

# 欧洲同性恋立法动态的比较考察<sup>\*</sup>

[德] M. 克斯特尔

慕尼黑大学教授, 法学博士

**编者提按:** 同性恋在中国存之已久, 但同性恋者几乎完全没有余地来名正言顺地谈论他们的社会境遇和法律保障。然而人类社会的共性决定了中国迟早也要面对这样的问题。今天在欧洲发生的, 明天或后天必然也要在中国发生。所以, 知其于未然之时乃是学者与立法者的明智态度。

## 一、序言

既然是在英国做这个演讲, 那么引用一个贵国众所周知的案件(1866 年海德诉海德案)判决中的下面这句话来开始应是很适当的:

“婚姻是两个异性之间排他性的自愿终身在一起的结合。”

在西方世界里, 这是一个对婚姻所下的传统的具有典型性的定义。婚姻缔结者应是异性这一原则对一些欧洲的立法者来说是不证自明的, 例如在德国立法中这一原则甚至都没有被提及。

然而在一个非常短的时间内, 这一众所周知的事情已发生戏剧性的变化。这场革命来得迅猛, 且趋势有增无减。首先, 道德自由化和社会多元化导致取消了对同性恋的刑事制裁, 使得同性恋和同性伴侣才可能“出现”。其次, 作为一个相互作用的过程, 社会上的同性恋者越来越多以及对社会学、生物学和心理学的知识增进与了解, 有助于社会和公众生活逐渐接受同性恋这一事实。反过来, 社会的接受促使同性恋者要求更多, 因而他们请求至今仅赋予结婚者才有的法律权利; 而且他们开始要求全面平等地给予对待, 除了对具体法律权利的要求外, 同性恋者最终的要求甚至更进一步; 他们希望能像异性伴侣那样被准予结婚。诚然, 并不是所有的同性恋者都同意这个最后的要求, 一位对同性恋权利的倡导者这样写道:

---

<sup>\*</sup> 本文为慕尼黑大学法学院米夏埃尔·克斯特尔教授(Prof. Dr. Michael Coester, Munich)于 2002 年 2 月 13 日在英国伦敦学院所做的演讲。

我们当然不相信同性恋者会照搬从根本上就有瑕疵的异性结婚的法律制度。……现在最严肃的婚姻缔结者是恭顺的同性恋者和虔诚的原教旨主义信徒……一旦我们已享受着作为同性恋者所具有的更多的对生活方式的选择和性自由,我们就疯狂地想穿上结婚的礼服。<sup>[1]</sup>

我们不应为这种观点的冲突所激怒,它仅仅折射出同性恋者在对婚姻,例如一种终生斯守、有约束力的承诺方面不同的态度。但是,事实上对同性恋权利和地位的法律上的认同现在正排上了欧洲立法的议事日程。

有的成员国已经寻找到解决同性恋的方案:在第一次立法浪潮中有丹麦。该国在1989年法律中规定了登记的伙伴关系,其后十年即1999年对之又做了修改。<sup>[2]</sup>这种做法为其他大多数斯堪的那维亚国家所仿效,他们纷纷立法对此做了相似的规定。<sup>[3]</sup>第二次立法浪潮发生在近19年。其中有匈牙利、<sup>[4]</sup>法国、<sup>[5]</sup>比利时、<sup>[6]</sup>荷兰<sup>[7]</sup>以及西班牙的自治区如加泰罗尼亚、亚拉贡和纳瓦拉。<sup>[8]</sup>它们的立法产生了不同的法律规制模式——在后面的对此会有较详细论述。

21世纪更多的国家对同性恋进行了法律规定。在2001年,德国或多或少遵循斯堪的那维亚国家的立法模式。<sup>[9]</sup>芬兰是最后加入到其他对同性恋进行立法的斯堪的那维亚国家的行列,该法将于2002年3月1日实施。<sup>[10]</sup>而且荷兰由于对其1998年将同性恋规定为伙伴关系的法律不十分满意,成为世界上第一个将结婚制度适用于所有伙伴关系而不考虑他们性别的国家。<sup>[11]</sup>

英国有的观察家可能试图在以下的想法中找到几分慰藉,那就是,以上欧洲大陆所特有的离经叛异是不太可能扩散到世界上其他像英国这样的国家和地区。的确,就是直到最近看起来仍然如此。尽管在1998年当被德国政府问及在英国同性恋事态时,米夏埃尔·弗雷曼教授就此回答道:“现在还几乎没有同性恋提出结婚的要求,而且英国对登记伙伴关系的概念还没有真正地展开讨论……尽管在欧洲有如此多的国家采取了举措……英国目前的公众舆论对此尚毫不关心。”

然而,其他人对此却不以为然,他们声称存在“一个社会对男同性恋和女同性恋生活

[1] 参见M·A·格伦登:“国家、法律和家庭:婚姻正在式微”,载《弗吉尼亚法律评论》1976年第62期,第663、684页;那些行使“结婚权”的人可能发现,在他们曾费力打开的门内的生活与门外的生活没有太大的区别。然而一旦他们穿过这道门,他们就可能遭遇到国家不期而至的亲近。

