

釋字第七四八號解釋不同意見書

吳陳銀大法官 提出

一、臺北市政府之聲請不合規定，應不受理

(一) 臺北市政府聲請解釋之過程

查臺北市政府之聲請固經內政部轉行政院層轉本院，但其聲請意旨略以：其為戶籍登記業務主管機關，依地方制度法第 18 條第 1 款規定辦理戶籍行政自治事項，所轄各戶政事務所於辦理相同性別二人民申請之結婚登記業務，適用民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定及內政部中華民國 101 年 5 月 21 日台內戶字第 1010195153 號函轉法務部 101 年 5 月 14 日法律字第 10103103830 號函，發生有牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定之疑義。而內政部轉陳行政院時，敘明戶籍法第 9 條第 1 項規定：「結婚，應為結婚登記。」僅規範結婚應為戶籍登記之程序，有關結婚登記之實質要件及形式要件，均依民法有關婚姻相關規定，本案依臺北市政府解釋憲法聲請書所述聲請理由，係指其適用民法發生有牴觸憲法之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第 9 條規定移送行政院。惟行政院於層轉臺北市政府之聲請時，並未敘明該院之見解，僅檢附法務部之研析意見。而法務部之研析意見則稱：民法限制相同性別二人民不得訂立婚約或結婚登記之規定，並無牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定。

(二) 臺北市政府之聲請不合規定，應不受理

按中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或適用法律與命令發生有抵觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款，固定有明文。但聲請解釋機關有上級機關者，其聲請應經由上級機關層轉，上級機關對於不合規定者，不得為之轉請，其應依職權予以解決者，亦同，同法第 9 條亦著有明文。次按憲法第 107 條第 3 款規定：「左列事項由中央立法並執行之：……三、……民事……之法律。」再按有關結婚之事項，係規定於民法第 4 編親屬編，則依上開憲法之規定，自屬中央立法並執行之事項，民法之主管機關法務部既認民法限制相同性別二人不得訂立婚約或結婚登記之規定，並無抵觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定，內政部復無不同意見，屬地方行政機關之臺北市政府，就民法之解釋、適用，自應受法務部見解之拘束，行政院竟為之層轉本院解釋，自不合前開司法院大法官審理案件法第 9 條前段之規定。

縱行政院認適用民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定及內政部中華民國 101 年 5 月 21 日台內戶字第 1010195153 號函轉法務部 101 年 5 月 14 日法律字第 10103103830 號函，確實抵觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定，亦應依憲法第 53 條「行政院為國家最高行政機關」之規定，以修改前揭解釋函或研提民法親屬編修正案依憲法第 58 條第 2 項規定提出於立法院議決之方式解決，行政院之層轉本院解釋，仍不合前開司法院大法官審理案件法第 9 條後段之規定。故臺

北市政府之聲請，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 3 項規定，應不受理。

（三）受理本件臺北市政府之聲請，有違權力分立原則，使本院淪為各行政機關法律諮詢機構之角色

受理本件臺北市政府之聲請，則將來地方自治團體於辦理自治事項之業務時，如涉及憲法第 107 條由中央立法並執行之事項、第 108 條第 1 項第 2 款至第 20 款由中央立法並執行或交由省、縣執行之事項，¹或第 107 條、第 108 條及第 110 條縣立法並執行之列舉事項以外，其事務有全國一致之性質而屬於中央之事項，²例如地方自治團體於依戶籍法第 15 條第 2 款辦理外國人或無國籍人歸化或回復國籍後，經核准定居之初設戶籍登記時，就依憲法第 107 條第 3 款屬中央立法並執行之國籍法事項或依憲法第 108 條第 1 項第 16 款屬中央立法並執行或交由省、縣執行之移民事項，發生適用國籍法或入出國及移民法有牴觸憲法之疑義，經內政部轉行政院層轉本院聲請解釋，行政院於層轉地方自治團體之聲請時，並未敘明該院之見解，僅檢附國籍法與入出國及移民法中央主管機關內政部認並無違憲疑義之研析意見，均得聲請解釋，不由權責機關依職權予以解決，不僅

¹ 依憲法增修條文第 9 條第 1 項規定，憲法第 108 條第 1 項第 1 款規定，目前停止適用。

² 憲法第 111 條規定：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。」但依憲法增修條文第 9 條第 1 項規定，憲法第 109 條有關由省立法並執行之或交由縣執行之規定，目前停止適用。

