

# 民法親屬編規定「使同性別二人間不能 成立法律上婚姻關係」違憲疑義解釋案

## 鑑定意見書

劉宏恩<sup>1</sup>

民國 106 年 3 月 24 日

### 目次

- 壹、現行民法確實不許「同性別二人結婚」
- 貳、本案爭點之性質：國家介入人民私生活領域
- 參、本案婚姻自由之限制及其是否合憲
  - 一、婚姻自由是以憲法第 22 條為保障依據
  - 二、傳統習俗與婚姻自由保障、制度性保障
  - 三、現行民法限制同性婚姻無正當理由與必要性
- 肆、對同性性傾向民眾之差別待遇是否違反平等原則
  - 一、「生理性別」(sex) 與「性傾向」(sexual orientation)
  - 二、差別待遇是否合憲
- 伍、立法創設「民事伴侶法」之問題
  - 一、「民事伴侶法」之類型及疑問
  - 二、小結

---

<sup>1</sup> 國立政治大學法學院副教授，美國史丹福大學法律科學博士，國立台灣大學法律學碩士暨心理系・法律系雙學位。

## 壹、現行民法確實不許「同性別二人結婚」

我國民法第 980 條至 997 條關於結婚之形式要件與實質要件之規定中，雖然並未明文規定結婚必須由一男一女為之，但是從民法第 1000 條以下關於婚姻之普通效力及夫妻財產制開始，皆以「夫」與「妻」稱配偶關係中之相對二人。而自第 1059 條以下關於婚生子女之規定，亦皆以「父」與「母」稱雙親之相對二人。而且查考民國 19 年之前國民政府於南京草擬制定民法親屬編條文時之立法記錄，未能發現任何關於婚姻可由男女二人相互締結以外的可能性的討論<sup>2</sup>，基於文義解釋、體系解釋與歷史解釋方法，似難以解釋現行民法可容許「同性別二人結婚」。

尤其，民法第 972 條「婚約，應由男女當事人自行訂定」之規定，更清楚表明「男女」當事人的要求。由於我國民法上之婚約為不要式不要物之諾成契約，只要當事人雙方欲與對方未來結婚之意思表示互相一致即可成立生效，因此，實質上造成任何「結婚」都必定會先經過「婚約」過程的結果，且無論是在民國 96 年修正民法第 982 條之前所採取的儀式婚主義下，還是在修法後的登記婚主義下，都是如此。先以儀式婚時代的結婚為例：任何結婚當事人開始進行公開儀式之前，必定先有互相願意結婚的意思表示合致（婚約），才有可能開始籌劃與舉行公開儀式。又以現行法要求結婚必須經戶籍登記始能成立生效的規定為例：任何結婚當事人必定雙方先有願意結婚的意思表示合致（婚約），才有可能開始在戶政事務所櫃台的登記作業。在任何結婚實際上都必須經過婚約階段，而民法第 972 條又明文規定婚約必須要「男女當事人」自行訂定的情況下，文義及體系上實在難以做出現行民法容許同性別二人結婚的解釋。

## 貳、本案爭點之性質：國家介入人民私生活領域

本案關係機關法務部研析意見「二」之（四）表示：本案所涉爭點乃「婚姻上之私法自治」，立法機關自有充分之形成自由。本人對此有明確不同鑑定意見。事實上民法親屬編相較於民法債編等財產法規定，屬於「強行規定」之比例明顯較高，私法自治程度較低，國家公權力透過立法介入人民私生活領域的條文俯拾皆是。舉例而言，現行民法第 982 條規定結婚必須向戶政機關為結婚登記，否則不獲國家承認而無法成立生效；民法第 983 條除了禁止直系親屬間相互結婚，甚至遠至旁系血親六親等的表兄弟姐妹或堂兄弟姐妹亦禁止結婚——在世界各主要國家當中，針對旁系血親，德國僅禁止兄弟姐妹（二等親）結婚，中華人民共和國、日本及美國多數州僅禁止至三等親<sup>3</sup>，我國立法權以強行規定限制人民選擇

<sup>2</sup> 可參考黃源盛，晚清民國民法史料輯注第二冊，2014 年；謝振民、張知本，中華民國立法史，1948 年；司法行政部民法研究修正委員會，中華民國民法制定史料彙編，1976 年。

