

我國同性婚姻之法律衝突問題

林恩瑋^{*}

摘 要

司法院釋字第 748 號解釋施行法僅就內國的同性婚姻關係做出實體法上的相關規定，但對於涉外的同性婚姻關係應如何適用法律，並無明文。我國現行法制對於與大陸地區人民之婚姻、與港澳地區人民之婚姻及與外國人民之婚姻在法律適用規定上均不完全相同，使得涉外同性婚姻的法律適用問題越形複雜。

我國法制應如何定性「同性婚姻」？關於涉外同性婚姻之準據法，是否亦應適用結婚之準據法規定？上開問題均為我國同性婚姻之法律衝突之核心。本文以比較法學分析方法，就上開問題逐一進行分析，並試著提出一些具體建議予我國司法實務工作者。

關鍵詞：國際私法、涉外婚姻、同性婚姻、註冊伴侶關係、本國法主義

^{*} 東海大學法律系教授；法國史特拉斯堡大學法學博士。
投稿日：2020 年 2 月 21 日；採用日：2020 年 4 月 13 日

Cite as: 7 NCTU L. REV., September 2020, at 1.

Same-Sex Marriages in Taiwan Private International Law

En-Wei Lin^{*}

Abstract

Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748 only made relevant substantive laws on same-sex marriage in Taiwan, but there was no clear text on how the law should be applied to same-sex marriage involving foreign elements. Taiwan legal system is not completely the same in terms of applicable laws to marriages with the mainland area people, marriages with the Hong Kong and Macao area people, and marriages with foreign people, making the same-sex marriages involving foreign elements more complicated in the application of law.

How should Taiwan legal system characterize “same-sex marriage”? Regarding the law governing foreign same-sex marriage, could the law governing marriage also apply? They are the core issues of Taiwan conflict of laws over same-sex marriage involving foreign elements. This article uses comparative legal analysis methods to analyze the mentioned issues and tries to give some specific advices to our judicial practice workers.

Keywords: Private International Law, Foreign Marriage, Same-Sex Marriage, Registered Partnership, Lex Patriae

^{*} Professor, College of Law, Tunghai University, Taiwan; Docteur en droit, Strasbourg University, France.

1. 前言

我國同性婚姻議題起源於上世紀的 80 年代，1986 年祁家威首度提出同性公證結婚申請後被拒絕，於是開始了長達 30 多年的同性婚姻平權運動¹。2003 年臺灣社會開始舉行同志遊行，2006 年民主進步黨立委蕭美琴首次提出同性婚姻法，因未獲多數立法委員支持，而未交付審查。之後爭取同性婚姻平權的主力社團臺灣伴侶權益推動聯盟於 2009 年成立，開始大力推動「多元成家」之概念與法案。2015 年 7 月 24 日臺北市政府以適用民法有關限制同性別國民不得訂立婚約或結婚登記，有牴觸憲法之疑義為由，向內政部提出釋憲聲請書，轉呈司法院解釋，同年 8 月 20 日祁家威以最高行政法院 103 年度判字第 521 號判決適用法律侵害人格權、人性尊嚴、結婚以組織家庭之自由權利等違憲為由，亦向司法院提出釋憲聲請。2016 年立法委員尤美女等提出民法親屬編部分條文修正草案，同年 12 月 26 日經司法及法制委員會初審通過多個版本提案後，2017 年 5 月 24 日，司法院大法官會議作成釋字第 748 號解釋，正式宣告支持同性婚姻之立場。

釋字第 748 號解釋主文如此揭櫫婚姻平權的意旨：「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，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，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。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。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。」

¹ 劉子維，台灣同婚推手祁家威：「我不是自己要結婚」，BBC 中文網網站：<https://www.bbc.com/zhongwen/trad/chinese-news-40048682>（最後點閱時間：2020 年 2 月 20 日）。

然而，在釋字第 748 號解釋公布後，立法院始終沒有就民法親屬編進行修正，臺灣社會關於同性婚姻的問題仍存在許多爭議，特別是對於究竟是要修正民法親屬編條文內容以符合釋字第 748 號解釋，還是要另立同性婚姻專法以配合釋字第 748 號解釋，贊成與反對的陣營仍有激烈的辯論，最終在 2018 年 11 月 24 日導致了公民投票三案的出現：「你是否同意民法婚姻規定應限定在一男一女的結合？（第 10 案）」、「你是否同意以民法婚姻規定以外之其他形式來保障同性別二人經營永久共同生活的權益？（第 12 案）」以及「你是否同意，以民法婚姻保障同性別二人建立婚姻關係？（第 14 案）」²。

公民投票的結果，第 10、12 案通過，而第 14 案未能通過³。易言之，大多數民眾認為不應修改民法，而應另行立法以保障同性「永久結合關係」⁴。這不啻是又丟給立法機關一個難題：究竟應該以什麼樣的法律形式來保障「同性婚姻」？為此，法務部以及司法院內部均召開多次會議討論，仍在「專法」或是「專章」之間搖擺不定，於是 2019 年 2 月 19 日，由行政院會議審議通過「司法院釋字第 748 號解釋施行法（以下簡稱為「施行法」）」，終結「專法」與「專章」的爭議。施行法並於 2019 年 5 月 17 日經立法院會三讀通過，同年 5 月 22 日由總統公布施行。

