

涉外同性婚姻在我国的法律适用研究

王艳平

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年3月16日; 录用日期: 2022年4月10日; 发布日期: 2022年4月19日

摘要

随着性人权运动的兴起和我国对外开放程度的不断加深, 涉外同性婚姻在我国的法律适用成为学界的研究重点。我国作为多法域主权国家, 仅台湾地区承认同性婚姻合法化, 而大陆、香港和澳门地区均否认同性婚姻的效力。涉外同性婚姻在我国的法律适用涉及选法、公共秩序保留和法律规避问题, 为了促进我国与他国在国际私法层面上的必要交往, 应细化选法路径、合理谨慎运用公共秩序保留制度、充分识别法律规避行为, 以保障同性伴侣的合法权益。

关键词

同性婚姻, 公共秩序保留, 法律规避, 最密切联系原则

Study on the Application Law of Foreign-Related Homosexual Marriage in China

Yanping Wang

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 16th, 2022; accepted: Apr. 10th, 2022; published: Apr. 19th, 2022

Abstract

With the rise of the sexual human rights movement and the deepening of China's opening to the world, the study on the application law of foreign-related homosexual marriage in China has become the focus of academic research. As a multi-jurisdictional sovereign state, only Taiwan recognizes the legalization of homosexual marriage, while the mainland, Hong Kong and Macau all deny the validity of homosexual marriage. The application law of foreign-related homosexual marriage in China involves issues of law selection, public order reservation and evasion of law. In order to

promote the necessary exchanges between China and other countries at the level of private international law, it is necessary to refine the selection of law, use the public order reservation reasonably and carefully, and fully identify the behaviors of evasion of law to protect the legitimate rights of homosexual couples.

Keywords

Homosexual Marriage, Public Order Reservation, Evasion of Law, The Doctrine of the Most Significant Relationship

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

近年来,随着性人权运动[1]的不断兴起,¹同性婚姻合法化问题也逐渐进入人们的视野中,成为国内外学者的研究重点之一。截止2022年3月,全世界已经有29个国家和1个地区实现了同性婚姻合法化,²另有14个国家通过了同性民事结合。³而我国目前立法尚不涉及同性婚姻,对其效力也不予认可。在实践层面上,一方面,随着我国对外开放程度的不断加深、与他国民商事交往的日益频繁,不可避免将会与某些同性婚姻合法化国家在涉外同性婚姻领域发生冲突。《外国人在中国永久居留审批管理办法》的发布,⁴标志着中国“绿卡”制度的实施,这意味着将会有更多外国人进入我国领域从事各项工作与事务,而涉外同性婚姻的效力认定问题,也会因此不断涌入我国。另一方面,鉴于同性婚姻已在我国台湾地区合法化,我国同性婚姻领域的区际法律冲突可能会愈加凸显。而目前我国大部分学者对涉外同性婚姻法律适用的研究涉及先决问题和识别、公共秩序保留、法律规避等,但其对以上问题的讨论还不够深入,逻辑也不够完善,未能将与涉外同性婚姻法律适用问题相关的内容全部涵盖。对此,笔者认为可以将涉外同性婚姻法律适用问题的研究分为三部分,即如何选法、选法完毕后若适用外国法是否构成对公共秩序的违反、法律规避是否导致规避外国法的行为无效。因此,本文将以上三部分为重点,系统论述涉外同性婚姻在我国的法律适用问题。

2. 同性婚姻的界定及法律规制

(一) 同性婚姻与涉外同性婚姻

同性婚姻,即与异性婚姻相对的婚姻模式,包括狭义上的同性婚姻与广义上的同性婚姻。狭义上的同性婚姻与异性婚姻十分相似,只是婚姻缔结主体不局限于一男一女,其他方面并无不同。而广义上的同性婚姻还包括法定准婚姻关系制度和互惠关系模式,其中法定准婚姻关系制度又分为注册伴侣立法模式和家庭伙伴立法模式[2],此类婚姻模式中,当事人只能享有异性婚姻当事人所享有的部分权利,其权益也只能得到法律一定程度上的承认。目前我国学界倾向于广义上的同性婚姻,笔者也认为此种同性婚

¹“性人权运动,更多呈现为少数的、被污名的性选择人群争取自身平等权益的运动。”参见方刚多元的性/别[M]. 山东人民出版社,2012:170.

