

## 婚姻平權與法律動員 —— 司法院釋字第748號解釋前之 立法與訴訟行動\*

官曉薇\*\*

### 摘要

臺灣已在2019年成為亞洲第一個婚姻平權的國家。司法院大法官在2017年5月24日作成的司法院釋字第748號解釋課予行政及立法機關在2019年5月前完成對於同性伴侶之合法化工作，若未在期限內完成立法，則同性伴侶得在期限屆至後直接至戶政機關進行婚姻登記。在立法、訴訟和公投等不同的法律改革形式中，臺灣以訴訟方式完成了婚姻平權的目標。究竟為什麼臺灣的婚姻平權運動選擇了司法訴訟，作為完成婚姻平權目標的手段？在婚姻平權訴訟提出時，婚姻平權團體是如何考量選擇訴訟策略抑或立法策略？在婚姻平權運動所提起的釋憲行動中，運動團體又做了哪些努力及動員？本文在詳細觀察並分析臺灣的婚姻平權運動發展之後，發現婚姻平權運動採取了立法及訴訟策略併行的策略。臺灣的婚姻平權運動並不將立法和訴訟視為是相互排斥、互相擠壓的策略，但兩者之間被視為具有立法為主、訴訟為輔的主副關係。在分析婚姻平權運動的法律動員過程及立法動員過程後，本文發現兩者之間具有一定的關

\* 原文刊登於臺灣民主季刊，16卷1期，頁1-44（2019年）。本研究計畫受科技部計畫補助，計畫名稱為「以司法訴訟作為社會改革手段之評價：以台灣婚姻平權運動為觀察對象」（編號103-2410-H-305-084）。  
〔責任校對：陳怡瑾〕。

\*\* 國立臺北大學法律學系副教授。  
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/81511112.pdf>。



連性。婚姻平權運動對於訴訟行動採取以及資源動用，是在立法遊說遭遇挫敗、停滯不前之後，才轉而採取法律動員。而在釋憲行動的評估之上，也是採取樂觀的態度，期待大法官的宣告結果能作為在立法遊說的槓桿和籌碼。婚姻平權運動團體對於採行訴訟或立法作為達成運動目的的手段之務實態度，可說是本文之重要發現，臺灣的婚姻平權團體並非一廂情願的以法律或運動菁英的態度提出訴訟，而是在評估時機點及立法遊說的成效之後進行的。運動團體也瞭解立法仍舊是最終的決戰場，而也評估釋憲行動不論結果如何，都能作為一種達成立法目標的槓桿工具。

關鍵詞：法律動員、社會運動、婚姻平權、釋憲、司法院釋字第748號解釋、同性婚姻。

## 目次

壹、緒論	肆、婚姻平權訴訟行動之成果： 司法院釋字第748號解釋
貳、社會運動之法律改革策略： 立法遊說或司法訴訟？	一、召開憲法法庭
一、司法訴訟作為社會改革之 手段：正面與反面之評價	二、司法院釋字第748號解釋 之公布
二、法律動員論的觀察及評價	伍、臺灣婚姻平權運動之訴訟與 立法併行策略
三、針對婚姻平權法律動員之 觀察與評價	一、立法遊說與訴訟行動之併行
參、臺灣婚姻平權運動之發展	二、訴訟行動係達成立法遊說 之槓桿工具
一、婚姻平權運動之立法推進	陸、結論
二、婚姻平權運動中之訴訟行動	

## 壹、緒論

臺灣已在2019年5月成為亞洲第一個婚姻平權的國家<sup>1</sup>。司法院大法官在2017年5月24日作成的司法院釋字第748號解釋課予行政及立法機關在2019年5月前完成對於同性伴侶之合法化工作，該解釋並宣告若未在期限內完成立法，則同性伴侶得在期限屆至後直接至戶政機關進行婚姻登記。這項重要的人權進展，在臺灣民主史上具有劃時代的意義<sup>2</sup>。目前多數對於婚姻平權釋憲案以及對於司法院釋字第748號解釋的分析，大多忽略了司法院釋字第748號解釋的釋憲過程中，社會運動所扮演的關鍵性角色。而事實上，自從1994年的司法院釋字第365號解釋開始，臺灣的社會運動團體即開始以釋憲行動來推動社會改革<sup>3</sup>。有別於以往以直接抗爭或立法遊說作為達成社會運動目標的手段，近年來在臺灣有越來越多的社會運動選擇以法院為場域，以司法訴訟方式作為社會改革的手段。從婦女運動的民法釋憲<sup>4</sup>、環保運動的環評訴訟<sup>5</sup>、RCA求償訴訟、跨性別權益運動之工作權訴訟到婚姻平權訴訟等，臺灣的社會運動已然將司法訴訟作為達成運動目標的策略之一。本文關心的是此種社運以司法策略作為倡議、抗爭手段的現象，亦即「法律動員」(legal mobilization)在婚姻平權運動中的運用。

---

1 2019年2月，行政院依司法院釋字第748號解釋的意旨，提出《司法院釋字第748號解釋施行法》，該法施行日訂為2019年5月24日。

2 有學者認為司法院釋字第748號解釋在臺灣憲法史的地位，與美國的*Brown v. Board of Education*案在美國憲法史的地位相當，see Ming-sung Kuo & Hui-wen Chen, *The Brown Moment in Taiwan: Making Sense of the Law and Politics of the Taiwanese Same-Sex Marriage Case in a Comparative Light*, 31 COLUM. J. ASIAN L. 72 (2017).

3 陳昭如，改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員，*政治科學論叢*，52期，頁43-88（2012年）。

4 同前註。

5 王金壽，台灣環境運動的法律動員：從三件環境相關判決談起，*台灣政治學刊*，18卷1期，頁1-72（2014年）。

本文的研究範圍設定在從2000年初期婚姻平權運動之立法行動，一直到司法院釋字第748號解釋作成為止這段期間婚姻平權運動所採取的立法和訴訟策略之分析，並不及於作成司法院釋字第748號解釋之後，婚姻平權運動為了因應反同婚陣營提出公投之後所進行的公投運動<sup>6</sup>。本文將指出，司法院釋字第748號解釋的人民聲請案，即是婚姻平權運動所採取的法律動員<sup>7</sup>。從法律動員的角度觀察，本文關注的提問毋寧在於：作為釋憲者的人民或團體，在提出釋憲聲請時，是如何看待司法權在民主社會中促進社會進步改革的功能？社會運動為何選擇以法院作為達成改革目標的戰場？為何以聲請釋憲作為一種達成社會改革目標之手段？而由此關注點切入，本文將透過分析臺灣婚姻平權釋憲案之過程，探求：為何婚姻平權運動選擇以提起訴訟、進而聲請釋憲，作為達成使同性伴侶取得締結婚姻的權利？社會運動團體在婚姻平權釋憲的過程中扮演如何之角色？在立法遊說與司法訴訟的策略選擇上，社會運動團體如何看待兩者之關係？本文將首先討論過去文獻對於社會運動以法律動員對為手段及策略之評價、理論建構，其次分析臺灣婚姻平權運動如何同時採取立法及訴訟作為其策略，以司法訴訟作為動員的資源之一。

---

6 本文的提交時間為2018年5月，在修改過程中，臺灣針對同婚議題進行了公民投票的提案、大規模政治宣傳以及投票，由於篇幅以及寫作時間之限制，本文並不進行2018年底所進行的同婚及反同婚公投、以及其後立法過程之討論與分析。針對大法官解釋後續之反制所進行的公投、反同婚方獲得公投的勝利、以及在2019年行政與立法機關的修法攻防，儘管也與本文息息相關，但對於司法院釋字第748號之反制，是值得以獨立論文討論的議題，本文暫且只能割捨相關分析。

7 本文將婚姻平權運動定義成：「為同性伴侶爭取與異性伴侶平等的締結婚姻權的社會集體行動」，本文定義之此種運動並不包含以建立有別於異性婚姻的同性伴侶制為目標之主張。蓋依筆者觀察，在臺灣並不存在「以建立婚姻之外之同性伴侶制度」的社會運動。目前在臺灣主張建立同性伴侶制度之集體行動，是從反對保障同性伴侶權益運動演變而來的，在本文中仍舊視為「反同婚運動」。

## 貳、社會運動之法律改革策略：立法遊說或司法訴訟？

關於婚姻平權的目標應如何達成，在臺灣有主張立法者、有主張訴訟者，也有主張公投者。在臺灣主張公投者，大多認為由於婚姻為先於民法與憲法的制度，受到制度性保障，立法者不能任意改變此種傳統制度，唯有透過相當於制憲之直接民主方式，亦即全民公投，才得為之<sup>8</sup>。也有傾向以訴訟方式解決者，認為美國的憲法訴訟值得我國借鏡<sup>9</sup>，或認為就算是在立法上採取了折衷的立場而設立伴侶制，「最後仍免不了面對有無牴觸憲法平等權保障在法院之前的合憲性挑戰。<sup>10</sup>」然而針對各種手段之利弊、是否有效達成運動目標、以及各手段間的關連性等，則少有討論，因此欲回答此些問題，以下參考美國之相關文獻加以探討。

### 一、司法訴訟作為社會改革之手段：正面與反面之評價

自從美國的民權革命以來，美國的社會運動屢屢以司法訴訟之方式作為達成社會改革目的的手段，並在各層級的法院，尤其聯邦最高法院得到正面的回應。例如*Brown v. Board of Education*<sup>11</sup>和*Roe v. Wade*<sup>12</sup>判決，前者宣告長久以來的種族隔離政策違憲，後者宣告婦女具有終止妊娠之憲法權利，國家不得恣意限制之。這些案件透過司法審查的結果宣告州或聯邦政府之政策或法令侵害人民權利或平等，得到了在立法或政治手段達不到的顯著結果，學者稱此為一

8 吳煜宗，同性婚姻合法化論辯正，月旦法學雜誌，224期，頁5-19（2014）。

9 廖元豪，革命即將成功，同志仍須努力——簡評美國聯邦最高法院同性婚姻之判決，月旦法學雜誌，224期，頁20-37（2014）。

10 張宏誠，同性伴侶以司法途徑主張婚姻平等保障之可能性初探，月旦法學雜誌，224期，頁57-92（2014）。

11 See *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

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

連串的「權利革命」<sup>13</sup>除了這些重要的違憲審查判決之實體法討論之外，有些政治學或法社會學者開始觀察這樣的社會現象，發現這種權利革命除了在以勝訴達成目標之外，也以權利的語言、訴訟的手段來進行政治的操作和社會理念的倡議，在Stuart Scheingold的《權利的政治》(THE POLITICS OF RIGHTS)<sup>14</sup>一書即對於此種現象作了睿智的觀察和理論。然而，儘管有少數學者對於這樣的社會改革方式提出質疑，認為這種表面上的勝利，其實只是一種修辭而沒有實質的改變，甚至會激化兩極的意見<sup>15</sup>，但美國輿論及公民社會則將此種權利革命視為重要的改革方式。

這種以司法訴訟作為社會改革路徑的正向評價，儘管不斷有學者提出警告和批判，但一直要到Gerald Rosenberg於1991年出版《失落的期望》(THE HOLLOW HOPE: CAN COURT BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?)一書後，對這種路徑方法的批判始全面引開廣泛的討論。Rosenberg<sup>16</sup>以民權運動、墮胎權運動和其他運動作為實證觀察的對象，從歷史的綜觀來看，舉出龐大的實證資料證明，前述之*Brown*判決和*Roe*判決都不是真正造成社會改革的里程碑，從種種數據來看這些判決並不真正的改變什麼，反而帶來反制運動的崛起。首先，他認為這些運動將資源投注於訴訟當中，反而減少實質上對於社會改革倡議或其他作為的資源，其次，社會的改變來自於社會運動由下向上的紮根與長期耕耘，並非單次的判決，最後，他總結認為法院並沒有社會改革所必須的體制條件 (institutional capacities)，給了對於法院趨之若鶩的社會運動團體當頭棒喝。

---

13 See CHARLES R. EPP, THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS, AND SUPREME COURTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (1998).

