

檔 號：
保存年限：

監察院國家人權委員會 函

地址：100216 臺北市忠孝東路一段2號
聯絡人：陳韋佑
電話：
電子信箱：

受文者：憲法法庭

發文日期：中華民國111年9月15日

發文字號：委台權字第1114100140號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

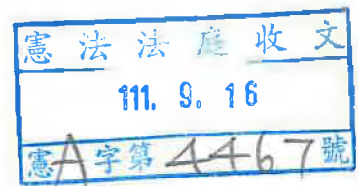
附件：國家人權委員會憲法法庭鑑定意見書 (1114100140-0-0.docx)

主旨：檢送本會憲法法庭109年度憲二字第110號及110年度憲二
字第529號聲請案鑑定意見書1份，請查照。

說明：復貴法庭111年5月27日憲庭力109憲二110字第1111000254
號通知書。

正本：憲法法庭

副本：國家人權委員會



監察院國家人權委員會鑑定意見書

案號：109 年度憲二字第 110 號及 110 年度憲二字第 529 號

鑑定機關名稱：監察院國家人權委員會

地址：100216 臺北市中正區忠孝東路一段 2 號

應揭露事項

- 一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係：無
- 二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值：無
- 三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值：無

專業意見或資料

一、國際人權公約及憲法對於女性權利的保障

(一) 國際公約部分

1. 聯合國憲章序言：我聯合國人民同茲決心欲免後世再遭今代人類兩度身歷慘不堪言之戰禍，重申基本人權，人格尊嚴與價值，以及男女與大小各國平等權利之信念，創造適當環境，俾克維持正義……。

2. 公民與政治權利公約及經濟社會文化權利公約

(1) 公民與政治權利國際公約(ICCPR)第 3 條：「本公約締約國承允確保本公約所載一切公民及政治權利之享受，男女權利，一律平等。」

(2) 經濟社會文化權利國際公約(ICESCR)第 3 條：「本公約締約國承允確保本公約所載一切經濟社會文化權利之享受，男女權利一律平等。」

3.消除對婦女一切形式歧視公約(CEDAW)第 15 條第 1 項：「締約各國應給予男女在法律面前平等的地位。」

(二) 我國憲法部分

憲法第 7 條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」

二、國家應負起積極消除性別歧視義務

(一) 我國憲法部分

憲法增修條文第 10 條第 6 項：「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。」

(二) 國際公約部分

1.消除對婦女一切形式歧視公約第 1 條、第 2 條、第 5 條

(1) 第 1 條：「在本公約中，"對婦女的歧視"一詞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。」

(2) 第 2 條(f)款：「**締約各國**譴責對婦女一切形式的歧視，**協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策**。為此目的，承擔：...(f) **採取一切適當措施，包括制定法律，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**。」

(3) 第 5 條(a)款：「締約各國應採取一切適當措施：(a) 改變男女的社會和文化行為模式，以消除基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型所產生的偏見、習俗和一切其他作法。」

2.消除對婦女一切形式歧視公約所提出第 21 號一般性建議

第 44 段：「**締約國應堅決制止法律、宗教、私法或習俗所申明的任何男女不平等概念，並進展至撤銷對 16 條的保留**。」

3.消除對婦女一切形式歧視公約所提出第 28 號一般性建議

(1) 第 9 段：「根據第 2 條，締約國必須履行其在《公約》之下所有的法律義務，**尊重、保護並實現**婦女不受歧視和享有平等的權利。**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。此涉及手段、行為及結果義務。締約國應考量必須履行對所有婦女的法律義務，以滿足婦女的具體需要為目標，制訂公共政策、方案和體制框架，使婦女得立於和男性平等的基礎上充分發揮潛力。」

