

本书出版受到中国政法大学的资助

性／别少数群体平等保护研究

郭晓飞／著

XING/BIE
SHAOSHU QUNTI
PINGDENG
BAOHU YANJIU



中国政法大学出版社



性/别少数群体平等保护研究

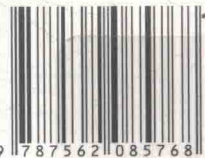
XING/BIE SHAOSHU QUNTI
PINGDENG BAOHU YANJIU



引领法讯前沿
优惠尽在指尖

上架建议 法社会学

ISBN 978-7-5620-8576-8



9 787562 085768 >

定价：39.00 元

本书出版受到中国政法大学法学院资助

性／别少数群体平等保护研究

XING/BIE
SHAOSHU QUNTI
PINGDENG
BAOHU YANJIU



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

性/别少数群体平等保护研究/郭晓飞著. —北京：中国政法大学出版社，2018.9
ISBN 978-7-5620-8576-8

I. ①性… II. ①郭… III. ①性问题—法律—研究—中国 IV. ①D923.84

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第221742号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	650mm × 960mm 1/16
印 张	14
字 数	187 千字
版 次	2018 年 9 月第 1 版
印 次	2018 年 9 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

序言

自晓飞第一本书出版，转眼已十年有余。在发表为王的学术界，十年磨一剑，需要的不只是冷静的阅读和思考，还得有懒和拖延。这是玩笑话了，尽管晓飞也常常以懒自谦。这本论文集，洋洋洒洒，横贯中西，议题跨度广，挑逗着学科的藩篱，不管是英文的谚语还是中文的土话，都信手拈来，还时不时抖个机灵卖个萌。学术文章能写出爆款文章的金句，足见作者的才华与勤奋。

本书收录文章的顺序，是第一编美国法，第二编中国法，第三编英文和中文书籍的评述。容我过度解读，这仿佛就是一个殖民的隐喻——“同性恋”作为一种身份起源于现代西方，经由性科学的翻译传到中国，催生出“同志”主体和权利意识，也让身份焦虑和家庭冲突浮出水面。如今西方法律对同性恋的保护和承认变得如此火热，以至于我们在探讨性倾向议题时，总是倾向于先给欧美法一个特写，再来聚焦其他社会的法律。近十年间，我们看到中国同志运动的风生水起，开启了一种自我鞭策式的法律改革：出柜、反歧视、寻求国家认同，力求超英赶美。同志的可见度越来越高，生存空间也不再只是夜晚的公园。有人乐见阳光下的骄傲，也有人哀悼“南风”一去不返。这本文集，就是诞生在如此沸腾的张力之中。

作者没有轻视任何一个角度——他敬重美国宪法中的自由平等，也从未丢弃历史的、比较的视野。第一编，作者潜入浩瀚的美国宪法学，

带读者梳理了法律参与塑造性身份和性话语的过程。以《正当程序与平等保护的双螺旋结构——对美国一起同性婚姻案件宪法争议的解读》开篇，作者梳理了美国同性婚姻合法化的争论，清晰地阐释了美国宪法两条重要原则的内涵和二者的关系。而在接下来的两篇文章里，隐私权、性与性别的身份政治、本质论或建构论等问题，也都从不同的侧面，检视了正当程序和平等保护的力道和局限。尽管作者没有过多提及这些法理争论与当下中国同志运动的关系，但我们不难看出作者对现实的关切——同性婚姻、出柜、“天生论”、反歧视立法，而这些也正是中国同性恋运动的核心议题。作者沉醉于美国最高法院判例的脚注和法官的八卦，但他的醉翁之意，或许也远大于此——谁说书斋里的脑高潮，不能呼应甚至改变法律和日常生活呢？

在第二编的两篇法社会学文章里，我看到了作者挑战正统（不管是性阶层还是法律权威）的野心。《无声无息的变迁——中国法视野下的变性人婚姻权》一文捕捉了一幕被人忽视的法律变迁——自2002年起，变性人手术后即可以新的性别到民政局登记结婚。若不是LGBT运动的兴起，这一行政法规可能永远不会引人注目，甚至连婚姻法专家也不一定听说过它。作者在此文里，探讨了系统对生活世界的殖民，也提醒我们性别和性倾向建构论之外的另一层建构，即标榜法治和民主的西方文明对东方“不文明”的建构。而非西方国家若只是亦步亦趋，则永远赶不上西方“进步”的速度。就像曾经我们以“变性人”替代“人妖”作为尊称，曾几何时“变性人”（transsexual）又不再政治正确，因为不是所有人都做了手术，所以应该讲“跨性别”（transgender）；很快，跨性别也不再恰当了，因为显得太病理化，西方开始叫trans，我们连忙跟着改成“跨儿”。

晓飞曾在闲聊中用一句大俗话来比喻这种赶不上趟的窘态——“农村人说，俺们刚学会用卫生纸擦屁股，城里人又用它擦嘴了”。话糙理不糙。生活在中国的性少数者的羞耻、抑郁和自卑，除了来自传统婚姻

家庭的压力，也很大程度上来自面对西方时的自我矮化。当然，若进一步品读，农村人的这句话里不仅有跟不上潮流的惭愧，也有对文明礼节的嘲讽；而相似地，中国“酷儿”和“跨儿”对西方概念的“山寨”，在追赶之余，或许也能在与本土碰撞的过程中，产生意外的颠覆效果。

在《刑（性）法的宪法制约——法教义学视野内外的聚众淫乱案分析》一文里，作者探讨了一个当代欧美法律中不存在的具有“中国特色”的罪名：聚众淫乱罪。全文围绕马尧海案，以小见大，探讨了刑法的明确性和谦抑性、隐私权、性道德的阶序、聚众的政治敏感性，其分析之细致、观察之敏锐，如果能被译成英文，相信西方的性社会学、法学学者也会大受启发。面对“聚众淫乱”这一轻易可以哗众取宠的性话题，作者没有像性学家或小报记者一样，去窥探风流淫荡之人的行为和内心，而是把审视的目光转向了要把他们束之以法的君子们：“没有记录就没有批判，压制的力量就从来没有过一丝不安，就永远的理直气壮，而举证责任的转移，其实首先需要历史法庭，站在被告席上的，应该是流氓罪立法背后的意识形态。”同时，作者也提醒着我们对传统性道德未必如我们想象的一样保守。他信手拈来的民间谚语，“笑贫不笑娼、劝赌不劝嫖”，展示着与官方道德风化（以及西方对中国“性压抑”的想象）相抗衡的生活世界的复杂逻辑。

第三编收录了晓飞的三篇书评，这一体裁比学术论文更少拘束，能让作者畅所欲言，其敏锐和犀利展现得淋漓尽致。在《掩饰：同性恋的双重生活及其他》序言中，晓飞在吉野贤治所描述的压制同性恋的三种形式——矫正、冒充、掩饰——之外，洞察到同性恋者面临的第四种压力，即“强制坦白”。于是，主流社会一方面要求同性恋在人群中隐形，另一方面又要把他们从异性婚姻里揪出来示众，后者在对“骗婚”的谴责声中尤其明显。同志运动鼓励骄傲出柜，有力反抗着前三种形式的压迫，却很可能不知不觉又掉入了强制坦白的坑。也难怪同性恋者在各种充满矛盾的要求中，常常感叹“世间安得双全法，不负如来不负

卿”。

最后一篇针对《爱悦与规训：中国现代性中同性欲望的法理想象》的书评尤为精彩。晓飞在赞美之余，也认真与周丹商榷了在同性婚姻、中国另类现代性等问题上的不同意见。读书评的乐趣，就是在字里行间看高手过招，发现评论人与原作者在何处惺惺相惜，又在何处求同存异。晓飞的批评是辛辣的，他指出周丹文学和法律视角的双重标准：“在‘爱悦’中，同性恋者在公园里聚会，和警察玩着游击战，在作者的笔下因为抗拒正统权力而成了唯美的‘诗’；而在‘规训’中，在同性婚姻神圣性的映照下，这些及时行乐的行为就成了放逐灵魂，成了齷齪的‘屎’。”与此同时，作者并没有妄自尊大，而是坦言自己在论证同性婚姻的规范性时，也曾默认主流道德对非婚同居、性交易和性乱交的打压。他还反思了自己的法学学者位置——就像建筑师难以支持环保主义者反对建大坝，法学家或律师在多大程度上愿意反对建制，拱手让出自己的用武之地呢？

在这篇评论里，作者也触到了比同性恋身份更为深刻的现代性焦虑。他质问：“非得西方现代性吗？非得‘罪’和‘非罪’，‘病’和‘非病’吗？非得同性婚姻吗？”我们可以接着问，如果不是“非如此不可”（米兰昆德拉语），那又有什么是尚可的呢？在第二编对中国案例的分析里，作者不断切换视角，对比西方语境来回参照；遗憾的是，在第一编对美国宪法的探讨里，却大都只是引用美国判例和西方学者的著作，只有少量拿美国性别或性倾向歧视进路来分析中国同妻问题的尝试，而“中国经验”甚至“中国理论”可否为强势的美国法提供洞见，则更难看到了。当然，也许作者的本意并不是写一篇比较法文章，况且，这种不同文章的视角失衡，并不是作者一个人的局限，而是非西方学者大都要面临的困难。

我在西方接受法人类学教育，用英文写作，福柯、巴特勒成为所有学生必须熟读的“酷儿”圣经。在这样的学术体制下，似乎总有一种

“西方出理论，中国出田野”的分裂和自贬，我也一次次在自己参与的全球同性恋法律进步程度的量化比较研究中感到不适。学者和活动家们常说，同性恋在中国没有法律保障，所以就业和家庭方方面面都很困难。然而，鲜有人探讨，“中国没有健全的法治”这个带有法律东方主义^[1]色彩的陈述本身，也是困难的一部分。这一陈述和同性恋（以及同性恋平权）的概念共享着同一个西方现代语境，它们互相支持，让人们接纳了“同性恋在中国法律下备受压迫”的预设，带着这副有色眼镜看到一系列问题，然后以法律倡导和社会运动的方式去解决它们。在此过程中，同志被看见，权利被声张，这些都有积极面向，但由此固化的分裂和自贬，构成了进步的黑暗面。

我愈发觉得，中国不应该只是证明或证反西方理论的田野，而是有潜力孕育出分庭抗礼的论述的。穿梭在跨语际实践里的学者，更应承担这种互动的责任，让东西方的语言、地缘、历史、未来都悉数登台。宁应斌“中国作为理论”^[2]的野心，林纯德对东北“妖”和“烂逼”的论述^[3]，都是让中国展开普世性竞逐的尝试。本书虽然取了一个规整而低调的题目，但我相信作者也是有此愿景，否则不会如此重视在“低俗”的经验里发现智慧，容魑魅魍魉各显神通。同时，晓飞也并没有把“中国”和“传统”本质化、浪漫化。恰如《无声无息的变迁——中国法视野下的变性人婚姻权》的结尾所言：“我们既不可以对理性、进步、法治全身心的拥抱，也不可以对浑水摸鱼乱中取胜有着‘生活在别处’的玫瑰色想象，一切都只能是‘螺蛳壳里做道场’，在狭窄逼仄的环境里做出策略性的努力。”

[1] [美] 络德睦：《法律东方主义：中国、美国与现代法》，魏磊杰译，中国政法大学出版社2016年版。

[2] 宁应斌：“中国作为理论：中国派的重新认识中国”，载《开放时代》2016年第1期。

[3] 林纯德：“‘妖’性工作研究：视角与方法”，第八期“性社会学理论与实践”研讨班主题发言，2017年6月28日至7月5日，哈尔滨。我全程参与了会议，并且对林纯德的发言尤为印象深刻。

晓飞常说，那些不把西方主流性别法律奉为主臬的学者，有种螳臂当车式的悲壮。去殖民的进程注定艰难，就像“抠出已吞下的砒霜”，或像“拔出一把已插入腹中的刀，如果你拔得太快，血会喷涌而出，尖叫着，制造更大的混乱……正是刺杀我们的凶器，维持我们的身体勉强完整着。”〔1〕中国当代的同性恋运动已经被去病化、非罪化所书写，如今正循着西方的脚步，反歧视，要同婚，争取更多法律承认。我们无法也不必全盘抹掉这一进程另起炉灶，但晓飞的这本书，至少是一剂及时的醒脑良方。“中西药结合疗效好”，愿读者能在接种宪法意识的同时，免疫文明的傲慢。

朱静姝

2018年4月20日

〔1〕引自 Saredo Qassim Mohamed, *The Process of De-Colonization*, 2017. 感谢叶雯那分享。

目
录

第一编	美国宪法视野下的性倾向平等保护	1
第一章	正当程序与平等保护的双螺旋结构 ——对美国一起同性婚姻案件宪法争议的解读	1
第二章	本质的还是建构的? ——论性倾向平等保护中的“不可改变”进路	38
第三章	说不出名字的歧视 ——论性倾向歧视和性别歧视的关系	74
第二编	中国法视野下的性与性别平等	102
第四章	无声无息的变迁 ——中国法视野下的变性人婚姻权	102
第五章	刑（性）法的宪法制约 ——法教义学视野内外的聚众淫乱案分析	113
第三编	书评	145
第六章	求同存异和求异存同：同性婚姻的宪法之维 ——《Same-sex Marriage and the Constitution》述评	145
第七章	你以为的你以为的就是你以为的吗 ——读《掩饰：同性恋的双重生活及其他》	166
第八章	另类法律文化研究中的爱悦与规训 ——读《爱悦与规训：中国现代性中同性 欲望的法理想象》	180
后记		204

第一编

美国宪法视野下的性倾向平等保护

第一章 正当程序与平等保护的双螺旋结构

——对美国一起同性婚姻案件宪法争议的解读

2015年6月26日,美国联邦最高法院以5:4的票数,对奥伯格费尔案(*Obergefell v. Hodges*)^[1]作出判决,认为根据宪法第十四修正案,各州应当为同性伴侣办理结婚登记,任何州不得拒绝承认在另外一州合法缔结的同性婚姻。多数意见由安东尼·肯尼迪大法官执笔,鲁思·巴德·金斯伯格、史蒂芬·布雷耶、索尼娅·索托马约尔以及艾蕾娜·卡根四位大法官附议,四位少数派大法官约翰·罗伯茨、安东宁·斯卡利亚、克拉伦斯·托马斯和塞缪尔·阿利托各自出具了一份异议意见。首席大法官罗伯茨的异议意见批评多数意见不是法律判断。他说在政策辩论的意义上,把婚姻扩展到同性伴侣之间或许是令人信服的,但是在法律论证上是薄弱的,州的人民有权力决定把婚姻扩展到同性伴侣之间,或者让婚姻保持传统的定义。他认为多数派五位法官封闭了这个议题的争论,把自己关于婚姻的观点上升为宪法,作出了很难让人接受的重大

[1] *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

社会变迁。首席大法官发出了这样的责问：“我们以为我们是谁？”^{〔1〕}

支持同性婚姻合法化的一方自然对这个判决结果欢呼雀跃，但是根据著名宪法学家却伯（Laurence H. Tribe）教授的观察，也有很多支持判决结果的人质疑肯尼迪的多数意见长于华丽辞藻，拙于法律推理，是一个政治决策上的巧妙举动，却缺少法律教义的论证基础。^{〔2〕} 却伯教授不同意肯尼迪的判决书缺少法律规范性的意见，并且本文在后面的论证中也会分析却伯教授的论证，但是他的确认为肯尼迪大量使用了修辞手法，批评者忽视了一点，肯尼迪有意识地选择普遍能理解的，不那么技术化的语言，是为了感动外行的读者。这样的风格是要促成普通公民之间就宪法条文的对话。^{〔3〕} 肯尼迪有着很强烈的历史感，他一定意识到这样一个判决必定会成为历史性的文献，所以判决中大量的礼赞婚姻神圣的煽情性文字或许不是出于偶然，但是也容易给法律专业人士留下华而不实的印象。

“正当程序”“自由”“平等保护”“尊严”，多数意见中的这些法律术语是否仅仅是给一种政治判断和价值选择披上了薄弱的法律外衣？宪法的规范学说在何种意义上可以成为这个判决论证的基础？本文试图要说明的是：诚然，这个判决没有办法逃离价值选择和政治判断，无论是自由派法官还是保守派法官，但是奥伯格费尔案判决书中正当程序条款与平等保护条款的合并适用，也绝非纯粹修辞和“大词”的堆砌，而是在规范学说上其来有自。

一、联邦主义问题：两个案子的判决出尔反尔？

在进入对第十四修正案的分析之前，需要先关注一下联邦主义的问题

〔1〕 Obergefell, 135 S. Ct. at 2611–2612 (Roberts, C. J., dissenting). 罗伯茨法官认为法官很容易受到诱惑把个人的偏好和法律的要求混淆，并且引用霍姆斯大法官在洛克纳案件中的著名的异议意见：宪法是“为观点上根本不同的人制定的”。

〔2〕 Laurence H. Tribe, “Equal Dignity: Speaking its Name”, 129 Harv. L. Rev. F. 16, 16 (2015).

〔3〕 Laurence H. Tribe, “Equal Dignity: Speaking its Name”, 129 Harv. L. Rev. F. 16, 23 (2015).

不给付孩子抚养费的爸爸的结婚权’。相反,这些案件所探究的都是宽泛意义上的婚姻权,所追问的是,是否有正当理由可以证成把某个群体排斥在婚姻权之外。”^[1]学者黄明涛赞扬了肯尼迪的这个辩驳,认为立法技术不能接受把言论自由“分别定义为街头演说的权利、家中闲聊的权利、教师授课的权利、商务谈判的权利、远程通话的权利、广告营销的权利……”^[2]当然,这不仅仅是技术意义上的争辩,自由派和保守派法官从不同的价值观出发,才会拿捏分寸,对问题进行不同抽象程度的概括。婚姻权,还是同性婚姻权,前者有着深深的历史的根基,后者看起来离经叛道,这种咬文嚼字背后是明显的价值观的撕裂。

这种提炼问题组织语言的不同,在同性恋权利的案子里并不新鲜。1986年的鲍尔斯案(*Bowers v. Hardwick*)^[3]是美国联邦最高法院首次受理涉及同性恋权利的宪法诉讼,判决刑事制裁同性性行为的法律符合宪法,是同性恋平权之路上的一大挫折。当时联邦最高法院的多数意见有一句贬斥同性性行为的著名的话被广为引用:“如果声称从事非自然的性行为的权利,‘深深地植根于这个民族的历史和传统’,或者‘内在于有序的自由这一概念’,往最好了说,也是太可笑了。”^[4]2003年,美国联邦最高法院在劳伦斯案(*Lawrence v. Texas*)^[5]中推翻了鲍尔斯案件的结论,认为法律惩罚同性之间的性行为违反了正当程序,贬低了同性恋者的人格。肯尼迪大法官在多数意见里批评了鲍尔斯案件里

[1] *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2602. 拉文案是美国联邦最高法院1967年的先例,弗吉尼亚州禁止跨种族婚姻的法令被判定违反宪法而无效,参见 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). 特纳案是美国联邦最高法院1987年的先例,判决监狱规范不能限制正在服刑的罪犯的结婚权,参见 *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987). 扎布罗茨基案是美国联邦最高法院1978年的先例,判决离婚爸爸拖欠抚养费,不能成为限制他结婚的理由,参见 *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

[2] 黄明涛:“同性婚姻判决的宪法学分析——解读欧伯格菲案的多数意见”,载《中国法律评论》2015年第4期。

[3] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

[4] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), at 194.

[5] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

提炼问题的方式,认为“同性恋是否有权从事非自然性行为的权利”这个问题太过于狭窄了,应该宽泛一些,探究是否有在个人关系里私密的进行性行为的权利。^[1]提炼出这样的概括性问题是因隐私权的保障有一系列先例的支持,而“非自然性行为”(英文为 *sodomy*, 包括鸡奸、口交等行为),在西方历史上长期受到打压和贬斥。

首席大法官罗伯茨看起来对先例非常忠实,但是逻辑上也不自洽,罗伯茨大法官将奥伯格费尔案件里的多数意见类比为另一个洛克纳案 (*Lochner v. New York*)。^[2]洛克纳案在历史上臭名昭著,属于实体性正当程序的滑铁卢,也常常被用来证明司法能动的弊端。20 世纪初,纽约州立法限制面包师工作时间,一天最长 10 小时,一周最长 60 小时,有一个老板洛克纳因为违反这个法律而被处罚,于是官司打到联邦最高法院,联邦最高法院用实体性正当程序的方法判决纽约州的法律违反了契约自由。在学者吉野贤治看来,罗伯茨法官用洛克纳案来指责奥伯格费尔案的判决很失败:首先罗伯茨法官声称并不反对所有的推导出来的基本权利,联邦最高法院也承认“未列举权利”。罗伯茨认为从格里斯沃尔德案 (*Griswold v. Connecticut*)^[3] 开始的隐私权的先例就是很好的判决。然而吉野贤治教授认为洛克纳案比格里斯沃尔德案更符合格拉斯博格案“深深植根于历史传统”和“详细描述”的标准。自由放任,国家对经济不干预的思想深深植根于美国的历史传统中,契约自由也符合“详细描述”的权利这一标准。而避孕并没有深深地植根于美国历

[1] Peter Nicolas, “Fundamental Rights in a Post - Obergefell World”, 27 *Yale J. L. & Feminism*, 331 - 340 (2016) .

[2] *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905) . 罗伯茨大法官在异议意见中引用洛克纳案来批评肯尼迪在奥伯格费尔案的判决是法官造法,可参见 *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2617 (Roberts, C. J., dissenting) .

[3] *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965) . 联邦最高法院在此案中判决康涅狄格州禁止避孕或者帮助避孕的法规无效,首度承认隐私权是宪法所保护的权利。

史,隐私权更是非常的宽泛,不符合“详细描述”这一标准。^{〔1〕}联邦最高法院在一系列案件里用隐私权囊括了避孕、怀孕早期的堕胎、在家里看色情品、成年人之间的性等诸多内容,如果说婚姻权的概念过于宽泛,那隐私权的概念不宽泛吗?

肯尼迪列举了一系列有关婚姻权的案件,来表达婚姻权是基本权利有先例的支持,尽管他也意识到这些婚姻权指的都是异性婚姻,但是,先例都在探究婚姻权排斥了哪些人群。跨种族伴侣、监狱的罪犯、离婚后不给付孩子抚养费的爸爸,都一个个通过判例推翻了禁止结婚的立法,同性伴侣不过是婚姻权排斥的一个新的人群而已。如果只有历史上支持,才可以支持现有的权利诉求,那婚姻权永远没有办法建构起来去对付排斥性的立法。正如肯尼迪在多数意见里写道:“如果权利被过去拥有它的人来界定,既有的实践被用于不断地为这些权利进行正当化,那么曾经被权利排斥的新的人群,就不能求助于这些权利了。”^{〔2〕}

当然,这些话语并不能完全回答首席大法官罗伯茨这一有力的质疑:“结婚权这一基本权利不包括有权利要求州改变婚姻的定义。”^{〔3〕}就像完全依赖历史提供正当性可能是一种循环论证,完全依赖定义来推进论辩也是一种循环论证。然而这个问题的确需要处理,原因就在于这样的质疑把婚姻一男一女的界定给中立化了,好像肯尼迪要通过司法判决改变一个中立的概念,而以往的先例都没有要求州改变婚姻的概念。然而,奥伯格费尔案的上诉人所挑战的州立法,不是一个概念那么简单。耶鲁大学著名法学家埃斯克瑞基(Eskridge)教授进行了非常精妙的分析:在18世纪、19世纪的美国,没有一个州承认同性婚姻,都把婚姻限制在一男一女的范畴,这并不是反同性恋的意识形态作祟,而是

〔1〕 Kenji Yoshino, “The Supreme Court, 2014 Term – Comment: A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*”, 129 *Harv. L. Rev.* 147, 171 (2015) .

〔2〕 *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2602.

〔3〕 *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2611 (Roberts, C. J., dissenting) .

和鼓励生育相关。相比之下,禁止跨种族婚姻一开始就和种族主义意识形态相关。而当下的婚姻平权官司所针对的,是同性婚姻从1993年夏威夷的诉讼开始,这个议题走向公共领域,一些州为了应对这个压力,开始立法或者进行修宪,禁止同性婚姻,这个就和反对同性恋的意识形态紧密相关了。^[1]埃斯克瑞基举了一个例子来说明这问题,19世纪60年代,美国最伟大的诗人惠特曼享受男人之间的恋情,那个时候他如果申请和男人结婚,大家会觉得莫名其妙,倒不是因为敌视同性恋,因为同性恋不过是20世纪才逐渐形成一个概念和阶层。^[2]古老的一男一女的婚姻模式主要是出于生育的考量,在同性恋概念还没有产生的时代,同性恋者还没有成为一个可见的阶层,以性为核心来对人进行分类是19世纪末以来精神病学、心理学的建构,当同性恋者的群体意识形成并且开始诉求婚姻权的时候,州为了应对婚姻平权的压力,用立法把婚姻限制在一男一女之间,这是排斥同性恋的立法,而前现代的一男一女的婚姻模式没有排斥同性结婚的动机。拿中国的案例也可以说明这个问题,2015年6月23日,湖南长沙同性恋者孙某与男友向民政局申请登记结婚,民政局以“没有法律规定同性可以结婚”拒绝,孙某提起了诉讼,请求判决民政局为其办理结婚登记。^[3]在笔者看来,中国婚姻法中“一夫一妻”的规定,并非是同性恋权利意识催生同性婚姻的诉求,立法为了排斥同性伴侣的婚姻权而制定,这和奥伯格费尔案当事人挑战的美国的州立法有很大的区别:孙某所挑战的立法,更像是同性恋身份得以建构之前的为了鼓励生育的立法,而奥伯格费尔案件挑战的,是同性婚姻权诉求出现在公共领域之后州所制定的排斥性立法。中

[1] William N. Eskridge Jr., “Original Meaning and Marriage Equality”, 52 *Hous. L. Rev.* 1067, 1110-1111 (2015) .

[2] William N. Eskridge Jr., “Original Meaning and Marriage Equality”, 52 *Hous. L. Rev.* 1067, 1092 (2015) .

[3] 韩大元:“人的尊严、宽容与同性恋权利的宪法保障”,载《法学论坛》2016年第3期。

美两个案件当事人挑战的，并不完全是一个东西。

法官在案件中怎么提炼问题，也和历史意识紧密相关。婚姻权还是同性婚姻权？同性之间发生“非自然性行为”的权利，还是隐私权？医生对难以治愈的重症病人有协助自杀的权利，还是病人有不被强制治疗的权利？堕胎权还是隐私权？胎儿的生命权还是妇女的选择权？实体性正当程序对历史的探究始终离不开一个大问题，这就是却伯教授和多尔夫教授共同提出的一个概念：概括度的问题（level of generality）。这个问题并不纯粹是一个法律技术问题，而是和价值选择相关，即概括度的价值选择（the value-laden choice of a level of generality）问题，因此无法回避。^{〔1〕}这样的分析显示了，描述性叙述和规范性叙述的难分难解，从更高的抽象度还是更低的抽象度去提炼问题，会得出不同的结论，而法官的思维可能恰恰是从不同的结论出发，然后才选择不同的抽象度去概括问题。以肯尼迪为代表的多数派是如此，他要以“婚姻权”来建立论述的历史根基，毕竟一系列先例支持了婚姻权属于基本权利；以罗伯茨为代表的异议意见也是立场先行，他以“同性婚姻权”来概括当事人的诉求是抽空历史的根基，尽管异议意见小心翼翼地表达自己不是反对同性婚姻，而是认为没有先例支持。

在很大意义上，肯尼迪的意见突破了一些先例的制约，我们也很难想象确立同性伴侣婚姻权的诉讼完全符合历史传统或者先例，对于很多人指责肯尼迪的意见缺乏宪法依据，汪庆华教授一针见血地指出：“如果说欧伯格费案（即奥伯格费尔案——本文作者注）在法理基础上仍然薄弱，这不是欧伯格费案本身的问题。这是所有以未列举权利为基础的判决都会面临的处境。大量进步主义的司法判决在宪法文本上都相对

〔1〕〔美〕劳伦斯·H. 却伯，迈克尔·C. 多尔夫：《解读宪法》，陈林林、储智勇译，上海三联书店2013年版，第102~113页。与此形成对应的是，中国学者李忠夏在分析美国同性婚姻案件的时候，也提到了到底婚姻以“一男一女”为核心特征，还是以“感情结合”“个人选择”为核心特征，牵涉到德国法学家所说的“类型思维的界定”。参见李忠夏：“同性婚姻的宪法教义学思考”，载《法学评论》2015年第6期。

薄弱。这也是此类判例出台以后引发争议经久不绝的原因。”^{〔1〕}取消未列举的权利不是一个选项，否则，既不符合先例，又难以保证一个古老的文本实现宪法变迁。肯尼迪在多数意见中对先例既有遵循，也有突破，遵循指的是他找到一系列先例支持了婚姻权是一项基本权利，突破指的是他判定婚姻权对同性伴侣的排斥不能通过严格审查，这也可以算做是对传统的创造性转化。

三、原旨主义问题：原旨主义支持同性伴侣婚姻权吗？

对同性婚姻的分析，始终离不开历史的眼光，实体性正当程序与先例中历史的限度盘根错节，另外一个重要的宪法学说，原旨主义^{〔2〕}，也强调对宪法原初含义的解读，同样是历史的探讨。一般来说，原旨主义被认为是一种保守主义的解释方式，是对20世纪60年代沃伦法院司法能动主义的反叛，这并非完全没有根据，然而也是一种简化。^{〔3〕}新旧原旨主义有很大的不同，旧的原旨主义如著名的博克法官认为第九修正案和第十四修正案的特权与豁免权条款是宪法上的“墨水渍”（ink blots），认为制宪者不会允许没有经过选举的法官去强制执行没有列举的权利。而新的原旨主义认为，宪法的一些条款如“平等保护”“自由言论”“正当程序”等客观上是开放性的条款，这些抽象的开放条款允许法官进行自由裁量、拒绝承认这一点就是违背了宪法的原初含义。^{〔4〕}正如著名宪法学家巴尔金所说：“如果宪法文本规定的是规则，我们必须把这个规则适用于今天的情境。如果宪法规定的是标准，我们就适用

〔1〕 汪庆华：“司法能动主义视野下的同性婚姻和平等保护——基于欧伯格费案的讨论”，载《浙江社会科学》2017年第1期。

〔2〕 关于美国原旨主义研究的中文专著，请参见侯学宾：《美国宪法解释中的原旨主义》，法律出版社2015年版。

〔3〕 侯学宾：《美国宪法解释中的原旨主义》，法律出版社2015年版，第68～72页。

〔4〕 Thomas B. Colby, “The Sacrifice of the New Originalism”, 99 *Geo. L. J.* 713, 724–725 (2011).

这个标准,如果宪法规定的是一般原则,我们就必须适用原则。”^[1]那意思是美国宪法规定年龄未满35周岁不得当选为总统,这就是规则,必须严格遵守,除非根据宪法第五条进行修宪。而“正当程序”“平等保护”这些条款就是原则,这种很高的抽象性需要法官的自由裁量,这可能本身就是立宪者或者批准宪法者的意图,或者是在宪法通过时这些词汇的公共含义也允许一定的裁量空间。原旨主义曾经被认为是一种独特的宪法解释方式,很多支持者甚至认为这应该是唯一的宪法解释方式,认为这样的解释可以限制法官的自由裁量权,那些“活宪法”的思想是不尊重民主和法治。巴尔金的“活的原旨主义”^[2]概念的提出,把看似矛盾的两种理论融合在一起,在概念上体现的张力,颇有点像“实体性正当程序”这个词一样。这样的一种融合其实已经解构了原旨主义限制法官自由裁量、防范在判决中混杂个人偏好的功能,甚至使原旨主义和非原旨主义变得很难区分了,但依然需要提倡遵守宪法文本这样一个“遮羞布”。丁晓东认为这有些自欺欺人,因为“在宪法解释中,决断才是真实的世界,而排除决断之治不过是没有自觉的幻象”。^[3]斯卡利亚法官就生活这样的幻象里,他认为非原旨主义者经常混淆他们自己偏好的价值和社会的基本价值,而原旨主义的法官有着历史的标准可以区分清楚。^[4]宪法是否可以推导出婚姻权这一基本权利,是否要保证同性伴侣的权利?难道有什么样的宪法解释方法可以排除政治性的决断吗?

原旨主义领域还有一个非常重要的转变就是从“原初意图”到

[1] Jack M. Balkin, “Framework Originalism and the Living Constitution”, 103 NW. U. L. Rev. 549, 553 (2009).

[2] 关于“活的原旨主义”理论,可参看[美]杰克·M. 巴尔金:《活的原旨主义》,刘连泰、刘玉姿译,厦门大学出版社2015年版。

[3] 丁晓东:“宗教视野下的美国宪法解释:评巴尔金的《活原旨主义》”,载《政法论坛》2015年第5期。

[4] Antonin Scalia, “Originalism: The Lesser Evil”, 57 U. Cin. L. Rev. 849, 863 - 864 (1989).

“原初公共含义”的转变，前者强调的是立法者的立法意图，探究立法者主观上期待如何把宪法条款应用于具体案件；后者强调宪法通过时一个中立的读者从宪法文本和结构中读出的含义。斯卡利亚大法官就在演讲中说到自己首先是一个文本主义者，其次才是原旨主义者，认为自己并不关心立宪者的主观意图，而是看重法条本身，探究其在公布时候，美国人民如何解读。^{〔1〕}有学者认为，投票者的意图是多样且矛盾的，不如法律文本的公共含义清晰，立法机关完全可能制定出矛盾的法律，例如既立法支持控烟，又立法支持烟草种植业，原因是要同时取悦两边的游说集团。在重建时期，议会一方面投票赋予非洲裔美国人平等的民权，另一方面，又不愿意中止在婚姻和教育领域的种族隔离。^{〔2〕}如果完全按照旧的立法者意图的解读方式，著名的布朗诉教育委员会案 (*Brown v. Board of Education of Topeka*)^{〔3〕}的判决就会失去正当性。因为1868年第十四修正案获得通过的时候，结束公立学校的种族隔离很难说是修宪者的意图，所以布朗案成了原旨主义的一个尴尬，因为原旨主义要敢否定布朗案，一定是自我拆台，因为布朗案的道德光环并且在宪法学界的地位早已稳若磐石。与其说是布朗案需要原旨主义来给自己加分，不如说原旨主义需要布朗案来给自己加分。有一位学者讲述了一个轶事：著名宪法学家亚历山大·比克尔曾经做过大法官费利克斯·弗兰克福的助理，他曾经被大法官指派去写一份备忘录，内容是可以让大法官驳斥代理南方州的律师这样一个看法：第十四修正案的立法者的意图是允许州对教育领域进行种族隔离。亚历山大·比克尔的工作让大法官很满意，他的基本观点是第十四修正案的原初意图就是允许进行演进的，高度抽象化的解读，这种中立化的论证正当化了布朗案的判决。所

〔1〕 Steven G. Calabresi and Hannah M. Begley, “Originalism and Same-Sex Marriage”, 70 *U. Miami L. Rev.* 648, 651 (2016) .

〔2〕 Steven G. Calabresi and Andrea Matthews, “Originalism and *Loving v. Virginia*”, 2012 *BYU L. Rev.* 1393, 1397-1398 (2012) .

〔3〕 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) .

以评论者对这个轶事总结了一句颇堪玩味的話：“布朗害怕原旨主义，正如原旨主义害怕布朗。”^{〔1〕}

其实，另外一个著名的案件拉文案^{〔2〕}也和原旨主义有张力，如果按照立法者意图的解释，这个案子判决禁止跨种族通婚的法律违宪就得不到证成。因为立法者批准第十四修正案的时候不断向议会保证说禁止跨种族通婚的法律和第十四修正案不冲突。^{〔3〕}如果原旨主义不是另辟蹊径，强调文本的客观含义和更加抽象的解读，这些著名的判例都不能得以正当化。

带有自由主义倾向的原旨主义者，也开始论证宪法的原旨主义解读也支持同性伴侣获得婚姻权。尽管首席大法官罗伯茨在奥伯格费尔案中表达了相反的看法，他认为建国之初，婚姻被认为是一男一女的自愿契约，布莱克斯通视“夫和妻”的婚姻关系为私人生活中的伟大关系之一。著名哲学家洛克也认为婚姻是男女的自愿契约，核心和主要目的是生殖和养育孩子。对于宪法的制定者和批准者来说，这种婚姻和家庭的概念和价值被普遍接受。^{〔4〕}相比之下，埃斯克瑞基教授运用的是带有“活的原旨主义”特色的解读方式，也是更加抽象的方式，他认为，早在杰克逊时代（Jacksonian era），“平等保护”就是一个古老原则的表达，政府立法目的必须是共同利益，必须避免等级立法（class legislation），因为这样的立法赋予公民中的一群人特殊的优惠但是又给另外一群人施加了负担。在批准第十四修正案的时候，用的措辞都是“废除州

〔1〕 William Baude, “Is Originalism Our Law?”, 115 *Colum. L. Rev.* 2349, 2381 (2015). 笔者的理解是，布朗案害怕原旨主义指的是，弗兰克福大法官害怕布朗案不能在宪法学说上被正当化，怕被批评是法官个人意识形态的强加；而原旨主义害怕布朗案指的是布朗案在宪法史上已经稳若磐石，熠熠生辉，原旨主义没有胆量说布朗案的判决违背了宪法原意。

〔2〕 *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967).

〔3〕 Steven G. Calabresi and Andrea Matthews, “Originalism and *Loving v. Virginia*”, 2012 *BYU L. Rev.* 1393, 1394-1395 (2012).

〔4〕 *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2613 (Roberts, C. J., dissenting).

的所有等级性立法”，“美国所有公民获得平等权”。^{〔1〕}第十四修正案的“平等保护”被理解为反对等级性立法，反对类似于印度那种种姓制度，联邦最高法院与时俱进地把这样宽泛的理解带入到种族歧视和性别歧视的案子里。19世纪的时候，法律人并没意识到在财产法和就业方面对女性的歧视构成违宪，正如在1868年第十四修正案通过的时候并没有意图要立刻推翻公立学校种族隔离和终止对跨种族婚姻的刑事惩罚，但是当法律文化慢慢接受了新的平等的理念，就会诉诸第十四修正案反对等级立法的宽泛的原旨，来推翻歧视性的立法。而如果同性恋概念开始出现，并且逐渐形成一个可见的群体，政府针对同性恋的排斥性规定，也会被视为等级性立法，而不能通过司法的审查。

活宪法常常抱怨原旨主义让我们受到过去死亡之手的控制，而埃斯克瑞基要把婚姻平权和历史联系起来，这种原旨主义是要让婚姻平权融汇到美国宪法的“伟、光、正”的宪法变迁当中，仿佛美国宪法是一部伟大的宪法，所有的曾经的种族、性别的不平等立法都是歪嘴和尚把“经”给念歪了，这是一种美国式的“坏事变好事”，即曾经的这些不平等都会被伟大的宪法所纠正，关于平等的承诺终究会践行。每一场争取平等的社会运动都是拿着宪法建国之父开的支票来要求现在的政府来兑现，这种理想与现实的张力，曾经被美国著名政治学家亨廷顿命名为“失衡的承诺”（The Promise of Disharmony）^{〔2〕}。

“活的原旨主义”的提出者巴尔金教授当然也是这种读法，他认为斯卡利亚是一个“投机性原旨主义者”（fair weather originalist），也是结果导向的，不能同原旨主义共患难，例如在补偿性行动的案子里，对特定种族的优惠同重建时期的宪法原意并不冲突，但是斯卡利亚视而不见。同时，巴尔金也认为，这的确不仅仅是个法律技术问题。保守主义

〔1〕 William N. Eskridge Jr., “The Marriage Equality Cases and Constitutional Theory”, 2015 *Cato Sup. Ct. Rev.* 111, 118-119. (2015).

〔2〕 参见〔美〕塞缪尔·亨廷顿：《失衡的承诺》，周瑞译，东方出版社2005年版。

声称第十四修正案的原旨无关婚姻，自由主义认为第十四修正案的原旨是禁止专门挑出一个群体施加不利负担或者通过法律使一个群体处于次要地位。这取决于不同的人不同的使用历史的方式，也跟怎么从历史中读出一些原则有关，是抽象一些，还是具体一些，不同的概括程度会得出不同的结论，不管什么样的解读方式。法官都要进行决断，他说：“法官（judge）被我们雇佣就是来做判断（judge）的。”〔1〕

实体性正当程序中对历史的解读与概括度有关，原旨主义对历史的解读同样与概括度有关，两者都显示出在婚姻平权的诉讼中，试图有一个方法简单的一劳永逸的可以解决争议是天方夜谭，即使同性婚姻如此离经叛道，也能被活的原旨主义在宪法的维度里招降纳叛。正如有学者所提出的，传统不是一个客观的事实等待着被发现，传统需要解释，而不是放在那里等待着被恢复，理性和判断在解释传统的时候不可或缺。传统也处在流变的过程当中，变化，经常巩固了传统而不是削弱了传统。〔2〕传统都是在当代语境下理解的传统，完全中立的对传统的认定是不可能的，无论是实体性正当程序对未列举权利的认定，还是各种原旨主义方法对“平等保护”的理解，都离不开价值判断，都对历史采取了入乎其内，出乎其外的方法，不同概括度的提炼，都离不开选择，都离不开对历史的依赖。这不仅仅因为美国法律分析方法本质上是历史的，还因为同性婚姻的诉求本身既是激进的，又是传统的。同性恋权利的倡导者往往不太接受“民事结合”等另外专门为同性伴侣创造的模式，说这样的制度是认为同性伴侣不配“婚姻”的称号，这种安排是新的“隔离但平等”，但这恰恰证实了同性婚姻的倡导者一定要保守婚姻这个传统，或许，这可以解释，为什么在看起来最不能纳入原旨主义

〔1〕 “Originalism, Scalia and Gay Marriage: An Interview With Jack Balkin”, by Francis Wilkinson, <https://www.bloomberg.com/view/articles/2013-03-26/originalism-scalia-and-gay-marriage-an-interview-with-jack-balkin>. 最后访问日期: 2017年1月25日。

〔2〕 Katharine T. Bartlett, “Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis”, 62 *Duke L. J.* 535, 537-551 (2012)。

的同性婚姻问题，也可以被“活的原旨主义”煞有介事地高谈阔论并引为同道。

四、平等保护问题：肯尼迪为什么不用基于嫌疑分类的审查标准？

正如上文所述，肯尼迪在奥伯格费尔案件正当程序的法律推理中，突破了“深深植根于历史”的标准，认为基本权利不能被缩减为任何公式，同样的，在平等保护的法律推理中，肯尼迪也放弃了一个公式，那就是基于嫌疑分类的审查标准。或许，这些放弃难免会让人质疑判决的法律推理比较薄弱，那么肯尼迪为什么放弃基于“嫌疑分类”的审查标准这样一种更显专业性的论证方式呢？

首先需要简单介绍联邦最高法院在平等保护领域所发展出来的有关嫌疑分类的学说：立法很难避免对人进行分类，有些分类具有正当性，有些分类不具有正当性，如果分类的立法目的具有歧视性或其他不能被证成的非规范性目的，就可能构成嫌疑分类（suspect class）或者“准嫌疑分类”（quasi suspect class），适用严格审查（strict scrutiny）或者中度审查（intermediate scrutiny）标准，为了对“弱势群体”进行平等保护，释宪机关对这些分类而造成的差别待遇进行更加严格的审查，推定相关立法违宪，除非立法机关对立法目的证成达到一定的要求。对于不涉及“嫌疑分类”或者“准嫌疑分类”的类型，还有一种审查标准，叫合理审查（rational review）。所以总共是三重审查标准。^{〔1〕}

关于如何证成嫌疑分类的立法目的，三种审查标准各有不同，合理审查是最弱的一种审查标准，只要州的法律同正当的州的利益有合理的关联，州的法律就不会被推翻。对于严格审查而言，州如果拒绝一种基本权利或者使用了嫌疑分类，例如种族或者祖籍国，除非这个州法严密设计（narrowly tailored）并且致力于推进紧迫的州利益，否则就会被推翻。中度审查标准主要适用于审查“准嫌疑分类”，如性别，州法除非

〔1〕 薛华勇：“美国平等权审查框架下的‘嫌疑分类’问题研究”，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016年第5期。

与重要的政府利益有实质性联系,否则会被推翻。^[1]一般来说,严格审查和中度审查又被统称为“更高程度的审查”(heightened scrutiny),联邦最高法院前前后后总共把五种分类囊括其中:种族、祖籍国、外侨、性别、是否婚内生育的区分。对嫌疑分类或者准嫌疑分类进行更高程度的审查和著名的卡罗琳案脚注四有紧密的联系,联邦最高法院认为应该对伤害“分散且隔离的少数群体”(discrete and insular minorities)的立法进行更严格的审查。在此基础上,著名宪法学家约翰·哈特·伊利发展出来“强化代议制”的理论来纠正立法程序中的缺陷,因为有些弱势群体在民主程序中代表性不足,需要法官更高程度的审查来给予平等保护。^[2]哪些立法的分类所涉及的群体才够资格享受更高程度的审查呢?联邦最高法院在先例中总结出来一些标准,关键是看哪些人群更没有希望通过立法程序改变自己群体被歧视、被贬低或者被污名化的不利境遇,所以才需要司法审查施以援手。而无论是美国的女权主义运动还是 LGBTI (包括女同性恋、男同性恋、双性恋、跨性别、间性人的简称)权利的运动,甚或其他少数群体的维权运动,在利用诉讼挑战歧视性立法的时候,像黑人民权运动一样,希望法院把自己所属的群体纳入嫌疑归类或者准嫌疑归类,性别已经被成功地纳入,性倾向基本上被认为是合理审查。显然,联邦最高法院还没有做好准备把性倾向纳入更高程度的审查,在1996年的罗默案(*Romer v. Evans*)^[3]中,联邦最高法院首次作出维护同性恋权利的判决,推翻了科罗拉多州歧视性的宪法修正案,但是适用的不是严格审查,实质上适用的是合理审查。一

[1] Charles R. Calleros, "Advocacy for Marriage Equality: The Power of a Broad Historical Narrative During a Transitional Period in Civil Rights", 2015 *Mich. St. L. Rev.* 1249, 1273 (2015).

[2] Julie A. Nice, "Equal Protection's Antinomies and the Promise of a Co-Constitutive Approach", 85 *Cornell L. Rev.* 1392, 1406 (2000). 关于伊利的观点,请参见[美]约翰·哈特·伊利:《民主与不信任:司法审查的一个理论》,张卓明译,法律出版社2011年版。关于“强化代议制”理论的分析,可参见[美]约翰·哈特·伊利:“对谁的不信任”,汪庆华译,载《中外法学》2004年第5期。

[3] *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

般来说,运用合理审查会尊重民主机构的立法,因为这是最不严格的审查,但是联邦最高法院宁愿让合理审查这个“纸老虎”长出了“牙齿”,也不愿意把性倾向纳入更程度的审查。

在奥伯格费尔案中,这个问题又再次浮现,上诉人提出,性倾向应该被视为嫌疑分类,原因是已经满足了联邦最高法院在先例中所设定的标准:①同性恋者在历史上长期遭受不公平的区别对待;②他们区别于其他群体的特征与他们对社会的奉献无关;③他们作为弱势群体缺乏政治上的力量;④他们的性倾向是不可改变的,这个群体属于分散的群体。^[1]肯尼迪在多数意见中没有处理这个问题,他没有适用嫌疑分类基础上的严格审查,也没有适用合理审查,而是认为婚姻权是基本权利所以州立法没有办法通过严格审查。罗伯茨认为多数意见根本没有认真对待平等保护条款,因为平等保护的框架常常要用到“手段——目的”分析方法,即法官要探究政府所进行的分类和所追求的目的是否有充分的关联。罗伯茨认为同性伴侣和异性伴侣的区分与“正当的州利益”有合理的关联,这个利益就是“维护婚姻传统机制”。^[2]罗伯茨进行“手段——目的”分析时所用的语言基本上可以看作是合理审查的标准,一般合理审查的确会尊重立法机关的决定,因为立法目的和分类之间的关联很容易得到证成。如果肯尼迪要在嫌疑分类的基础上推翻州立法,就必须提升性倾向的审查标准,要探究性倾向是否满足了最高法院关于更程度的审查所设置的标准。有意思的是,按照宪法学者巴尔金的观察,肯尼迪在多数意见中提到同性恋者历史上长期遭受歧视;社会上重要的机会排斥他们,而原因与他们同社会的贡献无关;性倾向不可改变,所以同性婚姻是同性伴侣唯一的途径来满足对婚姻的深深承

[1] Marie Louise Dienhart: “Case Summary: Obergefell v. Hodges?”, 28 *Regent U. L. Rev.* 163, 173 (2015-2016) 关于性倾向是否“不可改变”以及和平等保护的关系,可参见郭晓飞:“本质的还是建构的?:论性倾向平等保护中的‘不可改变’进路”,载《法学家》2009年第1期。

[2] *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2623 (Roberts, C. J., dissenting).

诺；同性恋是弱势群体，在议会立法机关里没有得到充分的代表。肯尼迪实际上有充分的理由把性倾向加入嫌疑分类的范畴，奥巴马政府也希望做到这一点。然而，在实际上列出了结论所需要的各种元素后，却没有得出性倾向是嫌疑分类这样的结论。^{〔1〕}肯尼迪在嫌疑分类、严格审查的问题上几乎列举了所有的元素，如果按照这样的法律学说进行论述，可以大大增强判决书专业说理的分量，可是最后的结论却“千呼万唤不出来”，兜兜转转，欲言又止，肯尼迪一定是不想把性倾向列入“嫌疑分类”或者“准嫌疑分类”，这，又是为什么呢？

第一，肯尼迪在多数意见中着重论证婚姻是基本权利，从而对州立法进行严格审查，这就把重心放在了婚姻上，对于同性恋的关注只是用来论证州法造成的排斥同性伴侣的效应不能通过审查；如果把性倾向列为嫌疑分类或者准嫌疑分类启动更高层次的审查，那就是对性倾向歧视的一种一劳永逸的解决，那就不仅仅是婚姻平权了，关于租房、就业等一系列的歧视都可以在这个框架下得到解决。按照埃斯克瑞基教授的说法，正当程序和常规的平等保护是可替换的，是相互依赖的，是“零售”的层次，挑战的是特定的歧视。但是单一地用平等保护是让弱势群体中了头彩，是“批发”的层次，挑战的是一系列相互关联的歧视。^{〔2〕}埃斯克瑞基教授所谓单一的适用平等保护，指的就是嫌疑分类的方法，是更高层次的审查，这是一种激进的变革，只要把性倾向列入，所有有关性倾向的分类的立法都要接受严格审查，并且很容易被认定违宪。而肯尼迪用的是常规的平等保护和正当程序相互依赖的思路，是一种渐进

〔1〕 Jack Balkin, "Obergefell and Equality", <https://balkin.blogspot.jp/2015/06/obergefell-and-equality.html>, 最后访问日期: 2017年1月27日。

〔2〕 William N. Eskridge, Jr., "Destabilizing Due Process and Evolutive Equal Protection", 47 *UCLA L. Rev.* 1183, 1216 (2000) .

