

## 歐洲人權法院保障同性關係策略評析\*

### —— 彈性、侷限及展望

翁燕菁\*\*

#### 摘要

歐洲人權法院自2010年起，陸續公布有利保障同性伴侶關係之判決。惟受限於規範、制度歧異以及婚姻結合國族認同等因素，歐洲人權公約仍不對締約國課以保障同性婚姻之義務，保留各國是否及如何保障同性伴侶關係之評斷餘地。反之，歐洲人權法院仍屢次小幅更新解釋，支持被告國內少數意見，促成制度變遷。院方藉由公約第12條與第8條切割婚姻與家庭生活，同時透過彈性比較法區隔各國國情脈絡，以求不受嚴格歐洲共識之拘束。公約第8條單獨適用或第14條參照第8條，未來皆有可能進一步成為同性伴侶關係趨向與婚姻配偶平等之橋樑，並使判決以縮限通案影響力換取與特定被告國之對話空間。第8條單獨適用允許各國保有評斷餘地之餘，藉由回應內國見解而執行歐洲監督；而第14條參照第8條，則似有望依個案爭點、國情等要件，評價處境間是否可資類比。

\* 投稿日：2017年4月8日；接受刊登日：2017年8月28日。〔責任校對：張幼文〕。

特別感謝司法院黃昭元大法官、布加勒斯特大學 (Universitatea din București) 法學院Flavius A. Baias院長分別邀稿開啟寫作契機；拙文初稿發表於CES 2015 Conference (法國巴黎)，承蒙Gokce Yurdakul教授、黃舒芃研究員、官曉薇副教授、兩位審查人等先進之慷慨斧正或啟發，並受益於科技部計畫補助 (MOST 103-2410-H-004-054)，謹藉此隅敬致謝忱。

\*\* 國立政治大學政治學系助理教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/61106181.pdf>。



關鍵詞：婚姻平權、同性伴侶、家庭生活受尊重權、歐洲人權公約、禁止性傾向歧視。

## 目次

壹、前言	參、歐洲人權公約體系限制與發展前景
貳、歐洲人權法院相關判決先例回顧	一、公約體系婚姻保障之限制
一、不歧視原則適用之侷限：內國法優位之婚姻條款	二、公約第8條與第14條適用問題
二、婚姻與替代制度分軌：階段性「最大化」家庭生活保障？	肆、結論

## 壹、前言

歐洲人權法院（European Court of Human Rights）於2015年7月作成 *Oliari and Others v. Italy*<sup>1</sup> 判決，並成功促使義大利國會於2016年5月通過同性伴侶法<sup>2</sup>。歐洲人權法院首度要求被告國為事實同性伴侶關係提供一定程度之制度保障，奠定判決里程碑地位。惟其判決理由諸多以義大利個別國情為審查標的，且排除《歐洲人權公約》（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第14條不歧視原則（principle of non-discrimination）之適用。相較於先前諸多以不歧視原則論證同性伴侶權利之先例，歐洲人權法院似乎別有意圖。

1 *Oliari and Others v. Italy*, App. No. 18766/11 & 36030/11, Eur. Ct. H.R. (July 21, 2015), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265>.

2 Legge 20 maggio 2016, n.76, G.U. May 21, 2016, n.118 (It.).

以純粹地理輿圖觀察今日歐洲，近全數西部國家，若非結婚已無論性別，則已另設允許同性近用之登記伴侶制<sup>3</sup>。反之，東部國家除憲法已定義婚姻限異性締結者外，尚有多國連番通過新憲法或憲法修正<sup>4</sup>，明文禁止同性婚姻。對立氛圍中，近年面臨正當性危機的歐洲人權法院<sup>5</sup>，如何持續作出數件有利同性伴侶處境之判決？當美國聯邦最高法院接受平等權論述<sup>6</sup>，判決同性婚姻禁令屬歧視，歐洲人權法院為何遲遲未能肯定歐洲人權公約第12條保障同性伴侶結婚權利？面對欠缺共識甚至出現分歧的歐洲，單純以司法自制觀察，是否足以評價歐洲人權法院自2010年以降逐漸變遷的立場選擇？

研究指出，歐洲人權法院同性婚姻與家庭生活權利相關訴訟，主要遭遇兩項阻礙：一是院方對公約第12條謹守異性戀常規

---

3 截至2017年9月，西歐僅摩納哥及聖馬利諾兩國例外。

4 國會決議者包括拉脫維亞（2006年；Aaron Eglitis, *MPs ban same-sex marriages*, THE BALTIC TIMES [Dec. 21, 2005], <https://www.baltictimes.com/news/articles/14274/>）、塞爾維亞（2006年；see Gaso Knezevic & Vladimir Pavic, *Same-Sex Unions Within the Current Regulatory Framework of Serbian Private International Law*, 33 YUGOSLAV L. [2006], <https://ssrn.com/abstract=1016016>）、匈牙利（2011年；Adam Bodnar & Anna Śledzińska-Simon, *Between Recognition and Homophobia: Same-Sex Couples in Eastern Europe*, in SAME-SEX COUPLES BEFORE NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL JURISDICTIONS 211, 216 [D. Gallo, L. Paladini & P. Pustorino eds., 2014]）、斯洛伐克（2014年；HRC staff, *Slovakia Constitution Bans Same-Sex Marriage*, HUMAN RIGHTS WATCH [June 6, 2014], <http://www.hrc.org/blog/slovakia-constitution-bans-same-sex-marriage>）、馬其頓（2015年；Liisa Tuhkanen, *Campaigners Condemn Macedonia's New Ban on Same-Sex Marriage*, REUTERS [Jan. 21, 2015], <http://www.reuters.com/article/uk-macedonia-law-lgbt-idUKKBN0KU26520150121>）；公投修憲者則有克羅埃西亞（2013年；*Croatians Back Same-Sex Marriage Ban in Referendum*, BBC NEWS [Dec. 2, 2013], <http://www.bbc.com/news/world-europe-25172778>）。

5 2015年歐洲理事會（Council of Europe）之人權指導委員會（Steering Committee for Human Rights, CDDH）發表歐洲人權公約體系展望報告時即指出，判決執行不易構成對歐洲人權法院權威之挑戰，牽涉政治因素。CDDH, CDDH REPORT ON THE LONGER-TERM FUTURE OF THE SYSTEM OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, CDDH(2015)R84 Addendum I, § 134 (2015).

6 *Obergefell v. Hodges* 135 S. Ct. 2584 (2015).

(heteronormativity) 而拒絕取代歐洲各國共識加以解釋，二是院方在第14條適用上的類比分析，阻卻婚姻配偶與其他非婚伴侶處境間差別待遇構成歧視的可能<sup>7</sup>。異性戀常規首先由Michael Warner於1990年代提出，用以形容依據異性戀關係建立、被視為人際關係最基本元素之典範；此一結構關係確保生育，隱然構成人類社會之基石<sup>8</sup>。異性戀常規出於「異性戀文化」及其建構<sup>9</sup>，而婚姻係此「文化認同」中最为基礎之制度<sup>10</sup>。歐洲人權法院自2010年來，持續突破公約家庭關係保障之異性戀常規解釋，惟謹守公約第12條之特別法地位，僅藉由切割婚姻與家庭，以延伸公約對同性伴侶家庭生活權利之保障。尚須深入探討者，首先是歐洲人權法院為何拒絕突破公約第12條之異性戀常規，其次則是目前在同性伴侶關係的保障上，公約第14條禁止性傾向歧視以及第8條之家庭生活受尊重權(right to respect for family life) 的解釋侷限與前景何在。

本文擬自歐洲人權法院相關判決先例回顧出發，分別耙梳歐洲人權公約下婚姻、禁止性傾向歧視以及家庭生活受尊重權之解釋變遷。其次，藉由公約條文內部釋義與外部環境之限制，嘗試深入分析歐洲人權法院之立場選擇，並探索未來判決手法可能發展方向。臺灣在同性婚姻平權立法辯論過程中，對歐洲人權法院以及各國憲法法院判決之解讀，頗為分歧。近年雖陸續出版相關研究<sup>11</sup>，惟出

---

7 Paul Johnson, *Marriage, Heteronormativity, and the European Court of Human Rights: A Reappraisal*, 29 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 56, 57 (2015).

8 Michael Warner, *Introduction*, in FEAR OF A QUEER PLANET: QUEER POLITICS AND SOCIAL THEORY, at vii, xxi (Michael Warner ed., 1993).

9 James Joseph Dean, *The Cultural Construction of Heterosexual Identities*, 5 SOC. COMPASS 679, 680 (2011).

10 Lauren Berlant & Michael Warner, *Sex in Public*, 24 CRITICAL INQUIRY 547, 552 (1998).

11 參見陳靜慧，同性生活伴侶之平等權問題——以歐洲法院、德國聯邦憲法法院及德國聯邦行政法院之判決為中心，東吳法律學報，21卷3期，頁161-195(2010年)；許耀明，歐盟關於結婚權與組成家庭權之保護——從歐洲人權法院與歐洲法院相關案例談起，歐美研究，38卷4期，頁637-669(2008年)。

版時間上皆於相關歐洲級法院關鍵判決公布之前。本文擬釐清相關論點，同時主張，歐洲人權法院雖礙於其超國家監督機構之地位，面對深植社會文化之敏感議題，盡可能尊重公約體系之備位原則（principle of subsidiarity）。惟此無礙於院方一步一步將公約解釋推向未來，而不放棄與各國社會積極對話。

## 貳、歐洲人權法院相關判決先例回顧

### 一、不歧視原則適用之侷限：內國法優位之婚姻條款

#### （一）處境相等原則之確立

歐洲人權法院判決史上首度肯定，同性與異性之同居共財關係，應平等依法享有內國法既定保障，係2003年之 *Karner v. Austria*<sup>12</sup>。此案單純涉及奧地利租賃法下同居之配偶、伴侶及親屬租約繼承權，而奧地利最高法院認為立法原旨之「長期伴侶」（life companion）並未納入同性伴侶。歐洲人權法院並未否認立法以「保護傳統家庭」為目的之正當性，然因涉及「需具備嚴正理由」之性傾向差別待遇<sup>13</sup>，採行手段必須為達成目的所必要者，奧國政府無法證立此必要，因而違反歐洲人權公約第14條參照第8條。該判決確實為同性伴侶平等待遇建立新頁，惟當時歐洲人權法院並未正面肯定同性關係屬「家庭生活」，結論影響亦僅限於原即寬鬆之內國法同居伴侶解釋。

*Karner*與2001年之 *Mata Estevez v. Spain*<sup>14</sup>同為長期穩定共同生活之同性事實伴侶爭取平等受益，惟 *Mata Estevez*聲請人主張比照

---

12 *Karner v. Austria*, 2003-IX Eur. Ct. H.R. 199.

13 *Id.* at § 37.

14 *Mata Estevez v. Spain* (dec.), 2001-VI Eur. Ct. H.R. 311.

死者之配偶領受遺族撫恤金。西班牙憲法法院既定判決先例下，異性非婚伴侶若得結婚而不為之，則無權請求遺族撫恤金。西國法院因此認定，無論性傾向之非婚伴侶皆適用相同原則。反之，聲請人則主張，自身並未如異性般受西國立法保障，並舉出部分因1981年前之離婚禁令而不得結婚之異性事實伴侶，即曾獲得遺族撫恤金。聲請人因而認為，西國在異性婚姻與同性事實結合（*de facto union*）之間恣意施以差別待遇。系爭拒絕給付之事實，歐洲人權法院將之界定為被告國對聲請人「私人生活」之干預，惟肯定西班牙遺族撫恤金限已婚配偶請領，旨在保障婚姻家庭，差別待遇尚屬歐洲監督保留予各國之評斷餘地<sup>15</sup>（margin of appreciation），拒絕受理本案。

此後遲至2010年3月，歐洲人權法院方有機會再度就同性間同居共財關係表示意見。*Kozak v. Poland*<sup>16</sup>之事實與上開*Karner*雷同：波蘭法律規定，租約繼承者條件包括事實婚姻同居（*de facto marital cohabitation*）者。關於本案事實究竟屬於「私人」或「家庭」生活，歐洲人權法院並未正面回應，而僅以居住事實為依據，確認為公約第8條之住居所概念所涵蓋，並因而適用第14條之不歧視原則<sup>17</sup>。針對波蘭法院以波蘭法未承認同性關係為由，拒絕認定上開同居關係涵蓋同性伴侶<sup>18</sup>，歐洲人權法院則重申*Karner*見解，認為波蘭政府於保護傳統家庭之外，未能證立排除事實同性同居者權利之必要<sup>19</sup>。*Karner*與*Kozak*兩項判決，具有公約突破異性戀常規之關鍵意涵<sup>20</sup>，雖未能肯定同性事實伴侶處境屬公約第8條之家庭

15 歐洲人權法院將評斷餘地定義為締約國得享有規範形成自由（不限立法，包括行政措施與司法見解），亦即歐洲監督不宜過度干預之界線。

16 *Kozak v. Poland*, App. No. 13102/02, Eur. Ct. H.R. (Mar. 2, 2010), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97597>.

17 *Id.* at §§ 84-85.

18 *Id.* at § 38.

19 *Id.* at § 99.

20 或謂傳統異性戀常規先例與嗣後反轉判決之橋樑：Johnson, *supra* note 7, at 68-72.

生活。

同年6月，歐洲人權法院公布具里程碑地位之*Schalk and Kopf v. Austria*<sup>21</sup>判決。本案爭點直指同性關係之法律地位，身為事實同性伴侶之聲請人請求登記結婚不果，進而主張歐洲人權公約第12條結婚權之保障。早年學說已指出，公約保障之結婚權，係公約保障權利中唯一以「內國法規範」為準繩之條款<sup>22</sup>，超國家層級監督空間最為狹窄。此外，明文訂定單一配偶與適婚年齡限制，並刻意排除離婚，皆足以突顯該條文欠缺「人人得享」之基本權利特質<sup>23</sup>。而2010年歐洲僅6國開放同性結婚，距離一個足以啟動條文釋義變遷之歐洲共識，甚為遙遠；歐洲人權法院拒絕承認第12條保障同性結婚權，有其不得不然<sup>24</sup>。此外，歐洲人權法院亦循內國法優位條款承認，「婚姻有其深植之社會文化蘊涵，而每個社會的蘊涵彼此可能大不相同<sup>25</sup>。」

惟*Schalk and Kopf*至少建立兩項重要原則。其一，歐洲人權法院首度循歐洲共識放寬第12條解釋。歐洲人權公約締約國之內國法變遷下，婚姻從明文保障到明文禁止同性婚姻皆有其例。而歐洲聯盟基本權利憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）第9條即反映相同之現實：以尊重內國法為前提，單一配偶婚姻保障不再僅限異性<sup>26</sup>。歐洲人權法院因此認定，是否承認同性

21 *Schalk and Kopf v. Austria*, 2010-IV Eur. Ct. H.R. 409.

22 當年正是此內國法但書使一度可能無法通過之第12條獲得保留：VASSEUR-LAMBRY (F.), *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 27; ENRICH MAS (M.), Article 12, in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) & IMBERT (P.-H.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1999, p. 439.

23 *Schalk and Kopf*, 2010-IV Eur. Ct. H.R. at § 55.

24 Pietro Pustorino, *Same-Sex Couples Before the ECtHR: The Right to Marriage*, in SAME-SEX COUPLES BEFORE NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL JURISDICTIONS 399, 403-04 (D. Gallo, L. Paladini & P. Pustorino eds., 2014).

25 *Schalk and Kopf*, 2010-IV Eur. Ct. H.R. at § 62.

26 惟歐洲人權法院無意強調歐盟28個會員國足以證立歐洲共同點，而係以歐洲人

婚姻屬內國法管轄，應予尊重，公約第12條解釋因此亦毋需謹守文意之異性結合<sup>27</sup>。反之，既然維持內國法優越原則，歐洲人權法院不便取代內國機構定義婚姻，亦無法對締約國課以「開放同性伴侶締結婚姻」之義務<sup>28</sup>。其二，歐洲人權法院亦藉*Schalk and Kopf*對公約第14條參照第8條之保障作出突破解釋：正式承認穩定共同生活之同性伴侶關係落入第8條之「家庭生活」<sup>29</sup>。惟公約第12條為結婚權之特別法，即使第14條參照第8條適用，亦無法據以主張結婚權或是其他形式之法律承認。此外，即如締約國已主動立法保障同性伴侶關係者，就其保障內容與範圍仍然享有一定程度之評斷餘地<sup>30</sup>。

於同年7月宣判之*P.B. and J.S. v. Austria*<sup>31</sup>，事實係奧國公務人員傷病及意外保險法下，投保人家戶中承擔家務勞動之異性同居伴侶得為受益人。歐洲人權法院繼*Schalk and Kopf*再次肯定事實同性伴侶關係屬公約第8條之家庭生活<sup>32</sup>，並重申*Karner*判決要旨<sup>33</sup>，認定系爭法律修正前明文限異性受益，違反公約第14條參照第8條。反之，系爭法律修正後，受益同居人不限異性或同性，惟須為負擔投保人家戶中撫養兒童或居家照護者。聲請人因此主張間接歧視，

---

權公約締約國之婚姻規範歧異為慮，參照歐盟基本權利憲章第9條更新歐洲人權公約第12條解釋，以落實公約第12條「依內國法」保障婚姻之原則。

27 *Schalk and Kopf*, 2010-IV Eur. Ct. H.R. at §§ 60-61.

28 *Id.* at §§ 62-63.

29 *Id.* at § 94.

30 *Id.* at §§101, 108.

31 *P.B. and J.S. v. Austria*, App. No. 18984/02, Eur. Ct. H.R. (July 22, 2010), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100042>.

32 惟「家庭生活」之肯認最初並未持續成為歐洲人權法院之常例，同年9月之*J.M. v. the United Kingdom*, App. No. 37060/06, Eur. Ct. H.R. (Sept. 28, 2010), § 5, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100711> 判決中，為內國法院承認為「具長期性親密性質之親近、相愛與單偶關係」，並未為歐洲人權法院承認屬公約第8條之「家庭生活」？其中3位承審法官即於共同協同意見書中嚴詞批評其餘4名法官採取之司法自制，其實是法律見解的錯誤：*id.* (*Garlicki, Hirvelä and Vučinić, concurring*).

33 *P.B. and J.S.*, 2010 Eur. Ct. H.R. at § 42.



