

南 華 大 學

歐洲研究所

碩士論文

論文題目

德國婚姻法制對重婚之規定—與我國重婚規定之比較

The study of bigamy regulations: A comparison between Germany
and Taiwan

研 究 生：王宏志

指 導 教 授：虞和芳博士

中 華 民 國 99 年 1 月 21 日

南 華 大 學

歐洲研究所

碩 士 學 位 論 文

德國法制對重婚之認定-與我國重婚規定之比較

研究生：

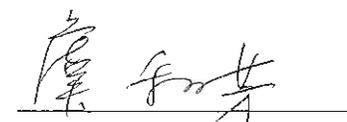


經考試合格特此證明

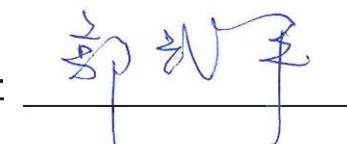
口試委員：



指導教授：



系主任(所長)：



口試日期：中華民國

98年 12月 18日

摘要

十八世紀啓蒙時代之開始，人權思想肇因於此，婦女受到這一波運動的影響，也開始注意到自身之權利，女性主義思潮應運而生，其方向大抵為反對傳統的父權制度（patriarchalism）的性別不平等，而後則為爭取女性特質之特別保障，此為整體人類人權保障之一大躍進，且女性主義之精神也發揚至全球，因而隨著時代、地域及文化環境的不同，而產生不同之訴求，第二次世界大戰後，人口結構與經濟社會大環境之改變，歐洲社會對於女性之需求大增，更為女性權利增長之大躍進，加上人權保護已從國內議題成為國際上重視之一環，對女性權利之保護以對兩性平等之爭取，隨著時間日趨進步，對女性之保障現今也無看見退轉之趨等，不再只是內國事項，對之違反情節嚴重者，更可能遭受國際譴責與制裁，從而與女性權利之保障與人權保障密不可分。

而家庭為國家社會之根本，家庭之建立有賴於健全之婚姻制度，故社會之性別平等與對女性之保障是否健全，可從家庭與婚姻制度中，一窺究竟，而一夫一妻婚姻制度，為最符合現今社會男女平等原則之觀念，且在男女平等原則之大前提下，對於家庭社會之穩定與發展亦為最良好之制度，否則如在男女平等前提下，婚姻自由亦無一夫一妻婚姻制度之節制下，所造成家庭社會之混亂，實殊難想像，故德國將此精神明文規定於憲法之中，而我國透過大法官釋字第三六二號、五五二號解釋，亦使一夫一妻婚姻制度得到憲法制度性保障位階之確定。

相較於德國與我國之不同處，在於一夫一妻婚姻制度為德國天主教所定下之規矩，已深入為其傳統之一部份，而在我國，則為清末方從外國引進，於此之前，並無此觀念，因此此制度之發展上，兩國存在相當大之差異誠屬當然，甚至我國將此概念引進並明文於法律中後，仍因特殊國情，而有不同面貌之發展過程，與德國以一夫一妻婚姻制度為傳統之法律規定演進，亦具有特殊之處。

本文從兩國之傳統婚姻制度，到近代兩國之憲法、民事法律、刑事法律作比較，以探討其發展過程及現今法律規定之異同處，並且將德國法律作為我國現行法之檢討與以後修法之建議依據，德國法律如有缺失，亦得為我國法律之借鏡，此為比較法之功能目的所在。

關鍵字：兩性平等，婚姻制度，一夫一妻婚姻制度，重婚

Abstract

Thoughts of human rights were brought through the 18th century's Enlightenment Period. As a result, women started to pay attention to their rights, leading to feminism. The followers of feminism opposed the gender inequality in patriarchalism. Afterwards, they fought for specific protections for females, making a large breaking through in overall human rights and a spreading of feminism. However, different demands of feminism are required according to various age periods, geographic regions, and cultural contexts. After the World War II, because of changes in population structure and socio-economic environment in Europe, there was an increasing demand and a big breakthrough in female rights. Besides, due to the progressive international issue of human right protection, there was a continuing defense of female rights and seeking of gender equality. Critical violators of female right rules would even be condemned and punished world-widely. From then on, human rights and female potency had become indispensable.

The basic unit of country and society is family, which is set up according to well-established marriage regulations. Gender equality and female right protection in a society can be seen and understood in those regulations. Monogamy not only best conforms to concepts of gender equality in contemporary society, it also helps stabilizing and developing households. A society of marriage liberty without constraints of monogamy would be in disorder. In German constitution, the essence of monogamy is clearly described. With the explanatory notes of Grand Justice (pt. 362 and 552), the essence is also ensured in Taiwan constitution.

The difference of monogamy between Taiwan and Germany is its history and development. In Germany, monogamy was rooted in traditions of Catholicism while in Taiwan, monogamy was introduced by the end of Ching Dynasty. After putting monogamy into regulations, compared to Germany, the development is also different because of varied national conditions.

The present article provides comparative viewpoints in Taiwan and German regulation systems, from conventional marriage regulations to constitution, civil laws, and criminal laws in modern times, focusing on the development. Moreover, based on German regulations, we could have insights into Taiwan's regulation systems, no matter concerning amendment or revision.

目錄

第一章 序論	1
第一節 研究動機與目的	1
一、研究動機	1
二、研究目的	3
第二節 研究方法與範圍	6
一、研究方法	6
二、研究範圍	9
第三節 論文架構與章節安排	9
一、論文架構	9
二、章節安排	14
第四節 文獻探討	15
第二章 女性權利發展理論與兩性平等內涵	17
第一節 女性權利發展理論	17
一、男女地位之消長	17
二、女性主義之流派	20
第二節 兩性平等學說實務之探討	30
一、平等權之意義與歷史發展	30
二、兩性平等相關理論探討	34
三、平等原則相關審查模式	38
第三章 德國婦女權利發展與婚姻法之沿革	42
第一節 德國女權之發展與演進	42

一、德國十八世紀婦女之權利與義務	42
二、十九世紀	43
三、第一次世界大戰：現代新女性的誕生	45
四、第三帝國的婦女	46
五、第二次世界大戰結束，新共和時代	50
六、小結	52
第二節 德國民法婚姻法之修正與重婚之規定	53
一、市民婚前德國婚姻制度演進	53
二、德國民法婚姻法之演進	57
三、德國刑事法律關於重婚之處罰	65
四、小結	66
第三節 德國聯邦法院與歐洲人權法院相關判決	69
一、「生活伴侶關係法」判決	69
二、B. and J.L. v. the United Kingdom (英國公公媳婦禁婚案) 歐洲人權法院第四庭於 2005/09/13 之裁判	74
三、小結	78
第四章 我國關於重婚之規定	80
第一節 我國民法關於重婚之規定之修正與演進	80
一、民國七十四年前的重婚規定	80
二、民國七十四年後之重婚	81
三、民國九十六年關於重婚之相關修正	82
第二節 大法官釋字對於重婚之相關解釋	84

一、釋字第二四二號解釋	84
二、釋字第三六二號解釋	85
三、釋字第五五二號解釋	87
四、釋字第五五四號解釋	90
五、釋字第五八七號解釋	91
六、釋字第六四七號解釋	95
第三節 關於我國法之規定與大法官釋字之評析	97
一、民國七十四年重婚規定之修正與釋字第二四二號解釋重婚例外	97
二、釋字第三六二號、釋字第五五二號解釋	101
三、歷年大法官解釋所建立之一夫一妻制度	105
第五章 德國與我國重婚規定之比較	108
第一節 德國與我國一夫一妻婚姻制度之比較	108
一、德國與我國傳統之婚姻制度	108
二、一夫一妻制度在我國與德國法位階之比較	109
第二節 德國民法重婚規定與我國民法重婚規定之比較	112
一、民國七十四年民法修法前我國民法關於重婚之規定、大法官釋字第二四二號解釋與西元一九三八年德國婚姻法之比較	112
二、民國九十六年民法修法後我國民法關於重婚之規定、大法官釋字第五五二號解釋與西元一九九八年德國婚姻法之比較	112
第三節 德國刑法對重婚之處罰與我國刑法之比較	118
一、德國與我國重婚罪之比較	118
二、德國與我國重婚除罪化之可能	119
第四節 大法官釋字第六四七號解釋與德國聯邦憲法法院「生活伴侶關係法判決」之比較	121

第六章 結論	123
第一節 研究發現	123
一、女性權利發展與婚姻制度之關係	123
二、德國重婚規定對我國法之借鏡	125
三、我國重婚制度未來可能之發展與修法建議	127
第二節 研究不完整之處與未來之方向	130
參考書目及文獻	131

第一章 序論

第一節 研究動機與目的：

一、研究動機：

無論東西方文明中，從人類開始有歷史的記憶中，以性別分之，大多為男性比女性有較高之地位，無論於家庭、社會、經濟方面，有時，女性甚至淪落為客體地位，且觀整部人類歷史，除去近代部份，女性似乎參予甚少，惟其佔人類一半人口，默默貢獻其心力下，卻常為歷史所遺忘，在社經地位不如男性下，且人們根本忽略此一問題，更造成女性權利相對男性低落之惡性循環。

十六、十七世紀的歐洲經歷了文藝復興及知識革命後，開始從沉悶的黑暗時期中逐漸復甦。不論是在科學、文藝或政治上，人們都改變了思考的方向與方法，而對事物有了與以往完全不同的見解。受到理性主義思潮的影響，女性開始意識到「男女天生智能相等」，因此許多女性開始為了「教育」而奔走，且有許多男性知識份子支持「女子受教育」這樣的訴求，使得女子受正統教育的希望逐漸受到重視。

而後十八世紀啓蒙時代之開始，人權思想肇因於此，婦女受到這一波運動的影響，也開始注意到自身之權利，女性主義思潮應運而生，其方向大抵為反對傳統的父權制度（patriarchalism）的性別不平等，而後則為爭取女性特質之特別保障，此為整體人類人權保障之一大躍進，且女性主義之精神也發揚至全球，因而隨著時代、地域及文化環境的不同，而產生不同之訴求，第二次世界大戰後，人口結構與經濟社會大環境之改變，歐洲社會對於女性之需求大增，更為女性權利增長之大躍進，加上人權保護已從國內議題成為國際上重視之一環，對女性權利之保護以及對兩性平等之爭取，隨著時間日趨進步，對女性之保障現今也無看見退轉之趨勢，不再只是內國事項，對之違反情節嚴重者，更可能遭受國際譴責與制裁，從而勢，對女性權利之保障與人權保障時密不可分。

故從上述可知，歐洲女權運動與平等之發展，為近兩百年來始為開始，而德國為歐洲之一國亦如是，而先前一切的男女不平等，使得男女平等所要爭取者包羅萬象，即一切男女有別的對待，且該差別待遇又涉及歧視、限制、或非基於達實質平等之優惠性措施以及將既有的不平等加以去除或為受不平等待遇者為保護性措施者皆包含在內，從而，此歷史與法律之研究，題材為相當豐富，並且有以古鑑今之用。

中國婦女在家庭中的地位，一直是非常低落，且消滅夫妻關係理由極為概

括，並具有對婦女道德責難之意味¹，而在歐洲，雖相較於男性，婦女之地位仍為低落，惟婚姻制度上，已有了一夫一妻婚姻制度，不只為一夫一妻，且夫妻間不得任意離婚，且該制度為受宗教之保護，權勢之高如國王亦不得違反之²，因當時歐洲婦女之社會地位與經濟實力，是無法與男性比擬，職是之故，一夫一妻婚姻制度與不得任意離婚，除了有維繫當時社會制度與家庭功能之重要目的，亦為對婦女之最佳保障，在婦女無社經地位之時代，家庭對其可謂生活之重要依靠，故對離婚限制，其實實質上有使男人對其妻子盡一切照顧義務，而一夫一妻婚姻制度，則使妻子享有完整之配偶權，在家庭對婦女即一切之時代，此配偶權不得分裂實為婦女家庭地位維持之重要制度，雖觀聖經無法直接得到一夫一妻婚姻制度與不得任意離婚是為保障婦女權利而制定，然對於當時歐洲婦女之保障功能是不容否定，比起亞洲，無論是中國之一夫多偶制或是回教之一夫多妻制，可看出基督教建立之神聖婚姻制度，對男女平等以觀，是較文明進步之制度。

而民法上關於婚姻、家庭之規定，為男女平等之基礎，蓋婚姻、家庭之基本單位就是一男一女所組成，此當然為討論男女平等下最為基礎的最小單位，故民法或是德國婚姻法有關於婚姻之規定，以及夫妻間之權利義務關係，夫或妻在家地位之優越性，皆與男女平等息息相關，當然由於德國過去社會為以男權為中心，從而，男女平等之演進其實就是婦女權利之演進，蓋就連今日也尚無出現男性要與女性追求同等權利之言論，如有也不過為男性從前既得優越不再之抱怨而已，於此先序說明。

又關於重婚之規定，涉及歐洲基督教傳統之神聖一夫一妻制之維持，以及德國法律維持此婚姻制度後，成為憲法上之制度性保障，此與家庭制度之保護以及倫理之規範有關，且亦為現今社會制度下最適合之家庭制度，其又為婚姻效力之一部，故法律如何規範重婚效力，也涉及到夫妻間權利義務之問題，尤其在婦女於家庭社會中處於弱勢之時代，更有其重要性，本文於歷史上，著重於女性在家庭的探討，而於法律上則著重於德國重婚之規定。

而我國並無如歐洲神聖一夫一妻婚姻制度之傳統，直到清朝末年維新變法，宣統三年頒定民律草案，遂以歐式單婚制度取代傳統婚姻制度，除在男女平等前提下禁止重婚與納妾外，復規定重婚得撤銷之效力³，相較於歐洲國家一夫一妻

¹ 儀禮，喪服傳：「故父者，子之天也；夫者，妻之天也。」禮記，郊特牲：「婦人無爵，從夫之爵，坐以夫之齒。」禮記，內則：「子婦無私貨，無私蓄，無私器；不敢私假，不敢私與。」朱子家禮：「凡為子為婦者，勿得蓄私產，俸祿田宅所入，悉歸之舅姑，當用則請而用之。」漢律中訂有「七去」及「三不去」。所謂七出為：「不順父母去、無子去、淫去、妒去、有惡疾去、多言去、竊盜去。」三不去為：「有所取無所歸不去；與更三年喪不去；前貧賤、後富貴不去。」參照。

² 如英國亨利八世（Henry VIII，西元一四九一年—西元一五七四年）與第一任妻子凱薩琳離婚，即需得到當時教宗之批准，而當時的羅馬教廷不為批准，為達離婚目的且能使後婚合法有效，亨利八世推行宗教改革，英國國教因此而誕生。

³ 大清民律草案第四篇親屬法第十九條：「有配偶者，不得重婚。」及說明一夫多妻、一夫多妾

制度之行之有年，從宗教強大約束力至法律約束力，我國一夫一妻婚姻制度之行使時間有如兒童般，且無傳統支撐下，甚至於為違背社會風俗下，為了效法歐洲較先進制度強行以法律規範之，然而，身分婚姻制度之相關法律不得無視社會傳統與民間習俗而不顧，有時甚至明知民間習俗有不妥之處，法律仍先須遷就之而後再循序改善，蓋身分婚姻關係之法律制度，攸關人民生活之一切，而傳統習慣也非法律一規定即能馬上改變，如法律與民間習慣相距甚遠，只會造成人民無所適從、對法律產生誤解與不信任，對於人民法感情與社會倫理之維護皆非有益，因而我國一夫一妻婚姻制度的發展過程中，受前述影響所及，有其獨特之發展歷程，相對於德國，有其特殊性。

且在探討外國法律規定之主要目的，在於和本國法律為比較，畢竟本國法為最接近自己，其優劣更直接影響自身權利與所處社會秩序之維護，因而，在一夫一妻婚姻制度早已成為我國社會習慣之一部分，且歷經艱難方具有憲法位階下，仍須觀其有無不足之處，此時與外國法律比較優劣，是最直接能發現不足之處，為他山之石可以攻錯之理，尤其在涉及婚姻自由與一夫一妻婚姻制度之矛盾，因重婚被解消婚姻配偶之保護以及對於類似婚姻關係之保護是否侵害婚姻制度本質與一夫一妻婚姻制度之探討上，我國法關於重婚之規定，似乎仍忽略此一問題，可能是權利法展還未到此，然德國法律對知如何解決，可謂提供相當幫助之參考。

二、研究目的：

蓋從歷史以觀，女性整體地位於東西方社會皆為比男性整體相對低落，而人們開始意識到此性別不公平之議題，並有女性開始為其自身爭取權利也只為近兩百多年之事，如英國瑪莉·沃斯頓克拉夫特（Mary Wollstonecraft）之著作《女權辯證》（A Vindication of the Woman）即為第一份女權主義文獻，法國大革命時，婦女共和社（women's republican club）也曾提出女性也有權利享有自由、平等、博愛，故於法國大革命時，女權運動也同樣在法國展開⁴，進而影響全歐洲女權運動之興起，時間雖短，卻也如火如荼的進行至今，奠定今日兩性平等基礎，其理論大致可分為：自由派女性主義、馬克思主義女性主義、基進派女性主義、社會主義女性主義、存在主義女性主義、後現代女性主義⁵，每個女性主義在歷史淵源、論點基礎、分析方法、制度解釋和主張都有基本差異，但其目的都在批判、

皆為法律所不許。同法二十七條：「婚姻違背第十七條至第二十一條所規定者，得由當事人及其親屬或檢察官撤銷之。若違背第二十條之規定者，前夫亦得撤銷之。」大理院統字第四十二號：「兼祧雙配在新刑律施行後者以重婚罪論。」大理院統字第六十五號：「重婚罪包括有夫再嫁而言。」大理院統字第九三九號：「兼祧雙配後娶之妻得認為妾如以被欺重婚為由亦應准其請求離異。」

⁴ 李雋，女性神學的基督論是否不正統的信仰？，http://occr.christiantimes.org.hk/art_0049.htm，2008年5月1日查閱。

⁵ 此為列舉，女性主義理論繁多，顧燕翎，女性主義理論與流派，1996年，台北，女書文化事業有限公司參照。

改造父權文化，均試圖去解構女性被壓迫的結構性因素與歷史淵源，企圖打破與解套性別不平等的結構因素，故本文會先探討女性主義之內涵，以便對女權發展有初步認識，而能針對深入議題為研究，又基於前述，女性權利追求相較於一般基本權利，除了本身基本權利之爭取外，其最大之不同在於有比較之依據，即與男性權利相較，女性沒有男性享有之權利甚至在社會上遭受歧視的待遇，故於法理上有平等權議題之探討，然我國司法實務上，對於男女平等之議題，並無明確之操作標準⁶，故了解平等權之意涵，除了從學說上探求外，也須了解德國聯邦法院與歐洲人權法院面對兩性平等議題之審查基準與方式，以了解平等權之內涵與效力，為研究上之操作。

而下一章則針對德國婦女權利發展過程與婚姻法上之演進為研究，並探討兩者間之關係，蓋婚姻法制與兩性平等之關係已如前述，而對於兩性平等與婚姻法之關係，多半會從婚姻對女性之差別待遇或是對女性之特別限制為檢討，而本文所探討者，為關於重婚與離婚之規定，此議題之特殊性在於，並非有針對女性而存在，故女性在此是否受到不公平之對待，無法光從法律文字得以看出，此即需要對女性之社會地位為探討，在與法律規定為比較，藉此觀察德國婚姻法制與女性權利發展之關係，而婚姻制度之探討，不只從德國市民婚之婚姻法制度之演進，而從市民婚前之宗教婚也為討論，蓋因德國近代市民婚制度時受到先前宗教婚之影響，有如前述，天主教廷對於離婚與重婚都有重大限制，重婚當然為不可允許之事，離婚也有相當大的限制，權力大如國王也受到規範，最著名為亨利八世之宗教改革，在德國則為馬丁路德（Martin Luther）之宗教改革，其宗教改革之內容，不只針對當時羅馬教廷之腐敗，其對於天主教之婚姻觀也提出了反省，對於既存之婚姻制度產生衝擊，因而也與當時宗教改革最大支持者Philip I of Hesse產生微妙的關係⁷，當然無論新舊教之婚姻觀，皆非完全從女性權利角度而為思考，在其無既定對女性權利保護之論點下，其婚姻觀與女性權利之關係就值得進一步去探討，到底為墮落的羅馬教會規定限制了女性婚姻自由，而新教給予解放，或者是舊教無形中保護了女性婚姻家庭之地位，而新教只是從男性角度為出發，得到婚姻自由解放的只為有權之男性，反而陷女性更為不利，藉由對此之探討，和德國婚姻法演進之探討，能了解德國從古至今婚姻制度與婦女權利保護關係，進而檢驗其是否確實落實對兩性平等與婦女權利之保障，以作為我國法律之借鏡或是改進方向。

而與我國婚姻法制的比較上，選取兩國之重婚制度為比較，理由茲述如下：

1、對公益之破壞以重婚較嚴重：

⁶ 如釋字第三六五號解釋理由書：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」為男女生理上究竟有何不同，以及不同於個案上差別待遇之影響則未見說明。

⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Philip_I,_Landgrave_of_Hesse#Bigamous_Marriage

蓋重婚為違背婚姻道德、破壞善良風俗、漠視男女平等、損害人性尊嚴，具有嚴重的反社會性，被學者列為婚姻要建中之公益要件，一夫一妻制之維持，乃是今日民主國家之潮流，不因社會體制之不同而有所差異⁸，且德國與我國，在刑法上皆有重婚罪之處罰，故更可呼應其損害人性尊嚴極嚴重之反社會性，相較於離婚並未給人此種感覺，甚至社會也不會給允其任何道德責難，甚至德國在離婚採行破綻主義立法下，連誰造成此離婚過失也不需追究，更說明了離婚在現今社會已無任何道德非難。

2、與婚姻自由之矛盾：

離婚德國採破綻主義立法下，雙方皆能輕易終結此一婚姻關係，而各自有新生活，我國目前雖未採破綻主義立法，惟兩願離婚之要件可說是極為寬鬆，甚至可以說只要符合「兩願」根本就是無任何要件⁹，故離婚與婚姻自由之矛盾大抵已不存在，多數人中結婚姻另追尋新的婚姻生活並不會受到限制，反觀重婚，則限制人們在婚姻關係存續中，不許有新的婚姻關係，而限制人民締結婚姻之自由，並且還以刑事制裁為限制婚姻自由的手段，故可看出婚姻自由與重婚禁止之衝突極大，刑事制裁更是重大對人民之侵害，在制度與人民自由相衝突的情況下，何者該退讓，或是對於該制度違反之人是否須以刑事制裁的強烈手段對付，此皆有探討之必要。

3、我國一夫一妻婚姻制度之特殊性：

一夫一妻制度是否具有憲法制度性保障之地位，歷經了釋字第二四二號解釋、三六二號解釋到了五五二號解釋終於確定，且在此之前，甚至有違反一夫一妻婚姻家庭制度之嫌，故我國一夫一妻婚姻制度之發展相較德國具有特殊性，此為兩國間整體歷史、宗教、文化之不同而形成，所牽涉者不只為單純之法律規定，又筆者觀察我國大法官解釋關於一夫一妻婚姻制度方面，除了前述三號解釋直接涉及重婚規定外，為最密切之一夫一妻婚姻制度解釋，其實在其他非重婚規定之解釋，大法官也有闡釋了一夫一妻婚姻制度原則，為釋字第五五四號解釋、釋字第五八七號解釋、釋字第六四七號解釋，此些解釋尤如拼圖中的一塊，藉此拼出我國一夫一妻婚姻制度之藍圖，能對我國一夫一妻婚姻制度除了民法重婚規定外，於其他方面之運用與執行如何。

4、重婚規定未來之發展：

一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規

⁸ 李玲玲，論婚姻之自由與重婚—試評司法院大法官會議釋字第三六二號解釋，東吳法律學報第10卷第1期，頁105。

⁹ 民法第一〇四九條：夫妻兩願離婚者，得自行離婚。

定，即本此意旨而制定。婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制¹⁰。此為大法官對於婚姻制度性保障之闡示，而德國對於婚姻制度也為制度性保障，且對一夫一妻婚姻制度之重視，比起我國從法制面發展成一般社會觀念，其為法律從宗教文化直接套用，故應較我國為堅實，為其對重婚之規定，從無效改為經法院宣布廢止，即在法院宣判前，是容任重婚現象之存在，是否意味對重婚有鬆綁之現象，而我國歷經多年甫建立起來之制度又會如何發展，就如前述，此為制度與自由相互衝突之情形，且該制度具有憲法制度性保障如此高之位階，自由權在此如何與之折衝就更值得研究，反觀離婚現今限制條件已寬鬆，其對婚姻制度本質也未有任何衝擊，就算國家憂心離婚率之提高對社會有不良影響，也只能為相關配套措施，不可能之直接在將離婚規定又為更嚴格限制，相較於重婚，離婚之未來發展並未那麼多變。

基於上述理由，本文於比較法部分，將著重在兩國重婚規定之比較，首先將為我國一夫一妻婚姻制度發展之研究，再為兩國文化上、歷史上、法律演進上一夫一妻婚姻制度之比較，就兩國現行法律比較其缺失，藉此發現兩國一夫一妻婚姻制度未來之走向，並試圖為我國重婚規定，藉由德國法律彌補其不足，使其更為完善。

第二節 研究方法、範圍範圍與全文架構：

一、研究方法：

（一）歷史研究法：

本文欲探求男女平等議題上「等」與「不等」如何劃分界定，因多數情況下，我們無須為縝密思考或是複雜之科學分析，即能輕易從一個人之外觀上分辨其性別，從而，男女生理機能之不同，為自然現象並無爭議，惟要如何能為合理差別對待，尤其以性別劃分方式，所涉及之族群十分龐大，因此必然充斥著例外情形，因而，為差別對待能達到平等目標就更加困難，職是之故，本文從歷史觀察，從人類開始有文明之時，男女地位消長與變遷過程，探究女性在東西方社會中為何地位無法與男性平等，是先天生理機能之不同理當如此，或是後天制度設計不公，男性有意壓制女性所造成，當然，以現今女性之地位與成就，其實早已否定男女生理差異可作為不平等對待之理由與原因，然而，就如今日女性成就之高，甚至常為男性望之莫及的社會下，男女不平等之現象仍未根除，因此，為此差別之探討仍有必要，尤其是在對女性特別保護之領域上，此一差別探究，目的非在對女性為歧視對待，更可成為對女性優越性保障之依據，且女性在過去歷史中被壓抑與不平等待遇，也為對女性特別保障，磨平此人類文明缺憾之重要依據，從

¹⁰ 大法官釋字第五五二號解釋理由書。

而，歷史研究對象，除了男女歷史、社會、經濟、家庭、婚姻地位之演變與消長之探討外，女權主義開始後之不同時代發展出之女性主義理論亦為探討對象，蓋女性主義在不同時期有不同之理論與訴求，可反映出當時代女性保障不周之處、男女不平等之方式以及女性對此社會現象之感受，故渠等女性主義大家所提豬隻理論，價值不只為女性地位平等之促進，更為提供後世史料上之借鏡。又本文蒐集國內、外相關兩性平等叢書、期刊、論文及國際條約對於歐洲女權發展與兩性平等之定義為整理了解，為包羅萬象之婦女權利發展與見解分歧之兩性平等，整理出其脈絡與內涵，期待能為兩性平等找出不只為「等則等之，不等則不等之」之結論，更能尋出「等」與「不等」在男女議題下，要如何為界定與執行，此為歷史研究法之文獻分析法。

而一夫一妻婚姻制度方面，此部分涉及到法律之規定較多，惟看似行之已久且似乎成為普世價值並受到不論宗教婚或者是市民婚皆肯認並維護之一夫一妻制度，也每每受到當時之時空環境、社會發展、人文倫理之變遷而有改變，馬丁路德之宗教改革，將婚姻由宗教管轄變為由地上政府管轄之理論提出，而遭到不當利用為一例，第二次世界大戰期間，納粹位人口不足與種族政策預擬訂之政策也為一例，故要檢討此制度時，或是為相關之比較，歷史事件與當時社會環境唯一大參考重點，此部份與歷史有密不可分之關係，從歷史角度觀之，同時也能對法律之修正更為了解，故此部分亦須以歷史研究法分析之。

(二) 比較法學研究法：

比較法學，指不同時期、不同國家的法律或法學進行比較研究，即從縱向面與橫向面為比較研究，為各時代與各國家間法律制度之相似性與差異性之詮釋，並做出適當分析和評價。其具有下列顯著特徵：

1、可比性：比較法學注重運用比較方法來研究不同國家的法律問題，為一門方法論和認識論較強的學科。

2、跨國性：對各國法律之比較為比較法學內涵之一，其範圍大至對不同法系的比較研究，小至對各國某一種法規研究。

3、多重性：比較法學研究範圍包含：不同國家法本質和現象、其法律之內容與形式、法的理論和實踐、法的淵源和歷史、傳統習慣以及現狀和未來，故為一多重職能的學科。

4、借鑑性：各國法制，在不同程度上都是相互借鑑的，而現行法與歷代法也都相互影響，故比較法學對於國內法治之建設，具有援引和借鑑的功能¹¹。

¹¹儲有德，唐淑合，各國法律之比較與作用，1994年，臺北市，永然文化，頁15~19。

從而，本文涉及比較法部分可分為四個部份：

1、德國法內部之比較：

關於德國婚姻制度，可溯及至日耳曼之部落法，演進至寺院法，到一九〇〇年鐵血宰相俾斯麥，將婚姻管轄正式由宗教中奪取，而後經歷民法或是婚姻法的修法過程，修法過程為，一九三八年之德國婚姻法、一九四六年盟軍館委會所制定的德國婚姻法、一九九八年婚姻法之修正將婚姻法重歸於民法中，就上開法律比較分析之。

2、我國重婚規定之比較：

我國民法關於重婚之規定，歷經民國十九年十二月二十六日公佈、民國七十四年修正、民國九十六年又為修正，最新之法律距今時間只為兩年，且大法官對於一夫一妻婚姻制度亦有相關解釋，在我國大法官解釋相當於憲法位階之制度設計下，其解釋有可能改變現行法或是為修法之重要法源與依據，從而，相關大法官解釋亦為研究對象。

3、德國與我國關於重婚規定之比較：

本文就各國法制比較部分，為我國與德國重婚規定之比較，只為現行法律條文不同為比較，是無法得出何者法律較為進步，以及我國法律未來之走向，故兩國在重婚規定法律的演進修法內容，與關於重婚之風俗、文化、歷史走向亦為需探討與比較之部分，而非外國法律與我國文化、民情不同就一蓋拒絕之，或是覺得外國法律較進步就無條件的引進，比較法學即在綜合諸多事項為相較後，為一法律制度提供較正確的發展方向。

故就研究途徑，可如此歸納，本文主要為探討德國婚姻法制度與女性權利發展關係，觀其婚姻法律是否良善，是否符合合法正義，在將其中的一夫一妻婚姻制度與我國做比較，因我國實施一夫一妻婚姻制度尚未滿百年，故可謂一夫一妻婚姻制度並非我國固有傳統，為移植西方文化，在固有文化與移植文化迥然不同下，會如何衝突與調和，本文以重婚規定之演進與大法官會議相關解釋為觀察，並與德國作比較。

為在此議題探討上，不只為兩國法律之比較，德國婚姻法制是否優於我國，能否為他山之石，供我國為婚姻法律制度之檢討改進，當然須經過把關，而評議方式不得僅從法律條文出發，並須對其歷史文化為了解，在與法律作比較，蓋在本國接窒礙難行或是不合時宜之法律規定，是難以期待移植到另一個不同文化、歷史背景的國家後，會能產生令人滿意的結果。

當然就一夫一妻婚姻制度而言，早已被我國移植行之有年，早已深入人心與社會規範中，且為最符合現今文明社會之制度，故就一夫一妻婚姻制度有無移植到我國必要，再此似無討論之必要，惟一夫一妻婚姻制度畢竟只為一上位概念，具體內涵與固中變化會因文化、歷史而不同，所以德國與我國雖皆為一夫一妻婚姻制度之國家，但現行法律關於重婚規定上仍有其差異存在，故可就兩國為法律上之比較。

在研究本文之方向時，不能僅守著法律條文，除了法律條文外，尚須有憲法層次之基本權利、平等權為檢驗，除此之外，法學研究方法中之綜合研究法也是不可或缺，其包含注釋研究、歷史研究、比較研究、哲學研究、社會研究等法學方法綜合應用，以求對於特定議題做整體多面性的觀察、分析、評論的研究方法¹²。

（二）研究範圍：

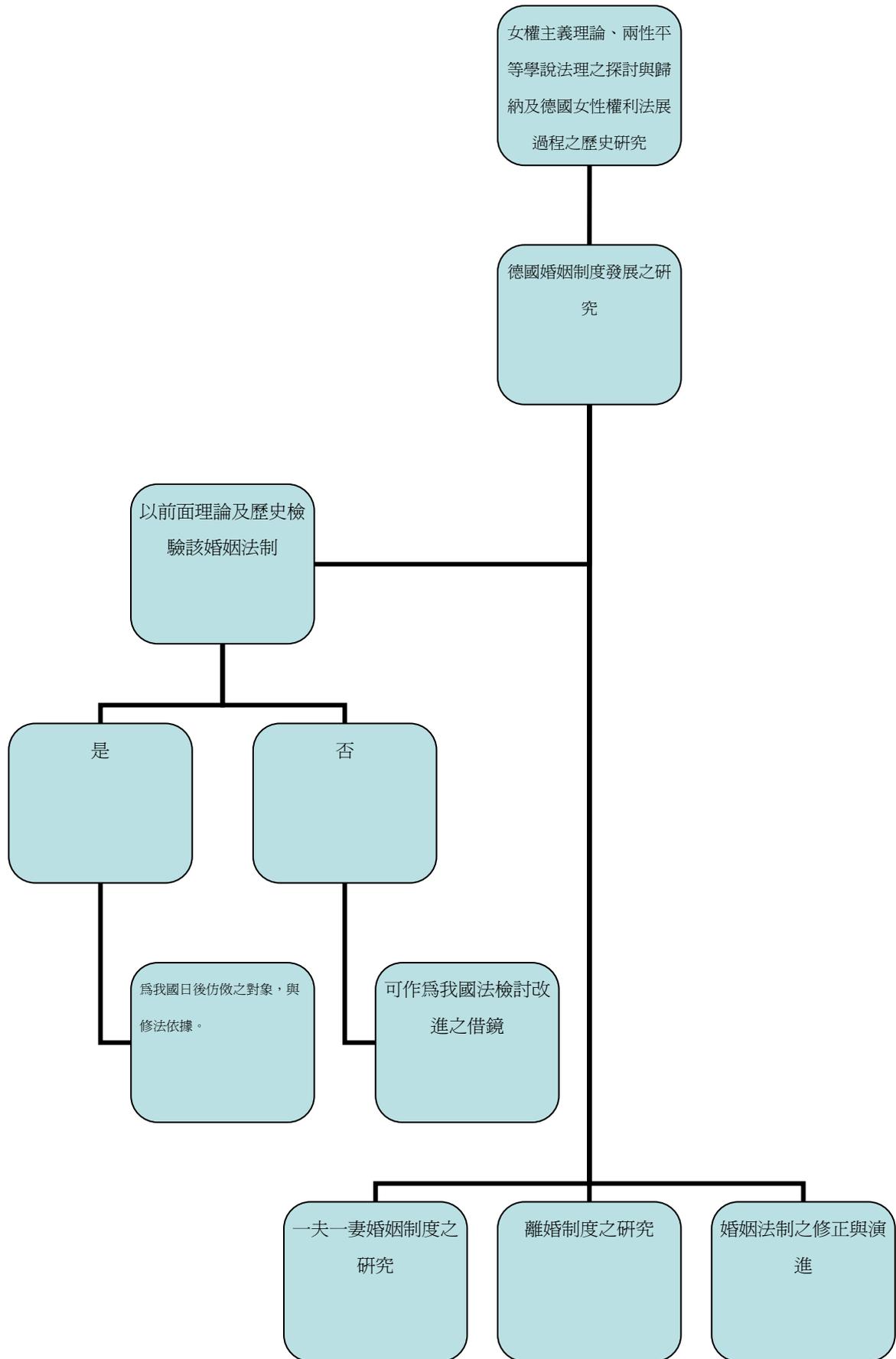
德國女權法展及兩性平等部份，因涉及面十分廣泛，故無法一一為研究之標的，故只取一男一女平等權之基本單位婚姻制度作為研究，目的在於夫妻相關權利義務之比較較為單純，且女性如在家庭夫妻關係中，尚無法取得平等待遇，則更遑論整體國家社會；而婚姻相關法律比較方面，也因婚姻所涉及之成立生效要件、夫妻之權利義務規定繁多，無法一一為研究，故取重婚作為本文之比較法研究對象，相關理由於研究目的已有敘述，在此則不另贅述。

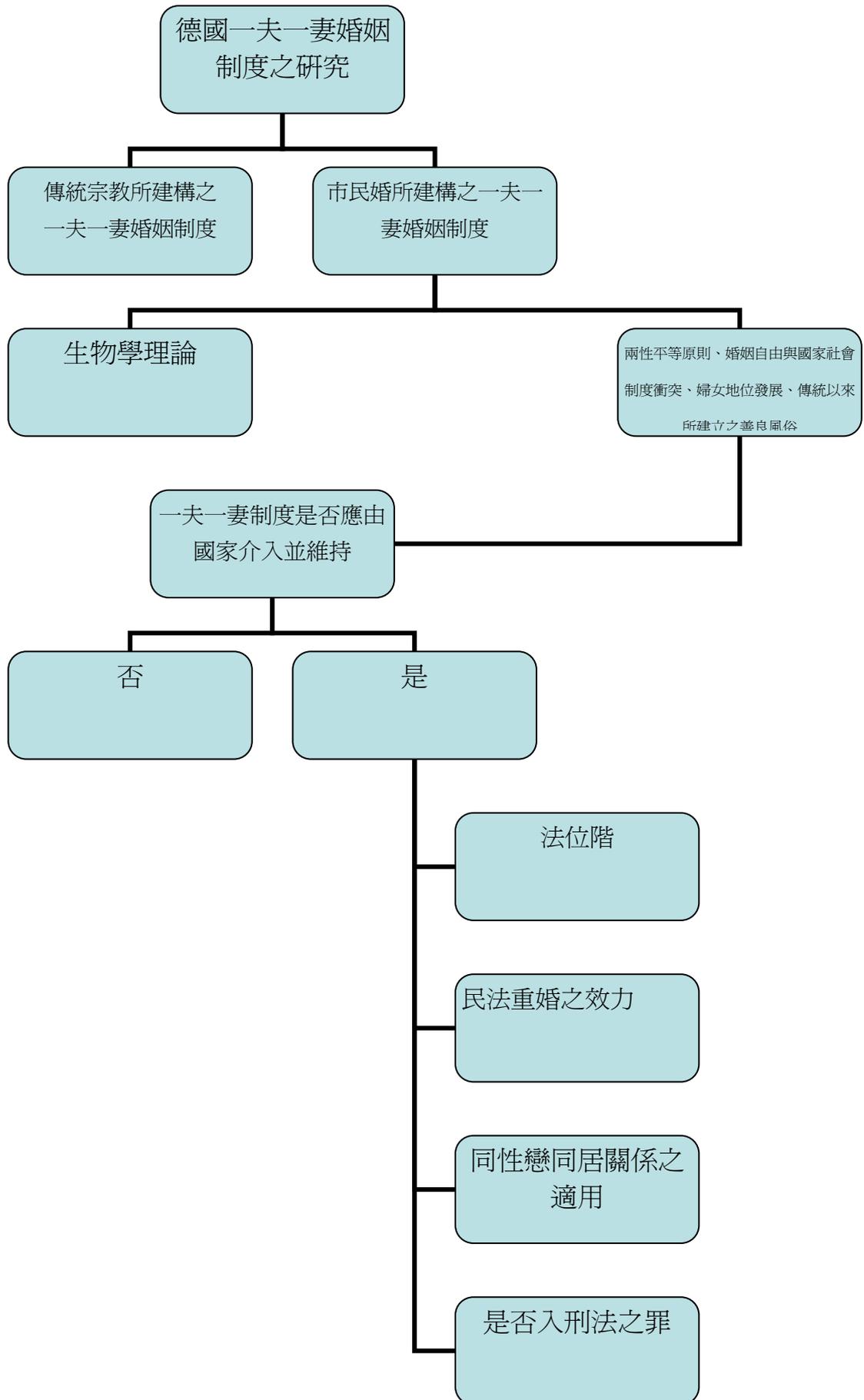
第三節 論文架構與章節安排：

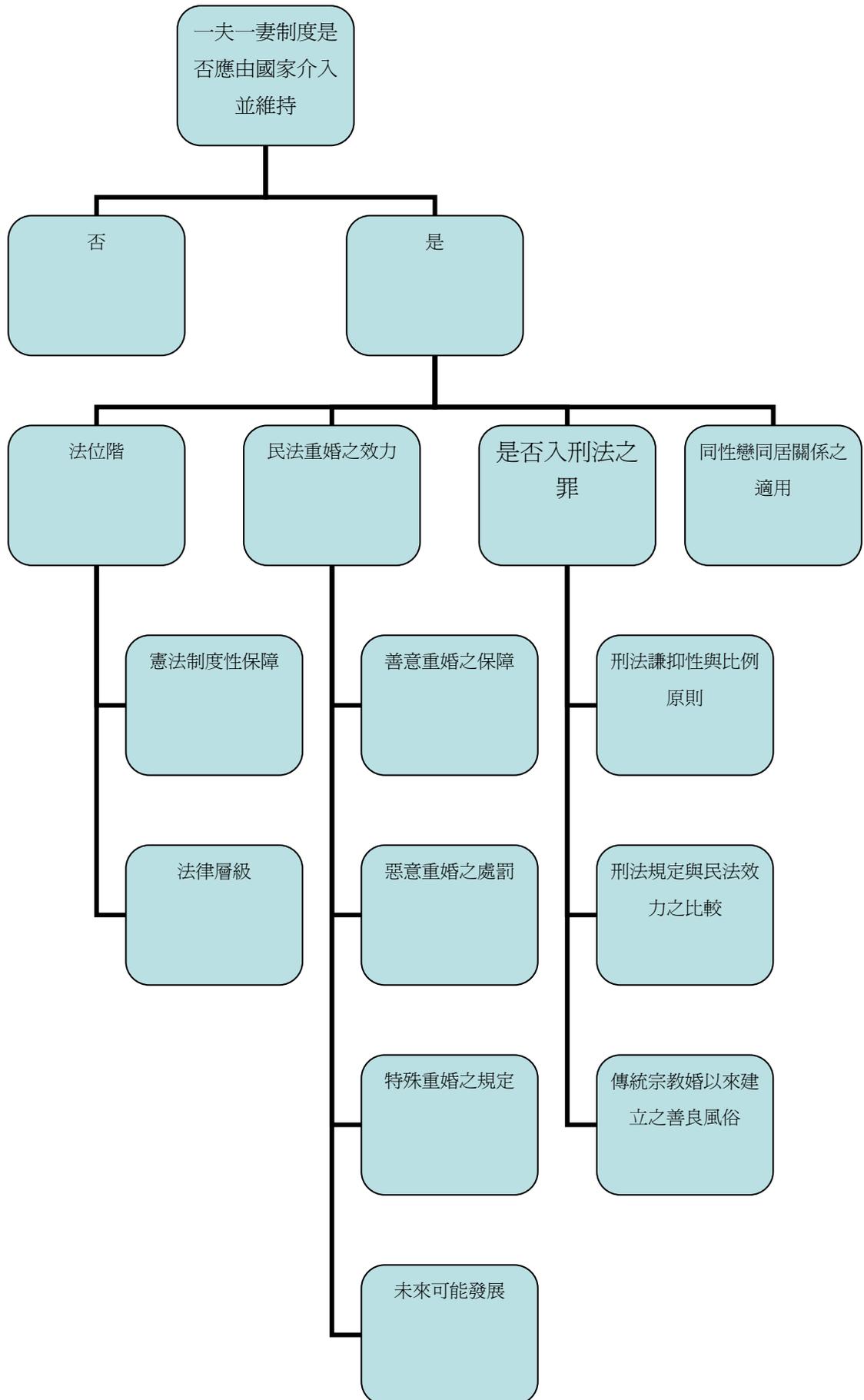
一、論文架構：

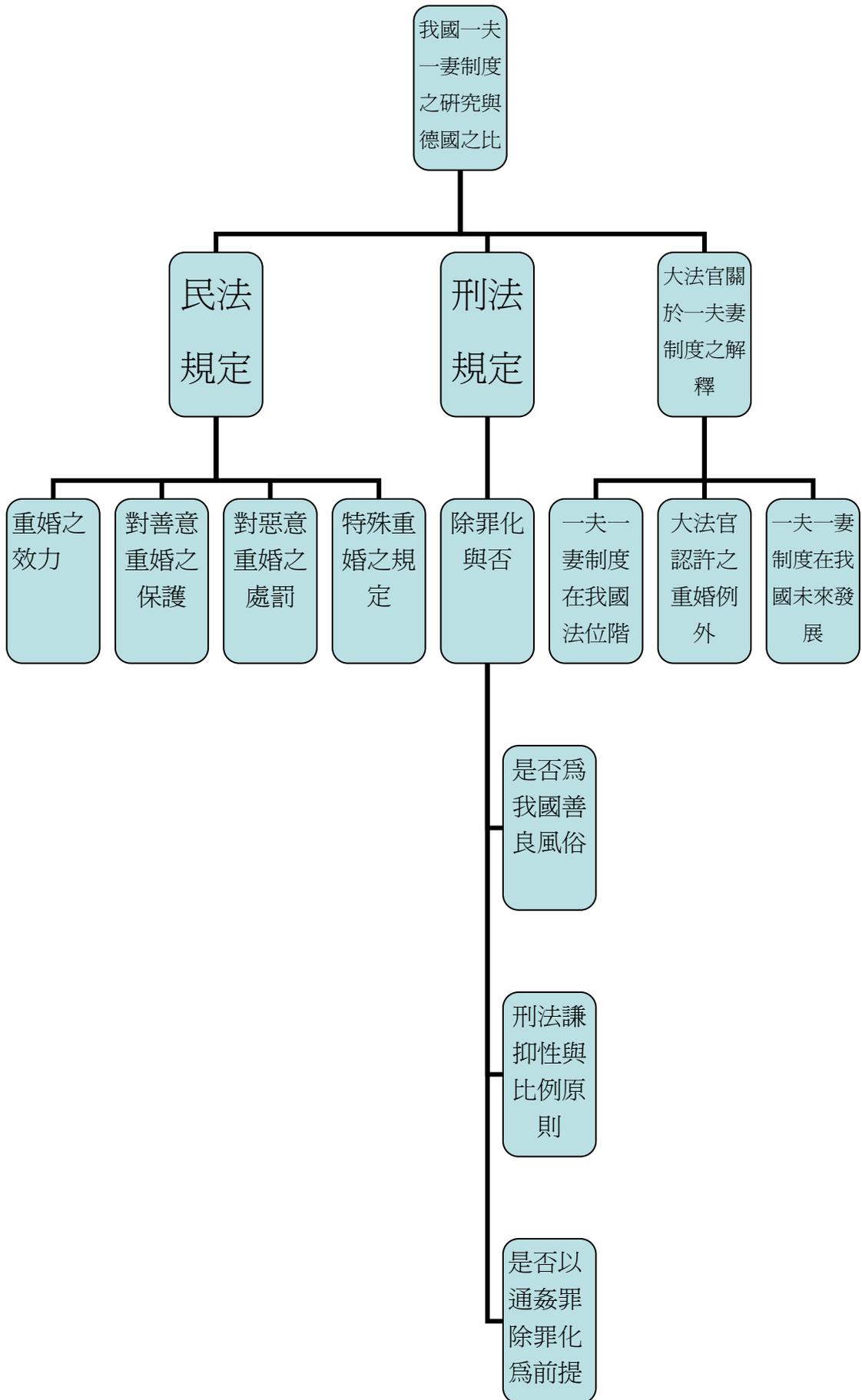
本文之研究重點為先就女性權利歷史法展、男女平等相關法裡來討論德國法婚姻制度，及法律與社會變遷之探討，再而，將婚姻制度中之一夫一妻制度以及重婚之規定就相關歷史淵源、法律規定、法律發展、相關見解為探討，於我國法部分，因為並無一夫一妻制度之傳統，固探討面著重在一夫一妻婚姻制度引進後法制面之相關規定，以及其特殊發展，最後再將二國的法律作比較，其架構如下圖表所示：