的变革,这就把奥伯格费尔案限定在婚姻的范畴之内^[1],至于其他领域的性倾向歧视,可能还需要具体问题具体分析,这是一种司法克制,而同性恋权利的倡导者当然不会满意这样的渐进模式。

第二,联邦最高法院已经40年没有增加新的嫌疑分类的弱势群体了,上一次增加新的类型,是1977年联邦最高法院认定的非婚生孩子的父母,其认为这样的分类应该接受更程度的审查。^[2]吉野贤治教授认为,原因在于,美国联邦最高法院有一种“多元主义焦虑”,不断移民产生的来自其他国家的新人,社会运动不断发现的新人,冲击了美国的同化的理想。联邦最高法院关闭了平等保护之下发展新的嫌疑分类的大门,更愿意用“自由”进路,自由进路塑造了更具有包容性的“我们”,而嫌疑分类的“平等”进路对群体的强调,可能使得社会“巴尔干化”(balkanization)。^[3]嫌疑分类求助于身份政治,需要挑选哪些弱势群体给予司法上更多的保护,联邦最高法院担心不断增多的身份不是一种社会的融合,而是一种撕裂,害怕这种模式激发了更多的抱怨的政治。联邦最高法院在推翻惩罚同性之间“非自然性行为”的州立法的时候,更为强调所有成年人私下里在亲密关系中发生性行为是隐私权,而不是因为性倾向是嫌疑分类而进行严格审查。

第三,多数意见不愿意适用基于嫌疑分类的审查标准,还跟肯尼迪大法官的个人风格有关。肯尼迪在联邦最高法院四个支持同性恋案件的判决中写下多数意见,所以在此类案件中他不是摇摆票,但是在联邦最高法院法官的意识形态图谱上,他是中间派大法官。熟悉肯尼迪的学者进行了这样的分析:从历史上来看,中间派大法官常常是实用主义者,

[1] Serena Mayeri, "Marriage (In) equality and the Historical Legacies of Feminism", 6 *Cal. L. Rev. Circuit* 126, 131 (2015). 作者认为肯尼迪的意见对婚姻的高尚性的强调,意思就是,婚姻如此重要,才使得排斥同性伴侣不能接受,不准备触碰其他领域的与性倾向有关的不正义。

[2] Kenji Yoshino, "The New Equal Protection", 124 *Harv. L. Rev.* 747, 757 (2011).

[3] Kenji Yoshino, "The New Equal Protection", 124 *Harv. L. Rev.* 747, 747 - 776 (2011).

缺少很强的司法哲学，看重实际问题的解决，司法意见可以比公共舆论稍微超前一点，但不要超出太多。肯尼迪虽然党派性不强，但有很强的司法哲学。肯尼迪的潜在哲学就是在各个层面上对个人自由的尊重，既支持保守派反对的淫秽言论，也支持自由派反对的商业言论，既支持左派支持的堕胎、焚烧国旗，也支持右派支持的个人财产权、个人宗教自由。肯尼迪不喜欢“类型分配”（type casting）的个人观念，也不喜欢“基于群体”（group based）的思考，所以这可以解释为什么肯尼迪会不喜欢“补偿性行动”，也可以解释为什么他在奥伯格费尔案中更加喜欢自由论述多于喜欢平等论述。^[1] 补偿性行动对少数族裔的优待让肯尼迪忧心强调族裔的划分会造成社会新的撕裂，所以尽管他并不完全反对政府可以有一定程度的带有种族意识的对弱势的照顾，但是强调要进行司法的监督，这些都同他强调个人自由的思维方式有关。

第四，洛克纳案之后，自然权利的法理逐渐式微，法院亟待发展出另外一种保护弱势群体的理论基础，所以才对民主进行了重新界定，认为司法审查推翻某些排斥少数群体的立法，非但不是“反多数决”，而恰恰是对立法机构民主赤字（democratic deficit）的纠正。卡罗琳案著名的脚注四就是在这个背景下才得以凸显。然而，“分散且隔离的少数群体”、“嫌疑分类”以及伊利的“强化代议制”这一系列相互关联的概念和思想，受到了著名学者布鲁斯·阿克曼的批评。阿克曼认为，卡罗琳案的判决有两个方面的洞见，一个被重视，一个被忽视。被重视的洞见是一些群体在各方利益博弈的多元民主程序中，遭遇了系统性的不利对待，法院需要成为一个多元民主的完善者，法院要纠正不公平的程

[1] Ashutosh Bhagwat, “Liberty or Equality?”, 20 *Lewis & Clark L. Rev.* 381, 382–393 (2016). 有学者通过经验研究显示肯尼迪在审理种族和性别案件时候，大量的投票是保守主义的，而在涉及性倾向的案件时，大量的投票是自由主义的。作者认为同性婚姻的案子和肯尼迪的自由至上主义（libertarian）不冲突，这些案件并不寻求经济的再分配和平等的优质教育权利。详情可参见 Russell K. Robinson, “Unequal Protection”, 68 *Stan. L. Rev.* 151, 200, 228 (2016).

序产生的结果,但是并不质疑参与者的实体价值。而卡罗琳案被忽视的洞见就是法院重点强调了“歧视”,法院在这个时候不是多元民主的完善者,而是多元民主的终极批评者,认为有些实体价值是不能在日常的民主政治中讨价还价的。我们除了要完善多元民主之外,也要为多元民主设限。^[1] 卡罗琳案的第一个洞见被不断发扬光大,好像司法审查推翻立法机构的立法不是制约民主,而是纠正立法的不够民主。民主的强势使得第二个洞见被忽视了,对弱势群体不在程序上加以排斥,民主就没有问题了吗?女性、残障群体、穷人很难符合“分散且隔离的少数群体”这个公式。阿克曼不断强调不能把宪法简化为促进民主多元,权利法案和内战修正案是革命和内战的产物,而不是利益集团民主博弈的结果。^[2]

阿克曼发现平等保护的学说经历了一个变化,技术化的审查等级成为主流宪法学说,民权革命的“反屈辱原则”(anti humiliation)式微。在1967年的拉文案当中,沃伦法官不敢依赖1954年布朗案的判决理由,怕引起南部对结束学校种族隔离的抵制。因为布朗案明确强调了反对体制性屈辱是结束学校种族隔离的理由。拉文案为了避开敏感的布朗案,遵循的先例竟然是1944年判定的拘禁日裔美国人合宪的松封三郎诉美利坚合众国案(*Korematsu v. United States*)。沃伦法官认为种族分类“本质上是可疑的”,之所以支持拘禁日裔美国人,是因为有高于一切的国家利益。而拉文案中涉及的禁止跨种族通婚,则没有这种高于一

[1] Bruce A. Ackerman, "Beyond Carolene Products", 98 *Harv. L. Rev.* 713, 740-742 (1985)。

[2] Bruce A. Ackerman, "Beyond Carolene Products", 98 *Harv. L. Rev.* 713, 743 (1985)。伊利认为女性权利如果赢在立法机关而非司法程序,则更具有正当性。伊利的理论对于同性恋来说是双刃剑,一方面他认为同性恋不敢亮出自己的身份,所以是孤立的匿名的不能站出来驳斥主流社会的刻板印象,另一方面他又认为,如果制裁同性性行为是出于真诚的道德反感,而不是简单的伤害所涉及的群体,那么这种道德反感就是实质性的,司法审查就不能给予限制。这典型体现了程序导向的司法审查理论的局限。这一部分观点可参见 William N. Eskridge Jr., "Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics", 114 *Yale L. J.* 1279, 1286-1289 (2005)。

切的利益。所以阿克曼认为,拉文案的判决从布朗案强调真实世界的屈辱,走向了强调禁止跨种族婚姻的可疑的立法动机。阿克曼赞扬了肯尼迪大法官在温莎案里恢复了布朗案的遗产,强调了体制性屈辱的危害,推翻了《捍卫婚姻法案》。^[1]

肯尼迪在奥伯格费尔案的判决中,也使用了阿克曼所谓的反屈辱的原则。例如他认为婚姻法排斥同性结合,给同性伴侣(收养的或者通过辅助生殖技术生育)的孩子造成了侮辱和伤害^[2],这种话语很容易让人联想到布朗案强调种族隔离对黑人孩子精神和心智的伤害。面对少数派法官对多数意见僭越民主是司法专横的批评,肯尼迪也明确指出,只有民主不侵犯公民的基本权利,民主才是适合的促进变革的方式。在1986年鲍尔斯案中,联邦最高法院尊重了州法主要用于惩罚同性间“非自然性行为”的立法,给同性恋者造成了很大的痛苦和羞辱,尽管联邦最高法院在2003年推翻了这个先例,但是对人尊严上的伤害不可能靠大笔一挥一下子就消失。^[3]总之,嫌疑分类的方法似乎把法院的角色定位在民主的完善者而非民主的批评者的角色,而且这样的技术化的审查等级丢失了民权革命遗产,肯尼迪对技术话语的躲避也是为了更清晰地表达反屈辱的原则,何况那些技术话语以一个公式的形式出现,并声称能够带来司法判决的稳定性,这是大可质疑的。

五、正当程序与平等保护的交叉性问题:叠床架屋还是相辅相成?

美国宪法第十四修正案第一款的“正当程序”条款和“平等保护”条款,常常被认为服务于不同的目的,联邦最高法院在不同的案件中发展出不同的适用条件。著名宪法学家桑斯坦有一个总结:正当程序所保护的权利常常是“深深植根于民族的历史和传统”,所以正当程序是保

[1] Kenji Yoshino, “The Anti-Humiliation Principle and Same-Sex Marriage”, 123 *Yale L. J.* 3076, 3079 (2014).

[2] *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2600.

[3] *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2605-2606.

护传统实践,以对抗短暂的多数派因为对历史不够敏感而做出脱离历史的新发展;而平等保护是保护被贬斥的群体免受歧视,哪怕这个贬斥根深蒂固、有历史渊源。正当程序经常是“往回看”的,平等保护是“朝前看”的。^[1] 桑斯坦的判断与1986年的鲍尔斯案判决相关,联邦最高法院在此案判决中认为正当程序不保护同性恋之间的“非自然性行为”,是因为不深深植根于历史,而桑斯坦希望将来的平等保护条款可以禁止基于性倾向的歧视。他这样的判断当然是有基础的,按照前面的分析,正当程序保护的“未列举的权利”要求深深植根于历史,而同性恋的权利诉求很难满足这个标准,因为同性性行为在西方历史上长时间被排斥,但是按照平等保护的“嫌疑分类”标准,历史上长期受排斥恰恰是平等保护的严格审查所要求的标准之一,越是历史上受排斥和政治上无力,越有可能成为“嫌疑分类”。然而,再一次,法律不是逻辑而是经验,司法实践否定了桑斯坦的判断。联邦最高法院在避孕、堕胎、同性性行为的合法化、跨种族的婚姻权等一系列案件中,用正当程序条款支持了同历史相抵触的权利诉求,也就是说正当程序条款有时候也用来批判传统。按照埃斯克瑞基教授的观察,法院无论是适用正当程序条款还是适用平等保护条款,都既要“往回看”,也要“朝前看”,还要有当前的现实考量。平等保护的核心是强调反歧视,正当程序的核心是反对恣意,核心理念是尊重人的尊严。^[2]

2003年联邦最高法院对劳伦斯案作出判决,裁定德克萨斯州惩罚

[1] See Cass R. Sunstein, "Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection", 55 *U. C. L. Rev.* 1161, 1163 (1988). 桑斯坦在另外一本书中写道:“正如人们开始意识到的,平等保护条款具有修正传统的功能,而正当法律程序条款则一般至少具有保护传统的功能。平等保护条款设定了一项标准化的理想目标以批判现有的惯例;而正当法律条款捍卫了盎格鲁-美利坚的法律中确立已久的权利。”参见[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》,泮伟江、周武译,北京大学出版社2007年版,第193页。

[2] William N. Eskridge, Jr., "Destabilizing Due Process and Evolutive Equal Protection", 47 *UCLA L. Rev.* 1183, 1216, 1219-1211 (2000).

同性间“非自然性行为”的立法无效，此案标志着同性性行为在美国的“除罪化”。却伯教授在解读此案肯尼迪大法官执笔的多数意见时，提出了正当程序和平等保护交叉并行的这一法律“双螺旋”（double helix）结构，因为看起来劳伦斯案推翻了鲍尔斯案的判决，主要适用的是正当程序条款，但是肯尼迪也有平等的考量，德州的禁令对同性间的私密关系进行了妖魔化，同性间的亲密关系和异性间的亲密关系应该是平等的。^{〔1〕}肯尼迪在劳伦斯案的判决书中这样写道：“平等对待，和尊重实体性自由所保护的行为的正当程序权利，在一些重要方面，是相互关联的，建立在后者基础上的判决，会同时促进两者所保护的法益。”^{〔2〕}这种正当程序和平等保护的双螺旋结构，并非是大词堆砌、叠床架屋，而是不得不然、水乳交融。德克萨斯州对同性之间性行为的惩罚是对正当程序所保护自由的侵犯，但是如果只将性行为和隐私权的角度作为判决基础，就忽视了对同性间性行为的惩罚的波及效应，就是同性恋者被认为是潜在的罪犯，在求职、租房等一系列问题上遭受歧视。其实惩罚私密状态下的同性性行为在2003年案件判决的时候已经很少执行了，成了一个“具文”，但是这样法条的存在就是对一个群体的“污名化”。肯尼迪在正当程序和平等保护的双螺旋结构下，用正当程序对同性性行为除罪，用平等保护保障同性恋群体平等的公民权，是在行为和身份双重意义上的“除罪”。尽管上文已经分析了肯尼迪不喜欢群体性权利的思维模式，看重个人自由，但是在同性恋权利问题上，他有重心，但并没有偏执于一端。

〔1〕 Laurence Tribe, “Lawrence v. Texas: The ‘Fundamental Right’ That Dare Not Speak Its Name”, 117 *Harv. L. Rev.* 1893, 1897–1904 (2004) .

〔2〕 *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558, 575. (2003) . 肯尼迪特意提到此案无关同性婚姻诉求。斯卡利亚大法官发表了异议意见，他认为多数意见打开了潘多拉的魔盒，开启了同性婚姻合法化之路，因为如果对同性恋的道德责难不构成“正当的州利益”来惩罚同性之间性行为，那有何理由去禁止同性结婚呢？生育肯定不是理由，因为年老或者不能生育的都有权结婚。*Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558, 604–605. (Scalia, J., dissenting) . 不得不说，斯卡利亚预测得相当准确。

奥伯格费尔案的多数意见同样显示出正当程序和平等保护的双螺旋结构,并且用“尊严”融合两者。不过有学者指出,肯尼迪在这个同性婚姻案件中的意见缺乏实质意义的平等保护的分析,虽然多数意见明确指出禁止同性婚姻的州法违反了平等保护条款。^{〔1〕}这大概说的是肯尼迪没有进行“嫌疑分类”的分析,他采取严格审查的基础是基于婚姻权这一基本权利。所以,在多数意见中,肯尼迪基本上只有一个段落是单独的平等保护的分析,其他都是正当程序分析,还有正当程序和平等保护相互关联的分析。这种相互关联在本案中体现的基调为,婚姻权是正当程序所保障的一种权利、一种自由,同性伴侣践行这种自由,不应该受到不平等的对待。肯尼迪在多数意见中分析了这种关联性:“正当程序条款或者平等保护条款虽然是制定的两个独立的原则,但它们在深层次上是相互关联的。虽然内在于正当程序所保护之自由的权利和通过平等保护所获得的权利依赖于不同的准则,而且并非总是相辅相成,但在一些情形下,理解和实现其中一个有助于对另一个的理解和实现。在特定的案件里,或许单一条款更能够在精确度和广度上准确把握一项权利的本质,而界定和确认权利的时候,两个条款或许有相互交叉。两个原则的相互关联阐释有助于增进我们对于自由是什么和自由必须怎么演进的理解。”^{〔2〕}自由、平等,这些大词在判决书里交相辉映,很容易给人叠床架屋的感觉,接下来的分析会借鉴既有的研究成果,论证这样的双螺旋结构,因其不得不然,所以相辅相成。

第一,解决了“积极自由”与“消极自由”的困境。这个难题由少数派大法官托马斯抛出,他认为:“今天法院的判决不仅仅同宪法相

〔1〕 Nan D. Hunter, “Interpreting Liberty and Equality Through the Lens of Marriage”, 6 CAL. L. Rev. Circuit 107, 114 (2015)。

〔2〕 *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2602. 肯尼迪还论述了联邦最高法院在1967年拉文案的判决中也同时适用了正当程序和平等保护条款,推翻了禁止跨种族通婚的立法,因为这样的立法侵犯了婚姻权这一基本自由,以种族划分为基础的立法也违反了平等保护条款。*Obergefell*, 135 S. Ct. at 2603.

冲突,而且同我们国家建基于其上的原则相冲突。因为,早在1787年之前,自由就被理解为免于政府行为干预的自由,而不是获得政府福利的权利。”〔1〕托马斯的意思是以往的有关婚姻权的先例都是对消极自由的争取,例如拉文案涉及弗吉尼亚州要对跨种族婚姻进行刑事惩罚,当事人要争取免于被政府干涉的自由。而同性伴侣在各个州都没有被监禁或者遭遇身体上的强制。要求政府承认和婚姻相关的福利与立宪者所确认的对自由的理解没有任何关系。〔2〕这体现了美国宪法理论中一种“政府不作为”(state inaction)的学说,即宪法只保护个体的消极权利免于政府不利行为的对待,而不是要求政府施惠的行为保护积极权利。〔3〕然而也有分析者认为,“政府不作为”的学说只是从正当程序条款中发展出来的,并不适用于平等保护条款。例如加利福尼亚州曾经立法,允许业主在出租、出售财产的时候拥有绝对的自由裁量,法院推翻了这个立法,因为这将会使得私人领域租房市场的种族歧视合法化。〔4〕所以,尽管多数意见在平等保护的阐释上显得薄弱,但绝非可有可无,托马斯在免于刑法惩罚和身体强制的角度解读婚姻权,只是在正当程序的框架下才可以成立,平等保护毫无疑问也保护积极权利。更重要的是,婚姻权本身很难被简化为只是消极权利或者只是积极权利,可以说兼而有之,婚姻权所包含的政府承认和一系列与婚姻有关福利的赋予,确实是婚姻权的积极权利的一面;但是美国在隐私权案件里所赋予的避孕等权利,也强调了婚姻所构成的私人领域免受政府禁止避孕立法的干涉,而且美国证据法上赋予婚姻中的一方有拒绝作证指控自己配偶的权利,这些都是婚姻消极权利的一面。婚姻权兼具消极自由和积极自由的

〔1〕 *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2631 (Thomas, J., dissenting) .

〔2〕 *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2636-2637.

〔3〕 James M. Oleske, Jr., “ ‘State Inaction’, Equal Protection, and Religious Resistance to LGBT Rights”, 87 *U. Colo. L. Rev.* 1, 5 (2016) .

〔4〕 James M. Oleske, Jr., “ ‘State Inaction’, Equal Protection, and Religious Resistance to LGBT Rights”, 87 *U. Colo. L. Rev.* 1, 7-16 (2016) .

特性，需要正当程序和平等保护的双螺旋结构加以保障，仿佛“鸟之双翼，车之双轮”一样。

第二，自由与平等既互相促进也互相制约。有些时候，适用正当程序条款的自由，可能更好地促进了平等保护条款的平等；而在另外一些情况下，在双螺旋结构中，自由与平等还可以互补不足。吉野贤治教授的分析令人印象深刻，他认为用自由条款有些时候更能促进平等，因为平等可以区分为“向下平等”（“level down”，即通过剥夺所有的人的权利来保证平等）和“向上平等”（“level up”，即通过赋予所有人权利来保证平等）。如果一个城市关闭所有的游泳池（向下平等），而不是允许种族融合（向上平等），至少在当时既存的先例中，和平等保护是不矛盾的。相较之下，正当程序的自由一般不允许州“向下平等”。^{〔1〕}这样一种“向下平等”也可以来论证禁止跨种族婚姻并不违反平等保护原则，因为黑人不准与白人通婚，白人也不准与黑人通婚。在同性婚姻的问题上，一种“向上的平等”是异性婚姻和同性婚姻一体保护，但是保守派出于对同性婚姻的排斥可能提出州政府对所有的婚姻都予以登记，这就有可能是一种“向下的平等”。当然，激进派出于对国家治理过度的质疑以及对婚姻垄断性的忧虑，也可能反对政府参与婚姻的登记，但是这与保守派所提出的建议形同实异。

在争取同性性行为“去罪化”的讨论中，也出现了“向上平等”还是“向下平等”的讨论。美国的一些州所禁止的“非自然性行为”既涵盖了同性之间，也涵盖了异性之间，即异性间的口交、肛交等行为也要受惩罚。2003年的劳伦斯案，当事人所挑战的德克萨斯州的州法仅仅禁止同性之间的“非自然性行为”，所以如果以一种“向下的平

〔1〕 Kenji Yoshino, “The New Equal Protection”, 124 *Harv. L. Rev.* 747, 787 (2011). 关闭游泳池的案子是指密西西比州杰克逊市曾经宁愿关闭所有的游泳池，也不愿意各种族混用。联邦最高法院认为这种政府行为对黑人和白人的影响毫无二致。参见 *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971)。

等”来应对，就可能是同时惩罚同性之间和异性之间的口交、肛交等行为，一种“向上的平等”就是都不惩罚。劳伦斯案的判决也是正当程序和平等保护的双螺旋结构，但是主要运用了正当程序条款，并且认为关于自由的分析会同时促进自由与平等。吉野贤治认为，劳伦斯案中肯尼迪用的自由进路，就是“向上平等”的对待同性恋和异性恋，废除了禁止进行“非自然性行为”的立法。而如果主要运用平等保护条款，也可能走向异性恋和同性恋都被处罚的“平等”，可是，立法上即使平等的惩罚，实际上受到更大污名的还是同性恋者，因为文化上更容易把“非自然性行为”和同性恋联系起来。简而言之，适用正当程序的自由废除禁止“非自然性行为”的立法，比平等保护条款，更加促进了平等。^{〔1〕}

自由和平等在相互促进的同时，也在互相弥补不足。如果说对“向上平等”和“向下平等”的论述是自由对平等弊端的纠正，那么平等对自由也有制约。吉野贤治认为，劳伦斯案和奥伯格费尔案用的都是“反等级的自由”（anti subordination）这一范式，即带有平等关切的自由。在格拉斯博格案中，法院拒绝支持上诉人要求医生协助自杀的权利，就是考虑到如果安乐死合法化，可能造成穷人、老人、残障人士被虐待或者被忽视。医生协助自杀不能成为一种自由，就是受到平等关切的制约。少数派大法官不断提到斯科特案（*Dred Scott*）和洛克纳案这两个臭名昭著的案件，提醒肯尼迪实体性正当程序的危险，但吉野贤治认为用“反等级的自由”可以解决这个忧虑。斯科特案在判决财产权这一自由的时候，缺乏“反等级”的关切，洛克纳案对于契约自由的强调，也忽视了面包师是弱势群体，需要平等的关切。首席大法官罗伯茨担心同性婚姻的合法化会开启多偶制的合法化，吉野贤治认为如果有平等关切，考虑到在多偶制下男人对女人的支配关系，就不会承认多偶

〔1〕 Kenji Yoshino, “The Supreme Court, 2014 Term – Comment: A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*”, 129 *Harv. L. Rev.* 147, 173 (2015).

制婚姻。所以一种“反等级的自由”是一种新的自由，也是一种新的平等。^[1]带有平等关切的自由进路，就是提醒在确认自由权利的时候，是否忽视了弱势群体？斯科特案的判决维护了奴隶主的财产权，而忽视了奴隶的弱势；洛克纳案维护了契约自由，而忽视了雇主和雇员的强弱之别，这些案件确实足以引以为戒，但对于奥伯格费尔案而言，肯尼迪关注婚姻权这一自由的同时，恰恰关注到哪些群体被排斥在婚姻之外这一平等关切，这种双螺旋结构保证了此案不会在历史的长河中被否定。很有可能，奥伯格费尔案在历史的评价中不是跟斯科特案、洛克纳案相提并论，而是和布朗案、拉文案相映生辉。

第三，先例中并不缺乏并且被肯尼迪发扬光大的这个范式，它在不同学者的笔下，呈现出不同的名字，却伯教授认为这种正当程序和平等保护的双螺旋结构在奥伯格费尔案里被发展为“平等的尊严”学说。他认为肯尼迪在一系列案件里用到“尊严”，用尊严融合了正当程序和平等保护，这种模式本来是第十四修正案“特权与豁免权”条款的原旨，后来联邦最高法院用错误的对联邦主义的理解阉割了这一条款。^[2]托马斯大法官认为肯尼迪在奥伯格费尔案判决中用尊严话语是有问题的，因为宪法根本没有“尊严”条款。^[3]却伯教授认为，肯尼迪是个国际主义者，其他国家宪法中有关尊严的条款影响了肯尼迪近25年来把“尊严”带入美国宪法的核心。二战以后，德国、南非在抛弃种族主义意识形态后，用普世的人的尊严作为法律体系的指导原则。美国在内战后，第十四修正案的通过，也是对美国的“原罪”进行救赎，要把宪法的承诺赋予所有的公民。^[4]尽管“尊严”两个字没有出现在美

[1] Kenji Yoshino, "The Supreme Court, 2014 Term - Comment: A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*", 129 *Harv. L. Rev.* 147, 174-179 (2015) .

[2] Laurence H. Tribe, "Equal Dignity: Speaking Its Name", 129 *Harv. L. Rev. F.* 16, 17 (2015) .

[3] *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2639 (Thomas, J., dissenting) .

[4] Laurence H. Tribe, "Equal Dignity: Speaking Its Name", 129 *Harv. L. Rev. F.* 16, 21 (2015) .

国宪法的文本中，可是在联邦最高法院的判决书中，这个词却频繁出现，而不像反对者认为的那样突兀。有学者做了统计，在过去的220年里，联邦最高法院在900多份判决书里用了“尊严”这个词，其中一半是自1946年第一次出现“人的尊严”这个词以来作出的判决，在过去20年里，有100多份判决书述及“尊严”。〔1〕

肯尼迪把正当程序和平等保护的双螺旋结构用尊严来统合在一起，这个模式和阿克曼所讲的民权革命的遗产“反屈辱原则”是一致的，也和吉野贤治教授所讲的“反等级的自由”是一致的，和却伯教授讲的“平等的尊严”是一致的，和埃斯克瑞基教授讲的第十四修正案的原旨是反对一切等级立法和反对一切种姓式立法是一致的，这是一种带有平等关切的新自由观，也是带有自由关切的新平等观。

六、余论：平等尊严的修辞造成了哪些排斥效应？

肯尼迪大法官在多数意见中论证了婚姻权是一种基本权利，对同性伴侣的排斥不能通过严格审查，除了论证，他还运用了很多修辞手法，在这样一个必定要成为历史性文献的判决书中，他对婚姻“神圣”性的礼赞让人印象深刻：“婚姻是对这个普遍存在恐惧的一种应对：一个孤独的人大声召唤却发现无人回应。”“没有任何结合在深度上能超过婚姻，因为婚姻象征着爱、忠诚、奉献、牺牲，和家庭的最崇高的理想。通过缔结婚姻，两个人都超越了自我。正如一些上诉人在本案中所呈现的，婚姻涵盖了可以超越死亡的爱情。说这些男人或女人不尊重婚姻理念是个误解。他们的诉求恰恰是尊重婚姻，非常尊重才会这样孜孜以求、亲自沐浴其中。他们希望不要被文明最古老的机制之一婚姻所排斥，在谴责声中孤独终老。他们诉求法律面前平等的尊严，宪法赋予他们这一权利。”〔2〕

这种修辞的运用据说是为了感动外行，可是却遭到了哪怕是支持同

〔1〕 Leslie M. Henry, “The Jurisprudence of Dignity”, 160 U. Pa. L. Rev. 169, 178 (2011).

〔2〕 Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584, 2600, 2607 (2015).

性婚姻的一些学者的批评,带有自由主义左派色彩的却伯教授认为这种对婚姻的推崇和神圣化排斥了那些或者独身或者处在非婚姻亲密关系中的人,这跟推崇和神圣化异性婚姻排斥同性伴侣没啥区别。^[1]也有学者批评肯尼迪判决的保守性,认为他对婚姻的每一句赞美都是对非婚姻关系的排斥,如果说婚姻是社会秩序的基石,象征着家庭最高的理想,是最深层次希望和愿景的基础,那些非婚姻的关系就恰好是这些光明面的反面了。家庭法的问题就在于把婚姻作为法律规制的基础。^[2]对于在谴责声里孤独终老的说法,致力于研究性、性别与法律的亨特(Nan D. Hunter)教授这样调侃道:“想象那是什么感觉:从没有结过婚的卡根大法官,离异的索托马约尔大法官,还有丧偶的金斯伯格大法官都加入了带有这样语言的多数意见。现在想象一下对于作为单身母亲的服务员或者驾驶员来说,这语言的刀刃有多么的锋利。”^[3]

当保守派大法官斯卡利亚指责肯尼迪司法专断的时候,说联邦司法不能代表美国,联邦最高法院的这九名大法官都是成功的法律人,不是毕业于耶鲁就是毕业于哈佛,其中四个是纽约人,其中八个生长在东海岸或者西海岸的州,没有一个大法官来自西南州,没有一个真正的西部人,没有一个福音教派基督徒(占美国1/4人口),也没有新教徒。^[4]斯卡利亚想要借此批评肯尼迪的多数意见过于激进和精英,可是激进和保留总是相对的,肯尼迪对婚姻神圣性的强调仍然是保留了主流的观点,大法官的组成决定了判决不会太偏离主流舆论,当2015年联邦最高法院判决此案的时候,美国民众对同性婚姻的支持率已经过了半数。

[1] Laurence H. Tribe, “Equal Dignity: Speaking Its Name”, 129 *Harv. L. Rev. F.* 16, 31 (2015) .

[2] Clare Huntington, “Obergefell’s Conservatism: Reifying Familial Fronts”, 84 *Fordham L. Rev.* 23, 29-30 (2015) .

[3] Nan D. Hunter, “The Undetermined Legacy of ‘Obergefell v. Hodges’”, *The Nation* (June 29, 2015), <https://www.thenation.com/article/the-undetermined-legacy-of-obergefell-v-hodges/>, 最后访问日期:2017年1月18日。

[4] *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2629 (2015) (Scalia, J., dissenting) .

尽管同性婚姻议题还面临争议，但是对于婚姻的神圣性，九名大法官没有任何一个人在判决书中，表达不同意见，以至于平等修辞中的排斥效应被很多学者批评。

可能这种排斥效应并非是肯尼迪本人的失误，这恰恰是婚姻体制本身造成的。婚姻的“神圣”意义不断通过各种教育、传媒、国家机制得到巩固，如果没有婚姻对非婚姻的排斥效应，婚姻怎么会包含一千多项联邦的福利和大量州或者公司的福利。如果婚姻没有包含肯尼迪所说的那些“神圣”象征意义，怎么会激起同性伴侣如此的激情去争取。或许，婚姻体制本身就是区隔性的，婚内和婚外大不一样，婚姻追求的就是差别待遇，是歧视性的，所以吊诡的是，肯尼迪的自由加平等的尊严模式也带来了新的不平等和没有尊严。所以，当保守派批评肯尼迪过于激进的时候，一些自由左派也在批评他的保守。

由此，我们才可以理解，为什么同性婚姻可以融合正当程序的自由和平等保护的平等，可以融合原旨主义和活宪法，可以融合“往后看”和“朝前看”，融合了“消极权利”和“积极权利”，以及最后笔者所提及的，可以融合激进和保守。这所有的一切，都离不开价值决断，远非一个个宪法学说的公式可以简单套用，然而，要说肯尼迪的判决完全没有先例的支撑、宪法文本的支持、宪法学说的论证，那也是夸大其词。

第二章 本质的还是建构的？

——论性倾向平等保护中的“不可改变”进路

同性恋的成因是先天的还是后天的？这种性倾向能够改变吗？这是主流社会在面对同性恋议题时发出的第一个疑问，笔者把这个问题称为“天问”。不仅仅是因为科学至今对这一问题众说纷纭，莫衷一是，也不仅仅是因为精深的分析可能使得这一问题有面临失去价值的风险，更重要的是人们常常会认为这一问题和同性恋权利的法律保护有着紧密的

关联，而且这一关联和中国语境也是不排斥的。在 2006 年 1 月复旦大学社会发展与公共政策学院和耶鲁大学法学院中国法研究中心举办的研讨会上，宪法学家蔡定剑教授就提出了同性恋成因的问题，并且认为同性恋者要维护自己的权利不能回避这样的问题。^{〔1〕} 本文就从美国宪法学界对性倾向平等保护中的“不可改变”进路谈起，来考查关于同性恋成因以及是否可以改变的话语是如何同性倾向平等保护联系起来的，这样的联系是否可以切断？自然科学关于同性恋“先天说”的结论遇到了哪些质疑？而这些质疑和同性恋身份政治有什么关联？对同性恋特征不可改变的强调是否和美国的同性恋权利诉讼策略有关？本文试图回答或廓清这些问题。

同性恋作为一种性倾向是否应该得到法律的平等保护？这种平等保护的理论基础是什么？同性恋权利在何种意义上被正当化？罗伯特·温穆特（Robert Wintemute）教授总结了三种同性恋权利正当性的论辩：第一种是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。^{〔2〕}

在同性性行为受到刑罚惩罚的语境下，自由选择、隐私权、尊重私生活这样的进路得到更多的运用，认为成年同性之间私下里、非强制性的、非金钱交易的性行为是个人的隐私权。然而，隐私权作为同性恋权

〔1〕 当场就有一个同性恋志愿者表达了对这一说法的不满，举例说，是否黑人也要证明他们是先天的才能获得平等保护？也许就是这一争论在笔者心中所留下的回响促成笔者选择了这一美国人争论的议题。指出这一争论也想说明这一问题和中国是有相关性的。关于这次会议，可以参见周丹主编：《同性恋与法：“性、政策与法国际学术研讨会”论文及资料》，广西师范大学出版社 2006 年版。

〔2〕 Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 17.

利正当性的基础是有限度的,因为它的理论基础是自由主义的国家不干预理论,对公共和私人两个领域截然两分,忽视了公领域和私领域可能是一个统一体。隐私权把同性恋看成是只能在卧室里发生的一种行为,而不是横跨公共、私人领域的、需要表达的持续人格特征,这种进路把同性恋群体和整个社会互动隔离开来,好像同性恋就是淫秽作品,只有隔离了才是可以被容忍的。如果歧视是普遍的,那国家从卧室的撤出就没有减轻,反而默许了对私行为的污名化,国家表面上的中立和节制,没有办法制止对同性恋的大量歧视。^[1] 隐私权进路对于同性性行为的非罪化是有积极意义的,2003年美国联邦最高法院在劳伦斯案^[2]中,就用隐私权这样的实质性正当程序的进路,推翻了反对同性间所谓“非自然性行为”(sodomy)的法律。但是针对同性恋者的歧视性法律不仅仅只有刑法的制裁,也不仅仅针对的是他们的行为,而且还针对他们的身份,依据美国军队里的“不问不说”(don't ask, don't tell)政策,一个公开自己身份的同性恋者就可能被解雇,而不管是否有同性性行为(该政策于2011年9月20日被废除)。另外在婚姻、就业、监护权、纳税、福利等领域的反性倾向歧视更非隐私权进路所能够救济的。而且根据桑斯坦的分析,在同性恋权利领域,用隐私权这样的正当程序进路不如用平等保护进路,因为正当程序条款常常是保护传统上受尊重的权利免受短期的、新奇的干预,所以经常是向后看的,而平等保护条款是反抗传统实践的,被设计用来阻碍历史悠久的,并且被期望继续存在的实践。^[3] 也就是说,正当程序是保护传统的,尤其是根深蒂固的传统;而平等保护是打破传统的,哪怕是根深蒂固的传统。因为同性恋权利对于传统是陌生的,所以更加适合用平等保护的进路来进行论证。

[1] Note, "The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a Suspect Classification", 98 *Harv. L. Rev.* 1285, 1289-1291 (1985).

[2] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

[3] Cass R. Sunstein, "Homosexuality and the Constitution", 70 *Ind. L. J.* 1, 3 (1994).

一、法律视野下的“不可改变”进路

美国宪法第十四修正案规定各州不得对任何人拒绝提供法律的平等保护，然而立法常常涉及对人的分类，所以需要区分哪些分类标准是“合理”的，而哪些要受到禁止。法院针对不同的归类，也发展出不同的审查标准，最高的审查标准是“严格审查”，很少有法律通过这样标准的审查，除非是它“完全贴合于推进政府的优位利益”而被认为是“理论上严格，实际上致命”（strict in theory, fatal in fact），种族就是典型的“嫌疑归类”（suspect classification）；第二个层次的审查标准是“中度审查”（intermediate scrutiny），要通过这样的审查，法律“必须服务于重要的政府目标，而且必须和实现这样的目标有实质性关联”。第三个层次的标准是“合理审查”，在这种标准之下，只要“法律所进行的分类和正当的政府利益有合理的关联就可以不被推翻”。这是最弱等级的司法审查，被认为是“理论上最低审查，实际上没有审查”。^{〔1〕}一般来说，种族或国籍的分类被认为归属于严格审查的类型，而性别分类一般被认为属于适用中度审查的“准嫌疑归类”，同性恋、异性恋这样的性倾向划分并不适用于这种“更高程度的审查”（heightened scrutiny）。著名宪法学家吉野贤治（Kenji Yoshino）教授认为，种族所适用的“严格审查”和性别所适用的“中度审查”区别很小，基本上都假定基于这样分类的立法无效。前两者都叫“更高程度审查”，和最弱的这种合理审查有很大区别，基本上合理审查都不会推翻立法上的分类。“更高程度审查”和“合理审查”的区别就是保护和不保护的区别，他把这个称作“反歧视的分裂”。^{〔2〕}在美国法律文化的语境下，性倾向歧视常常被类比为种族歧视、性别歧视，所以毫不奇怪的，会有很多学者建议关于性倾向的立法也应该被确立为同样类型的“嫌疑归类”，认为只

〔1〕 Evan Gerstmann, *Same-sex Marriage and The Constitution*, Cambridge University Press, 2004, pp. 14~16.

〔2〕 Kenji Yoshino, "Covering", 111 *Yale L. J.* 769, 876 (2002).

有这样，才可以为解决性倾向的不平等提供全面的框架。事实上这样的进路不过是反映了这样的社会事实，同性恋权利运动要搭种族、性别民权运动的这班车。“反歧视的分裂”，说明了主流社会并没有完全认可性倾向歧视和种族歧视、性别歧视的类比，而这似乎成为性倾向变成新的“嫌疑归类”之重要理由，因为性倾向问题上更加需要“反多数决”。

联邦最高法院赋予某些群体“更高级别的审查”，是针对某些立法歧视了在普通政治程序中处于危险中的特定群体。但是赋予什么样的群体以“更高级别的审查”没有很清楚的基本原理。在弗朗蒂罗诉理查森案（*Frontiero v. Richardson*）中，联邦最高法院多数意见大致列出了宪法要对性别歧视敏感的原因：长时间性别歧视的不幸历史，通过性别之间的刻板印象的区隔，被永久化了；性别特征的高度可见性使得女性容易遭受普遍性的歧视；性别，像种族和民族一样是不可改变特征，仅仅是因为出生而获得的。^{〔1〕}关于确定为嫌疑归类标准的还有来源于首席大法官斯通著名的“第四脚注”中的“政治过程”理论，由于有些群体在政治上是“分散和孤立的”，因而这些少数派本身无力通过民主程序来摆脱多数专制，法院就有理由进行更高层次的审查。^{〔2〕}同时研究法律与文学的宪法学教授吉野贤治用“粉红三角”这个意象来证明同性恋在历史上遭受歧视，用“柜子”这个隐喻来说明同性恋政治上的“不可见”和弱势地位，用“身体”来象征不可改变性。^{〔3〕}本文无意对诸种标准进行整体评论，而主要展开对“不可改变”进路的分析，

〔1〕 *Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. at 684-86 (1973) .

〔2〕 张千帆：《西方宪政体系（上册：美国宪法）》，中国政法大学出版社2004年版，第337页。

〔3〕 Kenji Yoshino, “Suspect Symbols: The Literary Argument For Heightened Scrutiny For Gays”, 96 *Colum. L. Rev.* 1753, 1756 (1996) . 粉红三角是纳粹压制同性恋者的标志，在纳粹的集中营里，同性恋者的囚衣上缝上粉红色三角图形作为标志，粉红三角后来成为同性恋权利运动中的象征物。“柜子”说的是因为同性恋受到压制和打击，被污名化，所以被迫隐藏自己的性倾向，叫“躲在柜子里”，公开自己的性倾向叫“出柜”，作者以此来说明同性恋在政治上的“不可见”和弱势。作者用“身体”来作为“不可改变”的隐喻，但实际上他并不赞同“不可改变”进路。

探讨“不可改变”是否为构成“嫌疑归类”的不可或缺的标准之一，性倾向的平等保护是否一定要以性倾向的不可改变为基础。

如上所述，联邦最高法院在弗朗蒂罗诉理查森案中对基于性别的嫌疑归类给予“更高级别审查”，因为性别像民族和种族一样，都是仅仅基于出生的偶然性而被决定的不可改变特征，所以仅仅因为性别而对特定性别的成员施加特殊的不利负担，违反了“我们体系的基本概念是法律负担应该和个人责任有关系”。^{〔1〕}“不可改变”进路认为，只有是个人选择的才是个人应该负责任的。性倾向和性别一样，是天生的，或者即使不是天生的，也是个人无能为力的，所以不应该对这样的身份承担责任。所以“不可改变”进路依赖自然科学关于性倾向生物学基础的论证，或者认为是早年的社会影响造成了不可改变的性倾向。或者依赖一种常识的论证：如果性倾向是受到社会排斥的，如果性倾向是可以选择的，那么所有的理性人都会选择不会受到排斥的异性恋倾向，而不会选择被压制的身份。而社会中总是会有相当的同性恋者，所以这种身份并不是可以选择的。更重要的是，当性倾向并非由个人可以选择的，那么惩罚同性之间所谓“非自然性行为”的法律也就没有必要了，歧视性的法律也不能减少同性恋者的数量了，主流社会希望整个世界都成为纯粹的异性恋世界的希望也会落空了。

因为“不可改变”，所以平等保护，有学者用美国的刑事司法来作为论证，刑事司法需要犯罪意图，只惩罚有意识选择做某行为的人。性倾向像种族一样，不可改变、不能控制。一个人不能因为拥有这些特征而受到惩罚。^{〔2〕}很多人认为，同性恋的“不可改变说”，或者说它的强意义上的“先天说”让很多人减少了负罪感，同性恋者自身不会觉得同性恋欲望是自己的一种罪孽，同性恋者的父母也不会因为自己的教育

〔1〕 *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. at 686 (1973) .

〔2〕 Kari Balog, “Equal Protection For Homosexuals: Why The Immutability Argument Is Necessary And How It Is Met”, 53 *Clev. St. L. Rev.* 545, 556-557 (2005-2006) .

失误而内疚。社会主流关于同性恋者经常勾引青少年成为同性恋者的刻板印象也得到了驳斥,同性恋社群也可以更加理直气壮的抵制宗教和心理领域试图改变他们性倾向的努力,而且还塑造了自身无能为力改变的“可怜巴巴”的形象。

然而法律界对于“不可改变”进路有很多的批评。桑斯坦认为,“不可改变特征,并不是政府采取不利行动之非法性的基础,例如,盲人不可以开车。即使一种生理上的病变导致特定犯罪行为,我们也会惩罚、阻止并且污名化这种行为”。即使有一天,发明出来一种技术可以改变肤色和性别,那也和平等保护的目的无关,即使科学家可以发明出来一种把黑人改变成白人的技术,种族歧视也是不可接受的。所以对于嫌疑归类,“不可改变”既不充分也不必要。关键问题是对某些群体不利的立法是否建立在不合理的基础上。^[1]安德鲁·卡普曼(Andrew Koppelman)教授认可“不可改变”进路的某些价值,他认为禁止盲人做飞行员是合法的,但是这对盲人没有污名化的效果。“不可改变”最起码在这样一个维度上是很显著的:无论对污名化的正当理由是什么,一个人都不应该因为他不能改变的本质而受到指责,“应该”暗含着“能够”,道德的可谴责性应建立在这样的基础上:他没有做他应该并且能够做的事情。^[2]但是他同时也认为,同性恋是不可改变的不能够证明也不能推论出歧视同性恋是违宪的,一个倾向即使是内在的,也可能像天主教描绘同性恋那样,被认为是“内在的道德邪恶”。即使你受到了这种内在倾向的诱惑,你也有自由意志和道德义务去抵制它。所以他也认为相关的问题不是“不可改变”性,而是关联性——性倾向是否和政府目的有关联。防止同性性行为发生是否有合法的政府利益。^[3]

[1] Cass R. Sunstein, "Homosexuality and the Constitution", 70 *Ind. L. J.* 1, 9 (1994).

[2] Andrew Koppelman, "Three Arguments for Gay Rights", 95 *Mich. L. Rev.* 1636, 1654 (1997).

[3] Andrew Koppelman, "Three Arguments for Gay Rights", 95 *Mich. L. Rev.* 1636, 1652 - 1654 (1997).

事实上，在弗朗蒂罗诉理查森案中，多数意见也指出了这一点，认为对性别进行更高强度的审查，除了不可改变特征之外，性别特征经常和履行任务的能力和向社会做出贡献没有什么关系。^{〔1〕}这实际上体现了类似举证责任转移的过程，是一种范式转换，也就是说，不是让同性恋来证明自己性倾向的不可改变性，然后才可以获得平等保护的入场券，司法审查才可以推翻相关的歧视性立法，而是质问政府的歧视性立法，目的和手段之间是否有关联、成比例，性倾向和正当的立法目标之间是否有关联。

这个转换被约翰·哈特·伊利（John Hart Ely）教授称为从“受害者视角”（谁被压榨，怎么被压榨的）向“施害者”视角（谁制造了这样一种配置，出于什么动机）转换。^{〔2〕}也就是更加重视对于立法动机的分析，而对身份本身究竟是否可以改变不必深究。正如安德鲁·卡普曼教授所说：“成为歧视基础的那些受害者的特征，可以改变或者不可以改变，不是宪法质询的核心，而是边缘。当真正的问题在于不公平的动机时，不可改变特征是理解第十四修正案权利诉求的一种误导的方式。不是把同性恋，而是把那些歧视他们的人，放在司法显微镜的下边。”^{〔3〕}然而，这样的转换会导致一种很吊诡的现象，就是立法动机架空了嫌疑归类，也就是说既然立法动机这么重要，着重考察的是立法动机和分类是否有关联，而不是所分的类别是否具有“不可改变”特征，那究竟哪些人可以成为嫌疑归类不是完全没必要加以确认了吗？不管是什么类型的人，不管是拥有什么特征，只要立法分类和立法动机不具有关联性，就可以构成违反宪法平等保护的基础，那么关于种族、性别构成更高强度的审查的“嫌疑归类”又从何说起呢？这就出现了伊利教

〔1〕 *Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. at 686 (1973) .

〔2〕 John Hart Ely, "A Comment on *Roe v. Wade* and Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law", 100 *Yale L. J.* 1205, 1473-1474 (1970) .

〔3〕 Andrew Koppelman, "Three Arguments for Gay Rights", 95 *Mich. L. Rev.* 1636, 1656 (1997) .

授所说的“例外吞噬规则”现象：“以身体残疾或者智力为基础进行的分类典型地被认为是合法的，即使声称‘不可改变性’是相关的法官和评论者也会这么认为。如果被给予的解释是这些特征（不像评论者竭力认为嫌疑的那些种类）经常和合法目的相关联，那么，在这一点上，就没有为不可改变留下什么余地了？还有什么余地吗？”^{〔1〕}如果重要的问题不是这样的特征是否可以改变，而是以这样的特征来进行分类是否是政府立法的正当基础，是否和合法的目的相关联，那么种族就不是因为不可改变而成为嫌疑归类，而是说，如果以种族为基础的立法和合法的政府目的没有相关性，就应该是严格审查。

这就是立法目的“相关性”标准吞噬了“不可改变”标准，甚至吞噬了“严格审查”和“合理审查”的区分。美国宪法理论一般认为关于“嫌疑归类”的司法审查要考察两个问题：一是适用什么规格的审查标准，二是适用这些标准要考虑的可能的政府利益。第二个问题被草率对待，因为一般来讲，严格审查是致命的，最小的审查是没有牙齿的。^{〔2〕}也就是说一旦种族被作为“嫌疑归类”，适用严格审查的标准，那么一般的关于种族分类的立法很难通过这样的标准，政府的立法目的很难被正当化；而一旦适用“合理审查”的标准，政府的立法一般都会得到支持，因为“合理审查”更像是“橡皮图章”。如果不是倾向于对弱势群体本身的分析，而是倾向于立法目的正当性的分析，那“严格审查”和“合理审查”都要进行这样的分析，那两者的区别何在呢？在罗默案^{〔3〕}中，我们可以很清晰地看到这种区别的消失。1992年，科罗拉多州通过了州宪法第二修正案，否决了州以及各级地方政府禁止基于同性恋倾向（包括同性恋行为、实践和关系）的歧视的地方性法律，

〔1〕 Jone Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 150.

〔2〕 Note, “The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a Suspect Classification”, 98 *Harv. L. Rev.* 1285, 1298 (1985).

〔3〕 *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996).

而且禁止立法、行政、司法部门对同性恋者做出特殊的保护措施。联邦最高法院推翻了这一立法，没有适用“严格审查”标准，而是认为这一立法不能通过“合理审查”标准。多数意见引用了另外一个案件的判决理由：“如果‘法律的平等保护’这个宪法概念意味着什么内容的话，它必须至少意味着纯粹的……欲求伤害政治上不受欢迎的群体不能构成正当的政府利益。”〔1〕“合理审查”这一传统上被认为是橡皮图章的审查标准，在这一案件中发挥了作用，推翻了歧视性立法，而推翻的依据就是强调性倾向的分类和正当的政府动机没有关联，所以当认真看待立法动机的时候，“合理审查”可能也会“严格”起来。

种族和性别成为“更高强度”审查的嫌疑归类，而性倾向不可以适用这样的审查标准，本身就已经表明，关于性倾向的歧视没有资格得到同等程度的重视。种族、性别和性倾向的不平等待遇也表明了这样一个问题，在美国宪法框架下，不同分类所享受的平等保护在优先性上是有不同的。这在一定程度上可以解释一个问题，为什么在性倾向平等保护的论辩中，反对同性恋的人士总是攻击同性恋在谋求特殊权利，而同性恋的支持者坚持同性恋者只是在谋求平等权利。从要求性倾向得到“严格审查”的呼吁中，我们可以理解为什么保守派会认为同性恋在谋求特殊权利了，“严格审查”也就意味着对于性倾向的分类很难被认为和正当的立法目的有关联，因为“严格审查”基本上不重视对关联性的分析，而对于身份本身更加敏感。

于是替代的分析就出现了，有观点认为虽然眼睛的颜色也不可改变，可是不会成为宪法上有意义的“不可改变”特征，种族和性别的“不可改变性”不是成为嫌疑归类的主要原因，这些特征在自我认知、群体归属和被别人认同上的重要性，才使得种族和性别成为嫌疑归

〔1〕 *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U. S. 528, 534 (1973) .

类。^[1] 放在性倾向上也是一样,也就是说性倾向构成了一个人的核心特征,不管是否可以改变,只要它事关一个人的重要的身份认同,就可以成为嫌疑归类,眼睛的颜色显然不具有这样的属性。^[2] 这种分析其实和“不可改变”进路有着非常紧密的关联,如果一个人的性倾向被认为不可改变,它就容易成为一个人的身份认同的重要元素。正如同“不可改变”和立法动机的论证也紧密相关,而不是上边的分析中所呈现的非此即彼,如果一个特征是不可改变的,那就没有选择,政府立法的实际相关性就很难举证。^[3] 性倾向的不可改变性一旦得到确认,政府的歧视性立法就更加难以得到正当性论证,所以对“不可改变”进路的批评并没有完全否定它的价值。而且还有学者从实用主义的角度为性倾向平等保护中的“不可改变”进路进行辩护,认为排斥这一进路会让法院进行太多改变,因为那样的话人们不但会要求法院改变对性倾向审查的程度,而且还要改变构成嫌疑归类的标准本身,对同性恋者来说,尤其不明智,因为同性恋符合了不可改变特征。^[4]

然而,是什么力量促使一个人可以对性倾向的“不可改变性”言之凿凿,被认为最具权威性的自然科学能够为此提供坚实的证据吗?同性恋是天生的还是后天的?科学找到了同性恋基因吗?自然科学的论证可以成为宪法对性倾向进行平等保护的基础吗?接下来这一部分我们就围绕一些关于性倾向的科学研究以及所遭受的质疑展开论述。

二、自然科学视野下的“不可改变”进路

关于同性恋成因的问题是一个老问题了,这个问题让主流社会耿耿

[1] Note, “The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a Suspect Classification”, 98 *Harv. L. Rev.* 1285, 1303 (1985).

