

## 憲法法庭言詞辯論筆錄

109年度憲二字第110號、110年度憲二字第529號聲請案，於中華民國111年10月18日上午10時在憲法法庭公開行言詞辯論，出庭人員如下：

審判長	大法官	許宗力
	大法官	蔡焜燉
		黃虹霞
		吳陳銀
		蔡明誠
		林俊益
		許志雄
		張瓊文
		黃瑞明
		詹森林
		黃昭元
		謝銘洋
		呂太郎
		楊惠欽
		蔡宗珍
	書記官	孫國慧
		廖純瑜
	通譯	王郁霖
		陳姿婷
	聲請人一	陳純美
		陳文祥
		葉陳月娥

共同訴訟代理人

梁志偉律師

陳建宏律師

洪國欽律師

聲請人二 許金賀

許瑞民

許瑞章

許瑞發

共同訴訟代理人

翁方彬律師

呂冠勳律師

陳品好律師

關係機關 內政部

代 表 呂清源司長

訴訟代理人

廖于清律師

楊詠誼律師

專家學者 王泰升教授

鄧學仁教授

官曉薇副教授

曾文亮副研究員

鑑定機關 監察院國家人權委員會

代 表 紀惠容委員

審判長諭知

請書記官朗讀案由。

書記官朗讀案由

109年度憲二字第110號陳純美等3人聲請案，及110年度憲二字第529號許金賀等4人聲請案，為請求確認派下權存在事件，分別認臺灣高等法院高雄分院107年度上易字第354號民事判決，及最高法院109年度台上字第2124號民事判決，所適用之祭祀公業條例第4條第1項後段等規定，有違憲疑義，依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定聲請解釋憲法。

### 審判長諭知

現在進行言詞辯論程序，今天出席之人員，有15位大法官。聲請人陳純美、陳文祥、葉陳月娥等3人之共同訴訟代理人梁志偉律師、陳建宏律師、洪國欽律師，聲請人許金賀、許瑞民、許瑞章、許瑞發等4人之共同訴訟代理人翁方彬律師、呂冠勳律師、陳品好律師。關係機關內政部代表呂清源司長、訴訟代理人廖于清律師、楊詠誼律師。專家學者王泰升教授、鄧學仁教授、官曉薇副教授、曾文亮副研究員。鑑定機關監察院國家人權委員會代表紀惠容委員。

請書記官宣讀今天程序進行流程及注意事項。

### 書記官起稱

本次言詞辯論實施全程錄音錄影，並在司法院及憲法法庭網站直播開庭影音。

程序進行流程如下：

1. 雙方陳述辯論要旨（請針對爭點題綱之問題陳述或補充書狀未敘明之相關內容）：
  - （1）聲請人陳述（聲請人一及二各5分鐘，共10分鐘）。
  - （2）關係機關內政部陳述（5分鐘）。
2. 專家學者陳述（4位專家學者各5分鐘，共20分鐘）。

3. 鑑定機關陳述（監察院國家人權委員會5分鐘）
4. 由大法官詢問聲請人、關係機關、專家學者及鑑定機關，答覆時間各不超過5分鐘。
5. 最後進行結辯程序（聲請人一及二各5分鐘、關係機關5分鐘，共15分鐘）。
6. 於發言時間屆滿前1分鐘，響鈴1聲警示，時間屆至，響鈴2聲，請結束發言。

審判長諭知

請書記官朗讀本案行言詞辯論爭點題綱

書記官起稱

祭祀公業條例第4條第1項後段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業……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）。」及同條第2項前段規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。」是否違憲？

審判長諭知

在請各位開始發言前，提醒各位席位上有計時器，請掌握時間，發言時間屆滿時，請停止發言，各位來不及發言部分，請用書面補充。

現在請聲請人陳述意見，時間5分鐘，請在自己的座位上坐著發言。

聲請人一共同訴訟代理人梁志偉律師

關於爭點題綱所列系爭規定，將女性排除在祭祀公業派下員身分的差別待遇措施，是牴觸憲法所保障人民之財產權、結社自由及契約自由等重要之基本權利，更核心的關鍵在於牴觸憲法第七條及增修條文第10條第6項所揭櫫男女實質平等權之保障意旨。對於此項合憲性之爭點，在先前鈞庭所作之

釋字第728號解釋文中，沒有一個明確的闡述，所以我們認為本件聲請具有補充解釋之必要。而關於鈞庭歷來在解釋中對於平等原則的論述脈絡，以及比較法上關於消除對婦女一切歧視公約、歐洲人權公約，乃至於歐美等國憲法上關於平等原則之審查架構，我們認為本案之聲請應該要採取嚴格審查標準，對系爭規定作違憲之檢視。至於系爭規定關於違憲之相關具體論證，聲請人等於言詞辯論意旨狀中有完整的闡述。接下來由其餘訴訟代理人為簡要說明，謝謝。

聲請人一共同訴訟代理人洪國欽律師

祭祀公業之設立原係由設立人捐助財產，指定供祭祀祖先之用，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。然因少子化的趨勢，近年常見派下權人死亡時無男性子孫繼承派下權之情形，加上與祭祀公業有關之訴訟，其爭執多與其中財產利益之繼受與分配，而少見於祭祀活動的參與，是系爭規定不應繼續執著於只有男性子孫始得充為派下員。再者，系爭規定亦涉及享有派下權之權利主體為何人，事實上已具有法律規範之內涵，應受到基本權利效力之拘束，即應同受憲法第7條、增修條文第10條第6項，關於性別平等之保障。從而系爭規定所衍生之相關爭議，自非僅得以私法自治原則應予尊重法安定性等語帶過。此外，釋字第728號解釋多數大法官雖就系爭祭祀公業條例第4條第1項前段作出合憲解釋，但仍有多名大法官在不同意見書提及系爭規定乃是直接限制女性派下員繼承之財產權，係對女性之直接歧視。再者，該號解釋自104年3月作出後，有關機關至今均無改善或提出補救措施。事實上形同拘束派下女子尚須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，與得否為派下員繼承派下權而為差別待遇。依嚴格審查標準，此實難通過平等原則之檢驗，應屬違憲。謝謝。

聲請人一共同訴訟代理人陳建宏律師

從我們書狀提出之多位學者見解可知，尊重傳統固然重要，但是性別歧視不應以傳統為藉口遁入法律之中。系爭規定所涉及的傳統是以男系為主的傳統，強化了對女性歧視的不良習俗，有悖於身分正義，而且此傳統非基於男女生理差異，或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，所為之差別規定。再從關係機關內政部於釋字第728號解釋作成之後，所提出之修正草案第4條之說明欄，有指出現行條文第4條不符合消除對婦女一切形式歧視公約保障男女平權之規定。顯見系爭規定確實違反性別平等原則，為眾多學者與關係機關內政部所肯認。最後，系爭規定使女系子孫無法或難以成為派下員，進而導致女系子孫無法或難以與其他派下員共同享有祭祀公業之財產，及參與祭祀公業相關事務之決定與推展。對於規約之訂定或變更也沒有置喙之權利，已違反憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由。另外，系爭規定導致實務上甚至出現女系子孫，為了成為派下員而去變性的案例，懇請鈞庭宣告系爭規定違憲，讓女系子孫都享有派下權，而可以堂堂正正的祭祀祖先，讓女系子孫不用再因為性別歧視而陷入權利受侵害之困境之中，謝謝。

審判長諭知

接下來請聲請人二許金賀等4人之共同訴訟代理人翁方彬律師、呂冠勳律師、陳品妤律師陳述意見，時間5分鐘。

聲請人二共同訴訟代理人呂冠勳律師

謝謝審判長及各位大法官，於陳述爭點題綱之前，本案聲請釋憲時有將祭祀公業條例第4條第2項後段放入審查條項，聲請人二之原因案件確定終局裁判所適用之法律就是第4條第2項後段，然而鈞院在公告爭點時，並沒有將之列入。關於此部分聲請人與代理人感到遺憾，因為第4條第2項後段，除了與聲請人一之聲請同樣涉及平等權、身分權等外，更包含姓名權等人格權。憲法法庭之裁判具有個案溯及效力，賦予原因案件聲請人之個案救濟，此個案救濟也是本案聲請人聲請釋憲最重要之原因。所以倘若捨棄本案原因案件所適用之第4條第2項後段不論，縱然鈞院公布之審查客體全部均宣告違憲，聲請人原因案件再為再審救濟時，法院似乎仍得以適用法條未被宣告違憲而駁回上訴，對於本案聲請人而言，釋憲聲請就沒有太大實益。回到爭點之部分，由另外一位代理人陳律師陳述。

聲請人二共同訴訟代理人陳品好律師

本件聲請人聲請標的為祭祀公業條例第4條第2項是否違憲，而系爭條文是針對派下員身分之取得，女性要取得的條件與男性要取得的條件在立法上作了差別待遇，而以性別作為差別待遇，依照釋字第365號解釋，必須要基於男女生理上之差異，或因差異所生之社會生活功能角色不同才能有性別之差異。而祭祀公業組成之目的，是為了凝聚宗族意識，並藉由祭祀公業具有法人地位，可以作為權利義務之主體，來解決共同共有關係所衍生之土地登記問題，基於此目的，似乎以性別作為差別待遇的限制手段之間沒有太大關聯性。換言之，男性就生理上來說，是否有比較好或更適合健全祭祀公業的土地管理，或是男性是否比較適合凝聚宗族意識，這些

