

專家諮詢意見書

(109年度憲二字第110號及109年度憲二字第529號)

官曉薇

國立臺北大學法律學系副教授

民國111年9月16日

應揭露事項

- 一、 相關專業意見或資料之準備或提出，無與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。
- 二、 相關專業意見或資料之準備或提出，無受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。
- 三、 無其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。
- 四、 本人於民國101年受邀擔任行政院性平處「CEDAW 法規檢視專案審查小組」委員

專家意見

憲法法庭為審理109年度憲二字第110號陳純美等人及109年度憲二字第529號許金賀等人聲請案，指定本人提出專家諮詢意見書。本人針對鈞院所提示之爭點題綱「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)。』(以下稱「系爭條項一」)及同條第2項前段規定：『派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。』(以下稱「系爭條項二」)是否違憲？」，敬提諮詢意見。至於鈞院於題綱所未列出之同條第二項後段規定：「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。」(以下稱「系爭條項三」)，兩案聲請人均有請求審查，亦一併討論如下：

目錄

壹、	前言：憲法促進性別實質平等之國家義務.....	3
貳、	CEDAW 條文作為憲法國家義務之補充.....	4
一、	釋字728號肯認國家有參酌 CEDAW 積極保護女性、促進性別實質平等之義務	4
二、	CEDAW 第二條之國家義務.....	5
三、	CEDAW 第五條之國家義務.....	6
參、	派下資格之法規範發展及爭議.....	9
一、	祭祀公業條例第四條及第五條以施行前後為分割適用.....	9
二、	對於派下員資格認定的習慣詮釋，歷來實務見解不一.....	10
三、	隨著觀念和法律的改變，習慣的詮釋更加困難.....	11

四、	祭祀公業條例第四條之規定，是否保留既存的文化秩序？.....	12
參、	系爭條項之審查.....	13
一、	司法院釋字第728號已確認系爭條項係以性別為分類.....	13
二、	以中度審查標準審查系爭條項.....	15
三、	尊重傳統習俗非本案重要公共利益.....	16
四、	法律不溯及既往固為重要公共利益，但系爭條項之規定與達成目的間欠缺實質關連.....	16
伍、	結論.....	17
陸、	附件一：祭祀公業第四條條文結構圖.....	19

壹、 前言：憲法促進性別實質平等之國家義務

在鈞院多號性別平等之相關解釋中，皆明白揭櫫「中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等，憲法第7條及憲法增修條文第10條第6項，分別定有明文」（釋字第807號參照）。足見性別平等在我國憲法上，不僅是憲法第七條所保障之平等權及平等原則，依據憲法增修條文第十條第六項，也是我國憲法所明文揭櫫之基本憲法價值。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。」本條項規定是婦運參與憲改運動，成功將性別實質平等之理念放入憲法之成果¹，除彰顯國家之政策價值之外，自釋字365號之後，憲法第七條及增修條文第10條第6項也成為課予國家「消除性別歧視，促進兩性地位實質平等」義務之基礎條文（釋字第728號理由書參照）。此憲法義務消極而言應消除性別歧視，積極而言則應促進性別上之事實上平等。然這樣的憲法義務具體而言應有什麼樣的內容及標準，例如何謂性別歧視、何謂性別之實質平等或事實上平等，以及如何進行相關聲請案件之違憲審查，似有待憲法實務累積之補充。

¹ 陳昭如，改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員，政治科學論叢，52期（2012年）。

貳、 CEDAW 條文作為憲法國家義務之補充

一、 釋字728號肯認國家有參酌 CEDAW 積極保護女性、促進性別實質平等之義務

我國依照消除對婦女一切形式歧視公約（CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN，以下簡稱 CEDAW）施行法於2012年1月1日施行 CEDAW，已歷時10年。行政機關依施行法已完成三次國家報告之審查和三次的法規檢視作業²，法院也越來越多直接引用 CEDAW 作為判決依據或論證之趨勢。國內學說雖對於國際人權公約之效力、位階和引用方式有不同看法，通說認為憲法在我國仍舊具有高於國際人權公約之位階³。然國際人權公約作為普世人權規範，應得以作為解釋我國憲法基本權利內涵之重要考量依據（第752號解釋羅昌發大法官協同意見書參照）。釋字第728號即參酌 CEDAW 條文作為憲法上國家對婦女保護義務之補充：「上開憲法增修條文既然課予國家應促進兩性地位實質平等之義務，並參酌聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）第二條、第五條之規定，國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等。」釋字第728號所提及之 CEDAW 第二條及第五條與本案息息相關，以下即詳細討論 CEDAW 這兩條規範。