[2] 支持同性恋的人士常常用左撇子来类比同性恋,认为都是一种不该受到歧视的偏离“常规”的少数派,但是两者对比,性倾向更容易被社会认为构成一个人身份的核心。

[3] Samuel A. Marcossion, “Constructive Immutability”, 3 *U. Pa. J. Const. L.* 646, 671 (2001).

[4] Kari Balog, “Equal Protection For Homosexuals: Why The Immutability Argument Is Necessary And How It Is Met”, 53 *Clev. St. L. Rev.* 545, 558 (2005-2006).

于怀，这种过分关注已经引起了一些同性恋积极分子的不满，认为这不过是对“病根”的追问，如果不认为同性恋是一种病，怎么会对这一问题如此钟情？但是对平等权利的追求必然是寻求和主流社会的沟通对话，对于此类问题，后现代主义者可以以不屑的、愤世嫉俗的态度背过身去，却也有更多的学者在认真对待这一问题，甚至是以一种认真分析的模式来揭示这一问题的荒谬，毕竟，我们基本上没有见过对异性恋成因的研究。

同性恋成因是个老问题，但是因为平等保护中的“不可改变”进路，这一研究在诉讼中才有了用武之地。尽管“不可改变”并不意味着“先天如此”，可是同性恋的“先天说”给“不可改变”进路提供了最强大的支持。影响比较大的是列维（Levy）神经解剖学的研究，他1990年对19具死于艾滋病的同性恋男尸、16具异性恋男尸及6具取向不清楚的女尸进行研究，发现男人的INAH3（大脑中被认为和性倾向有关的结构）比女人的大2倍，而异性恋男子的INAH3比同性恋男子的大1~2倍。同性恋男子与女人的INAH3没有显著的差异。然而这项研究并不确定同性恋与异性恋脑结构的区别究竟是导致同性恋的原因，还是同性恋行为的结果。^[1]著名的女权主义法学家，在性身份问题上卓有建树的珍妮特·哈利（Janet E. Halley）批评了列维的研究，因为列维的脑样本和相关的病例来自于医院，他没办法问测试者对自己性倾向的评价也没有办法询问他们同性接触和异性接触的历史，而主要看病例。他在很不完整的病历记录上区分同性恋和异性恋，如果一个病人死于AIDS并且记录显示是同性恋高危人群，就认定为同性恋，记录上显示拒绝同性性行为，就标识为异性恋，如果记录上没有显示，就因为异性恋占据多数而归为异性恋。他假设医院记录是展示个人性倾向的透明玻璃，而且只用了同性恋、异性恋这两种粗糙的类型划分，只要记录

[1] 李银河：《同性恋亚文化》，今日中国出版社1998年版，第31~32页。

显示被测试者进行过同性性行为，就认为是同性恋。被测试者也许因为抵触自己的倾向而拒绝进行同性性行为，但是有同性性欲望，或者有同性性幻想而不愿意解释为同性恋。^{〔1〕} 研究生物科学出身的妇女研究学者林达·博柯（Lynda Birke）分析了列维的预设：在一个老鼠的实验中观察到丘脑下部某部分和性倾向有关，有研究认为女性大脑中 INAH3 的某些部分比男性的小，所以他的逻辑是：男同性恋和女同性恋都对男性有“性”趣，就推论两者的大脑就应该有相类似的发展。作者用戏谑的口气问：“迷恋金黄头发，或者大二头肌，或者对穿皮革的人有偏爱，和脑部结构是否有一定关联呢？”^{〔2〕} 这就是说生物性的研究本身很难逃离文化语境，人们在选择性对象的偏好方面有很多种，为什么没有人研究喜欢大眼睛、双眼皮的人和喜欢小眼睛、单眼皮的人在脑部结构上有什么区别，说明性别在性选择之中是如此重要，而这种重要程度是自然的还是文化赋予的？更重要的是列维的研究几乎是对男同性恋等于“娘娘腔”这一刻板印象的科学诠释，笔者在这里不会也没有能力质疑说这样的研究结论是错误的，只是觉得很怪异（或者很顺理成章，因为文化的影响如水银泻地）：同性恋男人和异性恋女人共享类似的脑结构，这个结论怎么和“男同性恋和女人一样”这样的大众观念如此贴合，而且长时间以来，男同性恋被病理化，被认为是“男儿身，女儿心”。笔者有理由怀疑，这样的文化“前见”早在实验开始进行的时候，就已经不请而入。而且即使他的结论是正确的，我们也可以问这样一个问题：男同性恋和女异性恋的 INAH3 都比异性恋男人的小，两者都喜欢男性，这种解释暗含一种前提：男同性恋和女异性恋都喜欢 INAH3 更大的男人，也就是异性恋男人。这样的前提正确吗？那些喜欢同性恋男

〔1〕 Janet E. Halley, “Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability”, 46 *Stan. L. Rev.* 503, 535–537 (1994).

〔2〕 Lynda Birke, “Unusual fingers: Scientific studies of sexual orientation”, in D. Richardson & S. Seidman (Eds.), *Handbook of lesbian and gay studies*, Sage Publications, 2002, p. 61.

人的男人（也就是 INAH3 比异性恋男人小的同性恋男人）和异性恋女人又分享什么样的脑结构呢？

难道真的像电影《蜘蛛女之吻》中一个男同性恋者的自白所说的那样：“我喜欢的是真正的男人，而真正的男人喜欢的都是真正的女人。”这种心态是自然的，有生物学基础的，还是后天的，社会建构的？

还有一项非常著名的遗传学研究是贝里（Bailey）和裴拉德（Pillard）的关于双胞胎的研究，他们的研究结论认为：30%到70%的男性同性恋是基因因素决定的。报告显示，如果同卵双生的双胞胎中的一个也是同性恋，另外一个也是同性恋的机会是52%，如果是异卵双生的，这个概率会降低到22%，如果是没有血缘关系的收养家庭的兄弟，概率会降低到11%，但是他们也没有排除社会因素的影响。^[1]珍妮特·哈利教授运用一个事例说明，科学家在实验之初就排除了社会因素，所以只能得出性倾向生物学基础的结论：一个贝里和裴拉德实验的参加者叫多哥·巴内特（Doug Barnett），后来写了一个自传，他一直以来对自己的异性恋身份非常自信，直到他28岁那年，当他的同卵双胞胎兄弟向他“出柜”说自己是同性恋。巴内特相信性倾向是由基因决定的，所以对自己的性倾向很好奇，他体验了一下跟男人的性行为，惊奇地发现这样的体验非常让人满足。1年后，兄弟俩告诉父母他们是同性恋。后来，他们都参加了贝里和裴拉德的研究。巴内特的自传以及贝里和裴拉德的研究都在回答一个问题，巴内特曾经是异性恋吗？巴内特自己相信同性恋是基因决定的，那就会回答说，他的异性恋历史是一个错觉，是异性恋文化对于同性恋自然身体一个相当长的勉强的征召，贝里和裴拉德的结论说巴内特的同性恋倾向可能是由基因决定的，那不过是把巴内特这一普通人的信仰翻译到科学的有权威的词汇表里。然而珍妮特·哈利教授要问的是：如果巴内特以前关于性倾向的认识是错误的，那他

[1] Nancy J. Knauer, "Science, Identity, and the Construction of the Gay Political Narrative", 12 *Law & Sexuality* 1, 30 (2003).

现在的认识就一定正确吗？即使承认他现在的看法不是幻想而是正确的，但从这个事情中仍然不能排除社会因素和同性恋的关系：以往巴内特觉得自己是异性恋，因为他不知道双胞胎兄弟是同性恋，当他对兄弟是异性恋的信心失去后，他对自己是异性恋的信心也失去了。那至少他对兄弟是异性恋信心的丧失也应该是他成为同性恋的一个原因，且其重要性和基因一样。他的自我描述依赖于他兄弟的自我认知。^[1] 实际上就是说社会因素和同性恋的关系在这些研究中一开始就被排除了，而当这些研究走向公众的时候，呈现出的面目是：同性恋就是生物因素决定的。几乎只采用生物因素去研究，然后得出只有生物因素决定。这就是那个有名故事的翻版，钥匙在 A 地丢了，主人在 B 地的路灯下寻找，他解释的原因是只有 B 地有路灯。自然科学家在探究同性恋成因的时候必然有自己的学科所带来的局限，他们的“路灯”本来就只是自然科学的工具方法，实验似乎必须要排除一些“杂质”才能够得以进行，而这些“杂质”在社会科学家看来也并非无关紧要。

笔者在这里不是说社会科学的参与就可以更好地了解同性恋的成因，更不是说倾向于认为后天因素对于同性恋的形成具有更加重要的作用。笔者倾向于认为这样的题目很难获得确定的答案，因为什么是同性恋本身就是有争议的。谁拥有制定概念的权力，谁就取得了辩论的胜利，而谁可以来界定什么是同性恋呢？这显然不是科学问题，而是更加宽泛的文化视野内的问题，这种界定纠缠着权力、霸权、逃避、反抗、历史、现代性等一系列难分难解的问题。而自然科学的研究，太简单化

[1] Janet E. Halley, "Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability", 46 *Stan. L. Rev.* 503, 545 (1994). 事实上贝里和裴拉德的结论也很保守，认为基因的因素在决定一个人的性倾向不同方面是重要因素。但同卵双生的也有是不同性倾向的，所以基因的因素并不是单一的因素，而是跟环境结合起来影响性倾向。参见上书第 538 页。裴拉德在和哲学家爱德华·斯蒂因交流的时候表达了女同性恋和男同性恋的不同，认为女同性恋更加具有可塑性，很少有男人说自己是双性恋，他们会说自己是同性恋或者异性恋，两分法。女人会回答说：那要看我跟谁在一起，拥有什么样的关系，女人的性倾向比男人要复杂。参见上书第 542 页。

了。珍妮特·哈利教授认为，列维更大的错误不在于把“真正的”异性恋当成同性恋，或者把同性恋当成异性恋，而是把“同性恋”“异性恋”这样词汇上的类型划分当成了实体的存在。他强迫用这些类型来描述或总结人类可能性的整个范围，强迫这些类型构成我们，而不管我们是谁，也不管我们怎么想。贝里和裴拉德把自认为是双性恋的人看成同性恋者，还是把本质主义放在了预设中。只有两个类型的两极（同性恋、异性恋），把中间状态取消了，而且把身份强加到主体身上，放弃了承认双性恋和处在性倾向连续体位置上的人。社会科学对性倾向已经超越了粗糙的分类。^{〔1〕}美国著名性学家金赛创造了这样一个性倾向连续体的七个等级：0级是绝对异性性行为，6级是绝对同性性行为，其他都是处在两个极端中间的某个状态，如1级偶有一两次同性性行为，而5级是偶然有异性性行为及感受。^{〔2〕}性倾向本身并非非黑即白，但是科学家把他们的结论带到公众面前，并没有告诉大家他们所做的同性恋、异性恋两分只是一种化约，好像这种划分不是他们的实验设计，而是人类的自然种类。科学家们用他们的经验研究证实了这些概念的稳定性和自然性，而事实上这些概念根本不是科学可以界定的，做实验的人不会注意到针对这些概念本身所面临的政治斗争。而一旦认真对待了双性恋的存在，一旦性倾向光谱式的存在得以认定，所谓的先天说，所谓的“不可改变”说，都会大打折扣，正如一位学者所总结的那样：

科学永远不能在生物性和性倾向之间建立起这样的联系。几乎所有对同性恋原因的研究都是化约主义的，都对性欲望事实上的多元表达给予了非常粗糙的归类。都是建立在同异二元的基础上，而忽略了这是一

〔1〕 Janet E. Halley, "Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability", 46 *Stan. L. Rev.* 503, 537-540 (1994).

〔2〕 李银河：《同性恋亚文化》，今日中国出版社1998年版，第406页。这其实也是一种概括和简化，世界上去哪里找这么从0到6的人？在西方，有些人用金西测度1或者金西测度3来认定自己的性倾向，是中了现代性格式化的毒太深了，把一个富于想象力的创造给庸俗化了，真正是辱没先贤。

个光谱式的存在。如果一项研究预设一个人要么是同性恋，要么是异性恋，分成两个阵营，而且是恒定性的存在，那么这项研究在研究之前就已经有了结果了，只能得出性倾向没有选择的结论。^{〔1〕}

科学的公正和价值中立遭遇到了质疑，科学不仅在描述，而且在介入社会，甚至在介入之前就已经被社会、政治语境所建构。从20世纪二三十年代法兰克福学派把现代科学和技术理性推上社会批判的祭坛以来，科学怀疑论就开始拒斥传统知识论所赋予科学的特权。认为科学不过是一种社会建构的叙事或神话，并不优越于其他非科学的神话和迷信。科学的生产过程充满了社会因素，选择中的决定是基于权力驱动的意识形态和主体间性等。^{〔2〕} 科学知识社会学（sociology of scientific knowledge，简称SSK）强纲领的创立者布鲁尔认为“强纲领”之所以称之为“强”，不是说知识完全是社会性的，而是说所有知识都包含某种社会维度，而且这种社会维度是永远无法消除或者超越的。^{〔3〕} 著名学者伊曼纽尔·沃勒斯坦认为这是现代知识生产的两难性问题，他主张科学，反对唯科学主义，人们以往认为神学、哲学和常识不具确定性，只有科学才具有确定性。“然而在过去的二十年里，科学遭遇到了科学家们对神学、哲学和常识长期以来所进行的同样的攻击。现在，科学也被指责为观念形态性的、主观性的和不可靠的。人们争辩说在科学家的

〔1〕 Jonathan Pickhardt, "Choose Or Lose: Embracing Theories Of Choice In Gay Rights Litigation Strategies", 73 N. Y. U. L. Rev. 921, 947-948 (1998) .

〔2〕 周丽昀：《当代西方科学观比较研究：实在、建构和实践》，上海社会科学院出版社2007年版，第1~3页。科学知识社会学是20世纪70年代兴起于英国的一种理论思潮，主张对科学知识本身进行社会学分析，认为包括自然科学知识和社会科学知识在内的所有各种人类知识，都是处于一定的社会建构过程之中的，所有这些信念都是相对的、由社会决定的，都是处于一定的社会情境之中的人们进行协商的结果。因此科学知识社会学的强纲领主张对科学知识的社会成因进行研究。

〔3〕 周丽昀：《当代西方科学观比较研究：实在、建构和实践》，上海社会科学院出版社2007年版，第16页。所以法国学者拉图尔在1987年发表的《科学在行动》中指出，科学的社会过程是个黑箱。我们为了研究科学事实的生产，“从最终产品转向了生产过程”，从“冷却了的”、稳固的客体转向了“正在升温”的、不稳固的客体（见该书第77页）。我们刚才所引用学者对性倾向成因实验过程的分析典型地体现了这一点。

理论叙述中可以发现许多推论；这些推论从根本上说只反映当今占统治地位的文化观点。”^{〔1〕}如果科学声称同性恋是病，这是价值中立的吗？社会加诸同性恋身上的污名跟病理化结论没有关系吗？1973年，美国精神病学会将同性恋剔除出疾病的分类，当时被称做“2000万同性恋一下子都治愈了”，我们不得不佩服科学的修辞作用，它的魔棒轻轻一挥，同样的人就从“病人”变回“健康人”，然而这样的转变在多大意义上是科学发展带来的，又在多大意义上是同性恋权利运动在政治上的推动？尽管中国在2001年第三版《中国精神障碍分类与诊断标准》里不再把同性恋视为病态，尽管在此之前也进行了一些实证调查、样本分析，^{〔2〕}但是整体上那不过是“傻子过年看隔壁”的模仿，在整体上为同性去病化的同时，还保留了类似于美国1973年的“自我不和谐的同性恋”这一分类。这种亦步亦趋的模仿和科学又有多少相干？当同性恋权利得到一定程度的张扬时，原本是压制力量的科学也开始倒戈，为同性恋群体助威打气，贡献出“先天说”来为“无选择所以无过错”的辩护奠定生物学基础，这有什么奇怪的呢？

科学不过是“众多故事”中的一种讲述，甚至被称作“伪装的政治学”，那么它越具有权威，越需要限制它作为“系统”对“生活世界的侵犯”（借用哈贝马斯的术语）。当年精神病学对于同性恋去病化是科学客观性普遍性带来的一种解放吗？一群人的生活必须要有科学给盖一个章才可以去掉疾病的污名吗？同样地，科学一定要成为平等保护的前置程序吗？没有科学的研究作为前提，同性恋者的平等权就要永远被搁置吗？或者说正好相反，是同性恋政治运动的作用促使科学研究得出有利于同性恋平权的结论，也就是说，科学知识不是本质的，而是社会

〔1〕〔美〕伊曼纽尔·沃勒斯坦：《知识的不确定性》，王昶等译，山东大学出版社2006年版，第3页。“我所说的唯科学主义是指这样的主张：科学是无私的，超社会的；科学的真理论断是自持性的，不需要参照更为一般的哲学道理；科学是唯一合理的知识种类。”（见该书第6页。）

〔2〕具体可参见北京爱知行研究所编写的内部材料《非病理化进程》。

建构的，而同性恋是本质的还是建构的，和法律上的平等保护又有什么样的关联？这是我们下一部分要探讨的内容。

三、本质的还是建构的——“不可改变”进路背后的“身份政治”争论

同性恋的成因究竟是先天的还是后天的，这一争论一直在同性恋研究和同性恋社群中阴魂不散，变着花样的折磨人。上文我们所列的那些研究不过是这种病理学的又一变种而已，这一变种之所以在这个时候出现是有语境的。科学家迪恩·海默（Dean Hamer）在1993年所做的研究中认为自己找到了同性恋基因——位于X（XQ28）染色体上，是通过母系遗传而不是父系遗传。^{〔1〕}这样的研究结果和20世纪以来科学界基因研究的兴起是有关系的，以往我们不用基因来解释的现象，如抑郁、酒精中毒，都可以和生物学联系起来，所以原来我们眼中的“醉汉”如今就可以被称作“酒精上瘾者”。同性恋基因研究的出现还有一个大背景，那就是美国的同性恋解放运动需要这样的研究成果来作为争取平等权利的基础，所以我们毫不奇怪的看到，上文所列的那些研究成果的制造者都提到了他们的研究对于同性恋民权的意义。

这种分析其实已经体现了建构主义的思路，也就是不把这些科学成果当作一个客观的本体意义上的“真理”，而是看这样的“真理”是在什么社会语境下出现的，是社会运动催生了权利平等的需求，而这种需求希望得到自然科学这样权威叙事的支持。有很多学者都提到了同性恋基因等这些研究和性倾向平等保护诉讼的关系。1986年联邦最高法院在鲍尔斯案中判决同性之间的所谓“非自然性行为”不受隐私权的保护，多数意见把同性恋和“非自然性行为”（sodomy）等同起来，以至于在正当程序的框架下谋求隐私权的进路遭到了挫败，于是在同性恋权利的诉讼中出现了另外一个进路，那就是身份政治的进路，由身份政

〔1〕 张宏诚：《同性恋者权利平等保障之宪法基础》，学林文化事业有限公司2002年版，第91~92页。

治而谋求平等保护。

因为同性恋被认为是从事“非自然性行为”的人，所以是潜在的犯罪者，所以军队曾经可以解雇公开的同性恋者，在就业和收养等一系列问题上的歧视都在这个意义上得到了支持。以行为来理解同性恋就很难说它不可改变，因为行为恰恰是可以选择的，所以就出现了从“行为”到“身份”的转化。这样的转化不再把同性恋行为类比为避孕、在家里看淫秽材料，而是把同性恋者类比为妇女、黑人，也就是说从隐私权进路向平等保护进路转化。谋求性倾向可以和性别、种族一样成为嫌疑归类，谋求更高度度的审查，而要完成这样的转变，就必须使得同性恋身份有更稳固的基础，这就是珍妮特·哈利教授所总结的：为了要嫌疑归类而强调生物决定的本质主义，拒绝了性身份选择的可能性，是用同样简单化的和潜在破坏性的“同性恋（homosexuality）= 不可改变特征（immutable characteristic）”来代替破坏性的在鲍尔斯案多数意见中“非自然性行为（sodomy）= 同性恋（homosexual）”的预设。^{〔1〕}从“行为”到“身份”的转化不能说一无是处，这是一个很重要的修辞的转变，以往主流歧视同性恋，认为这是一种伤风败俗的行为；而一旦同性恋成为一种身份，主流的歧视就会被认为是对一种人的歧视，像对妇女和少数种族的歧视一样。而要达到让主流认可同性恋确实是一种身份，就需要自然科学来为“不可改变”做权威性认证，这就是性倾向生物学研究的法律背景，然而为什么这样的进路仍然遭到了很多法律学者、社会学家、酷儿理论家的批评呢？身份政治中的本质主义和建构主义之争为同性恋权利带来了哪些洞见和困惑？

有学者这样来界定身份政治：“指被压迫群体利用他们的群体身份（基于种族、社会性别、性倾向、民族等）来扩大他们的政治声音。在身份政治的框架下，群体成员认同基于他们身份的共同经验，作为一种

〔1〕 Janet E. Halley, “The Politics of the Closet: Towards Equal Protection for Gay, Lesbian, and Bisexual Identity”, 36 *Ucla L. Rev.* 915, 972-973 (1989).

统一化的社群感受政治上的成功或挫折。”^[1] 比如，非洲裔美国人争取权利的路线就是身份政治，用种族这样的身份来完成政治动员。这样的进路就很靠近本质主义的进路，倾向于认为妇女、黑人是一种天生的身份，历史上所遭受到的歧视成为凝聚社群力量的重要资源，把种族和性别作为嫌疑归类，谋求更高层次的审查以反对歧视，本身就是要求国家对于这些分类要更加敏感。这样的进路被同性恋权利的推动者所重复，性倾向领域中的本质主义“代表了这样一种理念，同性恋是内在的固有特性，这种特性是跨越历史和文化的不变特征，比如说一个本质主义者会有这样的观点：一个同性恋者到其他的时间和地点仍然是同性恋者。换句话说，身份类型不会随着社会语境的变化而变化，同性恋拥有一种稳定性”。而建构主义则认为同性恋只是在特定历史和文化的背景下才有意义。身份类型是社会建构的，身份可以是赋权的手段也可以是社会控制的手段。同性恋身份被认为是西方在 19 世纪末期才出现的，和西方人对于家庭、社会性别和性的观点分不开，也和经济组织和医疗科学的观点有关。^[2] 建构主义认为同性恋这样的身份根本就不是一种客观的、自然意义上的事实，不管是东方还是西方，历史上都没有这样的概念，直到今天，也并非所有的地方都接受了这样一个身份标签。一般的观念认为古希腊对同性恋是宽容的，而这样的观念并没有意识到那个时代没有同性恋这样的概念，人们并不认为男人之间的同性性行为就是表征着一种人的身份。古希腊并不强调用性对象的性别来作为划分的基础，而是区分在性生活中的地位是主动的还是被动的，这才是有意义的，参考著名历史学家约翰·博斯维尔的看法来说：“进入和权力是男性领导精英的特权；听任进入是一种对权力和威望的象征性废除。”^[3]

[1] Laurie Rose Kepros, "Nigla Writing Competition: Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory", 9 *Law & Sexuality*. 279, 290 (1999-2000).

[2] Daniel R. Ortiz, "Creating Controversy: Essentialism and Constructivism and the Politics of Gay Identity", 79 *Va. L. Rev.* 1833, 1836-1837 (1993).

[3] [法] 皮埃尔·布尔迪厄：《男性统治》，刘晖译，海天出版社 2002 年版，第 26 页。

正如卡普兰 (Kaplan) 所说：“只要成年男性公民在性交活动中是支配性角色（作为阴茎插入者），那么不管他们选择插入的对象是女人或者男孩，没有伦理上的差异。”^{〔1〕} 也就是说，在性生活中被插入的只能是男孩或者是奴隶，而插入者一定是成年男性公民，今天的同性恋、异性恋的划分对他们来说是陌生的，对古代中国也是陌生的。中国古代的“男风”跟今天的同性恋者可能具有共同的生理上的快感体验，但其意义是截然不同的，中国传统上不会有同性恋和异性恋的分类，也没有道德训诫对前者进行压制，正如亨奇 (Bret Hinsch) 的观察：“当我们在中国的语境下谈论男同性恋的时候一定要小心，因为传统中国缺少医学的、科学的可以跟‘同性恋性态 (homosexuality)’和‘同性恋者 (homosexual)’对应的术语，而是用跟同性恋有关的早期的人或者名人轶事之类的诗歌式暗喻来讨论。因此，中国的术语不是强调内在的性本质，而是强调行为、趋势和偏好。换句话说，不说某人是什么，中国的作者经常说他像谁，他做了什么，或者他沉溺于什么。”^{〔2〕}

同性恋是现代性的产物，现代性本身就要打破古代的暧昧和混沌，19 世纪的精神病学医生为性的反常分门别类，进行昆虫学式的研究，比如恋老人癖等都开始成为一种类型。同性性行为可以是跨越时空的，可是同性恋成为一种类型的人则是西方现代性的产物，这也是福柯被广为引用的观点：古代民法、教会法中的鸡奸是一种被禁止的行为，是一种日常的罪恶，而在 19 世纪，同性恋成了一种特有的本性，因为有关同性恋心理学、精神病学和医学的研究，使得“过去鸡奸者只是个别的

〔1〕 Morris B. Kaplan, “Constructing Lesbian and Gay Rights and Liberation”, 79 *Va. L. Rev.* 1877, 1882 - 1883 (1993) .

〔2〕 Bret Hinsch, *Passions of the cut sleeve: the male homosexual tradition in China*, University of California Press, 1990, p. 7. 另外也可参见张在舟：《暧昧的历程——中国古代同性恋史》，中州古籍出版社 2001 年版。中国古代原本就没有现代意义的同性恋，写这样的历史，难免不暧昧。

异端，而现在同性恋则成了一个种类”。^{〔1〕}也就是说，同性恋成了一种人格类型，告诉我你的欲望，我就可以告诉你是什么样的人，接受了这样一种人格类型，我们就不会再说某人有“龙阳之好”了，我们会说他是同性恋者，实现了从“做了什么事”到“成为什么人”的转变。在西方背景下，这一新的类型的出现被认为实现了同性性行为从“罪孽”到“疾病”的转换，心理学和精神病学试图从宗教的司法那里来接管这一类型的人，从罪到病的转化被认为是时代的进步，宽容性的增强，然而，我们也在福柯的洞见那里可以明察于秋毫之末，这不过是一种治理技术的转变。“知识就是权力”，学科也在行使压制的权力，这种意义上的权力可以以治疗的名义对同性恋施加压制，让这些人心悦诚服的臣服在学科所带来的“真理”面前。哪怕是心理学、精神病学把同性恋排除在疾病的范围之外，都是这种权力的行使，好像没有这些学科的恩赐，就没有这些人的正常化。更可怕的是，当有些宗教人士、心理学家仍然在治疗同性恋的时候，我们仍然不得不用心理学已经为性倾向“非病化”这样的“恩赐”来进行抵挡，建构主义不仅揭示了性身份的非自然性，而且揭示了这一身份的压制性。

建构主义者广为引用的是麦肯托什早年的一篇文章，作者认为同性恋应该被看成扮演了一种社会角色（role），而不是拥有一种状态（condition）。如果把同性恋看成是一种状态，那就是要研究同性恋的成因，好像特定的疼标志着癌症，所以科学家有义务来寻找诊断标准——什么才是真正的同性恋。科学回答不了同性恋成因的问题，因为这个问题问错了，我们还不如去问“委员会主席”和“基督复临安息日”的成因。同性恋成为状态本身就应该是研究的对象，要考查的不是同性恋的成因，而是为什么我们对同性恋的成因这么耿耿于怀。同性恋应该是一种社会角色，被贴上这样的标签才可以形成社会控制机制，提供了明确

〔1〕〔法〕米歇尔·福柯：《性经验史》，余碧平译，上海人民出版社2000年版，第32页。

的、认可的、允许的行为和不允许行为的界线。这意味着人们不能轻易地堕入越轨行为。一开始向越轨行为的挪动马上就带来向越轨角色的整体挪动并很可能引发制裁。标签区分了越轨者和其他人，并把越轨者的实践和自我辩护限定在相当小的团体内。社会创造出特别的、受贬斥的同性恋角色可以使得社会上的多数保持纯洁，正如对罪犯的贬斥和惩罚帮助社会上的其他人成为奉公守法者。^{〔1〕} 麦肯托什的问法和自然科学的问法南辕北辙，自然科学的问题是：一个成为同性恋的原因是什么，有没有遗传学上的根据？而建构主义的问法是：什么样的社会条件促成了社会把同性恋看成是特定人的身份？用功能主义的进路，则认为这样的区分是保持社会主流纯洁化的需要。所以我们可以理解社会理论家塞德曼教授（Seidman）对社会学的理解：社会学是去自然化的力量，社会学家企图揭示人的行为是社会的、历史的、而非自然的。对社会学家来说，“自然”观念的功能如同“宗教”之于启蒙运动中的思想家，宗教作为一种意识形态来掩盖社会进程和不平等。所以，当经济学家说资本主义根源于人的贪婪、竞争和生存本能时，卡尔·马克思说资本主义是一种社会和历史现象。^{〔2〕} 所以当自然科学家在论证同性恋作为一个自然存在类型的生物成因时，社会学家在考查这一身份出现的社会语境。如果说这一身份的存在本身就是跟特定时空相联系的，并非那么自然而然的，那到哪里去找所谓的“自然”的、“生物”的原因呢？

自然科学对同性恋身份进行生物基因的研究构成一种强势话语，与此相伴随，人文学科、社会科学对身份的解构成为另一种针锋相对的强势话语，以往天经地义的身份类别的“生物性”遭了解构，波伏娃关于女人不是天生的而是成就的已经广为流传，而如今种族身份也并非

〔1〕 Mary McIntosh, *The Homosexual Role*, in *Queer Theory/Sociology*, edited by Steven Seidman, Cambridge: Blackwell Publishers, 1996, pp. 33 ~ 35.

〔2〕 *Queer Theory/Sociology*, edited by Steven Seidman, Cambridge: Blackwell Publishers, 1996, p. 1.

是本质的、生物学的了。宪法学家桑斯坦认为在一个种族融合的时代,已经分不清楚谁是真正的黑人和谁是真正的白人了,类型本身都可能是非决定性的,可能是传统造成的,而不是自然的。把人严格的界定为两种分离的类型:白人和黑人,是白人至上内涵的一部分。即使一些人比另一些人皮肤黑,尽管有区别,然而这种区分在重要的维度上,也是社会建构的。人们的基因很复杂,很多所谓的黑人都有白人的祖先,“黑人”和“白人”的划分不是基因决定的。而是特殊的,非必然的对人类想象的建构。^[1]历史上美国曾经奉行“一滴血原则”(one-drop rule),规定祖上只要有一个黑人,其就是黑人,在这种规则下被作为黑人看待的一个人,即使自我认同为白人,或者想像白人那样去生活,也很难改变社会 and 法律的分类。^[2]性身份的社会政治因素在自然科学对同性恋生物原因的研究中完全被忽略了,而且是把社会中的一些“成见”作为自身研究的“前见”接受下来,建构主义的思路从实验方法中被排除掉了。如果同性恋异性恋的二元对立本身就有可能是主流社会为了更好地实现控制而制造出来的分类,本身就忽略了双性恋以及其他处在两极之间某个状态的人,或者自我认同是可以选择性身份的人,那如何得出所谓科学的结论呢?这就涉及多元身份对身份本身的解构。

酷儿理论是20世纪90年代在西方兴起的理论思潮,它吸收了建构主义的思路,并且把反对身份政治的进路推到极端。它认为身份政治压抑了群体内部的差异,如种族、阶级、性别等其他方面的差异。这些人认为,主体通常是多重的;这些人直接怀疑分类这件事本身在本质上具有压抑性。^[3]酷儿理论认为身份是可以有无数组合的,阶级、性别、

[1] Cass R. Sunstein, "Homosexuality and the Constitution", 70 *Ind. L. J.* 1, 18-20 (1994).

[2] Samuel A. Marcossan, "Constructive Immutability", 3 *U. Pa. J. Const. L.* 646, 655 (2001).

[3] [美] 斯蒂文·艾普斯坦:“酷儿的碰撞:社会学和性研究”,载[美] 葛尔·罗宾等:《酷儿理论》,李银河译,文化艺术出版社2003年版,第93页。

年龄、性倾向之间互相交叉联合，任何一个特殊的性身份都是武断的，不稳定的和排他的，酷儿理论并不是说要取消身份，而是说要让身份保持开放性，避免实体化、封闭化。在传统的同性恋运动中，因为同性恋身份的封闭化而导致双性恋、变性人、跨性别等身份遭到排斥，经济上弱勢的同性恋者和黑人同性恋者不能有充分的空间，以至于同性恋运动被批判为“白人的中产阶级的同性恋运动”。这和当代西方后现代法学对多元身份的强调是同构的，如后现代女性主义法学批判传统的女性主义法学只反映有特权的白人女性的利益，而将其他大多数女性利益排除在外，忽视了种族阶级等因素，任何类的概念都可能把弱势群体边缘化和吞没。^{〔1〕}如果把酷儿理论的洞见用在“不可改变”进路上，我们会产生这样的质疑：同性恋要谋求自身在反歧视法中的特权地位，尽管这不过是通过嫌疑归类在寻求平等保护，但是毕竟是在追求法律要对性倾向歧视更加严格的审查，那是不是同性恋者也在民权运动中寻求特殊地位？这样的嫌疑不仅被保守主义严加批判，而且激进主义也会认为这是对更加弱势群体的压制，如希望通过手术改变性别的人是否可以因“不可改变”进路而谋求严格审查。“不可改变”进路还会出现“代表性”和“忠诚”的问题，珍妮特·哈利教授认为如果把“不可改变特征”作为策略，那反歧视法的判例将会把双性恋置入苦海，因为他们会有身份的转换。这还不仅仅是将来损害的一个危险，它将双性恋者视为外人，不把他们作为同性恋支持者所要求的利益组织的成员。^{〔2〕}身份政治中所声言的“不可改变”特征有多大的代表性，这种代表的伦理问题会产生困境，那些体验自己的性倾向是可以改变的同性恋者也要向“不可改变说”表达忠诚吗？很多研究者都质疑，如果有女同性恋并不

〔1〕 朱景文：“当代美国法理学的后现代转向”，载朱景文主编：《当代西方后现代法学》，法律出版社2002年版，第10页。

〔2〕 〔美〕珍妮特·哈利：“同性恋权利与身份模仿：代表伦理中的问题”，载〔美〕戴维·凯瑞斯编：《法律中的政治：一个进步性批评》，信春鹰译，中国政法大学出版社2008年版，第97页。

认为自己的性倾向是天生的，如果她们认为自己的性倾向是根据周围的环境和所遇到的人的不同而发生转变，是否会被贬斥为“虚假意识”，是否属于对“不可改变”进路的背叛，进而属于对同性恋运动的背叛。所以我们要思考的一个问题是，作为凝聚社群力量的身份到底是团结还是分裂了社群？

尽管建构主义揭示了身份的产生可能是一种社会治理技术，是一种知识行使权力的方式，是西方现代性的偶然产物，而非普遍适用，而且是对多元身份的压制，对差异的漠视，身份建构也必然是不稳定的，但是要彻底否定身份政治是很困难的。同性恋身份的产生从一开始就有着双重效果，正如福柯的观察，在 19 世纪的精神病学、法理学、文学中还出现了一系列有关同性恋、性倒错、鸡奸、“心理阴阳人”及其变种的话语；使得这一“反常”领域里的社会控制获得了长足的进步。但是它还是促成了一种“补偿”话语：同性恋开始利用人们在医学上贬低它的用词和范畴来谈论自己，要求人们承认它的合法性或“自然性”〔1〕。也就是说同性恋这一身份一开始是病理化的，是精神病学科治疗、压制的对象，或者说如麦肯托什所说是保持社会大多数纯洁的需要，但是一旦这一身份得以产生，同性恋身份就可以被利用来作为政治斗争的标签，在“人人平等”的话语中来谋求这一新类型“人”的平等权利。“不可改变”进路不过是谋求同性恋正当化的一种策略而已，好像是有了自然科学的权威认定，同性恋的自然性、正当性就有了金字招牌来保证了。如果说身份是不稳定的，那酷儿政治“并不是去解决这样一个难题，使我们摆脱不稳定性，而是去增加这种不稳定性，这是一种奇特的努力，就像一个人在拖自己脚下的地毯，不知道自己应当如何

〔1〕〔法〕米歇尔·福柯：《性经验史》，余碧平译，上海人民出版社 2005 年版，第 66 页。

去立足，到哪里去立足”。^{〔1〕}没有了同性恋身份，所谓的同性恋权利就成了无根之木、无源之水，这也是酷儿理论常常遭到批评的原因，认为它过于关注话语的生产，而忽略了社会生活中的实实在在的压制。造成此现象另外的原因是酷儿理论家大多来自于人文学科中的文学批评、文化研究等领域，政治、社会、法律等学科需要在借鉴酷儿理论洞见的同时，保持对现实生活的敏感。

这也是为什么尽管遭遇很多批评，仍然有学者在为“不可改变”进路进行辩护，塞缪尔·麦考森（Samuel A. Marcossan）教授认为“不可改变”特征对于平等保护很重要，并且提出了“建构的不可改变特征”（constructive immutability）这个概念，和“实质的不可改变”（substantial immutability）相对照，作者认为只要是跟法律有关的“不可改变性”就够了，不需要纯粹的“不可改变性”，因为我们要探讨的是法律应该如何对待“不可改变”特征。既然不需要知道纯粹的“不可改变性”，所以不需要知道这个特征的起源，也不需要论证生物决定。甚至“不可改变”特征也不需要个人真的就不可能自愿改变，只要个人体验自己不可以自愿改变就可以。社会建构认为人的自我感知深受文化语境的影响。政治和法律体系是构建这一类型的文化的一部分，一定是把不可改变性——我们经常称作“内在不可改变”——看做是非常真实的；甚至，事实上很确定的是，政治和法律结构一定是为制造不可改变经验的构建做出很大贡献。^{〔2〕}作者的一个思路是：既然法律和政治本身就是文化，那么就不需要本质意义的“不可改变性”，也就是说，不需要科学来鉴定，只要社会认可“不可改变性”就可以了。一个人什么时候获得这个特征以及是否由生物决定，不是“不可改变”

〔1〕〔美〕卓施瓦·盖姆森：“身份运动非自我解体不可吗？一个酷儿的两难问题”，载〔美〕葛尔·罗宾等：《酷儿理论》，李银河译，文化艺术出版社2003年版，第299页。

〔2〕Samuel A. Marcossan, “Constructive Immutability”, 3 U. Pa. J. Const. L. 646, 654-655 (2001) .

的必然内容。建构主义揭示了同性恋身份并非自然存在，而是特定时间和空间的建构，作者认为这和“建构的不可改变性”并不冲突，同性恋身份是特定时空的建构，决不意味着特定时空中的某一个同性恋者可以随意地改变社会对自身的建构，既然有大量的同性恋者体验到自己的性倾向是不可改变的，这对于“不可改变特征”已经足够了，根本不需要生物学的基础。然而这样的思路也有自己的困境，从同性恋在自然科学学科权力下的命运我们可以看出，19世纪末期，早年的性学家用“先天的倒置”（congenital inversion）这一模式，后来被代之以心理分析的治疗模式，这种模式从1930年到1973年是主导的模式，一直到1973年美国精神病协会把同性恋从精神疾病的名单中剔除。20世纪90年代科学研究转移到同性恋的生物和基因的来源。人们都说不可改变模式很受同性恋以及支持者的欢迎，可是以往的倒置模式、医学模式也很受同性恋者欢迎，认为反映了他们的现实生活。就像今天同性恋非常欢迎同性恋基因说一样，以前很多“性倒错者”和同性恋者都很欢迎科学调查他们的自然性，认为有潜力把这个问题从宗教和刑法的管辖权中转移出来。^{〔1〕}曾几何时，同性恋者心悦诚服地接受了自己是性倒错者，自己是病人需要治疗，把治病救人的心理医生和这一学科奉为拯救的力量，宪法学家吉野贤治教授总结了19世纪医学接管同性恋以来的各种治疗方法：外科手术、子宫切除、卵巢切除、阴蒂切除、阉割、输精管切除、阴部神经手术、前脑叶白质切除、激素治疗、药物休克疗法、性的刺激物或镇静剂、厌恶疗法、脱敏，减少对异性的厌恶、电击疗法、集体治疗、催眠、心理分析。^{〔2〕}这些在今天看来令人发指的治疗技术可以被当年的社会语境正当化吗？当年的同性恋者会以“病人”的身份来摆脱“罪人”的身份，医学模式相对于宗教的罪孽模式和司法的

〔1〕 Nancy J. Knauer, "Science, Identity, and the Construction of the Gay Political Narrative", 12 *Law & Sexuality* 1, 10-11 (2003)

〔2〕 Kenji Yoshino, "Covering", 111 *Yale L. J.* 769, 787 (2002).

刑罚模式是一种进步吗？这种手段始终也没有代替社会主流对于同性恋的宗教和道德谴责，如果说用“不可改变性”来为自己存在的正当性辩护，那似乎又是对历史曾经的荒唐亦步亦趋，既然用“病人”的身份也没有换来太多的同情和空间，何必用“不可改变”来再次可怜巴巴地乞求主流的认可呢？当然，从历史上各种各样的治疗手段上我们可以进一步看到为什么“不可改变”的声音在同性恋社群中有这么广泛的市场。尽管美国精神病学会已经否定了“转化疗法”在改变一个人性倾向方面的有效性，而且“转化疗法”可能会造成抑郁、焦虑和自我摧残等行为，但是仍然有一些基督教背景的机构推行“前同性恋运动”，并且出现已经成为所谓异性恋的“前同性恋”男子又现身同性恋酒吧的新闻。^{〔1〕}历史上一系列治疗同性恋的“酷刑”和现实中的形形色色治疗既为“不可改变”进路做了正当性铺垫，也为那些反感“改变”“不改变”话语的人提供了正当性论证，因为他们要彻底告别改变话语。一方面，同性恋社群感受到“不可改变”特征对于抵制各种治疗话语的必要性，另一方面建构主义和酷儿理论担心，对于“不可改变”的强调会使得同性恋议题永远被固化在这些病理化的议题上，他们不满足于同性恋只能成为基因决定下的无可奈何才可以换取平等权利的话语策略，提醒我们要关注的不应该是同性恋是否真的可以改变，而是要问，是什么样的社会机制让我们对这个问题这么敏感？当主流提出同性恋是否可以改变这一问题时，妥协主义的回答是：不可改变，所以要抵制治疗话语、罪孽话语，要求平等权利；而酷儿主义的思路是：这个

〔1〕 详情可参见《桃红满天下》杂志社和爱白文化教育中心的资料汇编：《从科学的角度认识同性恋和性倾向治疗》。关于参与性倾向的治疗是否自愿，法律是否应该禁止这样的治疗，有学者认为知识是有局限的，假如整个社会和法律因素都在对异性恋表达忠心，那人们不知道，一般性的自愿改变性倾向是否可能。不知道特定一个人愿意追求异性恋生活方式是否有意义的自愿？甚至不知道任何一个自称自己转变为异性恋是否有效。知识的局限也导致了法律运作的局限，法律没有办法禁止性倾向改变，因为不知道自愿是否确定。See David B. Cruz, "Controlling Desires: Sexual Orientation Conversion And The Limits Of Knowledge And Law", 72 S. Cal. L. Rev. 1297, 1398 (1999) .

问题重要吗?为什么这个问题这么重要?可以改变怎么了?当我们用“不可改变”来作为应对方式的时候,主流的异性恋霸权主义被轻轻放过了,要求社会千人一面的强制性同化主义被忽视了,对同性恋进行道德谴责的实质内容被回避了。

四、“不可改变”进路中的道德回避

“不可改变”进路更多的是体制内的进路,寻求现实的有效性,而酷儿理论对身份政治的批判,认为通过对身份的依赖来寻求平等保护没有对身份的压制性进行批判,所以我们毫不奇怪地看到,“不可改变”因为对现实的妥协而对现实中一些坚固的意识形态保持了沉默。通过性倾向的生物学基础就可以让同性恋显得更加“自然”了,通过这种先天决定的科学声音来卸下自己的道德责任,而这样的妥协是很脆弱的,从“自然的”就推导出来道德上的“善”,这是基本的逻辑谬误,这是英国著名伦理学家摩尔(G. E. Moore)所说的“自然主义的谬误”(naturalistic fallacy)。^[1]反对同性恋的保守主义即使接受了同性恋基因的存在,也不见得就会认为同性恋行为是正当的,这里其实也体现了社会建构主义的因素,自然科学家可以论证同性恋基因的存在,但是不能论证哪些基因是正常的,哪些基因是有缺陷的,所谓“正常”就已经不是自然科学的概念,而是属于文化的领域了。珍妮特·哈利教授已经指出了反对同性恋优生学并非危言耸听,因为一些重要的主流科学家已经赞赏了人类基因组计划的优生学潜力。对同性恋原因的研究也持续的承认了反同性恋优生学的可能性。当代的优生学不会去净化民族或者种族的基因库,但是它可以使得父母通过出生前的测试来进行选择性堕胎,从而避免自己不想选择的胎儿出生。如果同性恋仅仅是由基因决定的,就会出现基因修正的方法来治疗。^[2]所以同性恋基因的论证或许

[1] Toni M. Massaro, "Gay Rights, Thick and Thin", 49 *Stan. L. Rev.* 45, 96 (1996).

[2] Janet E. Halley, "Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability", 46 *Stan. L. Rev.* 503, 524 (1994).

能够减轻同性恋者自身的道德压力，因为无自由则无责任，既然自己对于性倾向的选择无能为力，所以就不必要为此承担道德指责，但是这种应对方式并没有减轻社会对同性恋的负面评价。当一个同性恋为自己的辩护仅仅是说“我没有选择，所以你要平等对待我”，给人的感觉是同性恋是整个社会都不想要的东西，不管是同性恋者还是主流社会都不想要，仅仅因为它不可选择，所以我们只能承受它，这样的论证显然太薄弱了。这样的薄弱还体现在对同性恋进行“去性化”，因为美国联邦最高法院在鲍尔斯案中裁决对同性之间的“非自然性行为”进行刑罚制裁不违反宪法，所以后来的诉讼策略就是强调同性恋是一种身份，好像这个身份和性行为是没有什么关系的，不管其是否有同性恋行为，自己就是不可改变的同性恋者，他人就要保护其自身的平等权利。这几乎就是基督教“恨罪，但爱罪人”的翻版，用在同性恋议题上，就是反对同性性行为，但是包容同性恋者，同性恋者对“不可改变”身份的热衷回避了对道德话语的直接回应。

这个问题就是同性恋权利诉求中的“道德回避”问题，人们很难想象“道德”“善”这样的话语可以来支持同性恋权利，这些话语完全被反对同性恋的保守主义所把持，支持同性恋者对道德话语退避三舍，只是花了大量的力气来论证这种道德话语不应该被强制执行，而没有直接针对这些道德话语本身进行论辩。1957年英国有关同性恋和卖淫问题的特别调查委员会——沃尔芬登委员会提出报告，建议把同性恋和卖淫非罪化，强调成人间彼此同意的同性性行为是私人道德领域里的事情，“这个领域，用粗略的话说，不关法律的事，这样说，并不是去宽宏或鼓励私人的不道德”。^{〔1〕}这种话语支持对同性恋的非罪化，强调公领域和私领域的划分，但是认为这是私人领域的不道德或者搁置对这一问题的道德判断，这就是中立的自由主义的观点。这种观点认为国家的

〔1〕 石元康：《当代西方自由主义理论》，上海三联书店2000年版，第62~63页。

公权力应该对性倾向的道德性持中立态度，因为自由主义的论旨之一是价值领域充满了无法化约的冲突，而且客观标准阙如，世界是由事实构成的，而意义是人类赋予这个现实世界的，在意义的世界里，诸神不和，所以公权力要避免代替人们来做出意义的选择，避免去强制执行私人领域里的道德，而只能秉持“权利优先于善”的理念。卡洛斯·鲍尔（Carlos Ball）教授认为，在同性性行为非罪化问题上，这样的进路是有价值的，但是用在同性婚姻和同性恋作为父母对孩子的监护权问题上就有局限了。所以他建议用道德自由主义来置换这样的中立自由主义。在《同性恋权利的道德性》一书中，他指出“不可改变”进路减轻了同性恋的“坏”，但是不能想当然的推导出来社会应当支持或者鼓励这种结合。他认为同性之间的行为、关系、家庭是好的，通过这些可以满足基本需求，可以实践人的基本能力，这和是否可以改变就不相关了。把身体亲密和情感亲密结合起来是人独特的能力，这种能力展示了对他人爱和关怀的潜力。同性恋不只是性冲动的满足，而且还有被爱的需求，以及爱和互相照顾的能力。国家不仅要满足公民的选择，而且要提供选择。国家促进忠诚、稳定、互惠的关系和每个人都是自己社会生活的最好判断者之间并不矛盾。^{〔1〕}在说到同性恋抚养孩子权利的时候卡洛斯·鲍尔教授说：“很讽刺的是，当同性恋要为他们爱孩子和教育孩子的欲望辩护时，人口中的其他人被期待拥有这样的欲望，而且缺乏的时候就被认为是缺德。”^{〔2〕}也就是说，同性恋可以分享爱情、互相关怀，抚养教育孩子这些共同的善，国家如果排斥了同性恋者可以通过婚

〔1〕 Carlos Ball, *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy*, New York: Routledge, 2003, pp. 101 ~ 116.

〔2〕 Carlos Ball, *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy*, New York: Routledge, 2003, p. 134. 作为社群主义代表人物的桑德尔也认为抽象的自主性理论根本没有挑战对同性恋的负面看法，对同性关系的全面尊重必须建立在这样一个基础上，同性恋的亲密关系可以和异性伴侣一样分享人类的善，即使不是引起羡慕，最起码也能欣赏同性恋的生活。See Andrew Koppelman, “Three Arguments for Gay Rights”, 95 *Mich. L. Rev.* 1636, 1647 (1997).

姻和抚养孩子来实践爱的能力，就显示了国家没有为一部分公民来提供这样的选择。同性恋者也不仅仅是这个社会中不得不宽容的“另类”，同性恋者至少在思想、艺术、时尚等领域表现出卓越的创造性并且在一定意义上改变了这些领域的“生态”，我们甚至无法知道，当这些倾向被完全压抑以后，人类社会会丧失多少有价值的“好”东西。这样的论证就从“不可改变”进路的不得不容忍差异，走向了赞美同性间结合，同性恋也可以分享主流社会的“道德善”，主流社会也受益于不同性倾向所带来的创造力。

吉野贤治教授认为“不可改变”进路体现了美国反歧视法中的强制性同化，他指出，美国有三种方式对同性恋进行同化，第一种是改变（conversion），就是潜在身份被改变，比如同性恋变成异性恋；第二种是冒充（passing），同性恋身份不变，但是冒充异性恋者；第三种是掩饰（covering），既不改变也不冒充，但是淡化。比如一个女同性恋接受自己是同性恋，也希望大家忽视这些，不参与公开的同性示爱，不参与可能会被解释为同性恋的活动，不参与同性恋的行动。同性恋权利的运动是不断削弱同化需求的一个过程，社会主流一开始要求同性恋者改变、失败后要求他们冒充，再失败了就要求他们掩饰。^{〔1〕}是什么样的社会力量使得反歧视法也体现出这么一种强制性的同化主义？作为“熔炉”的美国是真正体现了多元色彩，还是希望社会一元化的极权思想在任何一种社会体制中都潜滋暗长？对于身份中“不可改变”进路的坚持让我们忽视了这样的追问：“毕竟，民权实践最基础的就是关于谁改变：同性恋者还是恐惧同性恋者？女人还是性别霸权主义者？种族弱势群体还是种族主义者？”^{〔2〕}或许这就是道德话语的短兵相接，不是同性恋不道德，歧视同性恋才是不道德；要改变的并不是同性恋，要改变的是强制改变同性恋这种做法。

〔1〕 Kenji Yoshino, “Covering”, 111 *Yale L. J.* 769, 772-774 (2002).

