

資料來源：風傳媒(2014/08/4 刊登)

## 專家評析：多元文化中婚姻權的憲法基礎

前周應邀在婚禮上致祝賀詞。兩位新人都在法界服務，新郎的學術專業正是憲法，事前徵詢蒙他們首肯我因著憲法表達學究式的祝賀之忱。於是竟又得一機會仔細思考婚姻權的憲法基礎。我獻給新人的祝詞自不必於此發表，恰巧主編索稿孔亟，遂將思考心得，包括未在婚禮上說到的一些想法，筆記整理如下，以期就教於各界高明。

婚姻權，與家庭權一樣，是受憲法保障的權利，大法官做成憲法解釋加以確認，為數甚多。所引用的憲法根據一向是憲法二十二條，也就是人權章節裡的概括條款。隨著社會多元文化（憲法增修條文第十條的用語）的發展，除了概括條款之外，婚姻權的憲法基礎其實至少有三種不同的條文依據。

第一是性別平等原則。我國憲法上的性別平等原則，原有兩義，一義是政府法令不能擅為性別歧視，另外一義則是政府法令應該積極設法破除存在於民間社會的性別歧視。此兩義都與婚姻權的憲法基礎有直接關係。

從政府法律本身不得為性別歧視之憲法義務言之，我國社會傳統中的婚姻是一夫多妻（妾）的婚姻，本是源於父系社會的堅持。古代有所謂「男女無別則父子不親」（出自郭店楚簡《六德》）的說法，指的就是母系社會父子不親，於是運用父權觀念，建立父系社會，只是單方面要求女性守貞以確保父子血源的明確，正是所以形成一夫多妻（妾）的原因。民國成立後民法禁止重婚，即在避免法律形成性別歧視；大法官解釋一夫一妻的婚姻權，也自有本於性別平等樹立制度以避免法律為性別歧視的用意存在。

從立法者有積極破除社會上性別歧視的憲法義務言之，立法者所應破除者，不應只是社會對於男性或女性之歧視，而是社會基於性別所生之歧視。例如性別其實是多元的存在，不以兩性為限，乃是社會生活的實象，也是出於自然天生的結果。兩性以外的性別，不能改變「人」的適格性，但卻可能常受居於多數的兩性，慣性地出之以「不正常」的歧視性對待，正就是基於性別而非基於男或女所為的歧視。憲法條文不論是使用「男女」或「兩性」的字樣，乃都應從「例示」而非「列舉」理解。從而國家亦有義務，破除普遍存在的、認為只限於生理性別為「男」或「女」者始得締結婚姻的社會歧視，才能使得婚姻成為每一個個人都可以享有的平等選擇。

第二是言論自由。乍思之，言論自由可能與婚姻權兩不相干。細加探討其實應可發現言論自由是婚姻權的重要憲法基礎。社會上未必每個人都會選擇進入婚姻生活，作為一種社會制度，婚姻是配偶間相互為扶持照顧的承諾。選擇進入婚姻生活的人們，需要完成承諾共營人生的表達，相互結合的表意行為因即構成婚姻的要素。民法規定的婚姻曾經採取儀式婚制，重視的即是承諾的莊嚴。現行民法改採登記婚，儀式似乎不再重要，但是為婚姻登記時如無任何意欲結婚的表示，亦必不可能完成婚姻登記，表意承諾其實仍是婚姻的要素。受到言論自由的保障，即是應得國家尊重，不受干涉之意。

於此值得從憲法的角度進一步思考登記婚的界限。登記婚的建制應無核可的意思，但是如果用來檢驗性別並且判斷誰可以和誰結婚（例如判斷第三性的性別孰屬而不許其結婚，或是基於欲結婚之兩人生理性別相同而不許其結婚），就有可能是在審查其表意的內容而不認可其表意的效果，例如認為不得有效表達欲與生理性別相同之人結婚的意思而不許登記，即是。如此則將構成政府對言論為事前檢查，登記制的合憲性也就會受到質疑。言論自由的論述是近日一個討論相關問題的場合中，我的同事劉昌坪律師所

提出的觀點，於此誌明出處。

第三是結社自由。乍思之，結社自由似乎也與婚姻權兩不相干。然則結社也者，不只包括政治性結社、經濟性結社或是社會性結社而已，也包括親密結社。婚姻與家庭就是親密性結社的標準例證。不必懷疑婚姻是兩個人的結社，人數過少，結婚而組織或進入家庭之後，可因生育、收養而使得家庭成員增加。現在法律尚且容許組織一人公司，自沒有理由否定婚姻為結社自由的射程所及。

用結社自由做為憲法保障婚姻權的根據，還有更重要的意義。傳統自由主義的立憲思想，以保障個人權利為務，常遭批評忽略社會關係或集體主義的價值。羅爾斯（John Rawls）倡議的平等自由主義，以社會成員平等做為享受自由的共同前提，也是接納社會集體價值的起點。平等，談的就是人與人的關係，平等自由主義其實是在強調，個人權利的主張，絕不能脫離社會關係的觀照，而結社自由作為基本人權不可或缺的環節，則又是認識到建立社會關係乃是每個人在社會生活上共通的人性需要，尊重多元社會之中人民自主選擇建立各種社會關係，是滿足人格尊嚴的要素。親密結社如婚姻或家庭者，做為構建社會關係的基礎單位，其實存在於結社成員之間相互承諾並實際提供扶持照顧的實質責任；而社會成員之所以彼此扶持照顧，則是將實踐社會照顧責任的選擇或機會，看成是人格尊嚴不可或缺的條件之故。因此若將選擇負擔社會照顧責任，視為一種基本權利，也不為過。準乎此述，至少在憲法所保障的親密結社裡，責任與權利不但不是兩相衝突的觀念，而且和諧互通。平等自由主義與社群主義的憲政文化觀，似乎亦可以看得到某些交集。我國傳統文化素來看重家庭人倫關係的道理，在平等自由主義的憲法之中，也就找到了立足點。

同時從這三個向度體會婚姻權的憲法基礎，將可發現現行法律所建構的婚姻制度，其實還有許多值得檢討反思的地方，譬如如何看待多元社會之中，締結同性婚姻（same sex marriage）需要的問題，就是最明顯而值得關注的一個議題。

不過那已應該是另一篇文章的題旨了。

\* 作者為東吳大學法研所、台灣大學政研所兼任教授