

模擬憲法法庭和禁止同婚違憲的憲法裁判

文 | 許玉秀 | 司法院前大法官、現任國立政治大學法律學系兼任教授

圖 | PNN 公視新聞議題中心提供



前言：用平等的心，把每一個人擁入憲法的懷抱

模擬憲法法庭（簡稱模憲）的標誌，在兩隻手的環抱中，有顆大大的紅心，中間穿過一支平衡桿¹。剛好可以詮釋為「用平等的心，把每一個人擁入憲法的懷抱²。」這個詮釋，既適用於模擬憲法法庭所要實踐的憲法訴訟正當程序³，也適用於第一屆模憲所審查的客體：禁止同性婚姻是否違憲。

因為性傾向、因為配偶的性別，因而失去締結婚姻的權利，屬於是否受到

不平等對待的問題；憲法訴訟是否踐行正當法律程序，也是有無受平等對待的問題。因為正當法律程序原則，建立在每一個人都必須是程序主體這個前提上面（許玉秀，2011：70-76）。而「每個人都是程序主體」本身，就是平等的內涵。踐行正當程序本身，就是平等對待所有程序參與者，也因此才有公平的審判。沒有踐行正當程序的憲法訴訟，當事人不是程序主體，我國大法官的釋憲程序裡，只有大法官是程序主體。

模擬憲法法庭所以有來自社會各界、公民團體的熱心參與，正是因為司

1 請參考：<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/di-san-jie-mo-ni-xian-fa-fa-ting-gong-gao>（或<https://goo.gl/yYXW1y>）

2 請參見許玉秀〈投票給憲法〉（2014年10月5日），《風傳媒》。網址：<http://www.storm.mg/article/23698>

3 對於模擬憲法法庭的緣起和發展的概略說明，請參見許玉秀〈正當法律程序：用平等的心，把每一個人擁入憲法的懷抱〉（2016年11月），《第三屆模擬憲法法庭：轉型正義》。網址：<https://www.bookrep.com.tw/activeimg/const160909/page01-01.html>

法院大法官長期製造的黑箱印象，以及在實現人權價值上面，出現猶豫不決或有時候無動於衷的態度。審理同婚的模擬憲法法庭，正好一次同時處理這兩個問題。

一、建立憲法訴訟的正當法律程序

（一）缺乏正當程序概念的現狀

雖然我國大法官算是世界上僅次於 228 年歷史的美國聯邦最高法院、97 年歷史的奧地利聯邦憲法法院，是第三資深的釋憲機關，但是 69 年來，沒有建立起一套符合憲法正當法律程序原則的憲法訴訟程序。

這其中的障礙，最重要的是沒有憲法訴訟的觀念，不敢把聲請人和製造違憲規範的立法機關、行政機關或司法機關（其實就是製造判例和決議的最高法院）分別當作原告和被告。原被告不清楚，屬於法庭應該有的正當程序，自然難以建立。多少因為如此，即以書面審理為理所當然，不透明程序也就心安理得地年復一年。

無論是釋憲的大法官或普通法院的法官，都要面對一樣的正當法律程序原則。如果大法官不能以身作則，如何期待普通法院法官認真踐行正當法律程序，

而沒有任何抱怨？不踐行正當法律程序的大法官，又有什麼資格審查普通法院的判決是否違憲？而沒有踐行正當法律程序的判決，又如何獲得人民的信賴？

（二）踐行透明是正當程序的保證

「透明才能程序正當」寫在《透明的法袍》（許玉秀，2008）序文。踐行公開透明，自然是模擬憲法法庭的根本要務。模擬憲法法庭也就從透明開始展示正當法律程序。

1. 透明從法庭的組成開始

法庭的存在從產生大法官開始。第一屆模憲大法官產生過程，雖然因為從無到有而不是完全公開，但也算半公開。學生大法官是公開選課產生，部分外部大法官則接受不同團體推薦而來。第二屆以後，則是透過網路公開推薦，由前任大法官組成的遴選委員會遴選，並公布五個遴選標準：（1）大學及研究



第一屆模擬憲法法庭言詞辯論程序一景

機構、公民團體及律師公會代表各三分之一，並兼顧候選人是否表態支持廢除死刑、反對廢除死刑以及尚無明顯表示特定意見三種立場間的平衡。(2)同一性別不得逾大法官總數的三分之二。

(3) 一律師事務所，僅遴選一人；同一公民團體及同一大學或研究機構，均僅遴選一人。(4) 受遴選的大法官不得與訴訟代理人來自同一律師事務所⁴。到了第三屆，包括這些標準在內，已經通過一個完整的大法官遴選規則⁵。

2. 鑑定人、法庭之友出庭陳述意見

在現行釋憲程序，鑑定人完全由司法院大法官選任⁶，模擬憲法法庭則基於創造公平法庭的必要性，允許作為原告的聲請人和作為被告的關係機關推薦。鑑定人除提出書面鑑定意見之外，出庭陳述鑑定意見時，還要接受大法官及雙方訴訟代理人的詢問。這樣的詢問流程，是深度澄清爭點所必要，比司法院大法官的憲法法庭程序完整。

法庭之友是模擬憲法法庭一個重要的制度。從黃東熊教授的論文(1988)中，首度知悉美國法庭之友制度，在26年後，終於得以在模擬憲法法庭付諸實施。模擬憲法法庭讓法庭之友的意見可以透過網路提出來，同時准許雙方當事人和法庭之友聲請出庭陳述意見。

法庭之友出庭陳述意見，是模憲法庭言詞辯論重要的審理流程，在第二和第三屆模擬憲法法庭，很真實地提供重要的意見⁷。第一屆的法庭之友，則是在網站上提供非常豐富的意見，尤其是反對同性婚姻的意見。