〔2〕 Kenji Yoshino, “Covering”, 111 *Yale L. J.* 769, 938 (2002).

“道德回避”在同性恋权利诉求中是如此的根深蒂固，以至于一遇到保守派的道德大旗，同性恋的辩护者就免战高悬，回避其中的实质价值判断，隐私权、身份对同性恋的“去性化”操作、公领域私领域的划分、对道德强制的批判，都是一道道免战牌。“不可改变”进路只是其中不那么理论化的一道，也许，研究妇女和社会性别的历史学教授约翰·艾米利奥（John D’Emilio）对这个进路的批评最为振聋发聩：“我们怎么可以指望从‘我也无能为力’这个立场出发来获得真正的力量？”〔1〕

五、余论：要身份，不要“不可改变”

这篇文章从性倾向的改变或者不能改变引申到身份政治以及对身份的批判，社会建构主义的洞见让我们反思身份政治的局限，别说是同性恋身份，即使是妇女、黑人这样的身份也都遭到了质疑。后现代女性主义者们宣称，“妇女”这个范畴是标准化的和政治性的概念。无论从生理角度，还是从社会角度来衡量，性别身份都是不便固定的。但是女性主义者陷入了两难困境。一方面，显然有必要用妇女范畴来反抗男子统治的社会对妇女的排斥，另一方面，每一次诉求“妇女”概念和确定女性性别身份，又都产生了排斥和剥夺某些妇女权力的结果。〔2〕这种两难境界在同性恋权利领域更是如此，强调同性恋身份可能被认为是本质主义固化了二元对立，强化了主流社会的压制结构，并且造成了对同性恋内部性别、年龄、种族等问题的边缘化，可是解构了同性恋身份就可能取消了同性恋权利运动，酷儿理论的深刻洞见对于政治的实际运作显得虚幻。威克斯（Jeffy Weeks）是著名的社会建构主义理论家，他认为人的身份不是固定一致的，绝对不可以以为这些划分是不可改变的，

〔1〕 Do we really expect to bid for real power from a position of I can't help it. Jonathan Pickhardt, "Choose Or Lose: Embracing Theories Of Choice In Gay Rights Litigation Strategies", 73 N. Y. U. L. Rev. 921, 953 (1998).

〔2〕〔美〕史蒂文·塞德曼：《有争议的知识——后现代时代的社会理论》，刘北成译，中国人民大学出版社2002年版，第171~174页。

是唯一的真实，个人性身份的认同是一个正在形成、发明和再发明的东西，深受外部世界变化的影响；但是他又认为性身份是一种必要的虚构，这是一种斗争策略，因为只有将同性恋定义为一个永久性固定性的少数群体，就像少数民族一样，才能争取法定平等权利。威克斯把这种建立同性恋者共同意识来进行政治斗争的做法称为“策略性的本质主义”（strategic essentialism），这不是建立在自然真实的基础上，而是建立在权力的政治领域之中，重要的不是性身份的真实性质，而是现实斗争的政治意义。^[1] 离开妇女概念的女权主义运动不可想象，同性恋政治身份也是同性恋运动不可或缺的，所以很多酷儿理论不是主张取消同性恋身份，而是希望对身份压制性的一面给予警惕，保持一定的开放性。正是在这个意义上，学者们批判了“不可改变”进路，并且主张在反歧视法中抛弃这样的标准，但是却不主张完全抛弃本质主义，抛弃身份，尽管“不可改变”，尤其是生物学意义上的同性恋的“不可改变”为同性恋身份提供了坚实的基础。

所以我们可以抛弃同性恋基因等这样的“不可改变”说成为性倾向平等保护的基础，但是绝不意味着我们可以认为性倾向对于大多数个人来说是可以随意选择的，也就是说，即使是社会建构的，也不一定是可以随意改变的，看破了红尘不一定可以叱咤红尘。本质主义和建构主义也根本不是争论一个所谓的同性恋是天生的还是后天的，是可以改变的还是不可改变的。丹尼尔·奥兹（Daniel R. Ortiz）教授认为本质主义和建构主义争论问的不是一个人怎么开始落入一种身份类型的，而是问身份类型本身是怎么形成的。建构主义主要关心同性恋是怎么样被赋予意义的。^[2] 一个人如何成为同性恋不是建构主义关心的，它所关心的是同性恋作为一种身份类型是在什么特定时空下产生的。它提醒我们

[1] 李银河：《性的问题》，中国青年出版社1999年版，第217~218页。

[2] Daniel R. Ortiz, "Creating Controversy: Essentialism and Constructivism and the Politics of Gay Identity", 79 Va. L. Rev. 1833, 1838 (1993) .

以所谓的性倾向来为人进行分类,是西方现代性的产物,西方古代有同性之间的性欲望和行为但是没有同性恋者这一身份类型,今天一些非西方国家即使有了这样的分类也是受西方影响的结果。

建构主义这个结论也许非常正确,但是用在现实生活中也会出现一些微妙的尴尬。2007年9月伊朗时任总统内贾德在哥伦比亚大学被问及该国最近处决两名同性恋男子的问题时回答:“在伊朗,我们没有像在你们国家那样的同性恋者,我们国家没有。在伊朗,我们没有这种现象,我不知道谁告诉你我们有。”^[1]据说回答过后现场爆发出哄笑声,有人甚至开玩笑说,伊朗没有同性恋者,是因为他们都被政府处死了。但是按照建构主义理论,同性恋是西方文化建构的,伊朗没有西方意义上的同性恋者,“同性恋(homosexual)”这一现代性的概念并不为伊朗文化所分享。我们在这个场景中看到的是,伊朗当政者的回答可以被建构主义正当化,而要谴责政府对同性恋的压制,身份政治和权利话语是有利的工具,这就是笔者借鉴建构主义的洞见批判了“不可改变”进路,但是却不愿意抛弃“身份”的原因。

第三章 说不出名字的歧视

——论性倾向歧视和性别歧视的关系

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(对任何性别都缺乏性欲望的人被认为是无性恋,本文暂不讨论)。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

[1] In Iran, we don't have homosexuals like in your country. We don't have that in our country. In Iran, we do not have this phenomenon. I don't know who has told you that we have it.

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·温穆特教授总结了三种同性恋权利正当性的论辩:第一种是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〕}关于第一种所谓的性倾向“不可改变”的进路,上文已经有了批判性的检视。^{〔2〕}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。温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。

一、问题的源起

性倾向歧视是性别歧视吗?

第一,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《公民和政治权利国际公约》中的“性别”包含了“性倾向”这

〔1〕 Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 17.

〔2〕 也可以参见郭晓飞:“本质的还是建构的?:论性倾向平等保护中的‘不可改变’进路”,载《法学家》2009年第1期。

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, 不惜付出可能“搭错车”的代价。

第二, 用性别歧视进路来谋求禁止性倾向歧视的效果还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, 而这些分类是正当的, 还是歧视性的就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”, 要求这种分类要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, 不愿意用更高等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), 也被称作更高等度的审查基准(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。美国联邦最高法院在性别的中度审查基准上走过了这么一个过程, 在1971年的瑞德案(*Reed v. Reed*)^[3]中, 联邦最高法院没有用中等审查基准对性别分类进行审查。理查德·瑞德1967年3月29日死于爱达荷州, 死前未留遗嘱。他的养父母是该上诉案的当事人, 他们在理查德·瑞德死之前即已分居一段时间。在理查德·瑞德死

[1] 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: 《北大国际法与比较法评论》(第2卷第2辑), 北京大学出版社2003年版, 第233页。作者认为这种“旧瓶装新酒”的做法实行起来很艰难。

[2] 当然在同性恋问题上也有例外, 在罗默案中, 美国联邦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)。

[3] *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971)。案情介绍引自 <http://www.womenwatch-china.org/PageInfo/ShowNews.aspx?ID=20090831000014>, 最后访问日期: 2010年3月20日。

去7个月之后,他的养母,上诉人萨莉·瑞德在遗嘱检验法庭提出请求,要求作为儿子不动产法定遗产管理人。在这以前,被上诉人,死者养父塞西·瑞德提出了同样的要求。《爱达荷州法典》规定:在有数人根据本法典声称作为遗产管理人的情形下,男性比女性有优先权,父母双亲的亲属比同父异母或同母异父的亲属优先。联邦最高法院判决认为,《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修正案有关任何州不得在其州内制定否定平等保护的法律这一规定。在1973年的弗朗蒂罗案^[1]中,联邦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。中度审查基准最终明确成型体现在联邦最高法院1976年的克瑞格案(*Craig v. Boren*)中,联邦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)。”^[2]相比之下,性倾向的分类只适用合理审查基准。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了,美国联邦最高法院在2015年的奥伯格费尔案中也没有用性别歧视的进路来审查禁止同

[1] *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973) .

[2] 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》,法律出版社2009年版,第117页。

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排除了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,使其没有办法获得承认。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的床(Procrustean bed)。”^[1]“普洛克路斯忒斯的床”源自古希腊神话,意思是强求人的高矮去适应床的长短,作者用这样的比喻是要来说明,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,中国的成语削足适履也可以多多少少表达同样的意思。不过需要说明的是,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,如果是这样的话就没那么多争议了,因为总是可以找到一些类似的点,本文要论述的问题是有学者支持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,接下来笔者就从形式上之语义分析以及立法动机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

[1] Serena Mayeri, "A Common Fate of Discrimination: Race - Gender Analogies in Legal and Historical Perspective", 110 *Yale Law Journal* 1045, 1048 (2001) .

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性别分类，只要立法涉及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·斯蒂因（Edward Stein）教授很好地总结了这一进路，如果一个人的性倾向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。^{〔2〕} 著名宪法学家桑斯坦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。^{〔3〕} 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。所以即使我们看到这一进路在司法上取得一些小小的进展，但更多的遭遇还是挫折。

〔1〕 Edward Stein, "Evaluating the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights", 49 *UCLA L. Rev.* 471, 485-487 (2001). 作者是“性别歧视进路”坚决的反对者，对“性别歧视进路”进行了很好的总结。

〔2〕 Andrew Koppelman, "Three Arguments for Gay Rights", 95 *Mich. L. Rev.* 1636, 1661 (1997).

〔3〕 Cass R. Sunstein, "Homosexuality and the Constitution", 70 *Indiana Law Journal* 1, 18 (1994).

1993年夏威夷州高等法院在贝尔案^[1]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。州高等法院多数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“迫切州利益”(compelling state interest),否则应该被推翻。它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,美国国会通过了《捍卫婚姻法案》(Defense of Marriage Act),联邦政府不承认同性婚姻,并赋予各州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(州禁止同性婚姻的立法在2015年的奥伯格费尔案中被推翻)。

性别歧视进路遇到的最常见的质疑是,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)对格兰特案(*Grant v. South-West Trains*)^[2]的一个判决就体现了这种思路。一个英国女同性恋格兰特(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来起诉,但是欧洲法院认为不构成性别歧视,因为公司的政策

[1] *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。

[2] *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。2014年,英国同性婚姻法正式生效。

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年佛蒙特州最高法院在贝克案(*Baker v. Vermont*)^[1]中认定州婚姻法歧视了同性伴侣。但是多数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似曾相识,在著名的拉文案^[2]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。1958年,一个名叫理查德·拉文(Richard Loving)的白人男子和一个名叫玛丽德·珍特(Mildred Jeter)的黑人女子在哥伦比亚特区结婚了。当他们回到弗吉尼亚州的家的时候很快被起诉了,因为弗吉尼亚州禁止种族间通婚。经审判他们被判1年监禁,后不服上诉。上诉法院判了他们缓刑,但条件是25年不得返回弗吉尼亚州。拉文在美国公民自由协会(American Civil Liberties Union,简称ACLU)的帮助下挑战法院的裁决和弗吉尼亚州的法律,认为它们侵犯了自己第十四修正案所保护的平等权利。弗吉尼亚州高等法院采纳了州的意见,认为对拉文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地因为种族通婚而受到惩罚。黑人和白人都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。可是美国联邦最高法院在拉文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

上文我们已经提到了美国宪法中对于不同的分类有不同的审查基

[1] *Baker v. Vermont*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999). Johnson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。

[2] *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

准,也提到了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。种族的分类适用最严格的审查,所以1967年美国联邦最高法院法官全体一致对拉文案作出裁决,推翻了有罪判决,认为弗吉尼亚州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。联邦最高法院多数意见认为:“弗吉尼亚州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。”^{〔1〕}联邦最高法院敏锐地看到,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。^{〔2〕}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了。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异性恋阵营?类型的划分并非是自然的,

〔1〕 *Loving v. Virginia*, 388 U. S. (1967), at 2.

〔2〕 Cass R. Sunstein, “Homosexuality and the Constitution”, 70 *Indiana Law Journal* 1, 20 (1994).

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，谁是黑人了。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划分遭到了侵蚀，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，男性在家中的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。^[1]

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

[1] Andrew Koppelman, "Three Arguments for Gay Rights", 95 *Mich. L. Rev.* 1636, 1662 (1997).

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。^[1]

然而著名宪法学家伊利教授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的。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属于分离主义很不一样。^[2]笔者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的比较严格的审查。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

[1] Andrew Koppelman, "Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination", 69 N. Y. U. L. Rev. 197, 248 (1994).

[2] Andrew Koppelman, "Why Discrimination Against Lesbians And Gay Men Is Sex Discrimination", 69 N. Y. U. L. Rev. 197, 282-283 (1994). 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年联邦最高法院在劳伦斯案中作出判决,宣告惩罚“非自然性行为”的法律侵犯了公民隐私权。

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，哪些强制化的同化造成了哪些不同的社会等级，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。

爱德华·斯蒂因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，指出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。这三个案件分别是我们前面介绍过的挑战异族婚姻的拉文案、挑战男性优先于女性作为遗产管理人的瑞德案，以及当年挑战禁止同性之间所谓“非自然性行为”法（sodomy law）的沃什案（*State v. Walsh*）^{〔1〕}。为了更清晰地展示性别歧视进路的不协调，爱德华·斯蒂因教授画了一个表^{〔2〕}：

法律	法律所使用的嫌疑归类	受到法律不利对待的群体
弗吉尼亚州禁止异族通婚法	种族（race）	有色人种
在瑞德案中争议的法律	性别（sex）	女性
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地看到，在拉文案中，弗吉尼亚州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

〔1〕 *State v. Walsh*, 713S. W. 2d 508, 510 (Mo. 1986) . 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不允许发生同性性行为，所以没有违反平等保护条款。

〔2〕 Edward Stein, “Law, sexual orientation, and gender”, *The Oxford handbook of jurisprudence of law*, edited by Jules Coleman and Scott Shapiro, Oxford University Press, 2002, p. 1020.

态是种族主义 (racism); 在瑞德案中, 嫌疑归类是性别, 受到不利对待的是女性, 背后的意识形态是性别歧视主义 (sexism); 在密苏里州的“非自然性行为”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、双性恋者, 背后的意识形态是什么呢? 还是性别歧视主义 (sexism) 吗? 或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, 笔者设想, 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是有关联的, 美国联邦最高法院史蒂文斯 (Stevens) 大法官在克萊布穆案 (*Cleburne v. Cleburne Living Ctr*) 中所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?”^[1] 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·斯蒂因教授要分析嫌疑归类 and 所受到不利对待的群体是否对应, 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·斯蒂因教授的看法, 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

[1] *Cleburne v. Cleburne Living Ctr*, 473 U. S. 432, 453 (1985) (Stevens, J., concurring).

是想要跨种族婚姻的伴侣，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，可能谁也不知道。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解剖学分析，也可以挥剑向它砍去。^{〔1〕}笔者认为作者的分析无视了以下事实：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，但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，所以我们才说拉文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，但是联邦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·斯蒂因教授假设联邦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（sexism）。这是理论错误。最后，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。^{〔2〕}所以结论是联邦最高法院对拉文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

〔1〕 Andrew Koppelman, "Defending the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights: A Reply to Edward Stein", 49 *UCLA Law Review*, 519, 529-531 (2001) .

〔2〕 Edward Stein, "Law, sexual orientation, and gender", *The Oxford handbook of jurisprudence of law*, edited by Jules Coleman and Scott Shapiro, Oxford University Press, 2002, pp. 1023 ~ 1024.

婚法中也包含有性别的因素，但那不是案件的核心，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（sexism），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。在笔者看来，这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一下车，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了那“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，那关于同性恋的核心道德争论就会被架空。

“柜子”在这里是一个很重要的意象，它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，却使得同性恋群体在政治上显得软弱无力。^{〔1〕}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。联邦最高法院的斯通大法官在1938年对卡罗琳案（*United States v. Carolene Products Company*）^{〔2〕}进行推理时提撰写了著名的“脚注四”（footnote four），

〔1〕 Kenji Yoshino, "Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays", 96 *Colum. L. Rev.* 1753, 1794-1800 (1996).

〔2〕 *United State v. Carolene Products Company*, 304 U. S. 144. (1938).

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。而“柜子”恰好隐喻了同性恋者在政治上的无力(political powerlessness)。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,就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,夏威夷州高等法院在贝尔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”。^[1]耶鲁大学埃斯克瑞基教授用更为俏皮的语言批评了这一案件中的多数意见,认为性别歧视进路有一种“易装的性质”(“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。^[2]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。举其要者,隐私权进路把同性性行为看成隐私

[1] Danielle Kie Hart, "Same - Sex Marriage Revisited: Taking a Critical Look at Baehr v. Lewin", 9 Geo. Mason U. Civ. Rts. L. J. 1, 11 (1998) .

[2] William N. Eskridge, *The Case for Same - sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment*, New York: The Free Press, 1996, p. 172.

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，同性恋自身是没有责任的，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。这种思路不单单在同性恋问题上如此，在种族问题上也有类似思维。赫伯特·威克勒斯教授引用率颇高的一篇论文就提出要“走向宪法的中立原则”，他认为法院和一般的权力机构不同，即使不可避免地遇到价值选择，也要把司法过程建立在超越立法结果的分析上。他反对联邦最高法院在拉文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的任何团体或种族。”^{〔1〕}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回避道德争议的情况下提升了弱势人群的地位，但是笔者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。或许我们也要区分“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，法院必须毫不含糊地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，永远是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，但是笔者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

〔1〕〔美〕赫伯特·威克勒斯：“走向宪法的中立原则”，载〔美〕却伯等：《哈佛法律评论：宪法学精粹》，张千帆译，法律出版社2005年版，第70页。

力量,但是这个进路对性倾向平等却保持了最起码是表面上的中立。这是机会主义的回避战略,即使在司法实践中它真的可以成功的保护了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。

19世纪末期,王尔德把同性之间的爱恋称作“说不出名字的爱”,如今,在21世纪的美国,用性别歧视进路来保护同性恋的平等权利,可以视作是一种“说不出名字的歧视”。

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,因此,两者可能并非水火不容,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,而是男尊女卑的社会建构的结果。桑蒂·法瑞(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。^[1]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性欲望对象的性别,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

[1] Sandi Farrell, "Reconsidering the Gender - Equality Perspective for Understanding LGBT Rights", 13 *Law & Sexuality* 605, 618 - 619 (2004) .

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·弗瑞林奇·爱坡顿 (Susan Frelich Appleton) 就认为,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。社会性别话语应该被更多地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,如跨性别、间性人 (类似于传统意义上的“阴阳人”) 等。有学者走得更远,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。^[2]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·斯蒂因教授认可禁

[1] Susan Appleton, “Missing in Action? Searching for Gender Talk in the Same-Sex Marriage Debate”, 16 *Stan. L. & Pol’y. Rev.* 97, 116 (2005). 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论证,参见周安平:“解构婚姻的性别基础”,载《北大法律评论》编辑委员会编:《北大法律评论》(第6卷·第1辑),法律出版社2004年版,第231~246页。

[2] See Elvia R. Arriola, “Gendered Inequality: Lesbians, Gays, and Feminist Legal Theory”, 9 *Berkeley Women’s L. J.* 103, 129 (1994).

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，但是他认为联邦最高法院不能以性别歧视为由推翻这样的法律，因为，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。^{〔1〕}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？’”。^{〔2〕}

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、阶级分类中的弱势族群可以团结成一个大联盟，但是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

〔1〕 Jeffrey A. Williams, “Re-Orienting The Sex Discrimination Argument For Gay Rights After *Lawrence v. Texas*”, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 131, 161-162 (2005) .

〔2〕 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”, 43 *Stan L Rev.* 1183, 1189 (1991) .

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，应该一点也不高兴；反过来，那些坚定地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他们的地盘上，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。^[1] 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能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形成之前，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。即使是在学界，笔者也意识到，学科之争也会让一部分学者反对用“社会性别”（gender）研究来整合“性”（sexuality）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。^[2] 也有学者批评加拿大著名女性主义社会学家多茜·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忽视，要拓展工作的概念，涵括女性所有

[1] John Gardner, "On the Ground of Her Sex (uality)", 18 *Oxford J. Legal Stud.* 167, 183 (1998).

[2] [美] 葛尔·罗宾：“关于性的思考：性政治学激进理论的笔记”，载 [美] 葛尔·罗宾等：《酷儿理论》，李银河译，文化艺术出版社 2003 年版，第 56 页。

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）。^{〔1〕} 这些争论在笔者看来，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了，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，但笔者认为，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，也被称作更程度的审查，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。一旦联邦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年美国联邦最高法院在著名的布朗案中废除了种族隔离制度，但是联邦最高法院不愿意把同样的逻辑运用到禁止异族通婚法（miscegenation）上，一直到13年后的拉文案，联邦最高法院才判定这样的法律违宪。^{〔2〕} 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

〔1〕 Chrys Ingraham, *The Heterosexual Imaginary: Feminist Sociology and Theories of Gender, Sociological Theory*, Queer Theory/Sociology, edited by Steven Seidman, Cambridge: Blackwell Publishers, 1996, pp. 177 ~ 178.

〔2〕 Andrew Koppelman, "The Miscegenation Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination", 98 *Yale L. J.* 145, 162 (1988) .

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)。^[1]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,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,所以我们看到美国联邦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得更远,何况是把各种歧视汇成一个整体进行全面考察。

当然,正如性别歧视进路虽然有种种问题,学术的分析还是带来了许多洞见,充分揭示了性倾向分类背后的社会性别等级;整体主义的交叉进路太过于激进,带有知识分子常见的乌托邦倾向,不过也在智识上贡献良多。它们的能与不能,提醒我们法律学者只是在司法体制这样一个“螺蛳壳”里“做道场”。

六、同性恋和女性权利问题——“柜子化”的两败俱伤

笔者注意到了中美两国之间在法律体制上的重大差别,大到不能比较,所以这篇文章注定不会是一篇比较法的论文,但是这并不意味着性倾向歧视和性别歧视的美国式思考不会带给我们一些启发。因为社会接纳和所谓“自我认同”的程度不同,中国的同性恋者和西方发达国家的同好们有一大区别,就是大量进入异性婚姻。于是,性倾向的问题和性别的问题就更是难分难解地纠缠在一起。通过接下来的分析,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

[1] 参见[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》,泮伟江、周武译,北京大学出版社2007年版。

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，寻找男性的依靠。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，我们越要独立地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。第二种模式是选择性冷淡的女性作妻子，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。^{〔1〕}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：

如果一个女人本着一份爱情不小心走进了同性恋的婚姻，这回味带来的伤痛，是今生今世乃至来生来世都难以忘却的。本来同性恋的问题，不具有性别分歧，但由于中国男性更注重社会身份，正如《透视》中所呈现的，他们多选择女性作为保护工具。他们让妻子生儿育女，他们永受孤独和愚弄，在选择妻子时倾向女性性冷感，或是结婚以后努力将女性导向性生活的乏味。试问这些女性是否有权利像男同性恋一样去

〔1〕 李银河：《同性恋亚文化》，今日中国出版社1998年版，第232~240页。

“守护”那生命中堪称美好体验的东西——爱情?^[1]

如果这个论述还只是带有女性知识分子精英气质的女权主义话语的话,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。男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,更自信地面对自己的性倾向,同时,女性性权利意识的觉醒也可能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

[1] 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”,载王红旗主编:《中国女性文化》(第三卷),中国文联出版社2003年版,第141页。

[2] “‘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。百度百科专门为“同妻”设了词条,认为“同妻”大概有1600多万,大多遭受冷落、漠视、家庭暴力, http://baike.baidu.com/view/2430358.htm?fr=ala0_1_1,最后访问日期:2010年4月19日。笔者认为这些都需要更深入的研究。

者更自信地面对自己的性身份，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。不过，变化也在发生。

华中师范大学教授、全国人大代表周洪宇在2007年第十届全国人大第五次会议对范围进行了界定：“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。”^{〔1〕}禁止性倾向歧视的立法建议在反歧视法的倡导中得到重视，经历了一个过程。曾经，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）第2条对直接歧视作出了这样的界定：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。性倾向歧视消失得无影无踪，甚至在“其他方面就业歧视”这样

〔1〕“人大代表周洪宇建议制定反就业歧视法”，载《新闻晨报》2007年3月7日。

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，为了减少立法通过的阻力，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”。不过，这已经成为过去时了，中国政法大学宪政研究所最新的《中华人民共和国反就业歧视法》（专家建议稿）第39条规定：用人单位不得基于劳动者的性别认同、性别表达及性倾向实施就业歧视。

性倾向的平等保护当然不只是就业平等这么简单，还包括居住权、对生病伴侣的探视权、婚姻权、收养权等作为一个平等公民的各项权利，这些权利和性别平等权密不可分又不能互相代替。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。不让同性恋者有同性婚姻，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？而在整个社会都对同性恋议题退避三舍，同性恋的表达自由继续受到限制，青春期的性教育忽视性倾向的内容，如何让一个人知道同性恋是怎么回事呢？或者即使一个人知道了自己是同性恋，这样的社会环境如何不让他产生自我憎恨或者自我否认呢？也许，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结果。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的需要并完

成传宗接代的任务。另一方面，性别平等的进一步提升，也将使得女性在婚姻中不再承受任何的性冷漠，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”，带来的很可能是两败俱伤。



第二编

中国法视野下的性与性别平等

第四章 无声无息的变迁

——中国法视野下的变性人婚姻权

催生这篇文章很重要的一条“导火索”是发生在香港的 W 诉婚姻登记官案 (*W v. Registrar of Marriages*): W 出生的时候是一名男性,后被诊断为性别认同障碍,2008 年,“他”成功经由变性手术变成“她”,此后,她的新的身份证和护照上的性别都标注为女性。2008 年 11 月,她向婚姻登记处申请与其男性伴侣结婚,遭到了拒绝,原因是政府在处理婚姻事务的时候,是以出生时候的性别作为标准,不考虑变性后身份证上变更后的性别。W 向法院提起诉讼,认为婚姻登记官的拒绝侵犯了她的婚姻权和隐私权。高等法院原讼法庭和上诉庭都判决 W 败诉,维持了婚姻登记处的决定。W 向终审法院提出上诉,2013 年 5 月 13 日,香港终审法院推翻了婚姻登记处的决定,判决上诉人在变性之后有权与异性结婚。

在中国内地,变性人经由手术改变自己的生理性别,然后在完成身份证上的性别变更后,享有与异性结婚的权利。然而,我们要问的问题

是，这样的权利实现可否经过了类似的挫折？通过比较法的方法可以发现，相比较一些欧美法治发达国家以及我国香港地区，中国内地变性人婚姻权的实现体现为“无声无息的变迁”：没有变性人组织的法律倡导，没有立法机构的辩论、听证，也没有司法机关对里程碑案件的审理。甚至，我们找不到一个节点，在什么时候，在哪些力量的推动下，变性人开始获得这样的婚姻权。

似乎这更多的不是关乎一个婚姻体制对新人——变性人的接纳，一切都显得波澜不惊。首先是有些地方政府先行同意可以进行性别变更，然后就出现了变性人正式登记结婚的新闻。比较正式的一个文件是2008年公安部治安管理局的《关于公民手术变性后变更户口登记性别项目有关问题的批复》，正式提出了办理户口登记性别变更的条件：实施变性手术的公民申请变更户口登记性别项目时，应当提供国内三级医院出具的性别鉴定证明和公证部门出具的公证书，或司法鉴定部门出具的证明，经地（市）级公安机关主管部门核准后，由公安派出所办理性别变更手续。

在户口登记性别变更和变性人婚姻权之间，没有任何的过渡，没有对于婚姻进行价值上的讨论，而仅仅是一个性别变更户口登记的技术问题，变性人的婚姻权是户口登记性别变更后的“自然而然的产物”，中国人民大学婚姻法专家杨大文教授指出，“当人的自然身份和户籍证明一致的时候，登记结婚在法律上就没有问题。变性人通过变性使得自己的自然身份发生了改变，同时他们也通过合法的手续改变了户籍证明上的性别登记，两者只要保持一致，结婚就是正当的。法律主张现实存在，当婚姻主体是一男一女时，他们当然可以结婚”。^{〔1〕}不存在对婚姻是否以出生时候生理性别为准的纠缠，更没有出现什么婚姻是不是和生殖有关的讨论，而这些讨论都大量地出现在香港的相关案件中。接下来

〔1〕 张倩：“变性人权调查：一个比‘艾滋’更弱势的群体”，载《青年周末》2010年11月18日。

笔者试图浅析是什么原因导致了这样的不同。

一、变性人婚姻权与同性婚姻恐惧

这一部分笔者试图得出这样一个结论：香港的公权力在处理变性人婚姻权的时候或多或少地存在对同性婚姻权的恐惧，而内地的公权力机关鲜有体现此种恐惧。

2010年，香港法院张举能法官判决W败诉的论证中有两个重要理由值得在此列举：承认易性人士能用自选性别作婚姻身份，对香港的同性婚姻的法律地位亦有影响；婚姻的重点在于生育，这点在香港——一个华人社会——尤为重要。所以易性者的婚姻权不易被承认。^{〔1〕}以出生性别作为婚姻登记的标准，那即使W已经由男性变成女性，但是在她和男性结婚的时候，仍然要以出生时候的男性性别为标准，这就出现了男性和男性的婚姻。在很多国家，同性婚姻权立法论战的时候，关于同性结合不能生育的理由都是反对派很重要的论证路径，而变性人和同性结合一样被认为不能生育。反对变性人结婚的人士担心婚姻的定义会变得模糊，“男”“女”的定义也会变得模糊，在对同性婚姻的恐惧中都有着类似的担心。所以我们有理由认为，在变性人争取与异性结婚的权利之过程中，同性婚姻阴影始终若隐若现。

即使香港终审法院认可了变性人与异性结婚的权利，也要强调香港定义的婚姻以基督教的定义为准，是一男一女的结合，不容他人介入。终审法院在判决中，小心翼翼地避开了平等保护条款，一个可能的原因在于，如果运用平等保护条款的话，同性婚姻的诉求将会有更大的空间，法院不希望处理同性婚姻的议题。^{〔2〕}所以香港终审法院要显示自己所作的判决并不惊世骇俗，并没有违法一男一女的婚姻模式，与同性

〔1〕 赵文宗：“‘是她/他也是你和我’：由W诉婚姻登记处一案看香港跨性别法律机器”，载《台湾社会研究》2011年第83期。这里的易性者等同于文中的变性人。

〔2〕 赵丹：“变性人的结婚权之合法化：对香港《基本法》中‘平等保护’条款缺位的思考”，载《中国检察官》2013年第24期。

婚姻无涉。

相形之下，中国内地有关变性人议题的讨论没有显示出对同性婚姻的恐惧，这充分体现在下面一个案例的判决当中。山东有一个叫高婷婷的生理男性，从20岁开始希望变性，后来他与一个女性结婚，有对双胞胎的女儿。30岁的时候，她和一个医院打了一场官司。接下来笔者列出媒体的相关报道^[1]：

2005年，南京东方医院提出为高婷婷免费进行变性手术。高婷婷与医院签订《协议书》，双方约定，由东方医院为高婷婷免费做分期变性手术，高婷婷负责提供变性手术相关的合法必备证明。可就在高婷婷提供了村委会证明、直系亲属的手术同意书、山东省精神卫生中心的诊断证明书后，东方医院却以高婷婷提供的必备文件不全为由，拒绝其入院。2005年8月25日，高婷婷将东方医院告到秦淮区人民法院，要求判令东方医院履行合同义务，尽快为其做手术。秦淮区人民法院经审理认为，根据医疗行业规定，做变性手术必须提供相应的离婚证明材料，高婷婷不能提供离婚的合法证明，东方医院可以暂缓履行合同。据此，法院一审驳回了高婷婷的诉讼请求。

高婷婷向市中级人民法院提起上诉，要求撤销原判，改判东方医院立即为自己做变性手术。市中级人民法院经审理认为，高婷婷当初与东方医院签订的协议并未约定高婷婷要提供离婚证明。而医院提出的不离婚就不能做变性手术的理由也无法可依。法院判决医院赔偿高婷婷5万元。

我国现行法律法规也并未禁止婚姻关系存续期间进行变性手术。民政部2002年发出的《关于婚姻当事人一方变性后如何解除婚姻关系问题的答复》指出，（当事人）在办理结婚登记手续时符合结婚的实质要

[1] 朱晓露：“变性人不离婚也可手术变性”，载《南京日报》2005年5月17日。2017年卫计委下发的《变性手术技术管理规范（试行）》明确规定做变性手术前，患者必须“未在婚姻状态”。

件和形式要件, 结婚登记合法有效, 当事人要求登记机关撤销婚姻关系的请求不应支持。如果双方对财产问题没有争议, 登记机关可以参照协议离婚处理, 离婚效力自婚姻关系解除之日起算, 双方因财产分割发生争议起诉至人民法院的, 人民法院在解除当事人婚姻关系的同时一并解决财产问题。

二审法院意识到了同性婚姻这个问题, 但是不认为想要变性的人必须离婚才可以做变性手术: “婚姻法确认的婚姻主体是异性的男女, 婚姻关系存续期间因配偶一方变性而形成的同性婚姻不受婚姻法保护。但是, 不受婚姻法保护并非禁止已婚者变性的正当理由, 法律规范所调整的对象是行为而非结果, 在对某一行为未作禁止性规定时, 不应以其结果违法或可能违法而否定该行为具有正当性。高婷婷变性是对自身权利的处分且不违法, 而配偶权所能支配的仅是配偶之间的身份利益, 对身体的处分权仍为夫或妻一方所拥有。因此, 不应以变性影响配偶一方身份利益而否定夫或妻对自己身份的处分权。”〔1〕

变性人婚姻权是间接承认同性婚姻合法化的论述也已经出现, 但似乎并没有引起很大的焦虑, 婚姻法学家杨大文认为: “这两者毫无关系。同性恋的性取向是同性, 所以不存在一个同性恋者通过变性手术达到结婚这一问题。”〔2〕这两者显然并非“毫无关系”, 但是在什么样的语境中这两者才会被认为“毫无关系”呢? 或者换一种问法也是一样的, 在什么样的语境中, 变性人变性后与异性结婚的权利和同性婚姻的议题纠缠在一起?

中国内地关于变性人婚姻的无声无息地接纳, 以及高婷婷案件的判决, 显示了对同性婚姻的恐惧还没有成为此类案件的或隐或现的背景,

〔1〕 吴元浩主编:《权益纷争》, 上海人民出版社2009年版, 第10~11页。

〔2〕 吴国平:“变性人的结婚权利研究:以婚前变性为视角”,载《福州大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期。此文作者反而很担心一个同性恋者通过变性手术而与同性恋对象结婚引发变相的同性婚姻合法化, 所以应该在将来的立法中禁止。

这种不敏感也许可以被解释为变性人婚姻权仍然是在异性恋一夫一妻的框架下得以承认；也可以被解释为中国内地争取同性婚姻的社会运动还没有强大到逼迫公权力考虑捍卫传统婚姻；也许还可以被解释为在中国内地，同性婚姻议题上的宗教反对力量不像在西方那么强大，事实上，中国的基督教原教旨意识形态也还没有可能被积极动员。

二、判例法制度的影响

中国内地变性人婚姻权的实现没有经历香港那样的一个司法过程，除了上述的意识形态分析之外，也有法律制度上的原因。香港承继的是英国的法律体制，隶属于判例法系，回归以后，虽然判例创制的主体实现了一定程度的本土化，香港高等法院和终审法院成了主要的创制主体，但是，英国的判例和其他普通法系国家的判例对香港法院也具有重要的参考价值，所以香港的法院在处理变性人的婚姻权时，英国的判例起到很重要的作用。

W 诉婚姻登记官案中的争辩理由就援引了英国 1970 年的柯百特案 (*Corbett v. Corbett*)，法院判决，婚姻的本质特征是繁衍后代，婚姻是一男一女的结合，人的性别从出生时就按照生物学特征确定下来，香港在制定《婚姻诉讼条例》时，立法意图反映的就是柯百特案的标准。此后英国的变性人不断向欧洲人权法院提出申诉，来挑战这个标准，屡屡失败。直到 2002 年欧洲人权法院判决的谷德温案 (*Goodwin v. United Kingdom*) 成为转折点，人权法院庄严宣告，国内法规定性别由出生登记来调整的做法，在本质上削弱了婚姻权。^[1] 英国最高法院在 2003 年的柏灵儿案中，仍然按照法院一贯的见解，作出了不利于变性人权利的判决，驳回了一名男变女的变性人请求法院承认与另一名同居的男性婚姻效力的诉求。也因为这样一些判决的影响，英国在 2003 年正式提出的立法草案中，把变性人缔结婚姻的相关规定，也一起纳入了修法的范

[1] 赵丹：“变性人的结婚权之合法化：对香港《基本法》中‘平等保护’条款缺位的思考”，载《中国检察官》2013 年第 24 期。

围,这就是2004年7月1日在英国公布的给予变性人一系列权利保障的《性别认同法案》。这一法案彻底突破了性别登记与生物学上性别认定的关系,只要有性别认同障碍之诊断,一个人就可以申请变更性别登记,甚至无需以完成一部分或者全部变性手术作为前提条件。〔1〕

香港终审法院所做出的对变性人有利的判决,也受到英国判例和立法的影响,并建议政府在起草相关法律条文时,可以参考英国2004年通过的《性别认同法案》。正如香港高等法院对变性人婚姻权不利的判决,也受到英国曾经的对变性人不利判决的影响。相形之下,很难想象,中国内地有关变性人权利的决策,受到了普通法系这些判例和立法的影响。这不得不又让笔者提起另外一个比较,香港在1991年实现了成年同性之间相互同意性行为的非罪化,但是男男性行为的同意年龄线是21岁,而女同性恋和异性恋则是16岁。也就是说,成年男性之间发生性行为必须是21岁以上,而女同和异性恋发生性行为的最低年龄是16岁,否则就构成犯罪。香港这些同意年龄线的不平等规定,都受到包括英国在内的欧洲一些国家的影响,如今这些不平等大多都在LGBT(分别指女同性恋、男同性恋、双性恋和跨性别)运动的冲击下得以改善。受此影响,2005年香港高等法院宣布不一样的同意年龄线规定违反了平等权和隐私权,香港的宗教团体谴责这个判决并要求政府提出上诉,香港终审法院2006年9月20日作出判决,驳回上诉。而中国内地在面对同性性行为的罪与罚的问题上,基本没有经历过争论。〔2〕

三、“系统”对“生活世界”的殖民化

在LGBT权利的关注者看来,另外一个值得关注的香港和内地的比

〔1〕 张宏诚:“法律的眼中‘我是谁?’——性别认同障碍与变更性别登记立法刍议”,载《台湾律师》2010年5月号。

〔2〕 参见郭晓飞:“中国有过同性恋的非罪化吗?”,载《法制与社会发展》2007年第4期。

较是这样一个事件：根据2014年3月英国生效的一个同性婚姻附加条文《2014年领事婚姻及外国法律婚姻令》，只要同性伴侣一方是英国公民，其他条件合格，就可以在俄罗斯、中国等23个同性婚姻不受法律保护的国家英国领事馆登记结婚，但是香港特区政府禁止英国驻港领事馆为同性伴侣注册成婚。

以上所作的比较是要说明什么，除了恐惧同性婚姻意识形态和判例法系法律体制两大因素之外，我们要匆忙得出结论说，内地对待LGBT权利比香港要进步？香港通过诉讼、艰难的立法争论而实现的权利在大陆可能无声无息就被接受了，正如香港还在纠结是否允许英国的海外公民在领事馆与同性伴侣登记成婚，而内地没有任何争议就接受了。也许，“进步和落后”的辩证法在这里得以显现，被认为是华人社会“法治优等生”的香港遵循着法律职业主义的治理模式，维权的弱势群体靠诉讼挑战压迫性的法律，如惩罚同性性行为的罪名，不平等的同意年龄线，变性人结婚权的障碍等，保守的力量也通过媒体和司法来展开辩论，即使暂时不允许驻港领事馆为同性伴侣注册结婚，也可以解释为政府在民众还没有达成共识的情况下对相关议题要保持中立立场，看起来也很符合自由主义对公权力中立性立场的预设，尽管这种预设LGBT人权保障的大背景下越来越难以为继，但仍可以解释为要为正式的政府决策留下讨论的时间，很符合科层官僚制的理性治理模式。而对于中国内地来说，似乎对通过司法诉讼一步步来推进LGBT权利的模式还有些生疏，^[1] 尽管乙肝领域的一系列公益诉讼和立法决策的良性互动成为近些年弱势群体维权的鲜见的例外。

然而现代性的治理模式之弊，也在变性人的婚姻权问题上得以显

[1] 近些年，也有一些变化，出现了一些通过诉讼维权的努力，参见姚瑶：“同性恋献血遭拒起诉血液中心”，载《新京报》2010年6月11日，第A14版。张淑玲、金祎：“首起‘扭转治疗方案’揭同性恋者生存困境”，载《京华时报》2014年8月11日，第12版。就业领域的性倾向歧视第一案和性别认同歧视第一案，以及教育领域的倡导性诉讼可参见刘小楠主编：《反歧视法讲义》，法律出版社2016年版，第256~262页。

现,包括英国在内的西方国家曾经为变性人婚姻设置重重障碍的性别登记法律规范,受到生物科学的很大影响,只能以生物学上认定的性别作为法律身份登记的依据,2014年的受到广泛赞誉的《性别认同法案》即使规定了无需完成变性手术就可以进行性别变更的登记,但仍然需要两份医学诊断证明,证明申请人“确属具有性别焦虑之倾向性症状,同时并具备重置性别角色生活已达两年以上之事实”。^[1]精神医学或者心理医学专家作为一种专业化的力量,行使了知识的“权力”,来决定一个人是否能够改变自己的性别登记,这样的“权力”不是司法意义上的国家的公权力,而是一种真理的权力体制,这样一种权力体制在把跨性别群体病理化并进行压制的同时,也在对希望变性的人进行性别的再生产,以一种解放的姿态参与其中。性别认同障碍的诊断和治疗充斥着性别的刻板印象,男性特质和女性特质僵硬的二元划分,决定着跨性别人士只有经历了什么程度的检验,才能跨出自己出生时被命名的性别。这种科学的宰制很容易让我们想到福柯,其实“生活世界”的理论也有一定的解释力。

“生活世界”这一概念最初由胡塞尔提出,借助这一批判的视域,他批判了日渐居于主导地位的实证主义思维,因为这种思维对与人有关的精神科学的根本价值进行了消解。科学所理解的客观性本来恰恰是人的主观世界所赋予的,可是实证主义的科学思维方式却“抽去了在人格的生活中作为人格的主体,抽去了一切在任何意义上都是精神的东西,抽去了一切在人的实践中附到事物上的文化特性”。^[2]精神病学和心理医学所构建的性别认同障碍把性别的僵化上升到科学的角度,本来生活中所调侃的“不男不女”被科学话语转译之后,对不能适应这一套男性

[1] 张宏诚:“法律的眼中‘我是谁?’——性别认同障碍与变更性别登记立法刍议”,载《台湾律师》2010年5月号。

[2] 夏宏:“生活世界:从科学批判走向社会批判”,载《广东社会学科》2011年第1期。

气概或者女性气概的跨性别人士造成极大的心理压力，就如同性恋曾经长时间被认为是一种性倒错的疾病。而跨性别群体的非病理化进程，不仅仅和科学话语的顽固相关，甚至和国家的社会保障机制纠缠成一个死结。如果一个人希望改变自己的性别，在“变性癖”被病理化的情况下，变性手术就可能享受国家的医疗福利的保障，而如果做变性手术成为一种无关疾病的个人选择，那么就成为和美容整形一样的活动，国家的福利将不负任何责任。所以对科学的批判和对社会体制的批判分析必须并驾齐驱。

我们可以借助“生活世界”概念在哈贝马斯那里的发展来获得更多的洞见。在学者夏宏看来，哈贝马斯对“生活世界”的理论进行了语言学重构，认为胡塞尔囿于传统的主体哲学，没有注意到主体间性的问题，而语言就体现了相互主体性的力量，没有私人语言，我们互相言说的时候，有一种背景决定着 we 想说什么、怎么说、说什么，我们借助语言把这个背景凸显出来，而这个匿名的背景，就是生活世界。哈贝马斯把社会分为“系统”和“社会世界”两个部分：“生活世界以日常语言为媒介，而系统是以货币和权力为媒介。日常语言的优先性使得生活世界具有优先性。”“现代社会的弊病之源就在于作为系统的媒介——货币和权力取代了作为生活世界之媒介——日常语言，工具理性取代交往理性，系统使生活世界殖民化”。^{〔1〕}哈贝马斯认为只有法律才能拯救“生活世界”被殖民化的困境，因为法律语言同时沟通了生活语言和专业的代码，是沟通“系统”和“生活世界”的媒介。^{〔2〕}一方面我们看到香港变性人婚姻权的诉讼，就是法律起到了这样的媒介作用，变性人想要与异性结婚的日常语言和判例法系的专业代码相结合，

〔1〕 夏宏：“生活世界：从科学批判走向社会批判”，载《广东社会学科》2011年第1期。

〔2〕 王恒：“权利正当性的后形而上学重建——哈贝马斯权利理论研究”，载付子堂主编：《经典中的法理（第一卷）》，法律出版社2010年版，第184页。

冲击了行政权力作为“系统”的冷酷和严苛；但是另一方面，我们也看到，哈贝马斯所预设的“理想沟通情境”确实是反事实的乌托邦，变性人在多大程度上可以和专业性的法言法语进行平等自由的交流，诉讼的劳民伤财，“变性癖好”被作为病症不断讨论，以及败诉所带来的进一步的精神伤害都是很高的成本。更重要的是哈贝马斯忽视了法律知识本身也是一种“权力”，更多的也属于“系统”的一部分，在笔者看来，法律对于变性人婚姻权的确认是双重的“殖民化”，一方面是专业性对于“生活世界”的殖民，另一方面是主流性别刻板印象对于跨性别群体的殖民。或许香港被英国殖民的传统也在此议题上得以凸显为第三重的“殖民”。

四、余论：螺蛳壳里做道场

当然，法律和医学的职业化也有其重要的价值，事实上，当下内地医疗领域相关规范的缺失给变性人带来空间的同时也带来了一些问题，比如当西方的一些批判学者在讨论变性人做手术时要回答一系列性别僵化的问题，面临专家的暴力的时候，内地的一些医院却不管有无相关的方面的资质和经验就匆匆上马，说出“只要你花10~50万元，想变啥就变啥”这样的话。^{〔1〕}事实上对变性人婚姻问题缺乏法律争论也可能对这个群体面临的其他困境视而不见，比如跨性别面临歧视，找工作艰难，变性后毕业证上的性别难以更改，即使是变性人的婚姻权，各地实施的差别也很大，所以我们既不可以对理性、进步、法治全身心地拥抱，也不可以对浑水摸鱼乱中取胜有着“生活在别处”的玫瑰色想象，一切都只能是“螺蛳壳里做道场”，在狭窄逼仄的环境里做出策略性的努力。

〔1〕 王德利：“只要给10~50万，就可帮你变性”，载《重庆晚报》2009年6月18日，第12版。

第五章 刑（性）法的宪法制约

——法教义学视野内外的聚众淫乱案分析

2009年8月17日，南京市秦淮公安分局在一家连锁酒店内抓获5名参与“换妻”的网民，随后又牵连出17人，其中年龄最大者属53岁的南京某大学副教授马尧海，因为他是“换妻游戏”的组织者，所以被列为22名被告之首。这个被告阵容，“创造了1997年修订《刑法》13年以来，以‘聚众淫乱’罪名起诉的最高纪录”。在庭审中，其余被告均表示认罪，辩护人做了有罪辩护，马尧海宣称自己无罪，辩护人做了无罪辩护。2010年5月20日，南京市秦淮区人民法院进行公开宣判，22名被告被判决构成聚众淫乱罪。“马尧海对自己行为的社会危害性和违法性始终缺乏清醒的认识，被从重处罚，获刑3年6个月。其他人由于认罪态度较好，被判缓刑到3年6个月有期徒刑不等的刑罚”。^{〔1〕}

这个案件引发了广泛的争论，各大媒体广泛报道，学者、网友纷纷表态，喧嚣过后，也应该沉淀一些思考。正如“密涅瓦的猫头鹰黄昏的时候才起飞”（黑格尔语），表面的话语纷扰退场之后，这个案件所涵盖的法理、民意、道德、社会变迁足以支撑得起更多的深入研究。就像2001年泸州市中级人民法院所审理的“二奶继承案”一样，学者们不厌其烦地从不同角度进行解读，一贯忽视个案研究的法学期刊也不惜篇

〔1〕“副教授‘换妻’宣判 马尧海聚众淫乱获刑3年半”，<http://news.sohu.com/20100520/n272232008.shtml>，最后访问日期：2012年9月14日。很多媒体报道都有这么一句话：“据了解，他们成了20年来第一批因为‘聚众淫乱罪’获实刑的人。”被追究刑事责任人数之多可能开了先例，但是获实刑判决，这远不是第一次。1999年12月12日，广西壮族自治区钦州市中级人民法院判决被告人刘剑锋聚众淫乱罪成立，有期徒刑2年。引自国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览·2000年刑事审判案例卷》，中国人民大学出版社2002年版，第255页。

幅,出产了大量高品质的论文。^[1]这两个案件的共同之处在于都和婚姻体制纠结缠斗。“二奶遗赠案”关系到婚外的情人是否可以凭着经过公证的遗嘱获得继承权,“聚众淫乱案”的公众讨论隐隐约约偏离聚众淫乱罪的主题而导向对于“换偶”道德性的追问。因为“事关风化体”,因为事关法理学之永恒主题——法律与道德关系,因为“性”学属于天然的交叉学科,哪怕再“书斋”型的法学家,即便处在壁垒森严的学科划分的铁律之下,也觉得自己对这个问题有发言权。所以笔者预测这个“聚众淫乱案件”远远没有在宣判的时候销声匿迹,而是把此类案件“问题化”的开始。

一、法教义学视野下刑法的张扬——“聚众淫乱”话语的生产

笔者首先从法教义学的视角来检视这个案件的判决,法教义学是来自德国的传统,强调“对现行法进行系统的描述、加工并发展。它将具体的法律问题整合入普遍化的相互关联中,由此构建免于矛盾的评价体系”。^[2]法教义学特别强调“通说”的作用,就是德国法中的“支配性意见”,“具体指,针对现行法框架中某一具体法律问题——通常是司法适用问题——学术界和司法界人士经过一段时间的讨论后,由多数法律人所持有的法律意见(法教义学意见),所以,通说也被称作‘多数意见’”。^[3]“通说”可以对审判实践起到权威性指导的作用,法官

[1] 相关的论文可参见萧瀚:“被架空的继承法——张学英诉蒋伦芳继承案的程序与实体评述”,载易继明主编:《私法》(第2辑·第1卷),北京大学出版社2002年版;范愉:“泸州遗赠案评析:一个法社会学的分析”,载中国人民大学民商事法律科学研究中心、最高人民法院《人民司法》编辑部编:《判解研究·2002年第2辑》,人民法院出版社2002年版;王轶:“泸州遗赠案随想”,载中国人民大学民商事法律科学研究中心、最高人民法院《人民司法》编辑部编:《判解研究·2002年第2辑》,人民法院出版社2002年版;朱庆育:“法律适用中的概念使用语——以泸州遗赠案为分析对象”,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》,北京大学出版社2007年版;郑永流:“道德立场与法律技术”,载《中国法学》2008年第4期;何海波:“何以合法?对‘二奶继承案’的追问”,载《中外法学杂志》2009年第3期。

[2] 庄加园:“教义学视角下私法领域的德国通说”,载《北大法律评论》2011年第2期。

[3] 黄卉:“论法学通说”,载《北大法律评论》2011年第2期。

援引通说判案不必要重新论证，减轻了论证的负担，保证了法律规范可以没有矛盾地适用于个案，实现法律的稳定性、确定性和可预测性。

然而对于聚众淫乱案件，法学界的研究很少，没有经过实践和学术中大量的“如切如磋，如琢如磨”，就难以形成有支配性的“通说”，此类案件的“通说”还正在形成的过程当中。笔者在接下来的分析中，只能因陋就简，采用权威刑法学家在《刑法学》教材中对“聚众淫乱”的概念界定来作为分析的起点，作为对“通说”的一种不完美的替代。不完美的原因是法教义学尽管挪用了神学的“教义学”这个词，但毕竟声称自己的科学性，不像宗教崇拜那样追随权威，“通说”凭自身论证的说服力而不是学者的名声获得权威性。但是，法学和自然科学的可检验、可重复、相对的价值中立不可同日而语，笔者很难想象一个法学家在解释什么行为构成“聚众淫乱”罪的时候可以做到彻底的“不动声色”。所以权威法学家的解释更有可能成为判决中的指导因素，“通说”也起到了法律规范的作用，学者们对“通说”的热衷也有对司法实践施加影响的冲动，学者周永坤“法律方法也是法”^{〔1〕}的精辟论断可能揭示了“通说”、法律方法论研究热背后的知识社会学逻辑。权威学者的观念成为通说的可能性远大于一般学者，而教材又被认为是去个性化的通说的集大成，所以对教材中“聚众淫乱罪”概念的梳理在本案中显得尤为重要。

我国《刑法》第301条规定：聚众进行淫乱活动的，对首要分子或多次参加者，处5年以下有期徒刑、拘役或管制。张明楷在《刑法学》教材中对聚众淫乱罪的界定是：“聚众淫乱是指纠集3人以上群奸群宿（聚众奸宿）或进行其他淫乱活动。淫乱行为除了自然性交以外，还包括其他刺激、兴奋、满足性欲的行为，如聚众从事手淫、口交、鸡奸等行为。”^{〔2〕}作者特别强调区分罪与非罪的界限，认为虽然刑法理论没有

〔1〕 周永坤：“法律方法也是法”，载《法制资讯》2013年第1期。

〔2〕 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第947页。

争议地把“众”理解为3人以上，但不能只按照字面含义来理解本罪的罪状。“不能认为3人以上聚集起来实施淫乱活动的，一律构成本罪。刑法规定本罪并不只是因为该行为违反了伦理秩序，而是因为这种行为侵害了公众对性的感情，尤其是侵害了性行为非公开化的社会秩序。因此，3个以上的成年人，基于同意所秘密实施的性行为，因为没有侵害本罪所保护的法益，不属于刑法规定的聚众淫乱行为。只有当3人以上以不特定人或者多数人可能认识到的方式实施淫乱行为时，才宜以本罪论处”。^{〔1〕}这个解释对“公开化”和“秘密实施”的聚众淫乱进行了区隔，认为前者侵害了公众性的感情、性的非公开化的社会秩序，而后者秘密实施的聚众淫乱行为没有侵害本罪的法益。蔡曦蕾参考各国立法，类似案件的定罪都不在于人数的多少，而在于是否公然实施，而中国1997年《刑法》“认为任何聚众淫乱行为都将达到犯罪的‘无价值’程度，而单个人或两人在公共场所的公开淫乱行为则由于多少存在些‘价值’，而被排除出犯罪圈之外。笔者对此颇感疑惑”。^{〔2〕}张明楷的解释显然参考了其他国家的刑法，通过解释技术，把私密状态下的淫乱行为非罪化了，而立法中并没有体现这样的倾向性。所以两个人在公共场所发生性行为是否要被定罪、定什么罪可能也是让刑法学者颇为踌躇的问题，而学者的疑惑可能就是司法实践中的尴尬。2011年，57岁的艺术工作者成力在北京通州宋庄以性爱展示作为其行为艺术展，而后被警方带走，并因“寻衅滋事”被警方处劳动教养1年。^{〔3〕}这显示法律想

〔1〕 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第947页。张明楷在脚注中特别解释说：“只要性行为是秘密实施的，即使召集、邀约行为具有公开性，也不应认定为聚众淫乱罪。”他认为引诱未成年人聚众淫乱因为侵害的法益是未成年人的身心健康，不要求具有公然性。

〔2〕 蔡曦蕾：“论聚众淫乱罪的法理缺陷与完善”，载《时代法学》2010年第4期。

〔3〕 盛大林：“性爱行为艺术案为何只劳教男方”，载《北京晨报》2011年5月9日。一浙江男子默许邻居家4岁的小女孩看黄片被拘留10天，也不知道是触犯的是哪条法律。参见 http://news.ifeng.com/society/1/detail_2012_08/19/16911378_0.shtml，最后访问日期：2012年9月23日。

要惩罚两个人之间的公开性爱却力不从心,只能援用“小口袋罪”——寻衅滋事罪,给予行政处罚。

曲新久的《刑法学》教材也有类似的思路,强调“除非成百上千人进行淫乱活动(事实上不好想象),虽有3人以上,但是人数不多,秘密进行淫乱活动,不为不特定的他人或者众多的人所见闻的,不构成犯罪”。^[1]同张明楷不同的是,曲新久对淫乱的理解是必须具有性交行为的才构成本罪,仅有猥亵行为不构成本罪。而且不是3人以上共同发生性行为都视为淫乱,而是必须发生的场合和方式“令同时代的普通人感到羞耻,难以容忍的才能视为淫乱”。^[2]这样的解释进一步缩小了处罚的范围,公然的、互相同意的、多人之间的非性交的性行为,也不构成聚众淫乱罪,但是对“同时代普通人”性道德观念的强调可能会使得“性弱势群体”在这样的视角下更可能被治罪,如同性恋的多人性行为更可能被解读为“令同时代的普通人感到羞耻”,更加容易被定罪。同样是在南京,同性恋之间的聚众淫乱案件也开始出现。而关于两种聚众淫乱案件的差别还基本上缺乏认识。^[3]法学家坦率地承认自己对于某些聚众淫乱行为“事实上不好想象”,而为什么要在刑法学教材里被逼着去想象这样的具体情节?而且努力的结果仍然是互相之间不能融洽,关于聚众淫乱的具体界定仍然处在模糊混沌的状态。其他部门法的学者大概不用遭受这样的折磨,这是为什么?

