

# 美国加州同性婚姻立法风波透析

王森波<sup>\*</sup>

---

内容摘要：美国加利福尼亚州同性婚姻立法风波自 In re Marriage 案至 2009 年 5 月 26 日 Strauss v. Horton 案审结虽已告一段落，但斗争并未结束。这场风波是美国同性婚姻合法化论争的一个缩影。它不仅全面地反映出同性婚姻支持者和反对者的观点，同时也反映了同性恋运动的一个斗争策略。他们所争取的至少在很大程度上并不是更多的权利，而是一个“名份”，更准确地说是一个同等对待的态度。

关键词：同性恋 同性婚姻合法化 In re Marriage 案

---

也许没有哪个国家在同性婚姻立法问题上像在美国这样引起如此激烈的争论，也没有哪个地方在此问题上像在加利福尼亚州这样折腾得如此热火朝天。加州最高法院于 2008 年 5 月 15 日作出禁止同性婚姻违宪的裁决，然而同性婚姻支持者笑容未敛，2008 年 11 月 4 日，即美国大选日当天，由反对者组织提出的 8 号提案以 53% 的多数获得通过，费尽周折通过的加州同性婚姻裁决因此自动失效。随后，支持者向加州最高法院提起诉讼，请求宣布公投无效。2009 年 5 月 26 日，加州最高法院裁决 8 号提案公投合法，但同时裁决公投前已经登记的约 18 000 宗同性婚姻有效。但至此风波并未平息，随即同性婚姻支持者举行了大规模抗议活动，两对同性恋恋人向位于加州的联邦法庭发起了要求推翻 8 号提案的司法诉讼。这场风波由此成为更激烈斗争的一个序曲。

相对于美国乃至全球同性婚姻合法化运动，加州风波只是一个高清版的缩影。这场斗争在法律层面上提出了什么样的问题，其背后反映了同性恋者什么样的诉求，以及我们到底应如何看待同性婚姻的立法问题？透过加州沸腾热闹的场景对此进行一番冷静思考，对同性婚姻诉求刚刚浮出水面的我国而言，也许有着十分重要的现实借鉴意义。

## 一、背景情况

### 1. 美国同性婚姻立法概况

加州风波有美国争取同性婚姻斗争的全国性背景。美国的同性婚姻立法一直是在呼吁与否定、争论与冲突的过程中逐步开展的。1996 年，时任总统克林顿签署了《维护婚姻法案》(Defence of Mar-

---

<sup>\*</sup> 复旦大学民商法专业博士研究生。

本文受上海市重点学科经费资助(项目编号 B102)。

riage Act)并获国会通过,该法案明确将婚姻定义为异性间的结合。然而,这一法案并未能阻止各州以自己认为适当的方式来定义婚姻,尽管四十余个州在法律中将婚姻也定义为异性间的结合。但与此同时,很多州对同性间的结合给予法律上的认可,通过“同性结合”、“同性伴侣”、“同性民事关系”等立法形式承认了同性关系的存在,并赋予了其与婚姻几乎同等的地位——尽管各州的规定并不完全相同。尽管总体而言,保守派势力仍占上风,<sup>[1]</sup>但同性婚姻支持者运动的不懈努力使得同性婚姻越来越多地得到了承认。截至目前,如果将加州即成事实的 18 000 宗同性婚姻视为有限认可的话,已有六个州承认了同性婚姻。另外,美国现有十二个州及华盛顿特区承认同性结合关系。<sup>[2]</sup>还有几个州关于同性结合关系的立法活动正在进行。承认同性婚姻的州详情如下表:

