

「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係

許耀明*

目	次
前言	一、從國際私法理論面對於法國 PACS 契約之思考
壹、法國民法 1999 新增 PACS 共同生活契約評述	二、比利時新國際私法典之規定
一、共同生活契約之合憲性	肆、從我國現行法制看「共同生活關係」保障之必要性與可行性
二、共同生活契約之成立要件	一、從憲法基本人權保障角度論對於其他共同生活關係保障之必要性
三、共同生活契約之法律效果	二、我國身分法制上增加其他共同生活關係保障之可行性
四、共同生活契約之終止	結論
貳、德國、比利時類似法制與歐盟層次之思考	
一、德國類似法制	
二、比利時類似法制	
三、歐盟層次之思考	
參、比利時 2004 新國際私法法典與其對於共同生活關係準據法決定之規定	

* 國立中興大學科技法律研究所助理教授，法國愛克斯馬賽第三大學國際法與歐體法博士，法國愛克斯馬賽第三大學法律理論博士候選人。作者感謝本文匿名審稿人給予諸多寶貴意見，然文中所有謬誤，當由作者負責。

投稿日期：95年5月8日，審查通過日期：95年5月13日。

中文關鍵詞： 家庭、同性戀人權、同居、法國共同生活契約、比利時新國際私法

Key Words : Family, Homosexual Human Rights, Cohabitation, French PACS, Belgian International Private Law Code

中文摘要

本文針對現代家庭與婚姻觀念之最新變化，從法國 1999 年共同生活契約出發，討論該契約之要件與法律效果，並與比利時法制與德國法制做交互參照，思考在傳統異性婚姻之外，其他共同生活關係在法制上保障之必要性與可行性。本文並針對國際私法上所需因應做出之選法條文變動，以比利時 2004 新國際私法典為例說明之。本文認為，基於基本人權保障之要求，家庭權之意涵應該擴張，實體法制上應承認異性婚姻外，其他共同生活關係之保障。本文並就我國法制上可能之修正，作一簡要之討論。

Abstract

Based on the recent changes in the concepts of “Family” and “Marriage”, this article focuses on the legal conditions of 1999 French “PACS” (registered partnership) contract and its legal effects, on comparison with the Belgian and German Family Laws. It figures out the possibilities for guaranties to the same-sex/ different-sex registered partnership in Family Law, beyond the traditional heterosexual marriage. In addition, this article demonstrates the importance to respect the “vested rights” acknowledged by the national Family Laws, in the theory and practice in International

Private Law. Finally, it urges that the Taiwanese Family Law and the Internal Private Law as well need some revision to adapt to these changes in the social reality.

前 言

我國民法第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」此彰顯傳統上對於婚姻制度，係由「不同性別」之雙方當事人結合之看法。而同法第 1059 條以下，續規定父母子女關係，此係從自然意義上，表現出男女雙方結婚生子，或從法律制度意義上，透過收養，進而組成家庭之看法¹。簡言之，日常生活意義上的家庭概念，在我國身分法制上，係由「異性」婚姻為起源。

然而何謂「婚姻」？何謂「家」（或家庭）？在 21 世紀之今日，這些概念的界線，逐漸隨著社會變動與人權主張而有所模糊，或者應該說擴張²。歐洲人權公約（Convention européenne des droits de l'homme）第 8 條第 1 項關於「尊重個人私領域與家庭領域之權利」（Droit au respect de la vie privée et familiale），已被歐洲人權法院詮釋成組成家庭之自由（liberté à la famille），而逐漸被當成是人權團體主張同性戀人權、組成家庭自由之依據³。尤其

¹ 我國民法意義上的「家」，依第 1122 條：「稱家者，謂以永久共同生活為目的而同居之親屬團體。」則顯較一般日常生活意義之「家庭」（父母子女）為廣，而有中國傳統法制上同居共財之「家族」概念。

² 家（family）此一概念之內容與主體，可參見 Eugenia Caracciolo di Torella and Annick Masselot, Under construction: EU Family Law, *European Law Review*, vol.29, February 2004, p.35. 有詳細之說明。變遷之問題，可參見李震山，憲法意義下之「家庭權」，*中正法學集刊*第 16 期，2004 年 10 月，頁 61-101。

³ Caroline Forder, *European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice*, 17 *Canadian Journal of Family Law* 371, 2000, at 372. 美國部份之發展，可以參見傅美惠，論美國同性戀與平等保護：兼論我國同性戀人權保障之發展，*中正法學集刊*第 16 期，2004 年 10 月，頁 1-60。

是 1981 年歐洲人權法院 Dudgeon⁴一案，更被當成同性戀人權保障之指標。而我國行政院三年前甫完成總統府版與法務部版「人權基本法」草案的整合，為保障同性戀者權益，同意「同性男女得依法組成家庭及收養子女」⁵，此亦為人權保障之一大契機。其次，鑑於出生率之下降，人口政策上，國內亦擬採未婚生子亦可減稅之鼓勵政策。事實上，國內（異性）同居人口，保守估計，已達四四萬人⁶。然而，若欲落實同性組成家庭制度或異性同居事實之法制設計，在我國民法及相關法令上，仍有待大幅修正，相關法令工程不可謂不鉅。

觀諸歐陸近年來之身分法制發展⁷，在法國，從 1999 年 11 月 16 日起施行之「共同生活契約」(Pacte Civile de Solidarité，以下簡稱 PACS)⁸，已經使得同性、異性共同組成「婚姻」之外的共同生活關係乙事，有具體之法律規範可資依循，不管在身分關

⁴ 45 CEDH (Ser A.)1, 4 EHHR 149, 1981. 從 1955 年起，就不斷有同性戀者為成年人間合意之同性戀性行為的刑法除罪化努力而向歐洲人權法院主張第 8 條第 1 項之個人私生活自由。歐洲人權法院雖承認性生活為個人私生活之一部份，但長久以來一直認為，國家對於此等行為之刑法入罪化，有其社會道德與健康保障之正當理由。直到 1981 此一案件，歐洲人權法院才首度改變見解，認為英國對於前述行為之刑法規範，違反歐洲人權公約第 8 條第 1 項。相關演進，可參見 Daniel Borrillo, *Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne*, McGill Law Journal, vol.46, August 2001, p.879.

⁵ 2003 年 10 月 27 日聯合報。

⁶ 2005 年 6 月 21 日聯合報。1996 之統計，歐洲丹麥、瑞典、芬蘭與法國等國，25-29 歲異性戀女性，有 30%同居，其他西歐國家與加拿大則介於 8%至 16%之間。參見 Caroline Forder, *op.cit.*, at 373.

⁷ 1989 年丹麥首先承認同性伴侶關係，其後挪威、瑞典、冰島、荷蘭、葡萄牙等國紛紛跟進，參見：戴瑀如，論德國同性伴侶法，月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 146；Daniel Borrillo, *op.cit.*, p.885-p.897；Caroline Forder, *op.cit.*, at 376 有詳盡各國法制之比較分析。限於個人學力，本文主要討論法國與比利時近年來相關法制，合先敘明。

⁸ 直譯應為「民事凝聚協議」，本文從意譯，翻譯成「共同生活契約」。翻譯如有不妥，尚祈 先進賢達指正。

係、財產制度、社會保險以及稅收等等，都創立了傳統的由「異性婚姻」組成家庭之外，新的社會組成單位。此一新法也揭示了法國政府對於同性所組成之生活共同體，係採取中性的態度⁹。當然，法國此法律之施行，不限於同性伴侶之間受益，許多無意願結婚的男女，或是同性之單純友人，甚至為了照顧老弱殘疾等等，只要以共同生活為目的，都可以依據此法，締結身分上之共同生活契約，並進而產生許多法律效果以達共同生活之法律保障。此外，德國 2001 年制定「同性伴侶法」¹⁰，比利時於 1998 年亦頒佈「關於法定共同生活與適用要件法」¹¹，新增關於「法定共同生活」制度，2003 年則更進一步新增「同性婚姻」制度¹²，此些新近立法，不僅著眼於同性戀組成家庭權之保障，也著眼於異性同居事實的法制化。

在實體法之外，於國際私法之選法規則上，比利時 2004 年 10 月 1 日新施行之「國際私法法典」(Le Code de droit international

⁹ Civ. 3e, 17 déc. 1997, Dalloz. 1998. 111, concl. J-F. Weber, note J-L. Aubert.

¹⁰ 囿於筆者學力有限，德國法上之發展，本文不擬詳論。參見戴瑪如，同前註 7。亦可參見 Stephen Ross Levitt, New Legislation in Germany concerning Same-Sex Unions, 7 ILSA Journal of International & Comparative Law 469, 2002; Greg Taylor, The New Gay and Lesbian Partnerships Law in Germany, 41 Alberta Law Review 573, September 2003.

¹¹ 比利時於 1998 年 11 月 23 日頒佈「關於法定同居與適用要件法」(loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale et les modalités d'application)，於民法 1475 至 1479 條，新增關於法定同居。條文參見：Loi du 23 novembre 1998, Moniteur belge, 12 janvier 1999, <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article.pl> (2005/7/15 visited)。其與婚姻、自由聯盟(Union libre, 事實上同居, 亦可登記)之差別，本文不擬詳述，參見詳盡之比較表格：<http://www.ping.be/planning-familial/tableau.html> (2005/7/15 visited)。

¹² 比利時民法第 143 條第 1 項：「兩異性或同性得締結婚姻。」(Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage)(2003.2.13.修正, 2003.6.1.施行)詳見：J.-L. Renchon, L'avènement du mariage homosexuel dans le code civil belge, Revue de Droit International et de Droit Comparé, l'année 81, 2/2004, p.169-p.207. 條文參見 http://www.ejustice.just.fgov.be/doc/rech_f.htm (2005/7/29 visited)。

privé)¹³，亦提供了中性的尊重他國實體法制、保障當事人既得權 (droit acquis) 之選法規則，於其第四章（緊接著第三章婚姻關係之後），設計關於「共同生活關係」(relation de vie commune) 之準據法選擇條文（第 58 條至第 60 條）。此對於調和各國間對於「家」之組成之實體法衝突，可謂國際私法選法理論上一大突破。

前述新發展，「解構」了傳統的「家」的概念，也「重構」了新的家的概念，甚至在親子關係上，有新的「同性父母」觀念改變形成¹⁴。本文以下，嘗試從民事實體法之角度先行觀察，主就法國現行「共同生活契約」的合憲性、成立要件及法律效果作一說明（壹），與德國、比利時類似法制做一比較研究，並從歐盟層次而為觀察（貳）。其次，則從國際私法之角度，就比利時 2004 新國際私法典相關於共同生活關係之選法適用，做一剖析（參）。在此一從民事實體法到國際私法準據法選擇之分析過程中，憲法、國際人權法層次的思考當屬必要。本文最後，則分析我國現行法制上，引進同性伴侶關係法制與其他伴侶關係法制的必要性，以及如欲引進該制度，我國可能面臨之法律修正問題（肆）。

作為討論之基礎，對於本文以下使用之相關名詞，茲先為定義：（一）共同生活關係 (la relation de vie commune)：此為法文指異性或同性之間，不論有無性之要素，以共同生活為目的，向公權力機構登記所成立之一定身分法與財產法上之法律上關

¹³ 此為比利時第一部成文國際私法法典。條文請參見 Loi du 16 juillet 2004, Moniteur belge, 27 juillet 2004, <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article.pl> (2005/7/15 visited); Revue critique du droit international privé, 94 (1) janvier-mars 2005, p.154.

