



Title	台灣大法官釋字第748號解釋解析
Author(s)	湯, 德宗
Citation	北大法學論集, 71(6), 255-285
Issue Date	2021-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/80744
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_6_07_Tang.pdf



国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」*

台灣大法官釋字第748號解釋解析

湯 德 宗[†]

目 次

前言

壹、事實

貳、爭點

參、解釋要旨

肆、解釋論理

* 北海道大學法學研究科高等法政教育研究中心於2019年12月14日成功舉辦了題為「關於同性婚在司法及法學領域的展望」之國際研討會。湯德宗教授發表的主題演講及其日語翻譯將一并刊登於此。在此，我對湯德宗教授、演講人白水隆教授（千葉大學）、網森史泰先生（札幌律師協會）以及與談人鈴木賢教授（明治大學）、佐佐木雅壽教授（北海道大學）、徐行教授（北海道大學）表示最誠摯的感謝。（高等法政教育研究中心所長辻康夫）

[†] 現任台灣東吳大學王紹堉講座教授。曾任司法院大法官（2011/10/1～2019/9/30）；中央研究院 特聘研究員暨法律學研究所創所所長（2004/7/1～2011/9/30）；香港大學鄭裕彤講座教授（2019/10～2019/11）；國立台灣大學國家發展研究所與中央研究院合聘專任教授（1989/9～2011/8）暨兼任教授（2011/9～）；美國紐約大學（NYU）法學院特聘客座教授（2015/9～2015/10）；日本東京大學法學部客座教授（2001/11～2002/1）；德國科隆大學（Universität zu Köln）德國鴻博基金會 Alexander von Humboldt Foundation 獎助訪問學者（1993/9～1994/9）。美國杜蘭大學（Tulane U.）法學博士（SJD, 1989）；美國哈佛大學（Harvard U.）法學碩士（LLM, 1984）；國立台灣大學（NTU）法律研究所碩士（1981）與法律系學士（1978）。© 作者保留本文所有權利。

伍、個別意見書
陸、結語
後記

前言

承蒙北海道大學（Hokkaido University）高等法政教育研究中心（The Advanced Institute for Law and Politics）盛情邀請，今日出席「同性婚姻學術研討會」（Symposium on Same-sex Marriage），並就中華民國（台灣）司法院大法官釋字第 748 號解釋進行解析，深感榮幸，盼不負厚愛。

本人在今年九月司法院大法官任期屆滿前，曾以 “Celebrating the 70th Anniversary of Constitutional Review on Taiwan: Review and Prospects”（臺灣違憲審查制度七十年之回顧與展望）為題，赴東京大學、京都大學、東北大學等高校演講，當時因時間緊迫，未能造訪貴校。今日之行可謂因緣俱足，如願以償。

※ ※ ※

台灣大法官釋字第748號解釋為亞洲各國首件同性婚姻（下稱「同婚」）合法化的司法判決，因而備受矚目。然，當時參與本案審議的14位¹大法官則因本案具有高度政治色彩，而謹慎從事。按「同婚合法化」為蔡英文女士2016年競選總統之主要政見。其於2016年1月16日當選，5月20日就職，因5位大法官任期將於同年10月31日屆滿，乃於9月「提名」7位²

¹ 黃瑞明大法官迴避本案審理。

² 參見中華民國憲法增修條文（2005年6月10日修正公布）第5條：「司法院設大法官十五人，並以其中一人為院長、一人為副院長，由總統提名，經立法院同意任命之，自中華民國九十二年起實施，不適用憲法第七十九條之規定。司法院大法官除法官轉任者外，不適用憲法第八十一條及有關法官終身職待遇之規定。（以

新任大法官人選（包含並任司法院院長、副院長的大法官各一人），10月經立法院「同意」，11月1日正式「任命」。改組後之司法院旋於11月下旬議決受理本案³，繼於2017年2月10日公告，訂於同年3月24日舉行言詞辯論。與此同時，立法院司法及法制委員會於2016年12月底一讀審查通過數個「同婚合法化」的立法草案⁴。以上即大法官作成釋字第748號解釋之大體背景。

壹、事實 (Facts)

一、本解釋為兩件聲請案合併審查之結果

聲請人一（臺北市政府）為所轄萬華區戶政事務所因辦理相同性別二人民申請辦理結婚登記，適用民法第4編第2章（下稱婚姻章）規定及內政部中華民國101年5月21日台內戶字第1010195153號函（下稱系爭函，函轉法務部101年5月14日法律字第10103103830號函，略謂：「……二、按我國民法對於結婚當事人必須為一男一女，雖無直接明文，但從其規定

上第1項)

司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。但並為院長、副院長之大法官，不受任期之保障。（以上第2項）

中華民國九十二年總統提名之大法官，其中八位大法官，含院長、副院長，任期四年，其餘大法官任期為八年，不適用前項任期之規定。（以上第3項）。

綜上，自2003年起，司法院大法官總額固定為15人（含並任院長、副院長者），並改採間隔任期制（staggered tenure），每人任期八年，個別計算，不得連任，但並為院長、副院長之大法官不受任期保障。

³ 本案初於2016年3月提出於審查會，經全體大法官大體討論後，主席（即並任司法院院長之大法官）裁示「暫予擱置」，出席大法官並無異議。嗣司法院大法官改組後，本案於2016年11月23日再次提出審查，並議決「受理」。

按聲請解釋案須經大法官現有總額三分之二之出席，並經出席大法官過半數之同意，決議「受理」或「不受理」。參見大法官審理案件法第14條及同法施行細則第16條。

⁴ 參見立法院第9屆第2會期司法及法制委員會第24次全體委員會議紀錄（https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/communique1/final/pdf/106/12/LCIDC01_1061201_00002.pdf 最後瀏覽日2019/11/28）。

意旨，可推知我國民法對於婚姻之定義係採「以終生共同生活為目的之『一男一女』適法結合關係」，發生有牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定之疑義，經由上級機關（內政部）層轉行政院，再由行政院轉請司法院解釋。其中，就婚姻章規定聲請解釋憲法部分，經大法官審核，認與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 1 款⁵及第 9 條⁶規定相符，應予受理。⁷

聲請人二（祁家威先生）因申請辦理結婚登記遭拒，遞經爭訟，認為確定終局判決（最高行政法院 103 年度判字第 521 號判決）所適用之民法第 972 條、第 973 條、第 980 條及第 982 條等規定，有侵害憲法所保障之人格權、人性尊嚴、組織家庭之自由權，而牴觸憲法第 7 條、第 22 條、第 23 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項等規定之疑義，聲請解釋，經大法官審核，認與大審法第 5 條第 1 項第 2 款⁸規定相符，應予受理。以上兩聲請案因均涉

⁵ 參見司法院大法官審理案件法（1993 年 2 月 3 日修正公布）第 5 條第 1 項第 1 款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：一、中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義者」。

⁶ 參見司法院大法官審理案件法第 9 條：「聲請解釋機關有上級機關者，其聲請應經由上級機關層轉，上級機關對於不合規定者，不得為之轉請，其應依職權予以解決者，亦同」。

另，戶籍法（2015 年 1 月 21 日修正公布）第 2 條規定：「本法所稱主管機關：在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府」。

本件聲請人臺北市府係以地方主管機關，就非屬地方自治事項（戶籍登記），發生適用法律有牴觸憲法之疑義，聲請司法院解釋，爰須經上級機關「層轉」司法院。上級機關得不為層轉。

