

本书出版受到中国政法大学法学院资助

性／别少数群体平等保护研究

郭晓飞／著

XING/BIE
SHAOSHU QUNTI
PINGDENG
BAOHU YANJIU



中国政法大学出版社

本书出版受到中国政法大学法学院资助

性／别少数群体平等保护研究

XING/BIE
SHAOSHU QUNTI
PINGDENG
BAOHU YANJIU



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

性/别少数群体平等保护研究/郭晓飞著. —北京：中国政法大学出版社, 2018.9
ISBN 978-7-5620-8576-8

I. ①性… II. ①郭… III. ①性问题—法律—研究—中国 IV. ①D923.84

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第221742号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	650mm × 960mm 1/16
印 张	14
字 数	187 千字
版 次	2018 年 9 月第 1 版
印 次	2018 年 9 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

序言

自晓飞第一本书出版，转眼已十年有余。在发表为王的学术界，十年磨一剑，需要的不只是冷静的阅读和思考，还得有懒和拖延。这是玩笑话了，尽管晓飞也常常以懒自谦。这本论文集，洋洋洒洒，横贯中西，议题跨度广，挑逗着学科的藩篱，不管是英文的谚语还是中文的土话，都信手拈来，还时不时抖个机灵卖个萌。学术文章能写出爆款文章的金句，足见作者的才华与勤奋。

本书收录文章的顺序，是第一编美国法，第二编中国法，第三编英文和中文书籍的评述。容我过度解读，这仿佛就是一个殖民的隐喻——“同性恋”作为一种身份起源于现代西方，经由性科学的翻译传到中国，催生出“同志”主体和权利意识，也让身份焦虑和家庭冲突浮出水面。如今西方法律对同性恋的保护和承认变得如此火热，以至于我们在探讨性倾向议题时，总是倾向于先给欧美法一个特写，再来聚焦其他社会的法律。近十年间，我们看到中国同志运动的风生水起，开启了一种自我鞭策式的法律改革：出柜、反歧视、寻求国家认同，力求超英赶美。同志的可见度越来越高，生存空间也不再只是夜晚的公园。有人乐见阳光下的骄傲，也有人哀悼“南风”一去不返。这本文集，就是诞生在如此沸腾的张力之中。

作者没有轻视任何一个角度——他敬重美国宪法中的自由平等，也从未丢弃历史的、比较的视野。第一编，作者潜入浩瀚的美国宪法学，

带读者梳理了法律参与塑造性身份和性话语的过程。以《正当程序与平等保护的双螺旋结构——对美国一起同性婚姻案件宪法争议的解读》开篇，作者梳理了美国同性婚姻合法化的争论，清晰地阐释了美国宪法两条重要原则的内涵和二者的关系。而在接下来的两篇文章里，隐私权、性与性别的身份政治、本质论或建构论等问题，也都从不同的侧面，检视了正当程序和平等保护的力道和局限。尽管作者没有过多提及这些法理争论与当下中国同志运动的关系，但我们不难看出作者对现实的关切——同性婚姻、出柜、“天生论”、反歧视立法，而这些也正是中国同性恋运动的核心议题。作者沉醉于美国最高法院判例的脚注和法官的八卦，但他的醉翁之意，或许也远大于此——谁说书斋里的脑高潮，不能呼应甚至改变法律和日常生活呢？

在第二编的两篇法社会学文章里，我看到了作者挑战正统（不管是性阶层还是法律权威）的野心。《无声无息的变迁——中国法视野下的变性人婚姻权》一文捕捉了一幕被人忽视的法律变迁——自2002年起，变性人手术后即可以新的性别到民政局登记结婚。若不是LGBT运动的兴起，这一行政法规可能永远不会引人注目，甚至连婚姻法专家也不一定听说过它。作者在此文里，探讨了系统对生活世界的殖民，也提醒我们性别和性倾向建构论之外的另一层建构，即标榜法治和民主的西方文明对东方“不文明”的建构。而非西方国家若只是亦步亦趋，则永远赶不上西方“进步”的速度。就像曾经我们以“变性人”替代“人妖”作为尊称，曾几何时“变性人”（transsexual）又不再政治正确，因为不是所有人都做了手术，所以应该讲“跨性别”（transgender）；很快，跨性别也不再恰当了，因为显得太病理化，西方开始叫trans，我们连忙跟着改成“跨儿”。

