

憲法法庭判決

112 年憲判字第 1 號

聲請人一 陳純美
 陳文祥
 葉陳月娥

上 三 人

共同訴訟代理人 梁志偉律師
 陳建宏律師
 洪國欽律師

聲請人二 許金賀
 許瑞民
 許瑞章
 許瑞發

上 四 人

共同訴訟代理人 呂冠勳律師
 陳品好律師

上列聲請人為請求確認派下權存在事件，分別認臺灣高等法院高雄分院 107 年度上易字第 354 號民事判決，及最高法院 109 年度台上字第 2124 號民事判決，所適用之祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段等規定，有違憲疑義，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

- 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）。」暨同條第 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。」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。

二、上開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。

三、其餘聲請不受理。

理 由

壹、案件事實及聲請意旨【1】

一、聲請人一【2】

聲請人一為陳奧之子女；陳奧為李屋之女，李屋為祭祀公業李祿設立人李春長之子，對該祭祀公業具派下權。祭祀公業李祿無規約。李屋、陳奧分別於中華民國 45 年間及 101 年間死亡。祭祀公業李祿之其他派下員於 103 年申報該祭祀公業派下員系統表時，並未將陳奧列為派下員。聲請人一對祭祀公業李祿起訴，請求確認聲請人一對該祭祀公業具派下權。臺灣高雄地方法院 107 年度訴字第 201 號民事判決駁回聲請人一之訴，聲請人一上訴後，經臺灣高等法院高雄分院 107 年度上易字第 354 號民事判決以無理由駁回，而告確定。是聲請人一部分應以前開臺灣高等法院高雄分院民事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決一）。

【3】

聲請人一認確定終局判決一所適用之祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項、第 3 項及第 5 條規定，以性別作為認定祭祀公業派下員身分之標準，有牴觸憲法第 7 條平等保障、第 14 條保障結社自由及第 15 條保障財產權之疑義，爰於 109 年 3 月間，

依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法，請求宣告上開規定違憲，並聲請變更司法院釋字第 728 號解釋等語。【4】

二、聲請人二【5】

祭祀公業黃再為黃葉所設立之祭祀公業，無規約；黃葉無男系子孫，其女黃緣為該祭祀公業派下員，招贅許代，育有許福文等人；聲請人二為許福文之子。黃緣、許福文分別於 67 年間及 91 年間死亡。祭祀公業黃再並未有規約規定僅得由黃姓子孫為派下員，聲請人二認其父許福文具派下員資格，故其等亦具派下員資格。惟祭祀公業黃再之其他派下員，於 106 年間辦理該祭祀公業派下全員申報時，未將聲請人二列為派下員。聲請人二遂向臺灣臺南地方法院起訴，請求確認聲請人二對祭祀公業黃再具派下權，經該院 107 年度訴字第 1380 號民事判決駁回其訴；聲請人二上訴後，經臺灣高等法院臺南分院 108 年度上字第 87 號民事判決以上訴無理由駁回；聲請人二再提起上訴後，未經最高法院 109 年度台上字第 2124 號民事判決以上訴無理由駁回。是聲請人二部分應以前開最高法院民事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決二）。【6】

聲請人二認確定終局判決二所適用之祭祀公業條例第 4 條第 2 項規定，抵觸憲法第 7 條平等保障之意旨，爰於 110 年 11 月間，依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法，請求宣告上開規定違憲等語。【7】

貳、受理依據及審理程序【8】

一、受理依據【9】

（一）聲請人一【10】

查聲請人一主張確定終局判決一所適用之祭祀公業條例第 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)及同條第 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)，有違憲法第 7 條平等保障意旨部分，與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定要件相符，經司法院大法官於 110 年 7 月間議決受理。【11】

至聲請人一另主張祭祀公業條例第 4 條第 3 項及第 5 條違憲暨聲請變更司法院釋字第 728 號解釋部分：查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。又祭祀公業條例第 4 條第 3 項未經確定終局判決一適用，聲請人一自不得以之為聲請解釋之客體。至祭祀公業條例第 5 條部分，則尚難謂已具體指摘該規定有如何牴觸憲法之處。是此等部分之聲請，均應不受理。【12】

(二) 聲請人二部分【13】

查聲請人二主張系爭規定二有違憲法第 7 條平等保障意旨，與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定要件相符，經司法院大法官於 110 年 12 月間議決受理。【14】

(三) 併案審理【15】

又聲請人一與二之聲請客體就涉及系爭規定二有無違憲部分相同，且系爭規定一與系爭規定二，均涉及以性別作為是否得為派下員區別標準之合憲性，爰併案審理。【16】

二、言詞辯論程序【17】

憲法訴訟法已自 111 年 1 月 4 日施行，爰依憲法訴訟法第 90 條及第 91 條規定，由本庭適用憲法訴訟法規定就系爭規定一及

二是否抵觸憲法繼續審理。本庭並於 111 年 10 月 18 日行言詞辯論，除通知聲請人及關係機關內政部外，另邀請監察院國家人權委員會暨專家學者到庭陳述意見。聲請人及關係機關內政部之言詞辯論要旨如下：【18】

