

## 若隱若現的立法形成自由： 婚姻自由的保證抑或障礙？<sup>\*</sup> —— 評司法院釋字第748號解釋

黃舒芃<sup>\*\*</sup>

### 摘要

司法院大法官在司法院釋字第748號解釋中，宣告民法第4編親屬第2章婚姻規定與憲法第22條保障人民婚姻自由及第7條保障人民平等權之意旨有違。儘管如此，無論是面對與立法者之間的權限分際問題，或是攸關婚姻自由之平等保護如何獲得實現的「『修法』與『專法』之爭」，本號解釋都沒有提供明確的解套線索，反而遺留了巨大的想像空間。本文將分析指出：本號解釋既沒有選擇對現行民法採合憲解釋，讓現行法律在最小的變動下順應憲法對婚姻之平等保護，也沒有指出民法婚姻章之價值預設之所以違憲之理由。更進一步而言，本號解釋站在維護既有社會秩序與基本倫理秩序之立場前提下，拒絕挑明本案所涉及不同價值立場間之利益衝突，使得各種方案得以合憲之姿繼續存在，反而為婚姻自由的具體實踐投下變數。

---

\* 本文初稿曾發表於中央研究院法律學研究所「第11屆憲法解釋之理論與實務研討會」，會後並刊載於輔仁法學，55期，頁1-48（2018年）。作者感謝研討會評論人李念祖教授，與輔仁法學兩位匿名審查人，對本文內容提出之寶貴修正意見。  
〔責任校對：莊佩芬〕。

\*\* 中央研究院法律學研究所特聘研究員。  
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/62410112.pdf>。



關鍵詞：婚姻平權、同性婚姻、婚姻自由、平等權、立法形成自由、社會秩序。

## 目次

|                               |                         |
|-------------------------------|-------------------------|
| 壹、前言                          | 參、司法院釋字第748號解釋遺留的憲法問題   |
| 貳、司法院釋字第748號解釋脈絡下的婚姻自由與立法形成自由 | 一、本號解釋為何沒有探討合憲解釋的可能性？   |
| 一、同性性傾向者之婚姻自由與平等保護            | 二、本號解釋究竟基於什麼理由認定現行規定違憲？ |
| 二、同性性傾向者婚姻自由之具體落實途徑           | 三、本號解釋到底如何看待立法形成自由？     |
|                               | 肆、德國婚姻平權修法工程的啟示         |
|                               | 伍、結語                    |

## 壹、前言

司法院大法官在2017年5月24日作成的司法院釋字第748號解釋中，正式宣告：「民法第4編親屬第2章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第22條保障人民婚姻自由及第7條保障人民平等權之意旨有違。」由於背景事實涉及敏感社會爭議，在國際上也是當前熱門的討論議題，因此本號解釋可說是在萬眾矚目之下作成，並且在作出之後，仍持續備受關注與議論。整體而言，不論對本號解釋採取讚許或批判的立場，一般的看法都認為本號解釋積極認可了同性伴侶的婚姻平權，也藉此而為我國甚至國際上的人權發展帶來了非比尋常的意義與影響。不過，相對於前述看似簡

單明瞭的違憲宣告，本號解釋的論述內容仍有不少耐人尋味的空間，因而遺留了尚待釐清的憲法問題。

本號解釋固然明確指責現行民法的婚姻相關規定既侵犯了婚姻自由，也違反平等權。不過，針對該違憲狀態應以何種方式排除的問題，本號解釋一方面指出，究竟如何透過法律制度設計來落實同性伴侶婚姻自由的平等保護，屬於「立法形成之範圍」，另一方面則強調：一旦立法者未能於本號解釋公布之日起2年內完成相關法律的制定或修正，則現行之民法規定即必須直接對打算進行結婚登記的同性伴侶敞開大門。緊接著在這段論述之後，又特地聲明：本號解釋的意旨僅適用於同性伴侶的婚姻自由，「不及於其他」。這一連串的宣示儘管篇幅不長，卻已足以凸顯出，本號解釋看似直截了當地宣告現行規定違憲，但同時卻也衍生幾項疑點：第一，本號解釋既已認定現行民法婚姻章相關規定違憲，為何卻又認為同樣的規定可以在2年之後，直接供作同性伴侶結婚登記的規範基礎？第二，本號解釋固然闡述了憲法對婚姻自由與平等權的保障，但究竟是經由什麼樣的推論，作出「現行民法婚姻章相關規定違反婚姻自由與平等權」的判斷？何以在違憲審查的過程中，既未見比例原則的操作，也看不清對立法目的與手段之間關連性的探討？第三，在違憲宣告之後，針對婚姻自由之平等保護如何具體落實的問題，本號解釋不但明示此屬「立法形成之範圍」，甚至還透過例示性表述，把包括「制定特別法」在內的各種落實方式，都交托給立法形成自由。然而，本號解釋在此究竟是如何理解立法形成自由的意義？揭示立法形成自由，是否意味著本號解釋已間接認可所謂「另訂專法模式」的合憲性？這與本號解釋所宣示婚姻自由平等保護之意旨有無衝突？本文認為，正因為對於上述這些問題，都留下解釋與想像的空間，所以整體而言，本號解釋為同性伴侶的婚姻平權所擘畫的藍圖，並不如乍看之下地那般壯闊而美好，反而因為解釋理由書後段這些迂迴的內容，而為婚姻自由的具體實踐，投下不小的

變數。從更根本的角度來說，本號解釋究竟是如何理解婚姻自由的內涵，以及憲法對婚姻自由的平等保護，也有待進一步的探討。為了釐清本號解釋所帶來的這三大問題，本文將從詳細觀察本號解釋之論理出發（以下「貳」），繼而在此觀察基礎之上，探究本號解釋面對本案所涉及的相關爭議，究竟是否已清楚闡述其意旨？或應如何對之加以解讀（以下「參」）？為了促使對這些問題的觀察更精準而深入，本文也將透過與德國在同性伴侶婚姻平權議題上最新立法發展趨勢的分析比對，回頭更進一步檢視本號解釋的內容（以下「肆」）。

## 貳、司法院釋字第748號解釋脈絡下的婚姻自由 與立法形成自由

本號解釋立基於兩件釋憲聲請案，其一為聲請人臺北市政府因所轄戶政事務所辦理同性伴侶申請之結婚登記業務，適用民法親屬編婚姻章，暨內政部相關解釋函，發生有牴觸憲法第7條、第22條與第23條等規定之疑義，其二為聲請人祁家威於申請辦理結婚登記遭否准，經提起訴願、行政訴訟等程序後，主張最高行政法院的確定終局判決所適用之民法相關規定，有牴觸憲法第7條、第22條、第23條及憲法增修條文第10條第6項等規定之疑義。針對這兩件聲請案，司法院認定分別合乎司法院大法官審理案件法第5條第1項第1款、第2款暨第9條之規定，因而予以受理。此外，有鑑於同性伴侶婚姻平權議題所引發的社會關注，司法院也在2017年3月24日，依司法院大法官審理案件法第13條第1項之規定舉行言詞辯論。有別於上述釋憲聲請人一致認為：現行民法對同性婚姻的限制，侵犯憲法所保障的婚姻自由，同時也因為涉及「以性傾向作為分類基準之差別待遇」，應適用較嚴格之平等權審查基準，因而已違反平等權，本案主要關係機關法務部則是主張：民法婚姻章的規定係植基

於「一夫一妻婚姻制度之社會秩序」，有其人倫與社會功能考量，「目的洵屬正當，與維護婚姻制度目的之達成有合理關連，並非立法者之恣意」；此外，有鑑於司法院向來對婚姻的定義，均係指一男一女的結合，有關同性伴侶的權益保障，不應透過憲法對婚姻自由的保障，而宜循立法程序，「採取適當之法制化途徑」加以落實。

司法院大法官於斟酌全辯論意旨之後，作成本號解釋。大法官先是鋪陳了本案聲請人之一的祁家威爭取同性伴侶婚姻平權的長遠歷史，以及同性婚姻法制化迄今為止的立法進度，繼而聲明：儘管就同性婚姻這個議題本身所涉及的高度爭議性看來，立法者有權力與責任「適時妥為立（修）法因應」；然而，考量到以立法或修法途徑解決此一問題的時程難以預料，司法院必須挺身而出：「本件聲請事關人民重要基本權之保障，本院懷於憲法職責，[……]應就人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值之維護，及時作成有拘束力之司法判斷，爰本於權力相互尊重之原則，勉力決議受理[……]。」由此已可看出，本號解釋固然在結論上，對聲請人的論據展現高度的同理與聲援，但始終對於本案涉及的權力分立問題抱持一定的敏感度。在此前提之下，本號解釋一方面慷慨宣示憲法對於同性伴侶平等婚姻自由的保障（詳見以下「一、」），另一方面則設法對「婚姻自由之平等保護如何落實」的問題保持開放，顯然希望極力避免遭受「不當侵犯立法權」的批評（詳見以下「二、」）。

### 一、同性性傾向者之婚姻自由與平等保護

針對婚姻自由的憲法保障，本號解釋開宗明義指出：除了憲法本身並未明文定義婚姻之外，司法院大法官過去的相關解釋也不能被理解為只將婚姻限制在一男一女的結合，因為歷來相關解釋都是

在異性婚姻脈絡下作成<sup>1</sup>。從這個角度出發，自始就不應該把憲法保障的婚姻自由理解成「只對一男一女之異性結合開放」。相形之下，大法官認為，現行民法婚姻章的規定，就蘊含了「婚姻只能由一男一女締結」的意象。本號解釋理由書指出：「婚姻章第1節婚約，於第972條規定：『婚約，應由男女當事人自行訂定。』明定婚約必須基於男女當事人二人有於將來成立婚姻關係之自主性合意。第2節結婚，於第980條至第985條規定結婚之實質與形式要件，雖未重申婚姻應由男女當事人自行締結，然第972條既規定以當事人將來結婚為內容之婚約，限於一男一女始得訂定，則結婚當事人亦應作相同之解釋。再參酌婚姻章關於婚姻當事人稱謂、權利、義務所為『夫妻』之相對應規定，顯見該章規定認結婚限於不同性別之一男一女之結合關係。結婚登記業務中央主管機關內政部依民法主管機關法務部有關『婚姻係以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係』之函釋（法務部83年8月11日（83）法律決字第17359號函、101年1月2日法律字第10000043630號函、101年5月14日法律字第10103103830號函、102年5月31日法律字第10203506180號函參照），函示地方戶政主管機關，就申請結婚登記之個案為形式審查。地方戶政主管機關因而否准相同性別二人結婚登記之申請，致相同性別二人迄未能成立法律上之婚姻關係。<sup>2</sup>」由此可知，根據大法官的理解，「婚姻限於一男一女始得訂定」，是民法對憲法所保障之婚姻自由設下的限制，而內政部的相關函釋也是根據民法對婚姻的理念所作成。因此，本案的爭點隨之成形：民法婚姻章未能讓相同性別的兩人，成立婚姻關係，是否違反憲法第22條所保障的婚姻自由，以及第7條所保障的平等權？

