

釋字第七二八號解釋協同意見書

蘇永欽大法官 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，事涉在台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。

台灣的祭祀公業，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。在台灣社會經歷工業化、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。