



同性恋问题的宪法学思考

马平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



同性恋问题的宪法学思考

马平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

同性恋问题的宪法学思考 / 马平著. —北京:法律出版社, 2011. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1992 - 5

I. ①同… II. ①马… III. ①同性恋—研究—中国
IV. ①D669. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 053261 号

同性恋问题的宪法学思考

马平著

责任编辑 高山 董飞
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 6.25 字数 141 千

版本 2011 年 6 月第 1 版

印次 2011 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1992 - 5

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

致 谢

本书是在作者的博士论文基础上完成的,诚挚感谢林来梵教授,没有他在作者读博三年期间的严格要求与督促以及对论文及前期成果的多次指导、审阅,论文将难以按时完成;感谢胡建森教授、孙笑侠教授、章剑生教授、朱新力教授,以及尊敬的冯军教授在开题阶段或论文答辩中对论文题目、提纲和内容等各方面提出的修改意见和建议,它们有力地指导了本书的写作;一如既往地感谢方建中、何永红、郑磊、翟国强、凌维慈、刘义、刘练军、余净植、陈丹、陈运生、骆正言、朱玉霞、林在明、白斌、陈玉山、高慧铭,以及潘昀、陈诚、褚宸舸、陈亚飞等诸君,求学三年中多次以宪法理论、学术规范等为内容的同门沙龙讨论令论文的写作受益匪浅,在论文写作过程中他们也以不同的方式给予了各种帮助,也是本书主要观点的支持和论辩者;感谢西南林业大学的赵乐静副校长以及其他同仁,他们为作者的静心研究提供了条件和热诚帮助;感谢杨丽琼博士,为笔者在国家图书馆寻找资料提供便利;感谢马屹飞女士,为论文摘要的翻译提供专业建

议。感谢本书中参考文献的各位作者,本书的主要论点极大地得益于他们的睿智思考,当然,文责自负,本书中所有纰漏不足均由作者本人承担。

**We cannot turn our back on politics,
retreat into private life, and imagine that the
way we are governed will not have profound
effects on our personal happiness.**

——David Miller *

* David Miller : *Political Philosophy*, Oxford University Press, 2003 , p. 2.

