

## 專題研析

# 從四則北高行判決看跨國同婚 ——兼論涉民法修正草案

政治大學法律研究所二年級 王禹川

## 壹、前言

隨著《司法院大法官釋字第 748 號解釋施行法》（下稱施行法）於 2019 年 5 月 24 日通過，宣告我國同性婚姻合法化，中華民國因此成為亞洲第一個立法保障同婚的國家。當多數期待成婚的同性伴侶高聲歡呼的同時，卻仍有一群跨國同性伴侶默默承受著想婚婚不成的苦澀。跨國婚姻本屬於涉外民事事件，自應依我國涉外民事法律適用法（下稱涉民法）處理

之。在施行法通過後不久，司法院旋即發布函釋，謂因涉民法第 46 條係本國法主義，故施行法施行後，國人除與承認同性婚姻之國家人士可成立該法的第 2 條關係外，與未承認同性婚姻國家人士締結之第 2 條關係，在我國將不被承認<sup>1</sup>。甚者，綜觀現行法制，我國對於涉外同婚的成立及程序，呈現一國四制的情況<sup>2</sup>。除依函釋所示情形外，在外國不承認同婚之情況下，尚有 19 國<sup>3</sup>除適用涉民法外，須再依行政法規<sup>4</sup>之要求進行境外面試，但卻因

<sup>1</sup> 司法院（108）年秘台廳民一字第 1080013276 號函。

<sup>2</sup> 臺灣伴侶權益推動聯盟，跨國同婚，取自 <https://tapcpr.org/main-topics/tssm>，最後瀏覽日：2022 年 12 月 3 日。

<sup>3</sup> 外交部領事事務局，特定國家配偶申請來臺依親手續說明，111 年 10 月 26 日。所列 19 國包含：泰國、印尼、越南、柬埔寨、菲律賓、緬甸、塞內加爾、奈及利亞、喀麥隆、迦納、甘比亞、巴基斯坦、蒙古、烏克蘭、印度、尼泊爾、不丹、斯里蘭卡、孟加拉。上開國家須當事人於境外完成外籍配偶原屬國之結婚程序後，備齊資料向我國駐外館處申請面談。

<sup>4</sup> 外交部駐外館處辦理外國人與我國國民結婚申請來台面談作業要點。



無法先取得本國結婚登記，而不具備面試資格。另針對大陸地區人士，雖非循涉民法為之，而係以臺灣地區與大陸地區人民關係條例之規定<sup>5</sup>，依行為地法，即我國法為其準據法，卻同樣因無法先於中國取得合法婚姻登記，而不具備行政法規<sup>6</sup>所設機場訪談之機會。在我國同志婚姻推動上，涉外婚姻之保障顯然係重要但尚欠規範之一塊。不僅是對少數人婚姻自由保障的不足，更可能是對於外國人在我國平等權侵害之疑慮。此被視為健全同婚保障下，最急迫的議題之一，正是 2022 年第 20 屆的同志大遊行「無限性」的其中一項主張<sup>7</sup>。

基於世界地球村的形成、人員交流與往來頻繁，跨國通婚早已司空見慣，在婚姻制度擴至同性伴侶後，跨國同婚勢必成為我國所要面臨的課題。然而在我國現行法規之下，必如司法函釋所述，僅能給予極為有限的保障，對部分人民不僅

保障不足，更有平等權的侵害。我國先後已面臨 4 場跨國同婚的訴訟案件，法院均作出應予保障之結論<sup>8</sup>；監察院亦提出調查報告，質疑我國未有相關規範有違人權保障，且不符合釋字第 748 號解釋之意旨<sup>9</sup>，顯見我國社會對此制度保障的急迫性。司法院對此作出回應，於第 189 次院會對此提出涉民法第 46 條之修正草案<sup>10</sup>。內政部甚至在修法草案通過之前，先行透過函釋將此類同婚模式納入我國涉民法的保障。

然在現行法制下究竟如何對其進行保障實有解釋上之困難，儘管我國法院就結論而言作出符合人權保障之判決，其具體論述及說理是否符合國際私法及法律基本原則；司法院所為之修正草案是否正確且妥適，似均有再討論之必要。本文即欲從此處進行探討，檢討現行實務下可能產生之問題，並試著提出改進方向。如吳光平教授所說：「正因跨國同婚有其積極保障

<sup>5</sup> 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 52 條第一項。

<sup>6</sup> 大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法第 16 條。

<sup>7</sup> 第 20 屆台灣同志遊行，無限性官方網站－活動宗旨與引言，取自 <https://event.taiwanpride.lgbt/>，最後瀏覽日：111 年 11 月 21 日。

<sup>8</sup> 王韋婷，2022 年 8 月 2 日，跨國同婚訴訟連 4 勝人權團體籲速修法全面保障跨國伴侶權益，中央廣播電視台，取自 <https://www.rti.org.tw/news/view/id/2140263>，最後瀏覽日：2022 年 11 月 21 日。

<sup>9</sup> 監察院，111 內調 0006【調查報告】，111 年 5 月 27 日。

<sup>10</sup> 司法院，「沒有誰能將愛情劃界限」—司法院第 189 次院會通過涉外民事法律適用法跨國同婚修正草案新聞稿，取自 <https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-362633-95529-1.html>，最後瀏覽日：2022 年 11 月 21 日。

之必要性，故而應採取正確之方式承認並保障之。」<sup>11</sup> 方能在兼顧法秩序維護的公益下，達到基本人權的最佳保障！

## 貳、涉外事件審查流程

民事事件涉及外國者，為涉外民事事件，應依涉民法定其應適用本國或外國之法律。而國際私法適用上具有七大流程<sup>12</sup>。首先，必須先確認系爭民、商、家事事件是否具有涉外因素而屬涉外事件，其中所謂涉外，係指構成民事事件事實，包括當事人、法律行為地、事實發生地等連繫因素，與外國具有牽連關係者而言<sup>13</sup>。接著，即須確認我國法源對案件是否享有國際管轄權，方得開始審理；第三，則須決定該涉外事件涉及法律爭議之性質，此即學理上所謂定性；第四，依國際私法規範確認本件依何種連繫因素選擇應適用之法律；第五，選定準據法，即依連繫因素選擇應適用之法律，惟須注意反致、規避法律等問題；第六，依應適用之法律適用於具體個案，涵攝事實，惟須注意公安條款問題；最後，即是對適用法律

後具體個案之結果判斷。

## 參、跨國同婚之審查運用

在介紹法院審查涉外民事事件的步驟流程後，本文即欲依照此一架構梳理四則法院判決，以此順序仔細審視其思考脈絡與理解盲點，並點出其錯誤之處。不僅能將四則判決統合整理，相互對照比較，更能讓整體理解與省思更有架構、便於理解。

### 一、涉外事件之確定——戶政機關的涉外事件審查權

#### (一)基本概述

所謂的涉外，按實務見解係指構成民事事件事實，與外國具有牽連關係者而言。跨國同婚之爭議問題，多數實務見解認為，系爭施行法第2條同婚關係之當事人有涉及非我國國民情形時，乃係發生在本國國籍與非本國籍間之法律關係，其構成法律關係之當事人與外國具有牽連關係，自當屬涉外事件，並無其他異議之見解。

<sup>11</sup> 吳光平，論跨國同性別二人之結婚——涉外民事法律適用法之現在與未來，《月旦法學雜誌》，2021年10月，第317期，頁187。

<sup>12</sup> 劉奕榔，涉外同性婚姻準據法—現行法與修正草案評析(上)，《司法周刊》，2021年10月15日，第2076期，版二。

<sup>13</sup> 最高法院109年度台上字第1021號民事判決。



## (二)台北高等行政法院 109 年度訴字第 221 號判決（下稱台星案）

本案判決係唯一對此因素確認上，採取不同見解者。該判決認為此處首應釐清者，乃戶政機關對於涉外婚姻事件（不論同性或異性），是否有實質調查結婚當事人雙方準據法之權責？而此一問題，實涉及「結婚登記究竟是採取實質審查抑或是形式審查？」以及「審查範圍為何？」之認定。

該判決認為，在我國登記婚主義下，結婚登記僅為結婚形式要件之一，其目的僅在透過國家的行政行為，確認結婚當事人雙方身分及結婚真意，並藉公示方式避免重婚發生，非謂婚姻之成立及生效與否係由結婚登記所形成。是以，當各項婚姻形式要件及實質要件均具備後，逕由民法及各別法律規定直接賦予身分法及財產法上之效力，非由戶政機關以結婚登記為之。

是以，戶政機關對於當事人結婚登記之申請，原則上僅有形式審查權責，僅須審查申請者是否符合戶籍法及戶籍法施行細則所定結婚登記申請要件，以及提出文件形式真正即可，毋庸實質審查婚姻之成

立及生效要件，在涉外婚姻事件更無須審查當事人準據法。只要符合上開條件，戶政機關即有為結婚登記之義務。至於當事人間婚姻效力有無瑕疵，此純屬當事人或利害關係人可否依家事事件法提起確認婚姻無效、撤銷婚姻、確認婚姻關係存在或不存在之訴以謀求救濟問題。