施行法內容總計 27 條，雖名之為「施行法」，卻具有實體法之性質⁵。

² 參全國性公民投票案——第 7 案至第 16 案公投公報，中央選舉委員會網站：<https://web.cec.gov.tw/upload/file/2018-11-09/ad9a3c4c-82a4-4d77-b3e5-d234d830f514/3fcff04246193159fea3fa8365dcd915.pdf?fbclid=IwAR0Ty6AgDO5lo3yAD5Ca6ZaCuQA2Njig36aiJE60JlxYtg91V3h6liGbeds>（最後點閱時間：2020 年 2 月 20 日）。

³ 第 10 案 72.5%同意，27.5%不同意；第 12 案 61.1%同意，38.8%不同意；第 14 案 32.7%同意，67.2%不同意。參李修慧、黃筱歡，【2018 公投總整理】7 案通過、3 案不通過，接下來政府該怎麼做？，The News Lens 關鍵評論：<https://www.thenews.lens.com/article/108609>（最後點閱時間：2020 年 2 月 20 日）。

⁴ 就此而言，反對陣營向來主張「同性婚姻」並非「婚姻」，公投題目設計上亦以「同性別二人經營永久共同生活」稱之。

⁵ 一般而言，施行法僅規定法律適用之程序，而不規定實體之權利義務分配。筆者個

依據施行法第 2 條「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。」及第 24 條「民法總則編及債編關於夫妻、配偶、結婚或婚姻之規定，於第 2 條關係準用之。（第一項）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 2 條關係準用之。但本法或其他法規另有規定者，不在此限。（第二項）」等規定，均可看出施行法將民法婚姻編、繼承編中關於婚姻之相關規定，幾乎均一體適用於同性婚姻關係⁶。

成問題者，施行法僅就內國的同性婚姻關係做出實體法上的相關規定，但對於涉外同性婚姻關係應如何適用法律，仍無明文。特別是我國現行法制上，對於與大陸地區人民之婚姻、與港澳地區人民之婚姻及與外國人民之婚姻在法律適用規定上均不完全相同，現行我國各級法院對於此一問題應如何處理，亦乏指示。具體地說，「同性婚姻」是否即為「婚姻」？此一國際私法上之定性問題將一併牽連到對於涉外同性婚姻的準據法適用問題，自宜先予辨明（標題 2 以下）。而法律在保障涉外「同性婚姻」與涉外「婚姻」的標準上，是否得有所差異，還是均應當一致？此涉及對於同性婚姻制度性保障的範圍應當到什麼程度的問題，亦有討論之必要（標題 3 以下）。因篇幅有限，本文以下即針對相關我國現行涉外民事法制規定，就同性婚姻中關於結婚與離婚之法律衝突問題，進行分析，期能盡量以運用解釋論之方法處理此一問題，並收拋磚引玉之效。

人認為，事實上這是一個立法名稱上兩面討好的設計，既想要迴避另立專法的爭議，又想要不違背釋字第 748 號解釋的精神，參考林恩璋，「施行法」：贏得各自宣稱的勝利？，2019 年 2 月 24 日，蘋果日報民意論壇：<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20190224/1522675/>（最後點閱時間：2020 年 2 月 20 日）。

⁶ 少數的例外，如夫妻稱姓（民法第 1000 條）、子女婚生推定（民法第 1063 條）、姻親規定（民法第 969 條）及部分收養規定（施行法第 20 條僅規定：第 2 條關係雙方當事人之一方收養他方之親生子女時，準用民法關於收養之規定），於同性婚姻關係中並不準用。

2. 定性 (qualification; classification) 問題

2.1 同性婚姻是否為婚姻

同性婚姻之法律衝突問題上，首先需解決的，是定性問題。事實上，關於同性婚姻是否應當定性為傳統婚姻制度的一類，在世界各國的衝突法實踐中迭有爭議，特別是在外國成立的同性婚姻，在無相關制度的內國法院應當如何定性其法律關係，更成問題。例如英國高等法院 (High Court) 的 *Wilkinson v. Kitzinger* 乙案⁷，原告 Wilkinson 女士在英國有住所，2003 年於加拿大英屬哥倫比亞省 (British Columbia) 依照當地法律，與另一位英國籍女士締結合法的同性婚姻。而當時英國法律並未承認同性婚姻，僅有 2004 年的民事伴侶關係法 (Civil Partnership Act) 規定民事伴侶關係⁸。原告在本案中主張，英國法院應承認其在加拿大締結之同性婚姻效力。理由是英國法院如根據訴訟當時當事人之住所地法，將無法承認同性婚姻之效力，而如果法院依據英國 2004 年的民事伴侶法將系爭同性婚姻定性為伴侶關係，將不啻對其婚姻關係之地位是一種「降等 (downgrading)」。因此原告進一步主張，就是否承認同性婚姻這樣爭議，是重大並具有一般公共重要性的，從公益的角度來說，法院也必須處理這項爭議。然而，英國法院最終還是未採用原告的觀點，認為系爭的同性婚姻關係在英國仍被認為是伴侶關係，而非婚姻關係，並且這種認定並未侵害原告人權，亦無違反 1973 年法第 11(C) 之規定。

⁷ *Wilkinson v. Kitzinger* [2006] EWHC (Fam) 2022. 並參考 Janeen M. Carruthers, *Scots Rules of Private International Law Concerning Homosexual Couples*, 10(3) ELECTRONIC J. COMP. L. 1, (2006).

