

婚姻與家庭權作為基本人權 保障的範圍與限制：論締結婚姻組成家庭權與 尊重家庭生活關係的分野

戴瑀如

（國立臺北大學法律學系副教授）

壹、前言

貳、婚姻與家庭權在歐洲的發展

- 一、國際法與內國法上對婚姻與家庭權之明文
規範
- 二、婚姻與家庭權以及請求尊重家庭生活權利
之範圍與限制
- 三、婚姻與家庭權與請求尊重家庭生活權利相
互重疊與排擠效應

參、婚姻與家庭權在我國憲法解釋中的定位

- 一、德國聯邦憲法法院之相關裁判
- 二、我國司法院大法官相關解釋

肆、結語

壹、前言

婚姻與家庭是身分法所規範的重要對象，然而有別於其他法領域，婚姻與家庭的形式，即以兩性與血緣為主而建立的共同生活型態，早已因應人類社會的發展而存在，法律介入婚姻與家庭，主要來自於國家的出現，對於婚姻與家庭視為維持社會國家穩定發展的重要元素，以當時的社會通念與價值為依據，就習俗上所演變的婚姻家庭形式，以法律進行承認與規範。是以，婚姻家庭的相關法規會因所處地域的不同，而呈現出較大的差異。

在傳統中國社會當中，婚姻的目的是為了宗族的延續¹，因此身分關係的維持，多仰賴社會的規範，即宗族、家族、夫妻、親子間之傳統道德與習慣之輔助，相較於國家所制定的法律，反居於主動的地位。國家所制定的法律中，其與身分關係相關者，多為傳統道德與習慣的明文化，並且僅摘其重要事項，例如結婚與收養，乃攸關國家之秩序與宗族之綿延，為維護傳統道德而入刑，其餘具體內容，則委諸社會規範²，交由宗族自治³。

直至清朝末期開始，與歐美等國家頻繁接觸之後，使原本封鎖的社會產生變動，加上民國政府成立之後，以繼受歐陸近代法律思想為主而制定民法，在章節編排中，採用德國民法之立法體例，而將身分法劃分為親屬與繼承兩編，置於財產法之後，並將婚姻與家庭所產生的身分關係主要劃分為夫妻關係與父母子女關係加以規定。此種規範方式，使得婚姻與家庭不再以宗族為中心，而轉以夫妻與親子關係作為主體，進而有個人權利形塑的空間，再以現代民法體現獨立人格的精神出發，先於婚姻關係中落實男女平等原則，次在家庭關係中引進子女最佳利益原則，而使婚姻與家庭制度在憲法上有以個人基本權利切入的可能。

¹ 顧鑒塘、顧鳴塘，中國歷代婚姻與家庭，20-22 頁（1994）。

² 戴炎輝，中國身分法史，1-2 頁。

³ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，10 頁（2014）。

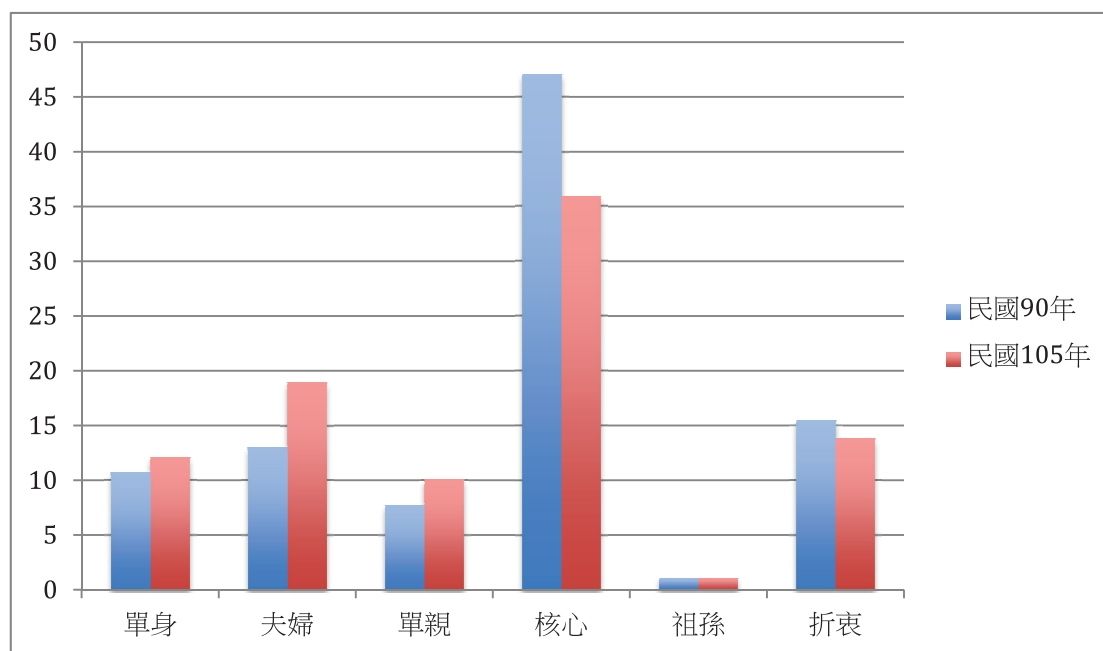
婚姻與家庭是淵源已久的社會制度，家庭是最基本的單元，透過婚姻所提供的繁衍功能，而為組成家庭的重要根據，因此，以此兩者為基礎所形成的人倫秩序具有穩定社會結構⁴與維持國家命脈的重要作用。在此面向之下，使得傳統對於婚姻的定義被侷限在由一男一女所締結之永久共同生活關係，而家庭的定義則來自這對夫妻與其所共同生育的子女所組成。是以，理論上，婚姻與家庭雖可分屬於獨立不同的法益看待，但在上述觀點下，彼此卻密不可分。

然而隨著社會家庭結構的變遷，使得上述對於婚姻家庭的概念有延展的可能性，婚姻家庭的模式在現代化的過程中，一來因為生育條件的改變（避孕的可能性與人工生殖技術的發展），二來對於更高生活品質的期待（婦女就業率提高與物質水準的進步），而產生了量變與質變：量變指的是愈來愈多的人不走入婚姻，保持單身或不生孩子，離婚率也相對快速上升，使現代社會出現了許多婚姻家庭以外的生活模式，包括單身、同居伴侶、同性伴侶、夫妻的形式也不再單一，有頂客族、亦有生育共同子女組成核心家庭，或是與對方的子女組成繼親家庭，甚至非婚生子女與其父母一方組成的家庭，以及離婚夫妻與未成年子女組成的單親家庭等等（參見下表）；質變則在於即使是由婚姻所建立的家庭，其實質內容亦有了很大的改變，不再是當初民法制定時對婚姻與家庭所預設的條件⁵，使得原有婚姻家庭的概念在現代社會中面臨挑戰，而有檢討的必要。

⁴ 蔡蕙芳，民法第 972 條等規定未允許同性婚姻合憲性之探討，興大法學 18 期，129 頁（2015）。

⁵ 民法親屬編在長達 85 年的期間中因應家庭社會變遷，並保障家庭成員中個人的基本權利，歷經多次重大修正，而去除父權社會下的家庭圖像。

台灣家庭組織型態變遷⁶



註：夫婦（無子女）；單親（父或母與未婚子女組成的家庭）；核心（夫妻與未婚子女組成的家庭）；祖孫（隔代家庭）；折衷（三代同堂）

資料來源：行政院主計總處「家庭收支調查」

若是婚姻與家庭制度在憲法上有以個人基本權利切入的可能時，在面臨家庭結構的轉變下，則於個人基本權利的面向應如何展現？究竟婚姻與家庭權的內涵為何？對於偏離傳統婚姻家庭形式的多元共同生活型態是否可落入婚姻與家庭權的保障範圍？亦即既有現行法規中，對於婚姻與家庭的定義是否會影響個人向國家請求該基本權利實現的阻礙？而在現行法制上有無突破的空間？國家是否可為確保社會結構的安定，國家永續發展的政策考量而加以限制？此為本文所關切的問題。本文擬以婚姻與家庭權在歐洲的發展（以德瑞立法例與歐洲議會與歐盟等組織所制定的公約）為主進行討論與分析。

