

# 本質的還是建構的？

## 論性傾向平等保護中的「不可改變」進路\*

郭曉飛\*\*

同性戀的成因是先天的還是後天的？這種性傾向能夠改變嗎？這是主流社會在面對同性戀議題時發出的第一個疑問，我把這個問題稱之為「天問」。不僅僅是因為科學至今對這一問題眾說紛紜，莫衷一是，也不僅僅是因為精深的分析可能使得這一問題有面臨失去價值的風險，更重要的是人們常常會認為這一問題和同性戀權利的法律保護有著緊密的關聯，而且這一關聯和中國語境也是不排斥的。在2006年1月復旦大學社會發展與公共政策學院和耶魯大學法學院中國法研究中心舉辦的研討會上，憲法學家蔡定劍教授就提出了同性戀成因的問題，並且認為同性戀者要維護自己的權利不能迴避這樣的問題<sup>1</sup>。本文就從美國憲法學界對性傾向平等保護中的「不可改變」進路談起，來考查關於同性戀成因以及是否可以改變的話語，是如何與性傾向平等保護聯繫起來的，這樣的聯繫是否可以切斷？自然科學關於同性戀「先天說」的結論遭遇到了哪些質疑？而這些質疑和同性戀身份政治有

---

\* 本論文是周丹主持的耶魯法學院中國法律中心項目「性傾向平等的法律保障」課題成果之一。

\*\* 中國政法大學法學院講師，法學博士。

<sup>1</sup> 當場就有一個同性戀志願者表達了對這一說法的不滿，舉例說，是否黑人也要證明他們是先天的才能獲得平等保護？也許就是這一爭論在我心中所留下的迴響促成了我選擇了這一美國人爭論的議題。指出這一爭論也想說明這一問題和中國是有相關性的。關於這次會議，可以參考周丹主編的《同性戀與法：「性、政策與法國國際學術研討會」論文及資料》，廣西師範大學出版社2006年版。

什麼關聯？對同性戀特徵不可改變的強調是否和美國的同性戀權利訴訟策略有關？本文試圖回答或廓清這些問題。

同性戀作為一種性傾向是否應該得到法律的平等保護？這種平等保護的理論基礎是什麼？同性戀權利在何種意義上被正當化？Robert Wintemute教授總結了三種同性戀權利正當性的論辯：第一種是同性戀屬於不可改變的身份，因為性傾向是不可選擇的，是和種族、性別一樣不可改變的身份；第二種是自由選擇進路，認為一個人的性傾向是可以選擇的，而且性傾向的選擇對個人幸福至關重要，是基本選擇，像對宗教和政治觀點的選擇一樣，這樣的進路一般訴諸於表達自由、隱私權等這樣的基本權利，強調尊重私生活的權利；第三種進路是性別歧視進路，認為對同性戀者的歧視是一種性別歧視<sup>2</sup>。

在同性性行為受到刑罰懲罰的語境下，自由選擇、隱私權、尊重私生活這樣的進路得到更多的運用，認為成年同性之間私下裡、非強制性的、非金錢交易的性行為是個人的隱私權。然而，隱私權作為同性戀權利正當性的基礎是有限度的，因為它的理論基礎是自由主義的國家不干預理論，對公共和私人兩個領域截然兩分，忽視了公領域和私領域可能是一個統一體。隱私權把同性戀看成是只能在臥室裡發生的一種行為，而不是橫跨公共、私人領域的、需要表達的持續人格特徵，這種進路把同性戀群體和整個社會互動隔離開來，好像同性戀就是淫穢作品，只有隔離了才是可以被容忍的。如果歧視是普遍的，那國家從臥室的撤出就沒有減輕，反而默許了對私行為的污名化，國家表面上的中立和節

---

<sup>2</sup> Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 17.

制，沒有辦法制止對同性戀的大量歧視<sup>3</sup>。隱私權進路對於同性性行為的非罪化是有積極意義的，2003年美國最高法院在Lawrence v. Texas<sup>4</sup>案件中，就用隱私權這樣的實質性正當程式的進路，推翻了反對同性間所謂「非自然性行為」(SODOMY)的法律。但是針對同性戀者的歧視性法律不僅僅只有刑法的制裁，也不僅僅針對的是他們的行為，而且還針對他們的身份，依據美國軍隊裡的「不問不說」(Don't Ask, Don't Tell)政策，一個公開自己身份的同性戀者就可能被解雇，而不管是否有同性性行為。另外在婚姻、就業、監護權、納稅、福利等領域的反性傾向歧視更非隱私權進路所能夠救濟。而且根據桑斯坦的分析，在同性戀權利領域，用隱私權這樣的正當程序進路不如用平等保護進路，因為正當程序條款常常是保護傳統上受尊重的權利免受短期的、新奇的干預，所以經常是向後看的，而平等保護條款是反抗傳統實踐的，被設計用來阻礙歷史悠久的，並且被期望繼續存在的實踐<sup>5</sup>。也就是說，正當程序是保護傳統的，尤其是根深蒂固的傳統；而平等保護是打破傳統的，哪怕是根深蒂固的傳統。因為同性戀權利對於傳統是陌生的，所以更加適合用平等保護的進路來進行論證。

## 一、法律視野下的「不可改變」進路

美國憲法第十四修正案規定各州不得對任何人拒絕提供法律的平等保護，然而立法常常涉及對人的分類，所以就需要區分

---

<sup>3</sup> See, Note, "The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a Suspect Classification," *HARV. L. REV.* 98 (1985): pp. 1289-1291.

<sup>4</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>5</sup> Cass R. Sunstein, "Homosexuality and the Constitution," *IND. L. J.* 70 (1994): p. 3.

哪些分類標準是「合理」的，而哪些要受到禁止。法院針對不同的歸類，也發展出不同的審查標準，最高的審查標準是「嚴格審查」，很少有法律通過這樣標準的審查，除非是它「完全貼合於推進政府的優位利益」被認為是「理論上嚴格，實際上致命」(strict in theory, fatal in fact)，種族就是典型的「嫌疑歸類」(suspect classification)\*；第二個層次的審查標準是「中度審查」(intermediate scrutiny)，要通過這樣的審查，法律「必須服務於重要的政府目標，而且必須和實現這樣的目標有實質性關聯」。第三個層次的標準是「合理審查」，在這種標準之下，只要「法律所進行的分類和正當的政府利益有合理的關聯就可以不被推翻。」這是最弱等級的司法審查，被認為是「理論上最低審查，實際上沒有審查」<sup>6</sup>。一般來說，種族或國籍的分類被認為歸屬於嚴格審查的類型，而性別分類一般被認為屬於適用中度審查的「准嫌疑歸類」，同性戀、異性戀這樣的性傾向劃分並不適用於這種「更高程度的審查」(heightened scrutiny)。著名憲法學家吉野賢治(Kenji Yoshino)教授認為，種族所適用的「嚴格審查」和性別所適用的「中度審查」區別很小，基本上都假定基於這樣分類的立法無效。前兩者都叫「更高程度審查」，和最弱的這種合理審查有很大區別，基本上合理審查都不會推翻立法上的分類。「更高程度審查」和「合理審查」的區別就是保護和不保護的區別，他把這個稱作「反歧視的分裂」<sup>7</sup>。在美國法律文化的語境下，性傾向歧視常常被類比為種族歧視、性別歧視，所以毫不奇

---

\* 編按：符合遭受歧視的標準之群體。

<sup>6</sup> Evan Gerstmann, *Same-Sex Marriage and The Constitution*, Cambridge University Press, 2004, pp.14-16.

<sup>7</sup> Kenji Yoshino, "Covering," *Yale L. J.* 111 (2002): p. 876.

怪的，會有很多學者建議關於性傾向的立法也應該被確立為同樣類型的「嫌疑歸類」，認為只有這樣，才可以為解決性傾向的不平等提供全面的框架。事實上這樣的進路不過是反映了這樣的社會事實，同性戀權利運動要搭種族、性別民權運動的這班車。「反歧視的分裂」，說明了主流社會並沒有完全認可性傾向歧視和種族歧視、性別歧視的類比，而這似乎使性傾向成為新的「嫌疑歸類」之重要理由，因為性傾向問題上更加需要「反多數決」。

最高法院賦予某些群體「更高級別的審查」，是針對某些立法歧視了在普通政治程序中處於危險中的特定群體。但是賦予什麼樣的群體以「更高級別的審查」沒有很清楚的基本原理。在 *Frontiero v. Richardson* 中，最高法院多數意見大致列出了憲法要對性別歧視敏感的原因：長時間性別歧視的不幸歷史，通過性別之間的刻板印象的區隔，被永久化了；性別特徵的高度可見性使得女性容易遭受普遍性的歧視；性別，像種族和民族一樣是不可改變特徵，僅僅是因為出生而獲得的<sup>8</sup>。關於確定為嫌疑歸類標準的還有來源於斯通首席大法官著名的「第四註腳」中的「政治過程」理論，由於有些群體在政治上是「分散和孤立的」，因而這些少數派本身無力通過民主程序來擺脫多數專制，法院就有理由進行更程度的審查<sup>9</sup>。同時研究法律與文學的憲法學教授吉野賢治(Kenji Yoshino)用「粉紅三角」這個意象來證明同性戀在歷史上遭受歧視，用「櫃子」這個隱喻來說明同性戀政治上的「不可

---

<sup>8</sup> *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. at 684-86 (1973).