⁸ 民事伴侶關係，或稱為「註冊伴侶關係」(registration partnership)、「民事結合」(civil union)、「民事共同生活契約」(pacte civil de solidarité)，最早源自於丹麥，為一種新型的家庭結合方式，無論同性異性均可締結。在法律的定性上，一般認為這種伴侶關係與婚姻制度並不相同，最大的差異在於締結伴侶的雙方對彼此並不負有忠貞義務。參考林恩璋，「同性婚姻的第三條路？法國『民事共同生活契約』制度簡介」，法令月刊，第 63 卷第 11 期，頁 99-114 (2012)；許耀明，國際私法新議題與歐盟國際私法，頁 357 (2009)。

類似的爭議尚有將同性婚姻另外以專法保障以區別於傳統婚姻制度，是否違反平等原則等等，在定性的過程中，事實上時常糾結了許多不同立場價值觀間之對立與考慮⁹。由於我國各級法院在涉外定性問題上，普遍採取的標準為法院地法標準¹⁰，而我國目前尚未引進伴侶制度，因此在面臨此類案件時，法制定性上所考慮的問題主要有二，一為在國外所締結之伴侶制度，在我國法制下應當如何進行定性？是否應將伴侶制度「等同」於婚姻制度？此一問題因涉及立法論與解釋論上的探討，宜另行著文論述，於此暫不討論；另一問題則為「同性婚姻」本身的定性問題，易言之，如果涉外民事案件，當事人就同性婚姻所生之爭議，在我國法院提起訴訟時，依據法院地（臺灣）法的標準，「同性婚姻」是否應即定性為「婚姻」？

2.2 施行法與涉外民事法律適用法之修正爭議

雖然釋字第 748 號解釋於本文中並未提及同性婚姻一詞，而係以「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」做為同性婚姻的敘述方式，但其理由書中進一步說明：「現行婚姻章僅規定一男一女之永久結合關係，而未使相同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇。」既以「婚姻自由」為立論基礎，其立場似偏向將上開「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」定性為婚姻制度之一類。

⁹ 有些國家則是直接以立法方式，明確規定於外國成立之同性婚姻關係，在內國等同於伴侶關係。例如瑞士聯邦國際私法（Loi fédérale sur le droit international privé, LDIP）第 45 條第三項即規定於相同性別之人成立於國外之有效婚姻在瑞士亦承認等同於註冊伴侶（Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré.）。

¹⁰ 關於定性標準之問題，學說上向來有許多討論，無論是採行法院地法標準說、本案準據法標準說或是法理說，在實際案件操作上，受限於法官的教育訓練與國家法律適用上的義務，大多採用法院地法標準說，作為涉外案件中定性的基礎。柯澤東、吳光平，國際私法，頁 50（2016）。

然而，以施行法之規定觀之，則未必可做相同的定性。首先，施行法通篇不使用同性婚姻一詞，第 2 條用語為「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。」，顯得十分冗長，而在施行法中許多條文，均以「第 2 條關係」稱之，而所謂「第 2 條關係」，其性質又與「婚姻」十分近似，例如施行法第 4 條規定成立「第 2 條關係」得向戶政機關辦理結婚登記¹¹；第 7 條引用單婚制原則，規定：「有配偶或已成立第 2 條關係者，不得再成立第 2 條關係。（第一項）一人不得同時與二人以上成立第 2 條關係，或同時與二人以上分別為民法所定之結婚及成立第 2 條關係。（第二項）已成立第 2 條關係者，不得再為民法所定之結婚。（第三項）」顯然就是希望將「第 2 條關係」納入同屬於婚姻制度的分類中，作為另一種「婚姻」類型的分支。

其次，從施行法的另外一些條文規定觀之，解釋上似乎又有將「第 2 條關係」獨立概念於「婚姻」之外，成為另一種家庭組合型態的可能性。例如施行法第 16 條規定：「第 2 條關係得經雙方當事人合意終止。但未成年人，應得法定代理人之同意。（第一項）前項終止，應以書面為之，有二人以上證人簽名並應向戶政機關為終止之登記。（第二項）」法條用語為「終止」、「第 2 條關係」，而非離婚。同樣在施行法第 17 條，也幾乎複製了民法第 1052 條判決離婚事由之規定，法條用語開頭為「第 2 條關係雙方當事人之一方有下列情形之一者，他方得向法院請求終止第 2 條關係」，而非離婚。這樣的立法將使得司法實務工作者感到困惑。一個最基本的問題，判決書的主文該怎麼下？將可能不是法官簡明扼要地昭示「准原告與被告離婚」，而是使用「准原告與被告終止司法院釋字第 748 號解釋施行法第 2 條關係」這種冗長的文字；並且，根據上開施行法第 16 條規定，「終止司法院釋字第 748 號解釋施行法第 2 條關係」向戶政機關進行的登記並非離婚登

