

你的孩子不是我的孩子？

——從 *Dvash-Banks v. Pompeo* 看跨國同性伴侶之子女問題

2019 超國界法學議題研究案

指導學生：東吳大學法律學系四年級 李采倫

指導教授：東吳大學 何婉君 教授

2020/08/27

第一章 研究動機與研究問題	1
壹、研究動機.....	1
貳、研究問題.....	1
第二章 美國跨國同性伴侶子女之問題討論	3
壹、Dvash-Banks v. Pompeo 案（2019）	3
一、案件事實	3
二、法院之分析	4
貳、有關國籍取得之其他案件	6
一、Scales v. I.N.S 案（2000）	6
二、Solis-Espinoza v. Gonzales 案（2005）	7
三、小結	8
參、美國於外國出生子女國籍取得之規範與準則	8
一、《憲法增修條文》第 14 條	8
二、《移民與國籍法》	8
三、國務院《外國事務指導手冊》	9
肆、移民與國籍法（The Immigration and Nationality Act）之適用分析.....	10
一、移民與國籍法的問題和解決方法	10
二、涉及同性伴侶和人工生殖子女之分析	11
三、小結	12
第三章 跨國同性伴侶家庭之子女問題討論	13
壹、我國同性伴侶家庭之案件討論.....	13
一、專法已解決之問題.....	13
二、我國同性伴侶家庭之案件	15
三、小結	18
貳、跨國同性伴侶之子女問題.....	18
一、問題釐清	18
二、我國相關法規範	18
三、討論：我國法規目前無法解決的問題	24
四、小結	27
第四章 修法建議	27
壹、關於在外國出生子女如何取得國籍之規定我國法與美國法之差異.....	27
貳、本文建議.....	28
第五章 代結論	29
第六章 參考文獻	30

第一章 研究動機與研究問題

壹、研究動機

美國在同志運動的發展上實為我國先驅，因而其在面對由同性伴侶構成的家庭新樣貌時所遭遇到的問題、阻擋，同樣極有可能於我國發生，故本文將以美國的跨國同性伴侶在尋求跨國代孕後和其子女所遭遇的問題，探究美國在此議題上之處理，為我國借鑑。

*Dvash-Banks v. Pompeo*¹一案中，同性伴侶 Andrew 和 Elad 於加拿大結婚後，於該國透過代理孕母產下雙胞胎 A.J. 和 E.J.，其中 A.J. 和美國籍的 Andrew 具血緣關係，E.J 則和以色列籍的 Elad 具血緣關係。但 E.J 卻無法取得美國國籍，蓋 Andrew 並非 E.J 血緣上的雙親之一，故國務院以「在外國出生的孩子必須和一名具有美國國籍的雙親具有血緣關係，始得成為美國公民」為理由拒絕 E.J. 入籍之請求。但審理本件的 Walter 法官卻與國務院持有不同看法，其在判決中指出，美國《移民與國籍法》（The Immigration and Nationality Act，下稱 INA）第 301 條第 g 項中「由雙親所生」（born of parents）一詞的直接理解，顯示該條文並未要求子女須與為美國公民的雙親具有血緣關係，亦即未要求子女與其父親須具有血緣關係。（關於本案件之討論將於下述做更為詳細之說明。）

就像 *Dvash-Banks* 案所呈現的，同性伴侶尋求跨國代孕獲得子女而感到喜悅，卻可能在同時間遭遇到來自法律或者國家政策上對其的阻擋。而如果這樣的情況在未來發生在我國，我國現行的法律是否足以解決此種困境？又或者在適用上會遭遇什麼樣的難題？

貳、研究問題

（一）主要研究問題

如同上述案例所指，在涉及跨國同性伴侶之子女國籍認定問題時，美國國務院及美國法院得適用 INA 解決可能會有的爭議，但若上述案件在我國發生，是否我國現行法得以解決此爭議？

由於同性婚姻在美國為合法，因此若跨國同性伴侶中一方為我國人，另一方為美國人，雙方之間的婚姻理當可以成立。此時如由其雙方各自提供精子，並由同一名代理孕母在第三國（例如代理孕母本國）產下一對雙胞胎子女，此二子女和跨國同性伴侶間，在法律上將會產生什麼樣的問題？本文將以此要件為例，進行假設與探討。

此四人在法律上可能產生問題的情況如下表呈現：

	男同性伴侶中為本國人者	男同性伴侶中為外國人者
由本國人提供精子 生下之子女	X	子女身分問題
由外國人提供精子 生下之子女	國籍問題、子女身分問題	X

1. 跨國同性伴侶子女之國籍認定問題

¹ *Dvash-Banks v. Pompeo*, United States District Court, C.D. California, 2019 WL 911799 (2019)

男同性伴侶中之我國人（下稱甲男）與具有其血緣關係之子女（下稱 A 子女）間，根據我國《國籍法》第 2 條第 1 款所採血統主義之規定，出生時父或母為中華民國國民，屬中華民國國籍。因此 A 子女既與我國人甲男具有血緣關係，其當然取得我國國籍。然有疑問者為，與男同性伴侶中之美國人（下稱乙男）具有血緣關係之子女（下稱 B 子女），是否也會具有我國國籍？

B 子女為乙男之親生子女，其係由乙男提供精子，且其出生地非在我國，因此就 B 子女而言，其無法適用我國國籍法之原則血統主義，亦無法適用例外之出生地主義，我國現行法亦未有類似美國 INA 第 301 條之規定，無法使子女因係在雙親的婚姻關係下所生而取得我國國籍。是否未來我國有可能以美國 INA 第 301 條的規定為參考而有類似立法，使跨國同性伴侶之子女得因其雙親的婚姻關係而取得其雙親之國籍？本文將進一步思考此問題。

2. 跨國同性婚姻之子女身分問題

甲男與 A 子女間，以及，乙男與 B 子女間，本於其各自相互間具有之血緣關係，在法律上具有父母子女關係，當屬無疑。惟甲男和乙男二人間已存在婚姻關係，則是否在此婚姻關係下，B 子女為甲男之婚生子女、A 子女為乙男之婚生子女？甲乙和其伴侶之親生子女間是否有父母子女關係？

根據《涉外民事法律適用法》（下稱涉民法）第 51 條規定：「子女之身分，依出生時該子女、其母或其母之夫之本國法為婚生子女者，為婚生子女。但婚姻關係於子女出生前已消滅者，依出生時該子女之本國法、婚姻關係消滅時其母或其母之夫之本國法為婚生子女者，為婚生子女。」可知在為婚生子女的判斷，可依子女之本國法、子女之母之本國法、子女之母之夫之本國法作為準據法，以下分別就 B 子女和 A 子女之情形，嘗試提出問題思考並討論之。

(1) B 子女是否為甲男之婚生子女？

B 子女為乙男之親生子女，且根據我國國籍法，其無法生來取得我國國籍已如前述，因此如果以「B 子女之本國法」作為準據法，準據法為美國法；至於如果欲以「B 子女之母之本國法」或者「B 子女之母之夫之本國法」作為準據法，解釋上即可能產生問題。

涉民法第 51 條中所指之「母」，如果根據我國民法之規定，其當指「生母」，然而代理孕母並無意與該子女發生父母子女關係，如果將此處之「母」解釋為「生母」，豈非使當事人與該代理孕母均陷入尷尬之境地？更遑論欲以「母之夫」之本國法作為判斷甲男和 B 子女間是否為婚生之準據法，故對於此處條文之用語，法律應對其有解釋的空間。

(2) A 子女是否為乙男之婚生子女

在 A 子女之情形，欲判斷 A 子女是否為乙男之婚生子女，同樣需先透過涉民法第 51 條找尋準據法，並且在選法時同樣會發生上述「母或母之夫之本國法」適用上的尷尬境地。至於如果是「子女之本國法」，由於 A 子女根據國籍法的血統主義具有我國國籍，因此 A 子女之本國法為我國法，自無疑問。

我國有關婚生子女之規定，在民法中可發現，惟民法第 1061 條定義的婚生子女之要件，在男同性伴侶之情形恐永遠也無法滿足，蓋對於男同性伴侶而言，並無所謂的「妻」，而無法滿足「須其子女為妻所生（分娩）」此要件。若如此，甲男和乙男之間縱然有婚姻關係，且雙方於婚姻成立後始有其親生子女，對於乙男而言，A 子女仍然不是他的婚生子女。是否這樣的結果會對其有所不公？此問題值得思考。

（二）研究範圍與限制

同性伴侶在尋求代理孕母時，根據同性伴侶雙方的國籍，以及尋求代理孕母的管道，可能會有四種情況，分別是：一、內國同性婚姻在我國尋求代理孕母；二、外國同性婚姻在我國尋求代理孕母；三、內國同性婚姻至外國尋求代理孕母；四、外國同性婚姻至外國尋求代理孕母。但本文擬以 *Dvash-Banks* 一案之要件為此次研究範圍，故僅以「外國同性婚姻至外國尋求代理孕母取得其親生子女」之情形，作為本文研究之核心，進行探討。代理孕母係影響同性伴侶的家庭組成之重要因素之一，惟此處受限於篇幅問題，暫不予以討論。

第二章 美國跨國同性伴侶子女之問題討論

壹、*Dvash-Banks v. Pompeo* 案（2019）

一、案件事實

Andrew 是個在美國加州出生、長大、就學的美國公民，2007 年他前往以色列攻讀碩士學位，並在 2008 年遇到他的伴侶：以色列籍的 Elad。兩人在 2010 年搬到加拿大，並在 2010 年 8 月 19 日在多倫多結婚，隨後二人決定採取人工生殖技術（Assisted Reproductive Technology, 簡稱 ART）以獲得子女共組家庭，Andrew 和 Elad 提供他們各自的精子，並和一名匿名捐贈者提供的卵子（an anonymous egg donor）結合形成胚胎。2015 年 12 月，這對伴侶和代理孕母（gestational surrogate）簽訂書面契約，約定代理孕母將攜帶最多兩個胚胎。於是這兩個胚胎被植入代理孕母的子宮，代理孕母自此懷上一對雙胞胎，雙胞胎中一人帶有 Elad 和捐卵者的基因，另外一人則帶有 Andrew 和捐卵者的基因。2016 年 9 月 16 日，雙胞胎 E.J. 和 A.J.（以下合稱雙胞胎）在加拿大出生，2016 年 9 月 28 日，Andrew 和 Elad 向加拿大多倫多法院請求確認他們是雙胞胎的法定雙親（legal parent），多倫多法院許可其申請。

2017 年 2 月 24 日，Andrew、Elad 和雙胞胎親自到多倫多美國領事館申請「證明雙胞胎為美國公民的身分文件²」，也就是「海外出生領事報告」（Consular Report of Birth

² 《美國法典》第 22 卷第 38 節第 2705 條（22 U.S.C.A. § 2705）規定：「下列文件應具有與美國公民身分證明一樣的效力，即由司法部長或具有歸化管轄權的法院簽發的歸化證明或公民身份證明：(1) 在其有效期內由國務卿頒發給美國公民的護照 (2) 由領事官員簽發的「美國公民在國外出生報告」（Report of Birth Abroad of a Citizen of the United States），用以證明在國外出生的公民身份。」

Abroad, 下稱 CRBA)³和美國護照。申請過程中，領事館發現這對雙胞胎是透過人工生殖方式產下，於是 Andrew 和 Elad 向領事館提供了出生證明（以證明 Andrew 和 Elad 是 A.J. 和 E.J.的雙親）、Andrew 是美國公民的證明文件及其在美國居住的紀錄，最後並提供 Andrew 和 Elad 的婚姻證明文件。

領事館的負責人員告知他們在缺少證據證明雙胞胎和 Andrew 具有血緣關係的情況下，兩個孩子均沒有取得美國公民身分的資格，他們必須提供其他的證據以顯示有美國國務院（State Department，下稱國務院）要求的血緣關係存在。Andrew 接受 DNA 測試，結果顯示 A.J.是 Andrew 的親生子，而 E.J.並不是。2017 年 3 月 2 日，多倫多領事館發給 A.J. CRBA，並告知國務院拒絕 E.J. CRBA 和護照的申請，理由是缺乏證據證明 Andrew 和 E.J.之間存在血緣關係。此一決定之得出係因為領事館採取並遵行國務院內部《外國事務指導手冊》（Foreign Affairs Manual, 下稱 FAM）所規定的國務院政策，對使用人工生殖方式出生的孩子之美國公民身分申請加以審查。

2018 年 1 月 22 日，Andrew 代表自身以及 E.J.作為原告對本案的被告（國務院以及國務卿 Michael R. Pompeo）拒絕核發 E.J.的 CRBA 和美國護照之申請此一決定提起訴訟。原告根據 U.S.C. 8 §1503 請求法官做成一「E.J.是美國公民」的命令。

2019 年 3 月 7 日，Walter 法官裁定 E.J. 為美國公民，並根據 INA 第 301 條的規定在出生時獲得了公民身分，同時下令國務院在在判決後 45 天內必須簽發 E.J.美國護照；如果其雙親決定申請 CRBA，則同樣要求國務院核發給原告。2019 年 5 月 6 日，被告向第九巡迴上訴法院提起上訴。此案件於本文撰寫期間仍在等待上訴裁決的審理中。

二、法院之分析

E.J. 主張⁴根據《移民與國籍法》（The Immigration and Nationality Act, 下稱 INA）第 301 條 g 項：「出生在美國及其外圍島嶼以外之人，其雙親中一人為外國人，另一人在該人出生之前曾實際在美國或其外圍島嶼居住一段時間或其居住總時長不少於五年且其中有兩年是在他本人 14 歲生日之後者，應為美國公民。⁵」其應於出生時取得美國國籍（美國

³ CRBA 的作用和申請：如果符合法定要求，則由美國公民在國外出生的孩子可以在出生時獲得美國公民身分，孩子的雙親應與據其最近的美國大使館或領事館聯繫，以申請美國公民的海外出生領事報告（CRBA）。如果美國大使館或領事館認定孩子在出生時獲得美國公民身分，則領事官員將批准 CRBA 申請，美國國務院將以孩子的名義簽發 CRBA。

