

美国联邦最高法院与同性婚姻权

江振春

内容提要 美国联邦最高法院通过宪法解释,发现了一系列美国宪法条文中未列举的基本权利,婚姻权就是一例。联邦最高法院通过一系列判决确立了婚姻权,并将婚姻权扩张到黑人及犯人等弱势群体。随着民权运动的发展,联邦最高法院通过“劳伦斯案”“温莎案”和“奥博格费尔案”等几个经典案例,逐步解禁同性婚姻,最终将婚姻权扩张到同性恋者这一群体,创造性地提出了同性婚姻权,颠覆了人类百万年以来所形成的婚姻模式。但是,“奥博格费尔案”遗留下很多问题值得思索,“文化战争”中的联邦最高法院的民主性也值得怀疑。

关键词 美国联邦最高法院 同性婚姻权 “劳伦斯案” “温莎案” “奥博格费尔案”

江振春,南京审计学院文法学院副教授 210029

本文以联邦最高法院为视域,结合经典案例,梳理了婚姻权成为一项基本人权的历史过程,分析了联邦最高法院逐步把婚姻权拓展到同性恋群体,创造同性婚姻权的原因、背景和司法哲学,揭示了“奥博格费尔案”之后一系列“后遗症”以及政治意识形态对美国司法的影响。

一、婚姻权是一项基本人权

同性伴侣要求结婚的法理依据是,婚姻权是一项基本人权。一些世界性组织文件和很多国家宪法都规定了婚姻权是一项基本权利。《联合国人权宣言》第16条规定,“成年男女、不受种族、国籍或宗教的任何限制有权婚嫁和成立家庭。”《欧洲保障人权和基本自由公约》第12条也规定,“达到结婚年龄的男女有依照有关行使此权的国内法,结婚和成立家庭的权利。”《中华人民共和国宪法》第49条也规定:“婚姻受国家保护,禁止破坏婚姻自由……。”然而,美国宪法中并无明文规定婚姻权是一项基本权利,它是通过联邦最高法院一系列经典判例得以确立。

美国建国后相当长时间里,并非人人可以自由结婚。虽然《独立宣言》宣称每个人都有生命权、自由权和追求幸福的权利,但是这些权利只赋予有产白人男性。在美国宪法中,黑奴只能算“五分之三”个人。联邦法律曾规定:“黑奴是动产,动产不能结婚。黑奴不是人,只是东西,东西是不能结

本文为国家社会科学基金一般项目“美国社会中的同性婚姻问题研究”(项目批准号14BSS021)和江苏省高校哲学社会规划基金(项目批准号2013SJB770005)阶段性研究成果。

婚。”^[1]1856年,联邦最高法院根据制宪者的“原始意图”(original Intent)在“斯科特诉桑福德案”(Scott v. Sanford)案中宣称黑人不是美国公民,制宪者从来就不把视为财产的黑人包括在宪法中的“人民”(people)、“公民”(citizens)和《独立宣言》中的“人人生而平等”的“人人”(all men)等概念中^[2]。当然,为了防止奴隶逃跑和工作懈怠以及增加奴隶人口、贩卖奴隶图利等原因,奴隶主也会许可黑奴“结婚”组成“家庭”^[3]。但是,这种关系并不是真正的婚姻关系,而是一起“相互生活的关系”(contubernal relationship)^[4]。很多蓄奴州立法禁止牧师为这种关系举行宗教结婚仪式,也禁止各级民政官员为他们颁发结婚许可或给予登记^[5]。“相互生活的关系”非常脆弱,随时可以因为奴隶买卖而终结。史学家布拉辛格姆通过对2888对奴隶婚姻研究得出结论:大约32.4%的奴隶家庭惨遭主人拆散^[6]。女黑奴成为白人男子的泄欲工具在奴隶制美国很普遍^[7],这引起了废奴主义者的愤慨,他们“极力谴责破坏奴隶婚姻关系的行为,这种行为是人类最严重的道德堕落之一。”^[8]内战后,重建初期南方各州赋予黑人的第一项权利就是婚姻权,这是“奴隶解放所取得的最伟大的道德成就之一”^[9]。重建时期通过了具有“第二次制宪”之称的第十四修正案,该修正案有三个重要条款,“特权或豁免权条款”,“正当程序条款”和“平等保护条款”^[10]。当该修正案第一款宣称美国联邦公民的“特权与豁免权”不得为州任意侵犯时,婚姻权自然包括在内。“婚姻权实际上通过第十四宪法修正案变成了美国公民的一种宪法权利”^[11]。正是联邦最高法院通过对该修正案的“正当程序条款”和“平等保护条款”的解释才正式确立婚姻权是一项基本权利。

