

# 同性婚をめぐる 司法と法学の展開

北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター 編

# 同性婚をめぐる司法と法学の展開

北海道大学大学院法学研究科  
附属高等法政教育研究センター 編

はじめに

「台湾大法官积字第 748 号解釈に関する解説」

湯徳宗、徐行（訳）（『北大法学論集』71巻6号より転載）

はしがき  
一、事実  
二、争点  
三、解釈の要旨  
四、解釈の論理  
五、個別意見書  
六、むすび  
あとがき

「台湾大法官释字第 748 号解釋解析」

湯徳宗（『北大法学論集』71巻6号より転載）

前言  
壹、事實  
貳、争点  
參、解釋要旨  
肆、解釋論理  
伍、個別意見書  
陸、結語  
後記



この「ACADEMIA JURIS BOOKLET」シリーズは、北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センターが主催したシンポジウム・講演会などの内容を記録するものです。

本号には、2019年12月14日（土）に北海道大学文系共同講義棟（軍艦講堂）8番教室で行われた国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」から、湯徳宗氏（台湾東呉大学教授・元司法院大法官）の報告をもとに構成した内容をおさめました。

## 国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」

日時:2019年12月14日(土) 14時～17時

場所:文系共同講義棟(軍艦講堂) 8番教室

14:00～	あいさつ・パネリスト紹介	辻康夫(北海道大学)
	台湾の状況	湯徳宗 (Dennis T.C. Tang; 台湾・東呉大学、 元 台湾・司法院大法官)
	休憩(約5分)	
15:00～	アメリカ・カナダの状況	白水隆(千葉大学)
	日本の状況	綱森史泰(札幌弁護士会)
	休憩 質問票回収(約10分)	
16:00～	解説・コメント	鈴木賢(明治大学)
		佐々木雅寿(北海道大学)
	質疑応答・ディスカッション	湯徳宗、白水隆、綱森史泰、 鈴木賢、佐々木雅寿、辻康夫、 徐行(北海道大学)
17:00 終了		

## はじめに

今日、同性婚の是非をめぐるのは、世界中で活発な論争が行われています。わが国もその例外ではありません。近年、多くの自治体で、同性パートナーの認証制度が導入されるに至りました。論争の舞台のひとつになるのが、司法・法学の場であり、同性婚の制度を求める主張が、憲法上の権利にもとづいて展開されます。日本においても、各地で訴訟が提起され、2021年3月には、札幌地方裁判所において、現行法制を違憲とする画期的な判決が下されました。

司法・法学の場で展開される議論は、各国の法の論理に規定されるため、倫理一般の問題に還元できない、複雑な性格を持ちます。この点を検討するために、本センターでは、2019年12月14日に国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」を開催しました。ここに掲載する、湯徳宗氏（台湾東吳大学教授・元司法院大法官）の論文は、当日の基調講演に大幅な加筆・修正を加えたものです。その学術的価値に鑑みて、『北大法学論集』（67巻6号）にも同時に掲載し、本ブックレットは、その「複写」を掲載する形式をとりました。

シンポジウムのために来日いただいた湯徳宗先生、講演者の白水隆先生（千葉大学）、綱森史泰先生（札幌弁護士会）、コメンテーターの鈴木賢先生（明治大学）、佐々木雅寿先生（北海道大学）、徐行先生（北海道大学）、ご聴講くださった多くの皆様に、厚く御礼申し上げます。

北海道大学大学院法学研究科  
附属高等法政教育研究センター長

辻 康夫

国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」\*

## 台湾大法官釈字第748号解釈に関する解説

湯 徳 宗<sup>†</sup>  
徐 行 (訳)

### 目 次

- はしがき  
一、事実  
二、争点

\* 本稿は本号掲載の、湯徳宗「台湾大法官釈字第748号解釋解析」の日本語訳です。この講演は、2019年12月14日に北海道大学法学研究科・高等法政教育研究センターにおいて開催された、国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」における基調講演です。シンポジウムのために来日いただいた湯徳宗先生、シンポジウム講演者の白水隆先生(千葉大学)、網森史泰先生(札幌弁護士会)、コメンテーターの鈴木賢先生(明治大学)、佐々木雅寿先生(北海道大学)、徐行先生(北海道大学)、ご聴講くださった多くの皆様に、厚く御礼申し上げます。(高等法政教育研究センター長・辻康夫)

<sup>†</sup> 現任台湾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。

- 三、解釈の要旨
- 四、解釈の論理
- 五、個別意見書
- 六、むすび
- あとがき

## はしがき

今日北海道大学 (Hokkaido University) 高等法政教育研究センター (The Advanced Institute for Law and Politics) にお招きいただき、国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」(Symposium on Same-sex Marriage) に参加し、中華民国(台湾)司法院大法官釈字第 748号解釈について解説する機会をいただきまして、非常に光栄に思います。ご期待に応えることができれば幸いです。

今年 9 月、司法院大法官を退任する前に、私は "Celebrating the 70th Anniversary of Constitutional Review on Taiwan: Review and Prospects" (台湾違憲審査制度70年の回顧と展望) をテーマに、東京大学、京都大学、東北大学といった大学で講演を行ったが、時間の関係で北海道大学を訪問する機会がありませんでした。故に、今日ここで講演できることを特に嬉しく思います。

※ ※ ※

台湾の大法官釈字第748号解釈はアジア諸国における最初の同性婚合法化に関する司法判断として大きく注目されている。しかし、実際に本件の審議に関わった14名の大法官<sup>1</sup>は、本件が高度の政治性を帯びているため、審理の際に非常に慎重であった。「同性婚の合法化」は蔡英文氏が2016年の総統選における主要な政見の1つである。彼女が2016年1月16日に当選し、5月20日に総統に就任したが、5名の大法官の任期が

---

<sup>1</sup> 黄瑞明大法官は本件の審理を回避した。

10月31日に満了するため、9月に7名<sup>2</sup>の新任大法官（司法院院長と副院長を兼任する大法官各1名を含む）の候補者を「指名」し、10月に立法院の「同意」を経て、11月1日に正式に新任の大法官を「任命」した。改組後の司法院は11月下旬に本件の「受理」<sup>3</sup>を決定し、翌2017年2月10日に、その年の3月24日に口頭弁論を開くことを公表した。それと同時に、立法院司法および法制委員会は2016年12月の末に「同性婚姻の合法化」に関する複数の立法案を審査して一読会を通過させた<sup>4</sup>。釈字第748号解釈はこのような背景のもとで作成された。

<sup>2</sup> 中華民国憲法増修条文（2005年6月10日修正・公布）第5条は「**司法院には大法官15名を置き、そのうち1名を院長、1名を副院長とし、總統の指名により立法院の同意を経てこれを任命する**。これは中華民国92年（2003年）から実施しており、憲法第七十九条の規定は適用されない。司法院大法官は法官からの転任者以外は、憲法第八十一条および法官終身職待遇に関する規定が適用されない。（以上第1項）

司法院大法官の任期は8年とし、期を分かたず個別で計算し、再任はできないものとする。ただし、院長・副院長を兼任する大法官は、**任期の保障を受けない**。（以上第2項）

中華民国92年（2003年）に總統が指名した大法官のうち8名については、院長・副院長を含みその任期を4年、**その他の大法官の任期を8年とし、前項の任期に関する規定は適用されない**。（以上第3項）……」と規定している。

したがって、2003年以降、司法院大法官の**定数は15名（院長・副院長を兼任する者を含む）に固定され、「間隔任期制」（staggered tenure）が採用された**。大法官の**任期は8年とし、個別で計算し、再任はできない**。ただし、**院長・副院長を兼任する大法官は、任期の保障を受けない**。

<sup>3</sup> 本件は、最初は2016年3月に審査会の討論に付されたが、大法官全員によるおおまかな討論を経た後、主席（大法官兼司法院院長）が「一時的に棚上げ」と裁定し、出席した大法官全員が異議を唱えなかった。司法院大法官が改組された後、本件は2016年11月23日に再度審査に付されて、「受理」と議決された。

解釈要請案件は、現職大法官の三分の二以上が出席し、出席者の過半数の賛成により、「受理」または「不受理」と議決される。大法官案件審理法第14条および同法施行細則第16条をご参照ください。

<sup>4</sup> 立法院第9回第2期司法および法制委員会第24回全体委員會議記録をご参照ください（[https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/communique1/final/pdf/106/12/LCIDC01\\_1061201\\_00002.pdf](https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/communique1/final/pdf/106/12/LCIDC01_1061201_00002.pdf)、最終アクセス日2019年11月28日）。



## 一、事実 (Facts)

### 1、本解釈は 2 件の要請を併合して審査した結果である

要請者の一方 (台北市政府) は所轄する万華区戸政事務所が同性の両名による結婚登録の申請業務を扱い、民法第 4 編第 2 章 (以下、婚姻章と称する) の規定および内政部 2012 年 5 月 21 日台内戸字第 1010195153 号函 (以下、係争函と称する。函は法務部から 2012 年 5 月 14 日に転送された法律字 10103103830 号函で、「……二、我が国の民法は婚姻の当事者について、必ず一男一女でなければならないと明文で直接規定しているわけではないが、規定の趣旨から、我が国の民法は婚姻の定義について『終生の共同生活を目的とした“一男一女”の適法な結合関係』を採用していると推測できる」と述べている) の適用につき、憲法第 7 条、第 22 条および第 23 条の規定と抵触するとの疑義を生じたことから、上級機関 (内政部) を通じて行政院に転送され、行政院から司法院に解釈の要請があったものである。そのうちの婚姻章の規定についての解釈要請部分は、大法官の審査を経て、司法院大法官案件審理法 (以下、大審法と称する) 第 5 条第 1 項第 1 号<sup>5</sup>および第 9 条<sup>6</sup>の規定に符合するので、これを受理

---

<sup>5</sup> 大審法 (1993 年 2 月 3 日改正・公布) 第 5 条第 1 項第 1 号は、「左記事情のいずれかに該当する者は、憲法解釈を要請することができる：一、中央または地方の機関が職権の行使において、憲法の適用につき疑義を生じた場合、または職権の行使によりその他の機関の職権との間に、憲法の適用に関する争議を生じた場合、または法律と命令の適用につき憲法と抵触するとの疑義を生じた場合」と規定している。

<sup>6</sup> 大審法第 9 条は、「解釈を要請する機関に上級機関がある場合、その申請は上級機関を経由して転送されなければならない。上級機関は規定に符合しないものについて、転送してはならない。職権により解決すべきものについても同様である」と規定している。また、戸籍法 (2015 年 1 月 21 日改正・公布) 第 2 条は、「本法でいう主管機関とは、中央であれば内政部、直轄市であれば直轄市政府、県 (市) であれば県 (市) 政府である」と規定している。本件の要請者台北市政府は地方の主管機関として、地方自治に属さない事項 (戸籍登録) について、法律の適用につき憲法と抵触するとの疑義を生じ、司法院に解釈を要請したため、上級機関による「転送」を経由しなければならない。

