

解釋憲法補充理由狀

案號：會台字第 12674 號

聲請人 祁家威

代理人 許秀雯律師

莊喬汝律師

潘天慶律師

茲就本件解釋憲法聲請，提呈補充理由。

壹、法務部於本件以民法婚姻為兩性之結合為由，否定同性結婚屬於憲法第 22 條保障之結婚自由，認應另外屬憲法第 22 條「家庭權」範疇，論理謬誤，且難以自圓其說。

一、法務部之論理乃以下位階之民法，限制上位階憲法第 22 條保障婚姻自由之概念範圍，質言之，係以現行民法所保障「一夫一妻之婚姻關係」不當限縮憲法上婚姻自由之概念。

事實上，即令認現行法解釋適用之結果，僅允許異性別之兩人結婚，亦不能用此法律位階之規定，僭越推衍成憲法所保障結婚自由「僅限一男一女」，或據此逕行否定同性別二人享有憲法第 22 條所保障結婚自由。

美國 Freedom to marry 創辦人 Evan Wolfson 律師曾在他 2007 年的文章“Marriage Makes a Word of Difference. Why We Can't Call it Something Else”¹ 運用了一個類比案例，說明何以必須允許同性結婚而非利用其他結合形式，正好可以清楚對照出類似法務部此類論理之不當。

¹全文參見 <http://www.portlandmercury.com/portland/marriage-makes-a-word-of-difference/Content?oid=344646>

在美國歷史上，有很長一段時間，律師這個行業僅允許男性從事，也只有男性從事，女性被否定選擇律師此一職業的資格。美國最高法院甚至曾經判定這樣的排除是合理的，理由是男女兩性各有其適當的場域與必要的角色，應該各司其職，甚至認為「婦女的首要命運和任務，是要實現妻子和母親此等崇高和良好的使命。這是造物主的律法。民間社會規則必須適應事物的總體規律，不能以特殊情況為依據」（"The paramount destiny and mission of woman are to fulfil the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator. And the rules of civil society must be adapted to the general constitution of things, and cannot be based upon exceptional cases." ²）。

當年美國無論是法院的多數意見或社會上多數人均認為依據一個人的性別來限制其人格的實現發展、限制其生命可以有的選擇，是合宜的，因為「從定義上來說」，律師就是男性，且理應如此！但最終美國社會克服了傳統主義者、宗教領袖及政治人物的反對，掃除了這項對女性的歧視並允許女性進入律師行業，誠如 Evan Wolfson 所說，此後「天沒有塌下來，我們並不需要另創一個新字給律師這個行業，作為一個律師是什麼意思，其內涵與定義也沒有改變，我們僅需要終結一項不公平的排除。同樣地，婚姻並非藉由誰被排除而得到定義，終結對於同性伴侶的排除不會重新定義婚姻這個詞，而是分享一個「珍貴的善」（"a precious good"）。

二、事實上，在我國及世界上許多其他法領域，婚姻與家庭雖經常相伴而生，但此二者在概念上仍有所區別，家庭在概念上顯較婚姻更為廣義，婚姻之成立乃二人基於人格自主所締結之親密性、永久性及排他性之身分契約；家庭則可能透過身分契約（例如婚姻、收養），也可能透過自然血緣關係或同居共財之事實關

² Bradwell v. Illinois, 83 U.S. 130, 141-42 (1873)

係而建立，並非一概透過婚姻而來。

在我國現制下，同性伴侶因無法結婚，從而也無法藉由婚姻建立雙方家庭之姻親關係或共同收養子女，其組織家庭權利自會因結婚自由遭剝奪而連帶受影響。本件情形，聲請人之婚姻權與家庭權二者應同受憲法第 22 條之保障，且因為婚姻自由遭剝奪而有婚姻自由與家庭權均受侵害之競合情形。

關係機關法務部指稱同性結合非屬憲法所保障婚姻自由，而應屬家庭權範圍，但法務部始終無法說明何以憲法上婚姻（自由/權/制度）之本質、定義、目的或功能，必須藉由排除同性結合始能符合或達成，而依其邏輯則家庭權又何以無須排除同性結合？其不合理與矛盾實甚顯然，且嚴重混淆曲解聲請人所主張之憲法權利，簡言之，結婚自由與家庭權雖相牽連，但概念範疇及權利性質仍屬有別，而同性結婚自由遭限制並非另行創設同性伴侶或其他組織家庭制度所得代替，應予澄清。