² 官曉薇，CEDAW 的台灣實踐：回顧與檢討，台灣國際法學刊，16卷2期，頁59-84（2020年）。

³ 黃昭元，公民與政治權利國際公約與憲法解釋，收於司法院大法官一〇四年度學術研討會：人權公約與我國憲法解釋，頁107（2015年）。張文貞，憲法與國際人權法的匯流：兼論我國大法官解釋之實踐，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（第六輯上冊），頁253（2009年）；廖福特，法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約，台灣法學雜誌，163期，頁61-62（2020年）；林明昕，兩公約適用下的特別權力關係，收於：蘇宏達、陳淳文編，中華民國施行聯合國兩權利公約的意義：接軌國際，深化民主，頁83（2013年）。

二、CEDAW 第二條之國家義務

CEDAW 第二條要求國家譴責對婦女一切形式的歧視⁴，要求立即用一切適當辦法推行消除對婦女歧視的政策，並承擔該條第 (a) 至 (g) 款所列的各款義務。總的來說，第二條各款具體化了國家有義務尊重、保護並實現婦女不受歧視和享有平等的權利。CEDAW 委員會作成之一般性建議第28號明白說明，所謂「尊重的義務」，係要求締約國避免透過制訂法律、政策、規章、方案、行政程序和體制結構等方式，直接或間接導致剝奪婦女享有在公民、政治、經濟、社會和文化方面的平等權利。「保護的義務」，係要求締約國保護婦女免受私人行為者的歧視，並採取步驟，直接針對消除主張某一性別低於或高於另一性別的偏見、習俗和所有其他慣例，以及對男性和婦女在社會功能的刻板觀念。「實現的義務」，係要求締約國採取各種步驟，保證男女在法律和在實際上享有平等權利，包括根據《公約》第4條第1項和第25號一般性建議，酌情採取暫行特別措施（CEDAW 一般性建議第28號第9段參照）。然而，CEDAW 的國家義務不應僅遵循第二條，尚必須綜合遵守第一條至第五條及第二十四條所形成的整體義務框架，而這些義務應以整合的方式執行，並已超出男女平等待遇的純粹形式法律義務的概念（CEDAW 一般性建議第25號第6段參照）。CEDAW 委員會指出這樣的義務有三個重點，包括：一、締約國有義務確保其法律沒有直接或間接歧視婦女的內容，並透過法庭及制裁，與其他補救辦法，確保婦女在公共和私人領域皆不受到政府單位、司法機構、機關、企業或私人的歧視；二、締約國有義務藉由實行具體、有效的政策和方案，改善婦女的實際（*de facto*）狀況；三、締約國有義務處理普遍的性別關係和基於性別的刻板印象，此不僅透過個人行為且在法律、立法、社會結構和機構中，皆對婦女產生影響（CEDAW 一般性建議第25號第7段參照）。

其中第2條第 (f) 款明定國家應：「採取一切適當措施，包括制定法律，

⁴ 參酌 CEDAW 第一條，對婦女的歧視係指「基於性別而作的任何區別、排斥或限制，其影響或其目的均足以妨礙或否認婦女不論已婚未婚在男女平等的基礎上認識、享有或行使在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面的人權和基本自由。」

以修改或廢除構成對婦女歧視的現行法律、規章、習俗和慣例。」本款要求國家具有立法義務，修改或廢除歧視婦女法規如法律、規章(regulations)，除此之外，亦包括社會上之習俗(customs)和慣例(practices)⁵，而從第二條(d)⁶和(e)⁷的條文可以推知，國家義務應包含消除婦女在公共和私人領域所受的歧視，不僅是政府或公權力機關所為之歧視，也包含從私人、組織(organization)和企業(enterprise)而來的歧視。也因此，(f)款所稱之習俗和慣例解釋上應指歧視婦女之民間習慣以及社會實踐。

以本案之祭祀公業為例，民間習慣向來以男系子孫為祭祀公業派下員，排除出於同源之女兒、及女兒的後代子孫，這樣的習慣實則是基於性別對於排除女兒和其兒女，否認其與其他男系子孫在平等的基礎上享有祭祀公業派下資格，以及隨派下權而來之身分權及財產權，構成 CEDAW 第一條所定義之「對婦女之歧視」；即便這樣的歧視最初來自於民間社會，但這樣歧視婦女的民間習慣和社會實際，依照第二條(f)款，也屬於國家消除歧視義務應處理的範圍。

三、CEDAW 第五條之國家義務

前述消除來自民間習慣和社會實踐之歧視的國家義務，應與第五條(a)所規範之國家義務一併理解。CEDAW 第五條(a)規定國家應採取一切適當措施，「改變男女的社會和文化行為模式(social and cultural patterns of conduct)，以消除基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型(stereotyped roles)所產生的偏見、習俗和一切其他做法(practices)。」這條條文彰顯了 CEDAW 與其他人權公約最大的不同⁸。CEDAW 最初制定時即認知到文化