綜上法院見解，似認為其審查內容僅為戶政機關的審查權限，即戶政機關究竟是否享有審查裁量，而有無登記義務，並未將跨國同婚的事件爭議定性為涉外事件，而有涉民法之適用情形。

## (三)判決意見評析

在民國 97 年由儀式婚轉為登記婚之後，戶籍法第 33 條增訂第二項，賦予各級主管機關及戶政事務所，得於必要時，請相關機關協助查證其婚姻真偽，並出具查證資料之權利。且在內政部戶政法規解釋函令中<sup>14</sup>，對於違反法律強制規定的婚姻申請，重申應不予受理。顯見，戶政機關在具備創設效力的結婚登記上，除了被動經登記產生公示性之效用外，具有實質審查婚姻相關要件之權限<sup>15</sup>。然而實務判決認為婚姻效力之發生與否，非由戶政機關以結婚登記為之，而係由民法及各別法

<sup>14</sup> 內政部（106）年台內戶字第 1061200296 號函暨法務部（102）法律字第 10203503060 號函。

<sup>15</sup> 戴瑀如，結婚與兩願離婚形式要件之再檢討——兼論戶籍登記之爭議，《台灣法律人》，2021 年 12 月，第 6 期，頁 29-30。

律規定直接賦予，顯將登記婚姻視為報告登記，與我國創設登記制度顯然不同<sup>16</sup>。

學者認為，此一法院見解未能體察結婚登記在作為婚姻形式要件之重要意義，除公示性之外，更應有儘量避免無效婚產生之功能，故非只有形式審查權而已，顯與我國戶政機關具有一定審查權之司法實務或法規命令有所矛盾<sup>17</sup>。此外，結婚登記亦非僅屬戶籍行政行為，只須遵循本國法令，而不受外國法拘束，顯見其未能了解涉外民事法律適用法之定位，亦係我國國內法令<sup>18</sup>。上開實務恐遭致我國結婚登記制度運作原則之損害，非正確且妥適之解套方法。

在後續同院 110 年訴字第 1524 號判決（下稱台日案）中，已和上開學說見解一致，認為戶政機關對於婚姻的實質要件具有審查並拒絕登記的權利，採取與台星案不同見解。由實務結論的變更，更可作為原判決法理論述上疏漏的佐證。

此外，台星案與學說見解、後續實務

見解的差異亦涉及選法規則的強制性與否，以及外國法之性質爭議，即法院有無職權適用外國法之問題。國際間有學者主張「任意的衝突法理論」，認為在某些條件下，若當事人未主張外國法之適用時，即應容許法院逕行依法庭地法進行判決，如訴訟標的價額過低、當事人有選法規則的合意情形等<sup>19</sup>；然，在通說與多數國家的立法實踐上，仍認為其應屬於強行規定，透過具有內國法地位之選法規則，較能夠安全且圓滑的調和不同國家法規與公共秩序的交流互動<sup>20</sup>，此乃規律國際社會秩序任務功能與目的之體現<sup>21</sup>。又，由選法規則所選定的外國法律，目的係為解決涉外法律爭議，在三段論法的觀察視角下乃大前提的角色，邏輯上即應具有法律性質<sup>22</sup>，且性質上為外國法律而非本國法之一部<sup>23</sup>。據此，法院應依職權適用選定之法律，方符合憲法上依法審判之義務<sup>24</sup>。我國司法實務亦採取相同見解，對於下級法院未依涉民法規定確定準據法之判決，

<sup>16</sup> 戴瑀如，論法定繼承與戶籍身分登記，《臺灣法律人》，2021年8月，第2期，頁45-46。

<sup>17</sup> 戴瑀如，同前註16，頁38。

<sup>18</sup> 戴瑀如，同前註16，頁33。

<sup>19</sup> 賴來焜，《基礎國際私法學》，三民，2004年6月，初版，頁150。

<sup>20</sup> 賴來焜，同前註19，頁150。

<sup>21</sup> 林益山，《國際私法新論》，三民，1995年6月，頁8。

<sup>22</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》，三民，2018年8月，修訂六版，頁193。

<sup>23</sup> 林益山，同前註21，1995年6月，頁177。

<sup>24</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註22，頁195。



嚴正予以糾正<sup>25</sup>。

有學者對於選法規則的強制性抱持質疑態度，其認為若為當事人得自由處分之契約債務關係，無第三者或法令或國家利益牽涉時，在當事人有合意或未為主張的情況下，逕依法庭地法進行判決<sup>26</sup>。唯就本件訴訟而言，婚姻實質要件具有公益性質，非當事人所得自行處分之契約內容，且準據法之適用亦為被告戶政機關所為之抗辯事項，自無學者所謂強制性緩和之主張餘地，而仍應將之視為強行法規，課予法院職權適用涉民法所指定之外國法律，否則即為判決違背法令。

## 二、國際管轄權之確認

涉外身分關係之管轄權相較於一般財產事件其國際管轄權限，因家事事件法第 53 條即已明文規定，故相對明確。又，雖該條文中係以「夫妻」作為規定，顯係以跨國異性婚姻為規範對象。惟按施行法第 24 條第二項已有明確規定，同性婚

姻之法律關係可準用民法以外之其他法規關於夫妻、配偶、結婚或婚姻之規定<sup>27</sup>。是故，若同性婚姻有符合家事事件法第 53 條各款所列之情形者，即得由我國法院取得國際管轄權，顯無疑義。上開四則判決亦均未對此部分表示異議。

## 三、定性及連繫因素

### (一) 定性

所謂定性，係就系爭涉外民商事件所涉及法律關係之性質、概念或範疇加以歸類與確定，而使系爭涉外民商事件能適用屬於相關性質、概念或範疇之涉民法某一衝突法則以選擇準據法<sup>28</sup>。

定性之標準，有法院地法說、原因關係準據法說、分析法理學及比較法說、初步及次步定性說、個案定性說、功能定性說等六說，至今仍未見定論<sup>29</sup>，通常為了實際便利起見，法院實務上多採法院地法作為定性標準，我國亦同<sup>30</sup>。因此，我國法院對於跨國同性婚姻事件，即以我國實

<sup>25</sup> 代表性判決：最高法院 69 年台上字第 1728 號判決（原判例）。其他類似見解，見劉鐵錚、陳榮傳，同前註 22，頁 197，註腳 1。

<sup>26</sup> 柯澤東，《國際私法》，2010 年 9 月，四版，頁 105。

<sup>27</sup> 吳光平，同前註 11，頁 183。

<sup>28</sup> 吳光平，同前註 11，頁 182。

<sup>29</sup> 吳光平，同前註 11，頁 182。

<sup>30</sup> 林恩璋，論定性之反致——台法法制之比較，《東海大學法學研究》，2006 年 6 月，第 24 期，頁 250。

體法作為定性之標準<sup>31</sup>。

## (二) 定性客體

定性客體為何係國際私法上的一大難題，學者間亦有不同見解，尚可分為請求說、法律關係說、生活關係說、法律問題說，及實體規範說<sup>32</sup>。惟目前咸認係以訟爭案件事實為定性的對象<sup>33</sup>。是以，我國法院所須定性之客體，乃係針對相同性別之二人為經營共同生活之目的所成立具有親密性及排他性之永久結合關係，此一事實結果。

## (三) 實務見解

對於定性問題，臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1805 號判決（下稱台馬案）並未有詳細論述，僅逕謂其同婚關係，在私法上因屬涉外民事法律關係，依系爭施行法第 24 條第 2 項規定，準用涉民法第 46 條關於婚姻成立應依各該當事人本國法之規定<sup>34</sup>。

而在臺北高等行政法院 109 年度訴字第 14 號判決（下稱台澳案）、臺北高等行政法院 110 年度訴字第 1524 號判決（下稱台日案）則指出，雖按施行法整部均僅以「第 2 條關係」稱呼相同性別之二人為

經營共同生活之目的所成立具有親密性及排他性之永久結合關係。但考諸施行法第 2 條立法理由中，對第 2 條關係明定為同性婚姻關係。且觀諸施行法第 3 至 7 條規定之立法理由可知，有關同性婚姻之實質成立要件及形式成立要件規定，係分別參酌民法親屬編婚姻章之第 2 節「結婚」之第 980 至 985 條有關結婚成立之實質要件及形式要件規定而予以立法規範。因此，是否可以成立同性婚之問題，即應定性為涉民法第 46 條規定之「婚姻」範疇，依涉民法第 46 條選定準據法。

## (四) 學者評析

### 1. 第 2 條關係之定性

有學者認為，施行法第 4 條規定僅採用「結婚登記」之用語，而非如異性者係就「結婚」行為辦理「結婚登記」。施行法之其他條文，完全不使用同性者「結婚」之用語，僅稱其「成立第 2 條關係」，強調同性者不適用民法或身分法關於「結婚」及「婚姻」的規定<sup>35</sup>，並非定性為婚姻。

