

司法院釋字第七二八號解釋

不同意見書

葉百修大法官 提出

本件解釋涉及祭祀公業條例對於祭祀公業派下員認定方式之規範，是否有違憲法保障性別平等之意旨——從聲請受理程序要件之判斷，到實體憲法爭點所涉及如何認定間接歧視或實質不合理差別待遇之存在、立法者於立法之初是否即有歧視預設之惡意，乃至於憲法對於人民基本權利保障與社會傳統文化之衝突與調和等，均為本件解釋所應處理之重要憲法問題。惟多數意見未能站在本院解釋憲法的高度，先以限縮受理解釋之範圍迴避本件聲請法律規範適用的整體違憲疑義，再以未經深入論證的片面之詞，逕為合憲之說法，本席無法贊同，爰提出不同意見如后。

壹、程序部分

祭祀公業呂萬春派下員呂進榮育有三子七女，本件解釋聲請人分別為其長女與孫。呂進榮死亡後確認派下員之繼承時，僅一子在世。依據祭祀公業呂萬春管理章程第四條前段之規定，女子無宗祠繼承權，是呂進榮死亡後，其派下員僅由其子呂學川繼承。聲請人不服而提起民事訴訟，案經最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決，以適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」（下稱系爭規定）為由，即認應依祭祀公業呂萬春管理章程第四條

前段規定，排除聲請人繼承其父祖派下員之可能性，以無理由駁回而告確定。聲請人乃以最高法院上開確定終局判決所適用之祭祀公業呂萬春管理章程有抵觸憲法第七條保障平等權之疑義，聲請本院解釋憲法。

一、祭祀公業規約之性質，非單純私人間之合意可比，應可作為憲法解釋之標的

（一）憲法解釋之標的

按司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民得向本院大法官聲請解釋憲法，須係「經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者。」是以本院解釋憲法之標的，依現行法制，僅限於法律與命令。本席曾於本院釋字第六七五號解釋提出之協同意見書中，肯認本院對於解釋憲法之標的範圍，逐漸擺脫僵硬的形式認定，而採取實質認定之立場；惟如此認定之前提，仍應具有一般拘束力之抽象規範之性質，始得進一步從寬認定本院解釋憲法之標的。

於本件解釋中，對於聲請人於聲請書中，僅係指摘祭祀公業呂萬春管理章程相關規定違憲，從形式意義而言，該管理章程性質上應屬私人間所為之契約，自應非具有一般拘束力之抽象規範，而得以從寬認定為本院解釋之標的；除非於採行憲法訴願制度之下，透過審查法院裁判而進一步判斷之合憲性。

（二）祭祀公業規約已成為法律規範之內涵

然而，本件解釋與一般情形不同，關鍵在於系爭規定之

法規範結構之影響。私人間之合意行為，固非本院解釋憲法之標的，但系爭規定透過法律承認祭祀公業規約之效力，其性質已非私人間單純之合約可比，應具有法律層次之規範效力。多數意見迴避這個問題，逕以確定終局判決係以「適用」系爭規定為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，並認為聲請人既然依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款聲請本院解釋，「應可認」係就系爭規定而為聲請，如此婉轉而曲折之解釋，原因無非是迴避系爭規定所稱之「規約」，避免產生介入審查規約之「個案判斷」。然而，假如將管理章程以系爭規定已納入法律規範架構之一部分，則實際上本院仍係審查「法律」，而非私人間之合意行為。如此解釋，方得進一步認定系爭規定究竟如何形成差別待遇，而有牴觸憲法第七條平等權保障之問題，否則系爭規定所稱「依規約」，充其量只是一種中性法律規範之文字描述，根本無法導出多數意見所稱「實質上」形成差別待遇之可能。因此，本席認為，本件解釋之審查標的，不管聲請人於聲請書中，是否僅就上開管理章程而為聲請，由於本院解釋憲法，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理，歷來均認為不以聲請人聲請書所指稱者為限(本院釋字第四四五號、第五七六號、第六六四號、第七〇三號解釋參照)，而基於上開說明認定之結果，本件解釋所涉及之祭祀公業呂萬春管理章程，實際上因為系爭規定而成為其法律規範之一部分，具有特定「法律上」之效力。而本件解釋所為審查之標的，即為連結祭祀公業呂萬春管理章程之具體內容而形成法