¹⁴ Anne Cadoret, Des Parents comme les autres: homosexualité et parenté, Odile Jacob, Paris, 2002.

係。與英文稱「註冊伴侶關係」(registration partnership)指涉近似，僅具體法制上各國法律效果略有差異。(二)同居(concubinage)：此為法文指異性或同性之間，不論有無性之要素，未經登記、以同居事實(une union de fait)而認定之一定法律上關係。同居較共同生活關係為弱。此與英文 Cohabitation 指涉相同。

壹、法國民法 1999 新增「共同生活契約」評述

因應同性戀團體人權重視之呼聲，以及異性戀年輕族群之主張，法國於 1999 年 11 月 15 日以第 99-944 號法律頒布「關於共同生活契約」之法律，並自隔日公佈起生效¹⁵。本法被稱為「廿世紀末的創新」¹⁶，提供了同居之人(concubins)一種婚姻之外的法律地位以為法律秩序之確定¹⁷。該法第 1 條規定現行法國民

¹⁵ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, J.O n° 265 du 16 novembre 1999, page 16959。條文可參見 <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSX9803236L> (2005/7/27 visited) 本法之立法提案沿革、立法經過與相關施行細則清單(有八個施行細則)，可參見 Claude Lienhard, Pacte civil de solidarité, Encyclopédie Dalloz, Rép. civ. Dalloz, janvier 2001。該法制定經過的不同社會力量互動與討論，例如介於同性戀人權團體與宗教團體間之討論，以及法國異性戀年輕人，因為法國結婚、離婚法制過於限制僵化，不願意結婚之社會力量對於此一立法之促成，參見：Alain Bénabent, Droit civil: la famille, 10^e édition, Litec, Paris, 2001, n° 430; Ch. Jamin, Pacte civil de solidarité, Revue Trimestrielle de Droit Civil (1) janv.-mars 2000, p.173. PACS 立法前相關立法史，參見 Jean Carbonnier, Droit civil: la famille, l'enfant, le couple, 21^e édition, PUF, Paris, 2002, p.743。

¹⁶ Gérard Cornu, Droit civil: la famille, 8^e édition, Montchrestien, Paris, 2003, p.102。

¹⁷ Jean Carbonnier, op. cit., p.733。當然，簽訂 PACS 之後，就非法律意義上之同居人(民法第 515-8 條)，而為伴侶(partenaire)。此外，就實際數字觀察，

法典新增第十二章，並插入第 515 之 1 條至第 515 之 8 條，該法並同步新增數相關法規之修正¹⁸。由於法國憲法委員會（Conseil Constitutionnel）¹⁹對於該法之審查意見²⁰，實質上改變了該法之法律定位，並對於該法許多規範模糊之處²¹做出澄清，以下先討論法國憲法委員會對該法律之審查意見，再分述其成立要件與法律效果²²。

一、共同生活契約之合憲性

共同生活契約，顧名思義，為一種特殊有名契約²³。法國民法第 515 之 1 條規定：「共同生活契約係由兩同性或異性之成年人，為組織共同生活所締結。」其屬以特定目的「共同生活」（vie commune）所成立之身分契約。法國憲法委員會於審查此一新立法之合憲性所做出的審查意見與決定，被學者譽為「重大決定」

迄 2001 年第三季，估計有 44000 對簽訂 PACS 契約，其中 40% 為同性戀。此一數字，相對於三十萬對婚姻，兩百萬對同居而言，實仍屬相對少數。參見：Jean Carbonnier, *op. cit.*, p.745.

¹⁸ 例如該法第 4 條第 1 項對法國稅法通則（CGI, code général des impôts）第 6 條第 1 項做出相關修正。此種包裹式立法，將一切相關法令規定於同一號立法中修正，為法國所習見。在立法技術上，此一 99-944 號法令本身，性質上為相關民法等等法律修正之法律效力來源，頗值我國參考。

¹⁹ 法國憲法委員會之合憲性審查，為事前審查制，參見法國第五共和憲法第 61 條第 2 項。相關法國憲法委員會權限，可參見徐正戎，法國違憲審查制度——獨一無二？，月旦法學雜誌第 116 期，2005 年 1 月，頁 9-22。

²⁰ Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, la loi relative au pacte civil de solidarité.

²¹ 學者甚至稱該立法技術拙劣，為業餘者之拼裝品（bricolage d'amateur）。參見 Gérard Cornu, *op. cit.*, p.114.

²² 關於 PACS 的法律要件與法律效果，法國親屬法教科書有詳盡說明，參見 Alain Bénabent, *op. cit.*, n° 430-498, p.251-p.294; Jean Carbonnier, *op. cit.*, p.733-p.748; Gérard Cornu, *op. cit.*, p.102-p.116; Patrick Courbe, *Droit de la famille*, 3^e édition, Armand Colin, Paris, 2003, p.225-p.238.

²³ Claude Lienhard, *op. cit.*, n° 12; Gérard Cornu, *op. cit.*, p.103.

(grande décision)，因為其為極少數對民法做出的審查意見之一，而以罕見的長度、廣度與深度，認定 PACS 法合憲。本審查意見論及婚姻自由、人權與人格權²⁴，相當程度上，甚至「改寫」了 PACS 法律，而有「干預主義」(interventionnisme) 之議²⁵。

法國學者 Molfessis 認為，憲法委員會此一「造法」，需從兩方面評估，首先是法律解釋之界限，其次是 PACS 的重新定位。

(一)法律解釋保留

針對 PACS 法裡許多法律漏洞與矛盾，申請審查者認為立法機關已經違背憲法賦予其之職能²⁶。憲法委員會則認為，此可透過法律解釋完成²⁷。

憲法委員會提出「解釋保留」(réserves d'interprétation) 之原則，認為合憲性審查之範圍，包括經由解釋途徑該法律可能涵攝之所有範圍。關於 PACS 法的諸多規範漏洞，憲法委員會認為，此需從此法跟其他法律規範之關係討論。由於 PACS 為一種特殊契約，民法上關於契約之相關規範於此當然適用，除非本法有特別規定(審查理由第 28 點)。

透過此一方式，憲法委員會事實上「改寫」了此部 PACS 法律，例如就 PACS 契約目的做出之詮釋：「共同生活不僅僅是利益共同體(communauté d'intérêts)之建立，也不僅僅是兩人之間的共同居住狀態(cohabitation)，本法所指稱之共同生活，除了

²⁴ Nicolas Molfessis, La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil Constitutionnel, JCP La Semaine Juridique Edition Générale, n°10, 8 mars 2000, p.399-p.407.

²⁵ Nicolas Molfessis, op.cit., p.402.

²⁶ 例如：對於「共同生活」之定義不清，契約締結後親子關係如何適用，PACS 伴侶間相互幫助義務之範圍等等。

²⁷ 法國學者 Alain Bénabent 亦採此一見解。參見 Alain Bénabent, op.cit., n° 432.

共同居所之概念外，為一有共同居所之『伴侶生活』(une vie de couple)²⁸。」(審查理由第 26 點)此一將共同生活契約與傳統婚姻之「同一屋頂下的同一張床」共同體(communauté de toit et de lit)相類比之主張，增加了法律沒有的意涵，學者認為非憲法委員會權限所及²⁹。又如關於 PACS 之無效，憲法委員會加入絕對無效(nullité absolue)之概念(審查理由第 27 點)，甚至如 PACS 之單方終止契約損害賠償請求權，亦是透過所謂解釋保留之途徑解釋之³⁰，詳見下述。

前述透過法律解釋填補規範漏洞之方法，無疑改變了對於 PACS 契約之法律性質定性，而憲法委員會有此權限？Molfessis 認為，基於法國之事前審查制，在法律尚未施行前進行合憲性審查之特殊性，憲法委員會必需考量各種日後適用可能產生之疑義，而為合憲性審查。因此，此種解釋保留，有其正當性。而其採納其他法規範作為填補漏洞之方式，更符合現代法治國之精神，因為所有新的法規範施行，本就建立在原本法規範秩序基礎

²⁸ couple 之概念，原本在婚姻之下，為配偶之意義，主要有感情上親近意義與道德意義、組成家庭之意義、以及財產上之共通意義。關於 couple 之概念在法國民法上之源起與意義，參見 Clotilde Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, Revue Trimestrielle de Droit civil (1) janv.-mars 1999, p.27-p.49. 附帶說明，法文裡 couple 跟本 PACS 法所稱 partenaire，本文均翻譯成「伴侶」，蓋此處若將 couple 翻譯成配偶，則憲法委員會之解釋，容易被誤會成 PACS 完全等同於婚姻。

²⁹ C. Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, RTD civ. 1999, p.27; 但亦有學者贊成此一詮釋者，參見 J. Hauser, Aujourd'hui et demain le PACS, RJPF, 12/1999, n° 9, p.6 et 11/1999, n° 8, p.6 et s. 折衷說例如：Gérard Cornu, op.cit., p.103. 認為至少要滿足第 515-3 條第一項有共同居所之要件。

³⁰ 法國學者間當然質疑，憲法委員會「透過解釋」為合憲性審查之權限來源何在？本文非專門討論法國合憲性審查文章，困於學力有限，不擬詳論。可參見 Philippe Ardant, Les constitutions de la V^e République, 4^e édition, Hachette, Paris, 1997, p.121 et s.

之上。然而，如果憲法委員會除了其司法權之外，進一步重新定位 PACS，等於行使了立法權。法國學者對此一對 PACS 的過度詮釋，深表質疑。蓋此混淆了立法權與司法權³¹。此需進一步審視，憲法委員會如何重新改寫了 PACS。

(二) PACS 的重新定位：婚姻？或是一般契約？

關於 PACS 契約的法律性質，在制訂時即有爭議。其應屬於接近於婚姻之身分契約？或是一般財產契約？法條文字之設定，最後保留了一定程度的模糊性³²。法國民法第 515 之 1 條之文字「共同生活契約係由兩同性或異性之成年人，為組織共同生活所締結。」並未清楚定性 PACS 為何種性質。

憲法委員會之審查意見認為，從 PACS 在民法條文之編纂位置放於「人」部分，而非「契約」之部份，可以清楚知道，PACS 為家庭法之一部，而與婚姻有相近性³³。雖然立法起草時，法國政府提案認為 PACS 純然是一種契約而與婚姻有別，而且婚姻制度中必有的性關係，在 PACS 並不必然存在。但憲法委員會之詮釋，依舊認為此傾向於婚姻，而把「共同生活」之概念，解釋成「伴侶生活」(含有性的要素)。然而，此一詮釋，勢必引起 PACS 中，是否有如婚姻中之性的忠貞義務之後續問題，蓋此於法條中並未規定，易生困擾。而學者亦認為，性的要素，在 PACS 中並非絕對要素，否則本法立法美意將不復存在，例如兩退休老婦人訂立 PACS 相互照料，有性的要素³⁴？此外，就 PACS 中的生活相互幫助義務，以及法定共有之財產制與對於第三人之因共同生

³¹ Nicolas Molfessis, *op.cit.*, p.404; Alain Bénabent, *op.cit.*, p.255.

