

同性婚姻权之性理论探析

熊金才*

内容摘要 :上个世纪以来 ,人类在性理论研究领域取得了长足进展并形成或丰富了一系列理论 ,其中包括 :同性恋成因的本质论与构建论、颠覆婚姻性别基础的“酷儿理论”、作为人权的性权利理论、自由主义性伦理理论等。上述理论深化了人们对同性恋的认知 ,推进了同性恋权益保障的进程 ,为同性婚姻提供了理论支撑 ,促成了同性恋权益保障的历史性法律 ,但也给传统婚姻家庭法律制度带来了剧烈冲击 ,引发了人们对性权利与性道德、性自由与性秩序、婚姻家庭传承与变革等一系列重大问题的重新审视与深层思考。

关键词 :同性恋 同性婚姻权 性理论

引 言

2001 年以来 ,荷兰、比利时、西班牙、加拿大及南非相继采用“婚姻式”立法模式实现了同性婚姻法律认可。这 5 个国家均修改了婚姻的定义 ,改变了传统婚姻只限于“异性结合”的概念 ,将婚姻制度同时适用于同性结合与异性婚姻 ,并赋予同性结合者与异性婚姻配偶完全相同的权利与义务(对收养和共同监护有所限制)。《荷兰民法典》与《比利时民法典》将婚姻定义为“异性或同性两人之间所缔结的契约关系”^{[1][2]}。加拿大《民事婚姻法》将婚姻界定为“两个人之间排他性的合法结合”^[3]。西班牙《民事婚姻法》将婚姻界定为“异性或同性两人之间的结合”^[4]。南非“民事结合”^[5]法案承认同性结合为婚姻关系 ,并受现行《婚姻法》的一体调整。^[6]

* 汕头大学法学院副教授、厦门大学民商法学博士研究生。

[1]《荷兰民法典》第 30 条第 1 款 ,Marriage Act 2001 (Netherlands) ,载 <http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meijers/index.php3?m=10&c=69> 2006 年 9 月 6 日。

[2]《比利时民法典》第 143 条第 1 款 ,The first paragraph of article 143 of the Belgian Civil Code。

[3]《加拿大民事婚姻法》第 2 条 ,Section Two, Marriage — Certain Aspects of Capacity, Civil Marriage Act 2005(c.38) (Canada), 载 <http://www.parl.gc.ca> 2006 年 9 月 18 日。

[4]《西班牙民事婚姻法》第 157 条 ,Sabá do 2, Julio 2005, BOE nú m, 157。

[5]《南非民事结合法》,The Civil Union Bill 2006 (South Africa) (Minister of Home Affairs)[B—2006]. 载 <http://jurist.law.pitt.edu/pdf/SACivilUnionBilldraft.doc>。

[6]Brendan Boyle. “How the Civil Union Bill works”, *Sunday Times* (South Africa), November 12, 2006.

上述国家同性婚姻权的法律实践对提升同性恋的法律地位,保障同性恋的人格尊严、身份平等和财产权利具有里程碑意义,但也引起了人们的关注和忧虑,激起了传统婚姻捍卫者和反对者之间广泛的论争,引发了人们对自由与秩序、个人与社会、道德与法律、婚姻家庭传承与变革以及人生价值等一系列重大关系问题的重新审视。赋予同性婚姻权是否会动摇人类数千年来所构建的异性婚姻性别基础,^[7]危及人类的持续发展,是否会导致婚姻伦理的沦丧,给多偶制、近亲结婚、乱伦等以口实,最终导致人类性伦理的大“滑坡”^[8],使婚姻陷入无政府主义的泥潭,使社会处于“失范”的状态?对中国同性伴侣维权的呼声,我们将何以应对?是拒绝、是接受、还是回避或不作为?拒绝亦或是接受的理据何在?利弊何如?路径何处?

针对这些问题,人们从不同的角度,站在不同的立场,借用不同的理论,甚至在同一理论下,展开了激烈的论争。其中对同性婚姻权法律认可起到积极推进作用的性理论包括:同性恋成因的本质论与构建论、颠覆婚姻性别基础的“酷儿理论”、作为人权的性权利理论和现代性伦理理论等。这些理论在性学与法学的交叉领域中研究人类的性行为 and 性关系及其法律规制,起到了澄清认识,深入了解,树立对同性恋的正确态度的目的。与同性恋有关的性理论研究成果也促使人们重新审视同性性行为 and 性关系并促成同性恋相关制度规范的变革。同性性行为在世界各主要国家由非罪化→去病化→正常化的发展进程以及近10年来同性婚姻权法律认可的法律实践,尤其是同性结合婚姻化的法律实践均与性理论研究的拓展和深化密切相关。

