

臺北市政府 函

地址：11008臺北市信義區市府路1號9樓
承辦人：郭銀子
電話：1999(外縣市02-27208889)轉6255
電子信箱：yintzu07@civil.tcg.gov.tw

受文者：司法院秘書長

發文日期：中華民國106年3月23日

發文字號：府授民戶字第10631056700號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如主旨(500000000FUX00000_31056700A00_ATTCH1.pdf)

主旨：有關本府就同性得否申辦結婚登記聲請釋憲案（案號：會
台字第12771號），檢陳本府言詞辯論爭點意見書1份，請
鑒核。

說明：依大院秘書長106年2月10日秘台大二字第1060003939號函
辦理。

正本：司法院秘書長

副本：法務部(含附件)、內政部(含附件)、臺北市萬華區戶政事務所(含附件)

2017/03/23
10:24:53

臺北市政府憲法法庭言詞辯論爭點意見書

摘要

1. 就爭點一，聲請人以為，依民法文義、體系，與立法者原意，其有關婚姻之規定，應僅適用於一夫一妻之異性結合關係。除非引用合憲性解釋並大幅「轉換」立法文義與原意，否則現行民法之婚姻規定並不適用於同性之結合。
2. 就爭點二，從 (1) 婚姻制度之精神、內涵、演變，與憲法保障，與 (2) 同志群體之社會地位及其對婚姻制度之需求觀之，同志結婚應為憲法第 22 條所保障之權利。又，限制同性結婚之措施，並無任何具有實證基礎之重大公益可資支持。故民法婚姻規定排除同性結合關係之適用，違反憲法第 22 條保障婚姻自由之規定。
3. 就爭點三，限制同性結合關係不得適用民法之婚姻規定，一方面限制了婚姻、家庭與人格權利；另一方面，其屬依「性別」或「性傾向」而為之差別待遇，故應從嚴審查。鑑於此等分類標準與達成重要公益並無實質關聯，應屬牴觸憲法第 7 條平等權之規定。
4. 就爭點四，聲請人認為，在「非婚姻之其他制度」目前並不存在，亦無任何法案於立法院待審之時，大法官若作成解釋，有違「案件成熟性」(ripeness) 之要件，不合司法權之本旨。且「非婚姻之其他制度」可能有無限多種之組合與形式，其是否符合聲請人所主張「憲法保障同性結婚權利」之意旨，並

非司法釋憲機關所能憑空臆測並予以評價者。而聲請人聲請釋憲之意旨，亦與此無關。大院就此爭點，應不予解釋，僅將現行法「未保障同性結婚權利，牴觸憲法第 22 條與第 7 條」之意旨明確闡釋，並諭令立法機關限期依解釋意旨修改法律即可。

爭點一：民法第 4 編 親屬第 2 章婚姻規定是否容許同性別二人結婚？

我國現行法律並未明確、直接禁止「同性婚姻」。但在法院實務¹、法務部之解釋²，乃至親屬法學者之多數意見，均傾向認為我國現行法僅承認「一男一女」之婚姻。（其他更多資料，參閱附件一）依此，相同性別的二人（男男或女女），依現行法，自無從主張「結婚」，亦無權請求被告為「結婚登記」。而其他法律有關「婚姻」或「配偶」等規定，同性伴侶自然也不能適用。

從立法者意思來看，民國 19 年時的民法立法者是不可能想像將「同性婚姻」包含在「婚姻」定義中的。而民法中「夫妻」或「父母」的文字用語，也體現出一男一女、一夫一妻的精神。民法實施多年來的運作，更形成了極為穩固的「通說」。除非以「合憲性解釋」的方法，「轉換」法律文義（參閱釋字 509 號解釋，吳庚大法官之協同意見書）與整個體系，否則實在無法導出「現行民法承認同性婚姻」。但明顯扭曲立法者意思、體系的「硬拗」合憲性解釋，其實比「宣告法律違憲」（全部違憲或如同釋字 712 之適用上違憲）更不尊重立法者。聲請人作為法律執行機關，更不宜做此等「僭越」的行為。

¹ 如：最高法院 32 台上 38 號判例，台灣高等法院 89 年家抗 156 號裁定。

² 法務部法律字 10103103830 號函釋（2012.5.14）；法務部（83）法律決字 17359 號函釋。

有鑒於此，聲請人仍認現行民法（以及其他法律）有關婚姻之規定，仍僅適用於一男一女之結合，而不包含同性婚姻。

爭點二：第一題答案如為否定，是否違反憲法第 22 條所保障婚姻自由之規定？

（一）同性結婚權之存在

1. 婚姻自由與婚姻制度之憲法保障

「婚姻」作為一種「自由權利」與「制度」，並與「家庭生活」之保障有密切關係，為憲法第 22 條所保護之權利。此一意旨，早已為大法官多號解釋所肯認。如釋字 242（撤銷在台灣之後婚，將侵犯家庭生活及人倫關係，牴觸憲法 22 條）、362 號（惟適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障）；552 號（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，及維持社會秩序，應受憲法保障）；554（婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障）；696（婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障），與 712（婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法

制度性保障)等號解釋，均有明確之闡釋。因此，婚姻是一個受憲法保障的客觀制度，也是人民得以請求「進入」並「受保障」的憲法權利，應無疑問。

但婚姻在本質上就是一種限定性的框架「制度」，而不是單純「免於國家侵害」之自由權利。因此，結婚權利也必須在符合婚姻制度之目的、功能之前提下，才能被承認。換言之，婚姻權應該是一種帶有高度倫理功能之「制度權利」(institutional right)。權利之內涵、範圍均應與婚姻制度有密切關係。絕非任何人在任何時候，均可依契約自由決定是否結婚。因此，同性伴侶關係，是否可以被排除在這種憲法保障、社會呵護的重要制度之外？就必須從婚姻制度的本質與功能來加以探討。

2. 婚姻制度之本質與功能——憲法為何要保護婚姻制度？

a. 婚姻制度的社會功能

釋字 554 號解釋之解釋理由書，曾提及：「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」。而觀諸歷史，婚姻更是一個歷經數千年跨文明的制度。美國聯邦最高法

院於 2015 年之 *Obergefell v. Hodges*³案判決意見書中，即從中國的禮記以及羅馬時代西塞羅的著作開始談起，指出「從歷史的黎明起，婚姻就將陌生人轉變成親戚，並將家庭與社會連結起來」(Since the dawn of history, marriage has transformed strangers into relatives, binding families and societies together.)。而傳承至今，婚姻更是自古至今，均為社會秩序的重要基礎。

在社會學的研究，認為婚姻與其組成的家庭，具有以下功能：生育、社會化、經濟與照護、情感，以及傳承社會地位。⁴而文化人類學的觀察，指出婚姻——

規範了性的關係，界定了人的社會地位及其在群體中的成員身分，創造了家庭經濟單位，建立了個人與親族外的親族之關係，規定了法律權利和地位，並擔任個人和群體兼政治關係的媒介⁵。

Conrad Phillip Kottak 則指出，婚姻建立起重要的「關係」，包括「合法父母親」、「獨佔性關係」、「取得對方勞動力之權利」、「取得對方財產所有權」、「為孩子利益而建立共同財產」，以及建立社會意義的「姻親關係」。⁶它是一種「群體結盟」而不只是「個人關係」。⁷Muller

³ 135 S.Ct. 2584 (2015).

⁴ 藍采風，婚姻與家庭，頁 9-18 (1996)。

⁵ 基辛 (Roger M. Keesing) 著，張恭啟與于嘉雲譯，文化人類學，頁 236 (1989)。

⁶ 科塔克著 (Conrad Phillip Kottak)，徐雨村譯，文化人類學——文化多樣性

Lyer 將婚姻之動機，分為「子女的生產」、「經濟的互助」，與「愛情的需要」。⁸而正因婚姻有這樣多重之功能，在台灣與美國之許多調查，均顯示「婚姻與家庭幸福為個人生活追求的首要目標」。⁹至於在宗教影響力較大的國家、地區，婚姻作為履行宗教精神之意義，更是重大。

10

也正是因為婚姻具有如此多樣而重大的功能，成為社會穩定的基石，才會成為一個跨時空的制度——每一個社會都需要他，而且多數人類都會進入這個制度。

這更是法律不但明文保障婚姻，而且給予婚姻當事人各種「優惠」的原因——既然現代社會不能強迫人們結婚，那就用各種優惠來促使人們結婚。社會上人們相處的其他「關係」，不管是朋友、職業夥伴，甚或「配偶以外」的其他親屬，都不會享有這麼多的特別保障。舉例而言，釋字 696 號解釋對於實質上「懲罰婚姻」的所得稅法加以非難，認其有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨。然而，對於單身未

的探索，頁 274（2005）。

⁷⁷ 同上，頁 266-267。

⁸ 引自徐光國，婚姻與家庭，頁 5（2003）。

⁹ 同上，頁 5-6。

¹⁰ See Charles J. Reid, Jr., *Marriage: Its Relationship to Religion, Law, and the State*, in SAME-SEX MARRIAGE AND RELIGIOUS LIBERTY: EMERGING CONFLICTS 157-188 (2008)(hereinafter EMERGING CONFLICTS)。另參閱 Knut Wolfgang Noerr 著，楊佳元譯，從法概念的觀點論婚姻與離婚：歷史性的漫遊，警大法學論集，4 期，頁 337-343（1999）。

婚者而言，婚姻配偶始終享有所得稅法上的各種減免，那是否形同「懲罰單身」？不！因為在憲法價值體系上，就是把婚姻當成一個重要制度加以保障。所以婚姻優於單身是可以的，但婚姻劣於單身則有違憲之虞。美國聯邦最高法院在 2013 年的 *United States v. Windsor*¹¹，也就指出，政府有權責規範家庭關係，以「保障繁衍、財產利益，並強制執行婚姻責任¹²」([p]rotection of offspring, property interests, and the enforcement of marital responsibilities) 就說明了婚姻的特殊性。

婚姻具有如此重要之功能，它是每個社會都存在的制度，而且社會中的大多數人士都可以(會)結婚加入這個制度。法律不僅定義並規範，還給予許多優惠。憲法更將其納入制度性保障的一環，而賦予人民結婚之權利。這一方面保障個人的選擇自由，同時也在促進社會制度。因此，在我們探討如何制定、修改婚姻法制，以及解釋憲法時要不要調整其定義範圍，就要從其是否符合前揭各種社會功能來加以思考。

b. 象徵意義：「關係」的社會承認

「婚姻」是一個維繫、保障、承認重要人倫「關係」之法律制度。人們藉由「結婚」這樣一個行為與儀式，彰顯了彼此的「關係」受到

¹¹ 133 S.Ct. 2675 (2013).

¹² *Id.* at 2691.

了社會的祝福、關切、保障。在此同時，國家法律對這種「關係」的承認，也能夠滿足伴侶尋求「被承認」的需求。自此而言，「婚姻」不僅是一種消極的自由，也是一種積極尋求國家社會承認的請求權。這種制度性的承認，有著高度的文化意涵，體現了人民對社會、國家、團體，被接受的渴望。

如前揭美國最高法院 *Windsor* 案中，大法官 Kennedy 主筆之法院意見就表明，當政府秉持其歷史與本質上的重要權力去界定婚姻關係時，它就提升了這些人(結婚的人)在社會中的「被承認之地位」。尊嚴，以及受保護之地位 (enhanced the recognition, dignity, and protection of the class in their own community)¹³而 Kennedy 大法官在 *Obergefell* 說得更好：沒有一種結合，比婚姻更彰顯最高理想的愛、忠誠、奉獻、犧牲，與家庭。當婚姻關係成立，兩個人就結合為他們原有的個體更好的一體(No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were.)¹⁴

美國麻州最高法院於 2003 年 *Goodridge v. Department of Health*¹⁵

¹³ *Id.* at 2692.

¹⁴ *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2608.

¹⁵ 798 N.E.2d 941 (2003). °

案，也對婚姻的意涵多所著墨：「婚姻是一個尊貴的制度，因為它滿足了人們追求穩定、安全避風港，以及彼此聯繫等人性的需求，而且『是否結婚』以及『與何人結婚』之決定，也構成了人類自我界定生命意義的重要行動。」(Because it fulfils yearnings for security, safe haven, and connection that express our common humanity, civil marriage is an esteemed institution, and the decision whether and whom to marry is among life's momentous acts of self-definition.)¹⁶ 其更指出，任何人被否定「選擇結婚之權利」，就等於法律拒絕保障當事人「對親密與持續的人際關係所為之宣誓承諾」(denial full protection of the laws for one's "avowed commitment to an intimate and lasting human relationship.")¹⁷ 婚姻是一個人對另一人最深的承諾，而且是社會公眾對於相互關係、伴侶關係、親密關係、忠誠關係，以及家庭關係之祝福 (Civil marriage is at once a deeply personal commitment to another human being and a highly public celebration of the ideas of mutuality, companionship, intimacy, fidelity, and family.)¹⁸

而同樣援引州憲法保障同性婚姻的愛荷華州最高法院，在 2009 年的 *Varnum v. Brien*¹⁹ 案判決，也在判決書中指出，法律保障婚姻制

¹⁶ *Id.* at 955.

¹⁷ *Id.* at 957.

¹⁸ *Id.* at 954-55.

¹⁹ 763 N.W.2d 862 (2009).

度，係因為每個人需要「界定自己基本的關係權利與責任」(defining the fundamental relational rights and responsibilities of persons)，而法律就為這種「自我界定」，提供了一個制度的基礎。²⁰

美國第九巡迴特區之聯邦上訴法院，在 *Perry v. Brown*²¹案將加州的「第八號公投」修憲條文(明定婚姻為一男一女之結合) 宣告違憲時，也深入闡釋了「婚姻」這個名稱的文化意涵。其指出，「婚姻」這個詞彙有非常特殊的意義，它本身就體現了國家、社會之「承認」，也是一種重要的儀式。²² 在日常生活與文藝作品，「婚姻」代表了很深邃的意義。例如，許多表格都會直接問我們「『單身』或『已婚』」。我們會期待伴侶說：「你願意與我『結婚』嗎？」("Will you marry me?") 而非「你願意與我登記為『家事夥伴』嗎？」。許多的詩歌與藝文作品，都在歌頌婚姻的美好。與其他「關係」相較，我們不會去祝福兩個人合開一個銀行帳戶，但卻會祝福他們結婚。「婚姻」就是國家對於這種最高程度的承諾關係，以及走進這段關係的人們，所賦予的尊重及尊嚴 (The designation of 'marriage' is the status that we recognize. It is the principal manner in which the State attaches respect and dignity to the highest form of a committed relationship and to the individuals

²⁰ *Id.* at 883.