不過有學者就同婚定性的立場上，與實務採取相同看法。其認為之所以為明文

<sup>31</sup> 吳光平，同前註 11，頁 183。

<sup>32</sup> 賴淳良，選法規則定性之客體，《跨國侵權行為法論叢》，新學林，2019 年 5 月，頁 5-9。

<sup>33</sup> 林恩璋，同前註 30，頁 249，下註 22。

<sup>34</sup> 臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1805 號判決，頁 8，段 12-15。

<sup>35</sup> 陳榮傳，涉外同婚的公序良俗——兼評北高行判決，《月旦法學教室》，2021 年 5 月，第 223 期，頁 28。



定位為同性婚姻，其理由似乎僅是為求符合釋字第 748 號解釋意旨，並兼及避免社會衝突所為之折衷，概念、性質上仍屬同性婚姻關係無疑<sup>36</sup>。林恩璋教授補充，從釋字第 748 號解釋自「婚姻自由」保障立論等意旨觀之，應該認為所謂第 2 條關係，事實上性質即等同於婚姻。而既然臺灣在法制上承認同性婚姻制度，應認為即使在外國成立之同性婚姻，依照臺灣法律定性，亦應認為當事人間成立等同於婚姻之法律關係。即可將「第 2 條關係」視為是婚姻的另一種類型，立法上似無必要為此再造一個分類<sup>37</sup>。

## 2. 涉民法之適用、準用或類推適用

在將第 2 條關係定性為婚姻之前提下，究應準用或適用涉民法第 46 條進行準據法選定之問題，吳光平教授認為，涉民法第 47、48 及 50 條規定之用詞上，均使用具不同性別涵義之「夫妻」而非不具性別涵義之「配偶」一詞，可見第 46 條所規範之婚姻係為異性婚姻而不包括同性婚姻，此乃體系解釋之結論。因此，若依實務見解將第 2 條關係定性為同性

婚姻，則應依施行法第 24 條第二項「準用」涉民法第 46 條，方為邏輯上較合理之推論<sup>38</sup>。不過從準用的法理基礎及保護實效性以觀，吳光平教授並不贊同上開操作，而選擇另闢新見解，將於後文詳加說明<sup>39</sup>。

惟陳榮傳教授對實務見解的準用或適用均有批評。針對前者，其認為施行法的性質是國內的實體法，而同婚的涉外問題，如刻意留待涉外法的立法決定，似不宜依施行法第 24 條第 2 項準用；針對後者，即已如前所論述，表示同婚應非以婚姻定性，故當不可適用，此時應回歸涉民法第 1 條，依法理類推適用之<sup>40</sup>。林恩璋教授亦持有類似立場，認為應得類推適用涉民法第 46 條規定<sup>41</sup>。

學者小林貴典亦未質疑同婚為婚姻定性之立場，惟其批評上開直接以我國實體法，即施行法中的第 2 條關係為定性客體之思考，將不足以處理在施行法開始施行前，已在外國締結同性婚之個案<sup>42</sup>。並認為同性婚姻既已定性為婚姻，即應直接適用涉民法第 46 條之規定進行選法。因國

<sup>36</sup> 劉奕榔，同前註 12，版 2。

<sup>37</sup> 林恩璋，我國同性婚姻之法律衝突問題，《交大法學評論》，2020 年 9 月，第 7 期，頁 10。

<sup>38</sup> 吳光平，同前註 11，頁 184。

<sup>39</sup> 吳光平，同前註 11，頁 185。

<sup>40</sup> 陳榮傳，同前註 35，頁 29。

<sup>41</sup> 林恩璋，同前註 37，頁 10。

<sup>42</sup> 小林貴典，涉外同性婚的基本問題，《月旦法學雜誌》，2022 年 1 月，第 320 期，頁 164，註 8。



際私法之基本功能在於對各法律關係指定各國法律為準據法，在邏輯上國際私法所涵攝之內容，未必與內國實質法相同的各國法律制度，即須比內國實質法上的概念更為廣泛，方足以包含各種情形。因此，國際私法上的「婚姻」概念的範圍，應比內國實質法上的「婚姻」概念更為廣泛。因此，是否可以成立同性婚的問題，不待釋字第 748 號解釋，也不待釋字第 748 號施行法的準用規定，也無庸討論該法所定的永久結合關係是否為婚姻，應定性為涉民法第 46 條的「婚姻」，直接適用該條即可<sup>43</sup>。

定性的目的乃在調和不同國家間法律內涵的差異，其概念上即須較我國實體法之內容為寬，否則將產生難以定性而無法選定準據法之窘境。法庭地法之定性理論雖為大多數學者所支持，但若極致發展，必然產生過於武斷、狹隘之缺點與觀念，因此，有學者主張應有適度兼用比較法說作為調整之必要性。如結婚之概念，在一夫多妻制或男女同居之定性上，均應藉由比較法觀點為分析歸類，不宜拘泥於法院地法中體制之牢固性概念<sup>44</sup>。綜此，本文

認為在考量第 2 條關係之定性問題上，自應有彈性調整之空間，藉由其概念、性質上屬同性婚姻關係之立場，肯定將其作為婚姻之定性，而在涉民法當中得逕行適用第 46 條作為選法規則。

### (五)另闢蹊徑

儘管吳光平教授認為在邏輯上第 2 條關係應依施行法第 24 條第二項「準用」涉民法第 46 條，較「適用」為合理，然所謂準用乃法條明文之類推適用，自須以具有相似前提為限。綜觀同性婚姻或我國施行法上第 2 條關係非受國際所普遍承認<sup>45</sup>，與受國際思潮所普遍肯認之異性婚姻難謂具有類似性之前提，故不宜比附援引涉民法第 46 條進行準據法之選定，而視為本法未規定且亦無其他法律規定。此時即應回歸涉民法第 1 條，以關係成立地法作為法理而適用之，另闢一條突破困境之蹊徑<sup>46</sup>。

然有疑問者在於，學者所謂無相類前提者，究竟係以同性婚姻與異性婚姻本質差異，抑或就涉民法第 46 條中所謂婚姻定義上的容許範圍而言。若以前者，恐將完全架空施行法第 24 條第二項之意義；

<sup>43</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 164。

<sup>44</sup> 柯澤東，《國際私法》，同前註 28，頁 50-51。

<sup>45</sup> Human Rights Campaign, Marriage Equality Around the World，取自：<https://www.hrc.org/resources/marriage-equality-around-the-world>，最後瀏覽日：2023 年 10 月 4 日。在全球 195 個國家中，僅有 34 個國家對同性婚姻予以法律上保障。

<sup>46</sup> 吳光平，同前註 11，頁 185。



若以後者，以國際是否普遍承認作為性質上是否相類之說理是否充分，似欠缺詳盡之法理基礎，且有將我國法律之適用與解釋以外國法作為認定依據之虞，並不妥適。雖上開解釋為現行法制下為跨國同婚之成立另尋出入，但是否可採，本文仍持保留態度。

且對於關係成立地之作為婚姻成立之選法準據法例並非全無批評，雖其有明白確定、簡便易行的優點，但有認為此種依當事人偶然所至之國家法律，取代與當事人關係永固之國家法是否妥當<sup>47</sup>，似有值得考慮之處。尤其同性婚姻或伴侶關係在全球未獲普遍承認，任意依關係成立地容許跨國同婚關係成立，恐製造更多問題，亦未必能妥善保障跨國同性婚姻，對非以我國為住所地之伴侶恐更無所助益。從其法理上或是實效性上均非必然較佳。

#### 四、連繫因素與準據法之選定

##### (一) 連繫因素

所謂連繫因素乃係指涉外事件中因某種事實之存在，致與該人、該地或該國發生牽連關係之因素也<sup>48</sup>。從上開第 46 條規範，就婚姻成立實質要件係採並行適用各該當事人本國法，其連繫因素為各該當事人國籍；而婚姻成立形式要件，則採單純擇一適用各該當事人本國法、一方本國法或舉行地法，且適用主體包括我國人民與非本國人民，及雙方均非本國人民間之涉外同性婚姻事件<sup>49</sup>。

##### (二) 準據法之選定

婚姻之成立要件分為實質及形式要件二類。前者，如須雙方婚姻當事人之合意、須達結婚年齡、未成年人須，得法定代理人同意、須非禁婚親間之結婚等是。後者，係指依法律規定，為使婚姻成立，必須具備之一定方式<sup>50</sup>，如書面方式、證人簽名，以及結婚登記<sup>51</sup>。同性婚姻問題乃係涉及結婚當事人適格與否，即屬實質要件之範疇<sup>52</sup>。而按涉民法地 46 條本文之規定，對於涉外婚姻成立之實質要件，

<sup>47</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註 22，頁 414。

<sup>48</sup> 林益山，「最重要牽連關係原則」在國際私法上之適用，《劉國際私法理論與實踐（一）：鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集》，學林文化，1998 年 9 月，一版，頁 422。

<sup>49</sup> 劉奕柳，同前註 12，版 3。

<sup>50</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註 22，頁 413。

<sup>51</sup> 戴瑀如，同前註 15，頁 27。

<sup>52</sup> 徐慧怡，同性婚姻與公序良俗，《國際私法理論與實踐（一）：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集》，1998 年 9 月，一版，頁 343。