¹² 施慧玲，一夫一妻制度，家庭法律社會學論文集，頁 40。









二、章節安排：

本文在章節安排上區分為五章，全文安排如下：

第一章為緒論，為研究目的、研究方法、研究架構。

第二章為歐洲婦女權利之發展，從女性主義發展前婦女之地位，和介紹各女性主義之流派與學說，並探究歐洲各國在這一波女權運動及女性思潮之衝擊下，婦女地位有何改變，冀希能對整個歐洲女權發展能有全體性之了解，並對其起因、發展過程及內涵能有所研究，在了解整個女權法展過程後，再對兩性平等議題為探討，首先，先從平等原則出發，而後再進一步探討兩性平等之內涵，同時也對我國法律實務對此議題相關資料為分析，同時研究德國法界對兩性平等所建立之審查基準與歐洲人權法院關於平等權之審查基準。

第三章則建立在第二章對兩性平等之內涵與審查方式為認知後，對德國近百年女權發展先為研究，再而，則對於德國婚姻法制之發展與變遷為研究，以茲觀察婚姻制度之變遷與德國社會女權發展之關係，又因為婚姻制度牽涉夫妻雙方組成家庭之權利義務，而家庭婚姻關係為比較男女是否平等之最基本單位，蓋所比較者為一男一女夫與妻，最為單純也最明顯，同時如最基本單位尚無法達到兩性平等，就遑論其他社會領域了，故能藉此了解德國婚姻法制度是否有合乎當時兩性平等之需求，當然，現行法律是否合乎性平等原則更為重要，如德國現行法律上不能合乎男女平等原則，則其關於重婚規定提供我國法參考之價值，將大為減低，反之，則為比較優劣之重要依據，關於婚姻法制著重於其關於重婚之規定，以了解其一夫一妻婚姻制度之法制化與適用方式。

第四章則研究我國法律關於重婚之規定，從歷年之修法到關於重婚之大法官解釋為研究，並為相關之評釋，以了解一夫一妻婚姻制度在我國法制下之發展，且與社會變遷、人民婚姻自由權利保障之衝突與調和，建立起我國特有一夫一妻婚姻制度之法位階。

第五章則以德國與我國一夫一妻婚姻制度發展，蓋我國一夫一妻之實行，始於清末，至今亦尚未百年，比起德國接受基督教文化後即為一夫一妻制度之實行，於實施長久與社會傳統之接受程度自然不盡相同，又各國國情本為不同，縱使實施時間皆相同，也可能發展出不同面貌，因此，本文最後將德國與我國關於一夫一妻婚姻制度為全盤之比較，不只為現行法律之比較，也比較過去之法律，從而，能了解到兩國一夫一妻婚姻制度發展之不同，對於我國法律相較於德國法之不足，則更能看出與了解。

最後是結論，內容為研究發現、研究心得、不充足處與未來發展可能。

第四節 文獻探討：

依本文之架構與內容，相關文獻可分為以下三類：

一、女性權利發展發面：

此議題在國內已有一定之發展，故介紹中外女性主義發展的書目詳盡，本文關於此方面主要參考顧燕翎，《女性主義理論與流派》；王雅各，《性屬關係》；Rosemarie Tong原著，刁筱華譯，《FEMINST THOUGHT：A COMPREHENSIVE INTRODUCTION》，其對於女性主義之發展內涵與來龍去脈有詳盡的闡述，有助於對近百年女性權利發展與思潮有完整的認識，而Ute Frevert原著；馬維麟譯，《德國婦女運動史：走過兩世紀的滄桑》則是針對德國兩百多年來女性權利發展之專書，從中能了解德國婦女權利發展特殊之歷史文化與背景，對於德國婦女近兩百年在職場與家庭之地位，故此專書為本文比較婚姻制度與婦女權利發展之基礎，釐清婚姻制度是否為侵害婦女權利或是保障婦女權利。

二、德國婚姻法制與我國重婚規定：

關於德國婚姻法有詳盡介紹的專論有，戴東雄，西德新婚姻法的立法趨勢與立法精神、Roth,Andreas著，戴瑀如譯，公元一九九八年之德國新結婚姻法以及戴瑀如，以比較法的角度看法律的變革—由德國法上的重婚規定論我國民法修法後的重婚效力，為國內對德國婚姻法制之修法過程與現行條文之適用有完整之介紹，而德國法與我國法重婚規定之說明則可見於親屬法之教科書中，如高鳳仙，《親屬法：理論與實務》；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭三人合著之《民法親屬新論》；林秀雄，《民法親屬繼承實例問題分析》、戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著之《親屬法》，此皆為國內著名之親屬法教科書，有助於對議題之全盤了解與認識，而施慧玲，《家庭、法律、福利國家:現代親屬法論文集》則提供關於親屬法規定之不同思維方式，能使本文在法律運用上更為靈活，相關論文則係有戴東雄，二十八年的老公怎麼沒了？從鄧元禎重婚撤銷案談起；張特生，司法院釋字第二四二號的震撼—突破概念法學藩籬的典型案列；陳惠馨，從大法官會議第二四二及第三六二號解釋看我國一夫一妻婚姻制度之困境；李玲玲，論婚姻之自由與重婚；王海南，論一夫一妻婚姻制度與重婚信賴保護—評司法院大法官釋字第五五二號解釋；林秀雄，司法院大法官釋字第五五二號解釋之評析；施慧玲，一夫一妻制度之憲法保障的再一片拼圖—大法官釋字第六四七號解釋簡析，此等專論皆有助於對我國及德國婚姻法制為學習並加以比較。

三、工具書：

鄭沖、賈紅梅譯，《德國民法典》；趙文伋、徐立、朱曦譯，《德國民法》；梅仲協等編譯，《德國民法》；馮軍譯，《德國刑法典》使在有語言隔閡下為德國法律規定之查閱與了解，不會因為無法律依據而有研究上之困擾。

第二章 婦女權利發展與兩性平等內涵

第一節 女性權利發展演進

一、男女地位之消長

(一) 宗教上男女權力之遞嬗：

1、女神時期：

人類的信仰開端，起源於對女神之信仰，起因為母性力量之重要性及神秘性，母性力量大抵為：

(1) 月經：此為與月亮相呼應之女性生理週期，不會致命卻無法治癒，在古時人類中倍感神秘。

(2) 初級農業時期，女性成為食物主要供應者，且在游獵時期，女人相較於男性，本與大自然處於教合諧、緊密之關係，加上初級農業生產方式之轉變，使女性地位更加鞏固。

(3) 生殖之秘密尚未被解開，人類相信應而純為女性所生，與男性無關，從而女人被視為創造生命之泉源，有創造新生命之魔力，因而也被認為，所有自然力量與之被自然之魔力皆在女性身上。

宗教上崇拜女神，社會上當然為女王統治，而男性在此，是無重要性之存在，「王」的存在當然只是供女王消遣之用，女王想有無上之權力與經濟地位，惟宗教力量與社會力量相互影響之現象¹³。

2、男神興起，女神式微：

女神之衰微，與生物生殖奧秘的大發現有關，男人在生育的角色扮演上日趨明朗，此一謎團之解開，因而男性得以挑戰女母性之神秘力量，女人不再是生命之起源與製造者，這使男性得地位產生改變，也是人類史上之一大革命，從而女神之地位也趨於式微，其中大致可分為四個階段，即從女神獨自創造了萬物，到女神被描述成有伴侶，伴侶從地位低下到成為他的配偶地位，接下來則是神與女神共同管理天下，最後則是神獨自稱王，女神則被打敗削權。

¹³ Rosalind Miles，刁筱華譯，THE WOMEN'S HISTORY OF THE WORLD，台北，城邦文化事業，1998年，頁47~59。

而女性對大自然如女神般的控制，延續了一萬至一萬五千年。但從大約八千年前開始，人口的激增造成實物製造方式的改變，漸漸較繁重、較密集的農業取代了女人的園藝，而過去的園藝為和大自然配合相互合作，而農業則為對大自然之破壞，而男女關係就由此產生了變化，且為一負面的變化，男人以對大自然之態度用在女人身上¹⁴。

而後來興起之世界三大宗教，佛教、基督教、回教、也都維持了男神的統治，就其創始人皆為男性不說，教義上也多難以男女平等視之，如上帝為男人之相貌，其造出之第一人為男性，而第二人女性則是出於男性之身體部份，從而女性需為男性而存在，且女人不是上帝形象只又男人才是上帝形象，以此則可做出相當的延伸。¹⁵

(二) 各時代中男女經濟與地位之比較：

1、游獵社會：

男人出外狩獵，為肉食之供應者，女人在家照顧火種或就地採集植物，整個經濟型態上，男人是供給者，女人是消費者，從而，經濟上之優勢為男人，此時，女人為公男人所驅使。

婚姻制度上，因男人為肉食之供應者，便可藉由獵物換取妻子，而狩獵成績越佳，則獲得的妻子也越多，故此時期之婚姻屬於「多妻制」，而方式為「買賣婚」。

2、初級農業社會：

此時期人類已播種收成果時取代了打獵，由於游獵時期男人四出巡獵，游移不定的結果下，甚無「定著」之概念，相反的，女人於游獵時期中，本為守家固定於一處之一群，且工作上，本為就地採集植物，從而，女人便率先發現土地之價值，進而佔領土地，使其成為農地並成為所有農地之領主，而男人因失去先機，為了能夠生存，男人只好像女人俯首稱臣，到女人的田地去提供勞務，此時，經濟型態為女人供應男人生活需求，女人為經濟上之強者，可謂「母權時代」。

而婚姻制度上，困之於母權時代之來臨，且女人為地主為經濟上之強勢，男人為填飽肚子，只能服勞役於女人，而土地越多者，則需要越多人為其服勞役，當然也越多男人願意為其提供勞務，從而影響婚姻制度所致，此時期之婚姻制度為「多夫制」，方式大抵為「服務婚」。

¹⁴ Rosalind Miles，刁筱華譯，前揭書，頁 76~87。

¹⁵ Rosalind Miles，刁筱華譯，前揭書，頁 117~118。

3、高級農業社會：

因農業技術的改善，已經不必所有的男人都下田才足以維生，宗明才智較高者，便開始勞役其他男人為其工作，而其則轉向其他行業發展，此為農業漸進商業之雛形，因分職化的結果，男人造就出了財富水平較高的一群，且有能力收購女人之土地，女人之經濟地位漸漸地又居於劣勢，想當然耳，經濟地位之劣勢，女權之地位當然也隨之消滅。

婚姻制度上，此時女人又成為經濟劣勢，相當然而，本質上將又回到由獵社會時期之模式，男人財富的多寡，將決定其妻子之數，從而此時代婚姻又為「多妻制」與「買賣婚」之模式。

4、文明社會興起：

開始有國家觀念，男人以武力建國，以統治者姿態起家，女人則淪為被統治之一方，此為男女至今仍尚未平權之轉戾點。

當然在此時代下，權力之形成，以不單單只為經濟上之優劣勢，其主要權力取得在於統治權之掌握與軍權之把持，權力之構成相較於農業社會而言，當然是不能言語，自始，女人之命運完全操縱在男人，附麗於男人之喜怒哀樂，女人之權利，被踐踏到最低，在人類歷史文明之開端，卻也是對文明社會一半之人口權利，極為無視與凌遲¹⁶。

當然上述分類中之第一、二階段，為人類學著作中過分簡化所謂「游獵與採集」之概念，即是否真為男人負責狩獵，女人負責採集之分，缺乏實際論證與歷史證明¹⁷。然與前述宗教上男女地位之變遷，有一定程度之契合，可知道政治宗教上的權利與經濟實力大有關聯。

5、工業革命後：

工業革命前，在工作與家庭間並沒有清楚的劃分，經濟生產並非集中於工廠、辦公室與其他工作場所，大部分的人就在家裡或住家附近的場所工作，在生產性工作與非生產性工作之間也沒有性別的區分。然而，十九世紀的工業革命，雇傭工作開始與家庭分離，而變成只有在工廠、辦公室等場所進行，生產與消費，生產性與非生產性工作開始分離，漸漸男人與前者與性與後者結合在一起，女性被排除在雇傭工作之外，並且是為應該留在家中為家務照料子女與丈夫，並且仰賴丈夫的經濟來源¹⁸，在經濟無法獨立的情況下，自然無法與丈夫地位平等，妻

¹⁶ 呂秀蓮，新女性主義，台北市幼獅月刊社，1974年，頁108~111。

¹⁷ Rosemarie Tong，刁筱華譯，女性主義思潮，時報文化，頁116。

¹⁸ Pamela Abbott and Claire Wallace 著，俞智敏、陳光達、陳素梅、張君玫譯，女性主義觀點的

子相較於丈夫，為較次要的。

而後，經過兩次世界大戰，女性大量投入生產行列，經過於勞動中被剝削，兩性工作不平等待遇之奮鬥下，二次世界大戰後，職場上性別平等待遇以及男女同工同酬漸漸被重視與接受，漸漸改善婦女在職場受歧視之情況，由於男女同工同酬，也使婦女更能走出家庭邁入職場，蓋丈夫之收入已非家庭經濟之唯一獲主要來源了。

二、女性主義之流派

女性主義理論在發展的初期，尚未建立出一套完整的內容，為了能更有力道的批判長久以來被男性把持的制度與知識，學者們就「借用」傳統政治哲學的論點，加以融入她/他們的女權主張中，以期使該論點作為其想法、運動的最佳佐證。諸如自由主義理論、馬克思主義、社會主義等皆被女性主義學者採納並運用，產生出了各式各樣的女性主義理論，故近來也有人乾脆將女性主義稱作

“Feminisms”，藉以表示其內容之豐富而多元的狀態。在西方世界，女性主義的發展已有兩百多年的歷史，其理論演變的階段大致可分為三個不同的階段：第一波女性主義：約在十九到二十世紀左右，主要以自由主義的思想來要求改善當時的社會現狀；第二波女性主義：則蓬勃於一九六〇年代，各種不同的觀點及流派之眾多於此時可謂達到最高峰；第三波女性主義：盛行於我們目前所在的時代，與後現代主義結合，是女性主義理論發展以來最抽象、也最難掌握的一種思想¹⁹。女性主義者所挑戰的對象，為長久父權體制下所帶來之不平等²⁰，所謂父權體制可為一社會現象、制度、或是階級關係、雖定義上有其困難，大抵上有下列的特徵：

1、男性統治：在一個社會中，無論在政治、經濟、法律、宗教、教育、軍事、家庭領域中，所有權威的位置都保留給男性，用男性的標準評價女性。

2、男性認同：核心文化觀念關於什麼是好的、值得嚮往的、值得追求的或正常的，總是同男性和男性氣質理想聯繫在一起的。

3、將女性客體化：在男性事務和交易中將女性用作客體，限制和阻礙女性的創造力，不讓女性接觸社會知識和文化成就的很多領域。

4、男權制的思維模式：其中包括兩分思維，即非此即彼的思考方式，將所

社會學 (An Introduction to Sociology : Feminist Perspectives)，台北，巨流圖書公司，頁 173~174。

¹⁹ 陳芯慧，從女性主義理論對公私領域劃分的質疑論我國女性家庭人權之不平等現象，國立台北大學法律系碩士論文，2003年，頁9。

²⁰ Susan Alice Watkins，朱侃如譯，FEMINISM，台北縣新店市，立緒文化，1995年，頁1。

有的事物分爲黑白兩極，忽略中間狀態²¹。

（一）自由派女性主義（Liberal feminism）

其思想與自由主義（Liberalism）相當，自由主義之中心思想，即在不妨害他人之權利及自由下及危害整體公共利益時，應將個體自由提高到最大，換言之，就是將他人權利自由及社會整體公共利益設爲依光框架，在此框架內，個人權利及自由實現，應不受拘束。

此概念運用至自由派女性主義時，概念大相逕庭，只是把自由的權利主體，擴張至女性，因爲在此之前，女性之完整公民權並無人提及之，甚至既有觀念下，女性本爲次等公民，因而自由派女性主義之觀點爲，每個人包含女性應有公平的機會，依其能力扮演社會角色，若能清除社會上的限制爭取公平之公民權，此爲婦女解放²²。

而對此自由權利之維護，與自由主義相同，對於政府與法律應扮演消極之不侵害者即可，亦或要積極介入，則有不同看法：

1、古典自由主義：

其認爲，理想的政府乃是能保障公民自由之政府，而並不干擾自由市場 機制，換言之，政府之需提供一能夠自由競爭之場合，程度上就是消除個體上進入競爭場合之不平等，例如言論權、結社權、受教權等，應給予兩性有平等之機會，至於進入此場合後之情況，此爲社會化程度之不同，而非男女先天之差異，故法律、政府無特別介入保護之必要。

2、現代自由主義（社會福利自由主義）：

其與古典自由主義之不同處，在於理想的政府應專致於經濟平等，而非專致於個體自由，換言之，不只要保障個人進入競爭場合之機會爲平等，因爲在此之前，男女雙方之實力差距是如此之大，並非只有將男女給予公平機會即可達到兩性「實質平等」，必須有方法來調節彌補此一差異，方能解決此對女性不利之處境，從而，法律、政府應充分介入保護兩性間之實質平等，在此就是給予婦女較多之保護，調節市場，不然不平等之現象要難改善。

綜觀古典自由主義與現代自由主義之發展，十九世紀之女性主義與古典自由主義教爲契合，而二十世紀則與現代自由主義較契合，而十八世紀則爲人類自由

²¹ 李銀河著，《女性主義》，五南，2004年，頁8-22。

²² 張狂，婦女健康人權的回顧與展望，收錄於婦女研究十年—婦女人權的回顧與展望研討會論文集，台灣大學人口研究中心婦女研究是編印，1996年2月。

主義蓬勃興盛之時期，同時自由派女性主義亦肇於此時，以下便從時間為分界點，介紹各時間點之自由派女性主義並比較其異同：

1、十八世紀的自由派女性主義：

十八世紀是個思想自由啓蒙，思想大家輩出的世代，歷史上稱爲「啓蒙時代」(Enlightenment)，諸如盧梭、孟德斯鳩等大家，其對今日穩定之三權分立、民主政治、人民基本權之不可侵犯性，爲前驅之見，爲令人遺憾，男性大家們並未注意到女性這塊，甚至在其提出此等思想時，是把女性排除於外的，當然，這些撼動當時人心甚至影響接及改變之思想，亦足以使女性開始注意到比任何階級不平等更爲基礎且重要之問題，即性別之不平等，在此以瑪莉·沃斯頓克拉夫特(Mary Wollstonecraft)爲代表。

瑪莉·沃斯頓克拉夫特(Mary Wollstonecraft)之著作《女權辯證》(A Vindication of the Woman)基本思想爲，「女性擁有同男性一樣的理性天賦」，女性與男性立於同一位階上，並非成全男人的快樂或完美而存在，而是與男性擁有相同之尊嚴與自覺能力，從而，瑪莉·沃斯頓克拉夫特對盧梭(Jean-Jacques Rousseau)之《愛彌兒》(Emile)如此深惡。

盧梭(Jean-Jacques Rousseau)在《愛彌兒》(Emile)：「男人和女人是爲對方而存在，然而他們的項互依賴性是不平等的。沒有女人男人仍然存在，沒有男人女人的存在便有問題。女人依靠男人的感覺而活，依靠男人對他們的吸引力、對他們的美德所設定的價值而活。女人一生的教育都應該依照和男人的『相對關係』而計畫，女人是要取悅男人、要貢獻給男人、要贏得男人的愛和尊重，要哺育男人、要照顧男人、要安慰、勸慰男人，並要使男人的生活無慮且愉悅。」在此「男女相對關係」下，盧梭於《愛彌兒》中，便提及，其理想的男學生，愛彌兒，讀的辨識人文科學、社會科學、自然科學，而理想的女學生，蘇菲，則爲音樂、藝術、小說、詩，及家事技巧的培養，目的在使男生能培養出勇氣、道德感、公義、剛毅之人，而女生則爲溫順、體貼多情、慈愛賢妻良母。

而瑪莉·沃斯頓克拉夫特對此則認爲，蘇菲應如愛彌兒一樣，接受真正教育，既要砥礪琢磨其心智，更要給予她機會，使他發展理性道德成爲完整的人，以瑪莉·沃斯頓克拉夫特對中產階級婦女生活之了解，如照盧梭之看法，因女性被教育成太隨情感而無法造成情緒氾濫，不只無法勝任妻職，對於母職之履行亦難達成，對於男性也實無益處。從而，「教育平等」爲兩性平等之先決。

而女性主義法學也由此爲緣起，蓋其所爭取者爲法律上形式平等權利、推動法律改革，由於教育機會的開放，因此女人逐漸進入學院中，特別是女性習法的增加，逐漸打破學科的性別隔離，促成女性主義進一步思考法律的基本結構、理

論化對於法律的批判²³。

2、十九世紀的自由派女性主義：

十九世紀的自由派女性主義主要論點有二：1. 每個人都能隨心完成自我實現，達成個人目標，只要在此過程不可干擾妨礙他人。2. 有別於瑪莉·沃斯頓克拉夫特，想要達到兩性平等不只要賦予女性與男性有相同的教育，社會還必須提供女性有與男性相同的公民自由與經濟機會才行。換言之，十九世紀自由派女性主義皆認為，女性在道德、勇氣、智力皆不低於男性，因此男女應皆有相等之教育、公民權、以及相同之經濟機會，退萬步言之，縱使不能證明男女絲毫無差異或是真的是所有女性皆不如男性，亦不能禁止女性嘗試或給予限制，因為如果女性真不如男性，則經過一連串之競爭後，將被淘汰，根本無須在一開始即為限制，且賦予女性公民權及經濟機會，對整體社會也有相當之助益，即男性有更多能在能力智力砥礪之人，而服務於大眾之人數將倍增，多數人將更有機會實現自我。

哈莉葉·泰勒（Harriet Taylor）提出，兩性間之不平等並非僅肇因於先天命定，更是社會風氣與傳統之所造成。泰勒以為，一旦女性被賦予以下種種後就會變的十分清楚，讓人一目了然：

（1）教育（education）：女性取得初、高中、大學、醫學院、法學院及神學院等的受教權。

（2）合夥關係（partnership）：女性取得與男性在製造業之勞力、收益、風險及賠償等各方面合夥關係。

（3）共同持分（a coequal share）：女性透過立法機構、各級法院及執法官員，而在法律形成與執行上與男性取得共同持份。

其認為，倘若能讓女性發揚其天賦才能，女性將不陷於所謂之「母職」²⁴，而是能再從事著述、遨遊寰宇、及為官治國等與「母職」間做選擇，哈莉葉·泰勒相信，多數女性將選擇後者。

筆者以為，從上述可看出，當時男女不平等之觀念是如此深入人心，幾乎是想當然爾的狀況，此致力於女權發展之先知們，不只要打破此根深蒂固之謬論，

²³ 陳昭如，女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹，近代中國婦女史研究，第六期，頁216。

²⁴ 在此所稱之「母職」，為相對於服務於大眾並獲得報酬之執業，其所為為一般家庭之勞務工作，且無任何報酬請求權，此等工作，一直以來多由女性從事，被視為女性與男性在教育權、經濟權、公民權無法平等之最大阻礙，當然也因為前述權利並無賦予給女性，使得女性也只能擔任「母職」，無論其意願如何，一生皆在相夫教子中度過。

更要證明男女不平等真為一謬論，如男女先天智能能力之差異，要證明此等差異，當然要由限制女性者證明之，如能有完整的證明，才能對其有較不利男性之待遇，而當時卻要女性自己去證明之，在當時環境下，光教育就已經不平等了，試問在未受教育下，女性要如何展現其智能，如何能有相當數據證明女性並不差於男性？故需暫時委屈先承認真有此差異，而以公眾利益為考量，來充實其論點，更可看出當時環境之無奈，以今日眼光視之，是如此之野蠻且未開化。

3、二十世紀的自由派女性主義：

十九世紀女性主義發展，其內容大多已在二十世紀中實現，為新的問題也隨之產生：1.女性已經可以憑自身條件進入十九世紀十一直可望進入之「男性階層」中，惟實際觀之，縱然女性已能平等進入競爭，然僱用與升遷主要仍掌握在男性手裡。2.「雙日」(double day)²⁵之狀況，使女性兩頭燒，終日在其職業與母職中，而無自我之時間。3.因後天環境之不平等，職業婦女社會經濟地位，仍然不如男性，從而帶給女性的是失望與理想幻滅，其所得成就與快樂並未高過中生於母職之人²⁶。從而，二十世紀自由派女性主義所探討者，在於光賦予女性同男性機會上之平等是否足夠，之後之男女一視同仁是否真能達到兩性平等，是否該給予女性特別之優惠與保護？在此大抵有以下之論述：

(1) 仍然鼓勵婦女就業：傳統之母職為相當乏味，終日於家中重複相同之事，且終其一生皆無完成之一天，且無法得到成就感，兒陷入無止境之空虛與苦悶，貝蒂·佛利丹於《女性神秘》(The Feminine Mystique)便指出，婦女出外工作，無論對自身以及對家人，皆是較良好的方式。

(2) 採彈性上班時間：此為讓必須照顧家庭成員，並對家庭付出較多心力之女性員工，能自由安排其上班時間，不過此等政策，首先將面臨雇主之反彈，如強行之，將有造成雇主不願雇用此等女性員工之慮，且彈性上班時間，對整體之工作效率也有相當之衝擊，對社會經濟之發展時唯一大阻礙。

(3) 期待男性參與家務：認為男性不必只致力於工作，應有相當時間獻於家中，也更有時間與家人相處，在此男女調和下，則雙方皆能得到解放，即雙方皆能從工作與家物中得到調和，此為夫妻雙方雙贏之道。管見以為此為大原則之提出，在不同家庭結構與經濟條件與夫妻之工作所得收益不同下，皆可能有其

²⁵ 全職工作再加上全職妻／母職。

²⁶ 貝蒂·佛利丹(Betty Friedan)《第二階段》(The Second Stage)提及，有人曾自陳：我是此地管理階層的第一位女性。我將我一切奉獻給工作。起初確實令人興奮，試想我是開山第一人哪！如今它就只是份工作罷了。然而最難消受還是那份椎心刺骨的寂寞。夜闌獨歸、公寓冷清，這實在令我無從擔待。我想要一間獨門平房，頂好還有個院子。或許我還該有個孩子，即使沒有父親也無妨。這樣我起碼還有個家人。總該有個可以過的更好的方式吧。

最佳之調和方式²⁷。

自由派女性主義至今仍在發展中，且無論是古典自由派抑或現代自由派，其理論於今日看來，並無孰是孰非，在於如何運用較能符合現今社會之公平正義，如女性之一切條件早已與男性不分軒輊，則當然就僅要避免歧視之政策或法律復辟，如果仍有「實質不平等」之處，當然就需借用現代自由主義之觀念解決之，故該主義對調和兩性平等堪稱起源且至今仍有適用與發展。

（二）衝突學派（馬克思主義）女性主義（Conflict (Marxism) feminism）

馬克思主義主要思想為歷史唯物主義，內容為物質生活的生產方式決定了社會、政治及智識生活的一般過程。並非社會亦是決定社會存在，而是社會存在決定社會意識。換言之，即生產力，包含原料、工具、人力和生產之組織方式，決定了政治、法律、社會型態，簡言之，即生產資源決定了社會之一切²⁸。從而，在資本主義下，因雇主掌握了生產資源，而工人及實際從事生產者未能掌握資源，此對資源之掌握成為權力關係，社會因此分為二階級，即雇主階級統治工人階級，而工人階級未保存其優勢，會以小利來拉攏勞工，使其忘卻其所處之不公平情勢，或是使工人或工人本身之異化（alienation²⁹），馬克思主義就是要消除此資本主義下產生之異化，只要工人有所自覺，階級革命將會產生。

衝突學派女性主義理論源自馬克思思想，認為男性與女性為兩個層級，男性為上層統治階級，女性則為被剝削階級，處於控制與被控制，此為資本主義發展所致，因男性掌握了生產工具、生產資源，因而也掌握了財富，女性在此情況下，只有依附男人，成為馬克思主義下所謂的無產階級，在此無處展現自我下，女性同樣也有異化之情形，且過程比男性更為痛苦，故幫助其建立自我意識是很重要，從而婦女應爭取工作權，脫離此不公平之境遇，其提出政策有：

1、家庭勞動社會化：

即國家應配合女性從事工作，因為不論何時，家事皆為女性負擔，從而國家應有公共食堂、育兒所之設置，使家事能夠社會化，由一批專門的人完成，則女性便能脫離家務事，能全心全力於工作上。

2、家務計酬：

其實從事家務，也算是勞務之一，且是其他一切勞動之必要條件，國家也因

²⁷ Rosemarie Tong，刁筱華譯，FEMINIST THOUGHT：A COMPREHENSIVE INTRODUCTION，台北市，時報，頁 19~44。

²⁸ 張狂，前揭論文。

²⁹ 及彼此間有某中想同意義或串連之事物，反而相互分離。

此得到利益，且假使婦女有天對家務事發動罷工，將會動搖一切之勞動力，從而應有一套標準用於婦女家事之計酬上。

3、建立工作平價標準：

此在解決兩性報酬不平等之奇怪現象，因為即使工作報酬以學歷、工作經驗、勞動貢獻計算外，性別差異也一直是考量因素之一，此不只是馬克思主義之女性主義所提倡，因為此現象在各地均有，故亦為自由派女性主義或是社會主義女性主義所關心³⁰。

(三) 基進派女性主義(Radical feminism)

性別的不平等是所有不平等的原型，婦女所受到男性的壓迫，不僅是人類最古老、最普遍、最反人性和最深刻的剝削形式；同時，若能有效的貨至婦女解放，亦將有助於打破種族、階級、性偏好和其他形式的歧視，其主張有以下五點：

1、父權產生的時間最早，早到個人出生之前，早到庭制度形成之初。

2、流的最廣，父權無所不在。

3、即使消失了階級，深刻的內化作用仍使得女性所受壓迫難以根除，這點在過去的共產國家內可得印證。

4、因為最深、最廣所引起受害者質量方面最大痛苦，但受壓迫者和受害者都不能習焉不察。

5、對女性受壓迫者的了解有助於了解其他形式的壓迫³¹。

而婦女受壓迫並非來自於缺乏公平權，或是社會階級使然，最根本的原因為生理上之差異³²，因此激進女性主義所關注者為男性對女性之身體操控，不論是對生育之控制或是對婦女之暴行，皆為殘酷之權力操作，此等控制等於剝奪身體之控制權，根本是剝奪女性身為人之資格，因此女性因從「男性定義」及「男性操控」中解放出來，換言之，身體上，女性必須完全掌握自主權，而社會上，則需建立一陰陽同體文化(androgynous culture)，徹底打破父權主義，使女性脫離父權體制之宰割。

而女性之生理最大特徵，為生產與哺育，女性於此皆有獨立性與不可取代

³⁰ Rosemarie Tong，刁筱華譯，前揭書，頁 69~91。

³¹ 王雅各，婦女解放運動和二十世紀的性別現象，性屬關係（上）－性別與社會、建構，台北，心理出版社，頁 16~17。

³² 張珪，前揭論文。

性，對於此特點，激進派女性主義皆認為要取得自主，而取得自主之方式如更加保護或放棄此不利情狀則有不同論點：

1、詛咒論：

因女性為生產哺育之特質造成男女之不平等，原因在於，女性在懷孕生產哺育時，身體上處於弱勢之狀態，需要依靠男性，使得恢復身體狀況，此生物之基本劣勢為男女不平等之一切根源。且認為懷孕及生產過程並不美好，會被歌頌，實為父權體制運作下之結果，只因為父權體制下，男性得將自己之一切，傳給他「親生子女」，滿足其存在與佔有慾，故才會歌頌此已達成其目的。

從而，要達成男女平等須從兩方面著手，一是女性必須掌握生殖之資料，二是消除性別差異。前者拜生物科技之賜，應不在是夢想，除最簡單之避孕技術外，試管嬰兒、精子捐贈、代理孕母等在現今科技下皆可達成，從而也將男女生理上之差異拉近，其理想是女性不用為懷孕而苦，進而打破性別差異，即為無性別之社會，父權體制不再存在，因為藉由科技，無論男女皆能獨自得到小孩，假以時日，只要有愛心之人，都能承擔照顧嬰兒之責任，且父權體制之崩解，故是否「親生」也不重要了，為無性別社會之建立。

2、恩賜論：

其認為，升值為女性最大之權利掌控，因為男性無法取而代之，如果生物技能改變此，則女性將連最後之權利都被男性控制，不只無法達成兩性平等，連男性對女性最後一點依賴都失去，只會造成男女更為不平等而已，且懷胎十月，為母親與胎兒最早聯繫之證明，且嬰兒從母出，不需任何血緣之鑑定，而父親與胎兒根本無聯繫，且要血緣關係之確定，懷孕前須藉由種種規範限制女性，而嬰兒出生後也不能保障其有真實血緣連絡，從而女性怎能如詛咒論之論點，將之放棄，而應該充分把握此優勢。

而男性則總是處心積慮想截至甚至剝奪為人母者之權利，從先前對女性之約束，到今日之生物科技，一步步皆為為此目的之達成，故女性對此應有所警覺，不應輕易放棄自然生產而就人工生殖³³。

再來便是打破父權思想與建立陰陽同體文化，在此基進派女權主義之論述茲分述如下：

1、徹底打破父權體制下之「陽性」與「陰性」之分類：

基進派女性主義指出，性別歧視為一切歧視之根本，凱蒂·米列(Kate Millett)

³³ Rosemarie Tong，刁筱華譯，前揭書，頁 125~133。

於其著作《性政治》(Sexual Politics)提到：「男女不平等超越在其他一切不平等形式之上—超越在種族、政治與經濟的不平等之上—且除非能夠徹底打破男人天生比女人優越這個觀念，否則一切壓迫體系僅憑其在當今世界中佔有邏輯與情感優勢，就能持續作用下去。」從而，基進派女性主義對所謂男性宰制是十分痛惡，為萬惡之首，人類有強姦、滅族、戰爭之行爲也是出於此，因此必須徹底消滅父權體制，否則不只性別歧視無法解決，其他一切歧視也無撥雲見日之一天。

在父權體制下建立了所謂的「陽性特質」與「陰性特質」，此體制根深蒂固，且自嬰兒出生就無時無刻受到影響，而女性之陰性特質就是要其溫柔與順從，否則難以被社會接納且會遭受苛刻待遇，必須打破此對性別之固有成見，且從中進行調和。

調和方式大抵爲去蕪存菁，陽性特質之劣在於其專恣、打壓性，而優點則在於剛健勇毅，陰性特質之劣在於順服、乖從，優點爲溫愛慈悲，去除兩者之缺點結合兩者之優點，相互互補並不難達成，也須如此方能開創新格局³⁴。

2、反色情：

基進派女性主義認爲色情爲助長男性宰制之重大因素，因爲如情色業，爲標準將女性物化，使女性身體成爲交易對象，而諸如色情影片文字等，於內容方面大抵不離以圖像文字，表示女性在性方面之卑屈姿態，或是對女性身體若干部分之強調，或是讓女性呈現受侮辱、遭擰虐之痛苦受傷畫面，此皆爲滿足男性之用，且內容則強調男女在性方面之強弱勢，而有弱化、歧視、污衊女性之嫌，且女性對之亦起反感，從而應制定法律且有有效之法律手段來抑制色情，且須將此議題，提升至反性別歧視之位階³⁵。

其法學理論發面，基進派女性法學主義批判法律是男性的，認爲如果女性特質能作爲沒有被歧視之證明，其結果將淪爲「差異正當化的宰制」，由於忽略了權力、宰制、霸權的運作，從而，也就複製了父權運作的體系，法律都是由男性觀點而爲定義，女性權利將無法從此框架逃脫。

色情也是其關注的重點，其認爲色情暴力是女性臣屬的關鍵，因此致力推動反色情的法案，摧毀色情將終結女性的受壓迫³⁶。

(四) 社會主義女性主義 (Social feminism)

³⁴ Rosemarie Tong，刁筱華譯，前揭書，頁 171~172。

³⁵ Rosemarie Tong，刁筱華譯，前揭書，頁 192~194。

³⁶ 陳昭如，前揭文，頁 222~223。

此理論是衝突派女性主義與激進派女性主義之綜合³⁷，在於彌補兩者間之不足處，衝突派女性主義之思想只強調唯物論有欠充分，因性別之差別待遇與歧視，其實有各種原因之存在，不是唯物論就能解釋一切，且馬克思主義無法解釋，為何在社會主義國家內，女性都已經進入勞動力且獨立於男性，可是社會仍處於父權體制，又其亦無法解釋，為何資本主義下，會發生將女性派往家中而男性派往工作場所現象之原因；而激進派女性主義則將父權體制是唯一種普遍現象，以致覺得兩性有不公平或女性遭受不利皆以此為做解釋，有時則未探究其背後之歷史背景與原因，從而，社會主義女性主義則試圖結合兩者之理論，而有下列不同理論，茲分述如下：

1、雙體系論：即將父權體制與資本主義是唯各自獨立現象來分析，再將其視為彼此存在辯正關係的兩種現象來分析，又可分為：

(1) 父權體制非唯物論 + 資本主義唯物論：

將父權體制分為經濟面與非經濟面，經濟面方面，或許可用物質的方式改變，如婦女界由工作權之取得而提升其經濟地位，而非經濟面，則非物質手段得以改造，須另求其他「非物質」手段，如生理、意識方面女性長期遭男性壓迫，則非單靠經濟取得或是給予教育、公民權就得以解決，從而必須以馬克思主義顛覆資本主義，以精神分析來顛覆父權體制，才能使女性從經濟與思想上得為解脫。

(2) 父權體制唯物論 + 資本主義唯物論：

其認為父權體制有一非常物質性的基礎存在於男性對女性勞動力 的歷史宰制，先是男性限制女性取得經濟資源，遂能控制女性之勞動力，進而達成控制女性特有權利如生殖，而國家與資本家，對於男性之勞動力有其依賴，而男性也不希望女性進入工作場所，在兩者交相賊之情況下，女性地位更為不利，而解決之道，在以不同方式方別對抗資本主義與父權體制。

(3) 單體系論：認為不需要以兩種理論或方式來對抗資本主義與偏頗之父權體制，只需要一個理論—「社會主義女性理論」來解決「存有性別偏見之資本主義」即可，因為資本主義的主要基本特徵，就是在將女性邊緣化，而由於女性被邊緣化而淪為此要勞動地位，換言之，因為早已存在之父權體制建立了男女分工，而影響資本主義勞力之組成，資本主義因而將男性定位為主要勞動力，而女性為次要勞動力，故要解決性別不平等，只需一套「社會主義女性理論」便可解決此一體兩面之事³⁸。

(五) 存在主義女性主義 (Existential feminism)

³⁷ 張珏，前揭論文。

³⁸ Rosemarie Tong，刁筱華譯，前揭書，頁 311~331。

西蒙·波娃（Simone de Beauvoir）之《第二性》（法文：Le Deuxième Sexe）：「女人沒有屬於她們自己的過去歷史文化和宗教，她們散居在男人之中，處處顯示著對男人依賴—超過對其他女人的依賴。」因女性長期習慣於男性為中心之生活，且於思想、歷史、宗教猶然，從而在女性永遠被設計成依附以男性中心的角色下，永遠被比較成需以男性為主的生活模式而生活，在此情況下，女性當然台不起頭來，也造成女性模仿男性，以男性的價值為依歸，這是種迷失，因此鼓勵女性為主的思考、言論、表達是很重要、且女性歷史在人類歷史中，為不可忽略之一塊。

（六）後現代女性主義

有別於其他女性主義，後現代主義女性主義重點以不在女性如何被男性為不公平待遇，因為提起這些，只是在一次紀錄了以男性為中心之事實，而後現代主義女性主義則要超越此，例如，其承認女性在父權體制下是被邊緣化且居下位，然此一邊緣化，遂能使女性能在邊緣好整以暇的去批判主流文化，唯一能夠容納開放性、多元性、變化性、及差異性的存在、思考及言談方式。

又其認為法律是性別化的，探尋法律如何作為生產固有性別認同的過程：性別如何在法律中發揮作用？法律又如何生產性別？或者將法律當成是性別化的策略，分析法律嚴說如何將女性變成性別化的主體，強調法旅當成是女性主義鬥爭的場域，而非以女性主義重新鞏固法律在知識系統中的地位，以女性主義的真實取代父權的真實³⁹。

第二節 兩性平等學說實務之探討

一、平等權之意義與歷史發展：

從古至今，對平等之意義，為「等者等之，不等者不等之」（People who are similarly situated should be treated similarly, and people who are not similarly situated should not be treated similarly.）即「相同事物，應為相同之待遇；不同事物，應予合理之差別待遇」，從而，無人對於平等之意義，為實質平等之概念，而形式平等或所謂齊頭式平等，並非平等原則所欲看見的，古希臘哲學家亞里斯多德（Aristotle）在其名著「尼可馬古倫理學」第五卷「論正義」一章中指出「有些事情，法律不能完全概括，只有用特別的規定來處理。也就是說用一定的尺度來測量一種不定型的東西，是無益的事；我們該當效法賴斯比安建築師，用一種可以彎曲的鉛制量尺，可以屈就石塊的形狀而使用，這樣，一種特別的命令或規定，可以用來解決特殊的情形。」即為先哲對平等之最佳類比，也道出法律得為不同

³⁹ 陳昭如，前揭文，頁 226。

事物為不同之處理，惟雖有實質平等的概念，平等原則用於實務仍有相當之困難，原因在於，時空之變遷，社會狀況之不同，以及吾人對平等之感受各有不同，且兩事務相較，也難以以一明確的公式，還判定其中之平等或不平等，故平等原則可謂法學方法上最難操縱之原則，除前述之亞里斯多德，先儒也多有對平等原則試圖解釋：

古希臘時期之哲學家柏拉圖（Plato，427～347B.C.）便在其鉅著「理想國」一書中闡釋人天生即是不平等，這種不平等便是其理想國中確立等級制度的一個依據。他同時指出正義就是各守本分、各司其職，一個人應該做他的能力使其所處的生活地位中的工作。社會中的每一個成員依其資質的高低，扮演各種階層不同之角色。惟柏拉圖這種人類生而不平等之觀念與人類追求平等之理念不合，因為「不同事物，應予合理之差別待遇」是建立在立足點平等下，如果立足點不平等，根本無法進入平等之範疇。

亞里斯多德師承柏拉圖，其思想雖然受柏拉圖影響甚深，但在有關平等的理念上顯然有異於柏拉圖。他認為平等是正義的核心，而將正義區分為對等正義（或謂平均正義）及分配正義。前者係指因每個人天生條件即有不同，但國家制定之法律應保障齊頭式的平等，即是絕對的平等。後者係指依照個人的能力、需要與評價，依比例分配權利義務，亞里斯多德的分配正義理念已含有現代實質平等之意涵，可惜的是，亞里斯多德的平等觀念雖然與近代實質平等觀念相近，但其卻主張奴隸制度與兩性地位的不平等，此部分顯然與現代平等觀念相背離，惟於當時時代下，加上女性與奴隸之徹底解放也是近百年之事，當時能有此平等之概念，堪稱為進步之思想。

盧梭主張「不平等來源於人類能力的發展和人類智慧的進步所形構的文明，由於私有制和法律的建立，不平等變得根深蒂固具有合法形式，並抵觸自然法」、「精神或政治的不平等是一種惡，純然人為造作的惡，代表了人與人之間的劇烈鬥爭與侵凌傷害，從富人到窮人的剝削，強者對弱者的壓迫到主人對奴隸的宰制，這一切充滿了欺騙、暴力與殘酷。不平等嚴重扭曲了人與人間本有的和諧，挫傷了人與人之間的平等自由。我們內在的人性真實對如幽暗之惡是絕對無法忍受的。因此有必要對此人類不平等之惡進行徹底的反省。而根本之道在於人性的知識的重建。」他認為平等並非絕對的平等，而是在法律之前的平等，在民主共和國中依照人民的公意制定的法律，應該被公平的適用，如此便是實行平等。如此可見盧梭有關平等之見解已經與近代立憲主義國家初期對平等的理解，在於平等地適用法律之觀念相符。可惜如前所述盧梭對於兩性地位並不認為是平等的，女性應從屬於男性，這種兩性地位不平等之觀念，絕對無法通過現代人權價值的檢驗⁴⁰。柏拉圖認為人類因為資質的不同，所以國家要有階級制度，資質高之人擔任統治者，資質低之人接受別人的統治，乃理所當然之事。盧梭雖然同樣提到

⁴⁰ 十八世紀自由派女性主義部份，盧梭於愛彌爾提即起觀念，遭瑪莉·沃斯頓克拉夫特所揚棄。

人類不平等之問題，但他提出了解決不平等的方法，就是制定法律公平地適用在每一個人。顯然盧梭的主張與現代平等的觀念較為接近⁴¹。

現今對平等原則之明確內涵，當然為杜絕「絕對、機械之形式平等」，因不容許任何差別待遇之形式平等並不符合平等原則之內涵，而在追尋實質平等下，則有「反差別原則」與「反階級原則」之不同見解，反差別原則之內涵在於「非有正當理由不得給予差別待遇」，換言之，即國家在對人民做差別待遇的同時，應有合理之區分標準，在不能找到合理之區分標準時，不應有差別待遇，反面推論，如兩者之間能夠找到合理之區分標準，而國家仍給予二者相同之待遇或法律保護級效果，則有違平等原則⁴²，從而，反差別原則之重點，在於對兩者事務間，找尋依合理之分類基礎，在給予相同或差別待遇，然對於保障實質上之社會經濟平等，其認為經濟發展與私經濟之事由，公權力無需介入之，況在立足點平衡下，經濟發展或經濟地位之取得，為各憑本事為最自然之狀態，且難以找到有何種合理之區分標準在，故不贊成須對人民經濟地位之平等須給於保障，而在對特定族群保護方面，對特定族群或種族之「優惠性保護」反差別原則也持否定態度，其認為：

1、憲法為保障個人權利，並非在保護特定族群或種族之利益，故在此國家只要不為侵害或歧視特定之行為即可，並無需積極保護該種族或群族，提升其地位或減少其在歷史上所受之傷害與不公平待遇。

2、「烙印（stigma）效應」產生，族群與族群間之關係，與個人和個人間相比，複雜性較高，要如何找到一個合理的區分標準，又更加困難，如少數民族有其生活方式，不應以多人人之標準，則認定其為落後，又可能少數民族中，亦出現多數人標準下之佼佼者，職是之故，如果國家貿然對其為優惠性待遇，可能產生此族群因而真成為弱勢，是須被同情的情結，對其族群之自尊與發展反而不利，又如後者，大抵就是一般社會大眾並無法苟同其真的需要優惠性保護，在他們看來此為「不平等」，反而更造成族群間之對立與仇視。