²¹ 671 F.3d 1052 (9th Cir., 2012).

²² *Id.* at 1078.

who have entered into it.)²³

這些關於婚姻的論述，雖然出自於美國法院，但其實與台灣並無二致。無論在台灣或在美國，法律與社會保障婚姻，都含有這些重要的「社會承認」功能。而婚姻也都是國家法律，對兩人關係的一種「官方承認」(official recognition)。國家法律承認兩人的「婚姻」的效力，就表示這段關係與承諾受到公共權力的認可，社會的祝福。相對的，如果有兩個人，同樣的愛戀、承諾、親密，終身的相知相許，僅因為自己的身分特徵，其親密關係全部都被排除於法律之外，不被法律承認，那就形同被社會排斥²⁴，當成次等公民²⁵，甚至可能體現了這個社會對他們的「噁心」感²⁶。

c. 各種權利義務的包裹

除了象徵意義外，婚姻制度更是許多權利義務的集合體。太多太多的權利，是以「結婚」成為「夫妻」當作基礎。尤其在並不承認「同居伴侶」、「家事夥伴」等非婚姻關係的台灣，「婚姻」更是重要無比！

²³ *Id.* at 1079.

²⁴ 試想「神鵬俠侶」中，因為「師徒關係」而不為當時社會接受的楊過與小龍女。

²⁵ 關於限制權利以致產生「次等公民」的現象，參閱廖元豪，建構以平等公民權（Equal Citizenship）為基礎的憲法權利理論途徑—對傳統基本權利理論之反省，收於廖福特主編，憲法解釋之理論與實務（第六輯），頁365以下，頁399-405，410-418（2009）。

²⁶ MARTHA C. NUSSBAUM, FROM DISGUST TO HUMANITY: SEXUAL ORIENTATION & CONSTITUTIONAL LAW 126-165 (2010).

沒有婚姻，其他法律關係無法展開，許多權利根本無從產生！如前所述，國家是以法律來保障、優惠婚姻這個制度，以建構社會穩定的基石。因此，婚姻是許多權利義務的軸心。

舉例而言，在民法中，有著「婚姻」效力的伴侶，才能夠選擇夫妻財產制(民法第 1004-1046 條) 互為家務代理人(民法第 1003 條)、有繼承應繼分及特留分 (民法第 1138 條，1223 條第 3 款)、離婚贍養費之請求權 (民法第 1057 條)。除民法以外，「婚姻」同樣擔任許多權利的啟動器。諸如：全民健保之眷屬納保權 (全民健康保險法第 12 條)、公務人員配偶之遺族撫卹金(公務人員撫卹法第 8 條)、外籍配偶申請入境與居留(入出國及移民法第 23 條第 1 項第 1 款)、陪產假 (性別工作平等法第 15 條第 4 項)，我國國民外籍配偶之歸化條件比其他外國人要寬鬆 (國籍法第 4 條與第 3 條之比較)，以及配偶在醫療過程中的許多重要決定 (醫療法第 63、64、74 條等) 等。國內外均有許多案例，都是廝守終身的同性伴侶，卻因為欠缺一個法定的「配偶」地位，在許多重要時刻 (特別是重病或臨終，還有跨國「夫妻」無法團聚) 遺憾終身。

d. 生育作為婚姻之必要功能？

有關同性結合與婚姻制度之相容性中，最大的爭執點之一就是：

婚姻制度之本質是否包含「生育」(之可能) ？

我們或許可以反過來問：如果一對伴侶事前約好當「頂客族」，決心不生孩子，國家法律得否禁止其結婚？若是一對男女在登記婚姻時，其中一人已經無法生育，戶政人員得否拒絕登記？假設一對夫妻結婚後發現其中一人不孕且無法醫治，是否當然構成裁判離婚原因？

答案顯然都是否定的。不像唐律曾把女子「無子」當作修妻的七出事由之一²⁷；現代的中華民國民法並沒有把「生育」當成婚姻的條件，憲法也不可能以「生育」為結婚權利的前提。這就足以證明，生育、繁衍雖然是婚姻的「功能之一」，但並不是核心的（法律上）必要條件。尤其在當前台灣的生育率如此之低，少子化嚴重的今天，難道我們能說這些未生育的夫妻都不能享有結婚權利的憲法保障？前揭美國 *Obergefell* 判決也有類似的論證：生育的能力、慾望，與承諾，從來不是任何州的婚姻要件。法院（有關婚姻權利）先例甚至保護「已婚配偶不生育的權利」，怎能推論出結婚權係以生育之能力或承諾為前提？²⁸

因此，「生育」子女，是婚姻的「功能之一」，但並非絕對必要之核心要件。法律上會有許多規定來輔助、協助養育子女，但並不以「養

²⁷ 見長孫無忌，唐律疏議，頁 400，（台灣商務印書館，2000 台一版 8 刷）；戴炎輝，唐律各論（上），頁 243-44，成文出版社（1988）

²⁸ *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2601.

育子女」為婚姻成立之法律要件。這自然也不該是憲法結婚權利之核心內涵。

e. 憲法應承認的婚姻權利「本質」

綜上所述，婚姻制度有重要的社會功能，而為了落實這樣的功能，歷史上一直有著婚姻制度，法律也規定了婚姻制度。

固然婚姻制度主要應由民法來形塑，但前揭多個大法官解釋，也確立了「婚姻自由」是一種憲法第 22 條保障的權利，而不只是民法層次的規範。那在這兩者之間，婚姻制度有無某些「本質」，是憲法第 22 條必須接納尊重的？如果有，那這樣的「本質」就構成了憲法權利的界線、內涵，它從何而來？歷史發展，是否為一個必然的要件？

在同性婚姻的辯論中，「歷史說」或「傳統論」往往是一個很重要的爭點。畢竟在人類歷史上，「同性婚姻」是二十一世紀之後才開始受到注意的現象。在此之前，婚姻的樣態與內涵雖有不同，但均以「異性夫妻」為核心。

然而，憲法「婚姻權利」的本旨應該要以當代的基本價值觀與社會觀念當成主要的依據，既有的法律結構也是基礎。而傳統、歷史，只能是參考，不能是我們判斷婚姻權利本質、範圍的主要甚至唯一依

據。婚姻的歷史，本來就是「變」與「常」的混合。²⁹就像我們不會接受「無子」作為休妻條件，也不會再承認納妾制度（至少不是憲法保障納妾制度或多夫多妻）。但在承認「變」的同時，任何一個社會也不會劇烈地改變原來的婚姻（或其他）制度，因而破壞既有的社會信賴結構。我們要做的，是盡可能一方面承認發展中、變動中的社會價值趨勢³⁰，另一方面維繫既有婚姻制度不致面目全非。這種「發展中的價值」³¹（*evolving values*）途徑，是一種找尋、摸索憲法新興權利的重要方法，可以避免傳統論的僵固，又不會讓釋憲法官輕易創造新權利而動搖民主原則。

依此，聲請人主張，憲法所保障之婚姻權利，應為法律所承認並保障之一對一結合關係，彼此具有恆久忠貞、相互照顧之義務，生活與財產關係之密切合作，並有共同撫養子女之權利及義務。此種制度

²⁹ 例如，女性地位的提升，男女平權的發展，大大地改變了婚姻原來的規範內容。*Id.* at 2595. 而釋字 365 號解釋後的民法修正，也是這種現象的例子。

³⁰ *Windsor*, 133 S.Ct., at 2692-2693 (It reflects both the community's considered perspective on the historical roots of the institution of marriage and its evolving understanding of the meaning of equality.)

³¹ See Daniel O. Conkle, *Evolving Values, Animus, and Same-Sex Marriage*, 89 IND. L.J. 27, 30-33 (2014)（以「發展中的價值」認定同性婚姻之實體權利受憲法所保障，是一種可行的論述）；MICHAEL J. KLARMAN, *FROM THE CLOSET TO THE ALTAR: COURTS, BACKLASH, AND THE STRUGGLING FOR SAME-SEX MARRIAGE* (2013)（從歷史的發展，尤其是五十年來美國社會、政治、法律的變遷，如何與「同性婚姻受憲法保障」這個概念互動並一起成長）

即可合乎婚姻之社會功能，而為憲法所保護。

至於這樣的婚姻，是否為一對一之同性伴侶所「應得」，而能在憲法上請求法律「納入」呢？同性婚姻之承認，是否會破壞婚姻的本質呢？聲請人以為，同志對於婚姻的需求，與異性戀者並無二致。而婚姻制度納入「同性配偶」並不影響其本質，更不會破壞婚姻之神聖與穩固。以下即說明之。

3. 憲法婚姻權利包含同性結合關係

a. 同志群體與同性結合關係之應有地位

首先要論及「同志」這個群體，以及「同性伴侶」這樣的關係，在中華民國憲法與台灣社會下，所應有的地位。

不可諱言地，同志在台灣社會，很可能仍蒙受許多的污名與歧視。但在憲法與法律上，每一個同志個人，都受到平等的對待，都是有尊嚴有主體性的「人民」。尤其在近年來，許多法律針對同志，明文予以保障，更證明了台灣社會與法律已經認為同志「應該是」正常而有尊嚴的個人。男同志、女同志，就好像個子高或矮的人，單眼皮或雙眼皮的人，富有或貧窮的人，雖有差異，但都應該受到法律的平等保護，以及社會的正常對待。就業服務法第 5 條於 2007 年修正後加入

禁止「性傾向」歧視之條款；性別工作平等法在 2008 年修正公布後，加入了「禁止職場性傾向歧視」的規定；性別平等教育法則於 2011 年增加禁止性傾向差別待遇與性霸凌之規範。這些都是明文保障同志不因其性傾向，而在職場與教育場域受到偏見對待。也顯示「歧視同志」已經漸漸被去正當化。

此外，諸如：家庭暴力防治法第 3 條將同居人（可以包括同性之伴侶）納入保障；手術、麻醉或侵入性檢查之同意書，實務上承認同性伴侶亦可以「關係人」身分簽署³²；依醫療法 74 與 81 條之規定，同性伴侶亦得以「關係人」之身分獲得醫療資訊……這些雖然不代表同志已經取得完全平等之地位，但卻代表了清楚的「發展中價值」：同志應該受保障，他們的身分與認同與其他人是平等的。而各級地方政府紛紛採取各類對同志友善的措施（見附件二），也代表社會逐漸肯定、認同、涵納同志這樣的身分。

雖然在形式上，「禁止歧視同志」或「承認同志個人權益」未必等於接受「同性婚姻」。但聲請人以為，當我們承認同志這個身分的正當性，承認他們不是次等公民，而應被當成平等的社會成員時，實

³² 實務上多將同性伴侶關係解為同居人或摯友，將其認為係病人之關係人。依衛福部衛部醫字第 1051667240 號函指出，病人與關係人間特別密切關係（如同居人、摯友等）之認定，不以任何機關核發之證明文件（如同性伴侶註記文件等）為要件，且醫療機構如遇持地方政府核發之同性伴侶註記文件者，其為無法親自簽具同意書者代為簽具時，不因該文件是否由該機構所在縣市政府所核發而有差別。

在很難否定「同性婚姻」之水到渠成。在美國 2003 年之 *Lawrence v. Texas*³³ 案，將「禁止同性性行為」之法律，以其侵害人民隱私權為由宣告違憲時，Scalia 大法官的不同意見書就指出：一旦承認同志性行為是受保護的隱私，社會大眾不能用抽象的道德標準去否定同志的性行為，那請問有什麼正當理由足以限制同性結婚？³⁴

又，如果同志是正常而有尊嚴的國民，個人「性傾向」又是一種受保護的權利。那同志的「性傾向」，不就是與同性發生性關係的傾向？依此，那同志伴侶之間的「關係」憑什麼不受保障？這種「同性結合關係」，最適合的不就是當今的「婚姻」制度嗎？

b. 婚姻制度與同性伴侶關係之相容性

仍有人可能擔心，認為同性伴侶可以受保障，但不應適用「婚姻」，因為同性結合關係，與「婚姻」之本質不相合。他們認為，婚姻並不是「相愛 + 不妨礙他人」就可以承認，要不然「多夫多妻」或「近親結婚」，不也是可以結婚？³⁵

聲請人前已述及，婚姻的確不是一個純粹的自由權利，而必須依

³³ 539 U.S. 558 (2003).

³⁴ *Id.* at 604-605 (Scalia, J., dissenting).

³⁵ 參閱關啟文，同性與變性：評價同性戀運動和變性人婚姻，頁 166-177（2015）。

附在婚姻制度之下。但，「一對一之同性結合」，若被納入現在的婚姻制度，到底有何處顯不相容？

以聲請人臺北市政府近年曾受理過的「同性伴侶申請結婚登記案」而言，無論是 2014 年的梁宗慧與朱嫻誼案、呂欣潔與陳凌案、方敏與林于立案，以及 2011 年之陳敬學與高治瑋案，他們都是單純要「適用現行民法之婚姻制度」都是一對一，都知道婚姻制度代表的拘束、責任、權利義務，而願意走入這個傳統的制度架構。他們需要共同生活，需要法律保障與社會承認，而且他們絲毫不挑戰婚姻的本質，以及「主體」以外的其他現行法規定——一對一、禁止婚外性行為、互為生活事務代理人、繼承關係、親等限制，以及撫養子女之責任（如果有的話）。

有意結婚，想要結婚的同志，不僅不是破壞婚姻制度，更是全盤接納婚姻制度與傳統，充分認同婚姻家庭的美好，想要在法律見證下承擔婚姻之責任與承諾！同性婚姻之承認，只有再一次強化婚姻制度的社會功能與神聖象徵。那些不認同傳統婚姻忠貞義務的人（同志或異性戀者），根本不會來登記結婚，不是嗎？尤其同志在現今制度下並不承認可以結婚，也不需要承擔長輩催促的（與同性伴侶）結婚壓力，卻還是渴望著突破制度走入這個本來不包含他們的婚姻制度。他們對婚姻的渴望，恐怕比大多數異性戀者還高。讓他們進來，怎麼會

破壞婚姻傳統呢？為什麼需要擔心三人行、母子婚、人獸交這些與現行婚姻制度大相徑庭的事情呢？

美國的 *Obergefell* 案中，也呈現了當事人同性伴侶們，如何渴望著婚姻。以 James Obergefell 與 John Arthur 這一對當事人而言，他們相愛並同居超過 20 年。但在 2011 年，Arthur 被診斷出罹患漸凍人症，於是在 2013 年，兩人決定在 Arthur 離開人世前能夠完成結婚的心願。他們從居住地俄亥俄州（不承認同性婚姻）飛到馬里蘭州（承認同性婚姻）去結婚。三個月後，Arthur 過世。但 Ohio 州法不能在 Arthur 的死亡證明上將 Obergefell 列為「生存配偶」（surviving spouse），因為依州法規定，他們倆雖然如此生死相守，仍然只是「陌生人」！

Obergefell 痛心疾首，認為這種規定會讓他在餘生都傷痛不已，因此提起訴訟，請求在 Arthur 的死亡證明上列名為生存配偶。³⁶請問，有人能否認這對伴侶的忠貞嗎？懷疑他們的相互依賴嗎？他們加入「婚姻」這個池子，會破壞婚姻制度的美好，會崩解婚姻的社會功能嗎？他們並非要貶損婚姻制度，相反地，這些聲請人請求結婚，正是因為他們尊重並需要婚姻制度所包含的權利及義務（Far from seeking to devalue marriage, the petitioners seek it for themselves because of their respect—and need—for its privileges and responsibilities. ）。³⁷

³⁶ Obergefell, 135 S.Ct. at, 2594-2595.