序号	州名称	承认时间	依据	其他说明
1	马萨诸塞州 (Massachusetts)	2003 年 11 月 18 日	SJC 案裁决 <sup>[3]</sup>	
2	加利福尼亚州 (California)	2008 年 5 月 15 日	In re Marriage 案裁决 <sup>[4]</sup>	该裁决已因 2008 年 11 月 4 日加州全民公投而失效,但此前至裁决时间之间已登记的同性婚姻继续有效。
3	衣阿华州 (Iowa)	2009 年 4 月 27 日	Varnum v. Brien 案裁决 <sup>[5]</sup>	判决于 2009 年 4 月 3 日作出。
4	佛蒙特州 (Vermont)	2009 年 4 月 7 日	BILL,18- 10 法案 <sup>[6]</sup>	
5	缅因州 (Maine)	2009 年 5 月 6 日	P.L. 2009, c. 82 “An Act To End Discrimination in Civil Marriage and Affirm Religious Freedom” <sup>[7]</sup>	该法案能否生效取决于 2009 年 11 月的公投。
6	新罕布什尔州 (New Hampshire)	2009 年 6 月 3 日	HOUSE BILL 436- FN- LOCAL 法案 <sup>[8]</sup>	

然而,上述情况并不等于说同性关系立法在美国已经或者在今后将会一帆风顺了。反同性关系立法活动同样十分活跃。自 1996 年美国联邦政府通过《保护婚姻法》法案,明确规定婚姻只能在异性间缔结之日起,阿拉斯加州(Alaska)、内华达州(Nevada)、密西西比州(Mississippi)、密苏里州(Missouri)、蒙大拿州(Montana)、俄勒冈州(Oregon)、科罗拉多州(Colorado)、田纳西州(Tennessee)、亚利桑那州(Arizona)、加利福尼亚州(California)等十个州相继明确禁止同性婚姻,内布拉斯切州(Nebraska)、亚拉巴马州(Alabama)、阿肯色州(Arkansas)、佐治亚州(Georgia)、肯塔基州(Kentucky)、路易斯安那州(Louisiana)、北达科他州(North Dakota)、俄亥俄州(Ohio)、俄克拉荷马州(Oklahoma)、犹他州(Utah)、堪萨斯州(Kansas)、得克萨斯州(Texas)、爱达荷州(Idaho)、南卡罗来那州(South Carolina)、南达科他州(South Dakota)、佛罗里达州(Florida)、密歇根州(Michigan)、弗吉尼亚州(Virginia)等十八个州通过修订法律禁止任何形式的同性结合关系。

2.加州同性婚姻立法进程

[1]在美国有 30 个州经历了州公民投票。反对同性婚姻的保守派在 30 次投票中取得了 29 次胜利,其中,路易斯安娜州 78%,俄克拉荷马州 76%,密西西比州 86%。唯一一次失败是 2006 年在亚利桑那州。参见 Michaela.Lindenberger,California and Beyond: The Battle over Gay Marriage,TIME,2008 年 10 月 21 日。

[2]同性结合在不同的州有不同的称谓,在美国有三种法定说法,分别是 civil unions, domestic partnerships, 和 reciprocal beneficiary relationships.同性结合关系合法的州分别是:康涅狄格州(Connecticut),新泽西州(New Jersey),加利福尼亚州(California),科罗拉多州(Colorado),哥伦比亚特区(District of Columbia),夏威夷州(Hawaii),缅因州(Main),马里兰州(Maryland),内华达州(Nevada),俄勒冈州(Oregon),华盛顿州(Washington),威斯康辛州(Wisconsin)。

[3]Kathleen Burge Boston Globe 2003- 11- 18.

[4]The supreme court of California, Strauss v. Horton, S168047, Tyler v. State of California, S168066, and City and County of San Francisco v. Horton, S168078.

[5]“Unanimous ruling: Iowa marriage no longer limited to one man, one woman” <http://www.desmoinesregister.com/article/20090403/NEWS/90403010>, 2009- 9- 15.

[6]法案全文参见 <http://www.dccouncil.washington.dc.us/images/00001/20090420121340.pdf>.

[7]参见缅因州政府网 <http://www.maine.gov/tools/whatsnew/index.php?topic=Gov+News&id=72146&v=Article- 2006>.

[8]法案全文参见 <http://www.gencourt.state.nh.us/legislation/2009/HB0436.html>.

