涉外同性婚姻準據法
——現行法與修正草案評析

文／劉奕榔

上

司法院大法官於民國 106 年 5 月 24 日作成釋字第 748 號解釋，認為民法關於婚姻規定，於未使「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」之範圍內違反憲法第 22 條婚姻自由、第 7 條平等權保障，要求於該解釋公布之日起 2 年內完成相關法律之修正或制定，否則同性二人即得依民法婚姻規定辦理結婚登記。其後立法院於 108 年 5 月 17 日三讀通過〈司法院釋字第七四八號解釋施行法〉（下稱七四八施行法），經總統於同年月 22 日公布，並定於上開大法官所令最後期限同年月 24 日施行。而時屆七四八施行法施行後已逾兩年多時間，我國人民欲與非本國（非我國）人民於我國成立七四八施行法第 2 條關係（同性婚姻關係），並依同法第 4 條規定辦理結婚登記，該涉外（跨國）同性婚姻是否得以有效成立，相關法令適用於司法實務上仍見歧異，而有研究之必要。

壹 國際私法之法概念與適用流程

國際間不同國家之內國法律規範[1]有所差異，倘特定法律關係涉及不同國家之人民、事物，而具有「涉外因素」時，究竟應選擇何國家之內國法，以適用於具體個案，即有賴各國國際私法決定具體個案法律關係所應適用之法律，此即所謂之「準據法」；又國際私法適用上具有 7 大流程：（一、涉外事件）系爭民、商、家事事件是否具有涉外因素而屬涉外事件 →（二、管轄權）我國法院就該事件有無國際管轄權 →（三、定性）決定該涉外事件涉及法律爭議之性質 →（四、連繫因素）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 →（五、選定準據法）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 →（六、適用準據法）依應適用之法律適用於具體個案，惟須注意公安條款問題 →（七、結論）適用法律後具體個案之結果判斷。其中就定性問題，乃因國際間對於不同法律關係之定義、內涵或有不同，須有規則決定具體法律關係之性質，從而具有涉外因素之涉外事件，應先決定其所涉法律關係之性質，再依定性後之性質，參照我國國際私法之抽象「選法規則」，決定具體個案中應適用之準據法為何，此即國際私法之重要作用。

貳 我國現行法下涉外同性婚姻之法適用流程

一、涉外事件與國際管轄權

涉外同性婚姻於我國就是否有效成立出現爭議時，依上開流程，即應先行判斷是否具有涉外因素而屬涉外事件。則所謂「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」[2]，涉外同性婚姻既屬我國與非本國人民、抑或非本國人民間之婚姻結合，於國籍、婚姻締結地等均具有涉外因素，自屬涉外事件無疑；又「關於涉外事件之國際管轄權誰屬，涉外民事法律適用法固未明文規定，惟受訴法院尚非不得就具體情事，類推適用國內法之相關規定，以定其訴訟之管轄」[3]，依最高法院向採之國際管轄權類推適用我國民事訴訟法之規則，我國家事事件法第 52、53 條業已分就婚姻事件之國內、國際管轄權有所規範，即得依該等規定認該同性婚姻一方為我國人民，或雖均非我國人民然於我國境內具有住所，而認我國法院具有國際管轄權。

二、定性問題

又「涉外同性婚姻是否有效成立」之爭議既屬涉外事件，且我國具有國際管轄權時，即應進一步決定「涉外同性婚姻是否有效成立」此一法律關係之性質究竟為何。而就定性問題，學說上有提出法庭地法說、本案準據法說、分析比較法理說、初步定性與次步定性說之爭議[4]，然實務見解認為「涉外事件中，為決定該涉外法律關係所應適用之準據法，須先就訟爭事實加以定性。即以當事人主張之基礎事實為準，依法庭地法就法律關係之性質、法律名詞之概念加以確定究屬於何類法則之範疇」[5]，採取法庭地法說，亦即依我國法之概念、內涵決定涉外事件之性質。則釋字第 748 號解釋理由書，已明確說明同性婚姻之內涵為「相同性別二人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」，此與釋字第 452 號[6]、第 554 號[7]、第 791 號[8]解釋理由書所涉及之異性婚姻制度，乃以永久結合為要件之概念相符。又行政院所提出之七四八施行法草案第 2 條文字為：「稱同性婚姻關係者，謂相同性別之二人，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」[9]，於立法院二讀逐條討論時，通過者乃民進黨團所提出之再修正動議（即現行法）之條文[10]，與現行法第 2 條相較，僅係刪除「同性婚姻關係」之用語後改稱「第二條關係」，而刪去理由似乎僅是為求符合釋字第 748 號解釋意旨，然為避免社會衝突所為之折衝，概念、性質上仍屬同性婚姻關係無疑[11]；再七四八施行法第 21 條、第 24 條規定，對於同性婚姻雙方既均「準用」配偶之相關規定，而「法律上所謂準用，係法律明定將關於某種事項（法律事實）所設之規定，適用於其相同或相類似之事項之上，倘其與既有之法律所規範之事項並非相同或相類似者，即無準用之可言」[12]。從而依上開分析，我國同性婚姻之概念內涵，與異性婚姻相同，故就涉外同性婚姻是否有效成立之爭議，於我國應定性「婚姻成立要件」，應無疑義。

