

憲法法庭 公告

發文日期：中華民國 112 年 1 月 18 日

發文字號：憲庭力 112 憲判 1 字第 1122000011 號

附件：如主旨



主旨：茲公告更正憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決許志雄大法官提出之部分不同意見書。

公告事項：旨揭意見書業已依法宣示（公告），惟有誤載「主文第二項」為「主文第一項後段」之顯然錯誤，共四處，茲予公告更正。

憲法法庭
審判長 許宗力

憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決部分不同意見書

許志雄大法官 提出

黃昭元大法官 加入

一、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）。」（下稱系爭規定一）、同條第 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。」（下稱系爭規定二），本號判決認其未涵蓋設立人其餘女系子孫部分，牴觸憲法第 7 條保障性別平等之意旨。就此，本席敬表贊同。惟同條例第 4 條第 1 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。」同樣涉有違反性別平等之嫌，卻於 2015 年經司法院釋字第 728 號解釋宣告尚未構成違憲。本件聲請人之一主張，該號解釋應予變更。多數意見則以系爭規定一及二並非司法院釋字第 728 號解釋之審查客體，不生變更該解釋之問題為由，而不受理。其徒以形式理由，逕為不受理，未因釋字第 728 號解釋（及其解釋客體祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定）與系爭規定一及二具有重要關聯，一併納入審查。本席認為，這種鋸箭法之處理方式坐視該解釋之問題，不足以徹底解決祭祀公業長久以來歧視女性之沈痾，不免為德不卒，礙難同意。

又針對系爭規定一及二宣告違憲後之效果，本號判決主文明示，其「祭祀公業設立人之女系子孫（以現存親等近者為先）尚未列為派下員者，均得檢具其為設立人直系血親卑

親屬之證明，請求該祭祀公業列為派下員，並自請求之日起，享有為該祭祀公業派下員之權利及負擔其義務，但原派下員已實現之權利義務關係不受影響。」據此，祭祀公業設立人之女系子孫得請求列為派下員，固屬允當，然所稱祭祀公業，究僅指無規約或規約未規定派下員者而言，或尚包括有規約規定者？有無規約規定之認定，究以祭祀公業設立之日、祭祀公業條例施行之日、本號判決宣示之日或女性子孫請求列為派下員之日為準？均未明言，難免產生疑義。再者，作為派下員之權利享受及義務負擔，乃自請求之日起，而非自本號判決宣示之日起，恐生弊端，有待商榷。

有鑑於此，爰提出部分不同意見書。

二、釋字第 728 號解釋之解釋文表示：「祭祀公業條例第 4 條第 1 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 7 條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。」茲參照解釋理由書，整理出該號解釋之要旨如下：

（一）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。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。

（二）祭祀公業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，實質上形成差別待遇。

（三）惟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。

（四）祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定雖因相關規約而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 14 條保障結社自由、第 15 條保障財產權及第 22 條保障契約自由與私法自治，原則上應予以尊重。

（五）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 7 條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

釋字第 728 號解釋主要以私法自治為基礎，認定祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定合憲。本席認為，該系爭規定攸關人權之私人間效力或基本權之第三人效力（Drittwirkung der Grundrechte），奈何多數大法官欠缺此一意識，而純以國家公權力（立法）是否侵害人權之問題視之，排除人權之私人間效力之探討，難謂允當。釋字第 728 號解釋蘊含嚴重問題¹，實有重新檢視，並予變更之必要。

按憲法之目的在於保障人權，而個人尊嚴或人性尊嚴則

¹ 關於釋字第 728 號解釋之問題，詳參許志雄著，人權的私人間效力論——以司法院釋字第 728 號解釋為契機，收於氏著「人權論——現代與近代的交會」，元照，2016 年，頁 113 以下。

為人權之根源、立憲主義憲法最核心之原理。個人尊嚴與人權同屬憲法內含之最高價值，全體法秩序尤應服膺個人尊嚴原理之指導，不因公法或私法而有歧異。人權本係個人對國家之防禦權，不當然可以適用於私人間，惟私法領域中仍應盡量促成人權價值之實現。當人權間出現衝突或競合時，宜從維護個人尊嚴之角度定其取捨。