²世界上承认同性婚姻法的国家和地区包括:荷兰、比利时、西班牙、加拿大、南非、挪威、瑞典、葡萄牙、冰岛、阿根廷、丹麦、乌拉圭、新西兰、法国、巴西、英国、卢森堡、芬兰、爱尔兰、美国、哥伦比亚、墨西哥、德国、马耳他、奥地利、澳大利亚、哥斯达黎加、厄瓜多尔、泰国和中国台湾。

³通过同性民事结合的国家包括:安多拉、智利、克罗地亚、塞浦路斯、捷克、爱沙尼亚、希腊、匈牙利、意大利、列支敦士登、摩纳哥、圣马力诺、瑞士和斯洛文尼亚。

⁴《外国人在中国永久居留审批管理办法》于2003年12月13日经国务院批准,于2004年8月15日由公安部和外交部发布施行。

姻界定方式更加符合国际社会的需要。

对于涉外同性婚姻的认定，即在同性婚姻的基础上叠加涉外因素，在此问题上主要涉及我国及其他国家公民在允许缔结同性婚姻的国家缔结的同性婚姻在我国的效力。单以主体作为考量因素，可以将涉外同性婚姻具体分为我国公民、我国公民与外国公民、同一国籍外国公民和不同国籍外国公民在同性婚姻合法化国家缔结的同性婚姻。

(二) 我国现行法律对同性婚姻的规制

在冲突法领域，我国当前没有相关法律涉及对涉外同性婚姻的规制。我国《涉外民事关系法律适用法》第三章规定了婚姻家庭部分，但其适用主体也仅限于异性婚姻当事人，对于此类规定能否“类推适用”至同性婚姻双方，学界存有不同观点，笔者认为可以“参照适用”至同性婚姻主体，但即使作出此种适用，也不可否认当前我国缺少规制涉外同性婚姻的冲突法。

在实体法领域，对于同性婚姻的规制，可以分为以下三个部分：

1) 大陆地区

随着《民法典》的发布实施，我国《婚姻法》现已失效，其内容被吸纳进《民法典》第五编婚姻家庭中。《民法典》第一千零四十一条第二款规定我国实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度，另有多项条文提及婚姻一男一女的属性。⁵这些条文都暗含了立法者对同性婚姻的态度，即我国只承认缔结主体为一男一女的婚姻，同性缔结的婚姻无效。

但实践中不乏有学者尝试推进我国同性婚姻合法化进程，其中影响力最大的当为著名社会学家、性学家李银河教授，其在 2000 年《婚姻法》修改时提出加入“同性婚姻”条款，2004 年提出《中国同性婚姻提案》，在 2015 年 3 月的两会上提出《关于同性婚姻的提案》。值得注意的是，我国参加了 2018 年 11 月 6 日在日内瓦举办的联合国 UPR 第三轮审议，⁶并在 LGBT + 问题上阐述了我国基本立场，⁷这说明我国虽然在立法和司法实践中缺乏对同性婚姻的规制，但我国对待同性婚姻的态度正在向积极的方向转变。

2) 香港和澳门地区

根据香港《婚姻制度改革条例》第四条之规定⁸，及《婚姻条例》中针对夫妻的表述多使用“一男一女”的措辞，这表明了香港地区立法者对同性婚姻不认可的态度。

虽然香港在法律层面上不承认同性婚姻的效力，但在实践中涉及性取向歧视的两则案例表明了香港对同性婚姻双方权益保障的重视。这两则案例均已经过两次上诉并最终由香港终审法院作出判决。一则案例涉及一持香港工作签证女子与一英国籍女子在英国根据《民事伴侣法案》成为同性民事伴侣，而对于该英国籍女子能否获得受养人签证的问题。⁹另一则案例涉及一香港公民与一男子在新西兰缔结了合法的同性婚姻，而对于该香港公民所享有的公务员配偶福利、税务事项能否延及该同性伴侣的问题。¹⁰香

⁵如第一千零四十六条规定了结婚应当男女双方自愿；第一千零四十七条规定了男女的最早结婚年龄；第一千零四十九条规定了结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记；第一千零五十条规定了登记结婚后，男女双方根据约定可以成为对方家庭的成员。

⁶Universal Periodic Review (普遍定期审议，简称 UPR)：根据联合国人权理事会定义，UPR 是一个独特的程序，涉及对所有 193 个联合国成员国的人权记录进行定期审议。

⁷中国代表团在本次会议上首次正面回应了 LGBT+权利问题，并阐述了我国基本立场：(1) 我国一贯尊重 LGBT+群体的健康权，并给予其平等的社会保障；(2) 保护进行性别重置手术的权利；(3) 在目前阶段，我国不给予 LGBT+ 群体与同性缔结婚姻的权利并非因为歧视；(4) 这一政策是由我国的历史文化价值观决定的。这是中国首次于联合国普遍定期审议会议上回复 LGBT+ 问题，并对同性婚姻、跨性别权益做出回应。

⁸香港《婚姻制度改革条例》第四条规定：“凡于指定日期或该日以后在香港缔结的婚姻须意指一男一女自愿终身结合，不容他人介入，而且只可按照《婚姻条例》(第 181 章)而缔结。”

⁹Director of Immigration v. Q (04/07/2018, FACV1/2018) (2018) 21 HKCFAR 324, [2018] HKCFA 28 (https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=116049&currpage=T)

