

公法判解

祭祀公業條例規定，本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之，合憲？

大法官釋字第728號解釋

【實務選擇題】

請依大法官解釋意旨，選出正確答案：

- (A) 大法官釋字第728號其釋憲標的為私人間之規約，係屬司法院大法官審理案件法之釋憲標的。
- (B) 祭祀條例第四條本質上侵害結社自由、財產權與平等權。
- (C) 大法官認為祭祀條例第四條係基於第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，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。
- (D) 大法官釋憲若遇到私法自治，因為基本權無法介入，應該退讓，而認為合憲。

答案：C

【解釋要旨】

一、釋憲標的——祭祀公業條例第四條並非該私人管理章程

件聲請人對最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決（下稱確定終局判決）所引中華民國七十五年七月三十一日訂定之祭祀公業呂萬春管理章程第四條有違憲疑義，聲請解釋。查該管理章程非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或命令，本不得據以聲請解釋，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。」（下稱系爭規定）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，合先敘明。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

二、違憲審查操作

祭祀公業係由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體（祭祀公業條例第三條第一款規定參照）。其設立及存續，涉及設立人及其子孫之結社自由、財產權與契約自由。系爭規定雖因相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇，惟系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，況相關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，基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，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。

【學說導覽】

本號解釋不僅在實體面上有爭議，在程序面上亦生爭執。本號解釋之釋憲聲請人係以私人規約為釋憲，惟私人與私人之約定，並非司法院大法官審理案件法可以釋憲之標的，故本號解釋與諸位大法官皆有對此為意見之表達，而實體上則牽涉私法自治與法安定性原則與基本權之對抗，整理如下：

一、釋憲標的

(一) 黃茂榮大法官意見書

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5條第1項第2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5條第1項第2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

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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：

1. 將系爭規定與規約結合作為審查標的，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；
2. 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。

(二)湯德宗大法官意見書-裁判關聯性理論

聲請本院解釋憲法之案件，無論其所涉議題在憲法上如何重要，依照「先程序、後實體」之原則，皆須符合「案件法」所定要件，始得受理。解釋理由書第一段明白指出：本案確定終局判決（最高法院99年度台上字第963號民事判決）所引據之「祭祀公業呂萬春管理章程」並非案件法第5條第1項第2款所稱之「法律或命令」，原不得據以聲請解釋。惟，多數意見以為請解釋：「確定終局判決係適用祭祀公業條例第4條第1項前段規定……為主要之判決基礎主要之判決基礎主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據上開司法院大法官審理案件法規定聲請解釋……應可認係就系爭規定而為聲請，本院自應可認係就系爭規定而為聲請得以之作為審查標的」。上述說法係由聲請人聲請解釋之法律依據（案件法第5條第1項第2款），推論聲請人真正希望本院解釋之標的乃確定終局裁判實際上所適用之「主要判決基礎」（祭祀公業條例第4條第1項前段）。如上論述至少需先檢視聲請人聲請解釋之「法律依據」為何，次需審究確定終局裁判實際上之法律依據（所謂「主要之判決基礎」）為何，始能認定聲請釋憲之標的，而猶未善盡國家關於憲法平等原則之保護義務。如此迂迴的論證無非在顯示：本院憲法解釋之標的必屬「客觀上應可認係聲請人有意聲請解釋者」。反之，如客觀上無從認係聲請人有意聲請解釋者，即不能成為本院解釋之標的。惟如上論述恐已悖離本院解釋先例。按本院至遲於87年1月9日公布之釋字第445號解釋已明白釋示：「人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦民聲請憲法解釋之制度有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目

高點法律研習班

版權所有，重製必究！

的，故其解釋範圍自得有關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抵觸憲法情事而為審理。……以上僅就本院解釋中擇其數則而為例示，足以說明大法官解釋憲法之範圍大法官解釋憲法之範圍大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為不全以聲請意旨所述者為限」。換言之，抽象審查與個案裁判之性質不同，並非採嚴格之當事人主義，本院認定釋憲標的從來不受聲請人聲請意旨之拘束！祭祀公業「管理章程」確非確定終局判決所適用之「法律或命令」，然確定終局判決所以援引該管理章程作成裁判，實由於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，其派下員依規約約定之」）之結果。是為裁判國家關於祭祀公業之規範，是否已善盡其保護憲法所定男女平權價值之義務，自須以祭祀公業條例第4條第1項前段之規定為起點。祭祀公業條例第4條第1項前段爰屬祭祀公業條例第4條第1項前段爰屬與該具體事件（與該具體事件（原因案件）相關聯且必要之法條，應列為本院解釋先例所謂「重要關聯」，內容不盡相同。或指與「原因案件具體事件」相關聯者（如釋字第445號解釋），或指與「原因案件之裁判」相關聯者（如釋字第535號解釋），或指與「聲請釋憲之法律」相關聯者（如釋字第664號解釋）

二、實體違憲審查操作

(一) 李震山大法官意見書-抵觸憲法第七條而違憲

1. 對「私法自治」的尊重，並不同於將私人間法律關係皆排除於「基本權利效力」之外

……這正意味著，基本權利的效力不應僅及於國家與人民間的雙面關係，而可由法律直接賦予所謂「基本權利的第三人效力」（Drittwirkung der Grundrechte）。猶如勞資關係本屬私人關係，但於勞動基準法及其相關法令規範下已非純私人間關係，無須再經由代表公益的法院以詮釋「公序良俗」、「誠實信用」等抽象概念為途徑，「間接」迂迴地展現平等權拘束私人間法律關係的效力。據此，祭祀公業派下員之爭議屬私法自治領域而不應生違反平等原則問題之認知，即可不攻自破。所餘的問題則是，何以容許同一規範（本條例）中併存兩種對立的憲政秩序。換言之，僅以「法律生效時點」及「有無規約」區隔，立法者就可築起一道高牆，一邊是性別平等的和諧空間，另一邊卻是完全剝奪女性參與空間的性別隔離狀態？釋憲者除「私法自治」外，是否再添加「法安定性」為理由，就可使

