涉外同性婚姻準據法
—現行法與修正草案評析 下

文／劉奕榔

（文接上期）

實務見解則多採內國法代用說，認為「前開印尼國民法排除子女、妻可提起否認子女之訴，此與我國現行民法保障未成年子女最佳利益之精神有違，堪認適用前開印尼國法律規定，有悖於公序良俗，可認本案訴訟準據法不應適用印尼國法律，而應適用我國民法之規定」[30]、「以外籍移工為求來臺工作而於外國向外國公司借貸之款項而論，約定利率超過週年利率 20% 者，如外籍移工出於自願性償還，債權人固非屬不當得利，然如外籍移工已表明不願償還，然該外國法竟仍許可債權人得向外籍移工請求者，此等情形自屬涉外民事法律適用法第 8 條所稱適用之結果有背於我國公共秩序或善良風俗，而仍應以我國法為準據法」[31]。本文認為該條規定既為保護我國公序良俗，則我國法為建構我國公序良俗秩序之一環，以我國法代用之，自能達成貫徹我國公序良俗之目的，且自實務面觀察，適用我國法應為較便利之方式。

則涉外同性婚姻有效成立與否，適用涉民法第 46 條本文並行適用我國法、非本國人民本國法後，倘適用非本國人民本國法之結果，渠等婚姻無效時，是否違背我國公序良俗，學說有認為婚姻為形成親屬身分關係之基本法律行為，具有濃厚社會習俗色彩，與一國公序良俗具有密切關係，然因各國公安條款之用語、內涵不同，除依內國之道德、內國法之精神及目的而為解釋外，即有賴法官之自由判斷[32]。本文認為得加以區分，倘係因該非本國人民本國法並未保障同性婚姻，致使婚姻無效，似得引用釋字第 748 號解釋意旨，認保障人格健全發展與人性尊嚴而生之結婚自由，係屬我國整體社會一般要求及人民所得享有之利益，倘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，而以七四八施行法取代適用於該非本國人民。惟倘外國法具有同性婚姻之保障，而係因締結同性婚姻之雙方無結婚真意、違反年齡限制、重婚、近親結婚限制等其他情形，導致婚姻無效，該等結果自與我國公序良俗無違，而無公安條款之適用。

參 涉外同性婚姻準據法之修正草案

一、立法委員高嘉瑜等人之修正草案

立法委員高嘉瑜等人之修正草案[33]，擬將涉民法第 46 條修正為：「婚姻之成立，除法律另有規定外，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」、第 46 條之 1：「司法院釋字第七四八號解釋施行法第二條關係之成立，依當事人一方之本國法或行為地法」。

修正理由則略為：「（第 46 條）一、…… 國家政策不應該以性傾向為差別待遇，否則將與憲法第七條保障平等權之意旨不符。二、……。然根據現行『涉外民事法律適用法』第四十六條本文，婚姻之實質要件準據法上，採行『並行適用主義』的結果，將使婚姻之成立，需分別符合雙方當事人之本國法規定。基此，相同性別之二人，若當事人之一方或雙方為同性婚姻尚未合法化國家之人民，即無法在我國依法登記結婚。（第 46 條之 1）……。二、目前全球僅 28 個同性婚姻合法之國家，因此只要涉外同性伴侶一方或雙方之本國法同性婚姻尚未合法化，婚姻即無法成立。此外，現行法亦未保障『一方為我國國民、另一方為同性婚姻尚未合法化國家人民』之婚姻形式，觀察其他施行婚姻平權的國家，只有我國限定伴侶國家需是同婚合法國，恐已造成基於『我國國民的選擇』、『婚姻對象的國籍』所做出的差別待遇。四、……。五、綜上所述，為落實憲法保障婚姻自由與平等權之意旨，並貫徹釋字第 748 號解釋之精神，爰擬具『涉外民事法律適用法第四十六條及第四十六條之一條文修正草案』」。

