

同性婚姻法制化之調查研究

中央警察大學法律系教授 鄧學仁

一、我國同性婚姻法制化概況

2011年1月18日，法務部在審理我國法規是否違反兩公約之第五次複審會議時，針對民法親屬編未規範同居者之權利，是否符合公民與政治權利國際公約第23條規定？其決議如下：民法親屬編未規範同居者之權利，與公民與政治權利國際公約第23條尚無違背。惟請法務部（法律事務司）斟酌社會變遷及文化發展等情，於日後民法修正時，考量增訂相關規定，給予適度之法律保障。與此同時台灣伴侶權益推動聯盟正積極推動伴侶、收養、多人家屬民法修正草案，而立法院針對民法第972條等之修正案亦已進入一讀，究竟此修正是否妥當，同性婚姻應否法制化，有深入研究之必要。

（一）同性婚姻相關法律權益

婚姻是親屬關係發生之源頭，婚姻關係是否有效成立，與婚姻當事人間之權益息息相關，除民法外在醫療、稅法以及社會福利相關法規上，均以有效婚姻關係作為基礎，有關其內容，表列如下：

法領域	配偶相關權益
民法	聲請監護宣告（民法第14條、第15條之1）
	時效不完成（民法第143條）
	損害賠償請求權（民法第194條、第195條）
	冠姓之約定（民法第1000條、姓名條例第6條）、同居之義務（民法第1001條）、住所（民法第1002條）、日常家務代理權（民法第1003條）、家庭生活費之分擔（民法第1003條之1）
	夫妻財產制（民法第1004條、第1005條、第1007條、第1008條、第1010條、第1012條、第1017條、第1018條、第1020條之1、第1020條之2、第1022條、第1023條、第1058條）
離婚後之財產請求權（民法第977條、第979條、第988條之1、第1030條之4、第1039條之1）、子女親權之行使（民法第984條、第1055條、第1059條、第1084條、第1085條、第1086條、第1087條、第1088條、第1089條、第1089條之1、第1090條）	

	婚生推定（民法第1063條）、夫妻共同收養（民法第1073條、第1074條、第1075條、第1077條、第1078條、第1080條）
	夫妻互相扶養義務（民法第1114條、第1115條、第1116條）
	繼承權（民法第1144條、第1176條、第1223條）
人工生殖法	人工生殖之權利
醫療法	簽具手術書及麻醉同意書（醫療法第63條）
	簽具侵入性檢查或治療同意書（醫療法第64條）
	簽具自動出院書（醫療法第75條）
	院方告知病情、治療方針等（醫療法第81條）
稅法	賦稅優惠：所得稅法15、17條、遺產及贈與稅法第17條、17條之1、第20條、土地稅法第28條之2
訴訟法	拒絕證言權（民事訴訟法第307條；刑事訴訟法第180條、第181條、第185條；行政訴訟法第145條）
	告訴權（刑事訴訟法第233條、第234條、第235條、第239條、第321條、第345條）
	上訴權（民事訴訟法第466條之1；刑事訴訟法第345條）
	聲請再審（刑事訴訟法第420條、421條）
社會福利法	死亡補償（所得稅法第4條；船員法第45條、第46條、第47條；勞工保險條例第46條；勞動基準法第59條）
	陪產假（性別工作平等法第15條）、喪假(勞工請假規則第3條)
	請領退休金（公務人員退休法第18條、勞工退休金條例第27條）
	健康保險
公務人員法	撫卹金（公務人員撫卹法第8條）、撫慰金（公務人員退休法第18條）、陪產假、喪假(公務人員請假規則第3條)

資料來源：作者整理自鄭心怡(2012)，涉外同性婚姻之承認與國際私法之公序良俗條款，東吳大學法律學系碩士論文。

(二) 同性伴侶權益運動大事記

我國對於同性婚姻是否應該法制化，目前官方與民間態度有所不同，甚至民本身亦是立場有所差異，觀察我國同性婚姻法制化之運動，可以了解同性婚姻要正式法制化，尚非一蹴可幾，但從運動本身之演變，吾人可謂我國對於同性婚姻法制化仍是朝向積極方向發展，有關同性婚姻運動之發展表列如下：