院適用系爭規定之裁判基礎，自應為本院解釋憲法之標的。

二、多數意見未將祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項、第三項及第五條等規定，以與系爭規定有重要關聯而納入本件解釋之解釋客體，為德不卒

（一）大法官解釋憲法之職責

由於多數意見一方面為迴避直接介入審查祭祀公業呂萬春管理章程之個案判斷之爭議，另一方面也透過將祭祀公業條例現行認定派下員整體制度予以切割，於本件解釋中僅就系爭規定加以審查。然而，於國家透過立法管理祭祀公業後，以祭祀公業條例所建構之管理規範，不僅系爭規定，而係包含祭祀公業條例第四條及第五條規定，將祭祀公業派下員之認定制度，以該條例施行前後分別適用第四條及第五條之規定。如前所述，本院解釋憲法之目的，兼具保障當事人之基本權利與闡明憲法真義以維護憲政秩序兩者，是以本件解釋單純切割祭祀公業條例就派下員認定制度之適用規範，一方面除未能保障當事人之基本權利，亦即聲請人之一實際上係派下員女系子孫招贅夫所生冠母性之男子，依據祭祀公業條例第四條第二項後段之規定，本應亦得為派下員，於本件解釋多數意見中，並未進一步審查其因為係女系子孫，完全適用系爭規定，而無繼承為派下員之可能性；另一方面，從祭祀公業條例第四條第一項後段，於無規約或規約為規定者，立法者逕以「派下員為設立人及其男系子孫（含養子）」加以規範，亦足以認定系爭規定業已成為法律規範之內容，始進一步導出同項後段之規範。

（二）系爭規定與祭祀公業條例第四條第一項後段、第二

項、第三項及第五條規定，其制度適用上具有重要關聯性，應一併納入審查

再者，祭祀公業條例第四條第二項及第三項規定，與第一項甚至與系爭規定及同項後段規定間之適用關係為何，亦涉及第四條規範就該條例施行前已存在之祭祀公業，如何認定其派下員之整體制度適用。簡言之，祭祀公業於該條例施行後，依據該條例第二章第六條以下之規定，均應辦理申報，而申報時即應附具原始規約，而無原始規約或其內容不完備者，依據該條例第十四條規定，於一定時間內訂定或變更，則依據該條例第四條第一項後段規定，於訂定或變更規約前，其派下員即以此為認定而為申報，相關機關核發派下全員證明書後，無論其規約如何訂定或變更，實際上均係以該條例第四條第一項後段為具體規範內容，進而成為系爭規定而加以適用，此其一。其次，該條例第四條第二項與第三項之規定，究竟是否受限於規約？亦即，於系爭規定適用規約後，有無同條第二項及第三項之適用可能？亦即第四條所建構的規約優先適用制度的「規約」，已經有某種特定文化傳統之預設，始有第四條適用之順序；再者，該條例第五條為調和「民法男女繼承權平等」，於該條例施行後，「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」，則依據系爭規定，該條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之，然該條例第五條係以「發生繼承事實」作為認定派下員之標準，則有規約內容與該條例第五條所定以「共同承擔祭祀」兩者產生規範衝突之可能性¹。

¹ 內政部中華民國 97 年 123 月 10 日內授中民字第 0970732948 號函即以：「祭祀公業條例第 4 條意旨係規範已存在之祭祀公業其派下員應具備條件之原則及例外，第 5 條意旨係基於民法規

是依據本院釋字第四四五號、第五八〇號、第六六四號、第七〇九號等歷來解釋之意旨，關於系爭規定所涉及之祭祀公業派下員之認定，其適用上均與同項後段、同條第二項、第三項及第五條規定有重要關聯性，本席認為，均應一併納入本件解釋審查之標的。誠然，多數意見為避免招致擴充解釋或訴外裁判之非議，將本件解釋解釋標的限縮於系爭規定，卻因此見樹不見林，無法體察祭祀公業條例透過第四條及第五條規定所建構祭祀公業派下員認定標準，其所內涵之歧視與整體制度適用上之體系不正義，縱使多數意見已經察覺而透過系爭規定「實質上縱形成差別待遇」以及將祭祀公業條例第四條第一項後段、第二、三項與第五條納入檢討修正之諭示，一方面凸顯對於審查標的之認定錯誤，將可能影響審查結果之判斷(例如本席於本院釋字第七二七號解釋所提出之不同意見書所稱)，另一方面更加證明系爭規定及同條例第四條第一項後段、第二、三項與第五條之適用上，具有重要關聯性。

