

性倾向、性别认同、同性恋立法运动回顾及相关问题研究*

张剑源

内容提要:性倾向、性别认同、同性恋三个概念,作为既有区别又互相联系的概念往往被人们所忽视。分清它们的具体含义,对更深刻地认识它们产生的社会根源、人们的看法和具体的对策又至关重要。由三个概念所引申出的权利保护的研究和立法运动,在西方、特别是欧洲国家已经呈现出相对繁荣的景象。除了同性婚姻合法化的立法形态外,在欧洲和美国还出现了家伴登记制度(同性伴侣登记制度)和公民联姻制度(同性民事结合关系)的创新以及反性倾向歧视的立法运动。

关键词:性倾向 性别认同 同性恋 人权 立法

张剑源,云南大学法学院在读硕士研究生。

从20世纪90年代起,性倾向、性别认同、同性恋者的权益保护和立法运动在世界范围呈现出极大的发展趋势。如:荷兰、比利时等国家通过立法修改,确立了同性婚姻的合法性。丹麦、挪威等国是通过立法修改,来确认家伴登记制度(domestic partners)或公民联姻制度(civil union)。而英国等国家则将关注的重点放在了对性倾向歧视的保护问题上。除此之外,国际性和区域性的行动也在开展之中。欧洲人权法庭在 *Karner v Austria* (2003)案和 *Lustig · Prean and Beckett v the United Kingdom* (1999)案中均将《欧洲人权公约》第8条和第14条的相关规定援引适用于性倾向歧视的诉讼判决中。2006年11月,在印度尼西亚日惹举办的国际法学专家会议上通过的旨在将国际人权法应用到性倾向和性别认同问题的《日惹原则》^[1]已经于2007年3月26日在联合国人权理事会第四次会议上发布。虽然这个文件在性质上还未成为一部具有法律约束力的文件,但其意义在于,对性倾向和性别认同等问题的关注已走向了国际性共同行动的道路。

总的来看,性倾向、性别认同、同性恋的立法保护运动始终在以欧洲为中心的各个地区展开。其他地区只有少数国家加入进来(如美国、巴西、澳大利亚)。而我国在此问题上的研究一直发展比较缓慢。与此同时,关于性倾向歧视、同性恋者的权益问题却已经成为社会各界所普遍关注的问题。因此,对世界范围的立法和相关运动做一个简要回顾是十分迫切的,它能带给我们许多有益的启示,也能对我们的研究产生积极的影响。

一 性倾向、性别认同和同性恋的概念辨析

(一) 关于性倾向

在《日惹原则》给出的定义中,“性倾向”是指每个人对异性、同性或多种性别的人发自内心的情感、

* 国家社会科学基金项目“边疆多民族地区和谐社会的法治构建”(批准号:06CFX006;主持人王启梁)。

[1] 全文可参见 <http://www.aizhi.net/uploadsoft/200732711044684.pdf> (访问日期:2007年5月16日)。

爱情和性吸引,并与之发生亲密关系和性关系的能力。美国心理学会则把“性倾向”定义为:是对一个人的持久情感,浪漫,喜爱或性吸引。^[2] 两者的定义都强调,性倾向是一个人内心的一种具有倾向性的具体感受,这种感受或多或少有一定的外显性和针对性。而这或许也就是通常我们所见的各种各样的歧视之所以会发生的根源所在。因为一个人具有不同的性倾向,他(她)的行动就会表现出与别人的不同之处,特别是在与别人的交往过程中。而人们往往就以这样的“不一样”来表达对他(她)的各种看法。而且,这种看法往往是不友善和带有歧视性的。

那么,我们应该如何正确认识一个人的性倾向?首先,从这种现象产生的根源来看,它并不是一个人因为有什么不良癖好而产生的。它的产生原因大致有这样几个因素:第一,复杂的环境、认知和生理因素相互影响的结果。第二,生理因素,包括基因和天生的荷尔蒙。因此,一个人之所以会产生不同的性倾向,不是由自身的缺陷或不良举动引起的。^[3] 其次,从这种现象的实质来看,一个“性倾向”异于他人的人,他(她)的行动走向很多情况下不是我们所认为的滥交、性骚扰等等。它实质上在很多情况下都表现为一种真正的“爱”。因此,对于绝大多数人来说,问题就在于,应该如何正确看待这样的一种人群和这样一种现象。而对于具有不同“性倾向”的人来说,如何能够正确表达他(她)们的心理倾向以及如何在社会生活和交往中得到大家的尊重就成为我们所要解决的问题。

(二)关于性别认同

在《日惹原则》给出的定义中,“性别认同”是指每个人对性别深切的内心感觉和个人体验,可能与出生时被认定的性别一致或不一致,这包括对身体的个人感觉(如果能够自由选择的话,这可能包括用医学、手术或其他方法改变身体外观和功能)和其他性别表达包括衣着、言语和独特的行为举止。