³⁷ *Id.* at 2594.

從前述的「婚姻功能」分析，可知無論是象徵意義（社會承認）或實質內容（附隨之權利義務），「婚姻」都可能是任何承諾終身廝守的伴侶，所期待的制度。不論異性或同性伴侶（如同本案之原告），都會企求社會的祝福，國家的承認，以及各種附隨而有助於穩定關係之權利義務。

同志們如果不是期待「社會承認與祝福」，為什麼有許多人要打官司、聲請釋憲？他們的相知相守，兩人對這段關係的喜怒哀樂，與異性戀伴侶有何不同？

在美國各州開放同性婚姻時，我們都可從 youtube 或其他媒體看到那些（圍在法院門口、在街頭集會的）「男男女女」眼中的興奮，情緒的激昂。他們，跟「我們」異性戀者一樣，都有著被承認的渴望與需求——尤其在長期被貶抑排拒之後！

在現實的權利義務面，相互承諾終身廝守的伴侶，一樣會想幫「配偶」辦保險，一樣會想申請自己的「外籍配偶」入境居留（甚至歸化），一樣可能期待法律約束彼此的守貞義務，一樣希望在伴侶生病時能為另一半做決定……「他們」與「我們」其實是一樣的，都是「我們」！

另有論者可能主張，大法官相關解釋已經否定同性婚姻，而把憲法保障之婚姻權利限縮在「一夫一妻」或「一男一女」的關係。

這種說法似有誤解。大法官在奠定「憲法保障婚姻權利與制度」

之時，並未排除憲法保障「同性婚姻」之可能性。雖然大法官在解釋中，屢屢提及「一夫一妻」(釋字 242, 362, 552, 554, 647)，甚或「一男一女」(釋字 365 解釋理由書)，但無論從文義或解釋的脈絡背景來看，都不能導出「大法官認定我國憲法之『婚姻』僅限於一男一女之組合」的結論。理由如下——

首先，「一夫一妻」或「夫妻」的解釋，是跟隨著現行民法多處明定「夫妻」的架構而來。至多可以解讀成，大法官是針對現狀，以異性戀為主的婚姻結構，指出憲法與法律保障這種制度的原因。但同性可否結婚？結婚後是否仍依生理性別稱「夫」或「妻」？大法官並未明確表態。質言之，大法官的解釋，可說對同性婚姻是否受保障，採取「留白」之態度。只要大法官沒有明言「婚姻『僅』包含一男一女之結合」或「同性伴侶不得結婚」，那就不宜跳躍詮釋為憲法排斥同性婚姻。畢竟，「憲法保障異性婚姻」，不能被直接推論成「憲法排斥同性婚姻」。

其次，即便是明言「一男一女」的解釋，若仔細分析前後文的文義與體系，就可以得知其並無排斥同性婚姻之意思。如釋字 365 號解釋理由書有云：「由一男一女成立之婚姻關係，以及因婚姻而產生父子女共同生活之家庭，亦有上述憲法規定之適用」，也僅表示「一男一女」這種現狀下由法律規定的婚姻狀態，應適用憲法第 7 條與增

修條文之男女平等規定。它並未揭示一男一女之婚姻關係為「憲法」位階之要求（至多是法律層次），也無須解讀成「排他」（排除同性婚姻）。

類似的理解，也可以用在釋字 554 號解釋的解讀。釋字 554 雖然提及「一夫一妻」與「男女平等」。然而該解釋所述婚姻的功能包括「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」，男女平等只是「其中之一」的功能，應該詮釋為「僅適用於異性婚姻」。就像「養育子女」不是每一對夫妻都必須履踐的義務，而僅適用於「有子女的夫妻」。

至於釋字 647 解釋中，「欠缺婚姻之法定要件，而未成立法律上婚姻關係之異性伴侶」未受憲法平等權之保障（僅配偶間相互贈與得免稅），是否能導出「憲法僅保護一男一女之婚姻」？聲請人也不以為然。釋字 647 號解釋主要的重點，是保障「婚姻」關係，而對「非婚姻關係」，甚至「危害婚姻關係」的伴侶關係不予保護。這就像是前述我國現行法，對「婚姻配偶」所賦予之各項權利一般，是對婚姻的重視與保護。所以，與「排斥同性結婚」無關。相反地，正因為這號解釋再次肯認婚姻的特殊性與重要性，既然同性伴侶也有相同的需求，更能導出「同性婚姻應受承認」的結論！

既然同性之結合關係，與異性之夫妻關係完全相容，而又有相同

的需求，婚姻權利就應該涵蓋於這些我們的同胞、國民、朋友、夥伴。

婚姻的本質，與當事人的性傾向無關。

4. 現行法未承認同性婚姻，已限制同志之憲法權利

如前所述，既然「婚姻」是憲法保障的重要制度與權利，且從婚姻制度之目的來看，同性戀者有著同樣的需求，也願意負擔相同的義務，那現行法律實務全然排除同性婚姻，顯然侵害了同志群體受憲法第 22 條保障之婚姻自由。

如同麻州最高法院在前揭 *Goodridge* 案所云，婚姻對個人生活與社會利益是如此核心，憲法應強烈保障婚姻自由免於不當之政府干預。法律不得直接且實質地干預結婚權！（Laws may not “interfere directly and substantially with the right to marry.”）³⁸加州最高法院也 在 *In re Marriage Cases*³⁹的判決表示，婚姻權的重要價值，就是防止政府的不當侵入婚姻家庭私領域！⁴⁰因而將加州婚姻法中，僅限一男一女得結婚之規定，宣告違憲！

婚姻自由這種憲法權利的核心，就在於保障每個人「選擇是否結婚」，以及「選擇與誰結婚」。現行民法在法務部的函釋以及司法實務

³⁸ *Goodridge*, 798 N.E.2d at 957.

³⁹ 183 P.3d 384 (2008).

⁴⁰ *Marriages*, 183 P.3d at 426.

操作下，嚴重干預了同性伴侶這種最重要的「個人選擇」，也剝奪了他們將其「關係」請求社會承認的機會，當然構成憲法權利的嚴重侵害！

再以大法官釋字 696 號解釋（平等權之解釋，但骨子裡是婚姻權利）為例。系爭所得稅法之規定，強制夫妻「非薪資所得」必須合併申報，因而造成某些夫妻需繳交較多稅額，就被大法官以其「按婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第五五四號解釋參照）。如因婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇，致加重夫妻之經濟負擔，則形同對婚姻之懲罰，而有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨」為由，宣告違憲。試想，如果僅是對婚姻加上「課稅負擔」就足以讓所得稅法違憲，那「全面禁止」同性走入婚姻，該是多麼嚴重的事情？豈可輕忽？⁴¹

（二）限制同性伴侶結婚不具憲法正當性

1. 從嚴審查

當我們確定「禁止同性結婚」已經侵害了同志群體的結婚權與平

⁴¹ 大法官在釋字 696 號解釋，是以「平等權」而非「婚姻權」或「結婚自由」來審查系爭法律。但提高審查標準之原因，則是因為實體的婚姻權利。

等權，接下來就是要決定「審查標準」，以及「現行法是否能通過審查」。

在「審查標準」方面，從「婚姻權」來說，現行法律實務嚴重剝奪了同志作為人民，取得社會承認與婚姻相關權利的資格。雖然大法官並未如平等權相關案件般，在此明示審查基準與方向，但從大法官一貫對「人格權」或「家庭生活權利」強化保護的態度來看，凡是限制此等權利的法律，應該是提高審查標準而推定違憲的。如釋字 242、712 號解釋，都在法律限制婚姻以及與婚姻衍生相關的家庭關係時，將法律宣告違憲。而釋字 696 號解釋雖然在外觀上是引用平等權來加以審查，但內容上其實是系爭差別待遇措施對「婚姻」之侵害。而大法官在理由書中表示：「按婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障(本院釋字第五五四號解釋參照)。如因婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇，致加重夫妻之經濟負擔，則形同對婚姻之懲罰，而有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨，故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則。」從其引用釋字 554 號解釋，以及其關切「憲法保障婚姻與家庭制度」，均可看出大法官真正關切者乃是婚姻權利受限制之問題。

美國的 *Obergefell* 案，與之前幾個涉及同志權利的判決一樣，都把法律宣告違憲，但卻沒有明確地說明審查基準為何。一般認為至少是「有殺傷力之合理審查基準」，也是一種推定違憲的標準。至於下級法院，則可能採取「中度」、「嚴格」的審查基準；但亦有認為即使採取最寬鬆的標準，相關法規也會違憲的。相比之下，從我國的釋憲先例來看，似乎更明確採取較嚴格之標準。

下面就分別分析各個可能支持「禁止同性結婚」之理由，是否能通過「目的」與「手段與目的關聯性」之審查。

2. 可能的限制理由

以下即依序檢視，各種「可能之正當事由」是否能夠讓「禁止同性結婚」的法律實務，通過從嚴審查之違憲審查？

a. 傳統與婚姻本質

常見的主張之一是：在傳統上，婚姻就是一男一女，所以「禁止同性婚姻」是為了維護這個「傳統」。而另一個相似的主張，則是從歷史來說明，婚姻的「本質」乃是一男一女。這個論點前面已經討論過，但這裡再將之視為一個「阻卻違憲事由」來探究。

傳統論或本質論，從「目的」上就頗有商榷餘地，理由如下：

首先，如前所述，同性婚姻與婚姻制度的本旨，以及現代婚姻制度的架構，並不衝突。要結婚的同志，是要加入既有的婚姻體制，完全認同現行法律中有關婚姻之權利義務關係(除了同性與異性之差別外)。這是一個尊重傳統「忠貞」觀念的行動，並不是要去破壞它。婚姻制度納入同性結合關係，只有強化而不會被破壞。亦無「本質不合」的問題。

其次，在從嚴審查的標準下，單純的「傳統」往往並不是充足的理由，難以支持一個嚴重侵害憲法權利，被推定無效的措施。

⁴²*Obergefell* 判決就提醒，純粹的「傳統論」是一種循環論證——因為以前（現狀）是這樣，所以就是正當的、合憲的。⁴³康州最高法院也指出，政府必須舉出「支持該傳統之理由」，而不是單純舉傳統當藉口。

44

在從嚴審查的案子，憲法往往就是要挑戰那些根深蒂固的「傳統」！自然不能以「傳統」當成理由。就像釋字 365 號解釋理由書所云，男女差別待遇必須有「生理差異」作為依據，而否定了「男尊女卑」之傳統，足以當成「以父為尊」之藉口！

第三，婚姻的「傳統」或「本質」都在變動中，並無絕對固定

⁴² 加州與康州最高法院，都同時指出“Tradition alone”無法通過「重要公益」的標準。
Marriage Cases, 183 P.3d at 427; Kerrigan, 135 A.2d at 479.

⁴³ *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2602..

⁴⁴ *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 957 A.2d 407, 478-79. (2008).

不變之特性。中國傳統的婚姻包括「納妾」，但現在為一夫一妻所取代。從前的「休妻」「七出」更是走入歷史。民法親屬編在釋字 365 號解釋以前，對夫妻關係的規定，充滿了偏袒男方的規定，現在也做了大幅度的更改。同樣的情形也發生在西方國家。以前女性婚後沒有獨立人格，不能離婚，但法院不會因為「傳統」而支持這些措施。⁴⁵

第四，某些人主張，其目的是要「維繫異性婚姻」。因為承認同性婚姻，會將傳統異性婚姻給邊緣化或毀滅。⁴⁶但這個說法與同性婚姻是否被承認並無關聯——承認同性婚姻，並不等於破壞異性婚姻！異性戀者仍然有百分之百的權利，選擇異性伴侶結婚。就好像承認人民可與不同種族的人結婚，不等於貶低了「同種族結婚」的價值。⁴⁷

從另一個角度來看，將婚姻擴及同性伴侶，如前所述，甚至還更強化了「婚姻」的傳統神聖地位。同性伴侶也願意適用婚姻的神聖義務——獨佔、相互支持，以及彼此許諾——證明了婚姻制度在法律與人類精神中，是永恆不變的！（ That same-sex couples are willing to embrace marriage's solemn obligations of exclusivity, mutual support, and commitment to one another is a testament to the enduring place of marriage in our laws and in the human spirit. ）⁴⁸

⁴⁵ Marriage Cases, 183 P.3d at 448-49; Goodridge, 798 N.E.2d at 966-67.

⁴⁶ Goodridge, 798 N.E.2d at 964-65.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.* at 965.

