

中国同志影响性诉讼倡导手册

刘明珂

目录

研究说明	I
术语及简称	II
同志影响性诉 12 案简表	III
第一节 是什么？何为影响性诉讼	1
一、 背景：舶来品的本土化	1
二、 影响性诉讼的三要素	2
(一) 影响性诉讼源于个案，但超越个案	2
(二) 影响性诉讼以公益性为目的，是政策倡导的一种方式	3
(三) 影响性诉讼具有较大的影响力	3
三、 同志影响性诉讼在中国的发展脉络	4
(一) 同志影响性诉讼的发展脉络	4
(二) 同志影响性诉讼的发展的原因	7
第二节 为什么？为何要做影响性诉讼	9
一、 影响性诉讼作为一种倡导手法	9
(一) 什么是倡导	9
(二) 影响性诉讼和其他倡导手法的有机结合	10
二、 影响性诉讼对于建立/拓展盟友的作用	11
(一) 同志组织之间的合作	11
(二) 建立和拓展与专家学者之间的联系	12
(三) 积累律师资源，为律师提供优质案源	13
第三节 怎么做？如何做一例成功的同志影响性诉讼	15
一、 同志影响性诉讼的一般模式和同志组织的枢纽作用	15
(一) 发起、组织与资源链接	16
(二) 社群动员	17
(三) 媒体传播	18
(四) 风险评估	24

二、	诉讼前：分析与筹备	25
(一)	选择恰当的议题	25
(二)	挑选典型案例及合适的当事人	29
(三)	制定战略与战术	35
(四)	诉讼前的传播策略	41
三、	诉讼中：多方协调，链接资源	41
(一)	对法官的倡导	42
(二)	专家辅助人和专家法律意见书制度	42
(三)	诉讼中的传播策略	46
四、	诉讼后：使个案影响力超越个案	47
(一)	规章以下规范性文件附带审查制度	47
(二)	司法建议制度	48
(三)	案例指导与影响性诉讼案例的积累	50
(四)	学术研讨会	52
(五)	立法参与的支持性材料	52
(六)	诉讼后的传播策略	53
第四节	同志影响性诉讼案例选介	54
一、	百度案	54
(一)	案件背景	54
(二)	事件经过	54
(三)	庭前准备	55
(四)	案件审理过程及裁判结果	58
(五)	对本案的评价	60
二、	跨性别就业歧视案	64
(一)	案件背景	64
(二)	事件经过	64
(三)	庭前准备	65
(四)	案件审理过程及裁判结果	65
(五)	对本案的评价	67
三、	同婚案	70
(一)	案件背景	70
(二)	事件经过	71

(三) 庭前准备.....	72
(四) 案件审理过程及裁判结果.....	73
(五) 对本案的评价.....	75
第五节 展望	81
致谢	
附录一：案情简介	i
1. 小寒注册案.....	i
2. 小红帽案：中国首例性倾向就业歧视案.....	ii
3. 范坡坡诉广电总局案.....	iii
4. 秋白案.....	iv
5. 广州艾滋就业歧视案.....	vi
6. 驻马店案.....	vii
7. 西西案.....	viii
8. 通则案：小五诉广电总局通则案.....	ix
9. 青岛同志教师案.....	x
附录二：专家辅助人出庭申请书模板（供参考）.....	xii
附录三：专家法律意见书模板（供参考）.....	xiii

研究说明

本手册基于对已有的 12 个同志影响性诉讼的公开资料整理和相关人士访谈写就。目的是给所有有意参与同志影响性诉讼的人士，包括但不限于同志组织、当事人、律师、专家学者，提供行动参考。本报告并非学术报告，而是倡导行动的参考指南。

本手册共分为五节，第一节回答同志影响性诉讼是什么。第二节回答为什么要做同志影响性诉讼。第三节回答如何做一例成功的同志影响性诉讼，这一节还会细分为四个大标题，分别介绍同志影响性诉讼的总体操作注意事项、诉讼前中后三个时期的操作中的。第四节为同志影响性诉讼案例选介，选取三个较为典型的案例，从法律技术的角度进行详细介绍和梳理。第五节为对同志影响性诉讼的未来做不成熟的展望。

术语及简称

同志：同志在本文中泛指所有多元性别社群的人士，包括女同性恋、男同性恋、双性恋、跨性别、间性人、酷儿等。

SOGIESC： Sexual Orientation, Gender Identity, gender Expression and Sex Characteristics 的缩写，中文的意思是性倾向、性别认同、性别表达及性特征。

小寒注册案：小寒与湖南省民政厅信息公开案

百度案：小振诉重庆心语飘香心理咨询中心及百度公司及北京百度网讯科技有限公司侵犯身体权、健康权和一般人格权纠纷案，即“中国首例电击治同性恋案”。

小红帽案：穆易诉深圳市装修艺装饰设计有限公司一般人格权纠纷案，即“中国首例性倾向就业歧视案”。

秋白案：秋白与中华人民共和国教育部行政不作为案、秋白与中华人民共和国教育部行政复议回复案等一系列案件，即“秋白三告教育部”。

范坡坡案：范坡坡与中华人民共和国国家新闻出版广电总局信息公开案，范坡坡诉即“范坡坡诉广电总局案”。

同性婚姻登记案：孙文麟、胡明亮与长沙市芙蓉区民政局婚姻登记行政纠纷案，即“中国同性婚姻第一案”。

跨性别就业歧视案：C先生诉贵阳慈铭健康体检中心有限公司劳动争议纠纷案、C先生诉贵阳慈铭健康体检中心有限公司一般人格权纠纷案，即“中国首例跨性别就业歧视案”。

艾滋就业歧视案：阿明诉某食品检验单位劳动争议纠纷案、某监督管理局录用纠纷案，即“广东首例艾滋病就业歧视案”。

驻马店被精神病案：余虎诉驻马店市精神病医院侵犯人身自由权纠纷案，即“中国首例同性恋人士被精神病案”。

西西案：西西诉暨南大学出版社、江苏圆周电子商务有限公司（京东网上购物平台）产品质量责任纠纷案，是中国第一起通过发起产品质量纠纷案的方式对教材污名同性恋提起的诉讼。

《通则》案：小五与原国家新闻出版广电总局信息公开案，即“网络节目审核通则歧视同性恋一案”。

青岛同志教师案：明钰诉某幼儿园劳动争议纠纷案，即“同志教师劳动权第一案”。

同志影响性诉 12 案简表¹

编号	议题	名称	时间	结果	类型
1	结社自由/ 社群组织/ 去污名化	小寒注 册案	2013 年 11 月事发； 2014 年 2 月提交立 案材料	不予受理 1) 一审法院不予受理 2) 二审法院维持	行政
2		百度案	2013 年开 始筹备； 2014 年 5 月立案 2014 年结 案	胜诉 一审判决心理咨询中心关于专业治疗 同性恋的宣传属于虚假宣传，心理中心 在其网站首页持续向小振道歉 48 小 时，并赔偿经济损失 3500 元。判决书 中明确写道：同性恋并非精神病。	民事
3	去病化	驻马店 被精神 病案	2015 年 10 月事发； 2016 年 6 月立案 2017 年 8 月对方二 审撤诉	胜诉 1) 一审法院认为原告不符合强制治 疗的条件，被告侵犯了原告的人身 自由权。判令院方在市级刊物上公 开道歉，并赔偿原告精神抚慰金 5000 元。 2) 二审被告上诉后撤诉。	民事
4	去病化/去 污名化	秋白案	2015 年 3 月开始举 报“毒教 材” 2017 年 3 月终审败	败诉 1) 起诉广东高等教育出版社出版社 侵犯名誉权-裁定不予受理 2) 三告教育部：一告原告撤诉；二告 不予立案；三告法院判定原告与被 告的具体行政行为不具有法律上	行政

¹ 这一议题的分类是笔者根据自己的研究、经验和本报告行文所进行的分类，当然存在着不同的分类方法，例如秋白案，也可以属于去病化议题（教科书去病）。读者如有不同的意见，欢迎探讨和指正。

			诉	的利害关系。	
5		西西案	2016年6月给出版社去信； 2017年7月立案	进行中（延期开庭）	民事
6	言论自由/ 去污名化	范坡坡案	2014年12月事发； 2015年9月立案； 12月宣判	胜诉 一审法院判定广电总局在答复主体上构成违法（程序轻微违法）；但法院对广电总局相关答复的内容表示认可，即确实不存在要求删除涉同性恋话题视频的文件。	行政
7		通则案	2017年6月事发； 2018年1月立案	进行中（一审败诉） 一审法院认为被告行政行为合法，驳回原告诉讼请求。完全没有采纳原告的意见。	行政
8	反就业歧视	小红帽案	2014年10月事发； 12月立案 2015年11月宣判	败诉 一审判决原告败诉。原告提供的录音证据，因被告不予认可及无佐证而未被采信。 二审判决确认了录音资料的真实性，但不足以证明被告乃是因原告的同性恋身份将其辞退，维持原判。	民事
9		跨性别就业歧视案	2015年事发； 2016年3月劳动案立案； 2018年2	胜诉 1) 劳动案：劳动仲裁败诉、一审胜诉，法院认定非法解雇，未认定歧视。 2) 一般人格权案：一审胜诉，法院认定构成差别对待，判决赔偿精神抚慰金；二审维持，未支持赔礼道歉，	民事 民事

			月人格权 案宣判	但判决书中有正面内容。	
10		广州艾 滋就业 歧视案 ²	2015年12 月事发； 2016年4 月民事立 案； 2017年6 月民事案 宣判	进行中（民事胜诉）： 2) 民事：一审败诉，二审法院改判用 人单位“离岗休息”决定违法。判决 书中写道：“艾滋病本身并不可怕， 可怕的是对艾滋病的无知和偏见， 以及对艾滋病患者的歧视。” 3) 行政：立案后被驳回起诉	民事 行政
11		青岛同 志教师 案	2018年9 月立案	进行中（已立案）	民事
12	同性婚姻	同性婚 姻登记 案	2015年6 月事发； 2016年1 月立案；6 月宣判	败诉 1) 一审判决认为行政行为合法(程序 也合法) 2) 二审维持	行政

² 这一案件直接涉及的是艾滋健康的议题，但艾滋议题一直都是同志领域的重要议题之一，所以将本案收入本研究。艾滋议题之所以重要是因为它关系到社会大众对同志群体的基础性态度。当今社会，同志群体承受的污名一方面来自大众对同志本身的不了解和偏见，另一方面也来自于社会大众错误地将同性恋和艾滋病联系在一起，而艾滋病的污名反过来又给同志群体带来了另一层污名。需要指出的是，艾滋领域的歧视案在之前已有大约9例，但由于年代较早、缺乏报道记录等原因，以及案件类型同质性、维权脉络不同等原因，不收入本研究。

法不是像语言一样，不是毫无痛苦地，不是通过纯确信而产生，而是伴随着痛苦而诞生，犹如孩子从母体出生，法正是基于这种在后面专注于自己的力量。……只是我们奋争得到法律规范这一思想，在我们中间系上道德的纽带，这根纽带促使我们完全支持这个法律规范。

——耶林：为权利而斗争（演讲稿）

第一节 是什么？何为影响性诉讼

一、背景：舶来品的本土化

2003年2月，原籍湖北的大学生孙志刚在广州找到了一份工作，作为外来务工人员，暂时没有办理暂住证。同年3月，他被广州执法机关以三无人员的理由收押在收容所，收容期间被收容所工作人员殴打身亡。这一案件引发了中国社会对收容遣送制度的大讨论，同年5月，先后有“三博士”和“五学者”上书全国人大常委会，要求审查《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》和对孙志刚事件启动调查程序。随后该案的涉案人员被陆续起诉。同年6月，政府颁布新法，废止了被指违宪的收容遣送制度。这一案件，被普遍认为是开中国影响性诉讼的先河。³但其实在比孙志刚案更早的2002年，反歧视领域就迎来了它的影响性诉讼第一案，即蒋韬不服中国人民银行成都分行招录行员启事行为行政纠纷案，被称为“身高歧视第一案”，只不过这一案件没有孙志刚案那么著名、影响那么深远，但它却是开启了反歧视领域影响性诉讼的先河。同志议题的倡导根本上是要反对基于SOGIE的歧视与暴力，追求同志平权。从这个角度来讲，同志影响性诉讼基本上是在反歧视影响性诉讼的脉络之中。

影响性诉讼（*impact litigation*）的概念来自于美国，“在二十世纪五六十年代的美国，当经济发展、社会变迁催动既有权力边界变更之时，它原本是法官造法背景下通过法院实现社会变革的一种司法化的政治活动方式。”⁴美国作为普通法

³ 艾佳慧.网络时代的影響性訴訟及其法治影響力(上)——基于2005—2009年度影響性訴訟的實證分析[J].中国法律,2010(04):44-49+102.

⁴ 艾佳慧.网络时代的影响性诉讼及其法治影响力(下)——基于2005—2009年度影响性诉讼的实证分析[J].中国法律,2010(05):41-46.

系的国家，判例是其正式的法律渊源，也就是说，除了成文法之外，法院通过判决而形成的判例，也对下级法院具有拘束力（binding authority），对非下级法院，其判决书对彼此也具有一般的说服力（persuasive authority）。因此，影响性诉讼在美国具有天然的重要性，因为一个个案的判决将对之后类似的个案产生广泛性的影响，法官在事实上不仅能够解释法律，并且可以创造法律。这是英美法系传统中民权（civil rights）扩展的重要途径。正因为此，美国同性婚姻合法化的进程中，就是通过最高法院在 *Obergefell v. Hodges* 案中的判决实现了全美同性婚姻合法化，而没有通过立法机关进行立法。美国的影响性诉讼乃是“基于个案的补充性规则之治。”⁵

而中国则是一个大陆法系的国家，判决并非正式的法律渊源，最多只能对其他法院具有参考价值。只有最高法院发布的指导性案例，按照《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第七条，“各级人民法院审判类似案例时应当参照”。因此在中国语境下的影响性诉讼，实际上完全是另一种概念，是“以个案促进法治”的一种方式。根据吴革在《中国影响性诉讼 2005》一书中的定义，“所谓影响性诉讼是指那些个案案件价值超越本案当事人诉求，能够对类似案件，对立法、司法完善和社会管理制度改进以及人们的法律意识转变产生较大促进作用的个案。”⁶创制影响性诉讼模式的义派律师事务所主任王振宇律师在访谈中认为：“在一定时间或者一定阶段内，具有广泛的社会影响，反映制度冲突的一些个案，这些个案通过它的提起诉讼、诉讼过程、公共传播、专家研究以及研究成果的运用和传播，能够对制度的演进、社会的变迁、观念的改变起作用，这叫影响性诉讼。”

二、影响性诉讼的三要素

（一）影响性诉讼源于个案，但超越个案

影响性诉讼首先是当事人个案维权的一种方式，维护当事人的权益是第一要务。所以作为影响性诉讼的策动者，要把当事人的权益放在第一位，同时注意平衡案件影响力。另外，对律师来说也要为当事人提供专业的法律服务。同时，影

⁵ 同上

⁶ 吴革. 中国影响性诉讼: 2005 年[J]. 2006.

响性诉讼又是超越个案，关系到社会上不特定人的案件。因为影响性诉讼是从无数个案中挑选的典型的、能够反映制度问题的个案，这些案件的结果可能会影响到政策的变革、政策的执行和社会观念的变化。

（二）影响性诉讼以公益性为目的，是政策倡导的一种方式

法律上公益和私益是相对的概念，后者常常指个体的利益，虽说一个单纯私益诉讼也可以有非常大的影响力，甚至也会起到政策变革等效果，但这显然并非我们这里所讨论的影响性诉讼，即民间组织所推动的，以公益性为目的的影响性诉讼。⁷从政策倡导的角度来讲，我国民间组织参与公共政策的制定本身既有一定的限制，在西方民主国家被经常采用的政治游说或街头抗议的方式在我国实行的空间近乎没有；同时，近年来，我国民间社会组织的活动空间开始受到越来越多的限制，例如街头行为艺术、联署的方式也越来越具有敏感性。而影响性诉讼作为完全在法治框架内运作、直接指向制度冲突的倡导方式，相对来说具有越来越重要的作用。另外，影响性诉讼也是检验法律政策在司法程序中实施的重要手段，是将“书本上的法”运用在现实生活中，使得它变为“行动中的法”即“活法”（living law）的重要方式之一。

（三）影响性诉讼具有较大的影响力

这是影响性诉讼最重要的特点，也是它区别于一般诉讼、公益诉讼、维权诉讼等概念的关键。⁸影响力有多个维度。从影响对象来看，可以分为对社群的影响（如有），对社会公众的影响，对官方的影响和对其他利益相关方的影响。影响性诉讼是进行教育的一种方式，这种教育可以分为对社群的教育性动员和对一般社会公众的公众教育。许多影响性诉讼涉及到某个社群的特定诉求，例如乙肝就业歧视案件，乙肝携带者社群就是重要的社群动员对象；在公众教育层面，影响性诉讼将一个议题带进公众视野，并且使这个议题引起充分的社会讨论。对官

⁷ 需要注意的是，我国法律上有“公益诉讼”的概念，主要限于由“法律规定的机关和有关组织”对“污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为”提起。但很多私益诉讼中蕴含公益性，或者说，由于我国的公益诉讼范围狭窄，对很多公益议题只能借由私益诉讼的外衣进行起诉。所以，在本文中强调诉讼的公益性，并不排除私益诉讼的形式。

⁸ 需要说明的是，公益诉讼、维权诉讼和影响性诉讼定义的侧重点并不一样，它们之间也有重叠部分。有些公益诉讼自然也是影响性诉讼，有些维权诉讼也是影响性诉讼。本文不做过多阐述。

方的影响包括对立法、司法、执法各个层面的影响。最后，对其他利益相关方的影响主要指的是非官方的“有权”机构和个人，例如同志扭转治疗案件试图影响的公私立医院、心理行业从业者、心理健康协会等组织。

三、同志影响性诉讼在中国的发展脉络

我进入同运的时候（2013年）有在想，那个时候中国同运缺少了什么呢？当时的同志运动有很多人在做公众教育、社群之类的工作，但还没有很多做法律倡导的工作，所以我们想要去尝试。那个时候，在乙肝、环保这些领域已经有很多使用影响性诉讼做倡导的经验，所以我们想尝试将这些经验应用在同运上。

——燕子（同志平等权益促进会）

（一）同志影响性诉讼的发展脉络

我国同志影响性诉讼的发展大概可以划分为三个时期。

1. 萌芽期

以小寒注册案为界，第一个时期是2013年之前，这个时期有了一些同志影响性诉讼的萌芽。2007年演员孙海英公开称同性恋是犯罪，北京同志社群欲就其歧视言论提其诉讼；2010年男同性恋王梓政因献血被拒起诉血液中心。⁹这两个案件均是在歧视的言论或行为发生后，中国同志社群试图做出回应，但均因为多种因素未真正进入诉讼。前一案件因为从法律技术上难以找到合适的诉由、当事人个人原因以及同志社群就策略的意见分歧等根本没有去起诉；后一案件同样因为同志社群就是否就此议题进行倡导有争议而倾向于不走诉讼的途径，当事人虽然坚持自行维权，但法院不予立案，并且没有出具书面通知。

从这两个案件看来，在同志影响性诉讼的萌芽期，同志组织在议题的选择、诉讼策略的制定上，都缺乏一定的能力和经验。那个多数同志组织也并不以法律倡导为工作重点，为数不多的进行倡导工作的同志组织也不习惯以法律，尤其是

⁹ 京华时报. 同性恋者献血遭拒状告血液中心 法院未立案[EB/OL].

http://news.ifeng.com/society/1/detail_2010_07/08/1736234_0.shtml. 最后访问日期: 2018年11月13日

诉讼为主要的倡导手段。2012 年的赵鹏诉 58 同城案在媒体上有较大的影响力，¹⁰但这是一个纯私益诉讼，很难被认为是我们所说的影响性诉讼。不过它仍然使同志反歧视议题在一定程度上为公众所知。

2. 探索期

从小寒注册案（2013 年）到 2016 年左右，是同志影响性诉讼的探索期，小寒注册案开始试探政府对同志组织的态度——这实际上是试探政府对同志态度的一次扩大化的尝试。小红帽案，使得性倾向歧视在社会上引起较大的影响（至少在网络上是如此），也使得广大同志组织终于等到了第一个愿意因此出面维权的“遭遇型”当事人，这背后和同志组织的努力分不开。在这个时期值得一提的是百度案，它是第一例获得胜诉的同志影响性诉讼。范坡坡案是第一次用诉讼的手法挑战同性恋影视的禁令，这种禁令一直存在，只不过之前的倡导方式主要是“我们要看同性恋电影”这类的文化活动、社会倡导行动。

这一时期同志组织的倡导经验增加，法律经验和资源也更多了。小寒注册案虽然没有获得立案，但其采用申请政府信息公开的倡导方式，并且成功获得了政府对于同志组织注册态度的回复，是非常难得的。范坡坡案在议题上选择了一块硬骨头，但在义派律师事务所的帮助下获得难得的胜诉。这两个案件反应了同志组织在开始阶段议题选择上并没有特别考虑可行性（当然这可能也和两位当事人鲜明的个性有关），但它们的结果却反映出政府在应对同志议题的法律问题上也有些生疏。¹¹小红帽案选择了一个可行性稍高的议题——就业歧视，前人已经在乙肝反歧视等领域做出一些成绩，然而在证据较为充足的情况下，这个案件仍然败诉了，不得不让人怀疑这背后的司法逻辑。百度案则是从 2013 年就开始筹备了，并且有多个同志组织、关注反歧视议题的民间组织和律师的参与，它的成功也为同志影响性诉讼的有益尝试打开了局面。

¹⁰ 京华时报. 求职者赵鹏再告 58 同城 称其歧视同性恋者[EB/OL].

<http://tech.qq.com/a/20140226/002836.htm>. 最后访问日期: 2018 年 11 月 13 日

¹¹ 例如小寒注册案中民政部门对小寒申请信息公开的答复，认为《婚姻法》对同性婚姻关系不认可，因此成立同性恋社会组织没有法律基础。——这样的答复无论是逻辑上还是法律上都是滑天下之大稽。

3. 拓展期

2016 年之后，同志影响性诉讼进入了拓展期。有了之前四个案子的铺垫，这一时期同志影响性诉讼遍地开花，承接百度案去病化的议题，有了第二个相同议题的案子——驻马店被精神病案；秋白案开始在去污名化的议题上展开旷日持久的拉锯战，¹²其倡导手法在创新之余与百度案有一脉相承之势；跨性别就业歧视案开始了就业领域的又一次尝试，这次从一开始就有对就业歧视议题持续关注的同志组织进行总协调；同性婚姻登记案的当事人也是受到了之前影响性诉讼的一些启发而走上法庭，并且在这个同志领域的传统重要议题上留下了浓墨重彩的一笔。

从这一时期开始，同志影响性诉讼逐渐开始成为一种重要的政策倡导手法，有更多的同志组织参与并在幕后作为策动者和协调者，同志组织开始更多承担起影响性诉讼运转枢纽的角色，同志组织的运作也从各个方面放大了案件影响力，无论在议题选择、社群动员、媒体造势、引发社会讨论或是资源链接上都比前一个时期做得更加充分。跨性别就业歧视案在 2016 年底首次引入了专家辅助人的机制，这既是就业领域的首次尝试，也是同志影响性诉讼中的首次尝试，虽然过去专家也是同志议题推进不可或缺的一部分，但这一次专家终于从幕后走到台前；同时，跨性别就业歧视案也是同志影响性诉讼第一次从 LGB 议题拓展到跨性别议题；广州艾滋案首次在同志议题上引入行政诉讼附带审查规范性文件的机制，力图在法律层面将个案的影响力拓展到立法层面，这一尝试如果成功将会对我国各个领域的影响性诉讼带来巨大的改观；西西案虽然与秋白案异曲同工，但另辟蹊径地开启了全新的诉讼案由，诉讼切入点的更换展现了影响性诉讼手法使用上的成熟，其背后是熟悉影响性诉讼技术的法律人的加盟；《通则》案由经验丰富的同志组织进行运作，有长期关注同志议题的法律人出谋划策，并且在倡导手法上更为娴熟，其社群影响力不容小觑。

¹² 秋白案虽然从 2015 年开始，但其跨度很长，并且是同志社群和影响性诉讼经验丰富的义派律师事务所的第二次合作，故放在拓展期。

(二) 同志影响性诉讼发展的原因

为什么同志影响性诉讼在 2014 年开始逐渐增多，并且成为同志组织进行政策倡导的主要方式？从宏观上，这一发展和同志运动在中国的发展是相关的，可以说是中国同志运动发展到这一时期的一个比较自然的结果。

首先，90 年代以来中国同志社群在不断发展壮大。一方面，1997 年刑法流氓罪的废除意味着客观上同性性行为的“去罪化”，2001 年中国精神疾病分类诊断标准第三版即 CCMD-3 基本实现了同性恋和双性恋的“去病化”，这两个标志性的事件使得同志群体本身的存在更具有“正当性”——ta 们，至少在政策层面上，不再被认为是罪犯和病人，同志群体的可见度在这个过程中逐渐提升；另一方面，随着 2000 年左右互联网进入普通人的生活，同志社群刚开始是在网络上聚集，后来逐渐发展到线下，又从一般意义上的社群发展出社群组织（NGO）。同志社群的发展变化使得同志群体越来越可见，也有越来越多的同志愿意站出来，同志影响性诉讼中重要的一个角色——当事人，就诞生在同志社群的发展过程中。

其次，同志组织在这些年发展的过程中，其能力在不断增强，意识在不断提升。同志组织的工作内容，逐渐从提供社群交友平台、为男男性行为者（MSM）提供防艾服务等较为单一的工作，发展为包括社群建设、政策倡导、公众教育、心理/法律/社工服务等的多维度的工作。在工作内容拓展的同时，各个同志组织内部也逐渐发展出具有专业素养的团队，而各个同志组织之间、同志组织和其他类型的民间组织（例如关注性别议题的民间组织、关注 NGO 发展议题的民间组织等）甚至专业机构（例如公益法律机构、专业心理咨询机构、专业社工机构等）、半官方组织（例如妇联）、专家学者、行业精英、政策制定者等都有建立了更强的合作网络。这个过程中，中国同志组织整体的资源整合的能力增强了。当有潜在的同志影响性诉讼发生，各个组织都有一定的资源和人脉寻找合适的律师，以及其他影响性诉讼中承担重要角色的人。从意识上，同志组织也在和国内其他民间组织、其他国家和地区民间组织的交流和合作的过程中，逐渐打开了思维，了解到影响性诉讼作为一种倡导手法的原理、运作等。

最后一个重要的原因，就是 2014 年同志影响性诉讼之前其他类型案件的积累。这些案件即包括一系列反歧视影响性诉讼案件，也包括与同志议题关系密切的艾滋议题的影响性诉讼等。这些案件拓展出了诉讼策略和倡导思路，例如乙肝

反歧视影响性诉讼探索出一条将“一般人格权纠纷”用于就业歧视案件的诉讼策略，妇女就业歧视影响性诉讼案件使得社会公众和司法系统从法律的角度开始注意到性别就业歧视的问题，进而开始了解性别议题。这些案件还积累了一批熟悉反歧视影响性诉讼的专家和律师，并且 Ta 们也在这一时期前后开始接触同志议题。

第二节 为什么？为何要做影响性诉讼

一、影响性诉讼作为一种倡导手法

(一) 什么是倡导

倡导（Advocacy）同样是一个舶来的概念，虽然在中国民间组织的工作中我们常常听到这个词，但大家对这个词的理解并不一致。不过实际上，国外学术和实务中对这个词的解释同样众说纷纭。根据 VenenKlasen 等人的定义，倡导是一种包括协调各方努力以改变不平等、不宽容和排斥性的政策、实践、思想和价值观的有组织的政治过程。¹³这样的倡导是一种广义的倡导，其倡导对象不限于当权者或政策制定者，其倡导的目标也不限于改变法律政策本身，还包括实践、思想和价值观。虽然国内外均有观点认为公众并非是倡导的对象，应把倡导理解为一种改变不平等权力关系的活动。¹⁴但笔者认为，这些观点差异主要在于对概念的理解，而非对具体的工作内容有重大分歧。因此笔者在本文中采用广义的倡导概念，即倡导至少可以包括两个维度：政策倡导维度（主要是改变法律政策文本和实践）以及社会倡导的维度（改变社会公众对不平等不合理的法律政策的认知），这一定义凸显了无论是法律政策文本、实践，还是法律政策背后思想和价值观的改变，都不能绕过对整个社会公众的影响，二者应当至少是平行的关系，而非以法律政策文本和实践的改变作为倡导的终极目标。

这里需要着重说明影响性诉讼和政策倡导的关系。政策倡导或者法律倡导是通过各种手法在立法层面促进法律政策的变革、在司法和行政层面落实法律政策变革的结果，以达到对同志平等权益的实际保障。成文法的一大缺陷在于它必然不是完美的，必然不能通过完美的成文法典而一次性的解决人们生活中方方面面的所有问题。成文法的不断完善除了有赖于立法技术的不断成熟，也有赖于来自生活的对法律文本的反馈。例如，也许我们从认知和逻辑上知道同志群体缺乏同

¹³ VeneKlasen L, Miller V, Budlender D, et al. A new weave of power, people & politics: the action guide for advocacy and citizen participation[M]. Oklahoma City: World Neighbors, 2002.