すべきであると認定された<sup>7</sup>。

もう一方の要請者（祁家威）は、婚姻登録の申請が断られ、幾度の訴訟を経て、確定終局判決（最高行政法院2014年度判字第521号判決）が適用した民法第972条、第973条、第980条および第982条の規定が、憲法が保障する人格権、人間の尊厳、家族を形成する自由権を侵害し、憲法第7条、第22条、第23条および憲法増修条文第10条第6項の規定と抵触する疑義があるとして、解釈の要請を行った。大法官はこれを審査し、大審法第5条第1項第2号の規定<sup>8</sup>に符合するので、受理すべきであると認定した。上述の2件の解釈要請はいずれも婚姻章の規定が憲法に抵触するのではないかとの疑義であることから、併合して審理することとなった（解釈理由書第1段落参照）。

## II、憲法解釈を要請する理由

台北市政府が解釈を要請した理由を略述すれば、以下の通りである。  
(1) 同性の国民同士の結婚を禁止することは、国民の「**婚姻の自由**」に対する侵害である。然るにその目的の重要性、手段と目的の関連性は、いずれも上述の制限を正当化するには足りず、憲法第23条の比例原則に符合しない。  
(2) **性的指向を分類の基準とする差別的扱いには、比較的厳格な審査基準を採用すべきである**。同性の国民同士の結婚を禁止することは、**重要な公益を達成することと実質的に関連する手段ではなく、**

<sup>7</sup> 台北市政府が別に「係争函」により違憲の疑義ありとして解釈を要請している部分について、大法官は「当該文書が内政部から台北市政府が受理した同性の両名の申請した結婚登録を認めるべきかどうかにかかる個別案件の回答文書であり」、大審法第5条第2項が規定している「命令」ではないとして、「不受理」と議決した（解釈理由書第19段落参照）。

<sup>8</sup> 大審法第5条第1項第2号は、「左記事情のいずれかに該当する者は、憲法解釈を要請することができる：……、二、国民、法人または政党は憲法上保障されている権利につき、違法な侵害を受けて、法定の手続きに従って訴訟を提起し、確定終局裁判が適用した法律または命令が憲法と抵触するとの疑義を生じた場合」と規定している。

婚姻章の関連規定は国民の憲法第22条が保障する「婚姻の自由」および第7条が保障する「平等権」を侵害するものである（解釈理由書第2段落参照）。

祁家威が解釈を要請した理由を略述すれば、以下の通りである。(1) **婚姻の自由**は国民が人格を發展させ、人間の尊厳を実現するうえでの基本的権利であり、配偶者選択の自由は婚姻の自由の核心であり、憲法第22条の保障を受ける。同性婚を制限することは、**重要な公益**の目的を達成することができないだけでなく、制限の手段と目的の達成の間にも**実質的正当性**を欠き、憲法第23条の「比例原則」の規定に反する。(2) 憲法第7条でいう「男女」あるいは憲法増修条文第10条第6項でいう「性別」とは、**性別、性的自認および性的指向を包括するため**、性的指向を分類の基準とする差別的扱いには、**比較的に厳格な審査基準**を採用すべきである。同性婚の制限をもって出産を奨励する手段とすることは、その手段と目的の間にも**実質的な関連性**を欠き、平等権の趣旨に反すると考えるべきである。(3) 憲法増修条文第10条第6項は国に対して性別による差別を解消し、両性の地位の実質的平等を積極的に促進する義務を課している。立法者はもとより立法によって積極的に同性結婚権を保障すべきであるのに、長期にわたり消極的で不作為のままであり、すでに**立法懈怠**となっている（解釈理由書第3段落参照）。

### Ⅲ、関連機関の答弁

法務部は口頭弁論で答弁を行い、略述すれば、以下の通りである。(1) 司法院大法官がこれまでの解釈で称してきた「婚姻」とは、**いずれも一夫一妻、一男一女の結合である**。「同性の者の中で婚姻を締結する自由」は、憲法第22条が保障する**婚姻の自由の範疇にある**とは言いがたい。(2) 民法とは私人間の社会的交際を規律する「社会的自律の法」であり、**親族法制は実態が先に存在する**という特色を尊重しなければならない。「婚姻における私的自治」について、**立法機関には広い裁量の余地が与えられている**。婚姻章における規定は、立法者が「一夫一妻の婚姻制度の社会秩序」を考慮し、婚姻制度に対する保護にもとづき制定したもの

で、人倫秩序の護持、男女平等および子どもの養育などの社会的機能を有し、かつひいては家族と社会の基礎をなすものである。その目的はまったく正当であり、婚姻制度を護持するという目的の達成との間に合理的な関連性があり、立法者の恣意ではないため、違憲には当たらない（解釈理由書第4段落参照）。

#### IV、要請者が30年の奮闘を経て、ようやく憲法解釈の門をこじ開けた

本解釈は例によって原因案件の事実（上記の通り）を記述した他、理由書第8段落において、初めて要請者祁家威が過去30年の間に同性婚の合法化を勝ち取るために奮闘してきた過程を振り返った。具体的には、1986年に立法院に対して請願を提起したが、当該院司法委員会に「議案とする必要はない」ことを理由に断られた。その後、法務部にも請願を提起したが、当該部は1994年8月11日に（83）法律決字第17359号函で、「我が国の現行民法でいう『結婚』とは、必ず一男一女の結合関係であり、同性の結合はこれには含まれない」と述べて、また請願を断った。2000年には再度台湾台北地方法院に結婚の公証を行うよう請求したが、拒否され、審級救済手続を尽くしたのち、大法官に解釈を要請した。大法官は2001年5月にその要請について、「適用する法律ないし法令が憲法と抵触する点を具体的に明示していない」として、不受理の決定を下した。祁家威は重ねて2013年に台北市万華区戸政事務所において結婚登録の申請をなしたが、これを拒まれたため、行政訴訟を提起した。2014年9月、最高行政法院の判決で請求が棄却され、判決が確定したのち、2015年8月に本院に解釈を要請した。このように祁家威が立法、行政、司法の責任機関に同性婚姻権を獲得すべく求めてから、すでに30年を経過している<sup>9</sup>。

---

<sup>9</sup> 祁家威は2016年3月24日、口頭弁論の際に「大法官の皆さんが今日口頭弁論を開いてくださってありがとうございます。私は41年6カ月と24日を待ちました……」と感慨深く述べた。

## V、同性婚立法は10数年の間に成果を得られなかった

本解釈は2006年以降、立法院における「同性婚姻法」草案の提案・審査状況についても簡単に振り返り、以下のように指摘した。「2016年12月26日に司法および法制委員会は複数の草案を初回の審議（一読会）を通過させたものの、いつ院会での審査手続に入れるかは、見通しが立っていない」（解釈理由書第9段落参照）。

## 二、争点 (issues)

台湾現行の違憲審査は「抽象的（法規）審査」制を採用しており、大法官は（議決を経て受理した）要請にかかわる「法規」（憲法およびその増修条文<sup>10</sup>、法律、命令、または命令に相当する規定<sup>11</sup>を含む）が憲法に抵触しているか否かについて解釈を作成することしかできず、確定した終局裁判の「事実認定と法適用」が憲法に抵触しているか否かについて審査を行ってはならない。これは司法院（憲法院）と一般法院との間の裁判権の区別である<sup>12</sup>。一般大衆が理解しやすくするために、司法院の

---

<sup>10</sup> 憲法の増修条文が憲法改正の（実質的）限界を超えているかどうか、または憲法改正の正当な手続きに違反しているかどうかも大法官解釈の範囲に属する。大法官釈字第499号解釈参照。

<sup>11</sup> 大法官釈字第153号解釈（最高法院の判例が違憲と判断）、釈字第154号解釈（「司法院大法官會議法第4条第1項第2号でいう確定終局裁判が適用した『法律または命令』は、確定終局裁判が裁判の根拠とした法律、命令、または**法律ないし命令に相当するものを指す**」）、釈字第374号解釈（「**最高法院の決議は本来院内の裁判官の事件処理の参考に供するものであり、必然的に拘束力を有しているわけではない**。判例と同一視するわけにはいかないものの、決議の作成には法的根拠があって（法院組織法第78条および最高法院処務規程第32条）、最高法院の法的見解を代表するものでもあるため、裁判官によって裁判で援用された場合、自ずと**命令に相当すると考えるべきである**。国民は法律の規定にしたがって、**本院の解釈を要請することができる**」）等参照。

<sup>12</sup> 補足しなければならないのは、2019年1月4日に制定・公布され、2022年1月4日に施行予定の憲法訴訟法はドイツの「憲法訴訟」（Urteilsverfassungsbeschwerde）制度を導入した。国民が各審級による救済手続きを尽くした後、不

ホームページ (<http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03>) に掲載されている大法官解釈には「解釈争点」という項目が設けられている。本件(釈字第748号) 解釈以前の各号解釈の「解釈争点」はいずれも大法官書記処が各解釈の主旨に基づいて整理して公表したものである。本解釈以降は大法官が「解釈」(解釈文と解釈理由書を含む)を審議・採択する際に、併せて「解釈争点」を審議・採択し、書記処を通じて公表するという形に変更した。「争点」を正確に把握することは大法官解釈を正しく解読する前提である<sup>13</sup>。

上記要請の趣旨を総合的に考慮した結果、大法官は本解釈の争点について、以下のように認定した。「民法親族編婚姻章は、同性の両名については、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていないが、憲法第22条が保障する国民の婚姻の自由および第7条が保障する国民の平等権の趣旨に反しているかどうか」(太字の表記は筆者が追加したものである)。

上記争点に関する記述が示したように、大法官は本解釈が「婚姻の自由」(争点一)と「平等権」(争点二)の2つの基本権に関わっていると判断した。これはその他の国々における同性婚判決とおおよそ同じである。

---

利な確定終局判決が適用した法規範または当該裁判そのものについて、憲法に抵触すると考えるなら、不利な確定終局判決が送達されて6カ月以内に憲法法院に対して違憲宣告の判決を要請することが可能になる(同法第59条参照)。憲法法院は「憲法的重要性を有し、または要請者の基本的権利を貫徹するために必要な要請を受理する」(同法第61条第1項参照)。

<sup>13</sup> 本解釈の英訳 (<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748>、最終アクセス日2019年12月12日)の「争点」部分は：“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 Constitution’s guarantees of freedom of marriage under Article 22 and right to equality under Article 7?”となっている。本件の「解釈の対象」は「立法不作為」(omission)であることを精確に表していない。詳しくは後述参照。

