

高等法院
上告部推事

姉齒松平原著

日期據
祭祀公業及在臺灣特殊法律之研究（改訂版）

日本東都書籍株式會社 藏版
臺灣省文獻委員會 編印

日據時期
祭祀公業及在臺灣特殊法律之研究

發行人 江慶林
主編人 劉寧顏
編譯人 程大榮

陳錦榮
黃有興
陳壬癸
黃連財

發行處：臺灣省文獻委員會

臺中市黎明路三七之八號勤政樓七樓

印刷處：臺灣省政府印刷廠

臺中縣大里鄉中興路一段二八八號

中華民國七十二年六月

序

臺灣爲帝國領域之一部，在所謂內地延長主義下，受統治迄今，已閱四十年。其間，各種制度設施，皆依內地延長主義，益見其相繼實現，尤自大正十二年（民國十二年）元月一日起，民法、商法以及其他多種法律，均照內地原案付諸施行，惟格於臺灣情形之特殊，民法中關於本島人（譯者註：日人以本島人指稱本省同胞，以下仍沿用之）親屬編及繼承編，均被除外，仍依從來習慣爲原則。尤其，臺灣唯有的祭祀公業，不僅仍依習慣存續迄今，據臺以來，在特殊情況之下，在內地未有之多種法律亦被施行於此，以致，與此關聯之不少法律問題，如今仍顯現於今日法庭。惟關於此等問題，能爲指導效用者，可謂唯有判例，亦言不爲過。

涉及多年之判例中，有如今已不適用者，有前後矛盾者，甚至存留不少迄無判例之法律問題。余多年來曾將基於職責上所研究，關於上述法律問題之拙稿，投刊於臺法月報及其他雜誌，茲將右項研究，修正增補，以封面標題予以發行。設能爲實用者之參考，則萬幸矣！

昭和九年（民國二十三年，西元一九三四年）十月

著 者 識

改訂第二版 序

本書，於昭和九年（民國二十三年，西元一九三四年）十月發行初版，是時因出版經驗未豐，又遽圖刊行，在印刷體裁及編輯方法等不無拙劣之處，內容亦誤記脫字等情形殊多，不盡意之處，到處可見。因此彌感其修訂之需要，而不覺間竟已閱三年。際此，欲發行第二版，乃將印刷編輯之體裁方式，略加修改，訂正誤記脫字，就其他字句說明等，或改訂其謬誤，或補其敘述之不足，尤其於第一編祭祀公業論末尾，附錄最近拙文自判例中所觀之祭祀公業之範圍及其性質，至於第二編在臺特殊法律之研究中第二十乃至第二十二之三編，因有所感而予以刪除，但其後再附上拙文兩編：關於以勅令施行於臺灣之法律之研究，以及關於本島人戶籍之研究，則列為第二十及第二十一，予以補充外，亦插入新判例、新判官（推事）總會決議及臺法月報新質疑應答等，藉以增修本書內容，倘因本書之發行而對斯法之研究，有稍微之貢獻，則榮幸之至矣！

昭和十二年（民國二十六年，公元一九三七年）十二月

著 者 識

凡例

一、本書如序文所述，係將投稿於臺法月報及警察時報之研究論文，修正增補後刊行初版，如今復加修正增補，刊行第二版者。

二、本書曾儘量引用：臺灣高等法院上告部同院覆審部之判決、高等法院上告部及覆審部推事總會之決議，及臺法月報質疑應答。至於所謂覆審法院判決，係指高等法院新設前之最高法院，即等於今之高等法院覆審部之判決。

三、關於臺灣特殊法律之諸問題，迄今問世之著書、論文殊少，殆可斷言幾無可供參考者，亦言不爲過。雖有臺灣私法（在臺舊慣調查會報告書）及故高等法院長法學博士谷野格先生所著臺灣新民事法二書，但其所涉及右述諸問題，均極其有限，唯有本研究，以判例、質疑應答爲僅有資料，餘皆以本人多年來實際處理實務以及從事其他研究爲依據者。

大正十一年（民國十一年）勅令第四百六號，係大正十一年勅令第四百零六號關於民事法律施行於臺灣案。大正十一年勅令第四百零七號幾條，係大正十一年勅令第四百零七號關於施行於臺灣之法律之特例案第幾條。