惟觀諸上開修正條文及理由，應注意以下問題：**第一**，現行第 46 條本文就婚姻實質要件雖採並行適用說，然既以國籍作為連繫因素，於適用非本國人民本國法時，必定有涉民法第 6 條反致規則之適用，不必然均適用非本國人民本國法中實質法，從而修法理由認為「若當事人之一方或雙方為同性婚姻尚未合法化國家之人民，即無法在我國依法登記結婚」、「只要涉外同性伴侶一方或雙方之本國法同性婚姻尚未合法化，婚姻即無法成立」等語，顯屬錯誤理解。**第二**，涉民法為選法規則，除於條文內特別限制外，均非僅以我國人民作為適用之對象，而係以「於我國有所爭執之涉外民、商、家事法律關係」為適用之對象，故縱同性婚姻雙方均非我國人民，只須於我國涉訟且我國具有國際管轄權，仍應適用我國國際私法處理，故修法理由中所稱「現行法亦未保障『一方為我國國民、另一方為同性婚姻尚未合法化國家人民』之婚姻形式」，亦屬誤會。**第三**，涉民法就選法規則之規範，均係以抽象之法律關係、事實為之，並未以特定法條規定為適用之範圍，從而以「司法院釋字第七四八號解釋施行法第二條關係」作為草案第 46 條之 1 規定之適用範疇，有違涉民法之體例，且我國實務見解就定性採法庭地法說，亦即係依我國法之內涵決定涉外事件之性質，而七四八施行法第 2 條關係，既屬同性婚姻性質，業如前述，不妨直接以「同性婚姻」作為該條適用之範疇，不僅明確，亦能融合於涉民法條文中。**第四**，草案第 46 條之 1 選擇適用「一方當事人本國法」及「行為地法」為準據法，相較於異性婚姻所適用之第 46 條本文，顯然較為寬鬆，而寓有便利涉外同性婚姻成立之意涵，宜於修法理由中加以註明，以明第 46 條、第 46 條之 1 不同規定之原因。**第五**，有無必要將同性婚姻另立一條新增準據法，值得深思。

二、立法委員林昶佐等人之修正草案

立法委員林昶佐等人所提出之修正草案[34]，係將涉民法第 46 條新增第 2 項規定：「司法院釋字第七四八號解釋施行法第二條關係之成立，下列各款另有規定者，不適用前項之規定：一、第二條關係於當事人一方之本國法未合法，但於他方當事人之本國法合法者，依他方當事人之本國法。二、第二條關係於當事人雙方之本國法皆未合法，其中一方領有台灣居留文件者，依行為地法」。

而修法理由則略為：「一、依司法院大法官釋字七四八號解釋，…… 並未限制本國人使得（按：似為『始得』之誤）辦理結婚登記。惟現行涉外民事法律適用法第四十六條規定，『婚姻之成立，依各該當事人之本國法』，即本國人無法與同婚尚未合法之另一方辦理結婚登記，造成本國人間不合理的差別待遇，應予以修正。二、…… 現行法因外國人之身分，剝奪憲法上婚姻自由及平等權之基本人權，不符合憲法保障基本權之精神。參酌國外之立法例…… 三、修正本條第二項第一款，司法院釋字第七四八號解釋施行法第二條關係之成立，若當事人一方之本國法未合法，但於他方當事人之本國法合法者，依他方當事人之本國法。四、修正本條第二項第二款，基於七四八號解釋『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」』之意旨。當事人雙方之本國法皆未合法，若其中一方領有台灣居留文件，依行為地法。即認定雙方有在台灣經營共同生活之可能，應保障其婚姻自由與平等權」。