⁵ 筆者認為 practice 較好的中文翻譯應為「實踐」，不限於法律的實踐也包含社會實踐。Custom 則包括習俗、習慣。

⁶ CEDAW 第2條(d)款：「不採取任何歧視婦女的行為或做法，並保證政府當局和公共機構的行動都不違背這項義務；」

⁷ CEDAW 第2條(e)款：「採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視；」

⁸ 蕭昭君，消除文化習俗上的歧視，收於：張文貞、官曉薇編，消除婦女一切形式歧視公約，頁141(2015年)。

因素對性別權力關係之影響，因此指出文化和傳統限制了婦女享有基本人權，傳統文化習俗的壓力也導致婦女在法律、政治和經濟上地位無法提升。因此，CEDAW 將這樣的關鍵性問題明文規範於第五條⁹，要求國家「改變」(to modify)基於男尊女卑觀念或是刻板印象所生之偏見、習俗和一切實踐¹⁰。CEDAW 第二條 (f) 和第五條 (a) 因此與深植在社會文化中的性別定型文化直球對決，直搗性別歧視的意識形態文化根基。事實上，女性因其性別即被放置在次等地位的男尊女卑文化是跨國和跨文化的，女性被這樣的社會文化習俗被迫定位在從屬的角色，這些性別的刻板印象、傳統慣例和風俗習慣對於女性的各方面自由權利的享有造成影響，限制了個人能力、自由選擇和專業生涯的發展 (CEDAW 一般性建議第28號第22段參照)。

儘管在學說上關於當傳統文化與性別平等發生價值衝突時應如何解決有許多看法¹¹，聯合國人權的實踐似乎傾向認為，儘管人們有權遵循傳統文化過日子，但其界限是不能侵害他人的人權¹²。CEDAW 委員會也在一些給個別締約國的總結意見上，紛紛關注傳統文化習俗中刻板印象和男尊女卑觀念造成婦女權益的限制，並引用本條要求各國採取措施進行改善¹³，顯然是認為平等權、不歧視原則以及婦女的尊嚴更高於傳統文化¹⁴。

CEDAW 對於消除文化習俗上歧視的取徑是採取「文化變遷論」，反對

⁹ 同前註。

¹⁰ CEDAW 的前身「消除對婦女歧視宣言」(Declaration on the Elimination of Discrimination against Women) 第五條所使用的字句是要求國家「教育」公眾以及導正國家方向朝向消除偏見以及廢除習慣及其他作法，在國家義務的要求上較 CEDAW 輕。

¹¹ 相關著作例如 Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?* BOSTON REVIEW 22, 25-32 (1997); Celestine I. Nyamu, *How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Legitimation of Gender Hierarchy in Developing Countries?* 41 HARVARD INTL L J 381, 381-418 (2000); Leti Volpp, *Feminism versus Multiculturalism*, 101 COLUMBIA L REV 1181, 1217 (2001); Frances Raday, *Culture, Religion, and Gender*, 1 INTL J OF CONSTITUTIONAL L 663, 663-715 (2003); Madhavi Sunder, *Piercing the Veil*, 112 YALE L J 1399, 1399-1472 (2003); Dianne Otto, *Rethinking the "Universality" of Human Rights Law*, 29 COLUMBIA HUMAN RIGHTS L REV 1, 1-46 (1997-1998); R. HOLTMAAT & J. NABER, *WOMEN'S HUMAN RIGHTS AND CULTURE: FROM DEADLOCK TO DIALOGUE* (2010)。我國學者陳昭如將這些理論分類為「選擇/互斥論」以及「平衡/可相容論」參見陳昭如，台灣法律史學會年度春季研討會/性別平等觀點的祭祀公業法治批判，台灣法學雜誌，264期，頁91-96(2015年)。

¹² 例如 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression 第二條就規定不能引用多樣文化表現公約內的條款作為侵害他人人權或基本自由的目的。

¹³ 關於 CEDAW 委員會對於各國總結觀察意見中有關文化刻板印象相關段落的整理，參約克大學 A.F. Bayefsky 的整理，Equality and Discrimination Gender Discrimination – Stereotypes, <http://www.bayefsky.com/bytheme.php/id/913>(last visited on 09/15/2022)。

¹⁴ Holtmaat & Naber, *supra* note 11, at 160.

