

# 美国同性婚姻权裁决的 三重语境

## 平权运动、美国宪法与西方文明

刘 晗\*

**摘 要** 2015年美国联邦最高法院判定同性婚姻在全美合法化。该案是世界范围内一个重要的宪法案件,可以放在三重语境当中进行理解,以体现其重要的意义和争议性。首先,同性婚姻判决可以放在从20世纪下半叶开始的同性权利运动的语境当中进行把握。其次,同性婚姻判决以及同性婚姻权利需要放在美国宪法的教义学历史(特别是“实质正当程序”)当中进行理解。此外,同性恋婚姻合法化涉及西方文明的一些基本问题,因此同性婚姻判决须放在西方文明史中进行理解。结合语境和背景来看,该案的判决一方面是同性平权运动在法律上的巅峰之作,另一方面则存在社会政治和宪法教义的双重争议性。

**关键词** 同性婚姻权利 美国宪法 西方文明 司法审查

2015年将会因太平洋彼岸一个司法判决而载入世界法律史,甚至人类文明史。6月26日,美国联邦最高法院在“欧伯格菲诉霍吉斯”(Obergefell v. Hodges)案中以5:4的投票结果判定,同性婚姻在全美是一项受到宪法保护的基本权利,不应受到各州的禁止。<sup>[1]</sup>判决作出之后,立即引起全球范围内法律职业乃至一般公众的关注和讨论。美国国内自不待言,即便是在大洋彼岸的中国,社交媒体当中也充满了对此事件的转发和讨论,随后学界——特别是宪

\* 清华大学法学院副教授。本文的研究和写作受到了清华大学自主科研计划资助。

[1] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_ (2015).以下简称“欧伯格菲案”。

法学界——也针对该案从宪法教义学、权利哲学、民主政治等角度进行了深度解读。<sup>〔2〕</sup>

本文在以上研究的基础上,试图尝试将欧伯格菲案的判词进行语境化的解读,以凸显法律文本背后的深层逻辑和社会意义。无论是作为一个重要法律案件,还是作为一个重大政治事件,美国的同性婚姻案都需要放到其法律、社会、政治乃至文化背景当中进行理解,方能明晰其具体的意义和内涵。本文将美国联邦最高法院的同性婚姻判决放在逐步放大的三重语境之下进行理解:首先,同性婚姻判决可以放在从20世纪下半叶开始的同性权利运动的语境当中进行把握;其次,同性婚姻判决以及同性婚姻权利需要放在美国宪法的教义学历史当中进行理解,方能凸显其争议性;此外,同性恋婚姻合法化涉及西方文明的一些基本问题,因此同性婚姻判决须放在西方文明史中理解,方能彰显其含义和问题。综合起来看,该案的判决一方面是同性平权运动在法律上的巅峰之作,另一方面则存在社会政治和宪法教义的双重争议性。

本文特别希望指出的是,欧伯格菲案展现了美国最高法院司法能动主义(judicial activism)已经进展到了一个新的阶段:不仅仅要决定美国宪法乃至美国政治的核心争议,而且要决定西方文明甚至人类文明的重大问题。毫不夸张地说,一些大法官试图借助司法审查来将自己塑造成为柏拉图式的哲人王或者重新制礼作乐的“圣人”。这是阅读和理解美国同性婚姻权利宪法判词所需要注意的重要方面。

## 一、同性权利:性行为、参军与婚姻

同性婚姻合法化可以说是同性权利运动的一个顶峰。自从20世纪下半叶以来,同性权利运动开始在美国通过立法和司法途径争取一系列的法律权利。在此之前的两百多年里,美国联邦以及各州都对同性恋采取了非常严格的禁止态度,甚至带有极强的恐惧和憎恨情绪。<sup>〔3〕</sup>同性恋不能参军,不能从事合法性行为,遑论结婚。同性法律权利运动即是一步步冲破传统法律限制的历史。

首先是同性性行为(sodomy)的权利。随着20世纪六十年代的社会解放和权利革命,在20世纪70年代的美国,有20个左右的州在法典中废除了鸡奸法(sodomy law),但

〔2〕 参见黄明涛:“同性婚姻判决的宪法学分析——解读欧伯格菲案的多数意见”,《中国法律评论》2015年第4期,第137—145页;姜峰:“同性婚姻、宪法权利与民主审议——以罗伯茨大法官的反对意见为中心”,《法学评论》2015年第6期,第68—74页;涂四益:“美国欧伯格菲案背后的权利哲学”,《法学评论》2015年第6期,第83—90页;李忠夏:“同性婚姻的宪法教义学思考”,《法学评论》2015年第6期,第75—82页。

〔3〕 William Eskridge, *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp.17—92.

仍有 25 个州明令禁止同性性行为,不少州甚至仍然把同性性行为当做犯罪来处理。1986 年联邦最高法院在鲍威尔斯诉哈德威克案(*Bowers v. Hardwick*)中,判定同性性行为并不能被解释为隐私权的一部分,最高法院的有关判例已经将隐私权适用于包括堕胎在内的许多问题,但并没有扩展到同性恋性行为;以往判例并未表明、而且也不能从宪法中解释出来,两位成年人只要相互自愿就可以以任何方式进行性行为的基本权利(the right to sodomy)。〔4〕1996 年的罗默诉伊文思案(*Romer v. Evans*)中,最高法院判定科罗拉多州公投通过的一项宪法修正案,该修正案禁止任何法律给予同性恋或双性恋以“保护地位”(protected status)。〔5〕2003 年,美国最高法院裁定德克萨斯州同性恋鸡奸法案违宪,从而推翻了 1986 年鲍威尔斯诉哈德威克案的判决。〔6〕肯尼迪法官在多数意见中说,同性恋者有权获得他人对其私生活的尊重。同性行为的权利属于隐私权的一部分,国家不能蓄意贬损他们存在的方式,更不能试图改变他们的命运。法院认为,将成年人在家中经合意的同性性行为界定为犯罪的法律违宪。同性性行为因而在全美范围内去罪化。

继而是同性恋参军权。1990 年代初,克林顿在竞选期间曾承诺通过总统令允许军中同性恋公开性取向地加入军队。然而 1992 年竞选成功之后,国会却进行了激烈的反击,否决了克林顿政府起草的总统令。国会随即通过法案规制同性恋参军问题,该法案与国防部的相关规定一起,构成了著名的“不问不说(“Don't ask, don't tell”,缩写为 DADT)”政策〔7〕;军人如被发现从事同性性行为、或表现出同性性行为的明显意图,将被驱逐出军队;但同性恋者可在不公开身份或没有公开证据的条件下参军服役。〔8〕

几个月后,美国国会通过一项法律,禁止公开性倾向的同性恋人士在军中服役。该法律具体规定有任何以下情形之一的都会被勒令解除军职:其一,参与、试图参与或者要求他人参与同性行为;其二,表明自己的同性恋者身份;其三,缔结或者试图缔结与另一名有着相同生理性别(biological sex)之间的婚姻。〔9〕该法律的基本理念是:公开同性取向或者明确体现同性倾向有损军队凝聚力、战斗士气和作战效率。在其后的十七年中,同性恋者须掩饰其性取向方可留在美军中服役。反对此项法律的人在国会数次挑战这项法律却一直无果,直到 2011 年经过

〔4〕 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S.186 (1986), 在此案中,Hardwick 是佐治亚州居民,他在与别人合租的屋中与另一名男子发生性行为时被亚特兰大警察逮捕。

〔5〕 *Romer v. Evans*, 116 S.Ct.1620(1996).

〔6〕 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558(2003).

〔7〕 See Kenji Yoshino, “Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of ‘Don't Ask, Don't Tell’”, 108 *Yale Law Journal* 485, 538—539 (1998).

〔8〕 10 U.S.C. § 654(1994).

〔9〕 10 U.S.C. § 654 (b) (1994).

