

1 **憲法訴訟法庭之友意見書** 【祭祀公業派下權】

2 案 號 109 年度憲二字第 110 號 ✓

3 110 年度憲二字第 529 號

4 法庭 之友 社團法人台灣伴侶權益推動聯盟

5 代表人：潘天慶（理事長）

6

7 代 理 人 許秀雯律師

8

9

10

11 潘天慶律師

12

13

14 謝孟釗律師

15

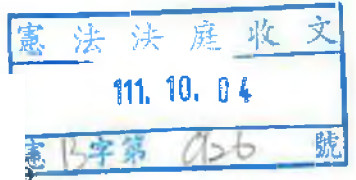
16

17 為憲法法庭審理旨揭聲請案件，謹依法提呈法庭之友意見書：

18 壹、法庭之友應揭露事項：

19 一、依憲法訴訟法第 19 條第 3 項規定，本法庭之友「社團法人台灣伴侶權
20 益推動聯盟」（簡稱伴盟）聲明：

21 （一）本意見書係由伴盟代理人許秀雯律師、謝孟釗律師、潘天慶律師共同
22 撰寫，與當事人、關係人或其代理人無分工或合作關係。相關專業意
23 見或資料之準備或提出，未受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬
24 或資助。亦無其他提供金錢報酬或資助者。



1 (二) 於撰寫本法庭之友意見書過程中，代理人曾與伴盟律師團成員陳明
2 彥律師、王仲軒律師、廖姿寧律師暨伴盟秘書長簡至潔交換意見。

3 (三) 另，簡至潔秘書長及代理人謝孟釗律師為伴盟支薪工作人員，上開其
4 他人則均為伴盟不支薪之義務律師。

5 貳、本意見書主張及理由：

6 一、祭祀公業條例第 4 條第 2 項前段規定「派下員無男系子孫，其女子未 7 出嫁者，得為派下員」所採之嫁娶婚概念，與我國已法制化之同性婚 8 姻概念嚴重扞格，無從反映我國現行之多元婚家風貌：

9 (一) 上開祭祀公業條例第 4 條第 2 項前段限制出嫁女性不得為派下員，
10 其思考邏輯無非為：

11 1. 在傳統父權宗法概念下，女性不被視為具有獨立家族身分，而只
12 能依附男性取得家族身分—未婚女性之家族身分附屬於父親（被
13 視為某人之女），已婚女性之家族身分則附屬於丈夫（被視為某
14 人之妻）。

15 2. 如女性不願因結婚而失去父親家族成員身分，在父權宗法邏輯下
16 必須透過如「招贅婚」此種例外之婚姻方式達成：招贅婚中之女
17 性繼續附屬於父親¹，男性則例外因婚姻而從男性父族成員轉換
18 為妻族成員，與妻共同承擔妻族之祭祀責任。

19 3. 祭祀公業條例第 4 條第 2 項前段規定排除已嫁女性本身成為派下
20 員之可能性，即是將上開父權宗法嫁娶婚下之男主女從邏輯明文
21 化：蓋女性一旦出嫁，就會轉換身分成為丈夫家族成員，並因此
22 失去父親家族成員身分，故已嫁女性當然也就被排除於父親家族

¹ 招贅婚本質上仍為父權宗法產物，並未打破女性附屬於男性之思想，故招贅婚中的女性身分只是從「已婚女性附屬於丈夫」變更為「已婚女性例外繼續附屬於父親」，女性並不能因招贅婚而取得獨立身分。

1 成員共同祭祀範圍之外，因而失去其父親家族祭祀公業派下員資
2 格。

3 (二) 從上開說明可知，祭祀公業條例第 4 條第 2 項前段規定係奠基於父
4 權宗法觀念，有其內在邏輯性。然於現代法治國中，論者所應關心之
5 重點毋寧在於：該父權宗法邏輯能否與現行法制接軌？如不能，則被
6 遺漏於該父權宗法邏輯外之個人／權利又是誰？