有違權力分立原則，亦將使本院釋憲機關之地位，淪為各行政機關法律諮詢機構之角色。

二、憲法保障之婚姻自由限於一夫一妻

(一) 婚姻係一種制度 (Institution)，是一個國家社會及文化價值觀之反映，是否變更其意涵，應透過直接民主或間接民主之程序為之

按本院釋字第 242 號、第 362 號、第 365 號、第 552 號、第 554 號、第 647 號解釋均釋明婚姻乃一夫一妻之結合。本院釋字第 554 號、第 696 號、第 712 號解釋則釋明婚姻為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。而歐洲人權法院 (European Court of Human Rights) 於 *Schalk and Kopf v. Austria* 及 *Vallanatos and Others v. Greece* 等案中，亦將婚姻稱之為「制度」 (the institution of marriage)，³歐洲人權法院於 *Schalk and Kopf v. Austria* 案中，更指出婚姻具有深植人心之社會及文化意涵，可能因不同之社會而有巨大之差異 (deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another)。⁴ 亦即婚姻乃以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係，為社會形成與發展之基礎，乃一種受憲法制度性保障之制度 (Institution)，具有深植人心之社會及文化意涵，可能因

³ Eur. Court HR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 52, 24 June 2010; Eur. Court HR, *Vallanatos and Others v. Greece*, nos. 29381/09 and 32684/09, § 75, 7 November 2013; Eur. Court HR, *Hämäläinen v. Finland [GC]*, no. 37359/09, § 38, 16 July 2014.

⁴ Eur. Court HR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 62, 24 June 2010. The Court held that : '... the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another.'

不同之社會而有巨大之差異，反映一個國家之社會及文化價值觀。是否變更，涉及整個社會及文化價值觀之變動，並非一味地仿效他國之作法即可，而應由代表全國民意之中央立法機關經由立法程序之間接民主程序或由全國民眾透過公民投票創制立法原則之直接民主程序決定之。⁵此與欲以終生共同生活為目的而結合同性別之二人，應否保障其自由或權利，要屬不同層次之問題。

（二）婚姻自由之核心內容係民法一夫一妻之制度，而經釋憲者解釋受憲法之保障

1. 婚姻自由或結婚自由非為憲法明文列舉之自由，係經本院解釋受憲法第 22 條之保障

按婚姻自由或結婚自由並非憲法第 7 條至第 18 條及第 21 條明文列舉人民之自由或權利，係經本院釋字第 362 號及第 552 號解釋認屬憲法第 22 條保障之其他自由或權利。

2. 現行民法規定之婚姻以一男一女為限

民法對結婚之當事人須為「一男一女」，雖無直接明文規定，然民法親屬編之許多規定，均係建構在以一男一女結合關係為基礎之概念上。例如，民法第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」第 973 條規定：「男未滿 17 歲，女未滿 15 歲者，不得訂定婚約。」第 976 條第 1 項

⁵ 公民投票法第 2 條第 2 項第 2 款規定：「全國性公民投票適用事項如下：……二、立法原則之創制。……」

第 1 款規定：「婚約當事人之一方，有左列情形之一者，他方得解除婚約：一、婚約訂定後，再與他人訂定婚約或結婚者。」第 980 條規定：「男未滿 18 歲，女未滿 16 歲者，不得結婚。」第 985 條規定：「有配偶者，不得重婚。（第 1 項）一人不得同時與二人以上結婚。（第 2 項）」第 988 條第 3 款本文規定：「結婚有下列情形之一者，無效：……違反第九百八十五條規定。」第 995 條本文規定：「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。」民法親屬編第 3 章父母子女第 1061 條至第 1067 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、否認等相關規定。而第 2 章婚姻第 3 節婚姻之普通效力、第 4 節夫妻財產制及第 5 節離婚，均稱結婚之雙方當事人為「夫妻」。故由民法親屬編之條文綜合觀之，現行民法之婚姻，自以一男一女為限。

3. 本院解釋婚姻自由之核心內容係民法一夫一妻之制度

本院釋字第 362 號解釋文釋明：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。」該號解釋理由書復謂：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規

定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。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。」釋字第 552 號解釋理由書亦釋明：「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。」雖均肯認結婚自由或婚姻自由為憲法第 22 條所保障之人民自由及權利，但亦皆指明係依民法一夫一妻制度成立之婚姻。

（三）多數意見反客為主、倒果為因，認婚姻自由不限於一夫一妻之婚姻制度，均受憲法之保障，邏輯謬誤

在我國，婚姻自由之核心內容係民法規定一夫一妻之婚姻制度，經本院解釋受憲法之保障，已如前述。多數意見卻反客為主、倒果為因，認婚姻自由不限於一夫一妻之婚姻制度，故得出民法親屬編婚姻章有立法上重大瑕疵之結論，邏輯謬誤，無法認同。