「文化本質論」將文化看作是單一（monolithic）、固定、靜態且永恆不變（eternal）的看法¹⁵。CEDAW 委員會多次強調，文化應該被看作是一種社會和生活上交互的動態演變¹⁶，因而有可能被改變，尤其可透過國家的強烈政治意志而改變¹⁷。這樣的立場在第五條不只是一要讓改變成為可能，而且是國家的義務¹⁸。遺憾的是，某些國家採取了文化本質論的看法，認為第五條的義務不適用於該國傳統文化，對於第二條（f）和第五條，或是基於傳統文化對諸如第十六條之家庭婚姻之平等條款進行保留¹⁹。CEDAW 委員會對於這些基於傳統、文化、和宗教原因的保留表示特別關切，並指出「無論是傳統、宗教或文化上的習俗，還是不一致的國內法和政策，都不能成為違反公約的理由」（CEDAW 一般性建議第29號第54段參照）。

像祭祀公業這樣偏好男性子孫的傳統文化習俗²⁰，在祭祀公業條例立法前即久為學者所批評²¹。在 CEDAW 第五條的要求之下，祭祀公業此種偏好男性子孫，排除女性子孫的習慣，也屬於國家應致力採取一切措施消除的民間習俗和社會實踐。這也是為什麼在 CEDAW 於我國施行後，於2012年依據 CEDAW 施行法第八條進行法規檢視時，行政院性平處的「CEDAW 法規檢視專案審查小組」即認定2008年所施行的祭祀公業條例第四條違反 CEDAW，應予修正以符合 CEDAW 消除歧視的要求。

¹⁵ H. M. T. Holtmaat, *Article 5 CEDAW*, in *THE UN CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN; A COMMENTARY* 150, 155-156 (M. A. Freeman, C. Chinkin, & B. Rudolf eds., 2012).

¹⁶ 經社文委員會也採取文化變遷論，對於文化定性為「文化是一個歷史的、動態的和不斷演變的生命過程，有過去、現在和將來。參經濟社會文化權利委員會，一般性意見第21號，第11段。

¹⁷ *Id* at footnote 109.

¹⁸ 類似消除歧視婦女的習俗和實踐之國家義務，也被放在「美洲防止、處罰及消除對婦女暴力公約」第七條（c），「非洲婦女人權憲章」第二條、第四條、第六條和第十三條。

¹⁹ 蕭昭君，前揭註8，頁148-150。

²⁰ 參法務部編，台灣民事習慣調查報告，頁533-535，2004年。

²¹ 陳昭如，有拜有保佑？—從最高法院九十二年度台上字第1280號判決論女性祭祀公業派下資格，月旦法學雜誌，115期，頁249-262（2004年）。

參、派下資格之法規範發展及爭議

一、祭祀公業條例第四條及第五條以施行前後為分割適用

我國祭祀公業派下員的認定爭議長久來並不依照民法繼承之規定，而是依照習慣來處理²²。政府有鑑於祭祀公業之土地未能有效利用及未能徵收賦稅，為了清理祭祀公業的土地，於2006年2月提出「祭祀公業條例」草案，該條例於2007年3月通過，將祭祀公業相關之事項以專法予以規範²³。其中祭祀公業條例第四條規定了條例施行前派下員資格的認定，意在使「習慣成文化」²⁴。第一項主要規定派下員資格依規約，在無規約或規約未有規定的情形之下，則以男系子孫為原則；女性則需符合第二項規定始有派下員資格，第三項則規定未具資格之女性或贅婿在經過派下員三分之二以上書面同意，或經派下員大會一定成數出席和同意通過，亦得為派下員（第四條第一項至第三項條文分析詳見附件一「祭祀公業第四條條文結構圖」）。第五條則就條例施行後發生繼承事實時之派下員資格，做了不分男女和姓氏一律依民法繼承人中共同承擔祭祀者為派下員，旨在落實性別平等。

第四條和第五條依條例施行前後割裂適用的原因，是因為立法者認為本條例施行前已存在之祭祀公業多設立於民國以前，其派下員之資格係依照宗祧繼承之舊慣所約定，因此基於「尊重傳統習俗及法律不溯及既往原則」，維持了宗祧繼承中以男系子孫為派下員，女性僅在有限的例外情形得為派下員這樣的舊慣。然而立法者確實也瞭解習慣上排除女性為派下員的歧視不應繼續存在，因此將條例施行後發生繼承的情形，「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」（祭祀公業條例第五條立法理由參照）。

²² 曾文亮、黃丞儀，民間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台上字第1134號判決，台灣本土法學雜誌，41期，頁96-116（2002年）。

²³ 參見行政院版祭祀公業條例草案總說明，立法院議案關係文書，院總第1224號，政府提案第10395號，立法院第6屆第3會期第2次會議會議文書（2006年）。

²⁴ 陳昭如，女兒還是外人：論大法官釋字第728號解釋的雙重排除，月旦裁判時報，41期，頁83（2015年）。

條例第四條第一項之前段「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」之規定所生之憲法爭議已由釋字728號認定不違反憲法性別平等²⁵，主要原因在於第一項前段之法規目的是為維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，釋字第728號因此認為雖然實質上存在差別待遇，但並非恣意。本案之系爭條項亦是在第四條「尊重傳統習俗及法律不溯及既往原則」之目的所設計，整體而言，尊重傳統祭祀公業宗祧習慣之文化，維持既存的文化秩序不受條例之立法而變動，是第四條規範架構所欲達成的目標。

