

會台字第 12771 號聲請人臺北市政府及
會台字第 12674 號聲請人祁家威聲請解釋案

鑑定意見

張文貞/臺大法律學院教授

2017/3/29 最後修訂稿

一、婚姻自由/婚姻權	1
1. 婚姻自由/婚姻權受憲法第 22 條所保障	1
2. 憲法上婚姻自由/婚姻權的內涵與「一夫一妻的婚姻制度」並不相同	2
3. 憲法上婚姻自由/婚姻權的定義與內涵	5
4. 婚姻自由/婚姻權限制的審查	7
5. 系爭規定的解釋：回應爭點一	9
6. 立法創設非婚姻的其他制度：回應爭點四	10
二、平等權	11
三、結論	13

會台字第 12771 號臺北市政府所聲請的統一解釋及會台字第 12674 號聲請人祁家威所聲請的憲法解釋，涉及我國民法第 972 條「婚約，應由男女當事人自行訂定」、第 973 條「男未滿十七歲、女未滿十五歲者，不得訂定婚約」、及第 980 條「男未滿十八歲、女未滿十六歲者，不得結婚」等規定（以下簡稱「系爭規定」）。

本次言詞辯論的爭點，聚焦在系爭規定是否僅容許異性間的男性與女性結婚，而不容許同性間的男性與男性、女性與女性結婚（爭點一）？果如此，是否牴觸我國憲法第 22 條所保障的婚姻自由（爭點二）及第 7 條的平等權（爭點三）？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 條保障平等權及第 22 條保障婚姻自由之意旨（爭點四）？

回答前述問題的關鍵，在於我國憲法上關於婚姻自由及平等權的保障內涵及其範圍。茲分析敘述如下：

一、婚姻自由/婚姻權

1. 婚姻自由/婚姻權受憲法第 22 條所保障

我國憲法並未明文規定婚姻自由/婚姻權(right to marry, right to marriage, freedom of marriage)的保障。司法院大法官在憲法解釋中，首次以憲法第 22 條「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」對

婚姻自由/婚姻權加以保障者，是在釋字第 242 號解釋。¹

其後，司法院大法官在釋字第 362 號解釋審查民法有關重婚無效的規定時，再次提到「憲法保障人民結婚自由權利之意旨」，但並未援引憲法第 22 條作為規範依據。² 而在釋字第 552 號解釋補充釋字第 362 號解釋時，司法院大法官既沒有再提到憲法保障婚姻自由/婚姻權的意旨，也沒有再援引憲法第 22 條作為其論述的依據。³

由此可以看出，我國的釋憲實務，儘管已經以憲法第 22 條作為保障婚姻自由/婚姻權的規範依據，但對於婚姻自由/婚姻權的內涵及其保障範圍，仍缺乏詳細論述。

2. 憲法上婚姻自由/婚姻權的內涵與「一夫一妻的婚姻制度」並不相同

有意思的是，在其他並非直接涉及憲法上婚姻自由/婚姻權保障的解釋，司法院大法官卻曾多次提及「婚姻」、「婚姻關係」或「婚姻制度」。例如，釋字第 365 號解釋認定民法親權行使父權優先的規定違反憲法第 7 條平等權保障時，就提到「由一男一女成立之婚姻關係」；⁴ 釋字第 372 條解釋審查有關不堪同居之虐待的判例時，也提到「婚姻係以夫妻之共同生活為目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿、安全及幸福」；⁵ 釋字第 452 號解釋審查民法有關夫妻住所所以單方意思決定與憲法所定平等及比例原則尚有未符時，則提及「夫妻住所之設定與夫妻應履行同居之義務，尚有不同，夫妻縱未設定住所，仍應以永久共同生活為目的，而互負履行同居之義務」；⁶ 釋字第 554 號解釋審查刑法第 239 條規定「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者，亦同」時，更詳細說明：「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，約束夫妻雙方互負忠誠義務。」⁷ 釋字第 647 號解釋審查配偶間贈與免稅是否違反平等原則時，亦提

¹ 該號解釋對國家遭遇重大變故時，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，認定與一般重婚事件不同。對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，如仍允許依相關規定予以撤銷，將嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所抵觸。司法院釋字第 242 號解釋文參照。

² 司法院釋字第 362 號解釋文參照。

³ 司法院釋字第 552 號解釋參照。

⁴ 司法院釋字第 365 號解釋理由書參照。

⁵ 司法院釋字第 372 號解釋理由書參照。

⁶ 司法院釋字第 452 號解釋理由書參照。

⁷ 特別值得注意的是，在本號解釋中，大法官以憲法第 22 條作為依據加以保障者，是性行

到「立法者考量夫妻共同生活」及「一夫一妻之婚姻制度」。⁸

上述這些解釋在提及「婚姻」、「婚姻關係」或「婚姻制度」時，均直接以「一男一女」或「一夫一妻」作為婚姻關係的相對人，並將此種「一男一女」或「一夫一妻」間的婚姻，定位為社會形成與發展的基礎，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，為受憲法保障的制度，不但可以要求立法予以保護，也可與憲法所保障的自由權利相互抗衡。例如，釋字第 554 號解釋就為了保障一夫一妻婚姻關係中的性忠誠義務，而對受憲法第 22 條所保障的性自主權利加以限制。⁹

