

從同性婚姻反思平等保護權

張 瑋 心*

目 次

- 壹、時事導言
- 貳、United States v. Windsor (2013)
 - 一、聯邦下級審法院裁判
 - 二、聯邦上訴審法院裁判
- 參、正當法律程序
- 肆、平等保護權
- 伍、解析 DOMA 的合憲性挑戰
 - 一、審查標準
 - 二、嫌疑類別
- 陸、代結論
 - 一、我國正當程序與平等原則
 - 二、同性婚姻合法化的趨勢

關鍵詞：同性婚姻、正當程序、平等保護、婚姻法、異性戀伴侶

Keywords： Same-Sex Marriage, Due Process, Equal Protection, Marriage Act, Heterosexual Partners.

責任校對：黃右瑜

* 國現任中國文化大學、銘傳大學法律學系英美法課程副教授；法官學院、司法官學院講座。

摘要

溫莎案 (United States v. Windsor) 是美國有關同性婚姻最具指標性的案件，該案中美國最高法院宣告《捍衛婚姻法案》(DOMA: Defense of Marriage Act) 第3章中將「婚姻」定義為「一男和一女在法律上結合的夫妻關係」，並將「配偶」定義為「異性結合的一方」之規定，違背實質正當程序與美國憲法增修條文第5條之平等保護。大法官 Kennedy 於意見書中重申：「反對同性婚姻的聯邦法律無效，蓋其欠缺合法目的外，亦貶低和傷害了欲透過婚姻法尋求保護人格和尊嚴的人¹。」溫莎案的裁判作成，正式揭開了美國同性伴侶結婚將與異性伴侶一樣受到平等對待的序幕。固然平等保護與正當程序為美國憲法上保障的個人權利，人民普遍對該項權利之認識似有不足，究其概念意涵和實務上適用的範疇為何，殊值探討。而我國對於多元成家草案的反應熱烈，支持與反對的意見莫衷一是，本文爰擬從憲法上保障個人權利之法理面切入，並引介美國新近裁判，冀供關心此議題的國人參考。

From Same-Sex Marriage to Reflect on the Equal Protect Right

Chang, Wei-Hsin

Abstract

United States v. Windsor, is a landmark case about same-sex marriage in which the United States Supreme Court held that restricting U.S. federal interpretation of "marriage" and "spouse" to apply only to a man with a woman's relationship, and to heterosexual unions by Section 3 of the Defense of Marriage Act (DOMA), is unconstitutional under the Due Process Clause of the Fifth Amendment; Justice Kennedy wrote: "The federal statute is invalid, for no legitimate purpose overcomes the purpose and effect to disparage and to injure those whom the State, by its marriage laws, sought to protect in personhood and dignity." The decision made in the case of Windsor, officially unveiled the United States same-sex couples to marry would be a prelude to be treated equally as same as heterosexual couples. Although the equal protection and due process are constitutional guarantee of individual rights, people seem lacking enough knowledge of these, to what extent the rights' concepts can cover and apply worth exploring. On the other hand, the proposition for multiple families in our country has incurred broad debates in which consents and dissents do not concede for each other. Therefore, this paper intends to introduce the newest U.S. Supreme Court case from the jurisprudential aspect of the constitutional protection to individual rights, for reference of those who concern about the subject.

¹ United States v. Windsor, Docket No. 12-307 (2013). Justice Kennedy: "The federal statute is invalid, for no legitimate purpose overcomes the purpose and effect to disparage and to injure those whom the State, by its marriage laws, sought to protect in personhood and dignity."

壹、時事導言

我國有關「多元成家」的議題在過去一年來引發熱烈討論。台灣伴侶權益推動聯盟將「婚姻平權」、「伴侶制度」、「家屬制度」打包送進立法院的草案，引來社會大眾不少異樣眼光與疑慮。尤有甚者，將多P、亂倫等概念與之混為一談，讓許多接觸議題者霧裡看花的同時，或因忙碌而多未能深入了解²。其中的婚姻平權（含同性婚姻合法化），「多元成家」民法修正草案總說明中指出³：對於人民結婚自由及組織家庭權等基本權利，我國憲法第23條明定「除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」又現行民法雖未對婚姻給予正面定義，亦未明文禁止同性婚姻，惟向來之司法及行政實務，囿於父權與異性戀中心之傳統，將婚姻制度限定為一男一女的結合，此舉不但剝奪了非異性戀者選擇婚配對象的自由、否定了多元性別伴侶關係受法律及社會承認的可能外，更連帶限制了非異性戀、多元性別者享有與婚姻相關之成千上百種的權利與福利。易言之，異性戀者可

以自主選擇婚姻關係，同性戀者卻被剝奪結婚權。從近二十年來國際上風起雲湧的多元家庭立法趨勢可知，婚姻制度的內涵與意義並非固定不變的，限制多元性別之結婚自由，欠缺實質、客觀、合理之理由，難認符合我國憲法第23條規定，是法律上禁止同性婚姻無疑限制人民結婚自由、組織家庭的權利，屬重大之性別與性傾向歧視。而就在去年3月，祁家威因為與伴侶登記結婚被拒，提起行政訴訟。嗣後台北高等行政法院判決其敗訴，2014年9月最高行政法院也駁回其上訴⁴。

反對者意見認為，「多元成家」民法修正草案可能造成社會混亂及國本動搖，強調「同性婚姻；伴侶制度；多人家屬、收養」將帶來諸多社會問題⁵。而美國官方家庭研究組織也針對同性婚姻的立法疑慮，出版一系列刊物供民眾認識，並且結論至少10種同性婚姻對社會的傷害⁶：一、納稅人要負擔同性伴侶的社會福利。二、幼稚園學生要開始認識同性婚姻的家庭建構、同性健康教育課程。自2004年Massachusetts州最高法院判決該州禁止同性婚姻的法律違憲後⁷，公立學校相繼開設同志友好課程（gay-

² 公視新聞議題中心 <http://pnn.pts.org.tw/main/2014/02/14>，願天下有情人多元成家。到訪日期：2014年12月1日。

³ 台灣伴侶權益推動聯盟 <http://tapcpr.wordpress.com>，草案全文。到訪日期：2014年12月1日。

⁴ 公視新聞網 <http://pnn.pts.org.tw/main/2014/10/05>，圍立院、解鎖錄—同志力推婚姻平權法案。造訪日期：2014年12月1日。

⁵ 台灣守護家庭官方網站 <https://taiwanfamily.com/>，關於多元成家系列草案。到訪日期：2014年12月1日。

⁶ Sprigg, Peter (2010). The top ten harms of same-sex "marriage", Family Research Council, Washington, D.C. pp. 1.

friendly curriculum))，甚至在課堂上公開討論同性性行為，造成許多家長不滿⁸。三、自由的意涵與宗教信仰受到衝擊。例如，Boston 一所天主教慈善機構因堅持傳統婚姻的教條，拒絕同性夫妻領養小孩，而遭到州政府勒令停止領養的業務⁹。四、多數的同性戀伴侶不想結婚。美國加州在 2008 年法院宣告同志婚姻的禁止無效後，相對於 91 % 的同居異性戀者結婚，卻僅有 20 % 的同性伴侶註冊結婚¹⁰。即便在荷蘭，根據 2004~2005 年的統計，同性戀者選擇結婚的不過 12 %，而異性戀者約 82 %¹¹。從而，同性婚姻合法化，充其量只是為同性行為背書，事實上有更多同性戀者不在乎婚姻的規範，其帶給社會的觀感是婚姻涵蓋生育、教養等意義正在逐漸消退。五、一夫一妻的信念與性行為忠誠的維持轉薄弱。