三、國際私法之強行適用法性質

再上開「涉外同性婚姻是否有效成立」經認屬涉外事件、我國具國際管轄權且定性後，依最高法院見解，須強制適用我國國際私法選擇準據法，亦即我國之涉外民事法律適用法（下稱涉民法）、香港澳門關係條例、臺灣地區與大陸地區人民關係條例等衝突法，均屬強行法，一旦涉訟事件具有涉外因素而為涉外事件，即須依定性後之性質「強制、當然適用」我國國際私法中規定之選法規則，否則即屬判決違背法令[13]，僅有例外依涉民法第 31 條規定，非因法律行為而生之債於起訴後合意適用我國法時，始得不適用我國國際私法[14]。從而部分實務見解或有認就涉外同性婚姻成立與否之準據法，須依七四八施行法第 24 條第 2 項「民法以外之其他法規關於夫妻、配偶、結婚或婚姻之規定，及配偶或夫妻關係所生之規定，於第二條關係準用之」之規定，準用涉民法第 46 條關於婚姻成立要件之規定[15]，諒係漏未審酌國際私法具有強行法之性質，且涉民法屬我國衝突法，七四八施行法屬我國內國實質法，涉外事件均須先行適用我國衝突法決定準據法後，方得依選法規則之指示適用特定國家之內國實質法，自不得先行適用七四八施行法反向推導準用涉民法，致法律適用之疑義出現。

四、連繫因素與選定準據法

又我國現行關於婚姻成立與否之準據法，涉民法第 46 條規定：「婚姻之成立，依各該當事人之本國法。但結婚之方式依當事人一方之本國法或依舉行地法者，亦為有效」，而國際私法就所規範之多數準據法對於單一法律關係如何適用，有並行適用（就

（文轉三版）

註釋

1 一國法律規範可分為衝突法、實質法，前者即國際私法，後者包括實體法（如民法）、程序法（如民事訴訟法）。
2 最高法院 109 年度台上字第 781 號民事判決意旨參照。
3 最高法院 110 年度台抗字第 133 號民事裁定意旨參照。
4 見劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，第 545 至 548 頁，107 年 8 月增訂六版一刷，三民書局；柯澤東著、吳光平增修，國際私法，第 47 至 49 頁，109 年 10 月六版一刷，元照；蘇遠成，國際私法，第 44 至 46 頁，90 年 7 月五版四刷，五南圖書；劉鐵錚，國際私法上定性問題之研究，收於氏著《國際私法論叢》，第 230 至 233 頁，89 年 8 月六版一刷，三民書局。
5 最高法院 104 年度台上字第 2197 號民事判決意旨參照。
6 釋字第 452 號解釋理由書：「夫妻住所之設定與夫妻應履行同居之義務，尚有不同，夫妻縱未設定住所，仍應以永久共同生活為目的，而互負履行同居之義務，要屬當然」。
7 釋字第 554 號解釋理由書：「按婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎」。
8 釋字第 791 號解釋理由書：「按婚姻制度具有維護人倫秩序、性別平等、養育子女等社會性功能，且因婚姻而生之永久結合關係，亦具有使配偶雙方在精神上、感情上與物質上互相扶持依存之功能。故國家為維護婚姻，非不得制定相關規範，以約束配偶雙方忠誠義務之履行」。
9 見立法院公報第 108 卷第 53 期，第 69 頁。
10 見立法院公報第 108 卷第 53 期，第 69 至 73 頁。
11 見立法委員尤美女、賴士葆於七四八施行法第 2 條二讀時之發言，立法院公報第 108 卷第 53 期，第 71 至 72 頁。
12 最高法院 100 年度台抗字第 893 號民事裁定意旨參照。
13 最高法院 109 年度台上字第 781 號民事判決：「次按民事事件涉及外國者，為涉外民事事件，應依涉外民事法律適用法定其應適用本國或外國之法律。所稱涉外，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。查被上訴人係外國法人，上訴人主張系爭債權消滅而提起本件債務人異議之訴，依上說明，應依涉外民事法律適用法之規定，確定其準據法。原審未遵循選法之程序並說明本件應適用我國法所憑依據，即逕為判決，亦有判決不備理由之違法。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由」。
14 學說上有進一步比照外國實務發展，認為倘屬當事人得自由最高法院 108 年度台上字第 1333 號民事判決：「按民事事件涉及外國者，為涉外民事事件，應依涉外民事法律適用法定其應適用本國或外國之法律。所稱涉外，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。查被上訴人為英屬維京群島商，係依英國法律設立之外國公司，系爭模具於大陸地區製作，具有涉外因素，本件屬涉外事件，原審未依涉外民事法律適用法之規定確定其準據法，遽為判決，已有未合」。
相同見解，可見臺北高等行政法院 109 年度訴字第 14 號判決：「因系爭申請之基礎事實為原告合意成立施行法第 2 條關係，該法律關係之一方當事人即原告梁○○為澳門居民，係與澳門地區發生牽連關係，依港澳條例第 38 條前段規定，民事事件涉及澳門者，類推適用涉民法，屬涉外民事事件。則揆諸前揭說明，先經依訟爭法庭地即我國法律予以評價，應定性其性質上歸屬結婚類法則之範疇，再依港澳條例第 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」。