[2] 1989年6月7日法律中的第372条为1999年6月2日法律中的第360条所修改。

[3] 挪威:1993年4月30日法律的第40条;瑞典:1994年法律的第117条(该法于1995年1月1日生效);冰岛:1996年6月12月法律的第87条。

[4] 1996年法律中第42条;同时参见《匈牙利民法典》第578条(G)项和第685条(A)项。

[5] 1999年11月15日法律中第99—994条(《民事一体协议》)。

[6] 1998年11月23日颁布的法律(该法于2000年1月1日生效)(《同居法》)。

[7] 《荷兰民法典》第1条第80款a项—第80款f项。

[8] 加泰罗尼亚1998年7月15日法律中第10条;亚拉贡:1999年3月26日的法律;纳瓦拉:2000年7月3日法律的第6条。

[9] 2001年2月16日颁布,于2001年8月1日生效的《同伙伴关系法》。

[10] 2001年11月9日法律中第950条。

[11] 《荷兰民法典》第1条第30款第(1)项。

方式的接受和国家对此正式以法律规制(空缺)之间的严重错位”。<sup>[12]</sup>

最近, 莱斯特勋爵提出的关于公民伴侣关系的《私成员法案》(Private Member's Bill)于2002年1月25日在英国上议院进行了二读, 使得事情终于大白于天下, 即同性恋这个球也已在英国这个岛国滚动起来了(尽管该法案在当时被撤回, 但政府内阁已承诺对此立法以后再考虑)。

须进一步说明的是, 欧洲这股立法浪潮已经扩大到大西洋的彼岸——美国佛蒙特州最高法院, 它在贝克尔诉佛蒙特州(1991年)一案的判决中提及斯堪的那维亚的立法, 当它要请求立法机构“将异性结婚者享有的便利与保护扩及到同性伴侣”时,<sup>[13]</sup>佛蒙特的立法机构迅速对此作出了反应。<sup>[14]</sup>

## 二、欧洲法

我们在进一步考察欧洲各国对同性恋的不同立法途径(模式)之前, 首先简要地看看欧洲法对此有什么规定。<sup>[15]</sup>

(一)1998年的英国人权法案(ECHR)已经在该国取得非常重要的意义

与我们在此讨论有关的重要的条文有第8条(要求尊重私人和家庭生活)、第12条(关于婚姻和建立家庭的权利)以及第14条(禁止任何歧视)。尽管斯特拉斯堡的欧洲人权法院已经根据第8条和第14条判决即使没有结婚但已有孩子的异性伴侣受到法律保护,<sup>[16]</sup>但它至今还没有将其适用到同性伴侣及其家庭。然而, 上届人权委员会一直坚持根据《公约》不给予同性伴侣同等保护。<sup>[17]</sup>欧洲人权法院是否会遵循着这种推理路径, 或者还是由于受到许多成员国对此法律发展的冲击和影响而采取一种更有利于同性恋的观点, 这个问题至今仍未决。<sup>[18]</sup>

(二)欧共体法对同性恋有多大影响不容易确定

1994年欧洲议会通过一项有利于同性恋平等权利(包括结婚权利)的决议,<sup>[19]</sup>但是该

[12] 贝利—哈里斯:“英国家庭法中的同性伙伴关系”,载温特穆特、安德内斯主编:《同性伙伴关系》,牛津/波特兰2001年版,第605、608页。由伦敦市对同性伙伴进行登记反映社会认可同性恋。这种登记至今仅有象征性的效果。更早些在德国的汉堡和瑞士的日内瓦两城市也有类似的做法。至于英国,一般参见巴洛:《同居者与法律》,伦敦2001年版;普罗伯特、巴洛:“同居者与法律:最近欧洲的改革”,载《德国家庭法》2000年第76期。至于苏格兰,参见《苏格兰法律委员会关于父母和孩子的白皮书》(2000年)。至于北爱尔兰,参见《法律改革咨询委员会:2003年婚姻财产》(贝尔法斯特撰)。

[13] 贝克尔诉佛蒙特州案[dec. of 20.12.1999, 744 A.2<sup>nd</sup> 864(Vt. S. Ct.1999)]。

[14] 《民事结合法》(2000年4月1日生效的佛蒙特州15个有评释的法规第25章)。

[15] 国际法的有关法律在此没有讨论。至于《联合国人权法》,分别参看赫尔佛和沃克所写的论文,载温特穆特、安德内斯编书(前注[12]),第733页和第743页。

[16] 欧洲人权法院1986年12月18日(约翰逊)A系列第112号第156部分。

[17] 1983年5月3日判决(X and Y v. UK, No. 9369/81), 32 Dec. & Rep. 220。

[18] 详见温特穆特:“欧洲协定中的同性伙伴和父亲”,载温特穆特、安德内斯编书(前注[12]),第771页;范·迪吉克(DIJK):“欧洲协定中对待同性恋的人权问题”,载范·迪吉克、克彭拉主编:《欧洲社会中同性恋问题》,多德雷赫特(荷)1993年版,第179—206页。

[19] 1994年2月28日ABIC—61卷(第16页、第40—43页)。

决议对成员国立法机构没有约束力。然而,欧共体法中对成员国有约束力的部分所规定的是性别平等原则。在这方面,1998年欧洲法院在Grant诉South—West Trains案中判决如下: 授给铁路公司雇员的配偶和事实配偶的旅行特殊待遇不能扩及到同性伙伴。<sup>[20]</sup>据说欧共体法禁止因为性认同(Sexual identify)而导致的歧视,却不禁止因为性倾向(Sexual Orientation)而导致的歧视。<sup>[21]</sup>欧洲法院援引1997年《阿姆斯特丹条约》,该条约的内容反映在新的《欧共体条约》第13条中。1997年的《条约》授权欧盟立法机构采取“适当的行动”反对歧视同性恋。有些类似歧视的情形如,1999年欧洲初审法院做出如下判决: 作为布鲁塞尔政府雇员薪水一部的家庭生活津贴无须付给一个瑞典雇员,如果他依瑞典法登记为同性伙伴。<sup>[22]</sup>但是,由于欧盟立法机构的快速反应,现在情况可能有所不同。说得更清楚些,2000年12月份有两个重要的法律文献: 一个是在尼斯庄严宣告的《欧盟基本权利宪章》,另一个是反对就业中的包括性倾向歧视在内的各种形式的歧视的《指令》。<sup>[23]</sup>到2003年12月份各成员国将负责贯彻实施《指令》。这两部法律文献都禁止由于一个人的性倾向而导致的歧视,因而填补了欧洲法院已经发现存在于欧洲法中关于平等保护方面的漏洞。我们现在还不能确定《人权宪章》或者《指令》是否以及多大程度上具有法律效力。<sup>[24]</sup>但是我们可稳妥地这样说,给予同性恋平等保护的《欧盟法》已走在前面(ante portas): 它恰当地建议各成员国的立法机构考虑这个事实。