⁷ 另其主張「系爭函」有違憲疑義，聲請解釋部分，大法官則以「經查該函為內政部對於臺北市府就所受理相同性別二人申請結婚登記應否准許所為之個案函復」，尚非大審法第 5 條第 2 項所稱之「命令」為由，決議「不受理」（解釋理由書第 [19] 段參照）。

⁸ 參見司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、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有牴觸憲法之疑義者」。

及婚姻章規定有無牴觸憲法之疑義，爰併案審理（解釋理由書第[1]段參照）。

二、聲請釋憲之理由

臺北市府聲請釋憲之理由略以：(1) 禁止相同性別人民結婚，侵害人民之**婚姻自由**，然其目的之重要性、手段與目的之關聯性，均不足以正當化上開限制，爰與憲法第23條比例原則不符。(2) **以性傾向為分類基礎所實施之差別待遇，應採取較嚴格之審查標準**，禁止相同性別人民結婚非為達成**重要公益之實質關聯**手段，是婚姻章相關規定侵害人民受憲法第22條所保障之「**婚姻自由**」及第7條所保障之「**平等權**」（解釋理由書第[2]段參照）。

祁家威聲請釋憲之理由略以：(1) **婚姻自由**乃人民發展人格與實現人性尊嚴之基本權利，而選擇配偶之自由乃婚姻自由之核心，為憲法第22條所保障。限制同性結婚既不能達成**重要公益**之目的，其限制手段與目的之達成間亦欠缺**實質正當**，違反憲法第23條「**比例原則**」規定。(2) 憲法第7條所稱「**男女**」，或憲法增修條文第10條第6項所稱「**性別**」，**兼指性別、性別認同及性傾向**，是以「**性傾向**」作為分類基礎之差別待遇，應採**較嚴格之審查基準**；以限制同性結婚作為鼓勵生育之手段，其手段與目的間亦欠缺**實質關聯**，應認違反平等權之意旨。(3) 憲法增修條文第10條第6項課予國家消除性別歧視，積極促進兩性地位實質平等之義務，立法者本應積極立法保障同性結婚權，卻長期消極不作為，已構成**立法怠惰**（解釋理由書第[3]段參照）。

三、相關機關答辯

法務部於言詞辯論會答辯略稱：(1) 司法院大法官歷來解釋所稱「**婚姻**」，均指一夫一妻、一男一女之結合。「選擇與同性別者締結**婚姻**之自由」尚難謂為憲法第22條所保障「**婚姻自由**」之範疇。(2) 民法係規範私人間社會交往之「**社會自主立法**」，**親屬法制應尊重其事實先在之特色**，對於「**婚姻**上之私法自治」，**立法機關自有充分之形成自由**。**婚姻章規定係立法者**

考量「一夫一妻婚姻制度之社會秩序」，基於對婚姻制度之保護所制定，具有維護人倫秩序、男女平等及養育子女等社會性功能，並延伸為家庭與社會之基礎，目的洵屬正當，與維護婚姻制度目的之達成具有合理關聯，並非立法者之恣意，自無違憲可言（解釋理由書第 [4] 段參照）。

四、聲請人歷經30年奮鬥，終於敲開釋憲之門

本解釋除循例敘述原因案件之事實（如前）外，並首次在解釋理由書的第 [8] 段回顧聲請人祁家威過去30年來為爭取同性婚姻合法化之奮鬥歷程，包括：自民國75年（即1986年）起即向立法院請願，遭該院司法委員會以「無成為議案之必要」為由拒絕；繼又向法務部請願，遭該部以83年8月11日（83）法律決字第17359號函拒絕：「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」；復於89年間向臺灣臺北地方法院請求辦公證結婚遭拒，經窮盡審級救濟程序，而向大法官聲請解釋。詎大法官於90年5月以其聲請「未具體指明法院裁判所適用之法律或命令有何牴觸憲法之處」為由，議決不予受理。嗣祁家威再於102年間向臺北市萬華區戶政事務所申請辦理結婚登記，遭拒後遞經爭訟，於103年9月經最高行政法院判決駁回確定，而於104年8月向本院聲請解釋。總計祁家威先生向立法、行政、司法權責機關爭取同性婚姻權已逾30年。⁹

五、同婚立法歷經10餘年猶未結果

本解釋並簡要回顧自民國95年以來，立法院提議及審查「同性婚姻法」草案之概況，指出：「105年12月26日司法及法制委員會雖初審（一讀）通過多個版本之提案，惟何時得以進入院會審查程序，猶未可知」（解釋理由書第 [9] 段參照）。

⁹ 祁家威先生於2016年3月24日言詞辯論時曾感慨地說：「很感謝各位大法官今天召開這次言詞辯論庭，我等了四十一年六個月又二十四天……」。

貳、爭點 (issues)

台灣現行違憲審查係採「抽象（法規）審查」制度，大法官僅能就（經決議受理之）聲請案所涉及之「法規」（含憲法及其增修條文¹⁰、法律、命令、或相當於命令¹¹之規定）有無牴觸憲法作成解釋，而不得就確定終局裁判「認事用法」是否牴觸憲法進行審查。此為司法院（憲法法院）與一般法院間之審判權劃分。¹²為便於大眾理解，司法院官網 (<http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03>) 公布之大法官解釋皆設有「解釋爭點」一欄。在本（釋字第748號）解釋以前，各號解釋之「解釋爭點」悉由大法官書記處，依各該解釋意旨，逕行整理公告；自本解釋起，始改由大法官於審議通過「解釋」（含解釋文與解釋理由書）時，一併審議通過「解釋爭點」，交由書記處公告。正確掌握「爭點」為正確解讀大法官解釋之前提。¹³

¹⁰ 憲法增修條文是否逾越修憲（實質）界限或違反修憲之正當程序，亦屬大法官解釋之範圍。參見大法官釋字第499號解釋。

¹¹ 參見大法官釋字第153號解釋（宣告最高法院之**判例**違憲）；釋字第154號解釋（「按司法院大法官會議法第四條第一項第二款關於確定終局裁判所適用之『法律或命令』，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或**相當於法律或命令者**而言」）；釋字第374號解釋（「**最高法院之決議**原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦**應認與命令相當**，許人民依首開法律之規定，**聲請本院解釋**」）等。

¹² 應補充說明者，2019年1月4日制定公布，預定於2022年1月4日起施行之**憲法訴訟法**業已引進德國「裁判憲法訴願」（Urteilsverfassungsbeschwerde）制度，允許人民於用盡審級救濟程序後，對不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認為牴觸憲法者，得於該不利確定終局裁判送達後六個月內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決（同法第59條參照）。憲法法庭於其「**具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之**」（同法第61條第1項參照）。

屆時台灣違憲審查將邁入新的紀元，司法院大法官因而將成為「有條件的」第四審。

¹³ 本解釋之英譯 (<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748> 最後瀏覽日2019/12/12)「爭點」部分譯作：「Do the provisions of Chapter II on Marriage of Part IV on Family of the Civil Code, which *do not allow* two persons of the same sex to create a permanent union of intimate and exclusive nature for the purpose of living a common life, violate the