ただし、大法官が認定した本件で審査される規範、いわゆる「**解釈の対象**」、または「**解釈の客体**」は、「**禁令**」(prohibition, Verbot, 特定の作為を禁止する規定) **でもなければ**、「**命令**」(command, Gebot, 特定の作為を命じる規定) **でもなく**、「**立法不作為**」(omission, Unterlassung, 規定すべきにもかかわらず規定しなかったことによる**立法の欠陥**)である。この点は明らかに他の国々における同性婚判決と異なっている。

大法官は如何にして前述した「争点」を認定したのだろうか。解釈理由書第12段落は婚姻章の関連規定、特に民法第972条の「**婚約は、男女の当事者が自らこれを執り行わなければならない**」という規定を審査した結果、「**婚約は……一男一女だけが締結できると限定している以上、結婚当事者にも同様の解釈をすべき**」と認定し、「**当該章の規定は結婚を異なる性別の一男一女の結合関係に限定しているのは明らかである**」と結論付けた。そして、以下のように指摘した。結婚登録業務の中央主管機関である内政部は、民法の主管機関である**法務部の「婚姻は終生の共同生活を目的とする一男一女の適法な結合関係である」**との**解釈文書**に基づいて、結婚登録申請の個別事例について形式審査するよう、地方の戸政主管機関に通達している。地方の戸政主管機関はそれに従って同性の両名による結婚登録の申請を認めず、**今もなお同性の両名の間で法律上の婚姻関係を成立させていない**。

前述の理由書は単に同性の両名の間で法律上の婚姻関係が成立していないのは、民法に関連規定が置かれていない(法的根拠がない)ためだと説明しただけである。民法に規定がない場合、なぜその他の国々の同性婚判決<sup>14</sup>と同じように、ラテン語の法諺「**規定が省略されている事項は意図的な省略だと考えるべき**」(casus omissus pro omisso habendus est) および「**一つのことを明示的に規定しているときはその他のことが除外されていると考えるべき**」(expressio unius est exclusio alterius)に従って、「**反対解釈**」を行い、現行民法の婚姻章が「**規定していない**」

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

ことは、すなわち同性の両名の間で法律上の婚姻関係を成立させることを「禁止」していると認定せず、あえてそれを「立法不作為」（規定漏れ）と特徴づけた(characterize)ののだろうか。そこには深い意味が隠れている。

### 三、解釈の要旨 (holdings)

台湾の大法官「解釈」は2つの部分に分けられる。一つは「解釈文」であり、通常の裁判における「主文」に相当する。もう一つは「解釈理由書」であり、通常の裁判における「理由」に相当する。本解釈の「解釈文」は4つのセンテンスによって構成されており、4項目の審査結論をそれぞれ述べている。

#### I、係争の「立法不作為」が違憲

解釈文の最初の1文は「民法第4編親族第2章婚姻の規定は、同性の両名については、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性ある永続的結合関係を成立させていないため、この限りにおいて、憲法第22条が保障する国民の婚姻の自由および第7条が保障する国民の平等権の趣旨に反している」と明確に示した。

つまり、本解釈は現行婚姻章の規定が「すべて」違憲であると宣告したわけではない。その「立法不作為」の部分に限って、すなわち、同性の両名について、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性ある永続的結合関係を成立させていないことが違憲であると宣告した。この点は解釈理由書第18段落の第1文の説明を見れば明らかである。「**現行婚姻章の異性婚制度についての当事者の身分および関係する権利、義務関係は、本解釈によって変更を生じない**」。また、適度に解釈の範囲を制限し、社会の共通認識を最大限に凝集するために、解釈理由書第18段落の第2文は異例の補足説明を行った。「**本件は婚姻章の規定について、同性の両名に、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていないことが、憲法第22条が保障する婚姻の自由および第7条が保障する平等権に反しないかどうかについて解釈を**



行うのみで、他の部分には及ぶものでないことを、ここに明らかにする」。これはまさにハーバード大学の Cass R. Sunstein 教授が提唱している「一度に一つの事件という司法ミニマリズム」(One Case at A Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court)<sup>15</sup>と一致している。

## II、違憲の欠陥の修正

解釈文の第2文は第1文の趣旨を踏まえて、違憲の欠陥に対する修正について、「**関係機関は本解釈公布の日から2年以内に、本解釈の趣旨にしたがって関係する法律を改正ないし制定しなければならない**」と示した。

憲法第171条第1項<sup>16</sup>および第172条<sup>17</sup>は単に憲法に抵触した法規は「無効」であると規定しただけで、如何にして無効になるのか、最初から無効であるのか、それとも宣告されて以降無効になるのか、違憲審査機関が如何なる救済措置を宣告できるのか、といったことについては一切規定していない。大審法にも関連する規定を置いていない。大法官は釈字第185号解釈(1984年1月27日)以降、解釈(司法による法形成)をもって、その不足を補い、違憲の法規は「当該解釈の公布の日から失効する」と宣告するようになった。すなわち、「**宣告後即時失効**」の制度である。また、釈字第251号解釈(1990年1月19日)以降、違憲の法規は「当該解釈の公布の日から**一定期間が満了すると失効する**」と宣告するようになった。すなわち、「**宣告後定期失効**」の制度である<sup>18</sup>。本解釈は係争の「立法不作为」が違憲であると宣告したため、関係機関に対して「期限内に改正する」という作為義務を課さなければならない。

<sup>15</sup> CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT ATIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999).

<sup>16</sup> 中華民國憲法第171条第1項「法律が憲法に抵触したときは、無効とする」。

<sup>17</sup> 中華民國憲法第172条「命令が憲法又は法律に抵触したときは、無効とする」。

<sup>18</sup> 大法官解釈の効力の変遷について、翁岳生「司法院大法官解釈効力之研究」吳庚大法官榮退論文集委員會編『公法学與政治理論——吳庚大法官榮退論文集』(元照出版、2004年) 1～36頁参照。

「定期失効」を宣告する場合、どれくらいの過渡期を設定すべきかに関しては、大法官の裁量権に属する。解釈理由書第17段落の第1文は本解釈が2年という修正の期限を設けた理由を特別に説明した。すなわち、「本件の複雑性および論争性を考慮すると、比較的長い立法での審議期間を必要とするかもしれない。また、立法がさらに延びて、規範欠如の違憲状態が無期限に続いてしまうことを避けるため、関係機関は本解釈公布の日から2年以内に、本解釈の趣旨にしたがって関係する法律の修正ないし制定を完成させなければならない」。

### Ⅲ、立法裁量の範囲の留保

解釈文の第3文はさらに立法者が違憲の欠陥を修正する際に有する立法裁量の範囲について、「いかなる方式により婚姻の自由に対する平等な保護を達成するかについては、立法形成の範囲に属する」と示した。

この一文の内容が比較的抽象的であることに鑑み、論争を避けるため、解釈理由書第17段落の第2文は特に補足説明を行った。すなわち、「いかなる種類の形式（例えば、婚姻章の改正、民法親族編に別に章を設ける、特別法を制定する、ないし他の方法）により、同性の両名が、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させ、婚姻の自由に対する平等な保護を達成するかは、立法形成の範囲に属する」。したがって本解釈はただ憲法の基本原則を宣告しただけである。すなわち、同性の両名による親密性と排他性のある永続的結合は憲法による保障を受けるべきであり、保障の具体的な法的形式は立法者による形成と決定に委ねる。これは大法官が「権力分立の原則」に基づいて、「司法」と「立法」の権限を区別したことを示している（詳しくは後述の「四、解釈の論理」のⅣの説明をご参照ください）。

### Ⅳ、関連機関が期限内に違憲の欠陥を修正しなかった場合の例外的な救済

本件が社会的に高い論争性を有していることに鑑み、解釈文の最後の1文（第4文）はわざわざ「司法による法形成」の方法で「予備的」な救

濟方法を示し、解釈の趣旨を貫徹しようとした。すなわち、「期限が過ぎても関係する法律を改正ないし制定しなかった場合には、同性の兩名につき上述のような永続的結合関係を成立させるために、上述の婚姻章の規定にしたがって、二人以上の証人が署名した書面を持参することで、戸政機関において結婚登録をなし得るものとする」。

大法官による解釈は、全国の各機関と国民を拘束する一般的拘束力<sup>19</sup>を有するため、性質上立法と類似している。法秩序の安定性を維持するために、大法官は原則的には「以後」(公布後に効力が生じる)及び「一般」(同種の事件に普遍的に適用される)の救済しか宣告しない。しかし、適切なインセンティブ (incentives) を提供し、国民による憲法解釈の要請を後押しし、「権利あるところに救済あり」(Ubi jus, ibi remedium) という「訴訟権」の本旨に適合させるために<sup>20</sup>、大法官は釈字第177号解釈以降、国民の要請によって有利な解釈が出されたとき、**例外的に要請者にも「遡及」適用するという「個別案件の救済」**を併せて宣告するようになった。また、釈字第725号解釈<sup>21</sup>および釈字第741号解釈<sup>22</sup>以降、個別

<sup>19</sup> 大法官釈字第185号解釈(「司法院は憲法を解釈し、法律と命令の統一解釈権をも有していることは、憲法第78条によって明確に定められている。それがなされた解釈は、自ずと全国の各機関と国民を拘束する効力を有する。各機関が関係する事項を処理するとき、解釈の趣旨に従わなければならない、解釈に反する判例は、当然その効力を失う」) 参照。

<sup>20</sup> 大法官釈字第774号、第761号、第755号、第752号、第742号、第736号、第684号、第653号、第546号、第396号、第243号解釈参照。

<sup>21</sup> 大法官釈字第725号解釈(「本院が国民の要請に基づいて憲法を解釈し、確定終局判決の適用法令につき、一定期間後に失効すると宣告した場合、要請者は憲法解釈を要請した原因案件について直ちにそれを根拠に再審またはその他の救済を請求することができる。検察総長もそれを根拠に非常上訴を提起できる。法院は当該法令が期限内においてなお有効であることを理由にそれを棄却してはならない。本院の解釈が原因案件の具体的な救済方法を宣告した場合は、それに従わなければならない。宣告していない場合は、新しい法令の公布、発効を待って、新しい法令にしたがって裁判を行わなければならない。本院釈字第177号および第185号解釈はこれに基づいて補足しなければならない」) 参照。当該解釈の意義について、湯徳宗大法官による「協同意見書」参照。

案件の救済に関する宣告はより完全なものとなった。

上記解釈文の最後の1文は実に珍しい「二重保険」(double insurance)の枠組みを採用しており、「一般救済」と「個別救済」の両方の性質を有している。解釈文の第2文はすでに「関係機関は本解釈公布の日から2年以内に、本解釈の趣旨にしたがって関係する法律を改正ないし制定しなければならない」と示したものの、本解釈の議題である同性婚が極めて高い論争性を有しているため、関係機関が期限内に関係する法律の改正ないし制定を完成できず、本解釈の趣旨が全く達成できないという事態を回避するために、大法官はさらに期限が過ぎても関係機関が法律の改正ないし制定を完成できなかった場合、同性の両名(本件の要請者に限らず)は上述のような親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させるために、婚姻章の規定にしたがって、(二人以上の証人が署名した書面を持参することで、)戸政機関において結婚登録をなし得ると明確に示した。大法官がこのような「司法による法形成」を行うのは、極めて珍しいことである。

