

「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」鑑定意見書

陳愛娥，2017/03/21

依函附本件聲請解釋案「言詞辯論爭點提綱」，相關爭點包括：1. 民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定是否容許同性別之二人結婚？2. 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？3. 第一題答案如為否定，是否違反憲法第 7 條保障平等權之意旨？4. 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？

下文先探討現行民法與婚姻相關規定是否容許同性婚姻(壹)，至於前述第 2 至第 4 項議題，則擬於比較兩個代表性國家(美國與德國)與國際法制、裁判實務(貳至肆)後，依比較法所得啟發，並考量前此司法院大法官相關解釋，於結論(伍)部分提出個人意見。此一論述安排的主要考量有二：一則因同性婚姻法制應如何安排，可謂係自由民主國家近年的共通課題，最宜為比較法的參照；此外，藉由對具代表性國家之不同法制的檢視，較可確保考量觀點的開放多元。

壹、民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定是否容許同性別之二人結婚？

按現行民法親屬編第二章「婚姻」第一節「婚約」的第一個條文(第 972 條)明定，「婚約，應由男女當事人自行訂定」，此除顯示民法承認之婚姻為「自由婚姻」外，亦顯示其為「異性婚姻」；同法第 973 條規定：「男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約」，則係承前條，明定男女各自之最低訂定婚約年齡；同章第二節「結婚」的第一個條文(第 980 條)規定，「男未滿十八歲，女未滿十

六歲者，不得結婚」，本節雖未宣示「應由男女當事人」締結婚姻，而直接規定男女各自之最低結婚年齡，惟解釋上應無不同，蓋結婚既係延續婚約而來，自無再重申「應由男女當事人」締結婚姻之必要¹；民法第 982 條規定：「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」，固亦未明定須由異性「雙方當事人」為結婚登記，亦應為相同理解。據此，相同性別之二人尚無從依民法前揭規定締結婚姻。

貳、美國同性婚姻合法性要求之憲法裁判發展

關於近年否准締結同性婚姻之合憲性的探討，美國聯邦最高法院 2003 年間作成的 *Lawrence v. Texas* 案判決具有開創性的意義；陳荔彤教授明確指出，該案所認定者雖係德州處罰「同性間異常性交」的法律違憲，惟其論述理由實與否認同性締結婚姻之合憲性密切相關²。多數意見闡述：美國憲法保障婚姻、生育、避孕、家庭關係、養育與教育子女等個人的自主決定；本件牽涉個人最私密，並關乎人性尊嚴與自主的選擇，同性戀者追求此等目的時擁有之自主權與異性戀者相同；法院的職責在於為人民界定自由權利，而非將法院所採之道德法則加諸人民³。

聯邦最高法院 2013 年間作成的 *United States v. Windsor* 裁判，則直接處理同性婚姻的問題。本案涉及女同性配偶主張應享有如同異性配偶在繼承法制上的保障。案件事實：依美國遺產稅法，繼承配偶之遺產者得以免稅，繼承同性配偶遺產的 *Windsor* 卻被要求繳納聯邦遺產稅，雖然其與同性配偶在加拿大締結之婚姻

¹ 吳煜宗，同性婚姻合法化論辨正，月旦法學雜誌第 224 期，2014/1，頁 14 註 20。

² 陳荔彤，美國最高法院同性性行為除罪化與同性婚姻合法化的憲法發展，月旦法學雜誌第 104 期，2004/1，頁 204。類此：陳宜倩，性/性慾特質、隱私權與同志人權—評析 *Lawrence v. Texas* 一案判決，收錄於：焦興鎧編，美國最高法院重要判決之研究：2000-2003，2007/2，頁 152-153。