根據美國法律，CRBA 是美國公民身分的證明，並且可用於獲取美國護照和註冊學校或其他目的，孩子的雙親可以選擇在申請 CRBA 的同時為孩子申請美國護照，或者也可以選擇只為孩子申請美國護照。像 CRBA 一樣，完全有效的美國護照就是美國國籍的證明。資料來源：美國國家旅遊局網站 <https://travel.state.gov/content/travel/en/international-travel/while-abroad/birth-abroad.html>

⁴ 雙方均不爭執的事實：(1) Andrew 是個在 E.J.出生時有符合第 301 條要求的居住時長的美國公民 (2) E.J.的法定雙親 Andrew 和 Elad，在 E.J.出生時已結婚 (3) E.J.是在美國境外出生 (4) Andrew 和 Elad 是 E.J.的法定雙親，並且自 E.J.出生以來即作為 E.J.唯一的雙親照顧他 (5) E.J.現在居住在加州 (6) E.J.和 Andrew 沒有血緣關係，但是他和 Elad 有血緣關係。

⁵ Section 301(g) provides that the following individuals are nationals and citizens of the United States at birth: “a person born outside the geographical limits of the United States and its outlying possessions of parents one of whom

公民身分)，因為其係生於其合法已婚雙親 Andrew 和 Elad 的婚姻關係中，且 Andrew 是美國公民。

本件的爭點在於，是否 INA 第 301 條，要求在其雙親婚姻中所生的 E.J.，證明他和已婚的兩雙親均具有血緣關係。

法院的結論是，在第九巡迴法院的判決先例拘束下，INA 第 301 條並不要求子女須在雙親婚姻關係存續期間出生以證明和其雙親具有血緣關係⁶。

本審法院以兩個案例進行說明：第一個案例是在 *Scales v. INS* 案⁷中，第九巡迴法院裁定，INA 第 301 條中所使用「由雙親所生 (born of parents)」，對此一詞語字面上之解讀，並沒有要求須有血緣關係存在，因此法院拒絕遵照 FAM 的指示，認為其與法條文字背離⁸。第二個案例則是在 *Solis-Espinoza v. Gonzales* 一案⁹中，第九巡迴法院判決，由於上訴人之生父和其妻於上訴人出生時已結婚，因此上訴人屬於「生於婚姻關係中」，根據第 301 條第 g 項規定，其應為美國公民；第九巡迴法院在本案再次判決 INA 第 301 條並不以「須和美國籍的雙親之一具有血緣關係」為獲得美國國籍的條件¹⁰，上訴人和其美國籍的母親（他生父的妻子）沒有血緣關係，但是第九巡迴法院拒絕採用血緣關係標準，法官認為：「在 INA 的規定下，一個在合法婚姻關係下出生的孩子，無論是否具有血緣關係，均是合法的生於婚姻關係中之子女¹¹。」。

本審法院比較上述援引的兩案例後發現，除了 E.J. 雙親的性別，*Scales* 案和 *Solis-Espinoza* 案中的事實與 *Dvash-Banks* 案的事實並無差異，並且 *Scales* 案和 *Solis-Espinoza* 案這兩個案件均明確指出，第 301 條第 g 項中使用的「雙親」一詞不限於具有血緣關係之雙親，同時不能因為有證據證明孩子和美國公民雙親沒有血緣關係，而去推翻孩子由已婚雙親所生時適用的合法性推定¹²。綜上所述，根據第九巡迴法院所作的解釋，INA 第 301 條 g 項，並不以具備血緣關係為要求。

is an alien, and the other a citizen of the United States who, prior to the birth of such person, was physically present in the United States or its outlying possessions for a period or periods totaling not less than five years, at least two of which were after attaining the age of fourteen years”

⁶ The Court concludes that, under controlling Ninth Circuit authority, Section 301 does not require a person born during their parents’ marriage to demonstrate a biological relationship with both of their married parents. *Dvash-Banks v. Pompeo, United States District Court, C.D. California, 2019 WL 911799 (2019), at 7*

⁷ 該案件的實體事實與程序事實簡述：上訴人是在其菲律賓籍母親與美國籍父親的婚姻關係中所生，但他和他的美國籍父親沒有血緣關係。上訴人在華盛頓州被依持有並意圖運輸毒品定罪，美國移民及歸化局（Immigration and Naturalization Service, INS）命令將上訴人以犯下加重重罪的外國人為由驅逐出境，原因是上訴人是菲律賓籍。上訴人上訴至移民上訴委員會（Board of Immigration Appeals, BIA），主張由於他的母親在他出生時已經和他美國籍的父親結婚，因此即使他和他的父親並沒有血緣關係，他也會因此而取得美國國籍。BIA 駁回上訴人的上訴，理由是主張出生即取得美國國籍之人必須其與其父有血緣關係存在。上訴人隨即再度上訴至第九巡迴法院。

⁸ *Dvash-Banks v. Pompeo, United States District Court, C.D. California, 2019 WL 911799 (2019), at 7*

⁹ *Scales v. I.N.S., United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 232 F.3d 1159 (2000)*

¹⁰ *supra* note 8, at 7

¹¹ *supra* note 8, at 7

¹² *supra* note 8, at 7

貳、Dvash-Banks 案中有關國籍取得之其他案件

一、Scales v. I.N.S 案（2000）

本件¹³上訴人其父 Scales 和其母 Topaz 在 1977 年 3 月 13 日結婚，而上訴人在同年 4 月 6 日在菲律賓出生。1996 年 1 月 12 日，上訴人在華盛頓州被依持有並意圖運輸古柯鹼定罪，1996 年 2 月 6 日，美國移民及歸化局（Immigration and Naturalization Service，下稱 INS）命令將上訴人以犯下加重重罪的外國人為由驅逐出境，原因是上訴人是菲律賓籍，為外國人。上訴人上訴至移民上訴委員會（Board of Immigration Appeal，下稱 BIA），主張其為美國公民，因為他的母親在他出生時已經和他美國籍的父親結婚，因此即使他和他父親並沒有血緣關係，他也會因此而取得美國國籍。BIA 則認為，根據國務院的 FAM，要主張在出生時基於雙親之一的美國國籍而取得美國公民身分者，必須主張取得權利之人和被主張權利之人間具有血緣關係¹⁴，方有權主張。本件上訴人不服 BIA 的決定而再度上訴至聯邦第九巡迴上訴法院。

1. FAM 之規定（政府主張）

在本件，被上訴人即政府引用 FAM 第 7 節第 1131.4 條¹⁵：「透過雙親獲得美國公民身分的法律始終考慮到要求獲得公民身分的孩子與雙親之間是否存在血緣關係，如果孩子與雙親之間沒有血緣關係，那麼孩子便不會獲得其主張取得的美國公民身分¹⁶。」並敦促法院採取 FAM 之標準，認為當法條文字含糊不清時，法院應尊重機關在國會授權下對於實行該法律所做的合理解釋。

2. INA 第 301 條 g 項（8 U.S.C. § 1401(g)）婚生之規定

對於上訴人提出的爭點，法院的看法是：「當一個孩子可能並非其雙親所親生，但因為其生於其雙親之婚姻關係當中，因而仍為其雙親之合法子女時，是否該子女仍生來取得國籍，法條文字對此未有提及。第 301 條 g 項並未處理『由雙親所生』一詞是否僅要求該人須生於婚姻關係中，又或者是像 BIA 主張的，該主張生來取得國籍之人和其具有國籍

¹³ *Scales v. I.N.S., United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 232 F.3d 1159 (2000)*

本件其他詳細事實如下：上訴人以「在有效婚姻存續期間出生的孩子將推定為該婚姻之後裔原則」（the principle that children born during a valid marriage are presumed offspring of that marriage）為依據，聲稱自己實際上是美國公民。BIA 否認上訴人為其父親之親生子女係基於上訴人之父在 1979 年移居美國後為獲得上訴人的移民簽證而簽署了一份非生父關係之宣誓書。在宣誓書中，Scales 說他並非上訴人的親生父親，他的妻子在她和 Scales 見面時就已經懷孕，並且在法律上，Scales 承認上訴人是自己的兒子，但並未在當時或其他任何時間有為上訴人做出任何有關上訴人具有美國公民身分的嘗試。

¹⁴ “The BIA reasoned that, in order ‘to acquire United States citizenship at birth there must be a blood relationship between the child and the parent through whom citizenship is claimed,’ citing the Foreign Affairs Manual of the State Department.” *Scales v. I.N.S., United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 232 F.3d 1159 (2000)*

¹⁵ 該規定現已刪除。

¹⁶ “The laws on acquisition of U.S. citizenship through a parent have always contemplated the existence of a blood relationship between the child and the parent(s) through whom citizenship is claimed. It is not enough that the child is presumed to be the issue of the parents’ marriage by the laws of the jurisdiction where the child was born. Absent a blood relationship between the child and the parent on whose citizenship the child’s own claim is based, U.S. citizenship is not acquired.” *Scales v. I.N.S., United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 232 F.3d 1159 (2000), at 1165*

之雙親，兩者間須存有血緣關係。然而，對於第 301 條 g 項的文字表面之直接解讀，並沒有血緣關係之要求。」因此，即使本案中上訴人之父親 Scales 提出的證據足以推翻法律上推定 Scales 為上訴人之生父，但並不妨礙上訴人根據第 301 條獲得公民身分（國籍）。

3. INA 第 309 條 a 項 (8 U.S.C. § 1409(a)) 非婚生之規定

在分析完第 301 條婚生之規定於本件是否適用之後，法院接著對第 309 條非婚生之規定是否適用進行分析。法院認為，雖然第 301 條並未具有血緣關係之要求，但在一人係出生於非婚姻關係中時，INA 第 309 條要求須有血緣關係存在主張生來取得國籍之人與具有國籍之父親間，而本條對於本件上訴人並不適用，原因是在其出生時，其雙親已具有婚姻關係，上訴人係由其雙親的婚姻關係中所生。

4. 結論

法院得到的結論是，第 301 條僅要求上訴人「由其中一位美國公民雙親所生」，以獲得公民身份。上訴人是在 Topaz 和 Scales 的婚姻期間出生的，雙方對此並無爭議。因此，法院認為上訴人在出生時即根據第 301 條獲得了公民身分。

二、Solis-Espinoza v. Gonzales 案 (2005)

本件¹⁷上訴人在加州法院因持有並販售冰毒而被判犯有重罪，INS 隨後起訴上訴人並非美國公民，應根據美國法典第八卷第 1227 條(a)(2)(A)(iii)將上訴人驅逐出境。上訴人上訴至移民法院，移民法官根據第 301 條 g 項之規定以及法院過去在 Scales 案的決定認為，由於血緣關係並非使一對婚姻關係中之夫妻所生子女為合法所必要，上訴人在出生時即取得國籍。INS 對於移民法官的決定不服而向 BIA 提起上訴，BIA 在 2002 年作出決定將移民法官的決定推翻，判定上訴人「非生於婚姻關係中」，上訴人不服，向聯邦第九巡迴上訴法院提起上訴，要求對 BIA 的決定重新審查。

本件法院在判決中援引 *Scales* 時曾提到的：「當雙親之一是美國公民時，傳遞給在國外出生的孩子公民身分所應適用的法律是該孩子出生時生效的法律。」認為在 *Scales* 案和本案中，兩個上訴人均非美國公民，因此在上訴人和其主張繼受權利的美國公民之間均無血緣關係。而在 *Scales* 案中，法院發現 INA 第 309 條的血緣關係要求僅適用在非合法的子女時，而不適用在合法的、婚生子女情況。該案的上訴人非不合法，即使在夫妻的婚姻

¹⁷ *Solis-Espinoza v. Gonzales, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 401 F.3d 1090 (2005)*

關於本件之其他詳細事實如下：Solis-Espinoza（下稱上訴人）於 1967 年在墨西哥出生，由其生父 Refugio Solis（下稱 Refugio）在美國撫養長大，Refugio 是個墨西哥公民，同時其具有美國合法永久居民的身分。其生父的妻子 Stella Cruz-Dominguez（下稱 Stella）是土生土長的美國公民，Refugio 和 Stella 在上訴人出生前已經結婚，上訴人的生母是墨西哥人，Stella 和 Refugio 一起將上訴人撫養長大，並且，雖然 Stella 承認她不是上訴人的生母，但在上訴人的出生證明上 Stella 是被登記為上訴人的母親。移民法官認為「合法」一詞僅要求該人「在一對夫妻的婚姻關係中出生，即使夫妻中一方並非其親生父或母」並因此得出上訴人在出生時即繼受取得國籍此一結論。BIA 推翻移民法官的決定，是上訴人之生父未在其出生時與其生母結婚。根據 BIA 的說法，這意味著上訴人受 8 U.S.C. 第 1409 條「主張因出生取得公民身份者之非婚生者，須實際上與一美國公民具有血緣關係」之限制。由於上訴人的親生父母均非美國公民，他沒有和任何美國公民有血緣關係，因此 BIA 認為他沒有資格獲得公民身份。由於 BIA 認為上訴人並無美國國籍，為外國人，因而對上訴人執行遣返程序。

關係中，丈夫並非孩子的生父，但因為孩子是「在夫妻的婚姻關係中所生」，所以第309條對其不適用。縱缺少血緣因素聯繫，但因為第301條未如同第309條般要求具有血緣關係以取得國籍，因而法院認定上訴人符合第301條取得國籍之資格。

法院認為，根據當時上訴人和其父的相關住所州加利福尼亞州的法律¹⁸，上訴人自出生之日起就「事實上合法」。由於其並非「非婚生」，第309條的血緣關係要求對於上訴人不適用，並且上訴人有權根據第301條被承認為美國公民。

法院最後並結論，基於公共利益層面之考量，亦即基於對家庭單位的承認和維護，沒有任何充分的理由足以支持以其他方式對待上訴人。若對INA進行「嚴格解釋」，將損害該法之「人道宗旨」目的，而無法防止家庭繼續分離。基於以上之分析，上訴人為合法的婚生子女，因此屬於INA第301條g項底下所規範之美國公民。