³² 相關討論可參見：Claude Lienhard, *op. cit.*, n^{os} 36-40.

³³ 關於 PACS 與婚姻之異同比較，亦可參見 Ch. Jamin, *Pacte civil de solidarité*, *op. cit.*, p.175 以下；Jean Carbonnier, *op. cit.*, p.746.

³⁴ Jean Carbonnier, *op. cit.*, p.735.

活所生之連帶債務，此皆顯示 PACS 與單純同居狀態 (concubinage)³⁵之不同，而較傾向於婚姻。

憲法委員會復指出，PACS 與婚姻不同而與契約接近之處，在於單方終止契約權。首先，憲法委員會對於 PACS 此一「不定期契約」(contrat à durée indéterminée)之概念，亦做出重要闡釋。其認為，基於 1789 人權宣言第四條之自由權，不定期契約當事人之任一方，有權隨時終止契約，但需通知他造，他造並享有依終止情形可能有的損害賠償。其並認為，立法者有立法自由，針對單方終止契約與預先通知他造等要件，做出規定（審查理由第 61 點）。此與婚姻，有明顯之不同，而同於一般契約。

其次，憲法委員會認為以「人性尊嚴」之名（審查理由第 64 到 71 點），肯認 PACS 法之單方終止契約損害賠償請求權，而以 1789 年人權宣言第四點對自由權之限制³⁶，肯認此一基於民法第 1382 條侵權行為損害賠償請求權³⁷之合憲性（審查理由第 70 點）。但此一連結，學者認為，前提是單方終止 PACS 契約為「有過失」。但由於 PACS 法本賦予當事人之一方此一單方終止契約權，則行使該權利，將變成有過失之侵權行為？此一審查理由，造成更多問題，學者認為只能從解釋上，認為在「濫用」終止權

³⁵ 法國法上之同居 (concubinage)，依新民法第 515 之 8 條，係指同性或異性間穩定並持續之「事實上之共同生活」(union de fait)。

³⁶ 1789 人權宣言第 4 點：「自由權意味，可為所有不妨礙第三人之事；同時，個人自然權利之行使，僅為確保社會其他成員之同等權利行使而受限制。此等限制非依法律不得為之。」(La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.)

³⁷ 法國民法第 1382 條為侵權行為之規定：「所有造成他人損害之行為，需對該他人基於該過錯，負損害賠償之責任。」(Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.)

時，方有損害賠償之問題³⁸。

綜前，PACS 契約，原本許多規範不清、法律定位不明之處，透過憲法委員會之解釋，雖部分釐清了規範不清問題，但也同時因為改寫了 PACS，而有侵害立法權之虞。而關於 PACS 契約之性質，由於其有介於婚姻與一般契約之間之性質，有學者認為，毋寧認為 PACS 就是一種特有的契約 (*sui generis*)³⁹。

二、共同生活契約之成立要件⁴⁰

(一)實質要件

PACS 法對於契約主體，限制為成年人 (majeurs) 方得為之⁴¹。未成年人 (mineurs)、「擬制成年」之未成年人 (émancipé)⁴²、禁治產人 (les majeurs en tutelle) 皆不得為之。(法國民法第 515 之 1 條，憲法委員會審查理由第 55 點)。其次，依據第 515 之 2

³⁸ Nicolas Molfessis, op.cit., p.400; Alain Bénabent, op.cit., n° 436.

³⁹ Gérard Cornu, op.cit., p.104.

⁴⁰ 關於 PACS 契約之嗣後修正要件，原則上同成立要件。參見 Alain Bénabent, op.cit., n°s 474-476.

⁴¹ 亦可參見 Claude Lienhard, op. cit., n°s 28-33.

⁴² 例如法國民法第 476 條：「未成年人結婚，視為成年人 (Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage)。或民法第 477 條第 1 項：「未成年人未結婚，但滿十六歲，得依下述程序，宣告視為成年。」(Le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus)同條第 2 項規定：「該宣告由未成年人父或母或雙方申請，在有正當理由時，由監護法官經審查宣告之。」(Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux.) 其法律效果，依民法第 481 條第 1 項：「擬制成年之未成年人，與成年人相同，有完全行為能力。(Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile.)但關於締結 PACS，憲法委員會認為仍限於成年人方得為之。

條，比照禁婚親與重婚之規定，於一定親屬關係或已有婚姻關係或 PACS 者間，禁止成立 PACS，成立者絕對無效 (nullité)：(1) 直系血親 (ascendant et descendant en ligne directe)、直系姻親 (alliés en ligne directe)、或旁系血親 (collatéraux) 三親等內。(2) 一方或雙方已有婚姻關係 (liens du mariage) 者。(3) 一方或雙方已有 PACS 關係者。

雙方當事人間之意思表示與合意，則遵循一般契約之實質要件⁴³。由於 PACS 契約有諸多稅法與社會法之法律效果，若當事人間無共同生活之真意，僅為享受租稅之優惠或社會法之保障，學者認為此為通謀虛偽意思表示，契約應屬絕對無效⁴⁴。

關於契約之內容，因 PACS 為法定契約 (約定共同生活)，當事人僅得就生活相互幫助義務之程度內容，以及 PACS 財產制之部份為約定⁴⁵。PACS 契約，亦不得附條件或期限⁴⁶。

(二)形式要件

PACS 契約，為要式行為 (le formalisme du PACS)⁴⁷。契約之標準格式與內容，有學者提出模範契約可茲參照⁴⁸。而關於契

⁴³ 憲法委員會審查理由第 28 點。亦參見 Alain Bénabent, op.cit., n° 439.

⁴⁴ Alain Bénabent, op.cit., n° 442；對於意思表示之錯誤、受脅迫之意思表示，參見 Jean Carbonnier, op. cit., p.734.

⁴⁵ Alain Bénabent, op.cit., n° 440.

⁴⁶ Claude Lienhard, op. cit., n° 34; Alain Bénabent, op.cit., n° 443.

⁴⁷ Gérard Cornu, op.cit., p.109.

⁴⁸ Bernard Beignier, Jacques Combret et Alain Fouquet, Pacte civil de solidarité: formule de convention, Droit de la famille, JCP, Chronique n° 9, avril 2000, p.7-p.15; Sylvain Thouret, Le PACS: Techniques de rédaction et esquisse de contrat, Les Petites Affiches, 10 mars 2000, n° 50, p.4-p.10；詳細程序規定，參見本法施行細則 Décret n° 99-1089 du 21 décembre 1999 pris pour l'application des articles 515-3 et 515-7 du code civil et relatif à la déclaration, à la modification et à la dissolution du pacte civil de solidarité; 亦可參見 Claude Lienhard, op. cit., n°s 51-81; Alain Bénabent, op.cit., n°s 445-453.

約之締結，第 513 之 2 條第 2 項規定，需以兩份原本 (double original) 為之。其係指需符合民法第 1325 條之私署證書 (acte sous seing privé) 之規定，但須契約雙方當事人親自到書記處於 (greffe) 為之，否則不予受理 (à peine d'irrecevabilité)⁴⁹。當事人需攜帶身分狀態證明 (pièces d'état civil) 與出生地地方法院分庭出具之證明書 (證明未締結 PACS)，以便證明無第 515 之 2 條之禁止登記情形；如出生於外國地，需出具巴黎地院書記處發給的未締結 PACS 證明書。但學者認為，比方姻親關係，在身分狀態證明上，還是看不出來，此為規範漏洞⁵⁰。

符合要件之後，書記處將前述契約資料歸入檔案中心 (registre) 中 (第 515 之 3 條第 3 項)，將兩份契約原本簽署、註明日期後，還給當事人雙方 (同條第 4 項)。此一規定，可能造成當事人原本遺失之風險，有學者建議於民間公證人 (notaire) 處擬定契約，至少公證人處有存檔。書記處並發給當事人證明書，證明此一契約已於書記處登記，並副知當事人出生地法院書記處此一登記事項。

關於契約內容之變更登記，第 515 之 3 條第 7 項，規定需於原始登記書記處為之，程序與需備文件同第一次登記。

學者間關於前述登記之法律性質，有認為為 PACS 生效要件者，有認為僅為公示效果者⁵¹。認為僅為公示效果者，主張第 515 之 3 條第 6 項規定「登記行為確定 PACS 對於得對抗第三人之始

⁴⁹ 契約宣示與登記之處所，原本同性戀團體，希望能在市政府 (marie) 為之，如此有近似締結婚姻的儀式效果。但立法過程中，基於大多數市政府之反對，國民大會版本建議在地方政府 (préfecture) 為之。但同性戀團體又反對，認為到地方政府去，感覺上似乎此一締約行為為危險行為需受管制。最後立法，決定由地方法院分庭 (tribunal d'instance) 書記處受理此一登記。

⁵⁰ Patrick Courbe, *Droit de la famille*, 3^e édition, 2003, p.229.

⁵¹ Patrick Courbe, *op. cit.*, p.230.

日」，因此登記僅為公示之用，不影響 PACS 原本之生效。因此，未登記之 PACS，在當事人間仍有效力。認為登記為生效要件者，認為從第 515 之 3 條之立法方式來看，其同時規範契約之締結與登記，因此登記應該屬於生效要件；而法條文字用語上，第 1 項用「締結 PACS 之當事人 (personnes)」，到第四項轉為「伴侶」(partenaire)，明顯看出登記前與登記後，因為效力之發生，稱謂之不同。個人認為，應以生效要件說為當，因 PACS 創造傳統婚姻關係外之其他共同生活關係，應從嚴解釋為要式行為。

三、共同生活契約之法律效果

PACS 之契約生效後，對於當事人身分法上之地位並無變更⁵²。民法上關於人之能力、地位、親子關係等，PACS 法未有特別規定者，當然適用原本之規定(憲法委員會審查理由第 29 點)⁵³。例如，締結 PACS 契約之當事人，在身分上依舊是單身(célibataire)，無改變姓氏(nom)之問題，也並不因此負有如婚姻的忠貞義務；又如收養，僅得為單獨收養，無從為共同收養。而如子女與父之親子關係，亦依原本民法認領之規定行之，當然，PACS 契約之存在，對確認親子關係有相當佐證之效⁵⁴。又如，PACS 契約當事人並非姻親(allié)，因此對於雙方父母，無扶養義務。再如，伴侶彼此之間，並無相互繼承權⁵⁵。但 PACS 契約當事人，亦非單純事實同居人(concubin)，學者認為，關於離婚後強制租賃契約之規定，亦得類推適用於 PACS 契約當事人間⁵⁶。

⁵² Claude Lienhard, op. cit., n° 16; Alain Bénabent, op. cit., n°s 454 et s.

