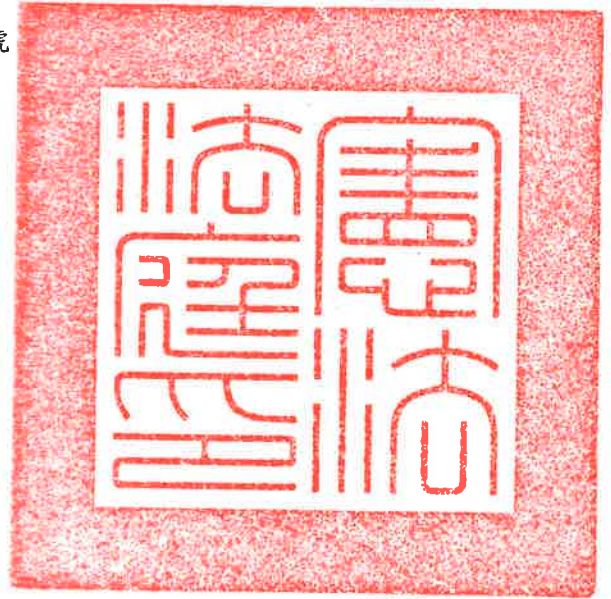


憲法法庭 公告

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 1122000010 號

附件：如主旨



主旨：茲公告更正憲法法庭112年憲判字第1號判決黃昭元大法官
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
第一項、主文第二項」為「前段、後段」之顯然錯
誤，共1處，茲予公告更正。

憲法法庭
審判長

許宗力

憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決 部分不同意見書

黃昭元大法官提出

許志雄大法官加入

謝銘洋大法官加入第[3]至[16]段部分

呂太郎大法官加入第[3]至[16]段部分

楊惠欽大法官加入第[2]、[4]、[17]至[21]段部分

一、本判決審查標的、實體判斷及本席立場

[1] 本案聲請人一所聲請之審查標的原包括：祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項及第 3 項、第 5 條及司法院釋字第 728 號解釋。本判決僅受理上開條例第 4 條第 1 項後段及第 2 項部分，而未受理其餘部分。本席認為司法院釋字第 728 號解釋及所涉上開條例第 4 條第 1 項前段規定，和同條項後段（即本判決所稱系爭規定一）所涉憲法爭點（祭祀公業派下員之性別分類）相同，其實體判斷必相牽連而無從切割，也不應有歧異。依照本庭向來有關重要關聯性的認定標準及實踐，上開條例第 4 條第 1 項前段規定與本件審查標的間確有重要關聯性，而得納入審查標的。至於上開條例第 4 條第 3 項及第 5 條部分，本席則贊成不受理。是就本判決主文第三項「其餘聲請不受理」，本席有部分不同意見如後述第[3]至[16]段。

[2] 就本判決實體判斷部分，本席支持本判決主文第一項宣告祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段及同條第 2 項規定中，有關未涵蓋設立人其餘女系子孫部分，抵觸憲法第 7 條保障性別平等意旨之結論。然就主文第二項諭知尚非派下員之女系子孫「僅」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部分，本席則認為本判決應設而未設過渡期間，亦未使上開女系子孫得「自本判決宣示之日起」即取得

派下員地位。就此部分，本席亦持不同意見（參後述第[17]至[21]段）。

二、審查標的部分

[3] 聲請人一請求變更之司法院釋字第 728 號解釋，係以祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段為審查標的。該規定與本判決所審查之同條項後段（即系爭規定一），均係以祭祀公業條例施行前（即 2008 年 7 月 1 日）已存在之祭祀公業為適用對象，然就其派下員資格，以有無規約為準，分別規定為：有規約者，「其派下員資格依規約定之」（前段規定）；「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）」（後段規定）。不管是前段或後段規定，其所涉主要憲法爭點都是性別平等。

[4] 本判決宣告違憲之祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段，在表面上就是以性別為分類，而對女性有明顯不利之差別待遇。雖然同條第 2 項及第 3 項訂有緩解上述差別待遇規定之規定，但整體而言，後兩項規定之實際效果恐怕只是茫茫大海中的幾葉孤舟。甚至依同條第 2 項及第 3 項規定之立法意旨，各該女性等之所以能成為派下員，無非是她們剛好能扮演男性的角色（第 2 項），或獲得（男性）派下現員之「恩惠式」同意，而不是因為她們是女性。本判決宣告第 4 條第 1 項後段及第 2 項違反性別平等，本席亦表贊成。