民法幾條係 民法第幾條

民施幾條係 民法施行法第幾條

國 幾條係 國籍法第幾條

戶 幾條係 戶籍法第幾條

寄留幾條係 寄留法第幾條

戶口幾條係 明治三十八年（清光緒三十一年）臺灣總督府令第九十三號臺灣戶口規定何則第幾條

人訴幾條係 人事訴訟手續法第幾條

非訟幾條係 非訟事件手續法第幾條

臺灣私法係 臨時臺灣舊慣調查會第三次報告書臺灣私法。

臺法月報係 臺灣總督府官房法務課所發行臺法月報。

昭和幾年民間第幾質疑應答係

臺灣總督府法務課發行臺法月報所載質疑應答

日 據 時 期 祭 祀 公 業 及 在 臺 灣 特 殊 法 律 之 研 究 目 錄

第一編 祭祀公業論

第一章 祭祀公業	一
----------	---

第一節 緒論	一
--------	---

第二節 祭祀公業之設立	二
-------------	---

第三節 祭祀公業之沿革	八
-------------	---

第二章 祭祀公業之名稱	九
-------------	---

第三章 祭祀公業之本質及其分類	一三
-----------------	----

第一節 祭祀公業之本質	一三
-------------	----

第二節 祭祀公業之分類	一五
-------------	----

第四章 祭祀公業之能力	一七
-------------	----

第一節 祭祀公業之能力	一七
-------------	----

第二節 祭祀公業之權利能力	一七
---------------	----

第三節 祭祀公業之行爲能力及其他適法行爲能力	一九
------------------------	----

第四節 祭祀公業之不法行爲及其他違法行爲能力	二〇
------------------------	----

第五節 祭祀公業在民事訴訟法上之能力	二二
--------------------	----

第五章 祭祀公業派下之權利義務	二五
-----------------	----

第一節 祭祀公業之派下	二五
-------------	----

第二節 祭祀公業派下的權利義務	二八
-----------------	----

第六章 祭祀公業之機關	三五
-------------	----

第一節 祭祀公業之機關	三五
-------------	----

第一款 機關之意義	三五
-----------	----

第二款 機關之種類	三五
-----------	----

第二節 祭祀公業之管理人	三六
--------------	----

第一款 管理人之性質	三六
------------	----

第二款 管理人之任免	三七
------------	----

第三款 管理人之權限	四〇
------------	----

第四款 管理人為祭祀公業之機關，因其執行事務所發生之權利義務	四四
--------------------------------	----

第三節 祭祀公業之臨時管理人	四四
----------------	----

第一款 臨時管理人之性質	四四
--------------	----

第二款 臨時管理人之任免	四五
--------------	----

第四節 祭祀公業之特別代理人	四七
----------------	----

第一款 特別代理人之性質	四七
--------------	----

第二款 特別代理人之任免	四七
--------------	----

第五節 祭祀公業之監事	四八
-------------	----

第一款 監事之性質	四八
-----------	----

第二款 監事之任免	四八
-----------	----

第三款 監事之權限	四八
-----------	----

第四款 監事機關因事務執行所發生之權利義務	四八
-----------------------	----

第六節 祭祀公業派下總會	四九
--------------	----

第一款 派下總會之性質	四九
-------------	----

第二款 派下總會之種類	四九
-------------	----

第三款 派下總會之召集	五〇
-------------	----

第四款	派下總會之決議	五〇
第五款	派下總會決議之無效	五二
第七節	祭祀公業派下代表總會	五五
第七章	祭祀公業之住所（住址）	五七
第一節	住所（住址）之意義	五七
第二節	祭祀公業之住所（住址）	五七
第八章	祭祀公業之財產目錄	五九
第九章	祭祀公業之派下名簿	六一
第十章	祭祀公業之變更	六三
第十一章	祭祀公業之消滅	六五
第一節	祭祀公業之消滅原由	六五
第一款	解散	六五
第二款	祭祀公業以爲基礎之土地之喪失	六六
第二節	清算	六六
第一款	清算之意義	六六
第二款	清算人及其性質	六七
第三款	清算人之種類及任免	六七
第四款	清算人之權限	六七
(附錄)	自判例所觀祭祀公業的範圍及性質（載於昭和十二年（一九三七）八月號臺法月報）	六九
第一緒言		六九
第二祭祀公業之範圍		七一
第三祭祀公業之性質		七三

第四餘論.....	七七
-----------	----

第二編 在臺特殊法律之研究

第一 關於在臺刑（事）法之沿革.....	七九
----------------------	----

一 緒論.....	七九
二 自軍政施行前後迄民政施行當時.....	七九
三 民政施行以後之刑（事）法.....	八一
四 現行刑（事）法.....	八三
五 結論.....	八四