14 See STUART SCHEINGOLD, THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY, AND POLITICAL CHANGE (2d ed. 2004).

15 See MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK (1991).

16 See GERALD ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991).

## 二、法律動員論的觀察及評價

學者Joel Handler<sup>17</sup>指出採取訴訟策略對於在政治過程中處於弱勢的族群很有吸引力，因為法院有義務要聆聽申訴者的冤屈，而立法者可能不會給予這些弱勢者表達訴求的機會；在政治人物或一般大眾仍舊對於某些議題懷有敵意的時候，由於司法具有獨立性，法院可能會贊同弱勢者的信念；最終，法院的判決結果，不論是好是壞，都有可能實質影響社會的改變<sup>18</sup>。但究竟訴訟策略所帶來的改變是不是反而對運動帶來負面影響，也就是所謂的反挫（backlash）？反挫論的支持者Michael Klarman同時從黑人民權運動的訴訟策略和婚姻平權的訴訟策略上觀察<sup>19</sup>，認為訴訟策略確實帶來反挫，因為爭議性議題往往需要妥協折衝，但訴訟策略無法產生這樣的各退一步<sup>20</sup>，而在多數民眾還無法接受運動主張的時候，太快地進行訴訟得到勝利，對運動長遠來說反而有害；太早的訴訟勝利會促使反對者動員，也流失中間支持者，進而減損了運動的目標<sup>21</sup>。相反地，講求政治妥協的立法策略則比較能夠確保真實而持久的社會改革成果，透過漸進式的立法策略才能使得公眾意見與改革步調相調和<sup>22</sup>。

不過有些法律動員論學者，即以其他的案例或是針對Rosenberg所舉的案例提出反證，對於前述反挫理論提出批判。最為著名的批判者為Michael McCann<sup>23</sup>，他在其法律動員論的代表著

---

17 See JOEL HANDLER, *SOCIAL MOVEMENTS AND THE LEGAL SYSTEM: A THEORY OF LAW REFORM AND SOCIAL CHANGE* (1978).

18 Douglas NeJaime, *The Legal Mobilization Dilemma*, 61 EMORY L.J. 663, 665 (2012).

19 See Michael J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, 104 MICH. L. REV. 431, 452-82 (2005).

20 MICHAEL J. KLARMAN, *FROM THE CLOSET TO THE ALTAR: COURTS, BACKLASH, AND THE STRUGGLE FOR SAME-SEX MARRIAGE* 167 (2013).

21 See Klarman, *supra* note 19.

22 KLARMAN, *supra* note 20, at 167.

23 See MICHAEL MCCANN, *RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF LEGAL MOBILIZATION* (1994).

作RIGHTS AT WORK中指出，訴訟代表著各種意義，應該以過程來論斷，而非以結果計成敗。當然，案件的勝訴，可以帶來政治菁英的政治上支持、壓制反對力量、並且增加政治上的協商籌碼<sup>24</sup>。然而在訴訟的過程中，不論訴訟是贏是輸，都有助於人民權利意識的覺醒及對於個人的動員，在不同的訴訟階段中，均存有不同的意義<sup>25</sup>。況且，Douglas NeJaime<sup>26</sup>進一步指出，法律動員的特殊性即在於，可以將法律動員的失敗轉化為「輸了反而贏」(Winning Through Losing)，也就是說，就算是輸掉了個別的訴訟，社會運動團體仍舊能夠建立組織認同以及動員其社群的群眾；甚至以失敗的官司結果，再次說服政治人物進行非訴訟形式的行動，且說服群眾必須採取政治行動<sup>27</sup>。

### 三、針對婚姻平權法律動員之觀察與評價

由於美國近十年來婚姻平權運動大量採取訴訟策略，因此以司法訴訟作為社會改革手段的正反面評價討論，其辯論又來到另一個高峰。由於自1996年夏威夷州的*Baehr v. Miike*案以來<sup>28</sup>，美國的婚姻平權訴訟在各個州遍地開花。各州的訴訟在各州有贏有輸，有些勝訴的案件後，反同婚方繼而成功地提起諸如修改州憲法，或提出公民投票提案的方式，讓勝訴的成果付諸流水。因此，許多美國研究者即以各州的婚姻平權之法律動員作為實證研究的對象，探討究竟法律動員對於社會運動而言是否是一種有效的策略，抑或反而促成反挫而重創原本的成果。

24 Douglas NeJaime, *Winning Through Losing*, 96 IOWA L. REV. 941, 941 (2011).

25 See McCANN, *supra* note 23.

26 See NeJaime, *supra* note 24.

27 這裡所討論的文獻主要集中在以美國研究為主的法律動員研究。臺灣的法律動員研究現仍在初步發展的階段，先鋒性的研究，例如王金壽（註5）、陳昭如（註3）與陳昭如，父姓的常規，母姓的權利：子女姓氏修法改革的法社會學考察，臺大法學論叢，43卷2期，頁271-380（2014年），奠定了臺灣法律動員研究的基礎。

28 See *Baehr v. Miike*, 910 P.2d 112 (Haw.1996).

在2008年新改版的《失落的期望》中，Gerald Rosenberg<sup>29</sup>針對婚姻平權運動增加了八十頁的分析，同樣對於婚姻平權運動以訴訟方式作為運動策略感到悲觀。Michael Klarman<sup>30</sup>認為儘管訴訟的確增加了議題的能見度，但就算判決得到如期待的結果，反同婚方就會以法院判決作為動員的力量和資源，並以反對訴訟或其他種方式如修憲、立法等方式進行反制動員，反而造成原運動的挫敗。這種反挫理論認為訴訟對於社會變遷帶來的結果是弊多於利，因為反制運動將會使社會變遷更加困難，長期研究美國同志人權發展的John D'Emilio即認為以訴訟策略來爭取婚姻權，促成了許多「反同法案」的通過，而這種反挫是美國同志人權運動史上過去所未見的<sup>31</sup>。因此，訴訟是否帶來反挫即成為婚姻平權運動討論的重要核心議題<sup>32</sup>。夏威夷的Baehr案正好是這樣的一個例子。Baehr案的勝訴，反而造成其他各州的恐懼，紛紛立法確認婚姻為異性婚，甚至在聯邦層次立了捍衛婚姻法（DOMA）。在加州，2008年加州最高法院的*In re Marriage Cases*<sup>33</sup>判決儘管認為同性伴侶應該享有與異性伴侶一樣的結婚權，但卻因為反同婚運動的動員，發起修改加州憲法的第八提案，從州憲下手確認婚姻專屬於異性，第八提案的合憲性爭議一直到2013年的*Hollingsworth v. Perry*<sup>34</sup>案才獲得解決。也有學者認為，婚姻平權法律動員的代價可能還不只是失去許多制定伴侶權益保護法制的戰場，也因為反同婚力量的興起，而喪失了在各州制定反歧視法規的機會，除此之外，也讓許多支持同婚的政治人物在選舉上嚐盡敗仗，而在許多同志權益的立法上輸掉了更多的

---

29 See GERALD ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (2d ed. 2008).

30 See Klarman, *supra* note 19, at 459-73.

31 John D'Emilio, *The Marriage Fight Is Setting Us Back*, Nov-Dec GAY & LESBIAN REV. WORLDWIDE 10,10-11 (2006).

32 See Scott L. Cummings & Douglas NeJaime, *Lawyering for Marriage Equality*, 57 UCLA L. REV. 1235 (2010).

33 *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (Cal. 2008).

34 See *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013).

戰場<sup>35</sup>。如此看來，反挫理論在婚姻平權運動方面的發展上似乎確實有一定的說服力。

但針對這樣的看法，許多研究者開始以更細緻的實證研究來觀察婚姻平權運動的細部過程和策略決定、以及以跨州觀察的方式來深入探討是否訴訟策略的採取真的帶來長遠挫敗的錯誤。Ellen Ann Andersen承認，表面上看起來婚姻平權訴訟的成功反而帶來政治上的反挫，但是訴訟的勝利卻也在同志權益上產生了法律和文化概念上的轉變<sup>36</sup>。Daniel Pinello指出不能僅觀察反同婚方的進展，也要看到對於婚姻平權運動的助益，他從訪談中發現在法院的訴訟中獲得進展，會激勵其他州的政治菁英也採取訴訟策略，也使得支持者更願意在地方草根工作中投入<sup>37</sup>。其運動的正向進展，也不能僅從婚姻平權的成果來看，Thomas Keck<sup>38</sup>檢視了1993年到2008年的各種同志權益保障的政策進展，發現若從更廣泛的同志人權運動來看，婚姻平權在法院的勝利，使得原本在立法機關中具有爭議性的工作反歧視法或其他同志權益保障的法規更加容易通過，因為與婚姻平權的爭論比較起來，反同方已經不認為這些法規是巨大的威脅，而法院判決帶來的政治文化上的轉變，也使其他的政策更容易被接受。

William Eskridge<sup>39</sup>則是以一系列文章反駁反挫理論，認為不能單從訴訟成敗來評估歸罪於法律動員策略，他發現發生在個別州的

---

35 See KLARMAN, *supra* note 20 at 183-93.

36 ELLEN ANN ANDERSEN, OUT OF THE CLOSET AND INTO THE COURTS: LEGAL OPPORTUNITY STRUCTURE AND GAY RIGHTS LITIGATION 216-18 (2005).

37 DANIEL PINELLO, AMERICA'S STRUGGLE FOR SAME-SEX MARRIAGE 192 (2006).

38 See Thomas Keck, *Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights*, 43 LAW & SOC'Y REV. 151 (2009).

39 See William N. Eskridge, Jr., *Channeling: Identity-based Social Movements and Public Law*. 150 U. PA L. REV. 419 (2001); William N. Eskridge, Jr., *Foreword: The Marriage Cases-Reversing the Burden of Inertia in a Pluralist Constitutional Democracy*. 97 CAL. L. REV. 1785 (2009); William N. Eskridge, Jr., *Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States*, 93 B.U. L. REV. 275 (2013).

婚姻平權結果，皆有其特性，例如夏威夷的訴訟雖勝利但立法上沒有成功，是因為該州的婚姻平權運動沒有草根組織、在時機上過早提起訴訟；但佛蒙特州的訴訟便具有草根組織的基礎、並經過仔細推敲評估之後提起訴訟，前者的訴訟成功不會帶來運動所欲的成果，反而帶來反挫，但後者卻能夠在結合政治和其他團體的各種運動方式，達到運動目的。這些採取訴訟策略的運動團體，並不是一昧地相信只有訴訟才能達到社會的改變，而是在評估各種策略之後，去採取訴訟行動。Scott Cummings與Douglas NeJaime<sup>40</sup>的研究也展現相當細緻的樣貌，他們發現律師們曾有意的避免訴訟、而在某些機會形成之後，才採取訴訟手段。

著名的同志人權學者Nan Hunter<sup>41</sup>在美國聯邦最高法院作成全國合法化的判決*Obergefell v. Hodges*<sup>42</sup>之後，對於美國婚姻平權運動採取的公投、訴訟和立法策略整體性地進行回顧，也發現婚姻平權團體其實是不斷針對反同婚方的策略，以及各州的政治情勢進行評估後，才作出是否提出法律動員的決定。甚至在提出訴訟之前，婚姻平權團體會先進行對於民眾的公共遊說，在民調、及面對面溝通有一定的成效，並對於民眾詢問是否為適當的訴訟時點之後，才提出訴訟。除此之外，在向法院提出訴訟之後，對於民眾遊說的草根行動，也從來沒有中斷過。在訴訟過程中，也不斷進行與公民投票遊說型態類似的廣告播放。Hunter因此認為，婚姻平權運動呈現了一種複雜的動員策略，有意識地同時結合立法、訴訟及公投的手段作為達成此種單向議題運動（issue-based advocacy）的終極目標——亦即全國性地達到婚姻平權合法化<sup>43</sup>。

---

40 See Cummings & NeJaime, *supra* note 32.

41 See Nan Hunter, *Varieties of Constitution Experience: Democracy and the Marriage Equality Campaign*, 64 UCLA L. REV. 1662 (2017).