¹⁴ 全球消除贫困联盟. 什么是倡导?——倡导的概念与辨析[EB/OL].

<http://www.chinadevelopmentbrief.org.cn/news-15409.html>. 最后访问日期: 2018年11月13日

性婚姻的保障会阻碍 Ta 们实现自己的个体权益保障，但只要这个问题没有进入司法系统，实际上就不会被从制度的角度反映出来，从而不能有效地对法律文本的不足起到反馈的作用。同志影响性诉讼通过反映制度冲突而揭示现有法律政策对同志权益保障的不足之处，从而成为后续政策倡导（尤其是立法层面的政策倡导）的重要基础性证据；同时，同志影响性诉讼以司法个案为基本元素，随着司法实践中个案的积累能够起到逐步推动议题的作用。

（二）影响性诉讼和其他倡导手法的有机结合

影响性诉讼是同志议题倡导的手法之一。除此之外，近年来在同志议题上尝试过的倡导手段还有集会（例如杭州彩虹跑、厦门粉红一点）、行为艺术（例如北京前门同性婚纱照）和联署（例如同性婚姻网络联署）等，这些倡导方式更偏向于社会倡导，即提升同志议题的可见度，使得社会大众更熟悉这一群体，更了解这一群体面临的问题和诉求，甚至进而引发公众在这一议题上的讨论，其目的指向于提升公众对同志议题的认可度。倡导者还尝试过体制化的倡导方式，例如参与立法修法的过程，这种参与既包括通过学者（学者在我国常常扮演智囊的角色）作为桥梁影响法律法规的草案文本，也包括对我国立法者的直接游说和动员；还有通过法律法规草案的公开征求意见平台提交立法修法建议等，这些倡导方式偏向于政策倡导，其目的直接指向于法律政策的改变。

影响性诉讼本身和其他倡导手法并无优劣之分，只是各有特点。尤其是，任何一个议题的倡导都离不开社会和政策两个层面的努力，影响性诉讼作为倡导的一种手段，应当为整体的倡导策略服务，而不应被认为是反映一个单纯的法律问题。不过值得注意的是，没有任何一个倡导手法像影响性诉讼一样，能够如此强地连结社会倡导和政策倡导：一方面，影响性诉讼相对来说带来的社会影响力时间更长、覆盖范围更广（无论是人群还是地域）、对议题的讨论更深入；另一方面，无论是对作为立法修法智囊的专家学者还是对政策制定者进行的游说和动员，有一个真实进入司法程序的案件都是反映某个问题直接、具体、有利的证明。

影响性诉讼本身作为一种倡导手法，应当是为更大的倡导目标和战略服务的，在这个倡导目标和战略之中，影响性诉讼案件只是其中的一环。例如，在百度案中，除了诉讼在进行中，也同时在走游说心理咨询行业专业人员的路线，通过同

志友善的心理学专家学者将同志去病化的议题放到行业会议、学术会议中。

从某种程度上来说，影响性诉讼的手法要和其他的倡导手法有机结合起来才能发挥出最大的效用。如果一个案件仅仅是进入了司法程序，获得了媒体报道，但是缺乏后续的跟进，实际上在现阶段同志影响性诉讼数量很少的情况下是一种资源浪费。无论案件结果如何，都可以作为后续倡导的素材，用于国内立法倡导游说政策制定者和专家学者的支持性案例、用于同志法律问题研究等。

二、影响性诉讼对于建立/拓展盟友的作用

无论是政策倡导还是法律倡导，建立盟友是倡导的重要手法之一，通过多方合作，才能够使得倡导的力量得以最大程度的发挥。影响性诉讼作为一种需要多方合作的倡导手法，也是一种非常实用的建立/拓展盟友的工具。

（一）同志组织之间的合作

在推动影响性诉讼的过程中，在很多时候需要多家同志组织合作。例如在小红帽案和驻马店被精神病案之中，都是亲友会作为前端介入组织对案件的基本情况进行了了解，之后再将案件和当事人转介给其他更具有影响性诉讼资源的同志组织。在这一过程中，不同的同志组织可以发挥各自的特长，也各同志组织拓展自身工作内容范围、建立、拓展盟友的重要方式。

在同一个同志影响性诉讼的过程中，当然也并非只能有一个同志组织发挥主导作用。在已有的 12 个同志影响性诉讼中，有多个案件有多于一个同志组织的参与，这些组织的合作模式、参与深度也不尽相同，这些具体的合作案例本文不作详细说明。不过值得注意的是，不同的同志组织有不同的专长和资源，例如北京同志中心在心理卫生相关的议题方面有常年的积累；彩虹律师团、同志平等权益促进会有着较为发达的律师资源；同性恋亲友会、北京纪安德有非常良好的媒体资源；广州同城青少年中心长期关注教科书去污名化的议题，在青年人中也有着良好的社群基础；同志平等权益促进会和同语在影响性诉讼、法律倡导方面有着较多的经验……同时，如果我们将同志影响性诉划分为前期发现潜在影响性诉讼，中期筛选出合适的影响性诉讼，后期跟进已经确定进行的影响性诉讼的话，像彩虹律师团和同语这类开展了社群法律服务的组织，是非常有可能在日常服务中发

现到潜在的影响性诉讼的；而亲友会这类大型社群组织则由于人数优势和在地优势，非常适合进行影响性诉讼的中期筛选工作；权促会则是在影响性诉讼方面非常有经验的组织，它在影响性诉讼的各个阶段都能有着非常有效的参与。同志组织之间应当密切配合，整合自身的资源，更好地为影响性诉讼的开展而服务。

（二）建立和拓展与专家学者之间的联系

专家学者们接触到同志议题从一开始多少有些因缘际会的味道，在访谈中，很多专家学者（包括律师）们都提到自己最开始接触这一议题和身边有人向自己“出柜”相关，在“看到”了身边的同志之后，Ta们才开始认识到这一个群体的存在，进而出于自己的学术/专业志趣而开始从学术/专业的路径对这一群体的生存现状和法律问题进行了解和研究。有些专家学者接触到同志议题是因为Ta们本身的研究领域和同志有一定的关系，例如性别领域的专家，基本都是研究妇女问题的，但由于同志议题本身也属于广义的性别议题之下，因此很容易联系到一起；精神卫生领域的专家、公共卫生领域专家也是类似的道理。当专家学者们开始对同志议题感兴趣之后，其实Ta们也有对同志组织的需求，因为Ta们可能对议题不熟悉希望进一步了解，或者希望认识从事这一议题倡导的实践者，在这种背景下，同志组织要抓住机会，积极联络专家学者。但是需要注意的是，仅仅成为朋友圈的“点赞之交”是没有太大意义的，和专家学者关系的维系需要建立在有意义的工作关系的基础上，这样才可以维持长久而坚定的“革命友谊”。当然在这个过程中，最基本的人与人之间的情感维系也是非常重要的。专家学者们也有自己的网络，这样的网络主要是建立在共同的研究领域、学术或社会理想之上的，同志组织在与某些专家建立起联系之后，就可以请这位专家牵线搭桥，认识更多的专家，和更多的专家学者建立起积极的合作关系。需要同志组织注意的是，相对来说，学者们大多数偏好温和渐进的倡导方式，而非对抗式的、激进的倡导方式。

很多专家学者所做的工作其实非常需要NGO的参与，以从事反歧视法律研究的学者为例，许多反歧视法律领域的法学专家们并不满足于在书斋中埋头进行“空中楼阁”式的学术研究，Ta们也有需求走到田野中，观察现实生活中那些真实地面临歧视境况的当事人，只有这样Ta们才能真正了解到法律和现实的差距；

同时，很多法学专家们希望能够真正推动我国反歧视法的制定，保障人们的权益，因此从这个总目标上来看，法学专家们和各议题的 NGO 是有基本共识的，并且法学专家们在具体的倡导层面也需要 NGO 的协助。

某参与同志影响性诉讼的法学专家：专家学者，可以通过研究、作为政府的咨询专家的身份建言献策，甚至是直接可能参与到一些政策的推动中去；另外，还可以通过参与官办讲座的方式扩大议题的影响力，让更多官方背景的人士了解同志议题。NGO 的优势和专家学者十分互补，体现在：一方面，NGO 对实践的接触更多，有其自身的倡导方式，尤其是民间的这种直接性的倡导，专家学者是相对稍弱的；另一方面，专家学者也有一些课题研究，也希望去找到相关的 NGO 来了解情况、进行协作。我觉得如果这个时候 NGO 能够对专家学者的研究工作予以很好的支持的话，也是一个双方互相加深认识的机会，是 NGO 将自己的工作理念和行动进行传达和影响专家学者的很好的方式。专家学者和 NGO 在具体的议题上面可以有很好的结合点，进行良性的合作。

（三） 积累律师资源，为律师提供优质案源

还有一点不得不提的是，在迄今为止我国的同志运动中，一直缺少法律实务工作者的身影。这并不是说法律实务工作者对同志议题不友好、不积极，也不是说同志议题的倡导者没有对法律事务工作者专业性的需求，可能是因为我们生活在作为法治后进国家的中国还没有习惯使用法律的武器进行维权和倡导，也可能和我国的法治环境相关，还可能和倡导者认为社会观念的变革比法条的变革更为重要，还有可能是这两个群体本身缺乏有效沟通协作的渠道。

某参与同志影响性诉讼的律师：其实我很早就关注同志议题了，也经常参加一些多元性别法律培训啊、活动啊，我也一直表达了我愿意代理同志影响性诉讼案件，但可惜的是一直没有案件给我。

影响性诉讼恰恰可以作为这个渠道。因为诉讼需要专业律师的参与，而倡导则往往是同志议题倡导者们的长项，影响性诉讼可以促进同志组织和律师的合作，吸引更多的法律实务工作者参与到同志议题的倡导中来，并且使他们发挥出不仅仅是个案维权的作用，而是作为积极的倡导合作伙伴，对同志议题政策倡导的方式甚至战略做出贡献，扩大同志议题倡导的影响力。

同志组织是律师和当事人之间沟通的平台。由于在我国法律中同志的“隐身”地位，很多时候，遭遇权益受损的当事人并不知道要如何从法律上维护自身的权益，对 Ta 们来说，遭受权益侵害的第一反应并非是找律师，而是向同志组织求助。另一方面，同志组织近年来通过和法律类组织的合作、律师培训，逐渐建立起自身的律师网络，培养出一批对同志议题较为熟悉的律师。在这一图景中，同志组织起到了连结同志社群和律师的作用。

某同志组织负责人：2014 年百度案的时候。可能没有专门了解 LGBT 议题的律师，大家都是参与别的公益人权方面的律师。这两年开始我们做了很多律师培训，所以有越来越多的律师开始了解 LGBT 的议题，通过律师培训我们也建立了自己的 LGBTI 友善律师网络，这对未来我们为同志影响性诉讼寻找合适的律师奠定了基础。

同志组织需要对律师非常熟悉，包括 Ta 们的经验、擅长领域、对同志议题的熟悉程度等等。这样才能最方便地为影响性诉讼匹配合适的律师。另外，中国参与同志影响性诉讼的律师绝大多数都是商业律师，只不过在他们的日常工作之外参与一些公益类的活动。Ta 们工作十分繁忙，精力有限。因此同志组织需要做好对律师的支持工作，让律师把 Ta 们的法律专业性发挥在最需要的地方。

第三节 怎么做？如何做一例成功的同志影响性诉讼

一、同志影响性诉讼的一般模式和同志组织的枢纽作用

从实践来看，影响性诉讼具有策动者/倡导者、直接参与者、宣传者和被影响者四个角色，以及诉讼前、诉讼中和诉讼后三个时间的立体模式。见下表：

	倡导者/策动者	直接参与者	宣传者	影响对象
诉讼前	同志组织（/律师/记者/学者） ¹⁵	当事人/律师/学者	官媒（记者）/自媒体（当事人、NGO、律师、学者）	社群/大众/官方/其他利益相关方
诉讼中				
诉讼后		-		

同志组织是整个影响性诉讼模式运转起来的枢纽，它们的参与也应当是全程性的。诉讼的直接参与者包括当事人、律师和学者，他们是诉讼本身的核心，但从影响性诉讼作为倡导策略的角度来看，很多情况下他们自诉讼启动之前就会参与其中；影响性诉讼的宣传者身份多种多样，所有的影响性诉讼相关主体都可以是宣传者，当然宣传者中最具有影响力的是官媒的记者，其他参与主体都可以通过他们发声，但是随着互联网时代的到来，自媒体也越来越有影响力；最后，被影响者包括社群（如果这一影响性诉讼涉及到某个社群的特定议题）、一般大众、官方和其他利益相关方，他们往往是影响性诉讼的目的所在。

同志组织作为枢纽的原因在于：许多其他议题的影响性诉讼背后并无民间组织的参与，较为直接的原因时这些影响性诉讼所涉及的议题并无特定的社群存在，例如禁烟这一议题，在这样的影响性诉讼中，律师或记者承担了影响性诉讼策动者的角色；反观同志影响性诉讼，其背后是一个较为成熟的同志社群，同志组织则是为社群的权益服务的，也比社群外人士更为了解社群的需求，也更了解同志议题。同志组织在同志影响性诉讼中承担着更多全局性的工作。同时，这也是同志运动主体性的一种体现。同志组织作为枢纽，承担着发起、组织与资源链接、社群动员、媒体传播、风险评估等多项任务。

¹⁵ 目前实践中还没有以非同志组织为策动者的同志影响性诉讼实践，至多存在着 NGO 介入后交由律师主导的同志影响性诉讼案件。笔者认为在近期同志组织也会是同志影响性诉讼的主要策动者。当然不排除、也期待未来会有越来越多元的主体能够成为同志影响性诉讼的策动者。

（一）发起、组织与资源链接

同志议题在某种意义上不同于很多其他社会公共议题或者公益议题，至少在现阶段，同志权益的主要倡导者仍然是同志组织，现有的 12 例同志影响性诉讼，全部都是同志组织发起的。在可以预见的未来一段时间内，这种现状应该也是不会被改变的。这主要是因为当同志个人遭遇权益侵害的时候，往往更倾向于向同志组织求助；同志组织也是最有动力将一般性诉讼转变为影响性诉讼的参与方。

同志组织要承担更多策划层面上的工作，从影响性诉讼本身在大的倡导规划中如何定位，到挑选和支持当事人，到联络合适的律师、专家学者的参与，再到协调律师和当事人之间的合作。

某同志组织负责人：我觉得（在同志影响性诉讼中）比较基础的还是同志组织，它要承担比较宏观的工作，一个是设置日程、倡导的步骤、规划。这个规划，不是说这个案子法律上怎么打，而是议题的规划，就是这个案子放在你整个议题推动的哪一个步骤，你想要达到什么样的目标。二是传播方面，我们来组织媒体。三是在当事人和律师之间，承担一个类似“中介”的角色，虽然现在有越来越多跟社群有打交道的基础的律师了，但是同志组织可能更了解当事人的处境、顾虑，所以谈的时候可以一起谈。律师主要是负责法律技术上面的问题，比如这个案子我们决定要打了，怎么打呢？怎么举证？或者从哪个角度会更加好之类的，这个可以一起商量；媒体方面律师可以接受采访，但是不组织媒体，这样也有助于律师的安全，避免有“炒作”案件的嫌疑。

在整个同志影响性诉讼的运作过程中，同志组织的重要性还体现在它可以在最大程度上保障一个案件能够持续推进。因为一个案件进入司法程序后的时间往往很长，多则两三年都是非常常见的。在这个过程中，当事人的心态可能发生变化、精力可能受到牵制；专家和律师可能因为工作忙碌而不能时刻关注案件的进展、及时出庭代理；媒体也可能在漫长的诉讼中对案件或者议题失去兴趣，或者由于诉讼手法复杂而搞不清案件进行的步骤……在上述这些情况下，只有同志组织对案件持续进行关注和推进，才有可能及时为参与诉讼的各方提供支持，保证案件可以顺利地按照计划进行下去。

某参与同志影响性诉讼的学者：因为有某同志组织这样一个大家都比较熟悉的桥梁，我们就会在各个方面沟通得比较好，大家知道这件事情的前因后果，就

可以比较没有顾虑地参与其中。我觉得某同志组织在这里面发挥的作用挺重要的，主要是让这个案子的参与人能够持续参与，例如几次开庭都有工作人员在其中协调，做后勤、组织工作。也有非同志议题的案子找到我，希望我做专家证人，这些案子也并非没有 NGO 在组织，但是 Ta 们很长时间没有和学者及律师充分沟通，再联络我的时候已经比较晚了，我的时间排不开；或者是之前没有给我关于案情的充分信息，我没有时间、也不确定自己是否有足够的资料去研究这个案子，这时候就没办法去出庭。相反某同志组织在这个案子中就做的很好，组织很多线上线下讨论，影响性诉讼不能打无准备之战，都是需要集体的智慧的，大家要各司其职，才能将每一个角色的效果发挥到最大。总之，有一个组织在持续关注和规划组织对诉讼的效果是很重要的。

（二）社群动员

同志运动是一种“认同政治”而非“阶级政治”，其基础是人们共享的身份认同或对特定议题的共同关注，并不与将定的阶级相关联。其参与者是依据“共同的价值，而不是根据共同的结构位置来定义的。”¹⁶同志运动以同志身份的认同和对同志平权议题的关注为核心，同志运动的背后的社群基础是同志运动重要的力量。同志社群对同志议题比一般社会大众更具有认同感，更愿意投入精力。一方面，我们看到中国同志社群在现阶段并没有形成一种集体的认同感，但另一方面，同志社群也在逐渐成熟，而影响性诉讼一方面正是具有教育社群、赋权社群的作用，另一方面，广泛的社群动员也有助于案件影响力的提升。

社群动员的第一步是要确定倡导目标群体。分析清楚对于某一个议题、某一个案件，哪个群体是受影响最大的群体，哪个群体是最容易对这一议题进行反应的群体，然后找到适合这个群体特点的方式去进行动员。

社群动员的方式也有多种，最重要的是让社群有一种参与感，本文仅举一些例子。首先一种方式是现场支持，号召同志社群人士前往庭审现场参与。这是一种最直接的参与案件的方式，按照我国法律规定，如果不涉及到国家秘密、商业秘密或个人隐私，都应该公开开庭审理，现有的同志影响性诉讼也都是公开开庭审理的。前往现场参与可以直接旁听庭审，这不仅起到了支持案件的作用，还对

¹⁶ 冯仕政. 西方社会运动理论研究[M]. 中国人民大学出版社, 2013. 第 272, 274 页

社群成员是一种赋权和法律教育；前往现场有时没有机会旁听（主要是法庭座位有限或者法院提出一些额外要求如提前预约取号之类），也可以在法庭外参与。同志组织可以在法庭外进行一些活动，例如接受媒体采访讲述案件的前因后果和重要意义，开展行为艺术，邀请社群成员参与等。但是要注意在法庭外组织活动要注意不要造成秩序混乱，如果遇到阻挠以安全第一为原则。

还有一种方式是众筹，众筹不仅仅是筹集资金的方式，也能起到调动社群积极性的一种方式。很多社群成员很希望能够到现场旁听庭审，但由于路途遥远或者开庭在工作日而无法前往。线上众筹成了 Ta 们支持诉讼的重要方式，社群成员通过捐钱来支持当事人、支持案件，本身就有一种参与感。从实践的层面来看，为案件众筹的结果也非常好。

某同志组织负责人：我觉得如果真的要打官司，众筹是一个好办法，因为打官司大家还是很愿意捐钱的，我们那个众筹其实传播面不大，但只有一天的时间就筹了一万多。

第三种方式是发起一些和影响性诉讼主题相关的社群参与活动，一方面可以宣传案件，另一方面也是在更大的倡导的议题下进行的倡导活动。例如，在秋白案漫长的诉讼期间，秋白和她的支持者发起了“恐同教科书论斤卖”等行为艺术，以及“征个大白陪我去北京”等活动都引起了社群的关注，因为秋白案所倡导的教科书议题和青年学生息息相关，她们所发起的活动也充满了青春的气息，是非常成功的受众取向的社群动员。除此之外，她们还发起了向教育部寄送对“毒教材”的举报信的活动、发动在校大学生调查各自学校图书馆中“毒教材”现状的活动，这些活动都能够调动起青年同志的参与热情。

（三） 媒体传播

1. 我国媒体环境概览

我国著名反歧视领域法学家周伟在 2012 年发表的一篇文章中基于对近十年来反歧视影响性诉讼的观察指出，新闻媒体营造出支持反歧视诉讼的舆论环境。

“新闻媒体对反歧视影响性诉讼的推动，比其他任何类型案件传播的观念更突出。2002 年身高歧视案后被告在舆论压力下被迫取消被诉的身高要求，2003 年的乙

肝歧视案裁判程序中新闻媒体全面、持续的报道评论，使法院裁判不得不权衡社会的呼声，2005年的性别歧视、地域歧视案使受案法院面临着巨大的舆论压力，2006年的社会出身歧视案报道后，重庆市高级人民法院发布了指导性意见变通了最高人民法院司法解释的有关规定。2010年的基因歧视案在终审判决中向被告提出调查研究被诉行为。可以说只要是发生重大影响的反歧视案件，都有新闻媒体的推波助澜。”¹⁷多家主流媒体都参与报道和评论这些影响性诉讼，且网络媒体也积极参与，这些“都既反映了社会公众的新意愿，也迫使法院认真考量社会舆论及其裁判的社会效果。无论胜诉、部分胜诉或者诉讼和解的案件，都与新闻媒体营造形成的社会舆论压力分不开，这类案件的原告都是受到歧视的个人，其弱势地位、道义同情、法律公正更容易获得社会的理解。即便法官裁判原告败诉，也需要权衡诉讼结果的社会反映、社会的承受能力和政府形象。”¹⁸

周伟教授论述的主要是以主流媒体作为媒介进行影响性诉讼的倡导，但近年来同志活动家观察到的一个现象就是媒体环境的紧缩。例如在跨性别就业歧视案诉讼期间，开始贵州当地媒体非常积极地跟进这一案件，但后来有记者告知当事人，媒体内部有来自上级的指示，在全省范围内不允许报道这一案件。这个现象我们可以从近年来对网络同志相关舆论的管控事件中一窥端倪。¹⁹在这种情况下，一方面我们仍然不能放弃主流媒体的阵地，要继续和主流媒体人保持良好的合作关系；但是同时，我们也应当抓住新媒体发展的机遇。

某同志组织负责人：我觉得这个跟同性恋有关的媒体友善度最近两年正在下降，这不是说媒体人变坏了，而是说媒体人现在的生存变得越来越艰难了，很多内容媒体人想报报不出来。这个环境也是他们不想要的。其实我们也不用特别去在乎这个传统媒体，因为传统媒体都在死亡的过程当中，他们还没有一个公号的影响力大呢，对吧？所以我觉得传播，看我们到底要什么。我们就是要影响更多的人，这种东西媒体报道不了，但很多公众号的影响力也非常大，和传统媒体达到了同样的效果。咱们社群要发展自己的新媒体，或者和其他的新媒体合作，学习使用新媒体去做传播。同志社群的公众号是一部分，其他非社群的公众号我们

¹⁷ 周伟. 从身高到基因: 中国反歧视的法律发展[J]. 清华法学, 2012, 6(02): 15-30.

¹⁸ 同上

¹⁹ 《通则》案本身就是媒体管控的一个例子，还有新浪微博对同志内容的“自我审查”。

也要去联系、去合作，因为二者的受众是不一样的。

需要补充的是，传统媒体和新媒体虽然都有可能大量的受众，但传统媒体在现阶段仍然更具有“权威性”，尤其对于社会大众来说，传统媒体的可信度、公信力都更强，所以也不能简单说新媒体和传统媒体的影响力相同。从策略上，传统媒体、新媒体（包括同志新媒体和非同志新媒体）都是同志组织需要发展的对象。

还有一点需要补充的是，海外媒体也是非常重要的。一个影响性诉讼的海外影响力虽然看似不会对国内形势有直接影响，但事实上它反而更会受到政府的关注，并且这是国际社会认识中国同志运动的重要方式之一，无论是关注同志议题的国际 NGO，还是联合国人权机制，都以海外媒体对中国的外文报道作为信息来源之一。

2. 媒体合作策略

1) 媒体选择

在同志影响性诉讼的进行中，有些同志组织认为由于同志议题在媒体中比较边缘，所以应该对媒体采取“来者不拒”的态度，尽可能扩大影响力，但在后来的实践中发现，这样的策略并不十分成功，因为有时有些媒体只是对同志议题抱有“猎奇”心理而进行报道，这种报道质量很低，不仅有许多错误，有时也与同志组织的倡导目标完全背道而驰；另外就是一些外国媒体，Ta 们的身份或问题本身比较敏感，同志组织在接受采访或者协助当事人接受采访时也要做好前期调查工作，做好应对预案，有选择地回答问题，不自己的工作平添敏感性。当然也要慎重对所谓的敏感媒体说“不”，媒体关系同样需要维护，这种维护来自于日常工作上的互动。

某同志影响性诉讼当事人：开始基本上都是来者不拒，希望把这个事情最大化地去传播，所以当时就是只要能够有时间，基本上都接受采访。但是现在不是来者不拒了，而是会做一些选择，第一要看是什么性质的媒体，比如有些比较敏感的外媒基本不会考虑；另外除非和记者很熟悉，不然就一定要审稿，因为你不知道媒体会把一个事件写成什么样子，不熟悉的媒体你不了解它的风格，也可能有一些刻意的扭曲等等。现在我倾向的媒体是几乎国内正规媒体——有资质的

主流媒体。

某同志组织负责人：有很多外媒，Ta 确实会问一些 Ta 想问的东西，比如说 Ta 会往中国政府怎么样之类的靠。要注意这类媒体它是因为关心同志议题才会报道，这时候要保持和它的友好合作关系，不能要他的时候就要他，不要的时候就不要了。所以为了保持这个比较好的互动关系，我觉得可以接受他们的采访，但是就是要懂得应对，有些事情我就可以讲，有些事情可以不用讲。

2) 成为信息源

同志影响性诉讼的策动者一定要从一开始就准备好自己的故事，设定一个既符合自己倡导目的，又能对媒体口味的解读框架。在新闻生产过程之中，媒体对事件的选取受到谁的影响，谁的世界观得以被传送出来，显然是最为重要的。作为议题的消息源，就能够有足够多的方式来影响媒体对于议题的诠释框架。²⁰媒体要秉承客观报道的专业性，一般都会期待采访事件的双方，因此倡导者不能仅仅期待对方不会接受采访，而是要有理有据地给媒体展现己方观点，同时加强沟通，尽量避免媒体报道偏颇。

3) 为媒体提供信息补贴

“信息补贴”的概念由传播学学者提出，指的是在新闻生产过程中消息源与新闻工作者实际上是一个价值交换的关系，一方要以低成本制作出新闻，一方要以低成本扩散自己的信息，具体做法包括运用各种公关措施，向新闻单位提供信息，或者提供新闻采写的方便，这就是“信息补贴”。²¹以下这个案例可以为作为上述两点的例子：

案例-跨性别就业歧视案

被告慈铭公司开始是接受媒体采访的，但由于“经验”不足，人力经理在接受采访时亲口说了一些不利于自身的话，这些话反而在后面的诉讼中成为原告方的证据。不知道是因为这个原因还是因为疲于应对媒体，慈铭公司后来就不再接受媒体采访，但这反而又拱手让出了对案件设定解读框架的机会。原告方成为了媒体唯一的信息来源。于此同时，原告方的同志组织非常注意给媒体提供信息补贴，在案件的每一个重要时间节点处（立案、开庭、判决）都会编

²⁰ 曾繁旭. NGO 媒体策略与空间拓展——以绿色和平建构“金光集团云南毁林”议题为个案[J]. 开放时代, 2006(06): 22-42.