### 三、法律规制的不同模式

如果我们更仔细地考察那些已制定法律来规范同性恋的国家的法律制度,我们会发现其立法模式和法律的具体内容两者都各有不同。为避免混淆,我们不妨将数量众多的可以纳入同性恋关系立法的规则归纳为以下四种基本模式。

#### (一)零星地规制模式

最为谨慎的模式是对同居伙伴制定了一些特别的规则,例如有关共同的家、社会保险、因他们的伙伴关系所引起的债务责任和继承权等。遵循这种模式的法律由于考虑到社会的和经济的各种现实,因而部分缓解了以前法律将长期的伙伴关系竟等同于陌生人而导致的困境。这种零星地立法模式确实是跨越古老的“要么是婚姻,要么不是婚姻”二

[20] 格兰特诉西南铁路公司案[ No. C/ 249/ 96, ECR(1998)1621], 参看埃丽斯:《共同市场法律评论》2000年第37期,第1403、1412/1413页。在我看来,将法院的态度和希特勒纳粹主义两者对比是不恰当的,参看科佩尔曼:“欧洲异族通婚的类比”,或者:“莉萨遇见阿道夫·希特勒”,载温特穆特和安德内斯主编书(前注[12]),第623页。至于法国类似案例参见 Cons. d'Etat 4. 5. 2001, D. 2001, Inf. Rap. p. 1851.

[21] 《普遍倡议者》(The Advocate General)过去一直采取不同的观点。

[22] 1999年1月28日的判决, Rs T—264/97。

[23] 欧共体2000年第78号《指令》,2000年《公报》,L303/16; 参见沃丁顿和贝尔:“比其他人更平等:著名的欧盟平等指令”,载《共同市场法律评论》2001年第38期,第577—611页。

[24] 虽然《宪章》显然没有拘束力,但它具有广泛说服的效力,参见戈德史密斯:《共同市场法律评论》2001年第38期,第1201、1214、1215页(“有用的指导性源泉”); Hilf Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union,《新法学周报》2000, Suppl. To issue No. 49, 5; Lenaerts/ de Smijter, “欧盟的‘权利法案’”,载《共同市场法律评论》2001年第38期,第273页。

分法的第一步,这古老的二分法遵从要么全面规范,要么一点也不要规范的逻辑路径。尽管现有的许多法律规定仅适用于异性同居者,<sup>[25]</sup>但有一种将其扩大到同性伴侣的趋势。例如在匈牙利,该国的宪法法院要求立法机构就这样做,即将对适用于异性同居者的法律适用于同性同居者。<sup>[26]</sup>同样地,在德国,在对登记伙伴关系作出了法律规定后,现在该国国民认为没有必要再对两种不同类型同居者作出区分。

## (二)家庭伙伴(同居者)立法模式

第二种规制模式是家庭伙伴立法模式。取代以上所采用的那种法律规定不一致和不完善的制度拼凑的立法模式,立法机构决定对同居者制定一个内部和谐一致的法律制度体系。这类法律的关注点并不在于性伙伴关系或者他们之间的终身结合在一起的承诺,而是在于他们形成或已经形成了一种生活上稳定结合在一起的事实。

例如瑞典、西班牙的自治区如加泰罗尼亚、亚拉贡和那瓦拉过去就采取这种立法模式。在所有这些管辖区,法律大体上平等地适用同性或异性伙伴。瑞典规定了两个互相平行的法律,而西班牙自治区只有一个法律,但同时适用于两种伙伴关系。

制定这种同居关系法律的一个极大的阻碍是如何定义“同居者”,或者,换言之,如何确定“个人请求范围”的边界。首先,为了法律的确定性,在法律规范适用之前,法律应该要求有一种正式的宣誓或者同居要持续一段时间的规定吗?例如,加泰罗尼亚的法律第1条第1项对异性伙伴规定2年的等待期间,第1条第2项规定除非他们已生了小孩,而同性伙伴必须正式宣誓他们愿意他们的关系由法律规制。另一方面,法国立法机关在颁行了“一体协议”(Solidarity Pact)的同时,下了一个一般性的定义:任何一对以一种稳定结合关系共同生活的伙伴(不论其性别)都被认为是“同居(concubinage)”。<sup>[27]</sup>这种定义使得在具体案件中确定所涉的当事人能否适用同居者法变得困难。<sup>[28]</sup>

其次,仅仅在性关系或至少在情感关系上像婚姻就应归入“同居者”吗?上面所提及的立法机构对此规定都不够清楚。然而,另一方面,许多国家已在讨论着同胞兄弟或其他关系的同居关系;而且我们发现有些国家已对这样特别的同居关系进行了法律规制——有时是单独地作出规定,但其本质上与其他同居者相同。在后面(第五个部分)我还会提到这点。

