所有」之權源之上。吳庚所提出之對「存續保障」的界定，認為「存續保障」涵蓋及於「財產依其現狀繼續存在」以及「作為財富而利用」之自由。但學者蔡維音認為我國的釋義學建構仍然必須滿足體系性與明確性的要求，而且符合規範之保護目的。故不贊成前述吳庚之主張。參蔡維音，前揭註 289，頁 14-15。

³⁶⁴ 蔡維音，同前註，頁 21-22。



憲法保障人民財產權之本旨不相牴觸。」

我國憲法不如德國基本法第 14 條或日本憲法第 29 條，對於國家造成人民財產權損失的補償，設有明文規定³⁶⁵。但嚴格來說，憲法第 15 條「人民之生存權、工作權及財產權應予保障」之規定可視為損失補償之法源基礎。而司法院大法官也在釋字第 400 號、第 409 號、第 425 號及第 440 號解釋中，認為公用徵收具合憲性，並認公用徵收應予補償，始符憲法第 15 條財產權保障的意旨³⁶⁶，可知公用徵收及徵收補償之必要性在我國憲法脈絡上有其證立基礎。然而因為欠缺損失補償的專法，尚必須求諸其他零星實定法的規定，始能耙梳我國損失補償在實務上適用的具體面貌。

（二）特別犧牲理論之引進

德國的特別犧牲理論的影子，在我國司法解釋上隨處可見。申言之，我國亦廣泛承認公權力合法侵害人民財產權致發生損失，而應給補償者，必以該損失已達特別犧牲程度之必要，始足當之³⁶⁷。但在不同學說的混合及自我發展下，又呈現與德國學說不同之面貌。

首先關於適用之權利領域的問題，特別犧牲理論在我國，對財產權以外的權利亦有適用餘地，在司法院解釋第 670 號當中，大法官認為「是特定人民身體之自由，因公共利益受公權力之合法限制，諸如羈押、收容或留置等，而有特別情形致超越人民一般情況下所應容忍之程度，構成其個人之特別犧牲者，自應有依法向國家請求合理補償之權利…³⁶⁸」然而將損失補償精神擴張到非財產性質的權利領域，非無爭議，例如在本號解釋中，許宗力大法官在其協同意見書即提出質疑，認為公用徵收與事後證明為不正當之羈押二者與公益之關聯性不同，此外二

³⁶⁵ 其他有憲法明文規定損失補償之例子，尚包括美國憲法修正案第 5 條：「不得未經正當法律程序剝奪人民之生命、自由或財產；不得未經公正補償而徵收私人財產作為公用。」或是 2004 年 3 月 14 日第 10 屆全國人民代表大會第 2 次會議通過的中華人民共和國憲法修正案第 10 條第 3 項修正案：「國家為了公共利益的需要，可以依照法律規定對土地實行徵收或者徵用並給予補償。」

³⁶⁶ 葉百修，前揭註 304，頁 202。

³⁶⁷ 葉百修，同前註，頁 65。

³⁶⁸ 釋字第 670 解釋理由書參照。



者內含的社會補償性質亦不相同³⁶⁹。

(三) 補償之範圍及方式

1. 補償範圍

國內未有損失補償之專法。土地徵收條例及其相關法規是國內較完整的相關實定法，其統一規定了土地徵收要件、程序、補償基準，杜絕以往諸多特別法之不同基準引發的爭議。以土地徵收條例為例，土地徵收範圍內之補償範圍，包括地價補償、土地改良物補償、土地改良費用補償、營業損失補償及遷移費補償。

這些具體的補償內容的上位概念分為「被徵收人因徵收所喪失權利之價格，包括土地及土地改良物之權利之價格」以及「此外因徵收或徵收土地之使用，被徵收人或接連土地所受之損失」，具體內容如下表：

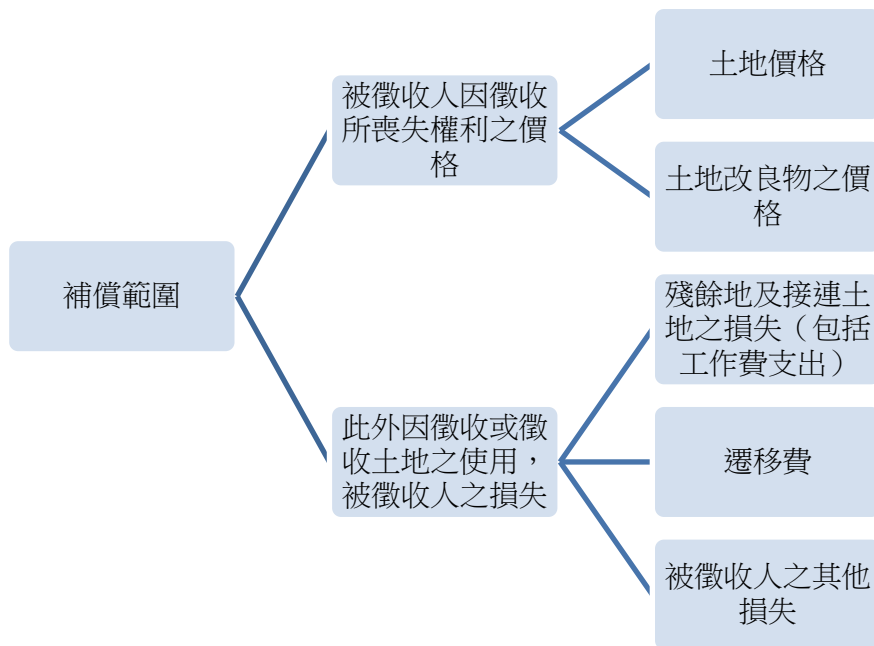


圖 3-2 我國損失補償內容

資料來源：史尚寬（1964），《土地法原論》，4 版，頁 548-549。臺北：正中書局。

³⁶⁹ 社會補償，係指國家基於社會國思想，對人民所蒙受的危難處境給予補償，不同於天災、貧窮、犯罪行為之加害結果等非由國家加諸於人民的結果。見林三欽（2010），〈冤獄賠償、國家賠償與特別犧牲一簡評釋字第六七〇號〉，《月旦法學雜誌》，184 期，頁 126。

祭祀公業之土地、建物受徵收或限制，其所受損失雖可在前述補償範圍內受填補，然而實定法應反映出祭祀公業在損失補償制度下的特殊性，而有擴張或明確化的餘地。以下就改良物補償及都市計畫為主軸，開展祭祀公業在損失補償範圍可能面臨之問題。

首先是改良物補償的部分，土地徵收條例第 5 條第 1 項規定，徵收土地時，其土地改良物應一併徵收，故對於被徵收之土地改良物亦應予補償。然而該項第 2 款規定對於「墳墓及其他紀念物必須遷移」者不在徵收範圍，可不予補償，此非無爭議。蓋所謂的紀念物，若以類似墳墓之概念理解，例如祖先雕像、祠堂，必然有所花費，人民之此等財產因徵收而必須重置，當應給予補償³⁷⁰。但是從負擔平等角度以觀，補償權利人不能因公用徵收行為獲得不法利益。若祭祀公業派下有所謂土地徵收條例第 23 條「惡意投資」之情事³⁷¹，例如在徵收公告後，仍為建築改良物新建、增建、改建等，應排除於補償範圍以外，蓋因惡意投資所受損失與土地徵收之間不具有相當因果關係，如予補償，反而使行為人得到不法利益³⁷²。

次者，徵收土地改良物的時點，可否後於徵收土地多年始為之，不無疑義。在土地徵收條例訂定之前，實務上認為所謂「一併徵收」並非指「同時徵收³⁷³」，近年更有實務指出改良物只要在徵收計畫使用期限內徵收即屬合法³⁷⁴。」問題是，相關權利人使用土地之權利自徵收公告之日時起即受

³⁷⁰ 李惠宗(2010)，〈財產權保護與土地徵收補償〉，《資訊法制、土地規劃與損失補償之新趨勢》，頁 39-40，臺北：臺灣行政法學會。

³⁷¹ 土地徵收條例第 23 條第 1 項：

被徵收之土地或土地改良物自公告日起，除於公告前因繼承、強制執行或法院之判決而取得所有權或他項權利，並於公告期間內申請登記者外，不得分割、合併、移轉或設定負擔。土地權利人或使用者並不得在該土地為建築改良物之新建、增建、改建或採取土石、變更地形或為農作改良物之增加種植。其於公告時已在工作中者，應即停止。

³⁷² 葉百修，前揭註 304，頁 262。

³⁷³ 臺北高等行政法院 89 年訴字第 1855 號判決：惟國家為興辦有利於公益之公共事業，而需徵收私有土地時，礙於社會環境等客觀因素，有時難免無法全面施工興建，須視事業之輕重緩急，分期執行；且難免因徵收補償金數額龐大，非一次預算所能因應，因此，為免影響公共事業之興建，徵收私有土地時，苟非於同一時間申請一併徵收其地上改良物，似非法之所禁。

³⁷⁴ 最高行政法院 93 年判字第 220 號判決。

凍結，計畫使用期限若設定長達十餘年以上，對財產權的侵害程度似乎已經不符比例原則。有學者基於立法目的解釋論，對此主張：土地改良物之一併徵收時間，於都市計畫地區，如距土地徵收時間逾五年者；或是於都市計畫地區外，距土地徵收時間逾三年者，均應解為與一併徵收規定意旨有違³⁷⁵。

再來是遷移費的問題，土地徵收條例第 34 條所定之遷移情形，是基於土地徵收所生通常損失之範圍。徵收土地致人口、家俱、動力機具、生產原料、改良物、水產養殖物、畜產或墳墓及其他紀念物必須遷移時，自應發給遷移費³⁷⁶。須注意理論上遷移費與補償費具有交替作用，實務上亦認為不能對同一土地改良物領取遷移費，又同時要求補償費³⁷⁷。

早期學說與實務在闡釋遷移費時，多以遷移通常所受之一切損失為考量，例如因分割遷移，使改良物失去向來用法之利用價值之場合，若非全部遷移不能供從來所用目的之用者，得依所有人之請求，遷移其全部，並給以全部的遷移費³⁷⁸。不過現今法制有採取所謂法定補償基準者，以土地改良物之遷移費為例，「土地徵收遷移費查估基準」分別對建築改良物、農作改良物以及墳墓相關紀念物的遷移費做出規定（依徵收補償費的一定比

³⁷⁵ 學者陳立夫認為，依都市計畫法第 15 條第 2 項，關於都市計畫的實施進度係以 5 年為一期。故徵收土地以供都市計畫事使用時，其計畫使用期限即不應較五年為長；否則徵收土地實無急迫使用之必要，難謂與都市計畫法規定之意旨相符。復依同法第 83 條第 2 項，原土地所有權人得行使收回權；至於非都市土地（即都市計畫範圍外土地）之徵收，依土地徵收條例第 9 條第 1 項第 1 款明定，被徵收土地自徵收補償費發給完竣屆滿三年，未依徵收計畫開始使用者，原土地所有權人得申請收回之；故徵收其土地改良物之期限，亦不得逾三年，否則亦應解為違反一併徵收之意旨，而構成違法。參陳立夫（2008），〈析論我國土地徵收法制上之爭議問題〉，《臺灣土地研究》，11 卷 1 期，頁 19-20。

³⁷⁶ 土地徵收條例第 34 條第 1 項：

徵收土地或土地改良物時，有下列情形之一，應發給遷移費：

一、依第五條第一項第一款或第二款規定遷移者。

二、徵收公告六個月前設有戶籍之人口必須遷移者。但因結婚或出生而設籍者，不受六個月期限之限制。

三、動力機具、生產原料或經營設備等必須遷移者。

四、因土地一部分之徵收而其改良物須全部遷移者。

五、水產養殖物或畜產必須遷移者。

³⁷⁷ 葉百修，前揭註 304，頁 273。

³⁷⁸ 史尚寬（1964），《土地法原論》，頁 565，臺北：正中。

例發給遷移費)。另外，關於其他紀念物之定義，如同前述，並未有明確定義。學者指出，遷移費之立法目的在此類物品具有特別意義，蓋其具有不朽之歷史價值，則法律為發揚慎終追遠、民德歸厚之倫理精神³⁷⁹。復依土地徵收條例第 5 條，既然墳墓與其他紀念物應為土地改良物之一種，則可參照文化資產保存法第 3 條之規定，充實其定義，例如古蹟、歷史建築、聚落、遺址等等³⁸⁰。此種解釋方式的優點在於可解決土地徵收法制的立法闕漏，調和整體損失補償制度。

接連地補償是指一團土地之一部經徵收後，未經徵收之接連部分，可能因為面積過小，或因形狀不整而利用方法受限制，或因形成袋地無法與公路接連，而受有損失，必須也對之補償³⁸¹。日本將此稱為殘地補償。我國於土地徵收條例第 8 條第 1 項第 1 款及土地法第 217 條皆定有明文規定³⁸²。此外，當一併徵收之土地，遇有古蹟時，應先由需用土地徵得古蹟主管機關同意³⁸³，而依申請土地徵收注意事項，在解釋上不應限於古蹟，尚包括遺址、登錄之歷史建築³⁸⁴。

2. 補償方式

在我國，徵收實務是以金錢補償為原則。雖然補償方式的立法形成空間

³⁷⁹ 葉百修，前揭註 304，頁 275。

³⁸⁰ 葉百修，同前註，頁 277-278。

³⁸¹ 葉百修，同前註，頁 291。

³⁸² 土地徵收條例第 8 條第 1 項：

有下列各款情形之一者，所有權人得於徵收公告之日起一年內向該管直轄市或縣（市）主管機關申請一併徵收，逾期不予受理：

一、徵收土地之殘餘部分面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用者。

土地法條例第 217 條：

徵收土地之殘餘部分，面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用時，所有權人得於徵收公告期滿六個月內，向直轄市或縣（市）地政機關要求一併徵收之。

³⁸³ 土地徵收條例第 7 條：

申請徵收之土地遇有古蹟，應於可能範圍內避免之；其未能避免者，需用土地人應先擬訂古蹟保存計畫，徵得古蹟主管機關同意。

³⁸⁴ 申請土地徵收注意事項參、十五：

徵收土地範圍內如有古蹟、遺址或登錄之歷史建築者，應於徵收土地計畫書第十項下註明其現狀，並檢附文化資產保存法規定之目的事業主管機關之同意文件影本或抄件及說明徵收土地後對該古蹟、遺址或登錄之歷史建築之維護措施。

較大，然而從我國法規應無法推導出金錢補償可以分期給付的方式為之，蓋土地徵收條例第 20 條第 3 項本文規定「需用土地人未於公告期滿十五日內將應發給之補償費繳交該管直轄市或縣（市）主管機關發給完竣者，該部分土地或土地改良物之徵收從此失其效力。」因此若意旨重在確保被徵收人可迅速獲得相同經濟價值，那麼至少應經過被徵收人之同意，始得以定期給付方式補償。

徵收補償金由徵收公告時登記簿記載之權利人領取，應無疑問。但祭祀公業既有管理人與眾多派下，易造成何人得領取徵收補償費之紛爭，對此，土地徵收條例授權訂定之「土地或土地改良物徵收補償費核計核發對象及領取辦法」規定，定有管理人者，原則上由其切結並領取；未定有管理人者，應經派下全體同意領取。許多祭祀公業的現況是，管理人資格經常因有無過派下員大會決議門檻的爭議而影響其合法性，故同條尚規定，管理人之權限如有爭議，且已繫屬法院者，應俟法院判決確定後，再行處理³⁸⁵。

顧及到國家實施經濟政策時可能無法立即以現金一次支付補償額。也可採用非金錢補償方式填補人民損失。現行相關法律規定的非金錢補償方式，主要包括土地債券³⁸⁶、抵價地補償、公私地交換補償³⁸⁷以及容積移轉。其中實務上發生與祭祀公業相關的爭議，主要是抵價地補償的領取與容積移轉制度的運用。

³⁸⁵ 土地或土地改良物徵收補償費核計核發對象及領取辦法第 7 條第 9 款：

九、祭祀公業所有者，如規約有明確規定者，從其規約；規約無明確規定者，依下列方式辦理：

（一）祭祀公業已選定管理人，且經備查有案者，得由管理人切結由其領取補償費未受規約或派下決議限制並檢具相關證明文件，經直轄市或縣（市）主管機關查證其管理人備查文件無誤後，由管理人領取。但如有派下員提出異議者，應由管理人就領取被徵收土地補償費事宜召開派下員大會，以多數決授權由管理人領取。

（二）祭祀公業管理人之權限如有爭議，且已繫屬法院者，應俟法院判決確定後，再行處理。

（三）祭祀公業未選定管理人者，應經派下員全體（即公同共有人全體）之同意，始得領取補償費。

³⁸⁶ 例如土地徵收條例第 20 條第 2 項、土地法第 29 條、土地法第 233 條但書、都市計畫法第 78 條。

³⁸⁷ 都市計畫法第 50 條之 2 第 1 項：

私有公共設施保留地得申請與公有非公用土地辦理交換，不受土地法、國有財產法及各級政府財產管理法令相關規定之限制；劃設逾二十五年未經政府取得者，得優先辦理交換。

祭祀公業因涉及多數派下員，其領取抵價地的程序較為複雜。依內政部訂頒之「區段徵收實施辦法」，在祭祀公業已選定管理人之情形，原則上得由管理人申請發給抵價地；而在未選定管理人之情形，申請發給抵價地，原則上仍應經派下員全體之同意³⁸⁸。自被補償人之角度來看，可選擇受領地價補償金，亦可選擇就全部或部分被徵收土地應領之補償地價，向主管機關申請發給抵價地³⁸⁹。此種補償方式基於回復應有財產狀況的本質，與德、日法制的代償地補償具有一致的精神³⁹⁰。

容積移轉權利（Transfer Development Rights），源於歐美國家的土地發展權³⁹¹，可單獨自所有權分離而供使用。所謂容積管制即是限制建築物實體建築總量與建築基地面積之比例，而允許原屬一宗土地之可建築容積一部或全部移轉至另一宗可建築土地使用。透過容積移轉實施，可達成古蹟建物保存、公共設施保留地取得、補償土地發展權受限制之損失等目的。

³⁸⁸ 區段徵收實施辦法第 23 條：

祭祀公業已選定管理人，且向民政機關備查有案者，如其規約或派下員大會決議未有特別約定，得由管理人切結並檢具證明文件，向直轄市或縣（市）主管機關領取區段徵收地價現金補償或申請發給抵價地。

派下員對於管理人領取現金補償或申請發給抵價地提出異議時，管理人應於主管機關規定期間內召開派下員大會，決議領取現金補償或申請發給抵價地。

祭祀公業未選定管理人者，如其規約或派下員大會決議未有特別約定，其領取現金補償或申請發給抵價地，應經派下員全體之同意。

前三項申請發給抵價地者，於抵價地分配前依祭祀公業條例第五十條規定完成更名或所有權變更登記時，應由登記名義人提出證明文件，申請更名發給抵價地。

³⁸⁹ 土地徵收條例第 39 條：

區段徵收土地時，應依第三十條規定補償其地價。除地價補償得經土地所有權人申請，以徵收後可供建築之抵價地折算抵付外，其餘各項補償費依第三十一條至第三十四條規定補償之。

³⁹⁰ 葉百修，前揭註 304，頁 337。

³⁹¹ 紐約自 1968 年開始在地標保護法（Landmarks Preservation Law）適用容積移轉規定，逾 40 年後的今日，此制度也已廣泛應用在環境保護、農地保存、古蹟保存、社區復興及經濟發展等不同目的上。See Rick Pruetz and Erica Pruetz, *Transfer of Development Rights Turns 40*, 59(6) *Planning & Environmental Law* 3, 6-7 (2007).

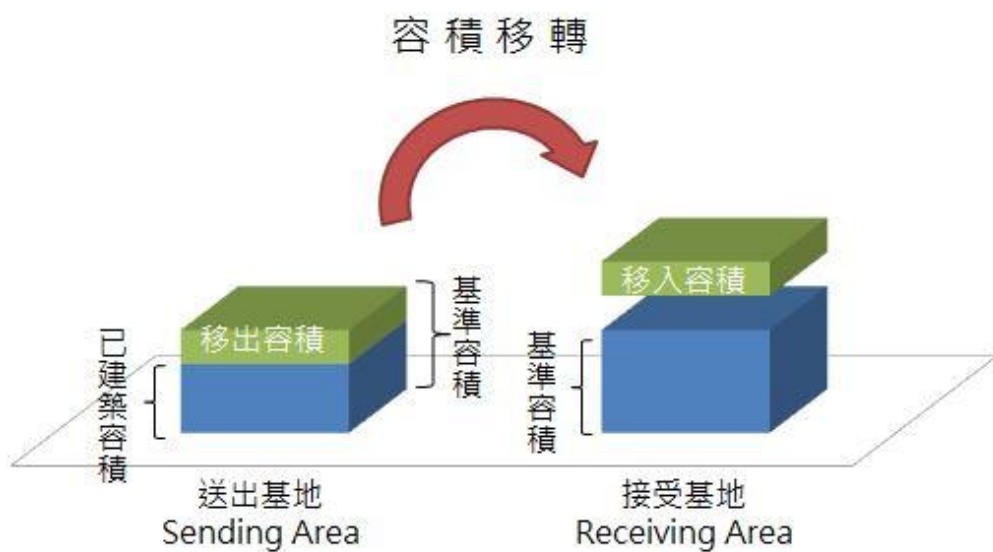


圖 3-3 容積移轉示意圖
資料來源：本研究自製

容積移轉獎勵於我國的實踐，首見於文化資產保存法（下稱文資法）。此後，都市更新條例、都市計畫法均引進容積移轉制度，使得容積移轉獎勵的目的已經從古蹟保存擴張至都市土地開發。雖然文資法運用容積移轉制度符合憲法文化國的精神³⁹²，但文化資產保存是否係都市更新之一環，在不同的社會脈絡來看非無爭議³⁹³。我國都市更新條例訂定時，已意識到維護文化資產的必要性，自都更條例第 3 條第 2 款觀之，都市更新事業的定義，包括重建、整建、維護事業。故申請建物或土地若符合文化資產保存法第 3 條之文化資產，得以整建或維護方式修繕保存，

³⁹² 國家建立一個文化國的環境，是有憲法基礎的給付行政。關於古蹟保存在憲法上基礎的探討，參王文偉（2002），《論古蹟保存之法制度—建構一個符合文化資產保存理念及財產權保障概念的古蹟保存環境》，頁 50-60。

³⁹³ 從比較法角度而言，新加坡在 1960 年代通過的土地徵收法(The Land Acquisition Act)，採取冒進的住宅提供政策，使政府能輕易藉由徵收私人土地以達到提供住宅及開發目的，甚至曾大肆清除中國城區域，但此種一味追求現代都市風貌及經濟利益的態度，在 1990 年代的 Basco Enterprises Pte. Ltd v. Soh Siong Wai 一案中，該國法院有突破性的見解，認為都市更新與保存歷史建物並不衝突，基此認為政府依土地徵收法徵收其歷史建物亦具有都市發展之目的。See Patrick Stough, *Historic Preservation in Southeast Asia: the Role of Public-private Partnerships*, 39 Vand. J. Transnat'l L. 1013 (2006) .

