

從男女平權到異同平權： 釋憲運動要到什麼樣的平等？

文 | 陳昭如 | 國立臺灣大學法律學系教授

圖 | 婦女新知基金會運動史料資料庫



第四次的身分法思辨時刻

臺灣歷史上，曾經有三個重要的身分法思辨時刻。第一次是 1920 年代初期的民商法施行論爭。當時，殖民政府正考慮是否要將日本內地的民商法延長施行至臺灣，殖民地的知識菁英開啟了一場論辯：應該要繼續「維持」臺灣人的身分「舊慣」，或者適用殖民者的「現代法律」？應否為身分法設置例外？有的菁英認為，殖民者的法律較進步，為求臺灣人與日本人的平等，應該全面適用日本民法。也有的菁英認為，應該保留臺灣人的身分法舊慣，但是排除其中不合公序良俗的部分。這次的論辯看似是要在傳統與現代之間擇一選擇，不如說是在界定何謂傳統？何謂現代？臺灣人的價值選擇是什麼？很遺憾地，雖然 1920 年代的臺灣婦運風潮正起，但民商法施行論爭是一場男性的辯論，所關注的是「臺灣人的平等」，但「臺灣人」卻可能不包括女人，平等也可能不包括性別平等。他們大多不反對妾制，關心保留臺灣人的諸子繼承（有別於日

本的長子繼承），也不在意排除女性的繼承。殖民母國的「進步法律」也是性別不平等，但他們並不關心。他們所想保留的臺灣傳統不考慮女人如何看待、界定傳統，所想追求的平等也不考量女人認為平等的意義是什麼。

第二次是 1970 年代中期至 1985 年間的民法修正論辯。1945 年中華民國民法的施行，是接替日本殖民者的新主權者之決定，沒有公民思辨的餘地，而民國中國制訂民法的過程，當然也沒



1994 年婦女新知等團體推動民法親屬篇 1089 條釋憲。

有臺灣人的參與（雖然有中國婦運的參與）。戒嚴下的政府在 1970 年代中期開啟了第一次的民刑法修正計畫，並且公開徵求社會各界的意見。在這樣的機會結構之下，當時的人們藉由投書、陳情請願來表達意見。1970 年代的新女性主義運動也參與了民刑法修正的論辯，批評當時身分法的性別不平等，倡議她們所渴望的男女平等。在戒嚴體制之下、在萬年國會之中，民間意見所能產生的影響力終究有限，但這次的修法仍舊朝向平等邁進了一步。

第三次是 1990 年代中期到 2000 年代中期的身分法大翻修。有別於前兩次的思辨時刻是在一個主要由官方法律政策而開啟的法律機會結構，這次是在民主化的機會結構下，婦運主動創造、提出、推動了身分法的修法議程。在這個思辨過程中，傳統的捍衛者與平等的倡議者往往處於對立的兩方。事實上，捍衛傳統的一方往往並不否定平等的價值與重要性，但他們所想像與主張的平等，卻經常是將性別視為「差異」問題，把平等視為「相同待遇」問題。有別於父權體制的支持與捍衛者將男女有別（差別待遇）視為天經地義，性別平等的倡議者經常將平等當成等者等之的「相同待遇問題」。在自由主義的風潮下，消除男女差別待遇、以私人協商取代國家強制成為法律上的共識，而身分

法也以此為原則大幅翻修。

近來有關婚家體制的熱烈爭辯，讓身分法（及其他法律）的大變革又再次成為臺灣社會關注的焦點。我們現正處於第四次的思辨時刻。立法院的同婚法案與司法院大法官釋字第 748 號解釋，為這次的思辨時刻掀起高潮。如同前次，這回也是由公民社會所開啟的論辯。也如同之前每一次的思辨，我們所進行的是對歷史傳統的再思考，所辯論的是平等的意義。每一次，我們都重新界定歷史傳統的意義與地位，也都在制度的變革中書寫平等的意涵。如果「同姓婚姻」、「媳婦仔／童養媳制度」、「夫妾制度」、「妻從夫居」、「諸子繼承」、「從父姓」等被長期擁護的「歷史傳統」都可以被改造，讓我們一步步邁向相對比較平等的社會（雖然壓迫並未就此離去），「一夫一妻」的歷史傳統，為何不能成為被改變的對象？「歷史傳統」並非僵固不動應被永久供奉的古董，可以被辯論、挑戰、改變。追求平等，可以讓我們為未來創造新的歷史傳統。

我們的歷史，正是藉由追求平等不斷重寫傳統的過程。我們現在所寫下的歷史，需要過去的滋養。然而，我們在運動中所看到的外國法律史參照（例如：美國爭取同婚的歷史、廢除跨種族通婚禁令的歷史…），卻似乎遠多於對

