

「憲法取向解釋」與跨國同婚

編目 | 憲法

主筆人 | 翔律師 (許翔甯)

一、前言

2019 年立法院三讀通過《司法院釋字第七四八號解釋施行法》(下稱 748 施行法)，因立法時並未一併修正涉外民事法律適用法相關規定，導致我國人民欲與同性別之外國人結婚時，必須限於該外國人之母國亦承認同婚者，方允許之。為此，同運先鋒祁家威再度披掛上陣，與馬來西亞僑生邱國榮赴戶政機關登記遭拒，經訴願未果，向台北高等行政法院起訴，請求判令戶政事務所作成允許其二人登記之處分。

對此，台北高等行政法院作成部分勝訴判決(北高行 108 訴 1805 號判決)，認定戶政機關拒絕登記之處分違法，並要求戶政機關應依法院見解作成處分。判決一出，雖未直接「創造」出我國第一對跨國同婚，卻是我國在跨國同婚上的里程碑，為後續的修法及倡議推波助瀾。北高行法官在本件中所運用的「憲法取向解釋」方法，不僅在實務運作上有其重要性，近年亦有國家考試以此為題。本文以下先為各位讀者說明「憲法取向解釋」之概念，再回頭介紹本案判決之見解及其價值。

二、憲法取向解釋

(一) 概說

所謂的憲法取向解釋，係要求法官在解釋法條構成要件時，應根據憲法保障基本權之精神作解釋¹。此乃基於憲法最高性及法秩序一制性法理而來。學者指出，為求國家法秩序之一致，不可能放任法官以一己主觀價值判斷，來解釋需要作價值補充的不確定法律概念，故應以憲法意旨引導法官為價值判斷，而這也就是在要求法官依照憲法意旨加以解釋法律²。

以下就刑事、民事及行政法院案件適用憲法取向解釋之情形加以舉例說明。

在刑事法領域，我們可以釋字 509 號解釋為例，該號解釋針對刑法第 310 條第 3 項前段：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」進行了擴張解釋認為：「係以指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之行為人，其言論內容與事實相符者為不罰之條件，並非謂行為人必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩……」換言之，大法官為了保護言論自由，避免人民動輒得咎，將本

¹ 許宗力，基本權利：第四講 基本權利對國家權力的拘束，月旦法學教室，7 期，2003，頁 91。

² 許宗力，司法權的運作與憲法——法官作為憲法之守護者，收錄於：法治的開拓與傳承——翁岳生教授的公法世界，1 版，元照，2009，頁 36。許宗力老師於此將之稱為「合乎憲法意旨的法律解釋」，但內涵與前述其大作中「憲法取向之解釋」相同。

來立法者所為「證明其為真實」要件擴張解釋，也及於「有相當理由確信其為真實者」，擴大免責事由的適用範圍。上述釋字中，大法官為了保障言論自由，而限縮誹謗罪的適用範圍，即為憲法取向解釋在刑事法上適用之適例³。

至於民事法領域，則與基本權第三人效力有關⁴。如同我們所知，基本權的第三人效力問題，主要係在討論處於私法關係中的一般私人相互間，得否主張基本權利，或者基本權利是否對其間關係發生拘束力的問題⁵。而其中多數見解採取所謂「間接效力說」。換言之，不承認私人之間可以直接適用憲法，而是要求個案法官在承審個案時，只能直接適用普通法律，只是在適用時應根據憲法基本權精神塞填私法的概括條款而已。而此一說法，其實即為憲法取向解釋原則，在私法領域的落實⁶。學者舉例，若有某甲抗議乙報報導不公，立場偏頗，發起退報運動，全民響應，以致於乙報社嚴重受損，故乙報便以民法第 184 條第 1 項後段：「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」請求損害賠償。此時，法官必須認定某甲發起抵制之行為，是否屬於「背於善良風俗之方法」，而欲為此一認定，自然必須在甲乙二人言論自由與財產權之間進行價值權衡⁷。學者指出，此時不能僅以比例原則加以審查，甲終究係私人，若以比例原則衡量，似乎強人所難，故針對此種基本權衝突，應該視其涉及之基本權種類與人性尊嚴、民主、法治等憲法基本價值的密切關係、杯葛動機、目的、手段等對於相衝突之基本權所構成的侵害強度與範圍等種種相關事實加以權衡⁸。