在笔者看来,根源在于罪刑法定原则的实质层面所要求的明确性。这种明确性要求“规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能够确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障

[1] 曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第463页。

[2] 曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第463页。

[3] “聚众淫乱,四名‘同志’被判刑”,载《现代快报》2010年10月14日,第F14版。笔者无法确定是否同性恋的聚众淫乱是否更容易入罪,只是从逻辑上判断对同时代普通人性道德标准的强调可能会造成这样的后果。

该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象”。^{〔1〕}“不明确即无效”是源自美国的宪法原理，不明确的刑法无法保证法律的可预测性，使公民不能预测自己行为的后果，从而为随意出入人罪的司法擅断大开方便之门。刑法明确性的要求主旨在于约束国家刑罚权的滥用，保障人权。没有任何一个部门法理论对明确性有这么高的要求。可是这种明确性的要求和刑法中性犯罪的模糊性始终保持了一定的张力，这也就是近年来大量的引起争议的案件发生在这个领域的原因，如最高人民法院关于奸淫幼女的司法解释、组织卖淫罪是否可以涵括同性之间的“卖淫”？裸体视频聊天情节严重是否构成传播淫秽物品罪？

正如阮齐林所观察到的：“财务、人、枪支、毒品这样的法律概念表述的基本是一个客观事实，具有确定性。但是对于淫乱、淫秽之类的概念，则不同的时代，不同的人看法差别很大。因为它们含有道德、价值评断的因素，具有不客观不明确特性。罪刑法定原则要求明确性，故排斥过多使用这类要素。”^{〔2〕}关于淫秽物品的立法也面临一样的问题，什么可以构成淫秽物品，美国联邦最高法院斯图尔特法官曾宣称：“我看了才知道。”^{〔3〕}所以我们可以理解罪刑法定在刑法中不断得到确立和巩固的过程，同时就是大量涉及性的犯罪非罪化的过程，像英美法系长期以来囊括在“sodomy”条目下的所谓口交、肛交、兽奸等“非自然性行为”的非罪化当然跟民众性道德观念的变迁有关系，但是从技术上而言也因为这些法律中模糊的性道德词汇不能满足明确性的要求，造成“刑不可知，则威不可测”的专断效应。

马尧海的辩护律师在辩护词中也引用了张明楷的观点，认为多人的

〔1〕〔意〕杜立奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第24页。

〔2〕阮齐林：《刑法学》，中国政法大学出版社2011年版，第595页。阮齐林也认为要参考“同时代普通人”的羞耻感，而且聚众淫乱罪不包括猥亵，“应以性交为必要”。

〔3〕Paul Gewirtz, “I know it when I see it”, *the Yale Law Journal*, Vol. 105, 1023 - 1047 (1996) .

秘密实施的性行为，没有扰乱公共秩序，没有侵犯公众的性的情感，当然这个性的情感主要指的是性生活不能够公开进行。南京市秦淮区人民法院显然不认同这样的理解，认为“刑法所保护的公共秩序不仅指公共场所秩序，公共生活也不仅仅指公共场所生活，《中华人民共和国刑法》将聚众淫乱罪归类在扰乱公共秩序罪这一大类中，说明聚众淫乱侵害了公共秩序，此种行为的故意已经包含在行为当中；无论聚众淫乱发生在私密空间还是在公共场所，不影响对此类行为性质的认定，当达到刑法所规定的程度时，即构成犯罪”。^{〔1〕}这样的理解让人很费解，法官认识到聚众淫乱罪归属于扰乱公共秩序罪，然而却没有很好地用体系解释的方法和其他的聚众犯罪进行比较，正如学者姜涛指出的，《刑法》中聚众犯罪有聚众扰乱公共秩序罪、聚众冲击国家秩序罪、聚众斗殴罪、聚众持械劫狱罪、聚众冲击军事禁区罪、聚众扰乱军事管理区秩序罪和聚众淫乱罪 7 个罪名，这些聚众型犯罪都具有公开化的特点，聚众淫乱罪也不能例外。^{〔2〕}法院在这个地方没有很好地解释，为什么这个罪名是聚众犯罪中唯一不需要公开化要件的，对于公共秩序应该做怎样的理解，何以秘密实施的性行为侵犯了公共秩序？法院所理解的公共秩序其实就等于社会风化，公共道德，一些学者支持了这样的看法。赵秉志教授为了帮助读者理解暗地里的聚众淫乱也侵犯了公共秩序，区分了两种公共秩序，一种是公共场所的秩序，是相对具体的规则调整，另一种是日常生活交往中共同的生活规则，是相对抽象的。^{〔3〕}在苏惠渔主编的《刑法》教材中，聚众淫乱罪侵犯的客体是社会风尚，客观方面的行为表现在：“3 人以上，男女混杂，但也可能全是男性或女性……主要表现为群奸群宿，跳全裸体舞或进行性交以外的其他性变态

〔1〕 南京市秦淮区人民法院刑事判决书（2010）秦刑初字第 66 号。

〔2〕 姜涛：“刑法中的聚众淫乱罪该向何处去”，载《法学》2010 年第 6 期。

〔3〕 赵秉志主编：《扰乱公共秩序罪》，中国人民公安大学出版社 1999 年版，第 451 页。

活动,如鸡奸、兽奸。”^[1]在高铭喧、马克昌主编的《刑法学》教材中,对淫乱的界定是:“指不符合道德准则的性行为。除了自然性交之外,还包括猥亵、鸡奸、兽奸等刺激和满足性欲的行为。”^[2]这些描述很粗糙,但是又在另一个层次上显得细致,展开了刑法学家对于所谓性变态活动的想象,鸡奸常常被用作表示男同性恋者之间的肛交行为,并成为污名化这一人群的贬斥话语,在这里毫无反思地得到了运用,完全无视同性恋权利在中国以及全球范围内的发展。“跳全裸体舞”这样的行为也被认为是性变态活动遭到刑法的制裁,让人感觉流氓罪并没有走远。大量污名话语的泛滥,显示涉性刑法的惩罚边界仍然模糊不清。传统上,刑法对性犯罪的惩罚是基于社会风化,无论是婚外相互同意的“和奸”,还是违背受害人意志的“强奸”都是对性的社会风尚的侵犯;现代社会强调性自主权,刑法禁止对法益的侵犯。这样的两分法可能都有点老生常谈了,可是在聚众淫乱罪的框架下,两种力量还在拉锯。

通过以上对一些《刑法》教材的分析,让笔者想到了福柯对于精神分析学派“性压抑假说”的分析,他认为性并非一直是处在被文明压抑的状态,而是在16世纪、17世纪不断地被各种力量所激发和生产出来。基督教的忏悔告白机制反而使得性话语到处弥散:“大家必须服从一种命令,不仅忏悔违反法律的行为,而且还要以坦白自己的全部欲望为目标……基督教的教士守则明文规定,其基本职守是让任何带有性特征的东西进入没有终止的话语磨坊之中。”^[3]基督教在性道德上的严苛似乎产生了一种奇妙的机制,这种机制是一种产生了更多性话语的机制。不仅仅是性实践,连淫秽的眼光、猥亵的念头,事无巨细,都在忏悔者的忏悔话语中一一呈现。这是一种对性的话语煽动。福柯分析精神

[1] 苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社2012年版,第472页。

[2] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第549页

[3] [法]米歇尔·福柯:《性经验史》,余碧平译,上海人民出版社2002年版,第15页。

病学等学科为了驱赶性反常的力量，就必须让这些性反常成为可以分析的类型，于是，同性恋、恋物癖、恋老人癖者、性感倒错者、兽奸者等类型就出现了，这些昆虫学式的类型在得到命名的同时，也得到了巩固。所以我们才能理解他所说的：“权力是作为一种召唤的机制在发挥作用的，它吸引、取出它所关注的那些稀奇古怪的东西。快感随着控制它的权力扩散开去，而权力则仅仅抓住刚才逼问出来的快感不放。”^{〔1〕}作为国家公权力的刑罚权，作为刑法学学科意义上的法学家的权威，都被卷进到性快感的揭发和逃避的游戏中了。刑法学家对淫乱的抽象界定，具体列举，使得那些“魑魅魍魉”在教科书里烟视媚行。罪刑法定所要求的“明确性”就像一个“照妖镜”，甄别鉴定的工作让打击淫乱犯罪的《刑法》也多多少少变得性感起来了。刑法学家对聚众淫乱话语的生产就是对这个照妖镜打磨的过程，可惜追求明确性和稳定性的刑法学在这个问题上力不能逮，一系列疑问在回答后更是混乱：聚众淫乱是否要以“公然发生”为要件？仅仅有所谓的“猥亵”行为而无性交行为是否构成此罪？什么是公众的性感情？什么行为让同时代普通人感到羞耻，这种描述是否缺乏了对同时代主流道德观的反思？用上述一个教材括号里的话来描述正好合适，那就是：“事实上不好想象”。

正如波斯纳所言，在对性的公共规制问题上，无知扮演了很重要的角色。^{〔2〕}性的问题不被鼓励公开讨论，有关性和法律的研究要么付诸阙如要么难登大雅之堂，在对罪和非罪的区分标准上没有论证，在列举式的描述中我们看到的也是有限想象力下的勉为其难，处处可见的随意与武断，刑法的法教义学视角没有对这个问题的缓解有任何贡献。张明楷在解释同性组织卖淫案件中卖淫含义的时候说“卖淫，是以营利为目

〔1〕〔法〕米歇尔·福柯：《性经验史》，余碧平译，上海人民出版社2002年版，第33页。

〔2〕〔美〕理查德·A. 波斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第290页。

的,满足不特定对方的性欲的行为,包括与不特定的对方发生性交和实施类似性交行为(如口交、肛交等。或者说,卖淫包括实施性交行为与某些猥亵行为)”。^[1]但是在解释中又说:“为了限制处罚范围,在刑法上,组织他人单纯为异性手淫的,或者组织女性用乳房摩擦男性生殖器的,不应认定为组织卖淫罪。”^[2]为什么卖淫包含了“某些”猥亵行为,而排斥其他,这里的标准是什么?2001年1月28日公安部下发的《关于对同性之间以钱财为媒介的性行为定性处理问题的批复》规定:“不特定的异性之间或者同性之间以金钱、财物为媒介发生不正当性关系的行为,包括口淫、手淫、鸡奸等行为,都属于卖淫嫖娼行为,对行为人应当依法处理。”这个批复显然和张明楷教授的观点不同,似乎不同解释者个人对各种“猥亵”行为的价值排序就是标准,而法教义学对这种标准的确定无能为力。刑法所承担的性秩序的维护,对败德之“性”的压制,是以不断地对各种性活动进行甄别,对性话语进行言说为代价的。曾经,“非礼勿视、非礼勿听”的立法者和研究者不愿意参与到这种言说当中,曾经的“流氓罪”就既发挥了刑法维护性道德秩序的作用,又不需要事无巨细的性话语分析。在强调“罪刑法定”原则的“后流氓罪”时代,法治所要求的明确性在客观上使得不同种类的“流氓”也开始被具体界定。没有任何一个部门法如此强调明确性,所以那潜滋暗长的、不断演化的、永无止境的性实践就这样在看起来正经的刑法学家笔下悄然现身,在国家的政法机关规范文件中左冲右突,在被压制的痛苦中也发出一些不和谐的“呻吟”。

对各种性实践的命名产生了一个“未意图的后果”(unintended consequence),另类的性权利话语也开始唧唧囔囔地并不那么闪亮地登场

[1] 张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第220页。

[2] 张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第220页。在对方某“裸聊”案件的分析上,作者认定淫秽的音频文件属于淫秽物品,但是方某(女性)如果裸聊时只裸露了上身就不能认定为“淫秽”,参见上书第229页。

了。曾经被视为流氓的同性恋者开始争取这个人群的权利，与“鸡奸”有关的法律话语都被反歧视的眼光重新审视；反淫秽物品的立法也在言论表达自由的宪法规范下面临正当性追问；性交易的非罪化一直以来也是非罪化课题中非常主流的一大块内容并且在一些国家中得以实现。而在这次聚众淫乱的审判中，马尧海喊出了“换偶无罪”的口号。那些没有具体受害人的，只是因为违反道德伦理的无直接被害人犯罪都在蠢蠢欲动地想要咸鱼翻身，学者姜涛就认为对于吸毒、重婚、传播淫秽物品、组织卖淫、赌博、聚众淫乱这些没有直接受害人的犯罪应该采取渐进主义的路线：“先淡出，再退出”。^{〔1〕} 犯罪学中的非犯罪化视角相对于刑法教义学而言有了更多的社会学视角，需要这些研究的增进来对涉性犯罪有更深入的认识，而非罪化的实现也将免去刑法学家对另类性实践混乱地、随意地、力不从心地界定这一任务。

刑法应该具有谦抑性的特征，在“性法”上也是如此。刑法谦抑性“乃刑法应基于谦让抑制之本旨，在必要及合理之最小限度范围内，始予以适用之思想。此项思想，系将刑法作为保护个人生活利益之最后手段，又称为刑法之最后手段或补充性，又因其蕴含有刑罚动用愈少愈好之思想在内，故又称之为刑罚经济之思想”。^{〔2〕} 刑法在各种社会调整手段中应该具有补充性，是保护法益的最后手段，刑法对社会生活的调整也不具有完整性，不能充斥于人们生活的各个角落，同时刑法也应该具有一种宽容性，应该在一定程度上容忍某些行为对社会的冒犯。即使支持法律可以强制执行道德的斯蒂芬也认为法律和舆论介入一些私密领域，“就好比试图用钳子夹出落入眼中的睫毛，也许眼珠子会被拔出来，

〔1〕 姜涛：“无直接被害人犯罪非犯罪化研究”，载《法商研究》2011年第1期。具体针对聚众淫乱罪的非罪化，姜涛的淡出路线是，处罚组织者，不处罚参加者；处罚公开者而不处罚隐秘者；像偷税罪一样处罚再犯者，而不处罚初犯者。参见姜涛：“刑法中的聚众淫乱罪该向何处去”，载《法学》2010年第6期。

〔2〕 甘添贵：“犯罪除罪化与刑事政策”，载许玉秀等：《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》，五南图书出版公司1998年版，第623～624页。

但永远夹不住那睫毛”。^{〔1〕}在马尧海这个案件中，我们没有看到刑法的谦抑形象，张扬的刑法缺少限制，而宪法的缺席可能是其中一个极其重要的原因，值得我们详细分析。

二、法教义学视野下宪法的缺席——隐私权的沉默

聚众淫乱罪的设立达不到立法者所希望达到的维护社会风尚的目的，在司法上也很没有效益，支持性权利的一方也在质疑这样道德立法的正当性，这些都要求刑法谦抑性的实现。刑法的罪刑法定原则、法不溯及既往原则都体现了刑法谦抑性的内容，但是仅仅靠刑法规范和刑法学对谦抑性原理的阐释还只是体现了自我设限，我们的刑事立法和司法缺乏宪法的外在制约。正如德国法学家鲁道夫·冯·耶林说过：“刑法如两刃之剑，用之不得其当，则国家与个人两受其害。”^{〔2〕}尽管刑法一方面打击犯罪，另一方面保障人权，不仅是保护善良人的大宪章，同时又是犯罪人的大宪章。保护权利的最有力的工具的刑法也可能是侵害权利最厉害的手段。缺乏宪法对刑事立法和刑事司法的限制，刑法的谦抑性必然转化为扩张性。由于中国缺乏完善的违宪审查制度，并且刑事司法实务排斥宪法的直接适用，所以刑法和宪法的关系很少得到关注。^{〔3〕}尽管两个学科的对话和相关的研究已经有了初步的进展，^{〔4〕}但无论在学术上还是司法实务中，刑法的宪法制约还远远没有成为我们的思维习惯，更缺少精致深入的宏观分析和个案探讨，也很难期待司法者以宪法的基本原则指导刑法解释来弥补刑事立法缺陷。

对马尧海等被告聚众淫乱罪判决的学术评论当中，宪法分析占有一定的比重，关于聚众淫乱罪是否合宪，不同学者给出了不同的解读。学

〔1〕 [美] 理查德·A. 波斯纳：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第310页。

〔2〕 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第75页。

〔3〕 储槐植、李莎莎：“中美刑法宪法化比较研究”，载《刑法论丛》2010年第3期。

〔4〕 参见黄京平、韩大元主编：《刑法学与宪法学的对话》，中国人民大学出版社2007年版；刘树德：《宪政维度的刑法新思考》，北京大学出版社2005年版。

者欧爱民引用了《中华人民共和国宪法》第24条的规定：国家普及道德教育，反对资本主义的、封建主义的和其他的腐朽思想；并且引用《宪法》第53条公民必须遵守公共秩序，尊重社会公德之规定，得出了这样的结论：“因此，在我国性自由不能成为一项法定权利，有关机关也才从未将性自由纳入宪法保障的范围。……相反，《宪法》第49条规定：‘婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。禁止破坏婚姻自由，禁止虐待老人、妇女和儿童。’因此，我们应该从‘保障婚姻、家庭’的角度来探讨聚众淫乱罪的存废问题。”〔1〕作者引用大而无当的反对腐朽思想，尊重公德的条款来论证聚众淫乱罪的合宪性，那一切违反公德的行为入罪都可以是合宪的吗？这个思路缺乏对宪法上比例原则的省察。而且当年流氓罪的立法基础就是所谓的“资本主义、封建主义”腐朽思想，曾经的投机倒把、如今被称作“小口袋罪”的非法经营罪都可能在这种意识形态的僵化思路中随意的出入人罪。作者说性自由不是法定权利，而张翔和田伟批驳说《刑法》等236条强奸罪保护的法益是什么呢？不就是对妇女性自主权的保护吗？他们运用公法上的比例原则得出这样的结论：“将公然实施的聚众淫乱活动规定为犯罪，是为了追求正当的目的，也是适当的侵害最小的手段，符合狭义比例原则，这种限制具有宪法上的正当性；而对于纯粹私密的三人以上自愿实施性行为等活动进行刑罚制裁，不具有正当目的，是违宪的。”〔2〕欧爱民教授对性自由的排斥，对公德的维护，让人产生一种感觉，强奸罪不是建立在对性自主权保护的基础上，而是建立在维护道德风化，避免腐朽思想侵蚀的基础上。中国刑法中的强奸罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利这一章，但是受害人的性别只能是女性，甚至被一些学者解读为侵犯

〔1〕 欧爱民：“聚众淫乱罪的合宪性分析：以制度性保障理论为视角”，载《法商研究》2011年第1期。

〔2〕 张翔、田伟：“‘副教授聚众淫乱案’判决的合宪性分析”，载王利明主编：《判解研究（2011年第2辑）》，人民法院出版社2011年版。

了女性的贞操权，多多少少残留了道德风化主导的流风余韵。

从保护婚姻家庭的角度来论证聚众淫乱罪的合宪性也不能做做到逻辑上的融洽，因为聚众淫乱罪和婚姻体制没有必然的联系。欧爱民教授的分析可能受到媒体的误导，媒体大张旗鼓地渲染本案中的“换偶”的因素，事实上在本案中真正的配偶并不多，而且换偶并不必然构成聚众淫乱罪。如果一对夫妻和另一对夫妻互相交换配偶，分别在两个房间内进行性爱活动，不构成任何犯罪。而哪怕全部都是单身人士参加的多人性爱聚会，也可能构成现行刑法中的聚众淫乱罪。欧爱民以婚姻家庭的维护作为本罪合宪的理由，那立法者就应该考虑参加多人性聚会者的婚姻状况，如果有婚外性行为的，才构成聚众淫乱。这样的分析已经把聚众淫乱罪类比为通奸罪了，而宪法对婚姻家庭价值的维护也没有为通奸行为的定罪提供正当性基础。欧爱民教授并没有进入到聚众淫乱罪具体的脉络当中，不分析多少人构成聚众，是否发生在同一场合，是否以发生性交为要件，“公然”和“秘密发生”是否都构成此罪……仅仅用一个“保护婚姻家庭”的大帽子劈头盖脸砸下来就认定合宪，就大功告成了，对一个刑法罪名合宪性的分析竟然可以完全忽视刑法自身的脉络，何其粗糙乃尔。

台湾地区学者多认为通奸罪的设置难以达到预防通奸的目的，在司法实践中取证困难，事实难以认定，为了捉奸可能又会导致妨害秘密罪，浪费诉讼资源并严重侵犯未成年子女的权益。^{〔1〕}在我国台湾地区，通奸罪是亲告罪，通奸的配偶应当在知道通奸行为的6个月内提出告诉，而且配偶必须没有纵容或有恕的行为才能告诉。夫妻双方互相达成一致，同意对方参加，或者一起参加多人私密性派对的，在台湾并不构成通奸罪，在大陆却可能构成聚众淫乱罪。一对合法夫妻互相同意一起参加一个多人秘密性派对被判聚众淫乱罪，如果他们被告知这个罪的真

〔1〕 林贵文：“我国台湾地区‘刑法’上的通奸罪考察”，载赵秉志主编：《刑法论丛》（第29卷），法律出版社2012年版，第507页。

正目的是要保护婚姻家庭，他们可能会觉得大惑不解，完全不顾当事人感受的保护是一种父母式的关怀吗？有脱离配偶之间意愿的所谓保护吗？

欧爱民教授认为聚众淫乱冲击家庭生育功能，约束功能荡然无存，家庭的纽带功能断裂，情感功能名存实亡，弱化了家庭的经济功能。^{〔1〕}作者的分析充满了主观臆测，认为聚众淫乱一定会使得夫妻反目为仇，鸡犬不宁，破坏血统的纯净，甚至认为巴比伦文明也是毁于纵欲。这些长期以来的迷思很难说有什么根据。避孕技术的完善也使得婚外性和血统不纯正没有必然的联系。在换偶者当中，夫妻之间可以商量的婚外性行为也不必然对夫妻感情造成冲击。一个基本的问题是，性、爱、婚姻的三位一体在今天已经不再是所有人奉为圭臬的生活方式，法律是否要强制所有的人都装在这一个刻板模式当中？如果以婚姻垄断“性”的思路来论证聚众淫乱罪的正当性，那是否一切婚外的性行为都可以被人罪，婚前性行为、通奸、卖淫嫖娼、一切同性恋行为等，笔者没法想象那时候的《刑法》是如何的臃肿，性法是如何的膨胀。所以，即使保护婚姻家庭具有正当性，也应该从比例原则的角度论证手段的正当性。事实上在涉性刑法上的无受害人犯罪，法治国家都逐渐呈现出非罪化的状态，即使是没有在条文中非罪化的，也在实践中很少执行了。想象前述用钳子夹眼睫毛的比喻吧。

笔者愿意用一种新的宪法进路来论证对私密状态下的聚众淫乱行为定罪是违宪的，因为它侵犯了公民在宪法上的隐私权。隐私权是公民享有的保持私生活不受监视、干涉的安宁权利以及保持私人信息不受他人非法知悉、利用的权利。宪法上的隐私权是公民对抗国家干扰侵犯私人生活的一种防御权，里程碑式的案件是1965年格里斯沃尔德案。美国联邦最高法院在这个案件中作出重要判决，认为对于合法的婚姻关

〔1〕 欧爱民：“聚众淫乱罪的合宪性分析：以制度性保障理论为视角”，载《法商研究》2011年第1期。

系来说,州无权立法惩罚医疗上提供避孕药具的行为,因为这样的立法侵犯了婚姻关系的隐私,这个案件是宪法隐私权得以形成的开端。但是宪法并没有明文列举保护隐私权,道格拉斯(Douglas)法官在多数意见中引用了美国宪法第九修正案:“宪法对特定权利的列举,不能被解释为对人民所保留其他权利的拒绝或蔑视。”^[1]美国联邦最高法院在1969年的斯坦利案(*Stanley v. Georgia*)^[2]中,判决公民在家里拥有色情材料的隐私权;在1972年的艾森斯德特案(*Eisenstadt v. Baird*)^[3]中,判决单身人士有使用避孕药具的隐私权;在1973年的罗伊案(*Roe v. Wade*)^[4]中,判决女性拥有一定条件下堕胎的隐私权。在1977年的凯瑞案(*Carey v. Population Services Int'l*)^[5]中,判决纽约州禁止对16岁以下的人士买卖传播避孕材料的法律侵犯隐私权。

从类比的角度而言,美国联邦最高法院针对同性之间“非自然性行为”的两个判决和聚众淫乱是否合宪的判断有着更紧密的关联。在1986年的鲍尔斯案^[6]中,针对乔治亚州禁止非自然性行为的 sodomy law(也译作鸡奸法,包括成人间互相同意的肛交和口交),联邦最高法院作出了合宪的判决。同性恋权利遭遇了挫折。类似的案件在很多年后又一次发生。1998年9月,德克萨斯州哈里斯郡警察局得到举报,去调查一个持有武器侵入住宅的案件,进到屋里之后发现劳伦斯和另外一个男人正在进行肛交,被控违反了禁止“非自然性交罪”。美国联邦最高法院在2003年对此案作出判决,认为州立法侵犯了第十四修正案正当程序条款中的自由权,政府权力不能无处不在,德克萨斯州没有正当的政府利益可以正当化对个人私密生活的侵犯。肯尼迪法官在判决中引

[1] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

[2] *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

[3] *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

[4] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[5] *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977).

[6] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

用了在鲍尔斯案中发表反对意见的史蒂文斯法官的主张：

我们的先例案件使得这两项命题被阐释得非常清楚。首先，一个国家统治性的多数传统上视一项特定的实践非道德这个事实，并不能成为法律禁止此项实践的充分理据。无论是历史还是传统都不能挽救禁止异族通婚的法律免于宪法的责难。其次，结了婚的人的个人选择，关于身体关系的亲昵行为，甚至跟生育无关，都是被第十四修正案正当程序保护的自由的一种形式。而且，这种保护把私密关系从已婚扩展到未婚。^{〔1〕}

美国著名宪法学家劳伦斯·却伯教授在1986年的鲍尔斯案中挑战州法的同性恋男子的辩护律师，败诉后全心全意地期待着翻案，在2003年的劳伦斯案件中他以法庭之友的身份挑战州法。却伯教授评论说：“联邦最高法院指出，正如格里斯沃尔德判决保护的是婚姻关系内的性隐私，而不是戴着安全套进行异性性交的机械行为，正如格里斯沃尔德案的判决保护的是个人自治的关系权利，而不应该被降格为其中的体位或生理因素，因此，劳伦斯案的判决也应理解为既保护同性恋者，也保护异性恋者的性隐私，而且这样做并不只是出于个人自由的利益，同样是基于平等的关系和尊重。”^{〔2〕} 私密状态下的所谓“聚众淫乱行为”和曾经在西方法律传统中遭到严厉打击的“非自然性行为”都被多数人视为败德的行为，但主流的道德也有可能造成“多数人的暴政”，在性权利倡导者的眼中，这样的暴政罄竹难书，而宪法恰恰就是要保证少数人的权利不被暴政打压。在聚众淫乱案件的讨论中，不断有人诉诸流氓罪的类比，在1984年最高人民法院和最高人民检察院《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》中关于“其他流氓活动情节恶劣构成流氓罪”的列举式规定中，“勾引男性青少年

〔1〕 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

〔2〕〔美〕劳伦斯·却伯：《看不见的宪法》，田雷译，法律出版社2011年版，第126～127页。

多人，或者勾引外国人，与之搞两性关系，在社会上影响很坏或造成严重后果的”都构成流氓罪。曾几何时，轻微的违法也可能被判重刑，在严打当中偷看女生厕所被当成流氓罪判了死缓。^{〔1〕} 这些刚刚过去的历史没有得到很好的研究，马尧海的“淫乱形象”很有可能在历史中转化为“道德法律强制”的牺牲品形象，一如王尔德因同性恋行为而被判刑的历史悲剧。而刑法学领域大量出现的“国民预测可能性”“同时代普通人感到羞耻，难以容忍”“公众对性的感情”，法律所强调的一般中等人的标准等，都无视性少数人群的被污名、被打压、被歧视的历史和现实，而这些部门法领域的盲区，恰恰离不开宪法保障人权，尤其是弱势群体人权之光的烛照。

接下来的问题是，中国的《宪法》是否明文列举了隐私权作为基本权利？我国《宪法》第38条规定了公民人格尊严，第39条规定了公民住宅不受侵犯，第40条规定了公民的通信自由通信秘密受法律保护，这些都隐含了保护隐私权的内容。如果说人格尊严条款来自于对于“文革”期间肆意凌辱人格的拨乱反正，那么曾经国家吞噬市民社会，对公民的性自由进行无孔不入的限制、打压，这个记忆也应该使得人格尊严包含性隐私不被打扰侵犯的自由。公民的住宅也和性隐私紧密关联，马尧海在自己家中进行的多人性聚会被认为是犯罪的证据之一，当年在延安发生的夫妻俩在家看黄色光碟而遭公权力干扰的案子，都证明了对住宅中性事的窥探和干涉是如何的侵犯隐私，房子和“房事”的关系在语言中也得到了充分的显现，兹事体大。而通信自由、通信秘密也和本案紧密相关，马尧海常常通过夫妻交友网站、换偶的QQ群进行活动的联络，而这些网上通讯联络的信息是否应该受到通信自由条款的保护呢？笔者认为这些“性息”也应该内在的属于通信秘密和隐私权的范围。

〔1〕“迟志强无法删除的情感痕迹”，载《青年周末》2010年8月17日。

无可否认，中国宪法中没有明文列举隐私权作为基本权利，但是通过宪法解释的方法，可以认为，隐私权属于中国宪法的未列举权利。美国联邦最高法院从宪法第九修正案中解读出宪法隐私权的存在^{〔1〕}，尽管在学术界和司法实务界都还有争议，但是通过一系列的判例，隐私权越来越难以被抹杀，已经嵌在“活的宪法”当中了。从源头来看，美国的制宪者担忧在宪法中列举基本权利会使得没有列举的基本权利落入政府的范围，人民的权利岌岌可危，所以一些联邦党人反对在宪法中列举基本权利，正是因为这一担忧，才有了美国宪法第九修正案来承认基本权利，所以“确认对未列举基本权利的保护，是宪法列举基本权利的前提和条件，它消除了宪法列举基本权利可能带来的消极影响”。^{〔2〕}在格里斯沃尔德案之前，美国第九修正案并没有在实践中得到富有实效的运用，而这个案件也是美国第一次用宪法的未列举条款提炼出新型权利——隐私权。隐私权和未列举权利的紧密关系可能是偶然的，但是偶然中又有着内在的逻辑关联。隐私权所保护的权利都有点“说不出口”，不像生命权、人身自由、言论自由、结社自由那样理直气壮，避孕、堕胎、同性性行为，都只能在隐私的大帽子底下存在，性自由权很难获得自身在宪法权利体系中的一席之地，所以隐私权多多少少有一些“道德回避”的意味。已经有支持同性恋权利的学者揭示了隐私权的局限，认为隐私权作为同性恋权利正当性的基础是有限度的，因为它的理论基础是自由主义的国家不干预理论，对公共和私人两个领域截然两分，忽视了公领域和私领域可能是一个统一体。隐私权把同性恋看成是只能在卧室里发生的一种行为，而不是横跨公共、私人领域的、需要表达的持续人格特征，这种进路把同性恋群体和整个社会互动隔离开来，好像同性恋就是淫秽作品，只有隔离了才是可以被容忍的。如果歧视是

〔1〕 却伯认为第九修正案是“美国宪法文本中关于‘看不见宪法’的最可见证据”；见〔美〕劳伦斯·却伯：《看不见的宪法》，田雷译，法律出版社2011年版，第130页。

〔2〕 屠振宇：“未列举基本权利的宪法保护”，载《中外法学杂志》2007年第1期。

普遍的，那国家从卧室的撤出就没有减轻，反而默许了对私行为的污名化，国家表面上的中立和节制，没有办法制止对同性恋的大量歧视。^{〔1〕}

隐私权固然有其局限性，但对于现代社会来说，仍然有其价值，所以笔者仍然会从中国的宪法脉络中推导对聚众淫乱罪的宪法约束。韩大元教授对宪法文本中“人权条款”的规范分析可以提供借鉴，他认为2004年载入宪法修正案的“国家尊重和保障人权”条款主要是概括基本权利的条款，为基本权利提供了广泛的价值基础，但也对未列举权利的保护起到了补充作用：“如为扩大基本权利保护范围，可以依照人权条款提炼现有条款中隐含的新的权利类型，当基本权利有规定，而没有具体法律规定时提供具体的救济途径，对基本权利条款作出宪法解释时为解释的合理性提供价值基础与标准，当出现宪法和法律上没有规定的新的权利要求时，可依照人权条款作出必要的判断等。”^{〔2〕}学者屠振宇也认为人权条款宣示：“对宪法所列举的基本权利之外的人权，国家仍有尊重和保障的义务。从而，它为肯定像隐私权这样的未列举权利的存在和扩大基本权利的保护范围，提供了规范依据。”^{〔3〕}

1983年《现代汉语词典》对隐私的定义是“不可告人的坏事”。隐私一度被认为等同于“阴私”，指“涉及不正当性行为，有关强奸、侮辱猥亵妇女或其他有伤风化的事情，是阴暗、丑陋的”。1989年版的《辞海》中相关的词条只有“隐私案件”：“亦称‘阴私案件’，涉及男女私生活、奸情或其他淫秽内容的案件。”^{〔4〕}隐私和“阴私”的等同，主要被等同于性的“不可告人的坏事”，这样的社会建构使得隐私权和性有着紧密的关联，这样我们也可以理解美国一系列有关隐私权的宪法

〔1〕 See, “Note, The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a Suspect Classification”, 98 *Harv. L. Rev.* 1285, 1289-1291 (1985).

〔2〕 韩大元：“宪法文本中‘人权条款’的规范分析”，载《法学家》2004年第4期。

〔3〕 屠振宇：《宪法隐私权研究：一项未列举基本权利的理论论证》，法律出版社2008年版，第229页。

〔4〕 屠振宇：《宪法隐私权研究：一项未列举基本权利的理论论证》，法律出版社2008年版，第2页。

判例都跟“性”有着紧密的关联，在宪法中说不出口的性权利在隐私权的笼罩下获得除罪化的可能。

但是缺乏宪法学视角的刑法论述会把公众的性感情看得天经地义，普通人的羞耻感天然地成为刑事立法和司法实践中对刑法进行解释的基础，而无视这些情感基础对于性别和性的污名歧视。缺乏宪法的制约，刑法在这个领域的谦抑性难以得到保证。

三、性政治还是政治性——性越轨的理由和性道德的阶序

（一）性越轨和性压制——哪个更需要理由？

尽管马尧海以一个不认罪性权利的维护者形象出现，认为自己拥有对身体的支配权，但笔者同时也看到他在压力下为自己辩护的哀哀悲鸣。他觉得自己加入性游戏聚会的最深层原因还是自己两次不幸的婚姻，以及家族的精神病史。马尧海和这两任妻子各有一个儿子，而她们都带着儿子离开了马尧海。马尧海为此异常苦闷。马尧海称，为了避免让自己变成精神病，他才参与了此类性活动，以转移自己注意力。马尧海有家族精神病史。母亲年轻时有精神病，现在患老年痴呆，一个哥哥和一个姐姐，以及一个外甥，都有精神病。^{〔1〕}多熟悉的辩解，就像同性恋者说自己成为同性恋的原因是单亲家庭、母强父弱、异性恋情失败、先天基因……总之是要辨明造化弄人，“非人之罪也”。这样对原因的探寻不就是对病根的耿耿于怀吗？马尧海以聚众淫乱来预防精神疾病，好像让笔者感受到中国人以结婚来冲喜的传统，但是更让笔者感受到现代以来，各种力量附着在性之上的不能承受之重。性成为一个判断自己是一个什么样的人的秘密，所谓“告诉我你的欲望，我就可以断定你是一个什么样的人”。同性恋、变性人、恋物癖都这么被建构出来，精神病学等一系列学科对这些“性变态”的病理化使得被压制者颤颤巍巍、战战兢兢地解剖自己以获谅解。媒体也有强大的好奇来“揭开病

〔1〕 “‘换妻教授’想当性用品代言人”，载《扬子晚报》2010年4月7日，第A10版。

苦，以引起疗救的注意”（鲁迅语）。同性恋和这些不同类型的性越轨者都曾经是1997年《刑法》之前的流氓罪打击的对象，而今这些昔日的“流氓”一个个都要“灵魂深处闹革命”，请示汇报自己的流氓原因，不是故意主动地挑衅主流价值观，只因为防止自己成为精神病，或者先天基因决定，就可以不被“流氓化”了。殊不知，这是一种道德回避现象，对主流的“流氓”命名闪转腾挪，不对流氓话语的意识形态进行质疑，以一个“小可怜”的形象换得谅解，而这样的策略不能收获对性多元的接纳。法学的权利本位从没有扩展到性的领域，正是对“性”的有罪推定，才使得有关性的东西都被假定为坏的，除非能提出理由来免罪。

笔者在这里不是要斥责马尧海，那才真的是“站着说话不腰疼”，尽管他觉得自己将成为“历史的注脚”，蛮横性法律的牺牲品，笔者要质疑的是这样一种宏观的结构，是什么样的力量在操作对性越轨者越轨原因的诘问？马尧海为什么要强调自己妻离子散、精神病家族的阴影？这和一个人为什么成为同性恋者、妓女、虐恋者、跨性别的不断追问也许是一个语境。反叛者被不断被撕开了、揉碎了，放在精神病学和刑法的显微镜下审视，用科学的、道德的洁癖来查证是哪些细菌败坏了“正常”。而这些“正常”心安理得，仿佛天经地义，不容挑战。而我们要努力的方向，就是反其道而行之，把那些压制、歧视、心安理得、天经地义，放在批判理论的显微镜下审视。这是一种举证责任的转移。不是性越轨者自身需要对自己的特征和原因提供证据才能获得正当性，而是压制“性越轨”者需要提供正当化理由为压制来进行辩护，压制的目的是否正当，有没有受害人，受害人的声音在哪里？有没有可以得到辩护的公共利益，即使目的正当，手段是否和目的成比例。宪法中的平等保护法理大概就提供了这样一种比例原则的视角。

更重要的是，压制性越轨者的记录从来没有被很好地记载，同性恋者、淫荡女人、风流男人、聚众淫乱者曾经在流氓罪下遭受过哪些痛

苦，在严打中有哪些人因为性越轨而被处死、被重罚，这段历史并不遥远，而远远没有被清晰地记录。没有记录就没有批判，压制的力量就从来没有过一丝不安，就永远的理直气壮，而举证责任的转移，其实首先需要历史法庭，站在被告席上的，应该是流氓罪立法背后的意识形态。

（二）民意争论中的性道德阶序——谁更不道德？

在对本案的媒体报道中，聚众淫乱这个关键词屡屡被另外的关键词所覆盖，那就是“换妻教授”“换偶”。事实上，聚众淫乱在法理上和换偶没有必然关系，媒体的报道重心的转移当然可以理解为对耸动效果的追求，夫妻相互同意一起参与多人的换偶游戏，牵出众人对婚姻家庭所谓“神圣性”和“稳定性”的担忧，甚至法学家对此案的表态都受到影响，处在婚姻中的法学家怎么可能表态对聚众淫乱除罪呢？回去怎么向配偶交代呢？而对性问题发表看法总是会引来众人的“代入”效应，似乎对别的犯罪发表看法都不会使得自己成为民意的怀疑对象，所以笔者判断媒体对换偶的强调事实上使得马尧海的脱罪变得更加艰难，哪怕他是离过两次婚的妻离子散的男人，也可能被塑造成了“换妻教父”而成为婚姻的敌人。

应着媒体的议程设置，2010年4月6日下午，马尧海在自己家里做了一个小型的记者发布会，手举“换偶无罪”的标语，事实上他挑选了一个比聚众淫乱除罪更加艰难的任务。笔者甚至判断因为这样的关键词的转换，马尧海被判得更重了。然而大众媒体这样的转换确实“拔起萝卜带起泥”，使得换偶现象第一次成为大众媒体重点讨论的现象，大量的道听途说、真真假假、自以为是的带有偏见的报道也可能使得反面教材成了正面教材。很多民众第一次知道，原本只在国外的猎奇新闻中出现的现象也开始在中国大量涌现了，换偶的网站和QQ群为大量有如此爱好的人们提供了平台，这些新闻报道很有可能起到了为换偶宣传推广的效果。马尧海的重判也不能为此效果降温，因为大量的报道都说，这个罪名很少适用，性学家为此行为辩护的声音也借着这个平台得以更

广泛的传播。这些报道真的有可能起到了古代色情小说“以淫劝淫”的效果，以禁止聚众淫乱的道德训诫演出了活色生香的活剧。

因为对换偶的关注也引发了大量性道德阶序的比较，马尧海表示：“我认为，参加我们这个活动比搞第三者要高尚，因为我们这个活动很真实，参加活动的夫妻之间没有什么好隐瞒的，很多男人都是为了让自己的老婆快乐才参加这个活动的，他们自己不能满足自己的老婆，夫妻感情又好，就让老婆参加一下这种活动，有什么不好嘛。搞第三者偷偷摸摸的，见不得人，不如我们。我的一些学生们知道这事后，也比较体谅我，不认为我是犯罪。”^{〔1〕} 换偶行为没有欺骗，不像第三者偷偷摸摸，而通奸已经除罪化了。在马尧海的思考中甚至可以读出女权主义的内容，丈夫为了妻子的性满足，打破传统大男子主义的霸占心态，不再支持男女两性在性道德上的双重标准，远好过大男子主义的“家里红旗不倒，家外彩旗飘飘”。然而，也正是这一点，触痛了主流的命门。男人的性放荡不是多大的道德问题，正是那女人的“红旗不倒”才使得这种家庭的秩序得以维系，而当婚姻内的女人都可以不守妇道时，在主流的道德想象里就是“家将不家”，长此以往，必会“国将不国”。而能够容忍甚至支持自己老婆跟自己一起出去互相交换淫乱的男人，也和传统的性别形象有太大的偏离，甘愿戴绿帽子还乐此不疲，那简直就不是个男人了。笔者相信大众看到“聚众淫乱”和“换偶”两个不同的词汇会有不同的道德想象，后者除了性道德污名之外一定还有性别污名的基础。

所以笔者的看法是，在民意调查中，题目设计成对换偶的看法，和对聚众淫乱的看法，一定会呈现出不同的结果。可惜没有这样的比较调查，只有潘绥铭教授的其中一个调查，所提出的问题是：我国现行的《刑法》规定：“聚众进行淫乱活动的，对首要分子或者多次参加的，

〔1〕 “‘换妻教授’想当性用品代言人”，载《扬子晚报》2010年4月7日，第A10版。

处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。”这里的“聚众淫乱”说的是：超过两个人以上在一起过性生活。您认为，这种情况应该如何处理才对？前四项回答是：①根本不应该管。②应该批评教育。③应该作为违法，而不是犯罪。④应该作为犯罪，但是判刑不应该这么重。前三项合并为不是犯罪，把前四项回答合并为“处罚过重”，那么在2006年18～61岁的中国总人口中，民意是这样的：〔1〕

	认为不是犯罪	认为处罚过重
总人口	38.5%	58.0%
男人	42.9%	64.2%
女人	34.2%	52.0%

法学家显然也注意到了这样的民意调查，而大众对聚众淫乱案的意见也反映在各种互联网的调查数据当中，好像这个聚众淫乱案就像发生在广州的许霆案一样，成了法理和民意对抗的典型。〔2〕欧爱民教授认为马尧海案件中的民意只是短视的民粹，是一时的情绪宣泄，而婚姻家庭纳入宪法的保障，具有对抗多数民意的压力。〔3〕这样的分析很让人错愕，保卫婚姻家庭的力量竟然成了想象中的弱势群体、少数人，需要宪法对抗多数人的压制而得到法理理性的保护。大量民意对聚众淫乱罪

〔1〕潘教授调查发现：对于宽容者的社会阶层分析发现，在绝大多数方面，各个阶层之间都没有出现显著的差异。也就是说，在50岁以下的各个年龄组之间，在不同文化程度、不同职业之间，在城市人口流动人口与农村人口之间，在高中低的收入之间，在直辖市、省会、地级市、县级市、县城与村镇之间，在党员与有无宗教信仰的非党员之间；人们对于“聚众淫乱罪”这条法律的态度基本是一致的；都有30%～40%的人认为它不是犯罪，都有50%～60%的人认为法律处罚过重。参见 http://blog.sina.com.cn/s/blog_4dd47e5a0100hjpm.html，最后访问日期：2012年9月10日。

〔2〕许霆因ATM机出了错误而多取走17.5万人民币，一审被判无期徒刑，在民意压力下二审改判为5年有期徒刑。

〔3〕欧爱民：“聚众淫乱罪的合宪性分析：以制度性保障理论为视角”，载《法商研究》2011年第1期。

的不支持并不意味着对婚姻家庭的反对，就像通奸罪的废除也没有对婚姻家庭制度造成致命的冲击，如果婚姻家庭的稳定性受到了挑战，那一定是另有社会结构的原因，就像笔者从不认为我们贪腐问题的源头和解决方案的探寻要倚重于刑法。不过本案显示出来的民意反倒提醒我们的立法者，不要对普通国民的性道德进行过于保守的想象。

1954年英国成立了有关同性恋和卖淫问题的特别调查委员会，建议在一定程度上对卖淫和同性恋进行非罪化，由此开启了法律思想史上有名的“德夫林—哈特之争”，德夫林勋爵支持“道德的法律强制”，反对对一些性压制法律的非罪化，他提出应该用一般理性人的标准来发现社会的道德准则，他形象地用“克莱彭姆马车上的人”（the man on the Clapham omnibus）来指代大街上一般的人。^{〔1〕}上文已经分析过，民众的道德情感不能免于宪法人权保障原则的审查。退一步说，民意即使真的可以成为立法基础，我们国家的立法者在性立法上，又进行过几次民意调研呢？为什么一贯强调国民预测可能性的刑法学家这么自信自己的感受就是国民的感受呢？系统的知识学习，文以载道的传统，灵魂工程师的社会期待，都可能会使得对立法产生影响的法学家有一种道德秩序守护者的心态，从而产生对民意的优越感，不在意社会大众性道德情感的变迁。事实上，街边的所谓引车卖浆者，早就和社会的“中流砥柱”有着不一样的“小传统”，这些观念不写在煌煌典章当中，也不可能在学校里被系统讲授，甚至在这篇论文当中都不好引用，民间所谓“笑贫不笑娼”“劝赌不劝嫖”都构成了另外一道不同于主流谆谆教诲道德风化的风景。而阶级、种族、民族、性别、性倾向又在何种程度上塑造了人们不同的价值排序就更不在立法者的视野之内了。有一个笑话：一个妇人拿着一篮子鸡蛋在街上行走，被一个歹徒强奸了，完事后，歹徒匆匆逃走，妇人站起身穿好衣服，看看自己篮子里的鸡蛋还

〔1〕 Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965, p. 15.