二、對於派下員資格認定的習慣詮釋，歷來實務見解不一

然而，習慣並不是一個單一、靜態的存在，它是多義而變動的。在過去司法實務上，為了要祭祀公業派下員資格的詮釋習慣，不論是日治時期或是民國時期，都有將習慣層層修正篩選，最後將之一般規範化的現象²⁶。事實上，人民社會生活中的習慣，並不見得完全等同於司法判決中被認定具規範性的習慣，司法判決的認定毋寧是一種對習慣的詮釋²⁷。

在條例施行以前，最常被引用的實務見解包括司法院院字第647號解釋及最高法院70年第22次民事庭決議，另外還有法務部編纂的「台灣民事習慣調查報告」一書。這些常被引用的權威見解在內容上其實並不盡相同²⁸。即便多數的實務追隨前述關於派下資格的權威性見解，某種程度形成通說，得出女性及其子孫符合下列情形之一，可以例外繼承派下資格之見解：1. 於有特約或規約規定時；2. 依習慣，於無男子繼承時：(1) 祀奉本家祖先之女子；(2) 從母姓之子孫²⁹。這樣的抽象性規範，在具體個案

²⁵ 釋字728號之不違憲結果受到多方批評，參見林秀怡、秦季芳，淪為父權代言人的大法官是阻礙性別平等的絆腳石，自由時報自由廣場，2015年；官曉薇，大法官的性別平等大爆走，天下雜誌 獨立評論，2015年；許玉秀、林明昕，私法自治 vs. 性別平等—從釋字728論祭祀公業條例之合憲性，台灣法學雜誌，270期，頁57-84，(2015年)；高榮志，釋字728號戳盡大法官的性別死穴，公視新聞議題中心，2015年；陳昭如，前揭註24。

²⁶ 曾文亮、黃丞儀，前揭註22，頁96-116。

²⁷ 陳昭如，前揭註21，頁256。

²⁸ 陳昭如，前揭註10，頁94。

²⁹ 通說的整理，參見陳昭如，前揭註21，頁254。

涵攝之後，更出現各種見解不一的判決。例如女性究竟在什麼樣例外的情況之下，在習慣上有派下資格³⁰，需不需要以無其他兄弟為要件³¹？該女子招贅是否為要件³²？是否需要以實際祭祀本家為要件³³？離婚後回歸本家是否取得派下資格³⁴？如果離婚後又招贅是否回復派下資格？至於女兒所生的子女，究竟有無派下資格，則可能牽涉到從母姓之子孫是否以母親有派下資格為前提³⁵？是否限於招贅婚所生之母姓子女？若因其他原因由父姓改母姓可否有派下資格³⁶？這些問題在個案上，則可能有不同的判斷。

三、隨著觀念和法律的改變，習慣的詮釋更加困難

在祭祀公業條例施行前，前述實務見解不一的現象，隨著我國民法的修法變動，以及社會觀念的演變和家庭結構變遷，前述派下資格的抽象化要件中的各種概念，面臨更大的挑戰。尤其民法親屬編及繼承編歷經多次修正，在民法秩序下的婚姻和家庭關係朝著「自主」、「平等」、「民主協商」的趨勢改變³⁷。首先，招贅婚和嫁娶婚之區別在87年6月修正公布民法第1000條及第1002條，刪除「贅夫」之文字，並廢除招贅婚制度，復於96年5月修正民法1059條刪除第2項「贅夫之子女從母姓。但約定其子女從父姓者，從其約定。」之規定，自此完全在法制上無招贅婚制度。其次，從母姓的規定，在婦女團體的推動之下，自96年5月修正民法1059條改為由雙親協商從母姓或父姓，不以從父姓為原則、母無兄弟為從母姓之例外。再者，離婚在民法1052條第二項增定修正之後，離婚要件放寬，婚姻的解消較為容易。

³⁰ 光是日治時期的學者就有不同的見解，例如研究台灣祭祀公業制度的學者姉齒松平，認為依照台灣習慣，只要是繼承人即可獲得繼承性派下資格，不論男女。參見姉齒松平，祭祀公業與台灣特殊法律之研究，頁44。

³¹ 參見臺灣高等法院103年度重上字第704號民事判決。

³² 參見臺灣高等法院110年度上字第327號民事判決。

³³ 參見最高法院108年度台上字第873號民事判決。

³⁴ 參見臺灣高等法院105年度上更一字第12號民事判決。

³⁵ 參見臺灣屏東地方法院109年度訴字第488號民事判決。

³⁶ 參見臺灣高雄地方法院110年度訴字第224號民事判決。

³⁷ 官曉薇在多元成家法制相關議題座談會之發言，座談會記錄參見顧立雄、姜世明、吳煜宗、戴瑀如與官曉薇，「多元成家法制相關議題座談會」會議綜述，月旦法學雜誌，228期，頁263-278，(2014年)。

