

針對台北市政府與祁家威先生聲請解釋一案提出鑑定意見

鑑定人：政大法律學系陳惠馨教授 2017 年 3 月 10 日

一、根據民法親屬編第 2 章婚姻之規定，同性別二人可以為結婚之登記

說明：

(一)、台灣民法親屬編並未明文規定結婚必須是一男一女。

民法第 972 條雖規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」，但是，從法律之文義解釋並無法直接得出民法親屬編要求婚姻必須一男一女之結合。我國民親屬編在訂定之時（1930 年代初期），立法者對於婚姻的想像，確實是以異性婚姻為主（一男一女婚姻）。但，從民法親屬編第 2 章規定之法律文字分析，台灣民法親屬編並未明文排除同性別二人之結婚。目前臺灣有關婚姻必須是一男一女的結合之論述主要來自法學者在親屬法教科書對於婚姻之定義，民法親屬編並未明文規定婚姻僅能是異性者（一夫一妻）的結合。在這些教科書中通常定義婚姻為：「一男一女在雙方當事人合意下，以終身共同生活為目的之適法結合關係，而且此一結合關係之內容依據法律而定。」。但，民法親屬編並未明文規定婚姻必須是一男一女之結合¹。

(二)、現行民法親屬編第 2 章第 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。」²。根據民法第 988 條規定，無效婚姻主要有三種情形：婚姻違反民法第 982 之方式、結婚違反民法第 983 條有關近親結婚禁止之規定以及結婚違反民法第 985 條有關重婚或一人同

¹ 參考陳惠馨，《民法親屬編-理論與實務》，台北，元照出版社，2016，頁

² 臺灣民法第 982 條將結婚之形式要件從公開儀式婚之規定改為現有登記婚之規定從 2008 年 5 月 23 日開始生效。

時與兩人結婚之規定等。民法親屬編並未規定同性別二人之結婚為無效；據此，從民法親屬編之規定並不能直接導出我國法律排除同性別二人結婚之可能。

(三)、祁家威先生提出聲請大法官解釋憲法符合審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定

釋憲聲請人祁家威先生在 2013 年（民國 102 年）3 月 21 日向台北市萬華戶政事務所提出之結婚登記申請，該戶政事務所於 2013 年 3 月 22 日以北市萬戶登字第 10230293800 號函拒絕祁家威先生結婚登記之申請。這造成祁家威先生與其相婚人無法根據民法第 982 條完成結婚登記之程序，因此，無法根據法律完成結婚。這樣的結果使得祁家威先生及其相婚人基本人權受到侵害，其等無法實現我國憲法第 22 條所保障之婚姻自由權。祁家威先生雖然以訴願、行政訴訟請求臺北市政府、高等行政法院及最高行政法院給予救濟；卻均受到上述權責機關之拒絕（參考台北市政府 102 年 5 月 29 日府訴一字 10209079900 號決定、台北高等行政法院 102 年度訴字第 931 號判決及最高行政法院 103 年度判字第 521 號判決）。鑑定人認為解釋聲請人祁家威先生，根據大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定提起釋憲聲請，程序法與實體法部分均符合法律規定。

(四)、鑑定人認為：台北市萬華區戶政事務所根據民法親屬編之規定，不得拒絕同性別二人所為之結婚登記申請。否則將違背憲法第 22 條之規定並違反憲法第 7 條平等權之規定。

二、我國大法官所為有關婚姻制度之憲法解釋並未明確排除同性婚姻之可能

在本釋憲案所提供給之最高行政法院之判決以及法務部提供給司法院之研修意見均引用大法官第 362 號、365 號、552 號及 554 號等解釋之內容；並主張

基於這些解釋，所以「憲法解釋所承認之「婚姻自由」與「婚姻」係以一夫一妻，一男一女之結合為前提，始受憲法之保障」（以上文字取自法務部提供給司法院之研修意見）。鑑定人認為上述大法官解釋文主要針對異性婚姻中之重婚與通姦事實進行之解釋。大法官並未針對婚姻制度應該是異性婚或同性婚加以解釋。雖然，在上述之大法官解釋內容有下面之文字，例如：

（一）「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。」（第 362 號解釋）；

（二）「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。」（第 365 號解釋）；

（三）「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。」（第 552 號解釋）；

（四）「按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。」等用語（大法官第 554 號解釋）。

但，將上述各個解釋文內容加以分析，可以發現，這幾號解釋在提到一夫一妻制度時，主要回應提出聲請之個案之狀況而做出之論證。由於上述四個個案都屬於異性婚姻；因此，在這幾號解釋都會提到「一夫一妻制度」。但是這些牽涉一夫一妻制的論述，並無法引出：「憲法解釋所承認之「婚姻自由」與「婚姻」係以一夫一妻，一男一女之結合為前提，始受憲法之保障」之結論。如果要做這樣的解釋可能有過度引伸，過於牽強之疑慮。