即係並行適用其本國法主義<sup>53</sup>。

在四則個案中，若依上開選法規則，其實質要件之準據法除依我國法外，更應並行適用他方當事人之本國法，即馬來西亞、澳門、日本以及新加坡之法律。惟因上開四國均未承認同性婚姻之有效性，致婚姻雙方有一方發生要件致障礙事由，其婚姻即無法有效成立<sup>54</sup>。

### (三)反致

所謂反致係指對某種涉外法律關係，依內國國際私法之規定，應適用外國之法律，而依該外國國際私法之規定，卻應適用內國法或他國法時，即適用內國法或該他國法之使用程序<sup>55</sup>。其乃因各國國際私法中的屬人法原則，採本國法主義者及採住所地主義者相互對立所致<sup>56</sup>。

反致具數種類型，按我國涉民法第六條規定：「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律。但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，

適用中華民國法律。」中包含三種，其法條內文依序為第一次轉據反致、直接反致、以及間接反致。且我國反致之設計上僅限於以國籍為基礎所成立之本國法，始適用該外國之國際私法，即所謂有限度之反致制度<sup>57</sup>。

### 1. 實務見解

既已將本案定性為婚姻事件，台澳案中就其具有澳門籍之當事人自有香港澳門關係條例（下稱港澳條例）之適用。按港澳條例第38條規定予以類推適用涉民法第46條關於婚姻成立要件之規定，以判斷施行法第2條關係成立與否所應選定適用之準據法，即各當事人之本國法<sup>58</sup>，自有我國涉民法第6條反致之適用前提，本件即得依澳門民法典的衝突法規，作為準據法之參考。

判決指出，按澳門地區之民法典關於衝突規範，澳門地區之涉外民事事件關於親屬關係應適用屬人法，第24條<sup>59</sup>及第30條<sup>60</sup>訂有明文，而其屬人法之確定是依

<sup>53</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註22，頁417。

<sup>54</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註22，頁417。

<sup>55</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註22，頁516。

<sup>56</sup> 林益山，同前註21，頁197。

<sup>57</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註22，頁523。

<sup>58</sup> 臺北高等行政法院109年度訴字第14號判決，頁13，段1-6。

<sup>59</sup> 澳門民法典第二十四條（屬人法之範圍）：「個人之身分狀況、人之能力、親屬關係及繼承，均受有關主體之屬人法規範，但本節所定之限制除外。」

<sup>60</sup> 澳門民法典第三十條（屬人法之確定）：「一、屬人法即個人之常居地法。二、個人實際且



個人之常居地法。又原告雖領有澳門居民身分證，惟其顯有將我國做為其固定生活中心之意思，即應依涉民法第 6 條，反致適用於我國法作為準據法，無涉於澳門民法典是否承認同性婚之問題。就原告之婚姻實質要件部分，經認定準據法為我國法，在原告 2 人已備齊辦理結婚登記之相關文件，且無其他婚姻實質要件不具備或有瑕疵之情形下，被告已別無其餘裁量空間，應依原告之申請據以辦理結婚登記。

## 2. 學者見解

儘管反致之制度是否妥當，應否存廢，學理上各有其論述<sup>61</sup>，惟按我國涉民法第 6 條既已有明文採取有限制的反致適用<sup>62</sup>，自有應討論適用之必要。而就本判決在反致理論之形式要件上操作，尚屬正確、合法。我國婚姻成立之要件既係本國屬人法，在有反致適用之情形，應檢視準據國法之衝突法規中，於本件準據法之選法規則。澳門民法典於回歸之後即已將屬人法之原則，由國籍國法改採住所地法<sup>63</sup>，即在澳門民法典第 30 條之規定下，當事人即應以常居所所在地法為屬人法。是以，既當事人已於法院上提出常住於中

華民國之證據，依澳門衝突法之規定，婚姻要件即應反致於居住地法，即中華民國之法律，此乃學理上所謂直接反致，為我國所接受之類型。故單見上開實物對反致的流程操作，符合涉民法第 6 條但書之意旨。

有疑問者在於，若受我國涉民法選定之準據國不承認同性婚姻時，是否仍能反致即有疑問。劉鐵錚教授認為，外國法是否違反公序良俗，原則上僅視其是否違反法庭地之公序良俗為已足。惟在法庭地（A 國法）有援引反致，而適用他國國際私法（B 國法）時，則應考慮該最終選定應適用之外國法（A 或 C 國法），是否違反該受法庭地法所選定國（B 國）之公序良俗。因於上述情形中，當他國（B 國）因公序良俗之理由不適用第三國法（A 或 C 國法）下，自即不生反致之適用。因他國（B 國）之國際私法適用乃係因法庭地之國際私法所指定，其範圍係他國國際私法之全部，包含其關於公序良俗之內容，故由則其適用第三國法（A 或 C 國法）時，即不應忽略他國（B 國）之適用結果<sup>64</sup>。

是以，既澳門法制下未承認同性婚姻

固定之生活中心之所在地視為個人之常居地。」

<sup>61</sup> 劉鐵錚，反致條款與判決一致，《政大法學評論》，1976 年 10 月，第 14 期，頁 25-30。

<sup>62</sup> 林益山，「反致問題」之探討，《月旦法學雜誌》，1998 年 1 月，第 32 期，頁 21。

<sup>63</sup> 于志宏，試評澳門衝突法的新變化，《法制與社會發展》，2002 年 12 月，總第 48 期，頁 112-114。

<sup>64</sup> 劉鐵錚，婚姻成立之準據法暨相關問題研究，《政大法學評論》，1984 年 12 月，第 30 期，

之保障，此時在澳門法規的適用上是否符合澳門所謂公序良俗者，顯有疑義。依澳門民法典第 30 條優先適用常居地法，即我國法時，其適用結果即有被視為不合澳門社會當地之公共秩序，而被以澳門民法典第 20 條第一項<sup>65</sup> 排除適用之可能。就上開學者的觀點，我國是否仍能反致適用我國規定，即應有討論之空間。

## 五、個案判斷及其結果

### (一)外國法律適用結論

既已按我國涉民法確立準據法乃以本國法，此時即應依當事人本國法律審查其第 2 條關係得否成立，即依馬來西亞法及日本法的規定判斷之。

就台馬案中，我國內政機關曾有函詢我國駐馬來西亞代表處，經其 109 年 2 月 10 日馬來字第 10911101190 號回函暨檢

附之該國 1976 年婚姻及行為法即知，原告所屬之馬來西亞法律，迄今並不承同性婚姻及同性伴侶關係<sup>66</sup>。是以，依我國涉民法第 46 條適用馬來西亞法律時，自無法成立施行法所定之第 2 條關係。

而在台日案中，依日本憲法第 24 條第一項<sup>67</sup> 之規定，即已將婚姻限定在「兩性」間方得成立，顯見日本法治尚不承認同性婚姻。而再依我國涉民法第 46 條適用日本法為準據法下，日本「關於法律適用之通則法」第 24 條第 1 項<sup>68</sup> 亦對婚姻成立要件採取本國法主義，無反致他國法之情形，顯將使台日同性伴侶間無以成立<sup>69</sup>。

### (二)公序良俗條款之發動

#### 1. 公序良俗條款之基本內涵

國際私法在比較法上，大多具有公序良俗條款之立法。其目的在於維護內國的

頁 30-31。

<sup>65</sup> 澳門民法典第 20 條（公共秩序）：「一、如適用衝突規範所指之澳門以外之法律規定，導致明顯與公共秩序相違背，則不適用該等規定。」

<sup>66</sup> 臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1805 號判決，頁 8，段 6-11。

<sup>67</sup> 日本國憲法第二十四條：「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」（日本國憲法第 24 條：「婚姻仅以两性的自愿结合为基础而成立，以夫妇平等权力为根本，必须在相互协力之下予以维持。」）翻譯參考日本國駐華大使館，取自：[https://www.cn.emb-japan.go.jp/itpr\\_zh/kenpo\\_zh.html](https://www.cn.emb-japan.go.jp/itpr_zh/kenpo_zh.html)，最後瀏覽日：2023 年 10 月 2 日。

<sup>68</sup> 法の適用に関する通則法第二十四條：「婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による。」（关于适用法的通則法：「关于婚姻的成立，对于各个当事人，依照其本国法律。」）翻譯參考行政書士波賀野剛如事務所，取自：<https://haganotakeyuki.tokyo/index.html>，最後瀏覽日：2023 年 10 月 2 日。

<sup>69</sup> 臺北高等行政法院 110 年度訴字第 1524 號判決。



公共秩序，或者是其它具有保護價值的公共利益<sup>70</sup>。以防止當事人因追求其私人之法律行為，而影響法庭地之公眾、社會或國家之利益、秩序、基本政策或道德水準，當外國法之適用與內國法基本原則發生衝突，此時即無絕對適用外國法之必要，而應限制之<sup>71</sup>。而當排除後如何適用，學理上尚有有駁回請求說、法院地法代用說、適用近似法說之不同主張，但各國實務上幾皆採取法院地法代用說<sup>72</sup>。