奥巴马签署《废除“不问不说”法案》(Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010)方才有所突破。新法虽然为总统、参谋长联席会议主席和国防部长留出时间,规定必须在他们确定军队已经做好贯彻新法的准备后 60 天才可生效,但毕竟为允许同性恋者参军扫清了法律障碍。<sup>[10]</sup>

最终,同性恋平权运动的诉求指向了婚姻这一人类最为古老的制度。从全球范围内来看,同性婚姻是一种较晚近的现象。目前已经将同性恋婚姻合法化的国家有 21 个,其中一些国家通过不同的法律途径将同性恋婚姻合法化;丹麦是率先通过伴侣关系承认同性恋民事结合的国家(1998 年);<sup>[11]</sup>荷兰则是首个允许同性伴侣登记,且在法律上认可该登记的婚姻效力的国家(2001 年);南非首先通过宪法法院判决、继而通过国会立法将同性恋婚姻合法化(2005 年);<sup>[12]</sup>爱尔兰是世界上第一个通过全民公决将同性恋婚姻合法化的国家(2015 年);<sup>[13]</sup>墨西哥最高法院则在 2015 年宣判墨西哥各州禁止同性恋婚姻的法律因违宪而无效。<sup>[14]</sup>

美国通过司法途径来逐步实现全国范围内的同性婚姻权利。2013 年,美国最高法院曾在同一天内宣判了两起事关同性婚姻的案件。首先是处理联邦层面的温莎诉美国案(*Windsor*

[10] 从比较的视野来看,其他西方国家实现同性恋参军权也是较为晚近的事情。如 2000 年以前,英国军队亦严格禁止同性恋者参军。任何军人被发现是同性恋者都会立即被革职。英国国防部的理由是:同性恋行为会引起部分人的不满,造成同僚之间的关系两极化、使军中秩序受到严重的不良影响,影响士气和效率。1992 年起,因此项政策被革职的军人试图挑战此项政策;1995 年起,他们先后向法院和劳动仲裁庭(Employment Tribunal)提起诉讼,认为英国国防部的政策违反了《欧洲人权公约》,且构成了不合理安排。英国法院虽承认国防部推行这项政策的理据缺乏说服力,但认为这项政策并没有违法,所以拒绝下令国防部撤销这项政策。See Richard Kamm, "European Court of Human Rights Overturns British Ban on Gays in the Military," *Hum. Rts. Br.* 7, 18-28 (2000). 1996 年,多名因同性恋倾向及行为被革职的军人先后向欧洲人权法院提起诉讼;英国海军以他们是同性恋者为由解雇他们的行为,违反了《欧洲人权公约》之下“尊重个人私生活和家庭生活”的要求。1998 年欧洲人权法院判定英国海军败诉。政府的理由有二:其一,国家有广泛的权力基于国家安全来制定军事规章,法院应当尊重国家的判断;其二,同性恋参军将会产生士兵行为和情绪的双重不良反应,削弱军队的士气以及战斗力。法院的反驳则基于以下两点:首先,国家当然有权利依据国家安全的理由来订立军事纪律,但这不能侵犯个人权利,也不能获得司法审查的豁免;其次,更重要的是,政府并未能提供充足的证据证明同性恋参军会挫伤军队士气,这仅是流行的偏见或者说刻板的印象。否定性的态度并不足以支持政府的措施,就像种族和肤色偏见一样。See *Lustig - Prean & Beckett v. United Kingdom* (2000) 29 ECHR 548. 2000 年,英国同性恋从军禁令得到了解除;2004 年,英国皇家空军开始正式招收同性恋人士。

[11] The Danish Registered Partnership Act, D/341 - H - ML Act No. 372 of June 1, 1989.

[12] *Minister of Home Affairs v. Fourie*, [2005] ZACC 19; The Civil Union Act (Act No. 17 of 2006).

[13] "Ireland legalizes same - sex marriage by national referendum", <http://jurist.org/paperchase/2015/05/ireland-legalizes-same-sex-marriage-by-national-referendum.php>, 最后访问日期:2017 年 7 月 8 日。

[14] "Mexico top court finds same - sex marriage bans unconstitutional" <http://jurist.org/paperchase/2015/06/mexico-top-court-finds-same-sex-marriage-bans-unconstitutional.php>, 最后访问日期:2017 年 7 月 8 日。

*v. United States*)。<sup>[15]</sup> 纽约市的两名女同性恋者——伊迪丝·温莎(Edith Windsor)和西娅·斯皮尔(Thea Spyer)——度过了44年的共同生活;她们于2007年在已经承认同性婚姻的加拿大登记结婚,而回到纽约市之后,纽约州也认可了其婚姻的效力。斯皮尔去世以后将遗产留给了温莎,但温莎被联邦税务局要求缴纳35万美元的遗产继承税。原因在于,根据1996年国会通过、克林顿签署的《保卫婚姻法案》(DOMA),婚姻是一男一女之间的结合,因而同性婚姻不受联邦承认、不享受已婚夫妇的税收优惠。温莎则认为自己应该享有已婚配偶的联邦遗产税豁免。最高法院以五比四判了温莎胜诉。多数意见的最终结论是:《婚姻保护法》(Defense of Marriage Act)剥夺了第5修正案所保护的平等自由。该案的判决结果实际上在华盛顿特区将同性婚姻合法化。

另一起案件处理了州层面的问题。2008年5月,加州最高法院判定该州将婚姻限制为异性的法律因违反州宪法而无效,因而在该州将同性婚姻合法化。当年11月,反对同性婚姻的选民提出禁止同性婚姻的州宪法修正案——称为8号提案(Proposition 8)——并公投通过。随后,支持同性婚姻的人士在加州法院挑战该提案未果。继而,美国平等权利基金会(AFER)在地处加州的美国联邦地区法院挑战8号提案,将案件送到联邦司法系统进行处理。2010年6月,联邦地区法院判定8号提案违反了美国宪法第14修正案中的正当程序和equal protection clause,因而无效。加州政府作为被告拒绝提出上诉;但该提案的支持者作为诉讼第三人自发将案件上诉。2012年7月,联邦第九巡回法院以二比一的判决裁定8号提案违反联邦宪法,因而维持了初审判决。案件最终上诉至美国最高法院。2013年6月,最高法院以五比四的判决裁定,上诉人(8号提案的支持者)缺少上诉资格,从而否决了联邦第九上诉法院的判决,使得联邦地区法院的原始判决成为该案的终身判决。<sup>[16]</sup> 该判决事实上在加州将同性婚姻合法化。

同性婚姻最终通过美国最高法院的判决在全国范围内的各州合法化。这就是2015年6月26日宣判的 *Obergefell v. Hodges* 案,又是一个五比四的判决。法院多数意见认为,第14条修正案要求所有州的法律允许同性婚姻,并承认在其他州登记的同性婚姻。肯尼迪大法官撰写了多数意见,金斯伯格、布雷耶、索托马约、卡根加入;首席大法官罗伯茨、斯卡利亚、托马斯和阿利托大法官各自发表了反对意见。

法院的多数意见始于对婚姻史的讨论。肯尼迪大法官认为,历史上的婚姻皆为异性之间,但婚姻史同时经历了变迁:包办婚姻被自由婚姻取代;已婚女性由其丈夫代表的制度业已废除。新时代总会在改变婚姻内容的同时增强婚姻制度的力量。婚姻发展的动力体现在20世纪美国各州对待同性恋的态度转变中:20世纪大部分时间各州对于同性恋持否定态度;同性

[15] *Windsor v. United States*, 133 S.Ct.2675(2013).

[16] *Hollingsworth v. Perry*, 133 S.Ct.2652 (2013).

