

# 憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決

## 協同意見書

詹森林大法官提出

112 年 1 月 13 日

就本判決宣告 96 年 12 月 12 日公布、97 年 7 月 1 日施行之祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段暨同條第 2 項規定（下併稱系爭規定），因牴觸憲法第 7 條保障性別平等之意旨而違憲，本席完全贊同，茲就理由部分，以本協同意見書略微補充。

### 壹、祭祀公業排除女系子孫成為派下員之惡習

祭祀公業所生爭議，乃民事問題，依民法第 1 條規定，應按「法律」最優先、「習慣」次之、「法理」為最後補充之順序解決之。

由於民法並無任何關於祭祀公業之明文，而專門規範祭祀公業相關事項之「祭祀公業條例」，係於 97 年 7 月 1 日始施行，故在該條例施行前，關於祭祀公業相關民事訴訟，法院遂適用民法第 1 條，以「習慣」為依歸，並在許多個案中，引用前司法行政部（法務部前身）於 58 年 7 月出版之「臺灣民事習慣調

查報告」<sup>1</sup>所載之祭祀公業往昔習慣，為裁判之依據<sup>2</sup>。祭祀公業條例施行前，各級法院關於祭祀公業派下員資格爭議之裁判，亦不例外<sup>3</sup>。

換言之，祭祀公業條例施行前，祭祀公業派下員資格之取得，亦係本於「習慣」<sup>4</sup>。而此習慣為「派下以男系之男子孫為

---

<sup>1</sup> 本書嗣後經司法行政部、法務部數次再版發行，但內容並無變動，目前最新版本為 93 年 5 月版。該調查報告第 5 編祭祀公業，係由段盛豐先生執筆。58 年初版之臺灣民事習慣調查報告第 698 頁明載，依其調查團所調查之資料以觀，尚未發現臺灣在荷蘭佔據時代（西元 1624 年至 1661 年）及在鄭成功渡臺以前，有祭祀公業之存在，於臺灣原住民之間，亦未聞有此組織之設立。凡此，當可了解臺灣祭祀公業之設立，係始自漢民族入殖臺灣之後。在前清乾隆期間，尚不多見，迨至嘉慶，道光以後，始見逐年增多。該報告第 698 頁至第 699 頁並稱，祭祀公業在此時期盛行發達於臺灣，則與當時之移民，除須與臺灣原住民（高山族或平埔族）械鬪外，各不同宗族間之移民，又須糾合同姓或遠親之屬民，廣為捐資，以鞏固自衛之力量有關。

<sup>2</sup> 各級法院此類裁判，不勝枚舉。請僅參見：最高法院 85 年度台上字第 1437 號民事判決：「依臺灣民事習慣調查報告之記載，最初祭祀公業之派下權係絕對不得處分，惟在後代因公業以祭祀為目的之根本性質逐漸沖淡，而公業財產之收益（即私益）逐漸受重視，故於同一公業派下間可轉讓（即所謂歸就），因此原為潛在且不確定之派下權，逐漸變成顯在且確定之派下權，而可以轉讓於同一公業之派下，其轉讓亦無須全體派下之同意。」、86 年度台上字第 2618 號民事判決：「祭祀公業，雖以祭祀特定死者之祭祀為目的而設立之團體，但亦無必須取用享祀人之姓名為其名稱之原則，自可解為各該祭祀公業之設立人，得隨意選定其祭祀公業之名稱。臺灣民事習慣調查報告 58 年版第 712 及 724 頁可資參照。」、110 年度台上字第 2822 號民事判決：「日據時期臺灣祭祀公業管理人之資格，習慣上尚無何項限制，祇需具有意思能力之自然人即可。有派下之公業，通常以選任派下擔任管理人為原則，但選任派下以外之人為管理人亦屬有效（見臺灣民事習慣調查報告第 774、775 頁），是以祭祀公業管理人除有反證外，應認其係派下，以非派下員擔任管理人為例外，依舉證責任分配之原則，自應由主張祭祀公業係選任非派下員擔任管理人者負舉證責任。」