三、同性婚姻不是普世保障之人權

（一）世界人權宣言規定男女才能締結婚姻

聯合國大會西元 1948 年 12 月 10 日第 217A (III) 號決議通過並宣布之世界人權宣言 (The Universal Declaration of

Human Rights) 第 16 條規定：「成年男女，不受種族、國籍或宗教的任何限制，有權婚嫁和成立家庭。他們在婚姻方面，在結婚期間和在解除婚約時，應有平等的權利。（第 1 項）只有經男女雙方的自由的和完全的同意，才能締結婚姻。（第 2 項）」⁶

（二）公民與政治權利國際公約規定男女才能結婚

西元 1976 年 3 月 23 日生效之公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights)⁷，我國透過於 98 年 4 月 22 日制定公布自同年 12 月 10 日施行之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，將之內國法化，依該施行法第 2 條規定，該公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。⁸而該公約第 23 條第 2 項規定：「男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認。」⁹依該公約第 28 條規定成立負責監督各會員國執行該公約狀況之人權事務委員會 (the Human Rights Committee)，於西元 1990 年第 39 屆會議之

⁶ The Universal Declaration of Human Rights Article 16 states that: '(1) Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution. (2) Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses....'

<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>, last visited: May 16, 2017.

⁷ See https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en, last visited: May 16, 2017.

⁸ 公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」

⁹ International Covenant on Civil and Political Rights Article 23 Paragraph 2 states that: The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.'

https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf, last visited: May 16, 2017.

第 19 號一般性意見第 4 段，指明該公約第 23 條結婚之對象為男與女。¹⁰該委員會西元 2002 年於 *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand* 一案中，¹¹就 Juliet Joslin 等人申訴紐西蘭法律不准同性別之二人結婚，違反公民與政治權利國際公約第 16 條保護人格權、第 17 條保護私生活與家庭、第 23 條第 1 項保護家庭與第 2 項保障結婚及家庭之權利、第 26 條平等權規定之主張，亦認公民與政治權利國際公約第 23 條第 2 項明確規範結婚權之問題，而該項為公約唯一使用「男女」（men and women）一詞，而不是「人人」（every

¹⁰ 人權事務委員會，於西元 1990 年第 39 屆會議之第 19 號一般性意見第 4 段中文全文為：「《公約》第二十三條第二項重申已達結婚年齡的男女結婚及成立家庭的權利。同條第三項規定，婚姻非經婚嫁雙方自由完全同意，不得締結。締約國的報告應說明是否存在基於親屬關係程度或智力缺陷等特別因素而對締婚權的限制和阻礙。《公約》未規定男女具體的結婚年齡，但這一年齡應使結婚男女雙方能以法律規定的形式和條件各自表示自由的和完全的同意。在此方面，委員會謹指出，這種法律規定必須符合《公約》所保障的其他權利的充分行使，例如，思想、信念和宗教自由的權利意味著每個國家的立法中應規定宗教婚姻和世俗婚姻可以並存。但是，委員會認為，如一國規定婚禮以宗教儀式慶祝，但按照民法進行、證實和登記，這並不違反《公約》。委員會還要求各國在報告中包括有關這個問題的資料。」英文為：'Article 23, paragraph 2, of the Covenant reaffirms the right of men and women of marriageable age to marry and to found a family. Paragraph 3 of the same article provides that no marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses. States parties' reports should indicate whether there are restrictions or impediments to the exercise of the right to marry based on special factors such as degree of kinship or mental incapacity. The Covenant does not establish a specific marriageable age either for men or for women, but that age should be such as to enable each of the intending spouses to give his or her free and full personal consent in a form and under conditions prescribed by law. In this connection, the Committee wishes to note that such legal provisions must be compatible with the full exercise of the other rights guaranteed by the Covenant; thus, for instance, the right to freedom of thought, conscience and religion implies that the legislation of each State should provide for the possibility of both religious and civil marriages. In the Committee's view, however, for a State to require that a marriage, which is celebrated in accordance with religious rites, be conducted, affirmed or registered also under civil law is not incompatible with the Covenant. States are also requested to include information on this subject in their reports.'

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6620&Lang=en, last visited: May 16, 2017.