<sup>3</sup> 可參考德國民法第 1307 條；中華人民共和國婚姻法第 7 條；日本民法第 734 條。關於美國各州相關法律的綜合性討論，可參考 MARTIN OTTENHEIMER, FORBIDDEN RELATIVES: THE AMERICAN MYTH OF COUSIN MARRIAGE (1996)。

結婚對象自由的程度，在世界上名列前茅。除此之外，收養者必須長於被收養者二十歲以上（第 1073 條）、禁止直系親屬或輩分不相當親屬間收養（第 1073 條之 1）、禁止已婚者單獨收養（第 1074 條）、收養必須經法院認可（第 1079 條）……等眾多規定，都是國家公權力透過法律強行規定，去限縮人民於家庭及親屬關係的私法自治空間、使人民不得任意行使其身分契約自由的明顯例子。

其實，民法親屬編上述「人民之私法自治經常受到國家公權力（立法權）限制」的特色，正是歷年來有眾多大法官解釋都是針對民法親屬編之條文做違憲審查的原因，例如釋字 242 號、362 號、365 號、452 號、502 號、552 號、587 號……等，釋字 712 號則是針對民法親屬編收養規定之特別法的解釋。在人民之私法自治空間因國家立法之強行規定介入而限縮的情況下，法務部研析意見卻反而稱本案所涉爭點為婚姻法上之私法自治，立法機關有形成自由云云，實令人難以理解。本鑑定意見認為：本案爭點之性質應與民法第 983 條類似，同樣屬於國家立法限制人民選擇結婚對象自由之性質，只是第 983 條是以明文列舉的方式做禁止，但是關於「同性別結婚」卻是以法條不予規定因此不被納入現行法的方式做排除。立法技術上雖有不同，但實際上同樣都有限制部分人民之部分婚姻自由的問題需要討論<sup>4</sup>。以下進一步討論之。

## 參、本案婚姻自由之限制及其是否合憲

### 一、婚姻自由是以憲法第 22 條為保障依據

司法院大法官解釋過去曾多次明示：婚姻自由係以憲法第 22 條概括性基本權利的保障為依據。例如釋字第 362 號解釋理由書表示「適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第 22 條規定，應受保障」。大法官並曾於釋字第 554 號及 696 號等解釋書中多次強調「人格自由」為婚姻制度之基礎，釋字第 554 號解釋理由書中並說明：「婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎」。此外，釋字第 712 號解釋理由書於說明憲法保障婚姻與家庭之旨時，開宗明義先強調「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」。解釋上，所謂的婚姻自由，應該至少包括是否結婚、與誰結婚、何時結婚、婚後維持共同生活與相互扶養，甚至包括解消婚姻（離婚）之自由。雖然本案聲請人認為：大法官既已明示婚姻自由乃憲法第 22 條保障之自由，接下來應可進入下一階段「法律對婚姻自由之限制是否目的正當，手段必要」之討論，但是本案法務部研析意見及部分論者卻仍然認為：「同性別婚姻」是否

<sup>4</sup> 雖然民法第 983 條禁止結婚之親屬範圍之規定並非本案爭點，但是在國際上已有許多相關的違憲審查案例，例如韓國憲法法院於 1997 年做出關於「禁止同性別結婚」的民法條款為違憲的判決，可參考 The Korean Constitutional Court, The First Ten Years of the Constitutional Court of Korea 242 (2001).

能被涵蓋在此處「婚姻自由」之保障範圍內，仍有疑義。其論點可能在於：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」，因此能受到本條保障者，必須以「不妨害社會秩序公共利益」為前提條件。「同性別婚姻」因為違反公序良俗、且其無法生育後代對社會公益不利，所以不具備該前提條件，無法受到憲法第 22 條之保障<sup>5</sup>。

本鑑定意見認為：上述解釋方法可能同時有方法上與事實上的錯誤。姑且不論同性婚姻對社會公益未必不利<sup>6</sup>，在解釋方法上，首先，國家立法介入人民生活原本就通常是以防止妨害社會秩序或公共利益為其理由，此時，原本應該是此種國家立法需要通過憲法上的檢驗來確認其是否必要，但是上述解釋方法卻形同讓此種立法取得廣泛的通行證，只要前提具備就可無須討論其必要性（做比例原則判斷），直接承認其合憲性，極不利於人民權利之保護。而且，在邏輯上，「婚姻自由是第 22 條之基本權利，但是某些人（或某些種類）婚姻的自由不是第 22 條之基本權利」的說法，簡直跟「白馬非馬」的詭辯極為類似。