三、小結

從 *Scales* 案到 *Solis-Espinoza* 案，法院皆一再肯認其對INA的解釋方式，出生之子女是在一段婚姻關係中所出生，縱然其與婚姻關係之當事人一方並無血緣關係，其仍屬於此段婚姻關係之下所生，而屬於合法的「婚生子女」，當其為婚生子女時，應適用INA第301條之規定，該條規定在法院的解釋下，並不要求具有血緣關係存在主張取得國籍之子女與被主張因其固有國籍而取得國籍之雙親間，子女得因此取得同其雙親一樣之國籍。

至 *Dvash-Banks* 案，此案和前二案件最大的差異之處，即是在此案中的婚姻關係當事人均為男性，但是此案中子女之出生係在其雙親結婚後，其當然為婚生子女，因此不適用INA第309條有關非婚生子女欲取得國籍以具有血緣關係為要求之規定，而直接適用INA第301條即可。由本案可以得知，合法結婚的同性伴侶如透過人工生殖方式生下其親生子女，縱該子女只和其中一方同性伴侶具有血緣關係，而和同性伴侶中另一方無血緣關係，亦不受影響，仍可以因其雙親中任一方具有美國公民身分而取得美國公民身分。

參、美國於外國出生子女國籍取得之規範與準則

一、美國《憲法增修條文》第14條

美國憲法第14修正案第1條規定：「任何在美國出生或歸化並受其管轄者，均為美國及所居州之公民。」（All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside.）而根據此規定，無論孩子雙親的公民身分為何，在美國出生的孩子都將當然地取得美國國籍。此種授予公民身分的方式，即稱為出生地主義（*jus soli*）¹⁹。

二、美國《移民與國籍法》

¹⁸ 根據1967年加利福尼亞民法典（California Civil Code）第2302條特別規定，父親承認並由其父親的妻子接納為家庭的孩子是合法的，本件上訴人即符合此一規定。該條文規定如下：「非婚生子女的父親，公開承認其為自己的子女，在其妻子（如果已婚）的同意下接受該子女進入其家庭，並以其他方式將其同婚生子女般對待，則自該孩童出生之日起，該孩童事實上被視為合法（for all purposes legitimate）。」

¹⁹ Michael J. Higdon, Biological Citizenship and The Children of Same-Sex Marriage, 87 Geo. Wash. L. Rev. 124 (January, 2019), at 128

《移民與國籍法》（The Immigration and Nationality Act, INA）規定了在美國境外出生之子女生來取得美國國籍的資格要求。對於在外國出生的孩子來說，INA 的要求會因為孩子是「於婚姻關係中所生（婚生）」或是「非於婚姻關係中所生（非婚生）」而有不同。關於婚生子女在外國出生的規定，在 INA 第 301 條（同樣也收錄在《美國法典》第八卷第 1401 條，8 U.S.C. § 1401）定有明文，而非婚生子女在外國出生的規定在 INA 第 309 條亦有明文（同時收錄在《美國法典》第八卷第 1409 條，8 U.S.C. § 1409）。

INA 第 301 條 g 項（8 U.S.C. § 1401(g)）有部分規定，「出生在美國及其外圍島嶼以外之人，其雙親中一人為外國人，另一人在該人出生之前曾實際在美國或其外圍島嶼居住一段時間或其居住總時長不少於五年且其中有兩年是在他本人 14 歲生日之後者，應為美國公民。」

INA 第 309 條為「非婚生子女」（Children born out of wedlock），除了第 301 條中所述的方式外，尚有其他方式使在美國境外出生的孩子在出生時可以取得美國公民身分。特別是，第 309 條第 a 項（8 U.S.C. § 1409(a)）規定，如果有下列情形，縱其在美國境外出生且「非婚生」，該子女應為美國公民：(1) 有明確且具說服力的證據支持子女與其生父之間的血緣關係；(2) 生父於子女出生時具有美國國籍；(3) 生父（除非已故）已書面同意為該子女提供經濟支持，直到其年滿 18 歲為止；(4) 雖子女未滿 18 歲，但是(A)根據其居住地或住所地的法律，該子女是基於合法婚姻所生的；(B)生父經宣誓以書面形式承認與該子女間之父子關係；(C)子女之父母子女關係是由管轄法院的裁決確定的。

比較此二條文，第 301 條 g 項並未使用如同第 309 條 a 項所使用的文字，即要求「子女與生父間存有血緣關係」，以在出生時獲得公民身分，且第 301 條中沒有任何內容提及血緣關係之要求，也沒有任何內容表明國會在使用「雙親」或「由雙親生出」一詞時僅指親生父母（biological parents）或基因雙親（genetic parents）²⁰。但是，透過在第 309 條中加入「血緣關係」的要求，國會明確表示其有意區分以「取得美國公民身分」為目的之婚生或非婚生子女。此二條文在使用文字上的巨大差異清楚地顯示，如果孩子是在其雙親婚姻期間出生，則該孩子與其美國籍雙親之間並不以具備血緣關係存在為要求。

此外，INA 第 301 條並未具有血緣關係之要求，這個結論和 INA 的立法意旨是一致的；理由在於國會的目的是在為孩童提供充足的保護，並關注維持美國公民與移民者的家庭聯合（union）問題，如同第九巡迴法院在 *Solis-Espinoza* 案中承認，INA 旨在使家庭協調一致，並應被解釋為有利家庭單位和使家庭成員承擔責任。

三、美國國務院《外國事務指導手冊》

國務院對於 INA 的解釋與執行可以在外國事務指導手冊（Foreign Affairs Manual, FAM²¹）當中看到。FAM 指出：「自 1790 年以來，向出生在國外的孩子傳遞（transmit）

²⁰ 有說法會特意將利用人工生殖方法獲得子女的雙親稱為 genetic parents，本文於此譯作「基因雙親」。

²¹ FAM 僅是國務院單方面的聲明，而不是法院正式的裁判或國會制定下的結果。“The FAM represents the State Department’s unilateral declarations and is not the product of a formal adjudication or notice-and-comment

美國公民身分有兩個先決條件。(7 FAM 1131.2) 首先，孩子出生時，必須至少有一位親生父母是美國公民；第二，為美國公民的該方父母，必須在孩子出生時，有效的法律規定之期限內曾經居住在美國或實際居住在美國²²」，因此，國務院將 INA 第 301 條中的「由雙親所生」一詞解釋為包括孩子與所提及的父母之間應具有血緣關係。國務院認為，第 301 條中所使用的文字「由雙親所生」具有內在的生物學上涵義 (an inherently biological connotation)，而可以合理地解讀為與第 309 條 a 項中的「血緣關係」一詞具有相似的功能和目的，以確保孩子與其父母之間存在血緣上關係。

舉例而言，FAM 第 304.1-2 條²³規定：「『在婚姻關係中所生』意味著子女之父母在子女出生時已結婚。」國務院強調血緣關係的要求，依據的是其對第 301 條 g 項中所使用的文字做狹義的解釋：「一個人出生的雙親其中一個是美國公民」。

肆、《移民與國籍法》(The Immigration and Nationality Act) 之適用分析

一、《移民與國籍法》的問題和解決方法

根據 INA 第 301 條第 g 項的規定，INA 允許將公民身分傳遞 (pass) 給至少由一名公民雙親 (citizen parent) 所生的子女，當該子女的雙親中只有一人具有美國公民身分 (亦即其為公民雙親) 時有兩個重要的要件：一是是否該子女的雙親已結婚，二是是否該子女和該公民雙親具有血緣關係。通常來說，「生於婚姻關係」和「具有血緣關係」會同時發生在一對雙親和其子女身上，因而符合此般要件的子女會在出生時取得公民身分。然而當情況是發生在子女於雙親婚姻關係中所生，但卻非其中的公民雙親之親生子女時，對此情形下所應適用的規範卻不甚清楚，以致於產生了法規解釋上的分歧²⁴。

國務院將 INA 第 301 條中的「由雙親所生」一詞解釋為包括孩子與所提及的雙親之間具有的血緣關係，第九巡迴法院則注意到 INA 當中其他有關公民身分傳遞的規定並未有任任何有關「血緣關係」的要求，並且法院注意到 INA 並未定義何謂「婚姻 (wedlock)」或「合法 (legitimate)」，於是法院轉而尋求字典之解釋，並認定「合法 (legitimate)」意指「由已婚的雙親所生 (born of legally married parents)」或「在雙親合法的婚姻關係中出生 (born or begotten in lawful wedlock or legitimized by the parents' later marriage)」，因此，只要子女是由合法結婚的雙親所生且符合其他國籍取得的要件，則對於因出生取得公民身分的該子女而言，血緣關係即非取得公民身分所必要之條件²⁵。法院還確認，只要

rulemaking or congressional action.” *Scales v. INS*, 232 F.3d 1159, 1166 (9th Cir. 2000); *Jaen v. Sessions*, 899 F.3d 182, 187 n.4 (2d Cir. 2018).

²² The FAM states that “since 1790, there have been two prerequisites for transmitting U.S. citizenship at birth to children born abroad.” 7 FAM 1131.2. First, “at least one biological parent must have been a U.S. citizen when the child was born.” Second, the “U.S. citizen parent(s) must have resided or been physically present in the [U.S.] for the time required by the law in effect when the child was born.”

²³ 8 FAM § 304.1-2. states that “to say a child was born ‘in wedlock’ means that the child’s biological parents were married to each other at the time of the birth of the child.”

²⁴ Logan Bobo, *Wedlock, Blood Relationship, and Citizenship*, 14 Cardozo J.L. & Gender 351, 352 (2008), at 353

²⁵ *Id.* at 355

雙親合法結婚，子女就可以從任何性別的雙親那裡獲得公民身分²⁶。

從國務院和第九巡迴法院的分歧可以看出對於公民身分的決定有兩種標準，一種是針對在美國境外的領事館申請公民身分文件之人，另一種是針對在美國境內申請公民身分者，也就是會因為申請人申請時的所在地不同而有不同的申請結果。學者對此批評，美國國會似乎不太可能根據一個人的所在地來制定不同的標準，因此國務院或者第九巡迴法院兩者中必有其中一方對 INA 的解釋是錯誤的。

INA 規定了在美國境外出生的孩子獲得公民身分時的要件，而如同行政和司法兩部門在解釋上的分歧所表明的一般，這些要件是含糊不清的²⁷。學者認為導致分歧產生的原因可能是管轄權的劃分以及在該法的執行和解釋中司法審查的限制，不同的解釋意味著其中一種觀點是不正確的，出於一致性和準確性的考量，必須要選擇其中一種解釋去執行²⁸。

為使國務院的解釋與司法解釋相一致，學者提出的解決方法之一是由國會對 INA 進行修改，使其要件和意旨更加具體，以承認基於意圖的（intent-based parentage）雙親身分²⁹。此種方法的優點是可以在不訴諸司法或行政解釋的情況下清楚明確的表明國會意圖，並在所有司法管轄中具有權威性，在第九巡迴法院的裁決之後，國會就曾至少一次對 INA 進行了修改³⁰。也有學者提出，在國會通過這樣的修正案之前，聯邦法院和州立法者必須合作保護同性伴侶雙親的權利³¹，或者可以由最高法院徹底反駁公民身分案件中對於血緣關係要求的合憲性³²。但這些解決方法仍有困難的前提：根據提出申訴地點的不同導致在取得公民身分時的要件具有差異性，並且，由於移民政策和立法具有高度的政治性質，最高法院或國會是否熱衷於解決此一差異性，這樣的問題也是未知且無法確定的³³。

由於越來越多同性伴侶依賴人工生殖技術生育孩子，國會應著眼於自己的歷史並迅速對其規範做出修正，否則將不可避免地導致遭受國務院政策影響的同性伴侶成倍增加。

二、涉及同性伴侶和人工生殖子女之分析

由於INA的規範中對於父母子女關係的定義不夠清楚，因而在探討國籍問題，也就是公民身分的問題之前，必須先定義何謂父母子女關係。學者認為，定義父母子女關係（Parent-Child Relationship）至關重要，原因有二，首先，根據血統主義原則（*jus sanguinis*），一個在外國出生的孩子是否有資格取得美國國籍，取決於是否有父母子女關係存在，第二，確定誰是孩子的雙親對於決定是否其雙親已結婚以及子女是婚生或非婚生

²⁶ 例如在前述 *Scales* 案中，孩子從母親的公民丈夫那裡獲得了公民身分；而在 *Solis-Espinoza* 案，孩子通過父親的公民妻子獲得了公民身分。

²⁷ *supra* note 24, at 373

²⁸ *supra* note 24, at 373

²⁹ Lena K. Bruce, How to Explain to Your Twins Why Only One Can Be American: The Right to Citizenship of Children Born to Same-Sex Couples Through Assisted Reproductive Technology, 88 *Fordham L. Rev.* 999 (2019), at 1000

³⁰ *supra* note 24, at 372-373，下述註 38「但也有一個狹義的例外」所指。

³¹ *supra* note 29, at 1000

³² *supra* note 24, at 372-373

³³ *supra* note 24, at 372-373

亦是重要的³⁴。

學者稱國務院的政策³⁵為「基於生物基因的政策 (biology-based policy) 並批評此種政策下造成的直接後果是國務院拒絕承認許多人工生殖子女的出生公民權³⁶。這種基於基因而為的解釋對於不欲選擇收養，而選擇依靠配子 (gamete) 捐贈和人工生殖技術 (ART) 生子的同性伴侶影響深遠，這是因為在此種型態的家庭中，至少會有一個預定雙親 (intended parent) 永遠無法與孩子有血緣關係，亦即其不具備國務院所要求根據 INA 傳遞公民身分應具備的「血緣關係」，從而，在 INA 的規範之下，將永遠不可能合法地被承認是孩子的雙親。又如果不被承認的「雙親」是唯一具有美國公民身分的人，則該子女將因缺少美國雙親而被拒絕給予美國公民身分³⁷。這也就意味著將永遠禁止其中一位伴侶將公民身分傳給自己的孩子。

