

解釋憲法言詞辯論爭點補充理由狀

案號：會台字第 12674 號

聲請人 祁家威

代理人 許秀雯律師

莊喬汝律師

潘天慶律師

茲依大院秘書長民國 106 年 2 月 10 日秘台大二字第 1060003939 號函，提出本次言詞辯論爭點聲明及補充理由。

爭點一：民法第四編親屬第二章婚姻規定是否容許同性別二人結婚？

一、現行法所指之婚姻乃針對「男女之結合」所為規範：

(一) 查現行民法第 982 條固規定「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記」，並未明文規定婚姻限於異性之間，而民法第 980 條（結婚年齡限制）、民法第 981 條（未成年人結婚之限制）、民法第 983 條（近親婚禁止）、民法第 984 條（受監護人結婚之限制）、民法第 985 條（重婚禁止）等相關規定亦未禁止同性相婚。

(二) 然而，民法第 972 條規定：婚約，應由男女當事人自行訂定。考量婚約（訂婚）係結婚之預約（合意），且依民法諸多條文使用「夫妻」、「父母」等用語體系解釋之結果，現行法之婚姻規定應指「男與女」之結合，而不容許同性別二人結婚（同性婚姻）。

二、現行法僅針對「男女之結合」為規範，不容許同性婚姻，並非立法者充分思辨後之裁量結果：

(一) 立法源流與立法方式：

1. 現行民法親屬編之前身有數個草案，包括西元 1911 年之「大清民律草案親屬編」，之後隨清廷覆亡，民國成立，於 1915 年研訂「民律親屬編草案」、1926 年「民律草案親屬編」，再於 1928 年研擬「民國親屬法草案暨繼承法草案」，直至 1930 年擬訂「民法親屬編」(以上歷次法案內容，參見黃源盛纂輯，晚清民國民法史料輯注第一冊、第二冊)，於公布施行後，又有歷次修正，形成現行民法樣貌。
2. 自 1930 之前民法親屬編歷次草案可知，就婚姻要件之描述可分為「負面表列」與「正面表列」二大類，說明如下：
 - (1) 就負面表列之部分，如未及齡之人不得結婚、近親不得結婚、通姦者與相姦者不得結婚、女性再婚期間限制、不得重婚等，其規範重點在於針對個人之婚姻選擇進行實質要件之限制。
 - (2) 就正面表列之部分，如早先數草案均以尊長同意為結婚要件(結婚應徵得父母同意、女性再婚應徵得夫家父母同意等)，以及 1930 新法上路規定結婚應行公開儀式並有二人以上證人，其重點在於規範婚姻對外表徵之形式要件。
3. 現行民法婚姻要件也承襲了前揭「實質內容負面表列」與「形式要件正面表列」共存之立法方式：
 - (1) 實質要件負面表列：如未及齡之人不得結婚、近親不得結婚、禁止重婚。

(2) 形式要件正面表列：結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。

4. 而觀諸歷次草案及 1930 民法親屬編施行後之修法，立法者就婚姻要件之擇定，顯受到社會價值變遷影響甚深：舉例而言，於 1911 年至 1926 年之民律草案內，均尚有同宗禁婚、並要求婚姻應由家長或父母同意，甚至已婚婦女再婚應經夫家父母、祖父母或母家父母、祖父母同意；然迄至 1928 年民律草案、1930 年民法，前揭規定已遭刪除，並明文規定婚姻應由雙方當事人自行決定。
5. 迄 1930 年民法親屬編施行後，有關女子再婚期間之限制、不得與相姦者結婚，乃至諸多父權/夫權優先之條文規定，亦於過去二十多年間陸續被認定為不符合性別平等之精神，迭經數次修法而刪修或經大法官解釋宣告違憲。

足見我國民法所規定婚姻制度乃以個人(當事人)自主為基礎，並以社會價值/秩序(公共利益)作為其界線(限制)，而無論是婚姻制度的意義與內涵或其限制均明顯具有隨著價值與社會變遷而與時俱轉、持續演進之特質。

(二) 同性婚姻：

1. 自上述所列之大清民律草案至現行民法之修法變遷中可知，由於立法者承認個人有權自由選擇締結婚姻之對象與內容，其內涵樣貌即千變萬化，無從完整正面表列，因此立法者只能指出「哪些內容是不能選擇的」(例如近親不得作為結婚對象)而無法窮盡「哪些內容是可選擇的」；只有在婚姻成立之形式要件上，因涉及社會公示方式，立法者才能夠正面列舉其所應踐行之形式。

同性婚姻既涉婚姻對象之選擇，如欲禁止，理論上應以負面表列方式為之，倘立法者已思及同性婚姻之需求與可能性，且有意禁止同性婚姻，依上述立法邏輯當以明文禁止「與性別相同之人結婚」。惟系爭規定雖無明文禁止同性別二人結婚，但不能因此當然推認立法者無意禁止同性婚姻，蓋禁止之前提，必須立法者意識到須禁止之對象(事項)存在；如立法者根本未意識到禁止之對象(事項)存在，立法時自無加以明文禁止之可能。因此，對於系爭規定無任何禁止同性婚姻之明文，必須辨別此一缺乏之原因：究竟是立法者充分考量之後「決定不禁止」，抑或是立法者根本「未意識應加禁止」？

考量我國民法婚姻規定之用語及體系解釋，以及婚姻制度作為反映社會既存經驗之產物，以當年之時空環境，立法者應非有意不禁止同性婚姻，而是根本未意識到同性婚姻有作為禁止客體之必要(未意識到同性結婚之需求與可能)。