(2) 第 16 段：「締約國有義務尊重、保護和實現婦女不受歧視的權利，確保婦女的發展和進步，以改善其處境，實現法律、事實或實質的男女平等。**締約國應確保不對婦女實施直接或間接歧視。**對婦女的直接歧視，包括明顯以性或性別差異為由，實施區別待遇。對婦女的間接歧視，**係指法律、政策、方案或作法看似對男性和女性並無偏頗，但實際上造成歧視婦女的效果。**因為明顯中性的措施並未考慮原本存在的不平等狀況。此外，因為不承認歧視的結構、歷史模式，以及男女之間不平等的權力關係，可能使現有的不平等狀況因間接歧視更為惡化。」

(3) 第 31 段：「第 2 條(a)、(f)和(g)款規定，**締約國具有提供法律保護、廢除、修訂歧視性法律和規章的義務**，作為**消除對婦女的歧視**政策的一部分。締約國必須確保透過修訂憲法或其他適當的立法手段，將男女平等和不歧視的原則納入國內法，並使之享有優先和強制執行的地位。締約國亦應頒布法律，禁止對《公約》所規定的各領域及婦女的全生命週期加以歧視。締約國有義務採取步驟，修改、廢除構成對婦女歧視的現行法律、規章、

習俗和慣例。」

4.消除對婦女一切形式歧視公約施行法第3條、第4條及第6條

- (1) 第3條：「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國消除對婦女歧視委員會對公約之解釋。」
- (2) 第4條：「各級政府機關行使職權，應符合公約有關性別人權保障之規定，消除性別歧視，並積極促進性別平等之實現。」
- (3) 第6條：「政府應依公約規定，建立消除對婦女一切形式歧視報告制度，每四年提出國家報告，並邀請相關專家學者及民間團體代表審閱，政府應依審閱意見檢討、研擬後續施政。」

三、系爭規定（即祭祀公業條例第4條¹）規定，將原先臺灣的習慣賦予法律上之強制力，並對女性作出實質上不利之差別待遇，造成過度負擔(undue burden)。就此而言，無論該差別待遇係法律或社會事實所造成，國家皆應負起消除歧視之義務：

（一）祭祀公業雖為社會所形成之制度，但透過法院實務承認為習慣法，且透過系爭規定介由國家的力量予以執行：

1. 首按，所謂祭祀公業，係以祭祀祖先為目的所設立之獨立財產，淵源於南宋時之「祭田」。²其運作方式係由先人所

¹ 「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）。（第一項）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。（第二項）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。（第三項）」

² 尤重道，祭祀公業制度之變革暨爭議問題之探討（上），全國律師，第22卷第7期，2018年7

有之土地或物業，於過世後交由後代營運，並將營運之所得用以祭祖或掃墓。其中捐助財產成立祭祀公業者被稱為設立者，被祭祀之人被稱為享祀者，³設立者及其子孫則稱為派下。⁴而所謂派下權，則是指派下對祭祀公業所得主張之權利義務，如表決權、收益分配權、管理權、剩餘財產分配權、參與處分權及其他依照規約約定之權利義務，而類似股東權，兼具共益及自益之特徵，屬於總括性的法律關係。⁵

2. 清治時期對於如何規範祭祀公業並無法律規定，而在日本統治時期，則是以「習慣法」加以處理。⁶我國在祭祀公業條例立法前，亦以民法上習慣之方式處理，但多否認祭祀公業之法人適格；⁷而於祭祀公業條例施行後，令祭祀公業得依法申請為法人，且有較明確的名詞定義。⁸

月，頁 61。

³ 研究指出，享祀者與設立者不需有身分關係。參見曾文亮、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八十九年台上字第一一三四號判決，台灣本土法學，41 期，2002 年 12 月，頁 103

⁴ 台灣民事習慣調查報告，頁 712。

⁵ 陳孟緯，祭祀公業法制下身分權與財產權性質之變遷，政治大學法律研究所碩士論文，2019 年，頁 62。該論文對派下權之性質有詳細之分析，並指出多數見解認為派下權兼具財產及身分性質。相同見解，尤重道，祭祀公業制度之變革暨爭議問題之探討（下），全國律師，第 22 卷第 8 期，2018 年 8 月，頁 82。