7 (三) 經本法庭之友檢視現行法規範，認為上開父權宗法邏輯明顯不能與
8 現行法制接軌，並導致選擇同性婚姻等多元婚家之人民被排除於祭
9 祀公業條例保護之外，說明如下：

10 1. 上開父權宗法邏輯下，婚姻僅限於男性本位之嫁娶婚及招贅婚二
11 種可能，未考量也無法容納其他婚姻形式。

12 2. 我國民法早已廢除招贅婚之規定。而現行民法婚姻歷經多次修法
13 後，雖目前於法律形式上為男女平等，但社會實踐仍相當程度留
14 存上開嫁娶婚男主女從（女性「嫁入」夫家）之觀念，屬於國家
15 依據 CEDAW 第 2 條及第 5 條規定，負有義務應致力消除之傳統
16 刻板性別印象和具有性別歧視之文化習俗。

17 3. 我國已於 108 年 5 月 24 日公布施行司法院釋字第 748 號解釋
18 施行法（下稱 748 號解釋施行法），將同性婚姻法制化。同性婚
19 姻已跳脫奠基於性別相異性所架構之男主女從性別秩序及父權
20 宗法概念，強調婚姻關係奠基於該二人間基於共同生活意願而成
21 立之親密性、排他性永久結合關係（748 號解釋施行法第 2 條規
22 定參照）。職是，上開父權宗法婚姻概念顯然無法涵蓋同性婚姻
23 概念—於本案爭議之具體提問就是：女性子孫如締結同性婚姻，
24 究竟是「已出嫁」還是「未出嫁」？締結同性婚姻之女性子孫可
25 否適用祭祀公業條例第 4 條第 2 項前段，而取得派下員資格？

1 4. 或謂，上開提問雖反映出同性婚姻無法與傳統嫁娶婚接軌之問題，
2 但解釋上仍可將締結同性婚姻之女性子孫自始排除於祭祀公業
3 條例第 4 條第 2 項前段之範圍以外，毋庸再探討其婚姻是否為出
4 嫁。然此主張如可得成立，無異嚴重限制女性子孫締結同性婚姻
5 之婚姻自由，甚至將具有同性性傾向之女性子孫自始排除於派下
6 權範圍之外，係以性傾向對人民為不利差別待遇，應適用較嚴格
7 之審查標準（釋字第 748 號解釋意旨參照），惟本法庭之友亦看
8 不出限制締結同性婚姻之女性子孫不得為派下員之規範究竟係
9 為追求何等重要公共利益，也看不出其限制手段與目的間有何實
10 質關聯，自難認上開主張有何正當性存在。

11 (四) 事實上，上開祭祀公業條例規範最大問題點在於：該法規範延續父權
12 宗法觀念，將婚姻視為男性主導以綿延宗族子嗣之工具。然而，當代
13 婚姻意義早已轉變為婚姻雙方在對等基礎下之個人自主決定結合，
14 此觀我國釋字第 748 號解釋明確指出婚姻自由攸關人格健全發展與
15 人性尊嚴之維護，為憲法第 22 條保障之重要基本權（a fundamental
16 right），其內涵並包含「是否結婚」暨「與何人結婚」，異性婚姻與同
17 性婚姻於法律上應受平等對待等意旨即明。

18 (五) 祭祀公業條例第 4 條第 2 項條文內容除明顯在形式上即偏惠男性、
19 構成違憲之性別歧視外，更架構在嫁娶婚、招贅婚此等傳統父權宗法
20 異性婚姻框架之上，而非現行法強調婚姻關係立基於個人自主選擇
21 之面向。以今日眼光觀察，上開規定顯然未能與時俱進，完全無法反
22 映我國法制上已廢除招贅婚、承認同性婚等婚家風貌之重大變遷，無
23 法與我國現行婚姻法制接軌，亦當然悖反於國家須致力於消除「男主
24 女從」嫁娶婚等文化習俗上性別歧視，以促進實質性別平等之義務。

