

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 12920071150164

UDC _____

厦门大学

硕士学位论文

同性婚姻合法化对国际私法的冲击
及我国的应对措施

A Study on the Impact of the Legalization
of Same-sex Marriage on Private International Law
and China's Response

陈柯民

指导教师姓名: 徐崇利 教授

专业名称: 国际法学

论文提交日期: 2010年4月

论文答辩时间: 2010年 月

学位授予日期: 2010年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2010年4月

同性婚姻合法化对国际私法的冲击及我国的应对措施

陈柯民

指导教师

徐崇利 教授

厦门大学

厦门大学博硕士学位论文摘要库

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

20 世纪中下叶，西方社会爆发了同性婚姻合法化运动。同性婚姻合法化的出现给传统的婚姻家庭制度带来了冲击和影响。在国际私法层面，各国面临是否承认以及如何承认外法域合法同性婚姻的问题。本文主要采用比较、分析、归纳的研究方法，希望通过对现有经验的总结，并结合学者的建议，试图为我国法院在面临外法域合法同性婚姻问题时提供较为合理的应对措施。

全文分为引言、正文和结语三大部分，正文分为四章：

第一章对世界主要国家和地区同性婚姻的立法与司法概况进行介绍，总结出这些国家和地区中两种明显不同的态度及其原因。

第二章分析了同性婚姻合法化给国际私法带来的冲击及影响，其包括了对国际私法具体实践方面和价值追求方面的影响。对实践方面的影响，主要有：先决问题的困难、法律规避现象的产生、公共秩序保留制度适用困难和判决的承认与执行方面的困难。对价值追求方面的影响主要体现于是否承认以及如何承认外法域合法同性婚姻有可能与国际私法追求实质正义的价值追求相冲突。

第三章介绍各国、各地区在是否承认以及如何承认外法域合法同性婚姻方面的实践经验。目前，对此问题主要有四种态度：区域内实行同性婚姻合法化的国家或地区，一般也承认外法域合法同性婚姻；禁止同性婚姻的国家或地区一般也不承认外法域合法同性婚姻；美国一些州本身反对同性婚姻而实行其他形式的同性结合，直接将外法域合法同性婚姻承认为本法域内其他形式的同性结合，或者基于公共秩序适用有限性而推定承认，或者以时间为界限承认；少数禁止任何形式同性结合的国家或地区，承认或有限承认外法域合法同性婚姻。

第四章是全文的另一个重点，主要分为三部分。第一部分介绍了在当今法律体系下，我国法院面对外法域合法同性婚姻可能采取的基本措施；第二部分分析了我国面对该问题时，应采取的态度即是否应适用公共秩序保留制度以及如何适用；第三部分则是面对该问题时，应采取的基本措施就是在调整公共秩序保留制度后，对具体的婚姻进行分类，之后再使用分割方法针对具体案例所保护的各种利益进行大小权衡从而做出判决或承认和执行外国判决。

关键词：同性婚姻；法律冲突；公共秩序；外国判决；德伯沙治

ABSTRACT

In late 20th century, the West launched the movement of legalizing same-sex marriage. The emergence of legalized same-sex marriage has had an impact and influence on traditional marriage and family systems. In the field of private international law, nations and states are facing with the question of whether to recognize or not and how to recognize legal same-sex marriages outside the jurisdiction. This paper mainly uses the research methods of comparison, analysis, induction, and tries to provide a more reasonable response when our country's courts are facing with legal same-sex marriages outside the jurisdiction of our country by summarizing up the existing experience and combining with the recommendations of scholars.

This paper is divided into three parts with preface, main body and conclusion, while the main body is divided into four chapters as follows:

The first chapter introduces the legislation and judicial overview on same-sex marriage of the world's major countries and regions, and summarizes up two obviously different kinds of attitude and reasons of these countries and regions.

