
域外婚姻平权

法律调查报告

日本 LGBT 律师和盟友网络 著

中国彩虹法学院 译

东京

2017 年 2 月 14 日



**LGBT
Lawyers
&
Allies
Network**

对本报告有贡献的 LLAN 成员单位
(按首字母顺序排列)

ANDERSON
MORI &
TOMOTSUNE

Davis Polk

 **Freshfields**

 HERBERT
SMITH
FREEHILLS

 Hogan
Lovells

Linklaters

**MORRISON
FOERSTER**

MORI HAMADA & MATSUMOTO

NAGASHIMA OHNO & TSUNEMATSU
長島・大野・常松 法律事務所

西村あさひ法律事務所
NISHIMURA&ASAHI

“宪法赋予每个人以自由，包括允许人们在合法范围内去定义和表达他们自己的身份认同的特定权利。这些案件中的原告通过与同性缔结婚姻的方式寻求这种自由，并要求他们的婚姻与异性婚姻一样，在相同的条款和条件下合法。

不公正的本质就是我们也许不能在当下认识到它。制定和批准《权利法案》及其第十四修正案的那一代人预想到他们并不能全面确定自由的外延，因此他们把法案打造成了一个可以让所有人享有自由权利的保护伞，委托后人去学习它的含义。当新的见解揭示了某一实践中的法律限制与宪法的核心保护相冲突时，基于自由的请求必须解决的问题。

排斥同性婚姻与婚姻权这一核心前提相冲突。在缺乏婚姻所提供的认可、稳定性、可预见性的情况下，同性伴侣的孩子承受着所在家庭某种程度上低人一等的耻辱，也承受着由非婚双亲抚养长大所带来的巨大物质花销。他们没有犯错，却生活在更加困难和更具不确定性的家庭中。因此，目前的婚姻法伤害并羞辱了同性伴侣的孩子们。

国家将同性婚姻排除在核心社会机制之外，贬损了男女同性恋者的身份和尊严。同性伴侣同样渴望婚姻的超越性，并寻求它背后最高意义的满足。

婚姻是意义最为深远的结合，因为婚姻体现了爱、忠诚、奉献、牺牲与家庭的最高理想。通过缔结婚姻关系，两个人成为了比从前更伟大的自己。正如这些案件中的一些原告所论证，婚姻体现了一种持续的、甚至会超越死亡的爱。认为这些（同性恋的）男人和女人们不尊重婚姻是一种误解。他们的抗辩是他们确实尊重婚姻——如此深切的尊重婚姻以至于为他们自己寻求婚姻权利的实现。他们希望不要被宣告终身孤独，不要被排除在这一人类文明最古老的制度之外。他们要求法律角度上的平等尊严。宪法赋予了他们这一权利。”

美国最高法院 *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2593,
2598, 2600-01, 2602, 2608 (2015)

域外婚姻平权法律调查报告

目录

封面-目录 (许金晶翻译, 楷楷校对)

第一部分 引言: 追求平等之路 (楷楷翻译, 丹尼尔远校对)

第二部分 外国(地区)婚姻平权的认识

第一章. 美国 (YM Wang 翻译 Kevin 校对)

第二章. 加拿大 (Kevin 翻译, YM Wang 校对)

第三章. 哥伦比亚 (Rik 翻译, W 校对)

第四章. 英格兰和威尔士 (Rik 翻译, W 校对)

第五章. 荷兰 (Iris Xu 翻译, Ranran Shi 校对)

第六章. 西班牙 (Iris Xu、harry 翻译, Ranran Shi、许金晶校对)

第七章. 法国 (Ranran Shi 翻译, rik 校对)

第八章. 南非 (Ranran Shi 翻译, rik 校对)

第九章. 新西兰 (Philip 翻译, Iris Xu 校对)

第十章. 中国台湾 (Philip 翻译, Iris Xu 校对)

第三部分 婚姻平权国际人权法研究 (W 翻译, Harry 校对)

整合 丹尼尔远

第一部分 引言：追求平等之路

（楷楷翻译，丹尼尔远校对）

世界上爱与平等的发展历程

截至本报告出版之时，全球 22 个国家的同性伴侣已经能够享受婚姻自由的成果。¹这些国家分布在全球各地——非洲、北美和南美、欧洲和南太平洋地区。目前已经有 10 亿人（组成了世界人口的 15%）生活在这些取得婚姻平权的国家里——对比 15 年前的完全空白的情形确已经有所进步。这一人权状况进步的主要原因是，人们在许多社会场合能有机会了解和谈论 LGBT 问题，比如在法院和地方政府里、在商业和工会中、在神职人员和社区组织间，还有最重要的，在家人和朋友里。这一进步部分得益于 LGBT 群体越来越愿意与他们的家人、朋友和社群分享他们的故事和愿景。

世界各地的人们都能认识到爱、情感和承诺不分性取向，这是在所有伴侣中共享的普遍价值。随着世界各地人们的思想观念不断发生变化，爱与平等必定终将获胜。

越来越多的证据指向了国家需要终结将同性伴侣排除在婚姻之外而造成的伤害。众多立法机构和法院都认为，对结婚自由长期歧视性的否认不存在合法的理由。

日本婚姻平等

全世界的已经将日本看作一个经济、社会和政治上都十分重要的亚洲国家。借着 2020 年举办夏季奥运会的机会，日本有机会与其他高度重视法治的国家一道，通过结束对男女同性恋、双性恋和变性者的歧视并促进这些群体融入社会，以此来展示其人权领导能力。这一改革至少必须包括在就业、住房、教育和公共住房方面的反歧视国家立法，对 LGBT 家庭关系的承认和尊重，其中包括结婚自由。目前日本在这些关键的法律上都落后于它的全球合作伙伴。

日本 LGBT 法律权利网络的志愿者正在努力改变这种现状。他们通过申诉机制向日本的基本人权律师协会联合会（“JFBA”）主张婚姻平等，其认为对婚姻自由的否定侵犯了人权。该申请于 2015 年 7 月提交，目前正在审理中。

¹ 详细的国家列表请参考在本节最后的“国际婚姻自由”列表。

毫无疑问，婚姻平等终将在日本实现。但是，每一天的拖延和否认都意味着日本的同性恋者缺乏平等待遇、法律保护、认可、尊重和在日本社会中的共融。这一缺失会伤害他们、他们所爱的人、朋友、同事、社区乃至国家。关于平等和包容的对话、人权的进展、在法律下要求爱和平等尊重的主张在日本悄然而至，是时候在日本实现结婚自由了。

《LLAN 平等婚姻报告》

2016 年 4 月，多家国内和国际顶级律师事务所成立了 LGBT 律师联盟网络(LLAN)，这些事务所为 LGBT 群体积极维权，并推动婚姻平等。LLAN 相信日本必须平等对待 LGBT 公民，承认他们有自由结婚的权利。《日本宪法》规定了国家的积极义务，这强化了 LLAN 成员主张的平等保护义务，《日本宪法》其中第 12 条规定：

“本宪法保障人民的自由和权利，由人民通过不断的努力加以维护，任何人不得滥用这些自由和权利，并应始终负责为公共福利而利用这些自由和权利。”

为保障和促进个人自由和权利，LLAN 成员在这一宪法指导下编写了《关于平等婚姻的外国法律报告》(以下简称“报告”)，该报告选择了一些国家，介绍了其实现婚姻平等的路径。的确，日本能够借鉴其他国家在争取法律平等和尊严方面的经验。

这份报告本身就是一个非常独特的项目，它由来自十多个法域的五十多名 LLAN 成员合作完成，其中包括十家国内外律师事务所和高盛等公司。在得知 JFBA 的请愿书和 LLAN 报告后，美国律师协会和英格兰及威尔士法律协会也向 JFBA 写信表示支持，并附上了这份报告的支持性材料。

报告的范围

报告的目的是客观地概述在不同法域内实现结婚自由的过程和理由。基于对 22 个平等婚姻地区的初步审查和 LLAN 的专业知识，报告聚焦在九个地区，它们能够：(i) 代表不同程序(司法或立法程序)，(ii) 提供最广泛的正面和反面的观点分析，(iii) 覆盖五大洲，和(iv) 属于不同的法律体系——大陆法系(哥伦比亚、法国、

荷兰和西班牙)，普通法系(加拿大、美国、英格兰和威尔士, 和新西兰)与混合法系（南非）

在北美和南美，7 个国家已经确认了婚姻自由。百分之百的北美人和百分之七十的南美人生活在婚姻自由的国家。加拿大在 2005 年率先终结了婚姻歧视，随后是阿根廷(2010 年)、巴西(2013 年)、乌拉圭(2013 年)、美国(2015 年)、墨西哥(2015 年)和哥伦比亚(2016 年)。本报告将讨论加拿大、美国和哥伦比亚的立法进程。

在欧洲，已经有 13 个国家实现了婚姻平等合法化:荷兰在 2001 年是第一个实现婚姻平等的国家，之后的国家包括比利时(2003)，西班牙(2005)，挪威(2009)，瑞典(2009)，葡萄牙(2010)，冰岛(2010)，丹麦(2012)，法国(2013)，英国(2014)，卢森堡(2015)，爱尔兰(2015)和芬兰(2017)。²在这些国家中，本报告将讨论荷兰、西班牙、法国和英国(英格兰和威尔士) (“UK”) 的立法进程。

在其他地方，南非和新西兰分别于 2005 年和 2013 年确认了结婚的自由，本报告讨论了这两个国家的立法进程。虽然同性伴侣在我国台湾地区还不能合法结婚（截至翻译时，在我国台湾地区，同性伴侣已经可以合法结婚），但这份报告也讨论了这个地区正在采取的保护同性恋者的措施，包括目前争取结婚自由的积极运动。

此外，该报告还概述了有关 LGBT 权利和婚姻自由的国际法。

关于平等婚姻的常见观点

结束婚姻歧视的过程因国家而异。美国在立法、投票和司法斗争中确认了结婚的自由，其中包括 80 多项法院裁决，最终由最高法院作出全国性裁决。其他国家如荷兰、新西兰和英国，议会在压倒性的公众支持下通过了婚姻平等立法。在南非和哥伦比亚，最高法院的裁决确认了婚姻自由。在爱尔兰，结束婚姻歧视的径路是通过全民公投。

² 英格兰，威尔士和苏格兰允许同性伴侣结婚。尽管北爱尔兰不允许同性婚姻，但承认在其他地区的同性婚姻效力，将其视作民事伴侣。对于这些残留的歧视性法律的挑战正在审议中。

全球 100 多家法院和多个立法机构总结了争取婚姻自由的证据，提出了终止歧视的主张和理由。在大量证据的支持下，已经没有任何合理的理由能继续将同性伴侣排除在婚姻制度之外。一场场讨论的结果和一个个国家的实践已经证明，认为结束婚姻歧视可能带来危害的观点都是站不住脚的。任何反对将婚姻权利和自由扩展到同性伴侣身上的观点，都最终将被肯定平等和支持爱情的必要性和优越性的观点所压倒。

这份报告阐述了反对婚姻平等的常见观点，意图揭露这些观点的薄弱之处，驳斥在日本的反对者可能会依赖的类似反对意见。在日本，许多婚姻平等反对者的观点是由反同性恋组织灌输的，但这些组织在美国等国家并不成功。日本的同志运动并不需要“白手起家”，世界各国大量的证据和经验表明，结束婚姻歧视能够加强家庭、社区和经济的团结，维护公平和人权的基本价值观，在不伤害任何人的基础上改善了人们的生活。

婚姻是无可替代的

这份报告将明确指出，其他法律机制如民事伴侣关系或民事结合等，与同性伴侣理应享有的平等尊严和法律保护相去甚远，尽管确实聊胜于无。这些新产生的替代方案往往不能满足宪法对平等的保障，也不能取代结婚自由。本报告中讨论的国家基本上都曾仔细研究过婚姻和民事结合/伙伴关系之间的差异，不论它们在公众讨论还是立法和/或司法中被探讨。（例如：加拿大、美国、法国、荷兰、英格兰和威尔士，和新西兰，在这些国家民事结合/伙伴制度都出现于婚姻平等之前）。只有婚姻本身才能保证平等的尊重和待遇，原因如下：

爱与尊严：在几乎所有的法域，民事伴侣关系既保护同性恋者、双性恋者和跨性别公民的权利，同时也在剥夺权利。民事伴侣关系为同性恋者、双性恋者和跨性别及其家庭提供了一些类似婚姻的权利和保护，但同时继续将他们排除在婚姻制度之外。婚姻不仅仅是关于法律权利和保护，它是关于爱和尊严的，是关于包容、安全和联系的共享词汇。

分离和不平等：婚姻具有巨大的社会、历史、人际和家庭的意义。民事伴侣关系永远不可能具有与婚姻同样重要的意义。这是大多数法域的关键论点之一，在这些地区所建立的民事伴侣关系是迈向婚姻平等的“阶段性关系”。对美国来说，

“分离且不平等”在二十世纪行不通，当然也不会在二十一世纪奏效。仅仅为同性恋者、双性恋者和跨性别创建一个独立的制度，其本身就代表了一种真实而强大的不平等。通过主张一些家庭可以从前门进来，而另一些家庭必须从后门走，政府其实在延续耻辱和歧视，造成真正的伤害，并未能提供只有进入婚姻才能确保的全面保护措施。政府仅仅向 LGBT 人群、他们的孩子和社会发出一个没有实际价值的信息。

言语有力量:婚姻、丈夫和妻子都是充满力量的话语。诗歌、歌曲、歌剧和歌舞伎故事都是关于爱情和婚姻的。把你爱的人称为“伴侣”是不一样的，也很少有异性恋伴侣会为了“伴侣关系”而放弃他们的婚姻。

梦想和家庭的一部分:婚姻是恋爱中的个人的憧憬，也代表了希望结合在一起、缔结亲缘的家庭的愿望。被排除在婚姻之外会让一个家庭没有机会以父母、祖父母、兄弟姐妹和朋友所熟悉的方式，来庆祝两个人及其亲属的结合。有些家庭仪式通常不包括未婚的家庭成员。

婚姻权利和保护:即使不考虑婚姻的无形含义，一个新的、独立的民事伴侣关系制度也不可能像婚姻一样统一保障在所有法律、金融、财政和其他领域所提供的全面保护和责任。

浪费时间和金钱:创建一个新的替代性法律制度将需要时间和费用。对于 LGBT 情侣来说，每一天都很重要，因为每一天的不平等都会对个人和他们的关系产生负面影响。建立民事伴侣关系需要国家的花费(例如创建立法框架,创造形式,培训官员等等)和 LGBT 伴侣的花费(如投资个人时间和律师费用)，并且将持续加重那些希望在全球市场增加竞争力的企业的负担，无法提高其竞争力。

婚姻誓言与稳定:国家和社会应继续鼓励那些愿意在婚姻中承担照顾他人的责任和承诺的人保持稳定和幸福。人们并不把婚姻和伴侣关系等同——因为他们实际上在尊严、社会意义或保护方面并不平等。在许多法域，设立伴侣关系是允许同性伴侣结婚的“反措施”，这被视为“淡化婚姻”。相反，婚姻制度向同性伴侣开放可以加强与巩固该制度本身，因为这让许多异性夫妇意识到他们认为理所当然的婚姻权利,对于同性伴侣而言却一直被否认(例如在加拿大过去的十年里，婚姻制度向同性伴侣开放导致了离婚率下降这一现象)。

海外认可:与民事伴侣关系不同,婚姻是一种制度,是一种共享的词汇。因此,与民事伴侣关系相比,已婚的同性伴侣在海外旅行或生活时更有可能获得认可和保护。

婚姻和民事伙伴关系之间还有其他不同之处,报告第二部分的各节对此作了更详细的说明。国外的经验清楚地表明,婚姻应该向同性伴侣敞开大门,而不是创造不平等的替代制度。如果婚姻和民事结合实际上是相同的,为什么政府会为不同的人创建两个不同的系统呢?如果二者没有不同,那么将人口划分为不同阶层又有什么理由呢?日本 LGBT 群体不应该被当作二等公民对待,而日本宪法也禁止这种歧视。

婚姻具有如此独特的意义——不论在法律、社会、家庭或人际关系领域。在日本,建立另一种承认同性伴侣关系的制度将继续分化日本社会、加剧性别歧视、阻碍日本企业的发展。相反,法律应该明确保证 LGBT 群体和他们所爱的人得到平等对待,因为他们希望成为日本团结、传统、骄傲和尊严的一部分。

日本的机会

随着 2020 年东京奥运会的临近,人们不仅会关注日本为奥运会所做的准备,还会关注日本的缺点,比如对 LGBT 群体的歧视。正如这份报告所示,日本的许多主要贸易和安全伙伴国家在仔细审查了各种赞成和反对的观点后,已经实现了婚姻平权。根据它们的分析和经验,日本必须承认婚姻自由,并确保根据法律充分、平等地保护和承认同性关系。这对日本来说是一个重要的机会,发挥带头作用成为亚洲第一个与其他民主和经济领导国家一道肯定婚姻自由的国家。

日本最近的民意调查显示,大多数人支持婚姻自由。³此外,日本的许多公司和日本想要吸引的国际企业都已经采取措施尊重同性伴侣,并呼吁清除婚姻平等之路上的法律障碍。日本法律无视婚姻自由,持续歧视 LGBT 群体,这违反了平等保护的普遍原则,忽视了七国集团和其他国家对法治的高度尊重。为了履行宪法第十二条规定的义务,LLAN“不断努力”以确保婚姻自由。LLAN 支持向 JFBA 提起关于 LGBT 权利的法律请愿书,这一请愿书也主张致力于通过“不断努力”来满

³ 参见在 2015 年 3 月 28 日、29 日开展的民调“政治に関する FNN 世論調査”。调查显示 53%的民众支持婚姻平权。.

足日本宪法所保证的权利。为了帮助 JFBA 迅速采取行动推动日本的人权事业，LLAN 非常愿意在未来提供更多的信息或援助。

拖延和否认只会造成真正的伤害，现在是日本实现结婚自由的时候了。

LGBT 律师同盟网络

国际婚姻自由

截至 2015 年 5 月，已有 19 个国家在全球范围内实现了同性伴侣结婚的自由，在美国和墨西哥的部分地区，同性伴侣也可以结婚（在墨西哥，最高法院发布了一项决定，要求全国范围内尊重在各州承认的婚姻）。随着 2015 年 6 月美国在全国范围内的平权胜利，以及 2016 年 4 月哥伦比亚的平权胜利，五大洲内同性伴侣可以结婚的国家从 15 年前的 0 增长到了 22 个。世界上近 15% 的人口现在生活在结婚自由的国家。许多其他的国家为这类伴侣提供了婚姻之外的一些保护。全球领导人、企业伙伴和世界各地的人们的意识逐渐加深：通过保护所有忠诚相爱的伴侣，家庭会得到帮助，社区和国家变得更加强大，全世界争取婚姻自由和人权的势头将继续向前推进。

编号	日期	国家
1	2001 年 4 月 1 日	荷兰： 2001 年，荷兰议会以 107 票赞成、33 票反对的结果通过了一项旨在消除婚姻法歧视的法案，标志着荷兰成为第一个结束同性婚姻歧视的国家。该法律要求双方至少有一人是荷兰公民或居住在荷兰，该法 2001 年 4 月 1 日生效。2001 年结婚的荷兰女同性恋者 Anne-Marie Thus 解释道：“你需要解释的东西真的变少了。我们是完全普通的人，我们每天带孩子去幼儿园。人们知道他们不必害怕我们。2012 年 12 月，荷兰加勒比地区的萨巴岛也确立了结婚的自由。
2	2003 年 6 月 1 日	比利时： 比利时于 2003 年 2 月 13 日成为第二个实现婚姻平权合法化的国家，当时阿尔贝二世国王批准了该法案，此前该法案已在参议院和众议院获得通过。比利时议会 122 名议员中，有 91 人低调地投票支持了这项改革，该改革规定只有来自婚姻自由的国家的伴侣才能在比利时结婚。根据最初

		的立法，同性恋夫妇不允许收养孩子，但议会在 2006 年通过了同性伴侣共同抚养子女的法案。
3	2005 年 7 月 3 日	<p>西班牙：</p> <p>2004 年西班牙社会党意外获胜后，新当选的首相何塞·路易斯·罗德里格斯·萨帕特罗 (Jose Luis Rodriguez Zapatero) 采取行动，结束了西班牙将同性伴侣排除在婚姻之外的做法。尽管遭到天主教會的强烈反对，大多数西班牙人还是支持这项措施，议会以 187 票对 147 票赞成婚姻自由。该法律规定，至少一方必须是西班牙公民才能合法结婚，不过它也允许伴侣在西班牙拥有合法居住权的情况下结婚。在 2005 年制定并通过该法案后，萨帕特罗说：</p> <p>“我们虽然不是第一个，但我确信我们不会是最后一个。我们之后会有很多其他国家…因两股不可阻挡的力量前进：自由和平等。2012 年 7 月，有人猜测新总统要废除西班牙的婚姻自由，该国宪法法院重申，婚姻自由是符合宪法的，并裁定不能废除。</p>

4	2005 年 7 月 20	<p>加拿大：</p> <p>2005 年 6 月 28 日，加拿大下议院通过了《民事婚姻法》，并于 7 月 19 日由参议院通过。7 月 20 日获得王室批准的《民事婚姻法》对婚姻作出了中性的定义。在加拿大超过四分之三的省份和地区将同性结合合法化后，这项全国性立法获得通过。由于加拿大的婚姻法没有居住权要求，从美国到加拿大旅行的同性伴侣也可以在那里结婚。加拿大领导人坚决支持婚姻、反对民事结合的立法，表示他们承认完全平等的重要性。时任加拿大总理保罗·马丁解释说：“我们已经认识到，建立民事结合——采用一种“独立但形式平等”的方式——将违反《加拿大权利和自由宪章》的平等条款。”我们已经证实，将民事婚姻的权利扩展到同性恋者身上不会以任何方式侵犯宗教自由。”</p>
5	2006 年 11 月 30 日	<p>南非：</p> <p>2005 年 12 月，南非宪法法院裁定，拒绝同性伴侣结婚违反了南非宪法，并给议会一年时间来调整法律以遵守这一裁决。法院还明确表示，“分开但形式平等”的待遇不能满足法院的决定。2006 年 11 月 14 日，南非议会以 230 票对 41 票结束了禁止同性伴侣结婚的规定，成为非洲第一个实现婚姻平权的国家。</p>
6	2009 年 1 月 1 日	<p>挪威：</p> <p>2008 年 6 月 11 日，挪威议会以 84 票对 41 票通过了一项性别中立法案，结束了同性伴侣被排除在婚姻之外的状况。家庭问题部长安妮肯·惠特费尔特指出：“新法律不会削弱婚姻作为一种制度的地位。相反，这将加强它。婚姻的价值不会因为更多的人参与其中而被削弱。“这个斯堪的纳维亚国家此前已经允许同性恋伴侣进入民事伴侣关系，但意识到这种伴侣关系并不能带来平等。这项法律得到了执政的红绿联盟劳动党、中间党和社会主义左翼党以及反对</p>

		保守党和自由党的支持。社会党左翼领袖、财政部长克里斯汀·哈尔沃森(Kristin Halvorsen)表示, 该法案主张“平等权利”, 反对一切形式的歧视。
7	2009 年 5 月 1 日	瑞典: 2009 年 4 月 1 日, 瑞典议会以绝大多数支持票通过了一项结束拒绝同性婚姻的法案。该提案以 261 票对 22 票获得通过, 其中 16 票弃权。这项新法案自 2009 年 5 月 1 日起生效, 取代了 1995 年通过的允许同性恋伴侣通过注册在瑞典组成伴侣关系的法案。已登记的伴侣可以保留这种伴侣关系地位, 或向当局提出申请, 将其修改为婚姻。2009 年 10 月 22 日, 瑞典教会理事会投票通过允许牧师用“婚姻”一词为同性伴侣主持婚礼。
8	2010 年 6 月 5 日	葡萄牙: 2010 年 5 月 18 日, 葡萄牙总统批准了葡萄牙议会于 2010 年 1 月通过的一项法律, 结束了同性伴侣被排除在婚姻之外的情况。该法律于 4 月被葡萄牙宪法法院确认为符合宪法, 并于 5 月 31 日在葡萄牙官方公报上正式发表, 并于几天后生效。
9	2010 年 6 月 27 日	冰岛: 2010 年 6 月 11 日, 冰岛议会以 49 票对 0 票一致投票结束了同性伴侣被排除在婚姻之外的情况。阿尔西尼议会投票决定将“男人和男人, 女人和女人”这几个词添加到该国现有的婚姻立法中。2009 年, 约翰娜·西于尔扎多蒂(Johanna Sigurdardottir)担任总理, 成为世界上第一个公开选举同性恋元首的国家。冰岛是欧洲第七个支持婚姻自由的国家, 在世界上成为第九个支持婚姻自由的国家。

10	2010 年 7 月 22 日	阿根廷： 2010 年 7 月 15 日，阿根廷成为拉丁美洲第一个维护同性恋婚姻自由的国家。阿根廷国民议会以 33 票对 27 票通过了这项立法、其中 3 票弃权。它给予同性伴侣与异性伴侣同样的权利和保护，包括领养的权利。这项法律得到了阿根廷总统克里斯蒂娜·费尔南德斯·德基什内尔的支持，她于 2010 年 7 月 21 日签署了这项法案。
11	2012 年 6 月 15 日	丹麦： 1989 年 6 月 7 日，丹麦通过了一项史无前例的法律，允许同性伴侣通过登记伴侣关系获得婚姻所提供的同样的法律和财政权利(法律明确提及已婚夫妇的性别和国际条约的规定除外)。2012 年 1 月 18 日，丹麦首相赫勒·托宁-施密特(Helle Thorning-Schmidt)的政府提出了一项性别中立的婚姻法案，该法案将通过民事登记或丹麦教会使同性婚姻合法化。该法案于 2012 年 6 月 7 日以 85 票对 24 票通过，并于 2012 年 6 月 15 日生效。
12	2013 年 5 月 14 日	巴西： 2013 年 5 月 14 日，巴西全国司法委员会裁定，颁发结婚证的政府机构无权拒绝同性伴侣结婚。自 2011 年以来，巴西的联邦婚姻法一直有些混乱。2011 年 5 月 5 日，最高联邦法院投票通过一项名为“稳定结合”的机制，允许全国范围内的同性伴侣享有与已婚夫妇同等的法律权利。自 2011 年 6 月以来，加入“稳定结合”的同性伴侣可以向法官请愿，要求将他们的“结合”转变为婚姻。巴西各地都可以执行这两步结婚程序。近几个月来，许多司法管辖区已下令最终终止将同性伴侣排除在婚姻之外的做法。在 2013 年 5 月的裁决之前，巴西 27 个司法管辖区中有 14 个实现了结婚自由。
13	2013 年 5	法国：

	月 29 日	2013 年 4 月 23 日，法国国民议会进行了最后投票，批准了结婚自由。接下来的一个月，5 月 18 日，法国总统弗朗索瓦·奥朗德 (Francois Hollande) 签署了该法案，使之成为法律。该法案以压倒性的优势在参众两院获得通过，在众议院以 331 票对 225 票通过，在参议院以 179 票对 157 票通过。第一次婚礼发生在蒙彼利埃，同性伴侣双方名字分别是文森特·奥廷和布鲁诺·布瓦洛。
14	2013 年 8 月 5 日	乌拉圭： 4 月 10 日，乌拉圭议会下院通过了一项法案，将婚姻自由扩大到同性伴侣，成为了结束全国同性伴侣被排除在婚姻之外的最终环节。乌拉圭总统何塞·穆希卡 (Jose Mujica) 于 5 月 3 日签署了该法案。自 8 月 5 日该法案生效以来，乌拉圭成为拉丁美洲第三个在全国范围内结束同性婚姻被排除的国家。
15	2013 年 8 月 19 日	新西兰： 4 月 17 日，新西兰议会进行了最后投票，批准了一项法案，将结婚的自由扩大到同性伴侣。此前，议会于 2012 年 8 月 29 日和 2013 年 3 月 12 日明确了该法案。总理约翰·基 (John Key) 在关于婚姻为何重要的全国对话中公开支持婚姻自由。同性伴侣之间的第一场婚礼于 8 月 19 日举行。
16	2014 年 3 月 29 日	英格兰、威尔士和苏格兰： 2013 年 7 月 17 日，英国女王批准了一项法案，将英国的婚姻自由扩大到同性伴侣。最终的批准发生于英国下议院和上议院以压倒性多数投票支持该法案之后。2014 年 3 月 29 日，英格兰和威尔士的同性伴侣可以结婚了。2013 年秋季，11 月 20 日，一项婚姻法案在苏格兰也通过了第一阶段的程序，于 2014 年 2 月 4 日进行最终辩论和投票，永久通过了该法案。2014 年 12 月 31 日，苏格兰实现了第一个同

