

釋字第七二八號解釋不同意見書

羅昌發大法官 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。」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¹ 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賸餘財產（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

¹ 本院釋字第六六三號解釋亦認為祭祀公業財產屬於共同共有財產。見該號解釋理由書第二段。

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。」² 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，然法律對這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

² “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.”

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……。」³ 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；……。」⁴ 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，

³ “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; ...”

⁴ “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; ...”

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為，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為、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。
- （三）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。

參、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。