

立法院法制局法案評估報告

編號：1415

本報告僅供委員參考

司法院釋字第七四八號解釋施行法草案評估報告

法 制 局 呂 文 玲 撰

中華民國 108 年 3 月

司法院釋字第七四八號解釋施行法草案評估報告

目 次

壹、背景說明.....	4
貳、草案重點.....	6
參、外國立法例.....	7
一、德國	7
二、法國	10
肆、問題評估與建議.....	12
一、釋字第 748 號解釋闡釋民法未規定同性得成立永久結合關係，與憲法第 22 條婚姻自由及第 7 條平等權之意旨有違，應於 2 年內完成相關法律之修正或制定.....	12
二、依公民投票法規定，公民投票案經通過者，行政院所研擬法律提案，立法院應於下一會期休會前完成審議程序，經創制之立法原則，立法院不得變更	15
三、專法究應以何種名稱爭議已久，挺同、反同者各有主張，相持不下，本草案名稱應屬折衷之道(草案名稱).....	17
四、本草案第 3 條以下擬明定成立同性婚姻關係之相關要件，惟未規定有關同性婚約事宜，恐有不足，應予明定（草案第 3 條、第 9 條）	19
五、本草案未承認成立第 2 條關係之一方與他方血親成立姻親關係，值得審酌，應增訂準用民法之規定（草案第 3 條） .	22
六、法院為第 2 條關係雙方當事人住所裁定前，應明定以雙方當事人共同戶籍地推定為其住所（草案第 12 條）....	24
七、法院為未成年人被收養之認可時，應明定不得以收養者之性別、性傾向、性別認同、性別特質等為理由，而為歧視	

之對待（草案第 20 條）	25
八、本草案僅就成立第 2 條關係雙方當事人間認有互負扶養義務，有所不足，應明定準用民法關於扶養之規定（草案第 22 條）	27
伍、結論.....	28
陸、條文對照表.....	31
參考文獻.....	36
附錄：「司法院釋字第 748 號解釋施行法草案」評估報告（初稿）座談會紀錄及參採情形.....	39

摘要

司法院於 106 年 5 月 24 日作出釋字第 748 號解釋，嗣行政院略以，司法院釋字第 748 號解釋就民法未使相同性別 2 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，宣告其屬「規範不足之違憲」，並責成有關機關應於解釋公布之日起 2 年內，依解釋意旨完成相關法律之修正或制定；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；次按 107 年 11 月 24 日通過之全國性公民投票案第 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？」，依公民投票法第 30 條規定，公民投票案經通過者，有關法律立法原則之創制案，行政院應於 3 個月內研擬相關之法律，並送立法院審議，乃於 108 年 2 月 21 日以院臺法字第 1080166405 號函送「司法院釋字第七四八號解釋施行法草案」請本院審議。本草案業經本院第 9 屆第 7 會期第 3 次會議決定，逕付二讀，由民進黨黨團負責召集協商。

司法院大法官解釋具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。為使法制面更臻完善周延，本報告爰就本草案重點、外國立法例加以說明及介紹，並針對本草案內容進行檢討，提出研析建議，以供委員審查法案之參考。

司法院釋字第七四八號解釋施行法草案評估報告

壹、背景說明

本院司法及法制委員會於105年12月26日¹審查完竣本(第9)屆委員所提出保障同性婚姻平權之5件民法修正提案²，交由黨團協商，並作成決議：「105年12月26日司法及法制委員會初審通過之條文，在明年啟動朝野協商之前，如有任何其他相關版本之法律提案，亦將併案協商。」目前尚未完成協商。

嗣司法院於106年5月24日作出釋字第748號解釋，依其解釋意旨，民法第4編親屬第2章婚姻規定，未使相同性別2人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，並指示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。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，本號解釋理由書闡釋，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2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。而逾期未完成相關法律之修正或制定者，本號解釋則表示，相同性別2人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持2人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。

¹ 本報告原則上以民國年份表述，但涉及外國立法例部分，則改用西元年份表述。

² 立法院，「院總第1150號 委員提案第19706號」議案關係文書，105年11月2日；立法院，「院總第1150號 委員提案第19731號」議案關係文書，105年11月2日；立法院，「院總第1150號 委員提案第19730號」議案關係文書，105年11月10日；立法院，「院總第1150號 委員提案第19699號」議案關係文書，105年10月26日；立法院，「院總第1150號 委員提案第20103號」議案關係文書，105年12月23日。

按司法院大法官解釋具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³。而 107 年 11 月 24 日公職人員選舉時同日舉辦全國性公民投票，其結果於同年 11 月 30 日公告，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？」獲得通過⁴。行政院爰略以，司法院釋字第 748 號解釋就民法未使相同性別 2 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，宣告其屬「規範不足之違憲」，並責成有關機關應於解釋公布之日起 2 年內，依解釋意旨完成相關法律之修正或制定；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；次按 107 年 11 月 24 日通過之全國性公民投票案第 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？」，依公民投票法第 30 條規定，公民投票案經通過者，有關法律立法原則之創制案，行政院應於 3 個月內研擬相關之法律，並送立法院審議，立法院應於下一會期休會前完成審議程序，乃於 108 年 2 月 21 日以院臺法字第 1080166405 號函送「司法院釋字第七四八號解釋施

³ 司法院釋字第 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 78 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…」其他尚有司法院釋字第 177、188、193、686 等多號解釋均闡明大法官解釋之效力。

⁴ 全國性公民投票案第 10 案及第 12 案之投票權人數皆為 19,757,067 人，第 10 案有效票數為 10,565,437 票，同意票數為 7,658,008 票，不同意票數為 2,907,429 票，有效同意票數對投票權人數百分比為 38.76%，投票結果為通過；第 12 案有效票數為 10,474,219 票，同意票數為 6,401,748 票，不同意票數為 4,072,471 票，有效同意票數對投票權人數百分比為 32.40%，投票結果為通過。參見中央選舉委員會 107 年 11 月 30 日中選綜字第 1073050682 號公告。

行法草案」⁵（以下簡稱本草案）請本院審議，本草案業經本院第9屆第7會期第3次會議決定，逕付二讀，由民進黨黨團負責召集協商。

貳、草案重點

本草案共27條，其重點如下⁶：

- 一、本法之立法目的（草案第1條）。
- 二、同性婚姻關係之定義（草案第2條）。
- 三、成立第2條關係之最低年齡（草案第3條）。
- 四、成立第2條關係之形式要件（草案第4條）。
- 五、成立第2條關係之實質要件，一定親屬關係之禁止、監護人與受監護人於監護關係之禁止、先後或同時與他人成立婚姻及第2條關係之禁止（草案第5條、第6條、第7條）。
- 六、第2條關係之無效與撤銷（草案第8條、第9條、第10條）。
- 七、第2條關係之普通效力，如同居義務之履行、住所之決定、日常家務之代理、家庭生活費用之分擔及清償責任等（草案第11條、第12條、第13條、第14條）。
- 八、第2條關係之財產上效力（草案第15條）。
- 九、第2條關係之終止及效力（草案第16條、第17條、第18條、第19條）。
- 十、第2條關係雙方當事人之一方得收養他方親生子女（草案第20條）。

⁵ 立法院，「院總第1150號 政府提案第16669號」議案關係文書，108年2月27日。

⁶ 立法院，同前註。

- 十一、民法親屬編監護相關規定，於第2條關係雙方當事人準用之（草案第21條）。
- 十二、第2條關係雙方當事人之扶養義務（草案第22條）。
- 十三、第2條關係雙方當事人之繼承權（草案第23條）。
- 十四、民法總則編、債編及民法以外其他法規關於配偶、夫妻、結婚或婚姻之規定，及配偶或夫妻關係所生之規定，於第2條關係準用之（草案第24條）。
- 十五、第2條關係所生爭議應適用之救濟處理程序（草案第25條）。
- 十六、宗教自由及其他自由權利不因本法而受影響（草案第26條）。
- 十七、本法之施行日期（草案第27條）。

參、外國立法例

一、德國

德國基本法第6條第1項定有對於婚姻及家庭保護之規定，而該國早期解釋上認為婚姻係由一男一女締結永久共同生活，家庭則係由夫妻及其於婚姻生活中所生子女所建立，故德國於1990年代末期經熱烈討論後，乃決定採婚姻以外制度來保障同性伴侶。

德國於2001年2月16日制定同性登記伴侶法(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft)，即相同性別者得成立具親密性、排他性之伴侶關係。而該國給予同性伴侶之保障，經過聯邦憲法法院、立法者漸次調整提高，自最初刻意區分伴侶與

婚姻之權利義務不同，嗣再逐步修法使得伴侶與婚姻之權利義務相近。德國聯邦憲法法院之實務見解，因同性登記伴侶法之故，亦逐漸承認同性伴侶於公法上權利，例如公務員法、社會福利法、稅法等範疇，使同性伴侶併受保障。

