

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：廖元豪博士

同性婚姻憲法權利之研究



研究生：楊詠誼

學號：95651030

中華民國 101 年 7 月

謝辭

95年從東吳大學畢業，很幸運的考上政治大學研究所，放榜當天，除了開心之外，其實連我自己都很訝異，不知道自己是否能接受「頂尖大學」的洗禮。研究所的過程中，讓我收穫最大的，其實不是什麼學術上的東西，而是我認識到了許多不同的人，大一屆的榮華學長、怡雯學姐、德田學長、馥瑤學姐，與我互動最為密切，即使在6年後的現在，我們依然可以在Facebook上看到彼此的動態；同屆的宇修、偉如、世顏、立偉、瑋華、允翔、南君、宗弘兄，修課時有你們的陪伴，感覺真好；小一屆以上的弦璋、小璧、咪揚、軍志、榮光、光倫、大師、椅子、蒞君、蒞薰、葉子，還有大學時期就常瞎混的荃和、許幹，你們的眾多活動是我歡笑的泉源，一併感謝。

準備論文的過程看似漫長，但說實話我浪費了太多時間在無謂的事情上，這段期間內，我曾不止一次地認真考慮是否要放棄這個學位，但是一想到父母親對我的期待，以及想到自己若放棄畢業，那之前所花費的時間與金錢，豈不是更加無謂，於是乎我仍「苟延殘喘」第一日度過一日，卻也提不起勁完成它。總結來說，「不見棺材不掉淚」，或許是我最好的寫照。

修業年限將至，該面對的總是要面對，很感謝我的指導教授廖元豪老師，縱使我這個不肖學生已經許多沒與他聯絡，他依然未有苛責過一句，撰寫論文的過程中，更不厭其煩地指導我該注意的地方；擔任口試委員之黃銘輝教授、劉定基教授，雖然先前從未聽過我這個學生，卻依然細心指導，並指出論文中諸多需要改進之處，在此一並感謝。

撰寫論文的過程中還特別需感謝幾個人：黃國城律師，謝謝您讓我參與行政法院的案子，使我的論文內容多了不少題材；伴侶聯盟的林實芳律師，短短的兩小時談話，獲益不少；大學至今的麻吉荃和，國內文獻的部分參考了你許多授課講義，銘記在心；研究所的好友宇修，你的論文格式及內容，以及偶爾有關論文議題的討論讓我受益良多；當兵時期朝夕相處的宗恩哥，不但於當兵時照顧我非常多，當兵也因未有你而有更多樂趣，除此之外，這陣子撰寫論文也是因為有你的幫助才能讓我順利完成，實在無法表達我的感激之情，所以我們還是以「吃好料」來答謝吧！另外，論文口試當天，在法學系公佈欄偶然遇見的茗毅，感謝你的參與與幫忙，讓我緊張的心情平復不少，特別感謝。

一路陪伴我的馥蕙，沒有你就沒有這本論文的產生，謝謝你毫無怨言的陪伴，每個晚上能和你見面，是我白天撰寫論文最大的動力，你是我的心靈支柱，請你包容我的任性，請你包容我任性地希望將來也能夠這樣地留在你身邊。當然，可愛的游爸爸、游媽媽、馥華、昱祥、多筆、咪魯，將來也請多多指教。

最後，最感謝的是我家人，謝謝你們包容我這個不務正業的兒子，即使知道我浪費了那麼多時間，卻依舊支持我、鼓勵我，賦予我信念及勇氣完成這項學業。

我無以回報，僅能謹記在心。

最後，感謝這幾年中遇到的人，一點一滴的事，都造就目前的我，也許還有很多不成熟的地方，將來有緣，還希望你們不吝予以指教。

楊詠誼於家中

2013.1.1



摘要

憲法保障人民婚姻自由，但現行實務上卻僅承認異性戀婚姻，而拒絕同性婚姻之組成，這其中的差距究竟是從何而來？是憲法本來就不保障同性婚姻之權利？還是現行法令抵觸了憲法保障同性婚姻之意旨？

本文第二章從探討同性婚姻是不是具有「正當性」出發，先從過往歷史的觀點來看同性戀者是不是具有同性結合之需求？除此之外，現代政府或國家賦予婚姻制度諸多權利及利益，而這些權利或利益是不是賦予同性戀者更多步入婚姻的動機？接下來探討支持同性婚姻以及反對同性婚姻所持之論點，包含傳統上對於婚姻之定義、允許同性婚姻會造成「滑坡效應」、同性婚姻並無生殖能力是否會對人類繁衍造成負面影響、同性婚姻組成的家庭是否符合「子女之最佳利益」等問題。

第三章主要探討美國聯邦及各州對於同性婚姻之看法，就結論上來說，於聯邦的層級中，「婚姻防衛法」仍然為合法有效之法律，而有拘束聯邦的效果，代表美國聯邦政府表面上對於同性婚姻仍是採行禁止的作法，然而近年來歐巴馬政府一再地放寬對同性戀者的限制措施，本人甚至在媒體訪問中表達自己對於同性婚姻合法化的寬容態度，顯見美國政府已逐漸邁向同性婚姻合法化的道路。而就各州的角度來看，目前美國各州對於同性婚姻仍有眾多不同的看法，有容許者亦有禁止者，然而不能否認的是，自從 2008 年之後，開放同性婚姻合法化的州已有越來越多的趨勢，換言之，容許同性婚姻的浪潮已逐漸席捲整個美國。更重要的是，美國法院對於同性婚姻合法化爭議中，有關結婚權、性傾向歧視、審查基準之選擇、法令是否具備合法的政府利益、手段與目的間之關連等問題均已有詳細的探討。而這些討論，在我國憲法同性婚姻合法化的討論上，尤其是平等權的審查上，均有值得參考借鏡之處。

第四章首先從國民法及大法官解釋的觀點，檢視同性婚姻之爭議，結論認為我國民法即我國大法官解釋，均沒有明文規定我國婚姻制度限於一男一女之結合。而我國憲法不論從自由權、平等權或者是平等公民權之觀點，均應容許同性婚姻。

第五章則討論應如何確立憲法保障同性婚姻之誠命？是應該修正民法親屬編之相關規定？還是額外立法保障同性婚姻？於確立保障同性婚姻之前提後，是否應額外立法創設「民事結合」或「家庭伴侶」制度？就結論來說，本文認為，基於憲法保障同性婚姻，且我國民法並無明文規定婚姻限於一男一女之情形下，我國民法容許同性婚姻，無須另行修正民法之相關規定。

關鍵字：同性婚姻、婚姻自由、平等權、婚姻防衛法、第 8 號提案、性傾向歧視

目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究方法與本文架構	2
第一項 研究方法	3
第二項 本文架構	3
第三節 研究範圍及用語說明	4
第一項 研究範圍及美國法理論與判決先例(precedent)概述	4
第一款 正當法律程序(due process of law)與平等保障條款 (equal protection)	4
第二款 審查基準(standard of review)	5
第三款 禁止「種族通婚」(interracial marriage)之法令違憲— Loving v. Virginia 案	6
第四款 同性性行為之處罰與除罪化—Bowers v. Hardwick 案以 及 Lawrence v. Texas 案	6
第五款 同性平權的新突破—Romer v. Evans 案	7
第二項 用語說明	8
第二章 同性婚姻正當性之探討	9
第一節 同性結合之需求	9
第一項 歷史上的同性結合關係	10
第一款 遠古西方文化中的同性結合關係	11
第一目 埃及以及兩河流域文化	11
第二目 古希臘以及古羅馬時期文化	12
第三目 基督教羅馬以及中世紀時代	13
第四目 原生美洲(Native America)以及非洲文化	13
第二款 近代西方文化中的同性結合關係	14
第一目 西方文化對於同性結合關係的打壓	14
第二目 同性結合關係的存續及發展	15
第三款 中國歷史與文學中的同性結合關係	16
第四款 小結	19
第二項 現代社會對於同性婚姻之需求	19
第一款 現代社會的最新發展	19
第二款 婚姻制度所附隨之權利與義務	22
第二節 同性婚姻合法化之正反雙方論點	24
第一項 反對同性婚姻者的看法	25
第一款 婚姻「本質」的要求	25
第二款 允許同性婚姻將造成「滑坡效應」(slippery slope)	25

第三款	同性婚姻無生殖能力，違反自然法則	26
第四款	同志婚姻組成之家庭不符合「子女之最佳利益」	26
第二項	支持同性婚姻者的看法	27
第一款	婚姻「本質」論的與時俱進	27
第二款	「滑坡效應」的推論太過單純	28
第三款	同性婚姻與生殖能力無關，並非不自然	30
第四款	同性婚姻組成的家庭未必無助於達成「子女之最佳利益」	31
第三節	小結	32
第三章	美國有關同性婚姻法制與判決的介紹分析	34
第一節	美國聯邦—婚姻防衛法(Defense of Marriage Act)	35
第一項	立法過程與條文內容	35
第二項	政策與態度的轉變	36
第三項	法院對於婚姻防衛法的最新見解—Massachusetts v. U. S. Dept. of Health and Human Services 案	37
第二節	同性婚姻合法化的美國各州	38
第一項	麻賽諸塞州—Goodridge v. Dep't of Pub. Health 案及後續發展	38
第一款	法院見解	38
第一目	何謂結婚權？	38
第二目	手段與目的間之關連	38
第二款	後續發展	40
第二項	康乃迪克州—Kerrigan v. Commissioner of Public Health 案及後續發展	40
第三項	愛荷華州—Varnum v. Brien 案及後續發展	41
第四項	佛蒙特州—Baker v. Vermont 案及後續的立法過程	42
第五項	新罕布希爾州	43
第六項	華盛頓特區	44
第七項	紐約州	44
第一款	法院見解	45
第二款	後續發展	45
第三節	加州(California)—與第 8 號提案(proposition 8)相關之法院判決	46
第一項	加州最高法院判決—In re Marriage Cases	46
第一款	案件事實	46
第二款	法院見解	48
第一目	何謂結婚權？	48
第二目	平等保障條款	49

第三目 本案結論	51
第三款 協同與不同意見	51
第一目 Baxter 法官主筆之部分協同部分不同意見書	51
第二目 Corrigan 法官主筆之部分協同部分不同意見書	52
第四款 William N. Eskridge 對於本案的評論—同性婚姻合法化的里程碑	52
第二項 相反的見解—Strauss v. Horton 案	53
第一款 案件事實	53
第二款 法院見解	54
第一目 結婚權的爭議	54
第二目 憲法修改(constitutional revision)或憲法增訂(constitutional amendment)?	54
第三目 系爭規定是否溯及既往	55
第四目 本案結論	56
第三款 Carlos R. Moreno 法官的部分協同部分不同意見	56
第四款 William N. Eskridge 對於本案的評論—憲法增修條文如何違憲?	56
第一目 與憲法所承認之原則衝突	57
第二目 與聯邦憲法衝突	57
第三目 與人權的憲法認知相衝突	58
第三項 聯邦地方法院—Perry v. Schwarzenegger 案	59
第一款 案件事實	59
第二款 法院見解	59
第一目 正當法律程序	59
第二目 平等保障條款	60
第三目 本案結論	64
第四項 聯邦上訴法院—Perry v. Brown 案	64
第一款 案件事實	64
第二款 法院見解	65
第一目 婚姻之重要性	65
第二目 第 8 號提案聲稱的合法利益	65
第三目 第 8 號提案的真正理由	67
第四目 本案結論	68
第三款 N. R. Smith 法官之部分協同部分不同意見書	68
第四款 William N. Eskridge 對於本案的評論—同性婚姻合法化運動的一小步	69
第四節 小結	70
第四章 憲法層次的同性婚姻權	72

第一節 我國民法以及大法官解釋下的觀點	72
第一項 民法的觀點	72
第二項 我國大法官解釋中的觀點	73
第二節 自由權觀點	76
第一項 婚姻自由	76
第一款 定義上的兩難	76
第二款 「定義」與「本質」的變遷	77
第三款 「自由」與「制度」並不相同	78
第四款 本文見解	79
第二項 家庭權	80
第一款 「家庭權」之憲法定位	80
第二款 「家庭權」之保障範圍	81
第三款 憲法「家庭權」下的同性婚姻	81
第三節 平等權觀點	82
第一項 性傾向歧視(discrimination based on sexual orientation) 與性別歧視(sexual discrimination)	83
第一款 性傾向歧視	83
第二款 性別歧視	83
第一目 表面上的性別歧視	83
第二目 實質上的性別歧視	83
第三款 本文見解	84
第二項 審查基準的選擇	86
第一款 三重審查基準	86
第二款 性傾向歧視應適用嚴格審查基準	86
第一目 政治上分離且孤立之少數	87
第二目 與生俱來不可控制	89
第三目 刻板印象以及長久以來的歧視	90
第三項 手段與目的間之關連	91
第四項 單純區分同性婚姻與異性婚姻—「隔離但平等」(separate but equal)的論證	92
第五項 小結	94
第四節 平等公民權觀點	94
第一項 憲法上的平等公民權	95
第一款 平等公民權之意義及內涵	95
第二款 我國憲法上的平等公民權	96
第二項 以平等公民權作為承認同性婚姻憲法權利之基礎	97
第五節 小結	99
第五章 同性婚姻法制化之建構與檢討	100

第一節 從法律救濟中之案件談起—高等行政法院 101 年度訴字第 14 號	100
第一項 案件事實	100
第二項 案件進行狀況	100
第二節 同性婚姻法制化之建構與檢討	101
第一項 立法途徑	101
第二項 司法途徑	103
第一款 普通法院判決之途徑	103
第一目 普通法院依據民法直接審判	103
第二目 普通法院發揮「法之續造」功能	103
第二款 大法官違憲審查之途徑	104
第一目 聲請解釋之方法	105
第二目 違憲審查與「政治問題」理論	105
第三目 違憲審查與立法裁量	107
第四目 釋憲程序中的「補充解釋」	107
第三項 小結	108
第三節 「額外」的選項—家庭伴侶法制之建構	109
第一項 概說	109
第二項 台灣伴侶權益推動聯盟之伴侶制度草案	110
第三項 檢討與展望	119
第四節 小結	123
第六章 結論	124
參考資料	128

第一章 緒論

第一節 研究動機

台灣早在 1986 年，就有同性戀人士祈家威至法院要求公證結婚，直到今日，26 個年頭過去了，國家除了在 2003 年曾經虛晃一招提出「人權保障基本法」草案，明文規定同性男女有組織家庭與收養子女的權利之外，同性戀者組織家庭的權利相較於 26 年前可說是毫無進展。直到 2011 年 8 月 18 日，同性伴侶陳敬學先生與高治璋先生，以其結婚已經公開儀式及兩人以上證人見證為由，至戶政事務所請求結婚登記遭拒，故而提起行政訴訟，目前於台北高等行政法院訴訟繫屬中¹。

面對國家長期漠視同性戀者結婚之權利，台灣民間組織近幾年來積極動員，要求國家承認同性婚姻，並同時制訂符合多元家庭需求的伴侶制度。然而均未見國家之善意回應。2009 年 4 月，政府公布「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」（下簡稱兩公約施行法），使聯合國 1966 年之「公民與政治權利國際公約」(International Covenant on Civil Political Rights)，以及「經濟社會文化權利國際公約」(International Covenant on Economic Social and Culture Rights)正式具有國內法之地位，依據兩公約施行法第 6 條「政府應依兩公約規定，建立人權報告制度」之規定，國家於 2012 年 4 月提出「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約國家人權報告」（以下簡稱國家人權報告），其中第 289 段終於對於「同性伴侶權益」有所回應，說明：「臺灣目前多項福利措施雖未排除多元性別之適用…惟因尚未針對同性伴侶（及非婚異性伴侶）家庭提供相關權益保障，包括部分獲得社會保障和其他社會保護措施的權利、租稅優惠的權利、取得合法居留權或移民權、退休撫卹福利、工作權、手術及侵入性檢查或治療同意權、醫療探視權、參與公共生活的權利、參與文化生活的權利、享有適當生活水準的權利等，應予檢討改進。」

國家在福利措施的適用上，若是以「個人」作為發放基礎，確實沒有排除多元性別者的適用，然只要政策措施是以「婚姻身份」為基礎，多元性別的家庭成員就會被排除，詳言之，我國法令中至少有多達數百項以上，以婚姻關係為基礎的福利輸送或法律上權益、地位，均因多元性別伴侶，尤其是同性伴侶，無法結婚，從而無法享有與異性戀配偶、親屬相同之待遇，此除前述國家人權報告書所自承之項目外，還包括配偶的財產繼承權、婚假、遺屬津貼、結婚及喪葬補助津貼、社會保險資格等等，同性伴侶及相關家庭成員其實都會被排除在外。在此情形，國家人權報告竟然玩起「文字遊戲」，宣稱多項福利措施「未排除」多元性別的適用，顯然與事實不符。

¹ 〈同志結婚登記被拒，提訟爭權〉，自由時報網路新聞：
<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/mar/28/today-life13.htm>，最後瀏覽日期：2012/4/5。

此外，按照 289 段的行文脈絡，竟只論及同性伴侶（及非婚異性伴侶）「單點」的權利或福利，刻意忽略「身分關係」合法化，好似「各項福利」與「身分關係的承認」可以被切分開來。這種看似保障同性戀者「個別」權益，卻又不賦予同性婚姻合法地位的「模糊說法」，形同將「異性戀者」及「同性戀者」之間劃開一道明顯的界限，已經構成了「性傾向」歧視！對照國家人權報告第 290 段：「《公約》第 23 條第 1 項保障每個人的家庭與結婚權，各項一般性意見亦明白肯認家庭的保障應納入各種非婚伴侶與多元家庭，締約國有義務盡一切努力消除基於性傾向與性別認同而來的歧視。」的說明，實顯矛盾且可笑。

事實上，台灣早已存在各種不以婚姻為基礎的家庭形式，他們存在已久，國家卻從來不願正視他們的家庭和婚姻家庭一樣可貴，一樣需要國家保護。若國家真如報告所言，有誠意針對同性伴侶權益「檢討改進」，就應該如國家人權報告第 290 段所述，「盡一切努力消除基於性傾向與性別認同而來的歧視」，鄭重考慮提供同性及非婚異性伴侶「身分關係」保障，而不是洋洋灑灑抄寫一大篇公約中對家庭權利保障的宣示，卻完全不認為「同性婚姻」不受法律承認的現狀是一種歧視！²

擴大到全球性來看，自 2001 年荷蘭成為第一個允許同性伴侶登記並認可其婚姻有效性的國家以來，全球已有 10 個國家全國性承認同性婚姻的權利並准予註冊。依時間順序，這些國家或州或地區分別為：荷蘭(2001)、比利時(2003)、西班牙(2005)、加拿大(2005)、南非(2006)、挪威(2009)、瑞典(2009)、葡萄牙(2010)、冰島(2010)與阿根廷(2010)。這似乎說明一種隱含的趨勢：世界文明國家也逐漸形成一股肯認同性婚姻的潮流。

如果說國內法已經承認國家應消弭基於「性傾向」所為的歧視，國際上同性婚姻合法化也似乎逐漸形成一股趨勢，那本文想問的是，是什麼原因造成政府的「躊躇不前」？難不成我國民法明文禁止同性婚姻？或者是我國憲法並未容許同性婚姻？憲法上雖然未明文有所謂的「同性婚姻權」，難不成就代表我國憲法並未保障同性婚姻之權利？又如果認為我國憲法保障同性婚姻的話，是從何種權利面向所導出？是自由權？還是平等權？甚至是另外一種不同的權利思考模式？這種問題，均有待進一步的研究及討論。

第二節 研究方法與本文架構

² 兩公約監督聯盟記者會，〈自由、平等、成家權—我們要求國家回應同性婚姻與伴侶權的立法需求〉，2012 年 4 月 30 日，網路資料：
<http://tapcpr.wordpress.com/2012/04/20/%E5%85%A9%E5%85%AC%E7%B4%84%E7%9B%A3%E7%9D%A3%E8%81%AF%E7%9B%9F%E8%A8%98%E8%80%85%E6%9C%83%E7%99%BC%E8%A8%80%EF%BC%9A%EF%BC%9C%E8%87%AA%E7%94%B1%E3%80%81%E5%B9%B3%E7%AD%89-6/>，最後瀏覽日期：2012/6/27。

第一項 研究方法

本論文之研究方法將以文獻分析法(literature review)為主，文獻分析法即將國內、外有關本研究之期刊、論文、判決等資料予以蒐集並彙整分析，作為本研究之參考依據。

首先就中文部分，本論文之文獻主要以國內的法律期刊論文，以及社會學中有關同性議題及歷史之專書或文獻為主，前者將著重於憲法中有關自由權、平等權之論述，並輔以其他有關美國同性婚姻議題之中文研究，後者則以部分對於同性戀歷史、心理、以及生活之介紹為核心。

至於外文文獻方面，則以美國之法律期刊論文、專書、條文、判決為主。之所以會以美國為主要的比較法制及政策研究對象，除因本文作者之語言能力有限之故外，主要是因為一方面我國憲法無論於實務界或是學術界，均受美國憲法學說之影響深遠，再者美國對於同性婚姻之議題，已累積相當多數之判決及論文，足供我國援引參考。

第二項 本文架構

本文首先於第二章探討同性婚姻的正當性，說明不管從西方歷史文化，或者是中國歷史文學中，均可以看見同性結合關係確實「持續不斷」地存在，而現代更因為婚姻制度所附隨之權益保障的完整性及多樣化，使同性伴侶追求結合關係的動機更加強烈；而同性婚姻是否合法化，反方雖然提出許多「貌似有理」的論點，但本文第二章第二節會說明為何反方說法均「站不住腳」。

第三章主要介紹美國有關同性婚姻的司法判決，上從美國聯邦「婚姻防衛法」(Defense of Marriage Act)的制定與後續政府態度的轉變與司法判決的見解，下至美國允許同性婚姻的各州，是經由司法判決或是立法制訂之方式達成同性婚姻的合法化，特別著眼於不同判決於論證上的相同與相異之處。值得注意的是，在介紹美國相關司法判決的第三章中，本文以較多的篇幅獨立一節介紹美國加州的相關判決，除是因為篇幅的考量無法完整介紹所有相關判決之外，主要是因為加州是唯一一個以公投增修憲法之方式，禁止同性婚姻的州，也因為如此，加州同性婚姻之爭議才能進入美國聯邦法院之層級審判，有值得特別介紹之必要。

第四章主要探討我國憲法上的同性婚姻，首先介紹現階段我國民法以及大法官解釋下的觀點，之後則分別從自由權、平等權，以及學者提倡之「平等公民權」(equal citizenship)論述我國憲法上的同性婚姻權，最終推論出我國憲法保障同性婚姻之結論。

最後，於第五章回過頭來檢視我國目前有關同性婚姻的實際案例及法令，主張我國同性婚姻之建構可以分別從立法、司法(其中包含普通法院及大法官解釋)

之途徑著手。其中第三節則針對「家庭伴侶」草案，為介紹及評論，期望能夠對於伴侶制度設計的完善，盡些許棉薄之力。

第三節 研究範圍及用語說明

第一項 研究範圍及美國法理論與判決先例(precedent)概述

針對同性平權之問題，涉及之範圍極廣，基本上包括同性戀者於國家及社會領域受歧視之各種問題、同性性行為除罪化問題、同性婚姻之合法性問題、建構同性伴侶制度之問題、同性家庭與子女養育的問題，本文之範疇原則上限定於有關同性婚姻之問題，主要研究憲法上同性婚姻之爭議，雖偶有論及其他爭議之處，但仍非本文主要的討論重點，首予敘明。

必須要說明的是，本文於第三章之部分，大量引用美國司法有關同性婚姻爭議之判決，其中引用之法理論及判決先例，雖非本文討論之重點，但為令讀者易於理解起見，仍有介紹之必要，因此以下則就此類判決所涉及之論理，以及美國聯邦最高法院所形成之判決先例，先行略做說明。

第一款 正當法律程序(due process of law)與平等保障條款(equal protection)

關於同性婚姻之爭議，涉及婚姻自由及平等原則，因此在美國法的討論上，大多援引「正當法律程序」以及「平等保障條款」，作為違憲審查之途徑。其依據乃美國增修條文第 14 條第 1 項之規定：「凡出生或歸化於美國並受其管轄之人，皆為美國及其所居之州之公民。無論何州，不得制定或執行損害美國公民特權或豁免權之法律；亦不得未經正當法律手續剝奪任何人之生命、自由或財產；並不得否定管轄區內任何人法律上平等保護之權利。³」

就正當法律程序來說，該條前段規定：「州…不得未經正當法律程序剝奪任何人之生命、自由或財產」。因為禁止同性婚姻涉及同性戀者之「結婚自由」，因此應受正當法律程序之限制。值得注意的是，我國大法官於釋字第 384 號解釋曾說明：「凡限制人民身體自由之處置…國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」(解釋文)；「前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容」(理由書)，因此，就我國大法官解釋的脈絡觀之，將美國法上的「正當法律程序」，與我國憲法第 23

³ U.S. CONST AMEND. XIV, §1: " All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are *citizens of the United States* and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the *privileges or immunities of citizens of the United States*; nor shall any State deprive *any person* of life, liberty, or property, without *due process* of law; nor deny to *any person* within its jurisdiction the *equal protection* of the laws."

條對於基本權利侵害的「比例原則」要求相比擬，應有助於概念上之理解⁴。

另外就平等保障條款來說，則可以與我國憲法第 7 條「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」所揭示的「平等原則」相比擬。值得注意的是，我國對於平等原則的解釋上，多數仍著眼於「差別待遇是否合理」之問題，而與美國法上認為「平等保障條款」乃「反階級」(anticlassification)、「反次等」(antissubordination)之論述有所不同⁵。

第二款 審查基準(standard of review)

不管從正當法律程序或者是平等保障條款檢視禁止同性婚姻之法令，均不可避免地會遇到決定審查基準之問題。詳言之，判斷某種法令是否違憲，必須要檢視系爭法令所採行的手段是否有助於所聲稱目的之達成，而於判斷手段與目的間之關係時，會依照所涉及的權利內容或分類標準適用不同的審查基準，以美國司法實務所形成的審查基準為例，約略分為三級：所謂「低標」，亦稱「合理審查基準」(mere rationality test, rational basis review)，旨在審查：系爭法規範所以為差別待遇之目的是否在追求「合法之公共利益」(a legitimate/permissible public interest)，且其所採取之差別待遇與規範目的之達成間，是否存有「合理關聯」(rationally/reasonably related to)。換言之，採取差別待遇的目的須為追求「合法之公共利益」始為「合憲」，而差別待遇之手段與規範目的之達成間須有「合理之關聯」始能認為具備「一定程度之關聯」。若以我國釋憲實務為例，大法官關於平等權的解釋大多採此「低標」審查，而獲致系爭法規範「合憲」的結論⁶。

其次，所謂「中標」，亦稱「中度審查基準」(intermediate level review)，旨在審查：系爭法規範所以為差別待遇之目的是否在追求「重要的公共利益」(a substantial/significant/important public/governmental interest)，且其所採取之差別待遇與規範目的之達成間，是否存有「實質關聯」(substantially related to)。換言之，採取差別待遇的目的須為追求「重要公共利益」始為「合憲」，而差別待遇之手段與規範目的之達成間須有「實質關聯」始能認為具備「一定程度之關聯」。釋字第 626 號解釋所謂「較為嚴格之審查」，即係採此「中標」審查，而得出警大招生簡章排除色盲考生報考之規定「合憲」的結論⁷。

⁴ 陳愛娥教授認為，我國既然已有憲法第 23 條比例原則之規定，且內容經長久討論一定程度已趨於穩定，應無須再援引美國法上正當法律程序之規定以資補充。參見：陳愛娥，〈正當法律程序與人權之保障—以我國法為中心〉，《憲政時代》第 29 卷第 3 期，2004 年 1 月，第 385 頁。

⁵ See Reva Siegel, *Equality Talk: Antissubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 HARV L. REV. 1470 (2004)。這也涉及我國對「實質平等」之解釋，參見：司法院大法官釋字第 571 號林子儀大法官協同意見書；廖元豪，〈實質平等〉，《月旦法學教室》第 27 期，2005 年 1 月，第 39-41 頁；〈平等權：第一講—憲法平等權之意義〉，《月旦法學教室》第 68 期，2008 年 6 月，第 52 頁。

⁶ 釋字 571、605、618、635、639、647、648、675、682 號解釋參照。

⁷ 大法官認為：「警察工作之範圍廣泛、內容繁雜，職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要，色盲者因此確有不適合擔任警察之正當理由」，因此得出中央警大碩士班簡章拒絕色盲者入

至於美國所謂「高標」，亦稱「嚴格審查基準」(strict/ heightened scrutiny)，旨在審查：系爭法規範所以為差別待遇之目的是否在追求「極重要、極優越的公共利益」(a compelling/overriding public/governmental interest)，且其所採取之差別待遇與規範目的之達成間，是否存有「直接關聯」(directly related to)。換言之，採取差別待遇的目的須為追求「極重要公共利益」始為「合憲」，而差別待遇之手段與規範目的之達成間須有「直接關聯」始能認為具備「一定程度之關聯」。我國大法官則尚未發展出類似標準⁸。

第三款 禁止「種族通婚」(interracial marriage)之法令違憲—Loving v. Virginia 案

跟禁止「同性婚姻」常拿來做比較的是禁止「種族通婚」，禁止同性婚姻是禁止「所有人」跟同性結婚，表面上看起來是「一體適用」於同性戀者與異性戀者；與禁止種族通婚是禁止「所有人」均不得和不同種族的人結婚，表面上看起來是「一體適用」於黑人和白人相同。然而美國聯邦最高法院於 1967 年的 *Loving v. Virginia* 案⁹中，認定系爭法令是為了維持「白人的種族優越」(white supremacy)，構成「種族歧視」(racial discrimination)，而為平等保障條款所不容，因而宣告維吉尼亞州(Virginia)禁止種族通婚的法令違憲。值得一提的是，本院也認定系爭法令違背正當法律程序，因為系爭法令侵害了一個人追尋幸福不可或缺的結婚權利。

第四款 同性性行為之處罰與除罪化—Bowers v. Hardwick 案以及 Lawrence v. Texas 案

一種禁止同性婚姻的說法是：憲法本來就沒有保障人民「與同性結婚之權利」，因此禁止同性婚姻的法令沒有違憲的問題。與這種說法類似的問題是：憲法是否保障「同性性行為」之權利？若答案為否定，則處罰同性性行為之法令也

學之規定合憲之結論。然而中度審查基準既然要求手段與規範目的間必須有「實質關連」，大法官應該對於為何警察工作會「隨時發生判斷顏色之需要」做更詳細的說明，而不是僅以短短幾字就說明色盲者不適合擔任警察。再者，色盲區分紅綠色盲、藍黃色盲以及全色盲，多數乃紅綠色盲，紅綠色盲者對於個人生活並不會產生太大影響。釋字 626 號雖然提高審查標準，卻一律認為色盲即不適合擔任警察，未於審查時區分色盲之種類分別判斷，就做出合憲之結論。以本文作者即是紅綠色盲之身分，實難苟同。另對於本號解釋與「可疑分類」的分析與評釋，參見：黃昭元，〈平等權案件之司法審查標準—從釋字第 626 號解釋談起〉，收錄於廖福特主編《憲法解釋之理論與實務》第六輯下冊，2009 年 7 月，第 551 頁以下。

⁸ 釋字第 696 號解釋湯德宗大法官協同意見書參照。另可見：湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想〉，收錄於廖福特主編《憲法解釋之理論與實務》第六輯下冊，第 581 頁以下；黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準的比較分析〉，《台大法學論叢》第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月，頁 1 以下；法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，《國家科學委員會研究彙刊》第 6 卷第 1 期，1996 年 1 月，頁 36 以下。

⁹ 388 U.S. 1 (1967).

不會違憲。美國聯邦最高法院針對此問題，於 1986 年的 *Bowers v. Hardwick* 案¹⁰ 認定，依據美國憲法的歷史與傳統，同性性行為無法受到美國憲法之保障，即使原告主張同性性行為應受隱私權之保障，法院仍認為發生在家中的「非法行為」，不能因此而免責，因而認定喬治亞州(Georgia)處罰同性性行為之法令合憲。相隔 17 年之後，美國聯邦最高法院才於 2003 年之 *Lawrence v. Texas* 案¹¹中，主張同性戀者之間的性行為，受到憲法隱私權之保障，既存所有州處罰同性性行為之法令，均違背「正當法律程序」而違憲。

值得注意的是，在 *Lawrence* 案之後，聯邦最高法院擴張隱私權之保障於同性性行為，確實有助於提昇對於同性戀者之平等保障。但是，因為隱私權單純地假設「公」及「私」的雙元結構，並不足以掌握社會生活的多樣性，同時這種「雙元結構」假定同性戀僅是一種發生於床第上的行為種類，而非一種需要在公領域「表達自我」的人格特質，忽略同性戀者若向公眾發聲，不但可作為自我認同的個人表達，同時也有助於提升公眾關注，進而擴張公眾對於同性戀生活方式接受度的管道¹²。再者，婚姻名詞本身即具有高度「向外宣誓」的抽象意義、婚姻制度也具有高度由「政府介入」的性質，本質上都與「隱私權」的內涵格格不入，因此本文認為，隱私權不適合作為主張同性婚姻合法化的論述途徑。

第五款 同性平權的新突破—*Romer v. Evans* 案

美國即使在許多州均承認同性婚姻的合法性之後，仍有許多反對者一直試圖扭轉這種局面，最常見的作法就是利用「公民投票」的方式，直接將「婚姻限於一男一女」的內容，增修於憲法之中，目前加州是唯一成功的例子¹³。針對不同事件但是類似的作法，是科羅拉多州(Corolado)於 1992 年 11 月，州以公民投票的方式，在憲法增訂一個「第 2 增修條文」(Amendment 2)，其內容除了廢除該州所有禁止歧視同性戀者的條文之外，更進一步禁止該州政府機關實施保障同性戀者的任何措施。針對此問題，聯邦最高法院於 1996 年的 *Romer v. Evans* 案¹⁴中，認定第二增修條文是單獨針對同性戀者施以特別的不利負擔，使同性戀族群處於「廣泛而不區分當中個別情形的全面不利狀態」(peculiar property of imposing a board and undifferentiated disability)，構成「性傾向」歧視，而其目的源自於對同

¹⁰ 478 U.S. 186 (1986). 中文介紹參見：劉靜怡，〈論同性戀者的基本權利保障：人與憲法的再思考〉，《台灣法學會學報》第 20 輯，1999 年 11 月，第 249-251 頁；張宏誠，〈同性戀者權利平等保障之憲法基礎〉，2002 年 6 月，第 212-223 頁；傅美惠，〈論美國同性戀與平等保障—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 7 月，第 18-20 頁。

¹¹ 539 U.S. 558 (2003). 中文介紹參見：傅美惠，同上註，第 32-34 頁；陳荔彤，〈美國最高法院同性行為除罪化與同性婚姻合法化的憲法發展〉，《月旦法學雜誌》第 104 期，2004 年 1 月，第 208-213 頁。

¹² Note, *The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a Suspect Classification*, 98 HARV. L. LEV. 1285, 1289-92 (1985).

¹³ 關於此點，參見本文第三章第三節之說明。

¹⁴ 517 U.S. 620 (1996). 中文參見：劉靜怡，前揭註 10，第 253-265 頁；張宏誠，前揭註 10，第 150-160 頁；傅美惠，前揭註 10，第 41-42 頁；傅美惠，前揭註 10，第 20-22 頁。

性戀者的「敵意」(animus)，無助於達成任何的政府目的，因此連「合理審查基準」均無法通過。

第二項 用語說明

於章節的編排部分，我國對於論文寫作上並無一定之格式之要求，本文以自己習慣之方式，以「章、節、項、款、目」依次排序，其下如仍有需要，以「一、(一)、1、(1)」之順序排列，首予說明。

次因本文有部分引用外國文獻以及司法判決之部分，因此常有翻譯上之問題，本文採行的作法為：初次介紹時將以「中文翻譯」(英文原文)的方式寫作，之後若在此出現同一名詞，則僅明示中文翻譯；又若中文對於英文人名、名詞並無常用之翻譯時，則直接以英文敘述，併此敘明。

另將可能產生用語混淆的情形臚列如下：

- 一、指個人或族群時，本文採用「同性戀者」、「異性戀者」之說法，而不採「同志」之用語。
- 二、描述同性戀者結婚進入政府承認的婚姻關係時，本文採「同性婚姻」之說法而不使用「同志婚姻」的說法。
- 三、描述同性戀者結合，但並未進入婚姻關係的狀態時，本文以「同性結合」稱之。
- 四、描述「同性結合」下的兩個同性戀者時，稱呼為「同性伴侶」。
- 五、本文稱「伴侶制度」者，指的是由政府認許之「類似」婚姻之制度，藉以跟「婚姻制度」區別。

第二章 同性婚姻正當性之探討

探討同性婚姻的正當性，首先要問：同性戀者為什麼要追求同性結合，甚至是婚姻關係？於確立同性戀者有結婚之需求後，接下來的問題是，為什麼要反對同性婚姻？反對理由是源自於什麼想法？同性婚姻合法化的正反方論點為何？

就第一個問題而言，從歷史對於同性戀者的描述可以得知，在不同時代以及社會文化下，同性結合關係仍舊以不同形式樣貌存在。惟值得注意的是，就歷史上看來此種結合關係，大部分是由當代文化、宗教、社會風俗所認許，而鮮少經由一個有制度的政府體系所承認，但這並無礙我們於瞭解歷史上的同性結合，甚至是同性婚姻關係。藉由瞭解歷史上的同性結合關係，除了可以解釋為何同性戀者有同性結合之需求外，另外對於目前反對同性婚姻的最主要論點：亦即婚姻傳統上的「本質」為「一男一女」之結合，可以提出相當有利的相反觀點。除此之外，現代社會中的婚姻已經不再是過往那種「純粹世俗」上的婚姻，而是由政府認可並賦予眾多權益所形成的一種「官方承認」的制度，藉由分析目前現行法制中婚姻制度所附隨之權利與利益，亦可以解釋為何同性戀者也有追求與「異性婚姻」相同權益之需求。

另外，在討論同性婚姻權利保障的憲法基礎之前，首先要對於一個前提加以說明：那就是同性戀或是同性婚姻在社會一般人心目中存在哪些誤解或「刻板印象」(stereotype)，以及這些理解或刻板印象是如何使得人們對於同性婚姻產生負面的看法。若一個社會已經建構對於同性戀或同性婚姻的既有成見，則一般人在社會化的過程中，將會於潛移默化中受到該成見所影響，進而影響到其對於同性戀者的看法，以及對於規範同性婚姻法令的見解；同樣地，立法者或是司法者在制訂法律規範或是從事司法審查時，必然會因為其對於同性婚姻之認識而有不同之結論。因此，在為同性婚姻之憲法理論上找尋基礎時，首先要對同性婚姻有正確的理解，才能基於此等理解之上做出正確的決定¹。

第一節 同性結合之需求

環顧全球多數不同文化的社會中，婚姻多數以「一男一女」之結合為常態，同性結合甚至是同性婚姻，是明顯地被排除在外的。因此，對一般大眾來說，有關同性結合甚至是同性婚姻的歷史，常常只是瑣碎的片段，甚至根本殘缺不全付之闕如。幸而近代同志平權運動的興起，同性戀者藉由自身意志之覺醒，越來越願意藉由各種不同的運動、手段等向大眾傳遞自身的需求，拒絕過往之污名化，也有越來越多對於過往同性結合或是同性婚姻的介紹，幫助我們瞭解同性戀者對

¹ 張宏誠，《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，2002年6月，第45頁。

於與同性伴侶結合之需求，乃亙古不變古今皆然。

第一項 歷史上的同性結合關係

之所以要先介紹歷史上的同性結合關係，是因為在目前婚姻係由一男一女組成的主流觀念下，最主要反對同性婚姻的主張來自於定義上的理解：「婚姻必須是由異性構成而不能包含同性伴侶」。而此種理解可以基本上可以從功能上、宗教上，以及實用上的角度出發。

首先，從功能上理解的角色觀之，傳統上認定婚姻之目的在於「繁衍後代」，就生理構成來看，同性伴侶間並不能藉由性行為而達成傳宗接代的目的。另外從宗教上的解釋來看：「婚姻之定義、權利、責任、保障以及偏愛，均由民法所規範。而英美民法源自於教規，早期是由教會法庭所執行，猶太教以及基督教的教規均不允許同性婚姻，因為聖經記載神對於同性戀關係的強烈譴責。因此藉由數世紀以來聖經及民法的教導，同性婚姻乃不可想像且就定義上來說也是不可能的。」²此種基於基督教或是猶太教教義而對於同性戀的理解，同時也是主要處罰同性間性行為的刑法規定之根本立論基礎。第三，從實用主義(pragmatism)的角度出發，此理論認為，因為婚姻制度附隨許多額外利益，一旦承認同性婚姻，立法者必須考慮這些利益是否亦適用於締結同性婚姻者；雇主可能必須要開始重新考慮是否提供額外的利益予其受雇的同性伴侶、若不提供可能產生的爭執，以及可能產生的後續司法成本等等…同性婚姻將會造成很多額外的成本，單純從成本的考量來看，支持同性婚姻所製造出額外的社會成本，將遠高於承認同性婚姻所產生的利益³。

對於前述理解，支持同性婚姻者指出，對於同性婚姻甚至是同性戀者的排斥其實是一種「社會形塑」(social construction)，首先，婚姻並非「先天」自然即存在的制度，而是「後天」建構的產物，並與其他文化以及社會制度相結合。再者，由社會建構的制度必定包含社會的權利關係，也就是說，就是因為人們對於同性戀者的恐懼存在，加上傳統上認為婚姻負有繁衍後代的功能，而造就現階段婚姻制度對於同性婚姻不友善的態度。最後，既然婚姻與其他制度相結合，代表其他制度變動時對於婚姻的觀念也會變動，禁止同性婚姻僅是將其他制度中對於同性戀的排斥加以概念化⁴。

而既然承認婚姻制度是社會形塑的產物，則探討從古至今社會對於同性結合的文化或態度，應有助於我們判斷將同性婚姻納入現行婚姻制度之中，是否會對現行婚姻制度產生衝擊之問題。故以下將傳統各文明分類為一、遠古西方文化；二、近代西方文化；三、中國歷史以及文學，針對其中同性婚姻的概念及態度作

² Adams v. Howerton, 486 F. Supp. 1119, 1123 (1980).

³ William N. Eskridge, Jr., *A History of Same-Sex Marriage*, 79 VA. L. REV. 1419, 1427-32 (1993).

⁴ *Id.* at 1434-35.

一簡略之介紹。。

第一款 遠古西方文化中的同性結合關係

第一目 埃及以及兩河流域文化

因為有關家庭以及性別資料的紀錄所剩無幾，對於埃及以及兩河流域的理解相當有限，然而，在閱讀現存有現的資料，以及相關文學、數學甚至藝術品的資料後，縱使這些證據仍有爭議性，仍然似乎可以認定當時並未禁止同性婚姻，這些遠古文化似乎將同性婚姻及異性婚姻等同看待⁵。

雖然當時之史料大部分均已付之闕如，但 David F. Greenberg 仍指出，某些法老之墳墓中，會將自己和親密的男性配偶(male consort)合葬，而法老及男性配偶之屍體則互相擺出牽手、擁抱、鼻子互相輕觸之動作⁶。另一個有趣的例子則較為間接，歷史上以色列人從埃及逃離至應允之地迦南(Canaan)，而對於原本壓榨以色列人的埃及文化，抱持著排斥及拒絕之態度，從舊約聖經利未記第 18 章第 3 節中的敘述「你們從前住的埃及地，那裡人的行為，你們不可效法...。」即可得知；另一方面，同章第 22 節則明白指出：「不可與男人苟合，像與女人一樣；這本是可憎惡的。」這似乎可以反證推出，當時埃及文化中同性關係甚至是同性婚姻可能是普及的，或至少抱持著寬容的態度⁷。

相同地，有關兩河流域文明對於同性戀或是同性婚姻觀點的史料也相當地稀少，其中一項可參考著名的文學作品：「吉爾伽美什史詩⁸」(Epic of Gilgamesh)，內容主要講述烏魯克(Uruk)國王吉爾伽美什和他半人半獸的朋友恩奇都(Enkidu)之間的友誼故事，而由於該史詩描述許多同性之間的友情，且在當時是暢銷之文學作品，故推論當時兩河流域文明對於同性關係或許抱持著寬容的看法，且認為同性關係可能與異性婚姻類似。另外一項證據存在於當時兩河流域的法典，尤其是「西臺法典⁹」(Hittite laws)，其中第 36 條規定：「假如一位奴隸提供嫁妝與另一位年輕之自由男性，並將其視為配偶一起生活，任何人均不得要求該奴隸放棄其配偶。」代表有錢的男性奴隸可以購買另一位男性配偶並獲得法律上的保障，而既然奴隸都可以這樣做，代表自由之男性亦有此種權利，而如果此種解讀是正確的，代表當時同性關係確實於兩河流域文化中蓬勃發展¹⁰。

⁵ *Id.* at 1437

⁶ DAVID F. GREENBERG, THE CONSTRUCTION OF HOMOSEXUALITY 25-77 (1988)

⁷ *Supra* note 3, at 1438-39

⁸ 來自四大古文明之一的美索不達米亞的文學作品。史詩所述的歷史時期據信在公元前 2700 年至公元前 2500 年之間，比已知最早的寫成文字的文學作品早 200 到 400 年。

⁹ 位於兩河流域的文明古國，約存在於西元前 18 世紀至 12 世紀，據說可能是全世界最早發展冶鐵以及使用鐵器的國家。

¹⁰ *Supra* note 3, at 1439-42

第二目 古希臘以及古羅馬時期文化

和前述文化中有關同性婚姻的史料相當有限相反，古希臘文化對於以文化基準規範同性關係似乎有相當濃厚的興趣，舉例而言，在「柏拉圖」「會飲篇¹¹」之中就可以找到有關同性關係的例子¹²。其中有一段對話出自於雅里斯多芬(Aristophanes)，其指出，在最早的時候有三種不同的人，每種人的四隻以及器官都是目前人的兩倍，但是因為他們觸怒了宙斯(Zeus)，所以宙斯將他們一分為二，並吩咐阿波羅(apollo)縫起剩下的半個人，從此之後人們就須不停地尋找自己的另一半，原是男性的，會愛上另一位男性；原是女性的，會愛上另一位女性；原是男女同體的，就會愛上異性，如果我們找到原有的另一半，將是美妙無比的事¹³。這段話肯定同性之愛與異性之愛是並行不悖的，同時也顯示出在當時有關同性關係的議題，並非羞恥隱晦而不可討論的。

研究古希臘文化的史學家認為至少在部分城邦中，古希臘文明對於同性關係是抱持著接受的態度。古希臘對於同性關係似乎並沒有任何的律限制，事實上，古希臘自由的男性公民似乎可在其成年初期，便選擇和年輕男性結合，而此種結合受到法院的承認及保護。雖然大部分的史學家不認為這種關係就是婚姻，但是可以肯定的是此種關係於功能上類似於合法組成的婚姻關係¹⁴。

另外值得一提的是，希臘神話中阿基里斯(Achilles)和帕特羅克洛斯(Patroclus)的故事。在希臘神話中，阿基里斯和帕特羅克洛斯的關係相當密切，當然可以解釋為友情，但也有部分說法認為他們之間的關係和戀人類似。於特洛伊戰爭(Troy)中，帕特羅克洛斯幫助阿基里斯出征而遭赫克特(Hector)所殺，而諸神曾經告誡過阿基里斯，若殺死赫克特則自己也逃不過死亡的制裁，但阿基里斯仍義無反顧為帕特羅克洛斯復仇，導致其最後賠上自己的性命。

如同古希臘時代，古羅馬時期對於同性關係似乎也採行寬容的政策。羅馬似乎會提供同性伴侶相當於婚姻的法律或文化地位，由羅馬帝國時期留下來的許多史料均顯示，羅馬皇帝似乎沈溺於於其他男性間的互動關係，這些證據似乎說明在異性婚姻被制度化的同一時期，同性伴侶成為類似於柏拉圖「會飲篇」中關係的情形似乎越來越普遍。大量有關「哈德良和安提諾瑪斯¹⁵」(Hadrian and Antinous)愛情故事的雕刻品、建築物、繪畫、錢幣以及文學作品便是最好的例證¹⁶。

¹¹ 柏拉圖留給後人的著作以「對話錄」為主，而「對話錄」編為一書，是出自於西元初年泰拉西勒士(Thrasylus)之手；當時認可的共有 36 篇，歷經學者考究之後，較為可信者只有 26 篇，「會飲篇」收錄於第 15 篇。參照：傅佩榮，《柏拉圖》，民國 87 年 6 月，第 9 頁。

¹² *Supra note 3*, at 1441

¹³ 傅佩榮，前揭註 11，頁 125。

¹⁴ *Supra note 3*, at 1444

¹⁵ 哈德良是羅馬皇帝，寵愛希臘美少年安提諾瑪斯的故事，是流傳及廣的古代愛情佳話。西元 122 年，安提諾瑪斯溺水死於尼羅河，哈德良大帝為他在全國各地修建寺廟，奉為神明，廟中則塑起安提諾瑪斯的希臘式裸體雕像。參照：矛鋒，《同性戀美學》，1996 年 7 月，第 67 頁。

¹⁶ *Supra note 3*, at 1445-47

第三目 基督教羅馬以及中世紀時代

相較於羅馬共和時期(Republic Rome)，羅馬帝國時期(Roman Empire)對於同性結合的容忍度是較低的。西元 342 年甚至通過了處罰同性婚姻的法令，此法令顯示出於羅馬帝國時期同性關係並不受歡迎，同時也顯示出當時對於已存在於四世紀之前的同性婚姻的焦慮。在此時期，「繁衍後代」的觀念已逐漸和婚姻相結合，當時宗教，尤其是基督教倡導對性行為的節制，並主張性行為之目的在於繁衍後代，不能作為尋求歡愉的手段，此觀念也逐漸影響當時對於同性戀者的態度。值得注意的是，雖然當時教會基於同性戀關係無生殖能力，以及構成婚外性行為的立場而批評同性關係，但在為神職人員建立「兄弟之情」的儀式中，其實和一般婚姻採行的儀式極為類似，顯示出教會雖然於精神層面上打壓同性關係，但是於實踐上對於同性關係似乎又採行寬容的立場¹⁷。

第四目 原北美洲(Native America)以及非洲文化

雖然有關於原北美洲文化之資料亦所剩不多，但是從一些來自歐洲的探索者、傳教士的記載中仍可發現些許有關同性關係的紀錄。其中有資料記載如下：「雙親賜與其子一個小孩，將小孩等同女子般養育教導，凡接近侵犯該小孩者均須付出代價，我們必懲罰他如同我們懲罰那些侵犯婚姻者。¹⁸」另一項更為人所知的是原北美洲中的「雙靈」(two-spirit)文化，該文化是指男性或女性跳脫自己原生的性別而轉由另一種性別生活，最重要的是，原北美洲文化及法律承認此種換性別的同性婚姻。詳言之，原北美洲的男性，基於經濟利益上的考量，可能更偏愛取一位跨性別的妻子（同樣是男性），因為這種「男妻」的角色除了能負擔女性維持家務的工作外，可能更有助於協助處理粗重事務如打獵等工作；相同地，女性同樣也可以尋求「女夫」之伴侶，不論是基於經濟生活或性吸引力之考量。論者認為，此種跨性別的習慣，已成為原北美洲文化中不可或缺的部分¹⁹。

在非洲有關同性關係的組成類型則更加多元。在非洲的許多地方，可以發現類似原北美洲「雙靈」文化的現象；在蘇丹地區，戰士若欲迎娶某家的女孩，可以提供嫁妝先換得該家庭的男孩，此名男孩則作為妻子服侍戰士，直到女孩家長認同該名戰士具有迎娶女孩的資格，始將女孩嫁給該名戰士；而在西非、南非以及東非，「女女婚姻」(women marriage)普遍存在，並受文化及法律所保障。在此種文化中，婦女可以迎娶另外一位女性組成家庭，並以家長之身分肩負責任，而具有此種身份的婦女，其角色比較類似傳統婚姻中男性作為家長之地位，有助於社會及經濟上地位之提升，然也有看法認為此種制度造成婦女在社會階級的受歧

¹⁷ *Id.* at 1447-53.