<sup>3</sup> 其實，祭祀公業條例第 4 條第 1 項及第 2 項就祭祀公業派下員資格所設之規定，亦係本於「臺灣民事習慣調查報告」所指之祭祀公業習慣而來。參見最高法院 110 年度台上字第 3287 號民事判決：「……此觀祭祀公業條例第 4 條第 1 項、第 2 項規定自明。此係基於臺灣之民事習慣，祭祀公業以祭祀祖先為目的而設立，派下員以設立人之男系子孫為限，因女子無祭祀祖先之權利義務，故出嫁女子之子孫，不得為派下。但女子因其家無男子（兄弟）可承繼派下權，而招贅夫，或未招贅生有男子或收養男子者，該男子可為派下（見臺灣民事習慣調查報告第 754 頁）。」

<sup>4</sup> 關於祭祀公業相關習慣，除司法行政部 58 年版臺灣民事習慣調查報告外，另有日治時期「臨時臺灣舊慣調查第一部部長」岡松參太郎主持，明治 43 年出版，陳金田翻譯，臺灣省文獻會 79 年 6 月編印及發行之「臨時臺灣舊慣調查會，第一部調查第三回報告書 臺灣私法」第 1 卷，第 1 編「不動產」第 4 章「不動產的特別主體」

限，出嫁女子之子孫，不得為派下。蓋，一因女子不為家產之基本應分人，二因女子無祭祀祖先之權利義務之故也。但女子因其家無男子（兄弟）可承繼派下權，而招贅夫，或未招贅生有男子或收養男子者，該男子均可為派下」<sup>5</sup>。簡言之，派下員原則上侷限於設立人及其男系子孫；派下員死亡時，仍僅得由其男系子孫繼承派下權，女兒僅於少數例外情形，始得繼承其父親之派下權<sup>6</sup>。

## 貳、民事法院裁判之推波助瀾

前揭關於祭祀公業派下員之習慣，雖屢遭學者嚴厲批判為違反男女平等<sup>7</sup>，但各級法院仍堅持依該習慣而原則上否認女系子孫得為派下員。

詳言之，祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，當其男性派下員死亡時，各級法院在絕大多數情形，皆本於習慣，認為僅於該派下員無男性子孫，而其女兒（含養女）又具備其他

---

第7節「公業」第2款「祭祀公業」（579頁至608頁），可供參酌。前開「臺灣私法」，亦常為民事法院裁判祭祀公業爭議引為參考之資料，參見臺灣高等法院108年度上字第1088號民事判決、最高法院110年度台上字第397號民事判決。

<sup>5</sup> 58年版臺灣民事習慣調查報告第712至713頁；第741頁。

<sup>6</sup> 參見最高法院92年度台上字第1280號民事判決：「祭祀公業之派下，依習慣及參照司法院院字第647號解釋意旨固由其男系之男性子孫繼承，出嫁女子及其子孫不得為派下，惟倘無男系子孫可繼承派下權時，祭祀本家祖先之女子、女子招贅或未招贅而生有男子或收養男子從其本姓者，可為派下。」96年度台上字第223號民事裁定亦認為，該案派下員之一女兒雖已出嫁，但因嗣後離婚並回歸本家且有祭祀本家祖先之事實，故例外得繼承其父親之派下權；反之，該派下員之另一女兒係出嫁而非招贅，故雖出嫁後生有兒子，該兒子（即派下員之孫子）仍不得繼承系爭派下權。最高法院最近持相同見解之裁判，請見110年度台上字第3287號民事判決。

<sup>7</sup> 請參見本件鑑定人王泰升、鄧學仁、官曉薇等3位教授之意見書。另一位鑑定人曾文亮研究員則強調其意見書非直接關於祭祀公業條例第4條第1項後段暨同條第2項規定是否違憲之討論。請另參看曾文亮/黃丞儀，民事習慣與祭祀公業派下資格認定—試從法律史觀點評最高法院89年台上字第1134號判決，台灣本土法學，第41期，2002年12月，96-116頁。