³ 引述自：陳荔彤，前揭文（見註 2），頁 213；陳宜倩，前揭文（見註 2），頁 164-165。

已為紐約州所承認，但因 1996 年國會制定的婚姻防衛法(Defense of Marriage Act, DOMA)第 3 條規定，任何聯邦法令所定婚姻須係一男一女的結合，且配偶限於異性，因此不能免除稅負。本件判決多數意見指出：規範婚姻的定義屬於州權；DOMA 對於州法承認的婚姻在聯邦層次予以否認，並且 DOMA 的立法背景與立法資料顯示，其立法目的即在於歧視同性婚姻，使其成為次等婚姻，其同時羞辱了同性伴侶及其撫養之子女；聯邦最高法院據此認定 DOMA 第 3 條缺乏正當目的，剝奪憲法所保障之個人自由，違反正當法律程序，並抵觸平等保障條款⁴。

惟應留意：United States v. Windsor 一案只適用於州法承認的合法婚姻，如州法未承認，依聯邦法亦不具有已婚身分；因此其並未解決禁止同性婚姻之州法是否抵觸聯邦憲法之問題，質言之，同性結婚是否屬聯邦憲法所保障之權利？禁止同性結婚是否違反聯邦憲法之正當法律程序與平等保護條款？此等疑義尚待釐清⁵。

聯邦最高法院 2015 年作出的 Obergefell v. Hodges 裁判認定，州法界定婚姻為一男一女之結合的規定違反聯邦憲法所定正當法律程序條款而違憲。多數意見指出，聯邦憲法第十四修正案之正當法律程序條款規定，州不得未經正當法律程序，剝奪任何人的生命、自由或財產，此一條款亦包含個人自由與尊嚴的保障；基於下述四項理由，憲法保障異性婚姻權利之原因亦適用於同性配偶：1. 個人的自治亦包含婚姻的私人選擇，2. 婚姻關係對虔誠的雙方而言具有特殊意義，婚姻權屬基本權利，3. 婚姻權源於對子女與家庭的保護，同性配偶亦能滿足此等要求，4. 婚姻為社會之基礎；拒絕賦予同性伴侶婚姻保障，等同拒絕其行使基本權利，即抵觸平等保障條款。提出不同意見的 4 位大法官的觀點亦值留意。

⁴ 賴英照，多元家庭的憲法爭議—美國篇，月旦法學雜誌第 242 期，2015/7，頁 67-69。並參見：張瑋心，從同性婚姻反思平等保護權，軍法專刊第 60 卷第 6 期，2014/12，頁 106-107。

⁵ 賴英照，前揭文(見註 4)，頁 69-70。

斯卡利亞大法官強調，憲法第十四修正案通過時，所有州都將婚姻主體限制在一男一女的結合，並強調應由立法機關決定婚姻的意涵；湯瑪斯大法官則強調，憲法第十四修正案所保障的自由，最廣泛的意涵亦僅及於不受政府行為拘束的自由；阿托利大法官則認為，社會廣泛認同的婚姻理解，主要聚焦於結婚的個人幸福，然而，傳統理解的婚姻則強調僅異性伴侶始能達成的功能—繁衍後代；最後，羅伯茲首席大法官則認為，多數意見並未遵守司法審慎、自制的要求，反之，其訴諸根據自身見解以重塑社會的欲望，並據此宣布過半數州之婚姻法無效，強制改變長久以來構成人類社會基礎的制度⁶。

綜合以觀，聯邦最高法院 *Obergefell v. Hodges* 裁判的多數意見主要是基於個人尊嚴與自主選擇權利的強調，認定個人關於婚姻的選擇亦屬個人自主的範圍，對此的限制與差別待遇，違反正當法律程序與平等保障⁷。美國法哲學家德沃金也強調，禁止同性行為、同性婚姻限制了個人的基本選擇，而且是為了保護某些良好生活的觀念，此等法律違背了倫理的獨立性⁸。美國公法學者桑思汀則將婚姻作為一種制度納入考量，惟其對制度的理解顯然與德國憲法學理不同，因此獲致的結論亦自然有別。桑思汀認為，結婚的權利可以類比於投票的權利，政府一旦建立相關制度，假使拒絕讓某些人享有此等權利，就會遭遇極大的挑戰。其認定，婚姻制度的特徵有二：一則是婚姻制度具公示的功能，有象徵性的正當性，一則是婚姻關係賦予的(經濟性與非經濟性的)實質利益，婚姻權賦予的是以婚姻為中心的整套利益。至於可享有婚姻此等權利的範圍，最低限度包括一男一女的結合，此種理解符合憲法解釋中訴諸傳統的解釋方法，亦即透過長時間的實踐尋