加利福尼亚州曾是美国第一个未经司法程序而通过同性结合立法的州。1984年,该州伯克利(Berkeley)城为维护受雇员工的利益,制定了同性伴侣的相关政策,赋予同性恋者在工作生活中的一些权利。1985年,西好莱坞(West Hollywood)城通过立法允许同性伴侣登记。1999年,通过州立法承认了同性伴侣结合在该州的合法地位。为防止同性婚姻的合法化,2000年,州议员威廉·J.奈特(William J. Knight)提出被称为“proposition 22”的提案,要求法律明确规定婚姻仅限于异性之间。<sup>[9]</sup>该提案以61.4%比38%的比例投票通过,67号法案(Bill No.67)明确将婚姻限定于异性之间。其后的几年中,同性伴侣的权利范围不断扩大,但同性婚姻一直未能获立法承认。州参众两院曾两次通过了同性婚姻提案,但均被州长施瓦辛格否决。2008年,州最高法院公布了就一些同性恋者提出的同性婚姻上诉案(In re Marriage Cases)而作出的裁决。裁决推翻了加州将婚姻关系限定于男女异性之间的法律,认为限制同性婚姻的条款违背了加州宪法中关于平等权利的精神。判决后,约一万八千对同性恋者领取了结婚证。<sup>[10]</sup>但判决不久,禁止同性婚姻合法化组织提出的第八号提案(Proposition 8: Eliminates Rights of Same - Sex Couples to Marry, Initiative Constitutional Amendment),在大选日即2008年11月4日以53.3%赞成,46.7%反对的比数获得通过。这意味着,加州最高法院关于同性婚姻合法化的裁决被否决。随后,旧金山市、圣何塞市和洛杉矶市向日向加州最高法院提起诉讼,要求否决8号提案,保障同性恋者的公民权利。美国公民自由协会(ACLU)也代表同性恋者提起诉讼。2009年5月26日上午,美国加州最高法院公布了关于8号提案的裁决结论,裁决认为2008年11月4日在加州付诸全民投票的8号提案没有违宪,但8号提案被投票通过前已经在加州登记的同性婚姻有效。

可以推断,在美国,类似于加利福尼亚州关于同性婚姻的立法斗争在相当长的一段时期仍会持续,从总的趋势上,同性恋者得到越来越多人的宽容和接受,无论是否承认同性婚姻,基于同性关系而产生的各种各样的问题在立法中也会得到越来越多的关注。

## 二、In re Marriage 案

2004年2月12日,圣弗朗西斯科城向同性伴侣颁发结婚证书的行为引起传统婚姻支持者的抗议。次日,22号提案保护基金会(Prorosition 22 Legal Defense and Education Fund)和加州家庭运动组织(Campaign for California Families)向圣弗朗西斯科高级法院提起诉讼,<sup>[11]</sup>要求停止向同性伴侣颁发结婚证书。圣弗朗西斯科城也于2004年3月提出申请,要求法院宣布《家庭法》308.5条款<sup>[12]</sup>不能适用于在加州教堂正式结婚的婚姻,并要求法院认定加州将婚姻定义限于男女之间结合的法律违反加州宪法。<sup>[13]</sup>与此同时,因不能在加州结婚或在其他州结婚但不获加州承认的同性伴侣也对加州法律的合宪性问题提起诉讼,数个同性恋组织加入了诉讼。<sup>[14]</sup>这五个案件合并审理称为In re Marriage案,后来Clinton v. State of California一案<sup>[15]</sup>也并入此案审理。

In re Marriage案因处于加州同性婚姻立法风波的风口浪尖而倍受关注,此后的8号提案的公投及公投后引发的诉讼皆由此案起,从某种意义上也可以说是该案的延续。双方庭审辩论焦点不仅全

