

# 浅析同性恋者诉求与公共秩序冲突的解决方法

孟祥志

(厦门大学法学院 361005)

**【摘要】**随着医学、伦理学和社会学对同性恋现象的深入研究,对同性恋者婚姻家庭权利予以法律保障的全球化立法运动此起彼伏。同性恋者追求永久结合的诉求具有正当性,但这基本的诉求却是被公共秩序所排斥。本文试通过分析同性恋作为一个弱势群体产生的原因;历史发展;现状分析;合法性论证;以及从法律层面上的解决方法来试论述当同性恋者的诉求与公共秩序发生冲突时的解决之道。

**【关键词】**同性恋;群体诉求;公共限制

## 一、同性恋法律问题概述

### (一) 概述

要研究法律制度下的同性恋问题,我们有必要先从同性恋的本质下手,同性恋究竟是天生的生理性特征决定的还是由于后天而生成的畸形的精神人格,这对我们分析当今的法律制度和提出新的方法颇有帮助。

首先,我们从历史领域来看看同性恋问题,同性恋(homosexuality)是由一名德国医生 Benkert 于 1869 年创造的(Plummer, 1984)。这个词描述的是,对异性人士不能做出性反应,却被自己同性别的人所吸引。在 Benkert 创造这个医学名词之前,同性性行为被谴责为罪恶而为人们所不齿。如今,同性恋是指一个人在性爱、心理、情感上的兴趣主要对象均为同性别的人,无论这样的兴趣是否从外显行为中表露出来。那些与同性产生爱情、性欲或恋慕的人被称为同性恋者。同性恋经历了由“犯罪”到“宽容”的发展历程,具有一定的历史的进步意义。

20 世纪初,世界医学界否定了同性恋性取向与道德相关的观念。认识到同性恋是人性的一种自然流露,并非内心的扭曲,应尊重他们的个性化情感的发展。经过医学专家从生物学方面的研究,认为同性恋的形成有如下缘由:生物本能、遗传因素和性激素影响。尽管仍然存在较大的争议,但是有一点是毫无疑问的,同性恋并非由于精神状态的畸形导致的,它是由于生理上的原因造成的,那么也就是说,同性恋问题并非是个案,而是广泛存在于人群当中的正常现象,也就成为了人们的自然权利之一。

如上所说,既然同性恋权成为了人们的自然权利,那么同性恋对于社会公共安全产生的问题与同性恋者的权利之间产生的问题,随着同性恋逐步得到社会的认可而成为了热点问题之一,那么究竟用什么制度和方法才能妥善解决呢?要解决这个问题,我们有必要了解同性恋的发展历史及现状。

### (二) 同性恋问题产生的原因分析

同性恋,在学术上争论,一直有两种划分,一是先天派,二是学习派,前者是生理的原因决定其性取向,后者是环境和社会的因素决定其性取向。

在欧洲那样富足的高福利社会,生存没有压力和危机感,社会发展主要靠的是智力而非体力,因此荷尔蒙分泌降低。男性自身女性化,那么心理上就会排斥女人。人类大量的繁殖往往是应付

战争、饥荒、社会动荡和瘟疫,没有这些威胁存在的时候,也就没有生殖欲望,同样的道理,在没有繁殖压力的情况下,男人已经女性化,不再对女人渴求,女人也不再需要分泌雌性荷尔蒙去诱惑男人,那么女人也会变得中性化或男性化,这样的社会必然滋生出大量男女同性恋者。这跟中国几千来的历史经验相一致。同时,伊斯兰世界的暴力倾向,可能是由于偏食荷尔蒙含量比较高的食物,这大概也是造成他们胡子浓密,以及特别不能容忍同性恋行为的原因。西方目前的同性恋泛滥跟物质富足和社会现代化、信息化有关,它的主流人群是男性。中国目前的同性变化是社会动荡、不安定的结果,它的主流人群是女性。中国女性同性恋比例要远高于男子同性恋,这是因为目前的社会畸形、动荡,没有社会福利保障系统,医疗混乱、治安恶劣、食品有毒,人口与就业矛盾突出,而在腐败政治之下,社会最繁荣的是服务业,那么,在这样的社会,男子就业压力要比女子更大,多数男子并不能给女子带来安全感,女子与男子恋爱的心理负担以及社会成本非常大,跟年轻人男子恋爱,对方没有经济基础,没有安全保障,跟成功男子恋爱,又有年龄差距造成的巨大代沟。