法源法
www.lawba
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
服務
TEL:02-2
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

法律網
ank.com.tw
一欄式檢索、各類資料進階檢索
原資訊
專線
509-3536
L WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
臺幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

同一涉外事件，依法律關係或當事人之不同，而分別適用不同法律）、累積適用（就同一涉外事件，先後重複適用數種準據法）、選擇適用（就可適用之數種準據法，選擇其一予以適用）[16]，而選擇適用又可細分為單純擇一適用（可任擇其一準據法認定）、優先擇一適用（須依所規定之優先順序適用準據法），從而上開第 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，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[17]，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。

然須注意我國國際私法中選法規則採用國籍作為連繫因素時，依涉民法第 6 條：「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」規定，即有「反致」規則之適用。反致規則之發生原因，在於依我國國際私法選法規則，應適用外國法時，該外國法之範疇係指「該外國法全部（包括衝突法、實質法）」，抑或僅為「該外國法之實質法」[18]，倘立法上採取前者，即出現反致規則之適用。而反致規則於理論上可區分為「一部反致（我國國際私法指向外國法時，僅適用該外國國際私法中關於準據法之規定，反致規定部分不予適用）」、「全部反致（我國國際私法指向外國法時，適用該外國國際私法包括反致及準據法規定）」[19]。又依反致範圍之不同，可另分類為「直接反致」（法庭地國際私法 → 外國國際私法 → 指回我國法，即適用我國內國實質法）、「轉據反致」（法庭地國際私法 → 外國國際私法 → 指向第三國法，倘第三國國際私法又指向第四國法，即直接適用第三國內國實質法，而不適用第四國法）、「間接反致」（法庭地國際私法 → 外國國際私法 → 指向第三國法，倘第三國國際私法又指回我國法，即適用我國內國實質法）、「重複反致」（法庭地國際私法 → 外國國際私法 → 指向第三國法，第三國國際私法又指回我國法 → 我國法再指向外國國際私法）。從而上開涉民法第 6 條規定，包括「直接反致」（依本法適用當事人本國法時，依其本國法應適用中華民國法律者，適用中華民國法律）、「轉據反致」（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）、「間接反致」（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。但該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律）3 種情形，僅容許最多反致 2 次，否則即直接適用我國或外國之內國實質法。

從而涉外同性婚姻成立與否，依涉民法選法規則既以國籍為連繫因素，從而於並行適用各該當事人本國法時，即有上開反致規則之適用，而應將當事人本國法中國際私法選法規則納入法律適用範疇內，非直接適用當事人本國法中實質法規定。故司法院於 108 年 6 月 24 日以行政函釋表示：「國人除與承認同性婚姻之國家人士可成立涉外之施行法第 2 條關係外，國人與未承認同性婚姻國家人士締結之施行法第 2 條關係，在我國將不被承認」[20]，實漏未考量上開涉民法反致規定所致，自有未洽，幸而司法院業於 110 年 6 月 2 日以行政函釋補充上開函釋：「所謂在我國將不被承認者，係指若一方當事人之本國法為其最終應適用之準據法，而該本國法並未承認同性婚姻之情形」[21]，就上開疑義予以釐清，實屬適當。又法務部引用司法院上開 108 年 6 月 24 日函釋，認為應依非本國人民本國法中婚姻要件規定決定婚姻是否有效成立[22]，亦未注意應一併適用非本國人民本國法中國際私法，已屬錯誤見解。另內政部戶政司同性之婚姻登記網站[23]上雖認為「國人與阿根廷、澳洲、奧地利、比利時、巴西、加拿大、哥倫比亞、丹麥、芬蘭、法國、德國、冰島、愛爾蘭、盧森堡、馬爾他、墨西哥（部分地區）、荷蘭、紐西蘭、挪威、葡萄牙、南非、西班牙、瑞典、英國、美國、烏拉圭、厄瓜多、哥斯大黎加等 28 個同性婚姻合法國家或地區之外籍人士，得辦理同性結婚登記」等語，亦忽略上開涉民法反致規定，僅以非本國人民本國法中實質法是否保障同性婚姻，作為得否為涉外同性婚姻登記之判斷標準，實屬有誤。實務上亦可見戶政機關以此為由否准涉外同性婚姻登記，經內政部駁回訴願後之行政訴訟[24]，自應特別注意。