⁶ 行政院性別平等會重要性別統計資料庫。 https://www.gender ey.gov.tw/gecdb/Stat_Statistics_DetailData.aspx?s n=iGJRpsNX45yniGDj%2bw1ueQ%3d%3d&d=194q2o4%2botzoYO%2b8OAMYew%3d%3d

貳、婚姻與家庭權在歐洲的發展

檢視聯合國與歐洲有關婚姻與家庭的保障主要分為兩種形式，一為締結婚姻與組成家庭的權利（Eheschließung und Familiengründung），一為建立家庭生活關係（Ehe-und Familienleben）的權利，二者所保障的範圍相異，其受到的限制亦有所不同。以下分述之：

一、國際法與內國法上對婚姻與家庭權之明文規範

（一）聯合國世界人權宣言及公民與政治權利公約

婚姻與家庭權早於 1948 年的聯合國世界人權宣言中即被納入，作為基本人權的清單。依該宣言第 16 條，以及其後聯合國大會為了落實世界人權宣言，而於 1976 年所通過的公民與政治權利公約第 23 條，對於婚姻與家庭權有如下的保障面向：

首先，男女已達結婚年齡者，有締結婚姻與成立家庭的權利，而不受種族、國籍或宗教的任何限制；其次，婚姻之締結，必須以雙方當事人合意為要件；此外，夫妻無論在婚姻關係存續中、或是解消後，雙方應取得平等的權利與義務，並在婚姻消滅時，締約國應訂定辦法對於子女予以必要之保護。最後，強調家庭作為自然基本的社會組成單位，應受社會與國家的保護。

在針對公民與政治權利公約第 23 條的 19 號一般性意見指出，該條所規定的家庭，其並未有明確的定義，因為各國對於家庭的概念不盡相同，但若根據一國的立法與慣例被視為一個家庭，就應給予第 23 條所要求的保護。此外所謂成立家庭的權利尚指能生育子女並可共同生活⁷。

⁷ 兩公約一般性意見，法務部，35、36 頁（2012）。

聯合國所制定的公約，是否對於各締約國產生拘束力，特別是在憲法的層級上，則要視其監督機制而定。個人申訴制度是在所有監督方式當中，最能影響內國憲法解釋的機制，內國人民在其權利於國內司法程序中未獲得應有救濟者，包括內國憲法訴訟程序，得向國際人權監督機制提出申訴，其可認定被告當事國敗訴。公民與政治權利公約是最早以議定書的方式設立個人申訴制度，以公民與政治權利國際公約任擇議定書開放簽署，而於1976年生效⁸。

（二）歐洲人權公約

歐洲第一個對婚姻與家庭權明文保障者，為1950年由歐洲理事會所制定的歐洲人權公約。其與聯合國人權宣言或公政公約相比，一開始即發揮了更大的影響力，主因在於歐洲理事會為實踐歐洲人權公約而設立歐洲人權法院加以監督，依照歐洲人權法第34條之規定，締約國的人民，非政府組織以及個人群體，只要有認為其受歐洲人權公約所保障的權利受到國家的侵害時，皆可向歐洲人權法院提起訴訟。歐洲人權法院作為第一個國際法院，承繼國際法原則，僅有在用盡國內救濟時，方得向歐洲人權法院提起訴訟，形成歐洲人權法院經常對於內國憲法解釋機關所審理過的案件進行再次審查⁹。

在歐洲人權公約中清楚將婚姻與家庭權與家庭生活的保障分別規定於第12條與第8條。

1. 締結婚姻與組成家庭的權利¹⁰（歐洲人權公約第12條）

沿襲世界人權宣言對於婚姻與家庭權的概念，在歐洲人權公約第12條

⁸ 廖福特，憲法解釋機關之國際人權挑戰，收錄自國際人權法之國內衝擊，11、12頁（2012）。

⁹ 同註8，14-19頁。

¹⁰ Meyer-Ladewig, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 12 Rn. 4-13.

中規定，達到法定結婚年齡的男女有權利依內國法律的規範締結婚姻並組成家庭。在本條中所強調的要件在於達到法定結婚年齡以及必須為異性。

2. 請求私人與家庭生活的權利應受尊重（歐洲人權公約第 8 條）

歐洲人權公約第 8 條規定，私人與家庭生活的權利應受尊重，國家若要對其加以限制，則必須具備一定理由，如該干預措施在民主社會中，為了國家或公共安全、地方經濟利益所必須，或為維護秩序、預防犯罪以及為保障健康或倫理價值或他人之權利，則在符合比例原則下，方得為之。

本條所稱之家庭生活，並不包括組成家庭的權利，或是收養，而指業已存在的「家庭生活關係」，此外對於家庭的定義也遠比第 12 條的家庭權來得廣，其意涵除了指涉一般所理解的經婚姻而成立之家庭外，還包括子女與其父母、或其他親屬，甚或有緊密關係之人所組成之共同生活而為實質的家庭，或稱社會意義的家庭。因此該父母無論有無結婚、與該子女是否有血緣關係，甚至同性伴侶之間或是寄養家庭與該受安置之孩子皆會落入本條所保護的範圍¹¹。

此外，該公約第 8 條除了消極地防止國家不當干涉外，也負有義務應儘可能積極促進其共營家庭生活，即便在家庭成員分居或子女在國家監管之下亦然¹²。若無具備客觀事實與合法性理由，而為不平等待遇時，即有違反第 14 條平等原則之可能¹³。依第 14 條之規定，對於公約所保障的權利，不得因個人之性別、種族、膚色、語言、宗教、黨派、屬於少數民族或弱勢團體、財產及其出身，而有差別待遇。因此，若此一平等條款與第 8 條，甚至第 12 條連用之後，可成為保障家庭生活權利以及締結婚姻與組成家庭權之基礎¹⁴。

¹¹ Meyer-Ladewig, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 8 Rn. 56.

¹² Rixe, Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, S. 223.

¹³ EGMR, Sahin v. Deutschland, 2001, no. 30943/96.

¹⁴ 許耀明，歐盟關於結婚權與組成家庭權之保護：從歐洲人權法院與歐洲法院相關案例談起，歐美研究，159 頁（2008）。

（三）歐盟－歐盟基本權利憲章

歐盟基本權利憲章對於婚姻與家庭權亦規定在第 7 條、第 9 條與第 33 條。原則上該憲章是依循各成員國的憲法傳統與主要的國際法，包括歐洲人權公約與歐洲社會憲章。然而由於歐盟原本成立的目的主要在於經濟的統合，對於像婚姻與家庭觸及文化核心的內容，也深受宗教影響，更須小心謹慎的加以定義。

首先在第 9 條中，明文規定締結婚姻與組成家庭的權利，而何謂應保障的婚姻與家庭，卻依各自內國的法規定之，此表示歐盟不但沒有對婚姻與家庭的定義有任何以高權詮釋的可能之外，更無權限鬆綁內國法對於婚姻家庭的定義¹⁵。

其次，在第 7 條中，則有如同歐洲人權公約第 8 條之內容，任何人有權利請求對於其家庭生活的尊重。

最後，比較特殊的在於第 33 條之規定，其仿照歐盟社會憲章第 16 條而制定，家庭應享有法律上、經濟上與社會上之保障。

（四）歐洲內國法的規制－以德國與瑞士為例

德國基本法中僅於第 6 條中明文規定婚姻與家庭權。首先在第一項中明定國家法秩序應給予婚姻與家庭特殊的保障。其次，承認父母對未成年子女的保護教養為其權利亦為義務，國家應予監督。違反教養者之意願下，未成年子女僅有在教養者不適任下或該未成年子女基於其他理由有無人照管之虞時，方得將其自家庭脫離予以安置。此外，要求國家提供母性保護措施以及確保非婚生子女應與婚生子女在法律上應有相同的地位。

¹⁵ Tettinger, Geerlings, Ehe und Familien in der europäischen Grundrechtsordnung, EuR 2005, S. 425.