---

1 司法院釋字第748號解釋理由書第11段參照（「本院迄未就相同性別二人得否結婚作成解釋。」）

2 司法院釋字第748號解釋理由書第12段。

針對婚姻自由，本號解釋明確肯認其屬憲法第22條保障的對象：「該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權（a fundamental right），應受憲法第22條之保障。<sup>3</sup>」在理由構成的部分，本號解釋並未直接援引比例原則作為判斷民法是否違憲的審查基準，而是在宣示婚姻自由重要性的同時，強調：承認相同性別二人締結婚姻之自由，並不會對既有的異性婚姻制度帶來任何改變或傷害：「按相同性別二人為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，既不影響不同性別二人適用婚姻章第1節至第5節有關訂婚、結婚、婚姻普通效力、財產制及離婚等規定，亦未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序；且相同性別二人之婚姻自由，經法律正式承認後，更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石。復鑑於婚姻自由，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，就成立上述親密、排他之永久結合之需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，其不可或缺性，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致，均應受憲法第22條婚姻自由之保障。」據此，「現行婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵。於此範圍內，與憲法第22條保障人民婚姻自由之意旨有違。<sup>4</sup>」由此觀之，上述分析與其說是在論述民法相關規定之所以侵犯婚姻自由、進而違反憲法第22條的理由，不如說更是基於自始認定婚姻自由重要性的立場，以「開放同性婚姻不至於影響異性婚姻」這個論據，向某些無法認同同性婚姻的輿論喊話。

相對於婚姻自由，本號解釋似乎更將論述重點放在平等權上，或者更精確地說，更著重對於「婚姻自由之平等保護」此一憲法意旨的闡述。對此，本號解釋首先指出：民法婚姻章將婚姻侷限在一男一女之結合的規定，係以「性傾向」作為將異性與同性伴侶予以

3 司法院釋字第748號解釋理由書第13段。

4 司法院釋字第748號解釋理由書第13段。

差別待遇的分類依據，因此應適用較嚴格的審查標準：「現行婚姻章僅規定一男一女之永久結合關係，而未使相同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇。按憲法第22條保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，屬重要之基本權。且性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics），其成因可能包括生理與心理因素、生活經驗及社會環境等。目前世界衛生組織、汎美衛生組織（即世界衛生組織美洲區辦事處）與國內外重要醫學組織均已認為同性性傾向本身並非疾病。在我國，同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視；又同性性傾向者因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位。是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第7條保障平等權之意旨。<sup>5</sup>」在此基礎之上，本號解釋認為：「究國家立法規範異性婚姻之事實，而形成婚姻制度，其考量因素或有多端。如認婚姻係以保障繁衍後代之功能為考量，其著眼固非無據。然查婚姻章並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件；亦未規定結婚後不能生育或未生育為婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，是繁衍後代顯非婚姻不可或缺之要素。相同性別二人間不能自然生育子女之事實，與不同性別二人間客觀上不能生育或主觀上不為生育之結果相同。故以不能繁衍後代為由，未使相同性別二人得以結婚，顯非合理之差別待遇。倘以婚姻係為維護基本倫理秩序，如結婚年齡、單一配偶、近親禁婚、忠貞義務及扶養義務等為考量，其計慮固屬正當。惟若容許相同性別二人得依婚姻章實質與形式要件規定，成立法律

---

5 司法院釋字第748號解釋理由書第15段。



上婚姻關係，且要求其亦應遵守婚姻關係存續中及終止後之雙方權利義務規定，並不影響現行異性婚姻制度所建構之基本倫理秩序。是以維護基本倫理秩序為由，未使相同性別二人得以結婚，顯亦非合理之差別待遇。凡此均與憲法第7條保障平等權之意旨不符。<sup>6</sup>」整體而論，針對平等權的審查，本號解釋一方面不否認現行婚姻制度承載了某些重要的社會功能與公共利益，但另一方面則再度重申：這些社會功能與公共利益並不會因為承認同性伴侶的婚姻平權就受到妨害，也因此，限制同性伴侶的婚姻自由，並不能被歸類為「合理的差別待遇」。從這裡可以進一步看出，「開放同性婚姻不至於影響異性婚姻」，不僅是本號解釋向外界輿論訴諸理性對話的重要論據，同時似乎也構成了本號解釋認定現行民法規定「目的（維護倫理秩序）與手段（禁止同性結婚）欠缺實質關連，因而違反平等」的評價基礎。

## 二、同性性傾向者婚姻自由之具體落實途徑

如上所述，相對於在同性伴侶婚姻平權爭議上的明確表態，本號解釋針對如何具體落實同性伴侶婚姻自由的問題，則顯得多所保留。對此，解釋理由書作出如下宣示：「慮及本案之複雜性及爭議性，或需較長之立法審議期間；又為避免立法延宕，導致規範不足之違憲狀態無限期持續，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至以何種形式（例如修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式），使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。逾期未完成法律之修正或制定者，相同性別二人為成立以經營共同生活為目的，具有親密性及排他性之永久結合關係，得依婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記，

6 司法院釋字第748號解釋理由書第16段。

並於登記二人間發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務。<sup>7</sup>」這段簡短的文字，包含了許多重要訊息：首先，大法官考量到本案的爭議性與複雜性，因此在宣告民法婚姻章相關規定違憲的同時，也容許並責成有關機關、特別是立法者，於本號解釋公布之日起2年內，依解釋意旨進行相關法律的修正或制定。再者，針對同性伴侶婚姻自由的落實方式，大法官特別指出，舉凡「修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式」等等，都屬於「立法形成之範圍」，換言之都屬於協助具體實現同性伴侶婚姻自由的合憲選項，立法者因此有權力與義務，從中選擇一種最適合的保障形式。緊接著，彷彿是憂心此一「立法形成自由」之宣告，導致某些預期外的後果，大法官隨即又強調：倘若前述2年期間經過，相關立法或修法作業未能完成，則現行民法婚姻章的規定，就必須對同性伴侶開放，從而：「相同性別二人為成立以經營共同生活為目的，具有親密性及排他性之永久結合關係，得依婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記，並於登記二人間發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務。」從這段論述內容當中可以看出，在重視婚姻自由平等保護的前提之下，本號解釋一方面賦予立法者積極實踐同性伴侶婚姻自由的重責大任，期許立法者本於職權，以最適當的方式處理此一重大社會爭議問題，另一方面又不放心將本案未來的命運，完全交到立法者的手上，因此想方設法為「立法形成之範圍」劃下界線，甚而罕見地揭示立法怠惰的後果。簡言之，本號解釋在同性伴侶婚姻平權的實踐議題上，既強調立法形成自由，卻又忌諱立法形成自由。由於同時有這兩面的考量，本號解釋並沒有在宣告2年緩衝期間之後就劃下句點，而是附加了不少重要的提示。不過也正因為如此，本號解釋的內容變得比想像中複雜，也更有解讀空間。

---

7 司法院釋字第748號解釋理由書第17段。

本文在一開始就已提到，本號解釋固然積極肯定同性伴侶的婚姻平權，也因此認定現行民法違反憲法保障婚姻自由及平等權的意旨，但是從解釋理由書的整體論述看來，本號解釋對於現行民法婚姻章相關規定究竟為何與如何違憲，以及其違憲狀態應該透過何種方式加以排除等問題，往往不是沒有真正表態，就是似乎想要傳達「保持開放態度、不預設立場」的訊息。這項臆測應可從解釋理由書最後的宣示當中，得到進一步的印證。大法官於此指出：「現行婚姻章有關異性婚姻制度之當事人身分及相關權利、義務關係，不因本解釋而改變。又本案僅就婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第22條保障之婚姻自由及第7條保障之平等權，作成解釋，不及於其他，併此指明。<sup>8</sup>」這段論述除了重申「開放同性婚姻不至於影響異性婚姻」的觀點之外，更特別強調本號解釋的論旨無意、也不應該被延伸到同性婚姻平權以外的其他議題，似乎在前段肯認、同時卻也設法限縮了立法形成自由之後，旋即又想要適度克制本號解釋可能引起的各種震盪，因而明白地侷限本號解釋意旨的適用範圍。總體而言，本號解釋理由書後半段的內容顯示：本案在具體落實層面勢必遭遇的各種爭議難題，並沒有因為本號解釋的出現而獲得解決，反而可能因為本號解釋的出現，變得更加棘手。這當中的關鍵，就在於本號解釋始終沒有真正釐清大法官與立法者之間的權限分際與分工，也因此對於「如何具體落實同性伴侶婚姻平權」的問題，未能指引一個明確的方向。更進一步而言，由於看似設法對本號中立法形成自由的拿捏小心翼翼，反而恐怕導致本號解釋得出一個荒謬的結論，亦即：漠視其積極作為義務、「以不變應萬變」的立法者，反倒能夠協助徹底實現同性婚姻自由的平等保護，因為只要靜靜等待2年緩衝期間經過，原先被宣告違憲的現行民法規定，就可以依據本號解釋而「變質」成對同性

---

8 司法院釋字第748號解釋理由書第18段。

伴侶開放、因而合憲的規定<sup>9</sup>。從另一個角度來說，一旦立法者對本號解釋關於立法形成自由的意旨順水推舟，選擇制定特別法，原本合憲性一直備受質疑之所謂「以制定特別法保障同性婚姻平權」的立法模式，彷彿也能因為本號解釋明文將之列入「立法形成之範圍」，而自動變成一個合憲的立法選項<sup>10</sup>。從以上這些初步觀察已可看出，本號解釋雖普遍被認為具有革命性、劃時代的意義，但細究其內容，仍容有進一步分析與檢討的餘地。