¹⁸ FRANCISCO GUERRA, *THE PRE-COLUMBIAN MIND* 173 (1971).

¹⁹ *Supra* note 3, at 1453-58

視，蓋因此種表面上社會地位的提升其實是藉由女性扮演男性角色而形成。

第二款 近代西方文化中的同性結合關係

先就結論上來說，以世界整體歷史的觀點來看，近代西方文化對於同性關係的打壓反而「獨特」，但是由於這種對於同性關係的態度適逢西方文明橫掃全世界的時代，這種打壓同性關係的態度對於前述那些文化產生深遠且負面的影響。

第一目 西方文化對於同性結合關係的打壓

對於同性關係態度上的轉變可以追溯至 13 世紀，此時是許多國家開始制定禁止同性性行為以及嚴格執行的時代，和 11 至 12 世紀對於同性關係相對容忍的態度相反，13 世紀以後的歐洲對於任何違犯既有性別界線的行為，除了同性性行為甚至包括個人行為，例如穿著異性服裝，越來越抱持著迫害打壓的態度。

這種態度是如何產生的並不清楚，但是可以確定的是這種觀念適逢西方文明都市化、中產階級化以及中央集權化的初始過程。都市化的結果為人們提供更多尋找、追求並且享受同性關係的機會；經濟機會的大幅增加也為中產階級提供更多選擇「性關係多樣化」的自由，但是這種過程雖然提供人們更多選擇同性關係的機會，但是同時間也因為這種關係的「浮上檯面化」，而使同性關係產生潛在的不穩定性，過往那些於私底下從事的同性活動，因為都市化等過程而漸漸開放且顯著，因此造成新的問題。舉例來說，中世紀社會縱然對於某些行為，例如異教徒信仰、魔鬼行為或同性性行為不太認同，但因為這些活動並未在社會上顯著發生，於 13 世紀之前，沒有任何有系統的理論解釋為何此種類似行為必須禁止，即使類似行為被懲罰，也是溫和且無系統性的，但是就是因為這些脫離常軌的行為浮上檯面，在 13 世紀之後，思想家發展出理論認為這些行為會對社會產生危害，造成社會對於類似行為的處罰更具系統性且劇烈。

於近代社會的早期，大約是西元 15 至 18 世紀，社會對於偏差行為的態度轉變成對於人們的分類，原本對於「異教觀念」的打壓轉變為對於「異教徒」的迫害；原本對於「魔鬼行為」的禁止轉變為對於「女巫」的獵殺；原本對於「同性性行為」的限制轉變為對於「同性戀者」的排斥，最終，原本對於脫軌行為的「個別」迫害成為社會、宗教以及官方「整體」的迫害狂熱。因為如此，同性伴侶在中世紀時可能僅被單純視為「有問題」的，到近代社會反而被認為對社會秩序以及國家造成嚴重威脅。

於 19 世紀，西方文化對於這種「分類」的遊戲變本加厲。「性別學者」(sexologists)認為「性傾向」(sexual orientation)不只是作為分類或污名化人們行為的手段，同時也是人類個性以及生理構成不可或缺的一部分，因此既然正常的性

傾向是「異性戀」，生理上會受同性所吸引的人就是「性異常」，是種「醫療疾病」(medical disease)。19世紀末期，在歐洲及美國，作為這種看法匯聚的結果，「同性性傾向」被認為是一種醫學上的診斷單位，同時也被當作是罪惡和違法的行為。又由於當時認為同性戀是種疾病，這種生理或心理的偏差可以被治癒，20世紀中期醫療職業在西方文化造成一股對於同性關係迫害的新風潮，此現象又以美國為盛。

而就非西方國家來說，雖然說同時期的非西方文化對於同性關係並非那麼具有敵意，但就如同西方國家於同時期對於新興國家的征服以及殖民，此種對於同性關係的敵意以及打壓的「反同性關係」態度，也隨之影響其他國家的固有觀念²⁰。

第二目 同性結合關係的存續及發展

雖然說近代西方文化的主宰地位以及態度的確對於同性關係以及婚姻造成威脅，但同性文化的發展並沒有因此而消滅。在這個受壓迫的年代中，同性伴侶們不但沒有因此而消滅，反而在不同的時期以不同的方式茁壯。從18世紀晚期至19世紀初期的「波士頓婚姻」(Boston marriages)、變性婦女(passing women)之現象、到1969年的「石牆事件²¹」(Stonewall riots)以及其後拓展至全世界的同性戀平權運動，綜觀整個近代史，同性戀文化反而在其受打壓最嚴重的時代開花結果²²。

16世紀左右，有種觀念認為唯有牽涉到「陰莖」才算是「性交行為」，而因為「女女」之間的同性關係不能稱為「性交」，因此女同性戀者對社會不會產生危害。18世紀左右，隨著女性於情感上以及經濟上對男性依賴程度的減少，對許多女性來說，在女同性關係中所獲得情感上的滿足遠大於在正常婚姻中所獲得者，因此女同性關係逐漸成為一種社會現象。19世紀時，女性經濟地位的擴張賦予她們選擇是否結婚的自由，而隨著婦女個人人際關係的活性化，女同性關係的比例也隨之激增，社會則將此種兩位未婚婦女結合的關係，稱之為「波士頓婚姻²³」，此種關係盛行於受過良好教育的職業婦女²⁴。

²⁰ *Id.* at 1469-74.

²¹ 1969年6月28日凌晨，紐約市格林威治村的「石牆旅店」遭到例行性的臨檢，這家由黑社會經營的同性戀酒吧向來和警方互有默契，警方的行動並沒有過份刁難，然而這天的顧客和圍觀的群眾竟然對這種見怪不怪的騷擾還手，他們向警方投擲硬幣、磚塊，事態擴大成焚燒警車的暴動，石牆也付之一炬。許多史學家都認為，28日凌晨之後連續五日的暴動，從此改變了同性戀生活的時代意義，今天「石牆」兩個字隱然成為西方同性戀者反抗不義的象徵。參照：林賢修，《當代同性戀歷史（一）》，1997年12月，第10頁。

²² *Supra note 3*, at 1474-84

²³ 因此種關係近似於Henry James於1885年所著的小說The Bostonians中描繪的一對女性伴侶的狀態，故將此種同性關係稱之為「波士頓婚姻」。

²⁴ WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., THE CASE FOR SAME-SEX MARRIAGE: FROM SEXUAL LIBERTY TO CIVILIZED COMMITMENT 37-39 (1996).

在當時雖然說同性關係的組成只能算是文化上的現象、波士頓婚姻也尚未受法律所承認，但是藉由一種稱為「變性」的方式，仍有許多女同性伴侶合法地組成婚姻。所謂的「變性」，在當時因為醫學不如現在一般進步，所以指的並非利用手術轉換性別，而是變性者藉由外裝或舉止的偽裝，達到轉換性別的目的。舉例來說，荷蘭東印度公司的資料顯示，當時有許多婦女變性偽裝成男人進入印度，有些嫁給男人，有些則娶另一位女性為妻。雖然這其中有許多人的主要目的是基於經濟上的理由，但是仍有些變性婦女的動機完全出自於同性性傾向。另外，在美國南北戰爭時期，也有許多女性「變性」出征，其中許多婦女最終也藉此和同性結婚²⁵。

由於當時西方社會對於同性關係的打壓，同性戀者除了藉由「變性」與同性結婚外，也只能尋求純粹精神上的友誼。簡而言之，當時同性戀者的確受迫於社會的壓力而逐漸邊緣化²⁶。情形到了 1969 年產生改變，「石牆事件」成為美國史上同性戀者首次反抗政府主導迫害性別弱勢者的實例，同時也演變成同性平權運動拓展至全世界的啟蒙。在「石牆事件」之後，越來越多同性戀者站出來組織屬於自己行業、教會和社區的同性戀社群。例如同性戀天主教徒要求被任命聖職；同性戀軍人勇敢站出來並主張希望能留在軍中；學術圈、社工界、醫生、心理學家中的同性戀者紛紛「站出來」；同性戀記者亦積極報導同性戀族群或是有關同性戀者的新聞；同性戀者也開始成立自己的教會、醫務所、社區中心、專業團體和體育聯會。

「石牆事件」後的同性平權運動改變了「出櫃」的意義。過去，「出櫃」只是一個私人的決定，是接納自己同性性傾向的表現，但是於「石牆事件」之後，同性戀者開始認為「出櫃」是鼓吹「同志尊嚴」以及「同志解放」的政治宣言，象徵同性戀者捨棄自貶之心態，代表了承諾為同性戀者謀求幸福²⁷。

在石牆事件之後，越來越多的同性戀者願意站出來要求更加穩定且受保障的同性關係，但是在 1960 至 70 年代，同性平權運動仍然受到社會偏見、法律上不利益以及經濟上歧視的箝制，同性戀者發現，欠缺制度上、財政上承認同性婚姻的幫助，所謂的同性關係是不穩定且短暫的，而既然婚姻制度有助於穩定維護異性戀者間的關係，那與異性戀關係近似的同性關係，為何不能受婚姻制度的保障？

第三款 中國歷史與文學中的同性結合關係

在中國漫長的歷史中，正史和野史都有關於同性戀現象的大量記載。同性戀於中國最早出現於何時？傳說是始於「黃帝」。清代學者紀曉嵐所著的「閱微草

²⁵ *Supra note 3*, at 1478-80

²⁶ *Id.* at 1481.

²⁷ 周華山、趙文宗，《「衣櫃」性史—香港及英美同志運動》，1995 年 1 月，第 21 頁。

堂筆記」卷 12 中說：「雜說稱變童始黃帝。」但是根據學者的考據，認為這一記載不盡可靠，因為就連黃帝本人是否存在均尚在探討之中。

另據考證，我國遠在商代就有「比頑童²⁸」、「美男破產（老）、美女破居²⁹」之類的說法，更有膾炙人口的「余桃³⁰」（春秋）、「龍陽君³¹」（戰國）、「安陵君³²」（戰國）、「斷袖³³」（漢代）等歷史人物和故事的記載。史載龍陽君為魏王「拂枕席」；彌子瑕與衛靈公「分桃而食」；漢哀帝與董賢共寢，董賢壓住了皇帝的袖子，皇帝不忍驚醒他，「斷袖而起」。後代於是以「龍陽」、「余桃」、「斷袖」等語彙暗指同性戀現象。

學者遍查史書，認為「前漢一代幾乎每個皇帝都有各把同性戀對象」。開創「文景之治」的漢文帝寵幸鄧通，賜給他開採銅山自鑄錢幣的權利，鄧通因此富比王侯，成為中國歷史上因「色」獲益最多的男人。漢時宮人中還有女同性戀現象，她們喬裝打扮，配為夫婦，同寢同食。當時陳皇后無子，命宮人著男子衣冠，打扮成男子模樣，同她共寢。武帝得知此事後，大怒廢后，責其為「女兒男淫」。

²⁸ 出自於「尚書、商書、伊訓」，其中有「三風十愆」之說，伊尹道：「卿士有一於身，家必喪，邦君有一於身，國必亡，臣下不匡，其刑墨。」如此厲害的「三風」指的是「巫風、淫風、亂風」，其中「亂風」內含四愆，第一愆就是「比頑童」。一些朝代的史學註疏家都把「三風十愆」中的比頑童說法，視為是中國「變童癖」發生的最初實例。

²⁹ 「戰國策，秦策」中記載：晉獻公「欲伐虞，而憚宮之奇存。荀息曰：『周書』有言，美男破志。乃遺之美男，教之惡宮之奇，宮之奇以諫而不聽，遂亡；因而伐虞，遂取之」。而「周書」中說的是「每男破志，美女破居，武之毀也」，其意思是「美男」或「美女」都有可能成為國破家亡的禍根。從「戰國策」中晉伐虞的記載看來，進獻美男，引誘虞君，同性戀可以起到色情間諜的作用。以後，「美男破志」或「美男破產」竟成為一種典故。劉達臨，魯龍光，《中國同性戀研究》，2005 年 1 月，第 3 頁。

³⁰ 「韓非子」「說難」篇記載：「昔者彌子瑕有寵於衛君。衛國之法，竊駕君車者罪刑。彌子瑕母病，人間往夜告彌子，彌子矯駕君車以出，君聞而賢之曰：『孝哉，為母之故，故忘刑罪。』異日，與君遊於果園，食桃而甘，不盡，以其半啖君，君曰：『愛我哉，忘其口味，以啖寡人。』」

³¹ 典故出自「戰國策，魏策」。龍陽君是魏王的男寵，魏王很愛他。有一天，兩個人在一起釣魚，龍陽君釣到十多條魚，可是不但不高興，反而哭了。魏王很奇怪，問他為什麼，龍陽君說：我釣到第一條魚的時候，滿心歡喜，但是後來釣到更大的，我就將第一隻魚棄之於海了。我現在受寵於你，和你共枕，人們都敬畏我，但是四海之內美貌的人那麼多，別人會把比我更美的人推薦給你，那時我就會像第一條魚那樣被棄之於海了，想到這裡我怎能不哭呢？魏王聽了很感動，於是頒佈全國，如果有人在他面前提出另一個美貌者，則滿門抄斬。劉達臨，魯龍光，同上註，第 6 頁。

³² 典故出自「戰國策，楚策」。安陵君是處共王的男寵，頗為得勢。有個叫江乙的人對他說，君王待你那麼好，只是因為喜歡你的美貌，以後總有色衰愛弛的一天，甚至連所睡的席子都還沒有破的時候，已經不再受到寵幸了，你最好和君王說，連死也跟隨他，就會長期得到他的信任和眷顧。可是在三年中，安陵君沒有對處共王說過。有一次，當安陵君和處共王在打獵時，共王有感地說：今天打獵，真使我快樂，但在我死後，誰還和我一起享受這快樂呢？安陵君聽了以後，就留著淚下跪說：大王萬歲千秋之後，我願意在黃泉之下繼續伺候你。處共王聽了大為感動，就封他為安陵君。劉達臨，魯龍光，同上註，第 6 頁。

³³ 「斷袖之癖」之典故出自於漢朝。漢哀帝十分寵愛一個叫做董賢的男子，和董賢「同臥起」，宛如夫婦。有一天，哀帝和董賢一起睡午覺，哀帝醒後要起床，但衣袖被董賢壓著，哀帝不願意抽出衣袖而驚動董賢，竟用劍將衣袖割斷。漢哀帝對董賢的寵愛竟到了無以復加的地步。董賢才 22 歲，就位至三公，匈奴使臣前來朝拜，見到那麼年輕的三公，也極為驚訝。哀帝甚至還想禪位於他，後因大臣反對才做罷。哀帝死後，董賢立即被貶奪一切，自殺告終。劉達臨，魯龍光，同上註，第 8 頁。

在漢之前，僅從史書記載來看，「狎昵變童」僅為君主貴族的特殊癖好，但到了魏晉南北朝，漸漸普及於士大夫及社會民眾，並且公然形諸歌詠。晉代和六朝是一個十分講究品行的時代，各種品行之中，記載的最多的是姿容，是容儀，男子講究姿容，中外的歷史裡似乎只有兩個時代，在西洋是希臘，在中國就是魏晉南北朝。男子講究姿容正是男子同性戀盛行的佐證。

唐朝與五代史籍所載同性戀資料缺乏，因此有人認為，當時男色之風漸衰，但到宋朝又興盛起來。男子公然為娼，聚集成風月作坊，招攬生意。到了宋徽宗時，不得不立法告捕：「男為娼，杖一百，告者賞錢五十貫」，由此可見當時男娼的鼎盛。元代男色之風又衰，到明代又復盛，上有「寵狎年少俊秀小內臣」的正德皇帝，中有「晝非金不食、夜非金不寢」的大官，下有「溺于男寵、不問妍媸老少」的儒生。

清代繼明代男色極盛之後，情勢並不見遜色。明清兩代法律皆禁止官吏嫖妓狎娼，這可能是他們不得不尋找「替代性出路」的原因之一。當時士大夫所狎男色，多半是梨園³⁴中的戲子，到「相公堂子」中尋歡。相公堂子是清代忠厚其北京演戲劇業的組織，但由於達官貴人中盛行狎玩相公，許多男旦有此類同性性活動，以致有人將相公堂子視為男娼館，認為它同妓館幾乎一樣。

清代盛行「私寓」制度，官吏負傷畜養相公成風。這些大戶人家買來眉清目秀的小男孩供主人賞玩，稱「男風」，小孩被稱為「相公」或「象姑」。據學者考證，「相公」的稱呼原先只適用於男伶而演旦角的人，後來則成為男伶而同時是同性戀對象的一種稱呼。再后，好事者認為「相公」之名不雅，又改稱為「象姑」，聲音相近，而義則更切。當時北京通行的一種近乎旅遊指南性質的書，叫做「朝市叢載」，載有「詠象姑車詩」曰：「斜街曲巷趨香車，隱約雛伶貌似花，應怕路人爭看殺，垂帘一幅子兒紗。」到清末及民國初年，才有伶人出而倡議廢止所謂「私寓」的制度。學者指出，在男女伶人不許同台演出的規矩之下，男人必須演旦角，女人必須演生角，因此，伶人這一職業變成為同性戀者和異裝癖者最好的一個出路³⁵。

中國歷史上不少小說中都有對同性戀現象的描寫，如「紅樓夢」、「金瓶梅」等，更有「品花寶鑒」一書，完全是以描寫梨園界的同性戀為主題的。近代中國稱同性戀風氣為「男風」，又稱「南風」，因為這一風氣「閩廣兩越尤甚」，男同性戀者互稱契哥契弟；女同性戀者則結拜金蘭。學者也注意到清代對同性戀寬容、對異性戀反而嚴厲的態度：「當時的社會規矩對這些關係的公開表現（男人手拉手在街上走，戲劇表現中出現變童等）相當寬容，反而把異性戀嚴格限定在私人生活的範圍內。」

³⁴ 「梨園」本是唐朝皇帝遊樂的地方，後稱戲班為梨園，稱戲曲演員為「梨園子弟」，有時也稱京劇為「梨園」。

³⁵ 由陳凱歌執導，張國榮、張豐逸、鞏俐主演的電影「霸王別姬」（1993年），即是以當時戲班作為故事的背景。

也有觀點對於中國歷史上各個朝代同性戀風氣興衰的看法與上述略有不同，其認為，中國古代同性戀的存在狀況是前後一致的，無甚大起大落的，不能僅以古籍上對同性戀現象記載的多寡來推測各朝代同性戀風氣的興衰。用古籍記載之多寡推測明清以前的情況大致不錯，但由於明清禁女娼而使社會上層人物中同性戀活動興盛起來倒也是合乎邏輯的推理。因此情況很可能是這樣的：在前幾千年，同性戀活動狀況大致上平穩，到明清達到一個小小的高潮，而這個高潮是由政府的禁娼規定所導致的³⁶。

第四款 小結

由前引大量事實可以得出如下結論：同性結合關係是在人類社會中普遍存在的一種行為模式，古今中外，概莫能外。同性結合關係是在人類歷史與所有文化中普遍存在的一種基本行為模式，無論是在高度開發的工業社會，還是在茹毛飲血的原始部落。換言之，除去中世紀西方世界開始對同性戀結合關係所做的打壓與迫害不論，歷史中多數的文化對於同性結合關係，均抱持肯定或寬容的態度³⁷，甚至在中世紀之前的非洲或原生美洲，「同性婚姻」是社會文化中不可或缺的一環。

但是或許也有人會質疑，上述所論及的同性結合關係，至多僅是針對「同性性行為」所為之描述，而不盡然是「同性婚姻」。但如同之前所述，婚姻其實是透過「社會形塑」之概念及制度，不管歷史究竟有沒有普遍存在由國家政府合法承認的「同性婚姻」，歷史上同性戀者彼此之間的結合關係絕對無庸置疑，此種歷史上的「證據」，確立了對婚姻制度乃「社會形塑」看法的假設。所謂的「婚姻制度」並非「先天」、「本質」上即為「一男一女之結合」，而是經由長久歷史流動之過程中逐漸「形塑」而成為目前我們所認定之模式，而既然此種「社會形塑」的過程具有可塑且流動的特質，那麼反對同性婚姻者所提出婚姻制度本質上排斥同性婚姻之說法，即屬無據且無法通過歷史之檢驗。更重要的是，究竟我們有什麼理由拒絕兩個相愛的同性伴侶，選擇共同生活在一起，並且尋求法律保障與認同之權利？

第二項 現代社會對於同性婚姻之需求

第一款 現代社會的最新發展

自從 1969 年紐約石牆運動事件開啟了美國同性戀平權運動以後，30 多年來，同性戀者不斷地透過各種方式除去過往加諸在身上的污名，也不斷地訴求除

³⁶ 李銀河，《同性戀亞文化》，2009 年 11 月，第 17-20 頁。

³⁷ 參見：劉達臨，魯龍光，前揭註 29，第 92-93 頁。

去各種因其性傾向而產生的不公平待遇，從歷史上同性性行為的除罪化，工作權的平等，進而開始追求締結同性婚姻的自由與平等。

以美國為例，1971 年的 *Baker v. Nelson* 案³⁸中，原告 Richard Baker 以及 James McConnell 主張明尼蘇達州(Minnesota)政府拒絕承認其同性婚姻效力，違反聯邦憲法增修條文第 1、第 8、9 以及第 14 條等相關規定。對此，州最高法院加以駁斥，認為州政府拒絕承認原告的婚姻並未侵害其增修條文第 1 條所保障的表意以及結社自由；同時，並未違反增修條文第 8 條，加諸原告嚴酷而異常(cruel and unusual)之處罰。但是州最高法院並未就原告其他主張加以說明，僅從婚姻制度的意義說明原告並未享有與同性結婚之權利，其理由認為：「婚姻制度作為一男一女的結合，就是為了繁衍並養育下一代而組成家庭，這是自聖經舊約『創世紀』以來就存在的不變定律。³⁹」(The institution of marriage as a union of man and woman, uniquely involving the procreation and rearing of children within a family, is as old as the book of Genesis.)而本案判決所抱持的理由，也成為支配往後 20 年美國各級法院拒絕承認同性婚姻的「標準理由」。

但是，於 1993 年夏威夷州的 *Baehr v. Lewin* 案⁴⁰中，夏威夷最高法院判決夏威夷州增補法律彙編第 572 條第 1 項規定限制婚姻需為「一男一女結合」，違反該州憲法第 1 條第 5 項之平等保障條款，此種限制同性婚姻的規定，係基於「性別」(sex)所為之差別待遇，與基於「種族」所為之差別待遇相同應適用「嚴格審查基準」，因此最後判決原告勝訴，得據以向州政府請求結婚證書。此案一出，立刻掀起美國國內對於同性婚姻合法化之浪潮，自此之後，同性婚姻合法化的論戰於美國各州蔓延，截至目前為止，美國聯邦雖尚未正式承認同性婚姻的合法地位，但華盛頓州(Washington, 2012)、紐約州(New York, 2011)、首都華盛頓(Washington D.C., 2010)、新罕布希爾州(New Hampshire, 2010)、佛蒙特州(Vermont, 2009)、愛荷華州(Iowa, 2009)、康乃迪克州(Connecticut, 2008)、麻薩諸塞州(Massachusetts, 2004)均已合法承認同性婚姻之地位。

擴大到全球性來看，自 2001 年荷蘭成為第一個允許同性伴侶登記並認可其婚姻有效性的國家以來，全球已有 10 個國家全國性承認同性婚姻的權利並准予註冊。依時間順序，這些國家或州或地區分別為：荷蘭(2001)、比利時(2003)、西班牙(2005)、加拿大(2005)、南非(2006)、挪威(2009)、瑞典(2009)、葡萄牙(2010)、冰島(2010)與阿根廷(2010)。

而回過頭看看我國的同志平權運動，1986 年，同性戀者祈家威先生與同性伴侶到法院結婚被拒，轉向立法院請願，立法院的答覆為：「同性戀為少數之變態，純為滿足情慾者，違背社會善良風俗。」；1996 年 11 月 10 日，名作家許佑生與伴侶葛芮(Gary Harriman)於台北市福華飯店公開舉行同志婚禮，媒體熱烈報

³⁸ 191 N.W. 2d. 185 (Minn. 1971).

³⁹ *Id.* at 186.

⁴⁰ 852 P.2d. 44 (Haw. 1993). 詳細介紹，參見：張宏誠，前揭註 1，第 303-316 頁。

導，引發社會廣大的關注與討論⁴¹；2001年5月18日，祈家威先生在司法救濟已窮盡之後，聲請大法官釋憲，大法官會議審查後認為，祈家威先生僅是以個人見解指摘現行婚姻制度，並未具體指明法院裁判有何牴觸憲法之處，以其聲請不合法要件決議不予受理⁴²；2001年5月19日，同光同志長老教會(Tong-Kwang Light House Presbyterian Church)第一次舉行同性伴侶祝福儀式，一共有四對女同志，一對男同志伴侶參加此項儀式；2002年11月30日，女同志湯姆與漢娜公開舉行婚禮⁴³；2003年8月4日，台中舉行同志婚紗，有兩對男女同志伴侶進行婚禮；2005年5月14日，兩位女護士公開表示將於護士節結婚，但最後因社會壓力過大而延期；2005年12月10日，同志參政聯盟陳敬學先生與伴侶高治璋先生於世界人權日舉行文定儀式，成為台灣第三對公開舉行儀式之同性伴侶⁴⁴；2011年8月18日，已舉行公開宴客結婚之男同志陳敬學和高治璋前往戶政機關請求辦理結婚登記，經戶政事務所予以駁回，故提起行政訴訟，目前正在台北高等行政法院案件繫屬中⁴⁵。目前，從2003年至2010年，每年台北均舉辦「台灣同志大遊行」活動，其中最主要之訴求，即為建立承認同性婚姻及同性伴侶權益之推廣。

隨著台灣第一對公開結婚的同性伴侶已經結婚逾十年，李安導演執導的電影「斷背山」(Brokeback Mountain)成為奧斯卡影展大熱門以及贏家，以及電影「自由大道」(MILK)主角「西恩潘」(Sean Penn)獲得奧斯卡最佳男主角，每年對於「台灣同志大遊行」的相關報導，同性戀問題似乎不再只出現於充滿媒體獵奇心態的社會新聞或影劇版，而逐漸走向公共議題的討論。2003年即研擬的「人權基本法」至今雖仍停留於草案階段，但於2006年3月24日已首度舉辦以「同志婚姻是否合法化？」為主題的立院公聽會；2007年於修正家庭暴力防治法時，將該法第3條中原本規定之「事實上夫妻關係」，修正為「同居關係」，實質上擴充了家庭暴力防治法的適用範圍，將同性伴侶間的同居關係亦納入保障之範圍⁴⁶；2007年10月，「同性婚姻法」法律制訂案遭反對連署退回程序委員會，至今音訊全無。顯現我國法律對於同性戀議題始終無法給予實質的肯認及保障，尤其在同性婚姻合法化的議題上，仍停留在論述的階段，至今並無進一步的立法活動⁴⁷。

⁴¹ 許佑生專欄，〈預祝結婚十週年快樂〉，2005年12月23日。網路資料：

<http://writershu.topfong.com/article.php/58>，最後瀏覽日期：2012/6/29。

⁴² 參閱：司法院民國90年5月18日第1166次大法官會議不受理案件。

⁴³ 岑永康、陳儒桓，〈三度求婚女同志湯姆漢娜步紅毯〉，2002年11月30日，TVBS網路新聞：http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=jean20021130162813，最後瀏覽日期：2012/6/29。

⁴⁴ 共同作者，〈同志要婚姻／伴侶權！同志伴侶要實質的權益及保障！〉，《全國律師》，2006年5月，第12頁。

⁴⁵ 〈同志結婚登記被拒，提訟爭權〉，2012年3月28日。自由時報網路新聞：

<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/mar/28/today-life13.htm>，最後瀏覽日期：2012/6/29。

⁴⁶ 參閱：洪遠亮，〈評同性戀適用家庭暴力防治法爭議—兼論修法建議〉，《法學叢刊》第196期，2004年10月，第73頁以下。該文刊登時該項修法仍處於草案階段，民國96年3月28日修正通過；在此之前，對於同性伴侶之家庭暴力，大多是以家長家屬或是家屬間之關係處理，參見台灣高等法院89年庭長法律問題研討會。

⁴⁷ 共同作者，前揭註44，第5頁。值得注意的是，台灣伴侶權益推動聯盟打算於2012年7月

第二款 婚姻制度所附隨之權利與義務

從目前世界各國對於同性婚姻的合法化的趨勢來看，可以瞭解現代社會中同性伴侶追求同性婚姻的需求以及渴望，於是下一個問題是，為何同性伴侶希望追求與異性戀者相同的婚姻制度？換句話說，婚姻制度究竟有何特別的地方，值得同性伴侶，進一步而言是所有相愛的兩個人，踏入紅毯的彼端？

制度本身並不是獨立地存在於人類社會中。而是會與其他制度有所聯繫。舉例而言，婚姻制度與政府制度之聯繫點在於婚姻需要有權力組織之認可；與賦稅制度之聯繫點在於婚姻得享有減稅優惠；與醫療保險制度之聯繫點在於雙方擁有決定對方為彼此重大醫療行為之同意權…等。因此，若認為婚姻僅僅只是以兩人的情愛關係作為焦點，就會喪失對婚姻制度與其他社會制度關連性的通盤瞭解。據此，婚姻不僅僅只是一紙結婚證書與公開的儀式，更重要的是婚姻制度所帶給人們的權利與義務，而這些權利義務更是提供了婚姻制度的參與者多方面的利益與保障，促使這些參與者的結合關係能夠更長久地維持下去⁴⁸。因此，以下本文則從台灣現行法律體系中約略找出一些婚姻伴侶得以享有之權利義務，說明為何台灣，甚至是世界上之同性伴侶，追求與異性戀伴侶相同之婚姻制度：

婚姻制度附隨權利義務一覽表⁴⁹

法領域	相關權利義務	相關法條
民法	監護及輔助之宣告權；成年人受監護之受選定監護人之權	民法第 14、15-1 條；民法第 1111 條
	時效不完成	民法第 143 條
	非財產上損害賠償請求權	民法第 194、195 條
	受贈人因故意侵害配偶，贈與人撤銷贈與之規定	民法第 416 條
	善意重婚中前婚配偶之損害賠償請求權	民法第 988-1 條
	冠姓之約定；同居義務、住所協議權；夫妻互為代理；家庭生活費用之約定及連帶責任	民法第 1000 條；第 1001 條；第 1002 條；第 1003 條；第 1003-1 條

31 日公布「同性婚姻法草案」。參見台灣伴侶權益推動聯盟官方網站：

<http://tapcpr.wordpress.com/>，最後瀏覽日期：2012/6/19。

⁴⁸ 杜承翰，《同性婚姻合法化正當性之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2008 年，第 67 頁。

⁴⁹ 以下資料係於法源法律網(<http://www.lawbank.com.tw/>)以及全國法規資料庫(<http://law.moj.gov.tw/index.aspx>)搜尋欄位輸入「夫妻+配偶」所得資料，並排除大部分非法律位階之搜尋結果。另可參照：杜承翰，同上註，第 68-70 頁；王峻彬，《我國同志家庭組成權法制化之研究—以美國同性伴侶判決之評析》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009 年，第 116-118 頁。

	夫妻財產制	民法第 1004-1046 條
	離婚後之侵權酌定請求權；損害賠償請求權；贍養費請求權	民法第 1055 條；第 1056 條；第 1057 條
	夫妻共同收養；配偶被收養之同意權	民法第 1074 條；第 1076 條
	扶養義務與受扶養權	民法第 1116-1 條
	繼承權	民法第 1138、1144 條
	特留分扣減權	民法第 1223 條
衛生福利法規	簽具手術及麻醉同意書；簽具侵入性檢查或治療同意書；簽具自動出院書；醫療診治受告知權	醫療法第 63 條；第 64 條；第 75 條；第 81 條
	嚴重病人之保護人受推權	精神衛生法第 19 條
	配偶受研究之同意權	人體研究法第 12 條
	配偶施行人工流產之同意權；配偶結紮之同意權	優生保健法第 9 條；第 10 條
	人工生殖權	人工生殖法
	人體器官移植者之配偶同意權；受移植權	人體器官移植條例第 6、第 8-1 條；第 8 條
	安寧緩和醫療實施同意權	安寧緩和醫療條例第 7 條
訴訟法規	拒絕證言權	民事訴訟法第 307 條、刑事訴訟法第 180 條、行政訴訟法第 145 條
	為被告選定辯護人；為被告或自訴人之輔佐人；獨立告訴權；專屬告訴權；特定犯罪人之獨立告訴權；偵查中受訊問之陪同權；自訴權；獨立上訴權；聲請再審權	刑事訴訟法第 27 條；第 35 條；第 233 條；第 234 條；第 235 條；第 248-1 條；第 319 條；第 345 條；第 427 條
稅法	賦稅優惠	所得稅法第 15-17 條；遺產及贈與稅法第 17 條、17-1 條、第 20 條；土地稅法第 28-2 條；都市計畫法第 50-1 條
勞動法規	勞工職業傷害死亡之補償權	勞動基準法第 59 條
	配偶陪產假	性別工作平等法第 15 條第 3 項

	勞工死亡後配偶請領退休金之權利	勞工退休金條例第 27 條
	被保險人之配偶分娩、早產或流產之生育給付請求權；失能年金給付加計請求權；喪葬津貼請求權遺屬年金給付請求權；	勞工保險條例第 31 條；第 54-2 條；第 62 條；第 63 條
	喪假請求權	勞工請假規則第 3 條
內政法規	配偶為我國國民之歸化申請權	國籍法第 4 條
	因配偶而生之停留、居留、定居權	入出國及移民法第 8-10、23、25、31 條；台灣地區與大陸地區人民關係條例第 16、17 條
銓敘法規	喪葬費津貼請求權	公教人員保險法第 17 條
	公務人員死亡後配偶之撫慰金請求權	公務人員退休法第 18 條
	公務人員撫卹金請求權	公務人員撫卹法第 8 條
	配偶陪產假、喪假	公務人員請假規則第 3 條
社會福利相關法規	遺屬年金給付請求權	國民年金法第 40 條

從上述表上所載相關婚姻制度所附隨之權利義務可知，一對異性戀伴侶於經過多年的相知相伴關係後，一旦決定步入紅毯的另一端，在符合我國民法有關結婚之規定下，即可締結由政府認可之有效婚姻，亦可享有基於結婚制度之下附隨而來的權利與義務。但是一對相遇相知相愛的同性伴侶，卻永遠無法享受等同於異性戀婚姻之權利與好處，使得同性伴侶在社會上、法律上仍然是兩個陌生人。若同性伴侶與異性戀伴侶唯一不同之處僅在於「性傾向」之不同，那是否可以基於這唯一一點的理由，就剝奪同性伴侶法律上之保障？同性伴侶若可以結婚，不僅是代表「同性婚姻」等同於「異性婚姻」這無形精神的認可，更代表同性伴侶也能得到財產分配、繼承、社會津貼、稅賦優惠、醫療照護、保險給付、取得國籍、訴訟權益等法律上所保障的利益，而使同性伴侶的生活能夠更加穩定，有助於同性戀者的自我發展及社會認同，因此，現代社會中婚姻制度所附隨之權利與好處，更有助於同性伴侶對於取得「同性婚姻」認可之追求。

第二節 同性婚姻合法化之正反雙方論點

對於同性伴侶追尋同性結合甚至是同性婚姻的需求有所理解之後，接下來產生的問題是，既然同性伴侶的此種需求可帶來好處且有必要，為什麼直到目前為止，仍有許多國家對於同性婚姻採取禁止的態度？本文認為，目前多數國家仍無法推動同性婚姻合法化之主要理由，在於仍有許多人認為同性戀是違反人性且沒有道德的，換言之，絕大多數反對同性婚姻者，其「原始」的理由就是「反對同性戀」，對於同性戀或者是其想像中同性戀者的種種行為之厭惡，而不是基於理性或是事實而反對同性婚姻，這些人可能根本不瞭解某些確有依據的反對看法為何，據此，本文以下介紹同性婚姻的正反面理論，並對於反對看法加以反駁，同時也可呼應下一章有關美國司法判決中的判決理由。

第一項 反對同性婚姻者的看法

第一款 婚姻「本質」的要求

反對同性婚姻最主要也爭論最久的論點，就是所謂的「婚姻」的「本質」就是「一男一女」結合的「異性戀婚姻」⁵⁰，其認為，從人類的歷史⁵¹、自然法則⁵²、甚至是宗教傳統⁵³來看，婚姻就是一種肩負繁衍的性結合關係，所以必須是一夫一妻的異性戀伴侶所組成。雖然說不可否認地，打從人類存在以來，同性伴侶關係就已經存在，但是歷史上卻鮮少證據證明對於婚姻的「法律上定義」包括同性婚姻。同性婚姻僅在某些時代以及文化中，以例外的形式受到政府所認可。John Witte, Jr.教授即主張：「假如一種制度兩千年以來均為普羅大眾所實踐，那麼改變的理由就必須非常強大。」所謂的婚姻制度並非由人類文明所組成的政府所「發明」的，遠在政府組成之前，先人依據自己的需求即組成婚姻，事後才經由宗教所認可。直至今日為止，也尚未發現其他制度足以作為「一男一女」婚姻的替代品⁵⁴。

第二款 允許同性婚姻將造成「滑坡效應」(slippery slope)

反對同性婚姻者的另外一種論點是：假如政府允許同性婚姻，那麼接下來哪些族群也會開始要求開放婚姻制度與他們？「一夫多妻」的需求者可能就在不遠的前方，「多男多女」族群也有可能開始要求婚姻制度的承認，接下來年輕男孩可能會要求娶自己的機車，女孩可能要求嫁給自己的小馬，這個持續性的「滑坡」會有因而終止的一天嗎？⁵⁵

⁵⁰ WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., *Supra note 24*, at 89-104

⁵¹ *Id.* at 91-96.

⁵² *Id.* at 99-98.

⁵³ *Id.* at 98-104.

⁵⁴ ALLENE PHY-OLSEN, *SAME-SEX MARRIAGE* 115-117 (2006).

⁵⁵ *Id.* at 80.

第三款 同性婚姻無生殖能力，違反自然法則

就生殖以及繁衍的問題，光從科學的角度來看，這的確是同性伴侶現階段無法辯駁的事實，縱使將來的科學技術能進步到使「兩男」或「兩女」也能夠生兒育女，也不是現階段可以處理的問題。同性婚姻的支持者常常提出的反駁論點為：既然現階段國家政府已不再倡導婚姻必須要以生兒育女作為主要目的，不孕夫妻、老年夫妻或者是不願生兒育女的夫妻在社會上也不少見，則繁衍已經不是婚姻制度所要達成的唯一目標，法律既然容許不能生殖或不願生殖的「一男一女」結為夫妻，那又為什麼反對無法生殖的「同性伴侶」結婚呢？況且同性戀者本來就是人口組成的少數，更遑論對於人類之繁衍造成「威脅」？

針對上述看法，Richard Wilkins 教授認為：「異性結合才能生殖，即使是不孕的一男一女，本質上也和同性伴侶的結合不同。異性戀伴侶本質上就有『生殖的生理潛力』(biological potential for reproduction)，光是這種生殖的潛力，就足以讓社會有足夠的利益寧願選擇有生殖潛力的關係，而不是不具有潛力的同性結合關係。」⁵⁶

第四款 同志婚姻組成之家庭不符合「子女之最佳利益」

為什麼婚姻制度存在於世界的各個社會中？為什麼家庭鼓勵並安排其成員結婚？為什麼宗教替婚姻進行特別儀式？為什麼政府給予已婚者許多的權利與利益？其實答案很簡單，婚姻存在的目的在於創造一個合適的空間，讓子女安心出生、養育，並充實其生活。就是因為婚姻負有養育下一代這個重要的使命，政府及國家才願意賦予締結婚姻者那麼多的權利與利益⁵⁷。因此接下來的問題是，同性婚姻組成之家庭真的適合養育子女嗎？

反對同性婚姻者認為，家庭中有一個足以教育、領導子女的「異性戀角色模型」(heterosexual role model)才符合「子女之最佳利益」，並有助於子女克服轉化成「異性戀成人」的困難。當反對同性婚姻者主張，禁止同性伴侶領養小孩才符合子女之最佳利益時，代表其認為同性戀者並不是一個適合的「角色模型」(role model)，對他們來說，同性戀者欠缺為人父母的技巧，於同性家庭生長下的小孩也會成為同性戀者，以及同性戀者可能會猥褻小孩。在這種角色模型的理論下，父母角色是未成年子女行為及生活方式的主要模仿對象，而同性戀者的生活方式會影響未成年子女的道德以及性別發展，因此同性伴侶並非合適的角色模型。甚至有一種說法指出，因為多數的未成年子女最終都會成為異性戀者，因此，對於未成年子女來說，擁有一個有助於其成長為「異性戀成人」的異性戀角色模型，

⁵⁶ *Id.* at 114.

⁵⁷ *Id.* at 83.

才會符合「子女之最佳利益」，這種看法也暗指同性伴侶無法提供子女青春期與異性相處的教育與指導⁵⁸。

這種想法顯示在我國的司法實務。我國民法第 1079 條第 1 項規定：「收養應以書面為之，並向法院聲請認可。」桃園一對夫妻已育有兩名未成年子女，但是於 2007 年又新添一名女嬰，此對夫婦因家中經濟狀況問題，因此與母親的姊姊訂立收養契約，將此名女嬰出養給姊姊，並向法院申請認可，特別之處在於收養人為女同性戀者，並與其伴侶同居，桃園地方法院做出 96 年度養生字第 81 號裁定⁵⁹，認為：「領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，兒童日後在學校或同儕間，若其性別認同、性向扮演、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（諸如同學的作弄及取笑），而這些都是兒童自己要獨自面對的，非其他成年人可以隨時在旁邊排解的，成年人是否應思考不能只為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、拒絕及選擇能力的兒童置於一個可預期他（或她）將可能承受來自學校或同儕負面壓力環境中，此對兒童誠屬不公兒童…在成長過程中係透過日常生活周遭人事物之模仿及學習一點一滴養成人格，而雙親為兒童最親密接觸者，兒童不論在性別認同、性向扮演、角色定位、人格發展、情緒認知、群我關係以及社會性處境，都容易受雙親影響，把雙親當作榜樣。」因此結論認為留在本生家庭較其出養為有利。

從法院對於同志伴侶收養子女的看法觀之，即可得知法院認為若未成年子女於同性家庭中成長，會使未成年子女模仿同性雙親的性傾向，而對其性傾向產生不利的影響，不符合子女之最佳利益，因而認為同性伴侶不適宜作為未成年子女的收養人。

第二項 支持同性婚姻者的看法

第一款 婚姻「本質」論的與時俱進

於本章第一項中，本文已經對於歷史上的同性結合關係作了初淺的介紹，即使是反對同性婚姻者，也無法否認於歷史上，同性結合關係的確普遍存在，於是接下來其提出的論點為：即使歷史上的同性關係普遍存在，但是卻鮮少有某個國家或文化，合法地認可同性婚姻的存在。而既然多數時代與文化中對於同性婚姻

⁵⁸ Laura A. Turbe, *Florida's Inconsistent Use of the Best Interest of the Child Standard*, 33 Stetson L. Rev. 369, 385-87 (2003).

