

# 憲政叢林下的婚姻平權

邱子安<sup>1</sup>

獨立研究者

## 摘要

婚姻平權是當前同志運動最重要的訴求，特別是在釋字 748 號後。藉同性接近使用婚姻制度的主張與人權論述扣合在一起，同婚運動不僅主張形式上與異性套用一樣的制度，甚至發動「作伙守護釋字 748」<sup>2</sup>的運動，用訴訟撤銷對手陣營的公民投票。

在釋憲發展上，婚姻不僅是基本權，而是基於「制度性保障」。這是一種德國法上的學說，與基督宗教中婚家制度特殊社會意義的理念有關，有維護固有承襲傳統制度的意義，並發揮維護基本倫理秩序的功能。因為這個學說所引發的解釋問題，憲法上的婚家制度核心領域並不精確，憲法上的婚家制度可謂是憲政怪獸，同婚運動要在宛如叢林的憲政秩序中達到社會運動的目標，有許多機會與挑戰。

本文聚焦婚家制度性保障的憲法學說與台灣釋憲實務的繼受，並且簡單評價在此背景下，同婚運動的機會與挑戰何在。最後指出只要同婚運動堅持婚姻制度維護基本倫理秩序的面向，婚姻平權就能成功。

## 關鍵字

基本權、制度性保障、婚姻平權、立法形成自由

---

1 感謝友人葉明叡鼓勵我投稿本刊本期人權現場之主題，並時常與我討論。

2 見台灣伴侶推動聯盟 (2018a)。

## 壹、憲法文義解釋與歷史解釋

就文義解釋、歷史解釋而言，我國憲法與憲法增修條文均無「婚姻」、「家庭」之用語。

在憲法本文，沒有婚姻用語並非疏漏，而是有意為之。呂曉道代表等 58 人曾在制憲國民大會提案第 187 號，憲法權利義務章增定「婚姻應基於男女當事人之自由意旨而成立，夫妻應互相維護其平等權益。（第 1 項）結婚離婚財產繼承及戶籍法令，應根據維護個人之尊嚴，與平等原則而制定之。（第 2 項）」（國民大會秘書處，1065），但一讀即未獲採納（國民大會秘書處，423-433）。另外馬俊超代表等 543 人之提案第 99 號（國民大會秘書處，925-927），提出 9 個與社會安全相關的提案並成為現行憲法本文諸條，其中現行 155 條<sup>3</sup> 參照提案理由中有「…德國韋馬憲法…其第一百十九條至第一百二十二條並將婚姻家族及母性與兒童，認為社會安全之重要對象。…」可知制憲者明知外國立法例包含婚姻與家族，但在起草條文時就不予納入有意排除。從憲法本文的制憲史料看來，制憲者刻意拒絕以憲法規範婚家相關制度。

憲法增修條文亦未提及婚家，是否可從現行第 10 條第 6 項的消除性別歧視條款<sup>4</sup> 推論？本條文當初之立法理由為「憲法有關人民權利之規定，並無性別之差異，且對婦女之參政、勞動、福利亦有特別之保障，但婦女在現實社會中尚未完全享有實質之平等」，而國大代表李念祖則指出這個條文是課予行政、立法機關積極消除性別歧視的義務，不只是公權力消極避免而已（陳昭如，2012：68）。從此可知是從女性個別社會處境出發，也不能將其視為婚家制度的憲法規範。

## 貳、德國基本法對婚家之制度性保障

文本上我國憲法沒有婚家制度，但釋憲文屢屢指陳，並運用「制度性保障」的學理用語。這是德國法上的學說，應先從彼邦之理解著手。

3 「國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施婦女兒童福利政策。」提案與最終通過之條文均相同。

4 「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」

德國基本法第 6 條第 1 項規定：「婚姻與家庭應受國家秩序之特別保護。」這與基督教文化洗禮下，認為婚家制度視有特殊意義有關（戴瑀如，2008：8）。此處之家庭是家戶團體（Hausgemeinschaft）所需的父母及子女，是核心家庭而非傳統大家庭。本條在學理上有三個面向：自由權的面向確保個人有締結婚姻並決定婚姻生活模式的權利；制度保障面向確保婚姻乃受憲法保障之核心領域，不受立法者侵犯改變；價值決定面向則禁止國家歧視婚姻，課予公權力保護扶助的義務。且德國憲法學界長久以來普遍認為制度保障之核心領域，須從歷史與文化脈絡理解，其實質核心當然包含「一男一女」、「一夫一妻」、「基於長久共同生活之目的而組成」等要素（黃舒芃，2014，89-90；程明修，2009：337-339）。本條並且保障其他類型家庭，諸如單親家庭、繼父母養子女關係、非婚生子女關係等（鍾秉正，2005：12）。學說上第三個面向認為這是一種基本價值決定，藉綿延不斷有身心健康、具備良好能力的新血注入國家此一政治社群，是確保國家穩定存續的國家要素之一，該條內容如婚姻、家庭、父母的兒童教養權利義務、非婚生子女社會地位……皆以兒童福利為中心，以確保國家未來存續，此種家庭型態提供之安全感、緊密歸屬感對個人人格健全發展深具意義（陳靜慧，2010：10-11；陳淑芳，2018：34-35）。此處尚有一憲法問題，國家對一夫一妻婚姻制度之制度性保障課予國家積極採取措施並以給付行政扶助的義務，則國家是否有「保持距離誡命」（Abstandsgebot），應該要給異性婚姻優於非婚伴侶的待遇？德國對《同性生活伴侶法》判斷合憲的憲法法院判決，認為要保護婚姻制度的競爭力，不能比其他結合形式較差，但等同則不會違憲（陳靜慧，2010：17-20；黃舒芃，2014，91）。