上記「例外的な救済」は、関係機関が期限内に関係する法律の改正ないし制定を完成できなかったことを適用の前提としているため、立法権に対する侵害を構成しないと考えるべきである。また、解釈の範囲を可能な限り制限するために、解釈理由書第17段落の第3文はさらに補足説明を行った。すなわち、「例外的な救済」としての婚姻登録は、ただ「両名の間法律上の配偶者としての効力を発生させ、配偶者としての権利

---

<sup>22</sup> 大法官積字第741号解釈(「凡そ本院が国民の要請に基づいて憲法を解釈し、要請者が要請の根拠とした確定終局判決の適用法令につき、一定期間後に失効すると宣告した解釈について、憲法解釈要請者の權益を保障するために、各解釈の要請者はいずれも原因案件について直ちにそれを根拠に再審またはその他の救済を請求することができる。検察総長もそれを根拠に非常上訴を提起できる。本院積字第725号解釈以前の定期失効解釈の原因案件に関しても適用されるべきである。本院積字第725号解釈はこれに基づいて補足しなければならない」)参照。当該解釈の意義について、湯徳宗大法官による「協同意見書」(陳碧玉大法官及び林俊益大法官が同調)参照。

を行使させ、配偶者として義務を負担させる」だけであって、親族や相続といったその他の関係に及ぶ効力を発生させない。

## 四、解釈の論理

本解釈の論理 (legal reasoning) を詳しく見てみると、それが4つの基礎の上に成り立っていることが分かる。

### I、婚姻の本質を再確認する

前述した争点の線引き及び解釈文の第1文を見てみると、大法官はまず「性別」という要素を取り除いて婚姻の本質を改めて確認しようとした。すなわち、大多数の大法官は「婚姻」について、「2人の自然人が共同生活を営む目的のために、成立させた親密性と排他性のある永続的結合関係」と再定義した。そして、それを解釈文全体に貫く形で、「同性婚姻」と「異性婚姻」は「物事の本質」(Natur der Sache) において何ら違いもないことを論証する際の基礎とした。婚姻の本質を再定義(確認)する試みは、各国の同性婚判決においてもほかに例がないと言えよう。しかも、「同性の両名が法に基づいて永続的結合関係を成立させていない」ことが実際に「ある種の差別」(a sort of discriminations) であることをうまく説明 (pretty illustrative) できている。

### II、現行民法婚姻章の規定漏れ(立法不作為)は、同性の両名については、法に基づいて婚姻関係を締結させていないため、「婚姻の自由」を保障する憲法第22条に反している

「婚姻の本質」を再定義(確認)した後、大法官は前述の「争点一」(民法親族編婚姻章は、同性の両名については、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていないが、**憲法第22条が保障する婚姻の自由に反しているかどうか**)に答えようとした。その論証の内容は解釈理由書の第13段落に書かれている。

「①婚姻適齢にある配偶者のいない国民は、本来結婚の自由を有しており、それには「結婚するかどうか」と「誰と結婚するか」の自由が含まれる（本院釈字第362号解釈参照）。②当該自己決定は人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持にかかわり、重要な基本権（a fundamental right）であり、憲法第22条の保障を受けるべきである。③同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させても、異性の両名に婚姻章第1節から第5節における婚約、結婚、婚姻の通常効力、財産制および離婚などの規定の適用には影響がないばかりか、既存の異性婚が構築してきた社会秩序を変更することも無い。そればかりか同性の両名の婚姻の自由が、法律により正式に承認されれば、異性婚とともに社会を安定させる基盤にもなりうる。④婚姻の自由が人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持に関わっていることに鑑みると、上述の親密で、排他的な永続的結合関係を成立させる需要、能力、意欲、渴望などの生理的、心理的要素について言うと、その不可欠性は、同性に性指向が向かう人と異性に性指向が向かう人との間に何ら違いはなく、いずれも憲法第22条の婚姻の自由を保障されるべきである。⑤現行婚姻章の規定は、同性の両名に共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させておらず、これは明らかに立法上の重大な瑕疵である。⑥この限りにおいて、憲法第22条が保障する国民の婚姻の自由の趣旨に反している。」（各文の前の丸数字は筆者が追加したものである）

上述の論理の構造は、三段論法（syllogism）の形式に従って、以下のよう直して再現できる。

1. 大前提（major premise = 本件裁判が適用すべき法規則）：①婚姻適齢にある配偶者のいない国民は、本来結婚の自由を有しており、それには「結婚するかどうか」と「誰と結婚するか」の自由が含まれる（本院釈字第362号解釈参照）。②当該自己決定は人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持にかかわり、重要な基本権（a fundamental right）であり、憲法第22条<sup>23</sup>の保障を受けるべきである。③「重要な基本権」に対する制限について、主管機関は「重要な公共利益」（important public

interest) を追求するためであり、かつその手段と目的との間に「実質的な関連性」(substantially related to)があることを証明して、はじめて「合憲」とすることができる。

上述の大前提はアメリカ憲法学上のいわゆる「重要な基本権」(fundamental rights) を使って、我が国の憲法第22条における「列挙されていない基本権」(unenumerated rights) を解釈したものであり、大法官解釈の先例<sup>24</sup>、国内の学界の通説<sup>25</sup>、及びアメリカ合衆国連邦最高裁判所の見解<sup>26</sup>と合致していて、ほとんど異論がない。大前提の第①文と第②文は前述した解釈理由書の第13段落の第①文と第②文であり、筆者は文字の修正をわざわざ行っただけである。しかし、当該段落は「審査基準」(standards of review) を記載しておらず、大前提の第③文を増補しなければ、後述の「小前提」の論理が「直接結論に飛躍した」(jump to conclusions) という批判(後述参照)を避けることはできない。また、前述の「婚姻の本質を再確認する」という試みに合わせて、論理の正確性を追求し、トートロジー(tautology)を避けるために、筆者は解釈理由書における「婚姻の自由」を可能な限り「結婚の自由」に統一したいと思う。

---

<sup>23</sup> 憲法第22条「凡そ国民のその他の自由及び権利は、社会秩序及び公共の利益を妨げない限り、均しく憲法の保障を受ける」。

<sup>24</sup> 大法官釈字第554号解釈(「**性行為の自由と個人の人格との間に不可分の関係があるため、性行為をやるかどうか、または誰と性行為をやるかについて、自主的に決定することができる。ただし、憲法第22条の規定により、社会公共の利益を害しない限りにおいて、それが保障される**」)、釈字第362号解釈(「婚姻適齢にある配偶者のいない者は、本来結婚の自由を有しており、その他の人もその者と結婚する自由を有している。この種の自由は、**憲法第22条の規定により、保障されなければならない**」)参照。併せて釈字第242号、第552号、第502号解釈等をご参照ください。

<sup>25</sup> 呉庚『憲法的解釈與適用』(2003年)92～98頁、李震山「憲法未列挙権保障之多元面貌——以憲法第二十二條為中心」李震山『多元、寛容與人権保障——以憲法未列挙権之保障為中心』(元照出版、2005年)18～48頁、湯徳宗『對話憲法・憲法對話(修訂三版)下冊』(天宏出版社、2016年)566～568頁参照。

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

2. 小前提 (minor premise = 大前提に対応する重要な事実) : ①同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させても、異性の両名の婚姻関係には影響がないばかりか、既存の異性婚が構築してきた社会秩序を変更することもない。そればかりか、異性婚とともに社会を安定させる基盤にもなりうる。故に、社会公共の利益を害することはない。②同性の両名が上述の親密で、排他的な永続的結合関係を成立させることは、人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持に必要不可欠であることに鑑みると、憲法第22条の結婚の自由を保障されるべきである。③現行婚姻章の規定は、同性の両名に上述の親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させておらず、その結婚の自由を剥奪したのに等しい。前述の審査基準から見ると、明らかに立法上の重大な瑕疵である。

前述の解釈理由書第13段落の原文と比較してみると分かるように、上述の「小前提」の第①文は理由書の第③文を基礎としており、筆者は「故に、社会公共の利益を害することはない」といった内容を追加し、憲法第22条の規定の要件に適合していることを示した。「小前提」の第②文は理由書の第④文を基礎としており、筆者は文字の修正を行い、上述の親密で、排他的な永続的結合関係を成立させることは、同性の両名にとって、人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持に「必要不可欠」であるため、憲法第22条の保護を受けるべきであることだけを強調した。この段落が「平等権」違反に関する記述だと勘違いさせないために、「需要、能力、意欲、渴望などの生理的、心理的要素について言うと、同性に性指向が向かう人と異性に性指向が向かう人との間に何ら違いはなく」といった内容を削除した<sup>27</sup>。「小前提」の第③文は理由書の第⑤文を基礎と

<sup>27</sup> この「理論上の類似性」は、本件の真の争点は「結婚の自由に対する平等な保護」であることを示している。つまり、係争の立法の欠陥、すなわち、同性の両名について、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていないことは、彼らの「結婚の自由」に対する差別であり、人格を健全に発展させ、人間の尊厳を護持することを不可能にした！その中の「平等権」と「結婚の自由」は2つの問題であるかのように見えるが、実際は1つの問題であり、「一体両面」と言っても過言ではない。Obergefell 判決の多



しているが、筆者は「その結婚の自由を剥奪したのに等しい。前述の審査基準から見ると、明らかに立法上の重大な瑕疵である」といった内容を追加し、筆者が「大前提」に増補した第③文（審査基準）に対応させ、本件における肝心な論証を完成させた。すなわち、「係争の立法不作為（婚姻章は同性の両名が上述の親密で、排他的な永続的結合関係を成立させることを規定していない）は明らかに立法上の重大な瑕疵である」！

本件に関する大まかな議論の段階で、大多数の大法官は解釈の対象を「立法不作為」（法律の規定漏れ）と特徴づけた際に、以下のような共通認識を形成した。本件は大法官釈字第477号解釈<sup>28</sup>の先例に従って、審査基準を「比較的に厳格な審査基準」（俗に言う「中基準」）に引き上げなければならない。なぜなら、「重要な基本権」（fundamental rights）<sup>29</sup>（例えば本件にかかわる「結婚の自由」）がその他の基本権よりも重要であり、それに対する制限も自ずとより厳格な審査（検証）を受けなければならないだけでなく、本件は「解釈の対象」について、法律による明確な「禁止」ではなく「立法不作為」（法律の規定漏れ）と認定したため、審査基準を「比較的に厳格な審査基準」（中基準）または「厳格な審査基準」（俗