⁵⁹ 關於本號裁定之詳細評論，參見：林孝穎，〈同志收養未成年子女之研究—理論基礎與政策方向〉，中原大學財經法律學系碩士學位論文，2010 年；郭書琴，〈從「伴侶」到「父母」論身分法規範重心之轉變—兼評 96 年度養生字第 81 號裁定〉，《成大法學》第 20 期，2010 年 12 月，第 75 頁以下；Maurice's barbaric YAWP，〈桃園地方法院駁回女同性戀者收養子女聲請的判決評論〉，2007 年 9 月 27 日，網路資料：<http://narzissmus.pixnet.net/blog/post/8557075>，最後瀏覽日期：2012/5/31。

並未採取寬容的態度，代表所謂婚姻的「傳統」及「本質」仍舊是「一男一女」的「異性戀婚姻」，而不容許同性婚姻加以介入。

首先，本文認為，反對看法的論證是有問題的，所謂對於「傳統」或「本質」的解釋，是立基於我們對過往歷史的認識，換言之，就是因為過往歷史均是認為「某物」是如此，因此處於現代的我們認為「某物」的「傳統」也是如此；簡單的來說，反對同性婚姻者以「婚姻的傳統」作為理論基礎，就是告訴其他人：「以前就是這樣，現在也必須是這樣，而且永遠不能更改！」。但是這種論理忽略了「傳統」未必符合時代的潮流，不然「裹小腳」的陋習不會遭受摒棄，「髮禁」的限制也不會因而開放。

其次，反對同性婚姻者亦沒有否認，同性婚姻於某些時代以及文化中，以例外的形式受到政府所認可，而其亦承認所謂的「婚姻制度」，是基於長久以來的社會文化所「建構形塑」而成，換言之，若某種文化或國家對於同性婚姻抱持容許的態度，代表該種文化或國家社會中已「形塑」出一種「專屬」於該文化或國家的婚姻制度之「特殊樣貌」。那麼以現今世界來說，荷蘭（歐洲）、比利時（歐洲）、西班牙（西歐）、加拿大（北美）、南非（南非）、挪威（北歐）、瑞典（北歐）、葡萄牙（西歐）、冰島（北歐）與阿根廷（南美）均已承認同性婚姻之合法性，這 10 個承認同性婚姻的國家遍及除了亞洲以外的其他洲，是不是就是代表目前世界已逐漸形成一種「婚姻不僅只是異性戀婚姻」的「社會形塑」？那麼這些「婚姻本質論」的主張，是否仍有堅守之必要？

第二款 「滑坡效應」的推論太過單純

如同之前所提過的，反對同性婚姻者認為允許同性婚姻將造成「滑坡效應」，認為同性婚姻基於過去歷史、宗教、自然法則而被禁止，因此其他不正常的結合關係，諸如戀童婚、一夫多妻制、人獸婚等等也當然被禁止；反之，若同性婚姻被承認進而合法化，其他不正常關係的信徒則亦將接踵而至的要求婚姻關係的承認，而政府並沒有拒絕之理由。

反駁看法認為，前述「滑坡效應」的論點太過於單純，單純地認為婚姻制度的建構以及演進是一種「二擇」(either-or)理論，其單純的認為，對於某種制度的採納，完全基於「全有全無」的概念，而忽略了在制度演進或採納的過程中，對於該種制度的辯證與協調。任何對於婚姻制度風俗律法的改變，都會先遭遇適當、甚至是嚴格迫切的檢驗，也正是如此，目前對於同性婚姻合法化的討論才會如此的劇烈。任何一種建立已久的制度不會說變就變，一定是經過漫長時間的考驗才有可能產生變革，尤其是基礎如「婚姻制度」的情形，社會必須問很多問題才有可能促成婚姻制度的革新，諸如：改變是否有助於政府利益之達成？改變是否對於人類健康及幸福有正面的助益？改變是否可以像婚姻一般，由兩個心智健

全的成年人加以締結⁶⁰？簡單的以例子來說，就是：即使政府容許同性婚姻，我們也不會「立即」遭受戀童癖者要求開放婚姻制度，而必須容許「童婚」合法化。

以反對同性婚姻者最常主張的「近親婚」以及「一夫多妻」為例，首先要陳明的是，禁止「近親婚」以及「一夫多妻」的理由與禁止「同性婚姻」之理由並不相同，是否讓「近親婚」以及「一夫多妻」制度再次受婚姻制度的保障，必須要檢驗當時限制的理由為何，而不是看同性婚姻開放後，就隨之開放。一般而言，禁止近親結婚的理由其一在於「優生學」的考量，認為親等太近者結婚，將會因發後代子孫先天生理上的缺陷或疾病。其二，縱使因為科學醫療的進步，有關優生的缺陷得以彌補，近親婚仍會破壞原有的親屬關係，婚姻關係既是以兩個人的親密伴侶關係為中心而創設出一連串的權利義務，原本已經是親屬關係者，若又成為夫妻，則家人將如何面對此關係的轉變？且原本的親屬關係或許已經賦予當事人間特定的權利義務關係，若又締結婚姻，則原本的權利義務關係必定與因婚姻而成立的權利義務關係相衝突，而導致無謂的混亂⁶¹。而這些問題均是允許同性婚姻所不會產生的。

至於「一夫多妻」制度，美國歷史上的一夫多妻家庭顯示出很嚴重的「兒童新娘」(child bride)問題，最近一份針對 27 對一夫多妻制家庭的研究顯示，有 54.9% 的妻子結婚時的年齡介於 15 至 19 歲之間；15.7% 的年齡介於 20 至 24 歲之間，在一夫多妻制家庭中所成長的小孩因為不瞭解其他類型的生活方式，從小被灌輸一個觀念：「最好在年輕時就嫁掉，避免成為其他人的第 3 任或第 4 任妻子」。此外，強迫年輕女性結婚、兒童的性侵害、性虐待及亂倫事件也屢見不鮮；一夫多妻的家庭制度極度「男尊女卑」，面對這樣的社會型態，因為女性缺乏教育以及工作機會，造成女性很難從這種家庭的困境中逃離；又因為男尊女卑，女性缺乏工作機會，家庭中多位子女以及妻子的經濟開銷全由男性負責，造成多數一夫多妻制的家庭亦普遍貧窮⁶²。

就我國而言，民法親屬編於民國 19 年制訂公布，其第 985 條規定：「有配偶者不得重婚」，而違反該規定時，利害關係人得向法院請求撤銷。此條規定故係為維護一夫一妻制度，然於利害關係人故意不撤銷後婚姻時，將造成「一夫多妻」制之產生⁶³，故我國於民法親屬編修正前，確實會有一夫多妻制存在之可能，然「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障...婚姻自由雖違憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。⁶⁴」法律禁止一夫多妻制度之理由與禁止同性婚姻之理由

⁶⁰ ALLENE PHY-OLSEN, *Supra note 54*, at 80

⁶¹ 杜承翰，前揭註 48，第 97-98 頁。

⁶² Hema Chatlani, *In Defense of Marriage: Why Same-Sex Marriage Will Not Lead Us Down A Slippery Slope Toward The Legalization of Polygamy*, 6 APPALACHIAN J.L. 101, 129-132 (2006).；王峻彬，前揭註 49，第 110 頁。

⁶³ 戴炎輝、戴東雄和著，《親屬法》，2002 年 8 月，第 101 頁。

⁶⁴ 司法院大法官解釋釋字第 552 號就是理由書參照；另對於一夫一妻制度之闡釋，可參照：陳

截然不同，同性婚姻之所以被禁止，是因傳統觀念認為同性戀者並不具備婚姻主體資格，以及同性婚姻不符合傳統婚姻定義；而一夫多妻制度之所以產生男女不平等種種狀況，主要是因為「婚姻主體數目」的問題，此問題與同性婚姻無關。據此，認可同性婚姻並不會因此造成一夫多妻制度的復活⁶⁵。

第三款 同性婚姻與生殖能力無關，並非不自然

首先，將「婚姻」以及「生殖」結合本身就是一件很奇怪的事情，同性婚姻的支持者承認同性結合並不能繁衍後代，但是這與「婚姻」何關？結婚的動機在今天所有的法治國家中，都和生兒育女扯不上邊，兩個人要結婚的念頭或許是因為愛而生的，但婚姻的承認、效用，以及附隨而來的權利與義務，都不會因為兩個人生兒育女的規劃和能力而有所不同⁶⁶，兩個並未結婚的男女可以生兒育女，在未有政府承認的婚姻關係存在前，男女也可以自然的繁衍後代，若認為「生殖」必須伴隨者「婚姻」才可能發生，則人類早應在婚姻制度存在前即已滅亡。「同性結合影響人類繁衍」的觀點之所以被提起，並不是因為支持者認為這種觀點是對的，而是因為這種觀點聽起來似乎可以很有效的詆毀同性關係⁶⁷。

至於所謂違背自然法則的說法，「自然法則」應可解釋為「天性如此」，就是因為多數人生下來就是異性戀者，所以認為同性戀者是違反自然的。此種看法似乎把人想的過於簡單，忽略了人類的複雜性，以及歷史上確實存在的證據。許多人都曾經受同性所吸引，同性性行為也在許多不同物種的身上發現過，雖然比起來仍是少數，但是不管在哪種時代或社會文化背景中，同性戀關係均以一定的比率中持續不斷地出現。對於同性性行為的詆毀，就等同於對過往事實的否認。另外，所謂的「同性戀」應是指其「傾向」(orientation)而非其「選擇」(choice)，換言之，同性戀者之所以為同性戀，並不是他們「選擇」喜歡同性的人，而是「不得不如此」，現代多數的同性戀者並不認為自己的性傾向是「不自然」或者是「不道德」的，許多同性戀者更指出若同性戀傾向是可以選擇的，他們願意選擇更像一般異性戀者，但遺憾的是其並沒有選擇權⁶⁸，這種性傾向是由「自然之母」(Mother Nature)，更宗教一點，是由「上帝」(God)所給予的⁶⁹，而既然其天生上就是如此，如何違背自然法則可言？有些同性戀者從小時候就知道自己與其他人不同，一位女同性戀者可能從來不質疑自己為什麼喜歡女性，而是質疑為什麼上

惠馨，〈從大法官會議第 242 及第 362 號解釋看我國一夫一妻婚姻制度之困境〉，收錄於《固有法制與當代民事法學—戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集》，1997 年 8 月，頁 367 以下。

⁶⁵ 杜承翰，前揭註 48，第 97 頁。

⁶⁶ 林賢修，《看見同性戀》，1997 年 2 月，第 79-80 頁。

⁶⁷ 張宏誠，《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，2002 年 6 月，第 65 頁。

⁶⁸ 相同看法，可參見：林賢修，前揭註 66，第 96-98 頁。其指出同性戀者對自身性傾向若可以選擇的假設，不但點出了同性戀者對應社會歧視所遭遇的挫折（為什麼要歧視我？我又不是故意的），同時也洩漏了同性戀者歧視自己的心態（要是可以選擇可以改，我才不願意當同性戀）。

⁶⁹ ALLENE PHY-OLSEN, *Supra note 54*, at 80-82

帝將其靈魂裝在一個女性的軀體裡。

第四款 同性婚姻組成的家庭未必無助於達成「子女之最佳利益」

同性伴侶無法繁衍後代，但不代表他們就不能養育兒女，美國研究發現，事實上過去 15 年組成同性家庭的伴侶中，大約有三分之一的家庭有子女，其中包括出生於原本異性戀關係的子女、收養而來的子女、透過人工受精或代理孕母而出生的子女⁷⁰。一個人的「性傾向」與其是否會成為一個好的父母並無關係。學者 Charlotte J. Patterson 即提出報告指出，同性戀者與異性戀者在心理健康以及養育子女之能力上並無分別，同性戀者間的性關係並不會減損其養育子女之能力或不足以成為合適的父母⁷¹。

由同性家庭扶養長大的小孩會不會成為同性戀？由同性家庭扶養長大的男孩會因此而女性化嗎？女孩會因此男性化嗎？社會科學的研究報告告訴我們答案是「否定」的，證據指出由同性家庭扶養長大的子女並不會在性別認同、性別角色行為或是性傾向的成長上遭受困難，事實上，由同性家庭扶養長大的子女，相較於由異性戀家庭所扶養者，並不會遭受更多人格發展的問題。

另外一個反對同性家庭扶養子女的看法認為，社會對於同性戀者的偏見及污名化，將會對子女形成不利的後果，諸如子女可能會遭受同儕的排擠、霸凌及嘲笑，事實上這種看法的確不利於子女最佳利益的考量，然而不可否認的是，子女在成長的過程中，往往會因為與同儕具有各種不同的差異性而遭受排擠，此種差異可能包含不同家庭、種族、文化、社會經濟等結構，而不僅限於是不是由同性家庭扶養長大的差異性⁷²。

更有一種看法指出，由於想要擁有子女的同性伴侶，相較於異性戀婚姻，必須花費更多的精力、時間或是金錢向法院請求認可收養、爭取子女的監護權，或者是利用人工生殖的方法生兒育女。因此可以確保的是，不像那些在單親家庭中成長的子女，這些子女將會在兩個深愛彼此的成人家庭中長大；每對願意養育子女的同性伴侶，都必須要付出額外的成本，甚至克服法律的負擔之後，才能擁有子女，同性家庭絕對不會像某些異性婚姻一樣，在偶然或是毫無準備之下就迎接子女的誕生，因此這些孩子可能特別被重視、教導以及養育⁷³。

Charlotte J. Patterson 研究 37 個未成年子女由女同性戀家庭扶養的例子後指出，在女同性伴侶家庭中成長的未成年子女，相較於一般家庭成長的子女，在社會適應、行為、性角色發展的領域中並無太大不同，唯一較有不同的地方是「自

⁷⁰ *Id.* at 83-84.

⁷¹ Charlotte J. Patterson, *Lesbian and Gay Parenting*,

<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting.aspx> (accessed May 25, 2012).

⁷² Laura A. Turbe, *Supra note 58*, at 388-89

⁷³ ALLENE PHY-OLSEN, *Supra note 54*, at 83-84

我概念」(self concept)的部分。所謂的自我概念，是指未成年子女如何看待自己或對自己的感受如何，在女同性伴侶家庭中生長的未成年子女，普遍表現出更多經歷「壓力」的徵兆，更願意說出自己的感受，其中包括生氣、恐懼、及不滿；但這些未成年子女同樣地也更容易表達良好的情緒(well-beings)，其中包括快樂、滿足、以及舒服感。對於這種「自我概念」的不同可能有兩種解釋，一種認為在女同性伴侶家庭中生長的子女，的確遭遇更多的壓力，但是就如同多數人克服壓力後所產生的情緒一般，未成年子女於克服困難後也會產生正面的情緒；另外一種解釋認為在女同性伴侶家庭中生長的未成年子女，就是單純地更能夠表達自己的情緒，不論是正面或者是負面情緒。

值得一提的是，在同性伴侶家庭環境中成長，能協助未成年子女，體會社會上少數團體所面對的問題，連帶使其瞭解欣賞人的多元性，並更能理解、包容、適應差異性。男性或女性的傳統角色，同性家庭必須以其他方式來達成，對於未成年子女，會擴張其性別角色觀念，比較能彈性面對傳統性別角色，不再侷限男主外女主內的分工模式。另外，在家事勞動的分配上，雖然女同性伴侶家庭扶養未成年子女是件辛苦的事，但伴侶均願意花費較多的心力，彼此分擔家事及共同照顧未成年子女，相較於多數異性戀家庭在男女家事勞動分配的「不公平」，這種家事勞動分配上的「平等」，對未成年子女的成長有正面的助益⁷⁴。

總結來說，某個家庭或成長環境是否符合「子女之最佳利益」，應就「個案」而視。我國民法第 1055 條之 1 即規定：「法院為未成年子女權利義務之行使與負擔之裁判時，應審酌子女之年齡、性別、健康情形、意願；父母之年齡、職業、品行、健康狀況、經濟能力；父母與子女之生活情形及感情狀況等因素，以子女之最佳利益為考量而裁判。」換言之，所謂子女最佳利益的決定，是附隨於該名子女之個別情形、該名子女與父母之間的關係，以及該名子女周遭情狀的一種綜合判斷，具有「專屬」於該名子女的性質，無法「放諸四海皆準」，對於某 A 子女為最佳利益的情形，可能對於某 B 子女並不合適。因此，「子女最佳利益」的決定，必須視「個案」而定，反對同性婚姻者主張同性伴侶組成的家庭就「必定」不利於子女最佳利益的看法，是「一竿子打翻一艘船」，忽略了每名子女都是不同個體，不能一概而論的觀點。

第三節 小結

本章探討同性婚姻是不是具有「正當性」，首先提及同性戀者是不是具有同性結合的需求。從歷史的觀點來看，不管在何種時代或者是何種社會文化中，同性結合的關係始終存在未曾斷絕，雖然說中世紀到近代，西方社會曾強力打壓迫

⁷⁴ Charlotte J. Patterson, *Adoption of Minor Children by Lesbian and Gay Adults: A Social Science Perspective*, 2 Duke J. Gender L. & Pol'y 191, 202-204 (1995).

害同性戀者，但是同性關係卻未因此而減少或消弭；而在現代社會中，婚姻制度有助於社會、家庭的穩定以及子女養育，因此政府或國家賦予婚姻制度諸多權利及利益，而這些權利或利益不應僅由異性戀婚姻所享有，故越來越多國家允許同性婚姻，使同性伴侶能享有與異性戀婚姻相同的權利。

反對同性婚姻者主張，婚姻傳統本質上就是一男一女的結合、允許同性婚姻會造成「滑坡效應」，使一夫多妻制或是近親婚等過去已被淘汰的觀念死灰復燃、同性婚姻並無生殖能力，違反自然並且可能造成人類繁衍上的困難、同性婚姻組成的家庭不符合「子女之最佳利益」，對於子女會造成負面的影響。支持同性婚姻者則提出反駁論點主張，從過去歷史來看，婚姻從來不是只有「異性戀婚姻」，婚姻既然是由社會建構而成，那隨著時代的推移，對於婚姻的定義也應該會有所不同，所謂「婚姻本質」的說法站不住腳；婚姻制度的改變革新，必須要經過長時間的考驗。「一夫多妻」或是「近親婚姻」是否會死灰復燃，絕對不是因為政府是否允許「同性婚姻」與否，而是在於當代社會風俗文化對於該種制度的接受態度，「滑坡效應」的推論太過單純，忽略了制度建立的思想推演與形成過程；現階段同性性行為雖然確實沒有生殖能力，但是婚姻制度的建立目的從來就不只是為了「繁衍後代」，將「婚姻」與「生殖」掛勾而反對同性婚姻，本身就是很弔詭的說法。而同性戀者既然「生而如此」，又有何違背「自然」可言？相較於異性戀家庭中生長的子女，同性婚姻中生長的子女或許有少數不同之處，但是研究指出此種不同未必全然是負面影響，相反地也帶有許多正面的助益，對於子女最佳利益的判斷，必須因個案而有所不同，反對論者認為同性婚姻組成的家庭對子女即屬不利的看法，忽略了子女、父母以及生長環境的多樣性。

第三章 美國有關同性婚姻法制與判決的介紹分析

雖然說同性婚姻尚未受美國聯邦政府與多數州的承認，但是部分州已經將同性婚姻合法化，這些州包含華盛頓州(Washington, 2012)、紐約州(New York, 2011)、華盛頓特區(Washington D.C., 2010)、新罕布希爾州(New Hampshire, 2010)、佛蒙特州(Vermont, 2009)、愛荷華州(Iowa, 2009)、康乃迪克州(Connecticut, 2008)、麻薩諸塞州(Massachusetts, 2004)；馬里蘭州(Maryland)在2012年雖然通過允許同性婚姻的法律，但是11月舉行的公民投票有可能使該法律無效或延期；加州(California)的同性婚姻因為公投修憲「第8號提案」(proposition 8)的緣故，僅有在2008年6月16日至2008年11月4日中間成立的同性婚姻方被允許。在美國同性婚姻的合法化均是透過「法院判決」或「立法程序」，現今尚未出現以「公民投票」之方式合法化者。截至目前為止，仍有12個州藉由法律禁止同性婚姻；30個州藉由該州憲法禁止同性婚姻。

美國同性伴侶開始追求同性婚姻的合法化始於1970年代，但是到了1993年夏威夷州法院於 *Baehr* 案¹中判決認定禁止同性婚姻之法令違憲之後，同性婚姻合法化的運動才蓬勃發展起來，也因為如此，美國聯邦於1996年制訂「婚姻防衛法」(Defense of Marriage Act)，明文規定婚姻僅限於一男一女之結合，並禁止州與州之間互相承認彼此的合法同性婚姻。經過數十年來的努力，越來越多州承認同性婚姻的合法化。2012年5月9日，現任美國總統歐巴馬(Barack Obama)在接受美國廣播公司ABC訪問時表示，他認為同性伴侶應獲准結婚。其表示：「我對這個問題的看法在不斷演變，我一直堅定地認為，美國的同性戀者應當受到公平公正的對待，這也是為什麼們對於美軍『不問，不說』(don't ask, don't tell²)或者是不再為『婚姻防衛法』辯護…我對於同性婚姻合法化的問題一直有所猶豫，因為我以前覺得『民事結合』(civil union)就已經足夠…但是我必須告訴你，經過那麼多年的過程，我和我的朋友、家人、鄰居談過之後，當我想到我的幕僚成員與其同性伴侶沒辦法結婚，沒辦法一起扶養小孩；當我想到那些為我們奮戰的軍人，因為沒辦法與同性伴侶結婚而感受束縛時，從某種程度上來說，當然這只是個人看法，就是我要向前邁進一步並肯定地表示，我認為同性伴侶應該能結婚。」³，於此訪談之後，民意調查指出美國支持同性婚姻的民意已上升至五成三⁴。

¹ 參見本文第二章第二項第一款之說明。

² 美軍1994年至2010年間對待軍隊內同性戀者的政策，由時任美國總統的柯靈頓(Bill Clinton)所提出。此政策的核心為，美國政府雖不支持同性戀者參加軍隊，但軍隊長官不得詢問軍隊成員的性傾向(不問)；同時，同性戀者只要不主動表示其性傾向(不說)，軍隊並不會試圖揭露、開除同性戀者。惟此項政策已經美國現任總統歐巴馬於2011年7月22日認證廢止，並於同年9月20日正式生效。

³ *Obama says same-sex couples should be able to marry*, BBC, 9 May, 2012 (<http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-18014102>, accessed May 29, 2012)；台灣性別人權協會，〈美總統第一人 歐巴馬：支持同性伴侶結婚〉，2012年5月10日，網路資料：http://gsrat.net/news/newsclipDetail.php?ncdata_id=9366，最後瀏覽日期：2012/5/29。

⁴ 社論，〈彩虹旗下的心疼與省思〉，聯合報A2版，2012年5月26日。

於瞭解同性婚姻合法化確有其正當性後，就法律層面來看，美國因為聯邦及各州對於同性婚姻之探討各有不同，且經歷多次公民投票及司法判決，其中產生正反不一的結論及理由，對於深受美國影響的我國憲法，應有一定值得參考及效法之處，故本章則就美國同性婚姻法制與判決為初略之介紹，期能對我國憲法層次下的同性婚姻問題，產生些許的啟發與思辯。

第一節 美國聯邦—婚姻防衛法(Defense of Marriage Act)

第一項 立法過程與條文內容

於 1993 年 *Baehr* 案認定禁止承認同性婚姻可能違憲之後，美國各州即開始醞釀透過立法明文禁止同性婚姻，另外因為夏威夷州正式承認同性婚姻之可能性也逐漸提高，引發美國聯邦政府與其他各州擔心，基於美國憲法第 4 條第 1 項「完全之信賴與尊重條款⁵」(Full Faith and Credit Clause)，將迫使美國其他州必須承認夏威夷州同性婚姻的效力。1996 年 5 月 7 日，喬治亞洲的共和黨眾議會議員 Bob Barr 在向眾議院提出制訂「婚姻防衛法」的請求，同時間奧克拉荷馬州(Oklahoma)的參議員 Don Nickles 則向參議院提起相同請求。期間參、眾兩院分別召開多次聽證會，由於共和黨全力支持此項提案，眾議院於 1996 年 7 月 12 日以 342 票贊成、67 票反對（其中民主黨 188 票贊成、65 票反對）通過；參議員於同年 9 月 10 日以 85 票贊成、14 票反對（其中民主黨 32 票贊成、14 票反對）通過，當時美國總統柯靈頓(Bill Clinton)於同年 9 月 21 日簽署，該法正式生效。

「婚姻防衛法」全法共分 3 條：第 1 條為法律名稱，即「婚姻防衛法」；第 2 條規定「保留給各州之權利」(powers reserved to the states)，規定：「美國各州、自治區、屬地，以及印地安保留區，對於其他州、自治區、屬地，以及印地安保留區尊重同性戀之間的伴侶關係，並且立法承認其為『同性婚姻』的任何相關法律、記錄或司法程序，均有權決定是否賦予其法律上之效力。」(No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship.⁶)；第三條規定「婚姻之定義」(definition of

⁵ U.S. CONST. art. IV, §1.該條規定：「各州對於他州之法律、記錄與司法程序，應有完全之尊重與信任。國會得以一般法律規定該項法律，記錄與司法程序之證明方法及其效力。」(Full faith and credit shall be given in each state to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state. And the Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records, and proceedings shall be proved, and the effect thereof.)。以同性婚姻的爭議為例，若 A 州容許同性婚姻，則基於「完全之信賴與尊重」，B 州必須要承認在 A 州成立的同性婚姻。

⁶ Defense of Marriage Act, Pub. L. No. 104-199, §2, 110 Stat. 2419 (1996)(codified 28 U.S.C. § 1738C).

marriage)，規定：「美國國會制訂的任何法律，以及各行政機關制訂的行政命令等，其中凡涉及『婚姻』者，均指『一男一女間，以丈夫與妻子的身份成立的法律上的結合關係』；凡涉及『配偶』者，均指『不同性別』的丈夫或妻子其中之一。」(In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word `marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word `spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.⁷)。簡而言之，「婚姻防衛法」的規範重點有二：其一為明確規範婚姻僅限於「一男一女之結合」；其二為美國各州不能承認於其他州成立的同性婚姻，舉例而言，若某同性伴侶在麻州合法成立同性婚姻，依據「婚姻防衛法」之規定，加州政府無權承認在麻州成立的同性婚姻。

第二項 政策與態度的轉變

共和黨出身的小布希(George W. Bush)維持前朝政府的作法，繼續維護「婚姻防衛法」的施行⁸，在 2004 年，鑑於許多案件挑戰「婚姻防衛法」的合憲性，甚至試圖推動憲法增修，希望將婚姻僅限於一男一女的限制，規定於憲法增修條文之中⁹，但是因為「婚姻防衛法」並未被宣告違憲而仍然存在，故增修憲法並無必要¹⁰。在小布希政府時期，政府曾多次為「婚姻防衛法」辯護，其中包括華盛頓州的破產案件 *In re Kandu* 案¹¹，以及佛羅里達州的 *Wilson v. Ake* 案¹²。

民主黨出身的歐巴馬政府於競選期間即主張廢除「婚姻防衛法」，然於上任初期的 2009 年，司法部(Department of Justice, DOJ)依然維持過去的作法在法院案件中為「婚姻防衛法」辯護，不少人權團體則上書要求政府應遵守選舉前的承諾。2011 年 2 月，歐巴馬政府提出聲明指出，基於性傾向所為之差別待遇應適用更嚴格的審查基準，因此認定「婚姻防衛法」應該無法通過合憲性的檢驗，雖然在該法尚未經國會廢止或法院判決廢棄前，政府仍有執行該法之權責，但是司法部於法院訴訟中，決定不再為「婚姻防衛法」進行辯護，但是美國政府於目前

⁷ Defense of Marriage Act, Pub. L. No. 104-199, §3, 110 Stat. 2410 (1996)(codified 1 U.S.C. §7).

⁸ 關於小布希政府對於同性婚姻的看法，參見：陳荔彤，〈美國最高法院同性行為除罪化與同性婚姻合法化的最新發展〉，《月旦法學雜誌》第 104 期，2004 年 1 月，第 214-216 頁。

⁹ *Bush calls for ban on same-sex marriages*, CNN, February 25, 2004.(http://articles.cnn.com/2004-02-24/politics/elec04.prez.bush.marriage_1_single-state-or-city-marriage-rights-marriage-licenses?_s=PM:ALLPOLITICS, accessed May 28, 2012).

¹⁰ Lesile Hoffecker, *Bush won't lobby for Amendment*, LOS ANGELES TIMES, January 17, 2005.(http://articles.orlandosentinel.com/2005-01-17/news/0501170143_1_same-sex-marriage-marriage-act-defense-of-marriage, accessed May 28, 2012).

¹¹ 315 B.R. 123 (Bkrcty.W.D.Wash.,2004.)。在加拿大結婚的女同性伴侶在美國華盛頓州訴請共同破產保護，法院判決「婚姻防衛法」並未違反平等保障條款與正當法律程序，判決駁回請求。

¹² 354 F.supp.2d 1298 (M.D.Fla.,2005.)。在麻州合法結婚的女同性伴侶，認為「婚姻防衛法」及佛羅里達州法禁止承認同性婚姻之法律違憲，法院依據合理審查基準，認定「婚姻防衛法」與佛州法律並未違背平等保障條款與正當法律程序。

繫屬中的案件中，仍會繼續維持當事人的地位，讓法院能夠針對該法的合憲性提供建議，也容許其他部門，例如國會，能夠參與訴訟為「婚姻防衛法」進行辯護¹³。

第三項 法院對於婚姻防衛法的最新見解—Massachusetts v. U. S. Dept. of Health and Human Services 案

2012年5月31日，聯邦上訴第一巡迴法院(United States Court of Appeals for The First Circuit)於 *Massachusetts v. U.S. Dept. of Health and Human Services* 案¹⁴ 中，以3比0無異議認定「婚姻防衛法」違憲。值得注意的是，法院並未適用嚴格審查基準，而僅說明會「仔細審查」(scrutinize with care)系爭法令是否具有合法的政府利益，以及手段與目的間的關係。法院認為，婚姻防衛法禁止同性婚姻，形同禁止同性伴侶於聯邦的層級中合併報稅節省金錢、領取社會安全遺眷福利、享有醫療照護以及其他福利，否定同性伴侶享有與異性婚姻相同的福利¹⁵。且並無助於達成其所聲稱的政府利益：維護婚姻的傳統意義及傳統道德。

另外，為婚姻防衛法辯護的眾議院聲稱，禁止同性婚姻可以減少對於同性婚姻的租稅優惠，有助於增加政府稅收。法院認為，姑且不論這種稅賦上的計算是否正確，此理由仍舊不夠正當，原因是因為婚姻防衛法所隔離者乃「長久以來遭受不利益之族群」(historically disadvantaged group)，基於判決先例，無法通過平等保障條款之檢驗。最後，眾議院聲稱婚姻防衛法可以確保各州的獨立統治權。法院認為，這是婚姻防衛法第2條之問題，與該法第3條「婚姻限於一男一女」之規定無關，再者，關於婚姻制度的建構與組成，美國長久以來就是交由各州自行決定，婚姻防衛法第3條之規定，反而是限縮了各州自主決定之權限。「聯邦主義」(federalism)的本質就是允許各州統治的「多元性」，各州有權決定要將何種婚姻型態合法化，婚姻防衛法代表，國會禁止在麻州合法成立的同性婚姻，享有諸如稅賦優惠、遺眷福利的聯邦利益，而這些手段無助於聯邦利益之達成¹⁶。

¹³ Marc Ambinder, *Obama won't go to court over Defense of Marriage Act*, NATIONAL JOURNAL, February 24, 2011. (<http://nationaljournal.com/obama-won-t-go-to-court-over-defense-of-marriage-act-20110223>, accessed May 28, 2012); 台灣性別人權協會，〈美不再維護禁止同性婚姻法令 同志想婚 美聯邦說OK〉，2011年2月24日，網路資料：http://gsrat.net/news/newsclipDetail.php?pageNum_RecClipData=2&totalRows_RecClipData=680&&ncdata_id=8553，最後瀏覽日期：2012/5/28。

¹⁴ 2012 WL 1948017 (C.A.1 (Mass.)).

¹⁵ Andrew Rosenthal, *Gay Marriage Inches Towards the Supreme Court*, THE NEW YORK TIMES, June 5, 2012. (<http://takingnote.blogs.nytimes.com/2012/06/05/gay-marriage-inches-towards-the-supreme-court/>, accessed June 11, 2012); 台灣性別人權協會，〈定義婚姻異性結合 麻州判違憲〉，2012年6月1日，網路資料：http://gsrat.net/news/newsclipDetail.php?ncdata_id=9644，最後瀏覽日期：2012/6/11。

¹⁶ *Supra* note 14, at 9-11.

第二節 同性婚姻合法化的美國各州

第一項 麻賽諸塞州—Goodridge v. Dep't of Pub. Health 案及後續發展

有關麻州同性婚姻合法化之過程，原則上起始於 2003 年 11 月 18 日麻州最高法院於 *Goodridge v. Dep't of Pub. Health* 案¹⁷，本案原告為包含 Goodridge 在內的七對同性伴侶，於 2001 年 3 月至 4 月間，分別向所在地的政府申請結婚證書。但均遭承辦人員拒絕，理由在於麻州不承認同性婚姻。於是其向法院提起訴訟，最終上訴至麻州最高法院。法院判決宣告州禁止同性婚姻之法律違憲，並賦予立法者 180 天的時間，依據判決內容制訂適當的法律。至 2004 年 5 月 17 日，雖然說立法者尚未制訂出允許同性婚姻之法令，但麻州政府仍依據前述判決，直接授予申請結婚之同性伴侶結婚證書。

第一款 法院見解¹⁸

第一目 何謂結婚權？

從聯邦最高法院 *Loving v. Virginia*¹⁹ 判決認定禁止黑白種族通婚違憲的的判決先例可知，假如結婚權(right to marry)不包括選擇結婚對象的自由，則結婚權將變得毫無意義。因此，假如州欠缺足夠且正當的理由阻止人民自由選擇結婚對象，進而使人民無法與心儀的對象一起分享婚姻制度中排他的承諾，則選擇是否結婚的權利，與選擇結婚對象的自由，無疑是被架空的²⁰。

第二目 手段與目的間之關連

原告主張本案涉及平等保障與正當法律程序，並應適用嚴格審查基準，然被告麻州政府則認為應適用最寬鬆審查基準。法院認為系爭規定，無論是在正當法律程序或者是平等保障條款之要求下，均無法通過合理審查基準之檢驗，因此無須再考量原告所要求嚴格審查基準之適用²¹。

被告主張禁止同性婚姻之目的在於「提供有利的生殖組合」(a favorable setting for procreation)。法院認為，婚姻法規並無獨厚異性婚姻的生殖性行為，

¹⁷ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

¹⁸ 以下針對本案之中文翻譯，參見：王峻彬，《我國同志家庭組成權法制化之研究—以美國同性伴侶判決之評析》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009 年，第 81-84 頁。

¹⁹ 參見本文第一章第三節第三款之說明。

²⁰ *Supra* note 17, at 958-59.

²¹ *Id.* at 960-61.

而將其他親密關係模式與家庭組成方式，都置於夫妻關係之下。系爭法令亦無要求結婚證書的申請人，必須有能力或意圖透過性行為生育子女。生殖並非婚姻要件，亦不構成離婚事由。況且，假如生殖確實是婚姻的必要條件，則婚姻法規應嚴格限制非婚生子女的養育，以及沒有性行為的家庭組成方式。因此，排他的、永久的承諾才是婚姻的必要條件，與子女的出生無關。「婚姻就是生殖」的主張，其實是將同性伴侶與異性伴侶之間毫無關聯的差異挑選出來，並將之轉化為婚姻的本質，州政府再根據這個特點(trait)拒絕讓同性伴侶受到婚姻的保護²²。

被告主張禁止同性婚姻之目的在於「確保子女是處於最理想的模式下生長」(children are raised in the optimal setting)。法院認為，州無權依據子女的出生處境，而分別給予子女不同程度的保護，因此禁止同性婚姻不會使異性婚姻的孩子更加安全，但卻使得同性伴侶的孩子，無法享有婚姻制度所附隨的無數優點，而這些優點在於確保家庭結構的穩固。被告亦無法提出證據證明，禁止同性婚姻將促進許多伴侶為了擁有與養育子女，而選擇締結異性婚姻，可以使結婚人數因而增加。州不能僅因為不贊同同性父母的性傾向，就以不讓其子女享有州利益保障的方式來懲罰其子女，此種作法是不合理且不被允許的²³。

被告主張禁止同性婚姻之目的在於「保留有限的州與私人的經濟資源」(conserve scarce State and private financial resources)，前者例如賦稅優惠，後者例如雇主所提供，將配偶納為保障範圍的健康計畫。同性伴侶相較於已婚配偶而言，彼此在經濟上較為獨立，因此不太需要上述經濟資源。法院認為，首先，「同性伴侶相較於已婚配偶，彼此在經濟上較為獨立」的主張，忽略許多同性伴侶實際上，仍有子女與其他諸如年邁父母等被照顧者，需要同性伴侶的照顧。被告沒有主張，亦不得主張，這些被照顧者相較於已婚配偶的被照顧者，更不需要、更不值得經濟上的援助。其次，麻州婚姻法規並無要求必須證明彼此在經濟上的依賴，始能享有婚姻的公共與私人的經濟利益，換言之，不論已婚配偶在財務上互相混雜，或確實需要依賴彼此的扶養，應該都能享有婚姻的經濟利益保障²⁴。

被告主張允許同性婚姻將「使婚姻制度變得更為平凡或摧毀婚姻制度」(trivialize or destroy the institution of marriage)。法院認為，承認同性婚姻不會動搖婚姻在社會中所具有的重要價值，也不會減損異性婚姻的效力與尊嚴；相反地，承認同性婚姻反而會強化婚姻對於個人與社群的重要性。況且婚姻制度在歷經多次演變，例如婚姻中女性地位的提升、解除禁止種族通婚的禁令、無過失離婚主義等，婚姻仍存在於社會上，受人敬仰，因此承認同性婚姻不會導致摧毀婚姻制度的結果²⁵。

法院認為禁止同性婚姻，是根源於對同性戀者的偏見，並且引述聯邦最高法

²² *Id.* at 961-62.

²³ *Id.* at 962-64.

²⁴ *Id.* at 964.

²⁵ *Id.* at 964-67.

院判例說明法規範與偏見的關係：「憲法無法控制此種偏見，但卻不能容忍偏見的存在。個人的偏見也許在法律範圍之外，但法律不能直接或間接，賦予其效力。」法院亦對婚姻做出定義：二人自願的、排他的之結合，如同配偶一般。因此系爭法規禁止同性婚姻，違反麻州憲法對正當程序與平等的保障。麻州最高法院將案件發回高等法院，高等法院應至 180 天後作出判決，以讓立法者有時間依據本案判決，制定適當的法律²⁶。

第二款 後續發展

判決出爐後，麻州參議院即提出民事結合草案(*An Act relative to civil unions*)，而非同性婚姻法草案，並詢問最高法院，該草案的提出是否符合 *Goodridge* 案的判決要旨。麻州最高法院於 2004 年 2 月 4 日作成「意見書²⁷」(*advisory opinion*)，回覆參議院的詢問。法院認為這是憲法解釋的問題，無關社會政策。婚姻的本質是一個世俗的、動態的法律制度，政府的目標就是要促使成人關係穩定，以追求個人與社會，尤其是兒童的幸福。將同性伴侶與異性配偶隔離，無法合理地促進 *Goodridge* 案所提及的生殖、子女養育與資源保留之目的。該草案只會貶低同性伴侶的地位，因為根據美國的歷史，隔離很少是平等的 (*separate is seldom, if ever, equal*)。

草案將同性伴侶之結合使用「配偶」(*spouses*)而不是「婚姻」(*marriage*)的作法，不僅只是為了語義學的考量，「婚姻」與「民事結合」間之不同並非無害，這種用語上的選擇反映出一種顯而易見的安排：同性伴侶位於次等地位 (*second-class status*)。該草案只會維持並且促進污名，而此為憲法所禁止，就如同先前在 *Goodridge* 案所闡述的，麻州憲法並不容許此種令人反感的歧視行為，不管其立意是如何地良善²⁸。

經過 180 天後的 2004 年 5 月 17 日，雖然麻州立法者尚未制定出符合法院見解的法令，但劍橋市政府(*Cambridge*)仍然在午夜過後的下一分鐘，開始核准同性婚姻的申請，也正式成為美國第一個承認同性婚姻的州。其後雖然州議會及民間一直有提出使同性婚姻失效的憲法修正案的倡議產生，但直至目前為止，同性婚姻的反對者依然沒有成功²⁹。

第二項 康乃迪克州—*Kerrigan v. Commissioner of Public Health* 案

²⁶ *Id.* at 968-70.

²⁷ 802 N.E.2d. 565 (Mass. 2004).

²⁸ *Id.* at 569-570

²⁹ Frank Phillips, *Legislator vote to defeat sane-sex marriage ban*, THE BOSTON GLOBE, June 14, 2007. (http://www.boston.com/news/globe/city_region/breaking_news/2007/06/legislators_vot_1.html accessed May 29, 2012).

及後續發展

於 2005 年，康乃迪克州通過「民事結合」(civil union)之法律，提供同性伴侶完全等同於婚姻的權利，康州成為於佛蒙特州(Vermont)之後，第二個採行民事結合制度的州，值得一提的是，康州之立法完全未經過司法程序的介入，也就是說，在康州法院要求議會制定任何有關同性伴侶法令之前，康州議會即「自動自發」地立法，並於 2005 年 10 月 1 日正式施行³⁰。

然而，康州決定賦予同性伴侶「民事結合」而非「同性婚姻」之決定造成爭議，請求同性婚姻認可未果之同性伴侶因此提起訴訟，主張任何法令均不得排除適格的成人和同性結婚之權利，康州之作法違背州憲法。法院於 2008 年 10 月 28 日在 *Kerrigan v. Commissioner of Public Health* 案³¹中做出結論認為：不管民事結合制度是否存在，婚姻制度排除同性婚姻之設計，均造成同性伴侶「可認知的損害」(cognizable injury)；「性傾向」乃「準可疑分類」(quasi-suspect classification)，基於性傾向所為的歧視法令應受到「中度審查基準」之檢驗；故而認定禁止同性婚姻之法令違反同性伴侶在憲法上受到平等保障之權利。

2008 年 11 月 12 日，首對同性婚姻伴侶於康州成立³²。2009 年 4 月 22 日，康州議會廢棄所有舊有的婚姻法制，將其中兩性的字眼用中性的描述取代，2010 年 10 月 1 日，康州政府停止認可民事結合制度，所有舊有的民事結合均自動「升級」為同性婚姻，在此之前，同性伴侶可以保留已存在的民事結合，或者依其意願升級為同性婚姻。

第三項 愛荷華州—*Varnum v. Brien* 案及後續發展

於 1993 年夏威夷州法院於 *Baehr* 案認定禁止承認同性婚姻違憲之後，為了避免同樣的爭議出現在愛荷華州，愛州議會快速地通過了婚姻防衛法，禁止同性伴侶合法結婚。2005 年，美國知名的同性平權組織 Lambda Legal 代表 6 對愛州波爾克郡(Polk county)的同性伴侶向法院提起訴訟，認為愛州認定婚姻僅限於一男一女結合之法令違反愛州憲法之平等保障條款，波爾克郡法官 Robert Hanson 判決原告勝訴，故而本案上訴至愛州最高法院³³。

愛州最高法院於 2009 年 4 月 3 日 *Varnum v. Brien* 案³⁴做出判決認為：就婚姻法令規範的客體及目的來說，同性伴侶與異性伴侶並無不同；州法禁止同性婚姻

³⁰ William Yardley, *Connecticut Approves Civil Union for Gays*, THE NEW YORK TIMES, April 21, 2005. (<http://www.nytimes.com/2005/04/21/nyregion/21civil.html> accessed May 29, 2012).

³¹ 957 A.2d 407 (Conn. 2008)

³² Lisa W. Foderaro, *Gay Marriage Begin in Connecticut*, THE NEW YORK TIMES, November 12, 2008. (http://www.nytimes.com/2008/11/13/nyregion/13marriage.html?_r=2 accessed May 29, 2012).

³³ *Judge Overturns Iowa Ban on Same-Sex Marriages*, THE NEW YORK TIMES, August 31, 2007. (<http://www.nytimes.com/2007/08/31/us/31iowa.html>, accessed May 29, 2012).

³⁴ 763 N.W.2d 862 (Iowa. 2009)

之規定乃係基於「性傾向」所為之差別待遇；「性傾向」是「準可疑分類」，因此法院將適用較高之審查基準；保護「一男一女」的傳統婚姻定義並非重要的政府目標；系爭法令並無助於「確保子女養育之最佳環境」(ensuring optimal environment for raising children)、「提倡生育」(promoting procreation)、「提倡異性戀關係之穩定性」(promoting stability in opposite sex relationship)、「保存政府資源」(conservation state resources)等目的之達成；宗教上反對同性婚姻的看法並不足以作為支持系爭法令的政府利益，因此認定限制同性婚姻之系爭法令違憲。

於判決後之隔年愛州大選時，公民投票罷免參與該判決的其中三位最高法院法官，成為該州自 1962 年設立罷免州最高法院法官制度以來，第一批遭罷免之法官³⁵。

第四項 佛蒙特州—*Baker v. Vermont* 案及後續的立法過程

本案事實為同性伴侶以州政府為被告，主張州政府拒絕同性婚姻的作法違反州法以及州憲法。佛州最高法院於 *Baker v. Vermont* 案³⁶認為，雖然州法並未明確規定婚姻限於一男一女，但是從一般辭典對於婚姻的定義，以及立法原意偏向婚姻應該是由男女成立的解釋，再加上所謂的「新娘」(bride)與「新郎」(groom)是被解釋為女性和男性觀之，佛州的婚姻法確實將婚姻認定為一男一女之結合，既然在法律的位階上已限定婚姻的定義，則在法律的位階上並無所謂的同性婚姻權。然本案全體承審法官均認為，法官於審判類似案件應避開道德或宗教的考量，而須本於佛州憲法第 7 條「同等利益條款」(Common Benefits Clause)之規定：「政府必須建立相關機制以給予人民或團體同等利益、平等保障及社會安全，且不得給予其中個人或團體特殊利益或不利益。³⁷」

法院說明，佛州憲法規定之「同等利益條款」與聯邦之「平等保障條款」不同，同等利益條款是 1777 年佛州憲法的產物，早於聯邦憲法規定數十年，雖然說佛州必須受限於聯邦憲法，但除平等保障條款所保障的範圍之外，其仍有賦予其公民「額外」權利的自由。同等利益條款是一種「涵納」(inclusion)原則的適用，要求州政府積極給予人民或團體同等利益，於該條款之下，平等原則並不僅是消極消弭歧視或差別待遇，而是積極將福祉與利益同等普及於所有個人及團體，任何排除特定族群或個人相同於其他人公共利益以及保障的規定，都必須提出適當且極為重要的公眾利益(an appropriate and overriding public interest)，因此

³⁵ 張宏誠，〈雖不獲亦不惑矣—美國同性婚姻平等保障司法判決之回顧與展望〉，《成大法學》第 22 期，2011 年 12 月，第 215 頁。

³⁶ 744 A.2d 864 (Vt. 1999). 中文介紹，參見：張宏誠，《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，2002 年 6 月，第 319-322 頁。

³⁷ VT. CONST. Art 7: "That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community, and not for the particular or advantage of any single person, family, or set of persons, who are part only of that community."

認定佛州排除同性婚姻的規定，必須有助於達成極為重要的公眾利益方可正當化。結論上，法院駁斥被告主張同性婚姻將會弱化「婚姻」與「養育子女」之間的連結關係的說法；認為沒有所謂行政上的必要性或實用性足以正當化州政府禁止同性婚姻；其他諸如「考量同性婚姻的穩定性」等問題，也太過模糊且具有臆測性，即使這些主張可能適用於某些同性伴侶，但仍非適當且極為重要的公眾利益。

就救濟方式而言，法院拒絕允許原告對於婚姻全部的請求，而專注於矯正已存在於法令上的不公平，法院展示了一套指令，要求州政府制訂出「同性伴侶」與「異性婚姻」在法律權利以及利益上完全相同的制度，這些制度可以透過將婚姻法令修正為包含同性婚姻，或者是透過家庭伴侶制度的安排。換言之，法院認為救濟方法之決定，不論是採行「同性婚姻」或是「民事結合」，都應交由政治部門來決定。

於 *Baker v. Vermont* 案後，議會經過激烈的辯論制訂了「民事結合」法案，2000 年 4 月 26 日佛州州長簽署此項法案，使該法案於 2000 年 7 月 1 日生效，佛州成為全美第一個實施「民事結合」制度的州。

2007 年 2 月 9 日，佛州議會提出同性婚姻合法化之提案，2007 年 2 月 9 日，同性婚姻合法化之草案正式被提出交付表決，同年 3 月 23 日，佛州參議院通過草案；4 月 3 日，眾議院於修改草案之後表決通過；4 月 6 日，佛州參議院批准了眾議院對該法案所為的修改，並交予州長簽署，同日，州長動用否決權否決該法案；4 月 7 日，佛州州長的否決被參議院及眾議院同時駁回，使佛州同性婚姻法案於 2009 年 9 月 1 日正式生效³⁸。

第五項 新罕布希爾州

經過 2006 年的選舉之後，民主黨掌握新州議會的多數席位，許多容許同性伴侶公民權益的法令受到討論。2007 年 4 月 4 日，新州眾議院以 243 對 129 的票數通過民事結合法案，賦予同性伴侶等同於異性戀婚姻的權利、義務，以及責任；同年 4 月 26 日，新州參議院以 14 對 10 之票數同意通過；5 月 31 日，州長 John Lynch 簽署該項法案，使新州成為美國第一個州議會主動提案通過民事結合法令的州。在此之前，美國現行所有民事結合法令，均是由同性戀者透過法律訴訟程序，最後由法院以憲法保障權利，要求立法機關限期予以回應，以制定、通過相關法令。新州州議會的作法，其實透露出，在同性平權運動中，代表民意的立法機關，已經開始可以看出美國各州民意，對同志平權以及同性婚姻的走向³⁹，並且順從民意做出改變。於州長簽署後，新州之民事結合法令於 2008 年 1

³⁸ Abby Goodnough, *Gay Rights Groups Celebrate Victories in Marriage Push*, THE NEW YORK TIMES, April 7, 2009. (<http://www.nytimes.com/2009/04/08/us/08vermont.html>, accessed May 30, 2012)

³⁹ Maurice's barbaric YAWP, 〈同性婚姻合法化就是這麼簡單！美國新罕布夏州的立法〉，2007 年

月 1 日生效⁴⁰。

2009 年 3 月 18 日，新州眾議院司法委員會提出同性婚姻之法律制定案，同年 3 月 26 日，眾議院以 186 對 179 之票數同意通過，4 月 24 日，參議院以 13 對 11 之票數通過，然而，仍無法得知本身反對同性婚姻之州長 John Lynch 是否願意簽署，或者是否決該項法案；5 月 14 日，州長提出聲明指出其願意簽署該項法案，只要該法案能增訂保障教會不會因為不願意替同性伴侶舉行婚禮而被起訴之規定，6 月 3 日，參議院首先在上午以 14 票同意、10 票反對的結果通過同性婚姻法案，幾小時後，同一法案又在眾議院以 198 票同意、176 票反對的結果通過，州長 John Lynch 於當天下午即簽署該法案，新州的同性婚姻法於 2010 年 1 月 1 日正式生效⁴¹。

第六項 華盛頓特區

華盛頓特區於 1992 年即制定有關「家庭伴侶」(domestic partnership)之草案，然而於 1992 年至 2002 年之間，該草案受到撥款限制而遲遲無法執行，直到 2002 年方正式施行。從 2002 年開始，家庭伴侶法的修改未曾停止，使得家庭伴侶成員不斷地獲得越來越等同於婚姻制度的權利及利益⁴²。

2009 年 12 月 1 日，華盛頓特區市議會(Council of the District of Columbia)以 11 票贊成、2 票反對通過同性婚姻法案，在市長 Adrian Fenty 簽署同意後，法案送至國會(Congress)，國會有 30 天的猶豫期可以決定是否否決該法案，若國會未採取任何動作，則該法案將自動發生效力。2010 年 3 月 3 日，華盛頓特區的同性婚姻合法化⁴³。

第七項 紐約州

4 月 29 日，網路資料：<http://www.wretch.cc/blog/narzissmus/5037096>，最後瀏覽日期：2012/6/2。

⁴⁰ Lynch signs bill legalizing civil unions, CONCORD MONITOR, May 31, 2007. (<http://www.concordmonitor.com/article/lynch-signs-bill-legalizing-civil-unions>, accessed May 31, 2012).

⁴¹ Governor Lynch Statement Regarding Same-sex Marriage Legislations Signed into Law Today, June 3, 2009. (http://www.governor.nh.gov/media/news/2009/060309_marriage.htm, accessed May 31, 2012).

⁴² 參見華盛頓特區衛生局(Department of Health)有關家庭伴侶制度的問與答：http://dchealth.dc.gov/doh/cwp/view,a,3,q,573324,dohNav_GID,1787,dohNav,33110|33120|33139|.asp#6, accessed May 31, 2012.

⁴³ Washington, D.C., Recognizes Same-Sex Marriages, THE NEW YORK TIMES, July 7, 2009. (http://www.nytimes.com/2009/07/08/us/08marriage.html?_r=1, accessed May 31, 2012).; D.C. mayor signs same-sex marriage bill, CNN POLITICS, December 18, 2009. (<http://politicalticker.blogs.cnn.com/2009/12/18/d-c-mayor-signs-same-sex-marriage-bill/>, accessed May 31, 2012).