貳、實體部分

一、祭祀公業派下權兼具身分權及財產權之性質

(一) 派下員與派下權

本件解釋多數意見係以聲請人之財產權之保障，與憲法平等原則有無抵觸而構成侵害，即本件解釋所涉及之憲法基

定男女繼承權平等，規範本條例施行後之祭祀公業即不得再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利。祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，依法訂定規約，並報經受理機關備查有案，其規約內容如與祭祀公業條例第4條規定不一時，優先適用規約規定辦理。祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，依法訂定規約，並報經受理機關備查有案，其規約內容如與祭祀公業條例第5條規定不一時，除應優先適用條例規定辦理外，並請變更其規約。」

本權利，為聲請人之財產權。依據祭祀公業條例第一條規定，該條例之立法目的，在於「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，促進土地利用，增進公共利益」而設。由於我國之歷史傳統，祭祀公業之設立由來已久，特別是涉及不同年代法律規範對於祭祀公業之性質、定位及其財產、成員之管理，其事實之複雜度與管理之困難度均高，是直至民國九十六年十二月十二日始立法通過具體規範，隔年七月一日始為施行。然而，於祭祀公業條例施行前，卻也嘗試透過內政部祭祀公業土地清理要點及臺灣省祭祀公業土地清理辦法，加強對於祭祀公業「土地」之管理與使用，顯見關於祭祀公業所涉及之規範重點，仍在於祭祀公業所有土地之管理與使用。此從祭祀公業條例第三條第一款所稱，祭祀公業為「設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體」。設立人就該祭祀公業之財產具有管理、處分之權利而成為祭祀公業派下員，並與繼承其派下權之人構成派下全員。是祭祀公業條例第三條第四款規定，祭祀公業之設立人及繼承其派下權之人為派下員，同條第五款則規定，祭祀公業或祭祀公業經依祭祀公業條例申報登記之祭祀公業法人，其所屬派下員之權利為派下權。從條文規範上而言，實際上並未具體說明派下員及派下權之性質與內涵，兩者成為一種套套邏輯的立法文字。

（二）身分權與財產權

從邏輯上而言，祭祀公業既然是設立人捐助財產所生之團體，其團體成員以具有「祭祀祖先或其他享祀人」之目的，是其身分應予該目的具有一定關聯，至於該關聯依據該條例第一條之規定，既以「延續宗族傳統」，則派下員之身分自

應與宗族有所關聯。再者，祭祀公業既以財產為設立之團體，而為「健全祭祀公業土地地籍管理」，亦可見實際上祭祀公業之財產，係多以「土地」為主，並由其使用收益作為派下員祭祀祖先或其他享祀人之用。因此，對於派下員之權利，應同時具有身分權及財產權²，兩者原則上以派下員之身分權而衍生以該身分之權利，即參與派下員大會，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、監察人之權利。兩者應可分離，即身分權所附隨之財產權，應可與身分權分離而獨立，但派下員之身分確認後，始有自由處分其派下權之可能性。

以本件解釋為例，聲請人係以「請求確認權益分配金請求權存在」提起上訴，而確定終局判決係以聲請人不具繼承派下權之資格，「自無權領取祭祀公業呂萬春發放之權益分配金。」因此，本件解釋多數意見僅認聲請人之財產權並未因違反平等原則而受到侵害，然實際上聲請人因系爭規定而不得「繼承派下權」而為派下員，是否僅涉及財產權之侵害，抑或因系爭規定所形成之差別待遇，本身就因為限制其成為派下員之身分而構成「平等權」之侵害，仍有疑義。若如多數意見將本件解釋所涉及之憲法基本權利認定為財產權，則關於財產權之限制所適用之平等原則，本院究應適用何種審查標準？是否如多數意見一筆帶過，認為基於尊重私法自治，維護法秩序之安定，即以系爭規定尚非恣意之寬鬆審查？抑或明確辨別系爭規定所內涵之歧視，而該歧視又以生理性別作為分類標準，則依照本院歷來解釋之意旨，若非適用嚴格審查基準（例如釋字第635號解釋），亦應適用較