The second chapter analyzes the movement's (legalized same-sex marriage) impact and influence on private international law, including the practice and pursuit values of private international law. The impact on the practice, mainly includes: difficulties of preliminary questions, emergence of evasion of law, difficulties of applying the reservation system of public order and difficulties of recognizing and enforcing foreign judgments. The influence on pursuit values of private international law is mainly reflected in the possible conflict between whether and how to recognize legal same-sex marriages outside the jurisdiction and the pursuit value of substantial justice.

The third chapter introduces the existing experience of different countries and regions about whether and how to recognize legal same-sex marriages outside the jurisdiction. At present, mainly, there are four kinds of attitude: countries and regions

where same-sex marriage is legal in the domestic area, generally admit legal same-sex marriage outside the jurisdiction; countries and regions where same-sex marriage is prohibited in the domestic area generally do not recognize legal same-sex marriage outside the jurisdiction; in some states of the USA where same-sex marriage is opposed but other forms of same-sex unions are legalized, legal same-sex marriages outside the jurisdiction are recognized as the legitimate forms of same-sex unions, or can be given the presumption of recognition or the time-limited recognition; some countries and regions prohibited any forms of same-sex union in the domestic area can recognize or limitedly recognize legal same-sex marriages outside the jurisdiction.

The fourth chapter is another focus of the full text, divided into three subchapters. Subchapter 1 introduces that under the current legal system, some possible basic measures would be taken when courts are facing with legal same-sex marriages outside the jurisdiction of our country; Subchapter 2 does some analysis that when courts facing with this sort of questions should be the attitude – specifically, whether there should apply the reservation system of public order and how to apply; Subchapter 3 when facing with this sort of questions, courts would take some possible basic measures – specifically, after adjusting the reservation system of public order, classifying specific marriages, then according to the theory of depechage, to weigh the interests embodied in specific cases and make judgments or recognition and enforcement of foreign judgments.

Keywords: Same-sex Marriage; Conflict of Law; Public Order; Foreign Judgment;
Theory of Depechage

目 录

引 言	1
第一章 同性婚姻合法化的国家或地区的相关法律规定	3
第一节 欧洲各国的做法	3
第二节 美国的做法	5
第二章 同性婚姻合法化对国际私法提出的挑战	8
第一节 国际私法实践方面困难重重	8
一、先决问题的困难	8
二、法律规避现象的产生	9
三、公共秩序保留制度适用困难	9
四、涉外判决的承认与执行双重困难	10
第二节 现代国际私法的价值追求受到挑战	12
第三章 各国国际私法应对外法域合法同性婚姻的措施	15
第一节 实行同性婚姻合法化的国家或地区的处理方法	15
第二节 反对同性婚姻的国家或地区的处理方式	17
一、不实行任何同性结合关系的国家或地区的做法	17
二、实行非婚姻同性结合制度的地区的做法	18
三、纽约州、以色列的处理方式	21
第四章 我国国际私法应对外法域合法同性婚姻的措施	23
第一节 目前我国涉外婚姻法对此类问题的基本操作方式	23
第二节 我国对此类问题应采取的基本态度	24
一、公共秩序保留制度的使用与改革	24
二、适用公共秩序保留制度的“尺度”	32
第三节 我国对待此类问题的基本措施	34
一、国外经验对我国的启示	34

二、对具体同性婚姻的分类	35
三、有选择的承认	37
结 语	40
参考文献	41
致谢语	46

厦门大学博硕

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Laws of the countries or regions which legalize same-sex marriage	3
Subchapter 1 The practice of European countries	3
Subchapter 2 The practice of the USA	5
Chapter 2 The challenge posed to private international law from legalization of same-sex marriage	8
Subchapter 1 Difficulties in private international law practice	8
Section 1 Difficulties of preliminary questions.....	8
Section 2 Emergence of evasion of law.....	9
Section 3 Difficulties of applying the reservation system of public order	9
Section 4 Difficulties of recognizing and enforcing foreign judgments	10
Subchapter 2 The challenge posed to the pursuit value of private international law	12
Chapter 3 Countries' or regions' response of private international law to legal same-sex marriages outside the jurisdiction	15
Subchapter 1 solution of the countries' or regions' which legalize same-sex marriage	15
Subchapter 2 solution of the countries' or regions' which prohibit same-sex marriage	17
Section 1 The practice of countries or regions which prohibit any same-sex union	17