### 參、我國憲法上的婚家制度性保障與學者評述

我國憲法解釋實務從釋字 552 開始明確使用「制度性保障」（Einrichtungsgarantie），之後提及者包含釋字 554、692 與 712。

釋字 552 提出婚姻係維護配偶間人格倫理關係、實現男女平等、維護社會秩序，而應受憲法保障，釋字 554 更直接以一夫一妻制度受憲法保障為前提，

將其與制度性保障結合，成為憲法上婚姻的限制，並且在之後解釋延續。<sup>5</sup> 釋憲實務在建構婚家的制度性保障時，未具體引用憲法條文，而分為主觀與客觀兩個面向提出支持的論據，主觀方面是「婚姻與家庭植基於人格自由」，客觀方面則是「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎」。主觀與客觀兩方面有所結合，大法官認為某種婚姻家庭之下的人際連結對個人人格自主來說不可或缺，且個人倚賴這種人際連結的扶持可以擴張成為社會發展之基礎。<sup>6</sup>

學者蔡維音指出制度保障的論證分為兩個面向。一個面向是注重時間存續中的法制傳統（而非基本權），這種保障模式推論出來的是家庭制度的固定化，是基於生活秩序安定對無謂變化的對抗，但也有可能維護既有的父權規範；另一個面向則是基本權的制度功能，認為孤立個人在社會上很難生存，需要家庭提供個人心理上、經濟上、教育上的重要支援，憲法對其保障目的在維繫家庭制度完整運作（蔡維音，2008：140-141）。

有研究者認為，大法官不具理由將制度性保障當作婚姻的憲法權利面向，有推論過快、直接引用德國法之虞（林佳儀，2012：166）。李建良（2014：40-41）則直指，「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」可以當作常識，作為規範語句則有待商榷，如此推論下教喻、禮俗、倫理、道德，均可能受憲法制度性保障，且無論憲法保障自由、權利或制度，均需在憲法中找到規定根據或規範連結，婚家之憲法依據何在？釋字 712 把人性尊嚴或個人主體性、人格發展與制度保障扣合，問題是人類基於特定生活需求及人格發展驅動而創造各種制度，並不是制度反過來創造人類，縱使婚家是普世可見之社會制度，內涵卻可能截然不同，人性尊嚴或人的主體性如何作為婚家制度的要素？是先有了人格才有家庭制度，還是家庭成就了人格自由？楊智傑（2004：6-9）更是直指憲法上沒有寫要保障婚姻制度，真正的原因應該還是大法官受德國憲法學嚴重影響，大法官提出了維護人格秩序和男女平等，不過維護人格秩序可以視為立法者立法納入的社會秩序與公共利益，是受憲法審查的

5 我國憲法解釋中提及婚姻者之整理，請參考林佳儀（2012：141-150）。

6 釋字 554 稱：「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。」釋字 712 號：「家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。」

客體而非憲法層次的制度；婚姻是否可以促成男女平等也是個疑問，至少有一半應該要倚賴提升女性的經濟地位；另外，即婚姻制度的內容何者是受憲法保障、何者又屬立法形成範圍而需受比例原則或平等原則審查，標準太過恣意。<sup>7</sup>

#### 肆、釋字 748 與學者評述

釋字 748 指出：「…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，<sup>8</sup> 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。」正面定義婚姻自由。這跟過去見解雷同，只是文字更加直接。

文字上沒有提及，釋字 748 卻需以承認制度性保障為前提才能做成。理由書第 16 段提及民法婚姻章有關自然生育子女以及基本倫理秩序兩項功能得否作為限制同性結合婚姻自由的合理差別待遇，看似是對法律層次（而非憲法）的制度功能是否差別待遇合理審查，但其實這兩個功能就是釋字 554 所述一夫一妻婚姻制度的社會性功能，法律層次的民法制度功能無法阻止大法官的肯認，<sup>9</sup> 正是因為這些功能是憲法保障（而非僅為法律層次）才需要做此審查。<sup>10</sup> 詳言之，第 16 段關於自然生育子女的文字，不是針對《民法》的立法目的所作詮釋，因為理由書說：「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。」，可見大法官根本不認為自

