

東海大學法律學系碩士班

碩士論文

指導教授：簡良育 博士

同性親密結合關係法制之研究  
—以司法院釋字 748 號為研究重心

A Study on the Legislation of Same-Sex  
People's Right to Intimate Association -  
Focusing on J.Y. Interpretation No. 748

研究生：李俊穎

中華民國一〇七年六月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 李俊穎 君所提之論文：

同性親密結合關係法制之研究一

以司法院釋字 748 號為研究重心

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

郭振基

王怡立

翁良育

107 年 6 月 6 日

## 摘要

同性戀在我國、外國歷史上一直以來就存在著，然而卻長期被社會壓抑著，無法如異性戀一樣享有婚姻制度保障，有違公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約及我國憲法第 7 條、第 22 條，婚姻自由之平等保障，亦不符我國大法官釋字 748 號解釋(以下簡稱該解釋)之意旨，故本文想加以探討，以落實婚姻自由之平等保障。本文主要係欲探討同性親密結合權之法制，並以該解釋為研究重心，探討我國同性親密結合權法制於該解釋做出前後之情形與轉變，並提供有關之修法建議。

首先，於第二章先探討親密結合權的功能與意義，探討親密結合權是否僅限於傳統一夫一妻制亦或包含同性戀者間？若包含同性戀者間，則其保障之範圍及形式為何？本文將予以介紹說明之。並介紹我國有關同性與異性戀者間親密結合權保障之現況。

其次，基於他山之石，可以攻玉之精神，本文於第三章介紹有關同性親密結合權外國之立法例，舉例介紹說明法國、德國、瑞士及美國之同性親密結合權立法例，以供我國未來修法之借鏡，本文亦參考外國立法例，於本文第五章提出同性親密結合權之修法建議。

又我國立法院目前亦有由蕭美琴立委等人提出同性婚姻專法草案；尤美女、許毓仁等立委及時代力量黨團提出之修改現行民法版草案；蔡易餘立委等人提出之於民法親屬編另立同性婚姻專章之草案以立法明文保障及肯認同性之親密結合權。且實務對於同性是否享有親密結合權之態度亦於該解釋做出之後有極大之轉變，本文將於第四章中介紹我國上述之立法草案及實務之見解。

最後，本文將於最後一章(即第五章)，綜合外國立法例及我國對於同性親密結合權之立法草案，提出我國同性親密結合權有關婚姻部分之修法草案建議。然因以何種形式立法(專法或專章或是修改現行民法)該解釋認係立法形成範圍，且

至今我國社會仍有爭議，故本文試著提出每種立法形式之草案版本及宜採何種版本，並說明其理由，以供將來立法參酌。又本文因以該號解釋為重心，因該解釋僅限於對民法婚姻章解釋不及於其他章，且世界各國及我國目前針對同性父母子女、收養、人工生殖仍有爭議，故本文僅就同性親密結合權之婚姻部分提出修法草案建議。



## 致謝

本論文得以完成真的完全歸功於我的指導教授簡良育老師，還記得愚當初在準備國考與撰寫論文做抉擇時，老師直接跟我說：「不管你做什麼決定，我都會支持你，但要擇一專心全力以赴。」，電話中的我倍感溫馨與感激，也覺得要全力以赴準備國考，最後愚也順利考上法制與執行員，一切都是因為背後有個強而有力的恩師支持。考上國考後開始撰寫論文，邊工作邊寫論文，老師對愚之論文撰寫上相當的用心，常常在愚上班前的早上或是不用上班的周末接到老師的電話，電話一接起來當然是開始討論論文，meeting 的時候老師對論文的修正常常給出了相當精闢的意見，討論完論文之後老師也常常關心愚之近況，不僅讓愚在論文撰寫所遇到之困惑茅塞頓開，其關心也讓學生倍感溫馨，簡老師是愚之「嚴師慈母」，師恩難忘，在此向簡老師致上十二萬分謝意。

再來感謝郭振恭教授與石佳立教授特地撥空前來擔任愚之論文口試委員，並提出相當多精闢且寶貴之意見，突破愚在撰寫論文時之盲點，使愚之論文得以更加完備，真的非常感謝兩位教授之指正與寶貴的意見。

也要感謝廖元豪教授、張惠東教授、郭蒂學姊、怡文、瑋好同學與苗栗縣政府法制科的同事與長官，常常關心愚並給予愚論文適當的意見與幫忙，讓愚心中倍感溫馨與感激，謝謝你們。

最後真的非常感謝愚的爸媽與哥姊，與在愚寫作論文時給予意見與支持的朋友們，沒有你們的支持與建議，可能就沒有這一篇論文的完成，真的無法用言語表達愚的感激與愛意，在此向你們致上十二萬分謝意與愛意，有你們當我的後盾真的很開心也很幸運。

2018年6月24日撰

# 目次

摘要.....	i
致謝.....	iii
目次.....	iv
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍與研究方法.....	2
第一項 研究範圍.....	2
第二項 研究方法.....	2
第一款 文獻歸納分析法.....	2
第二款 比較法研究.....	2
第二章 親密結合權.....	4
第一節 親密結合權的意義與功能.....	4
第一項 親密結合權概論.....	4
第二項 親密結合權之內涵.....	12
第三項 相同性別或不同性別二人親密結合形式要件之分析.....	14
第二節 同性親密結合權.....	17

第一項	內涵.....	17
第二項	相關保障範圍.....	18
第一款	婚姻關係.....	18
第二款	親子關係.....	20
第三節	我國之現況.....	21
第三章	外國立法例.....	23
第一節	法國.....	24
第二節	德國.....	27
第三節	瑞士.....	30
第四節	美國.....	32
第五節	小結.....	37
第四章	我國同性親密結合權之法制發展與實務研析.....	40
第一節	我國同性親密結合權之法制與相關立法草案.....	40
第一項	現行親密結合權之法制.....	40
第二項	相關立法草案.....	42
第一款	另設同性婚姻專法.....	42
第二款	修改現行民法婚姻制度.....	43

第三款	於民法增訂同性婚姻專章 .....	47
第二節	大法官釋字 748 號解釋前之相關實務案例 .....	48
第一項	臺灣桃園地方法院 96 年養聲字第 81 號裁定 .....	48
第二項	臺北高等行政法院 102 年度訴字第 931 號判決 ...	49
第三項	最高行政法院 103 年判字第 521 號判決 .....	51
第四項	小結 .....	52
第三節	大法官釋字 748 號解釋後之實務案例研析 .....	53
第一項	臺北高等行政法院 104 年度訴字第 83 號判決 .....	53
第二項	臺北高等行政法院 104 年度訴字第 81 號及臺北高等行 政法院 104 年度訴字第 84 號判決 .....	55
第四節	小結 .....	56
第五章	我國同性親密結合權相關立法可能之探討與建議 .....	57
第一節	可能之立法形式 .....	57
第一項	以專法另外規範之研析 .....	59
第二項	於民法另設同性婚姻專章或直接修改現行民法之研析 .....	61
第三項	採登記婚主義搭配政策性立法之研析 .....	63

第二節	同性親密結合權之婚姻法制建議.....	67
第六章	結論與展望.....	72
參考文獻.....		79



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

看著白先勇的孽子敘述著同性戀者長期被社會的壓迫與無奈，其在孽子書中記載：「在我們這個王國裏，我們沒有尊卑，沒有貴賤，不分老少，不分強弱。我們共同有的，是一具具讓欲望焚煉得痛不可當的軀體，一顆顆寂寞得發瘋發狂的心。這一顆顆寂寞得瘋狂的心，到了午夜，如同一群沖破了牢籠的猛獸，張牙舞爪，開始四處狺狺的獵狩起來。在那團昏紅的月亮引照下，我們如同一群夢遊癡的患者，一個踏着一個的影子，開始狂熱的追逐，繞着那蓮花池，無休無止，輪回下去，追逐我們那個巨大無比充滿了愛與欲的夢魘。」<sup>1</sup>，白先勇寫給那一群，在最深最深的黑夜裏，獨自彷徨在街頭，無所依歸的孩子們。同性戀在歷史上一直以來就存在著，然而卻長期被社會壓抑著，無法如異性戀一樣享有婚姻制度保障，有違公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約及我國憲法第7條、第22條，婚姻自由之平等保障，亦不符我國大法官釋字748號解釋之意旨，故本文想加以探討，以落實婚姻自由之平等保障。

---

<sup>1</sup> 參白先勇，孽子，允晨文化，1992年11月，頁26。

## 第二節 研究範圍與研究方法

### 第一項 研究範圍

本文以(同性)親密結合權之意義與功能、組成型態、婚姻之形式要件、同性婚姻形式要件、有關同性親密結合權之保障為主要研究範圍。本文參考聯合國「公民與政治權利國際公約」與「經濟社會文化權利國際公約」、法國、德國、瑞士及美國有關同性親密結合權之相關規定、我國立法院同性婚姻各黨團之草案、實務見解(包含釋字 748 號及相關法院判決)，藉以提供我國修法之借鏡，並提出本文有關之修法之淺見以供參考。

### 第二項 研究方法

本論文所用的注釋暨參考文獻格式係參酌中華民國 95 年 5 月 11 日法律學系系務會議修訂通過私立東海大學法學研究編輯委員會組織章程之《東海大學法學研究》格式範本<sup>2</sup>，合先敘明。

#### 第一款 文獻歸納分析法

本文採取文獻歸納分析法，蒐集美國、法國、瑞士、德國、丹麥、英國與我國法院之裁判、立法草案、立法例、期刊論文、學術研究會記錄、學位論文、政府公報與學者論著關於同性親密結合權之制度、伴侶法之相關文獻，並就所蒐集之資料整理、歸納與分析。

#### 第二款 比較法研究

本文運用東海大學所提供之 WESTLAW、LEXIS、月旦法學資料庫，蒐集外國

---

<sup>2</sup> 東海大學法學研究論文註解範例  
[http://law.thu.edu.tw/per/super\\_pages.php?ID=study1&Sn=10](http://law.thu.edu.tw/per/super_pages.php?ID=study1&Sn=10)(最後瀏覽日：2018/05/23)。

相關期刊文獻及裁判，整理外國法院對本論文議題之見解。並透過期刊文獻，整理關於同性親密結合權與立法體系等法律制度，最後將外國文獻與我國現有制度與草案整理研究，加以比較分析，以作為我國立法之借鏡。



## 第二章 親密結合權

### 第一節 親密結合權的意義與功能

#### 第一項 親密結合權概論

人與人相處過程中，往往會與他人建立不同的關係，可能由淺到深，例如從朋友到情侶，從情侶到結婚建立家庭，然而愛是人類最原始的需求與渴望，每個人都希望自己被愛、被關心與愛人，進而進一步與他人成立永久與排他的親密結合關係。我國傳統成立親密結合關係乃透過民法結婚成立婚姻關係後，進而生育小孩成立一個家庭，該關係由愛與法制維繫整個親密結合的關係。然而婚姻之意義為何？大法官清楚說明，婚姻是「使雙方人格得以實現與發展之生活共同體」<sup>3</sup>，因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使雙方在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎<sup>4</sup>；婚姻，亦是戀人愛情長跑的終點，從情侶變成身分證背面配偶欄上的配偶，進而具有法律上的地位、保障，婚姻乃係相愛(包括情感與性)的人藉由國家之制度性保障、法律規範，於完成一定法律程序(民法第982條規定)、符合一定法律要件(民法第980條至988之1條)時，即受到國家法律婚姻制度之規範、保障，故婚姻就是符合當時社會倫理、風俗與法律認可之夫妻結合，並以終生共同生活為目的。

然而傳統欲成立親密結合關係依上述須經由民法規定之婚姻進而成立家庭始能成立，國家法律始予以保障其權利義務，此即婚姻之制度性保障之功能<sup>5</sup>。而傳統親密結合權之結合從民法第972條、973條規定可知，民法對於婚約之締結係以男女雙方為當事人，並不及於同性間，而婚約係男女雙方訂定將來應互相

<sup>3</sup> 參大法官釋字 554 號解釋理由書。

<sup>4</sup> 同前註。

<sup>5</sup> 參大法官釋字 362 號、552 號、554 號解釋文。

結婚之契約，雖非結婚前所必須踐行的法定程序，惟通常先有婚約，然後結婚。易言之，婚約之訂定乃以結婚為目的，故關於結婚之形式要件，96年5月23日修正前民法第982條第一項規定「結婚，應有公開儀式及二人以上之證人」，並未如同民法第972條之規定，將結婚要件定為「男女當事人」，乃結婚既係延續婚約而來，自無在結婚之形式要件中，再重申係由男女當事人締結之必要。復由民法第980條對男女結婚年齡之規定為「男未滿18歲，女未滿16歲者，不得結婚」，對照同法第973條亦有規定「男未滿17歲，女未滿15歲者，不得訂定婚約」之年齡限制，益足認我國民法對於結婚之當事人僅限於男女雙方為之，尚不包括同性者在內。後民法第982條於96年間修正公布自97年5月23日施行，修正後規定：「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」將結婚之形式要件由儀式婚改採登記婚，惟同上所述，修正後條文雖未明定結婚須由男女雙方為之，然解釋上自仍僅限於男女雙方始可結婚，尚難認同性者得為結婚登記之申請<sup>6</sup>，故我國早期同性戀者無法藉由成立婚姻關係成立親密結合關係。

然而婚姻的概念係由許多複雜的成分所構成，再加上時空等變數，不同學科專業對其定義也因為切入角度不同而有所不同。從文化脈絡下探討，我們可以透過社會學的角度觀察，研究人為什麼要進入婚姻，除了傳統婚姻的發展，是否還有其他可能，盡可能注意到同中之異，重視多元文化。探討婚姻必然會牽涉到個人、社會與國家三大區塊，涉及相當廣泛，故必須注意時空與文化背景，婚姻是一個相對性的概念，並沒有絕對的內涵，也非不可變更。

在我國早期重視宗族人倫、合二姓之好的情況，有云：「娶妻必告父母」<sup>7</sup>，或云：「人道所以有嫁娶何？以為情性之大，莫若男女；男女之交，人情之始，

<sup>6</sup> 參臺北高等行政法院102年度訴字第931號判決、最高行政法院103年判字第521號判決及大法官釋字748號解釋皆認為我國現行民法僅限於一男一女，未承認同性結婚。

<sup>7</sup> 參陳顧遠著，中國婚姻史，商務印書館，1998年4月，5頁。唐杜佑通典：『人皇氏始有夫婦之道；伏羲氏制嫁娶，以儷皮為禮；五帝馭時，娶妻必告父母；夏時親迎于庭；殷時親迎于堂；周制，限男女之年，定婚姻之時，六禮之儀始備。』又參戴炎輝著，中國法制史，三民書局，第六版，1986年6月，222頁。詩經(南山)：『取妻如之何？必告父母。』。轉引自簡良育，永結同心金玉盟—結婚自由與真意之研究，公證法學第5期，2008年12月，頁8。

莫若夫婦。…男不自專娶，女不自專嫁，必由父母。須媒妁何遠恥防淫佚也？」<sup>8</sup>。亦即婚姻須由祖父母、父母或期親以上尊長主婚與同意，無須詢問男女雙方之意思，對父祖尊長之婚姻決定，縱不合其卑幼之意，亦不得拒絕。可得而知，我國舊制婚姻意思之決定與同意主要係由父祖尊長為之。再者，為圓滿婚姻結合之「上以事宗廟，而下以繼後世。」目的，於納采、問名、納吉、納徵、請期、親迎等六禮程序完備後<sup>9</sup>，女子仍須行廟見之禮祭，祭祀男家祖先<sup>10</sup>，才能成婦<sup>11</sup>。舊制結婚意思除由男女二家之父祖尊長決定與同意外，似仍須祭告男家祖先，才能確認女子為成婦，才正式入男家。又如，納吉與請期二禮程序，均須占卜問天意，確屬好合者；舊制結婚締結之意思似依天意好合、祖先宗族祝福、二家之父母尊長決定並同意之。似無結婚之男女卑幼為結婚意思表示與同意之必要。

我國舊制婚姻結合屬人合關係，不似父子兄弟之天合關係之無法分離，當夫妻情感不合時，如有七出三不去、義絕、和離、或夫無因棄妻，夫妻關係是可離異。即如婚姻結合對宗廟、夫家、子嗣、宗族等不利或不和諧等，依舊律強制離婚、或依夫家或夫之意志而休妻<sup>12</sup>。

又再看婚姻在猶太教教義、天主教教義、基督教教義、及回教教義之意義，其強調神造人，並為人造其配偶，夫妻一體之神聖，係基於神意之結合並蒙神之恩典與祝福。猶太教將婚姻視為在創世紀時，神賜福人之神聖結合，其攸關宇宙自然之和諧與遵行神之意志與神之莊嚴承諾<sup>13</sup>。信仰同源自聖經之天主教與基督

<sup>8</sup> 參楊鴻烈著，中國法律思想史(下冊)，商務印書館印，1998年4月，257頁。轉引自簡良育，同前註，頁9。

<sup>9</sup> 參法務部著，臺灣民事習慣調查報告，法務通訊雜誌社，第三版，1983年1月，頁64-66。六禮之前四禮為定婚，後二禮為成婚。納采：男家請媒人向女家求婚，並贈送禮物；問名：男家媒人向女家問其女之姓名及年庚；納吉：男家將子女之年庚卜其吉凶，如得吉兆，即報知女家；納徵或納幣：男家贈與女家聘財送定，以之為婚約之證；請期：男家擇婚期，女家表示同意；親迎：至婚期，男往女家迎妻，在男家舉行共牢合巹之禮。轉引自簡良育，同前註。

<sup>10</sup> 參陳顧遠著，中國婚姻史，商務印書館，1998年4月，頁163。又參戴炎輝著，中國法制史，三民書局，第六版，1986年6月，頁227-228。『三月而廟見，稱來婦也；擇日而登於禰，成婦之義也；』(儀禮士昏禮)。轉引自簡良育，同前註。

<sup>11</sup> 同前註。

<sup>12</sup> 參見簡良育，同前註，頁9-10。

<sup>13</sup> 例如，猶太教經典聖經創世紀中明載：「耶和華神用地上的塵土造人、將生氣吹在他鼻孔裡，他就成了有靈的活人、名叫亞當」(2：7)，「耶和華神說、那人獨居不好、我要為他造個配偶幫助他。」(2：18)，又，「神使他沉睡、…於是取下他的一條肋骨…」(2：21)，「神就用那他的一條

教教義中，婚姻神聖盟約與結合係基於奉神之美善旨意，耶穌基督之恩典福音，人對神莊嚴的承諾與願意信守神與耶穌基督之教誨，與配互愛、互敬、互信、互助與忠誠的終生共同生活<sup>14</sup>。婚姻結合之神聖性與夫妻不可分開之一體性於其教義中明文如：「夫妻不再是兩個人、乃是一體的，所以神配合的，人不可分開。」<sup>15</sup>。回教教規中之婚姻，似與前述之猶太教、天主教、基督教相近，婚姻係依造物主之意志而結合，人須敬畏並遵從神之教誨，並信守對神之莊嚴承諾共同生活，而致身心安寧、社會和樂、自然和諧的良善關係<sup>16</sup>。

從上述可知，我國古制與猶太教、天主教、基督教及回教就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任，似無法窺見婚姻當事人之意志。再者，天主教與基督教強調婚姻結合應為神聖且終生不可分離；又，我國古制婚姻結合屬人合關係，當此結合關係對夫宗廟、夫家、子嗣、宗族等不利時，夫妻關係是可分離；回教古蘭經經文中亦有明載離婚與休妻<sup>17</sup>。

然我國於一九二六年一月二十六日第二次全國代表大會通過之「婦女運動決議」<sup>18</sup>，其確定結婚自由原則<sup>19</sup>，並於一九三〇年十二月二十六日制定公布、一九三一年五月五日施行之民法親屬編第二章「婚姻」之第一節「婚約」中明定。如

---

肋骨、造成一個女人……。』(2：22)，「那人說、這是我骨中之骨、肉中之肉、可稱他為女人、因為他是男人身上取出來的。」(2：23)，「因此、人要離開父母、與妻子結合、二人成為一體。」(2：24)。參見簡良育，同前註，頁 10。

<sup>14</sup> 參見簡良育，同前註 7，頁 9。

<sup>15</sup> 參見簡良育，同前註 7，頁 10-11。

<sup>16</sup> 例如古蘭經第三十張『羅馬人』第二十暨二十一節中載明「祂的跡象之一，就是祂由塵土造化了你們，然後你們就成了廣佈於大地之人類。」及「祂的跡象之一，就是祂由你們中造化了你們的配偶，以便你們能由她們得到身心的安寧。祂在你們之間注入愛與憐。」；再者，如第四章『婦女』第一節中明示「世人阿！你們要敬畏你們的主，祂由一個人造化了你們，祂把那個人之配偶造成與他同類的，並且由他們倆繁衍出無數男女。你們要敬畏安拉，你們憑祂而取得你們鄉間之權利和親屬關係，安拉是永遠在監視你們的。」。轉引自簡良育，同前註，頁 11。

<sup>17</sup> 古蘭經經文中第六十五章之章名即為『離婚』，及數節提到離婚，例如在第四章『婦女』第一三〇節中載明「如果他們倆離婚，真主就會由祂的恩典中各自補償他倆。真主是包容萬物的、睿智的。」；經文中亦有數節提到休妻，例如在第二章『黃牛』第二二七節中載明「如果他們決心休妻，真主是聽到和知道一切的。」，第二二九節中前段述及「休妻是兩次，此後應當光榮地挽留她們，或是善意使她們自由離去。……」。轉引自簡良育，同前註，頁 11-12。