在大法官 362 號、552 號及第 554 號解釋中，解釋文主要強調我國法律禁止重婚之規定，解釋文主要回應申請釋憲者之異性戀婚姻狀況，因此在解釋文中提到一夫一妻制度。從大法官 554 號解釋，可以看到婚姻制度是：「保障婚姻中的

雙方人格得以實現與發展之生活共同體」。根據目前臺灣的法律，對於那些想要進入同性婚姻者，必須受到單偶關係規定之拘束，不可以有違反重婚及近親結婚禁止規定。憲法法院有必要對於同性伴侶者想要透過婚姻，使其「雙方人格得以實現與發展之生活共同體」之權利，加以回應。本鑑定人認為不容許同性別二人結婚，將違背同性婚姻當事人憲法第 7 條平等權及憲法第 22 條婚姻自由之權利。

三、針對「如果立法創設非婚姻之其他制度（例如同性伴侶法）是否符合憲法第 7 條及憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨」之鑑定意見

鑑定人認為立法者應該儘速立法保障同性別二人婚姻之權利。至於究竟應該以民法或者專法訂定同性婚姻關係，則應該以法規內容來決定。立法者應該尊重臺灣社會同時存在之異性婚姻與同性婚姻之事實，在立法時，尋求讓兩方安心之立法途徑。避免產生兩種婚姻制度彼此排擠之現象，應該尊重社會傳統長期存在之異性婚姻並同時保障同性者之婚姻權利。

立法院有關同性婚姻之立法如果僅限於民法有關婚姻效力之規定；則不宜以專法處理。但若立法之內容超越現行民法有關婚姻制度之規定；則以專法處理不當然就是對於同性婚姻者之隔離或歧視。究竟立民法或專法應該以全面且周全之考量來決定，而不是簡單立法之形式來認定。立專法也可能是要給予同性婚姻者某種必要之協助或支持等，畢竟在傳統文化中同性者有被長期排除在婚姻制度之外之事實，他們在立法承認其結婚之權利之後，或許有需要政府其他在生活上需要被幫助或支持的需要。

鑑定人認為立法者在立法時，應該考量如何透過立法給予異性婚姻者與同性婚姻當事人在法律上同等婚姻權利。立法院不宜創造新制度例如「同性伴侶法」，規

範同性者之關係；否則有違反憲法第 7 條有關平等權規定之疑義。立法時可能分開下面兩個部分考量：

(一) 有關婚姻當事人之間有關結婚要件、婚姻效力及離婚等事項之立法：

現行民法親屬編在第 2 章有關婚姻之普通效力(民法第 1000 條到第 1003 之 1 條)、夫妻財產制(民法第 1004 條到 106 條)規定及離婚(民法第 1049-1058 條)之規定，主要以「夫」或「妻」稱呼婚姻關係之當事人。司法實務與部分法學者因此主張，根據民法親屬編之規定，結婚之當事人必須是一男一女。這樣的論點目前在臺灣社會顯然受到挑戰。當代臺灣社會中存在一定比例之人民，希望與相同性別者共同走入婚姻；這些人的婚姻自由權在 1930 年代民法親屬編訂定時，沒有被立法者加以考量。在當代主張民主與平等的臺灣社會，他們的婚姻權應該嚴肅被對待並應該盡快立法加以保障。

由於婚姻制度不僅牽涉能否登記問題，更牽涉結婚後，當事人彼此之法律關係。鑑定人雖然認為聲請釋憲人祁家威先生根據現行民法親屬編之規定，有到戶政機關為結婚登記之權利。但是，在聲請釋憲人縱使完成結婚之登記，但其等根據目前民法親屬編之規定，有關婚姻之效力僅能類推適用民法目前以「異性婚姻」為主之婚姻之普通效力、夫妻財產制與離婚等規定之困境。因此，立法院有必要盡快完成民法之修法，保障同性別之二人婚姻之權利。在立法上可以採取的策略甚多，僅舉例說明：例如將民法第 972 條獨立成為一節，強調民法親屬編之承認異性婚姻與同性婚姻。將民法第 973 條到 979 之二條列入第一節之一，規範異性婚姻與同性婚姻者之婚約。又例如在婚姻普通效力各條中增加一項規定，說明同性婚姻適用關於「異性婚」之規定等等。立法者需要考量的是，是否在既有之婚姻效力或離婚等規定完全符合同性婚姻者之權利並考量在哪些地方或許有訂定特別規定之必要。