達到新舊建築物融合的城市景觀³⁹⁴。

人民因文化資產保存法第 35 條事由，致其原依法可建築之基準容積受到限制，學者張文郁認為屬於法律對財產權界限和內容發生特別負擔之補償，人民可依本條請求將容積等值地移轉至其他建物上，或請求主管機關給予金錢補償³⁹⁵。然而學者陳敏認為，對屬於古蹟之建築物設使用限制，只要給財產所有人容留經濟利用價值之可能性，原則上屬於不需補償之財產權內容和界限之規定³⁹⁶。

至於容積移轉獎勵是一種單純的獎勵抑或是對人民財產權受侵害的一種補償？於此須先說明的是，本文不區分容積移轉／獎勵的用語，蓋此二者雖在理論上應屬於不同制度，但立法例上並無嚴格為不同設計，且對環境的作用難謂有何不同。實定法上多有不同名目之優惠或獎勵金，雖然不失為是一種平衡人民利益之方式³⁹⁷，但法定補償項目與優惠或獎勵金在概念上並不同。優惠或獎勵，係屬當地機關之行政裁量權，由各需地機關視財力狀況為之。例如自動拆遷建物的獎勵金、轉業輔導金等等³⁹⁸，實務上有採此見解者³⁹⁹。然而像這類的獎勵金，也有實務將其與法定補償項目相提並列者⁴⁰⁰，致有創設土地徵收條例所未規定的補償項目的疑慮，並且

³⁹⁴ 祭祀公業土地參與都市更新計畫，但申請之建物涉及歷史建築或古蹟如何處理？在行政實務上，地方政府在受理申請案時，建物若疑似涉及歷史建築或古蹟，將會經過確認程序，若經確認為歷史建築或古蹟，則駁回該申請案。此外，在進行臨隨建物清查時，亦先行將疑似古蹟或歷史建築之案件優先排除於案件清單中，並請文化局協助查明是否為歷史建築、古蹟。見臺北市都市更新處網址，<http://www.uro.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=1203986&ctNode=53008&mp=118011>（最後瀏覽日期：05/16/2014）。

³⁹⁵ 張文郁（2003），〈徵收及特別犧牲之補償〉，《臺灣本土法學雜誌》，53 期，頁 175。

³⁹⁶ 陳敏，前揭註 156，頁 1195。

³⁹⁷ 土地徵收補償中地價基準從土地公告現值加成改為市價補償，因此早期徵收補償機關在地上物之補償給予較優惠之待遇，或輔以各種名目之獎勵金以為平衡的作法，現在看來，是否仍具有正當性，不無疑義。

³⁹⁸ 例如臺北市舉辦公共工程拆遷補償自治條例第 7 條即規定了合法建築物與違章建築的拆遷補償費/處理費，該費用是以重建價格的一定比例加發，具有獎勵或救濟的意義。

³⁹⁹ 參照內政部 88.12.22. (88) 臺內地字第 8886565 號函、高雄高等行政法院 99 年度訴字第 226 號判決。

⁴⁰⁰ 例如 79 年 4 月 7 日 (79) 臺財稅第 780432772 號函：「因政府舉辦公共工程或市地重劃而徵收土地，依拆遷補償辦法規定發給之建築改良物或農作改良物補償費、自行拆遷獎勵金及人口搬遷補

產生是否應對之課稅的問題。學說上有提出依行政行為之主動與被動，分為積極責任與消極責任者：此處的違建拆除獎金，可以被認為是基於施政順遂之考量，針對本屬違法或無值得保護利益之行為，主動予以積極的補償。該等費用之給予，除非可納入社會補償範圍，否則基於不法行為不得主張平等對待之法理，不生特別犧牲或信賴保護之問題，該項「補償」時不宜納入國家責任體系之中⁴⁰¹。故若採獎勵金非補償費的立場，則可對之課所得稅；但若將之與補償費同等視之，則非屬「所得」，不應對之課所得稅⁴⁰²（對補償費課稅之合憲性將於後述祭祀公業受損失補償之問題一章中討論。）

有日本學者認為，盛行於美國的出賣容積率的手段，可作為一種補償手段。實際上日本在其建築基準法也採取此種制度，容許在同一街區的容積買賣⁴⁰³。亦有對容積移轉性質持保留態度的，如李惠宗認為雖不排除以具有交易尚具有經濟價值的方式補償，但僅有捐贈公共設施保留地時適用容積移轉制度，且此種制度是否能發揮預設功能，另當別論⁴⁰⁴。此外亦有論者對不同目的的容積轉移制度，提出如下論述：屬於國家基於公共利益，依土地使用分區管制之相關計畫，而限制其土地使用，及應予徵收或取得其土地者，此時的容積移轉規定為損失補償之法定手段；但若是所有權人提供作公共開放空間之可建築土地或其他為促進更有效利用之土地，因為屬於自願提供且政府未限制禁止其土地開發，其目的為促進私有土地之有

助費，核屬損害補償，應准免納所得稅」

⁴⁰¹ 李震山（2005），〈論憲政改革與基本權利保障〉，《中正法學集刊》，18期，頁58-60。

⁴⁰² 「宜蘭縣興辦公設施用地房屋拆遷查估補償自治條例」之修正背景即是因此爭議。蓋當時國道5號宜蘭B連絡道延長及拓寬，宜蘭市嵐峰路住戶配合自動完成建物拆遷；住戶認為，響應政策自行拆遷，須雇怪手及工人拆房子，請貨車載土外運，費用都是住戶負擔，領到獎勵金應屬補償性質，被課所得並不公平。最後宜蘭縣議會於2014年審議通過將「拆遷獎勵金」改為「拆遷損失補償費」。

⁴⁰³ 阿部泰隆，前揭註326，頁409。

⁴⁰⁴ 李惠宗，前揭註370，頁43-44。李惠宗（2010），《行政法要義》，5版，頁622，臺北：元照。

效利用，此時容積移轉則不是損失補償之法定手段⁴⁰⁵。

財政部在一件祭祀公業就容積出售提起訴願的案件中，曾指出「容積移轉權益係源自對古蹟土地所有權人之獎勵補償措施，核屬增加原土地之附加價值，並得與原土地切割處分，是系爭權益移轉非屬原土地之財產處分，訴願人之土地所有權並未受到影響⁴⁰⁶。」就此而言，實務雖然使用兼具獎勵與補償性質之用語，但似乎又否認容積與原土地價值具有同一性。

本文認為，並非所有基於公益的行政任務的達成，皆須以取得土地建物的所有權為必要，例如只是保存某地區的風貌，或保留一定的公共空間，人民在此地區的財產亦可能因此受到限制，人民為公共福祉而受到財產權的干預，若負擔超過社會容忍義務，行政主體即負有補償的義務。基於此種負擔而生的移轉容積的權利，與金錢補償的性質應具有同一性，或可說是金錢補償的一種變形。否則若將其解釋為單純的獎勵、福利，反而易誤認為人民係自願限制財產，而容積獎勵僅是促進其自我限制的動機，此種解釋方式並不足以評價人民因特別犧牲所受之損害。

然而也必須指出的是，實務上使用容積移轉獎勵的結果經常背離損失補償性質。例如建商購買公設保留地或古蹟等有容積獎勵適用之土地，其目的係為將取得之容積導入其他建案使用，牟取更多利益。於此種情況，容積獎勵不受公平與透明的市場機制制衡，儼然成為建商攤平成本的工具⁴⁰⁷。

第三項 國家責任二元論未逮之處

國家責任最廣義的概念是「當國家就其行使公權力或非公權力（私法行為），致人民生命、身體與財產等法益遭受損害之結果，所負起損害賠償或補償之責任

⁴⁰⁵ 陳立夫（2004），〈我國之容積移轉制度〉，《月旦法學教室》，17期，頁42-43。

⁴⁰⁶ 臺財訴字第09813506510號。

⁴⁰⁷ 相關新聞網址 http://house.udn.com/mag/house/storypage.jsp?f_ART_ID=261386（最後瀏覽日期：05/16/2014）。

408。」國家賠償與損失補償皆屬於國家責任體系下的一環，但是損失補償制度在各國的歷史上，比國家賠償制度更早就發展完成。以日本來說，國家賠償制度發展的障礙在於「主權無答責」的法理⁴⁰⁹以及違法行為無法歸屬於國家。但損失補償制度不受此兩要因的障礙，所以可以有更好的發展⁴¹⁰。在美國，針對公用徵收的損失補償，在國家賠償制度完備之前早已存在憲法第 5 修正案中：「...無正當補償不可基於公共目的對財產徵收⁴¹¹。」

一般而言，國家賠償與損失補償的區分是以公權力的行使合法與否為標準，兩者合稱國家補償法⁴¹²。但意識到兩者皆無法涵蓋的案件類型，各國也發展出不同理論以應對國家責任的中空地帶，大致的趨勢不脫於將傳統的國家責任體系加以擴張。國家不只應補償合法之徵收，基於正義及公平之考量，亦應補償公益上之特別犧牲及其他類似徵收之侵害等其他的補償請求權。

一、德國法

在威瑪帝國時代，人民對國家行為違法有責的行為，依威瑪憲法第 131 條第 1 項第 1 句請求：「公務人員行使公權力違反其對第三人所負之職務上義務時，其責任原則上由任用該公務人員之國家或公共團體負責⁴¹³。」此稱為「職務責任請求權」(Amtshaftungsanspruch)；而人民對國家行為合法無責的「犧牲補償請求權」(Aufopferungsanspruch)，則依 153 條第 2 項請求：「公用徵收非為公共福利且依法律根據者，不得為之。公用徵收除聯邦法律另有規定外，應予相當之補償。補償金額有爭執時，除聯邦法律另有規定外，得向普通法院提出訴訟。聯邦非予補

⁴⁰⁸ 董保城，前揭註 307，頁 1。

⁴⁰⁹ 日本在明治時期將公務人員的行為解釋為是對天皇而非人民負責，故因執行公務造成國民之損害，原則上無須承擔責任，亦即國家無責任。此法理經常於人民主張因戰爭行為而受損的訴訟中被援引。詳參西荳章(1998)，〈戰爭損害と国家無答責の原則〉，《法政理論》，31 卷 2 號。

⁴¹⁰ 塩野宏，前揭註 300，頁 356。

⁴¹¹ U.S. Const. amend. V：

”...nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

⁴¹² 阿部泰隆，前揭註 326，頁 379。

⁴¹³ §131 Abs.1 Satz 1 WRV

Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht.



償不得對各邦，鄉鎮自治區及公益團體執行公用徵收⁴¹⁴。」

到了基本法時代，憲法條文原則上承襲了此國家責任體系。對財產權具目的性的合法侵害有基本法第 14 條第 3 項規定可適用；而關於公務員執行公權力因故意過失侵害人民權益則可適用同法第 34 條⁴¹⁵。於此情形下，對於公務員行使公權力違法而無故意過失侵害人民權益時，卻無法適用前開規定任何之一。

由於工業社會的發展，國家開始身居福利國家的公權力地位，對人民各種財產權進行干預。針對違法無責公權力的救濟無門等產生的問題，逐漸浮上檯面來。對於此漏洞，德國聯邦普通最高法院在發展特別犧牲理論的同時，援引了帝國法院的判決、普魯士一般邦法序章及基本法第 14 條的精神⁴¹⁶，將徵收補償制度擴大適用到違法無責的公權力行為⁴¹⁷。在這樣的立論之下，才出現了「類似徵收」的用語，而後又逐漸發展出具有徵收效果之侵害及公益犧牲補償請求權的其他案件類型。但是，此些填補漏洞的司法積極行為也使得國家賠償與損失補償的界限，產生混合的現象，對國家責任體系帶來衝擊。

須釐清的是，德國法之損失補償制度藉聯邦普通法院的建立，再經過聯邦憲法法院的修正，架構不盡相同。造成此種差異的原因可說是使用了不同的方法論，但實際上在類型內涵上並無差異⁴¹⁸。次者，德國接納基於特別犧牲法理而來的非徵收損失補償事由，並非依據基本法第 14 條第 3 項，而是具憲法位階的習慣法，

⁴¹⁴ §153 Abs.2 WRV

Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber den Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen.

⁴¹⁵ 葉百修，前揭註 304，頁 17。

⁴¹⁶ 1933 年 4 月 11 日的帝國法院判決雖然沒有出現類似徵收的用語，但其論述是依照舉輕以明重之法理，認為官署既然錯誤地執行法律上的權限，而使國家能在其行為中牟取利益，那麼比起國家合法的侵犯，當然更有理由給予受特別犧牲之人民補償。參王服清（2008），〈違法指定古蹟的行政處分之撤銷—無國家責任？—評析臺灣臺南地方法院民事判決八十五年度重國字第一號〉，《文化資產保存學刊》，5 期，頁 53。

⁴¹⁷ 李建良，前揭註 298，頁 46-47。

⁴¹⁸ 李建良，同前註，頁 52-53。

亦可說是從法治國原則下之平等負擔原則（Lastgleichheit）所發展出之概念⁴¹⁹。至於公益犧牲補償請求權則是因應財產權以外權利的救濟所創設。所以只有類似徵收與具有徵收效果之侵害才是傳統國家責任體系下，人民財產權受侵害難以獲得救濟的灰色地帶。茲就德國長年累積各種案件所分類出的侵害類型介紹如下：

（一） 類似徵收之侵害

在國家機關或公務員行使公權力雖無故意過失的場合，只要是違法侵害人民一切有財產價值之權利，致發生特別犧牲時，國家應負補償責任⁴²⁰。因為在此類型之下，人民所受到的侵犯，依其內容及其效力而言，有如是一種財產權損害的「徵收」，並且實際上當事人因為遭受到的負面效果，負擔了某種特別不平等的犧牲⁴²¹。就此而言，類似徵收之侵害原本只侷限在違法無責的公權力行為。德國實務上發展出類似侵害徵收的概念，可以聯邦普通最高法院在 1952 年 6 月 10 日的判決用語說明⁴²²：

國家權力如違法侵害個人權利之領域時，倘若該違法侵害在內容上及效力上類似公用徵收，而其實際上之效果對當事人構成特別犧牲者，應視作公用徵收而作相同之處理，亦即應準用基本法第十四條第三項之規定，給予當事人適當之補償。

該判決基於特別犧牲法理，首次建立起違法無責的公權力侵害行為在國家責任體系的定位，稱為「類似徵收之侵害」或「準徵收之侵害」（enteignungsgleicher Eingriff）。

但是類似徵收之侵害的概念，又因為聯邦普通最高法院的判決，獲得更進一步的擴張，使得違法且有責的國家行為也一併可得適用。這次的論述一樣也使用了舉輕以明重的法理：第一次的是舉合法而明違法，創設了違法無責公權力侵害

⁴¹⁹ 蔡宗珍(2004)，〈從憲法財產權之保障論既成道路與公用地役關係〉，氏著：《憲法與國家(一)》，頁 296-297，臺北：元照。

⁴²⁰ 葉百修，前揭註 304，頁 18。

⁴²¹ 王服清，前揭註 416，頁 53。

⁴²² BGHZ 6, 270 轉引自李建良，前揭註 298，頁 47。



的救濟基礎；第二次則是舉無責而明有責，蓋侵犯的本質並不會因職務行使人的有責性又加入侵犯的違法性，因而與違法無責的侵犯，有所不同，當事人「更」(erst recht) 應該得到補償⁴²³。

此外，類似徵收之侵害的「違法性」(Rechtswidrigkeit)，與公法上不當得利返還的「無法律上原因」(Rechtsgrundlosigkeit)，具有相類似之性質，皆以違法之財產變動為對象。此或許為德國早期學說將「公法上不當得利」之概念與「公法上之損失補償(徵收)制度」混用之原因⁴²⁴。但就其本質，類似徵收之侵害的損失補償仍是依據某個法律上根據作為取得財產之代償，而不當得利制度係以利益調整為目的。也就是說，因為徵收侵害，國家所負擔之補償義務，本不以受有利益為要件，因此這兩者不論在補償範圍上，則與不當得利之返還義務範圍可能不盡相同。至於在產生競合的個案中，應視各該事件之請求權人之目的，在請求「適當之補償」或「請求利益之返還」，行使對當事人有利者⁴²⁵。

(二) 具有徵收效果之侵害

另一種由聯邦普通法院發展出來的概念，即「具有徵收效果之侵害」(enteignender Eingriff)，概念上是指因國家行為所生事實上之「附隨效果」(Nebenfolgen)而造成之持續影響，逾越公益犧牲界限者，國家應予以補償⁴²⁶。在德國實務發展過程中，舉凡公共設施之設立造成土地與營業之損害(如修築道路，導致附近商家營業量受影響)、高權主體所造成之公害(軍機起降造成的噪音)、交通公害、依紀念物保護法所採取的行政措施侵犯財產權而又無補償規定等皆被

⁴²³ 王服清，前揭註 416，頁 54。

⁴²⁴ Vgl. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 3 Aufl., 1924, S. 295 ff.

⁴²⁵ 宋國鼎(2009)，《公法上非給付型不當得利請求權之建構—以權益侵害型不當得意為中心—》，頁 135-136，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

⁴²⁶ 李建良，前揭註 298，頁 48。另，具有徵收效果之侵害的概念在我國司法院大法官釋字第 542 號聲請理由中亦有清楚闡釋：「國家行為而致人民財產權受有侵害之情形，並非僅限於「下命性」之干預，尚包括因國家行為所生事實上之「附隨效果」(Nebenwirkung)而造成之損害，即合法之公權力行為或措施，於實施過程中對於個別之人民造成非典型且無法事前預見之附帶結果及後果，而該侵害逾越財產權所能受之程度者，在德國即以「具有徵收效果之侵害」之概念稱之，此係指一種對財產權合法之侵害，其所附生之效果，亦可認為是合法侵害之一部分，故適用合法侵害之法律給予合理補償。」



納為具有徵收效果之侵害類型⁴²⁷。

其與徵收的不同，在於它與依法徵收無關，而是因為一般不可預見的附隨結果造成人民的損害，所以補償義務並非由基本法第 14 條第 3 項推導出來，毋寧是經由法官續造出一種現行有效的國家責任。就切割其與基本法第 14 條第 3 項文義的關係此點來說，Maurer 曾明確指出：「發展出具有徵收效果之侵害此制度，無疑地是為了規避唇齒條款⁴²⁸。」其實在類似徵收之侵害方面，也面臨一樣的問題。如何對此解套，或可援引 Papier 對類似徵收侵害的看法。其認為既然類似徵收侵害是違法、無責的，那麼也不合於基本法第 14 條第 3 項要件，但是其作為國家不法責任的一種補充制度，可以填補責任欠缺（Haftungsmangel），在結果上勉強是可以使用的，不須全面否定類似徵收之侵害在唇齒條款上的適用⁴²⁹。基於此種論述，具有徵收效力之侵害亦可作如是思考。總之，作為特別犧牲理論衍生的概念，對具有徵收效果之侵害加以補償也是為了彌補國家賠償與損失補償之間的缺失。

（三） 公益犧牲補償請求權

不論狹義的公用徵收制度或是以其為中心延伸的特別犧牲理論下的各種侵害類型⁴³⁰，皆是以財產權受侵害為前提。在這種以財產價值為軸心的損失賠償體系之下，原本處於重要論述地位的「公益犧牲」色彩逐漸退去。

在 1953 年的一件疫苗傷害訴訟案（Impfschäden），聯邦普通最高法院援引基本法第 2 條規範應保護人民生命與健康法益之價值，認為除了財產權受侵害的情形外，人民因為預防接種引起身體傷害之損失，從傳染病防治之公共利益角度而言，亦具為公益特別犧牲之性質，此受害者應有其「特別犧牲補償請求權」，應由

⁴²⁷ 王服清（1995），《德國「具有徵收效力之侵犯」制度之研究》，頁 72-75，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

⁴²⁸ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., München: Beck 1992, S. 640, Rdnr. 57.

⁴²⁹ 王服清，前揭註 427，頁 19-20。

⁴³⁰ 此種說法較符合聯邦普通法院之損失補償體系，也就是將狹義之公用徵收、類似徵收之侵害，以及具有徵收效果之侵害列於「應予補償之公用徵收」項目下。應注意的是，聯邦憲法法院對其做出一定的修正，將類似徵收之侵害與具有徵收效果之侵害（公益犧牲補償請求權部份尚有爭議）列為獨立的定位。參李建良，前揭註 298，頁 55。



政府予以行政損失補償⁴³¹。

在司法院大法官釋字第 670 號，許宗力大法官的協同意見亦提到德國對疫苗傷害案件的認定：「...例如國家強制全面注射疫苗，以現今醫學技術水準不能排除極少數不幸民眾將抽中惡魔之籤，反應不良致健康、生命受損，國家對此所負的無過失擔保責任，即使具典型危險責任色彩，則仍援用特別犧牲理論...」同時也指出，由於德國將特別犧牲涵蓋的範圍放得很寬，相對地就限縮了危險責任適用的對象。

有論者以為，直到疫苗傷害案判決中將公益犧牲思想之適用擴及到財產權以外之權利受侵害之場合，使得公益犧牲理念復甦，成為另項獨立之補償請求權。德國的損失補償制度之保護面向更趨於完整⁴³²。

（四） 公法上危險責任

公法上危險責任（Gefährdungshaftung）的概念略為：「國家非基於直接對個人權益之侵害（Eingriff in die Individualsphäre），但由於所形成之特別危險狀態（Gefahrenlage）對個人造成損害，所應負之補償責任⁴³³。」許宗力大法官在釋字 679 號解釋之協同意見中，也闡明過危險責任的定義，係指「人民因國家所創之特別、典型危險狀態而受有損失者，不問公務員有無故意過失，國家均應負補償責任...」此種危險責任在適用一些本身即伴隨典型危險的制度（例如核能電廠之營運）有其契合之處，惟其餘國家補償制度中的特殊性及獨立性，並不如前述其他侵害類型明顯⁴³⁴。

若循理論上的要件，其他侵害類型皆以具有「侵害行為」及「犧牲之強制」為必要，而國家行為形成典型之危險狀況者，對因該危險狀況所發生之損害，並

⁴³¹ BGHZ 9, 83. 此判決中將犧牲補償範圍擴及非財產法益的論述為：基本法第 2 條第 2 項保護生命及健康法益，其受保護之價值，絕不低於犧牲補償請求權在財產權領域所保護法益的價值。

⁴³² 李建良，前揭註 298，頁 48-49。

⁴³³ Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10 Aufl., München: Beck 1973, S. 317.

