

同性婚姻合法問題鑑定報告書

鑑定人：國立中興大學法律系教授 李惠宗

目次

| | |
|-----------------------------------|--|
| 壹、問題之緣起 1 | |
| 貳、民法是否容許同性婚姻 4 | |
| 參、民法禁止同性婚姻，是否違反憲法第 22 條 6 | |
| 一、有無婚姻關係的實益 6 | |
| 二、同性婚姻是否屬於憲法第 22 條保障範圍？ 7 | |
| (一) 憲法第 22 條保障範圍 7 | |
| (二) 婚姻的定義及性質——婚姻制度作為一種制度或自由 8 | |
| 1. 實質論 8 | |
| 2. 功能論 9 | |
| 3. 本文的立論 9 | |
| (三) 對同性戀者沒有法律保障，是否構成「立法懈怠」的違憲？ 13 | |
| 三、小結 15 | |
| 肆、民法禁止同性婚姻，是否侵害憲法第 7 條平等權 15 | |
| 一、違憲審查標的 15 | |
| (一) 法規範效力 15 | |
| (二) 立法事實 16 | |
| (三) 法規範效應 17 | |
| (四) 事實效應 18 | |
| 1. 必然事實效應——事實上不平等 18 | |
| 2. 純粹事實效應 19 | |
| 二、違憲審查標準 20 | |
| (一) 寬鬆審查標準 20 | |
| (二) 中度審查標準 20 | |
| (三) 嚴格審查標準 20 | |
| (四) 本案應採取何種審查標準 21 | |
| 三、以平等原則作為違憲審查的基準 21 | |
| (一) 平等原則要求 21 | |
| 1. 消極禁止歧視 22 | |
| 2. 積極促進實質平等 22 | |
| (二) 平等原則判斷的程序 23 | |
| 1. 問題的確認 23 | |
| 2. 消極平等或積極平等？ 23 | |
| 3. 違憲審查基準的選擇 23 | |
| 4. 判斷程序 25 | |
| (1) 制度目的之確定 25 | |
| (2) 事物本質要素的探求 25 | |
| (3) 合理差別的形成 26 | |
| (三) 疑慮的排除 27 | |
| 1. 未設立同性婚姻不會使同性戀者喪失尊嚴 27 | |
| 2. 未設立同性婚姻不會使同性戀者處於不平等 27 | |
| 3. 同性婚姻不會傷害異性婚姻及家庭制度 28 | |
| 4. 事實效應不應納入司法審查範疇 29 | |
| (四) 小結 29 | |
| 伍、同性伴侶制度是否違憲 30 | |
| 一、立法裁量的適當性 30 | |
| 二、立法與司法的角色及功能 32 | |
| 三、同性伴侶法立法內容初擬 33 | |
| 陸、結論 35 | |

壹、 問題之緣起

同性戀是一種「正常，但不通常」的現象¹，自古今中外皆已存在，此一現象往往伴隨著「同性性行為」。在人類發展的歷史上，同性戀行為，聖經曾以道德上的「罪惡」加以譴責²。

在法律上，「同性性行為」曾被當做「犯罪行為」而受處刑事處罰，例如英國 1967 年有性犯罪法（The Sexual Offences Act 1967）³，美國亦有之⁴，德國對（男）同性性行為的刑事處罰，歷史更久遠⁵。目前阿拉伯世界大部分的法律，係依據可蘭經的訓示所制定，可蘭經對同性性行為頗為譴責，因此阿拉伯世界的國家中，法律對同性性行為最嚴重的處罰，最高可以判處死刑⁶。

¹ 參李惠宗，為同性戀者開闢一片草原或建構一座花園？月旦法學教室，121期，2012/11，頁9-11。

² 參蔡蕙芳，民法第972條等規定未允許同性婚姻合憲性之探討，興大法學，第18期，2015/11，頁127/150-151所引聖經經文。

³ 蔡蕙芳，同上註，頁127/130-131。;

⁴ 美國德州原有「肛交處罰法」（違反自然性行為罪），原僅處罰同性間的性行為，後被聯邦最高法院宣告違憲，理由是違反美國憲法增修條文第14條「隱私權」及「平等權保護」的規定。Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 560. 引自蔡蕙芳，同上註，頁127/157。

⁵ 德國1872年即已存在的刑法第175條處罰「男同性戀性行為」，稱為「違反自然的猥褻行為」（widernatürliche Unzucht），該條曾經修正。較值得一提的是，德國法務部正在草擬一部法律，準備對男同性戀者所施以刑事處罰者，予以補償。緣因為德國刑法典在19世紀時，曾訂有刑事處罰的規定，該規定經過納粹時期的強化，直至戰後1969年之前，仍屬有效，1994年德國才將同性戀行為除罪化。德國法務部最近擬針對從1949年起，被依刑法第175條判刑的「男同性戀者」，予以補償。依該規定，曾有5萬名同性戀者被判有罪，並監禁，使其終生蒙受犯罪的污名而生活。但該法案仍處於研擬的狀態，是否會通過立法，仍有待商榷。（Der Lesben- und Schwulverband (LSVD)主張，國家對於刑法第175條的犧牲者「應」（muss）給予補償，不是「得」（darf）給予補償，因為當時依據該法律規定被判刑的男同志，不只是入獄而已，有的還喪失工作，連生活的基礎都完全被摧毀。Vgl. LSVD, Opfer homophoben Strafrechts schnell rehabilitieren, 13. 09. 2016, <http://www.lsvd.de/newsletters/newsletter-2016/opfer-homophoben-strafrechts-schnell-rehabilitieren.html>，瀏覽日期：2017年3月9日。德國刑法第175條曾被作家Kurt Hiller於1922年出版之書稱為「世紀之恥」（§175: Die Schmach des Jahrhunderts! Steegemann, Hannover）。

⁶ 目前有二十六個伊斯蘭國家宣佈同性戀為非法的行為：阿富汗、阿爾及利亞、巴林、孟加拉國、玻西尼亞、伊朗、約旦、哈薩克、吉爾吉斯、科威特、黎巴嫩、利比亞、馬來西亞、毛利塔尼亞、摩洛哥、阿曼、巴基斯坦、卡達、沙烏地阿拉伯、蘇丹、

同性戀行為，在大部分國家除罪化後，仍被視為「精神疾病」⁷，直至 1990 年聯合國世界衛生組織（WHO）才將「同性的性行為」從精神疾病表中，予以剔除⁸。

人類社會對於同性戀者的行為或狀態，雖有誤解而加排斥的現象，但也有持樂於接受的態度，但亦止於「同性性行為」的模式，以同性作為「婚姻」的結合，古時候的各國制度，尚未之見⁹。

世界性的同志運動大致起於 1969 年 6 月 28 日的石牆暴亂（Stonewall riots）。此事件被認為是現代同性戀運動的出發點¹⁰，經過半個多世紀的發展，國際上同志運動在司法判決上，勝敗互見，在美國有極大的勝利¹¹。在立法上，全世界有 20 個國家以立法或判

敘利亞、塔吉克斯坦、突尼斯、土耳其斯坦、阿聯酋和葉門。在伊朗、毛利塔尼亞、沙烏地阿拉伯、蘇丹和阿曼，抓到同性性行為判死刑；巴基斯坦判二年至終身監禁，並且加上鞭刑；馬來西亞最多可判二十年；阿聯酋十四年；孟加拉國判七年；利比亞判三至五年；阿爾加利亞判二個月至二年徒刑；但是在埃及、印尼和伊拉克三國沒有相關的刑罰。有些國家還訂下二位同性別的人裸身躺在一起，鞭打99下；男男親嘴，鞭打60下等詳細的法條。資料引自：同性戀資料庫，<http://www.facts4lgbt.info/b5/>。瀏覽日期：2017/3/8。

⁷ 美國精神醫學學會於1973年把同性戀從精神疾病的診斷列表（DSM-II）中去除。參蔡蕙芳，同前註（2），頁127/129，註4之說明。

⁸ 1990年5月17日，聯合國所屬的世界衛生組織，於在世界衛生大會正式議決將同性戀從ICD-10清單中剔除。參Cochran, SD, Drescher, J, Kismödi, E et al. Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11). *Bulletin of the World Health Organization* 2014; 92: 672/675。

⁹ 有學者指出，古非洲有所謂的「女性婚」，但此種女性婚，通常係因「元配」婚而未妊，由該元配與另一女子「結婚」，使其與「夫」可以與之交媾，以繁衍下一代。此種類型，根本不得稱為「婚姻」。參吳煜宗，同性婚姻合法化論辯證，*月旦法學雜誌*，第224期，2014/1，頁1/6。

¹⁰ 石牆暴動（Stonewall riots）指1969年6月27日傍晚，警察臨檢美國紐約市格林威治村同性戀酒吧Stone Inn所引發的反抗衝突事件。Elizabeth A. Armstrong and Suzanna M. Crago, *Movements and Memory: The Making of the Stonewall Myth*, *American Sociological Review*, Vol. 71, No. 5 (2006), 724.