第一款 法院見解⁴⁴

原告為 44 對同性伴侶，因其無法在市政府取得合法結婚登記許可，因而提起訴訟，紐約州最高法院於 2006 年做出 *Hernandez v. Robles* 案⁴⁵判決，認定紐約州憲法並未賦予同性戀者「結婚權」；同性婚姻是否予以平等保障，取決於立法者的裁量。而既然屬於立法者的裁量空間，則應適用「合理審查基準」，又因「保障子女最佳利益」是合法正當的政府利益，故州政府禁止同性婚姻之作法合憲。

首先，多數意見主張，立法者可合理假設：穩定家庭關係架構將對子女利益較有保障；而異性戀關係比同性戀關係更穩定，同性戀者對其關係，絕大多數是漫不經心、短暫而非嚴謹以對。婚姻最重要之功能在於創造一個更穩定且持久的環境，以提供保障子女利益的制度。唯有在異性戀關係下，子女才能自然地誕生且平安的成長。再者，對子女而言，在父母共同環境下成長將更有利。在這個一個「成長角色模範」中，子女生活於現實男性及女性所構成的日常關係中，透過其親身體驗以觀察、瞭解何謂男性、女性，遠比日後教育或其他間接方式來的受益。因此，子女唯有在「異性戀家庭」下生長，才屬「子女最佳利益」。

其次，法院認為雖然說結婚權是一項聯邦憲法與州憲法均承認的基本權利，但是基於解釋或認定某項權利是否為基本權利時，判斷標準為該項權利是否「深植於美國歷史或傳統中」，而「同性結婚」之權利並無上述特點，故非基本權利。其次，法院認為，婚姻制度禁止同性婚姻，是對於兩性的相同對待，換言之，不管是男性或女性，都不能跟「同樣性別」者結婚，因此無涉「性別歧視」；至於就「性傾向歧視」而言，雖然說系爭法令確實是基於「性傾向」而對於同性伴侶設有不同的「利益分配」，但是多數意見堅稱，一個人無法生育子女的「性行為上的偏好」，足以構成州政府在認定「子女最佳利益」的正當性基礎，因此，即便系爭法令確實構成「性傾向歧視」，於合理審查基準下，禁止同性婚姻之作法依然合憲。

第二款 後續發展

2007 年 6 月 19 日，紐約州眾議院初次通過同性婚姻合法化之法案，但遭到參議院的否決；2009 年，紐約州眾議院第 2 次以 89 票贊成、52 票反對的結果通過同性婚姻法案⁴⁶，然而在同年 12 月 2 日，參議院則以 24 票贊成、38 票反對的結果否決此項法案⁴⁷；2011 年 6 月 15 日，紐約州眾議院第 3 次以 80 票同意、63

⁴⁴ 以下判決之詳細介紹參見：張宏誠，前揭註 35，第 155-170 頁。

⁴⁵ 855 N.E.2d 1 (N.Y. 2006).

⁴⁶ Jeremy W. Peters, *N.Y. Assembly Passes Gay Marriage Bill*, THE NEW YORK TIMES, May 12, 2009. (<http://www.nytimes.com/2009/05/13/nyregion/13marriage.html>, accessed May 31, 2012).

⁴⁷ Jeremy W. Peters, *New York State Senate Votes Down Gay Marriage Bill*, THE NEW YORK TIMES, December 2, 2009. (<http://www.nytimes.com/2009/12/03/nyregion/03marriage.html>, accessed May 31, 2012).

票反對之結果通過同性婚姻法案，雖然說相較於 2009 年之提案，這次的差距更小。然而在共和黨主導的參議院中，三位在 2009 年投下反對票的民主黨議員以及兩位共和黨議員公開聲明其願意支持同性婚姻合法化，最終，在同年 6 月 24 日，參議院以 33 票贊成、29 票反對之結果通過同性婚姻法案，其中包括 29 位民主黨議員以及 4 位共和黨議員，州長 Andrew Cuomo 於當日晚上簽署法案，使紐約州的同性婚姻法於 2011 年 7 月 24 日生效⁴⁸。

第三節 加州(California)－與第 8 號提案(proposition 8)相關之 法院判決

之所以將加州獨立出來討論，是因為在美國同性婚姻合法化的州之中，加州是唯一一個僅有在短暫期間容許同性婚姻的州，也是唯一一個於法院判決禁止同性婚姻之法令違憲之後，該州以公民投票之方式否定法院見解的州。在 2008 年加州最高法院於 *In re Marriage Cases* 認定禁止同性婚姻法令違憲的判決之後，同性婚姻的支持者以為這就是同性婚姻的一大勝利，卻沒料想到 143 天之後，加州公民便利用「公民投票」增修憲法條文之方式，將婚姻僅限於一男一女之規定增修於憲法條文中。在其他因法院介入而容許同性婚姻的州之中，同性婚姻的反對者雖然也欲以增修憲法條文之方式來逆轉，但至目前為止均沒有成功，加州的公民投票的「第 8 號提案」(proposition 8)是唯一成功的例子，也因為如此，基於第 8 號提案所產生的法律爭議，也才會進入聯邦法院的層級裁判，而不是像其他州一般州最高法院說了算。至目前為止，聯邦上述巡迴法院判決第 8 號提案違憲，但可以想見的是這個爭議不會就如此結束，下一階段－美國聯邦最高法院，或許才是終點的所在。

第一項 加州最高法院判決－*In re Marriage Cases*

第一款 案件事實

最初於 1977 年，加州於家庭條款第 300 條(Family Code section 300)規定：「婚姻是由一男一女締結公民契約所組成的個人關係」(marriage is a personal relation arising out of a civil contract between a man and a woman)，然而於 90 年代及 2000

⁴⁸ Nicholas Confessore & Michael Barbaro, *New York Allows Same-Sex Marriage, Becoming Largest State to Pass Law*, THE NEW YORK TIMES, June 24, 2011. (<http://www.nytimes.com/2011/06/25/nyregion/gay-marriage-approved-by-new-york-senate.html>, accessed May 31, 2012).；台灣性別人權協會，〈紐約准同性結婚 全美第 6 州〉，2012 年 6 月 25 日，網路資料：http://gsrat.net/news/newsclipDetail.php?pageNum_RecClipData=2&totalRows_RecClipData=691&&ncdata_id=7444，最後瀏覽日期：2012/5/31。

年初期，因應夏威夷州最高法院所做出 *Baehr* 案之結論，美國國會及許多州均制訂所謂的「婚姻防衛法」，認定婚姻僅適用於異性。在加州，「防衛婚姻」運動的支持者則於 2000 年 3 月 7 日發起公民投票「第 22 號提案」(proposition 22)，於家庭條款增列第 308.5 條(Family Code section 308.5)，規定「在加州唯有一男一女組成的婚姻方為有效或被承認」(Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California)。然而無視於該條文之規定，舊金山市於 2004 年 2 月 12 日，決定核發結婚證書予同性伴侶。短短 2 天之後，Proposition 22 Legal Defense and Education Fund 和 Campaign for California Families 二團體即於舊金山高等法院(San Francisco Superior Court)提出訴訟，主張應停止並禁止該市核發證書。結果舊金山高等法院駁回上述二團體的訴訟。2004 年 3 月 11 日，加州最高法院要求，舊金山市應遵循現行的婚姻法令並停止核發未經法令授權的婚姻證書，不過暫時並未對此案做出最後決定⁴⁹。不久之後，各方團體又於舊金山高等法院提出 3 個類似的訴訟，法院將此 5 個訴訟合併為一個訴訟，即 *In Re Marriage cases*⁵⁰，之後另有一類似的案件 *Clinton v. State of California*⁵¹，亦被法院併入此訴訟中。

在 *In Re Marriage cases* 仍在舊金山高等法院審理的同時，最高法院於 *Locyer* 案中做出決定認為，舊金山市政府在法院尚未認定限制婚姻僅適用於一男一女結合的法令是否合憲或違憲之前，不得核發結婚證書予同性伴侶，且認定先前已核發之證書並不具效力，不過雖然法院於 *Locyer* 案做出對同性伴侶不利之判決，但實際上法院於 *Locyer* 案並未對此爭議的核心：限制婚姻僅適用於一男一女結合的法令是否違憲，做出評論或結論⁵²。

2005 年 4 月 13 日，舊金山高等法院就 *In Re Marriage cases* 做出結論，認定該法令與平等保障條款有違，且因該法令的區別標準系屬「可疑分類」，應適用嚴格審查基準，不過就該法院的立場，系爭法令根本連合理審查基準都無法通過，因為系爭法令根本沒有合法的政府利益。惟此案上訴之後，上訴法院駁回高等法院之決定，理由在於：其一，所謂的結婚權(right to marry)係指「與異性結婚的權利」(the right to marry a person of the opposite sex)，本案中原告所主張予同性結婚的權利，根本沒有歷史上及前例上的立論基礎。其二，下級審法院之所以主張適用嚴格審查，是因為系爭法令屬於「性別」(sex)歧視，上訴法院認為，系爭法令並未歧視任何男性或女性，或對特定性別做出差別待遇，而僅是要求男性或女性僅能和異性結婚。其三，系爭法令差別待遇的基準並非如同高等法院所述是「性別」(sex)，而僅是「性傾向」(sexual orientation)，而性傾向歧視並非可疑分類，不適用嚴格審查基準，僅適用合理審查基準。適用合理審查之後的結果，上訴法院認為系爭法令的合法政府利益為「維護婚姻的傳統定義」，而系爭法令

⁴⁹ *Locyer v. City and County of San Francisco*, 33 Cal.4th 1055,1073-74 (Cal. 2004).

⁵⁰ 43 Cal.4th 757 (Cal. 2008).

⁵¹ Super. Ct. S.F. City & County, No. CGC-04-428548.

⁵² *Supra* note 49, at 1069

確有助於利益之達成，故而推翻高等法院的結論⁵³。

第二款 法院見解

針對前述上訴法院的主張，加州最高法院認為，就如同 *loving* 案認定禁止「種族通婚」的法令違憲時，我們不會認定聯姻者所要爭取的權利為一種歷史上從未出現過的「種族通婚權」，而僅是針對該等法令是否限制了「人們和其所選擇的人結婚的權利」(to join in marriage with the person of one's choice)做出判斷⁵⁴；因此，就如同美國聯邦最高法院在 *Lawrence v. Texas* 案中認定過去 *Bowers v. Hardwick* 案錯誤地將所涉及的權利限定於「同性性行為權利」一般，我們對於權利的詮釋應更加廣泛且中性⁵⁵。故而，原告所主張者並非創設一種名為「同性結婚權」的新型權利，而僅是要求同性伴侶應享有如同憲法賦予異性伴侶的相同權利。

故而本案的爭點在於，加州憲法是否容許，州法一方面認定異性間結合的正式關係稱之為「婚姻」的同時，同性間的結合卻只能被稱為「家庭伴侶」(domestic partnership)？縱使兩者均享有同樣的權利義務？法院必須釐清的問題在於，在現今的環境之下，未將同性間的正式關係認定為「婚姻」，是否與加州憲法有違？⁵⁶

第一目 何謂結婚權？

首先，法院試著去界定結婚權(right to marry)的本質和範圍，多數意見認為，此權利的本質，基本上來說，係指「個人有機會和其所選擇共享一生的人一起去建立一個被正式承認和保護的家庭，彼此擁有權利和義務，且被賦予相等於傳統上認定婚姻所應得的尊敬和尊嚴。就如同過去的案例所建立，兩個分享愛情關係的成年人，彼此結合建立屬於他們所擁有的一個被正式承認的家庭。⁵⁷」一個人是否有能力建立家庭不應取決於那個人的性傾向，換言之，一個人的性傾向，就如同其種族或性別，不能作為賦予或剝奪此人結婚權的合法依據，故而認為，加州憲法應確保所有的加州公民都擁有相同的結婚權，不因其是同性戀者或異性戀者，同性伴侶或異性伴侶而有所不同⁵⁸。

⁵³ *Supra* note 50, at 785-789

⁵⁴ *See* *Perez v. Sharp*, 32 Cal.2d 711(1948).

⁵⁵ 參見本文第一章第三節第四款之說明。

⁵⁶ *Supra* note 50, at 779-780

⁵⁷ “The opportunity of an individual to establish – with the person with whom the individual has chosen to share his or her life – an officially recognized and protected family possessing mutual rights and responsibilities and entitled to the same respect and dignity accorded a union traditionally designated as marriage. As past cases establish, the substantive right of two adults who share a loving relationship to join to together to establish an officially recognized family of their own.” *Id.* at 781.

⁵⁸ *Id.* at 782.

就如同過去討論同性婚姻必定會討論到的問題，反對同性婚姻者主張婚姻與「生殖」密切相關，而唯有異性婚姻擁有此種能力，允許同性婚姻似乎切斷了「婚姻」與「生殖」間的連結，透露出子女即使並非由原生父母養育也無關緊要的訊息。針對此點，法院多數意見認為，首先，結婚權從未專屬於擁有生育能力的伴侶，即使是不具有生育能力的伴侶，也擁有結婚並透過其他方式養育子女的權利。憲法保障的結婚權確保所有人均能在婚姻的保護傘下享有決定是否養兒育女的自由，故所謂結婚權只保障有能力生育者之主張並不成立。又雖然不可否認地，為生育以及養育子女提供一個穩定的環境是婚姻極為重要的目的，然絕非唯一的目的，憲法所保障的結婚權重點在於確保所有的子女均能在經由政府承認並保障的家庭關係下穩定的成長，不論是同性婚姻或異性婚姻，原生父母或養父母⁵⁹。

反對者認為結婚權注重的是實質而非形式，既然同性伴侶和異性伴侶均擁有相同實質的權利，命名上的區隔並不會違反加州憲法所保障的結婚權利。然而多數意見指出，該法令並非將所有的「婚姻」均改名為「家庭伴侶」，而是針對異性伴侶所結合的家庭名稱「婚姻」，與同性伴侶所結合者「家庭伴侶」畫出一道明顯的區別，既然我們認為結婚權其中一項重要的要素是必須享有相同的尊敬與尊嚴(respect and dignity)，那畫出區別這點即對於此項要求產生嚴重的風險⁶⁰。

第二目 平等保障條款

一、審查基準之決定—嚴格審查

既然系爭法令針對同性伴侶和異性伴侶畫出區隔，則接下來必須討論者即是平等保障條款的問題，首先必須決定者是審查基準。本案中支持同性婚姻者主張系爭法令應適用嚴格審查基準，理由在於一、該法令構成性別歧視；二、該法令亦構成性傾向歧視；三、該法令侵害基本權。以下則就這三項主張分述之。

首先，法院認為，系爭法令產生差別待遇之處在於區別同性伴侶和異性伴侶、以及同性戀者及異性戀者，並非針對男性或女性，在系爭法令的規範之下，不論男性或女性均可和與自己性別不同的異性結婚，該法令所在意者為一個人是否受同性或異性所吸引，而非該個人的性別，與性別歧視無關，而是性傾向歧視。

其次，針對系爭法令是否構成性傾向歧視乙節，法院認為所謂的同性戀者即是情感上受同性吸引的一群人，若這些人要進入婚姻的話，必定會選擇和同性結合，然而一個禁止同性結婚的法令，因為同性戀者根本不會選擇和異性結婚，故實質上形同讓同性伴侶無從進入婚姻制度，這種作法毫無疑問地便是基於性傾向所為的差別待遇。

⁵⁹ *Id.* at 825-29.

⁶⁰ *Id.* at 782-83.

反對論者主張，縱使認為系爭法令系基於性傾向所為的差別待遇，「性傾向」也並非「可疑分類」(suspect classification)而適用嚴格審查基準。如同上訴法院所述，判別一種特徵是否為可疑分類，需符合三個要件，其一該特徵必須「永恆不變」(immutable)，其二該特徵必須與個人在社會上的表現及貢獻能力無關，其三在於該特徵必須與此種團體歷史、法律及社會地位上所彰顯的「下等污名」(stigma of inferiority)及「次等公民」(second class citizenship)刻板印象有關。而上訴法院檢視「性傾向」此一特徵後認為，縱使「性傾向」特徵符合前述第二、三項要件，亦無法判定該等特徵是否「永恆不變」，於欠缺佐證的情形下不能認為是可疑分類。關於此點本案法院則認為，決定某種特徵是否為可疑分類時，是否「永恆不變」並非判斷標準，就如同過往的案例始終認為基於「宗教信仰」所為的差別待遇系屬可疑分類而應適用嚴格審查基準，而所謂的信仰，當然絕非「永恆不變」，故反對者之主張並不合理。

最後，關於系爭法令是否侵害基本權而言，法院認為，所謂「婚姻」帶有其歷史上及深遠的意義，拒絕同性伴侶使用「婚姻」名詞所產生的無形後果，並非表面上創設所謂的「家庭伴侶」制度，即可認為已填補二者之間的差距。再者，基於同性戀者歷史上所遭受的歧視及不平等，若立法者仍持續針對同性戀者創設不同的制度，拒絕同性伴侶進入「婚姻」，將加深一種「同性伴侶」劣於「婚姻」、同性戀者乃「次等公民」的刻板印象。尤有進者，所謂的「家庭伴侶」制度並非如同婚姻制度已被人廣泛接受，立法者是基於何種理由，要求組成「家庭伴侶」的人，或是他們的子女，必須花更多的時間去撫平這種理解上的困難？基於上述幾點，本案法院認為，系爭法令構性傾向歧視且侵害同性伴侶的基本權，應適用嚴格審查基準⁶¹。

二、手段與目的間之關係

嚴格審查基準要求系爭法令具有重大且迫切的政府利益，且採行差別待遇的手段必須確有利於政府利益之達成，故而法院所要檢驗者，即為反對同性婚姻者所聲稱「維護婚姻的傳統定義」之利益，是否符合嚴格審查基準的要求。多數意見認為，雖然我們無法否認婚姻有其傳統上的定義，然而假如說我們從過去對於弱勢族群以及婦女的案件中確實學到些什麼，那就是所謂的公序良俗或是傳統常常作為弱勢者並未遭受不公不義的藉口，就如同過去我們在禁止異種聯姻、排斥婦女職業政治地位、「隔離但平等」(separate but equal)種種案例所做出的結論，一種維護「排除過去不受歡迎的少數與他人地位相同」(excludes an historically disfavored minority group from a status that is extended to all others)的傳統，即使該項傳統歷史悠久且廣為人知，也不能作為維持該項法令的正當理由⁶²。

⁶¹ *Id.* at 831-47.

⁶² *Id.* at 853-54.

第三目 本案結論

基於性傾向所為的區別如同基於種族、性別、宗教所為的區別，系屬憲法上可疑的分類，因此多數意見認為應適用嚴格審查基準。確立審查基準後，因為嚴格審查基準要求造成差別待遇的法令須具有迫切的政府利益，且採行的區別手段須必有助於利益的達成，就檢視本案系爭法令後，多數意見結論上認為該法令所欲達成「保留婚姻傳統且行之已久的定義」之利益並非迫切，且該手段亦非必有助於利益的達成。

許多因素促使法院做出此決定，其一，由於同性婚姻與異性婚姻須負相同的義務與責任，故於「婚姻」中排除同性伴侶並不足以賦予其如同異性伴侶相同的完全保障；允許同性伴侶使用「婚姻」的名稱也不會剝奪異性伴侶的任何權利，或對於婚姻制度的法律架構產生任何的變動。再者，為維持婚姻的傳統而附加同性婚姻不同的名稱，將會對同性配偶及其子女產生相當程度的傷害，因拒絕同性伴侶使用一個較親切且較受人喜愛的「婚姻」名稱，形同懷疑同性伴侶不配與異性伴侶享有相同的尊嚴。尤有進者，由於過往對於同性戀者的貶低由來已久，若於婚姻中排除同性配偶，極有可能會被認為是政府承認同性戀者關係本身即「劣等」於異性伴侶。最後，讓婚姻專屬於異性伴侶，另外為同性伴侶創設另一名稱，可能會使一項假定更加堅定不移：同性戀者和同性伴侶在某些觀點上是「次等公民」。基於上述幾點，法院認定系爭法令違憲⁶³。

第三款 協同與不同意見

第一目 Baxter 法官主筆之部分協同部分不同意見書

Baxter 法官指出，是否允許同性婚姻的問題不應由法院，而應由政治程序決定，多數意見已經破壞了權力分立原則。Baxter 法官認為，因為「家庭伴侶法」已經賦予同性伴侶所有州政府能提供的實質權利，本案法院不需要去決定同性伴侶是否具有組成具有實質權利及利益的婚姻關係的憲法權利。由於婚姻向來均是被理解為一男一女所組成的關係，因此加州憲法並未要求去為同性伴侶提供「結婚權」，也不能要求政府允許同性婚姻。加州憲法中的平等保障條款並未要求同性伴侶和異性伴侶均使用「婚姻」之名詞。

最後，Baxter 法官說明，同性婚姻和異性婚姻並不相似，所以不應允許使用婚姻之定義；性傾向並非可疑分類；基於性傾向所為之分類應適用合理審查基準而非嚴格審查基準；保留傳統對於婚姻之定義即可通過合理審查基準⁶⁴。

⁶³ *Id.* at 783-85.

⁶⁴ *Id.* at 860-79.

第二目 Corrigan 法官主筆之部分協同部分不同意見書

Corrigan 法官認為，加州憲法中的平等保障條款所保障同性伴侶組成具有實質權益之婚姻關係的權利，已為家庭伴侶法所提供。換言之，其認為多數意見一方面承認家庭伴侶法之目的是為了要使家庭伴侶享有和婚姻完全相等的權利義務，另一方面又認為家庭伴侶法對於同性伴侶是種選擇上的定義，非但造成實質的不平等對待同時也加深了「次等公民」的刻板印象，這種見解是不被接受的。Corrigan 法官認為，平等保障條款僅要求兩種制度均享有相同權利義務，而非迫使我們改變對於婚姻的傳統意義⁶⁵。

第四款 William N. Eskridge 對於本案的評論—同性婚姻合法化的里程碑

針對 *In Re Marriage cases*，William N. Eskridge 教授於 Foreword: The Marriage Cases-Reversing the Burden of Inertia in a Pluralist Constitution Democracy⁶⁶ 一文中主張，在歷經幾個世代對於性少數社會地位的爭論中，*In Re Marriage cases* 可被視為一項里程碑，法院主要三項的論證均有助於同性戀者平等公民權的提升，首先，認定性傾向歧視是可疑分類；其次，同性戀者、雙性戀者及變性人均享有「結婚權」；最後，法院認定 2000 年 3 月的第 22 號提案中的立法違憲，同時也是推翻加州對於同性戀者最嚴重的歧視法令。

Eskridge 指出，2000 年第 22 號提案公投雖然並未提及婚姻權利或同性伴侶，但其的確反映出大眾對於同性婚姻的共識，當時沒有任何一州敢承認同性婚姻。然而在短短 8 年後的 2008 年，法院同時推翻了自 1977 年以來的家庭條款，以及 2000 年第 22 號提案所認定婚姻須由一夫一妻方可組成的立場，於是產生的疑問是，2000 年至 2008 年產生了什麼改變，促使法院改變其 50 年以來的看法？

首先要論及的是，同性戀者可組成伴侶並撫養子女在 2000 年對美國人民來說還是件難以理解之事，同性婚姻只是個名詞，雖然說北歐有幾個國家承認同性伴侶間的「登記伴侶」制度，但此時尚無西方國家承認同性戀者可組成「婚姻」。但是在 2008 年，狀況已大大不同，許多國家已正式承認同性婚姻：荷蘭(2001)、比利時(2003)、加拿大以及西班牙(2005)、南非(2005-2006)，在美國本土則有麻州(Massachusetts)，換言之，對許多美國人來說同性婚姻已不再只是個名詞。同時，在 2008 年 1 月之前，已經超過一萬對同性伴侶在美國境內合法結婚，假如將類似伴侶制度者包括在內，則超過八萬對。同性婚姻的實際存在強烈說服主流民眾接受政府應該承認同性婚姻的看法，美國人對於此議題的觀念已經不同於 2000 年，在 2000 年時認為同性婚姻不可想像的看法已於 2008 年推翻，在 2000

⁶⁵ *Id.* at 879-84.

⁶⁶ 97 CAL. L. REV. 1785 (2009).

年時認為同性婚姻是種錯誤的人已不再那麼確定；而不那麼確定的人在八年之後可能已經成為同性婚姻的忠實支持者。

其次，那些從 2000 年以來允許同性婚姻的地域這些年來的發展也值得作為借鏡，以同樣以司法審查方法承認同性婚姻的麻州、加拿大，以及南非為例，當時許多學術報告及政治學家均警告以司法審查允許同性婚姻的作法可能導致嚴重的反對活動，但是後來這三個地方均證明此種假定是錯誤的。在麻州，藉由「憲法增訂」(constitutional amendment)的方法以推翻法院見解的努力遭受潰敗；在加拿大，國會回應法院的作法是在全國制訂包括同性婚姻的法令；在南非，國會於法院決定之後立即將法院見解明文化。上述三個地方的經驗顯示對於同性婚姻的反對活動可能不如人們所想像般地巨大，這顯示出一個訊息：在允許同性婚姻之前，大多數不願意賦予同性戀者新的結婚權利，但在之後，多數人反而不願意剝奪同性戀者那些他們已經享有的權利。

第三點可能是較為推測性質的，Eskridge 教授認為在 1970 年間，當同性婚姻首次成為公眾議題時，多數人視婚姻為一種和生殖養育子女強烈連結的基本制度，在多數人的看法中，提到婚姻就想到和異性伴侶結婚，生小孩，並在婚姻關係中養育自己的子女。然而這種對婚姻的典型看法已經在這幾個年頭瓦解，婚姻本質不再牢不可破，許多異性戀者即使有小孩後也不打算結婚，並藉由收養等人為方法養育子女，婚姻與養育子女並未劃上等號的看法持續增加，在 2008 年之前，已有過去從沒預料到數字的異性戀者不再將婚姻「一男、一女、養育子女」的觀念奉為圭臬⁶⁷。

第二項 相反的見解—Strauss v. Horton 案

第一款 案件事實

在前述 *In Re Marriage* 案尚在進行的同時，反對同性婚姻者已開始進行公投的連署，即「第 8 號提案」(proposition 8)，要求於加州憲法第 1 章第 7.5 條(Article I section 7.5)增加新的規定：「在加州唯一一男一女組成的婚姻方為有效或被承認」(only marriages between a man and a woman is valid and recognized in California)。如前所述，類似於此條文的規定其實已經在 1977 年的家庭條款 300 條以及 308.5 條中出現，唯一的不同點在於第 8 號提案是直接於憲法中增訂該敘述，而不是像之前是於法律的位階中增列規定。

2008 年 11 月 4 日，美國加州公民投票通過了第 8 號提案，此提案於 2008 年 11 月 5 日生效。幾天之後，眾多反對第 8 號提案者分別提出三個不同的訴訟，然其聲明均主張第 8 號提案違憲並無法溯及適用已成立的同性婚姻，法院將其合

⁶⁷ *Id.* at 1807-17.

併為一訴訟，即本案 *Strauss v. Horton*⁶⁸。

在本案中，爭點在於第 8 號提案是否合憲？又如果合憲的話，是否對於已存在於加州的同性婚姻造成影響？首先必須要論及的是，本案與之前的 *In Re Marriage* 案並不相同，在 *In Re Marriage* 案所遭遇者是，在憲法並未明確規定婚姻是否限於異性的情形下，在「法令的位階」限制婚姻僅適用於異性間之規定是否合憲。而本案面臨的困難則是，人民透過公投的方式修改憲法，於「憲法的位階」增列此規定是否合憲的問題。

第二款 法院見解

第一目 結婚權的爭議

如前所述，在 *In Re Marriage* 案法院認定結婚權原則上係指「一個人和其所選擇的人一起建立一個被正式承認和保護的家庭關係，並享有憲法上所有相等於婚姻之權利」，並認為若剝奪同性伴侶適用「婚姻」名詞的權利，將造成同性伴侶可能為次等公民的風險。而在本案例中因第 8 號提案明確將「婚姻」一詞適用於異性伴侶間，因此與 *In Re Marriage* 案多數意見有所差距，故於此案，法院多數意見首先提出過去案例指出，「當憲法條文可合理地被解釋以避免衝突時，該解釋即可被採行，作為一種避免衝突的手段，一條較新且特定的規定可被視為一條較舊且普遍的規定之例外並限制其適用⁶⁹。」將上述論理適用於本案上，多數意見認為第 8 號提案只是 *In Re Marriage* 案所闡釋結婚權之「例外」(exception)，新增訂之條文（即加州憲法第 1 章第 7.5 條）只針對「婚姻」一詞為適用上的限制，並未對個人組成家庭關係的權利產生任何上的影響，同性伴侶或異性伴侶，均享有相同組成家庭關係之權利，第 8 號提案僅限制同性伴侶使用「婚姻」一詞的權利，而對於其組成家庭關係的權利（只要名稱不要是「婚姻」），並無任何影響。而可視為 *In Re Marriage* 案中所解釋的結婚權中一個「狹窄且受限制的例外」(a narrow and limited exception)⁷⁰。

第二目 憲法修改(constitutional revision)或憲法增訂(constitutional amendment)？

而本案另一個爭點即在於，第 8 號提案係屬「憲法修改」抑或是「憲法增訂」？修改或增訂的區分點在於提案程序的不同，依據加州憲法，「修改」的提案程序

⁶⁸ 46 Cal.4th 364 (Cal. 2009).

⁶⁹ “When constitutional provisions can reasonably be construed so as to avoid conflict, such a construction should be adopted. As a means of avoiding conflict, a recent, specific provision is deemed to carve out an exception to and thereby limit an older, general provision.” *Bowens v. Superior Court*, 1 Cal.4th 36, 45(1991).

⁷⁰ *Supra* note 68, at 406-412

僅能由立法機關或由所謂的「憲法會議」(constitutional convention)提出，而「增訂」可由立法機關或公民連署提出，簡言之，加州憲法在提案程序上，對於「憲法增訂」的要求較低，而由於第 8 號提案的發起是由公民連署，想當然爾，支持同性婚姻者（即反對第 8 號提案者）必須主張，第 8 號提案應視為「修改」而非「增訂」，因此本次的提案因程序不符而無效。

本案多數意見認為，自從加州憲法針對憲法變遷的種類有所區分以來，經過 30 幾年眾多案例闡釋的結果，判斷的標準在於：一、系爭條文變遷的意義及範圍(the meaning and scope of the constitutional change at issue)；二、該等變遷對於附隨於已存在的憲法條文之基本政府計畫及框架所產生質與量之影響程度(the effect-both quantitative and qualitative-that the constitutional change will have on the basic governmental plan or framework embodied in the preexisting provision of the California Constitution)。就量的面向來說，第 8 號提案僅僅增加一項獨立而簡單的條文，所影響者也僅有加州憲法第 1 條及第 7 條；而就質的面向來說，限制婚姻僅適用於異性伴侶對於政府計畫或框架並未產生任何實質上的影響，因此第 8 號提案並不構成「憲法修改」，而僅是「憲法增訂」⁷¹。

第三目 系爭規定是否溯及既往

最後，爭點在於第 8 號提案通過後是否對於已成立的同性婚姻產生影響。多數意見提出過去的案例指出，法律不溯既往是一個被廣泛承認的法律原則，在系爭條文欠缺明確溯及既往的規定之下，除非外在因素(extrinsic sources)明確指出立法者有意溯及適用，否則系爭條文不得溯及⁷²。且該原則除了適用於法令之外，對於公投所產生的憲法增訂也當然適用⁷³。

將上述標準適用於本案之中，首先，第 8 號提案所謂「在加州唯一一男一女組成的婚姻方為有效或被承認」之規定並未明示任何溯及既往的效力；其次，反對者主張光從條文的用語「方為有效且被承認」解釋上來看就是同性婚姻無效且不被承認，不論其為過去已產生或尚未產生。法院認為從過去的案例來看，單純的用語（有效或無效；承認或不承認）並不足以證明條文有溯及適用的意思；除此之外，反對者認為縱使系爭條文並非溯及適用，向將來適用的結果也會造成已產生並繼續進行的同性婚姻無效且不被承認。關於此點，法院指出凡剝奪或損害既有權利，或對於過去的處置或思慮(transaction or consideration)附加新的義務、責任或不利益的法令，均屬溯及適用，因此系爭條文若對於已成立的同性婚姻產生影響，即為溯及適用而不被接受。最後，從外在因素也找不到任何明示系爭條文應溯及適用的情形下，多數意見認定第 8 號提案不得溯及適用並對於已成立的

⁷¹ *Id.* at 412-463.

⁷² *Evangelatos v. Superior Court*, 44 Cal.3d 1188, 1208-1209 (Cal. 1988).

⁷³ *Rosasco v. Commission on Judicial Performance*, 82 Cal.App.4th 315,323 (Cal. 2000).

同性婚姻產生影響⁷⁴。

第四目 本案結論

結論上來說，多數意見並不認為第 8 號提案如同支持者所述剝奪了同性伴侶憲法隱私及正當法律程序條款所保障的結婚權，相反地該提案對於結婚權僅是形塑出一個狹窄且受限制的例外，保留婚姻的官方意義予異性伴侶，對於同性伴侶組織家庭關係之實質權利並未產生任何影響。多數意見強調，在 *In Re Marriage* 案中確立同性伴侶所享有的眾多權利之中，唯一對同性伴侶產生影響者，僅是「婚姻」的定義於此次提案中被剝奪，同性伴侶組成婚姻關係的其他權利則不受任何影響。最後，於判斷系爭提案是否溯及既往適用於已成立的同性婚姻，法院認為當然不能如此解釋，因此，於第 8 號提案生效日之前已成立的同性婚姻，仍然有效且今後仍被加州政府所承認⁷⁵。

第三款 Carlos R. Moreno 法官的部分協同部分不同意見

Moreno 法官認為，平等權本質上即具有抗多數決的性質，因此，是否實踐平等權不能依靠多數人的決定，相反地，在保障個人或少數的權利免於被多數人侵害時，必須依靠法院的力量檢視行政或立法的行為以實踐平等保障。多數意見認為第 8 號提案僅是對平等保障描繪出一個狹窄且受限制的例外，然而，Moreno 法官指出，即使是這一點點的例外仍然侵害並本質上改變了平等權的核心，承諾確保「一些人」的平等本質上與承諾確保「所有人」的平等完全不同；承諾「幾乎平等」與承諾「實質平等」不同；賦予少數族群「一些」相等於多數人的權利也與賦予其「完全」等同於多數者的權利不同；容許同性伴侶除了使用「婚姻」名詞以外的其他權利，仍然侵害了平等保障原則。憲法中最根本的原則應是永恆不變的本質(permanent and abiding nature)，僅能用「修改」的方法，不能僅用「增訂」的方法就加以變更，而在憲法中，沒有什麼原則比平等保障更加根本，據此，第 8 號提案不能用增訂的方法通過⁷⁶。

第四款 William N. Eskridge 對於本案的評論—憲法增修條文如何違憲？

在 *Strauss v. Horton* 案後，Eskridge 提出評論認為，加州憲法第 18 條建立了加州憲法變遷的階層體系，其中「憲法增訂」(Amendment)是指對於憲法的一般

⁷⁴ *Supra* note 68, at 470-474.

⁷⁵ *Id.* at 384-92.

⁷⁶ *Id.* at 483-500; see Carlos R. Moreno, *The Promise of Equality: The Evolution of The Family in California*, 44 U.C. DAVIS L. REV. 1, 7-10 (2010).

改變(ordinary change)，可由立法機關或選民提案，並由過半數的公投決議通過；而「憲法修改」(Revision)是對於憲法的基本改變(fundamental change)，僅能由立法機關三分之二以上同意提案，並由過半數的公投決議通過；最後「憲法再造」(Replacement)形同制訂新憲法，須立法機關三分之二以上同意提案，經由憲法會議後再由過半數的公投決議通過。而本案最主要的爭執點在於，第 8 號提案究竟應適用「增訂」抑或是「修改」的程序為之？又加州憲法增修條文（即第 8 號提案）既已成為加州憲法的一部分，如何能被法院宣告違憲？

Eskridge 教授認為，州憲法增修條文若與以下三種原則衝突，則違憲：一、加州憲法所承認的原則；二、美國聯邦憲法；三、對於人權的基本憲法認知⁷⁷。

第一目 與憲法所承認之原則衝突

首先就「加州憲法所承認的原則」言，加州最高法院曾於過去的案例中主張，對於加州憲法「基本」(fundamental)的改變應該透過「修改」的程序為之，而所謂的「基本改變」可能是「質」(qualitative)或「量」(quantitative)上的改變，因此，若某憲法變遷更改了近幾半數的憲法條文，則被認為是數量上的重大改變而應適用「修改」的程序為之⁷⁸。然而過去的案例也指出，縱使相較起來較單純的條文修正，也可能因為對於基礎政府計畫(basic governmental plan)造成深遠影響而構成「憲法修改」⁷⁹。

在本案中，原告即認為雖然第 8 號提案雖然僅變更了一個條文，然因其對加州憲法中個人權利及政府責任間的平衡基礎造成影響，故應適用「憲法修改」的修憲程序，然此見解最終並未被本案的多數意見採信，Eskridge 教授指出有部分原因是因為承認同性婚姻與否在加州是個支持者各半且敏感的議題，為了避免司法凌駕多數意見激化民眾情緒提升政治風險，法院方做出第 8 號提案合憲的結論。又值得一提的是，本案中法院認定第 8 號提案對於已經存在的同性婚姻不產生影響，其實也是遵循過去案例所承認的原則：法不溯既往，要求具有溯及效力的立法或公投提案負舉證責任。法院維持第 8 號提案的結論同時禁止該提案對已成立的同性婚姻產生影響的作法，除了是尊重多數對於同性婚姻的看法外，同時也保護了同性伴侶的信賴利益，更重要的是留下一個空間，容許同性婚姻伴侶破除既有偏見，增加討論機會以求將來平反的空間⁸⁰。

第二目 與聯邦憲法衝突

⁷⁷ William N. Eskridge, *Supra* note 66, at 1834-35

⁷⁸ *McFadden v. Jordan*, 196 P.2d 787, 799(1948).

⁷⁹ *Amador Valley Joint Union High Sch. Dist. v. State Bd. of Equalization*, 583 P.2d 1281 (1978).

⁸⁰ William N. Eskridge, *Supra* note 66, at 1835-39

其次，州憲法增修條文可能會因為牴觸美國聯邦憲法、條約或其他聯邦法律而違憲。舉例來說，在 *Romer v. Evans* 案⁸¹中，科羅拉多州最高法院以及聯邦最高法院均認定科羅拉多州所通過的「第 2 增修條文」牴觸美國憲法中的平等保障條款而無效⁸²。又如 *Mulkey v. Reitman* 案⁸³中，加州原本立法通過保障種族弱勢公民平等住屋權利的「公平住屋法」(fair housing legislation)，遭 1966 年的加州第 14 號公投提案(proposition 14)廢止，加州最高法院認定該提案違背美國憲法平等保障條款而違憲，此結論亦受美國聯邦最高法院支持。然而在本案中，原告並未主張第 8 號提案違背美國聯邦憲法。理由在於 *Romer* 案中的反歧視法令適用廣泛且毫無限制，和本案的第 8 號提案不同；又 *Mulkey* 案中的分類基準是「種族」，在聯邦憲法的層次是可疑分類適用嚴格審查基準，不同於本案中的分類基準「性傾向」⁸⁴。

第三目 與人權的憲法認知相衝突

最後，Eskridge 教授認為，打從美國建國之初到加州成為一個獨立的州，美國憲法從未容許「階級立法」(class legislation)，其正面的意義是指政府對於社會中各種不同的團體保持中立的立場，並至少保障人民諸如穩定生活、財產確保以及結婚自由等權利，1868 年的平等保障條款將上述這些觀念明文化，而加州憲法就如同美國聯邦憲法，其最基礎且不可動搖的理念便是「平等對待」(equal treatment)。

如同前述 *Mulkey* 案所展現的事實，種族弱勢者曾為「憲法增訂」剝奪其權利的受害者，作為弱勢少數，有色人種必須在多數決的系統中獲得主流的支持以保障自己的權利，然而弱勢少數長期以來受偏見以及刻板印象所害，1960 年代的弱勢少數很難獲得主流民意的認同。許多具有偏見的投票者偏好利用各種方法傷害或排擠有色人種，而多數「中間選民」仍懷有刻板印象而不願發聲。就是因為加州最高法院和聯邦最高法院對於有色人種不應受階級立法箝制的持續堅持，美國人民才慢慢接受「種族」不應作為差別待遇理由的原則。

今日性別弱勢者成為，抑或是取代種族少數成為公投議題的受害者。同樣地，作為性別上的少數，同性戀者在多數決的系統中必須尋求主流意見的支持以保障其權利，然同樣地過去的偏見和刻板印象仍然成為阻礙，許多具有偏見的投票者偏好各種方式傷害或排擠同性戀、雙性戀以及跨性別者，立場較為中立的投票者也因過去的刻板印象而噤聲不語。

⁸¹ 參見本文第一章第三節第五款之說明。

⁸² 科羅拉多州第 2 號公投提案內容為：廢止該州先前通過的反歧視法令，並禁止將來立法通過類似法令，遭美國最高法院認定違憲。

⁸³ 387 U.S. 369 (1967).

⁸⁴ William N. Eskridge, *Supra* note 66, at 1838-40

就如同 *In Re Marriage Cases* 所承認者，「性傾向」已如同性別以及種族成為可疑分類，同性戀者的結婚權也如同「種族通婚」的權利受憲法保障。根據社會契約理論、美國開國理念以及加州憲法中的明文規定可知，憲法的理念是在於確保所有的公民均受同等對待。按此邏輯，當多數利用公投程序制訂階級立法，並從過去一直被歧視的少數手上剝奪基本權利時，加州憲法第 18 條應被理解為對於此情形要求更高的立法門檻，當確有為了整體的公共利益而需要階級立法時，至少應通過「憲法修改」的公投程序，甚至發起新的憲法會議。

總結來說，基於長久以來支持同性平權運動以及同性婚姻的立場，Esckridge 教授認為加州第 8 號公投提案涉及加州憲法、美國聯邦憲法所承認的原則，並有違美國憲法先例對於人權的根本理念—「平等對待」，縱使多數民意對同性婚姻尚持保留態度而欲以修憲之方式加以修改，亦應採用「憲法修改」的程序方符合加州憲法第 18 條針對不同修憲幅度創設不同修憲程序的制度設計⁸⁵。

第三項 聯邦地方法院—Perry v. Schwarzenegger 案

第一款 案件事實

在第 8 號提案通過之後，同性婚姻的支持者本想藉由 *Strauss v. Horton* 案推翻公投的結論，然而無奈的是，該案加州最高法院認定第 8 號提案合憲，於是支持者轉而以原告身份，並以加州州長 Arnold Schwarzenegger（即眾所周知的動作巨星，阿諾史瓦辛格）作為被告，向美國聯邦地方法院提起訴訟，主張第 8 號提案違反憲法增修條文第 14 條所規定之正當法律程序以及平等保障條款，即本案 *Perry v. Schwarzenegger*⁸⁶。因此本案的爭點相當簡單，即第 8 號提案中唯一一男一女組成的婚姻方為有效的規定，是否違反美國聯邦憲法增修條文第 14 條中有關正當法律程序及平等保障之規定？

第二款 法院見解

第一目 正當法律程序

美國憲法增修條文第 14 條第 1 項規定：「無論何州，不得制定或執行損害美國公民特權或豁免權之法律；亦不得未經正當法律手續剝奪任何人之生命、自由或財產。」正當法律程序保障個人免於政府對於生命、自由、財產的侵害，當政府所附加負擔之權利被認為是基本權利時，政府必須證明該負擔可以通過嚴格審查基準的檢驗⁸⁷。在嚴格審查基準之下，政府必須舉證第 8 號提案具有迫切的政

⁸⁵ *Id.*, at 1840-43.

⁸⁶ 704 F. Supp.2d 921 (2010).

⁸⁷ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374,388 (1978).

府利益，且採行的手段必須與該利益緊密連結。在平等保障部分法院將仔細說明因為第 8 號提案連合理的政府利益均有所欠缺，因此根本不可能通過嚴格審查基準的檢驗。

第二目 平等保障條款

美國憲法增修條文第 14 條第 1 項亦規定無論何州均不得「在其管轄之內拒絕任何人民平等的法律保障」，不可否認的，大多數的法令均會基於某種目的對於人民為差別待遇，但若一個法令所為的分類並未產生一種「可疑分類」或侵害重要的基本權利，只要該法令所欲達成的政府利益間有正當合理的關連，該法令即被假定為有效且成立。

一、性別歧視或是性傾向歧視

原告主張由於第 8 號提案不但是基於性別所為的歧視，同時也是基於性傾向所為的歧視。法院認為，性傾向歧視可視為性歧視的一種樣態，舉例來說，Perry（女性）被禁止和 Stier 結婚，因為 Stier 是位女性，假如 Perry 是位男性，那第 8 號提案根本不會禁止此婚姻，如此說來，第 8 號提案是基於性別而限制了 Perry 選擇家庭伴侶的權利，但是第 8 號提案同時也基於性傾向而禁止了 Perry 的選擇，因為 Perry 之所以選擇要和另一位女性結婚，完全是因為他是位女同性戀的緣故。在審理時的證據顯示，由於他們的性傾向，同性戀者一直遭受基於刻板印象以及偏見所產生的歧視，這些歧視行為直到目前都仍存在，當一個人選擇伴侶的性別時，有很大的一部份是取決於他的性傾向，性別和性傾向是互相影響的，性傾向歧視和性別歧視是不同的現象，但彼此間絕對有關係。

被告主張因為第 8 號提案的文字中根本沒提到同性戀者，所以該提案並非針對同性戀者，法院認為，這種辯解掩飾了被告真正的動機，那些選擇和異性結婚的異性戀者，不會受到第 8 號提案的限制；然而那些選擇和同性結婚的同性戀者的結婚權，卻因為第 8 號提案而受到限制，同性戀行為和自我認知共同構成我們所說的男同性戀者以及女同性戀者，同性戀行為和彼此之間的吸引力均是構成一個人是男同性戀或女同性戀中不可或缺的一部份，且均應受憲法的保護。

第 8 號提案針對同性戀者特別是因為他們的性傾向，同時因為同性戀者彼此之間的關係，第 8 號提案同時也是基於性別而針對同性戀者，基於考量性別和性傾向間的關係以及第 8 號提案確實限制了同性戀者權利之事實後，法院認定原告平等保障的主張係屬基於性傾向，同時也是基於性別⁸⁸。

⁸⁸ *Supra* note 86, at 996-997

二、審查基準的決定—嚴格審查基準

當某種族群持續面臨有目的的不公平對待的歷史或遭受基於刻板印象所產生的獨特不利益時，嚴格審查基準即為適當⁸⁹，審查中的證據顯示同性戀者就是那群應適用嚴格審查基準保護的弱勢。法院詢問兩造同性戀者與異性戀者間是否有任何的相異之處造成政府於草擬立法時必須將該因素納入考慮，支持第 8 號提案者僅指出同性伴侶以及異性伴侶之不同，在於同性伴侶無法藉由性行為生育具血緣關係的下一代，換言之，同性伴侶以及異性伴侶之間的差異之處在於「生殖能力」，然而，支持者並未提出為何政府必須利用「性傾向」作為「生殖能力」的替代品來區分同性戀及異性戀，甚者，支持者根本未指出政府為何於立法時要將「生殖能力」納入考慮，沒有任何的證據明確指出同性戀者和異性戀者間「真正且無法否認的歧異」(real and undeniable differences)而必須讓政府於立法時將該歧異考慮進去。審理記錄顯示在檢視本案基於性傾向所為的差別待遇時，嚴格審查基準是適當的，然而，於本案嚴格審查基準是不必要的，因為第 8 號提案根本連合理審查基準亦無法通過⁹⁰。

三、第 8 號提案連合理審查基準均無法通過—駁斥反對同性婚姻者之主張

結論上來說，禁止同性婚姻與該法令所欲達成的政府利益並無合理關連，因此第 8 號提案根本無法通過合理審查基準的檢驗。被告舉出了多項第 8 號提案所欲達成的政府利益，其一為傳統觀念認為婚姻應保留給一男一女之結合關係並排除其他可能的關係；其二在於支持者認為履行社會變遷時應維持謹慎的態度，容許同性婚姻變遷太快也太急；其三在於提倡異性伴侶對於子女的照護優於同性伴侶；其四在於保障那些反對同性婚姻者的自由；其五則是純粹區分同性伴侶及異性伴侶。以下法院則針對支持者所主張的多項政府利益分述之。

(一)、保留婚姻給一男一女並排除其他關係

被告主張第 8 號提案維護了婚姻作為一男一女結合的傳統制度，以及傳統上婚姻的社會和法律上目的、功能以及架構。然而法院指出，「傳統」本身，不能作為法律上唯一的合理利益，差別待遇中「和傳統的連結」(ancient lineage)不能作為該措施合理的理由，政府必須提出除傳統之外的其他利益，才能作為該措施合憲的理由。

過去加州有許多以性別區分並限制女性權利的立法，其理由便在於傳統的觀

⁸⁹ Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307,313 (1976).