3. 各種法庭書類卷證上網公開

縱使長久以來不乏敦促公開的聲音⁸，司法院大法官對於案件相關資料仍然沒有公開的打算。其實既然大法官審理的是有普遍規範效力的規範，所有受規範的人民都是利害關係人，理應讓所有利害關係人，有機會知悉

4 請參閱：<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/ccstw2015/dierjiemonixianfafatingdafaguanmingdangonggao> (或 <https://goo.gl/QBKNiC>)

5 請參閱：<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/news/disanjiemonixianfafatingdafaguanlinxuangui> (或 <https://goo.gl/eHK8Ri>)

6 現行大法官召開憲法法庭或大型說明會，才會選任鑑定人，但有個潛規則，偏向選任對於所需要的專業意見，還沒有公開發表意見的學術工作者。理由在於已經發表的意見，已經可以獲悉，尚未發表者的意見才需要蒐集。這樣的選任偏好，固然有擴大參與的正面意義，但是真正對於問題有研究的專家，可能因為時間演變和個案差異，在個案上提出與過往不同或更精緻進化的意見，而且面對出庭臨場的詢答，可能提供比較紮實的答案。而其他不曾發表意見的人，在通常時間不太充裕的情況下，如果只是倉促提供意見，可能只有幫人場的效果。

7 請參閱：<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/li-jie-yan-ci-bian-lun-zhuan-bo> (或 <https://goo.gl/3N3JGH>)

8 例如：<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/750233>、<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/799626> 和 <http://talk.ltn.com.tw/article/paper/1091310>

自己所遵守的規範，可能發生什麼改變。以公開釋憲聲請書為例，司改國是會議第二分組於 2017 年 3 月 20 日第三次會議中，司法院提出需要檢視聲請書是否有不宜公開事項等等藉口，實在欠缺說服力，因此分組決議應該公開⁹，但是至今並沒有看到具體行動。如果又要以等待司法院大法官審理案件法（簡稱大審法）修正為由，正好凸顯對於法庭正當程序沒有概念，也顯得毫無改革誠意。

需要公開的當然不止請求憲法裁判的聲請書。舉凡法庭程序相關資料，模擬憲法法庭都上網公開，例如法庭各種函文、包括言詞辯論流程在內的法庭審理流程、模憲大法官所整理的辯論爭點、鑑定人的鑑定題綱、正反雙方訴訟書狀和答辯狀、鑑定意見、法庭之友意見、準備庭的筆錄、審理過程任何中間裁定、終局判決、主筆大法官、作成判決所參考的各種主要文獻，都予以公開，而符合這個時代要求的公開方式，就是上網公告。

截至目前為止，沒有完全公開的，是模憲大法官們的評議過程，但沒有公開的理由，主要是因為公益活動，只能倚賴業餘支援，沒有足夠的人力整理零零星星的通訊討論資料。在第三屆模憲期間，曾經嘗試雲端科技，可惜因為參與者的技術

差距不小，而且系統也不夠穩定，而不能持續。這也是模擬憲法法庭希望未來借助資訊科技，能有所突破之處。

4. 模憲法庭直播

法庭言詞辯論全程直播，是模擬憲法法庭最重要的實驗，也是效果完全正面的公開程序。至今模擬憲法法庭所獲得國內外的肯定和信賴，都來自於直播所傳遞的教育效果。有目共睹的是，對於法庭程序、憲法訴訟、人權價值和其他憲法價值的學習，模擬憲法法庭透過法庭直播和整個社會、甚至包括國際社會一起迅速成長。

處理死刑議題的第二屆模憲有三位國外專家擔任鑑定人：國際知名的唐獎第一屆法治獎得主，前南非大法官 Albie Sachs 擔任鑑定人、美國伊利諾理工學院 Michael Davis 教授及英國牛津大學刑事政策研究中心研究員 Mai Sato 教授。處理轉型正義的第三屆模憲四位國外鑑定人為：澳大利亞 Griffith 大學犯罪學教授 Susanne Karstedt、智利聖地牙哥 Diego Portales 大學憲法教授 Javier Couso、曾擔任審理前南斯拉夫戰犯刑事法庭檢察長的南非憲法法院前大法官 Richard Stone、波蘭現任大法官 Marek Zubik。透過法庭直播，他們幫

9 請參閱：<https://justice.president.gov.tw/meeting/24>



第一屆模擬憲法法庭聲請機關訴訟代理人發言一景

忙傳遞了台灣社會參與國際社群落實法治國原則的具體行動。

（三）裁判書的格式

1. 法庭純表演、裁判是作文？

裁判書怎麼寫，會影響法庭程序怎麼操作。如果法庭沒有遵守正當程序運作，完全因為裁判書的製作方式縱容或者包庇所致。

至今各級法院的法庭運作程序和裁判書的製作可以各自為政，法官可以只求作文完美，與法庭程序的進行縱使不一致，也不影響績效，這是因為裁判的正確與否，取決於能否被上級審維持。而上級審如果只檢查裁判論述脈絡是否順暢，不檢查與程序進行是否一致，自然就是程序與裁判兩不相干。例如正在進行再審的鄭性澤案，準備提起非常

上訴而進行閱卷時，方才發現所有錄音錄影卷證整個完好如初，沒有任何經過勘驗的痕跡。也就是說三個審級審理過程，並沒有完整審視證據。

裁判原本應該是審理過程的紀錄，證據如何調查、評價，應該原原本本客觀記錄，如果誤以為裁判是法官的主觀論證，自然就會「法庭純表演、裁判是作文」。

2. 以裁判格式逼出正當法律程序的踐行

裁判要記錄的，當然不是沒有踐行正當法律程序的法庭程序，那麼就要踐行正當法律程序，好讓裁判能夠輕易忠實呈現？理論上，可以是。不過如果對於正當法律程序長什麼樣子沒有概念，那麼只能從想得到的成品，回頭去設計可以生產理想成品的產製流程，也就是讓理想的裁判格式，逼迫正當的法律程序能夠被切實踐行，那麼裁判也就有正當的法律程序可以記錄。此所以國是會議第四分組 2017 年 5 月 12 日第六次決議，要求法院系統應該改革裁判格式。