綜合考量前述聲請意旨後，大法官認定本解釋之爭點為：「民法親屬編婚姻章，**未使**相同性別二人，**得**為經營共同生活之目的，**成立**具有親密性及排他性之永久結合關係，**是否**違反憲法第22條保障**婚姻自由**及第7條保障**平等權**之意旨？」（粗體字為作者所標示）

如上之爭點論述，顯示大法官以為本解釋涉及的基本權為「婚姻自由」（即爭點一）與「平等權」（即爭點二）；此與其他國家同婚判決略同。惟，大法官以為本件之待審規範——所謂「**解釋之標的**」，亦稱「**解釋客體**」，**既非「禁令」**（prohibition, Verbot, 禁止為特定作為之規定），**亦非「誡命」**（command, Gebot, 命為特定作為之規定），**而是「立法不作為」**（omission, Unterlassung, 應規定而未規定之**立法疏漏**）；此與其他國家之同婚判決顯然不同。

大法官究如何形成前述「爭點」認定？解釋理由書第[12]段於檢視婚姻章有關規定，尤其是民法第972條「婚約，應由男女當事人自行訂定」之規定後，認：「婚約……既限於一男一女始得訂定，則結婚當事人亦應作相同之解釋」，爰歸結：「**顯見該章規定認結婚限於不同性別之一男一女之結合關係**」。繼又指出：結婚登記業務之中央主管機關內政部，依民法主管機關**法務部**有關「**婚姻係以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係**」之函釋，函示地方戶政主管機關，就申請結婚登記之個案為形式審查。地方戶政主管機關因而不准相同性別二人結婚登記之申請，**致使相同性別二人迄未能成立法律上之婚姻關係**。

前開理由書僅說明：相同性別二人迄未能成立法律上之婚姻關係，乃因民法未有規定（於法無據）使然；但並未說明：民法未有規定時，何以不隨同其他國家之同婚判決¹⁴，逕執「省略規定之事項應認為有意省略」

Constitution's guarantees of freedom of marriage under Article 22 and right to equality under Article 7?" 即未能精確表達本件「解釋標的」為「立法不作為」（omission）之意。餘詳後文。

¹⁴ See, e.g., Obergefell v. Hodges, 576 U.S. _ (2015); Minister of Home Affairs, et. al., v. Fourie, et. al., 2006 (1) SA 524.

(casus omissus pro omisso habendus est) 及「明示規定其一者應認為排除其他」(expressio unius est exclusio alterius) 之拉丁法諺，為「反面解釋」—現行婚姻章「未有規定」即是「禁止」相同性別二人成立法律上之婚姻關係，而必將之「定性」(characterize) 為「立法不作為」(漏未規定)？豈另有深意藏焉。

參、解釋要旨 (holdings)

司法院大法官解釋係由兩部分組成：一為「解釋文」，相當於一般裁判之「主文」；一為「解釋理由書」，相當於一般裁判之「理由」。本解釋之「解釋文」計有四句，分別宣示四項審查結論：

一、系爭「立法不作為」違憲

解釋文第一句開宗明義，明確釋示：「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違」。

據上，本解釋並未宣告現行婚姻章規定「全部」違憲，而是僅宣告其「立法不作為」部分—未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—違憲。此觀解釋理由書第 [18] 段第 1 句「現行婚姻章有關異性婚姻制度之當事人身分及相關權利、義務關係，不因本解釋而改變」等語，益明。其次，解釋理由書第 [18] 段第 2 句更罕見地澄清：「又本案僅就婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第 22 條保障之婚姻自由及第 7 條保障之平等權，作成解釋，不及於其他，併此指明」。顯然欲限縮解釋範圍，以凝聚最大社會共識，此與美國哈佛大學 Cass R. Sunstein 教授所倡議之「一次一案的司法極小主義」(One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court)¹⁵ 正相契合。

¹⁵ CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME

二、違憲缺失之改正

解釋文第二句承接前句意旨，釋示前揭違憲缺失之補救：「有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定」。

按憲法第171條第 1 項¹⁶及第172條¹⁷僅規定法規牴觸憲法者應屬「無效」，但究竟如何無效，係自始無效或嗣後失效，違憲審查機關得諭知如何之補救等，則付闕如。司法院大法官審理案件法於此亦未有規定。大法官自釋字第185號解釋（1984/1/27）起，乃以解釋（司法造法）進行填補，釋示：違憲之法規應「自該解釋公布之日起失效」，是即「**嗣後即時失效**」制度。又自釋字第251號解釋（1990/1/19）起，開始諭知違憲之法規應「自該解釋公布之日起一定期間屆滿後失其效力」，是即「**嗣後定期失效**」制度。¹⁸本解釋既宣告系爭「立法不作為」違憲，自應課有關機關以「限期改正」之作為義務。

至於宣告「定期失效」時，應定多長之過渡期間，乃屬大法官之裁量權。解釋理由書第 [17] 段第 1 句特別說明本解釋所以設定 2 年為改正期間之理由：「慮及本案之複雜性及爭議性，或需較長之立法審議期間；又為避免立法延宕，導致規範不足之違憲狀態無限期持續，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定」。

三、立法裁量範圍之保留

解釋文第三句，承第二句之意旨，進一步諭知立法者於改正違憲缺失時，得享有之立法裁量空間：「至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，

COURT (1999).

¹⁶ 參見中華民國憲法第171 條第 1 項：「法律與憲法牴觸者無效」。

¹⁷ 參見中華民國憲法第172條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」。

¹⁸ 關於大法官解釋效力之演進，參見翁岳生，〈司法院大法官解釋效力之研究〉，輯於《公法學與政治理論－吳庚大法官榮退論文集》，頁1-36（2004年10月）。

屬立法形成之範圍」。

因本句釋示較為抽象，恐生爭議，解釋理由書第[17]段第2句特別補充：「**至以何種形式（例如修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式）**，使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，**達成婚姻自由之平等保護**，屬立法形成之範圍」（粗體字為作者所標示）。準此，**本解釋僅在釋示憲法之基本原則—相同性別二人之親密性及排他性之永久結合，應受憲法保障；至其保障之具體法律形式，則委由立法者形成決定。**此一釋示顯示大法官基於「權力分立原則」，就「司法」與「立法」兩權所為之權限劃分（詳見後述「肆、解釋論理」四、之說明）。

四、有關機關未如期改正時之例外救濟

鑑於本案具高度社會爭議性，解釋文末句（第四句）特以「司法造法」之方式，諭知備用之救濟方法，以期貫徹本解釋之意旨：「逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記」。

按大法官所為之解釋，因具有拘束全國各機關及人民之一般拘束力，¹⁹性質上類似立法，為維護法秩序之安定，原則上大法官僅諭知「嗣後」（向後生效）及「一般」（通案適用）之救濟。然，為提供適當誘因（incentives），鼓勵人民聲請釋憲，並為符合「有權利，即有救濟」（*Ubi jus, ibi remedium*）之「訴訟權」本旨²⁰，大法官自釋字第177號解釋以來，於人民聲請而獲致有利之解釋時，輒一併諭知得例外地「溯及」適用於聲請人