自法制史觀之，現行民法之婚姻規範於 1930 年已大致底定，斯時「婚姻為男與女所組成」乃是既存之社會現象，而同性關係至多僅被視為一種性行為的樣態，在此社會背景下，立法者未考慮明文禁止同性別之二人(同性戀性傾向者)結婚，實難認係立法者有意之選擇，而應認係立法者在參照社會主流規範而為婚姻之法律要件擬定時，未加思考即當然預設婚姻係以男與女之結合作為性別要件，形成現行法「雖未明文排除同性婚姻，但文義、體系上均以男與女結合作為婚姻之想像框架」此一樣貌。這是植基於異性戀預設之立法產物，並非充分思辯後之立法裁量結果，但可以合理推論同性婚姻脫逸出立法者之預想，不在立法目的內，因此應認系爭規定並不容許同性別二人結婚。

退步言之，倘認民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定雖係針對異性結合為規範，但既無明文禁止或排斥同性結婚，因此應對系爭規定依據憲法規範價值做出「合憲性解釋」，認為容許同性別二人結婚，在此情形，則應將法務部與內政部向來認定結婚當事人須為「一男一女」之行政函釋宣告無效。

民法第 972 條、第 973 條、第 980 條法條雖有「男」、「女」用語(第 982 條則僅稱「雙方當事人」)，若干條文亦有「夫妻」等稱謂，然細究現行民法相關結婚要件，無論是涉及實質要件之「負面表列」或形式要件之「正面表列」，均無任何明文禁止同性婚姻，倘因此而認民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定本身容許同性別二人結婚，惟現行戶政實務之結婚登記，透過行政函釋認定結婚當事人必須為「一男一女」的結合(此等函釋見解最早可溯自法務部 83 年 08 月 11 日(83)法律決字 17359 號函，其後法務部 101 年 1 月 2 日法律字第 10000043630 號、101 年 5 月 14 日法律字第 10103103830 號及內政部 101 年 5 月 21 日臺內戶字第 1010195153 號函釋，均做出相同意旨見解)，由於結婚自由與權利係屬人民之重大基本權，自應由法律加以規範，不得逕以命令(行政函釋)為之。上開函釋牴觸上位階之法律及憲法，應宣告無效，不再援用，此後戶政機關應即受理同性別二人結婚之登記。

爭點二：如不容許同性結婚，是否違反憲法第 22 條所保障之婚姻自由？

一、結婚之自由與權利，涉及人性尊嚴與人格權之保障：

人性尊嚴是人之所以為人皆應享有之尊重，也是憲法價值秩序最上位與最根本的原則與基礎，意指人本身即是目的(而非客體)、以自治與自決做為其核心內涵，其權利主體為每個人，無分其種族、性別、階級、宗教、年齡、性傾向與健康狀況…。換言之，人性尊嚴之保障係對於人之主體性的肯認與人格主體之維持，而司法院大法官於歷次解釋亦已明確承認人性尊嚴為憲法保障之核心價值，如釋字第 603 號解釋文「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值」、釋字第 664 號解釋理由書：「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第 22 條保障」、第 689 號解釋理由書：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障…」。

在我國現行法律體制下，一個異性戀者縱使犯下諸多危害社會與他人之重大犯罪(殺人、縱火、虐童、家暴、貪污、性侵……)，國家考量其危害性，對其之處罰至多伴隨著褫奪公權(剝奪其為公務員及公職候選人之資格)，卻不至於褫奪其結婚之自由與權利。相對以觀，一個奉公守法的同性戀公民，國家竟可以僅因其所選擇對象為相同性別之人，即系統性剝奪其結婚之自由與權利？其荒謬實甚顯然。

結婚之自由與權利，性質上屬於人作為主體之基本且不容剝奪的權利，涉及人如何定義自我、人格自由發展、建立親密關係、家庭生活與社會生活之重要決定，與人性尊嚴與人格權密切相關，應受高度之尊重。

承認國家法律得以性傾向為由剝奪同性伴侶進入婚姻之選擇，無異於由國家法律否定同性性傾向之正當性，赤裸裸地昭告：你們的愛不值得保障、你們的關係不受承認、你們想要共營人生的選擇不須被認真對待，甚至，更根本地來說：你們是不正常的次等人！無庸置疑，這是對同性戀者個人及群體本應享有之人性尊嚴與人格權的殘酷抹滅，而與憲法價值顯不相容。

現行婚姻制度對同性伴侶的排除所造成的歧視與侵害，是同性戀群體難以翻轉社會污名與不利處境的重大原因，消弭歧視固然可以有更多手段並行（法律、教育、文化…），但積極矯正現行婚姻制度之性傾向歧視，承認同性戀公民作為主體有權為自己的人生做出締結婚姻與否的選擇，絕對是不可或缺的必要手段，畢竟，如果法律制度本身就「恐同」，如何能期待或教育社會大眾不應歧視、排斥同性戀公民？

綜上，若法律僅允許一男一女結婚，卻排除同性間締結婚姻的資格，無異於不把同性戀者當做「正常人」對待、徹底否定同性戀群體之人性尊嚴與人格自主，悖反於憲法價值。為落實憲法保障人性尊嚴、人格權之意旨，有關結婚之自由與權利，自應不分所選擇對象之性別，而同受憲法保障。