¹⁰Leung Chun Kwong v. Secretary for The Civil Service and Another (06/06/2019, FACV8/2018) (2019) 22 HKCFAR 127, [2019] HKCFA 19 (https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=122337&currpage=T)

港终审法院对这两则案例的判决是一致的，即均判决同性婚姻主体胜诉。值得注意的是，在这两起案件中，香港终审法院还特别强调该上诉案不涉及同性伴侣是否有权根据香港法律缔结婚姻的问题。

对于澳门地区实体法对同性婚姻的规制问题，其《民法典》第一千五百零一条规定了不成立之婚姻的情形，其中第五项为“相同性别之两人结婚”，即与大陆和香港地区通过条文含义表明不承认同性婚姻相比，澳门地区更近了一步，其直接在立法中明文规定同性婚姻不成立。

3) 台湾地区

台湾地区于2019年2月通过《司法院释字第748号解释施行法》，标志着同性婚姻在台湾地区的正式合法化，也意味着台湾成为亚洲第一个以法律形式保障同性婚姻的地区。

综上所述，我国当前除了台湾地区承认同性婚姻合法化以外，大陆、香港和澳门地区均不承认同性婚姻的效力，但香港地区的相关司法实践表明其在不承认的同时也注重对同性伴侣合法权益的保障。

3. 涉外同性婚姻的认识及连结点选择

(一) 涉外同性婚姻的认识

涉外同性婚姻法律适用问题首先涉及如何选法，而选法可分为识别及连结点选择问题。识别，又称定性，意指为适用冲突规范，根据一定的法律观念，对有关事实和问题加以分析，将其归入一定的法律范畴；在此过程中，也涉及对有关冲突规范本身进行解释，以确定应适用哪一类冲突规范^[3]。我国《涉外民事关系法律适用法》第八条对识别问题作出了规定，¹¹ 根据该规定，在我国法院提起的要求承认同性婚姻效力或者以该问题作为先决问题的案件中，有关“婚姻”、“同性婚姻”概念的定性，应当适用中国法。而根据我国《民法典》相关规定，“婚姻”仅限一男一女的结合，且不涉及对“同性婚姻”的定性。如此直接适用我国法来判定识别问题便会使案件陷入无解状态。

我国法院需要应对的与涉外同性婚姻效力相关的案件具体可以分为两类，一类是单纯起诉要求法院承认其同性婚姻效力，另一类是以判定同性婚姻效力为先决问题，进而要求法院对作为主要问题的抚养、收养、继承等问题作出裁判。在各国司法实践中，第一类案件很少出现。而对于第二类案件，因为该先决问题与抚养、收养、继承等问题关系密切，因而在先决问题无法解决的情况下，作为主要问题的相关民事纠纷也不可能得到公正的处理。换言之，在涉外同性婚姻的效力认定过程中，识别问题与先决问题至关重要，且二者关系密切，而依我国现行法律尚不能对其作出较为妥善的回应。

(二) 涉外同性婚姻连结点的选择

上述两类案件在我国法院提起后，应当适用中国法进行识别，即适用我国关于涉外同性婚姻的冲突规范来确定准据法，而我国尚不存在该类冲突规范，至此，可以分为两种情形来讨论连结点选择问题。

第一种情形为灵活运用，将“同性婚姻”识别为同性民事身份关系，视为婚姻关系。因为狭义上的同性婚姻与传统异性婚姻模式保护的法益相同，具有相同的爱情、责任、权利、义务等要素；而法定准婚姻制度也应被归类于异性伴侣之间的同居关系，虽然同居在我国已不再构成事实婚姻。对此，有许多学者提出可以类推适用我国《涉外民事关系法律适用法》中关于婚姻的法律适用规则。但笔者认为在讨论该对策前，应当厘清“参照适用”与“类推适用”的区别，即二者面对的法律漏洞、适用的法律领域和法官的自由裁量空间不同。“类推适用”指向法外空间，主要存在于民商法领域，法官裁量空间较大；而“参照适用”针对法内漏洞，广泛存在于各法律领域，法官选择空间较小^[4]。

对涉外民事关系法律适用作出类似规定的有最高人民法院发布的相关司法解释，¹² 该司法解释第十

¹¹ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第八条规定：“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”

¹² 详见《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》。

七条¹³出现了“参照适用”字眼。对于涉外同性婚姻的法律适用问题，笔者认为应当控制法官的自由裁量权，避免其一味追求适用本国法而运用公共秩序保留等制度排除外国法的适用，因此也应当使用“参照适用”字眼。

在我国现阶段不承认同性婚姻及没有任何一部法律涉及“同性”字眼的情况下，要为同性婚姻单独立法实属不切实际，而修改《涉外民事关系法律适用法》，增加单独一条或在第二十一、二十二条下增加一款有关涉外同性婚姻适用法律的规定也看似并不可行，因此现阶段最合适的解决方法当为在相关司法解释中进行规定。