目 录

绪 论 001

第一节 问题之提出:作为少数者的同性恋者 001

一、两组术语的说明 003

二、少数者权利保障的理论 011

三、同性恋者权利在中国 017

第二节 研究的意义和方法及思考进路 022

一、研究的意义 022

二、研究的方法 024

三、思考的进路 025

第一章 宪法上的人格尊严:同性恋者权利保护之规范 价值基础 027

第一节 人格尊严的宪法意义 028

一、“人的尊严”与“人格尊严” 028

二、人格尊严规范与人格权之关联 032

第二节 我国宪法上的人格尊严有关规范之梳理及其 检讨 034

一、我国《宪法》第38条的规范分析 034

二、基本权利之相对保障模式下的规范缺陷 037

三、“人权入宪”对人格尊严规范所具有的意义 039

第三节 基本权利体系中的人格尊严 041

一、它山之石:以德、日、美为例 042

二、我国《宪法》上的人格尊严之可期待定位 047

第四节 人格尊严规范在少数者权利保护里的核心
意义 049

第二章 “临界性”自由的宪法保护 052

第一节 自由两分下的“临界性”自由 052

一、个人的宪法权利及自由的分类 052

二、“临界性”自由里的自由与权利 057

第二节 “临界性”自由之宪法保护:以美国劳伦斯案
为例 060

一、法律上的三个争点 063

二、判决并非终结:自由的价值与局限 075

第三节 自由权的不同宪法实践:美德之间的比较 078

一、自由的不同面向 078

二、一般自由权的宪法实践 079

第四节 小结 083

第三章 如何对待同性恋者:宪法上平等的一个检验 086

第一节 宪法上的“平等尊重与关怀” 086

一、关于法律平等的一般理解 088

二、宪法上的平等权的两个面向:基本权利与权利
原则 089

第二节 从形式(法律)平等到实质平等 092

一、形式平等之演变 092

二、从形式平等到实质平等:衡量的出现 094

三、实质平等之基准:关于专断与相关性 095

第三节 在实质平等要求下的性倾向问题 103

一、平等权利的三种类型 103

二、性倾向、实质平等及婚姻问题 104

第四节 由平等权导出的“反歧视”原则 109

- 一、何谓歧视? 110
- 二、禁止什么歧视? 113
- 三、“反歧视”规范的消极性质 114

第四章 怀疑论点之检视及相关问题 117

第一节 不必“合法化”论 118

- 一、我国现行法规范:同性恋言说缺失背后的法文化语境 118

- 二、一般行为自由保护的不足之处 120

第二节 性行为自由之法律规制的边界 122

第三节 同性恋法律上的“强制”之辨 126

- 一、反对同性恋:多数的强制之爱 126
- 二、保障同性伴侣关系:对多数的强制和伤害? 129

第四节 有关“双重标准”问题 131

- 一、婚姻(伴侣关系)缔结条件中的“双重标准” 131
- 二、抚育儿童的问题 133

第五章 结语:突破同性恋者权利保护的无语状态 139

第一节 不可消逝的个体与少数者权利 139

- 一、隐设在“政治与文化叙事”中的个体权利 139
- 二、法治社会中的个人自主权利 142
- 三、少数者权利保护的有限性与开放性 145

第二节 同性恋者权利之认定 147

- 一、制度性保护框架:以欧洲为例 147
- 二、国内“同性婚姻”提案略说 150

第三节 中间之道:循序渐进里的权利认知与保障 154

- 一、有关同性恋的“中国问题意识” 154
- 二、选择:温和的一个权利保障立场 157

参考文献 162

附录 中国同性恋年鉴 178

后 记 183

绪 论

第一节 问题之提出：作为少数者的同性恋者

2008年5月15日,美国加利福尼亚州最高法院判决认定:“加州宪法保护同性结婚的权利”,^①6月17日,加州各市县政府部门开始登记同性婚姻——它与在2005年开始登记同性婚姻的马萨诸塞州不一样,并不需要登记者必须是本州公民。但是,2008年11月4日乃是加州总统选举日,加州议会备受争议的“第八号公投案”(保护婚姻法案)被交付给本州选民公投,法案以52%微弱优势获得通过,其促使加州宪法解释的婚姻定义应回归到一男一女的结合。同性恋者在加州法院里争取来的缔结婚姻的权利,在民主多数的反对下发生

^① In re marriage Cases, 43 Cal 4th 757 (2008).

了逆转。^①

虽然这是正在美国发生的事情,但它是世界范围内“同性恋与法律之关系”这一主题的一个部分。同性之间存在性亲密关系的现象自古有之,社会学和人类学研究发现,同性性行为在各个社会各个历史阶段均存在,占人口比例也大致较为稳定,成年人中约有3%~4%有较为明显的同性恋倾向。^②20世纪60年代同性恋“身份政治”在西方社会兴起,同性恋者提出的诉求逐渐从去罪化、要求在就业等方面禁止性倾向歧视,发展到20世纪80年代开始要求认可同性伴侣关系、施行伴侣关系登记,进入21世纪之后进一步要求平等的婚姻权利等。可以说,当今世界相当多的国家都遭遇到同性恋的法律地位这一挑战,我国也不例外。而就在同时,同性恋的地位,从被当做犯罪、^③疾病、^④到不属于精