此外，即使我們姑且同意第 22 條概括基本權利之保障是以「不妨害社會秩序公共利益」為前提，這裡的「社會秩序」也不應該等於傳統習俗，而應該是合乎憲法價值之秩序——就連民法上所稱的「公序良俗」都不能跟傳統習俗劃上等號，而是還必須依據憲法價值秩序做判斷，更何況是憲法上面所稱的「公共秩序」呢<sup>7</sup>？關於傳統習俗與婚姻自由保障間的關係，請見以下一節討論。

## 二、傳統習俗與婚姻自由保障、制度性保障

在本案相關的各界討論中，經常出現「同性婚姻違反傳統」、「婚姻制度乃先於法律典章而存在，不能被法律修改」的類似意見<sup>8</sup>。這樣的討論經常與大法官解釋過去多次提及的「婚姻與家庭受憲法制度性保障」（釋字第 554 號參照）共同出現。究竟傳統習俗與婚姻的制度性保障、婚姻自由保障之間的關係為何，需要進一步分析。

經查考立法史料及法制史文獻後，本鑑定意見發現：我國民法親屬編從民國 20 年施行的一開始，就有諸多違反傳統習俗之規定。例如：當時民間習俗仍容許複數配偶（一夫一妻有妾），但我國民法採一夫一妻制；傳統習俗及民國前舊法規定，男女結婚不能自己作主，而是必須由祖父母、父母作主，但我國民法規定婚約必須當事人自行訂定，他人不得代理（見民法第 972 條）；而關於離婚，傳統習俗及民國前舊法規定：夫可以單方要求離婚，妻不行，但我國民法施行後夫妻雙方皆得請求離婚（見民法第 1052 條）。又例如傳統習俗與民國前舊法使女兒不能繼承父母遺產，民法施行後卻不分兒子女兒都可平等繼承。此外，「將男

<sup>5</sup> 相關意見可參考：模憲字第 2 號判決，台灣法學雜誌，253 期，2014 年 8 月，頁 91-105。

<sup>6</sup> 以生育後代為例，無論是否承認同性之婚姻，其實同性伴侶原本就不會生育後代，這一點與其可否合法結婚無關。

<sup>7</sup> 可參考王澤鑑，民法學說與判例研究（七），2002 年，頁 36-55。

<sup>8</sup> 模憲字第 2 號判決，台灣法學雜誌，253 期，2014 年 8 月，頁 143-145。

抱女（童養媳）」、「將女抱男」之民間舊習俗也都與施行後之民法頻生齟齬。<sup>9</sup>

不僅如此，即使是民法中與傳統習俗相符合的許多條文，也在民法施行若干年後，被大法官宣告違憲而修法，或是因為民間婦女團體推動而修法，傳統習俗經常面臨挑戰而被法律取代。例如：屬於傳統習俗「妻從夫」的妻以夫之住所為住所的民法第 1002 條，於民國 87 年被釋字 452 號解釋宣告為違憲；符合傳統習俗的父權優於母權之民法第 1089 條規定，於民國 83 年被釋字第 365 號解釋宣告為違憲；符合古老傳統的妻子從夫姓的民法第 1000 條，於民國 87 年修正為夫妻各保有其本姓；符合古老傳統的子女從父姓的民法第 1059 條規定，於民國 98 年修正為子女可從父姓亦可從母姓；符合古老傳統的結婚必須舉行公開儀式的民法第 982 條要求，於民國 96 年修改為僅須至戶政事務所辦理登記，毋需任何公開儀式。

從以上法律變遷與大法官釋憲過往的事實來看，所謂「婚姻與家庭受憲法制度性保障」顯然並不意味「傳統習俗不能被法律修改」，而婚姻自由的保障範圍也並非以符合傳統習俗為前提條件，傳統習俗其實是不斷演變或是被改變的。至於大法官解釋多次提及之「制度性保障」，不應理解為對於既有社會現況（*status quo*）的繼續沿襲而不能以法律改變，既然大法官已清楚揭示婚姻自由的保障是以人格自由為基礎，以實現人格發展並與配偶永久共同生活，彼此緊密結合且於精神上、物質上相互扶持依賴為目的，那麼，所謂的「制度性保障」應該是憲法達成保障人民前述婚姻自由的一種手段，重點仍然應該是「人民」的基本權利，而不應該是那個「制度」本身，更不應該是所謂的傳統習俗。