Section 2 The practice of regions which legalize same-sex union but not marriage	18
Section 3 The practice of New York, Israel	21
Chapter 4 China's response of private international law to legal same-sex marriages outside the jurisdiction	23
Subchapter 1 Some possible basic measures would be taken under the current legal system when facing with this sort of questions	23
Subchapter 2 China's courts facing with this sort of questions should be the attitude	24
Section 1 The use and reform of the reservation system of public order	24
Section 2 The "ruler" of applying the reservation system of public order	32
Subchapter 3 China's basic measures to this sort of questions	34
Section 1 Revelation of foreign experience	34
Section 2 Classification of specific same-sex marriage	35
Section 3 Selective recognition	37
Conclusion	40
Bibliography	41
Acknowledgements	46

引言

婚姻关系在人类世界的所有社会关系中占据重要的地位。我国的《诗经》将《关雎》置于首篇，别有深意，表明夫妇之伦是整个社会人伦的基础和前提。^①事实上，婚姻家庭问题在国际私法的理论和实践中，也有特别显著的地位。一方面，婚姻家庭是人类社会延续时间最长又最稳固的社会制度和社会组织，所以从国际私法产生以来，婚姻家庭方面法律冲突规范是国际私法中最重要、最稳定的组成部分之一；另一方面，婚姻家庭关系深深地触及一个国家特有的道德、宗教和社会生活的基本原则，通常被认为是有关公共政策的法律问题。^②

随着社会的发展，人们的道德观日益趋向于多元化以及人权观念日渐深入人心，同性恋者开始争取结婚的权利。20世纪中下叶，西方社会爆发了同性婚姻合法化运动。目前国际社会中性同居者争取合法婚姻地位的运动已经在一些国家和地区取得成功。同性婚姻合法化的出现给传统的婚姻家庭制度带来了冲击和影响。在国际私法层面，各国面临是否承认外法域合法同性婚姻的问题。^③目前，在国际私法实践中，对此问题主要有四种态度：区域内实行同性婚姻合法化的国家或地区，基于内外一致保护的原则出发，一般会承认外法域合法同性婚姻；禁止同性婚姻的国家或地区一般也不承认外法域合法同性婚姻；美国有一些州本身实行其他形式的同性结合，反对同性婚姻，却承认或有限承认外法域合法同性婚姻，如新泽西、马里兰和加利福尼亚；少数禁止任何同性结合形式的国家或地区，基于某种利益出发，承认或有限承认外法域合法同性婚姻，例如纽约州、以色列。

随着我国对外开放的深入，大量涉外民商事交往的出现，我国法院将来也

^① 焦燕. 婚姻冲突法问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2007. 1.

^② [英] 马丁·沃尔夫. 国际私法[M]. 李浩培、汤宗舜译, 北京: 法律出版社, 1988. 453.

^③ 本文所指的“承认外法域合法同性婚姻或合法同性婚姻效力”之问题，包含了两个方面的意思：一是一国在受理有关涉外民事案件后，在法律选择过程中，是否适用承认同性婚姻合法之外国法的问题；二是一国是否承认和执行外国机关作出的建立在同性婚姻合法基础上的有关判决的问题。其实，在法律适用和外国判决的承认与执行问题上，公共秩序保留制度介入的原理是基本相同的。而本文正是从公共秩序保留的角度探讨是否承认外法域同性婚姻的问题。因此，为了行文方便，对于上述两种意思，本文有时分别加以讨论，有时则交叉或混合加以讨论。