自己歷史的瞭解與反省；對於外國法律史的參照，也不見得看到多元交織性的一面。失憶需要追尋歷史記憶來矯正，但不需要無批判性的懷舊。比較法史的省思，也需要超越形式平等的關照。至少，讓我們從民主化之後的婦運經驗開始追尋，獲取思考與行動的養分，回應當前的挑戰。當下正在寫歷史的運動，所面臨的挑戰之一是：訴諸少數大法官釋憲的司法審查比較能夠達成社會運動的訴求，還是遊說立法院做出多數決才比較符合社會運動的宗旨？挑戰之二是：運動所要的是什麼樣的平等、誰的平等？

爭取男女平權的釋憲運動

90 年代的臺灣，街頭、法院與立法院都很熱鬧。「修法種子大隊」走上街頭爭取身為女人的平等，「婆婆媽媽法院觀察團」在法院實地觀察紀錄女人的遭遇與法官的表現。修改男女不平等待遇的新晴版《民法親屬編》修法草案在 1993 年公佈，1995 年送進立法院；主張父權優先的法律違憲的釋憲聲請案則在 1994 年送到了司法院大法官的手上¹。

國會或大法官，該由誰先開啟改革呢？如果大法官做出不利於運動主張的解釋，是否會影響到在立法院所推動的法案？如果立法院通過東折西扣的修法，是否會影響到大法官的解釋？走在社會前端的法律改革，有無可能造成社會的反挫？在當時，採取釋憲運動與修法運動並行策略的婦運，不是太煩惱雙軌尬車的風險，也沒有太擔憂法律改革可能帶來的反挫。立法與司法的抉擇難題，是走過戒嚴萬年國會時代的臺灣婦運未曾有過的經驗、沒有做過的習題。在當時的法律機會結構下，剛全面改選的立法院仍存在龐大的阻力，而新的大法官提名人選在婦運「十問大法官」調查中的表現倒是令人樂觀，由支持修法但屬於少數的跨黨派立委以行使職權有疑義向大法官提出釋憲聲請²，也可以緩和立法與司法的權力競爭。再者，法律壓迫所造成的傷痕是如此赤裸深刻，對在民主化之後終於能夠大張旗鼓進行立法遊說運動的她們來說，擔心進步性的法律改革反而有礙於社會變遷的憂慮，比較像是象牙塔中的奢侈空想，或是護衛特權的藉口。她們評估的結果是，釋憲的結論將比漫長的立法過程來得快，釋憲運動可以促進修法運

-
- 1 值得注意的是，司法院大法官釋字 372 號解釋（認定有關民法不堪同居之虐待的判例不違憲）的個案，提出聲請釋憲的時間是 1993 年，還早於釋字第 365 解釋。
 - 2 依據大法官審理案件法第五條第一項第三款規定，立法委員現有總額三分之一以上，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請釋憲。

動，法律改革運動也有助於社會教育，二者皆是相輔相成（柏蘭芝，1994）。

如其所料地，大法官釋憲比國會立法的進程來得稍快一些。送到大法官手上的案件，逐步讓男女差別待遇被宣告違憲，但大多以附期限修法或限期失效的方式要求修法³。為人女、為人妻、為人母是一個女人的「理想」人生旅程。透過釋憲定義家庭中男女平等的順序，正好倒著來。聲請書送出後兩個月左右，1994年釋字第365號解釋便認定民法中有關子女親權行使以父親為優先的規定違憲。這也是第一個宣告法律因違反憲法男女平等的保障而違憲的解釋，釋憲運動的第一個勝利。1996年釋字第410號解釋和1998年的釋字第452號解釋，分別宣告將妻子無產化的夫妻財產舊制不應繼續適用⁴以及從夫居違憲。1998年釋字第457號解釋宣告只給兒子繼承、否定已婚女兒繼耕權的退輔會規定違憲。

在立法院所進行的，則是分期付款的修法。釋字第365號解釋的「率先起跑」，雖然有修法「助跑」的效果，卻也擾亂了民間與官方原定對《民法親屬

編》全面翻修的計畫，原定的一次通盤修法變成「三階段修法」議程⁵。階段性修法並非無爭議的共識。當時，幾位立委都表達了對階段性修法的反對，希望儘速整體修訂，不要為求部分條文的時效而犧牲了整體性的考量。葉菊蘭立委更在修正父權優先條款的討論時有感而發：「在民國七十四年之前，女人不是人；在此之後，女人是半個人…今天立委在此只是還給女人作為半個人」（立法院，1996）。然而，較能迅速因應大法官修法期限的分期付款修法，仍然成為立法者最終的選擇。零碎化的修法直到2002年才通過夫妻財產制的大翻修，在2007年通過子女姓氏的修正。即便是溫和的改革也無法一次達陣，或許是政治的現實。然而，釋憲運動「助