[5] 至於祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段在表面上雖然未採取性別分類，而屬性別中立之規定，但其適用結果，則會產生明顯不利女性之系統性、結構性差別待遇，而屬對於女性之間接歧視規定。¹就此，釋字第 728 號解釋雖亦認為上述前段規定「並未以性別為認定派下員之標準」，但也認為「雖相

¹ 就祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定部分，於本庭就本案舉行言詞辯論時，鑑定人官曉薇教授認為上述規定屬於性別分類之間接歧視規定，並且違憲。另王泰升、鄧學仁教授明確認為同條項前段和後段規定都違憲，曾文亮副研究員也是傾向認為兩者都與性別平等原則有違，國家應更積極介入調整。

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」。²這其實就是本席前述所稱表面上性別中立，但會產生性別差別待遇之間接歧視規定。只是就是否違反性別平等之同一憲法爭議，本席認為上述前段規定違憲，而釋字第 728 號解釋認為合憲。

[6] 就祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定所稱有規約之祭祀公業部分，本席於言詞辯論時曾詢問關係機關其家數為何，內政部之後亦正式函復本庭，說明：「截至 2022 年 11 月 15 日止，目前祭祀公業共有 3,244 家…，訂有規約者計有 2,006 家，未訂規約者則有 1,221 家…」。³依上述統計，本判決其實只會適用於目前 3,244 家祭祀公業中無規約的 1,221 家（約 37.6%），至於有規約的 2,006 家（約 62.4%），除非完全沒有任何有關派下員資格的規定，否則其中絕大多數（依內政部抽查結果可能有 95%，參下段說明）仍會適用祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定，並繼續受到釋字第 728 號解釋之保障。

[7] 在上述「訂有規約之 2,006 家祭祀公業中，於規約明訂祭祀公業條例（以下簡稱本條例）施行前僅派下員為設立人及其男系子孫（含養子）之家數有 691 家，約占 34.4%，未訂有前開規定者計有 1,315 家，約占 65.6%…。另查並無發現有祭祀公業之規約明文記載本條例施行前得開放男女均為派下員之情形。」⁴又就上述 1,315 家未明訂其派下員僅限男系子孫之祭祀公業，經內政部抽查其中 131 家之派下全員系統表，發現在系爭條例施行前，有 125 家（約 95.4%）採用

² 雖然釋字第 728 號解釋以「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」為由，認祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段不違反性別平等而合憲，但上開解釋之審查標的仍然是「承認並以國家公權力貫徹此等規約效力之國家法律」，而非直接審查人民基於私法自治所締結的規約本身。

³ 內政部 111 年 12 月 5 日台內民字第 1110224524 號函復本庭 111 年 11 月 2 日憲庭力 109 憲二 110 字第 1110000086 號函詢之補充說明資料，頁 1。

⁴ 同前註。

內政部提供的範例文字載為：「本公業派下現員，已經○○○主管機關公告確定，核發派下現員名冊內所列人員，為基本派下現員。」⁵本席認為這類規約仍屬規約對派下員資格有明定之類型，因此應適用祭祀公業條例第4條第1項前段規定及釋字第728號解釋，而非本判決宣告違憲之同條項後段情形。

[8] 經內政部進一步檢視上述131家祭祀公業派下全員系統表，更發現：「…其中87家祭祀公業，系統表全為男系子孫（含養子），並無女性列入派下員之情形；另外44家則有女性、養女、贅婿等派下員列入系統表之情形（係依本條例第4條第2項及第3項之規定列入）。」⁶換言之，就內政部抽查之上述131家祭祀公業部分，「…原則上仍以男系子孫列為派下員為繼承慣例，倘有女性列入派下員之情形，亦是因派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者或派下之女子、養女、贅婿經派下員大會特別多數同意而列入之例外才予以列入，因此，實務運作上祭祀公業若規約沒有明定繼承資格者，仍依習慣由男系子孫（含養子）為繼承慣例。」⁷