最後，我國日前有許多家長反彈，對於將來承認同性婚姻後，可能會將民法上的「夫妻」改為「配偶」，「父母」改為「家長」，因而大聲疾呼這是破壞傳統。聲請人充分理解家長們愛孩子、愛家庭而生的憂慮，也感受到這樣的愛，多麼支撐著這個社會的家庭與未來幼苗。然而，這些擔憂也是過慮了。一方面，法律上的用語，與家庭習慣上的稱呼，本來就未必一致（例如，所謂的「爸爸」、「媽媽」、「表姊」、「姑姑」，也從來沒有出現在民法的用語中）。只要家庭傳統仍然存在，民法稱家長，並不影響家中稱「爸爸」「媽媽」「父親」等用語。另一方面，承認同性婚姻後，是否會修改這些名詞，也是技術問題，而非憲法之必然。美國現在雖然已經全國各州都開始核發同性伴侶的結婚證書，並予以登記。但大部分的州都還沒有修改原先婚姻法規的用語。多半的州都還是有夫、妻等用語，但仍不妨礙其發放同性伴侶結婚證書。如果同性伴侶結婚後，民法仍稱「夫」「妻」，那同性配偶就稱「夫夫」或「妻妻」又何妨？其收養或生育之子女，對於兩個同性家長，就稱為「父父」或「母母」也可以。這樣就不會影響異性戀夫妻父母之名稱了。但總之這是技術上可以討論的問題，而不是同性婚姻合法化之後必然的影響。家長們真的可以放心，放下恐慌，繼續愛孩子愛家庭，孩子們仍然會擁抱「爸爸」與「媽媽」的。

b. 促進生育與子女良好環境

這個主張涉及子女之生、育。其又可以分成幾種論述方式。

第一種說法還是接近「本質論」：婚姻的本質就是「生育」，所以無法生育的「男男」或「女女」之結合，不能被承認是「婚姻」！

然而，無論是民法或其他法律，都沒有規定「生育義務」，也顯示不出「懷孕生子」是婚姻存續之「本質」要件。民法第 995 條規定「不能人道而不能治」，得撤銷婚姻。但卻未將「不能生育」規定成撤銷婚姻或離婚之要件。而政府雖然現在鼓勵生育，卻也從未懲罰「未生孩子」的夫妻。這在前文亦已說明。

麻州最高法院也有類似的回答：麻州州法從未規定要生育子女，或從事任何類型的性行為，才能夠結婚或離婚。婚姻的本質，是相互專屬與永久之許諾，而非生育孩子。⁴⁹

第二種說法，則是認為把婚姻限於男女的結合，能夠促進生育，並藉此延續人類物種。

抽象而言，這個目標或許可以滿足「重要公益」。但具體分析，「促進生育」與「拒絕同性婚姻」並沒有必然關係。男同志或女同志，都有生育能力——無論是否彼此結婚。⁵⁰尤其在人工生殖科技逐漸成熟的

⁴⁹ *Id.* at 961-62.

⁵⁰ Varnum, 763 N.W.2d at 902.

今日，不結婚一樣可以有許多方式生育。⁵¹

唯一一種可能達成目標的解釋，是假設「禁止同性婚姻」可以逼著同性戀者（永遠或暫時）「改變」性傾向，進而走入傳統的異性婚姻並生育孩子。但這種「壓迫轉換」一方面非常殘酷，另一方面是否真的會發生？機率有多少？有多少原本不想生育的同志，會因為「無法結婚」而改與異性結婚後，生育子女？再換個角度，「不生」的原因非常多，可能包括年齡、身心障礙，或個人選擇當頂客族。⁵²愛荷華州最高法院即正確地表示，這樣的關聯性太低，效果太不確定，無法通過從嚴審查的「實質關聯」標準！⁵³而美國聯邦最高法院也表示，異性戀者不結婚或不生育的原因極多，但基本上不會「因為同性可以結婚，我就不想結婚生子」而做這種決定！⁵⁴

第三種說法，是認為將婚姻限於男女之結合，可以創造養育子女的最佳環境。這種說法預設著「異性父母（一男一女）是養育孩子最理想之環境」。

到底「異性父母」與「同性父母」，何者對孩子較好？這的確是

⁵¹ 我國之人工生殖法，目前範圍非常窄，僅於夫妻一方無法生育時，方可能適用人工生殖。相比之下，美國對人工生殖相當開放。如果純以「促進生育」之目的來說，如果我國承認同性婚姻，可能還更能增加因人工受孕而懷孕的數量。

⁵² Varnum, 763 N.W.2d at. at 902.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Obergefell, 135 S.Ct. at 2606-2607.

個有爭議的問題。但美國最高法院的判決可供參考：在 *Obergefell*，曾確認保障同性婚姻，並且讓同性配偶撫養（收養或自生）子女，使其子女同時擁有兩個家長（父父，或母母），反而更能保障兒女之權益。一方面，這讓孩子有兩個家長照顧，又有一個完整而持續的「家」（父父或母母都是「結婚」來的）⁵⁵。另一方面，*Windsor* 判決中則曾經指出，否定同性結合關係的婚姻地位，使其不能享有各種福利保障（如：眷屬之健保），反而對家庭經濟不利⁵⁶。這也對於孩子有不利影響。

愛荷華州法院從各審級的審理過程中發現，許多研究都說明「同性父母」與「異性父母」在教養照顧孩子上，無分軒輊。對子女利益而言，並無差別。在此同時，那些宣稱「異性夫妻可以創造較有利於子女利益之環境」的意見，大多沒有可信賴的科學研究支持。⁵⁷這個政府所宣稱的「重要利益」，在一開始就沒有根據！

就算退一步承認「異性父母較適合養育孩子」或「子女最佳利益」這個利益，「禁止同性結婚」的手段是否與該目標有實質關聯，仍大有疑問。它有以下幾個破綻——

(1) 如果要達到「子女最佳利益」，那不應該僅排除「同

⁵⁵ *Id.* at 2600.

⁵⁶ *Windsor*, 133 S.Ct. at 2692-2693.

⁵⁷ *Varnum*, 763 N.W.2d at 899.

性結婚」，還應該同時排除許多不適任的父母，如虐童者、性剝削者、曾因疏忽而未照護孩子父母，以及暴力前科犯等等不適合當「好爸媽」的人。僅僅禁止同性婚姻，是所謂的「包含不足」(under-inclusive)。⁵⁸

(2)不是每個同性伴侶(無論結婚與否)，都會撫養小孩。對於那些本來就沒有打算養育孩子的同性伴侶，這種「禁止結婚」之規定就構成「包含過廣」(over-inclusive)。⁵⁹

(3)即使不能結婚，愛荷華州州法並未禁止同性伴侶收養、撫養孩子。就此而言，又是「包含不足」。⁶⁰

(4)唯一可能有效達成目標的推論，是認為「禁止同性結婚」的措施，可以減少被同性伴侶撫養的孩子，同時增加由異性父母照顧養育的孩子。而這種推論的前提，則是：想要養育孩子的同性伴侶，因為沒有婚姻保障而打消念頭；或是原來會被同性伴侶收養的孩子，因為沒有同性婚姻而改由異性夫妻收養。然而，這樣的「效果」實在太不確定，沒有實證依據能夠證明會有這樣的效果。⁶¹

⁵⁸ *Id.* at 900.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* at 901.

⁶¹ *Id.*

以上這些分析⁶²，可看出即使「子女最佳利益」成為重要公益，但「禁止同性結婚」這個手段，非常粗糙。既包含不足，又涵蓋過廣，更充滿了臆測而沒有實證。就從嚴審查的「實質關聯」來說，顯然不能及格！

這些討論套用在我國，也幾乎完全都可以用。「禁止同性婚姻，可以讓孩子由異性父母撫養，而得到較好的教養」這個命題，在實證與邏輯上都有太多漏洞，恐怕是抽象、假設的恐慌，多於真實的問題。⁶³更何況，我國的收養法制相當嚴格，對於保障子女最佳利益，相當重視。只要在個案中能夠細緻權衡對於被收養子女是否有利，並不需要在前端就完全否定同性「家長」的存在。

c. 節省資源

如前所述，「婚姻」代表了政府的保障，也包含了稅務優惠等等的給付。那麼，不允許同性結婚，就可以節省更多資源。

針對這種說法，首先就要注意：在從嚴審查（無論是中度或嚴格

⁶² 麻州最高法院其實也有類似的精細分析。Goodridge, 798 N.E.2d at 962-64.

⁶³ 司法院大法官釋字 649 號解釋，對於「實質關聯」的要求也相當嚴格。試看解釋理由書這一段論述，與愛荷華州法院對「實質關聯」的要求相近：「而同屬身心障礙之非視障者亦在禁止之列，並未如視障者享有職業保留之優惠。在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難調具備實質關聯性。」

審查) 基準下，單純的「節省資源」未必能被接受是「重要公益」。

畢竟單純為了節省，就嚴重侵犯人民憲法權利，是憲法難以忍受的。

即使先承認「節省資源」的重要性，「禁止同性婚姻」也是非常粗糙的手段，難以被承認具有「實質關聯」。一方面，異性夫妻也未必會合併申報或使用許多稅務優惠，同性伴侶亦同，政府如何證明或估算增加同性伴侶後，稅收一定會比現在減少？另一方面，如果為了節省，那其實有更多類型的婚姻應該禁止或限制，例如：再婚超過一定次數的人，可能就比較適合被禁止結婚。⁶⁴

d. 宗教上的理由

數量龐大的宗教團體，尤其是基督教，認為法律承認同性婚姻，牴觸他們的信仰與良心。

然而，這似乎也是一個誤會。如同美國聯邦最高法院所指，憲法保障同性結婚，但各種宗教與教徒，在憲法保障之下，當然可以繼續依據他們誠摯的宗教信念，對同性戀者（與其行為）提出他們的想法，繼續倡議或批判。憲法的宗教自由與言論自由，完全保障這樣的聲音。⁶⁵在台灣當然也是一樣。宗教信仰本來就與世俗的法律，有所區隔。佛教徒的五戒包括戒酒，但不表示世俗的法律要禁止喝酒；世

⁶⁴ Varnum, 763 N.W.2d at 903.

⁶⁵ Obergefell, 135 S.Ct. at 2607.

俗法律允許喝酒，不能被解釋成侵害佛教的信仰與良心自由。基督教的十誡禁止崇拜偶像，世俗的法律卻要保障各種宗教的宣教與敬拜自由；但基督徒當然可以繼續宣揚「不拜偶像」的意義，並且在教會內部禁止會眾的偶像崇拜。

此外，愛荷華州最高法院也指出，一方面，各種「宗教團體」或「宗教信仰」對同性婚姻也有不同的看法，支持或接受同性婚姻的宗教團體多有所在。因此並沒有一個統一的宗教基準，能夠測試愛荷華州的「禁止同性婚姻」之合憲性。⁶⁶ 憲法並不允許任何政府部門捲入或裁決這些宗教辯論，而是授權法院去確保政府可以「避免」這些爭端。⁶⁷

更重要的是，法院僅能依據憲法（而非教義）來裁判。這不表示不尊重任何虔誠信仰（且反對同性婚姻）的愛荷華公民。任何反對同性婚姻的宗教原則與觀點，不會受到憲法判決所影響。各宗教教派仍然可以根據教義，堅持定義婚姻是一男一女的結合，並由神職人員證婚。唯一的差別，是「世俗婚姻」（civil marriage）的意義改變了，如此而已。⁶⁸而在台灣，由於婚姻制度採取「登記婚」，神職人員證婚與否，純屬內部事項，不影響法律效力。因此，以天主教教會為例，

⁶⁶ *Id.* at 904-05.

⁶⁷ *Id.* at 905.

⁶⁸ *Id.* at 905-06.

它當然可以不承認世俗的戶政事務所所為之登記，而僅承認依天主教儀式而締結之婚姻，毫無問題。

此外，有些宗教團體與學者主張，承認同性婚姻，可能會侵害「因信仰而反對同婚者」之宗教自由，因為世俗的法規，包括反歧視法，可能會逼迫他們作他們違反信仰的事。⁶⁹（例如，婚紗禮服業者，不願意為同性婚姻的婚禮送花；教會的相關組織，不願意為員工的同性配偶眷屬負擔健保費用；信仰虔誠的戶政事務所人員，不願意為同性婚姻登記。）

這其實是宗教自由如何與其他權利、公益相權衡，尤其是「宗教自由得否豁免於一般性法律」之問題。嚴格來說，這些問題並不是同性婚姻的直接法律效果，而是其他法律在承認同性婚姻之後，該如何操作？操作時要給予宗教信仰者多大的自主空間之問題。並不是「侵害宗教自由」的憲法問題，而是政策上、立法上執行效果的擔憂。

類似的問題，其實不是從同性婚姻才開始發生。從耶和華見證人能否拒服兵役（釋字 490），到天主教設立之財團法人組織得否禁止受僱人出櫃（性別工作平等法禁止性傾向歧視）都會碰到類似的爭

⁶⁹ See e.g. Douglas W. Kmiec, *Same-Sex Marriage and the Coming Antidiscrimination Campaigns Against Religion*, in EMERGING CONFLICTS, *supra* note 10, at 103-122; RYAN T. ANDERSON, TRUTH OVERRULED: THE FUTURE OF MARRIAGE AND RELIGIOUS FREEDOM 105-122 (2015). 另參閱關啟文，前揭註 35 書，頁 100-123。

議。只要在解釋適用法律時，能夠給予私領域的真誠信仰者某些豁免或彈性空間，並且認真權衡信仰、婚姻，與公益之關係⁷⁰，這個問題其實是在台灣這個忽視宗教自由與政教關係的地方，如何在憲法學教育上提升對宗教自由之敏感度的問題，而非同性婚姻本身的問題。

其次，另一種主張則認為若承認同性婚姻，則公立學校教材中的「婚姻」定義可能改變，從而孩子們會被教授他們宗教教義所無法容忍的內容。加州的案件就曾經有過此一爭議。⁷¹而聯邦上訴法院的回覆有二：

無論是否允許同性婚姻，加州各學校的教材與教學內容，都禁止「性傾向歧視」。所以，本來就不許教授哪一種性傾向或哪一類型的婚姻（同性或異性伴侶）比較優越。除此之外，教材與教學內容均由學校與家長控制，因此是否承認同性婚姻，未必影響教材。⁷²

更重要的，學校教授「加州法律承認同性婚姻」並不等於貶抑宗教信仰。法律如何規定，是一個社會現實。學校教授這個「現實」，就好像教授新選出來的州長姓名、新發現的化學元素等等事實。抗議教授這些內容，就如同抗議這些事實的存在。難道選舉時反對某一個州長候選人，理由是「我不要孩子的教科書出現他的名字」？難道反

⁷⁰ 參閱廖元豪，上帝高於凱撒？宗教行為豁免於一般性法律規範的可能性，台灣法學雜誌，291期，頁58-64（2016）。

⁷¹ Perry, 671 F.3d at 1091.

⁷² *Id.*

對「無過失離婚」是因為孩子會在社會課讀到這個制度？⁷³

類似的爭議，在台灣也有發生。部分家長團體似也擔心，將來的性平教育會大幅改變，從而對孩子有「不良影響」（但台灣的家長未必是從宗教理由出發）。而在憲法的操作上，答案大致也都與美國相同。唯一值得提醒的，是我國的教育制度上，公立學校與私立學校教育內容幾乎沒有差別，私校甚至不被允許以必修或強迫方式傳授宗教內容或宗教儀式⁷⁴，遑論教授與標準教材相反的內容。而台灣的課程、課綱方面，家長的參與權也很低。因此，強化（一向被忽視的）宗教自由保障，讓真誠信仰者能有更多的教育空間，而不需要與「其他人」受完全一樣的涵化內容，才是正軌。包括聲請人在內的各級政府，都會繼續強化家長的參與權。反對同性婚姻，其實並不必要。

綜上可知，反對同性結婚的四項理由，在目的重要性或手段目的關聯性上，均不足以正當化其限制同性結婚權利之措施，大院應以民法未保障同性伴侶結婚之權利為由，宣告其牴觸憲法第 22 條。並諭知相關機關，依解釋之意旨，從速進行修法與執行，儘速落實憲法保障同性結婚權利之意旨。

⁷³ *Id.* at 1091-92.

