

釋字第七二八號解釋協同意見書

陳新民大法官 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規定之範圍，乃援引「實質適用論」，方得以避免本案應不受理的命運。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—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—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¹。

（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—呂萬春祭祀公業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²。以大法官一貫的審理成例，此

¹ 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。

² 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

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抵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。

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³！

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

³ 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。

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，聲請人如冒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，便無牴觸男女平等之虞，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⁴。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

⁴ 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條第一項後段「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。

子孫的結社與財產處分行為，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)⁵。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

⁵ 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。

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⁶，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」⁷，更可

⁶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。

⁷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。此種見解嚴重抵觸中國人的信仰，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。

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為，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⁸，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⁹。

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¹⁰。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

⁸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。

⁹ Peter. Budura, Staatsrecht, 5 Aufl., 2011, C.84

¹⁰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。

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¹¹。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¹²。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

¹¹可參見本席在釋字第 668 號解釋之不同意見書。

¹² Peter. Badura, aaO. C.88.

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牴觸亦然，即已牴觸了財產權利「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—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道上，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」(Rechtgeföhle)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¹³。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

¹³ 參見內政部函，民國 101 年 8 月 16 日內授中民字第 1015036552 號函。

(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！¹⁴」

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¹⁵。

¹⁴ 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。

¹⁵ 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。

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¹⁶。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，而要一蹴可及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！

¹⁶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RIT中央廣播電臺新聞 <http://news.rti.org.tw/news/newsSubject/?recordId=653>，2015年3月19日。