[9] 依上述內政部的統計及抽查結果，在上述有規約的2,006家祭祀公業中，今日竟無任何一家之規約明定女系子孫得為

⁵ 參內政部，前註3函，頁2及附件。上述規約文字其實是內政部長久以來提供的規約範例，參內政部，祭祀公業土地清理業務文書表件製作參考範例手冊，頁10-11（2008年7月）（「貳、申請祭祀公業派下員全員證明書應備表件格式，十、其他參考資料範例：（一）規約範例：祭祀公業○○○管理暨組織規約第5點」），引自：內政部官網，<https://www.moi.gov.tw/cl.aspx?n=11163>（最後瀏覽日：2023/01/10）。依內政部上開函附件所附祭祀公業規約，其中有1983年間訂立之某祭祀公業規約已有類似文字：「本祭祀公業派下員每房以一名為代表並經○○鄉公所公告確定核發派下員名冊內所列人員為基本派下員」。本席猜測，在2008年7月1日祭祀公業條例施行前，上述看似性別中立，但實際容許僅限男系子孫為派下員之規約範例文字，可能早已存在，而且是主管機關內提供的範例版本文字。

⁶ 參內政部，前註3函，頁2。

⁷ 參內政部，前註3函，頁2-3。

派下員。在實務上，縱有女性成為派下員，似乎也都是依祭祀公業條例第4條第2項及第3項規定，並無一人是直接依同條第1項前段所定規約而成為派下員。本席認為：如此長期（超過百年）、全面（可能是幾近全部之祭祀公業）的排斥女性為派下員，就其客觀的適用結果而言，顯然已經構成系統性、結構性之事實上差別待遇，而足以—甚至必然—成立間接性別歧視（indirect gender discrimination）或事實上的性別歧視（*de facto* gender discrimination）。就此而言，祭祀公業條例第4條第1項前段所造成的性別歧視，其普遍性及嚴重性實不亞於同條項後段規定之適用結果。前、後段之憲法爭點同一，違憲與否的價值判斷理應一致，實均應納入本件之審查標的。

[10] 退一步言之，縱使進一步要求立法或決策機關對於上述客觀結果面的事實上歧視，應該還要有主觀故意，始足以構成間接歧視，本席仍認為立法者於制定祭祀公業條例第4條第1項前段規定時，係明知全部或絕大多數規約均僅限男系子孫為派下員，也明知其適用結果就是繼續保障或延續此等性別歧視，而仍採取優先適用規約之表面上性別中立規定，因此自有上述主觀故意。

[11] 按祭祀公業在台灣係已存在百年以上，其派下員向以男系子孫為限，可謂公知之事實，比房間裡的大象還醒目。而內政部於1981年4月3日早已發布「祭祀公業土地清理要點」，一直適用到祭祀公業條例施行後，始予廢止。其中第12點規定：「祭祀公業派下權之繼承或喪失，依規約定之，無規約或規約未規定者，依民事習慣定之。」第2點第1項規定應檢具之申報資料中包括：「…（三）派下全員系統表及現員名冊、…（七）原始規約，但無原始規約者，免附。…」再依第8點，由受理申報之各該直轄市或縣市政府民政機關（單位）核發「派下全員證明書」。故在祭祀公業條例施行前，內政部對於已申報列管之各該祭祀公業規約規定內容、及適用各該規約後之派下全員系統表及現員名冊，是否均僅限男系

子孫為派下員之事實，早已知之甚詳。

[12] 其次，祭祀公業條例的立法者也完全知悉上述長期排斥女性的傳統習慣，甚至是援引為立法之依據。按祭祀公業條例第4條之立法理由強調：「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，對於已存在之祭祀公業明定其派下員依規約約定之，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）。…」同條例第5條之立法理由：「基於民法規定男女繼承權平等，本條例施行後之祭祀公業即不宜再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利…」。主管機關內政部於本案之答辯也是主張「祭祀公業條例第4條之規定，實質上就是將習慣內容以制定法之方式予以規範化，不再以習慣為依據，以避開習慣之規範拘束力的論證需要…」(內政部2022年9月8日言詞辯論意旨書，第3頁)；又於本件言詞辯論時亦稱：「…關係機關認為立法者在97年7月1日制定施行祭祀公業條例時已經想過這個問題，也就是設計上第4條規定因為立法者認為法安定性的維持大於男女平等，因此維護既有的狀態，而維持原本男系子孫列為派下員之情形。…」(參本件言詞辯論筆錄第9頁)