<sup>18</sup> 參簡良育，同前註 7，頁 12。

<sup>19</sup> 1926 年至 1931 年間之最高法院判例引用婚姻自由原則者，如十七年上字第 729 號、十八年上字第 1061 號、十九年上字第 1764 號等。所謂婚姻自由原則係指婚姻事件須尊重雙方當事人之意思，不許第三人干涉；最高法院判例並指出於婚姻、離婚自由原則應尊重雙方當事人之合意，不可任由當事人一方之意思而離合。轉引自簡良育，同前註。

民法第九七二條之「婚約，應由男女當事人自行訂定。」；並於民法第九七五條規定：「婚約，不得請求強迫履行。」。舉輕以明重，婚約既為男女當事人約定將來結婚之契約，應由其自行訂定且不得強迫履行，婚姻本質應基於當事人之自由意思與完全同意，不得任由他人干涉，誠屬具結婚真意。

又近代西方文明與法制上對婚姻自由與真意確保之重視，似應溯自十六世紀初期，宗教改革家馬丁路德博士批評當時教會以婚姻為聖禮，專斷與片面制定教會與教皇之法規，以阻礙並限制婚姻，甚或以對教會為贖罪與奉獻，以去除婚姻之阻礙<sup>20</sup>。其主張「婚姻是外在的和身體的事情，像其他任何屬世的事務。猶如我能吃、喝、睡、行、騎、買東西…」<sup>21</sup>，啟發「婚姻是人生之俗事，並非教會之聖事」之觀念。十七世紀英國自由主義思想家洛克提出天賦人權之概念、十八世紀法國思想家盧梭提出之「人人生而自由」之思想，法國大革命時，當時之國民議會於1791年9月3日為推翻君主專斷統治，制定憲法以維護個人之自由、平等與權利；該憲法第二編第七條明定「法律承認婚姻僅為民事契約。立法權應為所有居民建立辦法以規範個人之出生、死亡及結婚所為公開宣示及其紀錄。」<sup>22</sup>；所謂「民事」契約似有數個涵意，其一、婚姻是俗世非聖事；其二、婚姻之締結是人與人間之法律關係，並非神與人間之神聖盟約；其三、確立結婚自由原則，強調與尊重有意結婚者之自由選擇與真正結婚意思，此即結婚自由之明文。又近期國際公約，如消「除對婦女一切形式歧視公約」，明定婚姻與家庭之權利義務之內涵，例如：男女平等原則、相同之法律行為能力、遷徙與選擇居住之自由、選擇個人稱姓、職業和工作之自由、對個人財產之管理、使用、收益與處分之權利相同…等規定<sup>23</sup>；1962年11月7日聯合國大會決議通過第1763(XVII)號之「婚姻之同意、結婚最低年齡及結婚登記之公約」，其第一條第一項規定：「婚姻非經

<sup>20</sup> 參吳富雅著，馬丁路德婚姻觀之探討，神學與教會，第三十二卷第二期，2007年6月，481-498頁。轉引自簡良育，同前註，頁19。

<sup>21</sup> 參吳富雅著，馬丁路德婚姻觀之探討，神學與教會，第三十二卷第二期，2007年6月，481-498頁。轉引自簡良育，同前註。

<sup>22</sup> 參陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，民法親屬新論，三民書局，第六版一刷，2007年10月，頁94。轉引自簡良育，同前註，頁19-20。

<sup>23</sup> 參簡良育，同前註7，頁25。

雙方當事人完全自由同意，不得依法締結，該同意之表示應由當事人依法律規定，於相當公告後並親自在主管結婚之公權力機構及證人前面為之。」<sup>24</sup>；而「公民及政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利公約」，前者於第 23 條強調四項，其分別為家庭應受社會與國家之保護、承認適婚年齡之男女享有結婚與成立家庭之權利、婚姻之締結應基於有意結婚者間自由及完全之同意。後者於第 10 條第 1 項明定：「家庭為社會最自然與基本之團體單位，國家應盡力對家庭提供保護與協助，尤其就家庭之成立與對兒童之照護與教育。婚姻之締結應基於有意結婚者之自由同意。」<sup>25</sup>。

可知婚姻之意義從我國古制與猶太教、天主教、基督教及回教就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任，似無法窺見婚姻當事人之意志。到現今社會強調不論何種宗教、風俗、文化背景之國家立法均應維護與尊重；婚姻與家庭所創設權利義務關係，攸關個人人格自由、平等、安全與尊嚴，如再以家族意志或宗教信仰替代婚姻當事人之意志，並要求婚姻當事人負擔與履行婚姻之責任與義務，實有失公允，故可知傳統家族意志與宗教信仰觀念逐漸被揚棄。在社會逐漸多元化發展過程中，微觀檢視其所強調之多元文化與價值之尊重、人性尊嚴、婚姻締結與離婚之自由、法律平等保護原則等法律概念時，婚姻之定義是否仍限於我國古制婚姻與猶太教、天主教、基督教及回教就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任之「一男與一女之結合」？不無疑義。

社會學辭典解釋：「婚姻是指一種制度或社會規範結叢(complex)，此種制度承認一對男女的關係，並且將他們約束於相互的義務與權利體系中，使家庭生活運作。」<sup>26</sup>，如此定義指出一個十分重要的概念—婚姻存在於社會結構之下，儘管表面上看似是兩人之間所訂立之契約，但是實際上它受限於社會認可的配對安排。結婚必須經過合法的程序，通常會舉行公開的典禮，婚姻包含經濟合作、性關係、子女照護，婚姻的結合在理想上是永久性的，從社會學角度來看婚姻重視統一「形

<sup>24</sup> 同前註，頁 4。

<sup>25</sup> 同前註，頁 6。

<sup>26</sup> Peter J.O' Connell(著)，朱岑樓主編，社會學辭典，台北：五南出版，1991 年。

式」，婚姻中夫妻的互動和情感流動反而被輕忽，只剩一些看似制式化的典型，這樣婚姻定義就只是一個標準流程而已，缺乏差異和個體性的研究。

故從上述可得知婚姻的定義流於形式化和壟斷，然而因為婚姻涉及許多因素，例如：性、經濟分工、界定個人在群體中的身分、擴展個人親族關係，創造家庭單位並位居個人與社會間的媒介，婚姻應該具有「可變動與延展之定義」，不做過度單一性的詮釋，讓婚姻具有「多元性」，甚至婚姻不該侷限於異性之間，過度約化人之情感實踐與互動形式，而違反自然的趨力，讓個人在關係中取得彈性才是使兩人融洽和長久相處之道<sup>27</sup>。

基於上述原因，世界各國包括最早立法保障同性結合權之國家為丹麥，其於1989年通過同性伴侶法，為全世界第一個立法保障同性結合權的國家，並於2012年通過同性婚姻法，頗具代表性；法國於1999年通過Pacte Civil de Solidarité（即民事伴侶結合法，以下簡稱PACS）法案，然該法並不限於同性戀者，異性戀者亦可適用，可透過該法成立伴侶結合關係，然保障程度不如傳統異性婚姻（如PACS當事人相互間並無繼承權，在法律上被視為繼承人以外之第三人身分處理，僅得以遺贈方式將財產贈與伴侶），經同志運動團體及相關人士的努力下，該國於2013年通過同性婚姻法案，值得注意的是法國係以修改現行民法之規定，將同性婚姻納入傳統異性婚姻中，使其得一起適用婚姻之規定；而德國亦於2001年通過同性伴侶專法，並於2017年通過同性婚姻法；英國亦於2004年通過民事伴侶法，並於2014年通過同性婚姻法；英國於2004年通過《民事伴侶關係法》（Civil Partnership Bill），並於2005年12月生效。該民事伴侶關係，為想進入該關係的同性伴侶提供與婚姻一致的權利和義務。這種關係被一些媒體稱為「同志婚姻」民間的夥伴關係。但是英國政府明確表示這種結合不是婚姻。然英國的英格蘭和威爾斯地區經過了數次辯論後贏得英國議會的最後通過，在2013年7月17日，經由英國女王伊麗莎白二世向英格蘭和威爾斯的同性婚姻合法化提出了「皇室同意書」進而通過同性婚姻，然因蘇格蘭和北愛爾蘭地區是半自治

<sup>27</sup> 杜承翰，同性婚姻合法化之研究，中國文化大學法律研究所碩士論文，2008年，頁11。

的且有獨立的立法機關來立法處理國內法案，故該法案只適用於英格蘭及威爾斯地區，不適用於蘇格蘭及北愛蘭。而北愛蘭立法機關於 2014 年 4 月通過了同性婚姻法案，蘇格蘭議會亦於 2014 年 2 月通過了同性婚姻法案並於 2014 年 12 月生效，使得同性婚姻合法化。而值得注意的是，該國同性婚姻法係獨立於民法之特別法，傳統一男一女之婚姻制度仍未改變<sup>28</sup>；瑞士則於 2007 年通過同性別者間登記伴侶關係專法，至今仍未通過婚姻法保障；最後美國於 2015 年經由其聯邦最高法院 *Obergefell v. Hodges* 案<sup>29</sup>，承認全美同性婚姻合法，並於 2016 年 *V.L. v. E.L.* 案<sup>30</sup>，間接承認同性有收養權，且於 2017 年 *Pavan v. Smith* 案<sup>31</sup>，承認同性戀者得以和異性戀者一樣平等使用人工生殖且其因此所生之子女之父母不限於生理有血緣關係之男性或女性，將其子女擬制為其婚生子女。

故可知上述各國及世界其他國家(如：南非、紐西蘭，與近期之澳洲與德國等)，基於婚姻自由及平等權之保障，皆肯定同性戀者亦有親密結合權並立法或以判決承認予以保障，而其保障形式亦如同法國、德國、丹麥與美國，皆從一開始的另立專法(同性伴侶法或同性婚姻法…等)，獨立於一般傳統異性婚姻之民法保障同性親密結合權，演變成將其納入一般傳統異性婚姻之民法保障，並享有與異性同等或相近之權利，故可知世界各國之趨勢，乃將同性戀者與異性戀者親密結合權之保障越趨平等一致，而不再與以區分及差別對待。

我國大法官、實務判決對民法婚姻的概念，在同運團體<sup>32</sup>及部分立委的努力下，亦從早期釋字僅限「一男一女」的概念，擴張為釋字第 748 號解釋認為，民法第 4 編親屬第 2 章規定應使相同性別二人，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，始符合憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨，可知同性戀者應享有具有親密性及排他性之永久結

<sup>28</sup> 參 Gay marriage around the world, Pew Research Center, <https://www.pewforum.org/2017/08/08/gay-marriage-around-the-world-2013/>(最後瀏覽日：2018/03/19)。

<sup>29</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct., at 2584-2643 (2015)。

<sup>30</sup> *V.L. v. E.L.*, 136 S.Ct., at 1017-1019 (2016)。

<sup>31</sup> *Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith*, 137 S.Ct., at 2075-2078 (2017)。

<sup>32</sup> 如社團法人台灣伴侶權益推動聯盟、台灣同志諮詢熱線協會等。

合關係，此即同性親密結合權之意義及依據<sup>33</sup>。我國近期之實務判決(臺北高等行政法院 104 年度訴字第 81 號、臺北高等行政法院 104 年度訴字第 83 號、臺北高等行政法院 104 年度訴字第 84 號判決)亦遵循該號解釋之意旨<sup>34</sup>，肯認同性有親密結合權，故親密結合權應不再限於傳統一男一女之結合，應包含同性別者間之親密結合權。

## 第二項 親密結合權之內涵

傳統異性婚下親密結合權，包含婚姻與家庭，婚姻為家庭倫理的根本、與家庭有著密不可分的關係，為組成家庭是最基本也是最重要的方式、使基本人格更形成熟、穩定及安全感、綿延血緣命脈。家庭係人類社會中最小、最重要且提供每個人在社會中所必須的心理、經濟及教育等最基本的單位，亦具有生育、教育、文化等多重之功能<sup>35</sup>。

又從早期大法官的觀點來看，釋字第 554 號認為，婚姻制度基於人格自由，主要具有養育子女、促進男女平等、維護人倫秩序的三種社會性功能<sup>36</sup>，分析如下：

### 一、養育子女：

然而過去對未成年子女的扶養、教養，家庭確實是重要的場所，父母扮演著關鍵的角色，但隨著時空環境變遷，教育者跟教育場所已多有改變，父母之親權已經不再那麼絕對，而被「子女最佳利益」取代，養育子女已不見得由家庭執行。又現代社會之夫妻已趨向不準備生小孩，故婚姻不再保證具有養育子女之功能。釋字第 554 號解釋，婚姻養育子女之功能，似乎有所改變。

### 二、促進男女平等：

<sup>33</sup> 參大法官解釋 748 號解釋文、理由書。

<sup>34</sup> 本文將於第四章說明各該判決之內容。

<sup>35</sup> 李震山，多元、寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心，元照，2007 年，頁 163。

<sup>36</sup> 謝佑擇，自由、平等、性愛－從通姦罪的憲法爭議談起，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2004 年，頁 96-102。

大法官於釋字第 647 號中又再次強調現代婚姻的特質有：當事人間平等、親密且持久的互相依存的關係。儘管大法官如此宣示具有促進「男女平等」的功能，但並未指出究竟婚姻能促進男女平等的哪一部分？若是指出婚姻必須一男一女組成，那也只是形式上的平等，大法官對於婚姻促進男女平等彷彿只是理想性的宣示，對於婚姻的實質內容與價值似乎無法發生作用，應致力於婚姻制度的改革才會是確保男女平等的最佳方法。

### 三、維護人倫秩序：

然而究竟什麼是人倫秩序？又何種人倫秩序體現在婚姻制度中，是因為結婚後不可和他人為性行為所以能鞏固性關係的秩序？或是因為透過婚姻可以建構夫妻、兒女的血緣關係？

故早期大法官提出的婚姻功能不明確，功能性現今亦有所轉變，第一點現代婚姻實際情況生育已不再是首要任務，第二點目前婚姻法制不只未助於男女平等，甚至仍有許多有待改進之性別不平等之處。另一方面，早期大法官似乎只著重婚姻的外部面向(社會使命)，而忽略了婚姻內部面向，即當事人的心理與情感層面，婚姻與家庭固然值得維護，但個人意志與權益的尊重和保障更該是重要的規範目的，不應忽視。此於釋字第 748 號解釋作出後，亦對傳統婚姻之功能與早期大法官解釋對婚姻之定義與功能，做出不同之詮釋。

綜上可知傳統親密結合權，包含婚姻與家庭，世界各國包含我國，皆因為時間與社會風俗等因素有所轉變，故傳統親密結合權之定義與功能是否真不可改變與不可挑戰，非無疑義。

## 第三項 相同性別或不同性別二人親密結合

### 形式要件之分析<sup>37</sup>

親密結合關係最常見之類型即為婚姻，又形式要件為開啟婚姻親密結合權之鑰匙，故本文先介紹婚姻形式要件，其他相關規定則於本文第四章中介紹。首先從婚姻的「形式要件」探討，依我國現行民法第 982 條規定可得知婚姻的形式要件有：1. 書面 2. 二人以上證人之簽名 3. 向戶政機關為結婚之登記。

然而在民國 96 年以前我國結婚乃採儀式婚主義，僅需有公開儀式及二人以上之證人即可完成結婚的法定程序，然而鑒於採儀式婚公示效果薄弱，容易衍生重婚等問題，且公開儀式之認定常有爭執，進而影響婚姻法律效力。另，現行離婚制度係採登記主義，造成未辦理結婚登記欲離婚者，必須先補辦結婚登記再同時辦理離婚登記之荒謬現象。故我國民法第 982 條於民國 96 年改採登記主義，即結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記<sup>38</sup>。

然而儘管修法後採登記婚主義，我國民眾多數仍於結婚時多採公開儀式，而擺喜宴宴請親朋好友，之後再去戶政機關辦理結婚登記。一方面可能是因為傳統習俗，另一方面是為了公開宣示彼此的婚姻，並得到親友的祝福，甚至可以達到公開宣示婚姻而佔有彼此的目的，進而受到婚姻制度的保障，可藉由刑法通姦罪來避免第三者干預婚姻。甚至因為舉辦婚宴如此繁瑣鄭重的程序，可以讓想要結婚的人好好思考是否要進入婚姻這個制度，故結婚之公開儀式在民法修法後仍有其存在及意義，惟仍須符合民法第 982 條規定之三個形式要件始為合法，否則縱雙方因合意而同居，在法律上亦不能成立夫妻關係(民法第 988 條第 1 款規定)，在其符合釋字第 647 號解釋事實上夫妻之要件(如本文下述)下，雙方僅為「事實

<sup>37</sup> 部分參酌陳志宏，我國民法修正結婚方式之檢討與前瞻，東海大學法律研究所碩士論文，97 年 7 月，頁 39-51。

<sup>38</sup> 參考民法第 982 條，民國 96 年修法理由。

上之夫妻」，而非法律上之夫妻，固不能受到法律之全面保障。

惟按釋字第 647 號解釋理由書<sup>39</sup>，從該號解釋理由書可知，無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶(不包括有配偶之人於婚姻關係外與第三人之結合)與具法律上婚姻關係之配偶間之相似性，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，此即學說上所討論之「事實上之夫妻」，非法律上之夫妻，固不能受到法律之全面保障，惟依該號解釋理由書，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，故「事實上夫妻」仍應受一定程度之法律保障，然仍和法律上之夫妻保障程度有所差別。惟事實上夫妻之保障非本文研究之重點，故不予多加論述。

而有關婚姻目前世界常見之制度類型有：1. 儀式婚、2. 登記婚、3. 登記與儀式婚結合，然而每種婚姻制度各有其優缺點，本文介紹如下：

#### 一、 儀式婚制度：

儀式婚制度是指結婚須舉定一定之儀式，以取得社會的承認，宣告婚姻成立，故舉行一定儀式係婚姻成立之形式要件，若未舉行一定之儀式，婚姻即不成立。然而應舉行何種儀式？分為三種，即宗教儀式、世俗儀式和法律儀式。宗教儀式係指結婚須在教堂中進行，並由神職人員主持的結婚儀式；世俗儀式是指民間由家長或長輩主持、有證人參加的結婚儀式；而法律儀式是指在政府身分官員面前進行的結婚儀式。我國 97 年修正前之民法第 982 條規定也是採儀式婚制度，結婚須經過一定公開儀式<sup>40</sup>及二人以上之證明，方能認為婚姻合法成立，否則縱已同居，仍不發生婚姻效力。

<sup>39</sup> 參大法官釋字第 647 號解釋理由書。

<sup>40</sup> 參陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，民法親屬新論，三民書局，修訂十二版三刷，2016 年 9 月，頁 106。

其優點為對當事人而言其規定甚為簡便，因為我國舊法以公開儀式及二人以上證人為婚姻之形式要件，對儀式及證人資格，均未定有法律上之限制，儀式僅須客觀上公開，即有法律上效力，二人以上之證人，亦非難事。惟其缺點為，儀式之公示力微弱，且無國家機關之參與，認定當事人是否發生婚姻關係，並非毫無困難，且礙於時空之隔閡，亦難使未在儀式現場之人得知其有婚姻之關係成立，容易產生重婚之發生；公開儀式，由當事人自行履踐，公權力未介入，則其是否合於法定之基準，不易確知，若事後發生爭執，因解釋寬嚴之不同，即難求一致之認定、舉行儀式之際，因國家機關並未參與，而無任何公文書可供查考，隨時間之經過，舉行儀式之證據難予保全；又縱使有證人，證人因上開所述，公權力未介入，則其是否合於法定之基準，不易確知，未必能確切說明當事人所舉行者是否屬公開儀式，或因事過境遷，無法作明確之陳述，法院據此為斷，不免發生錯誤，若以證人之證言，作為重要證據，要難謂其妥適。

## 二、 登記婚制度：

登記婚制度是一種單一的法律婚制，只要求當事人到法定的登記機關進行登記，婚姻即成立。例如我國 96 年修正後之民法，即採登記婚制度，結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，須完成該法所規定之程序方能認為婚姻合法成立。日本與中華人民共和國等國家亦採此制度。

其優點為登記婚制度具有簡便易行性，因只需符合及攜帶一定要件至登記機關登記即完成婚姻之形式要件；具有高度的公示性，因登記在登記機關甚至公開在機關之網站，隨時可供查詢。進而亦可避免因第三人不知他方已婚而形成重婚之情形發生；有利於國家對婚姻的成立進行管理和監督，因結婚須至登記機關登記，故國家可更方便對之進行審查，故國家對婚姻的成立之管理和監督能力亦大大提升，進而能落實婚姻之制度性保障之功能。惟其僅藉由結婚之登記即認符合婚姻之形式要件稍嫌簡略與形式化，應搭配一些政策性立法來確認當事人結婚之

之真意與給予第三人於登記前有提出異議之可能。

### 三、 登記與儀式婚結合：

此制度係結合登記婚制度與儀式婚制度，結婚之形式要件包含登記與公開儀式，即結婚既要進行登記亦要舉行儀式，缺一不可，若欠缺其一婚姻即不成立。使用此制度最著名的國家即為美國，規定於美國統一結婚離婚法(Uniform Marriage and Divorce Act)第 201 條：按照本法的規定獲得批准，舉行儀式並進行登記的男女之間的婚姻在本州具有法律效力。法官和有關官員均可主持結婚儀式。無論是世俗儀式還是宗教儀式均予以認可。結婚證書須由主持儀式的官員填寫，然後把結婚證書送交有關辦事人員批准登記備案，婚姻始發生效力<sup>41</sup>。