荷蘭有研究調查發現¹²，同居的同性伴侶中，男同志平均一年有 8 位不固定的性交夥伴。而同志的性對象又可能是異性戀，導致空窗期間 AIDS 傳染的潛藏性風險增加。六、廝守一生的婚姻減少、離婚率惡化。美國 Ohio's Wright 州立大學專門從事同性戀研究的心理學家 Lawrence Kurdek 表示，同性夫妻離婚率遠比異性夫妻高，是相當保守的說法¹³。早期就有研究指出 156 對男同志夫妻中，只有 7 對維持超過 5 年的關係¹⁴。七、非親生的子女越來越多，問題少年也越來越多。大量的文獻結論異性夫妻養育的小孩較少有下面問題¹⁵：(一)未婚懷孕；(二)吸毒；(三)犯罪；(四)健康、情緒、及行為偏差；(五)貧窮；(六)學業表現低落。八、小孩的成長過程中沒有父親的情形增加。普遍而言，單親家庭中約有 79 % 的母親

7 Goodridge v. Department of Public Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

8 Lexington Minuteman, http://www.article8.org/docs/news_events/parker/paul_ash_letter.htm, "What does the law say schools have to do?" by Paul Ash, visited on Dec. 1, 2014.

9 The Weekly Standard, http://weeklystandard.com/Content/Public/Articles/000/000/012/191_kgwgh.asp, "Banned in Boston: The coming conflict between same-sex marriage and religious liberty", visited on Dec. 1, 2014.

10 Los Angeles Times, <http://www.latimes.com/news/la-me-prop813-2008nov13,0,3589281.story?track=ntothtml>, "Angrier response to Prop. 8 steps up", visited on Dec. 1, 2014.

11 Nederlands Jeugd instituut, <http://www.youthpolicy.nl/eCache/DEF/1/06/357.html>, "Types of households in the Netherlands 1995-2004", visited on Dec. 1, 2014.

12 Maria Xiridou, et al. (2003), "The Contribution of Steady and Casual Partnerships to the Incidence of HIV Infection among Homosexual Men in Amsterdam," AIDS, 17: 1031.

13 Kurdek, Lawrence (2004), "Are Gay and Lesbian Cohabiting Couples Really Different from Heterosexual Married Couples?" , Journal of Marriage and Family, 66: 896.

14 McWhirter, David P. & Mattison, Andrew M. (1984), "The Male Couple: How Relationships Develop", Englewood Cliffs: Prentice-Hall, pp. 25253.

15 Sprigg, Peter (2010), The top ten harms of same-sex "marriage", Family Research Council, Washington, D.C. pp. 5.



帶著小孩一起生活，10%是父親和小孩生活；而女同志夫妻中有34%選擇和小孩生活，男同志夫妻只有22%¹⁶。實證研究建議，小孩在成長過程中需要父親的陪伴，因其將影響小孩日後人格發展的完整性。果爾，同性家庭扶養的小孩缺乏父親的比例高，對於小孩所造成的負面影響恐怕也會如此¹⁷。九、造成新生兒出生率低。美國第一個100%提供同性伴侶婚姻福利的Vermont州，其新生兒出生率與生育率是全美國最低¹⁸。此現象證明了社會的風氣影響人民的想法，就好比同性婚姻的支持與合法化，將會稀釋婚姻中傳宗接代的目的。十、支持一夫多妻或一妻多夫合法化的聲浪升高。支持婚姻完全屬個人自由之論者認為，既然憲法不能限制婚姻對象之性別，又何以能限制配偶數量¹⁹？

我國法務部亦曾針對德國、法國及加拿大同性伴侶制度進行研究，報告中指出²⁰：一、德國目前的婚姻制度，仍維持一男一女制，蓋德國基本法第6條第1項明文婚姻限於一男一女的基本原則。然為使同志也能享有類似婚姻的保

障，不得不在傳統婚姻和同性婚姻之間取得妥協，而創設伴侶制度供同性戀者使用。說穿了，德國伴侶法的定位就是同性婚姻，即伴侶制為同性專屬，異性只能結婚，以避免衝擊傳統婚姻之家庭制度。又伴侶制在本質上與婚姻高度類似，其內容大部分參照或準用德國民法關於婚姻的規定，其中包括：(一)雙方合意、(二)在主管機關聲明意願並登記。二、法國除民法規範「同居」外，於1999年通過民事共同生活制度（Pacte civil de solidarité），簡稱PACS。其制定與德國類似，立於婚姻一男一女的基礎上，增闢伴侶制作為同性戀結婚的管道。爾後法國在2013年4月通過了同性婚姻，同性戀家庭比照異性戀，一樣也可收養小孩。三、加拿大則在同性婚姻合法化之前，提供至少四種非異性戀婚姻保障的選項。第一種狹隘定義同性婚姻並且予以合法化，New Brunswick採取此形式；第二種允許未婚的異性和同性伴侶登記，如Nova Scotia；第三種是以民事結合的方式賦予婚姻的保障，如Quebec；第四種是採成人間互相信賴之同居方式，使

¹⁶ Kreider, Rose M. (2008), "Living Arrangements of Children: 2004," Current Population Reports, P.70-114 (Washington, DC: U.S. Census Bureau), Figure 1, p. 5.

¹⁷ Institute for the Psychological Sciences, <http://www.profam.org/docs/thc.vitz.1006.htm>, "The Importance of Fathers: Evidence and Theory from Social Science", visited on Dec. 1, 2014.

¹⁸ <http://www.leg.state.vt.us/docs/2000/bills/passed/h-847.htm>, "An Act Relating to Civil Unions", visited on Dec. 1, 2014.

¹⁹ Lattin, Don (2004), "Committed to marriage for the masses: Polyamorists say they relate honestly to multiple partners", *San Francisco Chronicle* (April 20, 2004), B-1.

²⁰ 法務部，《「德國、法國及加拿大同性伴侶制度之研究」成果報告書》，參見網址<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=277083&ctNode=29656&mp=001>。到訪日期：2014年12月1日。

非婚姻亦非伴侶制關係者也可以因彼此的信賴關係而受到婚姻相關的保障，如 Alberta。2003~2006 年間，加拿大各省陸續立法承認同志婚姻。

我國民法繼受德國法，又「多元成家」的民法修正草案主要取經法國，加拿大則是除歐洲外，第一個承認同志婚姻的國家，其對於同性婚姻的態度與立法政策等經驗，提供了諸多想法。而本文擬就美國憲法上平等保護的概念去探討同性婚姻，希冀引導國人從法理面思考多元成家的方案。

貳、United States v. Windsor (2013)

本案事實²¹：緣 Edith Windsor (1929 年出生) 與 Thea Spyer 是一對居住在紐約的女同志夫妻，經過 40 年的生活，2007 年終於如願在加拿大安大略省的多倫多市合法結婚，而此時的紐約州也承認在其他司法管轄區結婚的同性婚姻。2009 年，Spyer 過世，將名下房產全數留給配偶 Windsor。就在繼承房產後不久，Windsor 被迫繳納超過 363,000 美元的聯邦遺產稅。然而，一對異性夫妻相同的情況下，遺孀卻可以因配偶死後的稅額減免，而不須支付聯邦遺產稅。換言之，假若 Windsor 嫁的對象是一名男子，她