同性婚姻权性理论的核心是性自由权,内容包括性选择权、性取向决定权、性别选择权、自慰权、隐私权和生育权。^[9]其实质是自由主义在性权利上的扩张。作为人权的性权利理论核心要义就是寻求性自由权的宪法保障,同性恋成因本质论的目的是为同性性行为自由奠定“天性的”自然法则逻辑基础,而同性恋成因的构建论将社会对同性恋的歧视与排斥归咎于异性恋主流文化对同性恋亚文化的压制,并试图以自由、平等和人权为依托解构异性恋霸权,最终为同性性行为自由争取话语权,酷儿理论则更进一步,其在挑战异性恋和同性恋两分结构的同时,无疑也颠覆了人类婚姻的性别基础;自由主义性伦理理论所主张的性活动三原则(自愿,在私密场所,当事人均为成年人)缓解了同性恋所受到的道德谴责与伦理制约,为同性恋营造了更加宽松的生存环境,在一定程度上为同性婚姻权的法律实践提供了伦理道德支撑。

一、同性恋成因的本质论

同性恋成因的本质说认为,同性恋在生理构造上存在和一般人的差异,包括胎儿期因素、大脑因素及荷尔蒙因素。正是由于这些物质的而非精神的因素,先天决定了同性恋的形成。英国性学家哈夫洛克·蔼理士在其1933年出版的《性心理学》一书中指出,同性恋与生俱来,并且是人类亘古以来的性爱表达方式之一。1976年,美国学者约翰逊·内德·卡茨发表了《美国同性恋历史》,从本质论的角度探讨了同性恋在美国的演变历史。1980年,耶鲁大学历史学家约翰·波斯威尔将多年的详尽考证编辑成书,发表了《基督教、社会宽容和同性恋》。此书列举了大量史实,从历史学的角度为本质论进行了

[7]“婚姻主体须为异性,是传统婚姻立法的最基本的规则。尽管成文法并没有作出过这样明确的规定,但它包含在对婚姻概念的传统的经典的解释之中。”[USA]Harry D.Krause, *Family Law*. West Group, 1995:43—44.

[8]“滑坡”理论认为,一旦我们容许A、B、C、D等不良后果就会相继出现,好像置身于又斜又滑的山坡上,不停滑落是制止不了的。如果同性之间可以结婚,乱伦是否应当得到允许?近亲是否可以结婚?跟幼童是否可以结婚?参见关启文《反性倾向歧视的思考》,载 http://www.truth-light.org.hk/artiole_vl/doc/a0000032.doc, 2009年2月20日。

[9]陆利平认为,对于同性婚姻,生育权是指利用各种人工生殖的方法繁衍后代的权利,如人工授精、试管婴儿、领养,如果法律允许的话,还应该包括克隆、代孕等。参见陆利平《制度真空下的爱——中国同性恋法律问题现状及反思》,载《法学新问题探论》,北京大学出版社2005年版,第121—133页。

坚定辩护,并认为建构论本身只是一种研究者建构的产物,而非对客观事实的反映。金西断言:“即使真的把所有有过同性性行为的人从今日社会中消灭干净,人们也没有丝毫理由相信它的发生率会在下一代人中有任何实质性的降低。从历史之初起,同性性行为就一直是人类性活动的一个重要组成部分。”^[10]

本质论于上个世纪90年代初因生物学和医学对基因和脑部研究等领域的突破而受到进一步重视。Hofman和Swaab报告指出,同性恋和异性恋在视丘下部存在核细胞大小和数量的不同。Allen和Gorski测量了人脑前联合大小并发现在同性恋男性中比在异性恋男性或女性中更大。美国国家癌症研究所的研究小组于1993年7月在《科学》杂志上发表的一篇报告揭示,比起一般人来,在76名男同性恋者的男性亲属中,同性恋的比例相当高,几乎所有的比例失调都出在母系这边。科学家据此推测,男同性恋可能是母系遗传的。为了证实这一推测,一项以40对同性恋兄弟为对象的DNA分析发现,33对兄弟的X染色体的一个特别区域上,兄弟之间竟有5个基因相同。从统计学角度看,有同性倾向的兄弟在基因上存在这样的相同不是偶然的。它表明,至少有一个与同性恋有关的基因位于染色体的这一区域。项目负责人声称:“这是迄今为止有关性倾向具有遗传基础的最有力证据。”

2008年6月,瑞典研究人员发现,男同性恋者和女异性恋者的大脑存在某些相似性,女同性恋者和男异性恋者的大脑也具有一些共同点。瑞典卡罗林斯卡医学院的研究人员对90名志愿者进行了对比试验,其中男女同性恋者各为20人,其他50人为异性恋者。核磁共振成像研究结果显示,女同性恋者和男异性恋者都拥有不对称的大脑,右侧脑半球比左侧脑半球略大,而男同性恋者和女异性恋者的左右脑半球是对称的。研究人员还用正电子断层扫描仪对志愿者大脑的杏仁核区域进行了分析。杏仁核与人类对恐惧等情绪的处理和记忆有关。分析结果显示,男同性恋者和女异性恋者的杏仁核结构存在相似性,而女同性恋者和男异性恋者的杏仁核结构更为相仿。参与这项研究的萨维克说,目前尚未找到造成同性恋者大脑具有独特性的原因。^[11]