具体而言，可对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》进行修正，¹⁴增加一条“涉外同性婚姻的法律适用，参照适用涉外民事关系法律适用法中的婚姻冲突规范。”以明确规定涉外同性婚姻的法律适用。

第二种情形为严格运用，将同性婚姻关系严格限制在婚姻关系之外，此时则需依照最密切联系原则来确定其效力。我国《涉外民事关系法律适用法》第二条第二款规定了法律适用的最密切联系原则。¹⁵对此条文进行解读，涉外同性婚姻可以列入“本法和其他法律没有规定的”，而“有最密切联系的法律”中的“最密切联系”则需谨慎界定。

对此问题，学界主流观点认为最密切联系地为婚姻缔结地，有学者提出，同性伴侣奔赴某一特定国家或地区结婚，是因为他们认为能缔结被法律所承认和保护的婚姻关系至关重要，且他们希望其婚姻关系能被社会知晓和认可[5]。也有学者指出，婚姻的本质属性为一种“身份契约”关系，此种关系可与涉外合同一样依最密切联系原则确定其法律适用，在众多连结中，婚姻缔结地与此种身份关系联系最为密切[6]。笔者也认同上述观点，涉外同性婚姻仍归属于婚姻法范畴，其最明显的特征为人身性，而与婚姻这种身份关系有最密切联系的当属婚姻缔结地。因此，在以最密切联系原则为标准确定涉外同性婚姻效力时，应当适用婚姻缔结地法。

此外，对涉外同性婚姻效力的不承认还可能会引发重婚问题。若在域外缔结了合法同性婚姻的当事人移居到我国境内后希望离婚，由于我国法院不承认其婚姻效力，自然不可能处理其离婚事宜，如此当事人便只能回到其婚姻缔结地处理离婚，这无疑给当事人带来了巨大不便。并且，已经缔结了同性婚姻的当事人由于我国的不承认，其在我国境内仍有权利再与异性结婚，如此便会构成事实上的重婚，不利于维护我国社会秩序。试想下列一种情形：一比利时女子甲与一土耳其女子乙，在荷兰缔结了合法同性婚姻，后移居到我国生活，且我国构成其经常居所地，几年后两人向我国法院起诉离婚，但因我国不承认同性婚姻效力，遂裁定不予受理，而两人冲突严重也不愿再回到荷兰离婚，后又分别与我国两名男子结婚，达成了我国法律认可的婚姻模式。此时两对异性婚姻与一对同性婚姻便交织在了一起，形成了一种啼笑皆非的境况。

4. 涉外同性婚姻之公共秩序保留

(一) 我国法院和同性婚姻当事人视角

即使在上述选法过程中识别到了相应冲突规范，找到了应当适用的准据法，一个在境外合法有效的

¹³《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第十七条规定：“涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民事关系的法律适用问题，参照适用本规定。”

¹⁴《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》已于2020年12月29日进行修正，于2021年1月1日起正式开始实施。2020年修正版与2012年版相比较，删去了原本的第四条和第五条，即有关涉外民事关系法律适用涉及适用国际条约和国际惯例的规则，其他条款均无变化。该修正后的司法解释于今年年初才开始实施，短期内对其进行修正希望不大，但相较于其他方案，此种方式还是当下最为适宜的。

¹⁵《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二条第二款规定：“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”

同性婚姻仍然可能无法得到本国承认，而拒绝承认的理由便可能是公共秩序保留。公共秩序涉及一国体制和习俗中的根本利益，而公共秩序保留制度是法院为维护本国公共政策，保留不按照本国冲突规范的规定适用外国法，或在某些涉外领域直接适用内国法。根据不同国家的文化背景和立法目的，一国多为捍卫本国的基本道德观念、法律基本原则或重大社会利益免受外国法律适用的损害而运用公共秩序保留制度。在许多国家，即使对于双方均为外国人的同性婚姻，法院也可能会援引公共秩序保留以适用法院地法[7]。但倘若一国一味地以法院地公共秩序为由拒绝适用外国法或拒绝承认外国判决又实在有悖国际私法的“国际”精神[8]。我国《涉外民事关系法律适用法》第五条也对此作出了规定。¹⁶ 分析该条规定可知，我国强调在结果层面运用公共秩序保留制度，即只有当适用某一外国法的结果会损害我国社会公共利益时才不予适用。