42 See *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

43 Hunter, *supra* note 41, at 1699.

從這些細緻討論婚姻平權法律動員的個案性分析來看，反同婚力量的產生或是反挫的產生，不能僅以訴訟成功後興起反同婚力量的反制就貶低訴訟行動的正向價值。Keck更指出，從更廣泛的同志人權運動來看，不論這些運動是透過行政、立法或是司法途徑，所有在同志權益運動的勝利，皆會導致反制力量的反動員。簡言之，不論是立法或是訴訟皆會面臨後續的反制運動。從這樣來看，為了避免政治反挫而避開採取訴訟策略，不見得真的可以預防反挫<sup>44</sup>。本文以為，在臺灣目前關於法律動員實踐尚在初步階段的今日，在臺灣的民主政治實踐之下，到底採取立法是否比訴訟更容易達成社會改革目的，美國的研究和實踐恐怕也不能盡然套用。現階段的研究方向，毋寧是在臺灣的各種法律動員實踐上，細緻的觀察和分析運動的發展過程，並且拉長觀察的研究時期，累積更多不同個案後，才可能對於臺灣的法律動員作出比較和評價。本文即期待在這樣的學術關心之下，對於臺灣婚姻平權運動從立法行動到司法院釋字第748號解釋作成間的策略作出觀察和分析。

### 參、臺灣婚姻平權運動之發展

那麼，臺灣婚姻平權運動為何採取法律動員？相較於美國的婚姻平權法律動員，是否呈現什麼樣的不一樣的面貌呢？在這些婚姻平權訴訟案件提出時，婚姻平權團體是如何考量訴訟策略和立法策略呢？欲回答這些問題，需對於臺灣婚姻平權運動進行分析。若認為使得同性婚姻合法化的方法有三，包括公投、立法和訴訟三個法律改革策略，那麼臺灣婚姻平權運動同時採取了立法和訴訟兩種策略。由於公民投票決定是否讓同婚合法化在臺灣恰好是反同婚運動自2015年以來的主張，反同婚方在立法爭論中不斷標榜「婚姻制

---

<sup>44</sup> Keck, *supra* note 38, at 181.

度，公民決定」，甚至反同婚方所成立的政黨信心希望聯盟也曾發動反同婚公投連署，因此在臺灣公投策略與反同婚幾乎是同義詞。且依照臺灣的2017年修正前的公民投票法，要通過公投本身即具有高度困難性，因此主張以公投來達到婚姻平權之目標，在司法院釋字第748號解釋作成以前，並不被認為是可行的手段<sup>45</sup>。以下依序分別對於婚姻平權運動這兩種策略進行分析：

### 一、婚姻平權運動之立法推進

在司法院釋字第748號解釋作成前，臺灣在立法院曾提出與婚姻平權相關的立法草案共有七個版本<sup>46</sup>。以下針對臺灣這七部草案所提出的背景、經過和婚姻平權運動間的關係加以分析：

#### （一）早期立委提案

早期的立法行動多是立法委員本身的提案，與同志運動團體的合作和連結並不緊密。在臺灣最早的婚姻平權法案是2006年由蕭美琴等委員提出之「同性婚姻法草案」，這部法案提出之時受到反對委員的強力阻撓，在程序委員會即遭阻擋未排入委員會審查。在這部法案草擬和推動時，同志團體並未形成究竟是否在當時推動同性婚姻合法化的共識，也沒有明確的目標，蕭美琴曾表示初期的立法推動並沒有得到社運團體的支持，是一場「單槍匹馬的奮戰」。從

---

45 然而在2018年反同婚公投達到連署門檻之後，為了動員婚姻平權群眾，在2018年5月社會民主黨員及網路節目主持人苗博雅及其他關心同婚議題的人士，自發性募集公投提案連署，提出了婚姻平權和性別平等教育入法兩案，究其發起性質，這項公投行動並不是婚姻平權方主動所提起，而屬於一種針對反同婚公投的反制行動。依筆者觀察，婚姻平權運動主動提起公投行動者，皆是因為達成婚姻平權的法律阻礙必須由公投程序才能移除，才會主動提出公投行動，例如愛爾蘭的修憲公投、美國2012年緬因州為推翻2009年的公投結果進行創制案；美國2012年華盛頓州複決案；美國2012年馬里蘭州複決案。

46 反對同婚的團體及立委在此時期並沒有提出對應的版本，行政院法務部雖然曾在2012年表示將提出行政院版本，但在司法院釋字第748號解釋作成前皆未完成。

同志運動的角度來看，當時並未將同婚作為一個推動的目標，是因為一方面同運團體內部意見分歧<sup>47</sup>，一方面同運尚在組織化、往下紮根的階段，政治力的厚植仍在形成中，尚未準備好回應同婚議題<sup>48</sup>。此次法案的推動雖然並不成功，但在蕭美琴委員辦公室舉辦的公聽會和其後各團體舉辦的座談會激起立法改革的討論。另一個未與團體合作的立委提案，是在2012年12月18日尤美女委員提出的「婚姻平權法案」<sup>49</sup>。該草案條文與其他法案相比相對簡單，主要目的是聲援男同志伴侶陳敬學和高治瑋要求戶政機關結婚登記的行政訴訟<sup>50</sup>。尤美女委員以召集委員的身分，於12月26日在司法與法制委員會第一次在立法院正式召開同性婚姻法制之公聽會<sup>51</sup>，但後續並沒有進行審查。

## （二）伴侶盟／鄭麗君草案的提出

同婚團體與立委的立法合作關係開始於鄭麗君所提的民法修正草案。2013年10月23日鄭麗君等委員提出了民法修正案。這部鄭麗君委員的婚姻平權法案，是同志運動團體「台灣伴侶權益推動聯盟」（以下簡稱「伴侶盟」）所草擬推動的版本，這是第一部由同志運動團體所提出的婚姻平權草案。

47 鄭美里，運動是談談打打出來的——關於同運中同志婚姻權的一些思考，女朋友雜誌，34期，頁39-40（2001年）。

48 簡至潔，從「同性婚姻」到「多元家庭」——朝向親密關係民主化的立法運動，台灣人權學刊，1卷3期，頁191（2012年）。

49 這部草案的草擬和提出並未與同志社運團體合作，有同志社運團體還在草案提出後聲明澄清該法案並非同志社運團體正在推動的草案，該聲明特別澄清「這個草案是尤委員自行提出的版本，並非伴侶盟的多元成家民法修正草案版本，特此說明。」台灣伴侶權益推動聯盟，【聲明】回應尤美女立委提案修法，推動同性婚姻合法化，苦勞網，2012年12月18日，<http://www.cooloud.org.tw/node/71994>（最後瀏覽日：2017年11月5日）。

50 何欣潔，專訪立委尤美女：同志平權運動是乘着時代潮流推進，端傳媒，2017年1月6日，<https://theinitium.com/article/20170106-taiwan-yu-mei-nu/>（最後瀏覽日：2017年11月5日）。

51 立法院公報，102卷3期，頁313-354（2013年）。

伴侶盟自2009年開始運作，最初之運作係為集合各性別團體共同推動現有家庭體制以外之多元家庭形式所成立的社運團體聯盟<sup>52</sup>。初期聯盟夥伴包括婦女新知、同志家庭權益促進會、同志諮詢熱線及個別對於草擬多元家庭制度之草案有興趣的各界人士<sup>53</sup>，在容納各團體的差異、歧見和個別需求之後，最後提出了同時含納「婚姻平權」、「伴侶制度」及「多人家屬」三種多元家庭制度的民法親屬編修正草案<sup>54</sup>。這部多元成家法案的提出，是經過聯盟團體和各界人士經一年的研究、對話討論之後，才確立了三種制度同時併行的方向<sup>55</sup>。

然而，這部同時涵蓋三種家庭形式的多元成家法案，卻在2012年7月底提出後，遭遇反同婚團體的極大反彈。尤其是伴侶制和多人家屬係臺灣民眾不熟悉的嶄新概念，在反同婚團體將伴侶制當作「小三就地合法化」、將多人家屬當作「小三、小四、小五同住一家」的渲染和誤導之下，鄭麗君委員及伴侶盟在尋求立法委員連署草案的過程中，即遭遇極大的困難，致使伴侶制和多人家屬的草案均未獲足夠立委連署而未提出於立法院<sup>56</sup>。

---

52 簡至潔（註48），頁188。

53 伴侶盟後來於2012年8月正式登記立案，組織性質上漸漸由團體聯盟性質成為一獨立的團體。

54 簡至潔（註48），頁188。

55 儘管許多國家為保障同性伴侶權益先創設專給同性伴侶適用的伴侶制度，但伴侶盟所提出的伴侶制度是同時開放給同性和異性伴侶、且不以性關係為必要的伴侶制。推動在婚姻之外的伴侶制，在伴侶盟的考量是，希望能夠突破傳統婚姻家庭的框架，在婚姻之外創設一種權利義務雖不如婚姻、但其締結和解消也較不嚴格的關係，以提供人民另一種選擇，而不是將所有的同性、異性伴侶都推入婚姻中。此種同時推動同性伴侶的婚姻權以及同時給不分性傾向的伴侶締結伴侶，以強調家庭的多元性及不獨尊婚姻的作法，是具有進步性的一種立法策略。

56 草案提出後，鄭麗君委員在2013年11月19日舉辦了公聽會，伴侶盟在會中不斷澄清伴侶制和多元家屬草案都未提出於立法院，並解釋婚姻平權法案不是鼓吹性解放。對於伴侶盟在此次修法一舉提出三個性質不同的法案，但在立法院遊說受阻後放棄的過程。支持同婚方有認為是未能先認識政治環境而錯估情勢，也有認為過快放棄具有挑戰既有婚家價值之進步意義的三合一法案，失去作為

### (三) 反同婚勢力的崛起

在伴侶盟的多元成家法案提出之後，反同婚的團體快速集結動員，宗教界在2013年9月即以「台灣宗教團體愛護家庭大聯盟」（簡稱護家盟）的名義召開記者會表示反對多元成家法案，其聯盟的宗教團體涵蓋了統一教、一貫道、佛教、道教、基督教及天主教等團體。此種以宗教團體為中心的反同婚運動<sup>57</sup>很快在各地方成立不同的支派組織（如東台灣守護幸福家庭行動聯盟、桃園守護幸福家庭行動聯盟等），也成立家長團體（下一代幸福聯盟）及學生團體（捍衛家庭學生聯盟），透過家長及宗教的草根性網絡，迅速進行動員。在2013年11月30日這股反同婚的力量，在臺北博愛特區舉辦大規模的反同婚遊行，展現出群眾實力。反同婚運動將多元成家法案形塑為性解放法案，並主張性別教育要有家長的參與，且主張任何婚姻家庭的改變都必須由全體公民以公民投票決定。這股反同婚力量的集結很大程度影響了行政院和立法委員的態度，使得2014年鄭麗君草案的審查有著來自宗教團體的巨大壓力，這樣的壓力持續發酵，使得鄭麗君版的草案的排案和實質審查遇到困難<sup>58</sup>。

反同婚運動甚至發展為以反同婚為主的組黨行動。2015年9月，反同婚的基督教團體成員組織了「信心希望聯盟」（以下簡稱信望盟），這是臺灣第一次以基督教投入公共事務之名成立的政黨。信望盟一方面推出候選人投入2016年的立委選舉，另一方面同

---

「伴侶盟」的立場。但本研究在2015年3月26日與鄭麗君委員的訪談中得知，放棄伴侶和多人家屬的立委連署，是主提案立委鄭麗君和伴侶盟商討後的決定，伴侶制與多人家屬的提案內容鄭麗君是贊成的，主因是當時鄭委員認為社會對於伴侶制和多人家屬的討論仍舊太少，不利遊說，因而放棄連署。

57 本文所稱的「反同婚運動」，是指反制婚姻平權運動的反制運動，其運動目的在使婚姻平權之目標不達成。有學者以「守護家庭運動」稱之。參見高穎超，讓研究證據說話——為什麼貞潔教育無效又有害？，性別平等教育季刊，74期，頁99-112（2016年）。

58 在立法院第8屆第4會期由於司法及法制委員會的召集委員廖正井及呂學樟都反對婚姻平權，拒不排案審查，一直到第8屆第5會期都未排案。

時推動與大選一同舉辦的「守護家庭」公投。這次的守護家庭公投連署在2016年1月12日將十八萬份連署提案送交給行政院公民投票審議委員會（以下簡稱公投審議委員會，已於2017年廢除），但公投審議委員會於2月23日作成決議<sup>59</sup>，駁回其公投提案。信望盟公投案雖然沒能通過，但已經建立的動員網絡，使得反同婚運動在2016年底立法院審議婚姻平權法案過程，夠迅速動員群眾及家長反對同婚。

#### （四）婚姻平權大平台／尤美女草案的提出

第二個同婚團體與立法委員緊密合作的立法行動是尤美女於2016年所提的民法修正草案。尤美女委員在2016年初確定當選不分區立委後，邀集幾個性別團體，包含婦運團體和同志團體的成員組成「婚姻平權大平台」<sup>60</sup>，重新草擬民法修正條文。重新草擬法案是為了改進之前立法行動的缺失，並且便利協商和審議，因此其草案條文數少，以更動最少為原則，並且不更動民法中夫妻、父母的稱謂<sup>61</sup>。