## 2. 實務見解

在至今四則判決當中，台馬案及台日案均係以公序良俗作為原告勝訴之理由。其判決中指出，涉民法第 8 條在涉外民事法律關係之適用，同於民法第 72 條。所謂「公序良俗」，一般係指外部國家法律秩序之基本原則，用以維護國家社會之一般利益；「善良風俗」則由內部社會一般道德觀念觀察，二者均以社會國家之健全發展為目的，藉以共同展現社會妥當性<sup>73</sup>。

就我國公共秩序亦即國家法律秩序而言，司法院釋字第 748 號解釋文業已確

立，基於婚姻自由及平等權保障，同婚關係應具備我國法律秩序下的規制待遇；且後續的施行法制定，更係將前開釋字所揭之意旨，透過立法權行使所代表的民主正當性，明確納入而成為我國現行法律秩序之一部分。又，我國司法院亦已擬具涉民法第 46 條規定修正草案，雖尚待立法討論通過，但仍足以證明保障同性永久結合關係已屬我國法律秩序之基本原則應構成我國公共秩序之一部分<sup>74</sup>。

是以，若依涉民法第 46 條僅因其等屬同性婚姻而無從滿足登記之成立要件，其適用外國法之結果，將抵觸我國同婚關係得依法成立之現存法律秩序，經適用涉民法第 8 條規定，應得肯認在我國可成立私法上之法律關係。

## 3. 學說評析

對於實務見解，陳榮傳教授採取肯定態度。其認為過去民法僅承認異性婚姻的規定，本來屬於「中華民國公共秩序或善良風俗」，得藉以排斥承認同性婚姻的外國法。不過，司法院作成釋字第 748 號解釋、施行法制定施行以後，「中華民國公

<sup>70</sup> 蔡晶瑩，公序良俗條款在國際私法中之發展與適用——以德國法做為探討之重心，《政大法學評論》，2007 年 6 月，第 97 期，頁 281。

<sup>71</sup> 柯澤東，同前註 28，頁 152。

<sup>72</sup> 吳光平，同前註 11，頁 186，下註腳 8。

<sup>73</sup> 臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1805 號判決，頁 8-9，段 26-02。

<sup>74</sup> 臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1805 號判決（台馬案），頁 9。臺北高等行政法院 110 年度訴字第 1524 號判決（台日案），頁 10。

共秩序」的內容即已反轉，當即包括任何人均得成立異性婚姻或同性的「第2條關係」<sup>75</sup>。倘因適用外國法而致限制我國人民結婚自由之結果，應屬違反我國公序之情形，而得適用涉民法第8條規定排除該外國法之適用，以施行法取代適用於該非本國人民<sup>76</sup>。

然而，仍有部分學者對上開見解持反對態度，其理由如下：

#### (1) 公序良俗解釋過寬

有學者在其批評中指出，在涉外案件中，若以公序良俗條款貫徹婚姻自由與平等權的絕對性而排除該外國法的適用，則將會嚴重損及國際私法應追求的兩個重要利益，即避免跛行法律關係的必要性及本國法主義的精神<sup>77</sup>。

詳言之，國際私法的主要目標之一，在於盡可能達成國際判決的調和，避免跨國間對相同法律關係有歧義認定<sup>78</sup>。既國際私法已指定特定外國法作為準據法，內

國法院即應適用，對外國法乃係採取原則適用之立場<sup>79</sup>。是以，當發動公序良俗條款而排除外國準據法者，即係法律制度之不調和，與國際私法目的有所衝突，應屬例外情形。基於例外從嚴解釋之原則，應僅限於國際公序良俗作為發動事由<sup>80</sup>，方可降低公序良俗條款的發動對國際判決調和所造成的妨礙，而不得將公序良俗視為實施內國政策的機制<sup>81</sup>。儘管我國涉民法第8條的規定模式似可解為係以國內公序為保障對象，但參考德國法見解以及國際潮流的趨勢，應盡解釋為國際公序為解釋方向較為妥適<sup>82</sup>。

然而，從國際比較法下來看，同性戀者締結婚姻的權利，至少在現階段，尚非普世人權。且負責解釋國際人權規範的國際組織，明確認為同性戀者對婚姻的權利並無人權性質<sup>83</sup>，同性婚姻顯然尚不具備受國際普遍承之原則地位，至多僅為我國非絕對道德之權利保障。此時若將

<sup>75</sup> 陳榮傳，同前註35，頁29。

<sup>76</sup> 劉奕榔，涉外同性婚姻準據法—現行法與修正草案評析(下)，《司法周刊》，2021年10月22日，第2077期，版2。

<sup>77</sup> 小林貴典，同前註42，頁166。

<sup>78</sup> 小林貴典，同前註42，頁166。

<sup>79</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註22，頁225。

<sup>80</sup> 陳榮傳，公序良俗條款之適用，《月旦法學雜誌》，1995年5月，第2期，頁70。

<sup>81</sup> 小林貴典，同前註42，頁166。

<sup>82</sup> 蔡晶瑩，同前註70，頁295。

<sup>83</sup> 小林貴典，同前註42，頁167。



我國釋字第 748 號所創設之法律秩序視作國際私法中的公序良俗，實為忽略涉外案件中應考量的國際私法利益，將陷於欠缺國際觀及對外國法秩序之寬容精神的狹隘態度<sup>84</sup>。有違國際私法在選法適用上之尊重、禮讓、互惠原則，破壞其所特重者且為其存立基礎<sup>85</sup>。

又，從我國 99 年修法前之舊涉民法第 25 條（今涉民法第 6 條）之立法理由所示，所謂公共秩序不外為立國精神及基本國策之具體表現，而善良風俗有發源於民間之倫理觀念，皆為國家、民族所賴於存在之因素<sup>86</sup>。若依上述理由進行歷史解釋，公序良俗所要保障者，應係為國家重大法益、法律之防衛為目的，然對不承認同性婚姻法制之排除，顯然僅在為維護某一特定婚姻型態，而非婚姻制度整體之婚姻自由<sup>87</sup>，不符立法理由中所謂國家、民族所賴於存在之因素。基於制度目的上的不同，顯然不應將涉民法中所謂公共秩序或善良風俗，完全等同於內國民法上之思考與解釋，否則將使涉民法第 8 條淪為擴

大我國內國法適用之機制。

## (2) 跛行法律關係之解釋難題

國際判決的調和，乃是致力於避免跛行法律關係之發生<sup>88</sup>。所謂跛行法律關係，乃係指在跨國案件當中，依各該當事人之準據法一方有效，而他方無效之情形。此種法律狀態在身份關係中更應極力避免，因其必定會對身份之國際安定與當事人權益造成重大損害<sup>89</sup>。

然而在台日案中，當我國法院依公序良俗條款使跨國同婚按施行法成立之後，其在婚姻效力、離婚、繼承等的法律適用上必將再次遭受困難<sup>90</sup>，尤其針對以日本為常居地者而言。因日本尚不承認同性婚姻制度，故其無得向日本法院起訴之可能。惟當其向我國法院起訴時，因按涉民法第 48 條第二項、第 50 條之規定，因雙方當事人尚無共同之本國法，其情形即須以日本法作為準據法，此時日本法的適用與解釋，必定須依日本實務見解進行認定。然而，至少在現階段，日本學說對此問題尚有爭議，並未提供明確答案<sup>91</sup>。

<sup>84</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 168。

<sup>85</sup> 吳光平，同前註 11，頁 187。

<sup>86</sup> 柯澤東，同前註 28，頁 156。

<sup>87</sup> 吳光平，同前註 11，頁 187。

<sup>88</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 166。

<sup>89</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註 22，頁 416。

<sup>90</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 170。

<sup>91</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 169。日本學者有認為：兩個國籍不同的同性外國人在日本有共同經



又，因當事人不太可能向日本法院起訴，縱使起訴仍將因婚姻成立之前提不存在，難以期待法院對婚姻後續問題進行討論，故日本法院短期內應不可能就此問題表示其見解，此外國法即有待解釋之情況<sup>92</sup>，我國戶政機關及法院將無所依據。從此觀點來看，因異性婚在日本法律的操作上已有明確見解，因此在我國法院處理跛行之異性婚，其難度應較跛行之同性婚來得為低<sup>93</sup>。

又，若外國法並非待解釋，而是明白表示異性婚姻之規定無法適用於同性婚姻時，其處置方式亦將難解。在以他國為共同住所之同婚關係向我國法院起訴的審判中，若非透過再次發動公序良俗條款排除外國法，對於已依我國公序良俗成立之同性婚姻或第2條關係者，將無從離婚，此時究竟是否符合婚姻本質恐有疑義<sup>94</sup>。綜上，基於同性婚姻或依我國第2條關係在

後續法律適用之困難下，反凸顯了實務見解使用國際私法的法律規定與原則後，竟是造成涉民法之立法目的與功能損害，其負面效果恐將大於否定通婚對「公序良俗」之衝擊，無疑是本末倒置之舉。