[9] 加州原 Civil Code 中对婚姻的定义为 a personal relation arising out of a civil contract, to which the consent of the parties capable of making that contract is necessary。这一定义中并未限定婚姻限于异性之间,随着同性伴侣结合在加州的合法化,保守派要求立法中明确婚姻的定义。后该定义被修改为 a personal relation arising out of a civil contract between a man and a woman, to which the consent of the parties capable of making that contract is necessary。

[10] The supreme court of California, In re Marriage Cases, S147999。

[11] 即 Prorosition 22 Legal Defense and Education Fund v. City and county of San Francisco (super.Ct.S.F.city & County, No. CPF- 04- 503943) 和 Campaign for California Families v. Newsom (super.Ct.S.F.city & County, No.CGC- 04- 428794)。

[12] 该条款内容为 Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California。

[13] City and county of San Francisco v. California (super.Ct.S.F.city & County, No.CGC- 04- 429539)。

[14] Woo v. Lockyer (super.Ct.S.F.city & County, No.CPF- 04- 503943) 和 Tyler v. County of Los Angeles (super.Ct.L.A.city & County, No.BS- 088506)。

[15] super.Ct.S.F.city & County, No.CGC- 04- 429548。

面反映出“两大阵营”对待同性婚姻的态度观点,更重要的是,它同时反映出同性婚姻倡导者的斗争策略及法律界乃至公众的态度。

### 1. 庭审争议焦点

本案争议的核心问题是,加州法律将婚姻的定义限定于男女之间的结合是否违反加州宪法。庭审中就此问题形成了两个主要的争议焦点:一是上述法律是否侵犯宪法赋予每个人的婚姻缔结权;二是上述法律是否违反宪法上的平等保护条款。

第一个争议焦点在庭审中被引发为三个问题。第一个问题,原告方所诉求的结婚缔结权(right to marry)是宪法权利本身所包含的权利,还是一个“同性婚姻缔结权”(right to same-sex marriage)。被告方认为,原告所诉求的“婚姻缔结权”并非是宪法中规定的“婚姻缔结权”,而是一种“同性婚姻缔结权”的概念,这实际上是创设或者说扭曲了宪法中婚姻缔结权所固有的内容,因此实际上并不存在侵犯宪法上婚姻缔结权的问题。原告方则回避“同性婚姻缔结权”的说法,认为这不是一个创设新权利的问题,而是对宪法规定的权利的合理解释问题,同性之间的婚姻在权利义务上与异性之间的婚姻在法律上并无不同,它理应包含在“婚姻权”的概念之内,同时,他们还援引 *Perez v. Sharp* 案中,<sup>[16]</sup>法院判决禁止不同种族之间结婚违反宪法,并没有创设一个“不同种族间婚姻缔结权”(right to interracial marriage)也是将不同种族间婚姻缔结权作为宪法中婚姻缔结权的固有内容。第二个问题,同性婚姻缔结权是不是宪法上婚姻缔结权所固有的内容。被告方认为,宪法将婚姻缔结权限定于男女异性之间,是婚姻概念传统上所固有的内容,认定同性间存在婚姻没有法律和传统观念上的根据。同时,宪法没有限制任何人宪法意义上的婚姻权,不论其有什么样的性取向(sexual orientation)。就此问题,原告显然无法从传统中寻找根据,他们转而从婚姻权的本质来论证同性婚姻问题。他们认为,婚姻权是个人最为基本的权利,它本身应体现着一种自由,一种个人选择与什么样的人共同分享生活的自由,这种自由不应受到任何人、任何法律的干涉和剥夺——无论是同性之间还是异性之间的共同生活。法律禁止个人因性取向不同而进行选择的自由本身,就是对婚姻权的侵犯和干涉。第三个问题,婚姻权的内容和形式问题。被告方认为,即使加州宪法中规定的婚姻缔结权适用于同性之间,但基本权利的定义应从其实质内容出发来考察,而不仅仅是纠缠于形式或者一种说法。加州法律几乎赋予了同性伴侣婚姻所包含的全部权利,虽然在称谓上存在不同,但并不因此构成对权利的侵犯。对此问题,原告方主要通过援引宪法上的平等保护条款来论证,这一问题与第二个争议焦点紧密相关。