謂同性伴侶受益於上開新規範者，為數極少。歐洲人權法院則加以駁斥，認為聲請人尚無法證明奧國同性伴侶未能依法撫育子女<sup>34</sup>。至此，歐洲人權法院已依歐洲實際情況確立伴侶關係之階層比較架構。傳統婚姻循異性戀常規性構成家庭之「原型」<sup>35</sup>，公約第12條之保障具有優位，亦因此切割其餘類似制度，使其餘法律承認之家庭無法受益於相同保障。而類似婚姻之登記伴侶制，即使保障效力未若婚姻完整，亦已屬締約國迎合歐洲趨勢之舉，保障內涵尚屬國家評斷餘地<sup>36</sup>。其次，締約國若對事實伴侶或家屬關係提供保障，則須極為嚴正之事由方得證立基於性傾向之差別待遇，即使涉及給付請求性質之經濟社會權利。

婚姻與非婚伴侶制度無法類比，因此允許各國各類形成中之結合制度待遇得「次於」婚姻，接受各國憲法法院切割婚姻與登記伴侶制之認定方式。同年9月的*Manenc v. France*<sup>37</sup>不受理決定中，歐洲人權法院即協同法國憲法委員會（Conseil constitutionnel）既定見解，認定法國無論同性異性伴侶皆得近用之民事伴侶制<sup>38</sup>（*pacte civil de solidarité, PACS*），係全然異於婚姻性質之兩造協定（*nature de contrat étranger au mariage*）<sup>39</sup>。此制下之民事伴侶不等於婚姻之配偶，兩者處境不相等。若法國法僅限生存之一方配偶可請領死亡

---

34 *Id.* at § 47.

35 Paul Johnson, *Challenging the Heteronormativity of Marriage: The Role of Judicial Interpretation and Authority*, 20 SOC. & LEGAL STUD. 349, 361 (2011).

36 *Schalk and Kopf*, 2010-IV Eur. Ct. H.R. at §§ 106-108.

37 *Manenc v. France* (dec.), App. No. 66686/09, Eur. Ct. H.R. (Sept. 21, 2010), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100912>.

38 臺灣學界對此制譯詞似無定論，有直譯亦有意譯，拙文因泛及各國制度，亦須顧及閱讀理解，因而捨棄精準譯詞而採意譯。特別感謝審查先進之建議。

39 Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision No. 99-419 DC, Nov. 9, 1999, Rec. 116 § 67 (Fr.). BURGORGUE-LARSEN (L.), *L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe*, 2005, p. 11, [https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IRELIES/Contributions\\_en\\_ligne/L\\_BURGORGUE-LARSEN/L\\_apprehensionconstitutionnellevieprivee\\_1\\_.pdf](https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IRELIES/Contributions_en_ligne/L_BURGORGUE-LARSEN/L_apprehensionconstitutionnellevieprivee_1_.pdf) (dernière visite le 24 avril 2017).

之他方配偶的部分退休給付 (*pension de réversion*)，而排除無論性傾向之民事伴侶準用之，在國家評斷餘地下尚未明顯失其所據<sup>40</sup>。

## (二) 處境類比之社會秩序或道德界限？

聲請人之處境與其擬類比之制度受益人處境是否相等，因此構成2012年*Gas and Dubois v. France*<sup>41</sup> 以及次年*X and Others v. Austria*<sup>42</sup>判決之關鍵歧異。兩案皆涉及女性同性伴侶收養其伴侶本生子女爭議，判決結論卻不盡相同：法國藉國家評斷餘地勝訴，而奧國則違反公約第14條參照第8條。法國的Valérie Gas與Nathalie Dubois為一對女性事實伴侶，原擬比照法國非婚異性伴侶，以雙方合意為前提，由Dubois海外接受匿名精子捐贈而生下一女，雙方嗣後完成PACS登記。然Gas聲請收養該名未成年之女遭法院駁回。而*X and Others*案聲請人除一對女性事實伴侶外，尚有伴侶一方之未成年本生子女，係經其生父認領之非婚生子，依法親權由生母獨占。生母及其同性伴侶自該子5歲起便與之共同生活，嗣伴侶雙方簽署協議，擬由非生母一方收養之，惟遭法院駁回聲請。*X and Others*聲請人於事實發生之際，未受任何伴侶制度保障；奧地利係自2010年起方施行同性結合專用之《登記伴侶法》<sup>43</sup> (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, EPG*)。

上開兩案背景顯示，無論PACS或EPG，皆無完整組織家庭權。PACS伴侶不得收養其伴侶之本生子女或養子女，即使共同生活屬實，亦不共享親權。法國民法收養制度分為「完全收養」(*adoption plénière*)與簡易收養(*adoption simple*)；前者限夫妻或

40 法國憲法委員會於隔年亦呼應歐洲人權法院，認定法國文武官員遺族配偶之局部退休俸給付排除非婚伴侶受益，並未違憲。Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision N° 2011-155 QPC, July 29, 2011, Rec. 404 (Fr).

41 *Gas and Dubois v. France*, 2012-II Eur. Ct. H.R. 245.

42 *X and Others v. Austria* [GC], 2013-II Eur. Ct. H.R. 1.

43 感謝審查先進對此譯詞之建議。

單身者為之，法律上完全取代未成年被收養人本生父母且不得撤銷，後者則不取代既定親子關係，僅於被收養人未成年時，親權自本生父母轉移至收養人<sup>44</sup>。*Gas and Dubois*事實即屬簡易收養，惟法國最高法院以此親權轉移將剝奪生母親權之行使而不予認可<sup>45</sup>，相關規範並為法國憲法委員會肯定為合憲<sup>46</sup>。不同於法國，奧國民法典第179條限夫妻為共同收養，EPG專法第8條第4項更明文禁止EPG伴侶以任何形式為共同收養<sup>47</sup>。惟奧國法院認定，民法典第182條規範下，個人單獨收養不影響與其相異性別之本生父或母所享親權，因而允許非婚異性事實伴侶收養其伴侶之本生子女<sup>48</sup>。易言之，奧國司法實務允許非婚異性伴侶收養他方本生子女<sup>49</sup>。而*X and Others*中之生父反對收養，則有奧國判決先例允許法院基於兒童最佳利益，不適用民法典第181條第1項下之當事人合意要件，而認可收養協議<sup>50</sup>。

內國法下「非婚伴侶」得否收養其伴侶本生子女，使*X and Others*與*Gas and Dubois*判決結果相異。奧國以伴侶性傾向為界，對非婚伴侶收養他方本生子女施以差別待遇，欠缺客觀合理事由。歐洲人權法院分析2008年歐洲兒童收養公約（European Convention on the Adoption of Children）<sup>51</sup> 以及其餘相關歐洲理事會軟法<sup>52</sup>，強

44 參見法國民法典第365條。

45 法國相關制度說明詳見：翁燕菁，平等權利與社會制度間的婚姻家庭——美國聯邦最高法院與歐洲人權法院的共識？，收於：黃昭元編，美國最高法院重要判決之研究——2010-2013，頁149（2015年）。Cour de cassation [Cass.] [supreme court of judicial matters] 1e civ., Feb. 20, 2007, Bull. civ. 2007 I, No.70 & 71 (Fr.).

46 Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision No. 2010-39 QPC, Oct. 6, 2010, Rec. 264, § 8 (Fr.).

47 *X and Others*, 2013-II Eur. Ct. H.R. at §§ 34-40.

48 *Id.* at §§ 15, 31.

49 *Id.* at § 31.

50 *Id.* at §§ 25-26；翁燕菁（註45），頁153。

51 奧國並未批准之，僅作為歐洲理事會相關軟法之支持論點。

52 篇幅所限，拙文凡涉及歐洲理事會下各機構通過之建議或決議等不具法拘束力之文件，皆以軟法通稱之。

調即使歐洲人權公約締約國並無義務允許同性伴侶共同收養，亦非謂各國得恣意對同性及異性非婚伴侶施以差別待遇<sup>53</sup>。而奧國主張歐洲對同性伴侶收養權欠缺共識之說，亦為歐洲人權法院駁斥，強調本案爭點在於倘使非婚伴侶得收養他方本生子女，得否以伴侶性傾向為差別待遇<sup>54</sup>。易言之，各國仍對其非婚伴侶制度設計保有評斷餘地，惟不得恣意於相等處境間，以性傾向為由施以差別待遇。

然嚴以論之，法國亦存在類似例外：異性非婚伴侶欲藉第三方捐贈而生育，得依當時法國民法典第311-20條，由雙方事前向法官或公證人明示合意，於子女出生後建立親子關係成為生母及法定父親<sup>55</sup>，然Gas仍不得循此模式成為「法定母親」。聲請人依歐洲人權法院上開類比標準，指稱此處亦發生非婚伴侶間差別待遇之虞。惟歐洲人權法院接受法國政府主張，以人工授精係以「治療」不孕以及「預防」重大疾病為前提，認定聲請人處境不等於異性伴侶<sup>56</sup>。歐洲人權法院貌似有意規避更敏感的第三方捐贈人工生殖爭議<sup>57</sup>。嗣後法國同性婚姻法推動過程即揭示，反對同性結婚者並非「拒絕成全兩人的愛情」，而是「拒絕成全兩人產生愛情結晶的可能」<sup>58</sup>。導致同性異性非婚伴侶家庭生活處境難以「相等」的理由，終係社會倫理秩序之價值決定。

---

53 *X and Others*, 2013-II Eur. Ct. H.R. at § 150.

54 *Id.* at §§ 57, 149.

55 *Gas and Dubois*, 2012-II Eur. Ct. H.R. at §§ 26 and 43.

56 *Id.* at § 63.

57 翁燕菁（註45），頁175。

58 Assemblée nationale (national assembly), *Compte rendu intégral de la 1<sup>ère</sup> séance du 12 février 2013*, J.O. No. 17 A.N. (C.R.), Feb. 12, 2013, pp. 1625-1628 (Fr.); *Compte rendu intégral des 1<sup>ère</sup>, 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> séances du 8 février 2013*, J.O. No. 16 A.N. (C.R.), Feb. 9, 2013, pp. 1480-1482, 1501-1507, 1537, 1556-1557, 1565-1566, 1575-1579 & 1595-1597 (Fr.).

## 二、婚姻與替代制度分軌：階段性「最大化」家庭生活保障？

### （一）無一般共識下之局部共識

前揭*X and Others*判決看似同性伴侶權利勝出，然其個案尚無涉於婚姻或伴侶制。嚴以論之，同年稍晚公布之*Vallianatos and Others v. Greece*<sup>59</sup>，方為歐洲人權法院首度以公約要求締約國「創制」之重大判決。聲請人凡4對同性伴侶<sup>60</sup>，主張希臘創設之民事伴侶制<sup>61</sup>限異性未婚伴侶近用，構成歧視。歐洲人權法院再度採用*X and Others*之比較法，自締約國中過濾出類似伴侶制度。至2013年，共9個締約國保障同性婚姻、17國設有民事或登記伴侶制、另有3國允許同性婚姻而廢止伴侶制。僅希臘與立陶宛創設伴侶制而禁止同性近用<sup>62</sup>。原本屬於同性伴侶權利不受保障之「多數」國家，在歐洲理事會禁止性傾向歧視相關軟法所形成之趨勢之下，構成極少數之例外。歐洲人權法院並非肯定此即當下之「歐洲共識」，僅指出創制保障同性伴侶已成歐洲清晰趨勢，亦重申不符趨勢之少數不盡然違反公約<sup>63</sup>。

希臘政府之辯詞，一方面駁斥希臘現行法律無法保障聲請人伴侶間民事身分關係，二方面則主張新制旨在保障非婚生子女及單親家長免於結婚壓力，並藉以「強化婚姻制度及傳統意義下的家庭」<sup>64</sup>。歐洲人權法院則強調，國家給予制度承認，本身對同性伴侶即饒富價值，「無關乎其所產生或寬或窄之法律效力」，況此民事制度係唯一可能使同性伴侶關係得為希臘法承認之形式<sup>65</sup>。其次，

59 *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], 2013-VI Eur. Ct. H.R. 125.

60 原為共同聲請人之非政府組織因不具被害人適格，未獲受理。*Id.* at §§ 48-50.

61 為避免各國制度名稱混淆，此處僅參酌判決書之英法譯詞採意譯。

62 被告國實則係與絕大多數歐盟（European Union）國家相比較。*Vallianatos*, 2013-VI Eur. Ct. H.R. at §§ 25-26.

63 *Id.* at § 91.

64 *Id.* at § 80.

65 *Id.* at § 81.

歐洲人權法院無意駁斥希臘立法強化婚姻生育子女之功能論<sup>66</sup>，尊重被告國之價值決定，亦即使本生父母毋需承受結婚壓力而享有組織家庭權，進而保障非婚生子女之兒童最佳利益之說。然而，歐洲人權法院質疑立法內容「並不限於規範非婚生子女身分，而關乎因此結合之伴侶生活方式」<sup>67</sup>，並引述希臘國家人權委員會對立法目的之相同疑慮。即使系爭法律有助於保障婚生子女與非婚生子女之平等，希臘政府尚未能說明何以對處境相等之異性及同性伴侶施以差別待遇，因而如同希臘國家人權委員會與國會科學委員會之見，難脫歧視之嫌<sup>68</sup>。在立法者有其他保障非婚生子女的選擇時，系爭法律之差別待遇尚非實現其目的之必要。基於公約第14條及歐洲趨勢縮限之評斷餘地，希臘政府無法提出正當且必要之差別待遇事由，已違反公約第14條參照第8條。

外於婚姻之新制家庭關係若無客觀合理事由，適用要件應無論伴侶性傾向，然而國家尚無義務對同性伴侶開放近用既有婚姻制度。此因歐洲共識欠缺而採取之「低標」，嗣於2014年 *Hämäläinen v. Finland*<sup>69</sup> 判決中再度驗證。*Hämäläinen* 聲請人生為男性，於1996年與妻結婚後育有一子。2006年，聲請人經確診為跨性別，嗣依其性別認同經手術成為女性。芬蘭尊重個人性別認同允與置換身分登記，惟考量其婚姻效力故，聲請人始終無法登記為女性。芬蘭自2002年施行登記伴侶制，而於本判決公布前，芬蘭國會正針對婚姻法（Marriage Act）修正，辯論是否將婚姻性別中立化<sup>70</sup>。聲請人一

---

66 *Id.* at § 83.

67 *Id.* at § 86.

68 *Id.* at § 89.

69 *Hämäläinen v. Finland* [GC], 2014-IV Eur. Ct. H.R. 369.

70 芬蘭嗣於2015年頒布新婚姻法，自2017年春使婚姻性別中立化。Sanna Koulu, *Towards a Negotiatory Ideal? Contractualization of Family Law in Finland*, in *CONTRACTUALISATION OF FAMILY LAW - GLOBAL PERSPECTIVES* 193, 201 (Frederik Swennen ed., 2015); Salla Silvola, *National Report: Finland*, COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW (Jan. 2015), <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Finland->

且轉換性別登記，則其婚姻將因不受當時婚姻法承認而失效。芬蘭當局提供轉換為登記伴侶之選項，然聲請人及其妻基於虔誠宗教信仰拒絕離婚<sup>71</sup>。

聲請人面臨的問題，表面上或許是性別認同與宗教信仰的衝突，然而對歐洲人權法院而言，多數法官認為爭點在於國家是否有義務基於尊重性別認同而承認其婚姻關係存在，因此涉及公約第8條下之積極義務<sup>72</sup>，而非聲請人基於婚姻家庭權利未受尊重而主張之消極義務。比較法顯示，其時共10個締約國承認同性婚姻，而其他國家就性別轉換後婚姻關係是否存續之規範上，24國法律闕然，而有6國規定婚姻在性別轉換後失效，僅有奧地利、德國、瑞士特例承認既有婚姻關係於配偶性別轉換後持續存在<sup>73</sup>。共識欠缺因此擴大被告國評斷餘地，尤其多數法官認定聲請人尚有轉圜制度供其選擇，放棄婚姻不至於構成其配偶及家庭任何實質權利損害<sup>74</sup>。而芬蘭既已提供婚姻替代制度且享評斷餘地，本案自難成立違反公約之論<sup>75</sup>，再度確認2006年兩宗已婚跨性別者訴英國案不受理決定之見解<sup>76</sup>。

惟就歐洲共識與評斷餘地，3位少數法官主張應擇優採用 *X and Others* 與 *Vallianatos* 判決之「最低共同點」(lowest common denominator)，並考量性別認同係「個人存在或認同格外重要面

---

IR.pdf.

71 *Hämäläinen*, 2014-IV Eur. Ct. H.R. at § 44.

72 *Id.* at § 64.

73 *Id.* at § 32.

74 *Id.* at § 84.

75 Marilisa D'Amico & Costanza Nardocci, *LGBT Rights and the Way Forward: The Evolution of the Case Law of the ECtHR in Relation to Transgender Individuals' Identity*, 17 ERA FORUM 191, 195 (2016).

76 *Parry v. the United Kingdom* (dec.), 2006-XV Eur. Ct. H.R. 271; *R. and F. v. the United Kingdom* (dec.), App. No. 35748/05, Eur. Ct. H.R. (Nov. 28, 2006), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78450>.

向」而提高本案審查密度<sup>77</sup>。性別認同身分爭議名案 *Christine Goodwin v. the United Kingdom*<sup>78</sup> 亦多次為多數及少數法官分別引述，惟前者並未如後者般聚焦於聲請人因需揭露其跨性別而承受之「脆弱、羞辱與焦慮」，並考量聲請人及其妻於信仰及身分間並無「選擇」之處境<sup>79</sup>。尤其應強調者，*Hämäläinen* 終究非關同性之「結婚權」，而係性別重置登記與婚姻關係存續的兩全之爭。跨性別者處境與同性伴侶仍有差異，如同少數法官強調，*Hämäläinen* 聲請人性別重置為既成事實，芬蘭政府並未充分辯證承認其新性別並繼續承認其婚姻對公共秩序之衝擊何在；而以制度支持社會對跨性別者之排斥，方為法所不容<sup>80</sup>。

然而，本案多數法官並非無感於聲請人之困境。多數法官真正的難處，恐怕在於締約國於公約第12條下並無承認同性婚姻之積極義務<sup>81</sup>。即使聲請人僅要求芬蘭不因其性別變更而強制終止其婚姻關係<sup>82</sup>，將影響範圍限縮於極少數跨性別個案。鑒於公約第12條就婚姻之特別法地位，第8條無法證立國家承認其婚姻關係存在之義務。然而，多數法官毋寧藉由第8條評斷餘地，降低審查密度，認定芬蘭已盡力維護聲請人相關家庭權利，未就公約第12條另行立論<sup>83</sup>。而聲請人主張其受公約第12條保障之婚姻，基於跨性別而承受順性別者所無之強制離婚，多數法官則認定兩者處境不相等，拒絕審查公約第14條參照第12條。論者批評，歐洲人權法院無異於將跨性別與同性戀混為一談，前者尋求既有婚姻關係不致消滅，後者

---

77 *Hämäläinen*, 2014-IV Eur. Ct. H.R. at § 5 (Sajó, Kellers and Lemmens, dissenting).