⁷⁴ 私立學校法第 7 條：私立學校不得強制學生參加任何宗教儀式或修習宗教課程。但宗教研修學院不在此限。

爭點三：第一題答案如為否定，是否違反憲法第 7 條保障平等權之意旨？

現行法律實務，除了在實體上侵害了原告與其他同志之「婚姻自由」外，也因為以下兩個理由而違憲。第一，民法在「同性伴侶」與「異性伴侶」之間為差別待遇，使同志之結合關係無法享有與異性相同的婚姻保障，這樣的差別待遇，因其無正當理由限制人民之「基礎權利」而違憲。其次，依人民之「性傾向」(sexual orientation) 為分類標準，剝奪同性戀者享有異性戀者所能適用的「婚姻」制度，有違反憲法第 7 條平等權之虞。

(一) 限制婚姻權利之差別待遇違憲

從釋字 696、701 號解釋可以看出，大法官對於「影響婚姻-家庭-人格」權利的差別待遇，即使該差別待遇之分類標準本身並非「可疑分類」，也會採取較嚴格之審查標準。尤其是釋字 696 號解釋，與本件釋憲案有高度相關。依此，民法有關婚姻之規範，在同志與異性戀者之間有差別待遇，而影響其結婚權利，亦應採取較嚴格之標準加以檢驗。

由於此種審查方式，重點在於實體婚姻權利之保障，而審查方式

也是針對「目的重要性」與「手段目的關聯性」。在此方面的分析，與爭點二可說完全重疊。聲請人在此茲不贅述，僅敘述結論：現行民法對同性與異性戀者採取差別待遇，侵害同志之結婚權利。但此等差別待遇並非達成重要公益之實質關聯手段，自屬違反憲法第 7 條之平等權規定。仍請大院諭示相關機關限期修法，消除此等違憲之差別待遇。

（二）性傾向之差別待遇違憲

1. 現行法律與實務是「性傾向歧視」

現行的民法，以及僅承認異性婚姻之法律實務，應該算是哪一種「差別待遇」？雖然民法有關婚姻之條文，甚至法務部之函釋，並沒有明確出現「性傾向」的用語，亦未禁止同志與不同性別者結婚；但既然同性戀者在定義上就是僅會被相同性別的人吸引，而只能選擇與自己同性別的人結婚或成為家庭伴侶。若法律只承認異性婚姻，無異於禁止同性戀者進入婚姻狀態。這樣對「同性戀性傾向」歧視的法律，自然是一種性傾向歧視。⁷⁵

⁷⁵ 美國康乃狄克州、加州，與愛荷華州的最高法院，也都採取相似的論述方式，將「僅承認異性婚姻」之法律界定為「性傾向歧視」。See Kerrigan, 957 A.2d at 431 n.24; Marriage Cases, 183 P.3d 440-41; Varnum, 763 N.W.2d at 885.

尤有甚者，拒絕同性性傾向者結婚，等於否定他們能夠選擇婚姻制度，公開肯認僅有異性戀者得享有「婚姻」這麼重要的制度保障。國家以法律公開表現對同性性傾向人士的貶抑，告訴全世界「『你們』不配享有『我們』的制度」。同志在這種法律架構下，根本是次等公民（second-class citizens），而不是這個國家平等的成員！⁷⁶

2. 同志群體有「相提並論性」

要適用平等權，第一步就是要證明，系爭的群體與被比較者，是相似的，因此應受到相同的對待。這種「等者等之」的論述，就是所謂的「相提並論性」。⁷⁷

前已述及，從婚姻的功能、目的觀之，同志群體也會有相同的需求，也祈求同樣的社會承認與法律保障。就此而言，同志是可以與異性戀者相比較的，似無問題。

美國愛荷華州最高法院在「同性戀者是否與異性戀者『處境相似』」，做了相當完整的分析，可供參照。在 *Varnum* 中，主筆之 Cady 大法官指出，平等權在檢視所有「相似處境者」（similarly situated）之待遇，而是否為「相似處境」則應以「立法目的」（the purposes of the

⁷⁶ 平等公民權（equal citizenship）是從社會成員應享有基本平等地位的觀點，認定人人均有「不因難以改變之『身分』而受現實上不利益」之權利。參閱廖元豪，前揭註文，頁 413。

⁷⁷ 參照許玉秀與許宗力大法官於釋字 596 號解釋之不同意見書。

law) 為基準。⁷⁸婚姻之目的，如前所述，是提供一套制度，承認並保障重要的生活關係，並給予婚姻所附隨之權利義務。

依此，同性伴侶與異性伴侶一般，都投入了相愛相守的關係，並且建構起自己的家庭。而官方對同性關係的承認，提供了制度基礎去界定他們的基本關係權利與責任 (defining their fundamental relational rights and responsibilities)，就此而言亦與異性戀者無異。準此，從愛荷華州的婚姻法來看，婚姻是為了承認與界定相守伴侶的關係，同志與異性戀者，在此並無差別——除了他們的性傾向不同以外。⁷⁹

Varnum 案的判決意見書一開頭，Cady 大法官就對十二名原告做了一番「介紹」：他們分別住在本州六個不同的社區。就像所有的愛荷華人一般，都是負責、認真，勤勞的人民。他們有的正在工作 (包括護士、公司經理、保險分析員、家管、鋼琴教師、聯邦公務員等等)，有的已經退休。他們以自己所享有的自由為榮，住在本州而期待他們的權利能受到保護。⁸⁰法院為何要花篇幅介紹這些看來與法律規則無關之事項？因為，法院不斷地在強調，他們「如同大多數 (所有) 愛荷華人一般」(Like most Iowans, Like all Iowans)，「他們」與「我們」其實是相同的。唯一的差異，只有一點：「他們在性與感情上，被他

⁷⁸ Varnum, 763 N.W.2d at 883.

⁷⁹ *Id.* at 883-84.

⁸⁰ *Id.* at 872.

們相同性別的人所吸引。」(They are sexually and romantically attracted to members of their own sex.) 這十二位原告 (六對伴侶) 都處於「相互承諾的關係」(committed relationships...對不起,無法稱為「夫妻」)。每一個人都抱著「有一天能夠結婚」的願望—遍及愛荷華州各地許多人都擁有的願望 (Each maintains a hope of getting married one day, an aspiration shared by many throughout Iowa.)⁸¹

在台灣有許多案例中, 想要結婚的同志們, 又何嘗不是如此? 他們相知相守相愛, 決定攜手共度人生。他們在社會上各有其職, 各有貢獻。而他們也與許多台灣人一樣, 想要走入婚姻, 期待兩人的「關係」能得到公眾的祝福、國家的承認、法律的保障。法律上有必要去區分「他們」與「我們」嗎?

總之, 同志也是人, 也是中華民國國民, 也是台灣人, 也一樣有著婚姻的需求與渴望。他們當然是可以「相提並論」的一群人。國家僅因他們的性傾向, 而不允許他們享受「婚姻」制度的保障。這樣的差別待遇, 是有違反平等權之疑慮, 而應接受檢驗的。

3. 性傾向歧視應從嚴審查之理由

⁸¹ *Id.*

同樣是「差別待遇」，但用何種基準來審查，結果會有很大的差別。如果是寬鬆的合理審查基準，那會採取非常尊重、順從立法者的態度來檢視相關的差別待遇。而若採取了較嚴格的審查標準，那系爭立法的差別待遇措施，就可能被推定違憲。

這種「層級式的審查基準」，司法院大法官也已漸漸採行。⁸²例如，同樣是平等權之審查，在釋字 647 號解釋，大法官就表示對於贈與稅是否免徵，「是倘系爭規定所追求之目的正當，且分類標準與差別待遇之手段與目的間具有合理關聯，即符合平等原則之要求」；但在釋字 626 與釋字 649 號解釋，由於系爭差別待遇係以難以改變之身體特徵（色盲、視障）為分類標準，大法官就採取較為嚴格的標準——立法之目的應為追求「重要」的公共利益，而手段必須與目的之間有「實質關聯」。至於身體自由之限制，大法官則明確表示應採「嚴格」的審查標準（釋字 690 號解釋參照）。而基於「男女」所為之差別待遇，大法官基本上也僅允許「例外」。

從「平等權」而言，同志因為性傾向而被拒絕結婚，形同被當成次等公民看待。應導出「從嚴審查」的結論。⁸³

至於「從嚴」，到底是「中度」還是「嚴格」？或是有其他不同

⁸² 當然，大法官的標準還有許多混亂與不成型之處。就此而言，請參照湯德宗大法官於釋字 696 號解釋之協同意見書。但大法官已經開始採取不同的標準，應可確定。

⁸³ 麻州與聯邦第九巡迴特區之上訴法院，則採取最寬鬆的審查標準，而仍判定「禁止同性結婚」之法律違憲。而加州最高法院則對性傾向歧視採取嚴格審查，結果也是違憲。

的尺度？在我國大法官的釋憲實務上，尚難整理出清楚有條理的「層級」。比較明確從嚴審查的案件，主要是「男女差別待遇」的審查（釋字 365），以及涉及身心障礙與「正常人」區分的審查標準（釋字 649）。

而以「同志」的身分以及「性傾向」的敏感性，本件釋憲案的審查基準，不應該低於釋字 365 與釋字 649 號解釋。同志所受的歧視歷史、性傾向與社會貢獻之無關、同志群體的政治弱勢，以及同性性傾向的不易改變，樣樣都不亞於「身心障礙（健全）」與「性別」。而這兩號解釋也是目前大法官在平等權案件上，所採取較嚴格的基準。

因此，暫以釋字 649 號解釋所揭示的標準來檢驗。「禁止同性結婚」的法律實務，如果要通過違憲審查，其必須通過以下標準——

(1) 立法目的：必須是「重要」的公共利益，且需與「生理差異」有關。

(2) 手段與目的之關聯性：必須達到「實質關聯」之程度。

這樣的標準，其實也就是美國最高法院在「性別歧視」的案件中所採取的標準。鑑於「重要」與「實質關聯」仍然頗為抽象，所以在分析時，若有必要，也會參照美國判例的尺度來協助說明。

大法官目前尚未對基於「性傾向」所為之差別待遇，應採何種標準，表示意見。聲請人以為，「性傾向歧視」在性質上，應從嚴審查，

推定違憲。至少不應低於「身心障礙」或「性別」分類標準所採取之態度。⁸⁴

以下參考美國加州、康乃迪克州，與愛荷華州最高法院有關「性傾向歧視應否從嚴審查」的論述，探討此一議題在我國應如何處理。

85

大致上，前述各州法院在面對同性婚姻的議題，進而探究「『性傾向』之分類標準應採何種審查基準」的前提爭點時，也都參照美國聯邦最高法院曾提出的幾個指標，來斟酌考量「是否從嚴審查」，其包括以下各點——

a. 受歧視之歷史經驗

前述各州法院，不約而同地均將同志群體受歧視的「歷史經驗」納入考量審查基準時的重要參考。加州最高法院就指出，「男女同志在歷史上所受的迫害，可與黑人及女性比擬」（“Lesbians and gay men ... share a history of persecution comparable to that of Blacks and women”）。

⁸⁴ 大法官於釋字 696 號解釋，對影響婚姻的稅法規定，採取中度審查基準：重要公益+實質關聯。

⁸⁵ 美國聯邦最高法院在 2013 年與 2015 年的判決中，都沒有採用「性傾向歧視」這個平等權的分析角度。美國聯邦最高法院在 1996 年之 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996)，對「性傾向」的分類標準，採取「具有殺傷力的合理審查」（rational-basis with bite），將系爭州憲法規定宣告違憲。而在 2003 年之 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)，則在未明確揭示審查標準的情況下，將德州處罰「同性間之異常性行為」的刑罰規定宣告違憲。鑑於美國最高法院在此一領域尚未有明確之見解，各州法院判決可能對我們更有參考價值。

「除了少數種族與宗教外，我們想不出任何一個群體，如同同性戀者一般，曾經蒙受過如此嚴苛而持續的敵意，這樣立即而嚴重的羞辱。」
(“Outside of racial and religious minorities, we can think of no group which has suffered such ‘pernicious and sustained hostility’, and such ‘immediate and severe opprobrium’, as homosexuals”)⁸⁶ 而從這樣的歷史，體現出這個群體在法律上與社會上的失能，更顯現出同志群體承受了低劣與次等公民的烙印。⁸⁷有鑑於這樣的歷史，任何維持既有傳統（如，不給予同志「婚姻」的名分）分類的措施，都有延續往日偏見、不利益、刻板印象等經驗之嫌疑。⁸⁸

康乃迪克州最高法院也同樣指出，即使到今日（2008），許多社會歧視與法律歧視依然存在。甚至美國精神學會也指出，與其他社會群體相較，同性戀者依然是美國國內最被污名化的群體之一。同性傾向的學童經常是被凌辱的對象，專業人士往往不敢顯露出自己同志身分。回顧歷史並觀察現狀，同志都還受到強烈的壓迫。⁸⁹而愛荷華州最高法院則於 *Varnum* 案檢視了美國與該州社會對同志「罄竹難書」的歧視例證後指出，這些歧視的歷史顯示，任何法律措施對同志課加的負擔，「更可能是反映了深植的偏見」（more likely than others to

⁸⁶ Marriage Cases, 183 P.3d at 442.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.* at 445.

⁸⁹ Kerrigan, 957 A.2d at 432-34.

reflect deep-seated prejudice)，而非理性的立法目標。⁹⁰

台灣或許沒有如美國那樣，曾經以刑罰處罰單純的同性性行為。或許也因為沒有強烈的基督教傳統，對同志的敵意稍微低些。但社會污名、校園霸凌，以及就業、教育、法律等等的歧視，依然不勝枚舉。雖然同志團體這些年來比較有發聲空間，也有著「同志遊行」。但不敢出櫃的人依然非常多。而部分家長對包含同志性傾向的性別教育教材強烈反彈，也可以看出這種恐懼依然沒有消弭。前揭美國法院的觀察，在台灣依然有參照價值。

b. 性傾向作為難以改變的特徵

對於與生俱來而難以改變的特徵，課與法律上之不利益，是任何重視人權的國家都難以接受的。然而，「性傾向」是否為天生、固著，無法改變呢？

從科學的角度看，「性傾向」是否如同種族、性別一樣，完全是天生且無法改變的？⁹¹這的確仍有爭議。

⁹⁰ Varnum, 763 N.W.2d at 889-91.

