

評介張宏誠：

《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》

陳惠馨（政治大學法律系教授）

書名：同性戀者權利平等保障之憲法基礎

作者：張宏誠

出版年：2002

出版社：學林

一、前言

二〇〇三年的四月一日晚間，華人著名演員張國榮先生，從香港文華酒店的二十四樓跳下，結束了他四十六年的生命。媒體中有關張國榮先生跳樓自殺的消息總是提到他是同性戀者，報導中總環繞著他的同性戀的感情世界。與張國榮同居的唐先生，在媒體的追問下，也用摯友的名義在報紙刊登「夜闌靜，有誰與共」的廣告，向大家表明他與張國榮間的感情。在台灣電視媒體的各個時段新聞裡，我們聽到唐先生將與張國榮的家人一起為他處理後事的消息，而究竟唐先生在處理張國榮的後事時，是以著一個什麼樣的身分，唐先生是否有權利繼承張國榮的財產？張國榮的家人將會以什麼樣的態度來對待唐先生？以上這些問題可以說是近年來同性戀者常要面對的問題。

同性戀的問題牽涉著文化／社會面向，但同時也牽涉著法律面向。有關同性戀現象的文化／社會面的討論，在華文世界裡近年來逐

漸增加（參考張宏誠，2002：4-6），但有關同性戀者相關法律問題的討論，在華人的世界裡仍舊非常稀少。在西元二〇〇二年由學林文化事業有限公司所出版政治大學碩士畢業生張宏誠先生根據其碩士論文改寫而成的《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》一書，就是嘗試處理同性戀者所面對的文化處境與法律處境。

與台灣大部分法律研究所學生的論文比較，張宏誠先生這本書的內容非常不同於傳統主流法律的碩士論文的議題與格式。過去台灣大多數法律研究生碩士或博士的論文如果不是法理學、法社會學或法制史的相關論文，那麼論文的對象主要就是以現行法的某個制度為主，針對該制度或法律規定從法釋義學與法比較學的研究方法，探討法律相關問題。論文的主要內容，主要以我國現行實證法（民法、刑法或憲法、行政法）內容的解釋與適用為討論的重點，而在討論我國現行法律的過程中，再以德國、美國或日本等國相關法律規定加以比較，我們往往看到的是有關條文如何規範的論述，很少在其中感覺到一種人文的關懷。

張宏誠的這本書題目名稱為「同性戀者權利平等保障之憲法基礎」，論文的主要目標嘗試從憲法學的觀點，討論同性戀者平等權的保障基礎，論文的內容，除了對於同性戀所牽涉的法學論證的內涵討論外，更包含了有關同性戀的文化／社會學論述。因此是一本很另類的且具有高水準的法律書籍。而最重要的是這本書的作者，在書中的各項討論，處處可以讓人感受到他作為一個法律人，對於憲法保障人民基本權益的信念，從下面一段話中我們可以感受到他對於同性戀者處境的人文關懷：



一家知名服裝 United Colors of Benetton 這一季有衣服廣告出現在捷運站，各種人種裸露上身，下著標榜色彩鮮豔的春裝，男男女女，其中有兩男、兩女作依偎狀。那天早上在台北換搭綠線捷運，聽到身旁看似十歲左右兩小女孩的對話：「ㄊ（表厭惡聲），兩個男生抱在一起好噁心喔！！」「對啊，同性戀好變態喔！！」那一刻真想過去敲他們頭一下，順便機會教育一番，不過就想想，只是更加覺得我們社會對於同性戀仍有太多誤解與偏見，訝異的是連下一代十歲小女孩都如此被灌輸對於同性戀的觀念？！真的，教育我們的民眾對於同性戀應有的認知，真的是同性平權運動最重要而最基本的第一步。這也是為什麼我會想把三年前的碩士論文修訂出版的心情。（張宏誠，2002: vi）