私法自治固亦源於個人尊嚴原理之要求，應受尊重。但於私法關係中，個人之人權可能遭到社會權力侵害，此際個人尊嚴會受侵犯者，當係受害之個人，而非主張私法自治之社會權力（加害人）。若私法行為因私法自治原則適用之結果，造成個人尊嚴之侵害，則該原則存立之基礎鬆動，於這種場合私法自治應退讓，優先保障受害人之個人尊嚴，從而認定私法行為無效。同理，法律有關私法關係之規定有無構成違憲，亦適合用上述方式判定。

先就結論言之，釋字第 728 號解釋之系爭規定無法通過個人尊嚴原理之檢驗，應構成違憲，大法官所為合憲之認定殊無可取。蓋祭祀公業規約殆皆依循傳統宗族觀念，重男輕女，實質上形成差別待遇，為大法官明白承認之事實。這種踐踏女性尊嚴之慣行，乃封建之遺毒，在重視個人尊嚴及人權保障之時代，理應儘速去除。系爭規定卻背道而馳，打著私法自治之名號，承認祭祀公業規約之效力，其實就是縱容社會權力繼續侵害女性之個人尊嚴，讓違背憲法最高價值之私法關係殘存。尤有甚者，釋字第 728 號解釋高舉私法自治原則，強調規約設立人及其（男系）子孫之結社自由、財產權、契約自由，乃至法秩序之安定性及法律不溯及既往原則，並堅持原則上這些權利及原則應予尊重；他方面卻漠視女系

子孫之個人尊嚴，且刻意貶抑性別平等之重要性，對平等原則採取極度寬鬆之違憲審查基準。這種審查態度及與立場偏離正軌，令人無法苟同。

法規範如以性別為分類，形成差別待遇，因其差別待遇係出於難以改變之個人特徵、歷史性或系統性刻板印象之分類，理應以中度基準審查之（理由第 27 段參照）。本號判決即採取中度審查基準，並據以作成系爭規定一及二違憲之判斷。如此，本號判決既已揚棄釋字第 728 號解釋所採之審查態度及基本立場，理應將該號解釋納入審查，並予變更。否則，見解南轅北轍之判決與解釋並存，將出現大法官自我矛盾之現象。多數意見計不及此，恐遭物議。

況多數意見指出，釋字第 728 號解釋曾於理由書末段諭知：「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，有關機關應與時俱進，於兼顧憲法增修條文第 10 條第 6 項規定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，就含系爭規定一及二在內之相關規定適時檢討修正，俾能更符合性別平等原則，與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨」（理由第 25 段參照），顯示多數意見認同釋字第 728 號解釋所持，祭祀公業條例關於派下員認定之整體法制應檢討修正之主張。該號解釋雖宣告祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定尚未構成違憲，但如上所示，其對結論似尚乏十足確信。鑑於該號解釋作成已逾 7 年，有關機關仍未積極推動修法工作²，憲法法庭無寧應藉此機會，以有重要關聯為

² 行政院曾數次提出祭祀公業條例修正草案，函請立法院審議，但均修法未果。而且，各草案內容無不殘留封建色彩，尤其第 4 條規定歧視女性之問題並未獲正視，更遑論解決。本席認為，祭祀公業條例第 1 條揭櫫立法目的：「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統……特制定本條

由，將釋字第 728 號解釋及祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定一併納入審查，方屬妥適。

三、從釋字第 728 號解釋、本號判決主文第一項及判決通篇意旨觀之，必須是無規約或規約未規定，亦即無規約規定之祭祀公業，其設立人之女系子孫始得依據判決主文第二項，請求列為派下員。至有規約規定之祭祀公業，其設立人之女系子孫得否列為派下員，仍依規約所定。然有無規約規定之認定，應以何時點為準，未經明示，難免出現疑義。

理論上，祭祀公業設立之日、祭祀公業條例施行之日、本號判決宣示之日及女性子孫請求列為派下員之日，均有可能作為認定之時點。因祭祀公業之派下員多為男系子孫，原本設立時無規約或規約未規定之祭祀公業，可能在男系子孫主導下，訂定或修訂規約，明定排除女系子孫為派下員。祭祀公業一旦出現此種情形，即成為有規約規定，而非無規約規定之祭祀公業，女系子孫將無法依判決主文第二項請求列為派下員。上開各個有無規約規定之認定時點，除祭祀公業設立之日外，均存在此一風險，故為避免風險，似以祭祀公業設立之日作為認定時點為宜。如此，亦可稍減祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定及釋字第 728 號解釋之弊端。