便可以免除這項遺產稅的繳納。於是，2010 年，83 歲患有慢性心臟病的 Windsor，正式委由律師向美國聯邦政府提出控告，主張聯邦 DOMA 法違反美國憲法的平等保護 (the Equal Protection Clause)，並希望在有生之年，獲得救濟²²。Windsor 的律師 Kaplan 向媒體表示²³：Windsor 和 Spyer 在一起度過了 40 多個年頭，確實履行了婚姻中不論健康或疾病、直至死亡將我們分離亦要彼此守護的誓約。

一、聯邦下級審法院裁判

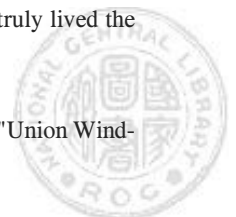
2010 年 11 月 9 日，寶維斯國際律師事務所聯合美國公民自由聯盟共同代表 Windsor，向紐約南區聯邦地方法院提起訴訟²⁴。2011 年 2 月 23 日，司法部長 Eric Holder 就溫莎案以及佩德森訴人事管理局 (Windsor and Pedersen v. Office of Personnel Management) 案，挑戰《捍衛婚姻法案》第 3 章一事發表聲明。聲明中表示：歐巴馬政府認為根據性別 (gender) 對人進行區分的做法應該適用較嚴格的審查標準 (heightened scrutiny)，因此無法繼續為《捍衛婚姻法案》第 3 章的合憲性辯護。他進一步解釋，司法部門 (DOJ: Department of Justice) 過去雖

²¹ 參見網址 Huffpost, http://www.huffingtonpost.com/2012/07/16/edie-windsor-doma_n_1675983.html。到訪日期：2014 年 11 月 30 日。

²² *Id.* Kaplan explained to HuffPost: "Edie and Thea were together for more than four decades and truly lived the words in sickness and in health, until death do us part."

²³ *Id.*

²⁴ American Civil Liberties, <https://www.aclu.org/files/assets/2010-11-9-WindsorvUS-Complaint>; "Union Windsor v. United States, Complaint", visited on Dec. 1, 2014.



曾在其他訴訟中為《捍衛婚姻法案》第3章辯護，係因該司法轄區的判決先例要求法院採用合理基礎審查標準（*rational basis standard*）。然，溫莎案上訴的第二巡迴法院並沒有相同之先例，反之，美國司法部支持溫莎案採較嚴格的審查標準（*heightened scrutiny*）確為妥適。至國會廢止該法案或被美國最高法院宣告違憲前，行政部門仍應繼續執行該項法案。同月18日，Paul Clement代表美國參眾議兩院法律顧問小組（*BLAG: the Bipartisan Legal Advisory Group of the House of Representatives*）提交動議，要求允許他們介入為《捍衛婚姻法案》第3章的合憲性進行辯護。美國司法部則未反對該項動議²⁵。

Windsor的律師團在同年6月24日向法院提出簡易判決的聲請。7月26日紐約州總檢察長Eric Schneiderman遞交支持Windsor主張的簡要聲明，強調《捍衛婚姻法案》第3章無法通過嚴格審查標準，果否，其將構成「聯邦侵害州定義婚姻的權力²⁶」。然而同年8月1日，BLAG隨後提出反對溫莎案進行簡易判

決之聲請，重申性傾向（*sex orientation*）應採較嚴格的審查標準，並且強調Spyer與Windsor的婚姻在Spyer死亡時仍未受到紐約州法律的認可²⁷。2012年6月6日，聯邦地院法官Barbara S. Jones駁回BLAG請求法院拒絕簡易判決之聲請，簡易判決《捍衛婚姻法案》第3章的規定違憲，侵害原告享有美國憲法增修條文第5條平等保護的權利，爰裁定Windsor應獲得退稅加上利息²⁸。Windsor在判決出爐後表示：慶幸的是法院終於認知政府如何不平等地對待人民，彷彿我們是陌生人一般²⁹。

二、聯邦上訴審法院裁判

儘管美國司法部（DOJ）認同地院的裁判，在BLAG堅持為DOMA法案辯護的異議下，於2012年6月14日遞送上訴書。聯邦第二巡迴法院受理並於同年9月27日聽取雙方口頭辯論。10月18日，第二巡迴上訴法院判決維持原審有關《捍衛婚姻法案》第3章違憲的見解，並於意見書中闡示³⁰：同性戀者經歷了一段歧視的歷史，致使他們被歸屬於「準

²⁵ Metro Weekly, <http://www.metroweekly.com>; "House Leadership Seeks to Intervene in DOMA Case", visited on Nov. 30, 2014.

²⁶ Metro Weekly, <http://www.metroweekly.com>; "New York Attorney General Takes Edith Windsor's Side in DOMA Challenge", visited on Nov. 30, 2014.

²⁷ Metro Weekly, <http://www.metroweekly.com>; "House GOP Leaders Say Court Should Dismiss Edith Windsor's Lawsuit, Find DOMA Constitutional", visited on Nov. 30, 2014.

²⁸ Windsor v. United States, 833 F. Supp. 2d 394 (SDNY 2012).

²⁹ Metro Weekly, <http://www.metroweekly.com>; "Another Federal Judge Finds DOMA Marriage Definition Unconstitutional, Now in Widow's Case", visited on Nov. 30, 2014.

³⁰ Windsor v. United States, F.3d 169 (2d Cir. 2012).



可疑分類」(quasi-suspect class)，即任何限制其權利的法律皆應適用較嚴格的審查標準(intermediate scrutiny)。又正因為DOMA法案違反美國憲法增修條文第5條有關平等保護的規定，而未能通過合憲性審查。

由於Windsor的律師團和美國司法部在第二巡迴法院裁判作成前，均曾向美國最高法院提起移審請願，待10月18日上訴法院判決後，雙方又分別提交了補充理由書。12月7日，美國最高法院確定受理本案(此時已是美國訴溫莎案)，除了司法部要求解釋《捍衛婚姻法》第3章是否違反美國憲法增修條文第5條對於同性伴侶的平等保護外，美國最高法院還要求各方針對另外兩個問題展開辯論：(一)代表美國聯邦政府的司法部會否因不爭執第二巡迴法院的裁判決定，而在欠缺立場下使最高法院喪失對本案的管轄權？(二)BLAG在本案中有否參與權³¹？對於第一個問題，美國最高法院認為解釋法律或合憲性審查與該案的管轄權無涉。第二個問題，BLAG代表國會支持DOMA法案，主張DOMA合憲，實乃攸關國會制定法律的權利，本得獨立於司法部外自行提出移審令聲請(certiorari)³²。美國最高法院

遂於2013年3月27日對該案進行口頭辯論³³。

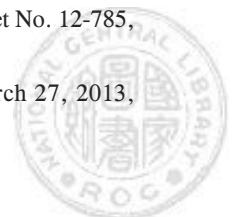
2013年6月26日，美國最高法院以5比4的差距判決認定DOMA《捍衛婚姻法》第3章違憲，蓋其「背離美國憲法增修條文第5條保障個人平等自由的權利」。意見書中闡述³⁴：DOMA的主要影響是在州認可的婚姻中分離出一個另類婚姻，而使兩者不平等。其主要目的是注入不平等，而不是其他為了政府任何政策效率的目的。責任及權利，促使個人的尊嚴與完整。DOMA破壞了州認可的同性婚姻對於公眾和個人的重大意義；好似他們的婚姻並不值得受到聯邦的承認。這讓同性伴侶處於次等婚姻的不穩定狀態。這種區分貶低了同性伴侶，然他們的道德、性選擇、伴侶關係本應受到憲法保障，這也是國家尋求給予尊嚴的。此外，DOMA還羞辱了成千上萬名目前由同性伴侶撫養的兒童。令人存疑的法律讓這些兒童更加難以理解自己成長的家庭，其完整和親密性與社區中其他家庭的和睦是否一致。尤其當紐約改採一個允許同性婚姻的法律時，其旨在消除不平等；但DOMA卻藉由一套與聯邦法律無任何明確關聯的制式規定去挫敗此一目標。DOMA將不平等寫

³¹ United States Supreme Court, "Order List" (December 7, 2012).