3. 粗糙的大法官解釋文和解釋理由書

憲法裁判也是一樣。司法院大法官沒有踐行正當法律程序，自然沒有正當法律程序可以記錄。但是解釋理由書至少必須有能力忠實記錄審查會的評議

過程，否則評議的品質定然會打折扣。正如釋字第 642 號解釋不同意見書所說，至今的「解釋八股文，有利於掩飾論述上的謬誤，不利於掃除思考上的盲點」，模擬憲法法庭重要的改革實驗之一，就是改革裁判格式。

模憲字第 2 號判決記錄了審查密度、審查準據、審查原則等如何進行審查的過程，因為所使用的裁判論述結構，是一個可以開拓思考的結構，所以遊刃有餘地和相同及不同意見對話。這樣長篇判決的主要主筆大法官黃任顯律師，當時是一個法律研究所畢業、律師考試及格、還沒有開始實習的國會助理，而且婚姻自由部分只花了不到三天的時間。就是因為論述格式，是一個開闊而可以啟發思考的格式，所以不需要花費很多時間和力氣。

可惜司法院大法官至今依舊陷溺在自己的八股文裡面，只是在解釋理由書最前面寫上案由，算不得什麼改進。釋字第 748 號解釋在本文肆、所呈現值得檢討之處，都是因為裁判格式太不講究所致。而且正好證明裁判格式的不講究，讓應該進行的目的與手段審查都沒有進行，卻毫無所覺。

二、模擬憲法法庭審理同婚釋憲案的緣起

2013 年 10 月 25 日立法院婚姻平權法案（含同性婚姻）通過一讀，並交付司法及法制委員會審查，引發反同團體憂慮家庭與婚姻制度面臨崩解，於是「下一代幸福聯盟」號召民眾在 11 月 30 日參與凱道大遊行，而爭取同性婚姻的團體，也在立法院群賢樓前面舉辦公民論壇¹⁰。

這個時候，正在準備將於 2014 年 3 月開始的模擬憲法法庭課程，課程當然包含進行一場言詞辯論的憲法法庭。

激烈對立的不同主張對峙街頭的場面，讓模擬憲法法庭察覺有必要提供一個理性對話的平臺，尤其同婚爭議涉及憲法層次的爭執，透過憲法法庭公開的言詞辯論，應該有助於消弭爭議、破除歧見¹¹。

於是第一屆模擬憲法法庭在 2014 年 6 月 14 日召開言詞辯論，審理聲請人主張民法第 972 條、第 1072 條、第 1075 條暨 96 年 5 月 23 日修正公布的民法第 1074 條，違反憲法第 7 條及第 22 條規定，剝奪同性別之人締結婚姻的自由以及收養子女權利的釋憲案¹²。

10 請參閱：<https://taiwanfamily.com/1130> 為下一代幸福讀出來，以及 <http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20151130/743650/>

11 模擬憲法法庭網站：<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/ccstw2014/newsletter>

12 第一屆模擬憲法法庭言詞辯論直播：<https://www.youtube.com/watch?v=3m81Ryck1zU&list=PLjirV9Ihklp cX2rTUNLENfMspoqlbxOgl>（或 <https://goo.gl/BFjiXW>）

三、審理程序上的準備與進行

(一) 聲請類型的選擇

憲法訴訟既然是針對違憲的法規範進行審理，審理的對象定然是「現行規範禁止同性婚姻是否違憲」，那麼自然也會審理現行法是否的確禁止同性締結婚姻這樣的問題。

既然是為了回應贊成和反對同性婚姻彼此的對立而召開憲法法庭，那麼審理真實案例，才能提出嚴肅的解決方案。不過找尋真實案例，定然十分困難。因為根據大審法第五條第一項第二款規定，必須是因為終局裁判所適用的法令有違憲疑義，人民才能針對該法令違憲聲請釋憲。而同志們光是走進戶政事務所，經常已經耗掉所有的勇氣，遑論經過訴願、行政訴訟而獲得一紙敗訴判決？沒有敗訴判決，就踏不過釋憲門檻。

加上可能處於社會邊緣的同志伴侶，可能不願意公開面對社會壓力，如果已經是有幼年子女的同志家庭，更需要考慮幼年子女可能遭受的困境。何況訴訟有輸有贏¹³，萬一模憲

審判結論是禁止同婚並不違憲，對同志伴侶或家庭，可能造成難以彌補的傷害。

只考慮同志們可能受傷嗎？是的，因為爭論的雙方並非勢均力敵。既得利益者，很明顯是反同婚方。非官方的主張，未獲得官方支持之前，妨害不了既得利益一方所主張的權益。反之，為自己的社會邊緣處境抗爭的同志們，就是未受公權力保護的人，如果非官方的審理結論對他們不利，他們的處境只會雪上加霜。比起官方的憲法法庭，這是非官方的憲法法庭，必須多加思慮之處。

因著這些顧慮，不適合尋求人民聲請解釋的途徑。

(二) 採用釋字第 603 號解釋創設的聲請條件

釋字第 603 號解釋是立法委員聲請的解釋類型，聲請的程序條件，規定在大審法第五條第一項第三款。雖然在大法官釋憲實務上，只要有三分之一的立法委員，認為所通過的法律有違憲疑義，就可以聲請大