惟就上開草案，應注意以下問題：**第一**，依現行第 46 條本文規定，就婚姻是否成立係並行適用各該當事人本國法，仍有現行第 6 條反致規定之適用，從而就同性婚姻一方非本國人民時，須視其本國國際私法之規定，決定最終應適用之實質法為何，故其本國法並非必然屬最終應適用之法律，從而單依現行第 46 條規定，無法推導出我國人民無法與非本國人民辦理結婚登記之論點；**第二**，現行第 46 條僅係抽象規定婚姻要件準據法，非屬規範涉外同性婚姻於我國是否有效成立之實質法，我國人民與部分非本國人民於我國無法成立同性婚姻之原因，乃在於依現行第 46 條、第 6 條決定準據法後，該準據法國之內國實質法規定所造成，並非因現行第 46 條規定導致外國人因其身分而遭剝奪締結同性婚姻之權利。**第三**，涉民法就選法規則之規範，均係以抽象之法律關係、事實為之，不妨直接以「同性婚姻」作為該條適用之範疇；**第四**，現行第 46 條既屬婚姻要件原則規範，倘欲就同性婚姻為例外規定，似毋庸採排除適用之立法方式，而以「前條婚姻之成立屬同性婚姻者，亦得依下列法律：一、一方當事人本國法。二、一方當事人具有我國居留權者，行為地法」，即可達成修法之目的。**第五**，就雙方均非我國人民之涉外同性婚姻，有無必要限於需我國居留證之「於我國經營共同生活

（文轉三版）

註釋

30 見臺灣花蓮地方法院 108 年度親更一字第 1 號民事判決；同此見解，見臺灣新北地方法院 109 年度親字第 23 號民事判決、臺灣新竹地方法院 109 年度親字第 1 號民事判決、臺灣桃園地方法院 108 年度親字第 89 號民事判決、臺灣臺中地方法院 108 年度親字第 23 號民事判決、臺灣宜蘭地方法院 107 年度親字第 6 號民事判決。

31 見臺灣桃園地方法院 108 年度簡上字第 82 號民事判決。

32 見劉鐵錚，註 17 文，第 368 頁。

33 見院總第 98 號委員提案第 24941 號，立法院第 10 屆第 2 會期第 1 次會議議案關係文書，109 年 9 月 16 日。

34 見院總第 98 號委員提案第 25923 號，立法院第 10 屆第 3 會期第 2 次會議議案關係文書，110 年 3 月 3 日。又時代力量黨團於前屆會期亦有提出不同之修正草案，惟本文僅先就立法院第 10 屆之提案研究，見院總第 98 號委員提案第 22924 號，立法院第 9 屆第 7 會期第 4 次會議議案關係文書，108 年 3 月 6 日。

35 見院總第 98 號委員提案第 25988 號，立法院第 10 屆第 3 會期第 3 次會議議案關係文書，110 年 3 月 10 日。

植根法律
數位法律資訊
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 900 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL
司法 訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院司

（文接二版）

之可能」，方得適用例外之準據法，亦值得思考，立法理由似應就為何無我國居留證即無該例外規定適用之疑義，再予詳細闡述。

三、民眾黨團修正草案

民眾黨團之修正草案[35]，擬將涉民法第 46 條新增第 2 項：「相同性別當事人間之婚姻依前項規定適用法律為不成立者，適用下列各款法律：一、依當事人一方之本國法，於相同性別之二人間不能成立婚姻，但他方當事人之本國法得成立婚姻者，依他方當事人之本國法。二、當事人雙方之本國法，於相同性別之二人間均不能成立婚姻者，依各該當事人之住所地法」。

修正理由則略為「一、現行涉外民事法律適用法第四十六條條文規定當事人雙方之本國法同時成立方可成立婚姻。然而，目前全球僅二十多個同性婚姻合法之國家，因此只要涉外同性伴侶之本國法尚未同性婚姻合法化，婚姻即有可能無法成立。二、…… 三、綜上所述，爰增訂第二項之規定，有關涉外同性婚姻是否成立之準據法，於同性伴侶二人中有一方之本國法未承認同性婚姻者，則得依同性婚姻合法化國家一方之本國法。至於同性伴侶雙方之本國法皆未合法化同性婚姻者，考量亦有出現涉外民事事件之可能，為同樣保障其等權利，以住所地法作為準據法」。