五、適用準據法

倘依上開涉民法第 46 條本文、第 6 條選定準據法後，非本國人民部分之法律適用為其本國法中實質法，而其本國法實質法並未保障同性婚姻制度時，可否依涉民法第 8 條規定：「依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之」之公安條款排除該外國法之適用，亦有探討之必要。衡諸該條立法理由[25]，係於具體個案適用外國法之結果，有違反我國公共秩序或善良風俗時，即不適用該外國法。然所謂「公序良俗」，係屬不確定法律概念，學說有認為屬立法者所意欲之法律漏洞，使法官於具體個案中負擔立法責任，補充其內容與價值[26]，實務見解則有認為「所謂公共秩序，係國家社會之一般要求或利益，善良風俗則係社會一般道德觀念，前者以國家社會之秩序本身為主，後者則以道德觀念為主」，因而認適用日本法結果，我國經日本國民收養之人民得以繼承本身父母之遺產，並無背於我國公共秩序或社會一般道德觀念而有背於善良風俗[27]，或認為「所謂公共秩序者係指國家社會之一般要求或利益，善良風俗者乃社會一般道德觀念之謂，諸如違反人倫、違背正義觀念、或剝奪（或限制）個人自由過甚之行為均屬之。且公序良俗之具體內容，會隨時代社會思想之變遷及個別社會制度之不同而有更異」[28]，故該概念尚非明確，而須於個案中考量具體情狀個別認定。

又倘適用涉民法第 8 條規定，不適用所指向之外國法中實質法時，法律效果為何，學說上有拒絕審判說（法律已明文適用外國法，倘外國法無法適用，法院應拒絕審判）、內國法代用說（具體個案既因法律規定而適用外國法，倘外國法無法適用，則可回歸適用內國法）、準據法國其他法律說（尋找準據法國其他適當法律加以適用）、分別處理說（因法律並未規範不適用外國法之效果，故法官得以審酌案情，適用內國法或外國法之其他規定）[29]。

（下期待續）

（作者為臺灣苗栗地方法院法官）

註釋

處分之涉外法律關係，若當事人未主張外國法之適用，則我國法院適用我國法，並無不當，然若當事人已主張適用外國法，我國法院仍適用我國法時，當屬違法適用法律，見柯澤東著、吳光平增修，註 4 書，第 97 至 109 頁。

15 如臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1805 號判決：「是系爭施行法第 2 條同婚關係之當事人有涉及非我國國民情形時，前開涉民法關於婚姻規定（按：涉民法第 46 條）即為民法以外關於結婚或婚姻之規定，依系爭施行法第 24 條第 2 項規定當予以準用」。

16 見劉鐵錚、陳榮傳，註 4 書，第 239 至 241 頁。

17 婚姻形式要件準據法，依涉民法第 46 條條文「婚姻之成立，依各該當事人之本國法。但結婚之方式依當事人一方之本國法或依舉行地法者，亦為有效」之文義，於本文中並未標明僅適用於婚姻實質要件，而為達便利涉外婚姻成立之目的，故於但書中增加婚姻形式要件，依一方本國法或舉行地法「亦為有效」，從而婚姻形式要件準據法當然包括「各該當事人本國法、一方本國法或舉行地法」三種，相同見解，可見劉鐵錚，婚姻成立之準據法暨相關問題之研究，收於氏著，註 4 書，第 365 至 366 頁。