問題的答案在系爭條文中看起來似乎是肯定的，如此以性別作為是否取得派下員資格的差別待遇，我們認為系爭條文並不是為了追求重要的公共利益，而且對於立法目的的達成又欠缺實質關聯性，違反憲法第7條平等權、憲法增修條文第10條第6項保障婦女實質平等之意旨，以上報告，謝謝。

聲請人二共同訴訟代理人翁方彬律師

憲法第7條所謂男女平等原則，此原則之貫徹可以分成兩個層次，一是法適用之平等，這是對行政及司法之拘束；一是法制定之平等，這是對立法之拘束。從剛才之陳述內容，祭祀公業條例第4條違反男女平等原則，是違憲的。其餘如書狀所載，謝謝。

審判長諭知

請關係機關內政部陳述意見。

關係機關內政部訴訟代理人楊詠誼律師

聲請人主張系爭規定是以性別作為區別標準，對女性屬於直接歧視，而認定系爭規定違憲。關係機關想要說明的是，系爭規定主要不是針對性別作為區分標準，說明如下：

第一、祭祀公業條例第1條，祭祀公業為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統之目的，因此在民事習慣調查報告說明其主要目的即為祖先之祭祀。因此，祖先之祭祀既然為祭祀公業重要之原則要件，所以祭祀公業條例第5條規定，繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。我們認為若拿掉「共同承擔祭祀」的話，祭祀公業原則上就喪失祭祀祖先之要件及意義。同此觀點，第4條規定「派下員為設立人及其男系子孫」，實際上因傳統過往習慣祭祖是由男系子孫，女系子孫並無祭祀祖先之義務，因此，形式上雖用「男系子孫」之用語，

但實質上是以有無承擔祭祀作為區別標準。同此觀念，再看第4條第2項，派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。為何女子得為派下員，亦是此時需要承擔祭祀責任。因此我們認為，考量祭祀公業設立目的為祖先之祭祀，有祭祀者始為派下員之原則，祭祀公業條例第4條、第5條之規定，實際上是以承擔祭祀為認定，與性別無直接關聯性。雖然用語上與形式上看起來與男女有關，但實質上我們認為不是直接對女性之歧視。

第二、聲請人持續主張本件系爭規定之立法目的在於維護傳統，我們想說明的是所謂的傳統並非本件系爭規定之重要公共利益，本件重要之公共利益在於法安定性之維持，此觀祭祀公業條例第4條、第5條之設計方法，第4條與第5條之規定是以97年7月1日作為施行前後之區分標準。第4條是規範97年7月1日以前之狀態，是向前生效的條文，若要變動勢必會造成過往祭祀公業既定之法律事實變動，則有法安定性及法不溯及既往之考量。若能確立這個狀態，關係機關認為男女平等並非當然凌駕於法不溯及既往及法安定性原則。本案主要爭點在於一邊是法安定性原則、法不溯及既往原則，另一邊是男女平等，這兩個基本價值在權衡下如何作衡平。關係機關認為立法者在97年7月1日制定施行祭祀公業條例時已經想過這個問題，也就是設計上第4條規定因為立法者認為法安定性的維持大於男女平等，因此維護既有的狀態，而維持原本男系子孫列為派下員之情形。在97年7月1日以後因為沒有向前生效的問題，因此男女平等是在法安定性原則之上。關係機關還要說明的是，釋字第728號解釋的標的是針對有規約的情形下，但是在基本權價值的衡量上，其實當時大法

官也有多數意見表示，在解釋理由書第3段中大法官之意思認為基於法安定性之維持，祭祀公業條例是合憲的，只不過基於憲法增修條文及女性平權公約之規定，希望立法機關進一步做檢討修正。我們想用兩位大法官當時在協同意見書表示之用語，當時表示說立法者業已努力調和相互衝突的基本價值，謀求彼此間最大程度之實現，蘇永欽大法官協同意見書也表示，這部分的既成狀態雖然不能說對女性的繼承權沒有不利，但此部分之不利，基於法安定性的保護，才不溯及既往，應可合理化。以上供鈞院作參考，謝謝。

#### 審判長諭知

請專家學者陳述專業意見，4位專家學者各陳述5分鐘，共20分鐘，請王泰升教授陳述。

#### 專家學者王泰升教授

今天要跟鈞庭報告的是從憲法來檢視祭祀公業派下法制的流變。什麼是祭祀公業？若從傳統上人死後仍有靈魂的觀點，可以說是死者（享祀者），而不是設立者或奉祀者的財產，這份財產通常是土地，是由同宗的各房，即所謂派下共同辦理祭祀，並依房份承受人世間的財產利益。臺灣在進入日治時期以後，就到了現在法秩序，是由法院以習慣法的方式形成法規範，也就是祭祀公業派下只有男系子孫，但明治憲法沒有違憲審查制度，也沒有關於性別平等的規定，所以無法作憲法論證。戰後，在中華民國法底下，一開始是依訓政時期的司法院20年院字第647號解釋，認為派下權只限男系子孫，但訓政時期約法第6條已經規定男女平等，只是當時作為約法的解釋機關並未對這號解釋審查。大法官在釋字第771號解釋曾經說過，訓政時期的院字解釋，法官不受拘

束，亦即 20 年院字第 647 號解釋顯然忽略當時約法第 6 條關於男女平等的規定，以今天民主憲政的理念，不應該再以此來正當化女子沒有派下權。有人是以民事調查報告作為根據，該書所稱當時因為女子原則上沒有遺產繼承權，所以也沒有派下權。不過這是引用日治時期的法院判決，屬於舊的國家法，今之法院無參照之義務，立法上也不需要跟隨這種人權保障不足的明治憲法底下的民事習慣法。也有人用最高法院的判決，特別是 70 年度第 22 次民事庭會議決議，認為男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓的子孫為限，一般女子沒有派下權，也不得繼承。但是這是參照 20 年院字第 647 號解釋，如果該號解釋已經不宜沿用，當然決議也不足為採。

現行法的祭祀公業條例第 4 條第 2 項基本上並未變更 70 年度第 22 次民事庭會議決議以來的司法實務見解，該條例第 4 條第 1 項前段是以「規約」具有「意思自由」之外觀，託詞「私法自治」，掩飾社會上幾乎均「約定」限於男系子孫的現實，並在後段表露沒約定就僅限男性之真意。第 2 項以貫徹男系中心、第 3 項以高比例的出席及表決數，稍開女性成為派下之門。第 5 條避用性別之名，但讓事實上以男性為主的「共同承擔祭祀者」繼承派下權。

跟本案有關的釋字第 728 號解釋可分成兩部分，第 1 個部分是第 4 條第 1 項前段，認為實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，問題是祭祀公業制度的理念，如果依照應被尊重的漢族傳統觀念，是為享祀者在天上的靈魂，而不是為設立人及其子孫擁有「私法自治」等利益而存在。享祀者不會在乎奉祀者為男或女，尤其是在少子化出現後。因此規約大都限定

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，乃是一種恣意的實質上差別待遇。第 2 個部分是關於第 4 條第 1 項後段、第 2 項、第 3 項及第 5 條，認為係屬於緩和差別待遇之規定，惟「整體派下員制度之差別待遇仍然存在，……有關機關自應與時俱進，……就相關規定適時檢討修正」。由於迄今仍未見有關機關適時修正，故已確定違反憲法第 7 條、增修條文第 10 條第 6 項關於性別平等之規定。宜尊重傳統上祭祀公業是以房/派下為單位分享的祀產，但房/派下的成員，應包括男系及女系子孫。此除了基於當今性別平等理念，且因過往限於男性的經濟面正當性基礎——女性於婚後因「出嫁」而勞動所得均歸夫家——已不復存在。基於以上理由，應給予違憲審定，謝謝。

審判長諭知

接著請鄧學仁教授發言。

專家學者鄧學仁教授

大家好。有關法律對於安定性與公平性的考量是個難題。在釋字第 587 號及第 410 號解釋，夫妻財產制都是選擇真實性與公平性，而不是選擇安定性。祭祀公業條例在身分權及財產權，事涉兩者的折衝，安定性考量是釋字第 728 號解釋所認定的，但在該號解釋仍然強調相關規定應該適時檢討修正，以實現具體個案的正義。

本案有 3 個爭點供大家討論。第 1 個爭點，憲法保障人民財產權，基於設立人對於財產權自由處分之權利，習慣應受到保障，是否可以介入？祭祀公業並非單純憲法所保障的結社自由，其內部規約的訂立也不是單純私人間的私法自治，因為派下員的派下權同時具有身分權及財產權，這個問題導

致子孫經常發生訟爭，如果按照結社自由與私法自治的法理，不能解決派下權的問題。再來就是文明國家對於法秩序的政策要求，要發揮正確的指導力，針對祭祀公業就應該作與時俱進的討論。

