

关于男同性行为的两个美国判例及其法理学和科学基础

沈政^{①②}

① 北京大学心理和认知科学学院, 北京 100871;

② 中国政法大学证据科学教育部重点实验室, 北京 100088

E-mail: shenz@pku.edu.cn

2016-05-24 收稿, 2016-06-20 修回, 2016-06-20 接受, 2016-10-20 网络版发表

摘要 美国最高法院对时隔17年发生的两起男同性行为上诉案, 鲍尔斯诉哈德威克案(1986)和劳伦斯诉德克萨斯案(2003), 引用宪法第十四条修正案同一条款进行司法审查, 做出完全相反的裁决, 主要原因在于社会氛围不同. 在人权和自由作为重要意识形态的氛围中, 非解释性司法审查理论引导着大法官将同性性行为视为美国宪法关于公民选择生活方式的自由权利. 但是, 几年以后美国国家医学科学院提出了关于性少数群体的基本理论框架, 认为同性性行为不是单纯的个体行为, 而是社会行为; 它源于社会又反作用于社会, 引发出具有捆绑的负性社会心理问题的群体. 对男同性行为的渊源和性质进行多学科分析发现, 无论其自然起源还是社会起源, 都是对不良环境的消极适应性行为, 蕴含着消亡性、有害性和不平等性, 既不利于行为人的毕生发展, 更不利于社会发展. 纵观人类社会对该行为所采取的对策及其远期后果, 本文建议既不需要强制性刑罚, 也不需要道德规范的外部约束, 而是通过跨学科研究, 提高对该行为模式性质的社会认知水平, 唤起行为人的主观自律.

关键词 男同性行为, 性分离, 司法审查, 劳伦斯诉德克萨斯案, 少数群体应激模型, 社会生态模型

美国联邦最高法院对时隔17年两个雷同的男同性行为(sodomy)上诉案: 鲍尔斯诉哈德威克案(1986)和劳伦斯诉德克萨斯案(2003), 引用宪法第十四条修正案同一条款, 却给出完全相反的裁定. 该条款是美国宪法和人权法的核心, 涉及司法审查的法理学基础. 本文讨论这两个案例的法理基础之后, 将其与美国国家医学科学院的理论框架以及当代科学对男同性行为渊源和性质的认识加以比较, 希望从自由和人权的立场上, 扩大科学和社会的视野, 加深认识男同性行为与当事人的毕生命运和人类社会发展的关系.

1 两案裁决的根据

本文以美国最高法院所公布的案件裁决书为主,

适当参考解释法庭意见的大法官发言, 简要介绍如下.

1.1 鲍尔斯诉哈德威克案(1986)

因佐治亚州申诉法院驳回被告申诉, 维持原判, 被告鲍尔斯不服, 诉佐治亚州申诉法院侵犯被告权利, 提请联邦最高法院裁定. 美国联邦最高法院终审裁定, 佐治亚州相关法律符合美国宪法. 美国联邦最高法院判决书478 U.S.186(1986)中写明^[1], 鲍尔斯因在自家卧室发生男同性行为, 违犯美国佐治亚州对该行为刑罚的相关法律, 被判有罪, 维持州申诉法院的裁定, 基于下列5点:

(1) 美国宪法不承认男同性行为是公民的基本权利. 在判决书注脚1中, 说明佐治亚州1984年相关法

引用格式: 沈政. 关于男同性行为的两个美国判例及其法理学和科学基础. 科学通报, 2016, 61: 3521–3531

Shen Z. Two cases of sodomy in USA and their bases of jurisprudence and science (in Chinese). Chin Sci Bull, 2016, 61: 3521–3531, doi: 10.1360/N972016-00635

律规定:男同性行为是指一个人用性器官接触另一人肛门或口腔的犯罪行为,应得到1~20年监禁的刑罚;

(2) 这一裁定基于美国许多州一直执行着的男同性行为的刑罚,那种认为男同性行为的权利具有深远民族历史根源或蕴含在有序自由权利中的说法,是一种可笑的言论;

(3) 应坚决反对将宪法正当程序条款中的基本权利进行扩展;

(4) 男同性行为即使在自家隐秘进行,同样应受到刑罚;

(5) 对男同性行为的刑罚不应废止,因为大多数人认为这是一种不道德行为。

1.2 劳伦斯诉德克萨斯案(2003)

在上述鲍尔斯案裁定17年后所发生的劳伦斯诉德克萨斯案中^[2],上诉人劳伦斯和性伴卡纳尔两人在劳伦斯宅内发生男同性行为时,休斯敦警察持械闯入,予以逮捕,认定他们违犯德克萨斯州(以下简称德州)关于禁止同性行为的法律。德州申诉法院参照美国最高法院的鲍尔斯判例,依照美国联邦宪法第十四条修正案正当程序条款,认定两人有罪。被告劳伦斯不服上诉,2003年2月美国联邦最高法院受理上诉,经过9名大法官的法庭辩论,结果以5票多数裁定德州违宪,上诉人无罪。一锤敲定男同性行为的合法化,在美国社会中打开了同性行为传播的法律闸门。美国最高法院判决书558 U.S.539(2003)列出了这一裁定的4点依据:

(1) 宪法第十四条修正案正当程序条款,寓意着同性行为是公民自由权利之一;

(2) 禁止同性行为在美国没有深远的民族历史根源;

(3) 现已日渐明朗,1986年的鲍尔斯判例,存在严重不足。最初25个州参照该判例禁止同性行为,2003年只剩13个州继续执行;鲍尔斯判例与欧洲人权法院和社会文明发展不协调;

(4) 公民具有决定关于婚姻、生育等问题的自由权利;鲍尔斯判例经不住历史考验,无论是当时还是现在都不正确,应当予以推翻。公众认为不道德的行为,不足以作为法律禁止的理由。