³² Bipartisan Legal Advisory Group of the United States House of Representatives v. Windsor, Docket No. 12-785, (U.S. Supreme Court, December 28, 2012).

³³ United States V. Windsor, Executor of The Estate of Spyer, et al., No. 12-307, Argued March 27, 2013, Decided June 26, 2013.

³⁴ Windsor, 570 U.S., at 22-23 (slip op.).



入整個美國法典。本案原是涉及房地產稅的案件，DOMA 卻逾越了什麼應該或不應該允許房地產稅退稅的決定範疇。其中包括超過 1,000 條的規定和聯邦法令是 DOMA 下控制有關社會保險、住房、稅收、刑事制裁、版權、以及退伍軍人的福利等法律³⁵。美國憲法增修條文第 5 條所指正當法律程序（Due Process Clause）所欲保護的自由（The liberty protected），包含了禁止任何人否定美國憲法增修條文第 14 條保障人民受法律的平等保護，而該項平等保護的權利使得美國憲法增修條文第 5 條更能被以具體理解與保存³⁶。

參、正當法律程序

正當法律程序的意涵，除程序上符合正當程序外，亦包括了實質正當程序，亦即生命、自由、財產（life, liberty, and property）的權利。實務上的說法就是，人民不受國家非法侵害的權利。然而，哪些自由是美國最高法院認定值得受正當程序保護的？1905 年 *Lochner v. New York* 案，美國最高法院判決揭示³⁷：紐約州禁止雇主要求或允許麵包師傅每周工作超過 60 小時觸犯刑法的規定違憲。是政府的公權力（the police power）不得任意干預人民個人的自由，工作契約的

自由涉及勞資雙方對於勞務買賣的個人自由。1966 年 *Rosenblatt v. Baer* 案，美國最高法院審查州法的誹謗條文與言論自由後權衡指出³⁸：保護個人的好名聲或謂名譽的保護，反映的不過就是我們每一個人的尊嚴及價值的基本概念，一個根植於有序自由的系統下概念。惟人民享有的權利界線究竟落在哪？誠如自由權的概念，隨著時間的演進已經產生變化。二十世紀初期，經濟的自由被認為是正當程序下自由的重要元素，其代表著商人從事經貿活動的能力，因此，*Lochner* 案件的裁判在當時似乎是合時宜的。到了今日，我們都知道雇主在工作契約上佔有較多議價的優勢，員工同意的工作契約不一定出於自願。於茲，美國最高法院開始思考哪些權利屬於基本權，哪些不是，並做出區別。所謂的基本權（fundamental rights）就是被明定於人權法案內的權利，並且整合適用於各州；其他則屬於有序自由的系統或深植在國家歷史與傳統下的概念，諸如言論、宗教、墮胎的自由，衍生自個人隱私權的理論。

既然正當法律程序之條款（The Due Process Clause），目的係為保護個人自由免於遭受政府不當行為的侵害³⁹。其於實體法上正當法律程序的分析，法院

³⁵ *Windsor*, 570 U.S., at 22 (slip op.)

³⁶ *Windsor*, 570 U.S., at 25-26 (slip op.).

³⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

³⁸ *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966).

³⁹ *Daniels v. Williams*, 474 U.S. 327, 331 (1986).



必須先考慮法令是否剝奪某項個人之基本權利⁴⁰。若為肯定，該項法令必須受到嚴格審查而宣告失效，除非其是出於政府迫切且有限之利益目的。倘為否定，該法令只要符合政府正當利益且合理相關便已足⁴¹。援引美國最高法院判決說明：所謂基本權受實體上正當法律程序之保護，係指某些個人活動和決定在國家歷史和傳統上根深蒂固，如憲法上自由的概念，這些才是美國憲法增修條文第14條所保護的⁴²。但這些權利不多，包括結婚權、生育權、教育權、養育權、婚姻隱私權、人工避孕權、身體完整權、墮胎權、拒絕醫療救護權等，均不屬基本權，甚至被告於本案中所指受到侵害的權利，既非淵源長久之風俗習慣、或違反一般人民良知、更非憲法上自由的概念⁴³。而程序上正當法律程序的主張則必須從兩個面向檢驗⁴⁴：一是個人的身體自由或財產受到政府不當干預之事實；二是前述的程序是否具憲法充分性。

當法院相信個人基本權有遭受侵害之虞時，政府的行為必須受到嚴格標準

的審查（*strict scrutiny*）。易言之，政府的行為或公權力的行使要能被以支持，該行為必須滿足迫切的國家利益（*compelling governmental interest*）。至於其他權利，像是基本工資、工時、工作環境等的規定，如上開 *Lochner* 案，美國最高法院採用合理基礎審查標準去（*rational basis*）去檢驗政府行為有否滿足必要的公共利益。而墮胎可以說是挑戰正當程序界線的最佳案例。1973 年的 *Roe v. Wade* 案，美國最高法院以個人隱私屬基本權的一項概念意涵，判決裁示禁止婦女自願性墮胎的州法違憲⁴⁵。而在較早的案例中，如 1965 年的 *Griswold v. Connecticut* 案，美國最高法院便曾判決禁止避孕的規定無效⁴⁶。然 1986 年的 *Bowers v. Hardwick* 案，美國最高法院認為同志戀性行為非屬基本權，判決州法可以禁止同性間的性交行為⁴⁷。迨至 2003 年的 *Lawrence v. Texas* 案，美國最高法院推翻前案，判決揭示德州禁止同性間的性交行為違憲⁴⁸。而這是 *Bowers* 案後的 17 年，成年同性伴侶間的親密行為，始在美國各州被以合法化。

⁴⁰ *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 302 (1993).

⁴¹ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 722 (1997).

⁴² *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. at 727 (1997).

⁴³ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325-326 (1937).

⁴⁴ *Carver v. Lehman*, 558 F.3d 869, 872 (9th Cir. 2009); *Ky. Dep't of Corr. v. Thompson*, 490 U.S. 454, 460 (1989).

⁴⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁷ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁴⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).