		性婚姻。
--	--	------

17	2014 年 6 月 18	<p>卢森堡：</p> <p>2014 年 6 月 18 日，卢森堡议会以 56 票对 4 票的压倒性优势通过了一项法案，该法案将保障了卢森堡同性伴侣的婚姻自由。该法案于 2015 年 1 月 1 日生效。2015 年 3 月，卢森堡首相与其同性伴侣结婚。</p>
18	2014 年 11 月 28 日	<p>芬兰：</p> <p>2014 年 11 月 28 日，芬兰议会通过了一项修正案，将同性婚姻合法化。这次投票获得通过，其中 105 名议员支持，92 名议员反对。这项修正案赋予同性伴侣和异性伴侣同样的领养权利。本次投票后，芬兰成为欧洲第 12 个同性婚姻合法化的国家。</p>
19	2015 年 5 月 23 日	<p>爱尔兰：</p> <p>2015 年 5 月 22 日，爱尔兰成为世界上第一个通过全民公投批准结婚自由的国家。爱尔兰许多团体在“赞成平等”运动中进行了数月的宣传活动，最终以压倒性优势通过了同性婚姻法案。在充满感情的、强有力的投票中，爱尔兰成为第 10 个天主教人口占主导地位的、实现了婚姻自由的国家。</p>
20	2015 年 6 月 3	<p>墨西哥：</p> <p>2015 年 6 月 3 日，墨西哥最高法院做出裁决，要求法官批准同性婚姻强制令。在接到法官对民事登记处的强制令后，墨西哥 31 个州的同性伴侣都可以结婚。几个州已经通过了法律，允许情侣们在没有禁令的情况下结婚，倡导者们继续致力于提出一项法律策略，以确保墨西哥每个州的所有情侣都可以自由结婚，就像异性情侣可以自由结婚一样。</p>
21	2015 年 6 月 26 日	<p>美国：</p> <p>2015 年 6 月 26 日，美国最高法院做出有利于婚姻自由的裁决，允许同性伴侣在全国范围内结婚。这一决定是在 37</p>

		个州和哥伦比亚特区通过了他们自己的婚姻自由法律之后做出的。美国争取婚姻平权的斗争可以追溯到 20 世纪 70 年代，马萨诸塞州于 2004 年 5 月 17 日实现了婚姻自由，成为了美国第一个婚姻自由的州。2013 年 6 月，美国最高法院推翻了所谓的《婚姻保护法》(Defense of Marriage Act)，这是 1996 年比尔·克林顿(Bill Clinton)总统通过的一项法律，其禁止联邦政府尊重同性伴侣之间的合法婚姻。
22	2016 年 4 月 7 日	哥伦比亚： 哥伦比亚最高法院——宪法法院于 2016 年 4 月 7 日以 6 比 3 的投票裁定同性伴侣有权结婚。九个月前，宪法法院就是否将婚姻扩大到同性伴侣适用举行了听证会。

基于:埃文·沃尔夫森的《国际婚姻自由》一书

<http://www.freedomtomarry.org/pages/the-freedom-to-marry-internationally>

第二部分 域外对于婚姻平等的承认

第一节 美国

第二节 加拿大

第三节 哥伦比亚

第四节 英格兰和威尔士

第五节 荷兰

第六节 西班牙

第七节 法国

第八节 南非

第九节 新西兰

第十节 台湾

第一章 美国

(YM Wang 翻译 Kevin 校对)

目录

1. 执行摘要
 2. 简介
 3. 宪法依据
 4. 常见争议
 - 4.1 历史和传统
 - 4.2 宗教异议
 - 4.3 生育和儿童利益
 - 4.4 否认婚姻权利不构成歧视
 - 4.5 滑坡谬论
 - 4.6 观望
-

1. 执行摘要

本章概述了美利坚合众国（美国）婚姻平权的道路。本章首先简要回顾了美国历史上曾将婚姻确定为一项基本公民权利的案件，就像美国最高法院在具有里程碑意义的 *Obergefell v. Hodges* 一案中明确认定婚姻平权这一权利时所说的那样，这些判例确立了婚姻平权的宪法依据。随后，本章回顾并评估了反对婚姻平权的各种争议，并说明了为什么每个争议最终都是空泛薄弱、有缺陷的。

2. 简介

1888 年，美国最高法院在 *Maynard v. Hill* 案承认婚姻是“生命中最重要 的关系”。在 *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson* 案中，法院进一步肯定婚姻的价值和重要性，宣称结婚的权利是“身为人的基本民事权利之一”：在 1967 年的 *Loving v. Virginia* 案中，婚姻权被描述为“自由人有序追求幸福所必需的重要个人权利之一”：在 1971 年的 *Boddie v. Connecticut* 案中，这是种关乎“基本人类关系”的权利，并在 1978 年的 *Zablocki v. Redhail* 案中，表述为具有“对全人类的基本重要性”。然而，直到 2015 年的 *Obergefell v.*

Hodges 案判决，最高法院才明确将婚姻权利延伸适用于希望与同性结婚的个人身上。在这一历史性决定被作出之前，许多反对同性婚姻的讨论都在美国法庭上被提出，甚至被采用。本章总结了美国反对同性婚姻的常见争议，并讨论了各个法院是如何处理这些争议的。更具体地，本章分析了针对反对同性婚姻的以下争论：

- 违背婚姻限制在一男一女之间的传统观念；
- 妨碍宗教自由；
- 不利于生育，不符合儿童最佳利益；
- 鉴于具有非歧视性的替代方案，承认同性婚姻是不必要的；
- 是一个将会导致承认不良婚姻的道德滑坡；和
- 为时尚早，需要更多时间来评估其潜在影响。

3. 宪法依据

在 Obergefell 一案的判决中，美国最高法院认为，根据美国宪法第十四修正案的正当程序条款和平等保护条款，同性伴侣享有结婚的基本权利。法院指出，从总体上讲，美国宪法“承诺宪法保护范围内的所有人都享有自由，包括某些允许人们在合法范围内定义和表达自己的身份的特定权利”。在同性婚姻的问题上，法院解释：首先，“认同个人身份和信仰的个人选择”，例如婚姻伴侣的选择，是正当程序条款所保护的基本自由；其次，根据平等保护条款，剥夺同性伴侣结婚的基本权利将违反宪法规定的平等原则。由此，法院认为，宪法规定的婚姻保护必须像适用于异性恋伴侣那样平等适用于同性恋伴侣。

4. 常见争议

4.1 历史和传统

国家对同性恋行为的干预和管制在西方文明中有着悠久的历史。鸡奸早在罗马帝国时期就被认为是犯罪行为，并在整个英国宗教改革时期继续被全面禁止。这一禁令最终传入美国，并在 2003 年最高法院在 Lawrence v. Texas 案中裁定这一禁令违宪之前，一直存在于一些州。在美国建国之时，婚姻被理解为一男一女之间自愿订立的合同，根据“从夫”（coverture）原则，一对已婚夫妇被国

家视为“单一的、由男性主导的法律实体”：。因此，婚姻逐渐被接受为“一男一女生命的神圣结合”，如 1885 年的 *Murphy v. Ramsey* 案。对反对者来说，尽管历史上发生了一些变化，但这种“婚姻的核心意义(和功能)一直存在”。

这一长期存在并在 1986 年的 *Bowers v. Hardwick*, 案中发展到顶峰的诉求，直到 *Lawrence* 案才被驳回。在 *Bowers v. Hardwick* 案中，法院支持乔治亚州的反鸡奸法令，因为它发现并不存在“同性恋者参与经双方同意的鸡奸行为的基本权利”。法院在作出如上判决时，援引了美国反鸡奸法的悠久历史。*Burger* 法官的协同意见书指出，废除反鸡奸法将“抛弃数千年的道德教育”。

就在 17 年后，美国最高法院撤销了 *Bowers* 一案的判决。美国最高法院指出，在分析宪法权利时，“历史和传统是起点，但并非在所有情况下都是终点”。法院认为，宪法保护成年同性恋者进行亲密、自愿行为的权利。因此，法院承认，提出正当程序和平等保护权利的第五、第十四修正案的起草者并没有假定自己具有了解“自由的各种复杂可能性的组成部分”所必需的远见，而是认为“时间可能使我们对某些真理视而不见，而我们的后代可以看到，曾经认为必要和适当的法律实际上只会起到压迫的作用”。

当美国最高法院最终承认同性婚姻的宪法权利时，它指出，重要的权利并不是源自“古老的要素”，而是来自我们“更好地理解宪法规定如何定义在我们这个时代仍然迫切需要的自由”。一个健全的民主国家不能只依靠历史和传统作为其道德准则。正如法院所说，“如果权利是由过去行使这些权利的人所定义的，那么那些被早已接受的做法可以永远继续其正当性，但新的团体则不能提出那些过去曾经被剥夺的权利”。

4.2 宗教异议

反对同性婚姻的人辩称，法庭对于同性婚姻的认可妨碍了那些以宗教理由反对同性关系的人的宗教自由和相关活动。他们反对的理由是司法救济的固有局限性，这种救济只能解决法院之前的问题，而不能象立法机构那样为宗教活动作出精致的调整。换句话说，“在权利创设方面，联邦法院并不是一个好的工具”。

首席大法官罗伯茨提供了三个例子来说明潜在的问题。第一个有关住房，以“仅向已婚的异性夫妇提供住房”的“宗教学院”的形式出现。第二个与收养有关，以“一所拒绝为同性夫妇提供子女收养的宗教收养机构”的形式出现。最后，税收问题出现，即“一些宗教机构如果反对同性婚姻，其免税将会受到质

疑”。与这些例子类似，有很多想象得到的、宗教信仰和同性婚姻这两项基本权利可能会发生冲突的场景。

Obergefell 案中的反驳简单明了——第一修正案。第一修正案保护宗教异议者，它“确保宗教组织和个人得到适当的保护，因为他们试图教导对他们的生活和信仰，以及对他们延续其所长期尊崇的家庭结构的深切愿望如此有意义、如此重要的原则”。法院对这一问题的处理隐含着这样一个想法，即两项权利的适当调整将随着时间的推移，通过立法机构和法院的正常活动得到解决。

副检察长小唐纳德·韦里利 (Donald Verrilli Jr) 在 Obergefell 案的言词辩论中提出的另一种说法是，这种冲突将由各州来解决：（“不同的州可以达成不同的平衡”）。这一结果很可能是因为根据韦里利的观察，美国已经通过正常反歧视立法在过去的十年中解决了这两项权利的调整问题，其中，一些州承认同性婚姻，一些州认可其他形式的同性伴侣关系（以新墨西哥州的承诺仪式为例）。对于这两项基本权利的潜在冲突，根本没有什么独特的破坏性或棘手之处，也没有任何迹象表明正常的平衡机制会失效。

卡根大法官 (Justice Kagan) 对这一论点持怀疑态度。她在口头辩论中表示：“尽管宪法禁止宗教歧视，但是仍然有许多犹太教教士不会主持犹太人和非犹太人之间的婚姻”，并且，“那些犹太教教士享有国家所有的权力和特权，即使他们受相关（反歧视）规则约束”：同上。卡根法官的类推得出，即使承认同性婚姻是宪法赋予的权利，允许宗教团体或个人拒绝违背其信仰的法律也将继续存在。

加州最高法院在 *In re Marriage* 案中简明扼要地总结了宗教自由与官方承认同性婚姻这两件事共存的能力。用它的话说，承认同性婚姻“不会侵犯任何宗教组织、官员或任何其他人的宗教自由；没有宗教需要改变其关于同性伴侣的宗教政策或实践，也没有宗教牧师被要求隆重地庆祝一场违反他或她的宗教信仰的婚姻”。

Obergefell, 135 S. Ct. at 2613 (Roberts, C.J., dissenting). **4.3 生育和儿童利益**

反对同性婚姻的人认为，婚姻制度的主要目的是使人类继续存在，而在他们看来，只有通过男女之间的婚姻才能确保人类的存在。因为同性伴侣不能生育，所以反

对者认为认为没有同性婚姻这种权利的。然后，正如首席大法官罗伯茨（Roberts）在 Obergefell 案中所说：

“人类必须生育才能得以存续。生育是通过一男一女之间的性关系发生的。当性关系导致新生儿的孕育时，如果父母能在一起而不是分道扬镳，孩子的前景通常会更好。因此，为了儿童和社会的利益，能够导致生育的性关系应该只发生在致力于维持持久关系的一男一女之间。”

其他常见的异议基于这样一种信念，即生育和抚养子女是婚姻制度的主要目的。持反对意见的阿利托法官 (Justice Alito) 坚持认为婚姻的目的是暗含鼓励发生在“被认为是能够为抚养孩子提供最佳环境的稳定的家庭单位内”的生育行为。在此基础上的反对意见还坚持认为，非婚生子女的增加“既是社会对婚姻的理解发生变化的原因，也是其结果”。

但在最高法院对 Obergefell 一案做出裁决之前，这样的论点就已经站不住脚了。在 1992 年的 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* 一案中，美国最高法院再次确认，个人在作出与婚姻、生育、子女抚养和教育有关的决定时，其自由利益受到宪法保护。在本案中，最高法院认为自由是关乎“建构一个人的存在、意义、世界和人类生命奥秘等概念的权利……[因为]关于这些问题的信念并不能定义人格特征，它们是在国家的强迫下形成的。甚至在 Obergefell 案之前，同性关系中的个人就有权享有这样的自由利益。

下级法院也试图否定将生育作为最终目的的婚姻观念。例如，在 2014 年 *Baskin v. Bogan* 案中，第七巡回法庭认为，即使同性伴侣不能生育，由于大多数州已经许可了不能生育的异性伴侣的婚姻，那么同性伴侣应当享有与这些异性伴侣同样的利益。

在 Obergefell 案中，最高法院驳回了对这一论点可行性的任何怀疑。法院在此案中表明：“在任何一个州，生育的能力、欲望或承诺都不是、也从未是有效婚姻的先决条件。鉴于保护已婚夫妇不生育的权利的先例，不能说法院或各州以生育的能力或承诺作为结婚权利的前提条件。”

随后，在本案中法庭将反对者的争论转向了同性伴侣已经被允许收养孩子这一问题上，“从法律本身就有力地证实了男同性恋和女同性恋者可以建立一个充满爱和支持的家庭”。同性伴侣有能力创造一种家庭结构，而反对同性婚姻的人

坚称这种家庭结构是对同性婚姻的诅咒，并因此否认同性伴侣结婚的权利，认为这“与结婚权利的核心前提相冲突”。

Id.

接着，法院化解了同性婚姻与儿童最佳利益相冲突的矛盾：“如果没有婚姻所提供的认可、稳定和可预测性，（同性伴侣的）孩子就会因为知道自己的家庭比别人的家庭少些什么而蒙受耻辱。他们还会承受由未婚父母抚养而产生的巨大物质成本，并非由于他们自己的过错而被推入更困难且更加充满不确定性的家庭生活中。”

在 2013 年的 *United States v. Windsor* 中，法院已经承认同性伴侣的孩子正在被法律伤害，使得他们很难理解“对自己的家人诚实和亲密，以及与社区或日常生活中其他家庭的和谐相处”。

由于法律承认不能生育的异性伴侣结婚的权利，并进一步承认同性伴侣有能力创造充满爱和支持的家庭，因此生育的需要和儿童最佳利益不能成为剥夺同性伴侣结婚权利的基础。

4.4 否认婚姻权利不构成歧视

反对同性婚姻的人认为，将同性伴侣排除在婚姻之外并不构成歧视，某种程度上是因为在婚姻之外，同性伴侣还有充足的替代选项。这个论点有三个版本，下面依次讨论。

(1) 缺乏敌意

一些反对者认为，将婚姻定义在一男一女之间的法律并没有表达对同性伴侣的任何敌意。从历史上看，法院已经宣布一些法律违宪，因为它们表达了对同性伴侣的敌意，即“纯粹想伤害”一个政治上不受欢迎的群体。参见 *U.S. Dep’t of Agric. v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534 (1973)。至少有四个法院用这种方法废除了反对同性婚姻的法律。参见，例如，*Baskin v. Bogan*, 12. F. Supp. 3d 1144, 1163 – 64 (S.D. Ind. 2014); *Henry v. Himes*, 14 F. Supp. 3d 1036, 1044 (S.D. Ohio 2014); *De Leon v. Perry*, 975 F. Supp. 2d 632, 655 (W.D. Tex. 2014); *Obergefell v. Wymslo*, 962 F. Supp. 2d 968, 995 – 96 (S.D. Ohio 2013)。

这一论点是，限制了婚姻定义范围的州法律并没有表达敌意；相反，它们与之前所有因敌意而失效的法律不同，因为它们不存在任何一个在前述案例中起决定性作用的关键要素。特别是，定义婚姻的法律既不像 1996 年 *Romer v. Evans*⁴ 一案中涉及的法律那样，“以一种危险的扩张和新颖的方式把少数人的权利作为目标”，也不像 2013 年 *United States v. Windsor*⁵ 一案中涉及的法律那样，“偏离立法主权的历史疆域，只是为了消除一个群体可能获得的特权”。

首先，必须把这个论点放到具体的语境中。这不是一个证明限制同性婚姻不违宪的理由。这仅仅是一个论点，即在一个特定的理论下，这种限制并不违宪。其次，*Obergefell* 案虽然没有明确使用“敌意”一词，但它评估了该州用以定义婚姻的法律，并关注了这些法律对同性伴侣的敌意。法院发现这些法律具有“引导公众认为同性恋者在一些重要方面是不平等的”的效果，并进一步认为，“这些法律贬低了同性恋者，因为国家把他们排除在国家社会的中心制度之外”。此外，法院还指出，这些法律“使同性伴侣的孩子蒙羞”、“伤害和羞辱了同性伴侣的孩子”。如果没有任何合理的理由来解释这些法律，除了单纯针对同性伴侣的敌意之外，很难解释这些法律背后的动机。

(2) 同性恋者仍然可以结婚，只是不能与彼此结婚

反对者还认为，将婚姻定义在一男一女之间的法律并不具有歧视性，因为同性恋者仍然可以结婚——只是不能与彼此结婚。这一论点认为，受到挑战的法律并不具有表面的歧视性，因为所有州都允许同性恋者与他们选择的人结婚，只要他们选择的是异性。一些法院支持这一论点，其遵守原则是：宪法是把权利赋予个人，而不是夫妻。

显然，这个论点完全回避了真正的问题。在 *Baskin v. Bogan* 案中，歧视的本质是禁止同性婚姻通过拒绝给予同性恋者与这些州授予异性恋者同样的权利，即与他们所选择的未婚成年人结婚的权利”。加州最高法院认为，在这种情况下，实际的歧视与表面的歧视同样有害。它指出，“从现实的角度来看，通过将婚姻限制在异性伴侣之间，婚姻法清晰而直接地对同性恋者施加了不同的待遇，因为

⁴ Invalidating State law explicitly denying homosexual persons the right “to have or claim any minority status, quota preferences, protected status or claim of discrimination”: *Bishop v. Smith*, 760 F.3d 1070, 1104 (10th Cir. 2014) (concurring opinion of Holmes, J.) (internal formatting altered).

被废除的州法律明确否认同性恋者“拥有或主张任何少数群体地位、配额优惠、受保护地位或歧视申诉”的权利: *Bishop v. Smith*, 760 F.3d 1070, 1104 (10th Cir. 2014) (同意 Holmes, J. 的观点) (内部格式变更)。

⁵ Invalidating Federal statute that had the effect of denying same-sex couples Federal tax benefits available to heterosexual couples.

废除了一项联邦法令，该法令禁止同性伴侣享受异性伴侣享有的联邦税收优惠。

他们的性取向不同”。此外，它将这一论点斥为“诡辩”，因为它“命令否定人们的性取向”：同上，840。

最后，一名法官表示，这些法律的内在动机就是歧视同性恋者。费伦 (Ferren) 法官在 1995 年的 *Dean v. Dist. of Columbia* 中指出：“一项绝对的禁止，不论明示或暗示，只要是导致了事实上的歧视，即使立法机关不承认，也具有本质上的歧视目的”。为了支持这一说法，费伦法官将哥伦比亚地区的婚姻禁令与过去不被视为具有歧视性的歧视性法律进行了比较，比如 *Loving v. Virginia* 案之前的反种族通婚法，以及 *Brown v. Bd. of Educ* 案之前的种族隔离法。

(3) 充足的婚姻以外的替代选择

一些反对者认为，剥夺同性伴侣的“婚姻”之名不会造成伤害，因为有其他替代机制——比如民事结合——可以提供给他们与异性伴侣相同的福利和权利。只有在国家提供了一些可登记的家庭伴侣关系的方案时，这种争论才会出现。在 2008 年的：*In re Marriage Cases* 中，反对同性婚姻的人辩称，“各州不会仅仅通过给他们的官方认可关系起一个婚姻以外的名字，就侵犯这对夫妇结婚的宪法权利……现行的国内伴侣关系立法为同性伴侣提供了所有核心的实质性权利，这些权利似乎可以作为保障个人或伴侣的州宪法基本结婚权利的基础”：。有些人支持这一论点，认为“宪法权利是由实质而不是形式来界定的”。

当时通行的反对意见是，即使是名称上的差别也会剥夺平等的尊严，并成为“第二等”的歧视标志：“权利的核心要素之一……是一对夫妇是否有权让他们的家庭关系获得与其他官方承认的家庭同等的尊严和尊重，为同性伴侣的家庭关系指定一个不同的名称，同时保留历史上专门为异性伴侣设置的“婚姻”的名称，这至少会造成否认同性伴侣的家庭关系享有同等尊严和尊重的严重风险。”。

在 *Obergefell* 案中，最高法院明确承认尊严对所有伴侣的重要性，包括同性伴侣在内，（“同性伴侣在法律面前要求平等的尊严，宪法赋予他们这种权利。”）

对同性恋者抱有歧视和恶意的历史只突出了在所有方面都要平等的必要性，特别是在头衔和命名方面。正如加州最高法院在 *In re Marriage Cases* 所述：

“鉴于历史上对同性恋者的贬低和歧视，在命名法上保留区别是一个非常重大的

风险……这将不可避免地使向这些夫妇提供的新的平行机构被认为地位低于婚姻，实际上成为二等公民的标志。”¹

最后，加州最高法院援引了加拿大对这一问题的类似处理办法：对同性伴侣的“差别待遇”将“延续或提升”同性恋者的“不公平的社会特征，将对他们产生更严重的影响，因为他们已经很脆弱了”。总之，任何法律认可的差别待遇都存在可能长期剥夺同性伴侣的平等尊严和尊重的重大风险。

4.5 滑坡谬论

反对者认为，承认同性婚姻将不可避免地导致承认其他类型的、目前大多数社会都认定为非法婚姻的非传统婚姻，包括一夫多妻制和乱伦婚姻。例如，*Bostic v. Schaefer* 案的异议判决书中，“原告基本上也忽视了这个问题……这种自由也将扩大到寻求国家承认、而国家目前正加以限制的其他类型关系的个人，例如追求一夫多妻或乱伦关系的人”。反对者质疑，如果结婚的基本权利包括同性婚姻的权利，为什么“不包括父亲娶女儿的权利，或者任何人娶多个伴侣的权利”。首席大法官罗伯茨本人在对 *Obergefell* 案的异议中也表达了这种担忧，他问道：“如果没有结婚的机会‘是对同性恋伴侣的不尊重，并使同性伴侣受到贬损’，为什么同样的‘对于能力的剥夺’就不会对那些在多角恋关系中获得满足感的人构成不尊重，并使其受贬损呢？”。

应当承认，法院在很大程度上回避了滑坡谬论问题。虽然首席大法官罗伯茨在他的不同意见书中提到了这一点，但最高法院在 *Obergefell* 案的意见书中并未涉及这一问题。正如 *Obergefell* 案所承认，也许这是对我们“理解宪法规定如何定义在我们这个时代仍然迫切需要的自由”这一不断变化的本质的承认：。无论如何，承认同性婚姻是一项基本权利并不是说政府不得干涉婚姻关系。即使是最高法院推翻了对婚姻的限制性定义的决定也承认，婚姻权利也可能受到限制。例如，*Obergefell* 案中强调，禁止同性婚姻是对结婚基本权利的无理侵犯；在 1967 年的 *Loving* 案中提到这意味着即使政府干涉是合理的，与婚姻有关的个人决定仍然可能受到干涉。

同性婚姻与一夫多妻和(或)乱伦婚姻之间存在着显著的差异，但是，撇开关于是否应该承认后者的婚姻类型的规范性讨论不谈，今后承认更多的非传统婚姻

的可能性不应成为对承认已证明本身没有问题、且实际上对整个社会有益的婚姻的一种威慑。

4.6 观望

一些反对同性婚姻的人坚持要谨慎行事，他们辩称，拟议中的对同性婚姻定义的修改太过剧烈，以至于在决定是否允许同性婚姻进入本州境内之前，最好让各州评估同性婚姻对其他州或整个社会的影响。换句话说，如在 *DeBoer v. Snyder* 案中，“一个国家可能希望在改变我们社会（像所有其他国家一样）已经接受了几个世纪的规范之前，先观望一下”。在联邦体系内，各州可以尝试不同的婚姻定义。当两个州在同性婚姻问题上得出截然相反的结论时，第三个州可能希望“随着时间的推移，逐步评估这些试验和错误”。

2014 年，当这个问题被提交到最高法院时，也就是马萨诸塞州首次承认同性婚姻 11 年之后，第六巡回法庭同意“时钟还没有走到要评估扩大婚姻定义的好处和负担的时候”。“各州仍在评估……这并不是非理性，而是追求一种稳定性，以及一种想看看新定义在其他地方是如何运作的兴趣”。在 2003 年 *Goodridge v. Dep't of Public Health*，法官 Cordy 的不同意见书中“对同性家庭抚养孩子的结果进行科学研究的尝试……正在起步阶段”。从本质上讲，这种说法是为了拖延。

Obergefell 案进行了三点反击。首先，存在充足的机会学习和辩论。第二，在这里，当所争论的宪法权利是基本权利的时候，公民不需要等待民主进程来允许他们行使它。最后，如果法院做出对权利肯定性的裁决，同性伴侣将在此过渡期遭受巨大的伤害。

简单地说，第一个反对意见是“我们已经在观望了”。*Obergefell* 案指出，到 2015 年，“人们的深思熟虑远远超过了这个观点所辩称的程度”。已经有了公民投票，立法辩论和基层运动，以及无数的研究，论文，书籍和其他通俗读物和学术著作。在州和联邦法院也有了广泛的诉讼”。这些调查和对话涉及许多领域，涉及美国社会各个角落的个人。他们一起“增进了对这个问题的理解”。

第二，个人不必等待行使基本权利。*Obergefell* 案中指出，“个人在主张一项基本权利之前不需要等待立法行为……基本权利不得提交由投票表决；他们取决于非选举结果”。法院指出，“观望”的论点是在 1986 年 *Bowers v. Hardwick* 案中提出的，这一案件的判决错误地支持了将鸡奸定罪的法律。结果，

从 *Bowers* in 1986 案的裁决到 2003 年 *Lawrence v. Texas* 案的裁决之间，以个人对私人身体亲密行为的自主权的形式，这种基本的隐私权被剥夺了 17 年。其他法院也注意到，这一论点在历史性的宪法权利裁决的失败一方很受欢迎。例如，*DeBoer* 案中 Daughtrey, J 的异议书中指出，*Loving v. Virginia* 案反对跨种族婚姻案的败诉方和 *Frontiero v. Richardson* 案反对加强对女性性别歧视法律的审查案中的败诉方都曾提出“观望”的观点。

最后，迟迟不采取措施的“观望”办法将造成巨大和切实的损害。比如 *Obergefell* 案指出，*Bowers* 在支持将同性亲密行为定罪后，“这些伤害带来的实质性影响”“毫无疑问在 *Bowers* 被否决后还持续了很长时间。重大的创伤不可能轻易治愈。反对同性伴侣的裁决也会产生同样的效果……”。此外，在同性家庭中长大的“数十万儿童”将受到极大的伤害，在承认同性婚姻的任何延迟中，他们将“因为知道自己的家庭少些什么而蒙受耻辱”。

除了延迟造成的伤害，下级法院还发现，“观望”往往只是一种烟幕，几乎没有或根本没有证据表明反对同性婚姻的州有兴趣进行进一步研究。在 2014 年 *Baskin v. Bogan* 案中，“人们会期望国家提供一些证据和理由来相信，不管多么投机和脆弱，允许同性婚姻将或可能‘改变’婚姻”。但在这一案件中，威斯康星州的律师承认，“不知道任何正在进行的、用以确定法律承认同性婚姻可能产生的影响研究”。

下级法院在裁决任何重要权利时也对这一论点的有效性提出质疑。第七巡回法庭提出了反对论点：“任何宪法决定所带来的长期影响，在做出决定时都能得到准确的预测吗？”。

最后，一些下级法院强调了这一不公正的紧迫性。他们说，必须根据一个确切的问题来分析这一谨慎的论点：歧视地将同性伴侣排除在行使一项基本权利的范围之外。一位法官引用了马丁·路德·金 1963 年从伯明翰监狱寄出的那封著名的信，信中提出“时间本身”可以成为“社会停滞力量的盟友”。换句话说，法院已经认识到，与所爱的人结婚的权利太重要、太根本，不能再让那些被剥夺这一权利的人等待了。简而言之，承认同性婚姻权利的唯一时机就是现在。

.....