⁶ 曾文亮、黃丞儀，前註 3 文，頁 104

⁷ 最高法院 39 年度台上字第 364 號民事舊判例：「臺灣關於祭祀公業之制度，雖有歷來不問是否具備社團法人或財團法人之法定要件，均得視為法人之習慣，然此種習慣自臺灣光復民法施行後，其適用應受民法第一條規定之限制，僅就法律所未規定者有補充之效力，法人非依民法或其他法律之規定不得成立，在民法施行前，亦須具有財團及以公益為目的社團之性質，而有獨立之財產者，始得視為法人，民法第二十五條及民法總則施行法第六條第一項既設有明文規定，自無適用與此相反之習慣，認其祭祀公業為法人之餘地。」

⁸ 第 3 條：「本條例用詞定義如下：一、祭祀公業：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。二、設立人：捐助財產設立祭祀公業之自然人或團體。三、享祀人：受祭祀公業所奉祀之人。四、派下員：祭祀公業之設立人及繼承其派下權之人；其分類如下：（一）派下全員：祭祀公業或祭祀公業法人自設立起至目前止之全體派下員。（二）派下現員：祭祀公業或祭祀公業法人目前仍存在之派下員。五、派下權：祭祀公業或祭祀公業法人所屬派下員

(二) 基於我國憲法及國際公約對性別平等之保障及於事實上平等，
國家公權力**不能也不應對人民造成歧視，或是對女性造成過度負擔(undue burden)**：

1. 惟依照前述消除對婦女一切形式歧視公約第 21 號一般性建議第 44 段，國家不僅是不應以法律製造不平等，而更應積極地透過國家法令與政策制止因宗教、私法或習俗所產生的性別不平等。第 28 號一般性建議第 16 段則進一步指出，國家不應針對女性有直接或間接歧視存在，且應重視結構性及歷史性的性別不平等問題。
2. 消除對婦女一切形式歧視公約及相關一般性建議，已經將平等權之內涵從所謂的法律上平等推進至事實上平等，而得由我國憲法所承受：

(1) 事實上平等，是著重群體在社會地位的差異，期望透過法律將該社會現實的落差予以消除，而接近美國法所稱之實質平等，廖元豪教授認為，此種事實上平等，係以平等權作為武器，挑戰社會主流群體對其他群體之壓迫、貶抑、宰制，⁹並將平等權視為一種群體的權利，而觀察是否有某一群體不當的宰制另一個群體 (antissubordination)。¹⁰而黃昭元大法官以「宰制論」稱

之權利。六、派下員大會：由祭祀公業或祭祀公業法人派下現員組成，以議決規約、業務計畫、預算、決算、財產處分、設定負擔及選任管理人、監察人。」

⁹ 廖元豪，什麼是「實質平等」？以原住民入學加分措施為例，available at : <https://hre.pro.edu.tw/society/3580> (Last visited on: 2022.9.10)。

¹⁰ 黃昭元，從平等理論的演進檢討實質平等觀在憲法適用上的難題，《憲法解釋之理論與實務》第九輯，2017年，頁291。

之，並指出於實質平等觀是從事實面的權力宰制關係來界定平等的保障對象（弱勢者）、平等的適用領域（從政治權力到社會經濟資源的分配）、促進平等的手段（消除結構性歧視，甚至翻轉既存權力宰制關係的各種積極作為）等，因此其必然是從事實不平等出發，也必然要看到事實不平等，從而追求翻轉後的事實平等。¹¹質言之，事實上平等係強調國家應以包括法律在內的公權力消彌社會現實狀態之不平等，而將法律上平等作為一種手段而非目的，前述**消除對婦女一切形式歧視公約及相關一般性建議**，便顯然以**事實上平等作為實現性別平等之重要內涵**。