值得注意的是，近年大法官在解釋中提到「婚姻」、「婚姻關係」或「婚姻制度」時，不再如上述解釋對「一男一女」或「一夫一妻」特別加以強調。例如，釋字第 696 號解釋認定夫妻非薪資所得強制合併計算申報的規定違憲時，提及「婚姻與家庭植基於人格自由」；¹⁰ 釋字第 710 號解釋審查大陸地區人民出入境相關規定時，提及「強制經許可合法入境之大陸配偶出境，影響人民之婚姻及家庭關係至鉅，更應審慎」；¹¹ 釋字第 712 號解釋認定臺灣地區與大陸地區人民關係條例中「已有子女或養子女之臺灣地區人民欲收養其配偶之大陸地區子女，法院應不予認可」規定違憲，亦提及「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」。¹²

上述的釋憲實務，引發一個重要的問題，就是受憲法第 22 條所保障婚姻自由/婚姻權的內涵，與司法院大法官在多次解釋中所提到一夫一妻（一男一女）的婚姻關係或婚姻制度是否相同？亦即，婚姻自由/婚姻權的內涵，是否僅限於一夫一妻（一男一女）的婚姻？

此一問題，從司法院大法官多次在解釋中明白區別兩者的不同用語，就知道是否定的答案。最直接明顯的例子，就是釋字第 552 號解釋。在這號解釋理由書中的一開始，司法院大法官就說明：「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格

為自由，而非婚姻自由/婚姻權。在解釋理由書中，大法官提及：「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」司法院釋字第 554 號解釋文參照。

⁸ 司法院釋字第 647 號解釋理由書參照。

⁹ 司法院釋字第 554 號解釋文參照。

¹⁰ 釋字第 696 號解釋理由書：「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。」

¹¹ 釋字第 710 號解釋理由書參照。

¹² 釋字第 712 號解釋理由書參照。

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。」由此段論理可以看出，婚姻自由/婚姻權的內涵，顯然不同於一夫一妻的婚姻制度，否則在邏輯上，前者要如何受到後者的限制呢？在釋字第 552 號解釋，司法院大法官正是基於對憲法第 22 條婚姻自由/婚姻權的保障，對一夫一妻的婚姻制度做了一個例外的限制。對一個善意無過失信賴前婚姻關係已經確定判決消滅、而與前婚姻一方相婚的第三人來說，即使該判決後來變更，使得他（她）的後婚姻竟然變成重婚，但基於對他（她）受憲法保障的婚姻自由/婚姻權來說，「依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持」。¹³ 也就是說，為了保障憲法上的婚姻權/婚姻自由，司法院大法官早在釋字第 552 號解釋，就明白承認了一夫一妻婚姻關係/制度並非完全不能受到限制，也不是沒有例外。

從歷史上來看，婚姻、婚姻關係或婚姻制度，是由普遍性的社會慣習而來，再經由法律制度的肯認，並歷經許多演變。民法於中華民國 19 年制定、採納一夫一妻的婚姻制度之前，社會上還有納妾的慣習；而即便到民國 65 年，司法院大法官仍必須對於納妾此一慣習所引發的相關法律爭議作成解釋。¹⁴ 此外，傳統社會也有童養媳（收養一女，許以親生子）或女抱男（收養一子，並以親生女妻之）的婚姻慣習，這些婚姻慣習與當代國家的法律制度是否扞格，司法院大法官也曾多次作成解釋。¹⁵ 可惜的是，這些早期的解釋，均為法律解釋或適用上的統一解釋，司法院大法官並未能有機會對於許多傳統婚姻慣習是否違反憲法，尤其是否抵觸作為當代憲法前提與核心內容的平等人格尊嚴保障，作成任何解釋。畢竟，社會上普遍長久適用的慣習，固然應予尊重，甚至成為受到憲法保障的制度，但倘若其內容與當代憲法規範有所抵觸，則不能不加以限制。例如，與婚姻制度同受憲法制度性保障的大學自治，亦必須受到教師或學生基於憲法所保障的學術自由、工作權、學習權及訴訟權等的衡平與限制。¹⁶

一夫一妻的婚姻關係/制度，固然是行之多年的社會慣習，也是司法院大法官多次在憲法解釋中所肯認的社會形成與發展的重要基礎，並給予其憲法上的保障。不過，在今天，其是否有與憲法所保障的平等人格尊嚴、或與個人基本權利

¹³ 釋字第 712 號解釋理由書第 1 段參照。

¹⁴ 釋字第 147 號解釋文：「夫納妾，違反夫妻互負之貞操義務，在是項行為終止以前，妻主張不履行同居義務，即有民法第一千零一條但書之正當理由」。

¹⁵ 司法院釋字第 12 號、第 32 號、第 34 號、第 58 號、第 91 號等解釋參照。

¹⁶ 司法院釋字第 380 號、第 462 號及第 684 號等解釋參照。例如，釋字第 684 號解釋文：「大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。」

的保障相互抵觸，還是有進一步判斷的必要。

3. 憲法上婚姻自由/婚姻權的定義與內涵

如前所述，我國司法院大法官從未真正具體定義並完整論述受憲法第 22 條保障婚姻自由/婚姻權的內涵。不過，在相關的解釋中，大法官卻也清楚說明，婚姻，是「使雙方人格得以實現與發展之生活共同體」¹⁷。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使雙方在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎。¹⁸