但也有一個狹義的例外³⁸：2014 年國務院對其解釋進行了狹義的修改，允許兩個女同性伴侶被承認為基因雙親。在此一例外之下，只要這個嬰兒是由其中一方提供卵子並由另外一方受孕懷胎，則這對已婚的女同性伴侶之子女將被認為是「在婚姻關係中出生」³⁹。雖然國會的修改意在對同性伴侶提供保護，但是這個例外只保護到一小部分的同性戀者，甚至不會及於所有女同性伴侶⁴⁰。由於不選擇收養的同性伴侶幾乎完全依靠 ART 來生孩子，因此這項政策對同性伴侶的影響尤其劇烈⁴¹。此外，即使公民雙親和子女之間能夠建立血緣關係，已婚同性伴侶的子女依然被視為「非於婚姻關係中所生」，因此要經受較為嚴格的公民資格要求⁴²。

國務院對 INA 的解釋看似只侵害了人工生殖子女公民身分的權利，但其實它同時也侵害到人工生殖子女之雙親傳遞公民身分給其子女的權利⁴³。國務院的解釋將同性伴侶之子女均認定為非婚生子女，從而剝奪了他們取得公民身分的權利，破壞了保護孩童的重要性⁴⁴。政府應關注的不僅僅是確保其公民能夠享受充分的家庭生活，還有確保其公民沒有被剝奪合法的身分地位，同時確保他們能夠有效地行使此種公民身分。

三、小結

目前為止，在美國實務上，只有第九巡迴法院就此議題進行討論，學者認為這是該法

³⁴ *supra* note 29, at 1008-1009

³⁵ 國務院對 INA 條文的解釋，認為 INA 第 301 條和第 309 條透過血統來規範出生公民權 (birthright citizenship)，要向孩子傳遞公民身分，美國公民雙親必須與孩子有血緣關係，即父母子女關係的存在取決於「血緣 (也就是生物學上的)」關係存在。根據國務院對 INA 的解釋，「有意 (intended)」成為孩子的雙親之一但與孩子不具有生物學上關係的個人，不符合作為雙親的資格，也無法向子女傳遞公民身分。*Id.* at 1010

³⁶ *Id.* at 1003

³⁷ *Id.* at 1010

³⁸ *Id.* at 1010

³⁹ *Id.* at 1011

⁴⁰ *Id.* at 1012

⁴¹ *Id.* at 1000

⁴² *Id.* at 1000

⁴³ *Id.* at 1013

⁴⁴ *Id.* at 1015

院在 *Scales* 案中對於 INA 所採取的解釋方法較顯弱勢之處⁴⁵。然而，有兩個因素透露出第九巡迴法院的判決可能是具有說服力的。首先，第九巡迴法院在移民案件方面具有豐富的經驗，在所有移民案件中約有百分之五十均是向第九巡迴法院所提出，其次，第九巡迴法院的裁決在過去已證明對移民法規的立法層面具有影響力，例如在第九巡迴法院對於1934年之前基於性別所為於公民身分的差別待遇之規定認定為違憲後不久，國會即對 INA 進行了修改，增設了與該判決相一致的規定。

第九巡迴法院不是移民或其他問題的最終決定者，聯邦最高法院和其他巡迴法院當然可以自由地不遵循其裁決，但是第九巡迴法院的移民決定反映了聯邦法院在移民問題上所擁有的判斷力、專業知識，以及預期會有法律上變化的洞悉力。學者評論，認為第九巡迴法院對法條的解釋更貼近於 INA 的目標，並且，司法解釋所採行的程序比美國國務院更好地貫徹了正當程序的保護，因而其認為第九巡迴法院的解釋方法更為值得尊重。

美國學者對其法規提出之質疑，雖我國因未有相同或類似之規定，目前尚無遭遇此些問題之疑慮，但若未來我國欲針對跨國同性伴侶及其子女進行立法，即可以美國 INA 所引發討論的問題作為反思，為我國立法時提供參考。

第三章 跨國同性伴侶家庭之子女問題討論

壹、我國同性伴侶家庭之案件討論

一、專法已解決之問題

同性戀者過去在我國社會上遭受到許多不公平的歧視和對待，但釋字 748 號解釋的作成為 LGBTQ 群體帶來一絲曙光，而同婚專法《司法院釋字第七四八號解釋施行法》（下稱專法）的訂立和公布更使這束光照耀到更多人身上。「同婚專法前」與「同婚專法後」同性伴侶在法律上所享有之權利有何變化，同婚專法解決了何種問題？又有哪些問題尚未解決？本文將於本章節進行簡單的比較和討論。

（一）同婚專法前

我國民法第 972 條對於訂婚明文規定應由男女當事人自行訂定，雖然民法對結婚之當事人必須為「一男一女」並無直接明文規定，然結婚基本上是銜接訂婚之接續行為，且民法親屬編之諸多規定，係建構在此等以兩性結合關係為基礎之概念上。例如，民法第 980 條「男未滿 18 歲，女未滿 16 歲者，不得結婚」及親屬編第 3 章父母子女關於婚生子女之意義、推定、否認、結婚之準正、非婚生子女之認領、否認等相關規定，均可看出現行民法之「結婚」，其解釋適用應為一男一女⁴⁶。司法實務相關判決及行政機關函釋均採相同之見解，認為我國民法對於婚姻之定義係採「以終生共同生活為目的之『一男一女』適法結合關係」，而因此拒絕同性伴侶登記結婚。故在我國，同性伴侶是無法登記結婚的，同

⁴⁵ *supra* note 24, at 365

⁴⁶ 民國 106 年 04 月 05 日法務部行政函釋，法律字第 10603504630 號。

時因為沒有法源允許其結婚，亦無法源允許其收養子女，同性伴侶在法律上獲得的權益保障可說是幾乎沒有。

直到 2017 年大法官作成 748 號解釋，認為「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。」同性伴侶在法律上應有的權益保護才開始真正受到重視。2019 年立法院三讀通過《司法院釋字第七四八號解釋施行法》此一同婚專法，更是為同性伴侶提供明確具體的保護。

（二）同婚專法後

同性伴侶自釋字 748 號解釋公布後得以結婚，同婚專法即在處理同性伴侶結婚之問題，但當涉及同性伴侶之子女時，法規對於子女和同性伴侶間的關係，又是如何定義的？

一對同性伴侶登記結婚且其婚姻有效成立，如果其中一方具有親生子女，則另一方伴侶和該親生子女間，在父母子女關係上將與我國民法的規定發生衝突，蓋因子女與同性伴侶其中一方必無血緣關係，因而不屬於我國民法中的「自然血親」，欲使同性伴侶和子女間形成親子關係，僅能以擬制的方式達成。法律上，擬制親子關係的方式即係透過收養，則此時要問的問題是：是否同性伴侶可以收養他方之子女？

專法對此問題已有所回答，其在第 20 條規定：「第二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。」所謂「一方收養他方之親生子女」指的即是繼親收養，同性伴侶在有效的婚姻下，若其中一方有其親生子女，則他方得根據專法第 20 條繼親收養該子女，收養人與被收養人間發生擬制血親的關係。

前述情形指的是同性伴侶雙方皆為我國人的情況，至於如果是一方為我國人，他方為外國人者，由於同婚專法並未有明文規定與外國人結婚之情形，僅能以《涉外民事法律適用法》（下稱涉民法）進行檢視，而涉民法第 46 條規定：「婚姻之成立，依各該當事人之本國法。」本條於實務通說上，一般認為係在規範婚姻的成立要件與婚姻是否有效的認定⁴⁷，因此根據現行條文的規定，必須同性伴侶中為外國人之一方其本國法同婚合法，且其與我國人成立婚姻關係時，根據該外國籍伴侶之本國法，以及，根據我國的同婚專法，在符合雙方本國法有關婚姻成立之要件，均各自屬於有效成立的婚姻時，該外國人與我國人間的跨國婚姻，方為一有效之婚姻。此時，若此同性的跨國婚姻為一有效之婚姻，該同性伴侶即可以適用專法第 20 條之規定，繼親收養他方之子女。

由此可見，無論是內國法的同性婚姻或是涉及外國要素的跨國婚姻，只要使此婚姻合法，即可透過繼親收養的方式解決同性伴侶和其子女間法律上關係的問題。是故，本文將不過多的聚焦於第 46 條之問題，而是以第 46 條婚姻下之同性伴侶和其子女間的法律關係作為本文討論的核心。

⁴⁷ 78 年 1 月 31 日司法院（78）秘台廳（一）字第 01083 號函：「我國人民與外籍人士結婚，其婚姻成立要件，除結婚方式（形式要件）得依當事人一方之本國法或舉行地法外，實質要件尚需分別符合雙方當事人本國法之規定。」

二、我國同性伴侶家庭之案件

(一) 同性婚姻合法前的同性伴侶子女

2007年8月，桃園出現我國第一件同性伴侶收養的聲請案：臺灣桃園地方法院96年度養聲字第81號裁定⁴⁸。一對吳姓與林姓女同性伴侶向桃園地方法院提出收養一名女嬰但遭法院駁回。

當時桃園地方法院在審理該收養案件時即依據當時的兒童及少年福利法⁴⁹第十四條⁵⁰第一項⁵¹，函請財團法人台灣兒童暨家庭扶助基金會桃園分事務所派員對當事人進行訪視並作成訪視報告⁵²供法院參考。

法院在評估過上述訪視結果後，承審法官認為「兒童日後在學校及同儕間，若其性別認同、性相扮演、角色定位及社會性處境異於一般多數人，可預期的將承受極大的壓力（諸如同學的作弄及取笑），而這些都是兒童自己要單獨面對的，非其他成年人可以隨時在旁排解的⁵³」，綜合判斷後，法院基於對孩子最大利益的考量決定駁回收養聲請⁵⁴。

桃園地院此裁定招致許多批評和討論，郭書琴教授即認為「民法第1055條之1第5款並未規定行使親權人只限『異性戀』；同時，該款也並未設定行使親權人必定處於婚姻狀況中。該款條文其實是相當『中性』（neutral）的條文。是故，面對未來多樣多元的家庭型態，該條之五款考量原因，實應更加敏銳地體察到不同性向、階級、族群的差異性，才能更加充實『子女最佳利益原則』之內涵。⁵⁵」葉百修大法官在司法院釋字第694號的協同

⁴⁸ 此裁定為全國首例，惟其為依法不公開之案件，無法得知其詳細內容，僅能從新聞報導以及學者著作中了解案件全貌。據報導稱，2007年4月間，林女的妹妹生下女嬰，因家境困難，林女與其伴侶（吳女）又想要小孩，林家商議後，決定由林女向法院辦理收養。報導來源：〈女同志收養小孩 法院不准 林女與「老婆」收養妹妹女兒 法官：「將造成孩童性別錯亂」駁回聲請〉2007-09-07，聯合報第14版，記者呂開瑞、楊德宜桃園縣報導（最後瀏覽日：2020/5/13）

⁴⁹ 《兒童及少年福利法》現已修法，中華民國100年11月11日全文修正為《兒童及少年福利與權益保障法》。

⁵⁰ 中華民國100年11月11日修正時移列至第17條並修正。

⁵¹ 該條文規定，法院認可兒童及少年收養事件，應基於兒童及少年之最佳利益，斟酌收養人之人格、經濟能力、家庭狀況及以往照顧或監護其他兒童及少年之紀錄決定之。同條第四項並規定，法院認可兒童及少年之收養前，應命主管機關或兒童及少年福利機構進行訪視，提出調查報告及建議，收養人或收養事件之利害關係人亦得提出相關資料或證據，供法院斟酌。

⁵² 見（96）台童桃扶字第0733號函。從社工員的訪視結果可以得知，該林姓女子月入三萬餘元，工作穩定，同居女友也喜歡小孩，兩人都說未來不會和男性結婚生子，希望能有個孩子和完整的家庭生活，並且林女母親知道女兒是同性戀，也已接受女兒的女友，願意協助照顧女嬰。社工員評估收養人外在條件雖符合收養條件資格，但社工員認為若通過收養案，被收養人可能將會面臨對性別角色及稱謂定義上的混亂，對於被收養人或多或少均會造成困擾及衝擊。訪視報告內容詳見〈台灣桃園地方法院96年度養聲字第81號裁定駁回1名女同性戀者的子女收養聲請〉轉載自台灣同志家庭權益促進會

https://www.lgbtfamily.org.tw/news_content.php?id=8&page=7

⁵³ 桃園地方法院駁回女同性戀者收養子女聲請的判決評論（附判決書原文）@ Maurice's barbaric YAWP :: 痞客邦 :: <https://narzissmus.pixnet.net/blog/post/8557075>

⁵⁴ 李惠珊，女同志家庭親子關係法制之研究，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，中華民國97年1月，頁28。

⁵⁵ 郭書琴，從「伴侶」到「父母」論身分法規範重心之轉變—兼評96年度養聲字第81號裁定，成大法學，2010年，頁107

意見書中也曾提到，「我國關於收養應聲請法院認可，雖可由法院以客觀立場判斷收養是否符合被收養者之最佳利益，實際上也可能對於社會一般人之刻板印象而限制收養者與被收養者間合意成立收養關係之權利，例如於臺灣桃園地方法院96年度養聲字第81號民事裁定中，即以社會對於同性戀者的性別與性傾向的刻板印象，而駁回收養認可之聲請。」從這些學者的批評即可看出，法院在判斷同性伴侶收養時，應盡量尊重收養者與被收養者之意願，在保障雙方最佳利益的情形下，作出符合雙方意願之判決，而非以收養者身為同性戀者之性傾向作為衡量收養的因素。

另外一起同性伴侶家庭案件，為臺灣士林地方法院 103 年司養聲字第 126 號民事裁定，2008 年大龜（收養人）與其同性伴侶周周赴加拿大進行人工受精，由周周產下雙胞胎即被收養人，2014 年女同性伴侶大龜、周周向法院提出聲請認可收養事件，大龜主張類推適用《民法》第 1074 條但書第 1 款及《兒童及少年權益保障法》第 16 條第 1 項但書第 2 款關於繼親收養之規定，應以兒童之最佳利益出發而擴張適用於事實上夫妻。