至於瑞士憲法，其於 1999 年 4 月 18 日經公民投票通過，取代 1878 年所制定的版本，而分別在第 13 條與第 14 條中規範家庭生活關係以及婚姻與家庭權。前者，確保每個人有權利要求其私人與家庭生活、住居所、通訊自由受到尊重。後者則明定婚姻與家庭權國家應予保障。

小結：

綜上所述，可知婚姻與家庭在歐洲人權公約，歐盟基本權利憲章與瑞士憲法被區分為兩種不同的保障內容，公約第 8 條、憲章第 7 條以及瑞士憲法第 13 條所保障的為家庭生活關係，而公約第 12 條、憲章第 9 條與瑞士憲法第 14 條所保障的則是婚姻締結與組成家庭的權利。近幾年來，歐洲人權法院透過歐洲人權公約第 8 條，將家庭生活關係擴展至實質的家庭，相對的對於締結婚姻與組成家庭的權利則被限縮，而多以異性戀者之婚姻及其後所組成的家庭為核心¹⁶。以下詳述此兩種權利的保障範圍與限制。

二、婚姻與家庭權以及請求尊重家庭生活權利之範圍與限制

(一) 婚姻與家庭權

1. 締結婚姻之自由

(1) 權利保護的內涵

A. 請求權人以異性為前提

依據歐洲人權公約第 12 條之規定，就締結婚姻的權利人，由於法條文義使然，目前仍限制在兩不同性別之人¹⁷，尚未承認兩同性別之人可依據本

¹⁶ Wolff. Ehe und Familie in Europa, EuR 2005, S. 721.

¹⁷ EGMR 17.10.1986–9532/81, Serie A, Bd. 106, S. 19 Rn. 49 ff.–Rees/Vereinigtes Königreich, EGMR 24.6.2010–30141/04, Slg 10-IV Rn. 60 ff.–Schalk u. Kopf/Österreich。所謂不同性別之人，可包括因變性手術所具備的新性別，例如女性變性為男性後，則可與另一女性締結婚姻。EGMR 11.7.2000–28957/95 (GK), Rn. 97 ff.–Goodwin/Vereinigtes Königreich; EuGH NJW 2004, 1440.

條請求締結婚姻。換言之，對於第 12 條之解釋仍以傳統婚姻家庭的圖像，所謂婚姻為一男一女依國家所要求方式所締結之永久共同生活關係為主。此使得內國的戶政機關不接受在外國合法所締結的同性婚姻，亦未違反第 12 條保障締婚自由之規定。

雖然歐盟權利憲章第 9 條之規定是依據歐洲人權公約第 12 條而來，婚姻原則上理解為一男一女所結合法律上承認的共同生活關係，但其強調，該權利可以涵蓋同性伴侶在內，但其前提在於婚姻屬於應以規範所明定的基本權利（norm- geprägtes Grundrecht），因此本條所規定的締結婚姻的權利是否延伸至同性伴侶，則視締約國是否要將婚姻的概念擴及於同性間的結合，而以法律所明定。不過相對而言，其比歐洲權利公約第 12 條的婚姻概念來得彈性許多。

B. 結婚要件的訂定

歐洲人權公約第 12 條對於締結婚姻的自由，其所保障的範圍在於，就具備結婚能力之男女，應可自我決定是否要締結婚姻以及與何人結婚，同時包括不結婚的自由。然而締約國仍然有權限，對婚姻的締結設有要件，包括法定結婚年齡的訂定、形式要件的具備、結婚能力的要求、甚至因避免亂倫禁止一定親屬結婚或是確立一夫一妻制度等¹⁸。在此內國法仍可依據各國風土民情的差別，對於男女適婚年齡的規定，或是禁婚親屬的範圍作不同的規定，例如歐洲各國所規範的禁婚親屬即不相同，除了直系血親間之禁婚普遍為各國所承認之外，旁系血親的禁婚則有不同範圍，德國與瑞士法只禁止二親等的兄弟姊妹結婚（德民 1307 條；瑞民 95 條），但法國法則就三親等的旁系血親亦在禁止之列¹⁹。然而此仍不違反歐洲人權公約第 12 條連結第 14 條平等條款的適用。惟若締約國限制女子於婚姻解消後的一

¹⁸ Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Jens Meyer-Ladewig, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 12, Rn4-12.

¹⁹ 同註 14，164 頁。

定期間不得再婚，則必須進行比例原則的檢驗，因為再婚權也在歐洲人權公約締結婚姻的保障範圍之內²⁰。但第 12 條並未保障所謂的離婚權，此於歐洲人權法院在 1986 年 Johnston 對愛爾蘭一案中已明確表態，歐洲人權公約第 12 條所保障的締結婚姻權利雖源自於聯合國世界人權宣言第 16 條，但僅採擷前段締結婚姻與組成家庭的權利，而未包括婚姻解消後的權利與義務應予平等。世界人權宣言的第七號議定書中亦強調並未要求國家應給予人民離婚的權利。因此法院不能透過事後的詮釋，給予該條一開始即未規範的內容²¹。但是若離婚的程序過於冗長，因而使再婚受到影響，則有侵害第 12 條締婚權的可能。

歐盟權利憲章第 9 條同樣與歐洲人權公約第 12 條相仿，保障結婚與不結婚的自由，並要求締婚者的合意，以及不保障有主張婚姻解消、或離婚的權利。

(2) 權利保護的限制

第 12 條所保障的締婚權所受之限制並未有如公約第 8 條第二項之明確規定，賦予國家在具備該項所規定的情狀，而得合法干預該基本權利的行使。因此各締約國得以自由的形塑其締結婚姻自由的內容，而歐洲人權法院並不會檢驗內國法所限制的措施是否合乎民主國家及社會所必需，而只就該限制手段是否過當或不合比例原則，以致侵害締結婚姻之基本權利的內涵（*Wesensgehalt*）進行審查。例如對於變性者之結婚年齡限制、受刑人的締婚自由以及禁止結婚事由的正當性等²²。

²⁰ EGMR 18.12.1986–9697/82, Serie A, Bd. 112, Johnston ua/Irland.

²¹ Echr, Case of Johnston and others v. Irland, No. 9697/82, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-57508\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

²² Wolff, Ehe und Familie in Europa, EuR 2005, S. 722-724.

2. 組成家庭之權利

(1) 權利保護的內涵

歐洲人權公約第 12 條的組成家庭權與婚姻權相扣，使其定義十分狹窄，必須以符合依本條締結婚姻的夫妻為前提，而由該對夫妻與所生子女所共同組建的家庭，包括以自然或人工生殖的方式²³，方為本條所保護的客體。惟收養子女的權利並不必然包括在內，特別是在單身收養的情況下²⁴。

相反的，歐洲權利憲章第 9 條中的家庭權，則透過解釋認為與歐洲人權公約第 12 條的婚姻與家庭權不同，應理解成為兩個不同的權利，因此此處的組成家庭的權利明確的並未以婚姻作為要件，只要內國法允許，亦包括同居關係與其所生子女，甚至單親家庭或同性家庭。除了透過自然血親所建立的家庭之外，經由收養子女，或是寄養家庭接納，皆可能建立所謂的組成家庭權利。

瑞士憲法亦未明文規定所謂家庭指夫妻與婚生子女彼此所組成的一種形式而已，應包括所有父母子女的關係在內。

(2) 權利保護的限制

在組成家庭權利的限制中，包括國家施行計畫生育，控制夫妻生育子女的數目、或是要求強制結紮等措施時，皆有可能侵害此處所稱的家庭權，則此時所審查的標準在於內國法規，有無侵害組成家庭之基本權利內涵（Wesensgehalt），而應進行比例原則的檢驗²⁵。

²³ Müller-Terpitz, Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, Rn. 38-39.

²⁴ Meyer-Ladewig, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 12 Rn. 13.