（一）聲請人一略謂：1、祭祀公業條例之立法目的在於尊重傳統習俗、祭祀祖先發揚孝道及延續宗族傳統等。2、系爭規定一及二以性別作為差別待遇之分類標準，涉及難以改變之個人特徵，應採嚴格或較為嚴格之審查標準。3、系爭規定一及二，使設立人之女及其直系血親卑親屬無法或難以成為派下員，亦不得參與祭祀公業相關事務之決定與推展，侵害人民受憲法第 14 條保障之結社自由、第 15 條保障之財產權及第 22 條保障之契約自由等權利，亦違反憲法第 7 條平等原則等語。【19】

（二）聲請人二略謂：1、祭祀公業條例之立法目的為祭祀祖先發揚孝道、延續宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理等。2、系爭規定一及二限制女性派下員之繼承人取得派下權之資格，有違憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項消除性別歧視之意旨，亦與祭祀公業條例制定目的無關等語。【20】

（三）關係機關內政部略謂：1、祭祀公業條例實質上係將習慣內容以制定法之方式予以規範化。2、有關派下員之認定，實質上係以有無共同承擔祭祀為認定標準，而非形式上以性別論斷。3、系爭規定一及二無涉結社自由。4、本件應採寬鬆標準審查，且系爭規定一及二為維護之法安定性，所採行影響較小之手段，並適度限縮其適用範圍，手段與目的間具有合理關聯性，故為合憲等語。【21】

參、形成主文第 1 項及第 2 項之法律上意見【22】

一、據以審查之憲法權利【23】

中華民國人民，無分男女……在法律上一律平等，憲法第 7 條定有明文。又立法者於形塑政策時，應避免形成性別角色之窠臼，否則亦與憲法第 7 條保障性別平等之意旨有違（司法院釋字第 807 號解釋參照）。【24】

104 年司法院釋字第 728 號解釋於其理由書末，就不在該解釋客體範圍內之系爭規定一及二等部分，已先認定系爭規定一係以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，並諭知：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各在案（司法院釋字第 728 號解釋理由書末段參照）。【25】

二、審查標準【26】

法規範如以性別為分類，因係以難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類，為差別待遇之標準者，本庭應適用中度標準審查之（司法院釋字第 807 號解釋參照），始符憲法第 7 條規定。即其目的須為重要公益，其分類與目的間須具實質關聯。【27】

三、本庭之判斷【28】

（一）系爭規定一及二係以性別為分類標準，已對婦女形成差別待遇（司法院釋字第 728 號解釋理由參照），因係以個人難以改變之歷史性刻板印象可疑分類，為差別待遇之標準，是就其合憲性本庭應以中度標準審查之，即其目的須為重要公益，其分類與目的間須具實質關聯，始符憲法第 7 條規定。【29】

(二) 查祭祀公業條例第 4 條之立法理由稱：「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。」（立法院公報，第 96 卷第 20 期，院會紀錄，第 225 頁至第 226 頁參照。）即系爭規定一及二之目的乃在於：尊重傳統宗祧繼承之舊慣及遵守法律不溯既往原則。【30】

惟查：1、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，故無涉法律不溯及既往原則（本庭 111 年憲判字第 18 號判決參照）。又 2、祭祀公業之設立，其最主要目的在祭祀祖先發揚孝道（祭祀公業條例第 1 條規定參照）；而就祭祀祖先之香火傳承言，男系子孫與女系子孫原無本質差異，在少子化之今日及可預見之未來，續強予區分，尤不利祭祀香火之傳承；就承擔祭祀之意願及能力言，時至今日，女系子孫不論姓氏、結婚與否，尤已與男系或冠母姓子孫無顯著不同；其他宗族意識之維持等亦均同。是就無規約或規約未規定派下員資格之祭祀公業言，若繼續任由系爭規定一及二，再以曩昔習慣，作為拒絕設立人之女系子孫，不論性別、結婚或冠母姓與否，列入為派下員之理由，不但於事理已難謂相合，而且顯然未能與時俱進，不合時宜，甚至有害祭祀公業設立之祭