⁹⁰ *Supra* note 86, at 997

念認為男性及女性有分別「適得其所」的角色，這種「男主外、女主內」角色分配的窠臼已經被現在的加州憲法所遺棄，換言之，單純的「維護傳統」並不能作為差別待遇合憲的理由，被告必須提出其他的理由作為合憲的基礎，再者，除了婚姻限於一男一女之外，加州已經打破了所有「性別限制」的立法，第 8 號提案是在加州憲法上寫下「性別限制」(gender restriction)的名字並彰顯那些過去已經被遺棄的概念—男性及女性在生活中是具有不同角色的。

被告主張傳統上婚姻僅限一男一女代表異性戀關係優於同性戀關係，法院一再認為，維護傳統本身不能作為唯一合憲的理由，證據指出，在是否有能力組織成功婚姻關係的能力上，同性伴侶和異性伴侶完全相同，同性伴侶可以擁有快樂、滿足的關係，並且組成深厚情感上的連結以及強而有力的承諾。從婚姻關係中所獲得對於愛情的滿足和諧，不會因為伴侶間是同性或異性而有所不同。因此所謂異性戀伴侶優於同性戀伴侶的立論並不存在。對法院來說，第 8 號提案形同政府賦予某一傳統上不受歡迎的族群不利益，僅因為該族群不受歡迎。

(二)、社會變遷的過程需緩慢且謹慎

被告接下來主張第 8 號提案與政府利益相關，並聲稱於變遷社會基層制度的本質時，必須緩慢且謹慎，認為第 8 號提案有助於減輕衰弱婚姻制度的可能性，並於動搖婚姻制度時，有助於減輕可能產生的不利結果，同時減輕同性婚姻可能產生不利結果的可能性。

於審理中原告所提出的證據足以推翻所有認為允許同性婚姻會造成社會全面變遷的看法，相反地，證據顯示允許同性婚姻除了同性伴侶將因此受惠，至多僅會對於現有「一男一女」婚姻制度造成中性的影響，假如政府停止執行第 8 號提案，那些反對同性婚姻或是同性戀者的權利也不會受到任何影響。允許同性婚姻的過程是個現在進行式，沒有任何證據顯示政府需要相當時間的緩衝期以利推動同性婚姻，對於加州政府來說，允許同性婚姻是再單純不過的事情，原因在於加州政府已經在這麼做，且沒有停止的必要。基此，加州政府並無所謂實際上需要去「等待同性婚姻推動」的利益存在，

(三)、異性伴侶對於子女的照護優於同性伴侶

被告最大的理由是聲稱異性伴侶在照護子女這方面，優於同性伴侶，認為異性伴侶對於照護子女方面才是持久且穩定的家庭結構，主張第 8 號提案有助於提升生殖養育關係的穩定性。

首先證據指出，判斷子女是否完全適應環境(well-adjusted)的因素在於：一、子女與其雙親關係是否均等；二、子女生活中期雙親彼此之間的關係是否平等；

三、經濟以及社會資源的可得性。因此，雙親的性別並非子女是否適應環境的因素，一個人的性傾向不能決定其是否是不是好的父母，在同性家庭下成長的子女也可以和異性家庭下成長的子女一樣健康、成功而且適應良好，子女未必須由一夫一妻養育才能適應良好，擁有雙親的子女也未必會增加適應良好的可能性。父母與子女基因上的關係與子女成長結果無關，換言之，沒有證據顯示由原生父母養育的子女，必然優於非由生父母養育的子女。

其次，雖然被告聲稱異性伴侶對於養育子女是較為穩定且持久的家庭關係，執行第 8 號提案將有助於前述目的的達成，然而，第 8 號提案僅是單純地將同性伴侶排除於婚姻制度之外，根本無助於促進異性伴侶結婚並養育自己血緣上子女的可能性，如何能夠提升子女由「較為穩定且持久家庭關係」養育的可能？尤有進者，第 8 號提案的執行，反而會使原本在「穩定」的「同性婚姻」下養育的子女，由於同性婚姻的禁止，反倒成為「不穩定」，根本無助於所聲稱政府利益的達成。

(四)、保障反對同性婚姻者的自由

第 8 號提案並不會影響反對同性婚姻者所擁有的言論自由或信仰自由，提供同性伴侶使用婚姻的名稱並不會剝奪任何宗教團體或個人的信仰自由，沒有宗教會因第 8 號提案的通過或廢止與否，而被要求變更其有關於同性伴侶的宗教政策或實踐，也沒有任何一個神職人員會被要求違反其宗教信仰去主持一個婚禮儀式。第 8 號提案僅是單純地限制同性伴侶結婚的權利，無涉於反對同性婚姻者言論以及集會結社之自由。

(五)、純粹區分同性伴侶及異性伴侶

被告最後主張，不同的事物就應有不同的稱呼，第 8 號提案除了可以區別同性伴侶和異性伴侶之不同，同時可以保留針對不同種類關係不同需要的彈性。首先證據指出，同性伴侶和異性伴侶在法律上完全相同，證據已經證明同性伴侶和異性伴侶在養育子女方面沒有差異，換言之，同性伴侶和異性伴侶並非「不同事物」；其次，反對者主張，第 8 號提案在承認婚姻關係的方面上，具有減輕行政負擔的政府利益。關於此點，法院認為，首先「行政便利」並非重要的政府利益，即使認為行政便利可作為政府利益，因為第 8 號提案形同變相要求政府提供同性伴侶相較於「婚姻」另外一個稱之為「家庭伴侶」制度的平行管道，因此第 8 號提案也只會對於加州政府造成行政上的負擔，而非促進行政便利。

四、異性伴侶優於同性伴侶此一種個人道德上的觀點不足以作為第 8 號提案的適

當基礎

如前所述，在欠缺合理的基礎之下，唯一剩下可支持第 8 號提案的理由，在於反對者認為，同性伴侶單純地不如異性伴侶。不管這些想法是基於道德上對於同性戀者的不支持、對於同性戀者的敵意，抑或是單純地認為先天上異性伴侶就是優於同性伴侶，這些想法均不能作為合法適當的理由。法院認為，加州政府的義務是平等地對待每一位公民，而非執行其道德上的偏好，道德上的不支持在欠缺其他合法政府利益的情形下，從來就不能作為立法的合理基礎。審理中的證據顯示，支持第 8 號提案運動者的理論基礎，主要依賴人們對於將子女暴露在同性家庭中會導致子女成為同性戀者的恐懼，雖然說保護子女不受同性家庭影響的理由從未明示於第 8 號提案運動的廣告之中，然而不可否認地，這些廣告暗喻同性家庭將造成子女也會變成同性戀，而父母應該對此結果感到畏懼。因此，第 8 號提案之所以會通過是因為其強烈地依賴多數人對於同性戀者的負面刻板印象，然而，道德上的不支持本身不能作為否定同性戀者權利的適當理由。

第三目 本案結論

第 8 號提案對於其孤立同性戀者並否定其結婚權利，並未提出合理的立論基礎，證據指出第 8 號提案只不過是彰顯出支持者對於異性伴侶優於同性伴侶的價值觀，因為加州政府欠缺歧視同性戀者的合法利益，也因為第 8 號提案妨礙加州憲法平等地賦予結婚權的義務，法院認定第 8 號提案違憲⁹¹。

第四項 聯邦上訴法院—Perry v. Brown 案

第一款 案件事實

在 *Perry* 案過後，可以想見的是，第 8 號提案的支持者絕不會因為聯邦地方法院所做的決定而感到滿足。於 2010 年 8 月 4 日，*Perry* 案中被告的關係者，即第 8 號提案的支持者，向聯邦上訴法院第 9 巡迴法院提出上訴。但此時產生的問題在於，原 *Perry* 案判決的被告，即加州政府本身，並不願對於該地院判決提起上訴，故在 2011 年 1 月，第 9 巡迴法院也以「郡」(county)本身對於該案欠缺上訴利益，而駁回「郡」的上訴⁹²。

當然第 8 號提案的支持者絕不可能就此善罷干休，其主張該提案代表人民的意志，不應以州政府不支持即剝奪其上訴的利益。加州政府雖然不願對地院判決有所爭執，但第 8 號提案的支持者，雖非該案的當事人但仍屬權益受影響而具有「上訴利益」，故而要求法院允許其上訴。然聯邦第 9 巡迴上訴法院則以「何人

⁹¹ *Id.* at 997-1003

⁹² *Perry v. Schwarzenegger*, 630 F.3d 898 (Cal. 2011).

對於本案具有上訴利益」此爭議應由加州管轄為由，將此爭議發回加州最高法院審理，於 2011 年 11 月 17 日，加州最高法院認為支持者具有「上訴利益」，使得此案得以進入聯邦上訴法院審理，即本案 *Perry v. Brown*⁹³。

第二款 法院見解

第一目 婚姻之重要性

法院首先引用 *Strauss* 案之說法，說明「婚姻名詞」的重要性。反對同性婚姻者的其中一項看法是：既然加州已經創設「家庭伴侶」制度，賦予同性伴侶完全等同於異性戀婚姻的「所有」權利與利益，同性伴侶唯一受影響的地方僅在於其結合不能稱之為「婚姻」，其結婚權之行使僅受到一個「狹窄且受限制的例外」的限制，對其結婚權的完整性並無影響。

法院認為其所重視者就是「婚姻」這名詞所代表的意義，或許即使將「玫瑰」換一種說法玫瑰聞起來還是香的，但是將「婚姻」取代為「家庭伴侶」卻完全不是同一件事。當我們看見一位男士在一間餐廳中單膝跪下向其女友說：「你願意嫁給我嗎？」(Will you marry me?)時我們可能會深受感動，但是如果聽到的是：「你願意成為我的家庭伴侶嗎？」(Will you enter into a registered domestic partnership with me?)卻可能令人啼笑皆非；又如果說 1953 年瑪麗蓮夢露(Marilyn Monroe)的經典電影「願嫁金龜婿」(How to Marry a Millionaire)改名稱為「願嫁百萬家庭伴侶」(How to Register a Domestic Partnership with a Millionaire)呢？「婚姻」之名詞代表「獨一無二」的定義：兩個人和協生活、彼此忠誠、不管更好或更壞，而這個名詞背後所蘊含的意義決不是其他名詞能夠取代的⁹⁴。

第二目 第 8 號提案聲稱的合法利益

接下來產生的問題是，第 8 號提案禁止同性伴侶使用婚姻一詞以及享受婚姻名詞所彰顯地位之作法，是否具有合法的政府利益？

首先，同性婚姻的反對者指出，加州由於家庭伴侶法的制定，除了使用婚姻名詞之外，早就賦予同性伴侶完全相等於異性戀婚姻的權益，這種對於同性伴侶權益之保障，超出美國憲法之要求許多，憲法增修條文第 14 條平等保障條款並沒有明文要求同性伴侶可以使用「婚姻」的名詞，既然加州法令已經賦予同性伴侶超過憲法規定的保障，第 8 號提案對同性伴侶的微小「禁止使用婚姻名詞」之限制，豈有違憲可言？

⁹³ 671 F.3d 1052 (2012).

⁹⁴ *Id.*, at 1076-79.

法院指出，平等保障條款所規範者，並不是要求政府必須要「先」(in the first place)提供某些權利或利益，而是要求，若某種權利或利益已經被提供，則政府不可在欠缺合法理由的情形下，賦予「特定人」而排除「其他人」。換言之，平等保障條款並不會過問為什麼政府不提供某種「利益」，而是要求若政府已經提供了某種「利益」，此利益必須要平等地提供每一個人⁹⁵。於本案中法院要問的是，既然婚姻制度可以由異性戀伴侶所享有，那為什麼加州政府要限制同性伴侶不得享有？這種賦予「異性戀伴侶」排除「同性伴侶」的作法，背後有合法的政府利益嗎？

一、增進「子女教養」(childrearing)以及「責任生殖」(responsible procreation)

反對同性婚姻者認為，在異性結合家庭中生長，較符合子女之最佳利益；且婚姻提供伴侶們進行性行為以建立穩定家庭之動機，有助於減少「不負責任生殖」，即「婚姻關係外偶然懷孕」的威脅。而由於同性伴侶並沒有此種「不負責生殖」之可能性，因此沒有必要賦予同性伴侶婚姻制度。

法院認為，某種「法令變遷」是否「更有助於」某種利益之達成，前提在於確實有「法令變遷」之事實存在。姑且不論前述論點是否正確，因為加州本身就賦予同性伴侶組成穩定的「家庭伴侶」關係，以及教養子女之權利，第8號提案並未變遷同性伴侶這些本來就有的權利，既然沒有所謂的「法令變遷」存在，怎麼又會有「是否有助於目的之達成」可供討論？換言之，第8號提案與其聲稱增進子女教養並有助於責任生殖之利益，並無任何關連。

再者，第8號提案所採行的手段為「限制同性伴侶使用婚姻名詞」，所聲稱的目的是「有助於增進責任生殖」，必須要先確定手段有助於目的之達成，接下來才會探討手段與目的間之關連，究竟是「合理關連」還是「嚴密剪裁」。要討論手段與目的間的關係，必須先澄清：允許「同性伴侶」結婚，有助於「異性戀婚姻」增加責任生殖嗎？換言之，某一對異性戀男女，會因為政府允許同性婚姻之後，就不負責任地拼命未婚生子嗎？法院指出，實在很難想像，允許某對同性伴侶結婚，就會對異性戀關係的穩定性造成威脅，反對者之主張根本在「事實」(reality)上就無法立足，沒有辦法證明手段有助於目的之達成，根本無須討論手段與目的間的關係⁹⁶。

二、社會變遷的過程需謹慎(proceed with caution)

⁹⁵ *Id.* at 1082-86.

⁹⁶ *Id.* at 1086-90

反對者另外一個看似有理的論點在於：對於社會制度，尤其是基本如婚姻制度的改變，必須要緩慢並且謹慎，避免對社會造成多餘的衝擊和不利後果，因此同性婚姻的合法化過程必須緩慢，第 8 號提案之目的即在於減緩這種衝擊的發生。法院指出，如果說第 8 號提案是規定在「某段期間」內「暫時」禁止同性婚姻，則或許其目的確實在減緩社會變遷的腳步，讓立法者有時間去思索更多、更周延的問題，或者讓公民去投票制定出更符合民意的法令，但是這都不是現階段第 8 號提案所規定者，第 8 號提案是「永久」且「完全」的禁止規定。況且，在第 8 號提案產生之前，在加州同性婚姻本來就已經合法化，超過 18000 對同性伴侶結婚，社會早就已經「變遷完畢」，怎麼還會有「緩慢且謹慎」的需要存在？第 8 號提案所採行的手段，根本無助於其所聲稱目的之達成⁹⁷。

三、保障宗教自由

就反對者所聲稱「保障宗教自由」之目的而論，法院認為，若要達成此項目地，第 8 號提案應該規定，在加州反歧視法的規範下，宗教組織不會因為拒絕場地或服務予同性伴侶結婚，而遭受處罰或被訴。但是第 8 號提案對於此點完全沒有規定，顯見這根本不是第 8 號提案的立法理由⁹⁸。

四、保護未成年子女在公立學校不會被教導同性婚姻等同於傳統婚姻

反對論者的最後一個主張在於：第 8 號提案可以保護未成年子女在公立學校不會被教導同性婚姻等同於傳統婚姻。法院指出，不論在第 8 號提案之前或之後，學校從來沒有被要求說必須教導何謂同性婚姻，學校保留所有對於教育方針的主導權，不會因第 8 號提案通過與否而有不同；不論在第 8 號提案之前或之後，學校或是個別教師的「性傾向歧視」行為都被禁止，因此學生不會被教導同性婚姻或異性婚姻「孰優孰劣」。

法院並指出，學校教育是隨著世界變遷而變遷，對於婚姻法令的改變的確可能影響教室中教導的內容，但是就如同教育告訴我們政黨輪替、新科技的發明等，學校教導學生這些事物是因為這個世界就是如此變化。「傳授者不願接受新事物」和「不願教導學生這些新事物」是不同的，這個觀點不能作為同性伴侶結婚權的獨立理由⁹⁹。

第三目 第 8 號提案的真正理由

⁹⁷ *Id.* at 1089-90.

⁹⁸ *Id.* at 1091.

⁹⁹ *Id.* at 1091-92.

既然前述反對同性婚姻者的主張都無助於達成其所聲稱的目的，那第 8 號提案所欲達成的真正目的究竟是什麼？換言之，第 8 號提案的提案人以及投下贊成票的加州公民，其動機或想法究竟是什麼？法院認為，第 8 號提案的目的很單純，純粹就是想回歸到 *In Re Marriage* 案之前、甚至是其他州合法化同性婚姻之前的狀態，提案人的想法就是：希望回復「傳統一男一女」的婚姻。法院認為，「傳統」本身不能作為差別待遇的「唯一」理由，法令容許修改且權利可能被剝奪，但必定有其他可信服的理由存在，「一個新的權利不能被剝奪單純因為它比較新」(new rights may not be stripped away solely because they are new)。對於傳統的偏好與眷戀，於欠缺其他合法理由的情形下，這種偏好是不被允許的。

其次，法院認為第 8 號提案的支持者之所以會投下贊成票，是因為其單純不認為同性伴侶應該位於跟異性伴侶相同的「階級」(class)，並不希望同性伴侶享有與異性婚姻相同的官方承認及社會地位，贊成票背後傳遞出的訊息是：同性戀者是「次等」的所以只能享有較低的社會地位。法院以過去案例為例，指出差別待遇本身就帶有對某種族群的「不認同」(disapproval)心理，但是此種基於不認同心理所為的差別待遇未必會被宣告違憲，只要該差別待遇具有其他合法的目的。但是第 8 號提案欠缺合法目的，因此無法通過平等保障條款之檢驗¹⁰⁰。

第四目 本案結論

加州公民於欠缺合法理由之前提下，舉行公投剝奪少數族群（同性伴侶）其本來已經享有的權利（結婚權），違反平等保障條款，據此，第 8 號提案違憲，下級法院之結論應予維持¹⁰¹。

第三款 N.R. Smith 法官之部分協同部分不同意見書¹⁰²

Smith 法官首先認為，差別待遇涉及基本權利或可疑分類時，審查基準才必須要提高，但是美國聯邦最高法院判決從未指出「結婚權」(right to marry)包含「與同性結婚的權利」，亦曾未明文說明「性傾向」是一種「可疑分類」或是「準可疑分類」，因此嚴格及中度審查基準於本案均不適用，本案以合理審查基準檢驗即可。而合理審查基準平等保障條款下是最寬鬆以及最寬容的審查基準，在本案中僅要證明第 8 號提案有合法政府利益，且手段與利益間有合理關連即可。而值得另外討論者是「責任生殖」與「最適養育」(optimal parenting)兩項政府利益。

就「責任生殖」來說，Smith 法官指出，過去的判決與多數意見並不否認提倡「責任生殖」是合法政府利益，多數意見僅是認為無法證明，禁止同性伴侶結

¹⁰⁰ *Id.* at 1092-94.

¹⁰¹ *Id.* at 1096.

¹⁰² *Id.* at 1096-1113.

婚與提生異性伴侶不要意外懷孕或未婚生子之間有何關連。Smith 法官提出反對者見解認為，因為唯有男女間的性行為才有生殖能力，故唯有男女結合的關係才可能提升，或傷害「責任生殖」的利益，一般民眾的常識中可能認為「禁止同性婚姻」與「提高責任生殖率」間有所關係，此種單純的「相信」，即便是錯誤的，均無礙於通過合理審查基準之檢驗；另外在合理審查基準下，法令的挑戰者，於本案中就是同性婚姻的支持者，必須要負舉證責任證明所有聲稱的政府利益都是無效的。反對者已經舉出資料說明於異性戀家庭才是養育子女的最佳環境，但是支持者僅能說明於同性婚姻下養育子女「未必」不符合子女之最佳利益，無法明確駁斥反對者的說法，未盡舉證責任之一方單然要承擔敗訴的結果。

第四款 William N. Eskridge 對於本案的評論—同性婚姻合法化運動的一小步

於 *Perry v. Brown* 案過後，許多同志平權團體對於聯邦上訴法院的判決並沒有肯認同性伴侶在「全國」的結婚權表示哀悼，並且認為多數意見的論理「不誠實」、「搖擺不定」且「虛偽」，針對此點，Eskridge 教授撰文指出，法院所採行的態度是正確的¹⁰³。

Eskridge 教授指出，法院判決和議會立法不同，後者通常要廣納各方意見，並針對各種意見作討論後盡可能廣泛的適用各種論理，但是法院是針對個案作審判，所以對於論理的取捨上較為狹窄；除此之外，憲法與普通法(common law) 對於基本原則變遷的態度是相同的，認為變遷需要緩慢且漸進，必須經過審慎的論理，讓社會達成共識後才能推動；再者，法院必須依循過往聯邦上訴法院或最高法院的判決先例，就本案而言，最近似的聯邦憲法判決為 *Romer v. Evans* 案，法院必須依循此先例，若法院欲判決同性伴侶有結婚之基本權利，或者是基於性傾向所為之差別待遇為可疑分類，法院必須要再過往聯邦最高法院的判決先例中找到著眼點，但這些先例都不如 *Romer* 案來的與本案近似。

Eskridge 教授最後認為，司法審查向來不太願意去挑戰一些根深蒂固的不平等，法院很少去強力地推翻這些不平等，而通常只是指引一個正確的方向。或許加州、紐約州已經具有承認同性婚姻的民意基礎，但是許多州還沒有準備好改變，國家間對於同性婚姻的寬容態度已經比 2000 年時改善許多，但是仍有許多國家對於同性戀者以及同性婚姻抱持敵對的態度。現階段聯邦最高法院或許應該暫時拒絕繼續審理本案，讓個別州自行發展其對同性婚姻的看法，同時也觀察各州的態度，作為將來有一天判決的立論基礎。總括來說，*Perry v. Brown* 案判決為美國同性婚姻的平等保障多推進了一步，這一步不會太大，也沒有太少¹⁰⁴。

¹⁰³ William N. Eskridge Jr., *The Ninth Circuit's Perry Decision and The Constitutional Politics of Marriage Equality*, 64 STAN. L. REV. ONLINE 93, 93-94 (2012).

(<http://www.stanfordlawreview.org/online/perry-marriage-equality>, accessed June 4, 2012)

¹⁰⁴ *Id.* at 94-98

第四節 小結

從上述對於美國有關同性婚姻合法化的法令及判決中可以得知，於聯邦的層級中，「婚姻防衛法」仍然為合法有效之法律，而有拘束聯邦的效果，代表美國聯邦政府表面上對於同性婚姻仍是採行禁止的作法，然而近年來歐巴馬政府一再地放寬對同性戀者的限制措施，本人甚至在媒體訪問中表達自己對於同性婚姻合法化的寬容態度，顯見美國政府已逐漸邁向同性婚姻合法化的道路。而就各州的角度來看，目前美國各州對於同性婚姻仍有眾多不同的看法，有容許者亦有禁止者，然而不能否認的是，自從 2008 年之後，開放同性婚姻合法化的州已有越來越多的趨勢，換言之，容許同性婚姻的浪潮已逐漸席捲整個美國。

更重要的是，美國法院對於同性婚姻合法化爭議中，有關結婚權、性傾向歧視、審查基準之選擇、法令是否具備合法的政府利益、手段與目的間之關連等問題均已有詳細的探討，茲整理如下表。而這些討論，在我國憲法同性婚姻合法化的討論上，尤其是平等權的審查上，均有值得參考借鏡之處，故下章則探討我國憲法上的同性婚姻，分析於我國同性婚姻是否為一種憲法上的權利。

美國同性婚姻爭議部分司法判決一覽表

年份	案號	分類標準	審查基準	後續發展
1993	<i>Baehr v. Lewin</i> (852 P.2d. 44 (Haw. 1993))	性別歧視。	嚴格審查基準。	美國聯邦政府於 1996 年制定「婚姻防衛法」。
1999	<i>Baker v. Vermont</i> (744 A.2d 864 (Vt. 1999))	未明白說明。	嚴格審查基準。 惟適用者乃佛州 憲法之「同等利 益條款」，而非聯 邦憲法第 14 條 之「平等保障條 款」。	佛州的「民事結合」法 於 2000 年 7 月 1 日正式 生效；「同性婚姻」法於 2009 年 9 月 1 日正式生 效。
2003	<i>Goodridge v. Dep't of Pub. Health</i> (798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).)	未明白說明。	連合理審查基準 均無法通過，無 須檢視嚴格審查 基準。	麻州後續並未立法將同 性婚姻合法化，該州於 2004 年 5 月 17 日承認 同性婚姻是基於法院判 決。
2006	<i>Hernandez v. Robles</i> (855 N.E.2d 1 (N.Y. 2006).)	性傾向歧視。	合理審查基準。	紐約州於 2007、2009 年 均有同性婚姻法之提案 但均遭到參議院之否

				決；2011年7月24日該州同性婚姻法正式生效。
2008	<i>Kerrigan v. Commissioner of Public Health</i> (957 A.2d 407 (Conn. 2008))	性傾向歧視。	中度審查基準。	2008年11月12日，首對同性婚姻伴侶於康州成立。2009年4月22日，康州議會廢棄所有舊有的婚姻法制，將其中兩性的字眼用中性的描述取代，2010年10月1日，康州政府停止認可民事結合制度，所有舊有的民事結合均自動「升級」為同性婚姻。
	<i>In re Marriage Cases</i> (43 Cal.4th 757 (Cal. 2008))	性傾向歧視。	嚴格審查基準。	從此案判決後的2008年6月19日至第8號提案通過的2008年11月4日，唯有在這段期間成立的同性婚姻方為合法。
2009	<i>Varnum v. Brien</i> (763 N.W.2d 862 (Iowa. 2009))	性傾向歧視構成性別歧視。	中度審查基準。	愛州於2009年4月27日正式發給同性伴侶結婚證書。隔年愛州大選時，公民投票罷免參與該判決的其中三位最高法院法官。
	<i>Strauss v. Horton</i> (46 Cal.4th 364 (Cal. 2009))	未提及。	未提及。	
2010	<i>Perry v. Schwarzenegger</i> (704 F. Supp.2d 921 (2010))	構成性傾向歧視以及性別歧視。	嚴格審查基準。但是系爭法令連合理審查基準均無法通過。	
2012	<i>Perry v. Brown</i> (671 F.3d 1052 (2012))	未明白說明。	未明白說明，但連合理審查基準均無法通過。	

說明：標示網底者為認定禁止同性婚姻法令合憲之司法判決。

第四章 憲法層次的同性婚姻權

第一節 我國民法以及大法官解釋下的觀點

第一項 民法的觀點

關於婚姻，民法第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」民法第 982 條規定：「男未滿 18 歲，女未滿 16 歲者，不得結婚。」自法律解釋的角度而言，民法第 972 條、第 980 條並未明文限制結婚當事人須為一男一女¹，惟若從民法親屬編之規定進行體系觀察，則舉凡民法第 1000 條「夫妻」之冠姓、民法第 1001 條「夫妻」之同居義務、民法第 1004 條以下「夫妻」財產制等規定，均是以「夫妻」作為規範之用語，而非稱結婚之他方為「配偶」，因此我國民法中的婚姻制度，是以「異性戀一男一女之結合關係²」為其規範對象。簡而言之，體系觀察檢視下，我國民法親屬編乃架構在「異性戀婚姻」此一基礎上，而將同性婚姻排除在外³。

因此，法務部 83 年 8 月 11 日（83）法律決字第 17359 號函釋說明：「查我國民法對結婚之當事人必須為一男一女，雖無直接明文規定，惟我國學者對婚（姻）之定義，均認為『以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係』，更有明言同性之結合，並非我國民法所謂之婚姻者…而我國民法親屬編之諸多規定，亦係建構在此等以兩性結合關係為基礎之概念上…從而，我國現行民法所謂之『結婚』，必為一男一女結合關係，同性之結合則非屬之。」；法務部 100 年 9 月 5 日法律決字第 1000023926 號函說明：「…按我國民法規定之婚姻，係以終生共同生活為其目的之一男一女適法之結合關係，是採取規範的單婚之一夫一妻婚姻制度。至於同性男女得否組成家庭之議題，尚在研議中。」是以戶政機關依據前述函釋，駁回同性伴侶結婚之聲請。

本文認為，首先，前述法務部函釋承認「我國民法對結婚之當事人必須為一男一女並無直接明文規定」，但又話鋒一轉，認定「我國民法親屬編之諸多規定係建構在兩性結合關係為基礎之概念上」，換言之，民法第 982 條中有關婚姻「成立要件」之規定並沒有禁止同性婚姻，但是在民法第 1000 條以下婚姻的「效力」規定中卻又禁止同性婚姻，這種同一法體系內規定的混亂，豈不造成適用上之困

¹ 或許有人認為民法第 972 條及 982 條均明文規定「男女」，怎麼會沒有限定「一男一女」？然仔細觀察上述規定，不論是「婚約要由男女訂立」或是「男未滿 18、女未滿 16 不能結婚」之規定，都沒有說一定要是「一男一女」的搭配。換言之，滿 18 歲的「兩名男子」，依照民法第 980 條的文義解釋觀之，是可以結婚的。

² 依據教育部重編國語辭典修訂本，「夫妻」之解釋為「有婚姻關係的男女雙方」，從「男女雙方」的字面上意思觀之，夫妻自然是指「一男一女」。網路資料：<http://dict.revised.moe.edu.tw>，最後瀏覽日期：2012/4/2。

³ 許秀雯，〈論具憲法位階之同性戀人權〉，收錄於謝瑞智，《邁向 21 世紀的憲法》，1996 年，頁 314。

難⁴？其次，對於人民基本權利之限制，憲法第 23 條規定須以「法律」為之，我國民法對結婚之當事人既然沒有明文規定為一男一女，此為前述法務部之函釋所自承，戶政機關卻又以法務部函釋這種「解釋性行政規則⁵」駁回同性婚姻之聲請，是增加了法律對於婚姻所無的額外限制，與法律保留原則顯然不符⁶。因此前述法務部函釋根本不能作為禁止同性婚姻之理由。

再者，所謂的「夫」或「妻」之用語，是在形容進入婚姻關係的法律地位，進入婚姻的「男性」稱之為「夫」；進入婚姻的「女性」稱之為「妻」，進入婚姻制度的雙方則稱為「夫妻」，法條之所以稱為「夫妻」，是因為立法者「假定」婚姻制度是以「異性婚姻」作為規範對象，「夫妻」之名詞最為一般大眾所理解且接受。與其說立法者在制定民法之初並意圖排除同性婚姻，還不如說在民法親屬編制定的民國 19 年，立法者腦中根本沒出現「同性婚姻」的名詞，換言之，立法者雖然沒想到把同性婚姻納入婚姻制度之中，但也從未明文排除將來有一天同性婚姻可以納入民法親屬編中規範，以「夫妻」名詞「無關性別」，純粹是形容進入婚姻關係的法律地位的觀點來看，同性婚姻的雙方稱之為「夫妻」，也未嘗不可。

其次就美國實務來看，美國許多州是以修憲或修法之方式將「婚姻限於一男一女」之規定制定於憲法或法令中，代表其相關婚姻法令原本對於婚姻之定義並沒有清楚明確的規定，而賦予核發結婚證書的行政機關，依據法令自為判斷，美國加州舊金山市政府，甚至在法令已明文規定婚姻限於一男一女之情形下，仍然發給同性伴侶結婚證書⁷。將相同情形套用於我國，本文認為，在我國民法並未規定婚姻限於一男一女的情形下⁸，行政機關依據民法，未必不許其核准同性婚姻之請求。

第二項 我國大法官解釋中的觀點

婚姻家庭制度在我國憲法中並未有明文保障，惟司法院大法官歷來已有多號解釋承認人民婚姻自由與婚姻生活秩序受憲法第 22 條保障。例如，釋字第 242

⁴ 參見：杜承翰，《同性婚姻合法化正當性之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2008 年，第 121 頁。

⁵ 行政程序法第 159 條第 1 項規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，以其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」同條第 2 項第 2 款：「行政規則包括下列各款之規定：…為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」

⁶ 張宏誠，《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，2002 年 6 月，第 375 頁。反對觀點可能為：我國憲法根本不保障「同性結婚權」，既然沒有這種基本權利，那限制其行使也不會有違反法律保留原則的問題。

⁷ 參見本文第三章第三節第一項第一款有關美國加州最高法院 *In re Marriage Cases* 案件事實之說明。

⁸ 至於如此規定是否違背憲法規定，詳後述討論。

號解釋保障人民，有長期實際共同生活事實之合法婚姻關係，不因國家遭逢重大變故，反遭一般重婚禁止規定所影響；釋字第 362 號解釋承認人民有婚姻自由，並避免重婚禁止規定妨礙人民善意行使選擇配偶之權利；釋字第 552 號解釋雖進一步限制釋字第 362 號解釋僅適用於雙方善意且無過失之情形，但認為婚姻自由係受憲法第 22 條所保障之人民自由權利之基本觀點並無不同，其具體內容至少包含婚姻擇偶之自由及穩定共同生活秩序之保障；釋字第 554 號解釋則認為婚姻制度係受憲法制度性保障，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，其核心係在使「一夫一妻」「營永久共同生活」並使「雙方人格得以實現與發展」，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務⁹。因此，從字面上觀之，大法官似乎也認為我國之婚姻制度之核心為「一夫一妻」制度，而沒有同性婚姻存在的空間。

然而，本文認為，從釋字 242(1989 年)、362(1994 年)、552(2002 年)、554(2002 年)號解釋一路觀察下來，大法官當時都是在處理「重婚」的問題，就當時的時空背景來說，根本沒有想到將來會產生「同性婚姻」的爭辯。大法官針對重婚問題，堅定主張「一夫一妻」婚姻制度的本意，就是在說婚姻制度下，「一位伴侶必須只能搭配一位伴侶」，真正意義在於限定「單一伴侶」之結合生活，因此重婚違憲。但是伴侶之間是「男女」、「男男」還是「女女」，大法官當時根本沒有想到要處理，也沒有想到將來會因為「一夫一妻」的字面上意義，而產生對於「同性婚姻」之限制。如同之前所述，不管是民法法條中規定之「夫妻」，還是大法官解釋下的「一夫一妻」，均是對進入婚姻的兩個人法律地位的形容，並沒有試圖禁止同性婚姻之意，否則，大法官為何不直接說明使「一男一女」營永久共同生活，才是我國婚姻制度之核心？如果認為「男女刻板印象」就是憲法或法律所欲破除的標的，那為何還要用「夫妻」或是「一夫一妻」這種「文字遊戲」作為否定同性婚姻權之理由？

值得注意的是，大法官於 2008 年 10 月做出的釋字第 647 號解釋中，說明：「遺產及贈與稅法第二十條第一項第六款規定，配偶相互贈與之財產不計入贈與總額，乃係對有法律上婚姻關係之配偶間相互贈與，免徵贈與稅之規定。至因欠缺婚姻之法定要件，而未成立法律上婚姻關係之『異性伴侶』未能享有相同之待遇，係因首揭規定為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與憲法第七條之平等原則有違。」並於解釋理由書中指出：「至於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』，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，…立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定登記、一夫一妻等要件，旨在強化婚姻之公示效果，並維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益，有其憲法上之正當性。基此，系爭規定固僅就具法律上婚姻關係之配偶，其相互間之贈與免徵贈與稅，惟係為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚

⁹ 司法院大法官第 569 號解釋林子儀大法官協同意見書參照。

姻制度之維護，自難認與平等原則有違。至鑒於上開伴侶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，併此指明。」

假如按解釋文所稱，系爭規定之合憲理由係為維護「婚姻制度」，則分類標準一刀切開的是「有無法律上婚姻關係」，任何事實上婚姻關係均應不受憲法所保障；然而，解釋理由書又意有所指，暗示立法機關應朝給予後者保障的方向修法，卻忽略所謂「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」者，並不止於大法官所稱的「異性伴侶」，同性伴侶亦然。大法官刻意強調無配偶之「異性伴侶」，是不是代表大法官認為，這種「異性」間主觀上具有共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實的伴侶，才與現行法律所規範之「婚姻制度」具有「相似性」，而容許立法機關在這種情形下，給予適當的法律保障¹⁰？換言之，在 2008 年，大法官是不是意有所指地認為，同性結合跟現行婚姻制度根本是不同的東西，而不可能納入婚姻制度受保障？¹¹

本文認為，對於本號解釋之理解，或許不用如此悲觀。首先，大法官審理的法條為「遺產與贈與稅法」，其要考量者是該法條所採行的手段及保障範圍，是否有助於政府利益之達成，而不是直接審理同性婚姻是否應納入婚姻制度的問題；其次，大法官只是在遺產及贈與稅賦稅優惠上畫出一個清楚的分類標準：「有無法律上婚姻關係」，在這個標準之下，未成立法律上婚姻關係的伴侶，不管是異性伴侶或是同性伴侶，都不能適用租稅優惠；最後，大法官告知立法者，若立法者認為成立「事實上的婚姻關係」的「異性伴侶」也具有受保障的利益的，將來可以將其納入租稅優惠的適用範圍，換言之，即使是大法官最後的「苦口婆心」，也只是針對「伴侶制度」的討論，而不及於「婚姻制度」。解釋上來說，大法官為立法者提供一個修法的方向，而沒有賦予立法者必須修法的「立法義務」，或者限定立法者修法保障之範圍，也就是說，若立法者認為同性伴侶也具有相同應享受租稅優惠之利益存在時，也可以將同性伴侶納入保障範圍。

現任大法官蘇永欽於 2006 年即指出：「當非婚的單親家庭、異性或同性組成的事實生活體已經普遍到一種程度，而大法官對於家庭的解釋雖然與結婚自由、一夫一妻的制度保障相連結，但尚未基於任何理由『否定』此類新興家庭或生活體同樣需要受到保障時，這裡是不是已經發覺了人格權保障的漏洞，作為人格權保障工具的現代台灣家庭，在憲法的概念上是不是已經需要做一些擴張，從而現行有關婚姻效力及各種建立於婚姻關係的家庭保護規定，如異性才能成立有效婚

¹⁰ Maurice's barbaric YAWP，〈錯失引領改革「伴侶關係」契機的大法官：大法官解釋第六四七號解釋〉，2008 年 10 月 10 日，網路資料：<http://narzissmus.pixnet.net/blog/post/21989255>，最後瀏覽日期：2012/6/6。

¹¹ 同樣的質疑，參見：施慧玲，〈一夫一妻制度之憲法保障的再一片拼圖——大法官釋字第六四七號解釋簡析〉，《台灣法學雜誌》第 115 期，2008 年 11 月，第 163 頁。

姻，婚生子女才能享有某些身份法上的權利等，雖還不能認為已經達到『違憲』的程度（至少不牴觸實質平等原則），但是否已經漸漸「保護不足」，而需要提醒一下政治部門，在身份法制或福利政策上，給其他的家庭類型某種適當的保障，如某些國家已經採行的政策或立法？¹²」從上述觀點出發，大法官於釋字 647 號解釋中明文「異性伴侶」而排除「同性伴侶」的作法，可能只是認為現前同性伴侶「尚未」普遍到一種程度，現階段尚無立法保障之必要，而不是明文排除將來將同性伴侶納入保障的可能性。

綜上所述，本文認為，我國不論「憲法層次」的大法官解釋，或是「法律層次」的民法規定，都沒有明文禁止同性婚姻合法性之可能，反而是在「命令層次」的位階，行政機關直接以行政規則禁止同性婚姻之組成。於是接下來的問題是，行政規則禁止同性婚姻，是否違反法律或憲法之規定，換句話說，憲法是否容許同性婚姻？憲法是否有同性婚姻權之存在？若答案是肯定的，那前述法務部的函釋，自然違反憲法之規定，牴觸法律優位原則。故以下則從自由權、平等權、平等公民權之觀點探討憲法上的同性婚姻。

第二節 自由權觀點

第一項 婚姻自由

第一款 定義上的兩難

大部分人的觀念認為，兩個相愛的人決定是否步入婚姻，是兩個人的「自由」，換言之，法律應該保障一個人是否結婚的自由權利，這種理解基本上是正確的。按婚姻家庭制度在我國憲法中並未有明文保障，惟從司法院大法官 242、362、552、554 號解釋觀之，人民婚姻自由與婚姻生活秩序受憲法第 22 條保障，應屬無疑。換言之，「婚姻制度」與「自由」受我國憲法第 22 條高度的保障。於是接下來的問題就是：「憲法究竟保不保障同性伴侶結婚的權利？」換一種說法，也就是：「人民有沒有與同性結婚的權利？」

觀察美國有關同性婚姻的判決可以發現，反對同性婚姻和支持同性婚姻者，會以不同的方式來形塑這個問題。反對者的提問是：於同性結婚之權利是否是一個憲法上的基本權利？」接著就會以「是否深植於國家的歷史、傳統與人民共識」(deeply rooted in a nation's history, tradition, and common consensus of people)為標準，判斷同性婚姻是否為憲法上的基本權利，而得出否定的答案¹³。支持者的提問則是：「與選擇伴侶結婚之權利是否為憲法上的基本權利(the right to marry the person of one's choice)？」接下來指出若婚姻自由不包含與所選擇對象結婚之自

¹² 蘇永欽，〈我國憲法中的家庭〉，收錄於《部門憲法》，2006 年 11 月，第 806 頁。

¹³ See *Hernandez v. Robles*, 855 N.E.2d 1 (N.Y. 2006). 並請參見本文第三章第二節第七項之說明。

由，婚姻自由將失去意義¹⁴。相同地，在我國也可以看到類似的論述，林子儀大法官認為釋字第 552 號解釋已說明婚姻自由包含「婚姻擇偶之自由」，惟應受到一夫一妻制之限制。若我們假設大法官所謂「一夫一妻」，就是「一男一女」之結合，那大法官的根本想法是：婚姻指的是一男一女的結合，禁止同性婚姻並無侵害婚姻自由；還是說婚姻自由之核心是「與所選擇伴侶結婚的自由」，同性婚姻之所以被禁止，不是因為同性伴侶沒有結婚權，而是因為和「一夫一妻制度」衝突的結果？

此時產生一個弔詭的現象：同性婚姻的支持者認為是否結婚、結婚對象及性別抉擇之自由是人格自由、人性尊嚴之彰顯，因此同性伴侶的婚姻自由應屬憲法保障之範圍，故所謂的「結婚自由」是指「一個人自主選擇結婚對象的自由」。但是同性婚姻的反對者則會指出，所謂的「婚姻」指的是「一男一女」的結合，因此「婚姻」的定義本身就不包含「同性婚姻」，同性伴侶並沒有所謂的「結婚自由」，自然就沒有何種「侵害結婚自由」的情形可言。

從以上這種辯論中可以得知，關於禁止同性婚姻是否侵害同性伴侶「結婚自由」的問題，本質上取決於「婚姻」之定義，如果認為婚姻的定義是一男一女的結合，那「禁止同性婚姻」就是從婚姻之定義推演下來的當然結果，沒有所謂侵害同性伴侶結婚權的問題；相反地，如果認為婚姻之定義不限於一男一女的結合，則禁止同性婚姻，當然侵害了同性伴侶的結婚自由。這種「定義式主張」的特點是，一旦提出主張並堅持之，而不願意再從其他角度探討同性婚姻的問題時，討論思辯的空間就幾乎不存在了，主張「婚姻」限於「一男一女之結合」者，等同於對於同性婚姻的議題下了最終答案，跳脫了思辯與說理的過程，這種看法將會使同性婚姻完全沒有討論或發展的空間。

第二款 「定義」與「本質」的變遷

如前所述，反對憲法保障同性婚姻者，最常提出的主張是：「婚姻制度」的「定義」或「本質」，就是一男一女之結合¹⁵。因此，國家法律也許可以給予同性戀者類似婚姻關係的保障，例如外國所謂「家庭夥伴」(domestic partnership)或是「民事結合」(civil union)等，但仍不能給予「婚姻」之名。換言之，同性伴侶或許可以爭取類似婚姻制度的「家庭夥伴」或「民事結合」關係，但是因為「婚姻」本質上限定「一男一女」，因此同性伴侶必須被排除在外。

然而，反對論者的這種說法，並未對於此項「本質」，進行進一步的解釋。況且，任何對於所謂「本質」的說法，釋憲者必須謹慎為之，否則無異於將應該

¹⁴ See *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003); *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (Cal. 2008). 並請參見本文第三章第二節第一項、第三節第一項之說明。

¹⁵ 請參見本文前述第二章第二節第一項第一目之說明。

隨時代演進的法律概念，凍結在歷史上的某個時點。「婚姻」等同於「異性戀之結合」之說法，在人類文明的歷史與未來上，是否為必然之理，尚所難言¹⁶。就算在「過去」的法制中沒有承認同性婚姻，也不代表將來不能有此種制度。否則，納妾、纏小腳、戒嚴、出版控制、學生髮禁等制度，難道也能以「歷史」來正當化？國際上，多國已經明文立法承認同性伴侶可組成婚姻受憲法保障，可見「本質」的說法，根本站不住腳¹⁷。

拋開「本質」的說法來看，如果同性伴侶的交往、生活，甚至事實上的結合，都逐漸為當前社會所接受並習以為常，那麼不允許同性伴侶受到婚姻制度的保障，還有何正當性可言？難道說「主流」民意的固有觀念或偏見，就可以作為限制人民自由權利的正當化基礎嗎？換言之，以「制度」為由限制人民的自由權利，除非提出強而有力的正當化理由，實質上難以滿足追求開放的自由社會要求¹⁸。

除此之外，定義並非不能改變，於 Merriam-Webster 的線上字典中，就將婚姻之定義分為二種：一種存在於異性戀者之間由法律承認的「傳統婚姻」；另一種則是存在於同性伴侶間類似於傳統婚姻之同性婚姻¹⁹，顯示對於婚姻的觀念確實隨著時代而在改變，否則也就不會有許多國家願意將「同性婚姻」完全等同於婚姻一般受保障²⁰。

第三款 「自由」與「制度」並不相同

本文認為，所謂的「婚姻自由」，與「婚姻制度」並不是相等的名詞。所謂的「婚姻自由」，是指「一個人自主選擇結婚對象的自由」，而對象是方、是扁、是否素行不良、作奸犯科均再所不問。而所謂的「婚姻制度」，則是一個人選擇與伴侶結婚之後，法律對於這種「兩個人的結合關係」，發展出來的整體「配套措施」。因此法律是否禁止重婚是婚姻制度、夫妻之間的冠姓問題是婚姻制度、夫妻財產制的分配是婚姻制度，法律為了提高生育率、要維護家庭的穩定性、確保未成年子女的保護教養等種種目的，可能對於婚姻制度必須要做出種種限制與規範，這些都是「婚姻制度」，與「一個人自主選擇結婚對象的自由」，雖有關連，但並不相同。換言之，就婚姻來說，「自由」與「制度」之間存在著前後階關係，一個人藉由憲法保障「婚姻自由」選擇了和自己步入婚姻的伴侶後，才會受到「婚姻制度」帶來的種種好處與限制。釋字第 552 號解釋理由書中即說明：「婚姻自由雖為憲法上保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。」憲法之所以創設第 22 條作為概括的保障條款，即是希望彌補列舉基本權利保障之不足，盡可

¹⁶ 關於此部分請參見本文第二章之說明。

¹⁷ 廖元豪，〈同性婚姻受憲法保障嗎？〉，《月旦法學教室》第 70 期，2008 年 8 月，頁 8-9。

¹⁸ 吳煜宗，〈同性戀者的結婚自由〉，《月旦法學教室》第 14 期，2003 年 11 月，頁 11。

¹⁹ 網路資料：<http://www.merriam-webster.com/dictionary/marriage>，最後瀏覽日期：2012/4/3。

²⁰ 洪慈翊，〈從憲法基本權與性別研究觀點探討台灣的同志婚姻〉，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2007 年，頁 31-32。

能的將所有權利均納入其保障範圍，並藉由憲法第 23 條之協助，完善保障人民之權利。因此，應該探討的問題是，婚姻制度中排除「同性婚姻」之預設，其所要追求的目的為何？這種限制是不是合理？手段與目的間之關連性為何？而不是一概地主張婚姻自由本身就不包含「與同性結婚之自由」。准此，現行法令禁止同性戀者結婚的規定，自然限制了同性伴侶結婚的自由，而應受到憲法第 23 條之檢驗。

第四款 本文見解

釋字第 554 號解釋指出：婚姻制度係受憲法制度性保障，具有維護「人倫秩序」、「男女平等」、「養育子女」等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範。換言之，大法官認為一夫一妻制度之目的為「維護人倫秩序」、「男女平等」以及「養育子女」，因此接下來的問題是，禁止同性婚姻，有助於上述目的之達成嗎？

首先就「人倫秩序」而言，大法官從來沒有明確解釋何謂「人倫秩序」，就本文之理解，所謂的「人倫秩序」應該與民法上「公序良俗」的概念相同，而公序良俗，依我國實務見解，是指「國家社會一般利益及道德觀念²¹」，其中「國家社會一般利益」，應可以和其他兩項「男女平等」、「養育子女」之目的相結合，而於稍後討論，故要討論的是，我國的「道德觀念」禁止同性婚姻嗎？

本文認為，對道德觀念的解釋，係建立於過去歷史上對於婚姻制度的理解：婚姻制度是「生殖」以及「性行為」的唯一合法途徑，基於同性婚姻無生殖能力，故不符合所謂的「道德觀念」。然而，近代法律逐漸承認並保障成年人於婚姻關係以外的性行為自由，並保障無婚姻關係之人同樣享有養育子女之權利，代表現代觀念已經不再堅持某些本來專屬於婚姻制度的特徵（婚外情構成通姦、非婚生子女無法律上保障）²²，既然公序良俗本身之認定標準並無統一之概念，而應依時代變遷、社會思潮、經濟狀況及地區環境等差異，綜合判斷之²³，則此種「高度抽象」的法律概念，不應作為禁止同性婚姻合法性的唯一理由。

另外就「男女平等」而言，過往我國婚姻制度「一夫多妻」的情形十分普遍，男性為掌權者，女性則為從屬地位，因此「一夫一妻」制度確有其維護「男女平等」之目的存在。但是，同性婚姻是指「男男」或「女女」進入婚姻，在同性婚姻的關係中，根本沒有兩性並存的情形，沒有「男女」關係的存在，與「男女平等」何干？拿維護「男女平等」作為禁止同性婚姻的理由，根本是「牛頭不對馬嘴」。更何況研究已經指出，同性婚姻家庭在家事勞動的分配上較為「公平」，

²¹ 最高法院 69 年台上字第 2603 號判例參照。

²² See Nelson Tebbe et al., *Equal Access and The Right to Marry*, 158 U. PA. L. REV. 1375, 1395 (2010).