## 參、司法院釋字第748號解釋遺留的憲法問題

### 一、本號解釋為何沒有探討合憲解釋的可能性？

首先，本號解釋在宣示同性伴侶婚姻自由的落實方式，屬於「立法形成之範圍」的同時，更積極主張：一旦立法者未能在本號解釋容許的2年緩衝期內完成相應的立法或修法，同性伴侶即可「依婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記，並於登記二人間發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務」。如前所述，這樣的說法無異於認定：假如2年過後，立法不作為的狀態依然存續，則原先被本號解釋宣告違憲的民法婚姻章相關規定，就可以自動成為同性伴侶申請結婚登記的法律依據，也因而可以自動轉換成合憲的規定。大法官此舉或許是出於敦促立法者積極行動的考量，但如此之主張反而令人不禁納悶：如果2年過後，民法婚姻章就可以在不更動任何規範文字的前提下，從「未使相同性別二人得以成立婚姻關係」的違憲狀態，自動轉換成「可以提供相同性別二人成立婚姻關係之依據」的合憲狀態，那麼何以現在不能直接宣告民法婚姻章相關規定合憲？用憲

9 詳見本文以下「參、一」之討論。

10 詳見本文以下「參、三」之討論。

法解釋的術語來說：既然2年之後，現行規定便能容有合憲解釋的空間，為何不能在本號解釋當中，針對現行規定進行合憲解釋<sup>11</sup>？

眾所周知，所謂「合憲解釋（*verfassungskonforme Auslegung*）」作為一種法律解釋方法，或更精確地說，作為一種憲法法院進行法律解釋時所依循的基本原則，重要考量之一便是著眼於權力分立原則這個層面的評估<sup>12</sup>，因為其主要精神就在於：為了不對立法權造成過度干擾及侵犯，也為了盡量讓現行法律規定和憲法之間能夠保持一種相容、協調的關係<sup>13</sup>，在現行法律容有多種解釋可能的情況下，只要其中有一種解釋能夠得出該法律合憲的結果，釋憲機關就應該優先採行這一種解釋方法。由此觀之，既然大法官在本號解釋最後，都已經認可民法婚姻章之相關規定，本身即有容納同性伴侶

11 類似質疑，參見黃自強，投書：釋字748號解釋後 同婚何去何從，上報，2017年6月1日，[http://www.upmedia.mg/news\\_info.php?SerialNo=17916](http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=17916)（最後瀏覽日：2017年9月19日）。

12 關於合憲解釋（*verfassungskonforme Auslegung*）作為法律解釋原則的意義，及其與權力分立原則之間的關連，詳見Clemens Höpfner, *Die systemkonforme Auslegung: Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht*, 2008, S. 171 ff.; Klaus Schlaich/Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 9. Aufl., 2012, S. 303-309. 我國司法院大法官也曾多次在個別意見書中，提及合憲解釋原則。例可參見許玉秀大法官於司法院釋字第603號解釋所提協同意見書。我國學界對合憲解釋的闡述，可參見蘇永欽，合憲法律解釋原則——從功能法上考量其運用界限與效力問題，收於：合憲性控制的理論與實際，頁77-142（1994年）；許宗力，憲法與政治，收於：憲法與法治國行政，頁46-47（1999年）。大多數關於合憲解釋的探討，都會特別強調區分「合憲解釋」與「憲法取向之解釋（*verfassungsorientierte Auslegung*）」這兩者的必要性。例如Clemens Höpfner即依循主流見解而認為，「憲法取向之解釋」要求的是對法律內容的詮釋，必須儘可能朝向對憲法精神的落實有利的方向進行；反之，「合憲解釋」要求的則是在法律解釋根據文義、體系、歷史、目的等各種解釋方法操作之後，出現多種可能的結果，而其中有些結果會導向合憲、有些則會導向違憲時，應優先採取能夠讓系爭法律被宣告合憲的解釋方法。這個區分的意義在於提醒解釋者：不能因為刻意想要讓法律解釋符合解釋者理想中的憲法取向，而假借「合憲解釋」之名，在法律解釋的過程當中，偷渡一般法律解釋方法無法獲致的解釋結果。

13 關於合憲解釋的這個面向，參見Martin Morlok/Lothar Michael, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl., 2015, S. 50.

據以辦理結婚登記的空間，那麼為何卻要在一開始直截了當地認定：民法婚姻章所承認的婚姻，僅限於一男一女的結合關係，然後再指責這樣的侷限不符合憲法保障婚姻自由的宗旨？換言之，大法官為何不選擇對民法婚姻章所稱「男女」與「夫妻」等概念，採取較為開放的定義方式，以便讓民法相關規定與憲法對婚姻自由的保障兩相呼應，進而能夠被宣告合憲？

回到這個問題的本質來看，對於現行民法之相關規定，究竟有無採行合憲解釋的空間？換言之，假如暫先假設憲法不僅保障異性之間，也保障同性之間的婚姻自由，那麼現行民法是否本來就不排斥同性結婚，從而本來就不違反憲法保障婚姻自由之意旨？對此，本號解釋認為，既然民法第972條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」而婚約又是結婚的基礎，則第980條以下關於結婚的規定，理所當然應適用婚約主體所謂「一男一女」的限制。更何況，婚姻章中各種權利義務之相關規定，均以「夫妻」稱謂指涉婚姻雙方當事人，可見民法認定「結婚限於不同性別之一男一女之結合關係」<sup>14</sup>。然而首先，以婚姻章的體系結構看來，從上述結婚相關規定所列舉的結婚實質與形式條件可以得知，民法意義下的結婚，本來就不需要以事先訂定婚約為前提要件，因此，以「婚約之訂定主體限於一男一女」為理由，逕行推論出「結婚之雙方當事人限於一男一女」的結果，欠缺足夠的說服力<sup>15</sup>。再者，民法第972條固然規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」從而可以看出，立法者的確預設了訂定婚約之雙方當事人為「一男一女」這個常態；然而在文義上，所謂「男女當事人」並沒有根本排除以「二男」或「二女」為婚約雙方當事人的可能性<sup>16</sup>。尤其，從目的解釋的觀點

14 司法院釋字第748號解釋理由書第12段參照。

15 更具體而言，即使同意大法官的詮釋方式，認定根據現行民法，「婚約之訂定主體限於一男一女」，至多也只能推導出「根據民法規定訂定婚約，並以該婚約為基礎而結婚之雙方當事人，以一男一女為限」。

16 類似見解，參見張文貞，會台字第12771號聲請人臺北市政府及會台字第12674

看來，如果認為民法對婚姻的定義，是一個可以隨時代與觀念變遷而演化的概念，不執著於所謂「實質論」的婚姻想像<sup>17</sup>，那麼上述規定所指的「男女當事人」，顯然沒有絕對否定相同性別二人訂定婚約的這個選項，從而也沒有絕對必須理解為「僅限於一男一女之結合」的道理。最後，儘管如本號解釋所言，民法婚姻章對於婚姻當事人的稱謂，都使用「夫妻」這組相對應概念，而在一般理解下，「夫妻」的確也很容易順理成章地帶出「男女組合」的聯想，但這並不妨礙相同性別二人在締結婚姻關係之後，彼此之間以「夫妻」自我定位，畢竟「夫妻」是一種相對關係的描述，並不必然要連結到生理上的性別。從以上各點看來，若運用一般慣行之法律解釋方法加以推敲，則現行民法婚姻章的相關規定究竟是否果真透過封鎖婚姻的定義，自始將婚姻侷限在一男一女的結合關係，至少是一個有爭議的問題<sup>18</sup>。也正因為如此，所以本號解釋才能在最後追

---

號聲請人祁家威聲請解釋案——鑑定意見，2017年3月29日，頁9-10，<https://www2.judicial.gov.tw/FYDownload/1060324/j.pdf>（最後瀏覽日：2017年10月1日）；陳惠馨，針對台北市政府與祁家威先生聲請解釋一案提出鑑定意見，2017年3月10日，頁1-4，<https://www2.judicial.gov.tw/FYDownload/1060324/k.pdf>（最後瀏覽日：2017年10月1日）；不同意見可參考法務部，司法院大法官審理會台字第12771號聲請人臺北市政府及會台字第12674號祁家威聲請解釋案——法務部書面補充意見，2017年4月5日，頁1-2，<https://www2.judicial.gov.tw/FYDownload/1060324/p.pdf>（最後瀏覽日：2017年10月1日）；陳愛娥，「會台字第12771號聲請人臺北市政府及會台字第12674號聲請人祁家威聲請解釋案」鑑定意見書，2017年3月21日，頁1-2，<https://www2.judicial.gov.tw/FYDownload/1060324/i.pdf>（最後瀏覽日：2017年10月1日）；李惠宗，同性婚姻合法問題鑑定報告書，頁4-5，<https://www2.judicial.gov.tw/FYDownload/1060324/m.pdf>（最後瀏覽日：2017年10月1日）。

17 關於婚姻定義的「實質論」與「功能論」，詳見黃舒芃，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治之立論，收於：框架秩序下的國家權力（二）——公法學術論文集，頁304註56（2016年）；「粗略地說，前者（實質論）係從『歷史發展脈絡下的婚姻是什麼』，而後者（功能論）則是從『婚姻是為了什麼目的或功能而存在』的角度，來理解婚姻的本質與意義，以及婚姻之所以必須受憲法保護的理由。」從「實質論」與「功能論」的對比當中，就可以看出：所謂「婚姻（只能）是一男一女的結合」的觀點，並不足以代表婚姻概念在客觀上必然且唯一正確的定義，而只是一種特定的理解婚姻概念的方式。

18 在各種常見的法律解釋方法中，比較可能排除民法容許同性二人結婚之解釋空

加所謂「2年過後，民法即可直接適用於同性婚姻」的論述。由此可知，即使是本號解釋也必須承認：現行民法本身就已經能夠透過解釋，容納同性伴侶在與異性伴侶完全相同的條件之下登記結婚的空間。如果同意本號解釋對憲法保障婚姻自由意旨的宣示，認為根據憲法，同性伴侶與異性伴侶都同樣享有婚姻自由<sup>19</sup>，則根據上述合憲解釋的原則，本號解釋一開始就應該認定：現行民法婚姻章本來就沒有根本排除同性結婚的可能性，也因此並未限制同性伴侶的婚姻自由，從而自然不違反憲法對婚姻自由的平等保護<sup>20</sup>。不過，本號解釋並沒有選擇這麼做，而毋寧一方面自始認為，現行民法禁止同性結婚，既沒有朝合憲解釋的方向努力，也沒有嘗試探討採行合憲解釋原則的可能性，但另一方面卻在結尾處突然指示：只要立法者於未來2年期間內，未能完成相關法律之制定或修正，現行民法就必須被解釋成允許同性結婚。即使不直接質疑這套論述是否出現矛盾，本號解釋對於這個「從現在違憲到2年後合憲」的轉折毫無說明，在論證嚴謹度上仍值得商榷。