第 2 點是單純以繼承及男女平等來論斷祭祀公業派下權之取得，是否造成祭祀公業成為百家姓？首先，共同祭祀究竟是門檻還是義務？如果是門檻，女系子孫根本無從承擔祭祀，如何能夠成為派下員？祖先應該由有意願慎終追遠之子孫來祭拜，而不是按照單純的性別來限制。因此有關派下員的資格應依繼承事實不分性別當然取得。民法第 1059 條有關子女姓氏的修正，已經改由父母約定，如果約定不成，就用抽籤，換言之，只有男性才能維持家族祖先姓氏的情形已經不存在。再從單一血統來看，我國早就有收養制度，允許具有他人血統的養子女成為後代子孫參與祖先祭祀。縱使有一脈相承的後代子孫，也可能因為不婚、不生或宗教信仰等原因而無法延續祭祀，由此可見，重點在於是否承認共同祭祀祖先的活動，而不是受限於姓氏。所以，只有男系子孫可以成為祭祀公業派下員的傳統論點，已經因為社會變遷失其存在基礎。

第 3 點，法律不溯及既往，既得權應受信賴保護，如果法律修正，應該如何解決？祭祀公業條例修正後，使得女系子孫因繼承事實當然回復派下員身分後，若對身分有爭執者，就要提起「確認派下權存在之訴」，並負舉證責任，而針對財產權之部分，得向已取得其財產之派下員，於現受利益之限度內，請求返還。有關祭祀公業條例之修正，可參考家事事件法第 163 條，亦即裁定確定前之善意行為，不受影響，僅

於現受利益之限度內，負歸還財產之責。關於祭祀公業條例第 4 條，我們認為屬於性別上差別待遇，應屬違憲，有修正之必要。未來的修正方向建議條文如下：「第 4 條：祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人依民法繼承編之規定列為派下員。第 5 條：前條修正前派下現員已取得財產者，如因前條修正失其權利，僅於現受利益之限度內，負歸還財產之責。」換言之，保障善意的既得權，對於過往既往不咎，也可參考釋字第 410 號解釋，謝謝。

審判長諭知

接著請官曉薇副教授發言。

專家學者官曉薇副教授

審判長、各位大法官，我的意見如下，主要就是與其他國家相較，我國憲法在保障婦女權利及平等方面定有明文，所以增修條文第 10 條第 6 項實質平等的要求，是課予國家的義務，與其他國家非常不同。此憲法意義消極而言應消除對婦女的歧視，積極而言要促進事實上的平等。這樣的概念在釋字第 728 號解釋理由書也有談到，但是在祭祀公業條例第 1 條前項的解釋，又提到 CEDAW 的條文，我認為 CEDAW 的條文在憲法解釋，尤其在祭祀公業類似的案件裡，可以透過第 2 條及第 5 條，也就是釋字第 728 號解釋理由書裡面所講的，來補充國家應該負擔對於婦女積極保護義務的意涵，尤其是第 2 條及第 5 條都揭櫫一個意涵，即便是文化跟習俗，國家都應該有義務去修改，如果這個習俗是重男輕女，具有男性偏好的話，都應該要修改。內政部在修改第 4 條及第 5 條祭祀公業條例時，不但沒有想辦法就傳統的重男輕女，以男性子孫為偏好的習俗修改，反而將這個習慣再次變成了條文，

變成了一個國家行為。除此之外，CEDAW 委員會針對第 5 條，也提到其實很多國家在宗教、文化、傳統方面都是歧視女性，如果國家通通都以傳統文化的維持作為立法目的，或者是國家義務的免除，基本上 CEDAW 或是保護婦女實質平等的義務，其實是沒有辦法完成的。

請看附圖，在我的意見書裡面有，菱形部分從第 4 條第 1 項、第 2 項及第 3 項畫出來這些零星的節點，都是以性別為分類。剛剛相關機關內政部所說的不是以性別為分類的話，其實並不是事實，而是託詞，如果正如內政部所說的，事實上以祭祀為目的來分類，為何條文不是如此訂定，可見當時並不是這樣子的想法。

本件我認為應該以前幾次，例如釋字第 807 號解釋有提到，性別的分類因為是難以改變的個人特徵，而且性別歧視是歷史性或是系統性的問題，所以在審查標準上應該用中度的審查標準。剛剛聲請人表示想要提高到嚴格審查，但是我認為從中度來講，也已達到違憲的情況。系爭的相關條項，就我的意見書是包含第 2 項後段，所以也建請鈞庭將第 2 條後段也放入系爭條文的審查當中。剛剛提到尊重傳統習俗，不應該是公共利益，不應該作為託詞，內政部也認為，尊重傳統習俗並不是重要的公共利益。接下來就是專家、鑑定人都有提到要考量法的安定性，鄧老師也有提到釋字第 410 號解釋，以及很多親屬編相關的民法修正，其實都有所謂要不要法的安定性，還是男女平等的問題，但是例如釋字第 410 號解釋就要求立法院在相關施行法上考量，因為在同一個憲法秩序上割裂行使，其實非常有問題，應該參照釋字第 410 號解釋的見解來作宣告。事實上內政部都了解到在 CEDAW 的檢

視當中，已經知道是違反性別的保障，所以，並無法以此作為託詞，繼續侵害婦女相關的權利，以上。

審判長諭知

接著請曾文亮副研究員。

專家學者曾文亮副研究員

大家好。我是從比較歷史發展的角度來看這個問題，有關係爭題綱，大家都提到這是涉及傳統家族制度或傳統家族觀的問題，所以我把這兩個併在一起來看他們的歷史發展。第一點是回到傳統，基本上祭祀公業與家族制度是系出同源，也就是同樣一個傳統家族制度本來具有養生與送死的功能，養生就是有一個同居共財的家族團體，幼有所長，老有所終。送死的功能，就是對過世的家人，在喪、葬、祭，特別是祭祀這一點上，透過祭祀祖先來凝聚家族共同的向心力。但系出同源的祭祀公業或家族都需要有人、有錢，也就是家產與家人，或者是在祭祀公業，就是派下與公業。要有人，有派下祭祀；有錢，有公業可以維持，才能確保祭祀祖先的煙祀不斷。但是日本人來了之後，基本上家族制度與祭祀公業是被分離的，而且必須要指出的是，其實在傳統家族制度中並沒有獨立的祭祀公業制度，這是日本人進行舊慣調查之後，他們覺得祭祀祖先這樣的存在與他們繼受自歐陸的身分法制或家族法並不相容，所以把它分開，在各自的習慣上進行改革或規範，透過1910年代的舊慣例法，就可以看到它其實是兩個獨立的法制。日治時期對祭祀公業的基本態度是考慮到容易造成財產的不流通，所以希望在法令中限縮祭祀公業的財產，透過總督的許可制而有比較明確的規範，避免太多的紛爭。但事實上立法失敗之後，後期是採用習慣上法人的方

式，給他一個主體的地位，而且在司法判決中盡量朝財團法人的方向規範之。但是到了戰後的家族制度就展開分歧的發展，在家族制度的部分，透過親屬繼承法的規定，個人主義、平等權的觀念進來了，當然一開始可能還有問題，所以後續 1970 年代之後的修法，愈發地朝向所謂性別平等，甚至是世代平等的角度修正。但在祭祀公業的部分，因為民國中國時期，他們就認定祖產、祀產就是共同共有的財產而已，沒有主體的地位，所以變成共同共有財產在物權法有規定，派下權的問題在民法沒有規定，所以依習慣。我稱為這是戰後的祭祀公業習慣，變成一種拼裝車。延續到 2007 年的修法，祭祀公業條例其實在立法過程中已經明確討論到主要是為了處理土地的地籍問題。有關宗祧的部分，我們暫時保守一點，或是說後來經過討論之後是有限的改革，也就是剛才專家學者都提到的那個架構。特別是第 4 條第 1 項後段到第 2 項規定，完全延續傳統家族觀或是宗祧祭祀觀，可是如果與民法親屬基本現象相對照，這是完全矛盾的對家族制度的想像。也就是說，如果我們在祭祀公業條例，讓它賦予法律效力之後，但是上面卻保留這樣非常保守傳統的性別、差別的家族觀，與修正民法親屬繼承編所希望達到在個人主體、性別平等、世代平等間發展的理念正好相衝突。然後我透過一些實際上的案例也可以看到，傳統價值觀會影響到近代家族觀，這是現在民法親屬繼承編的落實。所以我覺得國家如果不要那麼消極，至少共同承擔祭祀義務這個是比較低度的積極性，但在 2010 年代之後，其實包括剛才提到的 CEDAW 已經課予國家要有更積極的態度處理這個問題。從法律史角度來看，我談到這邊。但違憲與否，當然是交給鈞院決定，