78 *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], 2002-VI. Eur. Ct. H.R. 1.

79 *Id.* at § 77, cited by *Hämäläinen*, 2014 IV Eur. Ct. H.R. at § 8 (Sajó, Kellers and Lemmens, dissenting).

80 *Id.* at § 13.

81 Peter Dunne, *Marriage Dissolution as a Pre-requisite for Legal Gender Recognition*, 73 CAMBRIDGE L.J. 506, 508 (2014).

82 *Hämäläinen*, 2014-IV Eur. Ct. H.R. at § 94.

83 *Id.* at § 97.



則要求近用婚姻<sup>84</sup>。多數法官如此認定，無非是拒絕突破公約第12條之異性戀規範<sup>85</sup>。

## （二）締約國創設或承認伴侶制度之義務？

若謂上開判決先例，無論就公約第12條、第14條參照第12條、第8條或第14條參照第8條，皆未曾正面肯定國家有保障同性伴侶關係之義務。即使在最接近邊緣的 *Vallianatos* 判決下，亦屬立法創設民事伴侶制惟排除同性伴侶近用者。而 *Oliari and Others v. Italy* 之所以備受矚目，乃因當年義大利為地緣政治意義下慣稱之「西歐」國家中，唯一尚未以任何法律形式保障同性伴侶關係者<sup>86</sup>，因此亦與 *Schalk and Kopf* 判決時間之背景有所差異。歐洲人權法院於2015年7月公布 *Oliari* 判決，認定義大利違反公約第8條。義大利政府並未上訴大法庭，使分庭裁判於2015年10月成為終局判決。

*Oliari* 合併兩件訴訟聲請，共計3對同性事實伴侶，皆曾向地方主管機關申請結婚啟示<sup>87</sup>而遭拒。其中 *Oliari* 及其伴侶曾上訴至二審法院，並因此促使憲法法院（Corte costituzionale）於2010年對本案之違憲抗辯作出判決<sup>88</sup>。憲法法院認定憲法第29條之婚姻即為民法所定義者，保障並不及於同性結合；反之則強調，同性伴侶於憲法第2條下仍享有於伴侶關係中表現其人格之「基本權利」，惟應由立

84 D'Amico & Nardocci, *supra* note 75, at 199.

85 Damián A. González-Salzberg, *Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage: Hämäläinen v Finland*, 2 J. INT'L & COMP. L. 173, 183-85 (2015).

86 *Italy Approves Same-Sex Civil Unions*, THE ECONOMIST (May 12, 2016), <http://www.economist.com/news/europe/21698736-critics-say-bill-which-leaves-out-adoption-does-not-go-far-enough-italy-approves>.

87 義大利民法典第93至95條規定，公證婚前應由其中一方居住地之地方民事身分官員先行公告8日（並須包含兩個週日）。

88 Corte costituzionale [Corte cost.] [Constitutional Court], Apr. 14, 2010, sent. 138/2010, G.U. Apr. 21, 2010 n.16 (It.) (English version, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S2010138\\_Amirante\\_Criscuolo\\_EN.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S2010138_Amirante_Criscuolo_EN.pdf) [last visited Nov. 5, 2016]).

法規範取得相應權利義務之法律承認<sup>89</sup>。其餘聲請人等鑒於此先例，主張內國法下已無有效救濟。此案事實非關生育收養或任何特定實質受益權，僅以同性結合法律承認為爭點，而關鍵在於義大利內國司法機關，尤其憲法法院之立場。歐洲人權法院於*Oliari*判決中引述義國憲法法院上開138/2010號判決，以及嗣後276/2010號、4/2011號判決。此揭判決皆重申，國會於憲法第2條下有義務行使立法權保障同性伴侶關係，惟享立法形成自由<sup>90</sup>。憲法法院另就配偶性別重置後之「強制離婚」問題（與前揭*Hämäläinen*事實雷同），作成第170/2014號判決，重申國會應確保婚姻之外的替代制度，以免變更性別登記使婚姻關係在法律上淪於不確定狀態，甚至要求國會「在盡可能的短時間內」解決此一法律缺位問題<sup>91</sup>。

義國憲法法院院長於2013年提出的報告，亦為*Oliari*引述。其中以上開138/2010號判決為例，坦言憲法法院僅得洞察違憲情事後促請立法修正，而無法自行處置，而國會迄無回應，徒使內國憲政機關對話淪為空談<sup>92</sup>。憲法法院之外，義國最高法院2012年曾推翻下級法院認定海外締結之同性婚姻違反義國公共秩序之論<sup>93</sup>，認定同性結合受到歐洲人權公約第8條保障，「為行使其自由伴侶生活且

<sup>89</sup> *Id.* at § 8; *Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 16.

<sup>90</sup> *Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 45.

<sup>91</sup> *Id.* § 36; Corte costituzionale [Corte cost.] [Constitutional Court], June 11, 2010, sent. 170/2014, §5.6, G.U. June 18, 2014 n.26 (It.) (English version, [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/172-2014\\_en.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/172-2014_en.pdf) [last visited Nov. 5, 2016]). 義大利憲法法院相關見解之整理評析，參見：Tiago Fidalgo de Freitas & Diletta Tega, *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in *SAME-SEX COUPLES BEFORE NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL JURISDICTIONS* 287, 289-99 (D. Gallo, L. Paladini & P. Pustorino eds., 2014).

<sup>92</sup> *Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 43.

<sup>93</sup> 分析指出該判決變更最高法院立場，趨於承認海外同性婚姻效力：Massimo Fichera & Helen Hartnell, *All You Need Is Law: Italian Courts Break New Ground in the Treatment of Same-Sex Marriage*, 2 INT'L J. HUM. RTS. & CONST. STUD. 171, 175 (2014).

身分不受侵犯之權利」，在關乎特定基本權利時，向法院提起訴訟，請求提供已婚配偶之相同待遇<sup>94</sup>。最高法院肯定同性伴侶受義國憲法第2條保障，既有法律除婚姻外概無其餘伴侶制度，仍有待立法承認及規範。惟依最高法院權限，無法就此傍論作成判決<sup>95</sup>。

本案得與前揭 *Schalk and Kopf* 以及2016年宣判之 *Chapin and Charpentier v. France*<sup>96</sup> 事實進行比較。*Schalk and Kopf* 事實發生於2002至2004年間，而奧國國會於歐洲人權法院判決前已通過同性伴侶專屬之EPG<sup>97</sup>。*Chapin and Charpentier* 事實則發生於2004至2007年間，法國早於1999年通過同性與異性伴侶皆適用之PACS，並於2013年立法保障同性婚姻。*Chapin and Charpentier* 曾為法國法學界所關注<sup>98</sup>，然歐洲人權法院以較早提交之 *Schalk and Kopf* 作為示例，2010年受理分庭決定延遲法國案之審酌，復因2012年大選社會黨承諾婚姻平權並勝選，分庭再次延審等待婚姻平權法通過，2013年立法頒布後方重啟程序，由雙方提交新意見<sup>99</sup>。本案並未因無訴之利益為歐洲人權法院駁回，而2016年宣判重點在於事實發生至2013年婚姻平權間，法國是否仍對聲請人負有公約義務。*Chapin and Charpentier* 判決幾乎比照 *Schalk and Kopf* 行文，法國既已陸續

---

94 *Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 35. 類似情況，參見斯洛維尼亞憲法法院2013年繼承權判決，認定未登記之長期同性事實結合，應比照普通法婚姻配偶適用遺產法之相互繼承保障。Ustavno sodišče [US RS] [Constitutional Court], Mar. 14, 2013, decision U-I-212/10-15, Uradni list RS, št. 31/13. (Slovn.) (English version, <http://odlocitve.us-rs.si/documents/f9/31/u-i-212-10-decision2.pdf> [last visited May 19, 2015]).

95 *Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 45.

96 *Chapin and Charpentier v. France*, App. No. 40184/07, Eur. Ct. H.R. (June 9, 2016), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163436>.

97 *Schalk and Kopf*, 2010-IV Eur. Ct. H.R. at § 17.

98 MARGUÉNAUD (J.-P.), Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle, *RTD Civ.*, 2010, p. 738; MÉCARY (C.), Homosexualité, mariage et filiation: où en sommes-nous?, *Informations sociales*, 2008, n° 149, p. 137; PLUYETTE (G.), La définition du mariage civil en question (ou en droit positif), *D.*, 2007, p. 1389.

99 *Chapin and Charpentier*, 2016 Eur. Ct. H.R. at §§ 4-8.

於1999年及2013年主動立法提供保障，並無任何逾越評斷餘地之處<sup>100</sup>。反之，義大利直至*Oliari*判決公布前，相關法律提案仍懸置國會<sup>101</sup>，而內國司法機構卻已屢次呼籲立法以符憲法保障。

此外，相較於前揭*Karner*、*X and Others*、*Vallianatos*等判決，歐洲人權法院就*Oliari*並未續採公約第14條參照第8條之審查模式，亦未採用第三方（third party）之間接歧視說（無法結婚之同性不等於選擇不婚之異性，應為不同之待遇）<sup>102</sup>，僅略於受理意見中以第8條適用則第14條參照第8條亦得為受理審查，言下之意似乎兩者並無衝突。然而，第8條單獨適用，基於第8條第2項之但書允許各項公序良俗作為阻卻違反公約事由，可能給予義國較大評斷餘地。惟本案若以第14條參照第8條為審查依據，則可能必須變更歐洲人權法院既定適用模式：唯使同性事實伴侶處境與婚姻配偶處境相等之，方得於本案成立差別待遇說。而第三方主張之間接歧視說，則可能反轉歐洲人權法院此前判決先例，尤如前揭*Gas and Dubois*之非婚伴侶處境相等論。第8條單獨適用，顯有其必要。

義國就本案提出之抗辯，首先強調歐洲並無保障同性婚姻之共識，且此「涉及一項動搖敏感神經以及文化認同之複雜問題」，尚

---

100 判決雖較為晚近，事實上並非就歐洲最新情況判定，判決因此重要性列為最低。

101 輿論一般輕易將義大利國會遲未通過伴侶法歸於天主教會影響。然而學者分析，支持立法的偏左聯合政府一直未能穩定執政（改革實力薄弱），在教會與同志團體意見高度分歧時，執政聯盟也只能為了推動其他立法而犧牲伴侶制。Sophie Schmitt, Eva-Maria Euchner & Caroline Preidel, *Regulating Prostitution and Same-Sex Marriage in Italy and Spain: The Interplay of Political and Societal Veto Players in Two Catholic Societies*, 20 J. EUR. PUB. POL'Y 425, 432-33 (2013).

102 此為英國Robert Wintemute教授代表諸多非政府組織提出之長篇意見，其中引述歐洲人權法院判決先例，主張為避免婚姻限異性而於諸多權利遭受間接歧視，義大利有義務使同性伴侶免於結婚證明即得享有配偶權利，例如以替代方式證明其關係。*Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 140.

需時間達成社會共識<sup>103</sup>。其次則以地方政府及內國法局部承認事實結合，並允許同性伴侶藉由同居協議規範渠等關係，司法亦肯定同性事實伴侶得基於特定權利事項提起救濟，主張其與配偶平等權利，凡此皆為義國盡力提供保障之佐證<sup>104</sup>。歐洲人權法院則逐一駁斥所謂內國法既定保障，指出僅2%之地方政府提供同性結合登記，惟登記不具任何實質法效力。同時，院方否認同居協議足以提供關係之承認及保障，而有利於同性伴侶之內國司法判決先例則反映立法空缺（legislative lacuna）之弊端，徒使同性伴侶尚需仰賴司法救濟逐項確認其權利義務<sup>105</sup>。其次，即使義國基於社會整體與個人利益之競爭而享有一定之國家評斷餘地，本案之個人利益涉及重要之個人存在與認同，足以抗衡義國主張之社會爭議<sup>106</sup>。再者，歐洲人權法院雖承認歐洲僅出現「勉強多數」支持同性伴侶關係之法律承認，惟引述前揭Christine Goodwin判決著名之國際趨勢論，強化此一共識<sup>107</sup>。

公約第8條一旦進入狹義比例原則審查，則被告國須證立其「迫切社會需求」。歐洲人權法院雖承認各國對自身社會輿情評價之優勢，然前揭義國司法見解以及第三方提交之官方民調及統計資料，無不顯示義國普遍接受同性伴侶且支持法律承認<sup>108</sup>。尤其，歐洲人權法院重申其判決先例<sup>109</sup>建立之法治國原則，謂「立法權無論係因故意或不能而無法決斷」，使憲法法院之合憲立法呼籲淪為空談，非僅侵蝕司法職責，更使聲請人陷於法律不確定狀態<sup>110</sup>。義國之辯詞雖已參酌歐洲人權法院近年判決趨勢，謹慎規避任何基於宗

---

103 *Id.* at § 123.

104 *Id.* at §§ 125-131.

105 *Id.* at §§ 168-172.

106 *Id.* at §§ 176-177.

107 *Id.* at § 178.

108 *Id.* at §§ 179-182.

109 *Broniowski v. Poland* [GC] (friendly settlement), 2005-IX Eur. Ct. H.R. 1.

110 *Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 184.

教道德或傳統家庭等論證，惟其社會民情尚難接受之論，終究為內國司法及官方民調所反駁。承審法官一致決認定義國已逾越評斷餘地，本案因此違反公約第8條。Mahoney法官之協同意見書適以說明義國憲法法院見解之關鍵：憲法法院得廢止違憲法律，卻無法彌補違憲立法空缺，義國國會使法案延宕多年，自應負其責<sup>111</sup>。易言之，本案結論出於義國獨特脈絡，歐洲人權法院似乎無意使本案結論形成通案效力<sup>112</sup>。

歐洲人權法院決意對同性伴侶關係強化保障，尤其突顯在2016年兩宗移民法適用判決之上。*Pajić v. Croatia*<sup>113</sup>聲請人Danka Pajić為波士尼亞赫塞哥維納(Bosnia and Herzegovina)籍女性，曾於克羅埃西亞受教育並曾居留於斯17年。渠與克籍女性遠距交往，期間亦曾短期赴克國事實同居。渠主張適用克國移民法(Alien Act)第56條第3項之「直接家屬」(immediate family members)，惟克國內國法當時雖已施行同性結合法(Same-Sex Union Act)，卻未於移民法之直接家屬下明文納入同性結合。反之，相關規範允許外籍非婚異性伴侶申請家庭團聚，並以關係持續達3年或共同育有子女為前提<sup>114</sup>。依前揭諸多公約第14條參照第8條之判決先例，本案涉及非婚異性伴侶與非婚同性伴侶間之差別待遇。克國當局僅依系爭移民法規範排除聲請人申請資格，而非依事實要件判定其申請。被告國既無法具陳其餘客觀合理事由，已逾越其評斷餘地。惟須說明，歐洲人權公約並不保障移民權，此案即使勝訴，並不保證聲請人應獲居留許可。

---

111 *Id.* (Mahoney joined by Tsotsoria and Vehabović, concurring.)

112 除正文中的理由，另歐洲人權法院並未如先前*X and Others*與*Vallianatos*等判決般，將*Oliari*列入年度判決先例，重要性層級亦僅為2，語言譯本除正本英文外，僅針對義大利譯之，可見其針對性。

113 *Pajić v. Croatia*, App. No. 68453/13, Eur. Ct. H.R. (Feb. 23, 2016), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161061>.

114 *Id.* at §§ 19-22.

事實上，克國已於2014年廢止同性結合法另立同性伴侶法（Same-Sex Partnership Act），其中第73條明文保障同性事實結合關係持續3年以上者之居留權<sup>115</sup>。克國於*Pajić*敗訴且無法具稱客觀差別待遇事由，與其內國法改革趨勢一致。反之對於另一宗類似訴訟，*Taddeucci and McCall v. Italy*<sup>116</sup>，歐洲人權法院之論證則特別值得細究。此案聲請人係義籍男性及其紐西蘭籍配偶。雙方自1999年起於紐西蘭同居，Roberto Taddeucci持非婚伴侶居留許可。2003年因Taddeucci健康問題，雙方返回義國定居。原持學生簽證之Douglas McCall依歐盟議會及理事會第2004/38/CE號指令，於2004年向義國申請家庭團聚居留遭拒。義國規範移民之1998年第286號法律命令第29條規定，家庭團聚僅限配偶、未成年子女、直系尊親以及受撫養無工作能力之三等直系親屬申請之<sup>117</sup>。義國最高法院一則引述憲法法院判決先例，拒絕將法律對法定家庭之保障適用於事實家庭，二則以移民屬國家評斷餘地為由，拒絕適用歐洲人權公約，最後並認定本案事實非關歐盟公民居住遷徙自由，不適用上開歐盟第2004/38/CE號指令<sup>118</sup>。

*Taddeucci and McCall* 與*Pajić*至少有兩處關鍵差異：首先，克國自2013年7月方加入歐盟，事實發生時間並不適用歐盟法；其次，克國移民法允許非婚異性伴侶申請家庭團聚，而義國移民法則無論性傾向一併排除非婚伴侶申請。其中，第二項差異尤其關鍵。*Taddeucci and McCall* 承審分庭即承認，歐洲人權法院針對伴侶制度既定之處境類比原則下，非婚伴侶不等於婚姻配偶<sup>119</sup>。惟承審分庭認定，本案聲請人等之處境亦不等於異性非婚伴侶：若前者因制

---

115 *Id.* at § 23.

116 *Taddeucci and McCall v. Italy*, App. No. 51362/09 (June 30, 2016), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164715>.

117 *Id.* at § 28.

118 *Id.* at §§ 21-22.

119 *Id.* at § 83.

