

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 728 號

解釋日期：民國 104 年 03 月 20 日

資料來源：司法院

司法院公報 第 57 卷 6 期 1-72 頁

司法院大法官解釋（三十四）（105年9月版）第 213-316 頁

法令月刊 第 66 卷 5 期 107-108 頁

相關法條：中華民國憲法 第 3、7、14、15、22、23、85 條

中華民國憲法增修條文 第 10 條

中央法規標準法 第 5 條

憲法訴訟法 第 4、5 條

民法 第 71、72、73、148、412、983、1001、1002、1017、1089、1187 條

民事訴訟法 第 496 條

少年事件處理法 第 3、26、42 條

集會遊行法 第 8、9、11、29 條

社會秩序維護法 第 80 條

性別平等工作法 第 11 條

祭祀公業條例 第 1、2、3、4、5、7、14、21、48、50、51、55、59 條

解 釋 文： 祭祀公業條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

理 由 書： 本件聲請人對最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決（下稱確定終局判決）所引中華民國七十五年七月三十一日訂定之祭祀公業呂萬春管理章程第四條有違憲疑義，聲請解釋。查該管理章程非司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱之法律或命令，本不得據以聲請解釋，惟確定終局判決係適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」（下稱系爭規定）為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據司法院大法官審理案件法上開規定（聲請書誤植為司法院大法官會議法第四條第一項第二款）聲請解釋，應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的，合先敘明。

祭祀公業係由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體（祭祀公業條例第三條第一款規定參照）。其設立及存續，涉及設立人

及其子孫之結社自由、財產權與契約自由。系爭規定雖因相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇，惟系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，況相關規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

惟祭祀公業條例第四條第一項後段規定：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」係以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，雖同條第二項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員……。」第三項規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」等部分，已有減緩差別待遇之考量，且第五條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」亦已基於性別平等原則而為規範，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在。按「中華民國人民，無分男女……，在法律上一律平等」、「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」憲法第七條及憲法增修條文第十條第六項分別定有明文。上開憲法增修條文既然課予國家應促進兩性地位實質平等之義務，並參酌聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）第二條、第五條之規定，國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等。對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，有關機關自應與時俱進，於兼顧上開憲法增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正，俾能更符性別平等原則與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨。

大法官會議主席	大法官	賴浩敏
	大法官	蘇永欽
		林錫堯
		池啓明
		李震山
		蔡清遊
		黃茂榮
		陳 敏
		葉百修
		陳春生

## 協同意見書

大法官 蘇永欽 提出

本件解釋審查的標的為祭祀公業條例第四條第一項前段，經以憲法第七條的消極平等原則審查，認定尚未違反而不至侵害女子的財產權。但另據憲法增修條文第十條第六項的積極平等原則又就該條第一項的全部作成「適時檢討」的諭知，其審查對象、審查基礎和審查結果似乎前後不盡一致，事涉在臺灣有悠久傳統並仍相當廣泛存在的祭祀公業，條例代表政治部門面對巨大社會變遷所做的回應，解釋則是本院的憲法評價，有必要對其論證作更清楚的釐清。

臺灣的祭祀公業，淵源上可遠溯宋代的祭田，其存在的目的在於教化子孫慎終追遠，即以一人或多人共同捐獻的不動產每年所生孳息供祭祀活動的開銷，對於宗族制度的維繫，有其物質與精神兩方面的實質功能。在臺灣社會經歷工業化、城市化的重大變遷後，宗族組織多已凋零，民法固然自始即建立於個人主義的精神，而以大家庭為基本圖像規範人民的身分關係，但仍保留些微宗祧繼承的遺緒，如若干招贅婚的規定，後來連這些規定也都刪除。此一初級社會組織的變遷，除了反映於民事身分法的調整外，對於憲法保障的家庭權和家庭制度（釋字第二四二號、第五五四號、第六九六號、第七一二號解釋可參）當然也會有一定的影響。在個人人格發展自由的共同基礎上，回應此一初級社會團體組織和功能的自然變遷而限縮其保護範圍，對於仍然憧憬宗族主義，希望在家庭之上，另有以共同血緣為基礎的社會組織來強化人們相互的認同和歸屬者——即使現實上最多只能棄其形而留其神——，雖已不宜再以家庭權為其憲法保障的基礎，但仍可在結社自由（如果是多人共同設立）或財產權（如果是一人捐助）找到基本權的支撐。換言之，即使在宗親血脈的連結已經失去了有力社會基礎的今天，人民基於宗族主義的信念而有心通過祭祀儀式來喚起親族，特別是後代子孫心靈的凝聚，仍然應該受到憲法的保障。縱其組織方式以血緣為前提而對成員身分的取得採世襲制，可自由退出但不得自由加入，與一般結社不同，因屬事物本質使然應仍不排除結社自由的保障。從這個角度來看祭祀公業條例的規定，其主要的「管制」目的，僅在於「健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用」（第一條），主要方法則是將此一傳統組織「法人化」，包括對既存祭祀公業使其登記為法人（第二十一條以下）——此部分引導大於強制，無罰則規定；對未來祭祀公業則依其性質登記為社團或財團法人（第五十九條）。除此以外對其繼續營運或新設均無特別限制，以成全其「祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」的信仰（第一條），因此對於結社自由或財產權尚不構成侵害，無待深入的審查。

本件解釋要處理的憲法疑義，從原因案件引發的法律爭議即知，實在於條例對於不同性別的後嗣，在承繼派下員身分上給予不同待遇，有無違反憲法的平等保障？不論直接在法律規定上即存在的差別待遇（第四條第一項後段），還是通過規約內容認定的差別待遇（第四條第一項前段），因為同樣源於法律的規定，平等原則的檢驗對象都是國家行為——立法，即美國憲法實務所稱的 state action，因此還不需要討論到德國憲法學所謂的基本權水平效力，乃至援引其間接第三人效（mittelbare

Drittwirkung) 的理論，惟恐誤解，合先說明。這裡真正值得思考的是，如果沒有財產分配的問題，單純派下員身分取得對女性的排斥，是不是值得認真對待的差別待遇？憲法保障結社自由的精神，原即在使有相同喜好、信仰或其他價值認同者，得以不受拘束的交流、合作，維護共同的價值，或推而廣之。可以非常大眾、主流，也可以完全小眾、異端。男性可以為鼓吹男性沙文主義而結社，女性當然也可以為重建母系社會的信仰而結社。因此這樣的自由先天上已經包容了成員選擇上的差別待遇，也可以說當我們肯認這裡已經無涉家庭制度的保障，而屬結社自由的領域時，原則上已為依性別選擇成員保留了最大的空間。如果祭祀公業的組織只有共同祭祀的功能，而不涉不動產的捐助及其派下員對該不動產潛在的財產利益，則即使大幅壓縮女性成為派下員的機會，因為符合這個組織的宗旨，也還在可以合理化的範圍。祭祀公業所以會引起強烈的歧視女性爭議，實在是因為派下權的內涵，除了參與祭祀外，還包含了基於該筆不動產上的公同共有關係，及其最終分割所生的分配請求權，而派下員身分既屬世襲取得，民事繼承法審慎落實的家庭內部男女平等規定，實質上即可能因為女性被排除在此一財產利益的分配之外，而被迂迴打破，本案的原因案件即可彰顯這樣的波及效果。換句話說，本件真正需要審查的問題，在於女性後嗣從繼承制度本可期待的不動產分配利益，有沒有因祭祀公業的派下權設計而受到無法正當化的差別待遇？

形式上看，原因案件所受確定終局判決適用的條例第四條第一項前段：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」只是一個中性的規定，依規約規定，有可能有男女的差別待遇，也可能沒有。構成性別差別待遇的反而是未經確定終局判決適用的後段：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」前後段連起來讀，會把它看成一個任意性的規定（*ius dispositivus*），也就是儘管明確排除女系子孫取得派下員身分的機會，但以規約未為其他規定為前提，因此就如民法債編的有名契約一樣，僅以其為典型的交易方式，縱屬對女性的差別待遇，立法者也只是未積極消除差別待遇而已，且因參與交易的人民仍保有擺脫該差別待遇的空間，未必就構成平等原則的違反。如果再就整體「時」的效力一起思考，第四條的規定只適用於條例施行前，至於施行後，依第五條的規定：「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。」女系子孫已不再受到任何差別待遇，而且不再保留規約自治的空間，一律都視有無承擔祭祀來決定是否列為派下員，足見此一有關祭祀公業的立法，實際上使女性受到差別待遇的情形限縮於施行前即已存在、且繼承事實也已發生的祭祀公業。不要說條例施行後新設的祭祀公業，就是施行前已存在的祭祀公業，只要繼承事實發生於施行後，都不會對後嗣女性的繼承權（財產權）有何不利。當然如果考量祭祀公業整體的數量和不動產價值畢竟相當可觀，所謂的規約自治，果真有不依傳統習俗讓女系子孫有相同機會成為派下員的，恐怕絕無僅有。因此就這部分的既成狀態，仍不能說對女性的繼承權沒有不利，只是這部分的不利，基於法律安定的保護才不溯既往，應該已可合理化。至於第五條有關施行後派下員認定的強制規定，對於結社自由或財產權（處分自由）的重大限制，則反過來又可用維護男女平等的憲法要求而合理化，無須贅論。

邏輯上真正需要交代的是，憲法增修條文第十條第六項課予國家的「消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」義務，如果可以用來審查本條，而得出有關機關應適時檢討的結論，明文諭知於理由書中，為什麼之前對於條例第四條第一項前段的審查，又不以其為審查基礎，僅依憲法第七條的一般平等原則，從國家「不得造成不平等

」而非「應消除不平等」的觀點，在解釋文中明確認定該規定尚不違反平等原則，對後嗣女性的財產權也就不構成侵害。此一解釋方法上的前後不一，原因實在於增修條文的積極平等義務，也就是國家的作為義務，如何畫出不可容忍的「底線」，而可以明確認定未達到最低要求的法律，已經構成違憲，方法上實在有其困難。作為義務不僅涉及國家資源有限的困難（釋字第四八五號解釋可參），指示如何作為又會有逾越司法與立法行政分權界限的疑慮，既然畫不出足供審查的底線，本院只好僅以一般平等原則作為認定有無違憲的審查基礎，而把增修條文的積極平等要求視為單純對政治部門的呼籲，因此也不以引發爭議的條例第四條第一項前段為限，而就該條整體，諭知有關機關就其仍有可作為空間時加以檢討改進。由於立法部門顯然已經注意及此，而有多個修法版本的提出，如前所述，只要掌握所要消除的性別歧視，主要在於女系子孫的財產繼承權，不能因為派下員身分的排除而未受到充分保護即可，本解釋未再就檢討方向作具體指明，也算謹守司法權立場，不能率以空洞見責了。

#### 協同意見書

大法官 陳新民 提出

法律首先是靠著風俗與國民信仰，而後靠著法學將之形成習慣法，這些都是如同國家內部寧靜孕育的力量，而不是僅靠著立法者的恣意而存在！

德國大法學家 薩維尼

本席贊同本號解釋多數意見，針對現行祭祀公業條例第四條所持之理念：第一項前段之規定，對於本條例施行前已經存在之祭祀公業，關於派下員資格的問題，完全依規約決定（以下簡稱系爭規定）；及第一項後段的規定，如果規約只限定由男系子孫擔任，不生違反憲法男女平等的問題。至於無規約或規約未約定者，基本上仍以男系子孫擔任，但無男系子孫時，女子如未出嫁或是在若干情形（如該條第二項與第三項的派下員絕對多數同意），得例外擔任之，亦不違反男女平等的原則。

乍觀之下，上述見解明顯採行對女系子孫不利的見解，排除其擔任祭祀祖先社團會員及可能分配財產之權利，與憲法明示「男女平權」之原則大相逕庭。因此質疑此制度違憲性的理由，及其立論之堅強，並不令人意外，也加重了本號解釋在論理上提出足以令人信服的「差別待遇正當性」之論述的必要性。

然多數意見認定此差別待遇，並不違反憲法第七條保障性別平等之意旨，並提及：「但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。……」，但何以尊重結社權、財產權、契約自由與私法自治的重要性，能夠凌越男女平等原則？其理由何在？多數意見在此並未詳述，使得理論層次顯得薄弱有如「縞素不纓強弩之鋒」，將無法令「違憲論」者信服，如此一來將無法釜底抽薪的解決問題。

本案既然涉及憲法基本權利適用的「法益均衡問題」，為求「以理服人」，本席認為多數意見尚未盡說理之周延，強調財產權保障功能將有限，重點應在強調祭祀公業的特殊性與一般社團不同，已經跡近宗教團體，理應享有最大的自治空間，以樹立差別待遇的正當性。同時多數意見在方法論上亦有嚴重之缺陷，爰提出協同意見，以填補此論理及方法論上尚有不足之憾。

#### 一、方法論的疑慮

首先應當注意到本號解釋多數意見在方法論上不無可慮之處。這出現在解釋理由書第一段所敘及之：本件聲請人聲請釋憲解釋的標的乃「中華民國七十五年七月三十一日訂定之祭祀公業呂萬春管理章程第四條」。然而司法院大法官審理

案件法所許可之人民或法人聲請解釋是否有違憲之虞的對象，專指「法律或命令」（第五條第一項第二款）。顯然有極大的差異！

如果聲請的對象「不適格」，依同條第三項之規定，大法官對此聲請，應不予受理。本號解釋亦有大法官同仁持此意見者，認為應駁回之，即本於此嚴格的程序要件之理由也。

實則，本院大法官審理案件時，特重程序要件之審查，此由每年聲請案中，出現幾乎壓倒性絕對多數案件會以「不予受理」駁回的現象，即可得知矣。然而，本號解釋理由書第一段已明白提及此點，卻又例外許可之，其理由乃是：確定終局裁判既已援用系爭規定（本條例施行前已經存在之祭祀公業，其派下員依規約決定之）作為判決依據，實質上已經援用了該「祭祀公業呂萬春管理章程第四條」之規定，便得以作為審查的依據。大法官這種擴張了法定審查標的之範圍，乃援引「實質適用論」，方得以避免本案應不予受理的命運。這種援引，顯然不無誤解，可析述如下。

#### （一）援引「實質適用論」之不當

我國大法官在過去的釋憲實務中曾不乏出現援引「實質適用論」之例，並將之作為決定審查標的之依據。此理論內容為：只要確定終局判決所持的法律見解，可以推斷出源於某一個法規範之規定（不論是全部或部分源於之），皆可認為終局裁判已實質上援用該法規範，即可取之為釋憲的標的。這種「實質適用論」，係論及審判依據的法理關聯，採「真實主義」，不拘泥於是否援用相同或相當的文句，可以避免終局裁判有意無意規避將來成為釋憲標的，而不明白道及其所依據之法規範，而釋憲機關若亦持「形式依據論」時，將使該法規範不會成為釋憲標的，使釋憲機制架空，而有「見樹不見林」的弊病（見本院釋字第三九九、六一四及七一三號解釋）。

然而採用這種實質審查論之時機，必須是確定終局裁判形式上與實質上所呈現出判決依據之法規範，有不一致或不明之處，才有勞動用大法官「尋找」確定判決所「實質依循」的規範。倘若由確定終局裁判已明白顯現出其所依循的規範，即無庸援引「實質適用論」。

反觀本案，確定終局裁判所論究者的規範對象，即是「祭祀公業呂萬春管理章程第四條」的具體內容，而予以「文義解釋」認定聲請人屬於女系子孫，為該條所不許擔任派下員，本意並無不合。故該條規定，不僅是確定判決的形式適用，也是實質適用。即使釋憲聲請書已明指該判決所依據的章程第四條，所為文義解釋不當，且違反最高法院民庭之決議，而有違反平等原則。因此，都明指同一條款，何庸再援引「實質適用論」？

其次，與「實質適用論」頗有類似之處，亦為大法官擴張釋憲標的者，乃「重要關聯理論」。這是指大法官審理釋憲權之標的，非僅以聲請書所指明者為限，且包含審理案件「須援引為審判基礎之法律」，並與聲請人聲請解釋憲法之法律，具有重要關聯性，或與原因案件相關聯之法條，而應一併審查者，皆可列為審查的對象（釋字第四四五、六六四、七〇三及七〇九號解釋）。大法官特別在釋字第四四五號解釋，對此一突破舊有已經形式化與僵硬化之「釋憲標的論」，有重大價值的理論，予以深入的論述，值得特別重視之。

然而，這種重要關聯理論，所延伸到的成為大法官審查的法規範，只是突破當事人形式所聲請解釋的標的而言。這是因為聲請人未必是憲法專家，不能

夠深入了解聲請案件所涉及的法理，以及闡釋相關法條必須一併審查其他相關的法規範，方得獲得周延的法理依據。

即使透過大法官援引重要關聯理論，成為其審查對象，仍必須「適格」，即必須仍是「法律或命令」，雖然實務上對上述作為判決或論理依據的命令，已採實質論，包括判例、最高法院民刑庭會議之決議、行政法院庭長法官聯席會議之決定、行政函釋等皆可納入之，但無論如何都具有公權力法規範之性質，而不及於人民間的契約規定一如本案聲請標的之個別祭祀公業規約。

因此，本號解釋多數意見在理由書第一段將確定終局裁判實質與形式援引的規定一即「祭祀公業呂萬春管理章程第四條」，認定為「主要判決基礎」，即不能夠援引「實質適用論」，作為擴張釋憲標的的理由；而該祭祀公業規約，又非適格之法規範，亦不得作為「重要關聯理論」之對象，而成為大法官擴張釋憲之依據。

本號解釋理由書第一段顯然對於大法官放鬆嚴格要件審查之論據，究採實質適用論，或是重要關聯理論，以及援引此兩種理論都有值得商酌之處，如何自圓其說？皆未有詳細的說明。鑑於大法官援引實質適用論或重要關聯理論，雖為裁量權，但既然是對嚴格的釋憲程序要件所為例外性之擴張，大法官即負有仔細說明之義務，以維護權限分際之憲法原則（註一）。

## （二）未涉及「對第三者效力理論」之問題

多數意見在理由書中驟然將私人法律關係的依據—祭祀公業呂萬春管理章程第四條納入審查範圍，已經抵觸了大法官違憲審查乃抽象法規審查，不應及於私人的法律關係之中，否則容易跨界到「認事用法」或「判決憲法訴願」的領域（註二）。以大法官一貫的審理成例，此類聲請亦會駁回之。本號解釋理由書此段敘述，已經踏入接近此危險的一大步。

其次，本號解釋直接討論此法律關係有無牴觸憲法平等權的原則，無異是討論到憲法基本權利的規定能否直接適用到私人的法律關係之中。已觸及了學界爭議長達半個世紀以上，有關憲法的基本人權規定，能否在私人法律關係中產生直接的拘束力，而無庸透過特別立法的規定，而法官亦可直接引用之，作為裁判的依據，此即為所謂的「對第三者效力」（Die Drittwirkung）的問題，只是多數意見未體認而已。

這是一個早已討論到「汗牛充棟」程度的老問題，歐美實務界也累積了許多的案例。其主要的分歧點已經不在於基本人權的原則在私人關係中有無拘束力或規範力的問題（所謂「否認說」），亦即私人契約中完全否認基本人權存在的空間，已不復存在！所差異之處乃是如何援引基本人權的問題，亦即：基本人權的理念如何「進入」到私人法律關係之間的問題。在此即產生了「直接適用論」，以及須透過媒介條款的「間接論」。而歐美學術界與實務界多半主張「間接適用論」，我國學界也泰半如此。

主張「直接適用論」者，認為基本人權乃最高位階的法律，可以在私人法律關係間適用之，私人契約不得援引私法自治與契約自由來對抗之。不僅當事人，甚且法官都可以援引這些人權來對抗之。因此工作契約內不得限制宗教自由、平等權、言論自由以及侵犯人性尊嚴等原則。這種直接論者立意雖佳，但忽略了基本權利的規定乃單純與單方面的宣示，但民事關係中的複雜度使得現代國家人際間的權利權衡，多半屬於其基本權利間的衝突，情況是多面性。需

要高度的專業判斷，以為法益之權衡。在法治國家尊重法律安定性，此一任務宜交由立法者承擔，即立法者必須承擔起「法益權衡」的立法責任，避免造成法秩序的分崩離析。

所以「間接適用論者」之所以獲得歐美國家學界與實務界多數見解的支持，便是務實的承認民事關係的複雜度，不能夠單靠一方的人權訴求即可解決。同樣的，為了保障個人人格的自由發展，使得行為自由與財產自由能發揮最大的功能，人民只要本於自由意志，即應儘量尊重私法自治與契約自由。為此，個人犧牲其部分人權與自由，乃事理之當然。

況且，私法自治與契約自由，也同是憲法（第二十二條）所肯認的基本人權，與一般個別基本權利享有同樣憲法保障的位階。因此，在個別法律關係產生有過度侵犯人權時，可以認屬於權利之濫用、違反公序良俗，現行民法規定已有相關的衡平機制，來糾正這些濫用私法自治與契約自由的行徑。至於有無達到此種權利濫用以及牴觸公序良俗的程度，何妨交由對之較有專業訓練的法官來判斷，更能夠符合私法自治的原則，也加強了這些民法概括條款，特別是有民法「帝王條款」桂冠之譽的誠信原則（民法第一百四十八條）及公序良俗之規定，能夠積極發揮護衛基本人權理念的功能（註三）！

我國大法官過去的解釋一直沒有觸碰此理論，然而在理由書第一段將私人法律關係作為審查標的，復論及基本人權的男女平等原則，並未在該法律關係中受到侵犯，顯然已將此原則納入審查後才得到此結論。但本席認為，這些都是「表面現象」多數意見並未真正的將該私人的法律關係，即呂萬春管理章程第四條的內容加以檢驗。也未將男女平等原則「如何適用」在私人的法律關係中加以描述。對此，可再說明如下：

- 1、對於呂萬春管理章程第四條的內容為何？本號解釋多數意見中，完全未轉載其內容任何一款。多數意見理由書所討論的都是祭祀公業條例第四條第一項之規定，絲毫不言及該管理章程。只要詳觀釋憲聲請書與確定判決所引該項規定即可得知，章程的內容完全不同於該法律之規定。故本號解釋未審及原因案件的法律關係，即談不上哪一個基本人權有適用在原因案件的問題。
- 2、多數意見表面上通過平等權的檢驗，實質上未進行上述檢驗，已於前述。然多數意見的不違憲結論，乃尊重私法自治與契約自由，與主張「間接適用論」同一法理，是否說明了本號解釋多數意見採納間接適用論？