可能会面临这些问题。如果不加分析的予以承认基于外法域法律成立的同性婚姻关系（即外法域合法同性婚姻），可能会对我国国内公共秩序造成不利影响；而如果一概拒绝承认，则可能不利于保护依附于该关系而成立的其他民事法律关系，所以应当视具体情况不同而决定是否拒绝承认。目前我国的司法实践对基于外法域法律成立的同性婚姻是否予以承认这个问题还没有迫切的需要，但是未雨绸缪，也是必要的，而且理论上的探讨有助于从国际私法的角度加深对婚姻概念及其内涵的理解，以充实和完善我国在婚姻方面的冲突法规定。近年来，随着此类案件不断增多，国内外学者们逐渐展开对外法域同性婚姻承认与否以及如何承认进行讨论。美国学者考伯曼（ANDREW KOPPELMAN）和西伯曼（LINDA SIBERMAN）等人对同性婚姻定性以决定公共秩序是否介入的方法，一定程度上值得我们借鉴。本文也正欲通过相关国际私法原理的分析并结合现行各国的法律与我国国情，参考考伯曼和西伯曼等人的理论，试图为我国法院在面临这个问题时提供较为合理的应对措施。

第一章 同性婚姻合法化的国家或地区的相关法律规定

同性婚姻即为两个同性人像异性人一样自愿结合成为一个家庭。广义上而言，同性婚姻包括了所有以组成家庭为目的的同性结合，包括了美国新泽西州的“民事结合”（Civil Union）制度、丹麦的“注册伴侣”（Registered Partnership）制度以及荷兰和加拿大等国的狭义同性婚姻（Same-sex Marriage）等同性结合。在欧美尤其是像美国、加拿大这样一个国内同时拥有数种同性结合形式的国家，由于不同形式的同性结合有不同的权利义务，学者们更加关注各种形式同性结合的差别。而我国国内的学者们则是比较笼统地称这些同性结合为“同性婚姻”。^①这与我国禁止一切形式的同性结合之立法现状有关。笔者认为，由于不同形式的同性结合其具体权利义务不同，加上各国国际私法对不同涉外同性结合的规制，为了更加有利于保护同性结合者们的合法权利，有必要区别对待各种同性结合，所以对“同性婚姻”宜采狭义说。^②

目前，狭义同性婚姻合法化的国家和地区包括：荷兰、比利时、西班牙、加拿大、南非、挪威、瑞典、美国华盛顿特区、马萨诸塞州、康涅狄格州、爱荷华州、佛蒙特州、新罕布什尔州与墨西哥的首都墨西哥城。^③

第一节 欧洲各国的做法

自 1998 年起，荷兰便开始允许同居伴侣登记，无论是同性还是异性，登记后均可享受与婚姻关系几乎完全相同的法律和经济权利。2001 年 4 月，荷兰成为世界上第一个允许同性恋者结婚的国家。

2003 年 7 月，比利时议会通过了承认同性婚姻的立法，成为继荷兰之后，第二个立法承认同性婚姻的国家。按照比利时的法律，同性婚姻伴侣享有除收养权之外的与异性婚姻伴侣相同的权利。2006 年开始，比利时法律允许同性伴

^① 徐国栋.〈绿色民法典草案〉人身法二题[J].福建师范大学学报(哲学社会科学版),2005,(1):6.

^② 本文以下部分所称的“同性婚姻”均指狭义的同性婚姻。

^③ 同性婚姻[EB/OL].http://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage,2010-03-01/2010-03-01.

侣收养孩子。

挪威可谓对同性婚姻最为宽容的国家。该国于 1993 年制定了《注册伴侣关系法》(Registered Partnerships Act)，一对同性恋人可以将他(她)们的关系进行公共登记，从而获得官方的认可。这种经登记的伙伴关系，尽管不是婚姻，但几乎具有婚姻关系所具有的法律效果。2002 年允许同性伴侣收养孩子。随着挪威平等保护人权呼声高涨，挪威人对同性婚姻的接受程度逐年上升，挪威于 2008 年制定婚姻法修正案，规定结婚无性别要求。该修正案甚至规定女同性婚姻伴侣，一方通过人工受精怀孕的，另一方从前者怀孕开始即对孩子拥有家长权利。^①

