



民商法学术著作丛书

总主编：蒋月

同性结合 法律认可研究

熊金才 著

*On the Legal Recognition
of Civil Partnership*



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

汕头大学学术著作出版基金资助



民商法学术著作丛书
总主编：蒋月

同性结合 法律认可研究

熊金才 著

*On the Legal Recognition
of Civil Partnership*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

同性结合法律认可研究 / 熊金才著. —北京: 法律出版社, 2010. 7

(民商法学术著作丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0971 - 1

I. ①同… II. ①熊… III. ①同性恋—法律—研究—中国 IV. ①D923. 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 133965 号

同性结合法律认可研究

熊金才 著

责任编辑 卫蓓蓓

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.125 字数 249千

版本 2010 年 11 月第 1 版

印次 2010 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永恒印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0971 - 1

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

事莫难于谋始,功莫大于奠基。新中国成立六十余年来,特别是改革开放三十年余来,中国大陆地区民商法的教学与研究快速进步,民商事立法、司法、仲裁、律师实务取得重大进展,有目共睹。厦门大学法学院民商法学科,着力培养民商法学各个领域高层次专门人才,以为民商事法立法提供学术参考,切实支持民商事司法水平提升,服务于民商法律实践,促进中国民商事法制进步为己任。本学科师资力量雄厚,民商法各专业领域人才集中。2003 年经国务院学科评议审核获准设立专业学位博士点,是中国内地重要的民商法学教学、研究和人才培养基地。本学科点以民商法理论为基础,跟踪社会实践,研究涵盖民商法主要领域,各研究领域特色鲜明,培养了一大批民商事法律专业人才,取得了诸多重要的研究成果,特别是在民法典及民法基础理论、罗马法、婚姻家庭法、商事法、知识产权法等方面的研究,享有重大学术影响和社会声誉。本学科教师先后承担国家级、省部级课题 30 余项;出版专著 50 余部,译著 10 部;在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等有较大学术影响的专业核心刊物上发表学术论文 200 余篇。

厦门大学民商法学科的教学与研究已有 80 余年的积累。厦门大

学于1926年设法科之初,民法学就显示了强劲的教学和科研力量,聚集了陈朝璧教授、柯凌汉教授、周栢教授、李景禧教授等学贯中西的法学大家。30年代,李景禧教授将日文版罗马《十二表法》译成中文介绍给中国;陈朝璧先生所著《罗马法原理》(1937)被当时国内各大学采用作教科书。陈朝璧教授著《中比通婚中的国际私法问题》(1933)、《英美法原理》(1948),李景禧教授著《法学通论》(1935)、《法学教程》(1940)、《国家与法权基础理论》(1956)等著作在近代民法发展史上产生了重大影响。1979年,厦门大学恢复设立法律系,设立民法教研室,民商法学获得重新发展的生机,并快速成长为国内民商法学教学和研究的的重要基地之一。以李景禧先生、薛景元先生为主的民法教学科研团队开设《民法》(上)、《民法》(下)课程。1982年,获准设立民法专业硕士点,成为全国最早设立民法专业法学硕士点的院校之一。1999年,民商法学被评为福建省重点学科。2002年,本学科设立民商法研究所、罗马法研究所等研究机构,出版《罗马法与现代民法》等书刊,社会影响力日益增强。近年来,厦门大学法学院民商法学科队伍不断壮大,在承担着繁重教学任务的同时,学术研究日益精深,取得了丰富成果。

经过较长时间准备,本学科决定推出“民商法学术著作丛书”。本丛书关注民商事法律领域的重大基础性和热点难点问题。每个论题的选择注重其理论和实践双重价值,既重视基础性,又强调新颖性。部分论题直接挑战传统的法律价值或基本规则,多数论题是国内民商法学界少有研究。研究每个论题,总是细心分析,探微事理,发现规律和效用;注重对论题研究的原创性。研究一个问题,总是辨明类别,明确其内在体系;阐明主张旁征博引,论据翔实,绝不肤浅和盲从,剖析问题层层深入,见解力求精辟,殚精竭思;质疑他人观点或现行规则,究其因果,察其关联,有理有节,严谨平和;提出对策建议,力求比较各种可能方案,既眼观世界各地法律进步,又顾及中国国情,择其最适当者为要,与时俱进。所有著作均为民商法学者同仁呕心沥血

之作,视野开阔,观点鲜明,论证精要,结论可期,质量上乘。

本丛书为开放式系列。以厦门大学民商法学科的教师、博士后研究人员的著作及博士学位论文为主,同时竭诚欢迎海内外同行加盟,将乐意精心收录各方英才的民商法大作。每册原则上在40万字以下。视民商法学同仁的研究成效,每年推出著作若干本,陆续出版。本丛书的读者对象,以从事民商法的立法、司法、教学、研究和律师实务等专业工作者为主,也可供经济、社会决策者参考。