亲密行为被认为是邪恶；同性恋被当作心理疾病；然而，20 世纪后半叶文化、社会发展让人们对同性恋和同性亲密行为愈加宽容，最高法院也在数起案件之中分别肯定了同性性行为的宪法权利。

多数意见继而讨论宪法问题，其要点是：同性婚姻受到美国宪法的保护；各州必须允许同性婚姻。肯尼迪大法官的论证从《美国宪法》第 14 修正案所涉及的自由和平等两个方面进行。首先，第 14 修正案的正当程序条款所保护的“自由”包含那些界定个体之间的亲密行为。法院的判例法长久以来承认宪法保护结婚权，如曾判定禁止异族通婚违宪。虽然一系列的判例只承认异性结婚的基本权利，然而新判例如劳伦斯诉德克萨斯案(*Lawrence v. Texas*)已经承认了同性性行为的权利。如果婚姻权是一项基本权利，那么同性伴侣可行使结婚的权利。

多数意见列举了四个原则和传统予以证明。其一，个人自由选择婚姻的权利是个人自主权利的内在组成部分。其二，两个个体之间的亲密结合(intimate association)比其他结合更为重要，受到宪法的保护。其三，结婚的基本权利与生育紧密联系，没有对于婚姻的承认和稳定的保障，孩子们将会遭受成长的缺失，无论是物质还是精神方面。其四，判例和传统皆承认婚姻是社会秩序的基石，此原则对于异性伴侣和同性伴侣同等适用，否定同性婚姻对于同性伴侣是一种侮辱。即便长久以来将婚姻限定为异性之间是正当的，但与当前婚姻基本权利相冲突。

其次，同性婚姻权同样受到第 14 修正案的平等保护条款的保护。正当程序条款和平等保护条款相互关联。法院的诸多判例皆是依据社会观念的新变化来审查之前未受注意和挑战的法律；法院也曾经依据这个原则来审查与同性权利相关的法律。因而，当前将婚姻限定为异性之间的法律本质上是不平等的，因为同性伴侣无法获得异性伴侣所可以享受的婚姻利益，并因此处于劣等的地位。总而言之，根据自由和平等的原则，各州禁止同性婚姻的法律违反宪法、侵犯了公民婚姻的基本权利，因而违宪。

多数意见亦对很多可能的批评进行了回应。首先，法院认为基本权利受到侵犯的个人无需等待民主程序来确认自己的权利，而可以直接诉诸司法过程来肯定其婚姻权利。上诉人将案件上诉到最高法院本身已经证明了问题的迫切性。最高法院具有运用司法审查来处理此问题的权力和义务。如果法院不直接介入此问题，而是等待立法机关作出缓慢的改革，那么等待过程所施加给同性伴侣的伤害仍然会侵犯其所享有的婚姻权利以及相关的利益。其次，法院认为，承认同性婚姻的合宪性并不会改变异性婚姻的性质，因而不会破坏和伤害婚姻这项基本社会制度。反对者的担心是多余和无根据的。最后，宗教和宗教教义的信徒自然可以根据其信仰来反对同性婚姻，但是根据第 1 修正案的宗教自由原则，同性婚姻者亦可以根据其信仰或者信念来支持并实践同性婚姻。两方面的人同时享受宗教自由的保护。

多数意见以格言结束了判词：

没有任何结合比婚姻更为深切，因其体现了爱、忠诚、奉献、牺牲和家庭的至高理想。

两人形成姻亲之合的时候,成为了超越他/她们个体的结合。正如这些案件中的上诉人所展现的,婚姻体现了一种甚至可以超越死亡的持久之爱。说他们不尊重婚姻的理念实属误解。他们的申诉表明他们尊重婚姻的理念,且如此深切地尊重,以至寻求婚姻的理念在其自身实现。他们不愿生活在被谴责的孤独之中,为人类文明最古老的一项制度所排除。他们要求法律之中的平等尊严。宪法给与他们那种权利。〔17〕

异议意见同样精彩。首席大法官罗伯茨陈明,他并不反对同性婚姻合法化,而只是反对通过司法判决将其在全国范围内合法化。由于宪法对此问题没有任何规定,决定权应该交给民主程序(包括联邦国会和各州议会)。法院通过扩大解释来肯定同性婚姻权利是对法治的破坏,走上了“实体正当程序”(substantive due process)的错误老路。斯卡利亚基本认同罗伯茨大法官,只是言词更加激烈。他认为高院此次的判决威胁了美国民主,以对“自由”的放肆的宪法解释实现了宪法修改,剥夺了独立宣言和美国革命确立的成果,即美国人民的自治。〔18〕法院的判决进而抹杀了美国人民进一步辩论同性婚姻问题的可能性,封杀了民主途径解决此争论的路径。此举十足地展现了司法机关的妄自尊大。托马斯大法官则认为,多数意见曲解了宪法自由的含义:自由历来都是免于政府干涉的权利(消极权利),而近日法院却将其界定为享受政府好处的权利(积极权利),因此根本地改变了美国的宪法哲学。即便实体正当程序教义是可以采用的,也无法将其用来做如此解释。阿利托大法官则认为,多数意见违背了联邦制的原则。美国宪法对于同性婚姻的问题没有给出任何答案,而是将该问题留待各州人民自行决定。最高法院篡夺了各州人民的决定权,构成了司法越权和权力滥用。

## 二、美国宪法教义:实体正当程序与同性婚姻

考虑到判决之前同性婚姻问题已经激起了美国最为激烈的道德、政治和宗教争论,美国最高法院实际上介入了所谓“文化战争”(the Culture War)。它的战略手段是司法审查,武器库是美国宪法,其核心武器是第14条修正案,特别是正当程序条款。同性婚姻案件的宪法意涵须放在美国宪法中正当程序条款教义的历史中才能得到恰切的理解,尤其是其争议性。

原初的《美国宪法》(1787)既没有规定司法审查,也没有写上权利法案。不言而喻,司法审查为1803年美国最高法院通过马伯里诉麦迪逊案所确立。而《权利法案》则是由第一届国会制定,而非1787年制宪会议确定。1787年《美国宪法》缺少权利法案并不是立宪者的疏忽大

〔17〕 *Obergefell v. Hodges*, supra note 1, at 28.

〔18〕 *Ibid.*, Scalia dissenting, at 2.

意,而是有意为之。竭力推动新宪法的联邦党人认为,联邦宪法本身就是权利法案,对政府权力的限制就是对公民权利的维护,没有必要专门列举;如果将权利列举出来,反而不利于保护权利,因为权利的列举必然有限,会让人觉得宪法权利仅限于列举的权利,使权利法案成为政府限制公民的借口。用汉密尔顿的话来说,权利法案列入美国宪法“不仅无此必要,甚至可以造成危害”。<sup>[19]</sup> 在制宪和通过时期不断反对联邦宪法的反联邦党人,对于宪法的最大批评就是宪法缺少权利法案。最后,为了平息反联邦党人对于宪法的批评,麦迪逊主导第一届国会制定了权利法案。

《权利法案》最初的适用范围只限于联邦政府的法律,而不能用来限制州的议会。美国最高法院在巴伦诉巴尔的摩案(*Barron v. Baltimore*, 1833)当中明确地肯定了这一点。<sup>[20]</sup> 当时,巴尔的摩市政府征用了一个公民的财产,此人将案件起诉到美国最高法院,认为该做法违背了《美国宪法》第5修正案:“不得不经由法律的正当程序,即被剥夺生命、自由与财产;私有财产不得未获公正补偿即遭占取。”马歇尔大法官判定:“我国人民成功的制定了联邦宪法,同时各州均有自己的宪法。……我们必须将宪法第5修正案理解为对联邦政府权力的限制,不适用于各州,各州已经依其智慧在自己的宪法中对本州政府的权力进行了限制。”<sup>[21]</sup> 涉及到前八条修正案中所列举的宪法权利,联邦宪法对于州政府没有任何限制。比如,第1条修正案规定国会不能设立国教,但该条款并不意味着各州不能建立国教;各州恰恰是为了保护自己州所建立的宗教,才限制国会不能建立全联邦的宗教。州在涉及到公民权利的问题上只受制于本州的宪法。从更大的范围来看,整个联邦宪法绝大部分都是针对联邦政府的,对州只有在第4条州际合作方面有有限的限制,但在个人权利领域,联邦宪法没有任何限制。<sup>[22]</sup> 在这样的框架之下,公民即便对州的法律不满,也不能诉诸于联邦宪法的权利法案,而只能依据州的宪法进行挑战。其根本原因在于1787《美国宪法》诞生于各州对于联邦政府的深度担心和极端防备之中,因而各州将联邦宪法视为保卫自己不受联邦政府侵犯的法律武器。

[19] (美)汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1995年版,第429页。

[20] *Barron v. Baltimore*, 7 Peters 243 (1833).