日期	內容
1986	祁家威與同性伴侶到法院結婚被拒。轉向立法院請願，立法院的答覆為：「同性戀為少數之變態，純為滿足情慾者，違背社會善良風俗。」
1996.11.10	名作家許佑生及伴侶葛芮（Gray Harriman）於台北公開舉行同志婚禮，媒體熱烈報導，引發社會廣大的關注與討論。
2000.02.14	正副總統候選人許信良、朱惠良發表同志權益相關政見，並由陳文茜、朱惠良在新公園舉辦女同志婚禮，表達對同志權益的重視。
2001.03	法務部草擬通過「人權保障基本法」，首度研擬立法讓同志得依法組成家庭及收養子女，但該法至今仍未送至立法院進行立法。
2001.05.18	祁家威十五年來兩度到公證處請求同性結婚遭拒，在司法救濟已窮後，聲請大法官釋憲。大法官審查後認為，祁家威只是以個人見解指摘現行婚姻制度，並未具體指明法院裁判有何牴觸憲法之處，其聲請不合法要件，大法官會議今天因而議決不受理。
2001.05.19	同光教會第一次舉行同性伴侶祝福儀式，一共有四對女同志，一對男同性伴侶參加這項儀式。
2004.02.13	內政部社會福利綱領明文：「支持多元家庭：各項公共政策之推動應尊重因不同性傾向、種族、婚姻關係、家庭規模、家庭結構所構成的家庭型態，及價值觀念差異，政府除應支持家庭發揮生教養衛功能外，並應積極協助弱勢家庭，維護其家庭生活品質。」
2004.10	臺北市政府研擬開放放寬寄養家庭申請者條件，開放單親家庭與同志。
2004.11.06	女同志幸福聯盟在第二屆同志大遊行提出爭取結婚權訴求。
2005.12.10	同志參政聯盟陳敬學與伴侶阿瑋於世界人權日舉行文定儀式，成為臺灣第三對公開舉行儀式之同性伴侶。
2006.3.22	家暴法修法擬將同志納入適法對象。
2006.3.24	蕭美琴辦公室主辦「同性婚姻法」草案公聽會
2006.10.17	蕭美琴、余政道、林淑芬、鄭運鵬等四位民進黨立委提案「同性婚姻法」草案，經35位立委連署跨過門檻正式提案，排入立法院議程。
2011.11	施明德先生於媒體前要求總統候選人蔡英文公開表示自己的性傾向。
2011.12	陳敬學與伴侶阿瑋向台北市中山區戶政事務所申請為結婚登記遭拒。
2012.3	陳敬學與伴侶阿瑋提起之訴願，依內政部100年9月9日台內戶字第1000180748號函復法務部100年9月5日法律決字第1000023926號函釋為依據，遭駁回，後向台北高等行政法院提起行政訴訟。
2012.4.17	友善臺灣聯盟發布「臺灣同志壓力處境問卷調查」，調查內容初步顯示，填答者中有多達29%曾有自殺念頭，動了自殺念頭的人中又

日期	內容
	有18%自殺未遂，這樣高比例的數字顯示同志心理壓力之處境。
2012.8.11	伴侶聯盟對外公開發表該聯盟版的伴侶、收養、多人家屬民法修正草案正式立案。
2012.12.18	立委尤美女今天提案《民法》親屬編第972、973、980條修正草案，將現行婚約應由「男女」當事人自行訂定，改為婚約應由「雙方」當事人自行訂定，讓同性婚姻合法化。
2014.10.16	立委尤美女舉行公聽會要求法務部在兩個月內提出如何修法以落實憲法，看是要修改民法？還是立專法？還是把數百條的條文全部去修改？不要再拿研究報告來搪塞，而是把修法對案拿出來。
2014.12.21	同性婚姻是否納入民法規範，法務部政務次長陳明堂21日在立法院提出有違我國親屬人倫觀念、違反親子關係的血統真實認定原則、影響身分繼承的順位及其應繼分、須配合修正法令甚多等四大理由持反對立場。
2015.7.18	鑑於近年外國對於同性婚姻之逐漸肯認之趨勢，法務部部長羅瑩雪表示，先立同性伴侶法，待民意適應再制定同性婚姻法，還是一步到位，直接制定同性婚姻法，將上國發會公共政策網路參與平台（I-voting）讓民眾票選，作為未來立法參考。
2015.5.20	高雄市104年5月20日起接受同志相偕在戶役政資訊系統加註「同性伴侶」關係，惟民政局強調，註記不具法律效力、日後也可申請刪除；相關資訊不會在身分證、戶籍謄本出現，且對象僅限設籍高雄市民眾。民政局強調，如辦妥註記同志肯再加簽「個人資料查詢同意書」，日後醫療院所、法院、警察機關，可透過此文件向戶政系統查詢，以防同志伴侶因疾病需要開刀，臨時找不到親人簽手術同意書，而發生延誤醫療等事件。
2016.7.25	台北市、新北市、新竹市、台中市、彰化縣、宜蘭縣、嘉義縣等台灣10個縣市，陸續開放同性伴侶到戶政事務所註記。註記成為伴侶的同志，依照台灣勞動部以行政權力做出「函釋」，認定可以向雇主請家庭照顧假；衛生福利部則開放代為簽署手術同意書；國稅局宣稱能夠比照合法夫妻合併報稅；外交部則放寬伴侶可代為申請護照。
2016.10.26	立法院時代力量黨團擬具民法部分條文修正草案，立法承認同性伴侶應與異性伴侶享有同等的制度性保障，並承認同性配偶收養子女之權利。
2016.11.2	立法委員尤美女與許毓仁分別以我國缺乏法律上對婚姻家庭多元性之認可，以及保障多元性別、性傾向、性認同者享有平等權利，分別提出各自版本的「民法親屬編部分條文修正草案」。