¹¹ 施行法第 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。」

記，而是「終止登記」，換句話說，這種登記將是戶籍法第 4 條第六款之「依其他法律所為登記」，而非同法第 4 條第一款（四）的「結婚、離婚登記」。從這個角度來說，立法者顯然並非完全將「第 2 條關係」之性質等同於婚姻，如此立法不夠明確的情況下，將會造成法官在判決與適用法律上的困難。

本文認為，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。

與定性問題相關連的，則是涉外民事法律適用法（以下簡稱「涉外民法」）的立法問題。由於現行涉外民法並無特別對於涉外同性婚姻為任何之單獨立法，最相近的條文為涉外民法第 46 條：「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。」因此，本條之規定是否也同樣適用於施行法所稱的「第 2 條關係」，則在臺灣司法實務上引起了一些爭議。

最大的問題在於文字上的用語：施行法並不將「第 2 條關係」直接明文稱之為婚姻。而即使施行法第 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。」使得「第 2 條關係」看起來似乎與婚姻相同，都須辦理結婚登記。但在成文法無明文的情形下，臺灣司法實務人員在此一問題認定上還是會趨於保守謹慎，慣例上大多會等候或期待最高法院或司法院能夠就此問題能有明確的指示。然而，到目前為止，司法院與最高法院均未就此一問題表示過明確意見¹²。

¹² 2019 年 6 月 4 日司法院曾邀請學界及各級法院、相關行政部門召開「配合司法院釋字第 748 號解釋施行法，研議修正涉外民事法律適用法相關規定之意見徵詢會議」，會中學者幾一致表示，在我國涉外民法體系下，第 2 條關係應定性為婚姻，適用涉外民法第 46 條之規定。

實則此一問題從涉外民法立法以來的分類方式來看，應該不難理解。通常立法者在涉外民事法律關係上，所採取的法律類型，相較於實體民法來說，是較為概括、一般性的分類。例如在契約的分類上，涉外民法不採實體法上有名契約的分類方式而分別定其準據法，僅概括地於第 20 條中規定：「法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。（第一項）當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。（第二項）法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。（第三項）」而將本條所揭櫫之法律適用原則，統一適用在各種類型的涉外契約爭議中。

換句話說，涉外民法的法律類型分類方式，不一定要與實體民法的分類方式相同。採用概括、一般性的立法向來是立法者在涉外民法中的慣習方式，而同性婚姻（第 2 條關係）亦應當作如是觀。本文認為，在現代婚姻制度被賦予新意義，並且臺灣身分法制上並未採取類似註冊伴侶關係制度的現實下，「第 2 條關係」不妨被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，而應類推適用涉外民法第 46 條規定，亦即以各該當事人之本國法作為同性結婚實質要件之準據法，以選擇適用同性結婚舉行地法、各該當事人之本國法方式定同性結婚形式要件之準據法即可。

3. 準據法選擇問題

在結婚的準據法問題上，各國法制大致上可分為屬人法主義與舉行地法主義兩種不同的標準。前者認為婚姻屬於身分上屬人事項之一，因此應適用屬人事項相關之法則，又因為在屬人事項上採取不同的連繫因素標準，可再分為住所地法主義與本國法主義二類；後者則源於法則區別說所倡之「場所支配行為」（*Locus regit actum*）原則，認為婚姻屬於契約的一種（身分上契約），而契約之成立通常依據地約地法，因此婚姻亦當然適用婚姻舉行

地法¹³。

涉外民法第 46 條就結婚之準據法選擇，在結婚實質要件部分，規定「婚姻之成立，依各該當事人之本國法。」明確採行當事人各該本國法主義，亦即在準據法適用方式上，採取準據法分別適用方式，各自適用結婚當事人本國法律之規定，以判斷結婚之效力，而解釋上所謂當事人之本國法，應指「結婚時」之本國法¹⁴；在結婚形式要件部分，同條但書規定「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。」採取準據法選擇適用屬人法或舉行地法方式，立法目的在於盡量有助於涉外婚姻關係之成立，不因各國形式要件規定差異而受影響。

關於同性婚姻之準據法適用問題，依據我國法律定性，主要涉及的應是結婚實質要件問題。因此首先應當檢視者，為關於結婚之實質要件準據法，採用當事人各該本國法主義是否合理之問題。