反階級原則則不同，其重視的除了合理之區分標準外，認為平等原則更有矯

⁴¹ 曾文欣，從憲法平等原則論民法親屬篇男女平權之實踐，中正大學法律系碩士論文，二〇〇四年，頁 17~19。

⁴² 大法官釋字四〇五號：「憲法第八十五條規定，公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，非經考試及格者不得任用，明示考試用人之原則。學校職員之任用資格，自應經學校行政人員考試或經高等、普通考試相當類科考試及格。中華民國七十九年十二月十九日修正公布之教育人員任用條例第二十一條所稱「適用各該原有關法令」，並不能使未經考試及格者取得與考試及格者相同之公務人員任用資格，故僅能繼續在原學校任職，亦經本院釋字第二七八號解釋在案。八十三年七月一日修正公布之教育人員任用條例第二十一條第二項中，關於「並得在各學校間調任」之規定，使未經考試及格者與取得公務人員任用資格者之法律地位幾近相同，與憲法第八十五條、第七條及前開解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。」此號解釋即認為教育人員任用條例，將「未經考試及格」「與考試及格者」相同對待，即違反平等原則。

正社會的權力宰制以及財富不當分配之功能，即對於經濟平等上，立足點上之不公平實來已久，且在社經地位之懸殊下，大家依自由意志所為之行爲看似平等，其實弱勢之一方根本無決定或商討空間可言，只爲被強勢之一方宰制之對象，此並不合乎「實質平等」，同樣的概念用於弱勢之族群與種族也是相同，國家如不介入，給予其優惠之差別待遇，則其在優勢族群中，根本無翻身發展之餘地，同樣爲受到強勢族群之宰制，因而，國家任由這樣的情況自然發生，爲不符合社會正義亦不符合實質平等。

對此，許宗力大法官於大法官釋字第五七一號協同意見書中表明此一問題，有助於對實質平等做更精確之理解⁴³：「本院解釋襲用已久之『形式平等』(formal equality)與『實質平等』，似以『是否允許差別待遇存在』而爲區分。其中本院所稱『絕對、機械形式平等』，意指『不容許任何差別待遇』，亦即要求絕對的相同待遇；至於本院所稱之『法律地位之實質平等』則指『容許差別待遇』，亦即『容許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而爲合理之不同規定(釋字第179號解釋理由書參照)』。換言之，本院所稱之『實質平等』，其與『等者等之，不等者不等之』(People who are similarly situated should be treated similarly, and people who are not similarly situated should not be treated similarly.)平等公式思考出如一轍。此亦爲美國、德國、日本等國法院在實際解釋適用憲法所保障的平等權時所運用的公式，然而單憑『等者等之，不等者不等之』公式卻無法指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同或不同？又何位相同待遇或差別待遇？換言之，『等者等之，不等者不等之』公式本身不包含任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其無寧僅是一形式、空洞、且同意反覆的說法，因此與所謂『實質平等』之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種『形式平等』。」在此許宗力大法官指出，不宜再以實質平等來描述「等者等之，不等者不等之」之概念，此種見解無疑已將平等原則，從反差別原則帶入反階級原則，使平等權之內涵與對人民弱勢之保護之功能更趨於完善且周詳。

且平等與自由發展初期，尚有「平等原則」與「平等權」之爭議，爭論點極爲，平等是否只爲依司法審查事項，或是人民得以平等權侵害爲由向國家或法院請求救濟，而現今通說下已無爭議⁴⁴，認爲平等不只僅是司法機關之審查基準，更爲人民遭侵害之於得請求救濟，具有權利之性質，且就我國憲法觀之，雖然憲法第七條有關平等保障之規定，並無如其他自由權條款將平等條款規定爲，「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上有一律平等之『權』」

⁴³ 許宗力大法官釋字第五七一號協同意見書參照。

⁴⁴ 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，憲法理論與實踐（一），1977年，一版，頁60。

大法官會議解釋中不乏將憲法第七條之規定稱之為平等權者，如釋字第五〇〇、四九一、四六八、三六九、二一一及二〇五號解釋⁴⁵。所以不能因為在憲法條文上未以權利之文字形態規定，即否定平等之權利性質。

而與前述之反階級與反差別原則做比較，加上現今對平等權之學說走向，已有反階級原則才為「實質平等」之趨勢，使平等權之結構更為加強，然而，如由基本權之性質觀之，其具有依附性、手段性、評價性的特徵。換言之，平等權不似自由權有一個「權利本體」（自由的實體），必須有二個以上之權利主體在享有某種自由權時，因遭受不合理之差別對待，始有平等權之概念產生。亦即，平等權實係「權利享有或義務負擔上的平等」，必須以另一種權利（通常係自由權）之存在為前提，因此平等權並非獨立存在之權利，而僅係存在於另一種權利之上的狀態⁴⁶，從而，無論是在為防禦性救濟或給付性請求權，皆須有相對性，如為何只有我的權利遭受侵害，或是資源分配之對象為何我未被包含進去。

二、兩性平等相關理論探討：

由前述婦女地位之發展與平等原則音時代背景不同而產生歷史變化之重大歧見，使女性受到壓抑宰制之狀態，鮮少有人認為不合理並被視為天經地義，甚至到啓蒙時代對於人權自由思想之重視及國家與人民權利關係得以釐清的時代，一般對於所謂人權也將婦女排除於外，其不平等現象大抵為：

1、男性統治：在一個社會中，無論在政治、經濟、法律、宗教、教育、軍事、家庭領域中，所有權威的位置都保留給男性，用男性的標準評價女性。

2、男性認同：核心文化觀念關於什麼是好的、值得嚮往的、值得追求的或正常的，總是同男性和男性氣質理想聯繫在一起的。

⁴⁵ 釋字二〇五號：七十二年特種考試退除役軍人轉任公務人員考試，原係因應事實上之特殊需要，有其依序安置退除役官兵就業之特定目的。其應考須知內所載乙等考試及格人員之分發以軍官為限，前經安置就業之現職人員不予重新分發之規定，係主管機關依有關輔導退除役官兵就業法令而為，旨在使考試及格者依原定任用計畫分別得以就業或取得任用資格，與憲法保障人民平等權及應考試服公職之權之規定尚無抵觸。至該項考試中乙等考試之應考人，既包括士官在內，而分發則以軍官為限，不以考試成績之順序為原則，雖未盡妥洽，亦不生抵觸憲法問題。

釋字五〇〇號：營業稅法第一條規定，在中華民國境內銷售貨物或勞務，均應依本法規定課徵營業稅。又涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之，亦經本院釋字第四二〇號解釋在案。財政部七十九年六月四日台財稅字第七九〇六六一三〇三號函釋示：「高爾夫球場（俱樂部）向會員收取入會費或保證金，如於契約訂定屆滿一定期間退會者，准予退還；未屆滿一定期間退會者，不予退還之情形，均應於收款時開立統一發票，課徵營業稅及娛樂稅。迨屆滿一定期間實際發生退會而退還入會費或保證金時，准予檢附有關文件向主管稽徵機關申請核實退還已納稅款。」係就實質上屬於銷售貨物或勞務代價性質之「入會費」或「保證金」如何課稅所為之釋示，並未逾越營業稅法第一條課稅之範圍，符合課稅公平原則，與上開解釋意旨無違，於憲法第七條平等權及第十九條租稅法律主義，亦無抵觸。

⁴⁶ 陳新民，平等權的憲法意義，憲法基本權利之基本理論上冊，頁 514。

3、將女性客體化：在男性事務和交易中將女性用作客體，限制和阻礙女性的創造力，不讓女性接觸社會知識和文化成就的很多領域。

4、男權制的思維模式：其中包括兩分思維，即非此即彼的思考方式，將所有的事物分為黑白兩極，忽略中間狀態⁴⁷。

此為歷史所呈現之現象，為為何如此，本文欲探討之。

（一）生物學觀點：

1、認為男女生理上並無差異：

裘美茵·葛麗亞（Germaine Greer）所著之《女性太監》（Female Eunuch）認為，從生理學的觀點，比較男女身體構造的異同，指出男性比女性體格先天優越的觀念，只是一種神話卻無科學根據，由於社會文化的壓力，女子身體乃受到了整形，其指出，女性身體因社會壓力如他人期盼或眼光，而為許多不必要之修正，天然機能從而消失，成為男性的玩物，有如太監一般，其對生理方面之看法茲分述如下：

（1）男女生理上的根本差異在於細胞，而這種差異卻微乎其微，每個細胞原各有染色體二十四對，其中二十三對，無論男女都是一樣的，只有最後的一對，男的是XY，女的是XX，換言之，在四十八個染色體中，只有一個是不同的，而人們卻在這麼微小的不同點上，誇大渲染其差異。

（2）荷爾蒙，其時男子體內有女性荷爾蒙，而女子體內也有男性荷爾蒙，男女之分並非截然兩斷的。男女骨骼看起來，雖有尺寸大小的不同，但基本構造上則完全一至，曲線和毛髮方面，男女所表現不同，外在、後天的社會風氣上比諸先天的基本構造更具決定性的因素。因此葛麗亞教授認為：人類不過為了社會的需要，而誇大了男女的生物差別。所以，我們一旦指出傳統的謬誤與不公平後，必能利用後他人為力量的因素來修正，培育出另外一種適合於接受新的、合理的社會角色性格來⁴⁸。

2、男女生理有差異：

然較新之科學研究對於Y染色體及荷爾蒙有不同結論，茲分述如下：

（1）Y染色體雖然只決定了極少數的基因特質，但卻是決定男性性別的主要關鍵，因為Y染色體之啟動，使身體產生一連串連鎖反應，將其他之基因特

⁴⁷ 李銀河，女性主義，五南，2004年，頁8-22。

⁴⁸ 呂秀蓮，前揭書，頁99~102。

質切換至男性這一面，藉由整組的男性荷爾蒙使胎兒同時進行生理上及心理上男性特徵行程。

(2) 女嬰潛在上也有男性荷爾蒙，但缺乏了 Y 染色體這一到鑰匙，從而男性特徵未被啟動。

(3) 由與男性荷爾蒙的啟動，造成男性有其特殊之腦結構，而女性則維持原型，故可以說男性其實是改造過的女性，與中古世紀認為女性不完全的男性想法恰好相反。

(4) 由於男性荷爾蒙的作用，使男性具有侵略性且有「雄性的遲鈍傾向」⁴⁹，因而攻擊性、領域性較強，從而犯罪遂成為男性的專利⁵⁰。

前述二種不同的研究結論，前者當然是提供女性不應被歧視之佐證，蓋在一切皆相同下，實無區別之理由存在，更遑論歧視，後者為犯罪學之研究，雖與女性議題無關，在此提出為認為其間接呼應了激進派女性主義之論點，認為男性為「惡」，同時此研究也得知，女性可能比男性先天上更為文明，從而讓男女不平等之社會現象，更為無理且野蠻。

(二) 人類學觀點：

美國知名人類學家米德 (Margaret Mead) 曾在太平洋群島對當地土著作實地研究，並著作《男性與女性》(Male and Female) 一書，其中有三個部族：

1. 阿拉佩族 (Arrapesh Tribe)：在此部族內，男女皆性情溫順，且對生兒育女及操持家務事合作無間，為純然「女性化」之社會。
2. 蒙督古摩族 (Mundugumor Tribe)：此為食人部落，男女均驃悍無情，惡生，是懷孕為不幸，長殺害親生子女或將之典質他族，為純「男性化」社會。
3. 千八里族 (Tchanbali Tribe)：族中婦女供應衣食所需，且冷靜、專制、幹練，而男子則溫柔、善感，常以繪畫、唱歌、跳舞、聊天度日，以地球上多數人眼光來看，實為「陰陽倒錯」⁵¹。

此在說明，或許有人認為男女不平權已是傳統，且流傳已久早已成為既定之事實，且為社會必然之現象，惟在不同社會中，男女所扮演之角色竟有如此之不同且差異如此之大，所以所謂以傳統來推論男女不平權為必然現象，惟循環論

⁴⁹ 具研究指出，男性對於疼痛較無反應，且對恐懼較無感受力，其結果使得男性對於從失敗中學到教訓的敏覺度也較弱。

⁵⁰ Ann Moir/David Jesse 著，高忠義、盧正芝譯，A MIND TO CRIME，旭昇圖書，頁 47~68。

⁵¹ 呂秀蓮，前揭書，頁 102~103。

證，甚至倒果爲因，且爲何男女必須以此分工，也無任何必然性與因果關係可做爲支持。

（三）男女平等之法理：

平等權在操作上，有其困難性，而依據實也難找到一確定法理說明一切，從而男女平等之法理依據，學說眾說紛紜，大致可分爲人類共通性說及社會需要說⁵²。

1、人類共通性說：男女平等之根據爲「人類」之共通性或同一性，換言之，人之個性，不問其爲自然的或是社會的性格，均因人而異，但從男女均屬於「人」之觀點而言，即具有共通性，男女既同爲人類之一份子，就應不分性別一律擁有永恆及本質之人性及其爲人之尊嚴，因此，基於此共通性，男女應爲平等。其中「能力平等說」認爲，男女均屬人類，由分析其腦髓之重量容積與肉體之構造而知，二者之間並無優劣之分，而在精神上的種種能力上，亦無差異，是以與生俱來的能力既然相等，豈有不予平等之理，現在的女性較男性爲劣的原因，乃是因長時間社會上教育的不平等所導致，從而，男女之間之能力原本既然平等，故在社會的教育上亦應給予平等，以實現男女之能力平等；「綜合能力平等說」認爲，個人之能力有優有劣，在不同性別之男女中，均可見此一現象，若將此一優一劣之能力綜合後加以比較，則可發現男性之全能力與女性之全能力並無不同，因此男女必須平等。「社會慾望平等說」認爲，男女與生具來的能力雖有差別，但男女雙方均抱有追求幸福生活之人類社會慾望，男女平等乃在求社會慾望之平等，是以，女性自可對人類社會中，諸凡政治上平等、財產上平等、乃至於性道德平等……等人類社會生活中全部的社會慾望，提出與男性平等之要求；「永久的人類平等說」認爲，如同每個人的臉孔有所不同，每個人的個性也不相同，即使是自然的性格，或是社會的性格，均有種種的不同，但從均屬人類的角度觀之，無論是男性，抑或是女性，則都有著身人類的共通性，此一共通性，乃是人之所以爲人的最爲本質、永久的人性，亦即人性尊嚴。因全人類不分男女，均有此永久、本質的尊嚴之共通性的人性，故男女非平等不可。

2、社會需要說：男女平等之根據應建立在社會需要之上，亦即，女性也爲組成人類社會不可或缺之構成員，在促進全人類幸福的同時，也應顧慮女性之幸福，男女不平等之狀態易引起社會罪行（如夫之暴行），爲阻止此罪行之發生，基於社會之需要，男女應平等，其下位有，「社會任務平等說」認爲，男女之能力生來雖有不同，但就整個人類之社會而言，男女各負有其重要任務，而履行此任務之價值完全相等，故男女應予平等或享有同權；「社會罪行救濟平等說」主張男女不平等或不同權之社會制度及道德習慣，乃造成人類社會無數之罪行（例

⁵² 李鴻禧，男女平等法理的描述—自人性談起，月旦法學雜誌，第○期試刊號，第31頁以下；李鴻禧，男女平等法理的描述（下），月旦法學雜誌，第一期，第83頁以下。

如男性之專橫與暴虐），為防止此種社會罪行之發生，男女應予平等；「自然法之平等說」從自然法思想說明男女平等之觀念，認為人類在自然狀態乃係平等之狀態，所有之權力及權限均具有相互性且維持均衡，無支配或服從關係之存在，故此說否認男性發令女性服從之道理，只承認平等法則之存在；「近代法的平等說」認為由於近代法之前提為，自具體之個人要素轉換為抽象之人格，而捨棄男女間之差異，僅著眼於同為「人類」的概念，從而便不會對男女有所區分，而是將之均視為抽象的人，制定保障其自由及平等的規定；「民主主義之平等說」以「平等」為近代之政治原理「民主主義」的本質為由，認為男女關係也應平等⁵³。

前述任意學說如單獨運用，皆會有其不足處，無法提供男女平等最完善之論證，惟筆者以為，男女平等本是一複雜的問題，人類史上竟有一半的人口長期下來被分為次等階級，其龐大性、差異性、歷史性、社會性之錯綜複雜，皆不時單一理論或者是單一學科就能解決的事，故筆者認為，要檢視一事項是否合乎男女平等，應借助上開兩種學說，對於歧視性、排除性、踐踏性之事項，借用「人類共通性說之理論」，如能通過此依檢驗，真能找出男女之差異，還需經過「社會需要說」之關卡，是否為社會真有此需要，總之，男女平等已成普世價值，故此類事項，不應有所存在，而對於優惠性保護原則，則須以「社會需要說」角度來出發，諸如男女經濟工作上答實質平等、歷史上性別歧視遺毒之消弭、婦女人身安全之保護、婦女因身理差異上之特別照顧，方得提供對婦女達「實質平等」之有效對策，而有疑義的是，對婦女之優惠保障，是否可能造成對男性之歧視，此要藉由前述之「反階級原則觀之」，期以消除階級宰制、及實質平等為出發，如女性之生理期與懷孕生產，皆會造成生活之不便利與身體之不適，不能因為此則放任之，否則社會競爭上，惟實質男女不平等，故當然須保護之，而經濟工作上之特別保護，在於先前之不平等造成機會縱然相同，可是實際上資源仍在男性手中，故也應有錯失保障女性，當然，此等事由已不在時，這樣的優惠，將為對男性之不平等無疑⁵⁴。

三、平等原則相關審查模式

平等權之司法審查，屬於違憲審查事項，關於違憲審查世界大致可分為兩大體系，一為美國審查基準，一為德國審查基準，茲分述如下：

（一）美國審查基準

⁵³ 張沐芝，以男女平等角度論國際婚姻法之修正，國立政治大學/法律學研究所，碩士論文，頁18~26。

⁵⁴ 如「兩性工作平等法」對於婦女即有生理假、產假、育嬰假以及夜間禁止工作之規定，此則為根據「社會需要說」，對婦女生理、社會特殊性為保障，然而育嬰假已不限於婦女，男性並未排除，可見依「人類共通性說」家務操持男女皆有責任，並非何種性別當然須為之，立法者為此規定，有助兩性平等更為落實。

美國在處理平等權問題時，美國聯邦最高法院初期採取所謂「合理基準（rational basis or rationality review）之審查原則」，亦即政府機關須證明其所採取之差別待遇有「合法利益」存在，且具有促進此一利益之「合理關聯性」（rationally related）。所以政府各機關在形成政策時有相當寬，一九三〇年代以後，美國聯邦最高法院在有關基本權利（fundamental rights）如對於罪犯進行絕育一案，即採取嚴格審查（strict scrutiny）基準，認定該州之法律違憲。另外，對於旅行權、選舉權、訴訟權亦同樣採取嚴格審查基準，要求所追尋或維護之公共利益必須是屬於「極為重大」（compelling overriding），使用之手段必須出於「嚴密剪裁」（necessary and narrowly tailored）。最後一種審查基準為「中度審查基準」（intermediate scrutiny），亦即所追求或實現之政府目的須為「重要（important）」，此一分類與目的之間，必須存在「實質之關聯」（substantially related），其審查之強度，一方面不及於嚴格審查基準所要求之「極為重大」目的及必要手段，另一方面卻強於傳統僅要求合法利益及合理關聯之低標，故而以中度審查稱之。採取中度審查之因素如性別差異、非婚生子女⁵⁵。

總之，美國現在對平等權之為限審查分為三個標準，嚴格審查標準，適用的類型為涉及種族、族群之不平等，立法者或政府要為此等不平等之行為時，須出於重大迫切政府利益，即不如此做有可能顛覆國家或對公共利益重大侵害，且手段目的間必須達嚴密剪裁標準；合理審查標準則適用於社會經濟事項，這裡司法審查範圍密度最低，必須尊重立法者與執行者之決定，從而只要有合法政府立意手段與目的間有合法關聯即可，介於光譜兩端間的是中度審查標準，適用類型為性別、非婚生子女，必須要有重要政府利益，手段與目的間有實質關聯。

（二）德國審查基準

德國早期認為，平等是一個絕對概念，只有平等與不平等，並無相對概念，而審查平等之標準，聯邦學者認為無從適用比例原則，為法律原則如無操作方法，則將成為一空洞概念，或者造成審查者之恣意，總之當時平等權之運用從今日角度觀之，是無用武之地。

晚近的學者認為平等議題可以適用比例原則，不過比例原則為適當性，必要性，狹義比例原則，必須通過此三關，方能通過合憲之審查，惟必要性之意義為，必須侵害要以最小手段為之，其實只要標準放嚴，無論在小之侵害手段，都能再找到手段更輕微之侵害方法，且縱使找到了最小侵害方法，還有狹義比例原則把關，使得比例原則操作上，比美國的嚴格標準審查還嚴，當然立法與行政事項，有侵害人民權利之虞，要通過司法違憲審查是相當困難。

從而，現代德國學者便將美國審查標準的概念加入比例原則中，從寬到嚴分

⁵⁵ 曾文欣，前揭論文，頁 65~66。

別為「明顯性審查」、「可支持性審查」、「強烈內容審查」試用方式即為依照人民自我決定權之遠近有所不同，最緊密者適用最嚴格之強烈內容審查，而與人民自我決定較疏離則適用明顯性審查，具體內容為，明顯性審查：除非政治部門有明顯的、一望即知的違憲情勢，否則法院不得指摘之。可支持性審查：國家必須出於合乎事理並可以支持的判斷，只要可以找出支持國家行為合乎事理的理由，法院就應該尊重。強烈內容審查：此種審查標準亦一開始就推定政治部門的決定違憲，法院應對國家行為的決定做具體詳盡的檢驗。

關於男女平等審查，德國聯邦憲法法院一九九一年在審理「妻冠夫姓」一案中，認為德國民法第一千三百五十五條第二項第二句，如配偶雙方未將其中一人之出生姓定為婚姓，則夫姓依法即成為婚姓之規定，係與憲法平等權利原則不符，而宣告違憲。在該案中，德國聯邦憲法法院樹立了男女平等之司法審查操作模式。德國聯邦憲法法院認為雖然基本法第三條第二項禁止以性別差異作為法律上不平等待遇之重要理由，但並不排除鑒於客觀之生物學上或功能上之差異而依各該介於男女間之生活關係為區分之規定⁵⁶。

（三）歐洲人權法院對平等權之審查：

歐洲人權法院為「歐洲人權公約」之守護者，歐洲各國設置常設之人權法院以確保各締約國能夠遵行人權公約，而依人權公約第四十六條之規定，各締約國如為人權法院終局判決之當事人，應受判決之拘束，而且人權法院的終局判決將移送至部長委員會，部長委員會應監督判決之執行。

而歐洲人權公約並無平等權或平等原則之明文規定，僅於十四條規定「禁止歧視條款」：「本公約所規定之權利與自由，應受到保障而不得基於下列因素而受差別待遇：性別、種族、膚色、語言、宗教、政治意見或其他意見、原始國籍或所出身之社會、與國內少數族裔交往、財產、出身或其他地位。」其在於擔心一般性的平等權，將會擴張人權公約的保障範圍，使得人權公約並未規定的各種權利也藉由平等權之規定被納入保障，增加歐洲人權委員會與歐洲人權法院的負擔，因而歐洲人權公約第十四條僅具有「從屬性」與「補充性」即公約第十四條並無獨立性，必須與公約其他權力相結合，且如果被告國家確認已違反其他的實體權利，人權法院通常即不在審查系爭國家行為是否違反第十四條，除非違反以達「明顯」且「重大」二項標準時，才有必要另行審查。

其審查國家行為方式為：

1、當事人所指摘之差別待遇，是否在其他實體權力的保護範圍之內？

⁵⁶黃瑞明譯，關於『男女平等』之裁定【妻冠夫姓案】，德國聯邦憲法法院裁判選輯（六），司法院印行，頁 151~172。

- 2、系爭國家行為有無違反其他實體權利？
- 3、有無差別待遇？
- 4、系爭差別待遇是否為追求「正當目的」？
- 5、手段與目的之間，是否有「合比例性」？
- 6、系爭差別待遇措施是否已經超出各國的「判斷餘地」（Margin of Appreciation）⁵⁷

關於 1、2 點為從屬性與補充性的問題，而 3、4、5 點即為差別待遇以比例原則審查之，此與前述二大法系之審查模式並無特別之處，期較特殊之處為「判斷餘地」。蓋歐洲人權法院除了在追求人權普世性之貢獻外，同時也要兼顧各個締約國的特殊情況與需要，因五須在締約國主權與個人人權間維持適當的平衡關係，方能為訴訟兩造所接受，因眾多締約國具有不同的歷史文化背景與傳統，在某些事物各國尚未發展出一共同標準尚能共識前，容許各國保留些程度之自由裁量餘地，為在相對立的人權普世性與文化相對性間尋求妥協的方式，且在實際上，國家當局直接而連續接觸本國情況，因此應比國際法院更了解，並更有能力對國家的資源條件與確實需要做評估與判斷⁵⁸，於審查有無歧視違反中，關於差別待遇的案件，締約國之判斷餘地相當有限，然而如果有關一般的經濟社會政策，締約國通常享有較大的判斷餘地。

⁵⁷ 廖元豪，歐洲人權公約對平等權之保障－以歐洲人權法院判決為中心，憲政時代，二十五卷，第三期，頁 83~90。

⁵⁸ 王玉葉，歐洲人權法院審理原則－國家裁量餘地原則，歐美研究，三十七卷第三期，頁 486~488。

第三章 德國婦女權利之發展與婚姻法之沿革

第一節 德國女權之發展與演進

一、德國十八世紀婦女之權利與義務⁵⁹：

(一) 啓蒙時代帶動自由主義思潮，亦有自由派女性主義產生，惟社會主流認為此思潮只適用於男性：

十八世紀爲人權發展與自由主義興盛之世代，故許多先知卓見認為，此等公民權與自由，不只爲男性所應爭取，而應給予女性相同之解放，此與自由派女性主義所持之觀念大抵相同。

然而，婦女在這普遍進步及自由的呼聲中，完全被置之度外的事實，卻似乎未曾被視爲矛盾，一切有關人格自主，使人們充分發揮其才能與興趣的言論，似乎僅針對男性而言。男性被視爲具有理性及自我意志的主體，自應在經濟、社會及政治上扮演重要的角色。只有男性得以享有公民權及自由，也唯獨只有男性得以組織公民社會，讓男人在其中對人類的前途以及重製的良惡與以理性的自由討論。反之，他們以爲婦女則根本無力組成公民社會，她們應該遠離所有的工作環境及政治，其唯一能駐足的地方只有在家庭。

(二) 男女天性不同的強調，並將此作爲「理想」家庭社會分工、階級之依據：

在德國對家庭之定義爲男、女主人共同掌管之團體，其具有階級關係，居於上位者爲父親，尤其發好施令負責管理家中的一切，母親則應順從父親，並與父親共同負責家中的內部經濟及家務。小孩則依其年齡參與家事的分擔，小來的教育系來自對父母親的模仿。所有的家庭成員都各有所職，以共同次進家庭生活的經濟利益，而僕役及奶媽在公民家庭中是被排除在外的，因此原本屬於奶媽籍女傭的工作，則落在母親身上，另一方面也減輕婦女的謀生負擔，而完全由男性去外面打拚，女性則應在家中的庇護下，爲男性建立一份親密的隱私關係及合諧，以作爲男人整日在社會上爭名逐利的休憩處。

於是女性就成爲家庭的精神支柱，她同時伴演三重角色，女主人、母親及女管家，她們終其一生的生活空間不外是家中的四壁，一生的精力只集中在相夫教子上，如此模式，實際上只是重複了傳統的男女分工，亦即由女性擔任家中內部

⁵⁹Ute Frevert 原著；馬維麟譯，德國婦女運動史：走過兩世紀的滄桑，1995年，台北市，五南，頁9~18。

的經濟及照養小孩。她們一生最重要的事，就是要使丈夫幸福，讓丈夫在女性溫柔撫慰下，在她們的愛及無微不至的照顧下，得以使生活甜美，而忘懷工作上的不如意，故在十八世紀中，對婦德的教誨與倡導婦女應在歷史、文學、語言及自然科學方面有基本了解，已變成爲其夫婿的理想伴侶及賢明的母親之言論，惟當時之主流並大力推行。反之，任何超越此界限的自我教育，則將被視爲不道德的，在十八至十九世紀時，一位學識淵博的女子常爲人視爲笑柄，如前述盧梭之「愛彌兒」即爲此種觀念⁶⁰。

(三) 現行男女平等之概念，於當時難以伸張：

而依當時之觀念，此中區別乃是基於男女性別的內在本質，由於她生不同的特徵而來的，故具有普遍性而不得任意否認之。蓋基於天性，女性乃較被動及富有情感，反之男性則較爲主動且較具理想思辨能力。所以男女乃基此天性而有不同之分工，女性適於在以人爲主體的家庭中活動，而男性則適於在以事無主的具生產性的工作範圍中活躍，如經濟、政治、文化、學術皆是。當男性在工作中奮鬥時，女性則應該在家中爲丈夫及子女奉獻她們無盡的耐心與愛心。

當然，在如此思潮下，任何一點男女平等的思想都不容生存。雖然男女平權的訴求在公民社會中，可以在理論上站得住腳，但爲了不讓社會分崩離析，只能做如此安排，因爲在人們追求日新月異的同時，無論如何，還是該保留一點信賴及安定的關係。而女性就其天性而言，本來就比男人較具有彈性及耐力，所以較能接受他們週遭環境澎湃及撞擊。反之，若任令女性亦走向解放一途的話，則整個制度的平衡將被破壞殆盡，家庭與社會在結構上的對立，以及公民社會在生產中心亦將受到嚴重的挑戰，所有的教育家、哲學家、醫學家、法學家、神學家及文學家都十分致力於鼓吹公民社會中的家庭重要性，硬塑造女性的理想及行爲準繩。

二、十九世紀⁶¹：

(一) 一八一五年至一八四八年間：

1、浪漫自由主義式微，女性的家庭義務道德負擔更加沉重：

十八世紀自由主義與女性解放之思潮，因爲法國大革命之後而來的恐怖政治以及拿破崙佔領德國領土而引起的國家意識，使得浪漫主義者的思潮被澆熄，男女之間的差異又再度被強調，加在婦女的義務又更爲沉重。

而婚姻被視爲一種雙邊的合約，基於家庭爲國家基礎的概念及婚姻的倫理因

⁶⁰ 前文關於自由派女性主義之介紹。

⁶¹ Ute Frevert 原著；馬維麟譯，前揭書，頁 53-114。

素，所以婚姻是不容一切短視情緒化的主觀感覺，當然亦不容許任意分離，人之情緒在難免受波動之下，離婚仍是可能，但國家的立法者應竭盡其所能阻擾這種事的發生，以防止任何肆意。不但哲學家在大力倡行此等倫理組織的婚姻家庭概念，神學家也不遺餘力在助陣，他們對德國普通法中規定的離婚權大加鞭斥，天主教神父與基督教牧師拒絕為離婚的夫妻進行儀式，而司法人員也開始努力修改婚姻法，以加重離婚之要件，並加重對不貞的女子的懲罰，其理論為，依自然本質而言，女性的不貞是件非常嚴重的罪過，蓋女性的價值本來就在於她的性純潔與道德，故今若喪失了這份純潔則意喪失了她的尊嚴，也同時將使婚姻及家庭中的和平被破壞殆盡，更荒廢了對小孩的責任。⁶²更有判決指出，男人的一夜風流，正式創造世界風暴及無法克制的熱情所致，這也是男人的本性，所以並不能算是對婚姻關係的破壞，這並不只是基於男女本質不同而做如此不同的對待，更是基於國家的利益，因為家庭以其做為國家的基石，國家乃有義務保護家庭之完整。而女人根本的命運乃是歸屬於家庭中，如果他有不真的情形，不但破壞了自己，更破壞了整個社會的根本；反之，男人則不同，因為他們和世界有另外一層關係，所以他們的不忠，至多只讓太太震驚，對社會秩序則並不會產生任何不良影響。

而當時之社會型態，男人在社會上打拼即改變世界，婦女則留在家中，不斷重複單調的家事，婦女所受的教育只在於學習如何使家庭成為舒適而有清密情感的小窩，安逸合諧並得讓人完完全全放鬆的地方，在家中除了愛、情感及無線溫存外沒有他物，金錢和時間只是屬於工作上，亦即男人的範疇，為使家庭合諧生活不被破壞，一切工作都該遠離家庭，惟家庭事務之承擔，其本質上亦屬於一種「工作」，為解決此矛盾，就是要讓女性從對丈夫的愛發現自我，然後再由這份愛毫無怨言去承擔所有家事，並能快樂接受毫無怨言的去完成所有家事。

2、婦女仍有其社交團體，並非單純被限囿家中：

惟上述所言，畢竟為阻止浪漫主義與社會變動之保守理論，與社會現實間早存有不相容性，如就家事而言，當公民社會開始僱請佣人後，此等粗重的工作就變成由佣人為之，既然為下人所從事之事務，則與對愛情無限之奉獻，實殊難想像能有相關聯，而在小公民家中，如手工業者或小販的婦人，也不可能花費大量的時間去照顧小孩，雖然在這種家庭中無法僱傭傭人，但因為女性已一整天在丈夫的小店中工作的精疲力盡，所以也不可能再對家事及小孩全心全力的完成與教育。

而當時的女性還是參與公開的活動，除了家庭外，也有為社會服務的團體，此總團體的誕生是在解放戰爭時由貴族家庭的呼籲而成立的愛國婦女社團，她們負責照顧受傷的士兵，並照顧那些士兵遺下的寡婦及老母。戰爭結束後，這些社團有的解散了，有的繼續存在著，而將共作範圍擴大到對窮苦人家的照顧，並支

⁶² 西元一八四五年由司法院長薩維尼（Savigny, Friedrich Karl von）提出之修正案。

持社區中的慈善工作，然而此種活動，基本上為完全基於斯人宗教上之奉獻，只能被稱為愛心活動與當時對婦女期待之本質基本上相符合，故與男性間之社團活動相比，仍有相當之差距。惟從一九四〇年代起，婦女開始嘗試考慮到改善生活條件，特別是謀生機會，而在選擇一項職業時，常常考慮到自己已有的經驗，而又不與女性個性相違之工作。

三、第一次世界大戰：現代新女性的誕生⁶³

（一）大戰使女性產生國家社會意識：

第一次世界大戰常被人詮釋為德國現代化的原動力，因為不論從經濟結構、國家組織來看，德國都因大戰而被帶到政治更民主的路上、一個史無前例的革新，例如活躍的工會、職業組織間的合作、國會及政黨的快速成長，甚至連婦女也都沾了戰爭的光，因為越來越多的婦女被強迫進入勞動市場，而他們的工作也越來越受到重視，特別是中產階級婦女，她們更表現出做為國家公民的成熟與社會韌性。

當德國對外宣戰時，不論男女皆歡欣鼓舞迎接這項與祖國榮耀的大使命，特別是那些公民婦女，似乎特別容易受當時媒體及政治宣傳左右，而深信著德國之宣戰的確是為了解放之戰。在這種新秩序下，婦女們以為社會不會在以男性的統一標準來看待女性，而是根據他們個別的特有才能及表現，而共同對這項超越性別的及階級的偉大計劃全力以赴之，這種國家民族的呼喚即振奮也喚起了女性的國家意識，雖然在當時她們沒有任何影響力及發言權。

（二）大戰製造了大環境，使婦女加入社會勞動力：

惟在大戰初期，就面臨物資缺乏的困境，對家庭主婦而言，大多數家庭已無法支付僕役的費用，因此她們需要做昔日僕役的工作，還要為軍人準備食物，且為軍人準備食物是項不可預測且十分龐大的任務，特別是在消費市場崩潰時，原來城市居民賴以生存的來源完全被斷絕，一切只寄望在很有限的糧食分配上，所有個人陷入困境，即使在一些十分富裕可以支付得起僕役的家庭中，大部分的家庭主婦都開始自己做家事了，特別是戰爭越拖越長時，食品的供應就更不足了，常常要耗費許多時間及安排，弄來一些最基本的食物及燃料。比中產階級婦女更慘的是勞工階級的婦女們，她們既沒有錢去大量囤積，也沒錢去黑市購買，更沒有足夠的空間去儲存，本來就只有極少數的勞工婦女專心在家中為家庭主婦，到了戰爭期間就更少了，因為許多婦女開始必須養家活口，因為丈夫被征去從軍，家庭的唯一收入因此不在，且帝國對於軍人之補助又非常少，遠少於丈夫在家時

⁶³Ute Frevert 原著；馬維麟譯，前揭書，頁 133~151。

之收入，迫使婦女必須出外賺錢。

戰爭爆發的前兩年，婦女還不容易找到一份工作，又加上一些本來僱用許多婦女的工業，如紡織、服飾及煙草工業都大量裁員或根本關閉，故在戰爭初期爆發大量的失業潮，一直到戰爭的後期，漸漸增加對戰爭產品的需求時，才使這些工業又開始應徵勞工，故到一九一七年初，開始加強一種徵召的廣告，大力鼓吹勞工婦女加入戰爭工業中，而使國家能徵召男性去前線打仗，此時工業受到戰爭的壓力，開始對女性勞工一方面利誘，以高新雇用未受職業訓練的女性勞工，另一方面也對之威脅，已取消對軍人家家庭的補助來鼓勵婦女到工廠工作。有些企業甚至以她們的社會福利措施來吸引婦女勞工，例如勞工宿舍，在中央及地區性的戰爭部門中，常設有婦女中心，以負責策劃將婦女勞工在戰爭工業中動員起來。

事實上男性乃更早即更強烈受到此一結構改變的撞擊，這現象在戰爭期間並沒有改變，因為一方面，基於年齡層分布的關係，女性具工作能力者越來越多，另一方面，有越來越多的女性選擇在工商業工作，儘管如此，似乎婦女再戰爭期間十分快速而激烈加入了工商業的領域，各行各業都充斥的女性，似乎到處都是女性的天下，在以前被男性一手包辦的範圍也開始出現女性，傳統男女分工似乎已經被打破，女性似乎能輕易接管男人的傳統行業。

戰爭同時也加快了社會政策的發展，有些本來就在戰爭已經開始進行的，後來在戰爭結束後還繼續受其影響，最大受益者莫過於婦女了，特別是下階層的婦女們，她們基於沉重的工作負擔，著實有受保護的特別必要，而公民婦女當然也同樣受到社會政策發展之益處，只是在另一方面，她們曾建立所謂婦女援助團，希望能搭起在貧困婦女與地方政府間的橋樑，並且透過個別性的接觸，使政府的救助措施真正的落實下來。所以當時的中央軍事部門總司令，就曾十分明確指示下屬，在有關婦女事宜及社會福利措施等方面，一定要讓婦女負責，因為只有她們的合作，才能真正將婦女在工業裡動員起來。

四、第三帝國的婦女⁶⁴：

（一）納粹之婦女政策概略：

一九三〇年代，婦女是對希特勒最忠誠的擁護者，因為國家對婦女貢獻的肯定，納粹政黨不斷在其政治文宣中宣稱母親是國家最重要的子民，當然所謂的母親只限於雅利安族、健康並對黨忠誠的德國母親，而那些不符合上述標準的母親則在納粹政權下被凌侮、強迫結紮、拷打、被拖到集中營荼毒。

然在德國境內，左派自由人士及社會民主黨者早在一九三三年前就一再警告

⁶⁴ Ute Frevert 原著；馬維麟譯，前揭書，頁 189~219。

者，若是納粹當政的話，女權將受到空前的浩劫。而事實上，納粹政黨也毫不掩飾表示，它們的政策和婦女解放的主張完全不相容，一切在威瑪時代女性們在政治及法律上所爭取來的改革將化為烏有，男女之間的平權將成為明日黃花，並主張，第一次世界大戰的婦女運動只是在煽動女人對抗男人，並且只是個人主義毫無止境的膨脹，婦女強欲與男人在政治、職務及金錢上一較長短，而完全忽略她們應盡的母親任務，女人只是盲目跟從，而自己本身也沒得到多大好處，只有在民族國家中，婦女們才得以成為真正的婦女，能夠在她們自己的小世界中，與男人的大世界合一。

（二）納粹對政治、思想、宗教、言論自由之箝制與單一化：

隨著一九三三年希特勒的掌權，納粹政黨原本具有過度性的革命性轉變成一種規範性及一般性的群眾文化，所有異議者及不願同流合污者都被剷除掉，所以具同化意願的都被訓練成一言堂，共產黨及社會民主黨被禁止及擊潰，公民的婦女社團被迫馬上表態支持希特勒的政權，並且自願加入由納粹組成的婦女團體，在加入納粹總團體之前，所有的猶太會員必須退出，所有的領導位子都由納粹黨員佔住。一些保守及具有民族傾向的婦女團體如德國基督教婦女社團、家庭主婦社團或是德國殖民社會的婦女社團等等都心甘情願完成納粹的要求，這些團體從一九三〇年起就開始非常密切的和納粹合作，儘管在當時還是有許多國家主義得婦女對納粹的政策不滿意，但是就整體的世界觀而言，它們還是和納粹相當契合。

儘管德國婦女社團對新的政權十分肯定並寄予希望，但是對納粹的一言堂不十分滿意，結果德國婦女社團就在一九三三年五月被宣佈解散，這一舉也等於是宣判德國婦女運動的死刑。大部分的中產階級婦女運動者能毫無問題地整合於納粹政黨中，儘管在社團中還是希望能保有一些自治權，但根據新政權的規定則完全不可能，納粹政黨的重要黨綱如民族國家主義、德國的基督教、反馬克思主義以及反猶太人等等剛好迎合當時公民的口味。即使納粹的手段過於殘酷，以及他們對所謂帝國敵人速戰速決的方式讓公民有點不安，但基本上並未有太大的阻力，或許當時的公民以為這只是過渡現象，隨著時間的流逝會使殘忍度降低，當然到了一九三三年後，當所有的政黨被禁止、所有的工會被解散、大眾傳播媒體被一體化後，大家才認清納粹的噩夢並不是那麼容易可揮之而去。

（三）納粹之因人口政策倡導母姓與家事的重要，與社會現實間需要女性勞動力間之關係：

在勞動市場與家庭方面，納粹不斷強調性別分工與隔離，但常常無法真正百分百做到，頂多在軍事及政治範圍內可以達到他們想像的清一色男性，但是當納粹需要女性勞工時，他們就不再堅持性別的分工了，在經濟危機時，納粹極力反動女性的雙重收入，連在他們的選舉文宣中也保證將已婚女性排出勞動市場外，

即使是未婚女性也應該儘量不要與男性競爭，而應該專心於其正業，家庭及農業或社會工作方面。在法律方面，納粹降低女性家庭幫傭者的保險費，使這項更具吸引力，雇主若是僱傭女傭的話，可以得到所得稅的優惠，但卻沒得收到多大的效果，女性就業人口仍然升高，而從事家務及農業或社會工作者則反而減少，而戰爭全面開打後，勞力欠缺下，公私機構皆對女性勞動力有相當大的需求，這也使勞動部在一九三九年十月下令，在公車、火車及電車等部門中，如果女性擔任昔日由男性所擔任工職務，可以獲得與男性同等的報酬，在私經濟部門中，男女的平均工資不應該超過百分之二十五的差距，從一九四〇年起的軍備工業及少數的零件工資中，女性勞工甚至可以領到和男性勞工同樣的工資，有些企業爲了爭取女性勞工做重新招募工人，而實行同工同酬的規定，可謂戰爭使男女平等的達成帶來些曙光。

（四）納粹種族人口政策下，對日耳曼女性之社會福利以及對婚姻家庭制度之改變：

家庭婚姻方面，無論是生育上、締結婚姻與離婚、政府對家庭的補助上，皆以納粹的種族思想爲思想中心，換言之，此時關於婚姻家庭之法律以及社會福利政策，無不受到種族及人口政策左右，基本上，納粹之人口政策爲鼓勵生育，因二十世紀初，生育率不斷下降，而於經濟大恐慌之際，生育率就更低了，故於歐洲各國，皆有擔心人種凋零的問題存在，而對納粹而言，特別強調人種權力與生存空間的擴展，而其主張之「東進政策」，以及對鄰近國家的侵略政策，更需要一個不斷擴張且品質強大的種族，而非該種族人口不斷減縮且與遺傳疾病、社會邊緣人及種族混合而降低敗劣。

從而，納粹對於人口與家庭非常重視，如在一九三三年的「防止失業法」中，就是要將婦女從職場中引開，即該法規定，新婚夫妻可以向國家申請婚姻借貸，而妻在借貸期間放棄工作，可得到無息之貸款，且每生育一個孩子，可減少四分之一的借貸，而在課稅方面，子女繁多的家庭在稅率方面小有優惠，並且享有各式的財政補助，而沒有子女的家庭課稅就十分繁重，另外也對墮胎的刑法提高，使婦女不得任意墮胎，當然如前所述，也強調母姓與家事的偉大，使母親都能盡心盡力於家庭照養小孩。

當然納粹所強調之人口政策，爲維持日耳曼的純種性以及將次等的種族（如猶太人、吉普賽人、波蘭人、蘇俄人）與社會上低階層人（如妓女、酗酒、犯罪、長期依賴社會救助者）以及先天性疾病（如智能不足、癲癇、盲聾、天生畸形），此類人口在納粹看來，根本就不該生育，故有些被強迫不能生育，而成立家庭者，當然一切的保護與福利皆無，此爲爲了維持種族之優位。

從而影響到婚姻法之制定，其中最主要的爲關於離婚之規定，夫妻在分居三

年後，可以不具任何理由聲請離婚⁶⁵，故德國與猶太人間的婚姻，可根據這條法律輕易離婚，當然離婚自由為當時人們所樂見的，惟其目的在於使不合乎納粹資格的人口政策下之家庭不受到保護，加速其分離，並且國家也強制介入此等家庭的分離中，家庭只有再能產生健康及思想健全的下一代時，才有給予保護之必要性。

而為了維護其日耳曼純種性，對於非婚生子女也有相當的保護，只要母親與胎兒合乎納粹口政策的標準，無論其是否為非婚生子女，皆受到一定的保護，司法部也規定，未婚女性不得因懷孕而馬上被公家機關解雇，且不得對未婚母親及其子女有異樣眼光看待，與對於離婚之允許，納粹盡因人口種族政策，實現了女權運動者一直無法爭取到的權利與平等。

惟對於非婚生子女之保護，同時也存在者對家庭制度破壞的政策，納粹不只鼓勵未婚媽媽生育，且因為戰爭，國內女性較男性為居多，故納粹試圖破壞一夫一妻制度，想以一夫多妻取代之，甚至為戰時不同於平時，故妻子無需顧慮在戰場上的丈夫，此皆為其有目的性考量政策，與人權發展甚無關聯，故對於女性權力是提昇或是貶抑，已無任何重要性，然其對整體家庭倫理與社會價值之崩解是可見到的，縱使某些政策有助提昇婦女不同於傳統的地位，惟在只有與納粹權力目的相符才提升的地位，其價值又何在，目標一變，皆將化為虛有⁶⁶。