還必須指出的是：雖然大法官過往解釋曾多次提到「一夫一妻婚姻制度」，但其中多次是在處理「例外可同意一夫多妻或一妻多夫」的脈絡下提出（釋字第 242 號、362 號、552 號），而且所有提到此一說法的案件，全部都是在聲請人與利害關係人為不同性別配偶的脈絡下所提出，大法官並未有機會審酌考量同性別配偶存在的可能性。由於大法官審理案件亦難以為訴外裁判或聲請外解釋，因此，上述關於「一夫一妻」的敘述宜僅放在各該案件之脈絡中理解，不宜理解為大法官已經確定見解，認為婚姻自由僅能保障一夫一妻之不同性別婚姻。

### 三、現行民法限制同性婚姻無正當理由與必要性

承上，憲法第 22 條保障人民之婚姻自由，但同性性傾向之民眾卻無法基於其性取向相互結婚，難以藉由法律上關於夫妻財產、社會福利、賦稅、繼承、醫療.....等規定之適用，達成其與配偶永久共同生活，彼此緊密結合且於精神上、物質上相互扶持依賴，來實現其人格發展的可能性。「傳統向來就是這樣」難以作為限制其婚姻自由之正當目的，亦無證據可證明允許同性婚姻將有害何種公共利益，此種限制並無法憲法第 23 條所要求之必要性。應屬違憲。

<sup>9</sup> 可參考陳惠馨，傳統個人、家庭、婚姻與國家，2006 年，頁 75-105。

## 肆、對同性性傾向民眾之差別待遇是否違反平等原則

### 一、「生理性別」(sex) 與「性傾向」(sexual orientation)

我國憲法之「平等原則」規定於第 7 條：「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」。此外，憲法增修條文第 10 條第 6 項規定「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」。此處所稱之「男女」、「性別」、「兩性」平等，究竟僅係指「生理性別」(sex) 亦或包含「性傾向」(sexual orientation) 或「社會性別」(gender)？這將為本案審理可能面對的議題之一。

若是從目的解釋的角度來看，我們應該問：為什麼憲法上述條文要特別以男女、性別為適用平等原則時的可疑分類？從歷史上來看，女性在法律上及社會生活上，曾經長期被處於相對男性不利的地位，甚至必須在財產上、權力地位上從屬或附屬於男性。而過往長期的歷史上弱勢地位，往往已形成根深蒂固的社會刻板印象與刻板角色，即使在今日女性教育程度普及、就業能力普及的今天，卻仍然持續影響我們的社會生活與女性可能的發展<sup>10</sup>。少數性傾向、例如同性性傾向的群體，在過往歷史上亦有與女性類似（甚且可能更糟）的弱勢地位，經常遭遇集體的貶抑、污辱甚至傷害，不但在國外有德國納粹期間迫害同性戀者的事例，在台灣也有警方曾長期濫用違警罰法、以妨害風俗為名騷擾逮捕同性戀者的過去<sup>11</sup>。若是從其歷史上跟婦女同樣屬於「弱勢之結構性地位」(釋字第 649 號參照)，且至今同樣深受刻板印象與負面偏見的影響來看，基於目的解釋，應將憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項所稱之「性別」，包含「性傾向」在內。又若從比較法觀點來看，大陸法系與英美法系具代表性的德國、美國、英國等國，法院判決及立法上也都是把平等原則的適用及於「性傾向」，而不再只是「生理性別」<sup>12</sup>。

### 二、差別待遇是否合憲

本案牽涉對於歷史上長期處於弱勢與被歧視地位之群體，系爭法律使其無法如同主流異性戀民眾般選擇與自己同樣性傾向之結婚對象，顯已構成差別待遇。此差別待遇除了「婚姻之傳統如此」、「婚姻本來就是這樣」的空泛理由之外，在開放同性婚姻並無證據顯示將傷害社會公益的情形下<sup>13</sup>，並無合憲之重要目的存