7 不過楊智傑在此引用的是釋字第 552 號的說法，之後人格秩序、男女平等等因素就變成不是憲法上保障婚姻制度的原因，而變成了婚姻制度的（社會性）功能。

8 其實，一只橡皮擦或一瓶礦泉水對同性戀者與異性戀者而言，生理和心理上的「不可或缺性」也是「並無二致」，此處大法官不無玩弄修辭技巧以抬升單偶生活方式對人格健全重要性。

9 何況理由書本段中大法官詮釋的結果是民法中的婚姻規定並未將繁衍後代當作立法功能考量，參照本段末所進行平等權審查，如果立法者根本沒有把此點當作著眼的功能，則立法者所為的差別待遇根本不存在，這段幹嘛提及？頂多置於旁論（第 17、18 段）。惟將過去制度性保障的見解放入脈絡中，就可以理解本段是大法官在廢除憲法保障婚姻制度中繁衍後代作為其社會性的功能。

10 有學者評述本號解釋，點出大法官沒有質問民法未使同性結婚所維護的社會秩序為何，只是一味的強調承認同性的婚姻自由不會影響異性婚姻的秩序，因而未審查民法未肯認同性婚姻的合憲性；這是因為論者不願承認釋字 748 理由書第 13 段與第 16 段並非在評價民法規範，而是在評價憲法婚姻制度性保障下的規範，以上請參考黃舒梵（2018：24-26）。

然生育子女是立法者的意思，但釋憲職權不是解釋憲法就是解釋法令，既然一方面立法者本無自然生育子女之考量，另一方面婚姻自由既被定義成共同生活結合的權利，並無分同性異性，則本段若不是在排除憲法上婚姻制度是否應考慮自然生育子女，便別無解釋。更明顯的是第 13 段：「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。」大法官擺明知道同性別之婚姻自由並非現在法律所規範的秩序，但仍然認為肯認可以有助社會秩序，本段關於承認同性婚姻不影響異性婚姻訂婚、結婚、婚姻普通效力、財產制及離婚等規定，還可勉強解為現行法的解釋，但其後所稱此處的「穩定社會之磐石（按：即社會秩序的抽換詞面）」，除了憲法層次所規範的社會秩序外，別無他解，而這一社會秩序的具體內容，就是從制度性保障推論而來。在黃虹霓大法官部分不同意見書中<sup>11</sup>指出同性二人永久結合，可以負擔傳統異性戀婚姻功能之一——相互扶持減低國家照顧負擔，因而應受制度性保障，就可以看得更清楚。

制度性保障的核心領域不能被立法者任意廢除，但釋憲者卻自己把過去闡述婚姻制度的社會性功能之一的養育子女，透過新的解釋廢除，<sup>12</sup>也因此顏厥安（2017：62-63）儘管自陳「支持婚姻平權」，仍認為釋字 748 嚴重破壞法釋義學，用「反歧視論」偷渡「制度論」的問題，無視過去解釋一再強調婚姻是一夫一妻，只用原因事實這個模糊的理由，當作以前的解釋從沒提過一夫一妻，況且制度論的問題應該有高度評價一致性，釋字 748 沒有嚴謹處理評價體系一致化的挑戰。

憲法上的婚姻規範，究竟要偏向個人自由還是制度功能？這是同婚憲法議題重要的分歧點（陳愛娥，2017：10-11）。陳淑芳（2018：37-41）認為制度主義的婚姻觀強調傳統當中異性婚姻繁衍養育子女乃至厚植國力的功能，除去這些功能，婚姻享受特別保障與優惠則失其正當性；而個人主義之婚姻觀則隨社會變遷，不再認為繁衍子女充實國家人口是其當然任務，而婚姻制度要求憲法保障的正當性，在於共營永久生活穩定身心靈，減輕國家照顧負擔而能穩定

11 頁 5。

12 林更盛（2017：42-43）就如此批評，生動地說「立法者做不到的，大法官卻做到了！」。

社會。

釋憲實務發展至此，我國法制上的「婚姻」有三個層次：憲法保障二人共營生活的婚姻自由；受制度性保障的婚姻（家庭）制度，其核心領域不容立法者廢除；法律層次所規範的婚姻，主要是《民法》婚姻章及相關的法規。