## 二、同性婚姻的正当性合法性分析

第 1, 同性恋现象早在远古时代就已有之。在各种品性中,记载得最多的是同性恋,中外的历史里似乎只有两个时代,在西洋是希腊,在中国就是两晋六朝了。”4000 年前埃及人把男性之间的性爱行为看作神圣的事情,在中国古代的六朝时代,就有同性恋的记载。有数字显示,目前我国 15 岁至 60 岁的同性恋人数约为 3000 万。

其次,同性恋是人权的应有之义。人生来就是平等的,人的生命,自由和追求幸福的权利是不能被剥夺的。《世界人权宣言》宣称:“人人有资格享受本宣言所载的一切权利和自由,不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产或其他身份等任何区别”。

第三,考察婚姻的形式,不难发现。婚姻的形式从来就不是一成不变的,而是处于发展变迁的过程中。古代的掠夺婚、买卖婚、交换婚、劳改婚、赠与婚、收继婚、聘娶婚,摩挲族至今仍在实行的走婚,在当时的社会环境中无疑是得到主流道德认同的。既然同性恋者也是人,也同样需要家庭生活。尽管同性恋者仅仅是社会的少数群体,仍然应当享有作为人应当享有的基本自由和权利。

第四,同性恋不违反法律。我国宪法第 33 条规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”《民法通则》第 10 条规定“公民的民事权利能力一律平等”,《民法通则》第 103 条规定:“公民享有婚姻自主权,禁止买卖、包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为”,平等权是每个人都享有的重要权利,保障公民的平等权是每个国家政府的义务。先有权利的诉求,然后才有权利的保护。同性恋公民和异性恋公民享有平等的婚姻自由,只要不违背公序良俗和社会公共利益,应在法律上保障同性恋者的婚姻自由。现在所缺失的是在具体婚姻家庭立法层面保障这些基本原则的实施。

综上,自然界和人类社会普遍存在着同性恋的现象说明,同性恋者不是人类的异化,同性恋者以建议婚姻和家庭来追求幸福生活最基本的人权,其诉求合法正当,对同性恋结合立法保护已经全球化趋势,我国法学应该正面同性恋这一庞大群体的权利诉求,借鉴其他国家关于同性恋的立法例,将同性恋者的婚姻合法化,制定出符合我国国情的同性婚姻自由的法律保护制度。

### 三、同性恋群体诉求与公共秩序的博弈

同性恋者是一个处于社会边缘化的特殊的弱势群体,他们的社会生存境况较差,基本权利经常受到公权力侵犯和践踏。这种侵害主要来自两个方面:一方面是来自国家机关及其公职人员的侵害,尤其是公安机关的侵害。另一方面是来自社会组织和公民个人的侵害。如一些企业在招聘员工时拒绝录用同性恋者,这使得同性恋者的基本权利受到了侵害,亟需得到宪法和法律的有效保障。

#### (一) 从宪法层面保护同性恋者基本权利的必要性

第一,民主宪政发展的必然要求。同性恋群体作为社会中的一个特殊群体,已经成为社会群体中必不可少的一部分,那么根据宪政的要求,他们享有的基本权利应该得到宪法的保护。否则,宪法就纯粹是一种标榜,是一种五彩斑斓的肥皂泡沫,那么民主宪政就很难实现。

第二,同性恋者在我国人数相对较多,必然要涉及许多宪法问题。男女同性恋人口在人群中会占到3-4%,在中国就是3900万-5200万人”。面对这样庞大的群体,同性恋者是否享有基本人权,享有哪些基本人权,这些基本人权受到侵犯如何救济,同性恋者的基本权利行驶的范围和界限等问题只能在宪法学领域才能解决。

第三,同性恋群体作为社会弱势群体,其权利常常受到公权力机关的侵犯和践踏,只有将同性恋者享有的这些权利上升到宪法的高度,在宪法条文上确立并给与保障,才能用基本权利去反抗公权力机关的侵权行为。

第四,必须从宪法意识的角度引导人们对同性恋想象的认可和接受。现在许多西方国家已经认可、接受了同性恋现象。在中国,大多数人对同性恋想象只是肤浅的认识,导致了他们歧视同性恋者,肆意侵犯和漠视同性恋者享有的基本人权。为了保障同性恋者的基本权利必须首先要改变公众对待同性恋者的态度,而要改变公众对同性恋者的态度最好方法就是用法律规范(含宪法规范)来予以引导。