尽管迄今为止有关同性恋的先天性成因仍无定论,但该理论已经成为与同性恋成因的建构论(该理论认为同性恋是由社会环境原因造成的)和交互式理论(性取向是先天遗传和后天习得共同造成的)并立的三大理论之一,对同性恋婚姻权的法律实践产生了积极影响。它使男女同性恋者向对同性恋感觉、行为和身份的正统谴责提出挑战。性倾向不依赖于人的选择,同性恋是上帝的创造,就像异性恋是上帝创造的一样。“对于将同性恋归咎于‘道德沦丧’的看法而言,本质论旨在说明,同性恋是一种不以人的意志为转移的生物本性,同性爱是人类本性的表达之一。”金西认为:“任何在生物学上有可能的事物其本身并不是内在有害的,因而不能认为是‘违背人类天性’的。”^[12]“如果同性恋的脑不同于异性恋的人,可能就决定了同性恋:(1)不能够对他们的性行为负责,并且因此,应该在法律上不受到歧视;(2)应该被同样地视作一种‘正常的不同’,也许正如左右手一样。”

同性恋本质论研究在丰富同性恋亚文化的同时,能够从不同的途径达成揭开同性恋成因真相之目的。这个真相会影响社会集体意识对同性恋的态度,进而影响同性恋婚姻权法律认可的进程与认可模式。但同性恋成因的本质论目前至少面临着如下三个困境:第一,目前,对同性恋先天成因的研究主要集中在对生理因素的测定上,至今仍没有一种理论得到确证和一致的公认。第二,受到同性恋成因之社会学建构论和交互式理论的双重挑战。第三,自证不足的悖论,即同性恋成因的本质论若不能获得生物遗传学的证明,则证明同性恋成因建构论或交互式理论的合理性。在此情形下,本质论者是否还能够找到保护同性恋者权益的基础呢?更何况,先天的也并不一定是合理的,可能的结果也许是“被当做一种先天的疾病,或者需要神经外科干涉”。

[10][美]阿尔弗雷德·C.金西:《人类男性性行为》,光明日报出版社1989年版,第217页。

[11]《瑞典研究发现同性恋者大脑具有独特性》,载<http://www.xinhuanet.com/world/gkj.htm> 2008年6月18日。

[12]转引自李银河:《李银河自选集》,内蒙古大学出版社2006年版,第73页。

二、同性恋成因的建构论

建构论认为,社会与文化的力量人为地造就了性倾向的观念,这种力量会随着历史和社会条件的不同而呈现出较大的差异,所以建构论又被称为社会建构主义。建构论的重大突破在于从社会的角度——而非同性恋者本身——来探索同性恋的成因,这与同性恋病态说寻找同性恋生物或生理原因的努力背道而驰。建构论认为,本质论只是出于自我辩护的被动心态,试图向主流社会靠拢,比如,其主要辩论方法就是列举历史上对于人类文明曾作出过杰出贡献的同性恋人士,以此说明自己除了性倾向方面有所不同之外,其他各方面与主流社会并无差别,即通过向主流社会“求同”来争取自身的生存权利。

建构论学者大卫·霍尔普伦指出:“除了西方社会之外,同性恋在二十世纪以前也许没有任何属于自己的历史。”(Hogan & Hudson, 1998)英国社会学家玛丽·麦金托许于1968年在《同性恋角色》一文中指出:“将同性恋定为一个专门的、受鄙视的、受惩罚的人群,其目的在于保护社会在整体上的纯洁性,就像将罪犯隔离后,来保证其他遵纪守法者。”(Mcintosh, 1968)凯·艾利克森于1964年指出:“变态并非某些行为方式的内在特性,它是那些目击了这种行为的观众直接或者间接地强加给这些行为的标签。因此,从社会学的角度来看,研究变态的重要变量在于社会观众,而非(具有变态行为的)个人,因为只有观众最后才有权决定某种行为是否属于变态。”

米歇尔·福柯是社会建构主义的最主要代表之一。他在《性史》^[13]第一卷首次从建构论的角度阐述同性恋的医学来源,并将“同性恋”一词首次出现的1869年作为同性恋者正式被确立为一个族群的开始。福柯主张,性是文化的产物,它不能被简单视作生物进程的延伸。同性恋者在不同时代以及不同文化的不同处境证明了同性恋是社会构建的产物。福柯认为,西方社会对同性恋的排斥只是近100年的事情。在古希腊社会,同性恋的概念与现代是迥然不同的,即古希腊人并未将同性爱与异性爱视为对立的事物,视为两种互相排斥的选择、两种根本不同的行为类型。福柯指出,同性恋不是一种天性,而是另一种风格,另一种美。“人们之所以可能对男人或女人产生欲望,只不过是天性植于人心之中的那种对‘美’的人的欲望使然,不管其性别如何。”

建构论从文化相对论出发,将矛头直指社会压制,指出道德本身就是一种社会性产物,并非某种自然属性的反映,所以同性恋者不应该拘泥主流社会的医学标准,也不必自缚于他们的道德管制,而是应该努力突破这种建构。福柯认为,对于建构的认识就是解构的开始,而解构有助于我们认清自己对快乐的需要,并看到走向快乐的道路上所面临的障碍,以采取行动加以清除,这对于以反歧视和反压制为目的的同性恋运动具有深远的启发意义。同性恋者不必被动地迎合主流社会(如外表上衣冠楚楚,并处处显示自己有建立忠诚的一对一伴侣关系的强烈愿望),也不必停留在抗议和呐喊,而是完全可以化被动为主动,建构起新的欲望,新的快感。