二、限制結婚對象之性別，違反憲法第 22 條所保障之婚姻自由：

依據大法官歷來解釋，人民締結婚姻之自由受憲法第 22 條所保障，非依憲法第 23 條規定不得限制之。

是否選擇結婚、與何人結婚並相互扶持照顧，是個人定義自我、實現人格自主並開展社會生活關係之重要面向，而結婚對象之性別更是婚姻自由之核心，由於限制結婚對象之性別，欠缺任何基於「社會秩序」或「公共利益」之理由與必要，不符合憲法第 23

條規定(參見聲請人104年8月20日所提解釋憲法聲請書)，應認違反憲法第22條所保障之婚姻自由。

(一) 允許同性締結婚姻，非但無違社會秩序及公共利益，更有穩定社會秩序、促進公共利益之作用：

若干反對意見認為若允許同性締結婚姻，將悖於「倫理道德」、違反社會秩序及公共利益，因此主張同性伴侶不應受憲法第22條婚姻自由之保障。然而，反對意見無法說明同性戀何以不符合倫理道德，或異性戀何以較諸同性戀在倫理道德上較優越，以至於得以壟斷婚姻資格作為一種特別的獎勵與保障？質言之，反對意見只是企圖用「傳統」、「倫理道德」、「一夫一妻婚姻之社會秩序」等籠統藉口來合理化對同性戀的偏見，希冀國家與法律制度維持異性戀的優越地位以及同性戀的次等地位。

憲法第22條及第23條所稱「社會秩序」及「公共利益」應聯立審查，限制同性婚姻自由，在違憲審查的論證層次上，自不應預先將憲法第22條所保障婚姻(自由)限定其「本質」為一男一女之結合，而應先肯定人人均有結婚自由，其次才審查法律對於結婚自由的各種限制是否符合憲法意旨，是於系爭情形應審酌以性別、性傾向作為結婚自由之限制是否能通過憲法第23條比例原則之檢驗，亦即法律對同性伴侶婚姻自由的限制，是否符合憲法第23條所要求之目的正當性、手段必要性、以及限制妥當性(釋476、釋577參照)。

同性伴侶因無法締結婚姻，對其人格完整性與人性尊嚴之侵害已如前述，而「禁止同性伴侶享有婚姻自由與權利」究竟係追求或維護何種社會秩序或公共利益，則始終不明，欠缺妥適說明與論證，顯然無法通過憲法第23條比例原則之檢驗，而屬違憲。

大法官釋字第 554 號提及，婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障，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，自得制定相關規範以維護之。若承認婚姻制度有其社會功能而為國家所鼓勵與扶持，那麼，承認同性結婚的權利，讓更多有需要且有意願之同性戀公民得以依其選擇進入婚姻，發揮婚姻制度之社會功能，適足以達到並增進國家保障婚姻制度之目的。

允許同性結婚，對於同性伴侶而言，有助於其實現自我，此種法律地位的肯認，對於在同志家庭出生、養育的未成年子女，將提供更完整的保障、避免因欠缺法律保障而來的風險與悲劇，而對於異性戀者而言，亦有助於促進其對「性少數」(多元性別)之正視與理解(即以平常心待之、視為與己平起平坐的主體，而不是非我族類之「他者」)，具有教育功能；對於整體社會而言，亦有消弭性傾向歧視、促進婚姻與家庭關係安定之正面作用。

如人人不分性傾向、性別認同皆有同等結婚自由，將促使人人擇其所愛，愛其所擇，同志不用為了社會壓力而被逼得「假結婚」，過著否定自我、隱藏自我的雙重生活，異性戀者也不用擔心被當作「煙霧彈」，成為同志被剝奪結婚自由的附帶犧牲品。準此以觀，允許同性締結婚姻不但無違社會秩序及公共利益，反而有助於促進社會秩序與公共利益。

- (二) 若干反對意見以同性締結婚姻，違反「婚姻制度之本質與內涵(意義與目的)」為由，認為同性婚姻將造成婚姻制度崩解或改變其內涵，然查，憲法基於婚姻自由、人性尊嚴與人格權而保障一夫一妻之婚姻制度，並不能因此率爾推論為「必須拒斥」

同性別二人締結婚姻之自由。

一男一女所結合而成之一夫一妻婚姻關係，雖為現行民法所採行之婚姻制度，然婚姻制度在人類漫長歷史上，有非常多樣化的風貌，並無固定不變的「本質」可言，質言之，婚姻之定義與內涵，絕非亙古不變。

我國於民法制定之初，雖立法採取一夫一妻之婚姻制度，然並未否定納妾制度之存在，因此現行民法中，仍存在若干與「妾」有關之法律條文，諸如民法第 1149 條之遺產酌給請求權、我國行政機關透過函釋解釋，將妾視為家屬，又如刑法施行法第 9 條特意將於刑法施行前即存在的夫妻關係，排除於通姦罪之處罰外。於時空遷移下，雖妾的存在隨著時間的經過而不若昔日普遍，一夫一妻婚姻制度看似被逐漸建立與鞏固，然婚姻的內涵與定義，仍持續隨著社會文化的進展與人們對於性別角色、家庭關係不同於「傳統」的想像，而不斷地調整或改變，例如過往婚姻關係中，妻子必須以丈夫之住所為住所、妻子必須冠以丈夫姓氏、未成年子女以從父姓為原則、夫妻聯合財產由夫管理等夫權或父權獨大之條文，在今日現行民法中，已被一一揚棄不再適用。而古代婚姻關係中無生育之婦女，其夫家有權以此為由休妻或納妾，然於我國民法制定之初，從未有將無法生育或未有子嗣列為民法第 1052 條之離婚事由，亦不允許以此為由，主張相互間不受忠貞義務之拘束。可見，能否自然生育，從來不是婚姻成立的必要因素之一，更可證，婚姻制度與時俱轉，而國家負有義務，使願受婚姻制度規範之人民，不分性別、性傾向、性別認同，都有選擇進入婚姻制度並進而組織家庭的機會。