25 二、祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項前段規定所稱之「男系子
26 孫」、「女子」等用語，預設「非男即女」之二元性別觀，悖於性別多

1 樣性之現實，忽視雙性人、跨性別等多元性別主體之存在：

2 (一) 傳統觀念認為性別非男即女，惟此種二元性別觀並不符合性別多樣
3 性之現實，說明如下²：

4 1. 在醫學上，傳統性別區分主要根據三個標準：(1) 染色體排列組
5 合方式，XY 為男性，XX 為女性；(2) 性激素分泌，雄激素者
6 為男性，雌激素者為女性；(3) 內外生殖器官差異，有陰莖睪丸
7 者為男性，有陰道卵巢者為女性。

8 2. 一般認為上述三者的組合是「XY、雄激素、陰莖睪丸」與
9 「XX、雌激素、陰道卵巢」，前者為男性，後者為女性，但實際
10 上仍不乏有許多不同組合之例，亦即在染色體、性激素或生殖器
11 官等性別特徵上不符合典型男性或典型女性之狀況，例如同時有
12 睪丸與卵巢，同時有 XX 染色體與類似男性之外生殖器，或是體
13 內細胞部分為 XX 染色體部分為 XY 染色體等，即俗稱之雙性人
14 / 間性人 (intersex)。

15 3. 依據聯合國資料，雙性人於全體人口占 0.05% 至 1.7%³ 左右，這
16 個比例相當於生出一名紅頭髮孩子的機率；如以台灣全部人口約
17 2,300 萬人計算，則依最高值推估台灣總人口中最多可能有 39 萬
18 名以上之雙性人，最少亦可能有 1 萬名以上之雙性人。

19 4. 申言之，即使在生物層次上，性別 (sex) 亦不是僅有典型男性
20 和典型女性。性別特徵非屬典型男性或女性的雙性人，自古以來
21 就存在於人類社會之中，且目前無論是聯合國在內之國際社會，
22 抑或我國主管機關衛生福利部均肯認不應僅為符合「性別二元」

² 相關「跨性別」之資料，可參國立臺灣大學醫學院附設醫院精神醫學部著，衛生福利部出版之《性別不安手冊》(2015 年出版)，下載網址：<https://health99.hpa.gov.tw/material/3245>。相關雙性人之資料，可參見 2018 年監察院發布之雙性人調查報告，下載網址：
<https://www.cy.gov.tw/CyBsBoxContent.aspx?n=133&s=6087>

³ “According to experts, between 0.05% and 1.7% of the population is born with intersex traits – the upper estimate is similar to the number of red haired people.” 參見 <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf?fbclid=IwAR01zx8800I-OGh-921okw58F8-ua9zkju330vIM8KBxnCtBNUKOAfHMhxQ>

1 之觀念（此包括刻板之社會文化觀念和傳統上法律性別之二元框
2 架），而對未成年之雙性人兒童進行非必要之性別手術⁴，若干國
3 家甚至已立法明文處罰進行此等手術之行為，認定此類非健康上
4 所必要之性別「矯正」手術侵害雙性人兒童身體完整性與自主性
5 別認同而應予禁止。

6 5. 性別具有多樣性，在生物性別（sex）層次，除了男性、女性之
7 外，還有許多不同類型的雙性人的存在，已如前述。

8 6. 而在社會性別（gender）上，「出生時被指定性別」與自我認同
9 性別一致者是所謂「順性別」（cisgender），不一致者是所謂「跨
10 性別」（transgender）（例如出生時依據外部性別特徵被登記為男
11 性，但成長過程中發展出自我性別認同為女性之跨性別女性，抑
12 或出生時依據外部性別特徵被登記為女性，但成長過程中發展出
13 自我性別認同為男性之跨性別男性）、非二元性別（non-binary
14 gender，自我性別認同既非男性亦非女性，或兼具男性與女性之
15 部分交織認同）、性別流動者、變性者（transsexual）等多元性別
16 主體。