(二) 牽涉婚姻當事人以外之人的效力部分：例如姻親關係與父母子女關係

鑑定人認為同性婚姻與異性婚姻者在有關僅存在於婚姻關係之當事人間的各项權利與義務應該沒有差別；但是，在牽涉婚姻外之第三人之關係上，則有必要在立法上更細緻考量。民法親屬編在婚姻規定上於姻親關係之規定與父母子女關係規定內容牽涉第三人。在今日臺灣社會，結婚與生育子女不再是理所當然有所連結。臺灣社會目前有許多配偶並未生育子女；無法生育子女之夫妻也可以利用人工生殖法生育子女。因此，婚姻與生育的關係應該不能成為反對同性婚姻之理由。但，不可否認的，臺灣社會長期以來，對於想要進入同性婚姻者之權利沒有認真回應。因此，同性婚姻者在收養子女或者想要透過人工生殖之技術養育子女時，立法者應該注意如何調和同性婚姻者收養或生育子女的期待與被收養之「未成年子女之利益」；關於此一部分有必要在立法時，更細緻的考量與設計。本鑑定人提出這個意見並非反對同性婚姻者收養子女或進行人工生殖子女之手術；但希望立法者在立法時，可以做更細緻的考量，以保護收養者與被收養者或者人工生殖之父母與子女。

四、結論：婚姻制度之內容必須回應社會變動

過去多年來，臺灣民法親屬編至少進行了 16 次之修法，每一次修法都讓臺灣社會的婚姻內涵跟傳統社會中以男尊女卑為核心之婚姻制度有所不同。臺灣當代民法親屬編規範之婚姻制度已經跟 1930 年代訂定時之婚姻制度有很大之差異。1930 年代之民法親屬編主要以「夫權」為中心之婚姻制度，在過去多年來，歷次之修法，民法親屬編之婚姻制度已經朝向讓婚姻當事人擁有平等權利之制度。由此可知，婚姻制度的內涵往往隨著時代變遷而有所改變。不僅在臺灣，世界各國當前

都面臨法律要回應新的婚姻觀念的挑戰。臺灣在多年來透過修憲與釋憲，逐漸落實憲法保障人權的基本理念與精神。在現有憲法體制，法律必須回應社會中有男、男或女、女想要完成同性婚姻之期待。鑑定人期待透過這次司法院大法官的釋憲，臺灣戶政機關不再刁難社會中男男或女女之同性婚姻者結婚登記之申請。而為了真正落實對於異性婚姻與同性婚姻之平等婚姻權利之保障，立法者有必要盡快完成以民法或者在特殊情形下，以專法保障同性別之婚姻者憲法之婚姻權利。臺灣目前有許多地方政府開放讓同性男、男或女、女到戶政機關進行結婚登記。這些在地方政府完成結婚登記之同性婚姻者需要立法者盡快立法，明確保障他們在婚姻上之權利。

一、前言

目前影響臺灣民法體系深遠的德語區域的法律中，德國在 2001 年訂定「登記之同性伴侶法」，瑞士訂定之「登記同性伴侶法」也在 2007 年生效¹。奧地利則在 2009 年通過登記伴侶法並在 2010 年生效，這個法律僅允許同性為伴侶登記。在德國，從 2001 年施行登記同性伴侶法²之後，透過法院的判決與不斷的修法（例如 2010 年的修法，讓登記之同性伴侶取得民法上的繼承權）讓同性伴侶關係與民法的夫妻關係逐漸相一致。

2011 年德國國會有關於同性婚姻法草案被提出，2015 年德國的重要政黨社會民主黨（簡稱 SPD）委託學者提出法律意見，分析同性婚姻法是否符合憲法第 6 條保障婚姻與家庭的意旨。本法律意見書可以在網路上取得。本法律鑑定書關於德國同性伴侶法的實踐與近年的發展主要參考網路上這份法律意見書之報告內容。有關瑞士與德國登記同性伴侶法的內容則主要參考德國與瑞士之相關法律，進行簡單分析。

二、德國關於同性伴侶法或同性婚姻法草案之討論現況

德國在 2001 年就訂有「登記之同性伴侶法」（德文簡稱 *das Lebenspartnerschaftsgesetz*）。過去幾年，這個法律不斷被修正，透過憲法法院之判決與「登記之同性伴侶法」的修法，目前在德國登記之同性伴侶的關係與異性戀為主的婚姻關係逐漸越趨相似。目前，德國法律在有關是否給予已經登記之同性伴侶等同於夫妻一樣收養子女或進行人工生殖手術之權利，目前似乎還有一些考量，但是，實務上已經給予已經登記之同性伴侶收養對方伴侶之子女的可能。