⁴³⁴ 德國的公法上危險責任發展較晚，可適用的情形受到不小的侷限，原則上僅限於國家對其提供或經營的設施，所存在的危險應負無過失擔保的情形。這也是我國受到德國學說影響，而對刑事補償責任採特別犧牲說的原因。

不具有前述兩個要件；更精確地說，公法上危險責任的要件必須是侵害行為之欠缺與危險狀態之形成，並且也不須探討公務員的故意過失，以及到底是行為不法或結果不法的問題⁴³⁵。早期學說經常使用警察因射擊逃犯，子彈同時射中無辜之第三人做為公法上危險責任之適例。蓋此時第三人並非因警察之侵害，而是因警察行為所產生的特殊危險狀態而受傷⁴³⁶。

然而，公法上危險責任在德國的損失補償法制上並未取得明確地位。德國聯邦法院反而是從擴張類似徵收侵害、具徵收效果之侵害以及公益犧牲等，導出行政損失補償的請求權，一般公法危險責任之實際需要，遂相對減少。除此之外，由於未能完整說明危險責任之責任根據何在，使得此公法上危險責任之建構上，無法獲致責任追究上一致之判斷標準，亦無從建立概括之補償規定構成要件⁴³⁷。

實際上，國家因此所負擔之賠償責任，並非常例，且德國發展出公法上危險責任的背景，是希望能夠填補不具有目的性的干涉所造成的損失，若承認其屬於獨立行政責任類型，則會造成國家過度負擔，因此應嚴格限於個別事件立法解決⁴³⁸，例如前述警察傷及民眾的案件可依警察行政法請求補償⁴³⁹。

二、日本法

日本對二元責任無法涵蓋的灰色地帶，稱之為國家補償制度裡，陽光照不到的「谷間」，如阿部泰隆所言，谷間的問題是無法該當兩者的典型情形，或者是在國家賠償的過失責任主義下無法救濟者，應盡可能將其認定為損失補償⁴⁴⁰。

因此，日本發展出所謂的「基於結果責任之國家補償」，作為第三種國家責任

⁴³⁵ 關於德國公法上危險責任之要件及特徵，參陳弘仁(1995)，〈公法上危險責任之研究〉，頁76-78，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文。

⁴³⁶ 對應到我國，亦有類似之立法例，例如警械使用條例第11條第1項：警察人員依本條例規定使用警械，因而致第三人受傷、死亡或財產損失者，應由各該級政府支付醫療費、慰撫金、補償金或喪葬費。

⁴³⁷ 宋國鼎，前揭註425，頁117-118。

⁴³⁸ 陳敏，前揭註156，頁1224-1225。

⁴³⁹ 災害保險法、聯邦公務員法、暴動損害法、戰爭犧牲者之生活照顧法、原子和平利用法等等皆有相關立法，不過這些立法例是否屬公法上危險責任，也有不同見解。參陳弘仁，前揭註435，頁99-107。

⁴⁴⁰ 阿部泰隆，前揭註326，頁380。

型態⁴⁴¹，認為非國家行政活動導致人民受損害，不能依國家賠償或損失補償制度獲得救濟，參酌損害發生的結果，國家亦應負責⁴⁴²。此種居於灰色地帶的各種案件類型，站在被害者立場都是應當受到救濟的。其包括的情形及對應處理如下⁴⁴³：

（一） 公權力違法但無過失

例如法院作成撤銷判決，導致行政處分違法，但執行行政處分之人並無過失。既然國家賠償法第 1 條以公務員有過失為要件，當無適用國家賠償之可能。雖然有過失客觀化及推定過失作為舉證困難的緩解措施，但畢竟無解於違法又無過失的真實情形，故產生了不能適用國家賠償或損失補償的窘境。在日本，諸如國稅徵收法、消防法等有個別處理到損失補償的規定，但是這些立法是依據其立法理由而個別處理的，並未受到整個損失補償制度的承認。

（二） 國家對營造物之設置、管理負無過失責任

概念類似前述德國學說所提出之公法上危險責任，皆是以危險責任作為責任根據之結果責任。此種國家責任亦有稱為基於公營造物瑕疵之責任。所謂設置或管理有瑕疵，乃指營造物欠缺通常應有的安全性之狀態，且依客觀狀況可判斷瑕疵之存在即當之。

以成文法形式確立這種國家責任的顯例為國家賠償法第 2 條第 1 項，其規定：「因道路、河川、或其他公共營造物之設置或管理有瑕疵，致他人受損害時，國家或公共團體對此應負賠償責任⁴⁴⁴。」該條採取無過失責任，實務上亦曾表明「基於營造物之設置或管理之國家或公共團體之損害賠償責任，不以有過失為必要⁴⁴⁵。」

⁴⁴¹ 實際上對於補償體系中峽谷區域的救濟，日本學界分為三派，分別為一、傳統體系區分相對化說、二、承認結果責任獨立地位說以及三、承認公法上危險責任獨立地位說。參陳弘仁，前揭註 435，頁 128-136。

⁴⁴² 葉百修，前揭註 304，頁 12。

⁴⁴³ 塩野宏，前揭註 300，頁 379-386。

⁴⁴⁴ 日本國家賠償法第 2 條第 1 項：

道路、河川その他の公の營造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる。

⁴⁴⁵ 最高裁昭和 45 年 8 月 20 日判決，判決全文參：

http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/103/054103_hanrei.pdf（最後瀏覽日期：12/05/2014）



（三） 因從事強制的國家活動所生損害

此種國家活動本身是正當的，但國家並無造成損失結果的意圖。故又稱為正當行為的結果責任，被歸類於此的典型案件包括了因國家行為造成文化財的損失、因強制預防接種造成的損失以及公務（戰爭）災害。

以修繕文化財為例，國家修繕文化財時造成損失，依文化財保護法第 41 條規定，受損失者可受補償⁴⁴⁶。復依同法第 52 條，文化廳長可要求重要文化財所有者提供該文化財，若文化財因此滅失毀損，依前述趣旨可受補償⁴⁴⁷。但該法並未解釋此些規定是否具有損失補償的性格⁴⁴⁸。

結論上，日本學界討論「結果責任」之概念，不問原因行為合法或違法，亦不問公務員有無故意或過失，而僅針對違法的結果負責。立意上是為建立國家責任之第三種類型，但因其種類雜多、且性質互異，欠缺積極之統一性，既非一般的法律制度亦未有統一的法理，僅不過為損害賠償與損失補償之補充，難以視之為以「結果之違法」為核心領域所出來之「結果責任」之一般性國家責任類型⁴⁴⁹。危險責任作為國家補償類型的意義在於，國家一方未有直接加害行為，但因為將其行政對象置於危險狀態下而使其發生損害的場合中，其只不過侷限在結果責任的一部分而已⁴⁵⁰。

學者也指出日本雖然意識到國家責任的救濟谷間，但因為欠缺如德國所發展出

⁴⁴⁶ 文化財保護法第 41 條第 1 項：

第三十八條第一項の規定による修理又は措置によつて損失を受けた者に対しては、国は、その通常生ずべき損失を補償する。

⁴⁴⁷ 文化財保護法第 52 條第 1 項：

第四十八條又は第五十一條第一項、第二項若しくは第三項の規定により出品し、又は公開したことに起因して当該重要文化財が滅失し、又はき損したときは、国は、その重要文化財の所有者に対し、その通常生ずべき損失を補償する。ただし、重要文化財が所有者、管理責任者又は管理団体の責に帰すべき事由によつて滅失し、又はき損した場合は、この限りでない。

⁴⁴⁸ 然而，塩野宏指出，此類事件從結果上來看雖然產生了損害，但從行為本身並無瑕疵的觀點來看，該行為是適法的。與其爭執其屬賠償或補償的本質，調整文化財的修繕、陳列等公益目的與私人財產權的立法，只要合理即可，不須強調是損失補償還是谷間。參塩野宏，前揭註 300，頁 383。

⁴⁴⁹ 參林錫堯（2007），〈建構完整的國家賠償責任體系—從立法觀點探討國家賠償責任類型〉，收於臺灣行政法學會（編），《國家賠償與徵收補償、公共任務與行政組織—臺灣行政法學會兩岸暨東亞行政法學會學術研討會論文集》，頁 53-55。

⁴⁵⁰ 范姜真嫩（1995），〈預防接種侵害事故之國家責任〉，《法政學報》，3 期，頁 7。



的類似徵收侵害概念，無法有系統地擴充損失補償法理，所以日本就此多是以個別性立法及行政措施來補救⁴⁵¹。

三、我國法

(一) 國家責任區分相對化

我國實務原則上遵循國家責任二元論的思維，「認為行政上之損害賠償與損失補償不同，前者係以不法行為為前提，為公法上之侵權行為；後者係對適法之行為而生之補償，以彌補相對人之損失⁴⁵²。」

但是傳統的國家責任體系，在實際運作上，仍可能遇到難以判斷為國家侵害行為屬合法或違法的事件，在我國近年因此引發爭論的當以冤獄賠償／補償事件為主⁴⁵³。亦有學者以「區分相對化」指出國家賠償與補償兩者界限趨近模糊的現象，例如在我國國家賠償法第3條第1項，並未以國家公權力「違法」侵害人民權利為前提⁴⁵⁴，對照到前述德日兩國發展出的損失補償類型，更像是公法上危險責任或是公營造物瑕疵責任。

(二) 其他損失補償責任

國內學者多主張，行政損失補償制度所欲處理之案例類型包括「違法、無責」以及「合法」的公權力行為帶給人民損失之案例類型⁴⁵⁵。基於承繼德日兩國的學說，致使我國對徵收或限制類型的鬆綁⁴⁵⁶、財產權定義的擴張、以人民權利保障為本位開展的損失補償思維等等也逐漸反映在許多實定法上。例如衡平補償類型，可連結至我國對特定社會脈絡下的政治受難者的補償（二二八事件處理及補償條

⁴⁵¹ 江義雄，前揭註341，頁24。

⁴⁵² 最高行政法院92年度判字第1709號判決。

⁴⁵³ 司法院解釋第670號認為冤獄賠償事件本質屬損失補償，有特別犧牲理論之適用；學者林三欽認為引發冤獄之措施可能合法，亦可能違法，但應該要整體一致定性為國家賠償事件，參林三欽，前揭註369，頁139-140。

⁴⁵⁴ 葉百修，前揭註304，頁11。

⁴⁵⁵ 林三欽，前揭註369，頁131。王服清，前揭註416，頁58。

⁴⁵⁶ 有認為我國的公用徵收之概念並無必要擴張，謹守於古典徵收概念即可。參李建良，前揭註312，頁1449-1450。



例)、基於信賴保護的損失補償亦為我國司法判決所肯認⁴⁵⁷。

不過我國此種 Bottom-up 的零散立法模式還不足以支撐一個繁複的損失補償體系，只能從我國有以侵害客體（動產物權、人員、智慧財產權）為考量的損失補償規定，可知我國的損失補償制度以土地所有權為重心，附帶及於地上物等財產權利，但是也逐漸發展以動產甚至非財產法益為保障客體的損失補償類型。以下分別舉例說明：

1. 對物之徵用⁴⁵⁸

有認為徵用的性質就是廣義徵收之一種，只是其與徵收的差異點在於人民權利是受限制而未達喪失，並非如徵收效果是所有權之剝奪⁴⁵⁹。實定法上例如依民防法第 12 條、第 13 條可徵用、徵購民間物資，惟依「民防物資人員徵收徵購及補償辦法」第 7 條規定，徵用原因消滅時即應解除徵用，連同徵用物資及補償金返還人民，復依同辦法第 6 條，徵購之價款依當地市價及新舊程度評定。且主管機關於收到徵購物資時，應同時交付價款；傳染病防治法第 54 條亦授權政府機關為執行防疫，得徵用民間土地、工作物、建築物、防疫器具、設備、藥品、醫療器材、污染處理設施、運輸工具等防疫物資。補償方式則依「傳染病防治財物徵用徵調作業程序及補償辦法」為之，原則上非消耗性財物仍應歸還；專利法第 51 條第 5 項規定，關於涉及國防機密，應保密之發明，政府就保密期間申請人所受之損失，應給與相當之補償。

只有在徵收具備合法性時，才能將對既存持有狀態之剝奪正當化，也就是說「存續保障」轉變成為「交換價值之保障」需要強烈的正當理由，並非給予補償即可剝奪人民之財產，基於此理由，有學者認為以上規定足見我國

⁴⁵⁷ 最高行政法院 76 年度判字第 474 號判決參照。

⁴⁵⁸ 關於國家徵用權 (eminent domain) 的法律經濟分析之一，國家徵用人民財產，必須要對人民為合理補償的原因，在於避免徵用人墮落 (demoralize)，並導致他們在未來更低效率地使用資源。此外，也要避免國家以徵用權壓制弱勢團體，進而侵犯如言論自由或其他基本人權。簡言之，合理補償之規定反映的是制憲者對政府官員之不信任。

⁴⁵⁹ 吳庚 (2007)，《行政法之理論與實用》，增訂 10 版，頁 756-757，臺北：三民。



對存續保障之法理亦及於不動產以外之財產性權利⁴⁶⁰。

2. 對人之徵用

物之徵用，屬財產權之侵害，當屬行政上損失補償類型，對人之徵用則屬其他損失補償問題⁴⁶¹。我國法上針對人之徵用訂有零散規定，通常是基於國防、公共安全或臨時公共建設目的而徵用專業人員。例如國家可依國防法第 25 條，於舉辦演習時，徵用操作物資人員。經授權訂定之全民防衛動員準備法第 28 條也規定了「徵用並應給與相當之補償。」且同法第 34 條訂有所謂不得徵用之人員，例如因徵用而影響所營事業者、家屬之生活難以維持者或健康狀態不適參加演習者。顯見在與公益目的之衡量下，仍應保障人民最低限度的財產權與身體健康權。

由於對人員之徵用，涉及人身自由甚鉅，若人民受徵用超過所應負之社會義務，達到特別犧牲程度，自不能漠視此類型作為損失補償事由。

3. 非財產法益之特別犧牲

在涉及人民的非財產法益遭受國家公權力合法侵害的情形時，國家應予以補償，惟此種補償是基於結果責任之損失補償，並非徵收補償。此乃偏向於對日本國家補償法的理解，所建構出一種結果責任型態。我國國家賠償法第 3 條第 1 項，所謂「因公有公共設施設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害」而發生之國家賠償責任，不直接涉及公務員之行為，因此學說上有謂此乃一危險責任⁴⁶²。最高法院對此也多有著墨，基本上認為此一規定採無過失責任主義。其判斷重點在「設置是否有欠缺」及「管理是否有欠缺⁴⁶³。」但本條保障範圍較廣，尚包括了財產法益。若僅針對非財產法益的損失補償案件，近年來的典型案件莫過於冤獄賠償事件，撇開其為賠償

⁴⁶⁰ 蔡維音，前揭註 289，頁 23。

⁴⁶¹ 葉百修，前揭註 304，頁 177。

⁴⁶² 林錫堯（2006），《行政法要義》，3 版，頁 605，臺北：元照。

⁴⁶³ 最高法院 85 年臺上字第 2776 號判例、最高法院 73 年臺上字第 3938 號判例、最高法院 50 年臺上字第 1464 號判例。

或補償的性質不論，我國大法官已在釋字第 670 號肯定國家對人民所應負的損害填補責任⁴⁶⁴。

經由耙梳其他損失補償類型的特定法律所得出之結果，可看出並無太多適用於祭祀公業的餘地，本文建議應以祭祀公業為中心訂立損失補償專法，以契合祭祀公業財產受公權力干預之現實狀態。以加拿大在能源計畫的補償規定為例，能源計畫妨害土地使用，並帶來噪音、光照汙染、美學破壞、土地價值減低等問題，這些屬於「土地未被徵收但具有傷害性影響的情形」(Injurious Affection Where no Land is Taken)，都是伴隨著能源計畫而具有特色的負面作用⁴⁶⁵。祭祀公業財產涉及文化財者，許多因土地限制而帶來的損害，其認定必須脫於傳統想像中土地所有人使用收益的表彰方式來思考，訂立祭祀公業損失補償專法也應針對其受徵收及其他限制使用的態樣加以考量，以充實其他損失補償類型之建構。

第二節 祭祀公業財產受徵收及限制使用態樣⁴⁶⁶

對財產權侵害之型態，包括對特定標的禁止所有、對財產所有權持有之限制、平均課予一定之負擔⁴⁶⁷，以及對個別財產課以特定負擔⁴⁶⁸。但有學者指出，如果法律不是以限制財產權為目的之規定，雖有限制財產權的間接效果，尚非財產權

⁴⁶⁴ 釋字第 670 號解釋理由書節錄：「人民受憲法第八條保障身體之自由，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要基本人權，尤其應受特別保護，亦迭經本院解釋在案（本院釋字第三八四號、第五八八號解釋參照）。是特定人民身體之自由，因公共利益受公權力之合法限制，諸如羈押、收容或留置等，而有特別情形致超越人民一般情況下所應容忍之程度，構成其個人之特別犧牲者，自應有依法向國家請求合理補償之權利，以符合憲法保障人民身體自由及平等權之意旨。」

⁴⁶⁵ 詳參 Shane Rayman, Janet Lunau, *Navigating the Jungle: Private Nuisance and Renewable Energy Projects*, 27 J. Env. L. & Prac. 253, 256-65 (2015).

⁴⁶⁶ 此處所探討關於祭祀公業財產權受公權力侵害，以受徵收及限制使用態樣為主，此種態樣屬於財產權的個別性保障所涵蓋範圍。所謂個別性保障的功能，是基於財產權的基本防禦性質而來，賦予人民在其財產受國家侵害時，可以抵禦國家的力量，例如公益徵收應有補償規定（結合條款）始為合法，即是在賦予人民抵抗國家侵害其財產的權力；而財產權的制度性保障，是在約束立法應有的準則，也就是說立法者規範財產制度必須注意私財的保障，立法者依照稅捐法定主義訂立稅法，就是制度性保障的體現。而關於對祭祀公業補償金課稅之問題，屬於後者，擲於第四章再詳加說明。

⁴⁶⁷ 此類限制的典型為針對財產的課稅，諸如所得稅、營業稅、遺產稅、土地稅、汽車牌照稅等。此外像是騎樓的法定公用地役權、建築物高度的限制、建蔽率與容積率的規定。此類的負擔的特性在於具有廣大的立法形成空間，惟一旦負擔類型化後，應維持該負擔類型的公平性。見李惠宗，前揭註 290，頁 283-284。

⁴⁶⁸ 對特定人財產剝奪其所有權，或限制其使用收益處分之部分權能。見李惠宗，同前註，頁 284-285。

之侵害⁴⁶⁹。

許多祭祀公業，隨著世代交替，致使享祀人或設立人難以認定，派下員並不知自己的身分，致使祭祀公業土地面臨無人管理的問題。甚至許多都市型的祭祀公業土地位於市區精華地段，卻因此淪為荒地；另一方面亦有祭祀公業土地價值水漲船高，成為派下子孫爭產之對象，甚至不惜對簿公堂，使得公業土地無法有效利用和管理，造成浪費土地資源的情形⁴⁷⁰；而祭祀公業眾多的出租耕地，也因國治初期一連串以保護佃農為目的的土地改革而受到不小的限制。總之，祭祀公業土地的清理是實務上長久以來的問題。政府曾透過法制的建構，以實現都市計畫之目的，例如 1981 年及 1998 年制訂的「祭祀公業土地清理要點」及「臺灣省祭祀公業土地清理辦法」，惟因未具法律位階，亦未強制人民申報登記為財團法人，致清理之效果未臻理想，無法徹底祭祀公業土地問題。而在憲法保障人民財產權的觀點下，此些相關之法制建構若未考慮適當的損失補償，極易成為侵害祭祀公業財產權的推手。

第一項 所有權之剝奪


臺灣在日治時期已有土地徵收的法律。臺灣總督府於明治 34 年（1901）5 月 23 日以府令第 43 號發布「土地收用規則」，該規則並未具體列舉公共事業內容、人民對徵收判決無救濟管道，且可以由徵收土地該地的街長、庄長及社長來代替土地所有人進行交涉，種種規定皆與當時內地之土地收用法不同⁴⁷¹。到了 1907 年，才開始採取市價一半的補償額。當時的土地收用規則雖然明定徵收必須補償，但並未規定應以何種標準補償，因此徵收不補償，於法不合；但未以實價補償，尚非法所不許⁴⁷²。在這樣的制度運作之下，無所謂徵收補償的實質精神⁴⁷³。

⁴⁶⁹ 以釋字第 465 號為例，對非法買賣管制動物及製品者予以處罰，目的在於保育野生動物，以達維護環境及生態，且為必要之手段。參李惠宗，同前註，頁 282-283。

⁴⁷⁰ 許仁舉（1999），〈加速清理祭祀公業土地，將有法源依據〉，《土地事務月刊》，341 期，頁 4。

⁴⁷¹ 何鳳嬌（2003），《戰後初期臺灣土地的接收與處理（1945-1952）》，頁 35-36，國立政治大學歷史學研究所博士論文。

⁴⁷² 蕭淳尹（2013），《臺灣都市更新法制之演變（1895-2012）—從知識繼受與在地經驗之觀點》，頁 14-15，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



祭祀公業之耕地，在 1950 年代的農地改革後期，已有許多被徵收，依實施耕者有其田條例第 8 條⁴⁷⁴（本法於 1993 年 7 月 30 日廢止），祭祀公業宗教團體之出租耕地一律由政府徵收，轉放現耕農民承領，此項政策使得政府得以徵收地主超額持有之耕地，被徵收耕地範圍內現供佃農使用收益之房屋、晒場、池沼、果樹、竹木等定著物及其基地，亦附帶予以徵收放領⁴⁷⁵。而同條第 3 項規定祭祀公業及宗教團體保留耕地，比照地主保留耕地之標準，加倍保留之，也就是可保留至六甲水田或十二甲旱田，不過當時大部分寺院土地是登記在住持等私人名下，無法享有宗教團體加倍保留的優待。同時本條例第 11 條規定也限制祭祀公業持有其出租耕地：「地主於出租耕地外兼有自耕之耕地時，其出租耕地保留面積連同自耕之耕地，合計不得保留超過前條之標準。但兼有耕地面積已超過前條標準者，其出租耕地不得保留。」

一、都市更新條例之徵收

在 1998 年訂定都市更新條例（下稱都更條例）前，我國早期與都市更新制度相關之規定散見於都市計畫法、平均地權條例、環境影響評估、公寓大廈條例、國軍老舊眷村改建條例、臺北市都市更新實施辦法、臺北市更新地區劃定評估標

⁴⁷³ 但是在當時，總督府藉土地政策排除異己，以利徵收，是有其淵源的。關於日治時期土地處置相關法令及施行目的，參何鳳嬌，前揭註 471，頁 30-38。

⁴⁷⁴ 實施耕者有其田條例第 8 條：

左列出租耕地，一律由政府徵收，轉放現耕農民承領：

- 一、地主超過本條例第十條規定保留標準之耕地。
- 二、共有之耕地。
- 三、公私共有之私有耕地。
- 四、政府代管之耕地。
- 五、祭祀公業宗教團體之耕地。
- 六、神明會及其他法人團體之耕地。
- 七、地主不願保留申請政府徵收之耕地。

第一項第二款、第三款，耕地出租人如係老弱、孤寡、殘廢、藉土地維持生活或個人出租耕地，因繼承而為共有，其共有人為配偶、血親、兄弟、姊妹者，經政府核定，得比照第十條之保留標準保留之。

第一項第五款祭祀公業及宗教團體保留耕地，比照地主保留耕地之標準，加倍保留之，但以本條例施行前原已設置之祭祀公業及宗教團體為限。

⁴⁷⁵ 劉欽泉、蕭景楷（2001），〈促進臺灣農地使用權流動性之研究〉，《農業經濟半年刊》，69 期，頁 11。

準表等⁴⁷⁶。早期制度的不完善以及環境的迫切需要⁴⁷⁷，催生了都更條例。在綜合性整體都市發展的制度下，本有各個「法系」的存在，如都市計畫或建設法系、歷史文化景觀法系等等，都市更新僅為其中一環，但都市更新制度立法時，即明示為特別法，性質上自然優先於作為基本法的都市計畫法⁴⁷⁸，在規範內涵上，也植入權利變換、多數決門檻等創建思維，此後在本法授權之下所訂定的各種子法⁴⁷⁹，更讓都市更新體系自成一格。

（一） 徵收的概念

土地徵收，以德國學界的定義而言，有認為乃「為公共需要或公共用途等之需，基於對土地之最高支配權（或者上級所有權）之行使，藉由公權力之作用，依據法定程序，並於公正補償之原則下，強制剝奪（Entziehung）私有土地之下級所有權，將土地所有權移轉於需用土地人之行政行為⁴⁸⁰。」若以較具體的判準說明徵收概念，只要是「行政主體（行政機關）為實現特定公共行政，依據訂有補償條款之法律，以有意（目的明確）之高權法律行為（durch einen gezielten hoheitlichen Rechtsakt）對於基本法第 14 條第 1 項第 1 句⁴⁸¹所規定之具財產價值之權利（Rechtspositionen），包括特定之公法權利及所有私法之權利進行全部或一部之剝奪」即屬之。其重要之因素乃是干涉之方法和目的，並非干涉之強度及質量（Qualität）⁴⁸²。

然而為避免落入用語的形式弊病，如學者所指出，是否為徵收不能以條文用語為準，而須視人民權利受到侵害態樣之本質來論斷，以都更條例第 31 條的權利

⁴⁷⁶ 林明鏘（1997），〈論我國都市更新法制〉，《臺大法學論叢》，26 卷 3 期，頁 91-92。

⁴⁷⁷ 1990 年代臺灣的都市已累積許多結構上的問題，包括簡陋眷村的拆遷、交通道路的闢建、國民住宅的興建等需求，皆使都市更新成為一強勢的社會議題。

⁴⁷⁸ 立法院公報處（1998），《立法院公報》，87 卷 42 期（上），頁 286-288。

⁴⁷⁹ 如都市更新建築容積獎勵辦法、都市更新權利變換實施辦法、都市更新團體設立管理及解散辦法、都市更新事業接管辦法等等。

⁴⁸⁰ 陳明燦（2001），《財產權保障、土地使用限制與損失補償》，頁 218，臺北：翰蘆。

⁴⁸¹ §14 Abs.1 GG:

Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze.