所謂行政法係具體的憲法，二者之概念多有共通，在行政法領域，自然亦有此一解釋方法之適用。例如：某大學於招生入學考試之試題，以「家庭是由一男一女、一夫一妻組成，這是社會與家庭的律。」加以命題，而遭教育部認定涉及性別歧視，對其開罰，而該校不服原處分，故起訴尋求救濟。本件爭議涉及行為時的性別平等教育法第 13 條本文規定：「學校之招生及就學許可不得有性別、性別特質、性別認同或性傾向之差別待遇。」而違反系爭規定者，依照同法第 36 條處 1 萬元以上 10 萬元以下罰鍰。承審法院認為：「釋字第 748 號解釋更已肯認民法婚姻章規定，未使相同性別二人得以結婚，顯非合理差別待遇，與憲法第 7 條平等權有違，這是明文肯定同性戀者可以依法結婚組成家庭。……前述憲法、人權法、性平法一再重申、強調性別多元的價值，禁止依性別認同、性傾向而作差別待遇。因此，系爭考題作為招生考題，就是在性別認同、性傾向之差別待遇⁹。」換言之，該判決係透過釋字 748 號解釋肯定同性婚姻之意旨加以詮釋何謂「以性別認同及性傾向為差別待遇」藉此肯定教育部之裁罰無誤。

³ 許宗力，前揭註 1，頁 91。批評者則認為，系爭解釋把客觀真實、絕對真實改為主觀真實與相對真實，扭曲立法者文義，並不足採。參見：廖元豪，適用上違憲與合憲性解釋，月旦法學教室，143 期，2014，頁 8。

⁴ 許宗力，前揭註 1，頁 92。

⁵ 許宗力，基本權利：第五講 基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9 期，2003，頁 64。

⁶ 許宗力，前揭註 5，頁 68。

⁷ 此一舉例，明顯係改編自德國聯邦憲法法院之「呂特案」。

⁸ 許宗力，前揭註 5，頁 69。

⁹ 北高行 108 簡上 110。

(二) 概念區辨

在理解憲法取向解釋之基本概念後，我們可以將其與「合憲性解釋」及「司法違憲審查」進行區辨。

1. 憲法取向解釋與合憲性解釋

「合憲性解釋」，是司法權在不違反立法者明示或默示之立法意旨前提下，於法律規範有多種文義解釋中，選擇合乎憲法要求的解釋，從而認定系爭法律合憲的一種解釋方式¹⁰。之所以承認這種解釋方法的原因在於：維護法安定性與權力分立原則。因此學者也強調，只有在使用不確定法律概念或違憲情形十分模糊的時候，才有適用此解釋方法之必要¹¹。

此一解釋方式為我國大法官廣為使用，例如：釋字 617 號解釋認為當時刑法 235 條第 1 項及第 2 項規定：「（第一項）散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者……（第二項）意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。」中所謂「猥褻物品」應區分硬蕊及軟蕊，系爭規定針對前者當有適用，然針對後者則視是否有安全隔絕措施而定¹²。蓋因「猥褻」二字本為極為不明確之法律概念，是以系爭規定之適用範圍亦相當廣泛，而大法官藉此一解釋，調整系爭規定文義，並限縮系爭規定適用範圍，以避免直接宣告系爭規定違憲，而製造法律空窗，且同時達成尊重立法者之目的，即為合憲性解釋之具體操作實踐¹³。

合憲性解釋與憲法取向解釋相當類似，均係以在內容上均把憲法意旨納入法律解釋。也有學者混用此二名詞¹⁴，惟亦有學者指出，合憲性解釋並非憲法取向解釋之次類型，二者仍然可分，因憲法取向解釋僅指涉法律之解釋應符合憲法，並沒有指涉解釋結論，故可能得出合憲或違憲之解釋。而合憲性解釋則係以「合憲」為其解釋結論¹⁵。

¹⁰ 李念祖，法官為司法審查的點石成金術——從釋字第 177、371、407 及 607 號解釋論審判中合憲性解釋之功能，月旦裁判時報，82 期，2019，頁 79。相同見解：陳新民，憲法學釋論，7 版，自版，2011，頁 757。而學者廖元豪則認為：「合憲性解釋，是指在法律文義有多種解釋可能的時候，選擇最符合憲法意旨，不至於侵犯人民權利或違反權力分立的解釋。」並未以「合憲結論」為其要件，似乎更接近前述許宗力教授對於「憲法取向解釋」之定義，而與李念祖教授及陳新民教授對於「合憲性解釋」的定義有所差，參見：廖元豪，前揭註 3，頁 8。