晓飞曾在闲聊中用一句大俗话来比喻这种赶不上趟的窘态——“农村人说，俺们刚学会用卫生纸擦屁股，城里人又用它擦嘴了”。话糙理不糙。生活在中国的性少数者的羞耻、抑郁和自卑，除了来自传统婚姻

家庭的压力，也很大程度上来自面对西方时的自我矮化。当然，若进一步品读，农村人的这句话里不仅有跟不上潮流的惭愧，也有对文明礼节的嘲讽；而相似地，中国“酷儿”和“跨儿”对西方概念的“山寨”，在追赶之余，或许也能在与本土碰撞的过程中，产生意外的颠覆效果。

在《刑（性）法的宪法制约——法教义学视野内外的聚众淫乱案分析》一文里，作者探讨了一个当代欧美法律中不存在的具有“中国特色”的罪名：聚众淫乱罪。全文围绕马尧海案，以小见大，探讨了刑法的明确性和谦抑性、隐私权、性道德的阶序、聚众的政治敏感性，其分析之细致、观察之敏锐，如果能被译成英文，相信西方的性社会学、法学学者也会大受启发。面对“聚众淫乱”这一轻易可以哗众取宠的性话题，作者没有像性学家或小报记者一样，去窥探风流淫荡之人的行为和内心，而是把审视的目光转向了要把他们束之以法的君子们：“没有记录就没有批判，压制的力量就从来没有过一丝不安，就永远的理直气壮，而举证责任的转移，其实首先需要历史法庭，站在被告席上的，应该是流氓罪立法背后的意识形态。”同时，作者也提醒着我们对传统性道德未必如我们想象的一样保守。他信手拈来的民间谚语，“笑贫不笑娼、劝赌不劝嫖”，展示着与官方道德风化（以及西方对中国“性压抑”的想象）相抗衡的生活世界的复杂逻辑。

第三编收录了晓飞的三篇书评，这体裁比学术论文更少拘束，能让作者畅所欲言，其敏锐和犀利展现得淋漓尽致。在《掩饰：同性恋的双重生活及其他》序言中，晓飞在吉野贤治所描述的压制同性恋的三种形式——矫正、冒充、掩饰——之外，洞察到同性恋者面临的第四种压力，即“强制坦白”。于是，主流社会一方面要求同性恋在人群中隐形，另一方面又要把他们从异性婚姻里揪出来示众，后者在对“骗婚”的谴责声中尤其明显。同志运动鼓励骄傲出柜，有力反抗着前三种形式的压迫，却很可能不知不觉又掉入了强制坦白的坑。也难怪同性恋者在各种充满矛盾的要求中，常常感叹“世间安得双全法，不负如来不负

卿”。

最后一篇针对《爱悦与规训：中国现代性中同性欲望的法理想象》的书评尤为精彩。晓飞在赞美之余，也认真与周丹商榷了在同性婚姻、中国另类现代性等问题上的不同意见。读书评的乐趣，就是在字里行间看高手过招，发现评论人与原作者在何处惺惺相惜，又在何处求同存异。晓飞的批评是辛辣的，他指出周丹文学和法律视角的双重标准：“在‘爱悦’中，同性恋者在公园里聚会，和警察玩着游击战，在作者的笔下因为抗拒正统权力而成了唯美的‘诗’；而在‘规训’中，在同性婚姻神圣性的映照下，这些及时行乐的行为就成了放逐灵魂，成了齷齪的‘屎’。”与此同时，作者并没有妄自尊大，而是坦言自己在论证同性婚姻的规范性时，也曾默认主流道德对非婚同居、性交易和性乱交的打压。他还反思了自己的法学学者位置——就像建筑师难以支持环保主义者反对建大坝，法学家或律师在多大程度上愿意反对建制，拱手让出自己的用武之地呢？