² 內政部中華民國98年1月8日內授中民字第0970037208號函參照。

嚴格之審查基準（例如釋字第四五二號解釋），絕非本件解釋多數意見如此寬鬆之審查基準。

二、差別待遇構成歧視還是保護義務之不足？

（一）侵害與保障是一體兩面

本件解釋多數意見以寬鬆審查基準判斷系爭規定之合憲性，一方面係因為系爭規定充其量是一中性法律規範，「形式上」並未以性別作為認定派下員之標準。果真如此，則適用平等權審查第一個要件便不存在，亦即系爭規定從法規範形式上並未以性別作為分類標準，即無形成差別待遇，自無生有無抵觸憲法平等權保障之問題。然而多數意見另一方面又進一步從系爭規定係因祭祀公業規約多數均依循傳統宗族觀念，僅以男系子孫為派下員，而排除女子繼承派下權而成為派下員之可能性，實質上確已形成差別待遇。或謂於此情形下，並非國家「積極侵害」女性繼承派下權之權利，而係未能透過法律規範「積極保障」女性之權利。是以對於系爭規定之審查，並非平等權之侵害，而係國家保護義務之範圍問題。因此，以有無恣意判斷系爭規定排除這種「實質歧視」進而保障女性之義務；果真如此，對於祭祀公業第四條第一項後段、第二項及第三項規定，形式上確實以生理性別為分類標準而形成差別待遇，多數意見認為依據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」，國家負有積極之保護義務，何以系爭規定所生之實質差別待遇，卻無上開憲法增修條文之適用？兩者豈非自相矛盾？

憲法保障人民基本權利，都應該是一體兩面—積極與消極、防禦與給付。基本自由權有積極行使與消極不行使，而積極行使時，國家有義務建構一定制度確保其行使，否則積極行使便成為空談。平等權保障亦是如此，不僅消極保障不受歧視或不合理的差別待遇，還要積極地消弭歧視，確保所謂「合理」的差別待遇。於平等權審查之案件中，對於分類標準所行之差別待遇，其結果可能因為涵括不足(under-inclusive)或過度涵括(over-inclusive)，構成差別待遇之目的及手段間關聯性不具一定程度而可能抵觸平等權，其中涵括不足，便是某種程度保護義務的要求，亦即該保障(限制)的對象不在保障(限制)之列，或者不應保障(限制)者卻予以保障(限制)，均可認手段與目的不具各該要求之關聯性。因此，對於系爭規定乃至祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項及第三項，究是否以生理性別為分類標準而形成差別待遇，取決於如何看待系爭規定之規範內涵，及其與祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項及第三項於整體制度適用上所形成之可能歧視。

(二) 直接歧視與間接歧視

從多數意見判斷系爭規定之合憲性，除了上述關於涉及國家是否直接侵害人民基本權利、間接未能給予積極保護而構成保護不足，抑或不願介入私人間之合意行為所涉及憲法基本權利保障之效力問題，根本上仍涉及對於平等權保障上直接與間接歧視之認知不足。

對於憲法保障人民基本權利之規範效力，的確存在不承認憲法對於人民基本權利之保障，其效力可擴張至私經濟領

域之說法，而係透過第三人效力以法律實踐憲法意旨，並非直接援引憲法規範。誠然，憲法對於人民基本權利之保障，起於對於國家公權力侵害之防禦，因此，於公行政領域，憲法具有直接效力，而於私經濟領域，憲法基本權利之保障，原則上僅具有間接適用之效力，於特定領域始具有直接效力。例如關於憲法財產權之保障，於本院釋字第四〇〇號解釋中即已明白宣示：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」是憲法對於財產權之保障，除了免於遭受公權力之侵害，亦包括來自其他人民之侵害。又如於本院釋字第四五七號解釋所稱：「國家機關訂定規則，以私法行為作為達成公行政目的之方法，亦應遵循上開憲法之規定。」因此，對於憲法規範效力之適用，若仍以僵化的公、私領域之不同而區分其效力，一方面是兩者之區分本屬不易，特別是當國家功能轉變，國家以私法行為達成公行政之目的日漸成為趨勢，若仍以之作為適用憲法保障人民權利相關規定之判斷標準，已不符合現代社會之現狀，同時亦有使公法遁入私法而不受憲法規範拘束之疑慮。另一方面，隨著現代人類社會朝向資本主義發展，憲法保障人民基本權利之功能與角色，亦應予以調整。因此，對於私人行為是否有憲法規範之適用，值得省思。但無論如何，本件解釋系爭規定已非涉及單純私人行為，而係立法者透過系爭規定，將私人行為之規範，內化為法律規範之一部分，而本件解釋本院所應審查者，即是立法者這種立法行為是否符合憲法意旨？其立法程序與選擇，是否具有正當性基