¹¹ *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, Communication No. 902/1999, U.N. Doc. A/57/40 at 214 (2002). <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/902-1999.html>, last visited: May 18, 2017.

human being)、「任何人」(everyone)或「所有人」(all persons)來規範一項權利之實質性規定，使用「男女」一詞，而不是公約第三部分其他地方使用的一般用語，一向一致地被理解為表明締約國依據第 23 條第 2 項衍生之條約義務，僅限於希望結婚之一男一女之結合方承認為婚姻，因此僅僅拒絕承認同性婚姻，並未違反公約第 16 條、第 17 條、第 23 條第 1 項與第 2 項及第 26 條等任何規定。¹²西元 2011 年 11 月 17 日聯合國人權理事會 (the United Nations Human Rights Council) 第 19 屆會議，聯合國人權事務高級專員 (the United Nations High Commissioner) 提出「基於性取向和性別認同對個人的歧視性法律、做法和暴力行為」之報告中 (Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and

¹² 人權事務委員會之認定，其英文原文如下：

8.2 The authors' essential claim is that the Covenant obligates States parties to confer upon homosexual couples the capacity to marry and that by denying the authors this capacity the State party violates their rights under articles 16, 17, 23, paragraphs 1 and 2, and 26 of the Covenant. The Committee notes that article 23, paragraph 2, of the Covenant expressly addresses the issue of the right to marry.

Given the existence of a specific provision in the Covenant on the right to marriage, any claim that this right has been violated must be considered in the light of this provision. Article 23, paragraph 2, of the Covenant is the only substantive provision in the Covenant which defines a right by using the term "men and women", rather than "every human being", "everyone" and "all persons". Use of the term "men and women", rather than the general terms used elsewhere in Part III of the Covenant, has been consistently and uniformly understood as indicating that the treaty obligation of States parties stemming from article 23, paragraph 2, of the Covenant is to recognize as marriage only the union between a man and a woman wishing to marry each other.

8.3 In light of the scope of the right to marry under article 23, paragraph 2, of the Covenant, the Committee cannot find that by mere refusal to provide for marriage between homosexual couples, the State party has violated the rights of the authors under articles 16, 17, 23, paragraphs 1 and 2, or 26 of the Covenant.' <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/902-1999.html>, last visited: May 18, 2017.

gender identity) ，仍然說明聯合國人權事務委員會認定國際法並不要求各國一定須允許同性別之二人結婚。¹³

(三) 歐洲人權公約規定男女才有婚姻權

歐洲保障人權及基本自由公約（以下簡稱歐洲人權公約，Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第 12 條規定：「婚姻權：達到結婚年齡的男女，根據規定結婚和成立家庭權利的國內法的規定，享有結婚和成立家庭的權利。」¹⁴西元 2010 年 6 月 24 日歐洲人權法院（European Court of Human Rights）於 *Schalk and Kopf v. Austria* 案¹⁵、2014 年 7 月 16 日於 *Hämäläinen v. Finland* 案¹⁶、2015 年 7 月 21 日於 *Oliari and Others v. Italy* 案¹⁷及 2016 年 6 月 9 日於 *Chapin and Charpentier v. France* 案¹⁸，均認歐洲人權公約第 12 條並未課以會員國賦

¹³ A/HRC/19/41, para 68 states that: 'The Human Rights Committee has held that States are not required, under international law, to allow same-sex couples to marry....' See <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/170/75/PDF/G1117075.pdf?OpenElement>, last visited: May 18, 2017.

¹⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Article 12 stipulates that: 'Right to marry: Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.'
http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf,
http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ZHO.pdf, last visited: May 16, 2017.

¹⁵ Eur. Court HR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 61, 101, 108, 24 June 2010.

¹⁶ Eur. Court HR, *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 38, 102, 16 July 2014.

¹⁷ Eur. Court HR, *Oliari and Others v. Italy* [GC], nos. 18766/11 and 36030/11, § 102, 21 July 2015.

¹⁸ Eur. Court HR, *Chapin and Charpentier v. France* [GC], no. 40183/07, § 48, 9 June 2016.

予同性有結婚權利之義務，縱連結該公約第 8 條¹⁹保障私人與家庭生活及第 14 條²⁰禁止差別待遇條款，亦無不同。

（四）美洲人權公約規定男女才能結婚

美洲人權公約（American Convention on Human Rights）第 17 條第 2 項規定：「已達結婚年齡的男女的結婚和建立家庭的權利應予承認，只要他們遵守國內法所定的條件，而這些條件並不影響本公約規定的不受歧視的原則。」²¹

（五）日本憲法明文規定異性方能成立婚姻

¹⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Article 8 stipulates that: 'Right to respect for private and family life. 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.'

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, last visited: May 16, 2017.

²⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Article 14 stipulates that: 'Prohibition of discrimination. The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.' http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, last visited: May 16, 2017.

²¹ American Convention on Human Rights Article 17 Paragraph 2 states that: 'The right of men and women of marriageable age to marry and to raise a family shall be recognized, if they meet the conditions required by domestic laws, insofar as such conditions do not affect the principle of nondiscrimination established in this Convention.'