²¹ 同上.

写媒体线索，在记者群中传播。这个媒体线索会经过精心编写，点出本次的时间节点、亮点。同志组织还会自己撰写评论文章，并且将这些文章提供给媒体作为参考。

4) 点面结合

媒体策略包括善于利用“点面结合”的方法，即由一两个深度报道的媒体来充当“点”，让其介入早期的报道，然后在“点”推出深度报道之后，自然而然或者主动提供媒体线索，共同带动更多的媒体对事件进行报道，形成由“点”到“面”的局势。“点”是重要的议题设定者，也很大程度上影响着议题的解读框架。当更多媒体跟进的时候，很可能朝相近的方向诠释新闻。²²

3. 舆论与司法的关系

对于影响性诉讼的报道除了一般的媒体技巧，还需要特别拿捏好舆论和司法的关系，舆论应当对司法起到监督的作用，但又不应该给法官造成过大的压力进而形成对议题的敌视态度。舆论对司法的监督是重要的，中国的司法实践中有太多违法及不合理的情况，司法本应是社会公正的最后一道防线，但这条防线经常处于失守的境况。如果没有舆论的及时监督，当事人可能真的就是求助无门。

案例-驻马店被精神病案

驻马店是一个很小的地方，我们的当事人同时还在打离婚关系，那个离婚的案件非常复杂，我们认为那个案件中的律师和法官就有很多不是太公证的地方。但是我们认为这种地方越是媒体曝光，法官越不敢乱来，越是重视这个案件，不会敷衍了事，对于当事人获得公正判决是有好处的。

当我们谈到“舆论与司法”，我们就不得不面临一种质疑的声音，那就是这样的行为是否会有“携社会舆论以影响司法独立”之嫌。笔者认为这样的思考是有益的，不恰当的“利用”媒体影响力，确实会对司法独立产生消极的影响，但是在同志影响性诉讼的已有实践中，以及我们所提倡的未来同志影响性诉讼的实施过程中，我们都应该坚持与媒体互动的正确方式，因此我们可以自信地回答：没有，社会舆论并不会影响司法独立，相反，社会舆论本应具有监督公权力正当行使的权利和责任。

²² 同上。

司法活动既是国家政治活动的组成部分，也是国家实施社会管理的重要手段；同时，司法活动关涉到的也是社会公众的日常生活内容。因此司法活动是国家与公众之间的连接点之一，是政治活动与社会生活相互交织的空间。公众对司法个案的讨论是 Ta 们参与政治和社会管理的一种实惠且简捷的方式。其次，近年来我国司法公开化、透明化程度在逐步提高，司法机构对媒体采取谦抑姿态，在欢迎和接受舆论监督的主题下，司法与社会的距离正在拉近。同时，“司法为民”被确立为法院的根本宗旨，凸显出司法机构对民意的尊重，其核心在于强调司法与人民群众总体利益及公众主导性社会愿望的契合。²³由媒体所反映出的社会舆论是公众参与我国民主活动的一种方式，司法活动对舆论监督的自觉接受，对舆论反应出民意的尊重也是我国“司法为民”的应有之义。

司法活动考虑社会舆论不会构成对司法独立性的损害，这是因为：首先，司法独立性的核心涵义是司法权与其他权力的界分。基于司法的独立性，司法审判活动不受其他权力的干预。评价司法是否具有独立性的标志，是司法有没有排拒依据法律所应当排拒的（包括公众判意在内的）其他意见和要求的能力。但是这种独立性并不排除司法机构依据自身的立场和判断去接受、吸纳或认同社会各方面的建议和意见。²⁴正如美国社会法学派的大法官卡多佐也说过：“我将尽自己的绵薄之力，把那些悸动着、喧嚣着渴望得到表达的社会和经济力量引入法律。”²⁵其次，从我国实践看，真正对司法独立性形成影响的因素并不是公众意见，而是其他权力主体的不当干预。²⁶有时这种影响甚至是通过舆论施加的。有学者指出：“目前的一些地方为政者出于社会稳定和谐的目的，基于执政为民和司法为民立场，利用民意和媒体舆论，对司法施加了影响。”²⁷从某种程度上来说，社会舆论对司法过程具有进行良性监督的功能，相对独立的新闻媒体报道是对其他权力主体干预司法过程的一种制约。

从已有的同志影响性诉讼实践中，我们可以看到一些利用公众舆论监督司法过程，以使得司法过程更为公正的例子，也可以看到同志组织在运用媒体传播影

²³ 顾培东. 公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考 (J). 中国法学, 2008 (4)

²⁴ 同上

²⁵ 卡多佐, 炯, 冰. 演讲录: 法律与文学 [M]. 中国法制出版社, 2005. 第 54 页

²⁶ 顾培东. 公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考 (J). 中国法学, 2008 (4)

²⁷ 孙笑侠. 司法的政治力学——民众、媒体、为政者、当事人与司法官的关系分析 [J]. 中国法学, 2011 (02): 57-69.

响性案件时也会对自己更为严格要求，自觉避免舆论对司法过程可能产生的不良影响。

(四) 风险评估

影响性诉讼的风险问题无疑是复杂的，它和议题本身、时间背景、参与人、具体运作方式都息息相关。尤其在当代中国这一背景下，影响性诉讼的风险也是随着时间在不断变化的。对风险的评估，无疑是每一次提起影响性诉讼都需要注意的问题。

首先应当说，影响性诉讼的本质仍然是一种诉讼，它完全是合法的，是当事人用以维护自己合法权益的一种合法手段。虽然对最敏感的议题来说，即使是采用完全合法的诉讼维权手段仍然面临着风险，但由于同志议题在政治敏感性的光谱上目前还处于较为不敏感的地带，因此同志影响性诉讼仍然是安全系数较高的一种方法。几个需要特别注意的点如下：

1. 尽量使用安全资金

中国现有的同志组织，尤其是以法律倡导为主要工作（之一）的组织，往往都有境外资金的支持。并且这些境外资金很可能就是直接用于支持影响性诉讼工作的。境外资金的使用主要应该注重两个问题，第一是需要辨别资金来源是否敏感，有些境外基金会本身就在中国政府的黑名单上，这样的资金如果被用于影响性诉讼，很可能会被认为是“境外势力”对中国内政的一种干预。其次，随着 2017 年《境外非政府组织境内活动管理法》的出台，同志组织由于注册难的问题越来越难以接收海外资金，这时，通过众筹为案件筹资就不失为一个好办法。但同志组织需要注意的是：由于众筹这种形式本身涉及到公开募捐，而根据《慈善法》的规定需要有公开募捐的资格，因此在众筹时要特别注意。如果以当事人账户作为收钱账户，则能够被解读为个人求助，相应的法律风险较小。

2. 避免过于敏感的合作对象

律师是同志影响性诉讼中重要的参与者，但律师行业本身也在愈发紧张的政

治环境中面临着诸多挑战。有些人权律师或者“死磕派”律师是非常敏感的，而作为没有那么敏感的同志议题组织，在选择律师合作对象的时候需要谨慎。²⁸现在和同志组织紧密合作的一批同志友善律师，很多都是公益律师，或者投入公益活动的商业律师，Ta 们是较为安全的。

某同志组织负责人：我们更想纯粹地去探讨同性恋的权利问题，不想分散焦点。我们觉得人权律师很重要，他们在一线，在更前面的地方。但是我们合作的律师更主要的是在二线，二线指的是公益律师，Ta 们很注重人权，也关注环境、教育等其他领域，很有经验，但是不会走得太前面。

3. 去组织化策略

中国官方对于有组织的行动天然具有一种警惕性，虽然同志影响性诉讼基本都是组织在背后运作的，但是为了组织的安全，需要在影响性诉讼的过程中保持这种幕后身份，使得案件看起来并无组织性。同志组织在幕后要给当事人、律师和专家提供足够的支持，但是在台前，应当表明出一种疏离感，即使媒体采访同志组织，也应当站在外部旁观者的立场对案件进行评论。去组织化要使得同志影响性诉讼看起来都是当事人的个人行为，这样看起来具有一定的风险性，但事实上当事人只是在行使 Ta 的合法诉权，其风险要比当事人参与有组织性的诉讼小得多。

当然我们要注意的，风险总是存在的，风险总是在变化之中的。风险往往也是无法完全规避的。因此同志影响性诉讼的参与各方一定要加强沟通，相互支持，在有必要时随时进行风险评估和采取预防、补救措施。

二、诉讼前：分析与筹备

(一) 选择恰当的议题

1. 已有影响性诉讼的议题梳理

同志组织近年来关注的议题有许多，主要包括去污名化、去病化、反就业歧

²⁸ “死磕派律师”无疑也是可敬的，但目前中国同志运动从策略来讲走的是不同的路径。

视、反家庭暴力、同志组织注册、同性婚姻、生育权、跨性别特殊议题（包括但不限于激素的使用、性别肯定手术、性别变更的法律承认）等。这些议题的倡导手法不尽相同，但影响性诉讼越来越成为其中重要的手段之一。本文将现有的 12 个同志影响性诉讼按议题分类后，可以得出以下有趣的观察：

1) 在去病化议题上，百度案作为同志影响性诉讼早期的案例，获得胜诉，并且在判决书中获得了对同性恋去病化的积极表态，即“同性恋不是精神病”，具有十分重大的意义；驻马店被精神病案虽然也获得胜诉，但主要原因是法院认定原告符合强制治疗的条件，并未直接触及到同性恋去病化的议题。总体来说，同志影响性诉讼在去病化议题上的努力取得了较好的成果。

2) 在去污名化议题上，范坡坡诉广电总局案是这一议题上的第一案，并且获得了胜诉的结果，但事实上这一胜诉更多体现了法律技术上的胜利，而非实体问题上的胜利；秋白案虽然法律上“屡败屡战”，但却是同志影响性诉讼中一个优秀的倡导样本；西西案和《通则》案还在进行中，不做过多评论。去污名化议题的诉讼经常采用行政诉讼的方式，这可能是因为目前我国同志群体面临的污名化主要来自社会整体氛围，以及政府对某些所谓“敏感议题”的管控，所以直接责任人往往是行政机关。影响性诉讼选择行政诉讼作为方式的优缺点将在后文详述。值得注意的是，西西案首次在这一议题上尝试民事侵权路径，并且没有选择较为传统的侵犯名誉权的路径，而是采取了产品责任纠纷的路径，是一次有益的尝试。

3) 在反就业歧视议题上，在最早的小红帽案中，证据问题浮出了水面，证据不足（或者可能是法官利用法律技术有意回避敏感问题）成为了最终败诉的原因；跨性别就业歧视案中，证据问题依然是劳动争议案中的重点，在一般人格权案中，法院连续做出了两份较为开明的判决；广州艾滋案中，民事部分取得了胜诉的结果，并且在判决书中写入“艾滋病本身并不可怕，可怕的是对艾滋病的无知和偏见，以及对艾滋病患者的歧视。”行政部分则面临着程序性回避的问题。最新的青岛同志教师案虽然表面看上去仍然是一例就业歧视案例，但实际上由于（幼教）教师职业的特殊性，是在同志平权上更近一步，社会大众对于教师、父母这类关系到未成年人成长的角色同志身份无疑更为敏感。总体来说，反就业歧视的影响性诉讼在民事层面呈现较为积极的发展态势，但在触及到法律政策的改变及政府机关、国有企业就业歧视问题上时，情况仍然不很乐观。

4) 同志组织议题上，小寒注册案是唯一一例影响性诉讼，并且很遗憾地没有进入实体问题的审理阶段。本案发生于 2013 至 2014 年间，是较早的案件，近年来，中国民间组织生存空间收紧，也并无继续提出这一议题领域的诉讼。与这一议题密切相关的是结社自由的问题，属于较为敏感的议题。

5) 同性婚姻议题上，同性婚姻登记案是唯一一例影响性诉讼，这一“注定败诉”的案件不出意料两审均败诉，但法院给出的裁判理由则有待商榷，值得引起我们对诉讼策略的思考。除此之外，借由本案进行的倡导工作十分值得赞扬。

6) 案件时间、审判地点与案件结果的影响之交叉分析：无论是从同志影响性诉讼整体来看，还是从某一议题内的诉讼来看，案件结果与案件时间并无明显的联系，与审判地点（按照城市发达程度看）也无明显联系。这可能是由于样本量太小造成的，但更大的可能性是每个个案的具体情况十分复杂，不能做过于简略的提炼。

2. 议题倡导契机的选择

倡导行动需要考虑契机，影响性诉讼也是如此。契机的选择有从大到小多个维度的考虑。当然，一个完美的议题选择可能是不存在的，也就是说，所选择的议题都和以下各个维度完美契合是比较困难的，在考虑这些维度的过程中，也需要进行权衡。以下将逐一解释议题选择的维度。

1) 社群需求和社群基础（倡导行动的出发点）

倡导的目的是为了让每个人能更好地生活，影响性诉讼作为倡导的手段之一也是如此，因此议题选择不能凭空想象，要选择那些真正为社群所在意的议题。了解社群需求的手段是多样的，可以通过调查报告，也可以通过为社群提供服务时接触到的个案案例，这就要求同志组织在策划影响性诉讼之前，对相关议题有一定的经验积累，并且对社群在这一议题上的需求比较熟悉。进一步的，同志组织不能机械地理解社群需求，而是要分析这一需求背后的原因。举例来说，社群对同性婚姻无疑是有需求的，但通过分析，倡导的目标并不一定指向同性婚姻——因为社群可能只是对婚姻所带来的福利有所需求，但非婚姻（比如伴侣制度）制度同样可能带来这些福利；社群也可能认为同性婚姻可以带来对同性恋/双性恋的社会认可，但这也是打个问号的。

社群基础和社群需求紧密相关，社群需求大的必然带来较好的社群基础，而较好的社群基础对于议题倡导的推进是非常有利的，可以带来更好的社群动员结果，进而更有可能带来更大的社会影响力

2) 大环境

大环境包括政治环境、法律政策环境、媒体环境和社会环境四个方面。政治环境主要指的是政府释放出的政治信号。例如，在跨性别就业歧视案提起之前，2016年左右，最高人民法院官方网站、中国妇女报等网站²⁹上均发表了反就业歧视评论文章。这些迹象反映出政府对于反就业歧视的积极态度，给同志反就业歧视的倡导提供了一些空间。

法律政策环境的变化同样非常重要。在小寒注册案当中，正值“新理新政”时期，国家倡导开放社会组织注册。在这一实时机之下，同志组织本身就可以尝试注册，即使注册不成，这一注册“失败”也可以成为一个非常成功的同志影响性诉讼案例。

媒体环境体现出大众对某个议题的关注度，也从侧面反映出政府对某个议题的非敌视态度。媒体环境一方面是外部媒体对某个议题关注的自然结果，也可能来自于社群内部对某个议题的推动。例如在百度案当中，心语飘香治疗同性恋的事情，在媒体上发酵，同性恋亲友会连续曝光这一事件，并且有其他媒体在关注同性恋的扭转治疗，从而形成了一个契机。

社会环境是社会大众对议题的普遍态度，有时这种态度并不反映在媒体中。例如李银河就社会大众对同志群体的态度进行的调查中反映出来，社会大众虽然在同性婚姻等议题上普遍持反对态度，但却有超过九成的人认为同性恋不应在就业中遭受歧视。在这样的社会环境之下，就业歧视就是一个很好的议题切入点，跨性别就业歧视案的选择也考虑了这样的社会环境。

3) 持续推动的考量

任何倡导行动都不是一蹴而就的，因此选择议题的过程中需要注意议题推动的连续性，同样议题的案子需要被积累，只有有一定的积累量才能够使政府开始重视这一议题。在案例积累的过程中，也是不断促使议题脱敏、司法实践发生进

²⁹ 朱宁宁. 就业歧视屡禁不绝立法碎片化难成体系 是时候出台反就业歧视法了[EB/OL]. http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/lfdt/2016-01/26/content_1961366.htm. 最后访问日期: 2018年11月13日. 刘明辉. 反就业性别歧视专门立法迫在眉睫[N]. 中国妇女报, 2016年5月3日(B2).

步的过程。例如在已有的四个就业性别歧视案件中，³⁰法院接受立案的时间越来越短，精神损害赔偿金的数额有所提升，并且在之后的案件中支持了赔礼道歉的诉讼请求。从百度案到驻马店被精神病案，从“非法行医”的心理咨询中心到主流的精神病医院，同性恋去病化的议题需要从不同的角度切入，这些不同的角度本身也反映出现实中存在的不同问题。从秋白案到西西案，也是类似的。

4) 议题风险评估

所谓议题的风险主要是议题本身是否敏感，在中国，涉及到基本权利的议题，例如表达自由、结社自由，都属于较为敏感的议题。但并非说敏感议题不能碰，而是敏感议题可以通过某些方式去敏感化，例如不强调结社自由，而是强调去除同志群体的污名化。

(二) 挑选典型案例及合适的当事人

1. 挑选典型案例

影响性诉讼与一般性诉讼不同的一点在于倡导这一目的，不是任何一件涉及到 LGBTI 群体的案件都可以成为影响性诉讼，倡导者需要对案件进行筛选，选出合适的倡导案件。

案例-广州艾滋就业歧视案

阿明于 2012 年开始在某 A 事业单位（以下简称 A 单位）任检验员岗位，为合同制员工，与被申请人的劳动合同一年一签，最近的劳动合同期限至 2016 年 8 月 31 日，劳动合同约定的岗位仍然是“检验员”，工作内容是“负责被申请人的检测工作，并对检验结果的真实性负责”。阿明在 2015 年 10 月参加了广州市某 B 局局属事业单位公开招聘工作人员考试，报考单位是 A 单位，报考岗位是检验员。2015 年 12 月，某 A 事业单位以阿明在上述考试中的体检结果为“HIV 抗体阳性”为由，于 2015 年 11 月 16 日决定不予录用，并决定从 2015 年 12 月 21 日起离岗休息。

这个案件是一起非常难得的典型的艾滋就业歧视案：首先，从案情来看，因为当事人原来是合同工身份，没有经过体检，就可以正常工作近四年；但由

³⁰ 即“曹菊案”、“黄蓉案”、“马户案”和“高晓案”。

于他报考自己原单位原岗位的事业编制，经过体检检测出 HIV 阳性，就被要求“离岗休息”、“不予录用”——当事人的工作能力、健康状况在这期间并无变化，只是因为报考事业编制经过体检就被单位认为不再适合原岗位，非常明显地体现出事业单位招考体检的一个荒谬性。其次，如前文所述，用人单位是依据《传染病防治法实施条例》中的相关条款以拒绝录用阿明的，但其中有关艾滋感染者及艾滋病人的相关条款确实已经与上位法相抵触而失效了，稍有法律常识的人应该是很明确这个问题的。最后，本案中的单位一方始终要求对艾滋病感染者进行隔离治疗、并要求其提供不具感染性的证明等，这样的要求从医学的角度看是十分荒谬的。总之，这一案件如果恰当运作能够提高公众对艾滋病的科学认识，普及平等的观念。

2. 当事人的分类

笔者认为，同志影响性诉讼的当事人大体分为两类：遭遇型当事人和策略型当事人。遭遇型当事人，指的是哪些被动遭遇了权益侵害从而因为机缘巧合而成为影响性诉讼的当事人。遭遇型当事人特点各异，很多也非常有个性——在中国这一个一向厌讼的国度，愿意因为自己的权利受到侵害就站出来打影响性诉讼的当事人都值得我们敬佩。当然在这个过程中，也少不了同志组织、律师甚至专家对当事人的鼓励，但需要注意的是，这种鼓励一定要建立在对方完全清楚明白自己所需承担的风险和付出的基础之上的，这种鼓励一定要注意不能利用当事人，最终的决定权要交到当事人的手中。同志组织要协助当事人处理 Ta 的疑虑，其中隐私保护是最重要的，从媒体采访到新闻稿的撰写都需要注意；诉讼费、律师费在已有的同志影响性诉讼中绝大多数是由同志组织出资，这也会非常大地减轻当事人的经济压力，特别是在中国司法实践中赔偿额度很低的情况下；当事人也可能顾虑到自己的时间精力不足，这时同志组织也要出面，除了必须要当事人亲自去做的事情，同志组织其实都可以协助完成。

策略型当事人分又为两类，第一类指的是那些主动“钓鱼”，“制造”出案件的当事人。“钓鱼型”案件有时会引起一些争议，例如有违诚实信用原则，甚至浪费司法资源的批评。不过，就如同无论是司法实践还是主流观点都认可了“知假买假”的打假方式一样，所谓“钓鱼”实际上只是暴露问题的一种方式，真正

有问题的还是“鱼”本身，而非“钓鱼”的行为。

某代理同志影响性诉讼的律师：从法律上来说，所谓“钓鱼型”案件“制造”出的当事人，并没有实施民法上的欺诈行为——Ta 的身份信息没有造假，也没有实施违法行为。例如百度案中，虽然当事人是“钓鱼”，但他确实是同性恋身份，并且他愿意去接受治疗。这里的治疗是一种服务，提供服务的一方提供了这一服务，消费者当然有权利去选择消费，这是完全正当的。如果在接受服务的过程中出现了纠纷，消费者完全是正当维权。从道德上来说，所谓“钓鱼型”案件“制造”出的当事人也没有污点。第一，当事人没有损害其他任何人的利益，唯一“遭受损失”的是违法者自身，但这并不能被评价为一种损害，而应当被评价为对自己违法行为付出的代价，并且其根本目的是促使违法者停止自己的违法行为。第二，不能认为当事人是在“炒作”，这样的想法是一种对倡导的污名化，是一种维稳思维、统治者思维。

第二类是通过人为搭建建立法律联系中诉讼的当事人，主要出现在行政诉讼中，利用搭建行政法律关系的方式，成为适格当事人。例如在《通则》案中，中国网络视听节目服务协会发布的《网络视听节目内容审核通则》含有对同性恋的歧视性内容，但由于这一协会属于行业协会，其会员都是广播电视播出机构、互联网企业和网络技术公司等，《通则》则属于行业规则，无论是作为自然人的同志个人还是作为社会组织/商业主体的同志组织，与协会和《通则》均无法律上的联系。但经过向协会的主管单位广电总局提起政府信息公开申请，再对信息公开申请提起行政诉讼从而将协会作为诉讼第三人的方式，申请政府信息公开的申请人就可以和协会建立起法律联系，从而将同志组织所希望倡导的“去污名化”议题进展下去。

3. 不同当事人的特点

1) 风险承担能力

遭遇型当事人相对较弱，而策略型当事人能力较强。影响性诉讼往往不可避免地伴随着对当事人隐私的一定程度的曝光，同志群体作为当事人首先面临的的就是“被出柜”的问题。遭遇型当事人对案件本身并无预期，其本身可能并未向亲友、同学或同事等出柜，提起影响性诉讼可能会暴露 Ta 们的隐私。更有甚者，

有权机关还可能以出柜相威胁，达到钳制当事人行为的目的。另外的风险就在于提起诉讼本身带来的风险，在中国，大众普遍还是厌讼的，提起诉讼，尤其是影响性诉讼，有时会被不明就里的群众认为是“动机不纯”；同时，反就业歧视类诉讼，当事人往往会担心这样的诉讼会给Ta未来的工作带来不利的影响，现实中这样的风险也确实存在；另外，长时间的诉讼对当事人的精力牵扯很大，对经济基础也有一定的要求，例如，范坡坡在诉广电总局案的过程中有一年左右的时间频繁接受媒体采访，没有时间和精力工作，也影响了经济收入。相对来说，策略型当事人往往是对诉讼经过精心的心理、经济准备，对可能的遭遇也有所预期，并且有一定的风险规避和处理措施。

2) 配合度

配合度就是当事人作为影响性诉讼参与者积极主动与其他参与者配合、共同推进倡导的程度。由于后两类当事人往往是经过预先选择的，Ta们的任务之一就是和其他影响性诉讼的参与者打好配合。遭遇型当事人当然也有可能具有极好的配合度，但这往往需要同志组织从中进行协调，并为当事人提供足够的支持。

3) 传播性

故事性是传播性中重要的要素，遭遇型当事人天然地拥有一个好故事，例如小红帽案最开始就是红遍网络的“一百块都不给我”视频；又如驻马店被精神病案，“同妻”、“被精神病”、“强制住院19天”等关键词也是天然的新闻点。策略型当事人其实也需要一个好故事，但这个好故事由于有更多的虚构成分，需要当事人自身具有良好的传播素养和倡导经验，例如在百度案中，当事人小振虚构了一个基本合理的“家长逼着去做扭转治疗”的故事，但小振本人也认为，还是“真实”的当事人更有利于这个故事的讲述。通过人为搭建建立法律联系中诉讼的当事人实际上是没有“个人故事”的，因为那种行政法律关系的建立模式背后，个人因素和故事性都非常低，但这并不意味着就没有新闻点，这个新闻点可以放在普通公民对自身权益的关注和追求上（例如通则案），也可以鼓励当事人本人通过别的方式制造传播点（例如秋白案）。

4. 同志组织对当事人的支持和培养

1) 挑选当事人

在同志影响性诉讼的第一个时期，寻找到合适的当事人并不容易。小寒注册案和百度案都是由同志活动家自己充当当事人的，范坡坡也是积极参与社群工作的人士。但随着同志影响性诉讼的开展，有越来越多的社群伙伴从活动积极分子成为了案件当事人。这背后，重要的一点是同志机构建立了和社群的更广泛、更深刻的连结——这是同志组织的一项非常重要的工作；另外，也是之前当事人们在起着榜样的作用，对社群成员来说，看到有人勇敢地站到了“前台”成为影响性诉讼的当事人，对Ta们也是巨大的鼓舞，能够促进Ta们也站出来为同志权益倡导做出自己的贡献。同志组织在这时就面临着挑选当事人的问题，挑选当事人的原则可以从上述的风险承担能力、配合度和故事的传播性等当事人自身的特点出发。