牆內牆外互不得越雷池一步？

2. 「法安定性」並不能作為既有祭祀公業派下員資格認定不受平等原則拘束之當然理由

……行政院並設性別平等處，於一〇〇年十二月公布「性別平等政策綱領」，企圖將臺灣性別主流意識與國際接軌，邁向共治、共享、共贏的永續社會。一〇一年一月一日又施行「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」。在此風潮下，社會上呼籲保障變性、跨性及同性應得到法律公平對待之議論，亦已甚囂塵上，而系爭規定自公布迄今，又已過了七個年頭。本條例制定時，男女平等或性別平等的憲法規範與理念，已伴行以男性為中心的祭祀公業逾一甲子，各種涉及性別平等的法律皆已陸續翻新，應已給予祭祀公業中男性祭祀人，有足夠的時間與訊息，可以預期立法者會制定新的合乎憲法意旨的規範。此時，欲將不遵守平等原則所生「憲法層次」的法安定性問題，矮化為既有祭祀公業維護男性為主的「法律層次」的安定性問題，再將之收納入「私法自治」的黑箱裏，欲使之永不見天日，實已缺乏正當性與說服力。若再以法律不溯既往所生之法安定性，去維護已不太值得保護的男尊女卑價值及所衍生之財產利益，能用力的空間就更加有限。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出的釋字第620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！

3. 系爭規定對祭祀公業既有規約中具性別歧視部分，並無任何改善或補救之機制通過平等原則的檢證

……該貌似兼顧傳統與現代的四平八穩立法模式，固然標誌著立法者曾經努力過的功績，但在價值互斥中所作出的選擇，反而形成同一憲法規範下，併存兩種既對立又平行的憲政秩序，行百里者半九十、功虧一簣。此種以法律生效時點作為貫徹憲法平等原則的「停損點」，以丟銅板式的「有無規約存在」要件，所形成前後差別待遇的合理性，以違憲審查者守護憲法的高度，若未追究該二分法的缺失，確未盡責。再查本院過去解釋先例，大多不認同前述立法態度，除針對實質上以「性別」作為分類標準之規範，違憲審查不採寬鬆審查標準外，從憲法整全性及應與時俱進的活憲法觀點下，亦常展現在憲法臥榻之側，不能忍受與憲法原則有違的法律

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

一直鼾睡之堅定立場。最後，從課予國家保護義務的立場，釋憲者不深究立法者刻意忽視性別歧視的不作為狀況，自行選擇遺忘，實非智舉。凡此，皆有再扼要敘明的必要。……祭祀公業既有規約之性別歧視尚未終結，立法者應在符合憲法立法者應在符合憲法男女平等要求下，以特別規定或過渡條款補救以特別規定或過渡條款補救以特別規定或過渡條款補救之本院就類似「傳統與現代」爭論議題之解釋，不乏採堅持維護憲法原則與制度、不輕易向傳統低頭，但仍會另採補救措施的先例。就以針對有關學校職員須經國家考試及格方得任用所作成的釋字第278號及第405號解釋為例。該兩號解釋面對大量未具取得國家考試及格資格之教職員，非一味尊重長期既存事實與法律關係，而將「法安定性」凌駕憲政制度上。換言之，前解釋不是使之「就地合法」，而是要求仍應遵守憲法第85條規定意旨，令其僅得在原學校服務，且要求考試院於過渡期間應為其等舉辦考試，不是任令違法狀態持續，而毫不作為。至於接續的後解釋，更是展現本院堅守憲法，審查「立法形成自由」界限的傑作。

4. 系爭規定係以性別作為分類標準，若循本院歷來針對性別平等若循本院歷來針對性別平等所堅持之較嚴格審查密度，實無法通過平等原則之審查

本院歷來審查以「性別」作為分類標準之規範，基於「非屬人力所得控制之生理狀況」及「弱勢之結構性地位」等理由，大多不採寬鬆審查標準。例如：有關監護權原則由父行使之釋字第365號解釋、有關妻以夫之住所為住所之釋字第452號解釋、有關禁止禁民女兒繼承耕作之釋字第457號解釋、有關性交易只處罰性工作者之釋字第666六號解釋，且皆宣告系爭規定違憲。準此，本件解釋並無不採較嚴格審查的特別正當理由，故系爭規定所追求的目的，不僅只是政府一般「正當利益」，尚應被要求為「重要利益」。而其所維護一部分人民既有權益的安定性固是政府「正當利益」，縱其所維護者卻是長期以來已被評價為「不良善的規約或習慣」所生的權益。然而，犧牲另外一部分人追求平等權的利益，其屬國家消除性別歧視維護憲政秩序的「重要利益」，故系爭規定追求單向之「法安定性」之立法目的，即非必然正當。此外，其所形成的男女差別待遇是否合理，本件解釋認為需視系爭規定採取的方式與手段是否「恣意」而定。若僅以「時間」及「有無規約」為區隔或區別的方法或手段，而未採取其他過渡性的措施，放任不良善的規約或習慣在既存祭祀公業中繼續有效，「平行時空」期間可延長至逾百年，實難以想像。

(二) 葉百修大法官意見書-抵觸憲法第七條而違憲

1. 系爭規定構成間接歧視，該條例第4條第1項後段、第2項及第3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365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。
2. 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。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4條第2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2項及第3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7條之意旨不符。

3. 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2項及第3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4條第2項及第3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2項及第3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。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！