惟上開修正理由及條文，有以下疑義：**第一**，現行第 46 條規定，就婚姻實質要件係採並行適用，各別適用各該當事人本國法，而適用其本國法時，亦有現行第 6 條反致規定之適用，經反致後準據法可能非其本國法，故「於當事人雙方之本國法上同時成立方可成立婚姻」之論點，顯然有誤。**第二**，草案就同性婚姻準據法改採優先擇一適用，新增準據法，立意良善，然條文結構出現「適用法律不成立」、「不能成立」等用語，不僅用語繁瑣而與其他條文體例不符，且國際私法本即為選法規則，倘採優先擇一適用時，於優先之準據法適用後婚姻不成立時，本即得繼續適用後順序準據法，故條文似得簡化為「同性婚姻除依前項規定外，亦得適用下列法律：一、一方當事人之本國法。二、各該當事人之住所地法」，較為恰當。**第三**，該草案例外規定並未限制一方須為我國人民方得以適用，亦即適用範圍可及於雙方均非我國人民之涉外同性婚姻，且於立法理由說明係為保障渠等權利，立意良善，值得肯定。

四、立法委員鄭麗文等人之修正草案

立法委員鄭麗文等人之修正草案[36]，擬將涉民法第 46 條新增第 2 項：「於相同性別當事人間之婚姻關係，若依前項規定適用法律為不成立者，得僅依一方之本國法、住所地法或居住地法成立婚姻」。

修正理由則略為「一、……。二、新增第二項，相同性別而欲成立婚姻關係之雙方當事人間，若其中一方之本國法未承認同性婚姻關係，得例外僅適用一方本國法或住居所地法成立之」。立法說明則略為「一、自《司法院釋字第七四八號解釋施行法》通過至今，我國仍未將針對跨國同性婚姻及收養的相關配套措施納入明文，致使目前僅承認雙方均來自同性婚姻合法國家的同性伴侶在我國的婚姻關係。二、有承審跨國婚姻訴訟的法官質疑，行政機關依照目前現制，以『對方國家同性婚姻是否合法』作為判定得否辦理同性婚姻登記的規定，並未考量涉外事件的反致規定，恐有侵害跨國同性配偶結婚基本權之虞。故本次修法新增相同性別而欲成立婚姻關係之雙方當事人間，若其中一方之本國法未承認同性婚姻關係，得例外僅適用一方本國法或住居所地法成立之」。

惟上開修正說明及草案，有以下問題：**第一**，我國國際私法本即適用於具有涉外因素之涉外事件，從而七四八施行法施行後，就涉外同性婚姻之準據法，即因涉民法第 46 條之選法規則而有所規範，並非無明文規定。**第二**，依現行第 46 條、第 6 條規定，倘適用同性婚姻一方當事人本國法，須併同適用反致規定，以決定涉外同性婚姻成立要件之準據法為何，非必屬非本國人民之本國法，從而純以當事人本國法中實質法判斷同性婚姻是否成立，實屬錯誤。**第三**，行政機關審查准否結婚登記時，倘未適用現行第 6 條反致規定，係屬行政事項，該情形無法透過新增準據法規定予以解決，且依草案之內容，行政機關仍須先行判斷依第 46 條第 1 項各該當事人本國法是否成立，如判斷結果認為不成立，方有第 2 項之適用，故以此作為修正理由，有所不當。**第四**，草案就涉外同性婚姻增加準據法之選擇適用，將便利該關係之成立，值得肯定，然立法須力求用語簡潔，故不妨調整用語為「就同性婚姻，若依前項規定適用之結果不成立者，亦得依一方之本國法、住所地法或居住地法」，即可達相同結果。

五、司法院修正草案

司法院於 110 年 1 月 22 日第 189 次院會通過修正草案[37]，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、司法院釋字第七四八號解釋施行法……。又該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」。