貳、有關憲法第二十二條與第二十三條所稱之「社會秩序」與「公共利益」，應聯立審查。

聲請人所謂聯立審查，即應先肯定同性別二人結婚涉及受憲法第二十二條所保障之結婚權/婚姻自由（正如同上述所舉美國女性曾被限制從事律師行業的例子，在違憲審查過程，第一層次，自必須先肯定此涉及女性之職業自由，而非以套套邏輯認定律師在歷史上、傳統上、現狀下係一專屬男性從事之行業，因此「女律師」不是既有職業，從而不涉及職業自由問題），次再審查現行民法不許同性別二人結婚之限制，是否符合憲法第二十三條之規定。析述如下：

一、我國釋憲實務針對非明文列舉之基本權（亦即並非憲法第七至二十一條所定之基本權），係以憲法第二十二條「其他自由及權

利」之概括條款保障之，且歷來釋字於論述何種基本權受憲法第二十二條保障時，雖若干解釋理由會引述憲法第二十二條規定而稱「於不妨害社會秩序、公共利益之前提」，但實質上並不在此階段以「社會秩序、公共利益」為由進行基本權性質之否決，而是在第二十三條階段才進行實質審查：

例如，於釋字第七一二號關於臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女事件，解釋理由書第一段先肯認「人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之人格自由發展，應受憲法第二十二條所保障」，次於第三段說明「惟對臺灣地區人民收養大陸地區人民自由之限制，仍應符合憲法第二十三條比例原則之要求」。最後於第五段做成「系爭規定對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當，與憲法第二十三條比例原則不符，而牴觸憲法第二十二條保障人民收養子女自由之意旨」。

值得注意的是，在肯認了收養子女自由之基本權性質後，第四段釋憲理由乃進入實質審查系爭規定限制人民收養子女基本權之理由（「立法者鑑於臺灣與大陸地區人民血統、語言、文化相近，如許臺灣地區人民依民法相關規定收養大陸地區人民，而無其他限制，將造成大陸地區人民大量來臺，而使臺灣地區人口比例失衡，嚴重影響臺灣地區人口發展及社會安全，乃制定系爭規定，以確保臺灣地區安全及社會安定……核屬維護重要之公共利益，目的洵屬正當。系爭規定就已有子女或養子女之臺灣地區人民收養大陸地區人民時，明定法院應不予認可，使大陸地區人民不致因被臺灣地區人民收養而大量進入臺灣地區，亦有助於前揭立法目的之達成。」）

換言之，此處釋憲者雖肯認確實存在若干會影響社會秩序、公

共利益之理由，但其對於「社會秩序、公共利益」要件之實質審查，乃發生在憲法第二十三條之層次，而非在第二十二條階段即以上開「社會秩序、公共利益」為由，認定「收養大陸地區人民為子女」自始不在憲法第二十二條所保障「收養子女自由」之範圍（否定其基本權性質）。

其他例如釋字第六九九號、第六八九號、第六六四號、第六五六號、第六〇三號、第五八〇號、第五七六號、第五五四號、第三九九號等，均遵循相似的審查流程，雖其中部分解釋會提及憲法第二十二條「不妨害社會秩序公共利益者」，但僅是敘明條文，實質上對於「社會秩序」、「公共利益」所為審查係在第二十三條的層次上進行。

蓋因憲法第二十二條之「社會秩序」與「公共利益」與第二十三條所稱之「社會秩序」與「公共利益」兩者係相同之要件，對於涉及基本權之爭議，為避免法律保留原則被架空，也為避免「社會秩序」與「公共利益」被過度空泛地解釋濫用，致限縮、扼殺憲法第二十二條所保障非憲法明文列舉之其他基本權利與自由之承認及與時俱進之發展空間，是憲法第二十二條所稱「社會秩序」與「公共利益」要件於第二十三條聯立合併審查即足。

更何況，本件所涉及之「婚姻自由與權利」，性質上屬於人作為主體之基本且不容剝奪的權利，涉及人如何定義自我、人格自由發展、建立親密關係、家庭與社會生活之重要決定，基於人性尊嚴，個人主體性及人格權，大法官解釋歷來均一再肯定「婚姻自由與權利」屬憲法第二十二條所保障，非依憲法第二十三條規定不得限制之。「婚姻自由與權利」之基本權性質既早為我國釋憲實務所確認，自不因本件主張婚姻自由之主體為同性性