[21] 译文来自北京大学法学院司法研究中心编:《宪法的精神:美国联邦最高法院200年经典判例选读》,中国方正出版社2003年版,第42页。

[22] 同上注,第42页。(“假如有哪个(或几个)州的人民要求修改他们自己的宪法,假如他们要求进一步的保障,以使自由免受各自政府令人不安的侵害,救济方法在他们自己手中,他们可以自主行使。对本州宪法不满的州可以召开大会,各州即可完成本州人民要求的宪法修正和改进。没有人会想到运用如此难以操作和如此累赘的机制——由国会的三分之二的议员提议,并须获得四分之三的州批准(联邦宪法修改程序)——去完成各州自己就可以解决的问题。如果将这些限制适用于州政府的权力是宪法修正案制定者的原意,他们就会像宪法最初的制定者那样,把这些意图明文表达。”)

1860年代的美国内战根本地改造了美国的纵向宪法结构。伴随着北方军事力量对于南方的占领以及黑人的解放,国会通过了三条著名的“重建修正案”:13修正案规定废奴,14修正案主要规定民权,15修正案规定投票权。《权利法案》只有在第14修正案通过之后,才能够被联邦法院用来宣判州的法律违宪。第14修正案的通过是一场宪法革命,是对于联邦与各州关系的重大调整,尤其是开始以联邦宪法的名义来限制各州的权力。对于各州权力的限制,首先是第14修正案第1款中的优惠与豁免权条款(privileges and immunities clause):“任何州不得制订或实施任何法律,来剥夺合众国公民的优惠和豁免权。”但该条款随即被1873年美国最高法院判的屠宰场案(the Slaughter—House Cases)所废弃,至今仍然未被启用。<sup>[23]</sup>随后的两个条款成为了以后最高法院判决的宪法权利案件的依据。首先是正当程序条款:“各州亦不得经由法律正当程序,即剥夺任何人的生命、自由和财产”;然后是平等保护条款:“或在其管辖区域内对任何人拒绝提供法律的平等保护。”若不是因为屠宰场案,未明确列举的权利本可以并且应该在特权和豁免权条款中解释出来。但正因为屠宰场案的先例存在,最高法院只能转而采用正当程序条款。

美国最高法院继而通过第14条修正案,将原先的权利法案适用于限制各州政府的权力、保障宪法权利。这种趋势在第二次世界大战之后变得更为明显。所有的争议皆围绕平等和自由展开,围绕着1954年的布朗案<sup>[24]</sup>和1973年的罗伊案<sup>[25]</sup>进行。美国最高法院积极地介入了六十年代以来的文化战争。如果说平等保护条款的能动司法适用激起了巨大争议的话,正当程序条款则激起了更大的争议。

在美国宪法教义中,正当程序条款包含程序性正当程序(Procedural Due Process)与实体正当程序(Substantive Due Process)两种。<sup>[26]</sup>正当程序的本来意思主要是程序性的,即政府在剥夺个人生命、自由、财产的时候必须经过相应的法定程序,如进行听证等环节。但随着最高法院的实践,正当程序变成了实体性的:政府在剥夺个人生命、自由和财产的时候必须给出充分而正当的实质理由,而不能仅仅履行相应的程序。原本正当程序的含义被称为“程序性正当程序”(Procedural Due Process),虽然有语义重复之嫌。

在实践当中,实体正当程序主要用于未明确列举的权利(unenumerated rights),针对的主

[23] *The Slaughter—House Cases*, 83 U.S. 36 (1873).

[24] *Brown v. Board of Education*, 374 U.S. 483 (1954).

[25] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[26] John H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 18 (“substantive due process is a contradiction in terms—sort of like ‘green pastel redness’”).

要是州的立法。自由当然不仅仅在于权利法案的列举。<sup>[27]</sup> 最高法院依据此教义解释出了很多基本权利,结婚权、<sup>[28]</sup>子女监护权、<sup>[29]</sup>堕胎权、<sup>[30]</sup>同性性行为权、<sup>[31]</sup>拒绝接受治疗权<sup>[32]</sup>等等。还有更多的权利被提交到最高法院寻求确认未果,如医生协助自杀的权利。<sup>[33]</sup> 部分因为这个原因,实体正当程序的教义备受争议:保守派法律人将其称为一种“严重的伪装”<sup>[34]</sup>或者“虚构”,<sup>[35]</sup>甚至自由派宪法学家也将其看作“术语矛盾”,一如“绿色蜡笔红”;<sup>[36]</sup>亦有批评者认为最高法院严重违背了第14条修正案的原意。<sup>[37]</sup> 最高法院常被诟病毫无宪法根据地越俎代庖立法,表现了一种司法的妄尊自大。<sup>[38]</sup> 实体正当程序因而典型地体现了最高法院司法审查的正当性问题,即著名的“反多数难题”:非民选的最高法院为何能够否决民选机构的立法,特别是在宪法并没有明确规定的问题上?<sup>[39]</sup> 非民选的最高法院之所以有权审查民选机构制定的法律,是因为其代表了宪法。但如果宪法对于特定问题没有明确规定,最高法院就没有坚实的理由否定立法。

实体正当程序备受争议的另一原因在于其不甚光彩的适用历史。在19世纪末到20世纪的前半叶,正当程序条款主要用来保护公司和资本的利益——“自由”被理解为主要指契约自由。在1905年著名的洛克纳案中,美国最高法院判定纽约州限制最高工作时间的立法违反了

---

[27] 但如果完全没有限制,那么法官就可以完全依据个人主观理解来解释出新的权利。一个重要的限制即是“自由必须根植于美国的历史和传统当中”。See *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (Harlan J., dissenting).

[28] *Loving v. Virginia*, 288 U.S. 1 (1967); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

[29] *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

[30] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

[31] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558(2003).

[32] *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

[33] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

[34] Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York: Simon & Schuster, 1990, p. 31.

[35] Michael S. Paulsen, “Does the Constitution Prescribe Rules for Its Own Interpretation?”, 103 *New York University Law Review* 857, 897 (2009).

[36] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 18 (“[W]e apparently need periodic reminding that ‘substantive due process’ is a contradiction in terms—sort of like ‘green, pastel redness.’”).

[37] 这方面的经典批评是Raoul Berger, *Government By Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* Indianapolis: Liberty Fund, 2d ed.1997, pp.221—239.

[38] Nelson Lund & John O. McGinnis, “*Lawrence v. Texas* and Judicial Hubris”, 102 *Michigan Law Review*, 1555 (2004).

[39] See Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press, 1962, p. 16.