然而,对同性恋建构主义的解释,往往会导出同性恋是“一种选择”的结论,是与异性恋“原型”和本质的“真实”相对应的一种“异类”和“变态”,是与“负责的”、“道德的”选择相对应的“不负责”和“不道德”的选择。而这种选择在我们这个社会的多数人看来违背了性伦理的无伤害原则和道德原则,社会的谴责和公权力的干预因而有了合乎逻辑的正当理由。建构论所推导出来的这种结论使对同性恋的医学歧视、道德谴责、乃至法律制约更为简便易行,因为对某种行为的反对一旦演变为对一个人群的谴责,对这种行为的压制就会趋向普及化、制度化和效率化。^[14]

同性恋究竟是先天还是后天形成的,至今尚无定论。根据1992年美国精神病学调查,在508位

[13][France]Michel Foucault, *The History of Sexuality*, Volume One, New York: Random House, 1980.

[14]周安平《解构婚姻的性别基础》,《北大法律评论》2004年第1期。

应答者中 28%的精神病学家认为同性恋是一种不受环境影响形成的精神不正常病症,但是 72%的精神病学家则认为,同性恋的产生是因为生理因素造成的,如遗传、胎儿出世前荷尔蒙的发展,或者是前下丘脑间隙的核及大脑前连合构造差异等等不同的生理因素。虽然目前建构论主宰着同性恋研究和酷儿理论,但一些学者注意到两者都存有缺陷与不足。性学家约翰·德赛克和约翰·艾利亚批评本质论将性倾向缩微于“某种生物机制”,批评建构论将同性恋者描绘成“一种毫无自我意识的空洞的有机物,有待文化和社会来填补内容”。他们提议,性倾向是一种兼具生物、个人和文化的影

响。李银河教授在《同性恋亚文化》一文中写道:“我个人坚信,造成同性恋的原因是多样的,如同我们看见太阳发光,月亮也发光,可它们的发光机制根本不同一样。我是觉得每个人都有自己的权利。”但事实上,同性恋本质论和建构论的研究在丰富同性恋亚文化的同时,能够从不同的途径达成揭开同性恋成因真相的目的。这个真相会影响社会集体意识对同性恋的态度,进而影响同性伴侣关系法律认可的进程。根据 Schmalz 的调查,同性恋是先天还是后天形成的,对公众对同性恋的态度影响明显,见表 1。

表 1 同性恋本质论与建构论是如何影响对同性恋的态度的

共 1154 名 成 年 人	同性恋是一种选择(%)	是先天的(%)
78%认为同性恋者应当享有平等的工作机会	69	90
55%反对同性恋者作为孩子的小学教师	71	39
46%认为成年人的同性恋关系应当合法化	32	62
34%允许他们的孩子在一个父母是同性恋的孩子家里玩	21	50
22%有一个亲近的朋友或家庭成员是同性恋	16	29

资料来源:Schmalz,1993 年

三、颠覆婚姻性别基础的“酷儿理论”

酷儿理论(Queer Theory)是 20 世纪 90 年代于西方兴起的一种性理论思潮,由美国加州大学女权主义者罗丽蒂斯于 1990 年首次使用。酷儿理论源于同性恋运动,但很快便超越了仅对同性恋的关注,成为多学科理论的综合与所有“性少数”人群“正名”的理论(包括与主流性文化相对应的所有非主流或非常态的性表达方式,如男同性恋、女同性恋、双性等),并演变为一种质疑和颠覆性与性别

的两分模式,挑战婚姻的性别基础,甚至传统同性恋文化的思潮。酷儿理论首先挑战的是异性恋和同性恋的两分结构和婚姻的性别基础。性别二分法的基础在于生理性别(sex)-社会性别(gender)-性取向(sexual-orientation)的单一关系,即一个人的生理性别决定其社会性别特征和异性恋欲望。但酷儿理论认为,同性与异性,男人与女人的二分结构是压抑人之自由选择的囹圄。生理性别、社会性别和性取向之间,没有必然关系。人的性倾向是流动的,不存在同性恋者或异性恋者,只存在此一时的同性间的性行为以及彼一时的异性间的性行为,甚至,不存在绝对的传统意义上的男人或女人,只存在着一个个具体的,活生生的人……行为与性倾向上均具有多元的可能性。所谓单一关系之目的在于维持大多数人的生活方式,实现异性恋者多数对同性恋者少数的统治。

金西的报告支持了酷儿理论。根据金西报告,有 50%以上的男性和 30%以上的女性在一生中曾经有过同性性行为的经验。巴特勒的“表演”理论给出了进一步的回应。巴特勒认为,人们的同性恋、异性恋或双性恋的行为都不是某种固定的身份,而是像演员一样,是一种不断变换的表演。性身份的二分法从遗传上就是不稳定的,这种截然的二分是循环定义的结果,并非内在实质和必然。一个女孩

子(生理性别拥有女性性征),可以扮成一个男孩子(社会角色拥有男性特征),去追求一个女孩子(性取向为同性恋)!巴特勒认为,根本不存在“恰当的”或“正确的”社会性别,即适合于某一生理性别或另一生理性别的社会性别,也不存在生理性别文化属性。异性恋的性统治是生理性别的强迫性的表现。^[15]