傾向之人，而使得所涉及基本權忽然間變成一項憲法第二十二條所不包括之「嶄新的基本權利」主張。

是以，依前述關於憲法第二十二條、第二十三條之審查流程，應先肯認同性別二人結婚之自由及權利係屬憲法第二十二條保障之基本權，其次再審查現行民法及相關函釋限制同性別二人不得結婚，是否違反憲法第二十三條之法律保留原則及比例原則，而所謂「社會秩序」與「公共利益」，則於進行憲法第二十三條審查時一併處理。

此與鑑定人張文貞教授鑑定意見書第6頁所指「惟婚姻自由/婚姻權的保障，亦並非絕對，而仍得於憲法第二十三條所定要件下，以法律予以限制」之意旨相同。張文貞教授並於其鑑定意見書第9頁表示「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聯」，亦即在肯定同性別二人之婚姻自由/婚姻權受憲法第二十二條保障後，於操作憲法第二十三條審查流程時，找不到任何足以符合「維持社會秩序」，「增進公共利益」之目的。

鑑定人劉宏恩副教授亦於鑑定意見書第4頁表示「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，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，『婚姻自由是第二十二條之基本權利，但是某些人（或某些種類）婚姻的自由不是第二十二條之基本權利』的說法，簡直跟『白馬非馬』的詭辯極為類似，亦在說明若審查流程以憲法第二十二條所謂「社會秩序」與「公共利益」逕行否定同性別二人享有婚姻自由，將造成「白馬非馬」的荒謬結果。

二、以前開釋憲實務關於憲法第二十二條、第二十三條之審查方式觀之，法務部下列主張顯無法正當化「限制同性別者相婚自由」之侵害

查法務部長邱太三於本件言詞辯論時舉例刑法第 239 條、重婚、祭祀公業條例，甚至質疑允許同性婚姻後，祖先牌位要寫「考考」或「妣妣」等稱謂問題，來說明若允許同性結婚會對「相關機制」（社會秩序及公共利益）有所衝突。然而，上述說明根本與社會秩序及公共利益無關，至多僅涉及其他法規範相應配套或文化調適之問題。

本件釋憲標的僅涉及限制同性別二人結婚是否違憲，並不涉及廢除刑法重婚罪或通姦罪，且關於重婚罪之規定，顯然也當然適用於同性配偶間，至於刑法第 239 條通姦罪，姑不論刑事政策上未來會否廢除，如在現行法下，認「姦」這個字傳統上僅限男女之性器接合，則同性別二人結婚，亦僅涉及刑法通姦罪條文如何解釋適用或是否應隨之修改用語以符合嚴格之罪刑法定主義的問題。至於以祭祀公業條例明定的是「嫁娶婚」充作

社會秩序或公共利益，非但對該條例規定之理解不盡完整，甚至更有「食古不化」之嫌，事實上祭祀公業條例除嫁娶婚外，亦承認招贅婚（參該條例第四條「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員……」）而民法第一〇〇〇條原規定「妻以其本姓冠以夫姓。贅夫以其本姓冠以妻姓，但當事人另有訂定者，不在此限」，該條文於民國 87 年時修正為現行條文，修正理由已敘明「婚姻是兩人為共同生活，彼此扶持而設之制度，毋庸有嫁娶或招贅婚之分，應破除此種觀念」，民法第一〇〇二條原規定「妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所」，亦基於相同的理由於民國 87 年修正為現行條文，可見民法早在 20 世紀末就揚棄嫁娶婚或招贅婚的區別，詎法務部長直到 21 世紀的今日還以祭祀公業條例採嫁娶婚為由，當作應該限制同性別二人結婚的「社會秩序」或「公共利益」？！作為民法主管機關，法務部對於性別平等精神之認知與抗拒，讓人驚嘆時光倒退二十年。