在還未進行立法倡議之前，發生了畢安生老師的自殺事件。2016年10月16日，在臺大任教數十年的法文法裔畢安生老師，在其

---

59 信望盟的公投提案問題是：「婚姻家庭制度為社會形成與發展之重要基礎。您是否同意民法親屬編『婚姻』、『父母子女』、『監護』與『家』四章中，涉及夫妻、血緣、與人倫關係的規定，未經公民投票通過不得修法？」公投審議委員會認為「婚姻」、「父母子女」、「監護」與「家」的規定在民法上遍及各章，不能認為該公投內容僅涉及單一事項，因此不符合公投法「一案一事項」的規定。

60 這些團體後來成為「婚姻平權大平台」之團體聯盟，由此平台進行法案倡議，聯盟成員包括台灣同志諮詢熱線協會、台灣同志家庭權益促進會、婦女新知基金會、同志人權法案遊說聯盟、酷摩沙獎等。婚姻平權大平台，<http://equallove.tw/>（最後瀏覽日：2017年11月5日）。

61 除了民法第1063條之婚生推定之外，尤美女草案在同性伴侶依法結婚後，其同性配偶間在婚姻關係的規定上，以及結婚後與子女之關係上，都與異性配偶無異。並在收養的法院核定上，規定不得以收養者之性別、性傾向、性別認同、性別特質等為理由，而為歧視之對待。

同性伴侶過世一年後跳樓自殺，引起大眾的哀悼和討論。同性伴侶缺乏法律保障的困境，再次引起廣泛的討論。在哀傷悲憤的社會氣氛下，尤美女委員的草案迅速獲得跨黨派47位委員連署，並進入一讀和審查<sup>62</sup>。2016年這波的修法較過去更有進展，草案完成實質審查並送出進行政黨協商<sup>63</sup>。

## 二、婚姻平權運動中之訴訟行動

在臺灣爭取婚姻平權的過程中，除了立法行動之外，並計共有四次以訴訟挑戰現有民法規定的訴訟行動。前兩次的訴訟行動，屬於個人訴訟的類型，與社會運動團體並沒有合作，包括祁家威的第一次釋憲行動和陳敬學訴訟行動，兩者皆未先經社運組織或社群規劃後提出，與婚姻平權運動團體的關聯並不深，偏向個人行動，非組織化的集體行動。而在臺灣婚姻平權運動中第一次由社運團體自始至尾主導的訴訟類型，為伴侶盟所主導揀選的三對同性伴侶訴訟。而促成司法院釋字第748號解釋的聲請案則為祁家威的第二次釋憲案，其訴訟的啟動是祁家威的個人行動，但在訴訟後續則由伴侶盟承接協助<sup>64</sup>。

---

62 在第一次審查會朝野達成兩點共識：(1) 本案逐條審查前，為廣納各界不同意見，應召開2場公聽會，分別由許淑華召委以及由尤美女召各召開1次；(2) 同意各版本草案於第9屆第2會期結束前於委員會審查完竣，審議過程不杯葛。協商結果等於各退一步，反方爭取了2次公聽會的機會，但是也確立了審查的時程。

63 在12月26日，四個草案版本（含尤美女委員版、許毓仁委員版、時代力量版和蔡易餘委員版）。最後整合為兩個版本，其中之一為直接修改民法版，朝野都同意放棄各自提出的版本，以尤美女版為藍圖稍作修正後，拍版通過條文；另一版本為蔡易餘委員的同性婚姻專章版，在民法中另立專章另行規定同性婚姻間的法律關係。該審查會決議將前述兩個版本送朝野協商，但也同時決議在啟動協商前，如有委員或行政院版本提出，則協商時這些後續版本也併前兩案一起進行朝野協商。

64 後續在同性家庭權益促進會所提出的兩波同志親權訴訟，雖然其目標也有促使同性婚姻合法化議題被重視之意涵，但其更重要的關懷是期待既有的同性家庭權益受到法律保障，因此筆者將於後續以專文討論同性家庭權益保障運動時加以討論。

### （一）祁家威第一次釋憲案

早在1980年代祁家威先生（以下簡稱「祁」）即開始向不同的機關以各種方式要求同性婚姻合法化<sup>65</sup>。其首度進行個人的訴訟行動是在1998年11月25日，祁至臺灣臺北地方法院公證處申請公證結婚遭拒，並進行一連串的司法爭訟<sup>66</sup>，這次的訴訟行動失敗後，祁並未提起大法官解釋<sup>67</sup>。祁第一次聲請釋憲，是因2000年5月，祁再度向臺北方法地院要求公證結婚遭拒，經司法救濟不果之後，聲請大法官釋憲<sup>68</sup>。

祁家威於第一次釋憲行動之下級審訴狀和出庭皆由其自己出馬，未聘請律師，釋憲聲請書亦然。2001年5月18日，大法官僅經形式上審查，認為祁家威只是以個人見解指摘現行婚姻制度，並未具體指明法院裁判所適用之法律或命令，有何牴觸憲法之處，其聲請不合法要件，因而議決不受理<sup>69</sup>。祁家威本人博覽群書，對於法律規定透過自學而熟知，但釋憲聲請仍舊是高度理論化及抽象化的機制，距離常民語彙和思想有極大距離的過程，無怪乎即便祁之

---

65 1986年祁家威先生向立法院「請願」，要求推動同性婚姻立法，實現同性戀者結婚權。參見張宏誠，同性戀者權利平等保障之憲法基礎（2002年）。立法院以「同性戀為少數之變態，純為滿足情慾者，違背社會善良風俗。」為答覆。1994年祁向內政部戶政司「陳情」，要求讓同志伴侶也可以辦理婚姻登記，內政部行文法務部後由法務部作出函釋，認為婚姻當事人必須是一男一女，同性之間的結合不是民法上的婚姻。

66 祁於同年12月便向臺灣臺北地方法院提起訴願，臺灣臺北地方法院將事件移轉臺灣高等法院；祁又於1999年3月向司法院提起再訴願，司法院訴願委員會駁回再訴願7月祁向行政法院提起行政訴訟，12月底，行政法院駁回祁提出之行政訴訟。張宏誠（註65），頁404。

67 司法院釋字第748號解釋理由書記載祁於1998年間向臺灣臺北地方法院請求辦理公證結婚被拒，「未提起救濟」，應屬有誤。

68 於取得處分書後，向臺灣臺北地方法院聲明異議，經臺灣臺北地方法院於同年6月21日裁定駁回異議，祁復於同年7月向臺灣高等法院提起抗告，經該院裁定駁回抗告。

69 司法院大法官90年5月18日第1166次會議不受理案件議決。張宏誠（註65），頁403-404。

釋憲聲請書考究了為中國思想及文學作品中對於同性戀的接受，儘管引用詩經、倫語等古籍作品，大法官也能輕易地以「未具體指明上開裁判所適用的法律或命令，究有何牴觸憲法之處」，即以程序加以駁回。從這裡可以看出，法律訴訟是一種具有菁英特性的運動策略，其使用的訴訟程序、法律專業語言，並非一般未受法律訓練的個人所能掌握，欲以法律訴訟來達成社會改革，具有某種程度的進入門檻。

## （二）陳敬學案

第二件個人訴訟行動為陳敬學案。陳敬學與同性伴侶高治瑋在2006年9月24日舉行公開婚禮，形式上已符合當時民法的儀式婚要件。但在2011年8月22日，兩人持結婚證書、戶籍謄本等文件向臺北市中山區戶政事務所申請為結婚登記，卻在同年9月22日遭拒絕登記之處分，遂對其處分提起行政救濟<sup>70</sup>。然而陳敬學在訴訟期間承受大量輿論壓力衝擊，同志社群認為從該屆大法官態度預測，憂心釋憲結果難以預期<sup>71</sup>，若大法官做出民法相關條文的合憲解釋，勢必將更限縮同性婚姻在臺灣的發展，不利同時伴侶盟「多元成家法案」的國會立法遊說。最後當事人幾經考慮，於2013年1月23日撤回訴訟。

陳敬學雖聘請律師，但其本人和律師與同運組織沒有隸屬和聯繫。個人化的訴訟行動，因為挑戰社會上具高度衝突性的議題，挑戰既有的社會體制，獨靠個人的努力，難以面對高度關注的社會（尤其是媒體）以及排山倒海而來的壓力。就社群外而言，反對勢

70 2011年12月28日臺北市政府作成訴願無理由駁回之決定。

71 臺灣臺北高等行政法院於2012年11月29日言詞辯論時，特別邀請法律學者廖元豪及張宏誠以專家證人身分出庭，兩位學者皆支持依照現行民法、依照憲法平等保障同性伴侶婚姻權的意旨，即應准予結婚登記。同年12月20日，合議庭認本案明顯屬憲法層次的疑義，於原定宣判期日宣告再開辯論，並當庭諭知可能將聲請釋憲。

力容易以詆毀個人的方式對個別行動者進行攻擊，對內而言，同志社群對於採取立法或司法的途徑在還未經過充分辯論之前，訴訟行動的個人可能會面臨社群內反對者的批評，若沒有組織作為後盾，心力交瘁、內外夾攻的力道，不見得是訴訟當事人所能承受。

### （三）伴侶盟之揀選案件

#### 1. 多元成家法案推動之挫敗

臺灣首度以團體主導的法律動員，是由原本推動立法行動的伴侶盟所提出。伴侶盟提起法律動員，與其婚姻平權法案在立法院無法實質有所推進有關。鄭麗君版法案進立法院一讀後，一方面立院受到反同婚勢力崛起所形成的政治壓力，一方面運動團體在立法遊說尚無重大突破<sup>72</sup>，立法策略遇到瓶頸。於2014年初，伴侶盟便開始考慮採取訴訟策略，並邀集了諸多支持平權的律師及法律人共同組成「婚姻平權集體訴訟律師團」，旨在義務協助代理多元性別當事人提起與婚姻平權有關的司法訴訟<sup>73</sup>。

#### 2. 廣泛邀集訴訟個案

2014年5月伴侶盟開始公開號召有意成為相關訴訟案件當事人

---

72 伴侶盟曾採取幾個遊說行動：包括2014年5月29日舉辦記者會呼籲罷免司法法制委員會的召集委員。台灣伴侶權益推動聯盟，廖正井，婚姻平權「死當」！，2014年5月29日，<https://tapcpr.org/hot-news/press-release/2014/05/29/%E5%BB%96%E6%AD%A3%E4%BA%95-%E5%A9%9A%E5%A7%BB%E5%B9%B3%E6%AC%8A-%E6%AD%BB%E7%95%B6>（最後瀏覽日：2017年11月8日）；2014年10月5日包圍立法院的「彩虹圍城」行動。婚姻平權革命陣線，10月5日，彩虹圍城，為愛啟程，2014年10月5日，<https://www.facebook.com/KISSMarriageEquality/>（最後瀏覽日：2017年11月8日）。

73 2014年4月恰好祁第二次的訴訟行動（詳細如後述）於臺灣臺北高等行政法院遭到駁回敗訴，由於最高行政法院的審理要求必須強制律師代理，祁為尋求上訴，尋求伴侶盟許秀雯律師之協助進行訴訟代理，伴侶盟許律師因而接受祁之委任，並宣布立法與訴訟並行之策略。台灣伴侶權益推動聯盟針對祁家威先生同性婚姻登記行政訴訟案審判決敗訴聲明稿，苦勞網，2014年3月27日，<http://www.cooloud.org.tw/node/77936>（最後瀏覽日：2017年11月8日）。

的民眾，尋求個案願意以律師團長期協助投入相關司法訴訟的專業協助以促進婚姻平權的實現<sup>74、75</sup>。伴侶盟將此邀集之個案定性為「集體訴訟」，具有高度公益性質，因此告知當事人必須要明白該訴訟將會伴隨公開記者會與媒體活動，讓社會大眾瞭解婚姻平權的重要性。除此之外，伴侶盟亦告知邀集對象某種程度的曝光不能完全避免，甚至有其必要性，因此希望受邀集參與訴訟者能夠評量自身狀況，如家人是否願意支持、所處工作環境是否性別友善，再決定是否提出訴訟<sup>76</sup>。至於是否能夠在訴訟過程中撤回訴訟？伴侶盟在其集體訴訟答客問的說明當中，特別提到，集體訴訟的名額有限，如果中途退出是浪費團體的投入工作與義務律師的時間與精力，也對於未能被排入訴訟名額的其他當事人不公平，因此在訴訟提起前會要求當事人簽同意書，承諾非有正當理由，並予委任律師、團體三方充分溝通取得共識，不會任意撤回訴訟或和解<sup>77</sup>。這些訴訟不收取律師費，但程序費用與事務性費用，由當事人負擔<sup>78</sup>。