<sup>9</sup> 張千帆著：《西方憲政體系（上冊·美國憲法）》，中國政法大學出版社2004年版，第337頁。

見」和弱勢地位，用「身體」來象徵不可改變性<sup>10</sup>。本文無意對諸種標準進行整體評論，主要展開對「不可改變」進路的分析，探討「不可改變」是否是構成「嫌疑歸類」的不可或缺的標準之一，性傾向的平等保護是否一定要以性傾向的不可改變為基礎。

如上所述，最高法院在*Frontiero v. Richardson*案中對基於性別的嫌疑歸類給予「更高級別審查」，因為性別像民族和種族一樣，都是僅僅基於出生的偶然性而被決定的不可改變特徵，所以僅僅因為性別而對特定性別的成員施加特殊的不利負擔，違反了「我們體系的基本概念是法律負擔應該和個人責任有關係<sup>11</sup>。」

「不可改變」進路認為，只有是個人選擇的才是個人應該負責任的。性傾向和性別一樣，是天生的，或者即使不是天生的，也是個人無能為力的，所以不應該對這樣的身份承擔責任。所以「不可改變」進路依賴自然科學關於性傾向生物學基礎的論證，或者認為是早年的社會影響造成了不可改變的性傾向，或者依賴一種常識的論證：如果性傾向是受到社會排斥的，如果性傾向是可以選擇的，那麼所有的理性人都會選擇不會受到排斥的異性戀傾向，而不會選擇被壓制的身份。而社會中總是會有相當的同性戀者，所以這種身份並不是可以選擇的。更重要的是，當性傾向並非由個人可以選擇的，那麼懲罰同性之間所謂「非自然性行為」的法律也就沒有必要了，歧視性的法律也不能減少同性戀者的數

<sup>10</sup> Kenji Yoshino, "Suspect symbols: the literary argument for heightened security for gays," *Colum. L. Rev.* 96 (1996): p. 1756. 粉紅三角是納粹壓制同性戀者的標誌，在納粹的集中營裡，同性戀者的囚衣上縫上粉紅色三角圖形作為標誌，粉紅三角後來成為同性戀權利運動中的象徵物。「櫃子」說的是因為同性戀受到壓制和打擊，被污名化，所以被迫隱藏自己的性傾向，叫「躲在櫃子裡」，公開自己的性傾向叫「出櫃」，作者以此來說明同性戀在政治上的「不可見」和弱勢。作者用「身體」來作為「不可改變」的隱喻，但實際上他並不贊同「不可改變」進路。

<sup>11</sup> *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. at 686 (1973).

量了，主流社會希望整個世界都成為純粹的異性戀世界的希望也會落空了。

因為「不可改變」，所以平等保護，有學者用美國的刑事司法來作為論證，刑事司法需要犯罪意圖，只懲罰有意識選擇做某行為的人。性傾向像種族一樣，不可改變、不能控制。一個人不能因為擁有這些特徵而受到懲罰<sup>12</sup>。很多人認為，同性戀的「不可改變說」，或者說它的強意義上的「先天說」讓很多人減少了負罪感，同性戀者自身不會覺得同性戀慾望是自己的一種罪孽，同性戀者的父母也不會因為自己的教育失誤而內疚。社會主流關於同性戀者經常勾引青少年成為同性戀者的刻板印象也得到了駁斥，同性戀社群也可以更加理直氣壯的抵制宗教和心理學領域試圖改變他們性傾向的努力，而且還塑造了自身無能為力改變的「可憐巴巴」的形象。

然而法律界對於「不可改變」進路有很多的批評。桑斯坦認為，「不可改變特徵，並不是政府採取不利行動之非法性的基礎，例如，盲人不可以開車。即使一種生理上的病變導致特定犯罪行為，我們也會懲罰、阻止並且污名化這種行為。」而且即使有一天，發明出來一種技術可以改變膚色和性別，那也和平等保護的目的無關，即使科學家可以發明出來一種把黑人改變成白人的技術，種族歧視也是不可接受的。所以對於嫌疑歸類，「不可改變」既不充分也不必要。關鍵問題是對某些群體不利的立法是否建立在不合理的基礎上<sup>13</sup>。安德魯·卡普曼教授(Andrew Koppelman)認可「不可改變」進路的某些價值，他認為

---

<sup>12</sup> Kari Balog, "Equal protection for homosexuals: Why the immutability argument is necessary and how it is met," *Clev. St. L. Rev.* 53 (2005/2006): pp. 556-557.

<sup>13</sup> See supra note 4, p. 9.

禁止盲人做飛行員是合法的，但是這對盲人沒有污名化的效果。「不可改變」最起碼在這樣一個維度上是很顯著的：無論對污名化的正當理由是什麼，一個人都不應該因為他不能改變的本質而受到指責，「應該」暗含著「能夠」，道德的可譴責性應建立在這樣的基礎上：他沒有做他應該並且能夠做的事情<sup>14</sup>。但是他同時也認為，同性戀是不可改變的，不能夠證明也不能推論出歧視同性戀是違憲的，一個傾向即使是內在的，也可能像天主教描繪同性戀那樣，被認為是「內在的道德邪惡」。即使你受到了這種內在傾向的誘惑，你也有自由意志和道德義務去抵制它。所以他也認為相關的問題不是「不可改變」性，而是關聯性——性傾向是否和政府目的有關聯。防止同性性行為發生是否有合法的政府利益<sup>15</sup>。事實上，在Frontiero案中，主流意見也指出了這一點，認為對性別進行更高強度的審查，除了不可改變特徵之外，性別特徵經常和履行任務的能力和向社會做出貢獻沒有什麼關係<sup>16</sup>。這實際上體現了類似舉證責任轉移的過程，是一種範式轉換，也就是說，不是讓同性戀來證明自己性傾向的不可改變性，然後才可以獲得平等保護的入場券，司法審查才可以推翻相關的歧視性立法，而是質問政府的歧視性立法，目的和手段之間是否有關聯、成比例，性傾向和正當的立法目標之間是否有關聯。

這個轉換被約翰·哈特·伊利(John Hart Ely)教授稱為從「受害者視角」(誰被壓榨，怎麼被壓榨的)向「施害者」視角

---

<sup>14</sup> Andrew Koppelman, “Three Arguments for Gay Rights,” *MICH. L. REV.* 95 (1997): p. 1654.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 1652-1654.

<sup>16</sup> *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. at 686 (1973).

（誰製造了這樣一種配置，出於什麼動機）轉換<sup>17</sup>。也就是更加重視對於立法動機的分析，而對身份本身究竟是否可以改變不必深究。正如安德魯·卡普曼教授所說：「成為歧視基礎的那些受害者的特徵，可以改變或者不可以改變，不是憲法質詢的核心，而是邊緣。當真正的問題在於不公平的動機時，不可改變特徵是理解第十四修正案權利訴求的一種誤導的方式。不是把同性戀，而是把那些歧視他們的人，放在司法顯微鏡的下邊<sup>18</sup>。」然而，這樣的轉換會導致一種很吊詭的現象，就是立法動機架空了嫌疑歸類，也就是說既然立法動機這麼重要，著重考察的是立法動機和分類是否有關聯，而不是所分的類別是否具有「不可改變」特徵，那究竟哪些人可以成為嫌疑歸類不是完全沒必要加以確認了嗎？不管是什麼類型的人，不管是擁有什麼特徵，只要立法分類和立法動機不具有關聯性，就可以構成違反憲法平等保護的基礎，那麼關於種族、性別構成更高強度的審查的「嫌疑歸類」又從何說起呢？這就出現了Ely意義上的「例外吞噬規則」的現象：「以身體殘疾或者智力為基礎進行的分類典型地被認為是合法的，即使聲稱『不可改變性』是相關的，法官和評論者也會這麼認為。如果被給予的解釋是這些特徵（不像評論者竭力認為嫌疑的那些種類）經常和合法目的相關聯，那麼，在這一點上，那就沒有為不可改變留下什麼餘地了？還有什麼餘地嗎？」<sup>19</sup>如果重要的問題不是這樣的特徵是否可以改變，而是以這樣的特徵來

<sup>17</sup> John Hart Ely, "A Comment on *Roe v. Wade* and Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law," *Yale L. J.* 100 (1991): pp. 1473-1474.

<sup>18</sup> See *supra* note 13, p. 1656.

<sup>19</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, by the President and Fellows of Harvard College, 1980, p. 150.

進行分類是否是政府立法的正當基礎，是否和合法的目的相關聯，那麼種族就不是因為不可改變而成為嫌疑歸類，而是說，如果以種族為基礎的立法和合法的政府目的沒有相關性，就應該是嚴格審查。

這就是立法目的「相關性」標準吞噬了「不可改變」標準，甚至吞噬了「嚴格審查」和「合理審查」的區分。美國憲法理論一般認為關於「嫌疑歸類」的司法審查要考察兩個問題：一是適用什麼規格的審查標準，第二是適用這些標準要考慮的可能的政府利益。第二個問題被草率對待，因為一般來講，嚴格審查是致命的，最小的審查是沒有牙齒的<sup>20</sup>。也就是說一旦種族被作為「嫌疑歸類」，適用嚴格審查的標準，那麼一般的關於種族分類的立法很難通過這樣的標準，政府的立法目的很難被正當化；而一旦適用「合理審查」的標準，政府的立法一般都會得到支援，因為「合理審查」更像是「橡皮圖章」。如果不是傾向於對弱勢群體本身的分析，而是傾向於立法目的的正當性的分析，那「嚴格審查」和「合理審查」都要進行這樣的分析，那兩者的區別何在呢？在*Romer v. Evans*<sup>21</sup>案中，我們可以很清晰的看到這種區別的消失。1992年，科羅拉多州通過了州憲法第二修正案，否決了州以及各級地方政府禁止基於同性戀傾向（包括同性戀行為、實踐和關係）的歧視的地方性法律，而且禁止立法、行政、司法部門對同性戀者做出特殊的保護措施。美國聯邦最高法院推翻了這一立法，沒有適用「嚴格審查」標準，而是認為這一立法不能通過「合理審查」標準。多數意見引用了另外一個案件的判決理由：

---

<sup>20</sup> See *supra* note 2, p. 1298.（「致命的」或「沒有牙齒的」都是「有無殺傷力」的比喻—編按）。

<sup>21</sup> *Romer v. Evans* 517 U.S. 620 (1996).

「如果『法律的平等保護』這個憲法概念意味著什麼內容的話，它必須至少意味著…純粹的欲求傷害政治上不受歡迎的群體不能構成正當的政府利益。」<sup>22</sup>「合理審查」這一傳統上被認為是橡皮圖章的審查標準，在這一案件中發揮了作用，推翻了歧視性立法，而推翻的依據就是強調性傾向的分類和正當的政府動機沒有關聯，所以當認真看待立法動機的時候，「合理審查」可能也會「嚴格」起來。

種族和性別成為「更高強度」審查的嫌疑歸類，而性傾向不可以適用這樣的審查標準，本身就已經表明，關於性傾向的歧視沒有資格得到同等程度的重視。種族、性別和性傾向的不平等待遇也表明了這樣一個問題，在美國憲法框架下，不同分類所享受的平等保護在優先性上是有不同的。這在一定程度上可以解釋一個問題，為什麼在性傾向平等保護的論辯中，反對同性戀的人士總是攻擊同性戀在謀求特殊權利，而同性戀的支持者堅持同性戀者只是在謀求平等權利。從要求性傾向得到「嚴格審查」的呼籲中，我們可以理解為什麼保守派會認為同性戀在謀求特殊權利了，「嚴格審查」也就意味著對於性傾向的分類很難被認為和正當的立法目的有關聯，因為「嚴格審查」基本上不重視對關聯性的分析，而對於身份本身更加敏感。

於是替代的分析就出現了，認為雖然眼睛的顏色也不可改變，可是不會成為憲法上有意義的「不可改變」特徵，種族和性別的「不可改變性」不是成為嫌疑歸類的主要原因，而這些特徵在自我認知、群體歸屬和被別人認同上的重要性，才使得種族和

---

<sup>22</sup> Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528, 534 (1973).