① 支持同性婚姻合法化的民权团体和个人在11月5日向加州最高法院递交请愿书,认为八号公投案是无效的,因为它剥夺了同性伴侣也可组织家庭免受歧视的权利。代表同性伴侣的律师艾尔瑞德说,八号公投案侵犯了同性恋人结婚的平等保护权。洛杉矶市检察长、旧金山市检察长及圣克拉拉郡检察长,也都在同日向加州最高法院发出相同的诉讼请求。自加州最高法院2008年5月以违反加州宪法的名义,推翻了早前一项禁止同性婚姻的州法,使得加州的同性伴侣可以完成婚姻注册和领取结婚证,并因此吸引许多美国其他州的居民来到加州完成公证结婚之后,反对同性婚姻的个人和团体就开始推动把婚姻定义为“一男一女的结合”纳入11月4日投票的公投案,这件事情不仅在加州受到各界关切,也引起国际社会的注意。此前两个月,从世界各地流入和加州本地捐款金额高达73,000,000美元,全部投入支持与反对双方的组织动员和广告宣传花费。参见爱白网“<http://www.aibai.cn/info/geographical.php?mmm=1&ccc=101050000>”,2008年11月20日访问。需要补充的是,2009年5月26日,加州最高法院认定第八号提案合法,但同时该院并未推翻前述判决。

② 对人类以外的其他动物性行为的研究发现,在其他动物中也存在同性恋或同性性行为,也有较稳定的比例。有关研究以及数据,请参见[美]珍妮特·S.海德、约翰·D.德拉马特:《人类的性存在》,贺岭峰等译,上海社会科学院出版社2005年版,第429~430页;同时,对20世纪中著名的性社会学调查报告的梳理与综述,请参见[美]朱莉娅·A.埃里克森、萨莉·A.斯蒂芬:《吻与倾诉:20世纪性学报告》,马永波译,北方文艺出版社2002年版。

③ 世界上有一些国家和地区视同性恋行为为犯罪,规定了从罚金到有期徒刑甚至死刑的刑罚。据人权组织“国际同性恋者联合会(ILGA)”于2008年5月14日发布的一份关于世界各国恐同歧视问题的最新统计报告称,目前在联合国成员国中,有86个国家存在将同性恋行为者或同性恋者判刑入狱的法律或规定(当然这些法律不一定会真正实施),而对同性恋行为者或同性恋者可能判处死刑的国家则仍有7个(伊朗、毛里塔尼亚、尼日利亚、沙特阿拉伯、苏丹、阿拉伯联合酋长国、也门)。据该联合会发布的说明,报告中相关国家的统计指的是针对互相自愿的成年同性之间在私密场所发生性行为的情况,其他各种情况并未包含在统计范围之内。见“仍有七国将同性恋或同性性行为者定为死罪”,载环球网论坛:“<http://bbs.huanqiu.com/viewthread.php?tid=34806>”,2008年11月22日访问;同时参见刘国生:“各国(地区)同性恋立法和司法概况”,载《法律与医学杂志》2004年第4期。

④ 同性恋被作为疾病来诊断曾有百年,1974年美国心理协会将同性恋从精神病手册中取消,1992年世界卫生组织的《国际疾病分类(第十版)》(ICD-10)、美国《疾病诊断和统计手册(第四版)》(DSM-IV)、2001年中国《精神疾病分类方案与诊断标准(第三版)》(CCMD-3)分别将同性恋从精神障碍性变态中去除。

神疾病而是种社会偏离行为,^①再到一种个人在自我认同上的有权抉择,^②直到不受歧视乃至拥有婚姻的法律权利,^③这些立法例在当下的世界并存;而也正因在此论题上世界各地之理论与立法例存在极大的差异,使得该论题本身具有了法律讨论的应有张力。围绕美国加州第八号提案发生的、广受关注的争议,正映射出本论文即将展开的论题:(1)同性恋者在宪法上(具体反映为立法议决过程中),是处于少数者地位的,而且这种少数者地位有可能是永久性的。(2)作为宪法上的少数者,同性恋者主张的权利诉求,是否具有宪法法律上的意义?(3)从宪法律的角度,能否认可同性恋者缔结婚姻等诉求?通过这样一个连环的问题,可交代出本书写作的问题意识:通过对同性恋者宪法权利问题的讨论,可进一步探讨宪法上的少数者地位问题。

一、两组术语的说明

(一)“少数者(人)”辨析

国内学界常见的是“少数人”一词,笔者导师林来梵先生指出本项

① 如文章第三部分将要讨论的美国2003年影响甚大的劳伦斯案件,涉案得克萨斯州刑事法律即作此规定。

② 例如,欧洲人权法院认定,对于成年人之间同性恋的一般禁止是对《欧洲人权公约》第8条的违反。见该院如下判决:Dudgeon Case of 22 October 1981,1981 HRLJ 362.