18 見曾陳明汝著、曾宛如續著，國際私法原理（上集）— 總論篇，第 310 頁，97 年 5 月改訂八版，新學林。

19 見劉鐵錚、陳榮傳，註 4 書，第 520 至 523 頁。

20 司法院秘書長 108 年 6 月 24 日秘台廳民一字第 1080013276 號函：「按司法院釋字第 748 號解釋施行法（以下簡稱本施行法）第 2 條規定：『相同性別之二人，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。』第 4 條規定：『成立第 2 條關係應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人，依司法院釋字第 748 號解釋之意旨及本法，向戶政機關辦理結婚登記。』關於我國人與外籍人士如欲成立本施行法第 2 條關係，涉及涉外民事法律適用法（以下簡稱涉民法）之解釋與適用，依涉民法第 46 條規定：『婚姻之成立，依各該當事人之本國法。但結婚之方式依當事人一方之本國法或依舉行地法者，亦為有效。』亦即我國國民與外籍人士，其婚姻成立之實質要件須分別符合我國法律及該外籍人士本國法律之規定，且其婚姻之方式符合當事人一方之本國法或舉行地法規定者，婚姻即有效成立。在本施行法施行後，國人除與承認同性婚姻之國家人士可成立涉外之施行法第 2 條關係外，國人與未承認同性婚姻國家人士締結之施行法第 2 條關係，在我國將不被承認」。類似之闡述模式，見司法院秘書長 107 年 4 月 2 日秘台廳民一字第 1070004498 號函釋：「……。從而，除適用外國法之結果有背於我國公共秩序或善良風俗外，我國國民與外籍人士結婚，只要其婚姻成立之實質要件分別符合我國法律及該外籍人士本國法律之規定，而其婚姻之方式符合當事人一方之本國法或舉行地法規定者，婚姻即為有效成立。」同將外籍人士本國法直接認定為最終準據法，而遽認涉外同性婚姻有效成立，亦有未洽。

21 司法院秘書長 110 年 6 月 2 日秘台廳民一字第 1100012984 號函，本文於同年月 1 日投稿，此部分感謝審稿人惠賜意見。

22 法務部 109 年 4 月 7 日法律字第 10903506180 號函：「本件來函所詢國人與義大利國人得否持憑經驗證之義國同性民事結合證書在臺申請結婚登記乙節，因涉及我國人與外籍人士成立涉外民事法律關係，依我國上開涉民法第 46 條規定，須我國人與義大利國人之婚姻成立實質要件，分別符合我國法及義國法，該婚姻始屬有效成立。本件當事人依我國法雖可成立本施行法第 2 條關係，惟其婚姻成立之實質要件是否符合義國法之婚姻要件規定，因貴部（按，係內政部）已函請外交部協查義大利家庭婚姻制度相關法令規範，並經該部 108 年 11 月 15 日外條法字 10800417470 號函附駐義大利代表處 108 年 11 月 13 日義大字第 10842102960 號函復在案，爰請貴部參酌該部提供內容及本件上開說明辦理」、法務部 109 年 4 月 22 日法律字第 10903507370 號函：「本件來函所詢國人與匈牙利國人得否持憑經驗證之同性伴侶登記證書在臺申請結婚登記乙節，因涉及我國人與外籍人士成立涉外民事法律關係，依我國上開涉民法第 46 條規定，須我國人與匈牙利國人之婚姻成立實質要件，分別符合我國法及匈牙利國法，該婚姻始屬有效成立。本件當事人依我國法雖可成立本施行法第 2 條關係，惟其婚姻成立之實質要件是否符合匈牙利國法之婚姻要件規定，因貴部（內政部）已函請外交部協查，並經該部 109 年 3 月 25 日外條法字第 10900100470 號函附駐匈牙利代表處 109 年 3 月 23 日匈牙字第 10941901330 號函復在案，爰請貴部參酌該部提供內容及本件上開說明辦理」。

23 https://www.ris.gov.tw/documents/html/2/3/7/401.html（最後瀏覽時間：110 年 7 月 2 日）。

24 如臺北高等行政法院 109 年度訴字第 221 號事件。

25 「按關於外國法適用之限制，原條文係以『其規定』有背於中華民國公共秩序或善良風俗為要件，如純從『其規定』判斷，難免失之過嚴，而限制外國法之正當適用。爰將『其規定』一詞修正為『其適用之結果』，以維持內、外國法律平等之原則，並彰顯本條為例外規定之立法原意」。

26 見林恩瑋，國際私法理論與案例研究，第 98 頁，102 年 2 月初版一刷，五南圖書。

27 見臺灣高等法院 107 年度重家上更一字第 9 號民事判決。

28 見臺灣苗栗地方法院 109 年度親字第 2 號民事判決。

29 見黃裕凱，國際私法，第 105 頁，102 年 4 月初版一刷，五南圖書。