第二 關於在臺民（事）法之沿革.....	八五
----------------------	----

一 緒論.....	八五
二 軍政時期（自據臺迄施行民政）.....	八五
三 律令原則時期（自民政當初起至大正十年（民國十年）法律第三號之施行）.....	八六
四 勅令原則時期（大正十一年（民國十一年）一月一日以後）.....	八八
五 結論.....	八九

第三 關於臺灣土地物權之設定、移轉之沿革與隨而引起之經過法之問題.....	九一
---------------------------------------	----

一 緒言.....	九一
二 有關臺灣土地物權之設定、移轉法制之沿革.....	九一
三 臺灣土地登記規則施行前物權之設定、移轉.....	九八
四 臺灣土地登記規則施行後民法施行前土地物權之設定、移轉.....	九九
五 民法施行後有關土地物權之設定、移轉.....	一〇六
六 結論.....	一一〇

第四 關於代表申報.....	一一三
----------------	-----

一	代表申報之意義	一三
二	代表申報之法律構成	一五
三	代表申報之性質	一六
四	代表申報之效果	一八
五	結論	二〇
第五	土地調查時，以死者名義受查定私業而未曾變更其名義及於民法施行後之土地在民法上之地位與明治四十四年（宣統三年）律令第三號繼承未定地整理規則及民法第二五五條後段之關係	二三
第六	關於土地調查時，以死者名義、公號某名義、店號某名義、或單以公業某名義受查定之土地，其實質屬於祭祀公業、辦事公業、育方公業、其他神明會及祠廟者，於民法施行後在法律上之地位	三三
第七	關於土地測量的謬誤，對土地所有權之影響以及對其救濟的有關法律問題	三七
第八	關於大正十一年（民國十一年）勅令第四百零七號第六條、第七條及民法施行法第四十條之一疑問	四五
第九	關於大正十一年（民國十一年）勅令第四百零七號第十六條之疑問	五一
第一章	緒論	五一
第二章	依據大正十一年（民國十一年）勅令第四百零七號第十六條歸於會脚或派下間共有之民法施行前之公業種類	五二
第一款	同勅令第十五條規定之祭祀公業與其他公業之區別	五三
第二款	該當民法施行法第十九條所規定公業與其他公業之區別	五三
第三款	類似公業之私業與公業之區別，及與前示勅令第十六條之關係	五三
第四款	結論	五四
第三章	該當本勅令第十六條所規定公業，其在民法施行後之法律關係	五四
	日據時期祭祀公業及在臺灣特殊法律之研究	

第一款 民法之施行，與該當本勅令第十六條公業之廢止以及其效果·····	一五五
第二款 該當本勅令第十六條規定公業之設定規約與在民法施行後之效力·····	一五五
第三款 民法施行前，以原告或被告所涉該當本勅令第十六條公業民事訴訟與民法施行後之訴訟關係·····	一五七
第四款 結論·····	一五八

第十 再論大正十一年（民國十一年）勅令第四百零七號第十六條·····	一六一
------------------------------------	-----

第十一 民法施行後，仍應依習慣續存作為法人的寺廟及祠廟，與其管理方法·····	一六五
---	-----

第十二 依大正十一年（民國十一年）勅令第四百零七號第八條以不能履行為原因而造成解除契約的一種疑問·····	一七一
---	-----

第十三 民法施行前處分之能力或未具有權限者，所設定之墾耕權及民法施行前所設定之典權，對於民法施行當時仍有存續者，有無適用民法施行法第三十四條，並就其有關適用之疑問，以及同條法定期間之意義·····	一七七
--	-----

第十四 於本島有關不動產質（抵押）之存續期間問題·····	一八九
-------------------------------	-----

第十五 於臺灣土地登記規則施行前有關土地物權之設定、移轉與民法第一百七十七條之關係·····	一九五
--	-----

第十六 關於民法施行後所謂合股（夥）之法律關係·····	二〇一
------------------------------	-----

一 合股（夥）之意義·····	二〇一
二 合股之性質·····	二〇一
三 合股之業務執行·····	二〇二
四 合股之財產關係·····	二〇三
五 合股之債務·····	二〇五
六 損失分配·····	二〇五
七 合股人之脫退與加入·····	二〇六