祀祖先、傳承香火之初衷目的；更何況 3、依憲法第 7 條規定及增修條文第 10 條第 6 項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴……消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」之意旨，國家本有義務積極消弭性別歧視，自不應以立法肯認帶有性別歧視之傳統或舊慣。而系爭規定一及二乃國家之立法，此等立法其目的所欲維護者為傳統、舊慣，此等傳統、舊慣認祭祀公業之派下員以男系子孫為限；在無男系子孫之情形，女子以未結婚者為限或排除未冠母姓者，明顯係出於性別歧視且係以歷史性刻板印象為分類，因而對未列入派下員之其餘祭祀公業設立人之女系子孫，形成不當差別待遇。即系爭規定一及二欲以立法肯認者，乃帶有性別歧視之傳統、舊慣，其目的難謂為重要公益。另系爭規定一及二係基於傳統性別歧視之窠臼而為立法，其手段亦非正當，系爭規定一及二明顯牴觸憲法第 7 條規定。【31】

四、結論【32】

綜上：系爭規定一及二未涵蓋設立人其餘女系子孫，均係以性別作為得否為祭祀公業派下員之標準，其中系爭規定二前段規定並另以有無結婚，後段部分並另以是否冠母姓，作為得否為祭祀公業派下員之標準，均已形成差別待遇，且其差別待遇之目的非屬重要公益，手段亦非正當，牴觸憲法第 7 條保障性別平等之意旨。上開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（例如已受之分配或已履行之權利義務）不受影響。【33】

中 華 民 國 112 年 1 月 13 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳鑾
 蔡明誠 林俊益 許志雄
 張瓊文 黃瑞明 詹森林
 黃昭元 謝銘洋 呂太郎
 楊惠欽 蔡宗珍

本判決由黃大法官虹霞主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第 一 項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鑾、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	無
第 二 項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鑾、蔡大法官明誠、林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、蔡大法官宗珍	許大法官志雄、黃大法官昭元、楊大法官惠欽
第 三 項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鑾、蔡大法官明誠、林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	許大法官志雄、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎

【意見書】

協同意見書 黃大法官瑞明提出。

詹大法官森林提出。

部分不同意見書 許大法官志雄提出，黃大法官昭元加入。

黃大法官昭元提出，許大法官志雄加入，謝大法官銘洋加入 3 至 16 段，呂大法官太郎加入 3 至 16 段，楊大法官惠欽加入 2、4、17 至 21 段。

以上正本證明與原本無異。

書記官 孫國慧

中 華 民 國 112 年 1 月 13 日

憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決協同意見書

黃瑞明大法官提出

本件判決以違反男女平等之憲法原則為理由宣告祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段及第 2 項規定（即系爭規定一及二）¹，於祭祀公業無規約或規約未約定時，僅男系子孫具有派下員資格；派下員無男系子孫時，則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之規定均違憲，似乎是無需再多費唇舌予以論證之當然之理。然而「男女平等」的近代思潮，與「宗祧繼承限男系子孫」傳統舊慣間的衝突，自民國成立至今（112 年）尚未完全底定，這中間之跌宕起伏，實為研究法制史與法社會學之絕佳題材。系爭規定一及二對於祭祀公業派下員資格獨厚男系子孫之立法理由為「其派下員之資格係依照宗祧繼承之舊慣所約定」、「基於尊重傳統習俗」等，本件判決則以祭祀祖先之香火傳承不分男女系子孫，在少子化之今日及可預見之未來，若再拒絕女系子孫，顯然未能與時俱進、不合時宜，甚至有害祭祀公業設立之初衷目的等理由，而宣告系爭規定一及二違憲，本席就此部分贊同，並就宗祧繼承舊慣與男女平等原則之衝突部分補充意見如下。

一、「宗祧繼承」在繼承法制定過程之存廢

¹ 祭祀公業條例第 4 條第 1 項規定「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。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）。」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。」

(一) 「大清民律草案」延續「女子無繼承權」之傳統

滿清末年受到西方勢力之入侵而有變法圖強之議，於宣統三年（1911年）公布之大清民律草案，為中國法史上第一部民事法典草案，又稱「民律第一次草案」。該草案完成之年，滿清滅亡而民國成立。依大清民律草案繼承法草案總則說明，該草案之範圍包括宗祧繼承之身分以及財產之繼承，但是「是故論本案之範圍，則關乎遺產之繼承為多，雖非採個人主義，而其為財產之繼承為多，雖非採個人主義，而其為財產之規定則大概與歐洲各國法律同也」²。大清民律草案第5編第7條規定繼承遺產之人為「所繼人之直系卑屬」，不包括女性，因為依同法第9條之規定，無直系卑屬繼承時，應承受遺產之人之次序為1、夫或妻，2、直系尊屬，3、親兄弟，4、家長，5、親女。親女列為最後，甚至在兄弟之後。該條之立法理由包括「夫繼承云者，不惟承接其產業，寔即繼續其宗祧」「親女列於最後者，以吾國習慣，女子無繼承財產之例，若非父母特別給與遺產，為女子者不得主張有此權。」³可見該草案以傳統習慣為理由而規定女系子孫原則上無繼承權。但值得注意的是大清民律草案雖然延續重男輕女之傳統，但是並未規定宗祧繼承，僅於第9條之立法