## 伍、變動中的婚家制度性保障

從上述德國法學理以及釋憲實務的變遷，吾人可知制憲者不欲規範婚姻，而是倚賴大法官進口德國法見解。對釋字 748 抨擊最力者，莫過於批評其忽略、遺忘了過去的制度性保障見解（林更盛，2017：42-43；顏厥安，2017：62-63；陳淑芳：2018：32-33），李建良（2018：10-11）更指出，基本學釋義有自生與再製的特性，係以一定的體系思考並考量過去見解的方式加以續造，尤其當問題不只有防禦權功能，而涉及程序基本權、保護基本權、制度基本權等面向時，因為會與法制相互交錯而不是孤立存在，因此更需要一套統整的思維方法。惟本文主張，釋字 748 或許變更制度性保障的內容，但絕無放棄此見解，更可以說一定要沿襲此見解才做得出解釋。論據有三：第一，本文前段對釋字 748 第 13、第 16 段的分析，解釋係以制度性保障為前理解（Vorstehen）下作成；第二，釋字 748 將婚姻自由定義成親密、永久、排他的共同生活二人結合，僅從此定義就發現婚姻自由沒有辦法純由基本權古典的防禦權功能實現，而需特定法律制度配合，「親密」涉及共同生活方式的安排（可能牽涉日常生活家務代理、同居義務），「永久」使得結合雙方不能自由議定關係的期限，要做到這點在法治國家需要以法律限制契約自由和意思自由，「排他」更涉及他人權利的限制，再配合第 13 段所稱法律承認、第 17 段：「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。」均可知道婚姻自由保障的是進入一種法律制度，而憲法對立法者創設此制度更有一定標準；第三，依據釋字 185，大法官解釋有拘束全國各機關及人民的效力，任何人認為欲排除解釋效力，制度上除了由大法官補充解釋外，別無其他機制（吳庚、陳淳文，2016：743-744；法治斌、董保城，2005：98）。釋字 748 述及釋字

552、554、647 等與制度性保障見解有關的解釋，而沒有如通例使用某號解釋應予變更的文字，那就應該認為過去那些有關制度性保障的解釋還是有效的，若是未來有人民（特別是同性結合）主張釋字 569 的保障排除配偶通姦的自由權利、釋字 696 的排除特定行政措施對婚姻的歧視，大法官從何尋找說理基礎來拒絕這種憲法上權利的主張？由此可見雖然釋字 748 無一字提到制度性保障，但這頂多只能說是運用文字的藝術（政治藝術？），從妥當可靠的法釋義出發，卻無法否認過去制度性保障見解的有效性，也須承認釋字 748 對此加以沿襲。

婚家制度保障的見解，其文化思想淵源自基督宗教的論述，內涵則係保守固有制度，同婚團體以此為基礎爭取社會改革，可謂禍福難料。如今雖各方陣營對憲法上婚姻制度的理解各有不同，但宗教與同婚陣營間共同維護這個基督宗教的思想遺產，不能不說蔚為奇觀。過去實務對婚家制度性保障的見解，基本上是建立在對非異性戀配偶生活方式的偏見，<sup>13</sup> 認為非與異性終生連理，人格發展不健全；釋字 748 則「放寬」成對單偶制（非單身、非多偶）以外生活方式的偏見，<sup>14</sup> 認為沒有二人永久結合，人格就有殘缺。

認為單偶關係對人格不可或缺，其實是放寬認定基本權的標準。委實來說，同婚議題沒有那麼多基本權（人權）的成分，更大的部分是受文化、社會理想承認與否的問題。<sup>15</sup>

許多意識到憲法上婚家制度性保障的學術文獻（李震山，2004：81-87；

13 不過在一夫一妻婚姻受憲法制度性保障見解的時期，如果放大婚姻厚植國家人口的公益面向，也就是我國釋憲實務屢屢提及的婚家為社會形成與發展的基礎，則近用婚姻制度的權利根本是附帶的，本質上婚姻制度是一種「增產報國」的負擔、義務，婚姻制度是對國家人口政策不可或缺，個人生活的扶持則無關宏旨。

14 李惠宗在釋字 748 的鑑定書就指出，不設立同性婚姻制度，不會使同性戀陷入他人權利客體，任由他人予取予求，同性戀者仍可保有在多元社會體制下自我發展的機會，並不違反憲法對人性尊嚴的保障。請參考李惠宗（2017：62）。

15 李惠宗（2017：64）就認為至於「純粹事實效應」不應該納入違憲審查，也就是說承認同性婚姻法制會不會提升同性戀族群的道德地位，不應該是司法決定能改變，不是違憲審查的標的；卡維波（2015，63-65）將之稱為「剩餘認可」，指出平權論者不僅是主張同性婚姻符合婚姻制度的價值或意義，還額外多餘地認可了同性戀的正面價值或正當性，也就是要求基督徒不只在行為上不歧視同性戀，內心也要承認同性戀的正面價值；卡維波（2017：24-26）也另外指出立專法成為同婚派次要的選擇，重要的原因之一在於同婚派需要婚姻制度傳統上神聖性的認可意義，國家立法並不能憑空創造認可，而還是要借用社會既有婚姻傳統。