---

間的，應屬歷史解釋。對此參見法務部（註16），頁2。因此整體以觀，若綜合評估文義、體系、目的與歷史等解釋方法所得之解釋結果，的確會出現「民法允許同性結婚（因而合憲）」與「民法禁止同性結婚（因而違憲）」這兩種不同的情況，因而成就採行前述合憲解釋原則的條件。

<sup>19</sup> 詳見以下「二、」之討論。

<sup>20</sup> 誠如本文於投稿輔仁法學審查過程中，該刊其中一位匿名審查人的推測，在前述認知前提之下，本文的確認為，本號解釋應該依據合憲解釋原則，宣告系爭規定合憲。不過在此必須強調兩點：第一，如前所述，合憲解釋原則之採行，必須以充分運用各種法律解釋方法、繼而予以完整分析比較為前提，避免落入前述「假借『合憲解釋』之名，在法律解釋的過程當中，偷渡一般法律解釋方法無法獲致的解釋結果」的指控。因此，主張本號解釋應對系爭規定採取合憲解釋，並不表示本文認為大法官在此可以僅憑對「憲法保障婚姻自由」這一點單刀直入的闡述，就能不附完整論述責任地宣告民法合憲。第二，如同前揭匿名審查人正確指出的，如果本號解釋對系爭規定採取合憲解釋，則必須進一步考量配套的問題。對此本文認為，宣告民法系爭規定合憲，至少意味著：內政部與法務部有關民法親屬編婚姻章的相關解釋函（認定民法所定義之婚姻係「以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係」），自始即違反民法（也）保障相同性別二人結婚之自由的規範意旨。



## 二、本號解釋究竟基於什麼理由認定現行規定違憲？

如果暫時忽略前一節的討論所指出的問題，光看本號解釋理由書前半部關於婚姻自由與平等權的闡述，倒是可以很清楚看出本號解釋認定現行民法婚姻章相關規定違憲的意向，而這也是本號解釋之所以引來各國媒體與輿論關注的主因。不過，如果仔細觀察相關論述內容，大法官看似一面倒地強調同性伴侶的人權保障，實則隱藏了本案爭議當中，支持與反對同性婚姻這兩種價值觀彼此之間的根本對立，也因此未能真正釐清：現行民法究竟是基於何等理由，又是基於什麼樣的憲法推論，而被宣告違憲<sup>21</sup>。首先，既然要對民法禁止同性婚姻的規定進行違憲審查，理當站在憲法第23條的基礎上對之加以檢驗。因此，根據司法院解釋歷來的見解，現行民法系爭規定是否構成違憲的問題，應該藉由比例原則的具體操作來進行判斷<sup>22</sup>。而為了依比例原則逐步進行審查，大法官應先釐清：民法婚姻章之所以禁止同性結婚，是為了追求什麼目的？該目的之追求是否具有憲法上的正當性？緊接著，針對其目的與手段之間的關係，大法官還必須逐一檢視：民法禁止同性結婚，是否有助於達成其立法目的？就該目的的達成而言，禁止同性結婚是否屬於對同性伴侶的最小侵害手段？相對於該目的所實現的利益而言，禁止同性

21 當然，承上所述，如果根據本文的觀點，本號解釋原應依合憲解釋原則，宣告民法系爭規定合憲。而一旦自始認定民法系爭規定並不排斥同性婚姻，自然不需要進一步討論「民法對同性婚姻自由之限制是否正當」的憲法問題。這也是本文之所以認為合憲解釋的路徑最能收馭繁以簡之效的原因。

22 根據我國憲法學界的一般理解，我國憲法第23條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」的規定，適足以提供操作比例原則的憲法基礎。換言之，我國憲法學界的通說見解繼承了德國當代憲法釋義學的發展主流，進而認定：針對憲法第23條所謂「必要」與否之判斷，應根據比例原則來進行。關於比例原則的具體內涵，及其在我國釋憲實務中的發展，可進一步參見黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，收於：《框架秩序下的國家權力（二）——公法學術論文集》，頁227-233（2016年）。

結婚對同性伴侶之婚姻自由所造成的侵犯是否顯失均衡？從這裡已可看出，比例原則所提供的審查架構，不僅讓系爭案件的爭議，得以轉換成憲法上有意義與重要性的提問及爭點，更足以促使大法官在違憲審查的過程中，正視系爭案件所涉及的權利與利益衝突。就本案而言，透過比例原則的操作，我們不但能更進一步釐清民法之所以禁止同性結婚的理由，還能在此基礎之上，理解並面對：「禁止同性結婚」與「保障同性伴侶婚姻自由」兩者之間的立場衝突究竟何在，又應如何從憲法觀點進行評價。

從這個角度看來，本號解釋針對婚姻自由部分進行的違憲審查，在推論上顯然過於草率。如同前面提到的，細究理由書的內容，針對「現行民法為何違反憲法對婚姻自由之保障」的問題，本號解釋提出的理由不外乎：「因為婚姻自由是重要之基本權」，彷彿認為只要強調婚姻自由的重要性，就能據以宣告民法違憲。在這段推論過程中，本號解釋既不像許多其他司法院解釋一般，確實依循前述比例原則之各項子原則來進行違憲審查，也沒有具體說明：所謂「開放同性結婚並不影響既有的異性婚姻秩序」，與民法被判定違憲之間，在論理上究竟有什麼樣的關連？即使勉強從本段文字當中推測：大法官主張「開放同性婚姻不影響既有的異性婚姻」，或許也能算是約略帶有比例原則當中關於利益衡量的考慮，但整體而言，本號解釋在此之論理實在過於簡略，以致於完全沒有凸顯本案所涉及的權利或利益衝突究竟何在，也因而無法清晰表述：在憲法層次上，這些權利或利益衝突為何與如何導向民法相關規定違憲的結論。

具體而論，正因為前述整段推理內容並未援用、甚至並未仔細思考系爭規定是否合乎比例原則的問題，本號解釋始終沒有正面釐清：現行民法婚姻章之相關規定，到底為什麼要禁止同性結婚？大法官固然主張，同性婚姻並不會影響「既有異性婚姻所建構之社會秩序」，甚至認為「相同性別二人之婚姻自由，經法律正式承認

後，更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石」，但終究不曾指出：民法婚姻章透過禁止同性結婚，究竟想要維護什麼樣的社會秩序？為何立法者會擔心：其所欲維護之社會秩序，可能因為開放同性婚姻而遭受破壞？正因自始並未釐清這個問題，而只是一再強調婚姻自由對人格發展與人性尊嚴何其重要，以及同性伴侶結婚不會影響社會秩序，甚至還對社會秩序的維護有所助益，本號解釋塑造了一種「開放同性婚姻與現行民法婚姻章所立基的價值觀（社會秩序）其實不相抵觸」的印象，彷彿從一開始，同性婚姻的爭議，就只不過存在於「是否要檢討現行民法規定『漏未開放同性婚姻』之立法疏失」的問題而已<sup>23</sup>。然而，這樣的看法明顯是過度簡化了同性婚姻平權議題的爭議脈絡及爭論重點，因為它忽略了：民法婚姻章之所以長期以來被解釋為「僅限於一男一女的結合關係」，不只是因為許多人自始沒有考慮或想像到同性結婚的可能性，從而理所當然地認為只有「一男一女」才能結婚，也是因為在以異性戀為人口多數的社會結構下，許多人習於漠視、排斥甚至拒絕想像同性結婚的可能性，甚且進而把所謂社會結構與社會秩序，想當然地限定在大多數人習以為常的、「只有一男一女的結合才叫做結婚」的固定模式<sup>24</sup>。在這樣的背景之下，很難認為現行民法禁止同性結婚，只是一個技術性的立法疏漏。對許多人、特別是反對同性婚姻的人來說，這項禁止規定所要追求或鞏固的，絕不僅止於本號解釋理由書上提到的，由「有關訂婚、結婚、婚姻普通效力、財產制及離婚」等要素所建構而成的社會秩序，而毋寧是更根本的、「堅持傳統婚姻圖像的」、因而「堅持只允許一男一女結合下的異性婚姻

23 或許也正因為本號解釋始終把本案問題之本質導向「立法疏漏」，使得論者每每將現行民法不允許同性結婚的規定，直接看成是立法者的「不作為」，而忽略了這樣的禁止規定本身就已構成對婚姻自由的侵害。例可參見李念祖，李念祖專欄：答覆那些關於釋字748號同婚案的疑問，上報，2017年6月6日，[http://www.upmedia.mg/news\\_info.php?SerialNo=18304](http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=18304)（最後瀏覽日：2017年9月19日）。

24 參見張文貞（註16），頁6。

所建構的」社會秩序<sup>25</sup>。簡言之，現行民法婚姻章之所以禁止同性婚姻，是為了維護「婚姻只能是一男一女的結合」這個傳統觀念所建構的社會秩序，因此它代表了某種必須被拿來與同性伴侶的婚姻自由兩相權衡的價值或利益，而這「兩相權衡」，正是大法官作為違憲審查機關的核心任務之所在。畢竟，婚姻自由固然攸關人性尊嚴與人格權，但並非絲毫不容限制，因此，民法對同性間婚姻自由的禁止到底出於何種理由？這個理由能否在憲法上站得住腳？都應該構成本號解釋的論述重點。可惜的是，本號解釋對這些問題都沒有仔細討論，於是連帶地當然不免忽視前述利益衝突與衡量的問題。或許有人會認為：只要大法官積極宣告婚姻自由至關重要的地位，何以還需要關心民法所維護的價值有沒有得到正視或者認真對待？然而，正是因為大法官自始迴避所謂「既有異性婚姻所建構之社會秩序」究何所指的問題，不去面對這個民法所要維護的社會秩序本身恐怕即已和「開放同性婚姻」之訴求相互抵觸的可能性，只一味用「開放同性婚姻不至於影響既有異性婚姻」的訴求，來試圖消除本案中的利益衝突，所以，在本號解釋脈絡之下，一方面，同性伴侶的婚姻自由之所以應該加以保障，並不是因為經過憲法對民法的檢驗之後，確認民法所要保護的傳統只限於一男一女結合的婚姻價值觀，在憲法上無法成為禁止同性結婚的正當理由，而只是因為同性婚姻反正不影響異性婚姻，不會危及既有的社會秩序；另一方面，一再強調「同性婚姻不影響異性婚姻」的結果，恐怕無法有效凸顯憲法之所以保障婚姻自由的理由，而只是再三強化了鞏固