(2) 回到我國，我國憲法第 7 條顯然承認法律上平等，但是否有事實上平等之內涵？

採肯定論之我國學者者有兩種推論途徑，一為將我國憲法中的性別平等依據理解為憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項。前者為法律上平等，後者為事實上平等。¹²而黃昭元大法官則認為，憲法第 7 條雖然強調「法律上」一律平等，但第 7 條可理解為「利用法律使人民在事實上平等」，而使我國平等權可開啟新的意涵。¹³林明昕教授雖認為憲法增修條文第 10 條第 6 項僅是客觀法義務，但「大法官從事法釋義學

¹¹ 同上註。

¹² 廖元豪，實質平等，月旦法學教室第 27 期，2005 年 1 月，頁 38 至 41。

¹³ 黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查，法學新論，第 7 期，2009 年 2 月，頁 30 至 31。

的操作時，在論證中要一直把新時代的實質平等的價值注入憲法第 7 條的傳統防禦權面向中，才是正確低解釋憲法、適用憲法。」¹⁴

(三) 司法院大法官會議已採納實質平等的標準

1. 於司法院大法官會議時期，大法官早期雖對性別差別待遇採取原則禁止、例外許可之立場，但在運作上仍舊採取前述的法律上平等。¹⁵但自司法院釋字第 666 號解釋作成後，大法官開始重視抽象法規對人民所造成的「實質影響」，而有了事實上平等的意涵。¹⁶該實質影響、事實上顯然不利的論述，則經司法院釋字第 791 號解釋所延續。¹⁷而司法院釋字第 807 號解釋的作成，強調我國社會是否存在對性別「歷史性或系統性之刻板印象」，則正式宣示了大法官對性別平等的審查開啟了事實上平等確實存在於我國憲法。¹⁸

¹⁴ 林明昕教授發言部分，從釋字 728 論祭祀公業條例之合憲性學術座談會，台灣本土法學第 270 期，2015 年 4 月 15 日，頁 63。

¹⁵ 如司法院釋字第 365 號解釋理由書：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」

¹⁶ 該號解釋理由書便指出：「再者，系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。」

¹⁷ 該號解釋理由書稱：「查系爭規定一及二雖就字面觀察，並未因受規範者之性別而異其效力，屬性別中立之規定，且目前實務上通姦及相姦罪之成立，以男女共犯為必要，其男女人數理應相當，惟其長年實際適用結果，女性受判決有罪之總人數明顯多過男性。是系爭規定二之實際適用結果致受系爭規定一刑事處罰者，長期以來，呈現性別分布失衡之現象，顯現女性於通姦及相姦罪之訴追、審理過程中，實居於較為不利之處境，足見系爭規定一及二之長期存在，與憲法增修條文第 10 條第 6 項促進兩性地位實質平等之要求，是否相符，確有疑義。」

¹⁸ 黃昭元大法官於該號解釋之協同意見書指出，「釋字第 365 號解釋採取的是很典型的差異論之思考及論述方式，且落入並重複「等者等之，不等者不等之」空洞公式的窠臼。與之相比，本

2. 準此，我國憲法既保障女性之事實上平等，國家除應積極除去現實之不平等外，不能也不應對人民造成歧視，或是對女性造成過度負擔(undue burden)甚明。鈞庭於解釋性別平等時，更應參酌 CEDAW 之內容闡釋憲法上的平等，¹⁹ 不限於機會的平等，更及於歷史性及文化性成因、經濟結構、家庭中的權力不均等，皆屬之。²⁰

四、歷屆大法官透過釋字第 365 號、第 410 號、第 452 號作成多號解釋，認為民法親權行使、夫妻財產制、夫妻住所等規定違反憲法保障婦女地位平等，進而促成法律修正，然而在祭祀公業條例此一面向，反而容許國家造成差別待遇，甚至否認、剝奪女性人格及派下權地位。國家既負有消除歧視之義務，系爭規定不僅未改正此一情形，反包庇此種差別待遇，顯然牴觸憲法上之性別實質平等：