林佳儀，2012：167-171；黃舒芃，2014，107-112），均採一種論述途徑，認為當代婚姻意義變動不已，不必固守在一夫一妻，因此司法可以放寬婚姻的定義，從而變遷為不論性別的單偶制，藉以用憲法承認同婚。看似完美，但制度性保障本來是用來固守承襲而來的傳統，而且參考德國法見解與歷來「婚姻家庭為社會形成與發展之基礎」的釋憲例稿，我國釋憲實務其實也將厚植國力的功能視為重要的論理基礎，<sup>16</sup> 如果拆除了這個基礎，就算憲法婚家制度尚存，至少內容會有大幅度的轉變。更直接地說，這種用社會變遷挑戰憲法婚家制度的見解，造成的不是「變更」，而是「消解」婚家的制度性保障。想爭取憲法上的婚家相關權利，就勢必先承認憲法上有婚家規範，採取此種立場，又不想被制度性保障的見解（尤其是其中基本倫理秩序的部分）拘束，實難以想像。

## 陸、憲政叢林下婚姻平權運動的機會與挑戰

本來制度性保障固守傳統的意涵，在大法官操作下不僵固某種特定傳統，創造出偌大迴旋空間，導致我國憲法的婚家容納得下父權、基督宗教、同志運動等文化影響，宛如一隻不受控制的憲政怪獸（邱子安，2018a）。同婚運動想要馴化這隻怪獸，在蠻荒的叢林下建立新的憲政秩序與性別道德，然而在奮戰對抗固有婚家制度見解的同時，這隻憲政怪獸早已被挖出心臟、斷其四肢，橫死在叢林之中，成為考古研究的材料，哪裡還有力量當作同婚運動的新武器？

這本來未必是一個問題，因為婚姻自由與婚姻制度或可脫鉤處理，主觀自由權利可以貫穿規範權利義務的制度，但並不一定要是同一套制度。然而，如今不但如上述，實務見解其實是將同性結合的婚姻自由置於婚家制度性保障之下立論，且同婚運動自己所採「專法歧視」的立場，<sup>17</sup> 也導致運動不會走向其

16 另外一個基礎則是二人共營生活對人格健全的重要性。

17 台灣伴侶權益推動聯盟網站指出：「…區隔的目的，是為了讓異性戀繼續享有正統地位，而同性戀只能是一種特殊化的存在。」，反對專法甚嚴，見台灣伴侶權益推動聯盟（2018b）；法操司想傳媒（2018）則以法理學上特別法與普通法區分的觀點，進而認為釋字 748 和同婚團體均未主張同性進用婚姻需要特別保障或限制，因而不該制定特別法，這個觀點將專法與特別法畫上等號；劉珞亦（2017）也用類似觀點，並且指出既然釋字 748 已經闡明同性異性的婚姻自由不應有差別待遇，則專法應該會違憲。

不過劉珞亦的說法有個明顯的盲點，就是釋字 748（理由書第 17、18 段）的效力只及於配偶之間

他方向。運動者過去採取多元的法律制度爭取同性結合權益，意即昔日的「婚姻制度、伴侶制度、多人家屬制度」，台灣伴侶權益推動聯盟（2011）修法說帖指出伴侶制度與婚姻平權間並無孰優孰劣，不過此點在釋字 748 後顯然已經改絃更張。女性主義法學者陳昭如就曾在模擬憲法法院（2014）的協同意見書中嘆謂，模擬憲法法庭的多數意見為了達成承認同性婚姻的結論，錯過檢討制度性保障見解的機會。目前運動者放棄多元形式爭取權益，滿足多種不同家庭與生活形式的需求，而只能執著於婚姻制度的發展，可以說學者早已不幸言中。釋憲實務對婚姻自由平等保障，並且納入婚家制度的現況，就運動的目標與輸贏而言，究竟是有利還是不利？更直接地來說，專法違憲嗎？法律對同性結合與婚姻制度有關的權利義務，<sup>18</sup> 究竟有沒有與異性結合差別對待的空間？

這不是容易三言兩語簡單回答的問題。固然婚姻自由平等保障，惟婚家制度的精確內涵在釋憲實務上一直語焉不詳。對同婚運動而言，有值得樂觀的理由，尤其是收養與人工生殖。釋字 647 理由書曾指出：「至鑒於上開伴侶與……婚姻關係……之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在「無損於婚姻制度」或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障，併此指明。（底線為筆者所加）」如今釋憲實務的發展，同性結合得以近用憲法上的婚姻制度，<sup>19</sup> 也就是說其他制度反而不能危害、損及婚姻制度，同、異性近用的憲法婚姻制度有某種程度的正統性，可以排除其他法律的威脅。另外釋字 712 從婚家庭制度性保障推論出收養自由，<sup>20</sup> 如今同、異性結合一樣近用憲法婚家制度，難以想像異性結合有收養自由而同性結合沒有，所以在收養制度的議題上，雖非配偶間的權利（而涉及了養子女），但有很大的機會憲法要求同、異性結合在收養制度的立法形成空間上需要「同進退」，至少立法者如果給予差別待遇，需要充足的