莫里森和福斯特

东京和纽约

第二章：加拿大

(Kevin 翻译, YM Wang 校对)

目录

1. 摘要
 2. 加拿大同性婚姻的正面影响
 3. 《加拿大权利与自由宪章》下的同性婚姻运动
 - 3.1 与欧洲接触前的同性婚姻
 - 3.2 早期对于同性婚姻的禁令
 - 3.3 《宪章》带来的平权保障
 - 3.4 法庭确认性倾向受《宪章》保护
 4. 地方法院逐渐拥抱同性婚姻
 - 4.1 关于同性婚姻的法律争论
 - 4.2 地方法院重新定义婚姻
 5. 国家层面推进同性婚姻的努力
 - 5.1 最高法院为同性婚姻寻找宪法支持
 - 5.2 国会关于同性婚姻的大讨论
 - 5.3 国家立法：《民事婚姻法案》
-

1. 摘要

加拿大在 2005 年 7 月 20 日在全国范围内正式颁布了《民事婚姻法案》，将婚姻权拓展至同性群体。这一法律是对加拿大法庭一系列关于“否定同性群体的结婚权将违反加拿大《权利与自由宪章》”裁决的确认。上述裁决开始于 2003 年 6 月 10 日的安大略省，并在国会采取行动之前已经确保了 94% 的加拿大同性伴侣有权结婚。在《民事婚姻法案》之前的相关历史整理如下：

- 在欧洲人到来之前，加拿大就有土著人民居住。加拿大在 1867 年成为自治联邦之前是英国的殖民地。历史上，土著人在与欧洲人接触之前就接受同性恋者，同性婚姻也被接受。欧洲人接受基督教的概念，把同性恋行为定义为“罪”。英国殖民者还制定了刑法，将同性恋行为视为犯罪，并禁止和压制同性婚姻的土著传统；
- 性少数群体的平等权在加拿大的回归是渐进的。从 18 世纪英国实行统治开始，几百年来婚姻只对异性之间开放。作为“普通法系”的一部分，加拿大法院一般遵循英国法院判例。在加拿大，从来没有任何关于婚姻的法定定义。相反，根据 19 世纪英国法院对婚姻的定义，同性婚姻是非法的；
- 20 世纪 70 年代早期，普通法对同性伴侣的排斥遇到了挑战——但这一挑战失败了；
- 1982 年，作为加拿大宪法的一部分，一项名为《权利与自由宪章》(Charter of Rights and freedom) 公民权利法案的诞生，开启了 LGBT 群体对歧视性法律发起挑战的可能性。许多诉讼被提起，经过最初的一些挫折，随着时间的推移，LGBT 群体成为《权利与自由宪章》下最成功的宪法平等诉讼当事人；
- 加拿大同性伴侣在上世纪 90 年代末和本世纪初开始向各省高级法院提出平等婚姻权利的诉讼。在这些案件中，加拿大政府最初反对允许同性伴侣结婚，理由是生育才是婚姻的主要目的。随着社会观念的改变，法院开始反对这一论点和其他论点，并指出婚姻从一种社会、经济和生育安排演变为两个人因爱而结合的平等结合⁶。法院还认识到，禁止同性婚姻的根源在于普通法对传统基督教信仰的历史性强制执行，这一法律框架在无国教的现代世俗宪政民主国家已不再被接受。⁷法院还认为，普通法上的伴侣关系(这一概念于 1999 年扩展到同性伴侣身上，赋予同性伴侣许多婚姻权利)和民事结合(加拿大国会在辩论中考虑过这两个问题)并不平等，也不足以取代婚姻平等⁸；

⁶ Halpern 诉 Canada 案 (检察官办公室应诉)，案件号：2002 CanLII 42749 (ON SCDC)，第 152 段。

⁷ 根据加拿大最高法院在 M v. H 案中裁定，同性伴侣必须享有和普通法下的异性伴侣相同的权利，具体见 M v. H [1999] 2 S.C.R. 3 (Supreme Court of Canada)。

⁸ 加拿大国会，《国会议事录》（下议院），2005 年 2 月 16 日，1530。

- 2003 年，安大略省成为第一个将同性婚姻合法化的省份。随着越来越多的省级法院授予同性伴侣结婚的权利，联邦政府最终要求加拿大最高法院阐释，联邦政府是否可能通过立法将同性婚姻的权利扩展到全国。2004 年，最高法院作出了肯定的答复；以及
- 2005 年，联邦政府颁布了《民事婚姻法》(Civil Marriage Act)，使加拿大成为世界上第四个将同性婚姻完全合法化的国家。《民事婚姻法》将婚姻定义为“两个人的合法结合”⁹，并修改了其他八部联邦法律中“配偶”一词的使用，以反映同性婚姻的变化¹⁰。

2. 加拿大同性婚姻的正面影响

同性婚姻合法化在社会、法律、经济和人际关系等领域都带来了正面和实际的影响。其中，最显著的例子包括：

- 同性婚姻合法化有助于在公众心目中使此类婚姻正当化。在《民事婚姻法》颁布后，加拿大全国对同性婚姻和性少数群体的接受程度大幅提高。¹¹从 2001 年到 2006 年，只有大约三分之一的加拿大人支持同性婚姻。2010 年，这一比例升至 43%¹²，2015 年升至 70%，其中最大的省份之一魁北克的支持率更是高达 78%¹³。加拿大同性伴侣与异性伴侣的比例与其他国家一致¹⁴，这表明加拿大的经验可能会得到普遍应用；

⁹ 《民事婚姻法》2005 年，第 33 条第 2 款。

¹⁰ 随同《民事婚姻法》修订的还包括《加拿大商法典》、《离婚法》、《所得税法》，具体见 Peter Bowal 和 Carlee Campbell, 《同性婚姻在加拿大的合法化》, 21:2, 《美国家庭法杂志》37 (2007)。

¹¹ Christopher Flavelle, 《加拿大的同性婚姻法案及其启示》, 彭博社(2013 年 6 月 26 日, 下午 2:34) 具体见 <https://www.bloomberg.com/view/articles/20130626/whatcanadacantellusaboutgaymarriedecisions>.

¹² 同上。

¹³ “美国法庭判决促进加拿大同性婚姻合法化”, 论坛研究公司, (2015 年 6 月 29 日), 具体见 <http://poll.forumresearch.com/post/307/increaseinapprovalseenamongoldest/>.

¹⁴ Anne Milan, 《婚姻状况总览：2011》, 《加拿大统计》, 具体见 <http://www.statcan.gc.ca/pub/91209x/2013001/article/11788eng.htm#a3>.

- 随着公众对同性婚姻的接受程度不断提高，LGBT 群体在公共生活中也被更为广泛地接受。从 2008 年到 2012 年，支持 LGBT 人士竞选公职的加拿大人从 55%增加到 67%，而强烈反对的比例从 7%下降到 4%¹⁵；
- 赋予同性伴侣结婚的权利对家庭组成产生了积极的影响。许多同性伴侣利用了这一机会，最终使他们的关系合法化，并确保他们完全享有伴侣所享有的权利和法律保护。不出所料，加拿大每年同性伴侣的数量(包括已婚同性伴侣的比例)从 2006 年的 45345 对(占同性伴侣结婚总数的 16.5%)增加到 2011 年的 64575 对(约占同性伴侣结婚总数的三分之一)¹⁶。此外，法律承认婚姻平等有助于重建同性伴侣和他们的家庭之间疏远的关系¹⁷；以及
- 加拿大经济也受益于婚姻平等。总的来说，全国范围内对同性婚姻的承认消除了劳动力流动的障碍¹⁸。在这之前，同性伴侣在一个省合法结婚，可能不愿意搬到另一个不承认他们婚姻的省。研究还发现，非理性歧视，如基于性倾向的歧视，会降低受歧视群体的生产力，而经济更具竞争力的国家往往更容易接受性取向¹⁹。这一点在北卡罗莱纳颁布歧视 LGBT 群体的法律时所遭到的经济反弹中得到了鲜明的体现；加拿大是受益于经济活动从北卡罗来纳州转移到支持 LGBT 平等的地区之一。此外，加拿大同性婚恋产业的价值估计为 5.67 亿加元（约 442 亿日元），这为经济带来了额外的增长²⁰。

¹⁵ Flavelle, 同上注脚 6。

¹⁶ 同上。

¹⁷ Diana Mehta, 《同性婚姻第十年——平等》，《加拿大**环球邮报**》（2013 年 6 月 9 日,下午 6:01），具体见

<http://www.theglobeandmail.com/news/world/10thanniversaryofsamesexmarriagehighlightsprogressequality/article12442394/>.

¹⁸ 见 Jenny Cosgrave, 《**瑞银**：同性婚姻有利于美国经济》，美国全国广播公司**财经频道**（2015 年 7 月 26 日），具体见 <http://www.cnbc.com/2015/07/21/samesexmarriageisgoodforeconomyubs.html>.

¹⁹ Peter Spence, 《**经济学家**表示：同性婚姻会提高普遍富裕程度》，《**每日电讯**》（2015 年 7 月 8 日），具体见

<http://www.telegraph.co.uk/finance/economics/11725633/Samesexmarriagewillmakeusallrichersayeconomists.html>.

²⁰ Penelope Graham, 《566,585,415 加元：同性婚姻带给加拿大经济的礼物》，《**利率超市**》（2013 年 6 月 26 日），具体见 <https://www.ratesupermarket.ca/blog/566585415thesamesexweddinggifttothecanadianeconomy/>.

加拿大联邦政府在全国范围内将同性婚姻合法化十多年后，并没有对社会产生负面影响。对同性恋者、双性恋者和同性伴侣的支持和接受程度只增不减，家庭幸福的机会增多，人们更加认识到基本权利属于所有人，而不仅仅是某些人。

在接下来的章节中，我们将追溯同性婚姻权利从最初恐慌到最终接受的演变过程。

3. 《加拿大权利与自由宪章》下的同性婚姻运动

一开始法庭通过判决限制同性婚姻。然而，1982 年《加拿大权利与自由宪章》的通过对法院对待婚姻平等的态度产生了重要影响。

3.1 与欧洲接触前的同性婚姻

在 16 世纪欧洲探险家和定居者到达加拿大之前，加拿大就有土著居民居住。这些土著人民接受性别和性别认同的多样性。他们认为有些人生来就有两个灵魂，一个女性的灵魂和一个男性的灵魂。如今将这类人概括为“双魂人”²¹。

在他们的婚姻实践中，一个有两个灵魂的男人可以娶一个男人，一个有两个灵魂的女人可以娶一个女人。伟大的领导者往往有好几个“妻子”，其中一个是“双魂人”。这被认为是可取的，因为这种同性配偶享有一些女性配偶所不享有的权利，特别是陪同丈夫参加狩猎和战争的权利²²。

欧洲人从 15 世纪晚期开始探索和殖民现在的加拿大，到 18 世纪，英国已经建立了对该地区的控制并实施其法律体系，将成文法和判例法结合起来，称为“普通法”。基督教传统是欧洲人引进并由法律强制执行的。包括同性婚姻在内的同性行为被视为犯罪。英国人开始用英国法律和英国国教取代所谓的“原始”土著信仰。当加拿大成为自治国家时，它继续这一做法并加速了这一进程，实际上消除了加拿大“双魂人”传统的任何可见痕迹。一些土著人民在其社区内谨慎地传播这种知识，但这种知识已被正式宣布为非法²³。

²¹ 见加拿大男女同志平权协会，《非常粗鄙》。同见 Walter L. Williams，《灵与肉》，波士顿灯塔出版社，1986 年，1992 年再版。

²² 同上。

²³ 同上，同见 Ma-Nee Chacaby 和 M.L. Plummer，《双魂之旅》，马尼托巴大学出版社，2015 年。

3.2 早期对于同性婚姻的禁令

在加拿大，联邦法律或省并未明文禁止过同性婚姻。然而，根据 1866 年英国 Hyde 案和 Woodmansee 案中对婚姻的普通法定义²⁴，法院历来认为同性婚姻是被禁止的。例如，1974 年，一个省级法院根据辞典释义，以及 Hyde 案对婚姻的定义，即“一男一女”的结合，否决了一对同性恋伴侣结婚的权利²⁵。

3.3 《宪章》带来的平权保障

1982 年 4 月 17 日通过并载入加拿大宪法的《宪章》保障加拿大每一个人的特定人权，包括平等权利。平等权下“每个人在法律面前和法律之下都是平等的，有权不受歧视地享有法律的平等保护和平等利益，特别是不受基于种族、民族或族裔出身、肤色、宗教、性别、年龄、精神或身体残疾的歧视。”²⁶然而，根据第 1 条，歧视性法律仍然是正当的，因为权利的限制“在自由和民主社会中是明显合理的”²⁷。

虽然《宪章》第 15 条第(1)款没有明文禁止基于性取向的歧视，但如果发现未列举的权利与明文列出的权利类似，加拿大法院可以将这些权利视为受保护的权利。为同性婚姻案件奠定基础的一系列有利裁决最终导致两项关键决定：(i) 一项裁决确定性取向是被禁止的歧视理由²⁸；(ii) 后来的一项裁决发现，对同性伴侣的歧视是基于性取向的歧视。²⁹接下来将发生关于同性婚姻的争论围绕两个问题——婚姻是否是一种仅能由国会改变的最独特且基本的文化，或者，禁止同性婚姻是否具有歧视性，如果是歧视的话，根据第 1 条，这种歧视是否合理，尤其是基于婚姻在生育中的作用。

²⁴ Barbeau 诉英属哥伦比亚(司法部长)案, 引用号：2003 BCCA 251, 第 41 段。

²⁵ North 诉 Manitoba 案(关键统计数据记录仪), 引用号：[1974] 20 R.F.L. 112 (马尼托巴郡法庭)；Hyde 诉 Hyde and Woodman, 引用号：[1866] L.R. 1 P&D 130。

²⁶ 《加拿大权利与自由宪章》第 15 条第 1 款。

²⁷ 同上，第 1 条。另见 R. v. Oakes 案, 引用号：[1986] 1 S.C.R. 103。

²⁸ Egan 诉 Canada 案, 引用号：[1995] 2 S.C.R. 513 (加拿大最高法院)。

²⁹ M. v. H. [1999] 2 S.C.R. 3 (加拿大最高法院)。加拿大对长期同居的、在某种程度上类似于已经结婚的未婚异性伴侣给予了广泛的法律认可。在加拿大，这些人被称为“普通法夫妻”。最高法院在本案中裁定，适用于异性普通法夫妻的法律必须同样适用于同性普通法夫妻。

3.4 法庭确认性倾向受《宪章》保护

1992 年，安大略上诉法院裁定，第 15 条没有明确禁止基于性取向的歧视，但它与第 15 条所列的情形类似，因此性取向受到《宪章》的保护³⁰。然而，1993 年安大略地区法院裁定，根据第 15 条，将婚姻限制在异性之间并不具有歧视性，因为这一限制并不禁止同性恋者、双性恋者和变性者结婚，只要婚姻是发生在异性之间即可。³¹

两年后，加拿大最高法院根据 Egan 案第 15 条将性取向确立为一个受保护的事由³²。九名法官全部同意，“性取向是一种深刻的个人特质，要么不能改变，要么只能以个人不可接受的代价改变”³³，因此类似《宪章》第 15 条列举情形并属于其保护的范畴。尽管法庭认为第 15 条反对基于性取向的歧视，同时却否认同性上诉人有权主张婚姻权益，并认为在《宪章》第一节下，规定“配偶”仅限于异性伴侣是合理的³⁴。

4. 地方法院逐渐拥抱同性婚姻

21 世纪初，地方法院开始拒绝接受先前观点，即认为禁止同性婚姻要么是非歧视性的，要么虽然是歧视性的但可根据《宪章》第 1 条被正当化。相反，法院开始推翻婚姻的传统定义，即一男一女之间的婚姻，并以省为单位逐渐推进同性婚姻合法化。

2002 年，魁北克高级法院在 *Hendricks and Leboeuf v. Quebec* 一案中承认，将同性伴侣排除在婚姻之外是歧视性的，民事结合不是可接受的替代品³⁵。两年后，魁北克上诉法院认为，传统的婚姻定义是歧视性的、不合理的，并赋予同性伴侣结婚的权利³⁶。

³⁰ Haig and Birch 诉 Canada 案，引用号：(1992) 9 O.R. (3d) 495 (C.A.)。

³¹ Layland 诉 Ontario 案 (消费者和商业部应诉)，引用号：(1993) O.R. (3d) 658 (Div. gen.)。

³² Egan 诉 Canada 案，引用号：[1995] 2 S.C.R. 513 (加拿大最高法院)。

³³ 同上，第 515 段。

³⁴ 同上，第 515 和 516 段。

³⁵ Hendricks and Leboeuf 诉 Quebec 案 (检察官办公室应诉)，引用号：[2002] R.J.Q. 2506 (C.S.) (Quebec)，本案在 *Ligue catholique pour les droits de l'homme v. Hendricks* 案中得到确认，引用号：[2004] R.J.Q. 851 (C.A.)。

³⁶ *Ligue catholique* 案，引用号：[2004] R.J.Q. 851 (C.A.)。

4.1 关于同性婚姻的法律争论

2003 年，安大略上诉法院在 Halpern v. Canada 一案中裁定，普通法对婚姻的定义在基于性取向区分异性和同性伴侣，这是一种歧视，违反了《宪章》第 15 条³⁷。法院在其第 15 节的分析中引用了加拿大最高法院在 Egan v. Canada 一案中作出的裁定，该裁定认为，性取向是受《宪章》保护的“一种深刻的个人特质，要么不能改变，要么只能以个人不可接受的代价改变”³⁸。在 Halpern 案中，法院还认为，英国的 Hyde 案是关于一夫多妻制婚姻的，而不是同性婚姻，此前加拿大法院禁止同性婚姻的判决就是以 Hyde 案为依据的³⁹。法院驳回了生育是婚姻主要功能的论点，指出甚至连反对同性婚姻政府也没有认为生育和育儿是婚姻的唯一目的或夫妻选择结婚的唯一原因⁴⁰。法院进一步推断，在任何情况下，同性伴侣可以选择通过任何方式生育孩子。

在 Halpern 案中，法院还认为，尽管存在将已婚配偶的某些权利扩大到同性伴侣的立法，但同性伴侣仍不能享有已婚配偶享有的全部经济利益。此外，法院认识到，将同性伴侣排除在婚姻等基本社会制度之外，婚姻本身的社会意义，以及同性伴侣被剥夺的相应利益，反而使同性关系不如异性伴侣更值得承认的观念得以延续。⁴¹

4.2 地方法院重新定义婚姻

根据这些裁决，在 Halpern 案中，法院将婚姻重新定义为“两个人自愿结合以共同生活”⁴²。裁决在 2003 年 6 月 10 日作出，加拿大首例同性婚姻也发生在这一天⁴³。

继安大略省的 Halpern 案和魁北克省的 Hendricks 案之后，英属哥伦比亚上诉法院也认为普通法禁止同性婚姻构成非法歧视⁴⁴。法院驳回了加拿大总检察长关于普通法禁止同性婚

³⁷ Halpern 诉 Canada 案(司法部长)，引用号：[2003] CanLII 26403 (ON CA)。在地方法院中，加拿大检察官办公室依靠历史原因辩称“婚姻就其本质是独一无二的，因此，这种机制仅允许一男一女之间发生”，并认为在其他案件中认为“婚姻是在历史维度上限于其他相关的法律概念”，引用号：Halpern (2002) at para. 32。

³⁸ Egan 案第 528 段。

³⁹ Halpern 案第 36 段。

⁴⁰ 同上，第 64 段。

⁴¹ 同上。

⁴² 同上，第 148 段（重点标注）。

⁴³ Andrea Battiston, 《加拿大的同性婚姻合法化历史》，引用号：39 Can. L. Libr. Rev. 36.8, 8 (2014)。

姻不会违反第 15 条规定的人权的论点⁴⁵。同样，法院驳回了所有支持歧视同性婚姻的、以婚姻的生育价值为基础的观点⁴⁶。法院认为，由于对婚姻在社会中所起作用的说法不断演变，先前对生育的强调已被取代⁴⁷。法院裁定，从立法、社会和文化变革的角度来看，普通法对婚姻的传统定义具有歧视性⁴⁸。此外，法院承认，争取结婚的权利不仅是为了获得社会承认或地位，而且是“争取平等本身”⁴⁹。其他一些省份的法院随后在 2004 年重新定义了婚姻的定义，允许同性伴侣结婚。⁵⁰

5. 国家层面推进同性婚姻的努力

在加拿大最大的三个省的上诉法院作出上述裁决后，当时的司法部长 Martin Cauchon 宣布，将不会基于这些裁决向加拿大最高法院提出上诉。他承诺引入一项议会法案，将这些裁决中承认的权利扩展到整个加拿大。一些同性婚姻的批评者谴责这一决定，称这一问题的社会影响极大，应提交加拿大最高法院裁决。Martin Cauchon 的继任者 Irwin Cotler 教授决定回应这些批评，在继续推进国会立法计划的同时，请求加拿大最高法院对拟提交法案的合宪性、以及国会是否有权在全国范围内赋予同性伴侣婚姻权作出咨询意见⁵¹。加

⁴⁴ Barbeau 案，第 11 段。

⁴⁵ 同上。

⁴⁶ 同上，第 82 段：政府争辩，跨文化范围内，“普遍的对于婚姻的跨文化定义承认了异性婚姻旨在鼓励生育的功能”，并据此认为在实体层面上这种婚姻制度并非歧视因为男女同性恋者不能达成这种功能。同性婚姻的支持者反对，认为“加拿大社会的婚姻不再被认为只为异性恋目的所服务”，同时是“一种承认亲密关系和性关系并非纯物质的途径”。

⁴⁷ 同上，第 124 段。

⁴⁸ 同上，第 82 段。

⁴⁹ 同上，第 130 段。

⁵⁰ 具体包括：Vogel 诉加拿大(司法部长)案，引用号：[2004] M.J. No 418 (Q.B. (Fam. Div)) (Q.L.) (曼尼托巴省)；Boutilier 诉新斯科舍(司法部长)案，引用号：[2004] N.S.J. No. 357 (S.C.) (Q.L.) (新斯科舍省)；N.W. 诉加拿大(司法部长)案，引用号：[2004] S.J. No. 669 (Q.B. (Fam. Div)) (Q.L.) (雷吉纳省)；Pottle et al. 诉加拿大司法部长案，引用号：[2004] N.J. No. 470 (S.C. (T.D.)) (Q.L.) (纽芬兰和拉布拉多)；Dunbar & Edge 诉育空领(政府) & 加拿大(A.G.)案，引用号：[2004] Y.J. No. 61 (S.C.) (Q.L.) (育空领)；Harrison 诉加拿大(司法部长)案，引用号：[2004] N.B.J. No. 257 (Q.B. (T.D.)) (Q.L.) (新布伦斯维克省)。

⁵¹ Irwin Cotler, 《加拿大引领同性婚姻之路》，The Star 网（2015 年 7 月 2 日），具体见 <https://www.thestar.com/opinion/commentary/2015/07/02/howcanadaledthewayonsamesexmarriage.html>。

拿大最高法院于 2004 年 12 月 9 日作出裁决⁵²。法院认为，将结婚的权利扩大到同性伴侣符合《宪章》。联邦政府随后通过了《民事婚姻法》，在全国范围内承认同性婚姻。

5.1 最高法院为同性婚姻寻找宪法支持

最高法院认为，使同性婚姻合法化的立法与《宪章》相一致，而且来自于《宪章》精神⁵³。法院明确指出“民事结合是一种与婚姻不同的关系。”⁵⁴反对者认为，将权利赋予同性婚姻可能会与宗教自由权相冲突，因为要求宗教人士执行同性婚姻是违反某些宗教教义的。法院对这一问题的答复是，任何这类冲突的解决一般都是通过内部平衡的方式在《宪章》范围内进行的，而且第 2(a) 节中对宗教自由的保障十分广泛，以致不能强迫宗教官员实施民事或宗教同性婚姻⁵⁵。最高法院在其意见中向国会保证，在全国范围内立法赋予同性伴侣结婚的权利不会遇到任何法律障碍。

5.2 国会关于同性婚姻的大讨论

联邦政府于 2005 年 2 月 1 日在下议院提出了同性婚姻法案。议会辩论集中在几个问题上，包括对宗教自由的潜在伤害，以及民事结合是否会成为同性婚姻的可接受替代品。⁵⁶

反对这项立法的人担心，这项法律会使得宗教自由的保护减少。然而，如上文所述，加拿大最高法院已于 2004 年宣布，《宪章》规定的宗教自由保护宗教人士免于被迫执行违反其宗教信仰的同性婚姻⁵⁷。该立法本身进一步处理了宗教自由问题，规定官员或宗教团体

⁵² Battiston, 见前注 38,第 11 段。

⁵³ 《关于同性婚姻的参考》，第 700。

⁵⁴ 同上。

⁵⁵ 同上，第 699-700。

⁵⁶ 《加拿大国会议事录》：反对同性婚姻的人也要求政府通过全国公投来决定这个问题，或者使用“例外”条款（《宪章》中允许国会推翻法庭命令的一种条款）来恢复对婚姻的传统定义。国会拒绝了全国公投的请求，因为这会违背《宪章》宗旨，即确保少数人的权利永远不受多数人意志的支配。使用“例外”条款是一个有争议的行动，推翻各省法院对于同性婚姻的规定将意味着剥夺已经授予的权利，并给少数群体一个信号——他们将永远无法向宪法寻求保护或自由的保证。2005 年 2 月 16 日，第 1530。

⁵⁷ 《关于同性婚姻的参考》，第 701。

可以拒绝与他们的宗教信仰相违背的婚姻，而不会有失去任何政府福利或面临任何制裁的风险。⁵⁸

与早些时候的辩论类似，一些反对婚姻平权的人士也指出，民事结合可以替代同性婚姻。民事结合将赋予同性伴侣许多已婚夫妇的权利，但这种关系不会被视为合法婚姻⁵⁹。议会辩论引用了英属哥伦比亚省上诉法院的裁决，认为除婚姻以外的任何形式的承认同性关系都不符合真正的平等，对同性伴侣只提供民事结合的建议被驳回⁶⁰。

5.3 国家立法：《民事婚姻法》

《民事婚姻法》最终于 2005 年 7 月 20 日通过，将结婚的权利扩大到同性伴侣，并将婚姻定义在“两个人”之间⁶¹，其目标是反映“宽容、尊重和平等的价值观，与《加拿大权利和自由宪章》相一致”⁶²。《民事婚姻法》还修改了其他法律，以确保同性伴侣平等地享有结婚和离婚的民事效果⁶³。《民事婚姻法》没有涉及收养儿童的问题，这是各省的职权范围(与联邦政府相反)，但所有的省和地区都已经允许同性伴侣收养儿童⁶⁴。

随着《公民婚姻法》的通过，加拿大成为世界上第四个承认同性婚姻的国家。反对同性婚姻的人士做出的所有负面预测都没有成真。与宗教原教旨主义者散布的虚假报道相反，没有任何宗教人士因拒绝执行同性婚姻而被捕。同时，与美国一样，世俗政府官员不被允许基于他们的宗教信仰来避免履行与同性婚姻有关的国家职责。从之后的几年里，加拿大在整体上越来越多地接受 LGBT 人士，并成为同性婚姻合法化带来的长期积极影响的典范。今年，当加拿大总理贾斯廷·特鲁多(Justin Trudeau) 首次在加拿大国会山上升起彩虹旗，并成为首位在多伦多、温哥华和蒙特利尔参加大型游行的在任加拿大总理时，这一点得到了极大的证明。

⁵⁸ 《民事婚姻法》，2005 年，第 33 条之一。

⁵⁹ 《加拿大国会议事录》，2005 年 2 月 16 日，第 1530。

⁶⁰ 政府同时还认为其没有权力建立民事结合制度。

⁶¹ 《民事婚姻法》，2005 年，第 33 条第 2 款。

⁶² 加拿大国会，C38 号法案，第 38 届国会，议程一，具体见：

http://www.lop.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c38&Parl=38&Ses=1.