但是法院以「有關結婚之規定，明定婚姻關係由一男一女組成」為理由，否認兩個性別皆為女的伴侶為「夫妻」，並且法院也指出，釋字第 647 號解釋理由書中「已明確指出事實上夫妻係指『異性伴侶』，意即一男一女互認他方為自己之配偶，僅係未完成結婚之生效要件。」因此法院拒絕大龜提出的與其伴侶為「事實上夫妻」之主張，並認為同性伴侶無法類推適用民法第 1074 條但書第 1 款。

法院並認為，考量到被收養人年僅 3 歲，對於沒有思考、拒絕及選擇能力之兒童，其無法自行選擇是否去面對社會大眾對於同性性向的認同，「如認可本件收養，將使年幼的被收養人置於議題的火線，使其承受媒體的關注與追逐、外界的龐大壓力，對於兒童的身心發展均會造成負面的影響，審酌將兒童置於一個可預期將承受負面壓力之環境中，顯不符合兒童之利益」，因此法院最終認定，不符合被收養人之最佳利益。

本件的上訴審最高法院 105 年度台簡抗字第 11 號裁定⁵⁶，同樣拒絕允許同性伴侶登記，其所採之理由更再次重申「民法的結婚限於一男一女」這個現已由大法官宣告違憲的事實。

過去法律未允許同性伴侶可以繼親收養，使得同性伴侶雙方與孩子生活在一起，但其中一方卻與孩子是「法律上的陌生人」，因與孩子是法律上的陌生人，同性伴侶家庭遭遇到許多不便，他們無法替孩子在郵局、銀行開戶，即便是家中主要的撫養者，到了報稅

⁵⁶ 本件於司法院裁判書查詢系統無法詳見全文，故僅得見於他人之著作中有所節錄之部分。轉引自〈同性伴侶之一方得否收養他方子女—最高法院一〇六年度台簡抗字第九五號裁定 焦點判決 | 元照出版〉節錄意旨：「按我國民法對於因結婚而成為夫妻之當事人，依民法第 972 條、第 973 條、第 980 條規定，及參酌本院 32 年上字第 130 號判例，暨司法院大法官會議釋字第 365 號解釋意旨，應認係以終生共同生活為目的之一男一女，尚不包括同性結合。而民法第 1074 條但書第 1 款、兒童及少年福利與權益保障法第 16 條第 1 項但書第 2 款關於『夫妻之一方收養他方之子女』之『繼親收養』規定，既涉及身分關係之發生、停止或變更，原具公益性質，究非單純私法財產關係可比，則關於收養人與未成年被收養人之父或母間之關係，自應為相同之解釋及適用，即應係一男一女之夫妻結合。此乃立法政策性之考量，無關法律漏洞，不生同性『事實上夫妻』得類推適用『法律上夫妻』問題。至憲法上平等原則之價值，立法機關有具體化之優先權，依其具體化結果所制定之法律，原則上即應推認為合憲。」

季節，卻無法申報撫養扣除額⁵⁷，這些都清楚地凸顯出過去在同婚專法未通過前，法律及制度對於同志家庭的不友善。在法院裁定打出「子女最佳利益」，卻反而剝奪子女擁有雙親的權利，讓家庭內的關係得不到法律的保障。台灣性別平等教育協會呼籲，法院作為維護人權的機構應該看見多元家庭的存在，並積極創造友善的環境，保障多元家庭的法律權益⁵⁸。

（二）同性婚姻合法後的同性伴侶子女

《司法院釋字第七四八號解釋施行法》（下稱專法）第 20 條明定：「第二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。」根據《民法》之規定，一方收養他方之親生子女，為繼親收養，而專法此一規定即在允許同性伴侶得以繼親收養之方式收養伴侶之親生子女。

專法通過後，對於同性伴侶而言，其已至外國尋求代孕或由其親自受孕而獲得親生子女者，一方面專法已允許同性伴侶結婚，二方面其可適用專法的繼親收養規定，與伴侶和孩子共組一個家庭。然而，這僅是就「已有或未來計畫有子女」的同性伴侶而言。對於那些沒有足夠財力支持他們至外國尋求代孕的同性伴侶，由於專法並未有關於共同收養之規定，他們甚至無法共同收養一無血緣之孩子以共組家庭。

同樣沒有在專法規範內的，還有跨國同性伴侶。專法中未有明文關於我國人與外國人結婚之規定，因此目前只能適用《涉外民事法律適用法》第 46 條的規定，但在該條的適用下顯然仍無法保障到所有的跨國同婚伴侶，因此似乎仍有賴立法機關對其提供更詳盡的保護。

專法通過後的首件跨國同婚家庭案例於 2020 年 6 月 9 日開庭，2018 年 4 月，同性伴侶美蘋（新加坡籍）與小 C（我國籍）先飛往澳洲進行人工生殖，由小 C 接受捐精、回台生子⁵⁹；2019 年 10 月 8 日兩人向臺北市松山戶政事務所要求結婚登記遭拒，之後委由伴侶盟律師團提起訴願；訴願遭駁回後於 2020 年 2 月 11 日向臺北高等行政法院提起行政訴訟。

兩人於開庭當天帶著一歲半的女兒出庭，美蘋向法官表示，自己目前和工作居留，擔憂日後家庭被拆散，且無法繼親收養女兒，如果有天小 C 出了什麼事，小孩和美蘋卻無法律上關係，因此期盼透過司法爭取權益⁶⁰。

伴侶盟的許秀雯律師表示，涉民法第 46 條規定婚姻成立依各該當事人本國法，所以我國人跟新加坡人要結婚，我國承認同婚、新加坡不承認的狀況，解釋上就變成雙方無法

⁵⁷ 資料來源：【獨家】法院持續歧視同志 7 家庭申請收養子女 4 個遭駁回 -- 上報 / 調查 https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=19402（最後瀏覽日：2020/5/17）

⁵⁸ 資料來源：我的孩子不能認！同志雙親為親權抗告法院-風傳媒 <https://www.storm.mg/article/59237>（最後瀏覽日：2020/05/17）

⁵⁹ 新聞來源：【同婚 1 周年】台星伴侶試管得女 法律上 3 口卻是陌生人 | 蘋果新聞網 | 蘋果日報 <https://tw.appledaily.com/headline/20200525/B7HTE7VCXM3HFDCMJ7ZJGIEFOI/>（最後瀏覽日：2020/6/16）

⁶⁰ 資料來源：台星跨國同婚 倆人帶女兒出庭：想為小孩爭取完整家庭 | 法律前線 | 社會 | 聯合新聞網 <https://udn.com/news/story/7321/4624254>（最後瀏覽日：2020/6/16）

在臺登記結婚，我國的同婚專法現已准許同性結婚，並且大法官已作成解釋，認為同性二人結婚是基本權利。既然是基本權利，律師團認為構成我國的公共秩序善良風俗的一部分，所以適用其他國家不允許同性結婚的法律，這個結果會傷害到我國的公序良俗，故律師團主張新加坡不允許同婚的法律已違反我國公共秩序或善良風俗，應依民法第 8 條排除第 46 條規定，並在書狀中援引許多實務上見解及外國相關判決給法院參考⁶¹。

三、小結

從上述討論的案件可以發現，目前我國在同性伴侶有關子女的案件，多為是否允許同性伴侶收養子女，而現如今專法也已有對同性伴侶之收養問題有所規範。然而在同性伴侶與其子女之問題上，立法者目前所觸及的問題仍侷限在「繼親收養」的範疇，而不去碰觸有關同性伴侶「共同收養」，甚或開放「人工生殖」允許同性伴侶可在國內獲得其親生子女，更甚者，在跨國同性伴侶的議題尚未解決之前，對於立法者而言可能更不會去考慮到跨國同性伴侶之子女的問題。這些都使得同性伴侶仍無法和異性伴侶一樣在法律上獲得較為周延的權益保障。

貳、跨國同性伴侶之子女問題

一、問題釐清

從前述的判決與新聞報導可知，在過去，我國同性伴侶無法和子女在法律上形成任何關係，當同性戀者欲收養子女時，法院會以同性伴侶並非「事實上夫妻」而駁回同性伴侶共同收養子女的聲請，因此，同性戀者多僅能以單身收養的方式和另一半共同養育子女，縱其至外國透過代孕或購買精子而有其親生子女，回到臺灣依舊不被允許能夠由其另一位伴侶繼親收養該子女，蓋法院同樣會因其「非事實上夫妻」而拒絕之。而現在專法以繼親收養的方式部分解決了同性伴侶和親生子女的問題，可其他問題仍舊存在。

專法公布施行後，明文規定同性伴侶得「收養他方之親生子女」，但專法卻仍未提及是否允許同性伴侶共同收養子女，而若根據過去以往實務上的判決，法院多半會拒絕認可同性伴侶共同收養子女。如此一來，將導致無親生子女的同性伴侶在子女問題上依舊無法獲得法律上的保護。

此外，未獲法律保障的還有另外一部分人，即跨國同性伴侶及其子女。在跨國同性婚姻之情形，專法同樣沒有提及當涉及外國要素時，同性伴侶應如何應對，而如果根據涉民法，一旦跨國同性伴侶中，外國籍者的本國同性婚姻不合法，則外國人和我國人即無法成立婚姻關係，更遑論在婚姻未成立的前提下為同性伴侶的子女提供保障。究竟我國法制上還有哪些問題有待未來進一步解決，本文將以前述提出之假設為基礎進行問題之討論。

二、我國相關法規範

(一) 《司法院釋字第七四八號解釋施行法》

⁶¹ 1. 資料來源同上註。以及 2. 母女 3 人相依為命...台灣同婚法不適用外國人 同志伴侶憂：小孩怎麼辦 | ETtoday 社會 | ETtoday 新聞雲 <https://www.ettoday.net/news/20200609/1733873.htm#ixzz6RevGM7Rt> (最後瀏覽日：2020/6/16)

我國立法院在 2019 年 5 月 17 日三讀通過《司法院釋字第七四八號解釋施行法》（下稱專法），此專法成為我國第一部同婚專法。該法第 2 條明定：「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。」以及第 4 條規定：「成立第二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，依司法院釋字第七四八號解釋之意旨及本法，向戶政機關辦理結婚登記。」從此二條文可以發現此種關係之成立，必須完成和異性婚姻相同之程序，包括書面、兩位證人，以及向戶政機關辦理結婚登記。有學者認為，雖然專法的其他條文皆以「第二條關係」來指稱，但此處之「永久性結合關係」，可以說就是「同性婚姻」⁶²。

法院釋字 748 號解釋施行法	
關係登記	結婚登記
最低年齡	18
財產制	準用民法夫妻財產制
關係無效及撤銷	準用民法相關規定
關係解消方式	合意、判決、調解或和解
得否收養	得繼親收養
得否為他方監護人	○
同居義務及扶養義務	○
日常家務	互為代理人
遺產繼承	互為法定繼承人
其他法規之權利義務	原則準用
爭議解決	適用家事事件法
施行日期	108.5.24

（表格來源：法務部全球資訊網 <https://www.moj.gov.tw/cp-21-116005-aff80-001.html>）

（二）《涉外民事法律適用法》

由於專法中並未對跨國同性伴侶有所規範，因此跨國同性伴侶如欲在我國結婚，僅能適用《涉外民事法律適用法》（下稱涉民法）第 46 條之規定，但根據條文，「婚姻之成立，依各該當事人之本國法。」意即，跨國同性伴侶中其國籍非我國者，必須其本國亦有承認同性婚姻，其方可和我國人在我國登記結婚，同時二人的婚姻成立要件必須符合其各自之本國法規定，二人在我國戶政機關登記之婚姻始為有效成立。如果在該外國同性伴侶之國家，同性婚姻並非合法，則無法在我國登記結婚。

上述涉民法的選法規則明確的揭示了跨國同性伴侶於婚姻上所遭遇到的困境：我國人與外國人婚姻成立之實質要件，必須各自符合其本國法律，倘若跨國同性伴侶其中一方來

⁶² 748 施行法的六件事 – 一起讀判決 <https://casebf.com/2019/05/18/748law-overview/>（最後瀏覽日：2020/3/19）

自同性婚姻尚未合法的國家，將會因為「性別」要件不符合該方的本國法，婚姻不僅在該國無法成立，連同在台灣也無法成立⁶³。此選法規則造成目前只有來自同婚合法國家的人，能夠在我國享有婚姻自由⁶⁴。

由於世界上所有國家均允許異性別二人結婚，卻只有 27 個國家允許同性別二人結婚，在涉民法的選法規則下，將造成異性別二人的婚姻自由不受國籍限制，同性別二人的婚姻自由卻因國籍而受影響，對此學者認為此差異構成性傾向歧視，也違背大法官所諭示「同性別二人之婚姻自由」為憲法所保障基本權利的意旨⁶⁵。

學者嘗試提出解決跨國同婚在我國困境的方法：「要處理跨國同性婚姻成立要件的法律適用問題，理論上解決方式有兩個：其一是修法，例如：在同婚專法或涉外民事法律適用法增修一個條文明定『跨國同性婚姻的成立，得僅依一方當事人之本國法或舉行地法』。另一個解套方法則是，由《涉外民事法律適用法》的主管機關即司法院，儘速做出函釋，援用《涉外民事法律適用法》第 8 條『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』規定來解套。第 8 條所謂的公序良俗包括國家利益、基本權利、社會公益、道德秩序等等，在大法官釋字第 748 號解釋做成之後，已清楚確認我國將同性結婚當作憲法上必須保障的基本權利，禁止同性別二人結婚已違反憲法婚姻自由與平等權，也就是說，當外國法不保障同性婚姻，可認定違反我國基本的憲政秩序價值，背於我國公序良俗⁶⁶。」