資料來源：本表參考戴瑀如，2012，德國、法國及加拿大同性伴侶制度之研究，

頁 68~69，並增加後續之發展。

由上表可知，同性婚姻法制化運動，已從社會運動轉向司法與立法攻防，值得注目者，地方政府對於同性婚姻亦多表達善意，雖然在民法上尚未承認同性婚姻之效力，但透過行政程序賦予同性婚姻者之醫療同意權，尤其台北市政府所提之釋憲案將來動向發展如何，將對同性婚姻法制化帶來相當大之影響。

二、承認同性婚姻之國家

相較於國內甚至亞洲對於同性婚姻之保守態度，目前全球承認同性婚姻合法化以歐洲和美洲居多，非洲的南非更是首開先例承認同性婚姻法制化，這些國家法制化的過程，大多是經由國會立法或透過法院裁定，其分別為荷蘭、比利時、西班牙、加拿大、南非、挪威、瑞典、葡萄牙、冰島、阿根廷、丹麥、巴西、法國、英國、烏拉圭、紐西蘭，其中英國除北愛爾蘭外，英格蘭與威爾斯於 2013 年，蘇格蘭於 2014 年均已通過同性婚姻立法。2015 年 1 月 1 日同性婚姻開始在盧森堡合法化，這項立法法案於 2014 年 6 月 18 日由眾議院頒布，而同性間的伴侶關係自 2004 年起就已經合法化，該法案生效後，盧森堡成為全世界第 17 個將同性婚姻合法化的國家。

2015 年 2 月 20 日芬蘭總統簽署了同性婚姻合法化的法案，並將於 2017 年 3 月 1 日生效。芬蘭將成為斯堪地那維亞地區中最後一個同性婚姻合法化的北歐國家，也成為全世界第 18 個將同性婚姻合法化的國家。愛爾蘭 2015 年 5 月 22 日公投過關，成為第一個以公投方式認可同性婚姻的國家，愛爾蘭將成為全球第 19 個、歐洲第 14 個合法化同性婚姻的國家。

美國聯邦最高法院 2015 年 6 月 26 日做出堪稱建國二百廿六年來最重大的歷史性判決之一，通過全美同性婚姻合法化，並享有異性婚姻同等的權利。最高法院是以五票贊成、四票反對的分歧性結果做出判決，大法官甘迺迪在判決主文指出，「根據美國憲法，同性伴侶在婚姻上尋求和異性伴侶相同的法律待遇，否定這個權利，將損及他（她）們的選擇並貶低其人格。」「他（她）們根據法律要求同等的尊嚴，美國憲法賦予他（她）們這樣的權利。」

全美五十州中目前有三十七州准許同性婚姻合法化。針對這項判決，在美國引發兩極化反應，支持同性婚姻合法化的人認為這是當今社會最緊迫的公民權利問題，但批評者表示最高法院改變傳統婚姻定義，會把美國送進一個未知的領域。持反對意見的大法官羅伯茲認為，同性婚姻的對錯是立法體系的問題，不應

由法院判決¹。2016年5月11日義大利國會通過同性民事結合(civil union)法案，成為歐盟28個成員國中最後一個給予同性伴侶合法地位的國家。根據新法，同性伴侶可冠上對方的姓氏，伴侶生病時有權探視及代做醫療決定，伴侶死後可續領對方的退休金，唯不能收養小孩，因反對人士認為可能淪為法律漏洞，同志可能會找非法代理孕母生子再來辦收養²。該法案允許同性婚姻與異性婚姻具有同等權利，至此所有的歐盟國家都為同性戀婚姻建立了受到法律保護的規範。目前承認同性婚姻之國家表列如下：

承認同性婚姻之國家

2000年	荷蘭
2003年	比利時
2005年	加拿大、西班牙
2006年	南非
2009年	挪威、瑞典
2010年	葡萄牙、阿根廷、冰島
2012年	丹麥
2013年	巴西、英國英格蘭、法國、新西蘭、烏拉圭
2014年	英國蘇格蘭、盧森堡
2015年	斯洛伐尼亞、芬蘭、愛爾蘭、美國
2016年	義大利

資料來源：百度百科，<http://baike.baidu.com/view/939000.htm>，最後瀏覽日：2015年7月22日。(其中芬蘭與義大利原資料並未納入係由作者加入)

三、實施問卷調查

中央警察大學2013年接受法務部委託，針對我國同性婚姻法制化進行調查研究，本研究進行1600份之問卷調查，針對民眾對於同性婚姻法制化之意向，重要發現如下：

(一)除了「同性結婚後，請代理孕母代為生育下一代」本題項外，其餘的題項

¹ 聯合報，2015年6月27日。
<http://udn.com/news/story/5/1018487-%E5%85%A8%E7%BE%8E%E5%90%8C%E6%80%A7%E5%A9%9A%E5%A7%BB%E5%90%88%E6%B3%95%E5%8C%96-%E7%BE%8E%E5%9C%8B%E6%9C%80%E9%AB%98%E6%B3%95%E9%99%A2%E9%80%9A%E9%81%8E>。瀏覽日：2015年7月24日。

² 蘋果日報，2016年5月13日。
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/international/20160513/37212123/>。瀏覽日期：2016年5月18日。