德國同性登記伴侶法⁷分為 6 節，其各節及條文體系如下：第 1 節為同性登記伴侶之成立（第 1 條形式及成立要件）、第 2 節為同性登記伴侶之效力（第 2 條共同生活、第 3 條姓氏、第 4 條注意義務之程度、第 5 條扶養義務、第 6 條法定財產制、第 7 條約定財產制、第 8 條其他財產上效力、第 9 條一方同性登記伴侶子女相關規定、第 10 條繼承法、第 11 條其他效力）、第 3 節為同性登記伴侶之分居（第 12 條分居期間扶養、第 13 條分居期間家庭用具分配、第 14 條分居期間住宅分配）、第 4 節為同性登記伴侶之終止（第 15 條同性登記伴侶之終止、第 16 條終止後之扶養、第 17 條終止後對共同住所及家庭用具、第 18 條及第 19 條已廢止、第 20 條退休金分配請求權）、第 5 節為過渡條款（第 21 條已廢止、第 22 條登記程序之轉移）、第 6 節為邦開放條款（第 23 條邦法管轄權之抵觸）。

德國同性登記伴侶法之重點有⁸：

（一）成立要件

同性二人須滿 18 歲，在各邦所定主管機關聲明成立伴侶身分

⁷ 以下摘自林秀蓮、賴俊兆，考察法國、德國同性伴侶/同性婚姻法制發展及實務運作情形，法務部法律事務司，105 年 8 月，附錄五。該附錄為德國同性登記伴侶法之中文翻譯，翻譯者為學者戴瑀如。

⁸ 林昀嫻主持計畫，國立清華大學科技法律研究所，同性伴侶法制實施之社會影響與立法建議成果報告書，法務部委託研究，106 年 1 月，頁 45-63；林秀蓮、賴俊兆，同註 7，頁 25-70。

之意思；同性伴侶之成立，任何一方不能已婚或有其他伴侶，而其亦仿禁婚親之規定，明定特定親屬不能成為伴侶關係；同性伴侶間要履行相互扶持義務；伴侶雙方之身分成立不得附條件或期限。

(二)權利義務

伴侶相互照顧扶持，建立共同生活義務，其履行該義務時，應負與處理自己同一事務之注意義務；伴侶之一方得聲請以他方本姓為家姓；伴侶雙方應互負相當扶養義務；伴侶如未約定財產制者，適用盈餘平衡共同財產制，與德國民法中婚姻之規定相同；該法並允許伴侶一方單獨收養子女，惟其收養應經他方伴侶之同意，而且若該他方伴侶的前任配偶同意，亦可收養與其共同生活之繼子女，此外，該法嗣開放允許收養他方伴侶之養子女；而生存伴侶之繼承地位，與配偶的地位相同，在法定應繼分上，亦無太大不同；惟同性伴侶間禁止使用人工生殖技術或代理孕母。

(三)終止要件

同性伴侶關係之解消，係使用「廢止」伴侶關係，有合意廢止與聲請廢止，其分居相關規定與婚姻之分居規定相同或可能準用，其伴侶關係解消後之權利義務，準用婚姻規定。同性伴侶於關係解消後，亦可向對方請求平均分配退休金。

嗣德國於 2017 年 10 月 1 日修正民法開放同性婚姻，即直接於民法修正婚姻定義與其配套規定。故德國係先經歷以專法保護同性伴侶時期，再進入民法修正婚姻定義。至於德國之同性婚姻法案，修正者不僅民法、同性登記伴侶法之規定，與其施行有關

之戶籍法、民法施行法等相關法律亦一併修正。而自同性婚姻相關法律施行後，不得再登記成立同性伴侶。

德國民法為承認同性婚姻修正 2 條條文，其第 1353 條第 1 項第 1 款由「結婚以終身生活為目的」修正為「結婚為由兩不同性別之人或兩相同性別之人以終身生活為目的而締結」，即明定可締結婚姻之人為兩人，而且包括不同性別與相同性別；其第 1309 條增訂第 3 項規定，其第 1 項原要求締結婚姻之一方當事人，如為外國人，其適用該國之本國法時，應出具該國內政部之文書，以證明其未有依該國民法所禁止之結婚事由，以減輕德國戶政機關在判斷該當事人是否有結婚能力之查證義務，但如在其本國法禁止同性婚時，不適用之；該國同性登記伴侶法增訂第 20 條之 1，規定已成立之同性登記伴侶得向戶政機關表明轉換為婚姻，但該意思表示不得附條件及期限；該國戶籍法則相應為同性登記伴侶轉換為婚姻之登記及準用規定；該國民法施行法第 17 條之 2 有關同性登記伴侶之涉外準據法，則於第 4 項明定同性婚姻準用前 3 項同性登記伴侶之準據法規定⁹。

二、法國

法國於 1999 年 11 月 15 日於其民法典新增第 515 條之 1 至第 515 條之 8，即 Pacte civil de solidarité，簡稱 PACS，中文稱為「民事伴侶結合法」¹⁰，其包括異性、同性伴侶，賦予伴侶一定程度之法律保護，提供伴侶有別婚姻之另一選擇。該制度相關規

⁹ 戴瑀如，同性婚姻立法之相關問題：由德國民法納入同性婚所帶來的疑義檢視我國之立法方向，月旦法學，第 283 期，107 年 12 月，頁 55-56。

¹⁰ 以下摘自林昀嫻主持計畫，國立清華大學科技法律研究所，同註 8，頁 33-45；林秀蓮、賴俊兆，同註 7，頁 8-24。

定重點說明如下：

(一)成立要件

依法國民法第 515 條之 1 規定，PACS 係由兩位滿 18 歲之自然人所締結，同性或異性均可。依第 515 條之 2 規定，PACS 有禁婚親之限制，直系血親、直系姻親或旁系血親三親等內不得為之；已有婚姻或與第三人有 PACS 約定或登記者，不得為之；一人不得同時與二人以上訂立 PACS 契約。

依第 515 條之 3 規定，PACS 登記之機關為當事人任一方居所之地方法院書記室，當事人之權利義務，以登記之契約內容記載為準；其並有公示，即 PACS 成立或解消，會於出生證明邊頁註記。

(二)權利義務

第 515 條之 4 規定，在 PACS 締結後，當事人雙方非如婚姻中需互負扶養義務，伴侶間僅需負擔最低程度之相互生活照顧義務。依第 515 條之 5 規定，PACS 以分別財產為原則，而公同共有為例外，其財產制之選擇可於締結契約時為之，或嗣後透過契約變更為之；而依該條規定，每位伴侶皆能管理、享有以及自由處分其個人財產。

依法國民法第 343 條第 1 條之規定，凡年齡已達 28 歲之任何人，得請求收養子女，PACS 伴侶亦依此規定，其僅得為單獨收養，無從為共同收養。PACS 伴侶一方死亡，生存之伴侶需通知法院書記室，惟除非有協議，否則存活之一方無法定繼承權，然而無直系繼承人，死亡之一方可將遺產全數留給尚生存之伴侶，而尚生存之伴侶可享有賦稅義務免除或津貼之利益。

(三)終止要件

有關伴侶關係之解消，依第 515 條之 7 規定，若係合意解消，雙方應以書面提出，至少向其中一人的居所之地方法院書記室提出共同聲明，以向原始登記 PACS 之處登記，其登記之日即為終止日；若係單方終止，伴侶之一方應通知他方，並向原書記室提出送達他方之證明，PACS 將在地方法院收到終止通知送達後 3 個月終止其效力；若係一方結婚，該結婚之伴侶需通知他方，並向書記室登記 PACS 之終止，以結婚日為 PACS 終止日；而伴侶一方死亡亦為終止之原因。

按 PACS 係法國為因應該國普遍存在之異性伴侶同居現象而創設，但其制度亦包括當時無法納入婚姻制度之同性伴侶，使得同性伴侶可獲得法律保障。惟 PACS 為鬆散之結合關係，其相較於婚姻之保障尚有相當差距。

法國於 2013 年修正民法開放同性婚姻，其所謂之同性婚姻法係該國民法典修正之條文，其婚姻定義修正為「婚姻乃由異性或同性的雙方當事人所締結」，並明定同性婚姻具有與異性婚姻相同法律效力，享有相同權利義務，亦有財產繼承權。同性配偶可共同收養子女，亦可收養配偶親生子女或其養子女。而法國人可與同性外籍人士結婚，該外籍人士之本國若禁止同性婚姻，其仍可於法國締結同性婚姻。惟法國不承認同性婚姻伴侶接受人工生殖科技之權利。

肆、問題評估與建議

一、釋字第 748 號解釋闡釋民法未規定同性得成立永久結合關係，與憲法第 22 條婚姻自由及第 7 條平等權之意旨有違，應於 2

年內完成相關法律之修正或制定

司法院於 106 年 5 月 24 日作出釋字第 748 號解釋，茲將其闡釋重點整理如下：

- (一)民法未規定同性得成立永久結合關係，違憲：民法親屬編婚姻章規定，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，與憲法第 22 條婚姻自由及第 7 條平等權之意旨有違。
- (二)有關機關應限期修法，其方式屬立法形成範圍：有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，本號解釋理由書闡釋，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。
- (三)逾期未修法，同性得為結婚登記：逾期未完成法律之修正或制定者，相同性別二人得持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。

本號解釋肯認同性性傾向者應受憲法第 22 條婚姻自由之保障。本號解釋理由書指出「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」。本號解釋理由書並指出，如以「性傾向等為分類標準，所為之差別待遇」，亦屬憲法第 7 條平等權規範之範圍，現行婚姻

章「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」。至於以不能繁衍後代為由，或維護基本倫理秩序為由，未使相同性別二人得以結婚，亦均顯非合理之差別待遇。