第14条修正案正当程序条款所保护的契约自由。<sup>[40]</sup> 1905年到1937年之间,美国最高法院曾以此为理由否定了两百多个经济管制的州立法。<sup>[41]</sup> 美国也因此进入了所谓“洛克纳时代”(Lochner Era)。<sup>[42]</sup> 1937年,迫于罗斯福总统重组法院的政治压力,美国最高法院摒弃了合同自由教义,转而支持新政立法,史称“及时转向”。<sup>[43]</sup> 美国最高法院转而对于正当程序条款中的“自由”采取了一种限制性的解释:

支配我们裁决的原则是什么,这并没有疑问。应援引的宪法条款是适用于各州的第14修正案的正当程序条款……在每个案件中,那些反对对妇女最低工资进行规制的人声称,这类规定剥夺了契约自由。这种自由是什么? 宪法并没有提到契约自由,它只提到了自由并禁止未经正当法律程序剥夺自由。在禁止剥夺自由的同时,宪法并没有承认存在一种绝对的、不受限制的自由。在提到自由这一短语的每一处,自由均有其历史和涵义。然而,在社会组织中,应该捍卫的自由是,要求针对威胁公民健康、安全、道德和福利的恶行提供法律保护的自由。因而,宪法中的自由必然受制于正当程序的约束,对其主体的合理的、且为社会利益而采取的规制,即属于正当程序。

最高法院的实体正当程序在经济领域的适用告一段落。从那以后,再也没有一部联邦或州的经济规制立法以实体正当程序为由宣布为违宪。用伦奎斯特大法官的话说,“我们的探究止于国会行为有貌似合理(plausible)理由的……地方”。<sup>[44]</sup> 实体正当程序因为洛克纳案而被污名化,<sup>[45]</sup>以至于法院以后在处理类似案件的时候必须首先否认自己是在像洛克纳法院一样在搞“超级立法”(super-legislation)。<sup>[46]</sup>

[40] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

[41] Benjamin Wright, *Growth of American Constitutional Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1942, p.154.

[42] See Howard Gilman, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Power Jurisprudence*, Durham: Duke University Press, 1993, p.205.

[43] *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). 391. 译文来自北京大学法学院司法研究中心编:《宪法的精神:美国联邦最高法院200年经典判例选读》,中国方正出版社2003年版,第243页。

[44] *Railroad Retirement Bd. v. Fritz*, 449 U.S. 166, 179 (1980).

[45] 有很多论者将实体正当程序的适用追溯到1857年的 *Dred Scott v. Sanford* 案。See Robert Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* Washington, D. C.: Aei Press, 2003, p. 55; *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_ (2015), at 12 (Roberts, J., dissenting). 这样说来,实体正当程序就更为臭名昭著,因为该案中美国最高法院宣布黑人不是美国公民,并且不应该成为美国公民。See *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

[46] *Grisworld v. Connecticut*, 281 U.S. 479(1965), at 481—82(“Coming to the merits, we are met with a wide range of questions that implicate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Overtones of some arguments suggest that *Lochner v. State of New York* ... should be our guide. But we decline that invitation...”).

从 20 世纪 60 年代起,随着反文化运动(counterculture)和性解放运动的兴起,正当程序中的“自由”的所在从契约转移到了身体。<sup>[47]</sup> 身体的自由取代了缔约的意志,成为了正当程序条款的关注所在;对于女性来说,自由意味着堕胎;对于男性来说,自由意味着同性恋。身体的自由受到隐私教义的保护。<sup>[48]</sup> 最高法院在 1973 年的罗议案当中肯定了女性堕胎的宪法权利,但在 1986 年的鲍威尔斯案中否定了男同性恋性行为的权利。

与此同时,身体自由问题激起了极大的政治争议和法律辩论:堕胎问题从 1973 年以来一直是全美头号政治、道德和法律争议问题;同性恋问题在近些年来成为了重大热门的政治、道德和法律议题。在这些争议性的问题上,最高法院运用了宪法上最为争议性的实体正当程序教义来判案,自然会引发双重争议。

从罗伊案开始,有关身体自由的实体正当程序教义就开始进入了极度激烈的争论,以至于几乎重大的案件都是五比四的判决。最高法院的自由派和保守派也开始明显地分化开来:自由派极力维护实体正当程序,在解释宪法时坚持“活的宪法”(living constitution)的原则;保守派极力反对实体正当程序,坚持原旨主义(originalism)的宪法解释。<sup>[49]</sup> 对于保守派而言,如果宪法文本没有明确的规定,解释正当程序中的自由条款时必须依据国家的历史和传统,而不能随意解释出新的权利。保守派坚持认为,在宪法没有明确规定的情况下,必须由州的民选代议机构自行决定相关法律和政策,法院不能越俎代庖,否则即超越其权限、构成司法篡权。无论对于自由派和保守派,实体正当程序都有“洛克纳”之嫌。从法理上来讲,对于身体自由的保护和对于契约自由的保护确有一种平行关系:两者都强调一种不受政府干涉的个体自治领域。自由派法官和保守派法官有关实体正当程序的争议继而体现在每一个重大案件当中。很多时候,除了那些立场摇摆的中间派(典型的是撰写此次同性婚姻案的肯尼迪大法官),对于那些立场明确的大法官而言,跟踪美国最高法院判决的读者几乎无须看其判词都知道他/她们要说什么。

保守派大法官一般对于自由派法官发展新权利的批评主要集中在最高法院是否应该推动社会变革。他们经常会以实体正当程序来指责自由派,因为实体正当程序总是会引发洛克纳案的联想。如在温莎案中,斯卡利亚大法官对多数意见进行了猛烈抨击:“多数派并未使用‘实体正当程序’这个可怕的字眼,他们可能意识到该原则的名声并不光彩,但是他们的论述就

[47] Ibid.虽然道格拉斯大法官否认自己是在用实体正当程序,但他实际上也是在用 14 修正案的正当程序条款来将权利法案用于针对各州。

[48] 1965 年,在 *Griswold v. Connecticut* 案中,美国最高法院判定康涅狄格州限制适用安全套的法律违反了正当程序原则,剥夺了公民的隐私权,而隐私权正是“自由”的核心部分。See *Griswold v. Connecticut*, 281 U.S. 479(1965).

[49] See Antonin Scalia, “Originalism: The Lesser Evil,” 57 *U. Cin. L. Rev.* 849 (1989).

是这个意思。”此外，“一个社会选择一种变革是一回事，而一个法院把这种变革强加给那些反对它的人又是另一回事。”<sup>[50]</sup> 同持反对意见的阿利托大法官指出，“宪法没有对这一选择做出规定，宪法将它留给了人民，人民通过其所在联邦和州所选出的代表来行事。”<sup>[51]</sup> 在保守派看来，最高法院急须激流勇退，将此问题交给民主机关决定。在实体正当程序问题上，美国最高法院的大法官们经常争论，甚至带着情绪进行争吵。

实体正当程序的另一个重大含义在于，一旦法院就一项隐含的基本权利进行判决，就必然推行一套全国统一的标准，否定了各州自行决定的可能性。例如，如果没有最高法院的判决，根据联邦制的原则，各州可以自行决定同性恋婚姻是否合法化：一些州可以根据本州的历史、宗教、文化和社会传统和实际状况禁止同性婚姻，另一些州可以根据自己的历史发展和社会状态允许同性婚姻，还有些州可以采取某种中间路线。但一旦最高法院宣判，各州都必须遵从最高法院设定的统一标准，失去了多元选择的机会。

美国最高法院的判决并非因为其正确才受到遵从，而是因为受到遵从才显得正确。这就是美国最高法院曾经的大法官杰克逊(Robert Jackson)的名言所指出的：“我们不是因为不犯错误才最终说了算，我们不犯错误只是因为最终说了算”。<sup>[52]</sup> 司法审查并非《美国宪法》规定的权力，法院在行使司法审查权的时候也并非严格拘泥于《宪法》，而毋宁说是司法审查创造并发展(曲解?)了《宪法》。这如同耶鲁大学法学院保罗·卡恩(Paul W. Kahn)教授指出的：“《宪法》没有建立司法审查；毋宁说，司法审查发明了《宪法》”。<sup>[53]</sup> 美国最高法院的地位，与其说源自其智商超群，不如说来自其权力巨大。

对于美国最高法院司法审查的现实主义理解毋宁揭示了另一个重要的现实。也就是说，美国最高法院不但在美国法律体系内处于至高的位置，而且在美国政治文化和公民宗教当中占据了重要的地位。<sup>[54]</sup> 美国的公众信仰将最高法院赋予了某种神学的色彩：《宪法》类似于《圣经》；而大法官则好像大祭司。问题不在于最高法院经常违背基本的逻辑和法理——如所谓实体正当程序。问题在于即便如此，美国人民也对最高法院的决定无法反抗，即使极端不同意。而这，正是司法审查或曰司法至上(judicial supremacy)的核心意涵所在。

[50] *Windsor v. United States*, 133 S.Ct.2675(2013), at 17,21(Scalia, J., dissenting).

