

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



英美法學中的酷兒與性公民身分——理論初探

A Preliminary Inquiry into Queer Theories and  
Sexual Citizenship Theories in Anglo-American Law  
Scholarship

萬庭威

Ting-Wei Wan

指導教授：陳妙芬 博士

Advisor: Miao-Fen Chen, Dr. iur.

西元2015年8月

August 2015



# 國立臺灣大學碩士學位論文

## 口試委員會審定書

### 英非法學中的酷兒與性公民身分—理論初探 A Preliminary Inquiry into Queer Theories and Sexual Citizenship Theories in Anglo-American Law Scholarship

本論文係萬庭威君（學號 r97a41006）在國立臺灣大學科際整合法律學研究所完成之碩士學位論文，於民國 104 年 8 月 6 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

陳好君

口試委員：

張君政  
趙彥寧



## 摘要

本篇論文對英美法學中使用酷兒理論與性公民身分理論的法學家做一梗概性的引介，並試著結合酷兒理論和性公民身分理論對 2015 年美國聯邦最高法院指標性判決 *Obergefell v. Hodges* 進行批判式的解讀。從 Janet Halley 與 Katherine Franke 批判二元對立與批判婚姻規範性的理論出發，結合 Carl Stychin 與 Brenda Cossman 論性公民身分的法學論述，我指出 *Obergefell v. Hodges* 判決創造了美國憲法中自由權利法理與美國政治中自由論述的奇特伴侶關係。本文亦嘗試指出美國酷兒理論移植來台後產生的倫理問題並加以批判。

關鍵字：酷兒、性公民身分、美國聯邦憲法、同性婚姻、同性戀



## Abstract

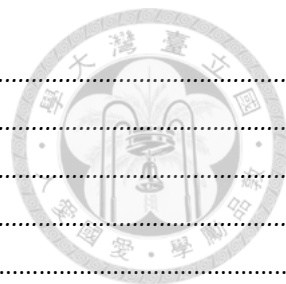
This thesis serves as a preliminary introduction to queer theory and sexual citizenship theories in Anglo-American legal scholarship. In this thesis, I combine the use of queer legal theory and sexual citizenship scholarships in my reading of the landmark decision *Obergefell v. Hodges* delivered by the Supreme Court of the United States in 2015. With theoretical tools from jurists Janet Halley, Katherine Franke, Carl Stychin and Brenda Cossman, I argue that the *Obergefell* ruling set forth an interesting coupledness between the Constitutional rights of liberty and the discourse of freedom in American politics. I also argue that the transplantation of queer theory from America to Taiwan produces some ethical wrongs which need to be addressed and critiqued.

Keywords: Queer, Sexual Citizenship, U.S. Constitution, Same-sex marriage, Homosexual

# 目錄



口試委員會審定書.....	i
中文摘要.....	ii
英文摘要.....	iii
第一章、緒論 .....	1
本文的研究對象與範圍.....	1
CARL STYCHIN 論美國的權利論述與民族建立 .....	1
本文的認同焦慮.....	3
本文結構與章節安排.....	4
第二章、酷兒法學理論 .....	6
本章概述.....	6
CARL STYCHIN：朝向酷兒法學.....	7
JANET HALLEY：二元對立的酷兒批判 .....	11
行為/身分認同(Act/Identity)二元對立的批判.....	11
異性戀的建構.....	11
性悖軌法理的酷兒閱讀：行為/身分認同(Act/Identity)操作如何建構出異性戀位置之一 .....	17
Don't Ask, Don't Tell：行為/身分認同(Act/Identity)操作如何建構出異性戀位置之二 .....	20
同性戀就像種族一樣？Halley 評認同政治倡議的倫理問題以及多元交織性的酷兒思考.....	24
性騷擾立法的意外後果：同性戀恐慌 .....	31
KATHERINE FRANKE：批判生殖規範與肯定性欲 .....	40
理論化「我要」(Yes)：抵抗生殖規範 .....	40
讓性做功.....	44
完事/去性(AFTER SEX)之後的酷兒理論？ .....	46
本節概要.....	46
去性(After Sex)的Lawrence v. Texas .....	47
Teemu Ruskola：去性後還剩下甚麼？ .....	47
Katherine Franke 論馴養自由及同性婚姻的政治 .....	48
完事(After Sex)之後的酷兒理論.....	54
Jeff Nunokawa：酷兒理論的身後事 .....	54
Sedgwick：偏執閱讀/修復閱讀/酷兒思考 .....	55
本章結論.....	59
第三章、性公民身分與法學 .....	61
本章概要.....	61
公民身分理論.....	61