⁹¹ 其實即便是性別，也已經有「變性人」，我國的實務亦容許變更身分證與戶籍登記上的「性別」，其並非全然不可改變。至於「種族」，現今的許多研究都已經指出，種族的身分並非全盤由生理因素決定，而有高度的「社會建構性」(social construction)。例如，美國總統歐巴馬先生的生母是白人，但他自己與社會仍「選擇」將他定位為「黑人」。來自墨西哥的移民，膚色又很白的話，他同時可能勾選「白人」或「西語裔」。在採取「一滴血主義」的地方，只有 1/8 黑人血統的人依然會被界定為「有色人種」，但採取較寬鬆的白人認定標準之處，同樣的人就會被定位為白人。這些也都顯示出，就算是種族、性別，也沒有想像中那麼「固著」「天生」「不可變」。

不過，前述的三州法院，都一致認為，要提高審查標準，並不需要「性傾向」是一種「絕對不可變」的特徵。只要能確定性傾向是一種「不易改變」的特質，而與個人的自我身分認同有密切關聯，就滿足了「從嚴審查」的標準。⁹²憲法要提高審查標準，無須以「絕不可變」之特徵為必要。就像「宗教歧視」或「對外國人之歧視」，都會採取嚴格審查，但這兩個特徵都是可變的（宗教可以轉換，外籍人士可以歸化）。⁹³

只要系爭的「特徵」，是「個人身分認同之核心，且政府僅因某人拒絕改變（這個特徵）而處罰，會非常可怖」（“so central to a person's identity that it would be abhorrent for government to penalize a person for refusing to change it.”），那就符合了從嚴審查的標準。⁹⁴

基本上，「性傾向」至少是非常難以改變的特徵。而且的確是個人身分認同的重要部分。性傾向影響了個人如何形塑人際關係，滿足了個人對愛與依附的基本需求。⁹⁵如果強迫改變，必然要付出嚴重傷害自我認同感的代價（only at the expense of significant damage to the individual's sense of self）。⁹⁶

⁹² Marriage Cases, 183 P.3d at 442; Kerrigan, 957 A.2d at 436-39; Varnum, 763 N.W.2d at 892-93.

⁹³ Marriage Cases, 183 P.3d at 442.

⁹⁴ Varnum, 763 N.W.2d at 893.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Kerrigan, 957 A.2d at 439.

「性傾向難以改變，而且涉及個人基本身分認同」，應該無分國界。無論是美國、歐洲，或台灣的人類，都會把自己的性傾向當成非常核心的事項，不會也不能輕易變更。我們以異性戀為主調的法律與社會，已經逼得許多未出櫃的同志，壓抑同性性傾向，卻要與異性(假裝)談戀愛、共組家庭、生養子女。這不是「轉變」，而是逼人壓抑的「暴政」。包含我在內的任何一位異性戀者，可以試想：如果有一天，法律、家庭、社會，都逼著我們要「改變性傾向」，現在開始去愛、去撫摸同性伴侶，您覺得如何？是不是能夠像更換手機門號，挑選自助餐店一般，輕易地「改變」？

如果性傾向難以改變，如果逼迫改變是暴政，那任何因為特定性傾向而賦予不利待遇的法律，都應該推定違憲。

c. 性傾向通常與成就-能力-貢獻無關

法律上各種差別待遇，如果是為了獎勵對社會之貢獻，或懲罰對公眾的危害，那是可以接受的。然而，有些分類標準，基本上與我們現代社會的「功績原則」(meritocracy)無關。如同種族與性別，在絕大部分的時候，根本不涉及一個人的成就、能力，或是貢獻。原住民、漢人、新移民，在努力或聰明才智，都沒有差別。男性或女性，與社會貢獻也沒有必然的關係。因此，當法令措施的「分類標準」與

個人的「貢獻能力」毫無關聯的時候，就應該要受到較嚴格的檢驗。

因為這樣的差別待遇，很可能奠基於不相干的刻板印象及偏見。⁹⁷

性傾向與種族、性別有類似性。無論是同性戀者或異性戀者，在絕大部分的情況下，都與社會貢獻無關。同性戀者一樣可以當個好學生、好律師、好工程師、好廚師、好媽媽；異性戀者也可能是失業多年領社會救濟的人，也可能是罪犯，甚至是家暴慣犯。用這種與社會貢獻、個人努力、成就表現都沒有關係的標準來決定資源分配或權利義務關係，是非常有問題的，本質上可疑的。

況且，在就業、教育等領域開始禁止「性傾向歧視」也已經愈來愈普遍。美國約有過半數的州，有制定「禁止性傾向就業歧視」的法律。⁹⁸國際上有關「對抗性傾向歧視」的趨勢更是沛然莫能與抗。⁹⁹可見，「性傾向」與能力貢獻無關，已經漸漸成為社會共識。

我國的法律也開始意識到性傾向歧視應該被禁止。就業服務法第 5 條，性別工作平等法第 6-1 至 11 條，性別平等教育法第 12 至 14

⁹⁷ *Id.* at 453.

⁹⁸ *Sexual Orientation Discrimination in the Workplace*, available at <http://employment.findlaw.com/employment-discrimination/sexual-orientation-discrimination-in-the-workplace.html> (last visited, March 19, 2017).

⁹⁹ *See UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, BORN FREE AND EQUAL: SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW* (2012), available at <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf> (last visited, March 19, 2017).

條，都在規範甚至禁止「性傾向歧視」。自此觀之，「性傾向」本質上不宜作為差別待遇標準。任何對於不同性傾向之人民予以差別待遇，使某一性傾向（幾乎都是同性性傾向者）受到不利效果的法令措施，本質上都可能是反映了偏見與敵意，應受較嚴格之檢驗。

d. 同志群體為政治上弱勢

美國的憲法實務與理論，一直有一支重要的理論，稱為「代議強化論」(representation-reinforcing theory)：任何法令政策，若對「政治上之結構性弱勢」不利，由於弱勢者無法透過民主程序保障自己，故司法審查應施以嚴格審查。¹⁰⁰林子儀大法官在釋字 580 號解釋之不同意見書指出，如果立法的規範對象並非「針對政治上之絕對弱勢團體」，那財產權的案件就應該採取最寬鬆的審查。反之，如果碰上的「政治上絕對弱勢團體」，應該就從嚴審查。

那麼，同志群體是否為政治上的弱勢團體呢？表面上看來，同志運動在台灣或歐美，都有相當的聲浪。有些法律也因為他們的努力而修改。這樣子的話，是否表示他們仍有一定的政治力量，並非絕對弱勢，從而無須憲法強化保護？

¹⁰⁰ JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).另可參照廖元豪，高深莫測，抑或亂中有序？—論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」，中研院法學期刊，第2期，頁211以下，頁246-250（2008）。

首先應注意者，「政治弱勢」不表示這個群體到了完全無能、待宰羔羊之地步。¹⁰¹美國的非裔已經可以當上總統了，但這個族群還是公認的弱勢群體。女性更是在投票上佔了一半比例，但對於性別差別待遇還是會受到中度以上的從嚴審查。

真正的標準，應該是如康乃迪克州最高法院所建議的：「是否該群體欠缺足夠的政治力量，以傳統的政治手段，即刻終結偏見與歧視？」(whether the group lacks sufficient political strength to bring a prompt end to the prejudice and discrimination through traditional political means)¹⁰² 康州法院首先指出，同志群體是「少數群體」，這點並無問題。¹⁰³而在當時的統計，全美超過 50 萬名政治性公職，只有 300 名是公開出櫃的同志。¹⁰⁴而在康州本身，公開出櫃的政治人物也極少。¹⁰⁵加上社會仍然普遍對同志的道德質疑，還有充斥著的恐同熱 (homophobia)，都使得同志群體依然難以公開地以民主程序爭取權益——很多人根本不敢承認。¹⁰⁶

此外，若與典型的「弱勢群體」(黑人與女性) 相比，同志群體

¹⁰¹ Varnum, 763 N.W.2d at 894.

¹⁰² Kerrigan, 957 A.2d at 444, 446.

¹⁰³ *Id.* at 440. (估算約佔人口的 1/10)

¹⁰⁴ *Id.* at 446.

¹⁰⁵ *Id.* at 447.

¹⁰⁶ *Id.* at 444-46, 452.

雖然在政治上有所進展，但其政治力仍遠不及非裔與女性。¹⁰⁷因此，康州法院仍然認定同志群體屬於「政治上弱勢團體」。從而對他們不利的法令措施，應該要從嚴審查。

愛荷華州最高法院也有類似的論證。尤其大法官們明確地認定：男女同志的政治力量，並不足以克服歷史上的性傾向歧視，所造成的嚴重不公偏見。¹⁰⁸

回到台灣，恐怕更容易導出「同志是政治弱勢群體」的結論。同志是少數，而且我國的中央與地方民代、政務官，似乎還沒有看見一個公開出櫃的政治人物。同志街頭遊行雖然屢屢舉辦，許多藝文活動也開始以同志為題材。但社會上的反同、恐同，或至少「疑同」聲浪恐怕還是不少。異性戀的政治人物對同志群體，或許願意口頭或金錢贊助一些，但真正出力去保障，去對抗歧視的，還是相當少數。

就以同志婚姻來說，如果大院諸位大法官沒有肯定這個權利，看看在立法院已經居絕對多數的執政黨，依然猶豫再三，欲言又止，何時才能期待立法院主動修改法律，承認同志婚姻？

總之，同志群體為政治上弱勢，任何以其「同性性傾向」之特徵而為不利處置的法令，都應該推定違憲。

¹⁰⁷ *Id.* at 453-54.

¹⁰⁸ Varnum, 763 N.W.2d at 895.

4.並無重大公益與必要關聯足以正當化此等性傾向差別待遇

一旦確定性傾向歧視應提高審查標準，那「目的重要性」與「手段目的實質關聯性」的檢驗，又回到爭點二的處理部分，幾乎相同。系爭之性傾向差別待遇（允許異性戀者結婚，禁止同性戀者結婚），無法構成「達成重要公益之實質關聯手段」，因此牴觸憲法第 7 條之平等權。

爭點四：如立法創設非婚姻之其他制度（例如同性伴侶），是否符合憲法第 7 條保障平等權以及第 22 條保障婚姻自由之意旨？

立法為同性結合關係，設計與典型婚姻不同，或是在形式上另設專法之制度，在國外確有不少例子。如美國加州之「家事夥伴」（domestic partnership），佛蒙特州的「民事結合」（civil union）均為其例。而國內目前也有民間團體主張，應採「專法」或其他制度來給予同志結合關係法律保障。

而這些「非婚姻之其他制度」是否符合憲法第 7 條與第 22 條之規定，目前並非司法釋憲機關所能置喙。當前並無此等「非婚姻之其他制度」之立法規定，甚至連一部可供「事前審查」的草案也沒有。

大法官若就此「不存在之制度」是否違憲作成解釋，必須憑空猜測其內容，並對未來的立法與政策進行指導，似不合乎「司法權」之本旨，而為「不具可司法性」(nonjusticiable) 的政治問題。¹⁰⁹

我國目前釋憲制度雖非就個案進行裁判，本件亦為「地方機關行使職權」之「疑義解釋」聲請案。但大法官既為憲法上之法官，釋憲亦屬憲法第七章司法權之一部分，則除非憲法另有規定，否則權限之行使仍應符合司法權被動、事後、裁決等特質。若在法律根本不存在的情況，卻作成「未來立法合憲性」的解釋，恐有違反「案件成熟性」(ripeness) 之司法要求。¹¹⁰應不予解釋。

況且，所謂「非婚姻之其他制度」，可能有非常多樣的組合，例如：(1) 伴侶制度與婚姻制度平行，前者適用於同性結合而後者適用於男女夫妻；伴侶制度與婚姻制度平行，兩者均同時適用於同性或異性關係，但前者之要件與保障較寬鬆，後者則與現行婚姻制度一樣較為嚴謹；(3) 在民法之外，另行制定伴侶法或婚姻法（專法），而全盤取代民法親屬繼承編之婚姻規定，且涵蓋同性與異性關係；(4) 在民法中加入「伴侶」專章，專門規範同性結合關係，以與婚姻相隔……

¹⁰⁹ 釋字 328 號解釋參照。另參閱廖元豪，從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性，政大法學評論，71 期，頁 27 以下（2002）。

¹¹⁰ 湯德宗，權力分立與違憲審查—大法官抽象釋憲權之商榷，收於湯德宗，權力分立新論（卷二）：違憲審查與動態平衡，頁 83，92-93，103-105（2005）。

甚至為了保障同志關係的婚姻權利，立法者也可能在民法之「婚姻」規定中，另行區分同性婚姻與異性婚姻，且作成差異甚大之規範。這些未知的制度，是否符合憲法保障「婚姻自由」與「平等權」之規定，都不可能現在來做臆測判斷。政策上或社會運動的主張，可以建議要「專法」或「修民法」；但司法釋憲機關如何在當前一片空白的情況下作成解釋，殊難想像。何況大法官亦曾多次於解釋理由書對聲請案，表示「尚難謂客觀上已具體敘明上開規定究有何牴觸憲法之處」而不予受理(參照釋字 704, 716, 730, 736, 與 744 號解釋理由書)，對於「非婚姻之其他制度」，如何「客觀上具體敘明上開規定究有何牴觸憲法之處」？

國外雖有司法判例，認定「非婚姻之其他制度」無法成為「同性婚姻」之憲法替代品，論述也鏗鏘有力。¹¹¹然而那是在相關法律已經施行的前提下，法院才能觀察、評估，並作成是否合憲的裁判。即使美國麻州最高法院在 2003 年，曾經對州議會有關「民事結合是否能取代同性婚姻」的疑義作成諮詢性意見，認定違憲¹¹²。但那至少也已經有一套「草案」，可以讓麻州最高法院進行審查。相比之下，我國目前並無此等法律草案在行政院或立法院內審查，大法官根本沒有任何審查之對象。

¹¹¹ Perry, 671 F.3d at 1066-1067.

¹¹² 802 N.E. 2d 565 (2004).