¹¹ 陳新民，前揭註 10，頁 757。

¹² 釋字 617 號解釋林子儀大法官部分不同意見書，頁 9，註 12。

¹³ 李念祖，前揭註 10，頁 85。

¹⁴ 釋字 523 號解釋王澤鑑、吳庚大法官部分不同意見書。「所謂符合憲法之法律解釋，指應依憲法之規範意旨及價值體系解釋法律，而於某項法律規定有多種解釋可能時，為避免該項法律被宣告為違憲，應採可導致其合憲之解釋，以維護法秩序之統一。此項合憲性解釋係以法律為對象，性質上屬法律體系解釋，在其具體化的過程中，須對憲法加以詮釋，一方面在於保全法律，以維護法秩序的安定，他方面亦在開展憲法，以實踐憲法的規範功能。」

¹⁵ 釋字 603 號解釋許玉秀大法官協同意見書，頁 47。

2. 憲法取向解釋與司法違憲審查

「司法違憲審查」，所指的係由司法權進行法律或命令是否違憲以及命令是否違法的審查¹⁶。而無論係大法官或個案承審法官，均為司法權之一部，均有實行違憲審查權之可能。

學者將個案承審法官與大法官之違憲審查權進行區分，認為個案承審法官僅有「初步違憲審查權」，而大法官則獨佔進一步宣告系爭法律「違憲」並且加以廢棄的違憲審查權¹⁷。針對我國大法官所為的違憲審查，為數眾多，應為讀者所熟悉，不再舉例說明。

而所謂個案承審法官之「初步違憲審查權」，係指法官於審判個案適用特定法律時，必須初步審查其是否合憲。若認其為合憲，個案承審法官自應適用系爭法規，惟於解釋時應為憲法取向之解釋；若認其違憲，則依據系爭法規性質屬於法律或命令，裁定停止訴訟而聲請釋憲或者直接拒絕適用¹⁸。

無論係憲法取向解釋與司法違憲審查，均為基本權對於司法權之拘束的體現¹⁹。惟司法違憲審查與憲法取向解釋，對於個案承審法官有「前後」關係²⁰，蓋因毋寧是先行使「初步違憲審查權」而確認了系爭法規「合憲」後，才有在適用上應作合於憲法意旨解釋之可能性。

(三) 小結

由上可知，憲法取向解釋係要求法官在解釋法條構成要件時，應根據憲法保障基本權之精神作解釋，係一種無論在普通法院與專業法院均有適用的解釋方法。而其與合憲性解釋有其類似性，均係以基本權之內涵加以解釋法規，惟前者並未直接指涉合憲或違憲之結論。其與司法違憲審查均係基本權利對於司法權之拘束，但對於個案法官有「前後」關係，必須先行使「初步違憲審查權」認定其合憲後，才有憲法取向解釋之適用。

三、本案爭點及法院見解

(一) 本案爭點

在理解憲法取向解釋後，我們接著看本案之爭點與法院見解。

本件戶政事務所之所以拒絕祈家威等之登記，係因其認為依據 748 施行法第 24 條第 2 項規定：「民法以外之其他法規關於夫妻、配偶、結婚或婚姻之規定，及配偶或夫妻關係所生之規定，於第二條關係準用之。但本法或其他法規另有規定者，不在此限。」及

【高點法律專班】

¹⁶ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法——權力分立，3 版，新學林，2016，頁 22。

¹⁷ 吳信華，憲法釋論，2 版，三民，2015，頁 699。學者楊子慧稱，此乃司法權內部對於護憲的分工，即無論係大法官掌理最終的解釋權，或是一般法院聲請違憲審查或者憲法取向解釋，皆在履行同為司法者維護憲法之任務。楊子慧，司法權護憲之制度性分工，收錄於：憲法訴訟（二），1 版，元照，2020，頁 123-133。

¹⁸ 讀者若有興趣可以參考 107 年律師考題第 1 大題的第 1 小題及第 2 小題，尤其是當年度的評分要點，即可明瞭二者差異。

¹⁹ 許宗力，前揭註 1，頁 91。

²⁰ 吳信華，前揭註 17，頁 700。

涉外民事法律適用法第 46 條規定：「婚姻之成立，依各該當事人之本國法。但結婚之方式依當事人一方之本國法或依舉行地法者，亦為有效。」是以，相同性別之二人欲依照 748 施行法成立第 2 條關係時，若其中一方為外國人者，必須要該外國人之母國法亦有同性婚姻制度，我國法方承認之。

原告等於其主張中，雖未指明所欲適用之具體規定，但主張：「系爭施行法所指同婚登記，已成為我國法律秩序一部分，針對一方為外國人、一方為本國人之同性婚姻應同樣准予登記此屬於我國公共秩序的一部分，被告自應依原告 2 人之系爭申請，准予辦理系爭施行法第 2 條同婚關係之登記。」顯係欲主張涉外民事法律適用法第 8 條規定：「依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。」藉此請求法院排除適用不承認同性婚姻之馬來西亞法律，而逕依我國法律准許二人登記²¹。