从性别双性化的视角来看,男性特质与女性特质不是非此即彼的单一维度上的两极,而是相互独立的两个维度,那些在男性特质上得分较高、在女性特质上得分也较高、被称为双性化的人,实际上重新建构了自己的性别特质。从进化心理学的视角来看,人们不是性别角色的被动接受者,而是主动适应策略的化身。在进化史上,男性和女性面对着不同的适应问题,男性需要选择有性魅力的女性,而女性需要选择有能力为家庭提供资源、有竞争力的男性以便应对生存环境。当两性面对的问题一致时,性别差异就会消失。从建构主义和后现代的视角来看,这一视角认为,一个人不是拥有什么性别,而是建构什么性别。环境背景中的性别的视角则强调与性别有关的行为的弹性、变化性和偶然性。作为社会文化历史背景中的具体行为情境既可能凸显性别,也可能隐匿性别。^[4] 从这样的理论基础来看,性别认同如性倾向一般,也是具有它的客观性和合理性的。一个人即使是有改变性别的冲动或是坚守自己的性别并力图争取更大的权利,从现在看来也是应该得到应有的尊重的。而且关键在于一套行之有效的制度建构。

(三)关于同性恋

早在1864年,德国律师卡尔·亨利希·乌尔利克斯(Karl —Heinrich Ulrichs)就在他发表的系列小册子中提出了“男—男之爱”的观点,他推测认为,“男—男之爱”是“在男性身体内的女性心灵”的正常

[2] American Psychological Association: Answer to Your Question about Sexual Orientation and Homosexuality. www.apa.org/topics/orientation.html.

[3] American Psychological Association: Answer to Your Question about Sexual Orientation and Homosexuality. www.apa.org/topics/orientation.html.

[4] 可参见 Lenney, E. “Gender Role: Measurement of Masculinity, Femininity and Androgyny”, 载于 Robinson S P, Shaver, P R, Wrightsman L S. (eds.) *Measures of Personality and Social Psychological Attitudes*, San Diego, CA: Academic Press, 1991; 中译本: Robinson 等主编:《性格与社会心理测量总览》(下), 杨宜英等译校, 台北: 远流图书出版公司, 第 721 - 845 页。David M. Buss, Psychological Sex Difference Origins Through Sexual Selection, *American Psychologist*, March 1995 Vol. 50, No. 3, 164 - 168. Buss, D. & Kenrich, D. T. “Evolutionary Social Psychology”, 载 Daniel T. Gilbert, Susan T. Fiske and Gardner Lindzey. (eds.) *The Handbook of Social Psychology* (4th), Boston: The McGraw-Hill Co. Inc.; Don H. Zimmerman, *Doing Gender, Gender & Society*, Vol. 1, No. 2. (Jun., 1987), pp. 125 - 151, 转引自杨宜音等:“性别认同与建构的心理空间”, 载孟宪范主编:《转型社会中的中国妇女》, 中国社会科学出版社 2004 年版, 第 159 - 160 页。

而健康的性表达,这种状态他称之为“Uranism”,意思是男同性恋。后来他又创用了 Urningin 一词,指称女同性恋者。应该说,乌尔利克斯是第一个提出“同性恋”的人。但后来,作为一个被社会所通用的词:“homosexuality(同性恋)”则是由匈牙利裔奥地利作家卡罗尔·玛丽亚·柯尔特毕尼(Karoly Maria Kertbeny)于 1869 年在一篇向普鲁士司法大臣演讲的未署名讲稿中提出的。^[5]

同性恋一词在提出以前,这种现象就已经在社会生活中存在着。不管是欧洲还是中国的史料中都是能找到依据的。但是,这个词的出现,或者说这种现象被研究的先驱们提到“桌面”上来探讨以后,它就一直是与争议并存的。一百多年过去了,现实依然是斗争与反抗,歧视与抗争,倾诉与争吵。那么,对同性恋者的歧视是如何产生的?同性恋到底是不是一种病?世界范围内如何处理这个问题?这些都是笔者将在下文中详细探讨的问题。

总的来看,性倾向、性别认同、同性恋这三个词是既有联系又有区别的。首先,一个人性倾向的产生及选择是有着复杂原因的。因此,它可能会表现为绝对的同性恋,也可能会表现为绝对的异性恋,还有可能会表现为双性恋。进而,性倾向对恋爱双方的性别构成具有十分重要的决定作用。其次,性别认同与前述两个概念有一定的不同之处。它主要表现为一个人对性别所形成的主观感受,一般不会发展到恋爱和性的程度。它主要表现为对同性的认同感以及对异性的认同感。

从这个角度来看,十分有必要明晰各个概念所表示的内涵,至少它有助于我们对不同概念进行的探讨而避免“一锅粥”地“乱炖”。

二 打破对性倾向、性别认同歧视的立法运动回顾

严格意义上,《日惹原则》并非一个真正的立法运动。它虽然是“里程碑”式的,但其在现在也仅能称作“呼吁”、“指引”、“全面概括”或“学术研究”。作为一个“面面俱到”的文件,其在各个国家的被接受和援引,还将是一个长久的过程。或许它的正确性和指引性也将会在各个国家的实践中得到进一步的考验和批判。本文的重点放在那些已经开展并已经初具成效的立法运动中。

(一)从裁判的案例中探讨^[6]

案例一:

法国最高上诉法院:P…诉圣碧岳十世修会(1991) [Social Chamber of the Court of Cassation : P … v. Association Fraternelle Saint —Pie X (1991)]