本件解釋僅有 1 件部分不同意見書、1 件不同意見書，分別為黃虹霞大法官部分不同意見書及吳陳鐸大法官不同意見書，爰摘錄要旨如下：

(一)黃虹霞大法官：其同意相同性別之二人有權自主決定永久結合關係，相互扶持，應以法律對此種結合給予適當保護；惟不同意本件解釋中關於婚姻自由部分之論述，黃大法官認為傳統婚姻單指異性婚姻，則在未重新定義「婚姻」之前提下，如何可以推論出相同性別二人間之永久結合關係涉及「婚姻自由」，而黃大法官亦不同意相同性別二人之永久結合關係與異性別二人之婚姻係無差別，以及不能以是否有自然生育子女可能作為對二者為差別待遇之依據，其認為「同性別二人」與「異性別二人」二者確有「有無自然生育子女可能」之大不同，如以重新定義婚姻之方式，承認同性別二人之永久結合關係，需要龐大立法、修法工程，不正足證同性別二人之永久結合關係與現行婚姻制度有大差異。

(二)吳陳鐸大法官：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，受理本件臺北市政府之聲請，有違權力分立原則，使司法院淪為各行政機關法律諮詢之角色；現行民法規定之婚姻以一男一女為限，是否變更其意涵，應透過直接民主或間接民主之程序為之；依主要

國際人權公約，以及世界各國承認同性婚姻國家為少數之現況，同性婚姻顯然並非普世保障人民之自由或權利；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，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，仍無違憲法之平等原則。

二、依公民投票法規定，公民投票案經通過者，行政院所研擬法律提案，立法院應於下一會期休會前完成審議程序，經創制之立法原則，立法院不得變更

107 年 11 月 24 日公職人員選舉時同日舉辦全國性公民投票，依中央選舉委員會 107 年 11 月 30 日公告，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？」均獲得通過，該二案均為公民投票法第 2 條第 2 項第 2 款所定立法原則之創制，行政院就其意見略以：釋字第 748 號解釋雖未宣告民法何條文違憲或立即失效，惟依其解釋意旨，婚姻應已不限於一男一女；司法院釋字第 748 號解釋文諭知「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。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。…」另於解釋理由書闡明「…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。」據此，本號解釋責成有關機關應於 2 年處理期限

內，完成相關法律之修制，至修制相關法律之形式認屬立法形成範圍，惟無論採取何種形式（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），均須以「達成婚姻自由之平等保護」為前提，方能填補「規範不足之違憲狀態」；本件公民投票案如經通過，立法者僅得以該二案主張之立法原則（民法婚姻規定應限定在一男一女的結合）、（民法婚姻規定以外之其他形式）修制相關法律，且法律提案內容亦應符合司法院釋字第 748 號解釋所揭示「達成婚姻自由之平等保護」之意旨¹¹。

就此，依前述行政院意見，全國性公民投票第 10 案、第 12 案投票結果，據其創制之立法原則，民法婚姻規定應限定在一男一女結合之原則，立法者僅得以民法婚姻規定以外之其他形式來修制相關法律，來保障同性別二人經營永久共同生活的權益。學者認為，依我國學說及德國晚近見解，立法者較大法官更具有民主正當性，且在憲法未明文禁止下，立法者審酌時代脈動後所新制(修)定之法律，既然在原解釋公布之後，並不為原解釋之拘束力所及，則既然釋字第 748 號解釋已明確承認立法者之形成自由，惟未同時明文限制相關法規之名稱，故相關法規並無須冠以「婚姻」二字，況釋字第 748 號解釋係使用「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」，而非同性婚姻此種類似字眼，應係有意為之¹²。司法院則表示，釋字第 748 號解釋具有相當於憲法之效力，對於全國性公民

¹¹ 中央選舉委員會，第 7 案至第 16 案公投公報，107 年 10 月 24 日，頁 12-14、19-22。

¹² 林更盛，大法官釋字第 748 號解釋的拘束力：方法論的觀點，月旦法學，第 283 期，107 年 12 月，頁 17-18。

投票案第 10 案及第 12 案所創制之立法原則，相關機關於研擬及審議相關法律時，亦應注意不能牴觸上開解釋意旨¹³。

依公民投票法所定公民投票案通過之法律效果，其第 30 條第 1 項第 2 款規定，公民投票案經通過者，各該選舉委員會應於投票完畢 7 日內公告公民投票結果，如係有關法律立法原則之創制案，行政院應於 3 個月內研擬相關法律提案，並送立法院審議，立法院應於下一會期休會前完成審議程序。另依公民投票法第 30 條第 4 項規定，經創制之立法原則，立法機關不得變更；於法律、自治條例實施後，2 年內不得修正或廢止。

三、專法究應以何種名稱爭議已久，挺同、反同者各有主張，相持不下，本草案名稱應屬折衷之道(草案名稱)

司法院釋字第 748 號解釋表示「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。」按本號解釋係於 106 年 5 月 24 日作出，其 2 年期限即將於 108 年 5 月 24 日屆至。而全國性公民投票案第 10 案、第 12 案為有關法律立法原則之創制案，依公民投票法第 30 條第 1 項第 2 款規定，行政院應於 3 個月內研擬相關法律提案送立法院審議，而自中央選舉委員會 107 年 11 月 30 日公告，起算 3 個月期限，亦於 3 月 1 日到期。故行政院於此時提出本草案，亦為時限上不得不然，而本草案於立法院得進行審議之時間已剩餘不多。

¹³ 司法院，本院對於全國性公民投票案第 10 案及第 12 案創制之立法原則不能牴觸釋字第 748 號解釋之說明，107 年 11 月 29 日，
<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=390040&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=&courtid=>（最後瀏覽日：108 年 2 月 22 日）。

本草案之名稱為「司法院釋字第七四八號解釋施行法」草案，於草案名稱公開後，反同團體提出主張認為專法名稱應為「同性共同生活法」，挺同團體則肯定行政院草案秉持釋字第 748 號解釋之精神，沿用本號解釋對於婚姻之定義，亦理解政府基於政治折衝，企圖降低爭議之努力¹⁴。法務部蔡部長清祥則表示，此有前例可以參考，例如「兩公約施行法」，因此本法於名稱上並無問題；而本草案第 2 條規定為大法官釋憲內容，法案採取中性命名是為避免名稱偏向反同或挺同的哪一方，避免爭議造成社會不安¹⁵。

按我國現行法律已有多種以「施行法」為名稱者，臚列如下：

- (一)民法類：民法總則施行法、民法債編施行法、民法物權編施行法、民法親屬編施行法、民法繼承編施行法。
- (二)刑法類：中華民國刑法施行法。
- (三)訴訟法類：民事訴訟法施行法、破產法施行法、刑事訴訟法施行法、軍事審判法施行法、行政訴訟法施行法。
- (四)公約類：消除對婦女一切形式歧視公約施行法、兒童權利公約施行法、公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法、聯合國反貪腐公約施行法、身心障礙者權利公約施行法。
- (五)其他類：兵役法施行法、土地法施行法。

¹⁴ 報導者 THE REPORTER，專法草案出爐，台灣有望成為亞洲第一同婚合法國家，108 年 2 月 21 日，

https://www.twreporter.org/a/marriage-equality-enforcement-act-of-interpretation-no748?gclid=Cj0KCQqiA2L7jBRCBARIsAPeAsaO1rHMYIjbNavVO-lry0dgMXEfCrNrfA8k_PByJQGBTBPIjrpPwJMaAu8mEALw_wcB（最後瀏覽日：108 年 2 月 22 日）。

¹⁵ 今日新聞 NOWNEWS，專法簡稱「同性婚姻法」？蔡清祥：應該很清楚了，108 年 2 月 21 日，<https://www.nownews.com/news/20190221/3236661/>（最後瀏覽日：108 年 2 月 22 日）。

另，各國法制上就同性結合所制(修)法之法律名稱各有不同，惟此亦與該國採取同性婚姻或伴侶制度等何種制度而有差異，而許多國家係先採伴侶制，嗣改採婚姻制。舉例而言，加拿大於 2005 年 7 月 19 日通過「民事婚姻法」(Civil Marriage Act)，隔日公布施行；德國於 2001 年 2 月 16 日制定「同性登記伴侶法」(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft)，於 2017 年 10 月 1 日修正民法承認同性婚姻；法國於 1999 年 11 月 15 日於其民法典新增第 515 條之 1 至第 515 條之 8，即 Pacte civil de solidarité，簡稱 PACS，中文為「民事伴侶結合法」，該國嗣於 2013 年修正民法典開放同性婚姻；英國於 2004 年 11 月 18 日通過「民事伴侶法」(Civil Partnership Act)，次年 12 月 5 日施行，其後於 2013 年英國議會通過「同性婚姻法」(Marriage (Same Sex Couples) Act)。

本草案為我國首次以大法官釋憲為名之施行法，名稱避開「同性婚姻」用語，條文共 27 條，除第 2 條定義「同性婚姻關係」外，其餘皆以「前條關係」、「第 2 條關係」簡稱之。因採用不同名稱可能顯現不同之意涵、價值認定或權利義務規範有所差異，本草案以此名稱應屬折衷之道。

四、本草案第 3 條以下擬明定成立同性婚姻關係之相關要件，惟未規定有關同性婚約事宜，恐有不足，應予明定（草案第 3 條、第 9 條）

本草案第 2 條定義同性婚姻關係，謂「稱同性婚姻關係者，謂相同性別之二人，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。」通觀本草案，有關成立要件、監護關係結合之禁止、無效之瑕疵、得撤銷之瑕疵、撤銷要件及效力，以及第 2 條關係之普通效力、財產上效力、監護及繼承權，多係直接移植或準用民法規定。

