

既存祭祀公業派下員依規約認定案

一 釋字第728號解釋與評析

編目：憲法

<摘要>

祭祀公業條例§4 I 前段規定並未以性別為認定派下員之標準，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。上開規定尚難認違反憲法第七條保障性別平等致侵害女子之財產權。

關鍵詞：平等原則

一、解釋文及解釋理由書重點摘述

- (一)本件聲請人對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§4 I 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。
- (二)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

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

意，尙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。

(三)惟祭祀公業條例§4 I 後段規定：「無規約或規約未規定者，派下員爲設立人及其男系子孫（含養子）。」係以性別作爲認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，雖同條第二項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得爲派下員……。」第三項規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得爲派下員：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。」等部分，已有減緩差別待遇之考量，且第五條規定：「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爲派下員。」亦已基於性別平等原則而爲規範，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在。憲法第 7 條及增修條文第 10 條 6 項既然課予國家應促進兩性地位實質平等之義務，並參酌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）第二條、第五條之規定，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。

二、本號解釋評析

爭點	評析內容
本案應否受理？	<p>1.陳碧玉大法官所提意見： 本件聲請解釋之客體(祭祀公業呂萬春管理章程第四條)與大審法§5 I ②規定不符，應不受理。</p> <p>(1)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爲具體指摘，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，始得併爲審查。</p> <p>(2)本件聲請解釋之客體（管理章程），既非大審法所稱之法律或命令，本不得爲解釋，自亦無重要關聯性之適用。本案將聲請人所未聲請之系爭規定作爲解釋之客體，與司法被動原則有違，礙難贊同。</p> <p>2.湯德宗大法官所提意見： 祭祀公業條例§4 I 前段爲與該具體事件（原因案件）相關聯且必要之法條，應列爲本案解釋之標的。</p>

版權所有，重製必究！

<p>本案應否受理？</p>	<p>(1)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。……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，不全以聲請意旨所述者為限」。</p> <p>(2)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！</p>
<p>應否探討基本權之第三人效力理論？</p>	<p>1.蘇永欽大法官所提意見： 本案係源於法律規定所生之差別待遇，不需要討論到第三人效力理論。 本件解釋要處理的憲法疑義，從原因案件引發的法律爭議即知，實在於條例對於不同性別的後嗣，在承繼派下員身分上給予不同待遇，有無違反憲法的平等保障？不論直接在法律規定上即存在的差別待遇（§4 I 後段），還是通過規約內容認定的差別待遇（§4 I 前段），因為同樣源於法律的規定，平等原則的檢驗對象都是國家行為—立法，即美國憲法實務所稱的 state action，因此還不需要討論到德國憲法學所謂的基本權水平效力，乃至援引其間接第三人效的理論。</p> <p>2.李震山大法官所提意見： 對「私法自治」的尊重，並不等同於將私人間法律關係皆排除於「基本權利效力」之外。</p> <p>(1)本條例除祭祀公業之申報、法人登記、新訂規約及其監督等公法規定外，並連結地籍清理相關規範而採「標售」與「囑託登記為國有」等具有濃厚公權力色彩的強制措施。因此，系爭規定中祭祀公業派下員之規約，已非純屬自治或自律的私權範圍，其所衍生之相關爭議，自非僅以「私法自治，原則上應予尊重」，就可一語帶過，亦非僅得以私法爭訟方式解決。</p> <p>(2)更關鍵的是，本條例第 5 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。」明白承認除第 4 條規定情形以外，本條例施行後之祭祀公業派下員資格，只以「共同承擔祭祀」為要件，既不能再以性別為門檻，且繼承人與被繼承人亦不必屬同一姓氏，將傳統依宗祧繼承歧視女性之習俗，排除在現代憲政秩序之外。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」。</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>應否探討基本權之第三人效力理論？</p>	<p>(3)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？</p>
<p>系爭規定確實合乎平等原則？</p>	<p>1.李震山大法官所提意見： 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與作為，實難通過平等原則的檢證。</p> <p>(1)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男女平等要求下，以特別規定或過渡條款補救之。</p> <p>(2)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所堅持之較嚴格審查密度，實無法通過平等原則之審查：</p> <p>①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。</p> <p>②系爭規定所維護者是長期以來已被評價為「不良善的規約或習慣」所生的權益，卻犧牲另外一部分人追求平等權一屬於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。</p> <p>③本件解釋未附理由，就明快承認既有祭祀公業派下員（大多為男性）享有財產權、結社自由與契約自由，但完全未提及未列為派下員之女性，是否亦應享有該等基本權利。更有甚者，在未分別論及各項基本權利的保護範圍、限制要件及其在系爭規定之定位，亦未就差別待遇部分作進一步比較，就得到「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平等之意旨有違」的結論，完全棄既存祭祀公業具有繼承關係現存女性之基本權利於不顧，何嘗不是另一種型態的「恣意」！</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

系爭規定
確實合乎
平等原則？

④國家就傳統性別不平等之現象，負有匡正之**保護義務**，立法者就此不但怠於履行，又以系爭規定此種**未顧及憲法整全性、轉型正義、法體系正義**與去脈絡化的鋸箭式立法加以維護，並不足取。

2.葉百修大法官所提意見：

本件解釋解釋標的抵觸憲法第7條規定，應屬違憲。

(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項規定構成直接歧視。

①所謂**直接歧視**，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。

②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**。

(2)本件解釋解釋標的不具極重要之政府利益。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)系爭規定及同項後段、同條第2項及第3項規定，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**。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！