当同性伴侣在一承认同性婚姻的国家缔结了在该国合法的婚姻，而该外国法内容与我国的立法宗旨不一致时，应当考量适用该外国法的结果是否会损害我国社会公共利益。对此，有学者认为，同性婚姻属于婚姻家庭法范畴，调整的是婚姻家庭关系，且其以人身关系为主、财产关系为辅，此种私人属性决定了该问题一般不会对我国的政治、经济、法律等制度产生较大影响，更不会危及我国社会公共利益[9]。但也有学者认为，当前同性婚姻与我国社会公共利益产生了剧烈冲突[10]。袁发强教授将涉及公共秩序保留的同性婚姻分为两类，一类为法律规避行为，理应不被法院地所承认；另一类涉及已经在域外合法缔结同性婚姻的当事人因工作等原因迁移到法院地生活，出于维护本地公共秩序和避免造成对本地同性恋群体歧视的需要，也不应当赋予其类似夫妻的权利义务[11]。

在上文提及的两则香港涉及同性伴侣权利保障的案例中，关乎待遇差别准则和法律面前人人平等的基本原则。在 QT 诉入境事务处处长一案中，虽然香港终审法院强调该上诉并不涉及同性伴侣是否有权根据香港法律结婚，但实际上认可了英国法下同性伴侣的合法地位，认定 QT 可以获得基于配偶才能取得的受养人签证；在梁镇罡诉公务员事务局局长及税务局局长一案中，香港终审法院认可了新西兰法下同性伴侣的合法地位，认定梁镇罡的同性伴侣可以享有《公务员事务规例》下的配偶福利及《税务条例》下的合并评税资格。上诉中答辩人以保障香港的传统婚姻制度免受削弱即公共秩序为由，认为不应当给予梁镇罡的同性伴侣以公务员配偶福利和合并评税资格，然而香港终审法院认为现时社会大众对婚姻的道德价值观念并非相关考虑因素，因为以欠缺大多数人的共识为由而拒绝小众人士的申索在原则上有害基本人权，故裁定拒绝向梁镇罡提供雇佣及税务福利与保障香港的婚姻制度没有合理关联。可见法院在运用公共秩序保留制度对待同性婚姻效力及其相关权利事件时，应遵循法律基本原则，考虑所做决定与目的之间是否有合理关联，考虑是否会侵犯同性伴侣基本人权及合法权益等问题。

(二) 法院判决的承认与执行层面

上述讨论主要从我国法院和同性婚姻当事人角度出发，而从法院判决的承认与执行层面上考量，还可能会涉及外国法院这一主体。¹⁷ 假设下列一种情形：丙和丁在荷兰缔结了合法同性婚姻，后因生活需要迁移到以色列居住，并向以色列法院申请承认其同性婚姻的法律效力，以色列法院判决支持了其诉讼请求，¹⁸ 后丙和丁又因工作调动迁移到中国居住，此时对于以色列法院判决在我国的承认问题，除了由丙和丁向我国有管辖权的中级人民法院申请这一条路径，还可能直接由以色列法院向我国法院作出请求。

¹⁶ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第五条规定：“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。”

¹⁷ 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百八十一条规定：“外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。”

¹⁸ 以色列法院有过承认外国合法同性婚姻的先例，如 2006 年底，五对在加拿大注册结婚的以色列同性伴侣向法院起诉要求承认其同性婚姻的法律效力，以色列最高法院判决支持；2012 年 12 月，以色列法院判决一对男同性伴侣离婚。

在涉及外国法院的情形下，我国法院对涉外同性婚姻的效力认定便可能会影响到两国间的友好交往。

此外，在适用公共秩序保留制度认定涉外同性婚姻效力时，要区分两种诉讼情形，即单独诉讼和作为先决问题的诉讼。且应当严格坚持“客观说”标准，即只有当适用外国法的结果会损害我国社会公共利益时才可予以排除。

单独诉讼指同性婚姻当事人向人民法院起诉要求承认其婚姻效力，对此笔者认为应当适用公共秩序保留制度予以拒绝。原因在于虽然我国对待同性群体的态度日益宽容和开放，也积极寻求对 LGBT + 群体的权利保障，但不歧视同性群体与承认同性婚姻效力不能划等号。在我国传统文化和习俗背景下，倘若法院对一要求承认同性婚姻效力的案件作出支持的判决，则可能会违背我国公序良俗，进而对社会公共利益造成一定程度的消极影响。

而为了对外交往的便利，作为先决问题的诉讼便可以灵活对待，适当承认其有效性。在同性婚姻当事人因收养、继承、离婚等问题向法院提起诉讼时，法院应当对作为先决问题的同性婚姻之效力进行判定，此时为使得纠纷能够得到妥善解决，我国应当弹性适用公共秩序保留制度，有选择地适用相关外国法。例如在以收养为主要问题的案件中，我国法院倾向于维持收养关系的稳定性。我国《涉外民事关系法律适用法》第二十八条规定了收养效力的法律适用规则¹⁹，即适用《中华人民共和国收养法》或另一同性伴侣的经常居所地法。此时可分两种情形讨论，若同性伴侣双方均为中国人，根据我国收养法第十条第二款规定²⁰，则其不能在中国收养子女，因其不存在《民法典》意义上的“配偶”；若同性伴侣双方均为外国人，且在双方经常居所地法的规定中同性伴侣收养子女是合法的，那么此时形成的收养关系往往会得到中国法院的承认，法官可以在此类案件中行使自由裁量权，以保护被收养儿童的最大利益和维持收养关系的稳定[12]。