傾向贊成者（含「同意」及「非常同意」）均高於傾向反對者（含「不同意」及「非常不同意」），顯示民眾對同性婚姻傾向採取開放的態度。

（二）一半的民眾贊成同性婚姻者在婚後可以收養小孩，但又質疑同性婚姻家庭會影響小孩的正常發展，並且反對同性婚姻者以代理孕母的方式生育下一代。

（三）在「同性婚姻法制化方向」部分，以修法需求強度來看，贊成維持現狀或取得共識後再修法者，占 38.9%，而贊成修改民法或另立專法者，占 37.4%，顯示我國民眾對於同性婚姻法制化的態度上，贊成者與反對者的比率相當，這與其他國家的狀況雖然相類似，但我國目前又以保守（維持現狀）者佔較多數。

（四）在「贊成同性婚姻者的權益比照一般夫妻者的理由」的意向部分，民眾以「應該尊重個人可以選擇婚姻的自由」者最多；其次為「保障同性戀者的基本人權」；再者為「同性婚姻在實際上已經被認為具有『實質夫妻關係』」，顯示支持民眾的意見，在於認為同性婚姻係個人的自由與權利而應給予尊重。

（五）在「不贊成同性戀權益比照一般夫妻理由」的意向部分，民眾以「違反傳統異性才可以結婚的社會通念」為最多；其次為「從宗教與倫理的觀點同性婚姻是不道德的」；再者為「同性伴侶組成家庭不適用於撫養孩子、有違子女最佳利益」，顯見要打破社會通念與民眾宗教倫理的觀念還需要經過時間的考驗，此外民眾也十分關注到是否符合下一代的最佳利益。

四、檢視同性婚姻應否法制化

本研究經由電話問卷調查與專家座談討論，綜合贊成與反對之意見，本研究認為針對同性婚姻應否法制化，應從下列三項指標加以檢視：

（一）同性婚姻法制化是否符合婚姻本質目的

婚姻本質目的為何，一言以蔽之應該是「有情人終成眷屬」，但僅以此點無法作為法制化之依據，必須將其更明確化。反對同性婚姻者認為大法官 362 號與 552 號解釋均強調一夫一妻之重要性，但此二號解釋均係針對重婚而作之解釋，非謂大法官明示婚姻制度僅限一男一女之結合。針對婚姻制度之本質目的為何，婚姻是否僅限一男一女之結合，仍應回歸民法親屬編之規定。由於現行親屬法並未對婚姻之本質目的作明確之規範，僅針對家將其定義為：「稱家者，

謂以永久共同生活為目的而同居之親屬團體。」(民法第 1122 條)，而民法對於婚姻之規定，亦僅止於成立婚姻之形式要件與實質要件、婚姻之效力以及婚姻之解消，然則若將上述要素加以結合，吾人發現婚姻之本質目的應為，兩人基於情感之合意，同時具有適法性(符合結婚之要件，例如須辦理登記、不得重婚、近親結婚)，並享有法律保障(婚姻之效力)之永久性結合(欲終止婚姻關係必須符合婚姻解消之要件)。基於本研究之定義，檢視贊成與反對同性婚姻之意見如下：

1. 婚姻是否負擔傳宗接代之任務

同性婚姻無法自然繁衍子孫，此乃反對同性婚姻者之主要論點，姑且不論經由收養或人工受孕之方式，誠然同性婚姻無法以自然之方式負擔傳宗接代之任務，但不容否認者，目前人口老化、少子化出生率逐漸減少之情況，正是現行所謂合法之異性婚姻所造成的，承認同性婚姻或許有可能使出生率降低雪上加霜，但須注意者，若彼等原本即無締結異性婚姻之意願，縱使承認彼等同性結婚，理論上亦無減少原來異性者欲結婚之可能，異性結婚不會因承認同性結婚而減少，則何來雪上加霜之說，而且結婚並未以生殖或傳宗接代作為成立要件，就如同不能生育之異性婚姻，民法亦未禁止其結婚一般，以此作為否認同性婚姻之論據，恐怕欠缺法律之依據。

2. 同性婚姻是否侵害既有婚姻制度

反對論者亦主張同性婚姻紊亂正常的性關係、破壞基本倫常秩序，如果承認同性婚姻，接下來會有更多族群要求開放婚姻制度，例如一夫多妻或多夫多妻，將使既有之婚姻價值受到扭曲，然則同性婚姻如果遵守前述婚姻本質目的之定義，亦即「兩人基於情感之合意，同時具有適法性(符合結婚之要件，例如須辦理登記、不得重婚、近親結婚)」，則上述疑慮自難存在，因為一夫多妻或一妻多夫仍然禁止，況且同性婚姻是主張與異性婚姻應同時獲得法律之保障，並非以同性婚姻取代異性婚姻，二者可隨個人之性取向擇一為之，應不至於承認同性婚姻後，將侵害既有之異性婚姻制度，以此作為禁止同性婚姻之依據，實在欠缺說服力。

(二) 同性婚姻法制化是否符合憲法人權保障

基於婚姻自由與平等權之保護，承認同性婚姻者以憲法基本人權之保障作為依據，但反對同性婚姻者則認為平等原則非指絕對、機械之形式上平等，對於本質不相同的事物應為合理差別待遇之設計，才是平等真義，究竟承認同性