厦门大学法学院民商法学科同仁多年来孜孜不倦地努力和付出,为共同的学术理想和事业尽力工作,卓有成效,令人敬重。相信本丛书系列著作的出版,将为民商事法学教学提供深度资讯参照,推进民商法学的研究,为民商法制建设发挥积极作用。

此为对本丛书及论题的简要说明,是为序。

蒋 月

2010年1月12日

序 一

本书是熊金才的同名博士学位论文,是中国大陆地区第一本公开出版的以同性结合合法化为题的专著。2006年9月,金才考入厦门大学法学院攻读法学博士学位,专攻婚姻家庭法。我是他的指导教师。2009年7月,他顺利通过其博士学位论文《同性结合法律认可研究》。作为导师,我是其学位论文的第二位读者,且前后阅读多次,书中若干观点经过师徒多次讨论,了解他撰写此书的不易。

金才在与我合作翻译英国婚姻家庭法案时,最初承担的翻译任务就是英国《2004年民事伴侣关系法》,由此他渐对同性结合法律调整问题产生兴趣,并开展学术研究,公开发表了数篇该问题的论文。2007年夏季,金才考虑以同性结合问题为其博士学位论文选题,我欣然同意。自20世纪50、60年代以来,主张允许同性性结合的群体争取权利运动借着人权运动的大潮迅速发展。到20世纪80年代末,基于人权保护和反歧视原则,北欧的丹麦率先通过立法承认和保护同性结合,开创人类性结合与家庭生活的法律实践的新例。从此,荷兰、法国、德国、挪威、芬兰、英国等欧洲国家先后立法承认同性性结合;美洲地区紧随欧洲之后,有若干国家和地区立法保护同性结合。从越来越多的国家和地区承认和保护同性结合的法律实践看,同性结合并未否

定传统上以男女两性的性差异为基础的婚姻制度,而是与婚姻制度并行,有些国家和地区的立法直接赋予同性结合与婚姻同等法律地位。这使得国人有必要思考同性结合究竟是否正当、合理,中国法律应当怎样对此与人类公认传统道德和法律价值不相符之社会需求等问题。对此问题展开深入、系统研究,具有重要的理论价值和实践意义。同时,作为博士论文论题,该论题的研究,范围适中。鉴于在国内关于同性结合研究成果少,作者具有英语专业背景,商定发挥作者自身原有知识背景优势,从多学科角度讨论此题,注重理论论证(包括立论与驳论)。经过两年独立研究,论文五易其稿,终于按时完成。

该书选题新颖。如前所述,对同性性结合问题的研究,在我国还仅有包括数篇学位论文在内的少数研究成果发表,相关论题的博士学位论文仅有两篇公开发表。因此,此论题的研究,在国际上虽非前沿,但在中国内地仍属于前沿问题。其研究难度较大。本书对同性性结合展开“长篇大论”,除了借鉴既有相关研究成果,更多地反映出作者对该论题的独立思考和探索。

首先,本书的立论,是从法价值、宪法学、性学、法经济学、法社会学角度探讨同性性结合之合理性、可行性。其次,该文针对反对同性性结合之主要观点,从驳论角度进行分析评述,认为同性性结合将影响人类繁衍、将有损子女利益、违背性伦理之主张均难以成立。其三,该书将国外同性性结合法律认可模式归纳总结为伴侣模式、婚姻模式、互助契约模式、互惠关系模式、民事结合模式五种类型,认为各种模式各有所长、各有所短。其四,针对中国同性恋群体要求权利的呼声,书中设专章讨论,主张以伴侣模式法律认可同性结合。第一章从不同学科证成同性性结合之合理性,是该书的优点和创新,也是本论题探讨的难点之所在。作者熟悉性理论、法社会学等知识,用之论证自身观点,理顺成章。第二章集中就反对同性性结合之主要观点进行驳斥,思路清晰,分析到位。第三章对外国同性结合法律模式的归纳,虽非本书全然创新,但在前人研究成果基础之上有所提高、更为系统、

全面,说明作者对国外涉及同性性结合之法律有深入研读,对各种模式之比较分析,自圆其说,对中国法律应对相关问题之立场、立法技术之思考,有借鉴意义。第四章对中国环境下法律如何应对同性恋群体权益保障问题之讨论,既分析赞成观点,也分析法文化障碍,最后得出的中国法律应予以认可及以伴侣模式为借鉴对象的对策建议,论证充分,有较多创新性研究。总之,该书全面总结评述了涉及该论题之国内外研究成果,资料翔实;书中结构安排合理,论证逻辑顺畅,充分、大气,值得肯定。作者通过对外国法相关问题的研究,能够联系中国社会实际,注意观察分析中国法应如何应对该问题,并展开专章讨论,使得该文研究显得充实。作者跨学科地研究论题,拓宽了论题研究的视野,使论证更饱满。书中对专业问题的解析层层深入,依据翔实,说理充分,是一本质量较高的论著。相信,本书对于推动同领域问题的研究,将有所帮助。