酷儿理论的挑战性和颠覆性在具有破坏性的同时,也具有创造性和重构性,因而具有积极的创造文化的价值。从酷儿理论中,同性恋婚姻权支持者获得了创新文化遗产的动力与摆脱文化桎梏的力量。酷儿理论认为,婚姻的异性性别基础从来就不是什么自然、必然或规律,而是主流文化的一种选择、一种构建或一种霸权,最多是一种约定俗成的规范。酷儿理论要颠覆的正是主流文化的霸权,要争取的正是非主流文化选择的自由和平等权利。不仅如此,酷儿理论还拓展了人们对同性恋的认知,它使一部分人逐渐在接受这样一个观念:同性恋既非犯罪,亦非病态与变态,它仅是特定人群的一种生活方式。倘若这种生活方式不构成对社会与他人的影响与伤害,它就可以游离于主流性文化之外。酷儿理论还隐藏着这样的谋略:使所有的边缘群体能够联合起来建立一种政治同盟,采取共同的行动,挑战传统的婚姻价值观,抵制一切源于异性霸权的歧视和一切形式的羁绊,最终自觉地跨越性别类型的尊卑顺序,为个人自身的生活方式夺回话语权。

但酷儿理论在挑战传统与权威的同时,却未能清晰地勾画其将要重构的秩序以及如何重构。人类社会是在传承文化与创新的循环往复中发展和实现秩序的,绝对的自由、完全的民主和权威尽失的社会从来就未出现过,那将是一个“失范”的状态和失控的世界。酷儿理论具有的颠覆性但不能展示其重构蓝图的呐喊不但难以获得社会一般成员的认同,甚至难以得到“酷儿”多数的支持。因为酷儿中的多数想要得到的是不同生活方式的相互尊重与和谐共处或不同价值取向的无歧视对待,而不是一个人人自行其事的失控的社会。酷儿理论体系的残缺及其内在矛盾注定其意欲打造的政治同盟不可能成立,进而决定其在一切“非常态”群体权益保障进程中影响的有限性。

四、作为人权的性权利理论

性权利是指“人们依法表达自己的性意愿和进行性行为的权利。”^[16]性权利作为最基本的人权,是社会中的每个人都具有的个人权利。恰当地行使性权利,对人类自身的繁衍存续,对个人的幸福、发展和健康,甚至对社会的稳定,都有重要的意义。拉默尔在《你在性方面的人权法案——性抑制有害后果的分析》一书中认为,人在根本上是“性”的,“性”乃是人的一种基本权利;一个人在不侵犯他人、也不危害社会的条件下,有权表达和满足其性爱和性欲,不必存在任何外加的犯罪感、羞耻感、不道德感和恐惧感。^[17]

1999年世界性学会通过的《性权利宣言》明确指出,性权利是基本的人权,是每个人人格之不可分割的部分,其以全人类固有之自由、尊严与平等为基础。《性权利宣言》共列举了11项性权利,构筑了一个较为完整的性权利体系。这些权利包括:性自由权,性自主权、性完整权和性身体安全权,性私权,性平等权,性快乐权,性表达权,性自由结合权,自由负责之生育选择权,以科学调整为基础之性资讯权,全面性教育权,性保健权。其中,性自由是《性权利宣言》性权利体系的核心。在性自由权之后所列的10项性权利中,性自由结合权、性表达权与自由负责之生育选择权应当属于性自由权的内涵;性自主权、性完整权与性身体安全权主张自主决定性生活、掌握享有自己的肉体并使之免受侵害;性私权将亲密关系视为私人事务,排除外在的专横干涉;性平等权主张性的多样性,反对基于任

[15]参见李银河《酷儿理论》,文化艺术出版社2003年版,第4—5页。

[16]陈云华《论作为人格权的性权利及其法律限制》,《政治与法律》2008年第8期。

[17][USA]Ramer. L.V., *Your Sexual Bill of Rights: An Analysis of the Harmful Effect of Sexual Prohibitions*. New York: 1971.

何理由的性歧视,也无一不体现着“性的自由”。〔18〕

性权利的人权视角为将婚姻制度适用于同性结合者提供了人权理论支撑,同性结合者平权的诉求于是成为自由权、平等权和个人价值实现的路径。《性权利宣言》视性权利为基本的人权,是每个人人格不可分割的部分,从而超越了“性别”,为同性结合者在天赋自由、尊严与平等的基础上争取与异性婚姻配偶平等的性权利提供了人权理论支撑。加拿大《民事婚姻法》序言开宗明义地指出:“加拿大《人权与自由宪章》无歧视地保护同性婚姻和异性婚姻。”〔19〕美国夏威夷州巡回法院 Chang 法官于 1996 年 12 月 3 日就 Baehr v. Miike 案作出的判决认为,以性别为基础的分类违反了夏威夷宪法中关于平等保护的规定,拒绝向同性结合者颁发结婚证是一种性别歧视。〔20〕2005 年,南非宪法法院裁定南非《1961 年婚姻法》将婚姻界定为一个女人和一个男人的结合违背了宪法的平等原则,要求《婚姻法》作出修正,赋予同性结合者与异性婚姻配偶同等的权益和保障。〔21〕