③ 荷兰(2001年)、比利时(2003年)、西班牙(2005年)、加拿大(2005年)、南非(2006年)、挪威(2009年)、瑞典(2009年)、葡萄牙(2010年)、冰岛(2010年)、阿根廷(2010年)是截至2010年12月十个允许同性婚姻的国家,美国的马萨诸塞州等6个州可注册同性婚姻。丹麦、芬兰、格陵兰岛、匈牙利、法国、英国、德国、美国加利福尼亚州等国家或地区立法允许同性登记伴侣关系。同时,有一些国家和地区在立法中禁止性倾向歧视:如欧盟禁止并希望各成员国在如雇佣、教育、保健、住房或者公共或私人服务部门内消除包括性倾向在内的歧视;包括南非、斐济、瑞士等国家的宪法,在其平等保护条款中采用了能有效禁止性倾向歧视的用语;加拿大、澳大利亚、以色列、新西兰、南非、哥斯达黎加和哥伦比亚等国家颁布有反性倾向歧视的立法。See Brief for Mary Robinson et. al as Amici Curiae, No. 02-102, p. 29. 日本东京是第一个立法保障同性恋者权益(纳入其人权法例)的亚洲城市。中国香港于2009年9月修订而于2010年1月生效的《家暴条例》中,将同性同居伴侣亦纳入保障范畴;中国台湾“法务部”于2001年修订“人权保障基本法”草案时,将同性恋人权纳入了法律保护范围;而台湾于2006年和2007年分别通过的“性别平等教育法”和“性别工作平等法”中,均以性别多元和性别平等之理由保障人们不因性取向而权益受损。立法例部分还可参见刘国生:“各国(地区)同性恋立法与司法概况”,载《法律与医学》2005年第4期;[美]波斯纳:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第72~94页;郭卫华:《性自主权研究——兼论对性侵犯之受害人的法律保护》,中国政法大学出版社2006年版,第125~127页等。

研究应使用“少数者”而不是少数人,笔者深为赞同,以为少数者一词较之“少数人”更符合规范宪法研究的语境。但为行文方便,在本节讨论中多使用后者,引用学者著作中若使用“少数人”,也将仍依其原文。

鉴于国内目前关于“少数者”的一些理论不甚清晰,而“少数者”本身即是一个内涵、外延均很模糊的概念,本书拟对“少数者”这一概念作不同角度上的简单梳理,然后在本书研究框架下提出一个讨论的基础性界定。

目前国内关于“少数人权利”的著作或文章多数都是从国际(人权)法角度来定义少数人的概念的。^①而法规范意义上的少数人概念,首先,从历史渊源上讲的确是先在国际法层面出现的。在国际法规范发展过程中,少数人的范围逐渐由“宗教上的少数”扩展至“宗教、种族、语言上的少数”。在20世纪90年代以后,欧洲不仅将少数者权利列入人权保障的范围,而且制定了一整套有关少数者权利的标准,如《欧洲区域性和少数人语言宪章》(1992年)、《欧洲少数人权利保护框架公约》(1994年)等。^②从普遍公约来看,二战后,世界各国开始普遍关注少数人问题。联合国大会1966年通过的《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)第27条宣布:“在那些存在人种的、宗教的或语言的少数人的国家中,不得否认这种少数人同他们的集团中的其他成员共同享有自己的文化,信奉和实行自己的宗教或使用自己的语言的权利”,从而在普遍性国际公约中第一次包括了少数人权利的条款;1992年联合国大会又通过了《关于民族或种族、宗教和语言上属于少数人的权利宣言》,