3.1 各該當事人本國法主義之問題

在同性婚姻定性採婚姻關係的前提下，由於涉外民法第 46 條對於結婚準據法採取各該當事人本國法主義，此一立法型態於外國法制亦接受同性婚姻的情形，並不會產生太大的問題，例如比利時法接受同性婚姻，因此當同性的比利時人與臺灣人在臺灣締結同性婚姻時，該婚姻應認為有效。然而，這種立法型態卻可能因為各國性別政策不一致，而造成涉外跛行同性婚姻的出現，例如日本目前為止尚未能接受同性婚姻，當同性的日本人與臺灣人在臺灣締結同性婚姻時，依據涉外民法第 46 條規定，該同性婚姻應認為無效。

因此，這造成一種很奇怪的結果：同樣是涉外同性婚姻，卻因為當事人本國法的作用，而有不同的法律效果。特別是當同性婚姻當事人於婚後若以臺灣作為其生活中心地，而非禁止同性婚姻之本國時，各該當事人本國法主義尤其顯現出其不合理之處。我們要如何說服，同樣以臺灣為生活重心的

¹³ 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，頁 413（2018）。

¹⁴ 或稱為準據法之並行適用、分配適用方式；同前註，頁 417。

外國同性伴侶，僅因其本國法禁止同性婚姻的成立，而在臺灣將受到不同法律層級的保護？這種區別差異對待的制度現象是否具有合理性的基礎？

就此一問題，吾人或許可以參考國外結婚實質要件準據法之法制發展經驗，加以進一步思考。在結婚實質要件問題上採取舉行地法主義之國家，上開問題因統一適用舉行地法，因此涉外同性婚姻之結婚是否成立，亦僅取決於婚姻舉行國法律是否承認同性婚姻。一個較值得提出，同樣採用舉行地法主義的參考國家是瑞士。瑞士聯邦國際私法第 43 條第一項規定：「結婚當事人中之一人有住所在瑞士或具有瑞士國籍者，瑞士主管機關有權為其婚姻舉行婚禮¹⁵。」明文規定了在瑞士結婚所應具備之實質要件，而在同法第 44 條中復規定，「在瑞士舉行之結婚適用瑞士法¹⁶。」由於目前瑞士國內法尚未承認同性婚姻，僅有註冊伴侶制度，故同性之外國人即使在瑞士有住所，尚無法於瑞士境內與他同性之外國人或同性之瑞士人進行合法有效的結婚行為。那麼，如果同性之外國人間或與瑞士人間於國外舉行同性結婚儀式時，又當如何評價其身分關係？瑞士聯邦國際私法第 45 條第三項則明確將之定性為註冊伴侶關係¹⁷。

採行舉行地法主義的國家好處在於認定涉外婚姻的成立結果較容易預測，明白確定，特別是對於新型態的民事結合關係，可透過立法上的直接定性方式（例如上開瑞士聯邦國際私法第 45 條第三項規定），有效降低司法實務工作者在此類新興法律關係定性判斷過程中的不確定性。不過，從方法論上而言，舉行地法主義往往呈現出一種單面法則的立法形式，這種立法形式隱含著規避法律的風險。由於結婚行為形成婚姻關係，婚姻關係又與國家人出境移民政策、社會福利政策、財稅政策間有相當之關連性，因此，為了避免產生逛選婚姻（marriage shopping）、權宜婚姻（marriage of convenience）

¹⁵ 原文為：「Les autorités suisses sont compétentes pour célébrer le mariage si l'un des fiancés est domicilié en Suisse ou a la nationalité suisse.」

¹⁶ 原文為：「La célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse.」

¹⁷ 原文為：「Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré.」

或白色婚姻（*mariage blanc*，俗稱「假結婚」）等現象出現，採行舉行地法主義的國家多會規定在其境內結婚必須仍具備一定之條件（例如上開瑞士聯邦國際私法第 43 條第一項規定），至少要求結婚當事人需與舉行地具有最小限度的關連（*minimum contact*），或是要求當事人提出文件證明其並無阻礙其在舉行地結婚之事由存在¹⁸，始得承認其結婚之效力。這種最小限度的關連要求，在承認同性婚姻的國家中，不僅適用於涉外異性婚姻，亦適用於涉外同性婚姻。

而在結婚實質要件問題上採取各該當事人本國法主義之國家，則面臨到當結婚一方當事人本國法拒絕承認同性婚姻時，將阻礙同性婚姻之效力，進一步有可能促使這些受挫的當事人尋求在他國選定婚姻，尋求有效成立同性婚姻關係之可能。因為有著上述的考慮，一些承認同性婚姻並採取本國法主義的國家，會另行就結婚當事人之資格為特別之規定，使之至少與該國具有最小限度的關連¹⁹。例如荷蘭民法典第 10 編第 10.3.1 節第 10:28 條（*Dutch Civil Code, Book 10, Section 10.3.1, Article 10:28*）b 項，就結婚之成立要件採各該當事人本國法，a 項則規定結婚之當事人須具有荷蘭國籍，或在荷蘭必須有習慣居所，即是出於這種考慮²⁰。

¹⁸ 例如挪威法，原則上採行婚姻有效原則（*favor matrimonii*）政策，即結婚無論當事人是否居有挪威國籍，均依挪威法，例外於當事人為外國籍，又於挪威無習慣居所時，始要求其提出文件證明並無阻礙其結婚之事由存在，方准結婚。Patrick Wautelet, *Private International Law Aspect of Same-Sex Marriages and Partnerships in Europe – Divided We Stand?*, in *LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX RELATIONSHIPS IN EUROPE* 7 (Angelika Fuchs & Katharina Boel-Woelki eds., 2012).