然而,以性自由权为核心的性权利理论在为同性恋婚姻权提供人权理论支撑的同时,也加剧了道德与法律、性自由与性秩序的冲突。根据性自由原则,成年人在私密场所自愿发生的性行为,包括同性间的性行为,国家或任何个人均无权干预。而事实是:在人类婚姻家庭法律制度史上,性自由始终受到子女利益、家庭利益和国家或社会利益的制约。为了繁衍和教育后代,为了人类的持续健康发展,为了维护社会一般成员的集体意识和道德伦理标准,不同国家和文化在婚姻家庭制度形成以来的不同历史时期均对同性性行为施加了不同程度的限制。即使在已经法律认可同性婚姻的一些国家,也对同性结合者的监护权和收养权作出了限制。其中的一些国家还规定,同性婚姻注册官或宗教人士可以基于其宗教信仰、道德判断或价值观,拒绝为当事人提供相应的服务。如加拿大《民事婚姻法》和英国《同性伴侣关系法》均有类似规定。可见,性并不是简单的天赋人权,同时也是文化认同、宗教认可、道德接纳。性权利的人权保障受社会和历史条件制约,性权利在不同社会文化背景 and 不同历史时期具有不同的内涵。

可见,性并不是简单的天赋人权,同时也是文化认同、宗教认可、道德接纳。从此意义上讲,性权利的人权保障是受社会和历史条件制约的,性权利在不同社会文化背景 and 不同历史时期具有不同的内涵。但在婚姻家庭制度的根基依然坚实的今天,性权利的人权理论尚不足以实现同性结合者与异性婚姻配偶在法律身份上的平等。以美国为例,尽管美国宪法第十四修正案规定,各州非经“正当的法律程序”,不得限制公民的自由,也不得剥夺任何人享有的“法律的平等保护”,但美国最高法院于 1986 年对“巴威尔诉哈德维克案”〔22〕的裁决中,并未推翻佐治亚州将成年人之间自愿的性行为定为犯罪的法律。拜伦·怀特大法官对“正当程序条款”的解释是:“这一条款只保护那些‘深深扎根于这个国家的历史和传统中的’权利。”〔23〕

德沃金在论及对同性恋者的婚姻权予以限制是否违宪时,提出了“严格的”审查标准,即对同性恋者婚姻权的限制违背正当的政治目的,异性恋者多数对同性恋者少数的偏见和蔑视是正常的民主制度中的一个单独的缺陷,其严重程度足以为对经受此种偏见的人有害之立法进行“严格的”审查提供正当性。(德沃金 2002:538)但令人困惑的是,美国不同的州在运用该标准对州宪法进行严格审查后却得出不同的答案,作出了截然不同的决定,即禁止同性婚姻违宪和认可同性婚姻违宪两种结果。

人类从前婚姻时代进入婚姻时代经历了漫长的历史时期,而这一过渡是从性自由向性规制(相

〔18〕参见赵合俊《性权与人权——从性权宣言说起》,《环球法律评论》2002 年春季号。

〔19〕Civil Marriage Act 2005 (c.38) (Canada), Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, 载 <http://www.parl.gc.ca>.

〔20〕See Hawaii Court Finding, Baehr v. Anderson (was Baehr v. Lewin, then Baehr v. Miike). Judge Kevin S.C. Chang. Filed in the First Circuit Court, State of Hawaii. 11:06 a.m., Dec. 3, 1996. R.S. Yamada, clerk. 载 <http://www.buddybuddy.com/finding1.html>.

〔21〕“South Africa: Gay, Lesbian Groups Welcome Passing of Civil Union Bill”, *Africa News*, November 15, 2006.

〔22〕Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186 (1986).

〔23〕[USA] Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, JSPPH, 2002:531.

对不自由)发展的。对前婚姻时代的性状态,即人类原初的性状态迄今并无定论。恩格斯在《家庭、所有制和国家的起源》一书中指出:“群婚制是与蒙昧时代相适应的,对偶制是与野蛮时代相适应的,以通奸和卖淫为补充的一夫一妻制是与文明时代相适应的。”以此推测,前婚姻时代的性自由是杂交和乱婚。那么,人类何时会超越婚姻而进入后婚姻时代?超越婚姻的后婚姻时代的性状态是否符合人类的理想?这一切均是不确定的。所能够确定的是:在现在的社会历史条件下,一切与婚姻利益相冲突的性关系和性行为都会受到不同程度以及不同方式(如法律、道德、舆论)的制约,性不可能是绝对自由的。性自由受到性秩序、性道德和公序良俗等的制约。同性性行为只有在符合特定历史时期的性秩序、性道德和公序良俗的前提下才有被认可为婚姻关系的法理依据。