婚姻的本質究竟為何？美國聯邦最高法院在 2015 年 *Obergefell v. Hodges* 判決的多數意見¹⁹，有精闢的見解。由 Kennedy 大法官所主筆的多數意見認為：「婚姻的本質在於透過兩個人之間的永久性結合(enduring bond)，共同實現兩個人在表意、親密及精神上的所有根本性的自由權利。」²⁰ 這樣的二個人之間的結合，與所有其他人與人之間的關係(relationship)或結社(association)都不相同。婚姻是二個人之間，對彼此親密陪伴、理解、以及在有生之年相互照顧的永久承諾。²¹

婚姻作為在二個平等人格主體之間的永久性結合，自然亦能作為家庭及社會的一個根本單位，提供諸如繁衍、教育、經濟、文化等多重的社會性功能。²² 不過，婚姻的本質，不能與婚姻所能提供的社會性功能，相互混淆。二個平等人格主體在永久結合的過程中，固然可以決定生養子女，但難道決定不生養子女（或不能生養子女）的兩個人，就失去了締結婚姻的權利？在前述美國聯邦最高法院 *Obergefell v. Hodges* 一案言詞辯論時，Ginsburg 大法官就質問，倘若婚姻的本質是為了生育子女而在異性間尋求結合，那麼一對七十歲的男女，是否應該被禁止

¹⁷ 司法院釋字第 554 解釋理由書參照。

¹⁸ 同上註。

¹⁹ 在此一判決中，美國聯邦最高法院以 5 票贊成、4 票反對，認定同性之間締結婚姻的權利，受憲法增補條款第 14 條的保障，各州必須承認同性間的婚姻。See *Obergefell et al. v. Hodges et al.*, 135 S.Ct. 2584 (2015).

²⁰ The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality. 135 S.Ct. 2584, 2599 (2015)(Majority, III).

²¹ [T]he right to marry is fundamental because it supports a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals. ... [Marriage] offers the hope of companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other. 135 S.Ct. 2584, 2599-2600 (2015)(Majority, III). 類似的見解，亦出現在先前美國聯邦最高法院的多個判決中。例如 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485 (1965).

²² [Marriage] safeguards children and families, and thus draws meaning from related rights of childbearing, procreating, and education. 婚姻的社會性功能，司法院大法官在相關解釋中，亦多所提及。例如，司法院釋字第 712 號解釋理由書參照。

結婚？²³ 當時法庭一陣嘩然，而 Ginsburg 大法官直指核心的這個提問，也被媒體一再播放，並加以討論。

不可否認地，從過去到現在的社會慣習、並經法律所承認的婚姻，是在男女異性間的永久結合（但不見得是一男一女²⁴）。不過，如前所述，婚姻這樣的社會慣習、及其在法律上的承認，也會隨著時代與社會變遷。²⁵ 在過去，不同種族之間的通婚²⁶、甚至同姓氏之間的通婚²⁷，亦曾被禁止；但在今天，這樣的禁止，均被認為是違憲地侵害了婚姻自由/婚姻權。同樣地，同性（男男或女女）之間的婚姻，從 21 世紀開始到今天，已經受到二十多個不同宗教、語言及文化的社會及其國家法律所承認。²⁸ 在我們的傳統社會，同性傾向之間的愛欲關係或長久相伴的結合，並非完全沒有，只不過是被當時的國家法律所禁止或處罰，同時也被異性傾向的多數人選擇「看不見」。²⁹

在今天，憲法以平等人格尊嚴作為人權保障的基礎（及前提），也因此，憲法上關於人民結婚之根本自由權利，不應預設任何前提。憲法上所保障婚姻自由與婚姻權的內涵，應是在二個具有平等人格尊嚴的主體之間，具有親密性及排他性的永久結合。

²³ Transcript, Oral Argument, Obergefell v. Hodges, Docket Number: 14-556-Question-1, Date Argued: 04/28/15, at 55, available at https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2014/14-556-q1

²⁴ 傳統社會的納妾習俗或是權貴階級所享有的三妻四妾，雖然因為違反當代憲法的平等人格尊嚴的規範，而已被當代法律制度所廢棄，但我們今天仍可繼續聽聞多妻或妻妾的子孫相互爭訟家族遺產的情形。

²⁵ 加拿大最高法院就清楚指出，傳統普通法(common law)上對於婚姻的定義，並非一成不變，加拿大憲法是「一株繼續生長的樹」(“our Constitution is a living tree, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life.”)。參見 Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698, 700.

²⁶ Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967). 在本判決中，美國聯邦最高法院認定禁止白人與黑人間通婚為違憲。

²⁷ Same-Surname-Same-Origin Marriage Ban case, 9-2 KCCR 1, 95 Hun-Ka 6, etc., July 16, 1997 (Constitutional Court, Korea). 在判決中，韓國憲法法院認定民法禁止同姓氏間結婚的規定為違憲。

²⁸ 歐洲已有十多個國家合法認可同姓婚姻，例如比利時(2003)、丹麥(2010)、英格蘭及威爾斯(2013)、芬蘭(2015)、法國(2013)、格陵蘭(2015)、冰島(2010)、愛爾蘭(2015)、盧森堡(2014)、荷蘭(2000)、挪威(2009)、葡萄牙(2010)、蘇格蘭(2014)、西班牙(2005)及瑞典(2009)等。歐洲之外，在美洲有加拿大(2005)、美國(2015)、墨西哥(部分, 2009)、巴西(2013)、哥倫比亞(2016)、阿根廷(2010)及烏拉圭(2013)，在非洲也有南非(2006)，在其他洲則還有紐西蘭(2013)。參見 Pew Research Center, Gay marriage around the world, available at <http://www.pewforum.org/2015/06/26/gay-marriage-around-the-world-2013/> (last visited Mar. 19, 2017)