² 大清民律草案繼承法草案總則說明參見黃源盛纂輯，晚清民國民法史料輯注（二），犁齋社有限公司出版，2014年12月初版，頁547。晚清民國民法史料輯注共有4冊，以下簡稱黃源盛纂輯民法輯注。「雖非採個人主義」應該是很重要，所以在短短說明中連續講了二遍，或許是為試圖安撫保守之禮教派而先自我澄清。

³ 參見黃源盛纂輯民法輯注（二），頁551至553。

理由提及，似乎是有意淡化宗祧繼承之份量。

(二) 北京政府修訂法律館於 15 年第二次民律草案增訂「宗祧繼承」章

民國成立之後，南北分裂，北京政府以「大清民律草案」為藍本，於民國 15 年（1926 年）編成「民國民律草案」（史稱第二次民律草案），其與「大清民律草案」不同者，主要在繼承編中增訂了「宗祧繼承」一章，規定繼承以男系之宗祧繼承為要件（第 1298 條前段）明文排除女系子孫；宗祧繼承人有繼承遺產之權（第 1332 條）並且對於祖先神主、祭具、墳墓、家譜及其他有關宗祧之設置，所繼人生前所有者，取得其所有權（第 1333 條）⁴。可見限男系之宗祧繼承獨享遺產及祭祀祖先之權利。「大清民律草案」曾受到過多繼受外國法之批評，第二次民律草案因此增加了重視傳統文化之規定⁵，而宗祧繼承也因此絕地大反攻，進入了繼承法之草案。

(三) 南京國民政府法制局年於 17 年制定繼承法草案明文廢除宗祧繼承

民國 17 年（1928 年）國民政府完成北伐而統一中國。同年 10 月南京國民政府法制局纂擬公布繼承法草案，

⁴ 相關條文參見黃源盛纂輯民法輯注（二），頁 829 至 835。

⁵ 北京政府認「大清民律草案」必加以修正之原因，據曾任「修訂法律館」總裁之江庸所舉理由包括「一、前案仿於德、日，偏重個人利益，現在社會情狀變遷，非更進一步，以社會為本位，不足以應時勢之需求。二、（略）三、舊律中親屬、繼承之規定，與社會情形懸隔天壤，適用極感困難，法曹類能言之，欲存舊制，適成惡法，改弦更張又滋糾紛，何去何從，非斟酌盡美，不能遽斷。」參見黃源盛纂輯民法輯注（二），頁 625。另見黃源盛纂輯民法輯注（三）導言，頁 43、44。

草案說明「國民革命之目的，在求三民主義之實現；政治改造與社會改造，蓋屬並重。值茲政治革新之際，自當同時以法律促進新的社會秩序之實現。本草案蓋即懸此為鵠，而期有以應黨國急切之需要者也。故不敢拘於成例，囿於舊習，一本革命原理之所指示，冀成一革命化之法規。」不僅將15年第二次民律草案中之宗祧繼承整個章節排除，且於繼承法草案之說明第一、二項說明廢除宗祧繼承及男女平等之立法意旨。第一項標題為「廢除封建遺制之宗祧繼承」，其主要理由包括：「宗祧繼承制之所由發生，蓋本於對封建時代之宗法觀念」、「今則此制行之既久，末流所至，其弊害亦愈益加劇」、「本草案不惟未明認宗祧繼承之制，即凡用語遣詞，有跡近默認宗祧繼承制之存在者，亦設法避免。以是，繼承云者，在本草案上，純屬遺產歸屬問題，與所謂宗祧問題了無關涉。」由上可見，該繼承法草案係以「革命化之法規」之立場對於宗祧繼承表現出深惡痛絕的態度，連跡近默認該制度存在之用語遣詞都要避免。可說是對第二次民律草案回復「宗祧繼承」規定之回頭痛擊。

另該草案說明第二項之標題為「男女在法律上之地位完全平等」，其主要論點包括「此等重男輕女之舊制，既與吾黨立法根本方針，顯不相容，自有徹底鏟除之必要。本草案關於繼承一切事項……絕不因性別而有所軒輊。……即姊妹亦准均霑利益；如祖產可以傳孫，即女之子女亦不令其向隅，凡此皆所以求男女

平等原則之完全實現也。」其中「絕不因性別而有所軒輊」「以求男女平等原則之完全實現」之語，與本判決之意旨可謂毫無二致。因該 17 年繼承法草案之說明深具時代意義，故本席特提供作為本意見書之附件⁶，可與本件判決之理由相互對照。學者稱該草案「對傳統律例中的禮教名分、身分差等、家族宗法觀念均產生極大的衝擊，有著脫胎換骨的氣象」⁷，良有以也。