① 如著名少数人权利研究专家、中国社会科学院的周勇先生,其《少数人权利的法理》(社会科学文献出版社2002年版),即是以中国和加拿大的少数人权利保护为视角展开的,内容上基本以国际人权法为规范依据。还如高其才:“法治国家下的少数人的特别权利”(《政法论丛》2007年第4期)亦是从这一角度出发的阐述。

② 李步云主编:《人权法学》,高等教育出版社2005年版,第196页。

对少数人的权利进行了系统保护。^①

其次,概念界定方面。意大利法学家、罗马大学国际私法教授卡波蒂(Francesco Capotorti)提出“少数民族群”一词的定义:“一个群体,其在数量上与一国人口的其他部分相比处于劣势,处于一种非支配地位,其成员作为该国国民拥有不同于该国其他人口的种族、宗教或语言上的特性,并表现出一种,哪怕是含蓄地,保存他们的文化、传统、宗教或语言的一致意识”。^②这一概念也成为联合国关于种族、宗教与语言上属于少数的人的权利的机构所建议的定义,是国际人权法理论和实践中应用最为广泛的定义之一。《欧洲少数人权利保护框架公约》把少数人概念表述为:“在数量上居于少数,在人种、宗教或语言方面具有不同于其他人特征,含有维护他们文化、传统、宗教或语言倾向的国民”。可以说,上述概念都是对“少数民族群”的一个定义。^③

美国学者格里森(Philip Gleason)也梳理了美国的少数人概念,认为其与欧洲的概念略有不同。“国会图书馆在‘minority’词条下有超过300个解释,人们的理解多数是从社会学角度来的”,格里森认为:(1)自从1932年minority(社会学意义上)这个词被唐纳德·杨(Donald

① 联合国还陆续通过了诸如《儿童权利宣言》、《关于难民地位的公约》、《囚犯待遇最低限度标准规则》、《残障者权利宣言》、《智力迟钝者权利宣言》等对特殊主体的权利进行保护的国际性文件,国际法层面上的特别关注群体也相应由宗教、种族、语言上的少数扩展到儿童、难民、罪犯、残疾人、智力迟钝者等。尤其需要说明的是,特别关注的群体权利不一定就属于少数人权利。“比如,不能说妇女的权利就是少数者权利、而男子权利就是多数人权利;也不能说中年人的权利是多数人的权利,老年人和儿童的权利就是少数人权利。”(莫纪宏:《实践中的宪法学原理》,中国人民大学出版社2007年版,第330~331页。)

② 英文为:“A group, numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members - being nationals of the State - possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language”。参见国际人权法教程项目组编:《国际人权法教程》,中国政法大学出版社2002年版,第444~445页。

③ 在用语上观察,所谓“少数民族群”,是指“minority ethnic group/ethnic minority”或是“national minority”。目前国际上的用法是把少数当作在政治、经济、社会,以及/或是文化上“被支配”(dominated)的同义词,不能望文生义解释为人数上绝对的少数。参见施正锋:“建构台湾客家文化发展基础”,载台湾法律网,“http://www.lawtw.com/article.php?category_id=17&article_id=43347”,2008年10月26日访问。

Young)引入美国并被迅速地用了起来。(2)二战时候,美国的少数者与欧洲的“民族与历史上的”少数者非常不同,而路易斯·沃斯(Louis Wirth)给这个词的经典定义中加入了自由一个人主义的理解,同时也把受害者观念作为一个关键的元素来界定少数。(3)战后少数者成为讨论群体间关系以及一般社会问题中不可或缺的术语。它被延伸到了越来越多的群体中,但是核心的发展是由民权/黑人解放运动推动的,倾向于加强少数地位与受害,以及实现美国社会中的平等之间的联系。^①(4)破除法律化之强制种族隔离之后,因为对克服先前歧视之影响的重视,少数获得了新的准法律分类这种意义。但是,纠正歧视措施(affirmative action)并没有延伸到先前被认为是少数的所有群体,只有那些被正式地认定为少数的才是。在实践上,双轨体系理论(two-tract system)称:“特定少数者(designated minorities)”比称为“未认定少数者地位(unrecognized minorities)”更优先,因为前者被赋予后者没有的利益。然而,实际上并没有清晰的标准或共识可以用来区分二者,明显之利益赋予会根据某种目的作出修正,人们常常会在什么构成了少数地位上发生争议。^②