誠然，論者或許會有：何妨透過本號解釋，大法官正式承認「對第三者效力理論」當採「間接適用論」，亦有助於我國憲法法理的澄清？

但本號解釋未具備利用此間接論澄清此憲法議題的條件：在確定判決中，法院、聲請人都未提及法律關係所繫之祭祀公業章程，有牴觸公序良俗或權利濫用之嫌。質言之，在整個法律訴訟中都未設想到援引概括條款的問題，倘若聲請人曾引概括條款，且要求容納相關之憲法原則，而為確定裁判所否准，則更可成為大法官解釋澄清此議題的良機。然而，本號解釋原因案件卻未產生此爭議。在大法官審理案件之成例，聲請人如貿然援引確定裁判對此種概括條款的法律見解為違憲時，極有可能遭到本院以「確定終局裁判未援引該條規定為判決理由」為由，而以不受理駁回之。

- 3、本號解釋多數意見既然指明對相關之祭祀公業章程規定進行審查，同時也未實質進行基本人權有無適用在個案的法律關係之上，也未能稱上援用「間接



適用論」來澄清「第三者效力理論」的問題。反而在整個多數意見中所作出的「不違反男女平等」的結論，乃是針對祭祀公業條例第四條第一項的條文所作出的審查結果。就此審查標的之適格性而言，並無問題。至於該條文應否作為本號解釋的釋憲標的？釋憲聲請書雖然並未挑戰其合憲性，而單就其祭祀公業之相關章程合憲性提起釋憲，然大法官此時便可以認定：我國祭祀公業的法制規範，便是採行男系子孫為派下員的原則，個別規約如有排除此現象，便無抵觸男女平等之虞，即無產生違憲爭議；如未排除即有產生應予澄清是否違憲之必要。如無規定時，現行法律如何規定？目前偏向排除女系子孫是否造成違憲的後果，亦屬於整個祭祀公業派下員資格是否抵觸憲法男女平等的原則，大法官可援引「重要關聯理論」，將祭祀公業條例第四條之整個規範納入在審查範圍之內（註四）。然而，多數意見實質上納入審查之，但未言其理由，恐怕亦是未體認其援引個別法律關係之章程乃不妥之舉也！

綜上所述，理由書第一段將私人關係的「祭祀公業呂萬春管理章程第四條」納入本號解釋的審查範圍，不僅名實不符，反而引發其他不必要的爭議，應當刪除之，反而應當增加敘述，明示「重要關聯理論」，將祭祀公業條例第四條全部之規定納入在審查範圍之內，即可詳盡的就男系子孫方可為派下員是否違反男女平等為充分的討論。

## 二、本案法益保障的重點

### （一）法益的衡量

本號解釋多數意見是以維護祭祀公業設立人及其子孫的結社與財產處分行爲，可以包括在憲法所保障的結社自由（第十四條）、財產權（第十五條）、契約自由及私法自治（第二十二條）。

而在法益權衡的另一邊，則是男女平等原則（憲法第七條）及特別強調賦予國家積極排除歧視婦女現象的「國家保障婦女」之義務（增修條文第十條第六項）。尤其是，許多訴諸私法自治或是契約自由的條款，以及以習慣作為法源的案例，都會隨著時代的腳步而遭到淘汰的命運。就以系爭案件為例，祭祀公業「只限男系子孫」方得為派下員之制度，乃淵源於傳統民俗，然此民俗是否如「違憲論」所指稱之屬於過去歧視婦女陋習之根源，可稱之為「封建遺俗」，早已與我國憲法所基之根本原則，且與世界思潮所違背（如多數意見理由書第三段所引之「聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約」），而應在民法相關編中，例如繼承編（例如女子不得繼承遺產，或不得與男系子孫平分遺產）、親屬編（例如男子可多妻、子女強制冠夫姓），加以修正或廢止。因此對於祭祀公業派下權「獨尊男性」的見解，似乎與上述歧視女性之舊制思維一脈相承，理應納入違憲之林云云。

面對「違憲論」如此凌厲的攻勢，來權衡天平的兩邊份量，即可看出憲法增修條文所課予國家應善盡排除歧視婦女現象的義務條款份量之重，當可壓過憲法泛泛保障的結社、財產及契約自由等。與之相抗衡的「合憲論」者，有何妙方來說服國民？

特別是關於違反平等權的檢驗密度，涉及到立法者採行差別待遇的自由度問題，對持「違憲論」者，更是一大「利多」的依據。

一般平等權的侵犯與否，如採中度或輕度審查者，恆以差別待遇屬於立法

者形成權的範圍之內。只要立法者出於公益的考量，且此公益與差別待遇間有「實質關聯性」，即可認為不屬於立法者的「恣意」，而可獲得「差別待遇正當性」的合憲結論。

反之，如果立法者政策形成權的範圍越小，或是最容易造成侵犯平等權的危險，以及已經存在歧視的現象，而國家有義務根除時，此時立法者的裁量權萎縮，差別待遇的審查密度便提高，此時差別待遇的「公益需求」的「質與量」也跟著提高，惟有壓過差別待遇所帶來的負面危害，方可以承認之。就以此嚴格的審查標準而言，以美國與德國聯邦憲法法院近年來的案件為例，涉及到性別、種族、宗教等因素所形成的差別待遇，皆以此種嚴格審查標準為之。例如以德國聯邦憲法法院近年來審理平等權的標準時，即以差別待遇是以「事件」或是「人」的區別作為差別待遇之界定，區分為嚴格審查—以「人」為適用對象而有差別待遇；反之，以「事件」為差別待遇之分時，則採寬鬆的審查標準。本席在釋字第六八二號解釋不同意見書、第七一二號解釋部分不同意見書已經特別指出這種解釋密度的趨勢。

故本號解釋多數意見，必須要在系爭規定所維護的法益部分，強調其具有極高度的公益價值，方足充分的正當性，以肯認其有繼續維持此「男系子孫」擔任派下員資格的舊制矣！

## （二）祭祀公業的特殊性價值

本席認為本號解釋應當將論理重心置於「祭祀公業」的特殊性之上，若捨之而不為，僅泛泛強調私法自治、契約自由及保障財產權，正是陷入「授人以柄」作為攻擊自己弱點的危機！

按每個基本人權發生衝突的案例（Kollision der Grundrechte），都是兩方基本人權間的權衡問題，這涉及到雙方人權種類的不同；甚至屬於同一種人權，但卻屬於性質不同的人權。因此，人權是一個概括名詞，各種人權間及同種人權間，還可以有各種不同的性質界分，顯示出法治國家保障人權體制的複雜性，及人民享受人權種類的多樣性。

人權衝突的解決之方，便是要區分其不同屬性，再依其法益的重要性，排列出其特殊性而在憲法上可以享受保護強度的層次。

就以保障人民的言論自由權而言，政治性言論的法益重要性，便超過商業性言論（釋字第四一四號解釋參照）。同樣的在結社權中，一般性質的結社權可受到一般法律的拘束，審查密度可以寬鬆為之。但如政治性結社的政黨，由於關涉到民主政治的運作，維繫法治國家的屬性，其任務之大，對政黨的保護，即比一般人民的結社自由來得嚴密。最明顯的莫如對政黨的解散，不可類似一般結社，由行政處分為之，再由一般法院審理其救濟程序即可，必須提升到「政黨違憲審判」的層次，由大法官組成憲法法庭，並以嚴格的程序（類似宣告法律違憲的投票門檻），方得宣布解散此一人民之政治結社，因此憲法學上也稱之為「政黨特權」（Das Parteienprivileg）（註五）。但也不至於被認定為抵觸憲法第七條所規定的「政黨」平等原則（無分是否有政黨隸屬，或有隸屬何政黨之別之平等）。

再以人民行使宗教性質的結社權而言，其受到國家保障的自治範圍，還高於政黨之上。例如，政黨的內部運作，所謂的「黨內民主程序」，都可以受到國家公權力依法的介入，所謂的「政黨自治」在憲法學中，並無太大的價值，

且鑑於過去歐美不少國家產生極端政黨的前車之鑑，國家更應想方設法約束「政黨自治」，使其回歸民主與透明化。

但宗教性社團則不然，其組成與運作，已經構成宗教自由不可或缺的前提要件。宗教團體如何進行組織、會員資格與義務、教義的闡釋、儀式的進行等，國家法律應保障其享有最大的自治權限，其自治範圍之強，已非援引契約自由或私法自治所可比，而提升到最嚴格憲法保障的層次。就此而言，個別基本人權的規定，並非當然可以強制進入到此些宗教團體之內而適用之。例如，不能援引男女平等之原則，作為限制此宗教運作的理由。最明顯的例子，莫如回教之教長（阿訇）與天主教之神甫與主教等職務，教規向來規定只許由男性出任；同時不少清真寺也只供男性信徒參拜，而排斥婦女的行使宗教權利等……，都是男女差別待遇的例證，國家豈能用男女平等為由，強制天主教與回教的神職人員開放女性擔任之？一般社團的領導職務必須依民主方式選舉產生，佛教的住持、天主教的主教、基督教派的長老，是否也非透過信徒選舉產生，方符合信徒平等的原則？同樣的，佛教及天主教自可採行「單身條款」，規定僧尼及神職人員必須獨身，否則會被逐出教門；反之，一般民間企業即不可於聘僱契約中規定此種條款（註六），避免對結婚之國民造成歧視。可見得一般社團與宗教團體對於男女平等原則的適用，即可有不同也。

這也就涉及了我國大法官所一再宣稱之：憲法的平等原則並非「機械性的平等」，立法者只要有正當的理由為差別待遇，大法官經過檢驗後，肯認差別待遇具有高度的公益理由，即可不被認為是歧視也（本院釋字第六九六、七一九、七二二及七二七號解釋參照）。

因此，本席之所以採取贊同多數意見的見解，乃是肯認我國社會對於祖先的祭祀，已經類同宗教信仰，甚至有過之而無不及，即使是無任何宗教信仰之國民，亦皆有崇拜祖先的習慣與儀禮。顯示「祖先崇拜」的重要性與普遍性不亞於「宗教崇拜」。

這種將祖宗提升到神明的程度，亦即相信列祖列宗神明有庇祐後代的神力，如同「祖宗神格化」（註七），更可看出我國人的崇拜祖先已經可以跨入憲法宗教自由的保障領域，從而享有類同檢驗宗教自由限制的嚴格標準。因此，祭祀公業已近於宗教團體，方可導出國家必須給予最大的尊重其規約自治的結論。

祭祀公業規約既然是國民為了維繫其與後代子孫血脈與家庭姓氏相傳，所訂定的「家訓」，其本只有約束自家子弟的初衷，也是標標準準人民的「家務事」，既無教導後代子孫為非作歹，也沒有拘束本家以外其他家族子弟的效力。更何況各種章程不同，非所有男系子孫皆可為派下員，如果男系子孫一旦易他姓，亦不可為派下員！而後代子孫恪遵此由「家訓」遞升成為的「祖訓」，而祭祀之，已類似宗教團體，只是祭拜對象不同罷了，但期待庇佑之情並無不同，故應如同宗教內部享有高度的自治權限，國家公權力應給予最大的尊重，不予干涉，特別是援引平等權原則來強迫或禁止之。

因此我國祖先崇拜的神聖性既然已經上升到類似宗教，且並非為民眾所惡，且與公共利益有違之「非善良風俗」，則如同國家對於宗教團體的自治應當給予最高度的尊重，也同樣的必須施於祭祀公業的內部規範之上。因此，此結社權的特殊性即足以合理化系爭規定的差別待遇。

### （三）財產權保障並非主導本號解釋的主要考量

多數意見雖然也認為「合憲論」乃基於保障祭祀公業設立人的財產處分行爲，乃憲法保障人民財產權的結果。此立論固然並非「言而無據」，但並不足作為支撐合憲論的主要依據（註八），可析言如下：

#### 1、可源於財產權保障之理由—財產權的「私使用性原則」

憲法保障人民擁有財產權，可發揮在「制度性保障」之上。所謂的制度性保障乃是課予立法者必須在立法上尊重人民基本權的基本價值，不至於形成紙上人權。在財產權方面，則是「私使用性原則」（Die Privatnützigkeit）的實踐。這是指人民對財產權的標的，擁有完全依其意志使用、收益，及其他形成之權利，國家不得剝奪之。因此，立法者不可制定稅率過高的稅法，讓人民的收入幾乎都被稅收所掏空；國家應實施財產自由之體制（私有制），不得大幅度實施限制工商發展投資，而形成社會主義的經濟體制（即公有制）……，都是此原則的制度性保障所然（註九）。

作為財產權的擁有者，可以自由處分財產。家長要將財產給與外人亦可，要給兒子，不給女兒，亦非法所不許。此時不得援引男女平等，請求法院撤銷家長之贈與。這種承認財產權人擁有處分財產之自由權限，又可透過私法自治與契約自由形成整個法治國家的自由財產與交易之法律秩序，其功能之大，構成憲法保障財產權的主要功能（註十）。祭祀公業既然是財產所有權人對其財產的處分，自應尊重贈與者的自由意志，承認乃其財產權的使用範圍。

#### 2、遺囑自由亦為憲法保障之人權

上述財產權人的「私使用性原則」，亦可以延伸到所有權人亡故之後。其生前意志所為之決定，應有繼續受到法律保障的功能，以維護法律安定性。其中對於財產部分的決定（遺產），有所謂的「遺囑自由」（Testierfreiheit），也是可以列入憲法財產權保障的範疇。

不似其他國家之憲法（例如，德國威瑪共和國憲法第一百五十三條；德國基本法第十四條），我國憲法雖未明言規定，然大法官在釋字第六六八號解釋提及遺囑之制，但可惜未提升到憲法保障的層次。本號解釋可說已經接觸此問題，因為原因案件涉及到派下員的資格有無，可以影響其分配財產的利益，而發生爭論也。

而財產權的制度性保障，與遺囑自由權之保障（遺產保障）聯結在一起，可防止立法者為追求社會正義，消除「含金湯匙出生」帶來不勞而獲的社會不公現象，動輒採行高額度的遺產稅制度，進一步掏空了立遺囑人一輩子財富的累積（註十一）。這種完全尊重財產權人對其財產的處置權利，則與立法者的公共利益裁量有密切關係，除了遺產稅外，遺產贈送對象的選擇自由度，也可由立法者限制之（註十二）。完全強調生前贈與自由度應當延伸至死後的遺產分配之法制者，自然不能贊同有所謂的「特留分」之制。試問，當遺產所有人（例如父親）對其所不喜與認為未善盡孝順責任之子女，只要彼等未達到法定剝奪繼承資格的程度，卻在死後仍可強制獲得分配遺產，即使與其本意完全相抵觸亦然，即已抵觸了財產權利「私使用性原則」矣。就此而言，特留分之制雖有保護我國「倫常」之公益價值，但常常反其道，無助於善良倫常之維繫與保障財產權的旨意，是仍有未合也。

但無論如何，本號解釋所涉及的後代子孫財產權侵害的問題，只是可能的不利益之一，因為不一定每個祭祀公業都有財產收益的問題。其次，如涉及繼承問題，早在遺產分配那一代人已完成分配，其他繼承人的後代子孫似乎無再對該遺產有請求分配之權。更何況每一個祭祀公業對於派下員的資格，可以有各種分配方式，不一定非採平均分配不可，例如，本號解釋的呂萬春祭祀公業管理規約，便規定由派下男系子孫推選一名派下員代表，其他有權繼承者再分配可能獲得的財產利益。因此，各祭祀公業的規約中可以呈現各式各類的財產利益分配規則，國家也應尊重其處置也。

### 3、不足作為主導合憲論的缺點—立法者擁有極大的形成空間

不論是基於憲法財產權保障或遺產自由權所根源的「私使用性原則」，都有一個嚴重的缺憾以致於不能夠有效地對抗系爭規定「違憲論」者一便是涉及財產權的保障時，憲法賦予立法者有太大的形成空間。首先，在受到憲法財產權保障的範圍—即財產權的內容，本即有賴立法者來判斷，從而何種標的可以成為憲法財產權的保障內容，何者不可（例如禁制品、犯罪所得），立法者都有形成權限。再如人民擁有一塊土地，所有權的內容可分為被列為建築用地、或列為山坡保育地，而不得建築，即屬於由各種法律來界定該財產內容的多寡與價值之典型例子。

其次，如同其他基本人權都必須受到公共利益的限制，在財產權方面，更因為財產權負有社會義務，個人的行使財產權利必須同時有利於公共利益，這也形成了立法者藉以型塑財產權內容的重要考量。國家任務的增加，也反映在法律對人民財產權的保障與限制愈來愈多樣與複雜之上。同時，過去自由法治國時代強調人民可以儘量利用契約自由與私法自治來充分行使財產權的階段，早已過去。從而立法者要加強社會公益來限制人民的財產權行使。因此，現代社會正義與公共利益之理念，所針對者正是對財產權人權利不可濫用的行為之上。

故立法者對財產權保障的界限擁有強大形成的權限，而釋憲機關對於立法所為之財產權限制的公益密度，恆以寬鬆的審查基準為之，僅有在涉及到剝奪財產權的案例（例如公用徵收），才會採行嚴格的審查標準。因此，對比釋憲審查基準對侵犯男女平等所援用的嚴格審查標準，訴請財產權保障的力度上，即有所不足矣！

### 三、結論—莫使「民德歸厚」的制度變成「民怨沸騰」的根源

不可諱言，本號解釋的確是觸及到憲法人權理念的神經線：傳統祭祀制度與姓氏血脈的連續 VS. 我國憲法世界潮流所推動的男女平等原則，兩者發生嚴重的衝撞。多數意見所認可的傳統見解合理化目前所採行的差別待遇，肯認傳統制度與見解的公益價值，足以凌越女系子孫享有參與祭祀公業所帶來的利益（包括財產利益在內）。這也是符合目前大多數國民之「民之所好」！在絕大多數祭祀公業成員的「法感情」（Rechtsempfinden）中，由男系子孫一脈相傳來祭祀之，正符合祖先的期待。也寓有避免影響嫁出去的女系子孫祭祀夫家祖先的習慣之意！

按我國臺灣素來是以民風淳厚與保存中華傳統文化最完整而自豪。當年開臺先民，莫不手捧祖先牌位，九死一生橫越臺灣海峽黑水溝，而後在臺灣開枝散葉。人人莫不期盼祖先的庇蔭與賜福，當是臺灣先民奮鬥的主要精神力量。因此民間崇拜祖先之風，遍及全臺。就以日本據臺初期（一九〇七年）的統計，全臺共

有二二、一九九個祭祀公業；直到日本據臺後期（一九三五年），也還有一〇、六六七個祭祀公業。到目前為止，據內政部統計亦仍有八千餘個之多，光擁有土地即達六萬四千餘筆（註十三）。可見得祭祀公業是深入臺灣民間各個角落的民間團體。

而祭祀公業的派下員資格，在上述由二萬餘家的高峰，演變到目前的八千餘家，幾乎都將男系子孫作為派下員資格的認定標準。顯見這種認知男系子孫方能接續姓氏香火，保持祖先祭祀血脈不致中斷的普遍性，並不是一家一族的偏見，反而是主流的全體共識！這種長達數百年的傳統，且迭經清朝、日本殖民政權以及我國法制的承認，都已經具有習慣法的地位矣！

為此，本席想起德國十九世紀最偉大的法學家薩維尼（Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861）曾經大力主張，不能隨便見獵心喜於某些法理或外國的立法例，便匆匆忙忙的移植立法。必須根源於民眾的信仰與道德，才能夠使一個法律規定順利的成長與生存，故提出一句名言：

「法律首先是靠著風俗與國民信仰，而後靠著法學將之形成習慣法，這些都是如同國家內部寧靜孕育的力量，而不是僅靠著立法者的恣意而存在！（註十四）」

本席認為薩維尼大師此一句話，也應適用在祭祀公業的法制存廢與更易的問題之上。

本號解釋在達成大法官共識的過程，迭經正反意見的折衝，顯示出要否突破祭祀公業法制數百年成例的價值判斷之複雜性，遠非其他涉及人民結社權的案例可比。人數僅有十五位大法官的法理見解與價值觀就已分歧如此，又何況整個社會與民眾對此制度更易的判斷與堅持乎？本席以為，這正是立法者，包括其他諸如政黨或民間團體，要來進行整合與統一國民意志之工作。一步步推動男女平權的全面實現，俾能符合世界潮流，作為努力的方向。就此而言，本號解釋多數意見在理由書第三段已經提到了祭祀公業條例第四條第二項以下，已經許可了女性子孫能夠出任派下員的資格；同法第五條也規定本條例施行後祭祀公業派下員發生繼承事實時，應以共同承擔祭祀者，即繼承人為派下員。顯示出立法者已經局部的強制祭祀公業應許可女系子孫加入祭祀公業，減緩差別待遇之考量（註十五）。

故倘立法者與其他政黨與社會團體，繼續本此方向，努力宣揚與鼓吹此種「新思潮」，促使所有現存祭祀公業主動修改其規約，假以時日，應當會有更多的祭祀公業歡迎女系子孫的加入。就以著名的英國聖公會（Church of England）為例，自十六世紀亨利八世創立以來，五百年間其聖職人員（牧師及主教）都由男性擔任。最後也終於順應民間及信徒要求，於一九九四年開放女生擔任牧師，今年（二〇一五年）一月出現第一位女性主教（註十六）。天主教近年來要求開放婦女擔任聖職人員（神甫）的呼聲也日益高漲，遲早也可望步入聖公會之後塵矣。

如果吾人不採此溫和之途徑，而要一蹴可幾地強制全體祭祀公業修改規約。一旦又有財產利益在焉，更會增加加入公業的動機。可以想像，各祭祀公業必須重新計算、徵集已出嫁之女系親屬名單，賦予派下員資格，全臺八千餘個祭祀公業想必都人仰馬翻，將引發不知多少的困擾與民怨！

子曰：「慎終追遠，民德歸厚矣」，祭祀公業之制度乃是崇尚民俗、使民德

歸厚之制，如果卻揠苗助長，導致民怨沸騰之制，豈是明智之舉乎？本號解釋多數意見幸未採此種「猛藥」，當可慶也！

註一：可參見優遇大法官徐璧湖，釋憲實務有關「重要關聯性理論」之研析，刊載：月旦法學雜誌，第 228 期，2014 年 5 月，第 74 頁以下。

註二：例如，聲請人一再援引該呂萬春管理章程第 4 條的規定：「登記在案的派下員亡故時，其直屬有權繼承人，公推一名為代表繼任派下員，惟依政府有關規定，凡女子無宗嗣繼承權。」聲請人的先生即入贅，孩子亦冠母姓。同時依習慣其夫當可為派下員，且援引最高法院 70 年度第 22 次民庭決議：「奉祀本家祖先之女子及生子從母姓，均有祭祀公業繼承權」為由，同時也主張其早已有奉祀本家祖先之事實，包括修築墳墓之支出及負責祭祀、有香火牌的繼承事實等，認定確定判決違法，同時也爭議該章程第 4 條所謂「惟依政府有關規定，凡女子無宗嗣繼承權」乃保留政府有關規定是否開放女子有宗嗣繼承權的「可能性」（如同類似判例的該最高法院 70 年度的民庭決議）。然而，確定終局判決，卻認定該章程第四條的文義乃完全排除女系子孫的繼承權。本號解釋若將該管理章程第 4 條的內容加以審查，似乎便應對上述章程的文義、相關的最高法院 70 年度的民庭決議及確定判決是否一致加以審查，此即跨入了確定終局裁判是否有認事用法不當的問題，也屬於「裁判憲法訴願」的範疇也。這也和我國大法官釋憲權僅及於抽象法規審查並不相符也。