---

25 參見曾品傑，為人抬轎的大法官解釋第七四八號，月旦法學雜誌，266期，頁72-73、77（2017年）；葉光洲，從破碎中修復：淺論大法官釋字第七四八號解釋，月旦法學雜誌，266期，頁88-89（2017年）；成鳳樑，重新定義婚姻 大法官釋憲難令人折服，臺灣醒報，2017年5月25日，<https://anntw.com/articles/20170525-unva>（最後瀏覽日：2017年9月21日）；裘佩恩，這種亞洲第一真的好嗎？，蘋果日報，2017年5月25日，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20170525/1125575/>（最後瀏覽日：2017年9月21日）；另可參考黃虹霞大法官於司法院釋字第748號解釋所提部分不同意見書。

「既有異性婚姻所建構之社會秩序」的重要性，並由此透露出另一個訊息：一旦任何行為被認為與「既有異性婚姻所建構之社會秩序」無法相容，該行為恐怕就無法獲得憲法的認可，遑論保障<sup>26</sup>。在這樣的觀點引導之下，對大法官而言，本案的重點其實不在於宣告：「侵害同性伴侶之婚姻自由，違反憲法透過人權保障所追求的多元價值」<sup>27</sup>，而毋寧更在於確認：「承認同性伴侶的婚姻自由，對異性伴侶所欲維護的主流價值不會造成負面影響」。

當然，單憑理由書關於婚姻自由部分的闡述，並不能據以論斷本號解釋只重視既有異性婚姻建構的社會秩序與主流價值，或者根本完全忽略本案涉及的多數與少數利益衝突的問題。如前所指，本號解釋針對現行民法是否違反平等權的問題，相較於婚姻自由，確實更詳細探討了同性性傾向者基於其社會少數地位而遭受的不利對待。而所謂「同性婚姻不影響異性婚姻」的立論，在平等權的審查脈絡之下，表面上看來確實也比較像是在提供大法官判定現行民法造成的差別待遇不合理的基礎，因為大法官在此指出：婚姻制度固然是為了維護基本倫理秩序（「如結婚年齡、單一配偶、近親禁婚、忠貞義務及扶養義務等」）而存在（這些似乎是本號解釋所認定民法婚姻章之立法目的），但這些基本倫理秩序的維持，與針對同性婚姻所為差別待遇（亦即以禁止同性婚姻作為達成前述目的之手段）之間，並沒有實質關連，因為開放同性婚姻並不會對這些基本倫理秩序造成影響（「若容許相同性別二人得依婚姻章實質與形式要件規定，成立法律上婚姻關係，且要求其亦應遵守婚姻關係存續中及終止後之雙方權利義務規定，並不影響現行異性婚姻制度所

---

26 類似看法，參見廖元豪，同志仍須努力——定分但未止爭的釋字748號，勞苦網，2017年5月30日，<http://www.cooloud.org.tw/node/88486>（最後瀏覽日：2017年9月19日）。

27 關於憲法保障基本權利所蘊含維護多元價值的意義與功能，可參考Shu-Perng Hwang, *Die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers aus der Sicht Hans Kelsens*, *Der Staat* 54 (2015), S. 213 (221 ff).

建構之基本倫理秩序」)。然而儘管如此，從這段論述當中，再度可見本號解釋無意藉由本案，正面挑戰諸如「保障既有異性婚姻建構的社會與倫理秩序，與承認同性婚姻之間，是否存在價值衝突？」，乃至於「以保障既有異性婚姻建構的社會與倫理秩序為理由，禁止同性婚姻，是否與憲法透過人權保障所追求的多元價值背道而馳」等問題，而是再次選擇訴諸「開放同性婚姻不影響現狀」的論據，強調社會多數利益不會因為同性婚姻而受到妨礙<sup>28</sup>。整體觀之，不論是以婚姻自由或平等權當作規範基準來進行違憲審查，大法官都沒有追究：現行民法禁止同性結婚，到底是為了維護什麼樣的社會秩序？而只是一再覆述：假如民法不禁止同性結婚，並不會妨礙既有的社會秩序。尤有甚者，在強調既有社會秩序重要性的同時，本號解釋卻不曾闡明：其所強調的到底是什麼樣的社會秩序？倘若如同本文的分析，本號解釋所強調的「社會秩序」與民法透過禁止同性婚姻想要維護的「社會秩序」，根本各有所指，那麼必須說，本號解釋再三以「開放同性婚姻不影響既有異性婚姻建構之社會秩序」理由，主張現行民法規定違憲，嚴格而論並沒有擊中民法相關規定的真正要害，從而恐怕有說理不足、推論過快的問題。更進一步來說，本號解釋雖然鋪陳了不少權利論述，但終究仍是站在異性婚姻本位的觀點，來評價同性婚姻在憲法中的位置。因此，本號解釋既沒有藉由比例原則的操作，正式面對並處理贊成與反對同性婚姻這兩者利益之間可能的價值衝突問題，也沒有在肯定同性婚姻的同時，強化以價值多元主義為基底的憲法理念。就這個意義而言，本號解釋對於同性伴侶婚姻自由及平等權的肯認，仍然是構築在維護既有社會秩序與基本倫理秩序的前提基礎之上，從而並沒有藉此開拓一種更開放與多元的人權觀點。

---

<sup>28</sup> 類似觀察，參見許玉秀，模擬憲法法庭和禁止同婚違憲的憲法裁判，婦研縱橫，107期，頁38（2017年）。

### 三、本號解釋到底如何看待立法形成自由？

站在維護「既有異性婚姻所建構之社會秩序與基本倫理秩序」的出發點上，本號解釋一方面自始不曾考慮透過採合憲解釋的方式，讓現行民法婚姻章相關規定得以直接適用於同性伴侶的可能性，另一方面卻也沒有選擇從憲法應協助落實價值多元性的角度，來證立婚姻自由平等保護的必要性，已如前述。由此看來，本號解釋針對「婚姻自由之平等保護應如何具體落實」的問題，會採取如前所述一般的論理方式，也就不令人意外。如同本文第貳部分所提到的，本號解釋理由書特別指出：「至以何種形式（例如修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式），使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。<sup>29</sup>」如果順著前面的推論邏輯，從大法官「看似一再強調同性性傾向者的婚姻自由與平等權，實則格外重視既有社會秩序及基本倫理秩序之維護」的根本立場出發，便不難想像，何以在明確宣示同性伴侶的婚姻自由與平等權應受憲法保障、現行民法相關規定因而違憲之後，本號解釋卻又刻意強調立法者在落實婚姻自由平等保護的方式選擇上，享有形成自由：從本號解釋的觀點看來，正因為憲法平等保障婚姻自由的結果，不會也不能影響「既有異性婚姻所建構之社會秩序」，所以，同性伴侶固然依憲法享有婚姻自由與平等權，但這些權利的具體落實方式，則不免觸及「本案之複雜性與爭議性」<sup>30</sup>，「為極具爭議性之社會暨政治議題」<sup>31</sup>，故而必須由立法者「體察民情，盱衡全局，折衝協調<sup>32</sup>」之後，作出最適決定。或許是為了展現大法官在婚姻平權具體落實方式上的開放、彈性、不預

29 司法院釋字第748號解釋理由書第17段參照。

30 司法院釋字第748號解釋理由書第17段參照。

31 司法院釋字第748號解釋理由書第10段參照。

32 司法院釋字第748號解釋理由書第10段參照。

設立場，本號解釋甚至不以標示立法形成自由為已足，而還例示性地強調各種保障形式的可能選項（「修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式」）。從證成立法形成自由的角度看來，這段補充文字似乎顯得多餘，但其中包含的內容，卻恰恰提醒我們注意到本案另一個重要爭點，亦即：婚姻平權的落實，究應藉由「修改民法」或「另立專法」的方式來達成<sup>33</sup>？從本號解釋此處的論述脈絡看來，若與稍早對婚姻自由與平等權的正面宣告兩相對照，大法官面對「如何落實同性伴侶婚姻自由之平等保護」的問題，顯然沒有、也不願意積極表態。換個方式來說，既然包括「修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法」等保障形式，都屬於「立法形成之範圍」，顯然本號解釋已經定調：「修改民法」與「另立專法」，都是憲法可以容許的選項，也因此大法官都不堅持<sup>34</sup>。

或許有人會認為，本號解釋例示保障同性婚姻平權的幾個選項，固然是出於尊重立法形成自由的考量，但同時也是為了劃定立法形成自由的範圍，提醒立法者不能逾越憲法基於保障婚姻自由及平等權的宗旨而賦予的形成空間。因此，本號解釋作出之後，論者指出：就算大法官表面上把另訂專法也列為立法者可以考慮的選項之一，但從本號解釋在婚姻自由與平等權部分的論述內容看來，大法官對於未來的立法或修法「能否實現憲法對婚姻自由之平等保護」，終究會採取一種較為嚴格的認定標準，也因此不妨樂觀預期：所謂「另訂專法」模式，將很難在違憲審查中過關<sup>35</sup>。然而，

33 關於這一點的討論，參見官曉薇、陳宜倩、蘇彥圖等，憲法上婚姻家庭之制度性保障不應排除同性伴侶及其家庭，拒絕同性伴侶締結婚姻有害同性家庭子女之權益——法律學者法庭之友意見書，月旦法學雜誌，264期，頁134-138（2017年）。

34 同此解讀，參見廖元豪（註26）；李念祖（註23）。

35 關於這種說法的相關報導，可參見汪彥成，肯定同婚釋憲 伴侶盟：明確解釋伴侶專法不符釋憲意旨，公視新聞議題中心，2017年5月24日，<https://pnn.pts.org.tw/project/inpage/240>（最後瀏覽日：2017年9月19日）；黃自強（註11）；類