特殊要件時（例如變性為男性）<sup>8</sup>，始得因繼承而成為派下員。僅在極少數案例，最高法院始窮盡解釋可能，並有時訴諸合憲性解釋及男女平等原則，就男性派下員死亡之情形，為其已出嫁之養孫女<sup>9</sup>、遺妻及遺母<sup>10</sup>，爭取因繼承而成為派下員。

對於法院一再援用祭祀公業派下員原則排除女系子孫之習慣，本席曾痛言<sup>11</sup>：「

1. 任何傳統習俗並非不可改變，女子不得繼承派下權之習俗，明顯違背男女平等。習俗及法院裁判認可女子得例外繼承派下權之情形（例如：派下員死亡時尚未出嫁、招贅、變女性為男性），又嚴重壓抑女子之婚姻自由及人格發展。對此習俗，立法者及法院實不應持續為虎作倀。
2. 任何祭祀公業，依其原始設立宗旨，應在祭祀祖先，而非分

---

<sup>8</sup> 最高法院 105 年度台上字第 291 號民事判決。本件被上訴人為祭祀公業，上訴人就該公業所有之一筆土地，以被上訴人未將伊列入其派下員名冊及派下員系統表，致伊之權利受損，有受確認判決之法律上利益等情，求為確認伊就上訴人之派下權及系爭土地有公同共有權存在。上訴人辯稱：「伊自清朝設立係為傳遞香火之宗祧祭祀目的，規約約定派下員以設立人之直系男性卑親屬為原則，且為自然意義下之男性，不包含變性後之男性，以保祖先祭祀血脈不致中斷，被上訴人為取得祀產權利而為變性手術，有違善良風俗」。但最高法院認為：「查被上訴人於其被繼承人死亡時，固非男性，惟其已依內政部函示方式，拆除女性器官，並依法由戶政機關變更性別為男性，為原審確定之事實。原審因認其係上訴人之派下男系子孫，依系爭規約享有派下權及對系爭土地有公同共有權，經核於法並無違背。」

<sup>9</sup> 最高法院 104 年度台上字第 2411 號民事判決、107 年度台上字第 1040 號民事判決、110 年度台上字第 129 號民事裁定（此三件裁判，係最高法院就同一事件所作成）。104 年度台上字第 2411 號民事判決稱：「按祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段…之規定，係以性別作為認定派下員之分類標準而形成差別待遇，雖同條第 2 項規定…，業已緩減差別待遇之考量，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在，已據司法院大法官釋字第 728 號解釋理由書闡釋在案。…系爭祭祀公業之派下員許甲倘以繼嗣為目的而收養許乙，許甲並無其他子女，由許乙承繼養家之宗祧，且因收養關係而取得養家之嫡子女身分，上訴人為許乙之女，果爾，上訴人得否為系爭祭祀公業之派下員，自應為合憲性之解釋，倘遽認其無派下權，有無違反平等原則，即非無再酌之餘地。」

<sup>10</sup> 最高法院 105 年度台上字第 2268 號民事判決。

<sup>11</sup> 請參見，詹森林，憲法之基本原則及基本權在民事裁判上之實踐，台灣法學雜誌，第 381 期，2019 年 12 月，89 頁以下，101 至 103 頁。

配祖產。但實際情形，在許多祭祀公業，派下員念茲在茲者，恐為利益爭奪，而非祖先祭祀。此與不少有錢人士死亡後，其子女因爭奪遺產而反目成仇，有何差異？既然女子對遺產之繼承，享有與男子平等之繼承權；派下權之繼承，何須假祭祀之名，拒女子於千里之外？