¹⁹ Curry-Sumner, *Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report*, 11(1) *ELECTRONIC J. COMP. L.* (2007), <https://www.ejcl.org/111/art111-8.pdf> (last visited Feb. 20, 2020).

²⁰ 原文為：“Article 10:28 Recognition of the contracting of a marriage A marriage is contracted: a. if each of the prospective spouses meets the requirements for entering into a marriage set by Dutch law and one of them is exclusively or also of Dutch nationality or has his habitual residence in the Netherlands, or; b. if each of the prospective spouses meets the requirements for entering into a marriage of the State of his nationality.”

除了上述的立法類型外，另亦有承認同性婚姻並採取本國法主義的國家，將保障同性婚姻之價值等同於該國之公共秩序²¹，而採取更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。比利時於 2003 年通過法律（比利時民法典第 143 條）認可同性婚姻效力²²，成為全世界第二個承認同性婚姻的國家（第一為荷蘭，於 2001 年率先成為全世界承認同性婚姻之國家）。同性伴侶一方只要在比利時居住三個月以上即可在比利時舉行婚禮²³。比利時國際私法典第 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²⁴，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（*résidence habituelle*）國法准許同性婚姻時，不適用之²⁵。」在同性婚姻效力要件上明確極端寬鬆的認定標準，僅需要同性結婚當事人一方之本國法或其慣居地法准許同性婚姻效力時，即認同性婚姻之效力要件已經具備。

²¹ 國內類似的主張，參考簡至潔、許秀雯，同婚過關後，仍不知何處是盡頭——跨國同婚何解？，鳴人堂：<https://opinion.udn.com/opinion/story/10124/3970652>（最後點閱時間：2020 年 2 月 20 日），該文作者認為：「司法院在跨國同婚事件，能考慮做成函釋，以涉外民事法律適用法第 8 條規定來排除『禁止同性婚姻』的外國人本國法之適用，如此當能迅速解決目前跨國同婚法律適用之難題，並貫徹大法官肯認同性婚姻具憲法基本權效力之意旨。」

²² 比利時民法典第 143 條第一項規定：「異性或同性之二人均得結婚。」（*Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.*）

²³ 參考 SPF Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement（比利時王國外國人、對外商務與合作發展事務部網站）：https://diplomatie.belgium.be/fr/Services/services_a_letranger/etat_civil/mariage (last visited Feb. 20, 2020).

²⁴ 原文為：「除第 47 條規定外，結婚效力要件依各該當事人結婚時之本國法。」（*Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.*）

²⁵ 原文為：「L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage.」

儘管比利時的立法模式也受到一些學者的批判，認為這樣的立法可能會使得與比利時毫無關係之外國人所締結之同性婚姻之效力也同樣受到承認，將過分擴大了比利時「公序條款適用例外（l'exception de l'ordre public）」原則的範圍²⁶。不過，細譯上開比利時國際私法典條文，對照比利時內國法令對於外國人必須在比利時居住滿三個月以上，始得在比利時結婚等規定，不難理解比利時國際私法典之所以採取較為寬鬆之認定標準應有以下幾個理由：首先，居住滿三個月以上始得在比利時結婚的規定，在某種程度上避免了逛選婚姻或規避法律結婚的可能性，確保了結婚當事人一方與比利時社會有一定程度的地理連結；其次，當結婚當事人一方之本國法規定對於同性婚姻的效力造成阻礙時，考慮到其與比利時當地社會的連結性，例外地使外國配偶的權利亦得受到比利時法律之保障，這樣的設計無非是較具人性與較為符合當事人實際生活需求的考慮。因為婚姻制度的保障，考慮到當事人與當地社會生活的連結是有必要的，如果結婚的同性外國當事人將來生活中心是在臺灣，我們似乎沒有理由僅因為其本國法不認可同性婚姻之效力，而忽視這些外國人在臺灣生活上的保障需求。

因此，本文認為，上開外國法制經驗，可以提供臺灣立法上的一些參考，或許可以考慮在施行法第 2 條增定第二項關於締結第 2 條關係之一方如為外國人，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，於涉外民法第 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。

從以上的角度來看，於判斷涉外同性婚姻效力之問題上，其準據法亦應類推適用涉外民法第 47 條：「婚姻之效力，依夫妻共同之本國法；無共同之本國法時，依共同之住所地法；無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律。」規定；於涉外同性婚姻關係解消時（施行法用語為合意或請

²⁶ Jan J. Bornheim, *Same-Sex Marriages in Canadian Private International Law*, 51 ALBERTA L. REV. 77, 94 (2013).