1.3 两案论点的对照

1868年7月28日生效的美国宪法第十四条修正案

正当程序条款,是上述两案的重要法理基础。该条款之中译文^[3]:“所有在合众国出生或归化于合众国并受其管辖的人,都是合众国的和他们居住州的公民。任何一州,都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的法律;未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;在其管辖范围内,也不得拒绝给予任何人以平等的法律保护”。这一条款中含有两个基本寓意:正当法律程序(due process)与平等保护(equal protect)。

对美国宪法条款的解释权唯一属于联邦最高法院。那么,这一条款是否适用于男同性行为,只能听联邦最高法院的解释。可是,同属联邦最高法院的不同法庭,却给出了完全相反的解释。

正当程序条款:“未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产”,这是两判例的共同法理基础。鲍尔斯案法庭认为,联邦宪法并没有认定男同性行为是一种基本权利(478 U.S., at 190);相反,劳伦斯案法庭认为,被宪法保护的自由,赋予同性恋者有权选择在自己家里或私密生活中建立或维持这种关系,并且保持自由人的尊严(558 U.S. at 564–567)。鲍尔斯案法庭认为,应当阻止司法界和法庭随意扩展宪法正当程序条款,使其包含新的基本权利;相反劳伦斯案法庭认为,申述人的自由权就是私人行为不受政府干预的权利(at 560)。鲍尔斯案法庭认为,即使在自家环境双方同意的男同性行为,也应给予刑罚;相反劳伦斯案法庭认为,该案例不涉及强迫、损害他人以及卖淫等危及公众安全的问题,完全属于两位自由成年人双方同意的同性生活方式的选择。

平等保护条款:“在其管辖范围内,给予任何人以平等的法律保护”,这里强调的是法律保护个人的生命、自由和财产^[4]。奥康纳(O'Connor)大法官在支持劳伦斯案法庭决议的辩词中,指出德州反肛交法专门认定男-男之间的肛交是非法的,却不包括男-女间的肛交行为,明显违背了宪法的平等保护条款。

历史渊源:鲍尔斯案法庭认为,禁止男同性行为为具有自古以来的历史根源(478 U. S., at 192)并且在注脚5~6中,例举了自1792年生效的20多州的相关刑罚和自1868年生效的39个州的相关刑罚(478 U.S., at 196);相反劳伦斯案法庭认为,直到20世纪最后30多年,美国才出现对同性行为的刑罚,这之前的全部法律实际上仅对非自愿的性侵行为进行制裁,而且美国这些殖民时期的法律是源自英国1553年的法律。

到2003年,也只剩9个州维持对同性行为的刑罚,还有4个州只刑罚未经双方同意的强制同性行为。

法律与道德文明: 鲍尔斯案法庭认为,大多数人认定男同性行为是不道德的。劳伦斯案法庭认为,不道德行为不足以作为刑罚的理由;但是却认为鲍尔斯案裁定与欧洲其他国家保护同性行为的文明不符(at 560)。劳伦斯案法庭在这里表现出关于法律与道德和文明关系的双重标准。

2 法理基础

根据宪法对部门法的制定和执行是否违宪所进行的审查,称司法审查(judicial review),在设有宪法法院的国家,由宪法法院执行司法审查。

2.1 司法审查理论

美国联邦最高法院具有宪法解释权是进行司法审查的机构;但是美国联邦最高法院所组成的9名大法官,却全部是由总统任命的终生职位。这就存在一种矛盾:以民选为基础的立法机构(议会)和行政机构(政府)的立法和司法行为,却要接受没有任何选民基础的9名大法官的审查和裁决。简言之,美国的司法审查蕴含着民主与法治的矛盾。所以,美国政界常有人不满于司法审查,称之为“司法专政”(judicial tyranny)制度。司法审查所遵循的理论不同,可能是影响审查结果的原因之一。至少存在3种司法审查理论:解释主义、非解释主义和民主与不信任理论。具体说,就是在司法审查中是否主要依据宪法条文加以解释和适用,还是主要对司法程序完善程度进行审查。鲍尔斯案法庭以解释主义的立场,认为宪法条款中并没有将同性行为列为基本公民权力的字样;而劳伦斯案法庭判决词则持非解释主义立场,认为同性行为寓意在自由权力之中,并且认定德克萨斯州违宪。所以,两者皆有法理学依据。

2.2 司法审查机构与组成

自1803年司法审查制度在美国得到确立以来,先后更迭17位主审大法官,联邦最高法院的每届主审大法官平均十多年任期内,所审理的案件对美国社会进步的利弊不同,不仅决定于主审大法官的思想倾向,还决定于9名大法官的组成及其主导思想趋势。由于美国最初是以移民者的邦联为基础所建立的,并且是从邦联发展到联邦制度的合众国家,所以

在司法审查中一直关注联邦政府和州政府之间权力分配的问题。注重各州或地方政府权利的保守派和重视民权或联邦利益的自由派之间,在美国联邦最高法院9名大法官的名额中维持人数的平衡,是总统聘任大法官的原则之一。1953~1968年沃伦做主审大法官的法庭,自由派主导着沃伦法庭(Warren court),否定了一系列种族歧视和限制公民基本权利的法律,71%的申诉案得到自由权利的维护;随后在1969~1986年伯格做主审大法官的法庭(Burger court)和1986~2004年间伦奎斯特做主审大法官的法庭(Rehnquist court)渐渐形成了新联邦主义,再度复兴罗斯福新政前的方针,注重各州政府或地方的权利。所以,使地方政府权力或州法律得到维护的申诉案例,分别增至38%和46%^[5]。本文对比的两案例,主审大法官不同,法庭其他8位大法官组成成员和思想倾向也有所不同。所以,1986年在鲍尔斯案中主审大法官伯格的意见得到其他4位大法官的支持被通过;2003年在劳伦斯案中,主审大法官伦奎斯特只得到其他2位大法官支持和另一位大法官的部分附议,未达到多数被否决。同样,2015年在同性婚姻合法化问题的法庭中,主审大法官Roberts的反对意见只得到其他3位大法官的支持,以4:5被否决。由此可见,仅从主审大法官的作用和大法官思想倾向的因素,并不能完全说明两个雷同案件根据美国宪法同一条款得到相反裁决的原因,更主要的影响因素是社会氛围。