謝謝。

審判長諭知

接著請鑑定機關監察院國家人權委員會代表陳述意見 5 分鐘。

鑑定機關監察院國家人權委員會紀惠容委員

大家早，今天要談的是祭祀公業女性及其子孫派下權的認定問題，我會從國際公約及我國憲法等相關規定來說明國家人權委員會的意見。首先，我們檢視國際人權公約，包括聯合國憲章序言、公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約及消除對婦女一切形式歧視公約，都明文保障男女性別平等。甚至我國憲法第 7 條也明定，中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等。其次，依據消除對婦女一切形式歧視公約，簡稱 CEDAW，與憲法增修條文第 10 條第 6 項都言明國家應該負起積極消除性別歧視及促進兩性實質平等的義務。首先，談 CEDAW 公約，我國是 CEDAW 公約的遵約國，依據 CEDAW 第 2 條，各國應該採取一切措施，包括制定或修正法律，以消除對女性造成歧視的習俗、慣例及法律。CEDAW 第 1 條也定義對女性歧視是指基於性別而作的區分或限制，足以妨害婦女在男女平等的基礎上應該享有的政治、經濟、社會、文化等權利。而且，CEDAW 第 5 條也規定，各國應該採取一切適當措施，以消除基於男女任務定型所產生的偏見與習俗。特別是聯合國 CEDAW 委員會提出的第 21 號及第 28 號一般性建議，要求締約國應該堅決制止法律、宗教、司法及習俗所申明的任何男女不平等，締約國應該保護婦女免受私人行為的歧視，並且採取步驟，直接消除某一個性別低於或高於另一個性別的偏見與習俗。

從而在本文中，也就是祭祀公業條例第 4 條將原先臺灣的民事習俗直接賦予法律上的強制力，並且對女性作出不利的差別待遇。女性即使享有共同承擔祭祀的事實，但也無法享有派下權。這種差別待遇不論是社會傳統的事實或法律強制所造成，國家都應該負起消除這種歧視女性且不合理的現狀。其實，歷任大法官勇於突破傳統父權的窠臼，如釋字第 365 號、第 410 號及第 452 號解釋，認定民法親權的行使、夫妻財產制及夫妻住所等規定，違反憲法保障婦女平等，所以就促成民法的修正，這都是臺灣男女平權的一大進步。反觀釋字第 728 號解釋對於祭祀公業條例竟然容許國家沿襲傳統習俗，對女性造成不合理的差別待遇，甚至否認、剝奪女性人格及派下權地位，這不僅沒有消除不平等的現況，還包庇差別待遇，顯然抵觸憲法上的性別實質平等。

民法繼承編早在 19 年制定之初，就揚棄宗祀繼承的身分繼承觀念，轉為財產繼承，並落實性別平等，強調所有子女都有繼承權。很遺憾的是，祭祀公業條例作為特別法，卻還堅守身分繼承，寫下派下員資格僅限於享祀人同姓之男性，這不就是封建時代宗祧繼承的遺物，有違民法繼承編精神，更違反公約及憲法條文，國家應該具有積極消除這種歧視之義務。自祭祀公業條例創設祭祀公業法人以來，截至 2020 年，各縣市政府登記完成的祭祀公業法人，計有 995 家，派下員 19 萬多人，女性只有 1 萬多人，顯見在現實生活當中，女性取得派下員資格是極度的少數。雖然司法院釋字第 728 號解釋第一個引用聯合國的 CEDAW 公約，但很遺憾的是，釋字第 728 號解釋明明覺察到祭祀公業條例的法律效果會造成性別不平等的現實，卻仍然以「非出於恣意」，來包裝並合理化

系爭規定現實存在的性別歧視與不合理。

時代在進步，現實的性別不平等始終仍在，祭祀行為除了象徵傳統的文化習俗，卻也表彰沿襲傳統惡習所造成的性別歧視與不合理差別待遇存在。最後再次強調，依 CEDAW 公約及我國憲法增修條文，國家都應該負起義務採取一切適當的措施，消除並制止基於法律、宗教、習俗而產生的任何男女的偏見與習俗。以上是國家人權委員會的鑑定意見，謝謝。

審判長諭知

陳述意見的程序到此結束，現在進行大法官詢問程序，答覆的時間各不超過 5 分鐘，答覆時請在座位上坐著發言。有哪位大法官要提出問題？

（呂大法官太郎表示有問題提問）

審判長諭知

請呂大法官太郎提問。

呂大法官太郎問

請教內政部幾個問題。第一，祭祀公業條例真正的目的或核心的目的，是在解決誰可以祭祀，還是公業財產的問題？很坦白地面對問題，才能夠解決問題。第二，如果它是解決誰可以祭祀，那麼在祭祀公業條例中關於成為祭祀者是一種義務，還是一種權利？第三，法律為什麼可以規定誰才可以祭祀祖先？法理依據在哪裡？為什麼女性不能祭祀祖先，一定要男性才可以？第四，如果祭祀公業條例是要解決祭祀公業財產的問題，根據祭祀公業條例第 5 條規定，要以誰來擔任祭祀者，與民法繼承人有關？但民法有規定祭祀的繼承人嗎？如果沒有，如何來解說這樣的現象，換句話說，本條例與民法是否有根本性的衝突？

## 關係機關內政部訴訟代理人楊詠誼律師答

第一個問題，祭祀公業到底是處理誰可以祭祀的問題，還是處理祭祀公業的財產問題？我們認為祭祀公業條例本身就是人與財產之間的結合關係，因此祭祀公業條例同時會處理到這兩個問題。有關於誰可以祭祀的問題，就是規定於系爭的第 4 條、第 5 條，即本案的爭點。剛才呂大法官提到，「祭祀」到底是一個權利還是義務？我們認為這種情形下似乎是要去說明，因為第 4 條、第 5 條本身就是規定祭祀公業的派下員必須要負有一個承擔祭祀的責任。這個部分，我想順便回應一下呂大法官的問題，為什麼祭祀公業還可以選擇跟民法不一樣的作法？我們認為這兩者之間，在曾文亮研究員的學者報告裡面其實有說到，當時在設定這兩個東西的時候，日治時期可能就有發現到這兩個狀況上的不同。實際上，以現在的觀點來看，祭祀公業的財產與所謂民法上的遺產不能等同觀看。這個部分從祭祀公業的財產，理論上在登記簿會登記成某某祭祀公業所有，而不是當然得認為是屬於所有繼承人全體共同共有，登記上也不會將所有的祭祀公業派下員列出來，然後寫全部的派下員是共同共有的狀態。因此，在概念上不應該把祭祀公業跟民法上的繼承等同觀之，如將同樣東西都一起來看，就會喪失祭祀公業本身存在的目的。祭祀公業本身確實有它的時代演變的性質，重要的一個觀點，之所以存續等於是這些設立人及其派下員，為了祭祀享祀者基於共同的認同而組成的一個團體。回應呂大法官的問題，祭祀公業當時在認定時，派下員的認定是以他有無祭祀作為區分標準，亦即今天假設他有祭祀的話，當然就可以成為派下員。同樣的問題，如果發生在現在的司法爭議，以施行後

來看，假設某一位女性已經成為派下員，她依第 5 條規定先成為派下員，若有人去爭執這位女性可能沒有共同承擔祭祀，理論上依照第 5 條規定是可以剝奪其派下員的資格。以上是內政部的回應。

（黃大法官昭元表示有問題提問）

審判長諭知

請黃大法官昭元提問。

黃大法官昭元問

第一個問題要請教內政部，因為比較是事實的問題，是不是可以等內政部回答以後，下一個問題要請教官曉薇副教授，就比較是憲法方面的問題。

首先，涉及祭祀公業條例第4條第1項前段有規約的部分，兩個事實問題。不曉得內政部可否提供一個大致上的數字，就是目前的祭祀公業裡面有規約的比例大概多少。第二個數字是在這些有規約裡面有多少是限男性，或者反過來講，有規約的裡面有多少已經開放男女都可以擔任派下員。以上兩個比較簡單的事實面問題，麻煩內政部可以先回答，不需要太精確的數字，只要有個大概比例就夠了。

關係機關內政部訴訟代理人楊詠誼律師答

之前有一個內政部說明，其中提到統計的截止日期是109年5月20日，當時已申報的祭祀公業共有3,656家（沒有申報的部分可能沒有辦法做統計數字），訂有規約計2,079家，未訂規約計1,577家，等於是訂有規約的是56.9%，未訂規約的是43.1%。至於大法官詢問，限於男性女性的部分，可能現階段內政部沒有相關的資料，這部分可能要回去檢視已經申報的祭祀公業裡面有提供規約的，再去細看2,079家的祭祀

公業規約中到底針對這個部分是怎麼規定的，這部分可能還要容內政部之後花費些許時間精力才有辦法統計出來。

黃大法官昭元問

針對後面那一部分，一般的理解，有規約的部分大多數甚至絕大多數都是知易行難，這大概是一個一般的印象。謝謝剛剛內政部的回答。

接下來問題想請教官曉薇副教授，目前爭點題綱所列的審查標的只有第4條第1項後段，就是針對無規約的部分，並沒有包括有規約，這是釋字第728號解釋當時所處理也宣告合憲，但從憲法平等的觀點來看，假如只審查後段無規約的部分，認為國家有消除性別歧視的義務，應該宣告違憲，有規約的部分就不列入審查，然後因為釋字第728號解釋宣告違憲，就放任它繼續存在。這樣是不是一樣會繼續形成一種憲法秩序底下的平等跟不平等的秩序？所以，想請問是，從你所強調的，由憲法增修條文有要求國家要有採取積極消除性別歧視的作為義務的觀點來講的話，第4條第1項前段的所謂有規約，是不是其實危害更大？而且國家還透過立法明白承認，這樣一個明顯違反性別不平等的規約可以繼續享有其法律效力，甚至於是一個合憲秩序的存在。就這一部分而言，當然有人會用所謂的契約自由來作為抗辯，但是我們也看到，國家早就制定過很多法律，例如勞動基準法其實已經介入很多原本屬於私人契約的。所以，你剛剛所提到消除性別歧視的作為義務，此一憲法的要求，有無可能同樣甚至也應該適用到第4條第1項前段有規約的狀況？