而聲請人對此一爭點，亦無從表示立場。聲請人聲請大院解釋之標的，係因聲請人行使戶政「婚姻登記」之職權而生之疑義與爭議，故僅能對現行民法之規定聲請解釋。聲請人既非立法機關，民事法律又是專屬中央立法並執行之事項（憲法 107 條第 3 款），對此自無置喙餘地。

以大院之前例而論，亦乏此等「無草案之憑空審查」實例。對於立法過程中之草案爭議，甚至多以「非行使職權」而不予受理。例如，釋字 365 號解釋理由書：「...又立法院於本年七月二十六日致本院（八三）臺院議字第二一六二號函係對立法委員未來是否提案修改有違憲疑義之民法第一千零八十九條，預先徵詢本院意見，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款所定要件，未盡相符，惟其聲請解釋之法律條文與本件相同，不須另為處理，均併此說明。」若系爭草案尚在立法院研擬中，立委聲請釋憲，預先徵詢意見，大法官多以此並非適用憲法發生疑義或法律有牴觸憲法之情形，與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定不合，故依同條第三項規定不予受理；若係為機關聲請釋憲，大法官則以系爭條例僅屬未完成立法程序之草案而已，不生法定效力，尚無與憲法、法律或上位規範發生牴觸疑義之可能，自不得據以為聲請釋憲之客體作成不受理決議。¹¹³

¹¹³ 如：大法官會議第 1108 次會台字 6071 號：「... 故立法院於審議法律

案時，適用法律發生有牴觸憲法之疑義者，固得聲請解釋憲法，若法律修正案尚在立法委員擬議中，發生有此疑義而預先徵詢本院意見者，要難認係行使職權，適用法律之情形（參照本院釋字第三六五號解釋理由書末段）。是本件聲請核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。」

大法官第 1144 次大法官會議第 6 案：「…惟查法律案之議決為專屬立法院之職權，此觀憲法第六十二條規定自明，因之法律草案尚在立法委員審查中，而預先徵詢本院意見者，並非適用憲法發生疑義或法律有牴觸憲法之情形，業經本院大法官第一一二三次會議決議在案，本件聲請核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。」

大法官第 1124 次會議第 21 案：「…因之法律修正案尚在立法委員審查、擬議中，而預先徵詢本院意見者，並非適用憲法發生疑義或法律有牴觸憲法之情形，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款之規定不合，依同條第三項，應不受理。」

大法官第 1191 次會議第 7 案：「…因之法律草案尚在立法委員審查中，而預先徵詢本院意見者，並非適用憲法發生疑義或法律有牴觸憲法之情形，業經本院大法官第一一二三次會議決議在案，本件聲請核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。」

大法官第 1253 次會議台字第 7214 號：「…查聲請人等於九十二年九月十二日聲請解釋，其時『總統副總統選舉罷免法修正草案』正在審議中，茲法律案之議決為專屬於立法院之職權，此觀憲法第六十二條規定自明，因之法律修正案尚在立法委員審查、擬議中，而預先徵詢本院意見者，並非適用憲法發生疑義或法律有牴觸憲法之情形，本件聲請核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款之規定不合，依同條第三項規定，應不受理。」

大法官第 1290 次會議台字第 8184 號：「…因之法律修正案尚在立法委員審查、擬議中，而預先徵詢本院意見者，並非適用憲法發生疑義或法律有牴觸憲法之情形，業經本院大法官第一二五三、一一九一、一一四四、一二二四、一一〇八次等多次會議決議在案；至於刑法第一百四十六條之部分，聲請人僅係就最高法院八十八年度台上字第四二一〇及五八九五號刑事判決等，適用系爭規定之法律見解有所違誤而予指摘，亦非其行使職權適用憲法發生疑義或適用法律發生有牴觸憲法疑義之情形，是本件聲請核均與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款之規定有所不符，依同條第三項規定，應不受理。…」

大法官第 1298 次會議：「…立法委員若認現行有效法律有違憲疑義，卻未行使其法律修正之職權，即逕聲請解釋憲法，或法律修正草案尚在立法委

最相近於事前諮詢意見的，似是處理「精省後之省得否為公法人」之釋字 467 號解釋。然釋字 467 號解釋時，至少是立法委員正在行使「審議省縣自治法修正案」之職權。聲請人與大法官仍有待審中的省縣自治法修正草案，而非如本件全盤空白。

總之，對於本爭點，聲請人主張大法官應以「不具司法性」、未達案件成熟性，或「尚無具體條文可供解釋」為由，不予解釋。立法者本有義務依據大法官之解釋，制定符合憲法之法律。只要大法官之解釋內涵與方向夠明確，立法者就不致逸脫該有的範圍。大法官僅須依本聲明書之前揭說明，明確揭示同性關係之結合受憲法婚姻權利與平等權之保障，宣告現行法律因未能提供同志符合憲法之婚姻保障而違憲，並諭示（限期）依解釋意旨立法或修法即可。

員研擬中，發生有違憲疑慮，卻以聲請憲法解釋之方式預先徵詢本院意見時，均尚難認其聲請與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款所定須就其行使職權，適用法律發生有牴觸憲法疑義之要件相符（本院釋字第六〇三號解釋、本院大法官第一一二次會議決議及本院大法官第一二六九次會議對立法委員聲請釋憲案之不受理決議意旨參照）……。」

大法官第 1393 次會議台字第 8905 號：「…查系爭自治條例經聲請人報請通傳會核定，惟通傳會以其牴觸電信法相關規定，不予核定，聲請人亦因而未能依法公布使之生效，則系爭條例僅屬未完成立法程序之草案而已，不生法定效力，尚無與憲法、法律或上位規範發生牴觸疑義之可能，自不得據以為聲請釋憲之客體，……。」

大法官第 1396 次會議台字第 10728 號：「…聲請人亦因而未能依法公布使之生效，則系爭自治條例僅屬未完成立法程序之草案而已，不生法定效力，尚無與憲法、法律或上位規範發生牴觸疑義之可能，自不得據以為聲請釋憲之客體。……。」

附件一：民法「婚姻限定為一男一女」之學說與實務

● 教科書與著作：

書名	出版	作者	出版年份	頁	內容
親屬法理論與實務	五南出版 十七版	高鳳仙	2016 年 9 月	20-21	<p>現行民法之婚姻制度迥異於我國固有之婚姻制度，在現行民法中，婚姻一男一女以終生共同活為目的之合法結合關係，具有下列意義：</p> <p>一、婚姻須為一男一女之結合：納妾及重婚為法所不許，同性結婚亦為法所不容</p> <p>二、婚姻須以終生共同生活為目的：結婚時，須期白頭偕老，不得附條件或期限，但不禁止離婚。</p> <p>三、婚姻須合法：婚姻須合乎法定要件，否則縱使同居，僅為事實上夫妻，不發生法律上夫妻之身分關係。</p> <p>四、婚姻須雙方當事人合意：男女自主結婚，不必有主婚人，只要雙方合意並履行法定方式，婚姻即可成立。</p> <p>五、婚姻關係之內容依法而定：男女結婚之合意，僅決定婚姻是否成立，至婚姻關係之內容係為法律所明定，不許婚姻當事人任意變更，或附加條件或期限，此乃婚姻與公序良俗有一竊關係之故。</p>
				21	<p>所謂婚約，係指男女雙方訂定將來應互相結婚之契約而言。</p> <p>男女當事人應自訂婚約：民法 927：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」</p>

				53	婚姻當事人須為異性，同性結婚在許多國家均不容許。……余認為民法並未規定以婚姻當事人非同性為結婚之形式要件，惟因同性結婚違背公序良俗，故宜解為無效。
民法親屬 編：理論與 實務	元照出版 2016 年一版	陳惠馨	2016 年 3 月	8-11	中國大陸 1930 年代訂定的民法親屬編確定一夫一妻之原則，並於 1945 年後適用於台灣，往後修法重點主要著重於夫妻地位平等、未成年子女最佳利益考量、未成年人與成年人受監護人之保護；惟並未更改一夫一妻之概念。
				89	中國大陸 1950 年代所制定婚姻法之規定：第一條 廢除包辦強迫、男尊女卑、漠視子女利益的封建主義婚姻制度。實行男女婚姻自由、一夫一妻、男女權利平等、保護婦女和子女合法權益的新民主主義婚姻制度。
				96	台灣多數親屬法的相關教科書討論民法親屬編有關婚姻制度的定義時，都會強調婚姻之意義是：「一男一女在雙方當事人合意下，以終身共同生活為目的之適用結合關係，而且此一結合關係之內容依據法律而定。」根據這個說明，台灣民法婚姻之意義定義為：「一男一女之結合，強調一夫一妻制度」。 （民法親屬新論修訂十二版，陳棋炎等—113 親屬法理論與實務十七版，高鳳仙—20-21）
性別關係 與法律：婚 姻與家庭	元照出版 二版	陳惠馨	2015 年 9 月	118	在多數台灣的親屬法的相關教科書中，論述現行《民法》〈親屬編〉對於婚姻的規範時，都會提到婚姻的目的是：「一男一女在雙方當事人合意下，以終身共同生活為目的之事法結合關係，而以一結合關係之內容依據法律而定。」 （親屬法 2002 年，戴東雄等—53-54 民法親屬新論 2005 年，陳棋炎等—

					62-66)
				119	關於結婚是否必須要是一男一女的結合，台灣《民法》與其他特別法規範從未明白加以規定。唯一可以看到的是《民法》第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」另外，在《民法》〈親屬編〉中提到婚姻的效力時，往往以「夫」或「妻」來稱呼婚姻的當事人。因此，學者認為，依據台灣《民法》〈親屬編〉的規定，結婚當事人一定要是一男一女。未來台灣社會是否可能因為有人提出釋憲，主張兩男或兩女可以結婚，並因而引發法律的修正，允許同性婚姻，還尚待觀察；這可能要等到台灣有更多人民可以接受同性戀現象時，才可能改變。
親屬法講義	元照出版 2013 年版	林秀雄	2013 年 2 月	39	婚約乃是男女以將來結婚為目的所訂立之契約，自應以當事人意思表示為必要（十八上二零二八號），且須自行訂定（民法九七二）。
民法親屬新論	三民出版 修訂十二版	陳棋炎 黃宗樂 郭振恭	2014 年 10 月	51	婚姻，係男女之終生的共同生活關係，而由社會的制裁（social sanction）所保障者。且因時代、社會環境不同，各有不同的婚姻制度。近代法上之一夫一妻婚制，亦不過為：婚姻制度在多數歷史型態中之一型態而已。
				53	在現代法上，一男一女之結合，才能算是婚姻，而該結合應有永續性，且須為當該社會所公認者始可。詳言之，婚姻乃是由習慣、道德、宗教等社會規範所承認，而由一男一女所結合之正當的、永續的男女結合關係，即在人倫秩序上能被承認為「婚姻」者始可。進而婚姻並非男女之單純的「性」關係，而係由婚姻當事人之男女所構成之夫妻共同生活體。

				56	民法與各國立法例同，採去規範的單婚之一夫一妻制，故只准許一男一女之結合（請參照民九八五條一項二項、九八八條三款本文）曰婚姻，是絕對的雙單式之婚姻型態，而不僅是相對的雙單式（及對偶婚）者。
				57	本人主張：婚姻係由統體法所規律，而未合乎愛情、倫理之一男一女之共同生活體，其理論，乃是以上舉黑格爾的主張為其基礎者。
				113	……；同性之當事人如亦履行婚姻方式時，因現行之婚姻意義，須為異性之一男一女，同性結婚，尚不能認其為法律上之婚姻，既無從成立婚姻，自為婚姻不成立，尚未涉及婚姻成立而無效之問題。

● 法院判決

編碼	裁判字號	案由摘要	內容
1	最高法院 105 台簡抗字 11 號 民事裁定	聲請認可收養 同性婚姻聲請收養	本件再抗告人主張：伊前與交往逾十五年，與伊有事實上夫妻關係之同性伴侶丙○○，赴加拿大進行人工受精，嗣丙○○於民國一〇〇年七月十四日產下一對雙胞胎，即相對人甲○○、乙○○（下稱甲○○二人）。伊經濟狀況良好，收入穩定，生活作息正常，與原生家庭關係緊密；而甲○○二人亦與伊互動好，感情深厚，由伊收養與丙○○之未成年子女甲○○二人，符合各該子女最佳利益等情，爰類推適用民法第一千零七十四條但書第一款、兒童及少年福利與權益保障法第十六條第一項但書第二款規定，向台灣士林地方法院（下稱士林地院）聲請認可收養。案經該院裁定駁回後，再抗告人不服，對之提起抗告。原法院（士林地院合議庭）以：按夫妻之一方收養他方之子女時，得單獨為之；

			<p>另父母或監護人因故無法對其兒童及少年盡扶養義務而擬予出養時，如係夫妻之一方收養他方之子女，毋庸委託收出養媒合服務者代覓適當之收養人，固為民法第一千零七十四條但書第一款，兒童及少年福利與權益保障法第十六條第一項但書第二款所明定。惟民法第一千零七十四條所稱「夫妻」者，係指（一男一女）雙方當事人有發生夫妻關係之實質意思，並滿足民法親屬編第二章第二節以下各項結婚形式及實質要件者，始足當之。查再抗告人與丙○○同屬女性，且未有結婚登記，自不符上揭民法「夫妻」之要件。雖實務上有表現「事實婚」概念用語者，諸如：「妾」（最高法院三十九年台上字第一五七一號判例）、「類似夫妻之結合關係」（最高法院三十三年上字第四四一二號判例）、「事實上夫妻」（最高法院九十六年台上第二一八五號判決）、「無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，有長期共同家計之事實者」（司法院大法官會議釋字第六四七號解釋），惟均屬「一男一女」之結合，或「異性伴侶」。縱採較開放之見解，肯認同性伴侶間因主觀上具共同生活意思、客觀上有長久共同家計生活之事實，可成立再抗告人所稱「事實上夫妻」關係，但究不具民法婚姻之形式要件。況身分關係之發生、消滅或變更，本具公益性，非單純之私法（財產關係）性質，自應尊重現行法定婚姻秩序規範，亦即「事實上夫妻」，不論其屬同性或異性，與「法律上夫妻」，就身分關係之發生、消滅或變更，仍具一定程度之差異，無性質相類似而得類推適用相關規定之餘地，此與憲法所彰平等原則，並無違背。</p>
--	--	--	---

再抗告人類推適用民法第一千零七十四條但書第一款、兒童及少年福利與權益保障法第十六條第一項但書第二款關於「繼親收養」規定，聲請認可伊收養甲○○二人，自屬乏據。本件既無「夫妻之一方收養他方之子女」規定之適用，再抗告人與丙○○（甲○○二人之生母）又同為女性，則依民法第一千零七十七條第二項（前段）規定，如認可收養，將停止甲○○二人與其生母丙○○間之權利義務關係，由再抗告人成為甲○○等二人之養母。然丙○○並無不適任甲○○二人法定代理人之情事，據再抗告人陳述明確，且依相關訪視報告，亦足認甲○○二人受丙○○良好照顧，故認可本件收養，顯非為甲○○二人之最佳利益，再抗告人聲請認可收養，自屬不能准許等詞，因而裁定駁回再抗告人之抗告。

