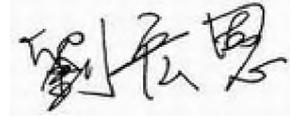


民法親屬編規定「使同性別二人間不能 成立法律上婚姻關係」違憲疑義解釋案

鑑定意見【補充說明書】

劉宏恩
國立政治大學法學院



民國 106 年 4 月 5 日

目次

壹、本案需要大法官解釋而非留待立法者決定之問題

- 一、過去大法官解釋的本身已成為社會爭議的來源，亟待大法官於本案中釐清
- 二、憲法保障「性別平等」的範圍是否包括「性傾向平等」，需要大法官宣示

貳、同性婚姻合法化與反對者宗教自由、契約自由間之關係

- 一、同性婚姻合法化在我國脈絡下並不會衝擊宗教自由與契約自由
- 二、即便承認有所謂的基本權衝突，亦無法得出同性婚姻不應受保障的結論

壹、本案需要大法官解釋而非留待立法者決定之問題

3 月 24 日憲法法庭言詞辯論時，關於本案涉及民眾意見明顯歧異的社會爭議，是否適宜由大法官做解釋，亦或應交由立法者決定，曾有熱烈討論。基於以下兩點理由，本鑑定意見認為本案確實有需要大法官解釋而非留待立法者決定的問題：

一、過去大法官解釋的本身已成為社會爭議的來源，亟待大法官於本案中釐清

誠如言詞辯論當日無論是聲請人代表、關係機關代表或是多位鑑定人皆曾指出：過去大法官曾數次於解釋中提及「婚姻與家庭受憲法制度性保障」。然而，對於此一「制度性保障」之內涵與作用，過去大法官並未做出界定與說明，結果

相關大法官解釋反而成爲本案相關社會爭議的來源之一。舉例而言，民國 105 年 11 月 24 日與 28 日立法院司法及法制委員會兩次舉行「同性婚姻法制化」公聽會，兩次公聽會當中都有學者專家或團體代表一再引用過去大法官解釋，認爲基於「制度性保障」，婚姻在我國社會向來屬於一夫一妻的異性結合，這個社會制度是不能被修正改變的¹。然而，如此說法傾向於認爲：所謂的「制度性保障」是對於既有社會制度現況 (status quo) 的繼續沿襲而不能以法律改變，這種理解是否正確？即使是此一憲法概念的發源地德國，現今學說也傾向於將「制度性保障」理解爲「制度化的基本權」，亦即認爲「制度性保障」其實是協助實現人民基本權的手段，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²。過去大法官解釋將此概念引入我國卻未加以釐清，成爲本案爭點與社會爭議來源之一，建議大法官能利用本案機會加以說明，以免日後仍會衍生其他爭議。

類似的問題，也發生在過去大法官解釋曾多次於論及婚姻自由及婚姻制度時，提及「一夫一妻」。然而究竟大法官的意旨，是否就是認爲「一夫一妻」乃婚姻制度的核心內容因此不容改變，還是僅係因過去這些解釋都是在聲請人與利害關係人爲異性配偶的脈絡下作成，基於司法難以爲訴外裁判或聲請外解釋的原因，大法官其實尚未對同性婚姻的可能性表達見解？這一點也在社會爭議不同立場人士之間引發重大爭論³，同樣需要憲法法庭於本案中加以釐清，以免過去大法官解釋本身成爲社會爭議來源之一，甚至會影響後續立法。倘若大法官基於尊重立法者形成自由的理由而不予以釐清，將可能造成「司法者表示要尊重立法者自由形成空間，但立法者又稱自己必須遵照過去大法官一夫一妻的解釋意旨」的矛盾結果。

二、憲法保障「性別平等」的範圍是否包括「性傾向平等」，需要大法官宣示

我國憲法之「平等原則」規定於第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項，其中特別提到「男女」、「性別」、「兩性」平等。然而，過往大法官解釋並未有機會表示意見：憲法上所謂的「性別」平等是否僅指「生理性別」(sex)？亦或包含「性傾向」(sexual orientation) 或「社會性別」(gender)？建議大法官能利用本案機會，對此做出憲法平等原則保障範圍的重要宣示。誠如本鑑定意見於 3 月 24 日向憲法法庭所提出的說明：倘若憲法特別以男女、性別作爲適用平等原則時的可疑分類的目的，是基於歷史上女性在法律上及社會生活上結構性的弱勢地位，那麼基於同樣的目的考量，由於少數性傾向、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「弱勢之結構性地位」（釋字第 649