婦女新知等團體於1995年2月發起「還我財產權——女人釋憲」行動。

3 包括：兩年（釋字第365號）、一年（釋字第452號）、六個月的期限（釋字第457號），以及未附期限而要求「儘速檢討修正」（釋字第410號）。

4 但應注意的是，同一號解釋也宣告，所得稅法並不違憲。

5 有關釋字第365號解釋至釋字第452號解釋對立院修法議程影響的討論，請參考韓欣芸（2014：99-101、106-108）。

跑」與「擾亂」的雙重效果，值得玩味。

相較於國會或大法官、法律或社會何者先行的順序題，另一個爭議則困難多了：如果修法運動的目的之一是要追求婚家體制的平等與自由，是否僅限於異性戀婚姻的夫妻平等、父母平等呢？爭取妻子離婚的自由、母親的親權，是否也爭取不婚的自由、同性成婚的自由、同志父母的親權？社運也許經常缺錢、缺人、缺策略、缺管道，從不缺的是眾聲喧嘩。姐妹鬩牆，也不是臺灣婦運的專屬現象⁶，理由很簡單：多元交織性不只是理論，也是現實的存在。1996年的「女人一百」大遊行，女同志團體提出了「勞動法令應明定不因性取向而有差別待遇，以保障同性戀者的工作權」、「福利政策不應以異性戀家庭為單位，單身者、同性戀家庭、以及其他非一夫一妻核心家庭皆應合理享用國家資源」、「立法保障同性戀之結婚權，使同性戀者享有選擇婚姻的權利」、「外籍同性伴侶應享有合法居留權」、「立法明訂同性伴侶得享有保險、財產繼承、配偶津貼等權利及福利」、「同性戀者不應被剝奪領養子



1996 年女人一百大遊行。

女、爭取兒女監護權的權利」及「修改法令，保障女同性戀者的人工受孕權」等訴求，要求將同志平權納入（古明君，1996：34）。

1990年代的修法議程將「男女平權」優先於「異同平權」的順序選擇所引發的內爆，延燒到下一個世紀。理念與體制現實的策略妥協，經常要付出代價，得失之間不易平衡。當時戰場上的抉擇是棄守理念或是策略性的一時退讓，將在來日的行動中得到證明。在眾聲喧嘩中，異性戀婚家霸權已面臨挑戰，但將法律的「平等」（equality）等於「相同待遇」（same treatment）的「平權論」卻不常激發批判性的反省，甚且形式平等的次公

6 例如，十九世紀的美國婦運爭取投票權時，便有「修憲」（主張憲法不保障女性投票權，因此應該修改憲法）與「行憲」（主張既有憲法已經保障女性投票權，應透過訴訟等行動主張實現已有的投票權）的路線之爭，也有白人女性主義者反對黑人投票權。1970年代的美國婦運在平權條款（equal rights amendment）運動時，不只再次出現「修憲」（憲法並無性別平等條款，應新增）與「行憲」（應訴訟主張憲法第十四增補條款的平等保障包含性別平等）之爭，平權條款運動更因性別運動外的反對者主張通過平權條款將使得同婚合法化而與同婚保持距離，而性別運動內的批評者也因認為通過平權條款將使得保護性立法（protective legislations，例如女工的工時上限）違憲，而反對平權條款運動。

式「不等者不等之」還被當成是實質平等的內涵。在釋字第 365 號解釋所建立的男女平等審查公式：「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，而此種特殊例外之情形，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」被一再地重述引用、反覆操作，這樣的平等定義甚少被婦運在釋憲與修法運動中加以挑戰。「分類」是侵犯平等的嫌疑犯，「反分類」則是檢測歧視的工具。這也是為何，將少數殘存的男女差別待遇認定為合憲的釋字第 728 號解釋會遭致如此大的批評，而大量存在的相同待遇壓迫，則難以觸動歧視的神經。

以決定「相同」的「客觀」標準是依據誰的面貌與利益所界定？這個問題雖然不常被反省，但病徵早已暴露，因為只要法律規定或措施涉及「男女相同待遇」，鮮少會被認定違憲：釋字第 372 號解釋宣告有關「夫妻一方不檢至他方行為過當非當然構成『不堪同居虐待』」的判例合憲，無視於婚姻暴力的性別現實，甚至還表示認定不堪同居之虐待要考量「當事人之教育程度、社會地位及其他情事」；釋字第 410 號解釋認定遺產及所得稅法規定因為「被繼承人之配偶」不分男女因此合憲，罔顧生存妻子的財產被當成亡夫遺產的現實；釋