雖然此二種方式皆不失為一解套方法，但其中修改法律的方式，不僅成本高，而且所需時間較長，如果想盡快完善對於同志族群的保護，似以第二種作成函釋的方式為較佳。

（三）《人工生殖法》

專法中對於同性伴侶是否得適用《人工生殖法》之規範亦未有提及，然而對於同性伴侶來說同樣可能存在有子嗣問題而希冀解決。臺灣現行的《人工生殖法》根據第 11 條⁶⁷，限於「夫妻」，且僅限於有第一項第一到三款之情事或有第二項所稱「有醫學正當理由者」始得接受醫療機構為其實施人工生殖。在上述專法尚未通過之前，由法務部委託執行的同性伴侶法制研究計畫曾召開公民審議會議，在會議中有公民認為應將人工生殖技術也納入同性婚姻法規，以使同性伴侶享有與民法婚姻所賦予完全相同之權利義務⁶⁸。

⁶³ 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？<https://tapcpr.org/hot-news/letters/2019/08/06/20190806>（最後瀏覽日：2020/3/21）

⁶⁴ 同上註。

⁶⁵ 同上註。

⁶⁶ 同上註。

⁶⁷ 《人工生殖法》第 11 條：「夫妻符合下列各款情形者，醫療機構始得為其實施人工生殖：一、經依第七條規定實施檢查及評估結果，適合接受人工生殖。二、夫妻一方經診斷罹患不孕症，或罹患主管機關公告之重大遺傳性疾病，經由自然生育顯有生育異常子女之虞。三、夫妻至少一方具有健康之生殖細胞，無須接受他人捐贈精子或卵子。夫妻無前項第二款情形，而有醫學正當理由者，得報經主管機關核准後，實施人工生殖。」

⁶⁸ 公民審議會議結案報告－同性伴侶法制研究計畫 <https://reurl.cc/4REmaY>（最後瀏覽日：2020/03/18）

我國人工生殖法對於人工生殖技術（Assisted Reproductive Technology，ART）的定義為：「利用生殖醫學之協助，以非性交之人工方法達到受孕生育目的之技術」。目前在醫學臨床上的人中生殖技術主要包括人工授精（intrauterine insemination，IUI）和試管嬰兒（in vitro fertilization，IVF）兩大技術⁶⁹。

現行專法因第二十四條⁷⁰規定，使現行的《人工生殖法》不在適用或準用範圍內，因而並未使同性伴侶得適用人工生殖之規定，女同性伴侶無法透過試管嬰兒借精生子，對此，不孕症醫師蔡鋒博則表示，雖然沒辦法合法的進行試管嬰兒，但女同性伴侶可以採用「自體滴精法⁷¹」。

究竟我國會否對同性伴侶開放適用人工生殖法，國民健康署署長王英偉表示，《人工生殖法》最初立法基準不是為同志婚姻關係，同志是否適用需再研議⁷²。

（四）《國籍法》

我國關於國籍取得也有兩種方式，一是出生，二是歸化，前者稱為「生來國籍之取得」，後者稱為「傳來國籍之取得」。

1. 生來國籍之取得

舊國籍法對於因出生而依法（*ex lege*）取得之生來國籍，係以血統主義為主，出生地主義為輔，即採以血統主義為基礎之併合主義⁷³。現行國籍法第2條規定如下：「有下列各款情形之一者，屬中華民國國籍：一、出生時父或母為中華民國國民。二、出生於父或母死亡後，其父或母死亡時為中華民國國民。三、出生於中華民國領域內，父母均無可考，或均無國籍者。四、歸化者。前項第一款及第二款之規定，於本法修正公布時之未成年人，亦適用之。」從此條文可知，我國國籍法原則上以父或母之血統定其國籍，例外時以出生地定國籍。

A. 依父或母之血統主義

現行國籍法第二條採父、母雙系之原則，只要出生時父或母為中華民國國民，即可依法取得中華民國國籍，出生於父或母死亡後，其父或母死亡時為中華民國國民者，均屬中

⁶⁹ 醫病共享決策網站—我有不孕症，想要接受人工生殖技術，我該選擇人工授精或是試管嬰兒療程呢？
https://org.vghks.gov.tw/sdm/News_Content.aspx?n=CEA978E2996359F9&sms=375CE464065A936E&s=BD32B8AA4F9D1640（最後瀏覽日：2020/03/18）

⁷⁰ 司法院釋字第七四八號解釋施行法第24條第1項：「民法總則編及債編關於夫妻、配偶、結婚或婚姻之規定，於第二條關係準用之。」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。但本法或其他法規另有規定者，不在此限。」

⁷¹ 採用「自體滴精法」必須遵守三個條件：第一，精子來源必須在四等親之外，以避免生下有隱性疾病的孩子，第二，為了避免感染疾病，精子必須經過人工生殖單位洗滌純化，第三，必須和精子提供者簽署同意書，避免日後產生糾紛。且此種方式並不保證一次就能成功，也要有安全的處置流程。要進行自體滴精法，必須由人工協助生殖單位提供無菌進口卵細管，把洗滌清洗純化後的精液送到子宮腔，不能直接把精液原汁原味送到子宮腔，否則前列腺素會引起子宮強烈收縮，進而產生疼痛。【女性伴侶可「自體滴精」產子 醫曝「3大條件」：4等親之外！<https://health.ettoday.net/news/1452923#ixzz6HopdpcVX>】

⁷² 同婚適用人工生殖？國健署坦言沒有討論過 | 同婚專法三讀過 | 要聞 | 聯合新聞網
<https://udn.com/news/story/12837/3819445>（最後瀏覽日：2020/3/21）

⁷³ 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，2018年8月，頁83。

中華民國國籍⁷⁴。我國現已將母之血統與父之血統平等對待，兩者之重要性相同，非惟在非婚生子女或父無可考或無國籍之情形，即使在婚生子女且父具有外國國籍時，只須其母為中華民國國民，不問其出生地在何處，皆屬中華民國國籍⁷⁵。

B. 出生地主義

國籍法第二條第一項第三款之例外情形，採出生地主義，目的在避免出生之人成為無國籍人，亦即在貫徹國籍法立法原則的國籍必有原則⁷⁶。根據條文規定可分成兩種：(1) 父母均無可考者；(2) 無國籍人之子女。

2. 傳來國籍之取得

傳來國籍之取得，是指因出生之原因取得生來國籍後，由於其他原因而取得他國國籍。此等原因，大致上可分為國際法上之原因及國內法上之原因，後者指的即是歸化⁷⁷。

歸化係指外國人或無國籍人呈請允許其成為內國人民，由國家對其賦予國籍之程序⁷⁸，故歸化須經個人申請，復由國家以行政處分予以許可而成立。

(五) 《民法》中婚生子女之相關規範

我國民法對於自然血緣親子關係之發生定有明文，民法第 1061 條⁷⁹為婚生子女之定義，同法第 1063 條⁸⁰則為婚生子女之推定，由此二規定可知，婚生子女須具備下列要件：(一) 須推定之生父與生母有婚姻關係存在 (二) 須其子女為妻所生 (三) 須於婚姻關係中受胎。另有學者⁸¹認為，婚生子女須為其母之夫之血統，但若單就上述兩條文觀之，並無法得出此一要件，亦即只要具備上述三要件，縱該子女非其母之夫受胎而生，於婚生否認之訴判決確定前，仍受推定為婚生子女⁸²。

一般而言，以事實上之血緣關係與婚姻關係為基礎來判斷父母子女關係之有無，而婚姻關係之有無，依法律規定判斷，較為容易，又判斷生母與子女之血緣關係，從出生事實亦可得知，惟關於父子關係之存在，則無法從分娩之事實加以判斷。民法乃根據社會一般之常識與婚姻道德，並為了避免父母子女關係舉證之困難，而設有婚生推定之規定⁸³。於解釋第 1063 條時，應認為妻於婚姻關係存續中受胎所生之子女，推定其為夫之婚生子女，亦即本條之推定，含有婚生推定及父性推定之雙重意義⁸⁴。

⁷⁴ 同上註，頁 83。

⁷⁵ 同上註，頁 84。

⁷⁶ 1948 年世界人權宣言第 15 條：「人人有權享有國籍。」、「任何人國籍不容無理褫奪，其更改國籍之權利不容否認。」

⁷⁷ 同前註 73，頁 84-85。

⁷⁸ 同前註 73，頁 86。

⁷⁹ 第 1061 條：「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。」

⁸⁰ 第 1063 條第 1 項：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」

⁸¹ 例如高鳳仙教授即認為婚生子女應具備之要件為 (一) 父母有婚姻關係存在 (二) 子女自夫受胎 (三) 子女為妻所生 (四) 於婚姻中受胎。高鳳仙，親屬法—理論與實務，五南出版，2018 年 9 月十八版，頁 258。

⁸² 林秀雄，親屬法講義，元照出版，2016 年 3 月三版，頁 219

⁸³ 史尚寬，親屬法論，頁 486；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 283

⁸⁴ 林秀雄，親屬法講義，元照出版，2016 年 3 月三版，頁 221

第 1063 條第 2 項⁸⁵否認之訴的設計，係為了兼顧身分安定及子女利益⁸⁶，實務見解⁸⁷亦基於此，認為雖有妻非自夫受胎者，如夫未提起否認之訴，或提起否認之訴而受敗訴判決時，該子女在法律上應認為夫之婚生子女，縱為該子女之生父亦不得對之為反對之主張⁸⁸。

（六）《民法》中的子女最佳利益原則

我國在民國 106 年 5 月 17 日由總統公布《兒童權利公約》，其中第 3 條：「所有關係兒童之事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作為，均應以兒童最佳利益為優先考量。」即明示「子女最佳利益原則」，此一原則乃是國際兒童人權法與近代歐美各國親子法所遵循之基本立法原則。

民國 88 年立法者對民法進行修正，首次將「子女最佳利益」引進民法親屬編之規範中，作為法院之裁判依據原則。現行民法親屬編的父母子女章和監護章中未成年人監護一節，均有提及「子女之最佳利益」，其中在婚姻章的離婚一節，當夫妻離婚時，就未成年子女權利義務應歸由夫妻中哪一方行使或負擔，當離婚夫妻協議不成而須由法院依職權酌定時，民法第 1055 條和第 1055-1 條即明言：「…法院得依職權為子女之利益改定之」、「法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀…」法院不僅應遵循該原則為未成年人選定較適當之親權人，更可在父母親權人均不適任之情形，依職權選任取代父母之第三人以行使監護權⁸⁹。

在《兒童及少年福利與權益保障法》也有所謂「兒童及少年之最佳利益」，例如第 5 條「政府及公立機構、團體處理兒童及少年相關事務時，應以兒童及少年之最佳利益為優先考量…」、第 18 條：「…經法院調查認為收養乃符合兒童及少年之最佳利益時，應予認可。」這些規定都顯示出，立法者認為對於兒童及未成年子女之保護的重要性。

從前述同性伴侶請求收養子女的判決中可以發現，法院在為收養之認可時，也有將「子女之最佳利益」作為其認可收養的標準之一，但法院卻也多以此為理由拒絕認可同性伴侶的收養聲請。有學者認為，在同性伴侶欲收養子女的情形，法院固然應對是否認可其收養為判斷，此時須考量同性婚姻之收養是否符合子女之利益，惟不得以收養人是否為同性婚姻者而作差別之處理⁹⁰。

⁸⁵ 第 1063 條第 2 項：「前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴。」

⁸⁶ 司法院釋字第 587 號解釋中曾提及。

⁸⁷ 1. 最高法院 23 年上字第 3473 號判例：如夫未提起否認之訴，或雖提起而未受有勝訴之確定判決，則該子女在法律上不能不認為夫之婚生子女，無論何人，皆不得為反對之主張。此判例與釋字 587 號之意旨不符者現已不再援用。2. 75 年台上字第 2071 號裁判：在夫妻之一方依 1063 條第二項規定提起否認之訴，得有勝訴之確定判決以前，無論何人皆不得為反對之主張，自無許與妻通姦之男子出而認領之餘地。此判例與釋字 587 號之意旨不符者現已不再援用。

⁸⁸ 高鳳仙，親屬法—理論與實務，五南出版，2018 年 9 月十八版，頁 265

⁸⁹ 施慧玲，論我國民法親屬編之修正方向與立法原則——由二十世紀的成果展望二十一世紀的藍圖，中正大學法學集刊，2000 年，頁 168

⁹⁰ 鄧學仁，同性婚姻法制化後之親子關係，月旦法學雜誌第 283 期，2018 年 12 月，頁 47

三、討論：我國法規目前無法解決的問題

本文於前述提出一案例假設，即我國人甲男與美國人乙男為跨國同性伴侶，雙方分別以其精子由代理孕母產下其各自之親生子女 A 和 B。對於此四人在法律上會有何種關係，以下將分別討論之。其中甲男和 A 子女，以及乙男和 B 子女，本於其各自相互間具有之血緣關係，A 子女因我國國籍取得為血統主義，取得我國國籍，而 B 子女為美國人乙男所生，美國於國籍取得採出生地主義原則，例外採血統主義，因而 B 子女亦可因其生父為美國人，取得美國國籍。同時 A、B 兩子女亦會本於其和各自生父之血緣關係，而在法律上具有父母子女關係。以下將就甲男和 B 子女，以及乙男和 A 子女間之法律關係進行主要討論。

(一) 跨國同性伴侶中我國人與外國人之親生子女間的法律關係（甲男和 B 子女）

1. 國籍法

依我國《國籍法》第 2 條規定：「有下列各款情形之一者，屬中華民國國籍：一、出生時父或母為中華民國國民。二、出生於父或母死亡後，其父或母死亡時為中華民國國民。三、出生於中華民國領域內，父母均無可考，或均無國籍者。四、歸化者。」此條文明指我國在關於國籍取得之問題係採血統主義。