(四) 國民政府於 19 年 (1930 年) 12 月 26 日公布 (20 年 5 月 5 日施行) 之「民法親屬繼承編」，對於宗祧繼承不加以規定

國民政府立法院重新起草民法，於立法過程參酌前三次草案之差異，最後決定「此編對於宗祧繼承並不特加規定，遺產繼承亦不以宗祧繼承為前提」⁸可說是採取前述 17 年 (1928 年) 法制局之草案。

(五) 由上立法過程可知傳統舊習之宗祧繼承曾被考慮制定入繼承法，但於民法制定時被刻意摒棄。民法繼承編自 19 年公布之後，一直適用至今，中間曾經多次修改，但從未有再行恢復宗祧繼承之議⁹。

二、司法院 20 年 12 月 25 日院字第 647 號解釋(下稱 20 年院字第 647 號解釋)讓宗祧繼承得以舊慣之身分而持續

⁶ 黃源盛纂輯民法輯註(二)，頁 893 至 894。

⁷ 黃源盛纂輯民法輯註(一)導言，頁 40。

⁸ 黃源盛纂輯民法輯註(二)，頁 1094。

⁹ 1938 年民法繼承編修正案之說明「按吾國依舊制及風習，繼承凡分兩種：(一) 為宗祧繼承、(二) 為財產繼承。今法提倡個人主義，解放家庭之縛束，於宗祧事項委諸習慣，摒斥於法律以外，繼承之定義專主財產」參見黃源盛纂輯民法輯註(三)，頁 1209。

存在

民國 17 年之繼承法草案明文揭棄「廢除封建遺制之宗祧繼承」及「男女在法律上之地位完全平等」之原則後，該立場為現行民法所採納，但為何到民國 112 年仍有必要由憲法法庭透過本判決宣示此意旨，這不得不指出民國 20 年院字第 647 號解釋讓宗祧繼承得以舊慣之身分存續到現在。

- (一) 20 年院字第 647 號解釋「家族中之祭祀公產。以男系子孫輪管或分割或分息者。係本于從前習慣為家族團體之公共規約。在女子向無此權。苟非另行約定。自不得與男系同論。」該號解釋係針對女子是否有權對祭祀公業要求分割或分息而為解釋，故該號解釋所指之「從前習慣」與系爭規定立法理由所稱之「宗祧繼承之舊慣」應為同一事。亦即宗祧繼承雖為立法所摒棄，但卻經由 20 年院字第 647 號解釋而以習慣法之身分而持續存在並產生影響力。此解釋不僅為聲請案之一原因案件第一審判決所援用¹⁰，且內政部對本件聲請案於 111 年 10 月 23 日所提補充言詞辯論意旨(二)書亦加以援用¹¹。就此即有必要探究該解釋產生之前因後果，以判斷該解釋是否合宜。
- (二) 20 年院字第 647 號解釋係司法院回覆福建高等法院之詢問而作出。福建高等法院聲請解釋之原因為「查司法院院字第四零五號解釋後段內開。女子并無宗祧繼

¹⁰ 臺灣高雄地方法院 107 年度訴字第 201 號民事判決，判決理由六、得心證之理由(三)

¹¹ 內政部所提補充言詞辯論意旨(二)書、參

承權。則對於其父母家族之祭祀公產。自不能主張輪管或分割或分息云云。今民法繼承編對於宗祧繼承並無規定，則上開解釋例是否應予變更。」其呈請解釋之日期未明，但既言「今民法繼承編對於宗祧繼承並無規定」，則合理推定其呈請解釋應是在民法繼承編於20年5月5日施行日之後，以國民政府公布之民法繼承編無宗祧繼承之規定而詢問是否改變司法院20年1月19日院字第405號解釋(下稱20年院字第405號解釋)。

(三) 為什麼福建高等法院詢問20年院字第405號解釋應否改變？

20年院字第405號解釋是司法院回覆江蘇高等法院轉呈上海律師公會之函詢「已嫁女子繼承財產。對於其母族祭祀公產。能否主張與其族眾一律輪流值年收息。或請求分割。」20年院字第405號解釋稱「現行法女子並無宗祧繼承權。則對於其父母家族之祭祀公產。自不能主張輪管或分割或分息。」該解釋係於20年1月19日作出，當時國民政府雖已公布民法繼承編(19年12月26日公布)，但尚未施行(20年5月5日施行)。按自清朝滅亡，北洋政府及南京政府相繼草擬繼承法，已於前述，在國民政府制定公布施行相關法律前之空窗期，民事紛爭之審判法源，係由「大清現行刑律」中之「民事有效部分」、民事特別法、習慣以及包含判例、民法草案、外國立法例、學說見解