<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, last visited: May 16, 2017.

日本憲法第 24 條第 1 項明文規定：「婚姻基於兩性之合意而成立，以夫婦平等權力為根本，……」²²

（六）全球目前承認同性婚姻之國家仍屬少數

目前聯合國共有 193 個會員國，²³而承認同性婚姻之國家僅有 21 國，依年代先後次序為荷蘭（2001）、比利時（2003）、西班牙（2005）、加拿大（2005）、南非（2006）、挪威（2009）、瑞典（2009）、葡萄牙（2010）、冰島（2010）、阿根廷（2010）、丹麥（2012）（其自治區格陵蘭 2015 年方承認同性婚姻）、巴西（2013）、法國（2013）、烏拉圭（2013）、紐西蘭（2013）、英國之英格蘭及威爾斯與蘇格蘭（但北愛爾蘭仍不承認同性婚姻）（2014）、盧森堡（2015）、愛爾蘭（2015）、美國（2015）、哥倫比亞（2016）、芬蘭（2017），另墨西哥僅部分地區承認同性婚姻。²⁴

（七）同性婚姻不是普世保障之人權

世界人權宣言（The Universal Declaration of Human Rights）、公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）、歐洲人權公約（Convention

²² 日本國憲法第二十四條：「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、……。」<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S21/S21KE000.html>, last visited: May 16, 2017.

²³ <http://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html>, last visited: May 16, 2017.

²⁴ <http://www.pewforum.org/2015/06/26/gay-marriage-around-the-world-2013/#england>, last visited: May 16, 2017.

for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 及美洲人權公約等 (American Convention on Human Rights) 主要之國際人權公約均規定僅有異性得以結婚，兩公約人權事務委員會 (the Human Rights Committee)、聯合國人權事務高級專員 (the United Nations High Commissioner) 及歐洲人權法院 (European Court of Human Rights) 又分別認定同性結婚不是公民與政治權利國際公約、國際法及歐洲人權公約所保障人民之自由或權利，全球復僅有一成多一點點之國家承認同性婚姻，故同性婚姻顯然並非普世保障人民之自由或權利。

四、未以婚姻制度保障同性別二人之永久結合，不違反憲法第 7 條平等原則

(一) 一夫一妻之婚姻制度既受憲法制度性保障，未以婚姻制度保障同性別二人之永久結合，自不生違反憲法第 7 條平等原則之問題

一夫一妻之婚姻制度既經本院釋字第 554 號、第 696 號、第 712 號解釋釋明為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障，則未以婚姻制度保障同性別二人之永久結合，自不生有差別對待而違反憲法第 7 條平等原則之問題。

(二) 民法親屬編單純未設立與不同性別二人間「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，並不違反憲法平等原則

按憲法第 7 條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，業經本院釋字第 485 號、第 526 號、第 547 號、第 584 號、第 596 號、第 605 號、第 614 號、第 647 號、第 648 號、第 666 號、第 675 號、第 694 號、第 696 號、第 727 號解釋釋明在案。查「婚姻」一詞係大眾約定俗成自然形成之用語，具有深植人心之社會及文化意涵，反映一個國家之社會及文化價值觀，如同憲法第 7 條所稱之男女、第 153 條第 1 項所稱之勞工及農民、第 153 條第 2 項與第 156 條所稱之婦女及兒童、第 154 條所稱之勞資雙方、第 160 條第 1 項所稱之兒童、增修條文第 10 條第 6 項所稱之婦女及民法等法律與命令所稱之父母、祖父母、夫妻、兄弟姊妹等大眾約定俗成自然形成之用語。而婚姻制度攸關人倫秩序與社會及文化價值觀，故應透過民主程序形成其內容，不適合由釋憲機關過度介入，因此其規定是否符合平等原則，除有特殊情形應提高審查標準外，應以合理之審查標準審查之。

查一男一女不同性別二人間之婚姻制度，係由於社會及文化價值觀自然形成之制度，具有深植人心之社會及文化意涵，反映一個國家之社會及文化價值觀，民法親屬編予以明文化，²⁵並廢除納妾之陋習。²⁶因此民法親屬編單純未設立與不同性別二人間「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，並非恣意以性傾向為分類標準，而對同性性傾向者之婚姻自由為不利之

