

中国现代性中同性欲望的法理想象

爱悦与规训

周丹 著



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

中国现代性中同性欲望的法理想象

爱悦与规训

周丹 著

图书在版编目(CIP)数据

爱悦与规训:中国现代性中同性欲望的法理想象/周丹
著. —桂林:广西师范大学出版社,2009.5

ISBN 978-7-5633-6563-0

I. 爱… II. 周… III. 同性恋—法理学—研究—中国
IV. D923.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 076452 号

组稿编辑:武春野

责任编辑:武春野

装帧设计:孙豫苏

总 监 制:郑纳新

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码:541001)
网 址: <http://www.bbtpress.com>

出版人:何林夏

全国新华书店经销

销售热线:021-31260822-129/139

山东新华印刷厂临沂厂印刷

(山东省临沂市高新技术产业开发区新华路东段 邮政编码:276017)

开本:890mm×1 240mm 1/32

印张:8.875 字数:200 千字

2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

定价:35.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

电 话:(0539—2925659)

致 谢

虽然本书的版权和文责归属于我,但是如果在过去多年中我不是有幸得到很多人的支持、协助、帮助和关怀,这本书的写作是不可能完成的。这不是客套话,而是心里话。

2004 年春,应耶鲁法学院中国法律中心邀请,我在该中心做访问学者,研究与性倾向有关的法律问题。写作这本书的最初想法就诞生于那次访问。我非常感谢该中心主任葛维宝教授(Paul Gewirtz)、副主任贺诗礼(Jamie Horsley)、副主任浦杰夫(Jeffrey Prescott)这些年来对我这项研究的鼎力相助。这本书中的部分内容曾经在该中心在耶鲁法学院开设的“中国法律改革”课程上进行交流。听课学生、教师和来宾的提问、评论和意见颇为受用。此外,我感谢曾任该中心研究员的章伯仲(John Balzano)这些年来对我研究的不懈支持。

在数次访问耶鲁法学院时,与下列学者的交流和会面对我大有裨益:耶鲁法学院教授 William Eskridge、Kenji Yoshino、Reva Siegel、James Silk、Jack Balkin。而且,他们的著作与文章开阔了我研究与性倾向有关的法律问题的视角和理路。我还极其感谢耶鲁大学历史系教授 George Chauncey,他将研究美国男同性恋的现代现象的名作

Gay New York: Gender, Urban Culture, and the Making of the Gay Male World, 1890—1940 相赠于我,而且邀请我到他和他的伴侣共同居住的位于森林之中的别墅做客并共进晚餐。在多次访问耶鲁大学的过程中,与耶鲁大学社会学系教授 Deborah Davis、政治系教授 Pierre-François Landry 有关调研方法问题的交流让我颇受启迪。我感谢他们对我研究的不时关注。

2004 年春,我有幸遇到了正巧居住在耶鲁大学所在地纽黑文的英国伦敦大学国王学院法律系教授 Robert Wintemute。他是与性倾向有关的权益研究领域比较法和国际法专家。自那时起,我们一直保持联系。他慷慨地赠送了我他编写的著作,分享他写的文章和他关注的时讯。

在这几年中,我特别感谢我所在的单位——上海绍刚律师事务所对我的关照和爱护,尤其是主任杨绍刚律师的开明、仁慈和通达。与杨老共事,如沐春风。

在这几年中,我非常感谢孙中欣、高燕宁对我的教益。他们是第一批在中国内地开设以同性恋为主题的大学课程的教师。我佩服他们的勇气和才智。我曾受邀在这些课程上讲授过这本书中的部分议题,与他们及学生们的交流给了我形成、修改和完善我的写作的不可多得的机会。

在这几年中,我尤为感激夏国美对我的关心和支持。通过参加她主持的艾滋病立法和政策调研项目和其他与公共卫生法律和政策有关的工作,我获益良多。我的写作受益于这些经历。

在这几年中,每次与郭晓飞就同性恋有关的法律问题的交谈,无论是面对面、电话还是经由互联网,总是令我十分愉快。在本书的写作过程中,他出版的专著《中国法视野下的同性恋》,让我得以学习和借鉴他的观点。