---

数意見と比較すると、この点はより明確になる（後述参照）。

<sup>28</sup> 大法官釈字第477号解釈（「戒嚴時期人民受損權利回復條例第6条の適用対象は、『無罪判決が確定する前に拘留または刑罰を受けた者』に限られる。不起訴処分が確定する前もしくは後、治安機関に逮捕されて証拠不足を理由に任意に釈放される前、無罪判決が確定した後、および有罪判決（感化、感訓処分を含む）が執行された後に、留置され、もしくは法にしたがって釈放されなかった国民は含まれない。これは権利が同等な損害を受けて、その回復の利益を享受すべき者に対する規定漏れであり、明らかに立法上の重大な瑕疵である。それでも当該条例の前述規定を適用し、無罪判決が確定する前に人身の自由が失われた者に対してのみ賠償するとなると、かえって国民の法的地位の不平等をもたらすため、このかぎりにおいて、自ずと憲法第7条に抵触する。したがって、凡そ前述の規定漏れに属する場合、本解釈公布の日より2年以内に、当該条例第6条の規定により国家賠償を請求することができる」）参照。

<sup>29</sup> 「重要な基本権」（fundamental rights）と「基本権」（Grundrechte）の概念の比較について、湯徳宗「政府資訊公開請求権入憲之研究」湯徳宗・廖福特主編『憲法解釈之理論與実務（第五輯）』（中央研究院法律研究所、2007年）261～291頁参照。

に言う「高基準」に引き上げなければ、それに対する審査を進めることができない。より詳しく説明すると、本件は「過少保護禁止」(Untermaßverbot)にかかわる問題であり、(一般的な)「過剰侵害禁止」(Übermaßverbot)の問題ではない<sup>30</sup>。法律の適用には常に一定の範囲が存在していて(その範囲が無制限に広がるはずがない)、法律における「規定漏れ」はむしろよくある状況である。もし緩やかな「合理性の基準」(rationality test、俗に言う「低基準」)を使って審査すると、それを「立法上の瑕疵」と認定できるとは限らない(なぜなら、規定を設けなかったのは特定の正当な目的を達成するための合理的な手段であると立証するのは、一般的に言えばさほど難しいことではないからである)。故に、審査基準を「中基準」以上に引き上げて、厳格に審査を行わなければ、「規定漏れ」が「明らかに立法上の重大な瑕疵を構成する」か否かを究明し、さらにそれが「違憲」とであると宣告することができない！

なお、大法官審査会で採択された解釈理由書第13段落の第5文はもともと「……明らかに立法上の重大な瑕疵である(本院積字第477号解釈参照)」であった。ここの論理は多少あいまいであるが、援用した解釈の先例(積字第477号解釈)からその筋道をうかがうことができるため、まだ受け入れることができる。ところが、大法官会議の際に、積字第477号解釈にかかわる内容(人身の自由)が本件(婚姻の自由)と異なることを理由に、括弧の中の内容(本院積字第477号解釈参照)を頑なに削除しようとした大法官がいて、その結果、解釈の論理が不完全なものになってしまった。誠に遺憾である！

3. 結論 (conclusion, inference)：現行婚姻章の規定は、この限りにおいて(すなわち、「同性の両名に共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることができる」と規定しなかったこと)、憲法第22条が保障する国民の結婚の自由の趣旨に反している。

<sup>30</sup> 程明修「論基本権保障之『禁止保護不足原則』」『憲法体制與法治行政——城仲模教授六秩華誕祝寿論文集(一)』(三民書局、1998年)219～274頁参照。

**Ⅲ、現行民法婚姻章の規定漏れ(立法不作為)は、同性の両名については、法に従って婚姻関係を締結させていないため、同時に憲法第7条が保障する国民の「平等権」の趣旨に反している**

「争点二」に関する論証は、解釈理由書第14段落から第16段落に書かれている。原文が比較的に長いため、ここではその要旨を簡単に説明し、続いてそれを「三段論法」の形式に直して再現したい。

理由書の第14段落はまず平等権の保障の範囲 (Schutzbereich, scope of protection) を確認した。すなわち、憲法第7条は「**中華民国国民は、男女、宗教、人種、階級、党派の別なく、法律のもとで一律に平等である**」と規定している。明文で**5種類の差別禁止事由を掲げているが、これは例示に過ぎず、限定列举ではない**。故に他の事由、例えば心身障害、性的指向などを分類の基準として、差別的な扱いをすることも、凡そ本条の平等権の規律の範囲内に属する。

理由書の第15段落はまず本件において確かに「差別」(差別的扱い)が存在していることを確認した。「**現行婚姻章が一男一女の永続的結合関係だけを規定し、同性の両名に同様の永続的結合関係を成立させていないのは、性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする差別的扱いである**」。そして、(1) 婚姻の自由は人格の自由、人間の尊厳と密接に関連しており、憲法第22条が保障する重要な基本権であり、(2) 性的指向は「**変更しがたい個人的特徴**」(immutable characteristics)であり、(3) 同性に性的指向が向く人はわが国において長期にわたって社会に受け入れられず、人口構造の要因により、**社会的に孤立し隔絶された少数派であったため、通常の民主的手続を通じてその法律上の劣勢な地位を回復することは期待しがたい**といった要素を総合的に考慮した結果、「**比較的に厳格な審査基準**」を適用して、憲法第7条が保障する平等権の趣旨と合致するかどうかを判断すべきである。つまり、性的指向を分類の基準としてなされる結婚の自由に関する差別的扱いについて、**主管機関は「重要な公共利益」を追求することが目的であり、かつ差別的扱いの手段と目的の達成との間に「実**

質的な関連性」があることを証明して、はじめて合憲とすることができる。

審査基準が決まった以上、理由書の第16段落は係争の差別的扱い（性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする扱い）が合憲であるかどうかを検証した。その論証は主に2つの命題の真偽を検証した。

#### （一）係争の差別的扱いの実施は「子孫の繁衍」のためであるのか？

大多数の大法官は「婚姻章では異性の両名が結婚するには、必ず出産する能力があることを要件として規定していない。また、結婚後、子どもを産めない、ないしまだ子どもを産んでいないことが、婚姻無効、婚姻を取り消し得る、または離婚判決の事由であるとも規定していない。子孫の繁衍は明らかに婚姻の不可欠の要素ではない。故に、子孫の繁衍ができないことを理由に、同性の両名に結婚させないというのは、明らかに不合理な差別的扱いである」と判断した。

#### （二）係争の差別的扱いの実施は「基本的倫理秩序の護持」のためであるのか？

大多数の大法官は以下のように判断した。民法は基本的倫理秩序を護持するために、婚姻に対して若干の制限を設けている。例えば、婚姻適齢の制限、単一配偶者の制限、近親婚の禁止、貞操義務および扶養義務を課すことなどが挙げられる。「そうした考慮はもとより正当であるが、たとえ同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを認めても、異性婚制度が構築してきた基本的倫理秩序を維持するために、同様な制限を遵守するよう求めることができる。故に、基本的倫理秩序の護持を理由に、同性の両名に結婚させないというのも、明らかに不合理な差別的扱いである」。

上述の論述は係争の「立法不作為」がどうして「平等権」に反しているのかのポイントを示した。その結論は賛成に値するであろう。しかし、

平等権に関する標準的な検証方法を使用しておらず、係争の「立法不作為」の「目的」または「手段と目的との関連性」が如何にして違憲したのかを指摘しなかったため、九仞の功を一簣に虧くという結果になった。

筆者の私見では、前掲の命題（一）について、解釈理由書は以下のことを具体的に明示すべきであった。①「子孫の繁衍」は確かに「正当な公共利益」であるが、個人の自主性にかかわる「結婚の自由」と比べると、まだ「重要な公共利益」とは言えない。②それが採用した差別的扱いという手段、すなわち、性的指向を分類の基準とし、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、それが達成しようとしている「目的」（子孫の繁衍）との間に「実質的な関連性」を欠く。なぜなら、現行婚姻章では異性の両名が結婚するには、必ず出産する能力があることを要件として規定していない。また、結婚後、子どもを産めない、ないしまだ子どもを産んでいないことが、婚姻無効、婚姻を取り消し得る、または離婚判決の事由であるとも規定していない。故に、同性の両名が親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを制限しても、「子孫の繁衍」を保障するという目的を達成できないのは明白である！

前掲の命題（二）について、解釈理由書は以下のことを具体的に明示すべきであった。①「基本的倫理秩序の護持」は確かに「重要な公共利益」である。②しかし、それが採用した差別的扱いという手段、すなわち、性的指向を分類の基準とし、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、それが達成しようとしている「目的」（基本的倫理秩序の護持）との間に「実質的な関連性」はおろか、「合理的な関連性」もない。なぜなら、たとえ同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを認めても、同様な制限を遵守するよう求めることができるため、共同で異性婚制度が構築してきた基本的倫理秩序を維持することは可能である。

の論証について、三段論法 (syllogism) の形式で以下のように再現する。

1. 大前提 (major premise = 本件裁判が適用すべき法規則) : 憲法第7条は「中華民國国民は、男女、宗教、人種、階級、党派の別なく、法律のもとで一律に平等である」と規定している。「男女、宗教、人種、階級、党派」という5種類の差別禁止事由を掲げているが、これは例示に過ぎず、限定列挙ではない。したがって、凡そ正当な理由なく差別的扱いをなされると、当該条文が保障する「平等権」に違反することになる。そして、(1) 性的指向は変更しがたい個人的特徴 (immutable characteristics) であり、(2) 同性に性的指向が向く人はわが国において長期にわたって社会に受け入れられず、人口構造の要因により、社会的に孤立し隔絶された少数派 (discrete and insular minority) であったため、通常の民主的手続を通じてその法律上の劣勢な地位を回復することは期待しがたく、(3) 結婚の自由は憲法第22条が保障する重要な基本権 (fundamental rights) であるといった要素を総合的に考慮した結果、性的指向を分類の基準として、同性の両名に対してなされる結婚の自由に関する差別的扱いについて、「比較的に厳格な審査基準」を適用して、憲法第7条が保障する平等権の趣旨と合致するかどうかを検証すべきである。主管機関は差別的扱いの「目的」が重要な公共利益を追求することであり、かつ採用した差別的扱いの手段と目的の達成との間に実質的な関連性があることを立証して、はじめて合憲とすることができる。

2. 小前提 (minor premise = 大前提に対応する重要な事実) : 現行婚姻章が一男一女の永続的結合関係だけを規定し、同性の両名に同様の永続的結合関係を成立させていないのは、性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする差別的扱いである。「子孫の繁衍」のために係争の差別的扱いを実施しているならば、当該目的は確かに正当な公共利益であるが、個人の自主性にかかわる結婚の自由と比べると、まだ重要な公共利益とは言えない。それが採用した差別的扱いという「手段」、すなわち、同じ性的指向を有することを理由に、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、それが達成しよう