性別成為嫌疑歸類<sup>23</sup>放在性傾向上也是一樣，也就是說性傾向構成了一個人的核心特徵，不管是否可以改變，只要它事關一個人的重要的身份認同，就可以成為嫌疑歸類，眼睛的顏色顯然不具有這樣的屬性<sup>24</sup>。這種分析其實和「不可改變」進路有著非常緊密的關聯，如果一個人的性傾向被認為不可改變，它就更容易成為一個人的身份認同的重要要素。正如同「不可改變」和立法動機的論證也緊密相關，而不是上邊的分析中所呈現的非此即彼，如果一個特徵是不可改變的，那就沒有選擇，政府立法的實際相關性就很難舉證<sup>25</sup>。性傾向的不可改變性一旦得到確認，政府的歧視性立法就更加難以得到正當性論證，所以對「不可改變」進路的批評並沒有完全否定掉它的價值。而且還有學者從實用主義的角度為性傾向平等保護中的「不可改變」進路進行辯護，認為排斥這一進路會讓法院進行太多改變，因為那樣的話你不但要求法院改變對性傾向審查的程度，而且還要改變構成嫌疑歸類的標準本身，對同性戀者來說，尤其不明智，因為同性戀符合了不可改變特徵<sup>26</sup>。

然而，是什麼力量促使一個人可以對性傾向的「不可改變性」言之鑿鑿，被認為最具權威性的自然科學能夠為此提供堅實的證據嗎？同性戀是天生的還是後天的？科學找到了同性戀基因嗎？自然科學的論證可以成為憲法對性傾向進行平等保護的基礎嗎？接下來這一部分我們就圍繞著一些關於性傾向的科學研究以

---

<sup>23</sup> See *supra* note 2, p. 1303.

<sup>24</sup> 支持同性戀的人士常常用左撇子來類同性戀，認為都是一種不該受到歧視的偏離「常規」的少數派，但是兩者對比，性傾向更容易被社會認為構成一個人身份的核心。

<sup>25</sup> “Samuel A. Marcossan, Constructive immutability,” *U. Pa. J. Const. L.* 3 (2001): p. 671.

<sup>26</sup> See *supra* note 11, p. 558.

及所遭受的質疑展開論述。

## 二、自然科學視野下的「不可改變」進路

關於同性戀成因的問題是一個老問題了，這個問題讓主流社會耿耿於懷，這種過份關注已經引起了一些同性戀積極份子的不滿，認為這不過是對「病根」的追問，如果不認為同性戀是一種病，怎麼會對此一問題如此鍾情？但是對平等權利的追求必然是尋求和主流社會的溝通對話，對於此類問題，後現代主義者可以以不屑的、憤世嫉俗的態度背過身去，卻也有更多的學者在認真對待這一問題，甚至是以一種認真分析的模式來揭示這一問題的荒謬，畢竟，我們基本上沒有見過對異性戀成因的研究。

同性戀成因是個老問題，但是因為平等保護中的「不可改變」進路，這一研究有了在訴訟中的用武之地。儘管「不可改變」並不意味著「先天如此」，可是同性戀的「先天說」給「不可改變」進路提供了最強大的支援。影響比較大的是列維(Levay)神經解剖學的研究，他1990年對19具死於愛滋的男同性戀屍體、16具異性戀男屍及6具取向不清楚的女屍進行研究，發現男人的INAH3（大腦中被認為和性傾向有關的結構）比女人的大兩倍而異性戀男子的INAH3比同性戀男子的大1-2倍。同性戀男子與女人的INAH3沒有顯著的差異。然而這項研究並不確定同性戀與異性戀腦結構的區別究竟是導致同性戀的原因，還是同性戀行為的結果<sup>27</sup>。著名的女權主義法學家，在性身份問題上卓有建樹的珍妮特·哈利(Janet E. Halley)批評了列維的研究，因為列維的腦樣本和相關的病例來自於醫院，他沒有辦法問測試者對自己性傾向的

<sup>27</sup> 李銀河著：《同性戀亞文化》，今日中國出版社1998年版，第31-32頁。

評價也沒有辦法詢問他們同性接觸和異性接觸的歷史，主要看病例。他在很不完整的病歷記錄上區分同性戀和異性戀，如果一個病人死於AIDS並且記錄顯示是同性戀高危險人群，就認定為同性戀，記錄上顯示拒絕同性性行為，就標識為異性戀，如果記錄上沒有顯示，就因為異性戀佔據多數而歸為異性戀。他假設醫院紀錄是展示個人性傾向的透明玻璃。只用了同性戀異性戀這兩種粗糙的類型劃分，只要記錄顯示被測試者從事過同性性行為，就認為是同性戀。被測試者也許因為抵觸自己的傾向而拒絕從事同性性行為，但是有同性性慾望。或者有同性性幻想而不願意解釋為同性戀<sup>28</sup>。研究生物科學出身的婦女研究學者林達·博崙(LYNDA BIRKE)分析了列維的預設：在一個老鼠的實驗中觀察到丘腦下部某部份和性傾向有關，有研究認為女性大腦中INAH的某些部份比男性的，所以他的邏輯是：男同性戀和女同性戀都對男性有「性」趣，就推論兩者的大腦就應該有相類似的發展。作者用戲噱的口氣問：「迷戀金黃頭髮，或者大二頭肌，或者對穿皮革的人有偏愛，和腦部結構是否有一定關聯呢？」<sup>29</sup>這就是說生物性的研究本身很難逃離文化語境，人們在選擇性對象的偏好方面有很多種，為什麼沒有人研究喜歡大眼睛、雙眼皮的人和喜歡小眼睛、單眼皮的人在腦部結構上有什麼區別，說明性別在性選擇之中是如此重要，而這種重要程度是自然的還是文化賦予的？更重要的是列維的研究幾乎是對男同性戀等於「娘娘腔」這一刻板印象的科學詮釋，我在這裡不會也沒有能力質疑說這樣的研究結論

---

<sup>28</sup> Janet E. Halley, "Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability," *Stan. L. Rev.* 46 (1994): pp. 535-537.

<sup>29</sup> Birke, Lynda, "Unusual fingers: Scientific studies of sexual orientation." In D. Richardson, & S. Seidman (Eds.), *Handbook of lesbian and gay studies*. Sage publications, 2002, p. 61.

是錯誤的，我只是覺得很怪異（或者很順理成章，因為文化的影響如水銀泄地）：同性戀男人和異性戀女人共用類似的腦結構，這個結論怎麼和「男同性戀和女人一樣」這樣的大眾觀念如此貼合，而且長時間以來，男同性戀被病理化，被認為是「男兒身，女兒心」。我有理由懷疑，這樣的文化「前見」早在實驗開始進行的時候，就已經不請而入。而且即使他的結論是正確的，我們也可以問這樣一個問題：男同性戀和女異性戀的INAH3都比異性戀男人的小，兩者都喜歡男性，這種解釋暗含一種前提：男同性戀和女異性戀都喜歡INAH3更大的男人，也就是異性戀男人。這樣的前提正確嗎？那些喜歡同性戀男人的男人（也就是INAH3比異性戀男人小的同性戀男人）和異性戀女人又分享什麼樣的腦結構呢？

難道真的像電影《蜘蛛女之吻》中一個男同性戀者的自白所說的那樣：「我喜歡的是真正的男人，而真正的男人喜歡的都是真正的女人。」這種心態是自然的，有生物學基礎的，還是後天的，社會建構的？

還有一項非常著名的遺傳學研究是貝裡和裴拉德(Bailey and Pillard)的關於雙胞胎的研究，他們的研究結論認為：30%到70%的男性同性戀是基因因素決定的。報告顯示，如果同卵雙生的雙胞胎中的一個是同性戀，另外一個是同性戀的機會是52%，如果是異卵雙生的，這個機率降低到22%，如果是沒有血緣關係的收養家庭的兄弟，機率降低到11%，但是他們也沒有排除社會因素的影響<sup>30</sup>。珍妮特·哈利教授運用一個事例說明，科學家在實驗之初就排除了社會因素，所以只能得出性傾向生物學基礎

---

<sup>30</sup> Nancy J. Knauer, "Science, Identity, and the Construction of the Gay Political Narrative," *Law & Sex* 12 (2003): p. 30.

的結論：一個貝裡和裴拉德實驗的參加者叫多哥·巴內特(Doug Barnett)，後來寫了一個自傳，他一直以來對自己的異性戀身份非常自信，直到他28歲那年，當他的同卵雙胞胎兄弟向他「出櫃」說自己是同性戀。巴內特相信性傾向是由基因決定的，所以對自己的性傾向很好奇，他體驗了一下跟男人的性行為，驚奇的發現這樣的體驗非常讓人滿足。一年後，兄弟倆告訴父母他們是同性戀。後來，他們都參加了貝裡和裴拉德的研究。巴內特的自傳以及貝裡和裴拉德的研究都在回答一個問題，巴內特曾經是異性戀嗎？巴內特自己相信同性戀是基因決定的，那就會回答說，他的異性戀歷史是一個錯覺，是異性戀文化對於同性戀自然身體一個相當長的勉強的徵召，貝裡和裴拉德的結論說巴內特的同性戀傾向可能是由基因決定的，那不過是把巴內特這一普通人的信仰翻譯到科學的有權威的詞彙表裡。然而珍妮特·哈利教授要問的是：如果巴內特以前關於性傾向的認識是錯誤的，那他現在的認識就一定正確嗎？即使承認他現在的看法不是幻像是正確的，那從這個事情中仍然不能排除社會因素和同性戀的關係：以往巴內特覺得自己是異性戀，因為他不知道雙胞胎兄弟是同性戀，當他對兄弟是異性戀的信心失去後，他對自己是異性戀的信心也失去了。那最起碼他對兄弟是異性戀信心的喪失也應該是他成為同性戀的一個原因，最起碼重要性和基因一樣。他的自我描述依賴於他兄弟的自我認知<sup>31</sup>。實際上就是說社會因素和同性戀的關係在

---

<sup>31</sup> See *supra* note 27, p. 545.事實上Bailey and Pillard的結論也很保守，認為基因的因素在決定一個人的性傾向不同方面是重要因素。但同卵雙生的也有是不同性傾向的，所以基因的因素並不是單一的因素，而是跟環境結合起來影響性傾向。p. 538. Pillard在和哲學家Edward Stein交流的時候表達了女同性戀和男同性戀的不同，認為女同性戀更加具有可塑性，很少有男人說自己是雙性戀，他們會說自己是同性戀或者異性戀，兩分法。女人會回答說：那要看我跟誰在一起，擁有什麼樣的關係，女人的性傾向比男人要複雜。p. 542.