在这几年中,我受益于魏伟、王勰愉、王奕新、吴晓燕、吴畅畅,他们不时与我分享他们各自在不同领域的研究方法、成果或者心得。方刚、江晖、杨昊隼、吴伟明、周琪等对我的研究给予了极大协助。我还感谢武春野对本书出版的努力和等待我书稿完成的耐心。

我特别感谢我的母亲、妹妹和其他亲人以及我的伴侣对我的理解和关爱。

最后,我感谢所有让我真切体会到爱的力量和价值的人,即使在此我没有提及他们的姓名。

书名说明

书名,正如人名,既有出生前就起好的,也有出生后才起的,或者出生后改的。在中西文化交汇的时代,书名不仅有中文的,也有外文的。这本书的书名最早是《愉悦与规训:中国现代性中的同性欲望的法理想象》,对应的英文是 *Pleasure and Discipline: Jurisprudential Imagination of Same-sex Desire in Chinese Modernity*。

“discipline”一词的中文译名来自刘北成与杨远婴翻译的福柯的名作《规训与惩罚》的中文译名。“pleasure”一词的中文译名的选定却破费心思。“pleasure”在当下学术界是极其重要的术语,很多学科和领域使用或者挪用这个词语。中文学术界通常将该词翻译为“快感”、“快乐”、“愉悦”。但是,我总觉得这些译名好像还不够理想,而一时找不到我认为更好的。

在本书完稿过程中,我偶然读到张爱玲 1945 年 4 月发表的《我看苏青》一文,其中她写道:“生在现在,要继续活下去而且活得开心,真是难:所以我们这一代人对于物质生活,生命的本身,能够多一点明了和爱悦,也是应当的”。“爱悦”一词跃入我眼帘,让我激动不已。我欣然就把“爱悦”一词作为“pleasure”的中文译名,同时作为本书的书名中的一个关键词。于是,这本书的书名最后定为《爱悦与规训:中国现代性中的同性欲望的法理想象》。

目 录

致 谢	1
书名说明	1
引 论	1
第一章 第一次亲密接触;龙阳之禁与所多玛罪	24
第二章 从鸡奸到同性恋;跨语际法律实践	40
第三章 同性欲望的现代理性;在科学与法学之间	75
第四章 他们的空间	145
第五章 同性欲望的法律叙事	182
第六章 承认的政治与认真对待权利	208
参考资料	262

引 论

明万历三十三年,即公元 1605 年,或许与史学家黄仁宇所描述的万历十五年一样,是一个平平淡淡、无关紧要的年份。^① 这一年,徽州制墨名家程大约计划用雕版木刻方法印刷出版画集。同年,他结识了当时居住在北京的天主教耶稣会传教士意大利人利玛窦,邀请他推荐西方绘画作品编入画集。利玛窦随后提供了从欧洲雕刻品复制而来的四幅天主教宗教图画。“每一幅他都自己动笔加上了标题,其中三幅还添加了自己的评论。这四幅是:基督与彼得在加利利海,基督与两个门徒在以马忤斯,所多玛的人们在天使面前变瞎扑倒,怀抱婴儿基督的圣母玛利亚。”^② 次年,《程氏墨苑》出版,其中包括这四幅图画。

① 史学家黄仁宇指出,万历十五年表面上太平,实际上大明帝国已经发展到了它的尽头。他所著的《万历十五年》“意在说明十六世纪中国社会的传统的历史背景,也就是尚未与世界潮流冲突时的侧面形态。有了这样一个历史的大失败,就可以保证冲突既开,恢复故态绝无可能,因之而给中国留下一个翻天覆地、彻底创造历史的机缘。”见黄仁宇:《万历十五年》,中华书局,1982年5月第1版,第5页。