註三：關於此憲法學上重要的爭論，可參見，陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，刊載：憲法基本權利之基本理論（下冊），第 57 頁以下，元照出版社，2002 年 7 月，五版二刷。

註四：因為由解釋文一開始即提及：系爭規定「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」並未以性別為認定派下員之標準。似乎表明未抵觸平等權的問題，本號解釋即可能作為不受理而駁回，因為按大法官一貫審理的成例，既然系爭規定未強制排除女子擔任派下員，如有其他的祭祀公業之規約許可女子擔任派下員，亦非系爭規定所不許也。故原因案件的規約是否符合平等權的問題，乃認事用法之判斷，不涉及系爭規定也。但解釋文接著敘及「雖相關規約因循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，……」，本號解釋方就此是否抵觸男女平等的問題進行審查而作出不違憲的結論。由解釋文前面提到的「系爭規定並未以性別為認定派下員之標準」，而後段又提到「實務上相關的規約都以排除女子為派下員……」且作為審查標的，而此正是祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段「無規約或規約未規定者」的規範內容，大法官將之延伸為審查標的。須知此情形正是原因案件所截然不同——因為祭祀公業呂萬春管理章程第 4 條對派下員的規定已經有明白規定，且確定終局裁判並未援引此條規範。再依大法官一貫審理成例，對此規範提出釋憲聲請，也會以「確定終局裁判未適用該條文」為由，予以不受理駁回之。因此，為了填補系爭規定及祭祀公業條例第 4 條所構建實務上排斥女子擔任派下員之制度是否合憲之間的空檔，使之成為大法官釋憲的標的，大法官即可引用重要關聯理論來延伸其審查標的之範圍也。

註五：參見本席在釋字第 721 號解釋之協同意見書；可參見陳新民，憲法學釋論，修正 7 版，民國 100 年，第 211 頁。

註六：我國過去經常發生對受僱人強迫簽訂「單身條款」或「禁孕條款」之情事，但

自從性別工作平等法制定後（91.01.16），第 11 條第 2 項明白規定：「工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。」同條第 3 項也規定：「違反前二項規定，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。」，已將此陋習根除矣。可參見陳新民，憲法學釋論，修正 7 版，民國 100 年，第 156 頁。

註七：遙想基督教最初引進我國時，便認為中國人崇拜祖先，即與基督教所宣揚的「一神教」教義有違，必須放棄祖先崇拜後，方可成為基督教信徒。此種見解嚴重牴觸中國人的信仰，不利宣揚基督教，教廷被迫承認中國人祖先崇拜不算「多神論」，才開啓了基督教在中國的傳教大門。

註八：學者陳昭如教授也認為祭祀公業派下員的資格繼承與西方個人財產所規定的財產繼承性質並不相同。祭祀公業條例第 4 條與第 5 條財產與宗祧繼承的分化，也是當初立法者所刻意設計的結果也。可參見陳昭如，有拜有保佑？—從最高法院九十二年度台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，第 115 期，2004 年 12 月，第 261 頁。

註九：Peter. Budura, Staatsrecht, 5 Aufl., 2011, C.84.

註十：關於財產權的制度性保障，可參見，陳新民，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，刊載：憲法基本權利之基本理論（上冊），第 286 頁以下。

註十一：可參見本席在釋字第 668 號解釋之不同意見書。

註十二：Peter. Badura, aaO. C.88.

註十三：參見內政部函，民國 101 年 8 月 16 日內授中民字第 1015036552 號函。

註十四：Fritjof Haft, Aus der Waagschale der Justitia, 3 Aufl., 2001, S.158; 中譯本可參照：蔡震榮、鄭善印、周慶東（譯），正義女神的天平，元照出版公司，2009 年，136 頁。

註十五：立法院各政黨委員已有數個修改系爭規定之提案，將派下員的資格由男系子孫方得擔任的規定刪除，改為所有子女皆可擔任。雖然何時完成立法尚不可知，但立法院已經走出修法的一大步，確是令人樂見其成的改革。見立法院總字第 1224 號，提案第 13104 號、14745 號、15037 號及 15681 號。

註十六：即 1 月 26 日冊封為斯托克波特主教（Bishop of Stockport）的蓮恩主教（Libby Lane），她是 1994 年出任第一批的女性牧師之一。聖公會目前約有三分之一的牧師為女性。目前散布在全球 165 個國家的聖公會已出現 20 餘位女主教。但非洲地區仍拒絕由女性擔任。當然反對意見仍強，認為耶穌的十二位門徒皆為男性，顯見耶穌不欲女子為其門徒也。有改革必有反彈，蓮恩出任主教之舉引發不少教徒及牧師轉而改信天主教及擔任神甫職務。但此改革全由英國聖公會自行決定，國家未給予絲毫的干涉。見 R I T 中央廣播電臺新聞

<http://news.rti.org.tw/news/newsSubject/?recordId=653>，2015 年 3 月 19 日。

協同意見書

大法官 湯德宗 提出

本案符合司法院大法官審理案件法（下稱「案件法」）第五條第一項第二款（註



一) 所定程序要件，本席贊成受理，但論理與解釋理由書第一段不同；本席並贊同本號解釋之審查結論—祭祀公業條例第四條第一項前段尚不違反憲法第七條之平等原則，但論證方式與解釋理由書第二段迥異。爰提出協同意見書如后，期提供另類思考，強化本號解釋之說服力。

本號解釋所涉核心問題，一言以蔽之，即祭祀公業條例是否已善盡國家之基本權保護義務（註二），而非是否過度侵害（限制）人民之基本權。是本件審查之重點應在於祭祀公業條例相關規定對於憲法「人民之權利義務」章整體所表彰之基本權客觀規範（尤其是男女平等之基本價值）是否（及如何）「保護不足」，而非是否（及如何）「過度限制」人民於憲法所保障之自由權（防禦權）或平等權。（註三）換言之，本案乃本院首次正面面對的所謂「不足禁止」（*UntermaBverbot*）案件，而非前此常見的所謂「過度禁止」（*UbermaBverbot*）案件！奈何通過之解釋文與解釋理由書未能分辨此一本質差異，仍因循「禁止過度侵害」之舊軌立論，致方枘圓鑿，論理曖昧。

#### 一、本件何以應予受理？

聲請本院解釋憲法之案件，無論其所涉議題在憲法上如何重要，依照「先程序、後實體」之原則，皆須符合「案件法」所定要件，始得受理。解釋理由書第一段明白指出：本案確定終局判決（最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決）所引據之「祭祀公業呂萬春管理章程」並非案件法第五條第一項第二款所稱之「法律或命令」，原不得據以聲請解釋。惟，多數意見以為：「確定終局判決係適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定……為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據上開司法院大法官審理案件法規定聲請解釋……應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的」。

上述說法係由聲請人聲請解釋之法律依據（案件法第五條第一項第二款），推論聲請人真正希望本院解釋之標的乃確定終局裁判實際上所適用之「主要判決基礎」（祭祀公業條例第四條第一項前段）。如上論述至少須先檢視聲請人聲請解釋之「法律依據」為何，次須審究確定終局裁判實際上之法律依據（所謂「主要之判決基礎」）為何，始能認定聲請解釋之標的。如此迂迴的論證無非在顯示：本院憲法解釋之標的必屬「客觀上應可認係聲請人有意聲請解釋者」。反之，如客觀上無從認係聲請人有意聲請解釋者，即不能成為本院解釋之標的。

惟如上論述恐已悖離本院解釋先例。按本院至遲於八十七年一月九日公布之釋字第四四五號解釋已明白釋示：「人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無抵觸憲法情事而為審理。……以上僅就本院解釋中擇其數則而為例示，足以說明大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限」。換言之，抽象審查與個案裁判之性質不同，並非採嚴格之當事人主義，本院認定釋憲標的從來不受聲請人聲請意旨之拘束！

祭祀公業「管理章程」確非確定終局判決所適用之「法律或命令」，然確定終局判決所以援引該管理章程作成裁判，實由於祭祀公業條例第四條第一項前段規定（「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」）之結果。是為裁判國家關於祭祀公業之規範，是否已善盡其保護憲法所定男女平權價值之義務，自須以祭祀公業條例第四條第一項前段之規定為起點。祭祀公業條例第四條第一項前段爰屬與該具體事件（原因案件）相關聯（註四）且必要之法條，應列

爲本案解釋之標的。

## 二、本件解釋標的應如何界定？

究前揭解釋理由書第一段所以必捨「重要關聯性理論」不用，另創「客觀認定聲請人真意」說，殆囿於「禁止過度侵害」之思維，恐審查失焦，乃執意限縮審查標的爲「祭祀公業條例第四條第一項前段」。惟，審查「不足禁止」案件與審查「過度禁止」者不同，大法官須全盤審視相關規定以判斷國家對於人民基本權客觀秩序之保護是否尚有不足，庶幾可免以偏蓋全，俾謹守權力分立、相互制衡之原則，優先尊重立法裁量，免貽「法官治國」之譏。

準此，本席以爲，本案至少應將祭祀公業條例第四條全文與第五條一併納入解釋範圍，列爲系爭規定：

### 「第四條

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，派下員爲設立人及其男系子孫（含養子）。（以上第一項）

派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得爲派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得爲派下員。（以上第二項）

派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得爲派下員：

一、經派下現員三分之二以上書面同意。

二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。

（以上第三項）

### 第五條

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爲派下員。」

本席之所以贊同多數通過之審查結論，認「祭祀公業條例第四條第一項前段尙不違反憲法平等原則」，主要係鑑於同條例第五條已明定：該條例施行後，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爲派下員，不再分別男女，業已符合男女平權之要求。其次係鑑於同條例第四條第二項與第三項規定，對於該條例施行前已存在，而無規約或規約未規定派下員資格之祭祀公業，並規定於一定條件下，女子亦得爲派下員，要已竭力貫徹男女平權之基本價值。反之，如該條例僅有第四條第一項前段之規定，而無第五條之規定，本席將認定國家並未善盡基本權保護義務！

## 三、系爭規定何以爲合憲？

然，前揭祭祀公業條例第四條及第五條之規定何以尙屬合憲，仍需有正面之論理。

按本案涉及至少三項基本價值：法律不溯既往原則、私法自治原則、男女平等原則。且此三項基本原則間，並無絕對之優先順序，此與德國「墮胎合法化違憲案」（墮胎案 I）（註五）中所涉（胎兒之）「生命權」及以之爲基礎之「人性尊嚴」乃絕對優先於其他價值（如母親之隱私）者不同。次按憲法所規定的各種人民權利（基本權）除爲人民對抗國家之（主觀）防禦權外，人民權利章整體也體現了一種客觀的價值秩序。該客觀價值秩序作爲憲法的基本決定，對於所有的法領域皆有適用，並爲立法、行政與司法提供指導與動力。（註六）基本權作爲客觀的基本規範（基本的價值決定），除要求國家公權力之行使應消極地避免

侵害人民之基本權外，並要求國家應積極地採取措施，防止權利主體遭受來自於第三人之侵害（是即國家之基本權保護義務）。（註七）然，要求國家不得過度「侵害」（限制）人民之基本權（所謂「過度禁止」），與要求國家善盡「保護」人民基本權之義務，使免於遭受第三人之侵害（所謂「不足禁止」），兩者具有根本的結構差異。蓋「過度禁止」旨在禁止國家為「任何」過當之侵害行為，「不足禁止」則在課予國家採取「某種」適當之保護措施（含規範行為與事實行為）之義務，後者必含有裁量之空間。（註八）再按，基於「功能最適」的考慮，國家之基本權保護義務「首先」（或「主要」或「原則上」）應由立法部門負擔一於各個法律中調和多元社會中的利益衝突，妥為規範；（註九）僅當立法者全然未採取任何保護作為，或其所為之利益衡量顯然失當時，司法者始應介入補漏。（註十）本此理解，本號解釋原應坦然說明：立法者於各種不同規範情境下（例如在祭祀公業條例施行前、後），就前述三項相互衝突的基本價值所為之權衡（調和），是否顯然失當？詎解釋理由書第二段閃爍其詞、不明就裡。

質言之，立法者就「系爭規定」所為之價值權衡大致為：

1. 祭祀公業條例施行前：「法律不溯既往原則」優先於「男女平等原則」（如第四條）；祭祀公業條例施行後，因不涉法律不溯既往原則，則以「男女平等原則」優先（如第五條）。
2. 該條例施行前，又以「規約」之有無，區分為兩種情形：
  - 2.1 有規約者「依規約」，意即「私法自治原則」應優先於「男女平等原則」（如第四條第一項）；
  - 2.2 無規約或規約未規定者，於一定條件下，女性亦得成為派下員，意即「男女平等原則」有條件地優先於「私法自治原則」（如第四條第二、三項）。

如上規定體系井然，應認為立法者業已努力調和三種相互衝突之基本價值，謀求彼此間最大程度之實現。本院爰應予尊重，並釋示「系爭規定」與憲法尚無牴觸。

#### 四、應如何檢討改進？

基於前述說明，系爭規定所為之價值權衡要屬合理，應予尊重，故本號解釋僅溫和提示：有關機關「應視社會變遷情形，適時檢討改進」。例如前揭系爭規定第四條第二、三項所定派下之女子、養女、贅婿亦得成為派下員之條件，應隨時代變遷，酌予放寬。

本件堪稱本院首次正面審查「不足禁止」案件，無解釋先例可供參考，屬於困難案件（hard cases）。雖論理未臻理想，能邁出艱困的第一步，仍值肯定。

註一：司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」。

註二：關於國家之基本權保護義務，參見吳庚，《憲法理論與政府體制》，頁120～125（103年9月）；張嘉尹，〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，《當代公法新論（上）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁29～70（91年7月）；李建良，〈德國基本權理論攬要－兼談對臺灣的影響〉，月旦法學教室第100期，頁38～50（100年2月）；陳愛娥，「基本權作為客觀法規範－以『組織與程序保障功能』為例，檢討其衍生的問題

」，《憲法解釋之理論與實務》第二輯，頁 235～272（89 年 8 月）。

註三：祭祀公業條例第四條第一項規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」。所謂「依規約定之」，與其牽強地說是國家以法律「侵害」人民之平等權，不如平實地問：上開規定對於「私法自治」是否太過「尊重」，從而猶未善盡國家關於憲法平等原則之保護義務？

註四：本院解釋先例所謂「重要關聯」，內容不盡相同。或指與「原因案件具體事件」相關聯者（如釋字第四四五號解釋），或指與「原因案件之裁判」相關聯者（如釋字第五三五號解釋），或指與「聲請釋憲之法律」相關聯者（如釋字第六六四號解釋）。

釋字第四四五號解釋理由書第七段謂：「本件聲請人因違反集會遊行法案件，經臺灣高等法院八十三年度上易字第五二七八號刑事判決以犯集會遊行法第二十九條之罪處以刑罰，因認其於憲法第十四條規定所保障之集會自由遭受不法侵害，對於確定判決所適用集會遊行法以不確定法律概念賦予警察機關事前抑制與禁止集會、遊行，發生有牴觸憲法之疑義，聲請解釋。查聲請人所以受刑事法院判以罪刑，雖係因舉行室外集會、遊行未依集會遊行法第九條第一項規定於六日前向主管機關申請，致未獲許可，竟引導車隊及群眾遊行，經主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行，經制止而不遵從，為其原因事實，其牽涉之問題實係集會遊行法第八條第一項前段規定室外集會、遊行應向主管機關申請許可及相關規定是否牴觸憲法所發生之疑義，殊難僅就同法第九條第一項所定申請期限是否違憲一事為論斷。從而本件解釋應就集會遊行法所採室外集會、遊行應經事前申請許可之制度是否有牴觸憲法之疑義而為審理」。大法官卒就集會遊行法相關條文（含該法第八條第一項及第十一條各款）進行審查，作成解釋。

釋字第五三五號解釋理由書第一段謂：「所謂裁判所適用之法律或命令，係指法令之違憲與否與該裁判有重要關聯性而言。以刑事判決為例，並不限於判決中據以論罪科刑之實體法及訴訟法之規定，包括作為判斷行為違法性依據之法令在內，均得為聲請釋憲之對象。就本聲請案所涉之刑事判決而論，聲請人（即該刑事判決之被告）是否成立於公務員依法執行職務時當場侮辱罪，係以該受侮辱之公務員當時是否依法執行職務為前提，是該判決認定其係依法執行職務所依據之法律—警察勤務條例相關規定，即與該判決有重要關聯性，而得為聲請釋憲之客體」。

釋字第六六四號解釋理由書第一段謂：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，顯然於該案件之裁判結果有影響者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋，本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋闡釋甚明。本院審查之對象，非僅以聲請書明指者為限，且包含案件審理須援引為裁判基礎之法律，並與聲請人聲請釋憲之法律具有重要關聯者在內。本件聲請人於審理案件時，認其所應適用之少年事件處理法第三條第二款第三目規定有違憲疑義，聲請本院解釋，符合聲請解釋之要件，應予受理。又同法第二十六條第二款規定，少年法院認有必要時得以裁定命少年收容於少年觀護所，第四十二條第一項第四款規定少年法院得以裁定令少年入感化教育處所施以感化教育，均為聲請人依同法第三條第二款第三目規定

而進行少年事件處理程序時，所須適用之後續處置規定，與第三條第二款第三目規定有重要關聯，均得為本院審查之對象，應一併納入解釋範圍」。

註五：BVerfGE, 39, 1。並參見DONALD P KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 336-348 (1997)；陳英淙，〈由德國聯邦憲法法院之判決（BVerfGE 88, 203）探討墮胎合法化問題〉，《憲政時代》，第 28 卷第 1 期，頁 66-88（91 年 7 月）。

註六：BVerfGE 39, 1 (41)；7, 198 (205)。

註七：參見釋字第四〇〇號解釋（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）；釋字第四四五號解釋（國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行）。

註八：Robert Alexy, Theorie der Grundrechte 420f. (1994)。

註九：BVerfGE 39, 1 (42, 44)；46, 160 (164)。

註十：參見本席釋字第七〇九號解釋「協同意見部分不同意見書」（壹、四）。

#### 部分協同意見部分不同意見書

大法官 陳碧玉 提出

本件多數意見認為：「祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。』並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權」之見解敬表贊同。惟對於理由陳述認有補充之處，對於本案於程序上是否受理則有不同意見，爰提出部分協同意見、部分不同意見如下：

#### 一、本件聲請與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不符，應不予受理

原因案件兩造當事人因其等被繼承人於中華民國八十九年八月二日死亡，發生派下權及派下權益分配金爭議而提起確認派下權存在、確認權益分配金請求權存在事件，因認確定終局判決所適用之祭祀公業呂萬春管理章程（下稱管理章程）第四條規定，有違反憲法第七條平等原則之疑義，聲請解釋。然當事人並未就祭祀公業條例第四條第一項前段（下稱系爭規定）聲請解釋，本案於程序審查上，因該管理章程並非司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項第二款所稱之法律或命令，不得為聲請憲法解釋之客體，本案即應不予受理。惟多數意見以：「惟確定終局判決係適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。』為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據司法院大法官審理案件法上開規定（聲請書誤植為司法院大法官會議法第四條第一項第二款）聲請解釋，應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的」，而受理本案之聲請。

果爾，爾後人民聲請解釋之案件，因都是依據大審法規定為聲請，其解釋客體，即得由大法官會議依確定終局判決所適用之法令而逕為認定，無待當事人之聲請。本席以為，聲請解釋之客體，仍應由聲請人於聲請書中指明違憲之法令，並就該法令有如何違憲之處為具體指摘，始符大審法規定之要件。又與聲請解釋

客體有重要關聯性之法令，始得併為審查。本件聲請解釋之客體（即管理章程），既非大審法所稱之法律或命令，本不得為解釋，自亦無重要關聯性之適用。是本案將聲請人所未聲請之系爭規定作為解釋之客體，與司法被動原則有違，礙難贊同。

## 二、祭祀公業之設立、規約之訂定與修正為派下員組成私法法人（團體）之自由權與財產處分權之行使，基於私法自治原則應予保障

- 1、憲法第十四條規定人民有結社之自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由等（本院釋字第644號解釋理由書參照）。又人民生前對其財產有自由處分權，除該財產因歸扣規定而屬於遺產受有特留分之限制外，其處分權為憲法第十五條所保障。
- 2、臺灣之祭祀公業是以祭祀祖先及結合同姓同宗之親屬為目的而設置之獨立財產。祭祀公業之設立人及其繼承人稱為派下，為公業團體之社員，對於公業有一定之權利義務。原則上祭祀公業之設立人及其繼承人全部均得為派下，但得依各公業之規約或習慣限制之。設立人及其繼承人以外之人不得為派下（註一）。再者，祭祀公業由同「姓氏」者擔負祭祀責任。此觀養子、未出嫁之女子、養女，以及招贅婚之女子，因保有其「姓氏」而例外地得為派下員之規約或習慣即可得知，並不以血緣、男性為必要。從而女子所生之男性子孫，縱有血緣關係，然因非同「姓氏」而不得為派下員。此派下權之繼承，在於貫徹祭祀同宗同族祖先之目的，而已婚女子習慣上冠夫姓，祭拜夫家祖先，所生子女從父姓，而被排除為本身家族祭祀公業之派下員。並非單純男女「性別」平等之問題。
- 3、祭祀公業均於憲法、民法之制定前所設立，自西元一九二三年一月一日起臺灣並無新設立之祭祀公業（註二），迄今已逾九十年。實務見解乃認為：祭祀公業係於民法施行於臺灣前依習慣法設立、活動，則依該習慣，祭祀公業之繼承係以享有派下權之男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫（例如招贅婚之子女係從母姓），向無派下權，即不得繼承祭祀公業財產。民法所定一般遺產之繼承，於祭祀公業財產之繼承，不能為全部之適用。（註三）又按祭祀公業規約為全體派下員多數意思表示趨於一致而成立之法律行為（共同行為或合同行為），除有違反強制或禁止規定或有背於公共秩序或善良風俗外，有拘束該祭祀公業全體派下員之效力。規約明定派下員之繼承，用以確保祭祀公業之存續、目的之達成，為結社自由權應予保障之範疇。