這些研究中一開始就被排除了，而當這些研究走向公眾的時候，呈現出的面目是：同性戀就是生物因素決定的。幾乎只採用生物因素去研究，然後得出只有生物因素決定。這就是那個有名故事的翻版，鑰匙在A地丟了，主人在B地的路燈下尋找，他解釋的原因是只有B地有路燈。自然科學家在探究同性戀成因的時候必然有自己的學科所帶來的侷限，他們的「路燈」本來就只是自然科學的工具方法，實驗似乎是必須要排除一些「雜質」才能夠得以進行，而這些「雜質」在社會科學家看來並非是無關緊要。

我在這裡不是說社會科學的參與就可以更好的瞭解同性戀的成因，更不是說我傾向於後天因素對於同性戀的形成具有更加重要的作用。我傾向於認為這樣的題目很難獲得確定的答案，因為什麼是同性戀本身就是有爭議的。誰擁有制定概念的權力，誰就取得了辯論的勝利，而誰可以來界定什麼是同性戀呢？這顯然不是科學問題，而是更加寬泛的文化視野內的問題，這種界定糾纏著權力、霸權、逃避、反抗、歷史、現代性等一系列難分難解的問題。而自然科學的研究，太簡單化了。珍妮特·哈利教授認為，列維更大的錯誤不在於把「真正的」異性戀當成同性戀，或者把同性戀當成異性戀，而是把「同性戀」、「異性戀」這樣詞彙上的類型劃分當成了實體的存在。他強迫這些類型來描述或總結人類可能性的整個範圍，強迫這些類型構成我們，而不管我們是誰也不管我們怎麼想。貝裡和裴拉德把自認為是雙性戀的人看成同性戀者，還是把本質主義放在了預設中。只有兩個類型的兩極（同性戀、異性戀），把中間狀態取消了，而且把身份強加到主體身上。放棄了承認雙性戀和處在性傾向連續體位置上的人。

社會科學對性傾向已經超越了粗糙的分類<sup>32</sup>。美國著名性學家金賽創造了這樣一個性傾向連續體的七個等級：0級是絕對異性性行為，6級是絕對同性性行為，其他都是處在兩個極端中間的某個狀態，如1級偶有一兩次同性性行為，而5級是偶然有異性性行為及感受<sup>33</sup>。性傾向本身並非非黑即白，但是科學家把他們的結論帶到公眾面前，並沒有告訴大家他們所做的同性戀異性戀兩分只是一種化約，好像這種劃分不是他們的實驗設計，而是人類的自然種類。科學家們用他們的經驗研究證實了這些概念的穩定性和自然性，而事實上這些概念根本不是科學所可以界定的，做實驗的人不會注意到針對這些概念本身所面臨的政治鬥爭。而一旦認真對待了雙性戀的存在，一旦性傾向光譜式的存在得以認定，所謂的先天說，所謂的「不可改變」說，都會大打折扣，正如一位學者所總結的那樣：

科學永遠不能在生物性和性傾向之間建立起這樣的聯繫。幾乎所有對同性戀原因的研究都是化約主義的，都對性慾望事實上的多元表達給予了非常粗糙的歸類。都是建立在同異二元的基礎上，而忽略了這是一個光譜式的存在。如果一項研究預設一個人要麼是同性戀，要麼是異性戀，分成兩個陣營，而且是恆定性的存在，那麼這項研究在研究之前就已經有了結果了，只能得出性傾向沒有選擇的結論<sup>34</sup>。

---

<sup>32</sup> Ibid, p. 537, 540.

<sup>33</sup> 李銀河著：《同性戀亞文化》，今日中國出版社1998年版，第406頁。這其實也是一種概括和簡化，世界上去哪裡找這麼從0到6的人？在西方，有些人用金西測度1或者金西測度3來認定自己的性傾向，是中了現代性格式化的毒太深了，把一個富於想像力的創造給庸俗化了，真正是辱沒先賢。

<sup>34</sup> Jonathan Pickhardt, "Choose or lose: Embracing theories of choice in gay rights litigation

科學的公正和價值中立遭遇到了質疑，科學不僅在描述，而且在介入社會，甚至在介入之前就已經被社會、政治語境所建構。從20世紀二三十年代法蘭克福學派把現代科學和技術理性推上社會批判的祭壇以來，科學懷疑論就開始拒斥傳統知識論所賦予科學的特權。認為科學不過是一種社會建構的敘事或神話，並不優越於其他非科學的神話和迷信。科學的生產過程充滿了社會因素，選擇中的決定是基於權力驅動的意識形態和主體間性等等<sup>35</sup>。科學知識社會學（sociology of scientific knowledge，簡稱SSK）強綱領的創立者布魯爾認為「強綱領」之所以稱之為「強」，不是說知識完全是社會性的，而是說所有知識都包含某種社會維度，而且這種社會維度是永遠無法消除或者超越的<sup>36</sup>。著名學者伊曼紐爾·沃勒斯坦認為這是現代知識生產的兩難性問題，他主張科學，反對唯科學主義，以往認為神學、哲學和常識是真理會有爭議，只有科學才具有確定性。「然而在過去的二十年裡，科學遭遇到了科學家們對神學、哲學和常識長期以來所進行的同樣的攻擊。現在，科學也被指責為觀念形態性的、主觀性的和不可靠的。人們爭辯說在科學家的理論敘述中可以發現許多推論；這些推論從根本上說只反映當今占統治地位的文化觀

---

strategies,” *N.Y.U.L. Rev.* 73 (1998): p. 947-948.

<sup>35</sup> 周麗均：《當代西方科學觀比較研究：實在、建構和實踐》，上海社會科學院出版社2007年版，第1-3頁科學知識社會學是20世紀七十年代興起於英國的一種理論思潮。主張對科學知識本身進行社會學分析，認為包括自然科學知識和社會科學知識在內的所有各種人類知識，都是處於一定的社會建構過程之中的，所有這些信念都是相對的、由社會決定的，都是處於一定的社會情境之中的人們進行協商的結果。因此科學知識社會學的強綱領主張對科學知識的社會成因進行研究。

<sup>36</sup> 同上，第16頁。所以法國學者拉圖爾在1987年發表的《科學在行動》中指出，科學的社會過程是個黑箱。我們為了研究科學事實的生產，「從最終產品轉向了生產過程」，從「冷卻了的」、穩固的客體轉向了「正在升溫」的、不穩固的客體（見第77頁）。我們剛才所引用學者對性傾向成因實驗過程的分析典型的體現了這一點。

點。」<sup>37</sup>如果科學聲稱同性戀是病，這是價值中立的嗎？社會加諸於同性戀身上的污名跟病理化結論沒有關係嗎？1973年，美國精神病學會將同性戀剔除出疾病的分類，當時被稱做「兩千萬同性戀一下子都治癒了」，我們不得不佩服科學的修辭作用，它的魔棒輕輕一揮，同樣的人就從「病人」變回「健康人」，然而這樣的轉變在多大意義上是科學發展帶來的，又在多大意義上是同性戀權利運動在政治上的推動？儘管中國在2001年第三版《中國精神障礙分類與診斷標準》裡不再把同性戀視為病態，儘管在此之前也進行了一些實證調查、樣本分析<sup>38</sup>，但是整體上那不過是「傻子過年看隔壁」的模仿，在整體上為同性去病化的同時，保留了類似於美國1973年的「自我不和諧的同性戀」這一分類。這種亦步亦趨的模仿和科學又有多少相干？當同性戀權利得到一定程度的張揚時，原本是壓制力量的科學也開始倒戈，為同性戀群體助威打氣，貢獻出「先天說」來為「無選擇所以無過錯」的辯護奠定生物學基礎，這有什麼奇怪的呢？

科學不過是「眾多故事」中的一種講述，甚至被稱作「偽裝的政治學」，那麼它越具有權威，越需要限制它作為「系統」對「生活世界的侵犯」（借用哈貝馬斯的術語）。當年精神病學對於同性戀去病化是科學客觀性普遍性帶來的一種解放嗎？一群人的生活必須要有科學給蓋一個章才可以去掉疾病的污名嗎？同樣的，科學一定要成為平等保護的前置程序嗎？沒有科學的研究作為前提，同性戀者的平等權就要永遠被擱置嗎？或者說正好相

<sup>37</sup> 【美】伊曼紐爾·沃勒斯坦著，《知識的不確定性》王昶等譯，郝名瑋校，山東大學出版社2006年版，第3頁。「我所說的唯科學主義是指這樣的主張：科學是無私的，超社會的；科學的真理論斷是自持性的，不需要參照更為一般的哲學道理；科學是唯一合理的知識種類。」見第6頁。

<sup>38</sup> 具體可參看北京愛知行研究所編寫的內部材料《非病理化進程》。

反，是同性戀政治運動的作用促使科學研究得出有利於同性戀平權的結論，也就是說，科學知識不是本質的，而是社會建構的，而同性戀是本質的還是建構的，和法律上的平等保護又有什麼樣的關聯，是我們下一部份探討的內容。