[13] 綜合上述規範之立法理由及適用結果等相關證據，應足以認定祭祀公業條例立法者及主管機關完全知悉該條例第4條第1項前段與後段之適用結果，其實是完全相同，都是延續並認可女系子孫長期被排斥之事實及習慣。於此情形，立法者於前段規定優先適用之「規約」，在表面上是性別中立，但實際上是不利女性之「性別分類」的代稱(proxy)。結合上述客觀適用結果的統計分析，祭祀公業條例第4條第1項前段顯然也是性別分類規定，而且是間接性別歧視的規定。而同條項後段則是直接性別歧視規定。兩者合併其實才是立法者的完整立法規劃，缺一不可；又前、後段規定之立法目

的相同，所追求之效果也相同，憲法上的評價也都應該會違反憲法第 7 條性別平等之意旨，因此均應納入本判決之審查標的範圍。

[14] 如果說本判決宣告違憲的後段規定是立法者毫不掩飾、自行分類的直接歧視規定，釋字第 728 號解釋所宣告合憲的同條項前段規定則是心知肚明、偽裝中立的間接歧視規定。後段是真小人，前段是偽君子，而且是系出同門的雙胞胎兄弟（因為都是歧視女性的規定，因此以「兄弟」稱之比較適合）。本判決僅宣告後段規定違憲，且故意不將前段規定一併納入審查，以致造成「真小人的後段規定從此違憲，偽君子的前段規定繼續合憲」的體系矛盾，並導致同一憲法下出現性別平等的祭祀公業與性別不平等的祭祀公業，兩種截然對立的法秩序，已明顯不妥。

[15] 其次，如果有目前無規約之祭祀公業，於本判決宣示後隨即另定規約，⁸此等新訂規約之祭祀公業是否仍屬系爭條例第 4 條第 1 項後段規定之適用對象，而應依本判決意旨接受女系子孫為其派下員？或得主張其應改適用同條項前段規定，從而遁入釋字第 728 號解釋的合憲保護傘下？由於本判決對此並無清楚諭知，在實務上恐生爭議。反之，目前已有規約的 2006 家祭祀公業（參本意見書第[7]段），如其所定派下員資格未涵蓋女系子孫，則可預見必會有受歧視的女系子孫於請求加入未果後，進而提起訴訟。不管是該等女系子孫於用盡審級救濟後向本庭聲請判決，或有審理法官裁定停止訴訟後逕行聲請本庭判決，本庭遲早都將面臨相同爭點的二度憲法訴訟。

[16] 本判決不將聲請人一有關變更釋字第 728 號解釋的請求，以重要關聯性為由納入審查標的範圍，並正面對決祭祀

⁸ 有如本意見書第[7]段及前註 5 所述，在實務上，內政部早已提供看似性別中立，但實際上歧視女性之規約範例文字：「本公業派下現員，已經○○○主管機關公告確定，核發派下現員名冊內所列人員，為基本派下現員」，讓各該祭祀公業得改以規約延續派下員僅限男系子孫的既成事實。

公業條例第 4 條第 1 項前段規定違反性別平等之憲法問題，從而一次解決全部爭議，這不僅會引發上述其他爭議及二次爭訟，耗費司法資源，也是為德不卒的鋸箭式判決。

三、實體判斷部分

[17] 本判決主文第一項宣告祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段及第 2 項規定違憲，再以法官造法的方式，就如何匡正上述違憲狀態之救濟 (remedy)，於主文第二項諭知：「…上開祭祀公業設立人之女系子孫 (以現存親等近者優先)，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。」本席贊成主文第一項所為之單純違憲宣告，但對主文第二項有關救濟方式之諭知，則持不同意見。

[18] 本判決多數意見並未以現行憲法施行於臺灣之 1945 年 (第 7 條男女平等成為憲法規範要求)，或現行憲法增修條文第 10 條第 6 項規定首度增修入憲之 1992 年⁹為時點，讓被歧視的女系子孫得以溯及自該時點起，列為各該祭祀公業之派下員；而是直接溯及至各該祭祀公業設立之時，讓設立人之歷代女系子孫均得列為派下員，再以親等距設立人最近且現存者列為派下現員。由於本判決所要求的是全面溯及變動各該祭祀公業之派下全員名單，而溯及補列的起算時點可能是回到百餘年前，不可諱言者，其影響實相當鉅大。