② 史景迁:《利玛窦的记忆之官》,陈恒、梅义征译,上海远东出版社,2005年7月第1版,第15页。

四百多年后,当我将同性爱悦(same-sex pleasure)作为中国现代性的重要议题来思考时,我被其中一幅有关所多玛城被毁的版画所吸引。这幅画“取自安特卫普的长老克里斯宾·德帕斯所制作的讲述罗得生活故事的系列版画之一”。^① 这幅画配有一段标题为“姪色秽气,自速天火”的文字说明:“上古锁多麻等郡,人全溺于姪色,天主因而弃绝之。夫中有洁人落氏,天主命天神预示之,遽出城往山。即天雨大炽盛火,人及兽、虫焚燎无遗。乃及树木、山石,俱化灰烬,沉陷于地,地溺为湖,代发臭水,至今为证。天帝恶嫌邪色秽姪如此也。落氏秽中自致净,是天奇宠之也。善中从善,夫人能之;惟值邪俗而卓然竦正,是真勇毅,世希有焉。智遇善俗则喜,用以自赖;遇恶习则喜,用以自砺。无适不由己也。万历三十三年岁次乙巳腊月朔,遇宝像三座,耶稣会利玛窦谨题。”^②在这段文字中,《圣经》中所提及的所谓罪恶之城“Sodom”被利玛窦翻译成中文“锁多麻”,而避开了“玛”,因为他的中文名字中有这个“玛”字。而现在通行的《圣经》中文本则使用“所多玛”译名。此外,如果读这段文字之前不知道《圣经》中有关所多玛的故事的话,那么读者不可能知道所多玛被上帝毁灭与男性之间性行为有直接关系,因为利玛窦使用的“姪色”一词在汉语中并非专指男性之间的性关系或者行为,而且虽然“姪”和“淫”含义相同,“姪”是“淫”的不同写法,但是他使用以“女”字偏旁的“姪”字似乎更使读者联想到“女色”,而不是“男色”。利玛窦的这段文字没有明确指出和说明所谓所多玛罪孽与男性间性行为的直接关系。他如此做法或许按照当时天主教教规连这种

① 史景迁:《利玛窦的记忆之官》,陈恒、梅义征译,上海远东出版社,2005年7月第1版,第281页。

② 朱维铮主编:《利玛窦中文著译集》,复旦大学出版社,2007年10月第1版,第263页。

罪孽的名称都不能说出口,或许他意图谴责所有形式的淫行,或许他不想冒犯那些与男性有性行为或者暧昧关系的明代万历年间的文人和官员。

虽然上述文字没有明确指摘男性之间性行为 and 关系,但是这并不意味着利玛窦在这个问题上立场暧昧不明,相反他的立场坚定和鲜明。就在程大约结识利玛窦的前两年,即明万历三十一年,利玛窦在中国出版了他用汉语撰写的《天主实义》。该书严厉批评当时中国男性之间的情色。他斥责道:“乃中国有辞正色而就狎斜者,去女色而取顽童者,此辈之秽污,西乡君子弗言,恐浼其口。虽禽兽之汇,亦惟知阴阳交感,无有反悖天性如此者,人弗赧焉,则其犯罪若何?”^①利玛窦严词贬斥同性性行为与他笃信天主教,与教宗保持高度一致有直接关系。“在16世纪50年代后半期教皇保罗四世任期内,宗教裁判所在反对同性恋方面特别积极,当时利玛窦还是一个孩童。当16世纪末,利玛窦开始在中国的传道生涯时,宗教裁判所严厉的措施已经在全世界推行,一直到马尼拉。在16世纪80年代,在马尼拉就有几个中国人因同性恋被西班牙人拉到火刑柱活活烧死。”^②万历四十五年,明代地理学家张燮出版的《东西洋考》记载了这起事件:“吕宋最严狡童之禁,华人犯者以为逆天,辄论死,积薪焚之。”^③