早在1888年,联邦最高法院在“梅纳德诉希尔案”(Maynard v. Hill)中强调了婚姻的重要性:“婚姻创造了人生中最重要关系,和其他社会制度相比,它更多地关乎道德与文明”,“婚姻是家庭和社会的基础”,没有婚姻,人类“没有文明也没有进步”^[12]。1923年,最高法院在“梅耶诉内布拉斯加州案”(Meyer v. Nebraska)中指出,一个公民有权利“结婚、成立家庭和抚育孩子”,这是正当法律程序保护的“自由”的一部分^[13]。1942年,联邦最高法院根据平等保护条款在“斯金纳诉俄克拉荷马州案”(Skinner v. Oklahoma)案中推翻了俄克拉荷马州强迫犯人节育的法律。联邦最高法院认为,“婚姻是人类基本人权之一。婚姻和生育对于种族的繁衍和存在至关重要。”^[14]1965年,最高法院在“格里斯沃尔德诉康涅狄格州案”(Griswold v. Connecticut)中,判定康涅狄格州禁止公民节育的法律违背了公民的“隐私

[1]William Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice: its Distinctive Features Shown by Its Statutes, Judicial Decisions, and Illustrative Facts*, The Library of Congress, 1853, p.90, <https://archive.org/details/americanslavecod00lcood>.

[2]Scott v. Sanford, 60 U.S. 393 (1856).

[3]黄虚峰:《美国女黑奴生活状况的历史考察(1661-1863)》,〔开封〕《史学月刊》1999年第5期。

[4]Darlene C. Goring, “The History of Salve Marriage in the United States”, *Marshall Law Review*, vol.299, 2006, p.301.

[5]例如,1777年《马里兰州法律》第12章第六部分就是这样的规定的。

[6]John W. Blassingame, *The Slave Community: Plantation Life in the Antebellum South*, New York: Oxford University Press, 1979, pp.175-177.

[7]Darlene C. Goring, “The History of Slave Marriage in the United States”, *The John Marshall Law Review*, vol. 39, no.2 (winter, 2006), p.311.

[8][9]George Chauncey, *Why marriage? The History Shaping Today's Debate over Gay Equality*, New York: Basic, 2004, p.60, p.60.

[10]美国宪法第十四修正案第一款规定:所有在合众国出生或归化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;不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;在州管辖范围内,也不得拒绝给予任何人以平等法律保护。

[11]王希:《原则与妥协——美国宪法的精神与实践》,北京大学出版社2014年版,第779页。

[12]Maynard v. Hill, 125 U.S.205, 211 (1888).

[13]Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923).

[14]Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. at 541.

权”^[1]，并称婚姻权要比《权利法案》更为久远，婚姻是一个高尚的体制^[2]。尽管如此，婚姻权不能适用于种族通婚的观念在当时依旧根深蒂固。联邦最高法院最大的贡献之一莫过于把婚姻权扩张到种族通婚。内战前，白人和黑人通婚被视为大逆不道，甚至林肯总统也曾明确反对黑白通婚：“……我从不赞成给黑人以投票权。黑人不得成为陪审员，不具备担任公职的资格，不得与白种人通婚。”^[3]内战后虽然黑人获得婚姻权，但是很多州法却禁止白人和黑人通婚，这是“隔离但平等”原则在婚姻领域的体现^[4]。白人种族主义者认为，他们并没有违反平等保护条款，因为这些法律只限制白人，并不影响其他种族的人自由通婚。显然，这是“白人至上”种族优越论作祟，其背后的逻辑是：首先，种族通婚违反自然法原则：既然“万能的上帝创造了白人、黑人、黄色人等不同人种并把他们放在不同的大陆生活……显然上帝本意是不想把他们融合在一起。”^[5]其次，种族通婚后果严重，例如，导致社会混乱以及“低下的后代”。最后，种族婚姻使“既有的传统”毁于一旦^[6]。二战结束后，民权运动深入发展，废除禁止种族通婚的法律呼声高涨。当联邦最高法院进入沃伦法院时期（1953-1969）之后，“占主流的自由派大法官不再认同最高法院传统的司法克制观，倡导司法能动主义，积极参与甚至主导美国当代的社会和政治变革。”^[7]1954年，联邦最高法院在“布朗诉托皮卡教育委员会案”（*Brown v. Board of Education*）中废除种族隔离政策之后^[8]，种族通婚议题凸显。20世纪60年代民权运动的战火最终燃向敏感的种族通婚领域。1967年联邦最高法院在“拉文诉弗吉尼亚州案”（*Loving v. Virginia*，简称“拉文案”）中一致裁定：“作为一项重要的个人权利，每个自由人都拥有追求幸福，……婚姻是‘人类基本民权之一’，对于人类的生存与繁衍至关重要……是否与其他种族的人通婚，那是州不能侵犯的个人自由。”^[9]联邦最高法院对正当程序条款中的“自由”进行了扩张性解释，将它延伸到婚姻法领域，确定了自由通婚与选择配偶是一项基本人权^[10]。“拉文案”具有里程碑式意义，它废除了弗吉尼亚州等州禁止种族通婚的法律，极大地推动了婚姻权的发展。