学生能够有些成绩,当是老师的快乐源泉之一。应作者之邀,乐写几句,是为序。

蒋 月

2010年10月18日

于厦门大学法学院

Preface

I am honoured to introduce Dr. Xiong's bold study (the first in the People's Republic of China, to the best of my knowledge) "On the Legal Recognition of Civil Partnerships". Homosexuality is still a topic of great controversy in contemporary China and legal recognition (and to a lesser extent social acceptance of) same-sex marriage rests uneasily with family culture and political ideology in the PRC.

Important reforms did take place during the late 1990s and early 2000s. In 1997 the de facto decriminalization of homosexuality by characterizing the practice as "hooliganism" was removed from the criminal law. In April 20, 2001, the official system of Classification of Mental Disorders formally removed homosexuality from its list of mental illnesses. Despite these developments, however, the authorities remain unsympathetic to gay issues or to the promotion of gay rights in China. The official policy continues to be "Three Nos": no approval, no disapproval, and no promotion. And large sections of the population still hold the view, it seems, that homosexuality is "wrong", a "disease" and a source of HIV infection. In practice, gay people continue to endure

prejudice in the justice system (including sometimes harassment from the police), and discrimination in society. As a result, many Chinese homosexuals remain in the closet and keep the doors firmly closed by entering into conventional marriage.

The homosexual population in China is substantial, although objective statistics are difficult to come by because of the felt need of many to remain in the closet. An official figure, quoted in the *China Daily*, put the number for mainland China at “approximately 30 million”, but sociologist Li Yinhe estimates that the figure may be as high as nearly 50 million. The continuing prejudice against gays and lesbians has led to the socially-undesirable phenomenon of homosexuals’ heterosexual marriage, which often creates problems for both partners and children. Given these important factors, a major transformation in public policy in relation to homosexuals in contemporary China is needed, in particular by strengthening protection for the rights of homosexuals by means of legal recognition of civil partnerships. Dr. Xiong’s study examines the practical issues, cultural values and reform possibilities in this field, and makes a telling theoretical contribution, enhancing the existing corpus of research, and pointing the way to a more effective rights protection process for gays and lesbian people in China today.

This book is path breaking in several specific ways. First, it offers multi-disciplinary and cross-culture comparative research, which probes into the legal grounds and theoretical foundations of the legal recognition of same sex partnership from the perspectives of philosophy of law, constitutional theories, sexual theories, economics of law, and sociology of law. Secondly, it contributes significantly to the arguments in favour of same-sex partnership legal recognition, providing as it does analysis in

this field of the relationship between freedom and order, fairness and efficiency, and the individual and the society. It looks at key perspectives and issues: the biological essentialists and the social constructionists, the segregation of marriage and procreation, and the costs and benefits of same-sex partnership legal recognition. Thirdly, it offers a convincing comparative study of the existing modes of legal recognition of same sex partnership including: marriage, partnership, solidarity pact, reciprocal beneficiary, and civil union. Rights and responsibilities in these various forms of same sex relationship are affected by the political system, cultural values, attitudes to law, and social attitudes towards homosexuals. Fourthly, Dr. Xiong argues for public policy reform in China in relation to homosexuals, especially enhancement of protection for the personal rights of homosexuals. This, it is argued, needs to be done in several ways. Development of a separate-but-equal property rights protection system is necessary. Legal recognition of same-sex partners' status rights would be done best by adopting the "partner model" adapted by the United Kingdom, Denmark, and other jurisdictions. This approach, Dr. Xiong argues, is in fact compatible with Chinese culture and offers a win-win solution, by both protecting the rights of homosexuals and by the safeguarding more traditional marriage and its values.

Michael Palmer
Shantou University Law School
October 16, 2010

目 录

绪论 /1

- 一、研究背景与问题的提出 /1
- 二、研究的理论意义与实践价值 /6
- 三、研究路径和方法 /9
- 四、国内外研究文献综述 /11
- 五、本书研究的创新之处 /27