⁶⁵ 有謂此為「破綻主義」之立法，因為該法律規定者，係不問夫或妻何人須付不履行同居之責任，只要有此原因，雙方都可為離婚之聲請，此為婚姻既已有破綻，則維持亦無意義，以目前法律而言，不履行同居義務，無疑為婚姻不能維持之重大事由，在採行破綻主義立法之國家，當然雙方皆可提起離婚之訴，且無對此破綻產生須無過失。

相較於我國，裁判離婚的要件就保守許多，限制了有配偶離婚之請求權，故多有批判此立法已不合現代國家法學思想的潮流，對已有破綻之婚姻，離婚條件如此嚴苛，且須夫妻在法庭互揭瘡疤，實非妥當之立法，惟當事人在婚姻有破綻下，不選擇能輕鬆達離婚目的之「兩願離婚」，卻訴諸程序繁瑣之法律程序，可能為離婚條件談不妥，或是一方不願意離婚，如為條件談不妥或是過失較重的一方不願離婚，則透過法院給予其確定判決賦予其確定之法律效力，採破綻主義的精神自為對公益私益皆有一定之助益，惟如情形為過失較輕之一方甚至為無過失之一方欲維持婚姻時，則冒然採取破綻主義之精神，其適用上是否能合乎公益與當事人間之公平正義則有疑意，蓋此不為容許欲離婚者製造破綻而達其目的，而他方只能被迫接受。

又破綻主義之立法，為納粹達其種族、人口政策而訂定，當然，在無兩願離婚規定的德國，採行破綻主義是有其重要意義，蓋「清官難斷家務事」，法院以當事人的意願為最重要的考量依據是無問題的，故此原則才會在戰後更加被發揚，惟是否引進於我國，實應該考慮國情與人民之接受度，且我國有比破綻主義更寬鬆的兩願離婚，如前述，會對簿公堂者一定是有一方的意願出現問題，是否引進，應以人民之自由權利與家庭和諧為考量，更不得如納粹只為了達國家利益為目的。

⁶⁶ 有論者以國際間婦女權利的比較，來觀察納粹時代婦女權利之消長，以就業比率觀之，德國與其他國家相比，不分軒輊，而社會福利方面，如母性保護、子女撫恤金方面，德國則先進許多，在法國，女性一直到一九四五年才取得積極與消極的選舉權，在美國的許多邦也實施和納粹相同的禁止生育法律，再法國於一九二〇年訂母親節為國定假日，而其對他的刑罰亦和蘇俄一樣嚴苛，並且對生育允以金錢獎勵及榮譽。

惟以上述之比較認為納粹使女性權利前進甚有疑意，就婦女就業而觀，戰爭期間男子戰場，國內之後勤與經濟總是要有人支撐，無論何國皆同，此時當然就有賴女性，故此就業比例之比較，

五、第二次世界大戰結束，新共和時代⁶⁷：

（一）戰敗初期之經濟、家庭危機：

1、戰後德國婦女負擔一切家庭生計：

此為第二次世界大戰結束後之時代，德國為戰敗國，希特勒宣佈無條件投降，納粹也因此解散，惟多數德國人並未從納粹政權解散而得到解放的感覺，而是戰敗的屈辱與戰後一切物資的貧困，因戰爭破壞了一切，而戰敗國相較於戰勝國，此窘境只有更甚，而一切的重整工作將落在婦女的肩頭。

從家庭生活觀之，婦女在戰時本來就是負責打理全家大小食衣的問題，在戰時就已經為艱辛之任務了，而在戰後更為雪上加霜，蓋男人不是陣亡就是在俘虜營內，婦女根本無法求助於男人，在沒有男人的依靠下，負起一家人經濟重擔，而當時的生活，以住方面，戰後約有四分之一的房子被摧毀，加上有百萬居住在波蘭、蘇俄、捷克、羅馬尼亞及匈牙利境內的德國人被驅逐出境而被迫逃回德國，使的房屋問題日益嚴重，而燃料的匱乏也使在戰後的嚴冬有須多人被凍死，且食物的提供也是一大問題，戰後開始出現食物不足的現象，當然，佔領區中的外國人有些許能力提供物資，卻也使德國婦女，受盡了物資匱乏與戰敗屈辱，從而，在大戰爭過去後，家庭主婦所面對的則是食物與燃料的小戰爭，且因為「家事」並非所謂的勞動，故其所能分配到的食物也最少，其所能得到的營養與勞力付出是不成比例，造成家庭主婦營養不良的情況，惟這些看似不起眼的家事，經過婦女不斷衍生後，如食物與衣料的利用，卻也成為德國人民能夠在戰後苟延殘喘的最大助力，且由於經濟工業需要整頓並使德國能重新振新，雖多數工業設施未遭受破壞，然因為缺乏男性，所以婦女也被迫參加勞動，但同時也使婦女能夠持續在男性的工作崗位上。

2、男性歸家後夫妻間之不適應與家庭制度之危機：

是無法反映何國婦女權利發展較甚。

而在政治上與社會福利上，納粹與其說是保障發展婦女權利，其目的只為在達成其種族與人口政策，故對於日爾曼及納粹婦女的保護，其優於其他諸國，此為當然之理，惟對國內其他種族之不公平與不人道，怎能為「婦女」政治與社會福利之進步。

又對於墮胎罪與人權保護之關連，本為一難解之課題，其不只涉及對婦女身體自主權之保護，亦為胎兒生命權之保護，兩者間相互衝突與矛盾，且法益輕重相較，實難以看出何者較有保護必要（胎兒為獨立生命或是母親身體之一部分），又西方國家有其宗教上之因素，激進者對避孕尚且不容，何況墮胎乎，惟無論就法益衡量或宗教因素，皆非國家以其政治目的或國家利益，為權利之限制，而納粹會加重墮胎罪之刑罰，皆以其政治目的為考量，實與人權演進並無關聯，況且，以此墮胎刑罰之嚴苛各國對女權發展為比較，立論基礎為「墮胎罪為對婦女權利之侵害」，故對婦女權利發展為負面，從而，不得以一負面之事由，來論德國女權為前進，至多為此為各國皆對此婦女權利有所侵害，不單單為德國，惡性行為並不能為正面發展之比較基礎。

⁶⁷ Ute Frevert 原著；馬維麟譯，前揭書，頁 233~264。

另一方面，家庭也出現許多問題，最大原因在於與歸國的丈夫，因長時間的分離，並且丈夫太長時間於戰場或是俘虜營中，造成其受到戰爭身心靈的創傷，而其妻子與整個大社會，也因為戰爭有著與其離開時有相當大的改變，以致其在社會家庭中，找不到其地位與定點，此時丈夫需要有人能鼓勵振奮，然而妻子已並非其過去所印象，且早已心力憔悴，而妻子對於丈夫，多埋怨其缺乏適應及改變能力，在二者間觀念與生活模式已大相逕庭下，戰後離婚率大增，一九三八年，離婚率為一千對夫妻中有八點九對，一九四六年時升到了十一點二對，到了一九四八年時則升到了十八點八。

（二）戰後經濟復甦時期

1、由傳統走向新時代：

戰後初期家庭制度的崩離與家庭結構的危機，為一過度期且漸漸不為大眾所接受，因為無論男女皆需要家的支持，故婦女一度有走向傳統的傾向，如以男性為外出工作，而女性則為專職於家務。

而後到了一九五二年，德國經濟漸漸甦醒，一般家庭開始能有較高的享受，此時生活條件雖較以前優渥，惟這時的婦女並未仍想呆在家為全職家庭主婦，而是走入勞動市場，而會使婦女踏入職場的原因並非純然的經濟因素，即非為家庭有經濟上之困難，而是要能有較優質的物質生活。

另一方面，由於經濟復甦，正值非常景氣好的時期，社會也需要大量的勞動力，故企業也非常鼓勵婦女踏入職場，又因為社會上各種設施之配合，如幼稚園的大量設置，使婦女能夠將小孩送入幼稚園，而能使其白天進入職場不受羈絆，同時也因為女性普遍受到較好的教育，因此也對自己的前途有較高的期望，平心而論，在家事中是難以獲得所謂的「成就感」，包含所學知識技能無法運用、工作單調千篇一律、與社會較少接觸而封閉、更重要為經濟上無法獨立只能對丈夫依賴，從而接受過良好教育下是無法甘心居於家庭主婦，雖然在當時男女上大學的比例仍相差甚距，然良好的基礎教育已對她們有正面的影響。

2、對男女不平等之解決：

然而，職場上性別的不平等仍然存在，如一般企業較部會花心力訓練女員工，蓋其認為女性是以家庭為主，而工作為次要，故一般女性只能從事較簡單機械化的工作，且處於較低的階層，主管級多為男性佔有，且就同一職業及工作內容下，男女薪資也不相同。

當然這樣的不公平待遇是可議的，因為在工作績效上，根本無確定的證據能證明男性較女性高，應領有較高的薪資，從而女性開始自覺自深受到歧視而向法

院提出告訴。

然當時德國並未有法律保障此性別不受歧視，甚至當時民法也規定，原則上由妻子負起家事責任，且又在家庭及婚姻義務不矛盾時，才可出外工作，從而，訴訟中所能引用法律者，惟有德國基本法第三條⁶⁸，因德國基本法第三條，不只為平等權之規定，更有男女平等之特別列為一項為規定，此應具有特殊意義在，代表制憲機關對此一議題之重視，惟基本法畢竟只為一十分蓋略的規定，於薪資請求權上並不能有效運用，而法官也無明確之法律得以運用，只能依賴德國聯邦法院為判決，雖聯邦法院對消除男女間歧視做出了有利裁判，然無一部明確之法律規範，畢竟還是只能個案解決，無法消除此現象，直到一九五八年七月依日產生了所謂「平等權法」，排除了當時民法的夫權優先權⁶⁹，且肯定妻子的外出工作權，必且夫妻皆有權管理自己的財產，因為職場上性別歧視，理由多為傳統家庭分工的觀念而來，而該法律已明確將多數家庭中男女不平等的情形修正，惟從根將此不平等的觀念為修正，夫妻間家庭地位平等，則工作薪資上的不平等則失去了最大的理由與支撐。

六、小結：

從前述德國婦女地位兩百年來之發展，可看出，婦女從最先「生物特性論」或是「社會分工論」，只能被定位在家中，且為一輔助丈夫之地位，而後經過一連串的爭取與大社會的大事件的改變，漸漸從家庭主婦的位子走入社會，一方面為整體經濟模式之改變，或是良好教育的接受，而使多數女性產生了自覺，當然也使男女更為平等。

婚姻表現出來的反應，就是結婚率的提高，其原因為國家對結婚的限制取消，以及經濟結構的改變，男女皆能較容易賺取金錢以供婚姻之用，然而離婚率也快速增加，且提出的多半為女性，這表示女性對婚姻的自覺，因婚姻不再為長輩之介入而是自己為決定，當然能不對失望的關係妥協甚至選擇結束，由於婚姻的自由與自主，連帶也使離婚變的無「道德上」之非難，且因為有獨立經濟能力，對丈夫依賴度也降低，對婚姻更能有自主權。

然而，從離婚的提出多半是女性，且多數看法認為對離婚准許要件的鬆綁為婦女權利提升之一部分，是否也意味著婦女之於家庭與婚姻上，仍有較多的犧牲與付出，非一切的平等法定或是其是條文之刪除所能短期間改善，當然男女間

⁶⁸ 德國基本法第一項為法律之前人人平等的宣示，第二項為男女平等之規定，並課予國家有消極誤為歧視之事，且有積極維持平等之義務，第三項則為不得因性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治見解而受歧視或享特權。任何人不得因其殘障而受歧視。其實於第三項中，已有提到「性別」，然於第二項卻單獨對男女平等有特別之規定，並明確課予國家義務，可看出德國對此一問題之重視。

⁶⁹ 丈夫在決定婚姻中共同事務時，有單獨決定權。

之不平等為長時間的歷史，而從平等理論的提出至今也不過短短兩百年，然法律往往有社會性指標，只要法律能保障平等消除一切歧視，而國家與司法者能確切執行，則社會自有其調整到最適當的結構。

第二節 德國民法婚姻法之修正與重婚之規定

一、德國市民婚確定前之婚姻制度：

(一) 日耳曼部落法：

在法蘭克王國，婚姻的形式有買賣婚與搶奪婚兩種，在買賣婚姻中，通常由男方或男方家長與女方家長締結買賣性婚約後，婚約即告成立，婚約的履行，包括男方向女方家長或監護人支付身價，女方家長把新娘交給男方，在結婚儀式上，女方家長將一隻長矛代表權利之象徵交給新郎，表示新娘已從自己的權力下轉入新郎家長權力之下，並使新娘跪坐在新郎之前，以表示服從，買賣婚姻再當時是一種主要的婚姻形式，新娘此時並不是婚姻當事人，而為婚姻處分之客體；而搶奪婚在法蘭克王國出其廣為流行，男女及其親屬搶奪女方之後，向其家長支付賠償金，數額相當於其女被殺時所應支付的贖罪金。若對方接受，婚姻關係即可成立⁷⁰。

(二) 寺院法下的婚制度：

1、中世紀天主教廷下之婚姻制度：

中世紀時代，天主教會逐漸取得婚姻的管轄權，在此之前，婚姻制度主要是遵循羅馬思想及日耳曼封建習俗，而教會之婚姻制度則繼受之，而其文明程度則大大超越二者，其婚姻制度之特點茲分述如下：

(1) 宗教儀式婚之建立：

教會要求信眾結婚時不僅要有證人、神職人員在場，且須在教堂舉行儀式。

(2) 加強婚姻為男女雙方之合意原則：

降低了雙親同意的分量，有意婚配者的共同意願便成婚姻成立的要件，為當時婦女地位低落，故其能有意願之行使實為困難，故成效不彰，為此革命性的教義影響至今⁷¹。

⁷⁰ 何勤華等撰稿，德國法律發達史，臺北縣，韋伯文化，2003年，頁13。

⁷¹ Marilyn Yalom 著，何穎怡譯，太太的歷史，臺北市，心靈工坊文化，2003年，初版，頁78。

（3）對於通姦罪處罰之限制：

羅馬法和日耳曼部落法律允許捉姦的丈夫當即殺死通姦之妻子與相姦人，教會對此加以嚴格限制，羅馬法與日耳曼部落法均把通姦罪起訴全歸由丈夫壟斷，教會法則認為女性也擁有該項權利，教會法對通姦罪之處罰要比羅馬法寬鬆⁷²。

（4）婚姻被列為聖禮：

其主要影響為一夫一妻婚姻制度之確定與結婚不可分離原則，關於此二原則之依據，先從聖經中相關經文尋求，創世紀第一章第二十七節：「神就照著自己的形像造人、乃是照著他的形像造男造女。」創世紀第二章十八到二十四節：「耶和華神說、那人獨居不好、我要為他造一個配偶幫助他。耶和華神用土所造成的野地各樣走獸、和空中各樣飛鳥、都帶到那人面前看他叫甚麼、那人怎樣叫各樣的活物、那就是他的名字。那人便給一切牲畜、和空中飛鳥、野地走獸都起了名、只是那人沒有遇見配偶幫助他。耶和華神使他沉睡、他就睡了、於是取下他的一條肋骨、又把肉合起來。耶和華神就用那身上所取的肋骨、造成一個女人、領他到那人跟前。那人說、這是我骨中的骨、肉中的肉、可以稱他為女人、因為他是從男人身上取出來的。因此、人要離開父母、與妻子連合、二人成為一體。」馬太福音十九章三到六節：「有法利賽人來試探耶穌說、人無論甚麼緣故、都可以休妻麼。耶穌回答說、那起初造人的、是造男造女、並且說、『因此、人要離開父母、與妻子連合、二人成為一體。』這經你們沒有念過麼。既然如此、夫妻不再是兩個人、乃是一體的了、所以神配合的、人不可分開。」

故從創世紀第二章的文字中，可知耶和華所創造之婚姻為男女各自離開其父母，獨立為婚姻關係，又其強調「二人成為一體」，可得知對婚姻之態度為一夫一妻制度，又因為夫妻為神之配合，芸芸眾生當然不得為逆神的神聖性，因而結婚後是不得任意分離，中世紀天主教將婚姻列為聖禮，確定了神聖婚姻之一夫一妻婚姻制度與將日爾曼部落法中離婚為男人之權利限制之⁷³。

2、馬丁路德（Martin Luther）宗教改革日耳曼的婚姻

面對當時羅馬教廷權力之大所產生之墮落，馬丁路德寫了九十五條論綱反對羅馬教廷所發行的贖罪卷，此為宗教改革之開始，而後關於婚姻制度方面，馬丁路德也提出改革，為教士是否獨身與婚姻是否為聖禮。

就教士是否獨身，馬丁路德反對當時教士獨身制度，其認為從聖經中找部到

⁷² 林中澤，西歐中世紀基督教的婚姻觀與性倫理，歷史月刊151期，2000年8月頁49。

⁷³ 參照林中澤，前揭文，另參照蔡維民，基督教的婚姻觀，真理大學人文學報，2001年3月。

任何耶穌譴責使徒結婚的話，甚至認為耶穌基督與聖保羅年輕時可能都結過婚，加上當時社會，教士雖採行獨身制，惟透過非正當手段滿足其生理需求，如神職人員與情婦，甚至產下了孩子，而神職人員到妓院尋歡更由非公開變為公開，其辯解，儘管此種行為是種罪過，但卻能防止更大的犯罪，妓院好比是一條維持社會整潔的下水道，妓女保證面婦女的純潔，十五世紀德意志幾乎大多數中小城市都地方政府經營的妓院⁷⁴，獨身制帶來更大的墮落，無怪馬丁路德對此十分不滿，一五二五年馬丁路德與修女凱薩琳（Katharina von Bora）結婚，實踐其主張。

馬丁路德也不認為婚姻為聖禮，在路德時代的羅馬大公教會主張的聖禮有七項：聖餐禮、受洗禮、堅信禮、懺悔禮、婚禮、按立禮、臨終抹油禮；路德在《教會被擄於巴比倫》中，力陳羅馬大公教會將婚禮納入聖禮，根本沒有聖經的依據。誠然婚姻是神聖的，但將稱為「聖禮」則是謬制，其認為，婚姻是神創世紀時已訂立的，就算當人犯罪後，神也同樣肯定婚姻的重要性，因可以對應人犯罪之後所帶來的充滿者叛逆的情慾，基督徒當然應當愛著自己的妻子，他要愛人如己，他的妻子是他最接近的人，所以他應當是他最親愛的朋友。上帝最大的恩典是再婚姻中恆久的愛。故此，婚姻本身是神聖的，甚至在非基督徒的婚姻中，也是神聖的。不過雖然婚姻是神聖的，但由於這是屬於創世之時的自然律，因此婚姻禮儀是屬世的，是地上政府所管轄的，而非教會所管轄，所以婚姻不是聖禮⁷⁵。

故由上可知，馬丁路德並未否認婚姻之神聖性，對於神聖的一夫一妻婚姻制度與婚姻為上帝配合之神聖性不得任意分離，馬丁路德之宗教改革並未牴觸或質疑之，其只是將婚姻脫離聖禮之範疇，換言之，馬丁路德對婚姻之神聖性之解釋甚至高過天主教會，然其認為婚禮是屬世的，非教會所管轄之主張卻也遭到不當的解釋與利用，當時日耳曼聯邦中之Philip I of Hesse為宗教改革的重大支持者，且為馬丁路德庇護，然而，Philip I of Hesse卻利用新教對婚姻之教義，欲達成其重婚之目的，其於重婚之前，早已有通姦行為，並對其現任妻子Christine of Saxony極度不滿，一直有重婚之打算，Philip I of Hesse請路德為他背書，並且要路德說明聖經是有重婚的例子，此違背神聖婚姻制度路德當然不為接受，並告知，聖經上之例子都為非常例外的情況如妻子患癲瘋病，對於Philip 之情形是無法適用，然這位國王仍秘密為重婚，然紙包不住火，這個秘密不久就被揭露，不只是Philip受到其他邦聯反對，更使馬丁路德的名聲受到嚴重影響，而此等利用新教教義之不同，而為己之婚姻關係不受天主教約束之行為，也影響了日後英國的亨利八世⁷⁶。

3、一夫一妻婚姻制度確定：

⁷⁴ 林中澤，前揭文，頁 46。

⁷⁵ 蔡維民，前揭文，2001 年 3 月，頁 49~50。

⁷⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Philip_I,_Landgrave_of_Hesse#Bigamous_Marriage，
http://en.wikipedia.org/wiki/Martin_Luther#Philip_of_Hesse_controversy

東西方多數人類、民族的歷史中，大多是以男性權力為中心，男性較之於性，性，無論社經地位或婚姻家庭上皆有較優越的地位，而女性平等之爭取，如前所述，肇於十八世紀啓蒙時代之開始，才出現微微的生機，然依然被壓制了許久。

這樣的男女不平等，可反應在婚姻制度上，而婚姻家庭構成之基礎元素「夫」「妻」關係上，因而有所謂一夫一妻、一夫多妻、一妻多夫，可謂婚姻制度之基本可能方式，而婚姻具有「擁有」、「排他」的本質，且於男性權力中心社會中，婚姻更具有將其血脈流傳下去之意義，在此種概念與社會下，較容易產生一夫多妻制的婚姻制度⁷⁷，如中國皇帝後宮佳麗三千，民間也可納妾⁷⁸，而希臘神話中，宙斯也與眾多女神凡人結婚⁷⁹，故可推之，西方早期為一夫多妻制，而中國則是要到西方法律的引進後，開始有了改變。

而西方一夫一妻制的觀念，源於其宗教思想，蓋聖經新舊約⁸⁰中，皆有一夫一妻制的觀念⁸¹，而定下了一夫一妻的婚姻制度，且當時婚姻與宗教是相關聯的，國王、貴族、平民皆如此，即須結婚有一定之宗教儀式且須由宗教承認婚姻關係，在此宗教上有絕對的權利，從而，基督教神聖一夫一妻婚姻之精神與規定，無論任何階級皆須遵守，又西方文明本受基督教直接影響甚深，之後國家將原本宗教的權力，收歸於自身所擁有，而婚姻制度也從原本的宗教婚，改為以法律方式訂定，然一夫一妻制之精神仍為保留。

而以法律規定表現出一夫一妻制精神，則係為重婚即通姦法效力之規定，誠如大法官釋字第五五四號解釋：「婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。」故一夫一妻制同時有限制性行為自由以及夫妻間互負誠信義務，以及維繫家庭功能之目的存在，而非只為宗教

⁷⁷ 有不少討論從生物學的角度出發，認為一夫多妻制是較接近生物本來面目，而現今的一夫一妻制為文明社會下不自然之產物，其認為，生物求偶的目的就是為了傳宗接代，當配偶無法達成這樣的條件時，自然雄性動物會尋求體力及生育年齡各方面都較能達到此中目的的雌性動物，認為從一般生物學出發，一夫多妻為天性。

惟筆者認為，生物本來就無所謂「夫」「妻」概念，此本為人類文明社會下之產物，故以生物交配求偶模式來和人類婚姻制度做比較，根本就毫無比較基礎，也無具任何意義，退萬步言之，縱認為生物求偶交配行為與人類婚姻行為之最終目的，就是傳宗接代，可以為比較依據，惟生物物種何其多，皆有其獨特之求偶交配方式，何能一言以蔽之，認為就是一夫多妻制較生物接近，且為何是雄性動物要傳宗接代而非雌性動物，如果以雌性動物為中心思考，不也需要有能力之雌性配偶，故筆者認為，一夫多妻制只為男權中心下之產物，傳宗接代也為男權中心下之觀念，無須以生物學觀點來檢驗其適當與否。

⁷⁸ 戴東熊，論我國結婚要件之現代化，親屬法論文集，1993年，三民書局。

⁷⁹ 黃晨淳，希臘羅馬神話故事，2002年，台中，好讀出版有限公司。

⁸⁰ 舊約為傾向一夫一妻制度，然並非全然，其有諸多一夫多妻之案例。

⁸¹ 如亞當夏娃為一男一女。

傳統之延續。

早期日耳曼法中，對於男性是允許有多妻的，但當天主教及教會的影響逐漸增加後，許多婚姻的禁忌受到教會的影響。教會尤其禁止重婚及妾的制度。而逐漸的，自中世紀以來，一夫一妻婚姻制度乃在德國徹底執行⁸²。

德國有關於婚姻自由與一夫一妻婚姻家庭制度之法諺，諸如：婚姻須自由(原文：Matrimonia debent esse libera.)、同時兩妻不合法(原文：Duas uxores eodem tempore habere non licet.)、重婚指同時多夫或多妻之婚姻而言(原文：Polygamia est plurium simul virorum uxorumre connubium.)。

(三) 市民婚的的建立：

十九世紀末的文化戰爭中，德國由教會手中取回結婚的管轄權⁸³，鐵血宰相(Eiserner Kanzle)俾斯麥(Otto von Bismarck)在一八七五年受到拿破崙法典的影響，將法定的市民婚納入了帝國法中，婚姻由宗教的儀式婚轉為國家的世俗婚⁸⁴，並設置國家專門機關為管理，其機關稱為Standesamt，其於西元一八七一年建立，管理德國人民出生、結婚、死亡登記事項⁸⁵，而宗教婚姻，變成只是一種結婚儀式，而無任何法律效力，須取得有效之婚姻效力，須於國家機關登記，從而，呼應了前述馬丁路德之主張，其主張於此時被實現，婚姻不在隸屬宗教，而由國家政府所管轄，且因為此時德國也進入君主憲政時代，婚姻法制為民主過程之建立，故並未有前述國王因為一逞私慾，而有離譜之婚姻制度訂定之產生。

二、德國民法婚姻法之演進：

在此探討德國民法、婚姻法之修正過程，因身分法之規定，最為直接涉及男女平等原則是否被確實貫徹，以及可以反應出當時社會夫妻家庭成員中之隸屬或權利關係，即法律都無男女平等之觀念在，更遑論一般人民會有更進步與更尊重他人性別的思潮與態度，故筆者欲以此法律上之演進，可與前一節德國女性權利發展作比較，並且著重於重婚規定之探討，蓋重婚規定為一夫一妻婚姻制度原則之直接規定與法效力，也與男女平等原則有密不可分之關係。

(一) 一九〇〇年的德國民法：

⁸² 陳惠馨，從大法官會議第二四二及第三六二號解釋看我國一夫一妻婚姻制度之困境，固有法制與當代民事法學：戴東雄教授六秩華誕祝壽文論集，頁 42。

⁸³ Roth, Andreas 著，戴瑀如譯，公元一九九八年之德國新結婚法=Das Neue Deutsche Eheschließungsrecht aus dem Jahre 1998，國立臺灣大學法學論叢，2000 年 4 月。

⁸⁴ 戴瑀如，以比較法的角度看法律的變革—由德國法上的重婚規定論我國民法修法後的重婚效力，現代身分法之基礎理論：戴東雄教授七秩華誕祝壽論文集，2007 初版，台北，元照。

⁸⁵ <http://en.wikipedia.org/wiki/Standesamt>，參照。

德國婚姻法之統一是相當緩慢的，到一九〇〇年德國民法典才將全國的婚姻法完成統一⁸⁶，而其落後了拿破崙法典一世紀，因而多受拿破崙法典⁸⁷之影響，其內容較具特色的茲分述如下：

1、民事婚的的建立：

德國中世紀於基督教文化國家，婚姻是像是由教皇或教堂管轄，並以寺院法作為主要的法規內容，此為德國境內有效之成文法律，其規定男女雙方必須在自己隸屬教會神父前舉行結婚儀式，始能發生夫妻身分關係，而在教會主導之下，很早就確立婚姻神聖原則以及「一夫一妻制度」。

一九〇〇年的德國民法，以市民婚取代宗教婚，宗教儀式不再為婚姻生效要件，其以男女雙方當事人合意為成立要件，在國家戶政機關所為的儀式與登記為生效要件，自始德國婚姻不受宗教掌控，而為人民自主與國家規範⁸⁸。

2、管理共同制的夫妻財產制：

除妻的法定特有財產外，夫妻所有財產由丈夫管理、使用收益，可為管理上所為必要處分，即家裡面的一切財產，皆由丈夫所管理使用收益，妻對此並無權力，此為當時社會下，夫妻地位並不平等，由夫在外工作，得到收入，而妻則是負責家務，無實際收入來源，從而產生此種立法，於今日眼光看來，當然與男女平等原則相距甚遠。

3、離婚以有責主義為原則：

即當時德國民法採過失主義，以法條上所列舉之事由，無過失之一方能訴請法院請求離婚，即他方有通姦、猥褻、惡意遺棄、且須無過失之一方，才有監護子女之權利。

(二) 一九三八年之德國婚姻法：

一九三八年德國另公佈婚姻法，取代民法有關婚姻方面之規定，一九三八年為德國正值第二次世界大戰、希特勒所領導的國家社會黨執政期間，故許多方面之規定，為配合納粹種族、人口政策，故當時婚姻法之制定，實有國家利益為導向，而非全然配合人權發展與人民福祉為設計，然無形中，因為對日耳曼人之重

⁸⁶ 戴東雄，西德新婚姻法的立法趨勢與立法精神，親屬法論文集，1993年，三民書局。

⁸⁷ 拿破崙法典已有對重婚之效力為規定，其第一四七條：「第一次婚姻解除前不得再婚。」第一八四條：「違反第一四四條、第一四七條、第一六一條、第一六二條及第一六三條的規定的結婚，夫妻、利害關係人與檢察官居的提出婚姻無效之訴。」

⁸⁸ 戴瑀如，以比較法的角度看法律的變革—由德國法上的重婚規定論我國民法修法後的重婚效力，現代身分法之基礎理論：戴東雄教授七秩華誕祝壽論文集，2007初版，台北，元照。

視以及爲了有多且強之日耳曼人後代，因此對於日耳曼婦女之照顧，加上戰爭社會傳統結構的改變，反而使這部婚姻法，成爲一突破傳統進步的法律，故第二次世界大戰結束之後，一九四六年盟軍管委會所制定的德國婚姻法，原則上皆承襲這部國家社會黨所制定的婚姻法內容，而只刪除了其有關民族、人口政策之規定，如：爲保持德國亞利安種血統的純淨，之禁婚事由，例如：不得與猶太人締結婚姻。以及禁止與低階層、拒絕生育、或不生育之人結婚之規定刪除，故一九三八年之德國婚姻法有歷史性的重大指標。

3、關於離婚之規定：

其離婚規定最大特色，爲採取客觀主義，如前所述，此爲配合國家社會黨之人口、種族政策，故新增拒絕生育、惡疾、不孕爲離婚事由，又該婚姻法 48 條對離婚採行破綻主義，即夫妻別居滿三年，可推定婚姻出現破綻，得請求離婚，而無須有任何過失，不論立法原因爲何⁸⁹，乃首開德國離婚破綻主義的先趨，而後的修法更將有責任拿掉，而全採行破綻主義⁹⁰，且把三年的原因期間縮短⁹¹，蓋欲離婚者，哪能忍耐三年那麼長的時間，且基本上，該婚姻法仍有有責主義，推定破綻只是離婚條件之一而已，其成效並不大，況德國未如我國，有所謂「兩願離婚」，所以欲離婚之夫妻一定需對簿公堂，且需互揭瘡疤，已達離婚之目的，然此常常涉及隱私，且又因爲情況往往只有夫妻相互了解知曉，故法院其實對於有於責任，基本上也無從調查，此等訴訟部指使將離婚的夫妻感情更加惡劣甚至仇視，且由於法院無從調查證據只能任當事人胡說，故也嚴重破壞法庭之莊嚴與人民的信賴，故無論當初國家社會黨基於何種原因而爲破綻主義的立法，卻也被認爲是較優的立法方式，而更加發揚光大。

因此一九七六年的婚姻法修正，離婚的原因就只有一種，即爲「婚姻破裂」，即立法者認爲，婚姻破裂是一段心理歷程，常無法判定到底誰應負責任，且責任歸屬如何認定，又要如何調查婚姻是否破裂，需探討客觀環境與當事人之主觀，一方面當事人皆不希望隱私被揭露受法院調查，二方面，法院要調查此等事項極爲不易，故德國法另有婚姻破綻之規定，其方式有如前述一九三八年之規定，只是時效上更爲縮短，如註 21 所示，兩方皆同意只需別居一年即可請求，如別居達三年以上，則無論他方是否同意，皆可推定婚姻破裂，而對於別居，其定義爲，夫妻家庭共同生活已廢止，且夫妻之一方，因拒絕婚姻共同生活，顯然不欲回復其家庭共同生活者。⁹²

⁸⁹ 該法律制定之原因，見第一節所述。

⁹⁰ 德國民法 1565 條：「婚姻破裂時，得離婚。」

⁹¹ 德國民法 1566 條第一項：「夫妻別居不到一年，雙方申請離婚，或申請人之他方亦同意離婚時，推定婚姻破裂。」第二項：「夫妻別居已三年，推定婚姻破裂。」

⁹² 戴東雄，前揭書，頁 6~15。

4、關於重婚之規定⁹³：

雖希特勒爲了有更多純正德國日耳曼人口，因而鼓勵生育並且曾呼籲婦女不用考慮到在戰場上的丈夫，甚至考慮一夫多妻，然畢竟只爲一構想，並未付諸行動，當然也就不會表現於立法上，故德國婚姻法仍有關於重婚之規定。

（1）重婚爲禁婚親之事由

依婚姻法第五條⁹⁴之規定，任何人不得於前婚被宣告無效或解消前，再次締結婚姻。但第十三條中對於夫妻雙方因懷疑現存婚姻的有效性，而欲重新締結婚姻時，並不違反第五條禁止重婚之規定。

（2）重婚時後婚無效

依婚姻法二十條第一項之規定：「配偶之一方於結婚時與第三人仍保持有效婚姻關係者，其結婚無效。」⁹⁵此爲不得於婚姻關係存續中，與他人締結婚姻之規定，從而，一方於締結婚姻時，已與第三人有婚姻關係，則該締結之婚姻無效。又婚姻法二十條第二項規定：「如果再結婚前，該前婚姻關係之離婚或婚姻撤銷已被宣告，那麼，當結婚後，前婚姻之離婚或撤銷已確定，則新的婚姻視爲自始有效。」，故除非在締結後婚前，就前婚已提起離婚或婚姻廢止之訴訟，德國法之婚姻廢止，與我國婚姻得撤銷的概念是相同的，故於後婚締結後，判決方生效力時，該後婚則可溯及到締結婚姻時發生效力。

（3）重婚無效之效力

依婚姻法二十三條規定：「法院未爲結婚無效判決宣告前，任何人不得主張結婚其結婚爲無效。」依此規定，婚姻是否有效，須經由法院裁判決定之，並非自始、當然、絕對無效，此爲裁判無效而非當然無效之立法，須由有利害關係人向法院提起無效之訴訟，經法院裁判無效後，該婚姻使告溯及或撤銷後無效，從而在該婚姻未經法院宣告無效之前，任何人不得主張該婚姻無效。此對於後婚姻之關係有其重大意義，蓋如採自始、當然、絕對無效之規定，則該婚姻因爲重婚，故根本爲一無效婚，並不待法院判決即爲無效，則關於後婚配偶間之權利義務皆無法主張，蓋其自始根本無婚姻關係存在，更無配偶關係之可能。而採判決無效之立法，則爲法院判決確定前，該重婚仍爲一有效婚姻，換言之婚姻無效之訴在尚未經判決確定之前，該婚姻仍爲有效的婚姻，具有婚姻法上所享有之一切權利義務，配偶間再婚姻被宣告無效前，得主張婚姻關係中之一切權利義務，直到法院宣告婚姻無效之判決確定後，方溯既往自婚姻締結時不生效力。

⁹³ 戴瑀如，前揭書，頁 354~356。

⁹⁴ 德國婚姻法第五條：「任何人在前婚爲被宣告無效或解消前，不得結婚。」

⁹⁵ 戴東雄，親屬法實例解說，頁 46~47，1994 年，初版。

但是又依二十六條之規定：「無效婚姻所生財產上之權利義務準用離婚之規定。」為處理，故如該權利義務為離婚所規定者，可能產生溯及失效與向後失效兩者間之競合，惟筆者認為，雖德國法上之解除與我國法上之撤銷為同一意義，均是溯及失效，惟撤銷權之行使，使該法律關係溯及失效後，仍可能產生新的法律關係，⁹⁶從而，解釋上，既然德國婚姻法有準用離婚之規定，而離婚之意義為婚姻關係於離婚程序後消滅，故與裁判無效之方法與效果間，具有類似性，又依前述撤銷之概念而言，因離婚而生之權利義務，可類比為因撤銷權行使後法律關係溯及無效後所生之權利義務，故法律適用上，離婚後雙方間之權利義務，於婚姻無效中應有適用，因此實際上的後婚配偶並不會因為重婚經法院判決確定自始無效後，而喪失所有的權利義務，甚至亦有與前婚配偶同時請求剩餘財產分配的可能。是以，有所謂此處雖為溯及既往的不生效力，但實際上卻是向將來失效。

另外，可提起婚姻無效之訴之權利人依第二十四條之規定：「於結婚無效情形，檢察官或配偶之一方，得提起無效之訴，於第二十條情形，前婚之配偶亦同。」故得提起婚姻無效之訴者，包括雙方當事人及檢察官，檢察官可以公益名義，在其提訴的義務上擁有裁量的空間，除此之外，排除任何第三人得提起之可能⁹⁷。有問題是，是否排除惡意配偶一方提起婚姻無效之訴之可能？德國實務界認為，法律並無排除惡意一方配偶得提起婚姻無效之訴之規定，且婚姻無效具有公共利益之存在，故惡意配偶一方提起婚姻無效之訴並無不可。但亦有學者主張，此時由於有權力濫用之情形，得使惡意配偶一方得任意處分其後婚，使善意配偶一方受到無預期之侵害，故於此情形應將該訴訟駁回⁹⁸⁹⁹。又依同法第二項規定，婚姻無效之訴，在配偶雙方均死亡後則不得提起。

（4）特殊重婚

有別於一般重婚為單純有配偶之人又與第三人締結婚姻之情形，所謂特殊重婚即該重婚之造成，是因當事人信賴公權力的判決或法律的規定，而認為前婚不存在，方締結後婚之情形，因其為信賴公權力如離婚登記、一方配偶死亡登記或法院之離婚或婚姻無效裁判，從而，一般而言應給予信賴此等原因而為重婚之當事人，有「信賴保護原則」之適用。

依婚姻法第三十八條第一項之規定：「配偶之一方於他方配偶受死亡宣告後

⁹⁶ 如我國民法一一三條：「無效法律行為之當事人，於行為當時，知其無效或可得而知者，應回復原狀或損害賠償之責任。」故原先之法律行為經當事人撤銷後已不存在，惟因此產生了新的損害賠償責任或請求權。

⁹⁷ 戴東雄，親屬法實例解說，頁 46~47，1994 年，初版。

⁹⁸ 陳惠馨，從大法官會議第二四二及第三六二號解釋看我國一夫一妻婚姻制度之困境，固有法制與當代民事法學：戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集，頁 423，1997 年，初版，台北，三民。

⁹⁹ 筆者認為，如認為為維護一夫一妻制度，那提起重婚婚姻無效之訴應為一公益之訴，故時無限縮解釋該法條得提出當事人之必要，故惡意之配偶應可提起婚姻無效之訴，為考慮惡意配偶對公益與私益皆有一定之侵害與惡性，故得類推適用使婚姻無效之規定，負損害賠償之責。

再婚，其新婚姻並不因該受死亡宣告的配偶仍活著而無效。但若該再婚的雙方配偶結婚時，均知道受死亡宣告者仍活著時，不在此限。」同條第二項規定：「當新的婚姻締結時，舊婚姻因此解消。縱使該此一解消不因死亡宣告而受影響。」此一條文係針對死亡宣告後的再婚規定，當受死亡宣告之一方配偶仍然存在時，他方配偶已再婚時，其再婚之效力不因重婚的規定而無效，但該再婚之雙方當事人於婚姻締結時，明知該受死亡宣告之人仍生存者布在此限，及惡意當事人不受保護。前婚則於後婚締結時解消，即便死亡宣告嗣後被撤銷亦然。

本條是禁止重婚的例外規定，原則上婚姻經由死亡而解消，但不是經由死亡宣告而解消。死亡宣告是對一失蹤的人做死亡之推定，當其不符合事實時，依該條第二項之規定，該受死亡宣告者之法律上權利義務再度回復，將使信任該死亡宣告效力而再婚之配偶，有違反婚姻法第五條任何人在前婚因為被宣告無效或解消前，不得結婚。禁止重婚規定之虞，因此本條排除第五條之適用，而讓該後婚不因重婚之故而遭到無效之命運，換言之，在再婚配偶對於死亡宣告不正確不知情的情況下，後婚有效，而前婚解消，既然後婚有效，為維持一夫一妻制度，前婚自然必須讓其於後婚締結時解消¹⁰⁰，有學者認為此一規定對於受死亡宣告歸來之前婚配偶雖有些過苛，但為維護其配偶之結婚與家庭之權利，且對於自長期失蹤，也應有所擔待，故此規定對公平正義與家庭社會維護之目的並無違背。

又另外依婚姻法第三十九條第一項規定：「受死亡宣告的前婚配偶如果仍活著，則其原配偶得請求撤銷新婚姻。但若該配偶於再婚時，明知受死亡宣告之前婚配偶仍活著時，則不在此限。」第二項：「原配偶若依前項之規定撤銷婚姻；則其在其前婚配偶生存期間，若欲結婚，僅得與原配偶為之。婚姻撤銷效果依第三十七條第一項之規定。若被宣告配偶於結婚時知悉受死亡宣告的前婚配偶仍活著，則適用第三十七條第二項第一款之規定。」故受死亡宣告之人存活時，其原配偶可將締結之後婚廢止，但於後婚締結時，已知該死亡宣告之人存者不在此限。不過該善意之配偶廢止後婚，並不會使前婚自然恢復效力，而仍須與該受死亡宣告之一方配偶在行婚禮，並依第二項規定，該善意之配偶其再次結婚對象也僅限於受死亡宣告之一方配偶，而不得與另外第三人結婚。惟前婚配偶依婚姻法第三十九條規定撤銷新婚姻的權利應如何為之，規定在婚姻法補充及施行細則第十九條。依該條之規定，第三十九條規定，撤銷新婚姻僅能在前婚配偶知悉受死亡宣告的前婚配偶仍存活時，起算一年內為之¹⁰¹。

關於信賴法院判決以及離婚登記而重婚者，於「德國與我國重婚規定比較」

¹⁰⁰ 我國民法對一方配偶失蹤而為死亡登記，而他方配偶與再婚之人為善意且信賴該死亡登記而為後婚之情形並無明文規定，惟依民事訴訟法第六四〇條第一項：「撤銷死亡宣告或更正死亡之時之判決，不問對於何人均有效力。但判決確定前之善意行為，不受影響。」之規定，即此再婚雙方當事人為善意，和我國憲法保障一夫一妻制度之解釋下，可導出後婚姻善意為有效，而前婚在不違反一夫一妻制度原則下，通說實務認為前婚無法復活。

¹⁰¹ 陳惠馨，前揭書，頁 424~425。

章節會有論述。

（三）德國基本法的要求

德國基本法第六條規定國家與婚姻制度的關係。德國基本法第六條第一項：「婚姻與家庭乃受國家特別保障。」同法第二項：「子女的照顧與教育是父母的自然權力以及其優先的義務。國家社會對於父母行使權力履行義務應加以監督。」第三項：「子女僅在有教育權者無法為行為或子女因其他原因而處於受保護之情形時，依法律規定，違反有教育權者意志而使其自家庭中分離。」第四項：「任何母親有權要求共同體給予其支持及照顧。」第五項：「非婚生子女應依法律有同樣條件，使其身體的、心靈的發展及在社會中的地位與婚生子女一般。」

依據德國學者的意見，上述基本法第六條第一項與基本法第三條第二項所規定之平等原則考量下，基本法第六條第一項所指「婚姻」應受保障的婚姻，乃係一夫一妻制度的婚姻，從而，禁止重婚與一夫一妻制度原則為德國基本法所保障，另外，在婚姻締結自由保障的前提下，國家也不宜為太多的干涉，所以德國立法者對於禁婚親的範圍也自一九四六年的婚姻法之後，認為有限縮的必要，而展現在一九九八年婚姻法之修正。

（四）一九九八年婚姻法之修正¹⁰²

德國在兩德統一之後，終於將婚姻法的內容在納回一般民法之中，而於一九九八年七月一號完成修正正式施行，其中主要的內容包括再度確立市民婚的原則，戶政機關在結婚的形式要件中扮演重要角色，具有實質的審查權。其餘上有關於結婚能力的規定、禁婚的限制與假結婚的效力等。就禁婚限制中，刪除了禁止姻親結婚、離婚之後代婚期間之禁婚，以及法院就監護人未提出財產清算證明之禁婚等。因此目前現行法中的禁婚事由，僅剩保護一夫一妻之重婚與近親結婚，而該禁婚親得範圍也遠比我國的六等親小很多，只限於直系親屬及旁系血親二等親之兄弟姐妹。

另一個重大的改變是違反禁婚規定的效力減弱，不再像以前為無效婚，而僅為婚姻廢止的事由，婚姻自聲請廢止後，只向將來發生效力。足見德國在基本法的要求下，對禁婚的限制愈行放寬，僅剩下文化中最核心的倫理價值，仍透過禁婚的規定呈現，就重婚之內容茲分述如下。

1、將註冊伴侶法之同性同居關係，納入重婚法律效果之保障：

德國民法第一三〇六條於二〇〇四年修正規定：一人不得於婚姻關係存續中，或共同伴侶生活進行中，另與第三人締結婚姻。此為配合德國註冊伴侶法通

¹⁰²戴瑀如，前揭書，頁 357~358。

過而為修正，德國註冊伴侶法之內涵為保障同性之同居關係，伴侶間有一定時間之同居事實，且相互間有一定之經濟上之權利義務，而同居關係因其為法律上所承認，故對於同性同居關係之成立與解除需經一定法律上程序始具效力；同時國家並賦予若干成立同居法律關係相關權利一致，例如租稅減免、器官移植、捐贈及移產應繼份等，換言之，同居關係賦予同性伴侶間更多法律約束，以保障其對伴侶關係之承諾¹⁰³。

由上述可知，對同性戀者之權利之重視，可為世界之趨勢，且其婚姻與家庭生活，從嚴格而論，應不得與異性戀者為相異之處置，即配偶與家庭之概念，不應只為多數人所謂之一男一女所組成，需將此根深蒂固之觀念去除，而使配偶與家庭之意義中性化，由德國法上親屬法與註冊伴侶法之關係觀之，可知，配偶與家庭之概念，在德國仍為傳統之一男一女制，如非如此，則以一部民法即可規範，何須再為特別法之訂定，換言之，婚姻關係在德國仍須由一男一女所組成。

惟至少同性戀之同居關係已受到強烈之法律效果所保障，此可能是社會多數尚難接受此等婚姻，然對同性戀之家庭婚姻權之保障，不得謂非一大突破，而德國民法更將在此等同居關係下，如再與第三人締結婚姻，則該婚姻視為重婚，其與婚姻之效果，除了經濟上之效果外，因此規定，實質上可謂已相當接近婚姻家庭關係而受到國家之保護。

2、重婚之後婚姻，並非無效，而是得撤銷：

依德國民法第一三一四條第一項：「結婚違反第一三〇三條、第一三〇四條、第一三〇六條、第一三〇七條、第一三一一條之規定者，得廢止婚姻。」之規定，違反重婚之規定，該後婚不再是無效，而是維持有效的婚姻，一直到雙方配偶，或行政機關以公益為由提起婚姻廢止之訴訟，該後婚才會向將來發生解消的效力。