上个世纪70年代以后，婚姻权的内涵进一步丰富。1973年，威斯康星州颁布法律规定，未成年人的父母有抚养义务，如果拖延或不支付抚养费，导致州政府收养孩子，法院则不会同意他（她）结婚^[11]。该州公民罗杰·瑞德霍尔（Roger Redhail）由于拖欠抚养费导致孩子被州政府收留，州法院判决他不准再婚，他一纸诉状将州官员告上法庭，该案最后打到了联邦最高法院。1978年，最高法院在“扎布洛茨基诉瑞德霍尔案”（*Zablocki v. Redhail*）中根据美国宪法第十四修正案平等保护条款推翻了威斯康星州

[1]在该案中，联邦最高法院第一次提出隐私权是受宪法保护的權利。大法官道格拉斯提出，隐私权受到联邦宪法第一修正案的保護：“第一修正案具有一个‘伴影’（Penumbra），其中，隐私权受到免受政府侵犯的保護……尽管第一修正案并未明确保護这些權利，但它对明确保障具有完全必要的意义。”由此，道格拉斯创造性提出權利“伴影”理论：“《权利法案》中的明示權利之中存在伴影，这些伴影是由这些明示權利发散而成，并赋予它们生命和内涵……各种明示權利产生了隐私区域（zone of privacy）。”*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484-485.

[2]*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 486 (1965).

[3]Michael P. Johnson, ed., *Abraham Lincoln, Slavery, and the Civil War*, New York: St. Matins Press, 2001, p.73.

[4]1896年美国联邦最高法院在“普莱西诉弗格森案”（*Plessy v. Ferguson*）中正式确定了这项种族隔离政策，它试图通过为不同种族提供表面平等的设施或待遇，从而使实施空间隔离的做法合理化。

[5]*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 3 (1967).

[6]Randall Kennedy, *Interracial intimacies: Sex, Marriage, Identity, and Adoption*, New York, Pantheon, 2003, p.263.

[7]任东来、胡晓进：《在宪政的舞台上——美国最高法院的历史轨迹》，（北京）中国法制出版社2007年版，第305页。

[8]*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

[9]*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

[10]但是，种族通婚依旧举步维艰，直到1998年南卡罗莱纳州才将其宪法条文中禁止黑白种族通婚的条款删除，而阿拉巴马州则在2000年才透过公民投票的方式删掉其宪法中的类似条款。虽然种族通婚不再是禁忌，但是，2010年统计，种族通婚在美国婚姻比例中也只有10%左右。http://www.census.gov/newsroom/releases/archives/2010_census/cb12-68.html.

[11]*Wisconsin Statutes* §§ 245.10 (1), (4), (5) (1973).

相关法律,再次强调了“婚姻权对所有人至关重要”,它是一项个人基本权利^[1]。婚姻权是一项个人基本权利,具有优先保护地位,不能以任何名义予以剥夺。同样,州政府也不能基于某类人没有人身自由或具有危险性而剥夺他们的婚姻权。长期以来美国各州不允许服刑人员结婚,至少要等他们履行完刑期。1987年,联邦最高法院在“特纳诉萨夫利案”(Turner v. Safley)中推翻了密苏里州一项禁止犯人结婚的监狱管理制度。多数意见认为,无论根据正当程序条款还是平等保护条款,犯人基本人权应该予以保障,结婚权也不例外,该监狱管理制度,“不符合正当的刑法学目标”,给服刑犯人的婚姻权造成了“不允许的负担”^[2]。

客观地说,联邦最高法院经过百年努力,确立并丰富和扩张了婚姻权的内涵,体现了美国个人权利的发展和历史进步性,婚姻权的受益群体从黑奴扩大到在押犯人,跨种族通婚不再成为禁忌,可以自由选择伴侣,婚姻权成为一项基本人权。