在，说：“跑什么跑，我还以为是要来抢我鸡蛋呢。”财产权和性自主权的价值位阶在不同人那里有不同的排序。笔者很想知道“饿死事小，失节事大”这样的价值排序是什么阶层的人做出的？性道德位阶的排序和排序者的各种身份等级又有什么关系？

这样的不同还体现在“很黄很暴力”的调侃中：2007年12月27日，CCTV新闻联播播出一段抨击不良网络视听节目的报道，一个北京某小学四年级的女同学接受央视记者采访说：“上次我查资料，突然蹦出一个窗口，很黄很暴力，我赶紧给关了。”于是“很黄很暴力”成为2008年的网络流行语，小女孩也被怀疑是配合电视台记者采访说谎而被人肉搜索，被色情漫画恶搞。这个事件中的语言暴力当然值得反思，可是笔者也看到了大家对于扫除网络色情道德说教的一种反抗，尽管这种反抗很不幸地由一个小女孩承担代价是不应该的。我们的色情品管制也是刑法中涉性立法很重要的一块内容，民意何曾在这些立法上施加影响，我们完全有理由怀疑那些所谓的民意都是想象出来的，维持一种虚假的道德高尚。互联网上色情品的充分涌流一定会对青年一代的性观念造成影响，而最近对耽美小说写作者的刑法围剿也在这个意义上让网民们“大惊失色”。

人类学家葛尔·罗宾对西方社会的性道德金字塔结构有这样的描述：“婚内的生殖性的异性恋单独处于性金字塔的顶端。接下去是许多异性恋之间存在非婚的一对一的异性恋伴侣关系。没有伴侣的个人性活动处于一种暧昧不清的地位……固定的长期的女同性恋和男同性恋伴侣关系行将受到尊重，但是出入单身酒吧的女同性恋者和性方面比较随意的男同性恋者，却在比这个金字塔最底层人群高不了多少的地方徘徊。目前最受歧视的性等级是易性者、易装者、恋物者、虐恋者、性工作者如娼妓和色情模特，最低下的是那些其性欲超越了代际界限的人。”^{〔1〕}

〔1〕〔美〕葛尔·罗宾：《关于性的思考：性政治学激进理论的笔记》，载〔美〕葛尔·罗宾等：《酷儿理论》，李银河译，文化艺术出版社2003年版，第16页。

所有这些精神病学的、宗教的、司法的、道德的金字塔结构都和种族主义、性别至上主义有着共通的运作的模式，就是把特权阶层的主流道德观念正当化。在宁应斌教授看来，评估性行为是否道德的标准和评估其他行为是否道德的标准没有不同，性没有道德上的特殊意义，性和吃饭、打球一样都在道德尺度之下，性伦理本身是社会控制的意识形态和知识/权力的产物。在历史上，性别、阶级、种族本身也曾经被认为和道德相关，现代化中平等的意识形态已经将这些范畴去道德化，唯独“性”还在遭受道德化意识形态的压迫。然而，并没有专属于性的道德。^{〔1〕}历史遗留的妇德对今天依然有影响，当今把女博士称呼为“灭绝师太”不就是传统上“女子无才便是德”的翻版吗？人大代表柏万青阿姨说女孩子的贞操是给婆家最好的嫁妆不也是在性别和性两个领域的双重污名吗？即使在马尧海的性聚会中，也有着不同的性道德位阶，他在采访中说：“都是熟人带熟人，QQ上很多这样的群，成员都有交叉的。有时在这个群里混熟了，会把其他群里的人带进来，但太乱也不行，我们坚持淫而不乱，有个银行的职员，本科毕业，每次来带的女人都不一样，后来我们就不让他来了。”^{〔2〕}这就是根深蒂固的寻求区隔的心态，哪怕“淫乱”的人群当中，仍然在追求“淫而不乱”的所谓秩序，还要在性别和性的领域固执的区分出不同等级，以沾沾自喜于自身的高位阶身份，这是受歧视人群对于压迫等级在自身群体的复制。

退一步说，刑法在性问题上的立法所声称的道德风化、民意基础即使是可靠的，我们的刑法也从来没有认真对待过它，结果是破绽百出、一塌糊涂。中国当下的刑法真的是在主流民意的性价值阶序中决定罪名的设立吗？例如，一般乱伦被认为主流的性道德位阶中地位极低的，可是在我们的刑法中乱伦并不是犯罪。只要是两个人互相同意，公开地在

〔1〕 宁应斌：《性无须道德：性伦理与性批判》，台湾性/别研究室2007年版，第66~67页。

〔2〕 “‘换妻教授’想当性用品代言人”，载《扬子晚报》2010年4月7日，第A10版。

大马路上性交也没有合适的罪名，而这类行为在主流性道德金字塔中也是处于很低的位置。

（三）性政治还是政治性——到底是扫黄还是打非？

百度百科里是这么介绍“扫黄打非”这个词条的：“扫黄打非是文化市场管理的一个专业术语，是一项执法活动。‘扫黄’指清理黄色书刊、黄色音像制品及歌舞娱乐场所、服务行业的色情服务，就是指扫除淫秽色情、封建迷信等危害人们身心健康、污染社会文化环境的文化垃圾。‘打非’是指打击非法出版物，即打击违反《中华人民共和国宪法》规定的破坏社会安定、危害国家安全、煽动民族分裂的出版物，侵权盗版出版物以及其他非法出版物。”把“扫黄”和“打非”并列，似乎说明“国家安全”和“社会安定”与性道德之间有着千丝万缕的联系。

私密状态下的聚众淫乱活动是怎么被发现的呢？媒体报道语焉不详，我们只能从现有公开的蛛丝马迹中去探幽著微，我们可以对警察的侦查进行再侦查。我们可以看下列两段报道：

2009年8月17日下午1点多，南京秦淮公安分局白鹭洲派出所所在一家连锁酒店120房间抓获5名网民。这5名网民被抓获时，正在从事一些不足为外人道的活动——现在被司法机关定义为“聚众淫乱”，他们自己则称之为“夫妻旅游交友”。随后，通过对这5名网民的分头审讯，秦淮警方又掌握了一长串名单，并惊讶于参加这一活动的人数之多。随着一个个涉案人员被警方抓获，证词的碰撞交织，焦点都指向同一个人——网名“阳火旺”的南京某大学副教授马尧海。

3天后的深夜，马尧海被警察从家中带走。马承认，2007年，他建了一个QQ群，名为“夫妻旅游交友”。这个QQ群的群友，平时聚在一起时从事的主要活动，就是相互间自愿进行的性行为，成员相对固定，人数或多或少，性行为的方式也不拘一格，兴之所至，无所不可。在马尧海被警方带走之前的两三个月，他已经发公告解散了QQ群，理

由是由于自己生理上的原因，他不想再继续这样的活动。在学校的时候，他依旧当他的教授，正常地给学生上课，直到被抓。^{〔1〕}

“抓获5名网民”、网名“阳火旺”“QQ群”，报道中大量出现的网络词汇使得我们对警方的侦查线索可见一斑。网络的出现为性多元的出现提供了一个平台，不同性癖好的人们有了一个既私密又公开的空间可找到同好，事实上，中国同性恋文化的繁荣在一定程度上拜技术所赐，不能出版的小说、图片，不能公映的电影都在这个空间内汇聚，而这些不同的表达日积月累又会产生什么样的化学反应呢？换偶亚文化的形成也与此类似。公权力在一定程度上也不得不容忍网络上异类文化的存在，防不胜防的虚拟游击战争使得网络上的“美丽新世界”难以纯而又纯。不过，“天下没有免费的午餐”，方便的QQ群联络使得线上线下自由互动，可是也留下了日后难以消除的证据，几乎就是“每一句发言都可以作为呈堂证供来指控你”。而QQ群受到严厉监管早已经不是新闻了，2009年度全国政法工作电视电话会议在北京京西宾馆召开，会议指出，近年群体事件接连发生，一些新媒体带来负面作用，公安部提出，将有效整合各种资源，加强网上管控，将网警力量向县级公安机关延伸，将网上巡控触角向QQ群、微博客等管理薄弱空间延伸，提高网上发现、侦查、控制和处置能力，严防形成隐蔽性犯罪组织。^{〔2〕}主要为应对“群体性事件”而加大的网络监管几乎是搂草打兔子式的抓到了“聚众淫乱”，不过倒也符合“群体‘性’事件”的概念。我们早已过了那种对人们下半身严防死守，国家不惜代价控制全民私密生活的年代，然而维稳年代对政治敏感事件的不惜血本殃及到了池鱼，性越轨者的厄运也在这样的严密监视中水落石出。使得客观上我们有回到过去的感觉。

有识之士的另一番论述给这样的猜测做了佐证，张海斌在博客中发

〔1〕 “‘换妻教授’想当性用品代言人”，载《扬子晚报》2010年4月7日，第A10版。

〔2〕 “公安部加强监控微博QQ群 应对社会矛盾”，载《武汉晚报》2010年1月6日。

文说，聚众淫乱罪的本质不在于淫乱，而在于聚众：

所谓聚众，乃是聚集大众之意，进而有发动群众之衍义。殊不知在某些国家，“聚众”的资格和权力，并非阿猫阿狗们可以覬覦与染指的，乃是由特定组织或个人所专有的，这大约是另一种“名与器不可假人”吧。马尧海先生今日的缱绻之灾，不仅在于淫乱，更端在聚众。试想，倘若容忍有人窃取名器，登高一呼而非法聚众，今日固然是淫而乱之，但明日便不知如何了，可见问题很严重，不可不防。汉娜·阿伦特曾经说过，在总体性社会里，个人之存在状态乃是原子化的。原子化的人很孤独，容易被发动起来，集中力量办大事，这实在是国之大幸。而马尧海先生的大逆不道，就在于不仅僭取了“聚众权”之名器，还居然用来搞淫乱，是可忍而孰不可忍也。下场如何，大家自然有目共睹了。^{〔1〕}

本意是指“家庭聚会”的轰趴（home party）在某些领域已经是“性聚会”的代名词了，而“party”本身又包含了党派的含义，这几乎就是这件事情最好的隐喻，我们固然可以从性政治的道德阶序里分析为什么聚众淫乱被如此地污名，以婚姻神圣为主轴的道德观是如何地排斥异类，而这背后又有哪些社会结构的支撑，可是另外一种政治性的要素是本案中隐而不彰却又无处不在的阴影。

因为网络的存在，作为大学副教授的马尧海才得以有机会突破象牙塔的限制而接触到换偶亚文化；而这位计算机系的老师也可以利用自己的专业优势来主持QQ群，从而可能坐实了组织者的身份；也是因为网络，他得以接触到不同社会等级的人们来践行身体的自主权，可是也恰恰是因为网络，那被称呼为地球村的地方，使得他告别换偶QQ群很久之后又可能被村民供出曾经一起举行过聚众淫乱活动，更重要的是这个地球村的“村支书”动用大量先进设备监控可能的骚乱，结果，监控

〔1〕 张海斌：“聚众淫乱罪的本质”，<http://club.kdnet.net/dispbbs.asp?boardid=1&id=3344387>，最后访问日期：2012年9月21日。

到了“淫乱”，或者也就是“骚乱”，这就是这个发生在新媒体时代的并不那么新鲜的故事。

通过对这个案件的分析，我们看到，法律作为一种理性的“系统”对我们的生活进行了“殖民化”，身体的自主权陷落了。笔者要揭示这所谓专家系统对涉性犯罪的法社会学研究很匮乏。大众文化对眼球的关注无所不用其极，用“换偶”的耸动代替对“聚众淫乱罪”本身的思考，无意中把性道德的婚姻轴心暴露出来，以一对一异性婚姻内的“性”为金字塔的顶尖来排斥越轨者，但是大众文化本身既反映又挑战社会里的权力关系，换偶亚文化得以在更大范围的传播，人们甚至可以质疑：究竟是私密的聚众淫乱还是对此种行为的高调打压，更加刺激了大众的性情感。在这个社会变迁的过程中，刑法，或者说与之谐音的“性法”，都将面临更多的挑战，在本文的分析中，我们一方面看到了法教义学在涉性罪名解释上的随意、武断和缺失，也看到了缺乏宪法视角的刑法解释很难约束自身的扩张冲动，自封的谦抑性缺少制度性的保障。缺乏对主流意识形态反思的“通说”也难以很好的保障边缘人的权利。



第三编

书评

第六章 求同存异和求异存同：同性婚姻的宪法之维

——《Same - sex Marriage and the Constitution》述评^{〔1〕}

每个人都有和同性别的人结婚的权利，并且是受宪法保护的基本权利，即使是在美国，即使是一些支持同性婚姻的人，这样的观点也显得激进，不过《同性婚姻和宪法》（*Same - sex Marriage and the Constitution*^{〔2〕}），以下引文除注明外均引自该书，用小括号加页码的形式标题）这本书的作者伊凡·杰斯特曼（Evan Gerstmann）拒绝了寻求更审慎目标的进路，诉诸最高大法挑战传统婚姻模式，可谓是“一竿子捅到底”了，所以在汉语语境中，这本书不可避免会显得惊世骇俗，甚至这篇评论也可能会有横空出世的感觉，笔者抱着“一事不知，儒人之耻”的态度来介绍这本书，以期待避免学术视野中的盲区和“少见多怪”，更重要的是，对此一议题的讨论牵涉到对法院在社会中角色的反思、民

〔1〕 这篇书评是最初发表于2005年，基本是以美国当时同性恋婚姻权利进展来进行论述的。

〔2〕 Evan Gerstmann, *Same - sex Marriage and the Constitution*, Cambridge University Press, 2004.

主和宪政的冲突,以及人们在面对同性婚姻诉求时所遭遇的天理人情难分难解的纠缠,这些因素使得阅读和评论这本书既是一次对陌生的事“熟悉化”的过程,又是对熟悉的事物“陌生化”的智识挑战,是一次愉快的知识旅行。

同性婚姻的诉求整体上来说是世界范围内同性恋谋求身份认同的一部分,美国相对于欧洲来讲有着更强烈的清教传统,不过作者在序言中提到的两个案件也可以看出欧洲的变化对美国的影响,在2003年6月的劳伦斯案中,美国联邦最高法院判决宣告德克萨斯州的反鸡奸法违反宪法第十四修正案的正当程序条款,侵犯了公民的隐私权。与以往美国法院很少注意其他国家的判决不同,这次法官参考了欧洲人权法院把隐私权扩张赋予同性间性行为的做法。^{〔1〕}另外一个案件就是本书出版时还没有判决的马萨诸塞州的一起关于同性婚姻的诉讼,作者认为事情发展得很快,最有意思的事情将要发生。事情后来的发展没有让作者失望,马萨诸塞州高等法院在2003年11月裁定,禁止同性恋者结婚违反反歧视法,因此将从2004年5月17日起允许同性恋者在该州登记结婚,而这一天正好是美国著名的反对学校种族隔离案——“布朗诉教育委员会案”50周年纪念日。此后在总统大选中,同性婚姻议题又被政党政治利用,布什总统声称要修宪捍卫一男一女的婚姻模式,马萨诸塞州议会也要修宪禁止同性婚姻,而同性婚姻也已经成为美国宪法研究中的热门前沿问题,作者也就在“破”和“立”两个层次上来建构自己对同性婚姻之宪法基础的独特进路。

一、同性恋垄断婚姻合理吗?

在只有同性性行为而没有同性恋的时代,也就是说具有同性性倾向的人没有被命名为“同性恋”的时代,也不会有“异性恋”这样一个词、这样一种人,因为那时候性倾向没有受到挑战 and 分类,同样的道

〔1〕 更详细的分析可参见 Laurence H. Tribe, “Lawrence v. Texas: The ‘Fundamental Right’ That Dare Not Speak Its Name”, 117 *Harv. L. Rev.* 1893, 1893. (2004).

理，在同性恋认同没有达到一定程度时也不会有对异性恋垄断婚姻的挑战，所以要论证同性婚姻的权利不能不首先面对作者所概括的这几种挑战：

（一）定义、传统和宗教

人们面对同性婚姻诉求最常见的反应就是：“婚姻当然只是一男一女的结合，任何与此不同的说法都是诡辩。”（12 页）关于同性婚姻的诉讼在美国从 20 世纪 70 年代就开始了，而从一开始，诉讼就面临这样的难题，1971 年明尼苏达州高等法院以字典定义对这样的案件进行了判决，在 1974 年华盛顿上诉法院裁定：“我们不需要借助字典定义的引用也可以认定，婚姻通常指的是一男一女的法律结合。”（20 页）定义论辩很难对付，但是它在论证上很失败，因为婚姻是一男一女的结合，所以婚姻不能是同性之间的结合，这几乎什么都没有说，这就是定义的专断，而法律语词因为背后的国家强制而更专断，这恰恰是谁掌握了定义的权力谁就取得论辩的胜利。有意思的是在中国发生的一起同性卖淫案件中也因为“卖淫”的定义而引发争议，字典中和教科书中的卖淫都不包括同性之间的性交易，而大多数刑法学者都赞同客观解释从而扩张了卖淫的定义。^{〔1〕}普通法的权利确实在很大程度上是深深植根于传统的，遵循先例是规则而推翻先例是例外，美国的反鸡奸法也不过是在 2003 年劳伦斯案后才彻底得以废除，也就是说成人间两相情愿的所谓反常性行为的彻底非罪化才得以实现，宗教传统对同性恋的敌视也是反对同性婚姻的重要力量，尽管政教分离是更为强大的宪法原则。然而历史的来看婚姻，我们会发现社会变迁早已使得婚姻发生了沧海桑田的变化：

如果今天的婚姻跟二千年前一模一样的话，你可能会娶一个你没有见过的 12 岁的小女孩，把妻子当成财产随意处置，或者把具有不同肤

〔1〕 详情可参见郭晓飞：“对一起同性卖淫案的法理学解读”，载《开放时代》2004 年第 5 期。其实卖淫可以扩张，婚姻却不可以扩张的事实说明了这里可能存在双重标准。

色而通婚的人投入监狱，离婚也是不可能的事（22页）。

显然，以传统上一贯如此来做论证的基础显然是不充分的，或者说在知识上是不能让人满意的，然而困难也在于此，人们对定义和传统的强调已经超出了理性的范畴，是一种情感的投射，而情感上的问题很难通过逻辑去改变，因为根本不是在一个层次上展开对话，所以支持同性婚姻的一方在发现这一论辩不难驳倒之后马上就沮丧地发现，这是一种不能被理性论证的情感。

（二）自然法模式

在这种论辩中，费尼斯（Finnis）认为因为同性恋的结合不能生育孩子所以不配享有婚姻，然而无生育能力的异性恋就没有权利结婚了吗？这又是双重标准吗？反对同性婚姻一方认为，没有生育能力的异性恋的性行为是生殖形态（reproductive type）的行为，而同性恋之间的性行为不是。作者认为以此为基础来决定谁可以结婚是毫无说服力的。然而这样的进路我们并不陌生。人们经常引用同性相斥，异性相吸的道理来使同性恋者蒙受污名，而科学又不断为支持同性恋的一方提供科学依据说动物中都有同性恋。^{〔1〕}事实上这样的类比也是牵强附会，大自然提供的事实不能为人类的价值提供证明，同性恋不需要借助动物间的同性恋来使得自身的存在正当化，即使在性领域中人类也有很多行为是跟动物不同的，典型的就人没有发情期而动物有发情期，这是人不正常的标志吗？只有人类这样的两只脚走路的动物才会得腰脊劳损而爬行显然减轻了腰部的负担，这就说明人类在反自然吗？当年反对异族通婚的时候就有法官认为：上帝造不同肤色的人并分布于不同的州，事实是他分开了这些种族并且不希望混合。而且政治思想家也曾经问过这样的问题：对于那些拥有强势的人来说，哪些控制会显得不自然呢（98~99页）？

〔1〕《羊城晚报》2004年12月26日报道日本学者发现“同性恋企鹅”，有关猴子当中也发现有同性恋的科学研究也时有所闻。

（三）为孩子的养育提供合适的环境

如果社会认为家庭的价值就在于为孩子的成长提供合适的环境，而同性恋的结合不能提供这样的环境，那国家就有了足够的理由来禁止同性婚姻。即使不对这种说法的前提进行质疑，^{〔1〕}也需要社会科学的证明同性婚姻真的就不能为孩子提供适宜的生长环境，当然，同性婚姻中最起码会有一方和孩子缺少生物学上的联系，而如果社会假定孩子最好是生物学上的父母来抚养，这是有道理的，即使是这样我们一样可以有双重标准的质疑，法律是否在结婚前审查所有人为孩子提供适宜生活环境的能力？著名宪法学家，在同性婚姻研究中很有造诣的埃斯克瑞基教授指出：这个国家给一系列异性伴侣中各种各样的流氓发放结婚证，包括被判刑的重罪犯人、离婚后拒绝支付子女抚养费的父母甚至孪童的人（28页）。社会没有因为恐惧恋童的人领养孩子而禁止其结婚，那为什么要禁止同性恋结婚呢？

（四）“赞同”的问题

一些人禁止同性婚姻出于这样的恐惧，政府如果批准了同性婚姻是否意味着对同性恋的行为不仅是宽容，还要支持？有人认为这之间没有必然联系，正如发给驾驶执照不等于支持你驾驶一样。而波斯纳认为，同意同性间的结合，不像对鸡奸的合法化，传递了这样的信息，即同性婚姻是可欲的甚至是高贵的（35页）。显然这同反歧视法也不一样，在住房、就业等方面对同性恋的反歧视保护并不意味着这是对同性恋的支持，这也是很多美国人不赞成同性恋但是支持反歧视法的原因，不可否认同性恋之间的婚姻如果受到法律保护，就意味着一种主流的接纳，所

〔1〕 关于婚姻和子女养育的重要性恩格斯有这样的论述：一夫一妻制的产生是由于大量财富集中于一人之手，并且是男人之手，而且这种财富必须传给这一男人的子女而不是传给其他任何人的子女。参见《马克思恩格斯全集》第21卷，人民出版社2003年版，第88页。费孝通也认为：我们与其说：因为两性的爱好，所以愿意共同抚育儿女，倒不如说：因为要共同抚育儿女，两性间需要能持久的感情关联。参见费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社1999年版，第120页。

以埃斯克瑞基也说同性婚姻将有助于社会对同性关系的公开接受。然而这又怎么能成为障碍呢？让异性恋高于同性恋是立法机关的本意吗？是什么重要的利益驱动要做出这样的安排呢？

二、禁止同性婚姻是一种性别歧视吗？

作者反驳了禁止同性婚姻的各种理由，不过对于支持同性婚姻合宪的“嫌疑归类”（suspect classification）进路也不赞成。^{〔1〕}法律不可避免要对人进行分类，美国法律针对不同类型的分类，审查标准是不一样的，“严格审查”被称作“理论上严格，事实上致命”（strict in theory, fatal in fact）一般适用于种族、国籍之类的立法，而相关立法很难通过这样的严格审查，1967年的拉文案就适用了这一标准，推翻了禁止异族间通婚的限制。有一些诉讼认为性倾向也适用于此一归类。最容易通过的审查是合理基础审查，被称作“理论上宽松审查，事实上用处不大”（minimal scrutiny in theory and virtually none in fact）。只要是州政府的利益同这种分类有合理联系就可以通过审查。中间层次的审查是指立法分类必须是为服务于重要的政府目标，并且分类同这一目标的达成有着切实的联系。有关性别的分类就是划归这一标准（14~16页）。从20世纪90年代开始，一些支持同性婚姻的力量发起的一些诉讼，使得对同性恋倾向的歧视变成了对性别的歧视，他们的理由可以用如下例子来证明：X先生不能和Y先生结婚，但是Z女士可以和Y先生结婚，所以X基于自己的性别受到歧视。他的性别是他同他所爱的人结婚的唯一法律障碍。女权主义理论也认为社会压制同性恋的结构和压制女性的

〔1〕 美国宪法第十四修正案规定了各州在其管辖范围内，不得拒绝给予任何人以平等法律保护。20世纪50年代早期，此一条款不被法院看重，一直到沃伦法院开始了一场“平等保护革命”才开始受到重视：因为很多法律都涉及对人的分类，比如只有18岁以上的公民才有选举权，只有女人才有权利休产假（在一些国家已经受到挑战），从而使归到这一类别之内和之外的人有不同的权利和义务，法院创造了包括种族、国籍、性别等“嫌疑归类”接受程度不一的司法审查。具体可参见张千帆：《西方宪政体系（上册：美国宪法）》，中国政法大学出版社2004年版，第338、346页。事实上这个问题在国内也很重要，比如男女退休年龄的平等问题就涉嫌歧视性归类，而大部分关于外来人口的立法更是违反平等保护的分类。

结构是同质的，也就是说对同性恋的歧视具有这样的效应和潜在的意图，那就是使得男强女弱的刻板模式固定化（43 页）。在 1993 年的贝尔案中，三对配偶认为州婚姻法剥夺了同性配偶和异性配偶同样的结婚权，并剥夺了他们的隐私权。夏威夷高等法院首次认定对同性婚姻的禁止违反了宪法平等保护条款，法院否定了相同性别的人之间有权结婚，而是认为性别是一种嫌疑归类，这种禁止应该接受严格审查。这里体现的逻辑还是原告贝尔如果是一个男性，就可以娶自己喜欢的女性，可惜她是女性，所以她成了性别歧视的牺牲品。本案成为性别歧视进路的第一个案件有点讽刺，因为原告没有宣称他们的性别受到歧视，而是认为自己的隐私受到了侵犯，并且州法歧视了同性恋，但是州高等法院拒绝了他们的诉因，甚至认为同性恋性态同本案没有关系：“同性恋（homosexual）婚姻和同性别（same-sex）婚姻是不一样的，异性恋进入到同性别婚姻在理论上也并非矛盾的。”……“进行同性婚姻的实践也可能是异性恋。”（44 页、59 页）而这样的进路也很容易遭到批评，如果认为禁止同性婚是性别歧视，那歧视了哪一性别呢？在贝尔案中黑因法官发表了反对意见：州法没有基于性别建立“嫌疑”归类，因为所有男性和女性受到同等对待。一个男性不能获得和另一个男人结婚的证书，一个女人也不能获得和另一个女人结婚的证书。^{〔1〕}那也就是说如果男人和女人都被禁止同性间通婚，怎么会是违反了性别平等呢？支持性别歧视进路的人很清楚这样的辩驳，他们也有应对，当年反对异族间通婚的观点同样认为，因为黑人和白人都不能跨族通婚，所以黑人和白人都受到了平等对待。而如今已很少有人反对禁止异族通婚是种族歧视的一种。作者反对性别歧视的进路，认为与其说禁止同性婚姻是性别歧视不如说是性倾向的歧视，与其说是对男人或女人的歧视，不如说是对同性恋的歧视，如果这种类型的性别歧视的进路是成立的，大量的

〔1〕〔美〕保罗·布莱斯特等编著：《宪法决策的过程：案例与材料》，张千帆等译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 1295 页。

立法和公共政策都将是违反宪法的，如公立大学的运动队也分男女两个队，琼斯不能在男队打排球，而史密斯不能在女队打，几乎没有人会认为这是性别歧视，这种逻辑贯彻到底就是男女分浴、男女分厕也成了性别歧视了（46 页）。

在笔者看来之所以法官会以性别歧视来替换性倾向歧视是一种修辞，人们对男女平等的认同远高于同性恋和异性恋的平等，所以这种修辞的转换既是为了增强可接受程度，又是对难题的逃避，人们总是倾向于在自己熟悉的地图中来认识新领域，而支持同性婚姻的一方采取这样的策略也有着同样的原因，反对性别和种族歧视总是在公共话语中有着比反性倾向歧视更强大的力量，向强势话语靠拢来对此类立法进行更严格的审查，这样的妥协是因为性倾向很难成为“嫌疑归类”划到严格审查的标准，而之所以可以进行这样的类比还有更深层次的原因，那就是性别歧视和性倾向的歧视有着太紧密的联系。正如埃斯克瑞基所说的“恐同”（homophobia，恐惧歧视打压同性恋的一个术语）已经成了现代都市文化对女性政治社会平等的一种应对方式。传统的性别刻板模式是男性强壮而主动，女性弱小而被动，而在同性恋的世界，男人可以被动，女人也可以主动做传统上男人的角色，通过妖魔化同性恋，异性恋男人把女人控制在他们的地盘里（52 页）。恐同的产生和刻板性别模式直接相关，而针对女性暴力的程度和男性主导的程度呈正相关。而异性恋霸权和刻板性别模式又互相强化。^{〔1〕}作者也认为不是否认恐惧同性恋和性别歧视的关系，而是认为有着太多的类似联系存在，歧视是很复杂的现象，几乎所有的歧视都相互关联，性别歧视和人们对体重的歧视也是有关联的，相比较胖男人而言，胖女人受到人们更多的歧视。更重要的是人们会不会接受这样的说法，几个男性要提出进入同性婚姻遭到拒绝，而原因是歧视女性。最后作者提出了更有说服力的论证：

〔1〕 详情可参见 Warren Blumenfeld (ed.), *Homophobia: How we all pay the price*, Beacon press, 1992.

性别歧视进路会产生这样的不幸效应，那就是重新把同性恋投入到法律的柜子里，尽管六个原告都是男同性恋或者女同性恋，并且希望能与同性别的人结婚，而审理贝尔案的法院一再坚持认为不承认同性恋有根据宪法所享有的任何权利，为了作出支持原告的裁决，法院不得不对同性恋这一性态视而不见（61页）。

同性恋者大都有长期隐瞒自己性倾向的历史，公开自己性倾向的行为有一个专门的说法叫“出柜”（come out of the closet），作者担心性别歧视的进路是要把同性恋重新关到法律的柜子里，同性婚姻如果不是和同性恋权利相关的一个问题，那法院在这个案子中所做的就是混淆事实或者逃避事实。

三、禁止同性婚姻是和禁止异族通婚一样的歧视吗？

支持性别歧视进路的一方还拿拉文案^{〔1〕}来类比贝尔案，认为禁止同婚姻是性别歧视，正如禁止异族通婚是种族歧视，这样的类比不仅在逻辑上有说服力，而且又一次向政治正确的强势靠拢，增加了道德说服力，毕竟种族作为嫌疑归类接受更严格的司法审查更少有争议。两个案件是有相同点的，拉文夫人不能和她所爱的人结婚是因为他的种族，而贝尔夫人不能和她所爱的人结婚是因为性别，在两案中，州都认为平等对待了所有人，但是这样的类比忽视了南方种族隔离的语境问题，也就是说，没有性别压制的法律体系可以对应于拉文案中的种族歧视体系，反异族通婚是重大的法律隔离体系的核心，而很难说禁止同性婚姻是性别歧视体系的核心，更有意思的是反异族通婚的目的是要隔离种族，而禁止同性通婚的目的是要联合男女两性。正如夏威夷州在贝尔案中的辩护：拉文案中的婚姻禁止的邪恶在于法律谋求制造人为的种族隔离，而

〔1〕 1958年白人男士理查德·拉文（Richard Loving）和一黑人女子结婚，被指控违反了弗吉尼亚州法典禁止异族间通婚的规定，1967年，联邦最高法院裁定州法违宪，此案是根据平等保护条款对种族分类进行严格审查理论的当代起源。〔美〕保罗·布莱斯特等编著：《宪法决策的过程：案例与材料》，张千帆等译，中国政法大学出版社2002年版，第771~780页。

此案中性别没被隔离，没有一个性别被加重了更大的负担，事实上禁止的只是一个性别被排除的婚姻（49 页）。反对异族通婚还有一个背景就是优生学上的，试图使白人的基因纯化，而禁止同性婚姻并非要使任一性别基因纯化。所以尽管禁止同性婚姻和性别歧视有深层次的关联，可是你很难说拒绝两个男同性恋结婚是因为歧视异性恋女人的动机引起的。正如作者所指出的，贝尔案正好是拉文案的反面，后者去伪存真揭开种族歧视法的本质，而贝尔案掩盖了针对同性恋歧视的本质，在拉文案启蒙的地方，贝尔案使人蒙昧（59 页）。而同性恋可以不依附其他嫌疑归类而自成一类吗？能够满足以下几个条件吗？——历史上遭受歧视，有不可改变的特征，政治上无权，因此需要额外的司法保护。作者拒绝了这样的进路，首先自 20 世纪 70 年代中期以来，法院几乎没有创造任何嫌疑归类，已经给出的一些也并不是前后一致，很难操作，法院也从来没有打算对同性恋进行这样的归类，更重要的是这样的分类会使得公众认为同性恋在谋求特殊权利（special rights）而非平等权利（equal rights）。这就是为了谋求严格审查而类比，而类比的效应是把同性恋和长期受歧视的黑人、女性放到了一个平台上，后者的努力在法律上得到了一些特殊保护，同性恋可以搭这班顺风车吗？同性恋争取平等权利的一大障碍就是公众担心他们寻求法律的特殊保护。这就是类比强势归类所带来的负面效应，而作者所要建构的进路就是要避免这样的麻烦。

四、结婚权是宪法基本权利吗？包括同性婚姻吗？

作者的进路很简单，那就是宪法保障每个人有权跟他或者她选择的人结婚。当然这种权利并不是没有限制，比如年龄方面的限制，宪法权利也不是绝对的，哪怕是言论自由权利也要受到限制，但是正如对言论自由的限制的原因不能仅仅是多数的偏好，要禁止同性婚姻也不能仅仅是多数的道德偏好，而必须是社会利益。作者所指的基本权利（fundamental right）得到法院的支持，主要是指宪法未列举的权利，但是关于

这些权利的基础是正当程序条款还是平等保护条款并不是很清楚。^{〔1〕} 首先的问题是在宪法中有结婚权这样的基本权利存在吗？在整个 19 世纪，婚姻被认为是普通法的权利而非宪法权利，那时候还没有未列举的默示基本权利的概念，在 1890 年晚期法院开始认真考虑宪法第十四修正案的正当程序条款来保护默示权利，自由放任哲学达到顶峰，出现了实质性正当程序的理论 1905 年的洛克纳案中法院推翻了纽约州最高工时的限制，这个时代也被称作“洛克纳时代”。新政中罗斯福总统对联邦最高法院的重组（packing）迫使联邦最高法院放弃了以“经济实质正当程序”为武器否决国会和各州的经济立法，迫使法院回到司法节制的老路上去，但在民权领域却表现得非常主动，推翻了国会和州的大量立法，形成所谓双重标准。^{〔2〕} 典型的体现在 1965 年格里斯沃尔德案中，联邦最高法院推翻了州禁止任何旨在避孕的医疗器具的使用，认为侵犯了隐私权，而隐私权就是法院创造的基本权利。而两年后联邦最高法院就在拉文案中判决“结婚的自由一直被认为是自由的人民追求幸福的关键和基本权利”，在 1993 年贝尔案的判决中，法院引用了这一句话。作者又引用了大量的判例说明了宪法保护结婚权这一基本权利得到了法院的认可。接着要说明的是结婚权是否包括同性通婚的权利，在一系列判决中，美国法院赋予了囚犯在服刑期间的结婚权，而在此期间他不可能在所谓的传统家庭中来给孩子提供适宜的养育，而且结婚权同样保护不生育子女的伴侣，所以不能认为生育是结婚权的逻辑前提，更何况离婚权也是结婚权的一部分，不能认为这个权利的目的就是鼓励大家生活在稳定的传统家庭模式之中。

〔1〕 关于默示基本权利，法官律师和学者都持有不同见解，有人认为基本权利认为基本权利可以存在于宪法条文之外，有人认为基本权利可以在宪法条文中找到依据，而反对者则否认这些基本权利的存在，认为法官无权来精确认知这些权利。在有关隐私、生育、性自主等领域法院做出了默示基本权利的判例。参看〔美〕保罗·布莱斯特等编著：《宪法决策的过程：案例与材料》，张千帆等译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 1131 页。

〔2〕 赵晓力：“美国宪法的原旨解释”，载赵晓力编：《宪法与公民》，上海人民出版社 2004 年版，第 384 页。

相关的一些论辩在上文中已经有所涉及，接下来作者提醒大家这样一个质疑：既然结婚权不限于历史、字典、自然、那么逻辑终点在哪里呢？社会是否要陷入婚姻无政府主义的泥潭呢？笔者认为事实上这就是论辩双方都在玩的一个类比游戏，也许我们可以这样摆出双方的棋谱：支持同性婚姻的一方说：如果婚姻就是传统的话，那童养媳也可以合法了，甚至可以三妻四妾了，也可以跟少女结婚了，而且不准离婚，黑人白人不准通婚，反对同性婚姻的一方会说：既然进步主义这么雄辩，那人跟动物跟物体也可以结婚了，也可以三妻四妾了，也可以一妻多夫了，乱伦婚也可以了。我们可以看到双方甚至都可以以三妻四妾来作为论据，完全看处在什么文化中，比如中国传统上并非严格的一夫一妻，而如果要认同传统就避免不了这样的质疑，而在美国文化背景下，摩门教徒一夫多妻的实践也在挑战美国的婚姻制度，这就是在什么程度上我们传统，什么程度上我们现代。更有意思的是，当年反对异族通婚的人也拿人和动物结婚这样的类比来证明黑白通婚的荒谬，而在中国，当年的男女同校也有同样的辩驳，认为这样做可能会把学校变成“送子奶奶庙”，而如果能在大街上接吻，为什么就不可以在大街上做爱，这样的类比也曾经大行其道，正如作者所说：“针对同性婚姻的斗争可以被描述为一场类比战争。”（47页）我们上边的介绍充满了这样的类比，不管是把性倾向的歧视类比为性别歧视、种族歧视，还是把同性婚姻类比为乱伦、人兽恋，论争的双方都不仅仅是在理性的层次上展开，而且一定要把陌生的变为熟悉的，只不过支持同性婚的把陌生的歧视变为大家更同情的歧视，而反对同性婚的把大家的情感引向更难获得大众支持的另类。这就是一种修辞，而正如波斯纳所说：“为什么修辞或文风很重要？理由是许多法律问题都无法以逻辑的或经验的说明来解决。”〔1〕而事实上是美国的学术界比较多的学者可以接受同性婚姻，而基本上没有

〔1〕 苏力主编：《法律书评·第2辑》，法律出版社2004年版，第8~9页。

学者接受多偶制或者乱伦婚，更别提人与兽之间的婚姻了。而之所以很多支持同性婚姻的律师学者也对婚姻权这样的基本权利进路不是很积极，也是因为这样的进路可能会遭遇多偶制等非传统婚姻投下来的阴影。而作者认为这是不能回避的问题，并认真探讨了多偶婚和乱伦婚，认为有权同谁结婚和有权跟几个人结婚并不一样，乱伦婚的被禁止主要是对孩子的保护，很多对孩子的性侵犯多来自于乱伦，社会有义务防止父兄用性的态度来对待子女或姐妹，大量的对乱伦的刑事指控都伴有对孩子的性虐待行为。但是作者还是认为人们怕开放同性婚姻的法律保护会给多偶制等给予同等保护，这可以解释司法对同性婚的敌意，而不是他们提供的理由，而作者重点所要说的就是：不是要提倡婚姻的无政府主义，而是说要政府承担加诸婚姻之上的限制合理化的负担，就像对言论和结社、宗教自由所加诸的限制一样（110页）。而基本权利这样的进路相对于嫌疑归类进路的优势也在于不是重点关注谁的自由处在危险中而是关注什么自由处在危险中，在这一进路下，同性恋不必被迫声称自己是受压迫的少数，需要从有偏见的主流那里得特殊保护，这是一个团结的进路而非分裂的进路（72页）。实际上这样的进路也是常识的进路，当多数认为婚姻就是一男一女时，另一个常识就是一个成年人可以选择跟自己所爱的无亲缘关系的成年人结婚，常识在这里打架了，宪法所说的结婚权难道是鼓励同性恋和自己不喜欢的性别结婚吗？如果不是，那么他们的结婚权如何保证？基本权利的进路要避免把同性恋放在法律的柜子里这样的危险，就必须思考这样的问题：诉诸人人平等的结婚权这样的一般进路是否也掩盖了同性恋的特殊性？毕竟，有了结婚的宪法权利和同性可以结婚还有很远的距离。而这些在本书中并没有得到太多的强调，作者有更重要更宏大的宪法理论来为自己基本权利的进路做辩护，于是主题由具体转向宏大：法院在社会中的角色和地位，民主和宪政的冲突。

五、法院应该创设新的权利吗？

作者大致梳理了一下司法上基本权利的进路，在洛克纳时代，法院

从正当程序中引出基本权利,用实质性正当权利来实施资本主义自由放任的理念,20世纪50年代沃伦法官为了摆脱名声不佳的洛克纳主义的指责,竭力避免适用可怕的正当程序条款,用平等保护发现了很多个人权利,而且把平等保护嫁接到第五修正案当中。1969年伯格(Burger)继任以后,又开始重返正当程序带来的基本权利来逃避沃伦法院,所以,法院对基本权利的理性基础没有一个明确的说法,作者认为基本权利最好被理解为平等保护条款的一部分,而且必须同实体权利结合才有意义。因为法律不可能在字面上平等对待任何人,盲人就不能像明眼人那样可以获得驾驶执照,法律总要对人进行分类,我们必须有实体权利这样的概念来区分违反了平等保护的分类和没有违反的分类,所以我们没有办法讨论平等却不问有关什么的平等。正如伊利所说,如果法官把他们自己认为的实体权利加入宪法当中就破坏了民主,它让政治上不负责任的法官挑选和界定超出多数控制的权利。^[1]而作者认为这样做很狭隘,比如说宪法只规定了州和联邦不得因种族和性别而拒绝选举权,联邦最高法院最终超越了宪法的字面含义,认为选举权是基本权利,作者总结说:

如果不是明显超越权利法案文本的基本权利,对我们投票权的所有保护将会消失,州立法机关甚至会设定投票权的土地或财产限制,讽刺的是,为了保存民主程序的价值判断,我们将大大削弱对我们重要民主工具的宪法性保护(129~130页)。

这样一个逻辑是对于司法审查不民主的常见的回应,即司法的积极主动扩大了民主参与的范围。也就是说通过法院非民主的机制推动了民主。更重要的是一些少数群体在正常的政治程序中得不到最普通的保

[1] [美]约翰·哈特·伊利:《民主与不信任:关于司法审查的理论》,朱中一、顾运译,法律出版社2003年版。伊利一方面觉得完全忠实于立宪者的意图是不可能的,另一方面法官将自己的价值观“塞”进宪法是反民主的,所以希望能够解决这一两难问题:实体价值由代议机关进行判断,司法审查主要对程序问题进行判断。

护。他们很容易被识别，并长期遭受公众的敌意和忽视，缺乏政治上的代表，而为他们进行投票就相当于政治自杀，黑人就是这样的地位。^{〔1〕}所以如果法院保护了同性恋的结婚权，它不是反民主的，而是履行了法院的最高使命，那就是保护所有美国人的基本权利。不过这样的思路一直遭到批评，认为法院违背多数的意愿保护少数人的权利，是反民主的精英主义，而在西方政治思想中有着大量的思想认为多数统治并不是最重要的价值，宪法也没有让民主凌驾于一切之上，更何况美国民众又在多大程度上主导了立法机关的决策呢？米歇尔斯（Michels）提出了“寡头铁律”，认为无论是什么样的组织，哪怕开头似乎是民主的，但最后都不免走向寡头统治。韦伯的官僚组织理论认为现代社会理性化不可避免地带来官僚制的扩张，政治组织都是一些对政治感兴趣的人所管理，人们没有能力对政策加以区分，只不过有能力在可能的领导者之间进行选择。熊彼特的精英民主理论也认为人民的作用不过在于产生一个政府，选出社会的精英来治理国家。^{〔2〕}其实大多数选民并不很关心立法机构的所作所为，政治冷漠、投票率的低下都说明了这一点，所以用民主来质疑司法创设权利也很难具有正当性，在一定程度上，“司法机构和立法机构之间所具有的民主性特征的‘差距’可能并不像表面上看起来的那么大”。^{〔3〕}而且第十四修正案的核心目的是保护个人或少数来抵抗多数压制，所以大众的好恶不能成为法院判决的指南，保护那些非主流的权利也是法院的使命，异族通婚在20世纪60年代的南方是非主流的，即使在1967年法院审理拉文案推翻对异族通婚的限制时，还有16个州和哥伦比亚特区将这种婚姻视为刑事犯罪。在言论自由领域，

〔1〕〔美〕克里斯托弗·沃尔夫：《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁》，黄金荣译，中国政法大学出版社2004年版，第83页。

〔2〕顾昕：“以社会制约权力——达尔的多元主义民主理论与公民社会”，载〔美〕达尔：《民主理论的前言》，顾昕、朱丹译，生活·读书·新知三联书店1999年版，第209~212页。

〔3〕〔美〕克里斯托弗·沃尔夫：《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁》，黄金荣译，中国政法大学出版社2004年版，第120页。

因为有了内容中性原则 (content neutrality) 保护了色情纳粹言论和三 K 党的一些权利,而这些都是大多数所反感的。而同性恋的一些表达权利也得到了相应的保护。1970 年很多学校禁止同性恋社团,认为他们倡导非法性行为,而学校的社团赢得了每一场官司,作者认为这都是因为“内容中性”原则所起到的作用,同时也反驳了这样一个观点,即认为法官保护少数人权利只是出于自身的政策偏好,因为在 20 世纪 70 年代,法官们根本不可能希望他们的子女去那些有着很强大同性恋文化的大学,而且法官们一反常态地表达了他们不得不做出判决的厌恶。所以作者总结说:

就如有人指出的那样,同性恋在法院中比在国会中取得了更多的胜利,但这些胜利一般不是支持同性恋权利的司法政策偏好导致的结果,甚至也不是一系列跟同性恋明显有关案件的结果,事实毋宁说是这样的:同性恋大大受惠于沃伦法院所确定下来的一般原则,这些原则牵涉到言论和结社自由,正当程序。对警察执行实践的限制,以及对法律不能过于模糊和任意的强调 (175 页)。

所以作者希望在婚姻领域里的基本原则也可以使同性婚姻合法化,甚至在法官不赞同同性婚姻的情况下也不得不做出支持判决,而事实上作者也很矛盾,法院关于未列举的基本权利的判决不是一贯和逻辑自治的,人们对基本权利的法理很失望,而隐私权就是一个例子,在以往的案件中曾有先例发现了性隐私原则来保护在家里经同意的成人间性行为的合法性,可是在著名的鲍尔斯案^[1]中一个联邦巡回法院推翻了佐治亚州的反鸡奸法,认为隐私权扩展到这些行为之上,而联邦最高法院改判,认为先例只适用于家庭、婚姻和生育而不适用于同性恋。这个事实可能又一次验证了“原则不解决具体问题”的说法,也证明了企图通过跟同性恋没有明显关联的原则来解决同性交往核心问题的思路是有局

[1] 有关案件的详情可参见 [美] 保罗·布莱斯特等编著:《宪法决策的过程:案例与材料》,张千帆等译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 1222 页。

限的，在中国也有相类似的例子，1997年《刑法》中取消了“流氓罪”，在以前的流氓罪中有过对成年男性同性性行为的惩罚，废除此罪被认为是等同于西方同性恋的非罪化，同性恋权利受惠于“罪刑法定”这样的基本原则，是这一原则的非意图后果，但是后来的同性强奸无法可依的状况典型地体现了这种进路的局限，所以基本原则进路的优势和弊端都在此层面淋漓展现。而就作者所说的隐私权这一基本原则终于在我们上文所说的拉文案中得到联邦最高法院的认可，美国所有州的反鸡奸法彻底被推翻。所以原则在执行过程中可能会有波折，但是有了原则就提供了一种可能性，而这种可能性在等待一定的时间以后会转换成现实性，如今，美国法院一再确认结婚权是基本权利，甚至是比投票权更重要的权利，那么同性婚姻的合法化也就不难理解了。

六、法院积极介入同性婚姻是否会适得其反

很多支持同性婚姻进路的人担心法院一味强调平等保护同性婚姻会招来更多的反对，事实上这样的担心也不是多余的，1996年在夏威夷州通过了州宪法修正案来应对法院的判决，同年，国会通过了《捍卫婚姻法案》，此法案的目的就在于允许各州拒绝承认可能在夏威夷缔结的同性婚姻。在马萨诸塞州高等法院承认同性婚姻后，马萨诸塞州议会2004年3月试图采纳一项禁止同性恋婚姻的州宪法修正案草案，这个努力没有获得成功。布什总统主张修改宪法，从联邦法的高度禁止同性恋结婚；尽管曾经有很多州都通过了排斥同性婚姻的州宪法修正案。所以佛蒙特州高等法院的审慎进路得到了比较高的评价，也就是说认为同性伴侣有权得到本州对异性伴侣所有的利益和保护，并且让州立法机关去起草合适的法律，后来州立法机关创立了“民事结合（civil union）”。埃斯克瑞基认为综合这些案件的教训，有时候法院拒绝非主流的权利是为了将来更有效地实施：“延迟正义不等于拒绝正义，有时候权利踏着像小猫那样轻的脚步走过来。”而事实上“民事结合”的弊端也很明显，同性伴侣没有办法享受联邦的权利如同性伴侣的移民权，而且不能得到别

的州的承认,所以埃斯克瑞基认为这是同性伴侣中的“隔离但平等”机制(198~199页)。而这种不能正名的婚姻本身就体现了对于同性伴侣的歧视,甚至污名,因为生怕他们玷污了婚姻的神圣。而作者反驳了这种担心,作者认为在联邦的意义上修宪来保持传统婚姻模式基本是不可能完成的任务,很多反对同性婚姻的议员也认为这应该是一州范围内的事,刚性宪法是很难进行宪法修订的,美国联邦宪法最近一次修正案——第二十七修正案是在1789年提出的,203年以后才得以完成。更重要的是,一旦宣布同性婚姻的合法性,支持反对同性婚姻的攻守位置发生了转换:

第一次,反对同性婚姻的人不得不承认被放在了这样一个位置,即他们正在试图剥夺同性恋的基本宪法权利,这是一个很大的政治障碍,焚烧国旗比同性婚姻更不受欢迎……再也不能说婚姻绝对是两性结合是自然的不言而喻的,再也不能说对同性婚姻的倡导是一场边缘的运动(204~205页)。

实际上这样的微妙转换也一直在暗中进行,支持传统婚姻的一方已经是在用“捍卫婚姻”这样的语调了,异性垄断婚姻模式没有受到真正挑战的国家才是同性婚姻真正的边缘化,而这种对同性婚姻的态度才类似于美国军队里曾经施行的对同性恋的态度:不问不说(don't ask, don't tell)。要真正摆脱边缘化还是要靠时间来消磨掉各种歧视和污名,但是权利的取得有可能走得更快,在堕胎案里可以看到大众态度的复杂,当57%的美国公众认为堕胎就是谋杀,同样一半多的人认为妇女有权利选择堕胎(206页)。所以如果人们认为堕胎就等于谋杀还能支持堕胎权,反对同性婚姻的人也可能在实践中宽容不对任何人造成直接伤害的同性婚姻。^[1] 所以正如法院对焚烧国旗的保护没有阻止人们对

[1] 民意是一个很有意思的话题,在全世界很多国家的民意测验都是支持废除死刑的少,支持安乐死的多,但是实践恰恰相反,废除死刑在很多国家都成了现实,而安乐死却只是在非常少的地方被合法化。这是很耐人寻味的现象。而且一旦媒体报道了一个错杀的案件,此时进行民意测验,废除死刑就有比较高的支持率,而一旦报道了连环杀手,民意反映马上又会有很大不同。

国旗的自豪，对同性婚姻的司法保护也不会降低婚姻在美国人心中的地位，而且这将意味着法律平等保护的承诺落到了实处。

七、同性婚姻、后现代、中国语境

同性恋问题常常和后现代思潮相联系，后现代法学中除女权主义法学流派外，还有同性恋法学，尽管后者的影响要小一些，不过同性恋问题却不必然是后现代问题，在一本介绍美国宪法的专著里，作者在谈到同性恋问题时用的标题是：后现代的困惑？同性恋问题。^{〔1〕}而所谈的问题却主要是同性恋的非罪化、平等保护这样的同性恋权利问题，这是典型的现代性视角，而本书关于同性婚姻的论证也是典型的现代性进路，论证的指向主要是传统的保守思想，而在同性婚姻的问题上，真正的后现代思路也是不容忽视必须要面对的。后现代思路认为同性婚姻本身就是保守的，因为它接受了婚姻的价值，对于主流价值有着太多妥协，所以不应该是异性恋同化同性恋，而是同性恋同化异性恋，同性恋之间的性交往模式应该为人类提供更多的可能。埃斯克瑞基教授大致对同性婚姻意识形态的几个派别做了如下的疏理：

前现代关于自然性别角色的理论激发了虔诚的传统主义者的抗议，现代自由主义强调个人选择自由的理论是支持同性婚姻的支柱，后现代强调自由选择之上还有压迫性的文化限制，这使得他们反对同性婚姻。^{〔2〕}

同性恋问题上的后现代意识集中体现在酷儿理论（queer theory）中，这种理论反对男性和女性、同性恋和异性恋这样的二元对立，向社会的“常态”挑战，反对仅仅把婚内性关系和以生殖为目的的性行为当作正常的，每一个人的性别身份都是不固定的，流变的，这种理论不

〔1〕 张千帆：《西方宪政体系（上册·美国宪法）》，中国政法大学出版社2004年版，第301页。

〔2〕 William N Eskridge Jr., "The Ideological Structure of the Same - Sex Marriage, Debate (And Some Postmodern Arguments for Same - Sex Marriage)", in R. Wintermute & M. Andenaes (eds.), *Legal Recognition of Same - Sex Partners*, Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 116.