2.3 社会氛围

1986~2003年两案司法审查期间,美国社会发生一系列重大事件,使美国社会的政治氛围发生很大变化。首先,20世纪80年代初流行的获得性免疫缺陷综合征(acquired immune deficiency syndrome, AIDS)病,引起社会的广泛关注和同情,使美国性少数群体累积了经济和政治实力,美国总统克林顿1992年在白宫办公室正式接待美国性少数群体的代表,标志着该群体已成为美国社会不可忽视的势力^[6]。20世纪90年代初苏联解体,美国成为世界独大的霸主,大力倡导普世价值观以配合其实力,左右世界风云。2001年“911”恐怖袭击发生后,美国发动了伊拉克战争、阿富汗战争和支持中东地区颜色革命。所以,2003年司法审查劳伦斯诉德克萨斯案时,正值普世价值观成为美国人的骄傲,自由成为人们心目中最崇尚的

词汇. 在此社会背景下, 即使保守派的主审大法官也难以抵挡自由高于一切的社会氛围. 宣布劳伦斯案的裁决时, 自由派大法官肯尼迪在其解释法庭意见中, 特别指出: 欧洲人权法庭根据欧洲人权公约, 裁定北爱尔兰男同性恋者诉英国案胜诉, 说明劳伦斯案的裁决符合欧洲文明. 可见, 来自欧洲的影响也是劳伦斯案裁决的因素之一.

与美国社会密切相关的欧洲, 经历两次世界大战的苦难, 尤其是遭受纳粹灭绝人性的种族屠杀之苦, 格外重视对人权的法律维护. 1948年联合国通过的《世界人权宣言》将人的基本权利定义为生命、自由和人身安全的权利; 1950年在罗马签署了欧洲人权公约, 1959年建立欧洲人权法庭; 都充分表达了欧洲人对战争、屠杀和掠夺的憎恶. 在经济上, 欧洲多数国家疆土和资源有限, 恢复和发展经济受到制约. 为此, 1951年首先欧洲煤、钢协会建立, 1957年扩展为欧盟. 1964年欧洲法院建立并逐渐扩大欧洲一体化的规模. 21世纪初, 自由欧洲向人权欧洲历史过渡的理想终于实现^[7]. 所以, 西方发达国家的人文学家将男同性行为, 看作是人权和自由的表达形式, 或者说是公民选择生活方式的自由权利, 似乎已成为不言而喻的真理, 理所当然地打开了男同性行为传播的闸门. 这一举措, 既没有考虑该行为模式对行为人的终生后果, 也没有考虑其远期的社会后果.

实际上, 本文讨论的两案例判词中, 既没有相应的科学依据, 更没有男同性行为合法化是人类文明进步的历史证据. 美国国家医学科学院2011年的理论框架, 不再把同性性行为仅仅看成是个人对生活方式的选择, 也不仅是民主与人权的体现; 而是把同性性行为作为社会行为加以认识.

3 美国国家医学科学院的理论框架

2011年美国国家医学科学院(Institute of Medicine of the National Academies, IOM)经过17位专家一年多的努力和12位专家的评阅以及三次学术研讨, 公布了对性少数群体生态现实分析的基本理论框架(IOM理论框架), 包括下列4个理论观点^[8].

3.1 生命过程观(life course perspective)

当前性少数群体的生态现实, 是其曲折历史的累计结果. 美国医学科学院强调生命过程的理论框架包括生命和社会连接性、生活事件、个人决策和历

史关联性等4个维度, 作为分析老、中、青不同年龄段性少数群体现状的指导思想. 每个年龄阶段上发生的重大事件, 对随后的年龄阶段都会发生影响; 同龄的性少数群体存在着共同的特点, 决定于他们共同经历的和前后关联的重大社会历史事件. 这种框架与酷儿理论中个体自我表演的浪漫爱相比是一种突破, 回到现实社会中, 把同性性行为作为社会行为加以认识. 个体的同性浪漫行为对其全部生命过程必然造成影响, 短期的浪漫爱将造成许多长期的负性社会心理问题.

3.2 少数群体应激模型(minority stress model)

性少数群体所面对的各种纠结或“污名”(stigma), 包括外部现实的污名和内在的纠结作为应激源, 必然引起慢性应激状态. 吸毒、抑郁、自杀、亲密者之间的暴力或家庭暴力以及高危男性同性性行为等负性社会心理问题在少年和成年男同性恋人群中发生捆绑效应(syndemic effect)^[9,10]. 更多的欧美国家研究报告表明, 性少数群体的神经精神疾病发生率, 明显高于普通人群. 对瑞士城市医院的病人和五六千退役军人的调查以及澳大利亚的调查都表明^[11-15], 具有同性恋行为的人群, 各种精神疾病发生率显著高于异性性生活人群, 特别是严重抑郁症、焦虑和反社会人格障碍的比例均显著高于普通人群. 性少数群体的自杀意念是同龄青少年对照组的1.7~7.1倍^[16,17]. 平均年龄为24.4岁的388名城市妇女中, 发现64人双性恋, 51人同性恋, 她们的焦虑量表和抑郁量表得分都显著高于其他异性家庭生活的同龄妇女^[18]. 虽然其分析的结论还未完全跳出酷儿理论的光环, 但已经初步接触到外因、内因、社会现实和人类文明与性少数人群相关的核心问题.

3.3 交织性观点(intersectional perspective)

造成性少数群体社会关系不公平性和边缘化状态, 是由于他们具有性别、种族、民族、宗教、阶级、经济状况、社会地位和地域等多重因素, 这些因素的交织决定了他们所占社会财富或社会资源多少、取得方式和所能享有的社会服务份额. 就经济收入而言, 性少数人群属于社会弱势群体. 在性少数群体的社区内可以发现, 较多的双性恋者比男、女同性恋者生活水平更低, 甚至低于美国联邦规定的贫困线以下^[19,20]. 2008年美国人口普查报告揭示, 性少数群体

的中等年收入为\$30000~\$39999,明显低于异性性取向者平均年收入\$35000~\$49999.性少数人群的这种经济状况,主要是由于他们缺少需抚养的子女和房屋等家庭负担,所缴纳的个税较多所致^[21,22].

