

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

1911年11月



南京 1911年11月

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