### 3. 集體登記宣告訴訟行動

2014年8月1日，由伴侶盟所廣邀號召的三十對同性伴侶，集體向臺北市中正區戶政事務所要求進行結婚登記<sup>79、80</sup>。當日的記者

74 台灣伴侶權益推動聯盟，一群小蝦米搏倒大鯨魚——徵求願意進行司法抗爭的你，2014年5月13日，<https://tapcpr.wordpress.com/2014/05/13/%E4%B8%80%E7%BE%A4%E5%B0%8F%E8%9D%A6%E7%B1%B3%E6%90%8F%E5%80%92%E5%A4%A7%E9%AF%A8%E9%AD%9A-%E5%BE%B5%E6%B1%82%E9%A1%98%E6%84%8F%E9%80%B2%E8%A1%8C%E5%8F%B8%E6%B3%95%E6%8A%97%E7%88%AD%E7%9A%84/>（最後瀏覽日：2017年11月8日）。

75 其欲為邀集之訴訟案件類型並不完全限於婚姻登記案，還包含同性伴侶收養子女、賦稅、居留、跨國同性婚姻承認等。

76 台灣伴侶權益推動聯盟（註74）。

77 台灣伴侶權益推動聯盟，婚姻平權集體訴訟答客問，2014年4月21日，<https://tapcpr.files.wordpress.com/2014/05/e5a99ae5a7bbe5b9b3e6ac8ae99b86e9ab94e8a8b4e8a89fe7ad94e5aea2e5958ffinal.pdf>（最後瀏覽日：2017年11月8日）。

78 台灣伴侶權益推動聯盟（註77）。

79 台灣伴侶權益推動聯盟，同性伴侶集體現身戶政 要求登記結婚，2014年8月1日，<https://tapcpr.org/hot-news/press-release/2014/08/01/%E5%90%8C%E6%80%A>

會，伴侶盟公布將有揀選的三對當事人在伴侶盟的協助下，針對可以預見的駁回處分將進行後續的行政救濟，目標是透過司法訴訟途徑，爭取臺灣同性伴侶平等結婚的權利。在記者會中，伴侶盟表示世界各國實現婚姻平權的途徑大致上有立法與司法兩種途徑，而這兩個途徑可以交互運用、相輔相成。伴侶盟表示法案遭受擱置，遲遲尚未排入議程，採因而取訴訟行動，因為「平等不能再等」，發起同性伴侶到戶政機關集體進行結婚登記行動，最主要是要讓社會大眾知道，同性伴侶真實地存在於臺灣社會各個地方，也有結婚成家的渴望與需求。

#### 4. 揀選案件之訴訟過程

經過伴侶盟的揀選，有三對同性伴侶成為法律動員的當事人，分別是方敏與林于立（下稱「方案」）、呂欣潔與陳凌（下稱「呂案」）、梁宗慧與朱姍誼（下稱「梁案」）。這三對同性伴侶對於同性權益運動並不陌生，在提出訴訟前，都在同志運動上有不等程度的投入，方敏與林于立曾經為倡議同性婚姻合法化荊光頭徒步環島<sup>81</sup>，呂欣潔與陳凌長期在同志諮詢熱線擔任專職工作人員與理監事，梁宗慧與朱姍誼也是同志諮詢熱線的長期志工。三案於2014年11月間訴願皆遭駁回，駁回之理由與陳敬學和祁家威案並無太大差異。2015年4月間三案陸續於臺北高等行政法院進行審理。但祁家

---

7%E4%BC%B4%E4%BE%B6%E9%9B%86%E9%AB%94%E7%8F%BE%E8%BA%AB%E6%88%B6%E6%94%BF-%E8%A6%81%E6%B1%82%E7%99%BB%E8%A8%98%E7%B5%90%E5%A9%9A（最後瀏覽日：2017年11月8日）。

80 依作者當日親蒞中正戶政事務所的觀察，該行動受到戶政事務所的正視，在集體行動的同性伴侶陸續進入戶政事務所時，事務所人員列隊歡迎，並禮貌地告知，會收受結婚登記申請書，但在現行民法只能一男一女結婚的法規範下，登記申請有可能遭到駁回，並詢問每對伴侶是否還要登記，且收下結婚登記申請書。

81 11女大生徒步環島 籲同性婚姻合法化，自由電子報，2013年7月25日，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/843674>（最後瀏覽日：2017年11月8日）。

威於2015年8月底送出釋憲聲請後，三案審理接陸續停止審理程序。

#### （四）祁家威第二次聲請釋憲

祁家威的第二次聲請釋憲，終於讓案件進入大法官的審理。這個案子一開始係依循祁家威之個人行動模式自行提起訴訟，但到了行政訴訟的第二審，由於新的規定需要由訴訟代理人為之，遂請求伴侶盟許秀雯律師協助，最後由婚姻平權訴訟義務律師團所承接。此種模式是在訴訟提起時當事人並未諮詢社運團體，但在後續當事人則尋求與社運團體的合作，而團體也將其訴訟作為達成其運動目的的策略。

##### 1. 婚姻平權訴訟的接力賽

由於2013年初陳敬學撤回訴訟之後，祁家威表達願意繼續再接再厲，把訴訟作為挑戰現行民法體制的運動工程持續下去。祁於是於2013年3月22日，再次前往戶政機關為結婚登記，續行訴訟行動<sup>82</sup>。自一開始之訴訟登記到行政訴訟的一審判決為止，祁都依循過去的模式，單打獨鬥，未與其他團體合作。

##### 2. 與伴侶盟之合作

在獲得行政訴訟的一審敗訴判決之後，與祁過去的情況不同者在於，作為法律審的第二審已經必須由律師為訴訟代理。祁於是決定委任伴侶盟執行長許秀雯律師及律師團為其處理第二審上訴事宜。因此二審的訴狀即由伴侶盟律師團主責撰寫及出庭，2014年9月25日祁再次收到敗訴判決（最高行政法院103年度判字第521

---

<sup>82</sup> 祁接獲戶政事務所作成不受理處分書後，即向臺北市政府提起訴願，於2013年5月29日訴願遭駁回後，則繼續提出行政訴訟。2014年3月27日，臺灣臺北高等行政法院作成祁敗訴判決。

號)，收到判決後，祁家威隨即表示會聲請大法官解釋，伴侶盟也表達釋憲是伴侶盟和律師團的計畫<sup>83</sup>。

### 3. 釋憲之路

2014年12月24日，伴侶盟律師團及祁家威在司法院前宣告將向大法官提出釋憲請求，記者會上祁家威哽咽表示，「那時我是孤軍奮戰，今天很高興在15年後，有這麼多律師願意站出來幫我進行實踐」，並向律師團下跪感謝，場面令人動容。做為臺灣第一個出櫃的男同志，同時也是許多投入同志權益運動的社運人士（含在場律師團成員）的啟蒙者，同運組織與祁家威合作聲請釋憲，具有劃時代的意義。但伴侶盟也同時表示並不會放棄立法遊說，釋憲行動和立法遊說兩者將並進。然而，儘管律師團著手進行聲請書之撰寫，但釋憲聲請書之送出，則要到八個月後，才於2015年8月20日由祁家威獨自前往司法院書記處送出。

## 肆、婚姻平權訴訟行動之成果：司法院釋字第748號解釋

### 一、召開憲法法庭

#### （一）憲法法庭於法律動員的意義

在祁家威提出釋憲時，臺北市政府事實上已經先以政府機關的聲請資格，依法向司法院提出釋憲聲請。也因此，司法院釋字第

---

83 社團法人台灣伴侶權益推動聯盟臉書於2014年9月25日貼文：「這個判決絕不是同性婚姻有無希望的『終點』，反而是釋憲程序的起點：依據我國現行體制，人民在司法個案中用盡一切通常救濟程序後，接下來，可以依法聲請大法官釋憲！而我們知道有些國家如南非和加拿大的同性婚姻合法正是循著釋憲之路而來的。聲請釋憲，是祁家威先生和伴盟律師團的計畫，我們的釋憲之旅，即將展開！」

748號解釋是由兩件聲請案合併審理，聲請人除了祁家威之外，尚有臺北市府<sup>84</sup>、<sup>85</sup>。在臺北市府和祁家威提起釋憲聲請之後，司法院並沒有馬上作出解釋，而是經過兩輪新任大法官的提名任命、共換了11位大法官之後<sup>86</sup>，直到2017年2月10日才突然宣告將於3月24日舉行憲法法庭的言詞辯論。本次開庭為釋憲史上第10次的憲法法庭辯論程序。在過去大法官僅有在具有高度政治性爭議案件、與重要人權爭議相關法規之違憲爭議、以及重要的司法政策案件召開過憲法法庭。由於同性婚姻之立法爭議已經引發社會大規模的討論和抗爭，屬於重要人權爭議的案件，因而大法官決議以公開法庭審理，並開放民眾法庭旁聽及網路直播。

法院的開庭，一直是法律動員中的重要一環，主要能夠吸引媒體和大眾的注意，達到議題宣傳的效果<sup>87</sup>，對於法律動員策略來說，光是法院的開庭，就能夠達到一定的動員效果，而以釋憲為目的的法律動員來說，憲法法庭的召開本身，就已經可說達到婚姻平權法律動員的高點，是法律動員行動者相當期望的。2017年3月24日的憲法法庭審理，吸引了全臺灣及國際媒體的目光。在臺灣民主人權史上，社運團體發動法律動員，一路從下級法院的訴訟一直到聲請釋憲，並獲召開憲法法庭得以受到全國民眾矚目，本案為頭一遭。

---

84 臺北市府民政局，婚姻平權 關心同志權益 臺北市府將提起釋憲，[https://ca.gov.taipei/News\\_Content.aspx?n=080D7D061A30C74B&sms=72544237B BE4C5F6&s=7C5AA2565708156F](https://ca.gov.taipei/News_Content.aspx?n=080D7D061A30C74B&sms=72544237B BE4C5F6&s=7C5AA2565708156F)（最後瀏覽日：2017年11月8日）。

85 臺北市府於2015年6月17日開放同性伴侶進行戶籍註記後，屢有對於民法相關規定不許同性伴侶辦理結婚登記的疑慮，因此基於機關執行職務對於法律是否合憲有疑慮，才於同年7月2日決定提起釋憲。

86 在2015年8月祁家威釋憲送件時大法官的組成為賴浩敏、林錫堯、池啟明、李震山、蔡清遊、黃茂榮、陳敏、葉百修、陳春生、陳新民、陳碧玉、黃璽君、湯德宗、羅昌發。至2015年通過新的四位大法官黃虹霞、吳陳鑲、蔡明誠、林俊益則為任期截至2015年9月之林錫堯、池啟明、李震山、蔡清遊的接替者，任期為民國104年10月至112年9月。在2016年蔡英文總統讓上任後，又提名包含許宗力（並為司法院長）、蔡焜燉（並為副院長）、許志雄、張瓊文、黃瑞明、詹森林、黃昭元七位大法官，任期為民國2016年11月至2024年10月。

87 MCCANN, *supra* note 23, at 61-63.

## (二) 其他公民團體透過法庭之友參與釋憲

在採納法庭之友的國家或跨國法院中，法庭之友往往成為公民團體、利益團體參與有關訴訟程序的途徑，在法律動員過程中，儘管其他運動組織並不必然主導當事人的訴訟走向，透過法庭之友意見的撰寫，也足以向法院和公眾表達組織的意見<sup>88</sup>。在本次釋憲過程中，婚姻平權大平台主責邀集各方專業團體及公民團體撰寫法庭之友。婚姻平權大平台短短幾週內邀集了14份法庭之友<sup>89</sup>，有法律學者<sup>90</sup>、司法官、律師撰寫的法庭之友，有女性主義學者、臺灣三所性別研究所、社工學者、牧師、諮商心理學者撰寫的法庭之友，也有精神科醫師、臨床心理師、愛滋防治及權益保障工作者的法庭之友。另外，婚姻平權大平台也迅速邀集同志社群「一人一故事，寫給大法官」，總共57份的真實故事，經過婚姻平權大平臺整理成為與勞動權益、社會福利、租稅等十類權利相關的故事，並將其稱為「同志生命故事——未完成的權利清單」。這些法庭之友意見書於3月21日送交司法院，成為臺灣民主史上第一次遞交司法院的「非正式法庭之友」<sup>91</sup>。

88 Rachel Cichowski, *The European Court of Human Rights, Amicus Curiae, and Violence against Women*, 50 L. & SOC'Y REV. 890, 890-919 (2016).