其優點為，登記儀式婚制度，集中了登記婚與儀式婚的優點，充分發揮結婚形式要件的重要作用；可以借由結婚需要多道程序才能完成，來確保當事人結婚之真意，並使其對結婚更為謹慎。惟其結婚程序繁瑣，造成欲結婚之當事人程序上之不便。

然而上述之介紹皆係對異性伴侶或配偶間之介紹，不包含同性，同性之間二人有經營共同生活之目的，欲成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於我國現行民法尚無立法規定，其應如何規定？本文將分析登記婚或儀式婚制度或參考外國法搭配政策性立法各個制度之優缺點，並提出相關之立法草案建議，詳如本文第五章所述。

## 第二節 同性親密結合權

### 第一項 內涵

綜上所述，在傳統異性婚下親密結合權之意義與功能，隨時空背景與社會文化風俗之改變下，親密結合權不再限於傳統一男一女，世界各國(如：南非、紐西蘭，與近期之澳洲與德國等)，基於婚姻自由及平等權之保障，皆肯定同性戀

<sup>41</sup> 參戴東雄，論我國民法上結婚之形式要件，親屬法論文集，台北：三民，1980年，頁71。

者亦有親密結合權並立法或以判決承認予以保障。我國大法官、實務判決對民法婚姻的概念，亦從早期解釋僅限「一男一女」的概念，擴張為釋字第 748 號解釋，肯認民法第 4 編親屬第 2 章規定應使相同性別二人，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，始符合憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨。故該解釋肯認民法第 4 編親屬第 2 章規定應使相同性別二人，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，始符合憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨，可知同性戀者應享有具有親密性及排他性之永久結合關係，此即同性親密結合權之意義及依據，故親密結合權應不再限於傳統一男一女之結合，應包含同性別者間之親密結合權。綜上所述，同性戀者亦應享有具有親密性及排他性之永久結合關係，使雙方在精神上、物質上互相扶持依存，並使雙方人格得以實現與發展，進而延伸為家庭與社會之基礎。

## 第二項 相關保障範圍

又因釋字第 748 號認為，以何種形式達成同性婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍，故可知有關機關欲以何種形式達成婚姻自由之平等保護，以保障同性親密結合權，係立法形成範圍，該號解釋亦理由書中載明，有關機關可選擇以伴侶制度或於民法另立專章或修改現行民法將同性戀者與異性戀者一同納入婚姻制度等其他形式保障，惟仍須遵照憲法第 7 條與第 22 條之意旨。故本文以下將分析可能保障同性親密結合權之方式及範圍。

### 第一款 婚姻關係

首先想到同性親密結合關係，最先想到應是如同傳統異性親密結合權，即以婚姻形式方式組成進而成立家庭，又世界各國亦有採以婚姻方式保障同性親密結合權之國家，如現今的美國、德國、法國與澳洲等國。惟各國針對如何成立同性婚姻之要件皆有不同之規定，有規定如同其傳統異性婚姻一般，將同性納入傳統

異性婚姻；亦有規定另立同性婚姻專法者(例如英國)，各國對於婚姻要件、效力與權利義務之規定亦不盡相同，詳如本文下面章節所述。然亦有針對同性另立伴侶法者，例如修法前之法國、德國與現今的瑞士，值得注意的是法國之 PACS 係規定於法國民法第一卷「人」增訂之第十三編「民事共同生活契約與同居」，成為除了婚姻與同居 (concubinage) 以外之第三套具有法律地位的制度，PACS 適用於同性亦適用於異性，自始即非專為同性伴侶所設計。

我國亦有諸如社團法人台灣伴侶權益推動聯盟、立法院部分立委提出針對同性親密結合關係的修法版本，包含婚姻平權法案，有主張將同性婚姻納入傳統異性婚姻，即以修正現行民法之方式為之(將男女、夫妻，修正為雙方與配偶等)<sup>42</sup>，亦有主張將同性婚姻在民法中另立專章者<sup>43</sup>；亦有認為應另立同性婚姻專法者<sup>44</sup>。而社團法人台灣伴侶權益推動聯盟，亦有提出近似於法國 PACS 法案，同性及異性皆可適用之伴侶制度版本，及提出因應同性戀者及修正傳統父權主義下之家庭之家屬制度版本，然因其僅將婚姻平權法案送入立法院，伴侶法及家屬制度版本尚未送入立法院，故我國立法院現行同性親密結合草案尚未包含伴侶制度及家屬制度，併此敘明。

我國亦有學者提出同性得直接適用現行民法親屬編第六章家之規定(即民法第 1122 條至第 1128 條規定)<sup>45</sup>，惟同性如何直接適用該規定似仍有疑義。亦有部分縣市創設同性伴侶註記制度<sup>46</sup>，惟其形式上意義大於實質上意義，因其不具實質法律上效力及意義，僅為註記而已。雖釋字第 748 號解釋於解釋主文中載明，有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關同性親密結合權保障法律之修正或制定。逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依民法婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向

<sup>42</sup> 如社團法人台灣伴侶權益推動聯盟、尤美女立委等人、許毓仁立委等人及時代力量黨團皆採此版本，參本文第四章。

<sup>43</sup> 如 2016 年蔡易餘立委等人採此版本，參本文第四章。

<sup>44</sup> 如 2006 年蕭美琴立委等人版本，參本文第四章。

<sup>45</sup> 參曾品傑，為人抬轎的大法官解釋第七四八號，月旦法學雜誌，266 期，頁 69-80。

<sup>46</sup> 如宜蘭縣各戶政事務所受理同性伴侶關係所內註記作業要點、臺南市同性伴侶註記作業須知、屏東縣各戶政事務所受理申請(刪除)同性伴侶註記作業方式…等之同性伴侶註記規定。

戶政機關辦理結婚登記<sup>47</sup>。惟在立法機關尚未立法保障同性親密結合權之前，同性似僅能以不具法律上名義之伴侶以同居之方式為親密結合，不能享受法律上保障之權益與義務，故立法機關宜盡速立法保障同性之親密結合權，始符合該解釋之意旨。

## 第二款 親子關係

而同性以婚姻或其他形式成立親密結合關係之後，亦可能希望如同傳統異性家庭一樣擁有小孩，然而因同性戀者生理上之構造與異性戀者有所不同，故其能擁有小孩之方式，可能如美國、法國、英國等國家一樣，以收養之方式收養小孩，進而成立父母子女之親密關係；亦可能如美國及英國一樣，使用人工生殖或代理孕母，女同志以其中一方之卵子或子宮加上捐贈者之精子孕育子女，男同志則以其中一方之精子加上捐贈者之卵子或代理孕母孕育子女。

我國亦有同性伴侶以單方收養或至外國進行人工生殖或以代理孕母之方式建立親子關係，然因釋字第 748 號解釋於理由書亦載明其效力僅及民法婚姻章不及於其他章節，故我國同性尚未能以雙方收養或人工生殖之方式擁有子女建立父母子女之親密結合關係，故我國現今尚未承認同性之收養及使用人工生殖及代理孕母之權利。

因我國現今因對同性得否收養及使用人工生殖，進而建立親子關係仍存在極大之爭議，且本文係以該解釋重心，故本文下面章節僅針對同性婚姻章做研析並參考外國立法例提出修法草案建議。然基於憲法第 7 條平等權之考量及世界各國立法之趨勢，希望之後同志亦能享有相同或相似於異性婚姻平等之待遇(包含收養、人工生殖)，期待之後立法，合先敘明。

---

<sup>47</sup> 同前註 33。

### 第三節 我國之現況

有關我國現行民法結婚之形式要件，從民法第 972 條規定可得知婚姻的形式要件有：1. 書面 2. 二人以上證人之簽名 3. 向戶政機關為結婚之登記。次按民法第 972 條、973 條規定可知，民法對於婚約之締結係以男女雙方為當事人，並不及於同性間，而婚約係男女雙方訂定將來應互相結婚之契約，雖非結婚前所必須踐行的法定程序，惟通常先有婚約，然後結婚。易言之，婚約之訂定乃以結婚為目的，故關於結婚之形式要件，96 年 5 月 23 日修正前民法第 982 條第一項規定「結婚，應有公開儀式及二人以上之證人」，並未如同民法第 972 條之規定，將結婚要件定為「男女當事人」，乃結婚既係延續婚約而來，自無在結婚之形式要件中，再重申係由男女當事人締結之必要。復由民法第 980 條對男女結婚年齡之規定為「男未滿 18 歲，女未滿 16 歲者，不得結婚」，對照同法第 973 條亦有規定「男未滿 17 歲，女未滿 15 歲者，不得訂定婚約」之年齡限制，益足認我國民法對於結婚之當事人僅限於男女雙方為之，尚不包括同性者在內。後民法第 982 條於 96 年間修正公布自 97 年 5 月 23 日施行，修正後規定：「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」將結婚之形式要件由儀式婚改採登記婚，惟同上所述，修正後條文雖未明定結婚須由男女雙方為之，然解釋上自仍僅限於男女雙方始可結婚，尚難認同性者得為結婚登記之申請<sup>48</sup>。

惟我國大法官對民法婚姻的概念，已從早期釋字僅限「一男一女」的概念，擴張為釋字第 748 號解釋，同性傾向者之婚姻自由應受憲法第 22 條保障，我國現行民法未使相同性別二人，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。又以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，與憲法第

<sup>48</sup> 參臺北高等行政法院 102 年度訴字第 931 號、最高行政法院 103 年判字第 521 號判決及大法官釋字 748 號解釋皆認為我國現行民法僅限於一男一女，未承認同性結婚。

7 條保障平等權之意旨不符。又依該號解釋理由書之意旨，若立法機關針對同性與異性戀者，於民法婚姻章以外之規定，例如：父母子女、監護、扶養、家、繼承篇章，作出不同規定，亦不在本號解釋之範疇。

而大法官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，於該解釋主文及理由書中解釋闡明，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。惟現今有關機關仍未完成法律之修正或制定，亦未經立法院三讀通過，若於 2019 年 5 月 23 日止，仍未完法律之修正或制定，則依該解釋，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，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。然我國現行民法諸多條文僅係針對異性婚姻而立，若依該解釋，依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記，則會衍生諸多問題，因同性婚姻無法如異性有自然血緣關係，而有如何認領、準正、提起婚生否認之訴？適用婚姻章哪幾條規定？及是否適用人工生殖法及代理孕母問題？故本文欲研究應以何種方式達成同性別者間婚姻自由之平等保護，並提供相關立法草案建議，又因該解釋之效力於理由書載明僅限於婚姻章，且因同性收養、人工生殖及父母子女尚有爭議，故本文僅集中討論相同性親密結合權有關婚姻之權利義務規定，併此敘明。

又因該解釋認為，至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍，故可知有關機關欲以何種形式達成婚姻自由之平等保護，以保障同性親密結合權，係立法形成範圍，故有關機關可選擇以伴侶制度或於民法另立專章或修改現行民法將同性戀者與異性戀者一同納入婚姻制度等其他形式保障，惟仍須遵

照憲法第 7 條與第 22 條之意旨<sup>49</sup>，此涉及本文以下章節同性親密結合權之外國與我國立法例之種類與立法方式，詳如後述。

### 第三章 外國立法例

丹麥是全世界第一個立法保護同性戀者親密結合之國家，故頗具代表性，該國於 1989 年通過了同性伴侶法，成為世界第一個允許同性伴侶登記之國家，並在 2010 年該國頒布了允許同性伴侶有權收養子女之法律，以保障同性伴侶。又該國立法機構於 2012 年 6 月通過了同性婚姻法案，並經過當時瑪格麗特女王二世批准，而頒布成為法律<sup>50</sup>。截至 2017 年，世界已有 25 個國家正式認可同性婚姻（包含尚未全區域執行的國家），包含阿根廷、澳洲、比利時、巴西、加拿大、哥倫比亞、丹麥、芬蘭、法國、德國、冰島、愛爾蘭、盧森堡、瑞士、英國、美國等。

又因法國、德國為成文法國家，且皆從另立同性結合專法（民事伴侶結合法、同性伴侶法）改為將同性婚姻之保障納入其傳統異性婚中的民法典；而瑞士係以公投另立專法（瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法）方式保障同性親密結合權至今仍未改變；另美國係判例法國家，其聯邦最高法院以判決承認同性得締結婚姻，上述國家對同性親密結合權之保障方式皆具代表性。故本文將依先後立法或以判決保障同性親密結合權之順序，分別舉例介紹法國、德國、瑞士及美國對同性親密結合權之保障方式如下：

---

<sup>49</sup> 同前註 33。

<sup>50</sup> 參 Gay marriage around the world, Pew Research Center, <https://www.pewforum.org/2017/08/08/gay-marriage-around-the-world-2013/>(最後瀏覽日：2018/03/19)。

# 第一節 法國

## 壹、立法過程<sup>51</sup>

法國有關同性伴侶法案，在 1990 年首度被提出，但未經交付議會討論。1997 年 3 月，社會黨黨團在國民議會及參議院提案，因當時由右派政黨執政，法案未進行審議。1997 年 6 月社會黨取得政權後，同性伴侶立法成為重要課題，國民議會的法律委員會於 1998 年 5 月公開 Pacte Civil de Solidarité (即民事伴侶結合法，以下簡稱 PACS) 法案，開啟為期 1 年多的辯論戰火。法案於 1998 年 9 月提送國民議會，經與參議院協商，兩院意見仍分歧，最終國民議會於 1999 年 10 月 13 日單獨通過 PACS 法案。憲法委員會隨後於 1999 年 11 月 9 日，在諸多解釋保留下宣告 PACS 合憲。法國政府於 1999 年 11 月 15 日以「第 99-944 號有關公民同居契約法律」頒布 PACS，並自 1999 年 11 月 16 日起生效。

PACS 的創設是為了回應兩個社會事實與需求情況，一是社會上普遍存在的異性伴侶非婚同居現象，另一則是被婚姻制度排除在外的同志族群要求伴侶關係應得到法律認可與保障的呼聲。因此，法國政府面對的不僅是同性伴侶的問題，還有更多的考量是以解決異性伴侶的情況為主的雙重迫切性。由此可知，PACS 自始即非專為同性伴侶所設計。政府為避免引發是否承認同性婚姻之爭議，亦強調 PACS 與婚姻之區別，加強對婚姻制度的維護。然而因 PACS 對同志的保障仍然不足(如 PACS 當事人相互間並無繼承權，在法律上被視為繼承人以外之第三人身分處理，僅得以遺贈方式將財產贈與伴侶)，故同運團體仍然積極的在爭取同性婚姻法案。

2012 年總統大選中勝出的社會黨籍法蘭索瓦·歐蘭德(François Hollande) 總統，其競選政策包括促進同性婚姻及收養子女方案的合法化。2012 年 11 月 7 日，社會黨政權兌現該項政策，於內閣會議上通過司法部擬定之同性婚姻法案，

---

<sup>51</sup> 部分參酌法務部法律事務司，法國、德國同性伴侶/同性婚姻法制發展及實務運作情形出國考察報告，105 年 8 月，頁 8-13。

同日提交參議院審議。自 2012 年 11 月開始，法國各地舉行了多次支持與反對同性婚姻法案的遊行，並經國會兩院議員的激烈辯論與拉鋸，最後於 2013 年 4 月 23 日，議會在歷經 136 小時又 56 分鐘的審議辯論後，二讀通過同性婚姻法。憲法委員會隨後於 2013 年 5 月 17 日，認定同性婚姻法合憲。法國政府於 2013 年 5 月 18 日以「第 2013-404 號解放同性婚姻法律」頒布同性婚姻法，並自 2013 年 5 月 19 日生效。

## 貳、法國民法典同性婚姻之部分規定<sup>52</sup>

有關法國現行同性婚姻法案，係修改舊有民法典，打破傳統婚姻制度，將同性婚姻融入婚姻制度中有別於之前 PACS 法案，其同性親密結合關係之規定條文簡介如下<sup>53</sup>：

<sup>52</sup> 參法務部法律事務司，法國、德國同性伴侶/同性婚姻法制發展及實務運作情形出國考察報告-附錄 3，105 年 8 月。

<sup>53</sup> 修正後法國民法部分條文內容：

- 第 34 條 身分證書上應載明其作成之年、月、日、時、戶籍人員之姓名及在證書上載有當事人之姓名、職業與住所。  
以下列舉的證書上記載之人的生日與出生地點，若已知悉，應載明於證書。  
a) 出生證明書及承認證書上記載之雙親  
b) 承認證書上記載之子女  
c) 結婚證書上記載之結婚雙方當事人  
d) 死亡證明書上記載之死者  
a)至 d)列舉之人的出生日期與出生地，如未被知悉，應依其所有之情形得以知悉之年齡的年數載明之，相同的，於所有證書中，申報人之年齡以年數載明。對有關之證人，則僅須證明其具有成年人之身分即可。
- 第 34-1 條 身分證書由戶籍人員作成。戶籍人員在高等法院地方檢察廳長的管理之下執行職務。
- 第 74 條 結婚，依雙方當事人的選擇，應在雙方當事人一方，或雙方當事人雙親中之一人住所之市鎮行政區內舉行，或者自法律規定之公告日起，雙方當事人之一方至少已連續居住 1 個月之居所所在地之市鎮行政區內舉行。
- 第 75 條 公告期限屆滿後，戶籍人員於結婚雙方當事人指定之日期，在市鎮政府，當著 2 人以上 4 人以下證人之面前，向該結婚雙方當事人宣讀本法典第 212 條、第 213 條、第 214 條第 1 項、第 215 條第 1 項及第 371-1 條之規定。  
戶籍人員應分別聽取結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，並以法律之名義，宣示他們因結婚而結合及當場作成結婚證書。
- 第 143 條 婚姻乃由異性或同性之二人所締結的婚姻。
- 第 144 條 未滿 18 歲之人不得締結婚姻契約。
- 第 165 條 結婚，應在當事人一方，或雙方當事人雙親中之一人之住所地或居所地所在市鎮政府之戶籍人員，以共和國儀式，在第 63 條規定

法國一開始創設的 PACS 是為了回應兩個社會事實與需求情況，一是社會上普遍存在的異性伴侶非婚同居現象，另一則是被婚姻制度排除在外的同志族群要求伴侶關係應得到法律認可與保障的呼聲，因此，法國政府面對的不僅是同性伴侶的問題，還有更多的考量是以解決異性伴侶的情況為主的雙重迫切性，由此可知，PACS 自始即非專為同性伴侶所設計，此從法國民法第 515-1 條即可得知，PACS 契約係由兩同性或異性之成年人，為組織共同生活所締結，其成立之形式要件包含：1. 登記：登記機關為當事人任一方居所之地方法院書記室，而不是結婚登記之市政廳。2. 書面要式契約：雙方當事人之權利義務，悉以登記之契約內容記載為準。3. 公示原則：2007 年之後，PACS 的成立或解消，會於出生證明邊頁註記。

然而因 PACS 對同志的保障仍然不足(如 PACS 當事人相互間並無繼承權，在法律上被視為繼承人以外之第三人身分處理，僅得以遺贈方式將財產贈與伴侶)，故同運團體仍然積極的在爭取同性婚姻法案，法國政府終於在 2013 年 5 月 18 日以「第 2013-404 號解放同性婚姻法律」頒布同性婚姻法，並自隔日 2013 年 5 月 19 日起生效，該法係修改舊有民法典，打破傳統婚姻制度，將同性婚姻融入婚姻制度中，其成立之形式要件有：滿 18 歲之同性或異性之二人，須事先公告，於執行婚儀的市鎮政府及結婚當事人一方的住所所在之市鎮政府，公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所及婚儀會場（民法典第 63 條），並且，結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取。又結婚，應在當事人一方，或雙方當事人雙親中之一人之住所地或居所地所在市鎮政府之戶籍人員，以共和國儀式，在第 63 條規定公告之日舉行。如免除公告時，應在下列第 169 條規定之免除日期舉行。

---

公告之日舉行。如免除公告時，應在下列第 169 條規定之免除日期舉行。

第 212 條，規定有關結婚雙方當事人之間必須尊敬、守貞、救護及扶助的義務。

第 213 條，規定結婚雙方當事人必須共同指導家庭。

第 214 條第 1 項，規定有關分擔婚姻費用。

第 215 條第 1 項，規定婚姻雙方當事人有共同生活的義務。

公告期限屆滿後，戶籍人員於結婚雙方當事人指定之日期，在市鎮政府，當著 2 人以上 4 人以下證人之面前，向該結婚雙方當事人宣讀本法典第 212 條、第 213 條、第 214 條第 1 項、第 215 條第 1 項及第 371-1 條之規定。戶籍人員應分別聽取結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，並以法律之名義，宣示他們因結婚而結合及當場作成結婚證書。該結婚姻證書則須記載該法典第 34 條規定之事項，結婚證書由戶籍人員作成，戶籍人員在高等法院地方檢察廳長的管理之下執行職務。

又由於該法係修改現行民法，將原本「父母、夫妻」之用語，改成「婚姻當事人或雙親或配偶」，故同性婚姻之權利義務(夫妻權利義務關係、收養、子女、稅賦及醫療……等)完全等同傳統異性婚姻，符合平等權之要求。

## 第二節 德國

### 壹、立法過程<sup>54</sup>

德國於 2001 年 2 月 16 日由總統簽署及公布「同性伴侶法」。德國基本法第 6 條第 1 項明文保護婚姻與家庭的規定，解釋上認為婚姻是由一男一女所締結永久共同生活的合法組織，家庭則由該夫妻與在婚姻生活中所生下的子女一同建立，在這樣的定義下，其適用範圍無法納入同性伴侶。