法国一名受雇打理教堂的同性恋者 P…被雇用他的修会“圣碧岳十世修会”以其性倾向为理由,将其解雇。1991 年法国最高上诉法院作出裁决,指该修会违反了雇佣合约。根据法庭的裁决,修会以雇员的性倾向不符合天主教传统作为解雇他的理由是不合法的。但法庭补充指出,如果一名雇员的“道德”对一家公司造成明显的破坏,解雇就不会被判决为错误的举动。换句话说,最高上诉法院认为:解雇是否合法,要看雇主是否能够证明他“考虑过该名雇员的职责和公司的目的”,并能够证明“雇员的行为对公司构成可以说明的明显破坏”。

巴黎上诉法院考虑过最高上诉法院的判词后,于 1992 年就此案再作出裁决,指此案的雇主因为该雇员的同性恋倾向和他作为艾滋病带菌者的身份将他解雇,是基于一个只跟该雇员私人生活有关的原因将其解雇。这不足以构成一个真正的和严重的终止雇佣合约的理由。由于该名雇员跟其性倾向有关的行为都是在机构以外进行的,所以属于他可以自由行使权利的范围。法庭认为,除非可以证明这些行为在该机构内造成可以说明的明显破坏,否则解雇就是不合理的。同时,由于法庭相信该雇员真心信奉天主教信仰,因此不认为他在机构内造成了破坏。

[5] [德]欧文·黑伯乐(Erwin Haeberle):《性学研究大事年表》,彭晓辉译,载赫希菲尔德性学资料库。<http://www2.hu-berlin.de/sexology/CH/chronology.htm>(访问日期:2007年3月11日)。

[6] 两个案例均来自香港性倾向平等资源网, <http://www.nuxingwang.org.hk> (访问日期:2007年4月11日)。

《关于国际劳工组织的目标和宗旨的宣言》(又称《费城宣言》或《费拉德非亚宣言》)第2条中规定:全人类不分种族、信仰或性别都有权在自由和尊严、经济保障和机会均等的条件下谋求其物质福利和精神发展。《歧视(就业及职业)公约》第1条规定:基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身的任何区别、排斥或特惠,其效果为取消或损害就业或职业方面的机会平等或待遇平等。可以看出,除了一般性的规定外,就业歧视也同样是国际性立法给予关注的焦点问题——每一个人理应获得在就业过程中的平等待遇。

在此案中,我们看到了案件背景的特殊性:一方是修会,另一方是一名同性恋者。同性恋者在权利享受方面,理应列在“每一个人”、“人人”的范围内。但其是否与修会有着不可调和的矛盾就成为了本案的关键所在。事实上,法国最高上诉法院的裁决是极具合理性的。它没有具体地援引哪一条具体法律规定,不管是国内的还是国际性的。但法官运用理性推理解决了此问题,从根本上肃清了对此问题的一般认识。

由本案所引申出的一个更为重要的问题是在人权保护领域我们应当如何界定一个人或一个群体的行为是否损害了他所在的整体或公共的利益。德国学者阿尔弗莱德·弗得罗斯认为:公共利益既不是单个人所追求的利益的总和,也不是人类整体的利益,而是一个社会通过个人的合作而生产出来的事物价值的总和;而这种合作极为必要,其目的就在于使人们通过努力和劳动能够建构他们自己的生活,进而使之与人之个性的尊严相一致。^[7]应该说,阿尔弗莱德的认识不像功利主义者那样将个人利益上升到极致,也不会是那些先哲柏拉图们的城邦主义的正义。它实质上侧重的是一种交流和合作,并尊重在此基础上的自由和相互尊重。由这个过程所创造的公益才称得上真正的公益。因此,没有基本的尊重也就无法谈及公益。

案例二:

欧洲人权法院:卡尔内尔诉奥地利(2003)[The European Court of Human Rights : Karner v Austria (2003)]

奥地利一名男性卡尔内尔(Siegmond Karner)自1989年起跟他的同性伴侣在后者租住的一所房子同居。1994年卡尔内尔的伴侣因病去世。1995-1996年间,业主先后向Favoriten地方法院和维也纳地区民事法庭申请终止租约,但均遭到法院否决,原因是根据奥地利的《租务条例》,一名租客的配偶或终身伴侣有权在伴侣去世后继续租住原来的居所。但奥地利最高法院于1996年12月作出有利于业主的判决,所持的理由是《租务条例》于1974年制定时,立法者无意将同性伴侣包括在终身伴侣的定义内。

1997年,卡尔内尔向欧洲人权法院投诉奥地利违反了《欧洲人权公约》,指奥地利最高法院的判决是基于性倾向的歧视,违反了《欧洲人权公约》第14条和第8条。卡尔内尔于2000年去世,奥地利政府要求欧洲人权法院颁令撤销此宗诉讼,但法院考虑到这宗有关奥地利《租务条例》对同性恋者继续租约的差别待遇的诉讼不单只影响奥地利,也影响其他公约缔约国,并且相信继续这宗诉讼有助于阐明、维护和发展公约的保障标准,因此拒绝奥地利政府的要求,继续对诉讼进行聆讯和裁决。