專家學者官曉薇副教授答

非常感謝黃大法官問的這個問題，事實上收到邀請之後，我

其實沒有注意到這次的爭點沒有在規約這條，所以，其實針對規約的部分我本來也有做了相關研究。釋字第728號解釋所謂的規約，看起來法條裡面是一個中性的規定，亦即沒有區分男女，釋字第728號解釋認為這樣其實是沒有關係，而且不認為是性別分類用性別平等來審查。但是我認為這其實是錯的，也就是違反了相關的積極義務。積極義務其實包含實質平等的內涵，除了在消除歧視，這個歧視其實包括直接歧視跟表面上法規沒有做相關的歧視，但是實質上不成比例的對於女性造成不利影響的情況，稱之為間接歧視。我認為消極地消除歧視，也包含這樣子的間接歧視在裡面。這樣的間接歧視，事實上在國家以外或者在這個社會上已長期的存在，已經具有性別歧視的實踐。這樣的實踐透過所謂的依規約的法律規定，其實也就呈現在各個不成比例的對女性的間接歧視上面。所以，我個人在意見書沒有寫，因為鈞庭並未作系爭條文的指定，但我認為依照我國的增修條文第10條，所謂的實質平等，也包含要針對間接歧視的部分為審查以及宣告。

審判長問

還有哪一位大法官要提問？

（詹大法官森林表示提出問題）

審判長諭知

請詹大法官森林提問。

詹大法官森林問

幾個問題請教內政部及內政部的訴訟代理人，一個問題請教聲請人。先請教內政部，內政部強調祭祀公業主要目的是祭祀祖先，不知道此一認知依據何在？當然內政部有說來自祭

祀公業條例第1條，但剛才呂大法官已有一些相關的問題，特別請內政部再看一下系爭條例第15條及第24條。第15條規定祭祀公業規約應記載下列事項（共6款），請問這6款有幾款與祭祀有關？第24條規定祭祀公業法人章程應記載下列事項（共15款），請問這15款哪一款與祭祀有關？如果從祭祀公業設立及存續這麼重要的規定—規約跟章程，都解讀不出來有何祭祀之要求，為什麼內政部還強調祭祀公業主要目的在祭祀祖先？第二，內政部說習慣上女系子孫並無祭祀祖先之義務。這個習慣，內政部有何依據？是臺灣民事習慣調查報告嗎？這個習慣到現在如何貫徹？就男系子孫而言，請問這個義務如何強制？很簡單的幾個例子：祭祀公業的男系子孫表明其絕不祭祀，請問他可以是派下員嗎？他可以有繼承權嗎？如果他對外宣示絕不祭祀本公業之祖先，但是遇有財產分配時，縱不搶先也會等待分配，對這樣的男系子孫，實務上怎麼處理？男系子孫基於宗教之理由不能祭祀祖先，例如教徒，又該如何？我們會在他的宗教自由跟財產權之間，強制他做決定嗎？第三，剛才聲請人提到，女系子孫在變性後，可以取得派下權。我也曾經看過最高法院如此的判決。請問內政部，原來是女系子孫，變性為男性子孫，取得派下權之後，又變性回女性，在祭祀公業上會如何看待？

另外，麻煩內政部的兩位訴訟代理人，請問你們有沒有就祭祀公業之祭祀爭訟，而分別代理祭祀公業或祭祀公業之相對人？強調祭祀那麼重要，但我印象中及在我看的判決中，從來沒有祭祀公業是一造當事人，而訴訟標的是確認祭祀之先後，或是祭祀之主祭者、陪祭者。以兩位訴訟代理人多年的律師經驗，是否曾經代理過或聽聞過、閱讀過，祭祀公業的

相關判決不是爭執財產分配或單純確認派下權存在，而是真的為了祭祀祖先而爭執？如有，請提供相關資料，特別是法院的裁判。

請教聲請人的是，內政部強調如果對系爭規定予以違憲宣告，會有法安定性上的顧慮。針對這一點，鄧學仁教授特別在他的鑑定意見提到，可以仿效家事事件法對撤銷死亡宣告的一些處置。不曉得聲請人對於內政部的法安定性要求，及鄧教授的處置方案，有何看法？

審判長諭知

請關係機關內政部代表或訴訟代理人回答詹大法官森林之提問。

關係機關內政部訴訟代理人楊詠誼律師答

先說明祭祀公業條例第15條、第24條中，有關「祭祀」的部分寫在哪裡，由祭祀公業須記載名稱、目的、所在地及後續派下員之取得及喪失，我們認為從這些規範裡面可看出，一般祭祀公業登記都會寫「某某祭祀公業」，此「某某」通常是以享祀者的身分為名稱之標註。因此，第一可從名稱上看出，第二、由祭祀公業申請時須檢附相關設立目的，習慣上會簡單寫「公業是為了紀念某某、祭祀歷代子孫慎終追遠、敦睦派下員、祭祀宗祠為目的」，此部分會載明於祭祀公業條例的規章或規約裡，因此我們認為祭祀公業條例本身就有把祭祀祖宗的要件涵攝在裡面。同時我們也回應詹大法官森林的第四個問題，訴訟代理人本身承辦過發生於松山區公所之行政案件，該案對派下員認定有歧異、有設立上之問題，後來行政機關認定若要成立祭祀公業，必須說明是派下員，並提出此祭祀公業從設立至申請之相關沿革與祭祀事實，當

時民眾提出一些照片、證人證述，但是證人間的說詞亦有牴觸。因此我們認為若從實務來看，其實並無認定派下員資格時，不去看到底有無祭祀，司法實務上在判決時理論上會看。

(詹大法官森表示有問題補充提問)

審判長諭知

請詹大法官森林補充提問。

詹大法官森林問

我舉的例子是，有沒有兩個派下員都不爭執彼此的派下員身分，但是爭執主祭的地位；例如：我應該是負責主祭，你應該站在後面。亦即有沒有純粹因為祭祀而產生的爭訟？

關係機關內政部訴訟代理人楊詠誼律師答

祭祀公業設立登記後會有管理人，通常申請或主祭等事項，會透過管理人處理，因此目前就代理人所知，沒有看過僅針對誰要祭祀的這件事情作為訴訟標的。另回應呂大法官剛才的提問，關係機關要強調，本件爭訟的祭祀公業條例第4條規定有個前提要件，即「本條例施行前之狀態」，故有兩個要件，一、施行前已經存在的祭祀公業，二、須在97年7月1日前已經發生的繼承事實。針對派下員的認定依代理人的理解，對派下員的身分認定會以其先一代的派下員死亡時作為認定的標準。亦即在該時間點，若她一開始是女性，依照祭祀公業條例第4條第1項後段規定她是沒有派下員身分；縱使變性了，除非透過訴訟的方式，否則沒有辦法回復其派下員的身分。訴訟代理人就此部分之理解是否正確，我們可能要回去再查閱、研究。我們想要強調，在97年7月1日祭祀公業條例施行通過後，原則上就無分男女了，也無所謂改變性別

的問題，只要在97年7月1日以後發生之祭祀責任，就無分男女，一概認定其有派下員身分。

審判長諭知

請聲請人之代理人等回答詹大法官森林之提問。

聲請人一共同訴訟代理人梁志偉律師答

感謝詹大法官森林的提問，我們一併對呂大法官太郎與黃大法官昭元提問為綜合說明。其實祭祀公業制度，應該是先有祭祀才有公業，可以說是家族社群因華人社會的祭祀觀念、反覆實行後而建立祭祀的共識，所以若說它是否屬於一種義務，聲請人認為一概而論會偏離本質，它其實是一種個人社群的共同活動參與，此活動參與在法律、憲法如何評價？我們用財產權或結社自由等基本權做認定，不可諱言從祭祀公業條例第3條第1項規定，需捐助一定的財產作為祭祀之用，所以若說祭祀權跟財產權沒有關係，這是不可能完全脫鉤。針對法安定性問題，會面臨若祭祀的行為而產生的祭祀公業，甚至相關權利的形式，是否不分男女，而是強調繼承子女或是祭祀者的身分？從此角度觀察可知，現行祭祀公業條例是家族社群一般行為所作的框架性限制，亦即祭祀權不是從祭祀公業條例創設出。所以將系爭規定由爭點題綱、甚至黃大法官昭元所說的系爭規定第1項前段，關於規約造成間接歧視的部分予以宣告違憲的話，我們認為這是回歸到整個家族一般所做的祭祀行為。甚至參考民法第1條，民事適用順序是法律、習慣、法理，惟民法第2條亦規定適用習慣也不可抵觸公共秩序、善良風俗。在憲法的基本權利架構，其本身有放射效之情形下，我們認為對法安定性的要求，甚至鈞庭先前對於法安定性維護在公公益衡量下，本案不會造成