[51] *Windsor v. United States*, 133 S.Ct.2675(2013), at / (Alito, J., dissenting).

[52] *Brown v. Allen*, 344 U. S. 443(1953), at 540 (Jackson, J., concurring) (“We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.”).

[53] Paul W. Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven: Yale University Press, 1997, p.169 (“The Constitution does not found judicial review; rather, judicial review invents the Constitution.”).

[54] 参见刘晗：“美国宪法民族志初论：宪制文化及其意义结构”，《环球法律评论》2014年第6期，第136—145页。

### 三、同性取向、宪法判决与西方文明

美国最高法院的司法判决诞生于激烈的同性婚姻争论之中。<sup>[55]</sup> 如同哈佛大学政治哲学教授桑德尔所言,该争论的本质在于这样一个问题:“男女同性恋的结合,是否值得拥有我们这个社会中由政府认可的那些婚姻所具有的荣誉和认可?”<sup>[56]</sup> 法律话语背后是深层次的道德价值冲突。争论的核心涉及婚姻的定义目的:到底是生育后代的结合,还是爱意的法律承认? 反对同性婚姻的人认为:婚姻最重要的目的就是繁衍后代;同性恋婚姻本身不能带来人口的生育因而不能被允许。<sup>[57]</sup> 基督教右翼则认为:同性恋平权运动从一开始就挑战了基督教的信仰根基;同性性行为的目的不是生育而是肉体的愉悦(carnal pleasure)——这是一种罪恶。支持者则对这些理由不予认同:婚姻的目的在于繁衍后代实在是太过陈腐,其真正的目的在于相爱双方的深刻合意。

同性婚姻之所以激起如此大的辩论,是因为其触及到了婚姻这一古老的人类制度的定义、性质和正当性问题,更是因为其触及到了西方文明有关道德、宗教和法律等各方面的本质规定性。尽管“同性”(Homosexual)一词直到 1883 年才引入英文,<sup>[58]</sup> 但同性恋是一个西方文明历久弥新的古老问题。粗略地讲,西方文明的两大历史传统——希腊和犹太——基督教——对于同性恋的态度截然不同。希腊与希伯来、雅典与耶路撒冷之间的争斗在同性恋问题上尤为明显。<sup>[59]</sup>

同性恋在古希腊文明中备受推崇。尤其是男性和男性之间的恋情,不仅仅是一种生活方式,而且是一种教育制度,甚至带有某种政治意涵。希腊神话从不缺少男性神之间的同性之爱,<sup>[60]</sup> 而同性恋在希腊社会之中更为普遍。古希腊同性恋情的经典模式建立在少年和年长的男性之间:年轻人被叫作被爱者(eromenos);年长的被叫作爱者(erastes)。<sup>[61]</sup> 男性间的爱

[55] See John Corvino & Maggie Gallagher, *Debating Same-Sex Marriage*, New York: Oxford University Press, 2012, pp.1-2.

[56] (美)迈克尔·桑德尔:《公正:如何是好》,朱慧玲译,中信出版社 2012 年版,第 291 页。

[57] Lynn D. Wadle, “Multiply and Replenish: Considering Same-Sex Marriage in Light of State Interests in Marital Procreation”, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 24 (2000), p.771.

[58] 据考证,首次使用此词语的是 John A. Symonds, *A Problem in Greek Ethics* London: Areopagitica Society, 1908, p.71.

[59] Louis Crompton, *Homosexuality and Civilization*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p.32.

[60] See Vittorio Lingiardi, *Men in Love: Male Homosexualities from Ganymede to Batman*, Chicago and La Salle: Open Court Publishing Co, 2002.

[61] Kenneth Dover, *Greek Homosexuality*, Cambridge: Harvard University Press, 1989, p.16.

情也被希腊人(如斯巴达)认为是军事效率和公民热情的重要保证,因而备受推崇。<sup>[62]</sup> 同性之情也扩展到女性:譬如古希腊最著名的女诗人萨福(Sappho)住在一个叫作莱斯波斯(Lesbos)的岛,与其女伴相依。后世女同性恋(lesbian)一词即以萨福所居住的岛命名。

同性恋也构成了希腊哲学的重要主题。柏拉图本人曾有过一场同性恋情,对方是叙拉古(Syracuse)的僭主迪昂(Dion)。公元前367年,柏拉图在迪昂的劝说下第二次来到叙拉古为其立法。柏拉图曾写给迪昂颂歌:“在你道路宽阔的城邦里,你在徜徉,享受最终的荣光,而你的爱曾使这片胸中的那颗心疯狂。”<sup>[63]</sup>在《会饮篇》中,柏拉图认为男性爱人之间最高的状态是知识与美德的交流:性不是同性恋的一部分;恋才是最主要的。<sup>[64]</sup>然而,柏拉图最后的作品《法篇》对同性恋明确禁止,强调建立一夫一妻制的重要性。<sup>[65]</sup>柏拉图早期和晚期的两种截然不同的态度构成了西方文明对同性恋两种态度的基础。柏拉图《法篇》中的态度预示、并直接影响了基督教、特别是天主教会的立场。<sup>[66]</sup>

犹太基督教(Judeo-Christian)文明则对同性恋非常严酷。这种态度最早地、典型地体现在记述传统犹太法律的《旧约·利未记》当中:上帝耶和华让摩西为以色列子民立下律法,“不

[62] Louis Crompton, *supra* note 59, p.536. 希腊人认为同性恋不仅能够实现教育功能,还能够锻造战斗力极强的军队——情人军团(*army of lovers*),激发勇敢之情。更出名的则是底比斯的神圣军(Sacred Band of Thebes)。它由300人(150对伴侣)组成,士兵们从底比斯的各个军团里挑选出来,他们都出身贵族,受过良好教育,而且战斗力强悍,鲜有败绩。See David Leitao, “The Legend of the Sacred Band,” in Martha C. Nussbaum & Juha Sihvola eds., *The Sleep of Reason: Erotic Experience and Sexual Ethics in Ancient Greece and Rome*, Chicago: University of Chicago Press, 2002, pp. 143–169.

[63] Quoted from Louis Crompton, *supra* note 59, p.56.

[64] 在《会饮篇》里,柏拉图把希腊男性之间的恋爱升华到了极致。其中,诗人阿格通(Agathon)在雅典酒神祭祀悲剧竞赛中拔得头筹,邀好友会饮,大家商定对爱神厄洛斯(Eros)发表颂词。柏拉图借阿里斯托芬的口讲述了这样一个故事:最初的人有两副面孔、两套手脚,后来被神劈开,去寻找另一半:“那些由剖开女人造成的女人对男人没有多大兴趣,却更喜欢女人,她们是来自这种人的同性恋者;那些由剖开男人而造成的男人从少年时期起都还是原始男人的一部分,爱和男人做伴,和他睡在一起,乃至互相拥抱以为乐事。他们在少年男子当中多半是最优秀的,因为具有最强烈的男性。有人骂他们为无耻之徒,其实这是错误的,因为他们的行为并非由于无耻,而是由于强健勇敢,急于追求同声求气的人。最好的证明是这样的男人到了成年之后就在政治上显示出雄才大略。一到壮年,他们就会眷恋青年男子,对娶妻生子并没有自然的愿望,只是随俗而行;他们自己倒是宁愿不结婚,常和爱人相守。总之,这种人之所以眷恋少年、爱当被人眷恋的人,是因为他们永远在同气相求。”(古希腊)柏拉图:《柏拉图对话集》,王太庆译,商务印书馆2004年版,第312页。

[65] Plato, *Laws*, 636d, 836c.