八	合股之解散及清算·····	二〇八
九	商事合股之特質·····	二〇九
十	有關合股契約習慣上之用語·····	二〇九
十一	暗股·····	二〇九
第十七	關於臺灣在習慣上分戶之要件·····	二一一
第十八	商法施行法第一百十七條不適用於臺灣·····	二一三
第十九	斤先掘契約在臺灣礦業規則上是否法禁行為·····	二一七
第二十	關於以勅令施行於臺灣之法律·····	二二三
第二十一	關於臺灣人之戶籍研究·····	二三九

第一編 祭祀公業論

第一章 祭祀公業

第一節 緒論

程大學譯

一、在臺灣於習慣上有所謂祭祀公業者。此祭祀公業，於臺灣施行民法之際，被發佈爲一經過法，依據自大正十二年（民國十二年）一月一日起施行之大正十一年勅令第四百零七號關於施行於臺灣之法律之特例案第十五條，於同令施行日以前已設定，民法施行之際（民法亦自大正十二年一月一日起施行）現存者爲限，被認許可依習慣續存。其結果，民法施行之今日，習慣上之祭祀公業，仍與民法另行獨立存在而遺存。（註一、二）

（註一）前示勅令第十五條規定：「本令施行之際，現存之祭祀公業，依習慣仍可續存。但按民法施行法第十九條之規定，得變更爲法人」。

（註二）大正十一年（民國十一年）勅令第四百零七號第十五條之規定爲，以同年勅令第四百零六號自大正十二年（民國十二年）一月一日起施行於臺灣之民法之特例，規定祭祀公業應不適用民法。而應依從來所依據之習慣法（具有法定效力）之主旨（昭和七（一九三二）民國二十一年）年九月二十八日高等法院上告部判決，判集一二九頁）

二、鑒於祭祀公業在習慣法上的構成，沿革及其設立的機會，皆關聯於臺灣特殊的均分繼承制度，甚至淵源於古中國的祭由制而發展迄今，對內地人（日人）不准其設立，自不用贅言。因此前示勅令亦限定爲有關本島人（註）事項，而有右述第十五條之規定。

（註）此處所謂本島人，係指稱：臺灣在來住民，於據臺之際成爲日本臣民者，即包括自中國大陸的移民及其子孫，以及與中國移民同化向來並在其風俗習慣下生活之「蕃人」及其子孫，即平埔熟「番」。何以發生如此法律上之稱呼，乃因據臺後，就施行於臺灣之法令尤其其民事法規而言，無法令臺灣在來住民與自日本內地之移民均依據同一法規之故，爲區別在來住民與日人之方便上，將在來住民單稱本島人。此乃因爲在來住民之利益，對日人應施行或適用之法令中，有對爲在來住民有設定例外之需要，有時在此等法令中有停止其施行或需要其適用之故。例如繼承制度即有根本差異，因此今後在民事法規上「本島人」之稱呼將無絕迹之可能。如果對本島人亦適用民法親屬編及繼承編，對其有意適用者允許其與內地人相同之繼承制度，則以此爲人爲限，本島人之稱呼將因而消滅。應注意者在民法雖一般施行於臺灣，但民法中親屬編，繼承編並未適用於本島人。

三、設立祭祀公業，係以永久祭祀死者爲目的，而設定不得處分之獨立財產，主要以祭祀祖先爲目的而設立者爲多，從崇拜祖先，維持家族制度之觀點而言，自不失爲善風美俗，即使爲祭祀祖先之目的以外的祭祀公業，既以永久不斷死者之祭祀爲目的，應屬社

會生活上之美俗，自不待贅言。但在其反面，於祭祀公業設立後，關於該祭祀公業剩餘財產之爭奪，以及以公業管理之利害為中心之紛爭之多，若從其設立之目的與宗旨而觀之，殊非所料。其紛爭之大半皆出現於法庭，演出醜陋鬥爭，且幾無例外皆為物質慾之爭。由此觀之，祭祀公業制度，在今日大體上多招來不符合其原來設立目的之結果，究屬善良美俗與否？有存置必要與否？自成問題。加之，祭祀公業之法律地位，係乃習慣唯憑，所謂習慣者，在祭祀公業的管理經營上，曖昧不完備之處殊多，漸次以裁判立法為之補充乃屬實情，故特加考慮此點，為祭祀公業研擬適當成文法，使其能符合原設立目的，俾能存置此一美俗，自無可厚非。（註）

（註）祭祀公業條例之立法，雖屢有論議，竟迄未見其着手，至屬遺憾。惟此種立法將來非促其實現不可。因如前述勅令既已承認祭祀公業之續存，仍舊將其置於摸稜含糊之習慣法之下，在極端複雜之現代社會而言，自非一健全制度。