綜上，祭祀公業派下員資格之限制，係依規約定之，而規約以「同宗同姓」作為派下員資格之要件，為憲法第十四條結社自由所保障，系爭規定僅明定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」係對於結社自由之尊重，並未限制設立人及其為派下員之繼承人之結社自由權或財產處分權，即無是否妥當、是否恣意之問題。

## 三、私法自治之保障與調和一於繼承事實發生時因規約約定不能成為派下員之民法規定之繼承人，例如派下員之女子、養女或其等男女子孫，不得主張其受憲法保障之平等權受侵害

- 1、基於私法自治，作為民事主體者可以依照自己的意思表示形成私法上權利義務

關係，包括權利義務關係的確定、變更與終止。人民依自己的理性判斷，管理自己的事物，在遵行強行法之原則下，應予承認其應有之法律效力。然而於私人往來關係間，得否主張基本權受侵害，此乃基本權第三人效力之問題。基本權原則上是用以拘束國家公權力對人民之侵害，如何適用到私人間之關係，學說及實務容有不同見解。

- 2、惟本席以爲，私人間契約自由原則爲私法自治之體現，應予以尊重，不能以平等原則作爲締約強制之基礎，亦不能以凡觸及他人基本權利者，即必然構成侵權行爲。於單方行爲例如遺囑，因遺囑自由爲私法自治之重要內容，遺囑人於不違反特留分規定之範圍內，以遺囑處分其財產，縱違反男女平等原則或不合比例限制繼承人之其他基本權利，亦不能率以違背公序良俗視之（註四）。
- 3、是否得因繼承而成爲祭祀公業派下員，事涉設立人及已成祭祀公業派下員子孫之結社自由權與財產處分權，屬私法自治原則之範疇。由於不能以平等原則作爲強制他方締約之基礎，亦不能以財產之處分違反平等原則，而認爲違反強制禁止規定，則因規約約定而被排除爲派下員之繼承人，不得主張該規約違反憲法第七條平等原則。

綜上，祭祀公業規約係設立人或其繼承派下子孫基於意思表示所爲之私法上結社及財產處分行爲，以規約定其派下員，基於私法自治原則，除有違反強制禁止規定之情形，應有其法律效力，而無基本權第三人效力之適用。被排除爲派下員之繼承人，自不得主張規約與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女性子孫之財產權。

#### 四、祭祀公業條例第四條第一項後段規定與憲法第七條平等原則之意旨不符

如前所述，規約爲設立人或其爲派下員之子孫基於意思表示之合致而成立，此私法上法律行爲，有拘束全體派下員之效力，因係單純之民事行爲，無基本權第三人效力之適用。惟民事立法爲國家公權力之行使，屬公法關係範疇，應爲憲法權利效力直接所及，其內容如構成對憲法權利的侵害，且違反比例原則或平等原則，應屬無效（註五）。祭祀公業條例第四條第一項後段規定：「無規約或規約未規定者，派下員爲設立人及其男系子孫（含養子）。」以性別爲認定派下員之基準，限制女系子孫成爲派下員，形成男女之差別待遇，與憲法第七條平等原則之意旨不符。

#### 五、祭祀公業條例第五條規定與私法自治原則之調和

祭祀公業條例第五條：「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爲派下員。」明定納入女性派下員之時間點爲祭祀公業條例施行後發生繼承事實時（註六），且一體適用於有規約與無規約之祭祀公業（註七）。是本條例施行後，派下員發生繼承事實時，以民法繼承人之身分及共同承擔祭祀爲條件，定祭祀公業派下員，且未履行祭祀義務之派下員，不問性別將被排除爲派下員（註八）。上開規定固爲主管機關與立法機關兼顧憲法增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則所爲派下員認定制度之改變，但此規定適用於有規約之祭祀公業時，是否與私法自治原則相牴觸，仍有待進一步之探討。

註一：臺灣民事習慣調查報告，法務部編定，第六版，2004 年 7 月，頁 737、782、783。

註二：同註 1，頁 747。大正十一年敕令第四〇七號令，自大正十二年一月一日，日

本民法施行於臺灣之日起，習慣上之祭祀公業不得新設。臺灣光復後亦未新設祭祀公業（內政部 101 年 8 月 16 日內授中民字第 1015036552 號復本院函參照）。

註三：最高法院 70 年 10 月 27 日第 22 次民事庭會議決議及司法院院字第 647 號、第 895 號及第 405 號解釋參照。

註四：許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室第 9 期，2003 年 7 月，頁 64-69。

註五：蘇永欽，憲法權利的民法效力，收錄於當代公法理論：翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993 年 5 月，頁 171。

註六：祭祀公業條例第五條立法理由參照：「基於民法規定男女繼承權平等，本條例施行後之祭祀公業即不宜再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利，爰規定本條例施行後，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。」

註七：內政部 97 年 12 月 10 日內授中民字第 0970732948 號函參照。

註八：內政部 98 年 4 月 16 日內授中字第 0980032164 號及 98 年 3 月 2 日內授中字第 0980720054 號函參照。

#### 不同意見書

大法官 李震山 提出

祭祀公業的形成，大多由子孫捐獻、集資購置或以分家產時預留的田產等，作為祭祀團體的財產，並以其收益提供祭祀祖先所需的費用。其建置與運作，本係親屬間慎終追遠、敬祖睦親的倫理道德私領域行為，國家應儘可能保持中立並尊重其自治。惟民國九十六年底所制定公布的祭祀公業條例（下稱本條例），除在「孝道發揚」、「宗族傳統延續」的「共同承擔祭祀」之立法目的外，以地籍清理為重點，大量融入國家管理之公共性規範內容，而具濃厚增進公益之目的。更重要的是，本條例順應民法揚棄以男性為中心的宗祧繼承規範，於第五條中將性別平等的基本權利效力引入私人與私人關係間，主動破除「既屬私法自治範圍，即不生違反平等原則」之迷思。縱於此情形下，本件解釋仍僅以「原則上應尊重私法自治」為前提，並加上「為維護法秩序之安定」的概括說辭，試圖淡化性別平等原則的適用，再據以審查本條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」（下稱系爭規定），並獲得合憲的結論。該釋憲的結果，導致既存祭祀公業之「原始規約」，縱然於認定派下員資格存在男女不平等之要求，國家仍無限期予以容忍，亦即國家就「無分男女在法律上一律平等」、「維護婦女之人格尊嚴」、「消除性別歧視」及「促進兩性地位之實質平等」之憲法要求（憲法第七條及憲法增修條文第十條第六項規定參照），可以不必有任何作為義務，形同將該領域打造成銅牆鐵壁的「憲法外空間」。對此，本席礙難贊同，爰提本意見書。

壹、對「私法自治」的尊重，並不同於將私人間法律關係皆排除於「基本權利效力」之外

本條例第一條前段規定：「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」，應是祭祀公業成立之初始目的，本不具有公共性。但祭祀公業派下員彼此間，長久以來就其共同共有財產之管理權、使用收益權、繼承權、派下義務等問題，屢生齟齬。且在性別平等意識漸受重視的催化下，益發使身分權與財產權彼此糾葛不清而複雜難解，經代代相傳進而成為影響土地經濟與利用的公共議題。本條例第一條



後段規定：「爲……健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用，增進公共利益」，就成爲公權力介入祭祀公業紛爭解決的法律上正當性基礎。基此，本條例除祭祀公業之申報、法人登記、新訂規約及其監督等公法規定外，並連結地籍清理相關規範而採「標售」與「囑託登記爲國有」等具有濃厚公權力色彩的強制措施（本條例第五十條、第五十一條及第五十五條規定參照）。因此，系爭規定中祭祀公業派下員之規約，已非純屬自治或自律的私權範圍，其所衍生之相關爭議，自非僅以「私法自治，原則上應予尊重」，就可一語帶過，亦非僅得以私法爭訟方式解決。顯見本件解釋一廂情願的預設與命題，既不合時宜，又作繭自縛。

更關鍵的是，本條例第五條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列爲派下員。」明白承認除第四條規定情形以外，本條例施行後之祭祀公業派下員資格，只以「共同承擔祭祀」爲要件，既不能再以性別爲門檻，且繼承人與被繼承人亦不必屬同一姓氏，將傳統依宗祧繼承歧視女性之習俗，排除在現代憲政秩序之外。這正意味著，基本權利的效力不應僅及於國家與人民間的雙面關係，而可由法律直接賦予所謂「基本權利的第三人效力」（Drittwirkung der Grundrechte）。猶如勞資關係本屬私人關係，但於勞動基準法及其相關法令規範下已非純私人間關係，無須再經由代表公益的法院以詮釋「公序良俗」、「誠實信用」等抽象概念爲途徑，「間接」迂迴地展現平等權拘束私人間法律關係的效力。據此，祭祀公業派下員之爭議屬私法自治領域而不應生違反平等原則問題之認知，即可不攻自破。所餘的問題則是，何以容許同一規範（本條例）中併存兩種對立的憲政秩序。換言之，僅以「法律生效時點」及「有無規約」區隔，立法者就可築起一道高牆，一邊是性別平等的和諧空間，另一邊卻是完全剝奪女性參與空間的性別隔離狀態？釋憲者除「私法自治」外，是否再添加「法安定性」爲理由，就可使牆內牆外互不得越雷池一步？

貳、「法安定性」並不能作爲既有祭祀公業派下員資格認定時，不受平等原則拘束之當然理由

在臺灣這塊土地上，祭祀公業隨著漢人移入而開展，先民缺乏男女平權理念，應可以理解。但三十六年底施行的憲法，其第七條規定即已例示「男女在法律上一律平等」，該啼聲初試的「特別平等」保障，卻格於非常態憲政戒嚴體制，縱在一般公法領域都難以開展，遑論在與傳統文化、禮俗、儀典聯結甚深的祭祀公業領域。動員戡亂時期終止後的八十一年五月，憲法增修條文第十八條第四項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，……消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」（現列於第十條第六項規定），就憲法第七條的男女平權領域，已從形式上要求國家「不得恣意爲無正當理由之差別待遇」，或要求涉及平等權之規範，「所採取之分類標準及差別待遇之手段與目的達成間，應有一定程度之關聯性」的消極階段，向前跨一大步，邁進了實質上課予國家積極保護義務的新階段。該憲法增修條文的內容，是否屬憲法第七條男女平等射程的保護範圍（Schutzbereich）而屬人民可請求的主觀公權利，如同本院釋字第四四五號解釋，將國家「應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」的積極義務納屬集會自由的保護範圍；抑或屬基本國策而僅得作爲督促國家之依據，並非人民可主動請求之事項；皆須從實質內容觀察。以基本國策的方針性內容要去證立憲法人權清單所無之基本權利，並非易事，例如：環境權、健康

權、文化權、社會權、和平權、語言權或集體權等，其除須結合憲法第二十二條規定外，尚要經詳細論證，方具說服力。（註一）但若基本國策規定之內容已相當明確，且又與憲法列舉權有直接關係，又另當別論。就本件解釋而言，如果僅因「消除性別歧視」規定於基本國策，就認其非為憲法第七條之男女平權應有的主觀功能，而將之定位為客觀上僅得作為國家視能力而選擇性執行之依據時，憲法第七條男女平權的規定，豈不成為失去靈魂的軀殼，而「國家應促進兩性地位實質平等」，將流於口號。就如同人民不能要求國家「保護集會自由安全」，僅要求國家消極不侵害，集會自由又該如何保障？應放諸人民「私法自治」或自力救濟嗎？不論如何，在此時期，祭祀公業男女不平等的現象，依然故我而紋風不動。

隨著不分黨派、朝野或團體皆贊成將國際人權規範內國化作為國家施政重點，且付諸行動後，或才對祭祀公業中性別隔離產生春風解凍的效果，對本條例問世有促成之功效。緊接著九十八年制定「兩公約施行法」，於第二條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」當然包括性別平等。行政院並設性別平等處，於一〇〇年十二月公布「性別平等政策綱領」，企圖將臺灣性別主流意識與國際接軌，邁向共治、共享、共贏的永續社會。（註二）一〇一年一月一日又施行「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」。（註三）在此風潮下，社會上呼籲保障變性、跨性及同性應得到法律公平對待之議論，亦已甚囂塵上，而系爭規定自公布迄今，又已過了七個年頭。

本條例制定時，男女平等或性別平等的憲法規範與理念，已伴行以男性為中心的祭祀公業逾一甲子，各種涉及性別平等的法律皆已陸續翻新，（註四）應已給予祭祀公業中男性祭祀人，有足夠的時間與訊息，可以預期立法者會制定新的合乎憲法意旨的規範。此時，欲將不遵守平等原則所生「憲法層次」的法安定性問題，矮化為既有祭祀公業維護男性為主的「法律層次」的安定性問題，再將之收納入「私法自治」的黑箱裏，欲使之永不見天日，實已缺乏正當性與說服力。若再以法律不溯既往所生之法安定性，去維護已不太值得保護的男尊女卑價值及所衍生之財產利益，能用力的空間就更加有限。誠如本院有關夫妻財產制亦涉及傳統與現代對立爭議所作成的釋字第六二〇號解釋就指出：「本院釋字第四一〇號解釋已宣示男女平等原則，優先於財產權人之『信賴』」。此種立論，應能對習於沈溺在傳統既得利益而不能自拔，且慣以「法安定性」為盾牌者，產生振聾啟聵的效果才是！

、系爭規定對祭祀公業既有規約中具性別歧視部分，並無任何改善或補救之機制與作為，實難通過平等原則的檢證

系爭規定外觀上並未以性別為分類，但代代相傳的祭祀公業定其派下員資格，不論依規約或習慣，大多以男性為中心而生差別待遇，乃共知的不爭事實，無須待執行上統計結果加以驗證。（註五）再從本條例整體觀察，系爭規定是面對過去，採保持既有狀況之既往不咎態度，因而選擇法安定性優於法正義的立法方式，自可避免衍生法律溯及既往之問題。反之，本條例第五條規定則是面對未來，選擇平權優於法安定的立法方式，將派下員認定納入性別平等、尊重婦女人格尊嚴的憲法正軌。該貌似兼顧傳統與現代的四平八穩立法模式，固然標誌著立法者曾經努力過的功績，但在價值互斥中所作出的選擇，反而形成同一憲法規範下，併存兩種既對立又平行的憲政秩序，行百里者半九十、功虧一簣。此種以法律

生效時點作為貫徹憲法平等原則的「停損點」，以丟銅板式的「有無規約存在」要件，所形成前後差別待遇的合理性，以違憲審查者守護憲法的高度，若未追究該二分法的缺失，確未盡責。（註六）再查本院過去解釋先例，大多不認同前述立法態度，除針對實質上以「性別」作為分類標準之規範，違憲審查不採寬鬆審查標準外，從憲法整全性及應與時俱進的活憲法觀點下，亦常展現在憲法臥榻之側，不能忍受與憲法原則有違的法律一直鼾睡之堅定立場。最後，從課予國家保護義務的立場，釋憲者不深究立法者刻意忽視性別歧視的不作為狀況，自行選擇遺忘，實非智舉。凡此，皆有再扼要敘明的必要。

一、祭祀公業既有規約之性別歧視尚未終結，立法者應在符合憲法男女平等要求下，以特別規定或過渡條款補救之

本院就類似「傳統與現代」爭論議題之解釋，不乏採堅持維護憲法原則與制度、不輕易向傳統低頭，但仍會另採補救措施的先例。就以針對有關學校職員須經國家考試及格方得任用所作成的釋字第二七八號及第四〇五號解釋為例。該兩號解釋面對大量未具取得國家考試及格資格之教職員，非一味尊重長期既存事實與法律關係，而將「法安定性」凌駕憲政制度上。換言之，前解釋不是使之「就地合法」，而是要求仍應遵守憲法第八十五條規定意旨，令其僅得在原學校服務，且要求考試院於過渡期間應為其等舉辦考試，不是任令違法狀態持續，而毫不作為。至於接續的後解釋，更是展現本院堅守憲法，審查「立法形成自由」界限的傑作。（註七）

再舉與本件性質更類似，係有關夫妻財產制所作成的釋字第四一〇號及第六二〇號解釋為例。釋字第四一〇號解釋公布於民法親屬編修正後，針對仍有未盡貫徹男女平等之民法規定為審查而指出：「由於民法親屬編施行法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬之修正，未設特別規定，致使在修正前已發生現尚存在之聯合財產，仍適用修正前之規定，由夫繼續享有權利，未能貫徹憲法保障男女平等之意旨。」此一具有「追溯」效力的解釋，的確造成「法律秩序」的不安定，但該解釋認為，縱然如此也不能為「法安定性」而「由夫繼續享有權利」，明白捍衛憲法原則優於法安定性的精神。釋字第六二〇號解釋就前述情形進一步闡明：「立法者即有義務另定特別規定，以限制新法於生效後之適用範圍，例如明定過渡條款，於新法生效施行後，適度排除或延緩新法對之適用（……），或採取其他合理之補救措施，如以法律明定新、舊法律應分段適用於同一構成要件事實等（……），惟其內容仍應符合比例原則與平等原則。」又，「至立法者如應設而未設『限制新法於生效後適用範圍之特別規定』，即過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，而顯然構成法律之漏洞者，基於憲法上信賴保護、比例原則或平等原則之要求，司法機關於法律容許漏洞補充之範圍內，即應考量如何補充合理之過渡條款，惟亦須符合以漏洞補充合理過渡條款之法理。」該解釋顯然不贊成，「過去是過去，現在是現在」粗糙的二分思維模式。

本條例第五條規定非屬前揭解釋所指之「特別規定」或「過渡條款」，而是系爭規定除外情形之「個別規定」。縱然如此，系爭規定針對過去發生，但現仍存在，尚未終結之事實或法律關係，並未依規範「不真正溯及既往」（*unechte Rückwirkung*）之慣有模式，制定特別或過渡規定，反而是完全維持既有祭祀規約的效力，有甚大的改進空間。對此，本件解釋未嚴正指出立法者仍有義務採取

必要的補救措施（kompensatorische Maßnahme），對照昔日之解釋，顯得保守有餘而成事不足。

## 二、系爭規定係以性別作為分類標準，若循本院歷來針對性別平等所堅持之較嚴格審查密度，實無法通過平等原則之審查

本院歷來審查以「性別」作為分類標準之規範，基於「非屬人力所得控制之生理狀況」及「弱勢之結構性地位」等理由，大多不採寬鬆審查標準。例如：有關監護權原則由父行使之釋字第三六五號解釋、有關妻以夫之住所為住所之釋字第四五二號解釋、有關禁止榮民女兒繼承耕作之釋字第四五七號解釋、有關性交易只處罰性工作者之釋字第六六六號解釋，且皆宣告系爭規定違憲。準此，本件解釋並無不採較嚴格審查的特別正當理由，故系爭規定所追求的目的，不僅只是政府一般「正當利益」，尚應被要求為「重要利益」。而其所維護一部分人民既有權益的安定性固是政府「正當利益」，縱其所維護者卻是長期以來已被評價為「不良善的規約或習慣」所生的權益。然而，犧牲另外一部分人追求平等權的利益，其屬國家消除性別歧視維護憲政秩序的「重要利益」，故系爭規定追求單向之「法安定性」之立法目的，即非必然正當。此外，其所形成的男女差別待遇是否合理，本件解釋認為需視系爭規定採取的方式與手段是否「恣意」而定。若僅以「時間」及「有無規約」為區隔或區別的方法或手段，而未採取其他過渡性的措施，放任不良善的規約或習慣在既存祭祀公業中繼續有效，「平行時空」期間可延長至逾百年，實難以想像。這使本席聯想到美國聯邦最高法院曾針對種族爭議於一八九六年 *Plessy v. Ferguson* 案作過「隔離但平等」（separate but equal）（註八）的判決，而「隔離是真，平等是假」的事實成為後世話柄，其以「空間」作為隔離種族的手段，本件解釋則以「時間」為區隔性別的方法，對象雖有異，違反平等的本質則相同，此種方法與手段還能規避「恣意」的指摘嗎？

此外，本件解釋未附理由，就明快承認既有祭祀公業派下員（大多為男性）享有財產權、結社自由與契約自由，但完全未提及未列為派下員之女性，是否亦應享有該等基本權利。更有甚者，在未分別論及各項基本權利的保護範圍、限制要件及其在系爭規定之定位，亦未就差別待遇部分作進一步比較，就得到「是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七條平等之意旨有違」的結論，完全棄既存祭祀公業具有繼承關係現存女性之基本權利於不顧，何嘗不是另一種型態的「恣意」！在「尊重私法自治」與「維持法安定性」的唸唸有詞加持下，竟能產生如此大的能量，令本席感到相當的不安。

## 三、國家就傳統性別不平等之現象，負有匡正之保護義務，立法者就此不但怠於履行，又以系爭規定加以維護，並不足取

就前述立法「不作為」的行為，若因此出現一私人剝奪他私人主張基本權利的參與權或話語權，極易造成一方不在場的「強凌弱、眾暴寡」基本權利侵害情形，國家即有介入保護義務，並須評價所採取補救措施是否違反禁止保護不足（Untermaßverbot）原則。從基本權利功能理論觀點出發，憲法所保障的基本權利不僅建構出對抗國家的防禦權，同時也從基本權作為客觀價值決定或客觀法秩序，進而構成國家應積極保護基本權法益的義務，使之免於受到來自第三人的違法侵犯。至於國家保護是否足夠，行政權與立法權保有很大預測及形成空間，因此，司法於證立「禁止保護不足」原則時，須審慎地從應受憲法保障權利之性質

，其所生危害之程度與風險，相應組織、制度、程序之設計，以及所採取保護措施的有效性等為綜合判斷（摘自本席釋字第六八九號解釋部分不同意見書）。而系爭規定若只是著眼於避免日後申報清理行政程序複雜及增加司法爭訟，而以尊重傳統或法安定性為擋箭牌，未設任何過渡補救措施，以消除性別歧視，不只是「保護不足」而是「完全不作為」，致剝奪女子派下權繼承之財產權，還能不被評價為「恣意」而構成平等原則的違反嗎？

綜上，針對此種未顧及憲法整全性、轉型正義、法體系正義與去脈絡化的鋸箭式立法，本件解釋毫未加以指摘，既與維護憲法平權精神背道而馳，亦將使立法者失去卸除傳統落伍包袱而再創新的動力。並形同鼓勵主管機關，過去的規範縱然違反平等原則，為法安定性之故，皆可保持現狀，只要未來的規範合憲即可，是本席最引以為憂者！（註九）