[66] 正如英国政治理论家巴克(Ernst Baker)所言:“《法篇》的结尾是中世纪的开端。……《理想国》的国家和《法篇》的国家都是理想;但它们是在某段时间里,在某种程度上,得到过短暂实现的理想。中世纪的教会就是那种实现的场所。部分地因为从它的结构——它的教皇君主制对应着哲学家王,它的牧师—修士—俗人等级对应着柏拉图的三阶级;部分地因为它的功能,因为它试图让生活去适应一种受唯一神圣理念支配的外在秩序或设计,罗马教会把柏拉图的理想转化(甚至还在稍深的程度上转化)成了一种现实的、活生生的制度。”(英)恩斯特·巴克:《希腊政治理论》,卢华萍译,吉林人民出版社2002年版,第490—492页,译文有所改动。

可像与女子睡觉那样跟男人共寝,秽行恶心。……二男共寝如男女同床,秽行恶心;血罪降临,两人皆死”。〔67〕《创世纪》中记叙了古代城市索多玛(Sodom)由于沉湎男色淫乱而被耶和华派出两名大天使毁灭的故事。〔68〕后世基督教社会对此进行了发挥,男同性恋性行为(sodom-y)入罪由此开始。

脱胎于犹太教的基督教虽然废除了很多犹太律法,但在涉及同性恋的问题上继承了犹太传统。西方各基督教国家随后都为同性恋定下死刑,直至18世纪末。〔69〕这种传统甚至一直沿袭到20世纪70年代的美国,如在美国联邦巡回法院审理的一起案件中,法官引述《利未记》判定弗吉尼亚法律将同性性行为入罪的法律合乎宪法。〔70〕罗马帝国虽然部分继承了希腊的文明,但在基督教化以后全面禁止了同性恋行为;旧约的刑罚被引入了罗马法,后又被引入西欧各国。〔71〕天主教会就更加登峰造极:各种针对同性恋的迫害史不绝书。〔72〕与天主教会龃龉的各国新教也都继承了传统:无论是加尔文宗还是英国国教都明确地宣称要灭除同性恋。〔73〕可以说,犹太—基督教传统构成了人类历史上对于同性恋最大的不宽容。

现代性在某种意义上是希腊和希伯来传统的复杂融合。一方面,继承了希腊的理性传统的现代社会以启蒙作为其重要特征。历史传统和长久习俗受到理性法庭的检验;个体自由的理念逐渐冲破文明传统的羁绊。现代革命一方面在政治领域推翻了君主制,另一方面在社会、文化和道德领域试图去除古往的礼教。法国大革命一方面砍掉了君主的头颅,另一方面伴随着色情文学和爱欲哲学的兴起——想一想萨德侯爵(Marquise de Sade)的《闺房哲学》。〔74〕

然而,法国大革命时期的爱欲哲学毕竟只是思想,只有到了20世纪60年代的西方文化革

〔67〕《旧约·利未记》18章22节,20章13节。译文从冯象译注《摩西五经》,香港:牛津大学出版社2006年版,第211、215页。《新约》对于同性恋的态度一直处于西方宗教学和历史学的争论之中。See John Boswell, *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, Chicago: University of Chicago Press, 1980, pp.114-117.

〔68〕《旧约·创世纪》,18-19章。

〔69〕Louis Crompton, *supra* note 59, p.34.

〔70〕*Doe v. Commonwealth*, 403 F. Supp. 1199 (1975), at 1201 (“Although a questionable law is not removed from question by the lapse of any prescriptive period, the longevity of the Virginia statute does testify to the State’s interest and its legitimacy. It is not an upstart notion; it has ancestry going back to Judaic and Christian law.”).

〔71〕如布莱克斯通曾在《英国法释义》当中明确论述道,死刑是上帝针对同性性行为的普遍律法。See William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* Oxford: Clarendon Press, 1769, Book 4, p.216.

〔72〕Louis Crompton, *supra* note 59, p.538.

〔73〕*Ibid.*, p. 539.

〔74〕对于法国大革命时期色情的兴起,参见经典的文化史研究 Lynn Hunt, “Pornography and the French Revolution,” in L. Hunt, ed, *The Invention of Pornography: Obscenity and the Origins of Modernity 1500-1800*, New York: Zone Books, 1996, pp.301-309.

命当中才逐渐成为一种社会运动;马尔库塞的《爱欲与文明》成为了西方学生运动的经典读物。〔75〕“上帝死了”:宗教律法、传统道德、家庭伦理、社会风化、个人操守都在新潮现代性冲劲之下受到了最为深重的挑战;“性、毒品和摇滚乐”构成了六十年代反文化运动的三位一体象征。〔76〕对于性的限制和同性的禁止并非自然所定,而恰恰是社会和文化建构的结果。〔77〕只是性从禁忌变成了风潮;女性主义运动和同性权利运动风起云涌;千年以来的基本伦理道德开始经历了重大转型。身体的自由——“我的身体我做主”——成为了道德和法律的天条。

但另一方面,希伯来传统却远未因为现代启蒙而消散。在科学日益普及的同时,宗教却远远没有淡出人类的视野。反讽的是,历史上曾经发生多次基督教宗教战争的欧洲,在20世纪后半叶之后成为了西方最为世俗化的地方。〔78〕美国虽然六十年代经历了反文化运动,但很快保守主义势力就结合“沉默的大多数”(the Silent Majority)开始了反向政治和社会运动,甚至在1980年代里根政府期间完全主宰了美国,其影响力一直延续至今——想一想小布什总统的“新保守主义”。〔79〕如今,美国是西方世界中宗教性最为强烈的国家。依据基督教宗教传统反对同性恋的趋向仍然非常激烈;宪法中的宗教自由被用来反对性自由和同性权利。《利未记》的传统在经历了启蒙和现代性之后在美国仍然蓬勃有力。

两方面的传统自从六十年代以来就把美国拖入了所谓的“文化战争”(the Culture War)。实体正当程序在六十年代之后的复兴就是在此背景下展开的。“五比四”的判决就是文化战争在美国最高法院中的激烈体现。一系列隐含的权利(隐私权、堕胎权、同性性行为权)都是美国最高法院将新思潮用宪法语言表述和确认的结果。斯卡利亚大法官曾经在一个案子的异议判词当中明确地挑明了这一点:“当法院参加了这场文化战争时,它倾向于和骑士而不是农奴站在一起——尤其是和‘圣殿骑士’站在一起,反映了组成法院人员的律师阶层的观点和价值。”〔80〕对于司法保守派而言,美国最高法院本不应介入这场文化战争,更不应在战争当中放弃中立、偏向一方(中产阶级、特别是律师阶层)的价

〔75〕 See Sohnya Sayres, Anders Stephanson, Stanley Aronowitz and Fredric Jameson edited, *The 60s, Without Apology*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984, p.302.

〔76〕 Robert C. Cottrell, *Sex, Drugs, and Rock 'n' Roll: The Rise of America's 1960s Counterculture*, London: Rowman & Littlefield Publishers, 2015.

〔77〕 参见(法)米歇尔·福柯:《性史》(第一、二卷),张廷琛、林莉、范千红等译,上海科学技术文献出版社1989年版,第11—14页。

〔78〕 (英)尼尔·弗格森:《文明》,曾贤明、唐颖华译,中信出版社2012年版,第250页。(“有一段时期,欧洲可以毫不过分地将自己成为‘宗教王国’。欧洲人在欧洲大陆上建造了最富丽堂皇的教堂供他们做礼拜。他们在圣餐变体论和圣餐合质论的分歧上争吵不休。他们作为朝圣者、传教士和征服者,航行至世界的各个角落,致力于让异教徒皈依真正的信仰。现在欧洲人反倒成了异教徒。”)

〔79〕 See Donald Critchlow, *The Conservative Ascendancy*, Cambridge: Harvard University Press, 2007.