⁶³ 同上。

⁶⁴ Irwin Cotler, 《加拿大的婚姻——演化还是革命？》，《家事法院评论》（2006 年），第 70。

加拿大人始终积极支持其他国家、群体和个人追求平等的努力！⁶⁵

Freshfields Bruckhaus Deringer

纽约，伦敦，东京

⁶⁵ Flavelle, 同上注脚 6。

第三章 哥伦比亚

(Rik 翻译, W 校对)

目录

- 1. 引言
- 2. 关于哥伦比亚同性婚姻的法律论据
 - 2.1 支持同性婚姻的论点
 - 2.2 反对同性婚姻的论点
- 3. 合法化程序
 - 3.1 2011 年宪法法院裁决
 - 3.2 过渡时期
 - 3.3 2016 年宪法法院裁决
- 4. 实施
- 5. 合法化的余波

1. 简介

2016 年 4 月, 哥伦比亚, 作为一个天主教徒占大多数的国家, 宣布合法化同性婚姻。

⁶⁶该法案的最终裁决由哥伦比亚宪法法院做出, 法院以 6-3 的投票结果否决了一项裁决——即婚姻只适用于男女之间的结合。⁶⁷这一裁决让哥伦比亚成为继阿根廷, 巴西和乌拉圭之后的第四个将同性婚姻合法化的南美国家。⁶⁸

在该裁决做出之前的几年里, 广泛的讨论围绕同性婚姻的法律和社会政治问题展开。大部分讨论是因宪法法院通过 2011 年至 2016 年期间发布的一系列裁决而成形的。

2. 关于哥伦比亚同性婚姻的法律论据

2.1 支持同性婚姻的论点

⁶⁶ Sibylla Brodzinsky, 哥伦比亚最高法院日前做出了一项出人意料的裁决, 为婚姻平等铺平了道路监护人 (2016 年 4 月 7 日, 晚上 7:07), <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/07/colombia-court-gay-marriage-ruling>.

⁶⁷ 同上注 1。

⁶⁸ 同上注 1。

在向宪法法院提出上诉时，同性恋权利倡导者提出了一些支持同性婚姻的论点，主要的论点声称禁止同性婚姻侵犯了同性伴侣的基本权利。

拥护者认为与婚姻平等的法律承认相关联的权利包括：⁶⁹

- 对家庭的法律保护；
- 人格尊严，考虑到对婚姻平等的法律承认会影响生活质量和社区尊重，使同性伴侣不再被看作“二等公民”；
- 个性和个人自主权的自由发展；
- 司法认可的人格；
- 程序正当；
- 平等和免于歧视。

拥护者还认为，从宪法的角度来看，保留“传统”婚姻观念是一种不正当的法律目标。

⁷⁰ 正如不少拥护者在合法化后不久解释的那样，“同性婚姻”争论绝不是基于道德或宗教理由，即使批评者总是以宗教和道德理由反对同性婚姻。⁷¹

2.2 反对同性婚姻的论点

同性婚姻的反对提出的主要法律论据是，“男人和女人”之间的婚姻定义符合哥伦比亚宪法。第42条明确地将家庭定义为“基于自然或法律关系，由男女自由决定缔结婚姻”⁷²。最初，即使是自由派宪法法院也没有颠覆这一定义，而在其2011年的裁决中，裁定这一定义并不排除同性伴侣与异性伴侣之间相似或平等的法律纽带。⁷³当时的宪法法院院长胡安·卡洛斯·亨诺指出，改变婚姻是由男女之间结合的定义，这在“民主原则和对宪法

⁶⁹ Sentencia SU214/16 (T- 4.167.863 AC) (哥伦比亚宪法法院, 2016年4月28日), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>.

⁷⁰ 同上注4.

⁷¹ Juan Forero, 《华盛顿邮报》:哥伦比亚总统胡安·福雷罗宣布承认同性恋婚姻, 并延长其健康和其他福利。(2007年6月16日), http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/06/15/AR2007061502334_pf.html.

⁷² 裁决 C-577/11, 同性恋者有权组成家庭(译)(哥伦比亚宪法法院, 2011年7月26日)<http://english.corteconstitucional.gov.co/sentences/C-577-2011.pdf>.

⁷³ 同上注7.

的警觉之间”呈现出一种紧张的关系，进而使宪法法院陷入困境。⁷⁴由于法院没有被指控创设新的司法制度，因此根据此项裁决，将经由国会依据此项裁决进行立法。⁷⁵

而关于反对同性婚姻的非法律论点，哥伦比亚对 LGBT 权利运动的大多数道德和规范性反对都是以宗教为基础的。天主教会是一直以来最为强大的反对力量。⁷⁶

在法院于 2011 年做出裁决之前，一些哥伦比亚宗教团体恳求其不要将同性婚姻合法化。⁷⁷持有这些反同性恋观点的人认为，如果允许同性恋者参与其中，婚姻和家庭制度将会受到不可挽回的破坏。天主教会认为，将与异性恋夫妻相同的权利扩展到同性伴侣会违反教会的教义。⁷⁸合法化后，一位保守派的反对者，哥伦比亚监察长亚历杭德罗·奥多涅斯哀叹道，“今天……婚姻不再是婚姻，家庭不再是家庭。”⁷⁹

3. 合法化程序

3.1 2011 年宪法法院裁决

2011 年，哥伦比亚宪法法院一致在裁决中首次要求哥伦比亚国会首次就同性婚姻立法。⁸⁰虽然法院拒绝改变 1887 年《哥伦比亚民法典》第 113 条中的婚姻定义 - “男女之间的结合”⁸¹ - 但它仍宣称同性恋伴侣有权“组成家庭”，并且哥伦比亚的法律应该允许这样的形式。⁸²法院进一步认为，尽管婚姻的定义规定了男女之间的结合，但并不一定意味着就要禁止同性恋者之间的婚姻。⁸³

具体而言，2011 年的裁决指示哥伦比亚国会颁布承认同性伴侣的法律，并赋予他们与异性恋伴侣相同的权利。⁸⁴然而，法院还是将问题推给国会，其认为国会更能够“就该问题进行更广泛的辩论”，但要求这次辩论的结果应当是为了实现同性伴侣组成家庭的全

⁷⁴ Redacción Justicia, Corte explica por qué matrimonio homosexual es decisión del Congreso, El Tiempo (26 July, 2011), <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10013464>.

⁷⁵ 同上注 9.

⁷⁶ 同上注 6.

⁷⁷ 哥伦比亚法院称国会必须就同性婚姻做出决定，CNN(2011 年 7 月 27 日下午 3 点 02 分)，<http://edition.cnn.com/2011/WORLD/americas/07/27/colombia.gay.marriage/>.

⁷⁸ 同上注 6.

⁷⁹ 同上注 1.

⁸⁰ 同上注 7.

⁸¹ 第 155/13 号命令，参考资料:2011 年 C-577 号判决的无效申请(哥伦比亚宪法法院，2013 年 7 月 24 日)，<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2013/A155-13.htm>.

⁸² 同上注 7.

⁸³ 同上注 7.

⁸⁴ 同上注 7.

面和完整的立法。⁸⁵法院给了立法机关两年的时间来通过该立法，规定截止日期为 2013 年 6 月 20 日⁸⁶，在该期限内，国会需要通过立法允许同性伴侣结婚或其他类似婚姻形式的结合。⁸⁷如果国会在两年内没有通过这样的法律，法院表示同性伴侣可以在一位公证人面前形成一个“与异性恋婚姻同样严肃，并有类似的结果”的结合。⁸⁸

一些 LGBT 权利倡导者对法院未能在 2011 年的决定中采取更积极的立场表示失望。⁸⁹“我们本来希望法庭作为少数群体权利的保障者——尤其是平等权利，本身会将婚姻扩展到同性伴侣。尽管如此，我们认为这项裁决是向着平等前进的一步，”一位 LGBT 权利律师在裁决后不久提到了这一点。⁹⁰

3.2 过渡时期

在 2011 年裁决之后，为了遵守宪法法院的裁决，立法者至少提出了五项法案，；其中两个法案使用了“婚姻”一词，两个法案创造了民事结合的概念。⁹¹立法机构最终在 2012 年考虑了其中一个同性婚姻法案，但遭到否决。⁹²最终，国会没有遵守宪法法院 2013 年的最后期限要求。

在这个截止日期过后，法院的应急计划生效：同性伴侣能够“庄严”地举行他们的结合。然而，由于法院没有详细说明举行仪式的机制，同性伴侣被置于“法律的灰色地带”。⁹³一些同性伴侣被法官和公证人告知他们实际上不能结婚，而是只能签订所谓的“庄严合同”⁹⁴，其他人则完全不被允许任何形式的结婚。⁹⁵四对像这样的同性伴侣提起诉讼，诉称国家应当确保同性伴侣享有平等的婚姻权。⁹⁶

⁸⁵ 同上注 7.

⁸⁶ 同上注 9.

⁸⁷ 同上注 9.

⁸⁸ 同上注 9.

⁸⁹ 同上注 9.

⁹⁰ 同上注 9.

⁹¹ Redacción Política, Hay cuatro proyectos para reglamentar la union homosexual en el país, El Tiempo (August 2011), <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10112050>.

⁹² 迈克尔·莱弗斯(Michael Lavers), 第一次同性婚姻发生在哥伦比亚, 华盛顿刀锋(2016 年 5 月 25 日, 上午 12:02), <http://www.washingtonblade.com/2016/05/25/first-same-sex-marriage-takes-place-in-colombia/>.

⁹³ 法新社, 哥伦比亚同性恋婚姻合法化, 每日电讯报(2016 年 4 月 28 日上午 9 点 08 分), <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/04/29/colombia-legalises-gay-marriage/>.

⁹⁴ 同上注 1.

⁹⁵ 《婚姻平等来到哥伦比亚》, 《倡导者》(2016 年 4 月 7 日下午 6:50), <http://www.advocate.com/world/2016/4/07/marriage-equality-comes-colombia>.

⁹⁶ 同上注 30.

3.3 2016 年宪法法院裁决

2016 年 3 月，宪法法院审理了这些同性伴侣提起的诉讼。在其随后的裁决中，于 2016 年 4 月 7 日，法院以 6-3 否决了裁判法官豪尔赫·普雷泰特（Jorge Pretelt）提出的将婚姻限制在男女之间的裁决，同时再次将同性婚姻的立法推迟到国会决定。⁹⁷同时，宪法法院裁定支持提起诉讼的夫妇，并以 6-3 的多数宣布禁止同性伴侣结合违宪。⁹⁸

法院的决定转向了基本权利和平等原则。⁹⁹具体而言，法院认为，同性婚姻符合哥伦比亚法律所体现的人格尊严，个人自由和平等原则，并且宪法中关于男女之间婚姻的提法不能被解读为排除其他形式的婚姻。¹⁰⁰法院认定，宪法和民主制度不能支持让大多数人有结婚权，而少数人被剥夺了这种权利这种把公民分成两个等级的存在。¹⁰¹

法院的裁决有效地合法化了哥伦比亚的同性婚姻，¹⁰²并解决了对哥伦比亚同性伴侣获得异性恋夫妻享有的所有婚姻权利的所有疑虑。¹⁰³

4. 实施

在哥伦比亚，在法律承认婚姻平等很久之前，将与婚姻有关的权利扩大到同性伴侣的过程就已经开始了。例如，2007 年 2 月，宪法法院通过向同性伴侣提供与异性伴侣相同的健康保险，社会保障和继承福利等权利，并投票承认同性伴侣的存在。¹⁰⁴LGBT 权利倡导者通过将这些权利定义为“人权”来赢得这一胜利——每个同性恋者，作为一个个体，就像异性恋公民一样被赋予权利。¹⁰⁵ 法院于 2009 年 1 月做出的另一项决定是，在父亲身份，

⁹⁷ 同上注 27.

⁹⁸ Colombia legalizes same-sex marriage, Deutsche Welle, <http://www.dw.com/en/colombia-legalizes-same-sex-marriage/a-19223822>.

⁹⁹ Decision SU214/16 (Corte Constitucional de Colombia, 7 April 2016), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>.

¹⁰⁰ 同上注 34.

¹⁰¹ 同上注 34.

¹⁰² 哥伦比亚同性婚姻合法化, Deutsche Welle, <http://www.dw.com/en/colombia-legalizes-same-sex-marriage/a-19223822>.

¹⁰³ 露西·克拉克-比林斯，哥伦比亚最高法院裁定同性婚姻合法，《新闻周刊》(2016 年 4 月 29 日凌晨 2:43), <http://www.newsweek.com/colombia-legalizes-gay-marriage-top-court-ruling-453762>.

¹⁰⁴ 同上注 6.

¹⁰⁵ 同上注 6.

社会保障和国籍问题上给予同性伴侣平等，¹⁰⁶而在 2015 年，法院裁定同性伴侣拥有领养权。¹⁰⁷

当同性伴侣最终在 2016 年获得结婚权时，他们已经拥有许多与婚姻相关的权利，而其他任何只有异性恋已婚夫妇享有的权利此时立即延伸到他们身上。¹⁰⁸

在程序上，同性伴侣可以像异性伴侣一样结婚，而在 2013 年截止日期后进入“庄严结合”的少数同性伴侣在 2016 年裁决后自动变为已婚状态。¹⁰⁹

5. 合法化的余波

法院做出裁决后，LGBT 权利支持者在哥伦比亚街头庆祝。¹¹⁰大约一个月后，2016 年 5 月 24 日，费尔南多·齐姆巴约（Fernando Quimbayo）和何塞·蒂科拉（Jose Ticora）成为第一对在哥伦比亚合法结婚的同性伴侣。¹¹¹

LGBT 权利拥护者和律师伊丽莎白·卡斯蒂略（Elizabeth Castillo）表示，哥伦比亚围绕 LGBT 权利的公众舆论转变的一个主要原因是将争议点从一个道德问题转变为基本人权问题。¹¹²由于哥伦比亚陷入了以广泛的侵犯人权为特征的长期游击冲突，哥伦比亚公众对这些问题抱有极大的敏感和同情。¹¹³哥伦比亚人权组织的突出和数量也促进了 LGBT 权利运动的开展。¹¹⁴

然而，哥伦比亚仍然是一个保守的天主教国家，尽管 LGBT 权利倡导者取得了许多法律上的胜利，但争取社会的接受的斗争仍在继续。最近的民意调查发现，70% 的波哥大居民仍然反对同性伴侣的收养权，而 57% 的人反对同性婚姻。¹¹⁵

然而，哥伦比亚的同性婚姻合法化还是为“婚姻平等的全球势力”增添了一份力量，并顺应了全球范围内同性伴侣获得更大平等和认可的趋势。¹¹⁶

¹⁰⁶ Redacción Justicia, Corte explica por qué matrimonio homosexual es decisión del Congreso, El Tiempo (26 July 2011), <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10013464>.

¹⁰⁷ 同上注 1

¹⁰⁸ 同上注 38.

¹⁰⁹ 同上注 27.

¹¹⁰ 同上注 12

¹¹¹ 同上注 27.

¹¹² 同上注 6.

¹¹³ 同上注 6.

¹¹⁴ 同上注 6

¹¹⁵ Ed Buckley, 哥伦比亚对同性恋婚姻说“我愿意”，《城市报》(2016 年 4 月 7 日), <http://thecitypaperbogota.com/news/colombia-says-yes-to-gay-marriage/10653>.

¹¹⁶ 同上注 30

Davis Polk & Wardwell

Tokyo, Hong Kong and New York

第四章 英格兰和威尔士

(Rik 翻译, W 校对)

目录

1. 概述
2. 历史
3. 平等婚姻的利弊
 - 3.1 支持平等婚姻的论点
 - 3.2 反对同性婚姻的论点
4. 结果

1. 概述

通过两个阶段的立法改革, 同性婚姻被引入在英格兰和威尔士。第一部承认同性伴侣之间有约束力的结合的议会法案是《2004 年民事伴侣法(英国)》。根据该法案, 同性恋伴侣能够建立“民事伴侣关系”, 赋予他们与“已婚”异性恋伴侣大致相同的权利和责任, 但在制度上仍被认为与婚姻不同。

近十年后, 《2013 年婚姻(同性伴侣)法(英国)》被通过, 该法案语序同性伴侣以与异性伴侣相同的方式、以同等的地位, 在民事和宗教仪式上都享有“结婚权”。

这两项改革都是通过议会立法进行的, 但代表了在判例法和社会中对同性恋者的容忍和接受的观点的不断变化。

2. 历史

直到 20 世纪末, 英国历史上一直普遍存在对同性恋者的不容忍和迫害。关于同性婚姻这一话题, 最著名的一步是海德诉海德和伍德曼(1866) (*Hyde v. Hyde and Woodmansee*) 案例, 该案将婚姻定义为男女之间的结合, 从而阻止任何未来的同性婚姻。

此后不久, 《1885 年刑法修正法(英国)》将男性之间的“严重猥亵”行为定为犯罪。与以前的“肛交”和“鸡奸”罪行不同, 这种罪行将插入性同性恋行为定为犯罪, 1885 年法案将任何形式的男性同性恋行为定为犯罪, 并被广泛用于起诉男同性恋者和涉

嫌同性行为者，其中一部分人自杀。值得注意的是，1895 年的奥斯卡·王尔德¹¹⁷和 1952 年的阿兰·图灵都¹¹⁸分别根据 1885 年法案被定罪。

1921 年，下议院希望进一步修订刑法修正案，将女性之间的“严重性猥亵行为”定为犯罪，但这一提议在上议院中被否决，从未成为法律。

法律中对于同性恋者的不容忍持续了若干年，直至 1967 年《性犯罪法（英国）》，该法将两名 21 岁以上的私下的同性恋行为合法化（既不能有第三人在场，两名男性也不能在旅馆进行性行为）这种零碎但重要的法律变化可被归因于一系列因素，从同性恋平权活动的增加，文化价值观的转变到关于同性恋的科学研究的发布（此前在社会中同性恋被广泛认为是一种疾病）。

然而，1971 年（英国）的《无效婚姻法案》在此后不久通过，将婚姻明确定义为男女之间的结合（并在法规中编纂海德诉海德和伍德曼一案的判决），成为同性婚姻和同性恋权利倒退的一步。紧随其后的是 1988 年“地方政府法”（英国）第 28 条，其中规定地方当局“不得故意提倡同性恋行为或出版旨在促进同性恋的材料”或“提倡在任何现有学校中试图将对同性恋的可接受性视为虚假的家庭关系的教学”。虽然第 28 条并未声称其是刑事犯罪，但它的引入导致许多支持同性恋的团体被关闭或进行了自我审查。

然而在 28 条背后，同性恋平权活动和社会对同性恋的理解继续增加，其中有些人认为第 28 条具有刺激英国同性恋平权运动发展的意外后果。第一次英国同性恋骄傲游行于 1972 年在伦敦举行，电影和媒体开始以更开放和同情的方式来描绘男同性恋和变性者，一些政治家和有影响力的人物（如演员伊恩麦克莱恩爵士）公开出柜，各种各样的同性恋支持团体和协会成立，以保护和促进同性恋社区的利益。

20 世纪 90 年代末和 21 世纪初出现了显著的突破，同性恋者最终在社会的不同方面获得与异性恋者相同的权利。1997 年，同性伴侣获得了平等的移民权利；2000 年，禁止同性恋者参与武装部队的政策被取消；2001 年，同性恋者允许发生性行为的年龄（在此之前为 18 岁）与异性恋者发生合法性行为的年龄（16 岁）一致，进一步完善了 1997 年欧洲人权委员会的裁定，即男同性恋发生合法性行为的年龄与异性恋不同具有歧视性。此

¹¹⁷著名作家奥斯卡·王尔德根据 1885 年法案以“严重猥亵罪”被捕，随后被定罪。

¹¹⁸ 艾伦·图灵(Alan Turing)是英国计算机科学家的先驱，他在破解二战期间纳粹截获的密码信息方面发挥了关键作用。人们普遍认为，对他的定罪，以及随后他被要求接受的降低性欲的激素治疗，是他自杀的原因

后不久，同性伴侣在 2002 年获得平等的领养权，2003 年，“1988 年地方政府法”（英国）第 28 条被废除，并立法通过将对工作中的女同性恋者，男同性恋者或双性恋者的歧视定为刑事犯罪。

这些改革中的每一项都是在英国法律中对同性恋者的承认和法律成文化方面向前迈出的一步，而每一项改革有助于促成紧随其后的改革。

同性婚姻平权之旅中最重大的改革发生在 2004 年，当时《民事伴侣法（英国）》获得了王室的批准。在英格兰和威尔士历史上，同性恋伴侣第一次能够进入一段被法律承认和有约束力的结合关系，并与民事婚姻拥有非常相似的权利和责任。该法案还使变性者获得对所认同性别的法律承认。¹¹⁹

在随后的一段时期中，立法和判例法中对同性恋群体的容忍度和接受度越来越高。《2006 年平等法（英国）》设立了平等与人权委员会，并与《2007 年平等法（性取向）条例（英国）》一同，使得在提供商品和服务方面歧视女同性恋者和男同性恋者成为违法行为。2013 年，布尔诉霍尔 (*Bull v Hall*) 的案例检验并证明了英国法律在承认和巩固同性伴侣权利方面取得的进展。

在这种情况下，英国最高法院不得不考虑基督教酒店业主的上诉，他们拒绝允许民事伴侣中的同性恋夫妇留在有双人床的房间，因为他们没有结婚。最高法院驳回了上诉，并裁定酒店所有者歧视同性伴侣，违反了 2007 年《平等法（性取向）条例》。判决指出，“民事伴侣关系没有被称为婚姻，但是几乎在所有其他方面都与英国法律中的婚姻状况无法区分……当否认给予他们一张双人床时，酒店业主不仅是在应用他们没有‘结婚’的标准，而且还认为他们合法的伴侣关系不是只在一个男人和女人之间才能有的那种合法关系。”

从判决书中可以看出，虽然民事伴侣关系和婚姻在法律范围内被认为是相同的，但在英国社会中（正如布尔诉霍尔案中酒店业主的态度所表现出来的）民事伴侣关系被一些人认为不是真正的结合。

以下这些考虑因素则在使同性婚姻合法化的最后一步中发挥了关键作用。2013 年 5 月 21 日，《婚姻（同性伴侣）法案》以 366 票对 161 票在下议院通过，并于 2013 年 7 月

¹¹⁹ 根据该法案，马修·罗奇和克里斯托弗·克拉姆于 2005 年 12 月 5 日建立了第一个民事伙伴关系。患有绝症的马修·罗奇于第二天去世。

17 日作为 2013 年《婚姻（同性伴侣）法（英国）》获得王室同意。2013 年法案使得同性恋伴侣能够以在民事或宗教仪式中拥有与异性恋伴侣同样的婚姻地位。2013 年法案还引入了“四重”法律保护锁，以确保宗教组织和部长不会被法律强迫主持同性伴侣的婚礼（但如果他们愿意，可以选择这样做）。因此，法律找到了一种方法，让人们享有宗教自由，也让 LGBT 群体享有婚姻和平等权利，在法律下共存和统一。

3. 平等婚姻的利弊

在本节中，我们将考虑国会议员们（“议员们”）和上议院议员（“终身贵族们”）就 2013 年《婚姻（同性伴侣）法案（英国）》提出的利弊。

3.1 赞成平等婚姻的论据

- **婚姻是促进稳定和约束社会的重要制度。** 议员们认为，将婚姻制度扩展到同性恋社区将使他们更接近社会并促进家庭价值观的发展。有人认为，向所有夫妇开放婚姻制度会提升它的强度。

- **对婚姻的看法 VS 民事伴侣关系：**婚姻通常被认为是社会中最高的承诺形式，而对许多人而言，民事伴侣关系仅仅是一种次要的结合形式，只是专门通过给予对同性伴侣提供平等的法律保护来安抚同性恋社群。而一些国会议员和上议院议员指出，人们不仅仅因为法律保护而结婚，而是因为他们恋爱了。

- **鼓励爱和承诺：**其中一个观点是，如果两个同性别的人彼此相爱并想要做出长期的承诺，就不应该因为他们所爱的人是同性而不允许他们结婚。

- **LGBT 社区的完全平等：**虽然民事伴侣关系被认为与婚姻制度非常接近，但由于社会对婚姻作为一种制度的看法（通常被认为是社会中承诺的最高形式），许多人将其视为两个截然不同的概念。许多国会议员和上议院议员认为，将婚姻权扩展到 LGBT 社区会提供给他们完全的平等，并由此发出强烈的信息，来推翻阻碍社区的仇恨和偏见。

- **社会已经发展到接受同性恋价值观和同性婚姻：**正如英国关于同性恋的法律格局不断变化所表明的那样，人们已经注意到这是一个同性婚姻应该被法律所接受的，变革和宽容的时代。

3.2 反对同性婚姻的论点

- **民事伴侣关系是单独的一种制度，但与婚姻相同：**有人认为尽管可能没有相同的名字，但它们是相同的。然而，如上所述，与婚姻相关的社会观念和文化价值观与民事伴侣

关系不同，并且不容易改变。此外，国会议员和上议院都指出，正如美国的黑人民权运动和罗莎·帕克斯(Rosa Parks)¹²⁰的著名案例所表明的那样，隔离但平等往往意味着分离和压迫。因此，关于 LGBT 社群法律的真正平等意味着平等的结婚权，而不仅仅是进入“分开但平等”的民事伴侣关系的权利。

•**允许同性婚姻将重新定义和摧毁传统的婚姻制度：**有人认为，婚姻在历史上一直是异性之间的结合，并将其扩展到同性伴侣会扭曲其含义。然而，在反驳中，人们注意到“婚姻”从来就不是一个静态的概念，而是一个不断发展的制度。例如，在 19 世纪，不平等现象阻止了天主教徒，无神论者，浸信会教徒和许多其他人在英国圣公会结婚。同样也有任提到婚姻在 1949 年被重新定义，以防止未成年婚姻，并且在 1969 年再次被重新定义，从而允许离婚。

国会议员和上议院提出并断言，如果法律将婚姻制度扩展到同性结合，异性恋夫妻的婚姻不会因此贬值甚至受到影响。相反，他们认为，这将支持和培养婚姻制度——值得注意的是，自 2013 年法案生效以来，已有超过 15,000 起同性婚姻。

•**同性婚姻永远不可能与异性婚姻相提并论：**一些上议院议员认为婚姻的一个重要方面是生育，因为它创造了构成社会根源的家庭。在他们看来，同性伴侣不能以同样的方式生育，因此同性恋的结合永远不可能与婚姻有同等的地位，因此婚姻只适用于异性恋伴侣。然而，在对此的反驳中，有人提出，有许多已婚的异性恋夫妇没有孩子，也有许多异性恋家庭的父母没有结婚。因此，生育不是婚姻的一个组成部分，家庭可以在婚姻制度之外成功存在，这不足以否认同性伴侣结婚的权利。