本草案部分未採民法規定者，如第 3 條第 1 項所定成立第 2 條關係之最低年齡為 18 歲，按因民法第 980 條規定，男未滿 18 歲，女未滿 16 歲者，不得結婚，惟因民法第 980 條對男女之最低結婚年齡作不同規定，有形式上不平等，為消除歧視，以符合公民與政治權利國際公約第 23 條規定、消除對婦女一切形式歧視公約第 15 條、第 16 條規定，本院及行政院迭有應予修正之建議¹⁶。故本草案第 3 條第 1 項規定，未滿 18 歲者，不得成立第 2 條關係，應可贊同。

另本草案未明定有關民法第 2 章第 1 節「婚約」之規定，恐有不足。按民法親屬編第 2 章婚姻，其第 1 節首先自「婚約」開始規範，民法第 972 條即規定「婚約，應由男女當事人自行訂定。」而除民法第 973 條規定訂定婚約之最低年齡外，其下並有第 974 條未成年人訂定婚約應得法定代理人之同意、第 975 條婚約不得請求強迫履行、第 976 條得解除婚約之事由、第 977 條至第 979 條請求損害賠償、第 979 條之 1 返還贈與物、第 979 條之 2 短期消滅時效等規定。婚約具有文化禮俗意義，現行民法雖採共諾婚，

¹⁶ 立法院，「院總第 1150 號 政府提案第 12609 號」議案關係文書，100 年 5 月 18 日；立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 14506 號」議案關係文書，101 年 12 月 19 日；立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 15359 號」議案關係文書，102 年 10 月 31 日；立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 17048 號」議案關係文書，103 年 10 月 8 日；立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 19706 號」議案關係文書，105 年 11 月 2 日；立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 19699 號」議案關係文書，105 年 10 月 26 日；立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 19730 號」議案關係文書，105 年 11 月 10 日。

惟尚存有聘娶婚之特性，收受聘禮、交換禮物成為婚約締結時最重要之物質憑證，故解除或撤銷婚約時，請求財產上、精神上損害賠償或返還財物，成為婚約解除時之焦點¹⁷。

司法院釋字第 748 號解釋之解釋文，開宗明義即表示係針對「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定」，則本草案對其第 1 節「婚約」之規定，付之闕如，易言之，本草案第 3 條以下擬明定成立同性婚姻關係者之相關要件，惟未規定有關同性婚約事宜，恐未周延。此外，其他法律尚有連結「未婚配偶」者，例如：民事訴訟法第 32 條第 1 款法官應自行迴避之事由、第 307 條第 1 項第 1 款證人得拒絕證言之事由；公證法第 10 條公證人不得執行其職務之事由。而其他法律亦有連結「訂有婚約者」，例如：憲法訴訟法第 9 條第 1 款大法官應自行迴避之事由；公務員懲戒法第 27 條公務員懲戒委員會委員應自行迴避之事由；行政訴訟法第 145 條證人得拒絕證言之事由、第 151 條得不令具結之事由；軍事審判法第 63 條第 3 款軍事審判官應自行迴避之事由；刑事訴訟法第 17 條第 3 款法官應自行迴避之事由、第 180 條第 1 項第 2 款證人得拒絕證言之事由；勞資爭議處理法第 32 條第 1 項第 2 款不得擔任同一勞資爭議事件之仲裁委員事由。故若本草案未規定同性婚約，恐導致是否適用上開規定發生疑義。本報告爰建議本草案明定婚約相關規定，以期周全。

綜上，爰建議本草案第 3 條增訂第 1 項規定為「未滿 17 歲者，不得訂定成立前條關係之預約。」、第 2 項規定為「前項預約，準用民法第 972 條、第 974 條至第 979 條之 2 之規定。」而原第 1

¹⁷ 郭書琴，身分法之法律文化分析初探：以婚約篇為例，臺北大學法學論叢，第 67 期，97 年 9 月，頁 1-42。

項、第 2 項規定移列為第 3 項、第 4 項。另配套修正本草案第 9 條第 1 項、第 2 項所引用之第 3 條項次。

五、本草案未承認成立第 2 條關係之一方與他方血親成立姻親關係，值得審酌，應增訂準用民法之規定（草案第 3 條）

本草案有別於異性婚姻之設計，未成立姻親關係即為一例。按本草案並未承認成立第 2 條關係之一方與他方之血親成立姻親關係，按姻親係因婚姻關係而產生之親屬型態，民法親屬編明定親屬有血親及姻親兩種，依民法第 969 條規定「稱姻親者，謂血親之配偶、配偶之血親及配偶之血親之配偶。」第 970 條則規定姻親之親系及親等之計算，第 971 條則規定姻親關係因離婚而消滅；結婚經撤銷者亦同。

現行各種法律對於具有姻親關係者定有不同規定，舉例而言，基於親情基礎之容隱，人情之常，國家刑罰權對親親相隱長久以來皆有減輕責任之規定¹⁸，如刑法定有第 162 條第 5 項親屬便利脫逃罪之減輕其刑、第 167 條親屬圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人犯第 164 條（藏匿、使之隱避或頂替）或第 165 條（湮滅刑事證據）之罪減輕或免除其刑、第 324 條第 2 項親屬間竊盜須告訴乃論。而刑事訴訟法第 180 條第 1 項第 1 款證人因身分關係得拒絕證言之範圍，現為或曾為被告或自訴人之二親等內之姻親或家長、家屬者即屬之；同法第 181 條證人恐因陳述致自己或與其有前條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者亦得拒絕證言。而

¹⁸ 趙萃文，試析刑法親親相隱的歷史軌跡和當代價值，軍法專刊，第 63 卷第 1 期，106 年 2 月，頁 70-110。

民事訴訟法第 307 條第 1 項第 1 款、行政訴訟法第 145 條第 1 款等，亦有類此規定。

此外，多種法律對於具有一定親屬關係者定有迴避義務，舉例而言，如公職人員利益衝突迴避法第 3 條規定關係人之範圍，而二親等以內親屬亦屬之，依該法第 5 條至第 10 條規定，直接或間接使本人或其關係人獲取利益者屬利益衝突，公職人員知有利益衝突之情事者，應即迴避；公務人員任用法第 26 條第 1 項各機關長官對於配偶及三親等以內血親、姻親，不得在本機關任用，或任用為直接隸屬機關之長官，對於本機關各級主管長官之配偶及三親等以內血親、姻親，在其主管單位中應迴避任用。又各種訴訟法對於與法官有一定親屬關係者，均明定應迴避不得執行職務，如刑事訴訟法第 17 條、民事訴訟法第 32 條、憲法訴訟法第 9 條、軍事審判法第 63 條等。

本草案若未準用姻親規定，舉例來說，A 在跟 B 成立第 2 條之關係前收養了一個 Z，如未準用姻親規定，Z 跟 B 不具有姻親關係；則 A 跟 B 終止第 2 條之關係以後，因為法律未準用姻親規定，故 B 跟 Z 不是直系姻親，即不會適用本草案第 5 條第 1 項第 1 款及第 2 項規定禁止成立第 2 條關係之限制、以及民法有關禁婚親的限制，如此 B 跟 Z 就可以成立第 2 條之關係或者民法婚姻關係¹⁹。如此適用法律之結果，顯然與異性婚姻之情況失衡。

本草案大量移植民法親屬編規定，並於第 24 條規定準用民法總則編、債編及民法以外其他法規之規定，本草案並非僅規範成立第 2 條關係者兩人間之關係而已。而若以「姻親」為關鍵字進

¹⁹ 自由評論網，〈《司法院釋字第 748 號解釋施行法》草案有哪些問題呢？〉，108 年 2 月 22 日，<https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/2706447>（最後瀏覽日：108 年 3 月 6 日）。

行檢索，牽涉之法律、命令有上千種，故有無姻親關係影響層面甚廣。準此，若未規範成立第 2 條關係之一方與他方之血親成立姻親關係，結果會發生本草案禁婚親之範圍、扶養義務及民法以外之訴訟法或其他行政法規所定關於姻親事項與異性婚姻失去衡平性。立法技術上，固然可逐一將個別法令之「姻親」，修正為「他方配偶之直系血親」、「他方配偶之血親」等其他用語，惟工程浩大，且造成未逐一修正前之空窗期如何適用發生疑義，恐非良策。

按德國同性登記伴侶法第 11 條規定，同性登記伴侶一方之血親為他方之姻親，亦即雙方可於法律上成立更緊密之結合關係。爰此，為完備成立第 2 條關係者之權利義務，建議本草案第 3 條增訂第 5 項明定「成立第 2 條關係者，準用民法關於姻親之規定。」

六、法院為第 2 條關係雙方當事人住所裁定前，應明定以雙方當事人共同戶籍地推定為其住所（草案第 12 條）

本草案基於成立第 2 條關係者，係為經營永久共同生活之目的，其第 11 條參酌民法第 1001 條規定，明定「第 2 條關係之雙方當事人互負同居之義務。但有不能同居之正當理由者，不在此限。」至於為決定其共同住所，本草案第 12 條參酌民法第 1002 條之規定，明定「第 2 條關係雙方當事人之住所，由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。」