¹⁹ 參見大法官釋字第185號解釋（「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力」）。

²⁰ 參見大法官第774號、第761號、第755號、第752號、第742號、第736號、第684號、第653號、第546號、第396號、第243號解釋。

之「個案救濟」。在釋字第725號解釋²¹及釋字第741號解釋²²之後，個案救濟之論知益臻完善。

惟前揭解釋文末句，實屬罕見之「雙保險」機制（double insurance），並兼具「通案救濟」與「個案救濟」之性質。析言之，前揭解釋文第2句已論知有關機關應於本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。茲顧慮本解釋所涉議題（同婚）極具爭議，為免有關機關屆期未能完成相關法律之修正或制定，致本解釋意旨落空，乃更論知：如屆時有關機關未能完成（修）法，凡相同性別二人（不限於本案之聲請人民），為成立上開親密、排他之永久結合關係，均得依民法婚姻章規定之方式（即持二人以上證人簽名之書面），向戶政機關辦理結婚登記。大法官如此「司法造法」，殆所僅見。

上開「例外救濟」既以有關機關逾期未完成相關法律之修正或制定為前提，應尚不構成對立法權之侵害。另，為儘量限縮解釋範圍，解釋理由書第[17]段第3句更補充說明：前述例外救濟，僅「於登記二人間發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務」。意即不發生其他（例如親屬、繼承等）關係之效力。

²¹ 參見大法官釋字第725號解釋（「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋論知原因案件具體之救濟方法者，依其論知；如未論知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第一七七號及第一八五號解釋應予補充」）。關於該解釋之意義，參見湯德宗大法官提出之〈協同意見書〉。

²² 參見大法官釋字第741號解釋（「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益。本院釋字第七二五號解釋前所為定期失效解釋之原因案件亦有其適用。本院釋字第七二五號解釋應予補充」）。關於該解釋之意義，參見湯德宗大法官提出（陳碧玉大法官及林俊益大法官加入）之〈協同意見書〉。

肆、解釋論理

細繹本解釋之論理 (legal reasoning)，實際係建構在四個基礎之上：

一、重新確認婚姻之本質

自前述爭點界定及解釋文之首句觀之，大法官首先嘗試抽離「性別」因素，重新確認婚姻之本質。亦即，多數大法官將「婚姻」重新界定為：「二自然人為經營共同生活之目的，所成立之具有親密性及排他性之永久結合關係」。並以之貫穿全文，作為論證「同性婚姻」與「異性婚姻」，就「事物之本質」(Natur der Sache) 而言，並無二致之基礎。上述重新界定（確認）婚姻本質之嘗試，堪稱各國同婚判決所僅見，且頗能說明 (pretty illustrative) 何以「未使相同性別二人得依法締結親密性及排他性之永久結合關係」實屬「某種歧視」(a sort of discriminations)。

二、現行婚姻章規定之疏漏（立法不作為），致相同性別之二人無從依法締結婚姻關係，已違反憲法第22條所保障之婚姻自由

重新界定（確認）「婚姻之本質」後，大法官著手解答前述「爭點一」（民法親屬編婚姻章，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第 22 條保障婚姻自由？）其論證見於解釋理由書第 [13] 段：

「①適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」暨「與何人結婚」之自由（本院釋字第362號解釋參照）。②該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權 (a fundamental right)，應受憲法第22條之保障。③按相同性別二人為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，既不影響不同性別二人適用婚姻章第 1 節至第 5 節有關訂婚、結婚、婚姻普通效力、財產制及離婚等規定，亦未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序；且相同性別二人之婚姻自由，經法律正式承認後，更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石。④復

鑑於婚姻自由，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，就成立上述親密、排他之永久結合之需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，其不可或缺性，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致，均應受憲法第22條婚姻自由之保障。^⑤現行婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵。^⑥於此範圍內，與憲法第22條保障人民婚姻自由之意旨有違。」

（各句前之阿拉伯字序號為作者所標記）

上述論理之構造，可以邏輯三段論（syllogism）形式，還原並改進如下：

1. 大前提（major premise = 本案裁判應適用之法則）：**①適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」及「與何人結婚」之自由**（本院釋字第362號解釋參照）。**②該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權**（a fundamental right），應受憲法第22條²³保障。**③關於「重要基本權」之限制，主管機關須能證明係為追求「重要公共利益」（important public interest），且其手段與目的之達成間須具有「實質關聯」（substantially related to），始為「合憲」。**

前揭大前提係以美國憲法學上所謂「重要基本權」（fundamental rights），詮釋我國憲法第22條之「未列舉基本權」（unenumerated rights），符合大法官解釋先例²⁴、國內學界通說²⁵、及美國聯邦最高法院之

²³ 參見憲法第22條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」

²⁴ 參見大法官釋字第554號解釋（「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，故得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障」）；釋字第362號解釋（「適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障」）；並參見釋字第242號、第552號、第502號等解釋。

²⁵ 參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁92～98（2003年）；李震山，〈憲法未列舉權保障之多元面貌－以憲法第二十二條為中心〉，輯於氏著，《多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心》，頁18～48（2005年）；湯德宗，《對

見解²⁶，殆無爭議。大前提的第①句及第②句即前揭解釋第[13]段的第①句及第②句，作者僅作文字修正；然該段理由書漏未載列「審查基準」(standards of review)，應增補如大前提的第③句。唯有如此，後述「小前提」的論理才能避免出現「直接跳躍至結論」(jump to conclusions)的批評(詳後文)。另，為配合前述「重新確認婚姻本質」之嘗試，力求論理精確，避免循環論證(tautology)，作者爰將解釋理由書所稱「婚姻自由」，儘可能統一稱為「結婚自由」。

2. 小前提(minor premise = 相應於大前提之重要事實)：①容許相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，既不影響不同性別二人之婚姻關係；亦未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序；更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石，爰不妨害社會秩序公共利益。②復鑑於相同性別二人成立上述親密、排他之永久結合關係，對渠等健全人格發展與維護人性尊嚴而言，亦屬不可或缺性，爰亦應受憲法第22條結婚自由之保障。③現行婚姻章規定，未使相同性別二人得成立如上之親密性及排他性之永久結合關係，無異剝奪彼等之結婚自由，睽諸前揭審查基準，顯屬立法上之重大瑕疵。

與前揭解釋理由書第[13]段之原文相互對照可知：前揭「小前提」的第①句基本上即該段理由書之第③句，作者增加「爰不妨害社會秩序公共利益」等語，以示符合憲法第22條規定之要件。前揭「小前提」的第②句基本上即該段理由書之第④句，作者作了文字修正，只強調成立如上親密、排他之永久結合關係，對於相同性別二人健全其人格發展與維護其人性尊嚴，亦屬「不可或缺」，故亦應受憲法第22條之保護，而刪除「就需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致」等語，以免使人誤以為本段乃關於違反「平等權」之論述。²⁷

話憲法·憲法對話》下冊，頁566～568(2016年，修訂三版)。

²⁶ See, e.g., McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742, 879 (2010); Paul v. Davis, 424 U.S. 693, 713 (1976)

²⁷ 此一「論理上之近似」，反映出本案真正的爭點實為「結婚自由之平等保護」。亦即，系爭立法疏漏—未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親

前揭「小前提」的第③句基本上即該段解釋理由書之第⑤句，但作者增加了「無異剝奪彼等之結婚自由，睽諸前揭審查基準，顯屬立法上之重大瑕疵」等語，以呼應作者前於「大前提」所增補的第③句（審查基準），並以完成本件之關鍵論證——「系爭立法不作為（婚姻章漏未規定同性二人得成立前述親密、排他之永久結合關係）顯屬立法上之重大瑕疵」！