(三) 不承认同性婚姻国家视角

对于不承认同性婚姻的国家，如梵蒂冈于 2003 年发布了一份长达 12 页的文件——《关于承认同性恋人结婚合法性建议的几点考虑》，呼吁信仰罗马教廷天主教的立法者阻止欧洲和北美同意同性恋人结婚法案的通过。梵蒂冈认为对同性婚姻的法律承认会破坏婚姻的意义并损害公共利益，提出婚姻的主要目的之一是生育和教育孩子，而允许同性家庭收养孩子会剥夺其全面发展的适当环境，完全不利于其人格健康发展[13]。日本目前虽然没有法律规定允许同性婚姻或民事结合，但已有立法者主张通过立法承认同性婚姻，且地方政府开始采取政策在其权力范围内关心性少数群体，如东京涩谷区于 2015 年建立了“合作伙伴认证制度”，以此方式颁发证书认证同性伴侣关系[14]。

对于以往不承认同性婚姻的国家，如在最高法院判决同性婚姻合法之前的美国，各州虽然具有大致相同的文化背景，但在某些具体事项上也存在分歧，例如堕胎和同性婚姻。有学者曾随机抽取三百个涉及公共秩序保留的案件，得出公共秩序保留使得法院更容易适用法院地法的结论，且法院也常常以公共秩序保留为借口，增加适用法院地法的概率。对于同性婚姻是否合法这个问题，个别州适用公共秩序保留排除特定州法律从而适用法院地法的理由为该州法律显然违宪[15]。此外，有学者提及 *re May's Estate* 和 *re Dalip Singh Bir's Estate* 这两个经典案例，该案例阐明了法院不会援引公共秩序保留来避免执行外国婚姻判决，除非当事人的行为直接违反了该法院根深蒂固的道德价值观，并指出如果诉讼之目的是确定“同性结合”中同性之间性行为的合法性，而不是解决当事人之间的附带问题(incidental issues)，那么同性结合很可能会被认定为违反国家的公共秩序[16]。在 *Baehr v. Lewin*²¹ 一案中，夏威夷最高法院以性别歧视

¹⁹ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十八条规定：“收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。收养的效力，适用收养时收养人经常居所地法律。收养关系的解除，适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。”

²⁰ 《中华人民共和国收养法》第十条第二款规定“有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。”

²¹ 852 P.2d 44 (Haw. 1993)

为由裁定违宪。对此，1996年国会通过了《捍卫婚姻法案》，多数州宣布同性婚姻违反其公共秩序，理由为宗教传统和历史实践认定婚姻主体仅限一男一女，并且同性伴侣无法生育，违反了婚姻的初衷[17]。贝克特宗教自由基金会就曾在两起未决案件中辩称，保护宗教自由是禁止同性婚姻的合理基础。而有学者通过比较同性伴侣和宗教异见者之间的共同点，指出生育子女和宗教自由均不是禁止同性婚姻的充分依据[18]。

(四) 同性婚姻之区际公共秩序层面

对公共秩序作出进一步划分，可以分为国内公共秩序、区际公共秩序和国际公共秩序，而同性婚姻在这三类公共秩序上也有所不同。在国内公共秩序层面上，同性婚姻对一国公共秩序的违反与否，要看该国具体的立法规定和社会导向如何；在区际公共秩序层面上，即当一国存有几个不同法域，而法域间立法规定不同时，同性婚姻很可能在该国 A 法域违反公共秩序，而在 B 法域不违反公共秩序；在国际公共秩序层面上，由于国际社会没有统一的立法机关和司法机关，没有可以适用于多数国家甚至所有国家的对同性婚姻的明确规定，因此无法准确表述同性婚姻对国际公共秩序违反与否，但鉴于当今世界已有许多国家不同程度地提出了对同性婚姻的支持，且国际社会对同性婚姻的开放和宽容度更高，因此笔者认为同性婚姻不会造成对国际公共秩序的破坏。

假设下列一种情形：D 国为一多法域主权国家，该国 a 法域承认同性婚姻合法化，而 b、c 法域不承认同性婚姻效力，一对同性伴侣向 D 国 b 法域法院起诉请求承认其婚姻效力，该法院以违反公共秩序为由予以拒绝。此时应当清楚地认识到，即使该同性婚姻构成对 D 国 b 法域公共秩序的违反，也不一定会构成对 a、c 法域公共秩序的违反，而往往该同性婚姻是符合 a 法域公共秩序的，一般也符合国际公共秩序。