- (一) 本次鈞庭所欲審查之標的，即祭祀公業條例第 4 條規定，係祭祀公業條例施行前即存在之祭祀公業，如何取得派下權之規定。根據系爭規定第 1 項前段，原則上依照規約約定決定派下權。若規約無規定者，則由祭祀公業條例決定有無派下權；依照系爭規定第 1 項後段，在此情形派下員為設立人及其男系子孫（含養子）；又依照同條第 2 項，於無男系子孫時，其女子未出嫁者，得為派下員，若該女子招贅夫或未招贅生有男子或收

號解釋在決定審查標準時所考慮的兩個因素：其中所謂「難以改變之個人特徵」固仍屬差異論之思考，然「歷史性或系統性之刻板印象」就有反宰制論的傾向。」

¹⁹ 陳昭如教授發言部分，前註 14 文，頁 67。

²⁰ 官曉薇教授發言部分，前註 14 文，頁 74 至 75。

養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員；再依照同條第 3 項，經派下現員特別多數決時，女子、養女、贅婿有權取得派下權地位。

(二) 承上，系爭規定之體系，形成了兩個原則與例外的情形。第一，系爭規定原則上尊重有規約時之約定，在無規約約定時方以法律介入決定派下權之有無；第二，系爭規定於無規約時，有派下權之人係以男系子孫為原則，其他人為例外。²¹就此，本會自我國憲法規定、司法院解釋及鈞庭裁判、國際公約及一般性意見關於性別平等所闡釋之內涵，分析系爭規定之合憲性如下：

1. 就前述第一個原則與例外部分，雖業經司法院釋字第 728 號解釋為合憲宣告，然迄今已有變更之必要（詳如後述）。
2. 就前述第二個原則與例外部分，事實上並非單純如民法作為私法自治未約定時的填補，而是延續了祭祀公業派下權制度有性別不平等的事實並以法律擬制之。此一情形，則顯然與我國憲法與國際公約對性別平等之保障有所扞格，鈞庭應宣告違憲：

(1) 派下員制度之性別差別待遇，無論法律或事實上皆存在，無法通過我國憲法及國際公約關於性別平等之誡命：

A 研究已指出，此處之規定雖有緩減差別待遇之考

²¹ 陳昭如教授教系爭規定理解為三個層次：一、有規約時適用規約，二、將私法自治形成的習慣成文化，三、尊重特定程序的私法自治。參氏著，女兒還是外人：論大法官釋字第 728 號解釋的雙重排除，裁判時報第 41 期，2015 年 11 月，頁 83。其中二、三部分與本會論述的第二個例外範圍相同。

量，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在。²²依照統計，自祭祀公業條例創設祭祀公業法人以來，截至 2020 年各縣市政府完成登記之祭祀公業法人計 995 家、派下員 19 萬 5,017 人，女性 1 萬 7,852 人，顯見於現實生活中，女性取得派下員資格者仍為極度少數。²³

B 實則，系爭規定根據部分學者主張，看似緩和私法自治對女性權利之負面影響，但事實上就是表示：性別平等在此只能是私法自治的例外狀態，而用法律推定了男女不平等的現實可以合法地繼續存在。陳昭如教授即指出，大法官經常「虛構」立法事實、把論述建立在「過去很不平等，現在男女已經不分軒輊」的前提之上，不去探究、證立該立法事實是否成立。²⁴該主張對應前述派下員人數及性別統計，誠屬的論。

C 質言之，系爭規定除創設了法律上顯然不利於女性之法律地位，於實踐上女性也顯然的處於不利的事實地位。根據前述司法院釋字第 365 號解釋之意旨，性別差別待遇既屬例外情形方得為之，且在 CEDAW 第 2 條第(f)款要求國家採取一切適當