3.4 社会生态模型(social-ecology model)

社会环境具有多层次性,包括家庭、社区、工作场所或学校、地域等.人的行为制约于社会环境;反之,个体行为又对社会环境发生影响.这一理论框架不再把同性性行为仅仅看成是个人对生活方式的选择,是民主与人权的体现;而是从一个人的生存大环境和小环境中,认识同性性行为的形成和生存现实.同性恋和双性恋个体关系的稳定性差,与异性性关系相比,维持的时间短,变换性对象的频繁程度大.对17岁左右女同性恋关系的对比研究发现,平均每对同性恋关系维持31.1周,同龄异性恋维持恋爱关系约61.7周;但40岁以上的中年人同性伴侣关系较为稳定^[23].

与酷儿理论思潮和美国最高法院对同性性行为 and 同性婚姻的两个关键判例文件(539 U.S. 558(2003)和576 U.S. (2015))相比,IOM理论框架具有更宽广的社会科学视野,从宏观的社会医学和人口学以及社会公平性等角度认识性少数群体.其不足之处在于缺少更深层社会成因和科学基础的思考,其观点和结论仍有一定的局限性.

4 男同性行为的渊源和性质

外源性男同性行为绝大多数源于性分离(sexual segregation)的生态环境,是一种有害的、不公平的和导致消亡的自适应行为.例如,动物肛交与种群内竞争导致的单性群体生态环境相关;人类肛交行为主要与战地、工地、监狱等特殊生态环境有关,还与民俗和性文化以及经济发展密切相关^[6].

4.1 性倾向的生物学根源

绝大多数非异性性倾向者的基因型和外生殖器表型一致,所以其个体发生早期没有发生性翻转.生育医学发现,女性性翻转的新生儿发生概率是1/3000,男性的性翻转发生概率是1/20000.这一概率与发达国家非异性倾向的性少数群体接近人口10%的概率相比,存在至少3个数量级以上的差异.基因和激素的分子生物学根源,最多只能解释性少

数群体大约1‰的成因.所以,性倾向的主要成因不可能是内生性生物学根源.现代社会上的非异性性倾向者绝大多数属于外源性的,源于外部环境,包括自然、社会和文化的影响.这些外因通过表观遗传和脑内奖励/强化系统的作用,其分子生物学基础在于神经信号和遗传信号的交流,还有神经内分泌系统、应激反应系统和免疫系统等精细的交互调节作用.此外,它们与表观基因组之间的关系还有待进一步发掘^[24,25].

4.2 肛交行为的自然起源

在动物界,雄性同性行为源于自然选择中被淘汰的雄性动物群体.争夺雌性配偶种内竞争失利的雄性个体,被排斥在种群之外,自行聚集为单一雄性群体,一起迁徙和觅食.有空闲和安逸时,该群体内就会出现以强欺弱的爬背和射精行为^[26,27].陆地哺乳动物肛门完全与生殖功能脱开关系,除扩约肌组成的出口,肛门内只有单层柱状上皮细胞的直肠薄壁,完全没有与性感相关的感觉神经末梢,也没有像阴道内的那样收缩力很强的肌肉组织.所以,初次肛交的被动者完全不可能产生快感.这种性行为模式很容易导致多种传染疾病在该群体中的蔓延,包括肛门溃疡、肛疣、寄生虫、原生病原体和病毒等传播,如公猪群的肛交行为导致肛门溃疡发生率很高,移居美国麻省的台湾猕猴由于肛交出现HIV的感染.总之,肛交的自然起源是一种失利群体加速消亡的自毁行为模式,包含着以强欺弱的不公平性和疾病传播的后果.

4.3 大规模持久的战争是人类肛交行为的温床

人类肛交行为起源于旷日持久战争中孤立的男性群体.例如,古希腊海军在欧里梅敦战役取胜,在其古董花瓶纪念品解读中写到:旷日持久的围城之战,使得士兵们靠手淫和彼此肛交度过苦难的十年,结果在他们撤离时,不是城帮的毁灭;而是全部士兵被鸡奸^[28].“欧洲在15世纪末的梅毒大流行与法国查理八世之意大利战争有关,当时法军将病毒带往意大利,所以称之为法国病.再如苏联在二次世界大战以前,梅毒已将近消灭,但第二次世界大战后因德军的入侵而又传播开来”^[29].1941年珍珠港遭袭,美国卷入二战,大批男性公民涌入美军,男性同性恋者带入他们的行为模式,并在4年多的极端残酷战争环境

中,使该行为模式在美军中迅速传播,“性病蔓延,尤其是梅毒和淋病泛滥.将军们决定使用他们为数不多的盘尼西林来使性病缠身的士兵恢复战斗力”^[30].战后美军不得不清退这批同性恋者,并剥夺他们就业的权利,责令他们进入精神病医院治疗.这些被清退者,在洛杉矶、旧金山、纽约、波士顿和芝加哥等港口的远郊区,聚集在一些隐蔽地方,形成了最初的性少数群体社区^[31].