這些民法的修正，都帶來婚姻家庭在實際生活上的變化，這些具體產生在家庭中的變化，加上隨著生養子代數量的改變，社會上少子化的現象越趨明顯，家庭對於區分父系子孫和母系子孫並加以區別對待的概念亦日漸薄弱。這些法律和社會的演變，影響了在實際祭祀公業派下資格認定上，所謂傳統習慣和已然變化的社會實踐之間的差距。新的家庭型態和概念如何和祭祀公業的目的加以調和，即產生問題。例如家庭中有一子一女，子英年早逝，女兒結婚後離婚，離婚後仍分居在外，離婚後的子女改從母姓，女兒本身和子女都實際參與祖先的祭祀；又例如在已經沒有招贅觀念的時代，女兒結婚後其子女約定從母姓，從母姓的子女也都參與祖先的祭祀。在這樣已然常見的家庭社會事實，女兒和其後代子孫能否為祭祀公業派下員，可能就產生司法所認定的派下資格習慣和社會事實之間的落差。

因此，儘管包括內政部和法院的實務上一再強調祭祀公業和民法繼承法制的不同，前述實務所形成的見解，依舊也有從當代民法判斷之可能，而前述的家庭婚姻的社會事實也牽動著派下資格的認定，一再地強調祭祀公業法制與民法之間的差異，其實是一廂情願的看法。

四、祭祀公業條例第四條之規定，是否保留既存的文化秩序？

祭祀公業條例第四條規範派下資格認定以「男系子孫為原則，女兒及其後代子孫為例外」之規範架構，透過派下資格的習慣成文法化，將前述原為習慣的資格要件轉化為法定要件。然而依前述分析，由於派下資格的習慣在司法見解並不統一，條例立法者因而欲將舊慣以成文化的方式將女兒及其子孫有派下資格之例外規範加以釐清確定。因此，除了性別之外，條例第四條第二項將招贅要件和母姓的要件分別加入條文，因而形成了依「性別」、「招贅/嫁娶婚」、「自然血親/擬制血親」及「從父姓/從母姓」加以區分，得到不同法律效果的法條結構（現行第四條之法條結構參見附件一「祭祀公業第四條條文結構圖」）。然而，與前述權威實務見解相比，條文的釐清反而讓

原本有模糊解釋空間的可能變少，事實上採取了較過往司法上之認定更限縮的立法³⁸。

如此比過往更限縮的要件，實際上沒辦法達到立法理由所宣稱的「尊重傳統習俗及法律不溯及既往原則」之目的，也不見得以這樣的立法保存既存的文化秩序。首先，習慣本身不是單一、靜態不變的已如前述，其次由於習慣詮釋的多義性本質，原本對於習慣的解讀和確定本身，即是一種價值選擇，並非一種客觀秩序的確定³⁹。再者，當立法的選擇，選擇了不是更開放而是更限縮的方向，反而使得法律的限制更回溯地適用在原本可能在習慣的詮釋還有資格認定空間的社會事實（正如110年度憲二字第529號聲請人所主張），反而得到更不利益的結果，與其立法目的反而不相符。

參、 系爭條項之審查

本案系爭條項一、二及三之立法目的，是將立法者所認定的「男系子孫為原則，女子及其後代子孫為例外」之舊慣加以明文化，系爭條項之規範方式與司法院釋字第728號所曾判斷過的第四條第一項前段「依規約」不同，屬於明顯以性別為分類之立法形式，在憲法審查上應以中度審查標準加以審查，茲分析如下：

一、 司法院釋字第728號已確認系爭條項係以性別為分類

在系爭條項之法文結構上，主要係以性別為分類，輔以「招贅/嫁娶婚」、「自然血親/擬制血親」及「從父姓/從母姓」為更細的分類標準（每個分類產生一個節點，最後產生是否有派下資格的效果，詳見附件一「祭祀公業第四條條文結構圖」）。由於「自然血親/擬制血親」分類間在法律效果上並無差異，且立法理由明白說明將擬制血親和自然血親同等對待⁴⁰，因此本意見

³⁸ 陳昭如，前揭註24，頁4。

³⁹ 學者將這樣的選擇認為具有價值判斷的「正義性選擇」，參見陳昭如，前揭註10，頁94-95。

⁴⁰ 祭祀公業條例第四條立法理由「一、...另依據臺灣民事習慣調查報告記載有關養子對於養家之親屬關

書認無討論必要，合先敘明。

司法院釋字第728號業已認定系爭條項一是以性別為分類。該號解釋理由書第3段即陳明：「惟祭祀公業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）。』係以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇。」大法官認為，雖然系爭條項二與同條第三項「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。」等部分，已有減緩差別待遇之考量，且第五條規定：「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。」亦已基於性別平等原則而為規範。但大法官所下的結論是，整體來說，派下員制度之差別待遇仍然存在。