[19] 依前述之內政部統計，祭祀公業條例施行前已存在，且目前仍存在的 3,244 家祭祀公業中，至少會有 1,221 家未訂規約者¹⁰應依本判決意旨將設立人之女系子孫納入列為派下員，並修正其派下全員系統表及派下現員名冊。如果上述祭

⁹ 現行增修條文第 10 條第 6 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。」係於 1992 年首度訂入增修條文，當時條號為增修條文第 18 條第 4 項，但內容文字相同。

¹⁰ 參前註 3 及其相關本文。

祀公業本身未主動清查補列，原被排除而尚未列入之女系子孫亦得依本判決意旨向各該祭祀公業請求列為派下員，且無請求期間之限制。故原被排斥的女系子孫可能是在本判決宣示後一週，也可能是10年後，才提出上述請求。由於各該女系子孫之請求日不一，各該祭祀公業將欠缺一個統一的期日可據以確定其派下員成員，其派下員名單勢將處於隨時變動的不穩定狀態。如此個別、零碎的請求補列方式，不僅增加祭祀公業及主管機關的行政成本，也會造成法律關係之不穩定。

[20] 本席認為：就匡正現行法違憲狀態的後續機制而言，比較妥當的方式應該是訂出一個過渡期間（例如本判決宣示之日起2或3年內），要求各該祭祀公業主動清查，至遲於期限屆滿時統一補列。於此期間內，原被排除而尚未列入之女系子孫亦得依本判決意旨，主動向各該祭祀公業請求列為派下員。不論是由祭祀公業主動清查補列，或由各該女系子孫請求補列，只要是在上述過渡期間內完成之清查或提出之請求補列，及因此更正的新派下全員系統表及派下現員名冊，都一律溯及自本判決宣示之日起，取得派下員資格，並得以享有權利並負擔義務，而非本判決所諭知之「自請求之日起」，才成為派下員。至於在本判決宣示前業經祭祀公業合法處置並分配予各派下員之權益，仍不受影響，自不待言。然如個別女系子孫在上述過渡期間屆滿後才提出請求，則僅自各該請求之日起，才向後取得派下員身分，而不會溯及至本判決之日起就取得。這是本席對於主文第二項之部分不同意見。

[21] 相較於本判決主文第二項諭知之後續救濟方式，本席提出之上述方式應具有以下幾個優點：

（1）各該祭祀公業及主管機關一方面有上述過渡期間的緩衝，另一方面亦得以同一時點（本判決宣示之日）來確定新的派下員名單及其相關權利義務。如此應更能兼顧法安定性（儘速統一確定新的祭祀公業法秩序），並降低行政成本。

（2）對於原被歧視、排斥的女系子孫而言，只要在上述

過渡期間內向各該祭祀公業請求列為派下員，即得溯及自本判決宣示之日起取得派下員資格，這可說是對於個別受害者之最小限度溯及救濟。對於此等百年歧視之遺害，雖然無法溯及於各該祭祀公業設立之日起從頭根本消泯，至少也應盡早回復平等秩序，這是對歷史不正義及整體法秩序之最小限度溯及匡正。再者，對於各該祭祀公業而言，上述有限度的溯及生效亦可以防止各該祭祀公業在本判決宣示後，隨即惡意變賣、處分公業財產，並立即分配予既有派下現員，所可能導致的爭議。

(3) 至於在過渡期間經過後才請求列為派下員者，就只能從其請求之日起才能取得派下員地位，如此可使上述過渡期間成為各該女系子孫儘早請求列為派下員之時間誘因，以避免各該祭祀公業派下員名單長期浮動，法律關係懸而未決，甚至無從合法處置公業財產。

四、結語

[22] 雖然本判決並沒有諭知有關機關修法，但基於上述意見，本席謹此呼籲有關機關能秉持釋字第 728 號解釋理由書第 3 段¹¹之意旨，主動並全盤檢討修正現行祭祀公業條例，且參照本判決意旨，至少將本條例第 4 條第 1 項前段規定納入修正範圍，例如規定自祭祀公業條例修正之日起，所有現存祭祀公業之派下員應為設立人及其子孫（包括養子女），並訂一定之過渡期間，由各該祭祀公業主動清查或接受個別成員請求後，更正補列既有派下全員系統表及派下現員名冊，以儘速重建一個符合憲法性別平等意旨之祭祀公業法制。

¹¹ 釋字第 728 號解釋理由書第 3 段：「…但整體派下員制度之差別待遇仍然存在，…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，…」