⁵³ 親子關係不受影響，亦參見 Claude Lienhard, op. cit., n°s 19 et 22.

⁵⁴ Alain Bénabent, op. cit., n° 457; Jean Carbonnier, op. cit., p.747.

⁵⁵ Claude Lienhard, op. cit., n° 174.

⁵⁶ 參見 Alain Bénabent, op. cit., n° 454; 法國民法第 285-1 條規定：「(離婚後)

(一)在伴侶間之法律效果

PACS 成立之後，在伴侶 (*partenaire*)⁵⁷間，主要有兩個效果：一個是相互幫助 (*aide mutuelle*) 義務⁵⁸，另一個是 PACS 成立後之一定之財產共有 (*indivision des biens*) 之效果⁵⁹。

關於相互幫助義務，此顯較夫妻間扶養義務程度為低，而屬於最低的 (*a minima*) 相互照顧義務⁶⁰。法國民法第 514 之 4 條第一項規定：「PACS 伴侶之間，互負相互實質幫助義務。具體內容，由該契約訂之。」憲法委員會認為：「實質的相互幫助義務，源自於 PACS 契約本身。需由法官在具體爭訟中，決定每對伴侶間個別適當的方式與內容」(審查理由 31 點)。此一概念，跟法國民法第 214 條息息相關。可類推適用該條規定：例如如果夫妻財產制契約 (於此為 PACS 契約) 未訂明夫妻關於婚姻 (PACS) 生活費用之負擔，其需以其各自之能力比例分擔之⁶¹。此種相互幫助義務，也是 PACS 契約跟單純同居之不同，而為享有租稅優惠待遇之原因。

原配偶之一方單獨行使或共同行使對於共同子女全部或之一之親權，而與該子女居住於原家庭住所者，如該家庭之住所屬於原配偶之另一方，法官得為該居住於原住所之配偶與子女之利益，強制配偶另一方締結租賃契約。(第一項) (Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande.) 同條第 2 項規定：「法官決定前項租賃契約之期限，並得更新延長之，最長可至最年幼之子女成年為止。」 (Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.)

⁵⁷ 或稱共同生活契約締約人 *pacsé*。法文又因此多一個單字。

⁵⁸ Claude Lienhard, *op. cit.*, n° 17.

⁵⁹ Claude Lienhard, *op. cit.*, n° 89-101 ; Alain Bénabent, *op. cit.*, n° 459-473.

⁶⁰ Claude Lienhard, *op. cit.*, n° 18.

⁶¹ L'art. 214 al. 1: «Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.»; Patrick Courbe, *op. cit.*, p.232; Alain Bénabent, *op. cit.*, n° 460.

其次，關於一定之財產共有，學者認為，此為此一立法最不成功之處⁶²。第 515 之 5 條第 1 項規定：「登記 PACS 同時，伴侶間得決定是否採取居家用物動產共有制 (régime de l'indivision des meubles meublants) ⁶³。除另有約定外，PACS 成立之後，所有有償取得之居家用物動產，視為伴侶共有，共有比例推定為二分之一。此類財產之取得日期，無法證明者，推定為 PACS 成立之後取得」。同條第 2 項規定：「除另有約定外，PACS 成立後其他財產之有償取得，推定為伴侶共有」。學者認為，此一可由當事人自行於 PACS 成立時約定或嗣後，就個別財產之取得，約定財產共有與否與共有比例之立法設計，無異使 PACS 之財產制變得「複雜無比」⁶⁴，並且舉證不易⁶⁵。此不但所有財產之共有狀態變的複雜，可能相當短暫，而且就共有財產之管理，顯得對共同生活伴侶負擔過重（處分須經共有人同意）。

(二)對第三人之法律效果

PACS 對外之法律效果，主要有民法、稅法與社會法上之效果。

在民法上，主要的效果來自於伴侶的同居 (concubinage) 狀態。例如，伴侶離開租賃之不動產，租賃契約仍繼續對另一伴侶生效。或伴侶死亡，不動產租賃契約轉移到另一伴侶⁶⁶。此外，

⁶² Patrick Courbe, *ibid.*; Jean Carbonnier, *op. cit.*, p.740.

⁶³ 居家用物動產 meubles meublants 此一概念，須參照法國民法第 534 條第一項之規定。該條項規定：「居家用物動產僅包括住家使用與裝飾之物，例如地毯、床、座椅、玻璃、鐘擺、桌、瓷器與其他類似性質之物。」(Les mots meubles meublants ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature)

⁶⁴ Patrick Courbe, *op. cit.*, p.232.

⁶⁵ Alain Bénabent, *op. cit.*, n° 467.

⁶⁶ Loi n°89-462 du 6 juillet 1989, (version consolidée au 9 juin 2005), l'art.14

PACS 也得作為外國人申請居留證之原因⁶⁷。

對於因 PACS 日常生活需要以及共同住所之相關費用，伴侶間彼此對第三人負連帶債務（第 515 之 4 條第 2 項）⁶⁸。此一規定，類似於配偶間之日常生活費用連帶債務（法國民法第 220 條⁶⁹）。但仍有不同之處⁷⁰：首先，關於第 220 條亦規範之子女教育費用？PACS 契約並未規定，此為有意省略？此似可透過擴張解釋、類推適用解決。其次，此處未如民法第 220 條第 2 項⁷¹，將明顯超出必要範圍之支出（*dépenses manifestement excessives*）除外，例如旅遊之支出。於此 PACS 伴侶間，亦為此等例外支出負連帶債務？此似可透過法律限縮解釋、類推適用認為僅限於「關於共同居住部份之開銷」解決之⁷²。

在稅法上，對 PACS 伴侶而言，則享有許多租稅優惠，例如共同申報租稅減免⁷³。而在社會法上，許多適用於婚姻關係之社

I(3):«En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue:....au profit du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité» 同條第 2 項於承租人死亡時同旨。附帶一提，法國不動產租賃契約（*contrat de baux*）部份，雖民法裡有專節規範，但特別法疊床架屋、屢經修正，深受學者詬病。最近已有學者倡議應該將民法不動產租賃契約重新整理立法，如法國馬賽第三大學 Jean-Louis Bergel 教授。

⁶⁷ Claude Lienhard, op. cit., n° 155.

⁶⁸ 亦可參見 Claude Lienhard, op. cit., n° 82-87.

⁶⁹ L'art.220 al.1: «Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants: toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.»

⁷⁰ Patrick Courbe, op. cit., p.234.

⁷¹ L'art. 220 al. 2: «La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.»

⁷² Jean Carbonnier, op. cit., p.739.

⁷³ 原則上，PACS 當事人跟夫妻共同申報一樣，此不擬詳論，參見 loi du 15 novembre 1999, l'art. 4. 亦可參見 Claude Lienhard, op. cit., n° 107-144; Alain Bénabent, op. cit., n° 462.

會福利措施，例如社會保險 (sécurité sociale)，亦適用於 PACS⁷⁴。

四、共同生活契約之終止

PACS 契約，得因當事人自主意思合意終止或單方終止、伴侶結婚或伴侶死亡或契約義務不履行而終止，而分別有不同之法律效果⁷⁵。

(一)終止之原因

因當事人意思終止 PACS，有「合意終止」與「單方終止」兩種。

合意終止，雙方伴侶需以合意之書面，向雙方之一之住所地書記處提出，書記處為此登記，並歸檔保存（第 515 之 7 條第 1 項）。書記處並給雙方收據，以便向原始登記 PACS 書記處登記。登記之日為 PACS 終止日。

單方終止之規定，所受之爭議最多。蓋此類似「休妻（夫）制」（répudiation）。憲法委員會認為此一設計有其理由，蓋 PACS 不同於婚姻，不能當成休妻（夫）看待（審查理由第 67 點）。此一單方終止權，即為 PACS 之特色。第 515 之 7 條第 2 項規定，當伴侶之一方，決定終止 PACS，需通知他方，並向原始登記書記處登記。此一無須理由、無須考慮對方感受之終止權，相當程

⁷⁴ 參見 loi du 15 novembre 1999, les articles 7-13. 參見：Claude Lienhard, op. cit., n^{os} 145-149.

⁷⁵ 詳細說明，參見 Claude Lienhard, op. cit., n^{os} 160-169; Alain Bénabent, op. cit., n^{os} 478-498；詳細程序規定，參見本法施行細則 Décret n^o 99-1089 du 21 décembre 1999 pris pour l'application des articles 515-3 et 515-7 du code civil et relatif à la déclaration, à la modification et à la dissolution du pacte civil de solidarité.

度上，反應此一 PACS 制度在法律社會學上之意義。此一制度，當初本是為了回應法國低結婚率、低生育率，而創設 PACS 此一較自由的新社會制度。因此有此單方終止設計。附帶一提，如因為事實上之分居（*séparation de fait*），而未為 PACS 契約之合意終止或單方終止，則該 PACS 契約依舊有效，相關共有財產制之規定，尤其是對第三人之債務部份，依舊適用⁷⁶。

伴侶之一方結婚，需通知他方，並向書記處登記 PACS 之終止（第 515 之 7 條第 3 項）。終止登記日非 PACS 契約終止日，而以結婚日為 PACS 終止日。此乃尊重婚姻自由之設（憲法委員會審查理由第 69 點）。此一設計，對 PACS 另一伴侶而言，略嫌突襲⁷⁷。

當伴侶一方死亡，PACS 自死亡之日起終止（第 515 之 7 條第 4 項）。生存之伴侶需通知書記處。生存之伴侶無法定繼承權。

關於契約義務之不履行，例如當事人之一方不履行生活相互幫助義務，此可適用民法一般規定主張終止契約⁷⁸。

（二）終止之效果

PACS 法對此並無特別著墨。原則上，在依當事人意思終止時，由雙方當事人協議清算其財產，例外時由法官介入（第 515 之 7 條第 8 項）。依第 515 之 6 條規定，民法第 832 條分割共有物之規定於此適用。在有爭議時，只能提起訴訟⁷⁹。

關於損害賠償請求權，第 515 之 7 條第八項規定，法官之介入，不得影響當事人之損害賠償請求（*la réparation du dommage*

⁷⁶ Claude Lienhard, op. cit., n° 169; Alain Bénabent, op.cit., n° 492.

⁷⁷ Patrick Courbe, op. cit., p.235.