然本文認為，系爭條項二及系爭條項三並不是為了緩減差別待遇，而是以立法確認了原本「男尊女卑」「男系子孫內、女系子孫外」的舊慣陳規。如前所討論，原本舊慣就已經例外在某些情況允許女子為派下員，系爭條項二和三之主要目的不是緩減差別對待，而意在將立法者所認為的舊慣明文化。從第四條和第五條之體系觀之，第五條的目的是落實繼承權的性別平等，基本上讓祭祀公業派下資格的認定與回歸繼承法的繼承人的判斷。立法者是讓第五條向後地發生派下資格的性別平等化的效力。反觀第四條，則是扮演舊秩序維持的角色，第五條則開創了性別平等新秩序，這兩條的分工昭然若揭。因此，第四條不論是系爭條項一、二及三，都是為了「維持舊習慣」。而舊習慣中女子例外有派下資格的情形，都還是在「男系子孫為原則，女子及其後代子孫為例外」的前提下，為了解決男系沒有子孫的例外情形所生的各種變形規範，其所強調者，仍舊是在祭祀祖先的文化中，「男系子孫內、女系子孫外」這樣的男尊女卑及任務定型概念。

係，均與親生子女相同，如以繼嗣為目的而收養者，並承繼養家之宗祧。臺灣之養子分為同姓有血緣關係之過房子與異姓無血緣關係之螟蛉子二種，日據時期之戶籍簿上曾分別予以載明，惟光復後戶籍上對於過房子與螟蛉子已不加區別，一律載為養子。」

至於從母姓和從父姓及招贅/嫁娶之分類，本文以為亦屬於在前述傳統宗祧制度男尊女卑框架下的概念，亦應屬於性別分類。詳言之，嫁娶婚和招贅婚在這裡的區別，意在區別該女子結婚後是否留在本家祭祀，招贅婚者留在本家，取得派下資格；選擇嫁娶婚者則為系爭條文中所謂之「出嫁」者，則不留在本家祭祀，自此為外人，無派下資格。但反過來說，依系爭條項二和三，男系子孫不論招贅婚或嫁娶婚，則一律取得派下資格。至於女子從父姓與從母姓之兒女，則因為被選擇從父親或母親的姓，而在派下資格被區別對待。

本條之區別待遇雖是派下資格之有無，但因具派下資格所擁有的派下權，同時是身分權也是財產權（司法院釋字第728號葉百修不同意見書參照）⁴¹。祭祀公業既以財產為設立之團體，其財產之使用收益作為派下員祭祀祖先或其他享祀人之用。派下資格與民法身分認定不可分割已如前述，因此理應具有身分人格權之性質。也正因為如此，是否歸於同其血緣之家族，而被家族所認同，進而得以共同祭祀緬懷祖先，與人格身分息息相關，與繼承權實有相同之性質⁴²。僅基於性別即與兄弟差別對待，被排除於家族之祭祀之外，並且無法享有祭祀財產之使用收益，實侵害婦女之身分人格權⁴³。

二、以中度審查標準審查系爭條項

目前鈞院就性別分類所生之差別待遇，係以中度審查標準進行審查。採取較嚴格的審查標準原因在於，法規範如採取性別之分類而形成差別待遇，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，即應採中度標準從嚴審查。進行中度審查應審查其立法目的

⁴¹ 內政部民國98年內授中民字第0970037208號函亦同。

⁴² 王曉丹的研究指出，有許多女性爭取與兄弟平等的繼承權，其實在意的是被家庭排斥和剔除的不平等的感受，參見王曉丹，法意識與文化研究方法論：以女兒平等繼承為例——法律繼承受下的法社會學研究取徑，月旦法學雜誌，189期，頁16-19（2011年）。

⁴³ 莊世同亦認為祭祀公業的設立基礎，在於「共同血緣」，也就是以有同系或同宗之血脈關係的後代子孫，無分男女老少，作為祭祀共同祖先的「身分」基礎，而其派下員的選任，當以此基礎而產生。參見莊世同，論平等與法治：評釋字728號解釋，政治與社會哲學評論，57期，頁31（2016年）。

是否追求重要公共利益，所為差別待遇之手段，與目的之達成間是否具實質關聯（釋字第807號第43段參照）。以本案而言，由於性別是個人難以改變之特徵，作為女兒或兒子之身分並非個人所能選擇，卻因此而被歧異對待，遭排除於祭祀祖先之團體之外，且派下資格「男系子孫為原則，女子及其後代子孫為例外」為歷史性、系統性的差別對待，自應採取較嚴格的審查。