#### 肆、結語－刹那成為永恒

祭祀公業條例在調和傳統與現代的性別平等意識上，主管機關曾作出相當的努力，惜只顧及起、承、轉的階段上，卻在「合」的步驟上，未能接上憲政的常軌，而釋憲者又未能適時地協助挽回，頗為遺憾。為避免既存祭祀公業在既有規約效力範圍下，成為平等光輝永遠無法照射的陰暗面，亡羊補牢之計，建議主管機關或可比照本條例第七條、第十四條等規定，修法再設定過渡時間，至少應就現生存女性關係人繼承之方式與時點，另行斟酌設定實體與程序要件，讓繼承人中「願共同承擔祭祀」之女性皆有請求納入派下員之權，逾時未申請方視同放棄，以定紛止爭。（註十）

英格蘭著名詩人布雷克（William Blake, 1757-1827）有一首長詩名為「天真的預言」（Auguries of Innocence），本意見書擬借其廣受傳誦詩首的前四句：「一顆沙裏看出一個世界，一朵野花裏一座天堂，把無限放在你的手掌上，永恒在一刹那裏收藏。」（註十一）作為隱喻。系爭規定像那顆沙般，能看出現實世界普遍存在的不平等歧視現象；本條例第五條規定也可如那朵野花，照應出眾生平等花團錦簇的天堂和諧景象；若當多數人能將有助於提昇人性尊嚴與幸福的平等權之「無限」或「無量」捧在掌上，動心轉念之際，刹那就有可能成為永恒。倡議積極保障人權者，究係引領人們通往和平之路的天使，或是率眾通往奴役之途的魔鬼，皆會因政治意識型態或憲政價值觀的不同，而有殊異的主張，從而形成個別不同的「永恒」確信。當在此叉路須選擇或判斷時，本席仍願相信，致力於使平等光輝普照人間各個角落，不分彼此，不問過去或未來，才能不自愧於良知。

註一：李震山，《多元、寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心》，元照，96 年，第 27-29 頁。

註二：行政院性別平等委員會，《性別平等政策綱領》，可尋於：

<http://www.gec.ey.gov.tw/>

Upload/RelFile/1120/598/eba37c86-aeel-4f70-b306-e0a4577769c2.pdf（最後瀏覽日期，104 年 3 月 18 日）。

註三：聯合國大會 1979 年 12 月 18 日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約

（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）第 2 條規定：「締約各國譴責對婦女一切形式的歧視，協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策。為此目的，承擔：……

(e) 採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視；(f) 採取一切適當措施，包括制定法律，以修改或廢除構成對婦女歧視的現行法律、規章、習俗和慣例……。」同公約第 5 條亦規定：「締約各國應採取一切適當措施：(a) 改變男女的社會和文化行為模式，以消除基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型所產生的偏見、習俗和一切其他做法……。」

註四：定有反歧視條款之法律，包括老人福利法、身心障礙者權益保障法、入出國及移民法、原住民族工作權保障法、性別平等教育法、精神衛生法、傳染病防治法、人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例、勞動基準法、性別工作平等法、就業服務法等。

註五：釋字第 666 號解釋針對外觀上並未以「性別」為分類之原社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰：一、意圖得利與人姦、宿者。」於解釋理由書稱：「鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰」，指明該規定實質存在之性別歧視。本件解釋針對之系爭規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」情形完全相同。又緊接系爭規定，本條例第 4 條第 2 項與第 3 項規定，雖承襲傳統設有得由女子為派下員之規定，亦均係以派下員之性別為分類標準而形成差別待遇。第 2 項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。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。」第 3 項規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」

註六：識時務者，大多會以立法者對未來已願維護男女平權，已兼顧傳統秩序與現代思潮，並適度調和法安定與法正義，只是改革未一步到位。既已有所作為，基於尊重該立法形成自由，釋憲者應予支持。若是如此，法安定性就極易成為主管機關不願積極面對立法困境與不遵守憲法原則的託辭。

註七：釋字第 278 號解釋作成後，立法院違反解釋意旨，修法將未經國家考試及格之學校職員應「繼續在原校任職」改為「並得在各學校間調任」。經考試院再次聲請釋憲，本院作成釋字第 405 號解釋，宣告所修正之規定違憲，更突顯本院解釋堅持憲法原則與制度的態度，既能定紛止爭，又能爭取人民對司法的信賴。

註八：「隔離但平等」(separate but equal) 為 Harlan 大法官批評多數意見之語。Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 552 (1896) (Harlan J., dissenting)。

註九：其他的矛盾現象，例如本件解釋多數意見堅持「尊重私法自治與法安定性」優於性別平等。而本條例第五條規定的內容，如依多數意見之論理，可謂幾乎是完全不尊重私法自治與法安定性的立法產物，多數意見是否會認為該條規定具有牴觸本號解釋意旨之疑慮？

註十：類似問題同樣會發生於新訂規約的情形，相信主管機關已累積相當的解決經驗。依本條例第 14 條第 1 項規定：「祭祀公業無原始規約者，應自派下全員證明書核發之日起一年內，訂定其規約。」內政部 97 年 12 月 10 日內授中

民字第 0970732948 號函謂：「祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，依法訂定並報經受理機關備案之規約，其內容與該條例第 4 條規定不同者，優先適用規約規定辦理；與該條例第 5 條規定不同者，優先適用條例規定辦理，且須變更規約內容。」

註十一：“To see a World in a Grain of Sand, And a Heaven in a Wild

Flower, Hold Infinity in the palm of your hand, And Eternity in an hour.” 譯者：梁宗岱。徐志摩則譯為：「一沙一世界，一花一天堂。無限掌中置，刹那成永恒。」

## 不同意見書

大法官 黃茂榮 提出

本號解釋多數意見認為：「祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之』並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。」其中關於祭祀公業條例第四條第一項前段（下稱系爭規定），基於私法自治原則上應予以尊重之見解，本席敬表贊同。惟就多數意見認為系爭規定「尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子財產權」之結論，其論述在事實之認知及價值之判斷尚未盡妥切，爰提出不同意見書，敬供各界參考。

## 壹、引言

祭祀公業之設立，原係以祭祀祖先為目的。由設立人捐助財產，指定供祭祀祖先之用，對於祭祀公業財產之權利稱之為派下權，而繼承派下權之人是為派下員。

設立之目的既為祭祀祖先，因此，早期只有擔負祭祀任務之男性子孫，始有資格取得派下權，自有其道理；然因少子化之趨勢，派下權人死亡時無男性子孫繼承派下權的情形漸成常態，又在此種情形下，少見為延續祭祀之目的，而透過收養找到合適之男性養子。所以，如在規約或法令上繼續執著於只有男性子孫始得充為派下員，已無實際意義；另一方面，按諸與祭祀公業有關之訴訟，其爭執已多集中於財產利益的繼受與分配，而少有關於祭祀活動之參與。要之，隨著祭祀公業之祭祀任務日益式微，而其財產分享或繼承利益之重要性則越來越高之社會變遷，早期規約、習慣及現行法令等應如何調整，以符合憲法第七條男女平等之思潮，並滿足活化祭祀公業財產之利用及定分止爭的規範需要，成為本件聲請案要思考、面對之問題。

## 貳、祭祀公業之規範基礎

祭祀公業雖為由來已久之私法制度，但關於其設立程序、規範內容等因為法律並未給予明文界定，而致實際上在必須為裁判時，有規約時，按規約；無規約時，按習慣論斷。後來雖有祭祀公業條例（96.12.12. 制定公布全文）第四條規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。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）（第一項）。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（第二項）。派下之女子、養女、贅婿等有下列

情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過（第三項）。」核其規定內容，仍與以規約或習慣關於派下員之資格之約定或規定內容相當。是故，論諸實際，該條規定之意義僅在於將習慣內容以制定法的方式予以規範化，不再以習慣為依據，以避開習慣之規範拘束力的論證需要。

至於本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，同條例第五條規定，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員（註一）。該條所稱繼承人當指繼承法所定「法定繼承人」全體。在此意義下，關於祭祀公業派下員之「繼受」，已被界定為「繼承」，以設立人子孫的身分為認定派下員資格的基礎。至其關於「共同承擔祭祀」的要件，應理解為：繼承派下權之負擔。亦即本條例施行後，派下權之繼承為附負擔之繼承。不履行負擔，可能導致失權，但並不生法定繼承人因此當然喪失派下員資格的事由（民法第四百十二條參照）。

有疑問者為：第五條規定之適用對象是否含設立於本條例施行前已存在之祭祀公業。從該條之文義觀之，其對象應含本條例施行前已存在之祭祀公業。所以，依第五條前引規定，在規範的層次，不論祭祀公業設立於該條例施行前或施行後，只要其派下權之繼承事實發生在本條例施行後，關於其派下員資格之取得，已不再有男女不平等的疑義。至於派下權之繼承事實發生在本條例施行前者，其派下員資格之認定，因仍應依本條例第四條之規定，適用繼承事實發生時法，所以尚有男女不平等的情事。

#### 、祭祀公業設立行為之法律性質

關於設立人設立祭祀公業行為之性質，可能有幾種不同觀點：（一）信託說：即認為，在祭祀公業設有管理人時，祭祀公業之設立類似於信託。其中，祭祀公業之財產為信託財產，祭祀公業之設立人為信託人，管理人為受託人，派下權人為受益人。（二）贈與說：設立人對於其財產之處分為以派下員為受贈人之贈與行為。贈與人（設立人）之處分權不受限制。（三）繼承說：設立人於生前固得自由處分其財產，然其係以設立人死亡為要件者，其處分之財產將因設立人（被繼承人）之死亡而成為遺產。這時該處分行為應定性為書立遺囑之執行行為。

無論採信託說、贈與說抑或繼承說，設立人之行為均為對其私有財產之處分，屬設立人之私法自治行為。其中差異在於，採繼承說時，因有民法繼承編關於特留分之強制規定，所以，設立人（被繼承人）應受該強制規定之限制，在不違反特留分規定之範圍內，始得以遺囑，自由處分遺產（民法第一千一百八十七條參照（註二））。

#### 肆、祭祀公業條例第四條第一項之探討

祭祀公業條例第四條第一項：「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）。」按該條規定，祭祀公業派下員或派下權之規範基礎，視具體情形分別定之：當其有規約之規定者，為規約；當其無規約或規約未規定時，則依習慣或法令，以設立人及其男系子孫（含養子）為派下員。

在有規約之情形，關於祭祀公業，特別是有關派下員及派下權之規範，應從私法自治原則出發，認識到，祭祀公業之規約如何訂定，係屬設立人關於其財產之私法自治權，原則上應尊重設立人所表示之意思，於例外情形，始受強制規定，諸如：民法第七十一條（違反強行法之效力）、第七十二條（違背公序良俗之



效力）、第七十三條（不依法定方式之效力）等拘束。另外，當財產處分行爲與繼承有關時，亦須受民法繼承編關於特留分之限制，已如前述。然而在此，尙不當然得以男女平等原則爲理由，限制設立人關於祭祀公業之設立及規約之訂定的自治權。

憲法第七條平等原則得否介入私法自治領域，直接限制設立人自由處分其私有財產之行爲？此爲憲法規定之第三人效力的問題。如採肯定說，肯認憲法規定對於私法關係之約定，有直接拘束力，則於憲法秩序下，規約之規範內容應符合憲法意旨；如採否定說，認爲憲法關於基本權利之保障規定對於私法關係之約定，無直接拘束力，亦即無第三人效力（Drittwirkung），則祭祀公業之設立人基於私法自治原則，就其捐助之祭祀公業的財產，所定規約內容無憲法平等權之適用餘地。

在無規約或規約未規定，以習慣或法令爲有關派下員或派下權之規範內容時，縱使在大多數情形，依習慣或法令所導出之規範內容，與早期祭祀公業之規約通常的內容並無二致，其共同之特徵爲，從祭祀目的出發，肯認僅男系子孫才有派下員資格。然而，以習慣或法令爲規範基礎，與前述以規約爲規範基礎，所涉及之憲法上問題仍不相同。有規約時，基於私法自治原則，無違反憲法第七條平等原則致生違憲之問題；當無規約或規約未規定，而以習慣或法令爲其規範基礎時，關於習慣，因涉及習慣所形成之法秩序，有因社會變遷而不再具有習慣法之地位；關於法令，有因其爲國家之立法結果，而應受憲法第七條平等原則之規範。

#### 伍、本件聲請案之審查標的

本件聲請案以系爭規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約約定之。」爲審查標的。然而系爭規定，以規約爲其構成要件內容之一部分，此爲一種空白授權。亦即必須將規約之內容與系爭規定相結合，始能成爲具有完全規範內容之規定。

只就系爭規定之規範內容而論，除非以該規定因含空白授權，致其規範內容不明確爲理由，認爲當然違憲。否則，在其未與特定規約結合前，尙不具有可評斷其合憲或違憲之實質內容，因此無違憲與否的問題。至當其與規約結合後，應按其結合後之實質的規範內容，在法律的層次，評斷其是否違憲。這時，規約因已與系爭規定結合成系爭規定的一部分，而成爲司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱之法律，可以引爲釋憲解釋之審查標的。

若非如此，一則，因規約本身屬設立人處分其財產之私法約定，非司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所定之法律或命令，自不得爲憲法解釋之審查標的；二來，因系爭規定含空白授權，其本身因不含男女平等、財產權、結社自由之具體規範內容，故尙無對於派下員之認定限制的規範作用。從而也無，據憲法關於基本權利之保障，予以檢討之餘地。

關於本件聲請案之審查標的應有兩種作法，第一，將系爭規定與規約結合作爲審查之標的，對於本條例施行前已存在之祭祀公業，以其規約之約定，僅限男系子孫爲派下員爲理由，解釋其與憲法第七條關於男女平等之規定不符；第二，即現行多數意見所採之方式，僅以系爭規定爲審查標的，不含限以男系子孫爲派下員之規約補充空白授權部分。在此情形下，本席認爲，合於邏輯之解釋結果應爲：系爭規定與憲法第七條保障性別平等之意旨無涉，所以尙無探討憲法平等原

則之必要。否則，依現行多數意見之結論，不免讓人產生系爭規定，究竟可能有何處應受憲法第七條平等權檢驗之疑惑。

## 陸、如何處理祭祀公業問題

祭祀公業條例第四條、第五條規定無法釐清現行實務上因祭祀公業派下權衍生之複雜問題。為符合社會變遷、男女平權思潮之想法，滿足

定分止爭，活化祭祀公業財產之利用的規範需要，就祭祀公業問題之調整方向，提出意見如下：

首先，在定有規約之情形，應分二方面來看：第一、就祭祀公業條例施行後新設之祭祀公業，在尊重私法自治原則之基礎上，視規約之內容是否違反民法上強制規定或民法繼承編關於特留分之規定，規整其規約之內容。另外，於派下權人發生繼承之事實時，先將之定性為法定繼承人對於該派下權之繼承，依民法繼承編之規定加以規範，而後再輔以祭祀公業條例第五條規定，以共同承擔祭祀之繼承人列為派下員。如此，即不當然排除女子成為派下員之權利，又能維護為祭祀目的而設立祭祀公業之宗旨。第二，就祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，立於尊重私法自治原則、顧及法秩序之安定性之基礎上，固然不宜就先前既存之狀態加以變動，然而，在男女平權思潮高漲、祭祀功能式微之今日，非不得以情勢變更作為調整規約之正當理由，並對日後派下權之再繼承之法律關係予以界定。本席建議，在最近一層派下權人死亡時，應採派下權人與其法定繼承人間之繼承關係，而不採設立人與其隔代子孫之繼承關係，來認定派下權之取得，以避免因派下權人各房間衍生之子孫人數多寡有別，從而增減各派下員之派下權對於祭祀公業財產之份額。如此，不僅有助於釐清各別派下員之派下權、活化祭祀公業財產之利用，並與民法繼承編之規定相符。

其次，若祭祀公業設立時並無規約或規約未規定時，則無論是祭祀公業條例施行前已存在或施行後始新設之祭祀公業，有關其祭祀公業派下員資格之取得，均應直接依民法繼承編之規定加以規範。蓋就施行前已存在之祭祀公業而言，過去基於習慣所形成之男系子孫始得為派下員之限制，在男女平權思潮底下，該習慣顯然不再具備成為習慣法所需具備之法的確信，從而有對其調整之正當性；就施行後始設立之祭祀公業而言，現行民法繼承編之規定，對於被繼承人財產權行使的合理規範，得加以適用。

註一：祭祀公業條例第五條：「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。」

註二：民法第一千一百八十七條：遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。

## 不同意見書

大法官 葉百修 提出

本件解釋涉及祭祀公業條例對於祭祀公業派下員認定方式之規範，是否有違憲法保障性別平等之意旨—從聲請受理程序要件之判斷，到實體憲法爭點所涉及如何認定間接歧視或實質不合理差別待遇之存在、立法者於立法之初是否即有歧視預設之惡意，乃至於憲法對於人民基本權利保障與社會傳統文化之衝突與調和等，均為本件解釋所應處理之重要憲法問題。惟多數意見

未能站在本院解釋憲法的高度，先以限縮受理解釋之範圍迴避本件聲請法律規範適用的整體違憲疑義，再以未經深入論證的片面之詞，逕為合憲之說法，本席無法贊

同，爰提出不同意見如后。

## 壹、程序部分

祭祀公業呂萬春派下員呂進榮育有三子七女，本件解釋聲請人分別為其長女與孫。呂進榮死亡後確認派下員之繼承時，僅一子在世。依據祭祀公業呂萬春管理章程第四條前段之規定，女子無宗祠繼承權，是呂進榮死亡後，其派下員僅由其子呂學川繼承。聲請人不服而提起民事訴訟，案經最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決，以適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」（下稱系爭規定）為由，即認應依祭祀公業呂萬春管理章程第四條前段規定，排除聲請人繼承其父祖派下員之可能性，以無理由駁回而告確定。聲請人乃以最高法院上開確定終局判決所適用之祭祀公業呂萬春管理章程有牴觸憲法第七條保障平等權之疑義，聲請本院解釋憲法。

### 一、祭祀公業規約之性質，非單純私人間之合意可比，應可作為憲法解釋之標的

#### （一）憲法解釋之標的

按司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民得向本院大法官聲請解釋憲法，須係「經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」是以本院解釋憲法之標的，依現行法制，僅限於法律與命令。本席曾於本院釋字第六七五號解釋提出之協同意見書中，肯認本院對於解釋憲法之標的範圍，逐漸擺脫僵硬的形式認定，而採取實質認定之立場；惟如此認定之前提，仍應具有一般拘束力之抽象規範之性質，始得進一步從寬認定本院解釋憲法之標的。

於本件解釋中，對於聲請人於聲請書中，僅係指摘祭祀公業呂萬春管理章程相關規定違憲，從形式意義而言，該管理章程性質上應屬私人間所為之契約，自應非具有一般拘束力之抽象規範，而得以從寬認定為本院解釋之標的；除非於採行憲法訴願制度之下，透過審查法院裁判而進一步判斷之合憲性。

#### （二）祭祀公業規約已成為法律規範之內涵

然而，本件解釋與一般情形不同，關鍵在於系爭規定之法規範結構之影響。私人間之合意行為，固非本院解釋憲法之標的，但系爭規定透過法律承認祭祀公業規約之效力，其性質已非私人間單純之合約可比，應具有法律層次之規範效力。多數意見迴避這個問題，逕以確定終局判決係以「適用」系爭規定為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，並認為聲請人既然依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款聲請本院解釋，「應可認」係就系爭規定而為聲請，如此婉轉而曲折之解釋，原因無非是迴避系爭規定所稱之「規約」，避免產生介入審查規約之「個案判斷」。然而，假如將管理章程以系爭規定已納入法律規範架構之一部分，則實際上本院仍係審查「法律」，而非私人間之合意行為。如此解釋，方得進一步認定系爭規定究竟如何形成差別待遇，而有牴觸憲法第七條平等權保障之問題，否則系爭規定所稱「依規約」，充其量只是一種中性法律規範之文字描述，根本無法導出多數意見所稱「實質上」形成差別待遇之可能。因此，本席認為，本件解釋之審查標的，不管聲請人於聲請書中，是否僅就上開管理章程而為聲請，由於本院解釋憲法，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理，歷

來均認為不以聲請人聲請書所指稱者為限（本院釋字第四四五號、第五七六號、第六六四號、第七〇三號解釋參照），而基於上開說明認定之結果，本件解釋所涉及之祭祀公業呂萬春管理章程，實際上因為系爭規定而成為其法律規範之一部分，具有特定「法律上」之效力。而本件解釋所為審查之標的，即為連結祭祀公業呂萬春管理章程之具體內容而形成法院適用系爭規定之裁判基礎，自應為本院解釋憲法之標的。

二、多數意見未將祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項、第三項及第五條等規定，以與系爭規定有重要關聯而納入本件解釋之解釋客體，為德不卒

（一）大法官解釋憲法之職責

由於多數意見一方面為迴避直接介入審查祭祀公業呂萬春管理章程之個案判斷之爭議，另一方面也透過將祭祀公業條例現行認定派下員整體制度予以切割，於本件解釋中僅就系爭規定加以審查。然而，於國家透過立法管理祭祀公業後，以祭祀公業條例所建構之管理規範，不僅系爭規定，而係包含祭祀公業條例第四條及第五條規定，將祭祀公業派下員之認定制度，以該條例施行前後分別適用第四條及第五條之規定。如前所述，本院解釋憲法之目的，兼具保障當事人之基本權利與闡明憲法真義以維護憲政秩序兩者，是以本件解釋單純切割祭祀公業條例就派下員認定制度之適用規範，一方面除未能保障當事人之基本權利，亦即聲請人之一實際上係派下員女系子孫招贅夫所生冠母性之男子，依據祭祀公業條例第四條第二項後段之規定，本應亦得為派下員，於本件解釋多數意見中，並未進一步審查其因為係女系子孫，完全適用系爭規定，而無繼承為派下員之可能性；另一方面，從祭祀公業條例第四條第一項後段，於無規約或規約未規定者，立法者逕以「派下員為設立人及其男系子孫（含養子）」加以規範，亦足以認定系爭規定業已成為法律規範之內容，始進一步導出同項後段之規範。

（二）系爭規定與祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項、第三項及第五條規定，其制度適用上具有重要關聯性，應一併納入審查