⁶ https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. 另參考朗超(杜克大學法學院 JD 博士生)、張天璞(紐約大學法學院 JD 博士生)等之翻譯：<http://blog.wtoutiao.com/p/436bIVS.html>：2017/03/20 造訪。

⁷ 同此意見：許育典，自我實現作為同性婚姻的憲法保障，台灣法學第 296 期，2016/5/28，頁 26-27。

⁸ 羅納德·德沃金(Ronald Dworkin)著，周望 徐宗立譯，刺蝟的正義(Justice For Hedgehogs)，2016，頁 402。

求權利的根源，據此理解，禁止同性婚姻是正當的；然而，據此劃定享有婚姻權的範圍，似乎失於武斷。就同性婚姻的議題而論，並無正當理由可以禁止同性婚姻，考量到對於性傾向的歧視，法院更須審慎檢視，有何理由可以否定同性婚姻；以保護婚姻制度為由不承認同性婚姻的主張不能成立，蓋擴大進入婚姻的權利範圍，不會威脅到傳統的婚姻⁹。

參、國際法對同性婚姻採取的開放立場

相對於美國聯邦最高法院明確的發展趨勢，國際法上對此議題顯然採取開放的態度。1950年11月4日的歐洲保護人權與基本自由公約第8條保障任何人享有，尊重其私人與家庭生活的請求權，第12條則賦予其進入婚姻與成立家庭的權利；聯合國人權宣言第14條亦有類似的規定。1966年12月19日聯合國公民與政治權利公約亦明定，與自己選擇之伴侶進入婚姻的自由¹⁰。歐洲基本權憲章第9條保障，依各國所定行使相關權利之法律，享有締結婚姻之權利；同憲章第7條則藉由賦予任何人以尊重其私人與家庭生活之權利，保障當事人對婚姻的安排自由。歐洲人權公約第12條與歐洲基本權憲章第9條相同，依各國法律所定，保障適婚年齡之男女締結婚姻之權利；同公約第8條亦明定與歐洲基本權憲章第7條相同之保障¹¹。Frank Schorkopf指出，歐洲基本權憲章第9條沿襲自歐洲人權公約第12條；後者遵循傳統觀念，將婚姻關係理解為男女異性之間持久性的結合，至於歐洲基本權憲章第9條的解釋，則考量個別成員國的發展，對同性穩定的生活團體賦予與婚姻(部分)相同的地位。無論如何，依基本權規定的明確文

⁹ 凱斯·桑思汀(Cass R. Sunstein)，堯嘉寧譯，剪裁異見(Conspiracy Theories and Other Dangerous Ideas)，2015/12，頁155-156，171。

¹⁰ Helmut Lecheler, § 133 Schutz von Ehe und Familie, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 2001, Rn. 2.

¹¹ Frauke Brosius-Gersdorf, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., 2013, Art. 6 Rn. 26; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., 2014, § 16 Rn. 42.

義，締結婚姻的權利仍應依各成員國的法秩序而為主張；歐洲人權法院 2011 年的裁判，在明確考量歐洲基本權憲章第 9 條規定下認定，締結婚姻並非絕對限於異性伴侶之間，是否同意同性婚姻，由成員國法制決定。然而，基於婚姻保障所為優惠待遇(之於同性伴侶則屬不利處遇)，在歐洲法的領域則仍屬需正當化之差別待遇¹²。

肆、德國法制強調婚姻之制度保障與生活伴侶法的關係

相對於美國聯邦最高法院就此議題之強調個人自由的保障，德國法制則認婚姻不僅對個人，同時對社會與國家具有一定的意義；因為婚姻對個人的意義與其超乎個人(transpersonal)對國家有益的任務，與此相應，憲法婚姻保障也具有不同的規制內涵，質言之，包含基本權、制度保障與原則性規範(Grundsatznorm)等不同層面¹³。在分別說明婚姻保障的不同層面前，應先嘗試界定婚姻的概念意涵。