13 《台灣法學雜誌》第 319 期（2017.05.14 刊載），郭承天，〈民主政治的本質就是協商政治〉，頁 110 認為模擬憲法法庭針對同婚是否違憲的違憲審查，是講黑白的審議式民主，容不下他自己的協調者身分。這或許不僅僅是對憲法訴訟制度不理解而產生誤解，對於審議式民主程序，任何人都不能自居協調者高位而迴避多數決，或許也有不同看法。不管是擔任鑑定人或大法官，都可以提出自認為中間立場的意見，但任何自己認為的折衷立場，也都需要獲得多數的支持，才能成為最後有拘束力的決定。

法官釋憲¹⁴，大法官卻仍然難免認為，立法委員如果對於自己通過的法律產生違憲的疑慮，本可依職權提出法律修正或廢止的議案，而不必向大法官求救。

但是對於持少數立場的立法委員而言，提案修正或廢止法律，通常很難達到目的，這種現象在我國立法院，是長期存在的現象。既然抽象規範違憲審查的立法本旨，在於保護國會中的少數，那麼如果少數立場的立法委員已經盡力行使提出法律修正案的職權，仍然未能突破少數的困境，也就不必苛責他們，而應該接受他們依職權提起的釋憲聲請，此所以釋字第 603 號解釋創設了一個修法未果的條件。少數立法委員如果針對遭懷疑違憲的法規範，努力提出法律修正案，卻囿於少數，遭到擱置或不能通過，就符合聲請釋憲的條件。

前面提到的婚姻平權民法修正案，經立法院院會一讀通過後，即因召集委員遲未排入委員會審查而遭擱置，這個事實條件，正好和釋字第 603 號解釋的程序案例相同，仿照釋字第 603 號解釋的案例立案，可以讓模憲參與者學習「抽象規範審查」在大法官實務上的演變，於是負責籌備的模憲大法官們，決定採用由立法委員提出釋憲聲請的「抽象規範審查」類型立案。

（三）反同婚方退出不影響言詞辯論程序的進行

言詞辯論前一天，6 月 13 日，反同婚方，也就是被設定為機關方的訴訟代理人，突然以未獲尊重，質疑程序公正為由，聲明退出言詞辯論。

其實是反同婚方遲延提出大法官的替補人選，法庭為防萬一，先決議讓原本自願讓出大法官角色的選課學生充任，並通知反同婚方訴訟代理人。

依照一般訴訟常理，訴訟代理人理應提出異議聲請法庭重新裁定，但反同婚方訴訟代理人一整天沒有回應，也不接詢問催促的電話。在當天預計彩排的下午五點多鐘，非但沒有出現，反而透過媒體發表退出聲明。接著退出的，還有一位代表反同婚立場的模憲大法官、一位代表反同婚立場的鑑定人。

第二天言詞辯論庭開始，針對反同婚方訴訟代理人的拒絕出庭，聲請方訴訟代理人表示不會聲請一造辯論，會尊重法庭對程序的裁決。法庭則援引釋字第 419 號解釋先例，以該號解釋曾經召開憲法法庭，行言詞辯論時，機關方雖然沒有出庭陳述意見，並不影響程序進行，因而命進行言詞辯論。

14 釋字第 603 號解釋廖義男大法官協同意見書對於這個規定的相關爭議，均有清楚說明，並清楚闡釋大法官的適用實務。

（四）反同婚方的意見一併審酌

在退出聲明中，反同婚方表示，曾經提出的答辯狀一併撤回，所提出的主張法庭不得援引。基於憲法訴訟實務教學的立場，當然也基於程序說明所必要，模憲做成憲法判決時，特別說明法庭不受撤回聲明所拘束。

大致上有三點：（1）模擬憲法法庭是由國內數所大學、職業與公益團體以及其他民間機構共同組成的公益組織，成立的宗旨在於為高度爭議的公共議題，提供憲法層次的對話平臺，期待藉由公開的憲法論辯，形成公共政策，並提升公民憲法意識。（2）各方參與者無償提出的釋憲聲請書、鑑定意見、模憲所提供的司法院大法官釋憲資料等等，都是公共資源。反同婚方訴訟代理人、鑑定人、大法官，打從開始參與到提出答辯書狀，過程中已經參與分享模憲所提供的釋憲資料。（3）設置模憲的目的，既然在於促成對話、提出解決方案、消弭社會對立，自然必須斟酌各種不同、甚至互相對立的意見，充分考量與聲請人的主張相反的見解，所以已經在書狀內表達的對立觀點及與聲請人主張對立的鑑定意見，模憲都應一併審酌。

其中第二點說明，清楚表示答辯狀不會是單方面的產品，所有在參與過程

表示意見的人，不管是支持或反對的意見，在準備過程都已經開始互相對話，反對意見不會僅見於答辯狀，任何在言詞辯論中出現的不同意見、針對反對意見加以反駁的主張，根本無從認定只是反同婚方的答辯意見。反同婚方臨陣退出，又想避免一造辯論的效果，當然不切實際。最重要的是，沒有理解憲法訴訟是一種客觀訴訟，所處理的是普遍適用的規範，不是個案的利害，所謂的對立見解，不可能是專屬於個案的攻擊防禦，而是關係公眾利害的是非，甚至聲請人缺席，聲請人撤回聲請，都不應該成為影響程序進行的理由¹⁵。

四、比較檢討模憲字第 2 號判決與釋字第 748 號解釋

（一）司法消極或積極主義是假議題

1. 司法積極或消極主義可能的用武之地

目的既然在於積極提供憲法層次的對話平臺，模憲對於所要處理的議題，必然已有非處理不可的認知，也就沒有消極面對的餘地。在禁止同性婚姻違憲的第 2 號判決，既然選擇立法委員聲請的類型，只能有積極受理的態度，因此沒有針對立法權比司法權先行與否的主張表示意見。反之，官方的憲法裁判，面對的狀況自然不同，所以釋字第 748 號解釋，開宗明義

