

## 釋字第七二八號解釋 部分協同意見、部分不同意見書

陳碧玉大法官 提出

本件多數意見認為：「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。』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，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權」之見解敬表贊同。惟對於理由陳述認有補充之處，對於本案於程序上是否受理則有不同意見，爰提出部分協同意見、部分不同意見如下：

### 一、本件聲請與大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不符，應不受理

原因案件兩造當事人因其等被繼承人於中華民國八十九年八月二日死亡，發生派下權及派下權益分配金爭議而提起確認派下權存在、確認權益分配金請求權存在事件，因認確定終局判決所適用之祭祀公業呂萬春管理章程（下稱管理章程）第四條規定，有違反憲法第七條平等原則之疑義，聲請解釋。然當事人並未就祭祀公業條例第四條第一項前段

（下稱系爭規定）聲請解釋，本案於程序審查上，因該管理章程並非司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項第二款所稱之法律或命令，不得為聲請憲法解釋之客體，本案即應不予受理。惟多數意見以：「惟確定終局判決係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。』為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據司法院大法官審理案件法上開規定（聲請書誤植為司法院大法官會議法第四條第一項第二款）聲請解釋，應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的」，而受理本案之聲請。

果爾，爾後人民聲請解釋之案件，因都是依據大審法規定為聲請，其解釋客體，即得由大法官會議依確定終局判決所適用之法令而逕為認定，無待當事人之聲請。本席以為，聲請解釋之客體，仍應由聲請人於聲請書中指明違憲之法令，並就該法令有如何違憲之處為具體指摘，始符大審法規定之要件。又與聲請解釋客體有重要關聯性之法令，始得併為審查。本件聲請解釋之客體（即管理章程），既非大審法所稱之法律或命令，本不得為解釋，自亦無重要關聯性之適用。是本案將聲請人所未聲請之系爭規定作為解釋之客體，與司法被動原則有違，礙難贊同。

二、祭祀公業之設立、規約之訂定與修正為派下員組成私法

## 法人（團體）之自由權與財產處分權之行使，基於私法自治原則應予保障

- 1、憲法第十四條規定人民有結社之自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由等（本院釋字第六四四號解釋理由書參照）。又人民生前對其財產有自由處分權，除該財產因歸扣規定而屬於遺產受有特留分之限制外，其處分權為憲法第十五條所保障。
- 2、台灣之祭祀公業是以祭祀祖先及結合同姓同宗之親屬為目的而設置之獨立財產。祭祀公業之設立人及其繼承人稱為派下，為公業團體之社員，對於公業有一定之權利義務。原則上祭祀公業之設立人及其繼承人全部均得為派下，但得依各公業之規約或習慣限制之。設立人及其繼承人以外之人不得為派下<sup>1</sup>。再者，祭祀公業由同「姓氏」者擔負祭祀責任。此觀養子、未出嫁之女子、養女，以及招贅婚之女子，因保有其「姓氏」而例外地得為派下員之規約或習慣即可得知，並不以血緣、男性為必要。從而女子所生之男性子孫，縱有血緣關係，然因非同「姓氏」而不得為派下員。此派下權之繼承，在於貫徹祭祀同宗同族祖先之目的，而已婚女子習慣上冠夫

---

<sup>1</sup> 台灣民事習慣調查報告，法務部編定，第六版，2004年7月，頁737、782、783。

姓，祭拜夫家祖先，所生子女從父姓，而被排除為本身家族祭祀公業之派下員。並非單純男女「性別」平等之問題。

3、祭祀公業均於憲法、民法之制定前所設立，自西元一九二三年一月一日起台灣並無新設立之祭祀公業<sup>2</sup>，迄今已逾九十年。實務見解乃認為：祭祀公業係於民法施行於台灣前依習慣法設立、活動，則依該習慣，祭祀公業之繼承係以享有派下權之男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫（例如招贅婚之子女係從母姓），向無派下權，即不得繼承祭祀公業財產。民法所定一般遺產之繼承，於祭祀公業財產之繼承，不能為全部之適用。<sup>3</sup>又按祭祀公業規約為全體派下員多數意思表示趨於一致而成立之法律行為（共同行為或合同行為），除有違反強制或禁止規定或有背於公共秩序或善良風俗外，有拘束該祭祀公業全體派下員之效力。規約明定派下員之繼承，用以確保祭祀公業之存續、目的之達成，為結社自由權應予保障之範疇。