婚姻指稱一種先於國家、獨立於國家秩序發展出來的，具有長久傳統的私人生活空間，雖然存在各種差異，但仍顯示一定的秩序結構。然而，為使婚姻受憲法保障，必須界定婚姻在憲法上的概念意涵，否則無從劃定受憲法保障之婚姻的保護範圍，惟有先界定憲法上的婚姻概念，始能據以審查相關法律規定的合憲性，亦方能賦予源自憲法婚姻保障的個人基本權(尤其是締結婚姻之自由)以制度上的基礎。在界定憲法意義上的婚姻時，不能僅取決於「當時有效之民法」的規定，因基於規範階層秩序，憲法概念原則上應獨立於一般法律規定而為解釋，另一方

¹² Frank Schorkopf, in: Dirk Ehlers (Hg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2014, § 16 Höchstpersönliche Rechte, Rn. 54.

¹³ Helmut Lecheler, a.a.O.(Fn. 10), Rn. 3; Christian von Coellen, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 6 Rn. 21. 關於基本法第 6 條第 1 項包含此三種意涵的中文文獻：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，2014/11，頁 89-90。

面也不能取決於，在法律規定中顯示出來的社會上的支配性見解。此外，對憲法婚姻概念的掌握亦不能僅取決於制憲當時的一般文義理解，蓋如是將導致制度的僵化；毋寧應以制憲當時的一般文義理解為探究保障意涵的出發點，並且將實際發生並已取得普遍共識的演變納入考量，在涉及「概念核心」(Begriffskern)部分時要求更加嚴格，主要的結構性原則甚至不容許藉演變加以變更。聯邦憲法法院裁判實務亦並非總是依循一般法律來解釋憲法上的婚姻概念。其毋寧強調，立法者的規定必須尊重「本質性的，界定婚姻制度的結構性原則」(“die wesentlichen, das Institut der Ehe bestimmenden Strukturprinzipien”)，因其仍須受憲法所包含之基本原則的拘束。因此，關鍵即在於：探究出已包含於憲法之內，足以限制立法規制空間的基本原則，質言之，甚至一般法律感情與法律意識亦不能碰觸之「制度的秩序核心」(Ordnungskern des Instituts)，此等基本原則之外的規定，則屬一般立法者的規制空間¹⁴。

依聯邦憲法法院的裁判見解，婚姻係：為形成取向於持久的生活團體，在國家的參與下，由一男一女基於自由合意的結合，於此，平等的當事人可以自由型塑其共同生活¹⁵。據此，構成憲法上婚姻概念的要素有五：婚姻係一種異性的結合、必須基於自由的合意、有國家的參與、取向於建立持久的生活團體、須由平等的當事人組成¹⁶。既然強調婚姻是一種異性的結合，同性的結合即非憲法婚姻概念所及；依 Helmut Lecheler 之見，此一要件的基礎在於自然法的傳統與民眾的法律意識¹⁷。Christian von Coellen 則認為自然法的論據難以證實，異性結合為

¹⁴ Helmut Lecheler, a.a.O.(Fn. 10), Rn. 6, 15-18; Christian von Coellen, a.a.O.(Fn. 13), Rn. 2-3; Friedhelm Hufen, a.a.O.(Fn. 11), § 16 Rn. 3.

¹⁵ BVerfGE 105, 313/345. 早期的裁判(BVerfGE10, 59/66; 29, 166/176)則將「為形成取向於持久之生活團體」的要件，界定為「為形成原則上不可解消的生活團體」。BVerfGE 105, 313ff.判決審查同性伴侶法是否抵觸基本法第 6 條第 1 項之規定，並得出否定的結論；相關論據可見：黃舒芃，前揭文(見註 13)，頁 91-92。

¹⁶ Frauke Brosius-Gersdorf, a.a.O.(Fn. 11), Rn. 49.

¹⁷ Helmut Lecheler, a.a.O.(Fn. 10), Rn. 19ff.