本文並不贊同這種看法。因為第一，如果大法官真的嚴肅看待「修改民法」與「另立專法」這兩種模式之間本質上的差別，亦即真的認為，所謂「另訂專法」其實是在塑造一種「隔離但平等」的歧視局面<sup>36</sup>，從而根本不可能通得過憲法平等權的檢驗<sup>37</sup>，那麼本號解釋何以還要特地將「制定特別法」這個選項，列入「立法形成之範圍」？反過來說，如果列上「制定特別法」的選項，只是為了安撫大眾，緩解反對修改民法人士的疑慮，豈不形同承認：所謂尊重立

---

似見解參見李立如，司法解釋與同性婚姻平權運動：從美國經驗談起，婦研縱橫，107期，頁72（2017年）。

- 36 關於所謂「另訂專法」模式，一個典型而常被提到的例子是德國於2001年起正式施行的「同性生活伴侶法（Lebenspartnerschaftsgesetz，以下簡稱「同性伴侶法」）」。該法雖於2002年7月17日，獲德國聯邦憲法法院宣告合憲，但多年來仍因為持續引發是否在各個生活面向上都確實平等對待同性伴侶的質疑，而一再受到爭議。值得注意的是，根據德國通說見解，同性伴侶法是否確實做到、或者致力於達成同性伴侶及異性伴侶在各方面的平等保護，是重要的平等權議題，也應從憲法保障平等權的基準來進行檢驗；但另一方面，對於同性伴侶法自始將「同性伴侶」與「異性伴侶」作本質上的切割，認定前者不可能比照異性一般地「結婚」，因此只能根據同性伴侶法，登記為「同性生活伴侶」的立法精神，則不認為有違憲疑慮。筆者礙難認同此一觀點，故而曾撰文對這種形同主張「隔離但平等」的論調，提出根本批評。對此詳見Shu-Perng Hwang, Besonderer Schutz der Ehe im Umbruch? Zugleich Anmerkungen zu den neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, KritV 97 (2014), S. 133 (144 ff.); 黃舒芃（註17），頁297-304。針對「隔離但平等」這一點的批評，另可參見官曉薇、陳宜倩、蘇彥圖等（註33），頁136-137；劉宏恩，民法親屬編規定「使同性別二人間不能成立法律上婚姻關係」違憲疑義解釋案——鑑定意見書，2017年3月24日，頁7，<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/1060324/1.pdf>（最後瀏覽日：2017年10月1日）；林春元，活的信仰與活的憲法：談同性婚姻的憲法辯論，新使者雜誌，160期，頁56（2017年）；許玉秀（註28），頁41-42。
- 37 或有論者指出：所謂「另訂專法」模式不見得完全沒有合憲的空間，因為這還得視屆時制定出來的「專法」內容究竟為何而定（例可參考林春元（註36），頁55-56）。不過，從本案涉及的「修法與專法之爭」當中可以清楚看出，不論內容如何，只要是主張「另訂專法」模式的說法，基本上都還是只想把「同性結合」與「異性結合」做本質上的區隔，讓同性婚姻無論以何種名義存在，都無法跟異性婚姻相提並論。關於「另訂專法」的呼籲，可參見吳威志，大法官凌駕立法權，中時新聞網，2017年5月25日，<http://opinion.chinatimes.com/20170525005615-262105>（最後瀏覽日：2017年9月23日）；邱忠義，同性婚的價值觀，不因釋字第七四八號解釋而定紛止爭，人權會訊，125期，頁35（2017年）。

法形成自由的說法，只是一個幌子？第二，如同前面的分析所已指出的，若從本號解釋整體論述脈絡看來，大法官十分在乎的顯然是既有的社會秩序及基本倫理秩序如何能繼續得到維護，甚至進一步鞏固。就此而論，把究竟要「修改民法」或「另訂專法」的燙手山芋，交給職司「體察民情，盱衡全局，折衝協調」的立法者處理，毋寧是很合理的選擇。基於以上這兩點觀察，本文認為，本號解釋在此確實是透過指向立法形成自由的方式，迴避了「制定特別法是否會違反憲法對婚姻自由之平等保護」這個十分棘手、也一再構成社會爭論焦點的問題。換言之，大法官在這裡強調「立法形成之範圍」，表面看來是殷切期許立法者能夠作出一套最有利於實現婚姻自由之平等保護的法制設計，但事實上恐怕只是把潛藏在「修法與專法之爭」背後的人權爭議，簡化成對立法者的「尊重」，從而如同前面迴避比例原則的檢驗一般，再次是用一種輕描淡寫的方式，繞過本案涉及的價值衝突。

從這個觀察角度出發，可以進一步看出：本號解釋在探討婚姻自由與平等權的同時，卻不去釐清支持與反對同性婚姻兩者之間真正的利益衝突何在，其結果會發生什麼問題。正因為大法官始終沒有揭露：「禁止同婚」的論調，乃至於現行民法禁止同性婚姻的目的，就是為了鞏固只限於一男一女的傳統婚姻價值觀，而這個價值觀與開放同性婚姻所訴求多元、開放之婚姻定義下的婚姻價值觀，明顯相互抵觸，反而只是再三強調：開放同性婚姻，並不會影響既有異性婚姻建構的社會秩序，所以導致在本號解釋的論理脈絡之下，同性伴侶的婚姻自由與平等權，變得不是「如同異性伴侶一般，基於『人生而為人』理當享有」、「即使與社會主流價值觀不符，也應受憲法保障」的存在，而彷彿是因為「不至於根本挑戰社會主流價值觀」、「不至於危及既有主流社會秩序與基本倫理秩序」，甚至是「有利於鞏固既有主流社會秩序與基本倫理秩序」，方才得以存在。就此意義而言，無怪乎本號解釋並不反對「制定特別

法」這個立法選項，因為，既然同性婚姻「可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石」，換言之本來就屬於既有社會秩序暨基本倫理秩序的一部分，則落實同性伴侶「婚姻自由之平等保護」的重點，理所當然就在於藉此穩定並維持既有異性婚姻所建構的社會秩序與基本倫理秩序。由此觀之，倘若未來立法者透過另訂專法的途徑，為同性伴侶量身訂作一套「同性婚姻法」，並且宣稱這是為了兼顧「平等保障同性伴侶之婚姻自由」與「維持既有異性婚姻建構之社會秩序」，全面考量社會利益與觀感之後，所制定之專為保障同性伴侶婚姻權益而設計的法律，大法官是否會認為：此舉所追求的目的並非「重要公共利益」，而且其手段與目的之間並不「具有實質關連」，因此對同性伴侶已造成不合理的差別待遇，已侵犯憲法所保障的平等權？本文認為，姑且不論所謂「較為嚴格之（平等權）審查標準」，本來就不必然會導向違憲的結果，以大法官對既有社會秩序及基本倫理秩序的重視程度，與本號解釋已將「另訂專法」一併歸入「立法形成之範圍」看來，此一「另訂專法」模式是否真的會被宣告違憲，恐怕值得懷疑。

承上所述，回到本節所關切的權力分立問題，從本號解釋揭示立法形成自由的前後文脈絡當中可以看出，本號解釋看似對立法者未來的行動有比較多的要求，但對於立法形成自由的理解方式，其實與過往並無不同，因為整體看來，大法官仍像過去一樣，把「立法形成自由」當成一種「（系爭事務領域）從此歸屬於立法者任意形成的管轄範圍」的象徵性宣告<sup>38</sup>。換言之，既然婚姻自由平等保

38 關於歷來司法院大法官解釋對立法形成自由理解與詮釋方式的分析及檢討，參見黃舒芃，立法者對社會福利政策的形成自由及其界限——以釋字第649號解釋為例，收於：框架秩序下的國家權力——公法學術論文集，頁348-371（2013年）（以下簡稱：黃舒芃，立法者對社會福利政策的形成自由及其界限）；黃舒芃，違憲審查中之立法形成空間，收於：框架秩序下的國家權力——公法學術論文集，頁394-405（2013年）。立法形成自由一直是我國憲法學界關注的議題。近年來的相關討論，可參見黃茂榮，立法裁量，植根雜誌，31卷12期，頁450-452（2015年）；陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別——

護之具體落實方式，屬於「立法形成之範圍」，未來立法者不論選擇以修改民法、植入專章、抑或制定特別法的方式，來排除現行規定的違憲狀態，都應該是立法者的自由，不但憲法沒有硬性規定、從而不能發揮拘束力，職司違憲審查的大法官也無意介入。不過，本號解釋試圖以「劃歸立法形成自由」的方式，迴避「修法與專法之爭」，恰恰使得「制定特別法」這個因自始製造「隔離但平等」的現象，從而如前所述，有高度違憲疑義的立法選項，可望就此贏得本號解釋的背書。換個角度觀察，這一點恐怕也意味著：對大法官而言，透過「制定特別法」的形式，仍然有機會實現同性伴侶婚姻自由的平等保護<sup>39</sup>。只不過，如果與德國前些日子的最新發展情

---

以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（下），興大法學，16期，頁194-198、225-226（2014年）；林超駿，論合憲審級救濟之建構——以大法官立法裁量見解為中心，憲政時代，38卷3期，頁335-352（2013年）。

<sup>39</sup> 詳見本文以下「肆、」的分析與檢討。若從這個角度看來，大法官或許會認為，提示「立法形成自由」，不僅可以在「積極宣示同性伴侶之婚姻自由與平等權」與「適度尊重立法者作為民意機關的權責」兩者之間尋得恰到好處的平衡，甚至足以顯示這兩者彼此之間本來就不相衝突，因為大法官已經清楚指引能夠落實婚姻自由平等保護的多種選擇（其中包括「制定特別法」）。然而一方面，如同「第肆部分」將進一步申論的，從憲法保障基本權利的立場出發，這種以為「制定特別法仍有機會實現婚姻自由平等保護」的看法，恐怕自始就違反人權保障所蘊含的多元價值觀點。另一方面，就權力分立的考量而言，這種以為「留給立法者一些選擇空間，才能顯示對立法者的尊重」的看法，恐怕也自始誤會了憲法、立法權與司法違憲審查權這三者之間的關係。如同筆者過去文章所指出的（例可參見黃舒芃，立法者對社會福利政策的形成自由及其界限（註38），頁342-348；黃舒芃（註22），頁259-262。），基於法治國家的理念，任何公權力的行使都必須受到憲法的拘束，立法權自然也不例外。因此，所謂「立法形成自由」，不能被誤解為一塊「憲法放任不過問、違憲審查機關也無從管控」的「（憲）法外境地」，而毋寧是憲法授權立法者實現憲法意旨的具體表現。換言之，憲法之所以授予立法者「形成自由」，不是因為放棄對立法者的拘束，反而是為了讓立法者能夠透過其權力行使，履行憲法賦予立法者的任務，進而實現憲法所欲達成的目的。就此意義而言，「積極宣示同性伴侶之婚姻自由與平等權」，並在此基礎之上進行立法違憲審查，本來就是大法官作為釋憲機關應該履行的任務，也和立法者根據憲法而被賦予之「形成自由」並行不悖。相形之下，在此之外特意強調「適度尊重立法者作為民意機關的權責」，不僅畫蛇添足，也恐怕在一定程度上，暴露了本號解釋對「立法形成自由」的（再度）誤解。