二、《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》 一書內容簡介與討論

《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》一書共分為五個章節，在第一章緒論，可以說是作者有關研究動機與研究方法的討論，作者將論文的架構定義為從理論到實用，從私領域到公領域。作者在此一章中提到，台灣的同性戀者其實是擁有文學發言權的，台灣的同性戀者其實是被看到的，但台灣的法學論述中，僅有零星的研究，尚未有系統化、跨學科的對同性戀者權利保障的議題作全面的討論。而本書作者顯然是想去補足這個缺口。不過作者的目的顯然是更大的，他在第一章中提到：「本篇論文希望深入論述同性戀的種族、倫理和跨文化多樣性等問題，發掘其歷史學內涵，擴充其法律外延，討論同性戀的

地位及其性傾向，探索同性戀恐懼症、性別歧視、種族主義與權力壓迫等彼此之間的關連性。」

本書的第二章則是探討同性戀者權利保障的理論基礎，其內容可以分為三個大部分，第一部分是對於同性戀現象的分析與討論，例如有關社會建構論的探討，以及從現代科學的角度，去解釋分析社會對於同性戀者的刻板印象。第二部分則是從自由主義的哲學基礎，論同性戀者隱私權保障的主張，作者在此主要從法哲學者如 John Rawls、Ronald Dworkin、Joseph Raz 等所提出的「政治自由主義」、「倫理的自由平等」、「至善者自由主義」等理論以及德國戰後的「新自然法」理論，美國 Richard Posner 的「法律經濟分析」理論去探討同性戀者權利保障的主張。第二章的第三部分則是論述同性戀者平等權保障的主張。而在有關同性戀平等權保障的主張，作者又分為兩個部分加以討論，第一個部分主要討論在一九九六年，美國聯邦最高法院針對 *Romer v. Evans* 案所做的判決，在這個案件中，美國聯邦最高法院以六比三的判決，判定美國 Colorado 州透過全州公民投票所通過的憲法第二增補條款之內容，對於同性戀者的歧視規定是違憲的。（張宏誠，2002: 150-157）。作者對於該案的背景事實與纏訟經過，加以詳細說明並針對美國聯邦最高法院在該判決中多數法官與不同意見法官的意見加以分析，另 G 對於該案的影響加以評析，而作者在分析時主要針對 *Romer* 一案對於民主價值以及美國憲法基本權利保障的影響。在有關平等權論述的第二部分，作者特別針對美國有關平等權審查的基準討論加以分析，並分析同性戀平等權的主張能否從性別歧視的觀點出發（張宏誠，2002: 166-188）。此一部分可以說是有關美國同性戀者相關判決的比較分析。

第三章中，作者先從社會生物學的觀點去分析同性戀與同性的性

行為，討論同性性行為是否為不自然的，從何謂自然？是否凡是不常見或不正常的行為就是不自然等問題開始討論。此一部分其實是本書第二章第一部分討論的延伸。而在第三章的第二部分，主要討論目前各國管制同性行為的現況與除罪化的趨勢。作者在此一部分所謂的各國其實主要以美國、歐洲幾個國家以及我國為主。作者先討論美國的肛交法的規定，並指出到一九九九年三月，在美國仍有十八個州保有處罰肛交的立法，其中有五個州僅對於同性間的性行為加以處罰，對於異性間此種性行為則不加以處罰（張宏誠，2002: 206-208）。

作者在有關美國肛交法的發展說明上，主要透過幾個美國聯邦最高法院的相關判決加以說明，我們從他的說明發現，美國同性戀者在挑戰肛交法的合憲性時，主要是以隱私權的保障作為立論基礎，因為肛交法處罰的同性性行為往往是在私人空間中的私密行為。作者在書中對於一九八六年美國聯邦最高法院在 *Bowers v. Hardwick* 案的判決背景及內容作很詳細的說明，這個案件中主筆的 White 法官認為，美國憲法並無承認同性戀者從事同性性行為的基礎權利；他同時認為，明顯的，根據美國的歷史傳統是無法推出任何基本權利可以使得同性性行為受到保障，反而從美國的歷史傳統可以看出，同性性行為的處罰其來有自。最後美國聯邦憲法最高法院在一九八六年在此案中推翻巡迴上訴法院的見解，認為喬州的肛交法合憲。作者在書中提到近年來美國的同性戀者發現 *Bowers v. Hardwick* 一案，讓一般人將同性戀傾向等於同性性行為，這對於同性戀者在主張其他基本權利時，不當然有利，一九九八年在 *Bowers v. Hardwick* 為被告的喬州，再度面臨該州肛交法是否合憲的挑戰，未來美國聯邦最高法院對於肛交法合憲性的看法是否會有所改變，尚待觀察（張宏誠，2002: 207-235）。