此外，女系子孫依判決主文第二項成為派下員，其權利享受及義務負擔，乃自請求之日起，而非自本號判決宣示之日起，亦有產生道德風險之虞。本號判決宣示後，原有之派下員可能擔心女系子孫陸續請求列為派下員後，派下員增加，其可得之利益將減少，而為防止利益流失，乃加速處理

例。」本蘊含封建色彩，其所謂「延續宗族傳統」，包含宗祧繼承舊慣，更充斥性別歧視之意味。該立法目的規定如果不予改廢，則難以期待祭祀公業條例之修正能滿足性別平等要求。

祭祀公業之財產。有此可見，判決主文第二項關於系爭規定一及二違憲後之效果處理，未臻完善。

四、多數意見稱：「宗祧繼承舊慣並非法律位階之法規範，在祭祀公業條例施行前，並無法律規定祭祀公業之派下員資格，是系爭規定一及二係新訂之法律，且其係適用於祭祀公業條例施行後仍繼續存在之法律關係，此種情形要非新法規之溯及適用，故無涉法律不溯既往原則（本庭 111 年憲判字第 18 號判決參照）。」（理由書第 32 段參照）單純就系爭規定一及二無涉法律不溯及既往原則之結論而言，本席尚無異議，但追根究底，本案實無論究法律不溯及既往原則之必要，且多數意見對宗祧繼承舊慣之定性及論理過程，亦相當可議。

首先，如祭祀公業條例第 4 條之立法理由所稱：「一、本條例施行前已存在之祭祀公業多設立於民國以前，且祭祀公業祀產並非自然人之遺產，其派下權之繼承不同於一般遺產之繼承，其派下員之資格係依照宗祧繼承之舊慣所約定。……。二、基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則……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，其女子未結婚者，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。」（立法院公報，第 96 卷第 20 期，院會紀錄，第 225 頁至第 226 頁參照）系爭規定一及二係尊重、延續傳統宗祧繼承之之舊慣；此為多數意見所不爭（理由書第 31 段參照）。系爭規定一及二既係新瓶裝舊酒，無溯及適用之情形，照理自始不生有無違反法律不溯及既往原則之問題，自無庸浪費筆墨於該議題。附帶一言，祭祀公業條例第

5 條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」其係新訂之規定，且適用於祭祀公業條例施行後仍繼續存在之法律關係，依據大法官向來之見解，方屬不真正溯及既往，無涉法律不溯及既往原則。

其次，祭祀公業係漢族法律宗祧繼承舊慣之產物，原本無論有無規約規定，均充滿傳統宗祧繼承重男輕女之色彩。日治時期祭祀公業所依存之舊慣，不僅具有習慣法之地位，甚至優先於法律。戰後台灣實施中華民國法制，獨厚男性之祭祀公業舊慣顯與憲法保障性別平等之意旨有違，理應喪失正當性，惟司法實務欠缺此等認知，依然適用祭祀公業舊慣，承認其具有習慣法之地位³。總之，歷來實務上均承認祭祀公業舊慣為具有法律位階之習慣法，是在祭祀公業條例施行前，固無立法明定祭祀公業之派下員資格，但多數意見謂宗祧繼承舊慣並非法律位階之法規範，顯與事實不符，應不足採。

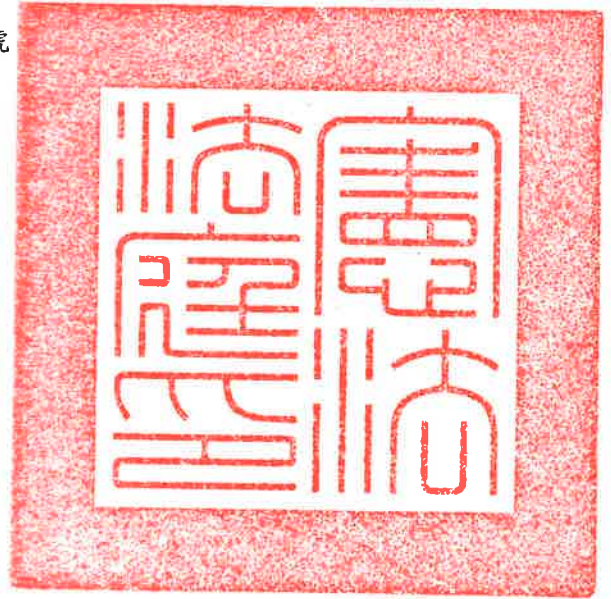
³ 王泰升著，從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變，台灣法律人第 18 期，2022 年 12 月，頁 1 以下