惟民法第 1002 條尚有第 2 項規定，即在法院為前項裁定前，以夫妻共同戶籍地推定為其住所。而當初民法本條之修正理由略謂「…夫妻之住所為夫妻生活之重心，對訴訟之管轄及離婚惡意遺棄要件之認定具有相當之影響，在夫妻就住所之決定無法協議

時，有由法院介入決定之必要…」²⁰則既然住所涉及訴訟之管轄及離婚惡意遺棄要件之認定，為期完備，似仍有予以明定之必要，爰建議本草案第 12 條參照民法第 1002 條第 2 項規定，增訂第 2 項規定為「法院為前項裁定前，以前項雙方當事人共同戶籍地推定為其住所。」

七、法院為未成年人被收養之認可時，應明定不得以收養者之性別、性傾向、性別認同、性別特質等為理由，而為歧視之對待（草案第 20 條）

本草案有別於異性婚姻之設計，收養關係亦為一重大差異。本草案第 20 條規定「第 2 條關係之一方收養他方之親生子女時，準用民法關於收養之規定。」亦即，本草案限於繼親收養，其理由乃以鑑於成立第 2 條關係之雙方當事人有共同經營生活事實，為保障同性關係之一方親生子女之權益，應許他方得為繼親收養，由社工專業評估及法院之認可，依個案判斷其收養是否符合子女最佳利益，並準用民法有關收養之規定。

雖部分團體提出意見認為，本草案將共同收養排除在外，將造成許多同志家庭只得單獨收養成為「跛腳單親」²¹。惟繼親收養，依兒童及少年福利與權益保障法第 16 條第 1 項但書、第 17 條規定，夫妻之一方收養他方子女(指兒童及少年)，無需透過收出養媒合服務者及提出收出養評估報告，此立法係為符合兒童及少年

²⁰ 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 1950 號之 1」議案關係文書，87 年 5 月 13 日，討 26-27。

²¹ 聯合報，同婚專法有限制 不能共同收養 同志恐成「跛腳單親」，108 年 3 月 4 日，第 A5 版。

最佳利益而設²²。按民法第 1079 條之 1 規定「法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女最佳利益為之。」而因繼親收養係使子女與繼父母發生擬制親子關係，對子女之成長有助益，故此種收養毋庸踐行前述程序，爭議較少之故。

本院本(第 9)屆有關婚姻平權之 5 版本草案皆為修正民法，司法及法制委員會於 105 年 12 月 26 日審查完竣，其中，審查結果以委員提案第 19699 號「民法部分條文修正草案」、委員提案第 19706 號「民法親屬編部分條文修正草案」及委員提案第 19730 號「民法親屬編部分條文修正草案」併案審查，通過部分修正條文，而有關收養之條文，係民法第 1079 條之 1 規定，其現行規定為「法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女最佳利益為之。」該次通過條文係增訂第 2 項規定「法院為前項認可時，不得以收養者之性別、性傾向、性別認同、性別特質等為理由，而為歧視之對待。」其修正理由係由於性別、性傾向及性別認同、性別特質等特別易於成為歧視原因，為落實憲法第 7 條之平等權利、保障兒童最佳利益，並穩固家庭之保護照顧功能²³，乃增訂該項規定。

因司法院釋字第 748 號解釋之重點，即在保障同性性傾向者之婚姻自由及平等權，故法院尚不得因收養者之性傾向等因素而為差別待遇，爰建議將本院委員會前述已審查通過之條文納為本草案內容，而於本草案第 20 條增訂第 2 項規定「法院為未成年人

²² 立法院，「院總第 932 號 政府委員提案第 11949、8150、8273、8484、8492、8512、8564、8599、8700、8784、8791、8932、8961、8966、8983、8984、8991、8998、9005、9102、9120、9164、9183、9257、9267、9274、9297、9319、9406、9814 號」議案關係文書，99 年 12 月 8 日，討 113-116。

²³ 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 19706 號」議案關係文書，105 年 11 月 2 日；立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 19730 號」議案關係文書，105 年 11 月 10 日。

被收養之認可時，不得以收養者之性別、性傾向、性別認同、性別特質等為理由，而為歧視之對待。」

八、本草案僅就成立第 2 條關係雙方當事人間認有互負扶養義務，有所不足，應明定準用民法關於扶養之規定（草案第 22 條）

民法親屬編第 5 章為「扶養」章之規定，扶養係指一定親屬間，有經濟能力者對於無謀生能力之親屬，本於人倫關係予以生活費用扶助之謂²⁴。故扶養義務僅存在於一定親屬間，民法第 1114 條規定，親屬互負扶養之義務，包括「一、直系血親相互間。二、夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間。三、兄弟姊妹相互間。四、家長家屬相互間。」而第 1115 條定有負扶養義務者之順序，第 1116 條定有受扶養權利者之順序。至於夫妻互負扶養義務，原本民法未予規定，74 年 6 月 3 日修正時，增訂第 1116 條之 1，明定夫妻互負扶養之義務。此外，民法第 1117 條至第 1118 條之 1，就扶養義務發生、減輕及免除之要件予以明定。而民法第 1119 條至第 1121 條，則規定扶養程度及方法。

本草案第 22 條參酌民法第 1116 條之 1 規定，於第 1 項明定雙方當事人間扶養之義務，並於第 2 項就有關第 2 條關係之雙方當事人間受扶養之順序、要件、扶養義務之免除、扶養之程度及方法，明定準用民法相關規定。檢視本草案第 22 條規定，其僅明定成立第 2 條關係當事人間之扶養義務，準用之民法條文亦僅限於此，而未準用民法第 1114 條之結果，夫妻之一方與他方之父母同居者，相互間並未負有扶養義務，基於本報告建議本草案明定

²⁴ 林菊枝原著 吳煜宗重訂，臺灣親屬法論，新學林出版，初版，106 年 9 月，頁 327-329。

成立第 2 條關係者準用民法關於姻親規定之立場，有關扶養義務，自應採取相同見解，爰建議本草案第 22 條規定修正為「第 2 條關係雙方當事人互負扶養之義務，其雙方當事人間及親屬間之扶養，準用民法關於扶養之規定。」原第 2 項規定刪除之。

另，有關本草案之法案及性別影響評估，法務部表示因本草案時效緊急，且因司法院於解釋憲法過程及全國性公民投票時均已舉行辯論會，相關意見已納為法案研擬之參考，爰未檢附法案及性別影響評估資料，併予敘明。

伍、結論

本草案為減輕社會衝突，諸多政策採取折衷態度，此或許為尋求爭議交集，不得不採取的方式。本報告針對本草案進行檢討，提出問題評估與建議意見如下：

- 一、司法院釋字第 748 號解釋闡釋，民法未規定同性得成立永久結合關係，與憲法第 22 條婚姻自由及第 7 條平等權之意旨有違。本號解釋肯認同性性傾向者應受憲法第 22 條婚姻自由之保障，並指出如以性傾向等為分類標準所為之差別待遇，亦屬憲法第 7 條平等權規範之範圍，現行婚姻章以性傾向為分類標準，使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇。
- 二、全國性公民投票第 10 案、第 12 案投票結果，據其創制之立法原則，民法婚姻規定應限定在一男一女結合之原則，立法者僅得以民法婚姻規定以外之其他形式來修制相關法律，來保障同性別二人經營永久共同生活的權益。依公民投票法規

定，公民投票案經通過者，行政院所研擬法律提案，立法院應於下一會期休會前完成審議程序，經創制之立法原則，立法院不得變更。

三、我國現行法律已有多種以「施行法」為名稱者，各國法制上就同性結合所制(修)法之法律名稱各有不同，惟此亦與該國採取同性婚姻或伴侶制度等何種制度而有差異。本草案名稱爭議已久，挺同、反同者各有主張，相持不下。本草案為我國首次以大法官釋憲為名之施行法，名稱避開「同性婚姻」用語。因採用不同名稱可能顯現不同之意涵、價值認定或權利義務規範有所差異，本草案以此名稱應屬折衷之道。

四、司法院釋字第 748 號解釋之解釋文，開宗明義即表示係針對「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定」，惟本草案對其第 1 節「婚約」規定付之闕如。按本草案第 3 條以下擬明定成立同性婚姻關係者之相關要件，惟未規定有關同性婚約事宜，恐有不足。爰建議於第 3 條增訂第 1 項、第 2 項有關同性婚約之規定。而原第 1 項、第 2 項規定移列為第 3 項、第 4 項規定。另配套修正本草案第 9 條第 1 項、第 2 項所引用之第 3 條項次。

五、本草案未承認成立第 2 條關係之一方與他方血親成立姻親關係，值得審酌。姻親係因婚姻關係而產生之親屬型態，各種法律對具有姻親關係者定有不同規定，舉例而言，基於親情基礎之容隱，人情之常，國家刑罰權對親親相隱長久以來皆有減輕責任之規定，又多種法律對於具有一定親屬關係者定有迴避義務。為完備成立第 2 條關係者之權利義務，爰建議