鑑定人張文貞教授於言詞辯論時指出「憲法上權利內容，不能透過法律上解釋。我們現在要處理的正是法律沒有保障少數人平等的權利是否違憲，所以如果從法律的定義，來定義憲法上的權利，法律既然沒有給同性平等婚姻權，憲法上婚姻權也不應該包含同性性傾向的婚姻權的話，這裡就犯了法律解釋憲法的謬誤」，則法務部長以祭祀公業條例所謂「嫁娶婚」覆蓋取代本件釋憲標的有關民法婚姻之討論，又再以民法「一夫一妻婚姻關係/制度」限縮解釋、意圖取代憲法對於婚姻之保障範圍，實屬錯上加錯之嚴重謬誤。

至於祖宗牌位應該怎麼寫，邱部長基本上恐怕也有所誤解，民

俗上「絕大多數家庭裡的神主牌，會將全部祖先都寫入神祖牌裡，所以牌位通常會寫作『堂上○姓歷代祖考妣之神位』，上面的考妣兩字，並不是只有同性婚姻的父母，而是指所有性別的祖公、祖媽都在裡面，即使家族裡有同性婚姻的祖先，並不表示家族神主牌就必須改為『考考』或『妣妣』」³。

退步言，即令民俗上因同性婚姻而在若干場合而有稱謂調整之需要，此亦僅屬社會生活之文化適應問題，是市民社會及同性婚姻家庭間可以自主協商與自由形成的空間，此等對既有文化的「衝擊」，尚難認係妨害「社會秩序」或「公共利益」，從而根本不構成足以限制同性結婚自由之理由。

參、立法形成自由（空間）應受基本權利拘束

一、立法機關之立法形成自由，不得逾越憲法保障人民基本權與憲法基本原則。

所謂立法形成自由或空間，一般是指立法者基於憲法而得享有一定程度不受違憲審查干預的自由。「立法形成空間」之所以具有憲法上的正當性與必要性，是來自憲法對立法者的任務授權，而非單純對於國會所代表的「多數決民主」為讓步，也就是「憲法要求立法者，針對內容不完全的憲法規範進行具體化，並且在每一次具體化的過程中，將盡可能把各種不同的基本權利納入考量，藉以追求基本權利的最大實現」⁴。

在憲政民主下，憲法作為人民基本權的保障書，立法者所擁有的形成自由，必須是憲法範圍內的自由，不能逸脫憲法的界

³參溫宗翰／民俗亂彈執行編輯，「莫以考妣為歧視強說詞」，全文參見 <http://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/2015553>

⁴參黃舒芃「違憲審查中之立法形成空間」，月旦法學雜誌第 185 期，2010 年 10 月，頁 42。

線，因此探討立法形成自由，必須從憲法關於基本權利的保護出發，就此釋字第 405 號解釋理由書提及，立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，但不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。隨後，釋字第 442 號林永謀大法官所為之協同意見書亦闡明，立法者對於人民權利的考量，於符合憲法第 23 條規定之下，有其相當形成、裁量之權限，除非其所為之形成、裁量有悖於憲法本質內容，否則僅屬立法政策之當否，尚不生適憲與否之問題。釋字 472 號蘇俊雄大法官協同意見書更進一步提及：立法者在憲法委託下之積極作為義務，雖對於「國家目標」之實現，有廣泛政策形成空間，但就其所做之限制，仍然必須合乎憲法保障人民自由權與平等權的規範要求，不得逾越憲法就其規範形成自由所設定的框架界限。隨後之釋字 662 號解釋，於理由書中明白闡釋：「立法院於民主正當性之立法責任，為符合變遷中社會實際需求，得制定或修正法律，乃立法形成之範圍及其固有權限。立法院行使立法權時，雖有廣泛之自由形成空間，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，自不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。」

換言之，立法形成空間或自由，絕非意味法律可以完全豁免於違憲審查，立法者之形成空間，不但受憲法上基本權利及憲法原則之拘束，且不應被理解為與「基本權利」相衝突，反而應具有基本權利保護功能，為了具體實現基本權利而存在。

婚姻自由，既為我國憲法第 22 條所保障之基本權利，因立法者與行政權之怠惰，遲遲未能將同性伴侶的婚姻自由納入保障予以實現，司法機關對此自有權進行違憲審查，殆無疑義。

所謂立法形成自由，絕非法務部意見所指陳，既可以用來合理化民法限制同性結婚，又可以用來支持另立同性伴侶專法，漫

無節制地視憲法基本權利為無物，甚或以之作為延宕、阻卻人民實現婚姻自由(基本權利)的工具?!