²⁹ 參見林實芳(2008)，《百年對待，只恨看不見：台灣法律夾縫下的女女親密關係》，台大法研所碩士論文。

4. 婚姻自由/婚姻權限制的審查

憲法上所保障婚姻自由/婚姻權的內涵，已如上述。惟婚姻自由/婚姻權的保障，亦並非絕對，而仍得於憲法第 23 條所定要件下，以法律予以限制。必須進一步予以探究的是，面對法律對於憲法所保障婚姻自由/婚姻權的限制，司法應採取嚴格或寬鬆的審查標準？這個問題，跟婚姻自由/婚姻權的具體內涵一樣，我國司法院大法官雖然不乏相關解釋，卻從未給予明確的回答。

關於這個問題，我們可以先參考外國釋憲實務。美國聯邦最高法院在 2015 年 *Obergefell v. Hodges* 判決認定各州未能保障同性間的婚姻自由/婚姻權此一聯邦憲法上的「基本自由權利(fundamental liberty)」，已違反聯邦憲法增補條款第 14 條所定「實質正當程序(substantive due process)」的內涵時³⁰，其多數意見並未清楚表明是以嚴格、中度或寬鬆的審查標準來作此認定。³¹ 而在此一多數意見將禁止同性間的婚姻自由/婚姻權，認定也同時違反了美國聯邦憲法增補條款第 14 條所定「平等保護(equal protection)」時³²，同樣也沒有清楚表明，此以同性或異性的性傾向分類，作為婚姻自由/婚姻權享有與否的差別待遇時，應以嚴格、中度或寬鬆作為司法的審查標準。³³ 多數意見在此對於婚姻自由/婚姻權的限制、或是以性傾向作為婚姻自由/婚姻權享有與否的審查標準的「靜默」(silence)，引起不同意見的高度不滿。³⁴ 首席大法官 Roberts 引用過去 O'Conner 大法官在另外一個判決的協同意見書表示，性傾向的分類，僅須適用寬鬆審查標準，只要政府對同性或異性的區分是為了達到合理的公益，即可通過審查。³⁵ 不過，我認為，美國聯邦最高法院在 *Obergefell v. Hodges* 判決中的多數意見，之所以不討論審查標準，其實背後有重要的象徵意涵。多數意見應該是認為，透過對於憲法上婚姻自由/婚姻權的重新定義，使其不再限於男女異性間，則任何單純不允許同性間婚姻的法律，都完全站不住腳，也不需要再論以任何的審查標準。這樣的論理方式，其實是在更根本的立場上，捍衛了包括同性或異性性傾向者在內的所有人，其最根本的締結婚姻的自由/權利，值得所有法院予以參考。³⁶

³⁰ 美國聯邦憲法增補條款第 14 條第 1 項：「...No shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law....」。

³¹ 美國聯邦憲法增補條款第 14 條第 1 項：「...Nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws....」。

³² 參見 首席大法官 Roberts 的不同意見書。Obergefell et al. v. Hodges et al., 135 S.Ct. 2584, 2611-2626 (2015)(Roberts, J., dissenting).

³³ Obergefell et al. v. Hodges et al., 135 S.Ct. 2584, 2597-2605 (2015)(Majority, III).

³⁴ 首席大法官 Roberts 的不同意見書，前揭註 32。

³⁵ 其所引用的是 O'Conner 大法官在 *Lawrence v. Texas* 一案的意見。Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 585 (2003) (O'Conner, J., concurring).

³⁶ 這樣的方式，美國聯邦最高法院在 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) 判決中，也曾運

相較於美國聯邦最高法院對於婚姻自由/婚姻權限制的審查標準的「靜默」，美國各州法院的就有比較明白的表態。例如，麻州最高法院在 *Goodridge v. Department of Health* 判決中，就明白以嚴格標準來審查限制婚姻自由/婚姻權的立法。³⁷ 加州最高法院亦認為以性傾向作為是否享有婚姻自由此種基本自由權利的限制依據時，應採嚴格審查。³⁸

回到我國，司法院大法官在審查法令是否違憲，因所涉憲法上基本權利的性質或重要性，而提高審查標準者，雖然不多，但也不乏其例，包括職業自由、言論自由、隱私權、以及平等權³⁹等。在司法院釋字第 584 號解釋，針對立法對人民選擇職業應具備主觀條件的限制，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，司法院大法官就要求必須要有更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為之。⁴⁰ 在釋字第 577 號解釋，為保障言論自由，司法院大法官要求必須在重大公益目的所必要時，方得以立法對商品標示採取合理而適當的限制。⁴¹ 對言論自由的高度重視，也使大法官最近在釋字第 744 號解釋中，首次對言論自由的事情限制，採取最嚴格的審查標準，要求系爭規定必須是為了保護特別重要之公共利益目的，且事前審查方式的採行，與此一特別重要之公共利益之間，具備直接及絕對必要之關聯。⁴² 在司法院釋字第 603 號解釋，因為指紋等敏感性的個人資訊，涉及攸關人性尊嚴與個人主體性維護及人格發展完整的隱私權，司法院大法官即要求國家蒐集或錄存此類資訊時，必須有特定重大公益之目的，且蒐集等方法，必須與重大公益目的之達成，具有密切之必要性與關聯性。⁴³