⁷⁸ 法國民法第 1184 條參照。Alain Bénabent, op.cit., n° 491.

⁷⁹ Claude Lienhard, op. cit., n°s 170, 171, 177-184; Alain Bénabent, op.cit., n°s 493-498.

éventuellement subi)。憲法委員會肯定此一立法，尤其是對 PACS 之終止無過失之一方，得向有過失之一方請求損害賠償（審查理由第 70 點）。但學者認為，在法制承認單方終止權之情形，此一損害賠償請求之意義何在？數額如何決定？而在一方當事人結婚，PACS 因而終止，此時又如何論損害賠償？此皆有待日後修法或判例澄清⁸⁰。

綜上，前述法國 PACS 法，無疑為同性或異性伴侶之間，提供了民法與稅法、社會法方面的法制保障，而有承認現代社會家庭或伴侶形態多元化、但彼此尊重、等同視之的法規範意義⁸¹。本質上，如就婚姻制度禁止重婚之規定來看，PACS 還是一種一般契約，因為其並沒有身分法上之身分變動，當事人可以另行與他人結婚。但從另外一方面來看，已締結 PACS 之人，禁止與他人另行締結 PACS，此與婚姻禁止重婚，又有類似之處。故 PACS 等於是同居與婚姻間的中間類型。

此一規定，跟許多其他國家的相關法制，有類似之處，亦有創新之處。以下茲析述之。

貳、德國、比利時類似法制與歐盟層次之思

考

關於各種可能的同居（或共同生活）關係以及伴侶（或婚姻）

⁸⁰ Patrick Courbe, op. cit., p.238; Jean Carbonnier, op. cit., p.748. 則比較樂觀地認為，PACS 或同居，最終因個人意願，尋求雙方關係穩定，亦將走入婚姻（L'avenir du concubinage est dans le mariage）。

⁸¹ Alain Bénabent, op.cit., n° 432.

關係，學者認為，法制上有各種可能設計⁸²：第一，同居制度（cohabitation），不論同性或異性之間，例如比利時與瑞典之制度，當事人無身分法上之變動。第二，法國 PACS，不論同性或異性之間，特殊之處在於有如前述之稅法、社會法上特殊功能，但當事人無身分法上另行結婚之限制。第三，註冊伴侶關係（partnership registration），以同性之間為主，效果近似於婚姻，當事人有身分法上之變動，例如丹麥、德國之制度，而荷蘭亦適用於異性之間。前述分類，法國 PACS 契約已如前述，關於同居制度，以下舉比利時說明之，關於註冊伴侶關係，舉德國為之。而事實上，比利時已經創造「第四種」類型，同性婚姻制度，下文一併說明之。此外，歐陸各國法制變動，在歐盟法層次上，亦有影響，實不可忽略。

一、德國類似法制

首先，德國 2001 年之同性伴侶法，也為同性戀者，提供了法制上之共同生活依據。關於同性伴侶身分成立之要件，大抵上同法國前述規定，但僅限於同性之間得成立，法國則不論同性異性皆得成立 PACS。其並須於主管機關為之，且為財產制之約定。

值得注意的是，法律效果上，德國同性伴侶法有稱姓之規定⁸³，此為法國所無。關於相互扶養義務，德國亦準用婚姻之規定，法國則為較低之相互幫助義務。

甚者，德國法上有同性伴侶之繼承權規定⁸⁴，分居規定⁸⁵，此

⁸² Caroline Forder, *op. cit.*, at 375.

⁸³ 參見：戴瑀如，同前註 7，頁 153。

⁸⁴ 戴瑀如，同前註 7，頁 157。

⁸⁵ 戴瑀如，同前註 7，頁 159。

皆為法國所無。而關於子女，德國法則禁止共同收養⁸⁶，但有照顧他方子女之義務⁸⁷。

綜上觀之，雖德國立法上，就同性之間，創設與婚姻不同之同性「伴侶」概念，以求區別，但實際法律效果上，除血親關係外，相當接近於婚姻。而法國之 PACS 契約，則介於婚姻與同居之間，許多地方，因為 PACS 關係之不穩定，並未有穩定性之規定，例如稱姓。從同性戀者人權角度觀察，德國法之規定，無疑較法國法更前進、更平等地確認了同性戀者的名符其實之組成家庭權利。這也是近來法國開始有倡議「同性婚姻法」立法，以求同性伴侶關係「正名」的原因與動力之一⁸⁸。但法國學者間，對於同性戀者主張之婚姻權，仍認為其僅為一種社會制度，不是憲法保障之個人主觀權利（droit subjectif）。

二、比利時類似法制

比利時於 1998 年，亦頒佈「關於法定共同生活與適用要件法」⁸⁹，而於 2003 年，頒佈「同性婚姻法」⁹⁰。

⁸⁶ 關於是否得容許同性伴侶為收養以及所引發相關法制設計問題，參見 Caroline Forder, *op.cit.* at 411.

⁸⁷ 戴瑀如，同前註 7，頁 156。

⁸⁸ 該立法草案，參見 Proposition de loi “clarifiant l'accès au mariage des couples de personnes de meme sexe” présentée par Mme M. Billard, Mm. Y Cochet et N. Mamère, Députés, 7 juin 2004, 參見 http://lesverts.fr/imprimer.php?id_article=1454 (2005/7/29 visited)

⁸⁹ 該法第 2 條規定，於比利時民法第三部份，原婚姻第五章後，新增第五之一章「法定同居」，新增 1475 條至第 1479 條以為規範。

⁹⁰ 比利時同性婚姻法之評釋，參見 J.-L. Renchon, *L'avènement du mariage homosexuel dans le code civil belge*, *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, l'année 81, 2/2004, p.169-p.207.

(一)法定共同生活契約

首先，關於法定共同生活契約，前述法律規定法定共同生活契約為以共同生活為目的，成立於兩人間之要式契約（第 1475 條第 1 項），不限同性或異性。此與法國 PACS 契約相同。契約主體限制上，僅限有行為能力之成年人，而不得為已婚之人或以締結此等契約之人（第 1475 條第 2 項），無如法國禁婚親之規定。此或意味，比利時之法定共同生活契約，性質上比較接近契約，而非婚姻⁹¹，因此如甥舅之間，亦得成立此等契約。關於宣示之方式，第 1476 條亦與法國之規定類同，而於身分狀態官（l'officier de l'état civil）處所為之。關於共同生活契約之終止（第 1476 條第 2 項），有合意終止、單方終止、當事人死亡、結婚等，跟法國規定類似。甚者，法官得因當事人之請求，決定關於共同居所之占有、同居人與其子女之財產、同居人法定或約定義務之緊急暫時措施（第 1479 條）。

法律效果上，比利時之共同生活契約，在身分關係上無任何變化，租稅亦個別申報。僅有同居人間之財產關係，準用婚姻之關於不動產處分規定、共同分擔生活費用，並有因生活費用對第三人負連帶債務之規定（第 1477 條第 2 項、第 3 項、第 4 項）。但關於個人原有財產、工作收入皆歸個人分別所有，因此如果同居人間有一定親屬關係，自得為繼承（第 1478 條第 1 項、第 2 項），而與法國不同。此一設計，彰顯此一共同生活契約，完全不考慮性的要素（雖實際上同性戀者或異性戀不願結婚者亦得利用此一制度），而僅以生活扶助為目的，此與法國 PACS 契約不同，而與台灣的「家」之意義接近。

⁹¹ Daniel Borrillo, op.cit., p.891.

(二)同性婚姻法

其次，在同性戀團體之運動下，基於平等價值（l'égalité de valeur）之保障貫徹，同性婚姻法亦於 2003 年施行而「正名」同性配偶間的法律關係。該法第 3 條修正了比利時民法第 143 條第 1 項，開宗明義：「兩異性或同性得締結婚姻。」而自 2003 年 6 月 1 日起生效。原則上，同性婚姻跟異性婚姻相同，但血親關係之部份除外。

同性婚姻跟異性相同之處，例如婚姻之締結、離婚、彼此之權利義務等等，茲不贅述⁹²。值得一提的是，生物學與社會倫理意義上之禁婚親規定，在同性婚姻依舊因為社會倫理因素保持，例如民法第 162 條改規定「兄弟間、姊妹間、兄妹或姐弟間」為禁婚親。此外，在國際私法上，由於比利時國際私法對於婚姻採取雙方本國法適用主義，因此，當事人一方之本國法如不承認同性婚姻，則於比利時亦不得締結該婚姻⁹³。

同性婚姻與異性婚姻不同之處，主要在於立法者對於「婚生子女」之排除。比利時民法第 315 條規定，出生於婚姻狀態中或婚姻解消之日起三百日內之子女，以夫為其父⁹⁴。此一規定，依第 143 條第 2 項於同性婚姻不適用之。此一規定，學者認為剝奪同性戀者為父母之權利。例如，難道兩女同性戀者，不能以為生物學上之生母為母親，另一配偶亦為母親（或「父親」）⁹⁵？比利時憲法委員會審查意見，亦認為此一立法，如果皆要稱婚姻，則剝奪同性戀者為人父母權利之規定，無從正當化。此外，同性婚

⁹² 詳盡說明可參見 J.-L. Renchon, op.cit., p.186-p.194.

⁹³ J.-L. Renchon, op.cit., n° 21, p.187.

⁹⁴ Code Civil belge l'art.315:«L'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour père le mari.»

⁹⁵ J.-L. Renchon, op.cit., n° 28, p.195.

姻法第 13 條到第 16 條，亦禁止同性配偶共同收養。前述自然血親之禁止固有生物學上之意義，但此一法定血親之禁止，純粹僅為倫理上之意義，亦即立法者選擇「不容許」子女同時有兩個父親或兩個母親。但關於他方子女之權益，學者認為技術上可以立法課與他方照顧義務。

比利時此一立法，比前述德國同性伴侶法更進一步，為同性戀者正名，而為自由權、平等權與容忍之表現⁹⁶。

三、歐盟層次之思考

在歐盟層次上，關於同性戀伴侶權益，以及異性共同生活關係，則另外有不同之思考面向⁹⁷。建立歐洲共同體之羅馬條約，並未針對家庭有特別規範，目前也僅有 2201/2003 規則專門針對婚姻事項與共同子女親權責任之管轄權與判決之承認執行為特殊規範⁹⁸，而僅屬於國際私法層次之判決承認執行統一。但由於

⁹⁶ J.-L. Renchon, *op.cit.*, n° 33, p.200.

⁹⁷ 參見 Eugenia Caracciolo di Torella and Annick Masselot, *Under construction: EU Family Law*, *European Law Review*, vol.29, February 2004, p.32-p.51; Daniel Borrillo, *Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne*, *McGill Law Journal*, vol.46, August 2001, p.875-p.922; Caroline Forder, *European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice*, 17 *Canadian Journal of Family Law* 371, 2000; Nancy D. Polikoff, *Recognizing Partners but Not Parents/ Recognizing Parents but Not Partners: Gay and Lesbian Family Law in Europe and the United States*, 17 *New York Law School Journal of Human Rights* 711, 2000.