基於德國基本法第 6 條第 1 項之規定，立法者採取創設婚姻以外之制度來保障同性伴侶之方式，而不開放婚姻給同性伴侶。不過即使立法者採取規避將婚姻擴張解釋的作法，同性伴侶法的制定仍然引起是否有違憲之虞的爭議。2001 年 5 月，巴伐利亞邦、薩克遜邦及圖林根邦向聯邦憲法法院提出違憲聲請案，理由除了認為同性伴侶法之實體內容違背德國基本法第 6 條第 1 項保護婚姻、子女與家庭之規定外，程序上也因分割兩法，僅同性伴侶法單獨公布，而同性伴侶輔助法卻未能一併公布而有違憲之虞，因此據此要求就程序違憲部分，應先凍

---

<sup>54</sup> 同前註 51，頁 25-26。

結同性伴侶法正式生效日期，直至同性伴侶法有關實體部分是否違憲的判決公布。然而此部分程序違憲之審查，先經聯邦憲法法院於同年 7 月 18 日駁回，而允許同性伴侶法如期於 2001 年 8 月 1 日正式生效。就實體部分聯邦憲法法院也於 2002 年 7 月 17 日宣告合憲。

值得注意的是德國聯邦眾議院在 2017 年 6 月 30 日通過參議院所提交的同性婚姻法案，德國的同性伴侶之前適用「民事伴侶」制度，但此次修法，讓婚姻在德國是「適用於任何人」(marriage for everybody) 的權利，除了認同同性婚姻外，同性伴侶也同樣享有收養小孩的權利，通過聯邦眾議院的《婚姻平權法》，德國聯邦參議院在 2017 年 7 月 7 日通過了該法案。德國聯邦總統弗蘭克-瓦爾特·施泰因邁爾在 2017 年 7 月 20 日簽署了該法案。法律在公布後的第三個月的第一天（即 2017 年 10 月 1 日）生效。

## 貳、德國同性婚姻法之部分內容<sup>55</sup>

該法案首先開宗明義其立法目的，認為同性伴侶至今未能締結婚姻，乃是基於性別差異所造成的歧視。在愛爾蘭通過同性婚姻之後，更體會到社會變遷所造成對於婚姻定義內涵的轉變，而使得將同性伴侶阻絕在婚姻之外，再也沒有值得說服他人的理由，進而使 2001 年所制定的同性登記伴侶法，與婚姻中之配偶相較，仍然受有歧視，特別是在收養的相關規定中，而有再修正之必要。

其次，法案的主要內容，包括應使同性伴侶能透過締結婚姻，取得相同之權利與義務。同時對已登記之同性伴侶應轉換為配偶，並不再允許同性登記伴侶關係的成立。因此所需更動的法律包括民法、同性登記伴侶法、涉外民事事用法與戶籍法等。

德國在此次民法的修正中僅有二條：一、於第 1353 條第一項第一款中，由原本之「結婚以終身生活為目的」，修正為「結婚為由兩不同性別之人或兩相同性別之人以終身生活為目的而締結」。此一修正，雖可明確指出婚姻之締結可包

<sup>55</sup> 參戴瑀如，司法院解釋第 748 號解釋出爐之後的立法因應，台灣法學雜誌，328 期，頁 54-55。

含同性與異性戀者，然而由於民法第 1353 條屬於結婚效力之規定，並非婚姻之締結(1303 條以下)，而使得法體系仍然產生紊亂之情形。二、新增第 1309 條第三項有關外國人結婚能力之證明規定，於一外國人欲在德國締結同性婚姻，但其母國禁止者，可以不用出具結婚能力之證明，使其較易締結同性婚姻。

至於同性登記伴侶法將在同性婚姻法正式施行後(2017 年 10 月 1 日)，將失其效力。對於在同性婚姻法施行前已締結之同性登記伴侶，則可選擇繼續維持現行狀態，或是轉換為婚姻，而依照婚姻締結的方式為之。

德國為了將同性伴侶納入民法所規定的婚姻，而在立法技術上，僅以修正幾條條文處理，事實上已帶給德國親屬法在典範移轉中發生衝突。因原本在民法訂定之初，有關婚姻與親子章節的規範，立法者乃在異性戀與自然生殖的前提下所制定，造成許多內容，例如婚姻由一男一女締結，或是分娩者為母等，並未以法律明文規定，而被認為事屬自然，無待規定。是以，在考量將同性伴侶納入婚姻之後，許多規定不待規定的內容，卻變成有明文規定之必要。同時在德國法上亦面臨應在何處修法的難題，造成無法依體系在婚姻締結的相關規定中，即納入重行對婚姻的定義，將之擴張至同性伴侶，只好勉強在婚姻的效力規定中為規範，以致造成體系的紊亂。

然而就實質內容而言，由於 2001 年的同性登記伴侶法，其內容即逐步比照民法中的婚姻與收養之相關規定而制定或修訂。因此在開放同性婚姻後，所要處理的除了名稱之外，尚要處理親屬法與同性登記伴侶法的些微差異，包括對收養之完全開放，此在德國聯邦憲法法院的判決下，已非難題。因德國聯邦憲法法院在 2013 年宣告就同性伴侶一方於成立登記伴侶關係前所收養之子女，禁止同性伴侶他方收養之規定違憲<sup>56</sup>。然而更為棘手的是，對於同性登記伴侶法完全未有規範之自然血親規定，是否得適用民法，則帶來進一步的疑問。就此，德國親子法中有關自然血親之法規，在面對社會家庭結構的重大改變，以及人工生殖技術

---

<sup>56</sup> 參戴瑀如，由德國同性伴侶法的催生、影響與轉化檢視德國對同性人權之保障，月旦法學雜誌，224 期，頁 49-50。

所帶來的新興問題，早已有全面改革的呼聲，同性婚姻的開放，將促使德國民法相關規定有重行檢視與儘速全盤修正之可能<sup>57</sup>。

## 第三節 瑞士

### 壹、立法過程<sup>58</sup>

瑞士認可同性註冊伴侶關係。2005年6月5日，全民投票58%贊成通過認可同性伴侶關係登記及相關權利的議案，給予同性伴侶等同異性伴侶的權益，以下除外：1、收養孩童 2、人工生殖 3、用同一姓氏。不過，在近親狀況、稅務、社會保障、保險、住處財產分配方面，同性伴侶享有與婚姻伴侶同等權益。2003年12月3日瑞士國民院反對通過註冊伴侶法案。2004年6月3日聯邦院通過經輕微修改的法案。6月10日，國民院再確認經修改的法案。不過，保守的聯邦民主聯盟收集簽名以舉行公投。2007年1月1日法案正式生效。

### 貳、瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法<sup>59</sup>

有關2013年瑞士同性別者間欲依聯邦同性別者間登記伴侶關係法成立伴侶關係，其同性親密結合彼時相關權利義務之規定條文簡介如下<sup>60</sup>：

<sup>57</sup> 參戴瑀如，同前註55，頁55-56。

<sup>58</sup> 參維基百科，瑞士註冊伴侶關係(中文版)，<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%91%9E%E5%A3%AB%E8%A8%BB%E5%86%8A%E4%BC%B4%E4%BE%B6%E9%97%9C%E4%BF%82>(最後瀏覽日：2018/02/26)。

<sup>59</sup> 參2013年瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法，張惠東(譯)(2013)。

<sup>60</sup> 2013年瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法部分內容如下：

- 第1條 本法規範同性別者間登記伴侶關係之作成、效力及終止。
- 第2條 同性別之二人得正式登記其伴侶關係。  
二人同意共同維持伴侶生活並確保彼此登記伴侶關係之權利與義務。  
二人之戶籍資料因登記伴侶關係而相連結。
- 第3條 二位伴侶均必須年滿十八歲且具有事理辨識能力。
- 第4條 直系血親關係之二人，以及同父同母、同父異母或同母異父之兄弟姊妹之間，不得為登記伴侶關係。  
每一伴侶均必須宣告其並無登記伴侶關係亦無婚姻關係存續。
- 第5條 登記之申請需於伴侶中一人之戶籍地之戶政機關辦理。  
申請登記之二人需親自辦理。若二人表示無法親自辦理，則準備程序之進行得採書面方式。  
伴侶應提出必要文件。二人應親自向戶政機關宣告其具備辦理登記之條件。

從 2013 年瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法有關同性結合之規定，可知瑞士係另外創設一套專法(即瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法)特別規範同性別者之結合，同性戀者不能適用傳統一夫一妻之婚姻制度，異性戀者亦不能適用該法成立伴侶關係，有意和傳統一夫一妻之婚姻制度做出區隔。

然而彼時瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法有關瑞士同性別者間成立伴侶關係，其成立要件之相關定包含：1. 二位伴侶均必須年滿十八歲且具有事理辨識能力。2. 伴侶登記之申請需於伴侶中一人之戶籍地之戶政機關辦理，且申請登記之二人需親自辦理。若二人表示無法親自辦理，則準備程序之進行得採書面方式；伴侶應提出必要文件，二人應親自向戶政機關宣告其具備辦理登記之條件，若伴侶二人非瑞士公民，則應於準備程序進行中具有瑞士之合法居留。3. 戶政機關登記伴侶雙方自主性之宣言並使雙方於伴侶關係證明上簽名，又伴侶關係之登記應公開為之。

而欲成立該同性伴侶關係，必須非直系血親關係之二人，以及同父同母、同父異母或同母異父之兄弟姊妹之間、每一伴侶均必須宣告其並無登記伴侶關係亦無婚姻關係存續、已辦理登記伴侶者不得結婚。又二人須同意共同維持伴侶生活並確保彼此登記伴侶關係之權利與義務，始成立伴侶關係，使得二人之戶籍資料因登記伴侶關係而相連結。

又該法彼時絕大多數權利義務之規定皆同或相似於我國傳統異性婚姻，包含伴侶關係之解消、相互協助及尊重、姓氏、日常生活費、共同住居所、共同生活之代理、互為法定繼承人及準用異性婚姻離婚贍養費之規定……等。惟該法彼時第 18 條規定，伴侶各自所有其財產及對各自債務負清償之責；第 28 條規定，已登記為伴侶關係者不得收養子女，亦不得進行人工生殖；第 30 條規定，伴侶得

---

若伴侶二人非瑞士公民，則應於準備程序進行中具有瑞士之合法居留。

第 7 條 戶政機關登記伴侶雙方自主性之宣言並使雙方於伴侶關係證明上簽名。

伴侶關係之登記應公開為之。

第 26 條 已辦理登記伴侶者不得結婚。

單方聲請終止登記伴侶關係，惟聲請時伴侶需分居一年以上，則不同於我國民法異性婚姻之規定。

## 第四節 美國

### 壹、相關判決簡介

同性婚姻在美國聯邦最高法院在 2015 年 6 月 26 日 *Obergefell v. Hodges* 案的判決中認為<sup>61</sup>，各州須給予承認，並且不得拒絕發放結婚證書給予同性伴侶，全美同性婚姻合法化。該判決認為對同性配偶拒絕發放結婚證書，違反美國憲法正當法律程序和第十四修正案的平等保護條款。又美國聯邦最高法院於 2016 年 3 月 7 日，在 *V.L. v. E.L.* 案中間接承認同性配偶有收養子女之權利<sup>62</sup>；隔年 2017 年 6 月 26 日，在 *Pavan v. Smith* 案中亦判決同性二人間有使用人工生殖之權利，並可擬制血親關係，故同性婚姻享有與異性婚姻相同之權利<sup>63</sup>。

### 貳、聯邦最高法院 2015 年 *Obergefell v. Hodges* 案<sup>64</sup>

該判決係 2015 年 6 月 26 日，美國聯邦最高法院在 *Obergefell v. Hodges* 案中判決同性婚姻的權利受到憲法保障<sup>65</sup>，全國各州不得立法禁止同性婚姻，全美同性婚姻合法化。同性婚姻在美國受到聯邦政府承認，同時根據聯邦最高法院在 *Obergefell v. Hodges* 案的判決<sup>66</sup>，各州亦須給予承認，並且不得拒絕發放結婚證書給予同性伴侶。聯邦最高法院判決，對同性配偶拒絕發放結婚證書，違反美國憲法正當法律程序和第十四修正案的平等保護條款。該判決認為<sup>67</sup>，依聯邦

<sup>61</sup> 同前註 29。

<sup>62</sup> 同前註 30。

<sup>63</sup> 同前註 31。

<sup>64</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct., at 2584-2643(2015)。本文以下翻譯皆參照賴英照，仲張人權或司法政變--*Obergefell v. Hodges* 案的論辯，法令月刊，68:5 期，2017 年 5 月，頁 1-22。

<sup>65</sup> 同前註 29。

<sup>66</sup> 同前註。

<sup>67</sup> 多數意見包括甘迺迪(Anthony Kennedy)、金斯伯格(Ruth Bader Ginsburg)、卜萊爾(Stephen G.

憲法增修條文第 14 條正當法律程序的規定<sup>68</sup>，及相關判決先例的意旨，同性伴侶有結婚的權利。禁止同性結婚的州法，理由欠缺正當性，同時也違反法律平等保護的意旨。判決是以成長憲法的理念，並對判決先例做創新的解讀，創設同性結婚的權利。判決同時認為，同性能否結婚，是人民的基本權的問題，不應依投票決定。釐清憲法疑義，法院責無旁貸。然不同意見認為<sup>69</sup>，憲法對結婚的問題沒有規定，限制一男一女結婚的州法符合制憲原意，毫無違憲可言，法院依正當法律程序創設同性結婚的新權利，沒有憲法依據，缺乏先例支持，篡奪人民自主決定的權利，不同意見以原意主義之方法，固守判決先例的意旨，並表現司法自制的原則，惟美國聯邦最高法院的 9 位大法官，最後仍以贊成 5 人、反對 4 人，判決同性婚姻的權利受到憲法保障，全國各州不得立法禁止同性婚姻，全美同性婚姻合法化。

由於美國乃係普通法國家，並非如我國、德國、法國等成文法國家，有全國統一之法律規定同性婚姻，其於 2015 年 6 月 26 日，美國聯邦最高法院在 *Obergefell v. Hodges* 案中判決同性婚姻的權利受到憲法保障<sup>70</sup>，全國各州不得立法禁止同性婚姻，全美同性婚姻合法化之前，美國各州皆有不同之規定，有承認同性婚姻的州，亦有不承認同性婚姻的州，亦有以專法形式保障者，且其規定皆不完全相同。然而在 2015 年 6 月 26 日，具有拘束全美各機關之美國聯邦最高法院在 *Obergefell v. Hodges* 案中判決同性婚姻的權利受到憲法保障<sup>71</sup>，全國各州不得立法禁止同性婚姻，自此美國同性婚姻即全面合法，然而各州如何規範同性婚姻，仍由各州分別規範之，僅不得立法禁止同性婚姻。

總結該判決(多數意見)之意旨，大略為：依美國聯邦憲法增修條文第 14 條正當法律程序的規定，及相關判決先例的意旨，同性伴侶有結婚的權利。禁止同

---

Breyer)、索托梅耶(Sonia Sotomayor)及凱根(Elena Kagan)五位大法官。

<sup>68</sup> 聯邦憲法增修條文第 14 條第 1 項規定：「任何州不得未經正當法律程序剝奪人民的生命、自由或財產，並不得拒絕管轄區內任何人民法律平等保護的權利。」

<sup>69</sup> 不同意見包括羅勃茲院長(John G. Roberts)、史卡利亞(Antonin Scalia)、湯馬斯(Clarence Thomas)與阿里托(Samuel A. Alito)四位大法官。

<sup>70</sup> 同前註 29。

<sup>71</sup> 同前註。

性結婚的州法，理由欠缺正當性，同時也違反法律平等保護的意旨。判決是以成長憲法的理念，並對判決先例做創新的解讀，創設同性結婚的權利。判決同時認為，同性能否結婚，是人民的基本權的問題，不應依投票決定。釐清憲法疑義，法院責無旁貸。

另因美國各州對同性婚姻之立法皆不盡相同，故本文僅聚焦於分析為何該2015年6月26日美國聯邦最高法院在 *Obergefell v. Hodges* 案中判決<sup>72</sup>，同性婚姻的權利受到憲法保障，全國各州不得立法禁止同性婚姻，使美國同性婚姻全面合法化之正反理由，併此敘明。

### 參、聯邦最高法院 2016 年 *V. L. v. E. L.* 案<sup>73</sup>

V. L 跟 E. L 是一對同性伴侶，E. L 透過人工生殖技術而擁有小孩，V. L 請求法院承認其收養該小孩，Georgia 法院認其符合該州法律之規定，承認其收養行為，V. L 跟 E. L 皆為小孩之雙親具親子關係。惟之後其離婚，E. L 上訴至 Alabama Court of Civil Appeals. 該州法院拒絕承認 Georgia 州法院之見解，否認 V. L 有收養小孩的權利，因而提起上訴至美國聯邦最高法院。然美國聯邦最高法院最後認為每州的法律及法院皆應注重當事人充分信賴，且及於其他州法院，故本案 Georgia 法院認其符合該州法律之規定，承認其收養行為，V. L 跟 E. L 皆為小孩之雙親具親子關係，Alabama Court 亦似應承認為宜，始符合充分信賴原則，最後美國聯邦最高法院以上述理由認為 Alabama Court of Civil Appeals 之判決程序不合法駁回，間接承認 V. L 之收養行為，V. L 跟 E. L 皆為小孩之雙親具親子關係。

故可知對於收養行為在 *V. L. v. E. L.* 案之前<sup>74</sup>，各州對於同性配偶是否享有收養權利仍有爭議，惟因該判決，因而間接承認同性配偶間之收養權，使同性配偶之權利保障更進一步。

---

<sup>72</sup> 同前註。

<sup>73</sup> 同前註 30。

<sup>74</sup> 同前註。

## 肆、聯邦最高法院 2017 年 *Pavan v. Smith* 案<sup>75</sup>

美國聯邦最高法院 2017 年 6 月 26 日 *Marisa N. Pavan v. Nathaniel Smith* 判決，認為一州不得拒絕同性伴侶享有與異性伴侶的條款及條件相同的公民婚姻權利，明白承認同性亦可適用人工生殖技術(現今美國已承認代理孕母制度，故男同志亦可使用代理孕母生育子女)進而享有與異性父母同樣被登記於子女出生證明父母欄的權利。

該判決中(多數意見)認為：「本院認為阿肯色州的同性父母不享有與異性父母同樣被登記於子女出生證明父母欄的權利，出生證明為一常用於重要事務的文件，如為子女做醫療決定或入學登記。參見 *See Pet. for Cert.* 5-7 (列出可能要求該名父母出示子女出生證明的情況)。Obergefell 案禁止這種不同的待遇。正如本院所示，一州不得拒絕同性伴侶享有與異性伴侶的條款及條件相同的公民婚姻權利。576 U. S., at \_\_\_\_ (判決速報，第 23 頁)。事實上，在列出這些條款及條件時，同性伴侶，不少於異性伴侶，必須獲得的「權利、利益和責任」——本院明確指出了「出生和死亡證明」。這並非偶然，Obergefell 案的數名原告質疑國家對其子女的出生證明拒絕承認他們的同性配偶。在考量這些質疑時，我們認為相關州法律規定違憲，因為在某種程度上他們對待同性伴侶的方式與異性伴侶有所不同。參見 576 U. S., at \_\_\_\_ (判決速報，第 23 頁)。這一法院意見適用於§20-18-401。在回應下級法院時，州政府辯護其出生證明法規係基於列名於兒童的出生證明並非在婚姻中的某種利益。相反地，州政府強調，出生證明僅是記錄血緣上的親子關係的一種方式，無論該兒童的父母是否具有婚姻關係。但阿肯色州的法律使得出生證明不僅僅只是基因遺傳之學。正如已經討論過的，當一對異性伴侶透過匿名精子捐贈方式產子的時候，就如同本案聲請人所為，州法律要求登記生母的丈夫於該子女的出生證明上。即便是(如州政府所承認)在該丈夫「絕非生父」的情況下。因此，阿肯色州選擇其出生證明書不僅僅是親生關

<sup>75</sup> 參 *Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith*, 137 S.Ct.,at 2076-2078 (2017)，簡良育(譯)(2018)(未出版)。

係的標記：州政府利用這些證書給予已婚父母法律承認的一種形式，而未婚父母並不適用。若其作出與 Obergefell 案一致的選擇，阿肯色州可能不會拒絕對已婚同性伴侶的認可。同意移審令的聲請及批准了作為法庭之友提交文件摘要的未決動議。撤銷阿肯色州最高法院的判決並依本院指示發回重審。

然亦有 GORSUCH、THOMAS 及 ALITO 大法官基於生理上之考量提出不同意見認為：「該法規制定了一套規則，旨在確保兒童的親生父母被登記於其出生證明上。在州最高法院前，州政府主張基於生物學的出生登記制度具有合理的理由，這些理由決不會違反 Obergefell 案，如確保政府官員能夠確定公共衛生趨勢並幫助個人確定其生物血統、公民身份或易感染的遺傳性疾病。州最高法院認為其判決不以任何方式試圖挑戰 Obergefell 案，而是認真地採納 Obergefell 案意見。並且，很難看出這個結論有什麼問題，就如同州法院所認知，Obergefell 案判決中沒有任何表示基於生物學的出生登記制度違反憲法，毫無疑問，在全國乃至整個歷史上有許多類似看法者。相反的，就他們所說的這個問題而言，本院的判決先例提出了相反的結論。參見如 *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U. S. 110, 124 - 125 (1989); *Tuan Anh Nguyen v. INS*, 533 U. S. 53, 73 (2001). 今天的意見也沒有意圖確定任何基於生物學的出生登記制度的憲法問題。因此，無論我們如何處理本案件，簡易撤銷判決都不會是一個顯而易見的程序。」。雖然聲請人的訴訟沒有對§9 - 10 - 201 提出質疑，但州政府已經多次承認，依據§9 - 10 - 201 規定，提供給非親生父母的利益必須同等地提供給予同性和異性伴侶。因此，在本特殊案件及其他相同或類似案件，州政府同意，生母的女性配偶也須登記在出生證明上。第三，現今阿肯色州的法律進一步證明事實是，就收養而言(非本案事實，而是他案中阿肯色州違背其基於生物學的登記)，州政府告訴我們，收養父母有資格登記在出生證明上，而不考慮其性取向。鑑於這一切，似乎未釐清何以本案予以簡易撤銷判決。