这里比较有争议的一个问题是，有所谓“瑕疵”的当事人是否合适。这个问题还是要具体问题具体分析，并且可能不同的倡导者对此也有不同的理解。

案例-驻马店被精神病案

所谓瑕疵当事人，指的是那些在社会大众看来有污点的当事人。瑕疵当事人具有更大的话题性，更容易引起社会公众的讨论，但也容易分散舆论焦点。例如驻马店案当中，当事人实际上是和异性恋女性结婚（即所谓“骗婚”），社会大众对于他的这种行为倾向于抱有一种负面的态度。这一案件在刚刚曝出的时候，很多舆论都关注到这一点，也引发了许多讨论，但这些讨论绝大多数偏离了倡导目标。因此在后续媒体倡导的过程中，就不再强调妻子这个身份，而是只说家人，去回避这个问题。对瑕疵当事人的问题，可能不同的人会有不同的理解。

2) 对当事人进行风险提示

影响性诉讼往往不可避免地伴随着对当事人隐私的一定程度的曝光，同志群体作为当事人首先面临的的就是“被出柜”的问题。遭遇型当事人对案件本身并无预期，其本身可能并未向亲友、同学或同事等出柜，提起影响性诉讼可能会暴露Ta们的隐私。更有甚者，有权机关还可能以出柜相威胁，达到钳制当事人行为的目的。另外的风险就在于提起诉讼本身带来的风险，在中国，大众普遍还是厌讼的，提起诉讼，尤其是影响性诉讼，有时会被不明就里的群众认为是“动机不纯”；同时，反就业歧视类诉讼，当事人往往会担心这样的诉讼会给Ta未来的工作带

来不利的影 响，现实中这样的风险也确实存在；另外，长时间的诉讼对当事人的精力牵扯很大，对经济基础也有一定的要求。相对来说，策略型当事人往往是对诉讼经过精心的心理、经济准备，对可能的遭遇也有所预期，并且有一定的风险规避和处理措施。

无论从社会运动的运动伦理出发，还是律师对客户的职业道德来讲，都应当对当事人反复进行风险提示。风险提示不应当是泛泛的，而应当是具体的，是在充分聆听了当事人自身的需求、担忧和思考之后，共同分析而得出的。在这个过程中，同志组织和律师可以共同在场，分别从自己的专业角度分析当事人的风险，并进行充分的提示。

3) 对当事人的支持

我们首先要确定的伦理价值是，对当事人的利益切实关心，而不是把人当成工具。无论一个案件是否能够做成影响性诉讼，当事人的利益要放在第一位，因此为当事人尽量争取更高额的赔偿金/补偿金是重要的，即使这样会带来和解/调解结案的结果，而稍有不利于倡导。另外，对当事人的支持还表现在对当事人的支持也应当是贯穿整个过程的。在提起诉讼之前，同志组织就要做好支持工作，这些支持工作包括对当事人进行情感上的陪伴，理解当事人的顾虑，在确认当事人有意提起影响性诉讼并且已经知晓风险的情况下，适当给当事人鼓励和支持；在诉讼过程中，有时当事人会面对来自不同方面的压力，同志组织需要帮助当事人调整心态，并且和当事人一起协商应对策略。

案例-驻马店案

亲友会首先介入了对当事人的营救，亲友会的负责人阿强亲自前往驻马店，并且成功将当事人救出，赢得了当事人的信任。之后阿强将当事人介绍给了同志平等权益促进会的燕子，燕子也亲自前往当事人所在的城市和他见面、交流。面对面的交流非常重要，这是一个建立信任的过程，也是同志组织方面对当事人的遭遇认同和共情的过程。在同志组织给当事人提供陪伴和支持的过程中，可以交流对于维权甚至影响性诉讼的看法。燕子讲述了自己被治疗的亲身经历，当事人也逐渐认同了这个事件并不是他个人的遭遇，而是大家都可能遇到的问题，进而觉得确实应当做点什么，而不能就这么算了。燕子也讲述了自己案件的胜诉，认为当事人的案子是值得尝试的，这样的尝试可以让更多人

知道扭转治疗是错误的。

4) 对当事人的培养

当事人是故事的讲述者，很多时候，虽然同志组织是影响性诉讼背后的策动者，但绝大部分的倡导内容都需要借当事人之口说出去。当事人是否愿意为这一影响性诉讼接受媒体采访，甚至“抛头露面”？当事人的价值观是否和同志组织所倡导的价值观基本一致？当事人的表达能力是否足够传达出该诉讼所希望传达出的内容和希望推动的议题？所有这些都需要同志组织和当事人形成良好的沟通，并且对当事人进行一定的指导，必要时也应当请律师出谋划策。

在同志影响性诉讼的第一个时期，寻找到合适的当事人并不容易。小寒注册案和百度案都是由同志活动家自己充当当事人的，范坡坡也是积极参与社群工作的人士。但随着同志影响性诉讼的开展，有越来越多的社群伙伴从活动积极分子成为了案件当事人。这背后，重要的一点是同志机构建立了和社群的更广泛、更深刻的连结——这是同志组织的一项非常重要的工作；另外，也是之前当事人们在起着榜样的作用，对社群成员来说，看到有人勇敢地站到了“前台”成为影响性诉讼的当事人，对Ta们也是巨大的鼓舞，能够促进Ta们也站出来为同志权益倡导做出自己的贡献。另外，从运动中培养当事人是非常重要的，因为Ta们更熟悉议题、更熟悉倡导、具有相对更强的风险承受能力，这使得他们能够和同志组织更好地配合，也了解怎样的故事能够既吸引媒体的注意，又能够反映出背后的问题和倡导目标。

某同志组织负责人：同志运动员作当事人在传播这个层面上还是很有优势的。有很多真实的当事人，Ta很难接受我们想要的那种传播，嗯，我们很理解他其实，他就是有很多的顾虑。但是很多时候，如果Ta能够更主动一些，Ta的作用真的是很大的。运动员做当事人的配合性也会很强，Ta会更了解我们要什么，Ta本来也是做这个工作的，知道一个案件背后反映的普遍问题是什么，为什么会这样，要倡导的议题是什么，Ta就和媒体往这个方向说。

（三） 制定战略与战术

同志权益倡导希望推动的，在最基础层面是某一个具体的问题，但如何把这个问题转化为法律问题则是一个涉及到法律技术的问题；同时，同志影响性诉讼

不仅是要单纯把一个议题转化为一个法律问题，还需要使得这个法律问题能够最符合这一议题的倡导目标。这个整体规划的过程，就是选择一个合适的切入角度。

1. 战略：利益相关者分析

选择合适的切入角度首先涉及到利益相关者的分析，所谓利益相关者简单来说指的是那些你希望能够通过行动影响的，并且能够对你的行动目的产生影响的个人、团体或组织。例如在同志权益法律倡导的过程中，政策制定者、政策起草者、政策实施者等都是利益相关者，Ta 们是我们希望通过法律倡导而影响的对象，而 Ta 们本身也对与我们行动目的相关的法律政策的制定和实施过程中起到重要的作用。

在前文提到影响性诉讼的影响力时，我们知道影响力有多重维度，每个维度中又有多种影响对象/结果。如何让一个诉讼的影响力有的放矢，首先要分析这一诉讼意图影响的对象。

案例-跨性别就业歧视案

我国现有法律法规中，对禁止实施就业歧视的事由规定不够完善，不包括性倾向、性别认同、性别表达和性特征（SOGIESC），有鉴于此，同志组织在近年来一直在参与推动 SOGIESC 包容的《反就业歧视法（专家建议稿）》。在这一大背景下，跨性别就业歧视案的出现是对这一立法倡导的有力支持，因此这一案件中的关键利益相关者就是我国的立法者（国家权力机关组成人员）和具有准立法权的最高法院等。

案例-百度案

百度案提起诉讼之前，多家同志组织就进行了利益相关者分析，百度案所涉及到的扭转治疗实际并不是一个法律政策不合理的问题，更多是一个政策实施层面的问题。在我国《精神卫生法》已经禁止对精神病患者实施非自愿治疗的情况下，许多精神卫生机构实施的所谓“扭转治疗”本身就是违法的，但在这背后，是相当比例的精神卫生从业人员还停留在认为“同性恋是精神疾病”的错误认识上。因此百度案所确定的关键利益相关者并非是立法者，而是精神卫生行业内的专业人员。同时，由于 CCMD-3 在同性恋、双性恋去病化的问题

上并未实现完全的去病理化，还留有一个“自我认同不和谐的同性恋、双性恋”的尾巴，这样的行业规范本身也为从事同性恋、双性恋“扭转治疗”业务的精神卫生机构提供了理论基础，所以百度案的另一个重点是影响精神卫生协会、心理协会等行业协会组织。

2. 战术：诉讼规划

在确定好需要影响的利益相关者之后，涉及到诉讼战略规划和倡导战略规划的问题。首先需要思考的是，选择怎样的案件、使用怎样的诉讼战略和倡导战略可以接触并影响到我们已经确定出来的利益相关者；其次，如何将议题转化为最有利于倡导、最符合倡导目的的法律问题；最后，具体的法律技术问题。³¹

1) 选择案件

如果只从权益受损的角度来讲，可能每天都会发生侵害同志权益的事件，但 these 事件并不都会成为一个合适的影响性诉讼。案件的选择需要考虑至少如下因素：该案件是否足够典型——反映了某种制度冲突？该案件的当事人是否合适（对当事人的具体分析见后文）？该案件的证据是否充足？该案件的胜诉可能性多大（虽然“影响性诉讼不以成败论英雄”，但胜诉可能性依然是要考虑的因素，因为它涉及到当事人权益的维护、对之后类案的示范作用、对后续倡导行动的影响等）？该案件是否适合媒体传播？以及最重要的——该案件在总体的倡导策略中是否可以胜任影响到利益相关方的功能。

某同志组织负责人：之前我们推动的百度案是心语飘香，它是一个心理咨询机构，在它之后我们就想找一个，比较主流的医院治疗同性恋的案子，而驻马店被精神病案，被告是医院的同时，它还有一个非常典型的故事：他被关了十九天。当然这是一个很不好的事情，但这恰恰是一个天然的新闻点，非常有助于传播。

2) 诉讼规划

在确定了案件、确定了当事人之后，根据倡导目标和案件自身的具体特点，确定要打几个案子，这几个案子要怎么打，选择怎样的案由，在整个影响性诉讼

³¹ 具体的法律技术问题指的是“如何选择好的诉讼切入角度”、“如何才能赢”的问题，每个个案不同。这个问题的解决主要是律师的任务，但是律师在制定诉讼策略时一定要与同志组织协商，从倡导的角度出发。本报告在“同志影响性诉讼案例选”一节收录了3个同志影响性诉讼案件，对法律技术问题感兴趣可以参考。

的过程中要如何使法律层面和倡导层面配合起来。诉讼规划并不是定死的，而应当是随着时间的推移和情势变更而加以调整的。以上内容有些抽象，让我们看一个具体的例子。

案例-广州艾滋就业歧视案

在设计诉讼规划方面，本案首先确定了本案的终极目标是改变《广东省公务员录用体检标准》。2014年新《行政诉讼法》第五十三条规定“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法，在对行政行为提起诉讼时，可以一并请求对该规范性文件进行审查。”该条确立了行政诉讼中的规范性文件附带审查制度，赋予了人民法院对规范性文件的审查权。第六十四条规定“人民法院在审理行政案件中，经审查认为本法第五十三条规定的规范性文件不合法的，不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议。”这一制度可以说是在中国法制体系中使用诉讼直接影响法律政策的最直接的方式。为了实现这一终极目标，就需要提起行政诉讼，诉“不予录用”的决定违法，从而提起对《广东省公务员录用体检标准》的附带审查。

为了上述的终极目标，虽然单位作出“不予录用”决定在先，“停岗休息”的决定在后，从诉讼规划上仍然应当先行诉“停岗休息”这一决定，因为无论这一诉讼的输赢与否，都对后续提起行政诉讼起到鲜明对比的作用。基于上述分析，律师为案件定下了“三步走”的计划，认为这一事件中至少有三个诉讼，第一个是诉单位“离岗休息”决定违法，第二个是诉单位“不予录用”决定违法，第三个是诉单位“不续签”行为违法（在制定出诉讼计划的时候，单位并未决定不续签，但是律师根据经验判断，一旦起诉，单位将基本不会再和当事人续签，并将这样的判断告知当事人，这一判断也被事实印证）。

在诉“停岗休息”的过程中，用人单位果然作出了“不续签”的决定。与绝大多数就业歧视类案件类似，“不续签”涉及到两种诉讼策略，一是劳动争议纠纷，二是借名一般人格权纠纷而提起反歧视诉讼。虽然法院在劳动者诉“停岗休息”决定的审理过程中，实际上涉及到了“不续签”的问题，并且二审法院对这个问题进行了裁判，判决经济赔偿金，但就“不续签”问题本身仍然可以提起一般人格权诉讼。这时劳动者一方就面临着一个抉择，即到底是否要诉

“不续签”这个决定。从倡导的角度考虑，既然终极目标并非是又一个普通的艾滋就业歧视案件，而是改变《广东省公务员录用体检标准》，经过诉讼参加各方的分析和讨论，认为如果同一个当事人案子太多，容易给公众的理解造成混乱，因此及时调整诉讼策略，放弃了就“不续签”进行起诉。

3) 议题的转化

首先是如何将一个议题转化为一个法律问题从而提起影响性诉讼。例如同志组织发现教科书中存在过时的、不科学的恐同内容——从议题的角度来说这涉及到去病化议题、去污名化议题；这个议题可以从不同角度转化为不同的法律问题从而提起诉讼：例如起诉某恐同教材的出版社侵犯读者名誉权、起诉教材监管者——教育部对教科书未尽到监管职责、起诉出版社出版的恐同教材产品质量不合格构成侵权——这些都是秋白案和西西案尝试过的思路。将议题转化为法律问题一方面需要注意不能“离题太远”，否则不利于后续倡导工作的进行；另一方面也要注意保持法律专业性，确保这样的思路是可诉的。

其次，议题的转化还涉及到如何在影响性诉讼讨论法律问题的过程中兼顾议题的倡导。因为影响性诉讼只是倡导的手段，诉讼背后的倡导目标才是最重要的，否则就是舍本逐末了。需要注意的是，原则上不应该认为在法庭上只讨论法律技术问题就足够了，在法庭外再谈到倡导，因为法庭这一场域本身也是对法官、诉讼对方进行倡导的好时机。当然对有些案件来说，直接讨论技术性焦点更有利于个案的取胜，但可能会淡化同志议题；而直接有关同志平权的主张能够使问题真正被讨论，但胜诉的把握又可能比较低。³²这时，就要更加注意平衡法律技术和议题倡导。

对议题进行转化是同志影响性诉讼中非常重要的一项工作，也是需要倡导者（一般是同志组织）和律师密切沟通、共同讨论的内容，因为倡导者一般负责倡导层面的问题，而律师负责法律技术层面的问题，议题的转化需要将二者结合起来。我们仍然以一个具体的案子为例。

案例-百度案

2013年8月，小振在百度搜索中输入“同性恋”“同性恋治疗”“同性恋矫正”等关键词，第一条搜索结果均显示为“重庆心语飘香心理咨询机构”官方

³² 朱静姝等. 中国同志法律权益倡导[R]. 北京: 同语, 2017.

网站的链接，由百度推广提供，链接文字写着“专业矫正同性恋”。2014年2月，小振前往重庆，到心语飘心理咨询中心（以下简称心理中心）寻求帮助，由心理咨询师姜开成接待，并对小振进行了浅度催眠和电击，声称此疗法可以扭转性倾向。接受治疗后的当事人不但没有改变其性倾向，反而造成了身心的损害。且当事人认为同性恋不是病，不需要治疗，遂以重庆心语咨询机构提供虚假信息、百度（北京百度网讯科技有限公司）推广发布虚假广告位诉至北京市海淀区人民法院提起侵权诉讼。

本案想要关注的议题无疑是扭转治疗、去病化，但小振前往心语飘香接受扭转治疗而造成身心损害这一事件可以有不同的法律切入角度。事实上，在本案中，小振在填写立案申请表时，本将案由写为“侵权”，但却被立案庭的工作人员直接改成合同纠纷。事实上，本案属于侵权责任和违约责任的竞合——因为一方面小振进行治疗就已经成立了一个服务合同，而在这个合同履行过程中，对小振的电击治疗又造成精神损害。小振作为百度搜索引擎的用户，与百度也存在一个服务合同，百度对非法治疗广告的推广也可能侵害到他的权利。开庭之后，法院建议小振将案由改成侵权。最终，案件以侵权为案由进行审理。

在影响性诉讼讨论法律问题的过程中兼顾议题的倡导的问题，百度案是这样操作的。本案中，小振的诉讼请求为：“判令二被告在各自的官方网站针对给我造成的伤害公开赔礼道歉；连带赔偿精神损害抚慰金一万元，赔偿各项经济损失4299元（包括治疗费500元，交通费3000元，误工费799元）。”主张精神损害赔偿和赔礼道歉也是在这类侵权案件中常见的，可以起到在法庭和媒体上强调治疗给同志带来心理伤害的目的，也是为了增加案件的宣传效应，对被告和公众起到教育作用。同时，在庭审过程中，双方争议的焦点主要是围绕心理咨询机构的心理咨询师姜开成没有进行心理治疗的资质，以及进行催眠和电击治疗的告知义务等进行。如果姜开成没有进行心理治疗的资质，则其行为涉嫌违反《精神卫生法》，因为原告一方发现姜开成的心理咨询师证件属于造假，连提供心理咨询的资质都没有，更没有提供心理治疗的资质，这样一来本案胜诉的可能性就非常大。不过如果仅仅将注意力放在资质问题上，无疑将会淡化“扭转治疗”这一议题，因此在法庭上，原告方不断地向法院传递“同性恋不是病”的信息。在辩论阶段和总结陈词阶段，小振及其律师精心准备，用

通俗易懂的语言为法官和被告方进行有关同性恋和多元性别知识的普及。其中，他们还引用了同志组织的调查报告，说明过去的扭转治疗几乎全都以失败告终。这些信息不仅对案件本身起到重要作用，也可能从侧面影响法官未来对同性恋议题的态度。同时在法庭外，倡导者在媒体传播工作上也做的非常好，使得媒体报道能够突出倡导议题的重点。

(四) 诉讼前的传播策略

诉讼开始前，对诉讼所要倡导的议题进行预热，借由媒体引起对这一议题的关注，预热行动最好结合其他的倡导手法。当然诉讼与倡导行动之间的关系并不一定是倡导行动为诉讼服务，也可以是诉讼就是对之前倡导行动的回音。

这一时期传播的重点应紧扣所希望倡导的议题，策略的重点则是给媒体记者透露出风声：将就此事起诉，可以先就事件本身进行一些前期报道。一般来说媒体也很欢迎这样的提前“打招呼”。

案例-百度案

百度案提起诉讼之前，同志组织进行了许多媒体预热工作，例如通过举报进行扭转治疗的“诊所”造势，举报了十个城市。并且邀请记者和倡导者一起去举报，进行报道。刚好有一个《南方周末》的记者了解到这些，就主动联系到同志组织，表示希望写一个报道，因为他自己被同性恋这个话题所震撼。在这篇报道中，³³记者深度梳理了同性恋去病化这一议题，还采访了万延海、刘华清等在这一议题上重要的专家，以及百度案的当事人小振、亲友会的负责人阿强等。这篇报道写得非常好，引发了更多人，包括更多媒体，去关注这个议题及案件。

三、 诉讼中：多方协调，链接资源

影响性诉讼案件一旦立案，进入司法程序，主要就是要贯彻前期制定好的倡导计划、诉讼战略，并且根据情况随时调整。但是在这一阶段，仍然有几点和诉

³³ 张瑞等. 电击同性恋 一个“不存在的疾病”的治疗骗局? [EB/OL]. <http://www.infzm.com/content/101200/>. 最后访问日期: 2018年11月13日.

讼及倡导相关的技巧值得分享。

（一）对法官的倡导

法庭上并非不能为倡导，相反，法庭是一个很重要的倡导阵地。影响性诉讼首先影响的对象是法官。法官作为司法系统中占重要地位的人员，也是影响性诉讼中直接的参与者。司法的过程就是诉讼双方试图用己方观点说服法官的过程，但从影响性诉讼的角度来讲，诉讼并非仅仅是为了个案的胜诉，法庭上的辩论、代理意见的提交，也包含着将影响性诉讼所倡导的议题传递给法官乃至整个司法系统的意图。

某代理同志影响性诉讼的律师：我国没有一套专门的法官培训机制，例如《反家暴法》生效之后，很多人去法院立案、申请人身保护令，法官也不知道要如何处理。诉讼也是对法官的一种培训，是除了诉讼本身的价值。

对法官产生影响不仅仅在于庭上，法官和当事人及律师、甚至专家辅助人在庭外都有一定的接触空间，例如庭前和当事人沟通、庭前调解等场域都可以成为我们对法官进行同志议题讲解和倡导的机会。

（二）专家辅助人和专家法律意见书制度

专家学者可以通过以专家辅助人的身份直接参与庭审，或者联名提交专家法律意见书的形式支持影响性诉讼。

1. 专家辅助人

在我国，专家辅助人制度的正式确立见于 2002 年的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 61 条的规定：“当事人可以向人民法院申请一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由申请的当事人负担。审判人员和当事人可以对具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就案件中的问题进行对质。”这里的“有专门知识的人”就是专家辅助人。2012 年《民事诉讼法》将上述制度吸收入法，作为第 79 条规定；2015 年《民事诉讼法司法解释

释》第 121 条第 2 款明确规定了当事人所聘请的专家辅助人所发表的意见，等同于“当事人陈述”。第 122 条、第 123 条对《民事诉讼法》确立的专家辅助人制度从关于专家辅助人的申请、活动方式以及有关费用承担，专家辅助人询问及活动范围进行了细化。³⁴虽然早有这样的制度规定，但在司法实践中，尤其是在民事司法实践中，专家辅助人的使用仍然比较少见。

然而，因为同志影响性诉讼往往属于新型案件，有时在既有的法条之下和案例之中，较少有合适的辩护思路，而与同志相关的一些概念对不熟悉多元性别知识的法官又是一个非法律因素的挑战。专家辅助人制度可以从这个角度为同志影响性诉讼提供有力的支持。我们可以参考美国“人民的律师”布兰代斯所开创的“布兰代斯诉讼法”（Brandeis brief）的思路，布兰代斯在马勒诉俄勒冈案中，首先使用了这种方法，因为他认为光靠法律逻辑几乎不可能打赢这场官司，于是决定另辟蹊径，用社会科学研究的证据和医学文献来说话，布兰代斯在法庭上出示的辩护书，仅用 2 页的篇幅谈及法律先例，但却用了 100 多页的篇幅援引大量统计数据 and 医学报告，说明劳动时间过长对妇女健康所产生的危害，成功地说服了美国最高法院。半个多世纪后，美国反对种族隔离的律师们就是用同样的办法，撕开了美国种族隔离的藩篱。³⁵这种提供法律之外信息的方式，在同志影响性诉讼中非常适用。例如在广州艾滋就业歧视案中，来自广州市第八人民医院感染科医生、广东省艾滋病职业暴露处置及调查专家组专家何某经原告申请出庭作证。

专家辅助人的出庭是需要一定技巧的，在开庭前一定要和参与诉讼的各方进行充分沟通，共同制定策略。在庭审时，要和代理律师形成良好的配合。

案例-跨性别就业歧视案

在劳动争议纠纷庭审前，代理人王永梅律师和专家辅助人中国政法大学刘小楠教授对案件做了讨论，因为当时 C 先生一方发现对方证据上的漏洞在于他的试用期表格上填写的试用期长度和其他员工不同（其他员工都是 2 个月，而他是 4 天），这正好是一个非常典型的隐性歧视的表现。因此刘小楠老师在庭上阐明歧视、就业歧视等概念的时候，就分享了一个隐性歧视的案例，这个案例引起了法官的注意，她马上就把这个案例和眼前的案子联系到一起了。

³⁴ 专家辅助人出庭申请书请见附录二，供参考

³⁵ 吴彬. 最理解人民大众的大法官：布兰代斯[N]. 人民法院报, 2010 年 01 月 29 日(8).

在一般人格权纠纷的庭审上，因为有王永梅律师和刘明辉老师两位代理人坐镇，她们分别负责法律技术上的问题和倡导，专家辅助人西南财经大学何霞副教授就可以更加平实地侧重于就业性别歧视理论和国外判例上；二审的庭审中，由于只有一位代理人邱恒榆律师，他主要负责法律技术层面，作为专家辅助人的何霞副教授就需要同时承担起倡导的责任，包括“在庭上说一些感性的话”，这部分内容其实就是在对法官晓之以理、动之以情，进行议题的倡导。

值得一提的是，法学专家是否可以作为专家辅助人在学界和实务界存在争议，有观点认为“专家辅助人不应包含法学专家，其理由在于专家辅助人提供的鉴定结论旨在弥补法官对非法学专业知识的不足，从而为明确案件事实提供专业权威的技术支持。”³⁶不过笔者认为，专家辅助人是否应当包括法学专家不应一概而论，法官固然是相关领域中国法律的专家，且实务经验丰富，但法学专家拥有的对某一法律概念和制度的基础性法理知识、域外立法经验、司法实践经验的相关知识也属于专门知识，这些知识也可以弥补法官在这方面知识的不足，为法官判案提供技术支持。我们在实践和访谈中都发现，总体来说，法官其实是很欢迎专家辅助人出庭的，因为影响性诉讼往往都是新型案件，对法官来说，Ta也没有相关经验，几乎没有任何国内的案例可以进行参考，因此Ta们很愿意听取一下专家辅助人的意见。另外，由于我国属于职权主义的诉讼模式，法官居于主导地位，原被告双方居于从属地位，法官地位相对双方律师而言“高高在上”，律师说服法官的难度较大，而专家辅助人作为协助法官的角色，且有自身专业性的加持，更容易和法官处于平等交流的地位。

某参与同志影响性诉讼的法学专家：律师首先还是要紧扣证据和中国法律的，Ta们不能太“跑题”，这是律师的职责；中国的法官也不会让律师讲太多理论性的内容或者域外法律和判例。但同志相关议题，中国的法律不太明确，法官也不太清楚，Ta也希望了解到这些知识，包括其他的国家的做法，比如什么是歧视、如何认定、举证规定是怎样的、性别和跨性别是什么关系等等，进而搞清楚案情到底是怎么回事。这样的情况下，专家辅助人的作用就是可以“超出这个案子论案子”，具有超出中国现行立法的一些空间，做一些学理的或者域外经验的解释。这些内容不能直接在判决中引用，但是对于法官的自由心证有一定的作用。

³⁶ 同上

2. 专家法律意见书

所谓专家法律意见书与专家辅助人制度类似，也是专家意见的一种形式。它“系指诉讼活动中，当事人邀请知名法学专家学者，以论证会为形式为案件出具法律论证意见书并署名提交法庭，以使法官做出有利裁判为最终目的。其中所涉内容既可能包括对案件事实的认定，亦可能包括对法律适用的确定。”³⁷专家法律意见书在学界和实务界同样存在着争议。有学者撰文指出，专家法律意见书就有有偿性、单方性和失范性的特点，有偿性影响其内容的中立性；由一方当事人独立完成，不在法庭上出示，亦不向对方当事人公开，使得该对方当事人无法对该意见书的见解进行质辩，失去了平等行使诉讼权利的机会，违背程序公正；案件材料由当事人提供，因此意见书的观点的正确性无法得到保障，且法官可能会受到学界权威的不当影响。³⁸专家法律意见书的尴尬地位主要并不是由于法学专家学者参与诉讼造成的，而是关于专家法律意见书在现行法律规范中缺乏明确的规定，尤其是程序方面的规范。也有支持专家法律意见书正当性的观点认为，法官在对法律问题把握不准的时候，借助专家知识来把握案件，可以使案件判决更加公正，另外专家法律意见书并不会“干涉”法院独立审判，因为实践中律师请求专家法律答询，然后将专家意见作为其意见的一部分提交到法院，这种行为属于其代理行为，是一种合法行为。³⁹抛开这些学术争议，我们看到目前为止也并没有法律规定禁止它的使用，相反，司法实践中专家法律意见书大行其道，且已经成为了司法民主的重要表现之一，同志影响性诉讼没有理由不使用这一手法。

案例-跨性别就业歧视案

劳动争议阶段和一般人格权纠纷阶段，原告都给法庭提交了专家法律意见书。专家法律意见书由法学专家起草，可以征集签名。一个较为方便的征集签名方式是在法学类的研讨会上，同志组织或起草意见书的法学专家可以在征得会议主办方同意之后在会上说明法律意见书的缘起和案例内容，现场征集法学

³⁷ 施舟骏. 司法视野中的学术话语 专家法律意见的诉讼价值衡量及其在审判活动中的适用[EB/OL]. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2015/11/id/1755639.shtml>. 最后访问日期: 2018年11月13日.