肆、平等保護權

美國憲法增修條文第 14 條平等保護之條款，適用嚴格審查（strict scrutiny），該條款旨在強調，要非受侵害一方為被保護（protected）或嫌疑類別（suspect class）之成員，而致其基本權受到不公平待遇者…⁴⁹。反之，當政府之行為措施沒有涉及嫌疑類別，又手段目的之於國家利益屬合理相關者，應以允許⁵⁰。大多數情形下，法院採取「合理基礎審查基準」（mere rationality review），推定系爭政府行為合憲；而只有在涉及「根本之基本權」（fundamental rights）侵害或「嫌疑類別」（suspect classes）之差別待遇等情形，始有「較嚴格審查」（intermediate or heightened scrutiny）之餘地，從而認定系爭政府之行為違憲⁵¹。美國第六巡迴上訴審法院判決重申：最高法院所肯認之嫌疑類別極為有限，原告提出之分類倘無以連結嫌疑類別者，其將適用合理基礎審查（rational-basis review）的分析方法⁵²。

平等保護條款旨在保護特定的人民

團體不受歧視，但也非所有歧視的案件都違憲。回顧美國司法裁判上有關平等保護的爭訟案例，早期如 1856 年的 *Scott v. Sandford* 案，原告 Dred Scott 和家人為奴隸，從雇主那裡脫逃後向聯邦法院提起請求確認自由人身分之訴。美國最高法院認為該案爭點在於，一名黑人，他的祖先被以奴隸身分進口至美國販售，縱爾後成為美國政治社群的一員，其是否具資格擁有美國憲法所保障的各項權利？大法官 Taney 於意見書中表示⁵³：非裔美國人不論在美國憲法或人權法案上，皆未被賦予對抗聯邦或州政府的訴訟權利。簡言之，基於種族的理由，Scott 不具訴訟資格。再者，「非洲裔美國人不同於白人享有受尊重的權利，該項權利不因黑人為奴隸而可能公平、合法地減少。黑人的待遇就如同一般的貨物商品，在任何可能獲利的理由下被買賣交易⁵⁴。」

「種族」（race）是「可疑分類」（suspect classifications）中最為明顯的構成因子。對此，美國最高法院認為應先以判斷原告所屬的群體是否符合下面描

⁴⁹ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 439-40 (1985).

⁵⁰ *Fields v. Palmdale Sch. Dist.*, 427 F.3d 1197, 1208 (9th Cir. 2005).

⁵¹ 湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探－「階層式比例原則」構想〉，收於《憲法解釋之理論與實務》第六輯，廖福特主編，《中央研究院法律學研究所籌備處專書(8)》，2009 年 6 月，頁 30。

⁵² *Doe v. Michigan Department of State Police*, 490 F.3d 491 (6th Cir. 2007).

⁵³ *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

⁵⁴ *Id.* "African Americans had no rights which the white man was bound to respect; and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for this benefit. He was bought and sold and treated as an ordinary article of merchandise and traffic, whenever profit could be made by it."

⁵⁵ McAlinn, Gerald Paul et al. (2010), *An Introduction to American Law*, Carolina Academic Press, p.103.

述⁵⁵：1. 一個被分離與隔絕的少數（a discrete and insular minority）；2. 具有不可改變的特癥（with an immutable characteristics）；3. 以及經歷過一段遭受歧視的歷史（and a history of suffering discrimination）。受到差別待遇的團體具有嫌疑分類（suspect class）的資格，那麼法院就會考慮系爭的法律為給予某群體不同待遇而將其獨立出成嫌疑類別。此所謂一個被分離與隔絕的少數（a discrete and insular minority），意指社會視某群體為部分相同的群體。舉例，亞裔美國人會被認為是一個被分離與隔絕的少數，因美國社會認為亞裔美國人的長相外觀和他們很類似，即便種族、文化傳統的差異頗巨。反之，白人便非被分離或隔絕的少數，此反映出白人為美國社會屬於多數族群的地位。

不可改變的特癥（with an immutable characteristics），係指不能被改變、或至少不易改變的特癥。例如，亞裔美國人的長相外觀並非是選項後的結果，而是他們與生俱來如此。對照下，醫生或律師等專業人士的職業受到歡迎，因為他們擁有的資格非不可改變。至少理論上，每個人都可以進大學或研究所去增進未來就業的條件。而所有因素中，「經歷過一段遭受歧視的歷史」可能是最重要的。在什麼情況下，一個特定群體會受到社會不平等的差別對待？假若歧視的理由正因為其長相、能力、以及該群體

中所為之角色者，法院通常會願意保護他們免於遭受一項未加考慮此事實的法律。

又「嫌疑類別」所指對象為何？其中，種族的少數，可以確認。換言之，涉及種族差別待遇的群體分類，會受到法院接受嚴格審查。果爾，以宗教信仰或原國籍作為分類的亦須受到嚴格審查。而嚴格審查標準要問的是：(一)聯邦或州政府有否迫切利益必須差別對待此分類？(二)系爭法律是否為達到前述利益確經仔細考慮（narrowly-tailored），而沒有不平等對待嫌疑分類的成員或侵害其應享之權利？

值得注意的是，美國最高法院認為牽涉婦女或非婚生子女的法律不受嚴格審查，而應接受「較嚴格」或謂「中級」（heightened or intermediate scrutiny）標準的審查，即法院須檢驗法律是否與政府的利益實質相關。例如，1982年 *Mississippi University for Women v. Hogan* 案，美國最高法院判決宣告受州政府補助的 MUW 女子護理大學拒絕招收男學生的規定違憲。大法官 O'Connor 在意見書中表示⁵⁶：如果系爭法律的目的是為排除或保護一種性別，因為他們被推定與生俱來不利的條件或天生能力較差者，該目的本身就不合法。倘若州政府的目的合法且重要，我們接下來必須檢驗目的和手段之間的實質關係。

對於婦女的歧視，系爭法律很難通

⁵⁶ *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982).



過 3 個部分的檢驗。毫無疑問地，婦女在美國曾有過一段遭受歧視的歷史，她們甚至到了 1920 年美國憲法增修條文第 19 條通過才有投票權，而這是在非裔美國人都享有該項權利的 50 年後才發生。她們的性別當然是不可改變的特癥，儘管變性手術的可能存在。有疑問的是婦女是否屬於被分離與隔絕的少數？事實上，婦女從來都不是少數，嚴格而言，她們應算是美國社會的多數。再者，即便她們是少數群體，她們也從未曾被從社會中分離⁵⁷。

又假設法律未涉及嫌疑類別或有差別對待婦女或非婚生子女之事實者，法院會採用合理基礎審查標準，檢驗政府是否具備制定該法律的充分理由。如果結果肯定，那麼系爭的法律得以繼續存在。奇怪的是，低收入戶因不屬受保護的類別，而不採較嚴格的審查標準。換言之，以富人為主而涉及歧視窮人的法律，法院採用的是合理基礎審查標準。縱使大量證據顯示正好相反，美國最高法院仍認為貧窮在美國並非屬不可改變的特性。惟當個人遭受差別待遇而有基本權受侵害之虞者，系爭法律將會引動嚴格審查標準⁵⁸。

固然平等保護條款明定於憲法增修條文第 14 條而是用於各州，美國最高法

院曾判決申明⁵⁹：考量平等保護條款為美國憲法增修條文第 5 條保障人民享有正當程序的部分概念意涵，該條款當亦適用聯邦政府。退一步言，大部分的人權法案內容透過美國憲法增修條文第 14 條的正當程序條款而適用於各州；而聯邦政府則是經由美國憲法增修條文第 5 條正當程序條款。果爾，大部分人民爭取權利的案件，不論是控訴聯邦或州政府的行為措施，上揭權利條款一律被公平適用。

美國在 1960 年代興起一連串的民權及社會運動，民主黨的美國總統 Lyndon Baines Johnson 順勢推行各項福利法案、民權法案、消滅貧窮法案和減稅法。其中「優惠性差別待遇」（affirmative action），鼓勵大學在招生、政府招標等情況下優先照顧少數民族、女性等弱勢群體。從字面上理解，優惠性差別待遇，其實就是一項正面、積極、扶持的行動措施。聯邦和州政府透過此項計畫推動平等機會，目的在防止雇主對於「膚色、宗教、性別或種族」申請人給予差別待遇。例如美國勞工部提供的扶持行動包括宣傳活動、招聘員工和管理的發展、以及員工資助計劃⁶⁰。此項措施原在支持幫助少數及弱勢族群，而進一步推動是為確保公共機構所服務的人群也能獲

⁵⁷ McAlinn, Gerald Paul et al. (2010), *An Introduction to American Law*, Carolina Academic Press, p.104.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.* p.105.