形兩相對照，本號解釋對於「另訂專法」模式的認可，恐怕更有進一步商榷的餘地。

## 肆、德國婚姻平權修法工程的啟示

就在本號解釋作成之後不久，2017年6月30日，德國聯邦議會正式通過德國民法典的修正草案，自此將婚姻的定義從傳統一男一女的固定圖像中解放，規定婚姻是「異性或同性二人（zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts）」所締結的永久關係。根據這項一般稱之為「對所有人開放的婚姻（Ehe für alle）」的法律修正案，從2017年10月起，同性伴侶也和異性伴侶一樣，可以直接根據民法登記結婚。也正因為婚姻制度從此對所有人開放，原本為想要結婚但不得其門而入的同性伴侶量身訂作的「同性伴侶法」<sup>40</sup>，此後不再能成為同性伴侶永久結盟的法制選項。至於先前已根據「同性伴侶法」完成登記的同性伴侶，則可以選擇要停留在「已登記同性伴侶」的身分，或者直接轉入婚姻<sup>41</sup>。這波看似迅雷不及掩耳的修法行動，其實是倡議婚姻平權的各方人士醞釀多時的成果。特別是在原本已有「同性伴侶法」保障同性伴侶權益的背景之下，推動「對所有人開放的婚姻」的修法工程，對德國而言，更具有突破既有觀念藩籬，「不以同性伴侶法為滿足，希望朝異性與同性伴侶的平等保護再往前走一步」的重大意義。就此而論，德國的婚姻平權工程，和臺灣恰恰形成有趣的對比：有別於臺灣過往之

---

40 關於德國的「同性伴侶法」，詳見本文前揭註36的說明。

41 相關報導詳見：Dokumente: Mehrheit im Bundestag für die „Ehe für alle“，online verfügbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw26-de-ehe-fuer-alle-513682> (Letzter Abruf: 20/09/2017); Barbara Galaktionow, Bundestag beschließt die „Ehe für alle“, Süddeutsche Zeitung, online verfügbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/eil-bundestag-wird-ueber-ehe-fuer-alle-abstimmen-1.3567554> (Letzter Abruf: 20/09/2017).

法律體系，對同性伴侶締結婚姻的需求視而不見，直到司法院大法官解釋透過宣告既有法律違憲的方式，方才為同性婚姻打開第一扇門，德國的情況則是在自始預設「憲法所定義與保護的『婚姻』，只能是『一男、一女』的結合」這個憲法學界之主流見解普遍接受的前提<sup>42</sup>之下，早在2001年就以制定專法的模式，創設只適用於同性之間的同性伴侶法制，讓「異性婚姻」與「同性伴侶」從此走上兩條平行線，然後隨著社會的變遷與爭議案件的累積，逐漸進展到得以突破「婚姻只限於一男一女」的傳統觀念、實現不論是同性伴侶或異性伴侶，都能真正平等享有婚姻自由的階段，終於造就修正民法典婚姻定義的時機。透過這個對比，一方面可以看出我國在促成婚姻平權上的一項優勢，因為我國不像德國的婚姻平權運動一般，自始必須面對所謂「一男一女之結合，構成婚姻不可改變的核心內涵」這項主流見解所塑造的憲法障礙<sup>43</sup>。但在另一方面，從中

---

42 相關文獻眾多，在此僅需參考Udo Steiner, Schutz von Ehe und Familie, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Bd. IV: Grundrechte in Deutschland — Einzelgrundrechte I, 2011, § 108 Rn. 9; Rupert Scholz/Arnd Uhle, „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz, NJW 2001, S. 393 (397); Gerhard Robbers, Eingetragene Lebenspartnerschaften: Verfassungsrechtliche Überlegungen, JZ 2001, S. 779 (781); Udo Di Fabio, Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, NJW 2003, S. 993 (994). 必須注意的是，如同筆者先前的文章所批評的，在德國基本法根本沒有明文定義婚姻的情況下，絕大多數德國憲法學者將「一男一女之結合」視為「婚姻理所當然之核心內涵」的看法，明顯是用一種實質化的觀點來解釋憲法，把原本只不過是某種特定觀點對婚姻的定義方式，扭曲成客觀上必然且唯一正確的憲法對婚姻的定義。對此詳見Shu-Perng Hwang (Fn. 36), S. 145-148; 黃舒芃 (註17) 頁304-306。

43 有趣的是，面對這次的民法修正，許多未曾反對通說見解的德國憲法學者並沒有採取強烈批判的態度，反而紛紛主張：民法對婚姻定義的開放，不會導致違憲的疑慮。有學者認為，這是因為婚姻的概念已經隨著時代與觀念而演化，進而帶來所謂憲法變遷 (Verfassungswandel) 的效果 (例如Uwe Volkmann, Warum die Ehe für alle vor dem BVerfG nicht scheitern wird, Verfassungsblog, online verfügbar unter <http://verfassungsblog.de/warum-die-ehe-fuer-alle-vor-dem-bverfg-nicht-scheitern-wird/> (Letzter Abruf: 01/10/2017))。也有學者認為，德國基本法本來就沒有將同性結婚的可能性根本排除在外 (例如Christoph Möllers, Was heißt Ehe für alle?, Die Zeit, online verfügbar unter <http://www.zeit.de/2017/28/gleich>)。

也凸顯出一個弔詭，亦即：如果德國在多年來已有同性伴侶法存在，而且主流觀點始終認為「異性婚姻」與「同性伴侶」彼此平行並進沒什麼不妥的背景之下，都仍決意積極修改民法，以利婚姻自由平等保護的真正實現，那麼何以本號解釋在大力宣示婚姻自由及平等權的同時，卻仍要為所謂「另訂專法」的立法模式保留一個空間？更進一步追問：如果這意味著大法官認為，透過為同性伴侶另立專法的方式，也能夠達到婚姻自由平等保護的目的，那麼大法官究竟是如何理解與詮釋憲法所保障的平等權？大法官是否認為，即使同意「以性傾向為基準所造成的差別待遇，須受較嚴格的審查」，但造成「隔離但平等」狀態的「另訂專法」模式，總算也不失為一種「平等」？

或許也正因為有德國的經驗當作對照組，使得許多人對於本號解釋的後續效應充滿信心，認為大法官既然都已經積極肯認同性伴侶的婚姻自由和平等權，又主張以性傾向所為之分類應受到更嚴格的憲法檢驗，其言下之意就已經預告：對同性婚姻的保障，不可能走回頭路；如果立法者未來真的採取另立專法的方式來保障同性伴侶的權益，該專法將很有可能被宣告違憲。不過，誠如本文前一部分的分析所已指出的，單從本號解釋高度重視、並致力於維持「既

---

geschlechtliche-ehe-grundgesetz-verfassung (Letzter Abruf: 20/09/2017). 另參見 Rechtslage umstritten: Ehe für alle verfassungswidrig?, Merkur.de, online verfügbar unter <https://www.merkur.de/politik/rechtslage-umstritten-ehe-fuer-alle-verfassungswidrig-zr-8448824.html> (Letzter Abruf: 20/09/2017).)。另外仍有部分學者認為，修正後的民法將牴觸憲法對婚姻的制度保障（Institutsgarantie），因而違憲。相關報導例可參見 Ex-Verfassungsrichter hält Ehe für alle für verfassungswidrig, Die Zeit, online verfügbar unter <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-06/grundgesetz-bundestag-bundesverfassungsgericht-hans-juergen-papier-ehe-fuer-alle> (Letzter Abruf: 20/09/2017); Katharina Schuler, Was bringt die Ehe für alle?, Die Zeit, online verfügbar unter <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-06/ehe-fuer-alle-bundestag-bundesrat-verfassungsgericht> (Letzter Abruf: 20/09/2017); Ehe für alle — ein Fall für Karlsruhe?, Deutsche Welle, online verfügbar unter <http://www.dw.com/de/ehe-f%C3%BCr-alle-ein-fall-f%C3%BCr-karlsruhe/a-39519003> (Letzter Abruf: 20/09/2017).

有異性婚姻所建構之社會秩序」這一點看來，本文認為上述看法似乎過度樂觀<sup>44</sup>。如果進一步對照德國的發展情況，我國的婚姻平權工程是否能夠憑藉本號解釋的原則宣示，順理成章地步上坦途，恐怕更值得疑慮。如前所述，觀照德國婚姻平權的實現歷程可以發現，德國之所以長期以來必須靠「同性伴侶法」來保障同性伴侶結為連理的權利，主要就是因為所謂「婚姻僅限於一男一女之結合」，被塑造成「事理之必然」乃至於「憲法固守而不容改變之核心內涵」。正因如此，直到2013年，針對同性伴侶法造成的各種平等權爭議，德國聯邦憲法法院都仍選擇在不碰觸、遑論更動婚姻定義的前提下，運用基本法第3條的平等保障條款來審查系爭規定並宣告違憲。不過，事實證明，這樣的歷程不但沒有讓許多人視為理所當然的現狀就此固定下來，反而因為凸顯了婚姻概念在婚姻平權爭議上扮演的關鍵角色<sup>45</sup>，激發出更多對婚姻定義的根本反省，也因此終能突破「異性婚姻」與「同性伴侶」的隔離局面，走向真正的平等。相形之下，我國雖然看似一舉透過大法官解釋，奠定了同性伴侶的婚姻自由和平等權，但因為本號解釋的論理對應於本案爭議的複雜性，實在太過簡略，也遺留太多想像空間<sup>46</sup>，甚至一再強調維護「既有異性婚姻建構之社會秩序」的重要性，並且一再以「同性婚姻不至於影響異性婚姻（建構之社會秩序）」為理由，主張