二、挑战传统婚姻制度与同性婚姻权的创造

一夫一妻婚姻制是美国社会最基本的性伦理和道德观,也是美国基督教文明的核心基础。而一夫多妻制有违基督教基本价值观而被美国社会所唾弃,如今美国高达98%的民众反对一夫多妻制^[3]。然而,美国民众一边倒地支持废除一夫多妻制,并不意味着他们一边倒地坚定支持一夫一妻制。一夫一妻制面临的真正威胁却来自同性婚姻。

同性恋历史久远,同性恋者在历史上曾遭遇很多磨难与坎坷。1969年美国“石墙事件”揭开了现代世界同性恋运动的序幕^[4]。同性恋者搭上民权运动的“便车”完成身份认同和社会接纳之后,便提出同性婚姻的法律诉求。自20世纪70年代起,多州最高法院审理了多起同性婚姻案件^[5]。1971年,明尼苏达州有一对同性恋者因为一名官员拒绝为他们颁发结婚证提出控告。该州最高法院援引圣经予以驳斥:“婚姻一向是男人与女人结合的制度,特别涉及到生育和抚养孩子,该制度的历史同《创世纪》一样久远。”^[6]该案后来上诉到联邦最高法院,这就是“贝克诉尼尔森案”(Baker v. Nelson),因为该案不涉及“实质性的联邦问题”,遭到联邦最高法院驳回^[7]。

上世纪70、80年代是美国新保守主义独霸美国政坛的年代,保守派成功地抑制住了50、60年代以来自由派上升的势头,在堕胎、同性婚姻等议题上,保守派获得话语权。这段时期同性恋运动的焦点是废除州“反鸡奸法”(sodomy law)。从北美殖民时期起,受英国普通法影响,一些殖民地通过法律,将鸡奸者刑事入罪,甚至死刑,例如,弗吉尼亚1610年颁布法律处死犯鸡奸罪者^[8]。上世纪60年代以前,美国五十个州都存在某种形式的反鸡奸法。1961年,伊利诺伊州率先撤销反鸡奸法,此后的20年间,20多个州先后废除反鸡奸法,但是,南方一些保守州依旧保留反鸡奸法。1986年,美国最高法院在“鲍

[1]Zablocki v. Redhall, 434 U.S. 374(1978).

[2]Turner v. Safley, 482 U.S. 78, 80 (1987).

[3]<http://www.gallup.com/poll/24388/One-Four-Americans-Think-Most-Mormons-Endorse-Polygamy.aspx>.

[4]1969年6月27日星期五美国纽约格林威治村一处同性恋者聚集地——石墙旅馆发生了同性恋者和警察间对峙引发骚乱的事件,该事件导致一系列暴力冲突。石墙运动被认为是美国乃至世界现代同性恋权利运动的起点。

[5]如1971年明尼苏达州审理了Baker v. Nelson, 1973年肯塔基州审理了Jones v. Hallahan案, 1975年亚利桑那州审理了Adams v. Howerton等等。

[6]Baker v. Nelson, 191 N.W. 2d 186 (Minn.1971).

[7]Baker v. Nelson, 409 U.S. 810 (1972). 由于联邦最高法院不是通过调卷令(certiorari)的方式而是通过强制性上诉审查(mandatory appellate review)的方式审理“贝克案”,因此联邦最高法院的驳回上诉实质上构成一种判决,具有先例作用。从这以后,联邦最高法院再没有直接受理过同性婚姻的案件直到2013年。

[8]Walter L. Williams and Yolanda Retter eds., *Gay and Lesbian Rights in the United States: A Documentary History*, Westport, CT: Greenwood Press, p.23.

尔诉哈德维克案”中(*Bowers v. Hardwick*, 简称“鲍尔斯案”)中,以5比4的票数判决:乔治亚州反鸡奸法合宪。多数意见认为,美国宪法中根本就不存在“同性鸡奸的基本权利”^[1]。首席大法官瓦伦·伯格(Warren E. Burger)在他的附加意见中认为,禁止同性性行为是“古老的、根深蒂固的传统”,同性性行为是“无耻的犯罪行为,有违天性”,甚至比强奸更加恶劣,是一种“无以言表的罪行”,“如果裁决同性间的鸡奸行为作为一项基本权利而受到保护则把人类千年以来的道德教育丢弃一边。”^[2]可见,当时联邦最高法院对同性性行为深恶痛绝,更不用说同性婚姻了。