### 三、本質的還是建構的：「不可改變」進路背後的「身份政治」爭論

同性戀的成因究竟是先天的還是後天的，這一爭論一直在同性戀研究和同性戀社群中陰魂不散，變著花樣的折磨人。上文我們所列的那些研究不過是這種病理學的又一變種而已，這一變種之所以在這個時候出現是有語境的。科學家Dean Hamer在1993年所做的研究認為找到了同性戀基因，位於X(XQ28)染色體上，是通過母系遺傳而不是父系遺傳<sup>39</sup>。這樣的研究結果和上個世紀以來科學界基因研究的興起是有關係的，像以往我們不用基因來解釋的現象如抑鬱、酒精中毒都可以和生物學聯繫起來，所以原來我們眼中的「醉漢」如今就可以被稱作「酒精上癮者」。同性戀基因研究的出現還有一個大背景，那就是美國的同性戀解放運動需要這樣的研究成果來作為爭取平等權利的基礎，所以我們毫不奇怪的看到，上文所列的那些研究成果的製造者都提到了他們的研究對於同性戀民權的意義。

這種分析其實已經體現了建構主義的思路，也就是說不把這些科學成果當作一個客觀的本體意義上的「真理」，而是看這樣的「真理」是在什麼社會語境下出現的，是社會運動催生了權

---

<sup>39</sup> 張宏誠：《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，學林文化事業有限公司2002年版，第91-92頁。

利平等的需求，而這種需求希望得到自然科學這樣權威敘事的支持。有很多學者都提到了同性戀基因等這些研究和性傾向平等保護訴訟的關係。1986年最高法院在Bowers v. Hardwick案件中判決同性之間的所謂「非自然性行為」不受隱私權的保護，主流意見把同性戀和「非自然性行為」(SODOMY)等同起來，以至於在正當程序的框架下謀求隱私權的進路遭到了挫敗，於是在同性戀權利的訴訟中出現了另外一個進路，那就是身份政治的進路，由身份政治而謀求平等保護。

因為同性戀被認為是從事「非自然性行為」的人，所以是潛在的犯罪者，所以軍隊可以解雇公開的同性戀者，在就業和收養等一系列問題上的歧視都在這個意義上得到了支持。以行為來理解同性戀就很難說不可改變，因為行為恰恰是可以選擇的，所以就出現了從「行為」到「身份」的轉化。這樣的轉化不再把同性戀行為類比為避孕、在家裡看淫穢材料，而是把同性戀者類比為婦女、黑人，也就是說從隱私權進路向平等保護進路轉化。謀求性傾向可以和性別、種族一樣成為嫌疑歸類，謀求更程度的審查，而要完成這樣的轉變，就必須要使得同性戀身份有更穩固的基礎，這就是珍妮特·哈利教授所總結的：為了要嫌疑歸類而強調生物決定的本質主義，拒絕了性身份選擇的可能性，是用同樣簡單化的和潛在破壞性的「同性戀(homosexuality)= 不可改變特徵(immutable characteristic)」來代替破壞性的在Hardwick案件主流意見中「非自然性行為(sodomy)= 同性戀(homosexual)」的預設<sup>40</sup>。從「行為」到「身份」的轉化不能說一無是處，這是一個很重要的修辭的轉變，以往主流歧視同性戀，認為這是一種傷風

---

<sup>40</sup> Janet E. Halley, "The Politics of the Closet: Towards Equal Protection for Gay, Lesbian, and Bisexual Identity," *UCLA L. Rev.* 36 (1989): pp. 972-973.

敗俗的行為；而一旦同性戀成為一種身份，主流的歧視就會被認為是對一種人的歧視，像對婦女和少數種族的歧視一樣。而要達到讓主流認可同性戀確實是一種身份，就需要自然科學來為「不可改變」做權威性認證，這就是性傾向生物學研究的法律背景，然而為什麼這樣的進路仍然遭到了很多法律學者、社會學家、酷兒理論家的批評呢？身份政治中的本質主義和建構主義之爭為同性戀權利帶來了哪些洞見和困惑？

有學者這樣來界定身份政治：「指被壓迫群體利用他們的群體身份（無論是基於種族、社會性別、性傾向、民族等）來擴大他們的政治聲音。在身份政治的框架下，群體成員認同基於他們身份的共同經驗，作為一種統一化的社群感受政治上的成功或挫折。」<sup>41</sup>比如，非洲裔美國人爭取權利的路線就是身份政治，用種族這樣的身份來完成政治動員。這樣的進路就很靠近本質主義的進路，傾向於認為婦女、黑人、是一種天生的身份，歷史上所遭受到的歧視成為凝聚社群力量的重要資源，把種族和性別作為嫌疑歸類，謀求更高程度的審查以反對歧視，本身就是要求國家對於這些分類要更加敏感。這樣的進路被同性戀權利的推動者所重複，性傾向領域中的本質主義「代表了這樣一種理念，同性戀是內在的固有特性，這種特性是跨越歷史和文化的不變特徵，比如說一個本質主義者會有這樣的觀點：一個同性戀者到其他的時間和地點仍然是同性戀者。換句話說，身份類型不會隨著社會語境的變化而變化，同性戀擁有一種穩定性。」而建構主義則認為同性戀只是在特定歷史和文化的背景下才有意義。身份類型是社會建構的。身份可以是賦權的手段也可以是社會控制的手段。同

---

<sup>41</sup> Laurie Rose Kepros, Nigla writing competition: “Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory,” *Law & Sex* 9 (2000): p. 290.

性戀身份被認為是西方在19世紀末期才出現的，和西方人對於家庭、社會性別和性的觀點分不開，也和經濟組織和醫療科學的觀點有關<sup>42</sup>。建構主義認為同性戀這樣的身份根本就不是一種客觀的、自然意義上的事實，不管是東方還是西方，歷史上都沒有這樣的概念，直到今天，也並非所有的地方都接受了這樣一個身份標籤。一般的觀念認為古希臘對同性戀是寬容的，而這樣的觀念並沒有意識到那個時代沒有同性戀這樣的概念，人們並不認為男人之間的同性性行為就是表徵著一種人的身份。古希臘並不強調用性對象的性別來作為劃分的基礎，而是區分在性生活中的地位是主動的還是被動的，這才是有意義的，用著名歷史學家約翰·博斯維爾的看法：「進入和權力是男性領導精英的特權；聽任進入是一種對權力和威望的象徵性廢除。」<sup>43</sup>正如卡普蘭(Kaplan)所說：「只要成年男性公民在性交活動中是支配性角色（作為陰莖插入者），那麼不管他們選擇插入的對象是女人或者男孩，沒有倫理上的差異。」<sup>44</sup>也就是說，在性生活中被插入的只能是男孩或者是奴隸，而插入者一定是成年男性公民，今天的同性戀異性戀的劃分對他們來說是陌生的，對古代中國也是陌生的。中國古代的「男風」跟今天的同性戀者可能具有共同的生理上的快感體驗，但是意義是截然不同的，中國傳統上不會有同性戀和異性戀的分類，也沒有道德訓誡對前者進行壓制，正如亨奇(Bret Hinsch)的觀察：「當我們在中國的語境下談論男同性戀的時候

<sup>42</sup> Daniel R. Ortiz, "Creating Controversy: Essentialism and Constructivism and the Politics of Gay Identity," *Va. L. Rev.* 79 (1993): p. 1836-1837.

<sup>43</sup> [法]皮埃爾·布林迪厄：《男性統治》，劉暉譯，海天出版社2002年版，第26頁。

<sup>44</sup> Morris B. Kaplan, "Constructing Lesbian and Gay Rights and Liberation," *Va. L. Rev.* 79 (1993): p. 1882-83.

一定要小心，因為傳統中國缺少醫學的、科學的可以跟『同性戀性態(homosexuality)』和『同性戀者(homosexual)』對應的術語，而是用跟同性戀有關的早期的人或者名人軼事之類的詩歌式暗喻來討論。因此，中國的術語不是強調內在的性本質，而是強調行為、趨勢，和偏好。換句話說，不說某人是什麼，中國的作者經常說他像誰，他做了什麼，或者他沉溺於什麼。」<sup>45</sup>

同性戀是現代性的產物，現代性本身就要打破古代的曖昧和混沌，19世紀的精神病學醫生為性的反常分門別類，進行昆蟲學式的研究，比如戀老人癖等都開始成為一種類型。同性性行為可以是跨越時空的，可是同性戀成為一種類型的人是西方現代性的產物，這也是福柯被廣為引用的觀點：古代民法、教會法中的雞奸是一種被禁止的行為，是一種日常的罪惡，而在19世紀，同性戀成為了一種特有的本性，因為有關同性戀心理學、精神病學和醫學的研究，使得「過去雞姦者只是個別的異端，而現在同性戀則成了一個種類<sup>46</sup>。也就是說，同性戀成了一種人格類型，告訴我你的慾望，我就可以告訴你是一什麼樣的人，接受了這樣一種人格類型，我們就不會再說某人有「龍陽之好」了，我們會說他是同性戀者，實現了從「做了什麼事」到「成為什麼人」的轉變。在西方背景下，這一新的類型的出現被認為是把同性性行為從「罪孽」到「疾病」的轉換，心理學和精神病學試圖從宗教的司法那裡來接管這一類型的人，從罪到病的轉化被認為是時代的進

<sup>45</sup> Bret Hinsch, *Passions of the cut sleeve: the male homosexual tradition in china*, University of California press, 1990, p. 7. 中國學者寫的一本書名字叫做：《曖昧的歷程，中國古代同性戀史》（中州古籍出版社2001年版），中國古代原本就沒有現代意義的同性戀，寫這樣的歷史，難免不曖昧。

<sup>46</sup> [法]蜜雪兒·福柯：《性經驗史》，余碧平譯，上海人民出版社2001年版，第32頁。

步，寬容性的增強，然而，我們也在福柯的洞見那裡可以明察於秋毫之末，這不過是一種治理技術的轉變。「知識就是權力」，學科也在行使壓制的權力，這種意義上的權力可以以治療的名義對同性戀施加壓制，讓這些人心悅誠服的臣服在學科所帶來的「真理」面前。哪怕是心理學、精神病學把同性戀排除在疾病的範圍之外，都是這種權力的行使，好像沒有這些學科的恩賜，就沒有這些人的正常化。更可怕的是，當有些宗教人士、心理學家仍然在治療同性戀的時候，我們仍然不得不用心理學已經為性傾向「非病化」這樣的「恩賜」來進行抵擋，建構主義不僅揭示了性身份的非自然性，而且揭示了這一身份的壓制性。