¹¹ 參廖元豪，革命即將成功，同志仍須努力——簡評美國聯邦最高法院同性婚姻之判決，*月旦法學雜誌*，第224期，2014/1，頁20以下，本文介紹了美國聯邦最高法院 *Hollingsworth v. Perry* 及 *United States v. Windsor* 兩件判決同性戀者勝訴的判決。另美國聯邦最高法院2015年6月25日的 *Obergefell v. Hodges* 判決（576 U.S. (2015)），再度正面宣告異性婚姻制度是違憲的，同性之伴侶，在美國憲法增條條文第14條第1項（後段）的規定下，亦應享有平等的「婚姻權」（the right to marry）。該判決係以

決承認同性婚姻法^{12,13}。全世界第一個以公民投票通過同性伴侶婚姻權的國家是愛爾蘭，在 2015 年 5 月¹⁴。

台灣的同志運動大約於 1990 年代開始發展。一些同志團體及支持者在 2012 年聯署提交多元成家立法草案，主要訴求同性戀者之「結合」，亦應如異性戀者之結合一樣，亦應稱為「婚姻（以下稱為「同性婚姻」）。此一主張，社會上有正反不同意見的辯論。

本鑑定意見，除依序處理司法院委任的四個主題外，也另外處理相關聯的問題：

- 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？（民法是否容許同性婚姻）
- 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？（民法禁止同性婚姻，是否違反憲法第 22 條）
- 三、 第一題答案如為否定，是否違反第 7 條保障平等權之意旨？（民法禁止同性婚姻，是否侵害憲法第 7 條平等權）
- 四、 如立法創設非婚姻之其他制度（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

5:4 的比數通過，四份不同意見書非常猛烈批判該判決。Obergefell v. Hodges 判決雖然以平等保護條款為立基，但卻對平等原則於本案如何操作沒有論述，連採用何種審查標準也未提及。司法院官方網站掛有美國憲法增修條文第 14 條（公民之政治權利與民權，1868 年 7 月 9 日生效）第 1 項的全文：「凡出生或歸化於美國並受其管轄之人，皆為美國及其所居之州之公民。無論何州，不得制定或執行損害美國公民特權或豁免權之法律；亦不得未經正當法律手續使任何人喪失其生命、自由或財產；並不得否定管轄區內任何人法律上平等保護之權利。」

¹² 參蔡蕙芳，民法第 972 條等規定未允許同性婚姻合憲性之探討，興大法學，第 18 期，2015/11，頁 127/131-132 所列各國。

¹³ 2001 年 4 月 1 日的當天，荷蘭同性婚姻法律正式生效，首都阿姆斯特丹的市長為四對同性情侶主持了全球首例法律承認的同性婚禮。同性婚姻合法國家已增加到 21 個（2015 年新聞）。原文網址：<https://kknews.cc/zh-tw/world/pez5mp.html>，瀏覽日期：2017/3/7。

¹⁴ 參蔡蕙芳，前揭註（12），頁 127/154。

旨？（同性伴侶制度是否違憲）

貳、 民法是否容許同性婚姻

民法親屬編有關「婚姻」的規定，雖然沒有「明文」限於「一男」與「一女」的結合，是否仍然可以導出限於「異性婚姻」。本文認為，儘管從文義解釋來看，民法沒有直接規定，「婚姻限於由一男、一女締結」，但從體系來看，結婚後的關係，稱為「夫妻」，必是「一男一女」的關係，有了「子女」以後，即有「父母」與「子女」的關係，「父母」亦屬具體指稱「男女」。

故擬從「文義解釋」推導出民法婚姻不限於「一男一女」的結合，應不具有說服力。此在學界及實務界均持相同見解，似乎沒有爭執的空間。類此的問題，在世界人權公約及其他國際人權條約中，亦有類似的情形。

例如聯合國的世界人權宣言（第 16 條¹⁵）雖無直接明文限制，但實務上亦無法導出同性婚姻的結論。1953 年歐洲人權公約第 8 條、第 12 條及第 14 條規定¹⁶及其後 2000 年歐洲人權憲章第 9 條有關婚姻的規定¹⁷，也沒有明文限制「一男一女始可結婚」，但解釋及實踐的結果，都無法肯定同性婚姻。此外，公民與政治權利國際公

¹⁵ 世界人權宣言第16條規定：「1. 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。2. 只有經男女雙方的自由的和完全的同意，才能締婚。3. 家庭是天然的和基本的社會單元，並應受社會和國家的保護。」

¹⁶ 歐洲人權公約全名為《歐洲保障人權和基本自由公約》（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, better known as the European Convention on Human Rights, ECHR），於1950年左右開放簽署，1953年正式生效。原文網址：<http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts>，瀏覽日期：2017/3/9。各該條的內容，參張宏誠，同性伴侶以司法途徑主張婚姻平等保障之可能性初探，月旦法學雜誌，第224期，2014/1，頁57/74。

¹⁷ 歐洲人權憲章（Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 14. Nov. 2000）第9條規定：「結婚之權利及建立家庭的權利，依各其締約國之有關婚姻及家庭權的法律而受到保障。」有關其註解，vgl. Tettinger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.) Komm. Zum Europäische Grundrecht-Charta, Art. 9. Rn. 15. und Nussberger, Art. 23, Rn. 73.

約第 23 條第 2 項文字上直接限制「男女已達結婚年齡……」，有結婚自由權¹⁸，較明顯有限制同性婚姻之意¹⁹。

這些國際規範，儘管非直接規定「一男一女結合」始得成立婚姻關係，但從「體系解釋」及實務操作上，並無不同。亦即，同性戀者無法直接依據國際條約的規定內容，導出其有「結婚權利」，在歐洲人權法院的判決上，亦無法導出同性結婚的結果²⁰。所以「同性婚姻」必須透過特別的規定，亦即此一議題係屬「立法論」，而不是「法解釋論」的問題。

司法院大法官歷來所涉及「配偶」或「婚姻」的解釋，都以「一夫一妻」為論述內容，例如釋字第 647 號解釋稱：

「立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定登記、一夫一妻等要件，旨在強化婚姻之公示效果，並維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益，有其憲法上之正當性。」

其他如釋字第 552 號解釋使用「維護一夫一妻之婚姻制度」；釋字第 362 號解釋謂「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」；釋字第 242 號解釋則認為結婚撤銷制度「乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要。」

足見司法院大法官的對婚姻的觀點從未改變。

因此，本文認為問題的爭點應該不是從「法解釋論」著手，而是應從規範面論述，此為司法院大法官尚未面對的問題。

¹⁸ 公民與政治權利國際公約第 23 條規定：

- 一、家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。
- 二、男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認。
- 三、婚姻非經婚嫁雙方自由完全同意，不得締結。
- 四、本公約締約國應採取適當步驟，確保夫妻在婚姻方面，在婚姻關係存續期間，以及在婚姻關係消滅時，雙方權利責任平等。婚姻關係消滅時，應訂定辦法，對子女予以必要之保護。」

¹⁹ 本條是否可以從文義上另作解釋：此條文並未限制「一男一女才可締結婚姻關係」，從而可以解釋為：「男女已達結婚年齡……」可以分別選擇自己的「同性配偶」，而沒有限制「異性配偶」之「文義」。本文認為，此種解釋過度扭曲。

²⁰ 參張宏誠，前揭註（16），頁 57/74。

參、 民法禁止同性婚姻，是否違反憲法第 22 條

同性戀者主張其基於真摯感情的結合，應該獲得「婚姻法」的保護。但兩個人的情投意合的結合是否可稱為「婚姻」？經由婚姻所形成的配偶地位，究有何等重要，應先辨明。

一、 有無婚姻關係的實益

一男一女基於民法婚姻編規定所形成的「婚姻關係」，稱為「配偶」，在法律體制上，許多權利義務的法律關係，皆以有婚姻關係為前提，至於是否有真摯情感，則非所問，例如配偶繼承權(民§1138; §1144)及夫妻剩餘財產分配請求權（民§1030-1）、人工生殖技術的利用(人工生殖法§1; §2; §7)、醫療文件的簽署²¹、保險契約受益人之保險利益的認定（保險法§16）²²，另如所得稅法合併申報、年金請求權，亦以配偶關係為前提等。此外，如家庭權所衍生的收養權、

²¹ 醫療法第 63 條規定：

醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。

前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。

第 64 條規定：

醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。

前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。

第 74 條規定：

醫院、診所診治病人時，得依需要，並經病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人之同意，商洽病人原診治之醫院、診所，提供病歷複製本或病歷摘要及各種檢查報告資料。原診治之醫院、診所不得拒絕；其所需費用，由病人負擔。

²² 保險法第16條（人身保險之保險利益）規定：

要保人對於左列各人之生命或身體，有保險利益：

一、本人或其家屬。

二、生活費或教育費所仰給之人。

三、債務人。

四、為本人管理財產或利益之人。」

實務操作上，同性戀者以其「伴侶」為受益人的保險契約，不容易被接受，除非要保人與同性戀者係「家屬關係」或「同性戀者係於提供生活費之人」。

探望權、監護權等都會與以是否有婚姻關係為前提。

換言之，婚姻不只是閨房內性行為的問題，也不是情感結合的問題，不僅是「隱私權」問題，除社交生活外，尚牽涉到許多法律制度的運作。

二、同性婚姻是否屬於憲法第 22 條保障範圍？

從體系解釋來看，我國民法拒絕給予同性結合以「婚姻」之名。此一立法決定是否違反憲法第 22 條的保障？茲分下列面向予以論述：

(一) 憲法第 22 條保障範圍

憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」此一規定，學說上稱為「憲法直接保障主義」，亦即憲法保障所有自由權利，凡是符合此要件之自由權利即受憲法所保障，而非待法律所賦予，毋寧是法律亦不可任意侵害。所謂「社會秩序與公共利益」，屬不確定的法律概念，無法列舉，應藉由實務針對國家與社會發展之需要，可以透過立法或司法逐步形成其內涵²³。基本權具有「社會中立性」，基本權之行使只要不對社會其他群體或國家秩序造成負擔，基本上應受憲法保障。行為是否「妨害社會秩序與公共利益」的判斷，應以「外顯行為」通常會對社會既有秩序是否造成負面的干預、破壞正當利益或有強迫他人等行為為斷。若屬隱私行為，兩廂情願，縱使通常人不甚苟同，仍屬憲法所保障之範疇。