礎。此則涉及直接與間接歧視之判斷。

所謂直接歧視(direct discrimination)，係指法律規範本身以明確的分類標準所為之差別待遇，亦即本件解釋多數意見判斷系爭規定，認定其「形式上」並未以生理性別作為分類標準，進而不構成直接歧視。這種直接歧視之類型，隨著對於法律合憲性審查之重視，以及對於明確分類標準所生之權利意識日升，司法者對於直接歧視之審查越趨嚴謹，立法者自逐漸避免直接歧視。然而，歧視之所以應予禁止，在於國家或人民已經長期對於特定分類標準失去憲法權利保障之意識，甚至特定分類標準之適用，已經內化於國家公權力行為或人民私法行為之中，形成整個社會文化的差別待遇而視為理所當然。這種表面上或形式上以中性規範文字而未出現明確、特定之分類標準，而實際上係以某種特定政策或仍因此出現差別待遇或產生差別待遇之效果，即所謂間接歧視(indirect discrimination)。對於祭祀公業條例第四條第一項後段及第二項、第三項規定，顯係以生理性別為分類標準而形成差別待遇，構成直接歧視，其依據本院歷來解釋之意旨，自應適用嚴格或較嚴格之審查基準，自不待言。

而系爭規定雖從形式上並未以生理性別為分類標準而形成差別待遇，但亦如同多數意見所稱，實質上形成差別待遇，其原因無非是立法者於規範祭祀公業之派下員認定制度時，其所持之立場或政策，雖係以維持傳統宗族觀念，以維護法秩序之安定，然根本上無疑是受到傳統宗族觀念之影響，而這種傳統宗族觀念，便是出自對女性的歧視與偏見，這種歧視與偏見，不僅是以女性之生理性別作為分類標準，甚至形成社會對於女性不足以「祭祀祖先發揚孝道，延續宗

族傳統」之偏見與刻板印象，進而形成一種社會性別，而內化為祭祀公業派下員認定之分類標準。這種社會性別之分類標準，於立法者對祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員採取依據規約認定之立法選擇，無疑便是一種社會性別之預設。此種預設，從該條例第四條第一項後段更顯明確，實際上已是圖窮匕見。

（三）立法者歧視原意本質上構成違憲

這種立法者於立法程序中所顯露出對於特定族群之歧視或偏見，已完全喪失立法程序之公正性，無論是直接歧視或間接歧視，均與憲法保障平等權之意旨根本牴觸，本質上即已構成違憲，即便適用寬鬆之審查標準，仍無法認定為合憲。因此，對於系爭規定從整體規範架構上可知，雖形式上並未以生理性別作為分類標準而形成差別待遇，然而實際上仍以生理性別及其所生之社會性別為立法選擇之預設立場，進而實質上形成差別待遇。是系爭規定本質上即應違反憲法第七條所保障之平等權而構成違憲。

多數意見以立法者於系爭規定以外，於祭祀公業條例第四條第一項後段規定，明文以生理性別作為認定派下員之分類標準，並形成差別待遇，雖有考量而以同條第二項及第三項減緩系爭規定及第四條第一項後段規定之差別待遇，實際上仍設有諸多限制，例如依第三項規定，女性繼承人得經派下現員三分之二以上書面同意，或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而成為派下員，試問：若派下員涉及派下權，而派下現員實際上均係男系子孫，是否真能同意女性成為派下員而「分享」其派下權？這

是減緩還是進一步強化既有派下現員排拒女性成為派下員之性別歧視？

三、「文化傳統」作為歧視與差別待遇之理由？

即便以憲法第七條及本院歷來解釋之意旨，尚難推導出上述立法者歧視原意本質上即構成違憲之解釋方法與結論，回歸既有以生理性別為分類標準形成差別待遇之審查基準，本件解釋系爭規定及同條例第四條第一項後段、第二項及第三項，仍應適用嚴格或較嚴格之審查基準，則其差別待遇須追求重要的公共利益，其手段應符合最小侵害原則，而手段與目的間，須具有實質關聯。

（一）誰的文化傳統？

本件解釋多數意見雖然以「規約係設立人及其子孫所為私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予以尊重，以維護法秩序之安定」為由，實際上尊重私法自治而以規約依循傳統宗族觀念，無疑是一種文化傳統的說法。