Alan Norrie 論 Marshall 公民身分與法律上人格的關係.....	61
Diane Richardson 理論化性公民.....	63
Carl Stychin 論治理性/公民.....	68
Brenda Cossman 的性公民身分理論.....	71
本章小結.....	77
第四章、結論兼評述 OBERGEFELL V. HODGES.....	78
本章概要.....	78
權利論述的批判.....	78
Halley 與 Brown 論法律的誘惑.....	78
不可能不想要：Wendy Brown 論權利的弔詭.....	82
本節小結.....	84
OBERGEFELL V. HODGES 的判決評論.....	84
Obergefell v. Hodges 判決概要.....	84
評論一：自由(liberty)？自由(freedom)？.....	88
評論二：婚姻位置取代異性戀位置？.....	90
評論三：所以我們(we)自由(free)了，然後呢？.....	91
中文酷兒語境的倫理問題.....	92
全文結論.....	96
參考文獻.....	98



# 第一章、緒論

## 本文的研究對象與範圍

本篇論文研究的對象是英法法學中分析美國法的酷兒(queer)法學理論與性公民身分(sexual citizenship)法學理論，其中重複出現的主題是公民身分、性事(sexuality)<sup>1</sup>、認同政治這三者在美國法的權利論述(尤其是憲法領域)中的交錯關係。

認同政治與酷兒理論無疑地是美國產物，而美國產物中還有另一項知名出口品：對權利的美式理解。我將接著簡述英國法學家Carl Stychin對美式權利理解的分析來指出權利在美國政治與社會中的重要地位。雖然台灣的現代法體系大體而言是基於歐陸法體系(Civil Law Tradition)而非美國法所建基的普通法體系(Common Law Tradition)，但是民間，包含同性戀政治的訴求與運作都相當美式。本篇論文的興趣在於討論美國法中權利、認同政治/反認同政治、公民身分的交錯，而非其它地方、其它法體系，即是基於此緣故。

正因為酷兒理論是舶來品，因此我在本文中將盡量貼近美國法，而不試圖將美國法的新發展做任何本地脈絡的類比。相反地，我在文末將提出對中文酷兒理論的批判，強調對理論的脈絡敏感是理解美式權利論述的批判的重要條件，若無此認識即無有效批判。

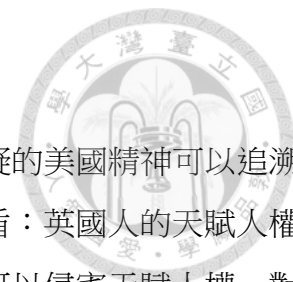
## Carl Stychin 論美國的權利論述與民族建立

Carl Stychin認為美國的權利建構有其特殊性，不見得在其他西方文化能夠複製。美國的國家認同建構中，權利扮演了重要的角色。同時，政治鬥爭過程中權利的重要位置，也展示認同政治在美國通常會被「法律化」的美國特殊性。美國文化被認為是建立在對權利的深層信仰之上，信仰權利的力量甚至可以說是美國人之所以為美國人的原因。美國的政治傳統中植根最深的，莫過於權利語彙，而且權利也是國家的有力象徵符號，更是支撐美國國族想

---

<sup>1</sup> 原則上我將sex、sexual都翻譯成「性」，gender翻譯成「性別」，sexual orientation翻譯成「性傾向」，sexuality翻譯成「性事」。Sexuality的翻譯不是很容易，偏偏它又是核心概念。本文將它翻譯為「性事」是為了避免因為只翻譯成「性」而造成為了顧及上下文脈絡以及該字的多義而不得不每次都要在中文後方加註此「性」是sex還是sexuality，在行文時建立英文與中文的一對一函數映射關係對我來說是最方便的。同時我認為採用這個翻譯在中文意思上夠寬廣，可以指涉各種與性相關的事情。