按本案大體討論階段，多數大法官決定將解釋標的「定性」為「立法不作為」（法律漏未規定）時，曾有共識：本件應循大法官釋字第477號解釋²⁸之先例，將審查基準提高至「較為嚴格之審查標準」（俗稱「中標」）。蓋除「重要基本權」（fundamental rights）²⁹（如本案所涉之「結婚自由」）較其他基本權更為重要，故對其所為之限制自應受到較嚴格之審查（檢驗）外；本件既將「解釋標的」界定為「立法不作為」（法律漏未規定），而非法律明定之「禁令」，非提高審查基準至「較為嚴格之審查標準」（中標）或「嚴格審查基準」（俗稱「高標」），無從對之進行審查。申言之，本件所涉乃「禁止保護不足」（Untermaßverbot）問題，而非（一般之）「禁止過度侵害」（Übermaßverbot）問題；³⁰而法律之適用恆設有一定之範圍（不可能無遠

密性及排他性之永久結合關係，乃屬對渠等「結婚自由」之歧視，致令其無從健全人格發展與維護人性尊嚴！此中「平等權」與「結婚自由」看似兩個問題，實為一個問題，堪稱「一體之兩面」。這點對照 *Obergefell* 案之多數意見，益明（詳下文）。

²⁸ 參見大法官釋字第477號解釋（「戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條適用對象，以『受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者』為限，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵，若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由者予以賠償，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第七條有所抵觸。是凡屬上開漏未規定之情形，均得於本解釋公布之日起二年內，依該條例第六條規定請求國家賠償」）。

²⁹ 關於「重要基本權」（fundamental rights）與「基本權」（Grundrechte）概念之比較，參見湯德宗，〈政府資訊公開請求權入憲之研究〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第五輯，頁261～291（中研院法律所，民96年）。

³⁰ 參見程明修，〈論基本權保障之「禁止保護不足原則」〉，載《憲法體制與法治行

弗屆)，「漏未規定」毋寧為法律常見之情形，倘以寬鬆之「合理審查基準」(rationality test, 俗稱「低標」)為審查，未必能認定其為「立法瑕疵」(蓋證立未予規定乃為達成某項正當目的之合理手段，一般而言並不困難)。唯有提高審查基準至「中標」以上，從嚴進行審查，始能審究：「漏未規定」是否「顯然構成立法上之重大瑕疵」，從而宣告其為「違憲」！

次按審查會通過之該段解釋理由書第五句原作：「……顯屬立法上之重大瑕疵(本院釋字第477號解釋參照)」。¹似此論理雖嫌曖昧，尚可由其援引之解釋先例(釋字第477號解釋)窺知其理路，乃差可接受。詎料，大會時有大法官以釋字第477號解釋所涉內容(人身自由)與本案(婚姻自由)不同為由，執意刪除括弧(本院釋字第477號解釋參照)等語，遂致解釋論理欠周，誠屬遺憾！

3. 結論 (conclusion, inference)：現行婚姻章規定，於此範圍內(即其漏未規定「相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」)，與憲法第22條保障人民結婚自由之意旨有違。

三、現行民法婚姻章規定之立法疏漏，致相同性別之二人無從依法締結婚姻關係，並違反憲法第7條保障人民「平等權」之意旨

至於「爭點二」之論證，見於解釋理由書第[14]至第[16]段。因原文較長，茲先略述其要旨，再以「三段論」形式，還原並改進其論證。

理由書第[14]段首先**確認平等權之保障範圍**(Schutzbereich, scope of protection)。略謂：憲法第7條所稱「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」，**其所列之5種禁止歧視事由，僅係例示，而非窮盡列舉**。故凡以其他事由，例如身心障礙、性傾向等為分類標準，所實施之差別待遇，均屬該條平等權規範之範圍。

政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集(一)》，頁219-274(1998/07)。

理由書第 [15] 段首先確認，本案確有「歧視」（差別待遇）存在：「現行婚姻章僅規定一男一女之永久結合關係，而未使相同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇」。其次，綜合考量（1）婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之重要基本權；（2）性傾向屬於「難以改變之個人特徵」（immutable characteristics）；（3）同性性傾向者在我國因長期未能見容於社會，並因人口結構因素，而屬社會上孤立隔絕之少數，致難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位等因素後，應以「較為嚴格之審查標準」，判斷其是否符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。亦即，關於以性傾向作為分類標準所為之結婚自由之差別待遇，主管機關須能證明其目的係為追求「重要公共利益」，且其差別待遇之手段與目的之達成間具有「實質關聯」，始為合憲。

審查標準既定，理由書第 [16] 段爰檢視系爭差別待遇（以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受到相對不利之對待）是否合憲。其論證主要在檢視兩項命題之真偽：

（一）實施系爭差別待遇係為「繁衍後代」？

多數大法官以為：「惟查婚姻章並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件，亦未規定結婚後不能生育或未生育乃婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，顯見繁衍後代並非婚姻不可或缺之要素。故以不能繁衍後代為由，而未使相同性別二人得以結婚，顯非合理之差別待遇」。

（二）實施系爭差別待遇係為「維護基本倫理秩序」？

多數大法官以為：查民法為維護基本倫常秩序，對婚姻設有若干限制，例如：結婚年齡之限制、單一配偶之限制、近親通婚之禁止、忠貞義務及扶養義務之課予等，「其計慮固屬正當，惟若許相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，亦得要求其應遵守相同之限制，以維持異性婚姻制度所建構之基本倫理秩序。是以維護基本倫理秩序為由，未使相同性別二人得以結婚，亦顯非合理之差別待

遇」。

上述論述乃系爭「法律不作為」何以違反「平等權」之關鍵，結論應值贊同，惟其並未使用平等權的標準檢驗模式，指出系爭「立法不作為」之「目的」或「手段與目的之關聯性」如何違憲，功虧一簣。

作者以為，關於前揭命題（一），解釋理由書中應具體指明：①「繁衍後代」固屬「正當之公共利益」，然相較於攸關個人自主之「結婚自由」而言，尚難謂為「重要之公共利益」；②且其所採取之歧視性手段——以性傾向為分類標準，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係——與其所欲達成之「目的」（繁衍後代）間，亦欠缺「實質關連」。蓋現行婚姻章並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件，亦未規定結婚後不能生育或未生育乃婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，故僅限制同性二人得成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯然難以有效達成確保「繁衍後代」之目的！

關於前揭命題（二），解釋理由書中應具體指明：①「維護基本倫常秩序」固屬「重要之公共利益」，②然其所採取之歧視性手段——以性傾向為分類標準，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係——與其所欲達成之「目的」（維護基本倫常秩序）間實欠缺「合理關聯」，遑論具有「實質關聯」。蓋許相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，一樣可以要求其應遵守相同之限制，以共同維持原由異性婚姻制度所建構之基本倫常秩序。

茲依如上補強後之論理，將解釋理由書第 [14] 至第 [16] 段之論證，以邏輯三段論 (syllogism) 形式，重現如下：

1. 大前提 (major premise = 本案裁判應適用之法則)：憲法第 7 條規定：「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」。其所列「男女、宗教、種族、階級、黨派」等 5 種禁止歧視事由，僅屬例示，而非窮盡列舉。是凡無正當理由，而為差別待遇，即屬違反該