²⁵ 司法行政部，中華民國民法制定史料彙編上冊，司法行政部總務司，臺北市，65 年 6 月，頁 840-841。

²⁶ 司法行政部，中華民國民法制定史料彙編下冊，司法行政部總務司，臺北市，65 年 6 月，頁 590。

差別待遇，其目的係為維繫人倫秩序、健全家庭制度、繁衍後代、養育子女等社會功能，為社會形成及發展之基礎（本院釋字第 552 號、第 554 號、第 696 號及第 712 號解釋參照），目的正當，與所採取之手段具合理關聯，自無違憲法第 7 條之平等原則。否則憲法及民法等法律與命令上開具有區隔效果大眾約定俗成自然形成之用語，豈非亦均屬差別對待而違反憲法平等原則，均應予揚棄。亦即要求設立與不同性別二人間「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，僅係要求絕對、機械之形式上平等，而非保障同性別二人間永久結合關係在法律上地位之實質平等，揆諸本院上開解釋意旨，並非憲法第 7 條平等原則之本旨。故民法親屬編未設立與不同性別二人間之「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，並非恣意以性傾向為分類標準，而對同性性傾向者之婚姻自由為不利之差別待遇，且目的正當，所採取之手段與目的具合理關聯，並不違反憲法平等原則。

多數意見認：「現行婚姻章僅規定一男一女之永久結合關係，而未使同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇。按憲法第 22 條保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，屬重要之基本權。且性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics），其成因可能包括生理與心理因素、生活經驗及社會環境等。目前世界衛生組織、汎美衛生組織（即世界衛生組織美洲區辦事處）與國內外重要醫學組織均已認為同性性傾向本

身並非疾病。在我國，同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視；又同性性傾向者因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位。是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。」

姑不論多數意見所敘之上開事實，是否均有實證基礎，縱均有實證基礎，而就以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第 7 條保障平等權意旨之見解確屬的論。惟按立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定，已經本院釋字第 682 號、第 694 號、第 701 號、第 719 號、第 722 號、第 727 號解釋釋明在案。

而民法第 967 條規定：「稱直系血親者，謂己身所從出或從己身所出之血親。（第 1 項）稱旁系血親者，謂非直系血親，而與己身出於同源之血親。（第 1 項）」第 969 條規定：「稱姻親者，謂血親之配偶、配偶之血親及配偶之血親之配偶。」第 1122 條規定：「稱家者，謂以永久共同生活為

目的而同居之親屬團體。」另民法親屬編第 1 章通則，係規定血親與姻親之定義、親等之計算及姻親關係之消滅等定義性之規定，第 2 章至第 7 章則分別規定婚姻、父母子女、監護、扶養、家及親屬會議，足見民法親屬編一夫一妻之婚姻制度，除不能生育或不欲生育者外，一般而言為親屬關係及家庭形成之基礎，具有維繫人倫秩序、健全家庭制度、繁衍後代、養育子女等社會功能，為社會形成及發展之基礎（本院釋字第 552 號、第 554 號、第 696 號及第 712 號解釋參照），更攸關國家之永續發展。

尤其人口為國家基本要素之一，其組成、素質及發展等面向，關係國家之發展與社會福祉。我國育齡婦女總生育率長期持續下降，已成為世界生育率最低國家之一，少子化現象嚴峻，而 65 歲以上人口占總人口比率於 82 年即超過 7%，開始邁入「高齡化社會」，隨著少子化現象與平均壽命不斷延長，未來高齡化速度將更為明顯。由於少子化及高齡化，工作年齡人口將逐年減少，未來勞動力的運用亦將是重要的議題。考量我國少子化、工作年齡人口減少及高齡化現象變遷速度，均較西方國家為急促，對未來發展的挑戰也會更為嚴峻，亟須及早籌謀因應對策。²⁷因此行政

²⁷ 行政院 103 年 12 月 27 日院臺法字第 1030073343 號核定修正之「中華民國人口政策綱領」壹、前言略以：「人口為國家基本要素之一，其組成、素質、分布、發展及遷徙等面向，關係國家之發展與社會福祉。我國育齡婦女總生育率長期持續下降，已成為世界生育率最低國家之一，少子化現象嚴峻。在高齡化方面，我國 65 歲以上人口占總人口比率於 82 年即超過 7%，開始邁入「高齡化社會」，隨著少子化現象與平均壽命不斷延長，未來高齡化速度將更為明顯。由於少子化及高齡化，工作年齡人口將逐年減少，未來勞動力的運用亦將是重要的議題。……考量我國少子化、工作年齡人口減少、高齡化……現象變遷速度，均較西方國家為急促，對未來發展的挑戰也會更為嚴峻，亟須及早籌謀因應對策。」See <http://www.ndc.gov.tw/cp.aspx?n=6868882E351206A5&s=76B9477A422F022A>, last visited: May 21, 2017.