三、現代意義的制度性保障：

若干反對意見主張過往大法官解釋已確立婚姻受憲法「制度性保障」，我國婚姻制度專指「一夫一妻」，不容許立法者改變其定義，作為反對同性締結婚姻的理由。惟查，過往大法官相關婚姻與家庭制度所作成之多號解釋（釋字第 242 號、第 362 號、第 365 號、第 552 號、第 554 號、第 647 號、第 696 號、第 712 號），其釋憲標的、脈絡與內容，均未涉及有關人民選擇婚配對象之性別，是無從得出憲法所保障之婚姻專指「一夫一妻」之結論，反對意見顯然移花接木、過度詮釋了上開解釋。

再查，所謂婚姻受憲法制度性保障並非依據我國憲法條文而來，而是過往司法院大法官參酌德國相關理論，於解釋中援用。所謂「制度性保障」理論，在德國二戰之後經學說發展，已與基本權利結合，詳言之，現代意義之制度性保障並非如反對意見所理解，要求消極地擔保「制度」現狀（乃至不惜桎梏或僵化基本權利的保障範圍），而係包括進一步課予立法者必須積極形成制度，以履行國家對基本權利的保護義務。

憲法作為人民權利的保障書，合憲秩序的核心即是保障人民的基本權利，而一部活的憲法，當然必須具備回應社會變遷、反映新興人權價值的能力，才不會淪為紙上憲法。「制度保障」係為落實、補充基本權利，而非反客為主，用來限制、剝奪、架空基本權利，甚或阻礙新興人權價值的進展。

綜上，在本件情形，婚姻受憲法「制度性保障」的真義，應解釋為確保人民結婚自由與權利不受立法者任意侵害，因此，制度性保障在此非但不能作為剝奪同性伴侶結婚資格之理由，相反地，更應用來支持修法（要求國家/立法者整備制度）以允許同性締結婚姻，實現憲法所保障之婚姻自由。

爭點三：民法第四編親屬第二章婚姻規定，如不許同性別二人結婚，是否違反憲法第七條平等權之意旨？

限制同性相婚，違反憲法第 7 條平等權，第 23 條，及憲法增修條文第 10 條第 6 項之意旨，已詳述於聲請人 2015 年 8 月 20 日解釋憲法聲請書（第 14 頁至第 22 頁），茲不贅復。謹整理論據要旨並補充如下：

- 一、憲法第 7 條及我國已簽署並施行之聯合國兩公約禁止性傾向、性別認同歧視。
- 二、僅允許異性伴侶結婚，不許同性伴侶結婚，構成差別待遇，且此差別待遇之規範目的「不明」，亦未見民法主管機關法務部提出充份具體說明。茲假設規範目的係因「生理上，同性伴侶欠缺自然生育同時具有雙方血緣小孩的可能性，而異性伴侶有此可能，因此僅允許異性伴侶結婚，以鼓勵生育並保障其法律上家庭關係（含親子關係、姻親關係等）」，則此規範目的顯將人民當作生育工具，而非人格主體，實難認定該法規範目的合憲。退萬步言，姑不論目的合憲性問題，此差別待遇係依性別、性傾向進行分類，應採取較嚴格之審查基準，惟其所採取之分類與「規範目的」之達成間，亦顯然欠缺一定的關聯性，從而無法通過平等權及比例原則之檢驗。

（一）平等權審查(美國模式)

法規範無正當理由而實施差別待遇，乃憲法平等權所不許，判斷法規範是否符合平等權保障之要求，應取決於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之間，是否存有一定程度之關聯性而定（司法院大法官釋字

第六八二號、第六九四號、第七〇一號、第七一九號、第七二二號、第七二七號及第七四五號解釋參照)。有關平等權(平等原則)之審查,我國釋憲實務歷來頗多參採美國或德國違憲審查方式,以美國為例,通說區分為三重審查基準:

1. 低標(合理審查基準):法規範具備「合法的公共利益」,其所採取之分類與規範目的之達成之間,須具有「合理關聯」。
2. 中標(中度審查基準):法規範具備「重要的公共利益」,其所採取之分類與規範目的之達成之間,須具有「實質關聯」。
3. 高標(嚴格審查基準):法規範具備「極重要的公共利益」,其所採取之分類與規範目的之達成之間,須具有「直接(必要)關聯」。

按湯大法官德宗於釋字第六九四號解釋部分協同暨部分不同意見書中所表示見解:「未來大法官關於法規差別待遇是否合憲之審查,將視個案情形而採取不同的審查基準。質言之,如其涉及人民憲法上所保障之「根本基本權」(fundamental rights)(如『人性尊嚴』或『生存權』之維護),或系爭差別待遇係以遭受差別對待之人(生理上)『無從改變之特徵』(immutable characteristics)(如種族、膚色、性別等)為基礎,而構成所謂『可疑分類』(suspect classification)時,大法官將採取『較為嚴格之審查基準』(俗稱『中標』),甚至『嚴格審查基準』(strict scrutiny)(俗稱『高標』)審查。如此一來,所謂人民『在法律上一律平等』之保障(equal protection of law)將更形確實。」