求終止第 2 條關係），其準據法應類推適用涉外民法條文第 50 條：「離婚及其效力，依協議時或起訴時夫妻共同之本國法；無共同之本國法時，依共同之住所地法；無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律。」規定。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²⁷。惟尚可討論者，住所之概念仍與慣居地不同，將來如立法再修正時，應考慮配合修正本條連繫因素為慣居地，以符合現代涉外婚姻生活的實際情形。

3.2 差別待遇

另一可討論之問題為，於臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱「兩岸條例」）中，亦欠缺兩岸同性婚姻之衝突法則相關規定。而在兩岸條例中，雖然亦採用雙面法則之法律衝突法則模式，但關於結婚、婚姻效力與離婚之準據法規定，卻與涉外民法之規定未盡相同。

關於兩岸人民結婚、婚姻效力與離婚，兩岸條例第 52 條規定：「結婚或兩願離婚之方式及其他要件，依行為地之規定。（第一項）判決離婚之事由，依臺灣地區之法律。」第 53 條規定：「夫妻之一方為臺灣地區人民，一方為大陸地區人民者，其結婚或離婚之效力，依臺灣地區之法律。」因此，

²⁷ 參照涉外民法第 47 條立法理由：「關於婚姻之效力，現行條文專以夫或妻單方之本國法為準據法，與男女平等原則之精神並不符合，爰修正為應依夫妻共同之本國法，無共同之本國法時，依共同之住所地法，無共同之住所地法時，則由法院依與夫妻婚姻攸關之各項因素，以其中關係最切地之法律，為應適用之法律。」；第 50 條立法理由：「現行條文關於離婚僅規定裁判離婚，而不及於兩願離婚，關於離婚之原因及其效力應適用之法律，規定亦非一致，爰合併現行法第十四條及第十五條，並將原規定之內容酌予補充及修正；關於離婚之原因及其效力應適用之法律，現行條文並未兼顧夫妻雙方之連結因素或連繫因素，與當前實務需要及立法趨勢，均難謂合，爰改以各相關法律與夫妻婚姻關係密切之程度為衡酌標準，規定夫妻之兩願離婚及裁判離婚，應分別依協議時及起訴時夫妻共同之本國法，無共同之本國法時，依共同之住所地法，無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律。」

假設上開規定亦適用於兩岸同性結婚之場合，則於大陸地區與臺灣地區同性當事人在臺灣結婚時，關於結婚之形式要件與實質要件之規定，均應適用行為地，亦即臺灣地區之法律規定；而婚後之婚姻效力，乃至於離婚、離婚後之效力，亦均適用臺灣地區之法律。

當然，兩岸條例在制訂上開條文之初，並未考慮到新型態的民事結合關係。而在準據法的立法體例上採取行為地作為連繫因素，並以臺灣地區法律作為兩岸結婚與離婚效力之準據法，明確地採用單面法則的衝突法則模式，與涉外民法第 46、47、50 條等規定均不相同。理論上來說，這在某個程度上形成了一種「差別待遇」，例如同性別之香港地區人民若欲與臺灣地區人民在臺灣締結同性婚姻，對臺灣法院而言，因為根據香港澳門關係條例第 38 條前段規定：「民事事件，涉及香港或澳門者，類推適用涉外民事法律適用法。」而類推適用涉外民法第 46 條的結果，將使得上開同性婚姻無法有效成立；反之，同性別之大陸地區人民若欲與臺灣地區人民在臺灣締結同性婚姻，對臺灣法院而言，則將類推適用兩岸條例第 52 條規定，以行為地即臺灣法律為案件準據法，反而承認其同性婚姻之有效性。這種迥異的結論，並非本國法主義導致，而是採用不同的衝突法則所造成。

雖然，目前兩岸現行法制在現實上對於兩岸同性婚姻仍存在許多障礙，主要在於入臺簽證問題。目前兩岸婚姻一般的程序為：臺灣配偶須先在臺申請單身證明，經海基會文書驗證，然後到大陸地區進行結婚登記、領結婚證。接著大陸配偶再以用團聚名義申請來臺，在入境臺灣時通過移民官訪談後取得團聚簽證，執團聚簽證再與臺灣配偶同至戶政機關進行結婚登記。然而，在大陸地區同性婚姻尚未合法前，同性大陸地區與臺灣地區當事人事實上無法在大陸地區結婚領證，遑論申請赴臺團聚、依親、居留。因此，如果要讓同性大陸地區人民與臺灣地區人民在臺灣進行有效的同性結婚登記，在行政程序上必須另外構思一套流程，以突破目前在行政程序上設定的各種障礙²⁸。

²⁸ 2019 年 5 月間曾有新聞報導，大陸事務委員會與財團法人海峽交流基金會正以不異

4. 結論

綜上所述，關於同性婚姻之法律衝突問題，本文提出簡單幾點結論如下。首先，在定性問題方面，雖然臺灣現行實體法制以及施行法並未明確，甚至是有意曖昧地將同性婚姻之性質有別於傳統婚姻，但從釋字第 748 號解釋自「婚姻自由」保障立論等意旨觀之，應認同性婚姻事實上性質即等同於婚姻。因此，涉外民法立法上似無必要為同性婚姻再造一個分類，而應類推適用涉外民法第 46 條規定，亦即以各該當事人之本國法作為同性結婚實質要件之準據法，以選擇適用同性結婚舉行地法、各該當事人之本國法方式定同性結婚形式要件之準據法即可。而根本解決之道，應該是最高法院或司法院能夠明確用語，以避免造成下級法院的困擾。