等組成之法理¹²。司法院此時依該法源作出「現行法女子並無宗祧繼承權」之解釋，並不令人意外。但自該解釋於20年1月9日作出後，民法繼承編隨即於20年5月5日施行，已摒棄宗祧繼承之規定。依法不僅女子無宗祧繼承，即使男子亦無宗祧繼承之權利。福建高等法院聲請解釋時，指出「今民法繼承對於宗祧繼承並無規定」，即應是指19年12月26日公布（20年5月5日施行）之民法繼承編而言。因而詢問20年院字第405號解釋以「現行法女子並無宗祧繼承」為依據，則民法繼承編公布後有無變更20年院字第405號解釋之必要，司法院回覆而作出20年院字第647號解釋，但該號解釋卻以從前習慣為理由而認女子對於登記公產無法分割或分息。

（四）對20年院字第647號解釋之評析

20年院字第647號解釋迴避了19年公布之繼承法並無宗祧繼承規定之事實，而改以「從前習慣」作出女子對於祭祀公業向無權利之理由，讓宗祧繼承得以舊慣之身分而繼續存在。按宗祧繼承固為中國封建制度千年來之舊習，但清末變法圖強所作之「大清民律草案」，對此雖未明文廢棄，但並未於法條加以規定，僅於立法理由隱晦提起。15年之第二次民律草案明文入法，但已於17年「親屬法及繼承法草案」遭刻意摒棄，19年公布之民法已明文宣示不採宗祧繼承，則立法者刻意摒棄「宗祧繼承」之傳統舊習已極明顯。司

¹² 黃源盛纂集民法輯注（一）導言，頁30。

法院是否仍得以「民事，法律所未規定者，依習慣」（民法第 1 條）之規定為理由，而讓宗祧繼承以慣習之地位持續存在，實大有疑問。本席認為 20 年院字第 647 號解釋，無視立法者已經廢除宗祧繼承之意旨，卻以「從前習慣」作為女子不得與男子同論之結論。可以說是違反了立法意旨，且與時代潮流背道而馳。由上過程可以看出致力於廢止封建舊習，並追求男女平權之努力所遭遇傳統舊勢力之阻遏。

三、司法院院字解釋之拘束力從有到無

20 年院字第 647 號解釋讓宗祧繼承得以舊慣之身分而持續存在，並適用於臺灣之法院，與行憲後大法官之解釋有所關係。

- （一）在憲法施行之前，亦即於訓政時，司法院所作之解釋（20 年院字第 647 號屬之）於行憲之後是否仍具有拘束力？大法官於 54 年 7 月 28 日作出釋字第 108 號解釋，理由書認：「本院解釋，除因法令內容變更而失效者外，在未經變更前，仍有其效力，不得抵觸，合併指明。」又於 71 年 4 月 16 日作出釋字第 174 號解釋：「本院解釋，其所依據之法令內容變更者，在未經變更解釋前，若新舊法令之立法本旨一致，法理相同，解釋之事項尚存或解釋之內容有補充新法之功用者，仍有其效力。」依此，臺灣法院即認此作於民國初年南京之 20 年院字第 647 號解釋具拘束力而於判決加以適用。

(二) 107年12月14日司法院釋字第771號解釋宣告司法院院字及院解字解釋不具拘束力

司法院於107年12月14日作出釋字第771號解釋「本院院字及院解字解釋，係本院依當時法令，以最高司法機關地位，就相關法令之統一解釋，所發布之命令，並非由大法官依憲法所作成。於現行憲政體制下，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束。本院釋字第108號及第174號解釋，於此範圍內，應予變更。」故自107年12月14日起，行憲前司法院所作之院字及院解字解釋即不具拘束力。本件聲請案之一原因案件第一審判決適用20年院字第647號解釋，該判決是於107年10月11日作出，正好是司法院宣告司法院院字及院解字解釋不具拘束力之二個月前作出，故適用20年院字第647號解釋，尚屬依法有據。然而內政部於111年10月23日提出之補充言詞辯論意旨(二)書尚引用此20年院字第647號解釋，可見內政部迄今仍受該解釋之影響

四、應全面回復男女平等原則優先於傳統宗祧舊習之立法意旨

依前述說明，20年院字第647號解釋在作成當時就違反已公布之民法立法意旨，且違背時代潮流，該解釋之效力讓大清時代宗祧繼承之慣習超越時空，避開立法者之意旨而適用於臺灣。只能說傳統慣習確實威力強大，縱然立法者有意