本件情形,同性伴侶婚姻自由受限制涉及人性尊嚴、人格權等「根本基本權」,至於同性伴侶之結合,欠缺「自然生育同時具有雙方血緣小孩」的可能性,屬於「無從改變的特徵」(性/生

理因素所致)。而婚姻制度僅允許人民選擇與異性相婚，則屬對異性戀公民有利、對同性戀（雙性戀）公民不利，涉及「性傾向」差別待遇。

併此說明者，性傾向（同性戀、異性戀、雙性戀）無論係先天、後天或先後天因素交錯影響形成，均非屬人力所得完全控制之因素，且在醫學上均屬正常。企圖扭轉性傾向之「治療」，在國際上普遍被認為無效甚至有害，我國衛福部亦已於去年底預告擬正式禁止性傾向扭轉「治療」，對違反禁令者加以處罰。

綜上，系爭差別待遇涉及人性尊嚴，且以性別、性傾向作為分類基礎，自應以較為嚴格或嚴格審查基準進行審查。是本件情形應以上述中標或高標進行審查，法規範須具備「重要或極重要的公共利益」，其所採取之分類與規範目的之達成之間，須具有「實質或直接關聯」，始為合憲。

或謂鼓勵人民「自然生育同時具有配偶雙方血緣小孩」是否具備「重要或極重要的公共利益」？

查繁衍後代、養育子女與否，在民主法治國家，包括我國，均屬於人民得自主選擇的範圍，亦非屬我國民法婚姻之必要目的或成立要件，實難認具備「重要或極重要的公共利益」，否則，執此同一標準，難道也要一併立法禁止欠缺生育意願與可能的異性戀當事人結婚？

此外，以限制同性伴侶結婚作為鼓勵生育手段，其手段與目的間亦顯然欠缺關聯，蓋我國迄今未承認同性婚姻，但生育率偏低，而世界上已通過婚姻平權之二十多個國家，其國民生育率全部均高於我國，此一客觀事實，足證生育率高低與限制同性相婚顯然並無關聯。

退步言之，縱認鼓勵生育符合我國當前某種「政策期待」，亦無理由界定「自然生育同時具有配偶雙方血緣小孩」優越於「運用人工生殖技術生育小孩」，以至於必須特別排除生理上須借助人工生殖技術始能生育的同性伴侶，蓋如果此種差別對待有理由，則無法說明，我國現制何以允許不孕之異性戀夫妻依民法結婚，並允許其等根據人工生殖法用借精、借卵之方式生育，所生子女並依法視為婚生子女。

是系爭所採取之分類與規範目的之達成之間，完全不具備關聯性，應判認違反平等權之意旨。

（二）比例原則審查(德國模式，我國憲法第 23 條)

大法官違憲審查實務上，亦經常依憲法第二十三條比例原則對形成差別待遇之法規進行檢視，例如羅大法官昌發於釋字第七二八號解釋不同意見書即指出：「審查法令有無違背憲法第七條平等權時，仍應依憲法第二十三條予以檢視。亦即應先確認有無『為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益』之情形；如符合此等情形，則應進一步依憲法第二十三條所規定『必要』之要件，衡量與平衡各種相關因素，包括某種規範『所欲防止妨礙的他人自由』、『所欲避免的緊急危難』、『所欲維持的社會秩序』或『所欲增進的公共利益』的相對重要性、該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。並進一步考量客觀上是否存有『較不侵害憲法權利』之措施存在。」

德國聯邦憲法法院近年來以比例原則檢驗平等權的手段，亦迭經援引，例如陳前大法官新民於釋字第六八二號解釋不同意見

書指出：「在提出修正的新模式後，德國聯邦憲法法院近年來更提出『因人而異』與『因事而異』的不平等判斷基準。所謂的『因人而異』而為的差別待遇（personenbezogene Ungleichbehandlung）是指針對法規適用的年齡、身分、教育背景及職業別等，而差別之待遇。這是最容易造成侵犯平等權的類型，應當適用嚴格的標準（修正新模式），同時也應運用比例原則，予以進一步檢驗。至於『因事而異』的差別待遇（sachbezogene Ungleichbehandlung）是指因為客觀存在事實的不同，而作出的差別待遇。…」並於釋字第七二八號解釋協同意見書指出：「就以此嚴格的審查標準而言，以美國與德國聯邦憲法法院近年來的案件為例，涉及到性別、種族、宗教等因素所形成的差別待遇，皆以此種嚴格審查標準為之。例如以德國聯邦憲法法院近年來審理平等權的標準時，即以差別待遇是以『事件』或是『人』的區別作為差別待遇之界定，區分為嚴格審查—以『人』為適用對象而有差別待遇；反之，以『事件』為差別待遇之分時，則採寬鬆的審查標準。」

綜上，本件涉及之根本問題在於：異性別二人得依民法第四編親屬第二章婚姻之相關規定結婚，但同性別二人卻被拒絕於民法婚姻制度之外，亦即以「配偶二人之性別相異或相同」而有差別待遇，此項差別待遇既係基於性別及性傾向而生（與「性身份」有關），且屬「因人而異」所為差別待遇，因此應以嚴格標準審查，並應依比例原則檢驗。

依比例原則檢驗，限制同性相婚，難認符合『為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益』之任一情形；從而無須審查是否符合憲法第二十三條所規定『必要』之要件。