同性戀者的狀態，不論從何種角度來看，都應屬於「不妨害社會秩序公共利益」，不應以多數人（通常人）的感覺作為判斷依據，也不必以傳統既有的觀感，作為判斷依據。儘管有部分人誤解同性

²³ 參李惠宗，憲法要義，第7版，元照出版社，2015/9，編碼1901。

戀者「不正常」，甚或其性行為有「違反自然」（類如濫交、性氾濫等）之情事，但此類行為屬「隱私範圍」，不生強迫或妨害他人利益情形，皆不至於構成「妨害社會秩序與公共利益」。

(二) 婚姻的定義及性質——婚姻制度作為一種制度或自由
婚姻不是單純的自由權，而是一種制度。婚姻是一種狀態，不盡然是保護手段。

人不會因為單純進入婚姻就幸福，某些面向，婚姻關係也是限制²⁴。有無婚姻關係不是重點，重點在有無法律的保障。但婚姻究竟是什麼？法律上「誰」「有權」可以為婚姻下定義？由於「婚姻」與歷史文化發展有關，故必須求諸於歷史上存在的兩種理論：

1. 實質論

傳統上，各個國家基本上採取「婚姻、家庭保障」的立法模式²⁵，再由（通常為）民法為婚姻作定義，認為婚姻係一男一女的結合，以生育下一代，並繁衍種族為目標的制度。是以「婚姻」通常附隨著一種「生育」的功能，一男一女的結合，如果沒有其他生理因素存在，通常可以生育子女。婚姻在此種意義下，稱為「實質論」，此一論理係基於歷史傳統、文化與宗教的綜合觀點，所形塑出來的婚姻圖像，此一理論自然會認為只有「異性」才可能成立婚姻²⁶。這樣的理論下，「婚姻」這件事情，就不是單純二個人的事，婚姻因此是一項「制度」，不是單純個人自由權的實現，當然前提是男女

²⁴ 例如公務員與行政程序的當事人有婚姻關係，即有自行迴避義務（行程§32）。

²⁵ 參德國基本法第6條第1項規定：「婚姻與家庭應受國家特別之保護。」國際人權公約多有類此規定。但日本第二十四條第1項僅規定：「婚姻僅以兩性的自願結合為基礎而成立，以夫婦平權為根本，必須在相互協力之下予以維持。」

²⁶ 參黃舒芃，隔離但平等？——從「收養同性伴侶養子女」一案檢討德國聯邦憲法法院對同性伴侶法制之立論，興大法學，第16期，2014年11月，頁85/111。

二人必須基於自願²⁷。

此一見解，雖屬基於傳統文化習俗所建構，也因此可以導出禁止「同性婚姻」的結論。

2. 功能論

另一種婚姻的圖像是，婚姻是兩個人的結合，「彼此有願意為對方終生付出的一個生活共同體」，此稱為「功能論」，在此見解下，只要有「建立彼此緊密責任關係的婚姻雙方有意願共同成立一個生活共同體」，則不排斥同性戀亦可成立婚姻。此種見解係基於個人主義的思維，簡化「婚姻」的概念，認為「結婚」就是一種單純自由權的實現，此一理論並未將「婚姻作為一種制度」來看待，只是將「經由婚姻所形成的生活共同體」作為一種功能，只要有人願意共同組成「生活共同體」，即可稱為「婚姻」。擁護同性婚姻者，在理論上即採取此一見解。

3. 本文的立論

婚姻「通常」是家庭的前階段（*Her als Vorstufe zur Familie*）的制度²⁸。當然，婚姻的雙方沒有生育下一代的義務，而是有此功能。婚姻之後，通常會產生家庭的成員（子女等）及「姻親關係」等，不論公法或私法的制度，皆會涉及配偶的地位。透過婚姻所呈現出來的社會生活，例如社交場合，婚喪喜慶等公、私場域，配偶的地位與其他親屬，有事實上的不同效應。故「婚姻不只是私人間隱私權保障，婚姻代表著一種社會承認與社交關係。」²⁹所以婚姻的締結，都有公示的制度，或公開儀式，或公開登記。

²⁷ 但應注意的是，各國法律均未規定，婚姻以「有真摯的情愛」或「願意互相廝守終生」為要件，而只是提供一種制度的可能性而已。

²⁸ Vgl. Jörn Ipsen, *Ehe und Familie*, in: HStR VII, 2009, § 154, Rn. 14 f.

²⁹ 參張宏誠，同性戀者權利平等保障之憲法基礎，學林文化公司，2002年6月，頁280。

在法律上，配偶、前配偶或姻親的關係，會構成法律上迴避的事由（行政程序法§32，民事訴訟法§32、刑事訴訟法§17等），民、刑事訴訟程序，有拒絕證言的制度、有告訴乃論的告訴權等等（例如民事訴訟法§307、刑事訴訟法§180），不勝枚舉，有太多制度與配偶的地位有關，而配偶的地位是基於婚姻而生。

所以，「婚姻」本身涉及一種「制度」³⁰，不是單純自由問題，釋字第554號解釋即稱：

「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第三六二號、第五五二號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。」

故婚姻不是「兩情相悅，願意承諾共同堅守一輩子的盟約」的二個人就可以行使的「婚姻權」，因為婚姻的締結及其所產生的法律問題，不是單純自由權或隱私權的問題。但個人有選擇是否以及與何人進入「婚姻」的自由權。一般稱為「同性婚姻權」之用語，應該係指兩個同性之人的此項自由權而言。

事實上，婚姻是一項中性的制度，包括結婚的要件，離婚的限制³¹、婚姻期間及其後與第三人發生的法律關係等，包括公法或私法的關係。婚姻是價值中立的，社會實態上「不是兩情相悅，也不願廝守終生」的異性結合（婚姻的動機，極其多元），仍然稱為「婚姻」的，所在多有。

³⁰ 雖然Carl Schmitt的制度性保障的意涵，曾經這樣指稱：「在國家內部，不可能存在團體或有組織的團體的基本權利……家庭只能作為一種制度而受憲法保護。」此為著名的「制度性保障」的論述。屬於制度性保障的地位，不是真正的實體基本權。參劉鋒譯，Carl Schmitt原著，憲法學說，聯經出版社，2004/12，頁232。Vgl. auch Jörn Ipsen, aaO(28) 47ff.

³¹ 例如我國民法規定，若非兩願離婚，須有無可歸責或歸責較少的一方，始可請求法院裁判離（民§1052 II），故離婚亦有限制。

婚姻不全部都是美滿或令人感受幸福的，婚姻可能是一副枷鎖，婚姻也可能製造一個地獄，有人對婚姻趨之若鶩，有人避之惟恐不及³²。事實上，婚姻在社會上標示著一種「社交關係」的成果，但既非保護，也非幸福的門票。因為婚姻是否美滿，另外繫乎配偶間個人的諸多個別因素，包括才情、財富、能力、情緒等，這些都是心理學的要素，不是能夠由國家透過法律機制所取代者。

「婚姻」本身不是權利，也不是利益，如果婚姻是一種權利，就不該有人受婚姻之苦。婚姻是一種制度，一種法律關係的指稱。婚姻是基於「自由抉擇結婚對象而結合」所形成的法律關係，婚姻是實現人格發展自由權的結果，但不是自由權本身，故不能稱為「婚姻權」，個人選擇是否進入婚姻的「自主決定」才是基本權。同志團體主張同性婚姻只是希望獲得國家制度承認其「亦屬合法的關係」³³而已。

各國家依據其傳統文化所建構的婚姻制度，只是讓通常人可以選擇是否進入此一制度，以決定如何實現其人格發展。國家無法擔保進入婚姻的人，都能過著快樂幸福的日子。但大部分的人，在通常情形下，可以透過自己的努力，經營婚姻而實現其人生的企想。個別婚姻帶來人生苦難或折磨的，所在多有，但也不能因為婚姻有不美滿的個案，就說婚姻是一項不好的制度；因此也無理由認為，同性戀者既然願意付出摯愛，其結合就應該稱為「婚姻」。

婚姻是人類不同民族所建構最具有「共通性」的制度，沒有任何一個制度比婚姻及其所延伸的「家庭制度」更具有普遍性。婚姻係基於人類性別特性自然形成的「制度」，但人類是否生活幸福，繫乎人心，不繫乎制度。沒有婚姻，有人一樣過著快樂幸福的日子；

³² 著名的作家錢鍾書（1910年11月21日—1998年12月19日，中國近代著名作家）、文學研究家。）的名言對婚姻有很生動的描繪：「婚姻是愛情的墳墓。」又說：「婚姻是一座圍城，沒有結婚的人，拚命想擠進去，結了婚的人卻拚命想向外爬。」