³⁸ 吴如巧. “法庭之友”制度及其借鉴——兼评我国的“专家法律意见书”[EB/OL]. http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_42034.shtml#m21. 最后访问日期: 2018年11月13日.

³⁹ 付立庆:专家论证，会影响司法独立吗？[N];检察日报;2003年

专家的签名。

专家辅助人制度在我国还有待进一步的完善，从立法进程来看，它的不断完善也从侧面体现出，我国有意进一步发展这一制度。同时，同志相关议题的案件，除了离婚析产和抚养权纠纷之外，基本在我国司法实践当中仍然属于新型案件，法官对同志议题不熟悉，对同志群体不熟悉，对同志议题涉及到的法律问题同样不熟悉。另外，由于我国现有法律规范中，在权益保障方面基本没有考虑到同志群体，导致相关法律法规非常不完善，这种情况下，司法中如果能够从法理的角度予以论述、提供域外立法司法实践的思路，对法官判案具有一定的参考价值。因此，作为同志组织，如果希望使用影响性诉讼的方式做法律倡导，应当在有机会时多多尝试使用专家辅助人和专家法律意见书的方式。

（三） 诉讼中的传播策略

媒体报道有几个不同的时间节点，诉讼中主要有立案、开庭两个时间节点。随着媒体环境变差，很多媒体在判决出来之前不敢报道案件，这个时候倡导者可以做一些和议题相关的别的活动、提供一些别的素材让媒体报道。

某同志组织负责人：我们可以在开庭的时候，或者是立案的时候找一些很典型的故事，让记者先写出来先报，不一定要马上报道这个案子。

不过仍然还是会有媒体会报道立案和开庭，立案和开庭时也是同志组织开始和媒体就某一案件开始建立紧密联系的重要时间点。开庭时，如果记者愿意进入法庭旁听，对于后续的报道会极为有帮助。当然法院对记者旁听比较敏感，记者最好以普通公民的身份旁听。有时由于种种原因记者无法进入法庭旁听，那么同志组织就需要注意安排人员和记者一道在法庭外等待，这个等待的时间也是介绍案情、议题，为记者提供倡导导向的报道思路的重要时刻。在环境较为宽松时，法庭外也是做行为艺术的好地点，例如秋白案在北京第一中级人民法院开庭时，就有在法庭外拉旗帜、“卖毒教材”的行为艺术活动等。

某同志组织负责人：现在的策略来讲，如果可以做行为艺术，让媒体来现场采访报道是最好的。现场真的很重要，媒体来现场以后的报道，质量是会很不一样的。媒体来现场之后，要有我们的人、有媒体经验、倡导经验的人在那里，跟媒体沟通，把这个案件相关议题的资料也记者，和 Ta 聊。另外要拍一个好的照

片，不能随便拿一个牌子就拍，还是要做一些设计，那传播力度也会更大。

当事人能否出庭，是有些媒体决定是否来庭审现场的一个重要因素，因为媒体都希望能够采访当事人。所以如果当事人能够出庭，对于媒体传播非常有利。这就要求同志组织做好当事人的工作，了解其关于隐私、时间精力的顾虑，尽量为 Ta 提供便利，也做好当事人和媒体之间的沟通工作，说明白当事人对隐私的要求等。

除当事人是否出庭之外，同志组织也应当寻找案件其他的亮点，作为媒体线索提供给记者。例如在跨性别就业歧视案中，自劳动争议纠纷开始就有专家辅助人出庭，并且这是国内就业歧视类案件中前所未有的，自然成为一个新闻点。专家辅助人出庭还意味着专家一定会到达庭审现场，这就自然吸引了媒体前往现场对专家进行直接的采访。

四、 诉讼后：使个案影响力超越个案

影响性诉讼作为一种手法，要落实到政策倡导和社会倡导层面来发挥作用。单独一个案件只会是一个个案，而无法被成为影响性诉讼。前文有提到影响性诉讼的影响力何在——它可以影响到不同主体、影响到从法律政策文本到法律政策的落实。

影响性诉讼不以案件的结束作为倡导行动的终点，影响性诉讼之后，仍然有许多可以继续做的推动工作。影响性诉讼可以通过影响社会公众、司法系统、专家学者、政策制定者发挥其进一步的影响。

（一） 规章以下规范性文件附带审查制度

前文在介绍广州艾滋就业歧视案时提到了“规章以下规范性文件附带审查”制度，这里做简要介绍。规范性文件即“国务院部门和地方人民政府及其部门，根据其法定权限及程序，制定并公布不含规章的，在一定时期内，公民、法人或者其他组织在一定程度上不特定的权利和义务，可以在一定时期内重复使用的行政文件。”⁴⁰规范性文件具有一定的法律约束力，因此通过在诉讼中提起对规范性

⁴⁰ 罗丹. 浅析我国规范性文件的附带审查[EB/OL]. <http://www.rxfy.gov.cn/Article/show/id/1459.html>. 最后访问日期: 2018 年 11 月 13 日.

文件的附带审查，有可能带来直接的政策变革。

新修改的行政诉讼法第 53 条规定，“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法，在对行政行为提起诉讼时，可以一并请求对规范性文件进行审查。”这一条赋予了公民、法人或者其他组织对规范性文件附带审查的请求权，也赋予了人民法院就规范性文件是否合法的判断权。

法院对规范性文件进行审查之后，首先可以不作为依据并在裁判理由中阐明，其次可以提出司法建议。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 21 条规定经审查认为“规范性文件不合法的，不作为人民法院认定行政行为合法的依据，并在裁判理由中予以阐明。作出生效裁判的人民法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议，并可以抄送制定机关的同级人民政府，上一级行政机关、监察机关以及规范性文件的备案机关。”

2018 年 10 月 30 日，最高人民法院发布了第一批 9 起最高人民法院行政诉讼附带审查规范性文件典型案例，对司法实践中规范性文件附带审查提供了进一步的指引。应当承认的是，虽然规范性文件的制定机关可能不予回应甚至拒绝接受法院的处理建议，但是典型案例的发布传达出一种积极的信号，正如最高法院发布行政诉讼附带审查规范性文件典型案例发布会上最高人民法院行政审判庭庭长黄永维所介绍的，规范性文件附带审查制度对促进公民权益保护、推动行政执法的“源头治理”、监督规范性文件的制定以及促进法治政府“科学立法”具有重要的意义。对规范性文件的审查是司法监督需要重点关注的领域。这一制度党的十九大对深化依法治国实践的重大部署。可以预见，这一制度在未来有很大的发展和完善空间。同志影响性诉讼应当在实践中尝试这样的策略。⁴¹

（二）司法建议制度

司法建议是“司法机关在办理案件过程中，遇损害国家、社会和其他公民合法权益的情形，但又不属于自己的权限范围时，向有关单位或个人提出的应当采取某

⁴¹ 人民法院报. 最高人民法院发布行政诉讼附带审查规范性文件典型案例 加强对规范性文件的司法监督 促进公民权益保护[EB/OL]. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-126081.html>. 最后访问日期: 2018 年 11 月 13 日

种措施的具体建议。”⁴²司法建议是一项有中国特色的制度，在2007年3月，最高人民法院就在《关于进一步加强司法建议工作为构建社会主义和谐社会提供司法服务的通知》中提出：“司法建议作为化解矛盾纠纷、提高社会管理水平的司法服务手段，是人民法院审判职能的延伸。”2012年3月，最高人民法院又在《关于加强司法建议工作的意见》中，明确指出：“司法建议是法律赋予人民法院的重要职责”，“司法建议是人民法院坚持能动司法，依法延伸审判职能的重要途径”。同时要求，人民法院在“审判执行工作中发现有关单位普遍存在的问题疏漏、制度缺失和隐患风险等问题”应当及时提出司法建议。

提出司法建议的形式有三种，根据《关于加强司法建议工作的意见》第8条，第一种是“针对个案中反映的具体问题制作的个案司法建议书”；第二种是“针对某一类案件中反映的普遍性问题制作的类案司法建议书”；第三种是“针对一定时期经济社会发展中存在的普遍性、系统性问题制作的综合司法建议书。根据实际需要，综合司法建议书可以附相关调研报告、审判工作报告（白皮书）等材料。”根据《关于加强司法建议工作的意见》第7条，司法建议可以由人民法院向相关党政机关、企事业单位、社会团体及其他社会组织提出（必要时可以抄送该单位的上级机关或者主管部门），其可以涉及的事项也非常广泛，包括（1）涉及经济社会发展重大问题需要相关方面积极加以应对的；（2）相关行业或者部门工作中存在的普遍性问题，需要有关单位采取措施的；（3）相关单位的规章制度、工作管理中存在严重漏洞或者重大风险的；（4）国家利益、社会公共利益受到损害或者威胁，需要有关单位采取措施的；（5）涉及劳动者权益、消费者权益保护等民生问题，需要有关单位采取措施的；（6）法律规定的有义务协助调查、执行的单位拒绝或者妨碍人民法院调查、执行，需要有关单位对其依法进行处理的；……（10）其他确有必要提出司法建议的情形。

这里我们可以看到，司法建议书的特点有三：第一，可以向除自然人之外几乎所有的法律主体提出；第二，既可以是个案中反映的具体问题，也可以是普遍性问题；第三，其涉及事项范围之广，可以包括很多同志议题。例如上述第7条中的“涉及劳动者权益、消费者权益保护等民生问题，需要有关单位采取措施的”一项，在百度案中，判决书明确写明“关于姜开成心理咨询师资质不实一事，本

⁴² 中华法学大辞典(简明本)[M].北京:中国检察出版社,2003. 598

院将向相关行业主管部门提出司法建议，对其资质进行调查，如存在违规情况，由相关行政主管部门进行处理。”

虽然与规范性文件附带审查制度类似，司法建议并无强制执行的效力，其能否发挥作用、发挥到什么地步，要看被建议者的是否充分采纳、严格落实。但这仍不失为同志影响性诉讼值得尝试的一条路径，即在诉讼中请求法院进行司法建议。

(三) 案例指导与影响性诉讼案例的积累

其次，我国虽然不是判例法国家，但是最高法院发布的指导性案例在法院裁判时应当参照，而指导性案例以下的最高法院公报案例、典型案例等虽然并非“应当参照”，但对下级法院审理案件仍然具有一定的参考作用。百度案被选入 2016 年《人民法院案例选》，虽然尚未达到较高的参考级别，但其判决思路，包括对“同性恋并非精神疾病”的表述，无疑能对其后的同志议题诉讼起到积极的作用。未来无论是同志议题的影响性诉讼还是一般性诉讼，其实都可以将这一判决作为资料提交给法院，让法官更了解同志议题。

另外，同志议题案例的积累本身就是一件非常有意义的事情。因为同志议题的诉讼案件往往都是新型案件，法院不熟悉同志议题，也不熟悉相关的问题如何适用中国的法律。但不断有案例积累、不断在诉讼中主张我们的思路，就有可能撬动司法实践中的固有思维模式，甚至改变法律与政策。

案例-某参与同志影响性诉讼的律师的经验

乙肝反歧视最开始诉讼的时候，法院都是不立案的，法院不认为这叫就业歧视，（他们认为）你这叫劳动争议，所以最开始乙肝就业歧视诉讼全部要求走劳动仲裁。后来我们反复去诉讼，认为不应该劳动仲裁，因为这是一般人格权侵权：我们要求精神损害赔偿，（这些）劳动仲裁管不了。一开始法院不立案，后来也是反复去诉讼，最后基本我们到法院都会开始立案，到现在乙肝反歧视的诉讼基本上到法院去立案没有任何障碍，一去就立案。包括赔偿，从最开始不怎么支持，到现在基本上都可以支持，这都是一种转变。这就是同一类歧视诉讼大量诉讼的结果。

第二个例子就是我自己做的职业病的案子，一般大家认为职业病是一种特

殊工伤，所以你发生职业病之后只享受工伤待遇，但是我一直认为职业病除了工伤待遇之外还应该享受民事赔偿。我的观点对传统法官是一种颠覆性的观念，但我从 2013 年开始，包括后面培训律师，大家一起，我们每次做诉讼都要提这个观念，最开始提的时候法官是反感，说“你不要提这个案子，我们劳动纠纷，你不要提什么民事赔偿。”但我们就坚持提，最开始法官不愿意听你讲，到后面我们讲 Ta 就愿意听，到最后有法官就支持我们，甚至跟我打电话说：“你的观点我都赞同，只不过现在我们要讨论决定，我一个人是不能给你开这个先例的，但我会帮你继续争取，你要坚持去这样做。”2017 年 8 月，广东省高院出了一个指导意见，民事赔偿部分着重说把民事赔偿和工伤待遇做比较，如果有差额，即工伤待遇比民事赔偿低，那么这个差额得补给劳动者。虽然这个意见不是我们最理想（理想的是全部要赔）的结果，但是至少补一个差额，这也是一个很大的进步。

这里恰好引出了一个争议点，在同性婚姻登记案之后，法制日报发表评论，新华网转载评论，认为这样一个“明知必败”的案件浪费了司法资源。⁴³在孙文麟提出在他自己的案件之后，要做一百场同性婚姻诉讼，浪费司法资源的批评更是甚嚣尘上。不过相较之下，笔者更同意下述观点：

某代理同志影响性诉讼的律师：首先，之所以要就同一个议题反复制造类案，本身就是因为这类案件非常少，因此不会给司法系统造成太多的负担。其次，即使就同一个议题反复制造类案，也是不够的，因为正是由于相关的司法判决、司法观念没有改变，所以才要反复通过影响性诉讼的方式去进行倡导。从司法层面上，就应该有更多更高质量的诉讼去向不同的法院、不同法官反复诉讼，这是真正解决问题、扭转法官思维最有效的方式——没有足够数量的案件给法官，就不会有足够的时间关注、研究这个问题，就不会有思想和态度上的改变。如果说判例法国家不需要重复诉讼，是因为只要一个案件形成判例，别的类案就可以直接适用。但我国不是判例法国家，就只能通过数量和质量的冲击去扭转相关观念、在法庭上给法官做“培训”，另外数量更多的案例也可以带来更大的社会影响力，影响社会公众对同志议题的态度、给社群赋权。

⁴³ 法制日报. 荒谬的同性婚姻第一案[EB/OL]. http://www.xinhuanet.com/comments/2016-01/15/c_1117781565.htm. 最后访问日期: 2018 年 11 月 13 日.

(四) 学术研讨会

法学专家学者可以对案件进行公开评议和研究，例如刘小楠老师和何霞老师作为跨性别就业歧视案的专家辅助人接受各种媒体采访，以学者的身份评议本案，并且说明这一案件对于推进反就业歧视法的重大意义。⁴⁴

立法方面，“专家立法”是立法理论的一个重要范畴。⁴⁵专家立法相对于公民参与立法来说，对立法机关的立法活动具有更大的影响力。尽管在形式上，专家立法也不属于正式立法程序，而多数起到参考、咨询和建议的作用，但其实质作用及影响比公民立法参与更为深远。

作为专家学者，Ta 们也有机会给带有官方背景的组织或政府机关工作人员进行培训，例如何霞老师在给四川省的各级妇联干部做《依法治国与先进的性别平等观念》的培训时，纳入了跨性别就业歧视案有关的内容和多元性别的内容。这样的方式是一种稳健的倡导方式，专家学者们在培训中融入同志议题，慢慢改变官方的观念。

(五) 立法参与的支持性材料

有了实际的案例，就可以更为有理有据地直接对政策制定者进行法律倡导了。可以通过给人大代表寄送建议的方式继续进行议题的倡导，有了案例作为支撑，这样的建议无疑更有依据。同时，如果是以影响性诉讼当事人的身份寄送建议，也会更有说服力。同时，影响性诉讼所反映出来的制度性问题，也会通过媒体的报道进入公众视野，我国的立法者在立法过程中会考虑所谓民意，如果一起影响性诉讼所反映的议题能够引起足够的公众关注，那么也就会间接地引起立法者的关注。

例如，跨性别就业歧视案提起的时间点，是在 2016 年两会期间，为 2016 年两会《反就业歧视法（专家建议稿）》中包括禁止基于 SOGIESC 的歧视的提案提供了重要的司法案例支持；又如同性婚姻登记案，在中国著名家事法学者夏吟兰

⁴⁴ 何霞. 跨性别应是平等存在的正常性别我国首例跨性别就业歧视案评析[N]. 中国妇女报, 2017 年 8 月 16 日(B1)

⁴⁵ 莫纪宏. 论立法的技术路线——专家立法在立法公民参与中的作用[EB/OL].

<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=23139>. 最后访问日期: 2018年11月13日.

有关《民法典》婚姻家庭编的论文中，也将同性婚姻登记案作为重要的司法例证，来论述保障同性伴侣权益的意义。

(六) 诉讼后的传播策略

一般性的经验是，在开庭后到等待判决期间除了对开庭这一事实进行一些报道以外，不宜过多进行深度报道和对案件进行评论，而等待判决作出后再报道就没有任何问题。对舆论和案件走向的拿捏除了需要同志组织做好自身工作以外，也要充分接受律师的意见，因为律师在对案件成败走向的判断上具有丰富的经验。

案例-广州艾滋案

之前开庭后和判决作出后我们都会向媒体报告这个事情，但是这个“开庭后”也包括判决作出之前。当时（劳动争议二审）我们开完庭和同志组织沟通之后，我们就决定先不要报道，因为律师判断这个案件可能法院会立为典型，这样法院就会先报道，我们后续跟进做一些报道就可以了。于是我们改变了策略，先不报道，而是等待法院，如果他们不报道我们就等拿到了判决书再报道。结果它真的报道了，我们也做了一些后续跟进报道。最终，法院先后接受了人民法院报、新华社、中国青年报及央视的采访。而同志组织联系的新闻媒体也在法院报道后的第二天紧跟着进行了报道。

判决作出后是传播的重点时期，一切尘埃落定之后，也是媒体报道较为集中的时候。如果是胜诉判决，当然要大力对判决结果进行传播，并且最好要有合适的人员，例如相关议题的专家学者、从事相关工作的同志 NGO 对案件进行评议，点出案件的意义。如果是败诉，也不应放弃这一机会，因为“影响性诉讼不以成败论英雄”，仍然可以评议案件的意义，并且对败诉进行分析，例如败诉恰恰反映出有法律的不足。

第四节 同志影响性诉讼案例选介

已有的 12 个同志影响性诉讼都非常具有分析的价值，但是鉴于笔者能力有限和资料有限，本节选择百度案、跨性别就业歧视案和同性婚姻案三个案例进行偏向法律技术角度的简介。选择这三个案件的原因，主要考虑到案件是否完整（司法程序已经走完）、议题多样性、诉讼和倡导手法较为丰富以及不同的时间。

一、 百度案

（一） 案件背景

2001 年《中国精神疾病分类诊断标准（第三版）》（CCMD-3）修改，不再认为同性恋及双性恋本身是精神疾病。但在实践中，仍然存在着许多心理机构宣传“同性恋扭转治疗”。到 2013 年时，重庆心语飘香宣传“治疗”同性恋的事情被同性恋亲友会连续曝光，引起了同志社群和媒体的关注。同时，LGBT 权益促进会也希望能够联合其他同志组织一起推动同性恋“去病化”的议题，在推动这一议题的过程中，影响性诉讼是其中一个重要的步骤，诉讼可以扩大议题的影响力，并且借由诉讼的案例，在后期对专家进行游说。

在诉讼之前，为了给媒体宣传造势，LGBT 权益促进会和其他同志组织一起，收集了相关扭转治疗的案例，对进行“同性恋扭转治疗”的机构进行了举报，并将这些故事作为新闻线索提供给媒体，进行报道。这些努力为日后媒体进行百度案的报道进行了预热。

（二） 事件经过

2013 年 8 月，小振在百度搜索中输入“同性恋”“同性恋治疗”“同性恋矫正”等关键词，第一条搜索结果均显示为“重庆心语飘香心理咨询机构”官方网站的链接，由百度推广提供，链接文字写着“专业矫正同性恋”。

2014 年 2 月，小振前往重庆，到心语飘心理咨询中心（以下简称心语飘香）寻求帮助。负责治疗的人是姜开成。小振问姜开成同性恋真的能治好吗？他说“当然啦”。小振问他怎么治，姜说有厌恶治疗，有催眠、电击、情绪体转移等。

小振对《京华时报》记者讲述：“我交了 500 元，想试下效果。他把我带进一房间，脱了鞋躺在沙发上，让我放松，闭上眼睛，觉得很安全，没有人打扰，让我想像和男性发生关系的场景。他说，你身体和心理有反应的话，就动一下手指，我动了下左手指，当时他就用电击治疗仪猛戳我的左手臂，我一下被惊倒了，跳了起来，我问他为什么这样，他说要的就是这效果，让我对同性产生恐惧、厌恶。我问以后的治疗也是这样吗，他说是，每次会重复三四次，最好每周来 3 次，一共有 100 余次。我听了很惊愕，在很放松、舒服的状态下被这么电击，不会变成同性恋，倒会变成精神病了，那真的很恐怖。第二天，我就买机票回北京了。接下来那几天，晚上我突然会被惊醒，现在想起这事儿还会发抖。我有一个朋友，他也接受了这样的治疗，他没把自己是同性恋的事告诉家长，自己偷偷治，坚持了一个月放弃了，他说，那段时间精神恍惚，工作生活很受影响。”⁴⁶

（三）庭前准备

1. 收集证据

由于这一案件属于策略型案件，因此当事人在证据的准备上较为充分。小振对在百度上查询到心语飘香“治疗同性恋”的信息进行了公证，达到了固定证据的效果，保证了这部分证据的真实性和证明力。在心语飘香接受“治疗”时，小振也对治疗的过程进行了录音，这对于“治疗”过程的重现起到了重要的证明作用。小振还要求心语飘香开具了诊疗收据，并且要求对方在发票上写明“同性恋矫正”，这也为证明对方实施了“同性恋扭转治疗”留下了重要证据。但由于没有准备误工费的证据，这部分的诉讼主张没有得到法院支持。

需要说明的是，虽然小振这种提前准备好证据收集的行为有策略式诉讼的嫌疑，但这些收集证据的行为本身都是合法合规的，虽然法院判决书中都指出了当事人“此次诉讼的相关行为具有一定的目的性”，但这并不会影响法院按照法律规定对证据进行认定。不过，为了保险起见，当事人及律师还是需要对法院可能提出的质疑事先准备好应对策略：如在本案中，小振以担心上当受骗、担心被催

⁴⁶ 京华时报. 同性恋者为改变性取向就诊 遭电击治疗起诉诊所[EB/OL]. <http://www.chinanews.com/sh/2014/08-11/6478090.shtml>. 2018 年 11 月 13 日.

眠后受到侵犯为由对录音的行为进行解释，是合理的。

2. 决定案由

从法理上来说，本案存在请求权竞合的情况，即心语飘香对原告实施“治疗同性恋”的行为既可以被认定为是违约，也可以被认为是对原告身体权、健康权和一般人格权的侵权；对百度来说，百度推广是否为广告从而承担侵权责任的情况有一些复杂。在本案发生的2014年，对“付费搜索”是否为广告没有成文法上的明确规定，但在司法实践中，通常认为百度推广并非广告。⁴⁷2016年，国家工商总局发布的《互联网广告管理暂行办法》于9月1日开始施行的，第一次明确将“推销商品或者服务的付费搜索”定义为广告，这意味着在这之后，百度推广被定性为广告，将承担《广告法》所规定的连带责任。同时，作为百度搜索的用户，使用百度进行搜索时未得到合理的搜索结果，百度也可能需要承担违约责任。选择违约和选择侵权从法律技术上来说有所不同，从倡导策略上来说，选择侵权更有助于在媒体倡导中使社会大众和社群了解倡导者的诉求，并且侵权纠纷可以请求赔礼道歉、精神损害赔偿等，同样有助于对倡导议题的推进，并且会给遭受损失的当事人提供心理上的慰藉。

本案实践中，在案由确定上经过了一个过程。起初在小振填写立案申请表时，将案由写为“侵权”，但被法院立案庭的工作人员直接改为合同纠纷。开庭之后，经过法庭释明，小振当庭变更案由为侵犯身体权、健康权和一般人格权，认为对同性恋进行矫正本身是对同性恋取向的侮辱，侵犯其人格权。

3. 挑选法院

挑选法院（forum shopping）是指当事人可以在所有享有管辖权的法院中选择一个最有利自己的法院提起诉讼。《元照英美法词典》将其定义为：一方当事人选择某一特定法院进行诉讼，以为获得最有利的裁判。虽然这一概念主要用于涉外诉讼的情况下，但在我国国内的司法实践中，也是常用的诉讼技术。本案中，原告选择百度公司作为第二被告，主要的考虑就在于此。我国民事诉讼法规定，

⁴⁷ 可见（2014）一中民终字第03208号判决书、（2010）一中民终字第20862号判决书、（2009）海民初字第26988号民事判决书、（2011）杭滨知初字第11号判决书、（2011）海民初字第10473号判决书。

“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。”“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。”民诉法解释规定“以信息网络方式订立的买卖合同，通过信息网络交付标的的，以买受人住所地为合同履行地”本案中，如果仅以心语飘香作为被告，则无论是侵权行为地、被告住所地还是合同履行地均为重庆，一来原告、律师和其他支持诉讼的同志组织主要在北京，二来认为北京的法院平均来说可能比重庆法院更为开明，因此将被告列为第二被告，就可以向被告住所地所在的海淀法院提起诉讼。

当然，将百度告上法庭不仅仅是出于“挑选法院”的考虑。百度本来就是国内几乎人尽皆知的大公司，这样的公司被个人起诉本身就具有一定的新闻性；其次，百度是国内最常被使用的搜索引擎，对国人的影响力非常大，同时网络也是很多人最开始了解同志群体、同志议题的途径，但在本案案发时期，一旦使用百度搜索“同性恋”关键字，排在最前面的就是“同性恋专业治疗”，这样的影响是非常不好的。⁴⁸

4. 研讨策略

本案中，其实在前期的倡导策略规划、律师选择、诉讼策略规划中已经在相关人之间进行过小型的讨论。但是本案的一大亮点是采用召开专家研讨会的方式，邀请更大范围的人员，包括心理行业专业人员，其他熟悉同志议题但没有参与本案的律师、其他同志组织的人员参与。事实证明这一次专家研讨会对于本案最后的胜诉起到了非常重要的作用。

研讨会上，心理行业的从业人员对本案提出了很多建议，例如从心理咨询行业的角度是如何看待“同性恋扭转治疗”问题的，究竟心语飘香所提供的“治疗”是否违背了心理咨询行业的职业操守规定等，包括指出了在本案中非常重要的一个事实——姜开成的“高级心理咨询师证”是假证——且不论心理咨询师是否具备进行“电击治疗”的资质，“高级心理咨询师”姜开成连进行心理咨询的资质都没有。除此之外，拥有丰富同志领域、医疗领域经验的刘巍律师也对案件提出了许多重要的建议，她表现出在这一议题上的经验和专业性，使得在研讨会上大

⁴⁸ 时报看中国. 中国同性恋诉讼抵制性向转变治疗[EB/OL].
<https://cn.nytimes.com/china/20140919/c19gay/>. 最后访问日期: 2018年11月13日.