應增訂準用民法關於姻親之規定。

- 六、因住所涉及訴訟之管轄及離婚惡意遺棄要件之認定，為期完備，本草案第 12 條仍有必要參照民法第 1002 條第 2 項規定，明定法院為雙方當事人裁定前之住所，爰建議增訂第 12 條第 2 項規定。
- 七、因司法院釋字第 748 號解釋之重點，在保障同性性傾向者之婚姻自由及平等權，故法院尚不得因收養者之性傾向等因素而為差別待遇，爰建議將本院委員會已審查通過之條文納為本草案內容，故建議增訂第 20 條第 2 項規定特別明定之。
- 八、檢視本草案第 22 條規定，其僅明定成立第 2 條關係當事人間之扶養義務，準用之民法條文亦僅限於此，而未準用民法第 1114 條之結果，夫妻之一方與他方之父母同居者，相互間並未負有扶養義務，基於本報告建議本草案明定成立第 2 條關係者準用民法關於姻親規定之立場，有關扶養義務，自應採取相同見解，爰建議修正本草案第 22 條第 1 項規定，原第 2 項規定刪除之。

陸、條文對照表

本草案共計 27 條，本報告經研析後，建議修正 5 條。茲就相關條文建議修正情形，臚列條文對照表如下：

司法院釋字第七四八號解釋施行法草案條文對照表

行政院提案條文	本報告建議條文	說明
第三條 未滿十八歲者，不得成立前條關係。 未成年人成立前條關係，應得法定代理人同意。	第三條 <u>未滿十七歲者，不得訂定成立前條關係之預約。</u> <u>前項預約，準用民法第九百七十二條、第九百七十四條至第九百七十九條之二之規定。</u> 未滿十八歲者，不得成立前條關係。 未成年人成立前條關係，應得法定代理人同意。 <u>成立第二條關係者，準用民法關於姻親之規定。</u>	行政院說明： 參酌民法第九百八十條及第九百八十一條規定，明定成立第二條關係之最低年齡。 本報告說明： 一、司法院釋字第七四八號解釋之解釋文，開宗明義即表示係針對「民法第四編親屬第二章婚姻規定」，則其第一節「婚約」之規定，本草案付之闕如。按本條以下擬明定成立同性婚姻關係者之相關要件，惟未規定有關同性婚約事宜，恐有不足，爰增訂第一項、第二項規定。 二、原第一項、第二項規定移列為第三項、第四項規定。 三、姻親係因婚姻關係而產生之親屬型態。按各種法律對具有姻

		親關係者定有不同規定，舉例而言，基於親情基礎之容隱，人情之常，國家刑罰權對親親相隱長久以來皆有減輕責任之規定，又多種法律對於具有一定親屬關係者定有迴避義務。為完備成立第二條關係者之權利義務，爰增訂第五項規定。
第九條 成立第二條關係違反第三條第一項之規定者，當事人或其法定代理人，得向法院請求撤銷之。但當事人已達該項所定年齡者，不得請求撤銷。 成立第二條關係違反第三條第二項之規定者，法定代理人得向法院請求撤銷之。但自知悉其事實之日起，已逾六個月，或成立第二條關係後已逾一年者，不得請求撤銷。 成立第二條關係違反第六條之規定者，受監護人或其最近親屬，得向法院請求撤銷之。但第二條關係成	第九條 成立第二條關係違反第三條第三項之規定者，當事人或其法定代理人，得向法院請求撤銷之。但當事人已達該項所定年齡者，不得請求撤銷。 成立第二條關係違反第三條第四項之規定者，法定代理人得向法院請求撤銷之。但自知悉其事實之日起，已逾六個月，或成立第二條關係後已逾一年者，不得請求撤銷。 成立第二條關係違反第六條之規定者，受監護人或其最近親屬，得向法院請求撤銷之。但第二條關係成立後已逾一年者，不得請求撤銷。	行政院說明： 參酌民法第九百八十九條、第九百九十條及第九百九十一條規定，分別明定違反最低年齡、未得法定代理人同意及監護人與受監護人間成立第二條關係之限制時，得予撤銷之規定。 本報告說明： 配合第三條增訂項次，爰修正第一項及第二項所引用第三條之項次。

立後已逾一年者，不得請求撤銷。		
第十二條 第二條關係雙方當事人之住所，由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。	第十二條 第二條關係雙方當事人之住所，由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。 <u>法院為前項裁定前，以前項雙方當事人共同戶籍地推定為其住所。</u>	行政院說明： 一、第二條關係成立後，雙方當事人間即負有同居之義務，為決定其共同住所，爰參酌民法第一千零零二條之規定，明定雙方當事人之住所所以共同協議為原則；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。 二、另民法第一千零零二條第二項雖規定，法院為共同住所之裁定前，以共同戶籍地推定為住所。考量當事人訴請法院裁定共同住所，多為戶籍地各異之情形，該項適用之機會甚少，爰未予參考明定，併予敘明。 本報告說明： 因住所涉及訴訟管轄及離婚惡意遺棄要件之認定，為期完備，仍有必要參照民法第一千零零二條第二項規定，明定法院為第一項裁定前之住所，爰增訂第二項規定。
第二十條 第二條關係	第二十條 第二條關係之	行政院說明：

之一方收養他方之親生子女時，準用民法關於收養之規定。	一方收養他方之親生子女時，準用民法關於收養之規定。 <u>法院為未成年人被收養之認可時，不得以收養者之性別、性傾向、性別認同、性別特質等為理由，而為歧視之對待。</u>	一、鑑於成立第二條關係之雙方當事人有共同經營生活事實，為保障同性關係之一方親生子女之權益，應許他方得為繼親收養，由社工專業評估及法院之認可，依個案判斷其收養是否符合子女最佳利益，並準用民法有關收養之規定。 二、第二條關係之一方收養他方親生子女後，依本條準用民法第一千零七十七條第一項規定之結果，其與被收養子女間之關係，與婚生子女同，是民法及其他法律中有關父母與子女間權利義務之規定，自有適用，附此敘明。 本報告說明： 因司法院釋字第748號解釋之重點，在保障同性性傾向者之婚姻自由及平等權，故法院尚不得因收養者之性傾向等因素而為差別待遇，爰增訂第二項規定明定之。
第二十二條 第二條關係雙方當事人互負扶	第二十二條 第二條關係雙方當事人互負扶養之	行政院說明： 一、第二條關係雙方當事

養之義務。 第二條關係雙方當事人間之扶養，準用民法第一千一百十六條之一、第一千一百十七條第一項、第一千一百十八條但書、第一千一百十八條之一第一項及第二項、第一千一百十九條至第一千一百二十一條之規定。	義務，其雙方當事人間及親屬間之扶養，準用民法關於扶養之規定。	人既有經營永久共同生活之目的，其應互負扶養義務，乃理所當然，爰參酌民法第一千一百十六條之一之規定，於第一項明定雙方當事人間扶養之義務。 二、有關第二條關係之雙方當事人間受扶養之順序、要件、扶養義務之免除、扶養之程度及方法，於第二項明定準用民法相關規定。 行政院說明： 本條僅明定成立第二條關係當事人間之扶養義務，準用之民法條文亦僅限於此。而未準用民法第一千一百十四條之結果，夫妻之一方與他方之父母同居者，相互間並未負有扶養義務，基於建議本草案明定成立第二條關係者準用民法關於姻親規定之立場，有關扶養義務，自應採取相同見解，爰修正第一項規定。原第二項規定刪除。
---	---------------------------------------	--

參考文獻

一、圖書論文、報紙、政府出版品

1. 林更盛，大法官釋字第 748 號解釋的拘束力：方法論的觀點，月旦法學，第 283 期，107 年 12 月，頁 5-19。
2. 林秀蓮、賴俊兆，考察法國、德國同性伴侶/同性婚姻法制發展及實務運作情形，法務部法律事務司，105 年 8 月。
3. 林昀嫻主持計畫，國立清華大學科技法律研究所，同性伴侶法制實施之社會影響與立法建議成果報告書，法務部委託研究，106 年 1 月。
4. 林菊枝原著 吳煜宗重訂，臺灣親屬法論，新學林出版，初版，106 年 9 月。
5. 郭書琴，身分法之法律文化分析初探：以婚約篇為例，臺北大學法學論叢，第 67 期，97 年 9 月，頁 1-42。
6. 趙萃文，試析刑法親親相隱的歷史軌跡和當代價值，軍法專刊，第 63 卷第 1 期，106 年 2 月，頁 70-110。
7. 戴瑀如主持計畫，國立臺北大學法律學院法律學系，德國、法國及加拿大同性伴侶制度之研究成果報告書，法務部委託研究，101 年 5 月。
8. 戴瑀如，同性婚姻立法之相關問題：由德國民法納入同性婚所帶來的疑義檢視我國之立法方向，月旦法學，第 283 期，107 年 12 月，頁 53-69。
9. 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 1950 號之 1」議案關係文書，87 年 5 月 13 日。
10. 立法院，「院總第 932 號 政府委員提案第 11949、8150、8273、

8484、8492、8512、8564、8599、8700、8784、8791、8932、
8961、8966、8983、8984、8991、8998、9005、9102、9120、
9164、9183、9257、9267、9274、9297、9319、9406、9814 號」
議案關係文書，99 年 12 月 8 日。

11. 立法院，「院總第 1150 號 政府提案第 12609 號」議案關係文書，100 年 5 月 18 日。

12. 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 14506 號」議案關係文書，101 年 12 月 19 日。

13. 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 15359 號」議案關係文書，102 年 10 月 31 日。

14. 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 17048 號」議案關係文書，103 年 10 月 8 日。

15. 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 19699 號」議案關係文書，105 年 10 月 26 日。

16. 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 19706 號」議案關係文書，105 年 11 月 2 日。

17. 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 19731 號」議案關係文書，105 年 11 月 2 日。