憲法法庭 公告

發文日期：中華民國 112 年 1 月 18 日

發文字號：憲庭力112憲判1字第 1122000010 號

附件：如主旨



主旨：茲公告更正憲法法庭112年憲判字第1號判決黃昭元大法官
提出之部分不同意見書。

公告事項：旨揭意見書業已依法宣示（公告），惟有誤載「主文
第一項、主文第二項」為「前段、後段」之顯然錯
誤，共1處，茲予公告更正。

憲法法庭
審判長

許宗力

憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決 部分不同意見書

黃昭元大法官提出
許志雄大法官加入
謝銘洋大法官加入第[3]至[16]段部分
呂太郎大法官加入第[3]至[16]段部分
楊惠欽大法官加入第[2]、[4]、[17]至[21]段部分

一、本判決審查標的、實體判斷及本席立場

[1] 本案聲請人所聲請之審查標的原包括：祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項及第 3 項、第 5 條及司法院釋字第 728 號解釋。本判決僅受理上開條例第 4 條第 1 項後段及第 2 項部分，而未受理其餘部分。本席認為司法院釋字第 728 號解釋及所涉上開條例第 4 條第 1 項前段規定，和同條項後段（即本判決所稱系爭規定一）所涉憲法爭點（祭祀公業派下員之性別分類）相同，其實體判斷必相牽連而無從切割，也不應有歧異。依照本庭向來有關重要關聯性的認定標準及實踐，上開條例第 4 條第 1 項前段規定與本件審查標的間確有重要關聯性，而得納入審查標的。至於上開條例第 4 條第 3 項及第 5 條部分，本席則贊成不受理。是就本判決主文第三項「其餘聲請不受理」，本席有部分不同意見如後述第[3]至[16]段。

[2] 就本判決實體判斷部分，本席支持本判決主文第一項宣告祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段及同條第 2 項規定中，有關未涵蓋設立人其餘女系子孫部分，抵觸憲法第 7 條保障性別平等意旨之結論。然就主文第二項諭知尚非派下員之女系子孫「僅」自請求之日起，享有為該祭祀公業派下員之權利及負擔其義務部分，本席則認為本判決應設而未設過渡期間，亦未使上開女系子孫得「自本判決宣示之日起」即取得

派下員地位。就此部分，本席亦持不同意見（參後述第[17]至[21]段）。

二、審查標的部分

[3] 聲請人一請求變更之司法院釋字第 728 號解釋，係以祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段為審查標的。該規定與本判決所審查之同條項後段（即系爭規定一），均係以祭祀公業條例施行前（即 2008 年 7 月 1 日）已存在之祭祀公業為適用對象，然就其派下員資格，以有無規約為準，分別規定為：有規約者，「其派下員資格依規約定之」（前段規定）；「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）」（後段規定）。不管是前段或後段規定，其所涉主要憲法爭點都是性別平等。

[4] 本判決宣告違憲之祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段，在表面上就是以性別為分類，而對女性有明顯不利之差別待遇。雖然同條第 2 項及第 3 項訂有緩解上述差別待遇規定之規定，但整體而言，後兩項規定之實際效果恐怕只是茫茫大海中的幾葉孤舟。甚至依同條第 2 項及第 3 項規定之立法意旨，各該女性等之所以能成為派下員，無非是她們剛好能扮演男性的角色（第 2 項），或獲得（男性）派下現員之「恩惠式」同意，而不是因為她們是女性。本判決宣告第 4 條第 1 項後段及第 2 項違反性別平等，本席亦表贊成。

[5] 至於祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段在表面上雖然未採取性別分類，而屬性別中立之規定，但其適用結果，則會產生明顯不利女性之系統性、結構性差別待遇，而屬對於女性之間接歧視規定。¹就此，釋字第 728 號解釋雖亦認為上述前段規定「並未以性別為認定派下員之標準」，但也認為「雖相