²⁵ Jarass GrCh, 3. Aufl. 2016, EU-Grundrechte-Charta Art. 9

(二) 請求尊重私人與家庭生活的權利

1. 權利保護的內涵

歐洲人權公約第 8 條有關尊重私人與家庭生活的權利，由法條的規範方式來看，本來僅具備防禦權的性質，國家除了有第二項的特殊情形外，不得任意侵害人民的該項權利，然而在歐洲人權法院多年運用的結果下，不但影響程序法，要求國家在人民私人與家庭生活關係受到侵害時，應提供公平的程序讓其加以排除，甚至賦予國家應有積極的作為義務來保障私人與家庭生活²⁶。然而在私人與家庭生活的保障下，皆會涉及婚姻與家庭權的面向，以下分述之：

本條所保障的私人生活的概念指一個人對於自己的身體與在社會中所產生之認同感，而包括對於自我人格發展，性向、依自己的意願選擇生活的形態或發展人格，以及與他人或外界建立一定關係之權利²⁷。

歐洲人權法院在私人生活的保障上所肯認的有如下權利²⁸：一、使子女知悉有生身父母的權利，國家僅能在符合第 8 條第二項的規定下予以限制，並應進行與第三人的利益衡量²⁹。二、確認生父或提出婚生否認之訴³⁰，當推定之父設有除斥期間之規定，不得再提起婚生否認之訴者，必須在考量身分安定性與子女利益下為之³¹。三、性傾向與性生活亦為第 8 條保護的範圍內，因此滿 21 歲之同性間性行為不得處罰，對於同性伴侶不得予以歧視³²。變性者在變性後卻未能於戶政機關更改性別，對其私人生活造成重大侵

²⁶ Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Jens Meyer-Ladewig, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 8, Rn4-12.

²⁷ Pretty/Vereinigter Königreich, EGMR, Slg. 2002-III Nr.61=NJW 2002, S. 2851.

²⁸ Meyer-Ladewig/Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 8 Rn. 21-27

²⁹ EGMR 13.2.2003-42326/98, Slg 03-III-Odièvre/Frankreich: 法國可將嬰兒匿名送養的規定並未違反第 8 條。

³⁰ EGMR 7.5.2009-3451/05, Rn. 28-30-Kalacheva/Russland: 違反公約之規定，因法院並未下令進行親子鑑定。

³¹ EGMR 10.10.2006-10699/05, Slg 06-XI Rn. 41-47-Paulik/Slowenien:

³² EGMR 7.11.2013-29381/09 (GK), Slg 13-Vallianatos ua/Griechenland.

害³³。變性者由女性變成男性後與其伴侶進行人工生殖，但不得登記為該子女之父親。就此歐洲人權法院並未認為違憲，因涉及醫學、法律與社會的疑難問題，大多數締約國仍尚未有共識³⁴。四、受監護宣告而喪失行為能力將對本人的私人生活造成重大侵害，必須有第二項所規定的正當理由並合乎比例原則。主管機關與法院必須進行利益衡量並有裁量空間。監護宣告的程序必須嚴謹並保障第 8 條之權利不受侵害。原則上應以醫生的鑑定報告作為依據並使本人有聽審權³⁵。五、繼承權利的保障，親屬之間的繼承屬於家庭生活的展現，因此禁止非婚生子女有繼承權，則有違反平等條款之虞。此外，若內國法有喪失繼承權事由之規定，則必須具有合理的原因，並為利益衡量³⁶。其次，在家庭關係中所肯認的有如下權利³⁷：一、家庭關係的建立為第 8 條保護的範圍。家庭由父母與子女所組成，尊重個人想要成為父母的意願亦屬之³⁸。對於內國法禁止使用已經一方生殖細胞所有人撤回同意之冷凍受精卵進行人工生殖，因符合第 8 條第二項的規定而未侵害家庭關係的建立³⁹。二、歐洲人權法院並未承認有墮胎權，但禁止墮胎則有可能侵害私人生活，若內國有制定人工流產法者，於一定要件下可進行人工流產時，則國家負有義務應保護孕婦之身體健康⁴⁰。三、舉行與參加近親喪禮的自由亦為本條之範圍，可能涉及私人生活的面向，包括是否將骨灰撒在自己擁有所有權的土地上，或是主管機關禁止配偶之一方運送骨灰罈等⁴¹。

³³ EGMR 25.3.1992–13343/87, Rn. 58 –B./Frankreich.

³⁴ EGMR 22.4.1997–21830/93, Slg 97-II Rn. 42, 52–X, Y u. Z/Vereinigtes Königreich.

³⁵ EGMR 27.3.2008–44009/05, Rn. 87–94–Shtukaturv/Russland.

³⁶ EGMR 28.5.2009–3545/04, Rn. 30–Brauer/Deutschland; EGMR 1.12.2009–64301/01, Rn. 129–134–Velcea u. Mazare/Rumänien.

³⁷ Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Jens Meyer-Ladewig, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 8, Rn28–30.

³⁸ EGMR 10.4.2007–6339/05 (GK), Slg 07-I–Evans/Vereinigtes Königreich.

³⁹ 相關人工生殖案例，請參閱戴瑀如，生殖科技對親子關係之影響－數則歐洲人權法院判決所帶來的省思，科技發展與法律規範雙年刊，299–339 頁（2011）。

⁴⁰ EGMR Tysiąc/Polen: 因未施以措施確立是否有人工流產之相關法規，而違反第 8 條之規定。

⁴¹ EGMR 17.1.2006–61564/00, Slg 06-I–Elli Poluhas Dödsbo/Schweden.

本條所保障的「家庭生活」主要指社會意義的家庭，而有以下兩個指標：其一指共同生活的伴侶或配偶，與其因自然血緣或收養而來的子女所組成的家庭，⁴²，自然與上述公約第 12 條所稱組成家庭權利中的家庭定義有所不同，而更為寬廣。換言之，無論是夫妻或伴侶、婚生或非婚生，只要建立事實上的家庭，因共同生活產生緊密連結，即為此處所保障的範圍。因此同性伴侶亦可能產生家庭生活，寄養家庭亦然⁴³。其二，本條並不包括請求組成尚未存在的家庭，該家庭生活必須為已經現實存在，而其親屬關係愈親密，愈無需證明該家庭生活實際存在。因此在婚姻關係存續中或是在同居關係中所出生之子女，其自出生後即與該父母產生一定的連結，而認定有家庭生活關係。至於雙親未同居的情形下，則必須證明其與該子女關係緊密，已存在事實上的家庭，因此僅有血緣連絡之生父，未有其他與子女之連結者，是無法成立本條之家庭生活關係⁴⁴。此外第 8 條亦未賦予生父可提起婚生否認之訴。就婚生否認之訴設有除斥期間的規定，亦被認為屬保障身分安定性與子女利益的措施，而未違反公約之規定⁴⁵。

歐洲人權法院在「家庭生活」肯認的權利如下：

首先在建立家庭關係的權利上有二，其一為請求收養的權利並非第 8 條所保障的範圍，但就已經收養但並未共同居住或未建立緊密關係者，因具有潛在的發展可能性，而為本條所涵蓋⁴⁶。至於出養未經一方父母同意者，則明顯侵害該方父母的家庭生活，此常發生在未獲親權一方父母，而又跟子女疏離的情形⁴⁷。其二，受刑人的家庭生活也在本條保障範圍之內。獄政管理單位必須協助受刑人，使其維持家庭生活關係，包括限制家庭成

⁴² EGMR 26.5.1994–16969/90, Ser. A, Nr. 290–Keegan/Irland., EGMR 3.12.2009–22028/04– Zaunegger/Deutschland.

⁴³ EGMR 27.4.2010–16318/07, Rn. 46 ff.

⁴⁴ EGMR 1.6.2004–45582/99, Slg 04-IV–L.v./Niederlande. EGMR 21.12.2010–20578/07–Anayo/Deutschland.

⁴⁵ Vgl. EGMR 22.3.2012–23338/09–Kautzor/Deutschland; EGMR 5.11.2013–26610/09–Hülsmann/Deutschland. EGMR 24.11.2005–74826/01, Rn. 30, 39, 45–Shofman/Russland

⁴⁶ EGMR 12.1.2008 – 43546/02 (GK), Rn. 41 – E.B./Frankreich.