就此，聲請人之代理人曾於大院3月24日言詞辯論庭訊中對機關方法務部提問：「如果立法者認為已過生育年齡之人，因為已無自然生育的可能，故另立專法規範他們的結合，部長您認為這是不是立法形成自由？」當時，法務部雖承認「生育並非現行民法婚姻之要件」，但針對代理人有關另立專法是否屬於「立法形成自由」此一涉及立法形成自由界線之重要問題，則完全迴避，未予回答，併此敘明。

二、大法官就本件涉及人民基本權利憲法爭議進行審查，與立法代 議制度間，尚無司法與國會多數民主衝突之疑慮。

於立法院已有民法修正草案之情況下，司法機關同時就現行民法中涉及重大人民基本權利事項予以違憲審查，並無介入時機不當或過度干預立法權問題。

若依據湯德宗大法官提出之「權力分立動態平衡論」⁵，只要法院確實獨立，依其確信做成裁判，並克盡說明理由的義務，即有十足之正當性可與憲法上其他權力部門進行「憲法對話」。違憲審查，乃以維護「權力分立、相互制衡」的「憲法結構」為中心任務；而所謂的「憲法結構」並非一成不變，違憲審查毋寧乃以維持權力部門間之「動態平衡」為目的，其有下列三點特色⁶：

- (一) 權力(部門)間之分立與制衡為一持續進行的過程。因此，違憲審查的決定，僅是司法機關對於某個憲法問題，與其他憲法權力部門間持續性互動的一部分，既非全部、更非最終

⁵ 參見湯德宗著，「權力分立新論」，增訂二版，頁36-40。

⁶ 同上註。

之答案。

- (二) 違憲審查作為權力部門間持續性憲法對話之一環，旨在促成「思辨民主」的實現。「權力分立動態平衡論」認為，憲法既然旨在創造、維護「思辨民主」，那麼憲法所採行權力分立結構，不僅在「消極地」防止專權的發生，亦在「積極地」促成思辨民主。違憲審查的任務，在於剔除那些不符合思辨民主，故非合理的立法裁量，以督促立法者進行思辨。
- (三) 所謂「動態平衡」本寓有因時、因地制宜的意思，「與時俱進」地壓抑其時之強權，扶持其時之弱權，以使憲法權力分立的結構不被顛覆。

綜上，如立法裁量確實為思辨民主之結果，法院應予尊重，但若是未經思辨、不具理性之立法裁量濫用或怠惰，法院自應斷然予以否決並積極介入，俾思辨民主有機會實現。

聲請人前曾於言詞辯論爭點補充理由書狀中言及，憲法作為人民權利的保障書，合憲秩序的核心即是保障人民的基本權利，而一部活的憲法，當然必須具備回應社會變遷、反應新興人權價值的能力，才不會淪為「紙上憲法」。

婚姻體制是否平等對待「性少數」公民，不只是身分法上的問題，更是憲法上的問題，如釋憲機關於本件期待立法者會有效率地透過民主思辨實現性少數婚姻自由與權利之保障，衡諸現實，恐過於樂觀，因此，值此立法院已有民法修正草案，然而立法進度躊躇不前的狀況下，司法釋憲機關受理並做成符合憲法保障人民基本權利意旨之決定，正是一個與立法、行政部門進行「憲法對話」的重要時機，更是防免行政、立法持續怠惰（以及人民傷害持續加深擴大），督促立法的動態制衡方式。

於我國代議制度規範下，一個在立法機關審議中的法案，倘未在該屆立法委員任期屆滿前通過，依據「屆期不連續」原則，隨任期的更迭，即必須重新提案、審議。我國曾於 2006 年有「同性婚姻法」草案提出於立院，但遭程序杯葛未通過一讀，其後 2012 年、2013 年分別有兩個允許同性結婚之民法修正案送進立法院審議，並通過一讀，經於司法法制委員會一次詢答，其後即遭擱置，隨著 2016 年第 8 屆立法委員任期屆至而歸零。隨後在第九屆立委任期開始後，2016 年 11 月，雖再有數個民法修正草案進入立法院，然而，究竟需要多久的時間始能通過立法，尚未可知，而同性伴侶被剝奪了婚姻自由與權利，以及因此所被迫承受的各種具體權利侵害，卻是每分每秒持續發生。有許多同志伴侶，被迫隱藏性傾向，自欺欺人地分別進入異性婚姻，過著迎合傳統社會期待的生活；而即使若干同志有勇氣選擇出櫃，但相伴三、五十年後，終其一生，還等不到一個婚姻配偶的名份，於對方亡故後，仍只能以「摯友」相稱；這些真實的同志伴侶生命故事，長期普遍存在於社會中，婚姻平權的重要性與迫切性已到達刻不容緩的地步，不容行政與立法部門繼續以社會共識為藉口而延宕，也因此釋憲機關就本件憲法爭議所能發揮定紛止爭的功能，在此時此刻，尤其深具意義與必要性。