在这篇评论里，作者也触到了比同性恋身份更为深刻的现代性焦虑。他质问：“非得西方现代性吗？非得‘罪’和‘非罪’，‘病’和‘非病’吗？非得同性婚姻吗？”我们可以接着问，如果不是“非如此不可”（米兰昆德拉语），那又有什么是尚可的呢？在第二编对中国案例的分析里，作者不断切换视角，对比西方语境来回参照；遗憾的是，在第一编对美国宪法的探讨里，却大都只是引用美国判例和西方学者的著作，只有少量拿美国性别或性倾向歧视进路来分析中国同妻问题的尝试，而“中国经验”甚至“中国理论”可否为强势的美国法提供洞见，则更难看到了。当然，也许作者的本意并不是写一篇比较法文章，况且，这种不同文章的视角失衡，并不是作者一个人的局限，而是非西方学者大都要面临的困难。

我在西方接受法人类学教育，用英文写作，福柯、巴特勒成为所有学生必须熟读的“酷儿”圣经。在这样的学术体制下，似乎总有一种

“西方出理论，中国出田野”的分裂和自贬，我也一次次在自己参与的全球同性恋法律进步程度的量化比较研究中感到不适。学者和活动家们常说，同性恋在中国没有法律保障，所以就业和家庭方方面面都很困难。然而，鲜有人探讨，“中国没有健全的法治”这个带有法律东方主义^[1]色彩的陈述本身，也是困难的一部分。这一陈述和同性恋（以及同性恋平权）的概念共享着同一个西方现代语境，它们互相支持，让人们接纳了“同性恋在中国法律下备受压迫”的预设，带着这副有色眼镜看到一系列问题，然后以法律倡导和社会运动的方式去解决它们。在此过程中，同志被看见，权利被声张，这些都有积极面向，但由此固化的分裂和自贬，构成了进步的黑暗面。

我愈发觉得，中国不应该只是证明或证反西方理论的田野，而是有潜力孕育出分庭抗礼的论述的。穿梭在跨语际实践里的学者，更应承担这种互动的责任，让东西方的语言、地缘、历史、未来都悉数登台。宁应斌“中国作为理论”^[2]的野心，林纯德对东北“妖”和“烂逼”的论述^[3]，都是让中国展开普世性竞逐的尝试。本书虽然取了一个规整而低调的题目，但我相信作者也是有此愿景，否则不会如此重视在“低俗”的经验里发现智慧，容魑魅魍魉各显神通。同时，晓飞也并没有把“中国”和“传统”本质化、浪漫化。恰如《无声无息的变迁——中国法视野下的变性人婚姻权》的结尾所言：“我们既不可以对理性、进步、法治全身心的拥抱，也不可以对浑水摸鱼乱中取胜有着‘生活在别处’的玫瑰色想象，一切都只能是‘螺蛳壳里做道场’，在狭窄逼仄的环境里做出策略性的努力。”

[1] [美] 络德睦：《法律东方主义：中国、美国与现代法》，魏磊杰译，中国政法大学出版社2016年版。

[2] 宁应斌：“中国作为理论：中国派的重新认识中国”，载《开放时代》2016年第1期。

[3] 林纯德：“‘妖’性工作研究：视角与方法”，第八期“性社会学理论与实践”研讨班主题发言，2017年6月28日至7月5日，哈尔滨。我全程参与了会议，并且对林纯德的发言尤为印象深刻。

晓飞常说，那些不把西方主流性别法律奉为主臬的学者，有种螳臂当车式的悲壮。去殖民的进程注定艰难，就像“抠出已吞下的砒霜”，或像“拔出一把已插入腹中的刀，如果你拔得太快，血会喷涌而出，尖叫着，制造更大的混乱……正是刺杀我们的凶器，维持我们的身体勉强完整着。”〔1〕中国当代的同性恋运动已经被去病化、非罪化所书写，如今正循着西方的脚步，反歧视，要同婚，争取更多法律承认。我们无法也不必全盘抹掉这一进程另起炉灶，但晓飞的这本书，至少是一剂及时的醒脑良方。“中西药结合疗效好”，愿读者能在接种宪法意识的同时，免疫文明的傲慢。