17 7. 過往醫學上曾錯誤認定跨性別為精神疾病，但現今已除病化，不
18 再視為疾病。目前全球採用之兩種精神疾病分類 ICD（為世界衛
19 生組織即 WHO 發行）與 DSM（為美國精神醫學會即 APA 發
20 行），APA 已在西元 2013 年出刊的 DSM-5 將跨性別從「性別認
21 同障礙」（gender identity disorder）更名為性別不安（gender
22 dysphoria）；WHO 則在西元 2019 年會員大會上表決通過 ICD-
23 11，將跨性別從疾病章節移除，並更名為「性別不一致」（gender
24 incongruence），ICD-11 已自今年（2022）初開始正式施行。無論
25 「跨性別」或「順性別」都是正常的個人自我性別認同表現情

⁴ 「衛生福利部未成年雙性人之醫療矯正手術共同性建議原則」，參見 <https://dep.mohw.gov.tw/DOMA/cp-2708-45096-106.html>

1 形，性別認同為個人人性尊嚴與人格權之核心，性別自主決定
2 權、性別表達、性別變更登記之權利自應受憲法基本權所保障
3 (臺北高等行政法院 109 年度訴字第 275 號判決意旨參照)。

4 (二) 職是，性別既然具有多樣性，則上開祭祀公業規定所指之「男性子孫」、
5 「女子」即顯然無法涵容多元性別，而有定義不明確之弊—舉例而言，
6 如出生時登記為女性，嗣後變更登記為男性，得否主張為男性子孫而
7 享有派下權？反之，如出生時登記為男性，嗣後變更登記為女性，其
8 派下權是否即會遭剝奪？此時該人又得否主張自己為女性子孫，而
9 依祭祀公業條例第 4 條第 2 項規定例外取得派下權？

10 (三) 上開舉例，並非單純概念上之空想，而是我國司法實務已發生之真實
11 案例，可參最高法院 105 年度台上字第 291 號民事判決(歷審判決
12 字號：臺灣嘉義地方法院 102 年度重訴字第 102 號、臺灣高等法院
13 臺南分院 103 年度重上字第 51 號)，本法庭之友並摘要上開判決如
14 下：

- 15 1. 賴男為跨性別男性(出生時登記為女性，但自我性別認同為男性)，
16 並嗣後依我國現行戶政實務規定提交 2 份精神科醫師診斷證明
17 書暨性別重置手術診斷證明書後，變更性別登記為男性。
- 18 2. 賴男變更性別登記為男性後，其父族之祭祀公業賴文仍未將賴男
19 列為派下員，故賴男起訴請求確認伊對祭祀公業賴文之派下權存
20 在。
- 21 3. 案經一審法院以一造辯論判決賴男勝訴後，祭祀公業賴文不服提
22 起上訴，主張祭祀公業派下員必須具有傳遞香火之生理機能，限
23 於自然意義之男性云云，否認賴男之派下權存在。惟二審法院最
24 終駁回祭祀公業賴文上訴，並於判決理由內指出：派下權之取得
25 並非僅以出生時之身分或性別定之，而賴男既已變更性別登記為
26 男性，法院即應尊重賴男之男性身分，不能因賴男變更性別登記