⁴⁷ EGMR 25.1.2007 – 21949/03, Rn. 34-37 – Eski/Österreich für nicht verheirateten Vater; für ein Gesetz EGMR 26.5.1994 – 16969/90, Serie A, Bd. 290, S. 16 – Keegan/Irland.

員的探訪、完全排除在監獄外探訪的可能性、拒絕使受刑人參加父母的喪禮、禁止受刑人進行人工生殖手術等各種措施，皆須為嚴格的審查，是否有合乎第 8 條第二項之規定，而在各種利益衡量與比例原則的適用下，取得正當性的基礎⁴⁸。

其次，對於家庭生活關係的促進，則包括家庭成員或是一方父母與子女請求共同生活或私人接觸的權利⁴⁹。此時無論父母是否仍為已中止同居關係或離婚，皆不影響此一權利的請求。同時國家亦必須採取積極措施以達到該目的。當國家所採取的措施會阻礙雙方父母或一方父母與其子女或其他親屬間的家庭生活關係時，則應進行第 8 條第二項的審查，確定是否有正當性的基礎。其特別展現在會面交往權與親權上。若一方父母有取得會面交往權或親權者，國家應提供各種措施，透過法院的裁定令其實踐⁵⁰。依據國家的命令，使家庭成員分離之措施，必須具備子女利益之重大事由方得為之。此外，對於子女由家中帶離的安置措施應有期間的限制，並當帶離原因消失後應立即予以中止⁵¹。若要將甫出生的嬰兒帶離家中時，則必須具備特殊急迫的事由⁵²。在離婚後父母一方子女拐帶事件上，要求締約國遵守國際海牙子女誘綁公約，而提供迅速的執行，並應留意執执行程序的方法與時間。就此，子女之最佳利益必須置於先位考量。在此，國家的義務並非絕對的，而必須進行利益的衡量，例如駁回生父對生母就其非婚生子女應共同行使親權之請求⁵³。另外法院的程序延宕亦會侵害本條所保障的家庭生活，例如在生父對非婚生子女或離婚之父母一方請求與子女會面交往的情形等。甚至歐洲人權法院也要求在確認親子關係訴訟時，親子鑑定與當事人的聽審程序應被履行，即國家應有法規強迫進行親子鑑定程序，或其他調查的可能性⁵⁴。

⁴⁸ Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Jens Meyer-Ladewig, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 8, Rn64-66.

⁴⁹ Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Jens Meyer-Ladewig, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 8, Rn69-75.

⁵⁰ EGMR 22.6.2006–7548/04, Rn. 78 ff.–Bianchi/Schwitzland

⁵¹ EGMR 24.3.1988–10465/83, Serie A, Bd. 130, S. 36 Rn. 81–Olsson/Schweden.

⁵² EGMR 8.4.2004–11057/02, Slg 04-III–Haase/Deutschland

⁵³ EGMR 3.12.2009–22028/04, Rn. 40–Zaunegger/Deutschland mAnm Coester NJW 2010, 482; EGMR 3.2.2011–35637/03–Sporer/Österreich; EGMR 15.9.2011–17080/07–Schneider/Deutschland.

⁵⁴ EGMR 7.2.2002 – 53176/99, Slg 02-I–Mikulic/Kroatien.

至於對於家庭生活的保障，於伴侶間止於該關係中止，於夫妻間止於婚姻解消，於親子關係間則止於出養。

歐洲權利憲章第 7 條有關尊重私人與家庭生活與歐洲人權公約第 8 條的內容完全相同，私人生活包括個人的自我認同、姓名權，及人格發展以及與他人所建立的關係。家庭生活的保障則在歐洲權利憲章被高度重視。家庭生活的定義與歐洲人權公約第 8 條相仿，不單指由婚姻所建立的家庭生活，尚指所有長期建立的緊密個人關係，而以共同生活為基礎。重要在於已經實質建立的家庭，包括有共同的住所、共同生活的形式與長短，以及伴侶彼此間的依附程度。首先在第 7 條的家庭生活包括夫妻、同居伴侶、同性伴侶，此外亦不以有子女為前提。其次，所有的父母子女關係亦為家庭生活所保障，不論經由自然血親或法定血親所建立的親子關係，亦或單親、繼親與寄養家庭亦屬之。若父母離婚或分開，子女則會跟兩方父母分別組成家庭生活。此外，家庭生活亦可能存在兄弟姊妹或是祖孫間，甚至叔姪間等，惟前提在於彼此間已存在的緊密連結與依附關係⁵⁵。

2. 權利保護的限制⁵⁶

第 8 條所保障的家庭生活，應防止國家以不當的措施進行干預，國家並應提供家庭成員適當的措施，確保家庭生活的實現。

對於「家庭生活」權利的限制，與第 12 條不同，直接來自於法條的明文規定（該條第二項），僅有符合該項所規定之內容時（為了國家或公共安全、地方經濟利益所必須，或為維護秩序、預防犯罪以及為保障健康或倫理價值或他人之權利），國家方得就違反其保護義務的行為，或施以直接措施而侵害人民家庭生活關係之情形，予以正當化。

⁵⁵ Jarass GrCh, 3. Aufl. 2016, EU-Grundrechte-Charta Art. 7, Rn. 18-21

⁵⁶ Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Jens Meyer-Ladewig, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 8, Rn. 101-121

其應具備的要件有三：其一為對於侵害人民私人與家庭生活的措施必須要有法律依據，該法律必須符合法治國原則（*Rechtsstaatsprinzip*）；其二為該侵害措施乃為達到該條第二項所稱之目標而不得不為；其三為民主社會所必須，意指處於急迫的社會需求而必須採取該侵害措施，所採取的手段並應符合比例原則。

對於何謂民主社會所需求的措施，歐洲人權法院認為各締約國有一定的裁量空間，歐洲人權法院所檢驗者在於，該侵害措施是否為達成所稱之目標而符合比例原則，以及內國的主管機關與法院是否已提出充分的理由。特別是針對具有人倫性質的法規，歐洲人權法院認為更應給予各國更寬廣的裁量空間，甚至要考量在歐洲各國間是否已達成普遍的共識⁵⁷。至於該侵害措施是否符合比例原則，歐洲人權法院主要檢驗內國司法機關是否已在公約所保障的個人權利以及公共利益中或甚至可能在私人相衝突間的利益中進行衡量，例加子女的最佳利益何在？是應由國家安置保護？或是由其父母為之。

對於侵害家庭生活的措施包括使未成年子女與父母或祖父母分離，例如將未成年子女安置在機構或寄養家庭。就此，歐洲人權法院在檢視各國案件中承認有許多不同的條件下促使各國作成此一決定，但不論如何子女利益應放在最先位考量。當該未成年子女於寄養家庭所待的時間愈久，則對其利益的考量也會隨著事實上家庭的成立而有所改變，同時會凌駕其父母想要家庭團聚的意願。因此單單僅以便利之故將子女進行安置，不成為可強迫其與父母分開的理由⁵⁸。將一未成年子女由家中帶離並於機構進行安置，乃基於保護該子女免於受性侵或虐待，或是其本生父母基於健康緣故無法行使親權等。但若是因其生活條件欠缺，無足夠的居住空間時，則不

⁵⁷ ZB EGMR 4.12.2007 –44362/04 (GK), Slg 07-V–Dickson/Vereinigtes Königreich

⁵⁸ EGMR 12.7.2001–25702-94 (GK)–K. und T./Finnland.