就其内容实质来说,同居者的立法可能或多或少全面些。有时候,这种立法试图同婚

[25] 至于英国参见1996年《家庭法》第62条第1款(a)项,该法将“同居者”定义为生活在一起的“男人和女人”,至于法国参见Cass. civ. 17. 12. 1997, D. 1998 111; Cors. d'Etat 4. 5. 2001, D. 2001, 1851 页以下。关于法国参见BGH《家庭法杂志》1995,第344页;《联邦最高法院民事裁判集》第87卷第234、264页。

[26] 1995年3月13日的判决,依法规No. XL 17/1996实施;参见法卡斯:“纸上谈美:被夭折的匈牙利同性恋权利的解放”,载温特穆特、安德内斯编书(前注[12]),第563—574页。

[27] 《民法典》第515—518条,由1999年11月15日的法律中的第99—944条所修改;类似的定义已经由德国宪法法院确立,见《联邦最高法院民事裁判集》第87卷中第23、267页。

[28] 新西兰的1976年的《财产(关系)法》(2000年该法被修改)列举了九个因素,根据这九个因素法院判定“事实关系”(该法的第二部分以下借鉴了1984年《新南威尔斯财产(关系)法》中的第四部分)。但是这些因素不是决定性的,法院的判决依赖于个案具体的因素。这样就增加了不确定性和纠纷;参阅:阿特金:“新西兰的析产改革:从婚姻到关系”,载2001年第3期《欧洲修法研究》第349、361页。作者指出甚至一个案件设想的结果都可能影响法院对这种关系的定性。

姻法中作出了规定的几乎所有方面一样都作出规定。例如,亚拉贡的法律就是这样,它涉及到同居的内在的与外在的关系,以及各种形式的解散所产生的具体后果。瑞典法律差不多也如此,而挪威或匈牙利的法律适用的范围限制在某些经济方面。在法律所调整的合适范围方面存在这样一个问题:法律规定的范围越少,则可提供的保护也越少,而全面对此的规制已被批评为使“相爱自由变成不自由”——其作用与其说是进步的,倒不如说是反对进步的。

### (三)登记伙伴的立法模式

现在来看看第三种规制模式:登记伙伴关系。即使最全面的同居者的立法模式也没有为同居者创设一种法律地位——它给予同居者的仅是一些权利和义务。

恰恰是这点使得为同性恋者争取权利的活动者们不高兴。因为他们不仅仅要求这些已融入一个内在和谐的法律体系之中的具体权利或特权,而且还请求社会公众就真像认可婚姻制度一样把他们的关系作为一种极受尊重的制度予以认可。由于社会的接受在某种程度上依赖于法律认可,所以根据平等原则首先呼唤的就是法律认可。又因为在西方流行的观点还没有准备将婚姻地位授给同性伙伴,所以登记伙伴关系的模式看起来就是介于同性恋的企求与主流社会现在愿意的许可之间妥协的产物。

这种模式一经产生就不只是成为欧洲立法机关的宠儿。它已经以这种或那种形式为所有的斯堪的那维亚国家,为法国、比利时、荷兰和佛蒙特州(目前美国仅此州)立法所采用。虽然法律术语可能不同(登记伙伴、民事伙伴或民事结合体、一体协议)。但尽管如此,其基本概念的内涵都一样。伙伴关系法创设了一种类似婚姻一样的法律地位。就像婚姻一样,该法不仅规定有几种法律上的权利、特权和责任,而且还为当事人的合同约定留有空间。

比较的考察显示采用这种立法模式的立法机关有几种根本性的选择。第一种选择:伙伴关系作为不可达到的婚姻关系的替代仅适用于同性伴侣;还是也可适用于异性伴侣,这样一来异性伴侣就可在老式的“主流婚姻”和本质上相似但较少传统和成见负担的替代关系(伙伴关系)之间进行选择。斯堪的那维亚、德国和佛蒙特州,登记伙伴的法律制度仅适用于同性伴侣,而在荷兰、法国和比利时该法律制度也可适用于异性伴侣。上述英国莱斯特勋爵的法案采取的是第二种方案。

第二种基本选择与立法技术有关:最容易(egalitarian)最一般的方式是创设一种新的法律身份。这种身份关于伙伴的缔结、效果和解除诸方面参照婚姻法,可能只是在一些像涉及小孩的事情(父亲身份的鉴定、亲权、收养)的具体问题上有所不同。这种立法技术为大多数斯堪的那维亚国家、荷兰和佛蒙特州所采用。

作为替代的方案设计一整套独立的规则体系。这种方案考虑同性关系的具体情况,并区别对待婚姻与伙伴关系。例如法国和比利时就是采用这种方案而使新的伙伴关系相对于婚姻制度低一格——因此,法国的一体协议几乎不像婚姻法,因为它将大多数问题留给伙伴关系人自己安排,并且为了在外在方面避免与婚姻相混淆,重要的条款没有放进民

法典的家庭法章节部分,而是规定在自然人和市民身份的章节部分中。<sup>[29]</sup>

另一方面,瑞典和德国遵循的路径基本相同,除了极少处修改和删除外,它们大体上抄袭或阐释了婚姻法。英国莱斯特勋爵的法案遵循这类似的方式。这种动机良好的立法技术有其特有的危险:所规定的伙伴关系越像婚姻关系,与婚姻法对照的可能性就越大,同时其保留的不同就变得越明显。这可能激起根据不平等对待所导致的指责。让我们考虑这样一个事例。关于这种伙伴关系断裂的后果,德国法律将离婚和伙伴关系的解除作相同规定,即通过法院判决解除关系、分配财产和家庭生活费或离异后的抚养费分配。然而,养老金的分享在配偶离婚时具有强制力,而在伙伴关系法规中却被省去了。如果伙伴关系法因为这一点被起诉到宪法法院,法官必将难以找到这种区别对待的正当理由。