国内有学者进一步主张,“少数人”是一个开放的概念,该群体不同于其他人的特征不限于上述所列举的种族、宗教、语言、肤色、体质、精神状态或文化等项目。其他如非婚生子女、囚犯、同性恋者等都属于少数人的范围。今后,随着社会的发展,还可能出现以前从未出现的新的

① 格里森提到,20世纪70年代少数的范围继续扩大,并开始讨论女性是否是少数这个问题。社会学家中一个增长的趋势是,增加社会偏离(social deviance)的少数者,因此,人类学开始来处理其他少数者问题——同性恋者、青年、老人、身体残障者、精神病患者、穷人、吸毒者、酗酒者、罪犯、有前科者,及其他社会边缘的人们。See Philip Gleason: Minorities (almost all): The Minority Concept in American Social Thought, *American Quarterly*, Vol. 43, No. 3. (Sep. 1991), pp. 392-424.

② See Philip Gleason: Minorities (almost all): The Minority Concept in American Social Thought, *American Quarterly*, Vol. 43, No. 3. (Sep. 1991), pp. 392-424.

少数群体。^① 笔者认为,虽然这种观点具有重要的社会学意义,但它也将使得少数人这一概念越发失去了在法规范意义上界定的可能性。因为,几乎每个人都可能在某特定时刻、因某个特征而被归类为少数。

最后,关于权利主体的争论。国际法上一向有“少数族群的成员还是少数族群为权利所有者”的争议,牵涉到“少数族群权利究竟是个人权利还是团体权利”的政治哲学争辩。目前国际法上对于《公民权利与政治权利国际公约》的诠释,采取的是折衷性的看法,认为少数族群的集体权是“个人因为团体的身份而取得的权利,而且必须集体行使”。^② 值得对比的是,美国学者格里森认为,新的少数者理论提出的问题,如权利是被认为赋予群体,或者是赋予因为属于那些群体的个人,还是赋予那些因为作为人或公民本身所有的特征、而不是因为群体成员这些形式这样的观点,前两种是与沃斯所扩展的个人主义的概念理解完全不同,转向了沃斯及其同时代评论家明确反对的群体中心的“民族少数者”(national minorities)。^③ 这种观点与欧洲和国际人权法上的观点略有差异。

综上,本书认为,需要对不同学科意义上的少数者概念作一个基本的梳理。

第一,社会学上的少数人概念。(1)社会学意义上的少数者。主要是指基于各种特征而在社会文化中处于相对少数地位的人。欧洲的少数人概念偏于群体视角,如宗教、语言、种族等界定出来的群体,而美国的少数人概念则偏于个人主义为视角,其据以区别的特征原来与欧洲

① 参见李常青、冯小琴:“少数人权利及其保护”,载《现代法学》2001年第5期。

② 以上观点参见施正锋文。但是,情况也并不都是这样。在将土著人与种族上的少数者相区别的时候,国际上还认为,ICCPR第27条包括土著民族,但并非所有的种族上的少数者都是土著民族。土著的权利既是团体的权利,也是个人的权利;而种族上的少数者的权利是个人权利。见国际人权法教程项目编:《国际人权法教程》,中国政法大学出版社2002年版,第445页。

③ See Philip Gleason: Minorities (almost all): The Minority Concept in American Social Thought, *American Quarterly*, Vol. 43, No. 3. (Sep. 1991), pp. 392-424.