如此強大的衝擊。我們也肯認鄧學仁教授所提出，後續在回歸普通法院進行訴訟救濟可採取的立場。只是我們認為不論是聲請人的原因案件也好，或是未來其他法官承審相關案件、甚至類似案件，系爭規定的排除，事實上只是讓原本過往具有參與祭祀的女系子孫回歸她們應享有的權利。內政部也反覆提到，傳統男系子孫作為家族的主要工作者，以致於他們在祭祀公業會取得一定權利享有者地位，但也不要忘記，傳統的臺灣社會、華人社會的家族，其實是有社會分工的情形，亦即男性在外經商或是務農，但女性對於家務分擔即使現今法律也是肯認的，不能單純以財產出資或是貢獻，就形式、外觀而認定女性沒有權利。從這樣的角度看，聲請人等認為系爭規定的除去並不會造成法不安定，反而讓整個既有的法秩序回歸到原始、平穩的現象。

聲請人二共同代理人翁方彬律師答

針對詹大法官森林提問，就法安定性做簡單說明。法的安定性固然是法律基本原則，但法安定性並沒有如男女平等揭繫於憲法第7條、憲法增修條文第10條第6項。法安定性可以衍生出兩個原則即不溯及既往、法律明確性原則，詹大法官森林針對法安定性的提問，代理人認為就法的性質而言，法的平等性應該優先於法的安定性，如果因為宣告違憲造成相關實務上的困擾，依鄧學仁教授的見解，是否在一定的條件下，恢復派下員原能享有的祭祀公業財產利益，或是在一定條件下保護善意第三者，也是可行的方式

（楊大法官惠欽表示有問題提問）

審判長諭知

請楊大法官惠欽提問。

楊大法官惠欽問

第1個問題想要請教內政部，系爭規定中之祭祀公業條例第4條第1項後段就沒有規約的情況，不管是先前的祭祀公業土地清理要點的規定，或是該條文的立法理由，均是要依照習慣，既然已經有習慣，則為何96年制定祭祀公業條例時要將習慣之內涵以法律明文化？若無此種明文化之規定，實務上之操作會有什麼問題嗎？另依現行規定，派下員是設立人及其男系子孫，此種規範內容與祭祀公業條例第1條規定之立法理由，尤其是立法理由中所謂「健全祭祀公業土地地籍管理」之目的間，是有如何之關連？以上是關於祭祀公業條例第4條規定部分的問題。

另外，雖然不是本件的爭點條文，但是剛才一直都有提到的祭祀公業條例第5條的部分，內政部一直強調施行後，後續都是適用祭祀公業條例第5條規定判斷所謂的派下員。此規定之要件是在發生繼承事實時，繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。要件就是必須是繼承人，並共同承擔祭祀，則所謂的「繼承人」究何所指？在拋棄繼承之狀況下是否還是符合該規定所謂「繼承人」之要件？就「共同承擔祭祀」之部分，在規範意旨上是要如何認定所謂之「共同承擔祭祀」？本席在剛才審理的過程中有聽到訴訟代理人提到，雖然已列為派下員，但如被檢舉未共同承擔祭祀就會被予以排除、剝奪其派下員之資格。請問要如何認定？即要以哪些要件或事實判斷沒有共同承擔祭祀？此部分王泰升教授之專業意見有特別提到，雖然目前祭祀公業條例第5條規定祭祀公業條例施行後之派下員應具備共同承擔祭祀之資格，惟女子會因事實上無法共同承擔祭祀而無法成為派下員，此部分亦請王

泰升教授再為更具體之補充說明。

關係機關內政部訴訟代理人楊詠誼律師答

有關於第1個問題，之前既然有習慣何以還要在祭祀公業條例第4條第1項針對此部分為明文化的規定，其實當時立法院針對這個議案討論時，當時的委員有提到因為在此之前沒有明文的法律規定，因此實務上、尤其是司法機關在認定時會產生所謂的「習慣」到底是什麼？當時除了要處理實務上的此問題外，同時也是希望，因為祭祀公業有祀產的問題，希望能將之列管不要有模糊不清的狀態，因此才會制定此部法律，不知道這樣是否有回應楊大法官惠欽之提問。依現在來看，明文化在當時是為了不要讓習慣變成是各說各話、各機關有各機關之認定的狀況，所以希望以明文之方式規定清楚。

第2個問題有關於拋棄繼承之部分，目前實務上之作法是，假設派下員不想要成為派下員時，可以出具拋棄之書面，基本上就會將其排除在外。有關共同承擔祭祀目前實際上如何認定，內政部在97年時有一個函釋「具有參與祭祀活動及共同負擔祭祀經費之事實」，就上開標準實務上如何認定，相關單位可能會依照召開祭祀公業會議時有無會議紀錄、出席人員之表列，或其他剛才所提到的相關事證予以認定。此部分確實會有查證上之困難，是否有祭祀的部分沒有辦法實地派員去調查，原則上還是以戶政機關依民法規定所為之繼承登記，或是祭祀公業參與之會議紀錄、活動紀錄作為認定之標準。

楊大法官惠欽問

祭祀公業條例第4條第1項後段之規定，在沒有規約之情況下

，以男系子孫作為派下員，與本條規定之立法目的「土地管理」之間有何關聯性？

關係機關內政部訴訟代理人楊詠誼律師答

基本上內政部的立場認為祭祀公業條例本身在制定時確實有身分上人之認定及財產上要處理的問題。我方認為有關祭祀公業派下員認定的問題，與所謂財產上設立一項制度或是處理方式應無直接關連性。也就是祭祀公業條例第4條之規定是在處理人的問題，祭祀公業條例第1條規定同時講了人與財產之問題，整個法體系上應該是明確的，而無祭祀公業條例第4條規定與第1條規定間有牴觸之狀況。

審判長諭知

接下來請王泰升教授回答提問。

專家學者王泰升教授答

楊大法官惠欽之提問其實涉及了祭祀公業條例制定時對於立法事實之掌握有多少。事實上我所提出之鑑定報告裡的數據，目前19萬多名的派下員中女性只有1萬多人，也就是能夠祭祀的女性本來就是少數。這就牽涉到一個很重要事實問題，今天大家都在談傳統，但傳統究竟是什麼？台灣社會的傳統究竟是什麼？基於我個人的學術研究、在我出具的鑑定意見第3頁中已經敘明「承受家產」與「祭祀先祖」兩者是合一的、一體的兩面。這也是何以實務界非常尊重的民事習慣調查報告中所述「當時女子沒有遺產繼承權，所以不得取得派下權」，這個是當時日治時期的習慣法。但我們今天用的是中華民國的法律，因為民法第1條規定的關係，必須是法律沒有規定，它刻意的將兩者切割，祭祀公業派下與遺產沒有關係，這是刻意切割的，並以此來適用習慣。但我在鑑定

意見書也講了，若法律無明文規定，在民國20年時也可以用類推適用之方式處理，也就是這其實是民國20年時所做的價值判斷。所以今天的問題我個人認為很簡單，今年是2022年，我們是否要再嚴守1931年的價值判斷？我認為鈞庭所要做的就是對於立法時之價值判斷為再一次的審視。以上是我的意見，謝謝。

（蔡大法官宗珍、許大法官志雄均表示有問題提問）

審判長諭知

請蔡大法官宗珍先行提問，接續由許大法官志雄提問。

蔡大法官宗珍問

本席先請教內政部，再請教王泰升教授。

請教內政部2個問題。第1個問題，祭祀公業條例第4條第1項後段、第2項前段規定之結果，就法論法，會得到一個現行法制規範上的狀況，即已婚女性依照祭祀公業條例第4條第1項後段規定及第2項規定，是完全沒有機會得到其父系系統祭祀公業之派下權，或婚後夫家祭祀公業之派下權之結果，亦即已婚女性在中華民國的法律規定下，沒有機會得到任何祭祀公業派下員之資格。此項規範之結論是否正確？

第2個問題，雖未直接列為爭點題綱，但本席藉此機會請教，祭祀公業條例第4條第2項後段，在96年制定、97年7月1日開始施行之本法，一樣使用了「招贅婚」及「冠母姓」之法規範用語。目前內政部針對祭祀公業條例第4條第2項後段之規定運作上有何看法？對於此項規定之合憲性有何看法？

另一附隨問題，祭祀公業條例第4條第2項前段使用了「其女子未出嫁者」，惟身分法之關係並無「出嫁」或「娶入」之法律用語，尤其是沒有招贅婚後，就沒有所謂的「入」與「

出」，一律稱之為結婚，身分上均係配偶。則祭祀公業條例第4條第2項前段之規定，是否進一步呼應、或肯認本席第一個問題，即「已婚女子沒有任何機會在現行法制下成為祭祀公業所屬血緣關係或法律身分關係上之派下員資格」？以上問題請教內政部。