---

的權利義務，所以配偶之外的權利義務（例如因婚姻關係而衍生與國家機關的權利義務）就不在此限，這也是沒有釐清憲法上婚姻自由與婚家制度層次不同，而產生的論述問題。

18 而不是配偶間的權利義務。

19 原本陳愛娥（2017：13）在釋字 748 鑑定書的意見，反而是讓同性結合可以進入釋字 647 所指出的類似配偶關係，而維持（異性）婚姻內涵不變。

20 「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障…。家庭制度…乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。而收養為我國家庭制度之一環…。是人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之人格自由發展，應受憲法第二十二條所保障。」

說理。另外，釋憲雖然還未曾出現人工生殖的議題，不過上述釋字 712 係以「……收養……係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。」此似凡涉創造親子關係，都有此功能，人工生殖法目前規定有不孕症的夫妻才能進用此制度，<sup>21</sup> 如果類比上述收養自由的論理，同性結合不能自然產生後代，限制同性結合也需不孕才能人工生殖，就可能有過度限制基本權的問題；也就是說基於傳承後代對身心發展人格形塑的功能，人工生殖可能不只是法律制度，而是憲法家庭制度一環中的自由，釋憲實務未來承認「人工生殖自由」並非不可想像。

至於不容樂觀者，則是出於憲法婚家制度相關釋憲見解歷來並不精確，因此何者為核心領域（Kernbereich）或本質內涵（Wesensgehalt）不得廢除並不明顯。如上所述，釋字 748 否認了歷來婚姻有繁衍後代功能的見解，<sup>22</sup> 所以這不再是憲法保障而不容立法者加以廢除的制度內涵，據此可導出，法律層次中有關父母子女等親子關係的規範存有立法形成自由，那麼基於正當原因對異、同性結合間差別立法，至少就憲法上的婚家制度內涵來審查應屬合憲。

如果從憲法上的婚姻制度出發，公民投票第 10 案<sup>23</sup> 與第 12 案<sup>24</sup> 是要決定

21 《人工生殖法》第 12 條：「夫妻符合下列各款情形者，醫療機構始得為其實施人工生殖：……二、夫妻一方經診斷罹患不孕症，或罹患主管機關公告之重大遺傳性疾病，經由自然生育顯有生育異常子女之虞。」

22 釋字 748 將繁衍後代移除出婚姻的社會性功能，其實跟釋字 712 不無矛盾。不過這也可以理解成收養自由是基於憲法上對家庭制度的保障，而非對婚姻，這樣的發展也可能是正面的，因為如此一來，單身者想要養育後代的願望，也必須受憲法保障。

23 全國性公民投票案第 10 案理由書：「…（二）本公投案不排除同性二人依其他法律規定行使是字第 748 號解釋所稱之『婚姻自由』- 亦即『同性二人得未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』。

…

（四）…民法所規範的婚姻為社會形成與發展之基礎，乃一種受憲法制度性保障之制度。其核心內涵之變更，涉及整個社會及文化價值觀之變動，應經由全國民眾透過『公民投票創制立法原則』之直接民主程序決定。」

24 全國性公民投票案第 12 案理由書：「…（二）本公投案意指係保障相同性別二人成立親密性及排他性之永久結合關係：

1. 同性別二人永久結合權益宜另以他法保障之：

異性間的結合，多入人能自然生育子女，…『異性婚姻』與『同性結合』在生理、心理與社會理解上仍有諸多不同。…可知我國民法婚姻制度之設計，所考量者均為異性婚姻所衍生之權利義務關係…」

婚姻制度，而非婚姻自由，第 10 案通過比較可能發生的效力是如何認定婚生子女、是否成立重婚罪、助人工作者能否介入同性結合的生活、年金請領資格……等等非配偶間權益的關係（邱子安，2018b），第 12 案就主文觀之更只是重複釋字 748 早已包含的專法形式，實質權益如何也未特定化。從釋憲實務上婚姻制度不容廢除核心領域的不精密性來說，沒有甚麼不可以被民主多數決定的理由。