³³ 參吳煜宗，同性婚姻合法化論辯證，月旦法學雜誌，第224期，2014/1，頁1/9。

有些人生活在婚姻所製造的地獄中。「二個人的世界」，實現自我，追求幸福，性別不是問題，性傾向也不是問題，一個人的心與另一方是否「契合」，才是問題所在。

婚姻及可能延伸的家庭，作為一個制度，不只是為了「讓兩個相愛的人可以獲得法律上的承認」而已。故婚姻本身不是一種權利，而是一種制度。此為釋字第 712 號解釋【收養大陸地區人民限制案】理由書闡述婚姻與家庭為「制度性保障」的立論基礎：

「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（本院釋字第 689 號解釋參照）。婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第三六二號、第五五二號、第五五四號及第六九六號解釋參照）。家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。」

傳統上以一男一女為結婚要件，符合人類社會繁衍種族的自然需求，是一種通常的狀態。一男一女的結合作為婚姻的定義，係由於人類歷史經驗所使然，現代民主法治國家透過民主程序，以法律形式（民法親屬編婚姻章）規定下來，故嚴格說來，為「婚姻」下定義者，乃國民所委託的「立法者」，而立法者之所以有此權限，無非係基於國民主權原則，理論上係由國民所委託者，亦即，理論上，婚姻的定義係由國民多數所為的決定。此種多數決的定，不代表著暴力，不代表著強制，只是一種自然現象的確認而已。因為以人類「通常的現象」作為建構法律制度的考慮，是成本最低的抉擇，故一夫一妻制，是絕大部分國家所採取，不至於有違憲的問題³⁴，但不承認同性婚或未給予類似真實配偶關係的同性伴侶法律的保護，

³⁴ 美國聯邦最高法院2015年6月25日的Obergefell v. Hodges 判決 (576 U.S. (2015)) 認定異性婚姻制度是違憲的，令人匪夷所思。如果改以另一個觀點：「未許可同性為婚姻登記」係屬違憲，其論證應較可通。

才會有違憲的問題。

以一男一女結合作為婚姻的定義，法律「邏輯上」即得導出「同性結合」不是婚姻的結論。但此並不表示，憲法上即禁止「同性婚姻」或「同性伴侶」制度的成立。憲法雖可能不禁止「同性婚姻」制度，但制定同性婚姻法制是否適當，是否符合當代的需求，是否符合大部分民情之需要，則屬須極為慎重考慮的事項。

「制度固然可以創造權利」，但「權利也可以創造制度」，如果一種「權利」或法律地位是人性尊嚴之所繫，即可透過該權利而建構一種制度。本文認為，同性戀者縱使沒有「婚姻」，若有其他法律保障，也不至於使其喪失尊嚴。

有論者擔憂：「現行民法……規定所建構之異性婚姻制度會使同性戀者之長期生活親密伴侶關係在法律上是陌生人之關係。」³⁵。但這只能說對於「長期生活親密伴侶關係」未給予法律保護，係屬法制上「保護不足」的狀態，也不足以導出須有同性婚姻制度的結論。亦即，同性戀者有相愛及彼此接納的「人格發展自由權」，但沒有要求國家位其創造「婚姻制度」的請求權；事實上，婚姻關係也不盡然都是保護。但國家的確有法律義務，充分保障同性戀者的法律地位，但不是非給予「婚姻」之名不可。

(三)對同性戀者沒有法律保障，是否構成「立法懈怠」的違憲？

同性戀者的「通常狀態」應屬憲法第 22 條所保障的「一般人格發展自由」，國家固有保護義務，但此為「基本權客觀法規範」的面向。就此而言，基本上只要國家不加干預，同性戀者自由相戀或接納對方作為生活共同體的權利即告實現。

³⁵ 見蔡蕙芳，前揭註(2)，頁127/169。

至於類似異性婚姻配偶關係的同性伴侶，在其個別法領域所面臨的問題，不合情理，但「合法」的侵害³⁶，或同性伴侶無法簽署「手術同意書」的憾事³⁷，是否屬於國家應該「建構制度保障」的問題？此涉及到憲法學理上，「保護不足」是否違憲的問題。

本文認為，國家不能夠完全取代個人認知及自我責任，國家固有義務建構一個合乎基本安全、符合人類需求的社會環境，但個人自由選擇權下所面臨的問題，或其他人對特定族群的態度，都不在國家擔保的範圍，國家權力機制不可能全部取代個人解決其本身所面臨難題的地位。

但「同性伴侶」，特別是與異性配偶極為相似的「同性親密伴侶」遭受到有些權利無法行使（例如：遺產繼承權）或義務無從確定（例如：公務員與當事人有「同性親密伴侶關係」，是否須自行迴避？）的法律問題，既有全面性，也有制度性，不只有個案問題。本文認為，基於國家保護義務，國家權力機制的建構，也必須考慮少數人群的保護，以使其憲法保障的基本權利，都能獲得「通常可以實現」的狀態。

目前我國涉及到「異性配偶」法律地位的法律及法規命令等規定，接近一千種³⁸，而類似於「配偶」的「親密同性伴侶」的法律地

³⁶ 例如實務曾經發生的案例：一個男同性戀說他同居男友過世了，但他們共同出資合買的房子，登記在死去男友名下，對方家人以繼承人的地位要求他搬出去，但他認為這房子是「男友」留給他的，而且也曾經出過部分的資金而拒絕返還房屋，對方的家人居然告他侵占。

³⁷ 早期同性伴侶在醫療事務上，會碰到在A縣市的同性伴侶註記文件到B縣市，想幫伴侶簽手術同意書卻被拒絕的案例。衛福部醫事司2016年10月24日表示，衛生署民國93年就已作過解釋，醫療法中的關係人，指有親密關係者，包含同居人、摯友，同居人包含「同性伴侶」，屬於關係人的範圍，即同性伴侶都可簽醫療同意書。但畢竟這種「同性伴侶」還是「名不夠正」，所以「言不夠順」。有關同性伴侶註記制度之不足，請參張宏誠，此起彼落的白晝煙火—臺、日兩國同性伴侶註記制度之比較，月旦法學雜誌，第255期，2016/8，頁159//171。

³⁸ 以「配偶」二字，進入全國法規資料庫搜尋，法規名稱有使用到「配偶」者，計有5種；各種法規的法條使用到「配偶」者，高達776筆，這還不包括司法院所作解釋，

位，法制上卻完全付之闕如，形成對於同性伴侶「保護不足」的狀態，此「立法懈怠」有違憲之虞。但縱然如此，未給同性伴侶有婚姻的權利，尚未能導出有違憲之虞。

三、 小結

綜言之，同性婚姻不屬於憲法第 22 條保障範圍，民法禁止同性婚姻，即未給予同性戀者「婚姻的保護」，不違反憲法第 22 條意旨；但未給予同性戀者充分的「法律保護」，則有「保護不足」的違憲疑慮。

肆、 民法禁止同性婚姻，是否侵害憲法第 7 條平等權

此一問題分下幾個層次論述：

一、 違憲審查標的

違憲審查標的，係指與法律規範有關的因素或事由，應被納入違憲審查的範圍。換言之，那些「事項」可以被審查是否與憲法價值秩序相符³⁹，該些事項即為「違憲審查標的」，有以下幾項。

(一) 法規範效力

首先，違憲審查的標的，當然是法規範本身的「效力」(Geltung)，此一規範效力，包括該規範人的效力、地的效力、時的效力、規範內容之法律效果（例如刑法處罰規定是否「罪責相符」）等問題。

以本案而論，民法婚姻章的規定，就「人的效力」而言，直接限制了同性婚姻成立的可能性，應審查民法規定的效力是否有違平

及行政機關所作的解釋函令中使用「配偶」之用語者。

³⁹ 本文所使用「違憲審查的標的」與吳信華教授所稱「擴張審理標的」（較屬審理範圍問題）不同，參吳信華，大法官規範審查程序中「擴張審理標的」之研究——以「重要關聯性」的探究為中心，東吳法律學報，24卷4期，頁 1/6。該文摘要認為，釋憲實務的運作中，大法官不乏有對聲請之標的及範圍為「擴張審理」者，即對原本不合於釋憲要件者加以審理。大法官就此使用的理由主要為「重要關聯性」或「實質援用」，然實務上對其內涵均未有所明確闡釋，且適用情狀亦不一致。據此判斷，「擴張審理標的」係屬「審理範圍」而言。

等原則。

(二)立法事實

所謂「立法事實」係指作為法律規範存立基礎的當時社會情狀。每一種法律都代表著當時代的民情反映。嚴謹的立法過程，應考慮社會既存的事實及規範所擬達成的目標，才能夠選定適當的立法。若基於錯誤的「立法事實」所形成的規範，有可能造成社會各方面皆蒙受不利，往往會發生法規範打擊錯誤而無人受益的情形⁴⁰，徒然造成社會的紛擾⁴¹。「立法事實」應在規範審查的範圍內⁴²。

同性戀者形成的緣由為何，係基因關係或因後天環境關係，在所不論；也不問同性戀者的性行為以何種不自然的方式進行，此為個人隱私問題，非同性婚姻制度問題，非屬應審查的「立法事實」。所應考慮的「立法事實」是，是否有真摯的「同性伴侶」，在現行

⁴⁰ 例如2017年2月13日晚間國道五石碇路段13日晚9時許發生台灣蝶戀花旅遊覽車翻覆事件，造成32人往生、12人輕重傷。該事件究屬「疲勞駕駛」的單一個案或有其他特殊原因，尚待調查，但為了回應「社會輿論」的壓力，交通部觀光局居然草擬行政命令要求：「若以遊覽車為交通工具，行駛平面道路每日以300公里為原則；含山區道路每日以200公里為原則。」此舉一出，引起遊覽車公會的嚴重反彈。此種限制措施有可能是一種不可行的「打擊錯誤」，誠屬因噎廢食的規定。