引起我浓厚兴趣的原因不仅是上述这些叙事都涉及到同性欲望及其表达,更因为这些不同的叙事出现在十七世纪初。根据英国

① 朱维铮主编:《利玛窦中文著译集》,复旦大学出版社,2007年10月第1版,第90页。

② 史景迁:《利玛窦的记忆之官》,陈恒、梅义征译,上海远东出版社,2005年7月第1版,第307页。

③ 张燮:《东西洋考》卷十二,清光绪二十二年(1896)长沙刻《惜阴轩丛书》本。

思想家安东尼·吉登斯(Anthony Giddens)的观点,一种“社会生活或者组织模式大约在十七世纪出现在欧洲,并且在后来的岁月里,程度不同地在世界范围内产生着影响”。^①这种社会生活或者组织模式被称为“现代性”(modernity)。这段中西文化互动正好发生在世界范围内现代性发轫之际。

四百年后,“现代性”、“后现代性”(postmodernity)、“殖民主义”、“后殖民主义”、“全球化”、“文明的冲突”成为世界范围内人文学者争论的焦点和热点。在中国法学界,一方面,“本土资源”、“中国主体性”、“现代化范式”等成为关键词和中心词;另一方面,“中国法学向何处去”的问题萦绕着中国法学学者。这个问题关系到当代中国法学安身立命的最沉重和最紧要的大议题,关系到中国法学的“主体性”和“方向性”两大基本问题。法学界围绕着“中国法律理想图景”的讨论如火如荼。^②

四百多年后,当那些在四百余年前各自独立形成的叙事同时呈现在我的面前时,我认为,这些既独立又交叠的文本激发我从一个新的视角(perspective)反思爱悦、法律与现代性之间的关系。这个新视角将“现代性”、“同性欲望”与“法”作为三个相互关联的支点,但是不将它们固定为永恒不动、绝对不变,而将它们设定为三个可变化、可移动的基点。也就是说,“现代性”、“同性欲望”与“法”这些范畴在我的视角中不是纯粹单质、僵硬死板的概念,而是将它们当作既彼此不同又相互建构的三种“想象”。这些想象不是虚构的,

① 吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社,2000年7月第1版,第1页。

② 2006年1月商务印书馆出版了由邓正来教授所著的《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》一书。邓教授认为,从1978年到2004年,中国法学深受邓教授所称的西方“现代化范式”的支配。他主张,中国法学应当结束这种状态,开启一个自觉研究“中国法律理想图景”的法学新时代。不少学者就他的观点展开了热烈的讨论。

而是具有历史和文化特定性,并且随着历史和文化条件的变化而变化。这种新视角是一种跨学科的法律研究试验。这种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。只有将同性欲望及其表达移到一个重要位置的时候,才能使这种充满着法理理想的现代性关切点的重要性显现出来,才能描述同性欲望与中国现代性之间互动所形成的法律文化表征,才能剖析中国在与外部世界互动过程中如何通过对同性欲望的法理理想来建构和重构现代性。

法理学的想象力:爱悦的诗性正义

处于二十世纪初的中国法律人面对同性欲望议题时,困惑、惊异、窘迫、焦虑等各种情绪交相而生:30年前,男性之间性交在中国被称为“鸡奸”,会被定性为“流氓活动”,遭致行政处罚或者刑法惩罚,而如今两个成年人同性之间的合意的非营利的私下性行为不再是违法犯罪;20年前,世界上几乎没有一个国家法律明文禁止基于性倾向(sexual orientation)^①的就业歧视,而如今许多国家和地区法律明文规定劳动工作权中的性倾向平等;15年前,世界上没有一个国家的宪法明文规定禁止性倾向歧视,而如今至少3个国家(例如南非、葡萄牙)宪法如此规定,而且越来越多国家将禁止性倾向歧视理解为自由、平等、公正这些宪法原则的应有之意;10年前,同性恋在中国被诊断为一种性变态,而如今不再是性心理障碍;10年前,世界上没有一个国家允许两个性别相同的成年人结婚或者结成受法

① “sexual orientation”一词亦被译为“性取向”、“性定向”、“性指向”。除上下文另有要求,本书使用“性倾向”译名。性倾向是以性爱对象的生理性别为标准区分人的性偏好,包括异性恋、同性恋和双性恋。

