

釋字748解釋後 法律上親子關係之挑戰

官曉薇 台北大學法律學系 副教授

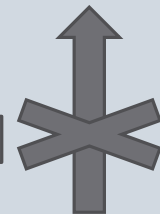
釋字748號之意涵之一:確立婚姻自由之平等保障



異性伴侶

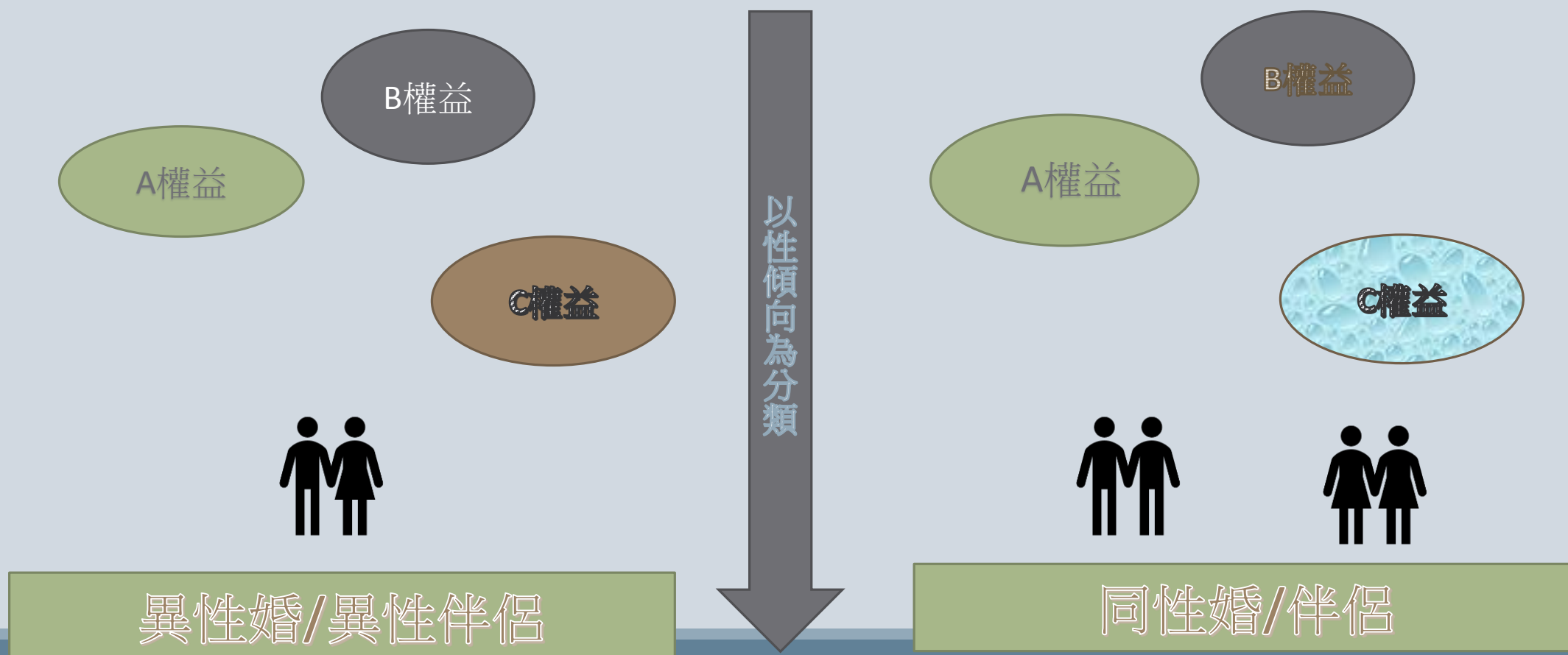


違憲



同性伴侶

釋字748號之意涵之二：性傾向分類應適用較嚴格之審查基準



較嚴格之審查標準：若異性婚姻配偶有C權益，但同性婚姻配偶沒有C權益

1. 適用較嚴格之審查標準之原因

- (1) 性傾向為難以改變之個人特徵
- (2) 同性性傾向為社會上孤立隔絕之少數，並受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位

2. 以性傾向為分類標準所為之差別待遇，在判斷是否合乎憲法第七條平等權之規定時：

- (1) 其差別待遇之目的為追求「重要公共利益」
- (2) 其差別待遇之手段與目的之間須具有實質關聯

釋字748號拋棄了「等者等之，不等者不等之」之機械公式

（一）傳統法學上「等者等之，不等者不等之」之問題

1. 忽略結構性的不平等
2. 容易陷入將兩群體視為相同或視為不同的兩難
3. 忽略歷史上歧視之事實，及受歧視團體持續性受影響的重要性
4. 易再度將積極優惠性差別待遇視為違反平等之「逆向歧視」