此外，有人认为，同性伴侣可以且确实进行收养或生育（由于技术的进步，这实际上也同样有助于异性恋夫妇的生育），社会中有许多成功的同性恋家庭的例子。

•**同性婚姻将导致家庭内的结合和乱伦：**一些上议院成员认为，如果将爱视为婚姻的唯一先决条件，那么将没有基础对其可用性施加进一步的限制。他们认为同性婚姻会打开潘多拉的盒子，这将导致兄弟姐妹，父亲和儿子以及其他近亲之间的结合。然而，在对这些论点的反驳中，有人认为这也是异性恋婚姻所带来的风险（例如，兄弟姐妹是异性

¹²⁰ 罗莎·帕克斯于 1955 年 12 月 1 日被捕，因为她在白人专区坐满后，拒绝服从公交车司机的命令，将自己在有色人种专区的座位让给白人乘客。她经常被认为是美国民权运动的先驱之一。

的，如果不是因为乱伦法律，将被允许结婚）并且目前有相应的法律来防止家庭内部的结合，同性婚姻不可能修改或改变这一点。

• **同性婚姻将导致一夫多妻制：**有人认为同性婚姻最终将导致国家认可的一夫多妻制，因为同性婚姻将重新定义传统婚姻的边界。与之前的论点类似，有人认为婚姻不应该是每个人都可获得的，即使他们彼此相爱，因为这会导致一夫多妻制，也就同样有人提出，婚姻并不是一个静态的概念，甚至异性恋的婚姻概念也带来了一夫多妻制的风险。

此外，2004 年引入民事伴侣关系并没有在社会或法律中认识到或鼓励承认或鼓励一夫多妻制。据此，同性婚姻也不太可能产生这种趋势。

• **同性婚姻将导致遗产税避税：**有人认为，父亲会和儿子结婚，以利用同性婚姻提供的遗产税优惠。在对此的反驳中，有人认为乱伦法禁止父亲和儿子结婚（像之前所陈述的），而且 2004 年承认民事伴侣关系（可以说也提供相同的遗产税收益）并没有导致家庭间结合来避免继承税的做法。

解决这一风险的适当和相称的方法不是否认同性伴侣结婚的权利，而是要确保有效的避税法律。

• **同性婚姻会冒犯宗教并妨碍宗教自由：**一些议员和上议院议员认为，如果同性婚姻合法化，那么教堂，清真寺和其他宗教场所在法律上有义务举行同性婚礼，即使这样做会违背他们的宗教信仰。这被用来作为认为同性法律将违反人民根深蒂固的宗教自由权利的相关观点的基础。

然而，作为回应，议员们坚称同性婚姻和信仰自由可以共存，法律能够兼顾他们。提交议会的立法提案（随后成为 2013 年法案），引入了以下“四重锁”以保护宗教自由：

(i) 同性伴侣只有在下列情况下才可以举行宗教婚礼：

(a) 如果该宗教组织的理事机构明确同意进行同性婚礼；

(b) 个别牧师愿意主持婚姻；

(c) 如仪式在礼拜场所进行，则该场所须已进行相关的登记；

(ii) 规定不得强迫宗教组织或部长个人（以任何方式）主持同性伴侣婚礼或允许在其场所发生；

(iii) 修订了 2010 年《平等法（英国）》，明确规定宗教组织或代表拒绝与同性伴侣结婚不属于非法歧视（因此同样不得歧视声称由于他们的宗教信仰而拒绝进行同性婚姻的人）；

(iv) 条文特别规定，英格兰教会和威尔士教会没有义务主持同性伴侣的婚礼。与该国其他任何宗教组织不同，英格兰教会和威尔士教会有共同的法律责任主持所有教区居民婚礼 - 因此，2013 年法案中引入了具体规定，以确保此义务不会延伸至同性伴侣，因为英格兰教会和威尔士教会都明确表示他们目前不希望主持同性婚姻。如果这些教会在以后更改其立场，则 2013 年法案确实考虑和/或制定了引入二级立法以允许这些教会进行同性婚姻的程序。

因此，同性婚姻被认为不会妨碍宗教自由，因为四重锁定将确保宗教组织及其代表不会被迫进行同性婚姻，并可在该问题上继续按照他们的教义和信仰行事。（不受歧视诉讼的威胁）。

- 但同样值得注意的是，一旦 2013 年法案生效，诸如贵格教派，自由教派和犹太教改革派

以及英国唯一神教派等宗教团体即会认可并选择主持同性婚姻。

- **从长远来看，同性恋者会对平等婚姻感到后悔，因为他们是（和异性恋相比）不同的，他们之间的结合也不同：**一些上议院议员认为，从长远来看，同性恋者会后悔将他们的结合被附加到“异性婚姻”中，因为他们最终会意识到他们和他们的结合与异性恋伴侣和其结合是不同的。有人认为，这些同性伴侣会意识到最好的方式是建立自己的与婚姻相似的制度（拥有自己的术语等），而不是将他们的制度与婚姻制度联系起来。

作为回应，有人提出，为了在法律中实现真正的平等，婚姻也必须能够被同性伴侣所接受。“分开但平等”不被认为是真正的公平，这也体现在社会对民事伴侣关系（是被引入以合法承认同性伴侣之间的结合的）的看法当中——民事伴侣是作为婚姻的次要概念。

此外，如果同性恋夫妇不同意婚姻制度，他们可以选择不结婚。然而，除非他们获得这项权利，否则法律不会给予他们真正的平等，并且实际上将会剥夺那些同意结婚观念的同性恋男性和女性结婚的权利。

•**同性婚姻的风险扭转了同性恋权利的进步，并会分裂社会：**有人认为，同性婚姻可能是走得太远的一步，可能导致社会对同性恋者的反对，这将扭转所有到目前为止已经取得的进步。

然而，看看社会和 2013 年法案发生之后的事件，同性婚姻似乎巩固了同性恋权利，而不是会去鼓励一种压制他们的文化。大卫卡梅伦在他作为总理的最后一次演讲中，也认为同性婚姻合法是他上任期间的关键成功之一。

•**女同性恋女王的难题：**其中一位上议院议员辩称，如果未来的英国女王是女同性恋并继续与她的伴侣结婚，那么就有可能引发对于她们的后代的王位继承权有关的困惑。如果女王的女同性恋伴侣由一位匿名的精子捐赠者生育，我们是否会认为这个该孩子是王位的继承人（因为孩子不具有王室血统）？如果女王随后通过匿名捐赠者生育孩子，该孩子会被视为正确的继承人吗？

最终，国会和上议院决定，这并不是否认同性恋者结婚权利的有力论据，如有必要，后来的法律可以澄清这一立场。

4. 结果

由于同性婚姻从 2014 年起才在英格兰和威尔士合法化，我们仍然没有完整的统计数据。然而，自 2014 年以来，据信在英格兰和威尔士已经有 15,000 多起同性婚姻，2014 年 12 月 10 日至 2015 年 6 月 30 日期间，7,732 对同性伴侣选择将其民事伴侣关系转变为婚姻。

如果我们还考虑到民事伴侣关系的数量 - 截至 2014 年底，英格兰和威尔士的总人数为 62,621。因此，民事伴侣关系和同性婚姻都代表着议会和政府的成功。

议会和媒体对同性婚姻提出的许多担忧和担忧（例如遗产税避税，乱伦和一夫多妻制）还未实际出现，而 2013 年法案似乎对整合 LGBT 社群产生了积极影响。在社会中，同性伴侣现在能够参加最古老和公认的人类仪式之一 - 婚姻。

如上所述，2013 年法案确保同性婚姻不会妨碍宗教自由，事实上，通过允许宗教选择同性婚姻，它可以说是加强了他们的宗教自由权。而像贵格会，自由派和犹太改革教派以及英国唯一神教派这些支持同性婚姻的宗教，能够拥抱和举行宗教同性婚礼。

英格兰和威尔士的男女同性恋谈论着 2013 年法案对他们的生活产生的积极影响，它是如何使他们/她们能够宣布和纪念他们对丈夫和妻子的爱和承诺，以及它如何帮助他们在社会中感受到更多的接受和重视。

Linklaters（英国年利达律师事务所）

London

第五章 荷兰

(Iris Xu 翻译, Ranran Shi 校对)

内容

1. 寻求婚姻平权的历史

1.1 概括

1.2 先由提出普通伴侣关系开始

1.3 2001 年提出婚姻平等

1.4 宪法条款

2. 支持或反对婚姻平权的法律争论

2.1 支持向同性恋者提供婚姻制度的论点

2.2 反对向同性恋者提供婚姻制度的论点

3. 当前有关婚姻平等的观点

3.1 当前观点

3.2 对法律框架的讨论

1. 寻求婚姻平权的历史

1.1 概括

荷兰是第一个提出且制定婚姻平等法律的国家。一切起源于上个世纪八十年代中叶，一群 LGBT 权利活动家为了婚姻平等而游说了荷兰政府。从那时起直到 1995 年，荷兰政府才设立了一个特别委员会（“同性婚姻委员会”）来探索同性婚姻的可行性。该委员会用了两年时间来调查并发表了他们对于同性婚姻可行性的报告¹²¹。

由八名成员组成的同性婚姻委员会中五名支持将同性婚姻纳入现有婚姻制度的这一概念¹²²。但是，特别委员会一致推荐或者将同性伴侣纳入到现有婚姻制度中，与此同时废弃注册民事伴侣关系这一系统；或者同性民事伴侣关系应当被承认，但现有婚姻制度保持不变，即同性伴侣不被纳入婚姻制度。理由是同性婚姻委员会认为将人类关系分割成太多不同的法律地位并不可取¹²³。

关于同性伴侣婚内的孩子的立场，特别委员会推荐：

- 法律¹²⁴不应自动适用于亲子权利，因为相较于现实¹²⁵，这太过抽象

¹²¹ 委员会关于向相同性别的二人提供公民婚姻的报告 (Rapport van de Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor twee personen van hetzelfde geslacht), 海牙，一九九七年十月。

¹²² 众议院，会议年 1998-1999, 26 672, nr. 3, 2

¹²³ 见报告, 22.

¹²⁴ 见报告，14

¹²⁵ 见报告，23

- 如果子女在婚姻中出生，为了子女的利益和安全¹²⁶，联合法定监管应当根据法律自动适用于两方家长，并且
- 儿童的收养只应适用于当该儿童无法得到他/她血缘父母的任何抚养的情况下。委员会同时认为对于被收养儿童，其得知其血缘父母的信息身份是一件很重要的事

同性婚姻委员会发现施行同性婚姻的主要原因是为了禁止歧视。委员会认为没有任何客观和合理的理由能够支持婚姻必须由不同性别的两方组成¹²⁷。并且，委员会表示不将婚姻延伸到同性情侣可以总的被认为是歧视的；对于支持者来说，否认婚姻制度的延伸是冒犯且伤人的¹²⁸。

1.2 先由提出普通伴侣关系开始

在 1998 年选举前，荷兰政府通过了民事结合法案，给予异性和同性情侣民事伴侣关系的权利¹²⁹。民事结合和民事婚姻在法律效应上大致相同，但是，除了一些不太重要的例外外，民事结合并不像婚姻那样包含同性伴侣的父母权。

民事结合的实施拥有两个主要目标。第一，民事结合给予同性情侣其关系以合法注册和法律上的认同。第二，对于不能或不想结婚但是想拥有合法注册和法律上的认同的情侣来说，

¹²⁶ 见报告，23

¹²⁷ 众议院 会议年 1998-1999，，26 672, nr. 3.

¹²⁸ 见报告，16

¹²⁹ 1997 年 7 月 5 日的法案，行为和法令公告，1997，324

民事结合是一个很好的替代¹³⁰。荷兰政府在当时并不想改变婚姻的性质，因为婚姻在当时的西方社会被认为是男性和女性之间长期而持久的关系¹³¹。荷兰部分有关于拒绝将婚姻延伸给同性情侣的讨论的出发点来自于，在当时，其他实施民事结合的欧洲国家并没有将同性情侣纳入到民事婚姻中去。

1.3 2001 年提出婚姻平等

同性婚姻的立法最终稿于 2000 年九月在荷兰议会中被讨论，且以高票于荷兰参议院和众议院先后通过。该法于 2001 年四月一日开始生效¹³²。

婚姻平等的主要法律条例修正出现在荷兰民法典 (*Burgerlijk Wetboek*) (“DCC”) 中款 (section) 1:30，在修正后其具体条例现在为：

“婚姻可以由两个异性或同性的个体组成 (*Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht*). ”

1.4 宪法条款

荷兰宪法第一条“平等对待”上规定

“荷兰境内的所有个体都将在平等的境况内被平等的对待。基于宗教，信仰，政治观点，种族，性别和其他任何理由的歧视将不被允许。”

时任司法部长不认为宪法第一条阻止了同性情侣与异性情侣在婚姻权上的区分¹³³。但是没有有关于同性婚姻的相同对待的判例法并不意味着阻止同情情侣结婚是违宪的。没有判例法的原因在于荷兰宪法不允许任何法院进行宪法审查。

¹³⁰ 有关开放民事婚姻和注册伴侣法律的报告摘要，(Samenvatting rapport evaluatie van de wet openstelling huwelijk en de wet geregistreerd partnerschap), 2006 年 11 月, 2

¹³¹ 众议院 会议年 1993-1994，, 23 761, nr. 3, 3

¹³² 2000 年 12 月 21 日的法案行为和法令公告，2001，9

2. 支持或反对婚姻平权的法律争论

2.1 支持向同性恋者提供婚姻制度的论点¹³⁴以下论点被用来支持婚姻平权

- 自 1998 年起，同性情侣已经可以注册民事结合。根据荷兰法律，注册的民事结合关系已经和注册婚姻相似；
- 平等和反歧视原则意味着婚姻应向同性情侣开放；
- 婚姻实际上是忠实义务，在这点上没有任何的客观理由能区分同性和异性情侣；
- 更多扩展民事伴侣关系的可能性并不可取。介绍同性婚姻而非扩展民事伴侣关系会更好的原因在于拒绝一个制度（婚姻）却提供一个替代制度（民事结合）实质上是在实行“分离却平等”的准则；该准则在五十年代就已被认为违反了平等的原则
- 儿童的法定监护需要被承认的同性婚姻¹³⁵
- 历史上来看，婚姻制度一直被新的发展所影响且被认为是一个灵活的制度¹³⁶
- 民事婚姻应该与宗教婚姻分离来看¹³⁷；且
- 社会上只有一小部分人会因为同性婚姻合法而自此不承认婚姻制度。并且与此同时社会上还会有一部分人会因为同性婚姻不合法而拒绝承认婚姻的法律性¹³⁸

¹³³ 众议院 会议年 2000-2001 , 26 , 672 , , nr. 92a, 2

¹³⁴ 报告和其在议会讨论的考虑的汇编参考

¹³⁵ 见报告 , 3

¹³⁶ 见报告 , 14

¹³⁷ 见报告 , 16

¹³⁸ 见报告 , 22

2.2 反对向同性恋者提供婚姻制度的论点

以下论点被用来反对婚姻平权

- 荷兰是第一个引入婚姻平权的国家。其带来的其中一个反对婚姻平权的论点是从国际法律的角度上来说我们并不清楚承认同性婚姻意味着什么
- 同性情侣已经可以注册民事伴侣关系。也就是说，没有必要开放同性婚姻制度
- 婚姻制度主要关注结婚双方的家庭谱系。考虑到异性情侣需要考虑的谱系问题对于同性情侣并不适用，那么基于谱系原因而不承认的同性婚姻关系则不应被认为是对同性情侣的歧视¹³⁹。将婚姻制度开放给同性伴侣意味着将产生两种婚姻制度，而这其实是对同性情侣歧视的延续，而非实现平等对待
- 同性婚姻将改变婚姻制度的本质从而使社会不再认同该制度为婚姻¹⁴⁰（民事）婚姻的特性已经适应了社会与社会观点有关于男女平等的发展¹⁴¹；并且
- 从国际法律的角度上来说，有关民事结合和没有法律依据的同性关系认知上的法律启示（implications）早已存在。将婚姻开放给同性情侣可能会给其他欧盟国家以动力去复审其有关同性情侣的合法关系上的问题¹⁴²。

3. 当前有关婚姻平等的观点

3.1 当前观点

两名同性的婚姻存在一些法律上的影响

¹³⁹ 见报告，15

¹⁴⁰ 见报告，16

¹⁴¹ 见报告，16

¹⁴² 见报告，22

当包含两名女性的同性情侣生育了子女，只有分娩了该子女的女性是其合法母亲且拥有其监护权¹⁴³。另一位母亲只有在该子女没有第二位合法家长的情况下才拥有其监护权¹⁴⁴。该母亲可以通过所谓的“伴侣收养”的方式获得子女的合法母亲的身份。

至于两位男性的婚姻，两位男性并不能自然生育子女。在这种情况下，子女一定会有位合法（亲生）母亲。如果两位男性其中一位通过承认子女的方式获得合法父亲的身份¹⁴⁵，则一定存在一位合法母亲。考虑到对合法母亲的保护，合法父亲的取得或监护权的实施将十分困难¹⁴⁶。

3.2 对法律框架的讨论

在 2006 年，另一个特别委员会被成立用以评估同性婚姻法案和民事结合法案。特别委员会总结认为民事结合关系可能是开启婚姻平权讨论的催化剂¹⁴⁷。该委员会认为民事结合被看成是一个生意似的安排；与之相反的，人们选择婚姻是主要是因为情感原因和其象征价值¹⁴⁸。

对于自 2001 年起开始实施的婚姻法案的法律效用，委员会总结其满足了基于平等原则的义务，并正式化了同性关系；尽管有关于国际承认同性婚姻与否或儿童权益的保护等问题也因同性婚姻的合法化而浮现水面。但总的来说，2001 年同性婚姻法案的施行可以被认为是成功的。

¹⁴³ 1:197 部分结合法案 1:198 荷兰民法典

¹⁴⁴ 1:253sa 部分第一段 荷兰民法典

¹⁴⁵ 1:199 部分结合 1:197 荷兰民法典

¹⁴⁶ 第 1:253sa 部分第一段结合 1:253t 第三段与 1:228 第三段，荷兰民法典

¹⁴⁷ 有关开放民事婚姻和注册伴侣法律的报告，2006 年 11 月，5

¹⁴⁸ 有关开放民事婚姻和注册伴侣法律的报告，2006 年 11 月，4

Hogan Lovells

Amsterdam

第六章 西班牙

(Iris Xu、harry 翻译, Ranran Shi、许金晶校对)

1. 总述

2 介绍

3 法律背景

3.1 西班牙宪法

3.2 武断的元素

3.3 结构主义的元素

3.4 其他法律来源

4. 法律 13/2005, 来自于 2005 年 7 月 1 日

4.1 介绍

4.2 来自于西班牙法律的有关同性婚姻的基础

4. 该法律的宪法基础

4.4 该法律受到的国际影响

4.5 政府考虑: 婚姻还是民事结合

4.6 政府考虑了民事结合 (*Unión civil*)

4.7 政府考虑了未婚伴侣 (*Parejas de hecho*)

4.8 政府决定同性婚姻

4.9 修订西班牙民法典

4.10 反对法律

5 对同性婚姻法律宪法性的挑战及宪法法院的判决: 198/2012, 11/06/ 2012

5.1 介绍

5.2 上诉人的指控

5.3 代表政府的指控

5.4 宪法法院的判决

5.5 有关法条 32 的可能被违反的评定

6. 总结

1. 总述

本章将提供使同性婚姻在西班牙法律下合法的法律回顾。

为了介绍这个话题，我们将大致解释同性婚姻法律怎样成型的。我们会简短介绍西班牙的法律系统。在那之后我们会继续描述具体的立法和在当时发生的讨论。我们最后会回顾宪法法院的判断：其最后支持了同性婚姻的立法。本章的目标是提供对西班牙立法进程的了解，并希望日本可以借机参考在国外司法中已采取的行动。

2 介绍

在上个世纪九十年代 LGBT 群体开始在西班牙寻求同性情侣的权益。该权益的寻求起始于同情情侣想要为其另一半争取租赁协议（中配偶/长期伴侣）的权利。这场讨论开始于费利佩·冈萨雷斯 (*Partido Socialista Obrero Español, PSOE*) 的最后任期 (1993-1996, 译者注)，但是当人民党 (*Partido Popular, PP*) 在 1996 年上台后，所有有关同性情侣权益的征求被暂停了。

在 LGBT 群体和支持者中存在不同的观点。有些人认为合法取得民事结合的权利并将其作为第一步是更好的方法。但是，另一部分人认为直接像异性情侣一样合法取得婚姻的权利会更好。

在 1996 至 2000 年（政府由人民党领导，尽管人民党并不在政府内拥有绝对多数的席位），好几个民事结合的提案被提出。只有来自于一个加泰罗尼亚政党的提案 (*Convergència y Unió, CiU*) 成功提交到了西班牙议会中去。该份提案被议会送去进行进一步的评估但从未被议会通过与此同时，具体的立法在一些地区被通过，这些地区包括了瓦伦西亚，巴斯克地区（西班牙中北部的自治区，包含三个省份，首府为维多利亚，译者注）和马德里。

在 2000 年的选举中，人民党获得了绝对多数的席位来组成政府。

这时，LGBT 群体决定专注于争取同性婚姻的权利是一个更好的选择。基于该目标，他们采取了几个步骤。LGBT 群体通过研究表明只有一个家长的家庭是可行的。单身父母的情况一直存在且会使孩子和未成年人拥有更少的保护。与此同时，他们开始与不同的政党开启对话，接近专业群体，特别是 Lawyers General Counsel，以探讨修改民法典的可能。最后，社会党和共产党共同在议会递交了相关提案。该提案被讨论了却最终被占有多数席位的人民党所拒绝。LGBT 群体也从其他运动中获取支持，譬如说工会。

在 2004 年，新的选举开始了。社会党将同性婚姻放入其政策中。

选举后，社会党获胜组成新一任政府；与此同时统计调研表明 60%的人口支持同性婚姻且 58%的人口支持同性情侣领养。在 2004 年九月，该届政府决定同性婚姻将成为他们的第一个施政项目，同年十月一日，法案的草案被称递给议会。

3 法律背景

西番雅的法律系统是一个民事法系统。该系统受罗马法的强烈影响且根据于法典（而非以遵循先例为原则的普通法体系，译者注）

西班牙的法律体系是分级的，这意味着低级别的法律需要遵循高级别的法律。以下内容是组成西班牙法律体系的不同级别的描述。

3.1 西班牙宪法

西班牙宪法（“宪法”）位于法律金字塔的顶端，因此，其为西班牙的最高法。宪法于 1978 年 12 月六日公投之后制定，在公投中，91.8%的投票者支持该宪法的制定。宪法真实的代表了西班牙在四十多年的独裁之后由独裁向民主制度的转变。宪法在 1978 年 12 月 27 日由国王胡安卡洛斯颁布且于同年 12 月 29 日开始生效。

根据宪法，西班牙是一个社会民主政体，主权属于西班牙人民。同样的，宪法确定了议会君主制的政府模式；并将自由，公正，平等和政治多元化作为其法律体系的最高价值。

国王是西班牙的国家元首,但其只承担象征性作用并不拥有决定权。其行为具有正式性,但行为的有效性取决于主管权威的支持。取决于具体的行为,这些主管权威可以是首相,国会主席,或部长。

西班牙宪法规定了创建和更改西班牙法律体系内的其他规则的程序,而这一事实证实了西班牙宪法的最高法地位。

西班牙宪法总的来说可以分为 1) 其独断的方面,包含宪法原则和基本权利; 2) 其结构性的方面,包含权力分立和地域性组织。

3.2 独断元素

宪法原则是宪法的基本,这些原则是法律体系在意识形态和政治上的基础。

西班牙宪法明确提及合法性原则,法则的等级,法则的公开性,对限制或不利于个人权利的法则的不溯及既往性(只法律只适用于其生效以后的行为,对其生效以前的行为不得适用,译者注),法律确定性,责任,以及禁止任意行事。

4.2 西班牙法律规定的结婚基础

根据西班牙法律,婚姻作为一种管制社会关系的法律制度,使夫妻能够建立一种人格发展的共同生活,这是政治秩序和社会和平的基础之一。

由于其相关性,婚姻受到“宪法”,特别是第 32 条的规定,因此给予最大的法律保护(制度保障和宪法权利),因此立法机关不能忽视婚姻制度,也不能对其进行不符合西班牙法律体系更高价值的管制。

《宪法》第 32 条规定:

“男性和女性有权结婚,享有充分的法律平等。

法律应规范婚姻的形式,年龄和结婚能力,配偶的权利和义务,分居和解除婚姻的理由及其影响。”

第 32 条保证：（i）第一款（与任何性别的人结婚的宪法权利）中规定了与男人和女人结婚（*iusconnubii*）的权利，且没有说明这要以异性婚姻的形式存在；¹⁴⁹（ii）第二款中的婚姻制度，只能通过法律加以规范。

根据《宪法》第 32 条第 2 款规定的体制保障，其目的是保护婚姻制度不受任何可能试图消除或扭曲婚姻的政府行为的影响。因此，只有立法机构才有能力确定婚姻制度的性质，并且宪法允许法律在任何时候根据其主导价值发展关于婚姻的具体规定，确定婚姻所需的能力、以及它的特点和法律地位。

虽然很明显，在起草宪法时，立宪机构并未将同性婚姻视为一种婚姻，并且由于当时的社会背景而只考虑异性恋婚姻，现实情况是 鉴于《宪法》第 32 条规定，《宪法》的字面措辞并不反对同性婚姻：（i）并不要求婚姻需要在异性之间成立；（ii）明确提到男女完全合法平等的各种婚姻的法律发展（即同性婚姻可以包括进婚姻的概念中并受法律管制）。

因此，在法律制度不反对同性婚姻，以及《宪法》第 32 条允许通过法律规定不同类型的婚姻的基础上，政府于 2005 年采取主动，通过颁布法律修订民法典，以便在婚姻制度中包括同性婚姻。

4.3 法律的宪法基础

政府修正《民法典》的建议是基于我们的法律制度所保护的以下更高价值：

- 人的尊严和人格的自由发展（《宪法》第 10.1 条）；
- 促进所有公民的平等（《宪法》第 9.2 条）；
- 保持共存形式的自由（《宪法》第 1.1 条）；

¹⁴⁹

尽管如此，当这项条款于 1978 年起草时，显然当时的传统是婚姻将产生在一个男人和一个女人之间 - 当时没有考虑到具有其他情况。

- 消除基于性别、观点或任何其他个人或社会环境的歧视（《宪法》第 14 条）；
- 以及
- 性自由和个人隐私（《宪法》第 16 和 18 条）。

显而易见，欧洲和西方社会中的社会模式和主导价值观已经发生变化，关于如何形成一个家庭和对各种共存模式的认识的观念随之发展。因此，立法机关有责任采取相应行动，避免法律与社会价值观之间的分歧。

4.4 国际社会对该法律的影响

在提出该法时，政府还受到不同欧洲和西方国家的演变的影响，这些国家也正在将对同性伴侣的某种承认以及与这些变化相关的相关权利纳入其制度。

事实上，该法的序言部分提到了 1994 年 2 月 8 日欧洲议会的决议¹⁵⁰，明确要求欧洲委员会提出终止禁止同性婚姻并保障同性伴侣享有充分权利和福利的提案。

此外，有必要提及《欧洲联盟人权宪章》第 9 条和《欧洲人权公约》第 12 条，它们没有援引承认同性婚姻的义务，但也没有将其排除在外。

然后，欧盟提出了《欧盟宪法条约》，但从未被采纳，因为它没有得到所有欧洲成员（如法国和荷兰）的认可。该条约有意建立一部欧洲宪法，该宪法通过第二条第 69 款草案确立了“根据关于其行使的国家法律结婚并建立家庭的权利”。这样就可以保证结婚的权利而不参考当事人的性别，因此不限制同性婚姻。这将允许每个成员国根据自己的立法来规范婚姻。

在这种国际背景下，并且由于以下事实：（i）21 世纪在社会上接受同性之间的结合；（ii）荷兰和比利时等成员国已接受同性婚姻；（iii）根据《西班牙宪法》，对同性婚姻没有法律上的禁止，政府将宪法婚姻制度扩大到包括同性

¹⁵⁰ LCEur 1994.1200.