成立婚姻之強制性要素、婚姻應受特別保障的理由係因：由異性伴侶的結合潛在可能誕生後代(雖然個案中婚姻當事人可能決定不生育或不能生育)，此一特徵為同性伴侶結合所無；婚姻此種目的性(Finalität)將同性伴侶排除於婚姻之外，未將同性伴侶納入基本法第 6 條第 1 項所定婚姻保護之內，亦不構成違憲的歧視¹⁸。

在前述憲法婚姻概念的理解下，基本法第 6 條第 1 項所保障的基本權是一種對抗國家干預婚姻的防衛權，藉此當事人享有婚姻締結自由(Eheschließungsfreiheit)與婚姻生活安排的自由(Freiheit der Eheführung)；前者包含自由決定是否締結婚姻，自由且免於歧視疑慮地選擇婚姻對象的自由；後者則包含決定住所、夫妻財產的安排與事務分配的自由¹⁹。作為「制度保障」，基本法第 6 條第 1 項確保婚姻此一私法制度的存續，質言之，應確立相關法律規定之傳統核心的結構性原則；立法者應尊重此一秩序核心，立法者在秩序核心之外的立法型塑屬於立法裁量的範圍，個人的基本權不能對抗此等立法型塑²⁰。至於基本法第 6 條第 1 項規定作為客觀法規範性質的原則規範，則係對整體婚姻相關法領域有拘束力的價值決定，其主要課予國家保護、助長婚姻的義務；關於應採取如何的保護、助長措施，立法者享有廣泛的形成空間²¹。

德國在 2001 年引進的已登記生活伴侶(eingetragene Lebenspartnerschaft)使同性伴侶雖然在形式上未能締結婚姻，然而就實質而言，已廣泛享有類似的地位。聯邦憲法法院認為，此等建制並未牴觸基本法第 6 條第 1 項所定，婚姻應享有國家秩序之特殊保障的規定意旨。長久以來，生活伴侶無法援引婚姻相關的規定，

¹⁸ Christian von Coellen, a.a.O.(Fn. 13), Rn. 6.

¹⁹ Christian von Coellen, a.a.O.(Fn. 13), Rn. 22, 25, 30; Frauke Brosius-Gersdorf, a.a.O.(Fn. 11), Rn. 61, 66; Friedhelm Hufen, a.a.O.(Fn. 11), § 16 Rn. 5.

²⁰ Christian von Coellen, a.a.O.(Fn. 13), Rn. 31; Frauke Brosius-Gersdorf, a.a.O.(Fn. 11), Rn. 76.

²¹ Christian von Coellen, a.a.O.(Fn. 13), Rn. 34-35.

但立法者逐步消除婚姻與生活伴侶的差距²²。就此，聯邦憲法法院不僅加以認可(因為由婚姻特殊保障不能推導出「保持距離的命令」—*Abstandsgebot*)，在一些案例甚至要求立法者必須採取此等措施。雖然原則上仍容許立法者，相對於其他生活形式賦予婚姻一定的優惠，然而對生活伴侶較為不利的待遇，仍須依基本法第3條第1項(平等權規定)而為審查，並且因於此涉及基於性取向而為差別待遇，故須受平等權的嚴格審查；據此，假使對生活伴侶的不利待遇源自對婚姻的助長，並且依相關事實、規範目標而論，生活伴侶與婚姻實相類似，此等不利待遇即無法維持，僅僅訴諸基本法第6條第1項所定婚姻應享有國家秩序之特殊保障，尚不足以正當化此一差別待遇²³。就此，*Christian von Coellen* 持不同見解。其認為，對婚姻賦予特殊保障的主要理由不僅僅是：在取向於持久存續的生活團體之內，具法律拘束力的承擔責任，毋寧係前已述及之婚姻的目的性，此一要件為生活伴侶所未具備²⁴。

與 *Christian von Coellen* 的見解適相反對，*Frauke Brosius-Gersdorf* 主張，婚姻的制度性保障究竟涉及何等結構性要素具有爭議。依支配性見解，其包含前述五項婚姻的概念要素。*Frauke Brosius-Gersdorf* 則主張其僅包含下述要素：必須基於婚姻伴侶的自由決定、須依一定方式締結、須為取向於相互支持與負責，且係植基於婚姻伴侶之平等權利與自由安排的生活團體²⁵。與本件爭議密切相關者

²² *Christian von Coellen*, a.a.O.(Fn. 13), Rn. 48-49.