第二个争议焦点在庭审中实际演化成了对法律是否违宪的审查标准的争论。在加利福尼亚州,适用宪法平等保护条款审查法律的合宪性一般有两种标准。一种标准称为“合理关系”或“合理基础”审查标准(rational relationship or rational basis standard),又称为“基本标准”(basic and conventional standard)。基于这种标准,法律所进行的分类或对不同的群体或个人采用区分对待方式(differentiated treatment),只要存在合理的立法上的目的就可以认定没有违宪,而且证明这种法律违宪的证明责任在提出违宪主张的一方(the party who assails it)。另一种标准为“严格审查标准”(strict scrutiny standard),这种标准一般适用涉及“嫌疑分类”(suspect classification)或“基本利益”(fundamental interest)的案件。依照该标准,如要证明法律分类或采用区分对待方式的合宪性必须说明两点:(1)这种分类或区分对待方式旨在维护宪法保护的利益,并且同时也是政府不得不保护的利益;(2)这种分类或区分对待方式不仅是合理的,而且是维护政府利益所必须的。同时,此种标准要求法院积极而严格的审查,并且政府负担证明法律合宪性的责任。由此可见,适用何种审查标准可以说直接决定着案件的审理结果。原告分三个层次来论证严格审查标准在本案中的适用。第一,法律对同性婚姻和异性婚姻所作的分类和区分属性别歧视。一个男人被禁止与另一个人结婚仅仅因为对方的性别是男性,这属于性别歧视,应适用严格审查标准。<sup>[17]</sup>第

[16] *Supra*, 32 Cal. 2d 711.

[17] 加州关于性别歧视的判例曾采用严格审查标准,参见 *Catholic Charities of Sacramento, Inc. v. Superior Court*, *supra*, 32 Cal. 4th 527, 564 和 *Sail'er Inn*, *supra*, 5 Cal. 3d 1, 17—20.



二、法律对同性婚姻和异性婚姻所作的分类和区分属基于性取向的歧视。第三、适用严格审查标准不仅是因为上述分类和区分属于性别歧视和性取向歧视,同时还缘于它对同性伴侣的基本权会对宪法保护的利益带来不利的影响,并由此对同性“夫夫/夫妇”及其子女产生不平等且有害的后果。被告辩称,争议的法律并没有明确针对特定的性别,也没有针对特定的性取向。在此情况下,没有任何理由认定争议的法律基于性别或性取向进行分类或区分对待,原告所谓的“影响”与这些法律本身是毫不相干的。

## 2.法官的认识

本案审理法官以 4:3 的比例认定加州限定婚姻限于男女异性之间的法律违反加州宪法。多数意见认为,应否认定争议的法律侵犯婚姻权,首先要确定“婚姻权”属性及范围,婚姻作为宪法上个人最为基本的权利,其实质在于为个人建立一个正式的受法律保护的家庭以与自己所选择的另一个人共同分享生活。无论什么样的家庭,法律应赋予其共同的权利和责任,享有同样的尊严。个人的性取向,像一个人的种族和性别一样,不能作为一个能否享有宪法所规定的基本权利应考量的基础。因此,宪法上的婚姻权应解释为加州每一个人,不论其是同性恋者还是异性恋者,不论是同性关系还是异性关系,都应享有的最为基本的民事权利。因为争议的法律以性取向进行分类并对同性结合采取区分对待方式,性取向与性别、种族和宗教信仰一样,依此分类应可视为存在“嫌疑分类”。同时,区分对待影响同性恋者的尊严从而对其基本利益造成影响,因此应采用“严格审查标准”进行审查。依此标准:第一、将同性结合排除在婚姻定义之外,不是为维护现存异性婚姻的权益所必需的,承认同性婚姻既不会剥夺异性婚者的任何权利,也没有改变现存婚姻基本制度。第二、将同性结合排除在婚姻定义之外,会招致人们的怀疑——同性婚姻的家庭关系是否与异性婚享有同等的地位和尊严,从而对同性结合家庭成员包括其子女造成伤害。第三、结合历史上同性恋的遭遇,将同性结合排除在婚姻定义之外,极有可能使人们认为“同性恋者不是什么好名声”的看法代表着官方的观点。第四、采取区别对待的方式,使同性恋者有“二等公民”的感觉,而这并不符合加州的现行政策。基于上述理由,多数意见认为,加州采取区别于异性结合的对待方式将同性结合排除在婚姻定义之外的法律违反加州宪法。