婚姻或反對同性婚姻何者才符合憲法之人權保障，整理二者之論點如下：

1.同性婚姻法制化是否符合婚姻自由

婚姻自由是人民基本人權殆無爭議，因此限制婚姻自由必須受到憲法 23 條之檢驗，目前對於婚姻自由之限制主要是結婚之實質要件，亦即結婚不得有無效或得撤銷之原因(民法第 980 條至第 997 條)，至於同性婚姻是否禁止，民法尚乏直接之明文，但歷來法務部函釋均認為，民法對於結婚之當事人必須為一男一女，雖無直接明文規定，但由民法條文之意旨及學者對結婚之定義，均認為婚姻係以終生共同生活為目的之一男一女結合關係，同性之結合則非屬之³。然則婚姻自由乃憲法所保障之基本人權，單以行政機關之函示，能否成為限縮人民基本權利之依據實有疑義，102 年 10 月新出爐之大法官釋字 712 號解釋，再次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，本號解釋宣告已有子女或養子女之台灣地區人民，收養其配偶在大陸地區之子女，法院應不予認可之兩岸關係條例之規定違憲，足見違反婚姻家庭自由之法律規定，尚可認定其違憲，遑論行政機關之函示，因此除非法有明文禁止，同性婚姻應受憲法婚姻自由之保障，為釐清此爭議同性婚姻更有法制化之必要性。

2.同性婚姻法制化是否符合平等原則

贊成同性婚姻者，認為不論同性或異性婚姻均是二人永久性之結合，依憲法平等原則，同性婚姻與異性婚姻應受同等之保障，但反對同性婚姻者則認為同性與異性本質不同，憲法所保障之平等權應是「等者等之，不等則不等之」方為平等原則之真諦，認為同性婚姻不受憲法平等權之保障。按同性婚姻應否受保障，大法官在歷次解釋中，例如釋字第 242、362、552、554、647 等號解釋中，似已確立婚姻是一夫一妻之制度性保障，但此類解釋乃針對重婚、通姦或稅制而作成，均非直接對於同性婚姻所為，大法官並未明白提出否定同性婚姻之見解，而且直接聲請解釋之同性婚姻案件，卻因大法官不受理而未有正面之回應⁴，由於之前因行政機關不受理同性婚姻而提起行政訴訟之陳○學、高○瑋

³ 參照法務部 83 年法律決字第 17359 號函，法務部 99 年法律字第 1000004360 號函。

⁴ 90.05.18 第 1166 次大法官會議不受理案件：本件聲請人因公證結婚事件，認台灣高等法院八十九年度家抗字第一五六號民事裁定所適用之公證法施行細則第四十三條第一項及民法第九百七十二條、第九百七十三條、第九百八十條等條文之法律解釋有違憲疑義，聲請解釋。核其所陳，係以其個人見解對現行婚姻制度有所指摘，並未具體指明上開裁判所適用之法律或命令，究有何牴觸憲法之處，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。

已於 2013 年 1 月 23 日撤回訴訟，同志人士祁○威乃於 2013 年 3 月 21 日重新進行行政救濟程序，期待大法官針對同性婚姻應否受到保障，做出直接而明確之解釋，以徹底解決紛爭。

(三)同性婚姻法制化是否符合子女最佳利益

如前所述，同性婚姻符合婚姻之本質目的，同性戀者理應有締結婚姻之權利，但因同性婚姻無法自然生育，其結婚後若欲發展出親子關係時，僅能藉由收養或人工受孕甚或代理孕母(於男男同性婚姻之情形)之方式為之，此時即面臨該未成年子女權益能否受到保障之問題，因此討論同性婚姻法制化是否符合子女最佳利益，應從下列二點討論之。

1.同性婚姻收養子女是否符合子女最佳利益

根據民調之結果顯示，民眾接受同性婚姻之比例高，但接受同性家庭收養之比例卻低，此乃因縱使贊成同性婚姻，其效力亦僅止於當事人而已，但若涉及收養，就誠如反對同性婚姻者認為，承認同性婚姻者得收養子女，將剝奪該子女擁有異性父母之權利，同時只能於同性婚姻家庭中成長之子女，其將來性傾向之發展可能受到限縮。與此相對地，贊成同性婚姻者卻認為，並無資料顯示同性婚姻者不適合擔任父母，且生長於同性婚姻者家庭之子女，更有接觸多元家庭之機會，使子女能有更健全之發展。鑒於性傾向係因先天或後天之影響均有可能，事實上目前同性婚姻者不少出於異性婚姻者之家庭，因此同性婚姻者會世代複製之說法缺乏根據，而且民法已經規定法院為未成年子女被收養之認可時，應依養子女之最佳利益為之(民法第 1079 條之 1)，則同性婚姻收養子女是否符合子女最佳利益，應由法院決定，方屬正道。但成為問題者，除夫妻共同收養外，一人不得同時為二人之養子女(民法第 1075 條)，同性婚姻若不被允許，最多僅能由其中一人成為收養人，就一般而言，單親收養不如雙親收養對子女有利，如此一來，無待於法律之禁止，已造成同性婚姻者在收養子女時，面臨提前出局之窘境，反之若承認同性婚姻法制化，則應由法院判斷收養是否符合子女最佳利益，而非直接規定同性婚姻者不得收養，如此即可回歸收養應由法院認可之立法目的。

2.同性婚姻人工生殖是否符合子女最佳利益

所謂子女之最佳利益，包含未成年子女身心受到照護之基本利益、將來能

成長謀生之發展利益以及自我決定利益⁵，亦即子女之意見表明權，子女不能選擇父母，無論同性或異性婚姻皆然，但因收養時子女仍存有表明意見之機會(民法第 1083 條之 1)，於同性婚姻者收養子女時，基本上是對於既有問題之解決，亦即收養可同時解決乏人照顧之子女，與需要子嗣之父母，二者之需求可同時獲得滿足，再加上子女自我決定利益獲得保障，因此對於收養應該採取較開放之態度。然與此相對地，人工生殖卻是創造出新生命，何人可為該子女之誕生做決定，由於我國目前不允代理孕母，將造成同屬同性婚姻，於女女同性婚姻之情形可利用收養或人工生殖，而男男同性婚姻之情形卻僅能利用收養之不平衡狀況，或可稱異性婚姻既然禁止人工生殖，同性婚姻亦得禁止，但異性婚姻均有母親可實施人工生殖，但男男同性婚姻若不能收養則註定無法擁有子女，此部分若無更周延之配套措施，則同性婚姻應否法制化，仍應更加審慎以對。

五、對於同性婚姻之建議

經由婚姻之本質目的、憲法人權保障以及子女最佳利益等三項指標，檢視同性婚姻是否法制化，本研究建議應針對下列三者併行考量：

(一)應肯認同性婚姻法制化

本研究認為婚姻之本質目的應為，兩人基於情感之合意，同時具有適法性(符合結婚之要件，例如須辦理登記、不得重婚、近親結婚)，並享有法律保障(婚姻之效力)之永久性結合(欲終止婚姻關係必須符合婚姻解消之要件)，基於此定義，同性婚姻不僅符合婚姻係永久共同生活的感情結合之本質目的，且因其須有適法性之要件，不至於紊亂婚姻秩序與倫常道德，再加上異性婚姻與同性婚姻得併行運用，故無影響既有婚姻之虞慮。

憲法第 22 條規定，凡人民之自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障，由於同性婚姻仍受適法性要件之規制，因此同性婚姻法制化後將對社會秩序或公共利益產生損害殊難想像，反而承認同性婚姻符合憲法保障婚姻自由與平等權之精神，然因前揭法務部之函釋，否定同性婚姻之適法性，此與新出爐之大法官釋字 712 號解釋，肯認婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障之精神似有扞格，再加上大法官並未直接對同性婚姻表示是否合法，為避免適用之爭議，在法制上有必要作更明確之規範。雖然同性

⁵ 鄧學仁，子女最佳利益之適用爭議與發展方向，台灣法學雜誌，第 155 期，2010 年 7 月 1 日，50 頁。

婚姻無法自然生殖，但透過收養或人工生殖亦可解決此問題，基於子女最佳利益之保護，能否允許同性婚者收養子女，本應由法院認定，若以不能收養子女為由，而否認同性婚姻法制化，無異本末倒置，倒是對於男男同性婚姻者若不能收養子女，如何解決其想擁有子女之問題，必需有更周延之配套措施，但此點並未侵害社會秩序公共利益，不應成為同性婚姻法制化之障礙。

總之，透過前述三項指標之檢視，本研究認為同性婚姻應該予以法制化。

(二)同性婚姻法制化之時機

同性婚姻若應法制化，則應於何種時機下制定始為恰當，本研究透過電話問卷調查，對於同性婚姻應否法制化，贊成與反對者所占比例相去不遠，此結果或可解釋為，為符合更多數人之期待，是否應該等贊成者占大多數，待時機更加成熟後再行法制化。但亦有主張人權是普世價值，既然肯認同性婚姻應該法制化，則應立即為之，同性婚姻法制化應該只有是非對錯之分，而無贊成多寡之別，不能將問卷調查作為延遲立法之藉口。

固然只要是正確之事，即應義無反顧勇敢去做，問題是何謂正確之事，應該做是一回事，但如何做又是一回事，否則倉促立法更容易產生問題，本研究認為同性婚姻法制化最正確之時機，應該是大法官針對祈家威所提行政救濟表達見解之時，解釋一旦做成，即具有拘束力，行政機關與立法機關，必須依解釋所定期限，完成法制化工作，但成為問題的是，大法官是否受理，受理後又採何態度，能否作為同性婚姻法制化之依據，不論時機與內容均充滿變數。

鑒於大法官會議解釋之不確定，另一可行之道為，乃針對同性婚姻法制化作個別性或全面性之規劃，所謂個別性之規劃，係針對目前同性婚姻者所需要保障之部分，例如勞動基準法、工廠法、撫卹法、或相關醫療保險等法規，明定同性戀者於扶養、報稅、醫療同意、健保或受領他方死亡給付等方面亦適用之，所謂全面性之規劃，係將同性婚姻比照異性婚姻之各項權利義務關係，例如台灣伴侶權益推動聯盟所推動之多元成家民法修正草案，或另立專法成立同性伴侶法或同性婚姻法等，只要此類草案或專法能夠規劃週延，並獲得社會之肯認，均能提供同性婚姻者之保障。同性婚姻法制化之時機，應為大法官做成解釋之際，或立法周延規劃完成之時，當然在此之前應儘量取得社會共識自不待言。

(三)同性婚姻法制化之方式

同性婚姻法制化既然有其必要性，則法制化之方式為何，因攸關同性婚姻法制化何時得啟動其作業程序之重要關鍵，故須明確其方向，依本研究徵詢各方之意見，目前可採行之方式可歸納如下：

1.包裹立法

同性婚姻者最關心者在於有關扶養、報稅、醫療同意、健保或受領他方死亡給付等問題，由於現行法令中與「配偶」之用語有關者高達約 40 多種，例如所得稅法、勞動基準法、工廠法、撫卹法、或相關醫療保險等法規，參照我國於家庭暴力防治法中，已將「現有或曾有同居關係」（第 3 條第 2 款）列入該法保護之範圍內，將來或可將配偶，修正為「配偶、現有或曾有同居關係者」之用語，本方式之優點，在於可滿足現行同性婚姻者在法制上之迫切需求，但缺點在於所謂「現有或曾有同居關係」在舉證上易招致爭議，同時包裹立法之方式可能掛一漏萬，必須隨時配合需要修正法律，對於同性婚姻者之保障，可能較難一次到位。

2.修改民法

鑒於民法第 972 條：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」，民法第 980 條：「男未滿 18 歲，女未滿 16 歲者，不得結婚。」之規定易造成民法只承認異性婚姻之爭議，故有主張將民法之男女改為雙方、夫妻改為配偶、父母改為雙親，並取代其內容為：「本法所稱婚姻，係指相同或不同法律性別之兩人所合意成立之結合關係。」並於同法第 2 項增列：「本法所稱配偶、夫妻、夫、妻，係指依前項規定成立婚姻關係之當事人。」，據此一勞永逸解決所有涉及配偶或夫妻名詞的法律規範條文之解釋，但將夫妻改為配偶之用語，可能造成現有婚姻制度之問題，尤其在婚生推定更為明顯，例如將「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者」修正為「配偶之受胎，係在婚姻關係存續中者」，此於男男同性婚姻顯然無法適用，其他用雙親取代父母亦將面臨類似問題，且民法之修正，不僅止於親屬、繼承編，更將牽動民法其他各編，甚至其他有使用夫妻或父母之相關法律，可謂牽一髮而動全身，欲修正民法宜審慎為之。

3.制定專法

所謂制定專法，係指制定如法國之民事伴侶結合法(PACS)⁶，或如德國之同

⁶ 法國已於 2013 年 5 月 17 日，制定同性婚姻法，並於月 19 日起施行。同性婚姻法主要為民法典修正的條文。第 1 節是婚姻制度；第 2 節是收養關係；第 3 節是有關家屬姓氏的修正，

性伴侶法，或比照異性婚姻之同性婚姻法等立法模式。制定專法之優點在於提供同性婚姻者法律保障之同時，對於既有之婚姻制度不會造成影響，同時本質不同之同性婚姻，於民法之外以不同之型態另定規範，可謂各得其所，可同時兼顧雙方之權益，預期受到之阻力與變動將相形減少，但此處須注意者，民事伴侶結合法與同性伴侶法以及同性婚姻法等三者範圍並不相同，民事伴侶結合法包含同性伴侶與異性伴侶，甚至事實婚關係者均屬之，其乃針對不願接受普通婚姻之規範而另行創設之制度，其牽扯之層面較同性婚姻更廣。而同性伴侶法雖與婚姻高度類似，但使用伴侶之用語，是否為同性婚姻者所接受，而非退而求其次之權利，此部分有待觀察。至於同性婚姻法在性質上屬於準婚姻關係，應該符合同性婚姻者希望有普通婚姻之法律效果，以及接受普通婚姻規範之期待，此制應可納入今後同性婚姻法制化之參考。

4.政策建議

同性婚姻應該法制化，而法制之方式，比較上述之優缺點，本研究認為，為使同性婚姻法制過程單純化減少阻力，並符合同性婚姻者之需求，立法之進程應以制定「同性伴侶法」或「同性婚姻法」為宜，其理由在於不論是制定同性婚姻法或同性伴侶法，終須面臨收養與人工生殖之問題。就收養而言，因須經法院認可，因此若對於同性婚姻家庭開放收養之聲請，法院仍須審酌子女最佳利益，此部分應無問題，尤其目前兒少法規定出養者原則由機構為之，目前出養者多為宗教或慈善團體，是否將兒童出養同性婚姻家庭，仍將以子女利益列為優先考量。再就代理孕母而言，目前一般之婚姻仍尚未實施代理孕母制度，應無讓同性婚姻家庭先行實施之理。又如前所述，男男之同性婚姻由於男性無法懷孕，故有關民法婚生推定之規定仍無法適用，足見同性婚姻與異性婚姻於本質上畢竟有所不同，因此制定專法，似乎較為可行，將來若有共識欲將同性婚姻法制化，仍以朝制定專法之方向為宜。至於本法之規範內容，可參考德國同性伴侶法之設計，並加入我國親屬法之特色，亦即應涵蓋同性婚姻成立之方式與要件、成立後同性婚姻者相互間之權利義務關係，以及同性婚姻者欲發展親子關係之要件與效果，最後針對同性婚姻關係解消之要件與效果加以規範。