#### (四)同性婚姻立法模式

从大度而无偏见的观点来看,既然很难在法律上证成同性和异性伴侣之间的差别,所以荷兰的立法机构在有关登记伙伴的立法制定颁行3年之后,决定向前更迈进一步:将婚姻制度同样也适用于同性伙伴。2001年4月1日生效的《荷兰民法典》第30条第1款作出如下规定:“婚姻法是异性或同性的两人之间所缔结的契约关系。”

外国观察者对此特别感兴趣有三个问题:第一,如果有的话,异性婚姻与同性婚姻之间到底有什么差别?第二,荷兰法律如何处理由于其法律所引起的具有涉外因素及复杂性的问题?第三,如何协调同性婚姻、登记伙伴和事实同居三者之间的关系?

对第一个问题的解答如下:同性婚姻与异性婚姻两者之间实质性的差别仅在于有关小孩的方面。如果两个结婚在一起生活的妇女中有一个生了一个孩子,另一个妇女除非收养了该孩子,否则法律并不当然认为她就是该孩子的母亲,该原则同样适用于两个结婚在一起的男人。同性婚姻两者中一人(婚外的 extramarital)的父母身份(即指传统婚姻以外所产生的父母身份——译者注)像通常一样根据当事人承认或法院判决确定:于是该伙伴可以提出继父母收养的申请。即使没有这种收养,法律也许可他们像原先法律规定的那样请求法院判决授予他们共同行使亲权。然而,今年1月1日已生效的一部修改后的法律规定了所有女的同性婚姻或女的同性伙伴和所有的异性伙伴将自动享有共同监护。<sup>[30]</sup>其结果是今天在有关亲权方面,对男同性恋与女同性恋作出了不同的规定。最终,如果两人共同生活至少3年,法律允许他们共同收养小孩,但是与异性伴侣相比较,同性婚姻者仅限于在荷兰本土收养。像仅许可继父母收养的丹麦一样,荷兰立法机关担心如

[29] 《法国民法典》第515条第1款—第518条第8款;参见博里洛:“处于婚姻和同居之间的法国民事一体协议”,载温特穆特和安德内斯编书(前注[12])第475—492页;加泰罗尼亚的类似途径,参见罗卡:“西班牙的同性恋:家庭、婚姻或者契约?”载《欧洲修法研究》2001年第3期,第365、379、380页。比利时将它这方面的法规作为其财产法的一部分。《比利时民法典》第1575—1579条,参见德舒特和韦耶伯格:“比利时法律的合法同居:距同性婚姻仅一步了吗?”载温特穆特和安德内斯编书(前注[12])第465—474页。

[30] 2001年10月4日的法律。

果荷兰同性恋伴侣到境外收养,这些申请者极可能成为歧视的对象。<sup>[31]</sup>

这就引到第二个问题:涉外因素。<sup>[32]</sup>在荷兰,同性婚姻甚至适用于外国人,只要其中一方具有荷兰国籍,或至少其中一方在荷兰是惯常居民,或者两人已定居在荷兰。在以上这些情况下,外国当事人一方的国内法将不予考虑。尽管荷兰立法机关明知同性婚姻在其他国家还不大可能得到认可这个事实。申请同性婚姻者将被明确告知以上事实,并被建议领取一份有关他们是哪国公民或者他们考虑将迁往哪国的法律意见书。

第三个是有关婚姻、登记伙伴和同居协议三者之间的关系问题。荷兰法律为所有的伴侣(不论其性别)提供了三种选择。同居协议可由法律强制履行,但同居者可依其意愿签订。这种协议仅在他们内部才有效。登记伙伴和婚姻两者之间可转换。《荷兰民法典》第77条规定它们之间的转换。<sup>[33]</sup>综合考虑以上所提及的国际私法规定,可能会出现下面的案例:一对在德国作为登记伙伴的同性恋伴侣可以到荷兰去,将他们的身份升格为婚姻关系,而一对在英国结婚的配偶可以到荷兰去,将他们的身份降格为登记伙伴。这种差别看起来仅是名义上的差别,但这种转换实质上可能会在与孩子有关的事情上或在他们的关系解散方面产生影响。既然自1998年以来有相当多的异性伴侣更倾向于选择登记伙伴关系,<sup>[34]</sup>所以立法机关就不愿否定这种方案。然而,他们的设想是在准许同性婚姻5年后评估事态发展,然后重新考虑这个问题。<sup>[35]</sup>我们每一个人将对这个评估结果感兴趣。尽管其可能性不是非常大,我们将见证到异性伴侣继续扔下正在下沉的婚姻之船,并在伙伴关系和同居关系救生之艇上寻求避难,而同性恋伴侣将接管荡然已空之舰。

## 四、统计数字和社会影响

在简要地回顾了有关同性恋的几种基本法律规制模式之后,现在到了作些评论和结论的时候了。但是在此之前,不妨稍稍留心一下有关的统计数字,这可能会从一个角度说明同性恋这个问题的实际存在程度。

以下限于考察两个重要国家:丹麦和荷兰。在这两个国家中男同性恋的人数都大大超过女同性恋的人数。在立法上准许同性恋的起初两年后,新增同性恋的数量开始大幅度地降低。丹麦人口仅400万,结婚的总数不到100万。在许可登记伙伴10年(1989—1999年)后,这种伙伴总数有4337名,每年新增人数350名。荷兰有1500万人口,将近一半已结婚,结婚总数为350万对。在许可登记伙伴的前两年(1998—2000年),同性的登记