建構主義者廣為引用的一篇文章是麥肯托什早年的一篇文章，作者認為同性戀應該被看成扮演了一種社會角色(role)，而不是擁有一種狀態(condition)。如果把同性戀看成是一種狀態，那就是要研究同性戀的成因，好像特定的疼標誌著癌症，所以科學家有義務來尋找診斷標準，什麼才是真正的同性戀。科學回答不了同性戀成因的問題，因為這個問題問錯了，我們還不如去問「委員會主席」和「基督複臨安息日」的成因。同性戀成為狀態本身就應該是研究的對象，要考查的不是同性戀的成因，而是為什麼我們對同性戀的成因這麼耿耿於懷。同性戀應該是一種社會角色，被貼上這樣的標籤才可以形成社會控制機制，提供了明確的、認可的、允許的行為和不允許行為的界線。這意味著人們不能很輕易的墮入越軌行為。一開始向越軌行為的挪動馬上就帶來向越軌角色的整體挪動並很可能引發制裁。標籤區分了越軌者和其他人，並把越軌者的實踐和自我辯護限定在相當小的團體。社會創造出特別的、受貶斥的同性戀角色可以使得社會上的多數保持純潔，正如對罪犯的貶斥和懲罰幫助社會上的其他人成為奉公

守法者<sup>47</sup>。麥肯托什的問法和自然科學的問法南轅北轍，自然科學的問題是：一個成為同性戀的原因是什麼，有沒有遺傳學上的根據？而建構主義的問法是：什麼樣的社會條件促成了社會把同性戀看成是特定人的身份？用功能主義的進路，認為這樣的區分是保持社會主流純潔化的需要。所以我們可以理解社會理論家塞德曼教授(Seidman)對社會學的理解：社會學是去自然化的力量，社會學家企圖揭示人的行為是社會的、歷史的、而非自然的。對社會學家來說，「自然」觀念的功能如同「宗教」之於啟蒙運動中的思想家，宗教作為一種意識形態來掩蓋社會進程和不平等。所以，當經濟學家說資本主義根源於人的貪婪、競爭和生存本能時，卡爾馬克思說資本主義是一個社會和歷史現象<sup>48</sup>。所以當自然科學家在論證同性戀作為一個自然存在類型的生物成因時，社會學家在考查這一身份出現的社會語境。如果說這一身份的存在本身就是跟特定時空相聯繫的，並非那麼自然而然的，那到哪裡去找所謂的「自然」的、生物的原因呢？

自然科學對同性戀身份進行生物基因的研究構成一種強勢話語，與此相伴隨，人文學科、社會科學對身份的解構成為另一種針鋒相對的強勢話語，以往天經地義的身份類別的「生物性」遭了解構，波伏娃關於女人不是天生的而是成就的已經廣為流傳，而如今種族身份也並非是本質的、生物學的了。憲法學家桑斯坦認為在一個種族融合的時代，已經分不清楚誰是真正的黑人和誰是真正的白人了，類型本身都可能是非決定性的，可能是傳統造成的，而不是自然的。把人嚴格的界定為兩種分離的類型：

---

<sup>47</sup> Mary McIntosh, *The Homosexual Role in Queer Theory/Sociology*, edited by Steven Seidman. Cambridge: Blackwell Publishers, 1996, pp. 33-35.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 1.

白人和黑人，是白人至上內涵的一部份。即使一些人比另一些人皮膚黑，儘管有區別，然而這種區分在重要的維度上，也是社會建構的。人們的基因很複雜，很多所謂的黑人都有白人的祖先，「黑人」和「白人」的劃分不是基因決定的，而是特殊的，非必然的對人類想像的建構<sup>49</sup>。歷史上美國曾經奉行「一滴黑血原則」(one-drop rule)，規定祖上只要有一個黑人，你就是黑人，在這種規則下被作為黑人看待的一個人，即使自我認同為白人，或者想像白人那樣去生活，卻很難改變社會和法律的分類<sup>50</sup>。性身份的社會政治因素在自然科學對同性戀生物原因的研究中完全被忽略了，而且是把社會中的一些「成見」作為自身研究的「前見」接受下來，建構主義的思路從實驗方法中被排除掉了。如果同性戀異性戀的二元對立本身就有可能性是主流社會為了更好的實現控制而製造出來的分類，本身就忽略了雙性戀以及其他處在兩極之間某個狀態的人，或者自我認同是可以選擇性身份的人，那如何可以得出所謂科學的結論呢？這就涉及到多元身份對身份本身的解構。

酷兒理論是20世紀90年代在西方興起的理論思潮，它吸收了建構主義的思路，並且把反對身份政治的進路推到極端。認為身份政治壓抑了群體內部的差異，如種族、階級、性別等其他方面的差異：這些人認為，主體通常是多重的；這些人直接懷疑到，分類這件事本身在本質上具有壓抑性<sup>51</sup>。酷兒理論認為身份是可以有無數組合的，階級、性別、年齡、性傾向之間互相交叉

---

<sup>49</sup> See supra note 4, p. 18-20.

<sup>50</sup> See supra note 24, p. 655.

<sup>51</sup> 斯蒂文·艾普斯坦坦：〈酷兒的碰撞：社會學和性研究〉，引自李銀河編譯《酷兒理論》，文化藝術出版社2003年版，第93頁。

聯合，任何一個特殊的性身份都是武斷的，不穩定的和排他的，酷兒理論並不是說要取消身份，而是說要讓身份保持開放性，避免實體化、封閉化。在傳統的同性戀運動中，因為同性戀身份的封閉化而導致雙性戀、變性人、跨性別等身份遭到排斥，經濟上弱勢的同性戀者和黑人同性戀者不能有充分的空間，以至於同性戀運動被批判為「白人的中產階級的同性戀運動」這和當代西方後現代法學對多元身份的強調是同構的，如後現代女性主義法學批判傳統的女性主義法學只反映有特權的白人女性的利益，而將其他大多數女性利益排除在外，忽視了種族階級等因素，任何類的概念都可能把弱勢群體邊緣化和吞沒<sup>52</sup>。如果把酷兒理論的洞見用在「不可改變進路」上，我們會發現這樣的質疑：同性戀要謀求自身在反歧視法中的特權地位，儘管這不過是通過嫌疑歸類在尋求平等保護，但是畢竟是在追求法律要對性傾向歧視更加嚴格的審查，那是不是同性戀者也在民權運動中尋求特殊地位，這樣的嫌疑不僅保守主義嚴加批判，而且激進主義也會認為這是對更加弱勢群體的壓制，如變性人是否可以因「不可改變進路」而謀求嚴格審查。「不可改變」進路還會出現「代表性」和「忠誠」的問題，珍妮特·哈利教授認為如果把「不可改變特徵」作為策略，那反歧視法的判例將會把雙性戀置入苦海，因為他們會有身份的轉換。這還不僅僅是將來損害的一個危險，它將雙性戀者視為外人，不把他們作為同性戀支持者所要求的利益組織的成員<sup>53</sup>。身份政治中所聲言的「不可改變」特徵有多大的代表性，

<sup>52</sup> 朱景文：〈當前美國法理學的後現代轉向〉，引自朱景文主編《當代西方後現代法學》，法律出版社2002年版，第10頁。

<sup>53</sup> 珍妮特·哈利：〈同性戀權利與身份模仿：代表倫理中的問題〉，引自戴維·凱瑞斯編輯，《法律中的政治——一個進步性批評》，信春鷹譯，中國政法大學出版社2008年版，第97頁。

這種代表的倫理問題會產生困境，那些體驗自己的性傾向是可以改變的同性戀者也要向「不可改變說」表達忠誠嗎？很多研究者都質疑，如果有女同性戀並不認為自己的性傾向是天生的，如果她們認為自己的性傾向是根據周圍的環境和所遇到的人的不同而發生轉變，是否會被貶斥為「虛假意識」，是否是對「不可改變」進路的背叛，進而是對同性戀運動的背叛。所以我們要思考的一個問題是，作為凝聚社群力量的身份到底是團結還是分裂了社群？

儘管建構主義揭示了身份的產生可能是一種社會治理技術，是一種知識行使權力的方式，是西方現代性的偶然產物，而非普遍適用，而且是對多元身份的壓制，對差異的漠視，身份建構也必然是不穩定的，但是要徹底否定身份政治是很困難的。同性戀身份產生從一開始就是有著雙重效果，正如福柯的觀察，在19世紀的精神病學、法理學、文學中還出現了一系列有關同性戀、性倒錯、雞姦、「心理陰陽人」及其變種的話語，使得這一「反常」領域裡的社會控制獲得了長足的進步。但是它還是促成了一種「補償」話語：同性戀開始利用人們在醫學上貶低它的用詞和範疇來談論自己，要求人們承認它的合法性或「自然性」<sup>54</sup>也就是說同性戀這一身份一開始是病理化的，是精神病學科治療、壓制的對象，或者說如麥肯托什所說是保持社會大多數純潔的需要，但是一旦這一身份得以產生，同性戀身份就可以被利用來作為政治鬥爭的標籤，在「人人平等」的話語中來謀求這一新類型「人」的平等權利。「不可改變」進路不過是謀求同性戀正當化的一種策略而已，好像是有了自然科學的權威認定，同性戀的

---

<sup>54</sup> 同註44，第76頁。

自然性、正當性就有了金字招牌來保證了。如果說身份是不穩定的，那酷兒政治「並不是去解決這樣一個難題，使我們擺脫不穩定性，而是去增加這種不穩定性，這是一種奇特的努力，就像一個人在拖自己腳下的地毯，不知道自己應當如何去立足，到哪裡去立足。」<sup>55</sup>沒有了同性戀身份，所謂的同性戀權利就成了無根之木、無源之水，這也是酷兒理論常常遭到批評的原因，認為它過於關注話語的生產，而忽略了社會生活中實實在在的壓制。這部份是因為酷兒理論家大多來自於人文學科中的文學批評、文化研究等領域，政治、社會、法律等學科需要在借鑒酷兒理論洞見的同時，保持對現實生活的敏感。