《欧洲人权公约》第14条保障所有人都享有公约中明定的所有权利和自由,“不因其性别、种族、肤色、语言、宗教、政治或其他观点、国籍或社会出身、属少数族裔、财产、出生或其他地位而受到歧视”。公约第8条则声明,“每个人享有私人和家庭生活以及家居的权利都应受到尊重,任何公共机关都不能侵犯个人这方面的权利,除非是为了维护国家安全、公众安全或国家的经济利益,或者为了防止失去秩序或罪案,或者为了维护卫生或道德,或者为了保障其他人的权利和自由”。

[7] 参见[美]E.博登海默:《法理学:法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版,第298-316页。

欧洲人权法院认为投诉人在伴侣去世前一直住在同一房子中,如果不是因为他的性别(更准确地说是他的性倾向),他作为死者的终身伴侣的地位是不会受到质疑的,而他会因此而有权根据《租务条例》继承租约。因此在这宗诉讼中,《欧洲人权公约》第 14 条是适用的。奥地利政府承认卡尔内尔是因为他的性倾向而不能得到《租务条例》的保障,并表示这种差别待遇是有客观和合理的理由,因为《租务条例》的目的是保障传统的家庭。

欧洲人权法院认可保障传统的家庭原则可以是实施差别待遇的一个重大和合法的理由,但在这宗案件中,所实施的差别待遇是否适度则有疑问。法院认为,保障传统的家庭的目的是相当抽象的,具体的措施可以很多。在基于性或性倾向所实施的差别待遇中,其是否适度的问题不单涉及措施是否是一个有助达到目标的合适做法,有关国家还必须显示要达到目标,就必须排除某类人,而在这宗诉讼中要排除的是在同性关系中的人。欧洲人权法院认为奥地利政府并未提供具说服力和有足够分量的理由支持对《租务条例》作出如此狭隘的解释,令一对同性伴侣中的在世者不能享有该《条例》的保障。为此,欧洲人权法院裁决奥地利同时违反了《欧洲人权公约》第 14 条和第 8 条,即触犯了私人生活应获得尊重和法律面前人人平等两项基本人权。

本家中,从地方法院到奥地利最高法院再到欧洲人权法院,判决结果经过了 360 度转弯,最终又回到了“原处”,但这个“原处”明显存在不同之处。地方法院的判决结果虽然在现在看来具有很强的合理性,但也令人深感其仓促性和片面性。它没有给出一个让人信服的理由,它似乎只是一种对具体法律的拙劣的适用。它的危害在于将问题留在了后面,判决本身也成了个争论不休的隐患!虽然针对的是同一个问题、得到的是同样的结果,但欧洲人权法院的判决结果在实质上却有了很大的改善和提升。因此,对于本案,我们更看重的是在作出判决之前的讨论,而非仅仅结果本身。

文化、经济、政治和社会权利都是范围广泛的权利,其他大多数权利的规定都是从这样的范围界定之中引申出的,比如建立家庭的权利、获得适当住房的权利、获得社会保障的权利等等。但我们显然忽视了在这些权利之后能够继续引申出的很多问题,比如住房继承人认定的问题,保险受益人问题等等。这些问题进入性倾向、同性恋问题的领域似乎就变得十分棘手。从“天赋人权”理念出发,这些问题似乎都不能成为问题。但我们面对的是一个纷繁复杂的社会,一个充满了价值冲突的世界。

实质上,“住房继承人认定的问题”、“保险受益人问题”等权利是否应该被同性恋者的伴侣所享有,在这里即引申为一个应受保护的权力的范围和限度的问题。从人权保护所确定的普遍性原则来看,这些权利是不应被剥夺的。因为在性倾向者受到普遍尊重和保护的的前提下,他们能通过立法获得身份的认同,而这些附随的权利往往是通过身份关系而转移的。从另一方面来看,这实际上也是一个关系到性倾向者能否公平地享有民事权利的问题。《日惹原则》宣示的内容具有很好的指引意义:确保所有人在民事事务中都具有法律权利能力,不受基于性倾向或性别认同的歧视,并且有机会行使其能力,包括签订契约和给予、拥有、获得(包括通过继承获得)、管理、享受和处置财产的平等权利(原则三)。

(二) 成文的立法运动^[8]

英国全面禁止性倾向歧视的《平等法(性倾向)条例》[The Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007]已经于 2007 年 4 月 30 日起生效实施。该条例同时在美国的英格兰、威尔士和苏格兰地区生效。同样的法案则在今年 1 月 1 日起就已经在北爱尔兰地区生效。而在美国,截止到 2007 年,已有 19 个州通过了全面明文禁止性倾向歧视的法律。

可以说,英国和美国在打击性倾向歧视、保护性倾向者的问题上已经走在了世界的前列。以英国的平等法为例,规定是非常详细的,涉及物品、设施、服务的提供、物权、广告、教育、培训和福利、宗教信仰、收养、社会团体以及契约、保险、雇佣等领域。在一定程度上,该法是对性倾向歧视做出了名副其实的

[8] 参见爱白网相关报道, www.aibai.cn (访问日期:2007 年 5 月 11 日)。

“全面性禁止”。

除此之外,世界上还有很多国家和地区都在局部领域作出了禁止性倾向歧视的规定。如:拉脱维亚在2006年6月通过的劳工法修正案中规定了禁止性倾向歧视的条文。法国在2006年12月通过的一项法案中规定:禁止针对不同性别和性倾向的仇恨煽动性言论。另外,德国、澳大利亚、南非皆有法律(反歧视法或者基本法)保障不同性倾向之工作权。^[9]