院乃發布實施「中華民國人口政策綱領」，倡議改善擇偶環境，增加結婚機會，倡導適齡婚育，提升生育率，緩和人口高齡化速度，維繫家庭功能，維持合理人口結構，以有助於社會永續發展。²⁸

因個人之意願或個人之特殊生理因素，一夫一妻之婚姻，固有不繁衍後代者，但同性別二人間之結合，基於生理上之差異，則絕無繁衍後代之可能，²⁹因該差異所生社會生活功能角色上之不同，而為差別對待（本院釋字第 365 號解釋參照），³⁰其目的係為維繫人倫秩序、健全家庭制度、繁衍後代、提升生育率、養育子女、緩和人口高齡化速度、維繫家庭功能、維持合理人口結構，使社會、國家得以永續發展之重要公共利益，與所採取未容許同性別之二人成立婚姻關係之手段間具實質關聯，揆諸上開本院解釋意旨，仍無違憲法之平等原則。

至同性別二人之永久結合關係，應否立法予以保障及以何種名稱稱之，係屬立法形成之範疇，容於下段詳敘。

²⁸ 行政院 103 年 12 月 27 日院臺法字第 1030073343 號核定修正之「中華民國人口政策綱領」貳、基本理念略以：「一、倡導適齡婚育，尊重生命價值，維繫家庭功能，維持合理人口結構。……」參、政策內涵略以：「一、合理人口結構：（一）倡導適齡婚育，改善擇偶環境，增加結婚機會。……（三）提升生育率，緩和人口高齡化速度，調整人口結構，有助於社會永續發展。……」See <http://www.ndc.gov.tw/cp.aspx?n=6868882E351206A5&s=76B9477A422F022A>, last visited: May 21, 2017.

²⁹ 同性別二人間之永久結合，固可能藉由第三人或人工生殖而繁衍後代，但該同性別之二人，則絕無自行共同繁衍後代之可能。

³⁰ 本院釋字第 365 號解釋理由謂：「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」「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，憲法第七條及憲法增修條文第九條第五項，分別定有明文。由一男一女成立之婚姻關係，以及因婚姻而產生父母子女共同生活之家庭，亦有上述憲法規定之適用。因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須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，始足相當。

五、民法親屬編未容許同性別之二人成立婚姻關係，並不違憲，至同性別二人之永久結合關係，應否立法予以保障及以何種名稱稱之，係屬立法形成之範疇

民法親屬編未容許同性別之二人成立婚姻關係，並不違反憲法第 7 條之平等原則、第 22 條之婚姻自由、第 23 條之比例原則及憲法增修條文第 10 條第 6 項之消除性別歧視與促進兩性地位之實質平等規定。

惟按「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。」憲法第 22 條定有明文。同性別二人之永久結合關係，只要不妨害社會秩序公共利益，依上開憲法第 22 條之規定受憲法之保障。

雖歐洲人權法院（European Court of Human Rights）西元 2013 年 11 月 7 日於 *Vallanatos and Others v. Greece* 案中，認定希臘法律未設立同性伴侶制度，違反歐洲人權公約第 8 條及第 14 條平等保護家庭及私人生活之條款，然係因該法院認定該國已設立保障非結婚配偶異性伴侶之制度，而無具說服力及足夠之理由排除同性伴侶之適用，且當時設立結婚以外伴侶制度之 19 個歐盟國家中，祇有立陶宛及希臘兩國限制僅適用於異性伴侶。³¹

另歐洲人權法院 2015 年 7 月 21 日於 *Oliari and Others v. Italy* 案中，雖亦認定義大利法律未設立同性伴侶制度，違反歐洲人權公約第 8 條保護家庭及私人生活之條款。惟係

³¹ Eur. Court HR, *Vallanatos and Others v. Greece*, nos. 29381/09 and 32684/09, § 75, 91, 92, 7 November 2013.