以祭祀公業條例第一條所稱為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統之文化，系爭規定以規約認定派下員，無疑便是預設「僅」男系子孫得以「祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」。亦即，系爭規定所宣示的文化傳統，係一種已從根本上排除女性之一切可能，而將生理性別與社會性別之偏見與刻板印象，內化於這種文化傳統之中。換言之，多數意見所稱傳統之宗族觀念，究竟是「誰」的宗族觀念？這種文化傳統，究竟是以何人、何種標準所形成之文化傳統？當憲法面對這種文化傳統時，究竟應該予以完全尊重？還是應該回歸當代憲法秩序之中？憲法秩序又應如何介入文化傳統？是對立狀

態而完全取代或居中協調？這涉及當代憲政主義與多元文化主義的論辯，需要進一步的研究與省思。但無論如何，本件解釋處理系爭規定，應該意識到這種論辯與衝突的可能性，而非雙手一攤，完全「尊重」。

從性別歧視與文化傳統兩者關係而言，絕大多數的文化傳統，都存在對於生理性別形成差別待遇，進一步內化成為一種社會性別而存在於社會規範與制度之中³。除了對於個別女性因其生理性別而受到不合理的差別待遇，更進一步形成對於女性作為一種群體，因為社會性別而將這種不合理差別待遇，內化為一種制度或規範預設。本件解釋多數意見，何嘗不正是這一種文化內化的結果？尤有甚者，因為本件解釋多數意見之認定，所形成釋憲者對於這種內化於文化傳統之中的性別歧視，視若無睹，其所形成的後遺症，將非多數意見所樂見。

（二）傳統習慣不足以作為法治國原則之例外

本件解釋對於祭祀公業規約所隱含性別歧視之傳統習慣，多數意見認為應予尊重，本席亦無法贊同。傳統文化作為一個國家、社會、族群所形成之基礎，固然應予尊重，但傳統習慣並非一概毫無保留予以尊重。我國民法開宗明義第一條即規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」同法第二條亦規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗為限。」是習慣之適用，在法律規範之後，自不得與法律之強制規定有所抵觸（民法第七十一

³ See Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, in *IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN?* 9-24, at 12 (Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., 1999).

條及第七十二條規定參照)；而所謂不背於公共秩序或善良風俗，除了習慣本身必須是一般社會普遍認同為善良者，此種善良與否之認定標準，亦應隨著社會變遷與時代發展而定。

例如本院早期於釋字第一二號解釋所認：「某甲收養某丙，同時以女妻之，此種將女抱男習慣，其相互間原無生理上之血統關係，自不受民法第九百八十三條之限制。」於釋字第三二號解釋中，則將習慣回歸民法規範，認：「本院釋字第十二號解釋所謂將女抱男之習慣，係指於收養同時以女妻之，而其間又無血統關係者而言。此項習慣實屬招贅行為，並非民法上之所謂收養，至被收養為子女後而另行與養父母之婚生子女結婚者，自應先行終止收養關係。」

又於釋字第三六五號中，本院亦以「民法第一千零八十九條：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」之規定，制定於憲法頒行前中華民國十九年，**有其傳統文化習俗及當時社會環境之原因**。惟因教育普及，男女接受教育之機會已趨均等，就業情況改變，婦女從事各種行業之機會，與男性幾無軒輊，前述民法關於父母意思不一致時，由父行使之規定，其適用之結果，若父母雙方能互相忍讓，固無礙於父母之平等行使親權，否則，形成爭執時，未能兼顧母之立場，而授予父最後決定權，自與男女平等原則相違，亦與**當前婦女於家庭生活中實際享有之地位並不相稱**。」(粗體為本意見書所加)

本院延續對於傳統文化受時代變遷之解釋方法，於釋字第四五二號解釋中，亦以「民法第一千零零二條規定，妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。……不啻因性別暨該婚姻為嫁娶婚或招贅婚而於法律上為差別之規定，授與夫或贅夫之妻最後決定權。按人民有居住之自由，乃指人民有選擇其住所之自主權。住所乃決定各項法律效力之中心地，夫妻互負同居之義務，固為民法第一千零零一條前段所明定，惟民法並未強制規定自然人應設定住所，且未明定應以住所為夫妻履行同居義務之唯一處所。是夫妻履行同居義務之處所並不以住所為限。鑑諸**現今**教育普及，男女接受教育之機會均等，就業情況改變，男女從事各種行業之機會幾無軒輊，而夫妻各自就業之處所，未必相同，夫妻若感情和睦，能互相忍讓，時刻慮及他方配偶之需要，就住所之設定能妥協或折衷，而有所約定者固可，若夫或贅夫之妻拒不約定住所，則依民法第一千零零二條前段規定，他方配偶即須以其一方設定之住所為住所，未能兼顧他方選擇住所之權利及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比例原則尚有未符。」（粗體為本意見書所加）是以傳統習慣作為法律以生理性別為分類標準而為差別待遇，本院均以當代社會現狀而詮釋傳統習慣之正當性，絕非如本件解釋多數意見對於當代社會現狀視若無睹，對於傳統習慣如此心悅臣服。