三 同性恋问题

相比于性倾向、性别认同和由其产生的问题,同性恋问题就显得更为复杂,它不仅仅是一个人的心理活动,也不仅仅就像性倾向一样是稍微的外显,它在很多情况下需要的是将此现象以一种完全平等的生活方式确定下来,而且在很多情况下伴其左右地关于“性”的问题又是一个让人感觉十分棘手的问题。因此,它也就不可避免地从一开始就在争论中前行。

(一) 反对同性恋的历史根源及现时转变

在西方,从基督教对同性恋的反对来看,中古世纪,特别是早期的基督教,将任何跟人类物质的以及肉体的自我有关部分,都认为是人的软弱,因此发展出“禁欲独身主义”,主张灵肉二分,人需要舍弃肉体的享受,转而追求灵性、精神的完美。因此,性行为可以得到宽容,但仅是为了延续子孙。除了婚姻以外的任何性行为都不被允许。也因为中古世纪发展出宗教上的“禁欲独身主义”,同性恋也在此时经历了严厉的压制与反对。^[10]

而中国传统伦理道德认为:“不孝有三,无后为大。”由于同性恋无法生育子女,因而属于“大逆不道”的范围。^[11]实质上,由“礼”所确立的中国几千年的秩序机制,在面对此问题时是有着极强的对立性的。它所宣扬的“父母之命”、“男尊女卑”,实质上是对婚姻和爱情的一种巨大的干涉,甚至是对人的自由和权利的误读。中国的传统观念是几千年帝王所宣扬并被人们所普遍信仰的一种权威,它不是随便就能改动的。而且,中国世俗社会中普遍存在的“猎奇”心态又是一个巨大的障碍。在这种心态下,人们会以一种异样的眼光给予同性恋者足够多的“关注”。而且往往会有很多不同的“评论”,甚至是嘲讽和取笑。

从中西比较来看,笔者发现在对待同性恋问题上,两个不同的区域有着惊人的相似之处——都将男女结合认为是绵延子孙的途径和手段,因此极力反对同性恋的存在。但从现今来看,这种认识是站不住脚的,现时社会提倡的是自由和平等。即使是重新审视历史,我们也会有不一样的收获。实质上,从良好的解释方面来看,基督教教义在绝大多数情况下都是宣扬“爱”和“自由”的。而中国的传统伦理道德中也同样包含了很多关于此方面的有益的论述,比如墨家的“兼爱”,而即使是坚决捍卫“礼”的儒家也有“和合”。这实际上也是一种宽容,一种普遍的爱,一种在平等基础上的整合。或许从这样一个层面来理解此问题,人们的传统认识和理解必须得到极大的修正。

(二) 同性恋是否是病? ——医学的考释

1870年,柏林精神病学家卡尔·韦斯特佛尔(Carl Westphal)在他的杂志《精神病学与脑神经病学资料库》中发表了第一个同性性吸引医学个案病史。这个病史资料涉及一名妇女,她感觉被其妹妹的寄宿学校的女生所吸引。韦斯特佛尔总结道:这名妇女患了神经病理学疾病。据此他杜撰了一个新术语“逆反性感情”。这篇论文激起了其他众多精神病学者的关注。因而,在非常短的时间内,爱恋同性

[9] 台湾性别人权协会:《两性工作平等法修正草案 条文对照及修法说明》,载台湾性别人权协会网站, http://gsrat.net/library/lib_post.php?pdata_id=107 (访问日期:2007年4月11日)。

[10] Helminiak, What the Bible Really Says About Homosexuality, Alamo Square Press, 1995, 转引自 Minister Zeng:《基督宗教对同性恋态度的历史回顾》,台湾性别人权协会网站, http://gsrat.net/library/lib_post.php?pdata_id=168 (访问日期:2007年4月11日)。

[11] 刘君:“中国同性恋禁忌”,载《瞭望》2006年第2期,第39页。

的这种“症状”被视为精神疾病。^[12]而这种以“科学研究”的态度作出的结论,实际上成为了指引普遍大众认识的重要因素。应该说,当时人们对同性恋是有很多认识的,但那些认识主要集中在意识形态领域,特别是人们对教会所做的定义的信仰是占据主流认识的。同时,鉴于医学的发展,人们对医学的认可度也在不断加强,以医学的名义作出的定义也是能使人信服的。在这样的情况下,科学和教义“双管齐下”,都对同性恋持一种否定态度。由此,“同性恋是一种疾病”显然成了当时不可辩驳的真理。以此为起点,在科学、特别是医学领域,关于同性恋是不是疾病的争论一直持续了下去。