成為安置的理由，國家應找尋其他方式去協助該家庭⁵⁹。對於將初生兒自其母親於帶離並安置在機構屬於特別嚴重之措施，而要具備更充足之理由，說明已無其他侵害更小之措施。歐洲人權法院會在個案中檢驗，於父母子女間之利益中，以子女利益優先考量⁶⁰，父母不得請求會使未成年子女之健康與成長受到損害的措施⁶¹。此外，歐洲人權法院也強調對於私人與家庭生活的保障亦及於程序法上。在親權或是有關安置的相關家事訴訟中，應給予父母雙方有參與程序的機會，並在程序中要求法院，能對於事實爭點加以闡明，調查證據並給予心證⁶²。歐洲人權法院甚至檢驗當事人是否在內國法的司法救濟管道中有公平之程序得以進行，此外對於講求時效的親子涉訟程序，亦要求應於適當時間內作成裁判⁶³。

歐洲權利憲章亦適用歐洲人權公約第 8 條第二項的限制規定⁶⁴，在此不再贅述。

三、婚姻與家庭權與請求尊重家庭生活權利相互重疊與排擠效應

隨著社會與家庭型態的轉變，當傳統異性戀者所組成的婚姻與家庭不再是唯一的選擇時，代表婚姻與家庭權的概念可能就有往外擴張的必要，此時即會與請求尊重家庭生活關係的權利產生重疊。歐洲人權法院近幾年來不斷擴張與發展第 8 條所保障的家庭生活關係範圍，已如上述，其結果造成第 12 條的婚姻與家庭權的概念被極度的限縮，其原因有三，一為婚姻與家庭權的保障範圍所涉及的為較狹窄的生活領域；二來亦有刻意為了符合法條嚴格的文義，而作限縮的解釋，但卻使得此項基本權利在今日會受

⁵⁹ EGMR 21.9.2006–12643-02, Rn. 68 ff.–Moser/Österreich.

⁶⁰ EGMR 12.7.2001–25702-94 (GK), Rn. 155–K. u. T./Finnland.

⁶¹ EGMR 13.7.2000–25735-94 (GK), Slg 00-VIII Rn. 50–Elsholz/Deutschland

⁶² EGMR 27.5.2004–66746-01, Rn. 95–Connors/Vereinigtes Königreich.

⁶³ EGMR 9.5.2003–52763-99, Rn. 136 ff.–Covezzi und Morselli/Italien.; EGMR 10.11.2005–40324/98, Rn. 100–Süss/Deutschland.

⁶⁴ Jarass GrCh, 3. Aufl. 2016, EU-Grundrechte-Charta Art. 7, Rn.34

到侵害的情形幾乎已經不復存在；三來過去在兩種基本權利範圍可能產生重疊的情形下，歐洲人權法院總是選擇以「尊重家庭生活權利」來處理⁶⁵，而非擴張婚姻家庭權的概念。此舉使得婚姻與家庭權，以及家庭生活權利二者在現今社會出現多元形式的婚姻與家庭之後，更難作一明確的劃分⁶⁶，也讓婚姻與家庭權難以為概念的延伸。

加之，由於此兩種基本權利—婚姻與家庭權以及尊重家庭生活關係—所保障的密度與強度不同，前者，因為範圍被限縮得很小，特別在現今社會，不以締結婚姻組成家庭作為共同生活的人日益增多，使得所適用的可能性相對而言低很多，但就權利的限制上，歐洲人權法院僅就該限制手段是否過當或不合比例原則，以致侵害締結婚姻組成家庭之基本權利的內涵（Wesensgehalt）進行審查。後者，儘管歐洲人權法院不斷透過第 8 條的尊重私人與家庭生活關係，企圖保障在傳統婚姻家庭圖像之外所出現日益增多的共同生活模式，然而一來仍允許內國法在符合第 8 條第二項所規定的情形下，得以措施加以限制人民的該項基本權利；二來針對該項法規，通常甚至必須尋求歐洲締約的大多數國家的共識之後，才有可能受到挑戰，而被認定違反公約之規定⁶⁷。

是以，若能適度放寬婚姻與家庭權的範圍，相對於尊重家庭生活權利而言，因其所受之違憲審查的密度更為強大，而能使締結婚姻與組成家庭的基本權保障發揮更大的效用。有學者⁶⁸即指出可嘗試在目前有關締結婚姻與組成家庭的權利範圍中進行適度的擴張。其包括以下的面向：

⁶⁵ Wolff. Ehe und Familie in Europa, EuR 2005, S. 721.

⁶⁶ Wolff. Ehe und Familie in Europa, EuR 2005, S. 721.

⁶⁷ 戴瑀如，國家應否及如何介入子女親權與會面交往權之酌定—歐洲人權法院相關裁判之評析，月旦法學雜誌，第 151 期，71-91 頁（2007）

⁶⁸ Wolff. Ehe und Familie in Europa, EuR 2005, S. 728-733.

首先就締結婚姻自由的基本權利而言，應使每個人得自由決定是否要締結婚姻，國家不得強迫人民締婚或禁止人民締婚，因此有關結婚要件或法律所定禁止結婚的事由，即需要進行違憲審查，並應符合比例原則。但此一基本權利的保障並不止於防禦權的面向，亦可積極的建構國家的保護義務。一般而言，國家對於婚姻權的保障在於防止國家本身的措施侵害人民的權利，但若該締結婚姻或組成家庭的決定是來自於家族、社會或宗教的壓力下所作成時，則國家仍有義務，提供法律或事實上的預防措施，排除人民因前述理由而締結或不締結婚姻。此項國家的保護義務是由落實婚姻與家庭基本權利的目的所導出，而必須經由司法判決在個案中予以落實。

其次，在歐洲人權公約第 12 條及歐洲權利憲章第 9 條之規定，皆明文保障締結婚姻之自由，但是否亦保障婚姻不被解消之權利？並未明確指出。在此包括已締結之婚姻被動的被國家強制解消的情形，以及主動要求離婚的權利。針對前者，瑞士憲法相較於歐洲人權公約與歐洲權利憲章而言，更清楚將締結婚姻的權利不只限縮在成立要件上，也包括防止國家不得任意對已依法締結之婚姻宣告無效，此皆同會侵害締婚自由，而有進行違憲審查的必要，並應合乎比例原則。至於是否因此可由締婚自由導出有離婚的權利，歐洲人權公約持反對見解，已如前述。然而若由離婚為再婚的前提，以及婚姻為永久締結的共同生活關係也早已不符合社會現實的狀態，因此離婚的權利亦有納入締婚自由保障的必要性⁶⁹。

最後，就組成家庭的權利而言，家庭權一開始主要建構於父母生育子女的權利，包括生育子女的意願、時間以及數目。然而此一概念是否亦包括一方父母與其子女所組成的家庭？誠有疑問。依照歐洲人權公約第 12 條將婚姻與家庭權相互連結，使得只有夫妻與所生子女所組成的家庭被涵括在內，如前所述，而排除非婚生子女與其父母一方的家庭生活，此一關係

⁶⁹ Wolff. Ehe und Familie in Europa, EuR 2005, S. 728-730

只能依照歐洲人權公約第 8 條以請求尊重「家庭生活關係」的方式加以保障。至於歐洲權利憲章第 9 條或瑞士憲法第 14 條反而在家庭權的組成上，並不如歐洲人權公約必須以婚姻作為前提，而至少能納入未婚父母或一方父母與非婚生子女所建立的家庭生活關係。至於法定血親，即經由收養的方式所建立之親子關係並不必然包括在第 12 條的家庭權範圍內，特別是單身收養，已如前述。然而收養不只建立新的家庭關係，同時也中止與本生家庭的關係，若由此一角度觀之，應亦為家庭權所涵蓋，而非以「家庭生活關係」進行處理。在 *Odievre* 對抗法國的案件中，出養之子女向出養機關請求本生父母的資訊遭到拒絕，歐洲人權法院檢驗公約第 8 條之私人生活的尊重，認為法國政府在考量本生父母的隱私權後，已給予部分資訊的作法，並未違反該條之規定⁷⁰。在本案中若能承認屬於家庭權，而非家庭或私人生活的保障時，則其所受到的違憲審查密度較強，而非僅以違反公益之理由輕易使政府得以進行干預。生母未經生父之同意，而將非婚生子女出養的情形亦然，以第 8 條家庭生活關係處理時，將使該生父與其非婚生子女組成家庭的權利，因欠缺現存的家庭生活關係，而不易受到保障⁷¹。

同樣的，在德國法中，對於其基本法第 6 條所保障的家庭概念，也由常年來只侷限在父母子女，即所謂的小家庭（*kleinfamilie*），在近幾年，透過德國聯邦憲法法院所作的裁定擴展至近親之間的家庭連結，承認除了父母子女以外，最近親屬，包括祖孫、叔姪等亦可達成第 6 條之目的，彼此基於親密的情感，互負照顧責任，而應享有特殊的保障。由此延伸，對於繼親家庭、收養家庭與寄養家庭，甚或分居之父母與其未成年子女等，亦納入所謂家庭權的概念⁷²。

⁷⁰ https://www.humanrights.ch/upload/pdf/050302_case_odievre.pdf

⁷¹ Wolff, Ehe und Familie in Europa, EuR 2005, S. 733-734.