15 釋憲聲請可與釋憲程序脫離，釋字第 590 號解釋許玉秀大法官不同意見書參照。

即針對受理的必要性提出說明。

關於司法積極或消極主義，在釋憲門檻的立法設計上，或許可以從司法消極的角度，從寬或從嚴設定受理條件，但在憲法裁判實務上，並沒有意義¹⁶。

2. 釋字第 748 號解釋撇清司法積極主義

釋字第 748 號解釋理由書，一開始說明祁家威聲請人為爭取同性結婚的權利，耗費三十年，接著說明立法途徑已經走了十年，還在未可預料的狀況，然後表明大法官有維護人民基本權的職責和職權，因此勉力受理，並非不尊重立法權。

就這樣，開宗明義撇清司法積極主義。嚴格來說，這一段論述只是在描述事實，並沒有真正提出受理理由。寫在解釋理由書後面的「同性性傾向之人，在社會上的長期受歧視、沒有辦法透過民主程序改變自己的弱勢地位」，才是抗多數而必須保護弱勢的大法官，必須受理同婚案的理由。這種狀況下，由不得司法消極。

3. 比司法消極主義更消極的司法權？

司法權原本被動，不告不理，怎麼可能積極？能積極行動的立法權和行政權，如果不是懈怠而未採取行動，或者

採取積極但違憲的行動，怎麼可能有釋憲案上門？而且如果不是人民或其他有訴訟權人主動向司法權求救，司法權有什麼機會介入？

司法權既然都是被動啟動，那麼已經只有消極、沒有積極可言，如何還能在消極之後變成積極？所謂的謹守司法消極主義，不是把積極變成消極，而根本是要求司法權比司法消極主義更消極。那極可能就是對受違憲之苦的呼聲置若罔聞！

4. 依據職權遵守權力分立，何需積極或消極主義？

當司法權意識到自己如果不作為，會有虧職守時，例如釋字第 748 號解釋理由書所載，讓同志為了本來就應該擁有的權利奮鬥三十年、法律制度的改革牛步，司法權挺身破除歧視、維護弱勢的人權，是被期許的，就算反對者稱之為司法積極主義、不能嚴守司法消極原則，也根本無的放矢，不可能獲得認同。

至於如果行政權和立法權都還沒有機會遭遇抗爭，司法權通常根本不會有機會表示意見，縱使有人提起訴訟，而司法權沒有回應，例如司法院大法官於 2001 年 5 月不受理祁家威的聲請，根本不是司法消極主義的表現，而是當時大

16 相關討論參見《台灣法學雜誌》第 319 期（2017.05.14 刊載），宮文祥，〈由基本權的觀點來理解同性婚問題〉，頁 94、96、97；董保城，〈議題內涵涉及文化傳統、生活與價值問題〉，頁 105。

法官們顯然欠缺關於同志人權的意識。

瞧瞧當初的不受理理由：「並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。」（釋字第 748 號解釋理由書參照）是大法官不認同聲請意旨對於違憲的指摘，或看不懂其中的違憲論述，以程序理由駁回聲請時，不會承認自己看不懂，會說聲請人沒有講清楚。至於不認同違憲理由，通常也等於看不懂違憲論述，就是「聲請書寫了半天，看不出來有何違憲之處」，但是程序駁回不能用實體（質）的理由，否則聲請人會質疑：「還沒有進入實體的審理，如何知道是否不違憲？」所以程序不受理的理由其實就是：聲請書的陳述，沒有足夠清楚到讓大法官認同的程度。

5. 實體審理上的消極或積極？

另外，當大法官說立法有自由形成的空間，算不算司法消極主義的表現？立法者對於某個法規範的內容，究竟有沒有自由形成空間，或自由形成空間有多大，也得受理後進行實體審理才能知道，不能作為程序受理與否的理由。

至於實體審理時，憲法法庭是否認為對基本權的某種限制，立法者有比較大的裁量空間，通常取決於基本權的位階、

審查密度、立法技術的難易，例如對於人性尊嚴的審查，不可能有裁量空間，對財產權的審查，立法者有一定程度的裁量空間；對政治性言論自由和所謂商業性言論自由的限制，立法者的裁量空間，在學理與實務上也認為有差別¹⁷。這種具體的審理操作，當然可能呈現對立法權的尊重或讓步程度，但不全是空洞的司法積極或消極主義，所足以說明。

（二）裁判模式的選擇

現行民法第 972 條規定究竟如何禁止同婚，釋字第 748 號解釋和模憲字第 2 號判決一樣，都以立法者未保障同性締結婚姻的自由，作為違憲的理由，換句話說，是責備立法者的不作為違憲。

釋字第 748 號解釋認為法條文義所謂「男女當事人自行訂定婚約」，應該解釋成一男一女二人訂定婚約，但並未進行各種解釋方法的辯證，只是含混地引用過去關於重婚和通姦罪的解釋例，認為都在生理的一男一女異性婚姻的脈絡當中。模憲則明白採取歷史解釋，認為立法原意就是一男一女締結婚約。

在確認法條應該在於規範一男一女的異性婚姻之下，選擇了違憲的解釋模式（司法院大法官內部也稱解釋原則）和裁判模式。

17 釋字第 577 號解釋及余雪明大法官協同意見書參照。

但在模憲審理過程，最初曾經一度認為男女未必解釋成一男一女，例如也可以解釋成男女們自行締結婚姻。如此可以將法條理解為並未排除同性婚姻，因此沒有違憲可言，也就是採取合憲性的裁判（解釋）模式，在同婚的情形，是合憲性的擴張解釋。這個一開始看起來似乎有多數支持的裁判模式，在後續的評議過程變成少數。