⁹⁸ 原 1998 年通過之「婚姻事項管轄權與判決之承認執行公約」(la Convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, 布魯塞爾公約 II)，以 1347/2000 號規則變成歐體之法律，習稱布魯塞爾規則 II，最近經 2201/2003 規則修正。此外，歐盟理事會亦以 2003/93 決定，簽署海牙 1996 關於親權責任與兒童保護措施之管轄權、準據法與判決承認執行合作公約，但此屬於國際公約層次，不是歐體法層次。關於此一公約，可參見：許耀明，涉外監護事件之準據法與相關國際公

人員自由移動，此勢必引發許多家庭法上之問題，尤其是社會法上，對於勞工家庭成員權益之保障。但由於各國實體法規定不一，此勢必造成兩大問題，第一為各國實體法相互衝突之問題，此仍屬國際私法之範疇，此處暫不討論，而以下述比利時新國際私法之規定為例說明。其二為各國透過歐體立法進行實體法統一之問題，尤其在社會法領域，如何妥善規劃同性或異性、婚姻或共同生活關係等社會法上之權益，為歐盟法努力之目標。

早期歐盟在工作者自由移動、社會保險、退休給付、男女工作者平權等社會法領域之政策，成為發展歐盟家庭法之基礎，因為該些政策，連帶影響到家庭成員之權益，而歐體法院也不斷透過判例，澄清前述政策，界定家庭成員之範圍，並以歐洲人權公約為指標發展判例法。雖然歐體立法者逐漸有考量其他非傳統異性婚姻家庭成員之趨勢⁹⁹，但歐體法院原則上還是採取傳統較審慎之看法，以異性婚姻為家庭之組成單位而進行法律之詮釋。例如早期在關於 1612/68 規則之配偶 (spouse) 概念認定，歐體法院在 *Reed*¹⁰⁰案中，認為此僅指婚姻關係，而不包括共同生活關係。而在較近之 *Grant*¹⁰¹案中，也認為同性伴侶間之生活關係，不等同於異性伴侶之婚姻關係。甚至，在關於成員國法制已承認共同生活契約之情形下，在 *D*¹⁰²案中，歐體法院依舊認為，共同生活契約下之伴侶關係，不是配偶。此等考量，實際上亦有其財政上之因素，因為如擴充歐體社會法上之保障至傳統異性婚姻

約，中正法學集刊第 18 期，2005 年 4 月，頁 119。

⁹⁹ Eugenia Caracciolo di Torella and Annick Masselot, op. cit., p.37.

¹⁰⁰ Case 59/85, *Netherlands v Reed* [1986] E.C.R. 1283.

¹⁰¹ Case C-249/96, *Grant* [1998] E.C.R. I-621, para.35.

¹⁰² Joined Case C-122/99 & C-125/99, *D v. Conuvcil* [2001] E.C.R.-I 4319. 本案原告 D 依瑞典法制與他人訂立共同生活契約，於瑞典法，效果跟婚姻幾近。後 D 到比利時之歐盟理事會工作，申請配偶補助被拒。

外，歐體執委會粗估至少增加六百萬歐元之支出¹⁰³。

學者認為，此等關於傳統由異性婚姻組成家庭之狹隘看法，目前必須揚棄，因為此將危及歐盟整合人員自由移動以及平等待遇等基本人權問題。由於社會之變遷與各國實體法制之逐漸承認，現亦必須考量關於同性或異性共同生活關係以及同性婚姻所帶來的社會法問題¹⁰⁴。而現行歐體條約上，實際上可以找出此等保障之基礎，例如歐體條約第 18 條以下關於歐洲人民公民權之規定，係以公民身分為資格界定，輔以歐體條約第 13 條禁止基於性別之歧視措施規定，可以導出在歐盟層次之政策與歐體立法上，基於性傾向而為之差別待遇，係屬違反人權保障。但此尚有爭議，該禁止基於性別歧視，是否得解釋為禁止基於性傾向而為歧視？此在工作權領域較無爭議，但在組成家庭權？歐洲人權法院於 1999 年 *Salgueiro* 案¹⁰⁵中，曾指出性傾向當然包括在歐洲人權公約第 14 條不得基於性別歧視之概念中，但該案也僅涉及同性戀者之親權問題，而非直接肯認同性戀者有依歐洲人權公約第 8 條組成家庭之權利。

此外，針對已經歐體法化之布魯賽爾規則 II，學者亦認為，此雖為歐盟家庭法之一大步，但是其涵蓋範圍仍窄，尤其關於兒童權利保護事項。此目前仍有諸多歐體立法提案討論¹⁰⁶。而本文關注之非典型異性婚姻家庭組成，則尚屬眾說紛紜，未有歐體立法共識之形成。目前可能可行之方式，則是透過人權保障之角度，適用歐洲人權公約第 8 條尊重個人私領域與家庭領域之權利、第 12 條結婚權¹⁰⁷與第 14 條禁止基於性別為歧視待遇之平等

¹⁰³ Eugenia Caracciolo di Torella and Annick Masselot, op. cit., p.42.

¹⁰⁴ Eugenia Caracciolo di Torella and Annick Masselot, op. cit., p.39.

¹⁰⁵ 21 decembre 1999, Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, no.33290/96.

¹⁰⁶ Eugenia Caracciolo di Torella and Annick Masselot, op. cit., p.45.

¹⁰⁷ 目前為止，歐洲人權法院仍認為婚姻係屬於生物學上不同性別之結合，否

權要求之規定，或是歐盟基本權憲章（EU Charter of Fundamental Rights）¹⁰⁸第 7 條私人與家庭生活之尊重與第 9 條結婚與建立家庭權之規定。但由於此兩國際公約，權利宣示性質比實質法律適用意義為大，如何逐漸透過歐洲人權法院與歐體法院判例法保障傳統異性婚姻外之家庭組成可能，尚屬任重道遠¹⁰⁹。

綜上，歐盟成員國，如前述所舉之德國、法國與比利時，皆已經在民事實體法制上，程度不一地承認異性婚姻之外，同性婚姻（或不以婚姻之名）之可能，以及同性或異性共同生活關係之法制保障。可以看出，各國法制上，從同性婚姻之承認到單純無性的要素之共同生活契約，可以有各種不同可能之法制設計¹¹⁰。原則上，如果法制設計越接近異性婚姻配偶之考量，則其共同生活之伴侶相關權利義務越接近傳統婚姻。但各種多元的伴侶形態，分別對應不同的法律權利義務關係，此為容忍尊重多元性之表現¹¹¹。而不管同性或異性，只要是人，都應該可以在同居、PACS、婚姻各種選項之間選擇，方符平等權之要求¹¹²。法國學者 Borrillo 進而認為，婚姻制度，不應該如美國種族隔離時代以 *separate but equal* 安慰自己，而區隔同性婚姻或異性婚姻有不同之權利義務，此方為人民私人生活領域完全民主化之表現¹¹³。

認同性戀者有結婚權。

¹⁰⁸ 7 December 2000, Nice, 此為國際公約性質之宣言，條文與簡介參見 http://www.europarl.eu.int/charter/default_en.htm (2005/7/30 visited)

¹⁰⁹ 至於適用批准中之歐洲憲法公約之第二部份權利章？由於歐洲憲法公約因 2005 年中法國與荷蘭公投否決前程未卜，本文暫不討論。

¹¹⁰ 挪威 1991 起甚至承認「多人間」無性之要素之共同生活契約，例如大學生合租房子，在日常生活費用負擔與傢俱使用，或是其中一人死亡或退出契約之權利義務關係時。參見：Daniel Borrillo, op.cit., p.898.

¹¹¹ Daniel Borrillo, op.cit., p.898, p.913.

¹¹² Daniel Borrillo, op.cit., p.903, p.911.

¹¹³ Daniel Borrillo, op.cit., p.922.

此等因社會觀念變遷所引發之家庭法法制變革，除因而引致歐體社會法上之規範問題外，在歐盟各國實體法規定不一而足之情形下，也引發因人員自由流通所發生的家庭法問題。下述比利時 2004 新國際私法典，即為解決此一問題的最佳典範¹¹⁴。

參、比利時 2004 新國際私法法典與其對於共同生活關係準據法決定之規定

一、從國際私法理論面對於法國 PACS 契約之思考

本文所舉 PACS 契約之例子，在法國國際私法上，亦引起相當之討論。由於 PACS 契約在法國實體法上定位介於一般契約與婚姻契約之間，兼具兩者之性質，因此，在國際私法上，如何適用法律，也有相當爭執。原則上，學者認為，關於 PACS 契約在國際私法上之爭議，有兩點需要探討：第一為定性問題，第二為準據法之適用問題¹¹⁵。

傳統國際私法上，對於定性問題，學說上雖有本案準據法說、法庭地法說、初步及次步定性說等主張，實務操作上，皆以法庭地法實體法上之概念，將系爭事實涉及之外國法制，歸在內國法制之一以為法律適用。例如，對於回教國家承認之一夫多妻制，在法國即定性為婚姻事件，以為準據法之適用。但面臨如

¹¹⁴ 當然，比利時新國際私法當然也可以解決與世界其他國家間因此等實體法制不一所造成之選法衝突。

¹¹⁵ Georges Khairialiah, Les «partenariats organisés» en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), *Revue Critique de Droit International Privé*, 89 (3), juillet-septembre 2000, p.317-p.330.

PACS 契約時，由於在法國實體法上，本身即有性質之爭執，在國際私法上如果發生 PACS 契約之訴訟，應該如何定性？法國學者 Khairaliah 認為，首先，PACS 不是婚姻，所以婚姻準據法不能適用。但 PACS 亦非單純契約，所以契約準據法之適用將造成規範密度不足之缺陷¹¹⁶。因此，分割適用（*dépeçage*）之情形，在所難免，關於契約之成立、履行等要素，必須適用契約準據法（在法國為須適用 1980 羅馬契約準據法公約之規定），但是相關於 PACS 當事人間關於相互幫助義務與財產制上之效果，可以類推適用婚姻效力與夫妻財產制之身分法上規定。

個人淺見認為，此一討論，如果僅就法國法院如何處理 PACS 契約引起之國際私法案件，在實際適用上實無太大意義。因為，縱使分割適用相關選法規則，契約部份之當事人意思自主原則之行使，勢必受到 PACS 法本身有即刻適用法之性質之影響。例如當事人約定 PACS 契約以非法國法為準據法時，此一約定，對法國法院日後受理該訴訟，事實上將因即刻適用法之性質而排除。其次，身分法部份，由於 PACS 契約之簽訂，在法國須有共同居所，故身分準據法上之本國法主義，在此因 PACS 契約之即刻適用法性質，適用共同居所地法，法院適用上實無困難，因為一定指向法國法。因此，問題之焦點勢必在於：前述 PACS 契約，在他國法院如何定性之問題？以何一法律為準據法？比利時 2004 年新國際私法典，提供了相當值得參考之法制設計。

二、比利時新國際私法典之規定

比利時新國際私法典第 58 條至第 60 條，規範了關於共同生

¹¹⁶ Georges Khairaliah, *op.cit.*, p.322.