律保护的伴侣关系,而如今在世界范围内,已有6个国家(荷兰、比利时、加拿大、南非、西班牙、挪威)承认同性婚姻,10多个国家承认同性伴侣关系,还有不少国家虽然并未在全境范围内承认同性婚姻或者同性伴侣关系,但是其中若干地区已经承认这些关系(例如,美国马萨诸塞州);5年前,李银河教授开始呼吁同性婚姻在中国的合法化。

中国法律人面对同性欲望议题时的困惑、惊异、窘迫、焦虑是可以理解的,因为中国法律人与其他人一样生活在一个对同性欲望要么茫然无知、要么讳莫如深、要么嗤之以鼻的“同盲”^①社会中;因为中国法律人与其他人一样生活在一个将异性恋作为唯一或者正统性爱模式的“异性恋正统制”社会中。迈克尔·华纳(Michael Warner)指出,异性恋正统制(heteronormativity)将异性恋作为人与人联系的基本形式,作为性际关系(intergender)的唯一形式,作为人类共同体的不可分割的基础,作为社会存续所必需的繁衍的手段。^② 异性恋正统制将异性恋作为唯一的“正当”、“自然”的性别之间关系与性爱关系,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。

中国法律人面对同性欲望议题时的困惑、惊异、窘迫、焦虑是可以理解的,因为中国法律人与其他人一样生活在一个看不到同性欲望在公共场合正面表达的“强制异性恋主义”社会中。艾德里安娜·里奇(Adrienne Rich)发明了“强制异性恋主义”(compulsory heterosexuality)一词,因为她认为,既定的异性恋模式是强加给所有社会成员的模式。她指出,异性恋只是一种“人为的政治体统”,而

① “同盲”一词是仿拟“色盲”、“文盲”等词造出来的。

② Michael Warner, *Introduction to Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory*, Michael Warner ed., University of Minnesota Press, p. xxi, 1993.

不应视作“自然而然”。异性恋作为一种政治体统渗透到人类社会活动和私人生活的全部领域和方面。这种异性恋模式是为了强化男性对女性的全面控制权。而且,所有女性或者绝大多数女性被认为生来就是爱男人。在这种意识形态和制度安排下,女同性恋要么被认为不存在,被忽视漠视,要么被认为变态、可怕。^①

在急剧变化的世界法律图景与激烈深刻的中国社会转型中,回避同性欲望议题,既不有效又不可能。因此,我呼吁中国法律人培育和运用“法理学的想象力”,化困惑、惊异、窘迫、焦虑为理解、平和、通达和支持。我所呼唤的“法理学的想象力”是一种将“社会学的想象力”与“文学的想象力”融入法律实践过程的心智品质。

半个世纪前,美国社会学家查尔斯·米尔斯(Charles Wright Mills)发现:“人们一般不是根据历史的变迁与制度的冲突来确定他们所遭受的困扰。他们一般不将自己所享受的幸福生活归因于他们所处社会的大规模起伏变动。因为他们对自身生活模式与世界历史的潮流之间错综复杂的联系几乎一无所知,普通人往往不知道这种联系对于他们将要变成的那种类型的人,对于他们或许要参与其中的构建历史的过程意味着什么。那些对领会人与社会之间,个人生活与历史之间,自我与世界之间的相互作用不可或缺的心智方面的品质,他们并不具备。他们不能通过诸如控制通常在其身后发生的结构性变迁的方式,处理好那些个人的困扰。”^②为此,他主张培养和发挥“社会学的想象力”。这种能力是一种心智素质,是一种将个体与共同体,过去、现在与将来,主体、自我与世界联系起来的建

① Adrienne Rich, “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 5 (Summer 1980), pp. 631-660.