到了后期,随着人们研究的深入和科学的进一步发展,问题得到了很大的修正。1973年,美国精神病学会将同性恋从《诊断与统计手册》第2版中去除,以“性倾向紊乱”取而代之。“性倾向紊乱”也包括那些对自己的异性恋倾向感到不安并希望成为同性恋者的异性恋者。1978年,《诊断与统计手册》第3版推出,“性倾向紊乱”被改成了“自我失调型同性恋”(Ego-Dystonic Homosexuality),专门针对那些对自己的同性恋倾向感到不安并要求改变的人。在1986年推出的《诊断与统计手册》第3版修正版中,“自我失调型同性恋”也遭到了彻底的剔除。^[13]美国医学界在对同性恋问题研究上的进步,为全世界作出了贡献。但更为重要的是,此项研究为消除歧视奠定了坚实的理论基础。1992年,世界卫生组织在《国际疾病分类》第10版(ICD-10)中,也将同性恋从性心理障碍疾病中删除。可以说,全世界正以一种科学的态度重新审视同性恋的问题。

而中国的情况如何?从2001年发布的《中国精神障碍分类与诊断标准》第三版来看,同性恋已不再被统划为病态,而且《标准》所显示的内容也是非常详细的:同性恋的性活动不一定是心理异常的表现,只有由于同性的性行为导致了心理矛盾、焦虑、严重影响正常的生活和学习的,才被认为是性心理障碍。因此,必须客观地看待同性恋者的心理问题。^[14]而事实上,这也可以说是中国在医学领域对同性恋认识的一种进步。

(三) 社会生活的考释——争论与观点

从社会的角度来考察同性权利的正当性,即是一个关于同性间结合是否能够最大限度地被社会所接受的问题。因为同性恋者不可能是孤立存在于社会之中,他(她)必然要参与到社会生活当中。同时,他(她)们的结合在维持关系、子女教育与成长等方面又会引出很多的问题。

1. 同性间结合问题

从现在世界各国的情况来看,同性间结合的立法主要有以下几种模式:(1)同性婚姻合法化模式;(2)同性伴侣关系或称家伴登记制度模式;(3)民事结合制度或称公民联姻制度模式。^[15]

各种模式的确立都离不开具体国家的历史、文化等因素的影响。而世界上大多数国家对此问题依然持观望态度,没有作出相应的回应。究其原因,同性间是否能够结合而引发的争论还广泛地存在着。很多人认为,同性间结合以后将不利于同性恋者的身心健康发展。同时,这种结合也不可能维持一个长久的关系。但近年来,有研究者的研究成果已经向这种所谓“传统”的观点提出了挑战。

国际知名的英国医学与健康学术刊物《流行病学与公共卫生杂志》在2006年的一期中刊登了一篇有关同性之间民事结合与同性恋者身心健康方面关系的学术研究报告,这篇从医学健康的学术角度出发而做的研究报告认为,同性之间结合关系(例如婚姻关系、民事伴侣关系)的建立和获得认可,将有益于同性恋者的生理和心理健康。^[16]从此报告来看,其实际上指出了一个人们的认识误区:即人们通常

[12] [德]欧文·黑伯乐(Erwin Haeberle):《性学研究大事年表》,彭晓辉译,载赫希菲尔德性学资料库,http://www2.hu-berlin.de/sexology/CH/chronology.htm(访问日期:2007年3月11日)。

[13] 杰克·德雷切:“美国同性恋非病理化简介”,http://www.csssm.org/38zgb.htmJHJ6(访问日期:2007年5月11日)。

[14] 郑淑华、田利平:“我重新定义精神病标准 同性恋不再统化为病态”,载《北京青年报》2001年3月12日。

[15] 在我国学界的众多论述中,一般都对同性伴侣关系和民事结合制度不做区分,将其统称为民事结合制度进行探讨。实质上,两制度是存在一定差别的,特别是在享有权利上,民事结合制度较之同性伴侣关系更为广泛,也更趋向于同性婚姻合法化模式。只是在名义上避开了“婚姻”两字可能会带来的诸多棘手问题。

[16] 单飞:“英国著名医学与健康刊物《流行病学与公共卫生杂志》刊登研究报告:同性民事结合关系的建立有益于同性恋者的生理和心理健康”,http://www.aibai.cn/info/open.php?id=14028(访问日期:2007年5月15日)。

所认为的同性恋者在心理等方面的“不正常”其实并非来源于同性恋本身,其更多的是来源于人们长久的歧视、偏见等。而美国华盛顿大学和加州大学伯克利分校的心理学家约翰·高特曼和罗伯特·列文森一项历时12年的同性伴侣和异性伴侣关系的比较研究表明,同性伴侣在平等和权利方面更为敏感,因此也能够对伴侣表示出更多的尊重,而异性恋关系总是难以避免大男子主义。同时,同性恋伴侣更擅长处理争执,能够对争执表现出更多积极的态度,而异性配偶则往往表现出更多消极的态度。^[17]因此,同性间结合在很多时候具有其“独特之处”,甚至在某些方面要优于异性间结合。