## 第五節 小結

綜上可知外國有關同性親密結合權之立法例，法國於 1999 年通過 PACS(即民事伴侶結合法)法案，然該法並不限於同性戀者，異性戀者亦可適用，可透過該法成立伴侶結合關係，然保障程度不如傳統異性婚姻(如 PACS 當事人相互間並無繼承權，在法律上被視為繼承人以外之第三人身分處理，僅得以遺贈方式將財產贈與伴侶)，故經同志運動團體及相關人士的努力下，該國於 2013 年通過同性婚姻法案，值得注意的是法國係以修改現行民法之規定，將同性婚姻納入傳統異性婚姻中，使其得一起適用婚姻之規定；其成立之形式要件有：滿 18 歲之同性或異性之二人，須事先公告，於執行婚儀的市鎮政府及結婚當事人一方的住所所在之市鎮政府，公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所及婚儀會場(民法典第 63 條)，並且，結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取。又結婚，應在當事人一方，或雙方當事人雙親中之一人之住所地或居所地所在市鎮政府之戶籍人員，以共和國儀式，在第 63 條規定公告之日舉行。如免除公告時，應在下列第 169 條規定之免除日期舉行。公告期限屆滿後，戶籍人員於結婚雙方當事人指定之日期，在市鎮政府，當著 2 人以上 4 人以下證人之面前，向該結婚雙方當事人宣讀本法典第 212 條、第 213 條、第 214 條第 1 項、第 215 條第 1 項及第 371-1 條之規定。戶籍人員應分別聽取結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，並以法律之名義，宣示他們因結婚而結合及當場作成結婚證書。該結婚證書則須記載該法典第 34 條規定之事項，結婚證書由戶籍人員作成，戶籍人員在高等法院地方檢察廳長的管理之下執行職務。又由於該法係修改現行民法，將原本「父母、夫妻」之用語，改成「婚姻當事人或雙親或配偶」，故同性婚姻之權利義務(夫妻權利義務關係、收養、子女、稅賦及醫療……等)完全等同傳統異性婚姻，符合平等權之要求。而德國亦於 2001 年通過同性伴侶專法，並於 2017 年通過同性婚姻法，將同性婚姻納入傳統異性婚中，故權利義務應同等於傳統異性婚。

瑞士則於 2007 年通過同性別者間登記伴侶關係專法，至今仍未通過婚姻法保障。從瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法有關同性結合之規定，可知瑞士係另外創設一套專法(即瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法)特別規範同性別者之結合，同性戀者不能適用傳統一夫一妻之婚姻制度，異性戀者亦不能適用該法成立伴侶關係，有意和傳統一夫一妻之婚姻制度做出區隔。然而瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法有關瑞士同性別者間成立伴侶關係，其成立要件之相關定包含：1. 二位伴侶均必須年滿十八歲且具有事理辨識能力。2. 伴侶登記之申請需於伴侶中一人之戶籍地之戶政機關辦理，且申請登記之二人需親自辦理。若二人表示無法親自辦理，則準備程序之進行得採書面方式；伴侶應提出必要文件，二人應親自向戶政機關宣告其具備辦理登記之條件，若伴侶二人非瑞士公民，則應於準備程序進行中具有瑞士之合法居留。3. 戶政機關登記伴侶雙方自主性之宣言並使雙方於伴侶關係證明上簽名，又伴侶關係之登記應公開為之。而欲成立該同性伴侶關係，必須非直系血親關係之二人，以及同父同母、同父異母或同母異父之兄弟姊妹之間、每一伴侶均必須宣告其並無登記伴侶關係亦無婚姻關係存續、已辦理登記伴侶者不得結婚。又二人須同意共同維持伴侶生活並確保彼此登記伴侶關係之權利與義務，始成立伴侶關係，使得二人之戶籍資料因登記伴侶關係而相連結。又該法絕大多數權利義務之規定皆同或相似於我國傳統異性婚姻，包含伴侶關係之解消、相互協助及尊重、姓氏、日常生活費、共同住居所、共同生活之代理、互為法定繼承人及準用異性婚姻離婚贍養費之規定……等。惟該法第 18 條規定，伴侶各自所有其財產及對各自債務負清償之責；第 28 條規定，已登記為伴侶關係者不得收養子女，亦不得進行人工生殖；第 30 條規定，伴侶得單方聲請終止登記伴侶關係，惟聲請時伴侶需分居一年以上，則不同於我國民法異性婚姻之規定。

最後美國於 2015 年經由其聯邦最高法院 *Obergefell v. Hodges* 案<sup>76</sup>，承認

---

<sup>76</sup> 同前註 29。

全美同性婚姻合法，並於 2016 年 *V.L. v. E.L.* 案<sup>77</sup>，間接承認同性有收養權，且於 2017 年 *Pavan v. Smith* 案<sup>78</sup>，承認同性戀者得以和異性戀者一樣平等使用人工生殖且其因此所生之子女之父母不限於生理有血緣關係之男性或女性，將其子女擬制為其婚生子女。

故可知上述各國及世界其他國家(如：南非、紐西蘭，與近期之澳洲與德國等)，基於婚姻自由及平等權之保障，皆肯定同性戀者亦有親密結合權並立法或以判決承認予以保障，而其保障形式亦如同法國、德國、丹麥與美國，皆從一開始的另立專法(同性伴侶法或同性婚姻法…等)，獨立於一般傳統異性婚姻之民法保障同性親密結合權，演變成將其納入一般傳統異性婚姻之民法保障，並享有與異性同等或相近之權利，故可知世界各國之趨勢，乃將同性戀者與異性戀者親密結合權之保障越趨平等一致，而不再與以區分及差別對待，亦可供我國將來有關同性親密結合權立法之借鏡。

---

<sup>77</sup> 同前註 30。

<sup>78</sup> 同前註 31。

# 第四章 我國同性親密結合權之法制發展與實務研析

## 第一節 我國同性親密結合權之法制與相關立法草案

### 第一項 現行親密結合權之法制

我國有關親密結合權之規定，係傳統兩個相愛的異性經由結婚而取得之親密結合關係，主要規定於民法婚姻章(民法第 972 條至第 1058 條)，規定結婚前之婚約、結婚之要件、效力、結婚後之夫妻財產關係(包括法定、約定財產制)及離婚之相關規定。

首先我國婚姻的「形式要件」之規定如本文第二章第一節第三項所述，再從現行民法之「實質要件」來看，需符合下列事項始為合法<sup>79</sup>：

#### (一) 婚姻須適法

結婚當事人，基於合乎法律及道德之愛情，而為其結婚意思之決定後，經男女雙方自由意思合意，係婚姻最基本之必備要件。蓋婚姻既為人倫秩序上之存在，則以不合乎人倫道德之愛情，縱令雙方合意結合，亦不能為民法所承認。

#### (二) 婚姻須為一男一女之結合

我國現行民法採取一夫一妻制，故只准許一男一女之結合(民法第 980、985 條第 1、2 項、988 條 3 款本文參照)，排除同性結婚之權利。

#### (三) 婚姻須以夫妻終生共同生活為其目的

<sup>79</sup> 參陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，民法親屬新論，台北：三民書局，2013 年，修訂十一版，頁 54-58。

婚姻應有其永久持續性，且夫妻應全面的經營其共同生活(精神、肉體、經濟等)，故不應僅限於「性」生活關係。康德(Kant)雖在 1797 年法國大革命中，認為婚姻為「性的共同體」，而由男女終生相互交換占有對方之「性的特徵物」者。然而後來因為出現黑格爾(Hegel)主張，婚姻應以合法的、倫理的愛情為其基準；而且婚姻當事人因婚姻將揚棄自然的、個人的人格，另行成立一完整的人格；又婚姻既應存在於倫理基礎之上，其實質的目的，係在於男女兩個人格的統一，故夫妻間始有「愛」與「信賴」之情感。簡單說，黑格爾主張：婚姻關係為夫妻之共同生活體，而不是契約關係。故基於黑格爾之主張可得知，婚姻係由法律所規範，而合乎愛情、倫理之一男一女之共同生活體。

我國民法對婚姻為「夫妻終生共同生活關係」這點，尚未設明文，而僅有結婚最低年齡之限制(民法第 980 條)，但並無最高年齡之限制，又縱不生育，亦不能為離婚之原因(民法第 1052 條第 1 項)。夫妻既終身相許，故在婚姻成立時，須期白頭偕老，不得附加任何條件或期限，但並不禁止離婚。

#### (四)婚姻須當事人雙方合意

在我國民法上，婚姻須當事人雙方之「合意」始能成立(民法第 972 條)，和各國立法例相同。惟合意是雙方婚姻當事人，對婚姻締結互有同一意思，和財產法上之「意思表示一致」不同，對婚姻關係內容，則毫無選擇之餘地。故婚姻雙方當事人所為結婚行為，當事人意思為併行的，即係合同行為而僅有確認性質，和契約行為雙方當事人之意思為相對的，且任由契約當事人選擇契約內容者互異。至於婚姻有時亦須法定代理人同意(民法第 981 條)，然此同意並非財產上同意，是行為能力之補充，反而僅為企圖本質的社會結合之圓滿而已。

然而如第二章所述該解釋作出後，我國對傳統親密結合權之解釋有了不同之解釋，我國大法官對民法婚姻的概念，已從已從早期釋字僅限「一男一女」的概念，擴張為釋字第 748 號解釋，同性傾向者之婚姻自由應受憲法第 22 條保障，我國現行民法未使相同性別二人，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。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，以不能繁衍後代與維護基本倫理秩序為由，未使相同性別二人得以結婚，顯非合理之差別待遇，凡此均與憲法第 7 條保障平等權之意旨不符<sup>80</sup>。然因同性是否適用父母子女關係及收養與人工生殖之規定，仍有爭議，故本文以下僅就婚姻章探討，併此敘明。

## 第二項 相關立法草案<sup>81</sup>

我國同性婚姻相關立法草案，最早於 2006 年間由立法委員蕭美琴等人首度於立法院提出「同性婚姻法」草案，因未獲多數立法委員支持，而未交付審查。嗣 2012 年及 2013 年間由婚姻平權運動團體研議之相關法律修正建議，獲得立法委員尤美女等及鄭麗君等支持，分別提出民法親屬編部分條文修正草案，及民法親屬、繼承編部分條文修正草案，首度交付司法及法制委員會審查，並召開公聽會聽取各方意見，終因立法委員任期屆滿而未能完成審議。2016 年間，立法委員尤美女等提出民法親屬編部分條文修正草案，時代力量黨黨團、立法委員許毓仁、蔡易餘等亦分別提出不同版本法案，於同年 12 月 26 日經司法及法制委員會初審通過多個版本提案。惟何時得以進入院會審查程序，猶未可知。各草案版本內容及說明分述如下：

### 第一款 另設同性婚姻專法<sup>82</sup>

蕭美琴等立委基於憲法第 7 條平等權及第 22 條婚姻自由之規定，及世界各國皆立法承認同性婚姻或相關結合方式，故其於民國 2006 年提出「同性婚姻法」之草案，值得注意的是該法係獨立於民法之同性婚姻專法，其草案內容說明如

<sup>80</sup> 同前註 33。

<sup>81</sup> 參立法院第 9 屆第 2 會期第 8 次、第 9 次、第 16 次會議議案關係文書。

<sup>82</sup> 蕭美琴立委同性婚姻法律制定案，

<http://www.pridewatch.tw/beta/article/406>(最後瀏覽日期：2018/03/24)。

下：

從該同性婚姻專法草案可知<sup>83</sup>，該法為特別法，該法未規定者適用其他法律規定；該法之主管機關為內政部；同性婚約由雙方當事人自行訂定，不得強迫履行，且須年滿 20 歲始得結婚；女同性配偶得使用人工生殖、有婚生推定及可提起婚生否認之訴，男同性配偶則未享有此權利；同性家庭得依法收養子女，又子女之姓氏由同性配偶自行約定。

## 第二款 修改現行民法婚姻制度

### 壹、

2012 年及 2013 年間有鑑於現行民法僅可保障以一男一女為基礎組成的婚姻關係，違反憲法第 7 條及第 22 條之規定，由婚姻平權運動團體研議之相關法律修正建議，獲得立法委員尤美女等及鄭麗君等支持，分別提出民法親屬編部分條文修正草案，及民法親屬、繼承編部分條文修正草案<sup>84</sup>，首度交付司法及法制委員會審查，並召開公聽會聽取各方意見，終因立法委員任期屆滿而未能完成審議。

<sup>83</sup> 該同性婚姻法草案內容如下：

第一條(立法目的及明訂本法為特別法)

為實現同性男女合法之婚姻關係，組織家庭之權利，落實憲法所賦予之一切權利義務，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法律之規定。

第二條(本法之主管機關)

本法之主管機關為內政部。

第三條(同性婚約之訂定)

婚約，應由雙方當事人自行訂定。

婚約，不得請求強迫履行。

第四條(同性結婚之年齡)

同性男女未滿二十歲者，不得結婚。

第五條(女同性配偶人工生殖及婚生否認)

女同性配偶之一方與其他異性或人工生殖懷胎者，視為婚生子女。

女同性配偶之另一方得於知悉子女出生之日起三個月內，提起否認之訴。

第六條(同性收養)

同性男女所組織之家庭得依法收養子女。

第七條(同性子女之姓氏)

子女之姓氏由同性男女配偶自行約定之。

第八條(施行日期)

本法自公佈日施行。

<sup>84</sup> 參立法院第 8 屆第 4 會期第 7 次會議議案關係文書。

其修正內容大致為將現行民法第 972 條、973 條、980 條及相關法條規定之「男女、夫妻」之用語，修正為較中性之「雙方當事人、未成年人、配偶」，使同性戀者亦享有與異性戀者一樣得締結婚約及結婚並享有相關權利，亦將雙方訂婚及結婚之年齡皆修改一致以符合平等權之要求。2016 年國民黨團本院委員許毓仁等 17 人<sup>85</sup>、時代力量黨團<sup>86</sup>，亦提出相近之修正草案版本。

故可知上述修正法案以較為中性之詞規定(即雙方)，婚約之締結當事人不再限於不同性別間(男女)，同性之間亦可締結婚約。又結婚之當事人亦從男女修改為較中性之未滿十八歲者，故不限於異性間，同性別間亦可結婚，將同性戀傾向者融入原本一男一女的婚姻制度中，且亦修改結婚之雙方必須皆年滿 18 歲，其修正理由同民進黨團之修正草案說明。然原本民法第 982 條之規定均未修正，故結婚之形式要件仍須具備：1、書面 2、二人以上證人之簽名 3、向戶政機關為結婚登記，惟其結婚要件則放寬，不再僅限於異性之間，亦包含同性別間，且年齡皆須為 18 歲。又因該草案將現行民法第 972 條、973 條、980 條及相關法條規定之「男女、夫妻」之用語，修正為較中性之「雙方當事人、未成年人、配偶」，使同性戀者亦享有與異性戀者一樣得締結婚約及結婚並享有相關權利。

貳、

2016 年尤美女等人鑑於為保障人民(包含同性戀傾向與異性戀傾向者)之憲法第 22 條保障之婚姻自由，其有關同性婚姻形式要件之修正草案說明如下：

一、依據我國 2007 年通過批准之聯合國《消除對婦女一切形式歧視公約》第十五條、第十六條之規定，國家應給予男女在法律面前平等之地位，並在有關婚姻和家庭關係之一切事務上，消除對婦女的歧視。我國民法第九百七十三條關於訂定婚約之最低年齡，以及第九百八十條關於最低結婚年齡均為男高

<sup>85</sup> 國民黨團第九百七十二條修正草案為：「婚約，應由雙方當事人自行訂定。」；第九百八十條修正草案為：「未滿十八歲者，不得結婚。」。

<sup>86</sup> 時代力量黨團第九百七十二條修正草案為：「婚約，應由雙方當事人自行訂定。」；第九百八十條修正草案為：「未滿十八歲者，不得結婚。」。

女低之規定，已在法律形式上對男女作出差別待遇，爰將兩性訂定婚約之最低年齡均定為十七歲，兩性最低結婚年齡均定為十八歲。

二、婚姻制度固為我國憲法所保障之制度，而婚姻之核心價值，係指兩人為營共同生活之目的，並使雙方人格得以實現與發展而組成之生活共同體。兩人更因此結合關係，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，以確保基本權利之存在與實現，而法律不應單純以性別作為劃定保障與否之界限。爰此，特將第九百七十二條「男女」修正為「雙方」<sup>87</sup>，第九百八十條「男女」修正為「未成年人」<sup>88</sup>。

此外，為落實憲法平等權利，促進同志權利保障，保障兒童最佳利益，並穩固家庭之保護照顧功能，爰增訂第九百七十一條之一<sup>89</sup>，並修正第一千零七十九條之一<sup>90</sup>。

故可知其修正法案以較為中性之詞規定(即雙方)，婚約之締結當事人不再限於不同性別間(男女)，同性之間亦可締結婚約。又結婚之當事人亦從男女修改為較中性之未成年人，故同性別間亦可結婚，將同性戀傾向者融入原本一男一女的婚姻制度中，且亦修改結婚之雙方必須皆年滿 18 歲，其修正理由如上。然原本民法第 982 條之規定均未修正，故結婚之形式要件仍須具備：1、書面 2、二人以上證人之簽名 3、向戶政機關為結婚登記，惟其結婚要件則放寬，不再限於異性之間，亦包含同性別間，且年齡皆須為 18 歲。

又關於傳統異性婚之夫妻權利義務及父母子女權利義務之規定，該修正草案亦規定同性婚姻當事人亦可平等適用，除了民法第 1063 條婚生推定之規定，因同性戀者本身生理上與異性戀者之差異，且同志使用人工生殖及代理孕母尚有爭

<sup>87</sup> 民進黨團第九百七十二條修正草案為：「婚約，應由雙方當事人自行訂定。」

<sup>88</sup> 民進黨團第九百八十條修正草案為：「未成年人未滿十八歲者，不得結婚。」

<sup>89</sup> 民進黨團第九百七十一條之一修正草案為：「同性或異性之婚姻當事人，平等適用夫妻權利義務之規定。同性或異性配偶與其子女之關係，平等適用父母子女權利義務之規定。但本法第一千零六十三條以異性配偶為限。」

<sup>90</sup> 民進黨團第一千零七十九條之一修正草案為：「法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女最佳利益為之。法院為前項之認可，及收出養媒合服務為收出養評估報告時，不得以收養者之性別、性傾向、性別認同、性別特質等為理由，而為歧視之對待。」

議，故而無法平等適用，其餘皆平等適用之，以符合憲法第 7 條平等權及第 22 條婚姻自由保障之規定。

### 參、尤美女、國民黨團及時代力量黨團之整合版本(2016 年)

我國於 2016 年 11 月 8 日，立法院一讀通過《民法》親屬編部分條文修正草案，並於 12 月 26 日司法及法制委員會初審通過，但全案須送朝野協商，其中尤美女、國民黨團及時代力量黨團於審查會中取得共識，整合出其草案版本<sup>91</sup>。

從該整合版本可以得知，其係於現行民法下做修正，而非另立專法或專章，惟各黨團和其先前之版本有些許不同，有別於先前將婚姻由「男女」修正為「異性與同性」於民法第 972 條區分為兩項，第一項為異性，第二項為同性，並於民法第 971 之 1 條規定異性或同性，平等適用本法及其他法規所定關於夫妻、配偶之規定。亦平等適用本法及其他法規所定關於父母子女、親屬之規定。但本法第一千零六十三條以異性配偶為限。亦於第 1079 條之 1 另立第 2 項規定法院於認定收養許可時禁止歧視之規定。草案第 980 條規定，未滿十八歲者，不得結婚。

又從該草案可知同性結婚之形式要件有：1、書面 2、二人以上證人之簽名 3、向戶政機關為結婚登記(因第 971 之 1 條規定第 1 項規定，同性或異性婚姻當事人平等適用本法及其他法規所定關於夫妻、配偶之規定。故應適用未修正之民法第 982 條，即包含上述三個結婚之形式要件)，且年齡皆須為 18 歲。

---

<sup>91</sup> 該草案版本內容如下：

一、第 971 之 1 條：

異性或同性之婚姻當事人，平等適用本法及其他法規所定關於夫妻、配偶之規定。

異性或同性配偶，平等適用本法及其他法規所定關於父母子女、親屬之規定。但本法第一千零六十三條以異性配偶為限。

二、第 972 條：

婚約，應由男女當事人自行訂定。

同性婚約，應由雙方當事人自行訂定。

三、第 973 條

未滿十七歲者，不得訂定婚約。

一、第 980 條：

未滿十八歲者，不得結婚。

五、第 1079 之 1 條：

法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女最佳利益為之。

法院為前項認可時，不得以收養者之性別、性傾向、性別認同、性別特質等為理由，而為歧視之對待。

### 第三款 於民法增訂同性婚姻專章

蔡易餘等 18 人，有鑑於婚姻屬於憲法制度性之保障範圍，惟現行民法僅保障以一男一女為基礎組成的婚姻關係，法律不應以性別作為劃定保障之界限，長期排除同性締結婚姻關係之可能性，為落實我國憲法第七條所定平等原則，爰擬具「民法親屬編增訂部分條文草案」，於立法院審查會時提出於民法增設第八章（同性婚姻專章）<sup>92</sup>。