另請教王泰升教授，日治時期到現在，有無任何習慣風俗或是法律主張，曾經出現過祭祀公業派下權必須單一？也就是一個人只能從屬於一個派下權？本席之所以有此疑問，在於我們常說已婚女性是入祀於夫家，惟於夫家享祀與女性能否有權利就祭祀公業主張祭祀是兩件事。派下員既有祭祀之權利與義務，則有無任何形式上之風俗習慣，或理論或主張，一個人一定不可以有祭祀2種血緣以上先祖之主張？

審判長諭知

先請內政部回應。

關係機關內政部訴訟代理人楊詠誼律師答

回應蔡大法官提問，就祭祀公業條例第4條第1項或第2項規定來看，目前現行法令規定確實已婚女性沒有派下員資格，此部分可能還是要回到當時來看是否有考量過這個問題，以下有兩點說明，1. 祭祀公業條例第4條第3項規定，可以多數決方式，例外讓原本不屬於派下員之人取得派下員身分，而當時法令規定若要排除女性，這個作法以現在觀點來看是否正確？關係機關不認為這件事情對女性沒有影響，關係機關承認這對女性有重大影響，確實與憲法關於男女平等或增修條文規範有牴觸，但是要考量當時的狀態，就是這個法律規定本身是在規範97年7月1日以前的情形，不可諱言的就會碰到法安定性的考量，只是當時立法者考量權衡後，抱歉讓部

分女性因為這個法條的規定而無法享有派下員資格，因為有另一個法安定性價值的考量而有點像被犧牲掉，也因此祭祀公業條例第5條之規定，就是認為這個情形應該予以修正，故規定97年7月1日以後不可以再這樣子。2. 關係機關同樣承認釋字第728號解釋中雖然未明白宣示祭祀公業條例第4條規定違憲，但是確實希望關係機關、相關單位做適時修正改進，所以內政部在104年、108年、109年都有試圖推動修法，只是目前還在行政院審議中。關係機關承認這個情形對於女性有不利對待，應該要予以檢討，也努力朝這個方向前進。

審判長諭知

請專家學者王泰升教授表示意見。

專家學者王泰升教授答

已婚女性在傳統認定上沒有派下權，只有「在室女」才有派下員資格，臺灣司法這本書裡面從說文解字來解釋何為「房」，「房」就是「堂」旁邊的「室」，「堂」是指父母，「室」就是「房」，所以為什麼男生才能繼承、派下，是因為在室男才可以繼承、派下，所以只有在室女才可以繼承，如果我們了解這樣的傳統，那今天要不要繼續這樣的傳統？「房」的概念在今天已經被社會顛覆，我們今天有時候講「大房」、「二房」、「三房」，這個指的是大太太、二太太、三太太嗎？也就是「房」這個概念已經被臺灣社會顛覆掉了，已經包含女性了，在這種情形下，我在意見書裡面也有提到傳統上為什麼重視男性，是因為女性嫁出去之後對家產就沒有貢獻，但是這件事情在今天社會也不存在了，現在社會很多女性把財產挹注給娘家，那娘家的祭祀她不能過問嗎？關於是否可以祭祀兩個家這個問題，既然女性也把勞力

所得回饋給娘家，為什麼祭祀這件事情不可以男女共治？如果我們的政治大事都可以男女共治，為什麼祭祀不可以男女共治？這種情形之下我認為女性對夫家、娘家的祭祀都可以表示意見，都有發言權。印象中過去沒有任何判決提到祭祀只能限於一家，從今天的價值觀來說我認為應該承認兩家都可以。

許大法官志雄問

請教內政部、王泰升教授、官曉薇副教授，祭祀公業條例第1項是有關立法目的的規定，裡面明定多重的立法目的，其他部分姑且不論，其中與本案關係特別密切的是「延續宗族傳統」這樣的立法目的，華人或漢人的宗族傳統帶有濃厚的封建色彩，這與憲法精神，特別是性別平等的規定有所扞格，以此做為立法目的是否妥適？系爭規定出現違憲疑義之癥結是否在此？換言之，此立法目的本身是否就有違憲疑慮？將來內政部修法計畫有無把此列入考慮範圍？是否刪除或如何修正？同時針對這個問題希望王泰升教授、官曉薇副教授就此規定是否應予刪除或修正表示意見。

審判長諭知

請內政部表示意見。

關係機關內政部訴訟代理人楊詠誼律師答

回應許大法官的問題，祭祀公業歷史淵遠流長，現行存續祭祀公業本身成立時間點大多是在民國之前，可能是在清朝時就存在，當時為何要制定祭祀公業條例，一方面認有存續之必要，所以才希望以申報及法人化方式來保留組織構成可一直延續下去，因此剛剛許大法官詢問所謂的延續宗族傳統是不是還適合？關係機關認為祭祀公業本身就是有其特殊性質，

有其傳統上意義而有維護之必要，否則當時不需要制定祭祀公業條例來特別規範，若假設認其無延續宗族傳統的性質，而將其性質認定與一般民法相同，其實就不需要祭祀公業條例的制定或是適用，故延續宗族傳統還是相當重要的立法目的。

審判長諭知

請王泰升教授、官曉薇副教授接續表示意見。

專家學者王泰升教授答

承我剛剛的報告，以男性為房，或是我稱在室男來承受家產，這件事情如果從學說上來講是君父權統治觀念下的產物，拉到我們現實近代憲法來說，臺灣所面臨的第一部憲法是明治憲法，基本上為了維持家族、國家，不去干涉個人性別平等這件事情，這個理念明治憲法不處理。臺灣第二部憲法是中華民國訓政時期約法，其中規定了但不貫徹、不執行，到今天我們這部憲法我們也規定了，但是過去有貫徹嗎？這是一個問號，所以我今天發言一直強調對於沿襲過去價值判斷的立法條例，我們今天站在憲法及自由民主憲政秩序的角度，是不是應該要挑戰？應該要有所更正？我從憲法的脈絡來看，希望鈞院可以立下一個典範。

專家學者官曉薇副教授答

舉例來說，民法親屬編過去有許多把傳統留下來在民法內規範的條文，74年民法大幅度修正，很多立法條文都說要兼顧人倫傳統，但從鈞院釋字第365號解釋之後，民法新修法中都以性別平等、子女最佳利益為最高指導原則，關於傳統部分在釋字第365號解釋之後的民法修正都不再存在。我們在民法上可以做一個典範就是我們了解在家庭裡面有各種傳統

文化，包括民法很多重男輕女的條文都是來自於宗族傳統、宗祧傳統延伸到民法裡面，但是我們在民法各個條文修正當中，都把這個傳統改掉了，也就是說當時祭祀公業條例第1條裡面放入宗族傳統，當時內政部有其考量，其實行政院各機關碰到許多傳統文化、祭祀的問題，以客委會為例，十多年來持續跟客家各大宗族宣導、協商能否讓女性回來祭祀、甚至是同一個宗祠靈骨塔也讓未出嫁或出嫁的女兒來到跟祖宗一樣的地方，一起被子孫祭祀等。行政機關本來就已經往改革傳統文化這條路上走去，行政機關也都很明白祭祀公業這個傳統應該要被改革，但不太曉得什麼原因從2014年至今一直沒有辦法，也無作為，僅不斷提出修正草案，而在CEDAW國家報告中一直說我們有修正草案，除此之外都沒有作為，我認為傳統文化如果與現代的性別平等相違背，不論是行政機關或是從憲法角度都應該要加以改革。

#### 審判長諭知

依照表定時間，大法官的詢問程序到此，聲請人或內政部如果認為有補充必要，都請在7天內以書面補充說明。現在進行結辯的程序，請聲請人結辯，聲請人一、二都是各5分鐘，先請聲請人一陳純美等3人共同訴訟代理人結辯。

#### 聲請人一共同訴訟代理人洪國欽律師

謝謝鈞院，現為聲請人作結辯。從剛剛內政部代表表示，他們其實也不否認系爭規定的適用結果，實質上係限制到已婚女性取得派下員的權利。剛剛與會的專家學者也有提起祭祀公業與民法架構，其實適用的結果會並不相同，那麼，我們會有疑問，為何同樣涉及到身分權跟財產權性質的法規，竟然會有不同的立法或適用模式？再者，內政部雖然有提到系

爭規定當初設立的時空背景下有它的傳統考量，還有法安定性的考量，但就國家來說，憲法確實賦予國家有作為的義務，對於不平等的規定應與時俱進修法才是。再者，就國際上來講，目前就是CEDAW公約是符合國家趨勢潮流，也都希望能消除一切對婦女的歧視，我們既然身為會員國，也希望這部分也能有相關的比照。再者，內政部代表所顧慮法安定性的部分，剛剛與會學者也有提及此部分也可以參考家事事件法第163條的相關規定作為處理，以上。接著再請陳建宏律師說明。

聲請人一共同訴訟代理人陳建宏律師

我是陳俊宏律師。性別平等為消除婦女一切形式歧視公約所揭示的普世價值，我國大法官從釋字第365號解釋開始，就明確揭示性別平等應據實落實於法律之中。從我國民法的修正歷程可以看得出來，已經從傳統父權的思想轉變為性別平等的想法，所以，祭祀公業不應成為性別歧視的化外之地，懇請鈞庭可以宣告這個系爭規定違憲，謝謝。