⁴⁸² 張文郁，前揭註 395，頁 170。

變換為例，原土地所有權人依其變換前之權利價值，獲得土地建物之分配；但對於不願參與分配之人，以現金補償之。對於不願參與都更之人而言，財產權之剝奪是強制的，本質上即屬徵收；又如土地徵收條例第 11 條之協議價購，使地主在可預見土地被徵收的情形下為契約的協商，這種在徵收下的陰影亦為徵收制度所涵蓋的一部分⁴⁸³。故有認為審視我國整部都市更新法制，其實包含著「剝奪，再重新分配或補償」的價值⁴⁸⁴。

依社經條件之變遷，徵收的實施方式呈現出多樣性，不同於初始的面貌⁴⁸⁵，例如區段徵收（Zone Condemnation, Zonenenteignung），其定義依土地法第 212 條第 2 項：「區段徵收，謂於一定區域內之土地，應重新分宗整理，而為全區土地之徵收。」得辦理區段徵收的地區散見於許多法規，包括平均地權條例、土地法、土地徵收條例、都市計畫法、都更條例、新市鎮開發條例、促進民間參與公共建設法、獎勵民間參與交通建設條例等等。從此些規定大致可知區段徵收大抵伴隨著都市計畫之新訂變更、公共建設所需用等。區段徵收與一般的公用徵收之主要不同在於，區段徵收是將某一劃定地區範圍內之私有土地，全部予以徵收，重新加以劃分整理後，由政府直接利用，例如興建公共設施，興建後一部分由土地所有權人按一定比例領回，一部分可能藉由放領、出租、標售給人民，以改善土地之土地利用狀態，所以可認為是一種綜合性土地改良措施⁴⁸⁶。撇開區段徵收的性質在學說上究為特殊徵收及一般徵收的爭議⁴⁸⁷，以補償原則、範圍、基準及方式

⁴⁸³ 協議價購的性質在學說上有很大的歧見，有代替行政處分之行政契約、私法契約及折衷說的見解，例如廖義男教授認為係一般私法買賣契約，僅為徵收的法定先行程序。參廖義男（2010），〈都市發展中公共設施用地取得方法之規範〉，《法學新論》，24 期，頁 9。

⁴⁸⁴ 陳仲麟（2013），〈審視都市更新條例的合憲性——從審查標準之選擇與運用為司法院釋字第 709 號補述〉，《月旦法學雜誌》，219 期，頁 90。

⁴⁸⁵ 日本早在 1919 年制定的都市計畫法中，就已規定徵收的各種手段，包括土地區劃整理、地域地區制、地帶收用、受益者負擔金、公共設施保留地。其中就用語之理解，做統一說明：地帶收用，相當於我國的區段徵收；土地區劃整理，相當於我國的市地重劃；地域地區制，相當於我國的土地使用分區管制。見蕭淳尹，前揭註 472，頁 12。

⁴⁸⁶ 陳玉峰（2006），《區段徵收補償法制之研究》，頁 21，國立政治大學地政學研究所碩士論文。

⁴⁸⁷ 主張特殊徵收者如李建良，其認為區段徵收是土地徵收條例第 3 條之一般徵收以外的公益徵收，參李建良，前揭註 312，頁 1462；而主張一般徵收者，認為區段徵收只是一種區域開發手段的土地徵收。參陳立夫，前揭註 375，頁 5。

而言，皆是準用一般規定⁴⁸⁸。

至於土地重劃 (Replotting, Umlegung, Zusammenlegung) 的定義未見於我國法規，學者認為，土地重劃係指「依我國土地法之規定，為使一定區域內之土地和於經濟使用由主管地政機關所為之土地區劃與重新分配之制度⁴⁸⁹。」而就其涉及的法律規定而言，可知係依照都市計畫法相關規定，將一定區域內，畸零細碎不整之土地，按原有位次交換分合為形狀方整的各宗土地後，重新分配予原土地所有權人的行政措施。經重劃後各宗土地不但直接臨路、立即可供建築使用⁴⁹⁰。發生土地重劃的事由有都市計畫、畸零地整頓、耕地分配、將散碎之土地交換合併等⁴⁹¹。嚴格來說，市地與耕地的價值判斷方式不同，前者涉及土地地位、臨街面等，後者則注重地質優劣，但土地法關於土地重劃之規定並未對此設若何分別⁴⁹²，所以本文不特別區分「土地重劃」或「市地重劃」的用語。

日本之土地區劃整理（相當於我國之市地重劃）係指，為了建造公共用地，每個人出一部分土地。雖然個人的土地會減少，但地價會上升，可與其所受損失為抵銷。土地所有人的損失得由清算金及補償來調整，但若是土地區劃後導致地價減少，亦有減價補償金。對土地區劃整理的批評在於政府可藉此無償取得土地，但是優點在於可將開發利益均分給人民。與徵收不同的是，住在該地之居民不需遷居⁴⁹³。土地重劃與區段徵收不同，土地重劃並未剝奪人民之所有權。區段徵收

⁴⁸⁸ 土地徵收條例第 39 條第 1 項：

區段徵收土地時，應依第三十條規定補償其地價。除地價補償得經土地所有權人申請，以徵收後可供建築之抵價地折算抵付外，其餘各項補償費依第三十一條至第三十四條規定補償之。

⁴⁸⁹ 史尚寬，前揭註 378，頁 274。

⁴⁹⁰ 內政部地政司網址：<http://www.land.moi.gov.tw/chhtml/content.asp?cid=993>

⁴⁹¹ 土地法第 135 條：

直轄市或縣（市）地政機關因左列情形之一，經上級機關核准，得就管轄區內之土地，劃定重劃地區，施行土地重劃，將區內各宗土地重新規定其地界：

- 一、實施都市計畫者。
- 二、土地面積畸零狹小，不適合於建築使用者。
- 三、耕地分配不適合於農事工作或不利於排水灌溉者。
- 四、將散碎之土地交換合併，成立標準農場者。
- 五、應用機器耕作，興辦集體農場者。

⁴⁹² 史尚寬，前揭註 378，頁 289。

⁴⁹³ 阿部泰隆，前揭註 326，頁 392-393。

係對一定地區內的人民所有權為收買或徵收，整理完畢後復為出賣而言⁴⁹⁴。

祭祀公業土地參與都市更新的情形，立法者並無訂立專法規範，若祭祀公業有一定面積之土地欲辦理都市更新，可依都更條例第 25 條，以權利變換、徵收、區段徵收、市地重劃或協議合建⁴⁹⁵的方式，達到整建或其他都市更新計畫的目的。

(二) 祭祀公業土地與都市更新之啟動

祭祀公業土地因為長期在實務上有著權義不清的問題，土地或建物的使用乏人問津，導致傾頹朽壞，阻礙交通，當然其中也不乏具有歷史文化價值亟需保存者。加上許多座落在都市範圍的公業土地，其共同共有關係一直沒有消解，同時公業也沒有基於祀祖目的運作，如此保持任其荒蕪的狀態，對都市建設及區域發展不啻是一大阻礙；納稅義務人所在不明也進而影響稅收政策。然而許多祭祀公業之管理人或派下員無法確認的原因不見得是子孫散佚，尚包括認為申報對自己並無實益的情況⁴⁹⁶，因此如何提供市區祭祀公業土地處分利用的誘因及多元選擇，成為都市更新計畫中重要的一環⁴⁹⁷。

祭祀公業土地普遍具有不良的環境狀況，使得祭祀公業之土地容易落入主管機關優先劃為更新地區的範圍⁴⁹⁸。在都市更新條例體系底下，可分為四種啟動程序：主管機關就土地為一般劃定（第 5 條）、優先劃定（第 6 條）、迅行劃定（第 7

⁴⁹⁴ 史尚寬，前揭註 378，頁 275-276。

⁴⁹⁵ 協議合建，係依契約自由的法理，經全體所有人同意辦理都更，與實施者、權利變換人討論，自行決定變換前後之價值，其與權利變換的主要差異在於沒有政府介入把關的估價機制，其房地分配的約定完全是私權約定。關於協議合建的立法批評，見洪任遠（2008），《都市更新與少數之權利人保護》，頁 20-21，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴⁹⁶ 黃志偉（2011），《祭祀公業條例解析與土地清理實務》，2 版，頁 3-4，臺北：五南。

⁴⁹⁷ 市區祭祀公業的土地開發模式應注重以委外專業實施者、辦理公聽會、行政部門適當介入協調的方式為土地開發。參詹益寧（2006），《以都市更新方式改進市區祭祀公業「共同共有」土地開發之研究》，頁 25，國立成功大學都市計畫研究所碩士論文。

⁴⁹⁸ 都市更新條例第 6 條：

有下列各款情形之一者，直轄市、縣（市）主管機關得優先劃定更新地區：

一、建築物竊陋且非防火構造或鄰棟間隔不足，有妨害公共安全之虞。

二、建築物因年代久遠有頹傾或朽壞之虞、建築物排列不良或道路彎曲狹小，足以妨害公共交通或公共安全。

三、建築物未符合都市應有之機能。

四、建築物未能與重大建設配合。

五、具有歷史、文化、藝術、紀念價值，亟需辦理保存維護。

六、居住環境惡劣，足以妨害公共衛生或社會治安。

條)以及人民自行劃定更新單位(第11條⁴⁹⁹)。雖然劃定更新都市地區係保留給政府獨享的權限,但基於人民自行劃定的需求,祭祀公業亦可依第11條及第12條的架構下自行劃定更新單元,申請實施都市更新事業(又稱為民辦都更),此規定可補充政府在都市土地開發上人力物力之不足。民間自行劃定的評估標準,依第11條授權訂定的劃定基準,亦有類似第6條優先劃定的各款考量,例如「臺北市未經劃定應實施更新之地區自行劃定更新單元建築物及地區環境評估標準」第2條,將都更條例第6條各款納入民辦都更的規範當中,並訂有具體指標,故祭祀公業土地欲加入自劃更新單元,亦應符合與主管機關優先劃定相同的標準⁵⁰⁰。

然而考量到祭祀公業土地長久以來係以共有型態為眾多派下員所有,且通常不易取得與派下員的聯絡,因此在取得派下員同意的程序自比一般共有情形複雜、困難,故第12條第5款特別針對祭祀公業規定,祭祀公業土地申請實施都更,原則上不適用人數與土地及建築物所有權比例之計算⁵⁰¹。之所以不計算祭祀公業土地之人數與土地及建築物所有權比例,係鑒於過去辦理都市更新事業,常因無法取得都市更新範圍內僅占少部分之祭祀公業土地全部派下員之同意,致都市更新事業因而延宕之經驗,故將其排除;惟基於如有部分派下員不願參與都市更新事業時,仍應給予適度表達意見機會之考量以保障其財產權,因此如有超過三分之一派下員表示反對時,仍應納入計算之但書規定,並無矛盾⁵⁰²。

二、祭祀公業條例之代為標售

關於祭祀公業土地的清理,有早期內政部所公布之「祭祀公業土地清理要點」與臺灣省政府所公布之「臺灣省祭祀公業土地清理辦法」為依據,惟清理要點不

⁴⁹⁹ 應注意劃定更新地區與劃定更新單元在概念上有所不同,前者範圍較大,可由數個實施都更的分區(即更新單元)所組成;而縱使是未經劃定更新地區之土地,仍可以由人民自行劃定更新單元。

⁵⁰⁰ 例如祭祀公業之建築物竊陋且非防火構造或鄰棟間隔不足,有妨害公共安全之虞,其具體指標包括更新單元內屬非防火建築物或非防火構造建築物之棟數比例達二分之一以上,並經委託建築師、專業技師或機構辦理鑑定者等等。

⁵⁰¹ 都市更新條例第12條第5款:

申請實施都市更新事業之人數與土地及建築物所有權比例之計算,不包括下列各款:

五、祭祀公業土地。但超過三分之一派下員反對參加都市更新時,應予計算。

⁵⁰² 內政部 92.6.11.(92)臺內營字 09200086950 號函。

具法律位階，對於未申報之祭祀公業，基於法律保留原則，無法以行政命令採用強制手段辦理⁵⁰³。直到 2007 年制定的「祭祀公業條例」才針對祭祀公業土地訂有完整的標售規定。觀其立法目的係為期達到延續宗族傳統兼顧土地利用及增進公共利益之目標⁵⁰⁴。然而就規範體系觀察，該條例第五章（第 49 條至第 55 條）特別專章處理祭祀公業土地問題，尤其第 51 條以下的標售相關規定，可看出加速清理眾多祭祀公業土地才是本法之主要目的⁵⁰⁵。

首先，依第 7 條，未申報之祭祀公業，應自縣市地政機關公告清查祭祀公業土地並通知未申報之祭祀公業之日起三年內辦理申報。如未申報或申報未完備，將開啟第 51 條的代為標售程序⁵⁰⁶；如標售完成，祭祀公業得於十年內，檢附證明文件向主管機關申請發給土地價金⁵⁰⁷，如經二次標售仍未完成標售者，該土地將登記為國有，祭祀公業於十年內得檢附證明文件請求主管機關發給土地價金⁵⁰⁸。

補償基準部分，依「祭祀公業未能釐清權屬土地代為標售辦法」第 5 條，係參酌公告標售當時徵收補償地價或建築改良物徵收補償費查估基準及應納稅賦。此外若第二次標售土地無人投標或未完成標售者，得酌減底價（不得逾第一次標

⁵⁰³ 高曜堂，前揭註 1，頁 58。

⁵⁰⁴ 參祭祀公業條例立法總說明。

⁵⁰⁵ 祭祀公業土地之標售原本是要在「地籍清理條例」中，一併與神明會土地規定的，惟立法院 88 年 1 月 4 日內政及邊政、司法委員會第 1 次聯席會議審查時認以「祭祀公業或神明會名義登記土地之清理，祭祀公業派下員之申報及是否強制其成立財團法人等，有無考量祭祀公業設立宗旨及派下員之派下權，有待釐清」等原因而決議保留「地籍清理條例」草案。96 年 3 月 21 日公布的「地籍清理條例」，只有將神明會土地列入第 3 章予以清理，而祭祀公業土地則另行制定「祭祀公業條例」處理之。

⁵⁰⁶ 祭祀公業第 51 條第 1 項：

祭祀公業土地於第七條規定公告之日屆滿三年，有下列情形之一者，除公共設施用地外，由直轄市或縣（市）主管機關代為標售：

- 一、期滿三年無人申報。
- 二、經申報被駁回，屆期未提起訴願或訴請法院裁判。
- 三、經訴願決定或法院裁判駁回確定。」

⁵⁰⁷ 祭祀公業條例第 54 條第 1 項：

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。」同條 3 項：「祭祀公業自專戶儲存之保管款儲存之日起十年內，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（下略）。

⁵⁰⁸ 祭祀公業條例第 55 條第 1 項：

依第五十一條規定代為標售之土地，經二次標售而未完成標售者，由直轄市或縣（市）主管機關囑託登記為國有。」同條 2 項：「前項登記為國有之土地，自登記完畢之日起十年內，祭祀公業得檢附證明文件，向直轄市或縣（市）主管機關申請發給土地價金（下略）。」

售底價百分之十)再行辦理第二次標售。

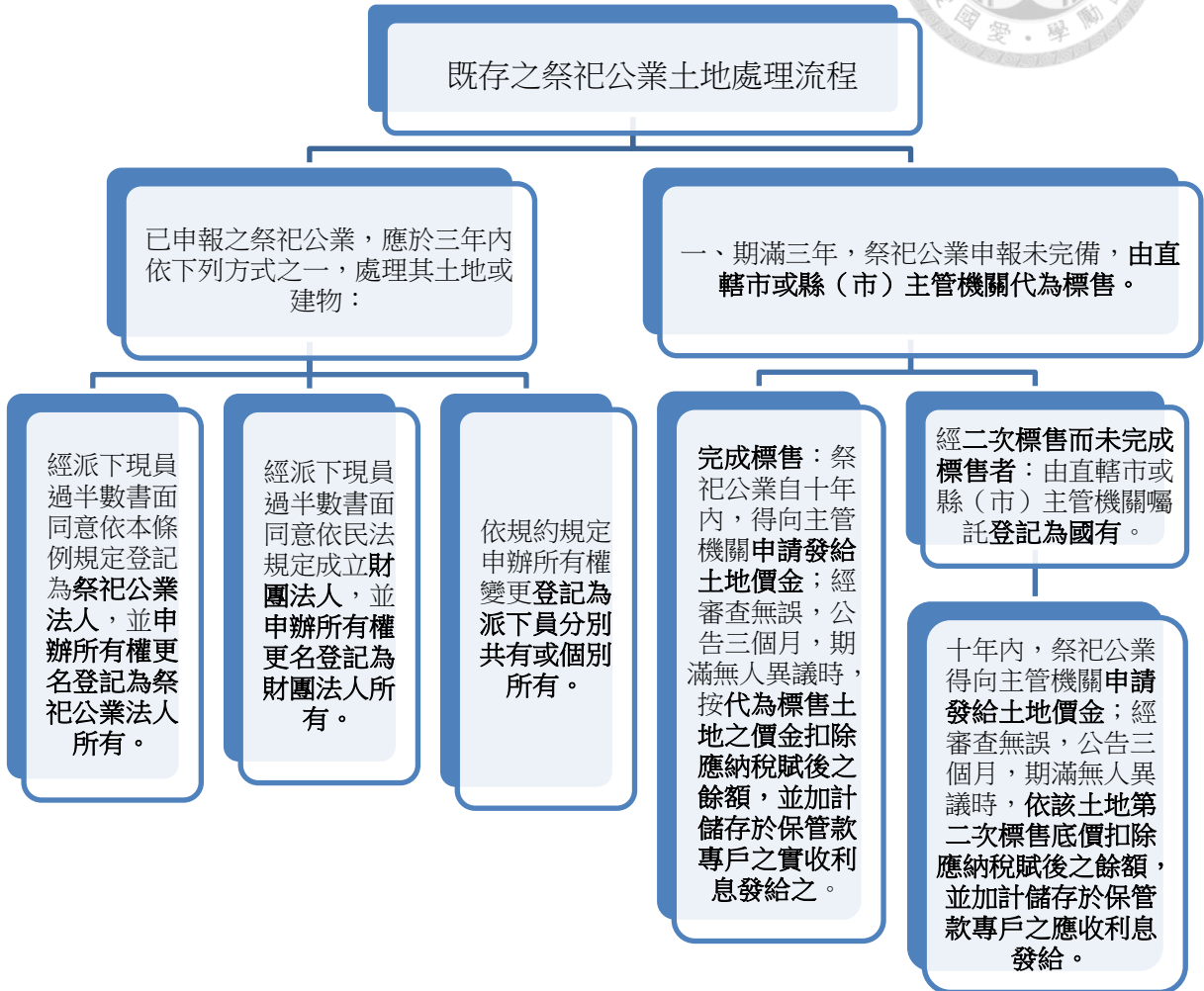


圖 3-4 既存之祭祀公業土地處理流程圖

資料來源：本研究自製

第二項 限制使用

祭祀公業將其土地出租於佃農，收取租金充作祭祀經費之用的情形自清治時期開始，至日治時期已成常態。惟國民政府遷臺後，為保護佃農之權益，訂定了耕地三七五減租條例⁵⁰⁹。該法在農業社會至工商業社會的轉型初期，對地主形成

⁵⁰⁹ 第一階段的土地改革始於 1949 年 4 月，臺灣省政府以行政命令公佈實施「臺灣省私有耕地租用辦法」等法令，至 1951 年 5 月才立法通過「耕地三七五減租條例」。

許多以耕地使用收益權為中心的重大限制。包括地租限制⁵¹⁰、租期限制⁵¹¹、佃農之物權性優先承買權⁵¹²等等。因為我國並未像德國建立起不同侵害的案件類型⁵¹³，故此處對祭祀公業土地之使用收益權利受有限制的態樣，未加以類型化以避免體系混淆。以下從早期的出租耕地改革及現今的都市土地開發狀況，就相關法制上較具爭議性的限制手段為總體說明：

一、出租人收回耕地之限制

耕地三七五減租條例第 19 條規定了耕地租約期滿時，出租人不得收回自耕的情形，包括一、出租人不能自任耕作者。二、出租人所有收益足以維持一家生活者。三、出租人因收回耕地，致承租人失其家庭生活依據者。並且在同法第 3 項規定出租人在符合收回耕地事由時（出租人為擴大家庭農場經營規模者，得收回）必須給予承租人的補償⁵¹⁴。補償範圍為一、承租人改良土地所支付之費用。但以未失效能部分之價值為限。二、尚未收穫農作物之價額。三、終止租約當期之公告土地現值，減除土地增值稅後餘額三分之一。

此外，平均地權條例亦規定了許多應由出租人補償承租人的事由，例如第 76 條、第 77 條規定出租耕地被編為建築用地，出租人為收回或出售該地時而終止租約時，亦應對承租人為一定補償，此些補償金額原則上與前述相同，亦即承租人

⁵¹⁰ 耕地三七五減租條例第 2 條第 1 項：

耕地地租租額，不得超過主要作物正產品全年收穫總量千分之三百七十五；原約定地租超過千分之三百七十五者，減為千分之三百七十五；不及千分之三百七十五者，不得增加。

⁵¹¹ 耕地三七五減租條例第 5 條：

耕地租佃期間，不得少於六年；其原約定租期超過六年者，依其原約定。

⁵¹² 耕地三七五減租條例第 15 條：

耕地出賣或出典時，承租人有優先承受之權，出租人應將賣典條件以書面通知承租人，承租人在十五日內未以書面表示承受者，視為放棄。

出租人因無人承買或受典而再行貶價出賣或出典時，仍應照前項規定辦理。

出租人違反前二項規定而與第三人訂立契約者，其契約不得對抗承租人。

⁵¹³ 或可使用我國學說及實務普遍皆援用的特別犧牲之概念，但並不據此承認我國有類似徵收及具徵收效力侵害之類型的區分實益，關於不同主張，參考蔡震榮（2005），〈徵收侵害與損失補償〉，《損失補償、行政程序法—臺灣行政法學會學術研討會論文集》，頁 114；李震山（2005），〈論行政損失補償責任—以行政程序法之補償規定為例〉，《損失補償、行政程序法—臺灣行政法學會學術研討會論文集》，頁 185。

⁵¹⁴ 耕地租約期滿時，如出租人有自耕能力，且其所有收益不足維持一家生活者，依法固得主張收回自耕，但承租人倘因地被收回致家庭生活失所依據，亦非兩全之道，故法院為兼顧業佃利益起見，酌情命為一部收回一部續租之判決，仍非法所不許。參最高法院 47 年臺上字第 732 號判例。

改良土地所支付之費用、尚未收穫農作物之價額、土地現值減除土地增值稅後餘額三分之一；依同條例第 11 條，依法徵收或照價收買之土地為出租耕地時，原則上土地所有權人也應以所得之補償地價，扣除土地增值稅後餘額之三分之一⁵¹⁵，補償耕地承租人；依同條例第 63 條，出租之公、私有耕地因實施市地重劃致不能達到原租賃之目的者，由直轄市或縣（市）政府逕為註銷其租約並通知當事人。於此情形，承租人得向出租人請求或領取一定的補償⁵¹⁶。

