

釋字第七二八號解釋不同意見書

黃茂榮大法官 提出

本號解釋多數意見認為：「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。」，其中關於祭祀公業條例第四條第一項前段(下稱系爭規定)，基於私法自治原則上應予以尊重之見解，本席敬表贊同。惟就多數意見認為系爭規定「尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子財產權」之結論，其論述在事實之認知及價值之判斷尚未盡妥切，爰提出不同意見書，敬供各界參考。

壹、引言

祭祀公業之設立，原係以祭祀祖先為目的。由設立人捐助財產，指定供祭祀祖先之用，對於祭祀公業財產之權利稱之為派下權，而繼承派下權之人是為派下員。

設立之目的既為祭祀祖先，因此，早期只有擔負祭祀任務之男性子孫，始有資格取得派下權，自有其道理；然因少子化之趨勢，派下權人死亡時無男性子孫繼承派下權的情形漸成常態，又在此種情形下，少見為延續祭祀之目的，而透

過收養找到合適之男性養子。所以，如在規約或法令上繼續執著於只有男性子孫始得充為派下員，已無實際意義；另一方面，按諸與祭祀公業有關之訴訟，其爭執已多集中於財產利益的繼受與分配，而少有關於祭祀活動之參與。要之，隨著祭祀公業之祭祀任務日益式微，而其財產分享或繼承利益之重要性則越來越高之社會變遷，早期規約、習慣及現行法令等應如何調整，以符合憲法第七條男女平等之思潮，並滿足活化祭祀公業財產之利用及定分止爭的規範需要，成為本件聲請案要思考、面對之問題。

貳、祭祀公業之規範基礎

祭祀公業雖為由來已久之私法制度，但關於其設立程序、規範內容等因為法律並未給予明文界定，而致實際上在必須為裁判時，有規約時，按規約；無規約時，按習慣論斷。後來雖有祭祀公業條例（96.12.12.制定公布全文）第四條規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約約定之。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）。」核其規定內容，仍與以規約或習慣關於派下員之資格之約定或規定內容相當。是故，論諸實際，該條規定之意義僅在於將習慣內容以制定法的方式予以規範化，不再以習

慣為依據，以避開習慣之規範拘束力的論證需要。

至於本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，同條例第五條規定，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員¹。該條所稱繼承人當指繼承法所定「法定繼承人」全體。在此意義下，關於祭祀公業派下員之「繼承受」，已被界定為「繼承」，以設立人子孫的身分為認定派下員資格的基礎。至其關於「共同承擔祭祀」的要件，應理解為：繼承派下權之負擔。亦即本條例施行後，派下權之繼承為附負擔之繼承。不履行負擔，可能導致失權，但並不生法定繼承人因此當然喪失派下員資格的事由（民法第四百十二條參照）。

有疑問者為：第五條規定之適用對象是否含設立於本條例施行前已存在之祭祀公業。從該條之文義觀之，其對象應含本條例施行前已存在之祭祀公業。所以，依第五條前引規定，在規範的層次，不論祭祀公業設立於該條例施行前或施行後，只要其派下權之繼承事實發生在本條例施行後，關於其派下員資格之取得，已不再有男女不平等的疑義。至於派下權之繼承事實發生在本條例施行前者，其派下員資格之認定，因仍應依本條例第四條之規定，適用繼承事實發生時法，所以尚有男女不平等的情事。

參、祭祀公業設立行為之法律性質

關於設立人設立祭祀公業行為之性質，可能有幾種不同觀點：（一）信託說：即認為，在祭祀公業設有管理人時，祭祀公業之設立類似於信託。其中，祭祀公業之財產為信託

¹ 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。」

財產，祭祀公業之設立人為信託人，管理人為受託人，派下權人為受益人。（二）贈與說：設立人對於其財產之處分為以派下員為受贈人之贈與行為。贈與人（設立人）之處分權不受限制。（三）繼承說：設立人於生前固得自由處分其財產，然其係以設立人死亡為要件者，其處分之財產將因設立人（被繼承人）之死亡而成為遺產。這時該處分行為應定性為書立遺囑之執行行為。

無論採信託說、贈與說抑或繼承說，設立人之行為均為對其私有財產之處分，屬設立人之私法自治行為。其中差異在於，採繼承說時，因有民法繼承篇關於特留分之強制規定，所以，設立人（被繼承人）應受該強制規定之限制，在不違反特留分規定之範圍內，始得以遺囑，自由處分遺產（民法第一千一百八十七條參照²）。

肆、祭祀公業條例第四條第一項之探討

祭祀公業條例第四條第一項：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約約定之。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）。」按該條規定，祭祀公業派下員或派下權之規範基礎，視具體情形分別定之：當其有規約之規定者，為規約；當其無規約或規約未規定時，則依習慣或法令，以設立人及其男系子孫（含養子）為派下員。

在有規約之情形，關於祭祀公業，特別是有關派下員及派下權之規範，應從私法自治原則出發，認識到，祭祀公業之規約如何訂定，係屬設立人關於其財產之私法自治權，原

² 民法第一一八七條：遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。

則上應尊重設立人所表示之意思，於例外情形，始受強制規定，諸如：民法第七十一條（違反強行法之效力）、第七十二條（違背公序良俗之效力）、第七十三條（不依法定方式之效力）等拘束。另外，當財產處分行為與繼承有關時，亦須受民法繼承篇關於特留分之限制，已如前述。然而在此，尚不當然得以男女平等原則為理由，限制設立人關於祭祀公業之設立及規約之訂定的自治權。