少数意见对多数意见提出了强有力的质疑巴克斯特(Baxter)法官在其撰写的反对意见中写道:“宪法所保护的基本权利,应是那些深深地根植于历史和传统之中,隐含于有序的自由秩序之中的权利,没有了这些权利,将不再有自由和正义可言。”<sup>[18]</sup>他对多数意见表示担忧,这样一来,一夫多妻制婚姻是否也违反了宪法的平等保护条款呢?科里根(Corrigan)法官还认为,对根植于传统的婚姻的概念及其范围认定,应立足于公众普遍认识的传统,而非法官直接通过判决来认定的问题。他说:“对有些人来说,这世界变化太快,而对另一些人而言,社会进程缓慢如牛,应该给民众一个公平机会让他们在没有司法干扰的情况下来决定社会的步调。”<sup>[19]</sup>

## 3.公众态度

In re Marriage 一案庭审当天,数千名同性恋者聚集在法院门外等候判决,有人打着“停止歧视,同性恋者不是一种选择”的标语。也有反对者称应重新认定鸡奸为罪。判决次日,许多对同性恋者开始登记并举行婚礼。很多民众包括州长施瓦辛格表示尊重法院的判决,旧金山市市长纽森、洛杉矶市市长安东尼奥分别在当地的集会和讲话中对法院的裁决表示欢迎。但反对者对此也表示出极大不满。有人愤慨地说:“无须法律来废话,也没必要偷偷摸摸地讨论,仅凭普通人的直觉,婚姻也应是男女之间的事情。干嘛要这么费劲地向我们的孩子解释——婚姻嘛!就是一个词,是个人都可以定义来定义去的,直到它变得什么都不是。”<sup>[20]</sup>

[18]Concurring And Dissenting Opinion by Baxter, J.,The supreme court of California, In re Marriage Cases,S147999, p 9.

[19]Concurring And Dissenting Opinion by Corrigan, J.,The supreme court of California, In re Marriage Cases,S147999, p 8.

[20]参见 <http://www.aibai.cn> 2009 年 9 月 27 日。

### 三、必亦正名乎——进一步的分析

同性婚姻合法问题如此受同性恋者的关注和支持,或许会让人觉得走入法律认可的婚姻殿堂是每一个同性恋者的梦想。然而,事实并不是如此,大多数同性恋者并无此意愿,这一点对同性恋者而言是无须讨论的。不少同性恋者认为:“婚姻是一种具有压迫性的制度,同性间关系应是独一无二的、自由选择的,而不是对异性婚姻滑稽的模仿。”<sup>[21]</sup>美国婚姻与公关政策研究所(Institute of Marriage and Public Policy)对同性伴侣进入同性婚姻者的比例作过估计:在同性婚姻合法化的马萨诸塞州,只有约17%的同性伴侣领取了结婚证。据加拿大同性婚姻合法化三年后所做的调查,其同性伴侣的结婚率也只有17%。<sup>[22]</sup>我国“圈内人士”对此也作过调查,在中国同性恋者中,91%知道互助式婚姻的模式,但表示不会进行互助式婚姻的占71%。<sup>[23]</sup>In re Marriage案也清晰地反映出,在加州尽管同性结合未被法律涵盖在婚姻定义之内,但法律赋予了同性结合几乎与婚姻同等的地位,同性恋者的目的似乎也不是非要通过此案获取更多的权利,其目的所指仅为名份也。这些情况表明,同性恋者是否选择“同性婚姻”与他们所诉求的同性婚姻权并不是紧密相关的。那么,为什么同性恋者又如此热衷于同性婚姻合法性问题,同性婚姻立法的必要性何在?面对李银河等人的立法呼吁,复旦大学公共卫生学院的高燕宁教授戏谑地提问道:“当gay/lesbin已有条件为自己不去登记找‘理由’时,而我们的社会和‘同志’还在为有人有无权利走进同性婚姻殿堂而上下求索。难道钱钟书‘围城’时,不慎把洋人围进了城里却把国人落在了城外?”<sup>[24]</sup>