²³ BVerfGE 124, 199/217ff.; 126, 400/420.

²⁴ *Christian von Coellen*, a.a.O.(Fn. 13), Rn. 50. 任秀妍律師採取類似的見解。其主張，婚姻在人類社會形成一種制度，係因人類期待由此組成家庭並繁衍後代，此僅異性婚姻可以達成，而屬不容恣意改變的定義核心；雖有異性配偶不能或不願生育等例外情況，但其並非原本婚姻制度考量所及；任秀妍，法律可以違反自然及公序良俗嗎？—反對伴侶盟有關婚姻平權、伴侶法、多元成家等法案之理由，全國律師 2014 年 1 月號，頁 19。

²⁵ *Frauke Brosius-Gersdorf*, a.a.O.(Fn. 11), Rn. 50, 77. 黃舒芃教授大抵採此見解。其主張，應從期待婚姻發揮的社會功能，而非由婚姻制度在歷史法展上的經典圖像出發，以界定婚姻制度之核心內涵；其並認婚姻之社會功能在於建立婚姻配偶之間更緊密的相互責任關係，不容許立法變更之制度核心內涵即應係維護此種緊密責任關係所必要之結構性原則，婚姻配偶是否為異性並不重要；黃舒芃，前揭文(見註 13)，頁 109-111。

應係：取向於相互支持與負責之生活團體此一要素。Frauke Brosius-Gersdorf 認為，婚姻受憲法特殊保障的核心在於，其足以實現相互支持與負責之功能，並因此減輕國家的負擔；並據此主張，同性伴侶既亦能滿足此等功能，即不應將男女的結合認係婚姻制度的核心要素²⁶。Friedhelm Hufen 則一方面指出，有鑒於歐洲反歧視指令(Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG)與歐洲法院的裁判，已登記之同性伴侶在所有法律領域(公務員法、社會法、繼承法、稅法，乃至收養法制)幾乎均取得與婚姻相同的法律地位，其主要的動機即在於強調持久性責任團體內的相互支持。然而，藉由「持久性責任團體」此一要素又如何區別於共同生活的兄弟姊妹、朋友、祖孫？此外，歐洲法院與德國憲法法院的裁判見解固然取向於平等對待婚姻與已登記之同性伴侶，惟並未將婚姻制度擴及於同性伴侶，因此亦未要求將已登記之同性伴侶納入基本法第 6 條第 1 項之保護範圍²⁷。

伍、結論

比較前述美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院的論述模式，可知二者最大的差異在於：前者主要以個人的婚姻自由(或權利)為考量之出發點，後者則強調婚姻制度本身的維護。桑思汀教授雖亦論及婚姻制度，惟將其理解為：國家以婚姻為中心而賦予個人之整套利益，其著眼點仍係個人權利的維護，而非婚姻制度本身的保障。吳煜宗教授正確地指出，縱使援引我國憲法第 22 條作為婚姻制度與自由的保障基礎，仍須探討此一權利的屬性。倘認其僅屬個人權利，則否准同性婚姻，即因係基於性傾向所為之權利限制與(相較於異性配偶之)差別待遇，自難通過嚴格的比例原則與平等原則之檢驗²⁸；然而，婚姻實屬人類社會形成之制度，並非自始即屬國家法律規範的結果，且其並非僅對個人，亦對社會與國家具

²⁶ Frauke Brosius-Gersdorf, a.a.O.(Fn. 11), Rn. 78, 81.

²⁷ Friedhelm Hufen, a.a.O.(Fn. 11), § 16 Rn. 45.