摒棄，竟仍能變身化形而持續存在。然而自司法院釋字第 771 號解釋之後，20 年院字第 647 號解釋失其拘束力。亦即應回復 19 年制定民法時依循 17 年草案已建立之男女平等原則優先於傳統宗祧舊習之立法本旨。就此而言，本席認為司法院於 104 年 3 月 20 日所公布之釋字第 728 號解釋以「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」為理由，而認為祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段之規定「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」仍然有效之見解，亦應變更，才能符合繼承法於 17 年草案就已奠定之「廢除封建遺制之宗祧繼承」以及「男女在法律上之地位完全平等」之立法意旨。

《繼承法草案》(附說明)

國民政府法制局纂擬 民國十七年(1928)十月

國民革命之目的，在求三民主義之實現；政治改造與社會改造，蓋屬並重。值茲政治革新之際，自當同時以法律促進新的社會秩序之實現。本草案蓋即懸此為鵠，而期有以應黨國急切之需要者也。故不敢拘於成例，囿於舊習，一本革命原理之所指示，冀成一革命化之法規，其所採取之主義，茲謹逐一說明於左：

一、廢除封建遺制之宗祧繼承

宗祧繼承制之所由發生，蓋本於對封建時代之宗法觀念，其時認大宗為一尊之統，故設大宗無後，族人即應以支子後大宗之制。孔子曰：凡殤與無後者祭於宗子之家。《喪服傳》曰：為人後者孰後、後大宗也。又曰：大宗者收庶者也，不可以絕。則初制小宗暨支庶之不得立後，蓋無容疑。今則此制行之既久，末流所至，其弊害亦愈益加劇，向之以是否嫡長為應否立後之標準者，至今日則完全以所後人財產之有無多寡為衡。無子者之財產愈多，斯族人之覬覦者愈眾，在生之日，毫無善感可言者，死後則競相為之披麻帶孝，甘以棘人自居，乖情害理，莫甚於此。而妾制之流行，此亦為其間接之一因。本草案不惟未明認宗祧繼承之制，即凡用語遣詞，有跡近默認宗祧繼承制之存在者，亦設法避免。以是，繼承云者，在本草案上，純屬遺產歸屬問題，與所謂宗祧問題了無關涉。

二、男女在法律上之地位完全平等

我國舊習不認女子有繼承之權，故非其父母特別給予，親生之女，且不許對於遺產主張任何權利。《清律》有戶絕財產，果無同宗應繼之人，歸親女承受之定例，曰戶絕，曰無同宗應繼之人，限制之嚴，直與根本否認其有繼承之機會無殊。舊大理院判例認婦亡無子者，夫有承受有遺產之權，而無子守志之婦，則僅得於立繼以前，代應繼之人管理夫之遺產。兩相比較，男女間待遇之不平等亦甚顯著，此等重男輕女之舊制，既與吾黨立法根本方針，顯不相容，自有徹底鏟除之必要。本草案關於繼承一切事項，均採男女機會

均等主義：親女無論已未出嫁，對其父母之遺產，均有繼承之權，與男子毫無二致，而寡婦鰥夫，對於配偶之遺產，所得享受之權利，亦完全相同，即此外各種親屬，苟與被繼承人親等之遠近相等，絕不因性別而有所軒輊。如兄終可以及弟，即姊妹亦准均霑利益；如祖產可以傳孫，即女之子女亦不令其向隅，凡此皆所以求男女平等原則之完全實現也。

三、除為遺族酌留生活費外許被繼承人以遺囑自由處置其財產

查多數國之立法例，既設法定特留分之制，不問被繼承人財產之多寡，均須按照一定之法定比率，將其財產遺諸子孫。故設父為巨富，則子可席厚履豐坐享其成，長驕佚之漸，生依賴之心，流弊所及，殆有莫知其所底止者。紈袴子弟因不知創業之艱難，耽於聲色狗馬之好，終至戕其生命，毀其家室者，常有所聞，此亦遺產制弊害之端也。總理主張多徵資本家之遺產稅，所見至為深遠。各先進國對於遺產之繼承，亦概課以重率之累進稅，此固不失為緩和弊害之一方。惟租稅之為物，與財政上之關係甚切，財政之情形時有變更，稅率亦不得不時有變更；以是遺產稅問題，勢不能規定於含有永久性之繼承法，而只宜規定於單行稅法之中。在繼承法中，吾人只能就遺產之處分，謀補偏救弊之策。因此，本草案一面規定被繼承人應以遺產二分之一，遺留其直系卑親屬及配偶；一面復規定被繼承人所遺留於其直系卑親屬及配偶之財產，倘任何人均達萬元，則得自由處分其所餘之財產，而不受二分之一之限制。此種規定，蓋欲引導保有鉅額資金之被繼承人，使用其財產之大部分於社會公益事業，因以減輕遺產制之弊害。舉例明之：如某甲之財產為二十萬元，有子女各一人，則甲除應為其子女各遺留萬元之財產，以供給其生活或教育等費外，其餘之十八萬元，儘可以遺囑自由處分之，無庸拘於二分之一之法定比率而為其子女遺留財產至十萬元之鉅額。似此規定，所以抑制紈袴子弟之依賴性，減少私產制度之弊害者，為效應亦不淺。