家决定请她“临危受命”，成为本案的代理律师之一。

(四) 案件审理过程及裁判结果

2014年3月14日，小振到北京市海淀区法院递交了《民事起诉状》，请求法院判令重庆心语飘香心理咨询中心和北京百度网讯科技有限公司在各自的官方网站对原告赔礼道歉，连带赔偿精神损害抚慰金1万元，赔偿各项经济损失4299元（包括治疗费500元、交通费3000元、误工费799元）。小振多次到法院催促立案，立案庭法官让原告方补写案由、补充地址信息等共4次，直到5月14日，法院才以立案庭法官建议的服务合同纠纷立案。

自2014年7月31日上午9点半开始，本案在海淀区法院不公开开庭近四个小时。法院没有就审理结果当庭宣判。北京同志中心的志愿者们在法院门口焦急地等待，向路人发放传单，并时不时举起“同性恋不需要被治疗”的牌子。

原告诉称：我是同性恋者，一直以来遭受来自社会与家庭的压力。2013年8月，我在百度公司经营的百度网输入“同性恋”、“同性恋治疗”和“同性恋矫正”，第一条搜索结果均为心语中心关于“矫正治疗同性恋”的商业推广广告。我拨打心语中心办公咨询电话，证实其确实进行此项业务。2014年2月8日，我到心语中心咨询并接受了第一次付费的“同性恋矫正治疗”，心语中心承诺一次性付费3万元可治好同性恋（变成异性恋），并对我进行催眠和电击治疗，使我身体遭受了一定的伤害，没有任何效果。

原告认为，1990年5月17日，联合国世界卫生组织正式将同性恋移出疾病名册，意味着联合国和世界卫生组织不再视同性恋为疾病或不正常，也无需治疗；2001年4月20日，第三版《中国精神障碍分类与诊断标准》将“同性恋”从精神疾病名单中删除，实现中国同性恋非病理化。同性恋不是病，不能被治疗，也无需被矫正，“矫正治疗同性恋”属于非法医疗行为，在广告中宣传能对同性恋进行矫正是提供虚假信息。

心语飘香作为广告主，百度作为广告发布者，通过商业推广违规发布虚假广告，散播同性恋是疾病，需要被治疗和矫正的信息，使原告的咨询信和精神受到极大打击。心语飘香的治疗行为侵犯了原告的身体权、健康权和一般人格权，给原告造成身体和精神的伤害。因此请求判令二被告在各自的官方网站针对给原

告造成的上海公开赔礼道歉；连带赔偿精神损害抚慰金 1 万元，赔偿各项经济损失 4299 元。

被告心理咨询中心辩称，向原告介绍了同性恋治疗项目和价格，不承诺治愈；多次向原告阐明咨询和治疗自愿，没有给原告做催眠和点击治疗，仅进行了咨询。咨询、矫正等词汇是行业惯例使用，没有对同性恋群体存在歧视。百度对我们的审查也很严格。在同性恋群体中，很多人对自己的性取向并不认同，是否需要矫正需尊重本人意见，我中心应原告要求对其进行心理疏导，没有非法治疗和经营行为。

被告百度辩称：原告起诉通过百度搜索引擎搜索到相关信息和推广服务，以及向心语飘香进行心理咨询的行为之间没有相关性，且原告没有证据证实上述行为有损害后果。百度推广服务是搜索引擎服务，仅提供链接，不人为干预第三方网站的内容，对第三方网站的服务或产品不承担法律责任和义务。百度推广的实质不是广告。原告对百度搜索结果进行公证在先，前往重庆进行心理咨询在后，其目的并非出于消费动机进行心理咨询，其身份不是消费者，也不应使用消费者权益保护法。

法院审理查明，第一，登录百度搜索“同性恋治疗”，排列搜索结果第一项为心语飘香的网站链接和电话，有信誉等级的“V”和“百度推广”的标志，输入“淡蓝”（中国大陆地区流量最高的同志网站）进行搜索，亦出现同性恋心理治疗的内容，第一条搜索结果亦为心语飘香网站的链接，证明心语飘香同样购买了相关的关键词。第二，认定了心语飘香为原告开具了项目为“同性恋矫正”的收据。

第三，关于原告接受治疗的过程，原告就过程进行了录音并向法庭提供，内容包括姜开成向其介绍催眠和电击方式：原告提出想试一下看看会怎样，姜同意，并对其进行浅催眠，录音中原告被电击时惊吓发出叫声，但声音并不大。原告问姜的资质，姜表示不需要什么特别资质，只是一般性的心理咨询，能把人弄好就行。二被告均表示未经被录音者的同意，不应作为证据使用。心语飘香认可录音的过程，但表示没有实际发生催眠和电击，只是做了一次演示。但原告表示已经是治疗行为，心语飘香不具备进行电击治疗的资质，其性质违法。法庭询问心语飘香使用的治疗仪的性质、强度等。其表示这只是轻度厌恶刺激仪只是咨询师使

用，不会对人体造成伤害。原告表示姜开成没有告知有何不当或副作用，使其觉得受到伤害。百度认为录音中原告被点击后语言表达和思维均属正常，没有身心损伤。关于先公证后接受咨询治疗以及将治疗过程进行录音的原因，经法庭询问，原告表示其对同性恋能否矫正存疑，故在接受咨询之前进行了公证，而其之前从未在心理咨询机构接触过催眠和电击治疗，录音是为保存证据以防万一。

另，原告提交了心语中心的工商信息查询资料，显示心语中心的营业范围为心理咨询；心语中心提交了姜某的高级心理咨询师证书，但经审核该证书编号不符合证书编码规则，经向发证机关国家人力资源和社会保障部职业技能鉴定中心核实，未查到相关信息，且该中心表示从未开展过高级心理咨询师的认证。

2014年12月19日，北京市海淀区法院一审判决原告部分胜诉。认定姜开成“高级心理咨询师证书”存在不实情况，心语飘香所谓“专业治疗同性恋”的宣传内容，“首先在姜的资质上存在不实信息，其次因同性恋并非精神疾病，心语中心承诺可以进行治疗亦属虚假宣传。”法院认为心语飘香在自身网站宣传使用“专业治疗同性恋”的用语和文章，并在百度购买同类搜索关键词以吸引网络用户，属于虚假宣传并利用网络侵害他人民事权益，使他人合法权益受到损害，应对诊疗费、交通费等财产损失予以赔偿。也支持了“因未明确向原告明示催眠和电击可能给其带来一定刺激等不利效果，对原告的精神造成一定程度的损害”的赔礼道歉的诉讼请求（“在该中心的网站首页向小振道歉48小时”）。但法院认为心语飘香宣传“同性恋矫正治疗”的行为固然存在不当之处，“但相关宣传并非针对原告本人，同性恋是否可以被治疗并未对原告作为具体个体的人格尊严造成损害。”故没有支持原告诉请的被告侵犯其一般人格权的主张。对于百度的责任，法院认为“鉴于同性恋是否为精神疾病，能否被治愈等问题尚需普及和被公众认知”，百度难以事前认识到该关键词的选取存在不当之处。不支持原告要求百度与心语飘香共同承担侵权责任的诉讼请求。但“希望百度公司通过本案的审理，今后在用户选择此类表述作为关键词进行推广时，应给予更加审慎的注意。”

（五）对本案的评价

本案的成功之处和可借鉴之处非常突出。首先，判决书中明确写明“同性恋并非精神疾病”，是本案最成功的地方，也为后续的倡导行动奠定了基础。虽

然中国已经在 2001 年基本实现同性恋和双性恋的去病化，但在现实中，仍然存在着大量的“同性恋扭转治疗”宣传和实践，并且仍有很高比例的专业心理咨询从业人员认为同性恋应该被“扭转治疗”、“同性恋扭转治疗”是有效的。更有心智健全的同性恋者被亲友强制送往精神病院进行“扭转治疗”的情况，事实上，两年后的驻马店案就是在这—议题上的继续倡导。本案在司法实践中认定了同性恋并非精神疾病，也就在司法实践中确定了单纯的同性恋本身不能被强制治疗，这对于广大同性恋、双性恋群体的人身权保障非常重要。另外，本案对于心理咨询行业、精神卫生行业的专业人员的教育也具有重要的作用。

其次，本案法官实际上已经了解原告一方属于策略性诉讼——在庭审过程中，法官对原告先行进行百度网站公证的行为进行了询问，在判决书中也写明原告具有一定的“目的性”，但法官的判决结果基本完全未受此影响。司法实践中也认为所谓“偷录”的证据并不影响证据的合法性和证明效力。这无疑对影响性诉讼的倡导者是一个喜讯。在影响性诉讼的操作过程中，策略性诉讼是一种非常常见的类型，从百度案中我们可以学习到，只要对所谓的“目的”准备好合理的说法，就应基本不会对法官的判决造成不利的影响。

本案作为第一例同志影响性诉讼的成功尝试，也留下了一些宝贵的经验。首先，证据方面准备不足，表现在没有收集证明误工费的证据，没有对证据进行编号。同志影响性诉讼作为公益类案件、新型案件，接案的律师可能无法有非常充分的准备时间，也可能缺乏相关经验，也有可能存在“临危受命”的情况。虽然没有被支持的误工费并非本案的重点，但这反映出作为第一例胜诉的同志影响性诉讼，参与各方都面临着经验不足的问题。但主要反映出来的问题是准备时间不充分，这在未来的同志影响性诉讼过程中应当很容易解决。

其次，专家研讨会的准备过于匆忙。专家研讨会是一个集思广益的过程，尤其对于倡导策略和诉讼策略的确定具有重要作用。因此，专家研讨会至少可以在立案之后尽快进行。专家研讨会的匆忙召开，也使得本案没有机会引入专家辅助人，当然在 2014 年，这仍然是较新的尝试。不过，这样的案件如果可以引入专家辅助人，如心理学教授、资深心理咨询师等，帮助法院了解国际上对同性恋病理化的国际标准、国内对心理咨询师业务范围和职业操守的规定、对“同性恋扭转治疗”的可行性、电击疗法对人身心理健康的损害、心理咨询和心理治疗的区别

和资质的不同要求等发表看法等，相信会对案件大有裨益。

当然，在后期对本案进行倡导时，判决书中写明的“同性恋并非精神疾病”当然是倡导的重点依据，但如果我们细读判决书的法庭意见（即“法院认为”）部分，似乎可以一窥法院对同志议题的一二态度。首先，法院认定的“同性恋并非精神疾病”其实只是作为认定心语飘香虚假宣传的原因之一，判决书的原文为“首先在姜的资质上存在不实信息，其次因同性恋并非精神疾病，心语中心承诺可以进行治疗亦属虚假宣传。”那么假设姜确实具有心理咨询资质，甚至精神治疗的资质，是否就意味着“专业治疗同性恋”就不属于虚假宣传了呢？因为毕竟《中国精神疾病分类诊断标准第三版》（CCMD-3）仍然留下了对“自我认同不和谐的同性恋、双性恋”可以实施扭转治疗的尾巴。所谓的“同性恋并非精神疾病”是否又应该以及需要法院这一司法机关进行背书呢？在CCMD-3并未修改之前，司法及执法机关是否应该以禁止“强制扭转治疗”为审查和管理的重点，而把判断同性恋是否精神疾病的问题留给相应的心理学、精神医学去处理呢？如此说来，如果姜确实具有心理咨询师的资质，或者说具有实施扭转治疗的资质，本案是否有找错了对象之嫌呢？或者至少可能有败诉的风险。⁴⁹

其次，法院对于百度责任的认定也值得玩味。且不说百度推广是否为广告的问题，⁵⁰只说法院认为的“鉴于同性恋是否为精神疾病，能否被治愈等问题尚需普及和被公众认知，百度公司难以事前认识到该关键词的选取存在不当之处。”为什么在CCMD-3已经修改13年后，仍然认为这一问题需要普及和被公众认知？无论是法理上，还是实务中，对某些事情（例如本案中同性恋是否为精神疾病）的认定标准，遵循着“以一般大众的知识、经验为基础进行判断”。但事实上，无论是法学界还是法律实务界都没有进行实证研究的传统和习惯，“一般大众的知识、经验”往往成为了类似于“众所周知”的近似概念，但这样的概念显然并不严谨，在司法实践中，又往往容易蜕化为法官个人的“知识、经验”。在同志议题中这个问题将更为突出。另外，对“同性恋是否为精神疾病”“同性恋能否被治愈”，这些问题并非如“同性伴侣是否可以享有结婚权”这类的观点性问题，而是更偏向于一个科学性问题，对百度这一公司而非自然人的注意义务以“一般

⁴⁹ 当然，这是基于纯理论的分析，而没有结合本案提起的实际，本案提起的实际情况请见前文的背景及经过部分，

⁵⁰ 如前文所述，这一问题自2014年以来，法律法规已有相应修改，目前的法律法规对于百度的责任规定更为严格，对于今后的同志影响性诉讼倡导更为有利。

大众”为标准似有不妥。

最后，法院认为的宣传同性恋矫正治疗“并非针对原告本人，同性恋是否可以被治疗并未对原告作为具体个体的人格尊严造成损害”也是非常有意思的一个点。秋白案早先尝试在广州以侵犯名誉权立案失败，这二者背后有相似之处。某人对某一成员规模巨大、数量不确定的群体发表“贬损性言论”，⁵¹作为这一群体中的某个个体能否以此为由，以自己的名义主张因侵犯所谓的“群体”名誉而导致个人名誉受损的权利保护？甚至这个个体能否以自己的名义主张保护所谓的“群体”名誉？无论是本案还是秋白案对前一个问题的回答都是否定的，这个回答也是符合我国法律规定和法理的。涉言论名誉侵权案件审理的逻辑起点涉及到程序和实体两个方面的法律要件判断，前者是原告对其指控的言论所侵害的名誉权是否有直接的利害关系（诉讼法上的利益）；后者指作为加害行为的涉案言论是否指向了原告（实体法上的加害行为的构成要件），只有指向了原告，原告才能以加害行为所侵犯的名誉权享有者身份提起实体权利主张。二者是一个硬币的两面，其具体表现就在于原告必须首先证明涉案言论指向的所谓群体实质上就是指向了其本人。当然，无论是秋白案中的“同性恋是心理变态”这种教科书中的分类或者本案中的“同性恋是精神疾病”这种商家的宣传，都没有指向秋白或者小振本人。对于第二个问题，答案依然是否定的。同性恋也好，性与性别少数也好，作为一个群体性的概念，具有人数较多、规模较大、包括不特定个人的特点，具有这种特点的群体，在民法概念中“在某种意义上可以代表社会”，涉及不特定人或人群的利益通常属于“公益”的范畴，而名誉权、一般人格权侵权主张是属于“私益”保护的权利要求，虽然私益和公益并不必然是互相矛盾的概念，但二者在绝大多数情况下显然应当适用不同的规定。我国目前法律中对公益诉讼的种类、提起组织有明确的规定，在这种情况下，作为个体的某一个性与性别少数人士，显然不能为整个性与性别少数群体提起侵权之诉。无论是秋白案名誉权立案的受挫，还是本案中法院未支持一般人格权侵权的主张，都与同志议题本身无关，而仅仅是法学理论和我国对公益诉讼规定的限制。

我们无法获知、也不应该揣测本案中法官对同志议题的态度，但据参与本案

⁵¹ 其实如果我们将类似“同性恋是精神疾病”（百度案）、“同性恋是心理变态”（秋白案）的论述都视为贬损性言论的话，也是对精神疾病的误解、污名化和（对患者的）歧视。但在本文中不讨论这么复杂的问题。

的人士讲，法官对 Ta 表示，Ta 比较支持原告方，“几乎支持了原告全部的主张”。结合法官自己的表态和判决书，笔者认为，总体来讲，法官个人对同志议题的态度是较为正面的，但是在判决书中并未过多讨论同志议题，而是紧扣法律问题，对于涉及到的同志议题的论述也较为模糊。行文种既有对同志议题的开明表态（“同性恋并非精神疾病”），也有较为保守的一面（百度不承担责任）。

二、 跨性别就业歧视案

（一） 案件背景

由中国政法大学宪政研究所牵头的《反就业歧视法（专家建议稿）》从 2009 年开始倡导，在 2009 年的版本当中，关于禁止实施就业歧视的事由包括性取向。基本从 2009 年开始，每年两会期间，都会有人大代表或者政协委员提交有关反就业歧视法的建议、议案和提案，也有媒体对此进行采访。2016 年两会前，当时中国政法大学宪政研究所负责人刘小楠教授在倡导《反就业歧视法（专家建议稿）》（第三版），前一年 C 先生已经遭遇了就业歧视，这个时候倡导者在考虑如果能够在两会期间提起诉讼，结合两会代表提交《反就业歧视法（专家建议稿）》就会起到更好的效果——立法和司法有一个互动的状态，“既可以通过这个案子推动这个法律，也可以通过这个案子看到我们之前法律有不足的地方，需要一个专门的法律出来。”

（二） 事件经过

C 先生是一位跨性别男性，他的指派性别和生理性别均为女性，但性别认同为男性，性别表达也非常阳刚，符合社会对男性的刻板印象。

2015 年 4 月 21 日，C 先生经贵阳慈铭健康体检中心有限公司（以下简称慈铭公司）员工杨某介绍入职慈铭，从事销售工作。4 月 29 日，杨某口头通知 C 先生将其辞退。C 先生后经向杨某了解情况才得知，慈铭公司人事主管金某认为 C 先生的情况是“身心不健康”“觉得不正常”，这一表述有录音为证。

（三）庭前准备

C 先生在被辞退之后，认为自己遭遇了就业歧视，为此精神低落，但他并不了解就业歧视的法律救济途径。直到一次法律研讨会上，他将自己的遭遇讲了出来，在场的一些法学专家和律师告诉他可以使用法律的手段维权。经过思考，C 先生终于决定依法维权，并且愿意站出来，将本案作为一个多元性别群体遭遇就业歧视的典型案来推动我国反就业歧视的法制进程。

该案获得了许多反歧视领域的专家学者和律师的关注。在决定起诉之前，法学专家和律师们分析了本案，认为 C 先生一方现有的证据较为有限——只有与慈铭公司杨某的 3 段录音，但由于杨某并非慈铭公司主管人事的员工，而只是转述人事主管金某陈述的辞退 C 先生的理由，这些录音的证据效果有限，利用劳动争议纠纷的举证责任倒置规则，可以采到收集证据的效果。此外，由于是新型的就业歧视类案件，相较于一般人格权纠纷案件来说，起诉劳动争议纠纷更有可能胜诉，对于案件的宣传与多元性别就业平等权益的推动更为有利。因此，在制定诉讼策略的时候，选择了先以劳动争议纠纷提起劳动仲裁，再以一般人格权纠纷提起侵权之诉。

（四）案件审理过程及裁判结果

2016 年 3 月，C 先生向贵州省贵阳市云岩区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称劳动仲裁委）提出申请，要求认定慈铭公司违法解除劳动关系，支付赔偿金。同年 4 月，仲裁委员会两次开庭，第一次开庭时，双方就 C 先生的着装以及慈铭公司要求女性员工着女式工装进行了辩论；而第二次开庭时，慈铭公司却新拿出了一系列用以证明 C 先生工作表现不佳的证据。同年 5 月，劳动仲裁委下达裁决，认为 C 先生系试用期表现不合格，仅判慈铭公司支付拖欠工资 402 元。

C 先生不服仲裁庭裁决，向贵州省贵阳市云岩区人民法院提起劳动争议诉讼。2016 年 6 月 17 日，该案劳动争议案件开庭，C 先生一方认为慈铭公司提供的一系列用于证明其工作表现不佳的证据系伪造，提出鉴定。2016 年 11 月 4 日，因鉴定材料与对比样本上红色印文非同一油印而终止鉴定。12 月，劳动争议纠纷案再次开庭，这一次原被告双方在证据问题上进行了激烈的辩论，并且指出：由

于原被告双方并未签订书面劳动合同，被告认为辞退 C 先生系在试用期内“不予录用”，但并无证据证明试用期的存在，应当承担举证不能的后果。C 先生一方还申请了中国政法大学刘小楠教授作为专家辅助人出庭。2016 年 12 月 18 日，法院作出判决，认定原被告发生争议是在正式建立劳动关系之后而非试用期内，所谓“试用期表现不合格”不能成立，判决“被告违反劳动合同法的规定解除与原告劳动关系应支付原告工资 483 元，经济赔偿金 1500 元。”劳动争议纠纷一案一审判决下达后，双方均未上诉。

至此，劳动争议阶段的诉讼告一段落，C 先生一方达到了目的：一方面获得了胜诉，这在影响性诉讼的倡导行动中非常有利；另一方面，这一诉讼过程中慈铭公司也出示了一系列不被 C 先生一方所掌握的证据以及产生了新的证据。例如，慈铭公司人事主管金某在接受媒体采访时曾明确说过，C 先生不着女式工装、违反公司的着装规定而因此遭到解雇。又如劳动仲裁庭第一次开庭期间，双方对着装问题的言辞辩论也涉及到性别表达的内容。

按照诉讼策略，下一步要提起一般人格权侵权之诉，希望法院明确认定就业歧视。2017 年 4 月 20 日，本案一般人格权争议纠纷案开庭，C 先生一方诉请慈铭公司赔偿精神抚慰金并且公开赔礼道歉，并且申请了西南财经大学何霞副教授出庭作为专家辅助人，对歧视、就业歧视、性别认同、性别表达、性别歧视等多项相关问题进行阐明。2017 年 7 月 26 日，该案迎来了一项重要的判决：法院认定被告侵犯了原告的平等就业权，无正当理由解除与原告的劳动合同构成差别对待，判决被告赔偿精神抚慰金 2000 元。这一判决是我国第一起多元性别群体就业歧视案在一般人格权层面的胜诉。但遗憾的是，该判决并未支持公开赔礼道歉的诉讼请求。

2017 年 8 月，参与本案的多位律师和法学专家以及 C 先生在北京举办了一场有关本案的交流活动，现场也有其他律师以及多元性别社群的伙伴参与。在这次交流活动中，参与者共同就是否上诉进行了讨论。一审判决的结果是突破性的、有利于原告和反就业歧视倡导的，但是判决书全文没有明确说明对慈铭公司对 C 先生确实实施了就业性别歧视，也没有支持公开赔礼道歉的诉讼请求，同时由于一审法院是基层法院，不很有利于案件未来在更广范围内的推广。综合上述因素，C 先生一方决定上诉。

2017年11月13日，本案一般人格权纠纷二审在贵阳市中院开庭。上诉人（原审原告）将已有证据进行整理，从公司员工杨某转述人事主管金某的“身心不健康”的评论，到金某亲自在接受媒体采访时表示（C先生）“不着工装”（该处指女式工装）、“违反了规章制度”等，形成了证据链条，用以证明慈铭公司“辞退”C先生就是基于性别认同歧视，并且点出慈铭公司自劳动仲裁二次开庭以来坚持的“工作表现不佳”只是掩饰其实施性别认同歧视行为真实的目的。专家辅助人何霞副教授在作证时除了从学理和法律上阐明了与性别和就业歧视相关的概念，还动情地讲到“跨性别人士面临着偏见、污名、歧视、骚扰甚至暴力伤害。偏见损害了这些人群尊严和人格的完整性，导致其隐瞒或压抑自己的性别认同并过着恐惧和隐匿的生活。……我们在这里讲的是几个概念，但现实中却是一个个活生生人的生活，关系到他们是否能被接受，他们的尊严，他们的幸福。正如同在100多年前，妇女没有权利接受教育，甚至没有自己的名字，而今天我们能做大学教授、做律师、做法官，这是很多个体的努力创造的历史和现实。正如反歧视法律法规的发展，也是一个个司法案件，通过当事人、律师、学者、社会组织、媒体的共同努力，通过法官发挥司法能动性的智慧判决来推动的历史。这也是我们今天所做的事情，让每一个人都能有尊严的不受歧视的生活，这也是我们正在创造的历史。”

（五）对本案的评价

2018年2月4日，C先生收到了终审判决，法庭认为C先生的性别认同与表达应当依法受到保护与尊重，但其认为慈铭公司的行为对其构成性别歧视的主张因证据不充分不予支持。故驳回上诉，维持原判。总体来说，该判决有三大亮点和一大遗憾。第一大亮点是，法院在判决书中明确写明“尊重个人的性别认知和性别表达，不应当因个人性别认知和性别表达，使劳动者在就业过程中受到差别对待”——这一表述为日后多元性别群体在就业领域维权奠定了坚实的基础。要知道，性别认同和性别表达并非我国《劳动法》和《就业促进法》当中规定的七种禁止就业歧视的事由，这一对性别认同和性别表达的明确保护不得不说是一大进步。第二大亮点是，法院在判决书中明确表示“个人的性别认同、性别表达属于一般人格权的保护范围，对他人的性别认同及性别表达应当予以尊重。”一

般人格权是我国当前阶段提起反歧视诉讼的主要权利基础，该判决明确将个人的性别认同、性别表达纳入了一般人格权的保护范围，为日后多元性别群体在就业领域之外的维权也奠定了基础。最后一大亮点，是判决书明确了“劳动者就业不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视，应当消除城乡、行业、身份、性别等一切影响平等就业的制度障碍和就业歧视。”宣示了就业歧视的事由不仅仅在于法律列举出来的，还包括身份、性别等一切影响平等就业的因素，是对就业歧视认识的一大提升。当然，该判决也存在着遗憾。虽然对就业歧视理解十分到位，但在具体案件中较为机械地适用“谁主张谁举证”的原则，对上诉人（原审原告）课以很高的证明责任，没有认识到在就业歧视类案件中，因为用人单位解除劳动合同的真实原因只有其自己知晓，劳动者往往处于被支配地位，且用人单位在许多就业歧视类案件中存在着用合法的理由掩饰其非法解除劳动合同的目的，原告方往往很难取得证明用人单位歧视的直接证据。不过这种新型案件，确实还有待法律人的不断探索。

本案在多元性别议题和反歧视领域都有重要的地位。一般人格权二审判决在抽象意义上承认了多元性别群体的平等就业权，但在具体案件即本案中又以证据不足为由维持原判。但本案的影响无疑是巨大的——海内外媒体都对案件的进展和结果给予热切的关注，在立法层面，全国人大代表、中华女子学院孙晓梅教授曾在 CGTN 上公开表示关注和支持 LGBT 群体的平等权益，并且提及本案；本案也为 2016 年全国两会期间的《反就业歧视法（专家建议稿）》的立法推动提供了案例支撑。

在影响性诉讼案件多为大案、要案或新型案件，本案属于新型案件。中国司法实践中对性别歧视传统意义上理解是，因为劳动者是女性而进行无合理原因的差别对待，或者相反，因为劳动者是男性而进行无合理原因的差别对待，典型的如：在招聘广告中明确“仅限男性”。但在本案中，C 先生遭到“辞退”并非基于其“女性”身份（按身份证性别标记）或男性身份（按其自我的性别认同），而是基于他的性别认同，具体来说，是因为他的性别认同和身份证件上的性别标记不符让用人单位“觉得奇怪”，是因为他的性别表达阳刚，不符合传统对女性的性别刻板印象。从国际及其他国家、地区反歧视法的立法经验的禁止实施就业歧视的事由的角度来讲，应当属于性别认同歧视和性别表达歧视。但在我国现有

法律框架缺乏性别认同和性别表达这两个禁止实施就业歧视的事由的情况下，也是可以通过对性别做扩大解释而包含在禁止性别歧视之中的。这一案件，是反就业性别歧视领域的新型案件，也是反就业多元性别歧视领域的新型案件。

本案案由的选择，不同于一般反歧视案件，并没有一开始就使用“一般人格权纠纷”的案由。这是诉讼策略上的选择。由于本案 C 先生一方所掌握的证据只有三段录音，并且这三段录音并非是慈铭体检人事部门负责人的表态（即可以代表公司观点的表态），因此如果直接起诉一般人格权侵权，C 先生一方要承担更重的举证责任。而如果先以劳动争议纠纷，根据举证责任倒置的规定，慈铭体检就要承担更重的举证责任，举证其“辞退”行为并非违法。这样的诉讼策略一方面可以为一般人格权侵权的提起收集证据，也在一定程度上可以提高胜诉的可能性。

这种新型的影响性诉讼案件中，专家辅助人的出庭是非常重要的。虽然从理论上来说，劳动争议纠纷阶段，并不需要申请专家辅助人出庭——因为劳动争议案件的审理重点应当是劳动者和用人单位之间基于劳动关系的纠纷，而非就业歧视，但专家辅助人出庭主要阐述的恰恰是就业歧视问题。然而，我们要注意到，总体来说，一方面我国现行法律法规之中对于歧视的概念、构成要件、举证规则等均非常不完善，在面对没有“先例”的新型案件时，法官更容易有所顾忌。影响性诉讼不同于一般性诉讼，专家辅助人出庭对于法官理解多元性别概念、查明事实、形成心证都具有一定的效果。而专家辅助人的出庭，则可以协助法官了解与案件相关的一些知识，例如何为多元性别、歧视的定义的国际法标准、有关歧视的证据认定等。另一方面，专家辅助人作为学者，又亲身参与了案件，从法律倡导的角度来说，其对案件的评论、对相关法律制定的推动相对来说更具有发言权。

本案中还体现了一个重要的要点，即国内倡导和国际倡导的联通。中国政府在 2013 年第二轮普遍定期审议（UPR）中，对荷兰和爱尔兰提出的反对在工作场所基于 SOGIE 歧视的建议⁵²做出了“接受并已执行”的回答，于是本案诉讼过程

⁵² 186.89 设立反歧视法律法规，确保男女同性恋、双性恋和变性者享有平等待遇，包括在学校和工作场所享有平等待遇（爱尔兰）；186.90 按照国际标准，在劳动和就业法律中加入禁止一切歧视的规定，包括基于性取向和性别身份、族裔、宗教和艾滋病毒感染情况的歧视（荷兰）；见 A/HRC/25/5

中将中国政府在 UPR 上的回答作为资料提交给法庭，让法庭了解中国对多元性别、对多元性别就业歧视的积极态度。2018 年 2 月一般人格权纠纷二审判决作出之后，联合国防止基于性取向和性别认同的暴力和歧视问题独立专家在人权理事会提交的《防止基于性取向和性别认同的暴力和歧视问题独立专家的报告》中在国家良好实践中提到了本案。⁵³同志组织可以继续利用这一报告中的内容进行游说和倡导，鼓励司法机关继续在新型同志诉讼中做出开创性的判决。这种从国际到国内，再从国内到国际的倡导方式，十分值得借鉴。

三、 同婚案

(一) 案件背景

本案的当事人孙文麟与胡明亮是一对相爱的同性伴侣，处于热恋期的他们希望能够通过结婚这件浪漫的事情去向所有人公开他们的恋情。在堂姐婚礼上发生的一件事情也成为了孙文麟选择结婚的契机，当时他的母亲对他说：“希望你以后跟胡明亮办婚礼也要办得这么风光！”可是他的父亲却因此大骂他们母子，这使他非常伤心气愤。其实孙文麟并非婚姻制度本身的支持者，但从宏观上，他认为同性伴侣和异性伴侣应该享有同样的结婚权，否则就是一种不平等的表现；从微观上，他也希望自己和男友可以结婚，就如同家里其他的亲戚一样。

孙文麟一直是一个热心于社会公共事务的人，他在百度贴吧“出柜吧”和“同性恋吧”担任多年的吧主。2015 年 3 月“女权五姐妹”被抓，引起很大的反响。位于北京的 NGO 纪安德发起了“同志挺女权”的活动，孙文麟和胡明亮积极参与了这一行动，还发布了二人接吻的照片。另一个契机是，他们一起看了一部英国同志电影《骄傲》，这部电影讲述了北伦敦的同志们支援南伦敦的罢工工人，两个看起来天差地别的群体结成了同盟的故事。孙文麟被电影中同志的爱情和革命情谊所感动了。于是他问男友：是否愿意去登记结婚？胡明亮同意了。于是他们选择在恋爱一周年纪念日的时候去民政局办理登记。

在第一次去民政局登记婚姻之前，孙文麟特意研究了《婚姻法》，他认为，《婚姻法》中没有明文规定结婚一定要“一男一女”，《婚姻法》中所规定的“实

⁵³ A/HRC/38/43

行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度”并不意味着婚姻就只能是男女之间缔结的，“夫妻”是指身份和关系，而不是指男女。《婚姻法》还规定了婚姻自由，同性婚姻是婚姻自由的应有之义。所以同性婚姻登记是可能的，只是没有人去尝试。孙文麟还了解到，60年代的美国，有些地方虽然法律上仍然认为同性性行为是犯罪，但地方婚姻登记处的人员却给一些同性伴侣颁发了结婚证书，所以他认为，在中国可能也有一些比较开明的登记员，不会囿于“官僚体制”，而是能够根据《婚姻法》依法办事。

（二） 事件经过

在孙文麟的预期中，登记应该是可以成功的，即使不能成功，也希望和民政局能够民主协商，根据法律讲道理。同时，他还希望能够把整个登记的过程记录下来，他请了一位朋友帮他们把整个登记的过程进行拍摄。他还制作了一面锦旗，上面写着“长沙同性恋市民赠给民政局婚姻登记处”，中间是“国际人权斗士”，他希望如果能够成功登记就把这面锦旗送给婚姻登记处，希望长沙可以为同性婚姻登记首开先例。

2015年6月23日，孙文麟、胡明亮二人携带结婚登记所需要的身份证等证件，前往芙蓉区民政局申请办理结婚登记。婚姻登记处的前台工作人员得知两人来意之后先让他们等了半天，在看到别的异性伴侣很快就可以办好登记之后，孙文麟询问工作人员为什么不给自己办理，是否是歧视同性恋。前台工作人员先说结婚登记员不在，一会又说因为系统里一方是女性一方是男性，孙、胡这样的情况录入不进去，不是歧视而是系统的问题。孙文麟则认为这样的系统本身就是歧视。结婚登记员请示了登记处的处长，处长电话请示了上级民政厅，之后依然拒绝为二人办理登记。当孙文麟拿出婚姻法要与之对证的时候，对方表示不看法律，已经请示过上级民政厅了，就是不予办理。孙文麟欲继续与之理论，对方却态度更为恶劣，说道：“我就是官僚，你们去投诉我啊！”最后把保安叫过来赶走了孙文麟等人。孙文麟前往民政厅投诉这位主任，但民政厅工作人员态度敷衍，在听完全部事情经过之后，只是说去找法院吧。孙文麟觉得提起诉讼费时费力，还需要较多的经济投入。因此决定再跑一趟婚姻登记处。在婚姻登记处，孙文麟又见到了上次的处长：

“后来我们就坐在那个沙发上面就开始聊。我问他我这种情况要怎么处理。他说这个国家不可能为了你们两个人去改变之类的。我说，但是这个国家也不能够所有人欺负我们两个人，那你们赢了也不光彩。具体还有很多细节对话我都已经不记得了，但是我记得他说了一句‘你不要这么不干脆，要像个男人。’其实和他第一次见面他也说了这种很父权的话，就他说什么你如果带一个女生来，我马上就给你登记结婚。我就说你凭什么来帮我操办婚姻，你给我找对象，要求我喜欢什么样的就喜欢什么样的，你以为你是谁哦。我当时就是这样跟他说的。最后，我就问他是不是只能通过打官司这种方式。他说‘你去起诉啊，谁怕你啊。’我就说每次跟你聊天、协商我都感到非常的受伤。他说你受伤就受伤。然后我就走了。”

（三）庭前准备

1. 寻找律师

孙文麟决定起诉民政局，第一步是找律师，但是找律师的过程并不顺利。开始时孙文麟找到湖南日月明律师事务所的陈南石律师，陈律师表示愿意接受委托，但律所主任却不允许陈律师代理此案，认为会对律师有不利影响。陈律师只得遗憾地告知孙文麟他不能代理了。之后孙文麟通过彩虹律师团找到了石伏龙律师代理本案。北京同志中心、纪安德等同志机构都积极关注本案并且联络媒体，多家媒体均对本案进行了报道。

2. 立案过程

本案立案的过程也不顺利。2015年12月16日，原告前往长沙市芙蓉区法院立案，但立案庭法官不肯接受立案材料。在当事人和律师的强烈要求下才勉强接收了案件材料，但并未下发任何书面文件。石伏龙律师建议孙文麟在法院门口照张相片，在之后写一篇文章发给媒体，请媒体监督立案，否则这个案子很可能就会不了了之。当天晚上，孙文麟和石伏龙律师共同写了一篇文章，发给了澎湃新闻等多家媒体，在接下来的一周左右，也有许多媒体前来采访孙文麟。这之后，忽然有派出所联系孙文麟的祖父母家，说要去找孙文麟。孙文麟在咨询了法律专

业人士之后，和派出所警察约在平安夜的晚上见面。孙文麟和胡明亮两人在客厅中接待了警察，双方聊了 40 分钟左右，主要内容是警察对孙文麟进行规劝，孙文麟对对话进行了录音。并且将警察来访的事情也在采访中告知了媒体。经过补正材料，孙文麟和胡明亮于 2016 年 1 月 5 日收到了《立案通知书》。该案原定于 2016 年 1 月 28 日开庭，后延期至 4 月 13 日。

（四） 案件审理过程及裁判结果

1. 一审概况

2016 年 4 月 13 日，长沙市芙蓉区法院开庭公开审理了本案。开庭前，孙文麟做了许多准备工作，第一是请了一周的假，希望能尽可能多的地接受媒体采访，让更多人知道他们的需求，同时他也每天都在微信公众号和微博上发一篇文章倒计时，保持事件的热度。第二个准备是跟律师随时保持沟通，做了两遍模拟庭审，在法律实体和程序上都做了极细致的分析。第三个准备是买了喜糖，开庭的时候孙文麟等把喜糖送给了被告以及来旁听的热心民众，本来也想送给合议庭的，但合议庭没有接受。

原告诉请：2015 年 6 月 23 日，孙文麟、胡明亮到芙蓉区民政局申请办理结婚登记，芙蓉区民政局的工作人员以孙文麟、胡明亮的结婚登记申请不符合《中华人民共和国婚姻法》和《婚姻登记条例》的相关规定为由，未予办理结婚登记。孙文麟、胡明亮认为芙蓉区民政局的行政行为侵犯其合法权益，怠于履行行政机关应尽职责，请求判令芙蓉区民政局为孙文麟、胡明亮办理结婚登记。

被告芙蓉区民政局辩称：孙文麟、胡明亮于 2015 年 6 月 23 日到芙蓉区民政局要求办理结婚登记，经芙蓉区民政局的工作人员审查确定，孙文麟、胡明亮均为男性，其结婚登记申请不符合《中华人民共和国婚姻法》和《婚姻登记条例》的规定，芙蓉区民政局对孙文麟、胡明亮的结婚登记申请未予办理结婚登记，并当场口头告知其结果和理由。芙蓉区民政局作出不予办理结婚登记行政行为，事实清楚，证据确凿，适用法律正确，程序合法，孙文麟、胡明亮的诉讼请求应予驳回。被告芙蓉区民政局向法院提供的证据材料为芙蓉区民政局工作人员何建平的自述材料。被告芙蓉区民政局向法院提供作出行政行为的法律依据有《中华人

民共和国婚姻法》、《婚姻登记条例》。

在庭审质证中，孙文麟、胡明亮对芙蓉区民政局提供的何建平的自述材料的真实性、合法性均有异议，认为属于芙蓉区民政局作出行政行为之后收集的证据材料，不应作为认定本案事实的依据；其次，这份“何建平自述材料”的证人证言因证人何建平不出庭不能单独作为定案依据。法庭认为原告提交的证据“能够说明芙蓉区民政局已告知孙文麟、胡明亮不予办理结婚登记的理由及结果”，认同了原告提出的何建平的自述材料“形成于其作出不予办理结婚登记行政行为之后，本院对该份证据材料不予采信。”

但一审法院认为，我国实行婚姻登记制度。根据《婚姻登记条例》第二条规定，芙蓉区民政局具有对辖区内居民结婚登记申请作出是否办理婚姻登记的法定职权。本案中，孙文麟、胡明亮均为男性，其结婚登记申请不符合《婚姻法》、《婚姻登记条例》的规定。芙蓉区民政局对孙文麟、胡明亮的结婚登记申请，不予办理结婚登记，并当场告知孙文麟、胡明亮结婚登记申请不符合我国上述法律、行政法规关于男女双方登记结婚的规定。芙蓉区民政局对孙文麟、胡明亮的结婚登记申请作出不予办理结婚登记行政行为符合法律、行政法规的规定，且行政程序合法。驳回孙文麟、胡明亮的诉讼请求。

2. 二审概况

原告不服提起上诉，称：行政行为在执法人数、资格、审查核实申请材料、告知理由和结果、陈述申辩权、以及送达书面的不予受理通知单等程序上没有依照湖南省的相关行政程序性规章。一审法院没有采信民政局的证据，故行政行为没有证据。一审法院认定民政局工作人员对上诉人的材料进行了审查及依法完成了告知义务，是错误的。婚姻法没有明确禁止同性婚姻，婚姻法第二条的男女平等应当是男女可以平等地和男方结婚，也可以平等地和女方结婚。刑法中聚众淫乱罪等包括了同性的情况，婚姻登记也应当涵盖同性婚姻。根据宪法等对于平等和人权的规定，婚姻登记排除同性是歧视，对同性申请婚姻登记应予办理。对于本案涉及的宪法上的平等权与人权、婚姻法的婚姻自由等规定，一审法院对此予以回避，法律适用不当。综上，请求法院判决：1、撤销一审判决发回重审或者查清事实后改判；2、由被上诉人承担一二审诉讼费用。

被上诉人芙蓉区民政局答辩称：民政局作出的行政行为不是不予受理结婚登记，而是受理后不予登记，决定不予登记前对上诉人申请结婚进行了审查和询问。不予登记的依据就是婚姻法和婚姻登记条例，无需其他证据。对于婚姻法的相关条款，立法原意即异性婚姻，行政机关是法律的执行机关，只能严格依法执法，没有超越法律的权力。被诉行政行为程序合法，一审认定事实和适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

二审法院认为何建平的自述材料，能够反映案件事实经过，对于上诉人提出结婚登记申请及被上诉人不予登记的事实，对方当事人也予以认可，依法可以作为认定事实的依据，应予采信。其认定的事实和一审法院相同。

但二审法院认为二上诉人均为男性，明显不符合法律规定的办理结婚登记的条件，其要求判令被上诉人为其办理结婚登记，理由不成立，其诉讼请求应予驳回。故一审判决驳回其诉讼请求错误，理由不成立，不予支持。上诉人提出刑法中聚众淫乱罪的处罚对象包括同性，婚姻登记也应涵盖同性，婚姻法中的“男女平等”应当解释为男女可以平等地和男方结婚，也可以平等地和女方结婚等，其理解明显超出婚姻法相关规定中“男女”的文义范围，属于曲解法律，不予采信。上诉人认为根据宪法等关于平等和人权的要求，婚姻登记排除同性是歧视，对同性申请婚姻登记应予办理，该主张系否认法律的效力，理由不成立，不予支持。综上，上诉人的上诉理由均不能成立，其上诉请求没有法律依据，不予支持。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法。判决驳回上诉，维持原判。

（五）对本案的评价

1. 立案登记制下的“立案难”与媒体“施压”

我国 2014 年修正的《行政诉讼法》将立案审查制改为立案登记制，体现在新法第五十一条。立案登记制的改革背景是在原来立案审查制下，司法实践过程中，有些法院在收取立案材料后消极应对，既不受理也不出具裁定；有的收到立案材料拒开收据，使原告无法证明已经向该法院行使过诉权；有的口头答复“回去等消息”等进行敷衍。因此，党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出，改革法院案件受理制度，变立案审查

制为立案登记制，对人民法院依法应该受理的案件，做到有案必立、有诉必理，保障当事人诉权。这一改革为当事人提起行政诉讼降低了准入的门槛，起诉人只要满足新法第四十九条的规定，以及在起诉期限内、实行复议前置的已经进行过复议等条件，法院就应当当场立案。对于是否符合本法规定的起诉条件的审查，应当是初步的、形式上的。仅从理论层面上来看，本案的立案应当是没有问题的，不存在滥用诉权、浪费司法资源的问题。

但实际中本案的立案却困难重重，背后有许多“事故”。代理律师联系了媒体资源，把这件事情报道了出去；当事人孙文麟在访谈中也表示有的关注本案的媒体朋友和他说，如果不是媒体广泛报道这件事情，这个案子可能连案都立不了。在本案代理律师的文章《同性恋婚姻维权第一案当庭判决是法治的结果吗？》⁵⁴中，他隐晦地提到“由于舆论关注度过高，该案在审理过程中，出现了种种复杂情况，在此，笔者不便明言，但凡是对中国司法现状有深入体会者，应该能够想到是何种情况。”并且认为如果之后再同性恋人申请登记结婚或者类似婚姻维权行动，并提起诉讼，立案受理的可能，实在难言乐观。

2. 法律解释与宪法司法化

本案当事人孙文麟对法律的解读是非常有意思的，比如，他认为：

“《婚姻法》第2、5、8条中的‘男女’条款，而不回应我，究竟是哪一条法律给他们权力拒绝为我们办理结婚登记的。他们把“男女可以结婚”的概念扩展解释成‘只有一男一女才可以结婚’，进而推导出‘我和胡明亮不是一男一女，所以不能结婚’。但我认为他们的逻辑有问题，我认为，A可以就只能证明A可以，而无法证明只有A可以，更无法证明B、C、D……都不可以。”

在婚姻登记处他与处长的对话也体现出对于法律的不同解释，对方说孙没有权力解释法律，法律的规定是只有一男一女才可以结婚，而孙马上反驳说对方也是在解释法律。

我国法律解释权的规定主要依据1981年《全国人民代表大会常务委员会关

⁵⁴ 石伏龙. 同性恋婚姻维权第一案当庭判决是法治的结果吗？——与《同性婚姻案宣判，司法不忌惮于评判，法治才可期》一文作者谭敏涛先生商榷 [EB/OL]. http://blog.sina.com.cn/s/blog_4f2cf4e90102wown.html. 最后访问日期: 2018年11月13日.

于加强法律解释工作的决议》和 2015 年修正的《立法法》第一章第四节。简单来说，法律需要有权机关的解释。司法实践中，法官也需要解释法律，因为不解释法律就无法对法律进行适用。但是法律的解释不同于一般对文字的解释，而是有特定的原则与方法。首先，比如对《婚姻法》中涉及到“男女”、“一夫一妻”、“男女双方自愿结婚”等条款的表述进行法律上的字面解释，则对这些词汇的解释不能超出一般人理解的范围——对此甚至有些学者主张对有争议的概念进行查字典解释。在当代中国的语境下，一般人是不会像本案的当事人这样解释法律中的“男女”等词的。其次，对法律中词汇意义的理解也不能孤立地看，要进行体系解释，即把需要解释的条文放在整部法律之中甚至其他相关法律之中解释它的含义。如果一个条文不能与相关法条相契合，则会造成法律内部的相互矛盾。从体系解释的角度看《婚姻法》，婚姻法多次出现的“男女双方”“男女一方”等表述，均可以验证在这部法律的语境下，认为婚姻是由一男与一女缔结的。所以，从实体法律的角度来看，本案依据《婚姻法》在实体上是站不住脚的。

于是有人提出了宪法司法化的问题，认为我国《宪法》规定了自由原则、平等原则，如果只有异性可以结婚就违反了宪法；或者认为《婚姻法》规定婚姻只存在于男女之间是“违宪”的。这正是台湾同性婚姻释宪案的法律逻辑基础。但是首先要明确，在大陆，所谓“宪法司法化”实际包含两个概念，其一是违宪审查，指传统意义上的解决法律与宪法相冲突的违宪问题；另一个是司法判断，是指法院把宪法像普通法律一样作为司法判案的依据，在著名的宪法司法化第一案“齐玉玲案”中黄松有法官就是这样阐释宪法司法化的。然而，我国并没有实现宪法的司法化，宪法作为根本大法是原则性的规定，而由立法来将这些原则具体化，所以我国并没有司法“违宪审查”的制度，没有宪法法院或宪法委员会，没有任何宪法诉讼程序的规定，普通司法机关也不得受理宪法诉讼，而上述著名的宪法司法化第一案所依据的司法解释也已经被废除。在最高人民法院 2017 年 7 月最新发布的《民事诉讼新文书样式及制作规范》中，更是明确规定了：“裁判文书不得引用宪法……作为裁判依据，但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。”在当前中国法律的语境中，对这样一个案子重提宪法司法化或违宪审查是不符合我国法律规定的。

3. 诉讼策略选择：程序违法

本案中，原告代理律师特意在一定规避了“审查”《婚姻法》的问题——代理词中提及宪法的自由原则、平等原则等更多是一种宣示作用——而实际上把论述的重点放在了民政局程序违法上面。根据我国《行政诉讼法》的规定，行政行为需要证据确凿、适用法律、法规正确、符合法定程序，根据第七十条，违反法定程序的可以由法院判决撤销或者部分撤销；又根据第七十四条，行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的，也可以做出确认违法判决，但不撤销行政行为。

原告提出被告在四个方面都违反了法定程序，即被告婚姻登记处工作人员何建平不具备相应的执法资格，没有出示执法资格证件且只有一人参加执法、对原告提出的申请材料没有进行审查、被告行政行为作出前不告知原告陈述和申辩的权利，不记录也不入案卷，事后又不告知权利救济渠道、以及被告没有出具《不予办理结婚登记通知单》。从法院的判决书来看，法院只字未提对程序违法或瑕疵的意见，只从实体的角度出发，驳回了原告的诉讼请求，仅依据现有的资料、从法律理论上来看，是解释不通的。但如果从其他角度看，有这样的一种猜测——正如“范坡坡诉广电总局案”的胜诉一样，⁵⁵确认违法判决实际上并未改变原具体行政行为，但是却给广大的非法律专业人士一种错觉，好像“我们可以看同性恋电影了”（范坡坡案）、“同性可以结婚了”（如果本案判决确认原具体行政行为违法），而这并不是相关机关希望看到的结果，尤其是在本案已经被媒体高度关注、在社会上引起很大反响的情况下。

当然，我们在事后可以讨论这样的辩护思路是否合理。由于本案例原告代理律师将诉讼策略的重点放在程序问题上，对于实体问题并未过多地涉及，这本来是从胜诉可能性的角度考虑的。但原告代理律师本是一位经验很丰富的代理律师，从其事后对本案的分析来看，他也并非没有认识到这一案件的复杂性——这种复杂性更多的不是法律上的复杂性。那么他选择的这种辩护思路在事实上又有多大的胜诉可能性呢？如果说能够从更加倡导取向的角度出发，在诉讼策略上及媒体倡导中更加倾向于实体法律问题，也未尝不是一种值得尝试的策略。

⁵⁵ 蓝媒汇. 同志导演告赢广电总局，创造历史还是毫无意义？（附判决书全文）[EB/OL]. <http://www.lanmeih.com/show/10000338>. 最后访问日期: 2018年11月13日.

4. 媒体的巨大作用

媒体或者说社会舆论在本案中起到了非常重大的作用，对于这种作用的评判是复杂的。但仅从倡导的角度说，这个案件无疑是成功的。国内外媒体均大量报道这一事件及相关诉讼，在社会上引发了对于同性婚姻的热议讨论，同志社群更是几乎一片支持的声音。法律界讨论的结果是将这个案件评选为了“2016 年中国十大宪法事例”和“2016 年中国十大影响性诉讼”，《人民法院报》也有文章评论这个案件。

在社群动员方面，线上动员最多人数达 22 万多人，这是网上评选“2016 年中国十大宪法事例”时的投票人数；微博上#同性恋婚姻维权第一案#的话题阅读量有 1662 万多人。一审公开审理（二审为非公开审理）时只能容纳 100 人左右的法庭，有多达两百多人前来旁听，在法院门口排起了长队。

如前所述，至于媒体是否真的对本案的立案起到的推进的作用，根据现有的资料不好妄加判断。对于媒体铺天盖地的报道是否影响了司法独立与司法公正同样无法有定论，也许这样的影响反而使得法院受到其他方面的压力，而放弃了“确认违法”的判决，而改判原告败诉。

5. 同性婚姻的法律倡导

一部良法确实需要有一定的前瞻性，但法律不能太超前，而是需要紧跟社会变化的节奏。因为法律毕竟从根本上应当反应的是人民的需求，是民主的产物。即使是在威权国家，统治者在立法时也会考虑一般大众的接受度。可见，法律倡导不仅仅关乎法律，还关乎公众教育。婚姻不仅仅是“love wins”的问题，因为婚姻作为一种社会制度从一开始就不是涉及爱情的，不承认同性婚姻并不意味着不承认同性之间的爱情，在现代争取同性婚姻除了宣示爱情也有着关于身份权、财产权的考量，甚至。

湖南同性婚姻登记案的倡导无疑是成功的，因为它起到了公众教育的作用，《人民法院报》发表的文章中也评论道：“通过这场诉讼将同性婚姻正式纳入法律的范畴内予以关注和评价，这也是该案的积极意义。”⁵⁶

⁵⁶ 曾妍，李革文。长沙“男同”申请结婚登记被拒状告民政局 法院一审判决驳回诉讼请求[N]. 人民法院报，2016 年 04 月 14 日 (03).

仅供个人下载参考，禁止复制、转载、引用

第五节 展望

站在 2018 年，我们看到中国社会无论是和二十年前、十年前还是五年前相比，都发生了巨大的变化，而这种变化的趋势则是莫测的，不能说它变好了，也不能说它变坏了，也许就应了那句话：“这是一个最好的时代，也是一个最坏的时代。”

大约二十年前，一系列行政法律法规的出台，尤其是《政府信息公开条例》的出台，给公民社会法律倡导提供了更多样化的倡导手法；二十年前也是中国影响性诉讼开始萌芽的时期，反歧视诉讼进入公众和司法的视野。

大约十年前，部分同志组织的工作重点从社群开始转向倡导，一些如今影响力非常大的组织相继成立，同志运动开始进入更为蓬勃发展的时期，政治环境较为宽松，央视播出同志专题的电视节目。2008 年更是被称为公民社会的元年。但作为“倡导新手”的同志组织并不熟悉各种倡导手法，而是在摸索中前进，直到大约五年前，第一起可以被称之为同志影响性诉讼的案件被提起，同志领域开始尝试影响性诉讼的手法，基于社会运动前辈们的经验，这是一次全新的尝试。随着百度案的胜诉，同志组织开始更多尝试这一手法，随着各种倡导经验的增加，同志影响性诉讼日趋专业化，和法律组织的合作，更使得同志影响性诉讼这一手法如虎添翼。这个时候媒体环境非常好，并没有内部有关封杀同志议题的禁令，也不会网络上随意删帖。

回观现在，我们面临着一个更具挑战的环境：《互联网新闻管理办法》对自媒体进行管控、新闻行业内对主流媒体议题的限制；2018 年国务院改组，中宣部取代广电总局分管影视工作，而中宣部作为党的组织不能再作为政府信息公开申请的对象；最高院 2013 年修改民事诉讼案由规定时仍然没有将反歧视这一案由纳入，导致反歧视案件仍然只能借名“一般人格权”起诉，但一般人格权作为一般侵权的一种，和反歧视的构成要件有本质上的不同；立案审查制改为立案登记制，但事实上一些案件还是面临着立案上巨大的困难。

从法院的角度来看，作为社会大众的一员，法院对于同志议题也有了更多的认识，但对于这一议题的态度则是多样的，一些法官就是恐同者，一些法官缺乏对歧视概念的基本了解，这些仅仅依靠同志影响性诉讼在法庭上的努力是无法改

变的。同时，法官受制于上级压力和枪打出头鸟的传统文化影响，法官在同志影响性诉讼中基本上扮演了一个保守的角色。而随着治理技术的娴熟，无论政府也好，法院也好已经不会再闹出小寒案中那样的“笑话”了。法院对同志影响性诉讼开始用程序性问题回避给实体性问题一个答案；而行政诉讼上，越来越多的政府信息公开回复以“申请公开的信息属于咨询而非不属于政府信息公开范围”为由不正面回答政府信息公开的问题。

2018年11月13日，在本手册成稿之日，恰逢青岛同志教师案劳动仲裁开庭。无论前路是否坎坷，中国同志运动一直在前行。

致谢

从 2017 年 2 月开始访谈，到 2018 年 11 月成稿，这一研究报告的完成要感谢的人太多。

感谢所有接受我们访谈的参与同志影响性诉讼案件的当事人、律师、同志组织工作人员、专家学者等 14 人。没有你们百忙之中抽出时间接受我们的访谈，这一研究是不可能完成的。

感谢同语负责人徐玢对本研究报告的策划、指导和建议。感谢刘明辉教授、刘小楠教授、吕孝权律师、王永梅律师、杨震、瑞普利、孙文麟在内所有为本报告提供宝贵意见的人士。感谢同语的同事们在本研究报告撰写过程中提供的支持。

特别感谢同语影响性诉讼研究团队成员：文谦、雷续、何笑鸥、欧阳震霖、马可彤童、刘俊言。本报告的研究、撰写过程能有你们相助，是我的荣幸。也希望你们对最终的成稿还算满意，但也请不吝批评。

2018 年 11 月 13 日

附录一：案情简介⁵⁷

1. 小寒注册案

2009年，小寒与几个好友成立了“同爱网络协作机制”。2011年12月，长沙市社会组织登记监督管理办法开始实施，规定工商经济类、社会服务类、社会福利类和公益慈善类四类社会组织可直接申请登记，无须“挂靠”。小寒萌生了将组织“扶正”的想法，“我觉得我们这个组织是社会公益类，应该可以直接登记。”

2013年11月，小寒开始向长沙市民政局咨询，“当面问了民间组织管理部门一名负责人，他说暂时不能注册。”小寒又与湖南省民政厅民间组织管理局取得联系，得到的答复依然是“暂时不能注册”。小寒随后填写了《湖南省民政厅机关政府信息公开申请表》，追问同性恋组织不能成立的原因。

2013年11月26日，湖南省民政厅作出了书面回复，称按照婚姻法“结婚必须男女双方完全自愿”的规定，婚姻必须是一男一女，即对同性婚恋关系是不认可的。因此，成立同性恋社会组织没有法律基础。另按照《社会团体登记管理条例》，社会团体必须遵守宪法、法律、法规和国家政策，不得违背社会道德风尚，而同性恋与我国传统文化和精神文明建设有悖，不能成立。2013年12月，小寒坚持向长沙市民政局提交了书面注册申请，收到的是一份“不予核名通知书”。

小寒说，他随即提出异议，但一直没有回应。2014年2月19日，小寒向开福区人民法院递交了起诉书。小寒的诉讼请求是，民政厅撤销上述回复，并就“同性恋与我国传统文化和精神文明建设有悖”这一“侵犯名誉权”的行为进行书面道歉。2月26日，是小寒正式向法院提出起诉湖南省民政厅的第七天。他收到了法院的书面通知。法院回复称起诉内容欠缺，要求修改诉讼请求。立案庭庭长李建科将书面通知书交给他，称起诉状内容欠缺，需要原告对起诉书内容进行补正。

⁵⁷ 本部分的案情简介为本文提到的12个同志影响性诉讼中，除了前文具体分析3个案件之外的其他9个案件的案情简介。

原起诉书诉讼请求提出：1、撤销被告湖南省民政厅做出的“同性恋社会组织没有法律基础”、“同性恋与我国传统文化和精神文明建设有悖，不能成立”等相关内容。2、湖南省民政厅就“同性恋与我国传统文化和精神文明建设有悖”侵害原告名誉权的行为书面道歉。李庭长建议将第一条修改为：请求法院撤销被告湖南省民政厅于 2013 年 12 月 26 日作出的含有“同性恋社会组织没有法律基础”、“同性恋与我国传统文化和精神文明建设有悖，不能成立”等内容的《关于对向小寒〈长沙同志中心筹备委员会依照国家法律法规申请民政注册〉的回复》这一具体行政行为。3 月 14 日收到湖南省长沙市开福区人民法院立案庭发出的不予受理裁定书的。小寒表示，将在上诉期限之前提起上诉。

2 月 26 日下午，小寒开始向湖南省全国人大代表、政协委员撰写公开信，呼吁拒绝歧视、关注同性恋者的平等权利。他希望人大代表能够在 2014 年的两会期间，为被“社会主流文化”所遗忘的中国同性恋者争取平等的公民权利。他说，“希望代表委员们，将我们的声音带给两会的参会者，我们希望他们能够看到并且尊重同性恋者作为一个‘人’所应该享有的权利。我们希望政策制定者能拿出他们的责任感与胆识来做出让社会进步的决策。”此信在 2 月 27 日挂号发出。

小寒在法定期限内向长沙市中级人民法院提出上诉。2014 年 5 月 5 日，小寒收到二审法院的裁定，维持一审裁定，对于小寒的案件不予立案。

2. 小红帽案：中国首例性倾向就业歧视案

2014 年 10 月底，深圳两男同约炮失败在街头起争议的视频（即有名的小红帽视频）被曝光后，2014 年 11 月 6 日视频当事人之一穆易被单位辞退。当天，穆易填写了离职交接表后离开公司。随后几天，穆易前往公司办理剩余手续、领取未发工资时，穆易认为自己受到不公正待遇，工资和奖金未如数发放；并且觉得人事经理和财务相关人员对其态度不佳。而被辞退最主要的原因就是自己是同性恋被发现，当即决定将装修艺公司告上法庭。

2015 年 1 月 22 日，穆易诉装修艺公司职场歧视一案在深圳市南山法院粤海法庭开庭审理，这也是国内首例关于同性恋职场歧视的案件。深圳南山区人民法院一审判决穆易败诉。原告认为能证明公司解雇穆易真实缘由的关键性

录音证据，因被告不予认可及无佐证而未被采信。二审判决虽然确认了录音资料的真实性，但不足以证明被告乃是因原告的同性恋身份将其辞退，此外，穆易“离职申请表”中离职原因仅为“个人处事”，因此与同性恋无关依据不足，维持原判。

3. 范坡坡诉广电总局案

《彩虹伴我心》是范坡坡于 2012 年创作的同性恋纪录片，讲述了来自北京，上海，厦门，福建，广州，南宁的 6 个母亲如何最终接纳孩子性取向的故事。在公开海报里，一位年轻的母亲怀抱着年幼的孩子，向前走着，一手高举着彩虹旗（LGBT 群体运动的标识）。

2014 年 12 月，这部纪录片在视频网站全部下架。范坡坡问了 56 网，对方告诉他：“被删除是因为有广电总局的相关文件。”但不能提供文件具体内容。2015 年 2 月 12 日，他向广电总局递交了信息公开申请。因为隔着春节，广电总局在 3 月 2 日才给了回复：“经核查，您反映的我局下发文件要求删除以及屏蔽纪录片《彩虹伴我心》的情况并不存在。”

由于广电总局与 56 网的说法不一。9 月 8 日，范坡坡委托律师提交了诉状，向法院提出四项请求：确认被诉答复违法；撤销被诉答复；限期被告重新作出答复，向原告公开相关政府信息；被告承担诉讼费。9 月 14 日，北京市第一中级人民法院正式立案。

2015 年 10 月 23 日，该案开庭，代理律师出席要求法庭调取证据，法院告知不予调取。11 月 3 日原告申请行政复议被驳回。2015 年 12 月该案宣判，总局因为回复主体的错误而被判违法。法院判定广电总局相关人员此前以广电总局办公厅综合处（系广电总局下属部门）的名义对范坡坡进行答复，而非以广电总局官方的名义，在答复主体上构成违法；但法院对广电总局相关答复的内容表示认可，即确实不存在要求删除涉同性恋话题视频的文件。

范坡坡收到律师的发过来的判决书后表示：判决的结果对他还是非常有利的，如果说广电总局没有要求删除《彩虹伴我心》，那视频网站就应该恢复这个片子。然而在后续和 56 网的交涉中，56 网始终没有恢复该视频。

4. 秋白案

2015年3月9日，中山大学女大学生秋白因为教材中污名化同性恋一事同时给广东省教育厅、国家新闻出版总局、广东高等教育出版社写信举报教材一事。国家新闻出版总局信访室主任给秋白回电话称，错误教材与总局无关，应该找教育部。4月18日，出版社则书面回应，教材里的内容没有错，是秋白自己理解错了。广东省教育厅虽受理了举报信，但最终不了了之。

2015年5月12日，秋白向广东省天河区人民法院递交起诉状，状告广东高等教育出版社出版的“恐同”教材损害了其名誉权。但法院以“出版社发行上述书籍的行为与起诉人没有法律上的直接利害关系，且起诉人未提供证据证实上述书籍直接或间接损害其利益，提起诉讼，实属不当”而不予受理。

“一告教育部”：2015年8月，秋白向教育部寄送挂号信，申请公开其对高校使用教材的监管职能。15个工作日过去，教育部仍迟迟没有回复。她向法院提起行政诉讼。北京市第一中级人民法院受理。2015年11月，法官组织一次庭前调解。教育部政策法规司工作人员邝璐告诉秋白：高校具有编写和选用教材的自主权，教育部没有对其内容进行逐字审查的职责，只负责“一种宏观上的质量把控”，其内容正确与否，应由出版管理部门负责。但她也承认，教育部确实存在处理错误教材的机制，不过之前从未收到过涉及污名化同性恋内容的举报。她建议秋白将举报信寄到教育部监督举报统一受理中心。得到解决途径，2015年12月25日，秋白以被告已经改变具体行政行为，对原告的政府信息公开申请作出答复为由，申请撤诉。

从2015年12月起，包括秋白在内的80多名大学生给教育部监督举报统一受理中心寄信。但直到2016年3月没有人收到回复，大多人的信件还是以“查无此单位”被退回。3月底，教育部政策法规司一位工作人员给秋白打去电话表示，她反映的问题比较特殊，不能给书面回复。后来，秋白多次给这个号码打过去，再没有人接。

“二告教育部”：2016年2月22日，秋白向教育部递交《举报信》，认为高校教科书中出现描述同性恋为性指向障碍、性倒错等错误内容，污名性少数群体、伤害性少数学生，向教育部举报，希望其履行监管教材质量职责，

并将履行结果告知。2016年4月25日，秋白以行政不作为由第二次起诉教育部，要求法院确认其对2016年递交的《举报信》不予答复的行为违法；要求教育部履行法定职责，对《举报信》进行答复。2016年5月3日，法院《行政裁定书》根据《信访条例》第二条，认为“行政机关对信访事项的处理对起诉人的合法权益明显不产生实际影响，因此，起诉人对信访事项提起行政诉讼，不属于人民法院行政诉讼的受理范围。”不予立案

“三告教育部”：2016年5月16日，秋白向教育部政策法规司提起行政复议申请，认为教育部对其2016年2月22日的举报信未进行答复构成行政不作为，请求履行法定职责。2016年5月20日教育部作出复议决定：“原告的请求事项与其本人没有利害关系，没有侵犯其合法权益，对其权利义务没有造成实质性影响，不属于行政复议的受案范围”，决定不予受理。2016年6月14日，就教育部作出的上述不予受理行政复议决定起诉教育部。诉讼理由：1、作为大学生，教材的内容正确与否预期具有直接的利害关系。作为同性恋，错误教材对其人格利益造成直接损害。2、教育部有保护其人身权、财产权、受教育权的法律职责。2016年9月12日，北京市第一中级人民法院开庭。2016年9月27日，一审判决被驳回诉讼请求。法院认为，“教育部是否对举报事项进行处理，并非是保护特定利害关系人的权益。原告主张其作为在校大学生及同性恋全体一员所享有的权利，是任何不特定的学生或同性恋群体成员均享有的权利”，与请求教育部履行职责之间不具有法律上的利害关系。”

2016年10月12日秋白向北京高级人民法院上诉。2017年1月12日，案件二审开庭。2017年3月3日，北京高级人民法院判决二审败诉，认为“本案现有证据不足以证明，秋白本案所主张的相关权益，特别于其他众多不特定之相对人，故秋白与教育部之间并未因举报行为形成具体化的行政法律关系，教育部是否以及如何处理秋白的举报申请，并不直接影响秋白本案主张的个人权益……不构成法律上的利害关系。”

在整个诉讼期间，进行多种倡导行动。包括公众号“秋白的自由野”号召读者留言、拍照；2015年3月和同学在广东省教育厅门前举牌，呼吁抵制毒教材，吸引新华社、南方都市报等媒体关注；2015年4月给广东省教育厅送“积

极反馈 务实处理”的感谢锦旗等。

5. 广州艾滋就业歧视案

阿明于 2012 年开始在某 A 事业单位（以下简称 A 单位）任检验员岗位，为合同制员工，与被申请人的劳动合同一年一签，最近的劳动合同期限至 2016 年 8 月 31 日，劳动合同约定的岗位仍然是“检验员”，工作内容是“负责被申请人的检测工作，并对检验结果的真实性负责”。阿明在 2015 年 10 月参加了广州市某 B 局局属事业单位的公开招聘工作人员考试，报考单位是 A 单位，报考岗位是检验员。2015 年 12 月，某 A 事业单位以阿明在上述考试中的体检结果为“HIV 抗体阳性”为由，于 2015 年 11 月 16 日决定不予录用，并决定从 2015 年 12 月 21 日起离岗休息。

2016 年 4 月 28 日，阿明向广州市劳动人事争议仲裁院提起仲裁，要求确认 A 单位作出的“离岗休息”决定违法，裁定 A 单位立即恢复阿明的原岗位工作，仲裁顺利立案。2016 年 6 月 10 日，仲裁庭开庭。2016 年 6 月 15 日仲裁委做出裁决。首先，认为《中华人民共和国传染病防治法实施办法》（卫生部令第 17 号）第十八条规定对艾滋病病人或病原携带者予以必要的隔离治疗，直到医疗保健机构证明其不具有传染性时，方可以恢复工作。该办法是现行有效的行政法规，被申请人的离岗休息决定与法有据，并无不妥。其次，根据《中华人民共和国合同法》第二十九条规定，用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。双方的《劳动合同》第五条第二款约定“乙方患病或非因工负伤，甲方应按国家和地方的规定给予乙方医疗期和享受医疗待遇……”本案中被申请人在保留申请人工作岗位并照常发放相关工资福利待遇的情况下，安排其离岗休息，属于用人单位合理履行劳动合同约定的义务，并无不当。驳回了申请人的仲裁请求。

原告不服仲裁裁决，于 2016 年 7 月 1 日提起劳动争议诉讼，法院进行了不公开审理。原告申请了 H（广州市第八人民医院感染科医生）出庭作证，阐明有关艾滋病传播渠道、药物；艾滋病是否影响感染者工作、生活等 15 个问题。2017 年 2 月 24 日，法院作出判决，认为被告对原告作出的离岗休息决定符合双方劳动合同第五条第二款中关于原告患病或非因工负伤，被

告应按国家和地方的规定给予原告医疗期和享受医疗待遇，并在规定的医疗期内支付病假工资或疾病救济费的约定；并且被告在原告离岗休息期间，照常发放了原告的工资福利待遇，并无证据显示存在侵害《中华人民共和国劳动法》第三条所规定劳动者应享有的权利之情形。被告作出离岗休息决定属于被告内部管理事项，且无证据显示原告因该决定导致工资差额或其他待遇损失。判决驳回原告的诉讼请求。

原告不服一审判决，提起上诉，请求撤销一审判决，其他诉讼请求同上。2017年6月19日下午，广东省广州市中级人民法院对本案进行了二审开庭审理。一审期间，原告方分别于2016年7月20、21日、8月3日向广东省、广州市、国家三个层级的卫计委申请了信息公开，三回复均称艾滋病不属于需要隔离治疗的疾病。法院当庭宣判，认为A单位“要求阿明离岗休息属于对劳动合同的变更，是对劳动者权利的限制。”“因阿明感染艾滋病毒而不让其正常工作构成歧视。”二审法院在判决书中写道：“艾滋病本身并不可怕，可怕的是对艾滋病的无知和偏见，以及对艾滋病患者的歧视。”因此A单位要求阿明令刚休息的决定违法，撤销一审判决，支持阿明请求确认该决定违法的上诉请求。

行政诉讼阶段，法院认为，阿明报考A单位，参加了广州市某B局局属事业单位2015年第一次公开招聘工作人员的考试，A单位是否聘用阿明，不属于履行行政管理职责，根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二条“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为”的规定，本案不属于行政诉讼受案范围。

6. 驻马店案

2014年4月，当事人余虎被其妻子发现其同性恋身份。2015年10月8日，余虎与妻子原本商量去民政局办理离婚，但是这天一早，其妻子和父母、哥哥一起把他绑住送往驻马店市精神病院强制治疗。院方以“性偏好障碍”的名义将其强行收治。家属签署非自愿治疗知情同意书。2015年10月9日，余

虎被强迫签署自愿住院治疗同意书。余虎开始被强制治疗。“治疗”期间没有进行任何沟通和任何医学方面的检查；将其绑在床上；医院里非医护人员对其侮辱；逼迫其打针吃药。

2015年10月8-26日，余虎的男友小杨发现其失踪，通过打听得知余虎被关进精神病院。到医院要求探望的请求被拒绝。小杨找到同志组织甲寻求帮助。在甲组织的帮助下，10月25日以非法限制人身自由、强制治疗的案由报警，院方迫于压力放人。10月26日，余虎被迫签署出院同意书、空白病例。下午三点其亲属为他办理出院手续。

2016年3月，律师受当事人委托递交诉状没有回音，前往医院取证被拒。2016年5月17日，逢“国际不再恐同恐跨恐双日”，律师再一次递交诉状并进行媒体宣传。余虎向法院起诉驻马店市精神病医院，以医院侵犯其人身自由权、对其进行强制治疗为由，要求法院判决医院支付精神抚慰金1万元，并赔礼道歉。6月13日，驻马店市驿城区法院正式立案。

2017年5月12日该案在经历开庭延期后终于开庭。案件的争议点在于：1 余虎是否是自愿治疗的。2 治疗的原因是什么。2017年6月26日河南省驻马店市驿城区人民法院作出判决，认定，余虎病情一般，也无自杀、伤人、毁物等行为或危险，不符合强制治疗的条件。因此，驻马店精神病院违背了“精神障碍住院自愿原则”的相关规定，侵犯了余虎的人身自由权。法院一审认定驻马店市精神病院对余虎的强制治疗行为侵犯了其人身自由权，判令院方在市级刊物上公开道歉，并赔偿原告精神抚慰金5000元。院方上诉后撤诉。

7. 西西案

2016年6月1日，西西给暨南大学出版社以及两位主编分别寄去公开信。

2016年7月8日，西西给暨南大学出版社副总编辑李战女士当面送上寓意“压力”的“鸭梨”及有着近300人参与联名的联署信。

2017年4月至6月，包括西西在内的多名学生自发整理出全国47本错误描述同性恋的高校教材，并通过电子邮件或快递的方式寄出99封信件（收信单位/人为20家出版社，79位编者），试图通过对话的方式游说出版

社与编者修订教材中的错误内容。截至 8 月 5 日，共 20 位教材利益相关方承诺将会对教材进行修改，占教材总数的 42.55%。更有多位编者对教材中存在落后的错误内容、对同性恋学生造成伤害感到抱歉。

2017 年 7 月 6 日，广州女大学生西西委托其代理律师，向江苏省宿迁市宿豫区人民法院提起诉讼，以《大学生心理健康教育》内容中存在错误、误导等明显内容质量问题为由状告暨南大学出版社、江苏圆周电子商务有限公司（京东网上购物平台）。2017 年 7 月 17 日，法院宣布受理此案，这是中国第一起通过发起产品质量纠纷案的方式对教材污名同性恋提起的诉讼。

案件原定于 2017 年 10 月 31 日在宿迁市宿豫区人民法院开庭，但现经过两次延期，第一次因法官表示需要更多时间研究本案；第二次因京东向法院申请对涉案教材的图书产品质量进行司法鉴定。

2018 年 3 月 6 号移交司法鉴定部门。然而，因发现图书质量标准并没有直接相关的专门的鉴定机构，法院最后随机定下两家鉴定机构，于 3 月 26 日一开始进行鉴定。5 月 21 日，法院告知原告两家鉴定机构因没有相应的资质所以没能对涉案教材进行鉴定，建议原告与京东联系共同选定一家北京或上海的鉴定机构来鉴定。

目前，西西正在与北京市鉴定协会联系，试图寻找合适的鉴定机构。

8. 通则案：小五诉广电总局通则案

2017 年 6 月 30 日，中国网络视听节目服务协会通过了《网络视听节目内容审核通则》（以下简称通则），旨在进一步指导各网络视听节目机构开展网络视听节目内容审核工作。其中第八条：“网络视听节目中含有下列内容或情节的，应予以剪截、删除后播出；问题严重的，整个节目不得播出...（六）渲染淫秽色情和低级庸俗趣味.....表现和展示非正常的性关系、性行为，如乱伦、同性恋、性变态、性侵犯、性虐待及性暴力。”将同性恋界定为“表现和展示非正常性关系、性行为”的“渲染淫秽色情和低级庸俗趣味”的“应予删除”的内容。

在近半年时间里，呆小五（化名）经申请政府信息公开申请与行政复议后，对答复内容不满意，最终提起诉讼。2018 年 2 月 23 日，北京市第一中级人民

法院开庭审理了本案。本次开庭，被告方国家新闻出版广电总局共 1 名律师、1 名职员出席；涉事的网络视听协会作为第三人有 1 名律师出席，庭审现场坐无缺席，还有很多前来支持的社群朋友因位置限制而在场外等候结果。

在庭审辩论阶段开始前，原告律师提交同性恋去病理化相关证据，但被法官以已经开庭拒绝。辩论阶段，双方律师主要就信息公开与行政复议相关内容进行辩论，在其中一个关键问题——《通则》将同性恋界定为“表现和展示非正常性关系、性行为”的“渲染淫秽色情和低级庸俗趣味”的法律、政策依据的被告方的答复为“没有相关法律、政策依据”。而后另一个争议点是小五曾于 2017 年 7 月向国家新闻出版广电总局申请关于“中国网络视听节目服务协会 2016 年接受、使用捐赠、资助的有关情况”的信息公开，而被告方回复“该信息不存在，我局并未收到该信息”，庭审阶段被告第三人网络视听协会表示 2016 年未收到过捐赠与资助，并将这一情况向被告方报告。

最终经过 3 小时的庭审，法庭决定择日宣判。

来自同志平等权益促进会的朱宝律师认为：该案的重要性主要体现于两个方面，一方面同志社群面对偏见与歧视需要向公众发声，消除公众的误解，偏见与歧视，让更多的人了解到同志的客观存在。第二，通过司法程序，让相关的部门理解到同志的诉求，在今后他们制定内部规则、规章乃至立法过程中，考虑到同志群体的相关利益。

9. 青岛同志教师案

从事教育工作 10 年的青岛幼儿教师明珏（化名）因做同志公益活动被前工作单位的学生家长曝光同性恋身份，并遭到现单位辞退。经沟通无效，该同志教师在律师陪同下对用人单位的非法解雇行为提起劳动仲裁，青岛某区劳动人事争议仲裁委员会于 2018 年 9 月 27 日正式立案，并决定于 11 月 13 日开庭审理。此为中国同志教师因性取向而遭遇就业歧视后采用法律手段维权的第一案。

“我是同性恋！我教导孩子要诚实，所以我无法说谎。”当事人明珏说。明珏在教育岗位工作已经超过十年。性倾向不仅不影响他成为专业的、受学生喜爱的好老师；他的小众身份，也让他在教学过程中更关注学生的心理成长。

仅供个人下载参考，禁止复制、转载、引用

附录二：专家辅助人出庭申请书模板（供参考）

证人出庭作证申请书

申 请 人：（当事人姓名） 身份证号：（当事人身份证号码）

住址：（当事人住址）

申请事项

XX 纠纷案现在贵院审理之中，案号为 XXX 号。

鉴于本案涉及 XXX（需要专家论证的问题，例如“就业中的性别歧视”），而 XX 教授现系 XX 大学 XX 学院教授、博士生导师，曾在（论证问题相关的、有利于提高该专家证词权威性和政治上可信性的学位、经历、职位、政治身份、工作内容等）。XX 教授对 XX 问题具有极深的造诣，为帮助法庭查清本案的事实，申请人特根据相关法律法规的规定，申请 XX 教授出庭发表专业意见供贵院参考，请予准许！

此致

XX 法院

申请人： XX（签名） _____

年 月 日

附：XX 教授简历

附录三：专家法律意见书模板（供参考）

XX 案 法律意见书

XXXX 年 XX 月 XX 日，XX 大学法学院、XX 大学法学院的 n 位法学专家应邀参加了 XX 案件的专家论证会。与会专家围绕案涉主要法律问题，认真阅读了委托人提供的证据材料，进行了充分的讨论，现根据我国现行有效的法律法规，就该案出具了本法律意见书。

一、参与论证的法学专家

XX XX 大学法学院教授、博士生导师
XX 研究会会长（如中国法学会婚姻法学研究会）
……

二、论证所依据的主要案件材料

1. （主要是案件中双方及第三人提交的证据）；
……
- n. 委托方提供的其他案件材料。

三、专家论证意见

与会专家注意到，（案情简介，不需全面，但是需要点出涉及到论证问题的要点）

本案涉及 m 个焦点问题：一是 XX；m 是 XX。

与会专家经过充分论证，就上述争论问题达成如下一致意见：

（一）XX（以对焦点问题分析后得出结论的形式拟题目）

（m）XX

综上，与会专家一致认为：(1) 本案中…… (m) 在……。 (总结对 m 个焦点问题的最终结论)

以上意见，仅供参考！

以下为参与论证会的专家签名：(请专家在以下空白处上签名)

XXXX 年 XX 月 XX 日

仅供个人下载参考，禁止复制、转载、引用