這也是為什麼儘管遭遇很多批評，仍然有學者在為「不可改變」進路進行辯護，塞繆爾·麥考森(Samuel A. Marcossan)教授認為「不可改變」特徵對於平等保護很重要，並且提出了「建構的不可改變特徵」(constructive immutability)這個概念，和「實質的不可改變」(Substantial Immutability)相對照，作者認為只要是跟法律有關的「不可改變性」就夠了，不需要純粹的「不可改變性」，因為我們要探討的是法律應該如何對待「不可改變特徵」。既然不需要知道純粹的「不可改變性」，所以不需要知道這個特徵的起源，也不需要論證生物決定。甚至「不可改變特徵」也不需要個人真的就不可能自願改變，只要個人體驗自己不可以自願改變的就可以。社會建構認為人的自我感知深受文化語境的影響。政治和法律體系是構建這一類型的文化的一部份，一定是把不可改變性——我們經常稱作「內在不可改變」，看作是非常真實的；甚至，事實上很確定的是，政治和法律結構一定

<sup>55</sup> 卓施瓦·蓋姆森：〈身份運動非自我解體不可嗎？一個酷兒的兩難問題〉，引自李銀河編譯《酷兒理論》，文化藝術出版社2003年版，第299頁。

是為製造不可改變經驗的構建作出很大貢獻<sup>56</sup>。作者的一個思路是：既然法律和政治本身就是文化，那麼就不需要本質意義的「不可改變性」，也就是說，不需要科學來鑒定，只要社會認可「不可改變性」就可以了。一個人什麼時候獲得這個特徵以及是否是生物決定，不是「不可改變」的必然內容。建構主義揭示了同性戀身份並非自然存在，而是特定時間和空間的建構，作者認為這和「建構的不可改變性」並不衝突，同性戀身份是特定時空的建構，決不意味著特定時空中的某一個同性戀者可以隨意的改變社會對自身的建構，既然有大量的同性戀者體驗到自己的性傾向是不可改變的，這對於「不可改變特徵」已經足夠了，根本不需要生物學的基礎。然而這樣的思路也有自己的困境，從同性戀在自然科學學科權力下的命運我們可以看到，19世紀末期，早年的性學家用「先天的倒置」(congenital inversion)這一模式，後來被代之以心理分析的治療模式，這種模式從1930到1973年間是主導的模式，一直到1973年美國精神病協會把同性戀從精神疾病的名單中廢除。1990年代科學研究轉移到同性戀的生物和基因的來源。人們都說不可改變模式很受同性戀以及支持者的歡迎，可是以往的倒置模式、醫學模式也很受同性戀者歡迎，認為反映了他們的現實生活。就像今天同性戀非常歡迎同性戀基因說一樣，以前很多「性倒錯者」和同性戀者都很歡迎科學調查他們的自然性，認為有潛力把這個問題從宗教和刑法的管轄權中轉移出來<sup>57</sup>。曾幾何時，同性戀者心悅誠服的接受了自己是性倒錯者，自己是病人需要治療，把治病救人的心理醫生和這一學科奉為拯

---

<sup>56</sup> See supra note 24, p. 654-655.

<sup>57</sup> See supra note 29, p.10-11.

救的力量，憲法學家吉野賢治教授(Kenji Yoshino)總結了19世紀醫學接管同性戀以來的各種治療方法：外科手術、子宮切除、卵巢切除、陰蒂切除、閹割、輸精管切除、陰部神經手術、前腦頁白質切除、激素治療、藥物休克療法、性的刺激物或鎮靜劑、厭惡療法、脫敏，減少對異性的厭惡、電擊療法、集體治療、催眠、心理分析<sup>58</sup>。這些今天看來令人髮指的治療技術可以被當年的社會語境正當化嗎？當年的同性戀者會以「病人」的身份來擺脫「罪人」的身份，醫學模式相對於宗教的罪孽模式和司法的刑罰模式是一種進步嗎？這種手段始終也沒有代替社會主流對於同性戀的宗教隔閡道德譴責，如果說用「不可改變性」來為自己存在的正當性辯護，那似乎又是對歷史曾經的荒唐亦步亦趨，既然用「病人」的身份也沒有換來太多的同情和空間，何必用「不可改變」來再次可憐巴巴的乞求主流的認可呢？當然，從歷史上各種各樣的治療手段上我們可以進一步看到為什麼「不可改變」的聲音在同性戀社群中有這麼廣泛的市場。儘管美國精神病學會已經否定了「修補療法」在改變一個人性傾向方面的有效性，而且可能會造成抑鬱、焦慮和自我摧殘等行為，但是仍然有一些基督教背景的機構推行「前同性戀運動」，並且出現已經成為所謂異性戀的「前同性戀」男子又現身同性戀酒吧的新聞<sup>59</sup>。歷史上一

<sup>58</sup> Kenji Yoshino, "Covering," *Yale L. J.* 111 (2002): p. 787.

<sup>59</sup> 詳情可參見《桃紅滿天下》雜誌社和愛白文化教育中心的資料彙編：《從科學的角度認識同性戀和性傾向治療》。關於參與性傾向的治療是否是自願的，法律是否應該禁止這樣的治療，有學者認為知識是有侷限的，假如整個社會和法律因素都在對異性戀表達忠心，那人們不知道，一般性的自願改變性傾向是否可能。不知道特定一個人願意追求異性戀生活方式是否是有意義的自願？甚至不知道任何一個自稱自己轉變為異性戀是否有效。知識的侷限也導致了法律運作的侷限，法律沒有辦法禁止性傾向改變，因為不知道自願是否是確定的。SEE David B. Cruz, "Controlling desires: Sexual orientation conversion and the limits of knowledge and law," *S. Cal. L. Rev.* 72 (1999): p. 1398.

系列治療同性戀的「酷刑」和現實中的形形色色治療既為「不可改變進路」做了正當性鋪墊，也為那些反感「改變」、「不改變」話語的人提供了正當性論證，因為他們要徹底告別改變話語。一方面，同性戀社群感受到「不可改變」特徵對於抵制各種治療話語的必要性，另一方面建構主義和酷兒理論擔心，對於「不可改變」強調使得同性戀議題永遠被固化在這些病理化的議題上，他們不滿足於同性戀只能成為基因決定下的無可奈何才可以換取平等權利的話語策略，提醒我們要關注的不應該是同性戀是否真的可以改變，而是要問，是什麼樣的社會機制讓我們對這個問題這麼敏感？當主流提出同性戀是否可以改變這一問題時，妥協主義的回答是：不可改變，所以要抵制治療話語，罪孽話語，要求平等權利；而酷兒主義的思路是：這個問題重要嗎？為什麼這個問題這麼重要？可以改變怎麼了？當我們用「不可改變」來作為應對方式的時候，主流的異性戀霸權主義被輕輕放過了，要求社會千人一面的強制性同化主義被忽視了，對同性戀進行道德譴責的實質內容被迴避了。

#### 四、「不可改變」進路中的道德迴避

「不可改變」進路更多的是體制內的進路，尋求現實的有效性，而酷兒理論對身份政治的批判，認為通過對身份的依賴來尋求平等保護沒有對身份的壓制性進行批判，所以我們毫不奇怪的看到，「不可改變」因為對現實的妥協而對現實中一些堅固的意識形態保持了沉默。通過性傾向的生物學基礎就可以讓同性戀顯得更加「自然」了，通過這種先天決定的科學聲音來卸下自己的道德責任，而這樣的妥協是很脆弱的，從「自然的」就推導出來道德上的「善」，這是基本的邏輯謬誤，這是英國著名倫

理學家摩爾(G. E. Moore)所說的「自然主義的謬誤」(naturalistic fallacy)<sup>60</sup>。反對同性戀的保守主義即使接受了同性戀基因的存在，也不見得就會認為同性戀行為是正當的，這裡其實也體現了社會建構主義的因素，自然科學家可以論證同性戀基因的存在，但是不能論證哪些基因是正常的，哪些基因是有缺陷的，所謂「正常」就已經不是自然科學的概念，而是文化的領域了。珍妮特·哈利教授已經指出了反對同性戀優生學並非危言聳聽，因為一些重要的主流科學家已經讚賞了人類基因組計畫的優生學潛力。對同性戀原因的研究也持續的承認了反同性戀優生學的可能性。當代的優生學不會去淨化民族或者種族的基因庫，但是它可以使得父母通過出生前的測試來進行選擇性墮胎，從而避免自己不想選擇的胎兒出生。如果同性戀僅僅是由基因決定的，就會出現基因修正的方法來治療<sup>61</sup>。所以同性戀基因的論證或許能夠減輕同性戀者自身的道德壓力，因為無自由則無責任，既然自己對於性傾向的選擇無能為力，所以就不必要為此承擔道德指責，但是這種應對方式並沒有減輕社會對同性戀的負面評價。當一個同性戀為自己的辯護僅僅是說「我沒有選擇，所以你要平等對待我」，給人的感覺是同性戀是整個社會都不想要的東西，不管是同性戀者還是主流社會都不想要，僅僅因為它不可選擇，所以我們只能承受它，這樣的論證顯然太薄弱了。這樣的薄弱還體現在對同性戀進行「去性化」，因為美國最高法院在Hardwick案件中裁決對同性之間的「非自然性行為」進行刑罰制裁不違反憲法，所以後來的訴訟策略就是強調同性戀是一種身份，好像這個身份

---

<sup>60</sup> Toni M. "Massaro, Gay Rights, Thick and Thin," *Stan. L. Rev.* 49 (1996): p. 96.

<sup>61</sup> See supra note 57, p. 524.