²³ 施啟揚，《民法總則》，2001 年，第 210 頁。

在這種環境下生長之子女，將來進入異性婚姻中，也有助於促進兩性家事勞動的平等²⁴，換言之，允許同性婚姻在某種程度上更有助於「男女平等」。

至於所謂「養育子女」之目的，如本文第二章第二節第二項第四目所述，同性婚姻組成之家庭未必無助於「子女最佳利益」之達成，過往認為婚姻制度作為唯一養育子女之合法途徑之概念現今已逐漸遭到顛覆，「養育子女」或許是婚姻制度所欲達成之目的，但卻不能作為禁止同性婚姻之合法理由。

第二項 家庭權

由上述的論述可之，單從自由權的觀點來看，首先要處理的問題便是權利的本質或是內容為何，要先確定某種權利的行使是否受憲法保障，才能再討論對該種權利的限制是否合理？的問題。故討論同性婚姻是否為婚姻自由的內涵，是否受憲法保障，首先還是會面對「婚姻定義」的問題，雖然說前述論述已經對於此種「定義式主張」做出部分說明，但是此種論述的方式基本上不會改變。因此，或許從其他權利的面向來討論同性婚姻，可以避免前述「定義式主張」的難題，故以下則約略介紹李震山教授對於「家庭權」之論述，期能另為同性婚姻找出一條憲法上的道路。

第一款 「家庭權」之憲法定位

我國憲法在人民權利章中並未明文列舉保障「家庭權」，只有在基本國策社會安全一節中，間接的針對與家庭有關的母性、婦女、兒童之生活、教育等為概括性規定，其尚難直接作為「家庭權」保障之憲法依據。惟從反面推論，憲法若對於提供個人在社會生活中所必要的心理、經濟、教育支援的最基本單位，或對於具有生育、教育、社會、文化多重功能社會最重要的基本單位的家庭，不予以保障，殊難想像。基此，憲法第 22 條所預留的概括保障空間，至少即為「家庭權」容身之處。

惟一項權利欲列入憲法人權清單，至少應該考慮以下兩點：一、該自由與權利在實質以具有基本權利之品質。權利固然皆應受保障，但是是否能達到憲法之層次，則必須視該項權利是否以具有普遍性及不可侵害性，而值得以憲法保障之。家庭為提供個人在社會生活中所必要的心理、經濟、教育支援的最基本單位，同時也具有生育、教育、社會、文化多重功能。基於上述標準，「家庭權」具有基本權利之品質，應無疑義。二、該自由與權利之行使，須不妨害社會秩序與公共利益。憲法第 22 條是人民基本權利保障之概括條款，制憲者有意在列舉權²⁵之

²⁴ 參見本文第二章第二節第二項第四款之說明。

²⁵ 即憲法第 7、8 條、第 10 條至第 18 條明文列舉之權利，例如平等權(第 7 條)、人身自由(第 8

外避免遺漏，特設概括保障規定。課予司法學術與實務界，除解釋闡明列舉權利保障外，應在合乎一定要件下，依據憲法第 22 條，繼續促成新的權利保障規定，或以憲法第 22 條作為列舉權之配合或補充規定。而「家庭權」之保護，原則上不會妨害社會秩序與公共利益，在憲法上應取得一定地位。

基此，「家庭權」具有憲法上的位階，應無疑義。且將「家庭權」列為婚姻制度或婚姻自由的上位概念的好處是，因為家庭的形式與內涵將會隨著時代的演進而有所變動，因此下位概念的婚姻自由或制度，也將會隨之而有所變化，保留了預作改變的空間，而不再停滯於目前所謂合法婚姻先行的家庭制度²⁶。

第二款 「家庭權」之保障範圍

「家庭權」之內涵相當豐富，凡與家庭之成員有關者，均受「家庭權」保障範圍所涵蓋，因此「家庭權」難免涉及平等權、人身自由、居住、遷徙、宗教信仰、工作、生存、財產等多項權利，但此並不代表不宜單獨架構家庭權之保障範圍。李震山教授認為，「家庭權」之保障範圍至少可歸納為下列事項：一、組成或不組成家庭之權利。其中包括結婚或不結婚之權利、離婚權、離開家庭之權利(民法第 1127、1128 條)；二、和諧家庭生活之權利。例如兒童少年在家庭中的特別保護問題、家庭暴力之防制以及公權力介入家庭爭執之定位問題；三、維持家庭存續之權利²⁷。例如對家庭之社會福利給付、夫妻租稅優惠或義務之減輕；四、維持家庭親屬關係之權利²⁸。

第三款 憲法「家庭權」下的同性婚姻

李震山教授引用德國法之觀點，認為同性之人若係在自由意願下自我決定，締結連理共同生活，該項決定應屬一般人格權之保障範圍²⁹。因此針對人格權之限制，須符合憲法第 23 條之規定，另參考德國基本法第 2 條第 1 項之規定：「人人有自由發展其人格之權利，但不得侵害他人權利或違背合憲秩序或道德法者為限。」故若將我國與德國限制要件結合，同性婚者欲主張「一般人格權」、「婚姻自由」或「家庭權」，應受到下列幾項要件：一、社會秩序；二、公共利益；三、

條)、言論自由(第 11 條)等權利。

²⁶ 李震山，〈憲法意義下之「家庭權」〉，《中正法學集刊》第 16 期，2004 年 7 月，頁 66-69。

²⁷ 值得注意的是，我國現行法律對於「離婚」設計「兩願離婚」(民法第 1049 條)以及「裁判離婚」(民法第 1052 條)之制度，而「裁判離婚」限於符合法定事由時才可提起，換言之，於欠缺法定事由的狀況下，配偶單方請求離婚不足以符合法定要件而離婚。因此，本文認為「離婚或不離婚之權」也應該是「維持家庭存續權利」之內涵。

²⁸ 李震山，前揭註 26，第 69-77 頁。

²⁹ 大法官釋字第 399 號解釋中說明：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第 22 條所保障。」

他人權利；四、緊急危難；五、合憲秩序；六、道德法之拘束。

就緊急危難以及妨礙他人權利而言，同性婚姻僅是同性伴侶擁有和同性結婚之權利，對於異性伴侶之結婚權，並無限制，因此同性婚姻不會違反一夫一妻制，也不會破壞原有的婚姻制度，與妨害他人自由、避免緊急危難自無關連。而所謂「道德法」，是指基本道德觀或倫理觀，代表一種價值，而將社會秩序與公共利益融合其內。惟在多元社會中，基本道德觀標準混雜，統一不易，若將基本權利的保障範圍，長期限縮在既有道德評價的廣泛限制下，將抑制憲法保障基本權利的成長空間，此時，以當代多元價值下「合憲秩序」去評價上述之社會秩序、公共利益及道德法，即有其意義。

「合憲秩序」是德國基本法之用語，目的是使所有國家權力應在「憲法基本決定」的「客觀價值秩序」或「價值體系」之支配下運作。內涵近似於我國憲法增修條文第 5 條第 5 項所稱之「自由民主之憲政秩序」，以及大法官解釋中所提及之「憲法中具有本質重要性而為規範秩序賴以存立之基礎³⁰」。就此，合憲秩序之核心為保障人民之基本權利，而基本權利之核心即為人格自我形塑及行為自由中的自我決定權，與人性尊嚴關係密切。因此，憲法固然鞏固「一夫一妻」制之合憲性，但在合憲秩序理念之支配下，並不必然導出同性婚姻的違憲結果，反倒是家庭或婚姻制度中「一夫一妻」之規定，顯已無例外的排除同性伴侶選擇於同性結婚之自我決定權，似乎已經違反合憲秩序中憲法保障基本權利之核心價值體系。

李震山教授同時認為，在現有「一夫一妻」制度下，要容許「同性婚姻」之存在，應該基於「憲法寬容」之理念，採循序漸進之改革。詳言之，若寬容之理念能廣泛且普遍的適用在國家、人民、團體間各種互動組合關係中，但同時不陷入縱容的泥沼，將使激進的反主流價值及反政府的言論與作為，仍有存在空間，使國家、社會不致僵化，維持多元價值並存、良性循環的開放空間。接納「同性婚姻」雖然會對舊有制度「異性戀婚姻」產生一定之衝擊，但此種基本權利對抗可能產生之衝突或妥協，於憲法寬容之理念下，最終均能達到一定之和諧³¹。

第三節 平等權觀點

目前美國判決見解以及我國學術看法，就有關憲法上同性婚姻之保障問題，大多是以平等權作為主要討論途徑，因此本文以下則以平等權之觀點探討我國憲

³⁰ 大法官釋字第 499 號解釋文中說明：「憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權利分立與制衡原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」

³¹ 李震山，前揭註 26，第 80-88 頁。

法上的同性婚姻。

第一項 性傾向歧視(discrimination based on sexual orientation) 與性別歧視(sexual discrimination)

第一款 性傾向歧視

禁止同性婚姻，代表的是同性伴侶即使相愛，也不能夠結婚，唯有異性伴侶才有資格進入婚姻，這明顯的是針對一個人的「性傾向」所為的差別待遇。簡單來說，某 A 男喜歡某 B 男，某 C 男喜歡某 D 女，C 男可以與 D 女結婚，但是法令卻因為 A 男的「性傾向」是「喜歡男性」，禁止 A 男不能跟 B 男結婚。反對見解則認為，禁止同性結婚的意思是說：「不管是同性戀者或異性戀者，都不可以和同性結婚」，因此不是性傾向歧視，因為其平等地適用於所有人身上。

反對見解乍看之下似乎頗有道理，但是禁止同性婚姻在實際適用上確實「只會」對同性戀者造成不利的後果。同性戀者之所以為同性戀者，就是因為其性向只喜歡同性之人，而不會想和異性結婚，禁止同性婚姻對同性戀者造成的困擾是：當同性戀者擁有和異性戀者相同的結婚條件時，卻因為自己的性傾向而無法和所愛的「同性」結婚。適用上的不平等從另一方面來說一樣清楚：雖然禁止同性婚姻是平等地適用在同性戀者和異性戀者身上，但適用在異性戀者之結果卻根本「無關痛癢」，因為異性戀者不會想和同性之人結婚³²，如此說來，反對見解還有資格說禁止同性婚姻不會造成任何的不平等嗎？

第二款 性別歧視

第一目 表面上的性別歧視

另外一種比較有爭議的論述模式是，禁止同性婚姻是基於「性別」所為的歧視。就形式上來看：若 A 女喜歡 B 男，C 男也喜歡 B 男，則 A 女可以跟 B 男結婚，但是法令卻禁止 B 男與 C 男結婚，因為 C 男的「性別」是男性而不是女性，因此禁止同性婚姻也是基於「性別」所為的差別待遇³³。但是反對見解認為：禁止同性婚姻之法令是禁止人們和「同性」結婚，而不會去區分人是「男性」或「女性」，兩種性別所受到的限制相同，沒有哪種性別遭受特別的不利益。

第二目 實質上的性別歧視

³² 洪慈翊，前揭註 20，第 35 頁。

³³ See Perry v. Schwarzenegger, 704 F. Supp.2d 921 (2010). 並請參見本文第三章第三節第三項之說明。

另外一種性別歧視的看法認為，之所以禁止同性婚姻，其背後應該是「性別刻板印象」的意識型態作祟。以早期美國禁止黑白種族通婚為例，禁止黑白通婚所主張的理由為：禁止種族聯姻對於黑人或白人均一體適用，沒有違反平等權的問題。但是在 *Loving v. Virginia* 案中，法院指出，禁止種族聯姻的目的就是為了維持白人的「種族完整性」(racial integrity)，實現種族主義下信奉的「白人優越」(white supremacy)。以相同的論述套用在禁止同性婚姻的議題上，禁止同性婚姻是不是也是為了維持「男性優越」(male supremacy)，而形成性別歧視？

在性別刻板印象下，男性是陽剛的，負責在外面賺錢養家活口，女性是陰柔的，負責在家處理家務，因此女性需要男性的保護，異性戀情慾即被正當化，男性喜歡女性，女性依賴男性，兩者結合才是社會的正常現象，同性戀情慾則被邊緣化及污名化，例如認為男同性戀普遍像個「娘娘腔」，而女同性戀者很多都是「男人婆」。「男性女性化」之所以被排擠，是因為男性性別角色上是屬於支配地位，是較有優越感的，「男性女性化」等同於自貶地位；同樣地，「女性男性化」代表女性僭越了男性優越的地位³⁴。因此，允許同性婚姻會打破性別刻板印象的藩籬，造成「男性優越」形象的破損；禁止同性婚姻有助於「男性優越」主義的維持，明顯違反男女平等而構成性別歧視。

第三款 本文見解

就「表面上的性別歧視」而言，本文認為反對者的質疑是有道理的：禁止同性婚姻對男性或女性的規範完全相同，不論是男性或女性都不能與同性結婚，沒有對任一性別特別有利或不利。雖然說，就如同 *Loving* 案所彰顯的，並不是同等適用於兩個群體、且對兩者限制效果相同的法律，就完全沒有歧視其中一群體的可能。但是在判斷這種表面上平等的法令是否蘊含對某一族群的歧視時，還是要必須更深入地探究系爭規範背後的意識型態，實質上已經跳脫了形式論述的範疇，實質上就等同於檢視系爭法令是否構成「實質上的性別歧視」³⁵。

本文認為，在傳統「父權體制」(patriarchy)底下，「男性優越」是根深蒂固的觀念，而一般人對於同性戀者「性別角色定位」模糊不清的看法，使得人們認為同性戀者破壞了性別角色預設「男性優越」的立場，促成人們「對同性戀的恐懼」(homophobia)，而這種「恐同」的觀念，不但造成對同性戀者的歧視，也形成對同性婚姻的負面看法。因此，禁止同性婚姻確實會加深「男性在上，女性在下」的男女不平等現象，而構成性別歧視。

但是，將「禁止同性婚姻」連結至「歧視女性」的推論來的太過遙遠且間接。

³⁴ Andre Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, 69 N.Y.U.L. REV. 197, 234-257 (1994).；張宏誠，〈「性傾向」歧視審查基準之研究—從「性別平等」論同性戀者平等權基礎〉，《東吳法律學報》第 12 卷第 2 期，2000 年 12 月，第 74-75 頁。

³⁵ 洪慈翊，前揭註 20，第 40 頁。

同性婚姻爭議的劃分標準明顯地是在「同性戀者與異性戀者」之間，而不是「男性與女性」之間；禁止同性婚姻是基於「性傾向」所為的歧視，比禁止同性婚姻是基於「性別」所為的歧視，來的更直接且容易理解，如果「性傾向歧視」能夠比「性別歧視」更加具體地描述禁止同性婚姻的區別標準，我們為什麼要「捨近求遠」？

就我國來說，大法官僅有針對「性別」差別待遇做出解釋，並以「嚴格審查基準」檢視之³⁶，而從無論及「性傾向」差別待遇；就美國司法實務判決來說，在聯邦最高法院的層級，法院也只說明「性別」歧視應該適用「中度審查基準」³⁷，即使在被視為同性平權運動重大勝利的 *Romer* 案中，法院也從未明白說明「性傾向」歧視應該適用何種審查基準，而僅說明科羅拉多州之「第 2 增修條文」，連合理審查基準之檢驗均無法通過³⁸。換言之，不論是我國司法院大法官或是美國聯邦最高法院大法官，都從未明文認定「性傾向歧視」應該適用較嚴格的審查基準³⁹。這是否造成一種看法：以「性傾向歧視」作為同性婚姻憲法訴訟的主要訴求，可能並非最好的選擇？

本文認為，同性婚姻的支持者最初之所以要以「性別歧視」作為同性婚姻合法化司法運動的主要訴求點，首先，是因為當時對於「性傾向歧視」之概念根本沒有形成，而僅能藉由討論已久的「性別歧視」作為訴訟上主張的著力點；再者，以「性別歧視」為訴求有一種很明顯的好處：那就是「性別歧視」相較於「性傾向歧視」，可以適用較嚴格的審查基準，比較容易達成違憲之結果，這在同性婚姻的憲法訴訟中，是一項很值得利用的策略。

然而，觀察我國有關性別歧視的大法官解釋，其所處理者基本上皆為某一性別享有某種權利，另一性別則無的問題。例如釋字第 365 號解釋之標的為舊民法第 1089 條關於父母親權行使意思不一致時，「父權優先」之規定；釋字第 410 號解釋標的為舊民法第 1017 條聯合財產制中，妻之婚後財產「歸屬於夫」之規定；釋字第 452 號解釋標的為就民法第 1002 條「妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所」之規定；釋字第 457 號解釋標的為行政院國軍退除役官兵輔導委員會頒佈之土地處理要點，就配耕農民死亡，農場之續耕「排除出嫁女兒繼承權」之規定；釋字第 666 號解釋標的為社會秩序維護法第 80 條處罰從事性交易之意圖得利之一方（通常為女性）之規定⁴⁰。換言之，就大法官解釋之脈絡下，「性

³⁶ 大法官釋字第 365 號解釋理由書中說明：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」

³⁷ See *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).；有關美國司法判決對於性別歧視應該適用何種審查基準的遞嬗，參見：張宏誠，前揭註 34，第 67-73 頁。

³⁸ Edward Stein, *Evaluating The Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights*, 49 *UCLA L. REV.* 471, 483 (2001).

³⁹ 反倒是在美國州最高法院的層級，曾多次說明性傾向歧視應該適用較高的審查基準：中度審查或嚴格審查。並請參見本文第三章之說明。

⁴⁰ 大法官釋字第 666 號解釋理由書說明：「系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，

別歧視」即為男性享有權利而女性卻無，致使女性處境不利之行為。而禁止同性婚姻「表面上」確實一體適用於兩性之間，沒有男性可以和同性結婚，女性不行而造成「對女性不利」的問題。因此，本文高度懷疑，在我國大法官解釋的論理下，以禁止同性婚姻構成「性別歧視」之論述，真的能夠達成同性婚姻合法化的效果嗎？

尤有進者，晚進美國法院對於禁止同性婚姻是否構成「性別歧視」之問題，有認為僅構成「性傾向」歧視者；有認為同時構成「性傾向」及「性別」歧視者；有未明顯提及是否構成「性別」歧視者，然而可以看見一個脈絡是：相較於「性別歧視」途徑，法院比較願意從「性傾向歧視」的途徑著手，得出禁止同性婚姻法令違憲之結論⁴¹。換言之，法院即使認為禁止同性婚姻並未構成「性別歧視」，似乎也對於違憲之結果沒有任何影響。

綜上，本文認為，雖然禁止同性婚姻同時涉及「性別歧視」以及「性傾向歧視」，但仍應以「性傾向歧視」的探討為主⁴²。

第二項 審查基準的選擇

於確立禁止同性婚姻是基於「性傾向」所為的差別待遇之後，接下來要問的問題是：基於性傾向所為的差別待遇，應該適用何種的審查基準？

第一款 三重審查基準

美國司法實務所形成的審查基準，基本上分為三重：「合理審查基準」、「中度審查基準」、「嚴格審查基準」，本文已於第一章第三節第一項第二款說明，於此不再贅述。

第二款 性傾向歧視應適用嚴格審查基準

至於有關審查標準之決定，美國法院判決認為取決於「分類標準」以及「所涉權利類型」，若某法令之「分類標準」涉及「可疑分類」(suspect classification)，

卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無意幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟若是而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。」

⁴¹ 值得注意的是，許多認定禁止同性婚姻違憲的判決，理由卻是系爭法令連合理審查基準均無法通過。See *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003); *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp.2d 921 (2010); *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (2012).

⁴² 相同見解：陳靜慧，〈同性生活伴侶之平等權問題—以歐州法院、德國聯邦憲法法院及德國聯邦行政法院之判決為中心〉，《東吳法律學報》第 21 卷第 3 期，2010 年 1 月，第 166-67 頁。

例如「種族」，或所「涉及權利類型」為「基本權利」(fundamental right)時，都會促使法院採行嚴格審查基準；而分類標準是「準可疑分類」(quasi-suspect classification)，例如「性別」，或者所涉權利並非基本權利時，則可能適用中度審查基準；其餘類型則基本上適用合理審查基準。因此必須要問的是，「性傾向」是「可疑分類」嗎？

學者整理美國聯邦最高法院相關判決及學者見解，認為所謂「可疑分類」的決定因素可能有：一、長期的，歷史性的有意給予不平等對待；二、該分類隱含有較低下、卑劣的污名印象；三、遭受普遍、廣泛的偏見與仇視對待；四、因為刻板印象而對其個人才能給予不平等的待遇；五、在政治參與過程中有意排擠而成為「分離且孤立的少數」(discrete and insular minority)；六、基於個人不可改變、與生俱來的特徵(immutability)所為的分類；七、基於與社會生活中角色扮演無關的特徵所為之分類⁴³。值得注意的是，單獨一項的判斷標準，並不足以直接得出某種分類標準就一定屬於「可疑分類」，必須將各種因素綜合判斷才能得出某種分類屬於「可疑分類」的結論⁴⁴。

本文認為，前四項判斷標準，基本上是在說明同一件事：就是傳統觀念對於同性戀者的「偏見」及「刻板印象」，造成「長期」以來，社會對於同性戀者在社會、法律地位上的「不公平對待」，促使同性戀者受「下等」及「次等」的「污名化」，因此可以合併討論之。而一個人的「性傾向」很明顯地與其在社會上的表現及貢獻能力無關⁴⁵，因此以下則僅就剩餘標準探討之。

第一目 政治上分離且孤立之少數

在民主國家中，任何個人或團體均可透過民主參與的程序爭取其權利，而憲法必須確保該程序的正當性與無不合理的限制，法院對於此類限制亦須予以嚴格審查，認定限定或禁止某弱勢團體享有權利是否應適用嚴格審查，應該看該團體在政治運作上的影響力，是否足以藉由政治運作立法保障自身的權利⁴⁶。在此基準之下，某種分類是否「可疑」，須視基於該分類下所產生的少數族群是否為「分離且孤立之少數」(discrete and insular minority)而無法藉由「政治力量」改變自身現狀，若一個系統本身容許少數族群透過政治力量變更原本對於自己不利的處境，則法院在面對此種問題時，則傾向不介入而希望該等族群透過民主程序或代議制度解決之。因此要問的問題是，同性戀族群是否為「政治上無力」(political powerlessness)的族群？

⁴³ 張宏誠，前揭註 34，第 76 頁。

⁴⁴ Harris M. Miller II, *An Argument for The Application of Equal Protection Heightened Scrutiny to Classification Based on Homosexuality*, 57 S. CAL. L. REV 797, 812 (1984).

⁴⁵ See *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757, 841 (Cal. 2008).

⁴⁶ 張宏誠，前揭註 34，第 78 頁。

無庸置疑的是，就社會的組成比率來說，同性戀者比異性戀者之人數為少。除此之外，還有一大部分的同性戀者隱藏自己的性傾向，而不願意公開提倡有利於同性戀者之立法。弱勢團體之所以被歧視，多數是來自於社會的偏見與敵意，就是因為同性戀者長久以來受到社會多數的歧視與敵意，造成許多同性戀者要「站出來」(come out)對抗這種歧視倍加困難，而同性戀者「隱藏」自己性傾向的態度又會使扭轉這種不利情況更加困難；同樣地，即便支持同性戀者的異性戀者沒有「出櫃」(out of the closet)的問題，但是社會的偏見與歧視也會造成這些異性戀者擔心被「貼上標籤」而不願公开发聲，這些狀況不斷地「惡性循環」，而使同性戀者成為「分離且孤立之少數」。

主張同性戀者並非政治上無力的少數者或許會認為，在 2、30 年前或許還可以認為同性戀者無法藉由代議民主或司法程序保障自己的權利，但是在 2012 年的現今，許多國家已經立法保障同性婚姻，美國許多州制定「民事結合」或「家庭伴侶」制度保障同性結合享有與異性婚姻相同的權利，在新罕布夏州以及華盛頓特區，立法者甚至在沒有司法介入的情形下就通過保障同性婚姻的法律，如此說來，同性戀者已經不再是「政治上無力的少數」，性傾向不是「可疑分類」，無須適用嚴格審查基準。

Eskridge 教授認為，如同 20 世紀初期的同性戀者、黑人或是 19 世紀時的女性，法院對於此種真正政治上無力的族群或許有保障該等族群「程序上權利」的餘力，但卻鮮少利用「平等保障條款」作為保障少數族群的手段，理由在於政治系統完全接納主流民意，而少數族群的聲音太過沈默，以致於那些差別待遇在當時根本不被認為是種「歧視」，法院在當時若適用平等保障條款，將引起諾大的反對活動甚至政治危機，進而影響法官本身的生涯。直到 1970 年左右，隨著同性戀者投票、金錢以及同盟力量的崛起，使其真正成為多元民主程序的一環後，法院才有適用平等保障條款以保障同性戀者權利的勇氣，一方面是為了融合少數族群於政策及法律的理想，另一方面也是發現：今日崛起的少數可能是明日主流的一部分(today's emergent minority might be part of tomorrow's mainstream)。從上述的例子可以得知：真正遭受鄙視且政治無力的少數族群也許可以期待從司法那邊獲得些許自由保障或程序權利，但是絕不包含平等保障，唯有當該族群從真正政治無力中崛起並在多元民主中獲得些許同盟時，平等保障才是可能期待的，唯有在法官被說服少數族群是政治主流的一部分時，嚴格審查基準才有適用之可能。換言之，真正的弱勢少數不可能獲得平等保障條款的適用，更不用說平等保障條款下要求「可疑分類」應適用嚴格審查基準之論理，故同性婚姻反對者所謂須符合「政治無力」方為「可疑分類」之主張，無異是緣木求魚不切實際⁴⁷。「政治上無力的少數」並非判斷「可疑分類」的適當標準。

⁴⁷ William N. Eskridge, *Foreword: The Marriage Cases-Reversing the Burden of Inertia in a Pluralist Constitution Democracy*, 97 CAL. L. REV. 1785, 1816-1821 (2009).

第二目 與生俱來不可控制

此種標準認為，「法律施加的不利益，必須和個人的犯錯或責任有關。」(legal burdens should bear some relationship to individual responsibility or wrongdoing⁴⁸)，因此基於「與生俱來不可控制」的因素，例如性別、種族，所為之差別待遇，應該受到較嚴格的審查。然而性傾向到底是否為與生俱來、是否不可改變，是一個存有爭議的問題。但目前似乎形成一個共識：個人並不會「選擇」自己的性傾向，即使一個人的性傾向於生涯發展的途中改變，這種改變也不是選擇而來，同性戀性傾向是一種複雜的表現，受到不只一種基因調控，雖然外表上均顯現同性戀行為，但基因層次的組成可能大不相同⁴⁹。

許多學者對此看法提出質疑，認為所謂「不可改變性」並非判斷嫌疑分類的決定性因素，許多分類標準，例如「宗教」，並非不可改變，但仍無礙於其適用嚴格審查基準；其他諸如性別、膚色，以現今科技均可以改變，但仍然適用嚴格審查基準。因此「與生俱來不可控制」充其量只是判斷可疑分類的輔助標準，並非一個必須具備的條件⁵⁰。

值得注意的是，學者援引德國聯邦憲法，指出德國聯邦憲法法院區分案件係「因『人別特徵』為基準所為之差別待遇，或者『因『事物或行為』所為之差別待遇』，而適用不同的審查密度。所謂「人別特徵」指的是擁有該特徵之當事人，對於自己是否具有該特徵不能或很難任意改變，例如性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治見解，法院在審查這類型差別待遇時，會適用嚴格審查密度；但若當事人對該差別待遇基準是否存在或實現，有自主選擇可能性，則屬因「事物或行為」所為之差別待遇，只要能提出一項可以說明何以為差別待遇的理由即可，不需審查該是由與所為差別待遇造成影響兩者間是否相當。因此認為性傾向係難以改變，或縱能改變也應給予得不改變之選擇自由，屬於以「人別特徵」為基準之差別待遇，應適用嚴格審查基準⁵¹。

就我國而言，從我國大法官釋字第 626 號解釋理由書：「『色盲』非屬『人力所得控制之生理缺陷』，且此一差別對待涉及平等接受教育之機會，為憲法明文保障之事項，而教育對於個人日後工作之選擇、生涯之規劃及人格之健全發展影響深遠，甚至與社會地位及國家資源之分配息息相關，系爭規定自應受『較為嚴格』之審查。」；釋字第 649 號解釋理由書：「『視障』非屬『人力所得控制之生理狀態』，系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅。」以及釋字第 694 號解釋理由書：「無謀生能力者之『年齡』限制，而使納稅義務人無法減除免稅額，將影響納稅義務人扶養滿二十歲而未滿六十歲無謀生能力者之意願，進而影響此等弱勢者生存或生活上之維

⁴⁸ Plyler v. Doe, 457 U.S. 202, 219 (1982).

⁴⁹ 張宏誠，前揭註 34，第 81 頁。

⁵⁰ 洪慈翊，前揭註 20，第 49 頁。

⁵¹ 陳靜慧，前揭註 42，第 169 頁。

持。故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受『較為嚴格』之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則。」之說明也可得知，我國大法官也認可差別待遇是否「可以控制」，可以作為提高審查基準的標準⁵²。

第三目 刻板印象以及長久以來的歧視

對於同性戀者常見的刻板印象是：一、同性戀者會影響兒童或是未成年少女也成為同性戀者。然而，性傾向發展於幼年時期，一個人的性傾向並不會受到他人影響，一個異性戀者不會因為和同性戀者交朋友就變成同性戀，就如同同性戀者不會因為認識異性戀者就「改邪歸正」變成異性戀。二、同性戀者是戀童癖，會對兒童性侵害或騷擾。但是，根據成年人性傾向與兒童性騷擾的實證顯示，男同性戀對於兒童進行性騷擾的比例並不比異性戀者高⁵³。三、同性戀者是心理上患有疾病的人。但醫學已經證實同性戀並不是精神疾病⁵⁴。

就同性戀者長久以來遭受到的歧視及不平等待遇來說，當一個族群從以前到現在都遭受廣泛的歧視時，對該族群為不利差別待遇的立法，其背後真正的動機，很可能不是立法者所聲稱的正當理由，而是來自對該族群根深蒂固的歧視和厭惡。同性戀者在歷史上遭受廣泛的歧視是一個不爭的事實，所謂的「恐同」現象從以前到現在一直存在，這和性別刻板印象及父權體制有關，不過也不全然來自於之。同性戀者遭受的怨恨，在極端的情形表現在陌生人對同性戀者隨機的攻擊，即使大部分的人不會真的以暴力攻擊同性戀者，許多人對同性戀者仍有諸多的誤解和歧視，或者「仇恨性言論」(hate speech)的方式展現，或者只是在心理的輕蔑、厭惡和歧視⁵⁵。聯合國於 2011 年 12 月 15 日公布的報告指出，在許多調查案例中，許多人因為同性戀或是跨性別身份曝光，成為謀殺、強暴、攻擊、酷刑、拘禁等人權遭到侵犯的受害者，這些性別取向被視為「不正常」的族群，所擁有的集會與言論自由也常遭受踐踏，在工作值場、醫療環境等地方，也常備受歧視。而因為許多國家均未給予這類因為性別認同引發的歧視與暴力行為太多的關注，受害者也因為擔憂遭到報復、不信任司法、擔心自己的性取向曝光，而選擇保持緘默，導致這類暴力或歧視行為層出不窮。標查顯示，全球有 76 個國家仍是同性戀性行為是犯法行為，包括伊朗(Iran)、茅利塔尼亞(Mauritania)、沙烏地阿拉伯(Kingdom of Saudi Arabia)、蘇丹(Sudan)與葉門(Yemen)等 5 國，最高還

⁵² 值得注意的是，於美國眾多學者批評該項標準不應作為判斷可疑分類之標準的情形下，「人力是否可得控制」卻成為我國大法官認定是否適用較嚴格審查之重要標準，此間差距，值得玩味。

⁵³ Harris M. Miller II, *Supra note 44*, at 822-23; 張宏誠，《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，2002 年 6 月，第 66-67 頁。

⁵⁴ *Id.* at 823-24; 張宏誠，同上註，第 80-88 頁。

⁵⁵ 洪慈翊，前揭註 20，第 50-51 頁。

可判處死刑⁵⁶。

本文認為，「平反」弱勢族群常以以來受到的歧視與不平等待遇以及「去污名化」，才是判定可疑分類的真正關鍵因素。「種族」為什麼必須適用嚴格審查基準？其目的就在於平反黑人過往遭受奴役的「次級地位」，要求所有基於「種族」所為的分類都要接受最詳細的檢驗，避免法令於欠缺極為迫切重大的理由下再對「黑人」為不利之待遇。白話一點來說，既然我們希望追求的目的，就是替這種類似「黑人」的「結構上弱勢族群」「去階級化」以及「去污名化」，那基本上就是希望所有基於「可疑分類」之差別待遇都不要存在，因此適用「嚴格審查基準」。因此，一個族群是否為長久以來受到歧視或不平等待遇的弱勢，其實才是判斷「可疑分類」最重要的標準。

第三項 手段與目的間之關連

於確立「性傾向歧視」應該適用「嚴格審查基準」或至少是「中度審查基準」之後，接下來要問的是，「禁止同性婚姻」的手段，究竟是為了達成何種目的？此種目的是「極重要、極優越的公共利益」嗎？且其所採取之差別待遇與規範目的之達成間，是否存有「直接關聯」？

禁止同性婚姻所欲達成的目的，可能是維護傳統對於婚姻的定義、避免「滑坡效應」、確保人類繁衍的持續性、確保未成年子女之最佳利益⁵⁷、確保社會變遷的過程是緩慢且謹慎、保障反對同性婚姻者的自由、單純區分同性結合與異性結合⁵⁸、保障宗教自由⁵⁹等等。

本文認為，「維護傳統」並不是合法的政府目的，更不用說並非極重要優越的公共利益。如果維護傳統可以作為某種法令的合憲化理由，那麼不會有民主制度、不會有一夫一妻制度、階級制度仍然會存在，因為「君主世襲」、「一夫多妻」、「種姓制度」才是所謂的「傳統」；「避免滑坡效應」不會是合法的政府利益，因為該論理本身存有太大的推測性，政府允許同性婚姻不必然會導致政府就會允許一夫多妻制度，禁止同性婚姻的理由也和禁止近親婚不同；「確保人類繁衍」或許是極為重要的政府利益，但是以同性婚姻無生殖能力，會對人類繁衍造成影響的論述極為荒謬，如果異性戀者不會因為認識同性戀者就改變自己的異性戀傾向，那憑什麼以為容許同性婚姻就會讓所有人都變成同性戀者？

「確保未成年子女的最佳利益」是極為重要的政府利益，但是由同性婚姻家

⁵⁶ 台灣性別人權協會，〈聯合國同志人權報告 76 國視同性戀違法〉，2011年12月16日，網路資料：http://gsrat.net/news/newsclipDetail.php?ncdata_id=8996，最後瀏覽日期：2012/6/11。

⁵⁷ 參見本文第二章第二節之說明。

⁵⁸ 參見本文第三章第三節第三項第二款第二目之說明。

⁵⁹ 參見本文第三章第三節第四項第二款第二目之說明。

庭撫養的子女未必不利於子女之最佳利益，單純的「推測」同性婚姻不利於子女是無法通過嚴格審查基準的檢驗的，因此禁止同性婚姻與維護子女最佳利益間並沒有「直接關連」；「確保社會變遷的過程是緩慢且謹慎」可能是合法的政府利益，但是確保緩慢變遷的理由是避免現階段的「既得利益」者受到太大的衝擊，允許同性婚姻對於已存在，或是將來可能成立的異性戀婚姻沒有任何影響，沒有理由說明為什麼政府必須要有相當時間的「緩衝期」以利推動同性婚姻，又「禁止同性婚姻」和「容許同性婚姻」間是「全有」和「全無」的關係，在轉變的過程中只有「謹慎」的考量，並沒有「緩慢」轉變的空間⁶⁰；至於「所謂保障反對同性婚姻者」或是「保障宗教自由」的論點，根本和禁止同性婚姻無關。憲法保障人格發展自由、言論自由以及宗教自由，因此反對同性婚姻者可以公開表示自己反對同性婚姻，基督教徒可以主張同性戀者抵觸「原罪⁶¹」(sin)，但是不代表政府就必須禁止同性婚姻來保障這些人反對同性婚姻的「自由」，同性婚姻即使合法化，反對同性婚姻者仍然可以在街頭發起遊行，神職人員依然可以拒絕為同性婚姻者證婚。

第四項 單純區分同性婚姻與異性婚姻—「隔離但平等」(separate but equal)的論證

就美國立法實務而言，隨著時代的推演，越來越多的人開始認為禁止同性婚姻是不公平的，但另一方面他們也對於改變婚姻的傳統定義感到不自在，為了反應此現實，許多州為同性伴侶創設了「民事結合」或「家庭伴侶」制度，賦予同性結合相等於異性戀婚姻之權利。許多州法院認為州政府可以透過創設這種「平行」(equivalent)制度以滿足合憲要求，紐澤西州⁶²、佛蒙特州⁶³、加州法院⁶⁴均曾經認為拒絕同性伴侶享有等同於婚姻制度的權益是違憲的，但是州政府可以藉由創設相等於婚姻制度保障的平行制度，以矯正前述的違憲問題。換言之，若賦予同性伴侶「完全」等同於異性戀婚姻的「實質權利」，僅用語上同性結合不得使

⁶⁰ 或許有論點會認為政府可以先行賦予同性伴侶「類似婚姻」的制度，例如「民事結合」、「家庭伴侶」制度，讓社會上逐漸接受同性伴侶也可以享有和異性戀婚姻相同的權利，而當社會上普遍接受此觀念時，才正式推動「同性婚姻合法化」。換言之，「禁止」和「容許」之間還有一種「折衷」的作法，可以避免直接推動同性婚姻合法化所帶來的衝擊與反彈。本文認為，憲法保障同性婚姻，因此政府只能在允許同性婚姻的過程中「額外」賦予同性伴侶類似婚姻的制度，一方面減緩社會的受衝擊程度，一方面也賦予同性伴侶，甚至是一般的異性伴侶，享受接近婚姻制度的權利或利益，而不能以政府已經推動「類婚姻制度」作為不允許同性婚姻的理由。

⁶¹ 舊約利未記第 18 章第 22 節：「不可與男人苟合，像與女人一樣，這本是可憎勿的。」；利未記第 20 章第 13 節：「人若與男人苟合，像與女人一樣，他們二人行了可憎的事，總要把他們治死，罪要歸到他們身上。」

⁶² See *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196 (N.J. 2006). 中文介紹參見：張宏誠，〈雖不獲亦不惑矣—美國同性婚姻平等保障司法判決之回顧與展望〉，《成大法學》第 22 期，2011 年 12 月，第 177-186 頁。

⁶³ See *Baker v. Vermont*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999). 並請參見本文第三章第二節第四項之介紹。

⁶⁴ See *Strauss v. Horton*, 46 Cal.4th 364 (Cal. 2009). 並請參見本文第三章第三節第二項之介紹。

用「婚姻」之名詞，這種單純區分同性婚姻與異性婚姻的「隔離但平等」(separate but equal⁶⁵)之作法，是否合憲？

首先，就現行法律而言，婚姻權附隨了「物質」(material)以及「表達」(express)兩種利益。所謂的「物質」利益代表婚姻制度附隨的權利義務，簡而言之就是「看到的」的「具體利益」；另外，婚姻具有一種「表達」象徵，象徵政府對於家庭關係的官方背書與承認。因此，婚姻具有一種很重要的「符號功能」(signaling function)。舉例來說，若私人之間對外公開其已婚，或相處方式看似夫妻，就法律的層面來說，他們仍然「未婚」而不能享有附隨於婚姻制度的相關利益，唯有透過相關官方程序，該兩人之間的關係才被賦予法律上的意義⁶⁶。

因此，創設相對於婚姻的「平行制度」是否是對於婚姻權的實質負擔？就某方面來說，這取決於對於權利本質的理解。若從婚姻權僅涉及「具體」的政府利益出發，由於平行制度保障相等於婚姻的實質權益，或許可認為沒有負擔可言。然而，如前所述，婚姻實際上仍具有許多象徵性及抽象的意義存在，而就是因為自古以來「婚姻」兩字所蘊含的深遠意義，若將使用接近該意義的權利專屬於異性伴侶擁有，將被視為政府承認同性伴侶所組成的家庭關係「次等」於異性戀婚姻⁶⁷。

甚者，即使政府將婚姻制度中所有的法律權益均拓展至平行制度中，經驗顯示兩者間的地位仍具體地不同。創設「民事結合」制度的紐澤西州及佛蒙特州，近期均做出報告認為即便立法者創設平行制度，實質的差異仍然存在。兩份報告均指出，第三者對於「民事結合」制度的困惑以及欠缺理解均導致具體的傷害。舉例來說，雇主較不願意提供民事結合的成員健康補助，醫療機構的工作者不適當地拒絕民事結合的成員檢視其伴侶的資料，或是拒絕其替伴侶做醫療決定。兩份報告同時強調有關平行制度所產生的「無形傷害」，目擊者強調「隔離並非平等」(separate is not equal)並且和過往種族隔離的經驗比較，描述精神上的傷害並感覺不受尊受，同性伴侶的子女認為相較於婚姻制度下的成員，民事結合制度讓其雙親被視為不同且較無價值，這些證據恰好和允許同性婚姻的麻賽諸塞州相反，在該州，情況顯示同性婚姻伴侶更能被廣泛的承認⁶⁸。

最後，回到目的論的解釋，純粹的「區分同性婚姻與異性婚姻」，也就是讓同性婚姻或異性婚姻使用不同的名稱，到底有助於什麼目的的達成？若是為了

⁶⁵ See *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). 本案中路易斯安那州(Louisiana)法規定州內的火車公司必須要提供隔離，但數量相同的車位給黑人以及白人乘客，法院認為這種作法「隔離但平等」，並未違反美國憲法增修條文第 14 條平等保障條款之規定。直到 1954 年的 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) 案，由首席大法官 Warren 主筆之意見書，認為「隔離」使人處於「次等公民」之地位，隔離本身即是「不平等」，才使隔離但平等之制度宣告終結。

⁶⁶ Cass R. Sunstein, *The Right to Marry*, 26 *CARDOZO L. REV.* 2081, 2093-95 (2005).

⁶⁷ 目前美國聯邦上訴法院針對加州第 8 號提案是否違憲之問題，即採取此種看法。See: *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (2012). 並請參見本文第三章第三節第四項之介紹。

⁶⁸ Nelson Tebbe et al., *Supra note 22*, at 1442-1449 (2010).

「維護婚姻的傳統定義」，本文之前已經主張「維護傳統」並不能作為正當化的理由；若是為了「保障未成年子女之最佳利益」，因為平行制度除了名稱以外，在實質的權利保護上並無任何差異，既然已經容許同性結合和異性婚姻一樣養育子女，同性伴侶與異性婚姻就未成年子女的保護教養上豈有分別可言？本文認為，剩下唯一的理由似乎在於：「命名」上的「行政便利」。讓同性結合與異性結合享有不同的名稱，以利於分辨。但是所謂的「行政便利」，顯然並非「迫切重要的政府利益」。再者，將「婚姻概念包含同性婚姻」與「另外創設等同於婚姻的平行制度」相比，不管怎麼想都是前者要來的便利許多⁶⁹。

第五項 小結

綜上所述，禁止同性婚姻構成「性別歧視」以及「性傾向歧視」，基於「性傾向」乃「可疑分類」，基於性傾向所為之差別待遇應該適用「嚴格審查基準」，而禁止同性婚姻所欲達成之目的，或為根本並非合法目的，或為並非迫切重大的公共利益，或為手段與目的間並無「直接關連」，均無法通過嚴格審查基準之檢驗，即使政府創設等同於婚姻的平行制度，這種「隔離」的作法實質上代表同性結合「次等」於異性婚姻，而為「不平等」，因此，禁止同性婚姻違憲，憲法保障同性伴侶之婚姻權。

第四節 平等公民權觀點

憲法是否保障同性婚姻，多數討論均環繞在自由權以及平等權。就自由權的觀點來說，自由權認為個人有和選擇對象結婚之基本權利。然而，於美國司法實務，此觀點已於許多關於同性婚姻的訴訟中被認定失敗，許多州法院和聯邦下級法院均承認異性伴侶具有結婚權，但是他們並沒有承認同性伴侶具有相類似的「同性結婚權」，理由在於其認為該利益並未深植於美國歷史及傳統對於婚姻權的定義中。同樣的問題也會發生在我國，大法官認為婚姻制度受憲法制度性保障，核心在於「一夫一妻」營共同生活，就字面上解釋，我國婚姻制度可能根本不包含「同性婚姻」，憲法僅保障「和異性結婚之自由」，而不保障「和同性結婚之自由」。

就平等權的觀點來看，目前對於同性婚姻爭議的主要論證認為，婚姻必須由一男一女組成的要件要求是「性傾向歧視」而違反平等保障條款。基本上此論證之成功取決於法院對於「性傾向」作為分類標準是否應提高審查基準之看法，在加州、愛荷華州及康乃迪克州原告之所以獲得結婚權是因為該州法院認定「性

⁶⁹ See *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp.2d 921, 1001 (2010).並請參見本文第三章第三節第二項第二款第二目三、(五)之說明。

傾向」是可疑分類，然而在紐約州、華盛頓州、馬里蘭州、印第安那州和亞利桑納州，法院並未認定性傾向是可疑分類而應適用更高的審查基準⁷⁰，雖然麻薩諸塞州法院認定維護傳統婚姻對於一夫一妻的認定連合理審查基準均無法通過，但是目前此看法仍未成為法院的普遍見解，整體來說，在聯邦法院的層級，此種「藉由分類判斷審查基準」的模式確遇到實際上的困難⁷¹。

因此，本文底下則以學者提倡之「平等公民權」(equal citizenship)，試圖為憲法上同性婚姻之爭議找到一個突破點。

第一項 憲法上的平等公民權

第一款 平等公民權之意義及內涵

我國憲法明文中，僅有「國民」，並未出現「公民」、「公民權」一詞，即使是一般認為最典型的公民權規定：憲法第 17 條創制複決之規定中，其用語也是「人民」，而非「公民」。而在我國探討「公民權」，目前學說多數見解移植德國基本權利理論將基本權利分為「人權」、「公民權」以及「國民權」⁷²，其中對公民權的定義係指有強烈國家主權意識，涉及國家政策決定或基本認同，惟有公民方得行使之政治性權利，例如參政權及服公職權。這種對於公民權之理解，當然難以作為基本權利的一般理論基礎。

然而美國著名學者 Kenneth L. Karst 教授認為，美國憲法增修條文及平等保障條款的實質核心，即是「平等公民權」原則，其確保每個人可被組織化的社會視為受尊敬的、負責任的、以及有參與能力的成員的權利(presumptively guarantees to each individual the right to be treated by the organized society as a respected, responsible, and participating member⁷³)。平等公民權原則堅持組織化的社會必須將每個個人視為值得受尊敬並且歸屬於社會之人。反面來說，此原則禁止組織化的社會將個人視為次級或隸屬階級的成員，甚至並非社會的構成員。權利主體在這個原則下，所主張的不是「拒絕社群侵害」而已，而是「被涵納於社群」(inclusion in a community)⁷⁴。

雖然尊敬每個個人的人格尊嚴是平等公民權原則的基礎價值，但此原則另又

⁷⁰ See *Standhardt v. Superior Court ex rel. County of Maricopa*, 77 P.3d 451 (Ariz. 2003); *Morrison v. Sadler*, 821 N.E.2d 15 (Ind. 2005); *Conaway v. Deane*, 932 A.2d 571 (Md. 2007); *Hernandez v. Robles*, 855 N.E.2d 1 (N.Y. 2006); *Andersen v. King County*, 138 P.3d 963 (Wash. 2006).

⁷¹ Nelson Tebbe et al., *Supra note 22*, at 1376-1383

⁷² 法治斌、董保成，〈憲法新論〉，2005 年，第 148-49 頁；李惠宗，〈憲法要義〉，2002 年 7 月，第 89 頁；李震山，〈論移民制度與外國人基本權利〉，《台灣本土法學雜誌》第 48 期，2003 年 7 月，第 57 頁。；李建良，〈外國人權利保障的理念與實務〉，《台灣本土法學雜誌》第 48 期，2003 年 7 月，第 97 頁。

⁷³ Kenneth L. Karst, *The Supreme Court 1976 Term Foreword: Equal Citizenship Under The Fourteenth Amendment*, 91 HARV. L. REV. 1, 3-4 (1977).

⁷⁴ KENNETH L. KARST, *BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION* 3 (1989).