3. 縱使強調祭祀，仍應檢討：首先，若無女子，男性派下員如何單獨延續後代男性子孫，禱代代祭祀？況且，男性子孫因宗教信仰而拒絕祭祀，或例如因長年旅居國外而甚少參與祭祀者，必有其人，但其派下員資格及派下權利益，似乎未因而遭剝奪或限制，其正當理由何在？最後，祭祀所需祭品及其他相關事前準備、事後收拾等事務，經常係由派下員之妻、女料理及負責，男性子孫相對較少貢獻，應屬經驗法則，則為何因祭祀公業財產所生利益，派下員之妻女原則上不得平等參與？
4. 另就派下員女兒變性案而言，如在法律上認為該案原告係因變為男性，始得與其餘兄弟繼承父親之派下權，則必然衍生後續爭議：(1) 如該原告取得派下權後，又變性回復為女性，是否喪失派下權？(2) 原為男性，且已因自己設立祭祀公業而原始取得派下權，或已繼承父親之派下權者，如嗣後變性為女性，是否喪失其派下權？
5. 綜上，所謂「祭祀公業係以祭祀祖先為宗旨，且唯有男性始有祭祀資格從而得取得派下權」之傳統，自始即屬違反男女平等，在現代社會，不但存在許多不符實際之情事，更難以因應科技進步及觀念更新。」

### 參、祭祀祖先之理想與爭奪業產之現實

祭祀公業之設立，雖毫無例外，均標榜以「祭祀祖先」為

宗旨（祭祀公業條例第 1 條參照），並以維持宗族意識、發揮睦親美德為理想<sup>12</sup>。

然而，祭祀公業之派下員，對於公業財產，有使用收益之權，不僅為祭祀公業之習慣<sup>13</sup>，且經最高法院承認該習慣<sup>14</sup>。因此，祭祀公業之現實為：派下員相互爭奪公業所屬財產。而且，祭祀公業之財產，多為不動產，甚具價值<sup>15</sup>。58 年版調查報告第 699 頁更直言：「……再者，因世代愈深、公業派下愈多，而各族下間之關係，亦漸趨於複雜且鬆弛。祭祀公業不僅難收當初所預期睦族之效，且因管理人或值年人之不稱職而致紛爭層出不窮。祭祀公業有無繼續存在之價值，深受各方面議論。」

從法院裁判更可得知，祭祀公業衍生之鉅量訴訟事件，依其性質，全數屬於「財產爭議」，而與「祖先祭祀」根本無涉。本席於處理本件訴訟之過程中，更經同仁以其親身經驗明確告知，祭祀公業之派下員，縱使完全不曾祭拜祖先，亦不致喪失派下資格。準此，所謂「依習慣，女系子孫不適合祭祀本身之祖先，從而不應具備祭祀公業派下員資格」之論述，根本無稽。

#### 肆、民事法院怯於拒絕惡習

民法第 1 條雖規定，法無明文時，法官應依習慣裁判民事爭議；但同法第 2 條亦明定，背於公共秩序或善良風俗之習慣，法官不得適用之。

女子原則上不得成為祭祀公業派下員及不得繼承派下權之習慣，嚴重背於現代觀念下之善良風俗。何況，該習慣係以

---

<sup>12</sup> 58 年版臺灣民事習慣調查報告第 699 頁。

<sup>13</sup> 58 年版臺灣民事習慣調查報告第 745 頁。

<sup>14</sup> 參見最高法院 87 年度台上字第 508 號民事判決。

<sup>15</sup> 58 年版臺灣民事習慣調查報告第 698 頁記載，1945 年臺灣由日本治理後，設立祭祀公業之風氣，並未減退。依據明治 41 年（1907 年）臺灣總督府第 1 次調查報告所列之數字，其時所有之祭祀公業總數為 22199 件，其財產總額達 2 億日元。