因此，本件爭點即係「外國法不允許同婚，是否違反我國公共秩序或善良風俗，法院得以拒絕適用，而逕依我國法允許登記結婚？」。

(二) 法院見解

台北高等行政法院於本案中指出：「就我國公共秩序亦即國家法律秩序而言，司法院釋字第 748 號解釋文業已確立在我國之婚姻規定，『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』，解釋理由並進一步揭示『是否結婚』暨『與何人結婚』之自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，此在我國法律秩序核屬憲法第 22 條應保障的重要基本權，此保障於同性性傾向者與異性性傾向者間，且應無二致，對於法律規定的婚姻制度，復經指明並不以繁衍後代為不可或缺之要素，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，顯非合理之差別待遇，業已清楚指明在我國法律秩序下，就同婚關係應具備的規制待遇；而後續系爭施行法之制定，更已進一步具體化同婚關係在我國可依法成立的法律內涵，司法院釋字第 748 號解釋所確立的前開法律秩序基本原則，並已透過立法權行使所代表的民主正當性，明確納入而成為我國現行法律秩序之一部分，已無疑義。……司法院亦已擬具涉民法第 46 條規定修正草案（目前草案內容係增列但書：『但適用當事人一方之本國法，因性別關係致使無法成立，而他方為中華民國國民者，依中華民國法律。』本院卷第 277 至 279 頁），雖然前述草案尚待立法討論通過，但仍足以證明我國法律秩序之基本原則，現下確已存在不得否定同性性傾向 2 人間者為經營共同生活

²¹ 此一主張在另案中亦被提及，「許秀雯庭外受訪表示，律師團希望以涉外民事法律適用法第 8 條排除第 46 條規定，因為涉民法適用外國法，但適用結果違反台灣公序良俗，可以排除外國法適用，在狀紙裡援引許多實務上見解及外國相關判決給法院參考。如果本案勝訴的話，相信也會促成政府改革的腳步。」參見，中央社，台星同志婚登記遭拒案 律師請求法官聲請釋憲，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202006090294.aspx>，最後瀏覽日：2021/04/21。

之目的，應能成立具有親密性及排他性永久結合關係之規制待遇，此應構成我國公共秩序之一部分，堪以認定。」

本件審理法院在詮釋我國「公共秩序」時，認為釋字 748 號解釋肯定相同性別之二人成立具有親密性及排他性之永久結合關係，乃我國憲法第 22 條保障婚姻自由所保障之範圍，此一基本權決定構成公共秩序之一種，藉此認定未承認同性婚的馬來西亞法律，違反我國公共秩序，而得以拒絕適用之。

惟，本件並未作成全部勝訴判決，法院以原告邱國榮並未提出是否為單一配偶而無重婚之證明，而認定事實有待調查，尚難逕自准許其所請處分，駁回此一部分聲請。

(三) 判決簡評

本案判決雖然未直接「創造」出第一對「跨國同婚配偶」，但應肯定承審法官的見識與勇氣。同婚議題在台灣的發展，道阻且長。尤其是在 2017 年至 2018 年間因憲法法庭言詞辯論與公投推動捲起千堆雪，幾經波折。終於本國籍同性配偶獲得保障，但卻將跨國同婚配偶遺落在外，不無遺憾。而本件承審法官願以憲法基本權價值，認定「承認同性婚姻，為我國公共秩序之一部」，在個案上落實憲法價值的同時，也為修法以通案承認跨國同婚一事，搖旗助威，實質肯定。

四、結論

落實憲法基本權保障，並非僅專屬於大法官之任務，而係應由所有國家公權力共同為之，個案承審法官更係如此。憲法取向解釋同時係司法權受基本權利拘束的體現，也是個案承審法官維護憲法的最佳手段之一。聲請大法官解釋曠日費時，依照現行實務運作，自聲請到作成解釋均需數年之久。多數個案當事人起訴目的並非獲得維護憲法價值之桂冠，而係維護自己權利。若是個案承審法官及律師，能夠掌握及適用此一解釋方式，必然能使個案當事人更快也更即時的獲得憲法保障。

當我們國家的法律制度已經承認，愛不分性別，則更應該承認愛不分國籍。我國籍人民以相同性別之外國人為伴侶者，對於與另一半偕老終身並且受到法律保障的渴望，和每一個想要成婚的國民均無不同。而這樣的權利，也應該受到憲法與法律的保障。由於修法曠日費時，北高行此舉，無疑是在立法者不作為下，行使維護憲法價值任務的當然之理。而此一小步，實為我國跨國同婚推動的一大步。期盼跨國同志們，在不久的將來，能夠受到我國法律普遍的保障，而終成眷屬。