然而,上世纪90年代以来,在同性恋运动压力之下,有些自由开放的州对同性婚姻的态度悄然发生变化。1993年,民风相对开放的夏威夷州最高法院率先在“贝尔诉麦克案”(Baehr v. Miike)中基于平等保护条款,裁定同性伴侣在夏威夷州享有缔结婚姻的正当权利^[3]。一石激起千层浪,一个宪政难题也随之浮出。根据“充分信任与尊重”条款^[4],反对同性婚姻的州将面临尴尬境地:要么被迫承认他州合法缔结的同性婚姻而违背本州的公共政策,要么明确拒绝他州合法的同性婚姻从而导致诉讼潮。为了解决这一宪政难题,防止同性婚姻蔓延,1996年,由保守的共和党控制的国会通过《婚姻保护法》(Defense of Marriage Act),允许一州有权拒绝承认他州所认可的同性婚姻,并在联邦层面对婚姻进行明晰地定义,其中第三条规定“在国会任何法案、决定、规章的定义中以及任何行政部门和机构的解释中,‘婚姻’一词仅仅是指男女异性之间以丈夫和妻子所形成法律结合,‘配偶’一词仅仅指的是夫妻双方中相对的异性那一方,即丈夫或妻子。”^[5]虽然《婚姻保护法》捍卫了一夫一妻制,然而又导致另一个宪政问题:根据联邦制原则,婚姻问题属于州权管辖,联邦政府对婚姻管理指手画脚,有越俎代庖之嫌,侵犯了州权。在司法层面,同性恋权利运动巨大成果之一就是同性恋者获得宪法平等保护。1996年,联邦最高法院在“罗默诉埃文斯案”(Romer v. Evans)案中,以6比3的票数推翻了科罗拉多州禁止立法保护男女同性恋者的宪法第二修正案^[6]。安东尼·肯尼迪(Anthony M. Kennedy)大法官主笔的多数意见认为该州第二修正案在几乎缺乏正当合理的立法目的下,继而赋予同性恋群体和社会上其他人不一样的待遇,他们被排斥在法律保护之外,违反了平等保护条款,因此违宪^[7]。“罗默案”保护了同性恋者的平等权,使他们免遭歧视,但是,他们要想获得婚姻平等权这一目标尚有两个障碍要跨过。

首要障碍之一是“鲍尔斯案”与反鸡奸法。“鲍尔斯案”确立了反鸡奸法合宪。但是,随着同性恋运动的发展,多州相继废除了反鸡奸法,截至2003年只有13个州仍然保留反鸡奸法,其中尤以得克萨斯州管制最严。1998年两名得克萨斯州男子发生同性性行为被捕。根据得克萨斯州的反鸡奸法,他们被判处两百美元罚金,这引起诉讼,该案一直打到联邦最高法院。2003年6月26日,联邦最高法院以6比3的票数在“劳伦斯诉得克萨斯州案”(Lawrence v. Texas, 简称“劳伦斯案”)中判决:同性恋者“有权利获得他人对其私生活的尊重……(第十四修正案)正当程序条款赋予他们‘自由’,他们有充分的权利从事自己的行为,政府不得干预。”同性恋关系属于公民隐私权的一部分,“国家不能蓄意贬损他们存在方式,也不能通过宣称其私人间性行为非法而试图支配或改变其命运。”^[8]多数意见也为同性婚姻埋下伏笔:“我们的法律和传统为个人有关婚姻、生育、节育、家庭关系以及教育等相关决定提供宪法保

[1] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 191 (1986).

[2] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 192, 197 (1986).

[3] *Baehr v. Lewin*, 852 P. 2d 44 (1993).

[4] 美国宪法第四条规定,“每个州对于他州的公共法律、案卷和司法程序,应给予充分信任和尊重”。

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

[6] 该修正案内容是:科罗拉多州各级地方政府的所有立法、行政机关、司法部门以及学区管理部门,不应颁布或执行特别保护男同性恋者、女同性恋者、双性恋倾向者的条例、规章和政策,(因为)根据这些条例、规章和政策,他们可以拥有或主张少数群体地位,以此获得配额优势或其他保护地位……

[7] *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

[8] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003).