和性行為是沒有什麼關係的，不管我是否從事了同性戀行為，我就是不可改變的同性戀者，你就要保護我的平等權利。這幾乎就是基督教「恨罪，但愛罪人」的翻版，用在同性戀議題上，就是反對同性性行為，但是包容同性戀者，同性戀者對「不可改變」身份的熱衷迴避了對道德話語的直接回應。

這個問題就是同性戀權利訴求中的「道德迴避」問題，人們很難想像「道德」、「善」這樣的話語可以來支持同性戀權利，這些話語完全被反對同性戀的保守主義所把持，支持同性戀者對道德話語退避三舍，只是花了大量的力氣來論證這種道德話語不應該被強制執行，而沒有直接針對這些道德話語本身進行論辯。1957年英國有關同性戀和賣淫問題的特別調查委員會沃爾芬登委員會提出報告，建議把同性戀和賣淫非罪化開始，強調成人間彼此同意的同性性行為是私人道德領域裡的事情，「這個領域，用粗略的話說，不關法律的事，這樣說，並不是去寬宏如或鼓勵私人的不道德。」<sup>62</sup>這種話語支持對同性戀的非罪化，強調公領域和私領域的劃分，但是認為這是私人領域的不道德或者擱置對這一問題的道德判斷，這就是中立的自由主義的觀點。這種觀點認為國家的公權力應該對性傾向的道德性持中立態度，因為自由主義的論旨之一是價值領域充滿了無法化約的衝突，而且客觀標準闕如，世界是由事實構成的，而意義是人類賦予這個現實世界的，在意義的世界裡，諸神不和，所以公權力要避免代替人們來做出意義的選擇，避免去強制執行私人領域裡的道德，而只能秉持「權利優先於善」的理念。卡洛斯·鮑爾(Carlos Ball)教授認為，在同性性行為非罪化問題上，這樣的進路是有價值的，但是

---

62 石元康：《當代西方自由主義理論》，上海三聯出版書店2000年版，第62-63頁。

用在同性婚姻和同性戀作為父母對孩子的監護權問題上就有侷限了。所以他建議用道德自由主義來置換這樣的中立自由主義。在《同性戀權利的道德性》一書中，他指出「不可改變」進路減輕了同性戀的「壞」，但是不能想當然的推導出來社會應當支持或者鼓勵這種結合。他認為同性之間的行為、關係、家庭是好的，通過這些可以滿足基本需求，可以實踐人的基本能力，這和是否可以改變就不相關了。把身體親密和情感親密結合起來是人獨特的能力，這種能力展示了對他人愛和關懷的潛力。同性戀不只是性衝動的滿足，而且還有被愛的需求，以及愛和互相照顧的能力。國家不僅要滿足公民的選擇，而且要提供選擇。國家促進忠誠、穩定、互惠的關係和每個人都是自己社會生活的最好判斷者之間並不矛盾<sup>63</sup>。在說到同性戀撫養孩子權利的時候卡洛斯·鮑爾教授說：「很諷刺的是，當同性戀要為他們愛孩子和教育孩子的慾望辯護時，人口中的其他人被期待擁有這樣的慾望，而且缺乏的時候就被認為是缺德。」<sup>64</sup>也就是說，同性戀可以分享愛情，互相關懷，撫養教育孩子這些共同的善，國家如果排斥了同性戀者可以通過婚姻和撫養孩子來實踐愛的能力，就顯示了國家沒有為一部份公民來提供這樣的選擇。同性戀者也不僅僅是這個社會中不得不寬容的「另類」，同性戀者至少在思想、藝術、時尚等領域表現出卓越的創造性並且在一定意義上改變了這些領域的「生態」，我們甚至無法知道，當這些傾向被完全壓抑以

---

<sup>63</sup> *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy*, New York: Routledge, 2003, pp. 101-116.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 134. 作為社群主義代表人物的桑德爾也認為抽象的自主性理論根本沒有挑戰對同性戀的負面看法，對同性關係的全面尊重必須建立在這樣一個基礎上，同性戀的親密關係可以和異性伴侶一樣分享人類的善，即使不是引起羨慕，最起码也能欣賞同性戀的生活。See *supra* note 13, p. 1647.

後，人類社會會喪失多少有價值的「好」東西。這樣的論證就從「不可改變」進路的不得不容忍差異，走向了讚美同性間結合，同性戀也可以分享主流社會的「道德善」，主流社會也受益於不同性傾向所帶來的創造力。

吉野賢治教授認為「不可改變」進路體現了美國反歧視法中的強制性同化，他指出，美國有三種方式對同性戀進行同化，一種是改變(*conversion*)，就是潛在身份被改變，比如同性戀變成異性戀；第二種是冒充(*passing*)，同性戀身份不變，但是冒充異性戀者；第三種是掩飾(*covering*)，既不改變也不冒充，但是淡化。比如一個女同性戀接受自己是同性戀，也希望大家忽視這些，不參與公開的同性示愛，不參與可能會被解釋為同性戀的活動，不參與同性戀的行動。同性戀權利的運動是不斷削弱同化需求的一個過程，社會主流一開始要求同性戀者改變、失敗後要求他們冒充，再失敗了就要求他們掩飾<sup>65</sup>。是什麼樣的社會力量使得反歧視法也體現出這麼一種強制性的同化主義？作為「熔爐」的美國是真正體現了多元色彩，還是希望社會一元化的極權思想在任何一種社會體制中都潛滋暗長？對於身份中「不可改變」進路的堅持讓我們忽視了這樣的追問：「畢竟，民權實踐最基礎的就是關於誰改變：同性戀者還是恐懼同性戀者？女人還是性別霸權主義者？種族弱勢群體還是種族主義者？」<sup>66</sup>或許這就是道德話語的短兵相接，不是同性戀不道德，歧視同性戀才是不道德；要改變的不是同性戀，要改變的是強制改變同性戀這種做法。

「道德迴避」在同性戀權利訴求中是如此的根深蒂固，以

---

<sup>65</sup> See *supra* note 57, p. 772-774.

<sup>66</sup> *Ibid.* p. 938.

至於一遇到保守派的道德大旗，同性戀的辯護者就免戰高懸，迴避其中的實質價值判斷，隱私權、身份對同性戀的「去性化」操作、公領域私領域的劃分、對道德強制的批判，都是一道道免戰牌。「不可改變」進路只是其中不那麼理論化的一道，也許，研究婦女和社會性別的歷史學教授John D'Emilio對這個進路的批評最振聳發聵：「我們怎麼可以指望從『我也無能為力』這個立場出發來獲得真正的力量？」(Do we really expect to bid for real power from a position of I can't help it)<sup>67</sup>

## 餘論：要身份，不要「不可改變」

這篇文章從性傾向的改變或者不能改變引申到身份政治以及對身份的批判，社會建構主義的洞見讓我們反思身份政治的侷限，別說是同性戀身份，即使是婦女、黑人這樣的身份也都遭到了質疑。後現代女性主義者們宣稱，「婦女」是標準化的和政治性的概念。無論從生理角度，還是從社會角度來衡量，性別身份都是不變固定的。但是女性主義者陷入了兩難困境。一方面，顯然有必要用婦女範疇來反抗男子統治的社會對婦女的排斥，另一方面，每一次訴求「婦女」概念和確定女性性別身份，又都產生了排斥和剝奪某些婦女權力的結果<sup>68</sup>。這種兩難境界在同性戀權利領域更是如此，強調同性戀身份可能被認為是本質主義固化了二元對立，強化了主流社會的壓制結構，並且造成了對同性戀內部性別、年齡、種族等問題的邊緣化，可是解構了同性戀身

<sup>67</sup> See supra note 33, p. 953.

<sup>68</sup> 【美】史蒂文·塞德曼：《有爭議的知識：後現代時代的社會理論》，劉北成等譯，中國人民大學出版社2002年版，第171-174頁。

份就可能取消了同性戀權利運動，酷兒的深刻洞見對於政治的實際運作顯得虛幻。威克斯(Jeffrey Weeks)是著名的社會建構主義理論家，他認為人的身份不是固定一致的，絕對不可以以為這些劃分是不可改變的，是唯一的真實，個人性身份的認同是一個正在形成、發明和再發明的東西，深受外部世界變化的影響；但是他又認為性身份是一種必要的虛構，這是一種鬥爭策略，因為只有將同性戀定義為一個永久性固定性的少數群體，就像少數種族一樣，才能爭取法定平等權利。威克斯把這種建立同性戀者共同意識來進行政治鬥爭的做法稱為「策略性的本質主義」(strategic essentialism)，這不是建立在自然真實的基礎上，而是建立在權力的政治領域之中，重要的不是性身份的真实性質，而是現實鬥爭的政治意義<sup>69</sup>。離開婦女概念的女權主義運動不可想像，同性戀政治身份也是同性戀運動不可或缺的，所以很多酷兒理論不是主張取消同性戀身份，而是希望對身份壓制性的一面給予警惕，保持一定的開放性。正是在這個意義上，學者們批判了「不可改變」進路，並且主張在反歧視法中拋棄這樣的標準，但是卻不主張完全拋棄本質主義，拋棄身份，儘管「不可改變」，尤其是生物學意義上的同性戀的「不可改變」為同性戀身份提供了堅實的基礎。

所以我們可以拋棄同性戀基因等這樣的「不可改變」說成為性傾向平等保護的基礎，但是絕不意味著我們可以認為性傾向對於大多數個人來說是可以隨意選擇的，也就是說，即使是社會建構的，也不一定是可以隨意改變的，看破了紅塵不一定可以叱吒紅塵。本質主義和建構主義也根本不是爭論一個所謂的同性戀

---

<sup>69</sup> 李銀河：《性的問題》，中國青年出版社，1999年版，217-218頁。

是天生的還是後天的，是可以改變的還是不可改變的。丹尼爾·奧滋教授(Daniel R. Ortiz)教授認為本質主義和建構主義爭論問的不是一個人怎麼開始落入一種身份類型的，而是問身份類型本身是怎麼形成的。建構主義主要關心同性戀是怎麼樣被賦予意義的<sup>70</sup>。一個人如何成為同性戀不是建構主義關心的，它所關心的是同性戀作為一種身份類型是在什麼特定時空下產生的。它提醒我們以所謂的性傾向來為人進行分類，是西方現代性的產物，西方古代有同性之間的性慾望和行為但是沒有同性戀者這一身份類型，今天一些非西方國家即使有了這樣的分類也是受西方影響的結果。

建構主義這個結論也許非常正確，但是用在現實生活中也會出現一些微妙的尷尬。2007年9月伊朗總統內賈德在哥倫比亞大學被問及該國最近處決兩名同性戀男子時回答：「在伊朗，我們沒有像在你們國家那樣的同性戀者，我們國家沒有。在伊朗，我們沒有這種現象，我不知道誰告訴你我們有。」(In Iran, we don't have homosexuals like in your country. We don't have that in our country. In Iran, we do not have this phenomenon. I don't know who has told you that we have it.)據說現場爆發出哄笑聲，有人甚至開玩笑說，伊朗是沒有同性戀者，是因為他們都被政府處死了。但是按照建構主義理論，同性戀是西方文化建構的，伊朗沒有西方意義上的同性戀者，「同性戀」(homosexual)這一現代性的概念並不為伊朗文化所分享。我們在這個場景中看到，伊朗當政者的回答可以被建構主義正當化，而要譴責政府對同性戀的壓制，身份政治和權利話語是有利的工具，這就是我借鑒建構主義

---

<sup>70</sup> See supra note 41, p. 1838.

的洞見批判了「不可改變」進路，但是卻不願意拋棄「身份」的原因。