¹ 見立法院公報，105 卷 93 期，2016 年 11 月，頁 151 以下；立法院公報，105 卷 95 期，頁 197 以下。

² 蔡維音，「論家庭之制度保障—評釋字第五〇二號解釋」，月旦法學雜誌，63 期，2000 年 8 月，頁 138 以下。

³ 同前註 1；另可參考 樸憲字第 2 號判決，台灣法學雜誌，253 期，2014 年 8 月，頁 143-145。

號參照)，則前述憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項所稱之「性別」實應包含「性傾向」在內。而這也是比較法上，包括德國聯邦憲法法院與美國聯邦最高法院針對憲法平等原則所做的解釋。

貳、同性婚姻合法化與反對者宗教自由、契約自由間之關係

3 月 24 日憲法法庭中，關係機關法務部邱太三部長提出：同性婚姻合法化將可能對宗教自由、契約自由造成衝擊⁴，例如教會可否拒絕證婚同性婚姻、有無義務提供教會場所供同性婚姻舉行婚禮？遊覽車司機可否拒載同性平權人士到台北參與同性婚姻遊行？針對此問題，經查考國內外相關資料，本鑑定意見回覆如下。

一、同性婚姻合法化在我國脈絡下並不會衝擊宗教自由與契約自由

所謂「宗教信仰之自由」，依據大法官釋字第 490 號解釋，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰給予優待或不利益。由於同性婚姻合法化並未影響人民信仰或不信仰任何宗教、參與或不參與任何宗教活動，亦未針對任何宗教信仰給予獎勵禁制或給予利益不利益，因此並不會對人民之宗教自由造成衝擊。具體而言，若與目前同性婚姻尚未合法化的社會現況相比，未來倘若同性婚姻合法化，並不會因此對反對民眾的宗教自由行使造成影響。例如，關於教會及神職人員得否拒絕證婚同性婚姻或對之提供教會場地，其實與社會現況相比，未來並不會因為同性婚姻合法化而發生新的問題或衝擊，因為教會及神職人員目前就是經常性的基於其信仰或教義，而持續拒絕證婚某些民眾的婚姻或是對某些活動拒絕提供場地。我國許多教會及神職人員，向來都拒絕對未婚夫妻雙方並非信徒、或甚至只有一方不是信徒的民眾證婚或提供婚禮場地，也向來都拒絕對各種違反其信仰或教義的活動提供場地。例如：士林靈糧堂「大堂及副堂場地租(借)用須知」明文規定「租用本教會舉行之婚禮，結婚之雙方當事人，皆須為已受洗重生之基督徒」⁵；又例如：台北真理堂「場地安全規定」明文要求「本教會大樓內，不可有違背聖經真理的言語及行為，亦不可散布、張貼、傳講違背聖經真理的文字、圖像與聲音」⁶。數十年甚至上百年來，台灣社會的各大宗教場所及神職人員，向來都常態性的、自由的拒絕對違反其信仰教義的民眾或活動提供服務及場地，並未發生宗教自由行使上的問題，未來即使同性婚姻合法化，宗教場所及神職人員仍然可以依循多年來運作的往例行使其宗教自由，並不會發

⁴ 邱部長當時還提到「學術自由」，但並未說明學術自由如何可能受到同性婚姻合法化的影響，而且本鑑定意見查詢其他已將同性婚姻合法化的國家的經驗，亦未發現有任何學術自由因此受影響的例子，故以下並不討論所謂的學術自由受影響的問題。

⁵ 見士林靈糧堂官方網站，<http://www.sllc.org.tw>，造訪日期：2017 年 3 月 30 日。

⁶ 見台北真理堂官方網站，<http://www.tlc.org.tw>，造訪日期：2017 年 3 月 30 日。

生新的衝擊或問題。

契約自由的問題亦然。承上，教會等宗教場所向來皆自由的基於其信仰教義而拒絕與某些民眾締結場地租借契約，這也是為什麼我們從未聽聞在教會場地裡會舉行佛教法事、或是在教會場地內看到孝女白琴。身為基督徒的遊覽車司機，若基於聖經教訓拒絕載送「媽祖進香團」去拜偶像⁷，也向來可以自由的拒絕締結運送契約——同樣的道理，若是有吃素的佛教徒司機，拒絕載送屠宰場的員工前去宰殺豬隻，也向來可以行使其宗教自由而拒絕與之締結運送契約。即使未來同性婚姻合法化，各宗教場所、神職人員及信徒仍然可以依循數十年甚至上百年來的往例，繼續行使其宗教自由與契約自由，殊難想像：他們這些自由的行使會因為同性婚姻合法化而忽然產生所謂的衝擊或影響。