2. 同性间结合与子女的健康和成长

很多人认为,孩子的健康成长必须要在一个健康的家庭里才能得到。而他们所指的“健康”通常是指,孩子在一对异性夫妇的抚育和教导下所实现的身体和心理上的与绝大多数人一样或类似的状态。因此,很多人基于此对同性恋者在收养子女、抚育子女成长等方面提出了质疑。认为同性间结合可能会不利于子女的成长。但是,有学者的调查研究表明,同性恋母亲与异性恋母亲,同样地表现出了对子女的关注和在子女有困难时的帮助;同性恋父亲与异性恋父亲基于同样的理由拥有子女,并对培养子女有同样的信念、同样积极的态度。^[18]更有学者从立法的角度给予这种说法以强有力的回应:著名宪法学家、在同性婚姻研究中很有造诣的艾斯克瑞奇教授(Eskridge)指出:这个国家给一系列异性伴侣中各种各样的流氓发放结婚证,包括被判刑的重罪犯人、离婚后拒绝支付子女抚养费的父母甚至恋童的人。社会没有因为恐惧恋童的人领养孩子而禁止其结婚。那为什么要禁止同性恋结婚呢?^[19]其在一定程度上指出了人们在对待同性结合及子女问题上的误区,从侧面表明了人们应该以更为理性的态度对待此问题并给予其更多的理解和尊重。

(四)人类学、社会学的视角

人类学和社会学对同性恋的研究也是在此领域的一股重要力量。他们的思路和方法不同于医学、历史学的研究,但又是与其他学科密切联系的。他们重视“性取向”在各个文化形态中的多样性和相关性,同时关注不同文化对同性恋的理解。因此,其提出的很多有益的理论可以使我们对同性恋的问题有更为深刻的理解。

人类学家观察到,世界上很多人,包括在相同文化中成长的人,也可能有不同的取向对象。从人类学家关于美拉尼西亚的民族志记载中可以得到很大的启示:在美拉尼西亚的社会中,成年男子和青春期前以及青春期的男性从事的口交行为与在美国和欧洲男性间从事类似的行为是不可比的,美拉尼西亚的人不能理解或用言语表达他们这种行为是性渴望或性行为,因此这反映了一个十分不同的关于性、性特征和性别的社会文化。^[20]同样的,克莱伦·福特和弗兰克·比奇的经典社会学调查报告《人类性行为的模式》(1952)也向我们展示了一幅颇具说服力的画面:在很多美洲土著部落中,据说性行为与常人不同的人被认为能呼唤神灵的意志,具有超自然的能力。通常只有德高望重的萨满巫师才有资格被封予“性异常”的称号。^[21]因此,一种关于同性恋的“社会结构理论”产生了。一方面,人类的性特征是极其可塑的,对身体和性的具体观念是社会结构的。另一方面,人类的行为应该根据具体的文化环境加以解释,在一个文明中的解释用于描述另外一个文明的事件和信仰是不合适的。同时,我们也注意到了社会学家给我们提出的另外一种重要理论:他们认为,在任意一个给定的社会,被认为是合适的欲望的对

[17] 在这项研究中,约翰·高特曼和罗伯特·列文森对40对同性伴侣和40对异性伴侣从1987年开始跟踪调查,于1999年结束,其中20%的同性伴侣和40%的异性伴侣在研究结束前离异。《同性伴侣维持关系的启示》,http://www.csssm.org/100gb.htmJHJ5(访问日期:2007年5月15日)。

[18] Amity Pierce Buxton, *The Best Interest of Children of Gay and Lesbian Parents*, edited By Robert M. Galatzer—Levy and Louis Kraus, *The Scientific Basis of Child Custody Decision*, 1999, p. 324, New York: John Wiley & Sons, Inc., p. 327, 转引自王丽萍:“同性婚姻:否定、接受还是对话?——法律、道德与伦理文化的审视”,载《文史哲》2004年第4期,第158页。

[19] 郭晓飞:“求同存异和求异存同:同性婚姻的宪法之纬”,载《环球法律评论》2005年第5期,第632页。

[20] 参见“百度百科”中的“性取向”词条,http://baike.baidu.com/view/573639.htm(访问日期:2007年8月11日)。

[21] “同性恋,只是一种称呼”,http://boystudent.com/html/44/n-12444.html(访问日期:2007年8月11日)。

象通常是受到控制和有限的,特别是在一些较为强势的文化传统(如宗教)之下,这种“控制”更是严格。^[22] 因此,我们对社会中普遍存在的对同性恋的歧视和误解也就不难理解了。它源于一种社会结构之下的强权引导,而在一个日趋多元化和一体化的世界中,此种认识必将得到很大的修正。

实际上,社会学对同性恋的关注并非是一个偶然的过程。斯蒂文·塞德曼(Steven Seidman)指出,性的自我和性规则的形成,是与西方社会中文化和制度生活的形成交织在一起的。同性恋社会学是作为新出现的性社会学领域的一部分而登场的。社会学家的注意力之所以转向同性恋研究,其背景是同性恋迅速增高的公共可见度和政治化过程。^[23] 这样一个过程表明了很多经典社会学家正不断地打破对“性”的沉默,而开始关注在社会秩序建构和转型过程中同性恋者的权利诉求和他(她)们行动的走向。从此,在他们看来,同性恋已经不再是什么怪异的事情。