再者，祭祀公業條例第四條第二項及第三項規定，與第一項甚至與系爭規定及同項後段規定間之適用關係為何，亦涉及第四條規範就該條例施行前已存在之祭祀公業，如何認定其派下員之整體制度適用。簡言之，祭祀公業於該條例施行後，依據該條例第二章第六條以下之規定，均應辦理申報，而申報時即應附具原始規約，而無原始規約或其內容不完備者，依據該條例第十四條規定，於一定時間內訂定或變更，則依據該條例第四條第一項後段規定，於訂定或變更規約前，其派下員即以此為認定而為申報，相關機關核發派下全員證明書後，無論其規約如何訂定或變更，實際上均係以該條例第四條第一項後段為具體規範內容，進而成為系爭規定而加以適用，此其一。其次，該條例第四條第二項與第三項之規定，究竟是否受限於規約？亦即，於系爭規定適用規約後，有無同條第二項及第三項之適用可能？亦即第四條所建構的規約優先適用制度的「規約」，已經有某種特定文化傳統之預設，始有第四條適用之順序；再者，該條例第五條為調和「民法男女繼承權平等」，於該條例施行後，「祭祀公業即不宜再依宗祧繼承之習俗，排除女性繼承派下之權利」，則依據系爭規定，該條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之，然該條例第五條係以「發生繼承事實」作為認定派下員之標準，則有規約內容與該條例第五條所

定以「共同承擔祭祀」兩者產生規範衝突之可能性（註一）。

是依據本院釋字第四四五號、第五八〇號、第六六四號、第七〇九號等歷來解釋之意旨，關於系爭規定所涉及之祭祀公業派下員之認定，其適用上均與同項後段、同條第二項、第三項及第五條規定有重要關聯性，本席認為，均應一併納入本件解釋審查之標的。誠然，多數意見為避免招致擴充解釋或訴外裁判之非議，將本件解釋解釋標的限縮於系爭規定，卻因此見樹不見林，無法體察祭祀公業條例透過第四條及第五條規定所建構祭祀公業派下員認定標準，其所內涵之歧視與整體制度適用上之體系不正義，縱使多數意見已經察覺而透過系爭規定「實質上縱形成差別待遇」以及將祭祀公業條例第四條第一項後段、第二、三項與第五條納入檢討修正之諭示，一方面凸顯對於審查標的之認定錯誤，將可能影響審查結果之判斷（例如本席於本院釋字第七二七號解釋所提出之不同意見書所稱），另一方面更加證明系爭規定及同條例第四條第一項後段、第二、三項與第五條之適用上，具有重要關聯性。

## 貳、實體部分

### 一、祭祀公業派下權兼具身分權及財產權之性質

#### （一）派下員與派下權

本件解釋多數意見係以聲請人之財產權之保障，與憲法平等原則有無牴觸而構成侵害，即本件解釋所涉及之憲法基本權利，為聲請人之財產權。依據祭祀公業條例第一條規定，該條例之立法目的，在於「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用，增進公共利益」而設。由於我國之歷史傳統，祭祀公業之設立由來已久，特別是涉及不同年代法律規範對於祭祀公業之性質、定位及其財產、成員之管理，其事實之複雜度與管理之困難度均高，是直至民國九十六年十二月十二日始立法通過具體規範，隔年七月一日始為施行。然而，於祭祀公業條例施行前，卻也嘗試透過內政部祭祀公業土地清理要點及臺灣省祭祀公業土地清理辦法，加強對於祭祀公業「土地」之管理與使用，顯見關於祭祀公業所涉及之規範重點，仍在於祭祀公業所有土地之管理與使用。此從祭祀公業條例第三條第一款所稱，祭祀公業為「設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體」。設立人就該祭祀公業之財產具有管理、處分之權利而成為祭祀公業派下員，並與繼承其派下權之人構成派下全員。是祭祀公業條例第三條第四款規定，祭祀公業之設立人及繼承其派下權之人為派下員，同條第五款則規定，祭祀公業或祭祀公業經依祭祀公業條例申報登記之祭祀公業法人，其所屬派下員之權利為派下權。從條文規範上而言，實際上並未具體說明派下員及派下權之性質與內涵，兩者成為一種套套邏輯的立法文字。

#### （二）身分權與財產權

從邏輯上而言，祭祀公業既然是設立人捐助財產所生之團體，其團體成員以具有「祭祀祖先或其他享祀人」之目的，是其身分應予該目的具有一定關聯，至於該關聯依據該條例第一條之規定，既以「延續宗族傳統」，則派下員之身分自應與宗族有所關聯。再者，祭祀公業既以財產為設立之團體，而為「健全祭祀公業土地地籍管理」，亦可見實際上祭祀公業之財產，係多以「土地」為主，並由其使用收益作為派下員祭祀祖先或其他享祀人之用。因此，對於派下員之權利，應同時具有身分權及財產權（註二），兩者原則上以派下員之身

分權而衍生以該身分之權利，即參與派下員大會，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、監察人之權利。兩者應可分離，即身分權所附隨之財產權，應可與身分權分離而獨立，但派下員之身分確認後，始有自由處分其派下權之可能性。

以本件解釋為例，聲請人係以「請求確認權益分配金請求權存在」提起上訴，而確定終局判決係以聲請人不具繼承派下權之資格，「自無權領取祭祀公業呂萬春發放之權益分配金。」因此，本件解釋多數意見僅認聲請人之財產權並未因違反平等原則而受到侵害，然實際上聲請人因系爭規定而不得「繼承派下權」而為派下員，是否僅涉及財產權之侵害，抑或因系爭規定所形成之差別待遇，本身就因為限制其成為派下員之身分而構成「平等權」之侵害，仍有疑義。若如多數意見將本件解釋所涉及之憲法基本權利認定為財產權，則關於財產權之限制所適用之平等原則，本院究應適用何種審查標準？是否如多數意見一筆帶過，認為基於尊重私法自治，維護法秩序之安定，即以系爭規定尚非恣意之寬鬆審查？抑或明確辨別系爭規定所內涵之歧視，而該歧視又以生理性別作為分類標準，則依照本院歷來解釋之意旨，若非適用嚴格審查基準（例如釋字第六三五號解釋），亦應適用較嚴格之審查基準（例如釋字第四五二號解釋），絕非本件解釋多數意見如此寬鬆之審查基準。

## 二、差別待遇構成歧視還是保護義務之不足？

### （一）侵害與保障是一體兩面

本件解釋多數意見以寬鬆審查基準判斷系爭規定之合憲性，一方面係因為系爭規定充其量是一中性法律規範，「形式上」並未以性別作為認定派下員之標準。果真如此，則適用平等權審查第一個要件便不存在，亦即系爭規定從法規範形式上並未以性別作為分類標準，即無形成差別待遇，自無生有無抵觸憲法平等權保障之問題。然而多數意見另一方面又進一步從系爭規定係因祭祀公業規約多數均依循傳統宗族觀念，僅以男系子孫為派下員，而排除女子繼承派下權而成為派下員之可能性，實質上確已形成差別待遇。或謂於此情形下，並非國家「積極侵害」女性繼承派下權之權利，而係未能透過法律規範「積極保障」女性之權利。是以對於系爭規定之審查，並非平等權之侵害，而係國家保護義務之範圍問題。因此，以有無恣意判斷系爭規定排除這種「實質歧視」進而保障女性之義務；果真如此，對於祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項及第三項規定，形式上確實以生理性別為分類標準而形成差別待遇，多數意見認為依據憲法增修條文第十條第六項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，國家負有積極之保護義務，何以系爭規定所生之實質差別待遇，卻無上開憲法增修條文之適用？兩者豈非自相矛盾？

憲法保障人民基本權利，都應該是一體兩面—積極與消極、防禦與給付。基本自由權有積極行使與消極不行使，而積極行使時，國家有義務建構一定制度確保其行使，否則積極行使便成為空談。平等權保障亦是如此，不僅消極保障不受歧視或不合理的差別待遇，還要積極地消弭歧視，確保所謂「合理」的差別待遇。於平等權審查之案件中，對於分類標準所行之差別待遇，其結果可能因為涵括不足（under-inclusive）或過度涵括（over-inclusive），構成差別待遇之目的及手段間關聯性不具一定程度而可能抵觸平等權，其中涵括不

足，便是某種程度保護義務的要求，亦即該保障（限制）的對象不在保障（限制）之列，或者不應保障（限制）者卻予以保障（限制），均可認手段與目的不具各該要求之關聯性。因此，對於系爭規定乃至祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項及第三項，究是否以生理性別為分類標準而形成差別待遇，取決於如何看待系爭規定之規範內涵，及其與祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項及第三項於整體制度適用上所形成之可能歧視。

## （二）直接歧視與間接歧視

從多數意見判斷系爭規定之合憲性，除了上述關於涉及國家是否直接侵害人民基本權利、間接未能給予積極保護而構成保護不足，抑或不願介入私人間之合意行為所涉及憲法基本權利保障之效力問題，根本上仍涉及對於平等權保障上直接與間接歧視之認知不足。

對於憲法保障人民基本權利之規範效力，的確存在不承認憲法對於人民基本權利之保障，其效力可擴張至私經濟領域之說法，而係透過第三人效力以法律實踐憲法意旨，並非直接援引憲法規範。誠然，憲法對於人民基本權利之保障，起於對於國家公權力侵害之防禦，因此，於公行政領域，憲法具有直接效力，而於私經濟領域，憲法基本權利之保障，原則上僅具有間接適用之效力，於特定領域始具有直接效力。例如關於憲法財產權之保障，於本院釋字第四〇〇號解釋中即已明白宣示：「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。」是憲法對於財產權之保障，除了免於遭受公權力之侵害，亦包括來自其他人民之侵害。又如於本院釋字第四五七號解釋所稱：「國家機關訂定規則，以私法行為作為達成公行政目的之方法，亦應遵循上開憲法之規定。」因此，對於憲法規範效力之適用，若仍以僵化的公、私領域之不同而區分其效力，一方面是兩者之區分本屬不易，特別是當國家功能轉變，國家以私法行為達成公行政之目的日漸成為趨勢，若仍以之作為適用憲法保障人民權利相關規定之判斷標準，已不符合現代社會之現狀，同時亦有使公法遁入私法而不受憲法規範拘束之疑慮。另一方面，隨著現代人類社會朝向資本主義發展，憲法保障人民基本權利之功能與角色，亦應予以調整。因此，對於私人行為是否有憲法規範之適用，值得省思。但無論如何，本件解釋系爭規定已非涉及單純私人行為，而係立法者透過系爭規定，將私人行為之規範，內化為法律規範之一部分，而本件解釋本院所應審查者，即是立法者這種立法行為是否符合憲法意旨？其立法程序與選擇，是否具有正當性基礎。此則涉及直接與間接歧視之判斷。

所謂直接歧視（direct discrimination），係指法律規範本身以明確的分類標準所為之差別待遇，亦即本件解釋多數意見判斷系爭規定，認定其「形式上」並未以生理性別作為分類標準，進而不構成直接歧視。這種直接歧視之類型，隨著對於法律合憲性審查之重視，以及對於明確分類標準所生之權利意識日升，司法者對於直接歧視之審查越趨嚴謹，立法者自逐漸避免直接歧視。然而，歧視之所以應予禁止，在於國家或人民已經長期對於特定分類標準失去憲法權利保障之意識，甚至特定分類標準之適用，已經內化於國家公權力行為或人民私法行為之中，形成整個社會文化的差別待遇而視為理所當然。這種表面上或形式上以中性規範文字而未出現明確、特定之分類標準，而實際上係以

某種特定政策或仍因此出現差別待遇或產生差別待遇之效果，即所謂間接歧視（indirect discrimination）。對於祭祀公業條例第四條第一項後段及第二項、第三項規定，顯係以生理性別為分類標準而形成差別待遇，構成直接歧視，其依據本院歷來解釋之意旨，自應適用嚴格或較嚴格之審查基準，自不待言。

而系爭規定雖從形式上並未以生理性別為分類標準而形成差別待遇，但亦如同多數意見所稱，實質上形成差別待遇，其原因無非是立法者於規範祭祀公業之派下員認定制度時，其所持之立場或政策，雖係以維持傳統宗族觀念，以維護法秩序之安定，然根本上無疑是受到傳統宗族觀念之影響，而這種傳統宗族觀念，便是出自對女性的歧視與偏見，這種歧視與偏見，不僅是以女性之生理性別作為分類標準，甚至形成社會對於女性不足以「祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」之偏見與刻板印象，進而形成一種社會性別，而內化為祭祀公業派下員認定之分類標準。這種社會性別之分類標準，於立法者對祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員採取依據規約認定之立法選擇，無疑便是一種社會性別之預設。此種預設，從該條例第四條第一項後段更顯明確，實際上已是圖窮匕見。

### （三）立法者歧視原意本質上構成違憲

這種立法者於立法程序中所顯露出對於特定族群之歧視或偏見，已完全喪失立法程序之公正性，無論是直接歧視或間接歧視，均與憲法保障平等權之意旨根本牴觸，本質上即已構成違憲，即便適用寬鬆之審查標準，仍無法認定為合憲。因此，對於系爭規定從整體規範架構上可知，雖形式上並未以生理性別作為分類標準而形成差別待遇，然而實際上仍以生理性別及其所生之社會性別為立法選擇之預設立場，進而實質上形成差別待遇。是系爭規定本質上即應違反憲法第七條所保障之平等權而構成違憲。

多數意見以立法者於系爭規定以外，於祭祀公業條例第四條第一項後段規定，明文以生理性別作為認定派下員之分類標準，並形成差別待遇，雖有考量而以同條第二項及第三項減緩系爭規定及第四條第一項後段規定之差別待遇，實際上仍設有諸多限制，例如依第三項規定，女性繼承人得經派下現員三分之二以上書面同意，或經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過而成為派下員，試問：若派下員涉及派下權，而派下現員實際上均係男系子孫，是否真能同意女性成為派下員而「分享」其派下權？這是減緩還是進一步強化既有派下現員排拒女性成為派下員之性別歧視？

### 三、「文化傳統」作為歧視與差別待遇之理由？

即便以憲法第七條及本院歷來解釋之意旨，尚難推導出上述立法者歧視原意本質上即構成違憲之解釋方法與結論，回歸既有以生理性別為分類標準形成差別待遇之審查基準，本件解釋系爭規定及同條例第四條第一項後段、第二項及第三項，仍應適用嚴格或較嚴格之審查基準，則其差別待遇須追求重要的公共利益，其手段應符合最小侵害原則，而手段與目的間，須具有實質關聯。

#### （一）誰的文化傳統？

本件解釋多數意見雖然以「規約係設立人及其子孫所為私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予以尊重，以維護法秩序之安定」為由，實際上尊重私法自治而以規約依循傳統宗族觀念，無疑是一種文化傳統的說法



。以祭祀公業條例第一條所稱為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統之文化，系爭規定以規約認定派下員，無疑便是預設「僅」男系子孫得以「祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」。亦即，系爭規定所宣示的文化傳統，係一種已從根本上排除女性之一切可能，而將生理性別與社會性別之偏見與刻板印象，內化於這種文化傳統之中。換言之，多數意見所稱傳統之宗族觀念，究竟是「誰」的宗族觀念？這種文化傳統，究竟是以何人、何種標準所形成之文化傳統？當憲法面對這種文化傳統時，究竟應該予以完全尊重？還是應該回歸當代憲法秩序之中？憲法秩序又應如何介入文化傳統？是對立狀態而完全取代或居中協調？這涉及當代憲政主義與多元文化主義的論辯，需要進一步的研究與省思。但無論如何，本件解釋處理系爭規定，應該意識到這種論辯與衝突的可能性，而非雙手一攤，完全「尊重」。

從性別歧視與文化傳統兩者關係而言，絕大多數的文化傳統，都存在對於生理性別形成差別待遇，進一步內化成為一種社會性別而存在於社會規範與制度之中（註三）。除了對於個別女性因其生理性別而受到不合理的差別待遇，更進一步形成對於女性作為一種群體，因為社會性別而將這種不合理差別待遇，內化為一種制度或規範預設。本件解釋多數意見，何嘗不正是這一種文化內化的結果？尤有甚者，因為本件解釋多數意見之認定，所形成釋憲者對於這種內化於文化傳統之中的性別歧視，視若無睹，其所形成的後遺症，將非多數意見所樂見。

## （二）傳統習慣不足以作為法治國原則之例外

本件解釋對於祭祀公業規約所隱含性別歧視之傳統習慣，多數意見認為應予尊重，本席亦無法贊同。傳統文化作為一個國家、社會、族群所形成之基礎，固然應予尊重，但傳統習慣並非一概毫無保留予以尊重。我國民法開宗明義第一條即規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」同法第二條亦規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」是習慣之適用，在法律規範之後，自不得與法律之強制規定有所抵觸（民法第七十一條及第七十二條規定參照）；而所謂不背於公共秩序或善良風俗，除了習慣本身必須是一般社會普遍認同為善良者，此種善良與否之認定標準，亦應隨著社會變遷與時代發展而定。

例如本院早期於釋字第一二號解釋所認：「某甲收養某丙，同時以女妻之，此種將女抱男習慣，其相互間原無生理上之血統關係，自不受民法第九百八十三條之限制。」於釋字第三二號解釋中，則將習慣回歸民法規範，認：「本院釋字第十二號解釋所謂將女抱男之習慣，係指於收養同時以女妻之，而其間又無血統關係者而言。此項習慣實屬招贅行為，並非民法上之所謂收養，至被收養為子女後而另行與養父母之婚生子女結婚者，自應先行終止收養關係。」

又於釋字第三六五號中，本院亦以「民法第一千零八十九條：『對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之』」之規定，制定於憲法頒行前中華民國十九年，有其傳統文化習俗及當時社會環境之原因。惟因教育普及，男女接受教育之機會已趨均等，就業情況改變，婦女從事各種行業之機

會，與男性幾無軒輊，前述民法關於父母意思不一致時，由父行使之規定，其適用之結果，若父母雙方能互相忍讓，固無礙於父母之平等行使親權，否則，形成爭執時，未能兼顧母之立場，而授予父最後決定權，自與男女平等原則相違，亦與當前婦女於家庭生活中實際享有之地位並不相稱。」（粗體為本意見書所加）

本院延續對於傳統文化受時代變遷之解釋方法，於釋字第四五二號解釋中，亦以「民法第一千零零二條規定，妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。……不啻因性別暨該婚姻為嫁娶婚或招贅婚而於法律上為差別之規定，授與夫或贅夫之妻最後決定權。按人民有居住之自由，乃指人民有選擇其住所之自主權。住所乃決定各項法律效力之中心地，夫妻互負同居之義務，固為民法第一千零零一條前段所明定，惟民法並未強制規定自然人應設定住所，且未明定應以住所為夫妻履行同居義務之唯一處所。是夫妻履行同居義務之處所並不以住所為限。鑑諸現今教育普及，男女接受教育之機會均等，就業情況改變，男女從事各種行業之機會幾無軒輊，而夫妻各自就業之處所，未必相同，夫妻若感情和睦，能互相忍讓，時刻慮及他方配偶之需要，就住所之設定能妥協或折衷，而有所約定者固可，若夫或贅夫之妻拒不約定住所，則依民法第一千零零二條前段規定，他方配偶即須以其一方設定之住所為住所，未能兼顧他方選擇住所之權利及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比例原則尚有未符。」（粗體為本意見書所加）是以傳統習慣作為法律以生理性別為分類標準而為差別待遇，本院均以當代社會現狀而詮釋傳統習慣之正當性，絕非如本件解釋多數意見對於當代社會現狀視若無睹，對於傳統習慣如此心悅誠服。

目前我國當代社會現狀，已是迫不及待地朝向建立一個更符合性別正義的社會而邁進，不僅於憲法增修條文第十條第六項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」又我國近年來不僅在各項立法如性別平等教育法、性別工作平等法等法律，不斷強化對於性別平等之重視，於一〇〇年六月八日制定公布消除對婦女一切形式歧視公約施行法，正式將聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women，以下簡稱CEDAW公約）所揭示保障性別人權及促進性別平等之規定，認定具有國內法律之效力（上開施行法第二條規定參照）。CEDAW 公約第二條即明白規定：「締約各國譴責對婦女一切形式的歧視，協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策。為此目的，承擔：（a）男女平等的原則如尚未列入本國憲法或其他有關法律者，應將其列入，並以法律或其他適當方法，保證實現這項原則；……（c）為婦女確立與男子平等權利的法律保護，通過各國的主管法庭及其他公共機構，保證切實保護婦女不受任何歧視；……（e）採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視；（f）採取一切適當措施，包括制定法律，以修改或廢除構成對婦女歧視的現行法律、規章、習俗和慣例……。」（粗體為本意見書所加）同 CEDAW 公約第五條亦規定：「締約各國應採取一切適當措施：（a）改變男女的社會和文化行為模式，以消除基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型所產生的偏見、習俗和一切其他做法……。」（粗體為本意見書所加）由

此可見，基於生理或社會性別而為差別待遇之傳統習慣，本院應立於釋憲者之高度，衡酌當代社會現狀之發展，積極促進憲法第七條、憲法增修條文第十條第六項及 CEDAW 公約相關規定之意旨，對於系爭規定及其同項後段、同條第二項及第三項規定予以嚴謹審查，並提出符合憲法意旨之規範方向，尤其於行政機關與立法機關業已意識到系爭規定及其同項後段、同條第二項及第三項規定之不妥之處，紛紛提出修法（註四），本院若未能雪中送炭，至少亦可錦上添花，豈可予以踩煞車而默認違憲法律狀態之繼續存在？

#### 四、本件解釋解釋標的抵觸憲法第七條規定，應屬違憲

綜上所述，本席認為：

##### （一）本件解釋解釋標的存在間接與直接歧視

系爭規定構成間接歧視，該條例第四條第一項後段、第二項及第三項規定，則明定系爭條例施行前之祭祀公業規約，如僅以男系子孫為派下員，或於無規約或規約未規定者，逕以設立人及其男系子孫（含養子）為派下員，或派下員無男系子孫，其女子未出嫁，或派下女子、養女，具備一定條件下，始得為派下員，形成以派下員之生理性別為分類標準，於得否為派下員繼承派下權而為差別待遇。基於生理性別原則上非屬人力所得控制之生理狀態，又受社會文化依據生理性別繼以型塑個人與集體行為規範而形成社會性別。是以因生理或社會性別為分類標準所為之差別待遇，原則上為憲法第七條所禁止，僅於特殊例外之情形，例如基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同（本院釋字第三六五號解釋參照），方為憲法之所許；此種特殊例外之情形，須該差別待遇所追求之目的為極重要之公共利益，所採差別待遇之手段，對人民權利之限制為最小侵害，而與目的間有緊密關聯者，方符合平等原則之意旨。