⁶⁰ U.S. Department of Labor, <http://www.dol.gov/ofccp/>; "Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP)", visited on Dec. 08, 2014.

得平等機會，好比大學、醫院和軍隊的扶持行動。然而扶持行動所採取的一些政策卻引發若干爭議，例如大學入學的性別、種族配額，被批評為「逆向歧視」（Reverse Discrimination）的一種形式⁶¹。2003 年 *Grutter v. Bollinger* 可謂是最具代表性的案例，密西根大學一名白人學生 *Barbara Grutter* 因申請密西根大學法律系的入學遭拒，1997 年 12 月狀告學校當局，歧視白人學生。學校入學的政策清楚指出，即便是最高分數亦非自動保障入學許可，當然也沒有自動被拒絕入學的低標分數。校方的入學政策要求考慮學生入學的許可，應檢核學生考試分數以外能達成法律系教育目標的條件。聲請人 *Grutter* 申請法律系入學的分數分別為 3.8 學業平均成績，以及 161 分的法律入學考試（LSAT）。正當法律程序條款要求州政府不得因種族而剝奪其管轄區中任何人此項權利，爰此，政府所有攸關種族分類的法令措施必須受到嚴格審查。系爭法律要能通過合憲審查，其採之種族分類必須能被證明具有迫切性的政府利益且經仔細研議後才制定之事實。美國最高法院認為密西根大學法律系的入學政策，乃是本於多元族群入學的考量，況且該系入學的標準並未設定任何單一變數，其迫切達成的理由是為達成

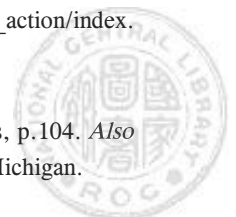
多元學生就學的教育體制，符合「扶持行動」的意義目的，爰裁判密西根大學法律系的入學規定合憲⁶²。

然而，「優惠性差別待遇」是否真能消弭歧視，用以糾正歷史上明顯歧視的缺點⁶³，眾說紛紜，意見呈現對立。反對者認為：保障少數及弱勢族群等同變相使他們擁有特權及優惠待遇，從而優惠可能直接導致這些族群退化的消極影響，形成一種倒向的歧視。比方說高等教育的入學申請，一名白人學生可能在考試分數上高於另一名黑人學生，而黑人學生被錄取而白人學生卻遭到拒絕，*Grutter* 案供參。平權運動會否矯枉過正，造成一種對白人的「逆向歧視」的疑慮似乎未見歇息。以密西根大學招收新生的入學總體評分為例，申請者 SAT 的成績，滿分佔 18 點，而少數族裔學生的優惠分就佔 20 點。如斯，一名非常用功的白人學生，在 SAT 考試中即便得到滿分 1600 分，在其它條件相同的情況下，他的總分仍可能低於一個 SAT 成績 800 分的少數族裔學生。有論者批評優惠性差別待遇的推行，美國教育正從一個極端走向另一個極端，有的科系的申請，甚至到了不是少數族裔就不能申請入學的情形。優惠差別待遇或許在某些方面過了頭，加州大學是首先在 1995 年正式停

⁶¹ The New York Times, http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/a/affirmative_action/index.html; "Affirmative Action", visited on Dec. 08, 2014.

⁶² *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁶³ McAlinn, Gerald Paul et al. (2010), *An Introduction to American Law*, Carolina Academic Press, p.104. Also see Anderson, Elizabeth S. et al. (2010), *Race, Gender, and Affirmative Action*, University of Michigan.



止實施優惠少數族裔和婦女的入學政策。不論如何，主事當局仍握有掌控權，任何相關規定的研擬可以在調整符合社會的觀感後制定施行，傾斜單面的批評似乎未盡合理，畢竟平權法案的長期目標在以創造一個公平、沒有歧視的法制社會。人人平等的理想要能實現，還是得經得起就業、教育、生活等多方面範疇的考驗。

伍、解析 DOMA 的合憲性挑戰

美國「違憲審查」依審查之內容（客體）可分別兩類⁶⁴：「權力分立案件」與「人權保障案件」。前者旨在維持憲法上各權力部門（憲法機關）間之分立與制衡關係；後者旨在劃定國家公權力行使之界限，以維護人民憲法上所保障之權利。兩者性質不盡相同，其間司法（違憲審查機關）扮演之角色容亦有異。而美國最高法院發展出用以評斷法律是否違憲的標準，主要有三種：Strict Scrutiny（嚴格審查）、Intermediate Scrutiny（中度審查）、Rational Basis Test（合理基礎審查）。

一、審查標準

美國聯邦法院稱「合理基礎審查標準」（rational basis test），其實就是「低標」，旨在審查系爭法規範所以為差別待遇之目的是否在追求「合法之公共利

益」（a legitimate public interest），且其所採取之差別待遇與規範目的之達成間，是否存有「合理關聯」（rationally related to）⁶⁵。換言之，採取差別待遇的目的須為追求「合法之公共利益」始為「合憲」，而差別待遇之手段與規範目的之達成間須有「合理關聯」方能認定具備一定程度之關聯。其次「中標」，亦稱「中度審查基準」（intermediate level review），旨在進一步審查系爭法規範所以為差別待遇之目的是否在追求「重要的公共利益」（a public governmental interest），且其所採取之差別待遇與規範目的之達成間，是否存有「實質關聯」（substantially related to）。換言之，採取差別待遇的目的須為追求「重要公共利益」始為「合憲」，而差別待遇之手段與規範目的之達成間須有「實質關聯」始能認為具備「一定程度之關聯」。至於「高標」，即「嚴格審查基準」（strict scrutiny），旨在更進一步嚴格審查系爭法規範所以為差別待遇之目的是否在追求「極重要、極優越的公共利益」（a compelling governmental interest），且其所採取之差別待遇與規範目的之達成間，是否存有「直接關聯」（directly related to）。換言之，採取差別待遇的目的須為追求「極重要公共利益」始為「合憲」，而差別待遇之手段與規範目的之達成間須有「直接關聯」始能認為具備

⁶⁴ 大法官釋字第 696 號解釋。

⁶⁵ 法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，《國家科學委員會研究彙刊》，1996 年 1 月，第 6 卷第 1 期，頁 36 以下。