德國重要政黨，社會民主黨所屬之基金會（*Friedrich-Ebert-Stiftung*），在 2015 年委託學者進行有關同性伴侶或同性婚姻之調查研究並請其提出相關法律意見。希望能更進一步瞭解「登記同性伴侶法」是否應該朝向承認「同性婚姻」發展以及其可能牽涉到的憲法議題。

¹ 瑞士此一法律名為：*Eingetragene Partnerschaft Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz)*。是在 2007 年 1 月 1 日開始生效。關於此一法律的相關資訊請參考下面網頁：
http://www.muri.ch/documents/Eingetragene_Partnerschaft_040412.pdf，上網日期：2017 年 3 月 10 日。

根據法蘭克福大學 Friederike Wapler 博士在 2015 年提出給該基金會 (Friedrich-Ebert-Stiftung) 之法律意見書中指出，根據 2012 年的統計，德國共有約 73.000 對共同生活之同性伴侶；其中約百分之 40 根據「登記同性伴侶法」進行登記。從 2011 及 2012 的統計說明，德國登記之同性伴侶在 2012 年共有 32.000 ；在 2011 年則為 34.000 對登記之同性伴侶。而，在德國登記之同性伴侶中，百分之 60 是由男、男組成之同性伴侶²。這個數字告訴我們並非所有的同性伴侶都願意進行同性伴侶之登記。另外，這份報告也提到，根據統計，德國目前約有 7.000 小孩是生活在同性關係的家庭，其中有 5.700 小孩生活在登記之同性伴侶的家庭；百分之 86 是女女組成的登記同性伴侶關係³。

目前德國社會對於相同性別者走入婚姻的觀點正在改變中，一般人民在稱呼登記之同性伴侶者時往往會用「同性婚姻」(Homo-Ehe) 這個詞。2011 德國國會就有一份關於同性婚姻法之立法草案⁴。在這個草案中，主要建議修改德國民法第 1353 條第一項第一句，定義婚姻如下：

婚姻由兩個不同性別或相同性別者終生結合 (Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.)⁵

從德國 SPD 政黨委託之法律意見書內容可以發現，目前德國想要進行修法，將登記同性伴侶改為承認同性婚姻。在立法過程中尤其要詳細處理那些從 2001 年根據「登記之同性伴侶法」登記之同性伴侶法律關係，使他們的權益可以在可能通過之「同性婚姻法」中被考量並加以處理⁶。

根據上述德國社會民主黨委託研究之報告，德國法學界與憲法法院有關婚姻僅能存在於異性之間的看法逐漸有動搖的趨勢。目前開始有學者認為婚姻的定義應該隨著社會關係與觀念的變遷而被修正。過去認為婚姻僅能有不同性別者組成的概念逐漸發生改變⁷。

德國 1993 年憲法法院認為婚姻僅能存在於異性之間的看法，目前在學說上逐漸

² 參考 Friedrich-Ebert-Stiftung 委託德國法蘭克福大學博士 PD Dr. Friederike Wapler,所做之法律意見書，《Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare》，Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015，出版者：Friedrich-Ebert-Stiftung / Forum Politik und Gesellschaft。本意見書主要從憲法的觀點分析，參考頁 4 前言之說明及頁 23。

³ 同前註，頁 24

⁴ 該草案名稱為：Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen des gleichen Geschlechts v. 26.09.2011, BT-Drs. 17/6343。參考《Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare》之法律意見書，同前註，頁 34，註 131

⁵ 參考本文之註 2，頁 35

⁶ 同前註，頁 35-36

⁷ 同前註，頁 33-35

面對挑戰。目前德國關於「婚姻與家庭」等概念的討論，著重在考量他們的功能。這些功能包括，婚姻或家庭的成員是否為兩個人依據法律所確認之生命與責任共同體。婚姻是一個屬於私人的、家庭的團結制度，受到憲法的保障。許多討論逐漸放在不同性別者與相同性別者所組成的「家庭」其功能是否相同，他們是否彼此互相支持。關於性別這件事逐漸不是重要的討論點⁸。

德國或瑞士關於登記同性伴侶法之規定，對於登記之同性伴侶均有如下之要求：登記之同性伴侶必須是單偶關係（一對一的關係），不能是一定近親間關係（在德國近親結婚禁止規定僅存在於父母子女、兄弟姊妹、養父母子女、祖父母子女間），另外，當事人必須基於自由意志決定進入這樣的關係。由於德國目前成年年齡是 18 歲，現行法律規定，不管是進入婚姻或者登記同性伴侶都必須是滿 18 歲之人。

⁸同前註，頁 35-38