如果採取合憲性的裁判模式，裁判公布之日，同志們可以立即登記結婚，最節省社會資源，而且並不妨礙立法者在保障同性婚的憲法意旨之下，事後對於文字進行更精確的修正。

（三）審查婚姻自由權與平等權

1. 同時限制多個基本權應採嚴格審查標準

確認受審查的基本權，是違憲審查的第一道審查程序，為的是選擇審查密度（標準）。

釋字第 748 號解釋以攸關人格健全發展與人性尊嚴的維護，說明是否結婚、與何人結婚的自由是重要的基本權，應受憲法第 22 條保障。語意上似乎婚姻自由是因為和人格權及人性尊嚴連結，才成為應受憲法第 22 條保障的重要基本權，這樣的說法，可能遭質疑婚姻自由不是一個獨立的基本權。

如果只是要論述婚姻自由是一個應該受憲法第 22 條保障的基本權，不提人格權與人性尊嚴，而專注在婚姻是一個組成社會最小單位的共生團體，有維護社會安定的功能，其實亦無不可。之所以從自由權連結人格發展自由，以及自由締結婚姻展現人的價值（尊嚴），目的應該在於說明對婚姻自由的限制，可能同時有害人格健全發展、侵犯人性尊嚴，因此限制婚姻自由的審查，應採取嚴格標準。模憲字第 2 號判決，就是這樣論述，明白採取嚴格的審查標準，在這個地方，釋字第 748 號解釋則未清楚指明採取何種審查標準。

至於模憲字第 2 號判決另外審查了表述自由，也就是認為藉由締結婚姻，可以宣告以已婚者身分與社會互動、建立關係而建構自我認同，則能夠加強說明禁止同性婚姻違憲與否，應該採嚴格審查標準。

2. 性傾向不可作為限制自由權的手段

禁止同性締結婚姻的禁止理由是同性傾向，同性傾向同時是限制婚姻自由權和歧視同性婚姻的理由，也就是手段。在審查自由權和平等權時，都需要論述。在論述限制婚姻自由違憲時，對於性傾向作為一種限制婚姻的手段，模憲字第 2 號判決稍有交代，為何性別不得作為限制婚姻自由的理由，釋字第 748 號解

釋雖然做出相同結論，但並未說明理由。這兩個憲法決定，都是在進行平等審查時，才針對性傾向作為限制婚姻自由的手段，比較清楚地闡明為何違憲。

性傾向之所以不可作為限制婚姻自由的手段，因為性傾向呈現一種人格特徵，無論來自生物學上的原因，或因為後天的生活經驗、社會環境發展所形成，均非人力所能改變、控制。以人力無法改變的因素，作為限制自由權的手段，表示這樣的限制終生不能改變，等於有特定性傾向之人，人格與尊嚴自始且將終極受到貶抑。

3. 同性性傾向不得作為差異對待的理由

對於不得以同性性傾向決定能否締結婚姻，雖然模憲字第 2 號判決也特別提到，禁止同性婚姻對同性性傾向者，在法律上造成全面性的不利地位，例如不能享有受扶養權、繼承權、租稅優惠、勞工職業災害補償權等等，釋字第 748 號解釋倒是更清楚強調同性性傾向者長期受到事實上和法律上的歧視孤立，並且因為屬於人口弱勢，無法藉由民主程序改變因為性傾向所造成的困境。

不過釋字第 748 號解釋並未因此如模憲字第 2 號判決採最嚴格審查標準，

還只是適用中度審查標準，稱之為比較嚴格的標準。因而在目的審查時，只考慮重要公共利益，手段審查時，只考慮差別待遇的手段與保護重要公共利益之間，是否有實質關聯。

釋字第 748 號解釋這一段論述，當然可以善意詮釋為三個審查平等權的標準：人力終生無法改變、長期處於社會和法律的弱勢、無法經由民主程序改變¹⁸，不過解釋理由書為什麼不說清楚這是三個標準？其實看起來比較像是說明同性傾向這個差別因素所具備的三個特質或條件。沒有說清楚的還有：相同性傾向之人，因為具備這三個條件，所以才不能成為合理差別待遇的手段，還是具備其中一個條件，即已足夠分辨是否違反平等權的保障？而如果已經同時具備這三個條件，為什麼還不能採最嚴格的審查標準，卻還只是適用「比較嚴格」的中度審查標準而已？

道理說不清楚的根本危害，就是面對嚴重的人權侵害，不敢向前排除人權障礙，縱使勉強過了眼前一關，總會一再重複怯懦搖擺。

一如前面所述，這一段對聲請人弱勢處境的描述，更適合拿來主張司法抗多數的正當性。

18 請參閱：<https://quip.com/4NRGAHQCKmiZ>

4. 繁衍後代與婚姻制度之間的目的與手段審查

解釋理由書中所謂「婚姻係以保障繁衍後代之功能為考量，其著眼固非無據」，意思看起來是：繁衍後代固然是婚姻制度的重要功能，那麼就是繁衍後代是婚姻制度所要實現的重要目的。接著提到「異性二人結婚不以具有生育能力為要件，不能生育或未生育，不是婚姻無效、得撤銷或離婚事由，是繁衍後代顯非婚姻不可或缺之要素」，也就是說是否願意生育、有沒有生育能力，不是法律上能否結婚的條件，而事實上有沒有生育，也不會影響婚姻的效力。為什麼？因為繁衍後代不是法律認為婚姻制度追求的目標。

如此一來，等於否定繁衍後代是限制結婚所要追求的任何公益。其實繁衍後代，定然是重要的公共利益，甚至在少子化的趨勢下，還可能成為人類社會的特別重大公益。反同婚方就是認為，繁衍後代是法律保障婚姻所要追求的目的，釋字第 748 號解釋前面說的，是承認繁衍後代屬於於社會意義的婚姻目的，後面說的是法律並沒有同意這種婚姻目的，也就是以法律上的目的，推翻社會意義的目的。

既然繁衍後代不是法律保障婚姻的目的，否定目的之後，就沒有根據這個目的審查手段是否合理的必要。這就是在解釋理由書中，沒有明白說出來的目的與手段應該有的審查過程。而其實