包含了兩個相互關連又互相重疊的價值：參與(participation)及責任(responsibility)。公民是參與者，參與社群決策過程的成員。同時，公民也是社會的責任成員，對於社會上的其他成員負擔義務⁷⁵。

就「參與」的角度而言，傳統觀念認為公民對於合議制的司法行政事項有參與決策的空間，然而此處的公民權有更廣泛的意涵。參與的價值應被視為包含「分享社會公共生活的完整權利」。同時平等公民權亦蘊含要求社會提供參與權利之機會，進而使每個個人均能歸屬於國家社群之中。而就「責任」的觀點觀之，作為一個公民不僅是權利的消費者，也必須為社群的其他成員負責。在公民關係的責任中，首先當然必須遵從法律，但更理想的觀點，公民關係也暗示出某些對於社群福利的積極貢獻，在希臘城邦，公民必須至少從事部分時間的公僕。參與社群的政治生活是不僅是權利，同時也是義務⁷⁶。

就「功能論」而言，平等公民權在「人民權利」與「政府利益」發生衝突時，可以作為判斷孰輕孰重的基準。在「政府利益」方面，當政府利益有助於提昇平等公民權之價值時，此原則建議該利益應被視為優勢的政府利益之一，「積極平權措施」(affirmative action)即為適例；相反地，否定種族上少數（或婦女、殘障團體）於社會中受尊敬、參與社員關係的地位之利益，平等公民權原則將指出此利益目標不夠重大。在「人民權利」方面，此原則確保每個人都被視為一個受尊敬以及社會參與成員的權利，要求政府必須證明利益有迫切的必要性，以正當化對該原則核心價值的侵害。此原則著眼於分類可疑性的程度，以及哪些基本利益被侵害的程度⁷⁷。

第二款 我國憲法上的平等公民權

從「平等公民權」出發的基本權利論述，必須要對各個國家的歷史、文化，與憲法精神作一個回顧與界定，並且站在特定國族精神的基礎上發展憲法基本權利的概念⁷⁸。因此接下來的問題是，我國有什麼樣的歷史與憲法經驗，可以在憲法上賦予平等公民權發展之空間？

廖元豪教授整理台灣歷史後指出，台灣社群的基本精神，可說是「民主涵納」(democratic inclusion)。我國有著一代代不同區域、文化之移民來台開拓新天地的歷史，而移民之間的差異或許「融合」或許「和而不同」，但至今多能相互共存。台灣社群的圖像，從對原住民族的包容，到後來各地漢族移民的相互包容，以至

⁷⁵ *Id.* at 8.

⁷⁶ *Id.* at 8-10.

⁷⁷ *Id.* at 19-20.

⁷⁸ 廖元豪，〈建構以平等公民權(Equal citizenship)為基礎的憲法權利理論途徑—對傳統基本權利理論之反省〉，收錄於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯下冊，2009年7月，第402頁。

對新移民的形式包容。這一串歷史，就是不同地位、群體的流亡移民，發揮弱勢相挺共生的精神，共同生活的故事。

而憲法至少在戒嚴之後的 20 年來，使民主憲政逐漸成為台灣人的生活方式，民主憲政已經成為台灣社群不可逆轉的重要特徵。台灣追求融合與多元共存的過程中，不是由政府由上而下，鎮壓式的融合；而是由民間自發，逐漸在相互接觸中結合成一個共同體，這樣透過憲政體制而進行的民主涵納，也是台灣精神之一部。換言之，憲法擔任台灣社群極重要的「多元整合」功能，憲法保障每一個人不受排擠貶抑之自由；憲法尊重多元價值，並包容不同族群的歷史認同與主體性。基此，我國憲法上的基本權利，應該也要發揮類似美國憲法中的涵納功能。任何法令措施，都不得排拒或貶抑國家主人應有的平等成員地位。尤有甚者，憲法應該對那些地位脆弱，容易遭到排拒貶抑的群體與價值，展現更高的關切⁷⁹。

而「平等公民權」憲法上的依據，就是個別基本權之規定，以及憲法第 2 條國民主權之規定。憲法第 2 條「主權屬於國民全體」之規定，體現出「國民」就是這個共同體的「構成成員」。而「國民全體」就是者「每一個」國民都是主權者，法律不得擅自將國民「分等」；憲法第 3 條「具有中華民國國籍者為中華民國國民」之規定，代表「國籍」是「公民身份」的基礎，凡具有國籍身份者，均屬不折不扣的國家成員。而「平等」之概念，則規定於憲法第 5 條「中華民國各民族一律平等」、憲法第 7 條「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」以及憲法增修條文第 10 條基本國策與保障弱勢族群，追求實質平等之規定⁸⁰。

換言之，我國憲法上的平等公民權，要求國家不得拒絕承認國民實質上的成員地位；亦不得在國民群體中，再劃分任何階級，影響其實質公民權之行使，形成次等公民之地位。「國民分級」乃是憲法本質上所不容之措施。因此，若政治部門積極實現「平等公民權」之措施，將被視為最優先順位、最高價值的公共利益，可以壓過其他政府利益，從而受到司法釋憲部門的高度尊重。相反地，若政治行為為了其他目的，侵害了「平等公民權」，則原則上受到不利的違憲推定，要求提出迫切重大的政府利益，否則更容易被宣告違憲而無效⁸¹。

第二項 以平等公民權作為承認同性婚姻憲法權利之基礎

於確立我國憲法含有援引平等公民權之空間後，接下來的問題是，平等公民權理論在討論憲法上同性婚姻的爭議上，有什麼有利之處？

⁷⁹ 同上註，第 409-10 頁。

⁸⁰ 憲法增修條文第 10 條第 6 項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」

⁸¹ 廖元豪，前揭註 78，第 411-12 頁。

首先，傳統基本權理論注重「防禦權」的性質，亦即為了保護個人自由領域，防止公權力的干涉⁸²。換言之，傳統基本權理論著眼於「國家」對抗「個人」之關係。然而，「婚姻制度」含有「物質」與「表達」之功能⁸³，縱使認為表達之功能乃「先於國家而存在」，但不可否認的是現代婚姻制度所附隨之「具體」利益，均是由國家賦予而來，Cass Sunstein 教授稱之為「政府主導的執照制度」⁸⁴。在政府不介入的情形下不會有法定婚姻以及隨之而來權利或義務的產生。據此，結婚權除了具有免於政府不正侵害的意義外，該權利還具有一個不同於其他權利的「須國家的介入始存在」的特徵⁸⁵。國家所做的決定是要將哪些「權利」、「族群」納入保障範圍，因此，就婚姻制度的「物質」利益而言，國家與人民並不是對抗關係，而是「涵納」與「歸屬」之關係。而這點正是平等公民權所關注的重點。

其次，從傳統「婚姻自由」之觀點檢視同性婚姻，又會回到對於「婚姻」的「定義」，亦即婚姻自由是否包含「與同性結婚之自由」的問題。而平等公民權的內涵在於，堅持組織化的社會必須將每個個人視為值得受尊敬並且歸屬於社會之人，任何法令措施，都不得排拒或貶抑國家主人應有的平等成員地位。就個案的討論上，本質上無須探討權利之「定義」，某種程度上避免了「定義式主張」的兩難問題。

再者，從「平等權」觀點解釋同性婚姻，不可避免的會遇到「性傾向」歧視的問題，附隨而來的「可疑分類」以及「審查基準」之決定，很大部分是立基於過往司法判決先例的建立。平等公民權理論避免了這種論述，平等公民權要求國家不得拒絕承認國民實質上的成員地位；亦不得在國民群體中，再劃分任何階級，影響其實質公民權之行使，形成次等公民之地位。換言之，平等公民權主張：當一個基本重要政府制度中的有形且明示的利益，被不公平地推展時，該措施即有違憲之可能，而無須直接過問分類的種類是否可疑。套用到同性婚姻的議題上就是：當「婚姻制度」中附隨之「表達」以及「物質」之利益，不公平地僅適用於「異性戀者」而不及於「同性戀者」時，「禁止同性婚姻」即被推定違憲。換言之，平等公民權要求的是婚姻制度的「平等推展」，政府既然容許國民「接近使用」婚姻制度，就不可以在該群體中，劃分出「異性伴侶」與「同性伴侶」，實質影響「同性伴侶」公民權利之行使，形成「同性伴侶」「次等公民」之地位。

最後，同樣的觀點有助於回答創設民事結合、家庭伴侶等「平行制度」是否合憲的問題。重點在於，即便創設了「平行制度」，國家共同體是否就已經「涵納」了「同性伴侶」這個族群？是否就使同性戀族群免於陷於「次等公民」之地位？就如同本文之前所述，即便除去了婚姻附隨的眾多權利，「婚姻」兩字自古

⁸² 李惠宗，《憲法要義》，2002年7月，第91頁。

⁸³ 參見本章第三節第四項之說明。

⁸⁴ Cass R. Sunstein, *Supra note 66*, at 2082 (2005).

⁸⁵ Nelson Tebbe et al., *Supra note 22*, at 1401-03

以來即附有蘊含深遠的象徵意義，這種「表達」上的功能絕非其他平行制度可相比擬，「結婚」與「結為家庭伴侶」在概念上完全不能相提並論。如此說來，排除同性伴侶使用「婚姻」的名詞，還能說國家已經涵納「同性伴侶」？還能說同性戀族群不是「次等公民」？

第五節 小結

本章首先從國民法及大法官解釋的觀點，檢視同性婚姻之爭議，結論認為我國民法即我國大法官解釋，均沒有明文規定我國婚姻制度限於一男一女之結合。因此要問的問題是，我國憲法究竟是否保障同性婚姻？關於此問題，本文認為，不論從自由權、平等權或者是平等公民權之觀點，禁止同性婚姻之作法均為違憲，憲法保障同性伴侶締結婚姻之自由，並禁止婚姻制度僅賦予「異性伴侶」而排斥「同性伴侶」。因此接下來的問題是，如何確立憲法保障同性婚姻之誠命？是應該修正民法親屬編之相關規定？還是額外立法保障同性婚姻？於確立保障同性婚姻之前提後，是否應額外立法創設「民事結合」或「家庭伴侶」制度？本文下章則討論這些問題，並針對現有草案作介紹及檢討。

第五章 同性婚姻法制化之建構與檢討

第一節 從法律救濟中之案件談起—高等行政法院 101 年度訴字第

14 號

第一項 案件事實

本案原告陳敬學先生以及高治瑋先生於民國（下同）94 年 12 月 10 日在台北亞都麗緻飯店舉行「文定」。並於 95 年 9 月 24 日在台北喜來登飯店舉行公開之結婚儀式。原告以其婚姻關係係經雙方父母同意結婚，且有公開儀式並經 2 人以上證人見證為由，於 100 年 8 月 22 日檢附結婚證書、戶籍謄本等文件向台北市中山區戶政事務所（下稱原處分機關）申請辦理結婚登記，原處分機關以現今多元家庭型態的社會需求，得否依原告所請辦理結婚登記，容有疑義為由，以 100 年 8 月 23 日北市中戶登字第 10030981900 號函，函請台北市政府民政局轉請內政部釋示，內政部以 100 年 9 月 9 日台內字第 1000181748 號函覆，本案經法務部 100 年 9 月 5 日法律決字第 1000023926 號函釋略以，以我國民法規定之婚姻，係以終生共同生活為其目的之一男一女適法之結合關係，是採取規範的單婚之一夫一妻之婚姻制度。至於同性男女得否組成家庭之議題，尚在研議中，該案請依法務部上開函釋意旨辦理。原處分機關乃以 100 年 9 月 22 日北市中戶登字第 10031085400 號函覆原告等 2 人，否准其結婚登記之申請，原告不服，於 100 年 10 月 21 日向提起訴願。

台北市政府訴願委員會於 100 年 12 月 28 日以府訴字第 10009164200 駁回，理由略以：「我國民法對結婚之當事人必須為一男一女，雖無直接明文規定，惟我國學者對婚姻之定義，均認為係『以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係』，更有明言同性之結合，並非我國民法所謂之婚姻者。而我國民法親屬編之諸多規定，亦係建構在此等以兩性結合關係為基礎之概念上。…從而我國現行民法所謂之「結婚」，必為一男一女結合關係，同性之結合則非屬之，亦有法務部 83 年 8 月 11 日（83）法律決字第 17359 號函釋可資參照。」原告不服，故而提起本件訴訟¹。

第二項 案件進行狀況

原告所提起之訴訟類型為「課予義務之訴」²，訴之聲明略為：原處分廢棄，

¹ 台北市政府訴願委員會 100 年 12 月 28 日府訴字第 10009164200 訴願決定書參照。

² 行政訴訟法第 5 條第 2 項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」

並請求原處分機關另為核准原告結婚登記申請之處分。原告主要之主張認為：一、原告結婚是經公開儀式並有兩人以上證人見證，符合民法修正前第 982 條之規定，婚姻已有效成立。而戶政機關對於人民結婚登記之申請，僅能「形式審查」其申請之資料是否有偽造變造之嫌，而無「實質審查」之權，原告二人結婚既然符合民法所規定之形式要件，被告機關即無「實質審查」原告二人是否為「異性」，而否准登記申請之餘地；二、「婚姻自由」為憲法第 22 條所保障，被告亦自承民法並無明文規定婚姻必須為一男一女，被告否准原告申請所依據者僅是法務部所為之函釋，而該函釋是「行政命令」。該「行政命令」明顯增加憲法以及民法所無之限制，牴觸「法律保留原則」，被告機關基此所為之處分，自非適法；三、若認為解釋「民法禁止同性婚姻」為當，此種解釋亦侵害同性戀者之人性尊嚴及人格發展自由，並且構成「性傾向」歧視牴觸「平等原則」而違憲。

本案於案件繫屬之後，已於 101 年 3 月 27 日、4 月 10 日、5 月 15 日召開三次準備程序，承審法官之疑慮略為：一、婚姻制度限於一夫一妻是憲法之要求還是民法的規定？二、同性婚姻於我國現行之依據為何？三、法務部之函釋是否違反法律保留原則？四、民法未提及同性婚姻，可否透過法律解釋即可周延適用？五、同性婚姻之爭議是否應由立法途徑，而非司法途徑處理？換言之，法官是否認為，同性婚姻之爭議，應為「立法裁量」，而無司法者置喙之空間？

或有論者對於此案抱持著「悲觀」的態度，認為就現階段我國社會民情而言，此案並無勝訴之可能，建議還不如由立法慢慢推動，先從伴侶制度之建立開始，逐漸促成同性婚姻之合法化。本文認為，或許無須如此悲觀。通常，行政法院之開庭程序通常只需兩次，一次準備程序，一次言詞辯論程序，接下來就是判決。然而本案光準備程序就已經三次，顯示承審法官認為諸多問題均有待釐清，因此一再地要求原被兩方就所提問題為書面上之答覆，顯示承審法官對此案的重視程度。換個角度想，法官要判決原告敗訴很簡單，理由只需一個：我國民法上的婚姻制度乃一男一女之結合，被告機關依據民法以及法務部函釋，否准原告結婚登記之申請於法有據。但是法官就「現階段」似乎看不出有如此判決之傾向，是否代表此案法院判決並不會如此地「陳腔濫調」？本案原告及背後運籌帷幄之訴訟代理人，是否從中看到了些微勝訴之曙光？

第二節 同性婚姻法制化之建構與檢討

雖然說前述法院案件尚未判決，但此案例仍待給我們一個很好的出發點：思索我國同性婚姻法制化的可能途徑。故以下則就立法途徑及司法途徑，分別說明。

第一項 立法途徑

如同本文前一章所述，本文認為，目前我國民法並沒有明文禁止同性婚姻，行政機關之所以認為我國民法之婚姻專屬於一男一女之結合，是因為法務部之函釋以「解釋性行政規則」擅自曲解了民法的規定，身為下級的戶政機關，不得不遵守此一違犯「法律優位」之行政命令，否准同性伴侶辦理結婚登記。換言之，在民法欠缺明文禁止同性婚姻的情形下，戶政機關受理同性伴侶結婚登記之聲請，於「形式」上審查同性伴侶符合結婚的實質要件³及形式要件⁴後，即准許其辦理登記，亦為「依法行政」，並無不可。簡而言之，在我國同性結婚之權利，根本無須修正民法親屬編之規定即可為之，民法本身就容許同性婚姻，在我國根本沒有同性婚姻「合法化」之問題，因為同性婚姻本來就「合法」！。

然而目前主流的看法仍是認為，我國仍有同性婚姻合法化之必要，而法制化之建構可能有兩種辦法，一種是修正民法親屬編之規定，將同性得以結婚之規定增訂於民法，並為避免法律解釋上的問題，將婚姻制度中有關「性別相異」之用語，諸如男、女、夫妻等，以「性別中立」之方式表述，例如「夫妻」改稱為「配偶」或「配偶雙方」、「夫妻之一方」改稱為「配偶之一方」。另一種方式則是在民法規定之外額外制定「同性婚姻法」之「特別法」，此方法曾經在 2006 年由蕭美琴立委提出「同性婚姻法草案⁵」，然而卻未獲多數立委之支持而退回程序委員會⁶，近幾年則未曾聽聞相關法令再推動的消息。

就前述兩種方法之比較而言，本文認為，修正民法親屬編之規定應是唯一較可行之辦法，理由在於，既然立法者將婚姻制度制定於民法規定中，而同性婚姻於合法化後將和異性婚姻完全相同，「同性婚姻」和「異性婚姻」之後都共享有「婚姻」一詞，為何要將同性婚姻又「獨立」出來以「特別法」規定之？姑且不論訂立特別法的「立法成本」還可能比較高之問題，以民法規範異性婚姻，卻以特別法規範同性婚姻所代表的意義是否為：同性戀是特殊的族群，與異性戀不同；同性婚姻是法體系「額外」的「施捨」，必須與異性婚姻有所「隔離」，此種又是看似「隔離但平等」的立法，真的能再次通過憲法保障同性婚姻之要求嗎？

最後重申，本文認為，我國民法本身即容許同性婚姻，同性伴侶依據民法可以結婚，行政機關依據民法也應當核准同性伴侶結婚登記，同性婚姻於我國本來

³ 結婚之實質要件乃民法第 980、981、983-985 條之規定，以前述陳敬學及高治璋先生之關係為例，即：結婚之兩位男性均年滿 18 歲（民法第 980 條），年滿 20 歲（民法第 981 條），兩位並非近親（民法第 983 條），且未有重婚之情形（兩位均未曾與其他男性或女性結婚而未離婚之情形）。形式要件在民國 97 年 5 月 22 日之前乃公開儀式以及兩位以上證人，之後則是兩人以上證人簽名之書面。

⁴ 婚姻之形式要件乃民法第 982 條之規定，在民國 97 年 5 月 22 日之前乃公開儀式以及兩位以上證人，之後則是兩人以上證人簽名之書面。

⁵ 〈蕭美琴立委同性婚姻法律制定案〉，網路資料：

<http://www.bikhim.com/2005/chinese/internet/issues/20060929.pdf>，最後瀏覽日期：2012/7/1。有關於本草案之檢討，參見：王峻彬，《我國同志家庭組成權法制化之研究——間美國同性伴侶判決之評析》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009 年，第 136-39 頁。

⁶ 台灣性別人權協會，〈蕭美琴籲重視同志結婚權 推動同性婚姻法〉，2006 年 10 月 31 日，網路資料：http://gsrat.net/news/newsclipDetail.php?ncdata_id=3117，最後瀏覽日期：2012/6/16。

就「合法」。但是，立法者若為了避免適用上的模糊，而修正民法親屬編之相關用語，將本來「兩性相異」之用語改為「性別中立」，當屬「最完美」之結果。本文的期待是：行政機關「立刻」核准同性伴侶之結婚登記；立法機關則「儘速」推行民法親屬編相關用語之修正。

第二項 司法途徑

從本文第三章對於美國有關同性婚姻的司法判決中可以得知，多數允許同性婚姻之州，其同性婚姻合法化之方式，例如麻賽諸塞州、康乃迪克州、愛荷華州、部分時間的加州，均是藉由司法判決認定禁止同性婚姻違憲後，行政機關依據司法判決之見解，主動核發結婚證書與同性伴侶，因此問題在於，美國以司法判決促使行政機關核發結婚證書予同性伴侶之方式，在我國適用嗎？以高等行政法院 101 年度訴字第 14 號案件為例，本案的承審法官，可否以「確立憲法保障同性婚姻」的前提下，判決原處分機關應核准原告兩人之結婚登記，進而促使戶政機關，在將來可能發生同性伴侶申請結婚登記的案例中，依據高等行政法院 101 年度訴字第 14 號案件之「判決先例」，核准此類登記申請，達成我國同性婚姻之「實質」合法化？而在大法官違憲審查的層級中，大法官又該做出什麼樣的決定？

第一款 普通法院判決之途徑

第一目 普通法院依據民法直接審判

首先，可能的疑問在於，我國違憲審查制度並非如同美國採「分權式規範審查」⁷，縱使行政法院法官認定民法禁止同性婚姻違憲，也無權逕行宣布民法違憲而判決原告勝訴。然而，本文一再重申，我國民法並未明文禁止同性婚姻，戶政機關之所以否准同性伴侶結婚登記之申請，是因為受到法務部 83 年之函釋所限制。因此於我國同性婚姻之爭議，並不是「民法規定牴觸憲法」，而是「命令增加法律所無之限制」的問題，本文之所以花許多篇幅處理「同性婚姻憲法權利」之爭議，並不是要認定「我國民法牴觸憲法」，而是主張「依據憲法保障同性婚姻之精神，我國婚姻制度應涵納同性婚姻」。因此，法官於形成憲法保障同性婚姻之確信後，便可直接依照憲法保障同性婚姻之精神，依據「民法」直接判決戶政機關應核准同性伴侶之結婚登記申請！

第二目 普通法院發揮「法之續造」功能

另外一種可能的情形是，普通法院法官無法確定我國民法是否禁止同性婚

⁷ 李惠宗，《憲法要義》，2002 年 7 月，第 552 頁。

姻，但可以確定的是，民法有關婚姻之規定「未提及」同性婚姻，違反憲法平等原則之要求。在此種「違反平等權之立法怠惰⁸」之情形下，普通法院法官可以發揮「法之續造」之功能，判決認定同性婚姻應「涵納」於我國民法婚姻制度之中。質言之，在立法者將特定一群人由受益措施中排除、未加提及，使該族群因此遭受相對之不利益，並且此種排除違反平等原則時，構成「違反平等權之立法怠惰」。於此，普通法院法官可以運用「合憲性解釋」的方式，從事「法的續造」。惟須遵守下述界限：一、具有憲法位階的法律保留仍應遵守；二、法的續造不得牴觸立法者明白的立法目的、清晰的法律字義；三、在越具有政治爭議性的領域，普通法院行使其「法之續造」權限時，越需要自我節制⁹。

以前述高等行政法院 101 年度訴字第 14 號案件為例，行政法院法官可本於「憲法保障同性婚姻」之確信，認定民法規定為提及同性婚姻構成「違反平等權之立法怠惰」，以「合憲解釋」之方式從事「法之續造」，於個案判決中直接認定民法有關婚姻之規定包含同性婚姻。至於應遵守之界限問題：一、同性婚姻之權利本身即受憲法保障，因此「民法涵納同性婚姻」是合於憲法之解釋，當然不會產生違背「法律保留」之問題；二、民法並未明文禁止同性婚姻，此種解釋也不會牴觸民法之文義，因此最後的問題是，同性婚姻之爭議是否具有高度政治性？普通法院是否應「自我節制」而不予審查？

同樣的問題可以提升到司法違憲審查的層級，即司法審查及「政治問題」之關係¹⁰。但姑且不論我國司法院大法官違憲審查之層級，本文認為，普通法院之所以從事「法之續造」，目的就是在於矯正「違反平等權之立法怠惰」，以於個案中保障人民權利，此時要求普通法院又要「知所節制」，把問題丟還給立法機關，豈不是「互踢皮球」，而無助於人民權利之保障？基此，本文認為，行政法院應以我國民法未提及同性婚姻，構成「違反平等原則之立法不作為」，以合憲解釋方法為「法之續造」，認定我國民法涵納同性婚姻，判決戶政機關應准予同性伴侶結婚登記之申請。

第二款 大法官違憲審查之途徑

首先必須要述明者，乃憲法違憲審查之標的原則上限於「法律」或「命令」，若為「命令違憲」的問題，普通法院法官即可本於其依據「憲法」審判之權責¹¹，於判決中認定命令牴觸憲法而不以援用，以達成在個案中保障人民權利之效果。以本案為例，高等行政法院之法官，即可直接於個案判決中，認定法務部之函釋

⁸ 又稱之為「違反平等原則之立法不作為」。大法官釋字第 596 號許宗力、許玉秀不同意見書參照。

⁹ 陳愛娥，〈立法怠惰與司法審查〉，《憲政時代》第 26 卷第 3 期，2001 年 1 月，第 48-65 頁。

¹⁰ 關於此問題，詳後述。

¹¹ 民國 100 年 7 月 6 日公布之法官法第 13 條規定：「法官應依據憲法及法律，本於良心、超然、獨立、公正審判，不受任何干涉。」

牴觸憲法保障同性婚姻之意旨。因此，同性婚姻爭議要進入大法官違憲審查層級之唯一途徑，乃是「法律」，即「民法」發生牴觸憲法之疑慮，換句話說，就是「民法禁止同性婚姻」是否合憲的問題¹²。

第一目 聲請解釋之方法

就前述高等行政法院 101 年度訴字第 14 號案件而言，聲請大法官解釋最簡單的方法就是「法官聲請釋憲」。基於「法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用」，因此若「『法官於審理案件時』，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為『先決問題』『裁定停止訴訟程序』，並『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，聲請本院大法官解釋¹³。」而「所謂『法官於審理案件時』，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等而言，因之，所稱『裁定停止訴訟程序』自亦包括各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內。¹⁴」又「所謂『先決問題』，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。¹⁵」因此，若法院認為民法禁止同性婚姻，違反憲法保障同性婚姻之意旨時，當依前述大法官釋字第 371、572、590 號解釋之觀點，裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。

另外一種較為「曠日廢時」的方法為「人民聲請釋憲」。司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生牴觸憲法之疑義者」得聲請解釋憲法。以本案而言，即原告於台北高等行政法院判決敗訴，經上訴至最高行政法院亦遭到駁回判決確定後，方得依大法官審理案件法之規定，聲請大法官解釋。

第二目 違憲審查與「政治問題」理論

¹² 雖然本文一再重申認為我國民法並無明文禁止同性婚姻，民法「並未」禁止同性婚姻，因此同性婚姻無須透過違憲審查即可「合法化」。但是本文以下的討論著重於同性婚姻爭議若進入我國大法官解釋可能產生的問題，因此前提必須要建立在「民法禁止同性婚姻」。

¹³ 司法院大法官釋字第 371 號解釋文參照。

¹⁴ 司法院大法官釋字第 590 號解釋文參照。

¹⁵ 司法院大法官釋字第 572 號解釋文參照。

經法官或是人民聲請釋憲後，接下來可能的問題是，大法官可否以「憲法是否保障同性婚姻」乃「政治問題」，而決議「不受理」或「不予審查」？我國大法官釋字第 328 號解釋固引用「政治問題」之概念¹⁶，惟對「政治問題」之判斷標準卻未見說明。查此理論來自於美國聯邦最高法院於 1962 年 *Baker v. Carr*¹⁷ 之判決，**Brennan** 大法官主筆之多數意見認為，判斷是否為政治問題之標準為：一、憲法已明文規定將議題交由與法院平行的某一政治部門決定；二、欠缺法院可以發現並操作的解決標準；三、未作對明顯涉非司法性裁量之初步政策決定前，無法作成決定者；四、如由法院獨立解決，必然會對其他平行政府部門造成不尊重；五、因情勢特殊需要，法院必須無異議支持一已經作成之政治決定；六、法院如就該問題表示意見，將可能形成政府不同部門就同一問題發表不同聲明的尷尬局面¹⁸。

然而何謂「政治問題」，本身即欠缺一貫性的判斷標準；又司法者本身有依憲法裁判之義務，以某種領域具有高度政治性而「拒絕裁判」，可能違背此種憲法義務，姑且不論政治與法律是否可以嚴加區分，至少過度強調此兩者的區別，或將之視為對立的概念，不僅無濟於事，反而會模糊憲法與政治之間的關連性。憲法法院制度，或大法官制度之建立，多少寓有司法權參與政治領域之意旨。「憲法解釋」對於「政治現實」具有某種程度的引領作用，毋寧是憲法本質及憲法法院制度設計的必然結果。反面言之，若謂憲法法院不能處理政治問題，就如同指稱憲法是無關政治的法律一樣，皆非允當之論¹⁹。因此論者主張應以降低審查基準取代「拒絕審查」²⁰，司法部門不應以「政治問題」作為拒絕審查之藉口。

回到我國釋憲實務，大法官以「政治問題」作為拒絕審理之理由者，僅有釋字第 328 號涉及「國家領土範圍界定」，以及釋字第 419 號「行政院長於新任總統就職時提出總辭，總統應如何處理」之問題，其他諸如釋字第 329 號「條約意涵」爭議、第 387 號「立法院改選行政院長總辭」爭議、第 499 號「國民大會修憲」爭議、第 520 號「核四停建」爭議、第 623 號「立法院未行使監察委員人事同意權」爭議、第 644 號「人民團體法禁止主張共產主義、分裂國土之團體設立之規定是否違憲」之爭議，雖然亦有涉及「政治問題」之討論，但大法官並不認為上述議題乃政治問題，而仍舊予以解釋。換言之，我國大法官似乎也逐漸形成一種共識：「政治問題」理論不應作為職司違憲審查之釋憲者逃避其職責之理由。

¹⁶ 司法院大法官釋字第 328 號解釋：「中華民國領土，憲法第四條不採列舉方式，而為『依其固有之疆域』之概括規定，並設領土變更之程序，以為限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。」

¹⁷ 396 U.S. 186 (1962).

¹⁸ 司法院大法官釋字第 632 號解釋余雪明大法官部分不同意見書參照。

¹⁹ 李建良，〈政治問題與司法審查一試評司法院大法官相關解釋〉，收錄於氏著，《憲法理論與實踐（一）》，1999 年 7 月，第 430-31 頁。

²⁰ 李念祖，〈美國憲法上「政治問題」理論與釋字第三二八號解釋〉，收錄於氏著，《司法者的憲法》，2000 年，第 165-68 頁；〈再論美國「政治問題」理論在我國憲法解釋上之應用〉，《台大法學論叢》第 29 卷 2 期，2000 年 1 月，第 43 頁以下；李建良，同上註，第 315-17 頁。

退步言，縱使認為「政治問題」理論確有存在之空間，從上述大法官釋憲實務的經驗得知，政治問題通常涉及政治部門之權限爭議，而非人民權利之保障問題，而「同性婚姻」與婚姻自由之保障息息相關，顯非「政治問題」，否則為何從未見美國司法判決以同性婚姻爭議為政治問題，而拒絕裁判？

第三目 違憲審查與立法裁量

在大法官受理民法禁止同性婚姻是否違憲之爭議後，本文認為，大法官最有可能做出合憲決定之理由為「立法裁量」。換句話說，大法官可能會認為，民法是否涵納同性婚姻，乃屬立法者之「自由形成空間」，立法者於制定或修訂法律時，擁有寬廣之形成空間與裁量餘地，而應為司法者所加以尊重。因此採取合理審查基準，進而認定民法禁止同性婚姻合憲²¹。

「司法違憲審查」與「立法裁量」之關係，本質上就是「司法」與「立法」權力的衝突與對抗。釋憲者固然可以審查相關法律規範是否合乎憲法規範之要求，但亦必須適度尊重立法者之自由形成權限，而不能動輒替代立法者從事政策決定。反之，若未釐清立法裁量之概念意涵而頻於使用，終將有損於司法審查之功能。因此，學者試圖將立法裁量「類型化」，以界定立法裁量之界限與司法審查之關係，認為：一、若以「所涉領域」為分類，「經濟」、「外交」、「社會政策」、「科技」事項，應給與立法者較寬廣的裁量空間；二、若以「權利類型」為分類，涉及「人身」權利之保護者，立法者機無裁量空間；涉及「公益形成、真理發現、信仰表達」有關之權利者，立法裁量之空間應受限制；涉及「經濟性」權利者，則賦予立法者最寬廣的裁量空間²²。

本文認為，就同性婚姻之爭議而言，所涉及之權利乃「婚姻自由」以及附隨於婚姻制度之眾多權益，絕非僅只是「經濟性權利」，因此立法裁量之空間本應受限制。再者，同性婚姻爭議所牽涉者主要是「平等保障」的問題，立法者於建構權利保障之範圍時固然有選擇涵納「某些人」而排拒「其他人」之空間，但仍應受到平等原則之限制，換言之即「差別待遇是否合理」之問題，司法者不得僅以某種差別待遇乃立法者形成空間，即脫免審查該差別待遇的義務。換言之，最終還是要回到平等權審查的問題，本文於第四章第三節已有詳細之介紹，於此不再贅述。

第四目 釋憲程序中的「補充解釋」

²¹ 採取此種類似的論述模式者，即為美國紐約州之 *Hernandez v. Robles* 案，有關本案之介紹，參見本文第三章第二節第七項之說明。

²² 李建良，〈論立法裁量之憲法基礎理論〉，《台北大學法學論叢》第 47 期，2000 年 12 月，第 232-34 頁。

最後，或有懷疑論點認為，大法官既然已經在釋字第 554 號解釋中明白闡述婚姻制度之核心為「一夫一妻」，縱使大法官受理「民法禁止同性婚姻」爭議之釋憲申請，亦不應變更其在釋字 554 號解釋中所形成的價值判斷。首先，必須要澄清的是，我國大法官曾多次於釋字之解釋文中，言明：「本院釋字第 XX 號解釋，應予補充」；另有為數不少之釋字，大法官對於先前之司法院解釋宣告「應予變更」、「不再有其適用」，表示大法官不維持先前解釋之見解，不但本質上是一種「補充」，更進一步地予以「變更」²³，學者則稱之為「補充解釋」²⁴。換言之，憲法之解釋本即應隨時代而有所進步，相關見解不可能一成不變，若大法官認為先前所做的解釋有文意不清，甚至是因時代的改變而使見解應有所變更之情形，大法官「修正」或「改變」先前見解，亦為憲法所容許。

其次，就程序面而論，大法官所為之解釋，既有拘束全國各機關及人民之強大效力²⁵，理論上其本身應不能作為違憲審查之事項。然而，若當事人聲請解釋的標的是「法令」，因基於此法令所生之法律關係與之前做過的解釋有關，大法官遂於後面的釋字「補充」，甚至是「變更」前釋字，此時實質上等同以「釋字」作為違憲解釋的對象，法理上並無不可²⁶。以同性婚姻之爭議為例，普通法院法官是以「民法」發生牴觸憲法之疑慮而聲請大法官解釋，大法官於審理「民法」之過程中，發現先前「婚姻僅限於一夫一妻」之解釋見解應有所變更，而在現今的解釋中予以修正，自無不許之理。

第三項 小結

總結來說，同性婚姻法制化之建構，可以從兩個層面來看：一種為本文所採之見解，即我國「民法容許同性婚姻」。在這種觀點之下，同性婚姻本來就「合法」，立法者無須修改民法之規定，同性伴侶可直接依民法結婚、行政機關直接依民法核准同性婚姻之登記、普通法院也應直接依民法判決同性結婚合法。另一種看法為「民法禁止同性婚姻」。於此種觀點下，因為我國違憲審查之權限仍專屬於司法院大法官，因此普通法院並無直接宣告民法違憲之權利，必須裁定停止訴訟程序聲請釋憲，或者由人民於用盡救濟途徑後聲請釋憲，大法官不得以同性婚姻爭議為政治問題而拒絕受理，不得以此爭議為立法裁量而不進行實質審查，大法官應基於憲法保障同性婚姻之意旨，做出民法禁止同性婚姻違憲之決定。

²³ 近期的例子為釋字第 684 號解釋：「大學…對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第 382 號解釋『應予變更』。」

²⁴ 吳信華，〈論大法官釋憲程序中的「補充解釋」〉，收錄於《當代公法新論（上）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，2002 年 7 月，第 795 頁以下；〈再論「補充解釋」〉，收錄於湯德宗、廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第五輯，2007 年 3 月，第 293 頁以下。

²⁵ 司法院大法官釋字第 185 號解釋參照。

²⁶ 吳信華，前揭註 24，第 811 頁。

第三節 「額外」的選項—家庭伴侶法制之建構

第一項 概說

於確立憲法保障同性婚姻，民法有關婚姻之規定應涵納同性婚姻之後，接下來的問題是，政府需不需要為那些不想進入婚姻之「同性伴侶」或「異性伴侶」，「額外」創設家庭伴侶制度，以迎合這些需求？

首先要說明的是，所謂的「伴侶制度」沒有「早於國家成立前即已存在」之性質，不受憲法「制度性保障²⁷」，國家立法機關並沒有義務，制定一套制度形成其內涵並保障其實現。因此，禁止同性婚姻違反平等原則，是憲法上的爭議；但是家庭伴侶制度之有無，完全是「立法形成空間」，人民不得主張立法者未創設伴侶制度供其選擇，構成「立法怠惰」。縱使大法官釋字第 647 號解釋理由書說明：「至於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』，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，…立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障，併此指明。」，也只是代表大法官認為立法者可以朝建構伴侶制度的方向努力，而為立法者提供一個政策方向的指引，並沒有拘束立法者之效力。

回到家庭伴侶制度創設之目的上，必須要問的是，為什麼還要在婚姻制度之外，額外創設家庭伴侶制度？不論同性或異性，兩個想要結合的人，選擇進入婚姻制度即可，為什麼還要創設伴侶制度供其選擇？現行民法的婚姻制度無論是設計或變革都有它特殊的歷史脈絡，在傳統的概念裡，婚姻首重門當戶對，目的在累積兩家的經濟利益與社會地位，其中尤其重要的是夫家子嗣的延續。然而，隨著社會變遷，婚姻的社會意義也隨之變化，現代人開始歌頌愛情，認為婚姻是實現愛情的唯一道路。即便如此，相親的社會實踐依舊存在，門當戶對也依然是評價婚姻的重要考量，女人上嫁（嫁的比自己原生家庭的社經背景好）的觀念依舊充斥，婚姻的傳統意義並沒有真正退去。

²⁷ 制度性保障的古典概念認為，在憲法規範之下，某些具有特定範疇、任務與目的之制度應為國家憲法所承認，受到憲法之特別保護，而非立法者藉著制訂或修改憲法得以廢棄。婚姻制度因為「先於國家成立前」已存在，因此受憲法制度性保障，也就是我國大法官釋字第 554 號解釋所稱婚姻制度受憲法制度性保障。但學者也指出：「大法官頻繁地使用到『制度性保障』的語彙，但卻未賦予其一個精確的意涵或可資掌握的面貌，甚至讓人有就算絕口不提，也未必有增損釋憲文意義之疑惑。大法官往往指出『因為是制度性保障，所以如何如何』的結論。但是我們卻很難掌握這箇中緣由。使得『制度性保障』的用語很容易變成某種特定結論作成時的掩護說詞。這樣的發展顯非憲法穩固發展過程中，所被期待樂見的結果。」參見：程明修，〈憲法保障之制度與基本權之制度性保障—兼論基本權客觀內涵之主觀化〉，收錄於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯上冊，2009 年 7 月，第 362-63 頁。

正因為婚姻承載了如此龐大的傳統意義，即便婦女運動已經逐步修正婚姻中父權、夫權獨大的條款，讓婚姻制度更趨向兩性平等，但身為其中的個人，還是得奮力抵抗父權文化的桎梏。比如說，過年過節該回哪一個家團聚，對很多女性來說，連討論都開不了口，更不用說要求孩子從母姓，這種連法律都已經賦予的權利，對很多女人來說依舊遙不可及。換言之，要從徹底改革婚姻中的性別符碼與傳統實踐的角度下手，對很多現代人來說緩不濟急，因此「選擇不進入婚姻」便成另一種選項。

但是換個角度想，「進入婚姻」與「不進入婚姻」之間，似乎並不是全然沒有「折衷方案」介入的可能，於是諸多國家創設「家庭伴侶制度」，讓不想結婚的人也有成家選擇。只要是兩個年滿二十歲，且未受監護或輔助宣告的人，不限性別，就可以在思慮周全後簽訂伴侶契約，結成一家；而且，為了因應社會上多元家庭的需求，伴侶制度比婚姻更強調彈性，以及尊重當事人的自主意願，因此，將許多權利義務安排交給當事人自主選擇，而不是如婚姻制度，已經由法律規範好一整套固定的框架，當事人只能遵循。

伴侶制打破傳統婚姻以「性與生育子嗣」為目的的成家預設，亦跳脫現今社會獨尊「愛情」做為兩人結合前提的主流價值，伴侶的結合不僅不限性別，而且不以性關係作為必要條件，伴侶間也不互負法定強制的忠貞義務。在此架構下，伴侶的結合可以出於愛情，也可以出於友情，只要兩個人願意承諾相互照顧、共組家庭，就可以登記成為伴侶。總而言之，伴侶制度不同於婚姻，強調的是具有完全、自主締約能力的兩個成年人，在平等、獨立、相互照顧的基礎上組織家庭，並且因應不同家庭的需要，自主協商伴侶契約的內容²⁸為人民在婚姻制度「全有」和「全無」的選擇中，提供一個更彈性、更自由的空間。

第二項 台灣伴侶權益推動聯盟之伴侶制度草案

2011年9月30日，台灣伴侶權益推動聯盟提出伴侶制度之立法草案，並陸續舉辦分區說明會，判民眾支持修法²⁹。茲將伴侶制度草案³⁰臚列如下：

²⁸ 台灣伴侶權益推動聯盟，〈台灣伴侶權益推動聯盟版民法修正草案伴侶制度問答集〉，2011年9月30日，第1-2頁，網路資料：

<http://tapcpr.files.wordpress.com/2011/09/e58fb0e781a3e4bcb4e4beb6e6ac8ae79b8ae68ea8e58b95e881afe79b9fe78988e6b091e6b395e4bfaee6ada3e88d89e6a188e4bcb4e4beb6e588b6e5baa6e5958f.pdf>，最後瀏覽日期：2012/6/18。

²⁹ 台灣性別人權協會，〈伴侶盟民法草案 納多元家庭〉，2011年10月2日，網路資料：http://gsrat.net/news/newsclipDetail.php?pageNum_RecClipData=1&totalRows_RecClipData=701&&ncdata_id=8107，最後瀏覽日期：2012/6/18。

³⁰ 台灣伴侶權益推動聯盟，〈伴侶制度、收養、多人家屬草案〉，2011年9月30日，網路資料：<http://tapcpr.files.wordpress.com/2011/11/e58fb0e781a3e4bcb4e4beb6e6ac8ae79b8ae68ea8e58b95e881afe79b9fe4bcb4e4beb6e588b6e5baa6e38081e694b6e9a48ae38081e5a49ae4babae5aeb6e5b1ac.pdf>，最後瀏覽日期：2012/6/18。至於有關民法收養、家屬之修正，因不在本文討論範圍，故暫省略之。

伴侶盟修正條文	修正理由
第二章之一 伴侶	本章新增
<p>第 1058-1 條（主體資格）</p> <p>不限性別之任兩名滿二十歲且未受監護或輔助宣告之人得締結伴侶契約。但有下列情形之一者，無效：</p> <p>一 有配偶或伴侶者與他人締結伴侶契約</p> <p>二 與直系血親締結伴侶契約</p>	<p>一、 本條新增。</p> <p>二、 為因應我國社會家庭型態之多元性、落實憲法所保障基本人權，有必要於現行婚姻制度外，增設更具彈性與尊重當事人自主意願之伴侶制度，讓願意共同生活、互為扶持之人，對於家庭組織形式、親密關係及家人關係的權利義務安排擁有實質選擇權以回應需求差異。</p> <p>三、 伴侶結合不設性別要件，任兩名成年人思慮周詳所締結伴侶契約，不因締結者之性別、性傾向或性別認同而受限制，蓋生理性別、性別認同、性傾向有其多元性，這些差異沒有優劣、高下之別，應予平等對待。詳言之，結為伴侶的雙方當事人可以包括男女、女女、男男以及任何由生理男性、生理女性、跨性別、雙性人等搭配的組合，不僅限生理男性與生理女性的結合。</p> <p>四、 考量伴侶契約之本質，係本於當事人各自獨立，而以互助扶持之意思締結身分暨財產上契約，當事人須具自主獨立之締約能力，且能互為理性協議之約定，故要求締結契約之當事人須為已成年且未受監護或輔助宣告者。</p> <p>五、 本條所稱伴侶契約參酌法國民法的民事團結契約(Pacte civil de solidarité; PACS)及比利時民法的法定同居制度 (cohabitation légale)及共同生活契約 (Contrat de vie commune pour cohabitants)，締約雙方當事人間不以具有性關係為必要，亦不互負法定強制的性忠貞義務，惟考量身分法律關係安定性，以及伴侶在其他諸多法領域原則上其地位將相當於配偶，在制度設計上，已婚者及已締結有伴侶關係者，不得重為伴侶契</p>

	<p>約之締結，以維持法秩序之一致性並避免法律適用的衝突。</p> <p>六、本條於親等限制上僅禁止直系血親締結伴侶契約，蓋伴侶制度不以當事人間存有性關係為必要，如伴侶契約當事人締結資格全盤比照現行民法禁婚親之規定，恐失之過嚴，惟慮及現行法對於直系血親彼此間權利義務已有明確且高密度之法律規範，應無允其再行締結伴侶契約以謀求身分及權義保障之必要，乃限制其締約資格。</p>
<p>第 1058-2 條（司法審查權）</p> <p>伴侶契約之內容，依其情形顯失公平者，法院得因伴侶一方之請求調整之。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、伴侶契約之內容原則上應依私法自治及契約自主原則，高度尊重當事人自由形成、協商安排相關權利義務，惟為避免伴侶契約協議內容有顯失公平之情事，乃賦予當事人請求司法介入審查以適時調整契約內容。法院得就伴侶契約內容所為調整，包括給付內容之增減或宣告特定條款無效等，參照民法第一百十一條但書規定，伴侶契約一部無效者，如除去該部份亦可成立，伴侶契約其他部份仍為有效，自不待言。</p>
<p>第 1058-3 條（成立要件）</p> <p>I. 締結伴侶關係，應以書面為之，並向戶政機關為伴侶之登記；伴侶契約內容有變更時，亦同。</p> <p>II. 戶政機關完成伴侶登記後，應核發伴侶證。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、為落實憲法所保障平等權與私法自治原則，人民應有合意締結伴侶關係、組織家庭並受法律保障之權利，為求慎重並明確化雙方權利義務，伴侶契約為要式行為，其訂立與變更均須以書面為之，並以登記為其生效要件，易言之，合意締結伴侶關係者須持伴侶契約向戶政機關辦理登記後始生效力。</p> <p>三、戶政機關於受理伴侶登記後，應核發伴侶證予登記之伴侶，俾利伴侶於社會生活中證明彼此身份關係之用。</p>

<p>第 1058-4 條（互負義務）</p> <p>I. 伴侶間互負扶養義務。</p> <p>II. 伴侶於日常家務，互為代理人。伴侶之一方濫用代理權時，他方得限制之，但不得對抗善意第三人。</p> <p>III. 伴侶家庭生活費用，除契約另有約定外，由伴侶雙方各依其經濟能力、家務勞動或其他情事分擔之。</p> <p>IV. 因前項費用所生之債務，由伴侶雙方負連帶責任。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、伴侶關係雖不以共同生活為必要，然於雙方共同生活之情形，伴侶間仍互為日常生活家務代理人。但於一方有代理權濫用之情形時，他方得加以限制之。惟為維護交易安全，伴侶間代理權之限制，不得對抗善意第三人。</p> <p>三、本於權利與義務之相對性，爰規定伴侶間有相互扶養之義務。又此扶養義務參酌最高法院 79 年度台上字第 2629 號判例有關夫妻間扶養義務之解釋，係一生活保持義務，伴侶之一方對於他方生活並非僅係「給予扶助」而是「如同自己生活般去加以保持」。換言之，對於自己伴侶的扶養程度須達到有如保持自己生活的程度。又民法親屬編第五章扶養章節，依其性質，於伴侶章節中亦可適用之，如民法第 1118 條之 1。</p> <p>四、伴侶之間係獨立但彼此互助之個體，為促進日常經濟活動之進行，並確保債權人之權益，是伴侶就日常家務互為代理人，以符合實際所需。</p> <p>五、伴侶基於獨立平等之人格，對於共同生活體之維持，均負有責任，是家庭生活費各依其經濟能力、家務勞動及其他情事共同分擔之。衡量伴侶間家庭生活費之分擔與約定時，除應考量雙方收入所得高低外，在家操持家務、照顧子女之一方，其家務有給之評價亦應列入考量。如伴侶契約之家庭生活費約定有顯失公平之情事，得請求法院依本修正草案第 1058-2 條規定予以調整。</p> <p>六、為保護交易安全，家庭生活費用所衍生之債務應由伴侶雙方負連帶責任。</p>
<p>第 1058-5 條（伴侶財產制）</p> <p>I. 伴侶未以契約訂立伴侶財產制者，以分別財產制為其伴侶財產制。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、鑒於伴侶間係互助且獨立之關係，爰明訂伴侶間如未約定伴侶財產制，以分別財產</p>

