

公法判解

同性二人婚姻自由案

司法院大法官解釋第748號

【實務選擇題】

釋字第748號對於同性之二人是否能夠締結婚姻作成解釋，試問，依據大法官釋字第748號解釋，有關於婚姻之敘述，下列何者錯誤？

- (A) 適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」暨「與何人結婚」之自由。
- (B) 結婚自由攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權，應受憲法第22條之保障。
- (C) 為使相同性別二人，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，非透過修正民法無以為之。
- (D) 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。

答案：C

【解釋要旨】（解釋理由書）

適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」暨「與何人結婚」之自由（本院釋字第362號解釋參照）。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。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。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。

憲法第7條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」本條明文揭示之5種禁止歧視事由，僅係例示，而非窮盡列舉。是如以其他事由，如身心障礙、性傾向等為分類標準，所為之差別待遇，亦屬本條平等權規範之範圍。

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。

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。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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，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。

【學說速覽】

大法官歷來關於婚姻的幾號解釋，諸如釋字第362號、第552號、第554號解釋，對於婚姻之描述為「按婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎。」皆強調婚姻應為一夫一妻所組成的永久結合關係。而此等見解加上民法第972條之規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」導致即便是認同同性婚姻之學者，也坦誠在解釋上難以認為現行民法允許同性間締結婚姻¹。因此同性間得否締結婚姻，即成本件爭點。

然而婚姻並非先驗存在，亦非自屬即屬國家法律規範之結果，毋寧乃係人類生活經驗下而產生之制度，而在確保其制度之內涵能隨著社會多元價值而演進的前提下，此任務究應交由何國家機關為之，亦為本件之重要爭點。學說上就此即有見解指出，在民主憲政國家下，此應為立法者之任務，不應由違憲審查機關率為決定²。然而誠如本件解釋所稱，本件聲請人核祁家威向立法、行政、司法權責機關爭取同性婚姻權，已逾30年，而自95年間立法委員蕭美琴等首度於立法院提出「同性婚姻法」草案迄今，歷經10餘年，尚未能完成與同性婚姻相關法案之立法程序，致同性別之二人，未能為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他

¹ 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〉，《月旦法學雜誌》，第264期，2017年5月，頁112。

² 陳愛娥，〈會台字第一二七七號聲請人臺北市政府及會台字第一二六七四號聲請人祁家威聲請解釋案：鑑定意見書〉，《月旦法學雜誌》，第264期，2017年5月，頁108。

性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵。

在上述前提下，本件大法官始作成解釋要求立法者應於二年內完成修法，以確保同性二人亦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。並指出如立法者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，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。

而上開並與指出之部分，實留下了另一個權力分立的難題，亦即倘若立法者真的逾期未完成法律修正或制定，將會發生大法官透過大法官解釋，取代立法者創造規範的事實上立法行為，而產生司法權侵奪立法權之疑慮。

【關鍵字】

婚姻自由、同性婚姻、平等權

【相關法條】

憲法第7條、第22條、第23條

民法第972條、第973條、第980條、第982條

【參考文獻】

1. 張文貞，〈會台字第一二七七號聲請人臺北市政府及會台字第一二六七四號聲請人祁家威聲請解釋案：鑑定意見書〉，《月旦法學雜誌》，第264期，2017年5月，頁85-99。
2. 陳愛娥，〈會台字第一二七七號聲請人臺北市政府及會台字第一二六七四號聲請人祁家威聲請解釋案：鑑定意見書〉，《月旦法學雜誌》，第264期，2017年5月，頁100-110。
3. 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〉，《月旦法學雜誌》，第264期，2017年5月，頁111-122。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！