用過。最高法院在認定禁止白人與黑人間通婚為違憲時，也沒有清楚表明其以何種標準來審查州法，用意也是在彰顯此一種族間通婚禁止的明顯違憲。

值得注意的是，在 *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 347, 387 (1977) 判決中，多數意見曾明白表示，儘管婚姻自由/婚姻權是聯邦憲法增補條款第 14 條實質正當程序保障的基本自由權利 (fundamental liberties)，並不表示所有涉及婚姻自由/婚姻權的限制，均須以嚴格標準來加以審查 (By reaffirming the fundamental character of the right to marry, we do not mean to suggest that every state regulation which relates in any way to the incidents of or prerequisites for marriage must be subjected to rigorous scrutiny. To the contrary, reasonable regulations that do not significantly interfere with decisions to enter into the marital relationship may legitimately be imposed.)

³⁷ *Goodridge v. Department of Health*, 400 Mass. 309; 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003)

(text accompanying with footnote 20).

³⁸ *In re Marriage Cases [Consolidated cases]*, 43 Cal. 4th 757; 183 P.3d 384 (Cal. 2008). (Majority, V. C)

³⁹ 涉及平等權限制而提高審查標準者，包括釋字第 666 號解釋、釋字第 626 號解釋、及釋字第 649 號解釋。詳見後述討論。

⁴⁰ 司法院釋字第 584 號解釋理由書參照。

⁴¹ 司法院釋字第 577 號解釋理由書參照。

⁴² 司法院釋字第 744 號解釋理由書第 4 段參照。

⁴³ 司法院釋字第 603 號解釋理由書參照。

如前所述，憲法所保障的婚姻自由/婚姻權，在於使一個人透過與另外一個人所組成的永久結合，共同實現兩個人在表意、親密及精神上的所有根本性的自由權利。⁴⁴ 從而，婚姻自由/婚姻權與個人人格發展及自主實現的重要內涵，也與表意自由、結社自由及隱私權密不可分。既然司法院大法官對隱私權及言論自由的限制，有提高審查標準的要求，對婚姻自由/婚姻權的限制，亦必須提高審查標準：限制婚姻自由/婚姻權的立法目的必須至少具有重大公益，且其手段必須與此一重大公益有實質關連。單純以同性性傾向作為限制其享有婚姻自由/婚姻權的理由，不論其所欲達到的重大公益是人類繁衍（異性性傾向的婚姻亦不見得會生養子女）、倫理道德（同性性傾向的婚姻，並不會對他們自身或任何其他人造成傷害(harm)，相反地還會帶來包括人格實現、照護、養育及維持社會安定等各種公益的實現）或宗教信仰（同性性傾向婚姻的承認，並未影響任何其他人自由信仰宗教的權利；且已有承認同性婚姻的各種宗教信仰），都不能認為與這些公益目的有實質關連。⁴⁵

綜上，系爭規定僅容許異性間的男性與女性結婚，而不容許同性間的男性與男性、女性與女性結婚，違反憲法第 22 條賦予具有平等人格尊嚴的主體為實現人格而享有婚姻自由/婚姻權保障的意旨，應屬違憲。

5. 憲法上婚姻自由/婚姻權的保障與系爭規定的解釋：回應爭點一

在這裡，必須討論本次言詞辯論的第一個爭點：系爭規定是否僅容許異性間的男性與女性結婚，而不容許同性間的男性與男性、女性與女性結婚？如前所述，此一問題與婚姻的定義緊密相關。

從字面文義的理解而言，「婚約，應由男女當事人自行訂定」，其婚約訂定主體確實可能包括男性與男性、女性與女性、以及男性與女性等三種情形的當事人所自行訂定的婚約。倘若憲法上對婚姻自由/婚姻權的定義，僅限於男女異性之間的婚姻，則對系爭規定所稱的「婚約」，自然不包括同性性傾向之間的婚約。但如上所述，憲法上對婚姻自由/婚姻權所指的婚姻內涵，應是「在二個具有平等人格尊嚴的主體之間，具有親密性及排他性的永久結合」，則系爭規定所指由男女當事人所自行訂定的婚約，自然會包括男性與男性、女性與女性、及男性與女

⁴⁴ The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality. (Majority, III) 135 S.Ct. 2584

⁴⁵ Obergefell et al. v. Hodges et al., 135 S.Ct. 2584, 2599-2600 (2015)(Majority, III). 其他國外判決參照 Goodridge v. Department of Health, 400 Mass. 309, 312, 341-42; 南非判決 Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005), at para 84; 歐洲人權法院判決 B.& L. v. UK. Req.no36536/02, décision du 13 septembre 2005. para 17. See also Robert Wintemute, Intervention for the public hearing on equal access to civil marriage for same-sex couples before the Constitutional Court of Colombia, July 30, 2015, available at <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Wintemute-Intervention-Colombia-July-2015.pdf>

性所訂定的婚約。這是法律解釋必須遵循憲法規範的必然結果。

換言之，在本件解釋，司法院大法官不見得必須宣告系爭規定違反憲法第 22 條所保障的婚姻自由/婚姻權，也可以透過清楚定義憲法上有關婚姻自由/婚姻權保障的「婚姻」內涵（亦即「婚姻」並非僅限在一男一女之間，而是二個具有平等人格尊嚴的主體間，具有親密性及排他性的永久結合），並以此對系爭規定作統一的解釋，使其包括異性及同性性傾向之間的婚姻。