⁷² Uhle, Abschied vom engen familienbegriff, NVwZ 2015, 272-275.

綜上所述，對於範圍過於狹窄的婚姻與家庭權，以及包山包海的家庭生活關係權利，在隨著婚姻家庭形式的多元化之後，究應如何重行劃分此兩種權利的界線，讓其各具有明顯的特徵，而保有此兩種基本權利分開保障的獨特性，以及發揮其最大的功效，將是歐洲在未來婚姻與家庭權發展的極重要任務。

參、婚姻與家庭權在我國憲法解釋中的定位

婚姻與家庭權，在我國屬於憲法上未列舉之權利，僅能以第 22 條規定「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序及公共利益者，均受憲法之保障」，以及透過司法院大法官在具體個案中的解釋，進一步肯認⁷³。

一、婚姻權

首先在婚姻權上，觀察大法官歷年來所作解釋中，其中多號釋字涉及締結婚姻的自由，而對於婚姻的要件進行解釋。早期處理甚多案件在於養子女與本生子女是否有違反禁婚親的規定（12、32、34、58、91 號），大法官必須處理傳統習俗中「將女抱男」與童養媳制度，與現代民法收養制度所產生的衝突。大法官會議最終認為，當養父母收養養子女時本有使其與婚生子女結婚之真意者，即不受現行民法不論是有關 983 條近親禁止結婚之規定，或是終止收養規定之限制，而承認「將女抱男」或是「童養媳」制度為民法收養制度外的另一種收養制度⁷⁴。之後，則處理有關重婚的問題（242、362、552 號），於釋字 242 號首度提及婚姻受到憲法第 22 條等關於自由權利應受保護之基本價值理念之保障；釋字 362 號肯定之，認為婚姻自由包含結婚自由以及與他人相婚之自由。釋字 552 號則闡明，「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及

⁷³ 李震山，憲法意義下之「家庭權」，國立中正大學法學期刊，66 至 68 頁（2004）。

⁷⁴ 陳惠馨，憲法解釋對身分法制發展之影響，憲政時代，32 卷 1 期，42-46 頁（2006）。

維持社會秩序，應受憲法保障。民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，即本此意旨而制定。婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。」就此，確立我國憲法有保障婚姻自由權，但該自由仍有限制，禁止重婚之規定，在婚姻制度樹立一夫一妻之原則下，並不違憲，惟在後婚相婚人有信賴利益的情況下，不得限制其締婚自由。

至於婚姻在我國是否享有制度性保障，於釋字 554 號有關刑法是否對通姦與相姦者處以罪刑中加以肯認，「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第三六二號、第五五二號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」

除此之外，過去大法官對於締婚自由的另一面向，即離婚之自由與限制，亦有不少著墨，包括釋字 18 號、147 號、372 號以及 452 號，其中 18 號、147 號與 452 號皆與夫妻間履行同居義務有關，連帶影響是否構成惡意遺棄而得為裁判離婚的事由，使得已成立之婚姻面臨必須解消的結果。至於 372 號釋字則處理有關裁判離婚事由中所謂不堪同居之虐待的認定標準。

在上述的解釋文中，對於婚姻的保障仍然維持在傳統異性婚的架構下，直至釋字第 647 號解釋率先展開對於一夫一妻以外之其他形式的共同生活是否亦應納入法律保障的論辯。此一釋字中涉及遺產暨贈與稅法第 20 條限制配偶間贈與免稅，是否有違反憲法平等原則，而大法官認為對於欠缺婚姻法定要件，而未成立法律上婚姻關係之異性伴侶，仍無法享有與配偶同

等之待遇，係因該規定為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認為與憲法第 7 條⁷⁵之平等原則相違背。惟理由書中最後亦增添說明，有鑑於異性伴侶與具法律上婚姻關係之配偶間之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度的法律保障。釋字第 647 號解釋雖然目前仍選擇保護固有之婚姻制度，但已授予立法機關，在未來應適度對於僅同居生活之人，給予法律的保障，而就擴張婚姻家庭型態，踏出了重要的第一步。僅接著釋字第 748 號解釋更挑戰同性間締結婚姻組成家庭的可能性，而認為結婚自主權，不應因性傾向而有差別對待。當同性別二人想要經營共同生活，成立具有親密性及排他性之永久結合關係時，亦攸關其人格健全發展與人性尊嚴之維護，自應同受憲法第 22 條婚姻自由的保障。由司法院釋字第 748 號解釋的內容觀之，其所強調者乃在於，同性之間的永久親密共同生活型態，應比照異性婚姻納入法律保障，其與釋字第 647 號解釋相比，就擴張婚姻家庭的概念上，更邁進一大步，直接認為同性別二人組成永久親密之共同生活並無損於婚姻制度或其他相關公益，而命立法機關限時修法或制定相關法律以保障之。自此號大法官會議解釋之後，我國法制實已邁向擴張婚姻家庭型態的道路上闊步前行⁷⁶。

二、家庭權

至於家庭權在我國憲法上的定位，與婚姻權相同得以憲法第 22 條作為依據。論者以釋字 242 號後之內容「嚴重影響家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由權利之規定有所牴觸。」而認為憲法第 22 條亦將「家庭生活及人倫關係」視為憲法所應保障之人民自由及權利⁷⁷。惟此處所指之家庭權，其範圍有多廣，是否必

⁷⁵ 憲法第 7 條之規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」

⁷⁶ 戴瑀如，大法官解釋 748 號的立法因應，台灣法學雜誌，328 期，49-50 頁（2017）。

⁷⁷ 同註 73，66 至 68 頁。

須與婚姻權連結，並不清楚，還是可以如同前述歐洲對家庭權與家庭生活關係概念的發展一般，再進行細部的區分？以使家庭的形式與內涵有變動的空間，而不受制於婚姻型態的影響⁷⁸？實仍有檢討的必要。

歷年來有關家庭權的相關釋字，若以前述對於家庭權的定義觀之，直接涉及組成家庭權利者較少，主要集中在收養的相關限制上（87 號、502 號，712 號），對於收養的實質要件中，有關違反收養者與被收養人年齡限制之規定，首先釋字 87 號先檢討收養子女違反民法第一千零七十三條收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上之規定者，僅得請求法院撤銷之，並非當然無效之法律效果，其後，於釋字 502 號中，對於收養人為夫妻時，是否雙方皆應與被收養人在年齡上應差距二十歲之規定，有所質疑，對於該條規定認為符合我國倫常觀念，為維持社會秩序、增進公共利益所必要，與憲法保障人民自由權利之意旨並無牴觸。因此收養者與被收養者之年齡合理差距，固屬立法裁量事項，惟基於家庭和諧並兼顧養子女權利之考量，上開規定於夫妻共同收養或夫妻之一方收養他方子女時，宜有彈性之設，以符合社會生活之實際需要，有關機關應予檢討修正，而放寬繼親收養與夫妻共同收養中一方對於年齡的限制。就此，特別是後者，其實已經考量繼親家庭的組成家庭權利，而並不僅僅限於傳統婚姻家庭圖像的範疇。至於釋字 712 號，則挑戰兩岸人民關係條例中對於已有子女或養子女之臺灣地區人民欲收養其配偶之大陸地區子女，法院應不予認可之規定是否違憲的問題。在本號釋字中，認為家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。而收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。是人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之人格自由發展，應受憲法第二十二條所保障。是以，就臺灣地區人民已有子女或養