「一因女子不為家產之基本應分人，二因女子無祭祀祖先之權利義務之故也」為其依據<sup>16</sup>，惟查：

1. 自 21 年 5 月 5 日民法繼承編施行以後，依第 1138 條第 1 款及第 1139 條規定，女兒與兒子享有完全相同繼承家產（遺產）之權利。
2. 民法並無關於祭祀祖先權利及義務之規定，女系子孫如此，男系子孫亦然。另依民事法院一貫見解，被繼承人之遺體，為繼承人共同共有，故全體繼承人（不分兒子或女兒），均負有依傳統習俗妥善處理之義務<sup>17</sup>，且其處理，應符合民法第 828 條第 2 項、第 820 條第 1 項規定<sup>18</sup>；被繼承人之遺體遭不法侵害時（例如：土葬之遺體遭政府以無主墓之方式起掘並火化之<sup>19</sup>），繼承人全體（不分兒子或女兒），皆享有請求非財產上損害金錢賠償之權利<sup>20</sup>。同理，關於祖先祭祀相關之權利義務，亦不應有男系繼承人或女系繼承人之區分。

準此，前開排除女系子孫為祭祀公業派下員之習慣，其論理依據，徹底抵觸平等看待男女子孫對於祖先之權利義務之民法規定及法院裁判，民事法院本應勇敢予以揚棄，並懍然於憲法增修條文第 10 條第 6 項規定「國家應維護婦女之人格尊

---

<sup>16</sup> 58 年版臺灣民事習慣調查報告第 712 至 713 頁。

<sup>17</sup> 參見臺灣高等法院 108 年度家上字第 338 號民事判決：「被繼承人之遺體，應屬於全體繼承人共同共有之物，惟依其性質不得任意處分，全體繼承人負有安葬之義務，倘被繼承人無留有遺產，其所生喪葬費用自應由全體繼承人按應繼分比例分擔之。」

<sup>18</sup> 最高法院 107 年度台上字第 2109 號民事判決及 109 年度台上字第 2627 號民事判決參照。109 年度台上字第 2627 號民事判決更指出，繼承人所為拋棄繼承之效力，不及於被繼承人之遺體。

<sup>19</sup> 臺灣高等法院高雄分院 104 年度上國易字第 2 號民事判決參照。

<sup>20</sup> 依最高法院 110 年度台上字第 2399 號民事判決，部分繼承人無正當理由未通知其餘繼承人而逕行火化被繼承人之遺體者，該其餘繼承人無法參加家祭、公祭及辦理喪事，其虔敬追念感情不能獲得滿足，破壞其緬懷盡孝之追求，難謂其人格法益未受不法侵害。事實審法院應審究其人格法益是否因此受有損害且情節重大，俾裁判該其餘繼承人得否請求慰撫金。

嚴，…消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」意旨，逕行依民法第 2 條而拒絕適用該惡習。豈料，直至立法者又將該惡習提升為系爭規定，遂須由憲法法庭判決該規定因違反性別平等而違憲，祭祀公業設立人及派下員之女系子孫始擺脫前開惡習之枷鎖。

## 伍、祭祀公業派下權性別平等之最後一哩路

本判決審查之標的，乃祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段及同條第 2 項規定。換言之，祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，且該祭祀公業根本無規約，或雖有規約，但該規約未就派下員之資格或派下權之繼承訂有明文者，始受本判決之拘束，而自本判決宣示之日起，不得再剝奪女系子孫之派下員資格或限制其繼承派下權。

至於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，訂有規約，且該規約剝奪女系子孫之派下員資格或限制其繼承派下權者，依祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定，該規約有效。而且，釋字第 728 號解釋認為，基於私法自治及維護法秩序安定，上開以規約認定祭祀公業派下員之規定，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。

然而，祭祀公業施行前已存在之祭祀公業，若以規約訂定派下員之資格及派下權之繼承，幾乎亦皆本於首揭之惡習，致女系子孫原則上無從成為派下員或取得派下權<sup>21</sup>。就此情形，仍以私法自治予以合憲化，其實只是褻瀆私法自治而已。又，維護法秩序安定不得以基本權為祭品，更不待贅言。準此，釋