退步言之，縱認系爭差別待遇乃因國家欲鼓勵人民生育以『增進公共利益』，則限制同性相婚顯然亦無助於所擬達成的目的，更無法說明何以不依同一標準限制不孕或無意生育之異性伴侶相婚自由，已如前述。國家若要鼓勵生育，那麼，改善人民低薪過勞處境、完備托育設施、建立友善親職之職場環境，以及，承認同性相婚自由、允許同性配偶共同收養小孩（及繼親收養另一方小孩）、合法使用人工生殖技術，讓人民，不分性別、性傾向、階級…都可以放心地生養小孩，才是鼓勵人民生育之適切與合憲的方法。

三、法務部研析意見尚無採納之必要，理由如下：

法務部就台北市政府有關民法限制同性別人民不得進行結婚登記聲請釋憲於2015年10月30日提供研析意見及2017年3月17日就本案言詞辯論爭點提呈之書面意見，其中關於憲法第七條平等權（原則）部分，以「立法機關有充分之形成自由」、「民法有關婚姻之規定，係立法者考量『一夫一妻婚姻制度之社會秩序』，基於對婚姻制度之保護所訂定，適足以達成維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，目的洵屬正當，且所採差別待遇手段，並非立法者之恣意，與維護婚姻制度目的之達成有合理關聯」、「惟有關性傾向及性別認同之平等保障，是否為憲法第七條『男女』或憲法增修條文第十條第六項『性別』所涵蓋，仍有待討論及未來憲法解釋實務之發展」等語，認為相關規定之差別待遇，尚未違憲。惟查，法務部之論據失當，亦不符合現行釋憲實務就平等權（原則）所採行標準。

首先，法務部上開意見根本沒有真正說明及論證立法者「排除同性相婚」所欲追求之公共利益為何，僅一味泛稱系爭規定是立法者考量「數千年來之人倫制度及禮俗規範」、「婚姻制度所欲達成

維護人倫秩序、男女平等、養育子女」等社會性功能，隨即跳躍作結，主張相關規定「排除同性相婚」形成的差別待遇，尚非立法者之「恣意」，目的洵屬「正當」，且手段與目的間有「合理關聯」云云，可知法務部在邏輯上把「異性婚具有社會功能、應受保障」一事，用偷天換日的手法，等同於「(因此必須)排除同性婚」來追求公共利益，其說法或許某程度交代了異性婚所欲追求或所可能達到的公共利益，卻始終無法交代也未論證因此必須「排除同性相婚」之理由及此排除所欲追求之公共利益為何？質言之，本件平等權判斷之重點，不在於法律給予異性婚保障是否違憲，而在於法律積極排除或未予規範同性結婚，是否存在合理之解釋，對此，法務部顯然沒有提出解釋。

其次，法務部於本件情形似採「低標」(寬鬆)之審查基準，惟誠如前大法官李震山於釋字第七二八號不同意見書指出：「本院歷來審查以『性別』作為分類標準之規範，基於『非屬人力所得控制之生理狀況』及『弱勢之結構性地位』等理由，大多不採寬鬆審查標準。例如：有關監護權原則由父行使之釋字第三六五號解釋、有關妻以夫之住所為住所之釋字第四五二號解釋、有關禁止榮民女兒繼承耕作之釋字第四五七號解釋、有關性交易只處罰性工作者之釋字第六六六號解釋，且皆宣告系爭規定違憲。」

是本件法規之差別待遇，既係涉及人性尊嚴、與性別及性傾向有關，理應採取較為嚴格之審查基準(中標)或甚至嚴格審查基準(高標)，法務部研析意見不但無法交待「排除同性相婚」所欲追求之公共利益為何(規範目的欠缺合憲性)，且選擇了錯誤的審查基準(低標、寬鬆審查標準)，其因此導出「不違憲」之結論，應不足採。

再者，法務部似認為性別認同(gender identity)及性傾向

(sexual orientation) 尚未被我國憲法第七條之「男女」或憲法增修條文第十條第六項之「性別」所涵蓋，並就此點援引學者張文貞著「性別平等之內涵與定位：兩公約與憲法之比較」一文。然查，我國釋憲實務雖尚未對性別認同或性傾向進行清楚之界定或討論，惟學者張文貞上開論文就兩公約及我國憲法實務之研究結論係認為「為強化性別平等在我國的保障，本文主張司法院大法官應參照兩公約及相關的一般性意見，以強化性別平等的保障並豐富相關論述。(第 772 頁)」、「從上述討論中，可看出兩公約與我國法中性別平等的保障範圍，已涵蓋性與性別：生理特徵之差異以及所衍生的社會功能差別。但值得注意的是，兩公約已將『性』或『其他身分』的概念，進一步延伸至性傾向以及性別認同，藉此納入性傾向以及性別認同歧視禁止的保障。在此一問題上，我國憲法相關條文及解釋，則尚未有相同的擴張。對此，本文主張我國憲法與相關解釋應參照兩公約，作類似的概念延伸。(第 801 頁 (三) 小結)」。法務部援引上述論文，竟僅擷取片段而全然忽視該學者之論證與重要結論，明顯引據失當。法務部作為我國兩公約之主責機關，理應知悉並肯定兩公約在解釋上及實務案例上均已明白禁止性傾向、性別認同之歧視，且此對我國國內法秩序具有拘束力，併此敘明。