字第 554 號解釋認定通姦罪是基於維護婚家社會秩序而對性自由所為的必要限制，釋字第 569 號解釋認定對配偶自訴的限制合憲、但對婚姻外第三人（亦即「小三」）自訴的限制違憲，兩號解釋都漠視通姦罪與自訴規定保障男性性特權的現實。極少數的例外，是釋字第 666 號解釋基於被罰者多為女性（且為弱勢）的現實，以間接歧視／差別影響（disparate impact）理論（相同待遇對特定群體產生差異效果），宣告社會秩序維護法「罰娼不罰嫖」的規定違憲。然而，在此所針對的仍為分類的差別待遇。當宰制的面貌被窄化為差別待遇，超越相同待遇的平等也就難以想像，相同待遇的壓迫則隱而不顯。積極矯正歧視措施在族群平等的脈絡中都難免爭議，在性別平等的議題上，逆向歧視與優惠待遇污名的負擔更是沉重。

在差別待遇的壓迫下，人們渴望獲得相同，以成為平等。這樣的傾向，幾乎可以說是所有平權論的共通「基因」。當時臺灣婦運的訴訟與修法運動策略似乎並未參照美國運動經驗，但平權論的走向雷同。現任美國聯邦最高法院法官 Ruth B. Ginsburg 的男女平權論將奠基於男女刻板印象的差別待遇視為最大的敵人，她當年身為民權律師時推動訴訟運動所成就的美國憲法性別平等審查，也以反分類為

核心⁷。Ginsburg 的訴訟策略向來招致的批評之一，就是以幫男人爭取權利來要求性別平等、從而未能根本挑戰男性標準作為客觀標準：她喜歡用男性被告、主張性別刻板印象讓男性也受害。臺灣婦運的釋憲運動策略主要使用女性原告爭取權利，但對於男性標準的批判性也仍不足：反對從夫居的義務，但不挑戰同居義務；反對排除已婚女兒的福利，但不檢討退伍軍人優惠福利的合理性⁸。追求相同待遇的「自然」傾向以及副作用，不只延續到二十一世紀的異同平權論，而且平權論的不足與缺憾，也將被理解為僅是「法律未能落實」與「社會教育培力不足」的後果，而非法律與社會共構的結果。

異同平權的釋憲運動

二十一世紀的身分法思辨時刻，從多元家庭到多元成家，從同性婚姻到毀家廢婚，眾聲喧嘩未曾停歇，但「自由選擇」似乎成為共通的關鍵詞，主張極小化政府干預、偏好市場化的新自由主義以各種不同的面貌現身。對走過長年殖民與戒嚴威權的臺灣來說，這樣的

發展並不令人意外。與上個世紀不同的是，性別平等的反制運動（counter-movement）開始逐漸壯大，有組織、有策略、有管道、有資源，還有相當的社會支持。反制運動出現的原因之一，是運動的成果對既得利益產生了威脅（Meyer & Staggenborg, 1996）。上個世紀的婦運沒有面對如此規模的反制運動，或許是因為對既得利益沒有構成足夠的威脅、威脅需要時間醞釀，也或許是因為既得利益的捍衛者牢牢掌權，不需要社會動員對抗。當性別平等法律改革對既得利益的威脅變得可見，當既得利益代言人要實現訴求開始面臨些許障礙，（反制的）社會動員就變得必要。況且，民主化的成果，為大家所共享：上個世紀的運動所推展出的政府體制參與管道，成為反制運動可以使用的資源；上個世紀所運用街頭運動、立院跨黨派遊說策略，也恰恰是反制運動可以效法的對象。對於性別平等運動來說，日益壯大的反制運動既是反挫的危機，也是考驗民主體制的機會。性別平等與憲政民主要如何彼此鑲嵌，是這個世紀的新習題：何時是善用並改革體制，何時是被體制收編？如何畫下「仇

7 必須一提的是，Ginsburg 的平權訴訟策略受到黑人跨性別女性主義法學者 / 神學家 Pauli Murray 的啟發，但 Murray 的平等思考，並不等於平權論，她對於性別、種族與階級的多元交織性，有著深刻的反省。有關 Murray 充滿多元交織性的思想與實踐，請參考 Rosalind Rosenberg (2017)。

8 在司法院大法官釋字第 457 號解釋之後隔年所做成的釋字第 485 號解釋，即對《國軍老舊眷村改建條例》等法規優惠原眷戶的措施合理性提出質疑，要求政府不得超過必要限度給予明顯過度的照顧。

恨歧視」與「多元異議」的分界？如何不因反制運動使用體制的行為，而選擇性地支持或反對特定的憲政民主制度？何種體制管道的運用是合理使用，何者是濫用（例如「反公眾參與的策略性訴訟」，即 *strategic lawsuit against public participation*）？