〔80〕 *Romer v Evans*, *supra* note 59.

值,否则法治的原则就会遭到根本的破坏。

从比较文明史的角度而言,同性恋在融合希腊和希伯来传统的西方文明史当中占据着重要的地位,甚至是西方文明的一个试金石,事关西方文明的发展方向。<sup>[81]</sup>在美国最高法院听审同性恋婚姻案件的过程中,阿利托法官曾经提出古希腊的问题,甚至提到了柏拉图。<sup>[82]</sup>试图论证同性恋婚姻合法化的律师论辩说,禁止同性恋婚姻、或将婚姻仅限于男女之间是对于同性恋群体的一种社会贬低;阿利托(Justice Alito)大法官用古希腊的例子来反驳这一点:古希腊并不存在同性恋婚姻的制度,但却对同性恋非常宽容甚至同性恋非常盛行,这说明同性恋婚姻不合法并不代表是对于同性恋的社会贬低。<sup>[83]</sup>隐隐地,最高法院的审判不仅涉及美国法律,而且关涉西方文明。实际上,美国最高法院将同性恋问题上升到西方文明的高度并非首次。在1986年的鲍威尔斯诉哈德威克(*Bowers v. Hardwick*)案中,首席大法官伯格(Warren Burger)曾将同性恋问题提高到了西方文明史的高度,特别是“犹太—基督教道德标准”(Judeo-Christian moral standards)和“千年的道德教化”(millennia of moral teachings)。<sup>[84]</sup>

从同性恋到同性婚姻是一步巨大的跨越,因为其根本性地改变了几千年以来西方文明(尤其是基督教文明)对于婚姻的传统界定。把同性婚姻的问题交给美国最高法院,美国最高法院就参与决定了西方文明走向的使命。西方文明是否如美国保守派所说的即将因此衰落,<sup>[85]</sup>目前人们不得而知。但人们可以知道的是,无论对于同性婚姻的支持者还是反对者而言,美国最高法院的判决都不仅仅决定了美国宪法的走向,也决定了美国文明和西方文明的走向。基于美国在西方文明中的领导地位,以及美国最高法院在美国政治体系和社会文化中的重要地位,我们可想而知美国最高法院允许同性恋婚姻的判决对于西方文明走向的影响。在某种意

[81] 事实上,相比较基督教文明而言,中国文明传统对于同性恋相对较为宽容。正如一位美国历史学家所言,“事实上,中国的儒家并没有对同性恋采取极端的恐怖态度(horrors against homosexuality),它对同性恋的态度比古罗马宽容得多。如果去看西方文明对待同性恋的历史,你会发现它是一个恐怖的历史……那段时间我们为什么要屠杀同性恋呢?因为这是上帝的意志。”译文出自 Louis Crompton, supra note 59, p.539.

[82] US Supreme Court Oral Arguments, *Obergefell v. Hodges*, April 28, 2015, available at [http://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/14-556q1\\_6k47.pdf](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q1_6k47.pdf),最后访问日期:2017年7月8日。

[83] Ibid., at 14-15.

[84] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, at 197(1986)(Burger, C.J., concurring).

[85] See e.g. Bob Unruh, “Dobson: ‘Fall of Western Civilization’ at Hand”, available at <http://www.wnd.com/2015/05/dobson-fall-of-western-civilization-at-hand/>,最后访问日期:2017年7月8日; Michael W. Chapman, “Liberty Law School Dean: Gay Marriage ‘Beginning of End of Western Civilization’”, available at <http://cnsnews.com/news/article/michael-w-chapman/liberty-law-school-dean-gay-marriage-beginning-end-western>,最后访问日期:2017年7月8日。

义上,美国最高法院试图重新界定西方文明的基本性格和根本价值。

一些大法官甚至试图超越西方文明传统,而直接进入人类总体文明传统的探讨。特别值得注意的是,中国元素的确出现在了历史性的判决之中。肯尼迪大法官在论述婚姻的重要性之时引用了《礼记》中孔子的话,并将其与古罗马西塞罗相提并论。<sup>[86]</sup>我们可以由此管窥肯尼迪大法官试图处理普遍人类文明问题的雄心壮志:他不仅试图改变美国的百年传统,甚至还要尝试界定人类的千年传统。因而,首席大法官罗伯茨在其异议判词中不无挖苦地说道:正是由于多数大法官的任性,“本院使得半数以上州的婚姻法无效,而且强行改变一项构成人类社会数千年根基的社会制度,一项通行于布须曼人、中国汉人、迦太基人和阿兹特克人的社会制度。我们以为我们自己是谁啊?”<sup>[87]</sup>同性婚姻合法化不止于宽容同性行为——其他文明已经有宽容的传统——而是要重新界定婚姻这一古老制度。实际上,即便是推崇同性恋的古希腊文明,也并未承认同性婚姻。肯尼迪大法官不仅要回到古希腊,甚至要超越古希腊。

#### 四、结 语

在某种意义上,任何一个重大宪法案例都像一个“路由器”:诸多历史传统、政治理念、社会运动、文化思潮乃至政治暗流在此汇聚,并产生碰撞,促发各种潮流发展的新动向。在欧伯格菲案中,美国宪法问题(司法审查的正当性问题、实体正当程序的争议、平等保护的新发展)、同性恋问题(同性运动的历史进程)、西方文明问题(基督教文明的走向、人类婚姻制度的重大转型、美国意识形态内战的进展、现代福利国家的未来方向)等等多个线路上的信号汇聚于美国最高法院的判词以及无数先于判词的意见和后于判词的评论之中。每一个问题都具有来龙去脉,每一个问题都具有历史的地层累积。如果不了解这些语境(context),仅仅阅读文本(text),我们获得不了实质的把握和判断,读者不会深知他们究竟在说什么、改变什么、创造什么或者延续什么,不知道这个判决结果究竟对于美国人来说是意料之中还是意料之外,是洪水猛兽还是久旱甘霖,甚至不知道他们在对谁说话。

回到宪法层面,美国最高法院在此种裁决中因而面对着双重争议:其用以判决同性婚姻权利的宪法教义本身争议重重(实体正当程序是否正当?),而其处理的问题同样争议重重(同性婚姻是否符合道德—社会原则?)。观察者和研究者在关注案件具体判决结果的同时,亦须从美国宪法教义和政治背景的双重维度对其进行理解和评判,方能避免简单的结果主义态度或者片面的推崇心态。重大案件是深度理解美国宪法结构和特征的重要切口,而非将某种普遍

[86] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. — (2015), at 3 (Opinion of the Court).

[87] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. — (2015), at e (Roberts, C.J., dissenting).

原则从美国语境中抽取出来的特别机会。只有放回到语境当中,我们才能进而进入深度的比较和思考。

---

**Abstract:** In 2015, the U.S. Supreme Court ruled that same-sex marriage is protected by the U.S. Constitution. As a crucial constitutional decision that has worldwide influence, the decision can be understood in three contexts. First, it can be put into the homosexual rights movement starting from the second half of the 20<sup>th</sup> century. Second, it should be analyzed in the history of American constitutional doctrines, especially the highly-disputed “substantive due process”. Third, same-sex marriage and homosexuality touches upon the very foundation of Western civilization. It should be understood in the history of Western civilization. At a variety of levels, the decision represents the peak of homosexual rights movement in the legal domain, but remains controversial in both social-political discourse and constitutional doctrines.

**Key Words:** Homosexual Rights; US Constitution; Western Civilization; Judicial Review

---

(责任编辑:章永乐)