在此有必要对可能出现的区际法律冲突问题加以研究。在台湾地区同性婚姻正式合法化之前，我国在涉外同性婚姻领域尚不存在区际法律冲突，因此也无须对该问题加以研究。但自 2019 年 2 月之后，我国对同性婚姻的态度呈现为两种局势，一种为承认同性婚姻合法化的台湾地区，另一种为否认同性婚姻效力的大陆、香港和澳门地区。因此将来可能会发生我国大陆、香港、澳门地区与台湾地区间的关于涉外同性婚姻的区际法律冲突。

同一主权国家内的“一国两制”政策在我国形成了非常独特的政治结构，使得我国的区际私法问题独树一帜，既不同于美国，也不同于欧盟[19]。对于我国大陆地区与港澳台地区间的区际司法协助问题，目前我国在立法层面上已经作出了一些安排。²²而台湾同性婚姻合法化距今也才短短三年多，我国尚没有出台任何法律文件来应对可能出现的区际法律冲突，实践中也没有发生相关案例。

在涉外同性婚姻领域的国际法律冲突尚无有效解决方法的情况下，考虑区际法律冲突的解决路径或许有些超前，但随着台湾地区同性婚姻的合法化，涉外同性婚姻领域的区际法律冲突又是当下不得不面对的问题。对于该特殊问题，笔者认为可以同样采取我国大陆地区与港澳台地区解决一般区际法律冲突的方法，即签订“安排”这种“准国际”形式，但也应注意到便利和高效的要求，在签订“安排”时尽量达成可以共同适用于港澳台三方的协议。

5. 涉外同性婚姻之法律规避

(一) 法律规避能否成为不予认定同性婚姻效力的理由

²²如最高人民法院于 2021 年 1 月 22 日发布的《关于内地与香港特别行政区民商事司法协助实践的报告》；在区际民商事判决的承认与执行方面，还有《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》、《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》、《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》和《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》；我国大陆地区和台湾地区间还订有《台湾地区与大陆地区人民关系条例》。

我国在长期司法实践中一贯坚持法律规避制度，²³ 对于当事人故意制造连结点从而避开我国法律、行政法规中强制性规定的，应当适用我国法律。认定法律规避行为的关键因素之一在于当事人是否具有“规避故意”，而该因素无疑也是实践中最难判定的。在涉外同性婚姻效力认定问题上，笔者认为尚无须对当事人的主观状态进行判定，因为在涉外同性婚姻中，当事人即使意图规避对其婚姻效力不予承认国家的法律，即我国《民法典》婚姻家庭部分规定，但其所规避的是否为该法中的强制性规定？²⁴ 答案是否定的，我国法律尚不涉及同性婚姻，《民法典》中规定婚姻无效的三种情形也不包括同性结合。因此，笔者认为不应仅以构成法律规避为由对涉外同性婚姻效力不予认定。

(二) “规避故意”的判定

虽然笔者认为对涉外同性婚姻法律规避行为的判定尚无须涉及“规避故意”，但倘若不考虑上述“强制性规定”之因素，单对当事人是否具有“规避故意”进行判断，笔者认为也有迹可循。琳达·西伯曼教授(Linda Silberman)将需要得到别国或地区承认的同性婚姻分为三类：“规避场所”的婚姻(The Evasion Scenario)、“迁移”的婚姻(The Mobile Marriage)和“瞬时效应”的婚姻(Transient Effects)。他认为在后两者情形中当事人并不具有规避故意[20]。受该分类的启发，笔者认为首先可以将我国法院可能面临的涉外同性婚姻分为以下四类(见表 1)，再分别加以分析。

Table 1. Judgment table for “intentional avoidance” of four types of foreign-related homosexual marriage

表 1. 四类涉外同性婚姻的“规避故意”判断表

类别	判断因素	国籍国	婚姻缔结地	经常居所地	是否具有“规避故意”
第一类		A	A	B	×
第二类		A 和 B	A	B	×
第三类		B 或 B 和 C	A	A→B	个案分析
第四类		B 或 B 和 C	A	B	个案分析

注：A 国为承认同性婚姻合法化国家，B、C 国为不承认同性婚姻合法化国家。

第一类为同性婚姻合法化国家公民在本国缔结合法同性婚姻后，因工作或生活需要来到我国居住，对这类当事人，应当认定其不具有“规避故意”。

第二类为同性婚姻缔结双方具有不同国籍，一方为承认同性婚姻国家的公民，另一方为我国或其他不承认同性婚姻国家的公民，双方在承认同性婚姻的国家缔结了合法同性婚姻，后因工作需要来到我国生活，对此类情形可以认定其不具有“规避故意”。