四、繼承人僅於所繼財產之限度內對於被繼承人之債務任清償之責

我國舊時之法律觀念深蒙宗法思想之影響，以家為一不可分離之一體，幾不認個人有獨立之人格；故在刑事，尚有親屬連坐之制，其認父債子還、夫債妻還，為事理之所當然，又奚足怪？此種觀念，與現時以個人為本位之法律原則顯不相容，自應根本鏟除，以求趨於大同。而況我國關於債務，尚未編訂完全之法典，以故至今日而債務人猶不能援用時效，資為抗辯之具，

常有父祖在數十年前所借之款，雖早已清償，而因一時疏忽，未及取出借據，致被人資為訛詐之具者。設非根絕其弊，殊失保護良善之道，蓋供債權之擔保者，原則上自為債務人之總財產，此於繼承之事實發生時，並無不可適用之理。本草案基於此項原則，許繼承人以所繼之財產為限，認償被繼承人之債務；惟若繼承人對於被繼承人之債權人有隱匿遺產或其他詐害行為，則於法已無特加保護之必要，自不許其主張此種利益，以杜取巧規避之端。

五、增加國庫承受遺產之機會促地方公益事業之發展

本草案限制繼承人之範圍，除直系卑親屬應以親等近者為先，不更設其他限制外，直系尊親屬非在二親等以內者，不令有繼承遺產之機會，旁系親屬則以親兄弟姊妹為限，至配偶無論在何項情形，均有繼承一部遺產之權。若被繼承人無上述之各種親屬，則其遺產即應歸屬國庫，充地方公益事業之用。蓋遺產制之為物，原屬利弊相侔；以故最近各國法律學者類多主張設置適當之限制，以防其弊浮於利，甚至有主張全廢遺產制者。關於此點，學界雖尚無定說之可言，而要之令與被繼承人關係疏遠之人，因偶爾之機會，得儻來之財產，似非所宜。且吾人財產之增殖，全出於個人努力奮鬥之結果者，雖非全無，在大多數之場合，實皆受社會環境之賜。於無切近親屬之時，將被繼承人之財產還諸社會，供發展地方公益事業之用，以資被繼承人永久之紀念，實於公私雙方均感便利，衡諸本黨節制資本之義，更屬一致。

六、配偶繼承遺產之次序不後於直系卑親屬

我國向例，被繼承人有直系卑親屬者，配偶無當然與之共同繼承之權，即徵諸各國之立法例，亦概認配偶承受遺產之次序，應後於直系卑親屬。然夫妻間之關係與親子間之關係，孰更密切，頗不易於判別；且男子創產立業，得力於內助者，世間不乏其例，一朝配偶亡故，生活費用即須仰給於其兒孫，甚至有時為維持一家之平和與秩序，不得不聽命於兒孫，不惟有背崇德報功之義，人情上亦似有所不忍。本草案認配偶有獨立之繼承權，其次序不後於直系卑親屬，期得其平衡也。

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」¹所載之祭祀公業往昔習慣，為裁判之依據²。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³。

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」⁴。而此習慣為「派下以男系之男子孫為

¹ 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。

² 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。」

³ 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）。」

⁴ 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」⁵。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⁶。

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⁷，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。

⁵ 58年版臺灣民事習慣調查報告第712至713頁；第741頁。

⁶ 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。

⁷ 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）⁸，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⁹、遺妻及遺母¹⁰，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¹¹：「

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

⁸ 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。」

⁹ 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。」

¹⁰ 最高法院 105 年度台上字第 2268 號民事判決。

¹¹ 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¹²。

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¹³，且經最高法院承認該習慣¹⁴。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¹⁵。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

¹² 58 年版臺灣民事習慣調查報告第 699 頁。

¹³ 58 年版臺灣民事習慣調查報告第 745 頁。

¹⁴ 參見最高法院 87 年度台上字第 508 號民事判決。

¹⁵ 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¹⁶，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¹⁷，且其處理，應符合民法第 828 條第 2 項、第 820 條第 1 項規定¹⁸；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¹⁹），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²⁰。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，徹底牴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，並凜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

¹⁶ 58 年版臺灣民事習慣調查報告第 712 至 713 頁。

¹⁷ 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。」

¹⁸ 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。

¹⁹ 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。

²⁰ 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²¹。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

²¹ 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 條保障性別平等之誠命。要難贊同²²。

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²³。

²² 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。

²³ 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²⁴。

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。

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

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，抵觸憲法第 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

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，牴觸憲法第 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，…」