按我國民法對於因結婚而成為夫妻之當事人，依民法第九百七十二條、第九百七十三條、第九百八十條規定，及參酌本院三十二年上字第一三〇號判例，暨司法院大法官會議釋字第三六五號解釋意旨，應認係以終生共同生活為目的之一男一女，尚不包括同性結合。而民法第一千零七十四條但書第一款、兒童及少年福利與權益保障法第十六條第一項但書第二款關於「夫妻之一方收養他方之子女」之「繼親收養」規定，既涉及身分關係之發生、停止或變更，原具公益性質，究非單純私法財產關係可比，則關於收養人與未成年被收養人之父或母間之關係，自應為相同之解釋及適用，即應係一男一女之夫妻結合。此乃立法政策性之考量，無關法律漏洞，不生同性「事實上夫妻」得類推適用「法律上夫

			<p>妻」問題。至憲法上平等原則之價值，立法機關有具體化之優先權，依其具體化結果所制定之法律，原則上即應推認為合憲。本件原法院據此，認再抗告人與甲○○二人之生母丙○○，縱屬同性之「事實上夫妻」，仍無類推適用民法第一千零七十四條但書第一款，或兒童及少年福利與權益保障法第十六條第一項但書第款關於「繼親收養」規定，聲請法院認可其收養甲○○二人之餘地，經核並無適用法規顯有錯誤之情形。再抗告論旨，泛執：<u>原法院於適用及解釋民法第一千零七十四條但書第一款、兒童及少年福利與權益保障法第十六條第一項但書第二款規定時，未基於未成年子女最佳利益及憲法上平等原則，將同性伴侶排除於「事實上夫妻」之外，亦未以類推適用方式填補法律漏洞，卻以未合於憲法意旨方式，解釋及適用法律，造成嚴重戕害未成年子女最佳利益之結果，亦與聯合國兒童權利公約第三條第一項、第二項關於保障兒童最佳利益之意旨及第二條禁止差別待遇原則未合等詞，指摘原裁定適用法規顯有錯誤，聲明廢棄，非有理由。</u>據上論結，本件再抗告為無理由。依家事事件法第九十七條，非訟事件法第二十一條第二項、第四十六條，民事訴訟法第四百九十五條之一第二項、第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第九十五條、第七十八條，裁定如主文。【理由】</p>
2	最高行政法院 103 年判字第 521 號 判決	戶政 同性戀不給登記 (祈家威)	<p>按我國雖無直接明文規範結婚對象必須是一男一女，惟依司法院大法官釋字第 365 號解釋內容及最高法院 32 年上字第 130 號民事判例意旨，均認婚姻係以終生共同生活為目的之一男一女結合關係，尚不含同性結。</p>

			又公民與政治權利國際公約第 23 條規定男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認，其所保障之結婚權適用對象，亦僅於異性之間，自難謂我國僅承認異性婚姻有牴觸該公約規定。至結婚當事人須一男一女始得結婚之規定，乃立法者就婚姻及家庭制度所為之價值判斷，尚難認有違憲之虞。【裁判要旨】
3	高等行政法院 101 年度訴字第 14 號 裁定	戶政 陳敬學、高治瑋結婚登記	原告等 2 人均為男性，以其等 2 人於民國 95 年 9 月 24 日在臺北喜來登飯店舉行公開之結婚儀式及宴客，並經雙方父母同意結婚，且現場有 2 人以上證人見證為由，於 100 年 8 月 22 日檢附結婚證書、戶籍謄本等文件向被告申請辦理結婚登記，經被告審認其等 2 人為同性結婚，與民法第 972 條、第 973 條、第 980 條規定及法務部 83 年 8 月 11 日（83）法律決字第 17359 號函釋意旨不符，惟經被告告知原告等 2 人相關規定，其等仍執意提出申請，被告以現今多元家庭型態的社會需求，得否依其所請辦理結婚登記，容有疑義，乃以 100 年 8 月 23 日北市中戶登字第 10030981900 號函請臺北市政府民政局轉請內政部釋示，該部以 100 年 9 月 9 日台內戶字第 1000180748 號函復，本案經法務部 100 年 9 月 5 日法律決字第 1000023926 號函釋略以，我國民法規定之婚姻，係以終生共同生活為其目的之一男一女適法之結合關係，是採取規範的單婚之一夫一妻之婚姻制度。至於同性男女得否組成家庭之議題，尚在研議中，該案請依法務部上開函釋意旨辦理。被告乃以 100 年 9 月 22 日北市中戶登字第 10031085400 號函復原告等 2 人否准結婚登記之申請。原告等 2 人不服，提起訴願，經遭駁回，原告等 2 人仍未甘服，遂向本院提起行政訴訟。

			<p>經查，內政部掌理戶籍登記事項，為戶籍法之中央主管機關，而法務部主管民事法規之研擬、督導及執行。被告據以否准原告等 2 人申請結婚登記之依據係內政部 100 年 9 月 9 日台內戶字第 1000180748 號函，而該函乃法務部 100 年 9 月 5 日法律決字第 1000023926 號之意旨，鑑於被告僅為戶籍登記之辦理機關，未必能全盤瞭解中央主管機關對於函釋作成之沿革、政策立場及其適法性，從而，被告具狀聲請內政部及法務部輔助參加被告之訴訟，經核於法並無不合，爰裁定如主文。</p>
3	最高法院 101 年台上字第 44 號 民事判決	請求離婚	<p>而婚姻乃一男一女之兩性結合，以組織家庭共同生活為目的，且夫妻生活貴在相互扶持，上訴人經常辱罵被上訴人，侵害被上訴人人格尊嚴，且上訴人欲出售兩造住處並無故離家出走，遺留年邁之被上訴人在台獨自生活，致無法與上訴人共同生活相互扶持，已嚴重妨礙家庭生活之美滿幸福，雙方於期間亦無法誠摯對談、溝通，兩造顯然均喪失維持婚姻之意欲。【理由，回溯原審審理部分】</p>
4	最高法院 91 年台上字第 835 號 民事判決	請求離婚	<p>再婚姻乃一男一女之兩性結合，目的在組織家庭、共同生活，而夫妻婚姻生活建立在互信、互敬、互愛、互諒之基礎上，若在婚姻生活中，夫妻間之互信、互愛、互諒之基礎發生動搖，即有難以維持婚姻生活。【理由，回溯原審審理部分】</p>
5	最高法院 90 年台上字第 1639 號 民事判決	請求離婚	<p>按民法第一千零五十二條第二項之立法本旨乃以婚姻為一男一女之兩性結合，以組織家庭，共同生活為目的，故有足以破壞共同生活或難以維持共同生活之情事發生，宜允許其離婚以消滅婚姻關係，是對於家庭生活之美滿幸福有妨礙之情形，即得認其與所謂難以維持婚姻之重大事由相當，惟得依該項規定提起離婚之訴者，以提起之一方無過失者為限。</p>

			【理由，回溯原審審理部分】
6	高等法院 89 年家抗字第 156 號 民事裁定	登記結婚 同性登記結婚	我國現行民法親屬編婚姻章所規定之結婚應以一男一女為限。茲抗告人請求與林建中兩男間之公証結婚，自屬違反法令之事項，依公證法第七十條規定，自不得作成公證書。 【裁判要旨】
	最高法院 79 年台上字第 1040 號 民事判決	請求離婚	婚姻乃一男一女之兩性結合，以組織家庭，共同生活為目的。故有足以破壞共同生活或難以維持共同生活之情事發生，允宜許其離婚以消滅婚姻關係。民國七十四年六月三日修正公布之民法親屬編，就裁判離婚之原因，為應實際需要，參考各國立法例，增設民法第一千零五十二條第二項，明定有同條第一項以外重大事由，難以維持婚姻者，亦得請求離婚。是對於家庭生活之美滿幸福，有妨礙之情形，即得認其與此之所謂難以維持婚姻之重大事由相當。【裁判要旨】

● 函釋

函釋字號	發文日期	發文要旨	說明/內容
法律字 第 10203506180 號	102 年 5 月 31 日	民法第 982 條等規定參照，現行民法婚姻形式要件，係採登記婚，申請結婚登記是否適法，戶政機關應予審查，又結婚申請如經戶政機關登記在案，自應以符合一男一女結合之前提	● 按我國民法對於結婚當事人必須為一男一女，雖無直接明文，但從其規定意旨，可推知我國民法對於婚姻之定義係採「以終生共同生活為目的之『一男一女』適法結合關係」，另觀諸司法院釋字第 365 號解釋理由書及臺灣高等法院 89 年度家抗字第 156 號民事判決意旨，亦採相同之見解（本部 101

			<p>年 5 月 14 日法律字第 10103103830 號函參照)。</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 次按現行民法婚姻之形式要件，係採登記婚，故申請結婚登記是否適法，戶政機關應予審查（本部 99 年 11 月 17 日法律字第 0999039668 號函參照）。依貴部來函卷附戶籍資料以觀，本件當事人之結婚申請如經戶政機關登記在案，自應以符合一男一女結合之前提。至於本件當事人辦理戶籍結婚登記時之性別究以戶籍之性別為準？抑或應以完成性別變更及認定程序為準？涉及性別登記制度之認定及變更性別之標準及程序事項，宜由貴部本部戶籍登記之主管權責，自行審認。
法律字第 10103103830 號	民國 101 年 5 月 14 日	法務部說明關於同性男女結婚法律疑義一案	<ul style="list-style-type: none"> ● 按我國民法對於結婚當事人必須為一男一女，雖無直接明文，但從其規定意旨，可推知我國民法對於婚姻之定義係採「以終生共同生活為目的之『一男一女』適法結合關係」，另觀諸司法院釋字第 365 號解釋理由書及臺灣高等法院 89 年度家抗字第 156 號民事判決意旨，亦採相同之見解。 ● 又關於民法親屬編未規範同居者之權利，是

			<p>否符合公民與政治權利國際公約第 23 條規定乙節，經行政院人權保障推動小組於 100 年 1 月 18 日召開「法規是否符合兩公約」第 5 次複審會議決議，與公政公約第 23 條尚無違背。至於有關同性伴侶制度之議題，本部刻正委託研究中，併此敘明。</p>
<p>法律決字第 17359 號</p>	<p>83 年 08 月 11 日 法務部法規諮詢意見彙編 (三) 第 106-107 頁</p>	<p>我國現行民法所謂之「結婚」，是否必為一男一女之結合關係，同性之結合是否屬之疑義</p>	<p>查我國民法對結婚之當事人必須為一男一女，雖無直接明文規定，惟我國學者對婚之定義，均認為係「以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係」，更有明言同性之結合，並非我國民法所謂之婚姻者（胡開誠著「民法親屬要義」第二十四頁、史尚寬著「親屬法論」第八十四頁、胡長清著「中國民法親屬論」第四十五頁、陳顧遠著「民法親屬實用」第十五頁、趙鳳喈著「民法親屬論」第五十一頁、陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著「民法親屬新論」五十九—六十一頁、戴炎輝、戴東雄合著「中國親屬法」第四十四頁參照）。而我國民法親屬編之諸多規定，亦係建構在此等以兩性結合關係為基礎之概念上。例如，民法第九百七十二條「婚約應由男女當事人自行訂定」、第九百七十三條、第九百八十條男女訂婚與結婚年齡之規定、第九百八十七條「女子自</p>

			<p>婚姻關係消滅後，非逾六個月不得再行結婚」、第九百九十五條「當事人一方於結婚時不能人道而不能治者，他方得向法院請求撤銷之」及民法親屬編第三章父母子女第一千零六十一條至第一千零六十八條關於婚生子女之意義、推定、否認；結婚之準正；非婚生子女之認領、否認及認領之請求、限制等相關規定是。從而，我國現行民法所謂之「結婚」，必為一男一女結合關係，同性之結合則非屬之。</p>
--	--	--	--

附件二

台北市政府	<ol style="list-style-type: none"> 1、啟動「營造友善同志環境實施計畫」(99 年起) 涉及教育訓練、營造性別友善環境、推動性別平等教育 2、開放同性伴侶註記(104 年起) 3、啟動臺北市、高雄市、臺南市、臺中市及彰化縣所屬戶政事務所跨縣市辦理同性伴侶註記實施計畫(105 年起) 4、懸掛彩虹旗(105 年)
新北市政府	開放同性伴侶註記(105 年起)
桃園市政府	<ol style="list-style-type: none"> 1、衛生局成立同志健康社區服務中心「桃緣彩虹居所」 推廣友善的健康服務環境、多元化健康議題、愛滋防治宣導訊息、同志族群交流平台。(104 年) 2、開放同性伴侶參加市府舉辦之集團婚禮(104 年開始) 3、開放同性伴侶註記(105 年開始)
新竹市政府	<ol style="list-style-type: none"> 1、舉辦「2015 台灣彩虹文化祭」(104 年) 2、開放同性伴侶註記(105 年)
台中市政府	<ol style="list-style-type: none"> 1、懸掛彩虹旗(105 年) 2、開放同性伴侶註記(105 年起)
彰化縣政府	<ol style="list-style-type: none"> 1、成立性別主流化專區，並舉辦同志收養實務及相關議題論壇(103 年) 2、開放同性伴侶註記(105 年起)
南投縣政府	<ol style="list-style-type: none"> 1、設立「志投道合同志健康中心」，服務同志、改善大眾對同志之態度並防治性病(102 年) 2、舉辦「同志親密關係暴力防治專業人員訓練」，建立對同志友善之家庭暴力防治網絡系統，打造友善的資源平台(105 年)
雲林縣政府	舉辦「性別意識多元化培力課程研習：營造性別友善環境-同志者父母協助策略」，使同志父母可以多了解同志相關知識，共同解決問題(105 年)
嘉義市政府	開放同性伴侶註記(105 年)
嘉義縣政府	<ol style="list-style-type: none"> 1、開放同性伴侶註記(105 年) 2、舉辦名人講座，重視同志朋友健康生活(106 年)
台南市政府	<ol style="list-style-type: none"> 1、開放同性伴侶註記(105 年) 2、舉辦大型同志跨年晚會(105 年)

高雄市政府	1、舉辦「同志公民運動」(97 年起) 2、開放同性伴侶註記(104 年) 3、成立「彩虹逗陣聯盟」-健康社區服務站，提供同志健康諮詢及紓壓、交流之管道(104 年) 4、懸掛彩虹旗(105 年)
宜蘭縣政府	開放同性伴侶註記(105 年起)

(以上年份均以民國紀年)

一、目前共有 11 個縣市開放同性伴侶註記，由北至南依序是，台北市、新北市、宜蘭市、桃園市、新竹縣、台中市、彰化縣、嘉義市、嘉義縣、台南市、高雄市。

二、時間脈絡：