然而此等保護佃農的舉措，對此大法官於 2004 年作出第 580 號解釋，認為有關地主收回耕地必須補償佃農之規定有違憲及違反立法目的之虞。詳言之，耕地三七五減租條例第 19 條規定，使得縱使出租人符合收回耕地的規定，但依同條例第 3 項，出租人必須補償承租人。此規定之不當處，在於若承租人生活並非無依靠，出租人還要負擔承租人之生活而負擔三分之一之補償，反而與國家促進農業現代化及鼓勵擴大家庭農場經營規模之立法目的相抵觸。該規定受兩年期間的定期違憲宣告，規定失效之後出租人以此理由收回者，不須補償承租人。

另一解釋重點為，如果該農地因埔地編訂或變更為非耕地，大法官認為不問情況均補償三分之一，有違背憲法第 15 條保障財產本旨，惟此處大法官僅給予裁判性警告，要求有關機關應斟酌憲法第 22 條保障契約自由之意旨及社會經濟條件變遷等情事，儘速檢討修正，但未限期完成修正。

綜上所述，釋字第 580 號解釋僅針對一部份補償事由做出違憲宣告，其餘部分，在重新建構耕地承租人與出租人關係，以達合理分配農業資源的考量下，仍得通過合憲性審查。


⁵¹⁵ 1994 年土地稅法修正後，徵收土地所有權人不論是領取補償金或是申請發給抵價地，都免徵土地增值稅。關於免徵土地增值稅之理由，主要有地價補償金偏低、被徵收人本非自願出讓土地，不應以正常交易模式課稅等等。

⁵¹⁶ 平均地權條例第 63 條第 2 項：

依前項規定註銷租約者，承租人得依左列規定請求或領取補償：

一、重劃後分配土地者，承租人得向出租人請求按重劃計畫書公告當期該土地之公告土地現值三分之一之補償。

二、重劃後未受分配土地者，其應領之補償地價，由出租人領取三分之二，承租人領取三分之一。



此外，依耕地三七五租約清理要點第 8 點，耕地租約期滿出租耕地為祭祀公業、神明會、法人等及其他非自然人所有者，不得依耕地三七五減租條例第 19 條規定申請收回自耕。但耕地租約如有同條例第 17 條第 1 項各款情形之 1，或承租人表示不願繼續承租者，准予辦理終止租約登記。

實務上雖有祭祀公業通過層層限制而成功取回耕地之案例⁵¹⁷。但從上述一般性規定可知，出租耕地之地主原已受有相當大的限制，復加上針對祭祀公業之規定，使得祭祀公業為出租耕地地主的情形，必須受到更為嚴苛的限制。申言之，祭祀公業作為出租人，原則上不能收回土地，縱使符合收回土地自耕事由，也可能礙於三分之一之補償費的負擔，而不願收回自耕。故對其不動產所有權的行使，受有一定程度的限制。實際上這也導致了原依賴不動產孳息收益得以運作的祭祀公業大受影響，甚至紛紛步入解散或處分之命運。

關於祭祀公業與承租人間擬依農業發展條例第 16 條第 1 項第 5 款規定分割耕地、終止三七五租約，惟祭祀公業派下員未能全體會同，得否僅由部分派下員出具授權書授權管理人依土地法第 34 條之 1 第 1 項，共有土地或建築改良物，其「處分」應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之？對此，實務採否定見解，蓋土地法所稱之「處分」，多數學說及實務均認應解釋為以有償者為限，以免對不同意之共有人造成過大之侵害。而農業發展條例第 16 條第 1 項第 5 款之立法理由，在於為加速解決耕地三七五租約租佃雙方之矛盾與對立，爰提供一可能途徑，使雙方可以協議不以金錢補償終止租約，而以耕地分割移轉方式終止租約者，得不受面積分割下限之限制，而分割為租佃雙方單獨所有。今祭祀公業以無償方式將部分土地所有權分割移轉予佃農，如認有土地法第 34 條之 1 之適用，等於是強制剝奪未表示意見或不同意處分共有人之所有權，未符憲法對財產權保障

⁵¹⁷ 參最高法院 90 年度臺上字第 580 號判決。本案中上訴人（承租人）非因不可抗力繼續一年不為耕作，符合耕地三七五條例第 17 條第 1 項第 4 款情形，故被上訴人（出租人）得依同條例第 19 條規定申請收回耕地。



之要求⁵¹⁸。

二、文化資產保存法上之限制

(一) 文化資產與都市更新之關聯

文化資產保存法（下稱文資法）第3條將文化資產分為七類，涉及不動產類型者包括古蹟、歷史建築及聚落、遺址、文化景觀類。以維護文化資產作為都更理由，可認為符合憲法第166條「保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物」的基本國策精神，從而國家建立一個文化國的環境，有其憲法基礎。在都市地區，此議題不單涉及文化資產的維護、還須考慮加強都市地區土地開發、保障人民財產權，這三種目的在都市地區極有可能互為扞格，須在都更法系與文資法系的脈絡下檢視各種侵害人民財產權的正當性。

(二) 文資法下構成特別犧牲的事由

文資法裡除了徵收規定以外⁵¹⁹，更多的是限制文化資產的使用收益規定，例如要求所有人管理維護、開放大眾參觀、限制更有所建築、所有權移轉時，主管機關有優先承購權等程度不一的限制規定，族繁不及備載。此些限制，與徵收一樣皆須由主管機關作成行政處分。在與都市計畫變更競合的場合，大法官亦指出該等限制在性質上即為行政處分：「主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質⁵²⁰…」

依文資法第18條第1項規定，古蹟由所有人、使用人或管理人管理維護。公有古蹟所有權既屬於國有，原則上即由行政主體進行維護，私有古蹟則由私人維護。個人支出私有古蹟的維護費用是公權力課予所有人的義務，類似的義務還包括古蹟的修復、遷移拆除、限制新建增建改建等，然而何者達到應補償的財產權限制，不無疑義，有論者以個案判斷的方式，檢驗各項限制是否超出人民對社會

⁵¹⁸ 內政部 98.1.15. (98) 臺內地字第 0970209427 號函參照。

⁵¹⁹ 如第 24 條的強制徵收古蹟及其定著地、第 43 條 3 項的徵收遺址保存區土地。

⁵²⁰ 釋字第 156 號理由書參照。

責任所應忍受的範圍，例如管理維護行為係所有人基於維繫自己財產的存續，難認「逾其社會責任所應忍受的範圍」，而古蹟的修復則因須提出修復計畫，且成本較高，已逾越社會責任忍受範圍，至於在古蹟保存區內禁止遷移、拆除則視其目的而定，若是為了避免所有人後續的新建、增建、改建，也構成須補償的特別犧牲⁵²¹。

上述對特別犧牲的判斷雖然提出了一部分限制事由正當化的具體標準，但文資法的限制事由繁多，本文認為應從上位概念開始處理，意即先區別徵收與限制兩種類型。徵收含有永久剝奪人民之財產的意義，若認定為徵收，當依徵收法理檢驗，尤其是釋字 400 號、425 號、579 號等所肯認的徵收與補償連結原則，即學說所稱之唇齒條款（Junktinklausel），於此國家當不可免於補償義務；但若是財產權內容的確定或限制，其性質並非剝奪所有權之徵收，在認定是否構成特別犧牲上，比例原則的運用更顯重要，尤其必須考量人民所受犧牲與公益目的之間的衡平。舉例而言，祭祀公業之私宅原本即是供私人居住所建，與私人寺廟具有開放給民眾參拜的目的不同。故同樣都是禁止變更建物原貌的行政處分，對兩者財產權的侵害意義不可等同視之，因為就財產權本質的經濟功能以觀，顯然私宅受到的限制已經超出應忍受的社會義務，而構成應補償之特別犧牲。

（三）容積移轉作為補償

文資法除了對於部分限制行為訂有以金錢補償之規定⁵²²，尚有容積移轉規定。依本法第 35 條規定，人民因古蹟之指定、古蹟保存用地、保存區、其他使用用地或分區之編定、劃定或變更，致其原依法可建築之基準容積受到限制部分，得等值移轉至其他地方建築使用或享有其他獎勵措施⁵²³。依本條授權訂定之古蹟土地

⁵²¹ 王文偉，前揭註 392，頁 110-112。

⁵²² 例如文化資產保存法第 17 條第 4 項：

建造物經列為暫定古蹟，致權利人之財產受有損失，主管機關應給予合理補償；其補償金額，以協議定之。

⁵²³ 必須說明的是，都市更新條例第 44 條所規定的是針對更新單元內的建物給予容積獎勵，無涉容積的轉移。而同法第 45 條及文化資產保存法第 35 條所規定者，乃是針對限制在其上繼續建築的土地/建物，給予尚未實現容積的移轉權利，其容積可轉移至其他土地或建物上。

容積移轉辦法亦詳細規定基準容積之計算、可移出之容積等事項。

給予人民「容積移轉權利」是一種單純的獎勵抑或是對人民財產權受侵害的一種補償？學說間有不同見解，已於前述關於我國損失補償方式中說明。結論上，本文肯認容積移轉兼具獎勵與補償性質，但在部分限制行為上更應將其評為補償，例如人民並非自願而保存某地區的風貌，或基於都市更新事業保留一定的公共空間，人民的財產基於此種負擔而生的移轉容積的權利，與金錢補償的性質具有同一性，或可說是金錢補償的一種變形。否則若將其解釋為單純的獎勵、福利，反易誤認為人民皆係自願限制財產，而容積獎勵僅是促進其自我限制的動機；次者，查文資法修法沿革，在 1997 年 1 月增訂的第 36 條之 1 正式引進樓地板面積轉移（即容積移轉）制度時，當時的法條用語將「容積移轉」與「補償」並列⁵²⁴，可知人民因本條所受的限制，值得補償，然而本條次於 2005 年修法時變更為第 35 條，不再有「補償」之用語，而改為「享有其他獎勵措施」，立法理由未對此變更置喙，故無從得知立法者是否認為容積移轉權利與補償為不同性質。但觀察文資法的獎勵章節（第 90 條以降），大致可知是針對人民捐獻古蹟、登錄歷史建物等自發行為所規定，故所謂獎勵應只針對「自願受公權力剝奪所有權或限制」者。準此，將容積移轉視為單純的獎勵並不足以評價人民因特別犧牲所受之損害。

第三節 小結

財產權保障的內涵在存續保障與價值保障的權衡下，人民對其財產也負有一定的社會義務。縱使德、日兩國已發展出彌補國家責任二元體系漏洞的損失補償類型，我國在國家責任相對化的發展上仍嫌緩慢。不過因為近年面臨到的損失補償類型，無法直觀地反映到兩種截然區分的地帶，所以引起了實務與學界的熱烈討論。不管是冤獄補（賠）償、基於都市更新之土地徵收、限制等都是觸發並逐

⁵²⁴ 文資法於民國 94 年修正前第 36 條之 1 規定：

經指定為古蹟之私有民宅、家廟、宗祠所定著之土地或古蹟保存區內之私有土地，因古蹟之指定或保存區之劃定，致其原依法可建築之基準容積受到限制部分，得等值移轉至其他地區建築使用或予以補償...（下略）



步填充我國損失補償理論的契機。

比較研究的結果可知，德國傾向於僅以人民權利受侵害的情形思考，實務長年累積所建立的各種損失補償事由，在具體個案認定上可能發生重疊模糊的地帶，但由於德國已不再溯本追源至公權力的狀態，相對之下，日本較堅持發展責任體系的完整性，因此發展第三類型結果責任之國家補償來彌補國家賠償與補償之間的谷間地帶。端從我國法制觀察，不能驗證我國具有一完整理論架構，因此司法院大法官基於各種財產權限制情形所為的抽象解釋在損失補償理論的建構上更顯重要。雖然司法未積極類型化不同損失補償事由，但從歷年來逐步放寬認定損失補償之情形來看，我國司法實務呈現傾向德國式的做法。本文建議在引介特別犧牲理論的同時，實際操作上亦可參照日本所發展出的實質判斷標準。

至於補償範圍及方式，我國實定法規與損失補償理論的銜接情況無太大落差，然而在損失補償理論的檢驗下，祭祀公業的補償範圍及方式仍有不明確處，包括精神損失得否列於補償範圍、改良物的定義、容積移轉獎勵得否為補償手段等。本文建議可以祭祀公業土地為關懷對象，訂立損失補償之專法（或是納入既有之祭祀公業條例）。

最後，關於祭祀公業財產受公權力干預的實際情形，可以區分所有權剝奪及使用限制，在此之下又可耙梳出不少針對祭祀公業耕地以及都市用地的特別規定。祭祀公業不同於一般人民土地財產，其被干預的趨勢與土地改革及開發政策有重大關係，致使祭祀公業財產不僅受嚴苛的徵收、限制使用的法規限制，而公權力干預手段也較為複雜。



第四章 祭祀公業受損失補償之問題

第一節 代為標售

第一項 代為標售之定性

標售，依文義可知係指國家公開對不特定投標人要約，而為招標出售⁵²⁵。不動產之標售散見於我國行政法規，標售規定在土地相關法規，如土地法、土地徵收條例、土地登記規則、地籍清理條例均有原則性的規定，而祭祀公業土地之標售，也是參考前述立法，訂於祭祀公業條例及其授權之子法——「祭祀公業未能釐清權屬土地代為標售辦法」中。

在國家出售財產予私人情形，國家與買賣契約之相對人間之關係，係基於私法關係，本質上並無強制性意涵，此迭經司法院大法官解釋闡明在案⁵²⁶。實務見解亦認為，公告標售非公用房地及市地重劃抵費地，係相對人（主管機關）代表縣有公庫處分縣有財產之行為，系爭公告為私法上買賣契約之要約引誘，如有他人參加相對人標售系爭土地而得標，係與相對人訂立買賣契約之私法行為，系爭公告並非行政處分⁵²⁷。惟代為標售涉及了三面關係，即原所有權人—國家—買受人。如自被標售土地之原所有權人角度出發，國家所為的標售公告應如何評價？此行政行為若回歸行政程序法第 92 條之構成要件為判斷，難謂非行政處分。前述實務見解僅著重在公告的行政行為發生國家與人民間私法上買賣契約之效力，卻忽略了該行政行為之基礎源自於對原土地所有權人之財產剝奪。

標售的目的，可以自類似立法例的目的及流程探究：祭祀公業條例之標售規

⁵²⁵ 參考「地籍清理未能釐清權屬土地代為標售辦法」草案第 9 條立法理由（現行法為第 8 條）：依本辦法所為土地之標售行為，性質上屬公開對不特定投標人之要約。

⁵²⁶ 例如依司法院大法官解釋第 448 號，行政機關代表國庫出售或出租公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為；另，釋字第 540 號也肯認凡經主管機關核准出售、出租或貸款自建，並已由該機關代表國家或地方自治團體與承購人、承租人或貸款人分別訂立買賣、租賃或借貸契約者，此等契約即非行使公權力而生之公法上法律關係。

⁵²⁷ 最高行政法院 103 年度裁字第 1527 號。

定，目的在於清理日治時期遺留至今歸屬仍不明之祭祀公業共有土地，類似的目的亦存在於土地法第 73 條之 1 規定⁵²⁸，該條之標售規定同樣是為了清理未辦理繼承登記之地籍，以健全土地之經濟利用。實際上，在祭祀公業條例草案階段，曾將未申報之祭祀公業視為土地法第 73 條之 1 的未辦理繼承之土地⁵²⁹，就此有批評認為，祭祀公業既已創設為法人，就法人地位而言只有解散問題，與自然人繼承無涉⁵³⁰（派下權之繼承例外）。不過未辦理繼承之土地，與未申報之祭祀公業土地都有地籍清理之必要，此為祭祀公業土地適用前開土地法標售規定之意義所在。

代為標售是否具有實質上剝奪人民財產權之徵收性質，可以從廣義的徵收流程來探討。首先，標售有可能緊跟在徵收後，以區段徵收為例，土地徵收條例第 44 條第 1 項第 5 款規定，區段徵收範圍內土地，經規劃整理後，剩餘可供建築土地，得予標售、標租或設定地上權。原則上標售作業應待徵收公告、通知，並且確定各種土地之用途（公共設施用地、農業專用區、配給抵價地、國民住宅用地、安置原住戶等），始可辦理之⁵³¹。標售的程序，包括一、分類編造標售土地清冊。二、訂定投標須知。三、公告標售。四、受理投標。五、開標、審標及決標。六、通知得標人或優先購買權人繳交價款並發還未得標人繳交之保證金。七、書面點交並核發產權移轉證明書⁵³²。最後，關於標售底價之訂定，通常應參酌公告標售

⁵²⁸ 土地法第 73 條之 1 第 1、2 項：

土地或建築改良物，自繼承開始之日起逾一年未辦理繼承登記者，經該管直轄市或縣土地政機關查明後，應即公告繼承人於三個月內聲請登記；逾期仍未聲請者，得由地政機關予以列冊管理。但有不可歸責於聲請人之事由，其期間應予扣除。

前項列冊管理期間為十五年，逾期仍未聲請登記者，由地政機關將該土地或建築改良物清冊移請國有財產局公開標售。繼承人占有或第三人占有無合法使用權者，於標售後喪失其占有之權利；土地或建築改良物租賃期間超過五年者，於標售後以五年為限。

⁵²⁹ 祭祀公業條例草案第 54 條：

祭祀公業土地未依本條例規定辦理申報者，視為土地法第七十三條之一規定之未辦理繼承登記之土地。

⁵³⁰ 尤重道，前揭註 153，頁 32。

⁵³¹ 現今國內常有針對區段徵收後可建築土地運用所謂「預標售」之手段，例如機場捷運沿線站區周邊土地開發 A7 站區開發案。此種預先標售的程序，是指行政機關以區段徵收後可建築土地為買賣標的，將標售作業提前至抵價地配回前（甚至區段徵收核准前）辦理，此種標售並非本文所討論之一般標售手段。

⁵³² 參考祭祀公業未能釐清權屬土地代為標售辦法第 2 條、地籍清理未能釐清權屬土地代為標售辦法第 2 條的標售程序規定。



當時徵收補償地價或建築改良物徵收補償費查估基準及應納稅賦。

在地籍清理的整體流程中，代為標售位於後階段程序，關於地籍清理的簡要流程概念如下圖所示：

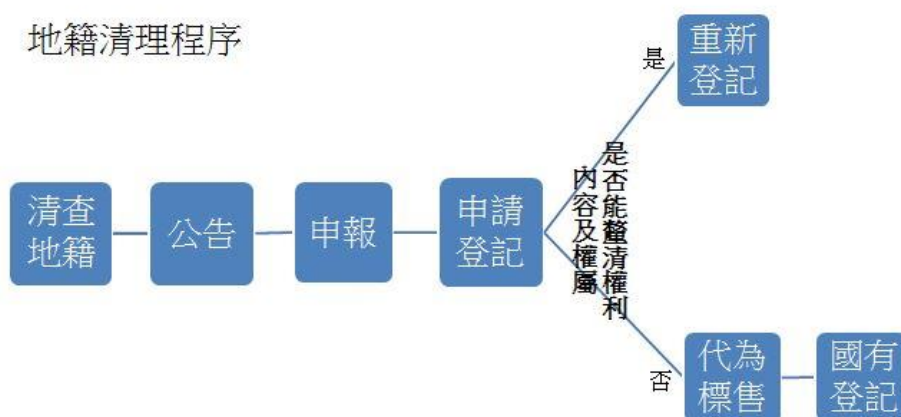


圖 4-1

資料來源：本研究自製

代為標售所表彰的公權力干預重大程度不言自明，對土地所有權人而言，因未辦理繼承登記或未辦竣申報為祭祀公業法人而遭標售土地，除了財產權受到完全剝奪，該標售亦建立在違反當事人之意願上，如財政部對土地法第 73 條之 1 規定之公開標售之解釋指出：「……又土地法第 73 條之 1 規定……由地政機關依上開規定代管滿 15 年，移請國有財產局公開標售，尚非屬納稅義務人自行移轉所有權之行為，尚不在稅捐稽徵法第 24 條第 1 項前段規定禁止之列⁵³³。」

將標售定性為一種實質上的徵收，其實益在於藉由徵收法理之適用，可避免國家動輒藉代為標售之名義，剝奪人民財產。因此首要須確定是否以及具有何種公益目的，並非所有基於清理地籍、增進土地的經濟利用等泛泛理由，都具有重大公益目的，而且有徵收必有補償之法理也應有所體現，亦即發給標售價金並保

⁵³³ 財政部 91.10.15 臺(91)財稅字第 0910412290 號函。



障人民受領標售價金之權利。

不過有與本文見解相左者，認為未辦理繼承土地之強制標售規定，係針對繼承人未於規定之期間內辦理繼承登記，違反行政法上之義務，由行政機關科以之裁罰性不利益處分，屬於行政秩序罰之範疇，亦可說是透過不利益措施引導民眾踐行辦理繼承登記之義務，所加之財產權限制或侵害⁵³⁴。惟本文認為行政罰的目的不出於係藉由懲罰起到一定的恫嚇效果，俾使人民為某種特定行政任務內容，而非終局剝奪人民對財產的所有、使用權，故與基於公共利益之徵收或特別犧牲具有本質性的差異。然而如圖 4-1 所示，代為標售雖由國家發動，且最終可能登記為國有，但標售部分涉及與第三人的私權關係，本文認為此才是代為代為標售與徵收最大的不同處。

第二項 申報期間與暫緩標售

由於被標售土地大多為登記主體不明或歸屬無法釐清，不得已始由公權力介入清理程序。若能通過徵收法理（或至少在比例原則要求下），採用標售手段無太大問題。然而申報期限依祭祀公業條例第 7 條為三年，大多數祭祀公業顯然未能在此期間順利申報⁵³⁵。此外因法令宣傳不足，或因祭祀公業管理人大多為耆老長者，對申報登記祭祀公業法人最後期限的公告無從獲悉，且完成派下員列冊、申請法人等程序亦相當繁雜，少有能在短期完成者。故約有八千筆，六千多公頃左右之祭祀公業土地，沒有在 2013 年 6 月底的時限以前，依祭祀公業條例之規定完成申報⁵³⁶。故在草案時期即有主張應採取土地法第 73 條之 1 的精神，明確規定自

⁵³⁴ 黃月娥（2010），《論逾期未辦繼承登記土地公開標售合憲性之研究》，頁 83, 101，逢甲大學土地管理學系在職專班碩士論文。

⁵³⁵ 立法委員吳宜臻等 16 人鑒於「為健全祭祀公業土地地籍管理，避免因其資料收集費時或行政作業不及，造成土地被標售之憾事發生」，曾建請內政部暫緩目前已申請祭祀公業但尚未完成及有意願申請祭祀公業但因資料尚未備齊者之土地標售，然而內政部仍堅持應有祭祀公業及利害關係人提出暫緩標售始得為之。見立法院公報處（2013），〈立法院第 8 屆第 3 會期第 13 次會議議事錄〉，《立法院公報》，102 卷 34 期，頁 369；立法院第 8 屆第 4 會期第 5 次會議議案關係文書。

⁵³⁶ 新聞網址：祭祀公業未法人化全臺八千筆土地恐遭拍賣，

<https://www.yungching.com.tw/construction/NewsDetail.aspx?CTID=9bf451c4-d794-4db1-a3c9-006111ad5675>（最後瀏覽日期：05/16/2014）。

公告 3 個月逾期未申報者，經過 15 年列冊管理後仍未申報者才能標售⁵³⁷。相較之下，祭祀公業條例第 51 條所定之 3 年期間是否過短，頗有疑義。

代為標售的規定，理想上是為了徹底解決產權歸屬問題，但為保障祭祀公業之財產權，若有正當事由，仍得由權利相關人檢具理由及文件申請暫緩標售。依「祭祀公業未能釐清權屬土地代為標售辦法」第 19 條第 1 項，此類事由為一、經申報遭駁回，已於期限內提起訴願或訴請法院裁判，尚未確定。二、標售土地於決標或登記為國有前，真正權利人依本條例規定申報。三、其他具有正當理由經直轄市或縣（市）主管機關同意。然而除了暫緩標售以外，並無其它途徑避免未申報之祭祀公業土地遭到被標售的命運。人民只能依祭祀公業條例第 54 條第 3 項，於標售價金專戶存儲之日起 10 年內，請求撥給土地價金扣除應納稅賦後之餘額⁵³⁸。申言之，標售款尚須扣除土地增值稅、地價稅及房屋稅等以及地籍清理獎金及行政費用。