（二）釋字748號揚棄異性戀與同性戀之「生物性差異論」

1. 指出性傾向之成因包括生理、心理、生活經驗與社會環境，並非生物性本質差異，是一種「難以改變之『個人特徵』」，非生理特徵
2. 相同性別二人間不能自然生育子女之事實，與不同性別二人「客觀上不能生育」或「主觀上不為生育」之結果相同

小結：釋字748號所建立的原則如何用在親子法律關係上

1. 揚棄等者等之，不等者不等之的形式平等觀
2. 同性戀者與異性戀者並非生物本質上的差異
3. 過去認為同性戀伴侶間之不能自然生育，與異性戀伴侶間（1）客觀上不能生育或（2）主觀上不能生育，並無二致
4. 異性婚姻配偶間之權益和同性婚姻配偶間之權益若有差別待遇，應受較嚴格之審查基準審查，此種差別待遇必須：
 - （1）追求「重要公共利益」
 - （2）其差別待遇與目的之間須具有實質關聯

同性家庭親子關係的挑戰：釋字748 後～修法前

（一）修法前，既有之親子關係之保障

（二）如何立法：親子關係之建立及保障

既有親子關係之保障：繼親收養

（一）現有同性伴侶家庭之困境之一：僅一方與子女有法律上之親子關係

如 A 女 B 女，僅 A 女為兩人子女之法律上之母；如 C 男 D 男，僅 C 男為兩人子女之法律上之父，B 女或 D 男在現行法上能否收養？

1. 現行法的阻力

繼親收養：「『夫妻』之一方收養他方子女」

同時出養禁止：「除夫妻共同收養外，一人不得同時為二人之養子女」

→ 目前 A B 與 C D 非婚姻配偶，不能「適用」繼親收養之相關規定

既有親子關係之保障：繼親收養

2.但不適用的結果，是無從讓同性伴侶之一方與子女建立法律親子關係，這與幾個法律原則有違

（1）子女最佳利益之保障：

A．強化對於同性家庭的污名，使同性家庭子女感覺在次等家庭成長，子女的心理及人格之污名傷害

B．傷害並不是一次性的，而是縱貫子女之整個成長過程，且其權益的侵害是交織混和及不斷累積的

（2）對於「既有家庭之長期實際共同生活事實」應加以保障

例如：司法實務上對於事實上夫妻之保障類推適用婚姻配偶之規定、大法官對於既有之重婚家庭之保障（釋字第二四二號、第三六二號、第五五二號）、大法官對於繼親收養當事人間年齡差距之鬆綁（第五〇二號）、不具婚姻關係之異性伴侶在賦稅優惠之保障（第六四七號）

既有親子關係之保障：繼親收養

（3）兒童權利公約第二條不得歧視原則

「不因兒童、父母或法定監護人之種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、族裔或社會背景、財產、身心障礙、出生或其他身分地位之不同而有所歧視」

聯合國兒童權利委員會在第七號一般性意見還提到，因為兒童本身或父母之身分（包含個人狀況、生活方式等）之歧視，會使兒童無法充分參與社會，這種歧視不但影響到父母履行對子女責任的能力，還會影響到兒童的機會、傷害兒童的自尊，甚至會助長兒童之間和成人之間的怨恨和衝突

既有親子關係之保障：繼親收養

3.應可「類推適用」繼親收養之規定，准予收養

（1）釋字748號所言之：「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」，與實務上之「事實上夫妻」（男女共同生活雖欠缺婚姻要件，但有以發生夫妻身分關係之意思，且對外以夫妻形式經營婚姻共同生活之結合關係）相類，事實上夫妻已透過司法實務之「類推適用」夫妻及親子（如扶養義務）相關規定，同性別兩人之前述結合關係，亦應可為類推適用，為繼親收養。

（2）民法婚姻章對於同性兩人之前述結合關係未予保障，釋字748號認為「顯屬立法上之重大瑕疵」，而屬違憲，在保障人民權利之前提之下，釋字748認司法權「應及時做成有拘束力之司法判斷」，在重要之立法缺漏之下，司法權以「類推適用」之方法為司法判斷，應為所許

為什麼是挑戰？幾個現行家事法在同性家庭親子關係之適用、解釋和架構的難題

1. 以異性戀性交受胎為核心概念所建立的法律架構

（1）在親子認定上，婚生子女的定義是：「由婚姻關係受胎而生之子女」（民1061；民1062規定受胎期間之推定）

（2）法規範上預設性交僅發生於婚姻內，因此有「婚生推定」：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女」（民1063條第1項）