婚姻。通过该法律，西班牙立法机构能够以异性恋者一直享有的充分，平等的权利和义务原则维护婚姻制度的完整性。通过该法律，立法机关不要求婚姻考虑到组成婚姻的人的性别。

因此，无论当事方的性别如何，婚姻的影响在所有领域都是相同的，包括与权利和社会福利有关的影响以及遵循领养程序的可能性。

4.5 政府对于结婚与民事结合选择的考虑

除了荷兰，比利时等国家以及西班牙法律批准后，同性婚姻等同于异性婚姻，还有许多其他国家，如法国，英国，德国和瑞士，同性之间的结合通过建立新的制度-民事结合来实现，允许这些民事结合与婚姻产生类似的民事效力。

当西班牙根据西班牙法律辩论同性结合方式的合法化时，考虑了三种不同的可能性：（i）建立一个新的法律概念（民事结合），它将规范同性关系，享有平等的婚姻权利；（ii）在西班牙的一些（并非所有）地区监管的未婚伴侣（parejas de hecho）制度中纳入同性结合；（iii）在婚姻制度内纳入同性结合。

4.6 政府对民事结合的考虑（Unión civil）

与上述许多欧洲国家类似，西班牙也提出了建立一个新的法律概念（民事结合）的可能性，用该概念将实现同性婚姻（译者注：此处婚姻应是指具有与婚姻相似的效力）。

这是一个得到广泛支持的选择，特别是那些宣称该法违宪的人，这将需要建立一个新的制度，其具有与婚姻相似的义务和效果，但具有不同的名称。

但是，政府认为维持两个不同名称的制度没有多大意义：（i）具有完全相同的规定；（ii）产生同样的效果，因为这本身就构成歧视（违反《宪法》第 14 条）。因此，如果同性伴侣之间的民事结合具有与婚姻相同的规则和效力，那么它应该是婚姻。

4.7 政府对未婚伴侣的考虑（Parejas de hecho）

纳入考虑的另一个选择是在未婚伴侣的监管范围内构建同性结合方式 - 这是一个目前存在于 12 个不同地区的制度。实际上，这个制度通常承认满足各种地区法律规定的要求的同性伴侣的结合。

区域法律或多或少地规定了结合的形成方式，意志的年龄和能力，伴侣成员的权利和义务，解散的原因及其影响。

然而，由于未婚伴侣关系是这样一个制度：（i）由于该地区没有能力就不同种类的婚姻立法而具有可疑的合宪性（辩论的重点是将未婚伴侣归为婚姻的一个类别还是作为一个不同的制度）；（ii）具有与婚姻不同的权利和义务（尽管如今，婚姻权利和义务与未婚伴侣非常相似，这取决于地区差异）；（iii）不受《宪法》保护。政府认为，只要立法机关的意图是赋予同性结合方式与婚姻相同的条件，这种选择就不是一种有效的选择。同样，根据地区赋予同性伴侣不同的权利和义务是没有意义的，因为这将再次与西班牙《宪法》第 14 条所规定的平等原则相悖，而且对于一个如此重要的制度，仅靠这样的规定是不够的。

4.8 政府对于婚姻的决定

出于上述所有原因，政府决定提出该法，以便在《民法典》规定的婚姻制度中纳入同性婚姻。政府按照下文解释的条款修订了《民法典》。

4.9 修改《西班牙民法典》

2005 年 4 月 21 日，国会最终批准了第 13/2005 号法律，修订了《民法典》，以将结婚和收养的权利扩展到同性伴侣。该法于 2005 年 7 月 3 日生效。该法以 183 票赞成，136 票反对，6 票弃权获得通过。

《民法典》的修改既有术语上的，也有概念上的：

概念上的修改：

(i) 第 44 条 婚姻的要求和效力

- 以前的版本：“男性和女性有权根据本准则的规定结婚”。
- 新版本：“男性和女性有权根据本准则的规定结婚。无论双方性别是相同还是不同，婚姻都有相同的要求和效力”。

(ii) 第 68 条 家庭责任。

- 以前的版本：“男女有义务共同生活，忠诚并互相帮助”。
- 新版本：“配偶有义务共同生活，忠诚并互相帮助。他（她）们还必须分担家庭责任以及对上代和后代及其他家属的照顾和关注”。

(iii) 第 66 条 配偶的权利和义务

- 新的解释：充分承认继承（继承权），领养，社会福利，废除婚姻，分居和离婚等方面的平等权利。它们都是基于对《民法典》第 66 条所述原则的严格和彻底的适用：“配偶在权利和义务上是平等的”。

术语修改：

- 第 66, 67 条：“配偶”取代“夫妻”。
- 第 154, 160 条：“祖辈”取代“父亲和母亲”。
- 第 164 条：“行使家长权利的一方或双方”取代“父亲，母亲或两者”。
- 第 637 条：“配偶双方”取代“夫妻”。

由于这些修正案，婚姻不再基于性别。因此，婚姻的概念被转化为仅仅基于两个人共同生活的愿望来表达任何结合。

4.10 对于该法律的反对

虽然该法最终得到了国会大多数人的批准，但它最初被参议院否决，并受到许多机构的批评。最值得注意的反对意见来自：（i）国务委员会（Consejo de Estado）；（ii）总司法委员会（Consejo General del Poder Judicial）。

国务委员会反对

国务委员会是政府的最高咨询委员会。根据政府的请求，理事会就修订《西班牙民法典》的法律草案发表了一份报告。

该报告提出了几个关于政府就同性婚姻提出的法律规定的问题。在分析了草案及其影响之后，国务委员会认为，应该通过建立一个与婚姻不同的新制度来对同性婚姻进行规定。报告中的主要论断如下：

- 男女之间有婚姻的宪法权利；¹⁵¹
- 同性伴侣之间没有宪法规定的婚姻权利；¹⁵²
- 婚姻的影响扩展到同性结合是可能的（？）；以及
- 不规定同性婚姻并不是歧视 – 从宪法的角度不是，从《国际人权宣言》的角度也不是。

从这个意义上说，国务委员会认为，立法机构所追求的目标（不歧视，承认新的伴侣模式，可比较的婚姻法规，法律确定性等）可以通过其他更符合宪法的方法来实现，因此建议重新考虑政府为实现这些目标而选择的方法。

¹⁵¹ 我们将在下文看到，国务委员会在这方面是错误的。

¹⁵² 我们参考前面的说明 - 宪法法院确认该立法符合《宪法》。

总司法委员会反对

尽管政府认为没有必要要求最高法官组织提交报告，但总司法委员会（“GCJ”）决定对改革进行研究。实际上，这个机构是对同性婚姻的批准的最大反对者。

总司法委员会认为，同性伴侣之间事实上结合的社会现实使得建议对他们提供法律确定性是可取的，这可能涉及将他们纳入法律。然而，总司法委员会认为，在实现这一目标时，立法机关不应改变具有非常明确定义的特征的婚姻制度。

此外，该报告还指出，在意识，社会需求或被误解的尊严感等基础上进行改革是错误的，因为这可能为我们的法律文化之外的其他模式（如多偶婚姻）打开了大门。

5. 对法律的合宪性的挑战和 2012 年 11 月 6 日宪法法院的 198/2012 号判决

5.1 简介

该法颁布后，2005 年 9 月，人民党的 61 名议员（“上诉人”）向宪法法院提出上诉，声称法律违反宪法。

2005 年 10 月 25 日，上诉被受理，并向议会和政府提供了通讯，邀请他们辩论他们的案件。无论是国会还是参议院（两个议会）都没有提出任何指控。政府律师（Abogado del Estado）于 2006 年 1 月 2 日提出了他的论点。

2012 年 11 月 6 日，宪法法院最终决定驳回上诉，确认该法不违反宪法。有四个“个人投票”，换句话说，四个法院成员并不完全同意最终决定。其中一人同意最终决定，但没有同意其背后的所有理由。另一个人认为，改变需要修改宪法本身。最后两人不同意这一决定。

5.2 上诉人的指控

首先，上诉人声称，虽然从法律角度来看，改革可能看似微不足道（因为它只影响了《民法典》的一条，然后对其他几部法律中的表达进行了各种调整），但改革实际上涉及一项西班牙社会的重大变革。因为事实上创建了一个新的制度 - 这种变化不仅仅影响婚姻，而是影响整个家庭以及适用于它的所有规则。

然后，上诉人声称改革违反了《西班牙宪法》的第 32 条（结婚权），10.2（关于根据《世界人权宣言》和国际条约对基本权利和自由的宪法规则的解释），14（关于第 1.1 条和第 9.2 条，第 39.1 条，第 2 条和第 4 条（关于家庭保护的平等待遇和不歧视，53.1（公共当局有责任保护与第 32 条有关的权利和自由），9.3（关于宪法对普通法的首要地位，以及禁止当局的任意性）和 167（关于如何改革宪法）。

该呼吁还指出，上诉人认为，事实上，这项立法的同一目标，即保护同性伴侣（他们明确表示同意）可以通过其他方式进行而不违反宪法。

5.3 代表政府的指控

政府律师（以下简称“律师”）声称同性婚姻是可选的。律师解释了宪法如何处理同性婚姻的不同模式：（i）强制性的宪法模式，禁止基于性取向的歧视将涉及以与男女结婚相同的条款建立同性婚姻的义务；（ii）同性婚姻违反宪法的制度模式；（iii）可选模式，其中同性婚姻是立法机关的一种选择（但不是义务或禁止），因此允许在如何建立同性婚姻方面享有很大的自由。

律师认为第三种模式最能代表宪法关于同性婚姻的问题。原因如下：

首先，因为同性倾向受到两项基本权利的保护：第 18 条规定的自由 - 隐私/亲密权，以及第 14 条规定的平等待遇和不歧视权。即使第 14 条没有明确提及“性取向”作为禁止歧视标准之一，是指某人的“个人状况或情况”。

第二，由于宪法法院对第 32 条的（间接地）与同性权利有关的三次解释。也就是说，宪法法院曾表示可以为男女之间的结合提供（比同性结合）更好的待遇，但不排除给予同样待遇的可能性。此外，当时没有宪法法院的先前决定提到同性婚姻，因此在此案件中不能自动适用任何先前的原则。

律师随后讨论了上诉人的其余指控，并要求驳回上诉。

5.4 宪法法院的判决

宪法法院认为，经修订的《民法典》第 44 条是上诉人的上诉核心重点。然而，宪法法院接着指出，尽管上诉提到了八个理由，为什么该法律应被视为违反宪法，但主要原因是据称违反了《宪法》第 32 条，因为所有其他理由都受制于这一条款的解释。因此，该判决侧重于第 32 条。

关于违反第 14 条（平等待遇和不歧视）的指控，宪法法院驳回了这一指控，并提醒说第 14 条不包括不平等待遇或保护不受不同情况区分的权利。

关于禁止权力任意性，因为新措施的立法有合理的解释，甚至上诉人也同意这一目标是合法的（他们只是不同意实现这一目的的手段），政府没有任意行为。

最后，关于被诉的违反第 39 条的行为，评估该法的第一部分是否违反宪法是不够的。上诉人的理由是，允许同性伴侣领养子女违反本条款。¹⁵³但是，宪法法院认为婚姻和家庭是两个不同的宪法制度，因此可能违反第三十二条并不会自动涉及违反第三十九条（因此宪法法院另外提到这一其他可能的违约行为）。

¹⁵³ 这是在新起草的《民法典》第175.4条中找到的。

5.5 对于是否违反第 32 条的评估

宪法法院首先提醒说，第 32 条具有双重含义：婚姻是一种制度保障，同时也是宪法权利。

制度保障

首先考虑制度保障，宪法法院指出，这种保障的目的是保护特定制度免受政府可能试图将其删除或歪曲的行为，但除此之外，立法者有广泛的设置制度内容的权限。

因此，宪法法院面临的问题是，该法律是否歪曲了该制度，还是超出了《宪法》规定的范围。很明显，该法赋予同性婚姻与男女之间婚姻的完全相同的保护。这是上诉人推理的违反制度保障 – 在他们的论证中，他们提到字面解释（明确提到男人和女人），系统解释（关于宪法的其他条款），权威解释（参考发生在 20 世纪 70 年代的辩论），以及根据第 10.2 条进行的解释，并得出结论认为新的立法使该制度受到歪曲。

在解决这个问题时，宪法法院的判决首先提到了欧洲人权法院关于《欧洲人权公约》第 12 条的声明，即“在 20 世纪 50 年代，婚姻在传统意义上被清楚地理解为不同性别的结合”，¹⁵⁴解释说 1978 年（西班牙宪法颁布时），关于婚姻的讨论与所涉及的个人的性取向无关，而是关于离婚，婚姻和家庭之间的差异，以及确保婚姻中男女平等。因此，它并没有暗中承认同性婚姻，但也没有将其排除在外。

¹⁵⁴ 2010年6月24日，欧洲人权法院对*Schalk and Kopf vs Austria*案的判决，第55段.

然后，判决提到宪法就像一棵“活树”¹⁵⁵，通过进化解释，宪法适应现代生活的环境，作为确保其相关性和合法性的一种方式。出于这些目的，判决提到了我们的法律文化，根据《世界人权宣言》和其他国际条约对宪法的解释，现在婚姻被理解为“一个产生联系的情感社区”。或“在该制度内具有相同立场的两个人之间互助的社会，并自愿决定团结在一个共同的生活项目中”。¹⁵⁶因此，婚姻的关键特征是两个人之间的平等，与自己选择的人结婚的自由意志，以及这种意志的证明。¹⁵⁷

宪法法院继续陈述说这些在改革之前就已存在。而改革之后唯一的区别只是婚姻可以发生在两个相同性别的个人之间。

宪法法院面对的另一个问题是同性婚姻与我们的文化的融合程度。

判决首先援引比较法，确认同性结合在过去的几年里在许多国家都得到了承认——它还承认，在所有这些国家中，民事结合和婚姻之间的选择并不总是相同的

考虑国际法，它考虑对曾经的传统婚姻观进行更广泛的审视，援引欧洲人权法庭的裁定，《欧洲人权公约》第12条不涉及确认同性婚姻的义务，但也没有排除同性婚姻。《欧洲联盟人权宪章》第9条也是同样的情况。

关于社会现实，判决称西班牙社会广泛接受同性婚姻（2004年有56.9%的人支持），超过了欧洲平均。

关于 doctrine，宪法法院承认没有一个一致的立场。最后，看看这一改革在2005（13/2005 法案开始生效的时候）与2012年（宪法法院判决该法案的合宪

¹⁵⁵ Expression taken from *Henrietta Muir Edwards and others vs. The Attorney General of Canada* [1929] UKPC 86, [1930] AC 124 (18 October 1929), P.C. (on appeal from Canada).

¹⁵⁶ 2012年11月6日，宪法法院198/2012号判决，第193页第9段。

¹⁵⁷

这是另一个分歧的因素，因为一个反对的成员理解婚姻是男人和女人之间的事实是它的基本特征之一。

性的时候）间对婚姻制度已经产生的影响，宪法法院称婚姻制度本身并没有出现故障。

因此，宪法法院做出结论，从婚姻的制度保障的观点来看，此改革符合宪法。

宪法权利

宪法法院还评估了改革是否涉及对婚姻作为宪法权利的基本特征的攻击。它指出，虽然婚姻是一项个人权利，但其行使并非个人，因为它需要第二人并得到双方的共同同意。改革改变了行使权利的方法，但它没有纳入新的权利持有者。修正案并未限制婚姻权，只是改变了婚姻权的行使方式。换一种说法。它并没有限制异性恋夫妻结婚（或不结婚）的权利 - 他们的权利没有任何限制。但相反，同性恋伴侣现在有一个他们以前没有的选择。这涉及到进一步保障个人尊严及其发展自己个性的权利。

因此，宪法法院得出结论认为，从婚姻制度保障的角度来看，改革符合《宪法》。

在最后一部分，判决评估了对同性伴侣收养儿童的法律规定可能违反《宪法》第 39.2 条的情况。改革没有明确提及领养个人的性取向，允许同性伴侣共同领养未成年人。上诉人声称这违反了第 39.2 条，因为它使同性婚姻普遍存在于未成年人的利益之中。

判决书确认未成年人的利益占优势，但指出这种保护是通过对可能领养的伴侣或个人进行的审查逐案进行的，以此保障保护儿童义务的落实。

由于上述所有原因，宪法法院得出结论认为，该立法符合宪法，并驳回了上诉。

6. 结束语

“Quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur”¹⁵⁸

虽然在颁布该法时，社会（LGBT 团体除外）没有具体要求承认同性伴侣结婚的权利，但也没有强烈反对这一事项。事实上，社会中的大多数人都赞成成为同性伴侣提供与异性恋者相同的权利。

在这种情况下，社会党在其政策中已经表示他们将采取措施承认这一点，因此当他们执政时，他们就这样做了。这引起了特定群体（主要与天主教机构有关）的挑战，伴随着一些公开示威以及由一些人民党议员提交到宪法法院的诉讼。宪法法院花了七年时间才作出判决。然而，他们的判决最终认可了同性伴侣在与异性恋伴侣完全相同的条件下结婚的权利。

宪法法院承认政府官员在颁布第 13/2005 号法律时没有任意行使权力。宪法法院的决定是多年来关于改变如何界定婚姻的辩论的结果。在这七年中，许多其他国家采取了类似的步骤，欧洲人权法院的判例法也反映了一些观点的变化。

允许同性婚姻事实上是调整法律框架以适应社会现实，一个与 1978 年已大相径庭的、普遍认为同性伴侣应该拥有与异性恋者相同的权利的社会现实。这将西班牙带入 21 世纪。

Freshfields Bruckhaus Deringer
于马德里

¹⁵⁸ 不应该禁止利人不损己的东西。

第七章 法国

(Ranran Shi 翻译, rik 校对)

目录

1. 婚姻平权探索历史
 2. 婚姻平权的法律支持与反对论证
 - 2.1 支持同性婚姻的论证
 - 2.2 反对同性婚姻的论证
 3. 婚姻平权现状
 - 3.1 调整同性伴侣和已婚伴侣地位
 - 3.2 异性和同性已婚伴侣之间仍存在部分区别
-

• 1. 婚姻平权探索历史

同性婚姻得到认可是一个漫长而缓慢的发展过程的结果。

1981 年同性恋被从精神疾病名录中移除, 1982 年最后一项与同性恋相关的刑事罪名从法律中被剔除。然而, 从民事立场上认可同性结合仍未被提上议程。

从法律层面上认可同性结合的必要性在 1992 年开始被立法者们探讨, 仅在几次尝试后, PACS 在 1999 年被成功实施。

1999 年 11 月 15 号的 99-944 号法规规定的民事结合契约(“PACS”) (*Pacte Civil de Solidarité*) 是同性结合在法国第一次被法律认可。2006 年 6 月 23 号, 2006-728 号法规改革了 PACS, 使其更加接近婚姻制度, 从而使这种“超国内伴侣关系”转变为了“迷你婚姻”。¹⁵⁹

依据法国民法典 515-1 条, PACS 被定义为一种“两个达到合法年龄的异性或同性自然人之间的, 为了将其生活结合在一起的合约”。其有效性遵从和婚姻相同的实体标准, 但在当时性别不同这一标准不被考虑。然而, 其正式要求约束较少(和婚姻不同, 其不要求举办仪式, 也不要求市长介入)。

¹⁵⁹ Articles 515-1 to 515-7 of the French Civil Code. 法国民法典第515-1条到515-7条

PACS 为伴侣设置了一系列义务。这些义务既有人身性的（伴侣必须住在一起并且相互提供物质支持和帮助）也有财产性的，这些义务让 PACS 更加接近婚姻（例如，伴侣和已婚夫妻一样，对于一方因日常需求产生的债务对第三人承担连带责任）。

然而，就效果而言，PACS 与婚姻不同，因为它实行了单独的财产所有权制度，而婚姻制度则规定除非配偶另有决定，否则婚后获得的财产平等分配。¹⁶⁰同样的，PACS 终止的起因和要件相比于婚姻制度也更加灵活。¹⁶¹

然而，PACS 没有关于子女的规定，在这方面为同性伴侣留下了一个法律缺口，使得他们不被允许收养。

尽管 PACS 对于同性情侣来说是一个不可否认的进步，但是它仍然只是与婚姻制度不同的一种将当事人双方以伴侣身份结合的措施，其法律约束效力较弱。

法国案例法保留了这种区别。因此在 2007 年，法国最高法院确认根据法国法，“婚姻是一男一女之间的结合”，因为这一原则与法国适用的任何国际公约规定并不矛盾。¹⁶²

几年之后，法国宪法委员会¹⁶³被提到法国民法典间接规定伴侣双方须性别不同的合宪性问题。¹⁶⁴在此场合委员会宣布这些条款具有宪法性。¹⁶⁵当时法国国务委

¹⁶⁰ Each partner keeps administration, enjoyment and free disposal of his/her personal properties while spouses share all property acquired after marriage. However, the partners may decide to resort to joint ownership to share their assets, while spouses may choose a separatist property regime. Therefore, the two hypotheses provide great freedom.

每个配偶保持管理，享受和自由处置他/她的个人财产，而配偶分享婚后获得的所有财产。但是，可配偶能决定诉诸共同所有权来分享其资产，而配偶可以选择分离主义财产制度。因此，这两个假设提供了很大的自由。

¹⁶¹ The PACS may be terminated “by joint statement of the parties or unilateral decision of one of them” addressed to the Clerk’s Office of the civil court where it was registered (Article 515-7 paragraph 3 of the French Civil Code), while marriage may only be terminated – when the spouses are alive – by divorce, which must be legally established.

PACS 可以“通过当事人的联合声明或其中一方的单方面决定”向其注册的民事法院文书办公室（“法国民法典”第 515-7 条第 3 款）终止，而婚姻可以只有在配偶还活着的情况下 - 离婚才能终止，而离婚必须合法通过

¹⁶² French Supreme Court 1st Civil Chamber, 13 March 2007, no. 05-16.627.

法国最高法院第一民事法庭，2007 年 3 月 13 日，no. 05-16.627。

¹⁶³ The French Supreme Court does not have the power or authority to consider whether a Law would infringe the French Constitution. This authority is exclusively reserved for the French Constitutional Council.

员会认为性别不同的要求没有侵犯家庭生活的权利，也没有违反平等原则，并不阻止立法者以不同方式处理不同情况。此外，法国宪法委员会强调，该问题属于立法者专属管辖范围，委员会的判断不能取代立法者的判断。

当涉及该问题时，欧洲人权法院案例法认为，成员国之间缺乏共识使得他们可以自行决定是否允许同性婚姻，以及在任何情况下，公约第 12 条都没有强制允许同性婚姻。¹⁶⁶

这些改革需求随着一些不同的运动一起到来，最终影响了立法者开放同性婚姻的决策。其中值得注意的是：

- 欧洲法的影响，越来越多的国家允许同性婚姻（2001 年荷兰，2003 年比利时，2005 年西班牙，2009 年挪威和瑞典，2010 年葡萄牙）；以及
- 政府立场的转变：从 2005 年起，政府提到在国外合法缔结的同性结合可以在法国发生效力，“特别是在所有权和继承方面”。¹⁶⁷

然而，决定因素是执政党的变化。事实上，2012 年当选为共和国总统的社会主义候选人弗朗索瓦·奥朗德（François Hollande）将开放同性婚姻作为其选举承诺之一。在他当选后一年，该法律在极其紧张的社会背景下通过。

The arguments raised in the scope of the reform process were of different kinds.

在改革进程范围内提出了不同种类的论点。

法国最高法院没有权力或职权来考虑法律是否会侵犯法国宪法。

该权力仅供法国宪法委员会使用。

¹⁶⁴ And more particularly, former Article 144 of the French Civil Code which provided that “The man and the woman cannot enter into marriage before they turn eighteen” which indirectly but certainly made the gender difference a requirement to validity of the marriage.

更具体地说，前法国民法典第144条规定“男女在十八岁之前不能结婚”，间接但肯定使性别差异成为婚姻有效性的要求。

¹⁶⁵ French Constitutional Council, 28 January 2011, no. 2010-92 (Priority Constitutional Question).

法国宪法委员会，2011年1月28日，no. 010-92（优先宪法问题）。

¹⁶⁶ ECtHR, 24 June 2010, *Shalk and Kopf v. Austria*.

¹⁶⁷ Ministerial reply no. 20257, French Minister of Justice, Official Journal of the Questions to the French Senate, 9 March 2006, 722. It ought to be noted that these circulars were issued by a political majority which was initially against the recognition of same-sex marriage. 部长答复no.