としている「目的」(子孫の繁衍)との間に「実質的な関連性」を欠く。なぜなら、現行法では異性の両名が結婚するには、必ず出産する能力があることを要件として規定していない。また、結婚後、子どもを産めない、ないしまだ子どもを産んでいないことが、婚姻無効、婚姻を取り消し得る、または離婚判決の事由であるとも規定していない。故に、同性の両名が親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを制限しても、「子孫の繁衍」を保障するという目的を達成できないのは明白である。また、「基本的倫理秩序の護持」のために係争の差別的扱いを実施しているならば、当該目的は確かに重要な公共利益であるが、それが採用した差別的扱いという「手段」、すなわち、同じ性的指向を有することを理由に、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、それが達成しようとしている「目的」(基本的倫理秩序の護持)との間に「実質的な関連性」はおろか、「合理的な関連性」もない。なぜなら、たとえ同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを認めても、同様な制限を遵守するよう求めることができるため、共同で異性婚制度が構築してきた基本的倫理秩序を維持することは可能である。

3. 結論 (conclusion, inference) : 以上をまとめると、本件の主管機関は、係争の「立法不作為」による差別的扱い、すなわち、同じ性的指向を有することを理由に、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、結局如何なる「重要な公共利益」を追求するためであるのかについて、また差別的扱いという手段と追求する目的の達成との間に「実質的な関連性」があることについて、立証できなかった。したがって、係争の「立法不作為」は憲法第 7 条が保障する平等権の趣旨に反していると認定すべきである。

以上の論述はいずれも本解釈の表面的な論理に過ぎない。さらに進んでその中にある深い考量 (underlying concerns) を探索しなければ、本解釈を洞察できたとは言い難い。

#### IV、受理の時期と解釈の範囲に関する妥協

読者は疑問に感じるかもしれない。立法院司法および法制委員会が2016年（民国105年）12月26日に複数の同性婚合法化の法案を初回の審議を通過させたのに、大法官はなぜその審議の完成を待ってから、改めて審査を行うのではなく、2017年2月10日に告知し、同3月24日に口頭弁論を開き、5月末までに解釈を作成することを暗示したのだろうか<sup>31</sup>。「民主主義を脅かす」(bullying democracy)、または「民主的な意思決定プロセスをバイパスする」(bypassing democratic decision-making process) という疑いはないのだろうか。はたまた最終的には「裁判官による支配」(gouvernement des juges, juristocracy) にならないのだろうか。特に同性婚は非常に論争と分裂を引き起こしやすい政治問題 (an extremely controversial and divisive political issue) であり、慎重にならざるを得ないであろう?!

この点について、解釈理由書第10段落は以下のように素直に述べている。「本件要請は同性に性的指向が向く者に自主的に結婚する相手を選択する自由があるかどうか、異性に性的指向が向かう者と同様に婚姻の自由を平等に保護されるかどうかにかかわり、**激しい論争的な社会的、政治的問題**となっていたもので、民意機関が本来は民情を踏まえて、全局を考慮し、折衝協調し、適時に立法（ないし法改正）により対応するのが適切である。然るに立法（ないし法改正）による決着がいつになるかが見通せず、本件要請は国民の重要な基本権の保障にかかわることから、本院は憲法上の職責を尊重し、本院積字第585号および第601号解釈

---

<sup>31</sup> 法により大法官は口頭弁論が終結してから2か月以内に解釈を作成・公布しなければならない。大審法第13条第2項（「前項口頭弁論は、憲法法院における口頭弁論の関連規定を準用する」）、同法第24条第2項（「口頭弁論を経た判決は、口頭弁論が終結してから1か月以内に期日を指定して宣告しなければならない」）、憲法法院審理規則第16条（「口頭弁論を経た裁判は、口頭弁論が終結してから1か月以内に期日を指定して宣告しなければならない。ただし、口頭弁論の終結から裁判宣告の期日までの期間は2か月を超えてはならない」）参照。



の趣旨を参照し、人民の基本的権利の保障および自由民主、憲政秩序など憲法上の基本的価値の護持について、適時に拘束力のある司法判断を下さなければならない。したがって、権力間の相互尊重の原則にもとづき、力を尽くして受理することを決議し、かつ期日を定めて口頭弁論を開き、上述の憲法上の争点につき本解釈を作成する」。

上述の説明について、合理的な解説は以下の通りです。大法官は人権保障という憲法上の天職にしたがって、力を尽くして本件の受理を決議したが、「権力分立の原則」(doctrine of separation of powers, Gewaltenteilung, separation des pouvoirs)、すなわち、各権力機関が相互に抑制し尊重し合うことを決して忘れていない。「解釈の対象」を「立法不作為」<sup>32</sup>と決めたのは、立法部門に最大限の政策決定の空間(立法裁量範囲)<sup>33</sup>を留保し、可能な限り解釈の範囲を縮小し<sup>34</sup>、「法治」(人権保障)と「民主」(多数決による統治)との間で、最適なバランス(optimal equilibrium)を実現しようとしたためである。

## 五、反対意見書(dissenting opinions)

本解釈には2件の反対意見書しかなく、協同意見書は1件もない。近

---

<sup>32</sup> すなわち解釈文でいう「婚姻章の規定は、同性の両名に共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていない」。

<sup>33</sup> すなわち解釈文でいう「如何なる形式により婚姻の自由に対する平等な保護を達成するかについては、立法形成の範囲に属する」。

<sup>34</sup> すなわち解釈理由書第18段落でいう「本件は婚姻章の規定について、同性の両名に、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていないことが、憲法第22条が保障する婚姻の自由および第7条が保障する平等権に反しないかどうかについて解釈を行うのみで、他の部分には及ばない」。また、理由書第17段落でいう「期限が過ぎても、法律の修正ないし制定が完了しない場合、同性の両名は共同生活を営むことを目的として、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させるために、婚姻章の規定にもとづき、2人以上の証人が署名した書面を持参し、戸政機関において結婚登録をすることができるものとする。登録した両名の間に法律上の配偶者としての効力を発生させ、配偶者としての権利を行使させ、配偶者として義務を負担させる」。

年の大法官解釈1件ごとに平均8件の個別意見書 (separate opinions) (協同意見、反対意見、一部協同と一部反対意見等を含む) が付されている状況と大きく異なる。これは本件の審議に参加した14名の大法官は当初「全員一致」(per curiam) の方式で解釈を作成しようと協議したためである。この目標は実現しなかったものの、多数意見に賛同する大法官はそれでも可能な限り解釈文と解釈理由書の中で妥協を図り、個別意見を発表せず、本解釈の信頼性を高めようとした。

### I、一部反対意見書 (黄虹霞大法官による)

黄大法官の意見をまとめると、以下の通りである。(1) 多数意見における「同性の両名は自主的に永続的結合関係を決定する権利を有し、互いに支え合い、国は法律をもってこの種の結合関係に適切な保護を与えるべき」といった論述には賛成である。しかし、「等しき者は等しく、等しくない者は等しくなく」というのは平等権の真の意味であり、子孫の繁衍、子どもの生育が婚姻の核心的な意味であることに鑑みると、同性の両名の永続的結合と異性の両名の永続的結合はこの点において確かに異なるため、自然に子どもを生育する可能性があるか否かを基準として、同性の両名の永続的結合に対する差別的扱いを実施するのは、正当な理由があると考えべきである。

(2) 婚姻制度は悠久な歴史を有しており、憲法、法律よりも先に存在していた。婚姻が国の制度によって保護されるのは、憲法の明文規定ではなく(この点においては婚姻に対する保護を明文で規定しているドイツ基本法第6条第1項と異なる)、大法官解釈に基づいている。大法官が婚姻を保護する理由を突き詰めると、「一夫一妻の婚姻制度は配偶者間の人格倫理関係を護持し、男女平等の原則を実現し、社会秩序を維持するためである」(積字第552号解釈)、および「婚姻と家庭は社会の形成と発展の基礎である」(積字第554号解釈)にほかならない。いずれも憲法第22条が保障する「その他の権利及び自由」と無関係である。

(3) 大法官は憲法の解釈者であり、憲法の制定者ではない。解釈をもつ

て婚姻に新しい定義を与える権限はない。本解釈も婚姻に新しい定義を与えなかった。「婚姻」について定義を下していない以上、如何にして異性婚における「婚姻の自由」を「超越」して、同性の両名の間の永続的結合関係が「婚姻の自由」にかかわるという結論を導き出したのだろうか。

(4) 大法官解釈の先例はいずれも「一夫一妻」の婚姻に関するもので、「男女平等」を実現するために作成されたものであり、本件要請（原因事実は同性の両名である）と異なる。「男女平等」と無関係である以上、当然ながら本件に適用することはできない。したがって、本院解釈の先例から「同性の両名の間の永続的結合関係は憲法第7条が保障する平等権と関係がある」という結論を導き出すことはできない。

## II、反対意見書（呉陳鏞大法官による）

呉大法官の意見をまとめると、以下の通りである。(1) 台北市政府による要請は規定に反しており、受理すべきではない。結婚に関する事項は中央の立法と執行に属する事項であり、民法の主管機関である法務部は同性の両名による婚約または結婚登録を認めないという民法の規定について、憲法第7条、第22条及び第23条の規定に抵触しないと認定し、内政部も異なる意見を示さなかったため、地方行政機関である台北市政府は民法の解釈と適用について、自ずと法務部の見解に拘束されるべきである。行政院がそれを本院に転送して解釈を要請したのは、明らかに大審法第9条前段の規定に反している。

(2) 憲法が保障する婚姻の自由は「一夫一妻」に限る。婚姻は一種の制度 (institution) であり、一つの国の社会的と文化的価値観を反映しており、その意味合いを変更するかどうかに関しては、直接民主制または間接民主制の手続きを通じて行うべきである。わが国において、婚姻の自由の核心的内容は民法が規定する一夫一妻の婚姻制度であり、本院の解釈を経て憲法によって保障されている。多数意見は主客・因果を転倒させ、婚姻の自由は一夫一妻の婚姻制度に限定されないと認定し、民法親族編婚姻章に立法上の重大な瑕疵があるという結論を導き出した。

論理に誤謬があるため、賛成できない。

(3) **同性婚は普遍的に保障されている人権ではない。**世界人権宣言は成年の男女が婚姻を締結できると規定している。市民的及び政治的権利に関する国際規約や、欧州人権条約、米州人権条約、日本国憲法なども然りである。国連には193カ国が加盟しているが、同性婚を認める国はわずか21カ国である。