度欠缺而無法使渠等關係獲得任何法律承認，則後者乃自由選擇不婚。聲請人為紐西蘭承認為非婚伴侶，並於上開最高法院判決後移居荷蘭結婚，足證渠等關係持續穩定，且一旦制度允許即志願承擔伴侶權利義務。不等者不等之，承審分庭認定聲請人等受到與渠等處境不等者之相同對待<sup>120</sup>，義國仍須以客觀合理事由證立爭待遇<sup>121</sup>。而相對於保障同性非婚伴侶家庭團聚權之歐洲共識與世界趨勢，義國政府僅稱當年締約國尚無義務承認同性伴侶關係而享有國家評斷餘地，尚不足為據，已違反公約第14條參照第8條。

由非政府組織聯名提出之第三方意見似乎發揮影響力<sup>122</sup>，其中引述聯合國公約體系之人權事務委員會個別成員見解<sup>123</sup>，指出非婚異性與同性伴侶處境不盡相同，有權結婚惟選擇不婚終究不同於無法結婚<sup>124</sup>。然而此判決手法可能引發歐洲人權法院判決先例內部矛盾。以非婚伴侶相較，無權結婚之同性伴侶處境確實不同於「享有結婚自由」之異性。惟於本案中，聲請人請求權利實為婚姻配偶獨享者，無異於主張「無法結婚之同性伴侶」與「已經結婚之異性配偶」可資類比，因而得與後者獲得相同待遇。本案唯一少數Sicilianos法官便如此提醒，並主張應單獨適用公約第8條，認定為侵害家庭生活受尊重權<sup>125</sup>。若循多數法官之「不等者不等之」，則

---

120 *Id.* at §§ 83-85.

121 判決先例參見：Thlimmenos v. Greece [GC], 2000-IV Eur. Ct. H.R. 263.

122 *Taddeucci and McCall*, 2016 Eur. Ct. H.R. at § 76.

123 ICJ, ILGA-Europe and NELFA, *Taddeucci & McCall v. Italy Application No.51362/09 – Written Submission of ICJ, ILGA-Europe and NELFA* § 35 (May 18, 2012), [http://ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/taddeucci\\_mccall\\_v\\_italy\\_submission\\_interveners.pdf](http://ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/taddeucci_mccall_v_italy_submission_interveners.pdf).

124 值得一提者，係荷蘭法院於1990年代即曾於一件移民申請爭議中認定，在同性伴侶無法結婚或登記之前提下，經公證人締約之同性伴侶，應視為已婚配偶：WAALDIJK (K.), *La libre circulation des partenaires de même sexe*, in BORRILLO (D.), *Homosexualité et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 1998, p. 211.

125 *Taddeucci and McCall v. Italy*, 2016 Eur. Ct. H.R. (Sicilianos, partiellement dissidente).



前揭*Gas and Dubois*聲請人之主張便得成立：同為PACS伴侶，僅同性之間無法結婚並收養伴侶本生子女。反之，如同*Sicilianos*法官所指，無論是前揭*X and Others*以及*Vallianatos*，大法庭皆以同性與異性非婚伴侶處境相同立論，本案論證將可能反轉上開結論<sup>126</sup>。

## 參、歐洲人權公約體系限制與發展前景

### 一、公約體系婚姻保障之限制

#### （一）內部限制：公約第12條之內國法保留

倘欲使歐洲人權公約第12條保障同性結婚權利，至少有兩項重大障礙，其一源自條文內部之內國法保留以及歐洲各國對婚姻立法形成自由之基本共識，其二則出於條文外部之婚姻伴侶制度轉型以及部分國家保守勢力以修憲力抗之現況。內外限制彼此牽連，同時體現歐洲人權法院於*Schalk and Kopf*判決持婚姻屬社會制度說之背景。

如前所述，歐洲人權法院在*Schalk and Kopf*判決中，史無前例地突破公約第12條之既定解釋<sup>127</sup>，循歐盟基本權憲章第9條以及兩者共通之「依內國法行使」文意，確立一旦內國法承認同性婚姻，則該條文亦適用於同性，不受條文「一男一女」之限。歐洲人權公約下，第12條可謂唯一非屬人人皆得享有之權利，明文限適婚年齡之一男一女結合<sup>128</sup>。而相較於其藍本，世界人權宣言第16條，公約

126 *Id.* at §§ I.B.12-14.

127 MARGUÉNAUD (J.-P.), (註98), p. 738.

128 惟論者指出，此一男一女原意在於保障男女平等，排除一夫多妻，其異性戀常規乃歐洲人權委員會所附加之解釋。Bart Van der Sloot, *Between Fact and Fiction: An Analysis of the Case-Law on Article 12 of the European Convention on Human Rights*, 26 CHILD & FAM. L.Q. 397, 402-03 (2014).

第12條既未保障婚姻存續間及離婚後之平等，亦未接受家庭為「自然且根本之社會單元」而受國家保護。起草文獻顯示，公約起草委員會困於無法找出歐洲各國內國法之共通點，而對結婚成家是否屬於「基本權利」有所疑慮，甚至不惜刪除之<sup>129</sup>。以對抗極權下跨種族聯姻禁令為宗之婚姻條款，幾經研商確定列為具有可裁判性之基本自由，實則亦託此內國法保留條款妥協之效所賜<sup>130</sup>：大幅限制國際條約保障力，保留各國規範形成自由<sup>131</sup>。

誠然，歐洲人權公約體系未若美國聯邦憲法，區隔「重要之基本權」(fundamental rights)及其操作<sup>132</sup>。一則歐洲人權公約全名即包含「基本自由」(fundamental freedoms)，二則歐洲人權法院判決先例亦未曾明文指出人權與基本自由之差異。反之，歐洲人權法院曾明文承認，結婚成家對一男一女而言為「基本權利」，近年特別對內國法保留條款表示「權利之限制或減損尚不得導致或臻至其根本要義之損害」<sup>133</sup>，此意謂結婚之要件非全然屬於國家評斷餘地，否則將開放各國阻礙結婚權之行使<sup>134</sup>。院方似決意擴張其審查權<sup>135</sup>，於2010年進一步推翻早年委員會見解及學說<sup>136</sup>指出，公約第12條文字刻意強化「結婚權之根本性質」，並不允許國家基於如第8條第2項等事由加以干預<sup>137</sup>。

129 ENRICH MAS (M.), (註22), pp. 438-439.

130 *Id.* at 439.

131 SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, 2012, p. 557.

132 翁燕菁 (註45)，頁133。此處中譯採司法院釋字第748號解釋用語（理由書段碼13）。

133 B. and L. v. the United Kingdom, App. No. 36536/02, Eur. Ct. H.R. (Sept. 13, 2005), § 34, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70136>.

134 R. and F., 2006 Eur. Ct. H.R.; Frasik v. Poland, 2010-1 Eur. Ct. H.R. 1, § 88.

135 LAURENT-BOUTOT (C.), Une vision nouvelle de la vie familiale en Europe, in FAVREAU (B.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Burylant, 2010, p. 169.

136 ENRICH MAS (M.), (註22), p. 447.

137 Frasik, 2010-1 Eur. Ct. H.R. at § 90; O'Donoghue and Others v. the United

惟此「基本權利」初限公約保障之一男一女，嗣擴及內國法承認之同性，實仍具有條件式特權性質<sup>138</sup>。尤其在締約各國普遍保障一夫一妻婚姻制度下，條文本身已然為歐洲僅有共同點所構成之狹隘保障範疇，擴充空間有限。第12條預設射程侷促，自歐洲人權法院判決先例史觀察可證：迄今僅9件違反公約第12條之判決，其中8件成立於2002年後<sup>139</sup>，且有3件僅涉及暫時技術阻礙再婚，包括早年瑞士法院禁止多次離婚者立即再婚<sup>140</sup>，以及較晚近之離婚程序拖延<sup>141</sup>或延遲發給離婚證明<sup>142</sup>妨礙再婚。惟關於離婚程序不合理之冗長阻礙另組家庭一事，公約第6條第1項之合理時限或第8條之家庭生活權亦得取代第12條保障當事人權利<sup>143</sup>。更甚者，第12條保障之「組織家庭權」係以結婚為前提<sup>144</sup>，而第8條則保障多元家庭生活受尊重權，故如已婚婦女強制結紮違反公約（決定家庭子女數）<sup>145</sup>，尚無須審酌是否違反第12條。此外，結婚組織家庭權雖與家庭規模決定權有關，尚不至蘊含「生育權」<sup>146</sup>亦未包含收養權<sup>147</sup>。至

---

Kingdom, 2010-VI Eur. Ct. H.R. 397, § 84.

138 Johnson, *supra* note 7, at 74.

139 最著名者為英國跨性別者結婚權爭議（*Christine Goodwin*, 2002-VI Eur. Ct. H.R.），近年列入年度報告者則有波蘭受刑人獄中申請結婚爭議（*Frasik*, 2010-1 Eur. Ct. H.R.）以及英國移民管制外籍人士結婚許可爭議（*O'Donoghue*, 2010-VI Eur. Ct. H.R.）。

140 *F. v. Switzerland*, 128 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1987).

141 *V.K. v. Croatia*, App. No. 38380/08, Eur. Ct. H.R. (Nov. 27, 2012), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114778>.

142 *Chernetskiy v. Ukraine*, App. No. 44316/07, Eur. Ct. H.R. (Dec. 8, 2016), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169216>.

143 *Aresti Charalambous v. Cyprus*, App. No. 43151/04, Eur. Ct. H.R. (July 18, 2007), §§ 51 and 56, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81807>.

144 *Emonet and Others v. Switzerland*, App. No. 39051/03, Eur. Ct. H.R. (Dec. 13, 2007), § 92, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83992>.

145 *V.C. v. Slovakia*, 2011-V Eur. Ct. H.R. 381, § 160.

146 *Sijakova and Others v. « The Former Yugoslav Republic of Macedonia »* (dec.), App. No. 67914/01, Eur. Ct. H.R. (Mar. 6, 2003); 至於內國法允許婦女片面決定志願終止妊娠，則屬妊娠婦女之「私人生活」，公約第8條不保障生父受諮詢權，第12條亦不適用（*Boso v. Italy* (dec.), 2002-VII Eur. Ct. H.R. 451）。

是，此條款於公約體系之必要，似所存無幾。

除無法保障離婚權之外<sup>148</sup>，公約第12條之適婚年齡異性單偶婚姻尚受限於內國法對婚姻效力之認定。倘內國法不承認事實婚或儀式婚，僅以公證婚或登記婚為憑，亦無違第12條；2009年之 *Muñoz Díaz v. Spain*<sup>149</sup> 判決得為一例。*Muñoz Díaz* 聲請人係循羅姆（Roma）傳統儀式結婚，6名子女皆載於家庭名簿，家戶依法認定為一級多子女家庭，納入社會安全體系。支撐家庭經濟之夫婿身故後，聲請人請領配偶之遺族撫卹金不果，因羅姆儀式婚非屬西班牙法承認之婚姻。除依公約第14條參照第1號議定書第1條爭取給付外，聲請人亦主張第14條參照第12條，指控西國不尊重數百年少數族群文化而侵害其婚姻權。歐洲人權法院重申，第12條保障之基本權利固謂「依內國法行使」，惟干預不得損及該項權利之根本要義<sup>150</sup>。而西國除公證婚外，尚依政教協定承認數項宗教婚，羅姆族群並不屬之。惟公證婚並未禁止羅姆人締結，西國不承認儀式婚並未違反公約第12條<sup>151</sup>。

2010年大法庭宣判之 *Şerife Yiğit v. Turkey*<sup>152</sup>，聲請人於1976年經儀式婚與其亡夫組織務農家庭，共有6名子女。其夫辭世前，曾準備與聲請人舉行公證婚。本案聲請人並未主張其婚姻受公約第12條保障，惟其爭點繫於生存之一方配偶之社會給付，關乎聲請人

---

147 公約整體皆未保障收養權：Emonet, 2007 Eur. Ct. H.R. at § 66.

148 *Johnston and Others v. Ireland*, 112 Eur. Ct. H.R. (ser. A), § 53 (1986). 歐洲人權法院於2011年重申，即使公約解釋與時俱進，第12條僅於內國法保障離婚時，得禁止國家以冗長離婚程序阻礙再婚：Ivanov and Petrova v. Bulgaria, App. No. 15001/04, Eur. Ct. H.R. (June 14, 2011), §§ 60-68, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105151>.

149 *Muñoz Díaz v. Spain*, 2009-VI Eur. Ct. H.R. 131.

150 此語自1986年起成為公約第12條解釋之基礎。Rees v. the United Kingdom, 106 Eur. Ct. H.R. (ser. A), § 50 (1986).

151 *Muñoz Díaz*, 2009-VI Eur. Ct. H.R. at §§ 78-81.

152 *Şerife Yiğit v. Turkey* [GC], App. No. 3976/05, Eur. Ct. H.R. (Nov. 2, 2010), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101579>.

已婚狀態是否為國家承認。土耳其民法典第134條規定，結婚須於男女之一居住地申請民事登記，舉行公證婚禮；第143條明文規定公證婚後頒授家庭名簿<sup>153</sup>，並要求宗教婚舉行前應以持有該名簿為前提<sup>154</sup>。土國相關判決先例亦重申，婚姻為法律制度，宗教婚不受法律承認，惟非婚生子女及其生母尚得請領家庭相關社會給付。尤其，土國系爭規範禁止一夫多妻、設定適婚年齡以及政教分離原則，旨在保障婦女就離婚與繼承方面之權利<sup>155</sup>。

大法庭主要以公約第14條參照第1號議定書第1條（財產權）審理 *Şerife Yiğit*，同時對照前揭 *Muñoz Díaz* 判決，指出聲請人事前是否意識到其婚姻效力誠為關鍵。*Muñoz Díaz* 聲請人因長年受國家諸多社會家庭制度保障，承認為已婚配偶，對體制已生信賴，西國政府尚不得單以聲請人未近用公證婚，而罔顧聲請人處境差異而拒發撫卹<sup>156</sup>。反之，*Şerife Yiğit* 並無 *Muñoz Díaz* 之信賴依據，且於夫婿辭世前著手進行之公證婚準備，亦無證據顯示為當局拖延或無法辦理<sup>157</sup>。而公約第8條則「無法解釋為強加國家承認宗教婚之義務」<sup>158</sup>。相同原則至今不移，例如移民接待國法律以禁止童婚為由拒絕承認海外宗教婚效力<sup>159</sup>，亦無涉公約第8條下任何義務。

歐洲人權公約第12條之解釋，固非毫無演變餘地。首先在承認異性戀常規的前提下，歐洲人權法院認為經過外科性別重置者，應

---

153 此處為意譯，約略等於臺灣戶籍法第51條以下所定之「戶口名簿」；歐洲人權法院體系英文多以 family record book 稱之。

154 *Şerife Yiğit*, 2010 Eur. Ct. H.R. at §§ 18-20；土國宗教事務主管機關亦要求教長（imams）於主持宗教婚之前，確認公證婚存在（*id.* at § 40）。

155 *Id.* at § 81.

156 *Muñoz Díaz*, 2009-VI Eur. Ct. H.R. at §§ 69-70.

157 *Şerife Yiğit*, 2010 Eur. Ct. H.R. at §§ 85-86.

158 *Id.* at § 102.

159 瑞士法院拒絕承認一對於18及14歲依據阿富汗法結婚之表兄妹為夫妻，即依國際私法，亦有損瑞士公共秩序。Z.H. and R.H. v. Switzerland, App. No. 60119/12, Eur. Ct. H.R. (Dec. 8, 2015), §§ 44-47, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159050>.

依其重置性別允許與異性結婚<sup>160</sup>。其次則藉由歐盟基本權憲章及歐洲同婚事實，於*Schalk and Kopf*承認第12條就承認同婚國家而言同時保障同性結婚權。惟此等演進式解釋，對原條文保障範圍之擴充效益極其有限。性別重置僅止於順從異性戀常規，以重置後之「兩性」為前提，無關第三性別或同性結婚之肯認。前揭*Christine Goodwin*聲請人因此受第12條保障其結婚權，反之*Hämäläinen*聲請人則因悖反內國法異性戀常規，而無法同時保全其婚姻效力與重置性別登記。此外，將一男一女理解為單配偶（monogamy），亦僅於符合「依內國法行使」原旨之前提下，被動承認締約國已承認之權利。整體而言，並未改變該條文國家評斷餘地寬廣之特質。條文解釋限制不僅限於同性伴侶，即如異性伴侶，亦受限於內國法之血親亂倫禁忌<sup>161</sup>、適婚年齡<sup>162</sup>、假結婚防制<sup>163</sup>等內國法規範<sup>164</sup>。歐洲人權法院對公約第12條規範之解釋之所以形同難以變更之特別法，整體上源自於歐洲婚姻規範之離散，而非單純基於異性戀常規。

## （二）外部限制：歐洲家庭生活與婚姻制度之切割

歐洲人權法院自2010年起雖較為積極更新公約第12條解釋，縮限早年幾近毫無限制之評斷餘地，或得於未來支持第12條擴張管轄力之憑據。然而目前為止，該條文實質上保障範圍仍小於歐盟基本權憲章第9條。後者涵蓋內國法承認之非婚家庭組織<sup>165</sup>，亦即保障依內國法近用非婚結合制度之權利，於歐洲人權公約下屬第8條管

160 *Christine Goodwin*, 2002-VI Eur. Ct. H.R. at § 101.

161 歐洲人權法院判決先例顯示，約半數歐洲國家對二等血親亂倫處以刑罰，其餘則無，足見欠缺共識，難以論斷各國血親亂倫禁忌。*Stübing v. Germany*, App. No. 43547/08, Eur. Ct. H.R. (Apr. 12, 2012), §§ 28-30, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110314>.

162 *Z.H. and R.H.*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 44.

163 *Sanders v. France*, App. No. 31401/96, 87 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 160 (1996).

164 *Van der Sloot*, *supra* note 128, at 406.

165 LAURENT-BOUTOT (C.), (註135), p. 170.

轄範圍。若謂歐洲人權公約第12條當年以排除離婚權為通過條件，則歐盟基本權憲章第9條係以「不禁止亦不要求」各國允許同性近用婚姻為通過前提<sup>166</sup>，內國法保留條款及各國堅持之立法形成自由，仍對歐洲級法院保障同性婚姻構成一定障礙。尤其，歐洲人權公約第12條為公約體系下管轄結婚之特別法，則第8條僅得據以爭取婚姻外之創制。

公約第12條目前解釋下，限於擬結合雙方是否構成權利主體之爭，而將行使婚姻或其他類似非婚制度後衍生之權利納入第8條管轄範疇。換言之，第12條非循第8條第2項之四階段審查（法律保留、目的正當、民主社會所必要、迫切社會需求符合比例），歐洲人權法院方得繼續謹守權利主體抽象解釋，避免取代各國立法權。因此，公約第14條亦失其「救援」第12條之所據。除非歐洲人權法院有意突顯特定歧視面向，否則並無必要參照不歧視原則。院方判決先例中唯一違反第14條參照第12條成立者，乃英國限制受移民管制之外籍人士以許可為前提結婚。該制度歷經變革，爭點略以當事人須事先付費申請結婚許可，惟同意循英國國教儀式結婚者得豁免之。系爭規範一則妨礙結婚權之行使，二則構成宗教歧視<sup>167</sup>；前者專指以防制假結婚為名而施行結婚許可制之措施，後者則彰顯公約嚴格禁止之歧視。相對而言，公約第8條在礙於歐洲共識欠缺而無法對國家直接課以義務時，則可能針對內國法已承認之權利，以第14條審查差別待遇是否客觀合理<sup>168</sup>。惟前揭 *X and Others* 及 *Vallianatos* 判決雖體現公約不歧視原則條款支援第8條之功效，面對

---

166 Praesidium, *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union – Text of the Explanations Relating to the Complete Text of the Charter as Set Out in CHARTE 4487/00 CONVENT 5012* (Oct. 11, 2000), [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_en.pdf).