朱静姝

2018年4月20日

〔1〕引自 Saredo Qassim Mohamed, *The Process of De-Colonization*, 2017. 感谢叶雯那分享。

目
录

第一编	美国宪法视野下的性倾向平等保护	1
第一章	正当程序与平等保护的双螺旋结构 ——对美国一起同性婚姻案件宪法争议的解读	1
第二章	本质的还是建构的? ——论性倾向平等保护中的“不可改变”进路	38
第三章	说不出名字的歧视 ——论性倾向歧视和性别歧视的关系	74
第二编	中国法视野下的性与性别平等	102
第四章	无声无息的变迁 ——中国法视野下的变性人婚姻权	102
第五章	刑（性）法的宪法制约 ——法教义学视野内外的聚众淫乱案分析	113
第三编	书评	145
第六章	求同存异和求异存同：同性婚姻的宪法之维 ——《Same-sex Marriage and the Constitution》述评	145
第七章	你以为的你以为的就是你以为的吗 ——读《掩饰：同性恋的双重生活及其他》	166
第八章	另类法律文化研究中的爱悦与规训 ——读《爱悦与规训：中国现代性中同性 欲望的法理想象》	180
后记		204

第一编

美国宪法视野下的性倾向平等保护

第一章 正当程序与平等保护的双螺旋结构

——对美国一起同性婚姻案件宪法争议的解读

2015年6月26日,美国联邦最高法院以5:4的票数,对奥伯格费尔案(*Obergefell v. Hodges*)^[1]作出判决,认为根据宪法第十四修正案,各州应当为同性伴侣办理结婚登记,任何州不得拒绝承认在另外一州合法缔结的同性婚姻。多数意见由安东尼·肯尼迪大法官执笔,鲁思·巴德·金斯伯格、史蒂芬·布雷耶、索尼娅·索托马约尔以及艾蕾娜·卡根四位大法官附议,四位少数派大法官约翰·罗伯茨、安东宁·斯卡利亚、克拉伦斯·托马斯和塞缪尔·阿利托各自出具了一份异议意见。首席大法官罗伯茨的异议意见批评多数意见不是法律判断。他说在政策辩论的意义上,把婚姻扩展到同性伴侣之间或许是令人信服的,但是在法律论证上是薄弱的,州的人民有权力决定把婚姻扩展到同性伴侣之间,或者让婚姻保持传统的定义。他认为多数派五位法官封闭了这个议题的争论,把自己关于婚姻的观点上升为宪法,作出了很难让人接受的重大

[1] *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

社会变迁。首席大法官发出了这样的责问：“我们以为我们是谁？”^{〔1〕}

支持同性婚姻合法化的一方自然对这个判决结果欢呼雀跃，但是根据著名宪法学家却伯（Laurence H. Tribe）教授的观察，也有很多支持判决结果的人质疑肯尼迪的多数意见长于华丽辞藻，拙于法律推理，是一个政治决策上的巧妙举动，却缺少法律教义的论证基础。^{〔2〕} 却伯教授不同意肯尼迪的判决书缺少法律规范性的意见，并且本文在后面的论证中也会分析却伯教授的论证，但是他的确认为肯尼迪大量使用了修辞手法，批评者忽视了一点，肯尼迪有意识地选择普遍能理解的，不那么技术化的语言，是为了感动外行的读者。这样的风格是要促成普通公民之间就宪法条文的对话。^{〔3〕} 肯尼迪有着很强烈的历史感，他一定意识到这样一个判决必定会成为历史性的文献，所以判决中大量的礼赞婚姻神圣的煽情性文字或许不是出于偶然，但是也容易给法律专业人士留下华而不实的印象。

“正当程序”“自由”“平等保护”“尊严”，多数意见中的这些法律术语是否仅仅是给一种政治判断和价值选择披上了薄弱的法律外衣？宪法的规范学说在何种意义上可以成为这个判决论证的基础？本文试图要说明的是：诚然，这个判决没有办法逃离价值选择和政治判断，无论是自由派法官还是保守派法官，但是奥伯格费尔案判决书中正当程序条款与平等保护条款的合并适用，也绝非纯粹修辞和“大词”的堆砌，而是在规范学说上其来有自。