¹ 就祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定部分，於本庭就本案舉行言詞辯論時，鑑定人官曉薇教授認為上述規定屬於性別分類之間接歧視規定，並且違憲。另王泰升、鄧學仁教授明確認為同條項前段和後段規定都違憲，曾文亮副研究員也是傾向認為兩者都與性別平等原則有違，國家應更積極介入調整。

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」。²這其實就是本席前述所稱表面上性別中立，但會產生性別差別待遇之間接歧視規定。只是就是否違反性別平等之同一憲法爭議，本席認為上述前段規定違憲，而釋字第 728 號解釋認為合憲。

[6] 就祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定所稱有規約之祭祀公業部分，本席於言詞辯論時曾詢問關係機關其家數為何，內政部之後亦正式函復本庭，說明：「截至 2022 年 11 月 15 日止，目前祭祀公業共有 3,244 家…，訂有規約者計有 2,006 家，未訂規約者則有 1,221 家…」。³依上述統計，本判決其實只會適用於目前 3,244 家祭祀公業中無規約的 1,221 家（約 37.6%），至於有規約的 2,006 家（約 62.4%），除非完全沒有任何有關派下員資格的規定，否則其中絕大多數（依內政部抽查結果可能有 95%，參下段說明）仍會適用祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定，並繼續受到釋字第 728 號解釋之保障。

[7] 在上述「訂有規約之 2,006 家祭祀公業中，於規約明訂祭祀公業條例（以下簡稱本條例）施行前僅派下員為設立人及其男系子孫（含養子）之家數有 691 家，約占 34.4%，未訂有前開規定者計有 1,315 家，約占 65.6%…。另查並無發現有祭祀公業之規約明文記載本條例施行前得開放男女均為派下員之情形。」⁴又就上述 1,315 家未明訂其派下員僅限男系子孫之祭祀公業，經內政部抽查其中 131 家之派下全員系統表，發現在系爭條例施行前，有 125 家（約 95.4%）採用

² 雖然釋字第 728 號解釋以「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」為由，認祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段不違反性別平等而合憲，但上開解釋之審查標的仍然是「承認並以國家公權力貫徹此等規約效力之國家法律」，而非直接審查人民基於私法自治所締結的規約本身。

³ 內政部 111 年 12 月 5 日台內民字第 1110224524 號函復本庭 111 年 11 月 2 日憲庭力 109 憲二 110 字第 1110000086 號函詢之補充說明資料，頁 1。

⁴ 同前註。

內政部提供的範例文字載為：「本公業派下現員，已經○○○主管機關公告確定，核發派下現員名冊內所列人員，為基本派下現員。」⁵本席認為這類規約仍屬規約對派下員資格有明定之類型，因此應適用祭祀公業條例第4條第1項前段規定及釋字第728號解釋，而非本判決宣告違憲之同條項後段情形。

[8] 經內政部進一步檢視上述131家祭祀公業派下全員系統表，更發現：「…其中87家祭祀公業，系統表全為男系子孫（含養子），並無女性列入派下員之情形；另外44家則有女性、養女、贅婿等派下員列入系統表之情形（係依本條例第4條第2項及第3項之規定列入）。」⁶換言之，就內政部抽查之上述131家祭祀公業部分，「…原則上仍以男系子孫列為派下員為繼承慣例，倘有女性列入派下員之情形，亦是因派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者或派下之女子、養女、贅婿經派下員大會特別多數同意而列入之例外才予以列入，因此，實務運作上祭祀公業若規約沒有明定繼承資格者，仍依習慣由男系子孫（含養子）為繼承慣例。」⁷