因義大利最高法院（the Italian Court of Cassation）2012年3月15日於4184號有關駁回請求同性婚姻登記之判決中，同時認定依歐洲人權公約第8條保護私人及家庭生活之條款，當事人有權向法院請求予以法律賦予異性婚配偶相同之對待；義大利最高法院2015年2月9日又於2400/15號有關宣告禁止同性結婚登記並未違反該國國內法及國際人權制度之判決中，認定同性伴侶應依義大利憲法第2條予以保護，但同時又認此非可由法院越權透過裁判建立該項制度，應由立法機關採取措施予以承認；義大利憲法法院（the Italian Constitutional Court）2010年7月7日於276/2010號及2010年12月16日於4/2011號有關宣告禁止同性結婚登記之該國民法規定並不違反該國憲法第2條之判決中，一再地說明同性伴侶法律上之承認不必等同於婚姻，係由國會依該國憲法第2條裁量就同性伴侶加以規範及提供保護與承認；義大利憲法法院2014年於170/2014號有關具婚姻關係之配偶之一方因變性而強制離婚之判決中，認為應由立法者立即採取替代措施，以解決該對伴侶完全無法獲得法律保障之狀況。歐洲人權法院以當時歐洲理事會（Council of Europe）之47個會員國中，已有過半數之24個會員國立法承認同性之結合為婚姻（legal marriage）、民事結合（a form of civil union）或登記之伴侶（registered partnership）；而依義大利官方統計機構義大利統計局（Italian Institute for Statistics, ISTAT）實施之民意調查，受訪之義大利民眾有62.8%贊成賦予同性伴侶如同已結婚者法律上相同之權利是適當且公平的；因而認定義大利立法機關長期未立法給予同性結合者承認及保障，已逾越其判

斷餘地，而違反歐洲人權公約第 8 條有關保障私人及家庭生活之條款。³²

惟上開二案例應不能援引作為我國應立即立法承認同性婚姻或同性伴侶之論據，蓋目前我國並未設有非結婚配偶之異性伴侶制度，亞洲各國亦無任何一個國家承認同性婚姻或同性伴侶制度，國內民眾就是否立法承認同性婚姻或同性伴侶制度復未形成共識，與歐洲人權法院上開二案例之情況並不相同。

誠如歐洲人權法院於 *Schalk and Kopf v. Austria* 案中所言：「雖然法律上承認同性伴侶之趨勢在歐洲快速發展，但仍非多數國家所採行，該議題仍應屬於發展中而未達成共識，各會員國仍享有何時立法予以保障之判斷餘地。……各會員國在歐洲人權公約第 12 條及第 14 條連結第 8 條之規範下，仍得限制婚姻僅適用於異性之結合，……以婚姻以外之方式承認同性伴侶，各會員國仍享有賦予何種地位之判斷餘地。」³³

³² Eur. Court HR, *Oliari and Others v. Italy* nos. 18766/11 and 36030/11, § 35, 36, 45-47, 53-55, 144, 177-187.

³³ Eur. Court HR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 105, 108, 24 June 2010. The Court held that: ‘The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes... The Court starts from its findings above, that States are still free, under Article 12 of the Convention as well as under Article 14 taken in conjunction with Article 8, to restrict access to marriage to different-sex couples. ...The Court is not convinced by that argument. It considers on the contrary that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition.’

目前聯合國共有 193 個會員國，³⁴全球僅有 21 個國家承認同性婚姻³⁵，15 個國家承認同性伴侶，³⁶承認同性婚姻或同性伴侶之國家合計不到兩成，國際社會就承認同性婚姻或同性伴侶尚未形成共識，亞洲各國亦無任何一個國家承認同性婚姻或同性伴侶。考量釋憲機關抗多數之困境（**Countermajoritarian Difficulty**），國內民眾就是否立法承認同性婚姻或同性伴侶制度並未形成共識，就此涉及一個國家社會及文化價值觀變動之重大歧異議題，釋憲機關並未較立法機關有能力作成更正確之判斷，且立法院就此議題已有許多不同內容之議案在審議中，民主程序並未失靈，因此同性別二人之永久結合關係，我國應否立法予以保障與以何種名稱稱之、以何種方式規範³⁷及規範內容如何，要均仍屬立法形成之範疇。

多數意見宣告：「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成

³⁴ <http://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html>, last visited: May 16, 2017.

³⁵ <http://www.pewforum.org/2015/06/26/gay-marriage-around-the-world-2013/#england>, last visited: May 16, 2017.

³⁶ 承認同性伴侶之國家，依年代先後次序為德國（2001）、克羅埃西亞（2003）、安道爾（2005）、斯洛維尼亞（2006）、捷克（2006）、瑞士（2007）、澳大利亞（2008）、匈牙利（2009）、厄瓜多（2009）、奧地利（2010）、列支敦斯登（2011）、馬爾他（2014）、智利（2015）、希臘（2015）、義大利（2016）等 15 個國家。參見國立清華大學科技法律研究所，同性伴侶法制實施之社會影響與立法建議 成果報告書，法務部，106 年 1 月，頁 33。

<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=461752&ctNode=36912&mp=001>, last visited: May 16, 2017.

³⁷ 多數意見例示之規範方式如下：修正民法親屬編婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式。

相關法律之修正或制定。」無疑阻礙人民就此深具社會與文化意涵議題透過民主程序審議及辯論之機會，且降低持不同意見者繼續對話與彼此進一步了解及包容之可能性，至為遺憾。