4.4 重大政治经济事件所致人口大规模迁徙,促进了肛交行为的传播

18世纪英国工业革命,开辟了人类发展的新纪元,一批劳动力密集型的基本建设项目,如美国西部铁路建设、巴拿马运河和苏伊士运河开凿工程等,以及两次世界大战的特殊生态环境,形成男性人口的密集共居和迁徙现象,为男同性行为的传播创造了客观条件.“在19世纪末和20世纪初,数以百万计的印度人、非洲人、中国人和太平洋诸岛国的劳动力移民到西方世界,他们的移民社区98%都是单一男性,对性服务有很大的需求”^[32].20世纪90年代以来,海湾战争、颜色革命、反恐之战、宗教之争和北约势力东扩等重大军事和政治事件,都造成来自经济欠发达和不发达国家以及战乱国家的大范围移民潮和难民危机,社会人口的贫富差距很快拉大.“从摩洛哥和罗马尼亚移入较多的男妓,还从泰国、厄瓜多尔和巴西进入一大批变性人.到20世纪末,在西欧的荷兰、德国、比利时、西班牙、意大利、奥地利和瑞士等国内的移民中,全职性工作者大幅增加,占各国性工作者人数的1/3~1/2”.在欧洲一些大城市,如巴黎、罗马、马德里和巴塞罗那等街道上的性工作者,十分引人注目,特别是那些来自厄瓜多尔、哥伦比亚和巴西的变性人,尽管遭到歧视和拒绝;但为了金钱和未来的社会身份得到认可,他们宁可抓住机会展现自己的性感^[33].

4.5 民俗和性文化对肛交行为的促进作用

在非洲许多国家,特别是东非和西非的一批国家,有一种干性(dry sex)习俗流传至今^[34],就是在男、女做事之前采取洗涤、干粉或干布等方法,吸干阴道内的分泌物.在中世纪关于麻风病传播的文字记载中发现,当时认为麻风病(包括淋病、疱疹、湿疹等多种皮肤病)是通过性传播的致命性疾病,因为

这类疾病常见有生殖器周围皮肤溃疡,是以女性月经排出物或阴道分泌物为传播媒介^[35].所以,男女之间的干性习俗,实际上是建立在古人类性传播疾病灾难的痛苦教训之上.事实上,正是这种违背科学的干性性行为习俗,不但降低了两性性快感,甚至常常出现疼痛,还常对男性阴茎造成微小损伤,易感染疾病.非洲人两性生活得不到满意效果,导致男性以肛交行为模式另寻补偿.同样,男女两性性生活不满意,或有一定困难时,在一定条件下也会导致异性夫妻之间的肛交.例如2006~2010年美国对1.24亿15~44岁居民的调查中发现,37%男人和32%女人报告有过肛交的经历,在25~44岁居民中45%男人和37%女人和异性伴侣进行肛交^[36],酷儿理论思潮和同性性行为合法化的性文化也是重要的影响因素之一.

4.6 性工业资本的畸形发展是男同性行为的推进器

二战后的20世纪60年代到80年代中期,商品经济的快速发展,导致商业市场由供方导向转变为需方导向,商业广告不得不借助色情内容的辅助,吸引消费人群.女权运动和反种族歧视等政治和民主运动,也促进了性解放和性别革命.20世纪70年代色情影视在欧洲取得了2.5亿人次的票房,1969年10月在哥本哈根举行的色情影视和性产品博览会,吸引了来自各国的各阶层男士.1971年瑞典迅速发展性产品的生产和销售,几年以后在欧洲任一国家,男人都能得到想要的性产品和性服务.1975年6月,法国100多名妓女占领里昂市圣尼济耶教堂,提出人权要求,随后在世界许多地方性工作者建立了社团组织,并于1985年在阿姆斯特丹召开了第一届国际性工作者会议^[33].“男同性恋者不仅可以在酒吧、音乐厅乃至随处进行三陪服务,尤其是2000年以来,通过网络或手机可以独立进行色情服务”^[33].20世纪80年代,在美国的性少数群体社区内AIDS夺走了许多人的生命.普通社区居住的染病者,为了避免在家人和邻里中的瘟神角色,也通过相识的同性伴侣住进性少数群体的社区.他们相互照料着同病相怜的伙伴,使部分病人撑了过来!这种面对死神而彼此关照的精神,不但博得了社会的理解和尊重,更重要的是在与AIDS斗争中,壮大了同性恋的政治经济实力.20世纪90年代迅速增长的人数和经济实力,支持酷儿理论思潮和性别身份革命的热潮,猛烈冲击着主流社会的异

性性行为准则,同性恋人数在西方国家进一步增多。1920~1939年间,英国每年判处同性恋720人,1920~1934年间德国每年判处700人^[33]。2006~2008年间在美国18~44岁成年人中,同性恋发生率11%,其中男性同性恋发生率6.5%;澳大利亚2005年16岁以上居民中,同性恋发生率6.9%,男性同性恋发生率6.4%^[37]。性少数群体的人数和“性工业”经济实力,使他们成为这些国家不可忽视的政治力量。特别是普世价值观之下的选举政治,更是西方政治家的软肋。

5 对男同性行为的社会对策及其远期后果

无论是动物界还是人类社会中,肛交行为的渊源都蕴含着显著的消极因素,包括消亡性、不平等性和危害性,对其采取的社会对策随社会形态和经济发展水平而异,最终所导致的社会后果也不相同。

5.1 人类性行为的道德底线和宗教信仰是人类社会形成的基础之一

起源和栖居于非洲的尼安德特人可能是最早的古人类(公元前十几万年之前),数万年后由于非洲环境恶化,他们不得不向北迁徙。大约公元前4500年,北非、南欧和近中东人,创造了古巴比伦文明、埃及文明和古希腊文明。几乎同一时期,中华文明在亚洲发源。尽管地域不同,这些古老文明所倡导的人类性行为与其他灵长类动物不同,形成了人类性行为的道德底线。乱伦和近亲乱交是各大宗教共同视为大逆不道的行径,严加蔑视和惩处,这是由于高度近亲繁殖,会导致种群或宗族的衰退和消亡。同样,人类从多次大瘟疫流行中,认识到肛交和奸兽也是导致瘟疫的原因之一。所以这种性行为方式被视为邪恶。耶稣教在古老犹太教基础上,于1~4世纪在罗马帝国兴起的背景下发展起来,在其旧约全书先驱者篇中写到^[38]：“耶和华同意了,如果能在两座城内找出50个、30个甚至10个正派人,他就赦免两座城市。可是,他没有找到。索多玛和俄摩拉天亮前就会被烧毁。”由于索多玛(sodom)与“兽奸”的词干相同,后人把这段圣经记载的神话,作为耶稣教惩罚同性恋的证据,可能说明耶和华创世纪之初,就严厉惩处同性恋。事实上,直到12世纪亨利一世时期(1100~1135年),也就是西罗马帝国灭亡700多年(中世纪)之后,“sodom”一词才出现在的耶稣教和穆斯林教的教义中,它