至於該婚姻廢止之效力，得否有如同其他婚姻締結的形式要件或實質要件般有補正的機會，由於重婚之禁止本身代表著一夫一妻婚姻制度原則的確立，故雖法律規定其效力為得撤銷，非當然無效，為亦不得解釋於重婚後所發生之補正事由，得向前補正，或是增加法所未規定之補正要件。

因此除非前婚在後婚締結前，已提出離婚或婚姻廢止之訴訟，而在婚後方判決確定下，始能補正該後婚的瑕疵，而其他的情形都無法使該後婚免於被廢止之命運，包括前婚姻在後婚締結後，才有離婚或其他婚姻廢止的理由，甚至因前婚配偶死亡而解消的情形，也無法使該重婚之後婚此而能加以補正。

¹⁰³ 張宏誠，同性戀者權利平等保障之憲法基礎，學林文化事業有限公司，頁 366~368。

3、因重婚而後婚廢止的效力規定在第一三一八條第一項：「下列情形，婚姻撤銷之效力準用關於離婚之規定。」，對於善意的後婚配偶可請求他方履行重婚廢止後之扶養義務，至於雙方皆惡意的情形，則可適用離婚的規定而請求離婚後的扶養，但前婚配偶扶養的權利不因此受到影響。若於後婚存續中有共同子女時，該子女仍受婚生之推定，並能向惡意之重婚配偶請求扶養。就剩餘財產之分配，在未有嚴重的不正當情形下，原則上重婚的後婚配偶亦得請求。

4、前婚配偶一方受死亡宣告但仍存活之特殊重婚情形：

因為死亡宣告而產生的重婚情形，立法者在此與一般重婚者為不同的評價。在因配偶失蹤。但依法聲請死亡宣告之後，該失蹤配偶被推定為死亡。而當該失蹤人之配偶於因信賴該死亡宣告判決而與他人締結婚姻後，於締結婚姻完成時，該被宣告死亡者歸來，即產生事實上之重婚。但依第一三一九條之規定¹⁰⁴，配偶之一方，於他方配偶受死亡宣告後再婚，只有再婚之雙方當事人皆明知該受死亡宣告之前婚配偶仍存活時，其再婚才會因違反第一三〇六條之規定應廢止之，除該情形已外，其生存配偶一方再婚時，都將使前婚解消，而該前婚解消之效力，於死亡宣告撤銷之後亦同。

因此於德國法中，即使是與失蹤配偶結婚之他方，明知其配偶尚生存，即為惡意之情形，但只要後婚之相婚人為善意的情形下，仍有第一三一九條的適用，使後婚有效。若善意的一方為與受死亡宣告之人結婚之配偶，於後婚有效後，才得知其前婚配偶歸來時，該善意配偶尚可依據本法第一三二〇條¹⁰⁵的規定，將原有效之後婚廢止。不過若其欲與歸來之前配偶繼續婚姻關係，則必須再締結一次婚姻，因前次婚姻已隨有效的後婚締結時而解消。不過，不同於舊法，現行法以刪除權利人再婚的限制，相婚的對象不再只限於該失蹤之前婚配偶，而另得與第三人結婚，除去道德責難。

三、德國刑事法律關於重婚之處罰：

有鑑於維護一夫一妻家庭制度之完整，家庭、婚姻亦為刑法所保護之法益，對於破壞家庭、婚姻完整性者，國家有刑法權之介入，進而保護個人之配偶權及家庭權，而德國對於違反一夫一妻制度者，有刑事法律之處罰，德國刑法第一七一條：「有配偶而重為婚或與有配偶之人締結婚姻者，處三年以下自由刑或併科

¹⁰⁴ 德國民法一三一九條第一項：「夫妻一方被宣告死亡後締結婚姻者，在被宣告死亡的夫妻一方上生存時，後婚姻只有在夫妻雙方在結婚時明知被宣告死亡的夫妻一方在死亡宣告尚生存時，才得因違反第一三〇六條之規定廢棄。」同條第二項：「前婚姻自後婚姻締結時起解消，但後婚夫妻雙方在結婚時明知被宣告死亡的夫妻在死亡宣告時尚生存者，不在此限。」

¹⁰⁵ 德國民法第一三二〇條：「被宣告死亡的夫妻一方尚生存，在第一三一九條受妨害之情況下，其前配偶可以請求終止新的婚姻，但其在結婚時明知被宣告死亡的夫妻一方在死亡宣告時尚生存，不在此限。廢棄之請求，應自前婚配偶知悉死亡配偶尚生存時起，一年內為之。第一三一七條第一項第三句以及同條第二項之規定，準用之。廢棄之效果，準用第一三一八條之規定。」

罰金。」此為德國刑法對重婚處罰之規定，其處罰對象為「有配偶者另締結婚姻」及「與有配偶之人締結婚姻」皆屬該條之行為人。

又德國刑法第十五條：「故意行為始有可罰性，但法律明文訂處罰過失行為者，不在此限。」從而，依此原則，對於一犯罪行為之處罰，以處罰故意為原則，對於過失之處罰，則須在各分則之罪中有明文規定處罰為限，而重昏並無處罰過失之規定，從而，其處罰對象只為前述民法之惡意重婚者，不及於善意之一方，關於特殊重婚之規定亦然，處罰對象為明知失蹤配偶尚生存為限。

四、小結：

法律之制定，如為正常三權分立之方式為制定，則應為反應出當時社會狀態與人民之法感情，兩者間可能相合或相互衝突，而相互衝突則可能為立法怠惰或是社會發展尚無法無與法律意識配合，當然此時法律就是一個指標來引導社會之進步。

（一）關於夫妻財產制：

而德國民法婚姻法之規定，大致能反應出當時男女間平等與否之情形，德國一開始的民法，關於夫妻財產制之規定，夫有絕對的管理處分收益之權，而妻對於財產任何權利可主張，因當時社會本來就是由夫謀取家庭之經濟來源，故婚後家庭之財產解釋上為夫所有似無可懷疑之處，而妻對於家庭收入並無貢獻何來權利可主張，惟家事勞動亦為對家庭之重要工作，不得謂只有夫對家庭有貢獻所以能對財產有絕對處分權，故此規定當然為不合理，且使女性在家中的地位更加低落，惟平心而論，要如何計算家室的價值，且使夫妻間在經濟所得皆為夫所賺取下，能為公平之處分權上之分配，實為相當困難之問題，縱使立法者有男女平等之意識，也難以解決之，故在當時環境背景下，批評也無法過苛。

而後在兩次世界大戰後，大環境以及經濟結構的改變，女性漸漸取得獨立之經濟地位，如此的夫妻財產制當然就不合時宜且不平等性更加顯而易見，故修法後改為普通法定財產制，即為分別財產制之型態，讓婦女可以自由處分收益其所得之財產，夫無權干涉之，此為女性權利之一大邁進，不過也是因為女性經濟地位之取得，而法律在為後來之保護，故可謂婦女自己爭取到自身的權利，而後又規定，無論收入來源，其利益應屬夫妻共同享有，蓋此對於夫妻間之合作更具助益，有益於家庭和諧，對於無經濟能力之一方保護更為周全，且今日男女已同工同酬，夫不一定有較優勢之經濟地位，故此已非只為女性權利之保護。

（二）關於離婚：

而關於離婚之規定，因一般倫理宗教上之觀念是不主張離婚，所以在離婚規

定上，德國民法開始是採有責主義，此應為保護家庭與社會觀念之立法，故與女性權利保護應無直接關聯，惟當時女性之社會經濟地位處在弱勢下，婚姻無疑為其最大之支柱，又離婚有具道德上之非難，故一婚姻關係之結束，對女性更顯出雙重不利益，從而，基本上在當時這樣的離婚不自由，對於女性之保護之較好的，當然如果結婚對象並非妥適，當然也就變成了限制，不過此為男女皆會有之情況，故似乎與對女性之保護無涉。

惟換個角度觀之，此為參考中世紀教會之婚姻觀，蓋在當時認為婚姻沒有世俗愛情的意義，是一種不可推卸的義務，換言之，中世紀的神學家一般都認為在現實生活中只有愛情不構成婚姻，合法的婚姻則不一定需要愛情¹⁰⁶，加上女性在家庭受制於男性，地位有如主僕關係下，又社會經濟地位無法獨立下，如前所述，家庭為其生存的最大支柱，如這時丈夫並無法善待之，將遭受到極大的痛苦，可謂人生之全部已無快樂希望可言，此非男性遇到部適合之妻子可比擬，這時如再限制女性離婚之權利，則為最後一絲改變的希望都被剝奪，故開始准許離婚對許多女性而言，是種解放，相較於男性，在權利自由的爭取過程中，離不離婚並非重點。

而後的破綻主義立法，使的離婚變的容易，蓋也因為女性有獨立經濟地位，且婚姻觀念已變為自主，故離婚也無道德上之責難，此時個人之自由與制度相比下，蓋因為一種社會規範倫理需被維持，是因為對個人之私益具有一定之利益，如果失去了這樣的意義，其實該社會倫理規範也就無被維持之必要，至少不用為法律所規定，故女性已不用再以婚姻保障其生活時，對於離婚要件之放寬，對當事人自由之尊重，是較為妥善之立法，對女性而言，因長久以來，就算職業婦女，受制於家庭還是較男性多，故對其也為自由意識之解脫與選擇幸福之權利。

（三）關於重婚：

其目的與離婚同，皆為在保護一種社會規範，而西方宗教婚時代早已採取此種制度，對於女性之保護亦為相當之助益，蓋父權中心時代，女性所依賴為婚姻，而合法婚姻妻之地位之維持關係著其人生，不只要維持更不能使之降低或縮減，而如允許重婚，雖婦女不致喪失其妻之地位，惟該地位會因他人而擠壓，其原本之權利也必為分割，從而，此一夫一妻制之規範，雖無直接為保障婦女之目的，惟已達到保障婦女之利益。

與離婚不同之處為，重婚較無關當事人之自由意識，而為重婚之行為，且婚姻制度為重大社會公共利益之事項，且是保障配偶之重要權利，故法律並不可能會允許當事人因為當事人皆同意下，而為尊重當事人自由而得重婚之規定。

¹⁰⁶ 林中澤，中世紀天主教會對女性的歧視，歷史月刊155期 2000年12月，頁66。

蓋婚姻本質有「男女以持續連結之目標共組一生活共同體」、「在國家參與下本於自由決定而成立」、「男女互為平等之伴侶」，可看出婚姻關係當事人間是難以容任第三人加入此生活關係中，且因為有國家之參與公益性濃厚，而離婚雖有國家參與，惟婚姻關係之維持與結束公益性之強弱畢竟不同，如為結束，最重要的為當事人間之意識自由，相較於維持，因為關係到婚姻制度之本質，立法者方不得恣意改變，遑論當事人可以自由意識改變其型態，故縱是否重婚，雖仍有當事人自由的空間存在，惟既然已經侵害了婚姻之制度性保障，故應不得允許，況想像如果夫妻皆重婚，則根本無家庭組成之形式與實質，男女平等下，允許重婚就是如此，而非古歐洲或是亞洲先前之「一夫多妻制」較為單純之問題而已。

然德國法上，重婚之效力也從無效改為得撤銷，故也有社會公益較退讓之趨勢，且既為得撤銷，則表示法律是默許當事人得有重婚關係存在，是否也表示德國基本法對於婚姻之制度性保障也遭受到破壞，不無疑義，且對於後婚配偶之保護也較為周全，表示使其道德非難性較為降低，也可看出，婦女受到該制度性保障而生之反射利益似乎已不再那麼重要，蓋如前述，過去維持強硬知一夫一妻制，對於無經濟能力及社會地位之婦女，為重要之保障，而今日社會早已轉變，男女在家庭中與社經地位教育程度上，已不分軒輊甚至根本不是以性別為此區分。

故維持一夫一妻制之對婦女保障之反射利益，似已不再存在，取而代之則是當事人之自由又往前推進一步，如「無效改為得撤銷」、「對重婚後婚配偶之保障」可看出，惟雖為得撤銷，然在採「登記主義」之德國，結婚為登記生效，故後婚要有效應先為登記，在前婚存在時要如何登記生效，實耐人尋味，且雖由無效改為得撤銷，惟提起撤銷之訴者，並非限於當事人，國家機關亦可提起，故也不排除國家干預與參與，故在一夫一妻制之基本法婚姻制度性保障下，其實公益性之退讓並不多，惟法律之進步反映社會之進步在於，對若是從忽視到法律給予其優惠性措施或特別保障，到此等保障不須存在，此代表社會之進步，故可看出，婦女以不需要以重婚強硬規定來達到保護其婚姻地位之目的，換言之，此為保護家庭制度之完整性，與保障婦女以較無涉，且亦可與前述婦女地位之演進相互對照。

而同性同居亦有重婚效力之適用，也是在同性婚姻未被承認前之過度性措施，使其類似婚姻之同居關係亦受到保障，在非基本法對一夫一妻制婚姻制度性保障之保護傘下，仍有受到類似重婚效力適用與保障之可能，可看出如今對重婚之規定，已從對社會公益考量下，轉而偏向對當事人權利之保護，對於兩性平等也更邁前一大步。

第三節 德國聯邦法院與歐洲人權法院相關判決：

一、「生活伴侶關係法」判決¹⁰⁷

BVerfGE 105, 313- 365- Lebenspartnerschaft tsgesetz

德國聯邦憲法法院第一庭 2002.7.17.判決

此為關於生活伴侶關係法是否合憲之爭執，聲請人認為該法形式違憲與實質違憲，認為牴觸德國基本法，而聯邦憲法法院根據基本法第六條以及基本法第三條裁判檢驗之，即該法是否侵害了固有婚姻制度以及與平等權有違。

（一）生活伴侶關係法立法理由：

1、本法之目的在於銷弭對同性伴侶歧視，並為其開啓給予其伴侶關係法律上框架之可能性。就此，透過經登記之生活伴侶，為以長期維繫所共組之同性生活共同體創設出一項會產生多像法律效果之家族法上機制。

2、在西元二〇〇〇年時，至少有 47000 對同性伴侶生活在德國境內。根據 Buba 以及 Vaskovics 受聯邦司法部委託，在二〇〇〇年所提出的研究報告指出，同性伴侶在伴侶關係、持續性、相互扶持，以及彼此擔保之期待上，與異性伴侶並無本質上之差異。超過半數以上生活在同性生活共同體內之受訪者表示，其希望在具有法律拘束力伴侶關係下之意願。

（二）判決要旨

1、例外許可更正法律案決議之前提要件，在於該決議係明顯的不正確。此不得單獨以法條為斷，毋寧尤需考量到法律之意義關聯與資料。

2、聯邦政府或聯邦眾議院將依主題區分成不同之法律，以排除聯邦參議院，將本非保留於其同意之規範，卻須由其同意干擾作法，在憲法上並無疑義。

3、經登記之同性生活伴侶關係法制度之導入，並不牴觸基本法第六條第一項。基本法第六條第一項對婚姻之特別保障，並不阻止立法者賦予同性生活伴侶具有與婚姻相同或近似之權利與義務。一項是用彼此不能締結婚姻之人的制度，並不會損及婚姻制度。

4、禁止非婚姻之異性生活伴侶以及親屬團體使用經登記生活伴侶之法律形式，

¹⁰⁷ 詹鎮榮譯，「生活伴侶關係法」判決，德國聯邦憲法法院裁判選輯（十一），2004年，臺北市，司法院秘書處，頁 211~245。

並不牴觸基本法第三條第一項之規定。

（三）判決摘要

於此判決中，聲請人主張該法律形式上與實質上均有違憲之虞，形式違憲為探討立法過程之違反憲法或法律之規定，或相關之議會程序，故不在本文討論之內，本文所探討為該判決中，關於婚姻與家庭保障與該法律對婚姻制度造成嚴重侵害，以下「生活伴侶關係法」判決聯邦法院法官之判決內容就實質違憲之部分探討。

聯邦憲法法院除為形式合憲之認定外，亦為實質合憲之認定，內容茲分述如下：

1．本法與基本法第六條第一項相符。經登記同性生活伴侶關係新制度之導入及其法律上之建構，既不違反基本法第六條第一項所保障之婚姻締結自由，亦不牴觸該條項所規定之制度性保障。經登記之生活伴侶關係同時也符合基本法第六條第一項作為價值決定基本規範之特性。

（1）基本法第六條第一項作為基本權利，乃在於保障與自己所選擇之伴侶締結婚姻之自由。此等無障礙通往婚姻之權，並不因生活伴侶關係法而受到影響。按生活伴侶關係法導入經登記之生活伴侶關係後，通往婚姻之路依舊為任何結婚適格之人所敞開。縱然如此，婚姻僅得與異性伴侶締結之，該婚姻之本質特性在於伴侶之間之性別相異性，而且僅在此等情形下，始具有婚姻締結自由之關連性。根據生活伴侶關係法之規定，同性伴侶依舊被排除再婚姻之外。只有作為法律制度之登記生活伴侶關係，能為其彼此建立一持續性之連結。

同理，本法既非直接，亦非間接影響異性伴侶締結婚姻之自由，由於經登記之生活伴侶關係將異性伴侶排除在外，是以，異性伴侶並不會因此制度而不得結束婚姻，婚姻通口並不因生活伴侶關係法而受到限制。依本法規定，一個業經登記之生活伴侶關係並非與婚姻之締結絕不相容。對此情形，生活伴侶關係法並未訂有阻礙婚姻之明文規範。

（2）保障婚姻作為男女間一種生活形式之要求，亦可藉由將婚姻之締結係於生活伴侶關係不存在或不再存在而獲得滿足。此中婚姻障礙將對基本法第六條第一項之自由保障構成並非不允許之限制，蓋其客觀理由正好存在於婚姻之本質與型態。就如同為了不危及婚姻之兩人關係，現存婚姻關係阻止締結新婚一般，僅對未因其他形式之伴侶關係而受法律拘束之人開啓婚姻之可能性，係符合婚姻之保障。此外，始婚姻有可能受到應有之保障，將提供以選擇經登記伴侶關係作為生活形式之人信賴保護，亦即立法者現已提供彼等生活伴侶關係，作為一有法拘束力，以持久維持為目的之責任共同體，對這些人而言，其伴侶關係已不單獨因

另一伴侶希望結婚之單方影響，而可能被終止。且立法者藉由生活伴侶關係法創設經登記之生活伴侶關係，並不與基本法第六條第一項提供並保障婚姻作為一種生活形式之憲法要求相違背。本法之規定客體並非婚姻。

(3) 基本法本身並未對婚姻加以定義，而係以建立在婚姻作為人類共同生活之一種特別形式的前提之上。在此，立法者享有廣泛決定婚姻形式與內涵之形成餘地。惟立法者在建構婚姻時，仍應注意到由基本法第六條第一項所揭示之既存生活形式、受保障基本權之自由特性，以及其他憲法規範所導出之本質結構原則：男女以持續連結之目標共組一生活共同體、在國家參與下本於自由決定而成立、男女互為平等之伴侶，以及得自由決定其共同生活形成，皆屬婚姻之內涵。

而經登記之生活伴侶關係並無上述保障。伴侶之相同性別使其與婚姻有所區別，並同時建構出自己之制度。經登記之生活伴侶關係並非基本法第六條第一項意義下之婚姻，而且承認同性伴侶之權利。據此，立法者考量到基本法第二條第一項以及第三條第一項與第三項之規定，協助此等人能更為妥善發展人格，並不受歧視。

生活伴侶關係法立法者並未觸擊到婚姻制度在憲法中之結構原則與形成。因而，婚姻之法律基礎並未受到變更。賦與婚姻法律框架以及行程有法律效過制度之全數規定依舊存續。正因為制度性保障僅涉及到婚姻，故其並不禁止為同性伴侶建構法律上類似內容之伴侶關係的可能性。

(4) 對婚姻之保障，危及本法第六條第一項委託由國家秩序提供婚姻特別之保障，國家一方面不得謂任何損害或妨害婚姻之行為，另一方面則應藉由適當之措施，以促進婚姻，基本法第六條第一項賦予婚姻之特別保障，旨在禁止將婚姻做劣於其他生活形式之處置。立法者制定生活伴侶關係法，並不與此相抵觸。

(5) 婚姻係屬於一自由空間，同時也是社會之一部分；其不因社會之改變而遭受到排斥。立法者可對此為因應，並且使婚姻之建構得以契合變遷後之需要。基此，婚姻與其他人類共同生活形式關係，亦同時發生改變。當立法者非以法律新建構婚姻，而係規定其他之生活共同體時亦同。在此範圍內，不同生活形式之間並非利於一固定之距離，而係彼此居於相對之關係。同時，其彼此間不僅可透過各自之形成，以區分或比較權利義務，而且更可找尋出其功能，以即可進入該生活形式之人的範圍。因此，將婚姻作為一制度加以保障，不可能與作為婚姻規費對象相分離。

(6) 國家之促進義務應以基本法第六條第一項為指標。倘若立法者自身透過法律之制定而損害婚姻之功能，則其將侵害了由基本法第六條第一項所保護之促進要求。此等危險可能存在於立法者創設出一與婚姻相同功能之他制度，並賦予其相同之權利義務。然而，此種可替代性並不與經登記生活伴侶關係之創設而相

連結。其與婚姻並不處於相競合之地位，蓋相對人範圍並不與結婚者重疊。而係在經登記生活伴侶關係中，非男性與女性間，而是兩個同性伴侶間得以結合之情況，使得其具有異質性。總之，婚姻所表徵出結構原則，賦予其外觀與排他性，使其成為憲法所保障之制度。然而，基本法第六條第一項並不將此等各別結構要素單獨保留予婚姻。該條項並不禁止立法者除男性與女性之連結外，尚可提供持續共同生活之法律形式予其他人之情況。透過持續性之特徵，此等法律關係並不會因而變成婚姻。此外，亦無法得知，該特徵可能會損及婚姻制度之結構。

2·生活伴侶關係法既不牴觸基本法第三條第三項地依據所規定之特別禁止，亦不違反基本法第三條第一項之一般平等原則。

(1) 本法僅對同性伴侶開放經登記之生活伴侶關係，並不存在有基本法第三條第三項的依據所稱因性別致使異性伴侶受到歧視之情況。本法並非將權力與義務人繫於人之性別，而係人之結合的性別組合，並賦予其進入生活伴侶關係權利。因此結合之人，享有權利與義務。如同婚姻受到男女兩人關係之限制一般，同性伴侶不得因其性別而受到歧視，而生活伴侶關係不得使異性伴侶因其性別而受到不利益。男性與女性應恆受同等之對待。其得以與另一異性之人，然而卻不得與另一同性之人締結婚姻。其得與另一同性之人，但不得與另一異性之人成立生活伴侶關係。

(2) 異性間之非婚姻生活共同體以及基於親屬關係而結合之生活共同體，被排除於成立經登記生活伴侶關係之外，並不牴觸基本法第三條第一項。基本法第三條第一項禁止就兩個彼此不存有類型上與重要性上之差異，因而不拒不同對待正當性團體間，對其中依規範對象團體為不同於另一規範對象團體之對待。然而，在同性伴侶與其他之社會上人和團體之間，卻存在有上述之差異。經登記之生活伴侶關係使同性伴侶得以在法律所承認之基礎上，建立生活共同體，並使彼此持續性地受到責任之拘束。凡此種種，乃截取自目前為止所未賦予的，蓋因其不得締結婚姻之故。相對於此，依關係人之猜測，異性伴侶間具法律拘束力支持持續連結利益時與同性伴侶間同等重要，並且在本質上具有相似性。雖然如此，不同於同性伴侶，婚姻制度對於異性伴侶而言，則是開放的。從男女持續連結之兩人關係，其得以扶養子女長大，而同性伴侶卻不能之差異點以觀，將足以正當化異性伴侶在冀望其生活共同體具有持續之法律拘束力時，賦予其婚姻。而藉此措施，對異性伴侶並不構成不利益。

同性生活共同體相較於兄弟姐妹或其他親屬關係團體而言，亦存有差異性，故具有不同對待之正當性。此尤其涉及到經登記之生活共同體具有排他性，不容許有其他相同種類之關係存在。反之，兄弟姐妹及其他以親屬關係為基礎之共同體通常亦以其他類似之關係相連結，並且除該其它連結外，更透過婚姻或夥伴關係而存在。此外，親屬團體從某些觀點而言，業已受到現行法所保障，而同性伴

侶則是透過生活伴侶關係始獲得開放。

(三) 評析：

1、德國聯邦憲法法院先對婚姻做界定，婚姻本質為伴侶之性別相異性：

依德國基本法第六條之規定：「婚姻與家庭乃受國家特別保障。」並未對婚姻做出任何定義，故是否限於男女雙方得締結婚姻，無法從基本法之規定看出，故只能依據立法者或是憲法解釋而為定義，而聯邦憲法法院在此對於婚姻之定義為：「男女以持續連結之目標共組一生活共同體」、在國家參與下本於自由決定而成立、「男女互為平等之伴侶」，以及得自由決定其共同生活形成，故依此解釋下，德國法上之婚姻只限於男女雙方得締結，而同性並不在婚姻制度所保障範圍內。

2、生活伴侶法與基本法第六條並無抵觸：

(1) 生活伴侶法將異性婚姻排除於外，如同婚姻制度將同性排除於外，兩者間並非絕對不容相容，故並未使生活伴侶關係排除了異性婚姻之締結。

(2) 然而婚姻具有排他性，故夫妻之一方或雙方被允許繼續與其他伴侶維繫同樣以永續相處為目標之生活伴侶關係時，則婚姻可能因而喪失其本質特徵，換言之，因為婚姻為排他性與長久相處性，而生活伴侶關係亦如此，故如兩種關係同時在一人存在，皆會有失此種特性，故此則與基本法第六條相抵觸，應不被允許。

(3) 從而，德國聯邦憲法法院之見解係為德國基本法和生活伴侶關係法為規範不同之制度，雖二者本質上皆有類似「婚姻關係」之排他性與長久共同生活相處之特性，然適格之人不同，且一人不得同時存在此二種關係，故可為兩種制度可相互並存，不生有舊制侵害新制或是新制抵觸了固有婚姻制度之情形，故生活伴侶關係法與基本法第六條並無抵觸。

3、惟誠如Papier法官以及Haas法官之不同意見書¹⁰⁸，制度性保障之目的，並非在防止婚姻制度受到不具正當性之侵害，而是立法者於建構婚姻時應受基礎結構原則之拘束，而於裁判中，對於婚姻之本質，於前述可知，為「伴侶之性別相異性」，既然判決已對婚姻本質做此定義，則可謂伴侶之性別相異為婚姻制度性保障之構成一環，故立法者於制定關於婚姻相關法律時，並不得抵觸此一原則，即當同性伴侶建立制度，且該制度之形成符合憲法對婚姻促進之要求所轉換之形式，致使婚姻遭受到排擠時，則將違背為有異性伴侶間始得締結婚姻之憲法上要求。而生活伴侶法，其只為形式上無「婚姻」之詞彙，而本質上與法效力上，皆有如同婚姻之本質，是否得受到立法者恣意支配，此甚有疑義，倘若立法者在無

¹⁰⁸ 詹鎮榮譯，前揭書，頁 240~245。

正當理由下，創設出介於同性之間的法律形式上伴侶關係，且在權利與義務上皆與婚姻相符合者，則將忽視了基本法第六條第一項所規定之重要原則。

4、如判決所示，其認為，生活伴侶關係係以人為聯繫點，而非性別，故基本法第三條第三項並未受到侵害，惟與特定伴侶成立經登記生活伴侶關係之要件，為應具備相同性別，故判決所稱「以人為聯繫點，而非性別」實有再討論之空間，筆者認為，其實聯繫點應為性別並無疑意，只是德國聯邦憲法法院所要解釋者，為婚姻制度並不會因為生活伴侶法之出現而有平等全被侵害之虞，故不得不繞一大圈，先說生活伴侶關係法與婚姻一樣，都是人的結合，而且不會因為此法之產生，而使婚姻產生不利益，因而侵害與婚姻之平等權，即先將二者同等化，再以二者之適用對象不同，彼此間不互相影響且只能擇一，來說明並無任何違反平等原則，然而，其實事實上，長久以來受到歧視者為同性之關係，且不受法律承認，並無聽說固有婚姻有被歧視之可能，就連其欲與婚姻相似之共同生活，也需透過特別法，似乎仍與固有婚姻制度有不平等之處，而如今是完全不同觀點，要解釋一根本無受歧視之固有婚姻制度沒有遭受歧視，在論證上著實為難以找到論點與理由，故該判決之論述過程，雖事後看來可能有欠完備，為亦具有一定之參考價值。

二、B .and .L. v. the United Kingdom（英國公公媳婦禁婚案）¹⁰⁹

歐洲人權法院第四庭於 2005/09/13 之裁判

（一）事實摘要：

本案第一原告原告 B 曾與 A 結婚，生一子 C，而 B 與 A 離婚，而後 B 又與 D 結婚，又與 D 離婚，故 B 於此無婚姻關係存在。而本案第二原告 L，嫁予 C，並生有一子 W，而後，C 與 L 離婚，之後第一原告 B 與第二原告 L 同居並欲結婚，而英國政府不允許，其英國婚姻法規定：「具姻親關係之雙方，結婚時年齡皆需滿二十一歲，如男性欲與其子之前妻結婚，需在其子跟孩子之母親均死亡後，該婚姻方為有效。」惟一九八四年的修法建議報告指出：「大多數人直覺反應都是，某人娶自己的婆婆或是嫁給自己的公公，不僅是不正當也是令人覺得厭惡，甚至是有罪或是危險的。但是經過研究、討論所累積的資料之後，我們逐漸發現該項禁止僅僅是基於傳統，而在今日並無任何邏輯的、合理的或是實踐的觀點，足以認為該項禁止是合理的。」惟並非獲得支持。故而，原告 B 和 L，已具歐洲人權與基本自由公約第 34 條規定，以英國為被告，提起本案。

（二）歐洲人權法院判決摘要：

¹⁰⁹ 許耀明譯，歐洲人權法院裁判選譯（一），2008 年，臺北市，司法院秘書處，頁 623~631。

1、公約第十二條¹¹⁰係保障已屆適婚年齡之男女有權依其國內法而實行結婚組成家庭之權利。此等權利之行使，有其社會、個人及法律意義。此一權利，係從屬於締約國之國家法律之下，但是對於該等權利限制之程度，不能達到應限制或減縮該權力而侵犯該權利之本質之程度。

2、在本案中，原告共同居住，而有固定性與長久性存續之關係，但是此種關係卻無法藉由結婚得到法律與社會之承認，只因在公公與媳婦之間設有禁婚親之限制。雖然，如原告雙方各自之前配偶均死亡，則婚姻關係即可成立，但此項架設性之要件，卻無法預測必須等到何時才能滿足，並且一般而言，子女存活之時間均比父母為長。因此，此一假設性之婚姻允許要件，並不能除去此一禁婚親規定對於該等結婚權之本質性侵害。

3、公約第十二條明示，各國法律可自設其婚姻相關法制。在考量敏感的道德選擇、未成年保護及健全家庭環境之確保等因素下，本院認為本院並不適合取代各國全責機構而評估或回應社會之需求。目前許多締約國均有類似之法律限制，此表示對於本案涉及之婚姻類型，各國均有類似之考量。

4、然而，在本案中，本院必須以英國相關的脈絡來檢驗本案的事實。本院觀察到就此等婚姻之限制，其目標係未保護家庭的整全性（避免在家長與孩子間產生性的敵對狀態），並且避免未成年人因週遭的成年人因週遭的成年人身分關係之變動，而受到傷害。無庸置疑，這些考量有其正當性。

5、然而，此一禁婚親之限制，並無法避免身分關係變動之發生。本案恰為適例。本案並未涉及限制公公與媳婦，或是岳母與女婿之間的婚姻外之近親相姦或是其他受刑事法律制裁之行爲，特別是未成年人可能與行爲人共同生活之特殊考量。因此，本院不能認為，本案對於原告之法律限制，有助於避免第二原告L之子W產生前述混亂跟情感上不安全之虞。

6、關於保護家庭避免有害影響之需要，本院慮及，英國上議院之大多數成員對可能之修正曾提出建議，而認為此等基於傳統線之應取消，因為毫無正當理由繼續維持。反之，認為此一限制應當維持以避免不健康之內部家庭威脅之少數意見，卻在最後勝出，此充分顯示，在此等情形之下，眾人意見分歧。然而，本院必須在此強調，此等立法機關之考量，其實受到另一因素之影響，且被過分強調。

7、在英國法下，對於公公或岳母與媳婦或女婿之間的限制，並非絕對禁止。依據個別立法，此等婚姻之成立係屬可能。依本案之相關資訊，其透露個人在類似於原告之情況下，曾被允許結婚，在家庭中也有孩子之情況下，議會認為禁婚

¹¹⁰ 歐人權公約第十二條：「已屆適婚年齡之男女具有依其國內法而實行結婚及組成家庭之權利。」

親之規定，對於公共秩序之維持並沒有益處。因此，前述對於禁婚親之限制所欲保障之目標，與例外之允許情況間，並不存在區分之合理性與禁止措施之邏輯性。本案被告政府論爭稱，該等由立法機關繼續維持之禁婚親立法與議會之個別立法之例外允許，係屬維持一般規定，並尋求例外之允許中，不會有任何傷害發生。但本院在此必須指出，前述議會立法中，關於家庭情況細節之調查程序並未有任何詳盡之描述，而在麻煩又昂貴的審理程序中，亦未有提供個人實質上可接近利用或有效之機制，以捍衛其權利。此外，對一個具有成熟心智之成年人，是否應為決定其是否適合結婚及應進行侵入性調查程序？關於此一體系之合理性，本院亦持保留態度。

8、綜上，本院認為，本案已構成對於公約第 12 條規定之違反。

(三) 評析：

1、該判決首先肯定本案有歐洲人權公約第十二條之適用，蓋本案中之當事人皆已達適婚年齡，故依公約十二條有結婚並組織家庭之權利，而英國政府不准許其締結婚姻，可能有違反公約第十二條之虞。

2、而歐洲人權公約所涉及的問題為結婚與家庭組成之自由，但此類問題不似人身自由、表現自由般，有特定之審查方式與審查基準，故在此歐洲人權法院特別強調，「在考量敏感的道德選擇、未成年保護及健全家庭環境之確保等因素下，本院認為本院並不適合取代各國全責機構而評估或回應社會之需求。」故在此歐洲人權法院之態度是不過分介入，以維持各國得根據其國內需要、道德風俗、公序良俗等因素，來對婚姻家庭自由為必要限制，故可看出「裁判餘地」在家庭婚姻上案例上，歐洲人權法院認為有相當大的是用空間。

3、故歐洲人權法院在為審查時，其特別強調師根據英國相關脈絡來為檢驗，換言之，即應審究英國之法律、道德觀以及公共秩序善良風俗等因素，在此使英國政府最大的敗訴原因即為英國法律之規定。

首先，本案是在雙方前婚姻皆結束下而才有同居之關係，而非在前婚姻上存在下，有婚姻外之相姦行為或是其他應受刑事法律制裁之行為，從而，二原告之子 L 及 W 並不會有身份上及道德上混亂之疑慮，且英國國會於修法時，亦有多數意見認為該刪除此以限制，換言之，在考慮到（1）L 及 W 身分上及情感上之顧慮以及（2）英國人民多數人對此之直系姻親締結婚姻之看法，即英國國內善良風俗並無違反的問題下，其實對於直系婚姻締結婚姻之禁止，在英國並無難以執行之虞。

況且，在英國法律架構下，與直系姻親締結婚姻，並非絕對禁止而是採相對禁止之立法架構，故可之，其實此類情況在英國是被允許的，更可呼應前段之概

念，只是需要在此直系姻親締結婚姻者之前配偶接死亡之情形，方得締結婚姻，何以會有此種限制，以及此限制之基準何在，並不能找出一個適當之理由，因此，兩種不同情況而為差別之對待，是與平等原則有違。

4、由上述可知，英國政府最大之敗訴原因在於其法律之規定，因為L及W之情感以及英國人民對此是否有違公序良俗雖亦是審查理由之一，為調查有有其困難性與不確定，但如果法律已明文規定直系姻親在一定情況下可締結婚姻，則前述作為限制締結婚姻之理由如公序良俗及親人間之情感錯亂，似難以構成理由，因而遭敗訴。

5、由英國之法律以觀，「具姻親關係之雙方，結婚時年齡皆需滿二十一歲，如男性欲與其子之前妻結婚，需在其子跟孩子之母親均死亡後，該婚姻方為有效。」既然將「與棋子之前妻結婚」規定在姻親締結婚姻中，那只有一個先決條件，就是其子與其前妻婚姻關係已不在，而又規定在姻親締結婚姻之後段，依據法條解釋，可知，姻親關係並不會因為離婚而消滅，且如為無任何身分關係之人締結婚姻，法律並無任何限制之正當性存在，故在此是無疑的，如雙方締結婚姻，是有可能對他人造成潛在之傷害和一定之道德觀，婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關，如前妻變為直系尊姻親，原本之旁系姻親同輩份變為直系尊姻親之產生，而英國法律規定其子與其母親死亡，其實為將最可能受到淺在傷害者和此姻親關係中之最具關聯者為加以保護，並且在婚姻自由與他人情感與社會道德上為衡量。

且就案例中W之立場以觀，問題將更為明顯，其與A、B、L、C皆有血緣連絡，即與L是母子與C是父子而與A、B為祖孫關係，今如B、L締結婚姻，則W、L間與W、C間之關係應為不變下，則其與A、B之親屬關係則甚為複雜，如為孩童，可能會有相當深的困惑和干擾。故為限制的理由可分為：(1) 他人淺在之傷害(2) 社會道德觀(3) 未成年人之困惑與干擾。

然前述(1)之理由缺乏相當之實證，以一缺乏實證且為淺在之原因來限制他人自由並無道理，蓋人民自由基本上是不應加以限制，如為限制應符合比例原則，既然限制之理由及原因都不確定且不明，故不能以此作為限制直系姻親締結婚姻之要素，蓋前妻變為直系尊姻親到底有如何之傷害產生，或者此案中B之前妻尚生存與否之影響，皆無法證實。而(2)公序良俗之維護本可為限制自由權利之原因，為如前所述，既然法律已准許直系姻親締結婚姻，且例外限制與公序良俗亦無涉之情況下，此也難成理由。而(3)可能是做為此限制之最後依據，蓋如本例中，可看出B、L締結婚姻後身分關係之複雜性，而如除去A、C之因素，則情況則較單純些，惟如只有B、L、W也是存有一定之身分關係複雜，如B、L之血親身分關係是否因為婚姻而改變，其實也是最重要與最具關聯之點，

此時有無 A、C 之存在其實皆有相同的問題，故此限制的意義在直系姻親可允許結婚下，也就缺乏了比較且限制的基礎。

6、本文在評析此判決時，試圖為英國政府找出限制之正當理由，以檢驗歐洲人權法院對此法律為被歐洲人權公約之體系脈絡，可得知，對此類問題，人權法院仍尊重會員國內部之法律與公序良俗，由此判決可看出，蓋此判決雖係英國政府敗訴，然所持理由者皆從英國之法律架構與公序良俗之發，與以公約之基準還檢視各國之法律與政策是不同的，故遭敗訴判決之英國政府，只能說是輸在自己之法律架構下。

三、小結：

前述兩則判決，與婚姻制度之變遷有直接關聯，且有與人民道德感情、傳統價值和個人之自由權利相衝突矛盾之衝突與調和之關係，從德國基本法第六條第一項：「婚姻與家庭乃受國家特別保障。」根本無法看出婚姻是如何形式，「一夫一妻原則」、「需為男女」、「國家參與原則」此皆無法從德國基本法條文中看出，故其價值之形成，其實皆由釋憲者解釋，而非憑空而來，然而，其解釋之依據又為如何，大抵為探求制憲者當時之想法、時空環境或者法律之基本原則、公共秩序善良風俗之維持，將可能構成制度性保障。

而如前判決所言，在德國，婚姻、家庭制度為制度性保障之一環，而學者 Peter Häberle 提出「作為制度的基本權」理論後，對於制度性保障有了新的視野，傳統意義下的制度保障，無論是公法的或私法的，都是指向一個既存的、規範性的法律制度。強調對於傳統的、既得的狀態之尊重，故有穩定社會生活秩序的作用。但 Peter Häberle 強調基本權需透過國家立法形成社會生活規範，基本權才能獲得實現。作為制度的基本權其重點不在維護既有規範狀態，其保障的對象可以是既成的具有保護基本權功能的制度，也可以是未來將形成的體制¹¹¹。從而，制度性保障已不在既有狀態之維持，尤其當此既有狀態可能與其它基本權相衝突時，或是社會變遷下已不具有保障基本權功能時，則有退讓或是調合之必要存在，而非當然不許立法者變動其範圍限制；故在兩性平等之價值下，「生活伴侶關係法」判決將同性排除在婚姻制度外，似尚嫌保守。

又婚姻、家庭之性質，雖具有一定社會性，然還是偏私領域的範圍較多，因此國家透過法律干預婚姻家庭之合法性與正當性亦有可能遭受質疑，在自由法治國時代，基於維護司法自製權益的法制價值，國家極少為維護個人權益而介入夫妻或親子關係，採取「自由放任主義」，而在福利國家所保障之婚姻家庭權，則採「保護介入主義」，惟仍須以不侵害個人之基本權為限，在組成家庭之間，配

¹¹¹ 蔡維音，〈論家庭之制度保障—評釋字第五〇二號解釋〉，《月旦法學雜誌》，第六三期，2000年8月，頁140~141。

偶權或侵權之行使若有侵害個人權利者，則不再保障之範圍¹¹²，從而，在私領域範圍內，仍須以私法自制為基礎，個人之自由權須受到一定之尊重，國家介入之範圍應屬有限。

綜上所述，兩性平等為現今社會之基本價值，故關於家庭婚姻所欲維持之制度性保障，無論對於制度性保障如何詮釋，都必須以兩性平等為依歸，故當然不許立法者為歧視任何一性別之法律，更要對處於弱勢之性別為保護介入，不得放任其恣意被侵害，此為婚姻家庭制度性保障現今之核心價值；又在個人方面，婚姻家庭法所重視者，係為「個人幸福之自由決定」與「未成年子女之最佳利益」，故國家介入除相關福利措施外，只要在此二大原則能把握下，實不用過於介入，而道德之非難性、社會價值觀、以及傳統更不得成為國家介入之理由，況在保護「個人幸福之自由決定」與「未成年子女之最佳利益」之大前提下，有時具道德非難性、不為社會所接受、離經叛道者，更需要國家來加以保護，使其得有人性尊嚴，此趨勢從前述之重婚之無效到得撤銷、同性戀類似婚姻之保障之合基本法判決、以及歐洲發願宣告英國對直系姻親之限制有為歐洲人權公約，再再都顯示出道德傳統在個人基本權中之退讓，無論從男女平等到兩性平等到對所有人之實質平等，其實都是一連串迫除既有成見與找尋人性尊嚴與價值之過程，從而，法律規定尤其是私法領域上，能顧及對弱勢之保護，除此之外，使「私益」之追求大於對「公益」之維護，為較完善之立法，也為真正實質平等在私法上之實踐。

¹¹²施慧玲，家庭、法律、福利國家，家庭、法律、福利國家－現代親屬法論文集，2001年，臺北市，元照，頁3~33。

第四章 我國法關於重婚之規定

我國傳統法律所採行之婚姻制度是何種制度，論者眾說紛紜，有認為是一夫多妻制，也有認為是一夫一妻制，而戴炎輝教授於中國法制史認為，我國過去婚姻關係的形式為一夫多妻制，制訂法及體制雖以一夫妻為基本形式，但是庶民得納妾¹¹³，從而，以此作為結論可知，眾說紛紜之討論實不具有實質意義，大抵只為妾在傳統法律下之家庭地位云云，蓋就算認為我國傳統是採一夫一妻制，也非當代由歐洲引進之基督教文化與現代法中之一夫一妻制相同之內涵，以現代法觀之，其實質上為一夫多妻制無疑。

而於民國十九年十二月二十六日公佈，民國二十年五月五日施行之民法親屬篇中，才正式採行西方國家內涵之一夫一妻制，也為我國婚姻法律從傳統到現代法之一大轉變，其中又因符合社會需求，經歷了幾次修法，故關於我國重婚制度之討論，為從民國十九年所公佈之親屬法至民國九十六年修法後之規定。

第一節 我國民法關於重婚之規定之修正與演進

一、民國七十四年前的重婚規定：

（一）重婚僅為得撤銷事由：

民國十九年訂定之民法親屬篇第九八五條規定：「有配偶者，不得重婚。」此為明文規定將一夫一妻制之精神賦予其法律效果，將重婚列為禁止結婚之事由之一，而九九二條規定：「結婚違反第九八五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚關係消滅後，不得請求撤銷。」故違反重婚之規定者，其法律效果為「當事人得撤銷之」。

（二）得提起重婚撤銷之訴之當事人範圍：

而關於當事人之範圍，依司法院院解字第三〇〇〇號解釋例：「民法九九二條所謂利害關係人，係指於結婚之撤銷有法律上正當利益者而言¹¹⁴。各當事人或當事人之配偶為利害關係人固不待言。而當事人之親屬或家長如撤銷結婚，即可免除扶養義務者，亦為利害關係人。」故依此解釋，利害關係人包括：為重婚之當事人，其是否為善惡意，因法條並無限制，故應為不分善惡意皆可提起，以及前婚之配偶，此當然為最具利害關係之人，而該解釋又加範圍擴張致當事人之

¹¹³ 陳惠馨，前揭書，頁 370。

¹¹⁴ 戴東雄，二十八年的老公怎麼沒了？—從鄧元禎重婚撤銷案談起，法學叢刊，第 133 期第 34 卷第 1 期，頁 25~35。

親屬或家長撤銷重婚可免除扶養義務者，蓋依民法一一一四條即一一一五條之規定，家屬家長間互負扶養義務，而子婦、女婿、夫妻之父母，皆是在扶養人之順位中，故其所指應是重婚配偶之父母，即共同居住起之家長、家屬，惟扶養義務之產生，已有扶養之必要為限，且有順序之分，而如民法一一一五條所示，夫妻之父母為扶養順位中最後一順位，故此解釋雖然使利害關係之範圍擴張，惟擴張範圍仍係有限，並未超出兩婚姻之當事人許多，故是否能有達到使重婚撤銷之訴提起之機會增加，頗值商榷。

（三）撤銷權之除斥期間與撤銷之法律效果：

民法第九九二條：「結婚違反第九八五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷。」故重婚撤銷並無一定之除斥期間，法律只規定「因前婚姻關係消滅而消滅」，故在前婚消滅前，利害關係人得隨時提起重婚之訴。

而重婚撤銷之法律效果規定在民法九九八條：「結婚撤銷之效力，不溯及既往。」故身分法所規定之撤銷行為，如撤銷結婚之效力，依民法九九八條之規定，是不溯及既往，乃向將來發生效力¹¹⁵，此可謂身分關係之特別保障，蓋身分關係所產生之後果，不如財產行為得單純，透過婚姻，不只夫妻當事人之雙方之權利義務有所改變，另外，婚姻的本質代有生育的功能，而會牽涉到無辜的第三人，亦即子女的婚生性問題，從而，若父母之結婚行為被撤銷，將使該婚姻自始無效，則於此婚姻存續中所出生的子女也無法受到婚生性的保護，法律的保障頓失¹¹⁶。