第一章 同性结合法律认可之证成 /30

第一节 同性结合法律认可的法价值 基础 /30

- 一、性自由权保障与性秩序规范 /31
- 二、平等权益与法的效益价值 /37
- 三、同性恋个人发展与社会进步 /43
- 结语 /45

第二节 同性结合法律认可的宪法阐释 /46

- 一、同性恋婚姻权的宪法扩张解释 /47
- 二、同性恋性权利的宪法依据 /56

三、同性恋婚姻权历史解释的局限 /59	
结语 /61	
第三节 同性结合法律认可的性理论支撑 /63	
一、同性恋成因的本质论 /63	
二、同性恋成因的构建论 /68	
三、颠覆婚姻性别基础的“酷儿理论” /72	
四、自由主义性伦理理论 /76	
结语 /78	
第四节 同性结合法律认可的法经济学理论 /79	
一、同性结合法律认可的效益 /80	
二、同性结合法律认可的成本 /87	
结语 /89	
第五节 同性结合法律认可的法社会学分析 /90	
一、同性结合法律认可与社会类型 /91	
二、同性结合法律认可与社会结构 /102	
结语 /112	
第二章 同性结合法律认可有害论之证伪 /114	
第一节 同性结合法律认可与人类繁衍 /115	
一、生育功能的历史阐释 /116	
二、婚姻与生育分离的现实考证 /120	
三、婚姻与生育分离的科学技术基础 /124	
四、婚姻与生育分离的积极意义 /126	
结语 /127	
第二节 同性结合法律认可与未成年子女利益 /129	
一、同性结合有损未成年子女利益论 /130	
二、同性结合无损未成年子女利益论 /137	
三、赋予同性恋者收养权的立法实践 /141	
结语 /144	
第三节 同性结合法律认可与性伦理 /145	

一、传统性伦理的基本原则 /146	
一、性伦理文化传承的变迁 /149	
三、同性结合法律认可符合性伦理之无伤害原则 /150	
四、同性结合法律认可符合性伦理之性爱原则 /153	
结语 /156	
第三章 同性结合法律认可模式 /158	
第一节 伴侣模式 /159	
一、英国《同性伴侣关系法》/159	
二、德国《生活伴侣关系法》/168	
三、北欧注册伴侣关系法 /172	
四、美国加州《家庭伴侣关系法》/176	
第二节 婚姻模式 /180	
一、加拿大《民事婚姻法》/181	
二、南非《民事结合法》/182	
三、荷兰《同性婚姻法》/182	
四、西班牙《民事婚姻法》/184	
五、比利时《同性婚姻法案》/184	
第三节 互助契约模式 /185	
一、民事互助契约的性质与成立要件 /185	
二、民事互助契约的效力与解除 /187	
三、民事互助契约与同居和婚姻的比较 /189	
第四节 互惠关系模式 /192	
一、《互惠关系法》产生的背景 /193	
二、互惠关系的内涵 /195	
三、互惠关系的本质 /197	
第五节 民事结合模式 /197	
一、佛蒙特州《民事结合法案》/197	
二、马萨诸塞州民事结合判例 /198	
三、康涅狄格州《民事结合法案》/199	

第六节 立法模式比较 /200

一、立法技术比较 /201

二、不同立法技术之法理 /208

三、权利义务关系之异同 /212

四、美国立法模式述评 /214

结语 /220

第四章 中国同性恋权益保障的路径选择 /222

第一节 中国同性结合法律认可之必要性 /222

一、阻断同性恋异性婚姻之制度保障 /224

二、增进社会整体利益之有益法律实践 /237

第二节 中国同性结合法律认可之可行性 /242

一、同性性行为的非罪化 /243

二、同性恋的去病化 /247

三、同性恋生存环境的改善 /250

第三节 中国同性结合法律认可的法文化障碍 /254

一、法律道德化 /255

二、家中心理念 /259

三、国家与集体主义 /261

四、法意识与法人格 /265

结语 /270

第四节 中国同性结合法律认可的模式构建 /271

一、平等保障同性恋人格权 /272

二、以伴侣模式承认同性伴侣身份权 /278

三、区别对待同性伴侣财产权 /283

结论 /288

参考文献 /292

后记 /305

绪 论

同性结合法律认可之法律实践始于1989年丹麦的《注册伴侣关系法》,被视为20世纪人权领域的重大革命之一。这场革命在促成同性恋权益保障的一系列历史性法律及提升同性恋权益和改善同性恋生存环境的同时,也激起了传统婚姻捍卫者和同性结合法律认可支持者之间激烈而广泛的论争,引发了人们对性自由与性秩序、个人价值实现与社会整体利益、道德约束与法律规范、宗教与世俗、婚姻家庭文化传承与变革以及人生价值等一系列重大问题的重新审视。对此人类共同面临并有可能影响异性婚姻性别基础和婚姻家庭法律制度的重大问题,我们有必要探究其法理,权衡其利弊,比较对照不同法律认可模式的优势和局限以及不同立法模式的文化适应性,以便对本国同性性少数群体维权的呼声适时作出理性的制度回应。回避或不作为,是我们难以承受之重!

一、研究背景与问题的提出

自20世纪90年代至今,荷兰、比利时、西班牙、加拿大、南非、葡萄牙、阿根廷等七个国家相继立法,以婚姻模式认可了同性结合,赋予同性结合者与异性婚姻配偶相同或基本相同的身份权和财产权,