三、 尊重傳統習俗非本案重要公共利益

系爭條項一、二及三之立法目的在於「尊重傳統習俗及法律不溯及既往原則」，已如前述。本文以為尊重傳統習俗並不能作為祭祀公業派下資格為性別差別待遇之目的。首先，個人固然享有選擇依其傳統文化而生活之權利（釋字第803號參照），然而此種文化生活的享有應以不侵害他人權利為前提。祭祀祖先固然為我儒家文化之傳統亦應受到保障，然而祭祀公業派下資格以「男系子孫為原則，女子及其後代子孫為例外」的慣習，則固守著「男尊女卑」及「男系子孫內、女系子孫外」之任務角色定型，有違「消除性別歧視，促進男女地位之實質平等」之憲法義務。這樣的憲法義務經由CEDAW 第二條及第五條之補充，從前述的討論應可以得出，立法者應消除基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型所產生習俗，同時也應修改反應了尊卑觀念或基於男女任務定型之文化之立法。立法者應負有憲法上的義務，不得以「尊重傳統文化習俗」為目的對婦女進行歧視。祭祀公業條例不但沒有以法律消除此種歧視性的傳統文化，甚至進一步以立法方式把此種歧視性的習俗成文化，這已經不是私法自治的範圍，而是直接以國家行為進行歧視。

四、 法律不溯及既往固為重要公共利益，但系爭條項之規定與達成目的間欠缺實質關連

所謂溯及既往，係指法規之適用時間範圍，擴及於過去已終結之構成

要件事實，而賦予法律效果。一般而言，基於法的安定性和信賴保護，法律確實以不溯及既往為原則。然而，系爭條項雖意在將過往習慣成文化，卻比習慣更加限縮女性派下資格之取得，事實上並沒有達到其區分第四條及第五條割裂適用所欲達成之法律不溯及既往之目的，也不見得以這樣的立法保存了既存的文化秩序，已如前分析所述。況法律安定性是否得為不受平等原則拘束之當然理由，實有疑義（釋字第728號解釋李震山大法官不同意見書參照）。

事實上，人民之信賴保護可以透過過渡性立法或其他方式獲得緩解。舉例而言，釋字第410號解釋針對民法廢除違反性別平等之舊聯合財產制未定有溯及既往之規定，因而造成修正前已發生現尚存在之聯合財產，仍適用修正前之規定，由夫繼續享有權利，未能貫徹憲法保障男女平等之意旨，造成在同一憲政秩序之下，僅因為財產獲得之時點不同而異其規定，形同當時多數之夫妻財產仍適用歧視女性之舊法規定，產生割裂適用之情況。此種割裂適用的法秩序實不應存在，鈞院因而要求有關機關應儘速於民法親屬編施行法之相關規定檢討修正。在釋字第410號做成之後，立法者為平衡法不溯及既往和性別平等原則，修正親屬編施行法，特別給予了緩衝期，實可作為系爭條文修法之一種參考。

伍、結論

經前述中度標準進行審查，本文認為系爭條項違反憲法第七條及增修條文第十條第六項，應屬違憲。總結來說，祭祀公業條例第四條是目前我國法律中僅存不多仍以性別為差別待遇之法律，在2013年經第8次 CEDAW 法規檢視專案審查小組會議決議不符合 CEDAW 第 1 條、第 5 條 a 款及 CEDAW 第 15 條第 1 項及第 2 項等規定，請內政部朝兼顧以往法律事實狀態之穩定及未來女性平等權益之保障等方向修法。內政部始開始著手草擬修正草案。同樣地，鈞院也在2015年作成之釋字第728號理由書第三段

要求有關機關應與時俱進，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。行政院固然於2014年6月19日於行政院院會通過提出修正草案送立法院審議，卻於2016年7月1日撤回草案，於2016年9月13日再送一次一模一樣的條文後，因屆期不連續而未審查。在這之後，即未再有新的版本送行政院會議通過。2019年1月31日行政院雖然再次提出祭祀公業部分條文之修正草案，但該草案並不包括系爭條項之修正。從這樣的修法過程，足見行政機關早已相當清楚系爭條項有違憲法性別平等之保障。然而長久以來歧視婦女的派下資格認定不但從習慣變成法律，還透過法律的施行維護著舊慣繼續地歧視婦女。而在被認定違反性別平等之後，行政及立法機關也繼續地不作為。固然，類此之社會爭議性議題，民意機關本應體察民情，盱衡全局，折衝協調，適時妥為立(修)法因應(釋字第748號理由書參照)，然立(修)法解決時程未可預料，婦女卻因系爭條項持續地受到身分人格權及財產權及平等權之侵害。期待鈞院採取較釋字第728號理由書更為積極之宣告，促使相關機關立即啟動修法，以實現憲法上「消除性別歧視，促進男女地位之實質平等」之國家義務。

陸、附件一：祭祀公業第四條條文結構圖