這也是諸多國際人權公約將來必須面對的解釋方法。不管是〈公民與政治權利國際公約〉⁴⁶、歐洲人權公約或美洲人權公約，均規定：「男與女的結婚權利 (the right of men and women of marriageable age to marry)」⁴⁷。雖然目前這些公約仍將婚姻定義為傳統在一男一女之間的永久性結合，因此締約國並沒有義務必須立即承認同性性傾向之間的婚姻，但其也不至於因為採行這樣傳統的婚姻定義，就反過來認為那些承認同性婚姻的國家違反了婚姻權的保障。⁴⁸

6. 憲法上婚姻自由/婚姻權的保障與立法創設非婚姻的其他制度：回應爭點四

基於前述論理，對於本次言詞辯論的第四個爭點：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 22 條保障婚姻自由之意旨？其答案當然也跟憲法所保障婚姻自由/婚姻權所指之婚姻定義緊密相關，而依本文前述的討論，亦應予以否定。

如前所述，憲法上有關婚姻自由/婚姻權保障的「婚姻」，必須理解為在二個具有平等人格尊嚴的主體間，具有親密性及排他性的永久結合。在此理解之下，憲法所保障婚姻自由/婚姻權的婚姻，當然應包括異性及同性性傾向之間的婚姻。如系爭規定之婚約，繼續解釋為僅允許在異性之間締結，即使立法另外創設非婚姻的其他制度，仍無法避免其遭受違反憲法第 22 條保障婚姻自由/婚姻權的非難。

這也是何以在所有國家，只要是經由司法透過憲法上對婚姻自由/婚姻權的解釋，其結果必然是要求同性性傾向者亦必須享有與異性性傾向者相同的婚姻自由/婚姻權保障。⁴⁹ 所有其他替代性的伴侶制度，均是由立法者所創設，而這些替代性的伴侶制度，回過頭來還是必須受到憲法上保障平等婚姻自由與婚姻權的檢驗。因此也有不少國家，例如丹麥、紐西蘭，在創設同性伴侶制度十多年之後，

⁴⁶ 公民與政治權利國際公約第 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。(The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.)」

⁴⁷ 公政公約關於第 23 條婚姻自由/婚姻權的解釋，參見 MANFRED NOWAK, U.N. COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY 532-35 (2005).

⁴⁸ Nowak, *id.* at 527. Wintermute, *supra* note 45, at 2.

⁴⁹ Wintermute, *supra* note 45, at 7.

又再度立法直接承認同性婚姻。⁵⁰

二、平等權

我國憲法第 7 條規定：「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。」而本條所指之平等，並非「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，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區別對待。」⁵¹ 從而，司法院大法官在審查法規是否牴觸憲法第 7 條所保障平等權的要求時，其判斷應取決於該法規所以為差別待遇之目的是否為合憲的公共利益，而其所採取的分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度的合理關聯。⁵²

值得注意的是，我國釋憲實務雖然沒有如美國聯邦最高法院一樣，對平等權的審查發展出包括嚴格、中度或寬鬆的體系化審查標準，但在少數的解釋裡，司法院大法官亦曾對平等權的審查，提高了審查標準。例如，在釋字第 626 號解釋，中央警察大學的招生簡章以色盲為差別待遇之分類標準，使色盲之考生無從取得入學資格。有鑑於色盲非屬人力所得控制之生理缺陷，且此一差別對待涉及平等接受教育的機會，為憲法明文保障之事項，司法院大法官即要求：「系爭招生簡章之規定是否違反平等權之保障，應視其所欲達成之目的是否屬重要公共利益，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成是否具有實質關聯而定。」⁵³ 在釋字第 649 號解釋，司法院大法官以「視障非屬人力所得控制之生理狀態」，禁止非視障者從事按摩的規定，必須「所追求之目的為重要公共利益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。」⁵⁴ 在釋字第 666 號解釋，對於社會秩序維護法僅處罰意圖得利之一方、而不處罰支付對價之相對人的差別待遇，司法院大法官考量到性交易圖利之一方多為社會經濟弱勢的女性，認定系爭規定「以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯」，自與憲法第 7 條有違。⁵⁵ 從這裡可以看出，司法院大法官在審查涉及依「非屬人力所得控制的生理狀態」或「社會

⁵⁰ Wintermute, *supra* note 45, at 7. See also Pew Research Center, Gay marriage around the world, available at <http://www.pewforum.org/2015/06/26/gay-marriage-around-the-world-2013/> (last visited Mar. 19, 2017).

⁵¹ 司法院釋字第 485 號解釋理由書參照。

⁵² 司法院釋字第 485 號、第 682 號、第 694 號、第 696 號等解釋參照。

⁵³ 司法院釋字第 626 號解釋理由書參照。

⁵⁴ 司法院釋字第 649 號解釋理由書參照。

⁵⁵ 司法院釋字第 666 號解釋理由書參照。

經濟結構弱勢」⁵⁶的差別待遇時，即會提高平等權的審查標準。

本件系爭規定，在原來的解讀下，僅容許異性間的男性與女性結婚，而不容許同性間的男性與男性、女性與女性結婚，明顯是以性傾向的分類作為婚姻締結允許與否的差別待遇。而此一基於性傾向所為在婚姻自由/婚姻權保障上作差別待遇的審查，是否應提高審查標準？