聲請人一共同訴訟代理人梁志偉律師

謝謝審判長。我們最後想要作一個統整，是關於剛剛我們的專家學者、各位教授們以及監察院的人權委員會，他們所提出來的意見，聲請人這邊都認為這都是有利於本件宣告系爭規定違憲之具體理由，所以，我們也都希望鈞院能夠綜合審酌。聲請人最後在結辯這邊，代理人想要表述的是，祭祀公業之所以會設立，最初的原因其實是那個設立人，他希望未來在他已經百年之後的時候，有人能夠記得他，繼續對他作一個祭祀的一個舉動，而這樣祭祀的活動本身除了必須要有一定的人的存在之外，其實，它必須也要有一定的財產作為

支持的依據，這個是一個現實及理想的結合，所以，再從這樣子的一個關聯去看的話，當系爭規定現在將女性排除於派下員身分的這樣枷鎖予以解除之後，會發生的一個狀況是，其實女性也可以成為祭祀公業裡面的一個成員，對於最初設立這個祭祀公業的設立人，或者是後來成為享祀人的這些人來說，系爭規定的解除，事實上反而讓這個祭祀可以被無限的就是持續永續下去，有可能會因為現行法律下男丁的的缺失，沒有男生或者是女子出嫁也好的一個狀況，他這一脈的祭祀可能就會落入這個沒有人祭祀的一個狀況，所以，從法安定性也好，或者是我們講法不溯及既往的觀點來說，系爭規定跟其他所謂的罪刑法定主義或處罰法定主義涉及公法的法律關係的限制權利，兩者之間有一個區別是，我們對於這個系爭規定的排除，其實並不是說為了要去限制其他男性子孫的權利，而是希望能夠讓這個祭祀的目的，不管是尊重傳統也好，延續宗族也好，都能夠持續的下去。我們也了解從關係機關內政部他們所提出的各該意見，也可以了解到確實系爭規定違憲之後，可能會造成他們在行政作業上需要增加一些人手跟成本，但我們認為因為其實祭祀公業已經是一個過往所存在的制度，現在其實也不會有新的祭祀公業存在，藉由將系爭規定作違憲的宣告，那麼，鈞庭如果能夠作適度的一些諭知，能夠讓內政部關係機關有所遵循。甚至當然對於聲請人一、二的部分能夠去提起後續的特別救濟程序，這部分是聲請人的冀望，但我們認為，如此的一個結果勢必會讓臺灣走向一個所謂性別保障、更加平權的一個社會，謝謝。

。審判長諭知

請聲請人二許金賀等4人共同訴訟代理人結辯。

聲請人二共同訴訟代理人陳品好律師

聲請人訴訟代理人陳品好律師就釋憲辯論陳述，依照祭祀公業條例第1條立法目的是為了祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統以及健全祭祀公業土地的地籍管理，但是，本條的系爭條文的現實操作與落實，是男性子孫可以無條件成為派下員，而女性子孫則必須滿足派下員無男性子孫，而且未出嫁這兩個條件，才能夠成為派下員。也就是在該名女性沒有其他親生兄弟，而自己也不可以結婚的情況之下，才能夠勉強替補上場成為派下員。而女性派下員所生子女，依照第4條第2項後段更必須符合招贅婚、從母姓這些現行法律已經不復存在的要件，祭祀公業條例第4條規定造成實質上的差別待遇，背後的思維可以說是男尊女卑，男性子孫為主，女性子孫則是外人的概念，相同血緣、相同祖先的兩人，卻因為性別的不同，而對於派下權的取得，女性需要有更嚴格的限制才能夠成為派下員，顯然是以性別作為分類的手段。

至於，祭祀公業條例第1條所揭示的祭祀祖先發揚孝道的目的之間，我們認為是沒有關聯必要性，這樣的差別是恣意，而且不符合平等原則，是無法通過嚴格審查。其實，現行的祭祀公業條例立法背景誠如鑑定人王泰升教授所述，都是參考日治時期以來就有的習俗與觀念，在本案的第4條中更是展現了優惠於男性的傳統法律，否定了女性作為平等家族成員的身分，但是，如今女性並非依附於大家族下毫無價值，也不是父權社會的附屬品。祭祀公業條例所規定派下資格以及派下權繼承僅限於男性子孫，已經不符合現今性別平等的理念，不應該再以尊重傳統文化習俗為由，而對婦女進行阻

礙性別平等的落實。此外，法安定性並不能作為既有祭祀公業派下員資格的認定，釋字第620號解釋就指出男女平等原則優先於財產權人之信賴，實在不宜再以法律不溯及既往所生的法安定性，去維護已經不太值得保護的男尊女卑價值以及所衍生的財產利益。如果仍然肯認該條文合憲，無非是默認傳統習俗可以凌駕於憲法平等原則，更是讓女性持續因為系爭條文而受到身分、人格以及平等權的侵害。綜合以上，請鈞院宣告系爭條文違反憲法第7條以及增修條文第10條第6項，謝謝。

聲請人二共同訴訟代理人翁方彬律師答

聲請人訴訟代理人翁方彬律師表示結辯意見，我們結辯意見分成三點。第一點，訴訟代理人認為憲法法庭對於本案應該採取嚴格審查密度。根據相關學者還有實務上相關見解，有關男女平等權的貫徹，是需要嚴格審查密度，如釋字第365、410、452號解釋。第二點，本件釋憲案應該是採取嚴格審查密度，理由如下，因為除非被審查的法律，其所追求的目的乃是具有特別重要的公共利益，而且其所採取的手段跟目的間達成，具有直接而且絕對的關聯性，違憲的推定才有可能被推翻，釋字第744、748、749號解釋可供參考。第三點，本案祭祀公業條例第4條欠缺上開要件，自應為違憲宣告。再者，釋字第728號解釋如果違憲或不足的地方，憲法法庭亦可宣告哪個部分不再適用或直接宣告其違憲。因為同一件事情有可能先前認定為合憲，後面認定違憲，釋字第211、439號解釋這兩號解釋是同一件事情，還有釋字第414、744號解釋也是就同一件事情，大法官會議為違憲和合憲宣告，謝謝。

審判長諭知

接續請關係機關結辯，時間 5 分鐘。

關係機關內政部訴訟代理人廖于清律師

訴訟代理人廖于清律師為關係機關進行結辯報告，首先關係機關就祭祀公業的發展提供一些數據給鈞庭參考。關於祭祀公業設立的沿革，法務部編印臺灣民事習慣調查報告的記載，臺灣祭祀公業的設立是始自漢民族入址臺灣後，在日據時代的統計 1907 年間，已經設立的祭祀公業，有二萬二千一百九十九件，持有祭祀公產的總額已經達到兩億日元，之後在 1922 年的統計，祭祀公業的土地登記筆數是七萬兩千四百八十二件。關係機關提出上述數據的目的是要說明，影響祭祀公業條例第 4 條規定的重點是在時間的要素，將祭祀公業條例施行前已經存在的祭祀公業規範在第 4 條。而在祭祀公業條例施行以後規範在第 5 條的部分。參考英國的法理學家哈特對於法實證主義的主張，法律的存在與內容最終只取決於特定的社會事實，是否能夠以現今修改的法律去規範過往的社會事實，甚至去變動既定的法律事實？以上供鈞庭參考。

關於祭祀公業派下員認定的爭議，在實務的案例上通常都跟祭祀公業公產管理、處分及財產價值的分配有關，如果祭祀公業條例第 4 條單純的考量男女平等而為修正，一來會造成祭祀公業的派下員的回溯會產生變動，行政機關要如何認定申請人所提供異動的派下員名冊屬實？是否又要透過司法機關來做認定，行政與司法的負荷量是否足夠因應？這可能都需要評估。再者祭祀公產管理處分所可能產生的爭議，如回溯取得派下員身分之人，是否能推翻過去派下員就祭祀公產

所作成的管理或處分，並且請求回復原狀？是否可請求重新分配因公產所生的利益？如公產經過分配後成為派下員的私產，甚至該派下員死亡並且發生繼承時，是否仍允許去追討相關的利益？請求權基礎為何？時效如何計算、如何執行？如何保障交易安全以及取得財產的人其信賴利益？

最後關係機關想要強調的是祭祀公業存在已經有數百年的時間，其發展的脈絡也是受到祭祀祖先的目的以及當時經濟文化社會背景之影響，不應僅以現代狀況背景來加以評斷，立法者在制定第 4 條時，也已經權衡男女平等及法安定性，把法律不溯及既往、信賴保護原則及比例原則等憲法上原則，並綜合考量私法自治原則以及憲法對人民財產權的保障，法律施行以後實際運作的可能性以及行政司法機關的負荷量能等面向，來維持祭祀公業以祭祀為設立的主要目的考量。綜上，請鈞庭宣告祭祀公業條例第 4 條為合憲，謝謝。

審判長諭知

本案言詞辯論程序終結，依法於終結後 3 個月內宣示判決，必要時得延長 2 個月，退庭。

憲法法庭

書記官 孫國慧

廖純瑜

審判長 許宗力

中 華 民 國 1 1 1 年 1 0 月 1 8 日