「一定程度之關聯」⁶⁶。

又所謂目的是否「合憲」，乃「目的合憲性」審查操作的結果，並非「認定的標準」；「目的合憲性」的判準須是「合法公共利益」，或「重要公共利益」，或「極重要公共利益」；如果採取「中標」，則須是「重要公共利益」⁶⁷。對於涉及「無可改變的人身特質」（immutable characteristics），例如種族、膚色、出生地等，為基礎所為之差別待遇，必須升高審查基準，即「人身自由」或「人性尊嚴」等命題，應適用「高標」審查。又如「被歧視者」，要非所謂社會上「孤立而隔絕之少數」（discrete and insular minority），無需法院提升審查基準。換言之，當法院採取「高標」（嚴格審查基準）審查時，因為「手段」（系爭差別待遇＝歧視性措施）須與「目的」（達成極重要或極優越之公共利益）直接相關（directly related），增一分太多、減一分太少，須是如人量身訂作，恰如其分者，始為合憲，要能通過檢驗相當困難。反之，法院採取「低標」（合理基礎審查標準），而僅要求「手段」（系爭差別待遇）與「目的」須為合理相關者（reasonably related），系爭之法律便容易通過審查。當法院採以「高標」或「嚴格審查基準」進行審查時，系爭差

別待遇則鮮有能通過檢驗者；對照採以「低標」或「合理基礎審查標準」（merit rationality test or rational basis review）進行審查，則系爭差別待遇幾乎都能通過檢驗。另外，我國中央警察大學招生簡章排除色盲考生報考之規定獲致「合憲」的結論，是因我國大法官釋字第 626 號解釋採以「較嚴格審查」，即中度審查標準⁶⁸。

二、嫌疑類別

美國法院向來重視平等權的憲法爭議。就平等權的分析架構而言，其係以性別平等為主軸⁶⁹。其分析的脈絡原則上依序探究：政府行為在外觀上是否呈現差別待遇？若為否定，再進一步檢視不同族群、團體、性別是否與其他人一樣受到相同待遇。即不同者等之，為事實上（de facto）歧視；反之，若是同者不等之，即屬法律上（de jure）歧視。次再討論所涉及的權利類型是否屬於優先性權利，或社會福利與經濟自由事項。最後分析分類標準，其是否以種族、膚色、外國人身分、原族裔等「嫌疑分類」（suspect classification）為區分方法，以決定審查之標準。在選擇上，分類標準的考量大於權利優先類型⁷⁰。

援引 Loving v. Virginia 案件說明⁷¹：

⁶⁶ 大法官釋字第 696 號解釋，湯德宗大法官協同意見書。

⁶⁷ 同前註。

⁶⁸ 大法官釋字第 626、696 號解釋。

⁶⁹ 黃昭元，〈純男性軍校與性別歧視—評 United States v. Virginia 一案判決〉，《歐美研究季刊》，2003 年 9 月，第 33 卷第 3 期，頁 461-534。



1950年代，美國南方各州仍盛行各式各樣的種族隔離措施，一對黑人與白人通婚之夫妻（Richard Loving & Mildred Jeter），觸犯維吉尼亞州禁止異族通婚之規定。1959年，這對夫妻遭維吉尼亞州地方法院判處一年有期徒刑，最後法院同意他們以離開維吉尼亞州25年內不返回，作為緩刑之條件。法官於意見書中表示：「全能的上帝創造白人、黑人、黃種人、馬來人及印第安人等不同種族，並且將他們放置在不同的大陸上。異族通婚根本違反上帝的安排。上帝將不同種族區隔開來，就是因為依照他的旨意不希望不同種族互相混合⁷²。」1966年，維吉尼亞州最高法院判決，該州禁止異族通婚的法律合憲，其理由申明：「為維持公民的種族完整性、避免血統的腐化、防止雜種血統的公民出現、避免種族自尊的喪失，這些都是州政府的正當目的。而且，婚姻事項向來屬於州的權限，依照聯邦憲法增修條文第10條，應該完全由州來立法決定，聯邦不得干涉⁷³。」

這對夫妻嗣後上訴美國最高法院，爭執維吉尼亞州禁止異族通婚違反美國憲法增修條文第14條的「平等保護條款」（Equal Protection Clause），造成種

族的區別待遇，具恣意性（arbitrary）且惡意性（invidious）；又其亦違反聯邦憲法增修條文第14條的「正當法律程序條款」（Due Process of Law Clause），因該項刑罰規定侵害憲法所保障之人身自由，以及財產等權利。維吉尼亞州則辯護主張：婚姻事項的立法屬於州的權限，不是聯邦的權限。況且，根據歷史資料，國會當初通過憲法增修條文第14條的時候，並沒有廢棄各州禁止異族通婚的法律的意圖。此外，該州的法律並未違反平等保障條款，因為前述法律對於黑人、白人是一體適用的，無論是黑人嫁娶白人，還是白人嫁娶黑人，依法都受到同樣的法定刑度的處罰。換言之，該法並沒有獨厚白人、或特別苛刻黑人。黑人、白人都獲得了同等的對待。維吉尼亞州還引用聯邦最高法院1883年於Pace v. State of Alabama案之判例，強調該判例支持他們「平等適用」（equal application）的理論⁷⁴。

美國最高法院認為維吉尼亞州上開法律確實構成「因種族而分類」（racial classification），造成種族歧視之差別待遇。亦即，一般人民本享有從事行為之自由，卻囿於「種族」之因素，引致不同的法律效果。這些法律既然係以種族

⁷⁰ 黃昭元，〈國軍老舊眷村改建條例評析—評釋字第四八五號解釋〉，《台灣本土法學雜誌》，2000年1月，第6期，頁26-27。

⁷¹ 劉宏恩，〈法學英文之「風中奇緣」—以美國「深愛夫婦訴維吉尼亞州」（Loving v. Virginia）案為例〉，《月旦法學》，2010年12月，187期，頁161-169。

⁷² 劉宏恩，前揭（註71）文。

⁷³ Loving v. Virginia, 147 S.E.2d 78 (Va. 1966).

⁷⁴ Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).



作為差別待遇之基準，其便構成了可疑的分類（suspect classification），必須接受最嚴格的違憲審查，維吉尼亞州法律無法通過這個嚴格的違憲審查，因為它們根本沒有任何正當的立法目的，那麼連正當的目的都不能通過，就甬論其所採取的手段是否合適了⁷⁵。

陸、代結論

一、我國正當程序與平等原則

美國正當法律程序條款（The Due Process Clause）之內涵，包括「實質上」的正當程序、與「程序上」的正當程序二方面。就實質上之正當程序，當指實體法上之條文規定是否侵害人民基本權利而言，其次是法院對該法律之解釋。國家權力部門（司法與行政）間，按「權力分立原則」（doctrine of separation of powers 應如何「相互尊重」、「司法自制」？法規命令之法效等同法律，對人民、行政機關與法院均有拘束力；解釋性行政規則僅拘束作成機關及其下屬，對人民不生拘束力。雖然「法規命令」與「解釋性行政規則」皆有闡釋法律意涵的功能，但因前述本質上的差異，先進國家的法院於審查兩者之合法性（legality）時，乃發展出不同的審查基準（standards of judicial review）。美國最高法院在 *Chevron v. Natural Resources Defense*

Council 案明白表示⁷⁶：法院原則上應該尊重行政機關訂定發布的「法規命令」，不得任意以法院自己之解釋，取代行政機關以「法規命令」所為合理的法律解釋。質言之，僅當法規命令所持見解「不合理」（unreasonable）或「不允許的」（impermissible）時，亦即有「恣意」（arbitrary）、「任意」（capricious）或「顯然違反法律規定」（manifestly contrary to the statute）之情形時，方得以法院之解釋取代法規命令之解釋。面對法律解釋爭議，法院首先應判斷立法者對系爭問題是否已在法律中直接作了規定；如果立法意旨已臻明確，法院或行政機關即應遵循。其次，如果系爭法律對系爭問題未有直接規定，法院亦不得逕以自己之解釋加諸系爭法律，而應考慮行政機關訂定的法規命令對此所為之解釋是否為允許的（permissible）。

事實上，早在半個世紀前，美國最高法院便曾闡示⁷⁷：法院對於法律固有最終解釋權，但畢竟行政機關負有執行法律的任務（task of enforcement），即便法律未有授權，仍須確定法律的意涵，才能據以執行。因此，當法院依照一般法律解釋方法（諸如法條文義之分析、立法過程之探求等）解釋系爭法律後，認為主管機關所作的解釋（函釋）是允許的（permissible），法院即應認定主管機關所作的解釋為正確（correct），而

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576 (2000).