故從其草案規定可知，其版本未修正現行民法第 972 條、第 980 條傳統一夫一妻制度下之婚約及結婚限於男女之規定，而係於民法親屬編增訂第八章（增設第 1137 之 1 至第 1137 之 3 條規定），以同性婚姻專章來規定同性婚姻。又值得注意其僅規定同性別間，故尚未如上述版本以較中性之用詞（雙方）規定之，故跨性別者無法適用。

然其於第 1137 條之 2 規定，可知有關同性婚姻之形式要件規定，未如尤美女、國民黨團、時代力量黨團與伴侶盟草案版本直接適用，而採用準用之方式，故其形式要件準用民法婚姻之規定，即準用民法第 972 條、第 973 條、第 980 條與第 982 條規定，可得知同性婚約一方須為 17 歲，另一方須為 15 歲，然因同婚並未如異性婚友男女之分，故何方須為 17 歲，何方須為 15 歲，即為其準用之問題；又結婚亦有同樣之問題，何方須為 18 歲，何方須為 16 歲？又其準用民法第 982 條，可知同性婚姻之形式要件仍如同傳統異性婚姻仍須具備：1、書面 2、二人以上證人之簽名 3、向戶政機關為結婚登記。4、一方為 18 歲一方為 16 歲。

又該草案於民法第 1137 條之 2 規定，同性婚姻準用本法有關婚姻、父母子女、監護、扶養、家及親屬會議之規定，然又於民法第 1137 條之 3 規定，同性

---

<sup>92</sup> 該草案條文內容如下：

- 一、民法第 1137 條之 1：「同性婚約，應由雙方當事人自行訂定。」
- 二、民法第 1137 條之 2：「同性婚姻準用本法有關婚姻、父母子女、監護、扶養、家及親屬會議之規定。」
- 三、民法第 1137 條之 3：「同性婚姻當事人，平等適用夫妻權利義務之規定；其有子女者，平等適用父母子女權利義務之規定。」

婚姻當事人，平等適用夫妻權利義務之規定；其有子女者，平等適用父母子女權利義務之規定。似有重複規定之情況，因民法婚姻章及父母子女章本身及涵蓋夫妻權利義務及父母子女之規定，其於第 1137 條之 2 規定準用又於 1137 條之 3 規定平等適用，究為準用亦或平等適用，似有適用上之疑慮。惟其使傳統異性婚之夫妻權利義務及父母子女權利義務之規定，同性亦可適用，享有相同之權利義務。

## 第二節 大法官釋字 748 號解釋前之相關 實務案例

本文以「民法第 972 條」及「同性婚姻」之關鍵字，於法源法律網的「裁判書」查詢系統，蒐集我國法院於 96 年至 107 年 1 月 31 日之民事及行政法院判決與裁定，與大法官釋字 748 號解釋做出前後較有關同性親密結合權之判決及裁定，本文分別依判決做出之先後順序詳述如下。

### 第一項 臺灣桃園地方法院 96 年養聲字第 81 號裁定

我國法院最早有關同性收養子女之裁判，係桃園地方法院 96 年養聲字第 81 號裁定<sup>93</sup>，其裁定要旨分述如下：

---

<sup>93</sup> 另案最高法院 105 年度台簡抗字第 11 號民事裁定認為：「按我國民法對於因結婚而成為夫妻之當事人，依民法第九百七十二條、第九百七十三條、第九百八十條規定，及參酌本院三十二年上字第一三〇號判例，暨司法院大法官會議釋字第三六五號解釋意旨，應認係以終生共同生活為目的之一男一女，尚不包括同性結合。而民法第一千零七十四條但書第一款、兒童及少年福利與權益保障法第十六條第一項但書第二款關於「夫妻之一方收養他方之子女」之「繼親收養」規定，

該裁定認為，兒童在成長過程中容易受雙親影響，把雙親作為榜樣。又台灣目前社會現狀，同性戀者確實會承受某些社會異樣的眼光及背負較多的壓力。誠然，收養小孩是當前同性戀者對於一個完整家庭之心理或文化性期待的唯一憑藉手段，然而，兒童日後在學校及同儕間，若其性別認同、性相扮演、角色定位及社會性處境異於一般多數人，可預期的將承受極大的壓力；成年人是否應思考不能只為了滿足自己完整家庭之心理及文化性期待，而將一個沒有思考、拒絕及選擇能力之兒童置於一個可預期者他（或她）將可能承受來自學校或同儕負面壓力環境中，此對於兒童誠屬不公。再本案雖被收養人之生父母在經濟能力不佳無法提供被收養人穩定之經濟環境，但收養人及其家屬即使未收養，仍可對於被收養人提供實質上經濟協助，以減輕被收養人生父母之經濟壓力，而被收養人生父母除經濟能力外，並無其他不適任為人父母之情形，其留在本生家庭較其出養為有利。法院審酌上情，認本件收養裁定不准許之，符合民法第 1079 條第 5 項規定<sup>94</sup>。

## 第二項 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 931 號判決

想到同性婚姻的判決，讓人最快聯想到且印象深刻的，莫過於本文文中在介紹同性議題在我國的歷史與現況中所提到的，也就是釋字 748 號的聲請人，祈家威先生所提出的具代表性之行政救濟，其於 102 年向台北高等行政法院對台北市政府中華民國 102 年 5 月 29 日府訴一字第 10209079900 號訴願決定不服，提起

---

既涉及身分關係之發生、停止或變更，原具公益性質，究非單純私法財產關係可比，則關於收養人與未成年被收養人之父或母間之關係，自應為相同之解釋及適用，即應係一男一女之夫妻結合。此乃立法政策性之考量，無關法律漏洞，不生同性「事實上夫妻」得類推適用「法律上夫妻」問題。」。即民法第一千零七十四條但書第一款，兒童及少年福利與權益保障法第十六條第一項但書第二款「繼親收養」之規定所稱「夫妻」者，係指「一男一女」雙方當事人有發生夫妻關係之實質意思，並滿足民法親屬編第二章第二節以下各項結婚形式及實質要件者，始足當之。

<sup>94</sup> 參臺灣桃園地方法院 96 年養聲字第 81 號裁定。

行政訴訟，台北高等行政法院亦做出 102 年度訴字第 931 號判決，其判決重點分述如下。

該判決之事實略為，祈家威(以下簡稱原告)於民國 102 年 3 月 22 日檢附申請書及經證人簽名之結婚書約等資料，向台北萬華區戶政事務所(以下簡稱被告)申請辦理結婚登記，經被告審認其為同性申辦結婚，與現行法令規定不符，乃以 102 年 3 月 22 日北市萬戶登字第 10230293800 號函復(下稱原處分)否准其申請。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，而向台北高等行政法院提起行政訴訟，其後該法院作出駁回之判決，理由為：

- 一、結婚之當事人僅限於男女雙方為之，尚不包括同性者<sup>95</sup>。
- 二、婚姻制度受憲法第 22 條保障且限於一夫一妻係立法形成之空間<sup>96</sup>。
- 三、我國民法婚姻限一男一女未抵觸公民與政治權利公約第 23 條規第 2 項定：  
公民與政治權利國際公約第 23 條第 2 項規定：「男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認。」條文已明白宣示，無論「男女」，若已達法定結婚年齡，便有結婚及成立家庭之權利，其明文保障結婚權之適用對象，亦僅於異性之間。縱認該規定保障異性婚姻權，並不表示排除同性者亦應享有與異性之間相同的結婚自由權利，惟終究難謂前述我國民法僅承認異性成立婚姻關係，與公約之規定有所抵觸。

綜上所述，被告審認原告為同性，而否准其結婚登記之申請，於法並無違誤，訴願決定予以維持，核無不合，台北高等行政法院最後認祈家威先生無理由，以 102 年度訴字第 931 號判決駁回。

---

<sup>95</sup> 參臺北高等行政法院 102 年度訴字第 931 號判決。

<sup>96</sup> 同前註。

## 第三項 最高行政法院 103 年判字第 521 號判決

祈家威先生收到台北高等行政法院敗訴判決之後，對之不服上訴到最高行政法院，最高行政法院於 103 年 9 月 25 日作出最高行政法院判決 103 年判字第 521 號判決，該判決要旨分述如下：

一、民法婚姻之當事人限於一男一女，且立法機關有具體化之優先權，依其具體化之結果，所制定之法律，原則上亦推定為合憲：

依民法第 972 條、第 973 條及第 980 條規定、憲法第 7 條及憲法增修條文第 9 條第 5 項、釋字第 365 號見解，結婚之當事人限於一男一女，蓋親屬法為規律人之身分關係之法，大多與公共秩序或善良風俗有關，身分關係在法律上發生何種權利義務，均依法律規定而定，因而具有強制法之性質，例如：民法第 995、1061 條至 1069 條關於婚生子女之規定，故我國民法對結婚之當事人必須一男一女，雖無直接明文規定，惟由上揭條文及司法院大法官解釋觀之，皆認為婚姻係以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係，尚不包括同性結合。而關於憲法規定之價值，立法機關有具體化之優先權，且依其具體化之結果，所制定之法律，原則上亦推定為合憲。

二、我國婚姻制度限一夫一妻未違反國際公約，且婚姻權與家庭權係不相同之權利<sup>97</sup>。

三、立法者享有廣泛決定婚姻形式與內涵之形成餘地：

參照司法院釋字第 554 號解釋意旨，憲法保障之實現，有賴於法律之規定加以落實，以形成並制約何等生活共同體為婚姻，進而享有憲法之保障。在此，立法者享有廣泛決定婚姻形式與內涵之形成餘地。而婚姻制度植基於人格自

<sup>97</sup> 參最高行政法院 103 年判字第 521 號判決。

由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會功能。民法關於男女雙方當事人始得結婚之規定，即屬立法形成之空間，乃立法者就婚姻、家庭制度之維護所為價值判斷，尚難認有上訴人所指違憲疑義之處。

## 第四項 小結

綜上所述，上訴人之主張均無可採，原判決將訴願決定及原處分均予維持，而駁回上訴人在原審之訴，核無違誤，故最高法院最後亦認祈家威先生無理由，以 103 年度判字第 521 號駁回其上訴，全案並因此確定。然祈家威先生對該確定判決仍然不服，進而依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請大法官解釋，大法官亦於 106 年 5 月 24 日做成釋字第 748 號解釋，該號解釋內容如本文所述。

又從上述可知我國早期的大法官、實務判決對民法婚姻的概念，僅限於一男一女，同性無法締結婚姻亦無法為雙方共同收養，進而否認同性之親密結合關係。

# 第三節 大法官釋字 748 號解釋後之實務案例研析

## 第一項 臺北高等行政法院 104 年度訴字第 83 號判決<sup>98</sup>

釋字第 748 號解釋於 106 年 5 月 24 日作出之後，臺北高等行政法院對於同性申請結婚登記亦有作出有別該解釋作出之前的判決，例如臺北高等行政法院於 106 年 10 月 12 日所作出之 104 年度訴字第 83 號行政判決，本文分析如下。

該判決為符合該解釋之意旨而作出有別以往法院的見解，分述如下：

- 一、我國現行民法違反憲法第 7 條、第 22 條，被釋字第 748 號解釋宣告違憲：按憲法第 7 條、第 22 條規定及司法院釋字第 748 號解釋，已宣示現行民法以一男一女以終生共同生活為目的結合關係，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的之結合關係，違反憲法第 7 條、第 22 條婚姻自由之平等保障而違憲<sup>99</sup>。

- 二、內政部於釋字第 748 號解釋作出後亦作出新函示<sup>100</sup>。

<sup>98</sup> 參臺北高等行政法院 104 年度訴字第 83 號。臺北高等行政法院 104 年度訴字第 81 號、臺北高等行政法院 104 年度訴字第 84 號，於大法官釋字 748 號做出後亦採與臺北高等行政法院 104 年度訴字第 83 號相近之見解。

<sup>99</sup> 同前註 33。

<sup>100</sup> 參臺北高等行政法院 104 年度訴字第 83 號：「內政部亦於 106 年 6 月 7 日以台內戶字第 1060420398 號函(下稱內政部 106 年 6 月 7 日函)告台北市政府略以，考量釋字第 748 號解釋保障同性婚姻之意旨，同性婚姻 2 年內完成法制化前，戶政機關尚無法律依據予以登記，爰於法制化完成前請戶政機關婉轉妥為說明釋字第 748 號解釋意旨，請渠等先辦理同性伴侶註記，如法制化完成後即得依法辦理相關登記，倘超過 2 年後仍未完成法制化作業者，戶政機關應依釋字第 748 號解釋意旨，直接受理同性結婚登記(本院卷第 147 至第 148 頁)；上開戶籍法主管機關即內政部

三、該判決對於原處分予以駁回之理由，乃以民法之合法之婚姻為「一男一女」結合，並以終生共同生活為目的，而同性婚姻非以民法上之合法婚姻，係違法違憲而予以撤銷：

民法上婚姻排除同性間以終生共同生活為目的之結合部分，業經前揭司法院釋字第 748 號解釋宣告違憲；因此本件原處分否准原告之申請自屬違法(違憲)應予撤銷。

四、原告聲明第 2 項「被告對於原告 103 年 8 月 1 日申請之結婚登記案，應准許原告為結婚登記」，自不能認於法有據，應予駁回，理由如下：

雖同性親密結合權之法律尚未經立法制定，然大法官釋字第 748 號解釋，所指「兩年內修法之義務」，亦間接明示修訂法律乃立法機關權責；且同性婚姻合法化後，牽涉法律經緯萬端，並非僅涉及單一之民法或戶籍法而已，故縱有立法漏洞，尚非司法機關之法院可得於本案越權逕為填補處理。況參照前揭內政部 106 年 6 月 7 日台內戶字第 1060420398 號函及臺北市政府民政局 106 年 6 月 13 日函，亦以同性婚姻自司法院釋字第 748 號解釋公布日 2 年內完成法制化前，雖然戶政機關尚無法律依據予以登記，仍可先辦理同性伴侶之戶政事務所內註記，並待法制化完成後，申辦同性結婚登記等語明確；而同性伴侶之登記本即是釋憲前被告為「同性婚姻」被污名化之最基本方法，因此行政機關亦就本件原告主張無理由。

綜上，本件對被告作成原處分後，因司法院釋字第 748 號解釋，宣告其適用之法律(即民法之婚姻為「一男一女」結合)違憲而違法，原告此部分請求(即撤銷原處分及訴願決定)為有理由，雖作成原處分及訴願決定未能及時適用本件申請後之司法院解釋，此部分仍應認為有理由，應由本院撤銷此部分原處分及訴願決

---

函示，乃依據司法院釋字第 748 號解釋意旨，函知下級機關就民法婚姻限一男一女結合部分被宣告違憲後，應依照司法院解釋處理有關同性結婚登記事宜；核未違法及違憲。」

定。又本件原告同性結婚登記申請案，因主管機關尚未依該解釋意旨完成相關法律修正或制定，且未逾前揭司法院解釋所示 2 年期間，目前又無法律依據可資辦理戶籍結婚登記，詳如上述，因此此部分原告之請求即無理由，應予駁回<sup>101</sup>。故本件原告之訴為一部有理由，一部無理由。

## 第二項 臺北高等行政法院 104 年度訴字第

### 81 號及臺北高等行政法院 104 年度訴字第 84 號

#### 判決

臺北高等行政法院 104 年度訴字第 81 號(裁判日期：民國 106 年 12 月 27 日)、臺北高等行政法院 104 年度訴字第 84 號(裁判日期：民國 107 年 1 月 4 日)判決之意旨，亦如同臺北高等行政法院 104 年度訴字第 83 號之判決意旨，認為因司法院釋字第 748 號解釋，宣告其適用之法律(即民法之婚姻為「一男一女」結合)違憲而違法，原告此部分請求(即撤銷原處分及訴願決定)為有理由，雖作成原處分及訴願決定未能及時適用本件申請後之司法院解釋，此部分仍應認為有理由，應由本院撤銷此部分原處分及訴願決定。又本件原告同性結婚登記申請案，因主管機關尚未依該解釋意旨完成相關法律修正或制定，且未逾前揭司法院解釋所示 2 年期間，目前又無法律依據可資辦理戶籍結婚登記，詳如上述，因此此部分原告之請求即無理由，應予駁回。故本件原告之訴為一部有理由，一部無理由。故司法院大法官釋字第 748 號解釋作出後，行政法院之判決仍遵照該解釋之意旨作為判決之基準，未作出與其意旨不同之判決。

<sup>101</sup> 參臺北高等行政法院 104 年度訴字第 83 號。

## 第四節 小結

綜上所述，我國從早期的大法官、實務判決對民法婚姻的概念，僅限於一男一女，同性無法締結婚姻亦無法為雙方共同收養，進而否認同性之親密結合權。在同運團體<sup>102</sup>及部分立委的努力下，釋字第 748 號做出解釋，肯認民法第 4 編親屬第 2 章規定應使相同性別二人，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，始符合憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨，可知同性戀者應享有具有親密性及排他性之永久結合關係，此即同性親密結合權之依據，我國近期之實務判決(臺北高等行政法院 104 年度訴字第 81 號、臺北高等行政法院 104 年度訴字第 83 號、臺北高等行政法院 104 年度訴字第 84 號判決)亦遵循該解釋之意旨，肯認同性有親密結合權，故親密結合權應不再限於傳統一男一女之結合，應包含同性別者間之親密結合權。

又因該解釋認為，有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍，故可知有關機關欲以何種形式達成婚姻自由之平等保護，以保障同性親密結合權，係立法形成範圍，故有關機關可選擇以伴侶制度或於民法另立專章或修改現行民法將同性戀者與異性戀者一同納入婚姻制度等其他形式保障，惟仍須遵照憲法第 7 條與第 22 條之意旨。我國立法院目前亦有本文上述由蕭美琴立委等人提出同性婚姻專法草案；尤美女、許毓仁等立委及時代力量黨團提出之修改現行民法版草案；蔡易餘立委等人提出之於民法親屬編另立同性婚姻專章之草案以立法明文保障及肯認同性之親密結合權，惟現今皆仍在立法院一讀程序階段中，尚未進入二讀階段，併此敘明。

又上述我國各同性親密結合權成立之形式要件立法草案，皆直接適用或準用我國現行民法異性婚姻之形式要件，故欲成立同性親密結合權仍須具備以下形式要件：1、書面 2、二人以上證人之簽名 3、向戶政機關為結婚登記，仍採登記婚

<sup>102</sup> 同前註 32。

制度。又我國各草案成立之實質要件、婚姻相關規定亦適用或準用我國現行民法婚姻章之規定，故仍需符合上述我國現行民法有關婚姻成立之實質要件規定(如：重婚之禁止、禁婚親…等。)，又為符合平等權之要求，我國同性親密結合權之立法草案皆將成立親密結合關係之雙方年齡皆規定為 18 歲；蕭美琴立委等人版本則規定雙方皆須滿 20 歲。然有關同性是否享有收養、人工生殖之權利，我國對此仍有極大之爭議，從本文上述可知我國現行立法草案對此規定皆不盡相同，仍有待社會及立法委員們討論及凝聚共識如何立法保障同性戀者上述之權利，亦可參考外國立法例，越趨將同性戀者與傳統異性婚之權利平等保障，以之為借鏡。然因該解釋之效力於理由書載明僅限於婚姻章，且因同性收養、人工生殖及父母子女尚有爭議，故本文以下僅研究應以何種方式達成同性別者間婚姻自由之平等保護，並提供相關立法草案建議，併此敘明。

## 第五章 我國同性親密結合權相關立法可能之探討與建議

### 第一節 可能之立法形式

本節欲研究應以何種方式保障同性別者間婚姻自由之平等保護，應立專法或專章或修改現行民法方式為之？釋字第 748 號解釋基於憲法第 7 條平等權及第 22 條婚姻自由之保障，肯認同性別者有成立親密性及排他性之永久結合關係之權利，惟其認為以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍，故立法機關可選擇任何形式為之，然而其可能之方式如下：

#### 一、 另立同性專法(同性伴侶法或同性婚姻法)：

此及在現行民法之外另立同性專法，可能以權利義務同現行異性婚制度，

另立同性婚姻專法，惟其係獨立於民法之外的專法。亦可能以權利義務關係保障較現行異性婚薄弱之同性伴侶法，例如，瑞士之同性伴侶法即規定同性不得收養子女亦不得進行人工生殖<sup>103</sup>，法國及德國同性婚姻法通過之前之同性伴侶法亦同。亦可能於現行民法異性婚制度下，另立一部權利義務關係相同於現行民法異性婚制度之同性婚姻法。

## 二、修改現行民法條文：

此即直接修改現行民法之制度，如同現行美國、法國、德國及我國立法院尤美女、國民黨團及時代力量黨團之整合版本之同性婚姻草案，直接修改現行民法，將同性戀者納入現行民法婚姻內，使得同性及異性戀者皆可使用民法婚姻制度。

## 三、於現行民法另立同性婚姻專章：

此即於民法內獨立另立一專章規定同性婚姻，故未修改現行民法異性婚姻制度，亦以婚姻之形式賦予同性婚姻之制度性保障。例如：我國立法院蔡易餘等人於2016年所提出之草案即採此方式，但該版本似為初步之草案，故仍有加以研究修正之必要。