條所保障之「平等權」。次經綜合考量：(1) 性傾向屬於「難以改變之個人特徵」(immutable characteristics)；(2) 同性性傾向者在我國因長期未能見容於社會，並因其人口結構緣故，乃屬社會上孤立而隔絕之少數(discrete and insular minority)，致難期經由一般民主程序扭轉其法律上之劣勢地位；(3) 結婚自由乃憲法第22條所保障之重要基本權(fundamental rights)等因素，故以性傾向為基礎，就相同性別二人之結婚自由所為之差別待遇，應適用「較為嚴格之審查標準」，以檢驗其是否符合憲法第7條保障平等權之意旨。主管機關須能舉證差別待遇之「目的」乃為追求重要公共利益，且其所採差別待遇之手段與目的之達成間，具有實質關聯，始為合憲。

2. 小前提(minor premise)(相應於大前提之重要事實)：現行婚姻章**僅規定一男一女之永久結合關係，而未使相同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇。如其係為「繁衍後代」而實施系爭差別待遇，該目的固屬正當之公共利益，然相較於攸關個人自主之結婚自由，尚難謂為重要之公共利益；而其所採取之歧視性「手段」—以具有相同之性傾向為由，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—與其所欲達成之「目的」(繁衍後代)間亦欠缺「實質關連」**。蓋現行法並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件，亦未規定結婚後不能生育或未生育乃婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，故僅**限制同性二人成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯難有效達成「繁衍後代」之目的。又，其倘係為「維護基本倫常秩序」而實施系爭差別待遇，該目的固屬重要之公共利益，然其所採取之歧視性手段—以具有相同之性傾向為由，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—與其所欲達成之「目的」(維護基本倫常秩序)間顯然欠缺「合理關聯」，遑論有「實質關聯」**。蓋許相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，仍得要求其應遵守相同之限制，以共同維持原由異性婚姻制度所建構之基本倫常秩序。

3. 結論(conclusion, inference)：綜上，本件主管機關未能舉證：以

系爭「立法不作為」所實施之差別待遇——以具有相同之性傾向為由，未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係——究係為追求何種「重要公共利益」，且其差別待遇之手段與追求目的之達成間具有「實質關聯」，爰應認系爭「立法不作為」與憲法第7條保障平等權之意旨有違。

以上所論殆為本解釋之表象論理。非更探索其間之深層考量 (underlying concerns)，尚難謂洞悉本解釋。

四、「受理時機」與「解釋範圍」之妥協

讀者不免疑問：立法院司法及法制委員會既於民國105年（2016年）12月26日初審通過數個版本的同婚合法化法案，大法官何不俟其完成審議，再行審查，而必於106年2月10日公告，訂於同年3月24日舉行言詞辯論，並暗示將於5月底之前作成解釋³¹，如此有無「霸凌民主」(bullying democracy)，或「繞過民主決策程序」(bypassing democratic decision-making process) 之嫌？甚或最終演變成「法官治國」(gouvernement des juges, juristocracy)？尤其，同婚為極具爭議性與分裂性的政治議題 (an extremely controversial and divisive political issue)，能不慎乎？！

就此，解釋理由書第[10]段坦陳：「本件聲請涉及同性性傾向者是否具有自主選擇結婚對象之自由，並與異性性傾向者同受婚姻自由之平等保護，為極具爭議性之社會暨政治議題，民意機關本應體察民情，盱衡全局，折衝協調，適時妥為立（修）法因應。茲以立（修）法解決時程未可預料，而本件聲請事關人民重要基本權之保障，本院懷於憲法職責，參照本院釋

³¹ 依法大法官應於言詞辯論結束後2個月內，作成解釋公布。參見大法官審理案件法第13條第2項（「前項言詞辯論，準用憲法法庭言詞辯論之規定」）；同法第24條第2項（「經言詞辯論之判決，應於言詞辯論終結後一個月內指定日期宣示之」）；憲法法庭審理規則第16條（「經言詞辯論之裁判，應於言詞辯論終結後一個月內指定日期宣示之。但自言詞辯論終結時起至宣示裁判期日不得逾二個月」）。

字第585號及第601號解釋意旨，應就人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值之維護，及時作成有拘束力之司法判斷。爰本於權力相互尊重之原則，勉力決議受理，並定期行言詞辯論，就上開憲法爭點作成本解釋」。

關於前揭說明，合理之解讀當是：大法官雖懷於保障人權之憲法天職，而決議勉力受理本案，然亦不敢或忘「權力分立原則」(doctrine of separation of powers, Gewaltenteilung, separation des pouvoirs) — 權力部門應相互制衡並相互尊重，乃決定以「立法不作為」³²定性「解釋標的」，俾保留予立法部門最大的決策空間（立法裁量範圍）³³，並盡力縮小解釋範圍³⁴，期能在「法治」（人權保障）與「民主」（多數決統治）間，謀求最適平衡（optimal equilibrium）。

伍、不同意見書 (dissenting opinions)

本解釋僅有2件不同意見書，沒有協同意見書，與近年來大法官每一憲法解釋平均有8件個別意見書 (separate opinions) (含協同意見、不同意見、部分協同暨部分不同意見等) 者迥異。此乃因參與本案審議之14位大法官當初曾協商，希望能以「全體一致同意」(per curiam) 之方式作成解釋。後雖未果，持多數意見之大法官仍同意盡量在解釋文與解釋理由書中尋求妥協，不另發表個別意見，以強化本解釋之公信力。

³² 是即解釋文所謂：「婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」。

³³ 是即解釋文所謂：「至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍」。

³⁴ 是即理由書第[18]段所謂：「**本案僅就婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第22條保障之婚姻自由及第7條保障之平等權，作成解釋，不及於其他**」；又理由書第[17]段所謂：「逾期未完成法律之修正或制定者，相同性別二人為成立以經營共同生活為目的，具有親密性及排他性之永久結合關係，得依婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記，並於登記二人間發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務」。

一、部分不同意見書（黃大法官虹霞提出）

其意見略以：(1) 關於多數意見有關「相同性別之二人有權自主決定永久結合關係，相互扶持，國家應以法律對此種結合給予適當保護」之論述，敬表同意。惟，「等者等之、不等者不等之」乃平等權之真諦，鑑於繁衍後代、生養子女乃婚姻之核心內涵，相同性別二人之永久結合，與異性別二人之永久結合於此確有差別，故以是否有自然生育子女之可能，作為對同性二人之永久結合實施差別待遇，應屬正當理由。

(2) 婚姻制度歷史悠久，先於憲法、法律而存在。婚姻之應受國家制度保障，非緣於憲法明文規定（此與德國基本法第6條第1項明定婚姻保障者不同），而係緣於大法官之解釋。究大法官保障婚姻之理由，不外：「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」（釋字第552號解釋）及「婚姻與家庭係社會形成與發展之基礎」（釋字第554號解釋）。凡此均與憲法第22條所保障之「其他自由及權利」無涉。

(3) 大法官是釋憲者，不是制憲者，無權以解釋為婚姻作新的定義；本解釋亦未為婚姻作新的定義。既未就「婚姻」下定義，如何能「超越」異性婚姻下之「婚姻自由」，推論出相同性別二人間之永久結合關係涉及「婚姻自由」？

(4) 大法官解釋先例皆係針對「一夫一妻」之婚姻，本於「男女平權」而作，與本件聲請（原因事實係相同性別者）不同，無關「男女平權」，自然不能適用於本案。因此，由本院解釋先例無法推導出「相同性別二人間之永久結合關係違反憲法第7條之平等權保障」之結論。