同性结合合法化运动在欧洲进展较为顺利，除了同性婚姻合法化国家大部分在欧洲以外，民事结合、注册伴侣等其他形式同性结合合法化的国家也主要集中于欧洲。这些国家的同性伴侣制度虽然从名义上而言不属于婚姻制度，但是其合法同性伴侣所拥有的权利又几乎等同于同性婚姻伴侣。英国于 2004 年开始允许同性恋者建立家庭，但不是结婚。为此，英国通过了《民事伴侣关系法案》(Civil Partnership Bill)，该法案于 2005 年 12 月 21 日生效，这项法案允许同性恋者同居，建立家庭，享有异性夫妻在财产、继承、移民、赋税等方面享有的一切民事权利。立法的目的在于避免对同性同居者歧视，因此该法案不适用于异性同居者。^②事实上，这种同性伴侣家庭关系几乎就是同性婚姻的别称。

荷兰、比利时、挪威、西班牙等欧洲国家都是先后经历了其他形式的同性伴侣制度，而后再逐渐过渡到同性婚姻制度。笔者认为，从这一规律来看，在人权保护方面走在世界前列的欧洲地区，由于地缘因素和政治经济因素的相似性，今后可能出现更多实行同性婚姻合法化的国家。

^① 挪威婚姻法修正案[EB/OL].

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/regpubl/otprp/2007-2008/otprp-nr-33-2007-2008-/16.html?id=502804,2009-06-01>.

^② Same-sex Civil Partnerships:In England,Scotland,Northern Ireland &Wales[EB/OL].

<http://www.religioustolerance.org/hom-maruk.html>, 2008-10-24.

第二节 美国的做法

与欧洲立法上激进的态度不同，美国保守力量似乎要强大得多。迄今为止，只有 13 个州承认同性伴侣关系的合法地位。其中七个州采取民事结合或注册伴侣形式；而华盛顿特区、马萨诸塞州、康涅狄格州、爱荷华州、佛蒙特州、新罕布什尔州则已经实行同性婚姻合法化。同性婚姻在加利福尼亚州及缅因州被允许合法化后又被否定，有关修正案正在违宪审查之中。

在 1972 年的 *Baker v. Nelson*^①案中，美国联邦最高法院裁决明尼苏达州的婚姻法不涉及任何联邦宪法问题而驳回了上诉。该案件中原告主张，州政府拒绝为同性恋者颁发结婚登记违反了美国宪法关于平等保护、正当程序和隐私权保护的条款。联邦最高法院在裁决中认为，各州婚姻法是依据各州宪法制定的，该案不涉及联邦宪法问题。这样，下级联邦法院将遵从这样的裁决意见直到联邦最高法院自己推翻。因此，有关同性婚姻的问题就只能依赖于各州自己的宪法了。

1996 年美国参议院继众议院之后，以 85 票对 14 票的压倒性多数通过不承认同性婚姻的《保卫婚姻法（DOMA）》。依该法规定，同性婚姻将无权得到联邦政府承认，并允许各州有权不承认同性婚姻。^②

2003 年 11 月马萨诸塞州最高法院在 *Goodridge v. Department of Health* 案中表示：同性恋者有权结婚。州不能拒绝把婚姻所特有的权利和义务给予一些希望结婚的同性恋者，否则将构成歧视。^③同性婚姻提倡者们希望借助于此案的判决，使得同性婚姻在其他各州得到承认。然而，2006 年夏季，在二十天内，纽约州和华盛顿特区最高法院先后认为把婚姻仅限于异性当事人之间是合宪的。紧接着，45 个州通过宪法修正案或者立法来禁止同性婚姻。^④

2008 年康涅狄格州最高法院在 *Kerrigan v. Commissioner of Public Health* 案

^① *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972).

^② 余延满. 论婚姻的成立[A]. 法苑精萃编辑委员会. 中国民法学精粹[C]. 北京: 高等教育出版社, 2005. 956.

^③ *Goodridge v. Dep't of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

^④ LAVELY, A. VANESSA. The Path to Recognition of Same-sex Marriage: Reconciling the Inconsistencies between Marriage and Adoption Cases[J]. *UCLA L. Rev.*, 2007, (10): 291.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

廈門大學博碩