一、联邦主义问题：两个案子的判决出尔反尔？

在进入对第十四修正案的分析之前，需要先关注一下联邦主义的问题

〔1〕 Obergefell, 135 S. Ct. at 2611–2612 (Roberts, C. J., dissenting). 罗伯茨法官认为法官很容易受到诱惑把个人的偏好和法律的要求混淆，并且引用霍姆斯大法官在洛克纳案件中的著名的异议意见：宪法是“为观点上根本不同的人制定的”。

〔2〕 Laurence H. Tribe, “Equal Dignity: Speaking its Name”, 129 *Harv. L. Rev. F.* 16, 16 (2015).

〔3〕 Laurence H. Tribe, “Equal Dignity: Speaking its Name”, 129 *Harv. L. Rev. F.* 16, 23 (2015).

题。因为在2013年6月26日,也就是在奥伯格费尔案判决作出前两天的同一天,美国联邦最高法院对温莎案(*United States v. Windsor*)^[1]作出判决,多数派意见和少数派意见的比例仍然是5:4,多数派法官的组成和少数派法官的组成与奥伯格费尔案完全一样,而且仍然是肯尼迪大法官执笔写出多数意见。

要了解温莎案得先了解一下美国同性婚姻的一些历史发展。1972年,明尼苏达州两位同性恋者贝克(Richard Baker)和麦克奈尔(James McConnell)向当地市政厅申请结婚被拒绝,这个案子从州法院打到联邦最高法院,联邦最高法院用一句话作出裁决:“因缺乏实质的联邦问题而被驳回。”^[2]20世纪90年代以来,同性伴侣的权益保障在州的层面上得以推进。1993年,在贝尔案(*Baehr v. Lewin*)^[3]中夏威夷州最高法院认定,州把婚姻限制在异性伴侣之间是一种性别歧视,应该受到严格审查。案子发回上诉法院重申,上诉法院作出判决,认为对同性婚姻的禁止违反了州宪法平等保护条款。1997年夏威夷州最高法院维持了这个判决。制度上的反弹很快就发生了,1996年美国国会通过了《捍卫婚姻法案》(Defense of Marriage Act),这个法案把婚姻和配偶界定为一男一女,根据州法登记合法的同性伴侣不能得到联邦的认可,也不能享受联邦赋予异性伴侣的福利。同时,这个法案允许各州突破美国宪法第四条的“充分信任”条款,可以不用承认其他州的合法的同性婚姻。

温莎案,挑战的就是这个《捍卫婚姻法案》。起诉时84岁的女同性恋者温莎(Windsor)和自己的同性伴侣斯贝尔(Spyer)是纽约市居民,她们在一起几十年了,2007年在加拿大合法结婚。纽约的同性婚

[1] *United States v. Windsor*, 570 U. S. _ (2013) .

[2] *Baker v. Nelson*, 409 U. S. 810, 810 (1972), overruled by *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2605 (2015) .

[3] 852 P. 2d 44 (Haw. 1993) .

姻合法化发生在 2011 年，她们在纽约举行婚礼两年后斯贝尔去世了。斯贝尔给自己的配偶留下了遗产，然而尽管纽约州承认她们婚姻的合法性，但联邦政府根据《捍卫婚姻法案》，不承认她们婚姻的合法性。联邦政府要求温莎必须缴纳 36.3053 万美元的遗产税才可以继承斯贝尔的遗产，而如果她们是异性配偶的话就不必缴纳。

温莎在联邦法院提起了诉讼，案子一直打到联邦最高法院，肯尼迪大法官执笔的多数意见裁决，《捍卫婚姻法案》的相关条款无效。肯尼迪用联邦主义原则为婚姻属于州权管辖范围进行辩护：“从历史和传统来说，婚姻的定义和管制被视为州权范围，属于州的管辖领域。”^{〔1〕}多数意见指出，历史上，联邦最高法院在多个案件中支持了由州来管理婚姻的观点。1890 年，联邦最高法院在伯勒斯案（*In re Burrus*）中认为：“丈夫和妻子、父母和孩子等家庭关系属于州法管理范围，而不是美国联邦法律管理范围。”^{〔2〕}