二、不同意見書（吳大法官陳鏞提出）

其意見略以：(1) 臺北市府之聲請不合規定，應不受理。蓋結婚之事項屬中央立法並執行之事項，民法之主管機關法務部既認民法限制同性別二人民不得訂立婚約或結婚登記之規定，並無牴觸憲法第7條、第22條及第23條規定，內政部復無不同意見，屬地方行政機關之臺北市府，

就民法之解釋、適用，自應受法務部見解之拘束，行政院竟為之層轉本院解釋，自不合大審法第 9 條前段之規定。

(2) 憲法保障之婚姻自由限於一夫一妻。婚姻係一種制度(institution)，是一個國家社會及文化價值觀之反映，是否變更其意涵，應透過直接民主或間接民主之程序為之。在我國，婚姻自由之核心內容係民法規定一夫一妻之婚姻制度，經本院解釋而受憲法保障。多數意見竟反客為主、倒果為因，認婚姻自由不限於一夫一妻之婚姻制度，而得出民法親屬編婚姻章有立法上重大瑕疵之結論，邏輯謬誤，無法認同。

(3) 同性婚姻並非普世保障之人權。世界人權宣言規定男女才能締結婚姻，公民與政治權利國際公約、歐洲人權公約、美洲人權公約、日本國憲法等亦然。目前聯合國共有 193 個會員國，承認同性婚姻之國家僅 21 國。

(4) 未以婚姻制度，保障同性別二人之永久結合，尚不違反憲法第 7 條平等原則。按一男一女不同性別二人間之婚姻制度，係由於社會及文化價值觀，自然形成之制度，具有深植人心之社會及文化意涵，故民法親屬編單純未設立與不同性別二人間「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，並非恣意以性傾向為分類標準，對同性性傾向者之婚姻自由所為之差別待遇。

(5) 因個人之意願或個人之特殊生理因素，一夫一妻之婚姻，固有不繁衍後代者，但同性別二人間之結合，基於生理上之差異，則絕無繁衍後代之可能，因該差異所生社會生活功能角色上之不同，而為差別對待，其目的係為維繫人倫秩序、健全家庭制度、繁衍後代、提升生育率、養育子女、緩和人口高齡化速度、維繫家庭功能、維持合理人口結構，使社會、國家得以永續發展之重要公共利益，與所採取未容許同性別之二人成立婚姻關係之手段間具實質關聯，乃無違憲法之平等原則。

陸、結語

中華民國憲法制定於 1946 年 12 月 25 日，施行於 1947 年 12 月 25 日，其時

內戰業已爆發，漫天烽火。1948年9月15日大法官首度於南京集會，開始行使「解釋憲法並統一解釋法律與命令」之權，旋因大陸淪陷而播遷台灣，歷經威權、轉型與民主時期，持續釋憲不輟逾70年，累計作成解釋785件，放眼亞洲，堪稱僅見。奈何礙於國際政治現實，台灣違憲審查成果迄未獲得應有的重視，殊為可惜。

本解釋涉及極具社會及政治爭議之「同婚」議題（參見【附表一】），要屬「困難案件」（a hard case）。多數大法官首先本於「人性尊嚴」（human dignity）與「個人自主」（individual autonomy），肯認憲法第22條所保障之「重要基本權」（fundamental rights）包含「結婚自由」，含「是否」結婚及「與何人」結婚之個人自主權。其次並嘗試超越性別，重新確認婚姻之事物本質（Natur der Sache）為「二自然人為經營共同生活之目的，所成立之具有親密性及排他性之永久結合關係」。進而以之論證：如上「永久結合關係」對「相同性別二人」健全其人格發展與維護其人性尊嚴，亦屬「**不可或缺**」（indispensable），故應保障「相同性別二人」亦得締結如上「永久結合關係」，以享有憲法第22條所保障之「結婚自由」。又，以「性傾向」為基礎，而未使「相同性別二人」得以締結如上「永久結合關係」，無異拒絕對「相同性別二人之結婚自由」，給予平等之保護。再者，多數大法官一方面縮小解釋範圍，釋示：「**本案僅就婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第22條保障之婚姻自由及第7條保障之平等權，作成解釋，不及於其他**」；他方面並將最具爭議，從而最適合循民主程序作成決定之事項，保留予具有民意基礎之政治部門，而釋示：「**至以何種形式（例如修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式），使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍**」。最後，為恐政治部門屆期未能完成立（修）法，致本解釋意旨淪為空談，乃史無前例地創設「備用」救濟，論知：「**逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記，並僅「於登記二人間發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務」。**如上解釋不僅守護了個人的憲法基本權，也兼顧了民主政治與司法獨立的原則，堪稱用心良苦，允執

厥中！縱其論理猶有未周，殆亦瑕不掩瑜矣。

本解釋並為比較憲法學 (comparative constitutional law) 提供了有趣的研究素材。按釋字第748號解釋與美國聯邦最高法院 *Obergefell* 案雖均以「重要基本權」(fundamental rights) 中之「結婚自由」(right to marry) 與「平等權」(equal protection) 為基礎，獲致「同性婚姻應受憲法保障」之結論，然兩者論證顯有不同。舉其犖犖大端：

(1) 關於「重要基本權」之論述，*Obergefell* 的多數意見 (J. Kennedy 主筆，以 5：4 通過) 係採「利益衡量」解釋方法 (balancing approach)，認：歷史與傳統固然指導、教示吾人何謂「重要基本權」，但並不因此界定「重要基本權」之外在界限；法院仍須於個案審酌系爭利益是否攸關個人尊嚴及自主，以決定國家（與各州）是否須予尊重。³⁵繼而舉出四項理由，說明「婚姻權」(right to marry) 對於「同性伴侶」(same-sex couples) 同屬「不可或缺」，故應受憲法之保障。上述饒具彈性的「利益衡量」解釋法，遭到四位持「不同意見」的大法官猛烈的批評。例如，首席大法官 Roberts (C.J. Roberts) 認為聯邦憲法既未有「婚姻」之定義，各州自得決定是否維持原「相異性別二人」之婚姻定義，或將之擴及於「相同性別二人」；³⁶Scalia 大法官 (J. Scalia) 則持「原旨主義者」(originalists) 解釋方法，認禁止相同性別二人結婚於第14增修條文制定時既不違憲，則其於今自然亦不違憲。然，釋字第748號解釋則直指核心，探求「事物本質」，重新確認婚姻乃「二自然人為經營共同生活之目的，而成立之具有親密性及排他性之永久結合關係」。如此論證似較「原旨主義者」解釋方法與「利益衡量」解釋方法，更具有說服力。

(2) 關於禁止相同性二人結婚，何以違反憲法「平等權」一節，

³⁵ “History and tradition guide and discipline the inquiry but do not set its outer boundaries.” “Rather, it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect.” *See Slip op.*, at 10–11.

³⁶ *See Slip op.*, at 2.