四、祭祀公業已如前述，自大正十二年（民國十二年）一月一日之後，即不得新行設立。惟如果以民法上之法人經許可組織時，亦可依設立法人之方法，設立實質上之祭祀公業，但目前之祭祀公業係以特定的享祀者，或雖未有特定之享祀者，其設立者本以享祀者之祭祀為目的而設立，故祭祀公業係為設立者及其子孫而存在，並非以公益為目的，自未具備民法第三十四條之條件，照理似不得以法人申請設立，此乃余（著者）之淺見。（註）

（註）關於此點，於前述勅令施行當時，事業亦有人主張可依民法上之法人組織，設定實質上之祭祀公業，但迄今仍未聞有此例。

民法第三十四條之解釋，且當別論，只要主管官廳許可此種法人之設立，問題即可解決。因其許可之當否雖屬一問題，惟設立便變成可能。

五、臺灣關於祭祀公業的著述，僅見於舊慣調查會報告書中之臺灣私法。此一絕無僅有之臺灣私法，亦唯僅將據臺當時有號祭祀公業之習慣予以調查輯錄而已，殊少有法理上之說明，或有系統的論點，如今據臺已閱四十年，在來之臺灣住民亦已親近內地的制度文物，慣行產生自然變化者亦多，又世人對祭祀公業之觀察，亦趨益求法律的秩序，為不可否認之事實。

本論僅以前述臺灣私法及判例質疑應答（載於臺法月報）為資料，致難免有人以獨斷之見相責，但今日與論大致趨於本論之趣旨，因此庶盼本論能成為欲知祭祀公業為何物之指引。

第二節 祭祀公業的設立

一、祭祀公業係以死者之祭祀為目的，以土地為基礎所設定之獨立財產之謂。故祭祀公業之設立，必需以：(1)享祀者；(2)設立者；(3)以土地為基礎之獨立財產之存在；以及附帶之(4)祭祀等為要件。（註）

（註）舊慣中並無可以解釋為「祖先的遺業經常應為其派下之公業」之慣例（大正九年（民國九年）五月二十六日高等法院上告部判決，判集第五〇頁）

(1) 享祀者：

A 祭祀公業，既爲以死者之祭祀爲目的所設定之獨立財產，自應以有享受祭祀者之存在爲前提而予以設立。至於祭祀公業之享祀者，是否應限於設立者之祖先？換言之，設立者爲供祭祀祖先以外之死者，將一定之財產獨立時，能否稱其爲祭祀公業？自成問題。關於此點：

(一) 主張祭祀公業爲以祭祀祖先之目的爲限始能允許設定者，則以祭祀公業制度之沿革，係淵源於古代中國之祭田制度，基因於祭祀祖先爲目的，而承認一部子孫不得處分之獨立財產；以及其設立多半在子孫分配祖先遺下財產之際，先自其遺產中抽出一部財產爲之，爲立論依據。

(二) 又主張不以祭祀祖先之目的爲限，應廣汎准許設立者，則以事實上有祭祀祖先以外死者爲目的之獨立財產時，將其歸爲祭祀公業，亦並不違反祭祀公業本來之目的，故應歸爲祭祀公業爲宜，是以實際需要爲立論根據。

要之，在臺所稱祭祀公業者，固以祭祀祖先爲目的而設立者屬大多數，但亦不盡其然，譬如：1 於分配祖先遺下財產之際，遇有已死亡而無其直系卑屬即未能參與右述分配之兄弟叔姪等者時，自從右述遺下財產中抽出可供祭祀該死亡者之一部設定不許他者處分之獨立財產立爲祭祀公業之例頗多；2 亦有一人或二人以上之設立者，爲自己祖先或親族以外之人，因崇拜其高度人格識見之餘，或爲土地之開墾，以及其他爲地方開發有貢獻之人，爲供其死後祭祀之目的，自行設立不許處分之財產者，亦屢有所見。上述 1 2 之例，亦可視爲以捐獻行爲所設立之祭祀公業。因此，如今此等財產已形成與個人所有權另行存在，如果將此等財產認爲非屬祭祀公業，則變成有歸屬不明之財產之存生。不僅與利害關係人間之權利義務上，即使在其管理上，亦有招來不妥結果之虞。尤其，祭祀公業者係以不斷絕死者之祭祀爲目的設定不許處分之財產，故不必限以祭祀祖先爲目的，始准設立祭祀公業。故余深信以從後說爲妥宜。(註一、二、三)