---

<sup>21</sup> 最高法院 101 年度台上字第 278 號民事裁定、108 年度台上字第 873 號民事判決、臺灣高等法院 101 年度重上更（一）字第 10 號民事判決，及 110 年度重再字第 32 號民事判決參照。此類規約，予以評價為「視女性純為生育後代子孫之工具」，亦不為過。

字第 728 號解釋嚴重違反憲法第 7 條保障性別平等之誡命。要難贊同<sup>22</sup>。

中華民國人民，不分男女，在法律上一律平等，乃憲法第 7 條所明定。以性別為差別待遇者，應受中度以上之審查。

即使從祭祀公業強調祭祀祖先為設立宗旨著眼，祭祀公業派下員之資格，不論以法律規定，或以規約訂定，仍均不容存在男系子孫與女系子孫間之差別待遇。何況，所謂「祭祀祖先為宗旨」，在現今社會，經常不合時宜，更遑論顯有抵觸憲法保障宗教信仰自由之虞。區分男性子孫及女系子孫，而在祭祀公業派下員上為差別待遇，絕對無從獲得憲法之認同。

期盼憲法法庭早日有機會重新檢視祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定，並藉以變更釋字第 728 號解釋，以完成祭祀公業派下權性別平等之最後一哩路。

當然，在此之前，各級法院應經常體會該號解釋於解釋理由書末所指「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，俾能更符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」，而即時為符合性別平等之派下員裁判<sup>23</sup>。

---

<sup>22</sup> 參見李震山、葉百修、羅昌發三位大法官就釋字第 728 號解釋所提之不同意見書。112 年憲判字第 1 號判決評議過程，曾有將釋字第 728 號解釋一併納為審查標的之提議，可惜最終未能實現。又，由於釋字第 728 號解釋無涉系爭規定，本判決爰以系爭規定並非該號解釋之審查客體，不生變更該解釋之問題為由，而不受理聲請人此部分之聲請，尚可支持。

<sup>23</sup> 就此而言，最高法院 104 年度台上字第 2411 號民事判決，仍值讚賞。參見註 9。

## 陸、感言及期盼

美國最高法院第 5 任首席大法官 Roger Taney，係公認美國最高法院最偉大首席大法官 John Marshall 之繼任人。Taney 任內之表現，多受讚賞，但其於 1857 年主筆之 Dred Scott v. Sandford 案裁定中強調，美國開國先賢 Jefferson 在獨立宣言 (Declaration of Independence) 所稱「所有人均天生平等」(all men are created equal) 不適用於黑人，任何非裔美國人（包括自由黑人）皆不具備成為美國公民之資格，且不享有白人應予尊重之權利 (had no rights which the white man was bound to respect)。本件裁定，不僅嚴重傷害美國最高法院之聲譽，更是美國為解放黑奴而發生南北內戰導因之一。

Taney 大法官無視憲法揭示之平等原則，在前述裁定中大篇幅合理化及合憲化黑奴制，固然一時得逞，卻終身蒙羞。後人為尊崇 Taney 首席大法官之身分，於 1872 年在美國馬里蘭州 (Maryland) 州政府所在地之安那波利斯市 (Annapolis) 所豎立之 Taney 銅像，經 145 年後，於 2017 年 8 月 19 日，州政府鑑於其主筆前述歧視黑人之裁判，而拆除之<sup>24</sup>。

殷鑑不遠，本席謹以憲法法庭 112 年憲判字第 1 號保障性別平等之判決，及美國最高法院 1857 年 Dred Scott v. Sandford 案加深種族歧視之裁定，與全體法官一起勉勵及共同警惕，時時強化憲法意識，處處貫徹人權保障。

---

<sup>24</sup> <https://www.baltimoresun.com/maryland/bs-md-ci-frederick-statues-20170318-story.html>. 最後瀏覽日：112 年 1 月 13 日。