（四）在民法一〇五二條第一項第一款規定，重婚者，他方得向法院請求離婚，此亦為一夫一妻制體制之宣告，故前婚配偶得行使之權利有二，得提起後婚撤銷之訴，如不欲維繫婚姻關係，亦可提起離婚之訴，惟離婚判決確定，依民法九九二條之規定，不得在訴請後婚撤銷¹¹⁷。

二、民國七十四年後之重婚：

（一）重婚為結婚無效事由：

民國七十四年六月三日修正民法親屬篇第九八五條，將原本規定之「有配偶者，不得重婚」移至該條文第一項，而新增第二項：「一人不得同時與二人以上結婚。」期修正理由謂，「現行法規定有配偶者不得重婚，是否包括同時與二人

¹¹⁵ 戴炎輝、戴東雄，中國親屬法，台北市，台大法學院，頁 101。

¹¹⁶ 戴瑀如，前揭書，頁 359。

¹¹⁷ 其實一但離婚之訴確定獲准，前婚配偶亦非利害關係人，故在撤銷重婚之訴應也無當事人適格。

以上結婚在內，學者見解頗不一致，或謂得適用民法第七十二條規定認其結婚為無效，究不若明文規定為宜……」惟愚見以為，依一夫一妻制度之當然解釋，實無可能將同時與二人結婚排除在重婚規定效力外之可能，縱為最限縮之文義解釋，也應為類推適用重婚之規定。

另將原本民法第九九二條刪除，而將重婚之法律效果規定於民法第九八八條：「結婚，有左列情形之一者，無效：一、不具備第九百八十二條第一項之方式者。二、違反第九百八十三條或第九百八十五條之規定者。」此為重婚由利害關係人得聲請撤銷變為當然無效之立法，其修正理由謂：「我國民法親屬編所定婚姻制度，既採一夫一妻制，而最足以破壞一夫一妻制者，莫過於重婚。現行法第九百九十二條對於結婚違反第九百八十五條之規定者，僅規定為得由利害關係人向法院請求撤銷之，如未經訴請撤銷，則重婚仍繼續有效，似與立法原則有所出入。為貫徹一夫一妻制，爰於本條第二款增列結婚違反第九百八十五條之規定者，亦屬無效。」此為宣示一夫一妻制後，又加強重婚違反之法律效果，使後婚根本不可能有存在之時點，故可期待在絕對一夫一妻制下，重婚應不可能出現。

(二) 惟關於離婚之事由，民法第一〇五二條第一項第一款仍有重婚為訴請離婚事由之規定，對此，此重婚應指具備婚姻之形式之後婚，至於效力如何在所不問，概不如此解釋，則在重婚為當然無效下，則此項將無適用可能，況且離婚原因所重視者，為過失之一方對婚姻之造成破裂以及對他方配偶之身心傷害，故為重婚之形式已足以達以要件，並不需以有效為必要。

三、民國九十六年關於重婚之相關修正：

(一) 大法官釋字第三六二號解釋與五五二號解釋特殊重婚之明文化：

民國九十六年新修正之民法第九八八條，係將大法官釋字第三六二號解釋第五五二號解釋明文化，其於第九八八條增訂第三項：「違反第九百八十五條規定。但重婚之雙方當事人因善意且無過失信賴一方前婚姻消滅之兩願離婚登記或離婚確定判決而結婚者，不在此限。」此為重婚之雙方當事人在信賴國家機關之公示行為，且雙方均善意無過失下，後婚並不會因為前婚未消滅而無效¹¹⁸，如後婚當事人因為信賴終審法院准許離婚之確定判決而為結婚，而後於再審之訴之提起又將該判決廢棄，則此時後婚並不因此無效。

為不使後婚有效違反一夫一妻制之婚姻制度，新增民法第九八八條之一，於九八八之一第一項規定：「前條第三款但書之情形，前婚姻自後婚姻成立之日起視為消滅。」即無兩個有效婚之情形，符合一夫一妻制度原則，故如前例，雖再

¹¹⁸ 法條乃規定離婚之訴之確定判決與兩願離婚登記，故信賴死亡登記並不適用民法第九八八條第三項。

審廢棄原確定判決，惟前婚仍視為消滅，不會因離婚之訴不成立而仍為有效，對於為何犧牲前婚而保護後婚，此屬立法政策問題，惟對於前婚之犧牲，並非無理由，茲分述如下：

1、對當事人之信賴利益保護，蓋民法九八八條三項之適用要件，當事人雙方善意信賴法院之離婚確定判決與兩願離婚登記，此要件可謂嚴格，且離婚之訴之確定判決與兩願離婚登記，皆表示前婚姻之消滅，故其實在這之後所為之締結婚姻，形式上也非重婚，加上需雙方善意，也阻卻了一方可能有詐欺、陷害之情形，故對於後婚當事人之信賴保護利益不容懷疑。

2、婚姻關係本為夫妻同生活之圓滿，既然曾為雙方有達成離婚協議，或是有一方曾訴請裁判離婚，表示婚姻出現破綻，相較於無破綻之後婚，後婚顯然較有維持之必要性，故維持後婚消滅前婚較符合婚姻本質。

3、基於法安定性之要求，既成事實之尊重，往往非法事實亦受到法律之保護，國際法上對革命政權之承認或民法上關於時效取得均為明顯例子，基於身分關係特別重視實先行性之前提下，立法政策之考慮上似已維持後婚因而解消前婚姻較為妥當¹¹⁹。

（二）前婚姻視為消滅後準用離婚之規定與剩餘財產分配：

民法第九八八之一第二項規定：「前婚姻視為消滅之效力，除法律另有規定外，準用離婚之效力。但剩餘財產已為分配或協議者，仍依原分配或協議定之，不得另行主張。」故除了同條第三項第四項關於損害賠償另有規定之外，其於皆準用離婚之規定，包括剩餘財產分配請求權、離婚後子女之扶養。

而剩餘財產請求權如何分配，因此特殊重婚，前婚通常已有離過婚為前提，故在此離婚中，已有剩餘財產分配請求權之產生，故如已為分配，則當然不許再為請求，有爭議為，前婚第一次離婚到後婚變為重婚時期間之財產如何分配，有認為，因為前婚乃從有效而瞬間消滅，依法應準用離婚之規定，故仍得主張剩餘財產分配，以補償前婚配偶婚姻被犧牲之代價¹²⁰；惟其實此段期間，前婚配偶因離婚，故無共同生活之事實，而剩餘財產分配之目的，即夫妻間共同生活財產之協力貢獻應公平分配，如無同居事實，而仍得分配，則有背於剩餘財產分配之目的，且徒增法律之複雜關係，故多數認為應不另行計算¹²¹，修法理由亦採之¹²²。

¹¹⁹ 林秀雄，司法院大法官釋字第五五二號解釋之評析，私法學之傳統與現代－林誠二教授六秩華誕祝壽論文集，頁9。

¹²⁰ 戴東雄，論民法親屬篇修正內容與檢討，月旦法學雜誌，第147期，2007年8月，頁12~13。

¹²¹ 林秀雄，司法院大法官釋字第五五二號解釋之評析，前揭書。王海南，論一夫一妻婚姻制度與重婚信賴保護，月旦法學雜誌，第96期，2003年，頁290。

¹²² 修法理由：「如前婚姻因兩願離婚登記或離婚確定判決而已就夫妻剩餘財產為分配或協議者，

第二節 大法官釋字對於重婚之相關解釋

一、釋字第二四二號解釋：

(一) 事實摘要：

本案的法律事實乃聲請釋憲的當事人鄧元真是於民國二十九年抗戰期間，建省龍巖縣小匙鄉卓然村與陳鸞香是結婚。其後大陸淪陷後，鄧氏乃至台灣中部定居，並於民國四十九年四月七日與吳秀琴氏依法定程序結婚。並經戶籍登記在案。而至鄧氏聲請大法官解釋之際，鄧氏與後婚配偶間的婚姻關係以維持將近三十年，其二人並育有三子兩孫，民國七十五年，大陸完配前來香港居住，並委託律師在台中地法院，以鄧元貞與吳秀琴之後婚為重婚，依據當時民法第九九二條，訴請撤銷後婚。本案於最高法院在七十六年時二月做出判決確定鄧元貞與後婚配偶婚姻撤銷後¹²³，鄧元貞與其後婚配偶乃向最高法院提起再審之訴，民國七十七年十一月最高法院駁回鄧氏所提起再審之訴¹²⁴，鄧元貞及其後婚配偶乃於七十八年四月十三日向大法官提出釋憲聲請書¹²⁵。

(二) 解釋文：

中華民國七十四年六月三日修正公布前之民法親屬編，其第九百八十五條規定：「有配偶者，不得重婚」；第九百九十二條規定：「結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷」，乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無牴觸。惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十三條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所牴觸。

(三) 釋字二四二號解釋相關法律見解與影響¹²⁶：

其原分配或協議本因撤銷兩願離婚登記或廢棄離婚判決而失所附麗，原應重新計算至前婚姻視為消滅之日（後婚姻成立之日）之夫妻剩餘產。違建娛親婚姻自兩願離婚登記或離婚確定判決，至前婚姻視為消滅之日（後婚姻成立之日）此段期間，並無共同生活之事實，對婚姻並無共同協力及貢獻，且衛冕產生複雜之法律關係，爰增列但書規定，明定剩餘財產已為分配或協議者，仍依元分配或協議定之，不得另行主張，以杜爭議。」

¹²³ 最高法院 76 年台上字第二六〇七號民事判決。

¹²⁴ 最高法院 77 年台再字第一〇四號民事判決。

¹²⁵ 司法院大法官二四二號解釋相關資料，

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=242&showtype=相關附件。

¹²⁶ 司法院大法官二四二號解釋文及理由書參照，

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=242。

1、中華民國七十四年六月三日修正公布前之民法親屬第九百九十二條規定與憲法並無牴觸：

大法官於釋字二四二號理由書中指出，民國七十四年六月三日修正公佈前民法第九百九十二條規定：「結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷。」關於利害關係人訴請撤銷重婚，並未有除斥期間之規定，利害關係人得隨時提起撤銷重婚之訴，為維護一夫一妻制所必然之設計，為維護社會制所必要，故此法律設計並無違憲之虞。

2、重婚之例外允許：

大法官先指出，舊民法關於重婚之後婚為利害關係人聲請撤銷而非當然無效，故在後婚未被撤銷前，該婚姻為有效婚，大法官先以後婚為有效婚作為立論基礎，使本案之後婚可能為被保障之對象，蓋如為無效婚，則無保障之必要。

再而指出，本案之重婚原因有其特殊性，不同於現今社會中之重婚，其重婚原因主要係「國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期，甚或音訊全無，生死莫卜之情況下所發生之重婚事件，有不得已之因素存在」及當事人鄧元貞與前婚配偶，因當時國共戰爭，因而分隔海峽兩地音訊全無下，不得以才為後婚之締結，此實為大環境下之悲哀，不得對當事人過苛。

故此時，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定，有所牴觸。

故大法官建立之一夫一妻例外之要件為，以後婚有效為前提、遭受國家重大變故、前婚夫妻間無法為正常婚姻下生活、後婚已持續相當之時間、在滿足該要件下，不應撤銷後婚，從而，也容許台灣社會特殊之一夫一妻例外。

二、釋字第三六二號解釋

(一) 事實摘要：

陳周豐與蔡玉鳳於民國六十二年二月二十一日結婚，起初感情尚稱融洽，但育有子女後即經常爭吵，感情日漸惡劣，蔡玉鳳竟於民國七十四年九月十二日未經陳周豐同意，擅自攜帶子女前往美國，嗣經陳周豐以蔡玉鳳違背同居義務，顯有惡意遺棄為理由，訴請判決離婚，業經臺灣高雄地方法院於七十七年五月四號判決准陳周豐與蔡玉鳳離婚確定，並於七十七年六月十號辦妥離婚登記後，陳周

豐始於七十七年七月四號與善意之聲請人結婚。

七十七年八月十一日蔡玉鳳以辰洲風之其住所竟只為其住所不明兒興訟，所取得之離婚確定判決有再審原因，提起再審之訴，請求廢棄前審履行同居及離婚事件之確定判決，經高雄地方法院七十七年在字第七號、台灣高等法院台南分院七十八年加上字第八一號、最高法院第七十九年台上字第一二四二號民事判決，判決蔡玉鳳獲得廢棄離婚確定判決之再審勝訴確定判決。

蔡玉鳳乃在提起確認婚姻無效訴訟。經高雄地方法院七十九年家訴字第七三號判決、台灣高等法院高雄分院八十年家上字第三十六號、最高法院八十年台上字第二六一一號民事判決、台灣高等法院高雄分院八十二年家上更一字第一號判決、最高法院八十一年台上字第一六二一號民事判決，於八十一年七月二十四日確定判決確定聲請人與陳周豐之婚姻無效。

聲請人乃提起釋憲聲請，主張與陳周豐結婚當時，陳周豐與蔡玉鳳之婚姻關係業已消滅，遂相互結婚，前婚關係業已消滅，聲請人與陳周豐之婚姻自始無重婚之可言¹²⁷。

（二）解釋文：

民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。在修正前，上開規定對於前述因信賴確定判決而締結之婚姻部分，應停止適用。如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚者之他方，自得依法請求離婚，併予指明。

（三）釋字第三六二號解釋相關法律見解與影響：

1、與舊法關於當事人訴請重婚撤銷無除斥期間限制同，大法官於三六二號解釋同樣先聲明，民法第九八八第二項重婚無效之規定，乃為維持一夫一妻制之社會秩序，與憲法尚無牴觸，故大概可以得知，只要立法者並無制定出與一夫一妻制原則相悖之法律，其以何種方式呈現，以及法律規定之寬嚴如何，皆屬立法政策的問題。

2、惟在符合婚姻制度下所締結之婚姻，大法官指出，為人民基本權之一，

¹²⁷ 參照司法院大法官三六二號解釋相關資料，
http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=362&showtype=相關附件。

受到憲法保障，於本案中，聲請人事在前婚姻已判決離婚確定下所締結之婚姻，形式上並無任何違背婚姻制度存在，故應受到憲法保護。

惟前婚姻因再審之訴而使離婚撤銷，成爲一有效婚姻，無疑的也是受到憲法所保障，故此時產生該保護前婚或後婚，或者是將一夫一妻制度鬆綁之問題。

3、在此大法官指出：

該案件爲當事人信賴確定判決，而後再審之訴廢棄原判決，改爲相反之認定，而使後婚成爲重婚之情形，與一般之重婚情形有別。故在此爲此種重婚與一般重婚可能需相異處理。

而原確定判決遭再審廢棄，爲該確定判決存有瑕疵，如第三人不知該瑕疵之存在，或可得而知者，則於該瑕疵爲善意且無過失，因而信賴該確定判決而結婚者，有生信賴保護之問題，故後婚應允維持，避免憲法所保障之人民結婚自由遭受不測之損害。換言之，如重婚爲信賴法院之確定判決、對該判決之瑕疵爲善意無過失，則後婚應維持。

而關於如何維持以及效力，爲「此種因前後判決相反構成之重婚，應另經法院之判決程序始能認其無效，未經判決無效者仍爲有效。」故第三人善意如前述應維持，如爲惡意，也不當然、自始、確定無效，而是須另經由法院判決程序認定其無效，在判決前，此惡意重婚仍爲有效。

而後又指示立法者須就，因信賴確定判決所導致之重婚外，尙有其他類似原因所導致之重婚爲規定，並就相關事宜也應詳盡規範，如婚生子女身分之問題，爲合理規定。

再此，大法官並無提到前婚之問題，惟從解釋文義觀之，其是在前婚有效爲前提下，方有釋字三六二號解釋之作成，故在此，大法官承認兩個有效婚姻同時並存，在此特殊重婚下，有一夫一妻制之例外。

三、釋字第五五二號解釋

（一）事實摘要：

1、聲請人呂蔡0女與呂0清於民國六十三年結婚，七十二年三月三日協議離婚，辦理離婚戶籍登記。呂0清並於八十年三月二十五日與善意之胡0鳳結婚。嗣聲請人於八十二年間以協議離婚時之證人，不知其有無離婚真意爲由，提起確認婚姻關係存在之訴，獲勝訴判決確定，經辦理戶籍登記，致呂0清於戶籍登記上有二名配偶而形成一夫二妻。

而後，聲請人雖提起確認呂○清與胡○鳳間婚姻關係無效之訴，經三審判決聲請人敗訴確定在案。因認本院釋字第三六二號解釋：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成爲重婚；究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。」中所謂「類此之特殊情況」、「信賴保護原則」及憲法第二十二條所保障之「婚姻自由」適用範圍，有加以補充解釋之必要，爰聲請解釋。

2、聲請人鄧○花與吳○彥於民國（下同）五十八年結婚，八十三年六月二十九日協議離婚，辦理離婚戶籍登記。吳○彥並於八十六年四月間與善意之梅○水結婚。嗣聲請人於八十六年十一月間以該協議離婚時之證人，不知渠等有無離婚真意爲由，提起確認婚姻關係存在之訴，獲勝訴判決確定，經辦理戶籍登記，致吳○彥於戶籍登記上有二名配偶，形成一夫二妻之不當現象。

聲請人雖提起確認吳○彥與鍾○水間婚姻無效暨請求吳○彥履行同居之訴，然經三審判決聲請人敗訴在案。吳○彥所提起之離婚反訴，則經判決勝訴確定，致聲請人與吳○彥之婚姻關係因判決離婚而消滅。因認本院釋字第三六二號解釋，侵害其憲法第二十二條所保障之婚姻自由權，聲請解釋¹²⁸。

（二）解釋文：

本院釋字第三六二號解釋謂：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成爲重婚，究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。」其所稱類此之特殊情況，並包括協議離婚所導致之重婚在內。惟婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，後婚姻之當事人就前婚姻關係消滅之信賴應有較爲嚴格之要求，僅重婚相對人之善意且無過失，尚不足以維持後婚姻之效力，須重婚之雙方當事人均爲善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持，就此本院釋字第三六二號解釋相關部分，應予補充。如因而致前後婚姻關係同時存在時，爲維護一夫一妻之婚姻制度，究應解消前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人及其子女應如何保護，屬立法政策考量之問題，應由立法機關衡酌信賴保

¹²⁸ 參照釋字第五五二號解釋詳細資料，
http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=552&showtype=相關附件

護原則、身分關係之本質、夫妻共同生活之圓滿及子女利益之維護等因素，就民法第九百八十八條第二款等相關規定儘速檢討修正。在修正前，對於符合前開解釋意旨而締結之後婚姻效力仍予維持，民法第九百八十八條第二款之規定關此部分應停止適用。在本件解釋公布之日前，僅重婚相對人善意且無過失，而重婚人非同屬善意且無過失者，此種重婚在本件解釋後仍為有效。如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚之他方，自得依法向法院請求離婚，併此指明。

（三）釋字第五五二號解釋相關法律見解與影響：

1、此號解釋聲請案件有二，其所涉及之法律關係相同，皆為信賴兩願離婚登記下而締結婚姻，嗣後該離婚登記有瑕疵而訴請法院撤銷後，造成前婚姻復活，而造成重婚之情形，而後前婚配偶向法院訴請確認後婚無效，皆遭敗訴判決，其敗訴理由，主要為釋字第三六二號解釋，故聲請人對釋字三六二號有所質疑。

而釋字三六二號解釋，為基於信賴確定判決而生保護重婚後婚之問題，關於信賴離婚登記而生之重婚，是否為釋字三六二號所稱之「類似情形」則有疑慮，有近一步解釋之必要，故釋字可謂三六二號之重申與補充。

2、大法官首先於解釋理由書提到：「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，即本此意旨而制定。婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。」故肯定我國關於一夫一妻制之婚姻制度為制度性保障，且人民之婚姻自由應受到一夫一妻婚姻制度限制。

然而，大法官於此號解釋中，仍肯定釋字三六二號所建立之一夫一妻例外之重婚後婚有效原則，並補充解釋，後婚有效之原因，除信賴離婚確定判決外，也包括對兩願離婚登記之信賴，解釋理由書提到：「就協議離婚言，雖基於當事人之合意，但依民法第一千零五十條規定應為離婚之戶籍登記，第三人對此離婚登記之信賴，亦應同受保護。」

又對於當事人之善意無過失，於此號解釋中加重了適用要件，解釋理由書謂：「惟婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關，後婚姻之當事人就前婚姻關係消滅之信賴應有較為嚴格之要求，僅重婚相對人之善意，尚不足以維持後婚姻之效力，須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻效力始能維持，以免重婚破壞一夫一妻婚姻制度，就此本院釋字第三六二號解釋相關部分，應予補充。」換言之，釋字三六二號解釋，僅要求第三人善意無過失即可，而大法官於此號解釋中，認為婚姻涉及公共利益，且一夫一妻制度不容輕易破壞，故例外應更為嚴格，需後婚之雙方當事人皆善意無過失。

3、而不同於釋字三六二號解釋，大法官於解釋理由書提及：「如因而致前後婚姻關係同時存在時，為維護一夫一妻之婚姻制度，究應解消前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人，即解消後婚時，對後婚善意且無過失之重婚相對人；於解消前婚時，對前婚之重婚者他方，應如何保護，及對前後婚姻關係存續中所生之子女，在身分、財產上應如何保障，屬立法政策考量之問題，應由立法機關衡酌信賴保護原則、身分關係之本質、夫妻共同生活之圓滿及子女利益之維護等因素，就民法第九百八十八條第二款等相關規定儘速檢討修正。」蓋釋字三六二就全文以觀，似乎是默許一人能同時有兩個有效婚享有齊人之福，而此號解釋則認為，承認後婚有效前提下，一夫一妻制度仍應維持，故對於立法者有所指示，須立法為前婚或後婚解消，而對於被解消之婚姻則需考慮其信賴保護原則、身分關係之本質、夫妻共同生活之圓滿及子女利益之維護等因素，故於此號解釋，也同時明確定位一夫一妻之婚姻制度為憲法制度性保障，立法不能違背之，且法律解釋也需以此為基本原則下解釋。

四、釋字第五五四號解釋

(一) 事實摘要：

台灣高雄地方法院法官葉啓洲因審理該院八十九年度易字第一〇九〇號、八十九年度易字第四〇三二號等妨害婚姻案件，認刑法第二百三十九條對通姦行為之處罰，直接限制人民之自由權與財產權，間接限制人民之性自主權，又非追求幸福婚姻的有效手段，無助於規範目的之實現，與憲法適當性原則、必要性原則有違，爰依釋字第三七一號解釋，裁定停止訴訟程序，聲請解釋¹²⁹。

(二) 解釋文：

婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第三六二號、第五五二號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。

婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之。刑法第二百三十九條對於通姦者、相姦者處一年以下有期徒刑之規定，固對人民之性行

¹²⁹ 參照釋字第五五四號詳細資料，

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=554&showtype=相關附件

為自由有所限制，惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。為免此項限制過嚴，同法第二百四十五條第一項規定通姦罪為告訴乃論，以及同條第二項經配偶縱容或有怨者，不得告訴，對於通姦罪附加訴追條件，此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第二十三條比例原則之規定尚無違背

(三) 釋字第五五四號解釋相關法律見解與影響：

1、此解釋為通姦列為刑法之罪是否有踰越比例原則之解釋，依此解釋，性行為自由雖為個人人格權之一，惟依憲法第二十二條規定之意涵，不需再不妨害社會秩序公共利益之前提下，才受到保障，故應受到婚姻與家庭制度之制約，而通姦罪是否應以刑法入罪，則屬立法形成之問題，在立法者衡量婚姻家庭制度之與個人性自由間為價值判斷，同時大法官也檢驗了現行刑法通姦罪之規定，認為通姦罪為一年以下之輕罪，且為告訴乃論，使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦罪之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂，且經配偶縱容或有怨者，不得告訴，對通姦罪追訴所增加訴訟要件之限制，已將通姦行為之處罰限於必要範圍，並未逾越比例原則。

2、於此號解釋中，雖非關於重婚之解釋，惟一夫一妻制度內涵並不只重婚，精確言之，具有維護夫妻互負忠誠義務之內涵在，而性行為可謂人最私密之行為，也為人與人最親密之表現方式，故嚴守只為夫妻間為性行為，為夫妻間互負忠誠義務之基本，理由書謂：「婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎。」「婚姻共同生活基礎之維持，原應出於夫妻雙方之情感及信賴等關係，刑法第二百三十九條規定：『有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者，亦同。』以刑罰手段限制有配偶之人與第三人間之性行為自由，乃不得已之手段。然刑法所具一般預防功能，於信守夫妻忠誠義務使之成為社會生活之基本規範，進而增強人民對婚姻尊重之法意識，及維護婚姻與家庭制度之倫理價值，仍有其一定功效。」可看出五五二號解釋有以限制性自由維護一夫一妻制之意旨，蓋一夫一妻制導出夫妻之忠誠義務，而忠誠義務性行為忠誠為其一環，故一夫一妻制之精神也包含性行為之忠誠。

五、釋字第五八七號解釋：

(一) 事實摘要：

1、本件聲請人楊元0之母林女於八十年間與蕭0結婚，八十五年間即離家，與蕭0無同居之事實。聲請人於八十六年間出生，依民法第一千零六十三條推定為蕭0之親生子女。因母林女逾法定期間未提起婚生否認之訴，乃以聲請人

與蕭O無事實上之親子關係為由，訴請確認親子關係不存在，經判決駁回，遂認民法第一千零六十三條第一項婚生子女推定之一年除斥期間規定，以及子女不得提起確認親子關係不存在之訴訟，已剝奪子女依訴訟程序確認生父之權利，有侵害憲法第二十二條之疑義，爰聲請解釋。

2、本案關係人劉女於七十五年間與陳文O結婚，嗣陳文O自七十六年間即離家不知去向，而劉女分別於八十六年及八十九年產下二名子女，實係本案聲請人陳宏O與劉女婚外所生之子女，然因陳文O及劉女於八十八年始經判決離婚，故二名子女依民法第一千零六十三條第一項規定推定為陳文O及劉女之婚生子女。聲請人陳宏O檢附DNA鑑定報告主張該受婚生推定之二名子女與其有親子關係，提起確認親子關係存在等訴，經駁回確定，乃認民法第一千零六十三條規定、最高法院二十三年度上字第三四七三號判例及七十五年台上字第二O七一號判例，有牴觸憲法第十六條、第二十二條及第二十三條之疑義，聲請解釋¹³⁰。

（二）解釋文：

子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障。民法第一千零六十三條規定：「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。前項推定，如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起，一年內為之。」係為兼顧身分安定及子女利益而設，惟其得提起否認之訴者僅限於夫妻之一方，子女本身則無獨立提起否認之訴之資格，且未顧及子女得獨立提起該否認之訴時應有之合理期間及起算日，是上開規定使子女之訴訟權受到不當限制，而不足以維護其人格權益，在此範圍內與憲法保障人格權及訴訟權之意旨不符。最高法院二十三年上字第三四七三號及同院七十五年台上字第二O七一號判例與此意旨不符之部分，應不再援用。有關機關並應適時就得提起否認生父之訴之主體、起訴除斥期間之長短及其起算日等相關規定檢討改進，以符前開憲法意旨。

確定終局裁判所適用之法規或判例，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符時，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為基礎，依法定程序請求救濟，業經本院釋字第一七七號、第一八五號解釋闡釋在案。本件聲請人如不能以再審之訴救濟者，應許其於本解釋公布之日起一年內，以法律推定之生父為被告，提起否認生父之訴。其訴訟程序，準用民事訴訟法關於親子關係事件程序中否認子女之訴部分之相關規定，至由法定代理人代為起訴者，應為子女之利益為之。

¹³⁰ 參照釋字五八七號詳細資料，

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=587&showtype=相關附件

法律不許親生父對受推定為他人之婚生子女提起否認之訴，係為避免因訴訟而破壞他人婚姻之安定、家庭之和諧及影響子女受教養之權益，與憲法尚無牴觸。至於將來立法是否有限度放寬此類訴訟，則屬立法形成之自由。

（三）釋字第五八七號解釋相關法律見解與影響：

1、子女獲知真實血統之權利應優先保障：

此號解釋事實一為子女生請確認其生父之訴，而遭法院判決駁回，蓋舊民法第一〇八六條¹³¹關於婚生子女否認之訴只有父母可提起，而子女並非否認婚生子女之訴之當事人適格，故在舊法，子女並無獲知其真實血統之權利。

惟民法就親屬繼承方面之相關規定，有以「維護子女之最佳利益」為立法原則精神，且子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）第七條第一項所揭櫫；又外國立法例如德國舊民法原已規定在特殊情形子女得以補充地位提出否認生父之訴，一九九八年德國民法修正時配合聯合國兒童權利公約之規定，更明定子女自己亦得提起此項訴訟（德國民法第一六〇〇條、第一六〇〇 a 條、第一六〇〇 b 條參照），瑞士民法第二五六條、第二五六 c 條亦有類似規定，故可知子女獲知其真實血緣為普世價值。

大法關於解釋理由書提及：「確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條所保障。」確認獲知真實血統之權利具有憲法上之位階，且為憲法所保障，基於此，「上開民法規定，僅許夫或妻得提起否認子女之訴，而未顧及子女亦應有得獨立提起否認生父之訴之權利，使子女之訴訟權受到不當限制，而不足以維護其人格權益，此與民法規範父母子女間之法律關係，向以追求與維護子女之最佳利益為考量（民法第一千零五十五條至第一千零五十五條之二、第一千零八十九條第二項、第一千零九十四條第二項規定參照），以實現憲法保障子女人格權益之價值，亦有出入，故在此範圍內，與憲法保障人格權與訴訟權之意旨顯有未符。」認為民法將否認婚生子女之訴牌廚子女為當事人之規定有違憲之虞。

2、生父不得對他人收婚生推定之子女提起否認之訴：

本解釋案例事實二為可能具真實血緣之生父，對他人受婚生推定之子女提起否認之訴，大法官之於解釋文曰：「現行法律不許親生父對受推定為他人之婚生子女提起否認之訴，係為避免因訴訟而破壞他人婚姻之安定、家庭之和諧及影響子女受教養之權益。且如許其提起此類訴訟，則不僅須揭發他人婚姻關係之隱

¹³¹ 舊民法第一〇六三條第二項：「前項推定，如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起，一年內為之。」

私，亦須主張自己介入他人婚姻之不法行爲，有悖社會一般價值之通念。故爲防止妨礙他人權利、維持社會秩序而限制其訴訟權之行使，乃屬必要，與憲法並無牴觸。」認爲民法未將真正生父列入婚生子女否定之訴之當事人，並無違憲之虞。

3、子女獲知其真實血緣之權利與一夫一妻制度之關係：

大法關於解釋理由書約：「民法第一千零六十三條（民國九十六年修正前）規定：『妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女爲婚生子女。前項推定，如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起，一年內爲之。』此種訴訟雖係爲兼顧身分安定及子女利益而設，惟得提起否認之訴者僅限於夫妻之一方，未規定子女亦得提起否認之訴，或係爲避免涉入父母婚姻關係之隱私領域，暴露其生母受胎之事實，影響家庭生活之和諧。」在此段有一概念爲，無論此種訴訟是由何人提起，均會侵害到身分之安定性與對家庭和諧生活造成一定之侵害，而一夫一妻制之精神，有維護健全家庭制度生活之功能與夫妻間互負忠誠義務，而否認婚生子女之訴則會破壞此原本和諧關係，如爲夫妻間提起，因其接本有維護家庭健全與對配偶忠誠之義務，且亦具有家庭安定保障與婚姻配偶地位維持之權利，而強迫其扶養無血緣關係之子女，不只難以維持家庭健全，且亦有配偶權遭受侵害之情形，故法律允許夫妻提此否認子女之訴並無任何常理上或法理上之疑義。

而如該訴訟係爲第三人提起，如前所述，則爲對家庭與夫妻造成一定之傷害，嚴重破壞一夫一妻家庭制度所維持之家庭和諧關係，故不應准許，惟如提起訴訟之人爲子女，蓋子女爲家庭之一員，基於對子女較爲保護之立場，其對於家庭合協應偏向於權力而非義務，換言之，子女在家庭中爲被保護之一方，既然子女爲受保護之一方，則在非真實血緣之推定父親下所爲之生活，就子女之身心與家庭和諧之維護均無助益¹³²，又獲知其真實血源涉及其重要人格權，在對於子女於家庭中之最佳利益與其人格權不得任意侵害下，筆者認爲，對於一夫一妻制度下之家庭和諧並非破壞，且對於其人格權有一定之維護，故在此，並未有公益私益相互矛盾衝突之虞。

¹³² 想當然爾，會提起否認子女之訴，如無確定之證據，多少也基於些須待調查之事証，此對於家庭之合協當然只有破壞。

而生父對於其親生子女，亦有其家庭權存在¹³³，而在一夫一妻制度體制下，同時也表示，一子女不應該有二個家庭對其同時存在，故對於婚生推定父與親生父之家庭權核者須保護，則必須有所取捨，在此，受婚生推定父所存在之家庭，為一經過法定程序、公開儀式、確定存在，相較於親生父之家庭權，其並無一個確定之關係存在，對於一既存家庭之維持，應有較高之保護，此為對於法秩序之維護之當然解釋，且依一般社會通念，也認為既存家庭保護較優，在此前提下，如容許親生父得任意提起否認婚生子女之訴，無論是對於家庭和諧、妻之隱私、子女婚生地位之確定、子女在家庭中之整體利益無論是判決確定或是對簿公堂之過程中，皆會造成一定之裂衡或是崩壞，故對於親生父之家庭權保護，於此應為犧牲，故在子女之最佳利益與維持一夫一妻婚姻家庭制度下，對於親生父之家庭權並無保護之必要，此為衝突權益衡量與公共利益考量下之結果。

六、釋字第六四七號解釋：

(一) 事實摘要：

聲請人孫O存於民國八十八年、八十九年間將其所有股票，移轉予同居人顏O寧，惟同時期顏O寧之銀行帳戶未有支付聲請人相對款項之情形。財政部台北市國稅局認聲請人上開移轉應屬贈與，除補徵贈與稅外並處罰鍰，聲請人不服，循序提起復查、訴願、行政訴訟。

最高行政法院九十六年度判字第五九O號判決，以渠等既無婚姻關係，即非遺產及贈與稅法第二十條所稱配偶間相互贈與或同法第五條第六款所定二親等以內親屬之贈與，駁回聲請人之上訴。

聲請人因而主張上開最高行政法院判決，所適用之遺產及贈與稅法第二十條第一項第六款，未賦予事實上夫妻與法律上配偶相同之待遇，有牴觸憲法第七條平等原則及第十九條租稅法律主義之疑義，並侵害聲請人憲法第十五條所保障之財產權，聲請解釋¹³⁴。

¹³³ 參照最高法院九十四年度台上字五七八號判決：「受婚生推定之婚生子女，除夫或妻得提起認知速外，第三人可否主張係子女之親生父，提起確認親子關係存在或不存在之訴，見解兩歧，有否定說、肯定說之別。此項訴訟，關於婚生之安定、家庭之和諧、血緣之確定、人倫之關係、並子女及親生父之最佳利益，如何斟酌損益、衡量利害，應行言詞辯論，俾當事人得為攻擊防禦方法之主張及舉證，使為充分完足之陳述，庶得明辨法律正反意見之利弊得失，形成心証而為取捨，方予裁判，使為正辦。綜上所論，本案確認親子關係不存在應經言詞辯論，第一審慮未及此，認為上訴人所提起之本件訴訟在法律上顯無理由，不經言詞辯論，逕以判決駁回，程序上於法有違。」此判決為持第三人不得提起否認婚生子女之訴，惟對於是否得提起確認親子關係存在不存在之訴，再判決中雖無明確指明第三人是否得提起，惟其指示下級法院，需為充足之辯論過程，不得逕以無理由駁回該訴訟，為肯定親生父對於旗子女受他人為婚生推定，亦有一定之權利存在，至於是何種權利，最高法院並無明言，既為確認父子關係，故應為扶養權或家庭權。

¹³⁴ 參照釋字第六四七號詳細資料，

（二）解釋文：

遺產及贈與稅法第二十條第一項第六款規定，配偶相互贈與之財產不計入贈與總額，乃係對有法律上婚姻關係之配偶間相互贈與，免徵贈與稅之規定。至因欠缺婚姻之法定要件，而未成立法律上婚姻關係之異性伴侶未能享有相同之待遇，係因首揭規定為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與憲法第七條之平等原則有違。

（三）釋字第六四七號解釋相關法律見解與影響：

1、此號解釋在解決贈與稅之免徵於「法律上之夫妻」間可享有，而「事實上夫妻」卻無類似得免徵之規定，是否有為平等原則。大法官於解釋理由書中，先就平等原則重申：「憲法第七條揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等。人民有依法律納稅之義務，憲法第十九條定有明文。法律如設例外或特別規定，在一定條件下減輕或免除人民租稅之負擔，而其差別待遇具有正當理由，即與平等原則無違。」並以此檢驗系爭法律與平等原則無違背合憲¹³⁵。

2、而後，大法官再從夫妻間共同生活、一夫一妻制度以及配偶之經濟利益角度為分析，大法官在解釋理由書中認為：「查系爭規定就配偶間財產權之移轉免徵贈與稅，係立法者考量夫妻共同生活，在共同家計下彼此財產難以清楚劃分等現實情況，基於對婚姻制度之保護所訂定，目的洵屬正當。」又認為：「有配偶之人於婚姻關係外與第三人之結合，即使主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有長期共同生活與共同家計之事實，但既已違背一夫一妻之婚姻制度，甚或影響配偶之經濟利益，則系爭規定之差別待遇，自非立法者之恣意，因與維護婚姻制度目的之達成有合理關聯，故與憲法第七條之平等權保障並無抵觸。」為法律上婚姻與事實上婚姻找出了區別的合理關聯，並得出一夫一妻之婚姻制度為法律所保護，而一夫一妻制之婚姻制度建立在法律規定下之合法婚姻，以及於婚姻外之其他同居、共同家計之事實並不受法律保護。

3、惟大法官亦質疑全面排除對類似婚姻同居之保護之正當性，解釋理由書話鋒一轉曰：「至於無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，如亦有長期共同家計之事實，則系爭規定未就二人相互間之

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=647&showtype=相關附件

¹³⁵ 釋字第六四七號解釋理由書：「遺產及贈與稅法第二十條第一項第六款規定，配偶相互贈與之財產不計入贈與總額，乃係對有法律上婚姻關係之配偶間相互贈與，免徵贈與稅之規定，雖以法律上婚姻關係存在與否為分類標準，惟因屬免徵贈與稅之差別待遇，且考量贈與稅之課徵，涉及國家財政資源之分配，與公共利益之維護及國家政策之推動緊密相關，立法機關就其內容之形成成本即享有較大之裁量空間，是倘系爭規定所追求之目的正當，且分類標準與差別待遇之手段與目的間具有合理關聯，即符合平等原則之要求。」參照。

贈與免徵贈與稅，即不免有違反平等權保障之疑慮。」但此轉折為最後加強該法律合憲基礎的立論，並在一次強調此差別待遇為維護一夫一妻制、婚姻之公示原則、無持公共秩序與社會倫理所必要，解釋理由書曰：「但是最後惟查立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定登記、一夫一妻等要件，旨在強化婚姻之公示效果，並維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益，有其憲法上之正當性。」肯定其就算在同居關係有保護必要之前提下，該法律之差別待遇仍有必要性與合憲性。

惟最後仍將是否對伴侶關係保護委由立法裁量，解釋理由書曰：「基此，系爭規定固僅就其法律上婚姻關係之配偶，其相互間之贈與免徵贈與稅，惟係為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與平等原則有違。至鑒於上開伴侶與具法律上婚姻關係之配偶間之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障，併此指明。」故在社會文化之變遷下，大法官在此再次肯定對於類似婚姻之伴侶關係亦有保護之必要。

第三節 關於我國法之規定與大法官釋字之評析

一、民國七十四年重婚規定之修正與釋字第二四二號解釋重婚例外：

（一）民國七十四年修法將重婚由原本得撤銷修正為無效：

七十四年修法前，我國民法對於重婚為「利害關係人得向法院請求撤銷之」，因此只要無利害關係人向法院提起撤銷婚姻之訴，則理論上，我國民事法律是允許一夫多妻或一妻多夫甚至多夫多妻情形存在，此與一夫一妻之精神有所扞格，且與刑法之規定亦有出入，蓋如一人重婚受到刑事追訴並處罰後，仍有可能擁有多各配偶之情形，故民國其四年關於重婚之規定，雖為對一夫一妻制度之保障，為執行上仍生違反此一原則之情形。

而後民國七十四年修正之民法，將原本重婚由利害關係人撤銷修正為自始、當然無效，從而，我國民法採行絕對之一夫一妻制，蓋在此規定下，只要前婚存在，後婚無論是否有結婚之形式或是共同生活之事實，皆為無效婚，且無須法院為形成之訴之確定判決即為無效，故合法之違背一夫一妻制之婚姻將部會再出現。

（二）釋字第二四二號解釋為絕對一夫一妻制增添例外

釋字二四二號解釋之鄧貞貞案發生於民國七十八年，惟重婚之事實是發生於民國七十四年民法修正前，且該次修法並未有溯及既往之特別規定，從而，法律

適用上應適用民國七十四年民法之規定，在此先為敘明。

如前所述，釋字第二四二號解釋創設了重婚允許之例外，蓋此等重婚事由乃國家遭受重大變故危難、前婚夫妻間生死不明亦無期待相逢之時，且後婚已維持一段時間，如撤銷對公益有一定之侵害，故不得撤銷之，惟對於後婚不得撤銷，然前婚之效力大法官並未表明，應解釋為仍有效力，此時則一人同時有二個有效婚姻之存在，因而嚴重違背一夫一妻制之原則，除此之外相關之法律解釋似有若干不合理之處，故也引發不少爭議，茲分述如下：

1、對於重婚撤銷權力行使不設定除斥期間：

民法第九九二條未設有合理除斥期間之規定不合法之正義性及目的性，並抵觸憲法二十二條及二十條，自應為無效之解釋。

一夫一妻之婚姻政策，為維持男女平等、家庭和睦之理想制度，不容吾人置疑，而世界上大多數國家均採之，也為不爭之事實。惟我國民法親屬編於民國七十四年修正前，關於重婚，其第九百九十二條僅規定：「結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。」而未如該編修正後之第九百八十八條規定為無效。依民法第九百九十二條，其重婚撤銷權係委諸利害關係人，而非代表國家之檢察官，其權利之行使，為「得」撤銷而非「應」撤銷，顯見撤銷權人如不行使其權利，重婚存在自為普遍之事實，法律上概予以容認，因此乃法律不採重婚為絕對無效之可能結果也。

身分行為之瑕疵，因顧慮身分之安定性，撤銷權之行使，皆有一定期限，如逾越該期限時即不得撤銷，以免破壞長期存在之現存秩序，而無裨於公益。此觀民法第九百八十九條至第九百九十一條、第九百九十三條至第九百九十六條之規定自明。另民法為求財產權秩序之穩定，也設有十五年之一般請求權消滅時效之規定，相較之下，豈非舊民法對於因後婚姻所建立之家庭人倫秩序之保障，反不如對財產債務人之保障？而重婚依刑法規定為犯罪行為，但其追訴權仍因十年不行使而消滅（刑法第八十條、第二百三十七條參照），相較之下，豈非舊民法對於後婚姻所建立之家庭人倫秩序之制裁，反嚴苛於國家對侵害社會法益之刑事犯之懲處？該第九百九十二條規定不合理之處，實彰彰明甚。重婚不論其理由為何，也不必問其為平常時期或非常期，倘已有長期實際夫妻生活之事實，則為維持身分行為所建立之人倫秩序，規定撤銷權人應於合理期間內行使其權利，否則不予保護，毋寧是更合法之正義性及目的性之要求。

婚姻以及由婚姻所建構之家庭倫理關係，是構成社會人倫秩序之基礎，也是民族發展之礎石。憲法第一百五十六條特別強調國家應保護「母性」，即係本此意旨。故婚姻權及家庭倫理關係也應在憲法第二十二條人民其他自由及權利所保障之範疇中。舊民法既已肯認後婚可以合法建立，亦即容認人民可以建立第二次

的家庭關係與人倫秩序，則其一旦建立，自應同受憲法保障，立法者不能予與予奪，任意以違憲方式侵害後婚配偶之婚姻權。是故舊民法第九百九十二條容許撤銷權人可以不問久暫，隨時得以訴訟撤銷後婚姻之規定，既為限制人民自由權利之規定，其必須接受憲法第二十三條之考驗，殆為當然。按憲法第二十三條限制人民自由權利之規定，必須符合公共利益之目的，須以法律限制，及必要原則等三項要件。其中必要原則，係指法律為達特定目的所採限制之手段，必須合理、適當，不可含混、武斷，申言之，所採之手段固必須能達成目的，然必擇其對人民損害最輕，負擔最低，且不致造成超過達成目的所需要之範圍，始足當之。以此標準檢驗舊民法第九百九十二條，吾人可以發現舊民法係採取得撤銷主義以控制重婚，立法者自應預見後婚姻配偶可因後婚姻之合法締結而構建後婚姻之家庭關係與人倫秩序，撤銷權規定之目的，無非在阻卻後婚姻之締結，以保護前婚姻之配偶，惟此一限制目的，立法者縱加設除斥期間，對於後婚姻之締結，仍可具有阻卻效用，但其對於立法者原已容認之後婚姻配偶之婚姻權與其家庭關係、人倫秩序之破壞，較之未設合理除斥期間之得撤銷制度，顯然侵害較少，是以未設除斥期間之得撤銷制度，對於人民婚姻配偶權家庭倫理關係之限制，並非對人民損害最輕、負擔最低之手段，與憲法第二十三條限制人民自由權利之規定不符¹³⁶。

故此見解為，法律本身無除斥期間之規定即屬違憲，故就民法之規定根本為無效之規定，從而不需就認為該法律合憲下為特殊重婚之設計，重要是要設定除斥期間，無論是普通重婚或是此解釋之特殊重婚之前婚，於一定期間過後不得提起撤銷之訴，方為保護人民之權利；惟如此解釋，對於前婚效力如何亦未說明，故可知一夫一妻制度如何維持並關心重點。

2、民法九八五條及九九二條規定是否違憲：

本件解釋文一方面認定修正前之民法第九百八十五條及第九百九十二條「乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無牴觸」，然一方面卻認為「國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚案件，與一般重婚案件，與一般重婚案件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係仍得適用上開第九百九十二條規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所牴觸。」究係指修正前之民法第九百九十二條就重婚未設除斥期間，故該法條為部分違憲，確定終局裁判援引該違憲之法律判決重婚撤銷有所不當；抑係指有關重婚之上項規定全部不違憲，但確定終局裁判適用該法律於本案即構成違憲，並未明確釋示，將使本件解釋之效力如何發生爭議。

我國民法將重婚撤銷未設除斥期間既非立法上疏漏，亦為一夫一妻制開設例外，實有其立法上之相當理由存在。本件解釋理由書雖肯定有關重婚撤銷之規定

¹³⁶ 劉鐵錚大法官釋字二四二號不同意見書。

不設除斥期間「乃在使撤銷權人隨時得行使其撤銷權」卻認為確定終局裁判撤銷長期存在之後婚配偶之重婚為侵害後婚配之自由與權利而抵觸憲法，殊有背馳立法潮流，違反常理之嫌。

親屬法為規律人之身分關係之法。大率與公共秩序或善良風俗有關。身分關係在法律上發生何種權利義務，均依法律規定而定。因而具有強制法之性質。又民法第一條規定「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」。有關重婚撤銷事項，民法既有明文規定，在裁判上有無將此涉及公益之強制法規捨棄不用，男依法理作相反之解釋，藉以阻止前婚配偶行使重婚撤銷權之餘地，殊有疑問。

