

同性婚姻法制化對身分法之影響 及修法建議

中央警察大學
法律系教授 鄧學仁



同性婚姻與人工生殖

- 甲女提供卵子，乙女提供子宮，丙男捐贈精子，嗣後乙女產下A子，其後若甲乙得締結有效婚姻，試問：A子得否因準正成為甲女之婚生子女？若否，甲女得否認領A子？若否，甲女得否收養A子？



人工生殖子女之地位

- **第23條（接受捐贈精子之人工生殖子女法律地位）**
 - 妻於婚姻關係存續中，經夫同意後，與他人捐贈之精子受胎所生子女，視為婚生子女。
 - 前項情形，夫能證明其同意係受詐欺或脅迫者，得於發見被詐欺或被脅迫終止後六個月內提起否認之訴。但受詐欺者，自子女出生之日起滿三年，不得為之。
 - 民法第一千零六十七條規定，於本條情形不適用之。
- **第24條（接受捐贈卵子之人工生殖子女法律地位）**
 - 妻於婚姻關係存續中，同意以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎所生子女，視為婚生子女。
 - 前項情形，妻能證明其同意係受詐欺或脅迫者，得於發見被詐欺或被脅迫終止後六個月內提起否認之訴。但受詐欺者，自子女出生之日起滿三年，不得為之。
- **第25條（發見有婚姻撤銷、無效情形之人工生殖子女法律地位）**
 - 妻受胎後，如發見有婚姻撤銷、無效之情形，其分娩所生子女，視為受術夫妻之婚生子女。

本題擬答

1. A子與乙女之關係視為婚生子女(民法1065第2項)，又民法1064條規定非婚生子女其生父與生母結婚者視為婚生子女，然因甲女為女性無法成為「生父」，縱使承認甲女與乙女之同性婚姻，若無準正或認領等相關規定，將造成甲女與A子雖有血統聯絡卻無法產生親子關係之窘境。

2. 若甲女與乙女先結婚再實施人工生殖，丙男雖捐贈精子，但依人工生殖法第23條，不適用民法第1067條之規定，A子或其生母不得請求丙認領，且因A子係依人工生殖法所生之子女，視為甲女與乙女之婚生子女，故丙不得認領A子。惟本題係先人工生殖再結婚，A子非依人工生殖法之規定而生，則丙男應可任意認領A子，或由A子或其生母請求認領。於此情形，將造成甲女無法與A子發生親子關係。且於男男婚之情形，因無法實施人工生殖僅能藉由代理孕母方式產生下一代，若不同時處理代理孕母之立法，將面臨男男婚與女女婚差別待遇之可能。



3.又依民法第1072條，收養係收養「他人」之子女為養子女，甲女與A子具有血緣聯絡，但因彼等非法律上之親子關係，似無違反民法第1073條之1第1款不得收養直系血親之規定，又因甲乙若可結婚，亦合乎民法第1075條除夫妻外一人不得被二人收養之規定，甲女與A子成立收養關係或屬可行，但明明是自己之子女，卻變成收養「他人」子女，顯不合理。又是否能以無效收養轉換為有效認領，仍待商榷。

4.總之，將來同性婚若法制化，有關子女的規定恐怕不是增訂971條之1：「I 同性或異性之婚姻當事人，平等適用夫妻權利義務之規定。II 同性或異性配偶與其子女之關係，平等適用父母子女權利義務之規定。但本法第一千零六十三條以異性配偶為限(第2項)」之規定足以因應，亦非將夫妻改為雙方，或者將父母改為雙親即可解決，倉促立法或修法雖保障同性婚者之權益，但子女的權益若無配套措施將如何保障呢？

立專法(章)？修民法？

- 尤美女委員建議新增**民法第971條之1**：
- 同性或異性之婚姻當事人，平等適用夫妻權利義務之規定。
- 同性或異性配偶與其子女之關係，平等適用父母子女權利義務之規定。但本法第一千零六十三條以異性配偶為限
- 本條可能衍生如下問題：



第一，體例之問題

新增的民法第971條之1第1項，所謂「**異性或同性之婚姻當事人，平等適用夫妻權利義務之規定。**」此乃婚姻之效果規定，而親屬編第一章通則為血親、姻親與親等之定義性規定，將具有效果性規定之民法第971條之1，放置於親屬編之通則，顯然與親屬編之體例架構不合。

第二，要件之問題

新增的民法第971條之1僅作效果性之規定，但對於同性婚姻之定義以及成立要件均乏明文，欠缺法律定義與構成要件之明確性。

第三，準用之問題

新增的民法第971條之1使用「**異性或同性**」將造成**異性或同性之婚姻當事人，只有一方能平等適用夫妻與父母子女權利義務之規定。應修正為「異性及同性」方屬正確。**且異性婚本來就適用夫妻與父母子女之規定，應無平等適用之問題，故不應使用使用「或」應使用「及」。又僅排除民法第1063條，但事實上從民法第1061條至第1070條，有關異性婚之父母子女關係之相關規定，例如準正與認領等規定，於女女婚甚至於男男婚之情形，均無法直接適用。