护……同异性婚姻一样,同性恋者为了这些目标可以寻求自主权。”^[1]该判决彻底推翻了“鲍尔斯案”,为同性婚姻合法化打开了方便之门。“劳伦斯案”五个月后,马萨诸塞州最高法院判决该州禁止同性伴侣缔结民事婚姻的法律违宪,成为全美第一个承认同性婚姻合法的州^[2]。佛蒙特与新泽西等州也紧随其后相继承认同性婚姻合法,同性婚姻合法化的州的数目越来越多,支持同性婚姻的民意也越来越高。

同性婚姻合法化道路上另一个的障碍是联邦《婚姻保护法》,而“美国诉温莎案”(United States v. Windsor,简称“温莎案”)打破了这个障碍。2013年6月26日,联邦最高法院以5比4的票数判决《婚姻保护法》第三条违背了第五和第十四修正案中的正当程序条款和平等保护条款,剥夺了同性恋者的自由,并对“婚姻”的概念进行了重新界定,婚姻不再局限于异性之间^[3]。该判决结果改变了美国社会以异性婚姻为骨干的婚姻模式,迫使联邦政府在法律认定、税务优惠、福利措施上赋予同性恋伴侣和异性恋夫妻相同的权利。

但是,“温莎案”没有解答最根本的问题:究竟联邦宪法是否承认同性婚姻?或者说各个州是否有权禁止同性婚姻?为此,同性恋者在多州打起了官司,力争再把案件送进联邦最高法院让其明确表态。截至2014年10月,多个联邦上诉法院相继驳回了弗吉尼亚、印第安纳、威斯康星、俄克拉荷马和犹他州等州的同性婚姻禁令,明确支持同性婚姻,一系列判决也促使爱达荷、内华达和邻近的一些州打开同性婚姻的“阀门”,超过70%的美国人住在了同性婚姻已合法化的州。然而,2014年11月6日联邦第六巡回法院以2:1的票数判决俄亥俄、密歇根、田纳西和肯塔基州4个州的同性婚姻禁令符合宪法,这是“温莎案”以来首次也是唯一一次由联邦巡回法院判决反对同性婚姻,在全美各州实行同性婚姻合法化的大势下,该判决令人瞩目。该案最终打到了联邦最高法院,这就是“奥博格费尔案”。联邦最高法院又一次以5比4的票数判决,根据美国宪法第十四修正案,同性恋者有结婚的权利^[4]!肯尼迪代表最高法院发表了多数意见。他认为,同性婚姻权属于第十四修正案中“自由”的一部分,应该受到该修正案平等保护条款的保护^[5]。他认为,宪法是“活”的,撰写并批准了权利法案和第十四修正案的那几代人,其实并没有完全了解了“自由”的含义,因此,他们不可能给未来的人们签发了保护所有人享有自由权利的特许状^[6]。最后,他煽情道,“没有任何结合比婚姻更具深刻意义,因它是爱情、忠诚、奉献、牺牲和家庭的最高体现……他们请愿,因为他们尊重婚姻……他们不想被人类文明源远流长的法律制度所排斥。”^[7]“奥博格费尔案”终于给予同性恋者这一弱势群体平等婚姻权,一夫一妻制婚姻在美国不再是唯一的婚姻形式。

三、“奥博格费尔案”后遗症分析

“奥博格费尔案”的判决使得美国冰火两重天,一部分人弹冠相庆,相拥而泣,另一部分人捶胸顿足,大肆挞伐。5比4的票数也反映了联邦最高法院内部的高度分歧。在很多人看来,“奥博格费尔案”只是同性恋权利运动的胜利,而非美国宪法本身的胜利,正如首席大法官罗伯茨而言:“如果你是赞成同性婚姻的美国人,不管你性别取向如何,请庆祝今天的判决。庆祝你们终于达成了——一个渴望已久的目标。庆祝你们获得一种新的表达忠诚的方式。庆祝你们所获得的新的福利。但是请不要庆祝宪法的成功。宪法和同性婚姻完全无关!”^[8]“奥博格费尔案”留下一系列后遗症值得思考:

首先,“奥博格费尔案”可能导致多元婚姻危机。首席大法官罗伯茨委婉地指出了该案的隐患,“虽然五名大法官多次提及‘二人结合’(two-person union),但他们没有足够的理由解释何以只保留下

[1]Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 574 (2003).

[2]Goodridge v. Department of Public Health, 789 NE 2d 941, 969-970 (2003).

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

[4][5][6][7]Obergefell v. Hodges, Opinion of the Court, pp.3-28, p.19, p.11, p.28.

[8]Obergefell v. Hodges, Roberts, C. J., dissenting, p.29.