第三类为同性婚姻缔结双方具有相同或不同国家国籍，并且其所属国均不承认同性婚姻，当事人虽具有该国国籍，但长期在承认同性婚姻的国家生活并在该国缔结了合法同性婚姻，该国也成为了其经常居所地，此时当事人因生活或工作需要来到我国，对此类情形应当根据案件背景具体分析其主观目的，因为不能仅根据当事人在某国的停留时长来判断其规避意图，不可否认存在当事人故意增加在该国停留

²³1988 年，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(现已废止)第一百九十四条规定：“当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法律的效力。”2007 年，最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第六条规定“当事人规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的行为，不发生适用外国法律的效力，该合同争议应当适用中华人民共和国法律。”虽然我国《涉外民事关系法律适用法》并未纳入法律规避制度，但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第九条规定：“一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点，规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。”

²⁴ 强制性规定具体指效力性强制性规定。

时间以使该国成为其经常居所地的可能。

第四类与第三类十分相似,唯一区别在于当事人在来我国生活之前没有在其缔结同性婚姻的国家生活足够长时间以使该国成为其经常居所地,对此类情形也应当根据案件背景具体分析其主观目的。

6. 结语

涉外同性婚姻在我国法律适用问题存在诸多难题,这些难题的解决并非易事,也不可一蹴而就。我们应当重新审视我国相关法律法规及司法解释,并借鉴和吸收外国立法精神,在对涉外同性婚姻进行专门立法之前,要采取适当措施来应对我国与他在国际私法层面上的必要交往,合理谨慎运用公共秩序保留制度,充分发挥最密切联系原则的作用,以保障同性伴侣的合法权益,以期促进不同国家、地区之间的密切交往,并突显我国“一国两制”原则的深刻内涵。

参考文献

- [1] 方刚. 多元的性别[M]. 济南: 山东人民出版社, 2012: 170.
- [2] 彭思彬. 涉外同性婚姻法律适用问题研究[J]. 三峡大学学报: 人文社会科学版, 2016, 38(2): 71-72.
- [3] 丁伟. 国际私法学[M]. 第3版. 上海: 上海人民出版社, 2013: 98.
- [4] 刘风景. 准用性法条设置的理据与方法[J]. 法商研究, 2015, 32(5): 49.
- [5] 杨诗鉴. 涉外同性婚姻在中国的效力问题研究[J]. 太原学院学报(社会科学版), 2020, 21(4): 49.
- [6] 何群. 涉外同性婚姻法律适用问题研究[J]. 河北法学, 2012, 30(10): 138.
- [7] Koppelman, A. (1997) Same-Sex Marriage, Choice of Law, and Public Policy. *Texas Law Review*, **76**, 999.
- [8] 王艺. 外国判决承认中公共秩序保留的怪圈与突围——以一起跨国代孕案件为中心[J]. 法商研究, 2018, 35(1): 170.
- [9] 张碧江. 试论涉外同性婚姻的法律适用[J]. 兰州教育学院学报, 2016, 32(3): 150.
- [10] 潘灯. 涉外同性婚姻在中国的法律地位[J]. 云南大学学报(法学版), 2012, 25(1): 191.
- [11] 袁发强. 同性婚姻与我国区际私法中的公共秩序保留[J]. 河北法学, 2007, 25(3): 58.
- [12] Xiao, P. and Li, J. (2019) Same-Sex Marriage and Civil Union in Same-Sex Relationships. *US-China Law Review*, **16**, 228. <https://doi.org/10.17265/1548-6605/2019.06.001>
- [13] Chamberlain, G. (2004) A Religious Argument for Same-Sex Marriage. *Seattle Journal for Social Justice*, **2**, 499-500.
- [14] Sogabe, M. (2020) Status of Same-Sex Marriage Legislation in Japan. *National Taiwan University Law Review*, **15**, 5-8.
- [15] Kramer, L. (1996) The Public Policy Exception and the Problem of Extra-Territorial Recognition of Same-Sex Marriage. *QLR*, **16**, 154-157.
- [16] Hogue, L. (1998-1999) State Common-Law Choice-of-Law Doctrine and Same-Sex Marriage: How Will States Enforce the Public Policy Exception. *Creighton Law Review*, **32**, 30.
- [17] McClain, L.C. (1998) Deliberative Democracy, Overlapping Consensus, and Same-Sex Marriage. *Fordham Law Review*, **66**, 1244-1255.
- [18] Laycock, D. and Berg, T.C. (2013) Protecting Same-Sex Marriage and Religious Liberty. *Virginia Law Review Online*, **99**, 1-3.
- [19] 涂广建. 港、澳回归后的我国国际私法: 成就、反思与展望[J]. 国际法研究, 2021(2): 125.
- [20] Silberman, L. (2005) Symposium: Current Debates in the Conflict of Laws: Recognition and Enforcement of Same-Sex Marriage. *University of Pennsylvania Law Review*, **153**, 2195. <https://doi.org/10.2307/4150660>