第三章的第三部分則主要介紹歐洲人權法院幾個跟同性戀者有關

的判決，目前歐洲各國對於同性性行為的管制已經逐漸放鬆其限制，另外作者也同時介紹一九九四年聯合國人權委員會於 *Toonen v. Australia* 一案中宣示澳洲塔司馬尼亞省禁止同性性行為與異性間口交與肛交等相關法律，係恣意的侵害人民隱私權而違反聯合國公民及政治權利公約第十七條、第一項及第二條第一項之規定。

作者在第三章的最後部分，主要針對我國現行刑法中有關同性性行為的規定加以討論，我國刑法於民國八十八年四月二十一日，將原來規範性行為的妨害風化章；加以修改為兩個章，分別是妨害性自主章與妨害風化章，另外並於刑法第十條第六項中將性交定義：「稱性交者左列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為。二、以性器以外之其他身體部分或器物進入他人之性器、肛門之行為。」

刑法第十條第六項的訂定，使我國過去同性間或異性間的肛交性行為的處罰有所改變。過去發生於同性或異性間強迫性或違法的肛交性行為，由於刑法法律條文的規定，多僅能以猥褻罪加以處罰，目前由於刑法對於第十條第六項將肛交定義為性交，因此不管發生在同性或異性間的強迫性或其他違法性的肛交性行為，已經可能被以強制性交罪或趁機性交罪加以處罰。不過在此要說明的是，依據我國法律，原則上對於具有合意能力者間的合意性行為，除非牽涉通姦罪，否則是不加以處罰的。本文在此所謂的具有合意能力者是指，例如年齡在十六歲以上或沒有精神喪失、精神耗弱或身心障礙等情形的人。另外本書作者並在書中討論我國社會秩序維護法、兒童及少年性交易防治條例以及後天免疫症候群防治條例對於同性戀者權益之影響。

本書第四章主要探討同性婚姻合法化的問題，作者首先探討婚姻的意義及同性婚姻在歷史的發展。在有關同性婚姻在各國的憲法爭議與法律實踐部分，作者還是以美國同性婚姻合法化的憲法爭議與案件

分析為主，作者除了介紹九十年代以前美國各州有關同性戀婚姻的判決外，並詳細介紹一九九六年美國夏威夷州最高法院，在 *Baehr v. Miike* 案，在此案中夏威夷州最高法院判決宣告，夏威夷州增補法律彙編系爭條文關於結婚要件，需一男一女的規定，乃違反夏威夷州憲法及聯邦憲法之規定（張宏誠，2002: 303-313）。

在第四章非常重要的部分，乃在作者嘗試討論，我國的同性戀者是否可能在現行民法的架構中成立合法的婚姻。作者針對我國民法的規定以及法務部曾經對於此問題的函釋意見加以討論。其實在我國民法的條文中，從未有直接明文規定結婚當事人必須是一男一女。不過很多學者在討論婚姻的定義時，常會提到「婚姻是以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係」，究竟學者這種限縮法律所沒有的規定的意見，是否可以對於人民的婚姻權加以限制，這種意見是否會被實務審判者所接受，值得討論。作者在本書中認為，由於我國並非明文禁止同性結婚，因此，只要透過解釋，就可以使同性戀者適用現行民法而結婚，因此作者嘗試，從我國大法官曾經作過的有關性別平等的解釋內容出發，希望從大法官釋字三六五號、四五七、四九〇、二四二號、三七二號、四一〇號、四五二號等解釋中去尋找，如何透過同性戀平等權保障之主張，使得同性婚姻可以依我國民法之規定合法成立。

目前，我國台灣高等法院於民國八十九年家抗字第一五六號民事裁定中，提到：「按婚約為男女當事人約定將來應互相結婚之契約，非由男女當事人自行訂定，不生效力。……再參以民法第九百八十八條、九百七十二條及九百七十三條規定，均係以男女為規範對象，顯見我國現行民法親屬篇婚姻章所規定之結婚應以一男一女為限，資抗告人請求與林建中兩男間之公證結婚，自屬違反法令之事項，依公證