²⁸ 採此立場：廖元豪，同性婚姻受憲法保障嗎？，法學教室第 70 期，2008/8，頁 8。

有一定的意義，因此探討同性婚姻的課題，實不應全然忽略婚姻之制度保障的面向。相對於此，倘將婚姻自由的保障限縮在傳統的制度理解之下，則不免受制於既有的倫理評價，而有桎梏或僵化婚姻自由保障之虞；因此應確保婚姻制度內涵在當代多元價值體系下持續演進的空間，在民主憲政國家，此等制度演進之任務應由國會負責²⁹，似不宜率爾由違憲審查機關，憑藉違憲審查權限終局性地變更婚姻制度的核心內涵。綜上考量，本人認為，民法立法者將「婚姻」界定為「異性婚姻」，因此相同性別之二人無從依民法前揭規定締結婚姻，並未牴觸婚姻制度的核心內涵，亦未違反憲法第 22 條保障婚姻自由與憲法第 7 條平等保障之意旨。稽諸司法院大法官歷來解釋，前揭論據與結論，亦有其依據：

司法院大法官相關解釋(釋字第 242 號、第 362 號、第 554 號、第 712 號解釋)雖承認憲法第 22 條保障人民締結婚姻之自由，惟細繹其內涵，顯示相關解釋似更強調憲法對一夫一妻之婚姻制度保障。例如釋字第 242 號解釋文指出，「民法親屬編，其第九百八十五條規定：『有配偶者，不得重婚』；第九百九十二條規定：『結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷』，乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無牴觸」；釋字第 362 號解釋文表示：「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」；釋字第 554 號解釋文強調：「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」；最後，釋字第 712 號解釋理由書則表明：「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(本院釋字第六八九號解釋參照)。

²⁹ 吳煜宗，前揭文(見註 1)，頁 8-10、12、17。

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)」。

此外，釋字第 365 號解釋理由書表示：「『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」，釋字第 552 號解釋理由書指出：「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」，似均隱含以一男一女之婚姻制度為前提，於此制度框架內探討男女平等之落實，後者更明確表示：婚姻自由「應受一夫一妻婚姻制度之限制」。下述釋字第 696 號解釋理由書更顯示，為落實憲法保障婚姻制度之意旨，相關差別待遇應受較為嚴格之審查：「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，故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則」。

對本件聲請解釋案尤具啟發意義者應係釋字第 647 號解釋；其一方面承認立法機關為保障一夫一妻之婚姻制度應享有的形成空間，另一方面則指示，對於與婚姻關係中之配偶具相似性之伴侶，應「本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，

分別情形給予適度之法律保障」。該號解釋理由書指出：「查系爭規定就配偶間財產權之移轉免徵贈與稅，係立法者考量夫妻共同生活，在共同家計下彼此財產難以清楚劃分等現實情況，基於對婚姻制度之保護所訂定，目的洵屬正當。復查有配偶之人於婚姻關係外與第三人之結合，即使主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有長期共同生活與共同家計之事實，但既已違背一夫一妻之婚姻制度，甚或影響配偶之經濟利益，則系爭規定之差別待遇，自非立法者之恣意，因與維護婚姻制度目的之達成有合理關聯，故與憲法第七條之平等權保障並無抵觸」，「至於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，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。惟查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。基此，系爭規定固僅就具法律上婚姻關係之配偶，其相互間之贈與免徵贈與稅，惟係為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與平等原則有違。至鑒於上開伴侶與具法律上婚姻關係之配偶間之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障」。

對於「與具法律上婚姻關係之配偶具相似性」的同性伴侶應如何賦予平等保障，德國在 2001 年制定生活伴侶法賦予同性伴侶類似婚姻之保障，不失為一種可以參考之選項。考量到近年通過同性婚姻法制的國家亦多先採行同性伴侶登記制度經一段時間後，始通過同性婚姻法案³⁰，採取此等保障方式，徵諸德國生活伴侶法之法制經驗，似亦為落實憲法第 7 條平等保障之可行手段，應不生違反平

³⁰ 林永頌、施淑貞，是性別平權？還是瓦解婚姻家庭制度？—檢視多元成家三法案，全國律師 2014 年 1 月號，頁 14。

等保障之疑義，亦難認其違反憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨，蓋迄今穩定的釋憲實務所理解之婚姻仍為一夫一妻之異性婚姻制度。