### (3) 衝擊我國涉民法之本國法主義

儘管在本國法主義的法源歐陸法系的發展上，有逐漸式微的趨勢，而有改採常居所地法主義之趨勢<sup>95</sup>。然與此相較，對於身分法律關係之選法，仍忠誠貫徹本國法主義，乃我國國際私法體系的一大特色，具有體系原則之重要性，不宜輕易動搖<sup>96</sup>。此時若純為個案之婚姻保障，而以公序良俗破壞此一基本原則，恐有所不當。

另外，親屬法與社會風俗習慣、憲法基本權有緊密關聯，具有學理上所謂親屬法的憲法化現象<sup>97</sup>。若在跨國同婚的單一個案上，首開先例的以公序良俗作為排拒

---

常居所，而依各該當事人的本國法，同性婚為有效時，其婚姻普通效力及夫妻財產制均以日本法為準據法（日本法律適用通則法第25條、第26條第1項：共同經常居所地法），但此時日本民法相關規定不能適用於同性婚當事人，因此產生規範之欠缺。另有認為：若同性婚依結婚要件準據法為有效，而日本民法被指定為婚姻效力的準據法時，應儘可能地適用日本民法有關婚姻效力的規定。

<sup>92</sup> 小林貴典，同前註42，頁169-170。

<sup>93</sup> 小林貴典，同前註42，頁169。

<sup>94</sup> 小林貴典，同前註42，頁170。

<sup>95</sup> 曾陳明汝，論屬人法在國際私法上之地位，《國立臺灣大學法學論叢》第19卷第1期，1989年12月，頁256。

<sup>96</sup> 小林貴典，同前註42，頁171。

<sup>97</sup> 小林貴典，同前註42，頁173。



準據法之適用，在平等原則及價值平衡下，勢必在其他身分事件當中，也應將憲法基本權之概念解為國際私法上公序良俗之內涵，最終恐使國際私法中的本國法主義完全崩解，並淪為內國法主義，甚至使國際私法上各種選法之規定全部流於具文<sup>98</sup>，對我國國際私法的基本本國法主義無疑是重大破壞。學者提醒，基本權內涵在於追求實體利益，與國際私法的應用，在於國際判決一致的實踐，自不應把基本權用於檢視法規合憲與否的功能，與國際私法的判斷同等視之<sup>99</sup>。

#### 4. 本文見解：公序良俗之解套方式並非妥當

綜上，本文認為以公序良俗保障個案同性婚姻的婚姻自由基本權，雖看似有助於個案中個人基本權之維護，然其所犧牲或破壞的，恐是我國國際私法上基本原則，架空我國具有體系性重要之本國法主義。縱使個案上保障了第 2 條關係的婚姻自由，然其所創造之跛腳婚，仍留殘難以解決的問題，恐造成身份關係欠缺國際安定性，實非妥適。儘管公序良俗條款為國際私法上所不可或缺的，但濫行適用之下場勢必是破壞所有國際私法之選法規則。正因為跨國同婚有其積極保護之必要性，更應深刻思考而採取正確方式承認並保障

之，運用涉民法第 8 條公序良俗排斥外國法之適用，不僅架空了我國涉民法，更非一勞永逸的完全解決問題，反可能產生更多棘手難解的問題，既不治本、也難謂具有治標的效果，顯非正確且適當之解決辦法。

## 六、小結

儘管我國法院實務為追求平等的權利保障，在採取本國法主義並行適用之我國制度下，竭盡所能的透過法律的解釋，盡可能的達到婚姻自由的保障，符合我國憲法基本權內涵。此種對婚姻平權捍衛的不遺餘力，對像筆者一樣支持同性戀權利的人，是相當感動與欽佩的。然而，四則北高行判決的法律適用，均有國際私法原則的誤解或誤用。台星案法院對於戶政機關的審查權限、案件的涉外性質定理解錯誤；台澳案在操作上，並未全盤考量反致適用的原則與限制；台馬案與台日案的法院，均過分寬鬆的理解，恐將破壞國際私法追求國際判決調和一致的目的追求。顯見，在現行法規範下，要想以解釋方式突破我國法制對跨國同婚的困境，實為不可能的事。因此，在窮盡解釋論之方法，仍無法解決之問題，僅能尋求立法論之方式因應，即司法院對此議題所提出的涉民法

<sup>98</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 173。劉鐵錚、陳榮傳，同前註 22，頁 225。

<sup>99</sup> 蔡晶瑩，同前註 70，頁 289。

第 46 條之修正草案，本文將於後詳細討論。

## 肆、涉外民事適用法修正草案

解釋論所無法處理的法律問題，僅能透過立法或修法進行補足，此亦為我國實務之解決方式，透過提出新法修正草案，回應這一切權利保障問題之需求，此即本段落所欲探討的面向。本文先從介紹外國比較法例作為參考，並回到司法院所提出之修正草案，對其進行較深度的評析與反思。

### 一、比較法參考

婚姻準據法性質上乃係以當事人或主體有關之連結因素，性質上即學理上所謂屬人法。而在國際立法例中，可區分為以住所地法主義，以及以本國法主義。二種制度各有其立法理由，其擇定深受傳統與政策之影響<sup>100</sup>，且各有國家採行，而本國法主義乃我國身分關係之選法特色已如前述。可想而知，在其他採取本國法主義之國家中，勢必與我國一樣，面臨同性伴侶之一方為拒絕承認同婚國之公民，而難以成立跨國同婚之難題<sup>101</sup>。此時法律該如何

制定，其他同婚已行之有年的各國即有參考價值。

### (一)以最小限度關聯為準

部分國家會另行就結婚當事人之資格為特別之規定，例外放寬本國法主義之要求，使當事人僅須與該國具有最小限度的關連即可。例如荷蘭民法典第 10 編第 10.3.1 節第 2 條關係 10:28 條 b 項，就結婚之成立要件明文規定採取當事人本國法；但特於同條 a 項規定結婚之當事人具有荷蘭國籍，或在荷蘭有習慣居所即可<sup>102</sup>。

### (二)公序良俗化

另外，亦有承認同性婚姻並採取本國法主義的國家，將保障同婚視為該國之公共秩序，而採取更為寬鬆承認涉外同性婚姻效力的立法模式，如 2004 年比利時國際私法典中，第 46 條第一項關於涉外婚姻結婚之準據法採各該當事人結婚時之本國法之立法體例，然而，同條第二項則規定：「前項所指定適用之法律如禁止同性婚姻，於結婚當事人一方之本國法或其慣居地國法准許同性婚姻時，不適用之。」就法條適用結果而言，若比利時人與不承認同婚國之國民結婚，則可因為該一方之比利時本國法，或慣居於比利時，而依第

<sup>100</sup> 劉鐵錚、陳榮傳，同前註 22，頁 72-74。曾陳明汝，同前註 95，頁 253-255。

<sup>101</sup> 林恩瑋，同前註 37，頁 13。

<sup>102</sup> 林恩瑋，同前註 37，頁 13。



二項認同性婚姻之效力要件已經具備，並居住該地三個月以上即得舉行婚禮<sup>103</sup>。

### (三)例外登記地法主義

按現行德國民法施行法第 17 條之 2 的規定，登記伴侶關係的準據法係採取「登記國法主義」，即依辦理同性伴侶登記國之法律決定，其立法目的乃在於預先排除不承認登記伴侶制度的國家法律成為準據法的可能性，以確保登記伴侶關係能有效成立，並在 2017 年德國通過法律承認同性婚姻時，於同條第 4 項增訂，將同性婚姻準用上述伴侶規定，其適用範圍，包含同性婚的成立要件及普通效力<sup>104</sup>。等於是本國法主義並行適用下，另針對伴侶、同婚制度採取不同法制。就本法適用上，只要同性伴侶於德國登記結婚，即得依德國法有效成立。

## 二、我國法修正內容

司法院於 110 年 1 月 22 日第 189 次院會通過修正草案，將涉民法第 46 條修正為：「婚姻之成立，依各該當事人之本國法。但適用當事人一方之本國法，因性別關係致使無法成立，而他方為中華民國

國民者，依中華民國法律（第一項）」。「結婚之方式依當事人一方之本國法或依舉行地法者，皆為有效（第二項）」。

修正理由則略為：「一、又該法（司法院釋字第七四八號解釋施行法）僅規範相同性別之二人可向戶政機關辦理結婚登記，並未規範跨國同性婚姻。現行涉外民事法律適用法第四十六條本文規定。惟目前全球僅二十九個國家承認同性婚姻，倘其中一方當事人非上開國家之國民，因不具備其本國法之成立要件，則我國國民與其所締結之婚姻，即不被承認。為求更加周延保障我國國民之自由平等權益、人格健全發展與人性尊嚴，倘涉外婚姻適用當事人一方之本國法，因性別關係致使無法成立者，有悉依中華民國法律規定之必要，爰將現行條文本文移列第一項並增訂但書。二、現行條文但書就成立關係之形式要件，爰移列第二項，並酌為文字修正」<sup>105</sup>。