Obergefell 案之多數意見不僅論述之篇幅遠遜（於違反「重要基本權」之論述），論述之內容尤「語焉不詳」³⁷。無怪乎首席大法官 Roberts 直言：多數意見除模糊地宣稱第14憲法增修條文之「平等保護條款」（the Equal Protection Clause），與「正當程序條款」（the Due Process Clause）二者間具有一種想當然耳的「互補效用」（synergy）（認為依據其所建立的裁判先例，亦可適用於另一）外，不曾進行過嚴肅的論證，連最基本之系爭差別待遇之分類「手段」，與其所宣稱之「目的」間，是否具有充分之關聯，皆未置一詞。相較之下，**釋字第748號解釋**關於系爭「立法不作為」如何違反（憲法第22條所保障之）「結婚自由」，僅有一段論述，而關於其何以違反（憲法第7條所保障之）「平等權」則有三段論述，**顯然係以違反平等權保障為論證的重心**。雖然，**釋字第748號解釋**關於違反「平等權」之論證猶未臻周延，但至少已明確提出審查標準。

（3）尤值深思者，厥為「結婚自由」（屬「重要基本權」）與「平等權」二者之關係。亦即，在獲致「相同性別二人為經營共同生活之目的，而成立之具有親密性及排他性之永久結合關係，應受憲法保障」之結論時，「婚姻自由」與「平等權」兩個理由論述，究竟處於如何關係？**其為兩個個別理由？抑或實為一個理由？**就論理之架構觀之，*Obergefell* 案與**釋字第748號解釋**皆採「二元論」，分別就系爭規定是否違反「結婚自由」與是否違反「平等權」進行審查與論證。「二元論」最大的風險在於，是否違反「結婚自由權」與是否違反「平等權」，依個案情形可能須分別適用不同的審查基準，從而可能獲致不同的審查結論（例如：在「結婚自由權」部分為合憲，在「平等權」部分為違憲；或者反之），此時該宣告系爭規定為合憲或違憲？類此情形，為避免審查結論分歧，大法官解釋多避免採用「二元論」解釋方法。³⁸作者以為，**釋字第748號解釋**已經注意到此潛在風險，並以「婚姻

³⁷ “The central point seems to be that there is a ‘synergy between’ the Due Process Clause and the Equal Protection Clause are connected in a profound way. Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are not always coextensive, yet each may be instructive as to the meaning and reach of the other.” See Slip op., at 23.

³⁸ 少數例外，例如**釋字第266號解釋**。

自由之平等保護」(參見解釋文第 2 句)一語，將二者巧妙地融合為一。兩相比較，*Obergefell* 案之論證缺失固已暴露無遺，而進一步完善釋字第 748 號解釋論理之可行途徑亦已呼之欲出³⁹。

後記 (Epilogue)

釋字第 748 號解釋前後，台灣社會關於「同婚合法化」的態度並無明顯變化(詳如【附件二】)。去(2018)年 11 月 24 日「九合一」地方選舉一併舉辦之公投投票，其中三案與「同婚」有關，分別是：第 10 案(你是否同意民法婚姻規定應限定在一男一女的結合?)、第 12 案(你是否同意以民法婚姻規定以外之其他形式來保障同性別二人經營永久共同生活的權益?)及第 14 案(您是否同意，以民法婚姻保障同性別二人建立婚姻關係?)。公投結果分別為：第 10 案「通過」(同意：765 萬 8008 票；不同意：290 萬 7429 票)；第 12 案「通過」(同意：640 萬 1748 票；不同意：407 萬 2471 票)；第 14 案「不通過」(同意：338 萬 2286 票；不同意：694 萬 9697 票)，顯示多數台灣人民係「有保留地認同」釋字第 748 號解釋之釋示。

嗣立法院於今(2019)年 5 月 22 日(釋字第 748 號解釋所定 2 年期限屆滿前)三讀通過「**司法院釋字第七四八號解釋施行法**」，刻意規避「婚姻」二字。其第 1 條規定：「為落實司法院釋字第七四八號解釋之施行，特制定本法」；第 2 條規定：「**相同性別之二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係**」；第 4 條規定：「第二條關係應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人，依司法院釋字第七四八號解釋之意旨及本法，向戶政機關辦理結婚登記」。同法並詳細規範此一永久結合關係之「禁止成立」事由(以維倫常)⁴⁰、「無效」⁴¹與「得撤銷」⁴²事由。至於此種永久結合關係中相同性別二人之權利、義務、財產

³⁹ 參見本文前揭註 27。

⁴⁰ 參見「司法院釋字第 748 號解釋施行法」第 3 條、第 5 條、第 6 條及第 7 條之規定。

⁴¹ 參見同法第 8 條。

⁴² 參見同法第 9 條。

關係、收養他方親生子女等事項，則大體「準用」民法之規定。另，第26條明定：「任何人或團體依法享有之**宗教自由及其他自由權利，不因本法之施行而受影響**」，惟能否有效化解基本權之衝突（conflicts of human rights）猶待觀察。

附件一

題目：

立法院最近積極推動『同性婚姻合法化』,引起部分社會人士強烈反對。(簡單地說,就是『同性戀者,也能和一般男女一樣結婚,並享有民法上相同的權利與義務)請問,您贊不贊成『同性婚姻合法化』?

調查時間：2016年11月28日

有效樣本數：1,098

	贊成	反對	不知道
性別			
男性	42.8%	52.1%	--
女性	49.6%	41.9%	--
年齡			
65歲以上	21.2%	60%	18.8%
55-64歲	29%	60.5%	10.5%
45-54歲	40.2%	52%	7.7%
35-44歲	54.5%	38.9%	6.6%
25-34歲	67.2%	30.5%	2.3%
20-24歲	81.4%	18.7%	10.5%
族群			
河洛人	46.7%	45.6%	7.8%
客家人	49%	45.6%	5.5%
外省人	41.1%	46.2%	12.7%
原住民	45.2%	45.6%	9.2%
教育程度			
大學以上	66.6%	30.7%	2.7%
高中職以下	41.3%	52.2%	6.5%
專科	48.3%	45%	6.9%
初中 / 國中	35.6%	53.5%	10.9%
小學及以下	20.6%	58.3%	21.1%
宗教信仰			
一般民間信仰 (祭祖拜神)	52%	37.4%	10.6%
道教	44%	52.3%	3.8%
佛教	42.8%	50.2%	6.9%
基督教	32%	60.3%	7.8%
無宗教信仰	53.3%	33.5%	13.1%
政黨傾向			
民進黨	43.6%	50.2%	6.1%
國民黨	41.1%	54%	4.9%
時代力量	64.4%	33.1%	2.4%
親民黨	47.9%	45.3%	6.8%
無政黨傾向	43.3%	42.2%	14.5%

資料來源：台灣民意基金會連續性民調 <https://www.storm.mg/article/196777>

附件二

題目：

立法院最近積極推動『同性婚姻合法化』，引起部分社會人士強烈反對。（簡單地說，就是『同性戀者，也能和一般男女一樣結婚，並享有民法上相同的權利與義務）請問，您贊不贊成『同性婚姻合法化』？

	非常贊成	還算贊成	不太贊成	一點也不贊成	其他（沒意見 / 不知道 / 拒答）
2016/11/28	18.9%	27.4%	18.1%	27.3%	8.2%
2016/12/26	13.6%	24.2%	21.2%	34.8%	6.2%
2017/05/24 釋字第 748 號解釋公告					
2017/08/29	15.2%	27.7%	17.0%	32.6%	2.3%

資料來源：台灣民意基金會連續性民調

<https://www.storm.mg/article/205513>

<https://www.storm.mg/article/194927>

https://www.ftvnews.com.tw/AMP/News_Amp.aspx?id=2017829T11M1