##### （二）本件解釋解釋標的不具極重要之政府利益

系爭規定以施行前已存在之祭祀公業，其派下員原則上依規約定之；無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫，其目的在於尊重祭祀公業宗祧繼承之傳統習慣，若以祭祀公業設立時起追溯納入女性得為派下員，將造成祭祀公業繼承系統表無法完整列製之困境而影響申報清理，同時破壞原有之權利分配，反增加司法爭訟（註五）。惟尊重祭祀公業宗祧繼承之傳統習慣，雖屬正當之公共利益，然祭祀公業既為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統，即不因生理性別之不同而影響其設立之目的；抑且，任何法律變動，均有法律安定性之考量，然祭祀公業條例制定後，有關派下權之繼承與派下員之資格認定，自以法律生效後之相關規定為之，該條例施行前已存在之規約，自應依據法律加以調整，並未破壞原有權利之分配，其繼承系統表自應依據法律規定加以重新列製，自無因無法完整列製，或為避免權利重新認定之困難，而逕以規約、或於無規約或規約未規定時，無視憲法保

障平等權與財產權之意旨，逕以男系子孫為派下員。又若基於上開目的，該條例第四條第二項又豈有規定派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員，以及派下之女子、養女，須具備一定條件始得為派下員之情形。是系爭規定及同項後段、同條第二項及第三項規定，所追求之尊重傳統習慣及申報清理等行政程序之便利或避免增加司法爭訟者，均非極重要之公共利益，而與憲法第七條之意旨不符。

（三）本件解釋解釋標的手段並非最小侵害，與目的間不具緊密關聯性

又系爭規定及同項後段、同條第二項及第三項規定，以規約認定派下員，或於無規約、規約未規定時，逕以男系子孫為派下員，且僅於無男系子孫而女子未出嫁者，始得為派下員，或派下女子、養子須得其他派下員多數同意始得為之，其所為差別待遇之手段，一方面反映對於生理性別在宗祧傳統上之固有印象，進而強化社會對於生理性別之固有印象與性別偏見，形成不公平之差別待遇及次等公民之地位，使女子派下權繼承之財產權，將因此受到完全剝奪，或受有一定條件之限制，尚非對於人民財產權侵害最小之手段；另一方面，依規約所生之派下員，亦有女性之可能，或女性依該條例第四條第二項及第三項亦有為派下員之可能，同時，依據該條例第五條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」若此時祭祀公業並無規約，或規約僅限男系子孫為派下員，則於繼承事實發生時向主管機關申報備查，即與系爭規定所定依規約之情形不合，而有違體系正義。從而系爭規定及同項後段、同條第二項及第三項規定以生理及社會性別為分類標準，其所為差別待遇之手段，與達成宗祧繼承之傳統習慣、避免行政手續複雜或增加司法爭訟之目的間，並不具有緊密關聯性。

\*\*\*

一九七八年，錢賓四先生於香港中文大學演講提到：「大部分的人不能認識時代，只能追隨時代，只能跟從時代。這一種追隨時代、跟從時代往前跑的，只是一般的群眾。照我們中國人的講法，一種『流俗』。每一個時代應該有它的理想—理想所需要的人物，理想所需要的學術，理想所需要的事業。那麼不認識這個時代，就不能配合這個時代的理想的標準。因此，生活在現時代，並不是要追隨時代的一種流俗，而是要有能領導時代的人物、學術、事業。」（註六）本件解釋多數意見未能體察當代平等權保障之趨勢，領導這個時代的理想，甚至是成為錢先生所說的流俗，誠然令人遺憾；然而作

為釋憲者，多數意見未能善盡解釋憲法之職責，須知「臥榻之側，豈容他人鼾睡？」對於釋憲者之自我期許，雖不敢誇言能成為錢先生所說的領導時代，但至少須認識這個時代，認識當代所處社會的理想，已經是積極促進性別平等而力有未逮，又豈能如此懼於跨出釋憲者的腳步？本席只能期待，本件解釋多數意見如此隱晦的憲法理念，足以傳達給國家各機關及全國人民，持續加快腳步，以邁向一個更能符合性別正義的社會而前進。

註一：內政部中華民國 97 年 12 月 10 日內授中民字第 0970732948 號函即以：「祭祀公業條例第 4 條意旨係規範已存在之祭祀公業其派下員應具備條件之原則及例外，第 5 條意旨係基於民法規定男女繼承權平等，規範本條例施行後之祭祀公業即不得再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利。祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，依法訂定規約，並報經受理機關備查有案，其規約內容如與祭祀公業條例第 4 條規定不一時，優先適用規約規定辦理。祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，依法訂定規約，並報經受理機關備查有案，其規約內容如與祭祀公業條例第 5 條規定不一時，除應優先適用條例規定辦理外，並請變更其規約。」

註二：內政部中華民國 98 年 1 月 8 日內授中民字第 0970037208 號函參照。

註三：See Susan Moller Okin, Is Multiculturalism Bad for Women?, in IS

MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN? 9-24, at 12 (Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., 1999).

註四：有關祭祀公業條例第 4 條規定，目前有行政院版（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、政府提案第 15037 號，103 年 9 月 10 日）、立法委員林岱樺等 18 人（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、委員提案第 13104 號，101 年 4 月 11 日）、劉建國等 16 人（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、委員提案第 14745 號，102 年 3 月 20 日）及盧秀燕等 30 人（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、委員提案第 15681 號，102 年 11 月 27 日）提出之 4 個修正草案於立法院審議中（立法院第 8 屆第 6 會期內政委員會第 24 次全體委員會紀錄，103 年 12 月 1 日，《立法院公報》，第 103 卷第 86 期，103 年 12 月 18 日，頁 69，100-101，107-108，133-136，139-142）。

註五：內政部中華民國 101 年 8 月 16 日內授中民字第 1015036552 號函參照。

註六：錢賓四先生主講、楊遠記錄，〈從中國歷史來談中國民族性及中國文化〉，《新亞生活月刊》，第 6 卷第 3 期，香港中文大學新亞書院，1978 年 11 月 15 日，第 1 頁。

## 不同意見書

大法官 羅昌發 提出

本件除涉及國家應如何積極消除歧視女性之傳統習俗外，亦有關如何適當權衡與平衡性別平等權、女系子孫之財產權及其參與祭祀公業運作之權、祭祀公業設立人財產處分權、祭祀公業設立人及派下員之結社權、私法自治（契約自由）、法律不溯及既往、法秩序安定等人民基本權利、憲法價值與公共利益間之衝突。多數意見權衡各項權利與公共利益之結果，認為祭祀公業條例（下稱本條例）第四條第一項前段規定並未違背憲法保障性別平等意旨。本席對其結論與權衡方式均難同意；爰提出本不同意見書。

### 壹、本條例相關規定所涉歧視女性之情形

#### 一、本條例第四條第一項前段規定對女性之歧視：

- （一）本條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」多數意見認為，此規定「並未以性別為認定派下員之標準」（見解釋文），但「因相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇」（本號解釋理由書第二段）。
- （二）本席同意本條例第四條第一項前段之規定最少已經構成實質上差別待遇之結果。在認定有無憲法禁止之差別待遇時，確實不應單純以形式上觀察，否則無法正確釐清雖無「形式上差別待遇」（formal discrimination）或「直接歧視」（direct discrimination），但因法規之適用而產生「實質差別待遇」（substantive discrimination）或「間接歧視」（indirect discrimination）結果之可非難性。本條例第四條第一項前段表面上雖無歧視之文義，然我國社會以男性作為祭祀祖先主體之傳統宗族觀念根深蒂固，導致大多數祭祀公業規約均限定以男性為派下員；此種傳統已形成對女性之「結構性歧視」（structural discrimination）或「系統性歧視」（systemic discrimination）。本條例第四條第一項前段係在立法者認知祭祀公業傳統上

存有系統性歧視情形下，仍規定「派下員依規約定之」，故係以法律規定保障系統性歧視之傳統，而非屬無歧視之中性條文。其規定已超乎「間接歧視」之情形，而極為接近形式上之差別待遇或直接歧視。

## 二、本條例第四條第一項前段規定與第五條之關係及歧視效果之緩和：

- (一) 本條例第五條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」其規定不分性別，凡依法有繼承權且願意共同承擔祭祀者，均得為派下員。符合性別平等之要求。然其規定與本條例第四條第一項前段之關係，仍有釐清之必要。
- (二) 本條例第四條第一項前段「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」之文字，並未限定其適用之時間範圍；換言之，該規定有可能解釋為「本條例施行前已存在之祭祀公業，『縱在本條例施行後發生繼承之事實，』其派下員依規約定之」。倘如此解釋，則此規定與本條例第五條規定有明顯衝突；蓋後者應得合理解釋為「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，『不問祭祀公業是否為本條例施行前已存者，亦不問其規約是否有相反規定，』其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員」。
- (三) 本席認為，應基於「合憲性解釋」，以本條例第五條為第四條第一項前段之例外規定；亦即在本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，不問祭祀公業是否為本條例施行前已存在，且不問其規約是否有相反規定，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。採此「合憲性解釋」方式，始能使該二規定適用上較符合性別平等之原則。
- (四) 然縱使如此解釋，本條例第四條第一項前段，仍有性別歧視之內涵。其一，本條例第五條並未處理「本條例施行前，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員已發生繼承事實時」之情形。故就此種情形，其派下權之認定仍依本條例第四條第一項前段之規定；而仍有前述歧視之結果。其二，本條例第五條僅處理祭祀公業財產繼承之層面，而未處理與祭祀公業有關之其他權利（如女系子孫參與結社及祭祀之權；後述）；就此部分，依本條例第四條之規定，仍生對女性歧視之結果。

## 三、本條例第四條第一項後段對女性之直接歧視：本條例第四條第一項後段所規定「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）」，直接明文排除女系子孫作為派下員。其對女性歧視情形，與該條項前段相較，有過之而無不及。多數意見未以有重要關聯為由，將本條例第四條第一項後段亦列為審查客體，而僅以之納為要求立法者檢討改進之對象，殊為可惜。

## 四、本條例第四條第一項前段規定與該項後段、第二項及第三項之關係及歧視效果之緩和：

- (一) 本條例第四條第一項後段規定：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」同條第二項規定：「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。」第三項規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」此等規定對女性之歧視及其與本條例第四條第一項之關係，亦有釐清之必要。
- (二) 本條例第四條第一項前段與後段分別規定「有規約」與「無規約或規約未規定

」兩種相對情形。而同條第二項及第三項與第一項之關係有兩種可能。第一種可能，為依體系解釋，認為本條例第二項與第三項屬於第一項（包括前段與後段）之例外；亦即，不論有無規約，在有第二項（「派下員無男系子孫，其女子未出嫁」或「該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓」）或第三項（派下之女子、養女、贅婿等有該項所列情形之一者）等情形，均例外使女子、養子、贅婿得為派下員。第二種可能，為依文義解釋，認為本條例第二項與第三項在文義上係接續第一項後段，故係在補充第一項後段有關「無規約或規約未規定」之情形；而不適用於「有規約」之情形，蓋有規約之情形本應依本條例第一項前段依規約定之。

（三）本席認為第一種解釋（亦即不問有無規約，於符合本條例第二項或第三項要件時，均得依該等規定認定派下員）較符合「合憲性解釋」之意旨；蓋在此解釋下，本條例第二項與第三項規定，有緩和第一項前段所產生之性別歧視效果，使第二項與第三項所規定特定情形下之女子等，得為派下員。多數意見亦認為此二項之規定，「已有減緩差別待遇之考量」（見本號解釋理由書第三段）；本席敬表同意。

（四）惟本席仍應指出，本條例第四條第二項與第三項雖可緩和對女性不利之差別待遇，然其所設各項條件十分嚴格（包括第二項之「派下員無男系子孫」且須「女子未出嫁」及第三項之經派下員若干比例之同意等要件）。在派下員有男系子孫之情形，女性仍受直接而明顯之歧視（此已屬直接歧視，而非間接歧視）。

## 貳、本件涉及之憲法上權利與原則

### 一、女系子孫之財產權、結社權與憲法第二十二條所保障之權利受侵害：

（一）派下權包括「財產權」及「身分權」：本條例第三條第五款將派下權定義為：「祭祀公業或祭祀公業法人所屬派下員之權利。」在本條例制定前，派下權之內涵包括得參與祭祀公業運作之「身分權」，以及得為祭祀公業財產共同共有人（註一）與得享受祭祀公業解散後財產分配之「財產權」。在本條例制定且依之清理祭祀公業後，祭祀公業財產可能依法定程序成立「祭祀公業法人」、「財團法人」或將財產所有權「變更登記為派下員分別共有或個別所有」（本條例第五十條參照）；此時派下權仍包括得參與祭祀公業運作之「身分權」，以及可能於祭祀公業法人解散及清算後分配贖餘財產（本條例第四十八條第一項第三款參照）與登記共有或個別所有（本條例第五十條第一項第三款參照）之「財產權」。本條例之歧視性規定，自構成對女系子孫之財產權及身分權之侵害。

（二）派下權之「身分權」內涵：本席雖以「身分權」描述派下權之非財產權層面，然其非指因民法親屬關係所產生之身分權。而係包括依本條例成立祭祀公業法人之前，派下員得參與祭祀公業運作，以及在依本條例成立祭祀公業法人後，派下員得參與該法人運作之權。此項權利之性質，屬憲法第十四條所規定之結社自由。另派下權亦包括享有祭祀祖先之特定身分。此項身分，則應屬於憲法第二十二條所規定之「其他自由權利」。

### 二、女系子孫之平等權亦受侵害：

（一）憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」並未對女性之歧視之概念有進一步界定。消除對婦女一切

形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women；簡稱 CEDAW）之定義，應有助於瞭解憲法第七條所規定「無分男女……，在法律上一律平等」之具體涵義。CEDAW 第一條規定：「為本公約之目的，『對婦女之歧視』一詞指基於性別所為，在效果或目的上，有減損或剝奪已婚或未婚婦女應受肯認或應享有或應得行使之政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面之人權與基本自由之任何區別、排除或限制。」（註二）本條例第四條前段及後段規定在「效果上」構成有「減損或剝奪」女系子孫應享有之經濟權利（財產權）、社會權利（參與祭祀祖先）、公民權利（結社自由）之「區別、排除或限制」。故應認本條例第四條前段及後段，構成對女系子孫憲法第七條權利之侵害。本條例第四條所規定之差別待遇雖因祭祀公業之規約而起，然法律對此種系統性及結構性之歧視給予保障，應屬法律本身違反憲法第七條保護性別平等之意旨。

（二）憲法第七條之性別平等及憲法增修條文第十條第六項之關係：

1. 憲法增修條文第十條第六項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」此係要求國家採行措施，以積極促進性別之實質平等。國家此項義務屬於積極漸進之性質；雖非能立刻消除社會上普遍存在對女性之歧視情形，但須積極並逐步促其實現。
2. 上述憲法增修條文規定所要求之「消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，應可藉由 CEDAW 第二條及第五條規定之意旨予以理解。CEDAW 第二條規定：「締約各國譴責對婦女一切形式之歧視，並同意尋求一切適當方式，且立即採行政策，以消除對婦女之歧視。為此目的，締約各國承諾：……（e）採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女之歧視；（f）採取包括制定法律在內之一切適當措施，以修改或廢止構成對婦女歧視之現行法律、規則、習俗與慣行……。」（註三）CEDAW 第五條規定：「締約各國應採取一切適當措施：（a）改變以男女為區別之社會與文化行為模式，以消除基於性別而分尊卑之觀念或基於男女之角色定型，所產生的偏見、習俗與一切其他慣行；……。」（註四）在憲法增修條文前揭規定下，國家之責任並不限於消極地避免以法令或國家權力歧視女性；亦應積極地消除對女性具有歧視目的或效果及其對女性角色定型之偏見、習俗與慣行。以本件而言，女系子孫遭規約結構性及系統性地排除作為派下員之資格，雖為民間習俗或慣行，然其顯具有歧視目的與效果，且產生對女性作為派下員及擔任祭祀者角色定位之偏見，國家自有積極義務予以消弭。
3. 憲法第七條係要求國家不得以法令歧視女性。依憲法增修條文第十條第六項規定，國家有消除歧視之作為義務。兩者適用上有重疊之處。就本件情形而言，由於本條例承認或維護普遍存在且系統性歧視女系子孫之習俗，不啻為國家以法令歧視女性，故應有憲法第七條之適用；而國家又有積極消弭具有歧視目的與效果且對女性角色定位存在偏見之民間習俗或慣行之義務。是就本件情形而言，國家有雙重之憲法上義務；而不應認為本件因屬憲法增修條文第十條第六項所規定之範圍，故不適用憲法第七條之規定。

三、祭祀公業設立人及派下員財產處分權、結社自由、私法自治及憲法第二十二條下之其他自由權利：



- (一) 多數意見認為「該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行爲，基於私法自治，原則上應予尊重」（見解釋文）。
- (二) 本席固同意規約之訂定與祭祀公業之設立，涉及設立人之財產處分自由及私法自治（契約自由）；而設立人設立祭祀公業行爲、派下員參與祭祀公業運作與祭祀活動，亦屬結社自由及憲法第二十二條所應保障其他自由權利之範圍。然如前所述，如規約限於男系子孫始得擔任派下員，則此種對女性具有歧視目的及效果，且基於對女性定型角色之偏見、習俗與慣行，本為國家應以法律或其他適當方式消除之對象。故在權衡相關權利與公益以認定是否違背平等原則時（後述），應認此種歧視女性之財產處分自由、結社自由等，無賦予憲法保障之價值。多數意見未能區分其是否屬於國家應予消弭之歧視慣行，而認原則上應予以尊重；本席無法認同。
- (三) 另在無規約或規約未規定女系子孫擔任派下員資格之情形，並不涉及財產處分自由、私法自治或結社權之疑慮。蓋設立人既未立規約或未在規約中規定以男系子孫為派下員，則法律如要求祭祀公業應許女系子孫有相同之權利作為派下員，並享有派下員各項權利，此與設立人之處分財產與私法自治之意旨並無違背，自無涉設立人之財產處分自由或其契約自由，或設立人及派下員之結社自由及憲法第二十二條下之其他自由權利。

#### 四、法律不溯及既往、法安定性及既有法律秩序保障：

- (一) 多數意見強調「維護法秩序之安定」及「法律不溯及既往原則」（見本號解釋文及理由書第二段）。本席認為，此確為本件真正困難之處。蓋如宣告本條例第四條規定違憲，而應溯及至憲法在臺施行之時開始即應嚴守兩性平等原則，以決定派下員之資格及其所應享之財產權，則將影響數以千計之祭祀公業；且將因年代久遠、資料殘缺而造成難以妥適認定派下員之情形，並可能造成無數之爭議或訴訟。
- (二) 惟本席認為，國家既有義務採行一切適當措施以積極消弭對女性歧視之傳統習俗，故憲法第七條之性別平等權，應賦予較高保護；是消除對女性之歧視應優先於傳統習俗及法秩序安定等考量。更何況立法者並非不得設置適當之機制，合理解決因兩性平等原則溯及適用於有、無規約之情形，並緩和對法秩序衝擊之疑慮。例如，制定女系子孫回復請求權之適當程序與時效、要求相關機關（如戶政機關）積極協助釐清子孫系統（此亦應為憲法增修條文第十條第六項對國家所要求之積極義務）等，均為立法者得考量之方向。

#### 、所涉憲法權利與原則之權衡

- (一) 本件核心問題為本條例第四條有無違背憲法第七條平等權保障之意旨。本席曾多次在本院以往解釋中所提出之意見書中說明，審查法令有無違背憲法第七條平等權時，仍應依憲法第二十三條予以檢視。亦即應先確認有無「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」之情形；如符合此等情形，則應進一步依憲法第二十三條所規定「必要」之要件，衡量與平衡各種相關因素，包括某種規範「所欲防止妨礙的他人自由」、「所欲避免的緊急危難」、「所欲維持的社會秩序」或「所欲增進的公共利益」的相對重要性、該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。並進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」之措施存在。多數意見僅以立法者有無恣意作為審查本條例第四條差別待

遇之標準（見本號解釋理由書第二段），本席認為有斟酌餘地。

（二）如前所述，本條例第四條確有「維護法秩序之安定」之公益目的；然祭祀公業所涉及設立人及派下員財產處分權、契約自由及結社自由等，如具歧視女性之內涵，則無憲法保護價值。女性在憲法第七條下受性別平等之保護價值與重要性則相對較高。且立法者亦非不得設置適當之機制，以調和法秩序安定與兩性平等之積極確保與促進，故本席認為，本條例第四條各項與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，且逾越憲法第二十三條之必要程度。立法者自應積極迅速制定符合性別平等之相關規定與機制，導正其歧視女性之效果。

註一：本院釋字第六六三號解釋亦認為祭祀公業財產屬於公同共有財產。見該號解釋理由書第二段。

註二：“For the purposes of the present Convention, the term ‘discrimination against women’ shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.”