查法律之解釋固應針對社會情勢之需要與情事變遷之現況而為機動之適用。但解釋之機動仍有其極限，兩岸重婚問題所形成尷尬困局誠屬歷史悲劇之產物，堪令同情。但此究屬常態社會之部分特殊事例。修正前民法第九百八十五條及第九百九十二條係就正常情況下貫徹一夫一妻制所設，就此常態法言，多數人民對於一夫一妻制之價值判斷不但未因部分特殊事例而有所影響，毋寧因民法修正重婚之修正而更趨嚴格化。在此情形下，法律與部分特殊現象之脫節，唯有循修法或訂定特別法之途徑以資補救，而非期求執法者為救濟特殊個案不顧該常態法之公益性與社會意義，任意為逸出常軌之解釋。否則親屬法一夫一妻之基本原則以及基本人倫關係將因此特殊案例之救濟而發生動搖。

解釋文所稱「國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下發生之重婚事件」，行政院大陸工作會報在「兩岸人民關係條例」草案中已就此特殊情形之重婚擬妥解決方案。即將送立法院審議。在此階段不能謂立法上有所懈怠，自不發生立法不作為之違憲問題。而業經裁判確定之個案有其確定力與拘束力，宜依學者所建議，依重新結婚等方法以資補救，期於審判獨立、五權分立之原則，殊不宜以立法推翻個案之裁判¹³⁷。

依此見解，認為最高法院之判決難謂有違法之處，應為不受理，惟此雖對於一夫一妻制度維持，然撤銷長久以來之後婚是否公允，不無可議之處，使無辜之當事人蒙受不當法律規定之危害。

3、小結：

此案件涉及了人民權利與一夫一妻婚姻制度相衝突的情形，概從鄧氏的立場考量，其在國家遭受重大變故，夫妻隔離，相聚無期的情況下所造成的結果使原婚姻之實質意義喪失，不能如一般人享受婚姻權，且由於當時民法並分規定重婚無效，因此對其而言，此種規定反而使其的再次享有婚姻的權利；而鄧氏之前婚

¹³⁷ 陳瑞堂大法官釋字第二四二號解釋不同意見書。

配偶，因兩岸處於長期分裂狀態，因此不無實質婚姻關係，其依民法九九二條之規定撤銷鄧氏的後婚姻，並無法改變外在因素，使其享有婚姻的實質內涵；而對鄧氏的後婚配偶，由於鄧氏在與其重婚時，戶籍上所記載者為無配偶，其與鄧氏結婚時，無從之其為再婚，因此應屬善意，其婚姻狀況應受保障。從而，在證視前婚配偶無論有無行使該撤銷權，對於其婚姻之保障皆無實質之助益，而鄧氏與善意之後婚配偶，有長期實際共同生活事實之婚姻關係，且原因也與其他重婚者不同，因而，自可傾向於限制前婚配偶撤銷權之解釋。

然而，民國七十四年民法修正後，我國民法採行絕對一夫一妻制，重婚不在是得撤銷，而是自始、絕對、當然無效，從而，大法官於解釋時，不能忽視此一民法修正，不然可能使立法者欲建立之一夫一妻體制遭受破壞，然而，大法官為釋字二四二號解釋時，並未將維持一夫一妻婚姻制度之精神列為重要考量，蓋如採前述之觀點，對後婚之保護應不容置疑，則要如何維護一夫一妻婚姻制度，則必須對前婚之效力有所解釋，當然最直接之方式就是使其歸於消滅，惟大法官並未就此表明意見，且相關之不同意見書，對於一夫一妻制度於此案例中該如何維持，亦無相關之討論，此無異使一夫一妻婚姻制度，開了一大天窗。

二、釋字第三六二號、釋字第五五二號解釋：

（一）釋字第三六二號評析：

1、釋字第三六三號解釋對於一夫一妻制度是否加以維持並未深思：

釋字第三六二號解釋，將重婚分為二種，一是一般重婚，另外則是特殊重婚，特殊重婚依據該解釋之定義為「因信賴確定判決所導致之重婚，以及其他類似原因所導致之重婚」，釋字第三六二號認為有保護之必要，應維持其效力，又對於前婚之效力，本號解釋亦表明其見解，其曰：「如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚者之他方，自得依法請求離婚，併予指明。」為前婚亦有效力之解釋，故依此解釋，如無人提起離婚之訴，則將有兩個有效婚姻同時存在，而以離婚之訴作為解決前後婚同時存在之見解，亦可看出大法官再此對於一夫一妻婚姻制度之維持，在此種特殊重婚情形並未認為重要，惟合以此種特殊重婚有如此特殊性有別於一般重婚，得將一夫一妻婚姻制度破壞，此有重大疑義。

又本件解釋文，首謂民法第九百八十八條第二款重婚無效規定，「與憲法尚無牴觸」，而後謂上開民法規定「應予檢討修正」，並「應停止適用」，揆諸法律解釋之通例，前屬合憲解釋，後屬違憲解釋。豈非本件解釋文前後相反與矛盾？打破割裂重婚無效規定所以貫徹之一夫一妻制度，危害堪虞¹³⁸。

¹³⁸ 李鐘聲大法官釋字第三六二號解釋不同意見書。

2、信賴保護原則適用於身分關係是否適當，且忽略前婚配偶婚姻權並使惡意重婚配偶受到保障：

民事訴訟法第五〇六條規定：「再審之訴之判決，於第三人以善意取得之權利無影響。」此為民事法律上信賴保護原則之規定，故其是否能用於憲法層次作為法律合憲違憲之解釋則有疑義，況且，該條文是否用於身份事項上，尙有不同見解，具體條文能否適用於身份行為上尙有疑義，何況一抽象法律概念是否能如此適用，更直得懷疑。

退萬步言之，縱認為新賴保護原則適用於身份行為為妥適無需懷疑，然而信賴保護原則為從保護人民權利導出，為人民繼受之權利，不會因為國家事後行為，而遭受不利益，換言之，即人民繼受之權利，不容許再為侵害，然此際售權利之保護，不應使他人全力反受到侵害，更不能因此而保護到惡意重婚者之結果。

蓋此案例中，該重婚之男性配偶為利用詐術，造成裁判離婚之勝訴，而後再與後婚配偶締結婚姻，該善意後婚配偶固應受到保護，惟如此一保護到施詐術之重婚男性配偶，此似有不公允之處，且前婚之女性配偶，並無離婚之意，而被詐術得到了一個離婚判決，如又承認後婚之效力，無疑是對其配偶權以及婚姻權為二度侵害，其侵害要難非謂不重大，且無論後婚或前婚，皆屬婚姻配偶權之範疇，故誰之權利有較高之保護必要，實難以衡量。

大法官於釋字第三六二號解釋中，雖也維持前婚有效之解釋，惟不得謂此即為對前婚配偶之保護，蓋後婚之有效，已使其原本配偶權之完整性遭受到侵害，男方對其有完整之配偶權，而其對男方之配偶權則係與第三人共享，此為對配偶權之重大侵害，反觀該男方，其施以詐術，最後依該解釋卻得到對二人享有完整配有權之利益，更可顯示該檢視之不妥處。

3、小結：

筆者認為，在維護一夫一妻婚姻制度之前提下，不應有前後婚皆有效之情況存在，蓋此為嚴重吳是一夫一妻婚姻制度之存在，且既然大法官於解釋文中也提及「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尙無牴觸。」就更不得隨意大開一夫一妻制度例外之大門。

從而，保護前婚或是保護後婚則須有所取捨，雖對一方有不公，然此為良好制度維持、權利義務間相互衝突以及社會秩序維護下之無奈，必定會有對一些權利，無法為完足之保護，然而，無論犧牲前婚或後婚，皆須對善意之一方有其他權利之補償，方為公允，其方式大抵為婚姻無效之配偶對施以詐術之人（此案中之男方）請求損害賠償，一方面對為此脫法行為之人為制裁，在而也能對婚姻遭

犧牲之人，能有些補償。

（二）釋字第五五二號解釋評析：

如前所述，釋字第三六二號解釋有前述之不當，從而，大法官趁釋字第五五二號解釋機會，對該不當部分予以興正補充，茲分述如下：

1、將一夫一妻制提升為受憲法保障之制度：

釋字三六二號解釋提到：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。」如此文字，似將一夫一妻制度定位為法律位階，而非為憲法高度而法律須遵守之，且前述之釋字第二四二號解釋與釋字第三六二號解釋，皆為了保護當事人之權利，而將一夫一妻婚姻制度原則犧牲，更可看出大法官並未將一夫一妻婚姻制度是為憲法位階。

而釋字第五五二號解釋理由書提到：「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，即本此意旨而制定。婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。」從而，其認為一夫一妻婚姻制度為憲法位階而受到保護，甚至超越憲法上所保障之婚姻自由權，使一夫一妻制有憲法制度性保障之位階。又「如因而致前後婚姻關係同時存在時，為維護一夫一妻之婚姻制度，究應解消前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人及其子女應如何保護，屬立法政策考量之問題，應由有關機關就民法第九百八十八條第二款等相關規定儘速檢討修正。」對前後婚效力之問題，對立法者為指示，須在一夫一妻婚姻制度原則下，對民法第九八八條為檢討修正，更可看出與前面解釋之不同，婚姻當事人之保護與婚姻自由，皆須在一夫一妻婚姻制度為前提下。

民事財產法上之信賴保護則為維護交易安全（本院釋字第三四九號解釋參照）。一夫一妻之婚姻制度攸關身分關係、倫理價值及社會公益，其信賴保護應在於為合理必要之賠償，並保護其子女之利益，而非創設諸種重婚有效之特殊情況，致有害公益，危及社會倫理秩序及家庭制度。釋字第五五二號解釋認一夫一妻之婚姻為應受憲法保障之制度，係為維護婚姻之倫理性、維持家庭制度之健全及保護子女之利益，乃本諸憲法基本價值理念而確立之基本規範，以建構婚姻家庭制度之憲法基礎¹³⁹。

2、對特殊重婚之適用為明確之範圍，且對信賴保護原則為限制：

此部份於前已有論述，在此為略述之說明，蓋釋字第三六二號解釋之理由書

¹³⁹ 王澤鑑釋字第五五二號協同意見書。

認為，「所謂此類特殊情況，洵止除因信賴確定判決所導致之重婚外，尚有其他類似原因所導致之重婚。」惟所謂其他類似原因所導致之重婚不明確，而釋字第五五二號解釋理由書中，補充解釋除了信賴確定判決外，並包括協議離婚等其他足以使第三人產生信賴所導致之重婚在內，就協議離婚，雖基於當事人之合意，但依民法第一〇五〇條規定，應為離婚之戶籍登記，第三人對此離婚登記之信賴，亦應同受保護。

關於信賴保護之問題，釋字第三六二號解釋認為，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與簽婚姻之一方相婚情形有異，雖該判決嗣後經變更至後婚姻成為重婚，究與一般重婚情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力仍應予維持，惟如前述，此造成惡意之一方，反而享有二個完整配偶權之情形，而釋字第五五二號解釋對此為限縮解釋，「惟婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關，後婚姻之當事人就前婚姻關係消滅之信賴應有較為嚴格之要求，僅重婚相對人之善意，尚不足以維持後婚姻之效力，須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻效力始能維持，以免重婚破壞一夫一妻婚姻制度，就此本院釋字第三六二號解釋相關部分，應予補充。」故需雙方當事人均為善意且無過失之特別情形，後婚使受到保障。

3、將信賴保護原則用於身份關係上並不妥適：

信賴保護為法之基本原則，於不同法律關係各有其保護範圍，公法上之信賴原則，旨在保護人民權益不因受益行政處分或行政法規之撤銷、廢止或變更而受影響（本院釋字第五二五號解釋參照）。民事財產法上之信賴保護則為維護交易安全（本院釋字第三四九號解釋參照）。一夫一妻之婚姻制度攸關身分關係、倫理價值及社會公益，其信賴保護應在於為合理必要之賠償，並保護其子女之利益，而非創設諸種重婚有效之特殊情況，致有害公益，危及社會倫理秩序及家庭制度¹⁴⁰。

亦即，信賴保護並非用以解決前後婚姻何者應當維持之問題，而係因一夫妻制之約束，僅就後婚無校之情形，對於善意之後婚當事人於身分關係之外，如何給予合理保障與不長之問題，善意相婚者若因信賴後婚姻為有效而受有損害時，依民法第九九九條之規定，得向惡意之重婚者請求賠償以為救濟。因此於身分關係上強調信賴保護原則，似有不妥¹⁴¹。

4、解釋效力不溯及既往：

¹⁴⁰ 王澤鑑釋字第五五二號協同意見書。

¹⁴¹ 林秀雄，司法院大法官釋字第五五二號解釋之評析，前揭書，頁 8~9。

如前所述，釋字第五五二號仍執著於信賴保護，未將結論溯及既往（至少回溯至釋字第三六二號解釋公布之日），以致部分重婚類型繼續有效，不無遺憾¹⁴²。

5、小結：

釋字第五五二號解釋之最大影響，即為民國九十六年民法關於重婚規定之修法，第九八八條增訂第三項：「違反第九百八十五條規定。但重婚之雙方當事人因善意且無過失信賴一方前婚姻消滅之兩願離婚登記或離婚確定判決而結婚者，不在此限。」以及民法第九八八條之一，皆為此一釋字之明文化，並且依照此解釋意旨，為以一夫一妻為前提下，作出使後婚有效，而前婚失其效力之立法，為特殊重婚之要件與效力為明確之規範。

三、歷年大法官解釋所建立之一夫一妻制度：

除前述之釋字二四二號解釋、釋字三六二號解釋以及釋字第五五二號解釋，將原本只具有法律位階之一夫一妻婚姻制度，提升至憲法之制度性保障，使的婚姻自由之行使，須在一夫一妻婚姻制度之前提下，方受到保障，建構了婚姻家庭制度之憲法基礎外，在建構此一憲法基礎後，另有釋字第五五四號解釋、釋字第五八七號解釋、釋字第六二〇號解釋以及釋字第六四七號解釋，此等解釋雖非直接對於重婚規定為解釋，然重婚只為一夫一妻婚姻制度原則下之一環而已，只能謂為最嚴重之侵害，但並非唯一概念，而前述之其他解釋，則使一夫一妻婚姻家庭制度之確定，於憲法上之制度性保障以及其意義與規範效力更趨完整。

（一）一夫一妻婚姻制度為刑法所保護之法益：

釋字第五五四號解釋為通姦罪是否除罪化之問題，大法官採取否定之態度，「婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎。」因而對於通姦行為，認為是破壞一夫一妻永久共同生活之結合關係，故刑法對之為處罰並未逾越比例原則，故可知對一夫一妻制度之保障，凡對配偶權有所侵害以及對一夫一妻制度下建立之家庭物質上、精神上有所破壞者，皆應防止之，甚至為刑法處罰之對象，又依此解釋，依舉輕明重之法理可知，通姦罪上尚未對一夫一妻婚姻制度為完全之破壞，仍為刑法之入罪，相較之下，對於家庭合諧以及一夫一妻婚姻制度原則為完全破壞之重婚罪，則更具入罪於刑法之理由，從而，此號解釋確定一夫一妻婚姻制度亦為刑法所保護之法益。

（二）一夫一妻制下所建立之婚姻家庭不容第三人任意破壞：

¹⁴² 王海南，論一夫一妻婚姻制度與重婚信賴保護，月旦法學雜誌 96 期，頁 290。

釋字第五八七號為子女有獲知其真實血緣權利之解釋，大法官在此肯定之，為真實生父之認領其子女以及家庭權，大法官則否定其有此種權利，蓋在一夫一妻婚姻家庭制度下，如允許第三人任意對之行使其生父權及家庭權，小則使身分關係之確定需對簿公堂，破壞家庭和諧，夫妻親子間之感情，如生父勝訴，則使該子女之婚生地位遭受否認，與法定父親之親子關係脫離，蓋完整家庭之組成為由夫妻及其婚生未成年子女所組成之「核心家庭」，為現代親屬身分法所建構之夫妻與親子關係所組成之上位概念¹⁴³，故對子女婚生之否定，即為侵害一夫一妻制度下所建立之家庭，從而，大法官根本否定第三人之提起訴訟權利，目的不外乎維持家庭之完整性，對於「合法婚姻」及子女為充分之保護。

惟於本釋字解釋理由書末段：「現行法律不許親生父對受推定為他人之婚生子女提起否認之訴，係為避免因訴訟而破壞他人婚姻之安定、家庭之和諧及影響子女受教養之權益。且如許其提起此類訴訟，則不僅須揭發他人婚姻關係之隱私，亦須主張自己介入他人婚姻之不法行為，有悖社會一般價值之通念。故為防止妨礙他人權利、維持社會秩序而限制其訴訟權之行使，乃屬必要，與憲法並無牴觸。至於將來立法者應否衡量社會觀念之變遷，以及應否考慮在特定條件下，諸如夫妻已無同居共同生活之事實、子女與親生父事實上已有同居撫養之關係等而有限度放寬此類訴訟之提起，則屬立法形成之自由。」故大法官並未完全否定生父之親子權與家庭權，認為在已無破壞他人家庭和諧前提下，應保障該生父之權利，為此保障對於一夫一妻家庭制度之影響，大法官則未提及。

（三）對於長期共同生活之人給予保障：

在釋字第六四七號中，對於遺產及贈與稅法第二〇條第一項第六款，大法官對之合憲性之解釋為，「立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定登記、一夫一妻等要件，旨在強化婚姻之公示效果，並維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益，有其憲法上之正當性。基此，系爭規定固僅就具法律上婚姻關係之配偶，其相互間之贈與免徵贈與稅，惟係為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與平等原則有違。」先肯定立法者將合法婚姻制度下所為之婚姻與事實同居關係為差別對待，為維護一夫一妻之婚姻制度所設，其規範目的正當，手段與目的間亦有合理關聯，通過比例原則之檢驗，且並未與平等原則有違，排除其有違憲之爭議。

然而，大法官也期盼立法者能使法律與時俱進，對於異性同居伴侶與法律上婚姻關係之配偶具類似性，故應給予適當之保障，解釋理由書末段：「至鑒於上開伴侶與具法律上婚姻關係之配偶間之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障，併此指明。」

¹⁴³ 施慧玲，前揭書，頁 10。

(四) 一夫一妻婚姻制度與夫妻共同生活之法律保障：

大法官連續於數號解釋中強調「維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序」，然而，絕對的一夫一妻制約效果，可以由釋字第三六二號及第五五二號解釋所允任之例外情形，跨越到容認因而致前後婚姻關係同時存在之可能，或如釋字第五八七號解釋一般，鼓勵發揮立法形成自由去衡量社會觀念之變遷，因而有限度放寬可能仍有悖社會一般價值通念的婚姻規範。

大法官於釋字第二四二號解釋文就強調夫妻共同生活在婚姻保障上的實質重要性，在關於重婚禁止的憲法解釋中，「長期共同生活事實」或「圓滿婚姻生活」甚至超越形式上一夫一妻而成爲婚溫制度保障的主要內涵，乃至在法律修正上，被擬制爲圓滿的後婚，成爲消滅前婚之原因，而釋字第六四七號，將夫妻伴侶生活解釋爲包括「財產生活」，又擬制財產生活爲「共同家計」，並爲保障此共同家計免除夫妻贈與之賦稅義務，如此憲法對於夫妻財產共同生活之認知，表面上與法規不甚相符，卻是對法規效果之務實觀察。

故從釋字第二四二號解釋、釋字第三六二號解釋、釋字第五五二號解釋以及釋字第六四七號解釋，大法官對於婚姻共同生活事實上之長期與圓滿之考量重視，甚至超過形式上的法律規範秩序，此一論證脈絡以有跡可循¹⁴⁴。

¹⁴⁴ 施慧玲，一夫一妻制度之憲法保障的再一片拼圖—大法官釋字第六四七號解釋簡析，台玩本土法學雜誌第 115 期，2008 年，頁 164~165。

第五章 德國與我國重婚規定之比較

第一節 德國與我國一夫一妻婚姻制度之比較：

一、德國與我國傳統之婚姻制度：

一夫一妻婚姻制度淵源於歐洲中世教會倫理與康德等之哲學思想，為各文明國家維護婚姻及家庭秩序之基礎而成為各國民法典所採行之親屬基本關係，康德認為夫妻關係不僅是互相關連而彼此占有他方的人格者，於財產的占有亦有平等關係，而能維持此關係者，惟有一夫一妻制度。蓋對等而獨立的兩個人的性格，全面的相互付與他方，排他的、獨占的相互支配，本此確立近代市民社會的個人主義婚姻倫理，從婚姻契約的自由、婚姻關係中夫妻地位的平等、夫妻相互間人格上排他的、獨占的全人格的結合，展現近代婚姻的特徵。我國學者有主張禮制上本於一陰一陽之義而承認一夫一妻之制，故舊律均以一夫一妻為天經地義。亦有謂後世歷代法律均禁有妻再娶^{145 146}。

而我國為世界文明古國，素崇人倫，故曰：「君子之道，造端乎夫婦」，又曰：「家齊而后國治」，並曰：「彝倫攸敘」，締成中國文化社會。雖然，夫婦之間人事有不齊，而一夫一妻制則振古如斯，奠定為我國之基礎制度。於是乎，夫妻一體，相敬相愛，白頭偕老，昇華為夫妻間高貴情操，相傳以為美談，蔚成中華法系之優美特色¹⁴⁷。

我國在禮制上，宗法社會中男性延續胤嗣雖可以多娶，但因種嫡庶之分，故不得多妻。嫡妻或正室，原則上只許有一，不容有二。所謂一夫一妻，甚至只終身不能有二嫡而言。妻之外為妾。至於法律上，則將禮制所否認之妻妾易位或尊妾為妻加以禁止，更將重婚懸為厲禁，例如唐律戶婚：「諸有妻更娶者，徒一年，女家減一等；若欺妄而娶者，徒一年半，女家不坐，各離之。」大元通制戶婚：「諸有妻妾復娶妻者，笞四十七，離之；在官者解職記過，不追聘財。」明律婚姻：「凡以妻為妾者，杖一百。妻在以妾為妻者，杖九十，並改正。若有妻更娶者，杖九十離異。其民年四十以上無子者，方聽娶妾，違者笞四十。」清律婚姻：「凡以妻為妾者，杖一百。妻在以妾為妻者，杖九十，並改正。若有妻更娶者，亦杖九十。離異。」¹⁴⁸

從而，我國之婚姻制度雖無歐式獲得國一般之單婚制，蓋完整之一夫一妻

¹⁴⁵ 孫森焱大法官釋字第五五二號解釋協同意見書參照。

¹⁴⁶ 陳瑞堂大法官釋字第二四二號解釋不同意見書參照。

¹⁴⁷ 李鐘聲大法官釋字第三六二號解釋不同意見書參照。

¹⁴⁸ 王海南，前揭文，頁 286~287。

制，並無納妾之行爲，而我國傳統上，雖如前述，只有一妻，爲納妾是被允許的，故嚴格而言，只能稱爲是一夫一妻多妾制之多偶制，與西方基督教神聖一夫一妻婚姻制度相距甚遠。

二、一夫一妻制度在我國與德國法位階之比較：

德國基本法第六條第一項：「婚姻與家庭乃受國家特別保障。」故婚姻自由與對家庭之保護在德國是受到憲法所保障之基本權並無疑義，此爲憲法所明文保障，而德國基本法第三條第二項：「男女有平等之權利，國家應促進男女平等之實際貫徹，並致力消除現存之歧視。」明文規定男女平等原則須爲國家徹底貫徹，且致力消除現存之歧視，更有著國家除了消極不得爲歧視行爲外，並且要有消除社會現存一切歧視性別之行爲，換言之，該條文宣示著，國家、私人、社會、宗教、傳統皆不得有違背男女平等原則之作爲，當然由於國家具有公權力，所以爲男女平等原則之守護者。

從而，由德國基本法第六條第一項與基本法第三條第二項二條文爲推論，妾娶制度爲父權至上原則下之產物，有是女性基於婚姻家庭客體地位之制度，故當然是通不過男女平等原則之檢驗，故此種婚姻制度應不爲基本法第六條第一項所保障之婚姻制度；又婚姻之本質爲，對等而獨立的兩個人的格，全面的相互付與他方，排他的、獨占的相互支配，個人主義婚姻倫理，從婚姻契約的自由、婚姻關係中夫妻地位的平等、夫妻相互間人格上排他的、獨占的全人格的結合，爲近代市民婚姻的特徵，換言之，夫妻間對他方配偶均有完整之配偶權，故如容任一夫多妻、一妻多夫、多夫多妻之存在，雖可能與男女平等原則無違，但夫妻間之平等與家庭功能則難以維持，並且嚴重與現代市民婚之原則嚴重違背，從而，德國基本法所保障之婚姻家庭制度爲一夫一妻制度爲前提下所建立之婚姻家庭並無任何疑義。

又關於一夫一妻制度是否具憲法之制度性保障，「制度性保障」，究其歷史意義，係用以和「基本權利」相區別，以便突破立法者不受基本權利拘束的藩籬。而在憲法肯認基本權利具規範效力後，「制度性保障」的現代意義則著重於基本權利之客觀面向，要求國家建立特定法律制度，以確保賴此制度存在之基本權的實踐，而家庭關係具有高度倫理性，德儒薩維尼（Savigny, Friedrich Karl von）即提到：「家庭制度是建立在一個自然習慣的關係上，這個關係屬於法律前的事實。而此事實乃由人類自然的決定。」故以家庭爲核心所衍生的親屬身分關係，乃先於法律典章而存在，近代國家法之制定，即不能無視於既有之人倫秩序而爲不當之介入。對於家庭此一具高度私密性之生活關係，國家本應謹守尊重既有倫常、道德規範之分際，以尊重人民之自律爲原則，不過度介入婚姻及家庭秩序之規整，其目的不僅在於確保締結家庭生活關係之基礎「婚姻自由」之實踐，結婚自由所內涵之是否結婚、結婚對象之選擇等自由，更是所有權利基礎「人格自主」

此一價值之彰顯。唯有將婚姻自由提升至憲法層次加以保障，其核心之人格自主權始不致受政治部門任意限制或剝奪¹⁴⁹。

蓋德國之一夫一妻婚姻制度早在憲法制定前，由基督教之神聖婚姻下所建立之制度，且早已深植於德國民間習慣與文化中，又此一夫一妻婚姻制度，為男女平等原則下就符合婚姻本質之婚姻制度，從而，一夫一妻婚姻制度不只為憲法位階，更為制度性保障所要求，國家應建立特定法制度，以確保此制度存在基本權之實踐，又前述德國聯邦最高法院「生活伴侶關係法」判決中，其判決本文與不同意見書，皆提到一夫一妻婚姻制度為德國基本法制度性保障，故一夫一妻婚姻制度在德國法位階上，具有憲法制度性保障之位階。

而我國憲法，關於婚姻、家庭之保護，並未明文堆訂於憲法中，故對於人民締結婚姻與組成家庭之權利，是否為基本權效力所及，無法從憲法本文直接看出，婚姻家庭自由權利上無法直接從憲法本文直接看出，就遑論一夫一妻婚姻制度在我國法之位階。

惟整個憲法價值體系絕非透徹詳盡，且基本權規定幾乎是普遍模糊，且如同概括條款般被描述著，因此不得謂非憲法明文規定之基本權則不在此限，應包含了憲法價值秩序中具有內涵性的不成文基本權，況且，相對於國家而言，基本權之行使是理所當然，無需國家同意，縱使被規定於國家法規範中，基本權之擁有與行使也僅是被描述，而非經國家的承認，國家要限制人民基本權利就須有正當依據，此就是國民主權所發展出來，國民同意使限制人民基本權之國家權力行使或其正當性¹⁵⁰，釋字三六二號：「適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障。」亦肯定婚姻自由為憲法二十二條：「凡人民之其他自由權利，不妨害社會秩序、公共利益者，均受憲法之保障。」之保障範圍，而蘇俊雄大法官於釋字五五二號解釋不同意見書中，則將此觀念為更詳盡之闡述：「對於家庭此一具高度私密性之生活關係，國家本應謹守尊重既有倫常、道德規範之分際，以尊重人民之自律為原則，不過度介入婚姻及家庭秩序之規整，其目的不僅在於確保締結家庭生活關係之基礎『婚姻自由』之實踐，結婚自由所內涵之是否結婚、結婚對象之選擇等自由，更是所有權利基礎『人格自主』此一價值之彰顯。唯有將婚姻自由提升至憲法層次加以保障，其核心之人格自主權始不致受政治部門任意限制或剝奪。如此說明始能得出婚姻自由之保障雖非憲法既有明文規定之基本權類型所涵蓋，但仍屬憲法第二十二條概括條款所保障之基本權。」有論者從憲法本文第一五六條為解釋，「婚姻以及由婚姻所建構之家庭倫理關係，是構成社會人倫秩序之基礎，也是民族發展之礎石。憲法第一百五十六條特別強調國家應保護「母性」，即係本

¹⁴⁹ 蘇俊雄大法官釋字第五五二號解釋協同意見書參照。

¹⁵⁰ 陳慈陽，憲法學，2005年，元照，頁315~318。

此意旨¹⁵¹。」惟筆者認為，憲法本文第一五六條，惟國家對兒童、家庭福利之保障，為國應對此有一定之福利政策，故並無法從此條文中導出憲法對人民之婚姻自由為基本權之保障。

而關於一夫一妻婚姻制度，可由平等原則得出，蓋憲法之價值體系，本由人民之平等權與基本權所架構而成，中國古代妾娶之多偶制，將女性置於婚姻之客體地位，其人格權在婚姻制度中並非完整，縱非客體地位，惟在階級上顯低於其丈夫，明顯抵觸男女平等原則，故為民主法治社會價值體系所不採，因而遭到揚棄，然而一夫一妻婚姻制度是否在我國具有憲法制度性保障功能？蓋如無憲法制度性保障，只要在無違背男女平等原則下，如果與婚姻自由相衝突時，可能會因為婚姻自由之保護，而犧牲一夫一妻婚姻制度原則，釋字二四二號解釋與釋字三六二號解釋即為此觀點。

惟釋字第五五二號解釋：「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，即本此意旨而制定。婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。」以及釋字第五五四號解釋：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第三六二號、第五五二號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務……按婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎。」因大法官釋字具有同憲法上之位階，且釋字第五五二號解釋有補充代替釋字第三六二號解釋之功能，從而，一夫一妻婚姻制度在我國具有憲法制度性保障並無疑義。

而筆者認為，制度性保障在於此制度早於憲法前，有對社會倫理有一定之規範且亦為對人民基本權之維持，以便突破立法者不受基本權利拘束的藩籬，而在憲法肯認基本權利具規範效力後，「制度性保障」的現代意義則著重於基本權利之客觀面向，要求國家建立特定法制度，以確保賴此制度存在之基本權的實踐，而基於前述，我國本有一夫一妻制之傳統，除去嚴重違反男女平等原則多偶制之部分，其時就只剩一夫一妻之家庭制度，蓋在我國傳統，維持一夫一妻之家庭雖與男女平等無涉，然亦無對女性為歧視與貶摶，其目的為維繫家庭和諧功能、為對社會倫理之一定維持，故將此部分精神在憲法制定後，為制度性之保障，雖我國傳統上並無西方基督教文化之神聖一夫一妻制為依據，為我國傳統婚姻制度在除去違背男女平等部份後，亦可成為一夫一妻婚姻制度為我國憲法制度性保障之依據。

¹⁵¹ 劉鐵錚大法官釋字第二四二號解釋不同意見書參照。

有不同見解認為：惟結婚自由權與一夫一妻制度，無所謂位階高低之問題，蓋沒有結婚自由權，何來一夫一妻婚姻制度，故只有在一夫一妻婚姻存在下，方有限制婚姻自由權之必要。因而在前婚姻已由法律規定之方式藉公權力之行使證明其消滅時（例如裁判離婚之確定終局判決、兩願離婚之已經戶籍登記），第三人基於善意且無過失而與離婚之一方相婚，雖「結婚後」該離婚又經法定程序變更而罹於無效，致後婚姻成爲重婚，此究與一般之重婚情形有異，蓋後婚姻「成立」時，並無前婚姻關係之存在，此時何來侵害一夫一妻之婚姻制度，職是之故，倘後婚姻不予維持，不僅侵害憲法所保障之人民結婚自由權利，實也侵害該後婚姻所建構之家庭倫理關係，蓋重婚無效時，不但後婚姻配偶身分關係消滅，繼承權喪失，而子女更成爲非婚生子女，彼等所遭受之精神痛苦、家庭破碎，豈是此後可以他種損害賠償及子女認領之方式獲得彌補？¹⁵²

惟依據現今實務語通說，一夫一妻婚姻制度在我國有制度性保障之位階已爲確定，故與德國一夫一妻制之法位階，我國與德國並無差別，惟傳統常隨時間、空間爲遞嬗，身份制度又有高度之倫理價值、社會風俗爲依據，故往後之發展，皆可能又出現不同面貌，有待日後觀察。

第二節 德國民法重婚規定與我國民法重婚規定之比較：

一、民國七十四年民法修法前我國民法關於重婚之規定、大法官釋字第二四二號解釋與西元一九三八年德國婚姻法之比較：

德國婚姻法二十條第一項之規定：「配偶之一方於結婚時與第三人仍保持有效婚姻關係者，其結婚無效。」相較於民國十九年我國民法親屬篇第九九二條規定：「結婚違反第九八五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚關係消滅後，不得請求撤銷。」德國民法重婚後婚效力爲無效，而我國爲利害關係人得對婚姻訴請撤銷，故效力上，得國婚姻法對於重婚禁止之規定效力較強。

又德國婚姻法二十三條規定：「法院未爲結婚無效判決宣告前，任何人均不得主張結婚其結婚爲無效。」因而，在法院宣判無效前，該重婚之後婚具有效力，於法院宣判無效後，溯及失效，因而，在爲重婚行爲與法院宣判無效期間，該後婚仍具有效力，似有重婚允許之嫌，惟同法第二十四條之規定：「於結婚無效情形，檢察官或配偶之一方，得提起無效之訴，於第二十條情形，前婚之配偶亦同。」故檢察官得介入重婚規定之違反，且德國結婚效力採登記制，爲有效婚姻須向主管機關登記方生效力，因而欲爲重婚本非容易，且容易爲國家機關所發現，加上檢察官對於重婚無效之訴之介入，從而，僅能爲短暫之重婚有效，且又有溯及失效之規定，故此短暫有效並非破壞一夫妻婚姻制度。

¹⁵² 劉鐵錚大法官釋字第五五二號不同意見書。

而觀我國民法九九二條之規定，婚姻為得撤銷，故在撤銷前，重婚之後婚仍為有效自不待言，又對於重婚撤銷之訴，僅為利害關係人得向法院聲請，並無國家得介入提起訴訟之規定，加上我國當時婚姻之生效要件採儀式婚，並非以向主管登記為生效要件，只要有證人及公開儀式婚姻即為生效，故後婚要有效且不為國家機關查之是極為常態之事，且縱國家機關知悉，只要無利害關係人向法院訴起撤銷後婚，國家機關也無法為任何作為，從而，我國民法雖對重婚禁止，惟其法效力，給予了重婚有效相當之空間，故實質上可謂違反一夫一妻婚姻制度之立法，加上釋字第二四二號解釋，在某些例外情況下，又抑制了前婚配偶之撤銷權，更凸顯一夫一妻婚姻制度並非當時絕對重視。

而德國並未有類似我國兩岸政治隔離許久人民互不相聞之國家社會情況發生，而二次大戰期間未歸之人，應為死亡之推定，在德國對於因死亡宣告產生之重婚有婚姻法明文規定以資解決，因而筆者試圖假設在德國此案例之發生會如何解決。

依德國法相對主義創始人Gustav Radbruch的見解，頗強調法的安定性，因為實定的成文法能使不同的法律觀點，建立於和平基礎上或能中止萬人對萬人之敵對狀態，但法律的安定性非法律唯一要素，仍須兼顧法的正義性與法的何目的性，法律要維持社會共同生活的妥當性，三者要兼顧而不偏廢¹⁵³。從而，此案例中，依德國婚姻法，將其為無效，其實對於法的安定性即社會既存事實狀態為一大破壞，而對於後婚當事人與利害關係人之影響，將長久身分關係破壞亦與法的正義性有為，故使後婚無效，在此與公平正義有違。

又德國關於離婚採破綻主義，西德一九七七年之離婚法及規定，別居滿五年以上，夫妻別居已滿五年者，任何一方提出離婚之請求，法院均不得拒絕，非判決離婚不可，由此也得出，類似案例在德國實難以發生，蓋只要先為離婚之訴，確定後再為結婚，則無重婚之問題，惟此更可看出，維持後婚其實是較維持前婚之實益大。

二、民國九十六年民法修法後我國民法關於重婚之規定、大法官釋字第五五二號解釋與西元一九九八年德國婚姻法之比較：

民國九十六年民法關於重婚之修正，為基於釋字第五五二號解釋為修正，故已下討論皆以現行民法規定與德國比較，而輔以釋字第五五二號，其比較茲分述如下：

（一）重婚無效與廢棄：

¹⁵³ 戴東雄，前揭書，頁 53~54。

民國七十四年民法修正後，我國民法關於重婚之規定從利害關係人得撤銷修正為無效，且此無效為自始、當然無效，不待法院判決，故重婚規定之違反效力強烈，反之，德國從原本之重婚無效變修正為廢棄，故在廢棄前重婚之後婚具有效力，且後婚廢棄判決確定，不會溯及失效，因此德國在重婚違反效力上，漸趨緩和。

惟筆者認為，德國法上將重婚違反之效力由無效改為廢棄，並非有實質重大改變，蓋修正前，後婚無效本須經由法院判決，非當然無效，與廢棄需法院判決相同，故在法院為判決前，後婚皆有短暫有效之狀態，只是有無溯及無效之問題，加上對無效或被廢棄之後婚，皆有準用離婚規定為保障，更縮小其中之差距，惟二者在法律意義上畢竟效力上之不同，故關於重婚違反之效力，似有緩和一夫一妻婚姻制度與婚姻自由之緊張關係，惟如前述，德國法之婚姻生效採登記制，故重婚機會實為困難，加上國家機關亦有提起廢棄後婚之訴之權利，故實際上能順利重婚者並不多，且如能順利享齊人之福者，因登記制加上國家機關介入，其實並無法長久，因此並不會破壞一夫一妻婚姻制度之內涵，況且，無論修法前後重婚之後婚皆準用離婚規定，蓋離婚也非使該婚姻溯及失效，故以廢棄代替無效，於準用離婚部分較具法邏輯性。

反觀我國，民國七十四年修法前給予重婚太大空間，其規定已實質違反一夫一妻婚姻制度之內涵，為失敗之立法，而民國七十四年修法後，採違反重婚規定當然無效，為絕對一夫一妻制，其違反重婚規定之效力比起德國修法前後，皆有較強之效力，然實際上效果上似非如此，蓋民法在民國九十六年修法前，結婚生效為儀式婚，不以向國家機關登記為有效，比起登記婚公示性明顯不足，因此後婚相婚者為善意大有人在，加上當然無效之規定，更使後婚相婚人，一方面主觀上與客觀上皆為維持此婚姻之一切行為，然而在法律上其根本無任何配偶權利之矛盾情形，而有無結婚儀式，國家機關難以調查，故也難以介入消滅此一事實上之婚姻，加上無論是得撤銷或是無效，我國民法皆無給與後婚相婚人相關權利保障之配套措施，於重婚違反當然無效規定下，更顯示出法律對後婚相婚人尤其在其為善意之情形保障不周、有失公允，當然民國七十四年修法前之規定，一方面違反一夫一妻婚姻制度內涵，二方面對後婚相婚人亦無保障，更不足採，且利害關係人，如後婚關係下所生之子女，其根本無婚生子女之地位，對其無相關之保障，更與近代「保障未成年子女最佳利益」之精神脫節。

九十六年修法後，雖將儀式婚修正為登記婚，應能改善上述社會現實與法律效力相互矛盾之情形，為對後婚相婚人以及所生身分關係人之保護，卻付之闕如，德國法上在不違反一夫一妻婚姻制度內涵下，與對後婚相婚人與利害關係人權利保護下相互調和且兼顧下，我國為較落後之立法，德國民法關於重婚之規定時有效法之處。

(二) 關於死亡宣告而受宣告人歸來之特殊重婚：

德國民法一三一九條第一項：「夫妻一方被宣告死亡後締結婚姻者，在被宣告死亡的夫妻一方上生存時，後婚姻只有在夫妻雙方在結婚時明知被宣告死亡的夫妻一方在死亡宣告尚生存時，才得因違反第一三〇六條之規定廢棄。」同條第二項：「前婚姻自後婚姻締結時起解消，但後婚夫妻雙方在結婚時明知被宣告死亡的夫妻在死亡宣告時尚生存者，不在此限。死亡宣告被廢除時，前婚仍然解消。」故失蹤人配宣告死亡確定後，其與他方配偶之婚姻並不當然消滅，必須於生存之他方配偶與第三人結婚時始歸於消滅，死亡宣告因失蹤人歸來被撤銷時，若後婚當事人雙方結婚時均出於善意，後婚不受影響。又德國民法第一三二〇條：「被宣告死亡的夫妻一方尚生存，在第一三一九條受妨害之情況下，其前配偶可以請求終止新的婚姻，但其在結婚時明知被宣告死亡的夫妻一方在死亡宣告時尚生存，不在此限。廢棄之請求，應自前婚配偶知悉死亡配偶尚生存時起，一年內為之。第一三一七條第一項第三句以及同條第二項之規定，準用之。廢棄之效果，準用第一三一八條之規定。」故如受死亡宣告一方尚生存時，對婚姻廢棄之權利，請求之當事人分為前婚之受死亡宣告之一方與前婚配偶，受死亡宣告之一方其對後婚請求廢棄之權利為當事人有一方非善意時，有請求廢棄後婚之權利，如後婚雙方皆善意則前婚當然解消，維持後婚，而前婚配偶為善意時，則對後婚有請求廢棄之權，至於後婚相婚人與主觀機關於前婚配偶惡意之情形，因此為重婚公定之違反，故其請求廢止權自不待言。

我國民法關於因死亡宣告一方尚生存而致之重婚，則無明文規定，釋字五五二號之「特殊情況」並不包含死亡宣告，而民法第九八八條第三款並無死亡告知類推適用，理由為：1、民事訴訟法第六四〇條第一項規定，撤銷死亡宣告或更正死亡時之判決，不問對於何人均有效力，但判決確定前之善意行為不受影響，又依一夫一妻制度原則，後婚善意不受影響下，不生前婚復活之問題，如認為識字地五五二號解釋及民法第九八八條第三款有死亡宣告之適用，則會使其與民事訴訟法第六四〇條第一項適用上混亂¹⁵⁴。2、後婚原則不因被宣告死亡之人尚生存而受影響，前婚復活亦非撤銷死亡宣告所致，而是後婚當事人惡意之例外情形，與離婚確定判決或協議離婚登記直接解消婚姻，復因其中之一有瑕疵而使前婚自動回復、以致後婚當然無效之情形全然不同。

故我國關於死亡宣告之一方尚生存時，雙方皆善意之情形下，後婚不受影響，此與德國民法之規定相符，惟德國民法給予前婚配偶請求廢棄後婚之權利，為尊重當事人之意願，使其有與被宣告死亡之人復合之機會，對此，因為我國民法無明文規定，故對當事人之意願則無法得知保障，而於前婚配偶惡意之情形下，德國前婚並不回復，而我國通說則為前婚回復，蓋基於前婚配偶惡意情況下，可推定前婚有破綻，故使其效力當然回復，對於婚姻並無助益，後婚姻違反重婚

¹⁵⁴ 林秀雄，前揭文，頁 313。

規定遭到廢棄後，以前婚當事人之意願決定是否再行締結婚姻，較尊重當事人是否重修舊好之意願，又關於無效或被解消之婚姻當事人，我國亦無保障之規定，而德國則為準用離婚之規定，故在此，我國法律尚有諸多問題未解決。

筆者在此認為，我國通說關於受死亡宣告之人歸來造成之重婚，推論過程與結論是在一夫一妻婚姻制度為前提下所得前婚消滅之結果，惟從前述對歷次大法官解釋之分析，其實大法官對於前後婚當事人權利之保護，常重於對一夫一妻婚姻制度之維護，此為大法官對當事人保護之用心，而受死亡宣告之人歸來，其對於重婚之造成，難謂其過失下，其配偶及身分上之權利皆消失，不得謂其無保護之必要，且對其權利侵害甚大，故對此，大法官極有可能做出與通說不同見解之解釋出來，惟如案件未發生且未釋憲，大法官也無從對之表示意見，因此僅為筆者之假設而已。

（三）信賴離婚判決、離婚登記而造成之重婚：

基於前述，我國並無對於重婚遭撤銷或無效保障之規定，對於後婚配偶與利害關係人之不公，前已提及不再贅述，而如前婚需面臨撤銷或無效之情形，亦須面對此問題，故在後婚值得保護之情形，如釋字第二四二號解釋、三六二號解釋¹⁵⁵、五五二號解釋，因為後婚值得保護，故不應消滅此一婚姻，然而對於前婚，其重婚者之前婚配偶又有何對於重婚之發生有任何責任需負責，讓其遭受婚姻消滅之慘況？故事自二四二號解釋以及釋字第三六二號解釋，選擇放棄一夫一妻婚姻制度，對於前後婚皆予保障維持，此一問題在釋字第五五二號更為明顯，蓋釋字第五五二號開宗明義即確定一夫一妻婚姻制度憲法制度性保障地位，因此後面的解釋文，即不得出現放棄一夫一妻婚姻制度之結論出來，而後又對後婚具信賴保護為肯定，給予其「應予以維持」法效力之肯定，在一夫一妻婚姻制度下，且後婚應允以維持情況下，當然前婚只有消滅一途，此從邏輯推論上實無從為不同意見，為釋字第五五二號解釋最後則為「如因而致前後婚姻關係同時存在時，為維護一夫一妻之婚姻制度，究應解消前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人及其子女應如何保護，屬立法政策考量之問題，應由立法機關衡酌信賴保護原則、身分關係之本質、夫妻共同生活之圓滿及子女利益之維護等因素，就民法第九百八十八條第二款等相關規定儘速檢討修正。在修正前，對於符合前開解釋意旨而締結之後婚姻效力仍予維持，民法第九百八十八條第二款之規定關此部分應停止適用。」對立法者為解消前婚姻與後婚姻之立法指示，並以「立法政策考量問題」全權委由立法者處理，然筆者認為此並不妥適，茲分述如下：

1、邏輯上之矛盾：

如前述，對於前婚之命運，在前面有力論述之下，只有解消一途，並無其他，

¹⁵⁵ 此號解釋後婚是否值得保護，容有爭議，於前章已有敘述。

此大法官於解釋中表明即可，並無需再委由立法裁量。

2、大法官並未對其解釋負責：

蓋解釋前文以對一夫一妻婚姻制度之法位階確定，並且為後婚維持之解釋，而最後竟以對維持後婚或前婚交由立法裁量，民國九十六年民法修正，故然為後為維持前婚解消之規定，然如為前婚維持後婚解消之立法，既然此為立法裁量，立法者也無違反大法官解釋意旨，如此，豈不為將大法官保障後婚之一番苦心付諸流水，大法官未在此為堅定態度，實為不解。