²² 尤重道，前註 5 文，頁 83。

²³ 參《消除對婦女一切形式歧視公約》中華民國第 4 次國家報告專要文件，2022 年 3 月，頁 87。

²⁴ 陳昭如教授發言部分，前註 14 文，頁 67。

措施以修改或廢除構成對婦女歧視的法律、習俗和慣例，CEDAW 第 28 號一般性意見更禁止對女性歧視之情形下，系爭規定顯然牴觸我國憲法對性別平等保障之意旨，應要屬違憲無疑。

(2) 此外，派下員制度作為身分繼承的延續，亦與現行繼承體系不符，要非合憲

A 林秀雄教授指出，繼承制度之發展，於封建社會時重視身分繼承，然封建社會崩潰，財產繼承已可脫離身分繼承而獨立存在。²⁵

B 戴東雄大法官則指出，宗祧繼承為身分繼承，而身分繼承業已廢棄不用，回歸性別平等之財產繼承。在祭祀公業之性質已為財產利益存在時，不應排除女性。²⁶

C 本會於召開專家諮詢會議時，與會學者戴瑀如教授之書面意見亦指出，系爭規定第 2 項墨守傳統父權社會思想，遵從宗祧繼承，將派下員限於相同姓氏者，確有檢討必要。²⁷

²⁵ 林秀雄，繼承法講義，8 版，元照，2019 年，頁 1 至 2。

²⁶ 戴東雄，女孩所流父母的血緣難道與男孩有所不同？—評釋字第 728 號解釋意旨排除女性子孫繼承祭祀公業財產不違憲，月旦裁判時報第 41 期，2015 年 11 月，頁 76 以下。陳孟緯之研究亦指出，「由於宗祧繼承專為處理祭祀權之傳承問題，財產繼承則為財產權移轉之問題，兩者之命意不同，而派下權雖為兼具身分與財產雙重面向之權利義務，但因身分權性質之縮退，使派下權幾乎可謂係以財產權內容為核心」見氏著，前註 5 文，頁 71。

²⁷ 戴瑀如教授書面意見，國家人權委員會祭祀公業條例第 4 條規定釋憲案專家諮詢會議，2022

D 系爭規定立法理由雖表示：「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。」但派下資格之限制縱與宗祧繼承有關，在民法施行後，似已不宜認為派下權之繼承係依宗祧繼承而非民法上之財產繼承。²⁸

E 綜上，民法繼承編早已廢止身分繼承，而為財產繼承，祭祀公業條例作為特別法，卻還堅守身分繼承？派下員資格僅限於享祀人同姓之男性，是宗祧繼承的產物，有違民法繼承編財產繼承，更違反公約及憲法增修條文第 10 條積極消除歧視義務。

(3) 至有論者以法安定性、不溯及既往或信賴保護為理由認為系爭規定之存在是緩和過去的法律及事實狀態，而有其必要，系爭規定第 2 項應屬合憲云云。此一說法亦不可採：

A 詹森林大法官曾指出，法律不溯及既往並非絕對不可動搖的基本原則。事實上，民法有很多條文都有基於政策考量而溯及既往的情形，如：民法第 739 條之 1 關於人事保證之規定；或是最高限額抵

年 8 月 15 日，頁 5。

²⁸ 陳孟緯，前註 5 文，頁 59。

押權等。而涉及男女平等時，更當然可以優先於法安定性而立法。²⁹畢竟，性別平等的法律改革，就是要打破公私性別分野的父權。³⁰如果以私法關係為理由，就能夠阻卻性別平等的實踐，則我國性別平等，確實要等到 300 年後才有機會落實。³¹

B 尤其，陳昭如教授更指出，立法者所認定的傳統習俗是否是「唯一正確的歷史真實」，還是選擇性的歷史建構？陳教授整理台灣民事習慣調查報告、司法院院字第 647 號及最高法院 70 年第 22 次民事庭決議，以及相關文獻發現，對於女性祭祀公業派下的認定，事實上存在各種分歧。而系爭規定第 2 項則是在立法政策上選擇了相對限縮女性派下資格的認定標準。³²就此而言，系爭規定第 2 項亦確實有違反前述性別平等意旨及比例原則必要性甚明。³³