目前我國當代社會現狀，已是迫不及待地朝向建立一個更符合性別正義的社會而邁進，不僅於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。」又我

國近年來不僅在各項立法如性別平等教育法、性別工作平等法等法律，不斷強化對於性別平等之重視，於一〇〇年六月八日制定公布消除對婦女一切形式歧視公約施行法，正式將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，以下簡稱 CEDAW 公約）所揭示保障性別人權及促進性別平等之規定，認定具有國內法律之效力（上開施行法第二條規定參照）。CEDAW 公約第二條即明白規定：「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：（a）男女平等的原則如尚未列入本國憲法或其他有關法律者，應將其列入，並以法律或其他適當方法，保證實現這項原則；……（c）為婦女確立與男子平等權利的法律保護，通過各國的主管法庭及其他公共機構，保證切實保護婦女不受任何歧視；……（e）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；（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……。」（粗體為本意見書所加）同 CEDAW 公約第五條亦規定：「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、習俗和一切其他做法……。」（粗體為本意見書所加）由此可見，基於生理或社會性別而為差別待遇之傳統習慣，本院應立於釋憲者之高度，衡酌當代社會現狀之發展，積極促進憲法第七條、憲法增修條文第十條第六項及 CEDAW 公約相關規定之意旨，

對於系爭規定及其同項後段、同條第二項及第三項規定予以嚴謹審查，並提出符合憲法意旨之規範方向，尤其於行政機關與立法機關業已意識到系爭規定及其同項後段、同條第二項及第三項規定之不妥之處，紛紛提出修法⁴，本院若未能雪中送炭，至少亦可錦上添花，豈可予以踩煞車而默認違憲法律狀態之繼續存在？

四、本件解釋解釋標的牴觸憲法第七條規定，應屬違憲

綜上所述，本席認為：

(一) 本件解釋解釋標的存在間接與直接歧視

系爭規定構成間接歧視，該條例第四條第一項後段、第二項及第三項規定，則明定系爭條例施行前之祭祀公業規約，如僅以男系子孫為派下員，或於無規約或規約未規定者，逕以設立人及其男系子孫（含養子）為派下員，或派下員無男系子孫，其女子未出嫁，或派下女子、養女，具備一定條件下，始得為派下員，形成以派下員之生理性別為分類標準，於得否為派下員繼承派下權而為差別待遇。基於生理性別原則上非屬人力所得控制之生理狀態，又受社會文化依據生理性別繼以型塑個人與集體行為規範而形成社會性別。是以因生理或社會性別為分類標準所為之差別待遇，原則上為憲法第七條所禁止，僅於特殊例外之情形，例如基於

⁴ 有關祭祀公業條例第 4 條規定，目前有行政院版（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、政府提案第 15037 號，103 年 9 月 10 日）、立法委員林岱樺等 18 人（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、委員提案第 13104 號，101 年 4 月 11 日）、劉建國等 16 人（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、委員提案第 14745 號，102 年 3 月 20 日）及盧秀燕等 30 人（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、委員提案第 15681 號，102 年 11 月 27 日）提出之 4 個修正草案於立法院審議中（立法院第 8 屆第 6 會期內政委員會第 24 次全體委員會紀錄，103 年 12 月 1 日，立法院公報，第 103 卷第 86 期，103 年 12 月 18 日，頁 69, 100-101, 107-108, 133-136, 139-142）。

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(本院釋字第三六五號解釋參照),方為憲法之所許;此種特殊例外之情形,須該差別待遇所追求之目的為極重要之公共利益,所採差別待遇之手段,對人民權利之限制為最小侵害,而與目的間有緊密關聯者,方符合平等原則之意旨。