至於司法違憲審查可能涉及對抗多數之困境或兩難（counter-majoritarian difficulty/dilemma），則恐怕是一個永恆的問題，也沒有單一簡單的答案，但我們都知道也還記得，過去當美國司法體系宣告種族隔離政策違憲應予廢除之時，眾多資料顯示當時多數人民（與許多政治人物）意見卻是支持種族隔離政策的！我們認為正是在類似這種特別艱難的時刻與情境下，司法違憲審查更應該發揮捍衛弱勢少數群體人權的功能與力量。

鑑定人張文貞教授於大院言詞辯論中表示：「我希望引這個判決（*Obergefell v. Hodges*）的多數意見提到，任何一個憲法法院決定，

在判斷任何一個法律制度是否違憲時，確實會需要考慮到背後的民主審議、民主的價值。不過當代的憲法制度或當代的自由憲政主義，非常清楚地確認，任何人受憲法保障自由的權利，並不需要等待多數人有共識之後，才可以就憲法上來主張。所以無論社會是否有共識，任何受憲法保障的權利，即使是少數的權利，都可以透過司法程序獲得確認。我想任何人平等的婚姻自由跟婚姻權保障就是這樣的權利。」聲請人深表同意並殷切期待，釋憲機關在這場深具意義的憲法對話中，能藉由充分之論理與說明，終止因為偏見與恐懼所造成的社會排除，讓愛、自由、平等與正義得以實現。

肆、法務部於言詞辯論時回應張文貞鑑定人，稱世界各國「至少有九個國家訂定同性伴侶法，並未遭到違憲指摘」之說法，並不正確，應予釐清。

對照法務部書面意見，其所稱九個國家應係指「德國、克羅埃西亞、斯洛維尼亞、捷克、瑞士、匈牙利、奧地利、列支敦斯登、希臘」（參見法務部106/3/17書面意見第八頁），惟法務部說法並不可採，首先，基於司法權本質上不告不理之被動性，這些國家的同性伴侶法若目前尚未遭釋憲機關做成違憲認定，亦不足以證成其已具備實質合憲性（現在未遭違憲指摘之決定，不表示未來不會遭判定違憲）。

其次，支持專法之論者，包括法務部在內，常以德國聯邦憲法法院2002年7月17日判決認「同志專用」之生活伴侶關係法（Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft，以下簡稱「同性伴侶法」）合憲為其論據，主張外國立法例亦創設隔離專法，而非開放同性婚姻云云，因此以下就以德國為例，說明相關支持專法之說法不僅未考

量德國憲政法制及社會與我國之差異，甚至未能詳查前揭所謂「合憲」判決作成之背景，並無可採。析述如下：

- 一、德國國會係於2001年通過同性伴侶法，明文肯認同性伴侶得登記為生活伴侶，並享有若干相當於異性婚姻之權利。然而，此法通過後，即引起「該法是否危及婚姻制度性保障」之爭議；蓋德國基本法第6條第1項規定「婚姻與家庭應受國家之特別保護」，德國學界通說認為該規定係制度性保障之明文，要求國家應積極保護「一男一女」、「一夫一妻」、「基於長久共同生活之目的而組成」之婚姻制度，故有論者認為前揭同性伴侶法於婚姻外創設了一套實質相當於婚姻，但供同性伴侶「專用」之制度，導致婚姻不再具有特殊之地位，有違基本法第6條第1項「特殊保護」之規定。⁷
- 二、在此背景下，有三個反對同性伴侶法的邦，即據前揭理由，向德國聯邦憲法法院聲請釋憲；德國聯邦憲法法院則於2002年7月17日作成合憲判決，認為該法所規範之對象並非婚姻，未變更婚姻定義，也未阻止任何具有結婚適格之人進入婚姻，不違反基本法第6條第1項之婚姻制度性保障規定⁸。
- 三、德國制定同性伴侶法而未直接修法承認同性婚姻，一方面固然是政治上妥協的產物，他方面也肇因於德國基本法第6條第1項之「婚姻特別保護」規定，以及基於強大之基督教傳統的影響因此將「婚姻」解釋為限一男一女之故，而德國聯邦憲法法院係在上述背景下宣告同性伴侶法並未侵害憲法對婚姻之保障而「合憲」。