89 法庭之友公開網址：<https://drive.google.com/drive/folders/0B3VCSiNa6ze7ZEFJeh0SnNCV0k?resourcekey=0-uuYC01MXzf-V4EvVZlxHow&fbclid=IwAR0IEtSKOsrSIVER3UHRxFKt3JI09jV2Ywk72e20emNR9zloIINjd0vF2i8>（最後瀏覽日：2021年12月6日）。

90 由吳豪人等十位法學者寫成，該意見書發表於月旦法學雜誌。官曉薇、陳宜倩、蘇彥圖、秦季芳、陳竹上、劉靜怡、涂予尹、吳豪人、翁燕菁、孫迺翊，憲法上婚姻家庭之制度性保障不應排除同性伴侶及其家庭，拒絕同性伴侶締結婚姻有害同性家庭子女之權益——法律學者法庭之友意見書，月旦法學雜誌，264期，頁123-139（2017年）。

91 事實上司法院大法官對於法庭之友的採納，並非正式程序。針對法庭之友制度的採納，司法院表示雖然該制度可以擴大憲法解釋的程序參與，使大法官能參考更多元、專業的各方意見，但是因現行法令並未規定法庭之友，因此「『法庭之友制度』仍待完善制度建立後再採行較為妥適」。司法院表示所有民眾所表達的意見，都會當作「陳情意見」，並會「將所有陳情意見提供電子檔給參與本案的大法官，作為本案審理之參考資料」。司法院新聞稿，<http://jirs.judicial>。

### （三）法庭內之攻防

在憲法法庭的程序當中，釋憲聲請人是主張現行法規違反憲法人權保障的攻擊方，關係機關則是捍衛現行法規的防守方。一旦獲大法官認為有必要開憲法法庭的案件，則由各方代表人或代理人在15位大法官面前進行言詞辯論。若大法官認為爭點有釐清的必要，也會選任鑑定人以專業意見協助大法官釐清爭議<sup>92</sup>。

祁家威本人發言時表示，他等這天已等了「41年6個月又24天」，希望大法官可以透過釋憲讓對的人去做對的事。關係機關法務部長由邱太三部長代表，主張現行民法婚姻規定並未違反平等權，並認為制定專法不違憲。雖然在釋憲聲請案中，政府機關本即為相關法規的主管機關，多數是對於現行法採防守的角色，然而，法務部此時採取否認民法違憲、主張專法的立場<sup>93</sup>，等於向公眾明白確認了執政黨的立場，宣告蔡英文總統在2016年大選高聲「我支持婚姻平權」的主張<sup>94</sup>，僅是選舉語言。在立法院2016年底立法院修法時，一方面執政黨開放其黨籍立委各自表態或投票，立法院黨鞭更採取阻擋法案的態度，另一方面法務部也採取一種模糊的立

---

gov.tw/GNNWS/ddownload.asp?sdMsgId=51502（最後瀏覽日：2019年4月15日）。

92 司法院選任了六位鑑定人，分別有三位主張現行民法違憲，應將同性伴侶納入現行婚姻制度內（張文貞、劉宏恩、陳惠馨），有兩位則認為同性伴侶不納入民法婚姻制度並不違憲，同性伴侶關係之權益保障則為立法形成的自由（陳愛娥、李惠宗），親屬法學者鄧學仁則認為同性婚姻本應合法，只有法制化的問題、沒有合法化的問題，只是同性婚姻的伴侶及親子關係，若用專法詳細規定比較妥當。六位出席的鑑定人全數為法律學者，大法官並未選任精神醫學、社工或其他專業背景的鑑定人。六位鑑定人之鑑定意見書，司法院公告網址：<https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/1060324/0.asp>（最後瀏覽日：2021年11月18日）。

93 司法院大法官審理會台字第12771號聲請人臺北市政府及會台字第12674號祁家威聲請解釋案法務部書面意見，法律字第10603503740號函。

94 蔡英文，在愛之前，大家都是平等的。我是蔡英文，我支持婚姻平權。讓每個人，都可以自由去愛、追求幸福，蔡英文臉書，2015年10月31日，<https://www.facebook.com/tsaiingwen/videos/10152991551061065/>（最後瀏覽日：2017年11月7日）。

場，聲稱若立法院採取修改民法的立場，法務部將予以尊重，只是會儘速將專法的草案研擬出來送交立法院。然而，憲法法庭的法務部書面意見和邱太三的口頭發言，都顯示蔡英文政府並不贊成其執政黨立委尤美女的民法修正草案。

## 二、司法院釋字第748號解釋之公布

大法官依照規定在憲法法庭開庭之後兩個月後的5月24日作出了司法院釋字第748號，宣告民法「未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」，與憲法第22條保障人民婚姻自由及第7條保障平等權之意旨有違。並要求有關機關應於解釋公布之日起2年內，依解釋意旨完成相關法律之修正或制定。這是一個宣告現行法違憲，並命行政及立法機關限期作為以符合人民權利保障的宣告。本號解釋文最特別的是，大法官因恐相關機關怠惰無法於兩年內修法或立法完成，因此罕見地在解釋文中，明白揭示：「逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。」這意味著不論立法院是否通過民法修正案或其他法律的制定，在2019年的5月24日之後，同性伴侶都能夠受到保障。

同婚團體宣告訴訟行動取得空前的勝利。一方面行政立法機關有了時間的壓迫性，另一方面行政立法機關在期限內未完成修法義務的話，同性伴侶仍舊會取得直接登記的權利。縱然解釋文仍說「至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍」，也就是說兩年內仍舊必須回防立法院，進行同性婚姻制度立法實質內容的政治遊說。不過握有具憲法規範高度的司法院釋字第748號解釋，同婚團體立法遊說的籌碼和力道，已經與釋憲結果出爐前不可同日而語。在司法院釋字第748號解釋作成之後，被課予修法義務的行政及立法機關，立即成立行政院修法小組，指定時為行政院

秘書長的陳美伶統籌進行修法<sup>95</sup>。法務部終於在幾年的拖延之後，著手進行草擬的工作。

## 伍、臺灣婚姻平權運動之訴訟與立法併行策略

### 一、立法遊說與訴訟行動之併行

綜合前兩部分針對婚姻平權運動對於立法和訴訟策略採納之分析以及司法院釋字第748號解釋釋憲的經過，可以看出臺灣婚姻平權運動並不認為立法遊說和訴訟行動是一種互斥的關係，而認為兩者可以同時進行。例如伴侶盟在剛推出多元成家法案時，確實對法案的通過抱有希望，因此對於陳敬學的訴訟行動採取比較保留的態度，但並不認為兩者是互斥的，只是因為資源有限，只能專注推動立法：

以現今的情勢看來，立法與司法路徑在多元成家議題上並不是互斥的，而是兩條可以並行的路線，我們因為資源、人力有限，所以目前僅能專注推動立法<sup>96</sup>。

這樣的公開立場，語氣相當和緩，一方面採取了立法和訴訟沒有孰優孰劣的立場，但另一方面其實是表示團體並不會以資源注入該案訴訟，也有間接表達不期待此時提出訴訟策略之意。這與美國

---

95 侯柏青，【同婚進行曲】陳美伶領軍 同婚修法最快明年初送草案，新新聞，2017年6月7日，<https://www.new7.com.tw/NewsView.aspx?i=TXT20170607144529NP4>（最後瀏覽日：2018年5月27日）。

96 台灣伴侶權益推動聯盟，[伴盟聲明] 針對陳敬學先生擬撤回同性婚姻登記訴訟案，2013年1月17日，<https://tapepr.wordpress.com/2013/01/17/%E5%8F%B0%E7%81%A3%E4%BC%B4%E4%BE%B6%E6%AC%8A%E7%9B%8A%E6%8E%A8%E5%8B%95%E8%81%AF%E7%9B%9F%E8%81%B2%E6%98%8E/>（最後瀏覽日：2017年11月5日）。

的婚姻平權團體採取的訴訟策略相當類似，Thomas Keck<sup>97</sup>在對美國各州婚姻平權訴訟的觀察發現，儘管美國的婚姻平權訴訟看起來風起雲湧，但是有很多時候婚姻平權運動者其實會壓制當事人或其他團體，希望某些當事人或案件不要在某些不當的時機點提出訴訟。

這樣的立場到多元成家法案挫敗之後，伴侶盟開始廣泛邀集訴訟個案，採取集體訴訟的行動，開始轉變。儘管伴侶盟仍是宣告「爭取婚姻平權：司法與立法並進」，並表示訴訟行動的採取，並不意味放棄立法遊說<sup>98</sup>。但針對為何在立法遊說過程中另外提起訴訟行動，伴侶盟則指出司法途徑在婚姻平權爭取當中不可或缺的角色：

翻找世界各國的婚姻平權爭取史，司法途徑始終是不可或缺的一環，每一個真實故事都嚴肅、急切地提醒社會，平權一刻不實現，一對對同性伴侶就每分每秒都遭遇次等對待，孤獨地面對生離死別與各種窘境<sup>99</sup>。

而另一個以推動婚姻平權草案立法遊說為主的婚姻平權團體「婚姻平權大平台」，也從未表示立法遊說應先於訴訟行動。其召集人呂欣潔及其伴侶同時也是伴侶盟集體訴訟行動的當事人，全力協助集體訴訟行動之記者會召開及開庭。由於婚姻平權大平台所推動的尤美女版民法修正草案，在立法院也遭遇執政黨的阻擋和延宕，因此該團體對於伴侶盟的釋憲行動也是採取著樂觀其成的態度。

這樣的併行策略，與美國婚姻平權團體的策略類似。在2005年，當美國有四分之一的州紛紛透過公投、修憲或是立法限制同性伴侶進入婚姻，被認為是反控勢力勝利之時，美國幾個全國性的婚

97 Keck, *supra* note 38, at 179.

98 台灣伴侶權益推動聯盟，[伴侶盟公告] 徵求願意為了婚姻平權站出來打訴訟的你，2014年6月23日，<https://tapepr.wordpress.com/category/%E5%A9%A%E5%A7%BB%E5%B9%B3%E6%AC%8A%E9%9B%86%E9%AB%94%E8%A8%B4%E8%A8%9F/>（最後瀏覽日：2021年11月18日）。

99 台灣伴侶權益推動聯盟（註98）。

姻平權組織領袖（包含Lambda Legal、Human Rights Campaign、Freedom to Marry等10個組織）共同在紐澤西城開了一個重要的策略會議，會議中共同擬定了未來的長程、中程及短程目標及相關策略<sup>100</sup>。這個策略會議的結論，成為一份策略文件「贏得婚姻：我們該怎麼做」（Winning Marriage: What We Need to Do）<sup>101</sup>，引導了後續五年的各州婚姻平權運動的走向。在這份策略文件中，各組織領袖都同意，他們在當時仍舊無法精確判斷究竟在達成全國性的婚姻平權目標上，向最高法院提起訴訟的行動還是國會的立法行動應該作為將來的手段，初步判斷認為在未來可能「兩者都必須採取」<sup>102</sup>。也就是不認為兩者孰優孰劣，可以併行。但是他們也都認為，不論最終的手段為何，最重要的行動主軸應該仍然在於不斷的對於公眾進行教育，並在各州以立法或訴訟進行同性伴侶的權益保障；並認為在足夠的州達到婚姻平權立法保障之前，不會輕易在最高法院或是國會提出最後的全國性解決<sup>103</sup>。

---

100 Hunter, *supra* note 41, at 1688.

101 該文件下載點：Michael Adams et al., *Winning Marriage: What We Need to Do* (June 21, 2005), [http://s3-us-west-2.amazonaws.com/ftm-assets/ftm/archive/files/images/Final\\_Marriage\\_Concept\\_Paper-revised\\_\(1\).pdf](http://s3-us-west-2.amazonaws.com/ftm-assets/ftm/archive/files/images/Final_Marriage_Concept_Paper-revised_(1).pdf).

102 *Id.* at 6.

103 *Id.* at 15.