② 米尔斯:《社会学的想象力》,陈强、张永强译,生活·读书·新知三联书店,2005年3月第2版,第2页。

设性的思维力量。“具有社会学的想象力的人能够看清更广阔的历史舞台,能看到在杂乱无章的日常经历中,个人常常是怎样错误地认识自己的社会地位的。在这样的杂乱无章中,我们可以发现现代社会的架构,在这个架构中,我们可以阐明男女众生的种种心态。通过这种方式,个人型的焦虑不安被集中体现为明确的困扰,公众也不再漠然,而是参与到公共议题中去。”^①当人们掌握和使用“社会学的想象力”时,“他们好奇的能力重又焕发。他们获得了新的思维方式,经历了价值的再评估;总之,通过他们的反思和感受力,他们理解了社会科学的文化涵义”。^② 总之,米尔斯提倡的“社会学的想象力”是反思能力的焕发、思维方式的创新、价值体系的重估、公民参与的复兴。

法理学的想象力不仅需要“社会学的想象力”,还需要美国法学家玛莎·娜斯鲍姆(Martha Nussbaum)提出的“文学的想象力”(literary imagination)。她认为,文学的想象力是“公共理性的一部分”,是“一种要求我们将自己与不同于自己的生活的他人的福祉关联起来的伦理立场的基本组成部分”。^③ 她强调,“平等地尊重人的尊严的伦理观将不能把握活生生的人,除非他们能够具有通过想象进入他人的生活的能力以及与之有关的情感。”^④她注意到了文学想象的局限和危险,但是她认为,只要审慎地限制文学想象在伦理理性演练中的风险,文学想象还是可以“包涵一种强烈的社会正义的愿景,

① 米尔斯:《社会学的想象力》,陈强、张永强译,生活·读书·新知三联书店,2005年3月第2版,第3页。

② 米尔斯:《社会学的想象力》,陈强、张永强译,生活·读书·新知三联书店,2005年3月第2版,第6页。

③ Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice*, Beacon Press, 1995, p. xvi.

④ Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice*, Beacon Press, 1995, p. xvi.

哪怕只是一部分而已;并且为正当行为提供强烈的动机”^①。她批评法律理性中的功利主义和科学主义的片面性。但是,她不主张用文学的想象取代法律实践中的功利计算或者逻辑推演。相反,她认为,文学的想象力可以补充、丰富和充实法律理性。“如果我们不培养这种想象力,那么我相信我们将失去通向社会正义的一座基本桥梁。如果我们放弃想象,那么我们将放弃自我。”^②

我所呼唤的法理学的想象力将文学的想象力作为一个必要的组成部分。文学的想象力作为一种涉及公共生活的想象力,“将引导法官的审判、立法者的立法、政策制定者的对亲疏远近的各种人的生活质量的度量”。^③ 具有文学想象力的法律人是诗人,他可以沟通他所熟悉和不熟悉的人的心灵,知悉和理解他人的生命和生活的独特的经历,尤其是他人的窘境、困境、逆境和绝境,他人所遭受的冷漠、偏见、耻辱、歧视和侵害。那些处于边缘、隐身、不利和弱势地位的人的世界是一个作为他者的世界,是一个“他们的世界”。具有文学想象力的法律人是诗人,可以发现、同情和保护他们的世界。“诗人是不可见的人与物的牧师。”^④虽然英国著名浪漫主义诗人雪莱说,“诗人是此世界的未获正式承认的立法者”^⑤,但是具有文学想象力的法律人,也就是作为诗人的立法者、执法者和司法者,可以超越法条主义的专制,将共同和共通的人性注入日常的法律活动,由此现代法律运送和交付的不仅是功利正义和科学正义,还有“诗性正义”。

① Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice*, Beacon Press, 1995, p. xvi.

② Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice*, Beacon Press, 1995, p. xviii.

③ Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice*, Beacon Press, 1995, p. 3.

④ Wallace Stevens, *Opus Posthumous*, Alfred A. Knopf, 1957, p. 169.

⑤ Percy Bysshe Shelley, *A Defence of Poetry* (1840), reprinted in *Shelley's Prose*, David L. Clark ed., corrected ed., 1966, pp. 276, 297.