同樣地，我們可以先參考外國釋憲實務。如前所述，美國聯邦最高法院在 2015 年 *Obergefell v. Hodges* 判決中，雖然清楚認定不允許同性性傾向間的婚姻，是違反聯邦憲法增補條款第 14 條所保障的實質正當程序（即婚姻自由/婚姻權）及平等權，但並未明白說明以性傾向分類作為婚姻自由/婚姻權享有與否的差別待遇，究應適用嚴格或寬鬆的審查標準。⁵⁷ 相較於聯邦最高法院對是否提高審查標準的不表態，美國其他各州最高法院對此一問題，倒是有統一而清楚的答案：提高審查標準。在 *Varnum et al. v. Brien* 一案，愛荷華州最高法院以中度 (intermediate) 審查標準來審查對同性婚姻的禁止。⁵⁸ 康州最高法院同樣以中度審查標準來處理此一問題。⁵⁹ 相對地，麻州及加州最高法院則均認為以性傾向作為是否享有婚姻自由此種基本自由權利的差別待遇時，應採嚴格審查。⁶⁰

基本上，這些法院之所以對以性傾向作為差別待遇的分類提高審查標準，主要是因為婚姻自由/婚姻權的根本重要性、以及同性性傾向者長期在歷史上所受到的結構性的惡意歧視。性傾向是根本而重要的人格特質，一個人的性傾向如果長期不受到他人認同，會對個人的自我認同會造成很大的傷害。同性性傾向者是結構性的少數，長期受到法律上的各種歧視，因此以同性性傾向作為分類標準，亦涉及婚姻自由/婚姻權如此重要的基本權利時，當然就必須提高審查標準。⁶¹

⁵⁶ 值得注意的是，過去司法院大法官並未因男女的性或性別的差別待遇，即提高審查標準（釋字第 365 號解釋參照）。釋字第 666 號解釋之所以要求差別待遇的標準必須與立法目的有實質關聯，其原因主要還是在意圖得利從事性交易者多為經濟結構弱勢的女性，是經濟與性別的雙重（或交叉）弱勢。

⁵⁷ *Obergefell et al. v. Hodges et al.*, 135 S.Ct. 2584, 2599-2600 (2015) (Majority, III).

⁵⁸ *Varnum et al. v. Brien*, in the Supreme Court of Iowa, 763 N.W.2d 862, (Iowa 2009). Majority, III. H. 在本案，法院認為以同性性傾向作為婚姻締結的差別待遇，已無法通過中度標準的審查，因此也無庸進一步討論是否需要提高到更嚴格的審查標準。

⁵⁹ *Kerrigan et al v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn.135, 957 A.2d 407, (Conn. 2008)

⁶⁰ *In re Marriage Cases [Consolidated cases]*, 43 Cal. 4th 757; 183 P.3d 384 (2008). (Majority, V. C); *Goodridge v. Department of Health*, 400 Mass. 309; 798 N.E.2d 941, (Mass. 2003) (text accompanying with footnote 20).

⁶¹ *Kerrigan et al v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407, (Conn. 2008); *In re Marriage Cases [Consolidated cases]*, 43 Cal. 4th 757; 183 P.3d 384., (2008) (Majority, V. C); *Goodridge v. Department of Health*, 400 Mass. 309; 798 N.E.2d 941, (Mass. 2003) (text accompanying with footnote 20).

回到我國，系爭規定以性傾向的分類作為婚姻締結允許與否的差別待遇，受其限制者主要為長期受社會結構性歧視的同性性傾向者，按照前述釋字第 666 號解釋的意旨，應審慎檢視其分類及差別待遇所欲達成之目的是否為重要公益，而所採分類及差別待遇之手段與目的之間，是否有實質關聯。

很顯然地，如同前述在婚姻自由/婚姻權限制審查的討論，單純以同性性傾向作為限制其享有婚姻自由/婚姻權差別待遇的分類，不論其所欲達到的重要公益是人類繁衍（異性性傾向的婚姻亦不見得會生養子女）、倫理道德（同性性傾向的婚姻，並不會對他們自身或任何其他他人造成傷害(harm)，相反地還會帶來包括人格實現、照護、養育及維持社會安定等各種公益的實現）或宗教信仰（同性性傾向婚姻的承認，並未影響任何其他他人自由信仰宗教的權利；且已有承認同性婚姻的各種宗教信仰），都不能認為與這些公益目的有實質關連。⁶²

從而，系爭規定單純以性傾向分類作為婚姻自由/婚姻權保障的差別待遇，已違憲法第 7 條保障人民平等權之意旨，應屬違憲。

在這裡還必須回應的是本次言詞辯論的爭點四：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 條保障平等權之意旨？其答案亦為否定。如前所述，不管有無同性伴侶的制度，系爭規定以性傾向分類作為婚姻自由/婚姻權享有與否的差別待遇，即無法通過憲法第 7 條平等權的審查。立法所創設的同性伴侶等替代制度，並不能使系爭規定免於受違憲的非難；而替代制度是否會進一步造成少數的同性性傾向者，持續地被多數的異性性傾向者所疏離、異化，使其結構性弱勢的地位更加艱困，亦須予以考量。

三、結論；婚姻自由/婚姻權與家庭權並不相同、司法應保障少數人的人權並促成民主社會對話

在結論之前，我還希望做一個提醒。我國憲法既未明文保障婚姻自由/婚姻權，亦未明文保障家庭權。⁶³ 過去的釋憲實務，司法院大法官往往將婚姻與家庭並列為社會形成與發展的基礎，受憲法制度性保障，但並未真正論述婚姻自由/