[31] 同性恋伴侣的收养在大多数国家是个相当微妙的问题。登记伙伴关系式的法律通常不允许共同收养(纳瓦拉法律较开放,参见罗卡:《欧洲修法研究》2001年第3期,第365、376页);丹麦立法机构已经在10年后(1999年)对1989年通过的《伙伴关系法》做了修改,至少允许继父母收养(《伙伴关系法》第四节第1部分)。瑞典开始时并不允许同性伙伴收养,现在正考虑修改法律,取消这方面的限制。

[32] 关于登记的伙伴关系,参看下文第五部分第1点。

[33] 范德伯格特和多(伊)克:《荷兰的家庭和继承法》,第二部分第87条(2002年2月增刊第18期):“婚姻伴侣要有充分的共同愿望,登记官员预备一份转换证书,自该证书作为确认登记伙伴关系的记录登记在册时那天登记伙伴关系开始,在同一天两者的婚姻关系终止。”

[34] 至于统计数据参见下文第四部分。

[35] 阐释性的备忘录,见《议会文件》1999年7月8日第3期第三部分,第26672页。



伙伴有 6371 名, 异性的登记伙伴有 4433 名。有非官方的报告说在立法准许同性婚姻的前 6 个月里, 荷兰缔结了 2000 对同性婚姻。

尽管同性恋的数字相对于传统婚姻的数字来显得还小(不过 2—4%), 但是这不意味着他们不重要。同性伙伴或同性婚姻现象已经引人注目了。丹麦专家发现丹麦人总体上对新法表示满意, 甚至原先持怀疑态度的人士现在也表示肯定。社会公众对同性恋的接受得到实质上的提高。<sup>[36]</sup>最近丹麦政府的一位部长带着他的同性恋伴侣出席了丹麦王后举办的一次宴会; 据说这并没有引起太大关注。<sup>[37]</sup>

## 五、结论

现在我来作结论。为简洁起见, 并且因为后面还有相关讨论, 我在此仅将它们陈述出来。共有七点:

第一, 关于是否进行立法规制的自由裁量的范围并不太大。社会公正和平等的原则是所有文明的法律制度的基础, 它们为那些在社会上稳定并愿遵纪守法的人群呼唤立法。尽管同性恋法的反对者倚重对家庭与婚姻的宪法保障, 但这一保障却至今没有发现被法国制宪议会违背。我真心希望德国宪法法院能做出一个相似的判决。<sup>[38]</sup>除国内法外, 《欧共体法》实际在强化这一趋势。自从《阿姆斯特丹条约》以来, 性倾向已经作为美国人所称谓的“令人怀疑的分类”规定进欧共体法律。如果我们回想起欧洲法院在执行关于性别平等的共同体法律(例如劳工法)是如何苛刻,<sup>[39]</sup>那么成员国的立法机关在本国法院对于 2000 年的《反对歧视指令》将采取什么立场则当不言而喻。最后, 出于切实可行的考虑: 既然我们在上述荷兰同性婚姻法中看到了国际私法的规则非常开放, 甚至外国人也被准予适用这些制度。已经制定了登记伙伴法律的成员国中的法律冲突规范也应如此。<sup>[40]</sup>其结果必然是, 同性登记伙伴或配偶将遍及欧洲每一个角落。<sup>[41]</sup>与其试图对不可抗拒的潮流设置障碍, 还不如更理智些, 为这些伴侣制定有意义的法律以规范之。

第二, 单纯同居者的立法(例如新西兰所确立)的规制即使系统且综合,<sup>[42]</sup>也不够充分。<sup>[43]</sup>立法机关必须确定一种具有不同权利和责任的有保障的身份。法律身份提供的保

[36] 伦德—安德森:“1989 年《丹麦登记伙伴法》意味着态度的转变吗?”, 载温特穆特和安德内斯(前注[12]), 第 417—426 页。

[37] 舍尔珀:“丹麦的十年登记伙伴关系”, 《德国家庭法》2000 年, 第 32、36 页。

[38] 同时做出了这个判决:2002 年 7 月 17 日《联邦最高法院民事裁判集》(1 BVfI/01, 2/01)NJW2002, 第 2543 页, 支持同性伙伴关系法(多数决 5:3)。

[39] 参阅赫普尔:“平等与歧视”, 载戴维斯等编:《欧共体劳动法:原则与展望》, 牛津 1996 年版, 第 237—259 页; 沃丁顿和贝尔(前注[23])。

[40] 德国《民法典施行法》第 17 条(b)项; 丹麦:《登记伙伴关系法》第 2 部分; 类似的法规见其他斯堪的那维亚国家。

[41] 参见吉尔德:“自由运动和同性关系:现今《欧共体法》及其第 13 条”, 载温特穆特和安德内斯编书(前注[12])第 677—689 页。

[42] 参见阿特金(前注[29]); 克里斯蒂:“新西兰同性婚姻判例:从奥特亚罗(Aotearoa)到联合国”; 载温特穆特和安德内斯编(前注[12]), 第 317—335 页。

[43] 不同的观点参见贝利—哈里斯:“同性恋家庭价值观和法律”, 载 1999 年《家庭法》第 560 页, 但该文在后来出版时作了明显的修改(前注[13])。