[9] 依上述內政部的統計及抽查結果，在上述有規約的2,006家祭祀公業中，今日竟無任何一家之規約明定女系子孫得為

⁵ 參內政部，前註3函，頁2及附件。上述規約文字其實是內政部長久以來提供的規約範例，參內政部，祭祀公業土地清理業務文書表件製作參考範例手冊，頁10-11（2008年7月）（「貳、申請祭祀公業派下員全員證明書應備表件格式，十、其他參考資料範例：（一）規約範例：祭祀公業○○○管理暨組織規約第5點」），引自：內政部官網，<https://www.moi.gov.tw/cl.aspx?n=11163>（最後瀏覽日：2023/01/10）。依內政部上開函附件所附祭祀公業規約，其中有1983年間訂立之某祭祀公業規約已有類似文字：「本祭祀公業派下員每房以一名為代表並經○○鄉公所公告確定核發派下員名冊內所列人員為基本派下員」。本席猜測，在2008年7月1日祭祀公業條例施行前，上述看似性別中立，但實際容許僅限男系子孫為派下員之規約範例文字，可能早已存在，而且是主管機關內提供的範例版本文字。

⁶ 參內政部，前註3函，頁2。

⁷ 參內政部，前註3函，頁2-3。

派下員。在實務上，縱有女性成為派下員，似乎也都是依祭祀公業條例第4條第2項及第3項規定，並無一人是直接依同條第1項前段所定規約而成為派下員。本席認為：如此長期（超過百年）、全面（可能是幾近全部之祭祀公業）的排斥女性為派下員，就其客觀的適用結果而言，顯然已經構成系統性、結構性之事實上差別待遇，而足以——甚至必然——成立間接性別歧視（indirect gender discrimination）或事實上的性別歧視（*de facto* gender discrimination）。就此而言，祭祀公業條例第4條第1項前段所造成的性別歧視，其普遍性及嚴重性實不亞於同條項後段規定之適用結果。前、後段之憲法爭點同一，違憲與否的價值判斷理應一致，實均應納入本件之審查標的。

[10] 退一步言之，縱使進一步要求立法或決策機關對於上述客觀結果面的事實上歧視，應該還要有主觀故意，始足以構成間接歧視，本席仍認為立法者於制定祭祀公業條例第4條第1項前段規定時，係明知全部或絕大多數規約均僅限男系子孫為派下員，也明知其適用結果就是繼續保障或延續此等性別歧視，而仍採取優先適用規約之表面上性別中立規定，因此自有上述主觀故意。

[11] 按祭祀公業在台灣係已存在百年以上，其派下員向以男系子孫為限，可謂公知之事實，比房間裡的大象還醒目。而內政部於1981年4月3日早已發布「祭祀公業土地清理要點」，一直適用到祭祀公業條例施行後，始予廢止。其中第12點規定：「祭祀公業派下權之繼承或喪失，依規約定之，無規約或規約未規定者，依民事習慣定之。」第2點第1項規定應檢具之申報資料中包括：「…（三）派下全員系統表及現員名冊、…（七）原始規約，但無原始規約者，免附。…」再依第8點，由受理申報之各該直轄市或縣市政府民政機關（單位）核發「派下全員證明書」。故在祭祀公業條例施行前，內政部對於已申報列管之各該祭祀公業規約規定內容、及適用各該規約後之派下全員系統表及現員名冊，是否均僅限男系

子孫為派下員之事實，早已知之甚詳。

[12] 其次，祭祀公業條例的立法者也完全知悉上述長期排斥女性的傳統習慣，甚至是援引為立法之依據。按祭祀公業條例第4條之立法理由強調：「一、本條例施行前已存在之祭祀公業多設立於民國以前，且祭祀公業祀產並非自然人之遺產，其派下員之資格係依照宗祧繼承之舊慣所約定。…二、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）。…」同條例第5條之立法理由：「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…」。

主管機關內政部於本案之答辯也是主張「祭祀公業條例第4條之規定，實質上就是將習慣內容以制定法之方式予以規範化，不再以習慣為依據，以避開習慣之規範拘束力的論證需要…」（內政部2022年9月8日言詞辯論意旨書，第3頁）；又於本件言詞辯論時亦稱：「…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。…」（參本件言詞辯論筆錄第9頁）

[13] 綜合上述規範之立法理由及適用結果等相關證據，應足以認定祭祀公業條例立法者及主管機關完全知悉該條例第4條第1項前段與後段之適用結果，其實是完全相同，都是延續並認可女系子孫長期被排斥之事實及習慣。於此情形，立法者於前段規定優先適用之「規約」，在表面上是性別中立，但實際上是不利女性之「性別分類」的代稱（proxy）。結合上述客觀適用結果的統計分析，祭祀公業條例第4條第1項前段顯然也是性別分類規定，而且是間接性別歧視的規定。而同條項後段則是直接性別歧視規定。兩者合併其實才是立法者的完整立法規劃，缺一不可；又前、後段規定之立法目