1 而為差別待遇，仍應認賴男對該祭祀公業確有派下權存在。

2 4. 祭祀公業賴文雖仍不服二審判決而提起上訴，惟最高法院最後仍
3 以同於上開二審判決之理由駁回祭祀公業賴文上訴，全案確定。

4 (四) 自上開真實司法案例可知：預設男女二分之性別觀念，進而規定「男
5 性子孫」得當然享有派下權，與性別多樣性之現實不符，亦與我國允
6 許性別變更之現行法秩序不符，嚴重忽視跨性別、非二元性別、性別
7 流動者、變性者等多元性別主體之存在。法規範將男女性別二分，並
8 以二分性別觀念賦予不同性別之不同權利義務，令多元性別認同者
9 處於尷尬、極易被質疑、冒犯乃至被排除而無法安身之窘境，一方面
10 侵害多元性別主體之人格自由及性別自主權，另一方面也必然產生
11 如上開司法實務案例此等法規範適用之不穩定性、不確定性。且未來
12 如我國開放第三種性別登記(目前有十多個國家於男女之外，有其他
13 類別如 X 性別之性別登記)，則現行立法所植基二元性別觀之排他性
14 問題，將更形顯著，實有必要揚棄上開祭祀公業條例之過時二元性別
15 觀。

16 **三、祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項前段規定對性別、婚姻樣態**
17 **之限制，係違憲之差別待遇：**

18 (一) 退萬步言，即使肯認現行祭祀公業條例目的在於最大範圍傳承「特定」
19 姓氏(姑不論本法庭之友對於此目的本身之「公益性」高度存疑)，
20 惟以性別、婚姻樣態作為差別待遇標準，亦欠缺必要性與合理性，舉
21 例說明如下：

22 1. 設以女性子孫所生男子是否從祭祀公業姓氏作為派下權有無之
23 標準，則女性子孫所生男子原從祭祀公業姓氏，但嗣後因故變更
24 姓氏(可能是因父母約定變更姓氏、因收養變更姓氏，甚或該所
25 生男子成年後自行依法變更姓氏)，是否會影響該女性子孫派下

1 權身分取得？

2 2. 如是，是否過度影響身分關係安定性，甚至係以不可歸責於該女
3 性子孫之事由而不當剝奪其財產權？如否，則以傳承姓氏目的為
4 上開限制，是否為必要與合理手段？

5 (二) 況且，祭祀公業條例背後所採行傳承父姓之邏輯，從數學上來說，不
6 利於姓氏多樣性及文化多樣性，容易使少數稀有姓氏滅絕。以今日眼
7 光而言，甚至可稱上開立法目的正是消除對婦女一切形式歧視公約
8 (下稱 CEDAW) 第 5 條所指「國家有義務應致力消除之『具有性別
9 歧視之文化習俗與刻板性別角色分工』」之情形，系爭規定立法目的
10 本身正當性已大有疑義。即使肯認系爭規定具有若干公益色彩(例如
11 蘊涵慎終追遠、飲水思源之價值觀)，惟其所採行之手段與所造成之
12 限制(對人民之財產權、人格權、平等權侵害、漠視多元性別主體之
13 存在、不當強化並鞏固刻板性別二元觀念)，亦欠缺實質關聯，重大
14 違反 CEDAW 暨憲法比例原則。

15 (三) 整體而言，考量祭祀公業條例立法意旨為「祭祀祖先發揚孝道，延續
16 宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用，增進公共利
17 益」(祭祀公業條例第 1 條規定參照)，其立法已明示派下權具有相當
18 程度之財產權性質，自無以性別或嫁娶招贅作為差別待遇的實質正當
19 理由。基於平等權之要求，祭祀公業條例相關條文(現行第四條及第
20 五條)應允許派下員發生繼承事實時，其所有之繼承人不分性別、性
21 傾向、性別認同、性別特徵及婚姻狀態，一律取得列為派下員之資格。

22 參、綜上所述，敬請 鈞庭鑒核。

23 謹狀 憲法法庭 公鑒

24 具狀人即聲請人 社團法人台灣伴侶權益推動聯盟
25 代表人：潘天慶(理事長)



1 撰狀人即代理人 許秀雯律師
2 潘天慶律師
3 謝孟釗律師



4 中 華 民 國 1 1 1 年 1 0 月 4 日