## 四、於釋字 748 號解釋所定之 2 年內不修法或立法保障，則直接依現行民法婚姻章規定向戶政機關辦理結婚登記：

因釋字第 748 號解釋於主文及理由書中解釋闡明，有關機關未於釋字 748 號解釋公布之日起 2 年內(即 2019 年 5 月 23 日以前)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。內政部於 106 年 6 月 7 日亦以台內戶字第 1060420398 號函告以台北市

<sup>103</sup> 2013 年瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法第 28 條：「已為登記伴侶關係者不得收養子女，亦不得進行人工協助生殖。」，參張惠東，同前註 59。

政府略以：「考量釋字第 748 號解釋保障同性婚姻之意旨，同性婚姻 2 年內完成法制化前，戶政機關上無法律依據予以登記，爰於法制化完成前請戶政機關婉轉妥為說明釋字第 748 號解釋意旨，請渠等先辦理同性伴侶註記，如法制化完成後即得依法辦理相關登記，倘超過 2 年後仍未完成法制化作業者，戶政機關應依釋字第 748 號之意旨，直接受理同性結婚登記；上開戶籍法主管機關即內政部函示，乃依據司法院釋字第 748 號解釋意旨，函知下級機關就民法婚姻限一男一女結合部分被宣告違憲後，應依照司法院解釋處理有關同性結婚登記事宜；核未違法及違憲。」。

然若於該解釋所定之 2 年內不修法或立法保障，則直接依現行民法婚姻章規定向戶政機關辦理結婚登記之優點為：使同性得以直接適用民法，突破之前現行民法婚姻制度僅限於一男一女之解釋。然因該解釋僅針對民法婚姻章規定作出解釋，不及於其他章，若消極等待 2 年到期，則同性戀者間僅得依婚姻章規定登記結婚，至於有關身分法其他章節（父母子女、監護、扶養、繼承）是否適用及如何適用則生重大疑義，故立法機關宜於該解釋所定之 2 年內修法或立法保障同性別者之婚姻自由，加以詳盡規範，以避免 2 年內同性別者之婚姻自由之保障懸而未決，及上述 2 年到期後法規適用上之疑義，進而對其權益造成侵害。

## 第一項 以專法另外規範之研析<sup>104</sup>

另立專法的優點雖然可以避免傳統民法異性婚制度受到影響與修改，但另立專法（同性伴侶法或同性婚姻法），若另立同性伴侶法權利義務關係保障較現行異性婚薄弱之同性伴侶法，例如，瑞士之同性伴侶法即規定同性不得收養子女亦不得進行人工生殖<sup>105</sup>，法國及德國同性婚姻法通過之前之同性伴侶法亦同，則其相對於異性婚之差別待遇，是否能通過該解釋理由書中所述：「在我國，同性性傾

<sup>104</sup> 酌參我國立法院 2016 年 11 月婚姻平權公聽會許秀雯律師、呂欣潔發言。

<sup>105</sup> 同前註 103。

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」<sup>106</sup>，不無疑義。縱使另立一部與異性婚權利義務相同之同性婚姻，亦似有與美國案例黑人白人雖皆可上學，但卻區分黑人學校與白人學校之隔離但不平等之嫌<sup>107</sup>，似無法通過該解釋與憲法第7條平等權之檢驗。且從外國立法例可得知，法國、德國皆從同性專法變成同性婚姻法，美國則直接採同性婚姻法，故再採同性專法，可能造成上述之不平等且浪費立法成本之情形。

又如本文第二章所述婚姻之意義從我國古制與猶太教、天主教、基督教及回教就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任，似無法窺見婚姻當事人之意志。到現今社會強調不論何種宗教、風俗、文化背景之國家立法均應維護與尊重；婚姻與家庭所創設權利義務關係，攸關個人人格自由、平等、安全與尊嚴，如再以家族意志或宗教信仰替代婚姻當事人之意志，並要求婚姻當事人負擔與履行婚姻之責任與義務，實有失公允，故可知傳統家族意志與宗教信仰觀念逐漸被揚棄。在社會逐漸多元化發展過程中，微觀檢視其所強調之多元文化與價值之尊重、人性尊嚴、婚姻締結與離婚之自由、法律平等保護原則等法律概念時，婚姻之定義是否仍限於我國古制婚姻與猶太教、天主教、基督教及回教就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任之「一男與一女之結合」？不無疑義。

---

<sup>106</sup> 參大法官釋字 748 號解釋理由書。

<sup>107</sup> 參美國聯邦最高法院 Brown v. Board of Education 案，該案中大法官認為：「在公立教育領域，「隔離但卻平等」的論點站不住腳。隔離的教育設施有其內在的不平等性。因此我們認為，引起起訴的原告和其他處境相同的人被他們所控訴的種族隔離剝奪了受憲法第十四修正案規定的法律保護的平等權利。」

## 第二項 於民法另設同性婚姻專章或直接修改

### 現行民法之研析<sup>108</sup>

若直接修改現行民法之優點為：使同性能和異性一樣皆受婚姻制度之平等保障，較符合釋字第 748 號解釋婚姻自由平等保障(憲法第 7 條、第 22 條)之意旨。惟以此方式規範似未考慮同性戀者之特殊性，因其若使用人工生殖，無法像異性一樣，雙方皆對子女有血緣關係，而難以適用婚生推定之規定，美國聯邦最高法院 2017 年 6 月 26 日 *Marisa N. Pavan v. Nathaniel Smith* 判決中 GORSUCH、THOMAS、ALITO 大法官提出不同意見書，對同志是否能如異性戀者一樣平等使用人工生殖且其因此所生之子女之父母不限於生理有血緣關係之男性或女性，將其子女擬制為其婚生子女提出疑義<sup>109</sup>，其他同性與異性先天之差異，若修改現行民法規定，將異性戀之規定一體適用於同性戀者，則可能會產生一些適用上之困難與疑義。

而若於現行民法以專章之方式規範同性婚姻，不但賦予同性戀者婚姻自由之保障(憲法第 22 條)，亦考量同性戀者與異戀者天生之差異，因其若使用人工生殖，無法像異性一樣，雙方皆對子女有血緣關係，而難以適用婚生推定之規定，其他同性與異性先天之差異，避免修改現行民法規定，將異性戀之規定一體適用於同性戀者，可能產生一些適用上之困難與疑義。似亦符合憲法第 7 條平等權之保障(考量生理特殊性仍可為合理之差別待遇，例如女生不用像男生一樣去當兵<sup>110</sup>)，似符合該解釋保障同性婚姻自由平等保障之意旨。

有學者以德國法為例，德國在面臨同性婚姻法制化的議題，極早即先以同性登記伴侶法以茲因應，在歷經 16 年之後，終究開放同性婚姻。在這 16 年間，透過社會對該登記伴侶的漸漸承認與接受，除不斷檢討修正同性登記伴侶法規，使

<sup>108</sup> 酌參陳惠馨、鄧學仁、陳愛娥、李惠宗及張文貞教授之釋字第 748 號鑑定意見書。

<sup>109</sup> 參本文第三章外國立法例，有關美國聯邦最高法院 2017 年 *Pavan v. Smith* 案之介紹。

<sup>110</sup> 參大法官釋字 490 號解釋理由書。

其更趨近婚姻之外，對於婚姻相關法規有所修正時，亦同時考量同性登記伴侶適用的可能性。在這過程中，立法者已經由繁瑣的各項單一法規之立法，以同性登記伴侶法的內容，為未來德國民法親屬編典範之移轉作好部分的前置工作。即便如此，在德國 2017 年 6 月底所通過的同性婚姻法，僅以重行定義婚姻的方式，將同性伴侶納入，卻仍然要面對民法親屬編之其他規定，包括自然血親等應如何適用的後續相關問題，特別是觸及德國直至今日尚不願正面回應之人工生殖相關規範。因此我國在欠缺如德國法面對同性婚姻合法化之醞釀期，在釋字第 748 號解釋施以助力之下，應先就較無爭議與夫妻關係相當的同性親密共同生活，先以法律的保障，其立法方式如上述宜於現行民法另立同性婚姻專章為宜。此優點在於不變動原本異性婚的法規範架構下，較易體系性就同性婚姻，包括親子關係等應受法律保障的範圍加以明確規範，但同時也必須承擔其缺點，例如仍與異性婚姻有所差異而為區隔對待，以及無法避免在專章上一一規定的繁瑣。但同時應立即展開如何在我國民法親屬編進行典範移轉的工作，在民法直接修正婚姻定義的結果，將會打破原本以異性婚為架構的婚姻親子相關規定，此非以單一條文改變婚姻的定義，擴張至同性伴侶，即能一體適用，此從本文第三章德國立法例之介紹即可得知。當婚姻家庭定義欲由兩異性擴張至兩同性所成立之共同生活關係時，則應將民法親屬編重行為體系性的整體規範，包括親屬的定義、婚姻的成立、解消與效力，以及法定血親與扶養篇章等，甚至民法繼承編涉及身分關係的規定，亦應一併考量，並正視異性婚姻與同性婚姻於自然生殖上的差異，而將自然血親的部分，留待人工生殖法加以解決。透過這樣的過程，或許方能達到真正消除性別歧異的典範轉移，比起在曖昧不清的現行法異性婚架構下，經由各種不同的詮釋為佳，也不致破壞身分法的整體架構<sup>111</sup>。

然若我國像德國、法國一樣經過長年的典範轉移，待社會風氣皆能接受同性婚姻時，此時亦可考慮如同德國、法國一樣將現行同性婚姻納入傳統異性婚姻並針對同性之生理上特殊性一併修正現行民法相關規定，以符合憲法第 7 條及第

<sup>111</sup> 參戴瑀如，同前註 55，頁 57。

22 條婚姻自由平等保障之要求。

又本文因以釋字第 748 號解釋為重心，因該解釋僅限於對民法婚姻章解釋不及於其他章，且我國目前同性父母子女、收養、人工生殖仍有爭議，故本文僅就同性婚姻章作出修法草案建議，詳如後述。

### 第三項 採登記婚主義搭配政策性立法之研

#### 析

依我國民法第 1050 條規定，離婚登記為兩願離婚之形式要件之一，故在舊民法儀式婚主義下，因結婚不需登記僅須舉行公開儀式即可，當婚姻雙方當事人欲兩願離婚時，則會產生需先辦理結婚登記再辦理離婚登記之荒謬現象。故我國民法第 982 條於民國 96 年改採登記主義，即結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，而改採登記婚主義，然而因我國現行民法針對同性別間親密結合之形式要件皆未有規定，本文認為或可藉此審視，同性別間親密結合之形式要件是否如同現行民法異性婚姻之形式，亦或另創設規定規範之？

依本文第二章第一節所述儀式婚主義似乎是缺點較多的制度，因其公示力微弱較易產生重婚之發生、公權力未介入，則其是否合於法定之基準，不易確知，若事後發生爭執，因解釋寬嚴之不同，即難求一致之認定、舉行儀式之際，因國家機關並未參與，而無任何公文書可供查考，隨時間之經過，舉行儀式之證據難予保全，又縱使有證人，證人因上開所述，公權力未介入，則其是否合於法定之基準，不易確知，未必能確切說明當事人所舉行者是否屬公開儀式，或因事過境遷，無法作明確之陳述，法院據此為斷，不免發生錯誤，若以證人之證言，作為重要證據，要難謂其妥適。且依我國民法第 1050 條規定，離婚登記為兩願離婚之形式要件之一，故在舊民法儀式婚主義下，因結婚不需登記僅須舉行公開儀式即可，當婚姻雙方當事人欲兩願離婚時，則會產生需先辦理結婚登記再辦理離婚

登記之荒謬現象。故縱使儀式婚制度具有對當事人而言其規定甚為簡便之優點，我國民法仍將異性婚姻之形式要件從儀式婚制度改為登記婚制度。本文認為儀式婚制度因具上述缺點較優點多，且世界各國亦漸揚棄此制度，不宜採取儀式婚主義。

登記婚主義從上述分析，優點多於缺點，有著簡便易行性、高度的公示性、有利於國家對婚姻的成立進行管理和監督之優點，故結婚雙方當事人只需符合及攜帶一定要件至登記機關登記即完成婚姻之形式要件，比起儀式婚制度仍需舉行一定公開儀式更為簡便；又因登記在登記機關甚至公開在機關之網站，隨時可供查詢，進而亦可避免因第三人不知他方已婚而形成重婚之情形發生，改善儀式婚制度公式性微弱容易產生重婚發生之缺點；且因結婚須至登記機關登記，故國家可更方便對之進行審查，故國家對婚姻的成立之管理和監督能力亦大大提升，進而能落實婚姻之制度性保障之功能，亦可補足上述儀式婚制度之缺點，故我國民法及世界各國即逐漸揚棄儀式婚制度走向登記婚制度，本文亦認為有關同性結合之形式要件宜採登記婚制度為宜。惟僅藉由結婚之登記即認符合婚姻之形式要件稍嫌簡略與形式化，本文認為應參考外國同性結合形式要件之立法例，搭配一些政策性立法來確認當事人結婚之真意與給予第三人於登記前有提出異議之可能較為完備。

然而是否要如同美國採取登記與儀式結合制度，來完備僅採登記婚制度之不足？本文認為不宜採此制度，因在此制度之規範下，結婚之形式要件包含登記與公開儀式，即結婚既要進行登記亦要舉行儀式，缺一不可，若欠缺其一婚姻即不成立。雖集中了登記婚與儀式婚的優點，充分發揮結婚形式要件的重要作用、可以借由結婚需要多道程序才能完成，來確保當事人結婚之真意，並使其對結婚更為謹慎。惟結婚程序繁瑣，造成欲結婚之當事人程序上之不便，況且如上所述登記婚制度即可改善儀式婚制度公示力微弱較易產生重婚之發生、公權力未介入，則其是否合於法定之基準，不易確知、舉行儀式之證據難予保全之缺點，若再進一步規範同性欲成立結合關係之當事人，須同時辦理登記與舉行儀式則有疊床架

屋之情形，且變相作出和現行我國異性婚姻僅須登記之不合理差別待遇，進而侵害同性間之憲法第 22 條之結婚自由權利，故本文認為不宜如同美國採取登記與儀式結合制度。

然而從本文第三章外國同性結合之立法例中，可知瑞士、法國、德國與美國皆揚棄儀式婚制度，而採登記婚制度(如：瑞士、德國)，或採登記與儀式婚結合制度(如：法國、美國)，本文認為我國或可從外國同性結合之立法例中習取其立法經驗，做為我國立法之參考。我國現行異性婚姻、本文第四章之立法院各黨團之草案係採登記婚制度，規定於我國現行民法第 982 條：「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」，從其規定可得知婚姻的形式要件有：1. 書面 2. 二人以上證人之簽名 3. 向戶政機關為結婚之登記。然僅藉由結婚之登記即認符合婚姻之形式要件稍嫌簡略與形式化，本文認為應參考外國同性結合形式要件之立法例，搭配一些政策性立法來確認當事人結婚之真意與給予第三人於登記前有提出異議之可能較為完備。

參本文第三章同性結合之外國立法例可知，現今瑞士與德國皆採登記制度，與我國現行異性戀婚姻所採之登記婚制度相似之處為，皆須向戶政機關為結婚之登記，且須書面為之；惟瑞士 2013 年之同性別者間登記伴侶關係法則未規定須二人以上之證人，德國與我國則規定須二人以上之證人見證。相異之處在於，瑞士有規定伴侶登記之申請需於伴侶中一人之戶籍地之戶政機關辦理，且申請登記之二人需親自辦理。若二人表示無法親自辦理，則準備程序之進行得採書面方式，此規定可以便利無法親自到戶政事務所辦理結婚登記手續之當事人。德國與我國則無此規定。

又與我國差異最大的法國與美國，該兩國皆採登記與儀式婚結合制度，與我國現行異性戀婚姻所採之登記婚制度相似之處為，皆須為結婚之登記與作成書面，且皆須證人。相異之處則為，法國規定：1、結婚雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所及婚儀會場，並且，結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取。2、公告期滿之後再在 2 至 4 個證人面前舉

行結婚儀式，戶籍人員應分別聽取結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員發給結婚證書並登記之。美國法亦規定須先舉行完儀式婚禮之後再登記。然因有本文上述之缺點，本文認為不應採登記與儀式結合婚制度，本文認為應採登記婚制度再參考外國立法例加入一些政策性立法，例如：可像法國同性婚法一樣增加：「結婚雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所及婚儀會場，並且，結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取。」，藉此給予第三人於登記前有提出異議之可能，藉此避免重婚之發生與嗣後不必要之爭端，亦可使欲結婚之當事人有再次慎重考慮結婚與否之機會，惟如有情況緊急(結婚當事人命危時，則可不以公告直接辦理結婚登記即可)或不宜公告(公告有害當事人之隱私)之情形時則應設例外不以公告之規定，「戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」，藉此可以確認當事人結婚之真意，使婚姻制度更為完整。

另為避免如異性婚姻有男女雙方結婚年齡不同之不平等情況，故本文建議同性婚姻之締結雙方皆須滿18歲，因18歲已經成熟能知道結婚之意義及法律效果，且若針對同性結婚雙方當事人做出不同結婚年齡之限制，係無合理目的所為之差別待遇，亦無法通過憲法第7條平等權之檢驗，爰建議同性婚姻締結之雙方年齡皆須滿18歲。訂婚年齡亦應一併規定皆為17歲為宜。

本文認為有關我國現行民法第982條之登記婚制度之三個要件：1. 書面 2. 二人以上證人之簽名 3. 向戶政機關為結婚之登記，採取單純之登記婚制度稍嫌不足，本文建議同性婚姻形式要件應採登記婚制度，搭配一些政策性立法來確認當事人結婚之真意與給予第三人於登記前有提出異議之可能較為完備。本文同性結合形式要件之草案建議為：

「I. 年滿十八歲同性別者間結婚之雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所，且結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取，公告滿三個月始得辦理結婚登記。但有情況緊急或不宜公告情形者，不

在此限。

II. 同性二人結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」

## 第二節 同性親密結合權之婚姻法制建

### 議

因以何種形式立法(專法或專章或是修改現行民法)釋字第 748 解釋認係立法形成範圍，且至今我國社會仍有爭議，故本文試著提出每種立法形式之草案版本及宜採何種版本，並說明其理由，以供將來立法參酌。又本文因以該解釋為重心，因該解釋僅限於對民法婚姻章解釋不及於其他章，且世界各國及我國目前針對同性父母子女、收養、人工生殖仍有爭議，故本文僅就同性婚姻部分提出修法草案建議。然基於憲法第 7 條平等權之考量，希望之後立法同志亦能享有相同或相似於異性婚姻平等之待遇，包含收養、人工生殖，此部分期待之後立法，合先敘明。本文建議之各種草案版本說明如下：

### 壹、另立同性婚姻專法

我國或可參考德國、法國修改現行民法前及瑞士與英國之制度、我國 2006 年蕭美琴立委等人，另立同性婚姻專法，其可能方法有不採婚姻制度而另立同性伴侶法，亦可能有採婚姻制度並另立法同性婚姻法(或可參考本文上述 2006 年蕭美琴立委等人之版本)，以保障同性親密結合權。或可加入上述有關婚姻形式要件之修法建議，以確認結婚當事人之結婚真意，即「I. 年滿十八歲同性別者間結婚之雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所，且結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取，公告滿三個月始得辦理

結婚登記。但有情況緊急或不宜公告情形者，不在此限。II. 同性二人結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」，惟其有關婚姻章權利義務規定，應同傳統異性婚姻規定，始符合該解釋同性婚姻自由平等保護之意旨，然採此制度可能會面臨本文上述所提出之疑義。

## 貳、修改現行民法，將同性納入傳統婚姻

亦可參考法國、德國及我國尤美女立委、許毓仁立委等人及時代力量黨團版本修改現行民法，將同性納入傳統異性婚姻中，修改現行將現行民法婚姻章中規定之「男女」、「父母」或「夫妻」用語，改為「雙方當事人」、「配偶」或「雙親」。並將雙方訂婚年齡皆修改為 17 歲，結婚年齡皆修改為 18 歲。使同性及異性婚姻之權利義務規定一致，以達同性婚姻自由之平等保障。或可參考外國立法例修正我國目前形式要件之規定，即修正我國民法第 982 條為：「I. 年滿十八歲結婚之雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所，且結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取，公告滿三個月始得辦理結婚登記。但有情況緊急或不宜公告情形者，不在此限。II. 二人結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」，以確認結婚當事人之結婚真意。

## 參、於民法增訂同性婚姻專章(第八章)

於現行民法以專章之方式規範同性婚姻，賦予同性戀者婚姻自由之保障(憲法第 22 條)，亦考量同性戀者與異戀者天生之差異，因其若使用人工生殖，無法像異性一樣，雙方皆對子女有血緣關係，而難以適用婚生推定之規定，其他同性與異性先天之差異，避免修改現行民法規定，將異性戀之規定一體適用於同性戀

者，可能產生一些適用上之困難與疑義。似符合憲法第 7 條平等權之保障(考量生理特殊性仍可為合理之差別待遇，例如女生不用像男生一樣去當兵<sup>112</sup>)，似符合釋字第 748 號解釋保障同性婚姻自由平等保障之意旨。

又依本文本章第一節所述，本文認為有關我國現行民法第 982 條之登記婚制度之三個要件：1. 書面 2. 二人以上證人之簽名 3. 向戶政機關為結婚之登記，採取單純之登記婚制度稍嫌不足，本文建議同性婚姻形式要件或可採登記婚制度，並參考外國立法例，搭配一些政策性立法來確認當事人結婚之之真意與給予第三人於登記前有提出異議之可能較為完備。