167 *O'Donoghue*, 2010-VI Eur. Ct. H.R. at § 102.

168 翁燕菁，不歧視原則之經濟社會權利保障效力——歐洲人權公約當代課題，*歐美研究*，43卷3期，頁688-689（2013年）。

同性關係欠缺任何法律承認之法體系，公約第14條禁止性傾向歧視亦無法證立同性婚姻之憲法保障。此情近乎承認，婚姻之「特別法」凌駕各國憲法與歐洲人權公約保障之平等原則？

公約第12條規範狹窄但明確，未若第8條足以涵蓋諸多人格與人際關係發展面向。此與前揭義大利憲法法院對該國憲法之解釋自2010年以降相互呼應，亦反映多國司法機關之見解。義國憲法法院於其138/2010判決中指出，義國憲法第29條之婚姻並未明文限制異性，惟制憲者於此「家庭係以婚姻為基礎之自然社會單元」中，概無包含或排除同性家庭之慮，僅依當時民情授權立法定義家庭。是故，民法典對婚姻家庭之定義，即為憲法第29條之內涵，民法典相關規範因此不得視為違反憲法第3條保障之平等<sup>169</sup>。反之，憲法第2條規定「共和國承認並保障人不可侵犯之權利，舉凡展現人格之個人以及社會團體，並要求政治、經濟及社會連帶之義務履行不得損抑」，適足以包括同性結合，賦與伴侶生活自由以及「獲得法律承認以及相應權利義務」<sup>170</sup>。做為對照，匈牙利憲法法院早於1995年即採雷同之切割解釋<sup>171</sup>，在保守解釋憲法婚姻保障之同時，將當時匈牙利民法典承認之同居關係擴及同性結合<sup>172</sup>。

義國憲法法院拒絕以平等審查結婚權差別待遇，難脫憲法與民法在法位階上的矛盾：憲法位階之平等無法拘束法律位階之婚姻「特別法」。然此說卻為歐洲其他憲法法院所共同採納者，包括憲法同樣未明文規範婚姻自由之法國憲法委員會，以及憲法婚姻家庭權條款未明文限異性締結之葡萄牙憲法法院（Tribunal Constitucional）。

---

169 Sent. 138/2010 at 26.

170 *Id.* at 24.

171 Alkotmánybíróság [AB] [Constitutional Court] Mar. 13, 1995, decision 14/1995 (III.13), AB: MK 1995/20. (Hung.) (English summary: [http://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2017/11/en\\_0014\\_1995.pdf](http://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2017/11/en_0014_1995.pdf) [last visited Dec. 2, 2017]).

172 Orsolya Szeibert-Erdős, *Same-sex Partners in Hungary Cohabitation and Registered Partnership*, 4 UTRECHT L. REV. 212, 213-14 (2008).



2011年的法國憲法委員會首先認定，憲法並未授權憲法委員會取代立法權決定身分、婚姻、繼承及贈與規範<sup>173</sup>。其次，審酌1958年憲法第34條授權立法規範之婚姻，以及1946年憲法前言保障之家庭組織權，予以切割後指出後者保障無涉前者。再者則肯定，法國立法權以「不等者不等之」排除同性結婚，尚屬立法形成自由<sup>174</sup>。嗣於2013年同性婚姻立法之事前審查中，憲法委員會重申，立法者認為同性與異性伴侶關係間之差異已無法證立後者不得結婚，此判斷屬立法權限而非屬憲法委員會<sup>175</sup>。

法國憲法委員會之見解，與葡國憲法法院2010前後之立場大致相同。葡國憲法自2004年起明文禁止性傾向歧視，而憲法第36條之婚姻並未明文限制異性締結，當年僅以民法第1577及1628條明示異性締結之限<sup>176</sup>。2009年就同性不得結婚之合憲性，葡國憲法法院肯定婚姻定義之變遷屬立法權限，而憲法平等條款不致對國家機構構成承認同性婚姻之義務<sup>177</sup>。事實上，葡國憲法法院於2010年同性婚姻法通過前後一年內，分別肯定禁止同婚<sup>178</sup>與同婚合法<sup>179</sup>之合憲性。其關鍵在於，葡萄牙憲法第36條第2項之婚姻，雖因制憲者未曾考量同性婚姻，然婚姻概念尚不至於「凍結」於當時<sup>180</sup>。易言

173 Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision No. 2010-92 QPC, Jan. 28, 2011, Rec. 87, §5 (Fr.). 事實上也是重申2010年非婚伴侶收養伴侶本生子女爭議之見解：2010-39 QPC at §9. GOUTTENOIRE (A.), *Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille*, *NouvCCC*, 2013, n° 39, p. 66.

174 2010-92 QPC at §§7-9.

175 Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision No. 2013-669 DC, May 17, 2013, Rec. 721, §22 (Fr.).

176 José María Lorenzo Villaverde, *And the Story Comes to an End: The Constitutionality of Same-Sex Marriages in Spain*, in *SAME SEX COUPLES - COMPARATIVE INSIGHTS ON MARRIAGE AND COHABITATION* 13, 33-34 (Macarena Sáez ed., 2015).

177 *Id.* at 33.

178 de Freitas & Tega, *supra* note 91, at 305-08.

179 *Id.* at 308-13.

180 Lorenzo Villaverde, *supra* note 176, at 34.

之，該條款既無礙於法律禁止同婚，亦無礙於法律承認同婚<sup>181</sup>。研究同時指出，平等原則無礙於婚姻定義之立法形成自由一說，亦為西班牙憲法法院所採納<sup>182</sup>。

上開憲法法院立場，反映出歐洲人權公約第12條解釋之外部侷限。歐洲人權法院近年逐步突破內國法保留條款，或許創造未來肯定同性婚姻之空間，惟歐洲直至2017年底方出現由內國司法審查肯定同性婚姻權之首例。歐洲人權法院所遵循之歐洲比較法，並非單純之規範比較，尚包含各國最高司法機構之見解。若各國憲法法院對於同性關係保障，止於局部「節制」立法形成自由，則歐洲人權法院以禁止性傾向歧視指向婚姻之正當性，將更受質疑。

除此之外，即使未來同性婚姻構成歐洲多數，惟被告國機構（如法院、監察機關或國家人權委員會等獨立機關）並未出現類似義大利憲法院般之「促請立法」，歐洲人權法院是否適合代位評價？歐洲人權法院於*Oliari*中即強調一貫立場，被告國於評估社會利益一事上具有優勢，惟最高司法機關見解以及民意皆顯示，立法者並未重視當下之社會利益<sup>183</sup>。反之，繫屬中之*Fedotova and Shipitko v. Russia*<sup>184</sup>顯示，俄羅斯憲法法院即曾於2006年拒絕承認俄國憲法以及國際人權公約對俄國課以承認同性伴侶關係法律地位之義務，並肯定立法者決定全然合乎其憲法職權<sup>185</sup>。若此論無後續更新解釋且欠缺民意支持，則此案比照*Oliari*判決，歐洲人權法院似

---

181 de Freitas & Tega, *supra* note 91, at 311.

182 Sabrina Ragone & Valentina Volpe, *An Emerging Right to A "Gay" Family Life? The Case Oliari v. Italy in a Comparative Perspective*, 17 GERMAN L.J. 451, 465-70 (2016); Lorenzo Villaverde, *supra* note 176, at 35.

183 *Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at §179.

184 *Fedotova and Shipitko v. Russia*, App. Nos. 40792/10, 30538/14 & 43439/14, Eur. Ct. H.R. (case communicated, May 2, 2016), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163362>.

185 *Id.*; EQUAL RIGHTS TRUST, JUSTICE OR COMPLICITY?: LGBT RIGHTS AND THE RUSSIA COURTS 110 (2016).

乎將無法循同理反駁俄國堅持社會價值決定之論。易言之，*Oliari* 判決單獨適用公約第8條，創造一定程度的彈性，有助歐洲人權法院聲援內國促請保障同性關係之見解，同時亦可能允許歐洲人權法院在欠缺民主正當性時，以國家評斷餘地回應爭議。切割歐洲各國狀況，以求回應立法僅欠最後決定之社會。

如前文略及，中東歐各國，包括已建立登記伴侶制或僅保障傳統婚姻者，陸續以修憲將民法婚姻規範憲法化，限制憲法監督機關裁判法律之權限。克羅埃西亞憲法法院即曾宣示<sup>186</sup>，按威尼斯委員會（Venice Commission）對2013年匈牙利基本法修正之見解，法律的憲法化有礙權力分立與制衡<sup>187</sup>；惟實質縮限憲法法院解釋權尚無法豁免匈牙利承擔之國際法義務<sup>188</sup>。面對克國2013年新增之憲法同婚禁令，克國憲法法院似已準備與「違憲之修憲」抗衡，循歐洲人權法院之解釋貫徹違憲審查<sup>189</sup>。反之，若當事國憲法法院採取如法國憲法委員會國民主權至上之見解<sup>190</sup>而不願對抗之，且民意對婚姻平權支持度有限，歐洲人權法院於*Oliari*反駁義國政府之論證恐將難以適用。尤其，面對恐同氣氛高漲社會<sup>191</sup>，載有當代國民總意志

---

186 Ustavni sud [US RH] [Constitutional Court], Nov. 14, 2013, Communication on the citizens' constitutional referendum on the definition of marriage, No. SuS-1/2013, N.N. 138/13, § 9.1.

187 私人與家庭生活權利的憲法化係以最大化人格發展為方向，而非限制權利發展，參見如隱私之憲法化：MAZEAUD (V.), La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, *NouvCCC*, 2015, n° 48, p. 8.

188 Venice Commission, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, opinion 720/2013, CDL-AD(2013)012-e, §§ 86-87 (June 14-15, 2013).

189 Jasna Omejec, *Principle of the Separation of Powers and the Constitutional Justice System*, paper presented at Conference of constitutional control bodies of Central Asia "The Role of the Constitutional Court in Safeguarding the Supremacy of the Constitution", Strasbourg, Oct. 28-29, 2015, at 14, [http://bib.irb.hr/datoteka/785200.Omejec\\_-\\_Separation\\_of\\_Powers\\_and\\_Constitutional\\_Judiciary\\_-\\_Strasbourg\\_28.10.pdf](http://bib.irb.hr/datoteka/785200.Omejec_-_Separation_of_Powers_and_Constitutional_Judiciary_-_Strasbourg_28.10.pdf) (last visited Dec. 18, 2016).

190 Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision No. 62-20 DC, Nov. 6, 1962, Rec. 27 (Fr.); decision No. 92-312 DC, Sept. 2, 1992, Rec. 76 (Fr.).

191 雖有研究指出，社會恐同程度與反同婚並非正相關，然而社會開放程度仍將

之憲法同婚禁令，是否得主張為「根深蒂固道德價值」，比照2010年愛爾蘭志願終止妊娠禁令爭議判決，大幅擴張國家於「道德及倫理問題之高度敏感性」下之評斷餘地<sup>192</sup>？包括民意在內之內國機關立場，似乎可能左右結論。

若深入探究歐洲共同點，則單就法律承認不同層次之同性伴侶關係而言，歐洲47國呈現地理上之東西分裂<sup>193</sup>。從地理觀之，同性婚姻集中在西歐與北歐，中歐與部分南歐以傳統婚姻與登記伴侶制並存，東歐則方始面對如何解決異性同居以及非婚生子女日增<sup>194</sup>，而異於傳統之非典型家庭有待承認<sup>195</sup>，同時亦出現恐同情緒與國族主義結合之虞<sup>196</sup>。研究指出，凡此「非典型」甚至任何有違異性戀

---

取法同婚或伴侶制之建立：see Marc Hooghe & Cecil Meeusen, *Is Same-Sex Marriage Legislation Related to Attitudes Toward Homosexuality? Trends in Tolerance of Homosexuality in European Countries Between 2002 and 2010*, 10 SEXUALITY RES. & SOC. POL'Y 258 (2013).

192 A, B and C v. Ireland [GC], 2010-VI Eur. Ct. H.R. 185, § 126.

193 歐洲對同性伴侶關係保障議題的切分點，學者認為既非宗教認同度差異亦非傳統對婚姻態度之南北歐差異，而是東西差異。Jens M. Scherpe, *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, 10 EQUAL RTS. REV. 83, 84 (2013).

194 研究指出，東歐國家在極權社會主義體制瓦解前，幾無西歐所經歷之核心家庭、晚婚或長期單身等現象，然近年迅速演變，已使得同居與非婚生子女等欠缺規範之現實成為社會議題。David Coleman, *Partnership in Europe; its Variety, Trends and Dissolution*, 48 FINNISH Y.B. POPULATION RES. 5, 9, 38 (2013).

195 如立陶宛憲法法院於2011年曾解釋家庭不僅限於婚姻家庭，而包含同居或「不完整」家庭：Bodnar & Śledzińska-Simon, *supra* note 4, at 215；羅馬尼亞亦針對異性同居關係出現立法規範需求：DOHOTARIU (A.), *La vie à deux hors mariage: du juridique au politique dans le postcommunisme roumain*, *Politiques sociales et familiales*, 2014, n° 115, pp. 41-43.

196 學者長期觀察，指出東歐各國右翼國籍主義者皆出現「同性戀來自西歐」且有害國族認同之論：參見Kevin Moss, *Split Europe: Homonationalism and Homophobia in Croatia*, in *LGBT ACTIVISM AND THE MAKING OF EUROPE* 212 (Phillip Ayoub & David Paternotte eds., 2014)；另有研究循俄羅斯性學研究者假設進行實證研究，指出對民主制度運作滿意程度與同志接受度呈正相關，或可解釋東歐面臨之挑戰：參見Judit Takács & Ivett Szalma, *Homophobia and Same-Sex Partnership Legislation in Europe*, 30 EQUALITY DIVERSITY & INCLUSION 356 (2011).

常規之家庭型態，皆構成東歐國族認同之「它者」，對於作為國族建構基石之傳統價值構成威脅<sup>197</sup>。中東歐於轉型後確實追求西歐現代化典範，惟並非照單全收，部分婚姻家庭價值觀甚至受到強烈爭議，如波蘭保守勢力對志願終止妊娠之反對<sup>198</sup>。諸多國家陸續透過立法或公投將婚姻異性機制入憲，彰顯其價值決定<sup>199</sup>。而斯洛維尼亞2012年公投否決提升同性登記伴侶保障之法案<sup>200</sup>後，國會雖於2015年初通過同性婚姻法，幾經波折仍於2015年底為公投否決<sup>201</sup>。

---

197 Richard C.M. Mole, *Nationalism and Homophobia in Central and Eastern Europe*, in THE EU ENLARGEMENT AND GAY POLITICS: THE IMPACT OF EASTERN ENLARGEMENT ON RIGHTS, ACTIVISM AND PREJUDICE 99, 104, 107 (Koen Sloopmaechers, Heleen Touquet & Peter Vermeersch eds., 2016).

198 Arland Thornton & Dimiter Philipov, *Sweeping Changes in Marriage, Cohabitation, and Childbearing in Central and Eastern Europe: New Insights from the Developmental Idealism Framework*, 25 EUR. J. POPULATION 123, 148 (2009).

199 如保加利亞、克羅埃西亞、匈牙利、拉脫維亞、立陶宛、摩爾多瓦、蒙特內哥羅 (Montenegro, 或譯為黑山共和國)、波蘭、塞爾維亞、斯洛伐克及烏克蘭。David B. Oppenheimer, Alvaro Oliveira & Aaron Blumenthal, *Religiosity and Same-Sex Marriage in the United States and Europe*, 32 BERKELEY J. INT'L L. 195, 196 (2014); Radoslav Tomek, *Slovak Lawmakers Approve Constitutional Ban on Same-Sex Marriage*, BLOOMBERGBUSINESS (June 4, 2014), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-06-04/slovak-lawmakers-approve-constitutional-ban-on-same-sex-marriage>.

200 該項投票率 (30%) 低於其他同時間舉行之公投 (40%) : Robert Podolnjak, *Constitutional Reforms of Citizen-Initiated Referendum: Causes of Different Outcomes in Slovenia and Croatia*, 26 REVUS 129, 135-36 (2015).

201 婚姻與家庭關係法原已於2015年春由國會通過修正，然公民團體依憲法第90條連署公投複決成功，國會以憲法同條第2項第4款立法修正違憲基本權利事項不得公投為由拒絕舉行公投，公投發起團體嗣聲請釋憲，憲法法院以5:4票認定國會無權阻擋公投，公投最終以36.38%之投票率，逾6成反對，否決婚姻法修正。Roman Kuhar & Metka Mencin Čepelak, *Same-Sex Partnership Debate in Slovenia: Between Declarative Support and Lack of Political Will*, in THE EU ENLARGEMENT AND GAY POLITICS: THE IMPACT OF EASTERN ENLARGEMENT ON RIGHTS, ACTIVISM AND PREJUDICE 147, 166-67 (Koen Sloopmaechers, Heleen Touquet & Peter Vermeersch eds., 2016); State Election Commission, *Poročilo izida glasovanja na referendumu o Zakonu o spremembah in dopolnitvah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR-D)*, (Feb. 18, 2016), [http://www.volitve.gov.si/referendum/ref\\_zzzdrd\\_porocilo.pdf](http://www.volitve.gov.si/referendum/ref_zzzdrd_porocilo.pdf) (last visited Dec. 1, 2016).