#### (二) 我国同性恋者基本权利保护的缺失

从世界发展潮流看,大多数国家逐渐认识和接受了同性恋群体,并寻求在宪法和法律上对他们给予必要的保护。但就目前而言,我国宪法和法律对同性恋者基本权益的保护尚处于缺失状态,主要表现在以下几个方面:首先,在宪法上没有明确的条文对同性恋者的基本权利进行承认与保护。其次,缺少宪法性法律对同性恋者的基本权利保护。再次,缺少必要的宪法程序保护同性恋者的合法权益免受公权力的侵害。最后,没有一个强有力的人权保障机构保障同性恋者的基本权利。

#### (三) 宪政视角下同性恋者的基本权利保护

宪政“被视为不受所有机关和所有政治权威之行使的侵害。”“这种权利观保护个人不受社会的侵犯,不仅不受政府官员的侵

犯,甚至不受多数人、不受民选代表的侵犯。”为了在宪政状态下充分的保障同性恋者的基本权利不受政府机关和其他社会群体的肆意侵犯,应该从以下几个方面加强和完善对同性恋者的基本权利保护。

1. 加强宪法解释和宪法修改,补充和完善同性恋者的基本权利保护,虽然我国宪法也规定了法律面前人人平等,国家尊重和保障人权。但这些规定对同性恋者是否适用,如何适用,同性恋者的基本权利包括哪些,具体是什么?尚不得知。必须加强对宪法的解释工作,在宪法解释时将普通公民享有的基本权利扩大到同性恋者身上,明确人权的主体包括同性恋者。

2. 进一步完善宪法性法律,切实保障同性恋者的基本权利。具体来说包括:1. 明确同性恋者享有平等人格不受歧视权。禁止任何单位和个人以任何方式对同性恋者进行侮辱和歧视;2. 明确同性恋者享有隐私权。任何单位和个人不得泄露同性恋者的姓名、住所、工作单位和病史等资料;3. 明确规定同性恋者的合法行为与违法行为,并规定其违法应承担的法律责任;4. 明确同性婚姻或同性伴侣的法律地位。通过具体的法律规定来保障同性恋者的基本权利得以实现。

3. 改革现行婚姻登记制度,保护同性恋者同性婚姻自由权。我国目前实行的婚姻登记制度是男女双方异性婚姻登记制度,排斥了同性申请缔结婚姻的可能。因此,为了保障公民宪法上规定的权利能够得以实现,必须顺应时势之需要改革现行的婚姻登记制度,将现行的《婚姻法》和婚姻登记制度修改为结婚当事方为异性或同性者皆可向婚姻登记部门申请结婚登记,婚姻登记部门对同性婚姻的登记申请不得拒绝。

4. 必须设置必要的保障公民基本人权的宪法程序。效仿美国模式,在宪法中增设“正当法律程序”条款及逐渐在宪法修正案中补充、完善现有宪法权利保障程序的模式来保障同性恋者的实体宪法权利不受肆意侵犯。

5. 建立专门的宪法权利保障机构来保护同性恋者的基本权利。同性恋者就是特殊群体,当他们权益受到各个方面侵害时,没有机构能够帮助他们维护权利。总之,随着政府和公众对同性恋者这一社会弱势群体的不断理解与关注,以及同性恋群体自身不断的努力,我们相信,同性恋者的基本权利终会被宪法和法律予以确认和保护。

### 四、结论

总之,随着政府和公众对同性恋者这一社会弱势群体的不断理解与关注,以及同性恋群体自身不断的努力,我们相信,同性恋者的基本权利终会被宪法和法律予以确认和保护。

### 【参考文献】

- [1]李银河.同性恋亚文化.中国友谊出版公司.2002年版.第2页.
- [2]刘旺洪.公民基本权利宪法保障程序论略.江苏社会科学.2000(5).
- [3]浦琼尤,李倩.中国同性恋者生存状况调查.环球杂志.2005(7).
- [4]刘达临,鲁龙光.中国同性恋研究[M].中国社会科学出版社.2005年版.
- [6]刘达临.中国婚姻家庭变迁[M].北京:中国社会科学出版社.1998年第37-50页.
- [7]刘达临,鲁龙光.中国同性恋研究[M].北京:中国社会科学出版社.2005年第96页.