18. 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 19730 號」議案關係文書，105 年 11 月 10 日。

19. 立法院，「院總第 1150 號 委員提案第 20103 號」議案關係文書，105 年 12 月 23 日。

20. 中央選舉委員會，第 7 案至第 16 案公投公報，107 年 10 月 24 日。

21. 中央選舉委員會，中選綜字第 1073050682 號公告，107 年 11 月 30 日。
22. 聯合報，同婚專法有限制 不能共同收養 同志恐成「跛腳單親」，108 年 3 月 4 日，第 A5 版。

二、網路資源

1. 司法院網站，本院對於全國性公民投票案第 10 案及第 12 案創制之立法原則不能牴觸釋字第 748 號解釋之說明，107 年 11 月 29 日，<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=390040&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=&courtid=>。
2. 今日新聞 NOWNEWS，專法簡稱「同性婚姻法」？蔡清祥：應該很清楚了，108 年 2 月 21 日，<https://www.nownews.com/news/20190221/3236661/>。
3. 自由評論網，《司法院釋字第 748 號解釋施行法》草案有哪些問題呢？，108 年 2 月 22 日，<https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/2706447>。
4. 報導者 THE REPORTER，專法草案出爐，台灣有望成為亞洲第一同婚合法國家，108 年 2 月 21 日，<https://www.twreporter.org/a/marriage-equality-enforcement-act-of-interpretation-no748?gclid=Cj0KCQiA2L7jBRCBARIsAPeAsa0lrHMY1jbNavV0>。

附錄：「司法院釋字第七四八號解釋施行法草案」評估報告（初稿）

座談會紀錄及參採情形

時間：中華民國 108 年 3 月 6 日（星期三）下午 3 時

地點：立法院法制局 304 會議室

主席：劉組長厚連

記錄：呂文玲

出席人員：

一、學者專家：

清華大學科技法律研究所 林副教授昀嫻

二、機關代表：

法務部法律事務司 黃科長王裕

三、本局出席人員：

翁研究員栢萱

陳助理研究員宏明（書面意見）

四、本院委員辦公室：

周委員春米辦公室 簡助理雅君

呂委員孫綾辦公室 劉助理晨志

鍾委員佳濱辦公室 曾助理柏康

鍾委員孔炤辦公室 余助理承瑋

陳委員素月辦公室 林助理正斌

發言要點：

黃科長王裕：

- 一、有關本草案未規範婚約相關規定，是因為現今社會訂定婚約者較少，而縱未明定相關損害賠償或返還贈與物之規定，依民法不當得利之規定請求返還亦可。
- 二、本草案係依司法院釋字第 748 號解釋及公投第 12 案結果而制定之法律案，在研議過程中，各方對於名稱及應包括哪些內容意見不一，為凝具共識、減少爭議，最後乃決定本草案之範圍。亦即，若非民法婚姻章，並非司法院釋字第 748 號解釋之範圍，本草案即未規範，故本草案著重在成立第 2 條關係之當事人，若涉及第三人者，除非是涉及生活所需始予以規定，例如繼承權相關規定。而姻親等其他法律關係，因非屬民法婚姻章之範圍，且非成立第 2 條關係之當事人本身的關係，本草案爰未規定。此外，目前社會並未普遍接受同性婚姻關係，本草案因此未承認成立第 2 條關係之一方與他方之血親成立姻親關係，而依法條解釋結果，本草案第 5 條所指之姻親，自然係指民法異性婚姻下之姻親關係，而且本草案就該等人員，亦未準用民法有關扶養義務之規定。當然，此屬立法政策問題，如何規定皆可以討論。
- 三、有關本草案第 12 條是否參酌民法第 1002 條第 2 項明定，法院為共同住所之裁定前，以共同戶籍地推定為住所。按本部研議本草案而盤點民法相關規定時，亦考量實務狀況，本條係因為考量民法第 1002 條第 2 項適用之機會甚少，故未予參酌規定。

- 四、本報告建議本草案第 20 條增訂第 2 項規定，明定法院不得因收養者之性傾向等因素而為差別待遇，惟此仍應注意符合子女最佳利益，以子女利益為優先。
- 五、有關跨國相同性別之 2 人成立第 2 條關係，此為同志團體非常關心之議題，惟因本草案係針對現行法律規範不足之部分進行立法，至於跨國相同性別之 2 人依涉外民事法律適用法第 46 條規定即可，並非沒有規範。而若於同性婚姻採取特別規定之立法政策，宜考慮其與異性婚姻之衡平性。
- 六、本草案第 17 條第 2 項未參酌民法第 1052 條第 2 項但書規定，明定其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，其原因在於許多學者主張我國離婚應採破綻主義，而非有責主義，而目前採無責之一方得請求離婚，導致實務上訴訟時，夫妻於法院互相攻訐，關係更為撕裂，故學者建議將民法第 1052 條第 2 項但書刪除，本草案係反映此修法意見，日後民法亦將朝此方向修正。

參採情形：

- 一、第一點有關本草案未規範婚約相關規定之說明，按因司法院釋字第 748 號解釋係針對「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定」，則本草案對其第 1 節「婚約」之規定，付之闕如，恐有不足。另其他法律尚有連結「未婚配偶」或「訂有婚約者」，故若本草案未規定同性婚約，恐導致是否適用相關規定發生疑義。本報告爰建議本草案明定婚約相關規定，以期周全。
- 二、第二點有關本草案規定範圍以及未涵括姻親規定之說明，按本草案大量移植民法親屬編規定，並於第 24 條規定準用民法

總則編、債編及民法以外其他法規之規定，本草案並非僅規範成立第 2 條關係者兩人間之關係而已。若未規範成立第 2 條關係之一方與他方之血親成立姻親關係，結果會發生禁婚親之範圍、民法以外之訴訟法或其他行政法規所定關於姻親事項與異性婚姻失去衡平性，本報告爰建議本草案明定成立第 2 條關係者，準用民法關於姻親之規定。

三、第三點有關本草案第 12 條夫妻住所規定之意見，按因住所涉及訴訟管轄及離婚惡意遺棄要件之認定，本報告為期完備，認為仍有必要參照民法第 1002 條第 2 項規定，明定法院為第 1 項裁定前之住所。

四、第四點有關本草案第 20 條增訂第 2 項規定之意見，本報告係認為因司法院釋字第 748 號解釋之重點，在保障同性性傾向者之婚姻自由及平等權，故法院尚不得因收養者之性傾向等因素而為差別待遇，爰建議本草案第 20 條增訂第 2 項規定明定之，此與民法第 1079 條之 1 所定「法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女最佳利益為之。」並未相悖。

五、第五點有關就跨國相同性別之 2 人擬成立第 2 條關係予以特別規定之意見，本報告考量因涉及同性婚姻與異性婚姻之衡平性，爰刪除初稿予以特別規定之意見。

六、第六點有關本草案第 17 條第 2 項之意見，係回應陳助理研究員宏明所提書面意見第二點，錄供參考。

林副教授昀嫻：

一、本草案充滿妥協，若能將法律價值一致化，即可減少爭議。

本人於 106 年年初交給法務部委託研究報告，當初設定是同性伴侶法，除了文獻研究外，並進行實證研究，召開北、中、南、東四場公民審議會，整個過程涵括民眾的回饋，而且也藉此深刻思考，法律不僅應反映現實，亦應引導社會朝公平正義的方向走。

二、有關本草案之名稱，按本草案第 2 條即規定所稱同性婚姻關係，故本草案就是規範同性婚姻的法律，而通常施行法為程序法，不涉及實體上權利義務，而施行法之另一種型態，為國際公約內國法化，故本草案之名稱確實為創舉，惟若為折衝而以草案條文之通過為優先考量，此法案名稱尚能接受。

三、細究本草案內容，部分係適用民法規定，部分係準用民法規定，有些則不準用民法規定，惟其標準何在，很難看得出來。舉例而言，婚約、夫妻冠姓、結婚時不能人道之婚姻撤銷，本草案並無規定或準用民法。個人認為，婚約無規定，尚可接受，因為牽涉之權利義務較少，惟姻親規定不準用民法，如同本報告所言，姻親不僅連結到民法，其亦連結到其他法律關係，例如刑事訴訟法第 180 條有因身分關係得拒絕證言之相關規定，其他亦例如公職人員知有利益衝突而應迴避，故怎麼可以僅僅因為是同性配偶而非異性配偶，該迴避的，不用迴避，能拒絕證言的，就不能拒絕證言。故不承認姻親，會導致不必要的差別待遇。而此種差別待遇，亦可能導致日後相關規定被提起釋憲。而本草案亦未準用民法第 1114 條第 2 款規定，故亦影響雙方間之扶養義務。另本草案以 18 歲為成立第 2 條關係之最低年齡，個人認為應採與民法成年年齡

之標準一致，即 20 歲，而日後民法亦應考量將成年年齡由 20 歲下修為 18 歲。按歐美許多國家之成年年齡為 18 歲，故外國以 18 歲為同性婚姻之最低年齡，有其道理，而且如此，亦毋庸規定有關法定代理人同意、違反最低年齡或未得法定代理人同意撤銷之規定。另人權公約及行動綱領、兒童權利公約等亦反對未成年人結婚。