第四，用語之問題

新增的民法第971條之1第2項有關「平等適用」之用語，於民法較少見之，例如民法第1113條是用「有關成年人之監護，除本節有規定者外，準用關於未成年人監護之適用。」，由於同性婚與異性婚生理結構仍有不同，於婚生推定、認領以及準正等無法等同視之，何謂平等適用語意不明，究為類推適用抑或準用，將來恐生爭議。



第五，女女婚於婚姻關係存續中因人工生殖所生子女是推定或視為婚生子女？有關人工生殖法是否須配合修正？

第六，女女婚於婚姻關係存續中因外遇而生之子女是不受婚生推定，則同樣於婚姻關係存續中所生子女，異性婚為婚生子女，同性婚為非婚生子女是否妥當？

第七，男男婚無法適用婚生推定或人工生殖之規範是否歧視？立法如何補救？

第八，女女婚排除婚生推定之規範是否歧視？提供卵子者若收養該子女，違反近親收養之規定，收養需為「他人子女」，提供卵子與該子女有血緣關係，應非屬他人子女，此部分如何修正有待考量？

第九，女女婚一方提供子宮他方提供卵子所生之子女，提供卵子者得否認領？民法僅規定生父得以認領，此部分有無配合修正之必要？

第十，同性婚前所生子女婚後得否準正為婚生子女？

蔡易餘修法版本與審查通過版

審查會通過條文	蔡易餘版本
第八章 同性婚姻	第八章 同性婚姻
第1137條之1 同性婚約，應由雙方當事人自行訂定。	第1137條之1 同性婚約，應由雙方當事人自行訂定。
第1137條之2 同性婚姻，其親屬關係之成立、消滅及法律效果依本法之規定。	第1137條之2 同性婚姻準用本法有關婚姻、父母子女、監護、扶養、家及親屬會議之規定。
第1137條之3 因同性婚姻所生之法律關係，平等適用關於夫妻、配偶之規定；其有子女者除第1063條外，平等適用關於父母子女權利義務之規定。	第1137條之3 同性婚姻當事人，平等適用夫妻權利義務之規定；其有子女者，平等適用父母子女權利義務之規定。

稱謂中性化衍生之問題

- 一、時代力量黨團配合婚姻平權之理念，將相關條文之「夫妻」修正為「配偶」或「配偶雙方」，「夫、妻」、「夫或妻」修正為「配偶之一方」、「父母」修正為「雙親」、「父、母」、「父或母」修正為「雙親之一方」、「祖父母」修正為「二親等之直系血親尊親屬」等。
- 二、惟查家事事件法相關法條中，「父母」有時包括「養父母」(第107條)，有時單親之父或母亦屬之，一律修正為「雙親」恐生爭執。又家事法第61條之父、母、養父或養母，以及62條之養父母與本生父母均各有所指，恐非「雙親」之用語所能取代。
- 三、有關收出養媒合服務與評估，係規定於兒童及少年福利與權益保障法，於立法體系上規定於民法並非合宜。

立法院審查會通過之共識版(一) (尤版、許版及時力版之整合修正)

- 第971條之1
- 異性或同性之婚姻當事人，平等適用本法及其他法規所定關於夫妻、配偶之規定。
- 異性或同性配偶，平等適用本法及其他法規所定關於父母子女、親屬之規定。但本法第一千零六十三條以異性配偶為限。



立法院審查會通過之共識版(二) (尤版、許版及時力版之整合修正)

- 第九百七十二條 婚約，應由雙方當事人自行訂定。
- 同性婚約，應由雙方當事人自行訂定。
- 第九百七十三條 未滿十七歲者，不得訂定婚約。
- 第九百八十條 未滿十八歲者，不得結婚。
- 第一千零七十九條之一 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。
- 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。



司法院釋字第748號解釋

- 1.民法第4編親屬第2章婚姻規定，未使相同性別之二人，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，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。
- 2.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。
- 3.逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章之規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。



對於釋字第748號解釋之檢討

- 一、本號解釋非謂民法一夫一妻制度違憲，而係民法未保障同性婚，因此違反憲法第7條與第22條平等權與婚姻自由。
- 二、本號解釋的結果使同性婚與異性婚均成為贏家，挺同者正是因為注重婚姻與家庭關係，才希望將同性婚法制化，這是對反同者所強調傳統婚姻與家庭價值之肯認。
- 三、同性戀者得以結婚，爭議並未因此結束，將來同婚者若欲擁有子女組織家庭，有關收養、人工生殖乃至於代理孕母將是另一場爭端的開始，後續問題均應一併考慮。



四、過去大法官針對違憲者大多以日落條款限期失效處理，如釋字第365與452號解釋，但748號解釋卻以日出條款限期立法處理，若立法機關遲未立法，同婚者得逕行申請戶籍登記，登記後所產生身分關係之爭議，將造成法院認事用法上之困擾。