## 二、訴訟行動係達成立法遊說之槓桿工具

然而，這兩種併行的策略，對於婚姻平權運動來說其間的關連為何？最終的目標為何者？有無主副關係？

### （一）訴訟行動的提起是因為立法陷入停滯

首先，在婚姻平權團體主導的訴訟模式之下，最能看出對於婚姻平權團體而言，兩者之關係為何。在伴侶盟主導的三對揀選案件，是在鄭麗君版草案在立法院受到阻礙後，才開始考慮訴訟策略的（參圖一）。在面對同樣是個人提起的司法訴訟，婚姻平權團體對於陳敬學案和祁家威案採取了不同的態度，對於前者保留、對後者加以協助至完成釋憲。主要的差別在於該訴訟案的時機點。在陳敬學案中，由於社運團體初完成草案，正在進行遊說，彼時似乎尚不認為訴訟策略是一個比較可行的策略，因此對於陳敬學案帶有保留甚至質疑的態度。

除此之外，本文發現，在此時婚姻平權團體所認知的訴訟行動，比較將其視為個人化的行動，與運動的集體性行動關連性較小，並認為訴訟行動的草根性較立法行動不足：

採取立法運動路徑，是因為我們認為平權的實現不能依賴任何特定個人、政黨或組織，而必須藉由集體的行動、由下而上做起，我們期盼藉由組織工作以及社會對話，召喚出更多反抗的主體，藉由這樣的「草根立法」運動，才有可能真正改變一般民眾的想法，並真正根除歧視<sup>104</sup>。

然在立法遊說觸礁之後，當伴侶盟主動邀集集體訴訟當事人，並在集體婚姻登記的行動中揀選三個適合的個案，作為協助訴訟的對象，為提出訴訟行動作準備。此時伴侶盟才開始將訴訟行動定義

---

104 台灣伴侶權益推動聯盟（註96）。

為一種集體行動，認為訴訟是一種以自身生命故事衝撞體制的有效方式：

對抗社會不義有很多種方式，用自身生命故事衝撞體制是最有效的方式之一，伴侶盟徵求所有願意用自身生命故事對抗恐同歧視的你，讓我們站在司法的面前，驕傲的挺起胸膛，告訴法官、告訴社會，我們值得國家平等對待<sup>105</sup>。

伴侶盟並在鄭麗君版本第一次審查會之後，隨即對於兩黨立委表示失望而宣布將要採取釋憲行動：

行政、立法、司法都有其角色和職責，都應負起捍衛人權的責任。我們認為立法是最全面、最能通案解決、也最符合成本的方式，但立法院的進度與品質卻令人憂心，部分委員的發言水準已遠遠落後於民眾。因此，我們下一步將提出釋憲<sup>106</sup>。

從這些行動間的因果關係和時間點來判斷，本文認為訴訟行動是婚姻平權運動在立法行動觸礁之後，燃起另一個希望的策略手段。學者林實芳認為，訴訟行動的採納是婚姻平權運動在立法行動受反制力量強大壓制之下，作為一種等待下一個政治機會之再起的多元路徑之一<sup>107</sup>。這也和美國學者Thomas Keck的觀察類似，他指出從婚姻平權運動者選擇何時要提出訴訟、何時不提訴訟的時機點觀察，可以得知團體提出訴訟策略的時機點，往往在「他們評估認

---

105 台灣伴侶權益推動聯盟（註98）。

106 台灣伴侶權益推動聯盟，立院審案後回應記者會：伴侶盟執行長許秀雯律師回應與觀察，2014年12月22日，<https://tapcpr.org/hot-news/press-release/2014/12/22/respond-inquiry-answer>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

107 林實芳，桃花爛漫始抬眸：臺灣同性婚姻法制化運動，收於：蕭新煌、官有垣、王舒芸編，臺灣社會福利運動與政策效應：2000-2018年，頁137、144（2018年）。

為此種策略比起其他手段更加具有果效前景（more promising）之後」。這也是為什麼某些社會運動會在採取一般民主政治的路徑無法給得到期待的果效時，轉向採取訴訟策略的原因<sup>108</sup>。

## （二）訴訟之目的是向大法官聲請釋憲

採取協助祁家威進行釋憲的伴侶盟，指責「執政黨立委與行政部門法務部的嚴重恐同與荒唐失職」，選擇將婚姻平權的希望放在其稱為「憲法守門人」的大法官身上<sup>109</sup>。從訴訟行動的過程來看，不論是前述哪種訴訟模式（當事人自行提起、社運團體主導、或是當事人提起社運團體協助）所進行的案件，每次的訴訟行動都是以衝撞民法現有體制，且以取得敗訴之確定判決、進而提起釋憲為目標。也就是NeJaime所言的「輸了反而贏」的策略<sup>110</sup>，而以在臺灣唯一具有違憲審查權的大法官作為訴訟的終點。雖然行政法院法官確實有可能認為民法不禁止同性伴侶締結婚姻，而直接准許同性伴侶登記，但從歷來法界的主流觀點、以及過去當事人自行提起案件的經驗來推測，此種可能性很低。又，因為我國一般法官對於法律並沒有違憲審查宣告法律違憲的權限，與美國情形不同，因此，想要達到民法被宣告違憲的效果，只有向大法官聲請解釋。因此，不論是寄望承審法官裁定停止訴訟自行提出釋憲聲請，或是得到敗訴的確定判決後釋憲，這些訴訟行動的終極目標皆是希望能透過聲請大法官解釋，從人民保障婚姻權與平等權之角度，宣告民法違憲。

至於將相關案件送入司法院，究竟會得到如何之結果？若大法官不宣告民法違憲，而宣告婚姻定義就是一男一女，會不會讓婚姻

---

108 Emily Zackin, *Popular Constitutionalism's Hard when You're not Very Popular: Why the ACLU Turned to Courts*, 42 LAW & SOC'Y REV. 367, 367-96 (2008).

109 台灣伴侶權益推動聯盟，婚姻平權 憲法守門人 該你們接球了，2014年12月23日，<https://tapcpr.org/hot-news/press-release/2014/12/23/%E2%99%BB20141223>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

110 See NeJaime, *supra* note 24.

平權的目標反而後退或造成延後？大法官作成類似德國聯邦憲法法院將婚姻定義為一男一女而宣告不違憲的可能性確實是存在的，畢竟臺灣法學受到德國法學甚深，德國憲法實務見解必然是大法官重要的參考法制<sup>111</sup>。若大法官作成憲法上之婚姻家庭制度僅保障異性伴侶，那麼未來在法律層次要爭取婚姻平權的困難將會倍加困難。採取訴訟行動的團體、當事人和律師，並非不知道這樣的可能性。然而在臺灣的婚姻平權運動中，存在著對於大法官釋憲結果「不論如何總會比現在好」的樂觀期待。尤其在自知組織、財力的資源上遠不如反同婚陣營，在立法的進程上遇到強大的反遊說力量，瞭解短期內無法建立比反同婚方更廣大的組織和資源，以翻轉政治劣勢。從這樣的資源差異角度來看，轉而採取訴訟策略是一種期待由司法權的違憲審查權力來促成修法。而在提出訴訟策略之時，我國的同性伴侶保障幾乎趨近於零，因此對於婚姻平權運動來說，聲請大法官釋憲的結果，就算不能得到與異性婚姻完全一樣的平等保護，也至少會承認立法應該給予一定程度的保障。

### （三）釋憲結果不論如何皆會回到立法院進行法案的審議

由於大法官決議法律違憲的門檻並不低，在祁家威案提出釋憲時的大法官的組成上來看可以推測大法官不見得會主張民法違憲，使得同性伴侶直接獲得婚姻權的保障<sup>112</sup>。因此在最初的釋憲行動中

111 在憲法法庭擔任專家證人的陳愛娥和李惠宗教授都具有德國留學背景，在鑑定意見中也深受德國憲法上婚姻是一種制度、在其定義內涵上僅限於一男一女的學說影響。

112 在2015年祁家威提出釋憲時正好是新舊大法官交接時，立法院剛通過馬英九總統卸任前所提名的4位大法官，黃虹霞、吳陳鐸、蔡明誠、林俊益4位獲同意的大法官。在立法院的審查過程中這些新大法官都明白表示反對同性婚姻，至於其餘大法官的任命審查是在2007年到2011年間，當時因同性婚姻尚未被認為是重要的憲法議題，因此皆未被問及對於同性婚姻的看法，擔任大法官後也未明白發表過意見。但因釋憲案的終結並沒有法定期限，本案一直到2017年作成司法院釋字第748號解釋時，已經換了11位大法官。唐筱恬、魏嘉瑀，4大法官提名人 反廢死、同性婚，中時電子報，2015年6月12日，

可以預測大法官將立法工作交回由立法院完成的可能性極大。尤其是針對社會重大影響性的案件，司法院大法官向來採取一種限期失效的宣告模式，讓宣告違憲的條文暫時性的仍有效力，但課予相關機關在解釋文所給予的權限內，儘速加以修法使法律達到合憲的要求。因此不論訴訟結果如何，可以預測一定會回到立法院就法案進行審議。而司法院釋字第748號解釋的結果也正符合了這樣的預測，儘管大法官宣告了民法違憲，仍舊將如何落實同性伴侶的婚姻平權的工作交回給立法及行政機關，因此在臺灣最終的婚姻平權戰場仍舊是在立法院。

#### （四）大法官解釋的結果可以作為立法遊說的政治槓桿

立法院的政黨組成雖在2016年大選後已有改變，而這樣的改變確實增加了婚姻平權法案通過的可能性<sup>113</sup>。但2016年底的法案審議仍舊遭遇強大阻礙，立法之路看來並不舒坦。因此對於婚姻平權團體來說，不論釋憲結果如何，大法官不太可能宣告民法完全地合憲的、完全不需要改變現狀。一方面從憲法保障人民基本權保障的角度來看，大法官作出「同性伴侶權益完全不需保障」的解釋，幾乎難以想像，即便認為現行法未達違憲的程度，大法官仍有可能進行警告性的宣告，亦即在解釋理由書中期待行政及立法機關能儘速就同性伴侶權益之保障作全面性的檢討。因此，對於婚姻平權團體而言，不論釋憲結果如何，解釋的結果應該能作為立法遊說的政治壓力和槓桿，成為與行政機關與立法院之談判籌碼。而這從司法院釋字第748號解釋之後，行政院在大約半年內即完成數個版本的草案送給行政黨政高層來定奪，以及蔡英文總統不斷表示政府必須依照司法院釋字第748號解釋的要求完成立法，看得出司法院釋字第748

---

<http://www.chinatimes.com/newspapers/20150612000448-260102>（最後瀏覽日：2018年5月22日）。

113 Ming-sho Ho, *Taiwan's Road to Marriage Equality: Politics of Legalizing Same-sex Marriage*, 238 CHINA Q. 1, 1-22 (2018).

號解釋給予行政機關以及執政黨的政治壓力。在司法院釋字第748號解釋作成之前，同性伴侶權益的立法談判是一個從無到有的生成，到了司法院釋字第748號解釋之後，憲法解釋已經建構了一個高規格的框架，對於婚姻平權團體而言，未來的工作是要在這個框架之內，談出更符合婚姻平權團體期待的內容（如親子關係的建立、與異性伴侶差異性規範的縮小）<sup>114</sup>，這樣的遊說基礎與解釋作成前已完全不同<sup>115</sup>。

然而，在2018年反同婚公投通過之後，司法院釋字第748號解釋的槓桿作用將受到很大的減損。夾著廣泛的組織力和資源，以及與地方政治勢力有效結合，反同婚方展現了政治實力，這實質上將對於後續的修法造成極大的政治影響，成為反同婚方反遊說行動的很大助力。然而，儘管反同婚方提出的公投是有意要實質推翻司法院釋字第748號解釋，阻止同性結婚合法化，但是具憲法層次效力的大法官解釋並無法透過公投而推翻。依照公投結果所制定的法

---

114 司法院釋字第748號解釋理由書第十八段強調「本案僅就婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第22條保障之婚姻自由及第7條保障之平等權，作成解釋，不及於其他」，足見大法官將其解釋範圍限縮在婚姻章，因此並沒有處理關於第三章父母子女的法律關係（如親子關係之建立、收養）或是繼承編的規定，因此在司法院釋字第748號解釋之後的立法遊說，就同性家庭的親子關係，不如婚姻關係部分容易。同性伴侶生養下一代可能牽涉的相關法規如前述民法相關規定、人工生殖法、或者代孕的合法化，都不在司法院釋字第748號解釋的射程範圍。但筆者認為司法院釋字第748號解釋針對性傾向所建立的平等權審查基準，將會是未來相關法律應如何平等對待同志家庭的重要指標。官曉薇，大法官已指示你 不能歧視同婚家庭親子關係，上報，2017年8月3日，[https://www.upmedia.mg/news\\_info.php?SerialNo=21955](https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=21955)（最後瀏覽日：2018年12月25日）。