註三：“States Parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women and, to this end, undertake:…… (e) To take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise; (f) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women; ……”

註四：“States Parties shall take all appropriate measures: (a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women;……”

#### 【編按：以下照錄釋憲聲請書原文】

抄呂碧蓮、呂家昇釋憲聲請書

為聲請釋憲事：

一、聲請釋憲之主旨：

祭祀公業雖係地方習慣，仍不得違反憲法第七條男女平權之原則，其未經全體派下員同意所訂立欠管理章程，限制死亡派下員所遺派下權財產，女系子孫不得繼承，違反該規定，該違反部分之規定無效，各級審判法院不得援用。

二、聲請釋憲之理由：

- (一)「人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令，發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法」；司法院大法官會議法第四條第一項第二款著有明文。
- (二)「確定判決消極的不適用法規，顯然影響裁判者，自屬民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所定適用法規顯有錯誤之範圍，應許當事人對之提起再審之訴，以貫徹憲法保障人民權益之本旨。」最高法院釋字第 177 號亦解釋在案，至於所稱確定判決消極的不適用法規，涉有疑義，該確定判決之當事人，非不可依上列規定聲請釋憲。
- (三)本事件聲請釋憲之確定判決為台灣高等法院 97 年上字第 617 號及最高法院 99 年台上字第 963 號民事判決。
- (四)上列判決消極的不適用憲法第七條男女平權之規定，顯然影響於裁判，所謂是否消極的不適用憲法第七條，以致影響裁判，涉有疑義，聲請人為該確定判決當事人，非不可依上規定聲請釋憲。
- (五)該確定判決之二審判決之理由稱：「上訴人主張：呂進榮為使上訴人繼承本家宗祧，故令上訴人呂碧蓮招贅夫，生子從母姓，且呂進榮自 75 年起由呂碧蓮扶養，呂進榮死亡後，亦由上訴人呂碧蓮負責喪葬事宜、供奉其神主牌，呂進榮之墓碑亦鐫刻「陽三大房（包括上訴人呂家昇）立石」字樣，上訴人自得繼承呂進榮之派下權云云，並提出照片、墓地使用許可證、埋葬許可證、繳款書為證（原審卷第 127、184、208 至 210 頁；本院卷 2 第 108、327、328 頁；卷 3 第 5、23、24、102、103 頁）。惟查該公業經登記在案派下員 49 名中之呂芳契等 44 名訂立，未登記在案派下員全未參與訂立之管理章程第 4 條排除女系直屬有權繼承人得繼承派下權，且並無以派下員之女系直屬有權繼承人有扶養、埋葬派下員及事實上承繼該派下員宗祧之事實，例外得繼承派下權之規定。則縱令上訴人有扶養、埋葬呂進榮，及承繼呂進榮宗祧之事實，依上開規定，上訴人仍無從主張繼承呂進榮派下權，故上訴人此部分主張亦非可採。」云云，排斥女子繼承人，使不得享有祭祀公業派下權，明顯違反憲法第七條之規定。
- (六)最高法院上列判決理由稱：「經核於法並無違誤」（正本第 3 頁倒數第 4 行），消極的不適用憲法第七條，以糾正二審判決之違法，亦有消極的不適用憲法第七條男女平權之規定，以致上列二審判決違法，顯然影響於裁判，最高法院該項核定亦係違反憲法第七條。
- (七)祭祀公業呂萬春制定之管理章程其第四條違反憲法第七條，該違法部分各級審判法院，不得授用，說明如下：
- (1)祭祀公業派下員之權利義務，為全體派下員一致同意之規約，無規約者，新訂規約，應依內政部 70.4.3 台內地字第 11987 號制頒之祭祀公業土地清理要點第 12 點規定，祭祀公業派下權之繼承依規約定之；同要點第 14 點規定，祭祀公業無原始規約，所補訂之規約，應經全體派下員之同意。本公業無原始規約，亦未經全體派下員同意補訂規約，該審判引用未經全體派下員一致同意訂立之管理章程第四條為派下權繼承得喪之依據，所規定女子無宗祠繼承權，而認定聲請人為女系子孫無派下權權益分配全請求權，違反憲法第七條男女平權之規定。
  - (2)該管理章程不具規約之效力，蓋該管理章程僅由登記在案派下員 49 名中之

呂芳契等 44 名簽訂，未登記在案派下員均未參與，呂進榮係未登記之派下員，該管理章程僅有管理方面之效力，而不得規範派下權權益分配金繼承權之得喪，該判決認係公業規約，引用第四條女子無權之規定，違反憲法第七條。

- (3) 人民祭祀公業派下財產權之分配，為人民權利、義務事項，依中央法規標準法之規定，應以法律定之，該管理章程為部分派下員限制死亡派下員多數繼承人而規定公推男子派下員為代表派下員，該規定歧視女子，認女子無宗祠繼承權，而不得享有派下權益分配金之分配權，違反憲法第七條男女平權之規定，其為違憲之判決。

三、謹此聲請釋憲，隨文附呈該判決之證物及各審判決書（略），仰企維護女權為適當之釋憲。

謹 呈  
司 法 院

聲請人：呂 碧 蓮  
呂 家 昇

中 華 民 國 99 年 8 月 24 日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（一）

為提出釋憲補充理由書事：

- 一、憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」
- 二、最高法院 70 年度第 22 次民庭決議稱：「祭祀公業之繼承，依從習慣，係以享有派下權之男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫向無派下權，即不得繼承祭祀公業財產（參照司法院字第六四七號解釋），故民法所定一般遺產之繼承，於祭祀公業財產之繼承，不能為全部之適用。」
- 三、近日報載最高法院民刑總會之決議有判例之效力，各級法院應受其決議之拘束，聲請人提出之民事訴訟案號為板橋地院 97 年訴字第 18 號，台灣高等法院 97 年上字第 617 號，最高法院 99 年台上字第 963 號，均主張聲請人依最高法院 70 年度第 22 次民庭決議為奉祀本家祖先之女子及生子從母姓，均有祭祀公業繼承權，該判決採取該決議所採乙說前段認定相對人有繼承權，理應依該決議後段確認聲請人雖為女子，但係奉祀本家祖先及招夫生子從母姓亦有祭祀公業繼承權，但該判決漠視該決議，所稱奉祀本家祖先之女子及招夫生子從母姓亦有派下繼承權，只採取該決議乙說前段之男子繼承權，而漠視後段所稱奉祀本家祖先之女子之繼承權，作成違反憲法第七條男女平權之違法判決，剝奪聲請人應享之繼承權，顯係歧視女子，破壞男女平權之憲法精神，敬請調取該卷證為違憲之審查。
- 四、顯見我國法制上以男女平權為立法原則。
- 五、中央法規標準法第五條第二款規定，人民權利義務之得喪，為法律事項，應以法律定之。
- 六、內政部祭祀公業土地清理要點規定，祭祀公業訂有原始規約者，派下繼承權依規約定之，如無原始規約，則應由全體派下員一致同意訂定新規約。

七、原判決以本公業管理章程第四條規定女系子孫無上項繼承權，但該條係規定死亡派下員有多數繼承人時，應公推 1 人爲派下員代表，並未限制其他公推派下權之繼承人因公推而喪失原本之繼承權，不過依此情形應由公推之派下員代表，代表全體派下權繼承人行使權利，且第 4 條對女系子孫派下權之繼承權未加限制，不過規定一般女子依政府法令之規定無宗祠繼承權者無繼承權，至於依上民庭決議有派下權繼承權之非一般女子，仍有該項繼承權。

八、綜上以觀，凡依民庭決議乙說，有繼承權，仍非不得繼承。

謹 呈  
司 法 院

聲請人：呂 碧 蓮  
呂 家 昇

中 華 民 國 99 年 9 月 9 日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（二）

爲提出釋憲補充理由書事：

一、按最高法院民事案件審理牛步化，爲眾所周知眾所詬病之事，每一民事案件，高等法院送卷之後，最高法院之宣判，長者費時三年二年，短者費時一年半載，而本事件台灣高等法院於 99 年 4 月 7 日送卷最高法院，而最高法院迅即於 99 年 5 月 27 日宣示判決，自收卷至判決共歷時 50 天，既非三年五年，亦無須一年半載，最高法院審理本案迅如晴空火箭，效力之高，判決之速，令人咋舌，嘆爲觀止，其中是否因涉及被上訴人重大金錢利益，令人生合理之懷疑。

二、本件送卷至宣判前後歷時 50 天，而本件證據自上證訴至上證犯，內容複雜，最高法院法官五人傳閱斟酌，絕非 50 日可以畢其功，而本件被繼承人呂進榮之祭典金，因爲子女爭奪不休，經該公業保留於帳戶者達新台幣二千八百餘萬元，有該公業呈庭之 97 年 8 月 1 日民事陳報狀附件 2 公業存款存摺影本可證（詳附件），二審法官深知被上訴人一旦勝訴，立刻可領 28、527、300 元，最高法院以 50 日之短促時間，作成如此利益重大判決，時間之快速，效率之超過，以及事涉二千八百餘萬元之訴訟利益，其公然挑戰違背憲法第七條男、女平權之時代潮流，法律規定，瓜田李下，當然會使老百姓在合理懷疑之下，興起無限之遐想。

三、謹補充釋憲理由附具公業帳冊影本一份（略）。

謹 呈  
司 法 院

聲請人：呂 碧 蓮  
呂 家 昇

中 華 民 國 99 年 9 月 29 日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（三）

一、「法官不語」在法庭以外，法官不得從事非訴訟之行爲，爲何別案如此，本案則否？

二、本件訴訟利益玖仟餘萬元，近程利益貳仟捌佰餘萬元，因爲呂進榮公派下繼承權爭執未決，其祭典費（即權益分配金）貳仟捌佰餘萬元被公業扣留保存，待爭執

解決後依法處理，如果呂學川勝訴，即領此款，卷證資料記載甚詳，且係二審核定命呂碧蓮補繳裁判費佰餘萬元。涉及重大利益迴避，承審法官豈有不知之理？為何要打電話給律師轉請本人撤回訴訟？

三、本件二審駁回呂碧蓮變更之訴，承辦法官於呂碧蓮抗告後，立即電話訴代，勸諭訴代請呂碧蓮等撤回抗告及上訴，可以退費捌拾餘萬元裁判費，回鍋一審再打貳仟捌佰餘萬元新官司，訴代轉告呂碧蓮後，對造呂學川立刻向公業請求領款，呂碧蓮恐因此事使訴代得罪法官，日後律師必不好過，所以用訴狀向法官表明此事與訴代完全無關，有該報告狀在卷為證。

四、此後開庭，年已 80 多歲執業半世記之訴代律師，在法庭上受該法官公開羞辱，並責罵訴代連權利、義務都不懂云云；法官此項程序外進行之非訴訟行為，且以電話行之，訴訟上無此必要。本人尊重法律，尊敬法官，但別案不會發生此事，何以獨獨發生在本案之上？

謹 呈

司 法 院

聲請人：呂 碧 蓮

呂 家 昇

中 華 民 國 99 年 11 月 3 日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（四）

一、該確定判決稱祭祀公業呂萬春死亡派下權人呂進榮，已有親生子呂學川，繼承其派下權，其長女呂碧蓮雖然：「招夫王有坤，生子呂家昇從母姓，呂進榮生前指定呂家昇為其男系子孫第三房，與長房學山（學山逝於民國 90 年，父進榮逝於民國 89 年）二房學川，合稱陽男三大房，於其妻墓碑鐫刻陽三大房立石，進榮公逝後，學山、學川及家昇共立墓碑亦鐫刻陽三大房立石，以示家昇雖為贅婚王有坤所生，但不從父姓王而從母姓呂，且出於進榮公之指示，則進榮公已視家昇與學山、學川為其宗桃男系共同繼承人」該判決以上列情事，不足排除祭祀公業繼承人限於男子，女子無繼承權之習慣，並未說明其依據，仍認女子不得為祭祀公業繼承人，重男輕女，違反憲法第七條：「中華民國人民，無分男女，宗教，種族，階級，黨派，在法律上一律平等」所昭示男女平權之憲政原則。則該確定判決，違背憲法男女平權之規定，妄認為男女平權之憲法原則不及於祭祀公業，並未說明其依據。

二、憲法第七條「男女平權」之規定，不論法律、法規及涉及人民基本權利之習慣，在憲法明文上均無排除在外之但書規定，則涉及人民基本權利所謂男女不平等之習慣，若抵觸憲法第七條，該習慣仍非有效。

三、最高法院民事庭諸法官於祭祀公業繼承權，應適用一般民法男女平等繼承之原則，抑或適用習慣，凡生子從母姓之女子，均有該繼承權，但未嫁女子則否，而有甲說（前段）、乙說（後段）之爭，經議決採取乙說，凡奉祀本家祖先，生子從母姓之女子，亦有祭祀公業繼承權，此有最高法院 70 年度第 22 次民庭決議錄附後為證。則呂碧蓮奉父命不出嫁，招夫王有坤，生子呂家昇，從母姓，亦有繼承權甚明。

四、從而該判決違反憲法第七條及上列民庭決議，認呂進榮已有男子繼承，呂碧蓮無繼承權，顯然違反憲法第七條及上列民庭決議。

五、習慣違反憲法第七條男女平權之原則，該習慣應為無效，法律，政令，各審民事判決及習慣，違反此原則者亦均為無效，憲法既無例外之規定，當然如此解釋，審判機關不得為違憲之造法。

六、況且本事件二審中，承辦法官一再要求申請人撤回上訴，勸告領回二審裁判費 80 萬元，回頭一審，再打 1400 萬元官司，或透過律師轉達，或於開庭時當面曉諭，但為申請人所拒絕，其行為違背法官之常規，可見本件之違憲判決，並非見解不同，恐係出於事實審之故意違法。

七、附：民庭決議乙份（略）。

謹 呈  
司 法 院

聲請人：呂 碧 蓮  
呂 家 昇

中 華 民 國 99 年 11 月 17 日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（五）

一、原確定判決以本公業管理章程第 4 條規定：「死亡派下員之繼承人有多數者，應公推 1 人為代表派下員，代表全體對公業行使權利；聲請人呂碧蓮為女子無此繼承權」云云，顯然違背憲法第 7 條男女平權之規定及立憲之精神；該確定判決，應為無效；蓋：

（一）被繼承人呂進榮於榮總病危通知時，因呂碧蓮與呂進榮共住二樓，上下不便，因此通知呂學川，請提供其一樓，以供呂進榮往生之所，但為呂學川拒絕，則呂學川對於其父呂進榮生不扶養，病不醫療，甚至拒絕提供病危往生之所，顯見呂學川對於呂進榮生前承認呂家昇為男系子孫第三房，立碑於其呂進榮夫妻，碑文之上，心存不滿，而生怨懟，其未盡義務反獨享權利，違背倫常、善良風俗、及憲法第 7 條規定之平等原則。

（二）憲法第 7 條所作男女平權之規定及精神；其效力優於一般法律、命令、習慣及法理。

（三）本公業管理章程第 4 條明文規定死亡派下員有多數繼承人時，應公推 1 人出面為代表派下員，並未規定受公推者以外之派下員，因公推而喪失派下繼承權，亦未限制一般女子以外之女子派下員繼承權，僅規定女子依法律規定無繼承權者，不得繼承派下權。

（四）習慣，無習慣依法理；女子之繼承已有憲法第 7 條之規定，原判決所謂習慣無適用之餘地。

（五）民法第 1114 條規定，父母子女互負扶養之義務及受扶養之權利，與憲法第 7 條男女平權之規定相符，自應比附援引適用於本事件。

二、謹具補充理由如上。

謹 狀  
司 法 院

聲請人：呂 碧 蓮  
呂 家 昇

中 華 民 國 99 年 12 月 31 日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（六）

為提出釋憲補充理由書事：

- 一、中華民國憲法第七條規定：「中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」大法官釋字第 211 號解釋稱：「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」故而憲法第七條所定之平等權為絕對的，而非相對的；若要抵制憲法第七條所定之平等權，必須法律授權主管機關斟酌具體案件事實上之差異，及立法之目的，而為合理之不同處置。
- 二、祭祀公業呂萬春以登記在案全體派下員 49 名（未登記在案之其他派下員未計在內）其中 44 名訂立之管理章程，當時公業派下員登記在案依章程記載有 49 名，而倡議訂約者只有 44 名，故而該管理章程非全體派下員意思表示一致，僅有 44 名出面簽訂，派下權人呂進榮係未登記在案之派下員，未參與簽訂，故而該章程，係 49 名派下員其中 44 名之契約，亦未經法律授權主管機關准予簽訂，故而該管理章程，違反憲法第七條之實質平等權，對於參與簽訂之 44 名以外已登記在案、及未登記在案之派下員均無效力，聲請人呂碧蓮係派下員呂進榮之長女奉父命招贅生子從母姓（呂家昇），而呂進榮自民國 75 年起至 89 年 8 月 2 日死亡之日止，均與呂碧蓮母子同住○○市○○街○○號○樓及○樓，受呂碧蓮母子之扶養，其生老病死，均由呂碧蓮母子為之照顧，民國 75 年，呂進榮妻呂許梅死亡，樹立墓碑，呂進榮原有大房呂學山、二房呂學川，另行指名呂家昇為其男系第三房子孫，而在呂許梅墓碑上刻男三大房立石，呂進榮 89 年死亡，大房呂學山、二房呂學川，均承認呂家昇係贅婚之子，從母姓呂，且經呂進榮生前指定為男系第三房，而由三人共同料理呂進榮之喪事，大房、二房亦承認呂進榮生前指示呂家昇為男系第三房，而在進榮墓碑鐫刻男三大房立石，以上事實有聲請人本案訴訟中提出之證物 34 件，而台灣高等法院及最高法院對此證物均視而無睹。
- 三、況且管理章程第四條係規定：「登記在案派下員亡故時，其直屬有權繼承人公推一名為代表，繼任為派下員；」「唯依政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權。」其前段係規定直屬有權繼承人公推一名為代表，繼任派下員，未限定男子有權，女子無權。其後段係規定「依照政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權」，明示一般女子，依照政府規定，無宗祠繼承權，無權公推或被推為一名代表任派下員。至於聲請人呂碧蓮依最高法院 70 年度第 22 次民事庭會議決議採取之乙說「祭祀公業之繼承，依從習慣，係以享有派下權之男系子孫，或奉祀本家祖先之女子或從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫（例如招贅婚之子女係從父姓，原決議係從母姓，顯係父姓之誤）向無派下權，即不得繼承。」云云，係指未奉祀本家祖先之未出嫁或出嫁從夫之女子而言，呂碧蓮係奉祀本家祖先之女子，且贅婚生子從母姓呂，而非前段所稱之一般女子。而依院字第 647 號解釋第四款稱：「家族中之祭祀公業，以男系子孫輪管或分割，或分析者，係本於從習慣為家族團體之公共規約，在女子向無此權，苟非另行約定，自不得與男系同論」云云，呂碧蓮雖係女子，但呂碧蓮係奉祀本家祖先之女子，及贅婚生子從母姓之子孫，非 647 號解釋第四項所謂之女子，故而呂碧蓮招贅生子、從母姓呂，且為呂進榮生前直接扶養人，且奉祀本家祖先，贅婚生子且從母，經呂進榮指定為



伊夫妻身後宗祧繼承之第三房，非無派下權之繼承權，有神主牌可證，從而該647 號解釋，不能適用於呂碧蓮。

四、謹具補充理由如上。

謹 狀  
司 法 院

聲請人：呂 碧 蓮  
呂 家 昇

中 華 民 國 100 年 3 月 28 日

（附件）

【編按：以下照錄判決原文】

最高法院民事判決

九十九年度台上字第九六三號

上 訴 人 呂碧蓮  
呂家昇

共 同

訴訟代理人 陳正磊 律師

被 上 訴 人 呂學川

訴訟代理人 廖湖中 律師

上列當事人間請求確認權益分配金請求權存在等事件，上訴人對於中華民國九十八年十二月二十二日台灣高等法院第二審判決（九十七年度上字第六一七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件上訴人主張：呂進榮為祭祀公業呂萬春之派下員，享有持分額五九六一分之五四六點五之權益分配金權利，上訴人呂碧蓮及被上訴人依序為呂進榮之長女、三男。呂碧蓮前應呂進榮要求招贅夫王有坤，生育從母姓之子即上訴人呂家昇，繼承本家宗祧。呂進榮於民國八十九年八月二日死亡，呂進榮對於祭祀公業呂萬春之派下權應由兩造繼承，其權利為呂碧蓮、呂家昇二分之一，被上訴人二分之一，被上訴人並代表派下繼任為祭祀公業呂萬春之派下員，得請求祭祀公業呂萬春給付權益分配金。詎被上訴人竟否認呂碧蓮、呂家昇係祭祀公業呂萬春之派下員，拒不給付權益分配金予呂碧蓮、呂家昇等情，求為確認被上訴人就祭祀公業呂萬春之已故派下員呂進榮持分額五九六一分之五四六點五之權益分配金，於被上訴人領取該持分額之權益分配金時，呂碧蓮、呂家昇對於被上訴人有其中五九六一分之二七三點二五權益分配金請求權存在；被上訴人應向祭祀公業呂萬春申請領取呂進榮算至九十七年十月三十一日之權益分配金（即祭典費）新台幣（下同）二千八百五十二萬七千三百元之二分之一即一千四百二十六萬三千六百五十元給付呂碧蓮、呂家昇，並加計自領取之日起至給付日止按年息百分之五計算之利息之判決。

被上訴人則以：呂碧蓮、呂家昇並非祭祀公業呂萬春之派下員，無權請求伊給付該祭祀公業發放之權益分配金之二分之一等語，資為抗辯。

原審以：呂進榮育有三男七女，長男呂欽於昭和六年五月二十六日死亡，無男嗣。次

男呂學山於九十年十二月二十八日死亡，生前育有女兒呂芬燕、呂芬峰、呂穗寬、呂佳香。三男被上訴人。長女呂碧蓮，於四十八年七月十日招贅夫王有坤，於五十二年一月八日生育從母姓之子呂家昇。次女呂碧玉、三女呂旻靜、四女呂阿素、六女呂玉英均出嫁。五女曾詩紘於四十二年四月二十八日出養。七女呂玉葉未婚嫁。呂進榮為祭祀公業呂萬春之派下員，呂進榮於八十九年八月二日死亡，被上訴人為其繼承人，對祭祀公業呂萬春有派下權，有戶籍謄本、結婚登記申請書、繼承系統表、祭祀公業呂萬春派下員大會會議記錄等件可稽。次查九十七年七月一日施行之祭祀公業條例第四條第一、二項規定：本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。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。其立法理由為：基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則，對於已存在之祭祀公業明定其派下員依規約定之，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。可見於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，有關繼承取得祭祀公業派下權之資格認定，於祭祀公業之規約有規定者，應優先依該規定決之；祭祀公業無規約或規約未規定者，則應依民事習慣定之。祭祀公業呂萬春於七十五年七月三十一日制定之管理章程第四條前段規定：登記在案派下員亡故時，其直屬有權繼承人公推一名為代表繼任派下員，惟依照政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權。依其文義，登記之派下員死亡時，該派下員之「直屬有權繼承人」原則上均具有繼承派下權之資格，但排除女子之繼承權。換言之，僅男系直屬有權繼承人有繼承派下權之資格。而男系直屬有權繼承人僅一人時，當然由該繼承人單獨繼承派下權，並繼任為祭祀公業呂萬春之派下員。男系直屬有權繼承人有多數時，則由全體男系直屬有權繼承人推選一人繼任為派下員，對祭祀公業呂萬春行使及履行派下權所涵括之一切權利、義務。至祭祀公業呂萬春發放權益分配金予該繼任為派下員之人後，則由該派下員依全體男系直屬有權繼承人間之內部關係分配該權益分配金。被上訴人係呂進榮之男系直屬有權繼承人，而呂碧蓮係呂進榮之女，呂家昇則係呂碧蓮之子，渠等二人均非呂進榮之男系直屬有權繼承人，自無繼承呂進榮派下權之資格。呂碧蓮、呂家昇既無繼承呂進榮派下權之資格，其自無權領取祭祀公業呂萬春發放之權益分配金。故呂碧蓮、呂家昇請求確認被上訴人就祭祀公業呂萬春之已故派下員呂進榮持分額五九六一分之五四六點五之權益分配金，於被上訴人領取該持分額之權益分配金時，呂碧蓮、呂家昇對於被上訴人有其中五九六一分之二七三點二五權益分配金請求權存在，及請求被上訴人向祭祀公業呂萬春申請領取呂進榮算至九十七年十月三十一日之權益分配金（即祭典費）二千八百五十二萬七千三百元之二分之一即一千四百二十六萬三千六百五十元給付呂碧蓮、呂家昇，並加計自領取之日起至給付日止按年息百分之五計算之利息，為無理由，均不應准許。爰駁回上訴人呂碧蓮、呂家昇之訴，經核於法並無違誤。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 99 年 5 月 27 日  
（本件聲請書其餘附件略）