惟上開修正理由及條文，亦有以下問題：

第一，七四八施行法係屬我國內國實質法，依我國立法體例，本即無就涉外事件另作實質法特別規定，而悉依國際私法之規範，於涉外事件決定應適用之準據法，從而涉外同性婚姻依現行涉民法第 46 條本文，乃並行適用各該當事人本國法，倘其中有一方或雙方當事人之法律適用指向我國七四八施行法，該法即有適用於涉外同性婚姻法律關係內，故修正理由中所指「七四八施行法並未規範跨國同性婚姻」，顯然錯謬。**第二**，現行第 46 條本文婚姻實質要件既以國籍為連結因素，於適用當事人本國法時，必有同法第 6 條反致規定之搭配適用，從而非本國人民並非絕對適用其本國法，或有因反致規定而指向我國或第三國法律之可能，修正理由又以「倘一方當事人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」之錯誤論述為據，實屬未全盤理解涉民法規範之故。**第三**，草案採用選擇適用準據法中之優先擇一適用方式，讓涉外同性婚姻先並行適用各該當事人本國法，倘適用結果因性別關係無法成立，於我國人民為婚姻一方當事人時，另選擇適用我國法，解決實際上涉外同性婚姻多有因並行適用而無法成立之現狀，實值肯定。

第四，惟就草案但書中「但適用當事人一方本國法」之要件，究係指「一方本國法中實質法」抑或「一方本國法中衝突法及實質法」，未有說明，倘依後者，一方當事人係因其本國國際私法指向第三國法律，而因第三國內國實質法未規範同性婚姻，致涉外同性婚姻未有效成立時，是否亦有草案但書之適用，將生疑義。本文認為參酌國際私法上反致規則，應採後者之解釋方式，較為恰當，且亦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。**第五**，所謂「因性別關係無法成立」之要件，本文斟酌但書規定既屬例外，宜限於「僅因性別關係所致」，而排除另有包括其他實質要件欠缺而致婚姻無法成立之情形，較為允當。**第六**，草案但書僅適用於涉外同性婚姻一方當事人為我國人民之情形，而不及於雙方均非我國人民之個案，是否有其區分之正當性，並未於修正理由中說明，本文認為不論係前者或後者，釋字第 708 號既已揭櫫「基本人權任何人不分國籍均應受保障」之重要憲法理念[38]，從而釋字第 748 號所明示之「結婚自由為重要之基本權」，該保障亦應及於非本國人民為當。**第七**，現行第 46 條本文係規範婚姻形式及實質要件，再於但書例外增加婚姻形式要件準據法，故就婚姻形式要件，係採單純擇一適用各該當事人本國法（規範於本文）、一方本國法或舉行地法（規範於但書），惟草案將婚姻形式要件移列為第 46 條第 2 項，並將現行法用語「亦為有效」，改為「皆為有效」，將致誤認草案第 46 條第 1 項僅規範婚姻實質要件，而婚姻形式要件僅得依同條第 2 項選擇適用當事人一方本國法或舉行地法，而無同條第 1 項並行適用各該當事人本國法規定之適用，與修正理由不符，宜作補充說明為當。

肆 結論

我國自釋字第 748 號解釋以降，涉外同性婚姻是否有效成立之司法爭議屢見不鮮，民間團體亦有疾呼希冀透過修正涉民法第 46 條規定，達成涉外同性婚姻於我國得以全面有效成立之目的。主管涉民法之司法院於 110 年 1 月院會通過修正草案後即函送行政院會銜，至盼兩院能儘速完成會銜，送請立法院審議；亦期許於立法院審議過程中，能秉持司法院所提出之「沒有誰能將愛情劃界限」修法宗旨，兼衡「有誰還能無視愛的存在，就伸出你的手來，擁抱你的愛」之態度，協同司法院及提案立委儘速整合上開數個修正草案，以促成涉外同性婚姻準據法之修正，將全數人民不分國籍均擁抱於司法保障之中，避免憲法上婚姻自由基本權保障之缺角，此實為急迫且責無旁貸之國家課題。

（作者為臺灣苗栗地方法院法官）

註釋

36 見院總第 98 號委員提案第 26660 號，立法院第 10 屆第 3 會期第 13 次會議議案關係文書，110 年 5 月 19 日。

37 https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-362633-95529-1.html（最後瀏覽時間：110 年 7 月 2 日）。

38 釋字第 708 號解釋理由書：「又人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障」。

法律網 的最佳平台
現代民法
增訂七版
1000元者 贈 65 元 書城熱賣中
WEEKLY 周刊
周出刊 訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