### 柒、結論：促進基本倫理秩序的婚姻平權運動

婚家受憲法制度性保障的見解，使大法官介入了傳統、歷史、文化這一類的問題，也讓同婚運動只要絕對堅持永久、排他的單偶，對人的生理、心理、人格健全而言不可或缺，用文化社會理想來介入基本權的問題，<sup>25</sup> 婚姻平權的成功就指日可待。不僅如此，這個憲政文化建設的工程，還可以排除通姦、多 P、濫交、有性傳染病卻仍然要破壞基本倫理，經營親密關係的非人類，不承認他們有基本權；就此而言，宗教與同婚陣營對基本倫理秩序內容理解容有不同，但維護承襲傳統的決心同樣強烈，雙方對憲法婚家制度所維護的基本倫理秩序均良有助益。

---

25 在我們生活世界習以為常的終生單偶親密關係，其實是特定社會條件下的文化理念。例如：Beck and Beck-Gernsheim (80-84, 47) 指出當前個人與傳統紐帶中解放，而失去這類社會結合所提供的個人支持與安全感，而產生失落，這使家庭領域從過去工作分工變成分享感情的伴侶，而成為外在世界的避風港，而各種社會外在的制度與條件又均依據一夫一妻核心家庭做設計；甯應斌、何春蕤 (2012: 174-179、183-185) 引用 Christopher Lasch 的分析，指出因為「再生產的社會化」，因此家庭的掌權者從父親權威落入各式各樣助人專業的話語——這是說因為資本主義帶來的生產社會化，生產從家庭移出而移入工廠，而產生各種現代社會科學知識來管理經濟生產，這種社會科學的權威也引發了新形態的社會控制，諸如社工、育兒知識、兒科醫生等，而這些新出現的專業則侵入私人領域或家庭（也就是「再生產」）——伴隨著再生產的社會化，也出現了家庭開始被視為私人領域的意識形態變化，公共（工作與政治）生活與家庭私人領域的分離，導致家庭在情感上擔負可愛、溫暖的避風港功能，各種助人專業宣揚的平等意識形態，幫助家庭中的弱勢（妻子女兒）鬥爭父權，也塑造女性理想家庭生活的形象，讓女性成為可以分享丈夫快樂痛苦的平等伴侶，而非幫傭，也使得女性要保衛家庭，積極發起道德淨化運動，藉以獨佔家庭的情感陪伴功能；李根芳 (2012: 49-52) 研究台灣兩性暢銷書籍，指出這類書籍的定位是以中產階級價值觀為核心，以自律、改善自我為出發點以經營符合資產主義生產關係的親密關係，並有掩蓋社會結構、社會階級、資源分配不均、性別分工不平等的傾向，把公領域問題轉化成私領域。

## 參考資料

- Ulrich Beck and Elisabeth Beck-Gernsheim 著，蘇峰山、魏書娥、陳雅馨譯。2014。《愛情的正常性混亂》。新北市：立緒文化。
- 卡維波。2015。〈為何同性戀平等不是同婚的有效理由？兼論剩餘認可〉。《應用倫理評論》58：57-68。
- \_\_\_\_\_。2017。〈同性婚姻不是同性戀婚姻〉。《應運倫理評論》62：5-35。
- 台灣伴侶權益推動聯盟。2011。〈伴侶制度 FAQ：伴侶盟版「民法修正草案——伴侶制度」問答集〉，<https://tapcpr.org/freedom-to-marry/draft-faq/2015/06/24/%E4%BC%B4%E4%BE%B6%E5%88%B6%E5%BA%A6faq>。2019/02/24。
- \_\_\_\_\_。2018a。〈作伙守護釋字 748〉，<https://tapcpr.org/referendum/defending-ruling748>。2018/12/09。
- \_\_\_\_\_。2018b。〈「婚姻平權」跟「專法」差在哪？〉，<https://tapcpr.org/marriage-equality/subject-speciallaw>。2018/12/09。
- 李根芳。2012。〈悖愛：從臺灣兩性暢銷書看親密關係的轉變〉。《應運倫理評論》53：31-56。
- 李惠宗。2017。〈保障同性婚姻合法問題鑑定報告書〉。《月旦法學雜誌》264：44-69。
- 李震山。2004。〈憲法意義下之「家庭權」〉。《中正法學集刊》16：61-104。
- 李建良。2014。〈兩岸關係下的人性尊嚴、收養自由與制度保障釋字第 712 號解釋〉。《台灣法學雜誌》250：29-52。
- \_\_\_\_\_。2018。〈基本權釋義學與憲法學方法論——基本權思維工程的基本構圖〉。《月旦法學雜誌》273：5-27。
- 邱子安。2018a。〈在臺灣，婚家制度是個憲政怪獸〉，<https://www.voicetank.org/single-post/2018/11/21/marriage-family-and-the-constitution>。2018/12/09。
- \_\_\_\_\_。2018b。〈「婚姻定義」公投就是反同嗎？答案遠比你想的複雜〉，<https://www.thenewslens.com/article/108438>。2018/12/09。
- 吳庚、陳淳文。2016。《憲法理論與政府體制》。作者自刊。
- 林更盛。2017。〈釋字第 748 號解釋在方法論上的批判大法官、大躍進〉。《台灣法學雜誌》328：41-48。
- 林佳儀。2012。〈論婚姻之憲法保障內涵以同性婚姻為探討中心〉。國立台灣大學碩士學位論文。
- 法操思想傳媒。2018。〈【婚姻平權】為什麼不能立專法？從專法的制度目的談起〉，<https://www.follow.tw/f-comment/f02/17414/>。2018/12/09。
- 法治斌、董保城。2005。《憲法新論》。台北：元照出版。
- 陳文貴。2014。〈評大法官釋字第五五四號解釋比例原則之再檢視〉。《刑事法雜誌》58(5)：1-30。