(註一) 有可視爲依後說之左列高等法院上告部判例(昭和三年「民十七年」上民第九七號同年七月十日判決，判集第五三頁)

「民法施行前，或爲充無繼嗣死者之祭祀費爲目的，非其子孫者，抽出其自己所有財產，所設定之獨立財產，在本島之習慣上被認爲亦屬祭祀公業，此際因享祀者無子孫存在，設定者之子孫應視爲其派下。」

(註二) 爲祭祀已絕嗣之死者(特定人)，與死者毫無親族關係者，於民法施行前所創設之公業，於大正十一年(民國十一年)勅令第四百零七號之適用上，應以祭祀公業續存。(參閱昭和七年「民國二十一年」臺法月報民間第一八應答)

(註三) 關於此點，請參閱臺法月報昭和三年(民國十七年)九月號所載左列拙作：

於民法施行前所設立公業中，屬於祭祀公業者與屬於其他公業者之間，於民法施行後發生鉅大差異，可徵之大正十一年(民國十一年)勅令第四百零七號第十六條之規定而甚明。茲擬敘述者乃於民法施行前以祭祀無繼嗣死者爲目的所設立之公業是否屬於所謂祭祀公業？且其派下之有無，以及即使有派下，應稱何人爲派下？等諸點。

〔參閱〕大正十一年(民國十一年)勅令第四百零七號第十五條本令施行之際，現存之祭祀公業，依習慣得存續之。但準依民法

施行法第十九條之規定，得變更爲法人。同第十六條本令施行之際，現有獨立財產之團體，而並無民法第三十四條所揭目的之財產，應爲團體成員之共有。

從來以祭祀無繼嗣死者爲目的設立公業之例並不少，但關於是否應視爲祭祀公業則議論殊多，迄未見確切判例，惟最近高等法院上告部關於此點曾有判例，茲藉介紹之便，擬兼述一言：

民法施行前，以祭祀無繼嗣死者爲目的所設立之公業，究屬所謂祭祀公業與否，有作積極解釋與消極解釋之二說：(1)第一說作消極解釋者，認爲祭祀公業應限於設立者以祭祀其祖先爲目的，以分產前所抽出之財產而設立者，係擬將祭祀公業之範圍，限定爲最狹義者。

(2)第二說作積極解釋者，則擬將祭祀公業之範圍多少予以擴大，認爲凡以祭祀爲目的所設立之公業，則不限其自己祖先，如爲無繼嗣死者亦應准許其設立祭祀公業。

(3)以上兩說之可否，從理論上觀之，殊令人困惑，元來此問題之所在，在於是否有習慣存在，如事實有習慣存在，則應以積極說爲妥，如說並無習慣存在，則應以消極說爲宜，惟依余之淺見，如今欲設定祭祀公業，已幾爲不可能，因此殊信，民法施行前設立之公業中以祭祀爲目的者，將其廣含於祭祀公業中，亦似無不妥，故適從第二說，以祭祀公業令其續存，以較切合實際。

如果有無繼嗣者之祭祀公業，是否有其派下存在？而應以何人爲派下？關於此點，亦有認爲全無派下者，以及以設立者爲派下者兩說：

(1)主張前說者，以派下應限於享祀者之子孫爲前提而設論，無繼嗣死者即無子孫，故認爲應無派下。

(2)主張後說者，則認爲派下不一定限定爲享祀者之子孫，應廣指設立者及其子孫而言，爲無繼嗣死者所設祭祀公業之設立者及其子孫，應解釋爲派下。

(3)此兩說之爭，問題之關鍵仍在習慣之有無，惟余徵之民法施行前之實例等，仍以取第二說較妥。

關於此點，高等法院上告部所下判決如下：

「按民法施行前，以祭祀祖先爲目的，子孫之一人或數人，抽出自己所有財產所設定之獨立財產，向來指稱爲祭祀公業，固如所論，惟民法施行前，或以撥充無繼嗣死者之祭祀費爲目的，非其子孫者捐出自己所有部份財產所設立之獨立財產，亦稱祭祀公業，此乃本島之習慣所許可者，此時因無享祀者之子孫存在，故其派下應以設立者及其子孫當之，不得因無享祀子孫之派下一事爲由，謂其非祭祀公業，云云。」（參閱昭和三年〔民國十七年〕上民第七號，同年七月十日判決，判集第五十三頁）

B有「特定享祀者是否設立祭祀公業之要件？」之問題，但應解釋爲非其要件，始爲正當。