⁴¹ 例如關係著勞工重大權益的「一例一休」制度，透過勞動基準法第36條的修正，於2017年元旦正式生效，此一修法的「立法事實」是勞工有「很多」「過勞死」的案列，勞工需要完整的休假（週休二日）。故該條規定以「勞工應有週休二日」為目標，因此明文禁止雇主不得要求勞工在例假加班，但考量企業主運作的彈性又訂出了「休息日」，可協調勞工出勤，且此時雇主須大幅增發加班費。但這樣的彈性卻因為先前例假日不可更動的「函釋」，讓雇主排班變得更窒礙難行。然而勞工過勞死的個案固然有之，但「很多勞工」過勞死的「立法事實」並不存在，事實上過勞死的勞工，都伴隨其他疾病的問題，不是單純過勞的問題。而絕大部分的勞工都希望多加班賺取工資，雇主也願意不必另外雇用其他勞工解決淡旺季勞力調配的問題。但新法規定甚嚴，彈性甚少，勞工減少加班的機會，故少了賺錢的機會，但雇主因為加班費較之以往增加甚多，工商企業怨聲載道，物價上漲，此一立法幾乎無人獲益。

⁴² 有關立法事實的審查，釋字第646號解釋林子儀、李震山大法官不同意見書有提及：「本席等認為系爭規定以刑罰方式處罰無照經營電子遊戲場業者，以避免或防止諸如賭博、色情或組織犯罪等威脅社會安寧、公共安全與危害兒童少年身心健全發展等危險發生，其所欲保護之法益並不適於使用抽象危險犯之概念方法保護之；且就立法事實判斷之審查而言，縱使採取多數意見所持之中度審查標準，立法者於系爭規定之決定亦無法通過審查。」

現行民法拒絕同性婚姻的規定下，權利或法律上利益受到必然的傷害。吾人認為這種「法制不備」的案型，的確存在，但其結論是「制定足以保護的法律」或以「修改民法婚姻章」為唯一方法？

(三)法規範效應

透過特定規範所產生的直接社會通常效應稱為「法規範效應」。法規範效應與規範效力不同，前者是一種規範實施後直接所產生的社會事態，因為規範的要求或禁止，人們的行止會有所因應，例如菸害防制法第 15 條「擴大禁菸場所範圍」規定，幾乎所有室內不准吸菸，違反者重罰（規範效力），則抽菸的人口數會降低，即為法規範效應。

此一「法規範效應」是否列入違憲審查的標的，有商榷餘地。茲先舉德國聯邦憲法法院有關「婦女夜間工作禁止法」的違憲審查作為例子說明。

緣德國勞工工時法（*Arbeitszeitordnung*）第 19 條原禁止雇主令婦女勞工於晚間八時至翌日六時工作（稱為「婦女夜間工作禁止條款」）。此一規定以保護婦女為出發點，但針對該規定，卻有德國「女性勞工」提出憲法訴訟案，認為此種看似保護的規定，實為違反男女平等原則。因為實證經驗上顯示，此種規定會使企業較不願意雇用婦女勞工，反而形成婦女「就業障礙」（愛之適足以害之）。德國聯邦憲法法院認為，除了審查該規定效力外，也要審查「該規定所延伸的社會效應（*gesellschaftliche Wirklichkeit*）」⁴³。審查的結果，憲法法院最後宣告此一規定違反男女平等原則而無效。雖然，法律並未要求企業不要雇用女性員工，但該規定明顯對於婦女有較多的保護，「社會效應上」形成大部分雇主，「較不願意」雇用女

⁴³ Vgl. BVerfGE 85, 191.

性勞工，反而對女性不利，故違反男女平等原則。

此一「婦女夜間工作禁止條款」規範上明文以「性別」作為區別對待，因此所產生的「規範直接效應」，應該受到違憲審查，理由是，該效應就是規範的目標，是實際規範效力的延伸。

(四)事實效應

有些法律規範，並不特別限制特定族群，但社會現象普遍呈現出來的結果，會較不利益於特定族群，此稱為「事實的效應」或「事實上的不平等」。該「事實效應」本身可否作為違憲審查的標的，應視該效應的強度而定。

1. 必然事實效應——事實上不平等

茲舉釋字第 666 號解釋為例。

社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款原有「罰娼不罰嫖」。該規定形式上並不以性別作為「娼」或「嫖」的標準，但社會實態上，男性經濟力大部分高於女性，性消費需求也是男高於女，雖該規定不以性別作為差別對待的基準，但實行結果，被處罰者多為女性。故釋字第 666 號解釋解釋【罰娼不罰嫖案】理由書認為：

「鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。」

最後大法官宣告該規定違反平等原則（應指男女平等而言）。上開情形，本文稱為「必然事實效應」，亦應列入違憲審查的標的。本號解釋協同意見書許宗力大法官亦指出：

「規範上非以性別作為差別待遇基準的法律，如果實際施行的結果，在男女間產生非常懸殊的效應，尤其是對女性構成特別不利的影響，即可能涉及間接(indirect)或事實上(de facto)的性別差別待

遇，須進一步檢討有無違反性別平等的問題，這在我國有憲法增修條文第十條第六項明文規定，賦予國家消除性別歧視積極任務，而應提高違憲審查密度的脈絡下，尤具意義。」

換言之，本號解釋認為已然形成「事實上不平等」的社會實態，亦得作為審查標的。就此點而言，本文亦贊同之。理由是，此種「必然事實效應」，並帶有干預性，應受嚴格標準（詳下述）的審查，沒有極為高度的公益事由，該區別不具有合憲性。

2. 純粹事實效應

至於另外依司法統計實證顯示，受到刑法第 239 條通姦罪處罰的，以「女性相姦者」為多數，因為此類案件通常以「夫」出軌者居多，妻提起告訴後，為維持既有的婚姻關係，多對「夫」撤回告訴，獨留「女性相姦者」接受刑事處罰，所以受刑法第 239 條定罪者，以女性居多⁴⁴，實務上稱為該規定是大老婆處罰小老婆的工具。此種事實上的「不平等」的效應，係因社會民情的反射，沒有必然的取向，稱為「純粹事實效應」，非屬「事實上不平等」的案型。

「純粹事實效應」不應該列入審查，如果將此種效應列入審查，司法審查的範圍將過度漫溢，形成無邊無際的結果，應非制度上應有的態樣⁴⁵。社會上一般人對於同性戀者有誤解而歧視，或同性戀者因怯於社會歧視或法律規定，而無法勇敢面對社會現實，或因知識不足個案未能適當處理同性伴侶間的權益致受損害情形，即屬此種純粹事實效應。

⁴⁴ 參立法院第9屆第1會期第7次會議議案關係文書，報（頁）592以下各表1：2008年至2015年10月地方法院檢察署偵辦刑法第239條起訴及緩起訴人數。其中報（頁）593，有關刑法第239條的定罪率，明顯「女多於男」。

⁴⁵ 換言之，通姦罪是否合憲的審查基準，不是平等原則，應該另循其他的憲法原則，參李惠宗，案例式法學方法論，第2版，新學林出版公司，頁136。

二、 違憲審查標準

違憲審查的標準主要在探討，司法機關進行違憲審查時，應以何種態度進行。目前實務的操作上，以美國最高法院所採用的「三重標準說」最為通用⁴⁶，本文採之，此三種標準為寬鬆審查、中度審查及嚴格審查標準⁴⁷。

(一) 寬鬆審查標準

寬鬆審查標準主要係以審查特定法律內容之立法目的與限制手段間是否具有「合理關聯性」，只要有「合理的關聯性」，該法律的限制被可避免宣告違憲。

(二) 中度審查標準

中度審查標準主要係以立法目的與手段間是否具有「相當關聯性」，並具有「說服力」為斷，立法者必須提出證明手段與立法目的間的實質關聯性。立法者面臨中度審查標準的法律，對立法事實具有舉證責任，只要證明其所採取的手段，是數個有效手段之一即可，但不必是唯一的手段。

(三) 嚴格審查標準

嚴格審查標準則要求立法的限制手段必須具有實現「高度公益」目的的「關聯性」，該理由除須具有「說服力」之外，還必須提出證明，「非採取此種手段」不可的「論證」。在「嚴格審查標準」下，立法者必須負舉證責任，證明其所採取的手段，是唯一且無其他替代手段的可能性，且所要保護的標的，具有極高度的社會公益性。經驗上，如果採用此一審查標準，該法律能通過合憲檢驗的機率就很小。

⁴⁶ 參黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，33卷3期，2004/5，頁45-148。

⁴⁷ 蔡蕙芳，前揭註(2)，頁127/161以下。但蔡文使用「審查基準」一語。

(四) 本案應採取何種審查標準

至於何種事項應以何種標準進行審查，基本上是實務操作的結果，經驗上雖有跡可循，但法院操作的過程，不盡一貫。大致而言，如果涉及憲法高度價值的問題，例如男女平等、種族平等之類的問題⁴⁸，應採取嚴格審查標準。

本文認為，民法婚姻章規定並未直接以男或女之性別作為差別對待的基準，而是以「性傾向」作為差別待遇的依據⁴⁹，此議題涉及人格權形成、幸福追求的自主權利，也涉及「少數族群」權利保障議題，故本文認為，本議題的合憲性審查，應該採取嚴格審查標準⁵⁰。