(4) 婚姻制度をもって同性の両名による永続的結合関係を保障していないことは、憲法第7条の平等原則に反しない。一男一女という異性の両名間の婚姻制度は、社会的及び文化的価値観に基づいて、自然に形成された制度であり、人々の心に深く根付いた社会的及び文化的意味合いを有している。故に、**民法親族編は単に異性の両名間の「婚姻」制度と同じ「名称」で同性の両名間の永続的結合関係に関する「婚姻」制度を設けなかっただけである。恣意的に性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由に対して差別的扱いをなされたわけではない。**

(5) 個人の意思または個人の特殊な生理的要因によって、一夫一妻の婚姻においても子孫を残さない場合はあるが、**同性の両名による結合は、生理上の違いにより、子孫を残す可能性が絶対がない。当該違いによって生まれた社会生活における機能と役割の違いを理由に、差別的扱いをなされるのは、その目的は人倫秩序の護持、家庭制度の健全化、子孫の繁衍、出生率の向上、子どもの生育、人口の高齢化のペースの緩和、家庭の機能の維持、合理的な人口構造の維持を通じて、社会と国に永続的な発展をもたらすという重要な公共利益であり、同性の両名による婚姻関係を成立させないという手段との間に実質的な関連性があるため、憲法の平等原則に反しない。**

## 六、むすび

中華民国憲法は1946年12月25日に制定され、1947年12月25日に施行さ

れたが、当時はすでに内戦が勃発しており、至るところで戦火が飛び交っていた。1948年9月15日に大法官が初めて南京で会議を開き、「憲法の解釈および法律と命令の統一的解释权」を行使し始めてから、まもなく中国大陆の陥落により台湾に漂泊し、権威主義の時代、転換期と民主主義の時代を経て、すでに70年以上を経過しており、累計で785件の解釈が作成された。アジアを見渡しても、他に例はないと言えよう。残念ながら、国際政治の現実が妨げとなっており、台湾における違憲審査の成果はいまだに国際社会で重視されていない。

本解釈は社会的ないし政治的に極めて高い論争性を有する「同性婚」の問題（「附表1」参照）に関わる「困難な案件」（a hard case）である。大多数の大法官はまず「人間の尊厳」（human dignity）と「個人の自主性」（individual autonomy）に基づき、憲法第22条が保障する「重要な基本権」（fundamental rights）には「結婚の自由」、すなわち結婚「するかどうか」および「誰と」結婚するかという個人の自主権が含まれると是認した。そして、性別を超越して、「**2人の自然人が共同生活を営む目的のために、成立させた親密性と排他性のある永続的結合関係**」を婚姻の本質（Natur der Sache）として再確認した。そして、上記「永続的結合関係」は、「同性の両名」が人格を健全に発展させ、人間の尊厳を護持するために「**必要不可欠**」（indispensable）であるため、「同性の両名」にも上記「永続的結合関係」を締結できるよう保障し、「結婚の自由」を享受させるべきだと論証した。また、「性的指向」を基準として「同性の両名」に上記「永続的結合関係」を締結させないのは、「同性の両名の結婚の自由」に対して「平等」の保護を提供しないことを意味する。さらに、大多数の大法官は一方で、**解釈の範囲を制限し、「本件は婚姻章の規定について、同性の両名に、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていないことが、憲法第22条が保障する婚姻の自由および第7条が保障する平等権に反しないかどうかについて解釈を行うのみで、他の部分には及ぶものでないこと**」を示すとともに、他方で、最も論争性が高く、最も民主的な手続きに委ねるべき事項について、民意の基礎を有する政治部門に留保し、「いかなる種類の形式（例えば、**婚姻章の改正、民法親族編に別に章を設ける、特別法を制定する、**

ないし他の方法)により、同性の両名が、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させ、**婚姻の自由の平等な保護を達成するかは、立法形成の範囲に属する**」と示した。最後に、政治部門が期限内に関係する法律の改正ないし制定を完成できず、本解釈の趣旨が全く達成できないという事態を回避するために、前代未聞の「予備的」救済を創設し、「期限が過ぎても関係する法律を改正ないし制定しなかった場合には、同性の両名につき上述のような永続的結合関係を成立させるために、上述の婚姻章の規定にしたがって、二人以上の証人が署名した書面を持参することで、戸政機関において結婚登録をなし得るものとし」、かつ「両名の間に法律上の配偶者としての効力を発生させるよう登録し、配偶者としての権利を行使させ、配偶者として義務を負担させる」と宣告した。このような解釈は憲法が保障する個人の基本権を守っただけではなく、民主主義政治と司法の独立の要求にも配慮しており、まさに念入りの心配りであり、中庸の道を取っていると言えよう！その論理には不十分なところもあるが、それよりも長所の方がずっと多いであろう。

本解釈は比較憲法学 (comparative constitutional law) にも興味深い研究の素材を提供した。釈字第748号解釈とアメリカ連邦最高裁の Obergefell 判決はいずれも「重要な基本権」(fundamental rights) における「結婚の自由」(right to marry) と「平等権」(equal protection) を基礎とし、「同性婚は憲法によって保障されるべき」という結論を導き出したが、両者の論証には多くの違いが見られる。以下では、主要な違いを紹介する。

(1) 「重要な基本権」に関する論述について、Obergefell 判決の多数意見 (J. Kennedy 執筆、5対4の評決) は「利益衡量」の解釈方法 (balancing approach) を採用し、以下のように判示した。歴史と伝統は我々に何が「重要な基本権」であるのかを指導・教示してくれるが、「重要な基本権」の外側の境界を設定しているわけではない。むしろ、裁判所は個別事案において係争の利益が個人の尊厳と自主にかかわるかどうかを審理し、国 (と各州) がそれに尊重を与えるべきかどうかを判断しなければなら

ない<sup>35</sup>。そして、4つの理由を挙げて、「婚姻権」(right to marry)は「同性伴侶」(same-sex couples)にとっても「必要不可欠」であり、憲法によって保障されるべきだと説明した。柔軟性に富む上述の「利益衡量」の解釈方法は、「反対意見」を付した4人の裁判官から激しく批判された。例えば、Roberts 首席裁判官 (C.J. Roberts) は合衆国憲法が「婚姻」を定義しておらず、各州が「異性の両名」という婚姻の定義を維持するか、それとも「同性の両名」へと拡張するかを決めるべきだと主張した<sup>36</sup>。Scalia 裁判官は「原意主義者」(originalists)の解釈方法を採用し、合衆国憲法第14修正が批准された当時、同性の両名による結婚を禁止することは違憲ではなかったため、今日においても当然違憲ではないと主張した。然るに、釈字第748号解釈は核心について、「物事の本質」を探究し、婚姻について、「2人の自然人が共同生活を営む目的のために、成立させた親密性と排他性のある永続的結合関係」と再確認した。このような論証は「原意主義者」の解釈方法や「利益衡量」の解釈方法よりも説得力があるようである。

(2) 同性の両名による結婚を禁止することは、なぜ憲法の「平等権」に反するのかについて、Obergefell 判決の多数意見は論述の分量が(「重要な基本権」に反することに関する論述よりも)はるかに少ないだけではなく、その内容も「言葉足らずで意を尽くしていない」<sup>37</sup>。故に、Roberts 首席裁判官は以下のように指摘した。多数意見は合衆国憲法第14修正の「平等保護条項」(the Equal Protection Clause)と「デュー・プ

---

<sup>35</sup> “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.

<sup>36</sup> See Slip op., at 2.

<sup>37</sup> “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.

ロセス条項」(the Due Process Clause) との間に一種の「共同作用」(synergy) (片方に基づいて確立した裁判の先例は、もう片方にも適用できるという考え) があると曖昧に主張した以外、厳粛な論証を行っておらず、係争の差別的扱いの分類の「手段」とそれが主張した「目的」との間に十分な関連性があるかどうかという最も基本的な点についても、全く触れていない。それに対して、**釈字第748号解釈**は係争の「立法不作為」が如何にして(憲法第22条が保障する)「結婚の自由」に反しているかについて、1段落の論述しか設けなかったが、それが如何にして(憲法第7条が保障する)「平等権」に反しているかについて、3段落の論述を用意した。平等権保障に反することを論証の重点としていることは明らかである。「平等権」違反に関する釈字第748号解釈の論証はまだ不完全であるが、少なくとも明確な審査基準を提示した。

(3) 特に深く考えなければならないのは、「結婚の自由」(「重要な基本権」に属する)と「平等権」の関係である。すなわち、「同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることは、憲法によって保障されるべきである」という結論を導き出す際に、「結婚の自由」と「平等権」という2つの理由に関する論述は、如何なる関係に立つべきか。**別々の2つの理由であるのか。それとも実際は1つの理由であるのか。論理的構造から見ると、Obergefell判決と釈字第748号解釈はいずれも「二元論」を採用しているようで、係争の規定が「結婚の自由」と「平等権」に反しているかどうかについて、別々に審査と論証を行った。「結婚自由権」に反するかどうかと「平等権」に反するかどうかについて、個別的な事案の状況によっては、それぞれ異なる審査基準が適用され、異なる結論が導き出される可能性がある(例えば、「結婚自由権」の部分は合憲で、「平等権」の部分は違憲である。その逆も然り)。その場合、係争の規定は合憲とすべきか、それとも違憲とすべきであろうか。これは「二元論」の最大のリスクである。類似の状況において、大法官解釈は審査の結論の不一致を避けるために、多くの場合に「二元論」の解釈方法の採用を避けてきた<sup>38</sup>。**釈字第748号解****

<sup>38</sup> 少数の例外として、釈字第626号解釈が挙げられる。



釈はこの種の潜在的なリスクに気付いており、「婚姻の自由に対する平等な保護」(解釈文の第 2 文参照) という表現を使って、巧みに両者を統一させたと筆者は考えている。両者を比較すると、Obergefell 判決における論証の欠如はすでに明らかになっていて、釈字第 748 号解釈の論理を改善できる道筋も見えてきたと言えよう<sup>39</sup>。

## あとがき (Epilogue)

釈字第 748 号解釈が公布される前後、「同性婚の合法化」について、台湾社会の態度はさしたる変化を見せていない(「附表 2」参照)。2018 年 11 月 24 日の統一地方選挙に合わせて行われた国民投票の内の 3 つの案は「同性婚」に関するものであった。それぞれ、第 10 案(「あなたは、民法の婚姻規定が一男一女に限定されるべき、という考えに同意するか」)、第 12 案(「あなたは、民法の婚姻規定以外のその他の形式で、同性の両名が永続的な共同生活を営む権利・利益を保障することに同意するか」)、および第 14 案(「あなたは、民法婚姻章によって同性の両名による婚姻関係の構築を保障することに同意するか」)である。国民投票の結果は以下の通りである。第 10 案は賛成 765 万 8008 票、反対 290 万 7429 票で可決された。第 12 案は賛成 640 万 1748 票、反対 407 万 2471 票で可決された。第 14 案は賛成 338 万 2286 票、反対 694 万 9697 票で否決された。大多数の台湾国民は釈字第 748 号解釈について、「留保をつけて認めている」ことが伺える。