又，法務部主張系爭規定之差別待遇，屬「立法形成自由」之範疇，惟所謂立法形成自由並非毫無界限，仍應合於憲法價值秩序，尤其在實務上往往須藉由釋憲權來加以節制。

前大法官陳新民於釋字第七一二號解釋部分不同意見書指出：「這也就是釋憲權之所以能節制立法權，避免立法者恣意、羅織虛幻不實的公益目的，來限制人民基本權利。釋憲者這種獨立判斷立法目的與公益的存在與分量，並不因為立法者擁有立法裁量，而有必然的退縮與否之定律；反之，釋憲者必須採行『重要性理

論』，而非『明顯論』，甚或『明顯重大瑕疵理論』，來承擔此職責。凡是侵犯人權種類的層次越高，例如生命權、人身自由、人倫秩序與家庭權，甚或人性尊嚴，則釋憲機關檢驗立法裁量的範圍更廣，密度更高。」，更於釋字第七二八號解釋協同意見書指出：「如果立法者政策形成權的範圍越小，或是最容易造成侵犯平等權的危險，以及已經存在歧視的現象，而國家有義務根除時，此時立法者的裁量權萎縮，差別待遇的審查密度便提高，此時差別待遇的『公益需求』的『值與量』也跟著提高，惟有壓過差別待遇所帶來的負面危害，方可以承認之。」

準此以言，本件法規之差別待遇，既已侵害同性伴侶之人性尊嚴、婚姻自由，且係基於性別、性傾向而來，相反於法務部所主張「對於婚姻上之私法自治，立法機關自有充分之形成自由」，釋憲機關檢驗系爭規定立法裁量的範圍應該更廣，且審查密度應該更高，以節制並避免立法裁量對人民造成違憲侵害。

四、結論：

同性別二人間不得適用民法相關規定結婚，屬於以性別、性傾向為分類基礎之差別待遇，亦係「因人而異」之區別所形成之差別待遇，應採取「較為嚴格」或「嚴格」的審查基準。

排除同性婚之差別待遇，欠缺目的合憲性，因其究係為促進或保護何種重要的公共利益，始終欠缺合理解釋。結婚自由乃憲法保障之基本人權，誠難想像何種重要之公共利益必須經由侵害、剝奪同性戀公民之基本人權而達成，是倘認現行民法之解釋適用限制同性相婚，必然只有宣告違憲一途，別無其他。

基於系爭法規所形成之差別待遇直接、根本性地排除同性別二人得依民法相關規定結婚之機會，侵害基本人權甚鉅，釋憲機關不

應退縮於「立法形成自由」之後，而應積極闡明憲法第七條平等權（原則）禁止性別、性傾向歧視，並據此宣告同性伴侶平等享有憲法所保障之結婚自由。

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？

此須分別兩種情形以觀，第一種情形：如肯認同性二人有依現行民法相婚之自由，在婚姻制度之外，雙軌並行創設非婚姻之其他制度以保障「非婚/同居伴侶」（同性或異性），此屬立法裁量，也符合公政公約第二十三條中，家庭一詞較婚姻有更為寬廣之定義與保障範圍（組織家庭非必僅能以婚姻為基礎或以婚姻之方式實現），此種做法原則上應無違憲疑義。第二種情形：若仍然限制同性結婚之自由，但立法創設非婚姻之其他制度（例如同性伴侶）作為一種迴避實現同性伴侶婚姻自由之「替代」，則無論該伴侶制度之權利義務及法律地位是否與婚姻配偶大致相同或有相當落差，均無法符合憲法第 7 條保障平等權以及第 22 條保障婚姻自由之意旨，蓋婚姻不僅涉及當事人各種實質（具體）權利總和的保障（我國法制下計有 498 項專屬配偶之權利），還包括文化/象徵意義上的表意自由與社會承認。在第二種情形，同性伴侶之結婚自由依然受限制，縱使另行立法設立了一個與婚姻配偶權利義務完全相當的制度給同性伴侶，其在文化/象徵意義上的表意自由與社會承認仍遭否定，亦即其人性尊嚴、人格權仍然未能獲得平等保障。針對此爭點，補充說明如下。

一、有論者以同性伴侶無法「自然生育同時具有雙方血緣之小孩」而認尚難一體適用民法現行所有規定（如婚生推定、非婚生子女之認領、準正），因此主張為妥適處理同性伴侶親子關係，宜另立專法處理。事實上，此種看法恐混淆了議題層次，上開論者之疑問，在比較法上，於通過婚姻平權的國家中，已有許多

不同立法例可茲參酌，簡言之，目前通過婚姻平權的二十多個國家，在平等賦予同性相婚自由與權利的前提與認知下，沒有任何一個國家以同性配偶因「無法自然生育與孩子建立雙血緣之親子關係」為理由，而區隔同性與異性結婚之立法形式。換言之，不應以性質上屬於立法技術或運用法律解釋即可解決的下位階疑問，削弱或覆蓋掉同性伴侶應受憲法保障之結婚自由與平等權之上位階要求，進而主張同性伴侶應轉為尋求婚姻以外之制度來結合。

二、以「生育」作為拒斥或區別對待的理由，在我國歷史文化中一直是歧視的根源，造成對女性及同性戀深沈的壓迫，於此必須體認，以生育與否來界定一個人的價值以及法律上婚姻自由等基本權利被對待的方式，是對人性尊嚴與人格自主的根本否定，與憲法價值秩序不合。時至今日，我國最大宗使用人工生殖科技以生育下一代的其實是異性戀不孕夫妻（因單身者及同性伴侶受限於人工生殖法之規定，在我國尚無法合法使用人工生殖科技），如果法律不會要求不能自然生育的異性戀必須依「婚姻以外」其他制度結合，那麼當然也無理由因此要求同性伴侶必須依婚姻以外其他制度結合。