⁷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年11月，第89-91頁

⁸德國聯邦憲法法院裁判選輯(十一)，司法院印行，民國93年10月，第211-245頁

四、然而，我國憲法既無如德國基本法之婚姻特別保護規定，且民法婚姻亦無特定宗教色彩或意義，自現行民法前身之「大清民律草案親屬編」制定以來，立法淵源與解釋均與宗教無關，我國與前揭德國另定同性伴侶法之背景、條件實大相逕庭，根本欠缺比較援引基礎與必要，實無理由認定應以德國同性伴侶法做為本國法制之參考「範例」。

五、況且，自德國同性伴侶法2001年制定，並於2002年經德國聯邦憲法法院宣告合憲以來，迄今短短15年間，已發生多起「同性伴侶究竟可享有哪些異性婚姻權利」之爭議。迄至2013年9月，德國聯邦憲法法院已先後作成二次違憲判決，宣告同性伴侶制度未能充分保障同性伴侶權益而違憲，說明如下：

(一) 遺屬年金給付之差別待遇違憲⁹：

1. 2009年7月7日，德國聯邦憲法法院認聯邦與邦政府給養機構（VBL）規章以「投保人所締結者為婚姻或同性伴侶」之不同，給予同性伴侶遺屬較少年金之規定，已違反基本法第3條第1項平等權而違憲。
2. 於判決理由中，德國聯邦憲法法院明白表示，個人選擇締結婚姻或同性伴侶關係，與其性傾向密不可分，故前揭規章規定同性伴侶遺屬只能領取較少年金，係基於性傾向而為之差別待遇，應採嚴格審查基準；既然行政機關並未能充分舉證說明差別待遇之正當理由何在，聯邦憲法法院也不認為婚姻制度保護能作為差別待遇之正當事由，自應認前揭規定違憲。

⁹德國聯邦憲法法院裁判選輯(十四)，司法院印行，民國102年4月，第301-325頁

3. 值得注意的是，德國聯邦憲法法院並於此案判決理由明文指出：生育子女與否，並不能作為婚姻與同性伴侶差別對待之理由，蓋婚姻關係並非為子女而締結，且現實情況是同性伴侶關係多數有撫養子女；依班堡大學國家家庭研究估計，2009年間，全德國境內大約有2,200名兒童生活於同性伴侶家庭中。

(二) 收養子女之差別待遇違憲¹⁰：

1. 2013年2月19日，德國聯邦憲法法院全票通過認2001年公布之同性伴侶法（LPartG）第9條第7項禁止同性伴侶一方收養他方養子女之規定，違反基本法第3條第1項平等權而違憲。
2. 依斯時之德國法律規定，同性伴侶一方雖能以個人身分，依德國民法第1741條第2項第1句規定而單獨收養子女；但因受限於前揭同性伴侶法規定，同性伴侶他方不能接續收養其伴侶之養子女，形成同性伴侶雖均與子女共同生活，但只有其中一方能與子女成立親子關係之困境。
3. 聯邦憲法法院判決認為，既然前揭同性伴侶法第9條第7項規定並不禁止同性伴侶一方收養他方之親生子女，僅禁止收養他方之養子女，則此規定無論是對同性伴侶或對被收養之子女，均已形成明顯差別待遇，且無任何正當理由得證成該差別待遇，也不能以婚姻特別保障而正當化此差別待遇，該規定應屬違憲。
4. 判決理由並特別以相當篇幅指出：根據專業鑑定意見，所謂「同性雙親家庭收養疑慮」之說法根本違反科學證據，事實上，在通常情形下，同性伴侶接續收養子女可避免雙親離異