活關係的國際管轄權與準據法決定。所謂共同生活關係，依該法第 58 條規定，係指「向公權力機構註冊登記之共同生活狀態（situation），而在同居人（cohabitant）間並未創造等同於婚姻關係之狀態」。簡言之，以除外之方式，未等同於婚姻關係¹¹⁷之其他共同生活關係，屬於此一條文之規範範圍。因此，前述法國共同生活契約，應屬於此處所稱之「共同生活關係」。比利時國際私法對於前述學理上之定性爭議問題，直接創設準據法適用上之次類型（諸多類推適用婚姻準據法規定），如此杜絕關於準據法適用，應該適用契約或是婚姻之爭執，或是分割適用之不便與模糊。此一以婚姻準據法為主之類推適用法制，應與共同生活關係諸項法制，本源自於尋求在傳統異性婚姻制度以外，建立新的身分法制有關。

該法第 59 條，首先規定關於共同生活關係之國際管轄權決定。第 1 項規定，第 42 條之規定，類推適用（*par analogie*）於共同生活關係。第 42 條規定，比利時法院對於關於婚姻與其效力、夫妻財產制、離婚或分居（*la séparation de corps*）之所有請求，除本法另有規定外，符合下述各款之一，有管轄權：（1）在共同請求之情形，配偶之一方在請求提起時，有習慣居所於比利時境內。（2）配偶之最後共同習慣居所於請求提起前十二個月內仍位於比利時境內。（3）原告於請求提起時，在比利時境內有習慣居所，已超過十二個月。（4）請求提起時，配偶雙方皆有比利時國籍。因此，類推適用之結果，關於共同生活關係之成立與效力、共同財產關係、終止等事項，在同居人符合前述各款情形之

¹¹⁷ 比利時此一新國際私法典，通過在同性婚姻法之後。因為同性婚姻法對於婚姻之定義，不限於同性或異性。因此此一國私條文在解釋上，依他國法制成立之同性婚姻關係，應適用比利時新國際私法典第 46 條以下關於婚姻準據法之規定，而非此處共同生活關係準據法。

一時，比利時法院有管轄權。第 59 條第 2 項另規定，如欲在比利時進行共同生活關係之締結與登記，同居人於締約時，需有共同習慣居所於比利時境內。同條第 3 項規定，如欲在比利時進行共同生活關係之登記終止（cessation），需該契約成立於比利時方得為之。

第 60 條規定關於共同生活關係的準據法選擇。本條第 1 項規定，共同生活關係，依其第一次成立登記國法。第 2 項規定，前述法律決定共同生活關係之成立要件與效力、共同財產關係以及共同生活關係終止之原因與要件。同條第 2 項另規定，第 54 條之規定，類推適用之。在依第 54 條選定之法律不承認共同生活關係法制時，適用關係登記國法。第 54 條係關於第三人（tiers）之保護。其第 1 項規定，關於婚姻關係對於第三人之對抗事項，適用婚姻關係準據法。當債權人與配偶於該債務成立時，於同一國有習慣居所，在符合以下要件之一時，適用該國之法律：（1）滿足該婚姻關係準據法國之公示或公信（登記）要件。（2）債權人於債務成立時知曉該婚姻關係，或應知曉該婚姻關係。（3）符合關於不動產物權之物之所在地國之公示制度。第 54 條第 2 項規定，由婚姻關係準據法決定配偶之一方因扶養或教育子女所負之契約債務，在何種要件下，為另一配偶之連帶債務。但如其債權人於該債務成立時，與配偶於同一國有習慣居所，依該國之法律。因此，因共同生活關係所負擔之債務，對於第三人之對抗，類推適用前述規定。亦即原則上適用共同生活關係第一次登記國法，亦可在第三人與同居人在債務成立時於同一國有習慣居所，該共同生活關係符合公示公信要件，或債權人知曉該生活關係，或符合不動產所在地國之公示公信制度之前提下，適用該國法。但如因公序條款，排除該準據法之適用時，適用該共同生活關係

登記國法。

由上可知，比利時 2004 新國際私法典，就國際私法選法規則發展言之，實樹立了關鍵之歷程碑。國際私法之選法前提，原本就在於尊重當事人間私法關係的既得權，不管是財產，或是身分關係。共同生活契約，或本比利時法典所稱的共同生活關係，為「類似」婚姻關係的一種身分關係與財產關係。因此，在他國法制承認此一制度之情形下，如果法院地國，動輒以「公序條款」為由，排除承認當事人的既得權利，此無疑將造成國際間判決不一致之現象，並罔顧當事人間既定的法律關係。因此，比利時新國際私法典，就共同生活關係，規定原則上以「第一次登記國法」為準據法，實符合在實體法上，前述法國共同生活契約公示公信原則。

可能有疑義者是，共同生活契約成立之後，如果就契約內容有變更，如在原登記國，適用同一法律並無問題，但如在原登記國之外，可能有適用法律之疑義。比利時國際私法第 59 條第 2 項與第 3 項，即為此管轄權確定而設，唯並未就準據法在第 60 條為相同之設計。因此，設若兩法國人 AB，在法國登記共同生活契約，嗣後在比利時再為變更契約內容登記，比利時法院，對於此一契約之變更登記或終止，依第 59 條第 2 項第 3 項固然有管轄權，如嗣後就該契約發生爭執，具體準據法仍依法國法？此為有疑義之處，蓋如果比利時法院已為變更登記，如該變更之內容，為比利時法所允許，但為法國所禁止，此時基於尊重既得權之原則，準據法應考量變更國法，而非第一次登記國法。又如前例，法國人 AB 於甲國為變更共同生活契約內容並登記（設甲國亦承認該法制），後搬到比利時，就契約之效力內容發生爭執，此時，比利時法院應該依第 60 條第 1 項適用法國法？還是應適

用甲國法？此仍有疑義。

綜上，比利時新國際私法典，至少提供了第一次登記國法為準據法之明確規定，雖歐盟各國間，在實體法上關於異性婚姻之外之其他共同生活關係，規定不一而足，但至少比利時此一規定，不但彰顯國際私法上尊重當事人既得權原則，也體現歐盟於家庭法事項目前仍屬各國立法管轄權之尊重他國法制精神。當然，比利時此一規定，適用對象，當不拘於歐盟國家國民或歐盟國家法制。

肆、從我國現行法制看「共同生活關係」保障之必要性與可行性

本文標題所言之「家」的解構，係源自於前述歐陸身分法制之變動，以及相對應的國際私法準據法選擇機制。此些變動，在在撼動了傳統上以「異性婚姻關係」為家庭組成基準之唯一可能性。而其重構，則來自於憲法、國際人權法之要求，進而以實際法制設計，保障了諸其他共同生活關係，其中尤以同性婚姻或共同生活關係為著。

綜合本文前述討論，理論上於身分法制上，以共同生活為目的，在兩人之間所成立的生活關係，借用 Max Weber 的用語，應該可以區分為幾種理念型 (ideal type)：一、無性之要素的共同生活關係：包括同性或異性兩種次類型。例如前揭比利時共同生活契約。二、有性之要素的共同生活關係：包括同性或異性兩種次類型。例如前述法國 PACS。三、婚姻關係：同性婚姻（例如

比利時同性婚姻法) 或異性婚姻。

此等理念型，與前述學理分類及目前歐陸各國法制上之實際建構，可以以下表相互呼應。

理念型	學理分類	本文所提實際法制	備註
無性之要素之共同生活關係	同居契約	比利時法定共同生活契約	不論異性或同性
	法國 PACS	法國 PACS	不論異性或同性
有性之要素之共同生活關係	同居契約	各國法制規定之「事實上同居」(union de fait)	不論異性或同性
		比利時法定共同生活契約	不論異性或同性
	註冊伴侶關係	德國同性伴侶法	限於同性
	法國 PACS	法國 PACS	不論異性或同性
同性婚姻關係	婚姻	比利時同性婚姻法	限於同性
異性婚姻關係	婚姻	各國民法	限於異性

目前我國現行民事實體法法制上，只承認了「異性婚姻」。對於同性或異性間之共同生活關係(即中文裡一般社會意義理解上，所謂的「同居」關係)，以及同性「婚姻」關係，皆屬於無法可依、甚至違背公序良俗之情形。反觀本文介紹之法國法上，對於同性伴侶(婚姻)關係與同性、異性共同生活關係之政策選擇上，採取折衷之做法，不承認同性登記伴侶(婚姻)制度，但也不只有僅承認同居制度。基於 PACS 可能將會毀壞異性婚姻制度之疑慮，以 PACS 在私法效果上給予有限的效果，而與婚姻區

別，但沒有身分法上之類似婚姻的當事人地位變更。此一制度，至少基於人權保障，在公法上，給予 PACS 當事人類似於傳統異性婚姻制度中夫妻在租稅財產申報、社會安全制度適用之保障。此一做法，頗值我國若考量民情不可能接受同性伴侶（婚姻）制度時之參考。

從我國現行法觀之，理論上其實可以有更自由的思考。例如，我國民法上所言「稱家者，謂以永久共同生活為目的而同居之親屬團體」，此種「家族」思想，較諸於前述法國共同生活契約僅限於兩人間成立，有更大的涵攝範圍，此有無可能作為我國身分法制上，承認共同生活契約、伴侶關係、同性婚姻關係之基礎？¹¹⁸或是，就實定法已經畫出「異性婚姻」之框架角度觀之，吾人可以單純就異性婚姻制度之外，承認「同性婚姻」制度，並承認同性或異性間的「共同生活關係」或「伴侶關係」，即為足矣？然而如此一來，對於法國共同生活契約（PACS）另具之「攜老扶幼」的社會凝聚功能（*solidarité sociale*），吾人將如何處理？另立專法為之？前述各種法律類型思維之區分，攸關法律日後解釋與適用，不可不慎。以下，茲先從保障其他共同生活關係的憲法上必要性出發，論述我國身分法制上應有之變動。其次，則區分各種修法可行性，探討如何在我國法制新增其他生活關係之法律規範。

¹¹⁸ 傅美惠，同前註 3，頁 39。肯定同性伴侶之間，可以視為民法上之家屬關係。

一、從憲法基本人權保障角度論對於其他共同生活 關係保障之必要性

前述同性婚姻或伴侶關係，以及同性或異性其他共同生活關係之討論，牽涉到婚姻自由與家庭權等基本人權，而可以以後者涵蓋前者¹¹⁹。我國憲法人民權利章中，並未明文規定「家庭權」¹²⁰之部份，僅在基本國策中對於與家庭有關之母性、婦女、兒童之生活、教育等為概括之規定，而無法直接做為對於家庭權保障之依據。但透過憲法第 22 條「凡人民之其他自由與權利，不妨害社會秩序與公共利益者，均受憲法之保障」概括條款之設計，依司法院大法官會議釋字第 242 號之解釋意旨，「家庭生活與人倫關係」應為憲法保障之人民自由權利無疑，而得以此一概括條款涵攝之¹²¹。