(二) 本件解釋解釋標的不具極重要之政府利益

系爭規定以施行前已存在之祭祀公業,其派下員原則上依規約定之;無規約或規約未規定者,派下員為設立人及其男系子孫,其目的在於尊重祭祀公業宗祧繼承之傳統習慣,若以祭祀公業設立時起追溯納入女性得為派下員,將造成祭祀公業繼承系統表無法完整列製之困境而影響申報清理,同時破壞原有之權利分配,反增加司法爭訟⁵。惟尊重祭祀公業宗祧繼承之傳統習慣,雖屬正當之公共利益,然祭祀公業既為祭祀祖先發揚孝道,延續宗族傳統,即不因生理性別之不同而影響其設立之目的;抑且,任何法律變動,均有法律安定性之考量,然祭祀公業條例制定後,有關派下權之繼承與派下員之資格認定,自以法律生效後之相關規定為之,該條例施行前已存在之規約,自應依據法律加以調整,並未破壞原有權利之分配,其繼承系統表自應依據法律規定加以重新列製,自無因無法完整列製,或為避免權利重新認定之困難,而逕以規約、或於無規約或規約未規定時,無視憲法保障平等權與財產權之意旨,逕以男系子孫為派下員。又若基於上開目的,該條例第四條第二項又豈有規定派下員無男系子孫,其女子為出嫁者,得為派下員,以及派下之女子、養

⁵ 內政部中華民國 101 年 8 月 16 日內授中民字第 1015036552 號函參照。

女，須具備一定條件始得為派下員之情形。是系爭規定及同項後段、同條第二項及第三項規定，所追求之尊重傳統習慣及申報清理等行政程序之便利或避免增加司法爭訟者，均非極重要之公共利益，而與憲法第七條之意旨不符。

（三）本件解釋解釋標的手段並非最小侵害，與目的間不具緊密關聯性

又系爭規定及同項後段、同條第二項及第三項規定，以規約認定派下員，或於無規約、規約未規定時，逕以男系子孫為派下員，且僅於無男系子孫而女子未出嫁者，始得為派下員，或派下女子、養子須得其他派下員多數同意始得為之，其所為差別待遇之手段，一方面反映對於生理性別在宗祧傳統上之固有印象，進而強化社會對於生理性別之固有印象與性別偏見，形成不公平之差別待遇及次等公民之地位，使女子派下權繼承之財產權，將因此受到完全剝奪，或受有一定條件之限制，尚非對於人民財產權侵害最小之手段；另一方面，依規約所生之派下員，亦有女性之可能，或女性依該條例第四條第二項及第三項亦有為派下員之可能，同時，依據該條例第五條規定：「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。」若此時祭祀公業並無規約，或規約僅限男系子孫為派下員，則於繼承事實發生時向主管機關申報備查，即與系爭規定所定依規約之情形不合，而有違體系正義。從而系爭規定及同項後段、同條第二項及第三項規定以生理及社會性別為分類標準，其所為差別待遇之手段，與達成宗祧繼承之傳統習慣、避免行政手續複雜或增加司法爭訟之目的間，並不具有緊密關聯性。

一九七八年，錢賓四先生於香港中文大學演講提到：「大部分的人不能認識時代，只能追隨時代，只能跟從時代。這一種追隨時代、跟從時代往前跑的，只是一般的群眾。照我們中國人的講法，一種『流俗』。每一個時代應該有它的理想——理想所需要的人物，理想所需要的學術，理想所需要的事業。那麼不認識這個時代，就不能配合這個時代的理想的標準。因此，生活在現時代，並不是要追隨時代的一種流俗，而是要有能領導時代的人物、學術、事業。」⁶本件解釋多數意見未能體察當代平等權保障之趨勢，領導這個時代的理想，甚至是成為錢先生所說的流俗，誠然令人遺憾；然而作為釋憲者，多數意見未能善盡解釋憲法之職責，須知「臥榻之側，豈容他人酣睡？」對於釋憲者之自我期許，雖不敢誇言能成為錢先生所說的領導時代，但至少須認識這個時代，認識當代所處社會的理想，已經是積極促進性別平等而力有未逮，又豈能如此懼於跨出釋憲者的腳步？本席只能期待，本件解釋多數意見如此隱晦的憲法理念，足以傳達給國家各機關及全國人民，持續加快腳步，以邁向一個更能符合性別正義的社會而前進。

⁶ 錢賓四先生主講、楊遠記錄，從中國歷史來談中國民族性及中國文化，新亞生活月刊，第6卷第3期，香港中文大學新亞書院，1978年11月15日，第1頁。