的相同，所追求之效果也相同，憲法上的評價也都應該會違反憲法第 7 條性別平等之意旨，因此均應納入本判決之審查標的範圍。

[14] 如果說本判決宣告違憲的後段規定是立法者毫不掩飾、自行分類的直接歧視規定，釋字第 728 號解釋所宣告合憲的同條項前段規定則是心知肚明、偽裝中立的間接歧視規定。後段是真小人，前段是偽君子，而且是系出同門的雙胞胎兄弟（因為都是歧視女性的規定，因此以「兄弟」稱之比較適合）。本判決僅宣告後段規定違憲，且故意不將前段規定一併納入審查，以致造成「真小人的後段規定從此違憲，偽君子的前段規定繼續合憲」的體系矛盾，並導致同一憲法下出現性別平等的祭祀公業與性別不平等的祭祀公業，兩種截然對立的法秩序，已明顯不妥。

[15] 其次，如果有目前無規約之祭祀公業，於本判決宣示後隨即另定規約，⁸此等新訂規約之祭祀公業是否仍屬系爭條例第 4 條第 1 項後段規定之適用對象，而應依本判決意旨接受女系子孫為其派下員？或得主張其應改適用同條項前段規定，從而遁入釋字第 728 號解釋的合憲保護傘下？由於本判決對此並無清楚諭知，在實務上恐生爭議。反之，目前已有規約的 2006 家祭祀公業（參本意見書第[7]段），如其所定派下員資格未涵蓋女系子孫，則可預見必會有受歧視的女系子孫於請求加入未果後，進而提起訴訟。不管是該等女系子孫於用盡審級救濟後向本庭聲請判決，或有審理法官裁定停止訴訟後逕行聲請本庭判決，本庭遲早都將面臨相同爭點的二度憲法訴訟。

[16] 本判決不將聲請人一有關變更釋字第 728 號解釋的請求，以重要關聯性為由納入審查標的範圍，並正面對決祭祀

⁸ 有如本意見書第[7]段及前註 5 所述，在實務上，內政部早已提供看似性別中立，但實際上歧視女性之規約範例文字：「本公業派下現員，已經○○○主管機關公告確定，核發派下現員名冊內所列人員，為基本派下現員」，讓各該祭祀公業得改以規約延續派下員僅限男系子孫的既成事實。

公業條例第 4 條第 1 項前段規定違反性別平等之憲法問題，從而一次解決全部爭議，這不僅會引發上述其他爭議及二次爭訟，耗費司法資源，也是為德不卒的鋸箭式判決。

三、實體判斷部分

[17] 本判決主文第一項宣告祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段及第 2 項規定違憲，再以法官造法的方式，就如何匡正上述違憲狀態之救濟 (remedy)，於主文第二項諭知：「…上開祭祀公業設立人之女系子孫 (以現存親等近者優先)，尚未列為派下員者，均得檢具其為設立人直系血親卑親屬之證明，請求該祭祀公業列為派下員，並自請求之日起，享有為該祭祀公業派下員之權利及負擔其義務，但原派下員已實現之權利義務關係不受影響。」本席贊成主文第一項所為之單純違憲宣告，但對主文第二項有關救濟方式之諭知，則持不同意見。

[18] 本判決多數意見並未以現行憲法施行於臺灣之 1945 年 (第 7 條男女平等成為憲法規範要求)，或現行憲法增修條文第 10 條第 6 項規定首度增修入憲之 1992 年⁹為時點，讓被歧視的女系子孫得以溯及自該時點起，列為各該祭祀公業之派下員；而是直接溯及至各該祭祀公業設立之時，讓設立人之歷代女系子孫均得列為派下員，再以親等距設立人最近且現存者列為派下現員。由於本判決所要求的是全面溯及變動各該祭祀公業之派下全員名單，而溯及補列的起算時點可能是回到百餘年前，不可諱言者，其影響實相當鉅大。

[19] 依前述之內政部統計，祭祀公業條例施行前已存在，且目前仍存在的 3,244 家祭祀公業中，至少會有 1,221 家未訂規約者¹⁰應依本判決意旨將設立人之女系子孫納入列為派下員，並修正其派下全員系統表及派下現員名冊。如果上述祭