三、參照外國釋憲經驗，南非憲法法院在 2005 年 12 月 1 日宣告禁止同性結婚違憲的判決中，明白表示對於「分離但平等」的方案採批判態度，指出任何會創造出次等化或邊緣化同性戀伴侶地位的作法將無法通過合憲性的要求（其論證參見該判決第 150 段以下，Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v Minister of Home Affairs (CCT 10/05) [2005] ZACC 20; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC)) ， 1 December 2005 ， 判決全文參 <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/20.pdf>)

哥倫比亞憲法法院於 2016 年 4 月 28 日，宣告禁止同性結婚違反了哥倫比亞憲法規定。哥倫比亞早於 2007 年即開始給予同性伴侶相關的權利保障，從 2007 年至 2015 年歷經多次修法及訴訟，逐步開放同性伴侶在各領域可享有的權利，該國憲法法院於 2011 年 7 月 26 日，曾以 9 比 0 票，宣告同性伴侶組織家庭之權利受憲法保障，並要求國會應於兩年內通過立法保障同性伴侶之結合，該判決認為法律中將婚姻定義為「男與女」合憲，不過此「男與女」用語並不代表禁止賦予同性伴侶相似或等同於異性伴侶的法律結合，當時憲法法院認為應將同性伴侶身分關係之名稱與內容，委諸國會進行相關立法之辯論與決定(哥倫比亞憲法法院 2011 年 7 月 26 日判決之英文摘要 <http://english.corteconstitucional.gov.co/sentences/C-577-2011.pdf>)。由於該判決並未明確指示立法者究應以婚姻或婚姻以外之其他方式處理同性伴侶之身分關係始符合憲法意旨，導致之後哥倫比亞國會展開歷時數年之不同意見立法拉鋸，法院亦必須處理因同性伴侶身分關係不明確(包括可否結婚之爭議)而來之訴訟，因此最後仍需由憲法法院在 2016 年做出上述禁止同性結婚違憲之宣告。

可知以婚姻以外之其他制度(方式)處理同性伴侶權利，最終仍須接受違憲審查，而憲法法院若未能明確宣告同志伴侶之結婚自由與權利，僅概允由立法者自由形成，則後續立法衝突與司法抗爭之成本，恐難避免，此所以最後哥倫比亞仍需由憲法法院進一步明確宣告同性伴侶有結婚的權利，始解決憲法爭議，並落實人民基本權保障，值得大法官參酌。

- 四、 不允許同性結婚而另立同性伴侶法，難謂具備合憲之目的，或謂此為「區分且自由」(而非「隔離且不平等」)?於此須辨明，如為前述第一種情形，國家採取雙軌制同步開放婚姻制度與設

立伴侶制度供人民無分性別、性傾向得依其意願與需要進行選擇，那麼「區分且自由」的見解或許言之成理，但在第二種情形，多元性別群體作為歷史上受壓迫之弱勢群體，若結婚自由仍被剝奪，那麼區隔立法另立同性伴侶法就不可能是真自由，只可能加深、鞏固既存之歧視，「區分且自由」的說法只是企圖遮掩並美化此一「制度性歧視」的藉口罷了。因為在第二種情形，之所以另立專法(同性伴侶法)其實是基於對多元性別的拒絕與厭惡，因此不願與「異己」共享、共用現有婚姻制度，衡諸社會現實，享有現行婚姻制度與資源之異性戀群體已佔社會優勢地位，對其他非異性戀之多元性別族群另立專法自然極易產生「次等化」與「標籤化」之結果，無論其立法目的或效果，實均難認符合憲法保障人性尊嚴、平等權以及憲法增修條文第十條第六項要求國家消除性別歧視、並積極促進實質平等之要求。

五、過去十六年來，曾經不允許同性結婚而另立伴侶制度（類型上有同時開放給同性及異性伴侶的，亦有僅開放給同性伴侶的）的國家，趨勢上看來，非常明顯地，其中絕大部份最後都還是通過婚姻平權（允許同性相婚）的立法（如荷蘭、比利時、冰島、英國、丹麥、法國、紐西蘭、美國等等），許多支持另立專法之論者常提及之德國，於 2001 年通過同性伴侶法，迄今還沒實現婚姻平權，反而是少數的例外（但德國近年來也在立法討論中）。而包括南韓及中華人民共和國在內，亦有相關訴求婚姻平權之司法訴訟進行中。可以說，這一股追求實現自由、平等、親密關係與婚姻制度民主化的平權運動，早已跨越文化、國界、種族、語言、地理、政治的區隔，理由無他：人類對不正義是有感覺的，而一個文明的國家終究必須對於人民所遭受的沒有意義的苦難與壓迫做出回

應。

台灣正站在人權與多元性別轉型正義的十字路口上，聲請人對於婚姻平權的等待已逾三十年，期盼大法官以這個釋憲聲請作為起點，依據憲法價值作成清楚且充分論理之決定，定紛止爭，讓同性戀等多元性別公民，在法律之前，開始成為真正平等的人。

聲請人：祁家威



代理人：許秀雯律師

莊喬汝律師

潘天慶律師



中華民國 106 年 3 月 22 日