家庭權之保障範圍，應及於每個有組成家庭需求之人，以及組成家庭後之成員。而其保障事項，依我國學者李震山教授之看法¹²²，傳統上應包括：（一）組成或不組成家庭之權利；惟目前為止，我國僅承認一夫一妻之異性婚姻制度¹²³。（二）和諧家庭生活之權利。（三）維持家庭存續之權利。（四）維持家庭親屬關

¹¹⁹ 就同性戀者與異性戀者組成家庭方式之自由，也引起平等權之爭執。例如異性戀者得透過婚姻組織家庭，而同性戀者僅能以事實上同居。限於篇幅，本文以下不討論平等權之相關爭議。

¹²⁰ 李震山，同前註 2，頁 66。

¹²¹ 釋字第 36 號、372 號解釋亦提及憲法應保障人民結婚自由權利，第 552 號與第 554 號重申「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」。

¹²² 李震山，同前註 2，頁 69 以下。

¹²³ 參見釋字第 362 號、第 5 號。

係之權利。此等家庭權，在面臨社會變遷與外國法制、基本權利普世化等變化時，其權利內容，勢必要做出調整。

因此，如從憲法基本權保障角度出發，必須討論，組成或不組成家庭之權利內容之變遷需要。同性結婚，或其他生活關係法制化，是否將造成第 22 條對於社會秩序與公共利益之妨礙？學者認為，由於同性結婚制度或其他共同生活關係之法制化，牽涉到人倫秩序家庭觀之「道德法」¹²⁴範疇，此一社會秩序與公共利益之認定，應經由社會討論，基於多元價值與寬容理念、家庭權之制度性保障，在傳統異性婚姻之外，釋出其他空間，而採取循序漸進之改革，例如德國同性伴侶法之登記制度¹²⁵，似為可以接受之折衷方案，因為「一項對於原本不能締結婚姻之人的制度，並不會損及婚姻制度。」¹²⁶

二、我國身分法制上增加其他共同生活關係保障之 可行性

基於前述肯認異性婚姻以外之其他共同生活關係在憲法上保障之必要性，現行我國法制上，如欲進行相關修正，針對本文討論範圍，大致上應於民法親屬篇及涉外民事法律適用法進行相關修正。以下分別討論本文所提各種法制，在我國進行相關修正之可行性。

¹²⁴ 李震山，同前註 2，頁 82。

¹²⁵ 李震山，同前註 2，頁 86。

¹²⁶ 德國聯邦憲法法院對於同性伴侶法之合憲性判決（2002.7.17.）主文所提。轉引自李震山，同前註 2，頁 86。

(一)民法親屬編可行之修正

首先，關於同性婚姻制度，我國民法如欲明文正面承認如比利時之同性婚姻制度，可以在婚約與婚姻部份，將「男女當事人」，改以「雙方當事人」規範之，並參照比利時法制，就同性婚姻之婚生子女部份，設除外規定。惟就我國社會目前發展現狀與民情，此一修正，較不可行。

其次，就同性伴侶登記制度，可採行德國之同性伴侶法，或法國之 PACS 制度，此社會輿論民情，應屬較可接受。修正體制上，可仿法國在民法婚姻之後，插入新章節修正之。至於具體修正內容上，欲採德國之接近婚姻而有當事人身分變更之效力？或是如法國 PACS 契約，傾向於公法效力之保障，而無當事人身分之變更？此可待社會討論決定。再次，就同性或異性間之同居事實，法制化亦屬必要，宜一併修正。

此外，關於前文所提法國 PACS 契約與比利時共同生活契約，其實未必有性之要素，而有社會攜老扶幼、相互照護之社會凝聚意義。因此，如進行前述大幅度之修正尚待討論，亦不妨就民法現行親屬篇「家」之部份，進行小幅度修正，以「家屬」之關係，規範同性或異性之間，不論有無性之要素之共同生活關係中，彼此之權利義務。

(二)涉外民事法律適用法可行之修正

目前我國涉外民事法律適用法因從未修法，適值修正討論中。縱我國民法上對於前述法制，未進行相關修正，在面臨國際交往頻繁之今日，為求國際私法尊重當事人既得權與國際間判決一致之理想達成，我國涉外民事法律適用法，亦宜訂明傳統異性婚姻之外的其他共同生活關係準據法適用條文。具體規範上，可

參照比利時新國際私法典，以登記國法為準據法，但不限於第一次登記國，而包括變更登記國法之累積適用。

結 論

基於共同感情聯繫組成之婚姻與家庭，無疑是現代社會組成之基礎。然而隨著社會變遷，傳統異性婚姻之外的各種共同生活關係，在現代社會已不屬罕見。因此，相關身分法制上，「法與時俱進」，實須進行對應配合以為保障與規範。尤其是近年來同性戀人權之主張，更促使吾人應審視思考，同性間組成家庭之法制上可行方式。

本文所提法國共同生活契約、德國同性伴侶法、比利時共同生活契約、同性婚姻法與比利時新國際私法，即為歐陸對於此一新社會趨勢，在家庭法實體法制上與國際私法上做出之回應。誠然，各國之間，對於同性間是否應賦予異性婚姻同等之效力，以符平等權之保障，已經不是純然法理上之討論，而有各國民情、社會輿論以及國家政策之考量。我國在未來可能進行之相關修正上，如不欲引起太多爭議，法國此一不區分同性或異性間均得成立之 PACS 契約，無當事人身分法制上之變更，並兼有社會凝聚之功能，實值我國參考。而比利時新國際私法關於各國不同的共同生活關係規範，尊重各國立法主權，而以第一次登記國法為準據法，此亦值我國涉外民事法律適用法未來修正參考，以符國際間保障當事人既得權之基本原則。

參考文獻

一、中文期刊

1. 李震山，憲法意義下之「家庭權」，中正法學集刊第 16 期，2004 年 10 月，頁 61-101。
2. 徐正戎，法國違憲審查制度---獨一無二？，月旦法學雜誌第 116 期，2005 年 1 月，頁 9-22。
3. 許耀明，涉外監護事件之準據法與相關國際公約，中正法學集刊第 18 期，2005 年 4 月，頁 101-138。
4. 傅美惠，論美國同性戀與平等保護：兼論我國同性戀人權保障之發展，中正法學集刊第 16 期，2004 年 10 月，頁 1-60。
5. 戴瑀如，論德國同性伴侶法，月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 145-165。

二、外文書籍

1. Alain Bénabent, Droit civil: la famille, 10^e édition, Litec, Paris, 2001.
2. Andreas Bucher, La famille en droit international privé, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, tome 283, 2000, p.9-p.186.
3. Jean Carbonnier, Droit civil: la famille, l'enfant, le couple, 21^e édition, PUF, Paris, 2002.
4. Gérard Cornu, Droit civil: la famille, 8^e édition, Montschrestien, Paris, 2003.
5. Patrick Courbe, Droit de la famille, 3^e édition, Armand Colin, Paris, 2003.
6. Alan Devers, Le concubinage en droit international privé, LDGJ, Paris, 2004.
7. Chriatian Tomuschat, Human Rights—Between Idealism and Realism, Oxford, 2003.

三、外文期刊

1. Bernard Beignier, Jacques Combret et Alain Fouquet, Pacte civil de solidarité: formule de convention, Droit de la famille, JCP, Chronique numéro 9, avril 2000, p.7-p.15.
2. Clotilde Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, Revue Trimestrielle de Droit civil (1) janv.-mars 1999, p.27-p.49.
3. Katharina Boele-Woelki, Private International Law Aspects of Registered Partnerships and Other Forms of Non-Marital Cohabitation in Europe, 60 Louisiana Law Review 1053, Summer 2000.
4. Daniel Borrillo, Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne, McGill Law Journal, vol.46, August 2001, p.875-p.922.
5. Philip Britton, Gay and Lesbian Rights in the United Kingdom: the Story Continued, 10 Indiana International & Comparative Law Review 207, 2000.
6. Anne Cadoret, Des Parents comme les autres : homosexualité et parenté, Odile Jacob, Paris, 2002.
7. Jean-Yves Carlier, Le code belge de droit international privé, Revue critique du droit international privé, 94(1) janvier-mars 2005, p.11-p.45.
8. Conseil constitutionnel (France), Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, La loi relative au pacte civil de solidarité.
9. William N. Eskridge, Jr, Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition, 31 McGeorge Law Review 641, Spring 2000.
10. Caroline Forder, European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice, 17 Canadian Journal of Family Law 371, 2000.
11. Ch. Jamin, Pacte civil de solidarité, Revue Trimestrielle de Droit Civil (1) janv.-mars 2000, p.173-p.182.
12. Georges Khairaliah, Les «partenariats organisés» en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), Revue Critique de Droit

- International Privé, 89(3), juillet-septembre 2000, p.317-p.330.
13. Nicole LaViolette, Waiting in a New Line at City Hall: Registered Partnerships as an Option for Relationship Recognition Reform in Canada, 19 Canadian Journal of Family Law 115, 2002.
 14. Stephen Ross Levitt, New Legislation in Germany concerning Same-Sex Unions, 7 ILSA Journal of International & Comparative Law 469, 2002.
 15. Claude Lienhard, Pacte civil de solidarité, Encyclopédie Dalloz, Rép. civ. Dalloz, janvier 2001.
 16. Nicolas Molfessis, La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil Constitutionnel, JCP La Semaine Juridique Edition Générale, numéro 10, 8 mars 2000, p.399-p.407.
 17. Nancy D. Polikoff, Recognizing Partners but Not Parents / Recognizing Parents but Not Partners: Gay and Lesbian Family Law in Europe and the United States, 17 New York Law School Journal of Human Rights 711, 2000.
 18. J.-L. Renchon, L'avènement du mariage homosexuel dans le code civil belge, Revue de Droit International et de Droit Comparé, l'année 81, 2/2004, p.169-p.207.
 19. Alain Roy, Le contrat en contexte d'intimite, McGill Law Journal, vol.47, August 2002, p.855-p.889.
 20. Greg Taylor, The New Gay and Lesbian Partnerships Law in Germany, 41 Alberta Law Review 573, September 2003.
 21. Sylvain Thouret, Le PACS: Techniques de rédaction et esquisse de contrat, Les Petites Affiches, 10 mars 2000, numéro 50, p.4-p.10.
 22. Eugenia Caracciolo di Torella and Annick Masselot, Under construction: EU Family Law, European Law Review, vol.29, February 2004, p.32-p.51.