115 會不會司法院釋字第748號解釋所給的兩年期限反而成為行政及立法權拖延的槓桿，使得執政黨得以拖延兩年不作為？林實芳即認為大法官解釋看似有利，實際上同志希望登記結婚的權利反而被延宕、遇到瓶頸。林實芳（註107），頁154。筆者認為執政黨的延宕主因在於反同婚勢力的壓制，以及蔡英文總統堅持要正反兩方達成共識才行動的結果，這樣的延宕並不是因兩年立法期而造成。執政黨並無意刻意不立法而讓同志直接登記結婚，且受反同婚公投步發展現政治實力，使得全面執政的民進黨仍無魄力提出早已完成的立法草案。

律，仍必須符合司法院釋字第748號解釋保障婚姻自由的平等。這樣的公投效果，與美國的反同婚公投效力無法相提並論，美國在各州由反同婚運動提出的婚姻定義公投，大多是修改州憲的公投，這樣的公投可以有效抑制各州最高法院作出的同婚合法化判決，因為修改州憲可以變更州法院的違憲審查判決。但司法院釋字第748號解釋具有相當於憲法的拘束力，拘束全國各機關及人民<sup>116</sup>，除非舉辦修憲公投，否則無法被依公投法舉辦的公投推翻。換言之，公投雖然實質使司法院釋字第748號解釋的槓桿效力受到減損，然由於司法院釋字第748號解釋存在於公投之前，公投結果和效力仍舊無法脫離解釋的框架，這仍舊是後續立法遊說中得以與反同方之政治勢力產生槓桿的重要力量。

## 陸、結論

在立法、訴訟和公投等不同的法律改革形式中，臺灣婚姻平權運動在釋字第748號解釋作成之後，以訴訟策略完成了婚姻平權的階段性目標。本文在詳細觀察並分析臺灣的婚姻平權運動發展之後，發現婚姻平權運動採取了立法及訴訟策略併行的策略。臺灣的婚姻平權運動並不將立法和訴訟視為是相互排斥、互相擠壓的策略，但兩者之間被視為具有立法為主、訴訟為輔的主副關係。在分析婚姻平權運動的法律動員過程及立法動員過程後，本文發現兩者之間具有一定的關連性。婚姻平權運動對於訴訟行動採取，是在立法遊說遭遇挫敗、停滯不前之後，才轉而採取法律動員。而在釋憲行動的評估之上，也是採取樂觀的態度，期待大法官的宣告結果能作為在立法遊說的槓桿和籌碼。婚姻平權運動團體對於採行訴訟或立法作為達成運動目的的手段之務實態度，可說是本文之重要發

---

116 依照司法院釋字第185號解釋，司法院解釋的效力拘束全國機關及人民。

現，臺灣的婚姻平權團體並非一廂情願的以法律或運動菁英的態度提出訴訟，而是在評估時機點及立法遊說的成效之後進行的。婚姻平權團體也瞭解立法仍舊是最終的決戰場，而釋憲行動不論結果如何，都能作為一種達成立法目標的槓桿工具。

本文在分析釋憲行動的過程以及初步觀察大法官解釋作成後一年所生之效應後，發現司法院釋字第748號解釋宣告現行民法違憲的立場，以及理由書所建立的各種憲法原則，一方面確實給予行政及立法上相當的壓力，成為談判的槓桿，並且成為婚姻平權運動在反同婚公投輸了公投選戰之後，於後續立法遊說中成為最重要的談判籌碼，但另一方面，究竟行政及立法機關在政治壓力下將如何程度地遵守憲法解釋課予的義務，這都仍舊在2019年的同婚立法戰中需要繼續觀察。首先，時間的壓力是落在執政黨的，不但受到公投法期限的限制，大法官課予行政及立法機關在兩年有完成修法或立法的義務，更加壓縮了政治解決的壓力<sup>117</sup>。不論如何，具有實踐大法官解釋義務的行政院和立法院，仍舊必須在期限之內完成修法，否則同性伴侶將依照司法院釋字第748號解釋直接到戶政機關即可進行合法結婚，這對於執政黨將具有負面政治影響。其次，由於司法院釋字第748號解釋明白揭示同性伴侶具有平等締結「婚姻」的權利，意味著依照憲法並不允許立法機關制定出「同性伴侶制度」，但是反同婚方後續於2018年底所出的公投提案，欲以對於大法官解釋文字的模糊性——亦即以專法或民法落實婚姻平權屬於立法形成自由——引導人民支持其公投以引導民眾支持「同性共同生活專法」<sup>118</sup>。正如同美國婚姻平權運動歷時超過二十年，在與反同

---

117 鍾孟軒，獨家／牧師讓她暫緩同婚立法 總統：不希望同婚在敵對情況下成立，民報，2018年5月30日，<http://www.peoplenews.tw/news/f4dc5c85-3a2d-4d77-840c-28dad259abce>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

118 官曉薇，反同婚公投「提案內容」與「提案真意」不符 中選會應徹查，蘋果日報即時論壇，2018年11月9日，<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20181109/1463675/>（最後瀏覽日：2018年12月25日）。

婚方的拉鋸當中經歷了立法、訴訟、公投各種不同的動員形式，在臺灣的婚姻平權運動，同樣也主動或被動地經歷了這三種動員形式。在司法院釋字第748號解釋之後，除了2019年的修法之外，在修法之後，也將會因為立法無法完全平等保護同性伴侶及同性家庭，因而有關於親子關係認定、或其他相關權益是否平等適用於同性伴侶及同性家庭的各種訴訟，反過來說，反同婚方也會再度以各種動員形式來侵蝕司法院釋字第748號解釋，因此，如何捍衛司法院釋字第748號解釋之成果，將成為下一階段婚姻平權運動的目標。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王金壽（2014），台灣環境運動的法律動員：從三件環境相關判決談起，台灣政治學刊，18卷1期，頁1-72。
- 吳煜宗（2014），同性婚姻合法化論辯正，月旦法學雜誌，224期，頁5-19。
- 官曉薇、陳宜倩、蘇彥圖、秦季芳、陳竹上、劉靜怡、涂予尹、吳豪人、翁燕菁、孫迺翊（2017），憲法上婚姻家庭之制度性保障不應排除同性伴侶及其家庭，拒絕同性伴侶締結婚姻有害同性家庭子女之權益——法律學者法庭之友意見書，月旦法學雜誌，264期，頁123-139。
- 林實芳（2018），桃花爛漫始抬眸：臺灣同性婚姻法制化運動，收於：蕭新煌、官有垣、王舒芸編，臺灣社會福利運動與政策效應：2000-2018年，頁134-161，臺北：巨流圖書公司。
- 高穎超（2016），讓研究證據說話——為什麼貞潔教育無效又有害？，性別平等教育季刊，74期，頁99-112。
- 張宏誠（2002），同性戀者權利平等保障之憲法基礎，臺北：學林文化。
- （2014），同性伴侶以司法途徑主張婚姻平等保障之可能性初探，月旦法學雜誌，224期，頁57-92。
- 陳昭如（2012），改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員，政治科學論叢，52期，頁43-88。
- （2014），父姓的常規，母姓的權利：子女姓氏修法改革的法社會學考察，臺大法學論叢，43卷2期，頁271-380。
- 廖元豪（2014），革命即將成功，同志仍須努力——簡評美國聯邦最高法院同性婚姻之判決，月旦法學雜誌，224期，頁20-37。

鄭美里（2001），運動是談談打打出來的——關於同運中同志婚姻權的一些思考，女朋友雜誌，34期，頁39-40。

簡至潔（2012），從「同性婚姻」到「多元家庭」——朝向親密關係民主化的立法運動，台灣人權學刊，1卷3期，頁187-201。

## 2. 外文部分

Adams, Michael, Mary Bonauto, Toni Broaddus, Rea Carey, Matt Coles, Seth Kilbourn, Shannon Minter, Alexander Robinson, Roey Thorpe, and Evan Wolfson. 2005. *Winning Marriage: What We Need to Do*. Available at [http://s3-us-west-2.amazonaws.com/ftm-assets/ftm/archive/files/images/Final\\_Marriage\\_Concept\\_Paper-revised\\_\(1\).pdf](http://s3-us-west-2.amazonaws.com/ftm-assets/ftm/archive/files/images/Final_Marriage_Concept_Paper-revised_(1).pdf).

Andersen, Ellen Ann. 2005. *Out of the Closet and Into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

Cichowski, Rachel. 2016. The European Court of Human Rights, Amicus Curiae, and Violence against Women. *Law & Society Review* 50:890-919.

Cummings, Scott L., and Douglas NeJaime. 2010. Lawyering for Marriage Equality. *UCLA Law Review* 57:1235-1369.

D'Emilio, John. 2006. The Marriage Fight Is Setting Us Back. *Gay & Lesbian Review Worldwide* Nov-Dec:10-11.

Epp, Charles R. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.

Eskridge, William N. Jr. 2001. Channeling: Identity-based Social Movements and Public Law. *University of Pennsylvania Law Review* 150:419-525.

———. 2009. Foreword: The Marriage Cases-Reversing the Burden of Inertia in a Pluralist Constitutional Democracy. *California Law*

*Review* 97:1785-1852.

———. 2013. *Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States*. *Boston University Law Review* 93:275-323.

Glendon, Mary Ann. 1991. *Rights Talk*. New York, NY: The Free Press.

Handler, Joel. 1978. *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change*. Cambridge, MA: Academic Press.

Ho, Ming-sho. 2018. Taiwan's Road to Marriage Equality: Politics of Legalizing Same-sex Marriage. *China Quarterly* 238:1-22.

Hunter, Nan. 2017. Varieties of Constitution Experience: Democracy and the Marriage Equality Campaign. *UCLA Law Review* 64:1662-1726.

Keck, Thomas. 2009. Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights. *Law & Society Review* 43:151-183.

Klarman, Michael J. 2005. Brown and Lawrence (and Goodridge). *Michigan Law Review* 104:431-489.

———. 2013. *From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage*. Oxford: Oxford University Press.

Kuo, Ming-sung, and Hui-wen Chen. 2017. The Brown Moment in Taiwan: Making Sense of the Law and Politics of the Taiwanese Same-Sex Marriage Case in a Comparative Light. *Columbia Journal of Asian Law* 31:72-149.

McCann, Michael. 1994. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago, IL: University of Chicago Press.

NeJaime, Douglas. 2011. Winning Through Losing. *Iowa Law Review* 96:941-1012.

———. 2012. The Legal Mobilization Dilemma. *Emory Law Journal* 61:663-736.

- Pinello, Daniel. 2006. *America's Struggle for Same-Sex Marriage*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Rosenberg, Gerald. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- . 2008. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*. 2d. ed. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Scheingold, Stuart. 1974. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. New Haven, CT: Yale University Press.
- . 2004. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. 2d ed. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.
- Zackin, Emily. 2008. Popular Constitutionalism's Hard When You're Not Very Popular: Why the ACLU Turned to Courts. *Law & Society Review* 42:367-396.

## Marriage Equality and Legal Mobilization: The Litigation and Legislative Actions before Judicial Yuan Interpretation No. 748

*Hsiao-Wei Kuan\**

### Abstract

On May 24, 2017, the world was impressed by the decision made by the justices of the Constitutional Court in Taiwan regarding the constitutionality of the legal ban on same-sex marriage. The decision of the Constitutional Court (*hereinafter* “the Court”) concludes that denying two persons of the same sex the equal right to marry violates both their equality and the constitutional right to marry. At first glance, international observers may soon conclude that Taiwan’s court victory on same-sex marriage is another example of marriage equality activism’s adoption of litigation as a strategy to achieve social reform. Such observation will immediately trigger the debate that whether the court is a better place than the Legislative for radical social reform such as legalization of same-sex marriage.

Most of the opinions in such debate, no matter what side they are on, have assumed that social activists view these two paths, the Legislative and the courts, as contradictory to each other. By examining the process of Taiwan’s marriage equality movement before the Court’s decision, this paper found out that social activists in the marriage equality movement in Taiwan adopted legal mobilization as a complementary strategy when the legislative action encountered obstacles. This paper thus argues that the marriage equality movement in

---

\* Associate Professor, Department of Law, National Taipei University.

Taiwan viewed these strategies, both legislation and litigation, as parallel, rather than mutually exclusive, paths to achieve its goal.

KEYWORDS: legal mobilization, social movements, marriage equality, constitutional petition, Judicial Yuan Interpretation No. 748, same-sex marriage.