¹⁰德國聯邦憲法法院裁判選輯(十五)，司法院印行，民國103年11月，第95-124頁

造成子女之法律地位不安定，對子女之法律權利保障與心理安定感均有正面助益，且接續收養也有助於雙親平等、共同養護子女而加強子女歸屬感，自無理由讓同性伴侶一方親生子女得被他方接續收養而受益，卻將養子女排除在外。

六、德國另訂同性伴侶法之例事實上明白揭示：隔離立法之同性伴侶專法模式極易滋生違憲爭議，於個別法規範落實適用上（特別是行政機關發布之行政命令或規章）更易產生差別待遇而違反平等權保障，絕非妥適之立法模式。採取專法之德國現已面臨同性伴侶法適用諸多疑義，不得不逐一透過個案訴訟、釋憲解決問題，且近來更持續有同性婚姻的立法討論，國際傳媒紛紛報導指出，德國在不久的未來可望通過婚姻平權，翻轉改變過往因同性伴侶法所致之不平等。台灣若要邁向平權之路，豈有參照德國模式迂迴繞遠路、甚至走冤枉路之必要？

伍、法務部引用學者顏厥安「區分且自由」之說法，作為支持另立專法之「學說」，惟在法務部引用之前，顏厥安教授本人以及模擬憲法法庭均已發公開澄清聲明，明確表達不希望各界引(誤)用，茲此提請 鈞院注意，「區分且自由」之說法並非具有學術意義的真實「學說」。

法務部於3月17日書面意見替「專法」辯護聲稱，立法者要採取什麼立法模式來保障同性伴侶的相關權益，不是只有修民法婚姻這一條路始能合憲，並特別引用台大法律系教授顏厥安2014年在模擬憲法法庭的鑑定意見稱：學說上亦有認為同性伴侶法可以不受到既有「婚姻」制度觀點的限制，因此並非「隔離但平等」，而是「區分且自由」(distinction and freedom)。

惟查模擬憲法法庭主辦單位早在3月12日即公開澄清，當時是為了因應模擬憲法法庭諸多不確定因素，因此才商請顏教授「預為推想準備反方的鑑定意見」，而顏教授本人是同性婚姻的堅定支持者，反對異性婚姻霸權，並認為在有婚姻法律制度的前提下，任何否定或歧視同志婚姻的立法皆屬違憲，因此請各界勿繼續以顏教授本人意見之名引用該份意見書¹¹。

綜上，現行民法所保障「一夫一妻之婚姻關係/制度」係憲法第二十二條所保障婚姻自由與權利的下位階概念與立法者具體化基本權保障的其中一種形式而已，不應反過來作為限縮解釋憲法第二十二條所保障婚姻自由之概念範圍。

同性相婚屬於憲法第二十二條所保障婚姻自由與權利，而持反對意見者（如法務部），迄今無法提出足以正當化「限制同性別者相婚自由」之理由，無論是自然生育可能性、其他法律可能需要配套或民俗/文化適應等說法，均難認已符合憲法第二十三條「社會秩序」、「公共利益」之限制要件與必要。

所謂立法形成自由，非如法務部意見所指陳，既可以用來合理化民法限制同性結婚，又可以用來支持另立同性伴侶專法，實則，立法形成自由須受憲法基本權利之拘束，亦即不能僅因民主原則而完全豁免於違憲審查，且立法形成自由與基本權非但不該處於衝突關係，反而應具有基本權利保護功能，為具體化並追求基本權利的最大實現而存在。

詩人里爾克(Rainer Maria Rilke)曾說：「要一個人類去愛另一個人類，那或許是我們所有任務中最艱鉅的一項。」

誠然，愛本身是一項艱難的任務，人與人的親密關係與家庭關係往

¹¹ 模擬憲法法庭主辦單位對顏厥安教授鑑定意見書的澄清聲明(2017/3/12)
<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/news>

往必須經歷許多考驗，因此需要法律及社會給予肯認與支持。

聲請人等待婚姻平權這一天已逾四十一年，亟盼本件釋憲聲請之結果，引領台灣以及這塊土地上所有人，迎向一個更溫暖、更平等的未來！

此致

司法院 公鑒

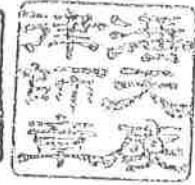
聲請人：祁家威



代理人：許秀雯律師

莊喬汝律師

潘天慶律師



中華民國 106 年 4 月 5 日