這個世紀的異同平權運動所處的法律機會結構，已有不同。歷經了分期付款的身分法修法與其他的性別平等立法，剷除了諸多男女差別待遇，擴大了私人協商的空間；婦運參與改寫的法律面貌以男女相同的中性待遇為特色，為異同平權的主張提供了制度土壤，而當道的（新）自由主義則成為所呼吸的空氣。在人權公約運動的推波助瀾之下，與國際接軌成為進步性的代稱，即便沒有明文要求一般性保障同性婚姻的人權公約與國際或區域人權法院判決，還是可以訴諸國際人權法的進步性解釋。司法院大法官增加了自由派的成員，並且在要求轉型正義的公民團體強烈抗議蔡英文總統提名保守派的威權執行／配合者的謝文定之後，改提名並通過任命自由派的首席大法官／院長。再者，立法院的組成，是臺灣歷史上頭一遭由民進黨立委過半，其中有跨黨派明確支持同性婚姻的立委，而首次全面執政的民進黨，還在總統競選時給出了「婚姻平權」的承諾。歷史上還有更好

的機會條件嗎？

然而，民進黨全面執政之後，臺灣第一個女總統不僅任命組成以老藍男為特色內閣的行政院長，讓內閣性別比例創下歷史新低，還將「婚姻平權」的政治承諾，發展出了「一個承諾，各自表述」：「婚姻平權」可以指另立專法先承認同志伴侶權、再漸進承認同性婚姻權（專法派，此派之執政黨代言人為法務部長與個別黨籍立委），也可以指直接修改民法承認同性婚姻（民法派，此派之執政黨代言人為個別黨籍立委）。這兩種表述的爭論體現了平權論爭議的特徵，將重點置於是否承認同性婚姻，而不及於婚姻體制的全盤檢討與平等化，例如通姦罪是否應該廢除、婚姻特權是否構成單身歧視、福利的新自由主義與家庭主義化是否惡化不平等這些問題。婚姻平權論戰的核心問題是：將同性與異性伴侶相同對待（等者等之）才是平等，或者將同性與異性伴侶差別對待（不等者不等之）也可以是平等？民法派主張分軌制（差別待遇）不可能平等，專法派主張分軌制（差別待遇）也可以是平等。

民法派肯定美國聯邦最高法院在 *United States v. Windsor* 一案要求聯邦政府必須承認同性婚姻，但不太提起該案其實是有關夫妻遺產免稅的案件，其所要求的婚姻免稅特權同時也可以

是擴大階級不平等的「不公稅制」（就像釋字第 647 號解釋所處理的是夫妻贈與免稅特權）；讚許 *Obergefell v. Hodges* 一案將全美各州同性婚姻合法化，但很少批評該判決頌揚婚姻作為社會基石的普世性（還引用孔子！）。美國的反種族隔離經驗成為民法派的重要參照：隔離不可能平等。民法派也不常提到，將跨種族通婚禁令宣告違憲的 *Loving v. Virginia*，其判決論證的重點不在於差別待遇，而在於這樣的禁令支持了白人優越（White Supremacy）。因為，禁止跨種族通婚的法律（miscegenation laws）所禁止的，不是任何的跨種族通婚，而是白人與非白人的通婚。與此類似，宣告種族隔離教育違憲的 *Brown v. Board of Education*，其論證的重點是種族隔離製造了黑人的次等性。因此，問題主要不在於差別待遇的形式，而在於這樣的法律與措施創造了宰制臣屬的關係。更鮮少被提起的，是臺灣在日本殖民之下的種族歧視經驗、第一次身分法思辨時刻中對平等與差異的辯難，以及南非憲法法院在 2006 年承認同性

婚姻的判決 *Minister of Home Affairs v Fourie* 中所提出的「與眾不同的權利」（the right to be different），認為要追求平等不需要以否定差異為代價⁹。

專法派主張制定專給同性伴侶使用的伴侶法，或以其他非婚姻的形式來賦予同性伴侶特定權利。招贅婚的目的不是為了創造女性平等，而是為了補救無法進行父系傳承的缺憾，其存在是維護而非挑戰父權制，即便實踐上可以有些許個別的權利保障效果（例如以招贅婚為由而讓子女可以從母姓）。與此類似，專法派提倡與異性婚姻分軌的同性伴侶制，不是為了創造性別平等，而是為了維繫異性戀婚姻體制的正統性，即便在實踐上或可能產生些許鬆動婚姻常規性的效果。主張「不等者不等之」的專法派，既然目的在於鞏固一夫一妻的異性戀婚姻，當然也就不會將有顛覆婚姻常規性潛力的異性伴侶制納入考量。

再者，專法派也有個三段論法，表現出標準的法律與社會鏡像論（the

9 “A democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian society embraces everyone and accepts people for who they are. To penalise people for being who and what they are is profoundly disrespectful of the human personality and violatory of equality. Equality means equal concern and respect across difference. It does not presuppose the elimination or suppression of difference. Respect for human rights requires the affirmation of self, not the denial of self. Equality therefore does not imply a levelling or homogenisation of behaviour or extolling one form as supreme, and another as inferior, but an acknowledgement and acceptance of difference. At the very least, it affirms that difference should not be the basis for exclusion, marginalisation and stigma. At best, it celebrates the vitality that difference brings to any society...The Constitution thus acknowledges the variability of human beings (genetic and socio-cultural), affirms the right to be different, and celebrates the diversity of the nation.”