像建國迷思的核心<sup>2</sup>。



Stychin引用自己的美國法律思想史研究，指出對權利深信不疑的美國精神可以追溯到美國獨立革命之時。美國獨立革命試圖解決英國憲政思想內部的矛盾：英國人的天賦人權與國會至上主義同時存在於英國憲政主義之內，而國會通過的法律卻可以侵害天賦人權。對美國革命分子來說，獨立是恢復他們身為英國人天賦卻被剝奪的權利的方法。就此而言，美國獨立革命可以說是英國憲政主義的延續，而人權法案的通過更是合理的後續發展。某些權利是不可剝奪的信念根植於美國思想裡，權利植基於自然法與自然權利，因此這種權利超越了有權當局(authority)。不過，雖然權利不可剝奪，但是其內容和範圍在甚麼限度之內是「自然」的，似乎著眼於權利是否同時可以被理解為一種責任。生命、自由、追求幸福被稱作自然權利，同時人人也有責任不去干擾他人的自然權利<sup>3</sup>。

大體來說，美國的自然權利和財產權相關聯，而且財產、自由、安全、法治這一組概念是共生的。財產與自由可能受到恣意權力的侵害，只能藉由對政府行為的限制來避免。雖然普通法(Common Law)保障自然權利，但將這些權利入憲並以憲法限制多數人組成的政府權力恣意剝奪少數人的私有財產深遠地影響美國制憲過程。由於強調財產權的保護與有限政府(limited government)，因此美國憲政主義可以說是內建了實質上的不平等，然而基本公民權由所有公民平等地享有這一點基本上為憲法所保障<sup>4</sup>。美國初期憲政最難自圓其說的是蓄奴制。因為權利法案要求公民皆有相同權利，所以是否享有權利標示著是否在國族社群之中。換言之，要求被納入國族社群和要求權利是不可分的兩個要求。美國建國神話中的「We, the people」，寫入成文憲法形諸於文字後，為什麼有些人不是We, the people的疑難讓美國憲政相當困窘。而且，蓄奴制的實存證明權利真的不是自然、不是天賦的。憲法與現實的落差在後續的美國內戰、廢除蓄奴、與重建法案中，以保障法律之前的平等去彌補這個落差。如果就權利論述演變來說，美國內戰及後續的重建法案可以說是第二次美國革命：權利雖然是自然的，但是它也要是平等的。美國憲政中以權利為核心所開展的各種政治理論，都可以說是由此發展而來，同時也讓所有公民的種族平等成為美國國族認同的核心要素之一<sup>5</sup>。

當代美國的平權倡議，可以說是對重建法案中保障法律之前平等的一連串再解釋，這

---

<sup>2</sup> CARL F. STYCHIN, A NATION BY RIGHTS : NATIONAL CULTURES, SEXUAL IDENTITY POLITICS, AND THE DISCOURSE OF RIGHTS 21-24 (1998).

<sup>3</sup> *Id.* at 24-25.

<sup>4</sup> *Id.* at 25.

<sup>5</sup> *Id.* at 26.



也是被剝奪權利的群體(disempowered groups)，尤其是非裔美國人，的民權運動的基礎，也由此非裔美國人參與並改變了當代美國的國族想像。雖然自然權利是個人主義的，但是重建法案及非裔美國人的民權運動則運用了國家內部集體、社群的認同政治語言去重述這些權利。換句話說，美國的憲政/國家認同在這個情況下，可以說是不同群體之間以道德上相等為前提而相關聯的理念<sup>6</sup>。

然而異議者的言論自由與邊緣族群平等權的操作，有時被視作是實現美國建國迷思的應許，有時則是被視作顛覆國家，這正顯示出權利的矛盾性。邊緣族群主張平等權可以有兩種截然不同的解讀：割裂社會(要求特別的權利)或是展現出進入主流社群的意願(我們也要和你們一樣享有相同的權利)。不論是哪一種對權利的解讀，在美國多族群共存的現實脈絡下，權利論述可能是唯一所有人、所有群體都可以動用的論述<sup>7</sup>。