2. 「分娩為母，婚生示父」為根深蒂固的原則

（1）分娩者為法律上之「生母」及「母」

（2）在婚姻關係存續中，母之配偶被推定為法律上的父

幾個現行家事法在同性家庭親子關係之適用、解釋和架構的難題

3. 以血緣為中心，原則上講求「血緣真實性」

（1）若子女為婚姻外之性交所生，得否認婚生推定，在證據之證明上，以血緣關連性來認定

（民法1063條第二項）

（2）在確認親子關係之訴訟中，也以血緣關連性來認定

（3）婚姻關係外之「生父」得認領該子女為自己之子女，該生父被解釋為「有血緣之父」，因此非血緣之父加以認領，為無效認領

幾個現行家事法在同性家庭親子關係之適用、解釋和架構的難題

4. 婚生子女與非婚生子女的區別仍舊存在

(1) 親子認定的整體架構的邏輯是：

A. 透過定義「婚生子女」劃定範圍，不符定義者通通為非婚生子女，非婚生子女在邏輯上與任何人都不生親子關係→B. 透過法律規定，在法律允許的範圍，再把非婚生子女依法「視為」婚生子女，成立親子關係包括：

- i. 無婚姻關係之女性所生子女：「非婚生子女與其生母之關係，視為婚生子女，無須認領」（民1065第2項）
- ii. 生父認領：「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。」（民1065第1項）

幾個現行家事法在同性家庭親子關係之適用、解釋和架構的難題

iii. 準正：子女之受胎不是在婚姻關係存續中，但是後來結婚了：「**非婚生子女**，其生父與生母結婚者，**視為婚生子女**」（民法1064條）

（2）許多國家已將揚棄此種「先認定婚生與否，再決定是否符合要件，將非婚生子女納回婚生子女」的立法例，而直接規定在哪些情況，得被認定為雙親。

幾個現行家事法在同性家庭親子關係之適用、解釋和架構的難題

5. 人工生殖被認為是例外

- (1) 人工生殖法受術者，限於「不孕夫妻」
- (2) 牽涉醫療倫理、人倫等因素，在法制上屬高度管制的「醫療行為」
- (3) 在親子認定上，因為跳脫過去血緣聯繫之原則，因此在人工生殖法第23、24條有規定如何將人工生殖所生子女「視為婚生子女」。因此這些規定是民法親子認定條文之「特別法」

6. 代理孕母並未開放

- (1) 高度爭議性，何時開放為得而知
- (2) 在開放之前，所有的代孕契約無效，並且依照民法之原則性規定進行親子認定

幾個現行家事法在同性家庭親子關係之適用、解釋和架構的難題

7. 在現行法中親子關係之「建立」仍無協議空間

- (1) 條文中無任何「從其約定」之字句：身分關係之穩定、子女最佳利益
- (2) 他國立法例有：如加拿大安大略省，人民不論性別，得在孩子出生前，有「親子關係協議」

8. 「一父一母」或「雙親」之「兩個」仍是原則，幾乎無例外

- (1) 修法後，「父母」之解釋，為不分性別之雙親，可以為兩男或兩女，
- (2) 但在關於有「受胎」之條文中，其「母」或「妻」仍僅只女性，為分娩母，因此婚生推定之條文，於男同性婚姻配偶間不能適用
- (2) 現行法無法解釋為「超過雙親」：無法使分娩母和一同生養的男同性婚姻配偶同時為父母。

幾個現行家事法在同性家庭親子關係之適用、解釋和架構的難題

9.同性婚姻配偶的收養？應不是問題

（1）各國皆逐漸開放共同收養

（2）從釋字**748**號看，異性婚姻配偶享有繼親收養和共同收養之收養自由，同性婚姻伴侶亦應平等享有

「收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。是人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之人格自由發展，應受憲法第二十二條所保障。」（釋字**712**號）

如何在現行的親子法架構下，逐一實現「完全平等」的同性家庭法律關係

（一）最遠程：修改所有的親子認定規定

1. 無性別差異、無性傾向差異
2. 修改婚生子女與非婚生子女的差異：揚棄「先認定婚生與否，再決定是否符合要件，將非婚生子女納回婚生子女」之立法例

（二）遠程：解決親子認定中，血緣為中心，認可「意定父母」

1. 共同為生育計畫之配偶或伴侶即為意定父母，不論是男同性伴侶、女同性伴侶、異性伴侶
2. 但，女性身體不得淪為生殖工具，若開放代孕，須完善設計

（三）中程：婚生推定如何設計

1. 婚生推定之現代意義？是否要確保婚姻之穩定？
2. 從子女角度而言，在異性婚姻家庭之概念未動搖之前，應是使母親之配偶為另一雙親為佳
3. 否認之訴究竟該如何？仿造人工生殖法之否認之訴規定，但規定在哪裡？人工生殖法還是民法？要不要影響目前的人工生殖與性交分流的體系？

（四）近程：既有家庭之繼親收養受到法院的允准

感謝聆聽！