(4)而系爭規定第 3 項看似以法律介入私法自治，但何以立法者以極高的程序門檻，方得推翻立法者所設定既

²⁹ 詹森林大法官發言部分，前註 14 文，頁 70 至 71。

³⁰ 陳昭如，前註 21 文，頁 85。

³¹ 聯合國：實現全面性別平等 還要近 300 年時間，中央社 2022 年 9 月 7 日報導，available at: <https://www.cna.com.tw/news/aopl/202209080118.aspx> (Last visited on: 2022.9.10)。

³² 陳昭如，前註 21 文，頁 86 至 87。曾文亮、黃丞儀之研究亦指出，我國實務過度依賴台灣民事習慣調查報告，亦會導致認事用法有誤，前註 3 文，頁 112 至 113。

³³ 釋字第 728 號解釋李震山大法官不同意見書頁 5 至 6 即指出：「誠如本院有關夫妻財產制亦涉及傳統與現代對立爭議所作成的釋字第六二〇號解釋就指出：「本院釋字第四一〇號解釋已宣示男女平等原則，優先於財產權人之『信賴』」。此種立論，應能對習於沈溺在傳統既得利益而不能自拔，且慣以「法安定性」為盾牌者，產生振聾啟聵的效果才是！」

有的法律秩序及社會習慣？就此而言，系爭規定第3項之特別多數決程序門檻實不見其正當性可言，亦屬有違性別平等及比例原則必要性之意旨。

(5)末以，行政院已提出多次修正草案欲修正系爭規定，並多以系爭規定與 CEDAW 有違作為修正理由。如：

A 2014 年，行政院新聞稿稱：「現行「祭祀公業條例」第 4 條...內政部指出，上述規定經「102 年第 8 次 CEDAW 法規檢視專案審查小組會議」討論，認為不符合 CEDAW（消除對婦女一切形式歧視公約）之相關規定，因此擬具「祭祀公業條例」部分條文修正草案。該草案修正要點為：修正本條例施行前已存在之祭祀公業無規約或規約未規定者，其派下員資格取得之規定，以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。」³⁴

B 於 2016 年屆期不連續後，行政院又以「本條例第 4 條之規定，僅有男系子孫可為派下員，不符合 CEDAW 要求確保婦女與男子享有平等法律權利之規定。為保障女性平等法律權利，有關本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員資格取得之規定，朝兼顧以往法律事實狀態之穩定及未來女

³⁴ available at: <https://www.ev.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/8f870da7-d384-441a-902b-7922ce12b572> (Last visited on: 2022.9.10)。然官曉薇教授對該草案仍有批評，見氏發言，前註 14 文，頁 74。

性平等權益之保障等方向修法」，向立法院提出系爭規定之修正案，³⁵立法院法制局並表示：「本報告除就其性別及人權影響評估結果加以檢視及分析外，基於男女平權，本修正草案可資贊同。」³⁶但最終該草案未經立法院於該屆審議通過。

C 而於 2020 年後因屆期不連續，於今(2022)年之 CEDAW 公約審查時，該報告指出，草案如今尚在行政院院會審查。³⁷

D 綜上，系爭規定與 CEDAW 意旨有違至為明確，內政部應積極推動修法，消弭因系爭規定所造成之性別不平等為宜。

五、本案確有基於司法院釋字第 728 號解釋之基礎，將系爭規定第 1 項後段及第 2、3 項作成違憲宣告，甚至應就系爭規定第一項作成違憲宣告，而變更司法院釋字第 728 號解釋之見解：

(一) 司法院解釋於過去確有相關機關長期未依照解釋文檢討改進，後再討論解釋給予違憲宣告之前例。如司法院釋字第 720 號解釋針對有關機關未依照司法院釋字第 653 號解釋之意旨修