另為避免如異性婚姻有男女雙方結婚年齡不同之不平等情況，故本文建議同性婚姻之締結雙方皆須滿 18 歲，因 18 歲已經成熟能知道結婚之意義及法律效果，且若針對同性結婚雙方當事人做出不同結婚年齡之限制，係無合理目的所為之差別待遇，亦無法通過憲法第 7 條平等權之檢驗，爰建議同性婚姻締結之雙方年齡皆須滿 18 歲。定婚年齡亦應一併修正為 17 歲，並由同性雙方當事人自行訂定，他人不得強迫為之。

又為符合該解釋平等保障同性婚姻自由之意旨，有關傳統異性婚姻婚姻章之權利義務，因除上述特別考量規定外，其他皆應適用傳統異性婚姻章節之規定為宜。故建議另立第 1137 之 3 條，同性婚姻有關民法第四編第二章之規定，除民法第九百七十二條、九百七十三條、九百八十條、第九百八十二條規定外，其餘皆適用之。以規範同性婚姻之權利義務。

本文綜上所述並參考外國立法例之後，為更健全我國同性婚姻之形式要件，本文提出同性婚姻於現行民法親屬編(第四編)之最後增加第八章之規定，並命名為同性婚姻章，特別另立一專章規範同性婚姻，並將同性結婚形式要件之之修法建議條文，另增訂於民法第八章之第 1137 之 2 條，並於第 1137 之 1 條規範同性婚約、第 1137 之 3 條規範同性婚姻之權利義務關係，條文內容如下：

## 第八章 同性婚姻章

<sup>112</sup> 同前註 110。

### 第 1137 之 1 條(訂婚)

同性婚約，應由年滿十七歲之雙方當事人自行訂定之。

### 第 1137 之 2 條(結婚)

「 I. 年滿十八歲同性別者間結婚之雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所，且結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取，公告滿三個月始得辦理結婚登記。但有情況緊急或不宜公告情形者，不在此限。

II. 同性二人結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」

### 第 1137 之 3 條(權利義務)

同性婚姻有關民法第四編第二章之規定，除民法第九百七十二條、九百七十三條、九百八十條、第九百八十二條規定外，其餘皆適用之。

## 肆、本文之淺見

本文認為基於本文第二章所述，我國及外國皆從早期就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任，似無法窺見婚姻當事人之意志。到現今社會強調不論何種宗教、風俗、文化背景之國家立法均應維護與尊重；婚姻與家庭所創設權利義務關係，攸關個人人格自由、平等、安全與尊嚴，如再以家族意志或宗教信仰替代婚姻當事人之意志，並要求婚姻當事人負擔與履行婚姻之責任與義務，實有失公允，故可知傳統家族意志與宗教信仰觀念逐漸被揚棄。在社會逐漸多元化發展過程中，微觀檢視其所強調之多元文化與價值之尊重、人性尊嚴、婚姻締結與離婚之自由、法律平等保護原則等法律概念時，婚姻之定義是否仍限於我國古制婚姻與猶太教、天主教、基督教及回教就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任之「一男與一女之結合」？不無疑義。

且世界各國亦多從早期未保障同性戀者之權利，演變成專法保障，並於近期

以將同性婚姻納入其傳統民法典中加以保障(如：法國、德國與美國等)。我國釋字 748 號亦認為同性戀者亦應受憲法第 7 條、第 22 條婚姻自由之平等保障。若再以專法或專章形式規範，可能造成同性戀者之權利規範與異性戀者不同之情形，其差別對待之目的及合理性為何？似無法通過平等權之檢驗。且若我國最終如同德國、法國與美國一樣，最終皆會將同性婚姻納入傳統異性婚，則另立專法或專章則會造成立法成本浪費之情形，倒不如一步到位，直接修改現行民法，再於民法或專法中或專章處理因同性戀者與異性戀者生理上之差異而為不同之規範為宜，然如前所述，本文僅處理婚姻章之部分，故人工生殖及收養之問題非本文研究範圍，併此敘明。

故本文認為宜參考法國、我國尤美女立委、許毓仁立委等人及時代力量黨團版本修改現行民法，將同性納入傳統異性婚姻中，修改現行將現行民法婚姻章中規定之「男女」、「父母」或「夫妻」用語，改為「雙方當事人」、「配偶」或「雙親」。並將雙方訂婚年齡皆修改為 17 歲，結婚年齡皆修改為 18 歲。使同性及異性婚姻之權利義務規定一致，以達同性婚姻自由之平等保障。或可參考外國立法例修正我國目前形式要件之規定，即修正我國民法第 982 條為：「 I. 年滿十八歲結婚之雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所，且結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取，公告滿三個月始得辦理結婚登記。但有情況緊急或不宜公告情形者，不在此限。 II. 二人結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」，以確認結婚當事人(不分同性或異性戀者間)之結婚真意。

## 第六章 結論與展望

本文將綜合上述所有章節提出修法建議，例如宜採登記婚主義搭配政策性立法，提出同性婚姻形式要件之修法草案及有關同性婚姻配偶權利義務之規定，因以何種形式立法(專法或專章或是修改現行民法)該解釋認係立法形成範圍，且至今我國社會仍有爭議，故本文試著提出每種立法形式之草案版本及宜採何種版本，並說明其理由，合先敘明。

婚姻之意義從我國古制與猶太教、天主教、基督教及回教就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任，似無法窺見婚姻當事人之意志。到現今社會強調不論何種宗教、風俗、文化背景之國家立法均應維護與尊重；婚姻與家庭所創設權利義務關係，攸關個人人格自由、平等、安全與尊嚴，如再以家族意志或宗教信仰替代婚姻當事人之意志，並要求婚姻當事人負擔與履行婚姻之責任與義務，實有失公允，故可知傳統家族意志與宗教信仰觀念逐漸被揚棄。在社會逐漸多元化發展過程中，微觀檢視其所強調之多元文化與價值之尊重、人性尊嚴、婚姻締結與離婚之自由、法律平等保護原則等法律概念時，婚姻之定義是否仍限於我國古制婚姻與猶太教、天主教、基督教及回教就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任之「一男與一女之結合」？不無疑義。

故世界各國的同性別者間親密關係之保障制度近幾十年，因兩公約及相關國際權利公約與同運團體之努力倡導下，皆有很大的變革，由早期僅限於一夫一妻，甚至將同性戀列為疾病或對同性性行為課以刑責，演變成現今將同性納入婚姻制度中(如：美國、法國及德國…等)，或以另立專法之方式保障同性別間之親密結合關係(如：瑞士、英國)，可謂同性婚姻之一大躍進。而我國對於同性別者間親密關係之保障制度近幾十年，如本文上面所述，在祈家威等多位同性戀者及同運團體(如：伴侶盟、同志熱線等)之努力及倡導下，提起行政爭訟，我國大法官、

實務對民法婚姻的概念，已從早期解釋，僅限「一男一女」的概念，擴張為釋字第 748 號解釋，認為現行民法未使相同性別二人，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 7 條及第 22 條與人民婚姻自由平等保障之意旨有違，並令有關機關於應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定，又以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍，肯定我國同性別間亦具有親密結合權。

然因該解釋僅針對民法婚姻章規定作出解釋，不及於其他章，且該號解釋亦僅說明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。若消極等待 2 年到期，則同性戀者間僅得依婚姻章規定登記結婚，至於有關身分法其他章節(父母子女、監護、扶養、繼承)、民法第 1055 條至第 1055 之 2 條是否適用及如何適用則生重大疑義，故立法機關宜於該解釋所定之 2 年內修法或立法保障同性別者之婚姻自由，加以詳盡規範，以避免 2 年內同性別者之婚姻自由之保障懸而未決，進而對其權益造成侵害。

而婚姻係組成家庭成立親密結合權的關鍵，又婚姻之形式要件關係著婚姻是否成立，至關重要，故本文以同性婚姻章節為重心，藉由外國對於婚姻之形式要件之立法例，例如：早期世界部分國家所採之儀式婚制度、現今法國及美國所採之登記與儀式婚結合制度、瑞士與德國所採之登記婚制度，來作為我國同性婚姻之形式要件之修法參考，以提出對同性婚姻最有保障之婚姻形式要件之規定，亦參考我國立法院相關草案及外國立法例，提出相關規範同性婚姻權利義務之修法建議，以達司法院大法官解釋第 748 號與憲法第 7 條、第 22 條，同性戀者之婚姻自由平等保障之意旨。又因以何種形式立法(專法或專章或是修改現行民法)

該解釋認係立法形成範圍，且至今我國社會仍有爭議，故本文試著提出每種立法形式之草案版本及宜採何種版本，並說明其理由，以供將來立法參酌。又本文因以該解釋為重心，因該解釋僅限於對民法婚姻章解釋不及於其他章，且世界各國及我國目前針對同性父母子女、收養、人工生殖仍有爭議，故本文僅就同性婚姻部分提出修法草案建議。然基於憲法第 7 條平等權之考量，希望之後立法同志亦能享有相同或相似於異性婚姻平等之待遇，包含收養、人工生殖，此部分期待之後立法，併此敘明。

本文建議之各種修法版本簡述如下：

#### 一、修改現行民法，將同性納入傳統婚姻：

將現行民法婚姻章中規定之「男女」、「父母」或「夫妻」用語，改為「雙方當事人」、「配偶」或「雙親」。並將雙方訂婚年齡皆修改為 17 歲，結婚年齡皆修改為 18 歲。或可參考外國立法例修正我國目前形式要件之規定，即修正我國民法第 982 條為：「I. 年滿十八歲結婚之雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所，且結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取，公告滿三個月始得辦理結婚登記。但有情況緊急或不宜公告情形者，不在此限。II. 二人結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」，以確認結婚當事人之結婚真意。

#### 二、另立同性婚姻專法：

另立同性婚姻法專法，並建議加入本文上述有關婚姻形式要件之修法建議，即「I. 年滿十八歲同性別者間結婚之雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所，且結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取，公告滿三個月始得辦理結婚登記。但有情況緊急或不宜公告情形者，不在此限。II. 同性二人結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」，惟其有關婚姻章權利義務

規定，皆應同傳統異性婚姻規定，始符合該號解釋之意旨。

然依本文上述另立專法的優點雖然可以避免傳統異性婚制度受到影響與修改，但另立專法(同性伴侶法或同性婚姻法)，若另立同性伴侶法權利義務關係保障較現行異性婚薄弱之同性伴侶法，則其相對於異性婚之差別待遇，是否能通過該解釋理由書中所述，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，不無疑義。縱使另立一部與異性婚權利義務相同之同性婚姻，亦似有與美國案例黑人白人雖皆可上學，但卻區分黑人學校與白人學校之隔離但不平等之嫌<sup>113</sup>，似無法通過釋字第 748 號與憲法第 7 條平等權之檢驗。且從外國立法例可得知，法國、德國皆從同性專法變成同性婚姻法，美國則直接採同性婚姻法，故再採同性專法，可能造成上述之不平等且浪費立法成本之情形<sup>114</sup>。

### 三、於民法增訂同性婚姻專章(第八章)：

於現行民法以專章之方式規範同性婚姻，不但賦予同性戀者婚姻自由之保障(憲法第 22 條)，亦考量同性戀者與異戀者天生之差異，因其若使用人工生殖，無法像異性一樣，雙方皆對子女有血緣關係，而難以適用婚生推定之規定，其他同性與異性先天之差異，避免修改現行民法規定，將異性戀之規定一體適用於同性戀者，可能產生一些適用上之困難與疑義。似亦符合憲法第 7 條平等權之保障(考量生理特殊性仍可為合理之差別待遇，例如女生不用像男生一樣去當兵<sup>115</sup>)，似符合釋字第 748 號解釋保障同性婚姻自由平等保障之意旨。

本文綜上所述並參考外國立法例之後，為更健全我國同性婚姻之形式要件，本文提出同性婚姻於現行民法親屬編(第四編)之最後增加第八章之規定，並命名為同性婚姻章，特別另立一專章規範同性婚姻，並將同性結婚形式要件之之修法建議條文，另增訂於民法第八章之第 1137 之 2 條，並於第 1137 之 1 條規範同性婚約、第 1137 之 3 條規範同性婚姻之權利義務關係，條文內容如下：

#### 第八章 同性婚姻章

<sup>113</sup> 同前註 107。

<sup>114</sup> 同前註 104。

<sup>115</sup> 同前註 110。

#### 第 1137 之 1 條(訂婚)

同性婚約，應由年滿十七歲之雙方當事人自行訂定之。

#### 第 1137 之 2 條(結婚)

「 I. 年滿十八歲同性別者間結婚之雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所，且結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取，公告滿三個月始得辦理結婚登記。但有情況緊急或不宜公告情形者，不在此限。

II. 同性二人結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」

#### 第 1137 之 3 條(權利義務)

同性婚姻有關民法第四編第二章之規定，除民法第九百七十二條、九百七十三條、九百八十條、第九百八十二條規定外，其餘皆適用之。

#### 四、本文之淺見：

本文認為基於本文第二章所述，我國及外國皆從早期就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任，似無法窺見婚姻當事人之意志。到現今社會強調不論何種宗教、風俗、文化背景之國家立法均應維護與尊重；婚姻與家庭所創設權利義務關係，攸關個人人格自由、平等、安全與尊嚴，如再以家族意志或宗教信仰替代婚姻當事人之意志，並要求婚姻當事人負擔與履行婚姻之責任與義務，實有失公允，故可知傳統家族意志與宗教信仰觀念逐漸被揚棄。在社會逐漸多元化發展過程中，微觀檢視其所強調之多元文化與價值之尊重、人性尊嚴、婚姻締結與離婚之自由、法律平等保護原則等法律概念時，婚姻之定義是否仍限於我國古制婚姻與猶太教、天主教、基督教及回教就婚姻關係多強調為家族責任、社會責任或宗教責任之「一男與一女之結合」？不無疑義。

且世界各國亦多從早期未保障同性戀者之權利，演變成專法保障，並於近期以將同性婚姻納入其傳統民法典中加以保障(如：法國、德國與美國等)。我國釋

字 748 號亦認為同性戀者亦應受憲法第 7 條、第 22 條婚姻自由之平等保障。若再以專法或專章形式規範，可能造成同性戀者之權利規範與異性戀者不同之情形，其差別對待之目的及合理性為何？似無法通過平等權之檢驗。且若我國最終如同德國、法國與美國一樣，最終皆會將同性婚姻納入傳統異性婚，則另立專法或專章則會造成立法成本浪費之情形，倒不如一步到位，直接修改現行民法，再於民法或專法中或專章處理因同性戀者與異性戀者生理上之差異而須為不同之規範為宜，然如前所述，本文僅處理婚姻章之部分，故人工生殖及收養之問題非本文研究範圍，併此敘明。

故本文認為宜參考法國、我國尤美女立委、許毓仁立委等人及時代力量黨團版本修改現行民法，將同性納入傳統異性婚姻中，修改現行將現行民法婚姻章中規定之「男女」、「父母」或「夫妻」用語，改為「雙方當事人」、「配偶」或「雙親」。並將雙方訂婚年齡皆修改為 17 歲，結婚年齡皆修改為 18 歲。使同性及異性婚姻之權利義務規定一致，以達同性婚姻自由之平等保障。或可參考外國立法例修正我國目前形式要件之規定，即修正我國民法第 982 條為：「I. 年滿十八歲結婚之雙方當事人須事先公告結婚雙方當事人的姓名、職業、住所、居所，且結婚雙方當事人必須提出必要文件及接受戶籍人員的聽取，公告滿三個月始得辦理結婚登記。但有情況緊急或不宜公告情形者，不在此限。II. 二人結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，戶籍人員應分別確認結婚雙方當事人各自表示願互稱對方為配偶之聲明，再由戶籍人員登記之。」，以確認結婚當事人(不分同性或異性戀者間)之結婚真意。

優質的婚姻共同生活關係，其成員間的「愛」、「信賴」、「扶助」，是社會發展中正面穩定的力量<sup>116</sup>，然不管同性戀者與異性戀者間，亦皆具有上述三個要件，應皆得成立親密結合關係。因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

<sup>116</sup> 參簡良育，離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究，離婚專題研究，元照出版，2016 年 7 月，頁 91。

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<sup>117</sup>。又婚姻自由，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，故同性亦應享有憲法第 22 條所保障之婚姻自由，而得成立親密結合關係。

故如何建構優質的婚姻共同生活制度，使兩個彼此相愛、互相信賴與扶助之兩人(不分同性或異性戀者)成立親密結合關係，成為社會發展中正面穩定的力量，至關重要。本文希望能藉由本文上述提出之修法建議，提供我國往後同性婚姻法制化或作為往後婚姻形式要件修正之一點點參考方向，以加強我國婚姻之制度性保障功能並落實憲法平等權之保障，使兩個相愛的人之間能獲得法律更周詳的保障，即為本文最大之功能與欣慰。

---

<sup>117</sup> 同前註 106。

## 參考文獻

### 壹、中文文獻(依姓氏筆畫數排序)

#### 一、專書著作

1. Peter J. O'Connell(著)，朱岑樓主編，社會學辭典，台北：五南，1991年。
2. 白先勇，孽子，允晨文化，1992年11月。
3. 李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，元照，2007年。
4. 法務部，「台灣同性婚姻法制化之調查研究」委託研究案成果報告書，2013年。
5. 法務部法律事務司，法國、德國同性伴侶/同性婚姻法制發展及實務運作情形出國考察報告、附錄，105年8月。
6. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，民法親屬新論，三民書局，第六版一刷，2007年10月。
7. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，台北：三民書局，修訂十一版，2013年。
8. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，民法親屬新論，三民書局，修訂十二版三刷，2016年9月。
9. 簡良育，離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究，離婚專題研究，元照出版，2016年7月。
10. 陳顧遠，中國婚姻史，商務印書館，1998年4月。
11. 楊鴻烈，中國法律思想史(下冊)，商務印書館印，1998年4月。
12. 戴炎輝，中國法制史，三民書局，第六版，1986年6月。

#### 二、期刊論文

- 1.李震山，憲法意義下之「家庭權」，中正大學法學期集刊，16期，2004年7月。
- 2.法務部著，臺灣民事習慣調查報告，法務通訊雜誌社，第三版，1983年1月。
- 3.參曾品傑，為人抬轎的大法官解釋第七四八號，月旦法學雜誌，266期。
- 4.賴英照，伸張人權或司法政變--Obergefell v. Hodges 案的論辯，法令月刊，68:5期，2017年5月。
- 5.戴東雄，論我國民法上結婚之形式要件，親屬法論文集，台北：三民，1980年。
- 6.戴瑀如，由德國同性伴侶法的催生、影響與轉化檢視德國對同性人權之保障，月旦法學雜誌，224期。
- 7.戴瑀如，司法院解釋第748號解釋出爐之後的立法因應，台灣法學雜誌，328期。
- 8.簡良育，永結同心金玉盟—結婚自由與真意之研究，公證法學第5期，2008年12月。

### 三、碩士論文

- 1.王峻彬，我國同志家庭組成權法制化之研究-兼美國同性伴侶判決之評析，國立中正大學法律研究所碩士論文，2009年8月。
- 2.杜承翰，同性婚姻合法化之研究，中國文化大學法律研究所碩士論文，2008年。
- 3.何琦，憲法上同性婚姻之研究，輔仁大學法律研究所碩士論文，2011年。
- 4.陳志宏，我國民法修正結婚方式之檢討與前瞻，東海大學法律研究所碩士論文，97年7月。
- 5.謝佑擇，自由、平等、性愛—從通姦罪的憲法爭議談起，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2004年。

### 四、網路資源

1. 婚姻平權草案，台灣伴侶權益推動聯盟，

<https://tapcpr.files.wordpress.com/2013/10/e5a99ae5a7bbe5b9b3e6ac8a1003.pdf>

2. Stop discrimination against homosexual men and women，世界衛生組織，  
[www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/gender/news/news/2011/05/stop-discrimination-against-homosexual-men-and-women](http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/gender/news/news/2011/05/stop-discrimination-against-homosexual-men-and-women)
3. Gay marriage around the world，Pew Research Center，  
<https://www.pewforum.org/2017/08/08/gay-marriage-around-the-world-2013/>
4. Gay marriage around the world，Pew Research Center，  
<https://www.pewforum.org/2017/08/08/gay-marriage-around-the-world-2013/>

## 五、其他

- 1.立法院第 8 屆第 4 會期第 7 次會議議案關係文書。
- 2.立法院第 9 屆第 2 會期第 8 次、第 9 次、第 16 次會議議案關係文書。
- 3.同性婚姻法草案，立法院議案關係文書院總第 244 號，2006 年 10 月 18 日。
- 4.東海大學法學研究論文註解範例  
[http://law.thu.edu.tw/per/super\\_pages.php?ID=study1&Sn=10](http://law.thu.edu.tw/per/super_pages.php?ID=study1&Sn=10)
5. 2013 年瑞士聯邦同性別者間登記伴侶關係法，張惠東(譯)(2013)。
6. Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith, 137 S.Ct.,at2075-2078 (2017)，簡良育(譯)(2018)(未出版)。
- 7.釋字 748 號解釋鑑定意見書(包含李惠宗教授、張文貞教授、陳惠馨教授、陳愛娥教授、劉宏恩教授、鄧學仁教授之鑑定意見書)。

## 貳、英文文獻

1. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. (1967)。
2. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978)。
3. *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 95 (1987)。
4. *DeBoer v. Snyder*, 722 F.3d 388, 432 (Daughtrey, J., dissenting)。
5. *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct., at 2584-2643 (2015)。
6. *V.L. v. E.L.*, 136 S.Ct., at 1017-1019 (2016)。
7. *Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith*, 137 S.Ct., at 2075-2078 (2017)。