截至2017年底，歐洲人權公約47個締約國對婚姻或親密關係之制度保障，歧異仍高（詳附表）。此無疑成為歐洲人權法院更新解釋第12條甚至第8條的難題。惟以此分裂之現階段而言，第8條或第14條參照第8條所能保障之內國法既有法律效果延伸，仍有其推動辯論或達成妥協之優勢。即使第12條單偶制以及內國法保留條款已有新解，面對東歐現實，Vallianatos以公約第14條參照第8條要求各國於創設婚姻替代制度時，客觀合理排除性傾向歧視，似乎有其伏筆。

表1 歐洲人權公約締約國法定結合制度一覽

性別中立婚姻 <sup>202</sup>		荷蘭、比利時、西班牙、挪威、瑞典、葡萄牙、冰島、丹麥、法國、英國、盧森堡 <sup>203</sup> 、愛爾蘭、芬蘭、馬爾他 <sup>204</sup> 、德國
登記伴侶制	同性專屬制 <sup>205</sup>	德國 <sup>206</sup> 、芬蘭、克羅埃西亞*、英國北愛爾蘭、捷克、斯洛維尼亞、瑞士、匈牙利*、奧地利 <sup>207</sup> 、列支敦士登、安道爾、義大利
	性別中立制	荷蘭、法國、盧森堡、馬爾他、賽普勒斯、希臘、愛沙尼亞

202 各國按同性婚姻立法通過時間排序。

203 DRD-CJEU, Luxembourg. Loi prévoyant la réforme du mariage, *Reflets*, n° 1/2015, p. 59.

204 馬爾他同性婚姻甫於2017年9月1日施行：Act No. XXIII of 2017, G.G. August 25, 2017, No. 19,852 (Malta).

205 曾採此制國家於婚姻性別中立後，皆廢止同性專屬伴侶制，包括瑞典、愛爾蘭等。

206 德國已於2017年7月完成同性婚姻立法，同年10月施行，惟繼續維持原伴侶制。German President Signs Gay Marriage Bill into Law, DW (July 27, 2017), <http://p.dw.com/p/2gyX3> (last visited Sept. 1, 2017).

207 奧地利憲法法院已於2017年12月4日宣告，區隔異性婚姻與同性登記伴侶制，違反憲法之禁止歧視，成為歐洲第一件憲法法院藉由違憲審查准許同性結婚的國家。惟現制效力將延續至2018年底。Verfassungsgerichtshof [VfGH] [Constitutional Court], *Distinction Between Marriage and Registered Partnership Violates Ban on Discrimination*, Press Release, VfGH (Dec. 5, 2017), [https://www.vfgh.gv.at/medien/Ehe\\_fuer\\_gleichgeschlechtliche\\_Paare.en.php](https://www.vfgh.gv.at/medien/Ehe_fuer_gleichgeschlechtliche_Paare.en.php).

	異性專屬制	立陶宛* <sup>208</sup>
法律承認之同居關係	限同性	聖馬利諾 <sup>209</sup>
	性別中立	荷蘭、法國、匈牙利*、比利時、瑞典、斯洛伐克* <sup>210</sup> 、瑞士、斯洛維尼亞、安道爾、捷克、愛爾蘭、克羅埃西亞*、馬爾他 <sup>211</sup>
	限異性	阿爾巴尼亞、塞爾維亞*、蒙特內哥羅*
法律僅承認異性傳統婚姻		亞美尼亞*、亞塞拜然、波士尼亞及赫賽哥維納、保加利亞*、喬治亞、拉脫維亞*、馬其頓、摩爾多瓦*、摩納哥、波蘭* <sup>212</sup> 、羅馬尼亞、俄羅斯、土耳其、烏克蘭*

資料來源：Legal Recognition of Same-Sex Relationships, JONES DAY, <http://www.samesexrelationshipguide.com/> (last visited Aug. 31, 2017); WIPO Lex <http://www.wipo.int/wipolex/en/> (last visited Aug. 31, 2017).

\*為憲法明定婚姻限異性者。

208 立陶宛2001年民法典修正，承認異性同居關係，惟相關施行法提案至2015年方進入國會辯論階段，其國內專家曾警告，前揭Vallianatos判決對上開民法規範構成「無之則不然」(sine qua non)：BNS, *Lithuanian Parliament Speaker Speaks Out Against Same-Sex Marriage*, DELFI/LITHUANIA TRIBUNE (June 17, 2015), <http://en.delfi.lt/lithuania/society/lithuanian-parliament-speaker-speaks-out-against-same-sex-marriage.d?id=68270508>; *Lithuania Might Violate Human Rights Convention by Legalizing Opposite-Sex Partnership Only*, Expert Says, DELFI/LITHUANIA TRIBUNE (June 3, 2015), <http://en.delfi.lt/lithuania/society/lithuania-might-violate-human-rights-convention-by-legalizing-opposite-sex-partnership-only-expert-says.d?id=68146618>；2017年立陶宛國會審查民法典修正提案，擬採折衷之同居協定承認同性伴侶關係，但終未通過：Tomas Vytaitas Raskevičius, *2017 LGBT\* Rights in Lithuania Overview: Challenges and Victories*, LGL (Feb. 9, 2018), <http://www.lgl.lt/en/?p=19392>.

209 限國際私法層級之移民資格承認。

210 斯洛伐克民法自2003年起以「親近之人」(close person)允許法院辨識同居共財者：Róbert Dobrovodsky, *National Report: Slovakia*, CEFL INFORMAL RELATIONSHIPS REPORTS, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Slovakia-IR.pdf> (last visited Aug. 18, 2017).

211 2017年4月公布施行：Act No. XV of 2017, G.G. Apr. 7, 2017 No. 19,755 (Malta).

212 波蘭自前揭Kozak判決後，持續由國會左派就同性伴侶制提案，惟屢遭執政右派封殺：Bodnar & Śledzińska-Simon, *supra* note 4, at 238；波蘭與最接近同性婚姻合法化之斯洛維尼亞形成對比，學者Phillip Ayoub曾於2015年歐洲研究國際研討會之圓桌論壇中指出，波蘭天主教會持堅定反共立場，而斯洛維尼亞教會則選擇與共黨合作，使得轉型後教會影響力大相逕庭。Gender Crusades: Mobilizing Against Equality in Europe, 2015 CES Conference, July 10, 2015, Science-po Paris (Caquot Amphitheater).

## 二、公約第8條與第14條適用問題

### (一) 配偶伴侶類比基礎之再商榷

公約第8條既得保障家庭生活，而第14條禁止歧視，自 *Karner*、*Kozac* 與 *P.B. and J.S.* 等彰顯之物質效益層面，乃至 *Vallianatos*、*Oliari*、*Taddeucci and McCall* 之創制層面，如今在公約體系下，逐步構成同性伴侶同居共財生活中各項實質權利之保障基礎。倘欲突破目前婚姻配偶處境無法類比之審酌方式，歐盟法院 (Court of Justice of the EU) 與歐洲人權法院最新之 *Taddeucci and McCall* 論證手法，值得進一步探究。

現階段而言，同性伴侶權利於歐洲人權法院較為可能的突破點，誠為公約第8條。一則是仰賴歐洲共識與國際趨勢，縮限國家創制保障同性結合之評斷餘地，二則是以第14條參照第8條，審酌被告國對異性及同性結合之差別待遇是否涉及性傾向歧視，尤其針對制度產生之實質後果<sup>213</sup>。歐洲人權法院目前在比較基礎上，採取較歐盟法院狹隘之認定方式，拒絕承認婚姻配偶與非婚伴侶相等。惟 *Taddeucci and McCall* 判決就家庭移民資格爭議採取不同論證手法，謂同性想婚而不得，不同於異性之得婚而不為，應施以不同待遇。歐洲人權法院是否可能自此仿效歐盟法院，循個案事實及系爭權利彈性適用類比方式，逐步強化歐洲監督？雖然歐洲人權法院與歐盟法院分屬不同法體系，其法屬性亦有根本之異質，惟歐盟法院2011年之「等者等之」認定，嗣為德奧憲法法院所採，仍有參酌價值。

歐盟法院2011年 *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*<sup>214</sup>

213 反之則對上位抽象權利有所保留：Elaine E. Sutherland, *A Step Closer to Same-Sex Marriage Throughout Europe*, 15 EDINBURGH L. REV. 97, 102 (2011).

214 Case C-147/08, *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg* (GC), 2011 E.C.R. I-03591.



先決問題裁判中，改變其原與歐洲人權法院一致之見解，轉而肯定德國登記伴侶制（Eingetragene Lebenspartnerschaft）與異性專屬婚姻就系爭社會安全給付而言為相等者。1997年阿姆斯特丹條約（Treaty of Amsterdam）授權當時的歐洲共同體，為對抗各類歧視得採取適當措施，包括性傾向歧視。為保障共同體勞動權利，歐體於2000年通過2000/78/EC指令，作為反歧視之框架規範<sup>215</sup>。然該指令並未將歐體本身納入規範<sup>216</sup>，2001年歐洲法院（European Court of Justice）<sup>217</sup>乃拒絕承認瑞典同性登記伴侶得視為歐盟文官體系規範中所稱之配偶。惟相對於傳統婚姻，瑞典1995年登記伴侶制屬於「隔離但平等」之同性伴侶制度<sup>218</sup>，與德國2011年情況相似<sup>219</sup>。歐盟理事會則主張，即於承認登記伴侶制國家，此制仍與婚姻不同，僅就制度效益上有所同化，且系爭給付基於法律及預算之評估，屬共同體立法權限<sup>220</sup>。歐洲法院接受理事會見解，認定登記伴侶制「係不完全同於婚姻」者，惟呼籲立法權解決爭議<sup>221</sup>。歐體旋即修改文官規章，轉而認定登記伴侶等同婚姻配偶<sup>222</sup>。

---

215 Dagmar Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, 8 EUR. L.J. 290, 291-92 (2002).

216 Jeneba Barrie, *European Union Law and Gay Rights: Assessing the Equal Treatment in Employment and Occupation Directive and Case Law on Employment Benefits for Registered Same-Sex Partnerships*, 6 J. CIV. L. STUD. 617, 641-42 (2013).

217 為今日歐盟法院之前身。

218 Hrefna Friðriksdóttir, *The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law*, in SAME-SEX COUPLES BEFORE NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL JURISDICTIONS 161, 178 (D. Gallo, L. Paladini & P. Pustorino eds., 2014); Anne Sanders, *Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution*, 13 GERMAN L.J. 911, 929 (2012).

219 參見黃舒芃，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，收於：框架秩序下的國家權力（二）——公法學術論文集，頁279-315（2016年）。

220 Joined Cases C-122/99 P & C-125/99 P, D and Kingdom of Sweden v. Council, 2001 E.C.R. I-04319, § 31.

221 *Id.* at §§ 38-39.

222 Helmut Graupner, *Comparing People or Institutions? Sexual Orientation Discrimination and the Court of Justice of the European Union*, in LEGAL

瑞典政府於上開爭訟上訴時，曾出面支持原告，主張登記伴侶處境與婚姻配偶相同，然若會員國對此類比有爭議，則仍構成歐盟法之先決問題。2008年歐盟法院於禁止歧視原則作出多項裁判，相對於抽象法律解釋，更著重個案中之個人處境<sup>223</sup>。是年之*Maruko*先決問題，出於德國登記伴侶制自2004年修正後，就諸多社會安全給付已與婚姻趨同，而內國法院認為系爭社會給付下，登記伴侶處境與婚姻配偶相等<sup>224</sup>。歐盟法院改採較開放之立場，表示既然內國法院認定處境相等，則系爭社會安全給付已涉及歧視<sup>225</sup>。當時歐盟法院等於將處境是否相等的問題拋回內國法院，並不對各會員國明示通案見解。而2011年的*Römer*當事人亦為德國登記伴侶，主張於德國登記伴侶法差別規範下，其前雇主漢堡市給付渠之退休年金，低於一名已婚且未分居配偶得領取者，涉及前揭2000/78/EC指令所禁止之就業與勞動待遇性傾向歧視。歐盟法院大法庭引述上開*Maruko*，強調處境相等不必然要求處境全然相同，而是否相等應就個案涉及給付之具體情況而論<sup>226</sup>。歐盟法院隨即指出，德國登記伴侶制逐步趨近婚姻，兩者之間已無重大差異，於雙方財產勞動相互支持關係上亦屬相同<sup>227</sup>。

歐盟法院*Römer*之類比認定是否可能適用於歐洲人權公約體系？2013年的*Boeckel and Gessner-Boeckel v. Germany*<sup>228</sup>，即涉及德

---

RECOGNITION OF SAME-SEX RELATIONSHIPS IN EUROPE 271, 273 (K. Boele-Woelki & A. Fuchs eds., 2d ed. 2012).

223 SIMON (D.), Cour de justice et Tribunal de première instance des Communautés européennes, *AFDI*, 2008, vol. 54, p. 609.

224 Case C-267/06, Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (GC), 2008 E.C.R. I-01757, §§ 68-69.

225 *Id.* at § 73.

226 Case C-147/08, 2011 E.C.R. at § 42.

227 *Id.* at §§ 44-48；另因上開指令內國法化期限為2003年，德國已逾時限，無礙於歐盟指令直接適用。

228 *Boeckel and Gessner-Boeckel v. Germany* (dec.), App. No. 8017/11, Eur. Ct. H.R. (May 7, 2013), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120617>.

國婚姻配偶與登記伴侶處境是否相等之爭，惟歐洲人權法院拒絕受理之。兩名女性聲請人於2001年成為登記伴侶，Anja Gessner-Boeckel嗣於2008年產下一子。聲請人請求法院於其子出生證明空白之父欄登載為Sabine Boeckel，主張其子應比照民法典第1592條第1項婚生子女推定原則，無論是否為生父而認定Boeckel為第二家長。然德國法院認定，登記伴侶法第9條第7項規定登記伴侶得收養伴侶子女，不適用系爭民法規範。德國憲法法院於2010年駁回聲請人憲法訴願，指原審法官適用法律見解以及系爭規範並未侵害聲請人受歐洲人權公約及德國憲法保障之家庭生活權，並認定民法婚生子女推定下，其父仍有血緣可能，登記伴侶與子女則無此連帶，處境並不相等。本案爭點近似於*Gas and Dubois*，同樣以婚生子女推定父親為據，主張歧視。惟歐洲人權法院全然接受德國司法見解<sup>229</sup>，並強調國家於創設非婚制度時享有一定國家評斷餘地，因而拒絕受理此案。

歐盟法院與歐洲人權法院所持立場乍看相互矛盾，惟*Römer*爭點在於物質給付，而*Boeckel and Gessner-Boeckel*卻是構成各國同性關係保障辯論焦點之親子關係，似不宜引以論斷歐洲人權法院因此拒絕任何類比可能。歐盟法院亦藉*Römer*強調，應視「個別而具體」之爭點審酌處境是否相等<sup>230</sup>。此外，奧地利憲法法院自2011年以降，已屢次憑藉保障平等之立法理由<sup>231</sup>，肯定奧國婚姻配偶與登記伴侶處境相等，並據以宣告登記伴侶制諸多差別待遇確屬歧視<sup>232</sup>。德國憲法法院則於2013年確認婚姻配偶與登記伴侶之處境相等，判

229 不受理裁定並特別強調，聲請人並非性別重置者。*Id.* at § 30.

230 Case C-147/08, 2011 E.C.R. at § 42.

231 Andreas Lopatka, *Same-Sex Partnership and Right to a Name*, 7 VIENNA J. INT'L CONST. L. 372, 374 (2013).

232 諸如：家姓選擇平權，*id.*；公證結婚儀式公開舉行平權，*see* Elke Danner, *Non-Discrimination Between Weddings and the Conclusion of Registered Partnerships: The Ferris Wheel Goes Round?*, 7 VIENNA J. INT'L CONST. L. 381 (2013).

決該國禁止登記伴侶收養伴侶他方之養子女違反憲法平等保障<sup>233</sup>。值得細究者，奧國憲法法院亦於2014年判決奧國禁止登記伴侶共同收養權違憲<sup>234</sup>，惟其論據更強調兒童最佳利益；奧國並未禁止登記伴侶單獨收養，惟子女將於伴侶家庭中成長，使其與家人建立親子關係符合其最佳利益<sup>235</sup>。涉及於異性戀常規下較具爭議之爭訟，奧國憲法法院僅「暗示」婚姻配偶與登記伴侶之處境相等，避免與歐洲人權法院*X and Others*判決之認定產生矛盾<sup>236</sup>。

從*Oliari*判決使被告國情況與其他締約國「脫鉤」之實踐觀察，不能排除未來歐洲人權法院可能審酌被告國制度特性，落實歐洲人權公約以「保障實質而有效之權利為目的，而非理論或虛幻者」<sup>237</sup>之基本原則。法律是否承認同性結合，以及選擇如何以法律保障同性結合，締約國固然於公約下享有一定之國家評斷餘地<sup>238</sup>。惟此伴侶制度立法形成自由說，應無礙於歐洲人權法院於個案中協同部分內國機構見解，依國情逐步強化歐洲監督密度。*Römer*判決涉及制度趨近下之物質給付面向，一則德國法院於*Maruko*已有婚姻配偶與登記伴侶處境相等之論，二則個案尚無重大公共秩序或倫理價值爭議。以*Taddeucci and McCall*與奧國憲法法院共同收養權判決為例，若無法明確肯定婚姻配偶與登記伴侶相等，至少可能憑藉異性與同性非婚伴侶處境不同，視個案適用歐洲人權公約第14條參照第8條之高密度審查。

---

233 德國憲法法院之類比尚分為二，其一係「養子女」處境之類比，其二係「擬收養伴侶養子女之伴侶」：黃舒芃（註219），頁291。

234 *Iris Murer, Exclusion of Registered Partners from Adoption Rights Found to Be Discriminatory*, 9 VIENNA J. INT'L CONST. L. 281 (2015).

235 *Id.* at 284.

236 *Id.* at 285.

237 *Airey v. Ireland*, 32 Eur. Ct. HR (ser. A), § 24 (1979).

238 *Schalk and Kopf*, 2010-IV Eur. Ct. H.R. at §§ 108-09; *Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 177.