如果仅仅以这样的角度来解读温莎案件中的多数意见，那就没有办法理解奥伯格费尔案的多数意见，两年时间，同一位大法官肯尼迪执笔的两份判决书，给人一种出尔反尔的感觉。

奥伯格费尔案的上诉人是 14 对同性伴侣和两位同性配偶去世的男性，被上诉人是来自于四个州的州政府官员，这四个州是密歇根州、肯塔基州、俄亥俄州和田纳西州。来自不同州的上诉人诉称，州剥夺了自己缔结同性婚姻的权利，或者拒绝承认在另外州的合法同性婚姻的效力，违反了宪法第十四修正案。这四个州的案子因为在事实上、程序上争议不大，所以被合并审理。

奥伯格费尔是俄亥俄州的原告，他和同性伴侣在其他州的合法的同

〔1〕 江振春：“‘温莎案’与美国同性婚姻历史进程”，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 2 期。

〔2〕 江振春：“‘温莎案’与美国同性婚姻历史进程”，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 2 期。

性婚姻，不被俄亥俄州承认，他的同性伴侣去世以后，他不能在死亡证上，将自己列为逝者的配偶。而这个死亡证，又和葬礼、火化、保险、遗嘱等相关，于是，他起诉州政府相关执法机构侵犯了自己的平等权利。

奥伯格费尔案中的被上诉人在答辩中引用了温莎案的判决，认为婚姻隶属于州权，应该在地方的层面上解决，联邦政府干预州的决定缺乏正当性。^{〔1〕}在奥伯格费尔案的判决书中，斯卡利亚大法官所发表的异议意见也对此进行了讽刺，他认为在联邦宪法中发现有关于婚姻的规定，这是很奇怪的，因为恰恰是这个案子多数意见的写作者（指肯尼迪大法官）两年前强调对家庭关系的规制属于州权，认定在美国历史上，联邦政府一直比较尊重州对于婚姻家庭的规制。而恰恰是同样一批法官，在这个案件中却加入了多数意见，赞成联邦干预州对婚姻的界定。^{〔2〕}

粗看起来，肯尼迪大法官在两个案件中的判决似乎有点出尔反尔：在2013年的温莎案中，同性婚姻在纽约州是合法的，温莎挑战的是联邦层面的不承认，肯尼迪在判决中强调了州规制婚姻是联邦主义体制下的惯常做法，并且推翻了联邦层面的不当干涉；而在2015年的奥伯格费尔案中，奥伯格费尔等上诉人挑战的是本州法律对于同性婚姻的禁止或者不承认，而肯尼迪如果依然强调联邦对州权规制婚姻的尊重，就不会强制州政府必须承认同性婚姻的合法化。

然而，事情没有这么简单，在温莎案件中，肯尼迪大法官并没有单纯依赖联邦主义原则，还援用了宪法第五修正案：“任何人……未经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产。”也就是说，判决是双维度的。有评论者认为，强调《捍卫婚姻法案》没有按照历史传统尊重

〔1〕 Marie Louise Dienhart, “Case Summary: Obergefell v. Hodges”, 28 *Regent U. L. Rev.* 163, 175 (2015–2016) .

〔2〕 *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2627–2618 (Scalia, J., dissenting) .

州权对婚姻的界定，是一个支撑性论证，最终是要证明这个法案剥夺了同性伴侣的自由和平等。^{〔1〕} 联邦立法对婚姻进行界定，以干预州权，这种一反常态的立法非常突兀，罕见性成了一种证据，证明联邦立法是歧视性的，是把一些州保护的人群（主要是同性恋者）在联邦层面上打入另册，认为这个法案的出台是源于“议会赤裸裸的伤害政治上不受欢迎群体的动机”^{〔2〕}。州法所保护的阶层，被联邦法专门挑选出来施加不利负担，使得他们的婚姻低人一等，尊严受到损害，这才是《捍卫婚姻法案》被联邦最高法院推翻的真正理由。温莎案件的多数意见十几次提到“尊严”，可见，只是以联邦主义来看待这个判决是多么的偏狭。