仅要颠覆异性恋的霸权，而且要颠覆同性恋的正统观念，既然传统的家庭模式固化了性别压迫，那么传统家庭价值也是压迫性的。^{〔1〕}美国的性道德一直以婚内一夫一妻的生殖性活动为核心，人们担心同性恋的性规范向传统家庭模式“投降”将会使得不愿意不能够进入婚姻的群体更加边缘化，所以酷儿理论拒绝异性文化的规范作为酷儿生活标准，多元的性生活值得同样的尊重，反对国家表达对于不同类型的性的尊重或者合法性授权。同志运动是要挑战管制体系而不是接受管制，而同性婚姻寻求国家的承认、合法化和正当化怎么可能会不对其他群体造成不承认、不正当、不合法的效果。^{〔2〕}从现代主义的立场我们当然可以有很多回应，比如对同性婚姻的承认其实在很大程度上冲击了传统性别的僵化模式，而非酷儿理论所认为的固化了传统模式，否则你就不可能解释传统主义为什么那么反对同性婚姻，而同性的结合也为异性恋创造了新模式，佛蒙特州“民事结合”的模式就和欧洲一些国家的登记伴侣关系一样，可以适用于不愿意进入婚姻的异性恋之间的松散的同居模式，这不就是酷儿理论所追求的构建新的人际交往模式吗？更重要的是有很多同性恋希望能够进入婚姻，而这样的诉求不能仅仅以“中了异性恋霸权的毒”来解释，中国“少年夫妻老来伴”“满堂子孙不如半路夫妻”的说法验证了人对家庭的需要除了财产、孩子和性之外的情感需求。这种需求是很现实的，并非是压迫文化的虚妄产物。更何况保守主义中的洞见也向我们展示了人对于传统的依赖有着“理性不及”的一面，谁可以和传统完全一刀两断呢？当同性恋不再是罪，当同性恋也不再是病，当同性恋的性权利得到了更多的支持，主流意识形态必须面对这样的问题：如果非婚同居、性交易、性乱交都是同主流道德不相吻合的，

〔1〕 有关酷儿理论的详情可参见〔美〕葛尔·罗宾等：《酷儿理论》，李银河译，文化艺术出版社2003年版。

〔2〕 Michael Warner, *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, Harvard University Press, 1999, pp. 88 ~ 99.

那么如果拒绝了同性婚姻，同性恋还能怎么做？这个问题既可以用来支持同性婚姻权的诉求，也可以用来昭示：传统价值观出于对家庭的重视有可能支持用婚姻来对“反叛分子”进行招降纳叛。

如果这个问题放在中国语境下，主流道德的悖论就更加突出，正如中国的很多问题都有着前现代、现代、后现代的纠结一样，同性恋的实质意义的非罪化、一定程度的非病化已经完成，这体现了现代性，而另一方面，中国的很多同性恋者受制于传统文化规范的压力，选择与异性结婚，以至于李银河教授认为这是中国和西方在同性恋问题上的最大区别。^{〔1〕}而在笔者看来这既是空间意义上的东西之别，又是时间意义上的古今之别，而且后现代式的反对婚姻的理念在中国也开始出现，尽管非常微弱。同性恋和异性进入传统婚姻模式看起来是对主流道德的妥协和驯服，结果是主流道德的胜利吗？是主流道德想要的吗？所以同性婚姻的问题在具体表现上可能有中西不同，这样的尴尬却可能是普世性的：一方面只有婚姻内的性才是最“道德”的，另一方面同性之间可以做爱但不能结婚。或许要想转过来这样一个弯，论证不能代替时间，笔者从来不认为合乎逻辑的就一定是要实现的，或马上实现的，不过从另一个角度我们可以看到本书就是参与了这样一个转弯的过程，所以我们同样可以说时间也不能代替论证。中国在这些问题上解决方式可能有独特性，但是在不得不面对方面没有例外，在《婚姻法》修订的时候曾经媒体上有过争论，^{〔2〕}一些《婚姻法》的学者也开始在专著中涉及这个问题。^{〔3〕}但是美国的经验告诉我们：这样的问题太大了，必须惊动宪法。而在中国当下，宪法的力量，法院的力量或许还不足以提供这

〔1〕 李银河：《同性恋亚文化》，今日中国出版社1998年版，第210页。

〔2〕 崔丽：“修改婚姻法热门话题再聚焦”，载《中国青年报》2000年9月4日。这场争论可能在很大程度上是跟李银河教授有关，此后她又几次试图推动联合人大代表向全国人民代表大会提议案，没有成功，这在一定程度上也证明当下中国的同性婚姻并没有社会基础，但学术研究可以走在前边。

〔3〕 王丽萍：《婚姻家庭法律制度研究》，山东人民出版社2004年版，第258页。

样一个平台。

八、结语——求同存异和求异存同

同性婚姻必然是一个道德的时代变迁问题，人们经常讲的求同存异的宽容在这个问题上展现出求异存同的一面，作者采取的平等保护加上“结婚权”——实体权利这样的进路既是法学内部的进路，也是法学外部的政治社会学的进路，以此可以避免同性恋在寻求特殊权利的质疑，说简单点就是他们只是想要跟自己爱的人结婚的权利，政府不是不可以进行限制，比如配偶的年龄和双方的血缘关系等，但是所有的限制都要求政府承担举证责任，因为结婚权是非常重要的权利，平等保护也是极其重要的原则，所以必须认真对待。有了中国视角之后我们其实可以更深刻地理解作者书中所体现的悖论：希望在人人平等的普适思路避免同性恋特殊的指责，但是没有同性恋视角的平等可能是虚妄的。中国不也是这样吗？罪刑法定这一法治社会的一般原则附带地实现了同性恋的所谓“非罪化”，而没有同性恋视角的刑法很快就遭遇了同性间性侵犯无法可依的窘境，《刑法修正案（九）》把猥亵罪的对象由妇女改为“他人”就是一种仓促应对，我们的法律依然不愿意对同性之间的性进行整体考量。或许我们要思考的问题是，真的有普适的法律原则可以在避免深入探究同性恋群体的基础上实现平等保护吗？靠普适人权话语抛开中国特殊性追问能解决我们国家的同性婚姻问题吗？

第七章 你以为的你以为的就是你以为的吗

——读《掩饰：同性恋的双重生活及其他》

1998年，日裔美国人吉野贤治得到了耶鲁大学的教职，那个时候他的同性恋身份在单位里已不是秘密，他的一个同事问他愿意成为一个碰巧是同性恋的法学学者（homosexual professional），还是成为一个专门研究同性恋的职业同性恋者（professional homosexual），如果选择前

者，他将会有更多的机会得到终身教职。很多年以后，已经功成名就的吉野教授在论文和演讲中都讲到了这一故事，故事讲的次数多了就回溯式地建构成一个事件，让人怀疑是否因为有了这个事件，才有了这本书——《掩饰：同性恋者的双重生活及其他》（*Covering: The Hidden Assault On Our Civil Rights*，以下引文除注明外均引自该书，用小括号加页码的形式标明）。^[1]

这本书描述了美国主流社会对待同性恋的三个阶段：第一个阶段是同性恋的矫正，最典型的就是电击疗法，医生在男同性恋想象同性欲望的时候对他进行电击，使他产生“恶心”反应。第二个阶段是同性恋的冒充，最典型的就是美国军队从1993年开始到2011年才废除的“不问不说政策”，同性恋军人只有在不公开性倾向的情况下才能在军中服役。第三个阶段就是同性恋的掩饰，那就是即使同性恋可以出柜了，也要淡化而不是招摇这样的身份。在美国同性婚姻还没有合法化的年代，一位公开的女同性恋者得到了一个很不错的工作，但是因为大张旗鼓地举办了同性婚礼而遭辞退，并且在提起的反歧视诉讼中败诉。法院的理由是，法律只保护身份，因为这是“不可改变”的，所以同性恋身份可以受到平等保护，而不保护张扬的行为。

“冒充”“掩饰”这样的划分，来自于著名社会学家欧文·戈夫曼，“冒充”指的是受到污名化的人会隐藏没有曝光的，对自己不利的信息，也就是蒙混过关，如同性恋者冒充是异性恋；而“掩饰”指的是“准备好承认自己具有污名的人（很多情况下是因为它被发现或直接可见）仍可能花费很多心力让污名不要被放大”。^[2]对戈夫曼洞见的借鉴体现了这部法学作品的社会学渊源。

[1] [美] 吉野贤治：《掩饰：同性恋的双重生活及其他》，朱静姝译，清华大学出版社2016年版。

[2] [美] 高夫曼：《污名：管理受损身分的笔记》，曾凡慈译，群学出版有限公司2010年版，第121页。

这是一本学术性传记作品，吉野贤治教授在自己的身上部分的复制了，部分地克服了这个时代的三阶段。首先，他经历了想成为异性恋的阶段；第二个阶段，他内心接受自己的同性恋“自我”却躲躲藏藏冒充异性恋；第三个阶段是他出柜后（同性恋对外公开自己的性倾向被类比为走出柜子），却抑制写同性恋议题的冲动，极力阻止放大这个污点，这就是掩饰。这让人想起女权主义的一个口号“个人的就是政治的”（personal is political），或者说个人的就是历史的，这本书也体现了时代和个人的解释学循环。很多个场景极具画面感，在向父母出柜的那一刻，作者感觉到了摄影机的转动：“我终于成了自己故事里的男主角。”同情欲欲在青春期破茧而出的“求生”冲动遭遇了阵痛，“旁观的自我”想要杀死“同性恋的自我”，“死亡”的隐喻和意象长久地挥之不去，抑郁和同性恋倾向难分难解，如今，生命的临界点到了，向父母的告白像是完成了一场大的测试（66页）。接下来，镜头转换，同性恋运动的决裂时刻经由作者蒙太奇的剪接而登场，这就是1969年6月27日发生在纽约的石墙事件。警察在这一天突袭石墙酒吧，这样的骚扰之前已经出现了无数次，而这次遭遇了同性恋和跨性别的抵抗，在同志运动的历史上，这一事件被大书特书，仿佛经由它开天辟地，同志运动的时间开始了。作者认为，同性恋作为一个社群，也需要跟个人相类似的出柜时刻，而那个酒吧，就是一个象征性的柜子。把个人在家庭的出柜和同性恋运动在社会的出柜相提并论、互相对照，仿佛是在说，个人的黑暗和抗争在世界的黑暗和抗争之中，世界的黑暗和抗争也在个人的黑暗和抗争之中。

而这个临界点的思维，也让笔者重新打量某个中国同志权利的大事件，那就是1997年刑法对流氓罪的废除，这个事件被称作中国同性性行为的“非罪化”，笔者在2007年出版的专著里已经详细论证，这个罪的废除在动机上和同性恋没有任何关系，只是因为新刑法引进了罪刑法定原则，而流氓罪的模糊性使得它通不过罪刑法定清晰性的检验。而同

性恋社群的欢呼雀跃也不是空穴来风，因为流氓罪的模糊性对于边缘人群的性生活确实很危险，无数人对于这种压迫感同身受，所以废除流氓罪带给同性恋的解放效应虽然是一个“非意图的后果”（unintended consequence），在同性恋社群中确实也值得彪炳史册。^{〔1〕}“非罪化”话语固然是西方强势话语向中国的渗透，如中国同性恋社群也用彩虹旗来作为标识一样，但是按照临界点的思维，可能中国的同性恋社群在刑事法领域也需要类似于“个人出柜”“同志运动登场”一样的时刻，来铭刻“不要再抓同性恋”的历史变迁。

吉野教授对个人和时代的“解释学循环”也激励了笔者对美国和中国进行比较解释，笔者要用三个事件来对应吉野教授所说的三个阶段：

2014年中国首例同性恋矫正治疗案正式宣判，海淀区法院认定同性恋不是精神疾病，某心理中心治疗的承诺是虚假宣传。这个诉讼体现了矫正同性恋的需求在当下中国还大量存在，尽管法院的判决显示这个矫正阶段在逐渐远去。

2013年北京一中院针对同性恋与异性婚姻的问题发布调研报告，建议认定同性恋隐瞒性倾向与异性结婚构成过错，离婚时应该在财产分配上对性取向“正常”的一方进行照顾。^{〔2〕}这个报告的出台显示了中国大量的同性恋会和异性结婚，这可能被认为是同性恋冒充异性恋的阶段。

2014年一个“一百块都不给我”的视频红遍网络，两个同性恋者因为“约炮”发生纠纷，争吵的视频被违法传上网络，其中一个当事人失去了工作，由此起诉公司，成为首例中国职场性倾向歧视的原告。

〔1〕 参见郭晓飞：《中国法视野下的同性恋》，知识产权出版社2007年版，第49～103页。

〔2〕 张媛：“同性恋‘瞒婚’，法院建议可撤销”，载《新京报》2013年1月11日，第A18版。

2015 年法院判决原告败诉，主要的原因是公司不一定是因为同性恋而辞退员工，也有可能是“有关原告的网络视频影响公司形象”，这对应于掩饰阶段，那就是主流社会不再明确表达对同性恋的贬斥，但是“约炮”招摇得天下皆知就会影响公司形象。

本书所描述的矫正、冒充、掩饰三个阶段不是线性发展的，而可能是在同一个时空里同时存在，只不过重要性有所不同，在中国可能更是如此，短短两三年的时间里，三件大事各有侧重地展现着主流对同性恋问题的不同态度。

任何类比都有缺陷，东施效颦在所难免，不过在中国语境下，在同性恋“骗婚”的话语中，体现了主流对同性恋“冒充”和“坦白”的双重捆绑，这个和美国还真是同中有异。中国大量的同性恋者在社会压力下与异性结婚，相关离婚诉讼中的同性恋问题已经引起了北京市一中院的注意并且做出调研报告，这确实在一定程度上揭示了同性恋者被逼冒充异性恋的现实，所有人几乎都被裹挟在“强制性异性恋”的体制里，也就是说，无论一个人的性倾向是什么，社会主流极力撮合适婚年龄的男女进入异性婚姻。容笔者戏仿一句：这天是异性恋霸权的天，这地是异性恋霸权的地。然而主流对同性恋的“冒充”需求恰恰没有掩盖甚至相辅相成衍生出对同性恋的“坦白需求”。那就是一方面，主流逼着所有人都进入和异性结合的婚姻体制中，否则就会被认为是变态、有病、不正常，这催生了冒充的现象；而一旦婚姻中所谓“正常的一方（指异性恋配偶）”指控配偶隐瞒同性恋身份骗婚，要求骗子承担法律责任，主流又会纷纷谴责同性恋伤天害理，毁人一世幸福。审理此类案件时，我们的法庭上进行着“冒充”和“反冒充”的证据攻防战：之前看到一个新闻报道，妻子起诉丈夫要求离婚，指责丈夫是同性恋骗婚，证据之一是丈夫在家里看同性恋光碟，主审法官认为，虽然胡女士法庭上拿出了同性恋光碟，但这不能证明就是李先生买的，而且是他看

的，“即便是他买的，他也看了，那也不能证明他就是同性恋”。〔1〕

北京市第一中级人民法院在调研报告中也倾向于认为隐瞒同性恋倾向而结婚构成过错〔2〕，这不是在强制“冒充”，而是在强制“坦白”。对此，笔者曾经尝试过做出不同的断言：在当下中国，没有任何人在任何情况下可以强制一个人披露自己的性倾向。笔者很好奇吉野教授会怎么看待这样的强制性“坦白”，怎样看待同性恋隐瞒性倾向与异性结婚是“骗婚”的指责，他在书里一再强调的“自主”在这里还有效吗？更重要的是，很多人认为所有和异性结婚的同性恋者都是为了冒充异性恋，掩盖自己被歧视的身份，笔者不同意这个看法。今天中国的家庭仍然承担了大量的社会保障功能，子女所承担的养老功能仍然是大部分家庭所需要的，而制度上，一男一女的婚姻垄断了生育，所以大量的同性恋者和异性结婚、生育后代，是在预防老无所依，说严重些，那几乎就是求生需求，而不仅仅是为了躲避同性恋的污名。回看吉野教授在青春期“同性恋自我”的死亡意象，中国的同性恋者和异性结婚解决的是老年期的生死问题。作者矫正、冒充、回避的三部曲一条道走到黑，恰恰忽略了强制坦白也是一种社会的净化机制，在中国对同性恋骗婚的指责声中，也隐隐显露出一种净化异性恋婚姻的动机。

吉野教授对于同性恋社群强制出柜的文化有所反思，于是我们看到了这样一个八卦事件，或者说是一个同性恋权利大事件中的八卦作料，作者抛开对里程碑案件中的学理分析，而旁逸斜出，而枝枝杈杈，闲笔不闲。作者甚至提出问题，是否这八卦事件影响了同性恋权利的走向，在细节处玩起了侦探的功夫对历史洞幽烛微。1986年，美国联邦最高法院大法官以5:4对鲍尔斯案作出判决，同性性行为构成犯罪的立法不

〔1〕 鲁燕：“怀疑丈夫是‘同志’妻子要离婚”，载《郑州晚报》2011年7月14日，第A12版。

〔2〕 张媛：“同性恋‘瞒婚’，法院建议可撤销”，载《新京报》2013年1月11日，第A18版。

违反宪法，隐私权应该保护同性性行为的观点“充其量也是个玩笑”。在这个案件中，鲍威尔大法官投出了关键性一票，才使得同性恋权利遭遇重挫。在跟助理讨论案件时，鲍威尔大法官说他一个同性恋都不认识，而这个助理恰恰就是同性恋。此事传出去之后，这个助理立刻遭到了同性恋社群的仇恨，大家认为如果他能够向大法官出柜的话就可以扭转局面，而事实上鲍威尔大法官事后也认为在这个案件中投了错误的一票。作者认为很多同性恋对这个助理的痛恨“恰恰是因为，他们，跟我一样，也在害怕自己可能会做出同样的事情”。作者说我们应该反思，为什么我们对冒充异性恋的人如此苛刻，而放过了歧视同性恋的社会结构（68~72页）。反观中国，在谴责同性恋“骗婚”的舆论里，我们很少听到对“强制性异性恋”的批判。好像人们在婚姻问题上已经有了自主性，没有人拿刀架在脖子上让你和异性结婚，然而正如“强制性异性恋”里的“强制”不同于一般意义上的强制，“骗婚”里的“骗”也不应该等同于一般意义上的骗，又是谁在“强制”同性恋坦白自己的身份呢？实在值得深长思之。

尽管作者对于强制“出柜”的文化有一些反思，笔者还是从他的论述中读出了那被称为“同性恋正统制”^{〔1〕}的东西：对大法官助理没有历史性出柜的理解也仅仅是“坦诚面对我们的不坦诚，原谅没有勇气的自己”；对“真我”“假我”“完整的我”的强调；出柜后“我重新回到了生活的亮处”；向父母坦白以后感觉“面对生命的测试，我没有不及格”（55~83页）。为了强调不需矫正、冒充、掩饰而强调“勇敢做自己”，颇有些励志和心灵鸡汤的味道，其实风格不是问题，反而增加了可读性，谁不愿意看到大牌教授的小清新呢。“每一个不曾起舞的

〔1〕 Lisa Duggan, *The Twilight of Equality? Neoliberalism, Cultural Politics, and the Attack On Democracy*, Beacon Press, 2003. 丽萨·杜根所提的同性恋正统制指的是同性恋不挑战异性恋的一些预设或机制，例如一对一的婚姻模式，拥抱消费主义和去政治化的同性恋运动。笔者在这里用这个词既是强调吉野教授对同性婚姻不加反思的推崇，又有着对于同志运动本质主义的批评，例如认为只有“出柜”才是真正做回自己。

日子，都是对生命的辜负”。^{〔1〕}尼采不也给我们熬过这样的鸡汤吗？真正的问题是，“同性恋正统制”对“身份”进行了本质主义处理，好像是一个实体化的东西固定地放在那里等着有一天你去发现它，然后揭示它，所有曾经的犹豫、否认、掩饰都需要社会和个人一起去克服，“踏平坎坷成大道”，那个“大道”就是同性婚姻合法化，那就是这个事业的“西天”了。而建构主义一再呈现的是另外一副面孔：同性恋身份是19世纪末期西方精神病学对人类进行昆虫学式的分类的产物，这种以性为核心来对人进行分类，不是跨域时空的，“龙阳之好”和“同性恋身份”有着根本性的断裂。福柯所讲的“告诉我你的欲望，便可知你是怎样的人”^{〔2〕}，是典型的19世纪话语，是一种现代性的真理机制和治理技术。福柯多年来都在理论和实践上为抗拒“说出真实”而进行“游击战”，他认为模范的人不是努力发现自己的人，而是发明自己的人，坦白的义务是基督教留给现代社会的有害遗产。他一直在和这种“牧师式的权力”进行斗争^{〔3〕}福柯反对同性恋运动中的“出柜”政治，因为承认自己是同性恋是掉进了一个陷阱，创造性的人会厌烦这样的本质主义身份。

没有同性恋概念的时候，两个男孩子互相玩些性游戏没什么大不了，一旦有了同性恋的清晰界定，楚河汉界，这些性游戏的参与者马上就有了“我是不是越界成了另外一种人”的担心，所以掩饰是一种治理机制，但是不能否认“坦白”和“清晰”也是主流的净化机制。这些几乎已经是同性恋研究中的陈词滥调了，吉野教授一定也对这些理论不陌生，可是在文章中几乎完全不处理这些问题，其结果就是同性恋似

〔1〕或许这是中国语境对尼采的“心灵鸡汤”化，或许还有这一句：那些没有毁灭你的东西都会使你更强大。但是笔者始终认为，深不可测的、玄之又玄的尼采，喜欢格言的尼采，一定也写了一些没有营养的“人生哲理”。

〔2〕〔法〕福柯：《权力的眼睛——福柯访谈录》，严锋译，上海人民出版社1997年版，第9页。

〔3〕〔美〕詹姆斯·米勒：《福柯的生死爱欲》，高毅译，上海人民出版社2003年版，第498页。

乎成了一种不需要讨论的概念，是一种自然而然。论述同性恋者什么样的做派是掩饰，什么样的做派是“做自己”，也可能预设了一种本质主义。笔者已经按捺不住要套用相声里的一句话来为笔者的论证做一个背书：什么叫做自己，你以为是以为的就是你以为的吗？

其实这里说的是，当我们在谈同性恋或者掩饰的时候，我们在谈些什么？吉野教授绵密细致的论证当然也不会完全不处理这个问题，一个女性同事的问题搞得吉野教授一晚上没有睡着觉。这位同事说，当一位女性在修自行车（传统上被认为是男人喜欢做的事情）的时候，很容易被认为是掩饰，其实很可能这位女性不想掩饰自己的女性身份，修车只是因为车坏了（212页）。所以作者也提到了“真我”不能被具体定义（尽管有些轻描淡写），不能预设那些行为“主流”的做派都是在掩饰（213页）。例如撒切尔夫人向专业老师学习低沉的声音，这或许是掩饰很好的例子，在一个男性为主导的圈子里掩盖淡化自己的女性特征来争取主流选民，可这样的论述马上面临的问题就是：谁能说女性声音低沉就不是勇敢地做自己，凭什么在声音上预设性别的本质主义。一个职场的女性淡化母亲身份，到底是掩饰，还是她根本就不认可母职的优先性？动辄以掩饰概括，那么每次弱势群体打破刻板印象的时候都会被认定为对主流的趋炎附势。我们甚至很难说女同性恋伴侣中“老公”“老婆”的分类和称呼是复制了还是颠覆了异性恋霸权。

但是特别需要指出的是，笔者所讲的主流对同性恋的“强制性坦白”和作者所讲的“逆向掩饰”不是一回事，作者在书里谈到同性恋逆向掩饰的例子很少，有一个让人印象深刻，就是其他国家的同性恋者因为在本国受到迫害想要在美国申请政治避难，就必须让自己变得“很同性恋”才能通过考验，比如男同性恋最好女性化一些。可见逆向掩饰是通过故意让自己符合弱势群体的刻板印象，在主流那里获得好处，而“强制性坦白”是主流要揭发同性恋，不准其隐身，揪出来使之承受不利结果。如北京第一中级人民法院建议离婚案中性别倾向不正常的一方因

隐瞒而构成过错，应该少分财产。再如美国在 20 世纪 50 年代麦卡锡主义对政府内部同性恋的揭发和迫害，这股风潮波及英国，著名科学家图灵也因为从事情报工作又是同性恋者而被认为是危险分子，图灵最后的自杀不是死于“强制性掩饰”，而是死于“强制性坦白”。

而逆向掩饰是为了得到好的结果，如起诉辛普森的女检察官被建议要穿一件粉色衬衣，因为她太严肃了，应该有一些“女人味”才能获得陪审团的好感，这种逆向掩饰和掩饰——如职场上要求女性律师不要女性化，构成了对职业女性的双重捆绑。

对于女性同事修自行车就是修自行车而不是掩饰的有力质疑，吉野教授祭出了“自主”的概念（尽管这个概念在左翼学者的批判下已经变得千疮百孔），一个对掩饰理论可能构成颠覆性挑战的问题也难不倒作者用来为更大的理论建构破题。

所以吉野教授希望民权法的重心由平等向自由转换，因为平等进路和身份政治有着千丝万缕的联系，而身份政治又和本质主义撕扯不清。当吉野教授讲授掩饰理论的时候经常会遭到白种男人的反驳：法律保护少数族裔、女性、同性恋是因为肤色、染色体和性倾向基因的不可改变，法律为什么要保护可以选择的行为呢，我们都在掩饰呀，如肥胖、酗酒、抑郁。吉野教授认为民权只关注少数族裔、女性、同性恋、残障，本来就是个错误，好像所谓主流人群就不需要反歧视了，其实酷儿理论的洞见是“完全的正常就是种不正常”（“人无癖，不可交”的古训与此异曲同工），每一个人都会在不同层面上遭遇歧视，所以民权范式需要超越基于群体的平等，而是走向普遍的自由权，并且超越法律（23~24 页）。

在传统的以群体为基础的平等范式下，法院的确太过于看重“不可改变性”了，也就是只保护你“是”什么，不保护你“做”什么，所以法律禁止基于肤色的歧视，头发自来卷是“生来如此”也不应受歧视，但是一个少数族裔因为排辫这种发型而被解雇，法律就不提供救济

了。类似的，同性恋不能受到歧视，但是一个同性恋者要在离婚诉讼中获得对孩子的抚养权，那就需要掩饰，以至于印第安纳州法院曾作出判决，在监护期间，禁止父亲“让任何没有血缘关系的人在屋里过夜”（116页）。性倾向不可改变、“生来如此”、“同性恋基因”，这些理论在美国同性恋社群中甚嚣尘上，也有这么一个制度性的语境。而吉野教授认为法院对“不可改变”的强调就是美国的阴暗面，是一种强制性的“同化”。

除了平等范式向自由范式的转换，吉野教授还提到了民权范式向人权范式的转换，背后的理路有共通的一面，那就是多元主义的焦虑，身份政治爆炸衍生出众多“分裂的小团体吵嚷着要争取国家和社会的关注”。民权范式强调的是人与人的差别，人权范式强调的是人与人的共同点，所以民权的尽头指的就是用普适自由范式代替基于群体的平等范式。2003年美国联邦最高法院对劳伦斯案件的判决并没有处理在平等保护领域，同性恋是否应该和少数族裔、女性一样获得更程度的关注，而是认为制裁成年人私下所发生的某些性行为侵犯了所有人自主控制他（她）们亲密关系的权利。作者认为正是多元身份的爆发，“让我们最终认识到我们的共性”（214页）。这种深深担心身份政治撕裂美国的忧虑不是在奥巴马总统的获胜演讲中也能听到吗？“年轻人或者老人、富人或者穷人、民主党或者共和党、黑人、白人、拉美裔、亚裔、同性恋、异性恋、残障人或者健康人，所有的人，向全世界共同发出了同一个声音：我们从来都不是蓝州和红州的联合，我们现在是，并且永远是同一个美利坚合众国。”^{〔1〕}然而吊诡的是，在奥巴马强调的普适价值美国梦里，也镶嵌着黑人、白人、拉丁裔、亚裔、同性恋等各种身份，他没有也不可能把所有的身份分类都列举出来，也就是说这种列举也有着既有的身份政治的成果陈列的效果，说白了，美国没有那么容易告别身

〔1〕 <http://www.agsm.edu.au/bobm/teaching/Writing/obama081104.pdf>, 最后访问日期: 2016年1月3日。

份政治。

吉野教授当然也认可了身份政治硕果累累，如果没有同性恋运动的多年深耕，很难想象会有 2003 年劳伦斯案对所谓“非自然性行为”的去罪化^[1]。我们似乎必须要进入美国社会的历史语境中，才能对以群体为基础的平等范式的“能”与“不能”进行体察。曾几何时，美国作为一个熔炉的隐喻获得万众归心，后来此隐喻对“同化”的强调被不断揭露出来，所以才有了“走出熔炉，走向多元”的说法，而当各种身份不断被建构出来以后，又产生了美国社会被“巴尔干化”、碎片化的担忧，所以“同化”又以普适价值的方式重新归来。当然，身份政治没有那么容易被轻轻抹去，例如吉野教授很难回答这么一个问题：假设身份政治造成了巴尔干化，会叫的孩子有奶吃。那么哪些身份的建构让人产生了身份泛滥成灾这个印象，哪些身份是多余的？这就像当年中国宣传计划生育说“错批了一个人（马寅初），多生了几亿人”。于是，就有人问了：“那么谁是多生的？”

从同性恋到 LGBT（女同、男同、双性恋到跨性别），再到 LGBTIQ（I 代表间性人，Q 代表酷儿），还有无性恋（asexuality）、泛性恋（pansexuality），而且各种身份还在不断被建构出来。吉野教授在谈到身份太过于碎片化的时候，没有列举跟他研究领域如此接近的身份，或许不是疏忽也不是偶然，而是不得不然，否则很难回答这样的质疑：当同性恋运动已经开花结果的时候，却开始嫌身份太多了，是“我开花后百花杀”吗？你不是也写过双性恋身份被“抹杀”而愤愤不平的论文吗？^[2] 吉野教授当然可以回答说，要以普适自由代替包括同性恋在内的所有的身份政治。可是笔者认为逻辑不能代替经验，当不同的群体在司法上有着不同待遇的时候，否定身份政治一定是对后来形成的身份更加不利。

[1] *Lawrence v. Texas* 539 U. S. 558 (2003) .

[2] Kenji Yoshino, “The epistemic contract of bisexual erasure”, 52 *Stan. L. Rev.*, 353 (2000) .

所以，笔者从作者对“同化”的爱恨交加，也能推导出他对身份政治的藕断丝连。吉野教授作为日裔美国人，辛辛苦苦成为美国大牌法学院里的大牌教授，他直言自己在性倾向和族裔上都有掩饰，他说学生很敏感地指出他长时间不与亚裔打交道的经历，有过“在美国做百分之百的美国人，在日本做百分之百的日本人”这样的想法，当父亲不鼓励他在美国跟亚裔群体打交道的时候，他也认为这是鼓励自己勇敢，什么时候都不要对中心感到畏惧。而且生为亚裔就一定要与亚裔群体打成一片不也是一种强制吗？这属于“逆向掩饰”，即故意按照属于他们所属群体的刻板印象行事。所以作者一再申明，并不是反对所有的同化，而是反对非理性的同化。这个说法也可以变换一下来缓解这篇书评对于身份政治的张力：不是反对所有的身份政治，而是反对僵化的身份政治。认识到身份的刻板不是说不再用身份了，而是不能再像以前那么本质主义地使用了。

普适自由不就是一套凝聚所谓美国公民意识的“同化”价值观吗？作者似乎是给了我们一个“总分总”的结构，一开始讲人权是“总”；后来开始讲民权，以身份为基础的平权运动依次展开，如少数族裔权利、女性权利、同性恋权利等，这是“分”，是对人权的一种扬弃，既否定又肯定；后来又发现身份爆炸，有了对多元的焦虑，又开始强调同化，讲人权，又回到了“总”，不过经历过身份政治的人权已非昔日可比，是一种否定之否定，螺旋式上升。

但是身份政治的爆炸性多元是否一定撕裂共同体呢？也不见得。当年在中国的一次研讨会上，笔者就听到一个学者讲，如果让身份更加多元，比如对穿高跟鞋的和穿中、低跟鞋都进行分类，让他们彼此吵吵嚷嚷，反而使得那些更加敏感的身份不再形成过大的挑战，也可以成为一种统治技术。事实上，美国不是也有类似的，只不过是站在不同立场的质疑吗？有些老左派学者认为同性恋、双性恋、跨性别等这样的身份政治，夺去了阶级分析的光芒，有些非洲裔美国人也认为同性恋不该搭民

权运动这班车，这些争论看起来是撕裂，但是也许统治者乐见这种不同身份打成一片的局面，因为这可以回避对政治合法性的颠覆性质疑。

2011年吉野贤治教授在《哈佛法律评论》上发表了一篇“新平等保护”的文章，更加学术化地论证了本书所提出的群体为基础的民权向普适性人权转化的思路，他提到了本书没有问到的问题：为什么多元身份让我们如此焦虑，我们能不能克服这个焦虑，而不是向它投降呢？这多少缓解了本书对多元身份的恐惧，并且强调普适的自由权利仍然离不开平等的视角。^{〔1〕}吉野教授曾经说过，自己将不再讲同性恋权利的课程，强调这不是掩饰，而是在自己身上实现从身份为基础的民权向普适自由的人权转向，笔者核查了他在纽约大学的课程，果然基本上都是宪法课、莎士比亚与法律，多元与融合的讨论课，不过还是有一个用同性恋命名的课程——同性婚姻案件的讨论课。这一方面说明了作者确实在进行这样的转化，另一方面也说明以身份为基础的权利话语很难被轻易地完全抹去，或者既不可能，也不可欲。这不也是美国司法对待身份政治的一个欲去还休的隐喻吗？

吉野贤治教授除了是宪法学的教授之外，还是法律与文学领域的大师，当年一个喜欢诗的懵懂少年没有顺着喜好选择文学院而是选择法学院，就是害怕同性恋诗人会更脆弱，为了让自己同性恋倾向特立独行而选择让自己的专业被主流“同化”。法学教授在书中尽情挥洒自己的文学才华，正义因诗性而“多汁”，谁喜欢吃干巴巴的苹果呢？笔者都有些相信罗蒂说的话了：我们不必像我们前辈求助于牧师那样求助于哲学家，“我们将求助于诗人和工程师，他们是能为获得最大多数人的最大幸福提供崭新计划的人”。^{〔2〕}

〔1〕 Kenji Yoshino, "The New Equal Protection", 124 Har. L. Rev. 747 (2011).

〔2〕 [美] 理查德·罗蒂：《后哲学文化》，黄勇译，上海译文出版社2004年版，第47页。

第八章 另类法律文化研究中的爱悦与规训

——读《爱悦与规训：中国现代性中同性欲望的法理想象》

拿到《爱悦与规训：中国现代性中同性欲望的法理想象》这本书^{〔1〕}（以下简称《爱悦与规训》，以下引文除注明外均引自该书，用小括号加页码的形式标明），笔者立刻就感到有一种责任来写一篇评论，因为在当下中国法学界，只有笔者和周丹两个人把同性恋法（美国法学界称作 gaylaw）作为学术研究的核心^{〔2〕}。笔者之前出版有《中国法视野下的同性恋》一书^{〔3〕}，所以笔者很感兴趣同样的材料经过不同的厨师调配出来的味道有哪些“同”与“异”，通过“互文”性阅读来理解作者是如何对这一题材进行“重复写”和“重新写”的。

“悦读”后的体验仍然是“刺激”的，作者敢于在刚犁过的土地上再次耕耘，一定是“艺高人胆大”，并且动用了新的工具。笔者试图用“另类”来概括这本书，也准备围绕三个层次来展开论述：首先同性恋身份是另类主体，其次更重要的是作者开拓了或者说“显化”了另一种法学作品的写作模式，这种另类法律文化研究似乎也可以形成一种不同于规范法学、社科法学的“另类”研究范式，和梁治平“法律的文化解释”这一范式也形同神异。第三个层次是启迪读者思考，同性恋、法律和现代性在中国的遭遇开启了“另类”路径的可能性吗？最后笔者会分析周丹的作品展示了这种“另类”研究范式在法学领域内的能与不能。

〔1〕 周丹：《爱悦与规训：中国现代性中同性欲望的法理想象》，广西师范大学出版社2009年版。

〔2〕 在当下的中国，在比较强调规范和正经的法学界，以“性/别少数群体权利”作为核心研究对象的法学学者还不多。

〔3〕 郭晓飞：《中国法视野下的同性恋》，知识产权出版社2007年版。

一、身份的另类——对异性恋正统制的批判

当下学术论文常见的弊病是没有问题意识，作者在引论中就找准了靶心，从酷儿理论那里借鉴来理论资源，要颠覆异性恋正统制（heteronormativity）这一意识形态，这一套体制“将异性恋作为唯一的‘正当’‘自然’的性别之间关系和性爱关系，而任何其他形式的性爱关系都是‘错误’‘不当’‘违背自然’‘变态’‘非法’‘劣等’‘低级的’”（6页）。作者透过知识考古，透过大量的历史史料，来揭示同性恋身份的产生和整个现代性在中国的构建是有关联的。中国古代根本不会有同性恋这一分类，“断袖之癖”“好男风”这些男性之间的风流轶事作为隐喻似乎不指向一种人的身份，而是一种爱好，和好梨园、好美食一样，往最坏了说，那也不过是一种“怪癖”。中国最早惩罚同性性行为的类推适用是明嘉靖朝的：“将肾茎放入人粪门内淫戏，比依秽物灌入人口律，杖一百。”把阴茎和肛门的性交类比为把秽物灌入别人口中，这种罪并不是作为性的变态来加以惩罚的，这不是中国特有的想象力吗？它跟西方近代以来的性化描述大相径庭，是“淫戏”之非“淫”化想象。也就是说，异性恋正统制并非天经地义，普世存在的，而是西方近代精神病学建构出来的。作者详细描述了这一建构在中国扩散的历史，龙阳之禁、鸡奸罪、流氓罪……一直到“同性恋”这一身份建构在法律中是如何“现身”的，看似一个历史事实的铺陈，暗含的是对正统规范的颠覆。同性性行为的“流氓化”“变态化”不是我们的传统，反抗这些意义强加就是争夺正当性的斗争，所以历史的描述从来都不是简单地告诉我们曾经发生了什么，而是告诉我们当下的这种所谓“正常”和“变态”是怎样一步步强加给一群人的，而熟悉异性恋正统制登上霸权性意识形态宝座的过程是为了思考怎么把它从那上边拉下来。

1957年，黑龙江高级人民法院请示最高人民法院，关于两个劳改犯自愿的性交行为（鸡奸）是否应该治罪。因为有最高人民法院的批复，并且这个批复是中华人民共和国成立后首次在法律文件中出现“鸡

奸”话语，笔者的书里也提到这一里程碑式的案件。但是周丹的分析另辟蹊径，正是在这里凸显了作者怎么把“重复写”，转换为“重新写”。他注意到跟欧美国家不一样，中国关于监管场所的研究很少提到性行为，而这次请示中涉嫌犯罪的行为恰好就是有关监管场所男性犯人间自愿性行为的发生。作者认为这暴露了刑罚制度中异性恋正统制的无意识以及没有明文写出的对性自由剥夺的无意识。在笔者看来这一视角极其独到，刑罚制度对人身自由的剥夺暗含了对性自由的剥夺，这个性自由是异性性行为的自由。表面上看来，这是压制异性恋性自由，可是正是因为对于合法公民而言异性恋是权利，所以对违反法律的人禁止异性性行为是剥夺了你的这个权利。

然而吊诡的是，在监狱里，男女分离的环境是对异性性行为的防止，而这种防止却催生了同性性行为的发生。发生在劳改场的“鸡奸”不就是一种“禁异促同”的结果吗？正如社会上，主流价值观对异性恋价值的弘扬，使得同性恋者进入异性婚姻中与异性发生性关系，这不是“禁同促异”的结果吗？甚至，中国刑法中没有同性强奸罪，和监管场所对同性间性行为的无意识，不是一脉相承的吗？

作者的分析针脚很细密，通过个案发挥想象力。看起来是对案件的分析，但是似乎跟法律规范又有着若即若离的关系。法律规范不再是分析的准据和大前提，而成了显微镜下被审视的带有异性恋正统制的病菌，试图捕捉到那毛细血管处的权力技术。而且分析起来旁逸斜出，枝枝蔓蔓，这种细密保证了那敏锐的洞察力可以在细节处见到“魔鬼”。

2003年南京的组织男性向同性进行性交易是否构成“组织卖淫罪”引发了各方讨论^[1]，1997年《刑法》第358条规定组织他人卖淫或者

[1] 对定罪之质疑可参看郭晓飞：“对一起同性卖淫案的法理学解读”，载《开放时代》2004年第5期。周永坤：“对‘组织‘男男卖淫案’的法理分析”，载《法学杂志》2005年第1期。刑法学者基本上持赞同定罪的观点，参见陈兴良：“组织男性从事同性性交易行为之定性研究——对李宁案的分析”，载《国家检察官学院学报》2005年第1期。

强迫他人卖淫的，构成组织卖淫罪。支持定罪的人认为“他人”既可以是男性也可以是女性，所以这个罪可以包括同性间的卖淫。可是这样的论证缺少了一个逻辑链条，只说了第一个他人——“卖淫者”的性别，而没有说第二个他人，也就是“他人的他人”——“嫖娼者”的性别：“‘他人的他人’在文本中的缺席恰恰反映了认为卖淫者与嫖娼者只可能是异性恋关系的‘唯异性恋主义’”（230页）。把同性之间的性交易法律化是通过“卖淫”的扩大解释来实现的，周丹认为这强化了异性恋正统制，因为这可以解释为惩处任何违反异性恋正统制的行为。但在笔者看来这既强化但是也威胁了异性恋正统制，因为“他人的他人”的不明确在这个案件中被暴露了，异性恋正统制在自身的逻辑里难以自圆其说了。人们会质疑，既然组织同性间的性交易可以是组织卖淫，那为什么同性强奸不为罪呢？同性强奸不为罪典型地体现了1997年《刑法》整体性的“异性恋正统制”，而恰恰是这个最没有同性恋意识的刑法却要对同性间的组织卖淫来定罪，并且理所当然地认为不违反罪刑法定。这种理直气壮的定罪观点只不过是一种“内中不足，而形之于外”，不能解释同性强奸和同性卖淫为什么在同一部刑法中不能融贯解释？刑法和民法的解释也不能自洽，《婚姻法》中规定“有配偶者与他人同居”构成过错，而最高法院的司法解释认为“他人”只能是婚外异性，问题又来了，为什么同性之间可以成立卖淫，同性同居不构成民法意义的“同居”呢？笔者之所以认可这不仅仅是强化而且动摇了异性恋正统制的强势地位是因为，一切压制都可能包含了威胁压制赖以生存的意识形态的可能。正如西方人对所谓“非自然性行为”（sodomy）的压制开启了同性恋社群“非罪化”权利话语的可能，而中国对同性性行为的无视使得中国是否有过同性性行为的非罪化也成了问题？

这种结合某种身份政治以小见大的批判性分析在我们这里还略显陌生，但是女性主义法学在美国法学界的强势以及麦金农作为“道德实业家”（波斯纳语）的批判性布道风格，都使得父权制、种族主义在各个

层次上遭受法学学术的不遗余力的质疑。麦金农在论述性骚扰时批判了异性恋霸权和资本主义的关系，她认为资本主义需要一些低薪水、地位低的工作，而这些工作都是女性做的（像秘书、护士、打字员、电话接线员等）。男性雇主在经济上的强势地位塑造了她们的偏好。女性必须忍受性骚扰并且做出异性恋的姿态才可以不丢掉工作，所以麦金农以她固有的激进姿态揭发道：“性骚扰把这样一个连锁结构永恒化了：女人在劳动市场的底端，并且在性方面束缚于男人。美国社会里的两种力量在这里汇合了：男人控制女人的性，资本控制雇员的工作生活。”〔1〕这样的风格还体现在批判法学对法律政治性的强调，认为法律把社会上占统治地位的观念与关系以普遍化的形式固定下来，把偶然的、社会的产物装扮成必然的、自然的产物，把有政治倾向、有利于统治者的东西打扮成中性的、有利于社会的东西。强调身份政治的风格还体现在美国法理学的后现代转向，认为传统的女权主义法学忽视了种族、性倾向因素、第三世界因素。〔2〕

作者在书中没有承接太多批判法学的理论资源，而是转向文化研究大家斯图亚特·霍尔的“说合”（articulation）理论来展开身份叙事。1991年，安徽无为县一父亲向县公安局写控告信，控告女儿和另外一个女性的同性恋行为，后来经安徽省公安厅上报公安部，正是在公安部的批复里最早出现了法律文件里的“同性恋”这一身份。作者关心的不是法律上同性恋是怎么解释的，而是揭示这种身份是怎么通过叙事建构出来的，于是作者似乎把控告信当成了文学文本来进行“细读”父亲——控告者坚持用“同性恋”来痛斥这一现象，而被控告者借用安徽地方戏黄梅戏《女驸马》的故事来作为修辞显示行为的正当性。于是不经主体同意的同性恋身份就这样被“说合”了。而安徽籍被控告

〔1〕 Catharine A. Mackinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case for Sex Discrimination*, Yale University Press, 1979, p. 174.