- 陳昭如。2012。〈改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的憲法動員〉。《政治科學論叢》52：43-88。
- 陳淑芳。2018。〈司法釋憲權與立法權之分際評司法院第 748 號解釋〉。《法令月刊》69(4)：26-55。
- 陳愛娥。2017。〈「會台字第 12771 號聲請人臺北市府及會台字第 12674 號聲請人祁家威聲請解釋案」鑑定意見書〉，<https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/1060324/j.pdf>。2008/08/31。
- 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(3)：161-195。
- 國民大會秘書處。1946。《制憲國民大會實錄》。南京：國民大會秘書處。
- 黃舒芃。2014。〈隔離但平等？從「收養同性伴侶養子女」一案檢討德國聯邦憲法法院對同性伴侶法制之立論〉。《興大法學》16：85-113。
- \_\_\_\_\_。2018。〈若隱若現的立法形成自由：婚姻自由的保障譯或障礙？評司法院釋字第 748 號解釋〉。《輔大法學》55：1-48。
- 程明修。2009。〈憲法保障之基本制度與基本權之制度保障兼論基本權客觀內涵之主觀化〉。收錄於廖福特編，《憲法解釋之理論與實務》6：327-363。台北：中研院法研所籌備處。
- 楊智傑。2004。〈制度性保障說理模式對社會改革的阻礙（下）〉。《台灣本土法學雜誌》61：5-16。
- 蔡維音。2008。〈論家庭之制度保障評釋字第 502 號解釋〉。《月旦法學雜誌》63：138-143。
- 模擬憲法法庭。2014。〈模憲字第 2 號判決〉。<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/judgement/scc2>。2019/02/24。
- 甯應斌、何春蕤。2012。《民困愁城：憂鬱症、情慾管理、現代性的黑暗面》。台北：台灣社會研究雜誌出版。
- 劉珞亦。2018。〈釋字之後，專法行不行？大法官說專法可以？〉，<https://plainlaw.me/2017/06/27/constitutional-748/>。2018/12/09。
- 鍾秉正。2005。〈社會福利之憲法保障兼論相關憲法解釋〉。收錄於湯德宗主編，《憲法解釋之理論與實務》4：9-67。台北：中研院法研所籌備處。
- 戴瑀如。2008。〈血緣、家庭與子女利益從德國立法之嚴格探討我國民法上的婚生否認之訴〉。《東吳法律學報》20(2)：29-70。
- 顏厥安。2017。〈後釋義學的法釋義學？由釋字 748 談起〉。《台灣法學雜誌》328：58-66。

# Marriage Equality in Today's Constitutional Order

Tzu-An Chiu

Independent Researcher

## Abstract

Following Judicial Yuan Interpretation No. 748, the most important goal of the LGBT movement today is to seek marriage equality. By combining gay people's access to the institution of marriage with human rights discourse, the movement not only claims that the same form of institution should apply to gay people as to straight people, but also requests the administrative court to revoke the approval of referendums by the Central Election Commission which are opposed to this claim.

According to the Interpretation, the norm of marriage is not only a constitutional right (*Grundrechte*), but also based on an "institutional guarantee (*Einrichtungsgarantie*)". This theory, found in German law, underlines the special social meaning of the institutions of marriage and the family in Christianity. The aim is to sustain the inherent tradition of these institutions in their function of maintaining basic ethical order. The constitutional guarantee of the institutions of marriage and the family could be called a monster. The movement thus faces opportunities and obstacles in trying to domesticate this monster so that it becomes a weapon in favour of marriage equality.

This article focuses on the theory of the institutional guarantee of marriage and the family and shifts in its meaning shown by J. Y. Interpretations in Taiwan. This article also tries to analyze the opportunities for, and threats to, the quest for marriage equality and suggests that, as long as the movement emphasizes basic ethical order, it can be a success.

## Keywords

constitutional right, institutional guarantee, marriage equality, legislative discretion