五、自由主义性伦理理论

性伦理是关于性行为、性关系、性道德的伦理规范,是一定社会政治、经济、文化、道德、宗教以及婚姻家庭制度和民族风情的折射。^[24]在不同文化和不同历史时期,性伦理具有不同的内涵。原始社会时期,性伦理被视为神灵掌握人类生死,控制氏族兴衰的不可抗拒的自然法则,是神灵赋予人类的禁规。基督教宗教神学家把性伦理与宗教教义及上帝旨意相联系,将性伦理的起源归因于《圣经》的“原罪说”,视性伦理为上帝惩罚男女之间的情欲而为人类颁布的禁令和禁规。中国在漫长的封建社会时期形成的性伦理具有典型的重性的社会属性而忽视性的自然属性,即强调性的“应然”状态,而忽视性的“实然”状态。近代自由资本主义时期崇尚自由、平等与人权,反对宗教禁欲主义,初步形成了性伦理的禁忌原则、隐私原则、自愿原则、无伤害原则和性爱原则。20世纪六七十年代,西方尤其是美国掀起的“性革命”和“新道德”浪潮,给传统性伦理带来严峻挑战,生成了自由主义性伦理理论。^[25]

自由主义性伦理主张性解放和性自由,提出了性行为的“自愿、隐私与私密场所”三原则,反对他人、国家或社会对一切在自愿的成年人之间于私密场所发生的性行为的干预或制裁,反对以国家或整体利益之名而限制公民的性自由或性权利。自由主义性伦理认为,限制性自由的唯一合理解释就是“伤害原则”,即“对个人自由进行限制是为了防止伤害他人或社会的公众利益,则这种限制就是合理的(即得到辩护的)”^[26]。密尔在《论自由》一书中认为,对他人或社会的伤害是唯一可以得到辩护的限制个人自由的原则。他认为,个人对自己的身体和心灵的主宰是绝对的,任何人或社会都不能为了某人个人的利益为由而干涉此人的自由,对此,只能劝说,而不能强迫。因此,他坚决反对性伦理之合法的家长制原则^[27]和合法的道德主义原则。^{[28][29]}

自由主义性伦理所主张的最大限度地扩大个人性自由的观点,为同性恋婚姻权提供了性伦理理论支撑。根据自由主义性伦理观,同性性行为符合自愿原则、隐私原则和无伤害原则。(1)性伦理的自愿原则要求,性行为应以双方自愿为前提,一方对另一方基于胁迫、欺诈而为的性行为有违当事人的真意,受侵害方可寻求民事和刑事救济。^[30]而成年同性在自愿前提下的性行为并不违背这一原则。(2)性伦理的隐私原则本来就不构成对同性性行为的制约,只要当事人将性行为限制在私密空间,不在公共场所暴露或进行,不公开展示。(3)同性性行为是同性伴侣个人之间的隐私,不构成对他人的

[24]张玖玖等《性伦理学》,首都师范大学出版社1998版,第56页。

[25]按照这些原则,那些处死同性恋的社会(世界上还有7个国家有这样的法律)是侵犯人权的,将发生一夜情的人判为“流氓罪”是违反人权的。载 Lijinhe.vip.bokee.com, 2006年8月20日。

[26]陈真:《当代西方性伦理学综述》,《国外社会科学》2004年第5期。

[27]按照这一原则,如果对个人自由的限制是为了防止个人对个人自己的伤害,则这种限制就是合理的。

[28]按照这一原则,如果对个人自由的限制是为了防止个人不道德行为的发生,那么这种限制就是合理的。

[29][UK]Mill, John Stuart, *On Liberty*, Indianapolis, The Liberal Arts Press, 1956:13.

[30]王歌雅:《论同性恋者婚姻权的法律规制》,《甘肃社会科学》2008年第1期。

伤害,也无损国家或社会利益,更与公序良俗无关。因此,符合性的无伤害原则。

自由主义的性伦理观强调的是性的自然属性,认为性是两个人之间的私事,一个人对自己的身体有绝对支配的权利,两个自愿的成人之间的性事是两人之间的私事,与他人无涉。性自由不会对他人、家庭和社会造成不良影响,性不应当受到道德桎梏。托马斯·梅普斯认为,对性而言,只有一条道德规则,那就是看一方是否不道德地利用了另一方。^[31]自由主义性伦理观的代表戈尔德曼认为,“性”仅仅指生物学意义上的性行为,不应该和有关的社会功能、目的或道德意识形态联系在一起,如繁衍后代、表达爱情、沟通、承诺等。他认为,性欲仅仅“是接触另一个人身体并获得身体接触所带来的快乐的欲望”^[32],因此,性爱主要的、直接的目的是追求快乐,别无其他。福柯反对权力对性的任何干涉。福柯认为,性不应成为立法惩罚的对象。“国家和司法对性的干预越多,个人的自由就越少,而国家对性干预越少,则个人自由越多。”^[33]

然而,自由主义的性伦理观是与传统性伦理观严重背离的,因而并不为社会一般成员所普遍接受。传统性伦理观认为,性是自然属性和社会属性或“实然”与“应然”的统一,性并非纯粹的个人“私事”,其关乎国家或社会利益。因此,对性自由适度的公权制约是有益的,是维护性权利和实现性秩序的的必要。同性恋婚姻权法律认可会颠覆传统的异性婚姻性别基础,给未成年人及社会造成负面影响。同性结合者不能生育,不能为未成年人创造有利的成长环境,因此应当受到道德谴责和法律约束。此种观点构成了支持传统婚姻且在道德上占多数者对同性恋少数性自由权的限制,亦是多数国家同性恋婚姻权法律认可短期内难以逾越的“道德上的多数”或“集体意识障碍”。1998年至2008年,美国多个州通过公民表决的方式否决了同性恋婚姻权法律认可提案,有27个州通过公民表决通过了禁止同性结合的捍卫传统婚姻的宪法修正案。^[34]这一结果表明,即使在弘扬个人主义价值观的美国,婚姻的性别基础依然坚实。同性恋性自由权依然未能获得社会多数的认同。