笔者认为,同性婚姻只不过是一个表象、一种口号或者说是同性恋者打出的一面旗帜,它体现的是同性恋运动的一种斗争策略,其目的并不在于获得法律的认可后可享有更多的权益,背后的实质是同性恋者依此来实现其获得社会认可的身份。换句话说,同性恋者踢出的是一个香蕉球,似乎指向法律权利,球的轨迹运行的方向却是社会的认同。

同性恋问题经历了一个从犯罪到非罪,从污名到逐渐被宽容、被认可的过程。但这一过程远未完成,现在仍有70多个国家和地区将同性性行为视为犯罪,甚至有5个国家对同性性行为还保留死刑。即使在承认同性伴侣或已有性取向反歧视立法的国家和地区,尽管法律上对同性结合关系予以承认并给予了各种形式的法律保护,但在社会上,同性恋者仍然常遭受他人异样的眼光。在美国,对同性恋者的公开歧视甚至是暴力犯罪也并不鲜见。一个经常被挂在嘴边的口号是:“上帝制造的是亚当和夏娃,不是亚当和史蒂夫。”同性恋者被指责败坏了社会风气。<sup>[25]</sup>2009年4月,仅在同性婚姻已于六年前即获认可的马萨诸塞州,就发生了两起针对同性性倾向者的恶性暴力案件。<sup>[26]</sup>瑞安·M·马丁(Ryan M. Martin)说:“美国视对任何少数人群体的公开歧视为非法,这已是一个不可逆转的潮流。然而,这一潮流在同性恋者问题上并未得到体现。”<sup>[27]</sup>在这种情况下,获得认可而不仅仅是宽容,争取尊严而不仅仅是法律上的平等,就成为同性恋者所追求的目标。平等不仅仅在法律上,更重要的是在日

[21]Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities, Nebraska Symposium on Motivation, Volume 54, Springer New York, 2009.

[22]高燕宁:《中国有gay吗?——“同志”与gay/lesbian的跨文化比较》,载2009年上海“性倾向法律与社会议题研习会”资料。

[23]鱼干男:《互助婚姻你会考虑吗》,《点》2008年第8期。

[24]前引[22],高燕宁文。

[25]参见<http://www.reuters.com/article/newsOne/idUSN1542579420070515?sp=true> 2009年9月27日。

[26]参见<http://www.thebostonchannel.com/cnn-news/19141470/detail.html> 和 <http://www.365gay.com/news/brothers-charged-in-gay-mans-brutal-beating/> 2009年9月27日。

[27]Ryan M. Martin, “Return to Gender: Finding a Middle Ground in Sex Stereotyping Claims Involving Homosexual Plaintiffs Under Title”, *University of Cincinnati Law Review*, Fall 2006.