障超过各种权利与义务之总和。它不仅再次确保同性恋者内部关系,有助于他们获得社会承认,而且因为它为法律适用构建了一种明确且可依赖的基础而有利于立法机关。平等原则和立法政策都要求这种身份的立法模式:那些愿意将他们的关系转变为有法律身份的人属于人群中生活态度严肃和富有建设性的那部分人——他们应当被融入社会秩序和法律秩序,而不应被排除在外或者成为歧视的对象。

关于伙伴关系立法规制的实质,平等保护原则必须成为根本原则,每一种区别对待都必须根据这个原则证明其合理性。

第三,同性伴侣(或其他同居者)的身份不应等同于婚姻。这是个令人烦恼的问题。应当承认的是,确实极难在同性和异性伴侣间发现如此多的差别,以致可以据此证成能对其在法律上的区别对待。声称同性结合趋于较不稳固的论点,并不为经验的证据所支持,甚至生育和孩子本身也不构成实质性的差别。婚姻不取决于生育的能力和意愿。<sup>[44]</sup>至于其他方面,在此我引用佛蒙特州最高法院判决中一句话:“今天,许多孩子在同性恋的家庭中得到抚养……今日的现实是越来越多的同性恋者借助日益有效的助产技术怀孕和抚育孩子。”<sup>[45]</sup>尽管如此,但是人类学、生物学和文化也是事实。自有人类以来,异性婚姻一直是人类社会一种结构性的元素。<sup>[46]</sup>尽管历史发展到今天已经产生了广泛且普遍接受同性恋主义的人类社会,但是至少就我所知,还没发展到将婚姻制度适用于同性恋。<sup>[47]</sup>我们应该缓慢地改变,因而尽可能缓慢地削弱在整个世界持续了几千年的这种结构。可能现代人太容易将“正在进步”等同于“促使进步”。最后还有一个决定性的因素:法社会学教训我们,任何希望其规则有实效的立法机关都必须考虑到社会对法律的可接受性。在我看来,大多数欧洲国家的人们还没有准备好接受同性婚姻这一观念。他们准备好接受的是应当尊重任何相互之间所达成的分担责任和相互关照的严肃承诺,而不管作出承诺的当事人是同性还是异性。但这绝不当将其与婚姻相混淆,婚姻有着特殊的含义,否则根据统计数字作出的判断看起来就是本末倒置。<sup>[48]</sup>

作为一种过渡型的方式,登记伙伴的立法模式现在看来较同性婚姻是一个更好的解决办法。与英国保守党不同,<sup>[49]</sup>我相信创设登记伙伴不会摧毁传统的婚姻大厦。事实上,登记伙伴甚至可能作为避免同性婚姻的手段。从佛蒙特州的立法机关所为可清楚地看出这一点,该立法机关在同一个法律中为同性恋者创设了“民事结合”(civil unions)这一术语,同时吸纳了《保护婚姻法》(缩写为 DOMA)的内容,重申了只有异性伙伴才可结婚的

[44] 不同的方式可见于《教会法》。

[45] 贝克诉佛蒙特州案(744 A. 2nd 864, 881/882);参见奥伦特利切尔和比扬德·克洛宁:“为同性伴侣扩大相关的选择”,载《布鲁克林法律评论》2000—2001年第66期,第651—683页。

[46] 参阅 M·A·格伦登:《国家、法律和家庭》,第3页:“家庭和婚姻是关于法律的制度,它们虽然不是被发明出来的,但内在于人类社会之中。”

[47] 坦桑尼亚女性之间的婚姻(摩加猴婚姻 mokamona—mariage)不能认为是同性婚姻,它发挥着特殊的社会功能。参见科斯特—瓦尔特詹:“婚姻的缔结”,载《国际比较法百科全书》第一卷第四部第3章,蒂宾根1997年版,第73—75页。

[48] 根据德国宪法法院2002年7月17日《联邦最高民事裁判集》,〈前注[38]〉,认为引入同性婚姻将违反《德国宪法》第6条第1项。

[49] 参阅:2001年1月26日的《时代》,第4页:“保守党对同性恋政策的变化”。

原则。<sup>[50]</sup>

第四,登记伙伴这种身份应作为婚姻的替代物适用于那些不准允结婚的人,但将其适用于异性伴侣就不恰当了。尽管,特别在荷兰似乎有人主张要“一种类似婚姻制度而又没有只有婚姻才有的象征特色的制度”,<sup>[51]</sup>然而确实没有这种要求的必要。那些严肃对待他们之间关系的人可以结婚。有些人仅想在同一个包裹上贴上不同标签的想法并不能证成需要这样一部复杂的法律,即该法提供多种可能性的选择并且它们相互之间还可来回转换。如果几个包裹并不相同,那么给异性伴侣提供一种“软婚姻”(soft marriage)的立法机关就冒着弱化传统婚姻的危险,<sup>[52]</sup>而传统婚姻至今仍是社会稳定的基石。如果这显示婚姻法的规制框架显得太僵化并且过于束缚许多想结婚的人,那么立法机关对此所作出的适当反应应是使婚姻法更具有灵活性,为自由协议留下更多的空间并且对已有的法律制度作出必要修改。