三、以平等原則作為違憲審查的基準

平等原則要求：「等者，等之；不等者，不等之。」同性戀者要求適用前半段的「等者，等之」。但反對同性戀者，認為應適用後半段的「不等者，不等之」，這就是歧見之所在。

同性戀者與異性戀者都是具有人性尊嚴的權利主體，二者並無不同，受教育、參加考試、職業場上的對待，皆以「個人為權利主體」的方式呈現，不應有所區別⁵¹，但重點在於：就「婚姻制度」而言，必須有「兩個人」的存在，則二個族群是否「仍屬相等，從而制度上應相同對待」的問題。

(一) 平等原則要求

憲法平等原則的要求，除消極要求「禁止歧視」外，更要求國

⁴⁸ 本文不採用「可疑分類」的說法。

⁴⁹ 參張宏誠，「性傾向」歧視審查基準之研究，東吳法律學報，12卷2期，2000/12，頁47/76。

⁵⁰ 德國聯邦憲法法院對於德國同性生活伴侶法是否違憲，亦採用嚴格審查標準。參陳靜慧，同性生活伴侶之平等權問題—以歐洲法院、德國聯邦憲法法院及德國聯邦行政法院之判決為中心，東吳法律學報，21卷3期，2010/1，頁161/169。但本文使用「審查基準」一詞。

⁵¹ 但美國社會卻常發生類此案件，參張宏誠，前揭註（16），頁24-25。

家要採取措施，積極促進實質平等的實現。司法院大法官持續一貫的見解即為：「憲法第七條揭示之平等原則非指絕對、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。」（釋 647 等）實質平等即包含兩個面向。

1. 消極禁止歧視

釋字第 666 號解釋理由書論及：

「憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、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，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。」

此種論述方式，乃平等原則消極的「禁止歧視」。此為司法院大法官歷來以平等原則為審查基準的觀點（釋 728、釋 452、釋 477 等）。

2. 積極促進實質平等

釋字第 719 號解釋則認為：

「憲法第五條規定：『中華民國各民族一律平等。』憲法增修條文第十條第十二項並規定：『國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展……。』系爭規定係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合國際保障原住民族之精神……。是系爭規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。」為了促進較為弱勢族群的發展，積極促進平等的要求，國家可以採取『優惠性的差別待遇』，以增進特定族群的平等，故平等原則亦有積極面要求國家促進人民地位的平等發展。但積極促進平等，係要求為促進特別的公共利益，使用「不平等」的方法，以促進平等的實現。

本件釋憲案應適用平等原則的要求，但究係消極要求歧視禁止或積極促進平等，則有進一步確認的必要。

(二)平等原則判斷的程序

1. 問題的確認

平等原則的問題來自於基於法律刻意的差別對待，可以說：「無差別，不生平等問題。」產生爭議的問題，首先需要判斷：「法律依何種要素而差別對待」？

民法婚姻章並未規定以男或女之性別作為差別對待的基準，故同性戀者與異性戀的婚姻，不是以「一個人的性別」作為差別對待的基準，故不屬「男女平等」的問題，而是以「二個人同性別之人」結合而成的「生活共同體」作為差別對待的標準⁵²。

2. 消極平等或積極平等？

其次，請求「消極歧視的禁止」或「積極促進地位平等」？如果是前者，要審查的重點，乃異性婚姻制度，是否有恣意的區別對待的疑義；如果是後者，審查的重點，應是同性戀者處於弱勢，而需要類似「優惠性的差別待遇」以提升其地位，而同性婚姻是否屬於「積極促進實質平等」的措施。

本文認為，本件申請案，應以「禁止歧視」的案型，不是制定「優惠性的差別待遇」的問題。

3. 違憲審查基準的選擇

所謂違憲審查基準係指系爭規範涉及「何種基本權」或「何種憲法原則」，各該基本權或憲法原則即為違憲審查基準，例如人身自由權、男女平等，宗教自由、法律保留原則、法律明確性原則（釋636）、不當聯結禁止原則、比例原則（過苛禁止原則）、平等原則、

⁵² 異性婚姻制度究以何種標準為差別，論證上有認為，該制度既不准許男性與另一男性結合，也不允許女性與另一女性結合，等於有「雙重性別差別待遇」。參陳靜慧，前揭註（50），161/167。

信賴保護原則（釋 525、釋 529、釋 589、釋 717）等。

若法律沒有規定以特定要素作為區別，但施行的結果卻產生以該要素差別的不利益效果，是否可以該結果作為審查基準，的確有商榷的空間。舉釋字第 490 號解釋【耶和華證人拒服兵役案】為例，該解釋認為：

「立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，於兵役法第一條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。」

結論上，該解釋認為：

「男子服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無抵觸。」

本號解釋涉及宗教自由及平等原則。緣「耶和華見證人」的教徒，有拒絕服持武器兵役的教義，兵役法以「男女有別」作區別對待標準，規定男性才有服兵役義務，兵役法施行的結果，剛好對耶和華見證人男性的教徒產生絕對性的干預，雖然兵役制度的實施，不以「宗教」為區別對待標準，但「事實上」對「耶和華見證人」產生最不利的影響。但大法官似乎認為，此種情形不會構成「事實上不平等」，不應以「宗教自由作為審查基準」，結論兵役制度沒有違反宗教平等。

本件釋憲案的審查基準應是「選擇結婚權利」，此係人格發展權（追求幸福權）或「個人自主決定權」（individual autonomy）的表現，可以憲法第 22 條為依據，但似不宜稱為「婚姻權」⁵³。

⁵³ 雖然某些文獻上，亦以「婚姻權」稱之，但本文相信，「婚姻權」其內涵應指「個

4. 判斷程序

一項法律或行政處分是否合乎平等，其問題重心在於如何判斷「何種事情相同，何種事情不相同」。

(1) 制度目的之確定

判斷一個制度是否違反平等原則，須先檢證該有所差別待遇的制度目的何在。本案所涉及的制度，除了「婚姻制度」以外，本文認為亦應考慮「家庭制度」。因為婚姻法制定所依據的「立法事實」是社會的一般認知，婚姻以進一步組成家庭為目標，人民有追求幸福、生育、教養下一代的需求，故設立婚姻及家庭制度。

(2) 事物本質要素的探求

確定制度上的合憲目的後，則須進一步探討何些事物本質要素「可」作為差別對待，或「應」作為差別對待之基準。所謂「事物本質要素」須與制度目的具有邏輯上正當合理的關聯性（*logischer Zusammenhang*），然不以有「相關性」為已足。此一探求過程，旨在防止非事物本質要素的引進。因為平等原則至少消極要求「恣意的區別」，故應考慮「不當聯結之禁止」原則。

事物本質的要素，必須放到具體制度上觀察個別要素的影響。正如瘦者與胖者（體能）；身高之高者與矮者，在「人格上」應無不同，在職場上也不應差別，但在「兵役制度」卻有不同的結果，因為兵役制度的存在有其「特殊目的與功能」，體能與高矮屬於兵役制度可以考慮的要素。

由於婚姻及家庭制度的需要，故民法設定男女「異性結合」的要件，這種的設定，從醫學、社會及家庭功能的角度來看，不至於

人自主決定權」，決定與何人結合共同生活的權利。參張宏誠，前揭註（29），頁343。

有恣意區別的問題。因為「同性戀者無法經由通常途徑生育下一代」的要素，足以導致其在「婚姻及家庭制度」上可以被差別對待。雖然，學術上缺乏證據足以認定同性婚姻後所組成的家庭，對小孩或青少年形成較不利的效果⁵⁴，但相對地，也無法證明，在同性家庭成長下的小孩或青少年會更好。在此種情形下，應該考慮的是，維持小孩或青少年在「常態」下生活及學習，而所謂的常態，就是通常異性婚姻所形成的家庭。

至於對於同性伴侶是否進一步有「收養小孩」而組成「家庭」的權利，本文認為，對於另一伴侶既有之子女可以「接續收養」，但新收養子女，則屬其本質應有之限制（詳下述）。

同性戀者與異性戀者，在人格上並無不同，但在「婚姻與家庭」上，就顯得不同。故以「二個人結合的生活共同體」作為差別對待不會有「違反事物本質」的問題。亦即，同性伴侶與異性婚姻既有不同，則可差別對待。但縱使可差別對待，也不可以有差別過鉅的問題。

(3) 合理差別的形成

合理差別的形成，旨在處理差別不可以過度的問題。本文認為，同性伴侶真摯願意互相扶持所形成的「生活共同體」，與異性婚姻的配偶無異，但目前我國法律制度給予同性伴侶相對應的保障，幾乎完全欠缺，故本文認為，此種完全欠缺保護的狀態，屬差別過鉅，應過透過法律規定予以補救。但「透過法律規定」不限於只有成立「同性婚姻」一途，制定有保護效果的特別法（例如同性伴侶法），亦在立法裁量範圍內。

⁵⁴ 張宏誠，前揭註（29），頁348。

(三)疑慮的排除

1. 未設立同性婚姻不會使同性戀者喪失尊嚴

如果沒有設立同性婚姻的制度，對同性戀者而言，是否會使同性戀者喪失人性尊嚴？所謂人性尊嚴的「意涵」，係指「每一個人依其精神而成為一個人，而其精神可以使其脫免非人的性質，並基於自己的決定能夠有意識地決定自己的地位及形成與周遭的關係。」⁵⁵，換言之，人性尊嚴的核心概念，乃人的「自主性」（Autonomie des Menschen）及「自由的自我發展性」（freie Selbstgestaltung des Menschen）⁵⁶，人不可以成為其他人或單純權力機制的客體，亦即禁止將人「客體化」⁵⁷。德國憲法學界的通說及德國聯邦憲法法院的見解認為，人性尊嚴已具有基本權利性(Grundrechtscharakter)⁵⁸。

本文認為，不設立同性婚姻制度，不至於使同性戀者陷入他人權利的客體，可任由他人予取予求，也不至於變成國家權力機制的客體，同性戀者仍可保有在多元社會體制下自我發展的機會。

2. 未設立同性婚姻不會使同性戀者處於不平等

同性戀者主張，未准許同性婚姻即有違平等原則的論述，基本上係以「單一個人」的自由權作為基點⁵⁹。諸多法領域，例如受教育機會、職場上，甚至軍中服務等，都是以個人方式主張人格發展權，此些領域，同性戀者應不得受到差別對待。

⁵⁵ Vgl. Dürig in: Maunz/Dürig, Komm. Z. GG, Art. 1, Rn. 18.