⁷⁷ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).



予以尊重。反之，倘一法律條文明文禁止異族通婚，明顯是為維持「白人至上」（White Supremacy）的種族優越主義性，而具歧視其他種族之立意者，便是違反憲法保障平等之條款，以及侵害人民結婚、追求幸福之基本權，違反實質正當程序。

對照我國大法官釋字第 384 號意旨所揭：人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。此等「實質正當之法律程序」乃兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須「遵守罪刑法定主義」；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其「逮捕應踐行必要之司法程序」、「被告自白須出於自由意志」、「犯罪事實應依證據認定」、「同一行為不得重覆處罰」、「當事人有與證人對質或詰問證人之權利」、「審判與檢察之分離」、「審判過程以公開為原則」及「對裁判不服提供審級救濟」等為其要者。除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序⁷⁸。

另就憲法平等原則禁止「差別待遇」而論，我國大法官對於平等權（平等原則）之解釋一向堅持「實質平等」說，允許國家權力機關於有「正當理由」

時，得為差別待遇。因此平等權案件的審查，有無「正當理由」而為差別待遇，即成為關鍵。而「正當理由」的認定，又與法院所持「審查基準」之寬嚴密切相關。我國大法官釋字第 682 號解釋說明：檢驗法規範有否符合平等原則應採取「二元審查架構」，即審查「法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定」。所謂「該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲」即「目的合憲性」審查；所謂「所採取之差別待遇與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性」即「手段與目的關聯性」審查。至於在此框架下，「哪樣的目的」算是「合憲」，差別待遇手段與規範目的之達成間「如何程度的關聯」算是「一定程度之關聯」，端視採取何種審查基準（所謂「低標」、「中標」或「高標」）而有不同，並非一成不變。各國並得發展出不同內容的審查基準，以因應各自需求⁷⁹。

二、同性婚姻合法化的趨勢

相較於德、法兩國，荷蘭應算是歐洲最前衛的國家，不僅承認同性婚姻，又有同居以及伴侶制，其不論在財產或身份法上的效果，皆較其他國家寬泛。

⁷⁸ 大法官釋字第 384 號解釋。

⁷⁹ 大法官釋字第 696 號解釋，湯德宗大法官協同意見書。

儘管如此，歐盟各國流通方便，不免讓人好奇的是，假若一名法國男子在荷蘭成立同志婚姻，回到法國又與一名德國女子同居，而德國女子在德國也有同性伴侶，此所謂多元家庭組合之定性問題，該如何看待或解決？相信未來的家事案件會更多元複雜。

緊鄰美國的加拿大向來予人的印象是溫和、保守、民主，根據法務部「德國、法國及加拿大同性伴侶制度之研究」成果報告書：加拿大行政區劃分為 10 省和 3 地區，省根據憲法設立而地區據聯邦法律設立；地區由聯邦政府直接管轄，省則由各省政府管轄。在加拿大聯邦制度下，聯邦國會對於婚姻及離婚有管轄權，但是省對於財產與民事權利等與婚姻相關制度的具體內容有形成的權力，而聯邦於此的權力很有限。加拿大民事婚姻法也曾走過一段立法歷程⁸⁰：(一)從去刑罰化開始。1967 年 Everett George Klippert 因同性間性行為遭逮捕，判無期徒刑，上訴最高法院後仍維持原判，同志團體與律師公會於是展開救援及提出同性性行為除罪化的訴求，主張「國家不該介入人民臥室裡的事」。1969 年，加拿大修改刑法，對 21 歲以上成年人的同性性行為合法化。(二)消除一切歧視。

1970 到 1980 年代間，同志團體在各地方提起訴訟，反對各種領域的歧視，逐漸建立不得因性傾向為差別待遇的原則。1995 年 Egan v. Canada 案中，加拿大聯邦最高法院第一次審理關於同性伴侶權益之案件，認為性傾向受到憲法平等權保障⁸¹。1999 年 M. v. H. 案中，則承認同性伴侶有扶養義務，對於同性伴侶的利益和權利不能有差別待遇，並命令 Ontario 省修改其法令以符合判決意旨；嗣後 Ontario 省通過法律應賦予同性伴侶享有與異性伴侶相同的權益⁸²。而 M. v. H. 案判決結果持續發酵，迫使 Nova Scotia 省及 Quebec 省承認民事伴侶制度，而 Alberta 省雖維持婚姻為異性結合關係之定義，但同意給予同性伴侶「成年依存伴侶 (adult interdependent)」之身分。2002~2003 年間，Halpern v. Canada 案再次挑戰 Ontario 省法⁸³，Hendricks v. Quebec 案挑戰 Quebec 省法⁸⁴，Barbeau v. British Columbia 案挑戰英屬哥倫比亞省法，各省判決皆認為省法拒絕同性締結婚姻違憲，從而建立加拿大聯邦國會重視同性戀者基本人權之基礎，進一步統一各省的婚姻法中確認同性戀者權益受到憲法保障⁸⁵。

本文以為同性婚姻已是不可逃避的

⁸⁰ 法務部，《「德國、法國及加拿大同性伴侶制度之研究」成果報告書》，參見網址 <http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=277083&ctNode=29656&mp=001>。到訪日期：2014 年 12 月 1 日。

⁸¹ 2 SCR 513 (1995).

⁸² 2 SCR 3 (1999).

⁸³ 60 OR3d 321 (2002).

⁸⁴ RJQ 2506 (2002).

⁸⁵ 225 DLR(4th) 472 (2003).



立法議題，雖說同性結婚仍是極少數，又其對於未來社會的影響在現階段難以評估，少數人的權利是否因之而應被忽略？又禁止同性婚姻是否能證明符合國家的迫切利益？就連同性戀者都要爭取婚姻的認同，足證家庭仍是人民嚮往的生存價值，此與 21 世紀我國不婚、不生的現象似無直接關連，法國在祭出婦女生二胎就可以支領相當於職場工作的月薪，等同生育越多月薪越高的政策，一併解除了出生率低與婦女就業的問題。至同性婚姻缺乏傳統家庭的「完整性」，這個概念隨著時代演進，光從許多單親家庭成員間的關係比不離婚的問題家庭更為緊密觀察，渠等批評不免失焦。不過，退一步言，支持同性婚姻合法者，除了男女表面上的性別差異與實際伴侶的角色須重新詮釋外，對於通姦罪除罪、或經當事人同意的一夫多妻、一妻多夫的開放，恐怕也會很難反對。唯有回歸法理面思考、更細膩討論，同性婚姻的爭辯方能有成熟、圓滿的結果。