⁶² Obergefell et al. v. Hodges et al., 135 S.Ct. 2584, 2599-2600 (2015)(Majority, III). 其他判決如美國各州判決 Goodridge v. Department of Health, 400 Mass. 309, 341-42, (Mass. 2003); Kerrigan et al. v. Commissioner of Public Health, 289 Conn.135, 198-210, 244-46 (Conn. 2007); Varnum v. Brien, N.W.2d 862(Majority, IV I) (Iowa 2009)；加拿大判決 Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698, 709-19。See also Robert Wintemute, Intervention for the public hearing on equal access to civil marriage for same-sex couples before the Constitutional Court of Colombia, July 30, 2015, available at <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Wintemute-Intervention-Colombia-July-2015.pdf>

⁶³ 不過，不管是婚姻自由/婚姻權、或是家庭權，均為目前已內國法化的公政公約所明文保障。婚姻權的保障在公政公約的第 23 條，家庭權的保障則在公政公約的第 17 條及第 23 條。

婚姻權或家庭權的內涵與保障範圍。⁶⁴ 事實上，婚姻自由/婚姻權與家庭權的概念、內涵及保障範圍，均不相同；家庭並非均以婚姻為基礎、或從婚姻衍生而來。

家庭權的內涵與保障範圍，要比婚姻自由/婚姻權來得更加寬廣。例如，公政公約對於家庭就採取開放性的定義，依各國的傳統、文化及習俗而定。在 *Hopu and Bessert v. France* 一案中，人權事務委員會甚至接受了原住民族對於家庭的定義，可以包括祖先、甚至是埋藏祖先遺骨之處。⁶⁵ 本件系爭規定，僅涉及對同性性傾向者的婚姻自由/婚姻權的限制，不涉及家庭權的相關問題，司法院大法官在作成解釋時，應對兩者有所區分，以便留下將來在制度形成上更多的空間。

職司憲法解釋的司法院大法官，其最重要的任務，除了維護憲法作為最高規範的本旨，就是確保憲法對人民基本權利的保障，能夠予以落實。憲法上的基本權利，固然為所有人平等享有，但往往是處於社會結構弱勢的少數，最能深刻體會到基本權利平等享有的真正意義。

性傾向是根本而重要的人格特質，一個人的性傾向如果長期不受他人認同，會對個人的人格發展有很大的傷害。同性性傾向者，是這個社會的少數，長期處於結構性的弱勢，其平等享有婚姻自由/婚姻權的權利，不應該因為多數人的風俗文化、宗教立場、甚或歧視偏見，而受到剝奪或限制。

事實上，憲法對同性婚姻的承認，只是一個小小的開端。我們都很清楚，即使憲法及法律承認同性婚姻，究竟有多少同性性傾向者能勇敢走出來，克服周遭來自家人、朋友或同事的各式壓力及各種眼光，實現自己的權利，還有很長的一段路要走。

面對少數在確認自己權利的過程中，必須與多數人的各種立場、甚至是偏見相互拉扯時，釋憲者應該勇敢保障少數人的人權，藉由清楚劃定的權利內涵與範圍，協助少數與多數的對話及溝通。面對多數對同性婚姻的偏見、猜疑、甚至是恐懼，釋憲者應透過透明、充分及完整的憲法論述，釐清這些偏見、猜疑及恐懼。

民主(democracy)一詞，多次出現在美國聯邦最高法院在 2015 年 *Obergefell v. Hodges* 判決的不同意見中，認為同性婚姻的承認與否，涉及長久實現的社會慣習的根本性改變，應該交由充分的民主審議與論辯，由立法者、甚至是修憲者來決定。⁶⁶

然而，這樣的看法忽略了民主的審議與論辯，並非處於真空狀態，而是需要憲法規範的論述與支持。憲法解釋或裁判的作成，正可以提供這樣的功能。我國

⁶⁴ 釋字第 372 號、第 552 號、第 554 號、第 696 號、第 710 號及第 712 號解釋等參照。

⁶⁵ No. 549/1993. See also Nowak, *supra* note 47, at 394.

⁶⁶ 首席大法官 Roberts 的不同意見書。前揭註 32

司法院大法官曾透過諸如單純違憲宣告、定期失效、合憲性解釋等機制，來緩解多數與少數、民主與人權之間的衝突。⁶⁷ 這次同性婚姻的憲法解釋，又將再一次地考驗我國釋憲者的智慧與勇氣。

⁶⁷ 參見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著（2016），《憲法：權力分立》，三版，頁 94-125，臺北：學林出版。

如前所述，司法院大法官對於本案的決定，可以透過憲法解釋婚姻的定義，並以此解釋民法關於婚姻締結的主體（包括同性及異性性傾向之間），不一定要宣告民法違憲或要求立法。但當然，司法院大法官也可以認定民法相關規定違憲，透過單純違憲宣告、定期失效或要求定期立法等方式，來讓立法程序及民主討論，加入後續的討論。

南非憲法法院在同性婚姻判決要求定期立法的決定所做的違憲宣告方式，亦相當值得參考。參見張宏誠（2014），〈同性伴侶以司法途徑主張婚姻平等保障之可能性初探—南非憲法法院 Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another 一案判決之借鏡〉，《月旦法學》，第 224 期，頁 57-92。