随后,极具争议性的“酷儿”理论走向了历史的舞台。罗丽蒂斯(Teresa de Lauretis)^[24]指出,同性恋如今已不再被视为一种游离于主流的固定的性形式之外的边缘现象,不再被视为旧式病理模式所谓的正常性欲的变异,也不再被视为北美多元主义所谓的对生活方式的另一种选择,男女同性恋已被重新定义为他(她)们自身权利的性与文化的形式,即使它还没有定形,还不得不依赖现存的话语形式。^[25] 因此,从字面来看,“酷儿”一词并无什么特殊之处,它只是用一个全新的单词来表达一种倾向。而这种倾向背后则是蕴涵着巨大力量的诉求和理论的总结。首先,“酷儿”常常是反同化主义的,往往是某人在生活的所有方面而不只是性方面与传统规范保持距离的标志。包括向异性恋和同性恋的两分结构的挑战,也包括向男性和女性的两分结构挑战。其次,“酷儿”表达出一种更充分的“两性合作”的政治理想,在其中男人和女人同等地参与,同时,也表达出了关于边缘群体整合和团结的取向。再次,“酷儿”理论又是建构性的,要求取得实实在在的政治上的进步,打破一切形式的歧视,获得实质上的平等。^[26]

四 同性结合的立法问题

同性恋的立法及保护问题不仅仅只是解决歧视与否的问题,其核心问题还在于同性恋者能否组成一个家庭以及由此引申出的国籍、收养、继承等问题。从这个意义上,问题的解决不仅仅是对歧视问题的解决,更关系到整个社会的稳定与和谐。从国外的情况来看,具体的法律规定已经在许多国家产生并发挥着作用。下边仅做一个简要的介绍。^[27]

关于承认同性婚姻合法(与一般婚姻享有同等权利义务),并可收养子女,这方面的努力始于 2001 年荷兰的立法规定。尔后,比利时、西班牙、加拿大、南非、美国马萨诸塞州等国家和地区也做出了类似的立法规定。

关于规定同性婚姻合法,但在籍贯、居住年限上做出一定限制,有加拿大、美国马萨诸塞州等国家和地区的例子。

关于家伴登记制度,始于 1989 年丹麦的立法规定,包括挪威、芬兰、瑞典、德国、波兰、意大利、美国加利福尼亚州等国家和地区都在此后做出了类似的立法规定。其特点是:伴侣双方在政府登记时,出具有关证明,证实双方已经共同居住了一定时限。允许同性伴侣享有诸如医院探访权、共同保险权等一定的经济权利。

[22] 参见“百度百科”中的“性取向”词条,<http://baike.baidu.com/view/573639.htm> (访问日期:2007 年 8 月 11 日)。

[23] 斯蒂文·塞德曼:“《酷儿理论/社会学》引言”,载[美]葛尔·罗宾等:《酷儿理论:西方 90 年代性思潮》,李银河译,时事出版社 2000 年版,第 109-113 页。

[24] 美国著名女权主义者,“酷儿”概念的发明者。

[25] [美]葛尔·罗宾等:《酷儿理论:西方 90 年代性思潮》,李银河译,时事出版社 2000 年版,第 2-3 页。

[26] 斯蒂文·艾普斯坦:“酷儿的碰撞:社会学与性研究”,载[美]葛尔·罗宾等:《酷儿理论:西方 90 年代性思潮》,李银河译,时事出版社 2000 年版,第 96-98 页。

[27] 参见刘怡伶整理:《承认家伴制度或公民联姻的国家及地区》,载台湾性别人权协会网站,http://gsrat.net/library/lib_post.php?pdata_id=148 (访问日期:2007 年 4 月 11 日)。

关于公民联姻制度,始于2000年美国蒙佛特州的立法规定。尔后,英国、新西兰、美国康涅狄格州、新泽西州、新罕布什尔州都做出了类似的立法规定。其特点是:同性伴侣无需出具共同生活的证明,就可以像异性夫妻一样在政府登记关系,并享受到法律赋予异性恋伴侣的绝大多数经济和法律权利。与现行的婚姻法完全平行,即异性伴侣只能登记结婚,而同性伴侣只能登记“民事结合”。

截至2005年底,世界上有不少于18个国家和地区,在立法解决同性结合问题上采纳了公民联姻制度或家伴登记制度。与此同时,我们发现采取同性婚姻合法化的国家和地区仅有6个。从2006年开始,关于此问题的立法在世界范围内日益增多,而采用同性婚姻合法化的国家少之又少。在许多西方国家,立法者面对这样一个问题时展示了极高的智慧,因为他们认识到了法律所赖以生存的社会背景和法律所可能带来的争论。门格(Menger)说过:“真正的立法者——目不转睛地盯着未来”。^[28]立法者所创造的公民联姻制度和家伴登记制度,一方面规避了“婚姻”二字所可能带来的诸多麻烦;另一方面,又为此问题的解决开辟了新的道路。与其说此种方法是一种缓和的立法模式,倒不如说此种方法创造了同性立法的新的历史。

[Abstract] The concepts of sexual orientation, gender identity and homosexuality, as distinct but interrelated concepts, are often ignored by people. Distinguishing of their specific meanings is crucial to the understanding of their social causes as well as people's views and concrete measures in this field. Researches and legislative campaign relating to the rights protection arising from these three concepts are on the raise in the West, especially in European countries. In addition to same-sex marriage legislation, registered partnership (a registration system for same-sex partners) and civil union (combination of same-sex civil relations), innovative legislation against discrimination based on sexual orientation has also emerged in Europe and the United States.

(责任编辑:黄 列)

[28] [德]罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史》,朱岩译,法律出版社2003年版,第38页。