立法院は 2019 年 5 月 22 日(釈字第 748 号解釈による 2 年の期限が満了する前)に、第三読会で「**司法院釈字第 748 号解釈施行法**」を採択し、「婚姻」の 2 文字を意図的に避けた。同法第 1 条は「**司法院釈字第 748 号解釈を施行するため、特別に本法を制定する**」と明示し、第 2 条は「**同性の両名は、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることができる**」と規定し、第 4 条は「**第 2 条の関係を成立させるためには書面をもってこれをなすことを要し、二人以上の**

---

<sup>39</sup> 前掲注 (27) 参照。

証人が署名し、並びに双方の当事者が司法院积字第748号解釈の趣旨および本法にしたがって、戸政機関で結婚登録を行わなければならない」と規定している。同法はこの種の永続的結合関係に関する「成立禁止」の事由（倫理秩序を守るため）<sup>40</sup>や、「無効」<sup>41</sup>と「取り消し得る」<sup>42</sup>事由についても規定している。この種の永続的結合関係における同性の両名の権利、義務、財産関係、一方の嫡出子との養子縁組等に関しては、ほぼ民法婚姻章の規定が「準用」される。また、第26条は「いかなる者または団体が法にしたがって享受している**信教の自由およびその他の自由権は、本法の実施によって影響を受けることはない**」と明確に規定している。ただし、これが基本権の衝突（conflicts of human rights）を効果的に解消できるかどうかについて、まだ観察が必要である。

※「司法院积字第748号解釈——同性両名の婚姻の自由事件」（台湾司法院、2017年5月24日）の邦訳は明治大学法学部・鈴木賢先生の翻訳をご参照ください。

---

<sup>40</sup> 司法院积字第748号解釈施行法第3、5、6、7条参照

<sup>41</sup> 同法第8条参照。

<sup>42</sup> 同法第9条参照。

附表 1

設問：

立法院は最近「同性婚の合法化」を積極的に推進していて、社会の一部の人々の強い反対を引き起こした（簡単に言えば、「同性愛者も一般の男女と同じように結婚し、同様の民法上の権利と義務を享受することができる」）。あなたは「同性婚の合法化」について賛成ですか、反対ですか。

調査時間：2016年11月28日

有効サンプル数：1,098

	賛成	反対	分からない
性別			
男性	42.8%	52.1%	--
女性	49.6%	41.9%	--
年齢			
65歳以上	21.2%	60%	18.8%
55-64歳	29%	60.5%	10.5%
45-54歳	40.2%	52%	7.7%
35-44歳	54.5%	38.9%	6.6%
25-34歳	67.2%	30.5%	2.3%
20-24歳	81.4%	18.7%	10.5%
民族			
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%
学歴			
大学以上	66.6%	30.7%	2.7%
専科学校	48.3%	45%	6.9%
普通高校・職業高校	41.3%	52.2%	6.5%
中学校	35.6%	53.5%	10.9%
小学校以下	20.6%	58.3%	21.1%
宗教信仰			
一般民間信仰（祖先崇拜）	52%	37.4%	10.6%
道教	44%	52.3%	3.8%
仏教	42.8%	50.2%	6.9%
キリスト教	32%	60.3%	7.8%
無宗教	53.3%	33.5%	13.1%
政党傾向			
民進党	43.6%	50.2%	6.1%
国民党	41.1%	54%	4.9%
時代力量	64.4%	33.1%	2.4%
親民党	47.9%	45.3%	6.8%
無党派	43.3%	42.2%	14.5%

出所：台湾民意基金会連続性民意調査

https://www.storm.mg/article/196777

## 附表2

設問：

立法院は最近「同性婚の合法化」を積極的に推進していて、社会の一部の人々の強い反対を引き起こした（簡単に言えば、「同性愛者も一般の男女と同じように結婚し、同様の民法上の権利と義務を享受することができる」）。あなたは「同性婚の合法化」について賛成ですか、反対ですか。

	賛成	どちらかといえば賛成	あまり賛成ではない	まったく賛成ではない	その他（意見がない／分からない／無回答）
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 积字第748号解释公布					
2017/08/29	15.2%	27.7%	17.0%	32.6%	2.3%

出所：台湾民意基金会連続性民意調査

<https://www.storm.mg/article/205513><https://www.storm.mg/article/194927>[https://www.ftvnews.com.tw/AMP/News\\_Amp.aspx?id=2017829T11M1](https://www.ftvnews.com.tw/AMP/News_Amp.aspx?id=2017829T11M1)

國際シンポジウム「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<sup>†</sup>

### 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）

<sup>†</sup> 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<sup>1</sup>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<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> 黃瑞明大法官迴避本案審理。

<sup>2</sup> 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<sup>3</sup>，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<sup>4</sup>。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。

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 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](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<sup>5</sup>及第 9 條<sup>6</sup>規定相符，應予受理。<sup>7</sup>

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<sup>8</sup>規定相符，應予受理。以上兩聲請案因均涉

---

<sup>5</sup> 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**」。

<sup>6</sup> 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」。

本件聲請人臺北市政府係以**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。

<sup>7</sup> 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政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）。

<sup>8</sup> 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**」。



及婚姻章規定有無抵觸憲法之疑義，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。<sup>9</sup>

#### 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）。

<sup>9</sup> 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<sup>10</sup>、法律、命令、或相當於命令<sup>11</sup>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。<sup>12</sup>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。<sup>13</sup>

<sup>10</sup> 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。

<sup>11</sup> 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。

<sup>12</sup> 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，認有牴觸憲法者，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。

<sup>13</sup> 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否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<sup>14</sup>，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。

<sup>14</sup> 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)<sup>15</sup> 正相契合。

<sup>15</sup> 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<sup>16</sup>及第172條<sup>17</sup>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。<sup>18</sup>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).

<sup>16</sup> 參見中華民國憲法第171 條第 1 項：「法律與憲法牴觸者無效」。

<sup>17</sup> 參見中華民國憲法第172條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」。

<sup>18</sup> 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，<sup>19</sup>性質上類似立法，為維護法秩序之安定，原則上大法官僅論知「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<sup>20</sup>，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，輒一併論知得例外地「溯及」適用於聲請人

<sup>19</sup> 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」）。

<sup>20</sup> 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<sup>21</sup>及釋字第741號解釋<sup>22</sup>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。

---

<sup>21</sup> 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〉。

<sup>22</sup> 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。<sup>⑤</sup>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。<sup>⑥</sup>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<sup>23</sup>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<sup>24</sup>、國內學界通說<sup>25</sup>、及美國聯邦最高法院之

<sup>23</sup> 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。」

<sup>24</sup> 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。

<sup>25</sup> 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<sup>26</sup>，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。<sup>27</sup>

話憲法·憲法對話》下冊，頁566～568(2016年，修訂三版)。

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

<sup>27</sup> 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<sup>28</sup>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）<sup>29</sup>（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「嚴格審查標準」（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；<sup>30</sup>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）。

<sup>28</sup> 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」）。

<sup>29</sup> 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）。

<sup>30</sup> 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)」。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條保障平等權之旨意。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<sup>31</sup>，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

<sup>31</sup> 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日期不得逾二個月」)。

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」<sup>32</sup>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)<sup>33</sup>，並盡力縮小解釋範圍<sup>34</sup>，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。

<sup>32</sup> 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」。

<sup>33</sup> 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」。

<sup>34</sup> 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 (吳大法官陳鏗提出)

其意見略以：(1) 臺北市政府之聲請不合規定，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政府，

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

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爭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。<sup>35</sup> 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」；<sup>36</sup> Scalia 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，

---

<sup>35</sup> “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.

<sup>36</sup> *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」<sup>37</sup>。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）（認為依據其一所建立的裁判先例，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。<sup>38</sup>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**

<sup>37</sup> “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.

<sup>38</sup> 少數例外，例如釋字第626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<sup>39</sup>。

## 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)<sup>40</sup>、「無效」<sup>41</sup>與「得撤銷」<sup>42</sup>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

<sup>39</sup> 參見本文前揭註 27。

<sup>40</sup> 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。

<sup>41</sup> 參見同法第 8 條。

<sup>42</sup> 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](https://www.ftvnews.com.tw/AMP/News_Amp.aspx?id=2017829T11M1)



湯 德宗 (Dennis T. C. Tang)

現任台灣東吳大學王紹培講座教授。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)。

〈訳〉徐 行

北海道大学大学院法学研究科・准教授

## 刊行の言葉

日本社会を覆う改革の潮流の中で、大学も知の孤塁から社会に開かれた知の拠点になるべきことは言うまでもありません。北海道大学大学院法学研究科附属高等教育研究センターも、二〇〇〇年四月の発足以来、社会科学の最先端の研究成果や各界の知的リーダーの叡智を社会にフィードバックすることを目指してきました。

二十一世紀に入り、日本は政治、教育、経済などあらゆる分野で混沌の度を深めています。改革という言葉は政治家の口からもマスメディアにも頻繁に語られています。何が改められるべき課題であり、どのような道筋をたどって改革を進めるべきかという基本的な部分で、議論が十分深められているとは言えません。

改革とは一握りのリーダーによって可能になるものではありません。広範な市民が同時代に存在する政策的課題を認識し、その解決に向けた基本的な理念を共有してこそ、時代は動いていくことができます。市民による同時代に対する認識を深めるための手がかりとして、ここにセンターブックレットを刊行します。

当センターは今まで、国政や地方政治の前線で活躍するリーダー、同時代の日本や世界を鋭く分析する作品を発表した研究者など、様々な方々をお招きし、知的触発の場を設けてきました。それらは、日ごろマスメディアでは伝えられないような生きた現実に関する体験的分析であったり、社会科学の研究の醍醐味を伝えてくれるものであったりします。こうしたゲストのお話が一度限りで消えてしまうのはもったいないことで、そうしたシンポジウムの記録を広く地域社会と共有するために、このブックレットは作られました。

今の日本では、効率優先、実利志向に基づく改革の中で、大学における社会科学の研究の意義が見失われかねないという現実があります。しかし、私たちが真に主権者として、社会の担い手として、自分たちの生きる国や地域社会のあり方を作り変えるためには、一見迂遠であり、無益に見えても、政治や社会の課題について考え、議論するという作業を蓄積することが土台になるはず。このブックレットを通して、大学のような活動について理解していただき、議論の広場に参加していただければ、幸いです。

二〇〇二年十一月三〇日

ACADEMIA JURIS BOOKLET 2020 No.37

## 同性婚をめぐる司法と法学の展開

---

2021年3月1日 発行

編 者——北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター

発 行 者——辻 康夫

制 作——小林 淳子（北海道大学法学研究科）

表紙画像——[PHOTO STOCKER] 高解像度のフリー写真 <http://photo.v-colors.com/>

---

©北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター

