

• 理论纵横 •

说不出名字的歧视 ——论性倾向歧视和性别歧视的关系

郭晓飞

(中国政法大学法学院, 北京 100078)

摘 要: 任何基于性倾向歧视的法律都构成性别歧视, 这是一种保护同性恋平等权利的性别歧视进路。这种进路的表面语义分析认为, 几乎所有的性倾向歧视的法律都要使用性别分类。因为性倾向的判断基础就是一个人的性别以及他(或者她)情欲伙伴的性别。性别歧视进路的文化分析是, 性别歧视主义和异性恋霸权互相支撑。如果接受了这样的进路, 法院将会改变违宪审查的基准来保护同性恋权利, 从性倾向的合理审查到性别的中等程度审查。法院出于审慎的原则可能不会接受。更重要的是, 用性别歧视进路来保护同性恋权利把性倾向歧视封闭在了柜子里, 向社会传达的信息是, 在公共论坛上谈论性倾向歧视是不合适的。法院也没有机会处理这一核心道德议题。

关键词: 性倾向歧视; 性别歧视; 中等程度审查; 司法审慎

中图分类号: DF0

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128(2011)03-0105-13

从心理学上来说, 判断一个人性倾向的依据是: 他(或她)的性欲望或者和性欲望有关的情感持续稳定所指向的对象是否是同性别的人, 由此划分为同性恋、异性恋、双性恋。也许, 正是因为性倾向概念和性别概念的如影随形, 所以性倾向歧视和性别歧视才会有着无可置疑的紧密联系。如今, 性倾向的平等保护已经成为宪法学领域的前沿问题, 各种论证同性恋正当性的法学进路也开始纷纷出现, 接受学术上智识的检验, 或者在诉讼中接受司法的检验。英国比较法和人权法专家, 致力于性倾向平等保护研究的罗伯特·魏因特穆特(Robert Wintemute)教授总结了三种同性恋权利正当性的论辩: 第一种认为同性恋属于不可改变的身份, 因为性倾向是不可选择的, 是和种族、性别一样不可改变的身份; 第二种是自由选择进路, 认为一个人的性倾向是可以选择的, 而且性倾向的选择对个人幸福至关重要, 是基本选择, 像对宗教和政治观点的选择一样, 这样的进路一般诉诸于表达自由、隐私权等这样的基本权利, 强调尊重私生活的权利; 第三种进路是性别歧视进路, 认为对同性恋者的歧视是一种性别歧视。[1](P17) 本文着重分析的是第三种进路的利弊得失, 也就是说是否可以用性别歧视的原理来推翻性倾向歧视的立法。魏因特穆特教授最偏爱的也是这种进路, 认为每一个性倾向歧视案件, 都可以用性别歧视进路来分析。本文主要偏重美国法学界对这一进路的学术探讨, 期待可以为中国法学界思考相关问题以及立法和司法实践提供借鉴。

收稿日期: 2010-12-20

作者简介: 郭晓飞(1979-), 男, 河南洛阳人, 中国政法大学法学院讲师, 法学博士。

一、问题的源起

性倾向歧视是性别歧视吗？首先，提出这一问题的大背景是关于明确全面禁止性倾向歧视的联邦立法在美国付诸阙如，尽管有一些州已经有了零星规定。于是，同性恋者就只能谋求寄居在现成的性别歧视立法的羽翼下获得保护。在以往的国际人权法领域也是只有“性别”区别对待禁止的条款，作为《公民和政治权利国际公约》执行机构的联合国人权事务委员会在一定程度上认可了《公约》中的“性别”包含了“性倾向”这一含义。^① 没有顺畅的通道，性倾向歧视只好搭上性别歧视这趟车，不惜可能付出“搭错车”的代价。

其次，用性别歧视进路来谋求禁止性倾向歧视的效果跟美国特有的宪法审查制度有关系。立法不可避免会对人进行分类，而这些分类是否存有歧视需要法院根据不同的审查基准进行审查。美国法院在实践中针对不同的分类发展出不同的审查基准。对种族的分类适用最高的审查基准，就是“严格审查”（strict scrutiny），按照美国宪法学的通说，这种审查基准名义上严格，实际上是一种“违宪推定”，要求这种分类完全贴合重要的迫切的政府利益，一般对种族分类的立法很难通过这样的审查。对性倾向的分类，一般法院会适用合理审查基准（rational scrutiny），要求分类作为一种手段和立法目的之间有合理的关联就可以，这是一种很弱的不长牙齿的审查，是一种“合宪性推定”，一般这种分类的立法都很难被推翻。^② 这体现了法院不愿意提升对性倾向歧视的重视程度，不愿意用更程度的审查来对待性倾向的分类。对性别的审查基准恰好处在种族和性倾向之间，属于中等程度的审查（intermediate scrutiny），也被称作更程度的审查基准（heightened scrutiny），要求分类标准服务于重要的政府目标，在措辞上要低于严格审查，高于合理审查。美国最高法院在性别的中度审查基准上经历过一个过程。在 1971 年的 *Reed v. Reed* 案件中，最高法院没有适用中等审查基准对性别分类进行审查。最高法院判决认为，《爱达荷州法典》任意确定的男性优先于女性成为遗产管理人的法律，从表面上就违反了宪法第十四条有关任何州不得在其州内制定否定平等保护的法律这一修正案。[2] 在 1973 年的 *Frontiero v. Richardson* 案件中，最高法院宣布一项军队的规定无效，这项规定是：在军中服役的男性的配偶可以自动获得医疗和住房的福利，而在军中服役的女性要想让自己的配偶获得这些福利必须证明自己的丈夫没有生活来源。在这个案件中，布伦南大法官把种族歧视和性别歧视进行类比，提升了性别歧视的审查基准。[3] 对性别的中度审查基准最终明确成型体现在最高法院 1976 年的 *Craig v. Boren* 案件中，最高法院做出如下阐述“以性别为基础所为的差别对待，必须是为了追求或实现‘重要的政府目的’（important government objective），且这一分类与目的间必须存有‘实质的关联’（substantially related to achievement of goal）。”[4]（P117）相比之下，性倾向的分类只适用合理审查基准。如果把性倾向歧视放在性别歧视的框架下，提升了性倾向的审查基准，从合理审查提升为中等程度的审查，使得性倾向和性别一样，成为“准嫌疑归类”，让性倾向分类的立法更难通过审查，从而可以获得平等保护的效果。然而，美国法院即使在某些案件中支持了对于同性恋的平等保护，也更愿意用合理审查的基准，而尽量避免性别歧视进路，因为后者对于他们来说显得过于激进，在当下，他们整体上不准备用性别歧视的进路来审查禁止同性婚姻是否违反宪法。

第三，性倾向歧视属于性别歧视这种进路也是普通法系类比推理这一法律逻辑的产物，是遵循先例这一传统的映射。正如在性别平等保护时，法官会强调女性在 19 世纪和内战前的奴隶一样不能担任公职、不能做陪审团成员，没有拥有财产的法律资格。同性恋者也常常把禁止同性婚姻类比为禁止

① 作者认为这种“旧瓶装新酒”的做法实行起来很艰难。参见赵西巨《人权视野中的性倾向与非歧视问题——国家目的和个体自由利益之消长》，载北京大学法学院编《北大国家法与比较法评论》（第 2 卷第 2 辑），北京大学出版社 2003 年版，第 233 页。

② 当然在同性恋问题上也有例外，在 *Romer v. Evans* 案件中，美国最高法院按照合理审查基准推翻了科罗拉多州歧视同性恋的法律。See *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996)。

种族间通婚的恶法，把自己今天“二等公民”的境况类比为女性历史上曾经的法律地位。这种类比是要激起主流社会的移情，更好地理解以前没有被承认的伤害，向种族、性别这些在民权运动中屡有斩获的强势反歧视群体靠拢。已经有学者如麦金农等对于这种思路进行了批评“严格的恪守类比推理可能使得那些和现行民权上的伤害所界定的实践不相同的痛苦和不平等没有办法获得承认。如果现行法律吸收了狭窄的并且是无力的原初权利范畴的概念的话，那就是打造了一张普洛克路斯忒斯之床（Procrustean bed）。”[5]（P1048）“普洛克路斯忒斯之床”源自古希腊神话，意思是强求人的高矮去适应床的长短，作者用这样的比喻来说明，性别和种族的类比会忽视掉性别本身特有的痛苦遭遇和不同于种族的不平等。性倾向和性别的类比何尝不是如此，不过，本文所要论述的中心议题不是说性倾向歧视类似于性别歧视，而是有学者所认为的性倾向歧视本身就属于性别歧视，“类似于”和“是”还是有明显区别的，但是关于类比的批评也不是完全不能适用于本文要讲的这一进路，接下来我就从形式上之语义分析以及立法目之文化分析来展开讨论。

二、形式上的语义分析

支持性倾向歧视是性别歧视的一方首先从语义上进行分析，呈现出这样一个逻辑结构：性倾向的界定必然要牵扯到性别，所有有关性倾向的法律都必然涉及到性别分类，只要立法涉及到性别分类就构成了宪法上的“准嫌疑归类”，要受到法院的中等程度的审查。爱德华德·斯坦（Edward Stein）教授很好的总结了这一进路，如果界定一个人的性倾向问题核心关注的是他或她产生性吸引对象的性别，那么，要知道一个人的性倾向，必须要知道这个人的性别和对他（或她）产生性吸引力的对象的性别。比如，对A产生吸引力的人是男人，当且仅当A是女人的时候她才是异性恋，当且仅当A是男人的时候他才是同性恋。凭着性倾向这个概念，所有的辨别性倾向的法律都必然要对性别进行辨别。^①性别歧视进路的坚定支持者安德鲁·卡普曼（Andrew Koppelman）教授认为，如果被禁止的行为要提及行为者的种族或者性别，那要提及的这个特征就不可能是中立的。在特别要禁止同性恋性行为的州，被告的性别就呈现为控方所控之罪必须要证明的必备要件之一。[6]（P1661）著名宪法学家桑斯坦（Cass R. Sunstein）教授从理论上也接受这一看法，他假设了一个案件：两个女人要结婚，但是法律禁止她们这么做，她们可以声称这样的法律构成直接性别歧视。因为如果她们中的一个男性，就可以结婚，所以法律对其中一人区别对待完全是因为性别，所以是性别歧视的一种。[7]（P18）桑斯坦认为禁止同性婚姻是一种性别歧视，只是认为应该由立法机构来决定，而法院的民主合法性有限，对事实的发现能力也不足，司法上适用这一进路是不适当的。所以我们即使看到这一进路在司法上取得一些小小的进展，但更多的遭遇是挫折。

1993年夏威夷最高法院在Baehr v. Lewin^②案件中适用了性别歧视进路。原告是一对男性伴侣和两对女性伴侣，因为是同性伴侣而被拒绝得到结婚证。州最高法院主流意见认为州法没有侵犯原告的隐私权，但是把婚姻限制在一男一女之间的法律是一种性别分类，应该受到更严格审查，除非这种分类促进了“迫切的州利益”（compelling state interest），否则应该被推翻。必须有让人不得不接受的政府利益才能为性别分类正当化，而且不能克减申请者的其他宪法权利。法院判决中体现的一个思路是同性恋婚姻（homosexual marriage）和同性别婚姻（same-sex marriage）是不同的，比如两个异性恋男人也可能结合为同性别的婚姻。州法禁止了同性别婚姻，所以不是一种性倾向的分类，而是性别的分类，所以可能构成性别歧视。但是性别歧视进路刚刚露头就遭遇了挫败，1996年，美国国会通过

^①爱德华·斯坦是性别歧视进路的坚决反对者，对对方的观点进行了很好的总结。See Edward Stein, *Evaluating the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights*, UCLA L. Rev. 49 (2001), pp. 485-487.

^②See Baehr v. Lewin, 852 P. 2d 44 (Haw. 1993)，这种性别歧视进路同时出现在Baker v. State案和Goodridge v. Department of Public Health案的协同意见中。

了《捍卫婚姻法案》(Defense of Marriage Act), 联邦政府不承认同性婚姻, 并授权各州有权拒绝承认其他州同性婚姻证书的合法性。1998 年夏威夷州全民公投通过了宪法修正案允许州立法机构把婚姻限制为一男一女之间, 还有很多州也通过了类似的禁止同性婚姻的宪法修正案。

性别歧视进路遇到的最常见质疑是, 男性和女性都禁止进入同性婚姻, 法律并没有对两种性别区别对待, 所以不构成性别歧视。1999 年欧洲法院 (Europe Court Justice) 对 Grant v. South - West Trains 案^①的判决就体现了这种思路。一个英国女同性恋 Grant 因为没有女性伴侣的旅游福利而起诉自己的单位——西南铁路公司, 因为一个男性的非婚女性伴侣可以获得这项福利, 她以性别遭到歧视为由进行起诉, 但是欧洲法院认为不构成性别歧视, 因为公司的政策是性别中立的, 无论男女, 只有异性伴侣才可以获得这样的福利。即使是支持同性恋权利的判决也拒绝了性别歧视进路。1999 年佛蒙特州高等法院在 Baker v. Vermont^② 案件中认定州的婚姻法歧视了同性伴侣。但是主流意见拒绝了性别歧视进路, 同样认为州法没有把男人和女人区别对待, 都不允许和同性结婚。

这样的论证策略对美国法律人来说一定是似曾相识, 在著名的 Loving v. Virginia 案中, 弗吉尼亚州也用类似的策略来论证禁止异族通婚法 (anti - miscegenation laws) 的合宪性。弗吉尼亚高等法院采纳了州的意见, 认为对 Loving 的惩罚不违反第十四修正案的平等保护条款, 因为白人和非白人伴侣都平等的因为跨种族通婚而受到惩罚。黑人和白人都不允许进入跨种族的婚姻, 所以没有种族歧视; 男人和女人都不可以进入同性婚姻, 所以也没有性别歧视。[8] 可是美国最高法院在 Loving 案中的判决已经否定了这种论证, 这就要进入到立法动机的分析, 看一看禁止异族通婚法背后的种族主义 (racism) 意识形态, 以判断禁止同性婚姻的立法背后有没有性别歧视主义 (sexism) 意识形态。

三、立法动机的文化分析

上文已经提到了美国宪法中对于不同的分类有不同的审查基准, 也提到学者们相信立法中对于人的特征的分类很难是价值中立的, 宪法诉讼原理要求在进行违宪审查的时候根据不同的审查基准来考察立法动机。种族分类适用最严格的审查, 所以 1967 年美国最高法院法官全体一致对 Loving 案做出裁决, 推翻了有罪判决, 认为弗吉尼亚禁止种族间通婚的法条违反了第十四修正案的正当程序和平等保护条款。最高法院主流意见认为 “弗吉尼亚只禁止包含有白人的异族通婚这个事实说明, 种族分类作为被设计用来维持白人至上的策略才能够自我确证。” [8] 最高法院敏锐的看到, 禁止异族通婚的法律并不禁止所有的跨种族通婚, 而只禁止包含有白人的异族婚姻, 这背后的意识形态就是维持白人至上的地位, 这样的分析驳斥了白人和黑人都禁止进入异族婚姻所以没有种族歧视的谬论。正如桑斯坦所分析的, 把人类分成严格的两类: 黑人和白人, 内在的意识形态是白人至上, 即使一些人的皮肤比另外一些人的皮肤颜色深一点, 即使是基因有不同, 这种分类, 在重要的维度上, 也是社会的产物。人们的基因非常复杂, 很多所谓的黑人, 也有白人祖先。把人分成黑人和白人基本上不是基因决定的, 是独特的但非必然的对人类的看法建构的。[7] (P20) 是否可以进行这样的类比, 男女的二元划分也是为了维护男人至上, 异性恋同性恋的二元划分也是为了维护异性恋至上。这么说当然不说是男女没有区别或者说人的肤色事实上没有区别, 而是说我们的法律和文化怎么划分以及怎么看待区别。在一个种族混合的时代, 黑人和白人的区分都已经不是自然而然的。当我们从奥巴马的成功当选美国总统来看待非洲裔美国人地位提升的时候, 我们需要思考一个问题, 那就是为什么身上有白种人血统的他会被认为是黑人, 同样的思考也可以转换为: 为什么双性恋往往被划到同性恋的阵营而不是

①从 2007 年 4 月 30 日起, 英国全面禁止性倾向歧视的平等法案生效。See Grant v. South - West Trains, Case C - 249/96, E. C. R. I - 261 (1998). 从 2007 年 4 月 30 日起, 英国全面禁止性倾向歧视的平等法案生效。

②Johnson 大法官在协同意见中认可了性别歧视进路, 认为一个男人被禁止和另一个男人结婚是因为他的性别, 而不是因为他的性倾向, 国家并不考察一个人的性倾向作为颁发结婚证书的条件。See Baker v. Vermont, 744 A. 2d 864 (Vt. 1999).

异性恋阵营？类型的划分并非是自然的而是文化赋予的。

弗吉尼亚州政府为什么要保证黑人和白人在性和婚姻上的隔离，是为了维持白人至上，否则，当种族进一步融合，就分不清楚谁是白人，谁是黑人。同样的分析可以用在对同性婚姻的禁止上，为什么要禁止同性婚姻呢，因为同性婚姻打破了传统的男性女性的刻板印象，使得男女的传统角色遭到了侵蚀，搅乱了性别分类，这样就不能维持男人至上的传统了。男女性别角色的每一次颠覆都削弱了大男子主义的意识形态。毫不奇怪有男子曾经发出这样的感叹，因为女性就业平等权的一步步改善，男性在家中男子汉的地位有所削减。同性恋的存在本身，就使得传统的性别期待成为值得反思的问题。传统上，性生活中的主动和被动角色直接对应于气质上的阳刚和阴柔，对应于社会领域中的“男主外，女主内”，而今男同性恋有可能在性活动中是被动角色，于是被认为是对男性自身优越性别地位的一种背叛；而女同性恋有可能在性活动中是主动角色，那岂不是对更高性别等级的一种僭越。正如安德鲁·卡普曼教授所总结的那样：

很多美国人在上高中前就知道，如果一个人的行为和他的性别从传统看来不够协调，其中一项危险的惩罚就是把同性恋污名加诸其身。一个很明显的文化事实是，同性恋被污名化，和所谓的背离了传统性别模式有着紧密联系。男同性恋被诬蔑为娘娘腔，那意味着不具进攻性和支配性。女同性恋被诬蔑为太具进攻性和支配性。他们都被谴责太具颠覆性。性别不协调和同性恋这两种污名实际上是可以互换的，其中一个很轻易地被用作是另一个的隐喻。[6] (P1662)

安德鲁·卡普曼教授大力支持文化分析在性别歧视进路中的作用，通过大量的人类学、社会心理学和文化历史来说明性倾向歧视构成性别歧视。社会心理学有大量的研究成果发现，对同性恋积极的正面看法常常和对性别平等的支持有关联。正如跨种族通婚威胁了白人的高贵地位，同性恋威胁了身为男人的高贵地位。跨种族通婚中的白人女性和男同性恋者中的被动性角色者，都搅乱了尊卑关系。作者用非常凝练的语言总结道：

对跨种族通婚还是鸡奸来说，被插入的人在这个行动中是否同意显得无足轻重，这个人所属的种姓使得他不可以被玷污。一个统治种姓里的人不认可这样的不能被插入的特征，就是叛徒，他的同意不能够赦免插入者的罪行。[9] (P248)

然而著名宪法学家约翰·哈特·伊利 (John. H. Ely) 并不认可把对同性性行为禁止的法律和禁止异族通婚的法律做类比，他认为禁止异族通婚的法律出于维持白人至上的动机，使得其他种族和主流社会分离，但是禁止同性性行为的法律不是这样。尽管他也认为禁止同性性行为的法律愚蠢且残酷，但是这样的法律反映了对这样行为的真正反感，而不是设计用来隔离弱势族群，所以他支持这样的观点，反对同性恋的法律是主张社会同化 (assimilationist)，鼓励人们进入社会主流，这和反对异族通婚的法律是分离主义的很不一样。^① 我认为这样的分析虽有启发但是错误，当年禁止异族通婚法也真实反映了主流社会对这一行为的反感，可是并不能通过宪法上比较严格的审查。禁止同性性行为的法律希望维持一个纯粹的异性恋世界，先不说事实上是否可能，这种强制的同化不但使得同性恋群体被污名化，成为二等公民，而且在文化上也是对于僵硬性别刻板印象的维护，是女性作为二等公民的意识形态使然。同性恋这种“二等公民”的产生，既反映了主流社会同化异类的动机，又制造了隔离的效果。法律作为文化意识形态的一部分，当然难免要为各种文化同化正当化，事实上一定程度的规制当然是社会维持运转必不可少的一部分，但是，我们一定要警惕，哪些强制性的同化造成了哪些不同的社会等级制，这种等级就是现代社会的种姓制，宪法不能对此无所作为，也正是对那些群体受到不利对待的敏感，使得性别歧视说又遭到了强有力的质疑。

^①这些讨论的背景是，美国很多州在想当长的时间内用刑罚制裁同性性行为，这种行为被认为是“非自然性行为”。2003年最高法院在 *Lawrence V. Texas* 案件中做出判决，宣告惩罚“非自然性行为”的法律侵犯了公民隐私权。See Andrew Koppelman, *why discrimination against lesbians and gay men is sex discrimination*, N. Y. U. Law. Review 69 (1994), pp. 282-283.

爱德华德·斯坦教授的学术旨趣也是致力于性倾向平等保护的研究，但是他反对性别歧视进路，他用三个案例来分析，性别歧视进路将会使得“嫌疑归类”和受到不利对待群体的不对应。这三个案件分别是前面介绍过的挑战异族婚姻的 *Loving v. Virginia* 案、挑战男性优先于女性作为遗产管理人的 *Reed v. Reed* 案，以及当年挑战禁止同性之间所谓“非自然性行为”（sodomy law）法的 *State v. Walsh*^① 案。为了更清晰的展示性别歧视进路的不协调，爱德华德·斯坦教授画了一个表 [10]（P1020）：

法律	法律所使用的嫌疑归类	受到法律不利对待的群体
弗吉尼亚禁止异族通婚法	种族（race）	有色人种
在 <i>Reed V. Reed</i> 案件中争议的法律	性别（sex）	女人
密苏里州的“非自然性行为法”（sodomy law）	性别（sex）	男同性恋、女同性恋、双性恋

从表格中我们可以清晰的看到，在 *Loving* 案件中，弗吉尼亚法律的嫌疑归类是种族，受到法律不利对待的人群是有色种族，背后的意识形态是种族主义（racism）；在 *Reed V Reed* 案件中，嫌疑归类是性别，受到不利对待的是妇女，背后的意识形态是性别歧视主义（sexism）；在密苏里州的 Sodomy 法中，嫌疑归类是性别，受到法律不利对待的群体是同性恋者，背后的意识形态是什么呢？是性别歧视主义吗？还是专门压制同性恋的恐同主义（homophobia）呢？也许读者对最后一个词“恐同主义”很陌生，它指的是对同性恋的憎恨和恐惧。如果我们继续只能在性别歧视的框架下谈论性倾向歧视，那么我们对于“恐同主义”，对于同性恋所遭遇的切身困境将继续懵懂无知。

四、说不出名字的歧视——“柜子”的封闭效应

为什么一定要强调哪一个群体受到了歧视性立法的伤害，这跟美国的司法审查实践有关联，美国最高法院史蒂文斯（Stevens）大法官在 *Cleburne v. Cleburne Living Ctr* 案件中发表的协同意见这样写道“在每一个平等保护的案件中，我们必须问特定的基本问题，什么阶层受到立法的伤害，是否遭遇到我们法律的历史悠久的厌恶？这个法律服务于什么样的公共目的？这个处于不利地位群体的什么特征可以对这种不同对待正当化？”[11] 确定哪个群体成为嫌疑归类，接受更高层次的司法审查，一般要考虑的因素包括：这个群体在历史上是否受到不公正的待遇，他们是否是孤立的分散的群体，是否被剥夺了平等参与政治程序的资格，像性别、种族等这样的特征是否属于“不可改变”的特征。所以爱德华德·斯坦教授要分析嫌疑归类和所受到不利对待的群体是否是对应的，而用性别歧视框架来对待性倾向的问题恰好在这一点上出现了问题。安德鲁·卡普曼教授反对爱德华德·斯坦教授的看法，他认为，如果一定要强调具体是哪个群体受到了歧视，那禁止种族间通婚的法律（anti-miscegenation law）所伤害的群体就不是黑人，而是想要异族婚姻的伴侣，从概念上说包括了同等数量的黑人和白人。而且歧视同性恋的法律背后到底是性别歧视主义，还是“恐同”的意识形态，是一个复杂的社会学和心理学问题。退一步说，或者通过和性别歧视主义做斗争来反抗异性恋霸权是错误的构想，但是只有试过才知道效果。面对一个怪兽，我们不需要详细对它的生理进行详细的解剖学分析，

^①原告以性别歧视为由反对密苏里州关于禁止同性之间所谓“非自然性行为”的法律（sodomy law），密苏里州高等法院判定禁止同性间的非自然性行为法（sodomy law）合宪，理由是男人和女人都允许发生同性性行为，所以没有违反平等保护条款。See *State v. Walsh*, 713 S. W. 2d 508, 510 (Mo. 1986)。

也可以挥剑向它砍去。[12] (P529-531) 我认为作者的分析无视以下事实,同性恋在今天的西方社会已经被构建为一个群体,从而在身份政治的框架下谋求权利,想要种族间婚姻的人却没有类似的建构,而种族成为一种很重要的身份建构,所以我们才说 Loving 案挑战的禁止种族通婚法背后的意识形态是白人至上主义。尽管有很多学者都曾经指出,禁止种族通婚的法律中也包含有性别歧视主义,这个法律的目的是避免白人女子嫁给黑人,所以我们也可以说,这个法律同时构成种族歧视和性别歧视,但是最高法院只是指出了种族歧视的违宪性,这种推理遗漏了重要内容吗?爱德华德·斯坦教授假设最高法院如果以性别歧视为由推翻禁止种族间通婚的法律,将会面临三大错误:首先:它错误指认了受到禁止异族通婚法影响的群体,认为主要是妇女群体受到了歧视,而非有色人种,这是社会学错误;其次,用性别歧视进路反对禁止异族通婚法,错误指认了禁止异族通婚法的信仰体系。构成此种法律的基础主要是种族主义,而非性别歧视主义,这是理论错误;第三,如果法院以性别歧视的理由来推翻禁止异族通婚的法律,就失去了对隐藏在禁止异族通婚法背后的种族主义这一核心道德错误进行批判的机会,这是道德错误。[10] (P1023-1024) 所以结论是最高法院对 Loving 案的裁决抓住了案件的核心道德错误——种族歧视,尽管禁止异族通婚法中也包含有性别的因素,但那毕竟不是案件的核心,不能舍本逐末。

用性别歧视进路来推翻性倾向歧视的法律,也可以做这样的类比:首先,受到性倾向歧视法律不利对待的不是宽泛意义上的女人,而是男、女同性恋者和双性恋者,所以性别歧视进路是社会学错误;其次,为性倾向歧视法律正当化的主要是恐同(homophobia)或者叫异性恋霸权,而不是性别歧视主义,这是理论错误。更重要的是,性别歧视进路的运用,使得法院失去了批判性倾向歧视的机会,这是道德错误。在我看来,第三个方面可能是最重要的,看起来性别歧视比性倾向歧视受到主流更多的重视,可以让性倾向歧视的受害者“搭便车”,但是又把反对性倾向歧视的话语关在了“柜子”(Closet)里。如果联想到,在这个世界上,因为性倾向歧视,大量的同性恋者掩藏自己的身份,成为不可见的群体,我们就知道性别歧视进路为什么会被一些人用来反对性倾向歧视,我们更会知道这一进路更加强化性倾向“不可见”的现实。如果用性别歧视进路来推翻性倾向歧视的立法,关于同性恋的核心道德争论就彻底被架空。

“柜子”在这里是一个很重要的意象,他指的是同性恋者因为惧怕社会主流的压制而隐瞒自己的性倾向这一事实。纽约大学法学院的吉野贤治(Kenji Yoshino)教授认为“柜子”是同性恋受到压迫的核心隐喻,它有能力描述同性恋成为不可见的、被隔离的群体。柜子本身具有保护隐私权的积极一面,单个的同性恋有选择隐身的自由,但这却使得同性恋群体在政治上显得软弱无力。[13] (P1794, P1800) 司法审查的一个重要原因就是纠正弱势群体在政治博弈中的无力,从程序上纠正立法中不可避免的缺陷。最高法院的斯通大法官在1938年对 United States v. Carolene Products Company 案进行推理时提撰写了著名的“脚注四”,提出了“分散而孤立的少数群体”(discrete and insular minorities)这个概念,认为他们在立法这一政治进程中处于不利地位,应该有更敏锐透彻的司法审查。[14] 而“柜子”恰好隐喻了同性恋者在政治上的无力。在私人事务中,他们隐藏自身可能逃避了主流社会的歧视,比如女性在就业的时候就很难像同性恋者一样隐藏自己的身份,然而,正是因为可以躲在柜子里的事实,使得同性恋者希望通过立法来确认平等保护的政治进程遭遇挫折。

这样的分析,使得我们进一步认识用性别歧视来概括性倾向歧视的弊端,表面上,它迎合了性别歧视更容易获得主流同情的现实,是一种实用主义的进路,但是又把性倾向歧视关在了不可见的“柜子”里。所以我们就不难理解,夏威夷高等法院在 Baehr v. Lewin 案中以性别歧视进路支持同性婚姻权利的时候,为什么很多支持同性恋权利的学者也表达了反对立场。因为这种进路会“使得同性恋的生活变得不可见,它向社会传达一种信息:在公共论坛上讨论同性恋问题是不可接受的。它反映了并且固化了针对同性恋的负面观点。”[15] (P11) 耶鲁大学埃斯克瑞基(Eskridge)教授用更为俏皮的话批评了这一案件中的主流意见,认为性别歧视进路有一种“易装癖的性质”(a transvestite

quality), 外表穿着性别平等的服装, 内里探讨的却是同性恋议题。[16] (P172) 这些意见整体上体现为一个思路: 不希望性倾向歧视的话语淹没在性别歧视的框架里, 希望司法在同性恋的问题上发出更强的声音, 而不是采取回避战略, 这种回避给人造成一种印象, 似乎支持同性恋权利的人也没有办法理直气壮的谈起性倾向歧视。法律人善于把价值问题技术化, 同性恋权利正当化的论证也经常采取回避价值争论的办法。诸如, 隐私权进路把同性性行为看成隐私权而回避道德争议; 另一个进路是反对道德的法律强制, 也对同性恋的道德性争议进行搁置, 只是反对多数人的道德强制; 还有一进路论证同性恋是“不可改变”的特征, 甚至是天生的, 同性恋自身并没有责任, 这更是一种回避策略, 好像那是一种不得已才不得不接受的特征, 所以不得不平等对待。搁置道德争议在种族问题上也有体现。赫伯特·威克勒斯教授引用率颇高的一篇文章就提出“走向宪法的中立原则”, 他认为法院和一般的权力机构不同, 即使不可避免的遇到价值选择, 也要把司法过程建立在超越立法结果的分析上。他反对最高法院在 Loving 案中对种族歧视的抨击, 认为禁止种族通婚的法律使得南部的白人也深受其害, 根本不是歧视的问题, “其人类学和宪法学维度完全在于其他地方——在于州剥夺了结社自由, 对这项自由的剥夺, 以同样的方式影响着可能涉及到的任何团体或种族。”[17] (P70) 他认为禁止种族间通婚侵犯的不是平等保护, 而是结社自由。批判种族歧视, 对于司法来说, 太过于价值判断了。不可否认, 法律人一整套价值中立的技术化策略在在回避道德争议的情况下提升了弱势群体的地位, 但是我也怀疑完全排斥价值判断的法学可能会架空了平等保护条款。或许我们要区分“日常法律场景中的司法”和“道德变迁临界时刻的司法”, 前者搁置道德争议可以靠技术化手段来做裁判, 而后者, 法院必须毫不含糊的辨别道德变迁所带来的变化, 积极促进历史上受歧视群体的地位提升, 否则, 永远一副冷冰冰的程序技术的“法不容情”何以承载人们对法律的信仰。当然, 有学者可能会认为价值判断的工作留给立法机关比较合适, 但是我担心法院是否会放弃自己的道德承担而在价值判断的问题上完全拱手相让, 尤其是在美国这样具有“法官造法”、“司法审查”传统的体制下。

性别歧视进路本身不是中立的, 对性别压制表现出不能容忍的道德力量, 但这个进路对性倾向平等却保持了最起码表面上的中立。这是机会主义的回避战略, 即使在司法实践中它可以成功保护同性恋者的平等权利, 那也压制了性倾向歧视话语, 封闭了对同性恋不同于女性遭遇的真切探讨。

五、交叉进路和司法审慎原则

即使反对用性别歧视进路来解决性倾向歧视的学者也不否认两者的相关性, 于是, 两者可能并非水火不同炉, 有学者建议用“社会性别”(gender) 这个概念来统合两者。“社会性别”这个词是和“生理性别”(sex) 相对应的, 指的不是解剖学意义的男、女两性, 而是性别的社会和文化意义, 揭示男阳刚、女阴柔的性别规范不是自然的、天经地义的, 而是男尊女卑式社会建构的结果。桑迪·法瑞尔 (Sandi Farrell) 认为同性恋标签主要就是规范个人服从性别规范的羞辱机制, 它常常在不知道当事人性生活历史的情况下, 仅仅因为不符合传统性别期待, 就会把同性恋标签加诸其身。这说明了同性恋标签与“性”的关系没有那么大, 和维持社会性别等级 (gender hierarchy) 有更重要的关联。[18] (PP618-619) 性倾向, 只从字面上理解, 应该指的是一个人在性生活方面的各种习惯、偏好, 可是性倾向的概念仅仅指向一个人欲望对象的性别, 这除了说明性别在文化中的重要性还能说明什么? 同性恋本身就是“性”和“性别”的双重表征, 同性恋的存在本身就证明“解剖学不是命运”, “社会性别”也在抨击生理决定论, 认为社会所附加在男女两性身上的等级关系没有生物学的支撑, 所以用“社会性别”来整合性别歧视和性倾向歧视是很好的交叉点。事实上, 家庭法领域在社会性别领域的进展为同性婚姻的平等保护做了很好的铺垫。美国家庭法学者苏珊·F·安帕里顿 (Susan Frelich Appleton) 认为, 当代家庭法超越了男女角色上过时的刻板印象, 法院和立法者在离婚赡养费、孩子抚养、家庭外工作、家事假期 (family leaves) 等方面都发展出了性别中立的规则, “丈夫”

和“妻子”的意义已经失去了实质性区别。社会性别话语应该更多的运用到同性婚姻的问题上。^①在美国，保守派常常以保护家庭的名义来反对同性婚姻，就是因为同性婚姻进一步强化了婚姻的性别中立，传统的性别角色难以为继，作为象征意义的同性恋，比实际的性行为，更引起传统势力的不安。所以社会性别分析在性别平等和性倾向平等方面都会是一个很重要的视角。

社会性别这样的交叉进路还有一个好处是具有广泛的整合性，在这个进路下，除了同性恋和女性之外，一切违反传统性别期待的人都可以在这个模式下寻求平等保护，如变性人、跨性别的人（如传统意义上的“阴阳人”）、易装者（喜欢男扮女装或者女扮男装者）等。有学者走的更远，提出了一种新的反歧视模式“整体性/不相关”模式（holistic/irrelevancy model）。传统的反歧视模式根植于单一的分类，每一个诉讼的人都要纳入单一的独立范畴：种族、性别、年龄、残疾等，作者提出要打破这种武断的单一分类，要做整体性的考察，考察一个个分类是否和正当的立法动机有关联。[19]（P129）这不仅仅是社会性别的整合，而且是各种有可能受到歧视的分类都要一起打包接受司法的审查，这种进路源于各种歧视可能在实际生活中是互相交叉的，而司法没有构建出这样的平等保护模式，这种交叉进路事实上将会架空不同等级的审查基准。上文已经提及，爱德华德·斯坦教授认可禁止种族间通婚的法律的立法动机同时可能涉及种族主义和性别歧视主义，因为立法者担心白人女性和黑人男性的婚姻是对传统种族和性别规范的僭越，但是他认为最高法院不能以性别歧视为由推翻这样的法律，因为，那相比于种族歧视而言，是次要的动机。有学者反驳这样的说法，因为首先，判断哪种意识形态占主导地位是很困难的，其次，为什么歧视的次级意识形态作为立法动机就应该被忽视呢，如果歧视互相支持，那不认可这种交叉因素就是传递了错误的信息。[20]（P161-162）同样的道理，性倾向歧视和性别歧视作为两种歧视性意识形态相互支撑，那就不能说谁可以替代谁，完全可以在交叉性进路下并行不悖。这样的模式有点后现代的色彩，那就是身份的碎片化和多元化，传统的女性主义法学已经开始转向，在关注女性权利的同时更加敏感于不同群体的女性并非是铁板一块，还要考虑阶级、种族、国家的发展程度等，否则就可能会被指责为发达国家的、白人的、中产阶级的女性主义法学。所以才会出现这样的交叉询问“当我看到类似于种族主义者（racist）的时候，我会问，‘父权制（patriarchy）在哪里’？当我看到类似于性别歧视主义者（sexist）的时候，我会问，‘异性恋霸权（heterosexism）在哪里’？当我看到类似于憎恨同性恋者时（homophobic），我会问，‘阶级利益在哪里’？”[21]（P1189）

然而交叉进路面临两大问题，首先我们会想当然地认为种族、性别、性倾向、阶级分类中的弱势群体可以团结成一个大联盟，全世界受压迫的群体可以做到互相支援吗？尤其是在司法资源有限的情况下。牛津大学著名法理学教授约翰·加德纳（John Gardner）对用性别歧视来解决性倾向歧视的进路所进行的批评可以给我们一些启发，他认为性别歧视进路面临两大道德挑战：一方面，那些坚定的致力于反抗性倾向歧视道德错误的人，发现这种道德错误附着在性别歧视受害者所遭受的不公平待遇上，应该一点也不会高兴；反过来，那些坚定的致力于反抗性别歧视道德错误的人，发现反抗性倾向歧视的战斗者出现在她们的地盘上，分散了对直接性别歧视的注意力。每一方都不会从这样的合并中获益。双方都会觉得离散了真正的道德问题。[22]（P183）同性恋权利的积极分子出现在传统女性主义的战场上，也许会出现两边都不想要的结果，同性恋积极分子觉得只靠性别歧视来争取自己的权利，没有发出最强势的声音；而女性主义又担心，同性恋者在利用自己的文化资源。或许从理论上讲，异性恋霸权和性别歧视主义互相支撑，对前者的反抗一定不会使后者毫发无损，反之亦然。然而，理论的逻辑不一定可以替代实践的逻辑，何况，当性倾向歧视没有成为一种强势的反抗话语之

①See Susan Frelich Appleton, *same-sex couples: defining marriage in the twenty-first century: Missing in Action? Searching for Gender Talk in the Same-Sex Marriage Debate*, Stanford Law & Policy Review 16 (2005), p. 116. 国内学者也有从婚姻的性别基础是社会建构的这一视角来为同性婚姻做论证，参见周安平《解构婚姻的性别基础》，载《北大法律评论》（第6卷第1辑），北京大学出版社2004年版，第231-246页。

前,它跟任何歧视的结盟都会被认为是“搭便车”。很多次民调都显示非洲裔美国人(黑人)对同性恋的支持率明显低于白人,很难想象知识分子乌托邦似的交叉进路会引发他们的积极反馈。即使是学界,我也意识到,学科之争也会让一部分学者反对用“社会性别”研究来整合“性”研究,著名酷儿理论家葛尔·罗宾认为女同性恋女权主义意识形态在分析女同性恋所遭受的压迫时,其关注点大都是对妇女的压迫。但事实是女同性恋者与男同性恋者、虐恋者、易装者和妓女具有很多共同的社会学特征,压迫是通过性的运作而不是通过性别分层实行的。[23](P56)也有学者批评加拿大著名女性主义社会学家多罗斯·史密斯(Dorothy Smith)的“社会性别”研究屡次提到母亲的抚养和女性家务劳动被社会科学家所忽视,要拓展工作的概念,涵括女性所有的工作,把这些看成是和男人一样的工作。这样的分析,又把主流社会关于女性工作角色的定位普适化了。作者认为,这是一种“异性恋社会性别”(heterogender)。[24](P177-178)这些争论在我看来,除了学理上的分殊之外,未必没有学术界常见的另立山头、跑马占地的隐性逻辑在内。研究同性恋的学者不想把自己的研究放在“社会性别”的子目录下,那样会显得太无新意,一定要独立出来,以形成区隔。上述法学界诸位的讨论都没有从这个角度来看性别歧视进路之争,而我认为,这并非无关紧要。

交叉进路面临的最重要的问题是司法的审慎原则。桑斯坦认可了性倾向歧视构成性别歧视,但是他认为短期内司法不会也不应该接受这一原则。我们上文已经分析过,性倾向分类适用的违宪审查基准是合理审查,而性别分类适用的标准是中等程度的审查,也被称作更高层次的审查,在这种审查标准下,对立法动机的考察是很弱的,只要有性别的分类,立法目的就很难通过“重要的政府利益”这一标准。一旦最高法院接受了这样的标准,对同性婚姻的禁止就很容易被判定为违反平等保护条款,一系列针对同性恋的歧视性立法都将土崩瓦解。坚定支持性别歧视进路的安德鲁·卡普曼教授也看到了自己主张的现实困难,因为司法有着源远流长的审慎传统,1954年美国最高法院在著名的布郎案中废除种族隔离制度,但是最高法院不愿意把同样的逻辑运用到禁止异族通婚法上,一直到十三年后的Loving案,最高法院才判定这样的法律违宪。[25](P162)桑斯坦认为司法应该将理论分歧搁置,在具体事情上达成一致结论,尽量避免提出基础性的原则,这就是他讲的司法最低限度主义(也有翻译为司法极简主义)。[26]在司法审慎原则的关照下,性别歧视进路呈现出悖谬的特征,一方面,性别歧视进路是去激进化的思路,担心性倾向问题过于敏感,所以要用性别歧视来去敏感化;但是性别分类是更高层次的审查,如果接受了这一进路,所有的对性倾向进行分类的法律都将面临违宪的可能,司法部门显然还没有做好这样的准备,所以我们看到美国最高法院即使在一些问题上支持了同性恋权利,那也是采取合理审查的基准。连性别歧视进路都举步维艰,我们很难想象整体主义的交叉进路可以获得司法的认可,法院不愿意在禁止性倾向歧视的道路上走的更远,何况是把各种歧视汇成一个整体进行全面考察。

六 同性恋和女性权利问题——“柜子化”的两败俱伤

性倾向歧视和性别歧视的关系在中国语境下呈现出什么面貌呢?因为社会接纳和自我认同的程度不同,中国的同性恋者大量进入异性婚姻。于是,性倾向的问题和性别的问题更是难分难解地纠缠在一起。通过下述的分析,我们会看到,女性权利的崛起会倒逼同性恋权利的提升。如果我们继续在公共论坛上对同性恋问题讳莫如深,女性权利也会遭到更多的侵犯,会有更多的男同性恋者隐瞒自己的性身份进入异性婚姻,最后可能是两败俱伤;如果女性继续在社会经济结构中处于弱势地位,女同性恋也将不得不进入到异性婚姻中去,寻找男性作为依靠。可以想象,在中国古代“嫁汉嫁汉,穿衣吃饭”的模式下,所有的女性都会是“强制性的异性恋”,因为她们在那样的社会结构下缺乏自立的空间。所以当我们越是看到性倾向和性别的这样一种连带关系,我们越要独立的提出性倾向的平等保护,在公共论坛上、立法博弈中,把性倾向的密封柜子打开,在理性的讨论中开启性倾向和性别平等

的双赢局面。

然而现在的模式是，女性权利和同性恋权利的双输，在各种学术文章、学术会议、新闻报道中，女性主义者以及男同性恋的女性配偶开始抱怨、诉苦、抨击男同性恋者的“骗婚”行为。对于男同性恋怎么处理 and 异性配偶的婚姻关系，李银河在早期的调查中总结了三种模式：第一种模式是同性恋者将对妻子的反感压抑下去，并抱着对妻子的负疚感，恪守作丈夫的义务和职责。第二种模式是选择冷淡的女性作妻子，或在婚后把妻子培养和改造成为能够适应自己状况的人，第三种就是婚姻关系失调，直至破裂。[27] (P232 - 240) 显然，这几种模式已经引起了极大的不满，有论者以女权主义的笔调谴责中国的男同性恋以女性作为牺牲品。^①

另外一个现象更值得注意，那就是“同妻现象”，男同性恋的妻子数量之多，更重要的是自主意识之强烈，谴责男同性恋声浪之高，都将会使得男同性恋越来越难进入异性婚姻，从而为同性婚姻的群众基础做了很好的铺垫。我们可以看两则男同性恋妻子的抱怨“我们结婚一年，夫妻生活简直屈指可数，一个吻、一个简单的拥抱……夫妻间的任何亲密举动他都不喜欢甚至反感。”另外一个“同妻”说“他从前种种的不正常举动现在都能想通了，因为他是同性恋，所以他当我是‘空气’；因为他不喜欢女人，所以他根本不愿意碰我……”^② 这种抱怨本身就体现了女性权利，尤其是性权利意识的觉醒。传统的女性被保守思想驯化为无性的人，男、女双重标准，男人可以在外面风流成性，而女人即使在家里也要谨守妇道，清心寡欲，有了这样的双重标准，男同性恋就不必担心进入异性婚姻会有什么负担。而今，这种局面很难再支撑下去，女性权利的提升倒逼同性恋者和传统婚姻的妥协再难继续下去，也许这将意味着寻求同性婚姻的群众基础扩大，因为只有社会环境进一步为同性恋者开放自身提供环境，隐瞒自己身份进入异性婚姻的动力才会越来越小。同性恋权利和女性权利在当下的“同妻”现象中似乎是冲突的，但是本质上，提升任何一方的权利都将使得双方获益。女性权利的提升将会使得女同性恋不需要寻找男性老公作为经济依靠，更自信的面对自己的性倾向，同时，女性性权利意识的觉醒也会促使男同性恋对异性婚姻望而却步；另一方面，同性恋权利的提升也将使得同性恋者更自信的面对自己的性身份，不再隐瞒自己的身份，为了给父母亲人一个交代而进入异性婚姻，从而不会给自己的异性配偶带来被欺骗和受冷漠的感觉。

从现在同性恋权利和女性权利的“双输”到两者的“双赢”，有一个前提绕不过去，那就是性倾向和女性“性权利”的“去神秘化”、“去病化”、“去污名化”。性倾向歧视即使和性别歧视有着千丝万缕的联系，也必须独立出来作为一个公开的话题讨论，很可惜，我们今天的法律仍然对此遮遮掩掩，把这个话题继续密封在柜子里。

华中师范大学教授、全国人大代表周洪宇在 2007 年第十届全国人大五次会议上第四次提交关于制定《反就业与职业歧视法》的建议，首次对“歧视”涉及范围进行了界定“禁止因为种族、民族、肤色、地域、户籍、年龄、性别、性倾向、婚姻状况、怀孕、分娩、育儿、身高、容貌、语言、宗教和政治信仰、财产状况、家庭出身、残疾或者疾病、基因等方面的不同，直接损害或者间接损害平等劳动权。”[28] 明确提出了禁止性倾向歧视的立法建议，可惜并没有得到积极的回应。中国政法大学宪政研究所反就业歧视研究组起草的《中华人民共和国反就业歧视法》（专家建议稿）在第二条对直接歧视做出了这样的界定：是指用人单位基于民族、种族、性别、身份、宗教、信仰、残疾、体貌特征、年龄、健康状况、婚姻状况和生育、性取向等因素对劳动者给予区别对待，取消或损害就业或职业机会平等或待遇平等。这里的“性取向”基本上等于性倾向的概念，可是这个专家建议稿

①作者最终从爱情而非性的角度来论证女性的权利，可能是一种修辞。参见张慧敏《中国男同性恋的游戏心态（续）——读解〈他们的世界——中国男同性恋群落透视〉及其他》，《中国女性文化》（第3辑），中国文联出版社2003年版，第141页。

②参见《“同妻”成“男同”挡箭牌 遭受生理和心理折磨》，载《黑龙江晨报》2009年12月21日。百度百科有“同妻”这一专门词条，认为“同妻”大概有1600多万，大多遭受冷落、漠视、家庭暴力。我想这些都需要更深入的研究。参见：http://baike.baidu.com/view/2430358.htm?fr=ala0_1_1，2010年4月19日

在具体列出各种身份的歧视时，提到对农村进城劳动者的歧视、地域歧视、户籍歧视、性别歧视、残疾人歧视、健康歧视。在第六节其他方面就业歧视提到民族歧视、体貌特征歧视、年龄歧视、对受过刑事处罚的劳动者的歧视。性倾向歧视消失的无影无踪，甚至在“其他方面就业歧视”这样一个条款当中也没有明文列举。建议稿在立法体例上没有采取兜底条款的方式，在各种分类之外增加“等”这样的涵括性字眼，所以这是一个几乎完全忽视性倾向歧视的立法建议稿。在歧视定义中列出了“性取向”，说明专家组认识到了这个问题，但是又不愿意单独列出来作为一种歧视的类型，要么是对这个问题的重要性认识不够，要么是性倾向太敏感，为了立法的通过减少阻力，总之，这部建议稿对性倾向的无视可以视之为“反歧视法的歧视”。这个专家建议稿已经提交全国人大常委会，如果在将来通过的法律中，性倾向歧视不能成为一种独立的类型，那会是这部反歧视法最大的问题。

主流舆论会认为，同性恋者和异性结婚对配偶是一种伤害，可是当下的法律环境中，这又是同性恋者唯一享有的结婚权，经由此项权利，他们才可以获得生育权。不让同性恋者享有同性婚姻权，又抱怨他们和异性结合，这就是今天的尴尬现状。然而，法律能够强制同性恋者在跟异性结婚的时候披露自己的性倾向吗？主流在谴责同性恋和异性结婚的时候没有意识到，这种婚姻本身就是同性恋者附庸主流，积极成为异性恋体制一部分的一种努力，这也是主流同化异类的后果。但愿一些“同妻”的悲惨遭遇不只是换来对男同性恋的道德谴责，更要引发我们思考体制，只有把性倾向歧视单独列出来作为一种歧视类型加以抨击，改善我们社会在性倾向方面不平等的意识形态，才能使得男同性恋者放弃利用女性的弱势地位来满足掩饰自身，传宗接代的任务。另一方面，性别平等的进一步提升，也将使得女性不在婚姻中承受任何的性冷漠，挤出在传统婚姻的羽翼下生活的男同性恋者，使他们重新面对自己的性身份，同时，女性因性别平等的实现而不用寻找男人的经济保障，女同性恋者也将进一步解放自己。而当前，我们没有这样的良性循环，我们把性倾向继续捂在“柜子里”，连在最该出现的反歧视法中都难以立足，那将是两个受歧视群体的两败俱伤。

参考文献：

- [1] Robert Wintemute. Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter [M]. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- [2] Reed v. Reed [Z]. 404 U. S. 71 (1971).
- [3] Frontiero v. Richardson [Z]. 411 U. S. 677 (1973)
- [4] 何永红. 基本权利限制的宪法审查：以审查基准及其类型化为焦点 [M]. 北京：法律出版社，2009.
- [5] Serena Mayeri. A Common Fate of Discrimination: Race – Gender Analogies in Legal and Historical Perspective [J]. The Yale Law Journal, 2001, (110).
- [6] Andrew Koppelman. Three Arguments for Gay Rights [J]. Mich. Law. Review, 1997, (95).
- [7] Cass R. Sunstein. Homosexuality and the Constitution [J]. Indiana Law Journal, 1994, (70).
- [8] Loving v. Virginia [Z]. 388 U. S. 1 (1967).
- [9] Andrew Koppelman. why discrimination against lesbians and gay men is sex discrimination [J] New York University Law Review 1994, (69).
- [10] Edward Stein. Law, sexual orientation and gender [A]. Jules coleman, scott Shapiro. The oxford handbook of jurisprudence of law [C]. New York: Oxford University Press, 2002.
- [11] Clebume v. Cleburne Living Ctr [Z]. 473 U. S. 432, 453 (1985) (Stevens, J., concurring).
- [12] Andrew Koppelman. Defending the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights: A Reply to Edward Stein [J]. University of California Argeles Law Review, 2001, (49).
- [13] Kenji Yoshino. Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays [J]. Colum. Law Review, 1996, (96).
- [14] United State v. Carolene Products Company [Z]. 304 U. S. 144. (1938).
- [15] Danielle Kie Hart. Same – Sex Marriage Revisited: Taking a Critical Look at Baehr v. Lewin [J]. Geo. Mason U. Civ.

- Rts. L. J. , 1998 (9) .
- [16] William N Eskridge. the Case for Same – sex Marriage: from Sexual Liberty to Civilized Commitment [M]. New York: The Free Press , 1996.
- [17] [美] 伯特·威克勒斯. 走向宪法的中立原则 [A]. 张千帆. 哈佛法律评论: 宪法学精粹 [C]. 北京: 法律出版社 , 2005.
- [18] Sandi Farrell. Reconsidering the Gender – Equality Perspective for Understanding LGBT Rights [J]. Law & Sexuality , 2004 , (13) .
- [19] Elvia R. Arriola. Gendered Inequality: Lesbians , Gays , and Feminist Legal Theory [J]. Berkeley Women’ s Law Journal , 1994 , (103) .
- [20] Jeffrey A. Williams. Re – orienting the Sex Discrimination Argument for Gay Rights after Lawrence V. Texas [J]. Columbia Journal of Gender and Law , 2005 , (14) .
- [21] Mari J. Matsuda. Women of Color at the Center: Selections From the Third National Conference on Women of Color and the Law: Beside My Sister. Facing the Enemy: Legal Theory Out of Coalition [J]. Stan Law Review , 1991 , (43) .
- [22] John Gardner. On the Ground of Her Sex (uality) [J]. Oxford J. Legal Study , 1998 , (18) .
- [23] [美] 葛尔·罗宾. 关于性的思考: 性政治学激进理论的笔记 [A]. 李银河. 酷儿理论 [C]. 北京: 文化艺术出版社 , 2003.
- [24] Chrys Ingraham. The Heterosexual Imaginary: Feminist Sociology and Theories of Gender , Sociological Theory [A]. Steven Seidman. Queer Theory/Sociology [C]. Cambridge: Blackwell Publishers , 1996.
- [25] Andrew Koppelman. The Miscegenation Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination [J]. Yale Law Journal , 1988 , (98) .
- [26] [美] 凯斯·R·桑斯坦. 就事论事: 美国最高法院的司法最低限度主义 [M]. 泮伟江, 周武译. 北京: 北京大学出版社 , 2007.
- [27] 李银河. 同性恋亚文化 [M]. 北京: 今日中国出版社 , 1998.
- [28] 人大代表周洪宇建议制定反就业与职业歧视法 [N]. 新闻晨报 , 2007 – 3 – 7.

[责任编辑: 侯学宾]

Discrimination Unproven: The Relationship between Sex Orientation Discrimination and Sex Discrimination

GUO Xiao – fei

(Law School , China University of Political Science and Law , Beijing , 100078)

Abstract: To recognize any law discriminates based on sex orientation as sex discrimination is an approach to protect the equal rights of homosexuals by sex discrimination. Semantic analysis for this is that all laws discriminate based on sex orientation categorize by gender. Cultural analysis for this is that sex discrimination is co – supported with heterosexuals. If such approaches are accepted , courts will change the criteria of judicial review to protect the rights of homosexuals from reasonable review of sex orientation to middle – tie review of gender , which could be denied by courts due to judicial prudence. Moreover , such approach make the image that it is not proper to talk about sex orientation in public , and the court would not have the opportunity to deal with this core moral issue.

Key words: sex orientation discrimination; sex discrimination; middle – tie review; judicial prudence