以比例原則審視，地籍清理本應以有助於目的之最小侵害手段達成土地資源的有效利用及土地稅賦徵收，但上述代為標售的規定，不但申報期間過短，也未優先考量財產權的存續保障，並且有將標售之行政成本轉嫁於人民之疑慮。從目前的標售情形觀之，各縣市雖有不少祭祀公業土地列冊待售中，但許多標售案件處於暫緩標售或是因無人投標而流標之情形⁵³⁹，且目前未有囑託登記國有案例⁵⁴⁰，可知清理地籍之成效尚不明顯，況且在匆促的申報期限下，可預見祭祀公業之土地未來的命運只有兩種，一種是落入建商手中，以利後續的土地開發或都市更新；

⁵³⁷ 尤重道，前揭註 153，頁 32。

⁵³⁸ 依內政部祭祀公業土地清理實施計畫（核定本）說明，祭祀公業土地被標售之救濟途徑包括祭祀公業條例第 53 條第 3 項規定，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，俾使祭祀公業得申請暫緩代為標售以提出申報。但是實務上許多祭祀公業涉訟之原因，就在於其他未存於民政或地政機關登記名冊中之人，出來主張派下權及相關處分土地之權益。故查明派下現員或利害關係人，毋寧是聊備一格之規定。

⁵³⁹ 以臺北市 2014 年第 1 批祭祀公業土地被標售之情形為例，絕大部分為暫緩標售或是流標，<http://www.ca.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=85408623&ctNode=76469&mp=102001>（最後瀏覽日期：01/10/2015）。

⁵⁴⁰ 臺北市政府民政局民國 104 年 1 月 27 日北市民宗字第 10430064800 號函（首長信箱電子函文）。



另一種則是納為國家所有，並無法達到促進申報的目的。次者，標售二次未果則將祭祀公業土地囑託登記為國有之規定，毋寧是政府以強制手段化私有財產為國有財產。祭祀公業土地被標售或納為國有後，亦可能面臨地上之祠堂、家廟等建物被拆除的命運。若為如此，又如何達到條例第 1 條所謂「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」的立法目的？前述相關規定恐不符比例原則而有過度侵害人民財產權的疑慮。

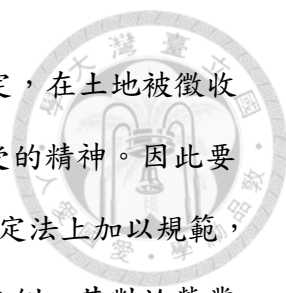
第二節 容積獎勵制度之缺失

第一項 制度之濫用

在我國，容積制度先是運用在文化資產保存領域，但在此後都市更新條例、都市計畫法均引進容積移轉制度。加上政府財政能力不足，無法（或不願）皆以金錢作為補償對價，故至今容積移轉獎勵普遍運用在土地利用開發上，除了都市更新法系及文化資產保存法系，舉凡「停車獎勵」「公共開放空間獎勵」、「大眾運輸發展導向獎勵」、「時程獎勵」等等皆有容積轉移獎勵的引進。然而浮濫地使用此種制度引起之爭議亦不小，例如容積管制不當，使得建商可以合法獲得超出法定範圍的容積獎勵，對於建築美觀、公共安全等皆有重大影響。

如第三章所述，容積制度雖經常以獎勵名義出現，但究其本質，應具有對於受到土地使用限制之所有人一定的補償性質。準此，給予人民容積移轉權，首要應考量者，係人民財產權所受侵害之種類與強度，政府在給予建築容積的立場，不得隨意支配，輕易以獎勵名義送給地主或都市更新計畫之實施人；又若建築發展強度可遠於法定容積，卻不要求增加公共設施容量，使得都市公共設施水準低落，反而有害於公共利益。基此內政部部務會議通過營建署提出的「都市計畫法臺灣省施行細則」條文修正草案，針對開發基地個案增訂容積獎勵總上限。以都市更新地區容積獎勵為例，近年將其總上限訂為 50%⁵⁴¹，其限制尚可稱為妥適。

⁵⁴¹ 新聞網址：容積獎勵上限 明年起下修，
<http://www.libertytimes.com.tw/2013/new/may/3/today-e24.htm>（最後瀏覽日期：11/08/2014）。



然而土地被徵收人受有容積移轉的經濟價值是委由市場決定，在土地被徵收人之獲得遠遠超出其應填補的損失，實已喪失公共負擔平等承受的精神。因此要使容積移轉的市場價值貼近相當損失補償金額，立法者必須在實定法上加以規範，否則相當補償原則將被市場經濟架空。以德國的聯邦建設法典為例，其對於營業損失有補償額的最高額限制，即以不超過在另一土地上造成與目前土地同等利用所需之花費者為限⁵⁴²。因此，若將容積移轉視為一種損失補償的手段，而非與建商均攤土地發展成本的工具，則國家公權力在容積移轉所表彰的經濟價值上仍應加以干預。我國目前許多規定是以公告土地現值，作為容積移轉之計算基礎，將送出基地之土地面積，以公告土地現值比例換算為接受基地之土地面積，乘以接受基地的容積率，以求出移入接受基地的容積⁵⁴³，但是對於容積買賣雙方並無價格交易上的限制。本文認為，既然容積移出（入）之計算考量到土地的公告現值，那麼此種計算標準也應該反映在交易市場上，換句話說，應在容積交易市場上建立屬於公部門的監督機制，訂定罰則，規制的範圍以確保地主獲得適當價格、防止容積交易投機行為為主。至於是否以獎勵方式誘導人民協力於都市更新計畫，並非不可另行設計獎勵性質之容積制度，惟此不在本文討論之損失補償範疇。

第二項 申請容積移轉之門檻

容積移轉制度，在涉及祭祀公業土地的運作上有其困難之處，依都市計畫容積移轉實施辦法第 16 條或古蹟土地容積移轉辦法第 10 條，辦理容積移轉時，應由送出基地所有權人及接受基地所有權人檢具申請人身分證影本，向主管機關申請許可⁵⁴⁴。此對於以法人形式存在之祭祀公業而言並無太大問題，蓋只要先依祭祀公業條例第 33 條規定之同意門檻為財產之處分⁵⁴⁵，依此取得該送出基地

⁵⁴² 葉百修，前揭註 304，頁 219。

⁵⁴³ 都市計畫容積實施移轉辦法第 9 條、古蹟土地容積移轉辦法第 8 條參照。

⁵⁴⁴ 送出基地屬「都市計畫容積移轉實施辦法」第 16 條第 1 項，由接受基地所有權人提出申請；送出基地屬「古蹟土地容積移轉辦法」第 3 條第 1 項者，由送出基地所有權人與接受基地所有權人會同提出申請。

⁵⁴⁵ 祭祀公業條例第 33 條：

祭祀公業法人派下員大會之決議，應有派下現員過半數之出席，出席人數過半數之同意行之；

之祭祀公業同意書，即為都市計畫容積移轉實施辦法第 16 條第 1 項第 3 款規定之送出基地全部所有權人及權利關係人同意書⁵⁴⁶。

至於以共同共有形態存在的祭祀公業，其財產之處分、設定負擔，實務多數向認適用土地法第 34 條之 1 的過半數共有人同意之原則⁵⁴⁷。惟亦有認為祭祀公業共有人申辦容積移轉，與土地法第 34 條之 1 所稱之處分無涉，而應直接適用前開都市計畫容積移轉實施辦法或古蹟土地容積移轉辦法規定⁵⁴⁸。因無法適用土地法第 34 條之 1 過半數共有人同意的原則⁵⁴⁹，祭祀公業又因派下人員眾多，難取得全部所有權人同意（要取得全部所有權人的身分文件更加困難）。

雖然實務早已注意到派下員行方不明造成難以通過同意門檻的事實，所以肯認得扣除該行方不明之人後再予以計算同意人數，以謀求其他共同共有人之實質權益，但累積至今的函釋僅就管理人選任、公業之解散、派下員漏列或誤列、訂立規約等範圍提供此一解套方案，在申辦容積移轉部分沒有此見解之適用，顯得為德不卒。

第三節 撤銷違法指定古蹟處分之損失補償

以祠堂、宅第、墓園形式保留下來的祭祀公業建物，不乏有文化資產價值而被指定為古蹟者⁵⁵⁰。我國曾發生違法指定古蹟的行政處分遭撤銷後，國家是否負損害賠償之爭議。在「吳氏宗祠案」中，法院認為國家並無不法侵害人民財產之

依前條規定取得同意書者，應取得派下現員二分之一以上書面之同意。但下列事項之決議，應有派下現員三分之二以上之出席，出席人數超過四分之三之同意；依前條規定取得同意書者，應取得派下現員三分之二以上書面之同意：

- 一、章程之訂定及變更。
- 二、財產之處分及設定負擔。
- 三、解散。

祭祀公業法人之章程定有高於前項規定之決數者，從其章程之規定。

⁵⁴⁶ 內政部 98.12.24 (98) 臺內營字第 0980812170 號函。

⁵⁴⁷ 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。參內政部 98.12.24. (98) 臺內營字第 0980812170 號函、內政部 97.12.3. (97) 內授中民字第 0970732954 號函。

⁵⁴⁸ 內政部 96.11.23. (96) 臺內營字第 0960807138 號函。

⁵⁴⁹ 內政部 94.11.30. (94) 臺內營字第 0940087666 號函。

⁵⁵⁰ 例如臺北大龍峒的陳悅記祖宅、桃園大溪的李騰芳古厝、嘉義縣的王得祿墓園等，皆因具有文化資產價值而被指定為國定古蹟。



損害賠償責任，但若依第三章對損失補償理論之介紹，在不符合典型的徵收場合，諸如類似徵收侵害、具有徵收效果之侵害類型等，可以作為人民遭受特別犧牲向國家請求補償的另外出口。針對本案之介紹與分析如下：

第一項 吳氏宗祠案之背景

祭祀公業吳泰伯公（原告）所有之祠堂，係於清代臺灣巡道吳大廷集合吳姓宗親興建。祠堂曾因失火燒毀，後經公業派下員出資修建，惟多年來失修已有倒塌之虞，為發展都市，亟待拆除重建。祭祀公業吳泰伯公經由派下員大會決議通過與鑫鼎開發建設有限公司訂立合建契約，然而有一部分公業派下員及非派下員所組成之「臺南市吳姓宗親會」仍借用祠內部分房屋，為企能繼續佔用房屋，向臺南市政府要求將「吳姓宗祠」列為古蹟，以阻擾重建工作。然而以該祠堂之現狀，並不合古蹟條件，臺南市政府原先經調查已確認尚無古蹟價值，但藉著吳姓宗親會的地方議員人脈，臺南市議會於第 11 屆第 6 次臨時大會提出臨時動議，妄指上開建物有歷史價值，提臺南市政府審議為古蹟，最後臺南市政府審議為古蹟，報請臺灣省政府民政廳層轉內政部公告列為三級古蹟。後經原告訴願，再訴願、行政訴訟之結果，指定古蹟之處分均撤銷⁵⁵¹。但合建契約早已因被非法審定為古蹟致原告無法履行。於是原告主張其所有建物不符古蹟條件，卻經被告機關（內政部及臺南市政府）之公務員違法評定為古蹟，造成原告無法履行與第三人鑫鼎公司之合建契約，損失籌建期間以及興建完成後可請求之租金共九百五十萬元。對於原告主張被告機關承辦之公務員顯有過失，依法應負損害賠償責任，被告機關抗辯：被告機關公務員自古蹟調查、初複審、評鑑審議、指定及公告完全符合文化資產保存法之規定，被告機關及有關公務員並無故意過失與不法侵害原告之權利，且行政法院撤銷原指定古蹟之處分，其判決理由僅質疑程序上妥適性，而

⁵⁵¹ 被告機關此一評定系爭建物為古蹟之處分業經行政法院以 83 年度判字第 1265 號判決撤銷，理由略為：被告召開之「臺閩地區古蹟評鑑會議」在參加者所提出之意見當中，多數不同意指定為古蹟，嗣後又認定會議中「取得一致共識」，且會議紀錄沒有討論過程，只有結論。種種證據顯示未經過實質的充分討論，據此所做出之指定古蹟的行政處分難免速斷。



非指陳本件違法。應無國家賠償法之適用。

本案經臺灣臺南地方法院 85 年度重國字第 1 號判決，認為「本認定系爭建物為古蹟之行政處分，既因程序上之瑕疵，而被撤銷，自不能執此即謂被告機關之公務員有何故意或過失不法侵害人民之自由或權利之情事，而謂被告應負損害賠償責任。況是否應列為古蹟，本難期待人人評價相同，自不能因與原告之評價有異，即謂參與評鑑者有故意或過失，而令被告負國家賠償責任。」

第二項 本案構成國家損失補償責任

本案原告所主張者，是因違法指定古蹟處分致其無法履行契約而受有損害，國家應負的賠償責任⁵⁵²。公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民權利者，國家應負損害賠償責任。國家為損害賠償，適用民法之規定，應以金錢為之或回復原狀，造意人及幫助人，視為共同行為人連帶負賠償責任。乃於國家賠償法第 2 條第 2 項前段、第 5 條、第 7 條第 1 項、第 9 條第 1 項及民法第 185 條各有明文。但依本案證據所載，系爭指定古蹟的行政處分，其審查程序並未違反法定程序及行政慣例，且原告不能舉證被告機關公務員主觀上有故意或過失，故被告機關不負損害賠償責任，此點尚無疑慮。但此處發生國家職務不法責任的漏洞，原告因無責但違法之指定古蹟處分受有相當於租金的損失。無論是不法行為的國家賠償與適法行為的徵收補償，皆不能成為彌補本案中人民所受危害的根據。

系爭判決並未考慮到不合法公權力之侵害亦有請求損失補償之可能。雖無法律明文規定應予補償，也應該回歸特別犧牲理論，決定是否予以補償，以回應社會現實的各種財產權上危害。學者王服清即援引類似徵收侵害之損失補償類型，認為：「舉凡是人民之財產權受到不合法行政處分之侵害，而此侵害雖然無法律明文損失補償之規定，只要已超過人民就公權力措施行使應容忍的界限，其得依據

⁵⁵² 本案並非處理違法授益行政處分撤銷之行政機關的補償責任（行政程序法第 120 條或個別法律的補償規定）。



「類似徵收侵犯」理論，提起一般給付訴訟合併於行政撤銷訴訟，請求國家予以損失補償⁵⁵³。」

違法而無故意或過失之「類似徵收侵害」類型，在德國已發展為一種獨立的國家不法責任之制度。我國也在實務上循序漸進放鬆各種損失補償類型的認定，並反映在各個時期階段的分別立法⁵⁵⁴。但因為現今德國之損失補償體系面貌並非經過整理規劃，而是為填補國家責任之漏洞依序建立，其理論背後也經常受各種區別標準（公權力適法性、侵害權利類型、侵害行為之目的性及公權力措施有無危險性）所羈絆，故有學者提倡我國不應遵循德國學說發展出的侵害類型，而可以直接基於特別犧牲理論，導出一個概括的行政損失補償請求權，並可針對此種行政損失補償請求權訂立專法⁵⁵⁵。不過值得注意的是我國也有主張違法無責之公權力侵害是構成「損害賠償」而非「損失補償」責任，進而應於國家賠償法增訂違法無責型之國家賠償責任⁵⁵⁶。若採此見解，則賠償之要件（主要爭議反映在行為違法或結果違法⁵⁵⁷）、範圍等則與損失補償精神有所差異而須重新思考。

無論是否跟隨德國的腳步，我國既然引進特別犧牲理論，那麼本案的祭祀公業仍可循特別犧牲理論向國家主張損失補償責任⁵⁵⁸。本案中祭祀公業所受之損失，並非所有權的終極喪失（吳氏宗祠被指定為私有古蹟，所有權仍為祭祀公業所有），而是使用、收益建物的權利。對應到許多祭祀公業的收入須仰賴土地或建物之租金的社會事實，政府透過古蹟指定的方式，限制建物之使用、收益，對祭祀公業

⁵⁵³ 王服清，前揭註 416，頁 58。

⁵⁵⁴ 例如土地法第 68 條、警械使用條例第 11 條、通訊保障及監察法第 19 條等。

⁵⁵⁵ 林三欽，前揭註 369，頁 150。

⁵⁵⁶ 林錫堯，前揭註 449，頁 56-58。

⁵⁵⁷ 作為國家賠償責任的核心概念，所謂「不法」侵害的理解向來有諸多爭議，包括其是否與違法同義，以及如何與德國法上違背職務義務區辨，參林明昕（2007），〈「不法侵害人民自由或權利」作為國家賠償責任之構成要件要素〉，收於臺灣行政法學會（編），《國家賠償與徵收補償、公共任務與行政組織—臺灣行政法學會兩岸暨東亞行政法學會學術研討會論文集》，頁 104-109。

⁵⁵⁸ 但是德國聯邦憲法法院的濕採石判決中確立一項重要原則，也就是受侵害之當事人應先請求國家撤銷違法的侵害行為，而不可直接請求補償。故王服清特別就補償請求權行使層次說明：先經提起行政撤銷爭訴，亦得請求國家補償，但應合併於行政撤銷訴訟提起之，不得逕提起一般給付之行政訴訟，排除行政撤銷爭訴而不用。參王服清，前揭註 416，頁 54-59。

財產權之侵害不可謂不大。此種限制，雖然是為避免文化資產因經濟發展而受破壞，但古蹟所有權人為公益（保護文化資產）已構成特別犧牲。所謂的特別犧牲，有學者使用「自由使用、收益及處分之權能實質空洞化」的用語，認為應給予財產所有人合理之補償⁵⁵⁹。無論系爭指定古蹟之行政處分合法或違法，原告因無法履行與第三人簽訂之合建契約，致無法收取租金，造成其財產上的特別犧牲，此方面之損失應加以彌補，始符公平負擔精神。

關於本案可依循的司法救濟途徑，關涉前述損失補償請求權行使的討論，德國與日本對於人民得否直接請求損失補償或只能主張徵收法律無效的論述上並不同。參酌向來我國實務見解，我國係採取徵收失效說，也就是說，在沒有補償規定的情形下，被徵收人對行政機關無請求給予徵收補償費之請求權⁵⁶⁰。但是，如果人民請求行政機關補償，經行政機關以與有關補償費發給之法規不符而函復拒絕，則行政機關拒絕補償之函復，不能謂非針對具體事件，所為足以發生拒絕補償之法律上效果，自屬行政處分，人民即得依法提起訴願及行政訴訟⁵⁶¹。

綜上，在我國無論是公用徵收或是應予補償之財產限制，皆是以法律有補償規定之明文為必要。當立法者意在形成財產權之社會義務，而未為補償規定時，即使人民受有特別犧牲，也只能主張該當法律違憲，而無從直接請求損失補償。但若從財產權的防禦功能以觀，人民本可在其財產所受侵害無法排除的情形，主張國家給予補償，就此我國有學者雖贊同實務，認為人民不可主動請求國家徵收其土地此點並無疑義，但重點並非賦予人民請求徵收的權利，而是補償與否⁵⁶²。

第四節 損失補償金之課稅

祭祀公業因財產權遭剝奪或限制所獲之補償金，應否對其課稅、為何種稅目之課稅，應該就祭祀公業的稅捐主體地位，以及補償金性質兩方面分述，目前實

⁵⁵⁹ 葉俊榮，前揭註 254，頁 97-98。

⁵⁶⁰ 最高行政法院 96 年度判字第 267 號判決。

⁵⁶¹ 最高行政法院 92 年度判字第 1709 號判決。

⁵⁶² 但是如何補償則非司法權所得置喙，例如在公用既成地役關係，如何補償人民（例如以辦理徵收方式補償或是以準徵收侵害方式補償）是行政裁量空間，見蔡宗珍，前揭註 419，頁 305。



務上祭祀公業較常面臨的補償金課稅問題分述如下：

第一項 祭祀公業作為納稅義務人

一、 稅捐主體之概念

實務經常區分共同共有或財團法人的祭祀公業而異其課稅適用，並且在前者情況是以祭祀公業管理人作為課稅處分發單的對象⁵⁶³，此或許是出於不得不加以認定權利主體的思維（後述），然而民法上權利主體的認定並不必然影響稅捐主體地位，司法院大法官在釋字第 420 號已開宗明義：「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神：依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之。」此用語之後原封不動地被納入 2009 年 5 月 13 日修正之稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項，故有認為我國已明確採取稅法獨立於民法之解釋⁵⁶⁴。準此，當稅捐法必須建構稅捐主體概念的必要時，祭祀公業的稅捐主體地位可以不必依附民法上主體的概念，如同基於政策上決定擴大營利事業之適用對象，獨資、合夥這種企業組織被創設出一種「個人」的概念⁵⁶⁵。因此，針對祭祀公業地位的窘境，有論者提出具體的主張，認為祭祀公業在稅法上的地位，可以參照個別稅法的要求給予不同的評價⁵⁶⁶。實際上在「九二一震災重建暫行條例」中，就允許將建築物登記為祭祀公業所有，如此即解決了祭祀公業向來因為被認定為共同共有而導致登記名義人名實不符的問題⁵⁶⁷。亦有認為以事業為稅捐主體的稅捐，該事業在民事法上不必應具備權利能力⁵⁶⁸。準此，祭祀公業（尤其屬非

⁵⁶³ 關於以管理人為納稅義務人的便宜行事是否妥適，學者指出某一特定稅目之納稅義務人及構成要件應由個別稅法規定，而非以稅捐稽徵法調整，並批評何以其他共有人得因此免除納稅義務。另外立法者如欲使非共有人之一的財產管理人負納稅義務，應另行制定條文。參陳敏（1988），〈租稅稽徵程序之協力義務〉，《政大法學評論》，37 期，頁 46。

⁵⁶⁴ 關於民法及稅法的關係，主要有稅法依附說、稅法獨立說及價值權衡說，詳參葛克昌（2005），〈租稅規避與法學方法—稅法、民法與憲法〉，氏著，《稅法基本問題》，頁 7-10，臺北：月旦。

⁵⁶⁵ 黃茂榮（2012），《稅法總論（第一冊）》，增訂 3 版，頁 673-674，臺北：自刊。

⁵⁶⁶ 陳薇芸（2003），《祭祀公業課稅之實務問題研究》，頁 53，臺北：翰蘆。

⁵⁶⁷ 九二一震災重建暫行條例第 11 條第 2 項：

災區毀損之建築物原為祭祀公業所有，且登記為他人名義者，依法辦理重建之建築物，得以祭祀公業名義申辦建物所有權第一次登記。

⁵⁶⁸ 黃茂榮（2011），〈稅捐法體系概論（中）〉，《植根雜誌》，27 卷 11 期，頁 9。

法人團體類型者) 稅捐地位也應與民法上的權利能力概念分開思考，方能解決難題。

此外本文認為基於祭祀公業的非營利組織性質，或許可將努力方向定為：將祭祀公業皆解釋為「教育、文化、公益、慈善機關」(公益組織) 而得適用相關的免納所得稅適用標準。

二、不同類型祭祀公業所受補償金之課稅

祭祀公業可否為納稅義務人，在早期實務有廣泛的爭議，主要原因繫於其權利主體性質未臻明確。以課稅公平(Prinzip der gleichmäßigen Besteuerung)的角度觀之，祭祀公業無論係屬何種型態，其土地之徵收補償金應否課稅、稅目為何，不應有不合理之差別待遇，以免某一種型態的祭祀公業負有更重的稅捐負擔。早期有學說認為除了應考量祭祀公業為何種型態以外，尚須考量是否將補償金分派給派下；若係依法登記之祭祀公業，則不宜對祭祀公業課營利事業所得稅(因祭祀公業非屬營利事業)；若係未依法登記之祭祀公業，不生營利事業所得稅問題，但在補償金有分配所得給派下的情形，則應課該派下員個人綜合所得稅，而非課管理人綜合所得稅(因該收入通常係供族人祭祖或聚餐之用，非管理人之所得⁵⁶⁹)，惟實務見解對此問題有所更迭，如下所述：