Stychin對美式權利論述的描述，凸顯出權利論述的文化及歷史特殊性，以及權利論述如何緊密的與美國國家認同、國族打造相關聯。我在本章一開頭已提及台灣的同性戀認同政治及民間的倡議受美國影響頗深，不過似乎另一件需要注意到的事情是：台灣同樣存在一種流行說法：「台灣一堆恐龍法官」。這反倒是一種在民間同樣存在的，對權利能否實現正義的強烈懷疑態度，更凸顯出對權利的信仰並不是台灣的一般民間信仰。同時，在台灣是否存在一組足以擔當霸權的國族神話都恰好正被火熱地爭論、鬥爭的同時，對美式權利論述後頭跟著的美國國族迷思，以及這個迷思反過來要求平等權利的脈絡並不關注的話，可能會遺忘美式權利論述的特殊性而誤將美式的權利內涵也當作是台灣、甚至全球都同樣、均一的過度樂觀/悲觀(看你的立場而定)思考。

## 本文的認同焦慮

這一篇論文到底是不是科際整合法律學的論文呢？在此我感到認同焦慮。這是這一篇論文與酷兒理論有關的主要原因。

- 這是一篇法學論文：這一篇論文引用的文獻絕大多數是美國的Law Review期刊的法學論文或法學專書。而且這一篇論文試圖閱讀美國聯邦最高法院的判決並做出評析，確實可以算是一篇法學論文。
- 這不是一篇法學論文：這一篇論文並不是整理大量實務判決並提供詳細案件事實

---

<sup>6</sup> *Id.* at 27.

<sup>7</sup> *Id.* at 28-29.

與法律論理過程的文章，而且這一篇論文從頭到尾沒有對任何國內或是國外的法律條文或是法規進行法釋義學上的解釋或是法律上的規範論證。這一篇論文更完全不採用比較法(comparative law)方法獲得法律解釋上的洞見。此外，這一篇論文也不提供任何修法或政策上建議。因此，這不是一篇法學論文。

- 這是一篇科際整合論文：這一篇論文在方法上援引來自文學批評、批判理論、後結構主義的酷兒理論與公民身分社會學的理論，因此是一篇科際整合論文。
- 這不是一篇科際整合論文：這一篇論文與其他被歸類為「基礎法學」的文章一樣，牽涉到法理學的問題，因此不是一篇科際整合論文。

以上四種主張可以交叉搭配形成科際整合法律學論文、科際整合非法律學論文、非科際整合法律學論文、非科際整合非法律學論文，或者全部用連接詞and連接起來，關於學科與方法的連言可能性很多。又或者，根本甚麼學科上的問題都沒有，它就是一篇論文(或者，不是論文?)。

以上是關於這一篇論文本身性質的焦慮。至此，讀者應該不難發現為什麼這一篇論文會討論酷兒理論與法學：因為身為寫作者的我，對這篇文章的歸屬感到麻煩(troubled)。酷兒理論正好貼合了這一篇論文被困在甚麼都是，但甚麼也都不是的情境(in middle of nowhere)。而且，因為這樣的緣故，這篇論文或許會成功，但它也可能變成一個酷兒失敗(queer failure)，從失敗中學習的嘗試與驚喜。

這一篇論文酷兒的地方還不僅止於此。它是一篇用中文寫作的美國法律研究文章、它是一篇在台灣寫作的美國法律研究文章、它是一篇看起來很不法律學的文章……。而這些異處與異語，甚至是異形，都增添這篇論文的酷兒。

這樣的焦慮與列舉還可以繼續下去，不過我總要在某處停下來，在不完全、不整全的情況下初步形成一篇具有理論意義的論文。歸屬焦慮的暫停並不斷形成暫時的、偶然的認同是我的實踐與策略，而我在這篇論文中也確實並不僅援引酷兒理論，而轉進公民身分理論去。寫作的認同麻煩減少過程與寫作的內容恰好同步。而且如同後文所表示，我認為酷兒理論已經過期，在中文的語境下尤甚。

## 本文結構與章節安排

第一章《緒論》說明本文研究對象是美國法、這主要是一著重在介紹英美法學中曾經援引酷兒思考的法學者的理論性文章，並描述本文寫作的認同焦慮讓寫作本篇論文這件事情本身也是酷兒行動。第二章《酷兒法學理論》的內容則是Janet Halley以酷兒理論分析美國法

中的異性戀如何被建構、以及Katherine Franke主張理論化「要」以抵抗生殖規範與婚姻規範，並以在美國酷兒理論學界內部批評酷兒理論的衰落作結。第三章《性公民身分與法學》借重Carl Stychin與Brenda Cossman的性公民身分(sexual citizenship)理論，剖析性文化與性權利之間的關係，作為理解美國現況的指標。第四章《結論兼評述Obergefell v. Hodges》以Wendy Brown的權利論述批判起頭，接著試以前兩章的酷兒閱讀與性公民權理論閱讀Obergefell v. Hodges的多數意見，並嘗試闡明我寫出這一篇研究美國法的論文所採取的發言位置與策略以批判中文酷兒語境的倫理困境。