如前第二章所述，美國在認定於國外出生的子女之國籍時，會因為該子女係「於婚姻關係中所生」或是「非於婚姻關係中所生」而有所不同，該國的《移民與國籍法》第 301 條規定「生於雙親婚姻關係中」之子女可根據其雙親具有的美國國籍而同樣取得美國國籍，第 309 條則規定，如果是「非生於婚姻關係中」者，必須該子女和具有美國籍的雙親之間有血緣關係時，該子女方可取得美國國籍。

我國並未有如同美國類似之規定，因而在跨國同性伴侶和其親生子女之情形，由於同性伴侶之組成必為相同性別，若就國籍法第 2 條條文作文義解釋，男同性伴侶中為外國人之親生子女者將因為其父非為我國人，且其無「母」，而無法根據第 2 條之血統主義取得我國國籍；於跨國女同性伴侶之情形亦同。

本件 B 子女為乙男之親生子女，其係由乙男提供精子，且其出生地非在我國，因此就 B 子女而言，其無法適用我國國籍法之原則血統主義，亦無法適用例外之出生地主義，而無法生來取得我國國籍。由於 B 子女之生父為美國籍之乙男，B 子女可因其生父而生來取得美國國籍。

2. 跨國同性伴侶子女身分問題之討論

甲男和乙男為跨國同性伴侶，根據我國涉民法第 46 條：「婚姻之成立，依各該當事人之本國法。」甲男和乙男間的跨國婚姻，必須符合雙方本國法有關婚姻成立之要件，在兩國的法律下均各自有效成立時，該婚姻方為有效。乙男為美國人，依照涉民法，其本國法為美國，而美國早在 2015 年即允許同性結婚，因此甲男和乙男之婚姻，如果實質要件符合美國法有關結婚的規定，亦即根據美國法，甲男和乙男的婚姻有效成立，同時甲乙的婚姻也符合我國有關同性伴侶結婚的形式和實質要件，則在我國法的規範下，甲男和乙男間成立有效的婚姻關係。

涉民法第 51 條規定：「子女之身分，依出生時該子女、其母或其母之夫之本國法為婚生子女者，為婚生子女。但婚姻關係於子女出生前已消滅者，依出生時該子女之本國法、婚姻關係消滅時其母或其母之夫之本國法為婚生子女者，為婚生子女。」上開規定係藉由選擇適用多數國家之法律，以儘量承認子女婚生性，是以，子女之身分，如依出生時該子女、其母或其母之夫之本國法為婚生子女者，即為婚生子女。

A. 以我國法為涉外民事法律適用法之準據法？

在判定 B 子女是否為甲男之婚生子女時應適用涉民法第 51 條之規定，惟是否可以適用該條文中「依出生時子女之母或母之夫之本國法」此一規定？此處即可能有法條解釋和適用上之衝突。B 子女之本國法非為我國，而其「母」為代理孕母，如果以代理孕母之本國法判斷 B 子女是否為「甲男和乙男之婚生子女」，未免過於荒謬，更遑論適用「母之夫」之本國法。如果將上述條文中「子女之母」以「婚姻關係中與其有血緣關係者」類推適用，則是否在解釋上即可將「母之夫」解為「該婚姻關係中之另一方伴侶」？此處尚有待釐清。

B. 以美國法為涉外民事法律適用法之準據法？

如果就 B 子女是否為甲男和乙男之婚生子女之問題，無法適用我國有關婚生子女之規定，而僅能就「B 子女之本國法」去解決，則又會有何結果？

B 子女之本國法為美國法，而美國對於「婚生子女」之認定，僅看是否該子女係於一段有效的婚姻關係存續中所出生，而無須具有血緣關係，本件中 B 子女係在甲男和乙男有效成立的婚姻中出生，適用美國法的結果，其當然為甲男和乙男之婚生子女。

3. 涉及外國要素的收養事件

甲男和乙男間的跨國同性婚姻有效成立，根據我國同婚專法，一方伴侶得繼親收養他方之親生子女，因此甲男應得收養 B 子女，但此時甲和 B 間的收養事件，應根據涉民法的規定？抑或是根據民法的規定？

涉民法第 54 條第 1 項規定：「收養之成立及終止，依各該收養者被收養者之本國法。」本條規定係採當事人之本國法主義，亦即關於收養之成立及終止，就收養者，適用收養者之本國法，就被收養者，適用被收養者之本國法，此種準據法適用方式係分別適用，亦即併行適用雙方當事人本國法之相關成立或終止要件後，合一決定該收養關係之成立或終止與否。因此在判斷收養人甲和被收養人 B 間的收養是否成立，應看雙方各自本國法有關收養之規定，我國同婚專法中明文「準用民法關於收養之規定」，有關收養是否成立，在我國法的部分應檢視是否有符合民法的規範，同時亦須符合被收養人 B 的本國法（美國法）之收養規定。如果收養有符合兩國的要件而成立，根據涉民法第 54 條第二項：「收養及其終止之效力，依收養者之本國法。」收養即會根據我國法發生效力。

（二）跨國同性伴侶中外國人與我國人之親生子女間的法律關係（乙男和 A 子女）

1. 國籍法

我國《國籍法》第2條明指在關於國籍取得之問題上，我國係採血統主義，已如前述。而本件中，A子女為我國籍人甲男之親生子女，因此無論A子女在何地出生，其皆會根據第2條之血統主義原則而取得我國國籍。

2. 跨國同性伴侶子女身分問題之討論

A. 以我國法為涉外民事法律適用法之準據法？

在我國法院就有關乙男與A子女間是否有親子關係此一問題涉訟，首先須檢視是否我國法院對於該案件有管轄權，而根據家事事件法第61條之規定，子女住所地之法院或父住所地之法院對該案件有管轄權，A子女為我國人，且其生父與乙男為跨國同性伴侶，其生父應於我國有住所地，我國法院對本件應有管轄權。

本件所爭執乙男與A子女是否有親子關係，須判斷A子女是否為乙男之婚生子女，唯有當雙親具有「父母身分」時，方能對子女行使親權。因此必須先解決「A子女是否為乙男之婚生子女」此一問題。如同前述（一）的2.A.，涉民法第51條規定，子女之身分應依子女出生時子女、其母或其母之夫之本國法，本件A子女之國籍為我國，因此其身分之判定可以選擇適用涉民法第51條中「出生時子女之本國法」依我國法為判斷。

A子女之本國法為我國法，而根據我國法，乙男和甲男雖有婚姻關係存在，但A子女和乙男不符合我國民法下婚生子女「須其子女為妻所生」此一要件，蓋乙男和A子女間不具有血緣關係，因此乙男和A子女在法律上無親子關係。

B. 民法

我國關於子女身分之認定，規定在民法父母子女章，其中第1061條對於何謂婚生子女有所定義，解釋上多認為該條須滿足三要件，（一）須推定之生父與生母有婚姻關係存在（二）須其子女為妻所生（三）須於婚姻關係中受胎。

本件中B子女是否為乙男之婚生子女？如果將上述三個要件均做文義解釋，則答案必然為否定。然而，大法官已對民法婚姻章中「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」作成違憲解釋，顯見「婚姻關係」不應只發生在一男一女之間，如果欲使同性伴侶適用此規定，恐怕仍對其有所不公。雖然大法官亦有指明其所做解釋係指「婚姻章」，而「不及於其他」，但本文仍認為應對該條文之解釋進行修改，使同性伴侶在適用婚生子女之規定時，得僅證明其子女為「生於雙親之婚姻關係存續中」，如此該子女方得本於其雙親之婚姻而享有權益保護。

3. 涉及外國要素的收養事件

在乙男是否可以收養非其親生子女而為其伴侶之子女的A子女之情形，與前述甲男和B子女之情形相類似：甲男和乙男間的跨國同性婚姻如果成立，根據我國同婚專法，乙男得收養伴侶之親生子女A，乙和A之間的收養事件由於涉及乙男此一外國人，因此首先須看涉民法之規定，又涉民法第54條第1項採當事人本國法主義，收養之成立必須符合收養者乙男和被收養者A子女雙方各自之本國法，故在判斷外國人乙男和我國人A子女間能否成立收養關係，在我國法須符合民法及其他相關法律中有關收養之規定，且亦須符合美國法有關收養的成立要件，乙男和A子女間方會成立收養關係。

四、小結

從前述整理的我國相關法規以及假設案例之分析可以發現，在關於同性伴侶之子女問題，當同性伴侶均為我國人，理所當然適用內國法的時候，只要符合同婚專法所規定「第二條關係」之成立要件，在子女問題上，無論該子女是否是人工生殖子女，只要該子女為其中一方之親生子女，同性伴侶之另一方即可根據同婚專法繼親收養之，顯見若單看內國的情況，同婚專法的確已解決一部分同性伴侶和子女之問題。然而，當情況發生在有跨國因素之時，我國的法規對於同性伴侶就顯得嚴苛許多，目前全世界僅有 27 個國家同性婚姻合法，在同婚專法未有明文而僅能根據涉民法之選法規則的情況下，來自 27 個國家以外地區的人即無法和我國人成立婚姻關係，更遑論為其親生子女提供法律上的保護。

第四章 修法建議

壹、關於在外國出生子女如何取得國籍之規定我國法與美國法之差異

美國《移民與國籍法》中對於在外國出生之子女如何取得美國國籍有所規定，而該規定以「是否該子女係在婚姻關係中所生」而有不同情形之適用，換言之即區分該「在外國出生之子女」是婚生或非婚生，如果是婚生，適用 INA 第 301 條之規定；如果是非婚生，則適用第 309 條之規定。然而，許是條文使用的文字不夠清楚，國務院和第九巡迴上訴法院對於第 301 條婚生子女的國籍取得，在「是否應有血緣關係存在於主張取得國籍之人與其雙親之間」，行政機關和司法機關在解釋上產生了重大的分歧。國務院認為第 301 條要求主張國籍取得之子女與其雙親中具有美國籍者必須具有血緣關係，但第九巡迴上訴法院則認為從第 301 條的條文文字和國會的立法目的中可看出國會並無強調血統的問題，而是更多的著重在合法性推定的保護，故法院所持的看法為，主張在外國出生之子女只需「在其雙親婚姻關係存續中出生」即可因其雙親之任一方具有的美國國籍，而同樣取得美國國籍，無須證明和其雙親具有血緣關係。第九巡迴上訴法院在多個判決中，均堅持此一見解。

我國並無類似美國這樣的規定，原因多半在於我國關於國籍之取得係以血統主義為主，而不同於美國係採出生地主義作為原則。美國 INA 第 301 條的推定，並不以具有血緣關係為必要，只須子女係在婚姻關係之下所生，就會被推定為「婚生子女」；我國民法對於身分關係也有婚生推定的規範，但與美國 INA 中給予在外國出生之美國人子女的「推定」最大的差異在於，我國民法中的婚生推定首先是立基於該子女是由夫妻中的妻所懷胎，再基於婚姻關係，而推定是受胎自夫妻中的夫，這樣的制度設置係為了避免夫妻在父母子女關係上的舉證困難，並且對子女提供保障，同時這種推定可以舉反證推翻。

在我國法之情形，對於同性伴侶透過人工生殖方法在外國生出之子女，我國法並無如同美國《移民與國籍法》一樣或相類似的法規，亦即我國的現行法並無法解決「同性伴侶至外國尋求人工生殖方法產下只和同性伴侶其中一方具有血緣關係的親生子女，關於其在我國的法律上地位」此一問題。

貳、本文建議

從前述第二章的案例假設可以發現，同性伴侶和其人工生殖子女在法律上仍存在許多的爭議，並且有些問題是我國現行法下無法解決的。本文以美國的案例判決為例，即希望可以比較我國法和美國法，了解是否有可借鑒之處、若未來我國欲訂立或修改相關法規範時，是否美國的立法能為我國提供方向。

從上述有關國籍取得在我國法和美國法之間的差異比較已說明我國和美國在國籍取得的立法例上採的是不同的立法例；美國採出生地主義為主，血統主義為輔，而我國則和美國相反，以血統主義為原則，出生地主義為例外，美國在判斷由其本國人所生於外國出生之子女是否可根據其雙親中任一方之美國國籍而同樣取得美國國籍時，並不以該子女和該具有美國國籍之雙親間有血緣關係為必要，血緣關係的要求只會發生在當該子女係在雙親間「沒有婚姻關係存續」下所出生時。INA 的規定對於子女的保護是有利的，就以前述所舉的美國法院判決為例，當一個子女出生時，其生父或生母可能已和並非其生父或生母之美國人結婚，此時縱然該非其生父或生母之人與該子女並無血緣關係，該子女在此情形下依然為「婚生」，而可以根據 INA 之規定，取得美國國籍。同性伴侶由於其結合必為相同性別之人，因此對同性伴侶而言，當其中一方有親生子女，則此子女必和另一方無血緣關係，因而可能同樣屬於上述「子女和雙親其中一方無血緣關係但其在婚姻關係中出生」之情形。

我國目前並無類似美國法的規定，其原因已如前述，我國民法對於「婚生子女」的定義係以母在婚姻關係中受孕和分娩之事實作為基礎，換言之，在我國現行民法下，沒有血緣關係就不會進到「自然血親」的討論範疇，也就無法去分辨是婚生抑或是非婚生。因此我國無法和美國做相同規定。

當同性伴侶雙方均為我國人時，已可藉同婚專法第 20 條解決同性伴侶和其親生子女的問題，而跨國同性伴侶和其子女也會發生相同之子女問題，惟我國對之並無相關立法。本文認為應訂立新法或修改同婚專法，首先著手解決跨國同性伴侶婚姻的成立問題，否則依照現行涉民法之規定，許多外國人受限於其本國法之規定將無法和我國人結婚，不僅外國人的權益受到影響，我國人的權利亦會受到侵害，況且只要跨國同性伴侶的婚姻能夠有效成立，其子女問題將同樣可以適用同婚專法中的繼親收養予以解決。