⁹ 現行增修條文第 10 條第 6 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。」係於 1992 年首度訂入增修條文，當時條號為增修條文第 18 條第 4 項，但內容文字相同。

¹⁰ 參前註 3 及其相關本文。

祀公業本身未主動清查補列，原被排除而尚未列入之女系子孫亦得依本判決意旨向各該祭祀公業請求列為派下員，且無請求期間之限制。故原被排斥的女系子孫可能是在本判決宣示後一週，也可能是10年後，才提出上述請求。由於各該女系子孫之請求日不一，各該祭祀公業將欠缺一個統一的期日可據以確定其派下員成員，其派下員名單勢將處於隨時變動的不穩定狀態。如此個別、零碎的請求補列方式，不僅增加祭祀公業及主管機關的行政成本，也會造成法律關係之不穩定。

[20] 本席認為：就匡正現行法違憲狀態的後續機制而言，比較妥當的方式應該是訂出一個過渡期間（例如本判決宣示之日起2或3年內），要求各該祭祀公業主動清查，至遲於期限屆滿時統一補列。於此期間內，原被排除而尚未列入之女系子孫亦得依本判決意旨，主動向各該祭祀公業請求列為派下員。不論是由祭祀公業主動清查補列，或由各該女系子孫請求補列，只要是在上述過渡期間內完成之清查或提出之請求補列，及因此更正的新派下全員系統表及派下現員名冊，都一律溯及自本判決宣示之日起，取得派下員資格，並得以享有權利並負擔義務，而非本判決所諭知之「自請求之日起」，才成為派下員。至於在本判決宣示前業經祭祀公業合法處置並分配予各派下員之權益，仍不受影響，自不待言。然如個別女系子孫在上述過渡期間屆滿後才提出請求，則僅自各該請求之日起，才向後取得派下員身分，而不會溯及至本判決之日起就取得。這是本席對於主文第二項之部分不同意見。

[21] 相較於本判決主文第二項諭知之後續救濟方式，本席提出之上述方式應具有以下幾個優點：

（1）各該祭祀公業及主管機關一方面有上述過渡期間的緩衝，另一方面亦得以同一時點（本判決宣示之日）來確定新的派下員名單及其相關權利義務。如此應更能兼顧法安定性（儘速統一確定新的祭祀公業法秩序），並降低行政成本。

（2）對於原被歧視、排斥的女系子孫而言，只要在上述

過渡期間內向各該祭祀公業請求列為派下員，即得溯及自本判決宣示之日起取得派下員資格，這可說是對於個別受害者之最小限度溯及救濟。對於此等百年歧視之遺害，雖然無法溯及於各該祭祀公業設立之日起從頭根本消泯，至少也應盡早回復平等秩序，這是對歷史不正義及整體法秩序之最小限度溯及匡正。再者，對於各該祭祀公業而言，上述有限度的溯及生效亦可以防止各該祭祀公業在本判決宣示後，隨即惡意變賣、處分公業財產，並立即分配予既有派下現員，所可能導致的爭議。

(3) 至於在過渡期間經過後才請求列為派下員者，就只能從其請求之日起才能取得派下員地位，如此可使上述過渡期間成為各該女系子孫儘早請求列為派下員之時間誘因，以避免各該祭祀公業派下員名單長期浮動，法律關係懸而未決，甚至無從合法處置公業財產。

四、結語

[22] 雖然本判決並沒有諭知有關機關修法，但基於上述意見，本席謹此呼籲有關機關能秉持釋字第 728 號解釋理由書第 3 段¹¹之意旨，主動並全盤檢討修正現行祭祀公業條例，且參照本判決意旨，至少將本條例第 4 條第 1 項前段規定納入修正範圍，例如規定自祭祀公業條例修正之日起，所有現存祭祀公業之派下員應為設立人及其子孫（包括養子女），並訂一定之過渡期間，由各該祭祀公業主動清查或接受個別成員請求後，更正補列既有派下全員系統表及派下現員名冊，以儘速重建一個符合憲法性別平等意旨之祭祀公業法制。

¹¹ 釋字第 728 號解釋理由書第 3 段：「…但整體派下員制度之差別待遇仍然存在，…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，…」