结 语

同性婚姻权的性理论基础是性自由权,这与法律所追求的自由、平等与公正价值并不矛盾。仅从立法的平等与公正角度看,同性婚姻权并不存在太多障碍。对此问题的分歧或争议在于:同性结合是否等同于异性婚姻?其间是否存在本质的区别?将同性结合等同于婚姻的支持者认为:“难以在同性与异性伴侣间发现如此多的差别,以致可以据此证成能对其在法律上的区别对待。声称同性结合趋于较不稳固的论点,并不为经验的证据所支持,甚至生育和孩子本身也不构成实质性的差别。婚姻不取决于生育的能力和意愿。”^[35]“今天,许多孩子在同性恋的家庭中得到抚养……今日的现实是越来越多的同性恋者借助日益有效的助产技术怀孕和抚育孩子。”^[36]

然而,婚姻作为“异性成人间自愿的排他性结合”是人类数千年来普遍的社会实践,即使在当下已经实现同性结合婚姻化的国家,传统婚姻仍具有典型意义。因此,在平等保障同性结合者的人格权和财产权前提下,在身份上对同性结合与异性婚姻区别对待,既尊重了婚姻的文化遗产,亦不构成对

[31][USA]Mappes, Thomas A.& Zembaty, Jane S.(eds.), *Social Ethics: Morality and Social Policy*, NewYork:McGraw—Hill,2002:174.

[32][Canada]Goldman, Alan H., *Plain Sex*,in Olen & Barry(eds.), 2002:90.

[33]参见李银河《福柯与性——解读福柯〈性史〉》,山东人民出版社2001年版,第132页。

[34]“Efforts to Define Marriage by Constitutional Amendment”, 载 http://www.wiki.cn/wiki/List_of_defense_of_marriage_amendments_to_U.S._state_constitutions_by_type.

[35][德]夏埃尔·克斯特尔:《欧洲同性恋立法动态的比较考察》2002年2月13日在英国伦敦学院的演讲,载 www.lawroad.net/blog/html/75/viewthread_t_43K, 2006年7月30日。

[36]贝克尔诉佛蒙特州案,参见奥伦特利切尔、比扬德·克洛宁:《为同性伴侣扩大相关的选择》,《布鲁克林法律评论》2000年—2001年第66期。

同性恋者的歧视性对待,且有助于强化相关立法的调整效果,因为当下社会的绝大多数人依然坚信生育与抚养子女是婚姻最基本的功能之一。婚姻具有特殊的含义,同性结合不应当等同于婚姻。^[37]正是基于这样的考量,在已经法律认可同性结合的国家或地区中,多数以“伴侣式”或“渐进式”立法模式实现了同性结合的法律认可。^[38]对于文化单一、法律道德化、法治发展相对滞后、同性恋平权诉求被贬抑的中国,在推进同性恋权益保障的进程中,后两种立法模式应当是更理性的选择。

[37][德国]夏埃尔·克斯特尔在《欧洲同性恋立法动态的比较考察》一文中指出:“法社会学教训我们,任何希望其规则有实效的立法机关都必须考虑到社会对法律的可接受性。在我看来,大多数欧洲国家的人们还没有准备好接受同性婚姻这一观念。他们准备好接受的是应当尊重任何相互之间所达成的分担责任和相互关照的严肃承诺,而不管作出承诺的当事人是同性还是异性。但这绝不应当将其与婚姻相混淆,婚姻有着特殊的含义,否则根据统计数字作出的判断看起来就是本末倒置。”

[38]迄今为止,同性结合法律认可模式可归纳为三类:(1)“伴侣式”立法模式。英国、德国、丹麦、瑞典、挪威和冰岛等采用了此立法模式。该模式创设了一种新的在形式上有别于异性婚姻配偶身份的同性伴侣身份以区分异性婚姻与同性结合,并对两者作出了不同的界定,即异性结合为婚姻(marriage),同性结合为伴侣(partner)。前者受婚姻法的调整,后者受同性伴侣关系法的调整。(2)“婚姻式”立法模式。荷兰、比利时、西班牙、加拿大及南非均采用了此立法模式,即视同性与异性结合均为婚姻,将婚姻制度同时适用于同性结合与异性婚姻。(3)“渐进式”立法模式。该模式是指“伴侣式”立法模式及“婚姻式”立法模式之外的所有立法模式。与上述两种立法模式不同,“渐进式”立法模式并未赋予同性结合者与异性婚姻配偶相同或类似的身份权或法律地位,它给予同性结合者的仅是异性婚姻配偶享有的部分权利和保障。法国及美国的部分州采用了该模式。参见熊金才《民事伴侣关系法律认可的现状及其立法模式》《河北法学》2007年第5期。