或有論者指出：在歐美同性婚姻合法化的過程中曾發生相關爭議。但本鑑定意見之研究發現：歐美發生類似爭議往往是因為其社會有單一強勢宗教、甚至歷史上曾有政教合一的傳統，因此被該宗教排斥之社會爭議較大；或是因為該國的反歧視法律（例如美國的 Civil Rights Act of 1964、英國的 Equality Act 2010）對於私人間對外提供服務的契約行為有所限制。但是在我國社會，不但沒有單一強勢宗教或政教合一的歷史背景，甚至在全球宗教多樣性指數 (Religion Diversity Index) 上面，台灣名列全世界第二⁸，而且台灣社會絕大多數宗教對於其他宗教神祇的存在採取多神論與包容的立場，宗教間的衝突或宗教自由的爭議相當罕見⁹。此外，我國也沒有類似歐美的反歧視法律去限制私人間對外提供服務的契約行為。從台灣社會過去的歷史經驗與社會生活現況來看，邱部長所提出的婚姻自由與契約自由爭議，在我國的社會脈絡與宗教多元傳統下並不會構成社會問題或法律問題，未來也沒有理由只因為同性婚姻合法化就忽然變成問題。

二、即便承認有所謂的基本權衝突，亦無法得出同性婚姻不應受保障的結論

即便我們退萬步言，姑且承認部份人民的婚姻自由有可能與其他一部份人民的宗教自由或契約自由發生「基本權衝突」(Grundrechtskollision)，但也並不能因此就認為前者的婚姻自由不應受保障，而當然僅應保障後者的宗教自由或契約自由。因為「基本權衝突」其實是憲法實踐過程中經常發生的現象，例如某人民行使言論自由辱罵他人，可能與他人的名譽權（人格權）發生衝突；新聞記者行使新聞自由做報導，可能與他人的隱私權發生衝突；法律對於某些人民的工作權予以特別保障，可能與其他人民的工作權發生衝突。大法官過往的解釋當中，也曾多次處理基本權衝突問題，例如釋字第 509 號、649 號、656 號、689 號等。

⁷ 聖經·出埃及記，20 章 3 至 5 節：「除了我以外，你不可有別的神。不可為自己雕刻偶像，也不可做什麼形像彷彿上天、下地，和地底下、水中的百物。不可跪拜那些像，也不可事奉他，因為我耶和華——你的神是忌邪的神。」

⁸ Pew Research Center, *The Global Religious Landscape* (Dec. 2012), <http://www.pewforum.org/files/2014/01/global-religion-full.pdf>

⁹ 蘇慧霜，華人社會與文化-社會風俗篇，2008 年，頁 125-127。

但是無論是依據大法官過往解釋，或是依照學界通說，當不同人民同時受到憲法保護的兩種基本權利發生衝突時，並不可恣意作成其中之一基本權利全有或是全無的決定，而是應該進行法益衡量予以調和，基於憲法整體性儘可能實現對於各個不同基本權利的最大保障。倘若於個案情形中，經過法益衡量而非不得已，必須使其中一個基本權利稍作退讓的話，對於該基本權利的限制必須具有正當目的與必要性，且須符合比例原則（釋字第 656 號參照）¹⁰。就本案爭點而言，若是只因為同性性傾向人民的婚姻自由與宗教自由可能發生基本權衝突，就逕下結論認為不應保障前者的婚姻自由，此種說法顯然違反憲法整體性考量與基本權衝突的基本理論。而且，同性婚姻在台灣的社会脈絡與宗教多元包容傳統下，其實並不會對宗教自由或契約自由造成新的衝擊，已如前述，因此並無限制其婚姻自由的正當目的與必要性存在。此外，本鑑定意見於 3 月 24 日之書面意見中亦已指出：限制同性性傾向人民的婚姻自由其實並無合憲目的，且不符合比例原則，亦可參照。

¹⁰ 另可參考 法治斌、董保城，憲法新論，6 版，2014 年，頁 203-207。