

## 釋字第七二八號解釋協同意見書

湯德宗大法官 提出

本案符合司法院大法官審理案件法（下稱「案件法」）第五條第一項第二款<sup>1</sup>所定程序要件，本席贊成受理，但論理與解釋理由書第一段不同；本席並贊同本號解釋之審查結論—祭祀公業條例第四條第一項前段尚不違反憲法第七條之平等原則，但論證方式與解釋理由書第二段迥異。爰提出協同意見書如后，期提供另類思考，強化本號解釋之說服力。

本號解釋所涉核心問題，一言以蔽之，即祭祀公業條例是否已善盡國家之基本權保護義務<sup>2</sup>，而非是否過度侵害（限制）人民之基本權。是本件審查之重點應在於祭祀公業條例相關規定對於憲法「人民之權利義務」章整體所表彰之基本權客觀規範（尤其是男女平等之基本價值）是否（及如何）「保護不足」，而非是否（及如何）「過度限制」人民於憲法所保障之自由權（防禦權）或平等權。<sup>3</sup>換言之，本案乃本院

---

<sup>1</sup> 司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：…二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，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牴觸憲法之疑義者」。

<sup>2</sup> 關於國家之基本權保護義務，參見吳庚，《憲法理論與政府體制》，頁120～125（103年9月）；張嘉尹，〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，《當代公法新論（上）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁29～70（91年7月）；李建良，〈德國基本權理論攬要—兼談對臺灣的影響〉，月旦法學教室第100期，頁38～50（100年2月）；陳愛娥，「基本權作為客觀法規範—以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生的問題」，《憲法解釋之理論與實務》第二輯，頁235～272（89年8月）。

<sup>3</sup> 祭祀公業條例第四條第一項規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」。所謂「依規約定之」，與其說牽強地說是國家以法律「侵害」人民之平等權，不如平實地問：上開規定對於「私法自治」是否太過「尊重」，從

首次正面面對的所謂「不足禁止」(Untermaßverbot)案件，而非前此常見的所謂「過度禁止」(Übermaßverbot)案件！奈何通過之解釋文與解釋理由書未能分辨此一本質差異，仍因循「禁止過度侵害」之舊軌立論，致方柄圓鑿，論理曖昧。

### 一、本件何以應予受理？

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（最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決）所引據之「祭祀公業呂萬春管理章程」並非案件法第五條第一項第二款所稱之「法律或命令」，原不得據以聲請解釋。惟，多數意見以為：「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...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，本院自得以之作為審查之標的」。

上述說法係由聲請人聲請解釋之法律依據（案件法第五條第一項第二款），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」（祭祀公業條例第四條第一項前段）。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

---

而猶未善盡國家關於憲法平等原則之保護義務？

請解釋之標的。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。按本院至遲於八十七年一月九日公布之釋字第四四五號解釋已明白釋示：「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，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四條第一項前段之規定為起點。祭祀公業條例第四條第一項前段爰屬與該具體事件（原因案件）相關聯<sup>4</sup>且必要之法條，應列為本

---

<sup>4</sup> 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（如釋字第四四五號解釋），或指與「原因案件之裁判」相關聯者（如釋字第五三五號解釋），或指與「聲請釋憲之法律」相關聯者（如釋字第六六四號解釋）。