- 四、本草案第 12 條有關夫妻住所之規定，若參酌民法第 1002 條第 2 項規定，增訂第 2 項有關法院為共同住所之裁定前，以共同戶籍地推定為住所，其規定會更完備。
- 五、本草案第 20 條就收養之範圍，僅開放繼親收養，即收養他方之親生子女，易言之，不開放收養對方養子女或兩人共同收養。按司法院釋字第 748 號解釋未提及此部分，此部分為立法權之範圍。惟收養議題為重大爭議，本草案開放之繼親收養，是最沒有爭議的部分，因繼親收養，收養者與被收養者有實質共同生活。然如果是共同收養，各方爭議大，因收養未成年人時，應考量養子女之最佳利益，但如何才是子女最佳利益，見解不一。個人進行法務部委託研究時，曾有人提出意見認為，若同性婚姻係屬於較容易解消之婚姻，則允許收養與否，應更慎重考量。
- 六、有關跨國能否締結第 2 條關係，其涉及之層面廣，應再進一步進行法案影響評估。依本人受陸委會委託研究之意見，例如依兩岸條例規定，目前陸配須先在大陸地區結婚，始能以配偶依親名義入境，並不能直接以結婚之名義及目的來臺，但大陸地區並不承認同性婚姻關係，則究竟此部分如何處

理，而若同性婚姻開放來臺結婚，則異性婚姻是否亦開放來臺結婚，日後問題確實很大。

參採情形：

- 一、第一點法律應引導社會走向及第二點法案名稱之意見，錄供參考。
- 二、第三點有關本草案規範內容之評論及應明定準用民法姻親規定之意見，錄供參考；而有關本草案所定成立第 2 條關係之最低年齡，因尚涉及現行民法關於成年年齡之問題，相關意見爰錄供參考。
- 三、第四點有關贊同本草案第 12 條增訂第 2 項規定之意見，第五點有關本草案第 20 條僅開放繼親收養之意見，錄供參考。
- 四、第六點有關跨國締結第 2 條關係之問題，因本報告已修正初稿意見，本點意見爰錄供參考。

翁研究員栢萱：

- 一、本草案第 20 條只規定一方收養另一方的親生子女才準用民法親屬篇的相關規定，而第 2 條關係的雙方共同收養其他人並不在準用範圍內，亦即沒有民法第 1074 條共同收養規定的準用。依此，如果第 2 條關係的一方有生小孩，則另一方可以直接收養其小孩，如果雙方都沒有生小孩，則無法收養其他人所生的小孩，則此情形亦與憲法所保障的婚姻自由及其完整性有所不符，允宜檢討放寬。
- 二、本報告建議第 24 條增訂第 3 項，規定第 2 條關係之成立，依各該當事人之本國法。此項建議立意良善，惟依本草案第 16

至 19 條亦規範有關第 2 條關係終止之相關事項，因此是否應在本項亦將終止與成立之規定併列，以期完善立法規定。

三、人工生殖法允許人工生殖的原因在於夫妻一方有「事實上」的生育困難等條件，而第 2 條關係的雙方在現今的醫學技術下也欠缺此種「事實上」的自然生殖可能。因此，如果要達到所謂「實質平等」，人工生殖法亦須涵蓋第 2 條關係的當事人，建議檢討配套修正以符目標。

參採情形：

- 一、第一點有關本草案就收養之規定應擴及雙方共同收養之意見，按本報告已敘明本議題重大，收養亦涉及子女最佳利益之考量等因素，故目前爰維持本草案規劃。
- 二、第二點有關跨國締結第 2 條關係之意見，因本報告已修正初稿之建議，本點意見爰錄供參考。
- 三、第三點有關人工生殖法應配合同性婚姻關係之承認而修正之意見，錄供參考。

簡助理雅君：

- 一、本草案第 24 條第 2 項有關民法以外之其他法規準用規定，說明欄第二點提到排除準用之其他法規，僅舉人工生殖法，是否仍有其他法律？
- 二、本草案第 26 條規定「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，仍得依法行使該等權利。」，因憲法已規定宗教自由，本條訂或不訂，其用意或影響何在？

黃科長王裕：

一、人工生殖法係在夫妻不能生育時所採之生殖方法，同性則因不可能自然生育，故是否符合人工生殖法之要件，恐有疑義，本草案爰於第 24 條說明欄第二點敘明成立第 2 條關係之雙方當事人得否適用或準用該法，核屬該法立法形成空間，允宜由該法主管機關另予研議。而依本草案第 24 條第 2 項規定，不準用者，一是性質上不能準用，二是已另有規定者，亦不準用之。

二、本草案第 26 條係參採國外立法例經驗，例如美國，其因應同性婚姻最大衝擊即為宗教自由、契約自由，該國有一例係蛋糕店老闆基於宗教信仰拒絕製作同性婚姻之蛋糕，後來官司打到最高法院。本條為宣示性規定，宣示宗教自由及其他自由權利，不因本法之施行而受影響。當然，亦不能無限上綱，實務上仍依個案情形處理。

參採情形：

因同性不可能自然生育，故人工生殖法之立法政策由該法主管機關另予研議，而宗教自由及其他自由權利不因本法施行而受影響之立法目的及解釋適用已由法務部代表說明，所提相關意見錄供參考。

劉助理晨志：

為何本草案未準用民法有關姻親之規定？如同林副教授昀嫻所言，此種差別待遇可能導致日後眾多憲法訴訟，法務部有無因應之道？

黃科長王裕：

法務部於 105 年立法院審議民法版規定時，即評估本議題約牽涉 500 多個法規，故本草案以第 24 條規定民法總則編及債編、民法以外之其他法規關於配偶、夫妻、結婚或婚姻之規定，及配偶或夫妻關係所生之規定，於第 2 條關係準用之。而縱本草案未準用姻親規定，其他法律若直接套用「姻親」來進行規範，用姻親來承載權利義務關係者，在立法技術上，將其他法規提及姻親之用詞，修正為「他方配偶之直系血親」等用詞來規範即可脫勾處理。

參採情形：

如同林副教授昀嫻所言，將法律價值一致化，可減少爭議，因「姻親」已連結到民法其他規定，以及其他法律之權利義務關係，固然立法技術上可逐一將個別法律之「姻親」，修正為「他方配偶之直系血親」等用詞，惟工程浩大，況且縱僅就本草案觀之，未準用民法姻親規定之結果，有關禁婚親等相關規定已與異性婚姻失衡，本報告爰建議明定成立第 2 條關係者，準用民法關於姻親之規定。

林助理正斌：

本草案就收養事宜若準用民法規定，則成立第 2 條關係者得否成為寄養家庭？

黃科長王裕：

本草案僅開放繼親收養，而有關寄養家庭是衛福部社會及家庭署主管，非民法規定範圍。而繼親收養之程序，目前依兒童及

少年福利與權益保障法規定，尚毋庸進行試行收養，當然，繼親收養之程序，為避免家暴案件，其立法政策是否調整均可考慮。

參採情形：

寄養家庭係衛福部社會及家庭署主管業務，係社會福利政策，並非民法規定範疇，所提相關意見錄供參考。

陳助理研究員宏明(書面意見)：

一、為顧及倫常，本草案參酌民法第 983 條規定，於第 5 條明定禁止近親成立第 2 條關係，惟其規範及適用易滋下列疑義，建議洽提案機關先予釐清：

(一)草案僅於第 5 條立法說明第 3 點敘明：「又成立第二條關係之一方，並未與他方之血親成立姻親關係……。」而未說明係出於何種立法考量或原因，以致在立法政策上有意選擇使其不成立姻親關係？為釋眾疑，允宜請提案機關補充理由說明之。

(二)承上，成立第 2 條關係之一方，既未與他方之血親成立姻親關係，在身分上即難謂為他方血親之「親屬」，亦不存在所謂「直系姻親」、「旁系姻親」之關係。惟草案第 5 條條文仍使用「親屬」(第 1 項本文)、「直系姻親」(第 1 項第 1 款、第 2 項及第 3 項)、「旁系姻親」(第 1 項第 3 款)等用詞，僅於該條立法說明第 3 點敘明：「……，故本條所指之姻親，係指民法異性婚姻下之姻親關係。」在規範邏輯上似有未臻完備之處，而此不足亦非以前開說明即可補足，故草案內容宜再予商榷。

(三)若未承認成立第 2 條關係之一方與他方之血親成立姻親關係，縱依草案第 5 條：與下列相同性別之親屬，不得成立第 2 條關係。惟若第 2 條關係經合意終止後，當事人一方日後欲與他方不同性別之直系血親尊親屬或未經收養之直系血親卑親屬結婚，似不受民法第 983 條禁婚親規定之限制，而有立法闕漏之虞，建議宜全盤考量填補之。

二、按草案第 17 條第 2 項：「有前項以外之重大事由，難以維持第 2 條關係者，雙方當事人之一方得請求終止之。」立法說明謂其乃參酌民法第 1052 條規定明定判決終止之法定事由。惟按民法第 1052 條第 2 項：「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」查該但書條文並未為草案條文所納入，但該情形於依本法所成立之關係亦有發生之可能，為維衡平，建議宜將但書規定略作修正後增列於本條項中。

參採情形：

一、第一點有關本草案未準用民法姻親規定以及影響到禁婚親範圍之意見，詳見黃科長王裕第一輪發言意見第二點及參採情形第二點。

二、第二點有關本草案第 17 條第 2 項之意見，詳見黃科長王裕第一輪發言意見第六點。

散會（下午 4 時 15 分）