1. 非法人團體之祭祀公業

大法官於1991年12月13日做出的第287號解釋，表面上是在處理前後釋示牴觸時應如何適用的問題，但其原因事實涉及祭祀公業土地被徵收後所受地價補償費是否應課稅及課何種稅目的爭議⁵⁷⁰。釋字第287號涉及早期未

⁵⁶⁹ 吳素華(1985)，〈談對未依規定登記或立案祭祀公業因公用徵收所得之補償金，應如何課稅問題〉，《萬國法律》，24期，頁8-9。

⁵⁷⁰ 本件聲請解釋，係因未辦理財團法人登記之祭祀公業，其土地被徵收後，稽徵機關於七十四年就其地價補償費，依六十九年之函示，課徵營利事業所得稅，聲請人按期繳納，於發現財政部七十五年的另一函示後，主張有稅捐稽徵法第28條的適用法令錯誤事由，申請退還營利事業所得稅。經臺北市國稅局援引七十五年函說明四，以已繳納營利事業所得稅確定之案件，不再變更為由，否准聲請人之申請，嗣迭經訴願、再訴願行政訴訟，皆被駁回，聲請人便聲請司法院大法官會議，就行政法院76年度判字第2130號判決所援引之前述二函，為牴觸憲法之解釋。

辦理財團法人登記之祭祀公業土地徵收獲補償的課稅問題，財政部曾對此做出三次不同之釋示：

- (1). 69年3月28日臺財稅字第32552號函，認應對其課徵營利事業所得稅；
- (2). 75年3月21日臺財稅字第7530447號函，認應對其派下員課徵綜合所得稅；
- (3). 80年1月18日臺財稅字第790687388號函，則認對其派下員准免納綜合所得稅。

首先，此些與祭祀公業財產權相關的重大決定，長期以來皆由行政釋示為之，是否確保行政權實質內容受到國會的合法性控制，尚有疑慮⁵⁷¹。早期對非法人團體之祭祀公業課徵營利事業所得稅的見解，係囿於所得稅法第11條第4項的要件認定，蓋祭祀公業未登記為財團法人，經通知逾期又未辦理法人登記，因此對其課徵營利事業所得稅，惟此見解迭遭批評，因祭祀公業無營利活動，亦不以營利為目的，故逐漸不為行政院所支持⁵⁷²。


另須說明者乃75年的函釋是針對非法人團體祭祀公業之收益及利息分配至派下共有人之情形，此時課稅對象則為各該派下。而後行政院79年5月份庭長評事聯席會議決議認為，祭祀公業處分土地將其所得價金分配予派下時，該價金仍屬共同共有土地之交易所得，依所得稅法第4條第1項第16款，免納綜合所得稅⁵⁷³。

時任大法官劉鐵錚在第287號解釋的不同意見書指出前兩次釋示明顯違法違憲之處（非全部違憲），並認為第三次釋示見解正當，其理由論述為：「按祭祀公業除經登記為財團法人者外，尚非獨立之權義主體...共同共有人雖不得單獨處分其共有權，但其就共同共有物處分所得價金，仍得依公司關係，

⁵⁷¹ 在稅捐法建制層面，立法機關固然在一定範圍內須仰賴行政機關之知識支援，而容許其對法律進行補充，惟逕以行政函釋改變對祭祀公業稅捐主體的認定，可能已違反憲法第19條之稅捐法定主義，本文礙於篇幅不擬就此深論，

⁵⁷² 葛克昌（2005），《行政程序與納稅人基本權》，增訂版，頁425，臺北：翰蘆。

⁵⁷³ 陳清秀，前揭註186，頁330。



而受價金之分配，此項分得之價金，乃屬財產之變形，並非對祭祀公業另有其他所得，從而派下員因祀產之土地被徵收而受分配之補償金，既係公共有人處分其財產後，基於公共關係，就其價金所受分配之所得，亦即派下員就被徵收之公業土地，因土地徵收喪失對該土地之公共共有權而取得之補償金，本屬於原有財產之型態變更，尚非由另一權利主體（按祭祀公業為祀產並非權利主體）轉得補償金，即難謂另有其他所得發生，依所得稅法第二條第一項前段規定之反面解釋，當不生課徵綜合所得稅之問題...。」

2. 財團法人祭祀公業

至於財團法人之祭祀公業，依前述 75 年的函釋現行仍有效之部分表示，應依「教育文化公益慈善機關或團體免納所得稅適用標準」及其他有關之規定辦理。至派下員如有自該公業取得款項者，應申報繳納綜合所得稅，該公業仍應依前述非法人團體之祭祀公業之申報方式申報。因此財團法人祭祀公業若能符合前述免稅標準者，自得免稅，惟如有所謂的營利行為，除彌補其銷售貨物或勞務以外之收入不足支應與其創設目的有關活動之支出外，仍應依所得稅法規定課徵營利事業所得稅。

3. 祭祀公業法人

目前尚無行政函釋或判決見解明確表示「祭祀公業法人」之徵收補償金如何課稅。此問題可從兩方面探討，一是祭祀公業法人本身可否適用公益組織免所得稅規定，若從所得稅法第 11 條 4 項對教育、文化、公益、慈善機關或團體（公益組織）的定義來看，公益組織可以是民法上公益社團或財團，亦可為向主管機關登記或立案成立者，就此而言，祭祀公業法人依祭祀公業條例登記成立，應符合後者的要件。

另一問題則是，非法人團體之祭祀公業登記為祭祀公業法人，那麼前後不同型態之祭祀公業是否具同一性？此問題影響補償金之歸屬，也連帶須討論祭祀公業在變更登記前後的稅捐主體地位。對此，臺北高等行政法院曾肯

認非法人團體的祭祀公業變更登記為祭祀公業法人後，實體法上與訴訟法上皆具有同一性⁵⁷⁴；但同法院在另一判決中，又做出相反的見解，認為原祭祀公業之財產更名為祭祀公業法人所有後，原本屬共同共有關係之派下員，就與祭祀公業法人隔離，兩者為不同之權利義務主體⁵⁷⁵。

另外，實務認為道路徵收補償費為祭祀公業法人土地被徵收所得費用，仍屬祭祀公業法人之財產，其運用應取得祭祀公業條例第 33 條規定決數之派下員同意，如祭祀公業法人章程定有高於上開規定之決數，應從其章程之規定⁵⁷⁶。但此見解僅說明財產歸屬，並未闡明財產與損失補償性質之關聯。

本文認為，原祭祀公業財產更名登記到祭祀公業法人名下，使得權利主體從共同共有人移轉到祭祀公業本身，但喪失該土地之所有權而取得之補償金，屬於原有財產之型態變更，此點並不因權利主體是共同共有人或是祭祀公業法人而有不同，因此對於祭祀公業法人的課稅應無異於原祭祀公業之理由。

在營利事業所得稅方面，前述 75 年的函釋中，認未辦理財團法人登記之祭祀公業，如無營利行為，則非所得稅法第 11 條第 2 項之營利事業⁵⁷⁷；而已依民法上公益社團及財團，或依其他關係法令，登記或立案成立者，則可以適用相關的免所得稅規定。實務上已否定祭祀公業公益團體為營利事業，較

⁵⁷⁴ 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 130 號判決：「...是「祭祀公業曾五美」於訴願階段有無依祭祀公業條例第 28 條第 2 項規定，於法定期限內將上揭不動產所有權更名登記為法人「祭祀公業法人臺北市曾五美」所有，其當事人之主體是否僅係由非法人之團體（「祭祀公業曾五美」）更名為法人（「祭祀公業法人臺北市曾五美」）而已，並無實體法之變動問題，而得以承受行政爭訟（即訴願），屬可以補正之情形，即將訴願人更正為「祭祀公業法人臺北市曾五美」...」

⁵⁷⁵ 臺北高等行政法院 101 年度訴更二字第 76 號判決：「原祭祀公業陳悅記之財產業更名為祭祀公業法人臺北市陳悅記所有，即與派下員分離而成為獨立歸屬祭祀公業法人單獨所有之財產，已非由派下員共同共有，派下員對該財產已不再具有潛在之所有權。祭祀公業法人臺北市陳悅記與其派下員，既分別為不同之權利主體，原處分准許本件古蹟土地容積移轉，效力歸於承受祭祀公業陳悅記權利義務之祭祀公業法人本身，派下員充其量僅有經濟上、事實上之利害關係，並非為權利人或法律上之利害關係人，應認原告就本件自無實施訴訟之權能。」

⁵⁷⁶ 內政部 99.9.7. (99) 臺內授中民字第 0990035616 號函。

⁵⁷⁷ 所得稅法第 11 條第 2 項：

本法稱營利事業，係指公營、私營或公私合營，以營利為目的，具備營業牌號或場所之獨資、合夥、公司及其他組織方式之工、商、農、林、漁、牧、礦冶等營利事業。

無疑義，應注意的是，如果是營利事業因政府舉辦公共工程或市地重劃，依拆遷補償辦法規定領取之各項補償費應列為其他收入，其必要成本及相關費用准予一併核實認定，無免納所得稅之適用⁵⁷⁸。

第二項 損害補償不課徵所得稅

損害補償是否為所得，涉及到泉源說（Quellentheorie）、純資產增加說（Reinvermögenszugangstheorie）及交易所得說（Markteinkommenstheorie）對所得的概念，各有不同。若依泉源說，一時的、偶發的、恩惠的利得就可以排除在所得範圍外，然而此說的所得概念過於狹隘，有不符量能課稅原則之弊病。依我國所得稅法第 14 條，所得種類尚包括其他所得，顯然不採限制的所得概念。而此種包括所得的概念比較類似純資產增加說，此說認為在一特定期間內，經濟上純資產的增加就是所得，因此各項資源之流入，包括捐贈或意外獲得之收入均為課稅範圍內⁵⁷⁹。然而法條所列舉之所得型態將理論上「未實現之利得」與「歸屬所得」排除在課稅範圍之外，重點係為了把握已經實現的所得、在市場交易上證實的所得，蓋此類所得原則上沒有受到雙方通謀捏造的扭曲，較能反映稅捐負擔能力，因此某程度上我國亦採取了市場交易說的內涵。惟有些收入如損失補償金，縱非經由市場交易而來，釋字第 508 號仍肯認其為所謂的「其他所得」，如此看來我國所得稅法對於所得之定義是介於交易所得說以及純資產增加說之間⁵⁸⁰。

以美國為例，該國早期的所得稅法採淨資產增加說，但 Boris Bitter 在 1967 年所發表之稅法文章批評稅法上處處存在不合理的優惠租稅（Preferential Tax）與漏洞。導致當時租稅法律原則與例外交錯不清的原因之一乃係因許多人主張將社會安全、福利措施之給付（包括具補償性質之失業補償項目）排除於所得概念外⁵⁸¹。

⁵⁷⁸ 財政部 84.8.16.(84)臺財稅字第 841641639 號函及財政部 86.05.05(86)臺財稅字第 861895998 號函參照。

⁵⁷⁹ 陳清秀，前揭註 186，頁 52。

⁵⁸⁰ 陳清秀，同前註，頁 57。

⁵⁸¹ Boris I. Bittker, A "Comprehensive Tax Base" as a Goal of Income Tax Reform, 80 Harv. L. Rev. 925, 935-38 (1967).

依我國現行規定，某些情形下會對未經過交易市場所獲得的收入課徵所得稅⁵⁸²，其做法是否妥適，尤其在針對為彌補人民財產權所受侵害的損失補償，不無爭議。實務向來亦有明確表明「人民獲得損失補償並非基於徵收而更有所得」的見解，進而認為損失補償不應課徵所得稅。例如對於土地改良物的補償費，乃至拆遷獎勵金、人口搬遷補助費皆核屬為損害補償，應准免納所得稅⁵⁸³；個人依協議價購所取得之給付如屬損害補償性質，尚無所得發生，不課徵綜合所得稅⁵⁸⁴。不過這樣的見解未考慮到補償成本若超出其重新購置的費用，超出部分等於是淨資產的增加。依此法理基礎，論者有認為舉凡懲罰性損害賠償金、所失利益之賠償均屬所得稅課徵範圍，此外對財產增值部分加以補償，即所謂的「資本的回復原狀」，雖無所得，但因為增值部分已經實現，也應課稅⁵⁸⁵。

國家徵收私有土地，既負有給予土地所有人相當補償之義務，本不應再藉由課稅權之行使，對拆遷補償費徵收所得稅，變相收回對土地所有人的補償，此在個人或是營利事業皆然。針對營利事業，釋字第 607 號在理由書指出：「營利事業因土地重劃而領取之地上物拆遷補償費，係因公權力強制介入而發生之非自願性增益，雖非因營業而發生，而屬於非營業性之營利事業所得來源，如於扣減相關之成本費用、損失後仍有餘額，即有稅負能力...」對此，有批評損失補償成本並非百分之百，因此並無所得收益存在。財政部所採取「成本視為 100%」的推計課稅方式，有無符合經驗法則或正當依據⁵⁸⁶？復從「損失補償」或「社會救助」之觀點，社會救助補償並非所得；縱使認為是損失補償，也應細分不同項目，例如

⁵⁸² 例如發行公司以資產重估取得之資本公積轉投資發行股票時，如不論該經重估之資產是否在市場經由交易實現其市值，而在股東受該股票之分配時，即對其課徵股利所得稅。參黃茂榮，前揭註 568，頁 8。

⁵⁸³ 財政部 79.4.7.(79)臺財稅第 780432772 號函、財政部 86.3.12.(86)臺財稅第 861886328 號函、財政部 91.1.31(91)臺財稅字第 0910450396 號函同旨。

⁵⁸⁴ 財政部 93.6.28(93)臺財稅字第 09304505280 號函。

⁵⁸⁵ 陳清秀，前揭註 186，頁 64。

⁵⁸⁶ 陳清秀(2006)，〈損失補償之課稅法理—評釋字第 607 號解釋〉，《臺灣本土法學雜誌》，79 期，頁 278。

對公共設施保留地所有人於被徵收所取得之地價「加成補償」應免徵所得稅⁵⁸⁷。

此外，進一步檢視釋字第 508 號，佃農取得之耕作地上物補償費免納所得稅的情形，區分為「個人出售土地所取得之土地價款」及「另自買受人取得之建物以外之地上物之補償費」，兩者性質不同，前者係收益所得，後者為損失補償。該項補償費如係由耕作地上物之佃農取得者，可免納所得稅。平均地權條例第 11 條第 1 項規定，徵收或照價收買之土地為出租耕地時，由土地所有權人以所得之補償地價一定比例，補償耕地承租人。此項土地補償費乃佃農因法定事由致其耕地租賃權消滅而獲得，性質上屬所得來源，不在依法得免稅之列。

綜上，我國實務及學界見解紊亂，實有必要建立統一標準，本文基本上肯認補償金若非所失利益，則應無過度填補之疑慮，而基於稅捐正義，國家本不應對損失補償課與所得稅。

⁵⁸⁷ 陳明燦（2006），〈大法官釋字第 607 號解釋之簡評〉，《月旦法學雜誌》，132 期，頁 170。

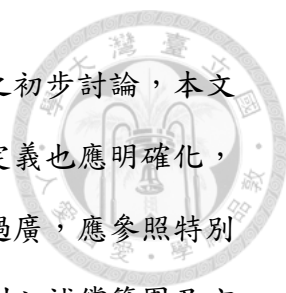
第五章 結論



鑒於祭祀公業存續型態並未因特殊法人化的政策方向單純化，並且其參與社會活動事務亦呈現多元化，祭祀公業財產的權利歸屬主體、財產權範圍仍待釐清。在祭祀公業的法律定性上應努力的方向為：將不同存續型態之祭祀公業皆評價為具有私法及公法上權利能力之法人或私團體，且為非營利組織（參第二章第一節第五項）。跳脫非法人團體而以私團體財產權保障的思維有助於回應祭祀公業在現今社會與法制下的需求，準此，祭祀公業財產權保障範圍應以進行事務的範圍認定，非泛泛以靜態的公業觀念（土地財）為判斷。至於派下權經司法實務肯認其高度的自由處分性質，亦為祭祀公業財產權保障之列（參第二章第二節第二項）。祭祀公業之財產，應獨立於派下員個人財產地位，而以團體為依歸，尤其應注意早期以共同共有關係為立論基礎的行政函釋已無適用餘地。至於祭祀公業法人雖屬於特殊法人，但可進一步比照民法上財團法人的規定，享有同樣權利義務，避免在不同法領域的適用上發生漏洞。

經由比較法研究，韓國與香港的宗族財產皆有以「信託」方式成立者，而在我國現今法制的檢視下，亦應承認祭祀公業有成立公益信託之可能，惟此時其運作軌道則應符合公益信託較嚴格的監督機制要求。此外，由於造成祭祀公業土地訴訟紛爭的原因事實具有高度一致性，故應設有專門的紛爭解決機制，以協助解決複雜的宗族財產關係。同時為避免調解效果不佳，而無可避免進入司法權干預階段，因此，設置專門的祭祀公業調解委員會為較佳的作法（參第二章第一節第六項）。

祭祀公業土地建物常淪於荒蕪，或是具有相當的文化價值，加上長期以來針對祭祀公業耕地、市區用地為規範對象的各種土地法令，使得祭祀公業土地所受徵收或限制面臨一定的趨勢（參第三章第二節），因此在適用損失補償理論時呈現相當特殊的脈絡。參照德日之立法例及學說，祭祀公業適用我國土地法相關規定



的損失補償範圍與方式尚有所不足，借鑒外國司法判決與學界之初步討論，本文建議補償範圍可納入徵收損失之精神上損失，土地／改良物之定義也應明確化，例如以文化資產之概念補充祭祀公業土地財產。惟為避免涵蓋過廣，應參照特別犧牲法理下各種具體的判斷基準，將祭祀公業土地受徵收或限制之補償範圍及方式訂入祭祀公業條例（參第三章第一節第二項）。

近年祭祀公業面臨損失補償的具體爭議，包括了祭祀公業條例第51條以下的代為標售過度侵害財產權、容積獎勵制度之妥適性、受違法無責公權力侵害的損失補償容許性以及損失補償之課稅問題，此些爭議多是基於針對祭祀公業所訂立之法律、行政函釋、司法判決所衍生出，對此本文有以下建議：1. 代為標售規定過度侵害財產權，應重新立法，設立合理的申報期間並且刪除將後續行政成本轉嫁到土地所有權人上的規定（參第四章第一節）、2. 容積制度在祭祀公業上的適用有同意門檻過高的難題。且容積原則上屬於損失補償手段，若欲使用容積做為政府分攤都市更新或土地開發成本之工具，應明確設計容積移轉與容積獎勵兩種不同制度，前者應回歸損失補償性質，而有相當合理補償原則之適用（參第四章第二節）、3. 因應我國大法官在解釋損失補償機制上的發展，已逐漸不以公權力違法／合法為辨識符碼，故應納入類似徵收之侵害作為損失補償類型，可於文化資產保存法及都市更新相關條例加以明確化此一立法原則（參第三章第一節第三項、第四章第三節）、4. 祭祀公業在稅捐地位上可以與民法權利能力脫鉤處理。早期行政函釋見解已無法契合地評價現今不同種類祭祀公業的稅捐法律關係，因此統一解釋祭祀公業的稅捐地位為一重要任務。損失補償金並非經由交易市場所得，且藉由公權力所強制給予的補償，人民本無自由選擇餘地，除非能證明為超出以公權力補償所受侵害的範圍，而屬於所失利益者，原則上不宜對損失補償強徵所得稅（參第四章第四節）。



參考文獻

專書（中文部分）

- 王泰升（2010）。《臺灣日治時期的法律改革》，5版。臺北：聯經。
- 王澤鑑（2003）。《民法總則》，增訂版。臺北：三民。
- 史尚寬（1964）。《土地法原論》，4版。臺北：正中書局
- 石碧波（2009）。《非法人團體之研究》。北京：法律出版社
- 吳庚（2007）。《行政法之理論與實用》，10版。臺北：三民。
- 吳庚（2004）。《憲法的解釋與適用》，3版。臺北：三民。
- 李惠宗（2009）。《憲法要義》，5版。臺北：元照。
- 李惠宗（2010）。《行政法要義》，5版。臺北：元照。
- 姉齒松平（著），程大學（譯）（1983）。《日據時期祭祀公業及在臺灣特殊法律之研究》。臺中：臺灣省文獻委員會。
- 林錫堯（2006）。《行政法要義》，3版。臺北：元照。
- 姚瑞光（2004）。《民事訴訟法論》。臺北：大中國。
- 施啟揚（2003）。《民法總則》，增訂版。臺北：三民。
- 段盛豐（2004）。《臺灣民事習慣調查報告》，6版。臺北：法務通訊雜誌社。
- 倪正茂（2006）。《比較法學探析》。北京：中國法政。
- 許育典（2011）。《憲法》。臺北：元照。
- 陳井星（1997）。《臺灣祭祀公業新論》，3版。臺北：文笙。
- 陳立夫（2010）。《土地徵收補償合理性審查之研究—公告土地現值定性及其與徵收補償之關聯問題》。臺北：司法院。
- 陳其南（1991）。《臺灣的傳統中國社會》，4版。臺北：允晨文化。
- 陳明燦（2001）。《財產權保障、土地使用限制與損失補償》。臺北：翰蘆。



- 陳敏 (2011)。《行政法總論》，7 版。臺北：自刊。
- 陳清秀 (2014)。《稅法各論 (上)》。臺北：元照。
- 陳銘福 (1997)。《祭祀公業實務》。臺北：書泉。
- 陳新民 (2002)。《憲法基本權利之基本理論 (上)》，5 版。臺北：元照。
- 陳薇芸 (2003)。《祭祀公業課稅之實務問題研究》。臺北：翰蘆。
- 曾世雄 (2005)。《民法總則之現在與未來》，2 版。臺北：元照。
- 黃志偉 (2011)。《祭祀公業條例解析與土地清理實務》，2 版。臺北：五南。
- 黃茂榮 (2008)。《稅法總論》，2 版。臺北：自刊。
- 楊松齡 (1996)。《現行土地制度有關財產權保障之研究—公用徵收補償之分析》。
臺北：大日。
- 楊建華 (1999)。《問題研析民事訴訟法(一)》。臺北：三民。
- 葉百修 (1989)。《從財產權保障觀點論公用徵收制度》。臺北：自刊。
- 葉百修 (2011)。《損失補償法》。臺北：自刊。
- 葉俊榮 (1999)。《行政法案例分析與研究方法》。臺北：三民。
- 張永明 (2010)。《國家租稅權之界限》。臺北：翰蘆。
- 董保城 (2002)。《國家責任法》。臺北：神州。
- 葛克昌 (2005)。《行政程序與納稅人基本權》，增訂版。臺北：翰蘆。
- 葛克昌 (2005)。《稅法基本問題》。臺北：月旦。
- 蔡宗珍 (2004)。《憲法與國家 (一)》。臺北：元照。
- 戴炎輝 (1979)。《清代臺灣之鄉治》。臺北：聯經。
- 謝在全 (2004)。《民法物權論中冊》，3 版。臺北：自刊。

專書 (外文部分—日文)

- 公共用地補償研究会 (著)，国土交通省土地・水資源局總務課公共用地室 (監修)
(2010)。《公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱の解説》，新版改訂版 1
刷。東京：近代図書。

姉齒松平（1994）。《祭祀公業並びに台湾に於ける特殊法律の研究》，初版2刷。

臺北：南天書局。

阿部泰隆（2009）。《行政法解釈学 II, 実効的な行政救済の法システム創造の法理論》。東京：有斐閣。

塩野宏（2013）。《行政法 II, 行政救済法》，5版。東京：有斐閣。

岡松參太郎（1910）。《臺灣私法暨附録参考書，第一卷下》。臺北：臨時臺灣舊慣調査會。

專書（外文部分—英文、德文）

David Filliams, Helen Siu (Eds.), (1995). *Down to Earth: The Territorial Bond in South China*, Stanford: Stanford University Press.