如果從繁衍後代的能力來看，不管是生理上的女同性婚或男同性婚，只要當事人有生育能力、願意生育，就都有繁衍後代的能力，就都能完成繁衍後代的目的，即便以繁衍後代作為婚姻的目的，也不能限制同性婚姻。如果反而竟然以繁衍後代作為限制同婚的理由，則不僅僅侵犯同性性傾向者的婚姻自由，也侵犯潛在的繁衍後代公共利益，必然不能通過合理、實質關聯性的審查，遑論嚴格審查。這是釋字第 748 號解釋理由書應該可以補充說明的審查論述。

5. 審查維護基本倫理秩序

釋字第 748 號解釋認為，容許相同性別二人，依婚姻章實質與形式要件規定，成立法律上婚姻關係，且要求遵守婚姻關係存續中及終止後雙方權利義務規定，並不影響現行異性婚姻制度所建構的基本倫理秩序。所謂的基本倫理秩序，指的是結婚年齡、單一配偶、近親禁婚、忠貞義務及扶養義務等。

這一大段的意思，應該是：同性婚姻也能夠實現異性婚姻所在乎的上述基本倫理秩序。換言之，為了維護上述所謂的基本倫理秩序，禁止同性婚姻根本不必要，對同性婚姻為差別待遇，和基本倫理秩序之間，沒有必然關聯、沒有實質關聯，也沒有合理關聯。不管用哪一種審查標準，都不會合憲。

（四）定期失效但一定不會失效的一夫一妻

1. 民法第 972 條對同婚的限制剩下兩年

釋字第 748 號解釋給立法機關和行政機關 2 年的修法和制定新法的期間，同時諭知期限屆滿時，如果還沒有完成修法或制定新法，有同性性傾向的人，可以依民法婚姻章規定，持二人以上證人簽名的書面，向戶政機關辦理結婚登記，並於登記二人之間，發生法律上配偶關係的效力，行使配偶的權利及負擔配偶的義務。

雖然沒有明言 2 年後違憲規範失其效力，但是既然同性性傾向的兩個人，可以登記結婚、行使法律上配偶的權利、負擔法律上配偶的義務，表示從 2019 年 5 月 24 日開始，行政和立法機關如果沒有完成修法或制定新法，現行民法第 972 條對於有同性性傾向而打算結婚的人，失去禁止的效力，也就是規定中的男女二字自動消失。

2. 堅持單一配偶制度？

條文對同性婚侶的拘束力消失後，當中的當事人，則只限兩個人。因為釋字第 748 號解釋中，最斬釘截鐵、一再重複論述的是這一段話：「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。」

試著稍微分析一下對婚姻的這個定義。婚姻未必如此定義，但大法官看起來很在意如此定義。在這個婚姻的定義當中，最重要的特徵是一夫一妻，因為排他性看起來很重要，不管事實上是否不排他而很擁擠，但大法官認為在法律上非如此不可；親密性、共同生活是一般性的想像，未必符合事實，縱使事實上不親密、沒有共同生活，也未必影響婚姻的效力；結合關係到底是怎麼樣的結合，有點抽象；至於永久，比較精確的說法，應該是「未定期限」，婚姻不管持續多久，即使只有一年或三個月，而不是永久，在存續期間，也是「有效婚姻」。

模憲字第2號判決沒有真正定義婚姻，但藉由對婚姻自由的描述，看起來也有一點定義的效果，那就是「締結婚姻進而互負扶持照護義務而共營人生之自由」。互負扶持照護義務是法律要求的，共營人生涵蓋很廣，廣到包括日夜爭吵、不同床也異夢的共營，比起共同生活這個概念，可能是更有效的定義概念。

3. 其實不待修法

釋字第748號解釋只處理締結婚姻，模憲字第2號判決則還處理了收養問題。定2年的時間，應該是包括收養子女的相關立法與修法，如果只是取消對同性婚姻的限制，考慮目前立法的議

事負擔，一年應該已經足夠。而如果真的考慮像祁家威聲請人這樣的同志們，已經等待超過三十年這樣的數十年，應該准許同性性傾向而有結婚意願的人，立即依解釋意旨登記結婚，因為沒有任何其他人會因此受害，而不該讓違憲的狀態持續存在，讓同性性傾向而有結婚意願的人，繼續因為婚姻自由受剝奪而人格不完整、尊嚴受侵害。或者至少像一般定期失效的解釋模式，准許釋憲聲請人在解釋公告之後，依解釋意旨登記結婚。

（五）立法模式的平等問題

1. 為何立法模式屬於立法形成自由？

釋字第748號解釋認為只要婚姻規定的內容，符合「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」這一段內容，以何種形式修法或制定新法，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，立法者有形成自由。但沒有解釋對於規範的立法方式，為什麼立法者有形成自由。

立法者真的對立法方式有完全的形成自由？

如果對同性婚姻的禁止根本違憲，對異性和同性婚姻的法律要件，應該用

第一屆模擬憲法法庭全體大法官



相同的文句敘述，也就只需要一套相同的文字敘述。

那麼如果要寫相同的一句話，竟然不是在同一個條項裡面寫，而在不同的條項、不同篇章、甚至不同的法典裡面寫？應該不可能。如果要寫在不同條項、不同篇章或甚至不同法典裡面，造句定然不同，那麼表示要表達的意思不同？因為如果要表達的意思相同，為什麼要使用不同的造句？造句之所以必須不同，合理的推測，自然應該是

要表達的意思不同。如果要表達的意思的確不同，那麼特定性傾向，會不會突然在某種條件下成為遭受差別對待的理由？如果多寫個一項，例如準用第一項，或同性結婚亦同，請問要表達的是什麼？你們就是跟我們不一樣？我們就是典型、主流，你們就只是被寬容的異端？