## 三、修法評析

就本法修正的立意而言，乃係為保障婚姻自由，固然有值得肯定之處<sup>106</sup>。然而

<sup>103</sup> 林恩璋，同前註 37，頁 14。

<sup>104</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 174-175。

<sup>105</sup> 摘自司法院編印，涉外民事法律適用法第四十六條、第六十三條修正草案總說明。

<sup>106</sup> 賴淳良，跨國同性婚姻的憲法保障，月旦法學雜誌第 315 期，2021 年 8 月，頁 140。劉奕榔，同前註 77，版 3。

就其細部觀念上仍有部分尚待細緻及檢討，以下詳論之。

### (一) 忽略反致之情形

婚姻實質要件之準據法既以本國法作為連結因素，於準據法之選定必應考量涉民法第 6 條反致之可能，即非本國人民並非絕對適用其本國法，而可能有指向我國或第三國法律之可能<sup>107</sup>，此時若受指定之第三國有同婚之保障，且並未受本國法所排除適用，即毋庸透過回歸中華民國法律，來使其有效成立。是以，修正理由中稱，凡非承認同性婚姻之 29 國外，即排除本國法之適用，而回歸中華民國法律，乃是未全盤考量涉民法、論述不甄細緻之故。

此一修正理由之錯誤論述，將會影響草案但書中「但適用當事人一方本國法」之要件，究應如何解釋，即係指「一方本國法中實質法」抑或「一方本國法中衝突法及實質法」，若有反致情形發生，指向第三國法而不成立時，是否仍有草案但書之適用，將生疑義。劉奕榔法官認為，應採後者解釋方式較為恰當，且更能體現修

正草案係為周延保障涉外同性婚姻之精神，故宜於立法理由中詳細說明<sup>108</sup>，且亦較符合涉民法的基本原則。

### (二) 平等原則之疑慮

草案之但書乃為特別促進涉外同性婚能有效成立，而以性傾向作為因素作為排除本國法準據適用之事由，雖係針對弱勢族群的優惠性差別待遇，但基於憲法平等權之保障，此一區別對待仍須有其正當理由<sup>109</sup>。與德國針對跨國同婚例外改採登記國法主義相同，形同是對同性婚賦予衝突法上的「特權」或有利地位，然此特殊待遇顯然欠缺憲法上之正當理由，自非妥適<sup>110</sup>。因為，適用當事人之本國法而使婚姻不成立者，非專屬於跨國同婚，跨國異性婚姻亦有發生此種情形之可能。此時所應檢討者乃適用於跨國婚姻實質要件準據法的並行適用主義，而非僅為跨國同性婚姻敞開例外適用之大門<sup>111</sup>。

且相對而言，異性婚姻目前是受國際普遍承認具有普世人權之地位，基於婚姻自由權之目的，後者似更具保障必要性<sup>112</sup>，未對此一併檢討而置之不理，豈能

<sup>107</sup> 劉奕榔，同前註 76，版 3。

<sup>108</sup> 劉奕榔，同前註 76，版 3。

<sup>109</sup> 吳秦雯，「優惠性差別待遇」概念之接受、適用與轉化——以我國與法國之「性別」作為優惠標準之比較為中心，《憲法解釋離婚之準據法之理論與實務》，2017 年 4 月，頁 318-319。

<sup>110</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 175。

<sup>111</sup> 吳光平，同前註 11，頁 189。

<sup>112</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 176。



貫徹所欲追求之婚姻平權<sup>113</sup>？且在跛腳婚姻之困境已如前文所述，跛行同性婚姻所須面對的困境及解決成本，顯較跛行異性婚姻為重。在此情況下，若僅對於同性婚姻之情形採取特別立法，恐有違反平等原則，且不合於比例原則之疑慮。

### (三)破壞內外國法律平等性之疑慮

此次司法院所提之修正草案在立法技術上乃是一種特別保留條款，即為維持內國公序良俗，就某法律關係中的特定事項，一律保留內國法適用的特別規定<sup>114</sup>。然正因保留條款極易造成跛行法律關係，而違背國際私法所謂國際判決一致之目的<sup>115</sup>，因此我國涉民法之修法歷程上，幾乎刪除所有以內國國籍、住所優先條款為優先等特別保留條款（如 99 年修法前舊涉民法第 26 條但書、第 27 條第二項但書），使我國超越德、日<sup>116</sup>，呈現內外國法平等，而未片面偏重我國內國法。其重要性乃在盡可能由多元且豐富的價值觀中，找到調和之道<sup>117</sup>。

相較之下，上述司法院修正草案，即是出於為保護內國國民利益，逕行以內國法的價值觀念，一律排除外國法，保留我國內國法之適用。無疑為一種法制倒退的立法方式，與 2010 年修法的基本方向或與我國涉民法之基本原則可否相容，實有疑問<sup>118</sup>。

### (四)忽略連繫因素

我國修正草案雖仍維持婚姻實質要件之本國法準據原則，但對於不承認同性婚姻國家一概排除此一原則，逕予回歸我國法之適用，除有如上文所提平等權侵害之質疑外，對於回歸我國法之原因，立法理由未見任何說理，完全揚棄對於我國法適用連繫因素之論述，忽視其於國際私法上所蘊含之意義及重要性。因此，有學者認為應參考部分外國法，納入經常居所地為其連繫因素，亦能維持婚姻實質要件下的屬人法原則<sup>119</sup>。

林恩瑋教授認為在施行法及涉民法均應明文納入住居所之連結要件，即在施行

<sup>113</sup> 吳光平，同前註 11，頁 189。

<sup>114</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 177。

<sup>115</sup> 林秀雄，離婚之準據法，《新時代法學理論之建構與開創》——劉鐵錚大法官八秩華誕祝壽論文集，2018 年 9 月，頁 817。

<sup>116</sup> 司法院編印，司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（二）2011 年，頁 96，（林秀雄委員發言）。

<sup>117</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 177。

<sup>118</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 178。

<sup>119</sup> 林恩瑋，同前註 37，頁 15。

法第 2 條增定第二項如為外國人，必須在臺灣居住滿一定時期始得在臺灣締結第 2 條關係；同時，於涉民法第 46 條第二項亦應該增設「前項所指定適用之法律如禁止同性婚姻，於結婚當事人一方之本國法或其慣居地國法准許同性婚姻時，亦認其為有效」之規定<sup>120</sup>。學者吳光平亦有相似觀點，於其所擬之涉民法第 46 條之草案明定：「當事人之一方為中華民國國民或於中華民國有住所，……。」<sup>121</sup> 顯較符合國際私法之基本原則。

#### (五) 後續法律關係欠缺規範

縱使涉民法第 46 條對實質要件採取修正放寬立場，其所締結之跨國同婚本質上仍屬跛行婚姻關係，因此對於後續的婚姻普通效力、夫妻財產制、離婚、親子身分關係、扶養、繼承等，亦應有所規範，否則將如上文討論，在其他本國法主義的要件上，產生準據法的適用困難。此一婚後權利保障之漏洞，乃我國涉民法本身不足所致，縱有依施行法第 24 條第二項準

用之明文，仍無助於本問題之解決<sup>122</sup>，而有再為斟酌之必要<sup>123</sup>。

又，修正草案中所謂「中華民國法律」，是限指釋字第 748 號解釋施行法，抑或是包含民法等其他法律，也有待於法條文字或立法說明中清楚闡述<sup>124</sup>。尤其針對施行法與民法立法規範不同之部分，則有特別考量之必要，如婚生推定及認領之制度規範。相較於許多已承認同性婚姻的國家，我國施行法於同性婚的個案中，不僅排除婚生推定及認領等法律制度的適用，也不承認同性婚當事人以人工生殖方式懷孕生產子女<sup>125</sup>。

此時，針對跨國同婚透過人工生殖所生之子女，反可能為符合「使親子身分關係盡量易於成立」之國際共識，依涉民法第 51 條「選擇連繫」進行準據法之選定，適用外國法而判決當事人得與無血緣之一方成立婚生關係。在我國未承認共同之母<sup>126</sup>的法律制度下，上開受外國法承認之婚生子女關於我國法上定位為何，即有疑

<sup>120</sup> 林恩璋，同前註 37，頁 15。

<sup>121</sup> 吳光平，同前註 11，頁 191。

<sup>122</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 178。

<sup>123</sup> 賴淳良，同前註 106，頁 140。

<sup>124</sup> 賴淳良，同前註 106，頁 140。

<sup>125</sup> 釋字第 748 號解釋施行法第 24 條第二項立法理由：「至於第二項但書所稱之其他法規，例如人工生殖法係為維護國民之倫理及健康，成立第二條關係之雙方當事人得否適用或準用該法，核屬該法立法形成空間，允宜由該法主管機關另予研議。」

<sup>126</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 178。所謂共同之母，乃係在女性同性伴侶間，藉由人工生殖生產子



義。若肯定其具有同於我國法之地位，無疑是使我國國際私法上超前國內法，產生內國實質法根本不承認之法律關係。又，若我國女性因前開法律操作，而依外國法之適用，和同性配偶所生無直接血緣之子女，取得共同之母之地位時，該子女得否取得我國國籍，必又將成為我國國籍法上極具爭議之議題，實有待更加詳盡之思考、評估與討論<sup>127</sup>。