是4种反自然的男性同性性行为的总称,包括手淫、口交、肛交和奸兽^[35]。从多次大瘟疫的教训中,人们认识到这类行为是瘟疫流行的途径之一。

5.2 古希腊的奖励对策,最终导致希腊的衰退

古希腊和罗马时期,不但各城邦之间发生连年战争,甚至还有中、近东,乃至欧、亚、非之间的跨洲际大战。因而,军队作为常年性分离的群体,是产生肛交行为土壤。关于古希腊对肛交行为的对策问题,产生较大影响的专著:古希腊的同性恋^[39],把肛交说成是希腊盛行的精英斗士选拔方式。比赛中胜者为同性关系中的eratai,失利者为同性关系中的eromenoi,他们结对并肩作战。“150对具有同性性关系的士兵,并肩战斗,每对之中的强者因爱而变得十分勇敢;弱者的内心充满羞辱之感”,直到公元前338年他们被全部消灭^[28]。雅典将男性同性性行为作为选拔斗士的奖励对策,虽然得到了短期效果;但雅典城邦势力和希腊文明衰败于军力逐年变弱,不得不由蛮人补充,以及至今尚不明白的瘟疫爆发。这是否与肛交习俗有关,是值得进一步历史考证的问题。“许多年来欧美的许多史学家和病理学家,都反复研究雅典那场瘟疫到底是什么病。在20世纪90年代,国际上一些医学权威部门认为,雅典瘟疫应该是一种出血病毒,就像现代流行的埃博拉病毒一样,现在也没有定论”^[30]。

5.3 国家刑罚对策是资产阶级革命和资本主义社会制度的产物

依据国家法律,对男性同性恋施以重刑,是在16世纪文艺复兴后期,即资本主义社会发展初期直至19世纪资本主义全盛时代的产物。“英国亨利八世当政的1553年,议会把鸡奸罪(包括同性相交、人兽相交和肛门交)定为重罪,惩罚包括死罪、没收财产和土地。欧洲大陆对待同性恋行为的处罚原则与英国基本相同,1750~1789年间,法国曾烧死3名鸡奸客^[40]。事实上,这是法国资产阶级大革命的年代,1789年正是法国资产阶级大革命发布“人权宣言”的年代。所以,极刑处置鸡奸客,并不完全是中世纪黑暗宗教势力的作为。这是由于1493年性病开始在欧洲广泛传播,直到1943年梅毒肆虐人类450年,造成了人类的重大的灾难。一些国家类似刑罚一直延续至今;西方发达国家自19世纪后半叶逐渐采取病理

化的医学对策,取代了刑罚。

5.4 病理化的医学对策是精神医学的幼稚

1868年,著名德国精神病学家格利辛格提出:“只表现为性欲倒错而没有改变逻辑思维过程的男性同性行为者,是由脑损伤而造成的神经病理”所决定的。这种神经病理状态只表现为行为、本能、驱动力和欲望等异常。随后的20多年内,法国和欧洲许多精神病学者,总结出多种男性性行为变态的案例,将之归类为性变态。英国性学者Ellis,于1896~1928年编辑7卷的性心理研究百科全书,指出男性同性性行为不是疾病而是一种先天的行为类型,可能与历史和文化有关^[32]。就精神病学史而言,该时期还没有形成世界范围公认的精神病学理论体系,直到1913年德国Kraepelin所编著的四卷精神病全书和1916年瑞士Bleuler关于精神分裂症的论著问世,才形成精神病学现代理论体系。这说明,19世纪后半叶和20世纪初所确立的性变态理论概念,具有很大的历史局限性。1952年美国精神医学学会将其纳入“精神疾病诊断和统计手册(DSM)”称之为“社会病态人格”^[8],尤其是将其作为美国社会处置同性恋者的科学基础,更显得其科学基础严重先天不足。这就注定它经不住20世纪60~70年代性别身份革命的冲击。美国、英国和中国等国家的精神医学学会分别在于1973,1992和2001年,先后宣布将同性恋从疾病诊断中删除,标志着同性恋病理化医学对策的失败。即使高度发展的当代生物医学,对非异性性行为 and 同性恋问题的认识仍然相当肤浅。但这并不意味着科学无法提供有效对策的理论基础。

6 科学与社会对策的建议

综上所述,美国最高法院对两个男同性行为上訴案的司法审查,无论是支持还是驳回,都限于公民

权利的法学思考,并依当时的社会氛围,分别做出不同的裁定。法庭既没有对该行为性质举行多学科专家听证会,也没有引证相应的科学证据,理所当然地裁定被告是否违宪(是否侵害了公民的权利)。虽然这一裁定在程序上是合法的;但该问题的复杂性及其对相关个人和社会的重要性,已经成为人类社会发展的陷阱。片面强调每个人的个体需求和自由,不思考这种需求是否会危害到别人的生命、自由和财产权利,是否会危及社会公共卫生安全;只照顾性工业资本发展的需求,不顾及社会人口素质和社会经济的全面健康发展,这一裁决在人类社会发展的历程上增添了许多不确定性,其远期后果只能等待历史的验证。

美国国家医学科学院从社会人口学、社会医学和预防医学的角度,已经认识到同性行为不是单纯的个体行为,而是社会行为;它源于社会又反作用于社会;其作用不是短暂的,而是贯穿于全部生命过程;性别身份不是孤立的,而是多重身份交织在一起的。性少数群体的应激模型和社会生态模型表明,该行为方式带来的是捆绑的负性社会心理问题。这种行为模式无论其自然起源还是社会起源,都蕴含着消亡性、有害性和不平等性,是对不良环境的消极适应性行为,是不利于社会发展的行为模式。但是,并不需要强制性的刑罚,也不需要道德规范的外部约束,应该通过理性认知和主观自律,主动积极地克服。社会应加速贫富差异的缩小或消灭,为性少数群体提供更多的机会、资源、服务和社会活动范围,使他们获得更广泛的兴趣、爱好和人生理想。跨学科研究可以更多地揭示男同性行为的易感性素质与其他负性社会心理易感性素质,包括酒精、药物成瘾和行为瘾以及边缘型人格等在遗传学和表观遗传学中的关系。此外,揭示相关环境条件和脑连接组的变化规律,也是完善社会对策和提高教育工作成效的重要前提。

致谢 对中国政法大学赵东教授在本文修改中所给予的帮助,表示感谢!