20257，法国司法部长，法国参议院问题官方杂志，2006年3月9日，722。应该指出的是，这些通知是由政治多数发布的，最初反对承认同性婚姻。

2. Legal Arguments For and Against Equal Marriage

• 2. 婚姻平权的法律支持与反对论证

• 2.1 支持同性婚姻的论证

• 法学论证

- 如果没有更高的法律原则或者国家或欧洲判例法强迫法国立法者承认同性婚姻，那么也没有更高的法律原则阻止立法者承认它。
- 平等和不歧视原则规定婚姻面向同性伴侣开放：同性伴侣必须可以获得比 PACS 更高的法律保护地位（例如对尚存配偶的保护）¹⁶⁸
- 保护同性家庭所抚养子女的必要性：越来越多的假设认为同性伴侣会抚养一个或更多子女，承认同性婚姻可以建立双重同性亲子关系，并因此转换非生物学父母的一方伴侣的身份。接受同性伴侣领养显然使得非生物学父母的一方——该方目前仅被认定为“社会性“父母”——可以请求他或她对共同抚养子女的权利（尤其是在生物学父母分离或死亡的情况下）。子女的法律保护需要这种承认。
- 关于允许收养而涉嫌歪曲概念的说法：单方收养¹⁶⁹的存在表示法律允许不基于生物学事实而产生亲子关系（没有人可以自己单独繁衍后代）。

• 社会学论证

- 与比较法有关的论证：越来越多的法律采用了同性婚姻制度，这表明法国将自己在欧盟中孤立起来并且在人权促进方面成为了坏榜样。
- 婚姻本质的演变也支持开放同性婚姻：婚姻不再是一个神圣的制度（关于婚姻合同制的结论不断增强）；繁衍后代不再是婚姻的唯一目标（婚姻生活和亲子关系之间的区分）。
- 采用同性婚姻制度使得法律和旧习俗统一起来（有很多过去的例子：已婚妇女无行为能力的规定于 1965 年废止，双方合意离婚的禁令于 1975 年废止，婚内与婚外生子之间的不平等于 2004 年消除）。

¹⁶⁸ See below for the other changes enabled by opening marriage to same-sex persons.其他开放同性婚姻带来的改变参见下文

¹⁶⁹ Article 343-1 of the French Civil Code provides that “Any person of twenty-eight years old and more may apply for adoption”.法国民法典第343-1条规定“任何28岁或以上的人可以申请收养”

- 由于共和国的充分承认，改革将有利于促进与恐同现象的斗争，因为它可以建立同性伴侣的社会标准化。
- 到目前为止，没有研究能够证明在同性家庭中抚养子女的发展存在显著差异。

• 2.2 反对同性婚姻的论证

在关于是否认可同性婚姻的辩论中，如下反对改革的论证被提出：

- 这项改革会扭曲婚姻制度，变为对个人意志实现的支持。它将为各种结合铺平道路（例如一夫多妻制）。
- 由开放同性婚姻而产生的收养会导致性别差异不再是怀孕的预设，阻止儿童想象他们被孕育时的起源景象。
- 关于姓氏传递，有人反对说根据法律规定，同性婚姻会陷入僵局：如果在孩子出生时配偶没有选择，法律规定以父亲的姓氏优先。在同性结合的情况下，哪个名字该优先？
- 在法国，认可同性婚姻并不能使伴侣们避免在国外认可他们婚姻有效性所遇到的困难，因为大部分国家不认可同性婚姻。
- 对同性伴侣开放收养仅是一种幻想。他们在具体采取收养措施时会遇到困难，因为大部分“提供”儿童领养的国家不认可同性婚姻，而法国可领养的儿童数量有限。

这些论证—其相关性可能或多或少值得质疑—没有被法国宪法委员会纳入考量，他们允许了该法律通过。¹⁷⁰然而，立法者没有解决所有的难题。

3. 婚姻平权现状

宪法委员会在其决议中重点强调了几点以对抗反对论据。

- 第一，委员会声明“婚姻规则与个人地位相关”，并且可以由立法者修改。
- 第二，委员会拒绝将异性婚姻限定为“被共和国法律认可的基本原则”，并且明确驳回“宣称婚姻‘自然’是一男一女之结合的反观点”。
- 第三，委员会考虑允许同性结婚“不侵犯先前婚姻既得权”。
- 更一般地说，宪法委员会依赖立法者有权主权考虑到：

¹⁷⁰ Constitutional Council, 17 May 2013, no. 2013-669. 宪法委员会，2013年5月17日，no. 2013-669

“一男一女组成的伴侣和同性伴侣之间的区别，不再证明后者不能获得婚姻所附带的地位和法律保障。”

因此，立法者有权考虑异性伴侣和同性伴侣在婚姻方面处于同等状况，并且因此受到法律平等对待。

因此，2013年5月17日第2013-404号法规允许同性伴侣结婚并在法国民法典中包含了一个新条款，规定“婚姻可在两个异性或同性之间产生”（143条）。允许同性婚姻的结果是什么？这产生了什么问题？

• 3.1 调整同性伴侣和已婚伴侣的地位

2013年5月17日的法律不仅改革了婚姻制度和亲子关系相关规定，而且还涉及与姓氏、国际私法、社会保障法或劳动法有关的问题。

该法的直接影响显然影响同性伴侣获得婚姻结合的途径。在没有穷举的情况下，有些改善同性伴侣状况的婚姻法方面可以被注意到。同性伴侣现在可以从以下方面获益：

- 关于配偶生活的强制性权利和义务：¹⁷¹相互尊重、忠实、帮助和协助的义务；按各自方式以比例分担婚姻费用；保护家庭住宅；代表权力；债务的连带责任；在配偶一方重大过错情况下的特别诉讼；同意过继配偶名称。
- 离婚程序产生的权利¹⁷²：补偿性津贴；儿童监护权；配偶财产清算权。
- 继承产生的支持尚存配偶的条款。¹⁷³

此外，开放同性婚姻使如下规定经调整后适用于相关伴侣：

- 与收养相关的规定：法律现在允许两名同性家长联合收养¹⁷⁴（法国民法典343条），也允许单方面收养同性伴侣的孩子（法国民法典全权收养¹⁷⁵部分第343-1条和法国民法典部分收养¹⁷⁶部分第360条）。

¹⁷¹ Articles 212 to 226 of the French Civil Code法国民法典第212到226条

¹⁷² Articles 227 to 286 of the French Civil Code法国民法典第227条到286条

¹⁷³ Articles 763 and following of the French Civil Code法国民法典第763条及其后条款

¹⁷⁴ The spouses must, to jointly and fully adopt, be married for more than two years or both be more than twenty-eight years old, pursuant to Article 343 of the French Civil Code. On principle, they must be fifteen years older than the children they apply to adopt (Article 344 of the French Civil Code), and the adopted child must be less than fifteen years old (Article 345 of the French Civil Code). 根据“法国民法典”第343条，配偶必须共同和完全领养两年以上或两人年满二十八岁。

原则上，他们必须比他们申请的子女年龄大十五岁（法国民法典第344条），领养子女必须少于十五岁（法国民法典第345条）。

- 与姓氏相关的规定：从现在起，在当事人未做出选择的情况下，被收养的孩子将拥有由收养方家长双方名字，或者是收养方家长与其配偶，孩子的家长的名字所组成的双重名字，姓名以字母表顺序排序。

此外，该法引入了：

- 一个新的冲突法规则，特别致力于同性之间的婚姻。法国民法典第 202-1 条第 3 款现在规定，“两名同性结婚，需要至少其中一方的属人法，或者其住所地或居住地国家法律允许。”这条规则赋予同性婚姻重要的国际意义并且能够驳回任何反对此种结合有效性的国内法，也就是目前世界上大部分国家的国内法。
- 同性和异性已婚伴侣之间完全平等原则。事实上，根据法国民法典第 6-1 条，“通过领养的婚姻和亲子关系产生被法律认可的相同效果，权利和义务【…】不论配偶或家长是异性或同性”。

尽管存在这种形式上的平等，需要指出的是不平等或者至少区别待遇依旧存在。

• 3.2 异性和同性已婚伴侣之间仍存在部分区别

法律生效之后主要问题便出现了，该问题涉及部分市长拒绝为同性伴侣举办婚礼。市长们援引出于宗教或良心立场的拒绝制度，利用了法律在这点上的沉默来拒绝主持婚姻。

然而，政府很快采取措施提醒说，除了法律明确授权的案例外，决定是否举办婚礼以及拒绝同性恋者结婚并不属于市长的职权范围，这使得民政官员对行政或刑事处罚负责任。因此，非法拒绝举办婚礼构成非法的不当行为（法国内政部 2013 年 6 月 13 日的通告）。

¹⁷⁵ The full adoption “grants the child a filiation which replaces the original filiation: the adopted child stops belonging to his/her blood family”, pursuant to Article 356 of the French Civil Code. This provision adds “However, the adoption of the spouse’s child leaves the original filiation with regard to that spouse and his/her family. Moreover, it produces the effects of an adoption by both spouses”. 根据法国民法典第356条，全权收养“给予孩子一个替代原亲子关系的亲子关系：被收养的孩子不再属于他/她的血缘家庭”。这条条款补充“然而，收养配偶的孩子保持其与配偶及配偶家庭的关系。此外，这产生配偶双方收养的效果”

¹⁷⁶ Type of adoption leaving legal bounds between the child and its birth family, while creating filiation links between the adoptive parent and the adopted child. 保留孩子和出生家庭之间法律关系的同时，创立收养方家长和被收养孩子之间亲子关系的一种收养制度

由于立法者无法控制这个问题，另一个尚未解决的困难是与配偶申请领养外国儿童经历的歧视有关。如上所述，许多国家否认同性恋养父母的收养。这方面的数据肯定揭示了异性和同性申请人之间获得收养的不平等。

另外一个显著区别存在于同性伴侣诉诸辅助生殖技术的可能性。实际上，法国公共卫生法典第 L. 2141-1 条仅保留了异性伴侣使用这些技术的权利。

最后，在已婚同性伴侣的“运动”中出现了一个难题。立法者制定的新的冲突法规则给予法国境内举办的同性结合全部效力一然而，当伴侣一方的国内法禁止该种结合时，该法律不会提供任何帮助。因此，该条款**不能**保证该种结合在全世界范围内被认可。可能出现的，一个非理论性的，关于在不承认该制度的国家建立的财产关系该如何法律处理问题仍未被解决。假设来说，一对法国-摩洛哥同性已婚伴侣一起购置不动产，在摩洛哥法庭根据物之所在地拥有管辖权的情况下，他们将在享有他们财产权利上遇到很大困难。

.....

Hogan Lovells

Paris

第八章 南非

(Ranran Shi 翻译, rik 校对)

目录

1. 南非婚姻法的发展

• 1. 南非婚姻法的发展

这一章涵盖了同性婚姻在南非的历史地位，并强调了婚姻平等的发展。婚姻平权的现状将会在下文中陈述。

从历史上看，1961 年 4 月 19 日通过的《婚姻法》（南非）¹⁷⁷规定了普通法对婚姻的定义。

《婚姻法》将婚姻定义为一个男人和一个女人在法律上承认的自愿结合，并在其存续期间排除他人。¹⁷⁸将同性伴侣排除在婚姻之外的原因归咎于异性恋、一夫一妻制、基督教形式婚姻的持续至高无上性。¹⁷⁹

历史上，“不正常性行为”和“鸡奸”在罗马荷兰影响的南非习惯法中曾被定为刑事犯罪。1969 年《不道德行为法》（南非）¹⁸⁰，更名为《性犯罪法》（南非）¹⁸¹，通过引入第 20A 部分，扩大了习惯法对同性性关系和感情关系的禁令，该部分禁止了男性之间的性刺激或给予性满足的行为。¹⁸²规定的处罚是最高达 R4000 的罚款或最高两年的监禁，或者二者兼有。同性结合不仅被剥夺了法律保护，而且被认为是不道德的，其完成一主要由男性一可能会导致监禁。¹⁸³

1996 年南非共和国宪法于 1997 年 2 月 4 日生效。该宪法成为世界上第一个禁止基于性倾向歧视的宪法。宪法权利法案第 9（3）条规定：

¹⁷⁷ *Marriages Act 1961* (South Africa).1961 婚姻法，南非

¹⁷⁸ *Id.* section 30.

¹⁷⁹ J A Robinson and J Swanepoel, ‘Same Sex Marriage in South Africa: The Road Ahead’.《南非的同性婚姻：前行之路》J A Robinson and J Swanepoel

¹⁸⁰ *Immorality Amendment Act 1969* (South Africa).1969 不道德行为法，南非

¹⁸¹ *Sexual Offences Act* (South Africa).性犯罪法，南非

¹⁸² *Immorality Amendment Act 1969* (South Africa) section 3.1969 不道德修正案第三章

¹⁸³ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 (1) SA 6 (CC).

“国家不得以一种或多种理由直接或间接歧视任何人，包括种族、社会性别、性别、怀孕、婚姻状况、民族或社会出身、肤色、性倾向、年龄、残疾、宗教、道德、信仰、文化、语言和出生。”¹⁸⁴

宪法法庭在里程碑式的“内务部长与 Fourie 案”¹⁸⁵的决议中（‘Fourie’决议），一致判决同性伴侣应该有权结婚。起诉方是 Marié Adriaana Fourie 女士和 Cecelia Johanna Bonthuys 女士，一对想要结婚却被法律阻止的同性伴侣。

法院认为拒绝同性伴侣平等保护和法律获益的习惯法和《婚姻法》第 30（1）条与《宪法》第 9（1）条相冲突，并且共同导致了同性伴侣成为国家不公正歧视的对象，这与《宪法》第 9（3）条相违背。¹⁸⁶

Sachs J 在他的判决中陈述：

“习惯法和《婚姻法》没有提供可使同性伴侣拥有与异性伴侣通过婚姻而获得的相同地位、权利和责任的途径，因此构成了对他们根据《宪法》第 9（1）条获得法律平等保护的权利，以及根据第 9（3）条获得的不被不平等歧视的权利不正当侵犯。而且，根据《宪法》第 10 条，这种违反代表了对他们尊严权的不正当侵犯。”¹⁸⁷

上述陈述之外，Sachs J 表示：

“如此将同性伴侣从婚姻的利益和责任中排除在外不是一件微小次要的不便，因为现存的少数社会偏见终会像晨露一样消失。如果法律倾斜规定同性伴侣是局外人，并且他们对其作为人类的亲密关系寻求肯定和保护的需要某种程度上比异性伴侣少，那么法律将会代表严苛。这会表明他们爱、承诺和接受责任的能力被定义为不如异性伴侣。”¹⁸⁸

...

由此可见，鉴于婚姻的中心性和其在我们文化中的重要性，否定同性伴侣在这方面的选择就是以最深刻方式否定他们自我定义权。”¹⁸⁹

¹⁸⁴ *Constitution of South Africa 1996* (South Africa).1996南非宪法，南非

¹⁸⁵ *Minister of Home Affairs v Fourie* (2006) (3) BCLR 355 (CC).

¹⁸⁶ *Id.* at 78.

¹⁸⁷ *Id.* at 114.

¹⁸⁸ *Id.* at 71.

¹⁸⁹ *Id.* at 72.

法庭命令议会自判决之日起 12 个月内修正法律。¹⁹⁰

作为回应,《民事结合法案》(南非)于 1006 年 11 月 30 日出台¹⁹¹,以“婚姻”形式或“民事伴侣关系”形式提供民事结合仪式。从本质上讲,根据《婚姻法》(南非)¹⁹²,民事结合与婚姻相同,但只是在名称方面有所不同,因为异性和同性伴侣都可以选择缔结民事结合,而《婚姻法》(南非)规定的婚姻制度仍然完全只适用于异性恋。

在 Fourie 决议之后,最近的法律发展导致了南非配偶权法律演变,包含了同性伴侣可登记成为通过人工授精¹⁹³产生的孩子的合法父母的权利,可在失去支持时提出抚养诉讼的权利¹⁹⁴,以及共同收养一个孩子的权利。¹⁹⁵

参考书目

BIBLIOGRAPHY

- *Sexual Offences Act 1957* (South Africa)
- *Marriage Act 1961* (South Africa)
- *Immorality Amendment Act 1969* (South Africa)
- *Constitution of the Republic of South Africa 1996* (South Africa)
- *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* (1999) (1) SA 6 (CC)
- *Du Toit v Minister of Welfare & Population Development* (2003) 2 SA 198 (CC)
- *J v Director General, Department of Home Affairs* (2003) 5 BCLR 463 (CC)
- *Du Plessis v Road Accident Fund* (2004) 1 SA 359 (SCA)

¹⁹⁰ *Id.* at 2(e).

¹⁹¹ *Civil Union Act 2006* (South Africa).2006民事结合法案, 南非

¹⁹² *Id.* at section 13.

¹⁹³ *J v Director General, Department of Home Affairs* (2003) 5 BCLR 463 (CC).

¹⁹⁴ *Du Plessis v Road Accident Fund* (2004) 1 SA 359 (SCA).

¹⁹⁵ *Du Toit v Minister of Welfare & Population Development* (2003) 2 SA 198 (CC).

- *Minister of Home Affairs v Fourie* (2006) (3) BCLR 355 (CC)
- *Civil Union Act 2006* (South Africa)
- 1957《性犯罪法》（南非）
- 1961《婚姻法》（南非）
- 1969《道德修正案》（南非）
- 1996《南非共和国宪法》（南非）
- *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* (1999) (1) SA 6 (CC)
- *Du Toit v Minister of Welfare & Population Development* (2003) 2 SA 198 (CC)
- *J v Director General, Department of Home Affairs* (2003) 5 BCLR 463 (CC)
- *Du Plessis v Road Accident Fund* (2004) 1 SA 359 (SCA)
- *Minister of Home Affairs v Fourie* (2006) (3) BCLR 355 (CC)
- 2006《民事结合法案》（南非）

.....

Hogan Lovells

Johannesburg

第九章 新西兰

（译者：Philip 校对：Iris Xu）

内容

1. 执行摘要

2. 法律和历史背景

2.1 Quilter v Attorney General

2.2 2004 年民事结合法和 2005 年关系法

3 2013 年婚姻（婚姻定义）修正法

3.1 程序性的历史

3.2 争论

1. 执行摘要

本章首先简要总结了 2013 年之前同性婚姻的法律及历史背景，特别强调（1）*Quilter v Attorney General* 案，在 1998 年的该案中，新西兰上诉法院维持了下级法院否认同性婚姻的判决¹⁹⁶；（2）2004 年《民事结合法》²和《2005 年关系（法定参照）法》³，这两项法案确立了同性伴侣的民事结合制度，并从法规和条例中去除了基于关系状况/婚恋状况

1 Quilter v Attorney General [1998] 1 新西兰法律报告 523 (新西兰)

2 2004 民事结合法(新西兰)

3 2005 年关系（法定参照）法(新西兰)

4 2013 年婚姻（婚姻定义）修正法(新西兰)

5 Quilter v Attorney General 的案例概要, Equal Rights Trust,

<http://www.equalrightstrust.org/ertrdocumentbank//Quilter%20v.pdf> (最后访问 26/08/2016).

的歧视性条款。本章随后将重点聚焦于《2013 年婚姻（婚姻定义）修正法》的出台和立法，该法案成功通过三读并于 2013 年获得皇家同意御准⁴，最终使同性婚姻合法化。最后，本章总结了在审阅《婚姻修正法》期间提出的赞成和反对同性婚姻的一些主要论点。

2. 法律和历史背景

2.1 Quilter v Attorney General

1996 年，新西兰出生、死亡和婚姻登记处拒绝对三对女（同）性情侣颁发结婚证，这三对情侣随后起诉登记处以寻求登记处拒绝为其颁发结婚证的行为无效⁵。她们在主张中辩称，《1955 年婚姻法》没有明确禁止同性婚姻，并进一步假定 1990 年《新西兰权利法案法》（“BORA”）禁止基于性取向的歧视⁶。新西兰高等法院驳回了他们的请求，但他们随后上诉到上诉法院，上诉法院维持了拒绝向她们颁发结婚证的判决。上诉法院坚持“同性婚姻不被法律承认”的判决，在探讨歧视问题时，上诉法院首先指出，BORA 中没有界定歧视，因此其含义不明确。其次，法庭并没有（像 BORA 所暗示的那样）询问是否真的存在基于性别取向的歧视，而是侧重于根据现代社会的标准来判断歧视是否具有合理性⁷。在回答这一问题时，法院进行如下推理：

- 《婚姻法》作为现行立法法案，表达了现任议会（以及社会的）意愿；
- 《婚姻法》没有明确（表示）允许同性婚姻；
- 由社会意志产生的歧视是合理的；因此，
- 由《婚姻法》产生的歧视（即不允许同性婚姻）是合理的。

⁶ 此外，《1990 年权利法案》（新西兰）第 19（1）条规定，“每个人都有权免受基于人权法案中歧视理由的歧视”：1990 年《新西兰权利法案（新西兰）》第 19 条包括基于性别和性取向的歧视。

⁷ 如上

⁸ 如上

法院在解释其推理时暗示，如果这种歧视被视为不合理，议会必须明确说明为什么该歧视不合理。 这样以来，法院实际上逃避了其维护 BORA 所保护的权利的职责。 通过将同性婚姻合法化问题从司法解释转向立法，这将遵从议会来决定一个关键问题，但世界上其他国家已经着手处理这个公然违反根本公民权利的问题⁸。

2.2 2004 年民事结合法和 2005 年关系法

随着公众要求承认异性伴侣和同性伴侣之间平等待遇的呼声越来越大，工党议员（“议员”）大卫·本森-波普和利安·达尔齐尔推出了《2004 年民事结合法》和《2005 年关系法》，这两个法案将允许同性伴侣在移民、近亲身份、社会福利、婚姻财产等方面享有与异性伴侣相同的权利⁹，并消除任何基于同性关系状况的合法歧视¹⁰。值得注意的是，这些法案最终作为议员的良知投票通过，良知投票允许议员们根据自己的个人良知，而不是基于他们的官方政党路线进行投票¹¹。

同性婚姻的拥护者很快表示反对，认为这种“平等待遇”并不等于实际承认同性婚姻的合法性。 正如议员 Louisa Wall 后来在推动法律承认婚姻平权时所表示的：

“任何替代婚姻方案尽管提供与婚姻相同的经济利益，但其本身相当于隔离。。。 [这]是有关平等参与婚姻的活动，对婚姻的表达、安全和完整性。 任何婚姻的替代方案。。。 仅仅是种侮辱，在没有实质承诺平等的情况下提供形式上的平等¹²。

她援引布朗诉教育委员会一案继续说道，“隔离但平等的学说被视为隔离并与实现平等背道而驰。”¹³ 由于“民事结合”的想法不再被视为婚姻的合理替代方案，新西兰议会很快发现自己同上诉法院一样未能做到：通过重新界定传统婚姻来解决问题。

⁹ 2004 民事结合法(新西兰)

¹⁰ 2005 年关系 (法定参照) 法(新西兰)

¹¹ 议会良知投票数据库 <http://votes.wotfun.com/bill/> (最后访问 22/08/ 2016)

3 2013 年婚姻（婚姻定义）修正法

3.1 程序性的历史

2012 年 5 月，议员 Wall 提出了《婚姻（婚姻定义）修正法案》（“法案”），试图修订《1955 年婚姻法》（新西兰）¹⁴。该法案的目的是将婚姻范围从男女婚姻范围扩大到两人之间的婚姻范围，无论其性别、性取向或性别认同如何¹⁵。虽然该法案遭到保守党“新西兰第一”的强烈反对，但它还是于 2012 年 8 月 29 日以 80 票赞成、40 票反对的表决结果顺利通过一读¹⁶，2013 年 3 月 13 日以 77 票赞成、44 票反对的表决结果通过二读¹⁷。

在得到皇家同意之前，该法案在三读和终读/最后一次审读中，得到了不同政治效忠的议员的大力支持。甚至在法案通过之前，议员 Tau Henare 在他的审读中说：“【法案】实际上有关机会平等。我们所做的一切——我们不会强迫任何人以任何方式做任何事情。我们所做的是向人们提供平等的机会，他们要么利用该机会，要么不用。”¹⁸ 其他人如议员 Nikki Kaye，进一步补充说，“这个法案不仅仅有关平等和自由……从根本上说是

¹² 2013 年婚姻（婚姻定义）修正法-三读，Hansard and Journals, 新西兰议会 (17/04/2013), https://www.parliament.nz/en/pb/hansard-debates/rhr/document/50HansD_20130417_00000020/marriage-definition-of-marriage-amendment-bill-third (上次访问 22/08/2016).

¹³ 同上

¹⁴ John Hartvelt and Danya Levy, 议员起草同性婚姻法案, Fairfax Media (14/05/2012) <http://www.stuff.co.nz/national/politics/6915784/MP-drafting-gay-marriage-bill>.

¹⁵ 修正案还改变了附表 2 中列出禁止婚姻的用语。在修正案之前，附表言及婚姻当事人为一男一女，丈夫和妻子；这些用语在修订法案之后变为性别中立的用语。

¹⁶ 同性婚姻平等法案：议员怎样投票，The New Zealand Herald (29/08/2012), http://www.nzherald.co.nz/nz/news/article.cfm?c_id=1&objectid=10830383.

¹⁷ Isaac Davison, *Gay Bill Bolts Over Hurdle*, The New Zealand Herald (14/03/2013), http://www.nzherald.co.nz/nz/news/article.cfm?c_id=1&objectid=10871107

¹⁸ 见注释 12

¹⁹ 同上

人类的尊严、真正的接纳和良好的传统爱情。”¹⁹ 在或许是审读中最尖锐的评论中，议员 Paul Hutchison 指出：

“在法案的一读中，我说过，尽管努力尝试，我仍无法想出一个足够强大的理由，无论从智力上、道德上、健康上、甚至精神上，来投票反对它。我现在非常深信，最终任何人类结合的力量都是关于爱、宽容、给予、宽恕、分享、包容、承诺和公平，而无分性别。这些都是没有边界的普世品格。”

20

简要概括之，议员们集体指出，接纳同性伴侣与保护人类尊严和真正的平等有着错综复杂的联系。他们甚至指出，排除同性伴侣将产生消极后果，例如“相当高的自杀率、抑郁症、艾滋病风险、暴力以及其他同性恋者健康和福祉的风险”²¹。最重要的是，他们的观点和论点最终表明，新西兰人民已表示——拒绝同性婚姻，从而拒绝基于性取向的歧视，这不再以现代新西兰社会的意志作为正当化的理由。2013年4月17日，三读以77票赞成、44票反对的表决结果通过²²，该法案于2013年4月19日获得皇家批准，成为新西兰议会的正式法案²³。

3.2 争论

从法律草案的引入到通过，同性婚姻遭受批判的一些内容在以下各部分中述及。

同性婚姻（不）对儿童产生负面影响

反对同性婚姻的最经久不衰的论点之一是，同性婚姻将对儿童的发展和成长产生负面影响，儿童需要父亲和母亲的形象才能健康成长²⁴。然而，法律草案的支持者则回应如下：

- 虽然男性和女性的双方影响在儿童生活中都很重要，但他们不一定是孩子的生物学上的父母；
- 同性伴侣多年来一直能够合法收养子女，因此社会认可这些夫妇能够成为成功的父母；并且

- 关于同性伴侣对儿童造成负面影响的指控尚未得到独立、同行评议的研究证实。

此外，支持者还指出，生育不再是人们结婚的唯一原因，因为许多异性婚姻夫妇选择不生孩子。因此，尽管生育和抚养孩子是婚姻和社会的重要方面，但它们并不是反对同性婚姻的有理由-尤其是因为同性婚姻并不阻止或妨碍异性夫妇追求这些目标。

同性婚姻是否干涉宗教权利

同性婚姻的反对者还认为，同性婚姻与宗教人士的权利和做法相冲突，如司仪（即合法认证的司仪）²⁵。然而，议会在法案中插入一个条款来处理这个问题，该条款指出，“如果庄严宣布婚姻违反宗教团体的宗教信仰或经批准的组织的宗教信仰或哲学或人道主义信念，则没有司仪有义务庄严宣布婚姻的结合。”²⁶这一条款表明，同性伴侣和宗教人士的权利并不互斥，而能共存于相互尊重的同一空间。

承认民事结合（不是）婚姻的有效替代方案

如本章前面所述，新西兰议会于 2004 年通过了《民事结合法》。因此，如上文所述，“平等待遇”的概念并不一定等同于“平等”。真正的平等意味着获得同样的权利和机会，而不仅是获得实质上相似但最终不同的权利和机会（正如议员 Wall 在提及布朗诉教育委员会案时所恰当提到的那样）。

Morrison & Foerster

纽约与东京

²⁴ 见注释 12

²⁵ 同上

²⁶ 同上，见 29（2）

第十章 台湾

(Philip 翻译 , Iris Xu 校对)

内容

1. 婚姻平权请愿史
 - 1.1 政党或政治人物倡导的法案
 - 1.2 司法救济和宪法解释
 - 1.3 LGBT 组织和游行
2. 支持派和反对派的法律论点
 - 2.1 反对婚姻平权的法律论点
 - 2.2 支持婚姻平权的法律论点
3. 当前现状
 - 3.1 立法角度的当前现状
 - 3.2 同性伴侣登记
 - 3.3 公众观点
 - 3.4 政治形势

1. 婚姻平权请愿史

台湾关于婚姻自由的讨论和运动始于 21 世纪初，但时至今日，台湾政府仍然将同性伴侣排除在婚姻制度之外。

自 2015 年 5 月起，地方政府允许同性伴侣在户籍制度上记录他们的关系。六个直辖市、一个省辖市（嘉义）和三个县（新竹，彰化和宜兰）以这种方式承认同性伴侣。虽然户籍登记并不具有法律约束力，但同性伴侣至少可以将其作为复杂法律纠纷中密切关系的证明。此外，如果任何一方处于紧急状态，伴侣可

以签署医疗同意书。但是，这些地方的登记计划几乎没有赋予的实质性权利，基本上是象征性的。

从以下三个方面可以看出社会运动为台湾婚姻平权奠定基础

- 政党或政治人物所倡导的法案；
- 行政法律诉讼或个人提出的释宪请求；以及
- 由 LGBT 组织所采取的举措和社会团体组织的游行。

第一部分按时间顺序简要介绍以下这三个方面

1.1 政党或政治人物倡导的法案

在台湾历史上，有四项立法提案允许同性伴侣结婚，还有一项关于起草同性伴侣关系法的立法公告。这些法案均未在议会获得通过，迄今也没有起草关于同性伴侣关系的法案。

人权保障基本法

《人权保障基本法》草案最初由法务部于 2001 年提出，提出时陈水扁开始担任总统不久，此后由总统府人权咨询委员会修订。

该法案第 24 条规定，“为了保护同性恋者的人权，国家应尊重其权利并允许同性恋者依法组建家庭和领养子女。” 2003 年 7 月 17 日，民进党总统府人权咨询委员会批准了这项法案。但是，23 名立法者联合反对该法案，导致该法案退回程序委员会，且此后再无进展。

前总统马英九政府提倡性别平等和妇女权利，但同性恋者的权利在他的任期内没有取得长足发展。多年来他一再宣称，“同性婚姻必须等到公众达成共识。¹”

同性婚姻法

2006 年 10 月，民进党立法委员萧美琴提出了《同性婚姻法》草案。萧设法收集了 38 名议员的签名，这些签名足以让法案进行一读。但是，由于 23 名议员的反对，该法案被退回了程序委员会，之后没有进一步举措。该法案不仅激发了另一波公众讨论，而且也激发了一种不同的观点，即设立一项单独的法律来管理同性婚姻和领养，而不是使现行的民法典性别中立。

婚姻平权法案（尤版）

2012 年，民进党立法委员尤美女提出修正案，以“17 岁以下的人不得订立婚约”来取代“17 岁以下的男性不得与 15 岁以下的女性订立婚约”，以及以“未满 18 周岁的人不得结婚”来取代“18 岁以下的男性不得与 16 岁以下的女性结婚。通过删除这几个词来消除仅仅异性伴侣可以结婚的限制。

2012 年 12 月，该法案通过了立法院的一读。根据立法程序，在司法及法制委员会审查和批准该法案后，可以进行二读。二读是程序中最关键的部分，它涉及对法案的详细讨论。三读只涉及措辞的细微改动。三读后，法案可以在立法院全体会议上对该法案进行表决。

然而直至 2014 年底，该法案一直停留在司法及法制委员会的审查阶段。2014 年 12 月 22 日，司法及法制委员会审议了该法案以及 2013 年婚姻平等法（下文进一步讨论）。在审议会议上，立法者们持不同意见，并且很多立法者没有参加该会议。此时并未取得任何进展。

立法会议员尤美女等人于 2016 年重新引入该法案。2016 年 11 月 8 日，立法院完成一读，并将法案送交司法及法制委员会进行初步审议。于 2016 年 11 月 24 日和 28 日分别举行两次公开听证会，因此 2016 年 11 月 17 日的审查延期。2016 年 12 月 26 日，进入立法院二读之前，正式宣布法案草案已完成初审，并转交各政党讨论和谈判。为了最终成为台湾立法的一部分，该法案仍需经过政

1 E Bruyere, 台湾活动家推进同性婚姻法案(22/05/ 2014). Retrieved from http://sinosphere.blogs.nytimes.com/2014/05/22/taiwan-activists-push-for-same-sex-marriage-bill/?_r=1.