mirror thesis) 思考：

大前提：法律應反映社會。

小前提：社會不能接受同志與同性婚姻。

結論：在社會能接受同志與同性婚姻之前，法律不應承認同性婚姻。

這個為民法派所反對的鏡像論，奇妙地為過去婦運釋憲運動促成的大法官解釋中的論證所間接支持。在釋字第 365 號與第 452 號解釋中，大法官都以社會變遷來證成性別歧視法律在過去的合理性（因為過去社會是那樣的），以及在當今的不合理性（因為現在社會已有不同）¹⁰。以此推論，在社會未改變之前，支持現狀的法律即為合理。而且，延伸鏡像論的思考，法律改革應該透過多數決的立法（能夠反映社會多數）來達成，而非由具有抗多數決特性的司法來做成。相反地，平權運動則經常傾向於支持司法積極主義，而且採取

國會與司法雙軌運動的經驗並不算差。於是，釋字第 748 號解釋在結論與程序上受到專法派的猛烈抨擊與民法派的大力頌揚，也就不足為奇了。

然而，明顯作為妥協產物的釋字第 748 號解釋，其實為專法派與民法派皆提供了槓桿，不足以充分證明司法積極主義能促進社會改革的目標，更在憲法性別平等審查的發展上進一步退兩步。

首先，對於民法派來說，該號解釋清楚地表示：（1）現行法違憲，肯定同性伴侶的婚姻自由；（2）強調同性應與異性伴侶獲得相同對待的「等者等之」原則；（3）限時修法，如果立法者在 2 年之內沒有完成修法，同性伴侶就可以直接登記婚姻¹¹。而且，本號解釋僅有兩份不同意見書，表面上顯示了大法官的高度共識，雖然據稱反方不只兩位大法官¹²。這些都成為挺同方可以使用的資源。但另一方面，專法派這一方也獲得了資源：（1）大法官（不令

10 司法院大法官釋字第 365 號解釋：「因教育普及，男女接受教育之機會已趨均等，就業情況改變，婦女從事各種行業之機會，與男性幾無軒輊」。司法院大法官釋字第 452 號解釋：「鑑諸現今教育普及，男女接受教育之機會均等，就業情況改變，男女從事各種行業之機會幾無軒輊」。當然也值得批評的是，大法官將「男女機會幾無軒輊」當成既存現實的無根據妄想，以及將男性標準當成客觀標準的保守思維。

11 由於此限期修法加上定期直接適用的要求，讓本號解釋的結果不宜被稱為將民法相關規定宣告違憲而定期失效，因為法律一旦失效即無適用餘地。因此，精確地來說，本號解釋是宣告「不允許同性婚姻違憲」，並運用「等者等之」的法理，要求在未於期限內修法的條件下，將民法解釋為允許同性婚姻登記。與此類似的遵守期限模式為釋字第 737 號解釋。也值得注意的是，此號解釋並未明白列出所審查的條文。這種問題實則創造出法律的渾沌狀態。

12 至於投反對票的大法官為何不撰寫不同意見書、現行釋憲制度為何允許其不撰寫不同意見書、法庭之友意見書（依據黃虹霞大法官之不同意見書所言有兩百份以上）未予公開等問題，則是違憲審查制度應予改革的問題了。

人意外地)同意在決定要「如何保障」的問題上給立法者享有形成自由,這包含以「特別法」的方式來保障;(2)意見書中特別強調該號解釋的射程「不及於其他」,而「不及於其他」的意義就成為專法派可爭執之點;(3)憲法形式平等的審查除了「等者等之」,也包括「不等者不等之」。因此,雖然該解釋被認為是民法派/同婚派的大勝利,而且確實也為該方提供了較多的資源,但專法派其實並未完全落敗,只是在作為同性伴侶法標竿的德國也將同婚合法化之後,專法派又再失去一個「進步外國立法例」(特別是在臺灣具有準自然法地位的德國法)的資源。

第二,民法派讚揚司法積極主義保障人權,專法派則抨擊司法擴權侵害國會立法權。由於違憲審查具有抗多數決的特性,宣告法律違憲即等於侵犯立法權之說等同於否定大法官宣告法律違憲的權力,並不合理,除非認為違憲審查制度不應存在。國會於2016年2月有了新的組成,大法官的組成也在2016年11月有所更動,國會與大法官皆有了新的組成與新的民主正當性,再加上1990年代的釋憲與修法雙軌運動下由大法官「助跑」的改革先例,由大法官來做成決定,發揮司法積極主義的