³⁵ 尤重道，前註 5 文，頁 97 至 98。

³⁶ available at: <https://www.liv.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=6588&pid=85176> (Last visited on: 2022.9.10)。

³⁷ 參前註 23 文，頁 86：「祭祀公業係以「祭祖」為目的所設立之團體，為維護男女繼承權之平等性，內政部擬具《祭祀公業條例》部分條文修正草案，修正該條例施行前已存在之祭祀公業無規約或規約未規定者之派下員資格規範，不以男性為限；另明定派下員發生繼承事實時，直系血親卑親屬不分男女及姓氏均應列為派下員，以維護其身分及財產權益，該草案業於 2020 年 3 月函報行政院審查。」，

正羈押法第 6 條，進而介入作成補充解釋。³⁸此外，司法院釋字第 810 號解釋則是針對原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項，於司法院釋字第 719 號解釋有關機關應就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進之部分，作成違憲宣告。由上可知，司法院解釋及鈞庭裁判關於檢討改進之諭知，即可能因久未修法而質變為違憲。

(二) 就此而言，司法院釋字第 728 號解釋理由書末段指出：「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。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。」顯見司法院大法官會議確已透過解釋文告知相關機關應檢討改進。然而，釋字第 728 號解釋於 104 年作成迄今已七年，未見修法，基於上述法理，鈞庭更有做成違憲宣告之必要，更有權一併檢討釋字第 728 號解釋宣告系爭規定第 1 項前段合憲之結論。

(三) 司法院釋字第 728 號之後，女兒始終還是外人？

1. 歷來大法官有關性別平等的解釋，皆以憲法第 7 條及增修條文第 10 條第 6 項之規定作為平等規範的依據。司法院釋字第 728 號是第一個引用聯合國消除對婦女一切形式歧

³⁸ 「...惟相關規定已逾檢討修正之二年期間甚久，仍未修正。」

視公約，用以強化憲法平等規範對國家課予保護義務的解釋。從人權公約角度來看，引用消除對婦女一切形式歧視公約的規範內容，應該是憲法性別平等保障的一大進步，可以藉此讓國際人權公約規範的平等產生在地的意義與實踐，但釋字第 728 號卻以「非出於恣意」包裝並合理化現實存在的性別歧視與不合理³⁹。

2. 時代在進步，但現實上的性別不平等始終仍在，只是形貌不同而隱藏在我們生活中，祭祀行為除了象徵傳統的文化習俗，同時也表彰了而沿襲傳統惡習所造成的性別歧視與差別待遇仍然存在，依消除對婦女一切形式歧視公約、第 21 號及第 28 號一般性建議，**國家負有義務應採取一切適當措施消除並制止基於法律、宗教或習俗而生的任何男女不平等偏見、習俗。**

六、姓氏與派下權認定

(一) 招贅婚所生之兄弟，只有姓氏不同，為何國家容許這種差別待遇？應思考祭祀公業派下權認定標準應該完全以共同承擔祭祀事實為標準。

1. 查，本案原因案件之一即 110 年度憲二字第 529 號，其實係因招贅婚子女未從母姓而無派下權而生。
2. 然，我國民法關於子女姓氏之規定，歷經多次修法，除緩

³⁹ 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，裁判時報第 41 期。

和子女只能從父姓之規定外、亦廢除招贅婚，顯見子女之姓氏並非判斷繼承之依據，而應回歸血統主義。⁴⁰準此，縱然同為男性，而僅是以姓氏不同作為差別待遇之依據，仍應認為有違憲法平等權及人格權之保障，而應為違憲宣告。

(二) 另外，相較之下，原住民姓氏綁定身分權益認定之規定，亦被鈞庭 111 年憲判字第 4 號判決宣告違憲。準此，祭祀公業派下權須從享祀人姓氏，與身分之關聯性更低，且對女性造成歧視與過度負擔，第四條規定應修正之。

⁴⁰ 戴瑀如，前註 27 文，頁 6。