常的生活中,在人们注视的眼光里。

经过针对沃尔芬登报告的讨论,同性性行为非罪化问题在西方国家已基本得到解决,但此次讨论所涉及的核心问题是道德的法律强制问题,并未涉及同性恋的正当性问题,这一问题从某种程度上说是建立在自然科学研究的基础上的。科学家在动物界发现大量的同性恋现象并给予生物学上的解释,解剖学方面的研究发现同性恋者与异性恋者大脑结构的不同,还有科学家从基因问题的角度对同性恋现象给予了解释。除此之外,心理学家还从社会环境寻找同性恋形成的根据。总之,这些研究说明了同性恋现象有生物学或心理学上的原因,并非个人的选择,是不可改变的。“同性恋的不可改变说,或者说它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固有印象也得到了驳斥,同性恋社群也可以更加理直气壮地抵制宗教和心理学领域试图改变他们性倾向的努力……”<sup>〔28〕</sup>基于此,同性恋越来越多地得到社会的理解和认同,同性恋者也不再躲在“深闺”里而是越来越多的同性恋者“出柜”,“出柜”意味着同性恋运动成为可能。没有生物学和心理学上的研究,可以说目前的同性恋运动几乎是不可能的。立法活动及司法活动同样也受到这一认识的影响,在 *In re Marriage* 案中,法官多次将同性性取向与种族、性别进行类比充分反映了自然科学上同性恋者的“不可改变性”所产生的影响,并在很大程度上影响了判决结果。同性恋者们打出的旗号也是“同性恋不是一种选择”。但是,不可改变的并不代表是正常的,如智障者也是自己不可选择的,但这并不能不论其先天的残疾,也就是说,尽管同性恋的不可改变性不能成为法律加以惩罚的理由,但不能因此改变人们对同性恋者“非正常”的看法。他们认识到单单自然科学上的“不可改变”无法完全消除人们的偏见。有人开始寻求另一种解释,认为性是文化的产物,“性领域有其自身内在的政治、不公正性和诸种压迫方式……爱欲生活的领域是被重新商定的”<sup>〔29〕</sup>。由此,同性恋是一个被建构的知识范畴,而不是一种被发现的认同。依据这种认识,同性恋是被强贴上去的一个标签,有了这个标签就能形成对同性恋的社会控制,所以,同性恋是不是先天的并不是问题的关键,问题的关键在于如何打破这种社会强加的政治的、身份的、话语的强制。一些同性恋组织提出要对这种来自社会的压迫和规范化进行反抗。“行动起来(ACT UP)就是在这一时期成立的团体之一,它组织公众进行抗议活动,他们冲入纽约股票交易所、堵塞金门大桥,并且中断了哥伦比亚广播公司的新闻广播。行动起来策略主要是抵制医疗机构、福利发放机构、保险公司等社会势力在权力和知识上所产生的影响。”<sup>〔30〕</sup>这种建构主义思潮在知识分子中甚为流行,但这种“哲学式的思考”很难取得普通人的共鸣,这种“反抗”也难以获得普通公众的认可。

因此,同性恋者不再强调这种“不可改变”,在具体的行动中也不再呼吁对“压迫的反抗”,而是争取平等对待,反对任何形式的歧视。这种策略必然要从争取法律上的平等开始,在法律上尚未实现平等的情况下,追求普通人的平等对待更是空谈。*In re Marriage* 案正是他们这种斗争策略的反映。所以,尽管法律已经赋予同性结合几乎与婚姻同样的权利,尽管事实上走入婚姻殿堂并不一定是大多数同性恋者的追求,但他们对同性婚姻合法的热情及期待依然强烈。也就是说,他们所争取的不是更多的利益,而是通过争取法律上的平等对待争取日常生活中的平等对待,争取在社会生活中“正常化”。换句话说,他们指向的是合法化,但目标在于“平民化”。所以,他们要重视这种“名份”,他们必须要“先正其名”。

*In re Marriage* 案的判决尽管已被公投否定,但影响深远。从法律研究者角度,它是美国同性婚姻合法化论争的一个缩影;从同性恋运动角度看,它反映了同性恋斗争的策略转变。虽然在经历了小试牛刀的欣喜之后又受挫折,但这并不意味着针对同性婚姻合法化斗争的结束,从某种意义上说,这只是一个开始。

〔28〕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》,《法学家》2009年第1期。

〔29〕〔英〕塔姆辛·斯巴格:《福柯与酷儿理论》,赵玉兰译,北京大学出版社2005年版,第30页。

〔30〕前引〔29〕,塔姆辛·斯巴格书,第65页。