有學者認為在後續相關事項，仍可依現行涉民法認定之。就第 2 條關係之效力者自得類推適用涉民法第 47 條認定；而其解消，則應類推適用涉民法條文第 50 條。從立法理由來說，同性婚姻應與異性婚姻相同，在準據法的適用上，須將共同之住所地法、婚姻關係最切地法等與婚姻攸關之生活重心要素一併考慮，始符實際需求<sup>128</sup>。本文認為，若結合前開學者對於常居地作為同性婚姻或所謂第 2 條關係之連繫因素，將能使第 2 條關係之成立及後續婚姻規範具有較為統一之思考，即一貫的以常居地或慣居地進行認定，似更為妥當。

## 伍、總結

儘管對於跨國同婚的保障是基於維護人權觀點是急迫且必要，亦較能合於我國在釋字第 748 號解釋及其施行法出台後的法律秩序。面對四則跨國同婚人民勝訴的判決，人權團體莫不歡天喜地，筆者則是憂喜參半，喜則見到婚姻平權的持續邁進，憂則以法院判決對法治國原則之衝擊。

因法治國原則乃係我國不可動搖的基本原則，在法律的適用上及解釋上，當有依照法規、符合法理之義務。在四則判決中，台星案在案件的審理上認為戶政機關僅有形式審查，甚至在婚姻效力上認為與登記要件並無關聯等見解，似乎不僅不合於我國對戶政機關審查權限之看法，甚至破壞民法婚姻效力成立之認定，顯有違我國法律基本認定及觀點。

而在台澳案的適用上，其雖合於反致形式上的操作，然而其在適用上的卻忽略考慮澳門反致我國後的適用結果，是否與其本身的公共秩序吻合而應予排除，顯然亦是對國際私法的細節思考有所疏漏。而

---

女時，分娩之母的配偶得藉由婚生推定的架構，依法當然取得法律上母親之地位；比較法上，亦有規範容許他方伴侶得藉認領為之。

<sup>127</sup> 小林貴典，同前註 42，頁 179。

<sup>128</sup> 林恩璋，同前註 37，頁 16。



在台馬案、台日案中，法院透過我國釋字第 748 號解釋創造的法律秩序作為我國公序良俗之觀點，排斥外國法之適用。乃係對國際私法上公序良俗的定位顯過狹隘，逕以我國法律秩序作為解釋依據，不僅有違國際私法作為調和不同國家制度之基本目的，更創造難以處理的跛腳法律關係，實非妥適之處理辦法。縱使跨國同婚有其保障必要性，但為追求個案上之正義，而架空或犧牲整部法律之基本概念及法理，此種因小失大的見解並非明智之舉。

另就立法論上對涉民法第 46 條之修正問題，儘管修法後確有助於納入跨國同婚的保障，而得特別排除不承認同性婚姻之本國法適用。然而，其在立法考量上僅是片面的為同性婚姻的保障，逕為拋棄本國法主義，依我國法律使之成立，而非全面檢討在本國法併行適用下跛行婚姻關係問題，恐難謂其有賦予優惠性差別待遇之正當理由，自有違反我國平等原則。另就直接回歸我國法律之效果，亦未有充足說明或附加其他條件，形同放棄涉民法基本原則中的基本連繫因素，對我國國際私法制度無非係以重大破壞。有學者認為或可將住於我國一定時間設為例外條件，即以

住居地作為適用我國法之連繫因素，方能在保護跨國同婚的功能之下，一併維持涉民法之基本原則及法理，殊值傾聽。

2023 年 1 月 19 日行政院長通過一行政院函釋<sup>129</sup>繞過被尚被擱置的涉民法修正草案，直接容許他方不保障同婚的外國同婚配偶，得與中華民國籍的同性伴侶與我國登記成立第 2 條關係（但尚不含港澳地區以外之兩岸同志伴侶），引起各界振奮，尤其在爭取性別平權的團體當中，更是歡欣鼓舞的祝賀<sup>130</sup>。其函釋的說明理由，仍是指出「因涉民法所指定適用之該當事人本國法係不承認同性婚姻之規定，其所適用之結果致妨害我國公序良俗，危及我國一般私法生活之安定」，即係動用涉民法的公序良俗條款來處理此一問題。站在一個法學素人的角度，這的確是一個在施行法後的再一大進步，筆者也是深感喜悅。然而在國際私法原則的角度出發，正如同上文所言，此舉恐怕是徹底顛覆實行已久的法學理論，甚至僅係以行政函釋此種低於法律位階的手段，對未來所可能創造的問題，更可能是難以掌控及預知的。我們是否會因此架空法治國原則的重要憲法原則，則是筆者在喜悅之餘，稍有

<sup>129</sup> 內政部（112）年台內戶字第 1120240466 號函。

<sup>130</sup> 台灣伴侶權益推動聯盟、國際特赦組織台灣分會、台灣同志諮詢熱線協會、彩虹平權大平台、台灣同志家庭權益促進會、台灣人權促進會、東南亞跨國同婚交流會，共同聲明。取自：<https://www.amnesty.tw/node/13816>，最後瀏覽日：2023 年 5 月 25 日。



的擔憂。

筆者再次引用吳光平教授之言：「正因跨國同婚有其積極保障之必要性，故而應採取正確之方式承認並保障之。」<sup>131</sup>，以強調筆者的寫作動機與核心理念價值。本文以我國國際私法之法理及基本原則，重新梳理四則判決見解及草案之疏漏與錯誤，在對我國更朝人權邁進高興之餘，也秉持著法律基本素養，正確認識並建構法秩序，以創造我國更好的法治社會！

## 陸、參考資料

- 林益山，《國際私法新論》，三民，1995年6月
- 劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》，三民，2018年8月，修訂六版。
- 柯澤東，《國際私法》，元照，2010年，四版。
- 于志宏，試評澳門衝突法的新變化，《法制與社會發展》，2002年12月，第48期，頁85-116。
- 小林貴典，涉外同性婚的基本問題，《月旦法學雜誌》，2022年1月，第320期，頁162-179。
- 吳光平，論跨國同性別二人之結婚——涉外民事法律適用法之現在與未來，《月旦法學雜誌》，2021年10月，第317期，頁181-192。
- 吳秦雯，「優惠性差別待遇」概念之接受、適用與轉化——以我國與法國之「性別」作為優惠標準之比較為中心，《憲法解釋之理論與實務》，中央研究院法律學研究所，2017年4月，頁313-383。
- 林秀雄，離婚之準據法，《新時代法學理論之建構與開創》——劉鐵錚大法官八秩華誕祝壽論文集，2018年9月，頁
- 林益山，「反致問題」之探討，月旦法學雜誌第32期，1998年1月，頁20-21。
- 林益山，國際私法上「最重要牽連因素原則」之研究，《國際私法理論與實踐（一）：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集》，學林文化，1998年9月，頁415-443。
- 林恩瑋，論定性之反致——台法法制之比較，《東海大學法學研究》，2006年6月，第24期，頁241-273。
- 林恩瑋，我國同性婚姻之法律衝突問題，《交大法學評論》，2020年9月，第7期，頁1-20。
- 徐慧怡，同性婚姻與公序良俗，《國際私法理論與實踐（一）：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集》，學林文化，

<sup>131</sup> 吳光平，同前註11，頁187。

- 1998年9日，頁340-383。
14. 曾陳明汝，論屬人法在國際私法上之地位，《國立臺灣大學法學論叢》第19卷第1期，1989年12月，頁251-269。
  15. 陳榮傳，公序良俗條款之適用，《月旦法學雜誌》，1995年5月，第2期，頁70-71。
  16. 陳榮傳，涉外同婚的公序良俗——兼評北高行判決，《月旦法學教室》，2021年5月，第223期，頁27-31。
  17. 劉奕榔，涉外同性婚姻準據法—現行法與修正草案評析(上)，《司法周刊》，2021年10月15日，第2076期，版2、3。
  18. 劉奕榔，涉外同性婚姻準據法—現行法與修正草案評析(下)，《司法周刊》，2021年10月22日，第2077期，版2、3。
  19. 劉鐵錚，婚姻成立之準據法暨相關問題研究，《政大法學評論》，1984年12月，第30期，頁17-44。
  20. 劉鐵錚，反致條款與判決一致，《政大法學評論》，1976年10月，第14期，頁17-48。
  21. 賴淳良，選法規則定性之客體，《跨國侵權行為法論叢》，新學林，2019年，頁1-26。
  22. 賴淳良，跨國同性婚姻的憲法保障，《月旦法學雜誌》，2021年8月，第315期，頁132-145。
  23. 蔡晶瑩，公序良俗條款在國際私法中之發展與適用以德國法做為探討之重心，《政大法學評論》，2007年6月，第97期，頁267-310。
  24. 戴瑀如，論法定繼承與戶籍身分登記，《臺灣法律人》，2021年8月，第2期，頁40-58。
  25. 戴瑀如，結婚與兩願離婚形式要件之再檢討——兼論戶籍登記之爭議，《台灣法律人》，2021年12月，第6期，頁25-40。