進步功能,似乎不無道理。但是,司法積極主義(相對於立法、行政等部門的行動者,司法部門享有相對大的決定自由)並不必然進步,因為推動進步價值的立法也有被司法積極宣告違憲的可能,這正是反制的訴訟運動有可能施力之處。再者,國會與司法的角力問題,確實值得留意。本號解釋應該是考慮到與國會賽跑的外部觀感與疑慮,因此詳加闡述了同性婚姻立法的漫長拖延過程,以證成大法官受理的正當性。其實,在大法官於2017年2月20日宣布受理兩個在2015年提出的釋憲案前不久,新國會已經開始審理法案:2016年11月8日一讀、11月17日法制委員會排審、12月25日初審通過,即便紛爭不斷、對立激化,而且佔多數的執政黨黨團並未形成黨團決議共識,這些進展仍是新國會對此議題進行審議的表現。況且,當年釋字第365號解釋的釋憲聲請案之一是由立法院所提出,亦即有合乎法定比例的立法者願意先交由大法官釋憲、再進行修法,但此次的釋憲聲請案是由人民與臺北市政府所提出¹³,並無立法者提出聲請案請大法官先行。因此,這與1990年代的釋憲與修法雙軌運動在並無司法與立法競賽關係的情況下由大法官率先開跑,顯有不同,再加上宣布受理的時間點正值

13 值得注意的是,人民聲請案的聲請人是長期倡議同婚合法化的祈家威,而臺北市政府的市長則是認為女人等於一個洞、年輕漂亮的女性參選人比較適合去坐櫃檯或當觀光局代言人的柯文哲。

執政黨的同婚政治風暴高潮，會出現質疑司法成為政治附庸的批評，也就不令人意外。

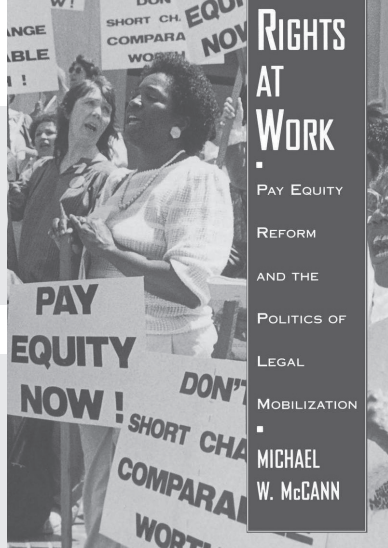
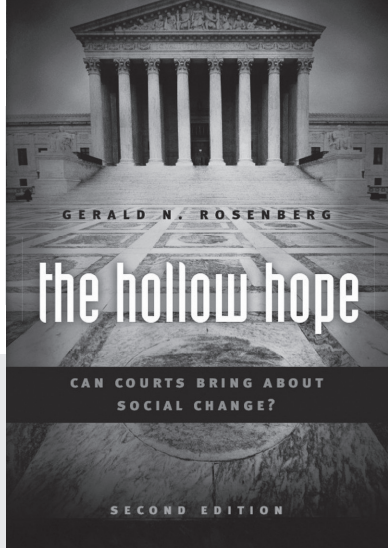
最後，本號解釋雖然將憲法的平等保障擴及於性傾向的平等保障，卻仍然採用「等者等之」的「形式平等」審查標準，而且還強化了婚姻的常規性。意見書中雖然指出同志的不利社會處境，但特別以僅有的三個註腳引用精神科學證據證明同性戀並非偏差、也不是疾病，處處強調同性伴侶與異性伴侶的相似性。大法官想要矯正同志污名的用心與苦心，可以理解。然而，反污名所付出的代價，卻是為了適用形式平等的嚴格審查標準而將性傾向視為「難以改變的個人特徵」，完全罔顧或否認性傾向的建構論。大法官也如同美國聯邦最高法院在 *Obergefell v. Hodges* 一案般肯定婚姻的常規性，表示同性婚姻可以跟異性婚姻一樣共同作為「穩定社會的磐石」，還強調同性婚姻「未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序¹⁴」。不論這樣的論證是否為獲得多數同意而做的妥協，此號解釋強化的不只是婚姻的

常規性，而且還界定其所支持的婚姻常規是「既有異性婚姻」的常規。這確實是進一步、退兩步了。

其實，要認定禁止同婚構成歧視，並不必然需要付出這樣的代價。只要放棄形式平等的分類檢驗，開展大法官釋字第 666 號解釋採用的間接歧視理論，改採實質平等的反臣屬檢驗（係爭法律或措施造成或促進歷史上受歧視群體的弱勢處境），就可以避免將性傾向本質化；承認性傾向的建構論，容納跨性別，並且可以精確論證禁止同婚的歧視類型：形式上，法律並非直接依據性傾向進行排除，不是禁止「法律性別」（戶籍登記之性別）不同的同志（例如男同志與女同志）結婚，而是透過「法律性別的男女二分」與「異性相婚的婚姻資格限制」，造成對同志與跨性別的間接排除¹⁵。甚且，還可以更進一步發揮上個世紀婦運釋憲運動的成果，來說明對婚姻的優惠措施也可能構成婚姻地位的歧視（延續釋字第 457 號解釋承認基於性別與婚姻地位的歧視），繼而論證禁