第五,现在遍及欧洲和世界上其他国家的同性恋立法潮流显示出法律上对同性恋身份定位不适当。为了避免混淆,我仍坚持我的观点,即应当确立登记伙伴这种法律身份,但这并不能解决所有同性恋的问题。就像前面已讲过的那样,一种在相互之间有约束力的承诺更为生活态度严肃的人而不是保守的人所需求。这些人现在仍构成异性伴侣中的大多数,但是如果这些人构成同性伴侣中的大多数,这情形就显得令人怀疑了。无论如何,不论是否是性倾向,有相当数量的伴侣,他们会不去登记他们的关系。这必然导致事实同居仍成为一个社会性问题,有关法律也要考虑如何应对它。一位英国男同性恋活动者曾经指出:“伙伴关系法只帮助极少数人,对大多数人来说它毫无益处。”不能以这些人不想得到法律调整他们之间关系的主张来证成事实同居可以不需要法律规制。这里所涉及的两方并不总是自由的,即使他们已经自由确定了这种关系,法律以下的保障功能仍应得到承认,即保障基本权利和保护那些粗心或没有思想的人免受粗野的非正义的侵害。其结果是要求立法机关建立一种双层规制体系。除了在确定登记伙伴关系外,为事实同居提供基本法律框架的这种体系同样不可缺少。这可以通过零星立法完成,例如,像在英国通过对民事登记制度的适时修改以达到。<sup>[53]</sup>但是,作为一名德国人,我更倾向于一种体系化的方式。在这方面,瑞典的立法堪称典范:瑞典人已建立一种双层规制体系,一层适用于事实同居者,即所谓的《桑波尔法规》(Sambor—statutes),另一层适用于那些选择正式身份的伴侣,而这种正式身份下面又分为婚姻和登记伙伴二大类。一种仅满足于确立登记伙伴制度的立法机关不可能很好地完成其使命。同样像法国的立法机关的所为当然也是不够的,即仅在法律中对事实同居下了一定义,而没有增设任何实质性的规则以调整之。<sup>[54]</sup>

第六,现行的改革运动和讨论显示出对性关系的不适当定位。这些关系尽可能地关

[50] 佛蒙特州《民事结合体法》中的第一部分中的第一节。

[51] 阐释性的备忘录(前注[39])。

[52] 文字上其他的表达有:次要婚姻、准婚姻。

[53] 参见2002年1月28日《时代》;英国法中其他重要法规可见于1988年《住宅法》第17条;1996年《家庭改革法》预定计划第七部分;1975年法律中《继承法》(为家庭和被扶养者规定的)章节中的Sec. 1(a)(ba)和1(1A)。

[54] 参见前注30;鲁贝林——德维希(前注[34]),第265页。

注着人的生育问题。至于其他方面,法律予以调整的是长期同居的后果,例如共同生活费、家务开销和预算,以及对如此同居在一起正式地做出的双方承诺中的有关后果。在这些方面,性关系就很不重要了。<sup>[55]</sup>为什么像兄弟姐妹这样亲密的亲属不能享有这种法律的好处?<sup>[56]</sup>为什么那些倾其一生照料他们成年但残疾的孩子的父母也被排除在外?为什么那些决定相互分担责任、相互照料他们生活的老年朋友也被排除在外呢?<sup>[57]</sup>由同性恋运动所导致的政治压力已经产生了一种不幸的后果,即仅仅将公众讨论和法律改革的焦点局限于性关系或像婚姻的关系。其结果是在几乎所有伙伴关系的法规中其伙伴关系都是模仿婚姻法建构的,而将亲属关系和超过二人以上的同居结合排除在外。<sup>[58]</sup>这种方式是有问题的。所需要的是一个与性无关的登记伙伴概念;它应当为所有那些被排除在婚姻以外,但是想履行终身厮守在一起的彼此有约束力承诺的人,提供一种可靠的且为法律所认可的身份。<sup>[59]</sup>

第七,最后我向法律修改提供另一个指导方针,并以此来结束我的演讲。包括最近来自伊利诺斯州的哈利·克劳斯,已经有数个国家的专家倡议这个指导方针,但至今还没有立法机关对此予以采用。在同性恋和非同性恋之间,或者在身份和事实结合之间决定性的界线并没有确定,但在伙伴与家庭之间已确定了决定性的界线。许多婚姻的特权是来自于将传统的婚姻等同于后代和家庭这种做法,但在很大程度上现在它已不再正确:有相当多的婚姻没有孩子,同样家庭中有相当多的孩子并不来自婚姻。像这种身份已失去作为标示家庭的功能,因而不应再将其作为家庭导向特权的决定性标准,特别是在税法和社会保障法中。这种身份规制不管是以婚姻还是伙伴关系方式,都应为同居的成年人提供法律框架。然而,家庭所拥有的,同时也是国家必须提供最高程度的受保护的特权,应留给那些抚育或已在抚育孩子的人,而性倾向或父母的身份在此已不再重要了。

邓建中译

(责任编辑: 蒯琳)

[55] 参阅惠特尔:“在现代婚姻中有性的位置吗?”,载温特穆特和安德内斯(前注[12]),第693页。

[56] 法国的《民事一体协议》草案包括兄弟(“同胞”)结合体,1998年10月14日《国民议会》第1138卷,第27部分,但是草案的这部分已被立法机构删除。

[57] 《是否包括二人以上象征性的结合体真有意义吗?》,参见里斯莫格、卡林:“分享及一部近乎完美的法律”,载《时代》,2002年,第14页。

[58] 法律中不要求有一定性倾向的伙伴双方有性关系的规定也是对的,例如像瑞典法律第1章第1节和第3节;挪威法规定更清楚,要求在伙伴双方有一种“同性恋”关系(1993年《登记伙伴法》第1部分)。

[59] 至于已经采取这种途径的几个世纪参见前注[32]。德国宪法法院(前注[47])已经采取这种态度,即《德国宪法》没有禁止这种结合的规定(“Einstandsgemeinschaften”),但是它也不鼓励之(哈斯法官的异议判决意见书根据平等原则对此表示了一些怀疑)。