五、本號解釋最後特別指出：「現行婚姻章有關異性婚姻制度之當事人身分及相關權利、義務關係，不因本解釋而改變。」，因此同性婚姻不應取代異性婚姻，將夫妻改為「雙方」，將父母改為「雙親」，對於單親的情形如何適用？同時這也是對於現有異性婚制度稱謂之改變，將使異性婚者心理產生衝擊。

六、如果立專法或專章是隔離，則於民法中同一條文並列同性婚與異性婚之規定也是隔離，其差異只是距離遠近不同而已，顯然隔離未必等同於歧視，一方面要求同性婚與異性婚應等同適用民法，但於親子關係又要排除適用，足見本質不同的隔離有時仍然必要。



同性婚之收養

- 甲男乙男依法結婚，由於二人想擁有子嗣，但現行法不允許代理孕母，甲乃商得乙男之同意，與丙女發生關係，其後生下A子，甲進而認領A子，並徵得丙女同意，由乙男收養A子。
- 試問：法院對於本件收養應否認可？



擬答

- 依兒童及少年福利與權益保障法第16條、第17條之規定無須媒合機構之評估，法院對這種收養應否認可？筆者認為收養無論同性婚與異性婚均應以子女最佳利益為考量，因而此種收養仍應該要評估收養是否符合子女最佳利益，但因為異性婚之繼子女收養無須經由媒合機構，若異性婚無須評估而同性婚需評估，將會被認為是歧視，為避免差別待遇，即應修正評估之規定，不論是否近親或繼子女收養均需評估，但如此一來，是否會讓收養更加困難，並窄化法院認可收養之空間。足見制度之修正，必然牽一髮而動全身，這也是應該要立專法的原因。

釋字第748號解釋之課題

- 一、究竟要立專法、修民法或在民法成立專章將成為立法院另一個頭痛的問題。
- 二、以現行各黨派之修法草案，對於子女身分關係之保障仍然不足。
- 三、二年後立法機關遲未修法，同性婚者雖可以申請戶籍登記，但有關子女對同婚者之稱謂、民法第995條不能人道、第1063條婚生推定之排除等如何配合修正有待觀察。
- 四、自即日起，二年內申請同婚戶籍登記者應否受理，戶籍法及其相關法律應如何配合修正？

二年內得否申請同婚戶籍登記

- 有關於此，依司法院釋字第725號，本院就人民聲請解釋憲法，宣告一定期間失效者，聲請人就釋憲之案件得聲請再審或其他救濟；法院不得以該法令於期限內仍為有效為理由而駁回其聲請；且該解釋若有說明救濟方法者，則依其說明；如未說明，則須等到新法令生效後，依新法裁判。
- 748號解釋既已具體說明「機關若修法逾期修，即得依現行規定辦理結婚」，祁家威現階段似乎只能等待二年，或二年內立法者為同性婚者所制訂或修正之婚姻制度。

關於臺北高等行政法院開庭審理同性婚姻登記案之回應

發稿日期：106年8月9日

發稿單位：法務部法律事務司

關於今(9)日報載「釋憲後首起同婚訴訟開庭 若勝訴 同性伴侶不需等、可登記結婚」，本部回應如下：

一、司法院釋字第748號解釋指出應使相同性別之二人，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；惟慮及其複雜性及爭議性，或需較長之立法審議期間，爰該號解釋特予有關機關2年處理期限。本號解釋並未宣告民法何條文違憲或立即失效，而是逾期未完成立法始可逕為登記。關於修法部分，已由行政院邀集各機關妥慎研議中。

二、至臺北高等行政法院今日開庭審理女同志方敏、林于立請求登記結婚一案，因該案尚在法院審理程序中，基於審判獨立原則，本部尊重法院之審理程序，惟因法院尚未判決，期各界不宜過度解讀。



修法建議

建議條文	說明
第八章 同性婚姻	增設專章不影響現行異性婚。又同性婚姻之效果不限於婚姻之效力，故置於第八章。
第1137條之1 同性婚約，應由雙方當事人自行訂定。	男男婚約與女女婚約各依異性婚男、女婚約之年齡，無須另外規定。
第1137條之2 同性婚姻，除法律別有規定外，其親屬關係之成立、消滅及法律效果依本法之規定。但第1063條之規定，不適用之。	本條規定使同性婚等同於異性婚，並可避開準用或平等適用之爭議。「別有規定」是指如人工生殖法等法律。同性婚姻無法自然懷孕，故不適用第1063條婚生推定之規定，又僅排除婚生推定，於女女婚「A卵B生」之情形，可使提供卵子者得依準正或認領之規定成立親子關係。而男男婚則因不能依人工生殖法受胎生子，故無準正或認領之問題。
第1137條之3 同性婚姻，配偶之一方，得依人工生殖法之規定，經他方配偶同意後，與他人捐贈之精子受胎而生子女，其所生子女，視為婚生子女。	同性婚姻依人工生殖而有子女者，依人工生殖法視為婚生子女，且不得依1067條向捐精者請求認領。其非依人工生殖法而生之子女不受婚生推定，由分娩之母決定向生父請求認領，或由生父認領，或由同婚配偶收養。

哪一位是媽媽？



三立新聞網(<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=156136>)