44 詳見本文「參、三」的討論。

45 正因為始終堅持「婚姻僅限於一男一女之結合」這個前提，德國聯邦憲法法院也才會在前述2002年宣告「同性伴侶法」合憲的判決當中強調：「同性伴侶法」之所以沒有違憲疑慮，理由之一就在於「在該法所適用之同性伴侶與婚姻之間自始『並無競爭關係』的前提之下，同性伴侶法只專注於保障同性伴侶的相關權益，並沒有、也不可能因此而影響甚至折損婚姻原本享有的各種保障與優惠。」（黃舒芃（註17），頁286）。換言之，依照德國聯邦憲法法院當時的觀點，「同性伴侶法」之所以不會干擾甚至傷害原本的婚姻制度，正是因為它是為了自始不可能結婚的同性伴侶量身打造的特殊法制，也因此不可能提供任何「除了婚姻以外的另一種選擇」，甚而與婚姻產生所謂「競爭關係」。從這一點可以再次清楚看出，對婚姻傳統定義的堅持，的確是構成德國婚姻平權工程的主要障礙。

46 詳見本文「參、二」的討論。



婚姻平權的正當性，以致於構成本案爭議關鍵的不同價值觀點之間的利益衝突，依舊被隱藏在檯面底下。尤其，本號解釋甚且保留了以另訂專法的方式來實現婚姻平權的空間。這一點無疑意味著：所謂「婚姻自由的平等保護」，並不必然非得要讓同性與異性伴侶「共享」民法意義下的婚姻不可。很顯然地，這樣的宣示無助於聚焦與釐清本案所涉及的憲法問題，反而足以導致婚姻的定義（婚姻是什麼？怎樣才叫做結婚？），與婚姻平權的意義（只要透過法律保障各種類型之「具有親密性及排他性之永久結合關係」，就算落實「婚姻自由之平等保護」了嗎？），都更容易陷入各說各話的局面。

據上所述，德國對婚姻平權的法制建設，雖然歷經漫長的辯論與各種不同層面的立場紛爭，但整體而言很清楚地展現出「從致力於平等對待（自始無法締結婚姻的）同性伴侶，到根本反省是否要用更開放的態度來理解婚姻」的完整反思歷程。從這個角度看來，本號解釋雖然設法對婚姻平權議題表現得面面俱到，也因此得以站穩一個「既維護了人權，也鞏固了社會秩序，更避免了與立法者之間的權力衝突」的安全位置。但是，如此追求面面俱到的結果，反而無法讓本案所涉及的價值衝突，亦即「主張同性伴侶的婚姻平權，確實已和反對同性婚姻人士對所謂既有社會秩序與倫理秩序的堅持相互抵觸」的這個現實狀態，獲得一個可以在憲法的觀點與評價標準上，被充分表現與權衡的機會。其中最嚴重的弔詭就在於：本號解釋看似以基本權利的守護者自居，但卻不是站在「基本權利足以對抗多數人擁抱的社群主流價值」，而是站在「基本權利並沒有抵觸多數人擁抱的社群主流價值」的基礎上，證立同性伴侶的婚姻自由和平等權。正因無法透過翔實的論證來釐清這個弔詭，本號解釋所能確立的，頂多是一種始終迴避婚姻定義的婚姻自由，以及一種無意涉入「另立專法是否違反平等」這個敏感問題的平等權。

## 伍、結語

透過本文的分析可以看出，無論是面對與立法者之間的權限分際問題，或者是攸關婚姻自由之平等保護如何獲得實現的「『修法』與『專法』之爭」，本號解釋都沒有提供明確的解套線索。為了在追求人權保障「一步到位」的同時，避免引起更多爭議，大法官既沒有選擇對現行民法採合憲解釋的道路，讓既有的法律狀態可以在變動最小的前提下，順應憲法對婚姻自由的平等保護，也沒有決心在肯定同性伴侶婚姻自由與平等權的同時，真正指出民法婚姻章背後的價值預設之所以違憲的理由；既不願意放棄對婚姻自由平等保護之形式選擇的掌控權，也不想承擔積極指定或限定某種特定形式的後果。因此在本號解釋中，大法官雖然宣示了婚姻自由及平等權的重要性，但是卻陸續跳過合憲解釋可能性的討論、以比例原則作為審查基準的違憲檢驗，以及對於另訂專法是否合憲的表態（或更精確地說：其表態方式無非就是將「另訂專法」模式，也一併納入【憲法所容許的】立法形成自由）。整體而言，本號解釋的確成功搶下了對婚姻平權議題的發言權，但其實並沒有對本案提出一套完整而具有信服力的憲法論述。如同本文所指出的，在站在維護既有社會秩序與基本倫理秩序之立場的前提下，本號解釋拒絕挑明本案所涉及不同價值立場之間的利益衝突，並且選擇讓各種在婚姻平權爭議中被提出來的解決方式選項得以以合憲之姿繼續存在。以此而論，透過本號解釋，我國看似省去了德國婚姻平權提倡者走過的那段艱辛而曲折的路途，但事實上，婚姻平權的戰場才正要展開。尤其不能忽略的是：為了降低本號解釋的輻射效應，大法官甚至在理由書末尾提醒：本號解釋的適用對象，只針對同性伴侶在婚姻自由部分的平等保護，「不及於其他」。這一點再次清楚說明了本號解釋的真正意向：儘管同性伴侶的婚姻自由與平等權無疑都受到憲法的保障，但是在尋求保障具體落實的過程中，其實很難不牽動既有的社會秩序和倫理秩序，而這才是實現婚姻平權真正的課題與

難題，也因此大法官寧願以「立法形成之範圍」之名，讓婚姻平權議題中，原本應依憲法保障基本權利之意旨正面因應的價值衝突，留到司法院以外的場域去解決。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 李立如（2017），司法解釋與同性婚姻平權運動：從美國經驗談起，婦研縱橫，107期，頁60-73。
- 官曉薇、陳宜倩、蘇彥圖、秦季芳、陳竹上、劉靜怡、涂予尹、吳豪人、翁燕菁、孫迺翊（2017），憲法上婚姻家庭之制度性保障不應排除同性伴侶及其家庭，拒絕同性伴侶締結婚姻有害同性家庭子女之權益——法律學者法庭之友意見書，月旦法學雜誌，264期，頁123-139。
- 林春元（2017），活的信仰與活的憲法：談同性婚姻的憲法辯論，新使者雜誌，160期，頁53-56。
- 林超駿（2013），論合憲審級救濟之建構——以大法官立法裁量見解為中心，憲政時代，38卷3期，頁327-396。
- 邱忠義（2017），同性婚的價值觀，不因釋字第七四八號解釋而定紛止爭，人權會訊，125期，頁33-35。
- 許玉秀（2017），模擬憲法法庭和禁止同婚違憲的憲法裁判，婦研縱橫，107期，頁24-43。
- 許宗力（1999），憲法與政治，收於：憲法與法治國行政，頁1-52，臺北：元照。
- 陳信安（2014），再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（下），興大法學，16期，頁165-233。
- 曾品傑（2017），為人抬轎的大法官解釋第七四八號，月旦法學雜誌，266期，頁69-86。
- 黃茂榮（2015），立法裁量，植根雜誌，31卷12期，頁450-452。
- 黃舒芃（2013），立法者對社會福利政策的形成自由及其界限——

以釋字第649號解釋為例，收於：框架秩序下的國家權力——公法學術論文集，頁329-388，臺北：自版。

——（2013），違憲審查中之立法形成空間，收於：框架秩序下的國家權力——公法學術論文集，頁389-412，臺北：自版。

——（2016），比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，收於：框架秩序下的國家權力（二）——公法學術論文集，頁223-278，臺北：自版。

——（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治之立論，收於：框架秩序下的國家權力（二）——公法學術論文集，頁279-316，臺北：自版。

葉光洲（2017），從破碎中修復：淺論大法官釋字第七四八號解釋，月旦法學雜誌，266期，頁87-92。

蘇永欽（1994），合憲法律解釋原則——從功能法上考量其運用界限與效力問題，收於：合憲性控制的理論與實際，頁77-142，臺北：月旦。

## 2. 外文部分

Di Fabio, Udo (2003), Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, NJW, S. 993-998.

Höpfner, Clemens (2008), Die systemkonforme Auslegung: Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht, Tübingen: Mohr Siebeck.

Hwang, Shu-Perng (2014), Besonderer Schutz der Ehe im Umbruch? Zugleich Anmerkungen zu den neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, KritV 97, S. 133-150.

——（2015），Die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers aus der Sicht Hans Kelsens, Der Staat 54, S. 213-229.

- Morlok, Martin/Michael, Lothar (2015), Staatsorganisationsrecht (2013), 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Robbers, Gerhard (2001), Eingetragene Lebenspartnerschaften: Verfassungsrechtliche Überlegungen, JZ, S. 779-786.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan (2012), Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen (1985), 9. Aufl., München: C. H. Beck.
- Scholz, Rupert/Uhle, Arnd (2001), „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz, NJW, S. 393-400.
- Steiner, Udo (2011), Schutz von Ehe und Familie, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Bd. IV: Grundrechte in Deutschland — Einzelgrundrechte I, Heidelberg: C. F. Müller, § 108.

## Legislative Discretion Revisited in Light of Judicial Yuan Interpretation No. 748

*Shu-Perng Hwang\**

### **Abstract**

In its Interpretation No. 748, the Taiwanese Constitutional Court held that “[t]he provisions of Chapter 2 on Marriage of Part IV on Family of the Civil Code do not allow two persons of the same sex to create a permanent union of intimate and exclusive nature for the purpose of living a common life. The said provisions, to the extent of such failure, are in violation of constitution’s guarantees of both the people’s freedom of marriage under Article 22 and the people’s right to equality under Article 7.” Nevertheless, this paper argues that the Constitutional Court not only failed to clarify the issues of separation of powers between legislature and judiciary, but also avoided controversies with regard to the way marriage equality is to be realized. Furthermore, since the Constitutional Court was reluctant to deal with the fundamental value conflicts in this case on constitutional grounds, it remains unclear why the said provisions violate the Constitution, and to what extent the legislators are free to amend the law or to enact new laws. Observed this way, marriage equality in Taiwan still has a long way to go.

**KEYWORDS:** marriage equality, same-sex marriage, right to marry, equal protection, legislative discretion, social order.

---

\* Distinguished Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.