綜上，祭祀公業派下員資格之限制，係依規約定之，而規約以「同宗同姓」作為派下員資格之要件，為憲法第十四

---

<sup>2</sup> 同註 1，頁 747。大正十一年敕令第四〇七號令，自大正十二年一月一日，日本民法施行於台灣之日起，習慣上之祭祀公業不得新設。台灣光復後亦未新設祭祀公業（內政部 101 年 8 月 16 日內授中民字第 1015036552 號復本院函參照）

<sup>3</sup> 最高法院 70 年 10 月 27 日第 22 次民事庭會議決議及司法院院字第 647 號、第 895 號及第 405 號解釋參照。

條結社自由所保障，系爭規定僅明定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」係對於結社自由之尊重，並未限制設立人及其為派下員之繼承人之結社自由權或財產處分權，即無是否妥當、是否恣意之問題。

### 三、私法自治之保障與調和一於繼承事實發生時因規約約定不能成為派下員之民法規定之繼承人，例如派下員之女子、養女或其等男女子孫，不得主張其受憲法保障之平等權受侵害

- 1、基於私法自治，作為民事主體者可以依照自己的意思表示形成私法上權利義務關係，包括權利義務關係的確定、變更與終止。人民依自己的理性判斷，管理自己的事物，在遵行強行法之原則下，應予承認其應有之法律效力。然而於私人往來關係間，得否主張基本權受侵害，此乃基本權第三人效力之問題。基本權原則上是用以拘束國家公權力對人民之侵害，如何適用到私人間之關係，學說及實務容有不同見解。
- 2、惟本席以為，私人間契約自由原則為私法自治之體現，應予以尊重，不能以平等原則作為締約強制之基礎，亦不能以凡觸及他人基本權利者，即必然構成侵權行為。於單方行為例如遺囑，因遺囑自由為私法自治之重要內容，遺囑人於不違反特留分規定之範圍內，以遺囑處分其財產，縱違反男女平等原則或不合比例限制繼承人之

其他基本權利，亦不能率以違背公序良俗視之<sup>4</sup>。

3、是否得因繼承而成為祭祀公業派下員，事涉設立人及已成祭祀公業派下員子孫之結社自由權與財產處分權，屬私法自治原則之範疇。由於不能以平等原則作為強制他方締約之基礎，亦不能以財產之處分違反平等原則，而認為違反強制禁止規定，則因規約約定而被排除為派下員之繼承人，不得主張該規約違反憲法第七條平等原則。

綜上，祭祀公業規約係設立人或其繼承派下子孫基於意思表示所為之私法上結社及財產處分行為，以規約定其派下員，基於私法自治原則，除有違反強制禁止規定之情形，應有其法律效力，而無基本權第三人效力之適用。被排除為派下員之繼承人，自不得主張規約與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女性子孫之財產權。

#### **四、祭祀公業條例第四條第一項後段規定與憲法第七條平等原則之意旨不符**

如前所述，規約為設立人或其為派下員之子孫基於意思表示之合致而成立，此私法上法律行為，有拘束全體派下員之效力，因係單純之民事行為，無基本權第三人效力之適用。惟民事立法為國家公權力之行使，屬公法關係範疇，應為憲法權利效力直接所及，其內容如構成對憲法權利的侵

---

<sup>4</sup> 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室第9期，2003年7月，頁64-69。

害，且違反比例原則或平等原則，應屬無效<sup>5</sup>。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）。」以性別為認定派下員之基準，限制女系子孫成為派下員，形成男女之差別待遇，與憲法第七條平等原則之意旨不符。

## 五、祭祀公業條例第五條規定與私法自治原則之調和

祭祀公業條例第五條：「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。」明定納入女性派下員之時間點為祭祀公業條例施行後發生繼承事實時<sup>6</sup>，且一體適用於有規約與無規約之祭祀公業<sup>7</sup>。是本條例施行後，派下員發生繼承事實時，以民法繼承人之身分及共同承擔祭祀為條件，定祭祀公業派下員，且未履行祭祀義務之派下員，不問性別將被排除為派下員<sup>8</sup>。上開規定固為主管機關與立法機關兼顧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所為派下員認定制度之改變，但此規定適用於有規約之祭祀公業時，是否與私法自治原則相牴觸，仍有待進一步之探討。

---

<sup>5</sup> 蘇永欽，憲法權利的民法效力，收錄於當代公法理論：翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993年5月，頁171。

<sup>6</sup> 祭祀公業條例第五條立法理由參照：「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，爰規定本條例施行後，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。」

<sup>7</sup> 內政部97年12月10日內授中民字第0970732948號函參照。

<sup>8</sup> 內政部98年4月16日內授中字第0980032164號及98年3月2日內授中字第0980720054號函參照。