法第七十條規定，自不得做成公證書。原法院公證處所為拒絕抗告人請求公證結婚之處分，自無不當。……」本案之抗告人祁家威認為，上述高等法院的民事裁定所適用的法令有違憲疑義，因此聲請釋憲，但是司法院大法官卻在二〇〇一年五月十八日第一一六六會議中決議不予受理此一釋憲申請（張宏誠，2002: 403-408）。

本書第五章主要討論台灣同性戀者未來權利保障的可能性，從平權運動的角度、法律修正的方向以及司法審查的基準等方面開始討論，在法律修正方面，作者提出如何透過國際人權公約的內涵促使國內訂定反歧視法的可能，並呼籲同性戀平權運動者，未來應效法台灣的女權運動者，透過司法解釋的途徑來達成權利保障的目的。

三、台灣有關同性戀議題在法學界討論現況—— 法學研究與司法的被動性

本書作者在第一章開始探討研究方法之前，曾對於台灣現階段同性戀的學術研究現狀加以討論。作者在書中提到「台灣社會逐漸開放，社會多元現象不斷發生，同性戀議題與同性戀者平權運動也在台灣『悄悄』展開」，台灣社會學理論與社會工作，已經開始探討同性戀者面對社會壓力的心理調適與『精神治療』。另外對於同性戀者公共空間的使用、同性戀者受壓迫的歷史與同性戀恐懼症的哲學思考乃至文學與文化論述等在台灣均已紛紛展開。」接著作者提到：「在有關同性戀議題『除魅』的過程中，法學論述僅有零星的研究，不見有系統的、跨學科的對同性戀者權利保障議題各個層面獲得全面的認識。」（張宏誠，2002: 4-5）。

我們可以從作者的行文中看出，其對於台灣法學界對於同性戀議

題的研究成果顯然是不滿意的，作者在書中說到「解嚴後的十餘年，台灣法學界致力於保障民主憲政體制與人民基本權利，面對這社會不斷出現的同性戀議題，不能說沒有助益，但是卻未曾努力解決社會對於同性戀者「污名化」與刻板印象」以及在同性戀、異性戀、雙性戀與變性慾等價值對立所產生的諸多問題（張宏誠，2002：7）。

事實上，在台灣過去二十年來，所有有關保障民主憲政體制與人民基本權利的各項努力，並非是法學者或法律工作者單方面的努力所完成的，以改變女性法律地位的各個大法官解釋或法律訂定、修改的工作為例，不管是大法官三六五號解釋或四一〇號解釋，他們都非大法官們，主動針對法律規定提出釋憲的解釋，而是由相關事件的當事人主動積極的利用司法審判的程序去主張自己的權利，而在透過司法審判主張權利的路徑失敗後，這些當事人以及支持他們的婦女運動團體乃尋求違憲審查的途徑，要求大法官針對跟他們權益有關的法律加以審查，判斷該等法律是否侵害他們在憲法所保障的基本權利而違憲。我國近年來的大法官們在這種壓力下，乃以解釋落實憲法對於人民基本權保障的精神，並做出三六五號、四一〇號等解釋，宣示那些違背男女平等的法律無效。

除了透過司法審判及大法官的釋憲解釋外，另在婦女運動上，事件的當事人與隸屬不同的婦女團體等社會運動者，也透過立法的方式要求立法者積極作為，以改善女性的其他處境，例如性侵害犯罪防治法或兩性工作平等法等法案的訂定，均對於女性社會地位的提升有著象徵與實質的意義。因此有關同性戀法律地位的改變，在未來也有必要需要透過同性戀者與倡導同性戀平權運動團體，有意識的利用司法與立法乃至行政的制度，以法律的功能去改變現狀，而如果這樣能夠成功的話，相關的法學論述自然就會有所發展。