3、仍造成違反一夫一妻制之現象：

此號解釋之作成為民國九十一年，而民法修法三讀通過為民國九十六年，加上一年的緩衝期，因大法官並未對前婚效力為闡釋，從而，於此期間內之類似情形，均可能為重婚，如立法更為拖延，則情形就更為嚴重，對照於此號解釋開宗明義對一夫一妻婚姻制度憲法制度性保障之確定，更顯諷刺。

德國民法相類似之規定為一三一五條第二項第一款規定：「有下列情形之一者，亦不得廢棄婚姻：（1）結婚前雖違反第一三〇六條之規定，但前婚在後婚締結前已被宣告離婚或廢棄、而該宣告於後婚締結後確定者；」此為後婚發生在前婚被宣告離婚或廢棄後，當然對前婚已無任何維持之必要性，而宣告到確定前，後婚雖為重婚，為極為短暫且前婚必定會消滅，故將後婚廢棄並無意義，且其步會侵害一夫一妻婚姻制度之內涵，實無法與我國大法官三六二號解釋與五五二號解釋所創造出之長期重婚效力可比擬¹⁵⁶。

至於因信賴離婚判決在再行締結的婚姻，其後因該判決有誤，所形成之重婚情形，其應維持前婚或後婚之效力，在德國法上因法無明文，而在實務上與學說上有多種見解，少數說認為應類推適用第一三一五條第二項第一款的規定，維持後婚效力，而將已經離婚判決的前婚，不管有無再審理由，於後婚締結時，即視同解消的婚姻看待。多數說則認為由法秩序的整體角度來看，並無法推導出後婚的絕對保護誠命，使其效力不受其他訴訟結果影響的結論¹⁵⁷，因此於前婚再審確定而維持，則後婚依重婚規定論斷。

關於信賴離婚判決而事後有再審理由，國內通說採保護後婚，民國九十六年民法修正亦採之，理由於前章已有探討，在此不再贅述，而德國通說則為維持前婚，筆者淺見，較傾向德國通說，理由茲分述如下：

1、前後婚何者屬於既存事實狀態尚待討論：

¹⁵⁶ 王海南，前揭文，頁 289。

¹⁵⁷ 戴瑀如，前揭文，頁 369。

對於維持後婚之理由，有對既存事實狀態之維護，因後婚為有效存在狀態應為維持，惟依我國民事訴訟法第五百條第一項：「再審之訴，應於三十日之不變期間內提起。」同條第二項：「前項期間，自判決確定時起算，判決於送達前確定者，自送達時起算；其再審之理由發生或知悉在後者，均自知悉時起算。但自判決確定後已逾五年者，不得提起。」故後婚成立自再審之訴之提起，從一日到五年皆有可能，如為一日，是否為既存事實，是否有法安定性之考量不無疑問，且後婚維持之時間如較前婚短，則回復前婚並不比維持後婚不值得保護。

2、破綻原則不能為前婚解消之理由：

蓋破綻主義為離婚具一定事由，而不問雙方當事人之過失，故論者以前婚既離婚判決確定，則婚姻出現破綻，故以維持後婚妥適，惟既然再審之訴被提起，則表示原判決之既判力遭受動搖，其法安定性與法正義性遭受挑戰，故原判決所持事實及理由則屬不確定之狀態，從而，離婚事由尚不確定，何來有破綻之推定，故縱採破綻主義立法之德國，尚為維持前婚為通說，我國並非採破綻主義立法下，更不得具此為解消前婚之理由。

3、司法資源之浪費：

如一我國民法規定，再審法院如認為再審有理由，而廢棄原確定判決，前婚婚姻失去了離婚事由，然亦無從回復，則該再審之訴之實益何在，其勝訴、敗訴與自始未提起訴訟之結果相同，使司法資源耗費在無實質意義之判決上，且徒增當事人之勞力、時間、費用，與再審之訴之目的相違背。

惟平心而論，維持後婚或前婚，實無法比較犧牲何者較能維護公平正義與尊重當事人之意願，在一夫一妻之制度性保障下，必定有一婚姻需被消滅，從而，被解消之婚姻，需對其有配套措施為保障才是此處重點，至於該解消何者，就如大法官所言，交由立法裁量，德國法對後婚之保護，前已提及，而我國解消前婚後於民法第九八八之一第二項已有對前婚當事人之保障，故在此，我國法與德國法相較，並無優劣。

然而，因為我國對於被撤銷或無效之重婚無配套措施保障，才造成大法官重婚相關解釋時，無法兼顧前後婚配偶之權利，蓋解消其一都將造成不可彌補之缺憾，更遑論又要兼顧到一夫一妻婚姻制度，而民國九十六年民法修正，仍未正視到此一問題，不無遺憾。

第三節 德國刑法對重婚之處罰與我國刑法之比較：

一、德國與我國重婚罪之比較：

德國與我國刑法皆有處罰重婚，德國規定於刑法第一七一條，我國規定於刑法第二三七條，處罰對象皆為有配偶重為婚姻、無配偶同時與二人以上結婚及與重婚者相婚，而我國犯重婚罪刑度為五年以下有期徒刑，較德國三年以下自由刑為重。

不同之處在於九十六年民法修正前，我國採儀式婚下，刑法對重婚之處罰，是不論該後婚在民法效力為何，後婚只需具備婚姻之形式要件即構成重婚¹⁵⁸，而民國七十四年民法修正前，更有刑事上已成立重婚，而民法重婚關係依然存在之矛盾現象¹⁵⁹。

民國九十六年我國民法改儀式婚為登記婚，因而在對重婚罪處罰上，兩國並無不同，需有二婚姻同時登記為有效婚姻，故重婚罪亦難構成，蓋對於婚姻登記，國家機關有實質審查義務，故有無重婚一目瞭然，除非極特殊情況，例如偽造身分為結婚登記為國家機關所不察，或先故意為有瑕疵之離婚登記，然後再為後婚結婚登記，或是提供不正確資料使法院為一有瑕疵判決，再以該判決為後婚結婚登記，總之，從上述舉例可看出，在登記婚制度下重婚之困難。

從而，對於重婚罪之處罰，其構成要件該當，在兩國應皆為有配偶之人再與他人締結婚姻，並使國家機關為二次以上之婚姻登記，當然後婚登記之效力因重婚規定之不同而異，在德國為廢棄，在我國則為無效，而重婚罪之成立只需使國家為二次不同婚姻登記為足，至於後婚登記之效力如何則非所問，故德國與我國刑法上重婚罪之成立要件並無不同。

二、德國與我國重婚除罪化之可能：

除罪化，為某種行為本為刑法所處罰之對象，因時空變遷或社會觀念、公共秩序、善良風俗之變遷，因而使該行為根本不具道德上之非難，或是無需透過刑罰方式達防止目的，蓋刑法為最後手段，任何行為之處罰須符合刑法謙抑性，而近年來最為被討論者，為關於妨害風化及婚姻家庭之罪，以下分為四點分析關於兩國重婚罪除罪化之探討：

1、從民事法律之規定：

如第二章所述，德國民法關於重婚之規定，法律效果已漸趨緩和，且對於重婚者之道德非難也漸漸除去之，從而，對於重婚之人，仍科與刑法之罪責，是否

¹⁵⁸ 最高法院 86 年台上字第 5629 號判決：重婚罪之成立，必以婚姻成立為前提，婚姻之成立，依民法第九百八十二條規定，應有公開之儀式及二人以上之證人，否則婚姻為無效，即不得以重婚論。而所謂結婚之公開儀式，無論依舊俗新式，均應為一般不特定之人所得共見。

¹⁵⁹ 司法院院字第 1210 號：重婚原為現行法律所禁止，但依現行法律，不以其行為為無效，雖經判處罪刑，在未有利害關係人依民法第九百九十二條規定，向法院請求撤銷以前，其婚姻關係仍屬存在。

有輕重失衡之嫌，不無疑問。而我國方面，重婚後婚為無效，在效力上較德國法律效果強，此為德國民法是否除罪化之探討理由之一，非我國因民法重婚規定法律效果如此之強，則應為以刑罰處理之的依據。

又如前述，兩國婚姻之成立皆採登記婚，在國家機關對婚姻之登記具實質審查義務的情況下，欲達到重婚目的實困難重重，因刑法之處罰為使國家為重婚登記，如國家審查後不為登記，則重婚罪不成立，在重婚罪在現實中難以成立之情況下，是否有以刑法處罰之必要，此為兩國在重婚罪除罪化之趨勢上，最須正視之點。

2、從憲法規定：

一夫一妻婚姻制度保障為德國基本法所明定，且具有憲法制度性保障之地位，任何基本權之保護皆不得侵害此原則。而在我國，雖經大法官解釋，使一夫一妻婚姻制度有憲法制度性保障之地位，惟與其他基本權相衝突時，大法官並非絕對維持一夫一妻婚姻制度原則，重婚有時是被允許的，甚至為民法所明文化，既然重婚可在特殊情況下被例外允許，則可看出道德責難性甚低，因此德國刑法重婚處罰有其憲法上之理由，在我國則無法以憲法依據來解釋處罰重婚之目的。

3、從通姦罪之規定：

在德國並無通姦罪之規定，在我國則為告訴乃論之罪，通姦與重婚同屬妨害婚姻家庭之行爲，而重婚之惡性與對婚姻家庭破壞之程度，要比通姦為重，故從比較法之觀點，德國雖無處罰通姦行爲下，尚對於重婚為處罰，而我國對通姦有處罰，則更無將重婚罪除罪化之理由，惟德國對通姦罪無處罰，並無法解釋為何要處罰重婚，故並不能以此點作為我國應處罰重婚行爲之依據。

4、從傳統文化：

一夫一妻婚姻制度為基督教之神聖婚姻制度，故在德國已深入其傳統文化之中，因而重婚行爲實為對道德以及宗教規範之漠視，將行爲解釋為具反社會性並不為過，因此有以刑法規範之理由。

而在我國，並無如此傳統或是宗教規範，雖亦承認一夫一妻婚姻制度為最符合男女平等及社會家庭穩定之婚姻模式，惟因為過去無此傳統，故於人民心中大抵認為是西方優良制度之學習，或是法律之禁止規定，而並未給予該行爲有太多道德上之責難，因此並無太大的反社會性，從我國民眾對於重婚者大多甚無反感，反而是對通姦行爲常給當事人撻伐與責難，由此可看出，如果重婚行爲在我國尚無道德非難，又怎需藉由刑法規定處罰之，故在我國如由傳統文化觀之，實無處罰之理由。

由以上四點觀之，可知我國相較於德國，對於重婚之刑罰規定，相對來說並無絕對之必要，故重婚罪之刑罰時有除罪化之必要，而由民法之規定保障被害配偶之權利以足，減去因刑法規定所衍生出之道德非難，或因刑事官司爭訟，使得原本在民法具有絕對有效與受保障地位之前婚，反而因刑事之審判過程而難以和睦，反而使保護前婚配偶之美意打折。

或許可能因筆者未考慮所有面相，有無全面除罪化之理由，然而此為婚姻家庭之問題，故將重婚刑事案件之處分權交由受害配偶處分應為適當，而不由檢察官主動起訴，將重婚罪改為告訴乃論之罪，或許可解決前述之問題，惟被害人如何認定則為立法所應注意，前婚配偶無疑為被害人，惟善意無過失之後婚配偶該何認定？如為被害人，似乎其並未有婚姻家庭遭受破壞，如為加害人，則在民法受保護之人，反而在刑法上遭受非難¹⁶⁰，為法律體制上之矛盾，當然亦與人民的法感情相違背。

第四節 大法官釋字第六四七號解釋與德國聯邦憲法法院「生活伴侶關係法判決」之比較：

釋字第六四七號解釋最後所提「至鑒於上開伴侶與具法律上婚姻關係之配偶間之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障，併此指明。」首度對異性伴侶關係肯定其有受到保障之權利，惟如此觀點，則可能一人同時具有婚姻關係與伴侶關係，如因伴侶關係與婚姻關係具有相似性而給予相同之保障，可能將侵害婚姻關係之配偶權，與婚姻本質相違，且有破壞一夫一妻婚姻制度內涵之嫌。

而德國民法關於異性伴侶間之保障已有規定，德國民法第一三〇三條即對未經登記之夫妻共同生活，共同生活已達十年或夫妻一方死亡時，雙方共同生活達五年時，瑕疵獲得治癒而婚姻關係被視為完全有效，讓此異性伴侶關係獲得如此大之效果，然需為此「夫」「妻」單一伴侶關係為前提，如有一方早已有其他婚姻關係，當然無德國民法一三〇三條之適用，故無違反一夫一妻制度之內涵，甚至是更為強調一夫一妻婚姻制度之重要性，將其內涵擴張至伴侶關係上，即一切有與配偶關係相似性者皆受一夫一妻婚姻制度所及。

此一原則，對於同性伴侶關係亦有適用，此於二〇〇四年修正之德國民法第一三〇六條已為規定，蓋因德國只承認異性婚姻，從而，同性伴侶關係只被認定為「類似婚姻關係」，依德國民法一三〇六條之規定，即一人不得同時有婚姻關

¹⁶⁰ 此為整個刑事審判過程之煎熬，非指最後犯罪成立與否。

係與同性伴侶關係。而在德國聯邦憲法院對同性伴侶法合憲性為判決時，所爭執者，在於此是否具有實質的婚姻關係內涵與而如其具有實質婚姻關係內涵下，德國法承認此種關係，是否會侵害到德國基本法第六條對婚姻家庭之保障，然而，如前者皆獲得肯定，則其需受到一夫一妻婚姻制度之規範則無疑義，此也看出德國對其基本法第六條之維護不遺餘力，且致力於合法婚姻家庭之保護，不容因為對其他類似婚姻關係之保護，而擠壓到合法婚姻家庭保障之範圍。

反觀釋字第六四七號解釋，並為在此部分多加闡釋，甚至讓人有認為大法官又將開一夫一妻婚姻制度例外之大門，在此德國法除了前述在一夫一妻婚姻制度與前後婚配偶保障衝突為調和值得我國參考外，關於一夫一妻婚姻制度與類似婚姻關係保障以及與傳統婚姻關係之消長如何調和，在我國似還未發展到此議題，惟對人權意識高漲之時代，此一問題終須面對，無法無視異性同居與同性伴侶之權利問題，在保障其權利同時，如何不在侵害大法官辛苦架構多年之一夫一妻婚姻憲法制度性保障，德國法上之經驗，亦值得參考。

第六章 結論

第一節 研究發現

一、女性權利發展與婚姻制度之關係

本文目的在藉由婚姻制度與女性權利歷史發展過程，且一再強調，婚姻制度用以檢視女性是否受歧視對待或是能與男性立於平等之地位，蓋如在人類共同體中之最小單位，尚無平等權可言，就更遑論諸如工作權、社會權、集會結社權該如何落實了，此為「一室之不治，何以天下國家為」之道理，家庭倫理婚姻制度可為男女平等最初階也最明顯之檢視標準，也是本文從歷史到法律，再由法律到歷史相互比較分析，以確實了解婚姻法律是否合乎男女平等原則之要求，或是能給予當時受到歧視對待的婦女，提供相當的保護。

關於此議題之研究，本文以德國為主要研究對象，自日耳曼部落時期到現今，德國為現今文明國家並無需有疑義，且其法律為大陸法系之代表為其他大陸法系國家師法之對象，對於婚姻法律之規定具有一定之代表性，當然其亦曾為歐洲蠻族之一，故更為整個人類歷史文明發展的縮影。

女性權利發展簡而言之，除去傳說中之「母姓社會」是否曾經存在，在野蠻時期，可謂無人性尊嚴可言，受到男性相當之宰制，對應當時之婚姻制度為買賣婚及搶奪婚，如此，可看出女性於婚姻中，如同貨物般被對待，基本人性尊嚴都沒有，更遑論有婚姻自主及自我決定權存在，而後進入了天主教時期，日耳曼部落開始接受天主教文化，天主教對於日耳曼蠻族，為文明之先趨，由野蠻進入文明，即表示人類可得到相對的尊嚴與重視，對於婦女地位之提升亦如此，惟因自古社會本由男人統治，因此要實現男女平等仍有相當大的距離，而婚姻制度則為寺院法下之婚姻制度，其所強調者，為婚姻之神聖性，同時依聖經意旨，婚姻係為一男一女之結合，從而，「任意離婚之禁止」與「一夫一妻婚姻制度」為當時寺院法婚姻制度之特點，無疑的，因為婚姻具有神聖性，屬婚姻一方之女性當然得脫離被物化之命運，否則無疑為拿神聖性作為玩笑，而當時整體社會，女性地位較男性為低微，然在婚姻家庭地位上，也能得到一定的維持，一旦婚姻關係成立，即不得拋棄「糟糠之妻」或冷漠妻子而另結新歡，無論對於婚姻中女性地位之建立，以及社會穩定之進步，皆具有一定之助益，而後，基督教歷史中，經歷了宗教改革，對於寺院法下之婚姻制度具有一定之影響，如馬丁路德對婚姻為聖禮之質疑，認為其應當歸屬於世俗政府所管轄，而亨利八世更直接為了離婚而創立英國國教，雖對於整個寺院法下之婚姻制度未為主流，但可看出個人主義及婚

姻自由的觀念，已開始萌芽，惟筆者認為，如無對婦女地位提昇及兩性平等作為先決條件，只是使強勢一方更能形成宰制地位，弱勢一方則更趨於服從，此與近代自由權之概念相距甚遠，而馬丁路德將婚姻排除於聖禮，本意為良善，從今日觀之，可謂將婚禮擺脫宗教控制，對於婚姻自由有所提升，雖然教義被利用為特定之用途，其貢獻仍不可抹煞，當然也可看出當時人們已開始有自由權利的觀念，而對於男女平等觀念之建立，則較為遲緩，由之後啓蒙時代，不將女性納入此追求自由的範疇中可以得到證明。

德國於一九〇〇年，婚姻法始歸於統一，也由宗教婚進入市民婚，婚姻的管轄從宗教移轉為國家政府所掌管，此也呼應了馬丁路德宗教改革中將婚姻回歸政府之主張，此為歐洲國家脫離宗教管束下之大勢所至，從今日角度以觀，宗教自由為普世價值，日常生活受到宗教之明文規範及干涉實為殊難想像，此為馬丁路德之先知卓見，當時男女平等之思想尚在啓蒙，且女性之社會經濟地位相較於男性相對低微，因此婚姻法之規定，實有諸多不符合男女平等原則，然仍保留了一夫一妻婚姻制度，在婚姻制度歸於政府管轄下，未因此出現前述專治時期為特定目的所為之改革，實為甚幸，同時也表示一夫一妻婚姻制度在歐洲之核心價值，而離婚採取「有責主義」，雖無宗教婚之夫妻為神聖不可分離，然亦須合乎一定條件下，始得由法院裁判離婚，此為兼顧當世人自由意願以及婚姻重要性與對若是女性家庭地位保障之立法，合乎當時男女關係不對等之社會現象。

而後，德國經歷了兩次世界大戰，此為人口結構與社會階層之大變動，在如此大的變動下，女性逐漸取代男性因為上戰場之經濟生產線，而戰後之復甦，也須靠女性勞動力之支持，因而女性社經地位也漸漸取得，且由於暫時女性大量代替男性所遺留之職場缺額，因此，女性所能從事職業也不像以前受限，男女職業分類分工之觀念漸漸消失，社會趨向實質的男女平等，而婚姻規定經過幾次修法，也將其中之父權思想觀念刪除，而離婚規定方面，從原本之「有責主義」改採「破綻主義」，此為婚姻之決定從國家之介入，導向專屬個人決定之事項，與女性地位提升不再需國家介入婚姻之管束相互呼應，而關於重婚，因一夫一妻婚姻制度為歐洲之核心思想，更為德國憲法第六條之制度性保障規範，因此仍然未受動搖被維持著，且為刑法所保護之法益，然對於女性婚姻地位之保護，已屬無涉。

從而，女性權利之發展與婚姻法之演進，其關係十分密切，規定越合理越文明之法律，社會狀態亦越接近男女平等之普世價值，於今日婚姻法之規定已看不出父權時代之影子，且將國家介入降低，個人主義色彩濃厚，此亦為男女平等已有相當水準方可行，或許，男女在許多方面尚未達到完全之實質平等，為婦權保障從國內到國外，再由國際條約約束國內，婦女權利即是人權之觀念¹⁶¹，無人能

¹⁶¹ 諸如，一九五二年婦女政治權利公約、一九六六年國際人權公約、一九七九年消除對婦女一切歧視公約。

提出質疑，在婚姻法制上，不只除去父權主義，消除一切歧視女性之規定，能達到完全不需以性別為區分，純以維護家庭和諧，保障弱勢之一方，並尊重個人自由與意思自主，方為兩性平等境界。

二、德國重婚規定對我國法之借鏡

（一）關於性別平等方面：

關於同性婚姻之保障，在不可忽視歧視任何少數人權的價值觀下，如要給予少數族群差別待遇，需經過嚴格平等原則之檢驗，否則，無異使少數族群屈服於多數價值觀之多數暴力之下，實非民主人權社會所欲見，積極面為多元化社會之健全，消極面則在防止國家任意以多數暴力之方式達成掃除異己之目的，當然，也不可能對任何事情皆不得限制，此等限制界線該如何拿捏，誠屬非易，常隨時空之不同，而有不同之界線。

德國基本法第六條之內涵為締結婚姻之自由、一夫一妻婚姻制度、母性之保障請求、平衡非婚生子女之地位及對非婚生子女之保護，其中之一夫一妻婚姻制度屬於制度性保障內涵，從而，德國基本法第六條，不但可以作為主觀公權利，尚可做為客觀價值決定及制度性保障，綜而成為法律秩序及憲法保障標的¹⁶²。

而如前所述，德國一夫一妻婚姻制度是建立在男女相結合上，故同性戀之同居是無法包含在婚姻概念中，為不能棄之權利不顧，從而，德國發展出「生活伴侶關係」作為同性戀無法締結婚姻之折衝，德國已注意到同性戀之權利問題，卻也仍守護著婚姻為一男一女所締結之固有觀念。

其實，誠如李震山教授所言，婚姻家庭權與人性尊嚴為相競合，關於婚姻家庭事件方面，當然優先適用婚姻家庭權為處理依據，惟仍須以人性尊嚴作為上位條款，蓋其為憲法秩序中最高法律價值，為憲法之最基本要求，從而，人性尊嚴對於婚姻家庭權有補充結構規範遺漏之功能。

一夫一妻婚姻制度所架構之制度性保障，固然鞏固一夫一妻婚姻制度之合憲性，但在合憲秩序理念支配下，並不必然導出同性結婚之為限結果，惟經解釋之結果，反倒是在於婚姻與家庭制度中一夫一妻婚姻制度之規定，要單獨或無例外的成為憲法保障家庭權之價值決定，進而排除或拒卻同性婚姻的自我決定權，似乎已違反合憲秩序中憲法保障核心基本權利之價值體系，制度性保障原本係補充基本權利之保障，卻成為限制基本權之正當化理由¹⁶³。

¹⁶² 李震山，人性尊嚴與婚姻家庭，收錄於家庭法律社會學研討會會議手冊/ 中正大學法律 e 化與互動教學研究中心作，2007年。

¹⁶³ 李震山，前揭文。

而我國法律尚未注意到此問題，然而同性戀婚姻問題並非德國所獨有，而是全世界都存在之人權保障議題，為性別平等之一大課題，故我國法律以及大法官只是尚未對此有敏感度，此問題在台灣亦應早已存在，依德國法之經驗，我國得選擇直接將同性戀婚姻納入「婚姻」的範疇中，或者是以其他方式使之得以受到類似婚姻之保護，當然，我國未如德國，將一夫一妻婚姻制度為憲法明文之制度性保障，因此解釋上將更可不受既定憲法概念之囿束，而完全從人權保障之觀點做出發，其時，在性別平等之觀念下，婚姻早已脫離傳宗接代之狹義觀點，此可能只是其中小部分目的，或根本不是目的，如此，性別問題亦漸趨顯得細微，加上同性婚姻並無合乎憲法二十三條之限制要件，故將其納入婚姻範疇中法理上應無問題，再我國並無另闢類似婚姻制度方式之多此一舉之必要。

但無法忽視，家庭為國家社會建立之基本單位，「核心家庭」的建立，為夫妻、小孩所成立，而將同性伴侶關係納入婚姻範疇中，對於傳統婚姻家庭之觀念將造成一定之衝擊，部分家庭之結構將改變，對於整體社會將有一定之影響，諸如戶政機關該如何管理此等婚姻、法律之全面修正、以及在一定人數反對下成為族群對立及社會不安，又同性伴侶一定無法由自然方式建立起核心家庭，欲有子女的方式最大宗來源應為收養，惟關於同性戀家庭之收養子女，亦可能有一定之社會問題，如臺灣桃園地方法院民事裁定 96 年度養聲字第 81 號¹⁶⁴，即否定同性戀收養子女，當然此非同性戀家庭，因為台灣無此制度，為該女同性戀者之單獨收養，法院不採社會局之意見，裁定該名女同性戀者不得收養，其裁定理由主要考慮到被收養人之利益與可能承受之心理及社會壓力，當然該裁定必定有許多不贊同的聲音產生，惟可看出，保障同性戀者之家庭權是可能和未成年被收養人產生相互衝突與矛盾，同性戀之人權保護固然重要，惟可能產生之效應，於立法上仍須審慎評估。

¹⁶⁴ 臺灣桃園地方法院民事裁定 96 年度養聲字第 81 號節錄：「按兒童在成長過程中係透過日常生活周遭人事物之模仿及學習一點一滴養成人格，而雙親為兒童最親密接觸者，兒童無論在性別認同、性相扮演、角色定位、人格發展、情緒認知、群我關係以及社會性處境，都容易受雙親影響，把雙親作為榜樣。本院對於同性戀者持正面及開放之態度，認成年人無論在心智及人格發展上均已成熟固定，若兩名同性基於彼此相愛成為戀人，此乃其個人自由，社會應給予尊重。但不可否認，以台灣目前社會現狀及國民知識水平，同性戀者確實會承受某些社會異樣的眼光及背負較多的壓力，臺灣社會對於同性戀者，無論人權法案是否通過或法律是否承認同性婚姻，在真實的平民生活底下及國民之心態上，要能真正對於同性戀者持開放及尊重之態度，在未來還需要一段很長的時間及路要走。誠然，領養小孩是當前同性戀者對於一個完整家庭之心理或文化性期待的唯一憑藉手段，然而，兒童日後在學校及同儕間，若其性別認同、性相扮演、角色定位及社會性處境異於一般多數人，可預期的將承受極大的壓力（諸如同學的作弄及取笑），而這些都是兒童自己要單獨面對的，非其他成年人可以隨時在旁排解的，成年人是否應思考不能只為了滿足自己完整家庭之心理及文化性期待，而將一個沒有思考、拒絕及選擇能力之兒童置於一個可預期者他（或她）將可能承受來自學校或同儕負面壓力環境中，此對於兒童誠屬不公。再本案被收養人之生母與收養人為姊妹，雖被收養人之生父母在經濟能力不佳無法提供被收養人穩定之經濟環境，但收養人及其家屬即使未收養，仍可對於被收養人提供實質上經濟協助，以減輕被收養人生父母之經濟壓力，而被收養人生父母除經濟能力外，並無其他不適任為人父母之情形，其留在本生家庭較其出養為有利。本院審酌上情，認本件收養爰不准許之。」

（二）對前後婚無過失或善意當事人之保護：

重婚在我國為婚姻無效事由，在德國雖非自始無效，為其效果與無效甚無差異，只是由法院判決而已，因此前後婚都有自始不存在之可能，對當事人影響甚鉅，如此，對於無過失或善意之一方的保護就更顯重要，於德國法中，重婚被解消之婚姻，皆準用離婚之規定，得使善意無過失之一方受到較完善之保護，我國目前只於信賴離婚登記或法院判決而造成之重婚有類似規定，其範圍無法包含所有善意重婚之情形，似乎保護不周，且無法充分貫徹一夫一妻婚姻制度。

又雙方皆惡意之情形，德國法為準用離婚之規定，且子女有請求扶養之權利，此為對未成年子女之充分保護，亦為我國法所闕如，在保護未成年子女之最佳利益為趨勢下，不使其因父母之不當行為而產生不利益是重要的，使重婚者仍須負扶養義務，不但為保護子女利益，更可使重婚之當事人不應婚姻無效能逃避其所本應負之義務，實為良善之立法。

（三）婚姻自由仍須以一夫一妻婚姻制度為前提：

蓋如前述，一夫一妻婚姻制度為歐洲婚姻家庭倫理之核心思想，然其亦為一種限制，限制在意思自由前提下，一人得以與多人締結婚姻之可能，一夫一妻婚姻制度之精神，在以前，不只為基督教神聖婚姻之精神，其在市民婚中得以維持其制度與精神，實為其為男女平等原則之維護，使女性得以在家庭中有一定之地位與尊嚴，當然，現今男女已有相同之勢力，社經地位上已達平等或至少無以前懸殊之差別，從而，該制度在保護男女平等之意旨已非如此明顯，惟先前之所以強調男女平等之重要，為因女性較之於男性處於弱勢之地位，將此種精神發揚之結果，則為對弱勢權利之保護。

從而，男女間強弱勢之差異已不明顯，惟人群中總會有強弱勢之分，且常為無法以男女、老幼、族群、種族此種大範圍得以立法保護之，如允許婚姻自由較一夫一妻婚姻制度為優先考量，則無意有如當時男女關係一般，強勢者將支配弱勢者家庭婚姻地位，毫無限制之自由下，只是造成弱勢者更不自主而已，實非公平公正之社會，因此，此一制度仍須被維持者，不得在婚姻自由擴張下有所妥協，此亦為制度性保障之內涵，為補足基本權內容之不足，如同性伴侶關係即無性別差異之不平等問題，為德國法仍將「重婚」之禁止納入，即可證實，因此，我國無論婚姻制度如何演變，皆不得悖於一夫一妻婚姻制度。

三、我國重婚制度未來可能之發展與修法建議

（一）將死亡宣告之重婚原因明文化

信賴死亡宣告，而他方配偶未死亡之情形，亦為重婚型態之一種，可惜我國

法對之並無明文規定，民國九十六年之修法，於增訂之民法九八八條第三項，亦排除信賴死亡宣告之情形，而處理方式為民事訴訟法第六四〇條第一項規定以及一夫一妻婚姻制度之法理，前婚當然解消，後婚無重婚之問題，惟民事訴訟法第六四〇條第一項並非處理重婚問題之專屬法條，且一夫一妻婚姻制度也須與人性尊嚴相競合，受死亡宣告一方歸來，其家庭因而消失而無特別保護，似與人性尊嚴有違，因此，依上述所示，只能解決有無重婚問題而已，對當事人進一步之意願尊重與權利保護，則仍須以法律明文解決。

故筆者建議增訂民法第九八八條之二，規定信賴死亡宣告之特殊情形，條文內容如下：

民法九八八條之二：

「因信賴死亡宣告而締結婚姻者，於受死亡宣告配偶尚生存時，除後婚一方為惡意者外，無本法九八五、九八七條之適用。

前婚配偶得選擇回復前婚或維持後婚。

前婚之回復準用本法九八二條之規定。

婚姻關係消滅之一方，其法律關係準用本法九八八之一之規定。」

（二）刑法重婚罪之除罪化

結婚採儀式婚之時代，法院重婚案件屈指可數，如苗栗地方法院九十三年訴字第三三九號；高雄地方法院八十八年訴字第九一八號；嘉義地方法院八十年速自一五三號；台中地方法院易字三四六一號，以上皆被判處緩刑，未附緩刑者僅有數件，其中一則為，八十三年度訴字一一三〇號判決，行為人老榮民，因前婚外籍配偶不知去向已久，為求正常家庭，於中國江西省與中國女子再婚，行為人為使配偶來台，向出入境管理局提出申請始發現上情，由於行為人曾犯竊盜罪經判決確定，於五年內又犯本罪，法官鑒於累犯之規定不得不作成有期徒刑之判決，但刑罰之發動，在此案似乎變成處罰行為人，未能先辦理離婚程序之疏失，實質上有無必要，實令人懷疑¹⁶⁵。

筆者撰寫論文之期間，發生王永慶先生過世，在懷念其對台灣所做貢獻，對公益不遺餘力之虞，其遺產之爭，更為多日新聞報紙之頭條，在驚嘆其遺產如此龐大與繼承人間彼此之鬥法，筆者更注意到王永慶先生重婚之問題¹⁶⁶，其實王永

¹⁶⁵ 謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，國立臺灣大學法學論叢，民 95.11，頁 291-329。

¹⁶⁶ 相關新聞<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/090909/78/1qqp9.html>；
<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/090909/4/1qqio.html>，於民國 98,9,22 日查詢。

慶先生有三任「妻子」早已非新聞，為眾所皆知，且重婚罪非告訴乃論之罪之情形下，亦不見檢警有任何調查偵查行動，一來可能是證據上調查困難，二來可能是重婚罪法敵對意思甚輕微。

又我國與德國不同之處，在於傳統文化價值，德國重婚罪之處罰，源自於基督教神聖婚姻所遺留之千年傳統，對於基督教規範之違反，其反社會性可謂甚大，而我國自古則無如此傳統存在，一夫一妻婚姻制度也是近代從西方社會中所引進，試想：一純樸農村中，老農夫與其二位妻子和睦共處，何來有任何法敵對意思與道德上之責難¹⁶⁷，因而，並非家庭婚姻制度無維持之重要性與必要，但以刑罰方式是否妥適則有待商榷，是否過當？處罰有無必要性？是否為維持家庭婚姻制度之有效手段？於上述的案例中，皆能使現行刑法重婚罪之規定被受質疑。

前述所論，似皆有商討餘地，採肯否定之說法，皆能獲得一定之支持¹⁶⁸，惟民國九十六年修正民法九八二條將儀式婚修正為登記婚後，重婚最用以嚇阻人民避免重複為結婚之公開儀式已不在，蓋舉行公開儀式無婚姻生效，從而，重婚罪之處罰行為，只剩使戶政機關為二次以上婚姻登記，惟戶政機關為結婚登記前，負有實質審查義務，且在 e 化的時代，要能欺瞞戶政機關之機會甚微，在原本已不多見之重婚案件，修法後更加難有重婚行為為刑法處罰，三者，如在此條件下有人得以重婚成功，於此則不得謂其法敵對意識甚低，其為欺騙國家公權力，使公務員為不實之登記，然此為處罰其妨害公權力之行為，至於重婚行為，筆者一向見解認為，在我國對於此違反，法敵對意思甚低，實無特別處罰之必要，反倒較輕微通姦罪，可能人民反感程度更重¹⁶⁹，因此，在無處罰必要與所能犯者為極少數例外情形下，筆者認為宜將通姦罪除罪化。

（三）制度性保障不得成為限制基本權利正當化理由

此為本章第一段之重申，同性戀婚姻的問題，為國家釋憲立法機關是遲早要面對解決之課題，在大法官解釋下，一夫一妻婚姻制度雖非憲法明文，然為憲法制度性保障已無疑問，基於人權保障觀點，冀希該制度性保障，為成為同性戀享有婚姻自由之助力，而非阻力，不論使其得為婚姻或是類似婚姻之生活伴侶關係，皆能藉由一夫一妻婚姻制度之精神，保障其配偶或類似配偶關係之權利，而非以一夫一妻婚姻制度拒絕其享有該等權利，當然，無論採行何種方式，皆涉及大規模之修法或立法，此則非筆者能力所能提出具體建議。

¹⁶⁷ 施慧玲，重婚--執子之手後的美麗與哀愁，臺灣本土法學雜誌，民 95.04 頁 131-139。

¹⁶⁸ 大法官五五四號解釋即認為通姦罪之處罰無違憲之虞，而被認為較嚴重之重婚罪，更無可能遭宣告違憲之可能。

¹⁶⁹ 通姦為對家庭配偶權之破壞，重婚或許得以一家和樂；或是娶進門照顧應該勝於通姦行為後而始亂終棄，此為筆者無豐富人生經驗不成熟之想法。

第二節 研究未完整之處與未來之方向

由於筆者不了解德文，雖德國民法法條在台灣有翻譯本，能從中了解德國婚姻法律之相關規定，然已非以自身閱讀去了解其法律相關規定，又德國學者之相關學說，也難從第一手資料去閱讀理解，於此不無遺憾，也是研究上極需突破之困難。

又本文所討論者，為婚姻制度與女性權利發展之關係，為法律、制度、與歷史交錯之相互比較，從古至今，以時間為縱向單位，一一去了解當時法律、婚姻制度與女性權利地位，於德國女性權利之歷史與社會現象上，為複雜且多樣化，故至多僅能取個大約項目最大值為分析，無法再就更細膩之區分，況對於德國歷史，並無通盤概念之建立，這也使本文無法為更宏觀之分析，且在無法掌握通盤觀念下，對能否達到完全客觀與見解無誤，自己也不時提出質疑，冀希以後在多充實下，能否定或加深該部分之深度與廣度。

關於我國法律方面，為筆者較熟悉部分，惟是否掌握到所欲比較法律之通盤精神，實殊無把握，怕有見樹不見林之狹義弊端產生，蓋比較法非單從文字去區分所比較法律之不同，法律背後之精神與立法目的與時空背景，實為比較法之靈魂所在，因此，法律比較結果是否有違誤，是否下正確之判斷與見解，也有待日後加以檢驗。

最後，無論是女性權利發展與一夫一妻婚姻制度，在我國與在德國，皆非達到定點，仍隨人權保障之提升與精緻化與社會思想風氣在變遷中，在德國，一夫一妻婚姻制度，有部分觀念是來自宗教上之傳統，而宗教是否能持續其影響力，以及如無影響力下會對該婚姻制度產生如何變化，皆為日後觀察之重點，而在我國，一夫一妻婚姻制度觀念之建立，較德國更顯得更薄弱，且至今也走出自己發展的道路，不完全受歐洲法律之影響，其將如何發展，更具不可預測性，故希望本文之生命，能夠與時俱進，不因論文之完成而就此結束，表示對此議題仍持續關心並修正先前不成熟之見解表達。

參考書目及文獻

(一) 專書

- 1、王雅各主編，性屬關係，心理出版社，一九九九年初版。
- 2、王澤鑑，民法概要，三民書局，二〇〇三年出版。
- 3、王澤鑑，民法總則，三民書局，二〇〇〇年出版。
- 4、何勤華等撰稿，德國法律發達史，韋伯文化。
- 5、林山田，刑法各罪論，二〇〇五年修訂五版。
- 6、林東茂，刑法綜覽，一品文化出版社，二〇〇六年修訂二版。
- 7、林秀雄，民法親屬繼承爭議問題研究，五南圖書出版股份有限公司，二〇〇〇年初版。
- 8、林秀雄，民法親屬繼承實例問題分析，五南圖書出版股份有限公司，二〇〇三年初版。
- 9、陳新民，中華民國憲法釋論，三民書局，二〇〇一年修訂四版。
- 10、陳新民，憲法基本權利之基本理論，元照。
- 11、陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，三民書局，二〇〇五年修訂五版。
- 12、陳慈陽，憲法學，元照，二〇〇五年。
- 13、李惠宗，憲法要義，元照出版社，二〇〇六年三版。
- 14、李銀河著，女性主義，五南圖書出版股份有限公司，二〇〇四年。
- 15、李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，憲法理論與實踐（一），一九七七年，一版。
- 16、呂秀蓮，新女性主義，幼獅，一九七四年初版。

- 17、高鳳仙，親屬法理論與實務，五南圖書出版股份有限公司，二〇〇八年八版。
- 18、施慧玲，家庭、法律、福利國家－現代親屬法論文集，施慧玲出版，二〇〇一年初版。
- 19、施慧玲，家庭法律社會學論文集，施慧玲出版，二〇〇四年初版。
- 20、黃晨淳，希臘羅馬神話故事，好讀出版有限公司，二〇〇二年。
- 21、儲有德，唐淑合，各國法律之比較與作用，永然文化，一九九四年。
- 22、顧燕翎主編，女性主義理論與流派，女書出版，二〇〇〇年再版。
- 23、張宏誠，同性戀者權利平等保障之憲法基礎，學林文化事業有限公司。
- 24、戴炎輝、戴東雄合著，中國親屬法，臺灣大學法學院，二〇〇一年修訂二刷。
- 25、戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，臺大法律學系，二〇〇七年修訂版。
- 26、戴東雄，親屬法論文集，東大出版，一九九三年再版。
- 27、戴東雄，中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法，戴東雄出版，一九九九年二版。
- 28、戴東雄，親屬法實例解說，臺灣大學法學院，一九九一年再版。
- 29、戴東雄，親屬法實例解說，臺灣大學法學院，一九九四年四版。
- 30、戴東雄，親屬法實例解說，臺灣大學法學院，二〇〇〇年修訂版。
- 31、司法院大法官書記處編輯，德國聯邦憲法法院裁判選輯。
- 32、司法院大法官書記處編輯，歐洲人權法院裁判選譯。

3 3、Ann Moir/David Jesse 著，高忠義、盧正芝譯，A MIND TO CRIME，旭昇圖書。

3 4、Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，五南圖書出版股份有限公司，二〇〇六年初版六刷。

3 5、Marilyn Yalom 著，何穎怡譯，太太的歷史，心靈工坊文化，二〇〇三初版。

3 6、Pamela Abbott and Claire Wallace 著，俞智敏、陳光達、陳素梅、張君玫譯，女性主義觀點的社會學（An Introduction to Sociology：Feminist Perspectives），巨流圖書公司。

3 7、Rosalind Miles，刁筱華譯，女人世界史 THE WOMEN' S HISTORY OF THE WORLD，台北，城邦文化事業，一九九八年。

3 8、Rosemarie Tong，刁筱華譯，女性主義思潮，時報文化。

3 9、Ute Frevert 著，馬維麟譯，德國婦女運動史：走過兩世紀的滄桑，五南圖書出版股份有限公司，一九九五年初版。

（二）期刊論著：

1、王玉葉，歐洲人權法院審理原則－國家裁量餘地原則，歐美研究，三十七捲第三期。

2、王海南，論一夫一妻婚姻制度與重婚信賴保護，月旦法學雜誌，第九十六期。

3、朱石炎，論重婚罪，刑事法雜誌，一九九一年二月。

4、李玲玲，論婚姻之自由與重婚－試評司法院大法官會議釋字第三六二號解釋，東吳法律學報第十卷第一期。

5、李震山，人性尊嚴與婚姻家庭，收錄於家庭法律社會學研討會會議手冊/ 中正大學法律 e 化與互動教學研究中心作，二〇〇七年。

6、李鴻禧，男女平等法理的描述－自人性談起，月旦法學雜誌第〇期試刊號。

7、李鴻禧，男女平等法理的描述（下），月旦法學雜誌第一期。

- 8、林中澤，西歐中世紀基督教的婚姻觀與性倫理，歷史月刊151期，二〇〇〇年八月。
- 9、林中澤，中世紀天主教會對女性的歧視，歷史月刊155期，二〇〇〇年十二月。
- 10、林秀雄，假離婚後之再婚，臺灣本土法學雜誌，二〇〇七年七月。
- 11、林秀雄，司法院大法官釋字第五五二號解釋之評析，收錄於私法學之傳統與現代－林誠二教授六秩華誕祝壽論文集。
- 12、曾勝珍，一夫一妻制之確立與重婚問題之探討，國立中正大學法學集刊，二〇〇三年七月。
- 13、陳惠馨，從大法官會議第二四二及第三六二號解釋看我國一夫一妻婚姻制度之困境，收錄於固有法制與當代民事法學：戴東雄教授六秩華誕祝壽文論集。
- 14、鄧學仁，我國採行登記婚所面臨之問題，司法週刊，二〇〇八年六月十九日。
- 15、蔡維民，基督教的婚姻觀，真理大學人文學報，二〇〇一年三月。
- 16、蔡維音，論家庭之制度保障－評釋字第五〇二號解釋，月旦法學雜誌，第六三期，二〇〇〇年八月。
- 17、陳昭如，女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹，近代中國婦女史研究，第六期。
- 18、許樹林，論民法修正後重婚之溯及效力，司法周刊，二〇〇七年十一月一號。
- 19、謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，國立臺灣大學法學論叢，二〇〇六年十一月。
- 20、郭棋湧，論重婚罪與登記婚之關係，司法周刊，二〇〇八年一月三十一號。
- 21、郭振恭，重婚效力之維持及其問題，臺灣本土法學雜誌，二〇〇四年十二月。

22、廖元豪，歐洲人權公約對平等權之保障－以歐洲人權法院判決為中心，憲政時代，二十五卷，第三期。

23、張珏，婦女健康人權的回顧與展望，收錄於婦女研究十年－婦女人權的回顧與展望研討會論文集，台灣大學人口研究中心婦女研究是編印，一九九六年二月。

24、施慧玲，重婚--執子之手後的美麗與哀愁－上，臺灣本土法學雜誌，二〇〇六年四月。

25、施慧玲，重婚--執子之手後的美麗與哀愁－下，臺灣本土法學雜誌，二〇〇六年五月。

26、施慧玲，一夫一妻制度之憲法保障的再一片拼圖－大法官釋字第六四七號解釋簡析，台玩本土法學雜誌第一一五期。

27、戴東熊，論我國結婚要件之現代化，收錄親屬法論文集。

28、戴東雄，西德新婚姻法的立法趨勢與立法精神，收錄親屬法論文集。

29、戴東雄，二十八年的老公怎麼沒了？－從鄧元禎重婚撤銷案談起，法學叢刊，第一三三期第三十四卷第一期。

30、戴東雄，從釋字第三六二號到第五五二號之解釋--論重婚後前婚與後婚之效，萬國法律，二〇〇三年八月。

31、戴瑀如，以比較法的角度看法律的變革－由德國法上的重婚規定論我國民法修法後的重婚效力，收錄於現代身分法之基礎理論：戴東雄教授七秩華誕祝壽論文集。

32、Roth, Andreas著，戴瑀如譯，公元一九九八年之德國新結婚法=Das Neue Deutsche Eheschließungsrecht aus dem Jahre 1998，國立臺灣大學法學論叢，二〇〇〇年四月。

（三）論文

1、陳芯慧，從女性主義理論對公私領域劃分的質疑論我國女性家庭人權之不平等現象，國立台北大學法律系碩士論文，二〇〇三年。

2、曾文欣，從憲法平等原則論民法親屬篇男女平權之實踐，國立中正大學法律系碩士論文，二〇〇四年。

3、張沐芝，以男女平等角度論國際婚姻法之修正，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

(四) 工具書

- 1、鄭玉波譯解，法諺，鄭玉波發行，一九八四年。
- 2、趙文伋、徐立、朱曦譯，德國民法，五南，一九九二年。
- 3、杜景林、盧謙譯，德國民法典，中國政法大學，北京，一九九九年。
- 4、司法行政部刑事司編輯，各國刑法彙編，司法通訊社，一九八〇年。
- 5、馮軍，德國刑法典，中國政法大學，北京市，二〇〇〇年。

(五) 網路資料

- 1、<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/> 司法院大法官網站
- 2、<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm> 司法院法資料檢索系統
- 3、http://www.europarl.europa.eu/committees/femm_home_en.htm Committee on Women's Rights and Gender Equality
- 4、<http://www.echr.coe.int/echr> 歐洲人權法院
- 5、<http://glin.ly.gov.tw/web/index.do> 立法院全球法律資訊網
- 6、<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@@846930886> 立法院法律系統
- 7、http://en.wikipedia.org/wiki/Martin_Luther Martin Luther From Wikipedia, the free encyclopedia
- 8、http://en.wikipedia.org/wiki/Philip_I,_Landgrave_of_Hesse Philip I, Landgrave of Hesse From Wikipedia, the free encyclopedia