<p>II. 伴侶財產制之訂立、變更或廢止登記完成後，戶政機關應依職權囑託該管法院登記。</p> <p>III. 伴侶非適用分別財產制時，準用第 1010 條之規定。</p>	<p>為其法定財產制，即由伴侶各自保有其財產之所有權，並各自管理、使用、收益及處分其財產。</p> <p>三、 伴侶財產制，關係當事人權益至鉅，其訂立、變更或廢止，應以書面為之。又為保障社會交易安全，伴侶財產制，應以登記為生效要件。另考量現行夫妻財產制契約之登記係由法院登記處備置夫妻財產制契約登記簿管理，為使事權統一並利資訊整合並保護第三人利益，明定戶政機關於登記完成時，應依職權囑託該管法院登記。</p> <p>四、 允許自由約定伴侶財產制之目的，原在因應伴侶不同經濟狀況與需求、促進伴侶生活之美滿，惟伴侶非適用分別財產制時，如一方有民法第 1010 條第一項各款之情形者，宜有調節之道，以符公平，爰明定第 1010 條之準用，即法院於伴侶之一方有依法應給付家庭生活費用而不給付、資力困難、伴侶對於共同財產之管理顯有不當、不當減少其婚後財產，而對他方剩餘財產分配請求權有侵害之虞或其他足令他方對其喪失信賴感等事由時，得因他方之聲請，宣告改用分別財產制，俾伴侶各得保有其財產所有權、管理權及使用收益權，減少不必要之困擾。</p>
<p>第 1058-6 條（家務勞動利益返還請求權）</p> <p>I. 伴侶為家庭所提供之家務勞動，於伴侶關係終止時，得向他方請求償還其因此所受利益。</p> <p>II. 前項家務勞動利益返還請求權，自請求權人知悉伴侶關係終止時起，二年間不行使而消滅。自伴侶關係終止時起，逾五年者，亦同。</p>	<p>一、 本條新增。</p> <p>二、 伴侶間乃類似合夥關係，而家務勞動與薪資勞動對於此合夥關係均有其貢獻，是本於家務有給之觀念，並考量伴侶法定財產制為分別財產制，無現行法中於婚姻解消時配偶有剩餘財產分配請求權之規定，爰明定伴侶對於家務勞動之付出得於關係終止時，向他方請求償還其因此所受利益。</p> <p>三、 家務勞動利益返還請求權，宜從速確定，以維護法律關係安定及社會交易安全，爰</p>

	<p>設請求權消滅時效期間為二年。另考量伴侶關係得單方終止，為避免伴侶一方未實際收到終止通知，爰明定請求權消滅時效自「知悉」時起算，自伴侶關係終止時起，逾五年者亦同，以求雙方權益之衡平。</p>
<p>第 1058-7 條（親子關係）</p> <p>I. 伴侶關係存續中受胎之子女，無第 1063 條婚生推定之準用。</p> <p>II. 伴侶得約定伴侶一方或雙方未成年子女權利義務之行使或負擔。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、有鑑於伴侶包括男、女、雙性人及跨性別等多元的排列組合可能，締結伴侶契約之當事人可能為同樣生理性別之人，另考量伴侶關係不以性關係為必要，亦無強制之性忠貞義務，爰明定伴侶一方若於伴侶關係存續中受胎者，其所生子女並無類似「婚生推定」之效果。至如該非婚生子女與其生父關係符合民法「準正」、認領等規定時，得逕行適用該等規定，自不待言。</p> <p>三、考量伴侶所生子女於他方並無類似「婚生推定」之效果，並鑑於現今社會時有伴侶二人約定共同計畫生養或撫育子女，惟嗣後一方反悔或分手後拒不履行，以致他方及該子女生活可能陷入困頓之社會問題，從而為落實伴侶共同組織家庭之基本人權，及保障未成年子女權利，爰明文肯認伴侶間就已出生或未出生之未成年子女，除符合民法準正、認領或收養等規定者外，伴侶亦得約定伴侶一方或雙方已出生、未出生之未成年子女權利義務之行使或負擔。</p>
<p>第 1058-8 條（收養子女）</p> <p>I. 伴侶關係存續中，伴侶一方得單獨或與他方共同收養子女。伴侶一方單獨收養子女時，無須他方之同意。</p> <p>II. 伴侶一方得收養他方之子女。</p> <p>III. 伴侶收養子女或伴侶被收養時，除本章另有規定外，準用民法親屬編第三章收養之規定。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、為確保人民收養及出養之權利義務並維持家庭和諧，民法第 1074 條規定夫妻收養子女時，原則上應共同為之。惟本草案伴侶關係不以同居為要件，伴侶關係比夫妻關係更強調個體之獨立性，且伴侶關係之解消亦較為簡易，為尊重他方伴侶收養子女之意願，如伴侶之一方得任意影響他</p>

	<p>方收養子女之權益，亦非公允。是以，於伴侶一方擬單獨收養子女之情形，本條第一項特別規定無須得伴侶他方之同意，以符合社會生活實際所需。是民法第 1074、1075、1079 之 5 第一項之規定，於伴侶收養情形均不適用之。</p> <p>三、依民法第 1075 條之規定，除夫妻共同收養外，一人不得為兩人之養子女，但夫妻之一方收養他方之子女得單獨為之。同理，締結伴侶關係後，伴侶之一方如願收養他方子女，為促進家庭和諧並彰顯伴侶間互助之精神，應無禁止之理。</p> <p>四、收養關係成立後，養子女與本生父母及其親屬間之權利義務關係停止，而養子女即取得收養者婚生子女之地位，對身分關係影響重大，為求慎重及確保養父母及養子女間之權利義務，伴侶收養子女或伴侶本身被收養時，其中民法中有關夫妻收養或被收養之規定，除本章另有規定外，亦應準用。</p>
<p>第 1058-9 條（親屬關係）</p> <p>伴侶一方與他方之血親，無第 969 條姻親效力之準用。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、按伴侶關係相較於傳統之婚姻制度，更側重兩個獨立個體之結合，而非兩方家庭之結合，且伴侶關係之成立亦不以雙方間具有性關係為必要，爰明定伴侶一方與他方之血親，無民法第 969 條姻親效力之準用。</p>
<p>第 1058-10 條（繼承）</p> <p>I. 伴侶之繼承權、繼承順位與應繼份，除另有約定外，準用第 1144 條之規定。</p> <p>II. 伴侶之一方，如對他方有繼承權者，有關其特留分，準用第 1223 條之規定。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、按婚姻關係之締結，理應為雙方當事人間得自由決定之事，然當事人所為此類決定往往受其身處的具體的社會、親屬關係所影響，法制度的設計宜開拓並保有若干彈性空間，以因應人民實際需求。現今社會於二度婚姻或黃昏之戀情形，當事人一方或雙方各自之子女、家人時有他方是否覬覦自己親人財產之顧慮，從而強烈反對父</p>

	<p>母或家人再締結婚姻關係：另一方面，也有許多年紀大了才找到第二春伴侶者，他們在生活中和老伴相互扶持，但不見得想要把身後財產留給這個老伴，一則是事實上不需要，再則他們可能也希望能多照顧各自的子女，但如果兩人結婚，依婚姻體制下相關之繼承規定，當事人顯將難以完全自主安排：另外還有一些伴侶，他們的經濟各自獨立，並不擔心自己走後對方失去經濟依靠，因此，希望把財產留給更需要被照顧的家人或朋友，甚至想捐給社會團體，如果伴侶制度強制規定伴侶間的繼承權，對於這些財務另有規劃的伴侶來說，等於限縮了他們安排身後財產的自由，故為落實憲法所保障人民之財產權（含自由處分及規劃財產之權利），考量我國社會民情，本條爰定原則上伴侶相互間繼承順位與應繼份與配偶相同，但亦肯認伴侶得自由約定他方是否成為繼承人，並得約定他方繼承的順位及應繼份與其子女、父母或兄弟姊妹等法定繼承人相同，抑或在</p> <p>三、渠等之後等，賦予伴侶依其需要進行自主安排的權利。</p> <p>四、按伴侶間得約定他方享有繼承權，在此情形，他方繼承權依其約定內容應準用民法第 1144 條相關繼承順位與應繼份之規定。</p> <p>五、在伴侶一方對他方享有繼承權之情形，倘伴侶他方竟得藉由另訂遺囑方式侵害其繼承權利，則伴侶間有關繼承權利之約定將流於空文，爰明定伴侶之一方若對他方有繼承權者，應準用民法第 1223 條有關繼承人特留份之規定，俾提供享有繼承權之伴侶一定程度之保障。</p>
<p>第 1058-11 條（伴侶關係之終止）</p> <p>I. 伴侶關係得由伴侶雙方合意或一方單</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、伴侶關係乃基於雙方當事人之自主意願</p>

<p>獨終止之。</p> <p>II. 前項終止，應以書面為之，並向戶政機關為終止登記；原伴侶證由戶政機關收回。</p> <p>III. 伴侶關係於下列情形，視為終止：</p> <p>一 伴侶之一方死亡。</p> <p>二 伴侶間結婚。</p>	<p>而締結，並以向戶政機關登記為生效要件。伴侶關係終止時，亦應尊重雙方當事人之自主意願。法國、比利時、荷蘭之伴侶法制，皆有當事人一方得單方終止伴侶關係之規定，俾加以參考，制定本條條文。</p> <p>三、伴侶關係係以登記為生效要件，為求慎重及體例一致，伴侶關係之終止亦採登記生效主義。原伴侶證既已失效，應由戶政機關收回。</p> <p>四、我國民法並無婚姻關係因死亡解消之明文，惟通說認為婚姻因夫妻一方之死亡而解消，係自明之理，為明確規範伴侶制度之法定終止事由，明定伴侶關係因一方死亡而終止，受死亡宣告時亦同。已登記為伴侶之雙方當事人如共同向戶政機關登記結婚者，亦應認伴侶關係法定終止。</p>
<p>第 1058-12 條（單方終止之書面通知）</p> <p>伴侶之一方單方終止伴侶關係，登記時應提出書面通知他方之證明；其不能以書面通知者，應登報公告之。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、為尊重伴侶，單方提出終止伴侶關係登記申請時，應先以書面通知他方。伴侶之一方向戶政機關登記時，應提出已以書面通知對方之證明，此一書面通知應視實際情形，以一般之通知書或郵局存證信函為之。如以公告代替通知者，應以他方住址不明或經通知仍無法送達者為限，該公告應予登報。</p>
<p>第 1058-13 條（伴侶關係終止之效力）</p> <p>I. 民法第 1055 條、第 1055 條之 1、第 1055 條之 2 之規定，於伴侶關係終止時準用之。</p> <p>II. 伴侶雙方對於未成年子女之扶養義務，不因伴侶關係終止而受影響，但依其情形有調整之必要者，伴侶雙方得協議之；協議不成者，伴侶之一方得請求法院酌定。</p> <p>III. 伴侶間結婚者，伴侶間財產制效力不因</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、伴侶關係終止後對於未成年子女之權利義務之行使負擔，如監護、探視等，與離婚後效力類似，故準用民法對於離婚後子女親權之相關規定。</p> <p>三、民法第 1116 條之 2 規定：「父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響。」為保障伴侶關係中衛成您子女之利益，伴侶雙方對於未成年子女之扶養義務，不因伴侶關係終止而受影響。</p>

<p>伴侶關係終止而受影響。</p>	<p>響，但在伴侶關係終止後，如對於伴侶之一方原定之子女扶養義務依個案具體情形有調整之必要，得由當事人協議調整之，協議不成時，法院得因一方當事人之請求介入而為酌定，在法院為改定前，伴侶雙方對子女所負之扶養義務應予維持，自不待言。</p> <p>四、民法第 1004 條規定：「夫妻得於結婚前或結婚後，以契約就本法所定之約定財產制中，選擇其一，為其夫妻財產制。」伴侶關係存續中雙方當事人結婚之情形，應認伴侶雙方於簽訂伴侶契約、進行登記時，已於婚前以契約約定財產制，嗣後雙方結婚，關於夫妻財產制，除雙方另依民法第 1008 條、第 1008 條之 1 規定有變更或廢止之約定，否則伴侶關係存續中已適用之財產制效力不受影響。</p>
--------------------	---

第三項 檢討與展望

台灣伴侶權益推動聯盟（以下簡稱「伴盟」）整理比較各國法制，提出伴侶制度之草案（以下簡稱「伴盟草案」），無疑是對伴侶制度推進運動的一大貢獻，值得讚許。然而綜觀相關條文，尚有諸多問題值得討論，以下本文則憑就自身初淺的民法知識，提出相關問題與看法，期待能為該草案之完善盡些許之貢獻。

首先，伴盟草案之制定方式乃採行於民法親屬編增訂相關條文，而不是以制定「特別法」之方式建構伴侶制度。本文之前主張，若為「同性婚姻合法化」之問題，應直接修訂民法相關條文，而不是額外制定同性婚姻法，然而「伴侶制度」與「婚姻制度」本來就是不同的東西，以增訂民法規定之方式建構伴侶制度，是否適宜？關於此問題，伴侶聯盟並未於「問答集」中多做說明，本文的猜測是，伴侶制度雖然與婚姻制度不同，但許多實質的權利義務層面仍與婚姻制度極為相似，伴盟草案中即有許多條文準用民法相關規定，將伴侶制度增訂於民法，體系上感覺較為一致，且在法律條文的「準用」上也更加方便。

然而，本文認為，伴侶制度既然和婚姻制度是不同的東西，將伴侶制度增訂於民法之中，恐顯「突兀」。更重要的理由是，婚姻制度所附隨之權利與義務，有很大部分並不是規範於民法，而是規範於其他法令之中，例如對重症病人之探視權及手術麻醉同意權規定在醫療相關法規、於訴訟之拒絕證言權規定在訴訟相

關法規、賦稅優惠規定在稅法等等，將來若欲使伴侶制度也可等同婚姻制度享有這些附隨之權益，唯有兩個辦法，一是修正民法有關伴侶制度之規定，二是修正這些相關法規。就前者而言，有關婚姻制度權利義務之範圍廣大且繁雜，若均要透過修訂於民法之方式，恐怕會造成民法親屬編第二章之一「伴侶」章節的「肥大化」，相較於婚姻制度規範之「精簡」，恐有「輕重失衡」之感；而就後者而言，附隨於婚姻制度之權利義務，均散落在「各種不同領域」之法規，即使欲修正也必須付出相當大的立法成本。若採行制定「特別法」規範同性伴侶制度之作法，即使現階段能涵納的相關權益尚未完善，將來也僅是針對「一個」「家庭伴侶法」為修正，應可減少相當之立法成本。

另外針對個別法條之問題，首先，伴盟草案第 1058-6 條第 1 項規定：「伴侶為家庭所提供之家務勞動，於伴侶關係終止時，得向他方請求償還其因此所受利益。」其立法目的等同於民法第 1030-1 條以下之「剩餘財產分配請求權³¹」，是對於「家事勞動之評價」。然而，所謂「家務勞動利益返還請求權」似乎又與「剩餘財產分配請求權」有所不同，剩餘財產分配請求權是假定婚姻關係中所生之財產，均為配偶雙方共同努力所得，因此於婚姻關係消滅時，「平均」分配，省去了計算實際貢獻比例之問題；然而「家務勞動利益返還請求權」依第 1058-6 條第 1 項之規定，似乎必須要實際去計算「家務勞動所生之利益」，或者是「家務勞動所貢獻之比例」，就訴訟實務之運作上，有時計算「婚姻關係存續中所生之財產」即有極大的舉證困難，更何況實際去計算伴侶之一方從事家務勞動所生之利益？

除此之外，伴盟草案第 1058-5 條第 1 項規定：「伴侶未以契約訂立伴侶財產制者，以分別財產制為其伴侶財產制。」意即伴侶財產制之預設乃民法第 1044 條以下之「分別財產制³²」。然而，「剩餘財產分配請求權」是規定於民法「法定財產制」以下，約定分別財產制之配偶，並沒有剩餘財產分配請求權可供行使。在伴盟草案未規定「選用法定財產制之伴侶關係」不能適用第 1058-6 條家務勞動利益返還請求權之前提下，是否代表此等伴侶於伴侶關係終止後，伴侶之一方除了第 1058-6 條的「家務勞動利益返還請求權」之外，尚有民法第 1030-1 條之「剩餘財產分配請求權」可供行使，這種對於家務勞動之「重複評價」，是否合理？相反地，依伴盟草案之規定會造成一種情形：選擇進入伴侶制度之伴侶有「家務勞動利益返還請求權」；但是選擇進入婚姻制度並選用「分別財產制」之配偶，於婚姻關係解消時卻無任何權利可供行使，是否代表伴盟草案認為，選擇進入婚姻制度的人，較選擇進入伴侶制度的人更為不利？

其次，伴盟草案第 1058-7 條第 1 項規定：「伴侶關係存續中受胎之子女，於

³¹ 民法第 1030-1 條第 1 項規定：「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所附債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差距，應平均分配。」

³² 民法第 1044 條規定：「分別財產，夫妻各保有其財產之所有權，各自管理、使用、收益及處分。」

第 1063 條婚生推定之準用。」、第 1058-9 條規定：「伴侶一方與他方之血親，無第 969 條姻親效力之準用。」本文的質疑是：伴侶關係本來就非婚姻關係，進入伴侶關係的人稱之為「伴侶」；進入婚姻關係的人稱之為「配偶」，伴侶之間沒有冠姓、同居等義務，因此草案中不會規定「伴侶無第 1000 條冠姓義務之準用」，或者是「伴侶無第 1001 條同居義務之準用」。同樣的道理，「伴侶之一方所生之子女」，因為並非在「婚姻關係中所生之子女」，「當然」不受婚生推定³³；「伴侶之血親」因為並非「配偶之血親」，「當然」並非「姻親」³⁴，既然伴盟草案在冠姓及同居義務中不會如此「畫蛇添足」地增列「不準用」之規定，為什麼在「婚生推定」以及「姻親關係」中卻「不厭其煩」地重申？本文的推測是，伴盟草案認為，此二種狀況有與婚姻制度混淆之可能，因此特別立法規定「以正視聽」，並且作為伴侶與婚姻乃不同制度的「宣誓式條文」。然而本文認為立法應以「精簡」為要，以簡短之文字盡可能規範最多的事項，伴盟草案雖然「用心良苦」，但也「大可不必」。

另外，伴盟草案第 1058-10 條規定：「伴侶之繼承權、繼承順位與應繼分，除另有約定外，準用第 1144 條之規定。（第一項）；伴侶之一方，如對他方有繼承權者，有關其特留分，準用第 1223 條之規定。」伴盟草案僅規定準用民法第 1144 條以及第 1223 條之規定，但是對於民法繼承編第一章遺產繼承人之其他規定、第二章遺產之繼承、第三章遺囑除第 1223 條外，均無準用之規定，究竟是認為當然適用？還是認為並未準用而不適用？再者，所謂「準用第 1144 條以及第 1223 條」之規定，在「準用第 1144 條」之情形下，還容易理解「伴侶」是準用「配偶」；但是在「準用第 1223 條³⁵」之情形下，伴盟草案並沒有說是準用直系血親卑親屬、父母、配偶、兄弟姊妹還是祖父母，在第 1058-10 第 2 項規範不清的狀況下，豈不造成適用之困難？本文猜測，伴盟草案要強調者，應是第 1058-10 條第 1 項「除另有約定外」之用語，伴盟草案的預設立場是，伴侶得自由約定他方是否成為繼承人，成為繼承人之後，繼承之順位和應繼份之比例也可委由伴侶自行約定，因此才會特別強調「除另有約定外」準用民法第 1144 條以及第 1223 條。本文認為，若伴盟草案所設想者乃民法相關規定「當然適用」，或許可將第 1058-10 條之規定修正為：「伴侶之繼承權、繼承順位與應繼分、特留分，委由伴侶雙方自行約定，未約定者，準用第 1144 條以及第 1223 條第三款之規定。」，至於之所以未明文規定準用民法繼承編之其餘規定，是因為伴侶制度訂立於民法，一旦伴侶成員成為「繼承人」，則「當然適用」有關繼承之相關規定。

³³ 民法第 1063 條第 1 項規定：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」

³⁴ 民法第 969 條規定：「稱姻親者，謂血親之配偶、配偶之血親及配偶之血親之配偶。」

³⁵ 民法第 1223 條規定：「繼承人之特留分，依左列各款之規定：一 直系血親卑親屬之特留分，為其應繼分二分之一。二 父母之特留分，為其應繼分二分之一。三 配偶之特留分，為其應繼分二分之一。四 兄弟姊妹之特留分，為其應繼分三分之一。五 祖父母之特留分，為其應繼分三分之一。」

最後，德國「同性伴侶法」第 16 條規定，同性伴侶之一方於伴侶生活廢止後，就不能維持自己生活，尤其因年齡、疾病或其他殘障事由，無法期待以自己工作能力維持生活者，得對他方參酌於伴侶期間之生活狀況，而請求相當之扶養，直到自己可獨立生活或成立新伴侶關係為止³⁶。就婚姻關係而言，我國之類似規定乃民法第 1057 條「贍養費」之規定³⁷，其目的是為填補婚姻上生活保持請求權之喪失所設，其給與範圍限於權利人個人之生活所需³⁸。舉例來說，甲乙結婚，若甲因車禍半身不遂，乙藉此原因欲離婚，可能會發生兩種情形：一、兩願離婚以雙方同意為必要，故乙欲離婚仍須甲之同意。縱使兩願離婚成功，甲仍然有民法第 1030-1 條之剩餘財產分配請求權可供行使；二、在判決離婚之情形下，乙必須要說服法院配偶雙方有民法第 1052 條³⁹之事由方可離婚。縱使判決離婚成立，甲除有剩餘財產分配請求權外，尚有民法第 1057 條之贍養費請求權可供行使，藉此以維持甲婚後之生活。

然而，伴盟草案第 1058-11 條第 1 項規定：「伴侶關係得由伴侶雙方合意或一方單獨終止之。」其立意雖然賦予伴侶制度更多之彈性，然就前述的情況下，將會造成一種極不合理之狀況：結為伴侶關係之甲乙，若甲因車禍半身不遂，一、乙可「單方終止」伴侶關係；二、伴侶財產制之預設為分別財產制，乙並無剩餘財產分配請求權；三、伴盟草案並未準用民法第 1057 條贍養費之規定，乙亦無贍養費請求權。或有論點認為甲尚可行使第 1058-6 條之「家務勞動利益返還請求權」，但是甲已經陷於無法自理之狀態，並無「家務勞動」之能力，又豈有請求「家務勞動利益返還」之可能？換言之，因車禍半身不遂而陷於無「維生能力」之乙，除了會受到甲「單方終止」伴侶關係的「精神上」打擊之外，「物質上」也沒有任何權利可供行使！

總結來說，婚姻制度與伴侶制度間並沒有優劣問題，如果把「婚姻制度」想成一座「舊大樓」，則「伴侶制度」則是一座「新大樓」，「舊大樓」的「裝潢」較為固定不能更動，而「新大樓」裡面的裝潢除與舊大樓雖有些許類似，但是並不相同，更重要的是，新大樓裡面的裝潢可以「自由組合」，讓住進新大樓的住戶，擁有更多的選擇空間。也是因為如此，新大樓伴侶制度，才會有許多與舊大樓婚姻制度相似卻又不同的部分，雖然新舊大樓之間難免互相比較，但基本上就是「選擇」的問題，人們可以依據自己的需求，選擇不同的制度，而選擇伴侶制

³⁶ 戴瑀如，〈論德國同性伴侶法〉，《月旦法學雜誌》第 107 期，2004 年 4 月，第 163 頁。

³⁷ 民法第 1057 條規定：「夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費。」

³⁸ 最高法院 87 年台上字 128 號判決參照。

³⁹ 民法第 1052 條規定：「夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：一 重婚。二 與配偶以外之人合意性交。三 夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待。四 夫妻之一方對他方之直系親屬為虐待，或夫妻之一方之直系親屬對他方為虐待，致不堪為共同生活。五 夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中。六 夫妻之一方意圖殺害他方。七 有不治之惡疾。八 有重大不治之精神病。九 生死不明已逾三年。十 因故意犯罪，經判處有期徒刑逾六個月確定。（第一項）；有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。（第二項）」

度者，更享有更多不同的搭配。

綜上所述，或許看出伴侶制度上有許多值得討論的問題，尚須諸多法學先進加以研究並提出修正方案。但不管如何，在強調多元家庭關係的今日，婚姻的組成形式也應走向多元型態，希望藉由「伴侶法」論述議題之出現，能讓法律重新定義「親密關係」，而不要一味地只狹義定義為異性戀關係、只願意提供人民這種法律選項，而忽略人與人之間所有類型的情愛關係，甚至是朋友之間的家伴關係⁴⁰。因此，伴盟草案之提出，已達成「拋磚引玉」之目的，值得高度肯定，本文並期待將來此議題的討論能夠更加成熟與完善，最終達到伴侶制度合法化的目標。

第四節 小結

再次重申，本文認為，基於憲法保障同性婚姻，且我國民法並無明文規定婚姻限於一男一女之情形下，我國民法容許同性婚姻。同性伴侶可「直接依民法」結婚並辦理結婚登記，行政機關可「直接依民法」核准同性伴侶結婚登記之申請，即使因此發生爭議而進入司法程序，法院也應當「直接依民法」判決同性伴侶有結婚之權利。同性婚姻在我國本來就「合法」，無須另行修正民法之相關規定。然而，若立法者對於民法有關「性別相異」之用語，修正為「性別中立」之字眼，本文認為此乃「最完美」之結果。

有關台灣伴侶權益推動聯盟所提供之伴侶制度草案，雖然本文提出些許值得進一步探討修正之處，但草案提出本身即是貢獻，縱有些許值得改進之處，仍「瑕不掩瑜」，值得高度肯定，也期待將來對於該草案之討論能更加細緻且多元，達到伴侶制度法制化之目標。

⁴⁰ 共同作者，〈同志要婚姻／伴侶權！同志伴侶要實質的權益及保障！〉，《全國律師》，2006年5月，第11頁。

第六章 結論

本文作者從求學過程中一直認為，一般民眾之所以對於我國司法沒有信心，是因為在一般人的觀念中，法律太「艱深難懂」，法官或是律師，寫出來的文字太「咬文嚼字」，一般人沒有時間，也沒有精力去閱讀這些文字，造成所謂的「法律人」，和一般民眾的想法不一致，「同性婚姻」的爭議或許也是相同。或許是因為一般人總是認為「法律學者」或是「律師」，講出來的話較有可信度，因此，在許多社會運動及立法推動中，法律人扮演不可或缺的角色，但是即使眾多的「法律專家」大聲疾呼，這種落差似乎也沒有縮小。本文認為，這會不會是因為我們使用的文字還是不夠親近一般人的想法呢？

本文既然是討論同性婚姻的「法律」碩士論文，是不是也難逃這種用字太過「饒口」的問題？因此，作為結論，本文希望以「同性婚姻問與答」之方式，用淺白的文字，簡單闡述本文之論述，讓即使不是法律相關的讀者，也可以不用在看完這一百餘頁「落落長」的文章後，清楚瞭解本文想要說的東西¹。

一、為什麼台灣同性戀者要爭取結婚權？

舉例來說，當小馬（男性）與小金（男性）明明住在一起，兩個人覺得他們當下相愛，一起生活共度時光，但為什麼他們不能一起報稅、不能為對方投保保險、不能為對方做重大決定如簽署手術同意書、不能享有配偶福利如參加員工旅遊、不能一起領養小孩？當小馬與小金發現兩個人緣份盡了，不管是生離或死別，兩個人房子、車子怎麼分？一起買的桌子、椅子怎麼給？一起養的來福要給誰？法律都沒有規定，因為小馬跟小金並沒有「婚姻關係」，不是「夫妻」。兩個人的確「百年好合，白頭偕老」，但是卻沒有法律上的權利可以保障他們，只因為在法律上，兩個人只是「陌生人」，一對「感情很好」的「陌生人」。這樣說來，同性戀者的結婚權，沒有爭取的理由嗎？

二、為什麼禁止同性婚姻不平等？

請先想一下，一個人為什麼要結婚？當然，並不是每個人都想結婚。但當某人想「婚」頭了，他可以大搖大擺的走進法院公證處說要結婚，或者是走進戶政事務所，說他已經結婚了，要變更戶口名簿登記配偶欄。沿用之前的例子，小馬跟小菁（女性）交往了五年了，中間難免分分合合，但是只要他們願意，他們就可以「辦桌」宴客說他們要結婚了，然後不管在什麼時間點，到戶政機關說他們

¹ 以下提問及答覆部分引用自：Maurice's barbaric YAWP,〈台灣同志為什麼一定要結婚？〉，2006年3月25日，網路資料：<http://narzissmus.pixnet.net/blog/post/7148762>，最後瀏覽日期：2012/6/26。

已經結婚，要辦理登記。但是同樣的情形發生在小馬與小金兩個同性伴侶身上，戶政機關卻說不行，因為他們是同性？想一下，一名「異性戀者」想和伴侶結婚，是因為他愛對方、想給對方一個正式名分、想確保彼此在法律上的權利義務關係、想讓對方融入彼此的生活圈；憑什麼一名愛其伴侶、想給對方一個正式名分、想確保彼此在法律上的權利義務關係、想讓對方融入彼此的生活圈的「同性戀者」，卻永遠無法結婚，永遠被婚姻制度排除在外？這種因為一個人愛的是「同性」，而不是「異性」，而剝奪其結婚權的規定，真的能算是「平等」嗎？。

三、同性戀者憑什麼改變婚姻的定義？

我們先來想一想：什麼是婚姻的定義？是「一男一女的結合關係」嗎？想一想在不久之前，「一夫多妻」制度是否仍為多數人所認同，那從「一夫多妻」轉變為「一夫一妻」制度，究竟是甚麼時候的事？如此說來，定義是不能改變的嗎？如果說我們可以接受婚姻的定義從「一夫多妻」制度逐漸轉變為「一夫一妻」制度，那為什麼不能接受婚姻從「一夫一妻」制度轉變為「與所愛的人結合」的制度？婚姻的型態與組成方式從古以來就不是只有一種固定類型，近親婚、童養媳，在我國都是曾經存在的事實，當時既然可以覺得這種類型不合時宜而予以改變，為什麼現在就不能認為「一夫一妻」的婚姻制度已不符需求而予以修正？對於婚姻定義的改變不是憑甚麼的問題，而是為什麼的問題。

四、婚姻不就是為了繁衍下一代嗎？

很多人對同性婚姻合法化後第一個反應，便是哀呼人類要亡種了，地球要滅亡了。但假如結婚生子真是互為條件，那首先應該先問問那些結婚卻不繁衍下一代的異性戀男女，為什麼不盡繁衍下一代的婚姻義務？如果要避免人類滅亡，國家是不是應該強迫這些結婚又不生小孩的人離婚，或者強迫他們生小孩，是不是應該禁止他們使用保險套等避孕方式，甚至要求他們至少要生一男一女，不然到時候下一代會找不到結婚的對象，又無法繼續繁衍後代。相反的，同性的結合關係雖然不能繁衍下一代，但是許多同性伴侶領養子女，是在為那些不願意盡為人父母責任的異性伴侶，盡扶養下一代的責任，按照這個邏輯，容許同性戀者結婚，不是更有助於他們扶養下一代的條件嗎？更重要的是，允許同性結婚，跟異性婚姻有甚麼關係？即使法律讓同性婚姻合法化，一對不想有小孩的異性伴侶，依然不會想有小孩，不會因為法律怎麼規定就改變他們的想法。

五、同性婚姻組成的家庭對養育小孩不利？

反對同性婚姻一種很有說服力的說法是：「一個家庭就是要有一個『爸爸』」

跟一個『媽媽』，這樣才是『正常』，對養小孩來說是『最好』的』，這種說法乍聽之下好像沒什麼不對，即使是支持同性婚姻的人也找不到理由反駁。但是如果反過來問說：「兩個爸爸或兩個媽媽組成的家庭，就是對小孩子『不好』嗎？」。反對論者可能會提出一些「看似有理」的理由，譬如說家庭要有一個爸爸「堅強可靠」、要有一個媽媽「溫柔婉約」的角色定位，對小孩才是最好。那如果說某個家庭的爸爸是「紅頂藝人」，媽媽是「摔角選手」勒？反對者的說法是將對於性別的「刻板印象」直接跟「養育子女的好壞」做連結，認為只要不是「男主外、女主內」的家庭對養育子女就是不好，而沒有去看每個小孩、每個家庭的養育環境。更重要的是，提出這種說法的反對者，其實根本沒辦法提出「同性家庭養育子女就是不好」的科學根據，只是把一種「想像上」的看法直接作為拒絕同性婚姻的理由。

六、假如我的宗教信仰反對同性戀怎麼辦？

讓我們先想一個問題：假如你是佛教徒，你會因為你要吃素就要求政府不可以賣肉嗎？大多數人應該會同意：你可以倡導吃素的好處，但不能限制別人吃肉。當然這有一種例外：當國家認為佛教是「國教」時，「教義」就等同於，甚至凌駕於「憲法」，想吃肉的人很抱歉請你去國外吃。因此，若一個國家的國教是「基督教」，因為聖經告訴我們同性戀是「可憎」的，所以當然不可能承認同性婚姻。但是我們要問的是，這種理由在台灣可以成立嗎？

台灣值得誇耀之處其中之一就是對於「宗教」的包容程度。你拜你的「關聖帝君」，我拜我的「釋迦摩尼」，彼此「井水不犯河水」，尊重對方的宗教信仰。那為什麼轉變到同性婚姻的問題時，某些人就會要求別人的作法必須跟自己的「信仰」一樣了呢？在受基督教影響深遠的歐洲及美洲，反而是承認同性婚姻最積極的國家，那在以儒家或是道家思想為主軸的我國，怎麼會以「宗教」作為拒絕同性婚姻的理由呢？同性婚姻即使合法，國家依然會保障宗教自由，「教友」們依然還是可以鼓吹同性戀是「罪」、可以禁止同性伴侶步入禮堂。

七、讓同性戀者登記伴侶關係還不夠好嗎？

很多同性婚姻的反對者，最後總還是堅守婚姻這個頭銜，委屈地認為，好吧，同志們，「我們」給「你們」所有跟婚姻關係全部一樣的權利，只不過你們不要再死盯著「婚姻」不放，所以你們要叫什麼都無所謂，這麼對你們還不夠好嗎？也有同性戀者認為，婚姻這個權力牢籠，躲都來不及了，真搞不懂幹嘛一定要淌這混水。但是，這種對於關係或稱呼的界定，本身就是一項「權力關係」，舉個例子來說，大家都是人，都享有憲法上所保障的權利，那為什麼還會有「天龍人」、「平民」、「賤民」等名稱上的不同？因為這種名稱本身就是在做「階級劃分」！

那些要求同性伴侶不能使用「婚姻」的異性戀者有沒有想過，為什麼只有「你們」可以界定或規定，同性伴侶關係只可以稱作「伴侶」，而一定不能是「婚姻」？假如所有權利義務關係都一樣，那為什麼不能叫婚姻？為什麼同性伴侶關係需要用別的稱呼？所以答案其實很簡單，因為不管用其他什麼稱呼，就是跟婚姻不同，就是在做階級劃分，就是一種不平等，就是一種歧視！

八、現在是時候讓同性婚姻合法化嗎？

從 2001 年到 2012 年，全球陸續有 10 個國家認可同性婚姻，如果認為現在不是時候，那什麼時候才對？在過另外一個十年、二十年？即便到了二十年之後，還會不會有人說現在不是時候？現在能做的事，為什麼要等到之後才做？任何人權的奮鬥或爭取是沒有什麼良辰吉日好選。只有人權的爭取早一天開始，人權的迫害才可能早一天結束。以台灣現階段狀況，「現在」更是一個好的時間點：「伴侶制度」的草案已於 2011 年 9 月提出；2012 年 4 月提出的「國家人權報告」，直接提及「同性伴侶」之權益；有關「同性婚姻」的民法修正草案，也即將於 2012 年 7 月底提出；第一件同性婚姻訴訟，目前也於台北高等行政法院審理中，很可能近期就會做出判決，將來不管是藉由立法院、普通法院甚至是行政機關「良心發現」，都是讓同性婚姻合法化的可能途徑。無論如何，做件對的事永遠不嫌早，把議題拋出來，讓討論持續下去，或許到了不久的將來，便會看到「修成正果」的一天。

參考資料

一、中文（譯）部分

(一) 專書

1. J.M. Barbalet 著，談谷錚譯，《公民資格》，1991 年。
2. 周華山，《同志論》，1995 年 1 月。
3. 周華山、趙文宗，《「衣櫃」性史—香港及英美同志運動》，1995 年 1 月。
4. 矛鋒，《同性戀美學》，1996 年 7 月。
5. Jacques Corraze 著，陳浩譯，《同性戀》，1997 年 1 月。
6. 林賢修，《看見同性戀》，1997 年 2 月。
7. 林賢修，《當代同性戀歷史（一）》，1997 年 12 月
8. 傅沛榮，《柏拉圖》，1998 年 6 月。
9. 施啟揚，《民法總則》，2001 年 6 月。
10. 張宏誠，《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，2002 年 6 月。
11. 李惠宗，《憲法要義》，2002 年 7 月。
12. 戴炎輝、戴東雄和著，《親屬法》，2002 年 8 月。
13. Keith Faulks 著，黃俊龍譯，《公民身份》，2003 年 9 月。
14. 法治斌、董保成，《憲法新論》，2005 年。
15. 劉達臨，魯龍光，《中國同性戀研究》，2005 年 1 月。
16. 劉達臨，魯龍光，《同性戀性史》，2005 年 5 月。
17. 李銀河，《同性戀亞文化》，2009 年 11 月，第 17-20 頁。

(二) 期刊與論文集

1. 陳祺炎，〈近代法上婚姻之法律性質〉，收錄於氏著，《親屬、繼承法基本問題》，1980 年 1 月，第 153 頁以下。
2. 許秀雯，〈論具憲法位階之同性戀人權〉，收錄於謝瑞智，《邁向 21 世紀的憲法》，1996 年，第 304 頁以下。
3. 法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，《國家科學委員會研究彙刊》第 6 卷第 1 期，1996 年 1 月，第 36 頁以下。
4. 陳惠馨，〈從大法官會議第 242 及第 362 號解釋看我國一夫一妻婚姻制度之困境〉，收錄於《固有法制與當代民事法學—戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集》，1997 年 8 月，第 367 頁以下。
5. 張人傑，〈情慾叢結與身體政治—從斷袖、同性戀到酷兒〉，《月旦法學雜誌》第 30 期，1997 年 11 月，第 23 頁以下。
6. 劉幸義，〈同性戀—法學上空白的一頁〉，《月旦法學雜誌》第 30 期，1997 年 11 月，第 30 頁以下。
7. 劉靜怡，〈同性戀者之憲法平等權保障—以美國聯邦最高法院 Romer v. Evans 判決為核心〉，《月旦法學雜誌》第 30 期，1997 年 11 月，第 35 頁以下。

8. 陳美伶,〈同性戀問題對傳統身份法之衝擊〉,《月旦法學雜誌》第 30 期,1997 年 11 月,第 49 頁以下。
9. 徐慧怡,〈同性婚姻與公序良俗〉,收錄於《國際私法理論與實踐:劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集》,1998 年 9 月,第 339 頁以下。
10. 林子儀,〈言論自由的限制與雙軌理論〉,收錄於氏著,《言論自由與新聞自由》,1999 年,第 142 頁以下。
11. 李建良,〈論司法審查的政治界限—美國「政治問題原則」初探〉,收錄於氏著,《憲法理論與實踐(一)》,1999 年 7 月,第 269 頁以下。
12. 李建良,〈政治問題與司法審查—試評司法院大法官相關解釋〉,收錄於氏著,《憲法理論與實踐(一)》,1999 年 7 月,第 393 頁以下。
13. 劉靜怡,〈論同性戀者的基本權利保障:人與憲法的再思考〉,《台灣法學會學報》第 20 輯,1999 年 11 月,第 235 頁以下。
14. 李念祖,〈美國憲法上「政治問題」理論與釋字第三二八號解釋〉,收錄於氏著,《司法者的憲法》,2000 年,第 159 頁以下。
15. 李念祖,〈再論美國「政治問題」理論在我國憲法解釋上之應用〉,《台大法學論叢》第 29 卷 2 期,2000 年 1 月,第 43 頁以下。
16. 徐慧怡,〈美國法上同性家庭與子女監護權之研究〉,《台北大學法學論叢》第 47 期,2000 年 8 月,第 43 頁以下。
17. 李建良,〈論立法裁量之憲法基礎理論〉,《台北大學法學論叢》第 47 期,2000 年 12 月,第 153 頁以下。
18. 張宏誠,〈「性傾向」(sexual orientation)歧視審查基準之研究—從「性別平等」論同性戀者平等權基礎〉,《東吳大學法律學報》第 12 卷第 2 期,2000 年 12 月,第 47 頁以下。
19. 吳信華,〈論大法官釋憲程序中的「補充解釋」〉,收錄於《當代公法新論(上)—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》,2002 年 7 月,第 795 頁以下。
20. 李震山,〈論移民制度與外國人基本權利〉,《台灣本土法學雜誌》第 48 期,2003 年 7 月,第 57 頁以下。
21. 李建良,〈外國人權利保障的理念與實務〉,《台灣本土法學雜誌》第 48 期,2003 年 7 月,第 97 頁以下。
22. 吳煜宗,〈同性戀者的結婚自由〉,《月旦法學教室》第 14 期,2003 年 11 月,第 10-11 頁。
23. 陳愛娥,〈正當法律程序與人權之保障—以我國法為中心〉,《憲政時代》第 29 卷第 3 期,2004 年 1 月,第 359 頁以下。
24. 陳荔彤,〈美國最高法院同性行為除罪化與同性婚姻合法化的憲法發展〉,《月旦法學雜誌》第 104 期,2004 年 1 月,第 204 頁以下。
25. 張宏誠,〈爭取彩虹下的權利—台灣同性戀者平權運動的策略與展望〉,《全國律師》,2004 年 2 月,第 67 頁以下。
26. 傅美惠,〈同性結合「生存配偶」之訴訟權益與平等保護(一)、(二)〉,《法

- 務通訊》第 2174、2175 期，2004 年 2 月。
27. 傅美惠，〈美國同性戀者爭取權益之精緻化發展〉，《法令月刊》第 55 卷第 3 期，2004 年 3 月，第 274 頁以下。
 28. 戴瑀如，〈論德國同性伴侶法〉，《月旦法學雜誌》第 107 期，2004 年 4 月，第 145 頁以下。
 29. 黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準的比較分析〉，《台大法學論叢》第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月，第 1 頁以下。
 30. 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 7 月，第 1 頁以下。
 31. 李震山，〈憲法意義下之「家庭權」〉，《中正法學集刊》第 16 期，2004 年 7 月，第 61 頁以下。
 32. 洪遠亮，〈評同性戀適用家庭暴力防治法爭議—兼論修法建議〉，《法學叢刊》第 196 期，2004 年 10 月，第 73 頁以下。
 33. 廖元豪，〈實質平等〉，《月旦法學教室》第 27 期，2005 年 1 月，第 38 頁以下。
 34. 鄧學仁，〈事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題〉，《中央警察大學法學論集》第 10 期，2005 年 3 月，第 257 頁以下。
 35. 共同作者，〈同志要婚姻／伴侶權！同志伴侶要實質的權益及保障！〉，《全國律師》，2006 年 5 月，第 5 頁以下。
 36. 蘇永欽，〈我國憲法中的家庭〉，收錄於《部門憲法》，2006 年 11 月，第 795 頁以下。
 37. 許耀明，〈「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新進法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係〉，《東海大學法學研究》第 25 期，2006 年 12 月，第 75 頁以下。
 38. 李立如，〈婚姻家庭與性別平等—親屬法變遷的觀察與反思〉，《政大法學評論》第 95 期，2007 年 2 月，第 175 頁以下。
 39. 吳信華，〈再論「補充解釋」〉，收錄於湯德宗、廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第五輯，2007 年 3 月，第 293 頁以下。
 40. 李立如，〈司法審查之表述功能與社會變革：以性別平等原則在家庭中的落實為例〉，《台大法學論叢》第 37 卷第 1 期，2008 年 3 月，第 31 頁以下。
 41. 李沃實，〈同性婚者在我國身份法中應有之地位〉，《中央警察大學法學論集》第 14 期，2008 年 4 月，第 159 頁以下。
 42. 廖元豪，〈平等權：第一講—憲法平等權之意義〉，《月旦法學教室》第 68 期，2008 年 6 月，第 48 頁以下。
 43. 廖元豪，〈同性婚姻受憲法保障嗎？〉，《月旦法學教室》第 70 期，2008 年 8 月，第 8-9 頁。
 44. 施慧玲，〈一夫一妻制度之憲法保障的再一片拼圖—大法官釋字第六四七號解釋簡析〉，《台灣法學雜誌》第 115 期，2008 年 11 月，第 160-166 頁。

45. 程明修，〈憲法保障之制度與基本權之制度性保障—兼論基本權客觀內涵之主觀化〉，收錄於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯上冊，2009年7月，第327頁以下。
46. 廖元豪，〈建構以平等公民權(Equal citizenship)為基礎的憲法權利理論途徑—對傳統基本權理論之反省〉，收錄於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯下冊，2009年7月，第365頁以下。
47. 黃昭元，〈平等權案件之司法審查標準—從釋字第626號解釋談起〉，收錄於廖福特主編《憲法解釋之理論與實務》第六輯下冊，2009年7月，第551頁以下。
48. 湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想〉，收錄於廖福特主編《憲法解釋之理論與實務》第六輯下冊，2009年7月，第581頁以下。
49. 陳靜慧，〈同性生活伴侶之平等權問題—以歐州法院、德國聯邦憲法法院及德國聯邦行政法院之判決為中心〉，《東吳法律學報》第21卷第3期，2010年1月，第166-67頁。
50. 郭書琴，〈從「伴侶」到「父母」論身分法規範重心之轉變—兼評96年度養生字第81號裁定〉，《成大法學》第20期，2010年12月，第75頁以下。
51. 張宏誠，〈雖不獲亦不惑矣—美國同性婚姻平等保障司法判決之回顧與展望〉，《成大法學》第22期，2011年12月，第143頁以下。

(三) 論文

1. 張宏誠，《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1998年。
2. 王博恆，《公職候選人之無限廣電媒體接近使用權—以美國法為參照》，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2003年。
3. 洪慈翊，《從憲法基本權與性別研究觀點探討台灣的同志婚姻》，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2007年。
4. 杜承翰，《同性婚姻合法化正當性之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2008年。
5. 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》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009年。
6. 周佳潔，《限制規劃國民參政權之合憲性研究—以平等公民權為核心》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2009年。
7. 林孝穎，《同志收養未成年子女之研究—理論基礎與政策方向》，中原大學財經法律學系碩士學位論文，2010年。

二、外文部分

(一) 專書

1. FRANCISCO GUERRA, *THE PRE-COLUMBIAN MIND* (1971)
2. DAVID F. GREENBERG, *THE CONSTRUCTION OF HOMOSEXUALITY* (1988)
3. KENNETH L. KARST, *BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION* (1989).
4. T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, in T.H. MARSHALL & TOM BOTTOMORE, *CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS* (1992).
5. KENNETH L. KARST, *LAW'S PROMISE, LAW'S EXPRESSION: VISIONS OF POWER IN THE POLITICS OF RACE, GENDER, AND RELIGION* (1994).
6. WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., *THE CASE FOR SAME-SEX MARRIAGE: FROM SEXUAL LIBERTY TO CIVILIZED COMMITMENT* (1996).
7. JACK M. BALKIN, *WHAT BROWN V. BOARD OF EDUCATION SHOULD HAVE SAID-THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S LANDMARK CIVIL RIGHT DECISION* (2002).
8. ALLENE PHY-OLSEN, *SAME-SEX MARRIAGE* (2006).

(二) 期刊與論文集

1. Kenneth L. Karst, *The Supreme Court 1976 Term Foreword: Equal Citizenship Under The Fourteenth Amendment*, 91 HARV. L. REV. 1 (1977).
2. Harris M. Miller II, *An Argument for The Application of Equal Protection Heightened Scrutiny to Classification Based on Homosexuality*, 57 S. CAL. L. REV 797 (1984).
3. *The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a Suspect Classification*, 98 HARV. L. REV. 1285 (1985).
4. William N. Eskridge, Jr., *A History of Same-Sex Marriage*, 79 VA. L. REV. 1419 (1993).
5. Kenneth L. Karst, *Myth of Identity: Individual and Group Portraits of Race and Sexual Orientation*, 43 UCLA L. REV. 263 (1995).
6. Charlotte J. Patterson, *Adoption of Minor Children by Lesbian and Gay Adults: A Social Science Perspective*, 2 DUKEJGLP 191 (1995).
7. Richard A. Posner, *Should There Be Homosexual Marriage? And If So, Who Should Decide?*, 95 MICH. L. REV. 1578 (1997).
8. Linda Bosniak, *Citizenship Denationalized*, 7 IND J. GLOBAL LEGAL STUD. 447 (2000).
9. Edward Stein, *Evaluating The Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights*, 49 UCLA L REV. 471 (2001).
10. Kenneth L. Karst, *Constitution Equality as a Cultural Form: The Courts and The Meanings of Sex and Gender*, 38 WAKE FOREST L. REV. 513 (2003).
11. Laura A. Turbe, *Florida's Inconsistent Use of the Best Interest of the Child*

- Standard*, 33 STETLR 369 (2003).
12. Reva Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 HARV L. REV. 1470 (2004).
 13. Cass R. Sunstein, *The Right to Marry*, 26 CARDOZO L. REV. 2081 (2005).
 14. Justin Reinheimer, *Same-Sex Marriage through the Equal Protection Clause: A Gender-Conscious Analysis*, 21 BERKELEY J. GENDER L. & JUST. 213 (2006).
 15. Hema Chatlani, *In Defense of Marriage: Why Same-Sex Marriage Will Not Lead Us Down A Slippery Slope Toward The Legalization of Polygamy*, 6 APPALJL 101 (2006).
 16. William N. Eskridge, *Foreword: The Marriage Cases—Reversing The Burden of Inertia in a Pluralist Constitutional Democracy*, 97 CAL. L. REV. 1785 (2009).
 17. William N. Eskridge, *The California Proposition 8 Case: What Is a Constitution For?*, 98 CAL. L. REV. 1235 (2010).
 18. Carlos R. Moreno, *The Promise of Equality: The Evolution of The Family in California*, 44 U.C. DAVIS L. REV. 1 (2010).
 19. Nelson Tebbe et al., *Equal Access and The Right to Marry*, 158 U. PA. L. REV. 1375, 1376-1383 (2010).
 20. William N. Eskridge Jr., *The Ninth Circuit's Perry Decision and The Constitutional Politics of Marriage Equality*, 64 STAN. L. REV. ONLINE 93, 93-94 (2012).