何况，在阐述了联邦主义原理之后，肯尼迪在温莎案判决中明确指出：“尽管有这些考量，但是这种联邦对州权力的干预是否因为打破了联邦制的均衡而违反了宪法，我们不必作出裁决。”^{〔3〕} 《捍卫婚姻法案》主要不是因为联邦干预州权而被推翻，而是联邦不可以挑选出来一个阶层进行污名，非因正当程序而干预了自由，强加了不平等。

如果联邦不可以拒绝对同性婚姻的保护，州政府可以不可以禁止同性婚姻？如果州拒绝同性婚姻，联邦最高法院是否可以纠正，强制州对同性婚姻平等保护？婚姻权是不是基本权利，这些问题，温莎案件没有作出裁决，这些都要等待2015年的奥伯格费尔案继续回答。

无论是在温莎案判决之前，还是之后，州对于同性婚姻的禁止就不断受到诉讼的挑战，除了同性婚姻已经得到承认的地区之外，几乎所有的州都有这样的诉讼，很多联邦法院也受理这样的官司。单一的宪法问题如此快速地引发如此多的诉讼，在美国的历史上还是第一次。温莎案的判决，使得更多的当事人受到鼓励去挑战州法。有评论者甚至认为，

〔1〕 Ronald Kahn, “The Right to Same - Sex Marriage: Formalism, Realism, and Social Change in Lawrence (2003), Windsor (2013), & Obergefell”, 75 *Md. L. Rev.* 271, 297 (2015).

〔2〕 *Windsor*, 133 S. Ct. at 2693.

〔3〕 *Windsor*, 133 S. Ct. at 2692.

肯尼迪对温莎案的判决故意写得很模糊,到底多数意见的推论是否适用于推翻州禁止同性婚姻的立法,两位少数派大法官罗伯特和斯卡利亚都产生了争议,或许这是肯尼迪故意制造的分裂,因为这样的模糊性,就会造成不同巡回上诉法院的不同理解,就为联邦最高法院在几年后继续推进婚姻权的解释提供了基础。^[1] 因为联邦最高法院受理上诉案件发布调卷令,往往是因为法院之间对联邦法律解释产生了冲突。果不其然,在多个巡回上诉法院裁定州禁止同性婚姻的法案违反宪法时,第六巡回法院判决田纳西、俄亥俄、肯塔基、密歇根四个州的排斥同性婚姻的立法合宪,于是最高法院受理奥伯格费尔案并且作出了判决。

二、实体性正当程序问题:判决是否突破了先例中的历史限制?

美国宪法第十四修正案第一款规定“任何州未经正当程序不得剥夺任何人之生命、自由或财产”。和第五修正案的正当程序条款针对联邦权力的限制不同,第十四修正案适用于各州。一方面联邦最高法院通过一系列判例,把《权利法案》中的大部分明文列举的权利合并到正当程序条款之中,对州权施加限制;另一方面,美国宪法学说又发展出“实体性正当程序”(substantive due process)的概念,成为未列举权利的渊源,以至于第十四修正案正当程序条款成了类似于大陆法系的概括性人权保障条款。^[2]

通过实体性正当程序保护未列举的权利,这个观念从其产生以来就饱受争议^[3],联邦最高法院拒绝了两种极端的思路,既不认为根本不应该保护未列举的权利,也不认为在解释未列举权利时可以不受任何约束。就此问题而言,一个非常重要的先例是1997年的格拉斯博格案

[1] Tom Watts, "From Windsor to Obergefell: The Struggle for Marriage Equality. Continued", 9 *Harv. L. & Pol' Y Rev.* S52, S58 (2015).

[2] 余军:“正当程序:作为概括性人权保障条款——基于美国联邦最高法院司法史的考察”,载《浙江学刊》2014年第6期。

[3] 著名宪法学家伊利教授(John Hart Ely)认为实体性正当程序是一个矛盾的词,类似于说“绿色红蜡笔”,斯卡利亚大法官认为这个词是法官立法的跳板。See Jamal Greene, "The Mending of Substantive Due Process", 31 *Const. Comment.* 253, 257-258 (2016).