婚姻定义中‘二人’这一核心元素,而把另一核心元素‘一男一女’剔除。从历史和传统的角度来看,从异性变成同性的跨越远比从‘两人’变成‘多人’的跨越更大,毕竟后者在世界许多文化中都有根基。既然多数法官愿意跨出较大的一步,很难看出为什么他们不愿意跨出较小的一步。”依照多数意见的论证逻辑,一夫多妻制、一妻多夫制等多元婚姻甚至比同性婚姻存在更加合理,罗伯茨得出结论:“多数法官的论证大多同样支持‘多元婚姻’是基本人权。”^[1]

第二、“奥博格费尔案”表现出过分的司法能动主义。首席大法官罗伯茨抨击道:“多数法官明确拒绝司法审慎,忽略谦逊,公开依赖于他们想根据自己的‘新见解’重塑社会的欲望。最高院宣布超过半数州的婚姻法无效,强制改变数百万年来形成的人类社会基础的社会制度……我们到底把自己当成谁了?”^[2] 五名大法官推理出同性婚姻权“隐含”在第十四修正案内,推演过程难以令人信服,正如首席大法官罗伯茨所认为的:“让非民选的大法官来选择哪些未明言的权利是‘基本的’,然后据此废除州法,这不得不担心我们的司法角色。最高法院的先例要求法官应‘极度审慎’地认定哪些是隐含的基本权利”,这些基本权利必须是“客观并且深深植根于国家的历史和传统,并且隐含于有序自由(ordered liberty)的概念中”,否则正当法律程序条款只会沦为法官推动自己喜爱的政策的工具(或借口)。罗伯茨甚至暗示,“奥博格费尔案”可能会步“斯科特案”和“洛克纳案”的后尘^[3],大法官僭越法律明文规定只为满足自己的政策主张或理论偏好,与悍然造法的司法能动主义一脉相承。

第三、“奥博格费尔案”有违联邦制原则。根据联邦制原则,婚姻问题应该由州管辖,而非联邦政府管辖。同性婚姻问题应该交由州充分辩论并试验,并最终由州人民通过民主程序,如立法或全民公投方式决定。然而,联邦最高法院通过一纸判决,实行全国“一刀切”,所有州必须实行同性婚姻合法化,完全忽略了那些经过正当民主程序而选择异性婚姻制度的那些州的利益与诉求。正如罗伯茨大法官所言,在一个民主的共和制国家中,(是否采用同性婚姻)这个决定应当属于人民通过他们的民选代表,而非属于五个被授权根据法律解决法律纠纷的大法官^[4]。根据美国宪法,联邦最高法院的角色是解释宪法,判决一些州法是否违反美国宪法,法官的权限和专长就在于此,他们应按照宪法作出判断,而不是把自己意愿强加于不同州的人民。

第四,“奥博格费尔案”的判决有违宗教信仰自由原则。联邦最高法院“创制”了同性婚姻权,照顾了同性恋者弱势群体的同时,却无疑又损害了一部分虔诚的、拒绝同性婚姻的基督教徒的信仰自由。阿利托大法官就警告:“奥博格费尔案”裁决可能威胁信仰自由与良心自由。一旦同性婚姻变成美国的婚姻正统,它会成为口实用来攻击那些不能认同这种正统的美国人,对同性婚姻持异议者或许只能在家中轻声说他不同意同性婚姻,“他们若在公共场合表达这些观点,他们会面对巨大风险,被冠以偏执狂,而且政府、雇主和学校都会把他们当作偏执狂”,“多数派将其自己的见解强加于整个国家,实际上是促使持有传统观念的美国人被边缘化”^[5]。很难想象,一个虔诚的天主教徒蛋糕师因为拒绝给同性恋伴侣做婚礼蛋糕而遭到起诉甚至受到惩罚。

四、联邦最高法院的民主与反民主

联邦最高法院追求公正,标榜不偏不倚,在美国立法、行政和司法三权分立中,联邦最高法院民众支持率最高。联邦最高法院的判决看起来超越了日常的政治,包含着值得崇敬的更高级理性。美国法学家杰弗里·罗森(Jeffrey Rosen)等学者甚至认为,联邦最高法院是美国“最民主的部门”,因为它基本上与民众意愿的步调一致^[6]。在“奥博格费尔案”中,联邦最高法院的确“真实地”反映了民意:2015

[1][2][3][4] *Obergeffll v. Hodges*, Roberts, C. J., dissenting, p.20, p.3, p.3, p.25.

[5] *Obergeffll v. Hodges*, Roberts, Alito, J., dissenting, p.7.