其次，在準據法方面，雖然目前對於涉外婚姻之準據法仍採行本國法主義，然而，觀諸他國法制經驗，似應考慮外籍同性配偶未來婚姻生活與臺灣當地社會的連結性，在其將來以臺灣為生活重心地的前提下，例外地使外國同性配偶的權利亦得受到臺灣關於同性婚姻法律關係之法律保障。

最後，在兩岸同性婚姻關係部分，依據平等原則，應該在行政上重新建構一套兩岸同性婚姻之登記流程，儘量降低現行行政程序所設定的障礙。當然，這亦需要大陸地區的戶政單位願意協同配合，雖然依據目前大陸地區的社會現狀來說，法制上要能夠接受同性婚姻之效力，恐怕仍有相當長的一段路要走。

動原有異性婚姻登記機制為前提，積極規劃一套全新的兩岸同婚驗證、登記制，估計只會動用行政配套措施，不需修法。初步構思包含，開放中國大陸同性伴侶來臺進行單身驗證、面談等，並可能採取漸進式，先開放長期居住在 26 個同婚合法國家的第 3 類中國大陸人士，與臺灣伴侶在臺登記同性婚姻，未來再逐步擴及一般大陸人士等，頗值繼續關注。相關報導請參考繆宗翰，兩岸同婚配套 取消陸人單身驗證禁結婚戳章，中央通訊社：<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201905230346.aspx>（最後點閱時間：2020 年 2 月 20 日）。

參考文獻

中文書籍

- 柯澤東、吳光平，《國際私法》，5版，元照出版，臺北（2016）。
- 許耀明，《國際私法新議題與歐盟國際私法》，元照出版，臺北（2009）。
- 劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》，修訂6版，三民出版，臺北（2018）。

中文期刊

- 林恩璋，〈同姓婚姻的第三條路？法國「民事共同生活契約」制度簡介〉，《法令月刊》，第63卷第11期，頁99-114，2012年12月。

其他中文參考文獻

- 全國性公民投票案——第7案至第16案公投公報，中央選舉委員會網站：
<https://web.cec.gov.tw/upload/file/2018-11-09/ad9a3c4c-82a4-4d77-b3e5-d234d830f514/3fcff04246193159fea3fa8365dcd915.pdf?fbclid=IwAR0Ty6AgDO5lo3yAD5Ca6ZaCuQA2Njig36aiJE60JlxYtg91V3h6liGbeds>（最後點閱時間：2020年2月20日）。
- 李修慧、黃筱歡，【2018 公投總整理】7案通過、3案不通過，接下來政府該怎麼做？，The News Lens 關鍵評論：<https://www.thenewslens.com/article/108609>（最後點閱時間：2020年2月20日）。
- 林恩璋，「施行法」：贏得各自宣稱的勝利？，2019年2月24日，蘋果日報民意論壇：<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20190224/1522675/>（最後點閱時間：2020年2月20日）。
- 劉子維，台灣同婚推手祁家威：「我不是自己要結婚」，BBC 中文網網站：
<https://www.bbc.com/zhongwen/trad/chinese-news-40048682>（最後點閱時間：2020年2月20日）。
- 繆宗翰，兩岸同婚配套 取消陸人單身驗證禁結婚戳章，中央通訊社：
<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201905230346.aspx>（最後點閱時間：2020年2月20日）。

簡至潔、許秀雯，同婚過關後，仍不知何處是盡頭——跨國同婚何解？，鳴人堂：
<https://opinion.udn.com/opinion/story/10124/3970652>（最後點閱時間：2020 年 2 月 20 日）。

英文期刊

Bornheim, Jan J., *Same-Sex Marriages in Canadian Private International Law*, 51 ALBERTA L. REV. 77 (2013).

Carruthers, Janeen M., *Scots Rules of Private International Law Concerning Homosexual Couples*, 10(3) ELECTRONIC J. COMP. L. 1 (2006).

英文論文集

Wautelet, Patrick, *Private International Law Aspect of Same-Sex Marriages and Partnerships in Europe – Divided We Stand?*, in LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX RELATIONSHIPS IN EUROPE 7 (Angelika Fuchs & Katharina Boel-Woelki eds., 2012).

其他英文參考文獻

Curry-Sumner, *Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report*, 11(1) ELECTRONIC J. COMP. L. (2007), <https://www.ejcl.org/111/art111-8.pdf> (last visited Feb. 20, 2020).

SPF Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement（比利時王國外國人、對外商務與合作發展事務部網站）：https://diplomatie.belgium.be/fr/Services/services_a_letranger/etat_civil/mariage (last visited Feb. 20, 2020).