⁷⁸ 同註 73，69 頁。

子女而欲收養大陸地區人民者，明定法院應不予認可，對臺灣地區人民收養大陸地區人民之自由實有所限制，特別在兩岸政治、經濟及社會因素之變遷下，該限制是否尚符合比例原則，不無疑義。在此號釋字中，雖然承認人民有收養子女之自由，而為家庭制度之一環，但更多著墨在收養人與被收養人之人格自由發展，因此是否會落入前述歐洲人權公約第 8 條之尊重私人與家庭生活之權利？似乎亦無法明確予以區隔。

最後，對於民法親屬編的親子關係認定有重大影響的 587 號解釋，涉及婚生否認之訴的訴權人受有限制是否有違憲之虞。依照舊有規定，受到婚生推定的子女，若其與推定之夫實際並無血緣關係者，只有夫或妻可於子女出生一年內提出婚生否認之訴，而解消失與該子女的法定父子關係，至於子女或生父皆未有獨立提起否認之訴的資格。此一規定原本為保護婚姻與家庭中的夫妻與父母子女關係，兼顧身分安定性與子女利益而設，未料有愈來愈多的婚姻，其中一方於婚後離家與第三人同居生子，子女實際上乃與母親及生父共同生活，然而無論夫或妻皆因時效已過，而無法再提起婚生否認之訴，以致子女無法與血緣上之生父建立親子關係。大法官會議乃引用聯合國兒童權利公約第 7 條第一項之規定，承認子女有獲知其血統來源之權利，並就確定父子真實身分關係乃攸關子女之人格權，而受憲法第 22 條所保障⁷⁹。此外亦參考德國瑞士民法之相關規定，皆明定子女有提起婚生否認之訴的權利。對於台灣民法就子女無法提起否認之訴之規定，肯認將使子女之訴訟權受到不當限制，侵害其人格權益，與憲法保障人格權與訴訟權之意旨不符，有關機關應適時就提起婚生否認之訴之主體、起訴除斥期間之長短及起算日等相關規定檢討改進。惟針對生父可否對已推定為他人之婚生子女提起否認之訴，仍因該限制係為避免因訴訟破壞他人婚姻之安定、家庭之和諧及影響子女受教養之權益，與憲法尚無牴觸，無增訂生父為訴權人之必要。但是大法官會議就此仍留下開放的空間，給予

⁷⁹ 憲法第 22 條規定，凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。

立法者立法之自由，於未來可衡量社會觀念之變遷，以及是否考量在特定條件下，如夫妻已無同居共同生活之事實、子女與生父事實上已有同居扶養之關係等，而有限度放寬此類訴訟之提起。其後，立法者乃於 2007 年配合釋字 587 號之意旨修訂婚生否認之訴的規定。惟十年過去，直至今日，尚未見立法機關對於生父得否有限度的放寬此類訴訟作出回應。對於釋字 587 號所涉及的内容應較屬對於「私人與家庭生活關係」的保障，而非組成家庭的權利內涵。特別是婚姻家庭外之第三人－生父得否就親子關係提起訴訟，此在歐洲各國或歐洲人權法院已有多起案例，透過「家庭生活關係」的保障，用以擴張實質家庭關係的保障，而排除形式之婚姻家庭所確立的親子關係，例如德國於 2004、2008 年增訂相關規定，子女之生父可於受婚生推定之父與該子女並無實質之家庭關係下，得以提起否認之訴，與該子女建立法定的親子關係（德民 1600 條第二項）。若子女與經認領而成為法定父親之人，並無實質家庭生活關係存在者，且該認領之目的為使子女或其父母之一方取得移民或居留許可者，主管機關亦可提起否認子女之訴訟（德民 1600 條第三項）。更有甚者，德國聯邦最高法院（BGH）最新作成的裁定更強化實質家庭生活關係的重要性，甚至可凌駕於血緣之上，在該案中，生母與其同居人共同養育其前段關係所生之子女，同居人並已透過認領與該子女建立法定之親子關係，於是生父乃持親子鑑定證明欲提出否認子女之訴，卻遭敗訴。法院之理由在於，生父之所以可提起否認子女之訴的前提在於，該法律上之父親與未成年子女未有社會家庭關係存在，然而本案中之法定父親已與該子女建立事實上的家庭關係，因此不允許生父再得推翻法定親子關係，縱使有血緣連結亦然⁸⁰。在此德國突破必須以婚姻所締結之家庭生活關係方有受保障之必要，即使父母為同居關係，只要有實質的家庭生活即可排除生父的介入。

⁸⁰ BGH, 18.10.2017 - XII ZB 525/16

綜上所述，透過大法官會議釋字，我國對於婚姻權與家庭權應已賦予憲法上的定位，然而與德國或瑞士不同，並未在憲法所列舉的人權範圍中，而須靠憲法第 22 條所預留的概括保障內容加以詮釋，因此並未清楚區分所謂婚姻與家庭權以及私人與家庭生活關係兩種不同的權利保障內容，而有賴於大法官們在相關個案中作出解釋，在婚姻家庭之觀念會隨著時代演進而有所改變下，如何利用此兩種不同權利給予人民在婚姻與家庭權上之適度保障，實猶賴各國立法與司法機關的協力。

肆、結語

歐洲在婚姻與家庭權的發展上，區分為兩種不同概念，歐洲人權法院一方面極度限縮締結婚姻與組成家庭的權利，仍在傳統的異性婚架構下，歐洲權利憲章亦然，此舉當然有尊重各個締約國基於宗教文化價值所認定的婚姻家庭定義，但他方面也嘗試透過家庭生活權利的保障，適度的予以解套，用較為緩慢的方式，以個人權利角度切入，先以保護實質家庭生活出發，進一步或許能達到擴展婚姻家庭定義的目標。事實證明，歐洲許多國家確實因歐洲人權法院的策略，內國以直接立法的方式，就婚姻與家庭的定義予以更動，或保障其他共同生活的型態，或肯認實質家庭關係的存在。

我國憲法在婚姻家庭權相較其他國家而言，可以說更沒有包袱，在綜觀國際與其他國家對於婚姻與家庭權給予基本人權保障的位階，在我國簽署上述公約之後（公政公約），更有實踐之必要。但由於婚姻與家庭權之性質始然，將影響社會國家未來的生存與發展，如何在個人權利的保障與國家的公益考量下加以平衡，是今後大法官們的重要任務。可預想到的課題包括對於婚姻權中結婚要件的重行檢視，我國現行禁婚親屬的範圍（六親等之旁系血親與五親等之旁系姻親）在優生學與人倫的考慮下是否已屬

過廣？而限制人民的締婚自由；同性婚姻與事實上之夫妻應如何享有法律上之保障？在家庭權中，父母是否得請求國家允許以人工生殖方式生育子女，其限制應至多廣？在落實獨立人格的保障下，對於婚生子女與非婚生子女的差別對待是否應予排除？親子關係的認定上究應以婚姻為前提，而享有身分安定性的保障，亦或以血緣為前提，為親子關係建立的唯一標準，又或是以實質家庭生活為依據？前開問題再配合人工生殖子女以後，更形複雜，勢必將打破現行法對於親子關係認定的想像，也更需要有憲法上的論據作為基礎。此外，在法定血親的建立上，收養的要件在顧及子女最佳利益之後，引進法院認可、機構收養等相關制度，惟此是否亦限制人民家庭權的建立？實有再檢討的必要。同樣以子女最佳利益為標準的酌定親權，未來也將面臨各種不同家庭所帶來的各種親權行使疑難，包括繼親家庭、寄養家庭、涉外婚姻離婚後子女親權的酌定，甚至會面交往權如何實踐等等。在 748 號釋字之後，我國已正式邁入對於傳統婚姻家庭之外的共同生活形式亦享有基本權利的保障，這條路應如何走？希望能借用歐洲在婚姻家庭權發展之概念，在私人與家庭生活的保障與締結婚姻組成家庭的兩種不同權利中尋找適當的分際，進而解決未來我國在婚姻與家庭關係中所帶來林林種種的法律疑難。