党之间的讨论和谈判以及立法院的二读和三读。据媒体报道，最积极的预估是该法案可于 2017 年 4 月进入立法院三读。

总统（蔡英文）赞同结婚的自由，一直游说致力于终结婚姻歧视。领导这项任务的倡导者都很乐观—包括同志咨询热线协会，觉醒基金会，PFLAG 和其他同盟组织—特别是考虑到大量公众抵抗反对派在 12 月组织的集会。

多元成家立法草案

2013 年 10 月 8 日，另一名民进党立法委员郑丽君代表台湾伴侣权益推动联盟（“TAPCPR”）向立法院送出一项法案，该法案用了两年时间起草，被称为《多元成家立法草案》。这是实现婚姻平权，并且让多元化成家的想法得到支持的另一种机制。TAPCPR 推动的修正案草案包括三项独立法案—婚姻平权法（含同性婚姻）（《2013 年婚姻平权法》），伴侣制度及家属制度。

《2013 年婚姻平权法》修订了民法典的 82 项条文，并将民法典中有关婚姻、收养、生育和继承的章节修改为性别中立，例如将“丈夫和妻子”改为“二人”，“父亲和母亲”改为“家长”。通过作出这种修改，该法案不仅使同性伴侣可以结婚，而且还消除了体现性别区分的语言。该法案还包括对收养和继承条文的补充修订，这些条文将使异性伴侣与同性伴侣之间权利平等，并禁止法院基于性别、性偏好、性别身份或性别特征作出监护决定。

《民事结合法》规定，家庭可以在性关系和爱情之外的基础上组建。解除关系不需要双方合意；可以单方面解除关系。《多元成家立法草案》规定，康复团体中的人和非血缘关系的同伴可以在民政办公室登记之后，只要他们打算一起生活，就可以组成家庭。

2014 年 12 月 22 日，司法及法制委员会正在审查《2013 年婚姻平权法》以及《婚姻平权法案》（尤版）。如果法案通过委员会审议阶段，那么将会在立法院全体会议上进行表决。

1.2 司法救济和宪法解释

在台湾的历史上，曾有两对同性恋夫妇提起诉讼，以回应公证人（民政局）拒绝公证/登记同性婚姻。这两起案件最终都提交司法院的大法官会议进行宪法解释。这两次关于平等婚姻权利的高调努力没有得到法院的支持。

1986 年，祁家威和他的伴侣两次到台湾的公证处，他们的婚姻公证请求均被驳回。这被认为是第一次公开要求同性婚姻登记。被驳回的理由是同性婚姻违反公序良俗。这对情侣随后向台北高等行政法院提起诉讼。2014 年 3 月，法院裁定他们败诉，指出《民法典》只允许异性伴侣结婚。

2011 年，一对同性恋夫妇陈敬学向台北高等行政法院对民政局的驳回提起诉讼，请求他们的婚姻得到承认。2012 年 12 月，台北高级行政法院选择将案件送交司法院的大法官会议进行宪法解释，而并未裁定同性恋夫妇作为男男结合是否可以结婚。台湾最高法院是能够根据国家民法系统解释宪法的唯一法院，对它来说这是一次机会，能够对此议题做出裁决。然而，大法官根本没有机会进行斟酌考量，因为这对夫妇为应对死亡威胁，也是由于司法部门在处理案件时的犹豫不决，而自愿撤回案件。

2015 年，由祁家威指定的 TAPCPR 将祁家威案提交给大法官会议进行宪法解释。值得注意的是，2015 年，台北高等行政法院和台北市政府分别向大法官会议提出了关于同性婚姻的宪法解释的请求。截至本报告发布之日，宪法审查仍在进行中*。

1.3 LGBT 组织和游行

男女同性恋维权团体在台湾争取婚姻平权的过程中发挥了关键作用。其中包括同志咨询热线协会和 TAPCPR。

1995 年和 1996 年 LGBT 运动发展迅速。1995 年，LGBT 组织首次公开要求婚姻平权。1995 年，一些妇女组织提议在《新晴版民法亲属编修正草案》的离婚原因中增加“与同性发生性关系或猥亵行为”。该提案导致成立了 LGBT 人权促进小组（“小组”），为同性婚姻权利而斗争。该小组在媒体上表达了他们的声

* 2017 年时，大法官最终认为民法不能保障同性婚姻违宪。 —校对

音，并引发了激烈的公众讨论。1996 年，許佑生和葛瑞举行了同性恋婚礼，再次引发了公众的热烈讨论。

TAPCPR 是主要的 LGBT 维权组织之一，成立于 2009 年，由一些倡导性别和性取向平等的团体以及许多其他倡导平等的个人活动家组成。TAPCPR 于 2012 年 8 月正式在台湾内政部注册。

另一方面，台湾骄傲节每年在台北市举行。它始于 2003 年，不仅吸引着来自台湾各地的人们，也吸引了来自附近国家的人们。2015 年台湾骄傲节有近 8 万名公民参加，成为亚洲最大的 LGBT 骄傲节。

有人说，为了实现婚姻平权，台湾的倡导者必须继续推行多种法律策略，对政府的各个部门施加压力—他们认为公众不应对立法程序寄予不切实际的希望²。但正如上文所述，立法机构和总统有充分的动力履行其承诺并采取行动终结婚姻歧视，今年倡导者正努力使婚姻法案通过。

2. 支持派和反对派的法律论点

2.1 反对婚姻平权的法律论点

拒绝同性婚姻的首要的、几乎唯一的法律依据是，根据《民法典》亲属章节，婚姻仅限于“应在一男一女之间形成”的结合³。如第 1.1 (c) 和 (d) 节所述，尽管多次尝试修改“一男一女”的措辞，为使同性伴侣结婚开辟道路，但迄今没有成功。应该指出的是，除了上述基于法律文本规定的论点之外，还有其他

2 Kao, B. (23/12/2014). 在其历史环境下的同性婚姻战 <http://thinking-taiwan.com/the-same-sex-marriage-battle-in-its-historical-context/>

3 见中华民国民法典家庭章节第 972 条

4 见由“下一代幸福联盟”发表的选段，<https://taiwanfamily.com/related-posts/artice02>，该组织由一群声称不反对 LGBT 权利但反对同性婚姻的个体组成

5 值得注意的是，台湾以“中华民国”于 1948 年 12 月签署了“世界人权宣言”。尽管中华民国在 20 世纪 70 年代被中华人民共和国取代，但根据国际法，“世界人权宣言”仍被适用于台湾，因为台湾被视为中华人民共和国的一部分。

一些主要来自自称为“家庭团结和保护”组织的论据，反对同性伴侣享有平等的结婚的权利。以下是所作论据的摘要：

- 允许同性伴侣结婚的权利将导致重新检视与修改涉及婚姻、亲属、生殖、财产继承和保险的所有法律和法规，从而消耗庞大的行政和立法资源；
- 将同性伴侣平等对待将会加剧社会群体之间的冲突；
- 同性伴侣无法生育，因此会对人口产生不利影响；
- 允许同性伴侣结婚会在某种程度上引起人们对艾滋病传播的担忧，因为很大比例的艾滋病传播是由男男性行为所引起的；以及
- 同性家庭被认为不利于照顾和培养孩子⁴。

2.2 支持婚姻平权的法律论点

台湾加入的国际条约将婚姻视为一项基本人权，并使用“有意配偶”这一短语赋予所有人结婚的权利，而不区分性别取向。

台湾是《世界人权宣言》的签署国⁵，该联合国条约第 16 条规定，“成年男女，不受种族、国籍或宗教的任何限制有权婚嫁和组建家庭…只有经有意配偶双方的自由和完全的同意，才能缔婚”。这意味着《世界人权宣言》没有基于性取向区分结婚的权利；并且使用“有意配偶”这一措辞而不是“一男一女”，这支持了婚姻不仅限于一男一女的这一观点。

同样地，台湾加入的另一项国际条约《经济、社会、文化权利国际公约》承认⁶，婚姻缔结时应征得“有意配偶的自由的同意”。这里具体的语言选择再次表明，婚姻不应局限于异性。

⁶ 相同的，台湾以“中华民国”于 1966 年 12 月签署了《经济，社会和文化权利国际公约》。中华人民共和国随后在 20 世纪 70 年代取代了中华民国。

台湾宪法禁止不合理地侵犯他人基本权利，并平等地保护所有人结婚的权利。

台湾宪法明确规定，凡人民之自由及权利，不妨害社会秩序公共利益者，均受宪法之保障⁷。宪法还规定，人民的自由和权利不应受到法律的限制，除非有合理合法的原因，这被进一步解释为“避免妨碍他人自由，避免紧急危难，维持社会秩序，并增进公共利益”⁸。认为同性伴侣在法律上不应享有亲密结合的自由与结婚的权利，就意味着同性恋者平权将会妨碍他人的自由，引发紧急危难，破坏社会秩序或伤害公众利益。这会使某些人的权利从属于他人的偏见或敌意。

此外，台湾《宪法》第 7 条是一项平等保护条款，该条款规定，不论性别、宗教、种族、阶级和党派，所有人在法律上一律平等。否认同性伴侣结婚的权利将违反这一平等保护条款，即仅仅基于性取向就禁止一个群体行使其基本权利并获取另一群体所享有的福利，这在本质上是不平等的。

结婚的权利保障了儿童和家庭及抚养、生育和教育的相关权利意义

由于台湾现行民法体系仍将婚姻局限于男女结合的婚姻，同性伴侣被进一步剥夺了异性夫妻享有的一系列基本权利。例如，只有异性伴侣才有权拥有和继承夫妻共有财产；只有异性伴侣间的孩子才是合法出生的，并且异性伴侣才是这些孩子的合法监护人；只有异性伴侣才能领养孩子。终结婚姻歧视还将使同性伴侣享有在关系中积累的财产权以及关于抚养、生育和教育的其他权利。同性婚姻合法化的好处是将促进社会稳定、鼓励经济繁荣，并为儿童创造更好的环境。

3. 当前现状

3.1 立法角度的当前现状

尽管台湾尚未在法律上承认婚姻平权，但有一些法律确保同性恋者和跨性别者不会因性取向或性别认同而在教育和工作场所受到歧视。自 2004 年以来，《性

7 见中华民国宪法第 22 条

8 见中华民国宪法第 23 条

别平等教育法》禁止了教育中针对性取向的歧视。2007 年，立法院通过立法禁止工作中基于性取向的歧视。台湾的反歧视法律仍然不完整：根本未提及双性人，对就业中的跨性别者没有明确的保护，整个 LGBT 群体在获得医疗保健，住房和其他商品和服务方面仍然处于未被保护的状态。尽管如此，台湾可能是亚太地区中，任何能够为 LGBT 人群提供大范围的反歧视保护的少数法域之一。

3.2 同性伴侣登记

台湾也可能成为承认同性伴侣的亚洲区域的先驱。《家庭暴力防治法》于 2007 年修订，其中包括同性伴侣。自 2015 年 5 月以来，地方政府也率先允许同性伴侣在户籍制度上登记他们的关系。六个直辖市⁹，一个省辖市¹⁰和三个县¹¹目前以这种方式承认同性伴侣。但是，这些登记制度几乎不能赋予实质性权利，很大程度上仅具有象征意义。

3.3 公众观点

从公众民意调查来看，近年来对婚姻平权的支持一直在增加。

2013 年 8 月公布的一项民意调查显示，53%的台湾人支持同性婚姻，37%的人反对同性婚姻。在 20 至 29 岁的人群中，支持率为 78%。反对的主要来源是台湾的基督教群体——只²⁰⁶有 25%的基督徒支持同性恋性少数群体的结婚自由²⁰⁷。具有讽刺意味的是，基督徒本身在台湾也是少数群体，约占人口的 5%。

9 高雄，新台北，台中，台南，台北和桃园

10 嘉义

11 彰化、新竹和宜兰

²⁰⁶ 台湾新闻，超过一半台湾人支持同性婚姻：问卷，来自
http://www.taiwannews.com.tw/etn/news_content.php?id=2273290.

²⁰⁷ 支持和反对同性婚姻的集合席卷台湾街头，议会因立法分裂，来自
<http://www.abc.net.au/news/2013-11-30/an-same-sex-rival-protests-taiwan/5127096>.

其他民意调查显示，台湾人对婚姻合法化有更大的分歧，2013 年 11 月有线电视新闻频道 TVBS 对 1,377 名成年人进行的民意调查表明，45%的人反对同性结合，只有 40%的人赞同²⁰⁸。

2015 年 8 月至 10 月，法务部的一项民意调查显示，71%的台湾人支持结婚自由。此外，现任总统（蔡英文）在一个支持婚姻自由的平台上公开地进行竞选活动——并赢得大选。

3.4 政治形势

台湾 LGBT 社群期待在 2016 年 1 月 16 日成功选举出台湾第一位女总统蔡英文后，在婚姻平权方面取得进一步进展。蔡是 LGBT 权利和婚姻平等的支持者。在总统竞选期间，蔡在她的 Facebook 页面上发布了支持婚姻平权的视频，以配合台湾第 13 届年度骄傲游行。在视频中，蔡英文宣称“我是蔡英文，我支持婚姻平权。”她解释说“我们在爱情中都是平等的”，“每个人都应该自由地去爱和追求幸福”。这在台湾政治上是第一次。蔡英文的当选，以及民进党在国家立法机构中占绝对多数的优势，或许意味着台湾可能会成为亚洲第一个承认婚姻平权的地区。

2016 年 12 月 1 日，当总统办公室回答立法院质询时，总统办公室表示，蔡总统支持婚姻平权，并认为同性恋者有结婚的权利。但是，总统也表示会尊重立法院关于这一议题的讨论，以及社会上关于权利的实现应该通过修改民法典还是通过制定单独的民事伴侣法的讨论。

自《婚姻平权法案》于 11 月通过一读以来，人们组织了游行和集会以支持或抗议合法化进程。2016 年 12 月 10 日国际人权日，一场主题为“让生命不再逝

²⁰⁸ P Tsai, S Yeh and J Chen, 同性婚姻现阶段不会合法(27/06/ 2015). 来自 <http://focustaiwan.tw/news/asoc/201506270005.aspx>.

去，为婚姻平权站出来”的音乐会吸引了超过 25 万人参加。2016 年 12 月 26 日，当司法及法制委员会审查“婚姻平权法”时，一群约 30,000 人聚集在台北街头支持婚姻平权，与此同时约有 8,000 人抗议。

新政府是否有足够的选票和政治意愿让婚姻平权和其他 LGBT 法案通过，仍有待观察。作为候选人，蔡英文表示，婚姻平权是“需要社会作为整体共同应对的问题，有些人比较支持，而其他人则比较保守。” 蔡英文解释说，她的政治“风格”是“耐心”与“稳定、务实、准确地实现理想”。许多人认为，台湾 LGBT 权利的政治格局已发生显著变化，并乐观地认为，通过努力和游说，婚姻歧视将会终结，台湾充满爱意并彼此承诺的同性伴侣将在今年就可以共享结婚的自由²⁰⁹²¹⁰。

Hogan Lovells

上海

²⁰⁹ J Lewis and S Gaffney, *LGBT 权利和婚姻平权在台湾的发展* (02/02/2016). 来自 http://www.huffingtonpost.com/john-lewis/exciting-developments-for_b_9093124.html.

²¹⁰ 2019 年 2 月 20 日，台湾行政院公布《司法院释字第 748 号解释施行法》，发布同婚草案。该草案将于 2019 年 5 月 24 日之前生效 — 校对

第三部分 婚姻平权中的国际人权法

(W 翻译, Harry 校对)

第一章 国际法

第二章 国际宣言和条约

第三章 国际法院

第一章 国际法

在过去十年中,人们越来越认识到根据国际人权法 LGBT 人群享有免受基于性取向歧视的权利。尽管各种国际主体依据国际法已经承认了 LGBT 群体的多项权利,然而其中许多主体并没有涉及 LGBT 群体的婚姻权。

根据日本加入的《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)第 26 条,“法律面前人人平等,所有人不受任何歧视地平等享有的法律保护。”²¹¹尽管 ICCPR 没有明确规定性取向是禁止歧视的事由之一,²¹²但联合国认为国际法禁止基于性取向或性别认同的歧视。²¹³

联合国指出,履行免受基于性取向和性别认同的歧视的义务并不需要为 LGBT 人群创设新的或特殊的权利。²¹⁴“相反,它要求在享有所有权利过程时为

²¹¹ 《公民权利和政治权利国际公约》第26条。

²¹²

第26条“法律应禁止任何歧视,并保障所有人平等享有权利和有效地保护其免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产状况、出生或其他身份等任何理由的歧视。”

²¹³

联合国承认性取向像种族、宗教或性别可视为第26条的情形,联合国人权,高级专员办事处,情况说明书,性少数群体权利:常见问题, https://www.unhcr.org/system/unhcr-7-UN_Fact_Sheets_v6_-_FAQ.pdf。

²¹⁴ 联合国人权,高级专员办事处,生而自由和平等,HR / PUB / 12 /

06,10 (2012), <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>。

在1994年Toonen诉澳大利亚案中,联合国人权委员会(UNHRC)认为,性取向是ICCPR反歧视保护中的一种情形,基于《公民权利和政治权利国际公约》第2条和第26条中提到的“性别”可理

LGBT 人群提供普遍适用的不歧视保障。”²¹⁵虽然国际人权法并未明确要求承认同性婚姻，但联合国一贯表示国际法确实需要对同性伴侣及其子女进行法律层面的承认和保护。²¹⁶

第二章 国际宣言和条约

国际人权法以普遍性和不歧视原则为指导。²¹⁷根据“世界人权宣言”(UDHR)第1条，“人人生而自由，在尊严和权利方面一律平等。”²¹⁸UDHR 由联合国大会通过，不具有法律约束力。根据 ICCPR 第26条，该条约对包括日本在内的缔约国具有约束力，“法律应禁止任何歧视，并保障所有人平等享有权利和有效地保护其免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教，政治或其他见解、国籍或社会出身、财产状况、出生或其他身份等任何理由的歧视。”²¹⁹

ICCPR 并未明确将性取向列为受保护地位。但是，基于 ICCPR 平等条款的精神和包容度，联合国各机构已经承认 LGBT 个体和伴侣享有一系列非约束性权利。联合国人权理事会明确表示，LGBT 人士“有权享受国际人权法规定的保护”，²²⁰并且所有国家，无论其政治、经济和文化体系如何，都有促进和保护所有人的人权的法律义务。²²¹当一国仅仅基于性取向将其与他人隔离时，该国

解为包括性取向：Toonen诉澳大利亚人权委员会，第488/1992号案件，联合国文件。CCPR / c / 50 / D / 488/1992, at 8.7。

²¹⁵ 同注4。

²¹⁶ 《生而自由且平等》第53页；

人权理事会，联合国人权理事会的报告，基于性取向和性别认同的歧视和对个人的暴力行为，2015年5月4日，联合国文件。A / HRC / 29/23, 第11段。67-68 (2015)。

²¹⁷ 人权理事会，联合国人权事务高级专员，2011年11月17日，联合国文件。A / HRC / 19/41, 第4页 (2011年)。

²¹⁸ 《世界人权宣言》，G.A.RES. 217A (III)，第1章，UN GAOR，第三次会议，U.N.Doc. A / 810, 第72页 (1948年12月10日)。

²¹⁹ 《公民权利和政治权利国际公约》第26条。

²²⁰ 联合国文件. A/HRC/19/41, 第4页。

²²¹

性少数群体权利：常见问题；同样参见《生而自由且平等》第10页：“所有的人，不论性别、性取向或性别认同，都有权享受国际人权法规定的保护，包括....不受歧视的权利。”

就可能无法保障这部分群众的权利和为其提供保护。²²²理事会还认为同性恋伴侣无法享有和未婚异性恋夫妇相同的权益可能也是对国际人权法的违反。这些权利包括有（继承）养恤金权利，将财产留给在世伴侣的权利，伴侣死后另一方继续留在公共住房的选择权，或者已婚或未婚的异性恋伴侣的外国一方的居住权。理事会还进一步认识到，如果没有法律保护或官方承认他们的关系，LGBT 群体中的个人就会面临健康保健提供者和保险公司等私主体歧视的风险。

223

同样地，人权委员会和经济、社会和文化权利委员会一起呼吁各国提供对同性伴侣的法律承认。²²⁴在 2003 年和 2007 年，人权委员会表明，在同性伴侣和异性伴侣之间给予养老金福利的差异是侵犯了“基于性别或性取向”而不受歧视的权利。²²⁵在扬诉澳大利亚案中，人权委员会认为拒绝未婚同性伴侣领取养老金福利同时赋予未婚异性伴侣相关权利的行为缺乏“合理和客观的标准”。²²⁶委员会表示，上述的这种拒绝违反了 ICCPR 第 26 条。²²⁷在 X. 诉哥伦比亚案件中，人权委员会也认定哥伦比亚当局违反第 26 条，因为其拒绝同性恋申请人成为其恋人“永久伴侣”的要求，并因为申请人的性取向而拒绝承认其享有“生活伴侣的养恤金权利”。²²⁸根据第 26 条，国家有“法律义务…确保每个人享有‘公约’承认的权利…免受基于性取向的歧视。”²²⁹

在上述案件以及同类案件之后，人权委员会敦促各国通过向同性伴侣提供法律保护来保障平等权利。²³⁰2015 年 6 月 1 日，联合国人权事务高级专员发表

²²² 联合国人权，高级专员办事处，情况说明书，国际人权法、性取向和性别认同，https://www.unfe.org/system/unfe-6UN_Fact_Sheets_v6_International_Human_Rights_Law_and_Sexual_Orientation_Gender_Identity.pdf.

²²³ 《生而自由且平等》第53页。

²²⁴ A/HRC/29/23 第67-68段；E/C.12/BGR/CO/4-5, para. 17; E/C.12/SVK/CO/2,第10段。

²²⁵ 同注14，第41页；*扬诉澳大利亚案*，人权委员会No. 941/2000 (CCPR/C/78/D941/2000), at para. 10.4; *X诉哥伦比亚案*，人权委员会 No. 1361/2005 (CCPR/C/89/D/1361/2005), at para. 9.

²²⁶ *扬诉澳大利亚案* at para. 10.4.

²²⁷ 同注16.

²²⁸ *X诉哥伦比亚案* at para. 7.2.

²²⁹ CCPR/C/USA/CO/3, at para. 25.

²³⁰

在爱尔兰的人权委员会关于结论性报告中，委员会赞扬爱尔兰拟议为同性伴侣建立民事伙伴关

了因性取向和性别认同而导致的侵犯个人人权的年度报告。其中一项重要建议是“向同性伴侣提供法律承认并保护其子女的权利。”²³¹各国会因为缺少为同性伴侣提供婚姻或民事结合的可能性行为而面临违反 UDHR 和 ICCPR 的反歧视原则的风险。

第三章 国际法院

欧洲人权法院（ECHR）和美洲人权法院（IACtHR）都就同性关系的法律认可发表了意见。²³²IACtHR 认为“法律面前人人平等、法律面前的平等保护和不受歧视原则属于强制法，因为国家和国际公共秩序的整个法律结构都依赖于它，它是贯穿于所有法律的基本原则。”²³³不仅如此，ECHR 和 IACtHR 均认可《欧洲人权公约》²³⁴和《美洲人权公约》²³⁵分别地都为性取向提供了保护依据。

2012 年，IACtHR 认为，智利最高法院因性取向而拒绝一位母亲对其三个女儿的监护权的行为侵犯了该母亲的人权。²³⁶IACtHR 的主要观点是基于“在国际法发展的现阶段，平等和不歧视的基本原则已进入强制法领域。”²³⁷其同时认

系的立法行为，但注意到该法案缺乏关于税收和福利的某些规定。委员会敦促爱尔兰“确保其立法不歧视非传统形式的伴侣关系”：《人权委员会关于爱尔兰的结论性意见》(CCPR/C/IRL/CO/3), para. 8 (2008).

²³¹

联合国人权理事会的报告，基于性取向和性别认同的歧视和对个人的暴力行为，https://www.unfe.org/system/unfe-63-UN_Human_Rights_Council_Report_one-pager_GREY.pdf.

²³²

成员国有义务执行欧洲人权委员会的判决，包括采取具体措施遏制致促使判决的形成的持续违反《欧洲人权公约》的暴力行为，和采取更广泛的措施预防今后违反公约暴力性行为。美洲人权委员会的判决也具有约束力，但仅限于缔约国自愿服从法院管辖权的情况。各国可普遍或逐案地接受本法院的管辖权。

²³³ 美洲人权委员会，咨询意见-18/03 of 2003年9月17日，非法移民认定与权利，第101段。

²³⁴ 欧洲人员委员会，*Salgueiro da Silva Mouta 诉葡萄牙*，(No. 33290/96), Judgment of 1999年12月21日，终审，21 March 2000年3月21日，第28段。

²³⁵ *Atala v. Chile*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R., Case 12.502 at paras. 83-86 (24 February 2012)。

²³⁶ *Atala v. Chile*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R., Case 12.502 (24 February 2012).

²³⁷ 同注26，第79段。

为“各国必须放弃实施以任何方式直接或间接地旨在造成法律上或事实上的歧视情况的任何行动。”²³⁸此外，IACtHR 还认为，各国义务根据上述国际人权法的原则采取“逆转或改变其社会中存在的损害特定人群的歧视性情况的积极举措。”²³⁹

2015 年 7 月，ECHR 发布一项裁决，指出根据《欧洲保护人权与基本自由公约》第 1 条，欧洲委员会成员国均负有对同性伴侣的法律承认义务，采用的形式可以是婚姻、民事结合或注册伴侣。²⁴⁰该案件缘由是意大利当局拒绝了三对同性伴侣的结婚请求。根据意大利民法典，合法婚姻可能只发生在不同性别的个体之间。法院认定意大利违反了人权法，因为它没有“为同性恋的结合提供承认和保护”。²⁴¹

尽管 IACtHR 和 ECHR 都没有认定各国必须允许同性伴侣结婚，但两者都像联合国一样，认为人权法的原则禁止基于性取向的歧视。从根本上说，在国际人权法要求保护个人免受歧视的要求中包含了保障同性关系的法律保护和法律认可的积极义务。

Davis Polk & Wardwell

东京 & 香港

附录

外国法学会对日本婚姻平权的支持

附录 A. 美国律师协会

附录 B. 英格兰和威尔士律师协会

²³⁸ 同注27，第80段。

²³⁹ 同注28。

²⁴⁰ *Case of Olia and Others v. Italy*, Applications Nos. 18766/11 & 36030/11 (21 July 2015), HUDOC.

²⁴¹ 同注30。第185段。