参考文献

- 1 U.S. Supreme Court. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S.186 (1986). Justia, 1986, 478: 186-220
- 2 U.S. Supreme Court. *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003). Justia, 2003, 539: 558-606
- 3 Ely J H. *Democracy and Distrust a Theory of Judicial Review*. Boston: Harvard University Press, 1980 [Ely J H. 张卓明,译. 民主与不信任-司法审查的一个理论. 北京: 法律出版社, 2011. 2-19, 301]

- 4 Wolfe C. The Rise of Modern Judicial Review. New York: Basic Books Inc., Publishers, 1986. 138–140
- 5 Banks C P, Blakeman J C. The U.S. Supreme Court and New Federalism. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2012. 67–100
- 6 Shen Z. Developmental perspective on the exogenous homosexual behavior and sexual minorities (in Chinese). *Chin Sci Bull*, 2015, 60: 3183–3195 [沈政. 关于外源性同性性行为 and 性少数群体的发展观. 科学通报, 2015, 60: 3183–3195]
- 7 Madsen M R, Thornhill C. Law and the Formation of Modern Europe: Perspectives from the Historical Sociology of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. 308–348
- 8 Institute of Medicine of the National Academies. The Health of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People: Building A Foundation for Better Understanding. Washington DC: The National Academies Press, 2011. 2–88
- 9 Stall R, Mills T C, Williamson J, et al. Association of co-occurring psychosocial health problems and increased vulnerability to HIV/AIDS among urban men who have sex with men. *Am J Pub Health*, 2003, 93: 939–942
- 10 Mustanski B, Garofalo R, Herrick A, et al. Psychological health problems increase risk for HIV among urban young men who have sex with men: preliminary evidence of a syndemic in need of attention. *Annl Behav Med*, 2007, 34: 37–45
- 11 Wang J, Hausermann M, Wydler H, et al. Suicidality and sexual orientation among men in Switzerland: Findings from probability surveys. *J Psychiat Res*, 2012, 45: 980–985
- 12 Wang J, Dey M, Soldati L, et al. Psychiatric disorders, suicidality, and personality among young men by sexual orientation. *Eur Psychiat*, 2014, 29: 512–524
- 13 Wang J, Hausermann M, Berret S, et al. The impact of a depression awareness campaign on mental health literacy and mental morbidity among gay men. *J Affect Disord*, 2013, 153: 306–312
- 14 Wang J, Hausermann M, Weiss M G, et al. Mental health literacy and the experience of depression in a community sample of Gay men. *J Affect Disord*, 2014, 155: 200–207
- 15 Lea T, de Wit J, Reynolds R. Minority stress in lesbian, gay, and bisexual young adults in Australia: Associations with psychological distress, suicidality, and substance use. *Arch Sex Behav*, 2014, 43: 1571–1578
- 16 Marshal M P, Dietz L J, Friedman M S, et al. Suicidality and depression disparities between sexual minority and heterosexual youth: A meta-analytic review. *J Adolesc Heal*, 2011, 49: 115–123
- 17 Rosario M, Schrimshaw W. The sexual identity development and health of lesbian, gay, and bisexual adolescents: An ecological perspective. In: Patterson C J, D'augelli A R, eds. *Handbook of Psychology and Sexual Orientation*. New York: Oxford University Press, 2013. 87–101
- 18 Persson T J, Pflaus J G, Ryder A G. Explaining mental health disparities for non-monosexual women: Abuse history and risky sex, or the burdens of non-disclosure. *Soc Sci Med*, 2015, 128: 366–379
- 19 Carenter C S. Self-reported sexual orientation and earnings: Evidence from California. *Industr Lab Relt Rev*, 2005, 58: 258–273
- 20 Albelda R, Badgett M V L, Schreebaum A. Poverty in the lesbian, gay, and bisexual community. Los Angeles CA: The Williams Institute, UCLA School of Law, 2009
- 21 Gates G J. Demographic perspectives on sexual orientation. In: Patterson C J, D'augelli A R, eds. *Handbook of Psychology and Sexual Orientation*. New York: Oxford University Press, 2013. 69–84
- 22 Patterson C J. Family relationships of lesbians and gay men. *J Marr Fam*, 2000, 62: 1052–1069
- 23 Fingerhut A W, Peplau L A. Same-sex romantic relationships. In: Patterson C J, D'augelli A R, eds. *Handbook of Psychology and Sexual Orientation*. New York: Oxford University Press, 2013. 165–178
- 24 Shen Z. An interdisciplinary approach to the heterogeneity of homosexuality and sexual orientation (in Chinese). *Chin Sci Bull*, 2015, 60: 1831–1840 [沈政. 对同性恋和性取向异源性的跨学科观. 科学通报, 2015, 60: 1831–1840]
- 25 Shen Z. What are the biological roots of sexual orientation (in Chinese)? *Chin Sci Bull*, 2016, 61: 1733–1747 [沈政. 什么是性倾向的生物学根源? 科学通报, 2016, 61: 1733–1747]
- 26 Poiani A. Animal Homosexuality. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 316–323
- 27 Ungerfeld R, Giriboni J, Freitas-de-Melo A, et al. Homosexual behavior in male goats is more frequent during breeding season and in bucks isolated from females. *Hormon Behav*, 2014, 65: 516–520
- 28 Golden M, Toohey P. A Cultural History of Sexuality in the Classical World. New York: Oxford University Press, 2011. 40–43
- 29 Cheng Z F, Zhen C. Cheng Zhi-Fan's Selected Workers on Medical History. Beijing: Medical Press of Peking University, 2004. 377 [程之范, 甄橙. 程之范医史文选. 北京: 北京大学医学出版社, 2004. 377]
- 30 Xu Y. War and Plague. Beijing: Name Press, 2014. 53–94, 153–154 [徐焰. 战争与瘟疫. 北京: 人名出版社, 2014. 53–94, 153–154]
- 31 Rothblum E D. Lesbian, gay, bisexual and transgender communities. In: Patterson C J, D'augelli A R, eds. *Handbook of Psychology and Sexual Orientation*. New York: Oxford University Press, 2013. 297–308