如果這個擔憂多餘，因為性傾向斬釘截鐵不可以成為有無締結婚姻自由的決定依據，那麼實在看不出來立法者對



於准許同性婚的立法方式，還能有多少自由形成的空間¹⁹？

2. 不能接受的「隔離且平等」(separate but equal)

所謂「隔離且平等」，即是給予相同的機會，但是在不同場域。一旦在不同場域，環境條件就不可能相同，因此

一旦隔離，就不會平等，而不可能有隔離且平等的情況。

為什麼可以有公務員法、勞動基準法、醫師法各種依據不同職業別而制定的法律？答案很簡單，因為職業可以成為區分對待的理由，甚至某些情況下必須成為區分對待的理由，例如是否需要夜間或假日上班。

19 請參見許玉秀〈拚婚姻，也是拚經濟〉（2016年12月26日），《上報》。網址：http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=9650。不同意見，參考《台灣法學雜誌》第319期（2017.05.14刊載），紀和均，〈法國經驗之相關剖析〉，頁101；陳重陽，〈公共政策的議題應理性探討與分析〉，頁121、122。

為什麼同性締結婚姻，立法者其實沒有什麼自由選擇立法方式的空間？答案也很簡單，因為大法官已經確認性傾向不能成為差別對待的理由。

當配偶的性別，對於締結婚姻根本不重要時，結婚就是兩個人締結婚姻。其他企圖多寫的文字，因為想要多寫而可能創造出來的不同規範形式，都會造成沒有正當理由卻始終放不下的歧視。

結論：同婚釋憲三年有成

模擬憲法法庭認定禁止同性婚姻違憲的模憲字第 2 號判決，於 2014 年 8 月 1 日公布²⁰，司法院大法官認定禁止同性婚姻違憲的釋字第 748 號解釋，於 2017 年 5 月 24 日公布。在這兩個憲法裁決之間，2015 年 6 月 26 日，美國聯邦最高法院做成了 *Obergefell v. Hodges* 一案判決，宣告同性婚姻合法，受美國憲法保障²¹。

美國聯邦最高法院同婚判決公告時，

國內媒體大肆報導，當時的民進黨蔡英文主席在臉書亮出了一整圈的彩虹²²。司法院大法官第 748 號解釋出爐，國內媒體大肆報導，國外媒體也正面報導這個憲法保障同婚的亞洲首例²³。最早完成、但沒有拘束力的模憲字第 2 號判決公布時，雖然沒有獲得這樣等級的關注，尤其公布判決當天，前一晚到當天凌晨發生的高雄氣爆事故，可以說完全佔據媒體版面²⁴，但仍然有媒體願意嚴肅看待沒有拘束力的模憲同婚判決²⁵。

這一份嚴肅看待，反映模憲選擇審理同婚案例的理由，同時也說明了釋字第 748 號解釋審理期間，為什麼模憲目前留守的第三屆大法官，被期待表示意見而參與公民團體的連署聲明，並以法庭之友的身分，向司法院大法官提出模憲字第 2 號判決²⁶。

司法院大法官終於願意在 2017 年受理並做成禁止同婚違憲的決定，或許多少受到美國聯邦憲法法院同婚判決所鼓舞，但是如果沒有本國的釋憲聲請行

20 請參閱：<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/judgement/scc2>

21 請參閱：<https://zh.wikipedia.org/wiki/奧貝格費爾訴霍奇斯案>，以及 https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

22 請參閱：<http://www.peoplenews.tw/news/3d313d89-800c-4d66-96f3-e839cc35b117>

23 請參閱：<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201705245032-1.aspx>、<http://www.ettoday.net/news/20170524/931317.htm> 和 <http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=255872>

24 請參閱：<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/800857>、<https://www.youtube.com/watch?v=cFqvndEouNQ>、<https://www.youtube.com/watch?v=jmvkHDzj6Y8>、<https://www.youtube.com/watch?v=BxVQ7pVJs7s>，以及 <https://zh.wikipedia.org/wiki/2014年高雄氣爆事故>

25 請參閱：<http://www.storm.mg/article/34112> 和 http://pnn.pts.org.tw/main/2014/08/02/ccstj14_3

26 請參閱：http://ori.topmedia.com.tw/news_info.php?SerialNo=13795

動，釋字第 748 號解釋無從產生，而本國的釋憲聲請行動和模憲的同婚判決之間，則有互為因果的關係。

模憲反映某種實實在在的人權企盼，這種企盼促成模憲召開同婚言詞辯論，而模憲所有參與者完成的判決，回應了這種人權企盼，也慰藉鼓舞了同婚合法化的行動。模憲因此可以說：同婚釋憲三年有成。

因為認為我國憲法訴訟和大法官對憲法價值的實踐，還有非常大的進步空間，所以發起模擬憲法法庭，做這件事的心情其實沉重。模憲運作三屆之後，

則是充滿感激。模擬憲法法庭受到關注，才能有成。但模憲不會因為創立而值得關注，是因為國內外共同參與者的努力，生產了能鼓舞人心的作品，才值得關注。因此滿懷感激。

至於同婚的合法化，只是時間遲早的問題。曾經拿著德國伴侶法當擋箭牌的人，在德國通過同性婚姻法案之後²⁷，應該嘗試著理解，就像到了二十世紀，一夫一妻制度，已經成為全球大部分地區的共識一樣，准許相同性傾向的人締結婚姻、收養子女、組織家庭，也會成為人類大部分地區的共識。

參考文獻

許玉秀（2008）。《透明的法袍—大法官解釋意見書（2003.10 - 2007.09）》。臺北：新學林。

許玉秀（2011）。《論正當法律程序原則》。臺北：元照。

黃東熊（1988）。〈審判機構民主化之一措施—美國「法庭之友」制度〉。《刑事法雜誌》，32（5）：1-41。



27 請參閱：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/international/20170701/37700998/>