⁵⁶ Vgl. Albert Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl., § 21, Rn. 11-12; 27.

⁵⁷ Vgl. Bleckmann, aaO., Rn 27.

⁵⁸ Vgl. Herdegen in: Maunz/Dürig, GG-Komm. 2009, Art. 1, Rn. 29.

⁵⁹ 美國憲法增修條文第14條第1項（equal protection）是美國司法史上發生最多爭議案件的條文。但前此所發生的個案，都是基於個人所發生，只有同性婚姻議題，不以個人權利為出發點，參邱小平，法律的平等保護——美國憲法第十四條第一款研究，北京大學出版社，2005/1，所列各種案型。但美國聯邦最高法院2015年6月25日的 Obergefell v. Hodges 判決（576 U.S._ (2015)）仍以個人為出發點作成判決。

婚姻雖以個人自由為前提，但婚姻與家庭不是單純「個人權利的集合」。同性伴侶若受到法律的保障與異性配偶相近，不會因為沒有賦予「婚姻」之名，就認為受到「制度歧視」⁶⁰，甚而有違平等原則。因為「婚姻」不帶有價值判斷，婚姻不是褒獎、婚姻不是純粹的利益，也不會因為有婚姻就變得幸福。有無婚姻關係不是重點，重點在有無法律的保障。因為「婚姻不是權利」，所以單純婚姻不幸福，不會發生「侵『權』行為」責任。

3. 同性婚姻不會傷害異性婚姻及家庭制度

同性戀者的婚姻，對異性戀者是否會構成傷害？本文亦認為，的確不會構成實體的傷害。讓同性可以結婚登記，也不會就會讓異性戀者減少或不想結婚，或使人口減少⁶¹。但「沒有傷害」一事，是否就可以導出「應該直接給予同性戀者婚姻法的保護」的結論，也值得商榷。

一般學理上的「不傷害原則」係政治哲學上自由派學者 John Stuart Mill (1806-1873) 所建構⁶²，但「不傷害原則」，是管制行政

⁶⁰ Mill認為，多數者暴政之所以像其他暴政一樣可怕，主要是因為它事透過公權力措施來執行。所以，他認為：「僅僅防範各級官府的暴政事不夠的，還需防範優勢意見和大眾情感的暴政……」，見孟凡禮譯，John Stuart Mill原著，論自由(On Liberty)，五南出版社，2015/3，頁25。

⁶¹ 但有學者從「法律經濟分析」來看，異性婚姻之所以反對同性婚姻，是因為一旦承認同性婚姻，就會使異性婚姻「貶值」。參沈明譯，Eric A. Posner原著，元照出版公司，2005/4，頁113。

⁶² 英國政治哲學家John Stuart Mill (1806-1873) 的「自由論」一書認為，自由有三種表現形式：第一：良心、思想的自由，包括表達意見的自由，即言論自由。第二：嘗試及追求的自由，縱使「不道德」，或被認為愚蠢、乖張或錯誤，只要不傷害他人人都可以做。第三：結合志趣相同的人之自由，共同去做不會傷害別人的事。這些自由都可以拒絕對人們強迫遵守規範的社會傾向。「不傷害原則」即由此導出。參孟凡禮譯，John Stuart Mill原著，前揭註(60)，頁32。Mill在論述此些自由時，主要在撻伐社會群體的好惡，往往成為實際決定社會規則的主要依據(同書，頁27)。原文有：First, there is the liberty of thought and opinion. The second type is the liberty of tastes and pursuits, or the freedom to plan our own lives. Third, there is the liberty to join other like-minded individuals for a common purpose that does not hurt anyone. Each of these freedoms negates society's propensity to compel compliance.

的理論基礎。其意為，只要不傷害他人或公共利益，就該獲得自由。此一見解，固值得贊同⁶³。然而婚姻是一種鍊結家庭的「制度」，婚姻本身不是一種「管制手段」。所以「不傷害」不是婚姻的前提，以「不傷害」原則論證國家應該成立同性婚姻並無說服力。因為法律尚有「制度建構」的功能，婚姻制度及其衍生的家庭制度，就具有穩定社會基礎秩序的「建構」功能。

4. 事實效應不應納入司法審查範疇

許多對於同性戀的負面印象，係基於傳統觀念誤解所產生，「這種現象」係屬規範「純粹事實效應」，不應列為違憲審查的標的。

支持同性婚姻者認為，禁止同性戀者的婚姻，「其實是不斷透過禁令告訴社會大眾同性戀者與其他人（異性戀者）不同，或者不只是不同，而是不斷複製同性戀者是邪惡的、不道德的等許多負面印象與偏見。」⁶⁴雖然這樣的描述未必正確⁶⁵，但縱使正確，也涉及社會文化進展及人民觀念是否改變的時代問題，非司法決定所能驟予改變，非屬違憲審查所應審查之標的。

(四) 小結

同性婚姻的問題，以平等原則作為違憲審查的基準，採取嚴格的審查標準，主要涉及「同性戀者」與「異性戀者」在「婚姻與家庭制度」上是否相同的判斷，而不涉及其他人格或隱私權利的實現。「婚姻與家庭」不是個人自由權及隱私權的問題。傳統上異性婚的

⁶³ 參顏厥安，法體系的統一性與多元社會，收於蕭高彥、蘇文流主編，多元主義，中研院社科所出版，1998/3，頁151/166。

⁶⁴ 見張宏誠，前揭註（16）頁279。

⁶⁵ 社會上，男女「非通常」結合，例如男老女小的「老少配」，易經「澤風大過卦」的九二爻認為是：「枯楊生稊，老夫得其女妻，无不利。」（意為：老人後來有少女為妻，沒有什麼不好，只是撐不久），但對於「女老男小」的結合，易經象曰：「老婦士夫，亦可醜也」（老太婆與年輕男人結為夫妻，是丟臉的事）。這樣的社會評價，未必正確，但也非司法審查所能濟其功。

存在是一種自然形成的制度，並不是透過法律刻意形成特定族群的限制。所以不存在著「依法律而區別」的問題，本文認為，本件申請案不會有違反平等原則的問題。

退一步言，縱有「區別」的問題，同性伴侶與異性戀者的結合，與婚姻及家庭的功能，有事物本質的區別。若給予同性伴侶充分的「法律保障」，而未給予「婚姻之名」，不會產生「制度歧視」。

伍、 同性伴侶制度是否違憲

一、 立法裁量的適當性

「法律的內容不代表著社會的認同」，應該是「社會普遍認同了，才適合制定法律。」簡單地說：「認同創造法律」，而非「法律創造認同」。或者更精確地說，社會認同與法律制定一直處於相互影響的過程中，但缺乏社會普遍的認同，則制定法律即有相當困難。同性婚姻是否可以順利建構，是否獲得社會普遍的認同才是關鍵。

韓非子說道：「法與時轉則治，治與世宜則有功」進一步又論及：「時移而法不易者，亂；世變而禁不變者，削。故聖人之治民也，法與時移，而禁與世變」（韓非子·心度）。誠哉！法律必須與時俱進。但必須探討的是：現在的「時」是否已經到了必須「修改民法婚姻章」的時刻？或是應該給予同性戀者「法律上的保護」？同性戀者的結合並不能稱為婚姻，論理上不是單單因為「沒有生育可能性」，而是其與異性間的結合不同。現代的婚姻不必以具有「通常生育可能性」作為要素，但此一可能性仍然可以使得「婚姻與家庭」快速連結，形成鞏固人類社會基礎，此為同性伴侶與異性婚姻的不同。

或許大部分人反對同性婚姻，其實事反對「同性性行為」，因

為「同性結合關係」必然附隨「同性性行為」，但此一立法事實不是審查的標的。本文認為，未採同性婚姻法的保障，不會構成歧視。創造出「同性伴侶」制度而與「異性婚姻」並行，正是多元文化的呈現，異性婚姻不必然優於同性伴侶，反之亦然，各有其存在的價值。多元社會以保障自由為優先，故多元社會下的平等，就是不同價值體系下，包容有少數族群的人，各有其不傷害他人的自由⁶⁶，也獲得相同的法律保障。

同志運動者憂慮，法律另行創設同性伴侶制度，會不會造成「同性戀者」被另眼看待而被「標籤化」，反而造成對同性戀者更多的歧視。這點的確是同志運動最大的疑慮。然相反地問題是，如果制定同性婚姻法了，社會上是不是就完全不會歧視？也沒有人敢有確信。如果貿然制定同性婚姻法，還是有人歧視同性戀者，又該如何處置？此些都是「單純事實效應」的問題，不應列入考慮。

若認為「法有明文，歧視無理；法無明文，歧視有理」，那應該是有無「法律保障」的問題，而不是有無「婚姻保障」的問題。所謂「另眼看待」的憂慮，加深對同性伴侶歧視之虞或「區別即歧視」⁶⁷、「隔離即不平等」的疑慮⁶⁸，似無法理的依據。

異性戀者對同性戀者固然曾經有誤解，但相對地，同性戀者也常對異性戀者有誤解，以「異性戀霸權」(heterosexual hegemony)或「恐同症」(homophobia)來描述通常社會族群，就是一種誤解。因為此種「描述」未必正確。同性戀者不應該因為有少數人的鄙視或輕視，就泛稱為整個社會是一種「異性戀霸權」，這樣的用語，或許是居於少數者的同性戀者心理恐懼的投射。自然形成的多數本

⁶⁶ 參顏厥安，前揭註(63)，頁151/168。

⁶⁷ 參黃舒芃，前揭註(26)，頁85/107；113：「再多的『類似』與『平等對待』，事實上都無異於反覆宣告同性伴侶永遠不是婚姻。」

⁶⁸ 參張宏誠，前揭註(49)，頁47/79。

身不是罪惡，多數也不一定會形成暴力，也不必然是一種霸權。

同志團體的主張同性婚姻，應該是為了獲得社會的認同；然則另外一個現實問題是，修改了婚姻法，是不是就能夠使同性戀者直接獲得認同？同性戀既然是一種正常現象，只是因為不通常，也不必擔憂少部分人的誤解。國家機制無法完全阻斷一般人對某些事項的觀感。

如果同性婚姻是一個「時代性」的問題，或許必須等到人們在心靈上完全視同性戀為「通常」之後，再制定同性婚姻法，才是更適當的立法方式。

二、立法與司法的角色及功能

通常社會對同性戀者曾有漠視、輕視、歧視，鄙視，甚至敵視的狀態，此固然是對同性戀不理解所致，這種現象必須予以糾正。就像古代專制政權在當時被視為理所當然，現在必須被檢討一樣；也像某些國家曾經存在的「階級制度」（例如古印度的種性階級）必須被改變一樣。美國曾有白人把黑人（奴）當做財產看待的歷史事實，必須被揚棄；也如古代曾經存在的「一夫一妻多妾」的制度應該被唾棄一般。但此些曾經存在但必須被改變的體制，皆有一種「特徵」，即一方以強制力或透過制度壓抑他方，使他方處於客體的地位。

立法者旨在形成國民的總體意志，在社會上具有爭議的議題上，立法者可以斟酌社會各種情事作最適當的決定，只考慮單面向的堅持，有可能選擇了最錯誤的立法模式。因此可以說，立法應作「政策好惡」的適當抉擇。

司法權旨在判斷「是非對錯」，除非在憲法的價值上明確標示出應為如何的規定，否則立法政策抉擇上，立法者應有優先的裁量

空間，就此司法者應保持自制。異性婚姻制度本身並無錯誤，也有正面的社會功能，司法的功能基本上只在事後審查立法決定，是否正確地遵循憲法的價值。司法無法取代立法而變成「代位的立法者」，除非立法嚴重懈怠或無法立法。同性戀者需要的是法律上的保護，而非婚姻之名。

目前我國法制上，對於與異性配偶相類似的同性伴侶地位的保障付之闕如，此乃「立法懈怠」的違憲，違反國家對基本權的保護義務，屬於「保護不足」的類型，則可由釋憲者加以確認。

三、同性伴侶法立法內容初擬

婚姻不是一種保護，沒有婚姻之名，也不代表著沒有保護。但目前我國對於同性伴侶未給予任何法律的保障，的確有違憲之虞。

本文認為，採取特別立法，制定類如「同性伴侶法」的方式⁶⁹，或在「民法親屬編婚姻章中外加一章」，都是可以選擇的方式。而採取何種方式，立法所造成的成本及可能造成社會秩序的負面影響⁷⁰可以降到最低，是立法者應該考量的事情，此為立法裁量範圍。

本文認為，制定「同性伴侶法」，實質以法律層級的規範，保障同性伴侶在各種領域應有的權利⁷¹，也不至於造成「標籤化」的效

⁶⁹ 德國有同性生活伴侶法，其架構及內容，參戴瑀如，論德國同性伴侶法，月旦法學雜誌，107期，2004/4，頁145-165。該法實施的成效，另參戴瑀如，由德國同性伴侶法的催生、影響與轉化檢視德國對同性人權之保障，月旦法學雜誌，107期，2014/1，頁38-56。

⁷⁰ BVerfGE 105, 313/342 ff.此一判決認為基本法第6條第1項婚姻與家庭有特別保護的規定，可以導出「保持距離誡命」（Abstandsgebot）。所謂「保持距離誡命」，其意旨為，憲法對婚姻與家庭既有特別保護的明文規定，且此一制度以一男一女的結合為要件，立法者應對婚姻與家庭保持距離，不得制定同性婚姻制度，以免混淆異性婚姻及衍生的家庭的價值。其具體論述內容，參陳靜慧，前揭註（50），頁161/177。由於我國憲法並無明文規定，本文認為，此種理論似難援用。

⁷¹ 如果制定同性伴侶法，實務上有可能產生「異性伴侶」（不想結婚的事實配偶）也希望比照「同性伴侶」有法律上保障。若有不許，另外會產生是否違反平等原則的問題。釋字第647號解釋即已論及：「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，雖不具法律上婚姻關係，

果，同性戀者「恐懼」或「擔心」可能也是一種「誤會」，正如同性戀者誤會異性戀者歧視或鄙視同性戀者一樣，重點是每個人如何看待自己，不是別人如何看待自己。

立法例上，透過「擬制」的規定，可以使「同性伴侶」與「異性配偶」在法律上擁有大致相同的權利。制定「同性伴侶法」，應表明其屬「特別法性質」，但同性伴侶也須透過公示制度以獲得應有的地位。本文認為，類似結婚登記制度，同性伴侶也應「有二個以上證人」（或經公證）並「經向戶政事務所登記」。經此登記後，其權利之保護，同性伴侶相互間之關係，視同「民法親屬編之配偶關係」。其主要具體條文試擬如下：

「經向戶政事務所登記之同性伴侶，除本法有特別規定外，關於其相互間之關係，視為民法親屬編配偶之關係。」

透過此一規定，同性伴侶即取得「準配偶」的地位。這樣的立法工程是最簡單，雖然無法讓同性戀者直接獲得「婚姻法的保障」，但可以立刻取得法律上與配偶相當的保障，也不至引起通常族群對同性婚姻過度的反應。

條文中的「除本法有特別規定外」的「除書」內容，就須從長計議，多方設想。本文認為，同性伴侶為戶政登記時，若其中一方已有收養或已有血緣之子女，應容許新結合的同性伴侶「接續收養」，但不宜准許同性伴侶新收養子女。

其餘事項，應廣徵社會情事，再作考量，至少這樣的規定，基本上解決了法制上對同性戀者「保護不足」的問題，也同時保留繼續發展的可能性。

但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，如亦有長期共同家計之事實，則系爭規定未就二人相互間之贈與免徵贈與稅，即不免有違反平等權保障之疑慮。」此一解釋，也以平等原則作為審查基準。

陸、 結論

現行民法在解釋論上，的確不承認同性婚姻的存在。而同性戀係屬「正常但不通常」的狀態，屬憲法第 22 條人格發展權的範疇，應受憲法的保障。法律是針對「通常現象」加以規範者，針對特別的形態，即需要特別法的規範。有關民法有關婚姻章的規定，係基於傳統以來認知的「立法事實」，且婚姻作為延續家庭的制度功能，是社會重要的機能，也與兒童的成長及教育及利益保護有關。故傳統的婚姻拒絕同性婚姻的成立，不會違反憲法第 22 條人格發展權保障的意旨。法律制度對於異性結合，稱為「婚姻」；對於同性結合，則稱為「伴侶」，制度略有所異，互相尊重其存在，包容其發展，而不單一化地稱為「婚姻」，正屬多元文化的呈現⁷²。

法制上未許可同性婚姻，也不至於使同性戀者喪失人權主體的地位。但目前法制上對於居於與異性配偶相類關係的同性伴侶的各項權利，均無規定的情形，的確有對基本權利「保護不足」的違憲疑慮。至於選擇何種方式保護同性戀者的人格發展權，在立法裁量上選擇「同性伴侶法」的保護，屬合憲的措施，不會有違反平等原則之虞。

法律所建構的制度，必須考慮穩定性及恆久性。而制度的穩定性及恆久性，有賴於社會共同的認同及價值。古語謂：「常則恆，變則暫。」意為：「通常的情事，可以維持得較為長久；少數變動不拘的狀態，持續的時間較為短暫」。立法是國民意志的展現，立法應針對較為通常恆久的事物加以規定。異性婚姻屬較為通常的情事；同性戀者，相較之下，係屬少數但還是正常的狀態，故應以特別法的方式，加以規範，如此才符合：「等者，等之；不等者，不

⁷² 吳煜宗，前揭註（33），頁1/16。

等之。」的法理。

「『通常』沒有什麼錯，『正常』了，不必強求同。」