(二) 非關歧視之不平等？

嚴以論之，歐洲人權法院運用處境不相等以及共識尚欠缺等阻卻違反公約事由所拒絕承認的歧視，實際上並非不存在。差別待遇或以性傾向為由，或以同性異性兩種結合之「自然」差異為由，制度上呈現不同類型。相關規範未來藉由歐洲人權公約突破現況之機會與可能方式，亦將有所不同。曾有研究以圖表顯示歐洲同性結合、異性結合各自適用之婚姻及登記伴侶制，並以其所享權利之差別待遇分為三類<sup>239</sup>，藉此反映部分登記伴侶制可能僅為「次等婚姻」（婚姻保障高於登記伴侶制）。本文則擬補充如下，以說明歐洲人權法院面對各類型差別待遇時，目前所採取以及未來可能採取之論證方式<sup>240</sup>：

表2 歐洲人權公約下尚屬國家評斷餘地之婚姻與登記伴侶制（簡稱伴侶）圖示

	類型一		類型二		類型三		類型四		類型五	
	異性	同性	異性	同性	異性	同性	異性	同性	異性	同性
保障較強	婚姻		婚姻		婚姻	伴侶	婚姻		婚姻	
保障較弱	伴侶							伴侶		伴侶

資料來源：參考Jens M. Scherpe, *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, 10 EQUAL RTS. REV. 83, 85 (2013). 並經作者修改完成。

其中，類型一與二大抵得視為平等狀態。類型一下婚姻及登記伴侶制並存，登記伴侶制規範較婚姻為鬆散而無完整組織家庭權，惟兩制無論同性異性皆得近用；此類型得以2001年後的荷蘭、2013

239 Scherpe, *supra* note 193, at 85.

240 前文已就Oliari判決討論，因此排除僅有傳統婚姻而無任何替代制度者，另亦排除Vallianatos判決違反公約之異性專屬婚姻及伴侶制。

年後的法國或2015年後的盧森堡為代表。而類型二則無論同性異性皆得結婚，以通過同性婚姻後註銷同性登記伴侶制之北歐諸國為代表。惟以法國為例，前揭*Gas and Dubois*已揭示，即使為非婚事實伴侶，異性得以治療為名近用第三方捐贈精子之人工生殖，並使男方以事前宣告為前提成為出生證明上之法定父親。反之，同性婚姻施行後，女性同性配偶仍不得近用上述人工生殖，更無法透過事前宣告事後收養方式成為生母與法定母親<sup>241</sup>。

易言之，無關乎同性是否得結婚，歐洲人權法院礙於倫理議題敏感度，對於國家是否開放個人接受第三方捐贈人工生殖權利，普遍給予寬廣之國家評斷餘地，即使制度對異性配偶設限亦不違反公約<sup>242</sup>。類型一之法國同性婚姻下，同性配偶雖享共同收養權，惟生育及婚生子女推定仍礙於第三方捐贈人工生殖制度之限，而使組織家庭權異於異性配偶所享者。此外，歐洲人權法院曾於*Gas and Dubois*接受法國以治療異性伴侶（無論是否已婚）不孕為前提近用精子捐贈之限制，認定類型五之同性登記伴侶無從主張第14條與異性類比<sup>243</sup>，另於*Boeckel and Gessner-Boeckel*所體現之類型三下，駁斥德國同性登記伴侶得準用生父血緣推定（視其合意生育者為婚生子女之親子關係主張）。此意謂，透過生育直接建立親子關係，仍然維持其異性戀常規，且與婚姻或登記伴侶制剝離，使同性婚姻在充分享有婚姻物質目的之外，尚無法直接且完整適用異性戀之組織家庭權。

類型三與類型四相同之處在於婚姻限異性締結，而另設同性專屬之登記伴侶制，惟差異在於，類型三之下，異性配偶與同性伴侶

---

241 BORRILLO (D.), *Mariage pour tous et filiation pour certains: les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe*, *Droit et Cultures*, 2015, n° 69, pp. 179-220.

242 參見2011年奧國異性不孕配偶人工生殖權爭議：S.H. and Others v. Austria [GC], 2011-V Eur. Ct. H.R. 295.

243 *Gas and Dubois*, 2012-II Eur. Ct. H.R. at § 63.

之權利義務已近乎全然平等，而類型四之下，兩種結合權利義務並不相等。類型三得以2017年同性婚姻通過前、2013年收養權禁令遭宣告違憲而修正後之德國為例<sup>244</sup>。其體現之隔離但平等，學說普遍認定<sup>245</sup>非僅無法達成實質平等目的，隔離本身便已構成歧視。如原屬類型四之奧國，於2017年底宣告婚姻及伴侶制之區隔違憲前已經歷多次成功憲法訴願，使EPG逐步趨近婚姻而發展為類型四。奧國將兩制隔離，由不同主管機關受理婚姻與EPG之締結，並曾為奧國憲法法院認定為合憲<sup>246</sup>。同性伴侶雖以本案上訴歐洲人權法院，歐洲人權法院原本極可能支持當時之奧國憲法法院，接受不同制度由不同主管機關受理屬國家評斷餘地，惟因2016年奧國修正相關法律統一主管機關，是案終因無訴之利益而遭駁回<sup>247</sup>。鑒於隔離本身有緩衝社會阻力之效，且未為德國憲法法院所質疑，歐洲人權法院恐將避免回應「象徵性隔離」本身是否涉及歧視之難題。

反之就異性婚姻保障高於同性伴侶制之類型四而言，前節已論及如早年修正前之德奧模式，藉由趨近於歐盟法院*Römer*判決認定手法，不排除未來歐洲人權法院可能就制度設計是否趨同以及所涉實質權利是否敏感，個案取決配偶與伴侶處境是否可資類比。惟即使循歐盟法院*Römer*判決之認定，仍須以內國法規範自身有所演變而有意使兩制平等為前提，無論藉由立法或釋憲，非關大幅縮限國家評斷餘地。反之，內國法倘欲維持同性僅適用保障少於婚姻之登

244 參見黃舒芃（註219）。

245 美國學界早年尤其對此概念甚多批評：see Barbara Cox, *But Why Not Marriage: Some Thoughts on Vermont's Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate But (Un)Equal*, 25 VT. L. REV. 113 (2000); David S. Buckel, *Government Affixes a Label of Inferiority on Same-Sex Couples When It Imposes Civil Unions and Denies Access to Marriage*, 16 STAN. L. & POL'Y REV. 73 (2005).

246 Beate Sundhofer, *The competence of the District Administrative Authority Instead of the Office for Matters of Personal Status to Conclude a Registered Partnership*, 7 VIENNA J. INT'L CONST. L. 378, 379 (2013).

247 *Hörmann and Moser v. Austria* (dec.), App. No. 31176/13, Eur. Ct. H.R. (Mar. 7, 2017), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172804>.

記伴侶制，則如歐洲人權法院自身於*Oliari*判決所示，同性關係雖至少應享核心權利保障，惟如何設計制度仍屬評斷餘地。另於類型四下，葡萄牙之例值得說明。葡國2010年雖直接修正民法允許同性結婚，惟明文排除其收養權<sup>248</sup>，形同類型四。葡國不僅對同性與異性非婚伴侶施以差別待遇，更對同性配偶與異性配偶施行之，因此在歐洲人權法院*X and Others*判決後，產生制度矛盾<sup>249</sup>。判決涉及者雖為非婚伴侶，惟若非婚同性伴侶尚得收養伴侶本生子女，則已婚同性配偶勢將難以排除近用。葡國業已立法修正同性配偶不得收養配偶本生子女禁令，並同時開放共同收養<sup>250</sup>。

至於類型五，除*Gas and Dubois*、*X and Others*、*Vallianatos*諸項判決一致否認非婚伴侶與婚姻配偶處境相等外，更有足資類比之異性與同性登記伴侶之間並無差別待遇之平等論為先例。類型五目前至少有2017年前之馬爾他，以及賽普勒斯、希臘等國施行之。馬爾他甫於2011年通過離婚合法化，隨即於2014年通過民事伴侶法，2017年接連通過同居法以及民法典婚姻修正，納入同性婚姻<sup>251</sup>。除了左傾政黨重新執政以及親歐盟勢力之推動<sup>252</sup>，研究亦指出，長期使馬爾他家庭制度現代化成為禁忌之天主教會，已逐步改變其社會影響策略，放棄家父式宗教權威而透過世俗代表發聲，構成馬爾他離婚公投成功之背景<sup>253</sup>。反之，甫通過此制的賽普勒斯、希臘兩國，以及同居法（*Cohabitation Act*）之施行法歷經延宕而尚待觀察

248 由於總統事前合憲性審查之聲請中，並未包括上開條款，葡國憲法法院並無機會評論其合憲性：de Freitas & Tega, *supra* note 91, at 309.

249 判決直指葡國與奧國相同：*X and Others*, 2013-II Eur. Ct. H.R. at § 57.

250 *Le Parlement portugais autorise l'adoption par les couples homosexuels*, LE MONDE (Feb. 10, 2016), [http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/02/10/le-parlement-portugais-autorise-l-adoption-par-les-couples-homosexuels\\_4863000\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/02/10/le-parlement-portugais-autorise-l-adoption-par-les-couples-homosexuels_4863000_3214.html).

251 *See supra* notes 204 and 211.

252 *See* Mark Harwood, *Adopting Same-Sex Unions in Catholic Malta: Pointing the Finger at 'Europe'*, 20 S. EUR. SOC'Y. & POL. 113 (2014).

253 Dominic Fenech, *Divorced from Political Reality: The New Limits of Ecclesiastical Power in Malta*, 101 THE ROUND TABLE 221, 231 (2012).



之愛沙尼亞<sup>254</sup>，若依前揭*Gas and Dubois*判決手法理解之，其登記伴侶制度目前大致尚無違反歐洲人權公約之虞。

惟此論可能與*Taddeucci and McCall* 認定方式產生矛盾。異性登記伴侶得結婚而選擇不婚，而同性登記伴侶不得結婚，所能享有最高保障即為登記伴侶制衍生權利。不同處境者待遇相同，是否同樣涉及間接歧視？即使以公約第12條阻卻類型五伴侶與婚姻配偶處境之類比，在公約第8條下，仍得以間接歧視論證不等者不等之。*Taddeucci and McCall* 判決肯定，雖同為非婚伴侶，惟異性有結婚選擇而同性則無，施以表面客觀之相同待遇即產生間接歧視之虞。類型五登記伴侶制模式下，以2013年前同性無結婚權時之法國PACS為例<sup>255</sup>，即使否認屬次等婚姻，其「亞於」婚姻配偶之實質權利特性，包括稅務、配偶之遺族退撫、繼承、共同收養等<sup>256</sup>，對於無法結婚之同性伴侶，仍構成歧視<sup>257</sup>。誠然，親子關係或收養權往往於各國觸及敏感道德尺度，除拓寬各國評斷餘地外，各國憲法院或許亦較歐洲人權法院適合評價之。反之，就家庭團聚、社會

---

254 愛沙尼亞於2014年通過同居法後，原應於2016年生效前訂立施行法，惟政府似欠缺意願（Helen Talalaev, *The Situation of LGBT Persons in Estonia*, in HUMAN RIGHTS IN ESTONIA 2014-2015: ANNUAL REPORT OF THE ESTONIAN HUMAN RIGHTS CENTRE 115, 119-20 (Egert Rünne & Kari Käsper eds., Grete Anton trans., Estonian Human Rights Centre 2015) (2015)）。2016年11月政府改組由中間與左派聯合執政，相關立法行動尚待觀察。

255 原應以賽普勒斯、希臘兩國取一例說明，惟礙於語言與文獻限制，故以法國為例。

256 SCHNAPPER (D.), *L'irrésistible mariage homosexuel?*, *Commentaire*, 2004, n° 107, p. 766.

257 實證研究顯示，PACS在法國最大的成就，是提高了異性戀伴侶進一步依法約束雙方權利義務的意願。依據法國國家人口研究所發表的統計分析，整體而言，至2011年初，94%的PACS乃由異性伴侶所締結。雖然締婚率持續下降，整體法定伴侶比例仍然大幅提升。選擇PACS比例最高的年齡層集中在25-39歲之間，占全數約2/3強。而伴侶間是否育有子女，也明顯影響異性伴侶在同居、PACS與婚姻之間的選擇：BAILLY (E.) & RAULT (W.), *Les pacés en couple hétérosexuel sont-ils différents des mariés?*, *Population & Sociétés*, 2013, n° 497, pp. 1-2.

給付、甚至親權行使替代方案等制度實質效益面向<sup>258</sup>，歐洲人權法院將可能更務實審視聲請人於被告國制度下之處境，逐步接受婚姻配偶與登記伴侶之可類比性。

## 肆、結論

歐洲人權法院面對47個婚姻家庭秩序迥異的國家，短期內似乎無法期待任何「歐洲版*Obergefell v. Hodges*」判決，直接肯定歐洲人權公約平等保障同性結婚權。歐洲人權公約第12條解釋空間狹隘，與歐洲各國對於婚姻制度立場之歧異有關，於傳統異性戀婚姻尚且如此（如*Şerife Yiğit*所揭示），遑論同性婚姻。該條文有源自於內部以及外部之解釋限制，前者乃條文本身之內國法優位條款限制，後者係公約締約國在同性婚姻上呈現意識形態對立。平等論並非無用，而是觸及異性戀文化的最終禁忌，在各國最高司法機關尚且選擇司法自制的前提下，歐洲人權法院亦無意取而代之，正面肯定婚姻平權。況且婚姻之異性戀常規於部分締約國中與國族主義結合，隱然之「東西分裂」對歐洲共識構成嚴峻挑戰，並非歐洲人權法院得單憑不歧視原則抗衡者。

*Schalk and Kopf* 確立歐洲人權公約並不對締約國課以允許同性婚姻或創設家庭關係制度之義務，此原則迄今不變。婚姻與家庭生活範疇內，禁止性傾向歧視因而僅得逐一於公約下確認外於婚姻之

---

258 作為補充，民法明文禁止同性婚姻與共同收養之羅馬尼亞，亦以「家人」概念接受歐盟人員自由移動原則下同性結合之移民申請，惟以同性結合出具「關係持續」之相關證明為憑。而類似法國之親權委付制度，亦為羅國所採納，尚無法依法排除同性伴侶共享親權。WENG (V.), Une vue de l'extérieur sur l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe dans le nouveau code civil, in BAIAS (F. A.) & DINCĂ (E.), *Le nouveau Code civil roumain: Vu de l'intérieur - Vu de l'extérieur*, vol. 2, Bucharest, Editura universitatii din Bucuresti, 2014, p. 166.

諸項權利之平等享有，局部肯定「非婚」同性伴侶關係亦得實質平等享有財產權、住居所受尊重權、家庭生活受尊重權等，如*Karner*與*Kozak*等判決所示。尤其透過*Gas and Dubois*與*X and Others*兩宗判決之對比，更能彰顯歐洲人權法院以避免觸及婚姻禁忌為前提，藉由非關婚姻之家庭關係詮釋，保障同性家庭實質權利。同性伴侶固然無法結婚，亦無法因此與配偶享有相同權利、承擔相同義務，惟如此作法，至少能夠逐步確立「類似」婚姻之實質保障。此說尤其獲得部分內國司法見解之支持，例如義大利司法迫於立法不作為，即採取此一策略，使處於長期穩定關係之同性事實伴侶，基於充分人格發展與相應之家庭生活權，將得自個案中逐一確認得否享有憲法保障之權利。

而自整體締約國現行制度觀察，倘嚴格遵循歐洲共同點，例如循*Schalk and Kopf*之婚姻與另類伴侶制度之比較，將使歐洲人權公約在同性關係與家庭生活法律保障上長年遲滯不前，無法縮限國家評斷餘地<sup>259</sup>。此意謂，歐洲人權法院欲維持公約體系在同性關係法律保障上之「實益」，尤其守護禁止性傾向歧視之原則，則必須突破其比較方法，嘗試循個案爭點之特質，篩選出最能符合趨勢之「最低共同點」，此即前揭*X and Others*及*Vallianatos*判決手法所揭示者。歐洲人權法院並非單純確立歐洲共同點，而是以趨勢支持最低共同點。趨勢指出未來歐洲可能形成共識的方向，而最低共同點並非建立於與趨勢悖反之多數，而是迎合趨勢者。*Hämäläinen*之比較法未能比照上開兩案構成最低共同點，除了建立「例外同性婚姻效力」之疑慮，趨勢之未明恐亦為關鍵。

歐洲先前欠缺藉由司法判決合法化同性婚姻之先例，而創設類

---

259 在前蘇聯國家加入歐洲人權公約體系後，傳統之歐洲共識概念已不再符合實際，歐洲人權法院因此開始採用較為彈性之共同點比較法。John L. Murray, *The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law*, 33 *FORDHAM INT'L L.J.* 1388, 1406 (2011).

似制度保障又屬立法權限，歐洲人權法院選擇尊重內國價值決定，有其現實考量。惟此尊重，同時指向尊重各國立法以及司法或獨立機關見解，而使歐洲人權法院有仲裁之機會。*Vallianatos*有希臘國家人權委員會與國會之悖反論點，*Oliari*則有憲法法院之呼籲與國會之無作為。符合趨勢之最低共同點或「薄弱多數」(thin majority)<sup>260</sup>，成為歐洲人權法院仲裁的參考。尤其值得留意者，歐洲人權法院並未超越希臘國家人權委員會或是義大利憲法法院之見解。面對內國權威機構立場採取自制，於*Gas and Dubois*判決中格外鮮明，*Costa*與*Spielmann*法官聯名之協同意見書即闡明，基於兒童最佳利益考量，聲請人主張並非無據，惟取代進行中之民主辯論與判決系爭事實合憲之憲法委員會而論斷，已逾越歐洲人權法院作為超國家監督機制之備位原則<sup>261</sup>。

不歧視原則之外，*Oliari*為首見單獨以公約第8條審查同性伴侶關係保障之訴訟，判決義大利於第8條下負有保障同性伴侶關係中「核心」權利之義務。此說看似與*Schalk and Kopf*確立之第14條參照第8條不課以國家創造制度保障義務說產生矛盾。惟歐洲人權法院並非以不歧視原則審查之，亦即並非肯定同性伴侶與婚姻配偶處境相等後，進行差別待遇之比例原則審查。公約第14條參照第8條之適用，將得出同性伴侶有權享有「與婚姻一致」之權利，無法為義大利保留國家評斷餘地（亦即立法形成自由）。公約第8條並非直接對締約國課以創造特定制度保障之義務，而是先肯定歐洲已出現符合全球承認同性伴侶關係趨勢之勉強多數，進而審酌義大利是否有其餘實質阻卻違反公約之事由。歐洲人權法院再度藉由此案，使個別國家脫離特定之「歐洲標準」，既非以北歐為標竿，亦非以東歐為基準。義大利即使於*Oliari*敗訴，亦僅係法治國原則之貫徹，使憲法法院之見解得以落實。

---

<sup>260</sup> *Oliari*, 2015 Eur. Ct. H.R. at § 178.

<sup>261</sup> *Gas and Dubois*, 2012-II Eur. Ct. H.R. (Spielmann, J., concurring).