<sup>10</sup> 李立如，婚姻家庭與性別平等——親屬法變遷的觀察與反思，政大法學評論，95 期，2007 年 2 月，頁 175-219。

<sup>11</sup> 可參考吳瑞元，孽子的印記—臺灣近代男性「同性戀」的浮現(1970—1990)，中央大學歷史研究所碩士論文，1998 年 1 月。

<sup>12</sup> 關於德國，可參考黃舒芃，隔離但不平等？——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，16 期，2014 年 11 月，頁 85-118；關於美國，可參考 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_ (2015)；關於英國，可參考其 Equality Act 2010。

<sup>13</sup> 可參考張宜君教授：同婚之後會怎樣？國際統計分析，2016 年 12 月 7 日，<https://twstreetcorner.org/2016/12/07/yi-chun-chang/>。

在，因此也毋需再討論其所採差別待遇與目的之達成間有無實質關聯。系爭法律之差別待遇違反平等原則。

## 伍、立法創設「民事伴侶法」之問題

### 一、「民事伴侶法」之類型及疑問

要討論「民事伴侶法」是否可能滿足同性性傾向民眾於現行民法下，無法藉由婚姻而實現之人格自由、伴侶間緊密共同生活關係及財產、社會福利、醫療……等權利，首先必須釐清我們所指涉的「民事伴侶法」是屬於哪一種類型及其效力。在國際立法例上，主要有兩種類型：

#### (一) 效力及權利義務較婚姻薄弱，但不論同性伴侶或異性伴侶皆可選用之制度

這種立法例可以法國 1999 年「民事伴侶結合法」(Pacte civil de solidarité, 簡稱 PACS) 為代表。這種「民事伴侶法」並非專為同性伴侶而設，而是作為婚姻之外，讓希望經營共同生活的伴侶可以採取的另外一種家庭形態。選擇登記為此種民事伴侶，只享有一部分婚姻配偶間的權利義務，例如類似婚姻配偶的稅賦優惠及社會保險，但是並無當然繼承對方遺產的權利，亦不得共同收養子女，不過，其解消也因此較婚姻之解消簡便，可由其中一方單獨向法院請求終止<sup>14</sup>。

若是採取此種類型之「民事伴侶法」，在本案中顯然無法滿足聲請人希望享有的因婚姻而實現之人格自由、伴侶間緊密共同生活關係及財產、社會福利、醫療……等權利，仍然侵害其婚姻自由並違反平等原則。

#### (二) 效力及權利義務幾乎與婚姻相同，但僅限於同性伴侶始可選用之制度

包括德國及英國皆採取此類型之立法例。此種伴侶法是針對同性性傾向之民眾而設計，也只有同性性傾向的民眾可以選擇適用。適用此制度之同性伴侶，絕大部分權利義務皆與一般婚姻配偶相同，但是在德國，仍然禁止同性伴侶共同收養子女，在英國則沒有予以限制<sup>15</sup>。此種類型雖然在權利義務上可以大部分滿足同性伴侶比照婚姻配偶享有，但是在說理上，究竟為什麼權利義務幾乎都可以與婚姻相同，就是不願意將之納入婚姻制度「內」，而是要讓同性性傾向者一定要在婚姻制度「外」另起爐灶？這種將同性伴侶與婚姻配偶刻意區別於兩種制度中做分別對待的作法，即使當事人在權利義務上大致相同，但明顯與美國黑白種族隔離時期「隔離但平等」(separate but equal) 的作法極為類似，其背後仍有「我們的婚姻是傳統甚至是正統，但你們不是——你們不可以是」的意涵。本鑑定意見仍然認為其並無正當目的，並無必要，且不知採取這種手段究竟是要與何種合憲目的可以有實質關聯。「繼續維持主流大眾才可以締結的婚姻才是屬於傳統／

<sup>14</sup> 可參考法務部委託，同性伴侶法制實施之社會影響與立法建議成果報告書，清華大學科技法律研究所，2017 年 1 月，頁 37。

<sup>15</sup> 同前註，頁 45-75。

正統」的情感（或甚至是優越感），這一點應難以構成合憲目的，而爲了此一目的卻讓同性性傾向者承受「只能使用非正統非主流的制度」，不可以與所謂的主流正統民眾平起平坐使用同一制度的可能貶抑，這不但非必要，甚且不當。

## 二、小結

基於對上述兩類型的「民事伴侶法」之分析，本鑑定意見認爲：無論是採取上述哪一種類型的民事伴侶法或同性伴侶法，就本案聲請人之婚姻自由及平等權而言，將仍然違反憲法第 7 條、第 22 條、增修條文第 10 條第 6 項之意旨。