14 在釋字第 617 號解釋將散布猥褻物罪認定為合憲的意見書中，也出現類似的論證：大法官一方面表示要保障性少數，另一方面又強調要保障多數的性道德秩序。要同時保障兩者，顯然不可能，因為性多數的道德秩序就建立在否定性少數之上。

15 法律性別不等於生理性別，因此生理性別相同者，有可能因為法律性別不同而可合法結婚。曾有過的跨性別女同志婚姻（一位保留原女性的法律性別，一位變更為男性的法律性別）即為一例。此也涉及婚後可否變更法律性別、法律性別變更之要件、法律性別的選項，甚至於應否有法律性別此官方分類與個人資訊等問題。



止同婚乃是一種性別歧視：因為維護一夫一妻異性戀制度的正統性，也就是維護夫妻的性別階層秩序以及性別角色安排（延續釋字第 365 號和 452 號解釋認為不應預設父親與丈夫優先的性別角色）。如此一來，就可以考慮廢除對婚姻的制度性保障，不至於強化婚姻的常規性，並且可以促進邁向實質平等的轉向¹⁶。

在大法官起跑之後

1994 年的釋字第 365 號解釋出爐，被視為民主化之後性別平等法律改革運動的重要里程碑，限時修法的要求滾動但也擾亂了後續的修法，造就分期付

款的模式，也催生了迄今桎梏性別平等想像的審查公式。

2017 年的釋字第 748 號解釋揭曉，同婚派興奮狂歡，反同派暴怒反彈，這樣的分裂局勢會走向什麼樣的未來呢？大法官的體制信任度是否將更加分裂（支持結果者信任大法官，反對結果者不信任大法官）¹⁷，特別是在高爭議問題的處理上？限時修法、定期適用但非限時失效的要求，會如何擾動立法院的修法議程？憲法平等的審查標準，是否因性別本質論的置入而更僵固了反分類的形式平等傾向？也許，暫時不特別去回答實證主義的 Gerald N. Rosenberg 在 *The Hollow Hope: Can Courts Bring*

16 以實質平等的觀點來論證禁止同婚的違憲性、禁止同婚所涉及的權利侵犯與歧視類型、廢除婚姻制度性保障，請參考陳昭如（2014）在第二屆模擬憲法法庭所提出的部分協同部分不同意見書。

17 依據台灣守護民主平台在 2017 年 5 月 15 至 17 日（大法官宣布釋憲結果之前）所實施的民調顯示，針對應如何決定同婚是否合法化此問題，支持由大法官作成者（12%）與公投決定者（10%）皆為極少數，支持立法院決定者稍多（19%），贊成由憲政機關做決定（包括認為由大法官或立法院皆可者）者僅略為過半（53%），但是也有將半數的民眾認為憲政機關不適合處理此問題（包括支持公投者與認為立法院與大法官兩者皆不好者 37%），可見人們對於憲政機關的信任度並不高。而釋字第 748 號解釋對憲政機關信任度的影響（特別是針對高爭議議題），則是需要進一步考察的問題了。

About Social Change? 一書中對訴訟運動的批評（訴訟造成運動的反挫），或建構論的 Michael McCann 在 *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics*

of Legal Mobilization 中主張訴訟運動促成權利意識的論點何者較能成立，站在歷史的肩膀上，臺灣的性別平等訴訟運動有更多的習題等著去做。

參考文獻

Meyer, D. S., & Staggenborg, S. (1996). Movements, countermovements, and the structure of political opportunity. *The American Journal of Sociology*, 101(6): 1635-1643.

Rosenberg, R. (2017). *Jane Crow: The life of Pauli Murray*. Oxford: Oxford University Press.

古明君（1996）。〈女人一百，同志沸騰〉。《女朋友》，10：34。

立法院（1996）。《立法院公報》，85（40）：250。

柏蘭芝（1994）。〈會務報導 修法運動 越戰越勇〉。《婦女新知雜誌》，148：12。

陳昭如（2014）。〈模憲字第2號判決：陳昭如部分協同部分不同意見書〉。《台灣法學雜誌》，253：122-133。

韓欣芸（2014）。《逃家·離家——同居義務的女性主義法律史考察》，國立臺灣大學法律學系碩士論文，未出版，臺北。