另就未來之展望，則*Taddeucci and McCall* 判決手法以及歐盟法院之*Römer*判決，堪為指標。即使繼續認定婚姻配偶與非婚伴侶處境不相等，以維持公約第12條之特別法地位，歐洲人權法院仍保有歐洲監督空間。針對欠缺任何制度保障之法體系，歐洲人權法院或能藉由*Taddeucci and McCall* 不等者不等之說，駁斥非婚異性與同性伴侶處境全然相等，適度保障如*Oliari*判決所及之「核心」家庭生活受尊重權，諸如同居共財關係之規範。處境是否足資類比，以個案爭點論之，而非普遍就制度之間是否相近而論。惟*Taddeucci and McCall* 之結論並未對義大利課以任何如*Schalk and Kopf* 聲請人主張之義務，僅要求據事實承認聲請人長期穩定家庭關係符合配偶移民要件。未來是否可能在不對國家課以積極義務之前提下，適用相同類比方式，值得觀察。

其次，就切割各國制度與國情，避免建立普遍之歐洲準則以保持彈性而言，歐盟法院略勝一籌。前揭*Römer*判決以立法沿革為準據，肯定系爭社會安全給付下，登記伴侶與婚姻配偶處境相等。諸多「相同事物」要件之確立，包括當事國制度設計與司法見解之趨勢，以及單就系爭事實之處境而論，皆足以使當事國與其他國家有所區隔。*Römer*謹慎肯定之「隔離但平等」，是否可能於未來為歐洲人權法院視個案採納之？在逐步確立「非婚」伴侶關係不得以性傾向為由恣意差別待遇後，歐洲人權法院是否仍將「冷處理」婚姻配偶與登記伴侶之間的差別待遇？相同原則既然已為德奧憲法法院分別依個案引據作出違憲判決，未來就登記伴侶處境與婚姻配偶並無二致之個案（如以長久穩定之同居共財關係為制度受益原旨者），歐洲人權法院應有機會回應之。

就民主社會中具有一定敏感度之爭議，循上述避免成為第四審、且甘於內國機構仲裁之路徑，或許走在司法原則與政治考量的邊緣，前者有國際法上的備位原則為憑，後者則是裁判是否能順利於被告國執行之現實。研究即指出，相對於人權保障聲譽較低落締

約國而言，人權保障聲譽較高國家倘遵循歐洲人權法院判決，有助於穩固歐洲人權法院之地位；反之高聲譽國家若拒絕遵循之，對歐洲人權法院威信傷害更深<sup>262</sup>。惟司法自制尚不至於故步自封，使公約保障封存在以異性婚姻為家庭生活唯一想像的年代，誠如 Garlicki、Hirvelä與Vučinić三位法官之語：「司法自制通常是種美德，但不包括在法院應該承認自身錯誤的情況下。<sup>263</sup>」與時俱進為歐洲人權公約跨越世紀仍受信賴之不二法則，如何在備位原則下同時推動禁止性傾向歧視原則，誠係歐洲人權法院未來十年間不得不審慎面對的重大挑戰。

---

262 Shai Dothan, *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, 12 CHI. J. INT'L L. 115, 135 (2011).

263 *J.M.*, 2010 Eur. Ct. H.R. (Garlicki, Hirvelä and Vučinić, concurring).

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 翁燕菁 (2013), 不歧視原則之經濟社會權利保障效力——歐洲人權公約當代課題, 歐美研究, 43卷3期, 頁637-707。
- (2015), 平等權利與社會制度間的婚姻家庭——美國聯邦最高法院與歐洲人權法院的共識?, 收於: 黃昭元編, 美國最高法院重要判決之研究——2010-2013, 頁125-196, 臺北: 新學林。
- 許耀明 (2008), 歐盟關於結婚權與組成家庭權之保護——從歐洲人權法院與歐洲法院相關案例談起, 歐美研究, 38卷4期, 頁637-669。
- 陳靜慧 (2010), 同性生活伴侶之平等權問題——以歐洲法院、德國聯邦憲法法院及德國聯邦行政法院之判決為中心, 東吳法律學報, 21卷3期, 頁161-195。
- 黃舒芃 (2016), 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, 收於: 框架秩序下的國家權力(二)——公法學術論文集, 頁279-315, 臺北: 新學林。

### 2. 外文部分

- Bailly, Estelle, and Rault, Wilfried (2013), Les pacsés en couple hétérosexuel sont-ils différents des mariés?, Population & Sociétés, n° 497, pp. 1-4.
- Barrie, Jeneba. 2013. European Union Law and Gay Rights: Assessing the Equal Treatment in Employment and Occupation Directive and Case Law on Employment Benefits for Registered Same-Sex

- Partnerships. *Journal of Civil Law Studies* 6:617-652.
- Berlant, Lauren, and Michael Warner. 1998. Sex in Public. *Critical Inquiry* 24:547-566.
- Bodnar, Adam, and Anna Śledzińska-Simon. 2014. Between Recognition and Homophobia: Same-Sex Couples in Eastern Europe. Pp. 211-247 in *Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, edited by D. Gallo, L. Paladini and P. Pustorino. Berlin/Heidelberg: Springer.
- Borrillo, Daniel (2015), Mariage pour tous et filiation pour certains: les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe, *Droit et Cultures*, n° 69, pp. 179-220.
- Buckel, David S. 2005. Government Affixes a Label of Inferiority on Same-Sex Couples When It Imposes Civil Unions and Denies Access to Marriage. *Stanford Law & Policy Review* 16:73-82.
- Burgorgue-Larsen, Laurence (2005), L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe. Available at [https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions\\_en\\_ligne/L.\\_BURGORGUE-LARSEN/L\\_apprehensionconstitutionnellevieprivee\\_1\\_.pdf](https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/L_apprehensionconstitutionnellevieprivee_1_.pdf).
- Coleman, David. 2013. Partnership in Europe; its Variety, Trends and Dissolution. *Finnish Yearbook of Population Research* 48:5-49.
- Cox, Barbara. 2000. But Why Not Marriage: Some Thoughts on Vermont's Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate But (Un)Equal. *Vermont Law Review* 25:113-147.
- D'Amico, Marilisa, and Costanza Nardocci. 2016. LGBT Rights and the Way Forward: The Evolution of the Case Law of the ECtHR in Relation to Transgender Individuals' Identity. *ERA Forum* 17:191-202.
- Danner, Elke. 2013. Non-Discrimination Between Weddings and the Conclusion of Registered Partnerships: The Ferris Wheel Goes



- round?. *Vienna Journal of International Constitutional Law* 7:381-384.
- de Freitas, Tiago Fidalgo, and Diletta Tega. 2014. Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples. Pp. 287-317 in *Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, edited by D. Gallo, L. Paladini and P. Pustorino. Berlin/Heidelberg: Springer.
- Dean, James Joseph. 2011. The Cultural Construction of Heterosexual Identities. *Sociology Compass* 5:679-687.
- Dohotariu, Anca (2014), La vie à deux hors mariage: du juridique au politique dans le postcommunisme roumain, *Politiques sociales et familiales*, n° 115, pp. 37-45.
- Dothan, Shai. 2011. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. *Chicago Journal of International Law* 12:115-142.
- Dunne, Peter. 2014. Marriage Dissolution as a Pre-requisite for Legal Gender Recognition. *The Cambridge Law Journal* 73:506-510.
- Enrich Mas, Montserrat (1999), Article 12, in Pettiti, Louis-Edmond, Decaux, Emmanuel, et Imbert, Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, pp. 437-454, 2<sup>e</sup> éd., Paris: Economica.
- Equal Rights Trust. 2016. *Justice or Complicity?: LGBT Rights and the Russia Courts*. Lodon: Equal Rights Trust.
- Fenech, Dominic. 2012. Divorced from Political Reality: The New Limits of Ecclesiastical Power in Malta. *The Round Table* 101:221-234.
- Fichera, Massimo, and Helen Hartnell. 2014. All You Need Is Law: Italian Courts Break New Ground in the Treatment of Same-Sex Marriage. *International Journal of Human Rights and*

*Constitutional Studies* 2:171-177.

- Friðriksdóttir, Hrefna. 2014. The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law. Pp. 161-180 in *Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, edited by D. Gallo, L. Paladini and P. Pustorino. Berlin/Heidelberg: Springer.
- González-Salzberg, Damián A. 2015. Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage: *Hämäläinen v Finland*. *Journal of International and Comparative Law* 2:173-186.
- Gouttenoire, Adeline (2013), Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 39, pp. 63-77.
- Graupner, Helmut. 2012. Comparing People or Institutions? Sexual Orientation Discrimination and the Court of Justice of the European Union. Pp. 271-284 in *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2d ed., edited by K. Boele-Woelki and A. Fuchs. Cambridge: Intersentia.
- Harwood, Mark. 2014. Adopting Same-Sex Unions in Catholic Malta: Pointing the Finger at 'Europe'. *South European Society and Politics* 20:113-131.
- Hooghe, Marc, and Cecil Meeusen. 2013. Is Same-Sex Marriage Legislation Related to Attitudes Toward Homosexuality? Trends in Tolerance of Homosexuality in European Countries Between 2002 and 2010. *Sexuality Research Social Policy* 10:258-268.
- Johnson, Paul. 2011. Challenging the Heteronormativity of Marriage: The Role of Judicial Interpretation and Authority. *Social & Legal Studies* 20:349-367.
- . 2015. Marriage, Heteronormativity, and the European Court of Human Rights: A Reappraisal. *International Journal of Law, Policy*

*and Family* 29:56-77.

- Knezevic, Gaso, and Vladimir Pavic. 2006. Same-Sex Unions Within the Current Regulatory Framework of Serbian Private International Law. *Yugoslav Law Year* 33. Available at <https://ssrn.com/abstract=1016016>.
- Koulu, Sanna. 2015. Towards a Negotiatory Ideal? Contractualization of Family Law in Finland. Pp. 193-215 in *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, edited by Frederik Swennen. Cham/Heidelberg: Springer.
- Kuhar, Roman, and Metka Mencin Čeplak. 2016. Same-Sex Partnership Debate in Slovenia: Between Declarative Support and Lack of Political Will. Pp. 147-172 in *The EU Enlargement and Gay Politics: The Impact of Eastern Enlargement on Rights, Activism and Prejudice*, edited by Koen Slootmaeckers, Heleen Touquet and Peter Vermeersch. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Laurent-Boutot, Carine (2010), Une vision nouvelle de la vie familiale en Europe, in Favreau, Bertrand, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, pp. 165-183, Bruxelles: Burylant.
- Lopatka, Andreas. 2013. Same-Sex Partnership and Right to a Name. *Vienna Journal on International Constitutional Law* 7:372-377.
- Lorenzo Villaverde, José María. 2015. And the Story Comes to an End: The Constitutionality of Same-Sex Marriages in Spain. Pp. 13-48 in *Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation*, edited by Macarena Sáez. Dordrecht/Heidelberg: Springer.
- Marguénaud, Jean-Pierre (2010), Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle, RTD Civ., pp. 738-741.
- Mazeaud, Vincent (2015), La constitutionnalisation du droit au respect

de la vie privée, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 48, pp. 5-20.

- Mécary, Caroline (2008), Homosexualité, mariage et filiation: où en sommes-nous ?, Informations sociales, n° 149, pp. 136-149.
- Mole, Richard C.M. 2016. Nationalism and Homophobia in Central and Eastern Europe. Pp. 99-121 in *The EU Enlargement and Gay Politics: The Impact of Eastern Enlargement on Rights, Activism and Prejudice*, edited by Koen Sloopmaechers, Heleen Touquet and Peter Vermeersch. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Moss, Kevin. 2014. Split Europe: Homonationalism and Homophobia in Croatia. Pp. 212-232 in *LGBT Activism and the Making of Europe: A Rainbow Europe?*, edited by Phillip Ayoub and David Paternotte. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Murer, Iris. 2015. Exclusion of Registered Partners from Adoption Rights Found to Be Discriminatory. *Vienna Journal on International Constitutional Law* 9:281-288.
- Murray, John L. 2011. The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law. *Fordham International Law Journal* 33:1388-1422.
- Omejec, Jasna. 2015. Principle of the Separation of Powers and the Constitutional Justice System. Paper presented at Conference of constitutional control bodies of Central Asia “The Role of the Constitutional Court in Safeguarding the Supremacy of the Constitution”, Strasbourg, Oct. 28-29, 2015. Available at [http://bib.irb.hr/datoteka/785200.Omejec\\_-\\_Separation\\_of\\_Powers\\_and\\_Constitutional\\_Judiciary\\_-\\_Strasbourg\\_28.10.pdf](http://bib.irb.hr/datoteka/785200.Omejec_-_Separation_of_Powers_and_Constitutional_Judiciary_-_Strasbourg_28.10.pdf).
- Oppenheimer, David B., Alvaro Oliveira, and Aaron Blumenthal. 2014. Religiosity and Same-Sex Marriage in the United States and Europe. *Berkeley Journal of International Law* 32:195-238.

- Pluyette, Gérard (2007), *La définition du mariage civil en question (ou en droit positif)*, Recueil Dalloz, pp. 1389-1395.
- Podolnjak, Robert. 2015. Constitutional Reforms of Citizen-Initiated Referendum: Causes of Different Outcomes in Slovenia and Croatia. *Revus* 26:129-149.
- Pustorino, Pietro. 2014. Same-Sex Couples Before the ECtHR: The Right to Marriage. Pp. 399-408 in *Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, edited by D. Gallo, L. Paladini and P. Pustorino. Berlin, Heidelberg: Springer.
- Ragone, Sabrina, and Valentina Volpe. 2016. An Emerging Right to A “Gay” Family Life? The Case *Oliari v. Italy* in a Comparative Perspective. *German Law Journal* 17:451-486.
- Sanders, Anne. 2012. Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution. *German Law Journal* 13:911-940.
- Scherpe, Jens M. 2013. The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights. *The Equal Rights Review* 10:83-96.
- Schiek, Dagmar. 2002. A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?. *European Law Journal* 8:290-314.
- Schmitt, Sophie, Eva-Maria Euchner, and Caroline Preidel. 2013. Regulating Prostitution and Same-Sex Marriage in Italy and Spain: The Interplay of Political and Societal Veto Players in Two Catholic Societies. *Journal of European Public Policy* 20:425-441.
- Schnapper, Dominique (2004), *L’irrésistible mariage homosexuel?*, Commentaire, n° 107, pp. 765-771.
- Silvola, Salla, 2015. National Report: Finland. In *Commission on European Family Law*, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Finland-IR.pdf>.

- Simon, Denys (2008), Cour de justice et Tribunal de première instance des Communautés européennes, AFDI, vol. 54, pp. 589-611.
- Sudre, Frédéric (2012), Droit européen et international des droits de l'homme, 11<sup>e</sup> éd, Paris: PUF.
- Sundhofer, Beate. 2013. The Competence of the District Administrative Authority Instead of the Office for Matters of Personal Status to Conclude a Registered Partnership. *Vienna Journal of International Constitutional Law* 7: 378-380.
- Sutherland, Elaine E. 2011. A Step Closer to Same-Sex Marriage Throughout Europe. *Edinburgh Law Review* 15:97-102.
- Szeibert-Erdős, Orsolya. 2008. Same-sex partners in Hungary Cohabitation and registered partnership. *Utrecht Law Review* 4:212-221.
- Takács, Judit, and Ivett Szalma. 2011. Homophobia and Same-Sex Partnership Legislation in Europe. *Equality, Diversity and Inclusion* 30:356-378.
- Talalaev, Helen. 2015. The Situation of LGBT Persons in Estonia. Pp. 115-124 in *Human Rights in Estonia 2014-2015: Annual Report of the Estonian Human Rights Centre*, edited by Egert Rünne and Kari Käsper, translated by Grete Anton. Tallinn: Estonian Human Rights Centre. [Talalaev, Helen. 2015. LGBT inimeste õigused. Pp. 110-118 in *Inimõigused Eestis 2014-2015: Eesti Inimõiguste Keskus aastaaruannet, toimetajad: Egert Rünne ja Kari Käsper*. Tallinn: SA Eesti Inimõiguste Keskus.]
- Thornton, Arland, and Dimiter Philipov. 2009. Sweeping Changes in Marriage, Cohabitation, and Childbearing in Central and Eastern Europe: New Insights from the Developmental Idealism Framework. *European Journal of Population* 25:123-156.
- Van der Sloot, Bart. 2014. Between Fact and Fiction: An Analysis of the

Case-Law on Article 12 of the European Convention on Human Rights. *Child and Family Law Quarterly* 26:397-420.

Vasseur-Lambry, Fanny (2000), *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris: L'Harmattan.

Venice Commission, *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, opinion 720/2013, 14-15 June 2013, CDL-AD(2013)012.

Waldijk, Kees (1998), *La libre circulation des partenaires de même sexe*, in Borrillo (D.), *Homosexualité et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, pp. 205-226, Paris: PUF.

Warner, Michael. 1993. Introduction. Pp. vii-xxxi in *Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory*, edited by Michael Warner. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.

Weng, Vivianne (2014), *Une vue de l'extérieur sur l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe dans le nouveau code civil*, in Flavius Antoniu Baias et Răzvan Dincă, *Le nouveau Code civil roumain: Vu de l'intérieur - Vu de l'extérieur*, vol. 2, pp. 163-188, Bucharest: Editura universitatii din Bucuresti.

# An Analysis of the Tactics in the European Court of Human Rights' Jurisprudence on Same-Sex Relationships:

## Flexibility, Limits, and Perspectives

*Vivianne Yen-Ching Weng\**

### Abstract

The jurisprudence of the European Court of Human Rights has moved towards stronger protection of same-sex relationships since 2010. However, due to the textual constraint of Article 12, the differences between marital regimes in Europe, and the link between marriage and national identity, States Parties still enjoy a wide margin of appreciation when determining whether and how same-sex relationships should be protected by their legislation, without any obligation to allow same-sex marriage under the 1950 Convention. Despite of this, the Court still renewed its interpretation timidly by supporting national minority opinion, and pushed for change. It pragmatically separated issues under Articles 12 and 8, and its flexible approach of comparative law contributed to a case-by-case contextualization, without being trapped by the European consensus principle. In the future, Article 8, applied alone or with Article 14, may bridge the gap between marriage and diverse forms of partnership. The judgment might therefore sacrifice its general effect to all States Parties in order to gain more room for contextualized dialogue with the specific society of a respondent State. Article 8 applied alone reserves more margin of appreciation to State Parties, but the European supervision can still participate in national debates. Besides, application of Article 14 might go beyond a rigid rule

---

\* Assistant Professor, Department of Political Science, National Chengchi University.



of comparability between different marital status, when the given subject matter and social context so demand.

KEYWORDS: marriage equality, same-sex relationships, right to respect of family life, European Convention on Human Rights, prohibition of discrimination on the ground of sexual orientation.