憲法第七條平等原則得否介入私法自治領域，直接限制設立人自由處分其私有財產之行為？此為憲法規定之第三人效力的問題。如採肯定說，肯認憲法規定對於私法關係之約定，有直接拘束力，則於憲法秩序下、規約之規範內容應符合憲法意旨；如採否定說，認為憲法關於基本權利之保障規定對於私法關係之約定，無直接拘束力，亦即無第三人效力(Drittwirkung)，則祭祀公業之設立人基於私法自治原則，就其捐助之祭祀公業的財產，所定規約內容無憲法平等權之適用餘地。

在無規約或規約未規定，以習慣或法令為有關派下員或派下權之規範內容時。縱使在大多數情形，依習慣或法令所導出之規範內容，與早期祭祀公業之規約通常的內容並無二致。其共同之特徵為，從祭祀目的出發，肯認僅男系子孫才有派下員資格。然而，以習慣或法令為規範基礎，與前述以規約為規範基礎，所涉及之憲法上問題仍不相同。有規約時，基於私法自治原則，無違反憲法第七條平等原則致生違憲之問題；當無規約或規約未規定，而以習慣或法律為其規範基礎時，關於習慣，因涉及習慣所形成之法秩序，有因社會變遷而不再具有習慣法之地位；關於法令，有因其為國家

之立法結果，而應受憲法第七條平等原則之規範。

伍、本件聲請案之審查標的

本件聲請案以系爭規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」為審查標的。然而系爭規定，以規約為其構成要件內容之一部分。此為一種空白授權。亦即必須將規約之內容與系爭規定相結合，始能成為具有完全規範內容之規定。

只就系爭規定之規範內容而論，除非以該規定因含空白授權，致其規範內容不明確為理由，認為當然違憲。否則，在其未與特定規約結合前，尚不具有可評斷其合憲或違憲之實質內容，因此無違憲與否的問題。至當其與規約結合後，應按其結合後之實質的規範內容，在法律的層次，評斷其是否違憲。這時，規約因已與系爭規定結合成系爭規定的一部分，而成為司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱之法律，可以引為釋憲解釋之審查標的。

若非如此，一則，因規約本身屬設立人處分其財產之私法約定，非大法官審理案件法第五條第一項第二款所定之法律或命令，自不得為憲法解釋之審查標的；二來，因系爭規定含空白授權，其本身因不含男女平等、財產權、結社自由之具體規範內容，故尚無對於派下員之認定限制的規範作用。從而也無，據憲法關於基本權利之保障，予以檢討之餘地。

關於本件聲請案之審查標的應有兩種作法，第一，將系爭規定與規約結合作為審查之標的，對於本條例施行前已存在之祭祀公業，以其規約之約定，僅限男系子孫為派下員為

理由，解釋其與憲法第七條關於男女平等之規定不符；第二，即現行多數意見所採之方式，僅以系爭規定為審查標的，不含限以男系子孫為派下員之規約補充空白授權部分。在此情形下，本席認為，合於邏輯之解釋結果應為：系爭規定與憲法第七條保障性別平等之意旨無涉，所以尚無探討憲法平等原則之必要。否則，依現行多數意見之結論，不免讓人產生系爭規定，究竟可能有何處應受憲法第七條平等權檢驗之疑惑。

陸、如何處理祭祀公業問題

祭祀公業條例第四條、第五條規定無法釐清現行實務上因祭祀公業派下權衍生之複雜問題。為符合社會變遷、男女平權思潮之想法，滿足定分止爭，活化祭祀公業財產之利用的規範需要，就祭祀公業問題之調整方向，提出意見如下：

首先，在定有規約之情形，應分二方面來看：第一、就祭祀公業條例施行後新設之祭祀公業，在尊重私法自治原則之基礎上，視規約之內容是否違反民法上強制規定或民法繼承篇關於特留分之規定，規整其規約之內容。另外，於派下權人發生繼承之事實時，先將之定性為法定繼承人對於該派下權之繼承，依民法繼承篇之規定加以規範，而後再輔以祭祀公業條例第五條規定，以共同承擔祭祀之繼承人列為派下員。如此，即不當然排除女子成為派下員之權利，又能維護為祭祀目的而設立祭祀公業之宗旨。第二，就祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，立於尊重私法自治原則、顧及法秩序之安定性之基礎上，固然不宜就先前既存之狀態加以變動，然而，在男女平權思潮高漲、祭祀功能式微之今日，非

不得以情勢變更作為調整規約之正當理由，並對日後派下權之再繼承之法律關係予以界定。本席建議，在最近一層派下權人死亡時，應採派下權人與其法定繼承人間之繼承關係，而不採設立人與其隔代子孫之繼承關係，來認定派下權之取得，以避免因派下權人各房間衍生之子孫人數多寡有別，從而增減各派下員之派下權對於祭祀公業財產之份額。如此，不僅有助於釐清各別派下員之派下權、活化祭祀公業財產之利用，並與民法繼承篇之規定相符。

其次，若祭祀公業設立時並無規約或規約未規定時，則無論是祭祀公業條例施行前已存在或施行後始新設之祭祀公業，有關其祭祀公業派下員資格之取得，均應直接依民法繼承篇之規定加以規範。蓋就施行前已存在之祭祀公業而言，過去基於習慣所形成之男系子孫始得為派下員之限制，在男女平權思潮底下，該習慣顯然不再具備成為習慣法所需具備之法的確信，從而有對其調整之正當性；就施行後始設立之祭祀公業而言，現行民法繼承篇之規定，對於被繼承人財產權行使的合理規範，得加以適用。