〔2〕 朱景文主编：《当代西方后现代法学》，法律出版社2002年版，第3~4页。

者用的黄梅戏《女驸马》又显示了地方性身份的话语策略。这种分析似乎跟法律与文学有点想象，但是作者解读的文本却不是虚构的。正是在此处，暴露了作者的新学术范式，一种类似于批判性文化研究的模式在法律领域里纵横驰骋，笔者忍不住要为这种写作进行也许是不经主体同意的，危险的，“暴力性命名”。

二、另类法律文化研究——从“法律文化的解释”到“法律的文化研究”

尽管《爱悦与规训》这本书的贡献在于有力的动摇了异性恋正统制这一意识形态的虚妄，可笔者仍然倾向于认为这本书最大的贡献是开创了一种新的法学写作模式，其实作者也深深地震撼于自己写了一本太不像法学著作的法学著作。作者承认这本书的写作是跨学科的法学研究试验，“试验”总是有可能创新的，然而跨学科研究在法学界并不新鲜，苏力所领军的“社科法学”在这一领域已经出产了很多的文献，那作者为什么还要说自己的研究进路是“试验”呢？作者用三大想象力来显示研究的跨学科性：社会学的想象力、文学的想象力和法理学的想象力。笔者认为只是这三种学科的交叉并不能显示研究的试验性，但是作者的直感没有错，他的交叉学科研究跟法学界“社科法学”的进路相比仍然有新意，在笔者看来，作者的研究进路可以命名为“法律的文化研究”，是文化研究（culture studies）进路在法律领域的“牛刀小试”。

文化研究可以追溯到1964年英国学者雷蒙德·威廉斯和理查德·霍加特等人在伯明翰大学成立的“当代文化研究中心”，从而开创了“伯明翰学派”关注下层阶级、通俗文化的风格。20世纪70年代以后，西方的“文化研究”从早期对工人阶级的关注扩展开来，集中关注性别、种族等文化认同问题上，运用社会学、文学理论、文化人类学、影像理论等学科的思想方法对各种“文本”以及日常活动中的“意义”

进行探究。^{〔1〕}文化研究倾向于认为是法律建构了主体，法律不仅仅作为一种国家公权力——物理的力量来建构，更作为一种文化的意义、一种话语来建构。周丹的理论旨趣恰恰就在于发现中国法制近代化语境中与同性欲望有关的中文语词的“出现、缺席、匿迹、和重生”，“它们的法律意义如何生成、混沌或清晰”（41页）。文化研究在法律中的渗透和身份研究在法律领域中的兴起有关，而阶级、种族、性别、性倾向是文化研究的天然课题，有意思的是国内的文化研究在同性恋的研究上少有涉足，不经意间，反而从比较正经的法学里放出来这只“么蛾子”。文化研究对身份性的强调还可以帮助我们来理解什么样的人胆敢来做这样的“试验”，作者周丹大张旗鼓地公开自己的同性恋身份，并且致力于推进中国同性恋权利，同时，周丹的律师身份也对这样的跨界写作有着至关重要的作用。法学界相对远离“法教义学”的学科也一直以来谆谆教导要“规范宪法学”“规范法理学”，而这种“规训”（规范）对于“槛外人”失灵了。文化研究的批判性不仅表现在对全球资本主义、父权制、种族主义、异性恋正统制，同样指向僵硬的学科建置，所以一个不在法学界的律师当然可以“不端你的碗，不受你的管”。相比之下，当年笔者在做博士论文——《中国法视野下的同性恋》的时候，就远没这么无所顾忌。然而恰恰是文化研究对学科体制的抵制，也带来了笔者“命名的悖论”，难道笔者对周丹作品学术进路的命名——“法律的文化研究”，不也是一种框定吗？文化研究“并不是学科领域中的一个小岛，它是一股水流，冲刷着其他学科的海岸，以产生新的变化着的形构”。^{〔2〕}然而正如文化研究现在也开始在一些大学的学科中占有一席之地，正如同性恋身份、阶级身份等所具有的解放和压制的双重效应一样，我们在开放性的意义上接受这些“暂时的命名”。

〔1〕 汪民安主编：《文化研究关键词》，江苏人民出版社2007年版，第356～358页。

〔2〕 〔英〕阿雷恩·鲍尔德温等：《文化研究导论》，陶东风等译，高等教育出版社2004年版，第43页。

周丹从来没有说过自己所进行的是文化研究，可是从形式上看，这本书中的“考古学”、“谱系学”、“凝视”（gaze）、“空间”、“矩阵”、“叙事”（narrative）、“说合”（articulation），这些都是文化研究的符号、气息、“口音”（accent），似乎我们需要带着一本文化研究关键词的辞典来读这本书。好在作者很有受众意识，这些词不过是对法学背景读者的小小挑逗，小小的难度也是小小的勾引。写一本有关“爱悦”的书，让读者有“悦读”的感觉似乎是应该的，作者说法律摒弃欲望，所以是“厌欲”而不是“艳遇”；写到同性恋者害怕未来，作者说“未”就是没有，“来”就是来路，“未来”就是没有来路。这些很“贪玩”的学术写作很容易让正经的法律人质疑这是“话语的盛宴”还是“话语的泡沫”，但是文化研究既然可以在大学里把周星驰的“无厘头”奉为后现代的解构策略，或许我们也可以慢慢地不再惊诧这样的“离经叛道”。

作者在第四章《他们的空间》中，对白先勇的《孽子》和王小波的《似水柔情》做了精致的分析，作者的解读丝毫不顾忌学科的藩篱，没有随着学科的边界而裁剪故事，既不试图看到那小说里有什么“法律中的文学”，也不看那里有什么“文学中的法律”。哪里可以让他揭示异性恋正统制的虚妄，他就在那里驻足流连；哪里可以激发他的才情，他就在那里横溢。尽管如此，他也在这里戴了一个法学的帽子，说这样的分析有助于激发法理学的想象力。他分析《孽子》中警察到同性恋聚会的公园进行抓捕，这种侵袭不但没有根除这种聚会的场所，反而使得同性恋者在公园里四处躲藏，苟延残喘的游击战术反而造成了同性欲望的扩散。这种分析很有福柯的味道，福柯对西方的性压抑假说提出质疑，因为基督教忏悔模式逼迫信众坦白全部欲望，于是性话语四处弥散：“我们的文明需要和组织了一个庞大的滔滔不绝的性话语。也许，

其他任何社会都不会在如此短暂的历史中积累出这么大量的性话语。”^{〔1〕}在《似水柔情》中，警察小史的同性恋行为被单位发觉要被调走，他的同事说：“听说想派你去劳改农场，让你管男队，你老婆不答应，可也不能让你管女队啊。”作者分析同性恋者不堪信任，既不能当男人用也不能当女人用（173~174页）。为什么在开放的好莱坞仍然有很多大明星不敢公布自己的同性恋倾向？因为一旦公布了，公众就不接受他们在异性恋浪漫爱情中的表演，而公众对于异性恋演员的同性恋角色却津津乐道。文学作品的参与很好地帮助我们理解大众歧视心理的那些发生机制，而在传统的法学作品中这些功能往往得不到满足。

作者对这些小说的分析不是文学批评，而是政治性的、社会性的。文化研究本来就是一个文化抗争的领域，批判压制性的社会结构，对抗霸权性的意识形态。警察小史不敢暴露自己性倾向，同性恋者在单位里公开自己的性倾向可能就会遭受歧视甚至失去工作，所以同性恋者有义务对性倾向保持沉默。于是，我们发现对于同性恋性倾向而言，“作为权利的隐私”变成了“作为义务的隐私”。同性恋性倾向在什么情况下成了一种隐私呢？作者有着精致的回答：“性倾向是一种隐私。更为确切地说，在异性恋正统制的空间中，非异性恋的性倾向是而且才是隐私。”（175页）于是，同性恋在异性恋正统制中被迫躲在柜子（closet）里，形成了一种“隔离但平等”的体制，只有藏起自己，才可以免于恐惧。隐私权从“权利”到“义务”的转换充分体现了文化研究在法律领域里的洞察力。如果专注于“法教义学”，就不可能有这样的洞见，因为这种“义务”不是法律上国家强制力意义上的，而是文化强制。这种强制背后的权力不是国家公权力，而是福柯意义上的毛细血管式的，在数不清的方向出发施加着影响力。对于同性恋隐藏着的这个“柜子”（closet），有评论者说：“同志受压迫的主要象征不是犹太人隔

〔1〕〔法〕米歇尔·福柯：《性经验史》，余碧平译，上海人民出版社2002年版，第24页。

离区，也不是一系列种族隔离法，而是柜子的很多心理学上的复杂形象：黑暗的地方，文化仇恨相聚，并且制造自我仇恨的地方。”^{〔1〕} 这个“柜子”是一个在西方同性恋社群中很有影响力的一个符号，以显示对自身性倾向的隐藏，这样一个符号是“文学化”的修辞，可是展示了理性不及的分析和批判力度。如果理性在分析上也有力有不逮的地方，那我们当然可以借助修辞的力量。

作者的文化研究进路还体现在不是把法律看成一组规则或原则，而是看成故事、叙事、修辞和交流。国内文化研究领域里的著名学者戴锦华认为文化研究是文本中心主义的，但是要抵抗政治经济学的脉络又非自己的知识准备所可能抵抗，于是策略性的对应是将社会现实文本化。^{〔2〕} 周丹作为律师，并不缺乏在法律规范分析方面的知识储备，但是仍然对案件的分析毫不顾忌法教义学的规范，似乎这些案件都是一场演出，他的分析如果不是带有批判性的背景，那简直可以被看成是一种把玩。1995年吉林人民出版社出版了方刚的《同性恋在中国》，一男子起诉方刚和吉林人民出版社，称书中部分段落把原告描写成一个同性恋者。周丹对该案件的兴趣不在于法院的判决是否正确，而是“同性恋”如何在特定的法律时空中被法律建构出来。一审法院判决方刚败诉，判决书里显示原因是“公民的名誉权受法律保护，同性恋目前在中国被认为是一种性变态行为，不被公众接受”。周丹认为这是一个谰语，方刚的书写试图向同性恋表达同情，而恰恰使得这个谰语被国家审判机关通过文字表达出来。二审法院审理认可了方刚名誉侵权的事实，驳回上诉，维持原判，但是去掉了同性恋是“性变态”的字眼。周丹认为二审法院“重写”了判决，认定同性恋是性变态成了“不应写的”，因为法院

〔1〕 Kenji Yoshino, "Suspect Symbols: The Liteary Argument for Heightened Scrutiny for Gays, 96 Colum. L. Rev. 1753, 1795 (1996) .

〔2〕 戴锦华：“文化研究的困惑和可能”，载孙晓忠编：《方法与个案：文化研究演讲集》，上海书店出版社2009年版，第145页。

不是司法鉴定机构；并且成了“不必写的”，因为同性恋是性变态在当时是一般常识，于是，表面上去掉了“性变态”的说法，事实上一审判决仍然是二审判决基于下意识の結果。而正是受了作者的启发，笔者才试图进一步这样理解，二审法院对变态话语的“潜意识化”，让笔者想起在“同性组织卖淫案”中，法院通过“他人”的模糊性，通过对“卖淫”的扩大解释既使得同性性交易入罪，又似乎显得和同性恋毫无关系，这中间难道没有暗合吗？不正是我们的异性恋正统制的表现形式的隐喻吗？与其说是表现为显性的禁止，不如说表现为隐性的无视，即使司法权不得不对同性恋表态的时候也尽量不露声色，藏着掖着，让反抗异性恋正统的努力必须要潜入“潜意识”的深海才可以打捞他们要对准的靶子。

尽管是否真有“法律的文化研究”这一范式还存有疑问^{〔1〕}，但是笔者认为这就类似于“走的人多了也便成了路”，与其问“有没有”，不如说“可以有”。国内另一个颇具此种范式神韵的写作者是冯象，他在颇有影响力的著作《政法笔记》中^{〔2〕}对新旧体制转型的法律问题进行分析，批判资本再临中国以许多人的流离失所为代价，批判法治是以程序技术掩盖实质社会矛盾，揭示法律职业共同体自身行业利益和正义旗帜的不可调和的矛盾，这些都让人重新找回到那“法”背后的“政治”。如果我们在更宽泛的意义上理解政治，像女权主义所说的“个人的即政治的”（personal is political），我们就可以更深层次地了解冯象先生为什么可以在寓言故事、隐喻、新闻片段里解读法律背后的政治角力。苏力认为冯象的作品是社会学的“法律与文学”，因为“他真正想回答的都不是一般的文本（包括法律文本）问题，而是转型中国社会

〔1〕 参见〔加〕罗斯玛丽·库姆：“存在法律的文化研究吗？”，载〔美〕托比·米勒编：《文化研究指南》，王晓路译，南京大学出版社2009年版，第32~53页。

〔2〕 冯象：《政法笔记》，江苏人民出版社2004年版。

的问题”。^[1] 冯象却说自己“法律社会学我是外行”。^[2] 也许是文化研究和社会学的亲缘关系使得苏力的判断失准,但是文化研究和文学研究有着更紧密的亲缘关系,这也就是为什么国内的文化研究大多出自文学专业而非社会学专业。笔者觉得冯象的作品之所以是文化研究的而不是社会学,是因为社会学太成熟了,成熟也就意味着规范的层层叠叠,好像没有大量的实证调查或者数量统计就不敢说你自己做的是社会学研究。^[3] 所以一开始就摆明要为普通读者写作的冯象说自己不懂社会学有什么好奇怪的。相形之下,文化研究甚至可能连学科都不是,并且大量的研究者为文化研究要不要进入大学的专业分类而痛苦,它的进入门槛显然就要低很多,因为它常常质疑门槛。让笔者很惊喜的是,北大的李斯特博士和笔者在这个问题上不谋而合,认为冯象的作品应该归到法律的文化研究,并且提到了和80年代以梁治平、高鸿钧、张中秋等为代表的法律与文化的研究区分开。^[4] 如今法学界以法律文化命名的研究都是法制史学科学者的作品,正是因为此,才体现了“法律的文化研究”冲出法制史学科作为一种新的范式的必要性。对传统的“法律文化研究”来说,“法律”“文化”两个词是连在一起的,是关于法律文化的研究;而另类书写——“法律的文化研究”是“文化”“研究”两个词连在一起的,是文化研究视角在法律领域里的呈现。尽管梁治平因为法律文化用得太多而倾向于用“法律的文化解释”,而且也强调是跨学科的研究,但是仍然毫不含糊地框定了这一研究范式的范围:“它

[1] 苏力:“法律与文学的开拓与整合——冯象对法律与文学的贡献”,载苏力主编:《法律书评·第4辑》,北京大学出版社2006年版,第19页。苏力劝诱冯象“应当更多吸纳社会科学的经验性考察,这会令更多言之成理的研究更持之有故”,参见上书第25页。

[2] 冯象:“秋菊的困惑与织女星文明”,载冯象:《木腿正义》,北京大学出版社2007年版,第52页。

[3] 笔者就曾被人告知,苏力的研究不是法社会学,而是法人类学。

[4] 李斯特:“评‘苏力评冯象’”,载苏力主编:《法律书评·第5辑》,北京大学出版社2007年版,第4页。不过李斯特认为这种文化研究起源自法兰克福学派,如果真的是这样,就不是作者所引用的解构精英主义的文化概念了,法兰克福学派恰恰是批判大众文化的,这一点和源自英国的文化研究大相径庭。

要研究的对象，通常被归入历史学。具体地说，它所关注的主要是历史学的一个特殊领域——法律史。”〔1〕它的摆脱西方中心主义的企图好像也具有批判性〔2〕，但是这种强调“文化类型学”的历史研究有其局限，没有把法律看成“一种开放的符号体系供竞争性的解释，是一种在支配着人的实践自我复制的秩序观念或文化结构，而不容许人们为个人的目的利用并因此在一定限度内改变其秩序和结构，那么就很难回答文化类型如何发生变化”。〔3〕强世功也认为这种进路“不见了国家、阶级、政治、权力和斗争”〔4〕。两者的批评都强调了“法律的文化解释”批判性的缺失，不同阶级、种族、性别、性倾向的人群对法律表征的意义可能是有着竞争性解读的，正是这种各种政治力量的“发声”使得法律背后的“政治”得以凸显，或者我们需要的不仅仅是“解释”，还有“谁的解释”，而这就是文化研究跃跃欲试要进入法律领域进行竞争性解释的原因，而且这种竞争性解释充满了改造世界的冲动。

“法律的文化研究”和“法律的文化解释”都认可法律并不仅仅是解决纠纷，而且有传达意义的维度，但是前者继承了文化研究“读神性”的追求，是批判的事业，从来都不像后者显得那么温情脉脉。“法律的文化研究”从不把自己局限在某一个学科体制内，和法制史学科内的“文化解释”形成鲜明对比。周丹也花了大量功夫研究同性恋在近代中国是如何在法律意义上被建构出来的，但是这恰恰是在为批判做准备，异性恋正统制是“人为的”，而非“天经地义的”，是“现代性的”，而非“自古皆然的”。失去了身份政治的批判视角，我们可以想象法制史学科会去追溯鸡奸法的历史吗？会去守候这边缘的、不正当的

〔1〕 梁治平：“法律的文化解释”，载梁治平编：《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店1998年版，第2页。

〔2〕 梁治平：“法律的文化解释”，载梁治平编：《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店1998年版，第62页。

〔3〕 朱苏力：“法律文化类型学研究的一个评析——《法律的文化解释》读后”，载贺照田、赵汀阳主编：《学术思想评论 第2辑》，辽宁大学出版社1997年版，第183～184页。

〔4〕 强世功：《立法者的法理学》，生活·读书·新知三联书店2007年版，第7页。

知识吗？会在这没有历史的地方守候“另类”历史的出现吗？冯象的《政法笔记》更是从书名中就可以窥见这种研究的历史维度，但是没有人说他的研究是法制史学科的典范，他的历史研究是要提醒法律人注意，“法治”的建立就是不断追溯的过程，你真的以为法律背后的“政治”会随着法律职业化的脚步而消隐于无形吗？正是这些对当下主导性意识形态的批判和写作上嬉笑怒骂、插科打诨的文学化风格清晰的展示了两种研究范式的不同。

三、另类现代性，有还是没有？

同性恋和现代性是有关联的，作者借用福柯的理论资源，描述了18、19世纪科学取代宗教，成为认识和改造世界的图式，于是对同性恋欲望有了新的知识想象，从原来宗教的“罪”向科学的“病”来转化。由此，原来的鸡奸行为变成了精神病学建构的同性恋者，身份产生了。精神病学家成了新的规训机制的一部分。精神病院、监狱、学教就具有了同构性。同性恋是原来精神病学的主题，如今在作者文化研究的范式下呈现出截然不同的相貌，从像小白鼠一样被作为客体并且被“病理化”的灰头土脸的形象，转化为理直气壮地指斥精神病学的学科霸权，揭露其中的规训机制。

同性恋身份的建构在西方是现代性的产物，这种身份在中国的出现和使用也被作者认为是一个不应忽视的知识事件，是“跨文化资本参与中国现代性知识生产和在生产过程的典范”（56页）。这种“译介现代性”表征了性科学话语传入中国并且被重新塑造的过程。作者成功地描述了西方同性恋话语改变中国传统分类模式的过程，但是并没有成功地指出中国对于这种接受的再生产究竟为西方意义上的“同性恋”附加了多少新的意义。他说到了这种翻译不是全盘复制，但是假如我们要想知道到底有哪些扭曲、变异、南橘北枳在这里凸显，我们可能会失望。美国的麦当劳进入中国后，从西方意义的快餐变成了年轻人约会聊天的地方，在“同性恋”的跨语际实践中可曾有这样意义转换或者意义附

加?作者梳理了中国在与世界的互动中是如何围绕着同性欲望来建构和重构现代性的,这是一个很有启发意义的进路,但是我们很难看出中国对同性欲望的描述是否开启了“另类现代性”的道路,反而危险在于作者很可能夸大了同性欲望在中国现代性构建中的地位。作者认为自己的写作试验“力图揭示同性欲望一直是中国现代性的关切点,而且,这种关切不是处于边缘地带,而是处于重要位置”(5页)。真的是这样吗?笔者仿佛听到酷儿理论创始人之一伊芙·科索夫斯基·塞吉维克(Eve Kosofsky Sedgwick)在名著《柜子认识论》开篇那恢弘的断言,她认为20世纪西方文化中思想以及知识的很多关键节点,都是被发端于19世纪的难以摆脱的同性恋/异性恋概念所构造或者说撕裂的。如果不批判现代的同性恋/异性恋的二元对立,就不能完整的理解现代西方文化的任何一个领域,甚至会在一定程度上造成对核心主旨的损害。^[1]笔者承认中国同性恋身份的建构和西方现代性的译介有关系,但是笔者不能接受同性恋的概念在中国的现代性中也有如此突出的位置。否则,作者所说的中国社会的“同盲”从何而来呢?

倒是“鸡奸”法在中国的消失让我们感受的是另一番故事。1997年中国新刑法修订,旧刑法中的流氓罪被废除掉,分解成了其他四种罪名。原来跟流氓罪有关的司法解释也失去了效力,那个司法解释中的“鸡奸”法也随着消失了,同性恋社群把这一事件称作中国同性性行为的“非罪化”。事实上,流氓罪的取消是因为罪刑法定原则排斥“口袋罪”的结果,和同性恋的关系是“后设的解释”的关系。^[2]中国这一段所谓“非罪化”的故事波澜不惊,之所以这么说,是因为西方人在同性性行为“非罪化”问题上所引发的争议和所走过的曲折路程,才

[1] Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the closet*, Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, 1991, p. 1.

[2] 详情参见郭晓飞:“中国有过同性恋的非罪化吗?”,载《法制与社会发展》2007年第4期。

使得我们这里的风平浪静成为一个问题，是他们的“惊”才凸显了我们的“不惊”。正如当年传教士到中国来发现中国的士大夫毫不顾忌地谈及“变童”所表现的惊诧一样。罪刑法定原则应该是启蒙运动以来现代性的产物吧，但是只有在学术对现实的重构中，同性欲望才和这一原则发生了关联，以至于在这个不被承认的世界里，1997年流氓罪的取消成了一件值得铭刻的大事件。也就是在这一事件的隐喻中，我们隐约可以看到这样一个现象，把同性恋放在中国现代性建构的核心位置，可能是学术的“发明”和学术界屡见不鲜的“小题大做”。

西方有同性性行为的“非罪化”，中国也要有这样的标志性事件，有没有发生不重要，关键是有种力量认为一定要有；西方有同性欲望的“病理化”和“非病理化”，中国也要亦步亦趋。另类现代性的可能性构建之艰难在于，连反对同性恋的本土保守派都把同性欲望的“病理化”看成了自己的传统。精神病学家贾谊诚反对为同性恋“非病理化”，理由是：“我们是有五千余年古老文化历史与世界人口最众多的国家，为什么不能开辟我们自己与其他国家不同的道路呢？”他批评有些人拿国际上的标准奉为先进科学，“忘记了自己还是个中国人与身在中国大陆，理应尊重自己祖国的传统与法制原则”（123页）。什么是我们的传统？把性倾向病理化，甚至产生同性恋这样一个人种的分类都是近代精神科学所带来的，我们古代只会把男男之爱看成是“断袖”这样一种癖好，“分桃”“龙阳”等典故作为一种隐喻毫无精神病学的诊断味道，我们的法制更无严厉惩罚同性性行为的传统。传统是发明出来的，而不是自然而然在那里等待我们去发现的，贾谊诚纯粹是为了自己贬低同性情欲的价值倾向而“错把杭州作汴州”，他难道真的不知道，他所在的精神病学这一学科本身就是西方现代性的产物吗？基督教之前的古希腊以及中国传统在同性欲望问题上的宽容平和，恰恰映衬出现代性的偏狭之处和科学主义作为“系统”对人类“生活世界”的侵犯。这种侵犯的可怕之处在于，要纠正同性恋不是病也要用西方的精神病学

语言来论证。好像不经这些学科的恩准,“他们的世界”就永远被诊断话语覆盖。中国在为同性恋“非病理化”的过程中也是对西方做法的亦步亦趋,仍然没有摆脱现代科学的霸权话语,前科学时代的同性之间的风流韵事就这样成了一个没被污染过的绝世传奇。

同性婚姻也是和现代性有关联的,科技的进步,避孕技术、堕胎权的实现都使得“性”和“生殖”的关系不再如影随形。在中国,计划生育政策使得这种分离获得了国策意义上的正当性。现代性所伴随的浪漫之爱的兴起,引起了吉登斯所说的“亲密关系的变革”^[1] 婚姻的“上以事宗庙,下以继后世”的一面越来越被平等的情感和性爱投入的“伴侣婚姻”所代替。在我们这里,传宗接代的观念还屡屡受到国家主流意识形态的打击。女性的性权利得到尊重以后,女同性恋者将不再凑合进入传统婚姻被“制度性强奸”,而男同性恋者进入异性婚姻的成本也加大了。当性、爱情、婚姻三位一体的主导性意识形态建立以后,产生同性婚姻的诉求就不再难理解。作者在这一部分的论述是薄弱的,基本上也提到了吉登斯的纯粹关系,提到了伴侣婚姻,似乎也没有逃脱上述论述的基本框架。我们仍然只是理解了现代性和同性婚姻的关系,而不是中国现代性和同性婚姻的关系。这就像撒切尔夫人反映“华盛顿共识”的口头禅 TINA (there is no alternative, 没有其他选择) 一样,只有“华山一条道”吗? 笔者不是在“文化类型学”的意义上强调一定要有中西之别,好像中国传统一定要决定今天中国在同性欲望上的不同想象,那似乎又走向了一种“文化决定论”。笔者不是把目光投向过去,而是投向中国的现实实践,投向未来的可能性。很遗憾的,笔者仍然看到的是中国的同性欲望还是陷在精神病学的“病理化”“非病理化”的泥潭当中,同性婚姻的诉求仍然也没有逃脱西方的主导性意识形态。或许现实就是如此的单调,没有提供另类书写的空间;或许作者已

[1] [英] 安东尼·吉登斯:《亲密关系的变革:现代社会中的性、爱和爱欲》,陈永国、汪民安等译,社会科学文献出版社 2001 年版。

经书写了对同性欲望的另类现代性想象，只是缺少一般的理论概括，也许只能期待其他另具慧眼的读者去开发这一块内容了。

本书的副标题是“中国现代性中同性欲望的法理想象”，那就不能不认真对待中国本土的哪些因素催生了哪些不同的想象？或许这些薄弱不是作者的疏忽，也不是虎头蛇尾的懈怠，而是如果作者所引吉登斯“现代性内在就是全球化的”这一理论可以成立的话，那中国的现代性就只是“现代性”下面的一个子目录，我们有哪些“另类现代性”来作为“多元现代性”的一元呢？如果同性婚姻是同性恋者重复异性恋世界“亲密关系的变革”，那中国的同性婚姻想象复制西方的同性婚姻观念又有什么奇怪的呢？当然，笔者没有学术界常见的那种一定要强调本土性的“学术强迫症”，但是笔者特别理解这种焦虑，非得西方现代性吗？非得“罪”和“非罪”，“病”和“非病”吗？非得同性婚姻吗？

四、作为规训的同性婚姻——文化研究在法律领域里的限度

文化研究无视学科设置的汪洋恣肆体现了其批判性的锋芒，揭示了学科疆界设置中的人为性、可变性以及权力斗争的维度，但是文化研究自身也在大学中被学科建制化，成为一门新兴学科，这不能不是一个悖论。类似的悖论也体现在文化研究和法律学科的交叉研究中，一个看起来“很不正经”，嘲讽“一本正经”的文化研究路径，在讲究“权威”“规范”的法学领域里会表现得自然顺畅吗？文化研究被法律“污染”了吗？一个以“批判”为能事的进路在强调“制度建设”的法学这一学科里有哪些“能”和“不能”，通过周丹对同性婚姻的论述，笔者感受到了本书在这种悖论中体现出的前后断裂。

周丹对同性婚姻的建构仍然是其一贯的文学化笔法，他的思路是这样的：在西方文化中，同性恋向外界公开自己的性倾向叫做“出柜”（come out of the closet），可是同性恋走出隐藏自身的“柜子”之后会怎样呢？作者联想到鲁迅的“娜拉出走”问题，现代女性离开家庭的牢

笼之后只有两条路，不是堕落，就是回来。同性恋“出柜”后也是这两条路：“所谓堕落，就是放纵欲望，放弃自律，放逐灵魂。”同性恋者可能产生“自暴自弃、孤独无助、前程渺茫、及时行乐等消极负面的心态”。另一种就是回头，同性恋者回到柜子当中去，为躲避家庭社会压力选择跟异性结婚，回到异性恋正统制当中。同性婚姻的制度设计可以避免这样的“堕落”和“回头”（249~251页）。此一分析借助了“柜子”（closet）这样的形象化符号，而且仍然是文化研究强调的批判视角，破“堕落”和“回头”之“迷局”，立同性婚姻之光明前景。然而，恰恰是在这里，我读到了这最后一部分和前边分析的断裂。

同性恋者在没有同性婚姻的情况下，要么进入跟异性结合的婚姻，要么就是性的狂欢和堕落，放逐灵魂。可是，周丹怎么这么快就忘记了他引论中引述的福柯的洞见：“这个灵魂是一种权力解剖学的效应和工具；这个灵魂是肉体的监狱。”作者提到福柯的谱系学分析：“简言之，这一谱系学的理想就是探究个体们是如何被引导去对自身和其他人施加一种欲望的解释学。”（21页、22页）作者在引论中大谈特谈福柯的考古学、谱系学，可是在最后的部分要建构同性婚姻制度的时候，福柯不见了，批判性的锋芒开始返回性地转向同性恋群体中“泛滥”的欲望。笔者当然不奇怪社会的主流对婚姻之外所有性行为的抵制，更不会吃惊会有人以这样的道德基础立论，但为什么作者一方面接受了灵魂压制肉体，权力操纵性道德话语，进行欲望解释，并且对个体进行文化强制这一观点，另一方面在建构婚姻制度的时候毫不犹豫的接受用婚姻制度去规训欲望的主流思路。在指责同性恋及时行乐“放逐灵魂”的时候，他真的忘记了这种“灵魂”曾经被他当成权力技术施加欲望解释学的“监狱”吗？

作者一方面在前面批判权力技术以公开或隐蔽的方式否定或者遮蔽“变态”“丑陋”“落后”的性观念和行为，认为这些权力技术使得主体成为自我规训的主体，当自律、自洁、自戒的主体出现以后，“变态”

至少在视觉上消失了(166页);另一方面作者在建构婚姻制度的时候自己就成了一个自我规训的主体并且生产出法律中的规训话语,自己掉进陷阱里去了,可见摆脱权力技术的狡黠规训是多么的不容易呀。

在“爱悦”中,同性恋者在公园里聚会,和警察玩着游击战,在作者的笔下因为阻抗正统权力而成了唯美的“诗”;而在“规训”中,在同性婚姻神圣性的映照下,这些及时行乐的行为就成了放逐灵魂,成了齷齪的“屎”。道德代替了审美。在批判中,作者批评只保护“规训”性关系的“法律原教旨”主义是强制性异性恋;在建构中,对同性婚姻的神圣化使得同性婚姻平等权的推进成了另一种驱赶所有人进入婚姻体制的新的文化强制。真是,“剃人头者人亦剃其头”。《爱悦与规训》中的“爱悦”是英文“pleasure”的周丹式翻译,他抛弃了常见的“愉悦”,然而,也正是在这里,我们可以窥见这“爱”字的规训性一面。正像中国有些支持同性恋的人士一直坚持用“同性爱”来代替“同性恋”以显示纯洁(purity),而贬低同性恋性生活放荡的人士坚持用“同性性”这个符号来指代这些人。

作者在书中借鉴了酷儿理论家朱迪斯·巴特勒、迈克尔·沃纳的思路,确实为文化研究的批判性推波助澜,称得上“鲜花着锦,烈火烹油”,然而在建构同性婚姻制度的时候,这些学者的声音也都听不见了。朱迪斯·巴特勒认为,当我们和政府讨价还价获得承认的时候,我们强化了政府是性安排合法性的唯一来源,侵蚀了民间社会和文化生活的其他可能性。^[1] 迈克尔·沃纳认为同性婚姻的建构一定会伴随排斥效应:“你如果没有婚姻,你和你伴侣的关系就少了些价值,没有这样的必然的效应,婚姻不会赋予任何人的生活以意义,高尚和卑下是相反相成的,婚姻没办法不以一个为代价而成全另一个,婚姻,简单说,就是歧

[1] Judith Butler, “Is kinship always already heterosexual?”, *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies* 13.1 (2002), 26-27.

视性的。”^{〔1〕} 笔者当然不是说这些理论家的说法就是金科玉律，我们就只能够等因奉此，事实上笔者自己也认同同性婚姻的建构，但是这些提醒值得我们倾听和思考。笔者甚至在很长时间都在思考一个问题：难道说真的如沃纳说的，同性婚姻又一次把不愿意选择同性婚姻道路的同性恋者边缘化了吗？周丹的著作好像进一步验证了，这种排斥效应甚至在诉求同性婚姻的过程中就产生出来了。可是笔者仍然觉得这种效应的产生不是必然的，如何谨慎建构其他的论证，笔者想那是一个太过于庞大的，投入更多精力或许都没有结果的大题目，但是唯一可以肯定的是，排斥性的道德论证非常糟糕，这种论证大大降低了追求婚姻平权这项事业的吸引力。

法学学科的不同训练导致了“法律的文化研究”批判性锋芒的收敛，周丹在书稿完成后向笔者抱怨不像法学著作，可是看到建构婚姻这一部分，笔者觉得法学的味道回来了。法学就是这么希望“范天下不一而归于—”，用规范来约束欲望吗？美国在此一领域最有影响力的埃斯克瑞基教授用“尤利西斯自缚”的故事来说明男同性恋比女同性恋来说需要更多的婚姻纪律。男同性恋像尤利西斯，当他经过塞壬身边的时候，他指挥别人把自己绑在船的桅杆上，因为这个海妖诱惑的声音能置人于死地。^{〔2〕} 笔者也曾经在—篇论文中在主流的框架内提出质疑：“当同性恋不再是罪，当同性恋也不再是病，当同性恋的性权利得到了更多的支持，主流意识形态必须面对这样的问题：如果非婚同居、性交易、性乱交都是同主流道德不相吻合的，那么如果拒绝了同性婚姻，同性恋还能怎么做？”^{〔3〕} 笔者意识到了这样写作的危险性，利用了主流对婚姻的神圣性话语来“打着红旗反红旗”，甚至说服自己，笔者不见得认同

〔1〕 Michael Warner, *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, Harvard University Press, 1999, p. 82.

〔2〕 William N. Eskridge Jr., *The Case for Same Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment*, The Free Press, 1996, p. 83.

〔3〕 郭晓飞：“同性婚姻的宪法之维——《Same-sex Marriage and the Constitution》述评”，载《开放时代》2005年第4期。

“婚姻内的性才是唯一正当的性”这一理念，笔者只不过暂时性的希望在主流的框架内指出悖论。然而这些真的体现了我们法学学科的特点吗？这是将“未获正式承认的世界”转变为“已获正式承认的世界”的必然代价吗？为了论证同性婚姻的正当性，笔者甚至利用法学的强势话语向主流提问：国家没有权力干预同性伴侣之间的人身财产关系吗？莫非周丹也像笔者一样，说服自己，这不过是一种穿梭在隐微教诲和显白教诲（施特劳斯语）之间的修辞术，或者还是法学建构性、规范性的一面已随着十几年的学习和实践深入骨髓，不能只是像文化研究那样挥着大锤砸烂旧世界，否则我们就得像《封神榜》中的哪吒那样“剔肉还母，析骨还父”。

当然会有同性婚姻的支持者为婚姻赋予特权，认为婚姻不是个人口味，就是比其他方式要好，同性恋者如果只是为了平等要婚姻权而不是真正实践它，是很羞耻的事情。^{〔1〕}但是这种明目张胆地进行文化强制在美国法学界还真不多见，即使是支持同性婚姻道德论证的学者也不得不承认同性婚姻只是为同性恋者增加了更多的选择。美国一位一直致力于同性恋平等权，并且刚刚被奥巴马总统任命为平等就业机会委员会委员的柴·费尔德布鲁姆（Chai Feldblum）虽然反对自由派“权利优先于善”的道德回避策略，认为同性婚姻的立法必须用道德论证，但是也清晰地反思自身，认为自己认可了美国中产阶级的在婚姻上的价值观，企图把同性恋纳入这样的一个美国标准模式，但是同性恋运动中的激进派拒绝这样的美国典范。^{〔2〕}作为学者，她清醒地认识到这样的张力，并且反思自己的身份带给自己视角的阶级性。文化研究一路批判结构下去，一定会走到批判、反省、解构自身的程度。事实上批判法学一直以

〔1〕 Jonathan Rauch, “For Better or Worse?”, New Republic, May 6, 1996, reprinted in a book by Andrew Sullivan (editor), *Same-Sex Marriage, Pro and Con - A Reader*, Vintage Books, a division of Random House, 1997, pp. 180 ~ 181.

〔2〕 Chai R. Feldblum, “Gay Is Good: The Moral Case for Marriage Equality and More”, 17 *Yale Journal of Law and Feminism* 139, 160 (2005).

来都不缺乏这样的视角，在身份政治发达的美国学界，就有学者发出了这样的质疑：“法律学者和文学批评家都必须承认我们作为一个特权阶级成员的立场，尽管我们也是妇女，也是种族中的少数，也是同性恋，或者残疾人。我们在法律学术界和在法律职业中的特权不可避免地影响我们的分析，而我们在他们之外。”^{〔1〕}也许是中产阶级的立场导致了写作者在同性婚姻建构上的道德立场；也许是致力于推进同性恋权利的律师和学者不可能反对同性婚姻，这恰恰是法律人平生所学的用武之地呀，就跟环保主义有反对建大坝的运动，可是学建坝专业的人怎么反对呢？这些视角会让我们尴尬，但是笔者想我们拿身份政治去批判人家，必然会有人拿身份政治批判我们，率先提出反思社会学（reflexive sociology）的古尔纳德说过：“社会学家必须获得一种根深蒂固的习惯，即像我们审视他人所持的信念那样来审视我们自己的信念。”^{〔2〕}当我们动辄指斥某些行为是堕落时，难道我们不需要反思和谨慎吗？同性婚姻要制造新的“贱民”才可以获得正当性吗？

正是在这个问题上的过多停留，让笔者再一次思考作者在批判异性恋正统制的时候，为什么放过了同性恋表达权这一领域。公权力仍然把同性恋的表达看成是淫秽色情而加以禁止，既然学术界对同性恋的探讨已经有了空间，就不该放弃在更大范围内推进这一议题，但是问题在于：我们是要把同性恋表达从淫秽色情表达中拯救出来，撇清关系呢？还是一并争取淫秽言论在宪法表达自由框架下的自由呢？

最后，笔者想说的是，这些批评和质疑看起来是指向《爱悦与规训》这本书的，但何尝不是针对《中国法视野下的同性恋》的，笔者的批评绝不是在笔者做得更好这一“基础”上来展开的，而是在我们

〔1〕〔美〕珍妮·B. 巴伦、朱利亚·爱泼斯坦：“语言和法律：文学、叙事和法律理论”，载〔美〕戴维·凯瑞斯编辑：《法律中的政治：一个进步性批评》，信春鹰译，中国政法大学出版社2008年版，第473页。

〔2〕成伯清：《走出现代性：当代西方社会学理论的重新定向》，社会科学文献出版社2006年版，第4页。

都可以做得更好这个“愿景”上的。眼高手低可以让笔者在批评的时候言之凿凿，但是笔者也在这一领域“弯下腰”来耕耘，所以无论如何做不到“站着说话不腰疼”。甚至，笔者嫉妒周丹可以毫无顾忌地穿越学科的疆界，文采斐然而又言之有物；神游八方而又收放自如。“法律的文化研究”就这样和传统法学的若即若离间呈现着“这一个”的独特魅力，也在“爱悦”和“规训”间承受着欲望的“揭竿而起”和规范的“招降纳叛”所带来的紧张。

后记

现在，刚开始写，我就预计到这篇文章可能会稍微有一点长，或许是因为我放弃了导论，想让这篇“后语”能搭上点“前言”，也或许是因为学术论文不得不然的规范或者八股消磨了我的性情（我以为我有我就真的有吗？），哪怕这本法学著作研究的领域是性与性别。卸下盔甲之后，就可以絮叨絮叨，碎碎念一下，尽管可能如福柯所说，这依然是“戴着面具写作”。脱下盔甲，依然面具，这几乎就是一个隐喻，去哪里寻找现代性孜孜以求的“本真”（authenticity）呢？

给本书起名字令我颇费踌躇，现有的名字也有缺憾，甚至谈不上差强人意。用西方意义上的 LGBTIQ（女同性恋、男同性恋、双性恋、跨性别、间性人、酷儿）吗？这种组合基本上是一种辨识少数群体（酷儿是个例外）、建构身份政治的命名，后面还不断衍生出“无性恋”等新的少数群体身份，而 SOGIE（性倾向、性别认同、性别表达的简称）被认为是与每一个人都有关，异性恋也是一种性倾向，正如白色人种也是一种颜色，所谓普通话也是建立在某些方言的基础上。常常有学界人士或者社会组织在中国普及这些术语，这当然是有意义的，可是我最大的感叹是，对西方这些命名的学习，我们永远赶不上趟，刚刚学会了一个新词，可能在某个场合就被告知说，已经过时了。

“性/别”这样加斜线的组合，来自台湾性/别研究室的卓越研究，强调“性（sexuality）”和“gender（社会性别）”之间既有紧密联系，也有

很多不同，谁也别想吃掉谁。各种性倾向和性别身份内部差异也可以是这里“别”的内涵，另外还要看到年龄、阶级、地域等各种差别对于权力关系的影响。这个斜线，还可以直接读作“斜”，歪歪斜斜的“斜”，可以是“不直”，可以是离经叛道，可以是三观不正，这是一种反讽意义上的使用。性少数群体这一称呼来自西方，我通过“掐头不去尾”，稍微改头换面，把“性/别”和少数群体组合在一起，多少有一些不伦不类，我不知道“斜”研究是否可以容纳这样的“不正”。

提到少数群体，我想到酷儿理论家赛菊寇那个创造性的发现，美国对同性恋的想象有一种张力，一方面认为同性恋只是一种稳定的、独特的、少数人的群体，这是一种少数群体化（minoritizing）的思维，另一方面认为同性恋、异性恋是一种光谱式的存在，互相之间还可以转化，每一个人都可能与这个问题有关，这是一种普遍化（universalizing）的思维。主流一方面把同性恋建构为少数，是一种与主流的区隔，另一方面却又担心小孩子被传染成为同性恋，以至于赛菊寇有一篇著名的文章，标题极其刺激——如何把你的孩子培养成为同性恋：为娘娘腔男孩而斗争（How to Bring Your Child Up Gay: The War on Effeminate Boys）。我们这里的一些社交媒体自称对于同性恋没有偏见，但是担心腐女、耽美、本子对同性恋的描画使同性恋变成一种时尚，误导了青少年。这种张力还体现在，我们这个社会时而会追问同性恋占到总人数的百分比，时而会说“每个人心里都有一座断背山”。在很早以前，我在做博士论文的时候，就有一个男同性恋告诉我说：“以前我没有进同志圈子的时候，我觉得这世界上只有我一个人是同志，等我进了同志圈子之后，我觉得每一个男的都看着像同志。”

本书的研究由不同时期一系列论文组合而成，细心的读者会发现我的研究有些时候强调了少数群体这样的身份政治，有些时候表达了对身份政治的不满意，这个张力的产生的确和论文的产生时间和语境相关，但更细心的读者不应该满意这个时间因素的解释，你们一定会发现我本

人对于身份政治的爱恨交加，说白了，我根本没动过要消除这种张力的念头。

第一编是对美国宪法领域性倾向平等保护研究的梳理，其中有两篇早期的文章。《本质的还是建构的？——论性倾向平等保护中的“不可改变”进路》发表在《法学家》2009年第1期，写作这篇论文的时候我没有想到中国同志社群会在2011年开始一场关于性倾向是否天生，性倾向身份是否可流动的大辩论。匿名账号“美少女战士拉拉”针对一家同志组织的“先天说”进行了批评，在社群中引起了很大反响。这篇文章早于这场争论，却像是应时而生。美国同性恋运动中大量的论述是性倾向是天生的、基因决定的、不可改变的，这篇文章解释了这种话语产生的司法上的语境：司法审查把“不可改变”与平等保护结合起来，反歧视法倾向于保护身份，而不是行为。我的论文把“不可改变”从所谓自然科学问题转换成了话语分析，揭示了这些话语产生的土壤和建构性。同时也有大量的学者在批判“不可改变”的说法，认为同性恋者只靠“我也无能为力，改变不了自己”这一立场，并不能获得真正的平等。在中国的这场争论当中，看起来“先天说”被批的灰头土脸，但是此后的中国同性恋社群争取权利的行动和诉讼，基本上还是围绕着身份政治来展开，似乎也验证着我论文中“要身份，不要‘不可改变’”这一结论。另外一篇论文《说不出名字的歧视——论性倾向歧视和性别歧视的关系》发表在《法制与社会发展》2011年第3期，梳理了美国法学界的一个争论：性倾向歧视是否属于性别歧视？没想到这个问题很快也在中国出现，近些年我参加了中国政法大学刘小楠教授领衔的《反就业歧视法（专家建议稿）》的讨论，在这个谈论的过程中，到底是将性倾向歧视和性别认同的歧视规定为一种单独的类型，还是将其放在性别歧视类型之下，引起了争议，有些学者的建议是后者，认为放在性别歧视下面可以减轻对主流的刺激和挑战，更容易被立法者接受，而这样的建议恰好是我论文中美国一个学者反对的观点，他

认为把性倾向认定为性别歧视就是把性倾向又关在“柜子”里，好像是在公共论坛上这是一种说不出名字的歧视，我觉得这类似于王尔德所说的“说不出名字的爱”。2016年中国首例跨性别就业歧视案，专家证人在法庭上论证跨性别歧视也是一种性别歧视。关于产生这些论证的语境，中美之间也有一些相似之处，美国用性别歧视来涵盖性倾向和性别认同歧视，也是因为有些州没有规定性倾向歧视和性别认同歧视这些类型所以只能诉诸性别歧视。

我对上述两篇论文和中国关联性的分析看起来好像是我洋洋得意于先见之明，其实是要说对美国的讨论并不纯粹是看西洋景，美国的讨论并不外在于中国，比较法告诉我们，你只了解一个国家，等于你任何一个国家都不了解。然而，这种探讨美国问题的论文等来了中国类似讨论的模式也让我懊恼，同性恋、跨性别等身份的西风东渐使得我们只能亦步亦趋吗？非罪化、非病理化、是否先天、是否可以改变、是否性别歧视，难道说身份这一话语的输入一定是伴随着一嘟噜一嘟噜相关话语的输入吗？我希望细心的读者也读到了本书对于这一张力的无计消除，那真是才下眉头，却上心头。

关于美国同性婚姻案件的论文看起来也和中国有关联，2016年孙文麟在长沙的同性婚姻第一案引来很多媒体关注，然而美国同性婚姻官司挑战的和孙文麟挑战的东西形同实异。孙文麟所挑战的中国《婚姻法》“一夫一妻”的模式是在中国还没有建构起来“同性恋身份”时候的规定，而美国的当事人所挑战的是一些州出于对同性恋歧视而制定的禁止同性婚姻的规定，兹事体大，不可不察。这个问题对于美国来说也重要，保守派大法官斯卡利亚曾经问过诉求同性婚姻的律师一个问题：到底在什么时候禁止同性婚姻就是违反了宪法的平等保护条款？律师支支吾吾说不清楚一个时间点，大概是自从同性恋被建构成为一种身份这一时刻吧。

第二编是中国法视野下的性/别平等保护，其中《无声无息的变

迁——中国法视野下的变性人婚姻权》发表在《中国青年研究》2014年第11期。关于文章具体内容不再赘述，只说一下我的震撼吧，不知道是否可以称之为“文化冲击”（culture shock）。在英国，一个人做了性别重置手术之后与异性结婚的权利，竟然经过长时间的诉讼才姗姗来迟，我们香港地区的类似案子显示保守派也曾经给予很大阻力，相较之下，内地竟然无声无息地就实现了，甚至还曾经出现过在我看来相当值得称许的判决：法无禁止即自由，一个人做变性手术不需要经过配偶的同意。而我此前的论文中也写过中国同性性行为的所谓“去罪化”根本就没有什么阻力，甚至没有阻力到根本就没有发生的程度，保守派也没有去阻止“流氓罪”的被废除，作为一种“非意图的后果”，同志深深获益，但是主流根本就没当回事儿，想想2003年美国联邦最高法院斯卡利亚法官极力谴责对同性性行为去罪化的判决，美国作为一种榜样的神话大打折扣。中国当下所发生的把同性恋作为疾病去治疗的乱象也不是中国的传统，把一种“癖好”病理化的话语也是外来的。或许西方的很多观念或者制度建构仍然值得我们深入研究，进行去粗取精的学习，甚至我所谓的“无声无息的变迁”也不能完全独立于其他国家的潜在影响，但是我对西方中心主义迷思的打破是从研究性/别与法律才开始的。容我武断地发出一个预言吧，没有本土资源的深入研究和体察，并与之如切如磋，如琢如磨，我们在这个领域的研究和行动，不会有多大出息，如果你始终在追赶，那就永远有一种赶不上趟的感觉。细心的读者会发现吾道没有一以贯之，不同论文写作时间有十几年的跨度，我对于西方的态度也有一种张力，我仍然没有想彻底消除这种张力，并且希望这种张力的存在可以激荡创造力。不要对这种变化困惑，正如福柯所说：“不要问我是谁，也不要要求我一成不变。”

《刑（性）法的宪法制约——法教义学视野内外的聚众淫乱案分析》发表在《刑事法评论》2014年第1期，把它放在本书中有些突兀，好像这是一个异性恋领域的案件，好像无关性/别少数群体，然而对我

来说，这颇有深意，这个案件里的“换偶者”并没有像同性恋和跨性别一样被建构成为一种“身份”，好像只是一种“淫乱行为”，这其实不应该被视作自然而然，而是可以追问一个“为什么”？同性恋的聚众淫乱案件近些年也时有所闻，同性恋权利的倡导者大多数不觉得这个罪名和同性恋权利有什么关系，这又是为什么？身份政治有时候变成了一种“我也是有身份的人”，极力摆脱“污名”的时候可能也在制造“污名”。我希望我的研究在“身份”和“行为”之间保持一种张力，正如我希望在法教义学和跨学科研究之间保持一种张力。

第三编由三篇书评组成，书评一贯不被学术评价所重视，可是我却一直情有独钟。其中《求同存异和求异存同：同性婚姻的宪法之维——〈Same-sex Marriage and the Constitution〉述评》，发表在《环球法律评论》2005年第5期，读者可以看看美国这位学者多年前对同性婚姻的宪法分析是不是靠谱，可以和本书第一章对美国2015年 *Obergefell v. Hodges* 案件的分析对照阅读，看看伊凡·杰斯特曼（Evan Gerstmann）早年著作中以同性婚姻作为基本权利与平等保护结合为同性婚姻论证的思路，在多大程度上和法院的判决吻合，又有哪些不同？当下中国，同性婚姻的倡导者对法学界所展开的游说行动主要是面向婚姻法学家展开，而不是宪法学家，这不是缺陷，而是有一种“春江水暖鸭先知”的务实敏锐。我的判断是，从一个长时段来看，与其说同性婚姻诉求需要某些法学家和律师这些法律人来声援，不如说一些法学家和律师需要通过同性婚姻来做点项目或者找点活干。

《你以为的你以为的就是你以为的吗——读〈掩饰：同性恋的双重生活及其他〉》，被收录于2016年出版的《反歧视评论（第3辑）》，《掩饰：同性恋的双重生活及其他》——美国宪法学者吉野贤治的自传性学术作品在豆瓣网被评为9.2分，他把个人的同性恋生涯和美国的同志平权运动做了一个“个人的就是政治的”分析，提出美国主流社会或者要改变同性恋的性倾向（矫正），或者迫使同性恋者混同为异性恋

者（冒充），或者认为同性恋者可以出柜但不可以张扬（掩饰）。然而，在中国的法庭上，同性恋者被自己的异性配偶指责骗婚，从而不断提出证据要证明同性性行为的存在，于是，顺着福柯的理路，我认为这属于一种“强制性坦白”，这可能是在“矫正”“冒充”“掩饰”之外的第四种模式，那就是“坦白”。社会主流时而揭发或者要求同性恋者坦白，时而要求同性恋者隐身或者掩饰，予取予求；一方面家里家外“逼迫”同志与异性结婚，另一方面法庭内外谴责同志骗婚，翻云覆雨。我用中国同志的法律遭际续写了美国教授的三部曲。我在另一篇探讨性倾向歧视和性别歧视关系的论文中，简单化了这个问题，以为性倾向问题的“显化”有助于解决所谓“骗婚”的问题，但是现在看来，有必要对“出柜”政治进行反思，对“不可见性（invisibility）”进行理论化。

《另类法律文化研究中的爱悦与规训：读〈爱悦与规训：中国现代性中同性欲望的法理想象〉》发表在《开放时代》2010年第4期，我把周丹的写作命名为“法律的文化研究”，意思是用文化研究（culture study）的批判思路研究法律，以区别于法制史领域的“法律文化的研究”，这里的法律文化类似于法律传统的意思。朱苏力认为冯象的写作是社会学的“法律与文学”，而在我看来，冯象的写作也是以一种文化研究的批判思路来看待主流法学。这种写作模式一定不会讨巧，因为和法学的规范性太格格不入。法教义学恨不得认为自己是唯一的真正的法学（跟性倾向身份的本真性的焦虑如出一辙），而社科法学一定要拉着“科学”来增加知识所需要的修辞，文化研究的天马行空和离经叛道看似没有章法，其实可能对才情的要求更高一些，那是一种把论文写成了艺术品的感觉，所以也不可能出现太多。

这是我要出版的第二本专著，感谢法学院的支持，也感谢曾经看得起这些作品的编辑刘小楠、王理万、吴铭、侯学宾、余履雪、方奕、黄列、邹兵建，也感谢中国政法大学出版社的社长助理阚明旗、编辑马旭，也感谢我的学生刘艳艳帮我做了一些文字整理的工作。这本书的出

版凝聚了诸位的智慧。也要感谢序言的作者，我的好朋友静姝，她写序言，我写后记，我们背靠背，不知道对方写的内容，后来发现有很多的重叠共识、对话、互文，我又一次体验到在狭窄小道与人相遇，感叹一声：“你也在这里”（只有这几句话是看了序言之后加上去的）。

最后但并非最不重要的是，2018年4月19日，我得到消息说我申请的《性/别少数群体的通识课》获得了学校的批准，这大概是我国法学院开出的第一个此领域的系统课程。第一次，我的研究和我的授课可以水乳交融，我的人生掀开新的一页，我期待着教学相长。

我的邮箱是 bjhhxs@126.com，非常期待读者对本书的批评指正。

郭晓飞

2018年8月