[6][美]杰弗里·罗森:《最民主的部门:美国最高法院的贡献》,〔北京〕中国政法大学出版社2013年版,第5页。

年7月皮尤调查中心发布的数据表明,美国高达55%的民众支持同性婚姻,反对的人只有39%^[1]。然而,“奥博格费尔案”公布之后,很多人却又谴责联邦最高法院“反民主”,“司法凌驾于民主之上”,甚至有些州公开嘲笑、抵制“奥博格费尔案”判决^[2]。德克萨斯州州长格雷格·雅培(Greg Abbott)发表声明:“最高法院已经放弃了它作为一个公正的司法仲裁机构的作用,它已成为一个由九名非选举产生的成员组成的立法机构。宪法和法院的过去的判决维护了这个国家的人民,而五名大法官则在这个问题上将自己的个人观点强加于整个国家。”^[3]同性婚姻判决让人见证了美式民主的怪圈,令人感到吊诡。

事实上,联邦最高法院无法超越政治意识形态的藩篱。自20世纪末以来,美国“文化战争”烽烟四起^[4],从安乐死、人体干细胞研究、大麻合法化、枪支管制、医疗改革、移民再到同性婚姻,这些议题无不涉及到个人权利与公共利益、自由与保守的博弈。这些问题撕裂了美国社会,美国已进入一个“撕裂的年代”^[5]。联邦最高法院不断卷入其中,保守与自由的分野明显,导致判决中出现大量5比4的判决,联邦最高法院内部也呈现出“极化”的态势^[6]。无论是“温莎案”还是“奥博格费尔案”,一票之差就能决定婚姻制度的命运。在涉及文化战争的议题时,左右联邦最高法院大法官判案的还是政治意识形态。有美国学者曾感叹:美国最高法院法官主要依据个人或政治偏好判案,他们把法律原则仅仅当作“语言的幌子”,使司法的多变性变得正当和合法^[7]。连大法官自己都承认,“多数派的意见……是以其政策偏好为动机的。”^[8]婚姻关乎美国人的价值观和道德观,关系到美利坚民族的国家与未来,美国自由和保守两派都在争夺话语权与美国未来发展方向的规划权,相对客观、公正的联邦最高法院当然无法超然,它不得不加入到文化战争中去,从而表现出保守与自由的对决;然而,一个“极化”的联邦最高法院削弱了民主合法性,让民众很难尊重司法,很难认同联邦最高法院是一个超越党派政治、不偏不倚的政治机构。现在很多美国人都回归现实,并且相信“大法官的确在造法”^[9]。同性婚姻权的创造过程就充分地说明了这一点,同堕胎权一样,同性婚姻权将成为分裂美国社会的议题而长期存在。

[责任编辑:钱继秋]

[1]<http://www.pewforum.org/2015/07/29/graphics-slideshow-changing-attitudes-on-gay-marriage/>.

[2]<http://www.ibtimes.com/texas-attorney-general-defies-supreme-court-same-sex-marriage-ruling-1987381>.

[3]<http://gov.texas.gov/news/press-release/21131>.

[4]美国学术界、教育界和政界围绕学校教育、家庭价值、生活方式、艺术创作、人工流产、同性恋婚姻、色情文化、媒体宣传、宗教信仰和“肯定性行动计划”等问题展开了一场激烈的争论。由于这些问题都涉及文化价值观,美国媒体把它称为“文化战争”。“文化战争”是围绕当时困扰美国的众多社会问题和文化价值观展开,但从本质上讲,这是一场如何确定美利坚民族特性及其价值体系的争斗,是一场确定谁掌握话语权、谁规划美国未来发展方向的政治较量。王恩铭:《美国20世纪末的一场文化战争:保守派与进步派的较量》,〔北京〕《世界历史》2011年第5期。

[5]Daniel T. Rodgers, *Age of Fracture*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

[6]美国最高法院的“极化”一般是指,9名大法官在判案过程中由于政治意识形态的分歧与对立,出现了5比4这样微弱的多数意见,案件的胜败取决于区区一票之差。在这些5比4的判决中,绝大部分是以大法官政治意识形态的保守与自由为分野。江振春:《断裂的年代与美国文化战争——以枪支管制问题为研究对象》,〔合肥〕《学术界》2014年第5期,第18-19页。现在的罗伯茨法院时代比以往更加“极化”,5比4的判决居高不下,2007开庭期达到了17%,2008开庭期达到了29%,2009开庭期达到了18%,2010年开庭期达到了20%……Jeffrey Rosen, “Can the Judicial Branch be a Steward in a Polarized Democracy?”, *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, v.142, no.2 (Spring 2013), p.26.

[7]Alvin B. Rubin, “Does Law Matter? A Judge’s Response to the Critical Legal Studies Movement”, *Journal Legal Education*, vol.37, 1987, p.307.

[8]*Gustafson v. Alloyed Co.*, 513 U.S. 561, 594 (1995).

[9][美]杰弗里·西格尔、哈罗德·斯皮斯:《正义背后的意识形态:最高法院与态度模型》,北京大学出版社2012年版,第9页。