四、台灣同性戀者的困境——如何從隱形不被看見到現身

過去幾年來，從媒體新聞的報導看，似乎同性戀議題被討論的機率不算太少，但是如果仔細分析新聞的內容，我們可以看到除了祁家威先生與其同性戀人結婚的新聞中我們可以看到具體的同性戀者的名字外，大部分有關同性戀者或相關運動的媒體報導中，我們是看不到同性戀者個別個人的名字的。而這種現象其實就是反映出台灣同性戀者的困境——不被看見、不能現身的困境。張宏誠這本書中嘗試從法律的角度探討台灣同性戀者權利平等保障的憲法基礎。其中一個重要嘗試是建議同性戀者透過司法解釋的角度去爭取同性婚姻的合法性。但是，任何人如果要走司法解釋的途徑，則必須積極現身，以自己的名字從事訴訟，而這或許是台灣同性戀者的最大困境，由於家庭中的父母、兄弟姊妹乃至親友們可能給予同性戀者的壓力仍是如此之大，筆者自己在周遭環境中所認識的幾位有同性戀傾向的朋友們，均面臨出櫃現身的壓力，因此除非台灣有更多的同性戀者，如祁家威般願意出櫃主張自己的權利，讓自己進入憲法權利保障的位置上，挑戰既有的法律體制，否則同性戀者所想要追求的平等權或合法婚姻權的實現是極為渺茫的。

而同性戀者現身要求透過司法審判、大法官解釋或立法保障同性戀者權利的動作的另一個意義，乃在於強迫台灣社會正式面對同性戀者。而這就是突破傳統中國或台灣社會面對同性戀者態度的一個重要策略。在中國傳統社會中，同性戀或同性性行為的現象其實是存在的，在中研院近史所所收藏的清朝的婚姻姦情相關檔案記載的刑科題本中，可以看到許多因為雞姦所牽涉到的人命案件，從其中我們可以發現，清朝政府在法律制度上對於同性性行為，基本上是不直接在大

清律例中明文加以規範的。清朝政府對於同性間的性行為，主要是以一個跟同性性行為並無直接關係的軍民相姦例為依據，對於同性性行為者處以四十杖的處罰，這個處罰與對於異性間的性行為處罰還要輕微一倍，對於異性間有關性行為處罰是無夫姦杖八十，有夫姦杖九十，而對於異性間某些性行為的處罰是明文規定在大清律例的刑律犯姦門中的，對於同性間的性行為處罰則不見於大清律例中。

傳統中國社會中，這種透過不去看見同性戀或同性性行為存在的作法，使得台灣這個受到傳統中國影響甚深的社會，同性戀者在爭取權利的過程中，首先要面對的是將自己從不被看見轉化為被看見。而唯有從此開始，同性戀者才可能開始享有其在憲法上的權利。

五、結論

在我們的社會中，同性戀者如何被看見是一個同性戀者平權運動的重要議題，透過張宏誠的這本書，我們清楚的看到美國的同性戀者或歐洲的同性戀者，如何透過司法制度主張自己在法律上的權利。而在台灣，如果同性戀者或支持同性戀平權運動者，能主動突破傳統困境，讓同性戀者被社會、被司法所看見之時，同性戀者的婚姻權或其他權利才能被保障。張宏誠這本書的出版，是讓我們社會走向這樣一個發展的可能努力。



張宏誠(2002)《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》。台北：學林。

◎書評者簡介：

陳惠馨，現任政治大學法律系教授，專長為：兩性關係與法律、民法親屬、民法繼承、中國法制史（以唐律與大清律例為主）、德國法制史、非營利組織法規研究。對於性別與法律的關係非常感興趣，也常從法制史的觀點來看性別問題，目前正在進行對於台灣法律人教育的研究。

〈聯絡方式〉

地址：116 台北市指南路二段 64 號 政治大學法律系

E-mail：hschen@nccu.edu.tw

◎作者簡介：

張宏誠，現任司法院大法官助理，政治大學法學碩士。研究興趣是憲法、法哲學、同志法學（多元性傾向(sexual diversity)人權議題）及科際整合之法學研究，於東吳法律學報及國內外性別人權議題研討會發表多篇論文，今年六月即將赴美深造，攻讀法學博士學位，繼續深化研究領域，期以在人權保障與國內同志法學研究上盡一己之力。其相信法學研究應如文學深刻呈現人性與社會真實，有散文抒發人性關懷，似小說平易普及，亦能如詩般令人震懾並啟迪人類思想與智慧。

E-mail：narzissmus@yahoo.com