案解釋之標的。

## 二、本件解釋標的應如何界定？

究前揭解釋理由書第一段所以必捨「重要關聯性理論」不用，另創「客觀認定聲請人真意」說，殆囿於「禁止過度

---

釋字第四四五號解釋理由書第七段謂：「本件聲請人因違反集會遊行法案件，經台灣高等法院八十三年度上易字第五二七八號刑事判決以犯集會遊行法第二十九條之罪處以刑罰，因認其於憲法第十四條規定所保障之集會自由遭受不法侵害，對於確定判決所適用集會遊行法以不確定法律概念賦予警察機關事前抑制與禁止集會、遊行，發生有牴觸憲法之疑義，聲請解釋。查聲請人所以受刑事法院判以罪刑，雖係因舉行室外集會、遊行未依集會遊行法第九條第一項規定於六日前向主管機關申請，致未獲許可，竟引導車隊及群眾遊行，經主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行，經制止而不遵從，為其原因事實，其牽涉之問題實係集會遊行法第八條第一項前段規定室外集會、遊行應向主管機關申請許可及相關規定是否牴觸憲法所發生之疑義，殊難僅就同法第九條第一項所定申請期限是否違憲一事為論斷。從而本件解釋應就集會遊行法所採室外集會、遊行應經事前申請許可之制度是否有牴觸憲法之疑義而為審理」。大法官卒就集會遊行法相關條文（含該法第八條第一項及第十一條各款）進行審查，作成解釋。

釋字第五三五號解釋理由書第一段謂：「所謂裁判所適用之法律或命令，係指法令之違憲與否與該裁判有重要關聯性而言。以刑事判決為例，並不限於判決中據以論罪科刑之實體法及訴訟法之規定，包括作為判斷行為違法性依據之法令在內，均得為聲請釋憲之對象。就本聲請案所涉之刑事判決而論，聲請人（即該刑事判決之被告）是否成立於公務員依法執行職務時當場侮辱罪，係以該受侮辱之公務員當時是否依法執行職務為前提，是該判決認定其係依法執行職務所依據之法律—警察勤務條例相關規定，即與該判決有重要關聯性，而得為聲請釋憲之客體」。

釋字第六六四號解釋理由書第一段謂：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，顯然於該案件之裁判結果有影響者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋，本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋闡釋甚明。本院審查之對象，非僅以聲請書明指者為限，且包含案件審理須援引為裁判基礎之法律，並與聲請人聲請釋憲之法律具有重要關聯者在內。本件聲請人於審理案件時，認其所應適用之少年事件處理法第三條第二款第三目規定有違憲疑義，聲請本院解釋，符合聲請解釋之要件，應予受理。又同法第二十六條第二款規定，少年法院認有必要時得以裁定命少年收容於少年觀護所，第四十二條第一項第四款規定少年法院得以裁定令少年入感化教育處所施以感化教育，均為聲請人依同法第三條第二款第三目規定而進行少年事件處理程序時，所須適用之後續處置規定，與第三條第二款第三目規定有重要關聯，均得為本院審查之對象，應一併納入解釋範圍」。

侵害」之思維，恐審查失焦，乃執意限縮審查標的為「祭祀公業條例第四條第一項前段」。惟，審查「不足禁止」案件與審查「過度禁止」者不同，大法官須全盤審視相關規定以判斷國家對於人民基本權客觀秩序之保護是否尚有不足，庶幾可免以偏蓋全，俾謹守權力分立、相互制衡之原則，優先尊重立法裁量，免貽「法官治國」之譏。

準此，本席以為，本案至少應將祭祀公業條例第四條全文與第五條一併納入解釋範圍，列為系爭規定：

#### 「第四條

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）。（以上第一項）

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。（以上第二項）

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。（以上第三項）

## 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。」

本席之所以贊同多數通過之審查結論，認「祭祀公業條例第四條第一項前段尚不違反憲法平等原則」，主要係鑑於同條例第五條已明定：該條例施行後，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，不再分別男女，業已符合男女平權之要求。其次係鑑於同條例第四條第二項與第三項規定，對於該條例施行前已存在，而無規約或規約未規定派下員資格之祭祀公業，並規定於一定條件下，女子亦得為派下員，業已竭力貫徹男女平權之基本價值。反之，如該條例僅有第四條第一項前段之規定，而無第五條之規定，本席將認定國家並未善盡基本權保護義務！