這些是同法核心性的規定。第 4 節是修正包含民法典等諸法典的調整規定；第 5 節雖是過渡性法規，其內容卻是以伴隨同性婚姻制度化，修正其條文的用語為中心。參照服部有希，「成立同性婚姻法」『外國的立法』no.256-1, 2013.7, pp.12-13. 請參照網址：
http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_8233299_po_02560105.pdf?contentNo=1

六、結論

民法親屬編雖未明文禁止同性婚姻，但不容諱言者，當初婚姻制度之設計應係植基於異性婚姻之上，所以親屬編均以「男女」、「夫妻」以及「父母」稱之。然而，基於同性婚姻符合二人以永久共同生活為目的之婚姻本質目的，以及憲法保障婚姻自由與平等權之精神，同性婚姻並無合法化之問題，同性婚姻只有法制化之問題，因為同性婚姻本來就無違法之問題，何來合法化之爭議。但同性婚姻所涉及者除婚姻當事人外，其可能衍生之親子關係問題無法迴避。因此，同性婚姻固有法制化之必要性，但其立法方式為何，究應將其置於民法，或另立專法，實有深入研究之必要。

(一)同性婚姻置於民法下列問題難獲解決

本次針對同性婚姻之各黨團立法版本，均以修正民法為主，其中有關同性婚姻成立後親子關係之規定，或以排除婚生推定之方式(尤美女版本)、或以等同適用方式(許毓仁版本)、或未明文規定者(時代力量版本)，於親子關係甚少著墨，規範未臻明確，將來同性婚姻若法制化，以現行民法之規定於同性婚姻之親子關係上將產生如下之爭議：

- 1.女女婚於婚姻關係存續中因人工生殖所生子女是推定或視為婚生子女？
- 2.女女婚於婚姻關係存續中因外遇而生之子女是否受婚生推定？
- 3.男男婚無法適用婚生推定或人工生殖之規範是否歧視？
- 4.女女婚排除婚生推定之規範是否歧視？
- 5.女女婚一方提供子宮他方提供卵子所生之子女，提供卵子者得否認領？
- 6.女女於婚前以人工生殖方式所生子女，於婚後得否準正為婚生子女？

(二)同性婚姻制定專法可放寬婚姻限制與保障親子關係

同性婚姻係因人權思想發達重視個人自我決定而產生之議題，就如同人工生殖係伴隨醫療技術之進步而產生之新形態親子關係之議題，凡此均非民法當初制定時所能預見。人工生殖所生之子女係依人工生殖法處理，並非對於該子女之歧視，而是人工生殖與自然生殖性質不同。同理，同性伴侶以同性伴侶法或同性婚姻法處理，不僅不是歧視，反而能針對二者之不同做更妥適之規範，否則一方面主張同性婚姻與異性婚姻相同應規定在民法，另一方面又以二者性質有異為由，於親子關係明文排除民法之適用，不啻在邏輯上相互矛盾，事實上同性婚與異性婚於親子關係難以等同

處理，因此同性婚姻若以制定專法模式處理，可收如下之優點：

1. 放寬同性婚姻近親結婚之限制，同性婚姻若輩分相同者，比照因收養而成立之四親等及六親等之旁系血親，可以結婚。

2. 女女婚準用人工生殖法第23條，除非配偶能證明其同意係受詐欺或脅迫，得提起否認子女之訴，否則該子女視為婚生子女，不適用請求認領之規定。

3. 同性婚姻收養子女既不鼓勵亦不禁止，應以子女之最佳利益為依歸，由法院就個案判斷。

4. 同性婚姻是否適用認領或準正甚至婚生推定之規範，與民法脫鉤處理，可明確保障同性婚姻之親子關係。

美國前最高法院大法官霍姆斯 (O. W. Holmes) 說：「法律的生命，不是邏輯，而是經驗」，有關同性婚姻之法制化固應參考國際潮流，但規範身分關係之法律更應考量本國文化、社會背景以及民眾需求。於同性婚姻法制化之際，若對於親子身分關係無明確規定，人民即無法預測其身分關係之法律效果而產生不安，這是立法技術上之大忌，且於審判實務上亦因欠缺明文而無所適從，可以預見日後將造成裁判之歧異，對於身分關係之安定性、真實性與公益性將產生極大之影響。因此，另以專法規定不僅不是歧視，反而是更妥適、更負責任之作法。