Forsthoff, (1973). *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10 Aufl., München: Beck.

Jeremy Waldron, (1988). *The Right to Private Property*, New York: Oxford University Press.

Maurer, (1992). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., München: Beck.

Maunz/Zippelius, (1998). *Deutsches Staatsrecht*, 30. Aufl., München: Beck.

Mayer Otto, (1924). *Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II*, 3. Aufl.

書之篇章（中文部分）

李建良（2000）。〈損失補償〉，收於翁岳生（編），《行政法 2000（下冊）》。臺北：翰蘆。

李震山（2005）。〈論行政損失補償責任—以行政程序法之補償規定為例〉，收於臺灣行政法學會（編），《損失補償、行政程序法—臺灣行政法學會學術研討會論文集》，臺北：元照。

李惠宗（2010）。〈財產權保護與土地徵收補償，資訊法制、土地規劃與損失補償之新趨勢〉，收於臺灣行政法學會（編），《資訊法制、土地規劃與損失補償之



新趨勢》。臺北：元照。

林明昕(2007)。〈「不法侵害人民自由或權利」作為國家賠償責任之構成要件要素〉，收於臺灣行政法學會(編)，《國家賠償與徵收補償、公共任務與行政組織—臺灣行政法學會兩岸暨東亞行政法學會學術研討會論文集》。臺北：元照。

林錫堯(2007)。〈建構完整的國家賠償責任體系—從立法觀點探討國家賠償責任類型〉，收於臺灣行政法學會(編)，《國家賠償與徵收補償、公共任務與行政組織—臺灣行政法學會兩岸暨東亞行政法學會學術研討會論文集》。臺北：元照。

陳愛娥(1998)。〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，收於《憲法解釋之理論與實務》。臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

陳愛娥(2010)。〈土地利用規劃與權利保障〉，收於臺灣行政法學會(編)，《資訊法制、土地規劃與損失補償之新趨勢》。臺北：元照。

陳新民(2007)。〈財產權保障的陰暗角落？—論被徵收人的回復權問題〉，收於臺灣行政法學會(編)，《國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織》。臺北：元照。

陳榮宗(1990)。〈非法人團體之權利能力論〉，收於《民事訴訟法之研討(三)》。臺北：三民。

廖義男(1994)。《國家賠償法》。臺北：自刊。

蔡震榮(2005)。〈徵收侵害與損失補償〉，收於臺灣行政法學會(編)，《損失補償、行政程序法—臺灣行政法學會學術研討會論文集》。臺北：元照。

書之篇章(外文部分—日文)

金大煥(1982)。〈韓國の近代化過程における同族社会(兩班)の変遷〉，收於江守五夫、崔龍基(編)，《韓國兩班同族制研究》。東京：第一書房。


金宅圭(1982)。〈韓・日兩國のいわゆる'同族'村落に関する比較試攷〉，收於江守

五夫、崔龍基（編），《韓國兩班同族制研究》。東京：第一書房。



期刊論文（中文部分）

- 尤重道（2005）。〈論祭祀公業在法律上如何定位（六）〉，《現代地政》，285期。
- 王服清（2008）。〈違法指定古蹟的行政處分之撤銷—無國家責任？—評析臺灣臺南地方法院民事判決八十五年度重國字第一號〉，《文化資產保存學刊》，5期。
- 王保鍵（2003）。〈祭祀公業法人化之商權〉，《立法院院聞》，31卷10期。
- 王春木、林鼎鈞（2013）。〈徵收土地免徵土地增值稅之公平性探討〉，《當代財政》，34期。
- 王泰升（2006）。〈以臺灣法制為志業的姉齒松平〉，《臺灣本土法學雜誌》，89期。
- 江義雄（1998）。〈日本法上「公用徵收」補償制度之探討〉，《中正大學法學集刊》，創刊號。
- 吳素華（1985）。〈談對未依規定登記或立案祭祀公業因公用徵收所得之補償金，應如何課稅問題〉，《萬國法律》，24期。
- 吳煜宗（2007）。〈繼承的範圍—祭祀公業派下權的遺產性〉，《月旦法學教室》，51期。
- 吳煜宗（2010）。〈姓氏與祭祀公業派下資格—臺灣高等法院九十七年家上易字第三九號民事判決〉，《月旦裁判時報》，3期。
- 李建良（1999）。〈行政法上損失補償制度之基本體系〉，《東吳法律學報》，11卷2期。
- 李啟成（2010）。〈民事權利在近代中國的生成—以大理院審理祭田案件為中心的實證考察〉，《比較法研究》，6期。
- 李震山（2005）。〈論憲政改革與基本權利保障〉，《中正法學集刊》，18期。
- 李錦豐（1983）。〈論臺灣祭祀公業〉，《法律評論》，49卷10期。

- 
- 官有桓 (2002)。〈非營利組織在臺灣的發展：兼論政府對財團法人基金會的法令規範〉，《中國行政評論》，10 卷 1 期。
- 松園健太郎 (著) 卜永堅 (譯) (2009)。〈是信託還是法人？中國宗族財產的管治問題〉，《歷史人類學學刊》，7 卷 2 期。
- 林三欽 (2010)。〈冤獄賠償、國家賠償與特別犧牲—簡評釋字第六七〇號〉，《月旦法學雜誌》，184 期。
- 林明鏘 (1997)。〈論我國都市更新法制〉，《臺大法學論叢》，26 卷 3 期。
- 林明鏘 (1997)。〈論德國都市更新制度—兼論我國都市更新法制〉，《歐美研究》，2 卷 27 期。
- 林端 (2000)。〈「國家制定法」與「民間習慣」—臺灣「祭祀公業」的歷史社會學分析 (I)〉，《法制史研究：中國法制史學會會刊》，1 期。
- 金根植 (1996)。〈當今中韓祭祀公業法律問題之比較探討〉，《軍法專刊》，42 卷 8 期。
- 科大衛 (2003)。〈祠堂與家廟—從宋末到明中葉宗族禮儀的演變〉，《歷史人類學學刊》，1 卷 2 期。
- 范文清 (2012)。〈宗教團體之地價稅優惠與信賴保護—最高行政法院一〇〇年度判字第八一一號判決評析〉，《月旦法學雜誌》，206 期。
- 范姜真嫻 (1995)。〈預防接種侵害事故之國家責任〉，《法政學報》，3 期。
- 凌忠嫻 (1991)。〈非營利組織課稅規定之國際比較〉，《財稅研究》，23 卷 6 期。
- 張文郁 (2003)。〈徵收及特別犧牲之補償〉，《臺灣本土法學雜誌》，53 期。
- 張永兵、溫世揚 (2013)。〈農業專業合作社財產權法律屬性研究〉，《當代法學》，3 期。
- 張宣芬 (1990)。〈承認非法人團體有當事人能力之必要並簡介其理論 (下)〉，《萬國法律》，第 52 期。
- 許仁舉 (1999)。〈加速清理祭祀公業土地，將有法源依據〉，《土地事務月刊》，341



期。

陳立夫 (2004)。〈我國之容積移轉制度〉，《月旦法學教室》，17 期。

陳立夫 (2008)。〈析論我國土地徵收法制上之爭議問題〉，《臺灣土地研究》，11 卷 1 期。

陳仲嶙 (2013)。〈審視都市更新條例的合憲性——從審查標準之選擇與運用為司法院釋字第七〇九號補述〉，《月旦法學雜誌》，219 期。

陳明燦 (2006)。〈大法官釋字第 607 號解釋之簡評〉，《月旦法學雜誌》，132 期。

陳奕麟 (1986)。〈香港新界在二十世紀的土地革命〉，《中央研究院民族學研究所集刊》，61 期。

陳昭如 (2004)。〈有拜有保佑？——從最高法院九十二年度臺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。

陳敏 (1988)。〈租稅稽徵程序之協力義務〉，《政大法學評論》，37 期。

陳清秀 (2006)。〈損失補償之課稅法理——評釋字第 607 號解釋〉，《臺灣本土法學雜誌》，79 期。

黃詩淳 (2015)。〈臺灣法律史學會 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〉，《臺灣法學雜誌》，264 期。

楊松齡 (1992)。〈財產權保障與公用徵收補償之研究〉，《經社法制論叢》，9 期。

楊建華 (1989)。〈非法人團體取得確定判決後權利義務之歸屬〉，《司法周刊》，441 期。

楊瑞華 (2001)。〈逝者的財產權：兼論臺灣的祭祀公業〉，《人文及社會科學集刊》，13 卷 2 期。

溫豐文 (1982)。〈論土地所有權之限制〉，《東海學報》，23 卷。

廖義男 (2010)。〈都市發展中公共設施用地取得方法之規範〉，《法學新論》，24 期。

劉建宏 (2004)。〈財產權〉，《法學講座》，29 期。

劉夏如 (1999)。〈法・近代・民族主義—1920 年代臺灣祭祀公業改廢論爭〉，《臺灣風物》，50 卷 2 期。

劉欽泉、蕭景楷 (2001)。〈促進臺灣農地使用權流動性之研究〉，《農業經濟半年刊》，69 期。

歐廣南 (2007)。〈預防性救濟問題之研究—以日本憲法訴訟為中心〉，《復興崗學報》，90 期。

蔡維音 (2006)。〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，11 期。

謝哲勝 (1995)。〈準財產權〉，《人文及社會科學集刊》，7 卷 1 期。

期刊論文 (外文部分—日文)

三好一八 (1923)。〈臺灣新民事法概論(五)〉，《臺法月報》，17 卷 11 月號。

井出季和太 (1940)。〈台灣の公業と南支那の集團地主制度〉，《臺法月報》，34 卷 9 號。

西埜章 (1998)。〈戦争損害と国家無答責の原則〉，《法政理論》，31 卷 2 號。

近江幸治、田炳西 (1996)。〈韓国の登記制度における名義信託とその法的規制〉，《比較法学》，29 卷 2 號。

姉齒松平 (1933)。〈民法第五十六條を條理として祭祀公業に適用するに就て〉，《臺法月報》，27 卷 7 號。

吳豪人 (1999)。〈植民地台湾における祭祀公業制度の改廢問題〉，《日本台湾学会報》，1 號。

後藤和佐二 (1928)。〈祭祀公業論—現行の法制より觀たる祭祀公業〉，《臺法月報》，22 卷 1 號。

後藤武秀 (1998)。〈台湾の祭祀公業に関する二つの資料〉，《東洋法學》，42 卷 1 號。

後藤武秀 (1998) 〈台湾における祭祀公業：法的性質關する諸説〉，《地域文化研究》，

3 號。

劉夏如 (2000)。〈台灣祭祀公業件研究をめぐる「伝統中国」と「近代法継受」の相克〉，《日本台湾学会報》，2 號。



期刊論文 (外文部分—英文)

Boris I. Bittker (1967). *A "Comprehensive Tax Base" as a Goal of Income Tax Reform*, 80 Harv. L. Rev. 925.

E.G. Furubotn, Svetozar Pejovich (1972). *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, 10 (4) Journal of Economic Literature, 1137.

Patrick Stough (2006). *Historic Preservation in Southeast Asia: the Role of Public-private Partnerships*, 39 Vand. J. Transnat'l L. 1013.

Rick Pruetz, Erica Pruetz (2007). *Transfer of Development Rights Turns 40*, 59(6) Planning & Environmental Law. 3.

Robert C. Ellickson (1995). *Ancient Land Law: Mesopotamia, Egypt, Israel*, 71 CHIKLR 321.

Shane Rayman, Janet Lunau (2015). *Navigating the Jungle: Private Nuisance and Renewable Energy Projects*, 27 J. Env. L. & Prac. 253.

學位論文 (中文部分)

王文偉 (2002)。《論古蹟保存之法制度—建構一個符合文化資產保存理念及財產權保障概念的古蹟保存環境》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，嘉義。

王服清 (1995)。《德國「具有徵收效力之侵犯」制度之研究》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，嘉義。

尤重道 (2002)。《祭祀公業之研究—以派下權及財產權為中心》，國立中正大學法律學研究所論文，嘉義。

何鳳嬌 (2003)。《戰後初期臺灣土地的接收與處理 (1945-1952)》，國立政治大學



歷史學研究所博士論文，臺北

呂繼宗（2005）。《祭祀公業定位及租稅問題之研究》，中原大學會計學研究所碩士論文，桃園。

宋國鼎（2009）。《公法上非給付型不當，得利請求權之建構—以權益侵害型不當得意為中心—》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 135-136，嘉義。

金根植（1996）。《中韓祭祀公業法制與土地產權問題之比較研究》，國立政治大學地政學研究所博士論文，臺北。

洪任遠（2008）。《都市更新與少數之權利人保護》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

高曜堂（2014）。《臺灣祭祀公業制度變革之研究》，中原大學財經法律學研究所碩士論文，桃園。

陳弘仁（1995）。《公法上危險責任之研究》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，臺北。

陳玉峰（2006）。《區段徵收補償法制之研究》，國立政治大學地政學研究所碩士論文，臺北。

曾文亮（1999）。《臺灣法律史上的祭祀公業》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

黃月娥（2010）。《論逾期未辦繼承登記土地公開標售合憲性之研究》，逢甲大學土地管理學在職專班碩士論文，臺中。

葉百修（1988）。《從財產權保障觀點論公用徵收制度》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，臺北。

詹益寧（2006）。《以都市更新方式改進市區祭祀公業「共同共有」土地開發之研究》，國立成功大學都市計劃學研究所碩士論文，臺南。

蕭淳尹（2013）。《臺灣都市更新法治之演變（1895-2012）—從知識繼受與在地經驗之觀點》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

網路文獻

John Gillespie, Fu Hualing (2014). Resolving Land Disputes in East Asia: Exploring the Limits of Law, *University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper*.

Retrieved from: <http://ssrn.com/abstract=2394424>

香港立法會 CB(1)2599/11-12 號文件，網址：

<http://www.legco.gov.hk/yr11-12/chinese/panels/dev/minutes/dev20120628.pdf>



附錄

祭祀公業決議與管理機關重要變革⁵⁸⁸



機關 時期	派下員	派下權	派下總會	管理人
日治時期舊慣及實務	<p>定義：有義務管理公業及舉行祭祀之人，但幾乎限於房的男子。僅少數司法判決准許特殊情況下，為使享祀人得以受祭祀目的允許女子成為派下員。</p> <p>與祭祀公業團體之關係：採取習慣法人說，因此派下員類似公司股東，獨立於祭</p>	<p>定義：包括各派下對祭祀公業之所有權利義務之總稱。</p> <p>與房份關係：司法實務認為房份即派下權，兩者並無二致⁵⁸⁹。</p> <p>房份為法律概念，祭祀公業令草案甚至規定派下之房份為平等，派下之子均分繼承其父之房份^{590,591}。房份確立於</p>	<p>決議事項：規約之變更、公業之解散、公業財產之處分及殘餘財產之處分⁵⁹²。未委任管理人之場合，亦可決議諸如土地利用價值之變更、租額之增減、公厝一部分之出租、出典或抵押公業地之贖田等事項⁵⁹³。</p> <p>決議召開：無明確門檻。</p>	<p>權限範圍：無明確習慣。可依規約章程或派下總會授權擴張或限制管理權，惟仍不得為處分行為⁵⁹⁶。</p> <p>逾權效果：法院多依法理準用日本民法第 103 條「未定權限之代理人」，實際上不乏有判決建立管理人之具體權限事項及違反之法律效果⁵⁹⁷。</p> <p>任免、資格、人數：習慣上皆是依規約</p>

⁵⁸⁸ 本表僅就涉及決議機關及管理機關法律上的變革，提出現行法律與以往學說或實務見解不同而需釐清之處。

⁵⁸⁹ 大正 9 年（1920 年）控民第 704 號判決意旨參照。

⁵⁹⁰ 臺灣祭祀公業令第 5 條第 2 項：

派下ノ房份ハ平等トス派下ク于ハ其父ノ房份テ平等ノ割合ヲ以テ相續ス。

⁵⁹¹ 其後的臺灣祭祀公業令第二草案仍然保留此規定，惟日治時期對祭祀公業的立法並未成功。

⁵⁹² 段盛豐，前揭註 9，頁 770。

	祀公業而存在。	公業設立時各房的均分份額。惟因從未公布實施，基於房份而來的派下權仍因設立字之種類而為不同計算。	決議方法： 須派下全體同意，無多數決之習慣，實際上，大多是遵循年長者、有勢力之派下的意見，故少有爭執產生 ⁵⁹⁴ 。但姉齒松平認為，派下總會決議事項分有派下全員同意及過半同意兩者 ⁵⁹⁵ 。	自由訂定 ⁵⁹⁸ 。裁判上甚至肯定依規約賦予管理人終身任期之事例 ⁵⁹⁹ 。 管理人之登記及變更登記： 依總督府於1905年頒布之土地登記施行規則，公業土地之登記由管理人聲請，且土地登記簿上須同時記載業主及管理人之姓名、住所，並規定管理人變更時，由新管理人聲請變更登記 ⁶⁰⁰ 。
祭祀公業條例施行前實務	定義： 實務普遍承認為祭祀公業設立者及其繼承人。	與房份關係： 非法律用語，但有房份始得確定派下權。而房份依公同	內政部於1968年擬定之祭祀公業管理辦法（草案）基於舊慣，將派下總	任免： 依公業內部規章、派下總會決議產生，或依祭祀公業土地清理要點，派下員

⁵⁹³ 段盛豐，同前註，頁770。

⁵⁹⁶ 陳井星，前揭註9，頁63。

⁵⁹⁷ 詳參段盛豐，前揭註9，頁775-778。

⁵⁹⁴ 段盛豐，前揭註9，頁771。

⁵⁹⁵ 姉齒松平，前揭註22，頁141。

⁵⁹⁸ 姉齒松平，同前註，頁96-97。

⁵⁹⁹ 裁判上甚至肯定依規約賦予管理人終身任期之事例。見姉齒松平，同前註，頁96。

⁶⁰⁰ 土地登記施行規則第5條、第6條。

	<p>與祭祀公業團體之關係：派下員為祭祀公業之共同共有人，祭祀公業與共有人成為一體，派下是所有權人，無法與其財產客體分離而獨立存在⁶⁰¹。</p>	<p>共有關係的理解，是共同共有人潛在的應有部分⁶⁰²。實務上承認養子女因持有房份及經共有人肯認而有權輪值管理祭產⁶⁰³。</p> <p>推定均分：補償領取與土地增值稅有均分推定原則。以房份作為派下權計算基礎之見解開始鬆動。</p>	<p>會決議事項、召開及方式初步明文化。整體而言管制較為嚴格，例如召開派下總會應先期呈准，主管官署並派員蒞場指導與監督⁶⁰⁴。惟並未公布實施，故原則上僅依共同共有之法理，將重大行為(如財產分割或設定負擔)之決定交由派下總會，其他多屬規約自治空間。</p>	<p>為數眾多，且分散各地無法召集者，則以簽名方法，得全體派下三分之二以上同意為當選⁶⁰⁵。另依實務，亦可直接經派下現員過半數之書面同意為之⁶⁰⁶。</p> <p>管理人登記及變更登記：依行政實務，檢附派下全員證明書送地政機關審查並准予登記。長期以來苦無正式依據，至內政部於1981年頒布「祭祀公業土地清理要點」，又幾經修正，規定新管理人選定後，應檢具其經民政機關(單位)備查</p>
--	--	--	---	---

⁶⁰¹ 高曜堂，前揭註1，頁39。

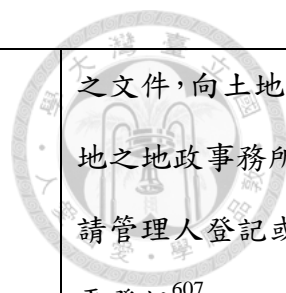
⁶⁰² 謝在全(2004)，《民法物權論(中)》，修訂3版，頁14，臺北：三民。

⁶⁰³ 司法院22年院字第895號解釋：「祭產係共同共有性質，共同共有人之權利、義務，應依其共同關係所由規定之法律或契約定之，由遺產中提出作為其子孫各房按年輪值之祭產，不屬於應繼承之遺產，自非養子女所應繼承，養子女不得按年輪值，惟養父母無直系血親卑親屬為其繼承人，而共同共有人仍承認其房分存在，並認養子女得代輪值時，養子女始得輪值。」

⁶⁰⁴ 內政部祭祀公業管理辦法(草案)第16條。

⁶⁰⁵ 內政部83.12.24(83)內民字第8308332號函意旨。

⁶⁰⁶ 內政部97.6.2(97)內授中民字第0970033107號函。

				 <p>之文件，向土地所在地之地政事務所申請管理人登記或變更登記⁶⁰⁷。</p>
祭祀公業條例	<p>定義：祭祀公業之設立人及繼承其派下權之人。前者依條例第3條第2款，為捐助財產設立祭祀公業之自然人或團體；後者則規定於同法第4條及第5條。此外派下員的分類包括派下全員以及派下現員⁶⁰⁸。</p> <p>與祭祀公業團體之關係：創設特殊法人類型，並立法引導祭祀公</p>	<p>與房份關係：非法律用語，可說是被派下權的理解所代替。具有高度自由處分性。可以藉由生前讓與，達到決定何繼承人成為派下員的目的。</p> <p>推定均分：明定囑託登記祭祀公業為派下分別共有之事由。若應有部分不明則依分別共有規定，亦即派下權推定均分⁶⁰⁹。</p>	<p>決議事項：規約、業務計畫、預算、決算、財產處分、設定負擔及選任管理人、監察人⁶¹⁰。</p> <p>會議召開：管理人認為必要或經派下現員五分之一以上書面請求，得召集臨時派下員大會⁶¹¹。</p> <p>決議方法：接納姉齒松平的見解，將決議事項區分為一般事項及特別事項。章程有較高規定，依章程⁶¹²。</p>	<p>任免：因前述祭祀公業清理要點已廢止，已不能以全體派下三分之二的門檻規定選任管理人，現除規約或章程另有規定或經派下員大會議決通過者外，應經派下現員過半數之同意⁶¹³。</p> <p>人數、資格：祭祀公業法人應設單數之管理人；管理事務之執行以全體管理人過半數同意為之。管理人對外代表祭祀公業法人。管理人有</p>

⁶⁰⁷ 祭祀公業土地清理要點第17點。

⁶⁰⁸ 祭祀公業條例第3條第4款。

⁶⁰⁹ 祭祀公業條例第50條第3項。

⁶¹⁰ 祭祀公業條例第3條第6款。

⁶¹¹ 祭祀公業條例第30條。

⁶¹² 祭祀公業條例第33條。

⁶¹³ 祭祀公業條例第16條第4項及第35條。

	<p>業成立法人，故派下原則上重獲獨立性。</p>		<p>數人者，其代表人之產生方式及管理事務之執行取決於全體管理人過半數之同意⁶¹⁴。</p> <p>管理人登記及變更</p> <p>登記：未成立祭祀公業法人者，其管理人之變動，由新管理人檢具下列證明文件，向公所申請備查即可⁶¹⁵；祭祀公業法人，則是檢具選任管理人證明文件，報請公所轉報直轄市、主管機關辦理管理人變更登記⁶¹⁶。</p>
--	---------------------------	--	--

⁶¹⁴ 祭祀公業條例第 22 條。

⁶¹⁵ 祭祀公業條例第 19 條。

⁶¹⁶ 祭祀公業條例第 38 條。