### 三、系爭規定何以為合憲？

然，前揭祭祀公業條例第四條及第五條之規定何以尚屬合憲，仍需有正面之論理。

按本案涉及至少三項基本價值：法律不溯既往原則、私法自治原則、男女平等原則。且此三項基本原則間，並無絕

對之優先順序，此與德國「墮胎合法化違憲案」(墮胎案 I)<sup>5</sup>中所涉(胎兒之)「生命權」及以之為基礎之「人性尊嚴」乃絕對優先於其他價值(如母親之隱私)者不同。次按憲法所規定的各種人民權利(基本權)除為人民對抗國家之(主觀)防禦權外，人民權利章整體也體現了一種客觀的價值秩序。該客觀價值秩序作為憲法的基本決定，對於所有的法領域皆有適用，並為立法、行政與司法提供指導與動力。<sup>6</sup>基本權作為客觀的基本規範(基本的價值決定)，除要求國家公權力之行使應消極地避免侵害人民之基本權外，並要求國家應積極地採取措施，防止權利主體遭受來自於第三人之侵害(是即國家之基本權保護義務)。<sup>7</sup>然，要求國家不得過度「侵害」(限制)人民之基本權(所謂「過度禁止」)，與要求國家善盡「保護」人民基本權之義務，使免於遭受第三人之侵害(所謂「不足禁止」)，兩者具有根本的結構差異。蓋「過度禁止」旨在禁止國家為「任何」過當之侵害行為，「不足禁止」則在課予國家採取「某種」適當之保護措施(含規範行為與事實行為)之義務，後者必含有裁量之空間。<sup>8</sup>再按，基於「功能最適」的考慮，國家之基本權保護義務「首先」

---

<sup>5</sup> BVerfGE, 39, 1。並參見 DONALD P KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 336-348 (1997)；陳英淙，〈由德國聯邦憲法法院之判決(BVerfGE 88, 203)探討墮胎合法化問題〉，《憲政時代》，第28卷第1期，頁66-88(91年7月)。

<sup>6</sup> BVerfGE 39, 1 (41); 7, 198 (205)。

<sup>7</sup> 參見釋字第四〇〇號解釋(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)；釋字第四四五號解釋(國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行)。

<sup>8</sup> Robert Alexy, Theorie der Grundrechte 420f. (1994).

(或「主要」或「原則上」)應由立法部門負擔--於各個法律中調和多元社會中的利益衝突，妥為規範；<sup>9</sup>僅當立法者全然未採取任何保護作為，或其所為之利益衡量顯然失當時，司法者始應介入補漏。<sup>10</sup>本此理解，本號解釋原應坦然說明：立法者於各種不同規範情境下（例如在祭祀公業條例施行前、後），就前述三項相互衝突的基本價值所為之權衡（調和），是否顯然失當？詎解釋理由書第二段閃爍其詞、不明就理。

質言之，立法者就「系爭規定」所為之價值權衡大致為：

1.祭祀公業條例施行前：「法律不溯既往原則」優先於「男女平等原則」（如第四條）；祭祀公業條例施行後，因不涉法律不溯既往原則，則以「男女平等原則」優先（如第五條）。

2.該條例施行前，又以「規約」之有無，區分為兩種情形：

2.1 有規約者「依規約」，意即「私法自治原則」應優先於「男女平等原則」（如第四條第一項）；

2.2 無規約或規約未規定者，於一定條件下，女性亦得成為派下員，意即「男女平等原則」有條件地優先於「私法自治原則」（如第四條第二、三項）。

如上規定體系井然，應認為立法者業已努力調和三種相互衝突之基本價值，謀求彼此間最大程度之實現。本院爰應予尊重，並釋示「系爭規定」與憲法尚無抵觸。

#### 四、應如何檢討改進？

<sup>9</sup> BverfGE 39, 1 (42, 44); 46, 160 (164).

<sup>10</sup> 參見本席釋字第七〇九號解釋「協同暨部分不同意見書」（壹、四）。



基於前述說明，系爭規定所為之價值權衡要屬合理，應予尊重，故本號解釋僅溫和提示：有關機關「應視社會變遷情形，適時檢討改進」。例如前揭系爭規定第四條第二、三項所定派下之女子、養女、贅婿亦得成為派下員之條件，應隨時代變遷，酌予放寬。

本件堪稱本院首次正面審查「不足禁止」案件，無解釋先例可供參考，屬於困難案件(hard cases)。雖論理未臻理想，能邁出艱困的第一步，仍值肯定。