除了修訂同婚專法或訂立新法，直接就涉民法進行修訂也不失為一個解決之道，惟修法程序繁瑣，曠日廢時，因此可能不是目前最有效的辦法。在法律尚不明確的情況下，不妨考慮援引子女最佳利益原則，亦即當跨國同性伴侶的婚姻，屬於前述所稱「因當事人其中一方之本國法同性婚姻不合法」而無法成立有效婚姻之情形，並且因此無法透過同婚專法中的繼親收養來解決子女問題時，本文認為法院似乎可以先透過此一原則的援引，來解決跨國同性伴侶之間的繼親收養問題與父母子女關係。

此外，目前我國現行《人工生殖法》也尚未對同性伴侶開放，我國同性伴侶如欲有其親生子女多須至國外尋求代孕，許多同性伴侶受限於並沒有足夠的財力，因而轉向收養子女，但目前同婚專法只允許同性伴侶繼親收養，而不許同性伴侶共同收養，本文認為立法

者對此亦應作修改，法院過去拒絕同性伴侶共同收養的聲請多以同性伴侶非夫妻為理由，但同性伴侶僅是性別與異性伴侶不同，兩人之結合仍為經營共同生活之目的而成立具有親密性及排他性之永久結合關係，在此基礎上，本文認為應使同性伴侶和異性夫妻一樣有共同收養之權利。同時，本文亦認為應修改《人工生殖法》，訂立要件使符合要件的同性伴侶能夠在我國透過人工生殖方式有其親生子女，以保障更多的同性伴侶。

第五章 代結論

Dvash-Banks 案看似只在爭執當跨國同性伴侶中外國人之一方在外國生下親生子女時，該子女的國籍取得問題，然而該案件卻可引發關於該議題下更多的問題思考，比如有關子女的身分問題和收養問題，而在我國，跨國同性伴侶及其子女的身分問題、國籍取得和收養問題同樣存在，發生在其他國家的問題將同樣有可能在我國發生，故本文試圖從 *Dvash-Banks* 的案件切入，並將情境代換入我國的法規，以釐清我國會否發生和美國同樣的爭議。

從上述 *Dvash-Banks* 案和另外兩個美國法院的判決，可以看出第九巡迴法院對於 INA 的解釋方式均以有利子女的角度出發，合法結婚的同性伴侶如果透過人工生殖方式生下其親生子女，縱該子女只和其中一方同性伴侶具有血緣關係，而和同性伴侶中另一方無血緣關係，亦不受影響，仍可以因其雙親中任一方具有美國公民身分而取得美國國籍，這樣的解釋方式使得和雙親一方沒有血緣關係的子女因為係在其雙親的婚姻關係中出生，故也屬於「婚生子女」。儘管這樣的解釋方式目前還只限於第九巡迴上訴法院，但國會在立法時仍有可能受到法院判決的影響，而對法條文字進行更全面和詳細的考慮。

透過上述的判決和法規的整理可以發現，我國法院過去在實務上遭遇到有關同性伴侶和子女的問題多與同性伴侶結婚或者收養子女有關，其中當同性伴侶向法院請求共同收養子女時，法院多會拒絕其聲請，原因不外乎「兒童將來進入學校或社會恐因家庭異於一般多數人而遭受巨大壓力」、「如認可收養將使被收養人置於議題的火線，對其身心發展造成負面的影響」等，這些理由看似意在維護子女最佳利益，但卻不免讓人覺得法院和社會大多數人一樣，對同性伴侶持有偏見和刻板印象，本文即認為法院的理由無法使人信服，因為教導子女如何面對社會的眼光也是家庭教育的一部分，法院所稱「非其他成年人可以隨時在旁排解」此言即過於主觀和武斷，不許同性伴侶共同收養子女的作法對其實在不公。

至現在已有同婚專法，內國同性伴侶之婚姻問題已獲解決，同性伴侶雖仍無法共同收養子女，但專法也已允許同性伴侶能夠繼親收養伴侶之親生子女，相較過去，這樣的變化確實在逐漸弭平同性伴侶和異性伴侶在法律上所遭受到的不公平待遇。

然而我國現已出現第一件跨國同性伴侶由於該外國籍者其本國法不許同性結婚而無法和我國人成立婚姻關係，甚至無法收養其伴侶之子女的訴訟案件，顯見跨國同性伴侶和其子女之問題已是一個重要的議題。就如同本文所提出的案例假設，當跨國同性伴侶中一方為我國人，另一方為美國人，雙方各有其親生子女時，我國人和美國人之親生子女、美國

人和我國人之親生子女，在法律上均存在著不同的問題，以國籍取得為例，我國和美國的INA不同，美國人之親生子女無法因為其是在其生父和生父之伴侶的婚姻關係中出生，而取得我國國籍；在父母子女關係的認定，亦不同於美國法，縱然美國人之親生子女係在其生父和其生父之伴侶的婚姻關係中所出生，由於不符合我國民法有關婚生子女的規定，美國人之親生子女同樣非我國人和其伴侶之親生子女。這些問題都是未來同性伴侶在法律上可能會遭遇的困境，若依照我國現行法律，將無法解決此些問題，仍須仰賴立法者修法或立法。

同性伴侶在現今社會上仍會遭遇到不少批評、反對的聲音，他們已經必須面對這個社會所帶給他們的惡意，而法規的不完善更可能導致有數不清的同性伴侶必須面對來自法律上的阻擋，立法者應盡力提供完善的法規，使這些家庭的遺憾不再。

第六章 參考文獻

壹、英文文獻（依作者姓氏排序）

A. 期刊著作

1. Ann K. Wooster, J.D., Validity, Construction, and Application of 8 U.S.C.A. § 1401(c)-(g), Providing for American Citizenship in Certain Circumstances of Child Born Outside United States, or Found Within United States and of Unknown Parentage, 175 A.L.R. Fed. 67 (Originally published in 2002)
2. David B. Joyner, "If Doubt Arises": How the Department of State's Interpretation of the Immigration and Naturalization Act Invites Discrimination Against the Children of Gay and Lesbian Americans, 42 Campbell L. Rev. 119 (2020)
3. Gillian R. Chadwick, Legitimizing the Transnational Family, 42 Harv. J. L. & Gender 257 (2019)
4. Kristine S. Knaplund, Baby Without A Country: Determining Citizenship for Assisted Reproduction Children Born Overseas, 91 Denv. U. L. Rev. 335 (2014)
5. Kari E. Hong, Removing Citizens: Parenthood, Immigration Courts, and Derivative Citizenship, 28 Geo. Immigr. L.J. 277 (2014)
6. Katelyn Adams, Playing Favorites: Challenging Denials of U.S. Citizenship to Children Born Abroad to U.S. Same-Sex Parents, 107 Geo. L.J. 747 (2019)
7. Logan Bobo, Wedlock, Blood Relationship, and Citizenship, 14 Cardozo J.L. & Gender 351 (2008)
8. Lena K. Bruce, How to Explain to Your Twins Why Only One Can Be American: The Right to Citizenship of Children Born to Same-Sex Couples Through Assisted Reproductive Technology, 88 Fordham L. Rev. 999 (2019)
9. Michael J. Higdon, Biological Citizenship and the Children of Same-Sex Marriage, 87 Geo. Wash. L. Rev. 124 (January, 2019)
10. Scott Titshaw, Sorry Ma'am, Your Baby Is an Alien: Outdated Immigration Rules and Assisted Reproductive Technology, 12 Fla. Coastal L. Rev. 47 (2010)

B. 法院案件

1. Dvash-Banks v. Pompeo, United States District Court, C.D. California, 2019 WL 911799 (2019)
2. Scales v. I.N.S., United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 232 F.3d 1159 (2000)
3. Solis-Espinoza v. Gonzales, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 401 F.3d 1090 (2005)

貳、中文文獻

A. 期刊著作

1. 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，2018年8月
2. 高鳳仙，親屬法—理論與實務，五南出版，2018年9月十八版
3. 林秀雄，親屬法講義，元照出版，2016年3月三版
4. 廖翊廷，台灣同性婚姻釋憲案過後同志伴侶家庭圖像轉變之研究（未出版之碩士論文），臺北：銘傳大學，2018
5. 翁燕菁，歐洲人權法院保障同性關係策略評析——彈性、侷限及展望，中研院法學期刊第22期，2018年3月
6. 李惠珊，女同志家庭親子關係法制之研究，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，中華民國97年1月
7. 郭欽銘，司法院釋字第748號解釋施行法草案之研析，全國律師第23卷第6期5-16頁，2019年6月
8. 謝文宜，《衣櫃裡的親密關係：台灣同志伴侶關係研究》，心靈工坊出版社，2009年4月15日
9. 李佩雯，當「他們」也是「我們」：已出櫃同志與原生家庭之跨群體溝通關係維繫研究，傳播研究與實踐·第8卷第1期·頁65-101，2018年1月
10. 林宛樞，同志家庭權之論述、保障與界限：以《台灣伴侶權益推動聯盟版民法修正草案》為中心，清華大學科技法律研究所學位論文，2013年
11. 郭書琴，從「伴侶」到「父母」論身分法規範重心之轉變——兼評96年度養聲字第81號裁定，成大法學，2010年
12. 施慧玲，論我國民法親屬編之修正方向與立法原則——由二十世紀的成果展望二十一世紀的藍圖，中正大學法學集刊，2000年
13. 鄧學仁，同性婚姻法制化後之親子關係，月旦法學雜誌第283期，2018年12月

B. 法院判決

1. 臺灣桃園地方法院96年度養聲字第81號裁定
2. 臺灣士林地方法院103年司養聲字第126號民事裁定
3. 最高法院105年度台簡抗字第11號裁定
4. 臺北高等行政法院104年訴字第81號行政判決
5. 最高行政法院107年判字第716號行政判決

6. 臺灣臺北地方法院 108 年簡字第 67 號行政判決
7. 最高行政法院 107 年判字第 653 號行政判決
8. 臺北高等行政法院 104 年訴字第 84 號行政判決

C. 網頁資料

1. 同婚立法三版本差異大 本周朝野攻防見真章 <https://www.rti.org.tw/news/view/id/2020428>
2. 748 施行法的六件事 – 一起讀判決 <https://casebf.com/2019/05/18/748law-overview/>
3. 極憲焦點 – 【極憲解析】施行法哪裡有問題？同性婚姻的「姻親」與「收養」
http://www.focusconlaw.com/748_implementation_problems/
4. 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？
<https://tapcpr.org/hot-news/letters/2019/08/06/20190806>
5. 官曉薇：大法官已指示你 不能歧視同婚上家庭親子關係
https://www.lgbtfamily.org.tw/news_content.php?id=357
6. 女同志人工生殖 DIY-臺灣女人 https://women.nmth.gov.tw/information_42_39653.html
7. 法律拒認「兩個爸爸」：男同志 600 萬求子的未竟之路 -- 上報 / 調查,人物
https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=7568
8. 亞洲第一部同婚專法草案誕生！各界怎麼看《748 施行法》、競爭者有誰？ - The News Lens 關鍵評論網 <https://www.thenewslens.com/article/114175>
9. 台灣同婚專法親子關係問題暫未達成共識，LGBT 撫養問題為何頻起爭端？
<https://theinitium.com/roundtable/20180515-roundtable-gender-tw-lgbt-adoption/>
10. 我的孩子不能認！同志雙親為親權控告法院 <https://sdparty.tw/articles/134>
11. 草案及立法建議 – 同性伴侶法制研究計畫 <https://reurl.cc/Qd0390>
12. 公民審議會議結案報告 – 同性伴侶法制研究計畫 <https://reurl.cc/4REmaY>
13. 【釋字 748 後】 只准繼親收養？親權漫長路難到位 單元 5 | 2019.05.24 第 2175 集 - YouTube <https://www.youtube.com/watch?v=WtURylvE2f8>
14. 【婚姻平權系列文章】同婚通過後，外國人可以來台灣締結同性婚姻嗎？ - FOLLOW <https://follow.tw/f01/21113/>
15. 一對女同志夫妻「生孩子」有多難？ | LGBT | 台灣 | 台灣同婚法案 | 端傳媒 Initium Media <https://theinitium.com/article/20160725-taiwan-same-sex-marriage/>
16. 胡博硯／同婚專法通過後，台灣能否走向更幸福的國家？ | 思想坦克 | 鳴人堂
<https://opinion.udn.com/opinion/story/12705/3824100>
17. 【同婚專法】廖元豪／我們可以成家，卻不能扶養孩子？ | 雲論 | ETtoday 新聞雲
<https://forum.ettoday.net/news/1387933>
18. 同志家庭拒成單親 同家會倡合法擁子 - 生命力新聞 <https://reurl.cc/xZe0jZ>
19. 澳門男同志棄百萬年薪來台，卻無法與丈夫「合法」結婚！同婚上路 4 個月登記仍遭拒 將開啟司法戰-風傳媒 <https://www.storm.mg/article/1775736>
20. 同婚專法通過後，然後呢？同志伴侶相戀結婚八年，想要孩子竟只能「偷偷生」-風傳媒 <https://www.storm.mg/lifestyle/1684181>

21. 【同婚專法】共同收養、跨國婚姻等未納入 法務部：下階段再討論 -- 上報 / 焦點
https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=57998
22. 同婚專法 1 週年 同志團體：爭取雙親保障子女權益 | 政治 | 新頭殼 Newtalk
<https://newtalk.tw/news/view/2020-05-24/411360>
23. 亞洲第一部同婚專法草案誕生！各界怎麼看《748 施行法》、競爭者有誰？ - The News Lens 關鍵評論網 <https://www.thenewslens.com/article/114175>
24. 誰管你單身還有伴 「收養權」遇同志就轉彎 -- 上報 / 調查
https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=7599
25. 釋字 748 後：同志家庭的親權之路：<https://follaw.tw/f01/12465/>
26. [專欄] 我們沒有不一樣——頂尖醫學期刊研究：同志家庭小孩心理健康
<http://pubmedtw.blogspot.com/2018/10/blog-post.html>
27. 同志家庭的生育甘苦談，以及「人工生殖法」的未來 - The News Lens 關鍵評論網
<https://www.thenewslens.com/article/87002>
28. 【同婚專法出爐】保障同婚與平等權 同性伴侶婚後不得共同收養子女 -- 上報 / 調查
https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=57963