- 32 Beccalossi C, Crozier I. Cultural History of Sexuality in the Age of Empire. Oxford, New York: Oxford University Press, 2011. 112–146
- 33 Hekma G. Cultural History of Sexuality in the Modern Age. Oxford, New York: Oxford University Press, 2011. 117–197
- 34 Djamba Y K. Sexual Practices in Africa. In: Baumle A K, ed. The International Handbook on the Demography of Sexuality. Dordrecht: Springer, 2013. 92–134
- 35 Evans R. A Cultural History of Sexuality in the Middle Ages. Oxford: Oxford University Press, 2011. 11–12, 59–134
- 36 Chandra A, Copen C E, Mosher W D. Sexual behavior, sexual attraction, and sexual identity in the United States: Data from the 2006–2010 National Survey of Family Growth. In: Baumle A K, ed. The International Handbook on the Demography of sexuality. Dordrecht: Springer, 2013. 45–66
- 37 Gates G J. Demographic perspectives on sexual orientation. In: Patterson C J, D’augelli A R, eds. Handbook of Psychology and Sexual Orientation. New York: Oxford University Press, 2013. 69–84
- 38 Su B W. The Old and New Testament (in Chinese). Chengdu: Sichuan People’s Publishing House, 2003. 9–10 [苏博文. 新·旧约全书. 成都: 四川人民出版社, 2003. 9–10]
- 39 Dover K J. Greek Homosexuality. Boston: Harvard University Press, 1989
- 40 Huang Z Q. A perspective on homosexuality history in USA (in Chinese). Ludong Unive J (Philosophy Soc Sci Ed), 2006, 23: 22–27 [黄兆群. 美国同性恋的历史考察. 鲁东大学学报(哲学社会科学版), 2006, 23: 22–27]

Two cases of sodomy in USA and their bases of jurisprudence and science

SHEN Zheng^{1,2}

¹ School of Psychological and Cognitive Science, Peking University, Beijing 100871, China;

² Key Laboratory on Evidence Science of Ministry of Education, Chinese University of Political Science and Law, Beijing 100088, China

The US Supreme Court issued contradicting verdicts for two similar cases of sodomy that came up in an interval of 17 years: *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) and *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003). The former petitioners were rejected while the latter was held up stating that the “Texas statute making it a crime for two persons of the same sex to engage in certain intimate sexual conduct violates the Due Process Clause”. The author compared the court documents of both the cases and found that the verdicts of the two courts had legal jurisprudence according to interpretivism or non-interpretivism in theories of judicial review. The latter verdict is also consistent with the claim of European Court of Human Rights that any citizen has the right to choose sodomy as a lifestyle. However, the National Institute of Medicine USA suggested a theoretical framework in 2011, claiming that homosexual behavior is social behavior instead of an individual action, and that this behavior originates from society and bounces back as a reverse action into society. It brings forth the minorities with socio-psychological issues, including alcohol abuse, substance abuse, violence, depression, suicide, and high incidence of disease. Interdisciplinary research has demonstrated that sodomy poses a disadvantage to the ecological environment for both animals and human beings; it is an apoptosis, harmful, and brings about inequities. Many factors responsible for sexual segregation, including competition among species, long-term war, work on faraway project fields, in prisons and refugee camps, provide the prerequisite or breeding ground for the spread of incidences of sodomy. Besides this, the huge gap between the rich and the poor, unsatisfactory heterosexual life, and painful sex experiences might be personal reasons for people to indulge in sodomy. Biological factors, including genes, hormones, brain sex differentiation, and fraternal order effect, as well as sex reversals, have hardly any effect, and show only one thousandth of the sex minority effect. Almost all persons who practice sodomy are devoid of inclinations to undergo sex reversal because there is a consistency between the gene type and phenotype of their sex organ. The capital involved in the sex industry and cultural influences are also factors that promote the practice of sodomy among youngsters. The sex industry spares no efforts to increase its capital to suit the lifestyles of people who indulge in availing the services that it offers. A booming sex service, sex medical services, sex cultural activities, and all of the conspicuous consumption are an essential component of the economic development of the West. A revolution in the sexual culture of societies that now propagates anti-monogamy and heterosexuality excites young men to indulge in strange practices of sodomy leading to acquiring sexually transmitted diseases.

In earlier times, the great country of Greece announced rewards to their soldiers to fight bravely; a couple of homosexuals rushed forward together. Although the army won a series of wars, the military strength went down quickly. Greece was defeated by Rome, and Greek civilization did not reach its brilliant peak.

This paper suggests that male homosexuals need to be made aware of the nature of sodomy at the cognitive level and they need to practice self-discipline to overcome the behavior. Therefore, modern society has to pay more attention to explore the origin, nature, and solution to rid itself of sodomy. Four projects to be examined are suggested at the end of the paper.

male homosexual behavior, sexual segregation, judicial review, *Lawrence v. Texas*, minority stress model, social-ecological model

doi: 10.1360/N972016-00635