## 第二章、酷兒法學理論



### 本章概述

本章以Carl Stychin提出的朝向酷兒法學開始，指出1990年代酷兒理論出現時，如何被Stychin給挪用到法律上。雖然他主要是做理論上的回顧，不過他指出了酷兒研究與法學者的交叉處，故而有指引性。

本章最著重的Janet Halley是美國法學者中少數運用過酷兒理論的異類。她目前任教於哈佛大學法學院，早期曾發表一系列關於LGBT平權以及將酷兒理論運用於法學的論文。不過，在2006年發表《Split Decision》一書後，她所發表的學術論文研究主題轉向家庭法的系譜學考察，雖然在方法上依舊有酷兒閱讀的影子，但是主題上偏離了酷兒興趣，在關懷上也轉向一個特定的法學領域的形成過程而不再是性事的形成過程。雖然理論性的文章是越全面越好，但是受限於論文題目設定與實際能力之限制，本章引介Halley的範圍僅限她關於LGBT與酷兒的學說<sup>8</sup>，而且著重在她闡述法律上異性戀的建構以及這個建構所仰賴的行為/身分認同

---

<sup>8</sup> 其實Janet Halley在1989年與1994年分別寫過兩篇評論LGBT訴訟策略的文章，但由於本文對Halley的引介著重在其酷兒理論的著作，而且這兩篇文章有點過時，故僅於此處註腳內略為概述。See generally, Janet E. Halley, *The Politics of the Closet: Towards Equal Protection for Gay, Lesbian, and Bisexual Identity*, 36 UCLA L. REV. 915 (1989); Janet E. Halley, *Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability*, 46 STAN. L. REV. 503 (1994). 在1986年聯邦最高法院作出性悖軌法合憲的Bowers v. Hardwick判決後，D.C.特區巡迴上訴法院在Padula v. Webster案迅速採用Hardwick的判決理由主張同性戀不能作為憲法上的嫌疑分類而提高審查基準，因而基本上關閉了同性戀平等權主張的可能。Halley在1989年的文章中指出，同性戀主張憲法上平等權的保障，此時很難借重對於群體的身分認同或是行為的不可變、弱勢族群描述來獲得保障。因此，她主張應改用1938年聯邦最高法院作出的United States v. Carolene Products Company判決中的註腳四(Footnote 4)曾建立的「政治程序參與受阻」來主張平等權的保護。(see infra note 88) 藉由主張同性戀的政治言論(出櫃)在政治過程中被直接干擾、性悖軌法律造成同性戀者因該法律所造成的弱勢地位間接干擾參與政治程序這兩種符合註腳四而司法權可對立法程序進行實質審查的情況，平等權的主張還是可能。這一篇1989年的文章是Halley著作中最不酷兒、方法上最貼近一般我們所熟知的憲法學的文章。1994年Halley對LeVay宣稱在生物學上基礎找到同性戀生成原因的研究而造成某些法律人試圖藉此以同性戀的不可變異性(immutability)來試圖重新為同性戀族群獲得嫌疑分類或準嫌疑分類地位的訴訟策略提出批判。她指出，不可變異性在美國憲法訴訟上從來就只是嫌疑分類的標準「之一」而不是「全部」，因此對不可變異性投注過高的期待很可能獲得的只是失望，對美國憲法學者John Ely著作熟悉的讀者應該相當明瞭(以後見之明來看，Halley這個看法完全正確)。此外，強調不可變異性的法律人似乎預設不可變異性的本質主義(essentialism)必然是有利於同性戀的，而Halley指出並不如此。建構論/本質論和挺同/反同可以自由搭配。挺同本質論者認為同性戀傾向是固定不可變而且定義同性戀，所以需要受保護免於受歧視；挺同建構論者則認為性傾向是在人的一生中或是其在歷史上的意義是可變化的，而性傾向的社會政策不應阻礙這些浮動；反同本質論者認為同性戀傾向本身或其表現是固定、不可變、而且規範上是壞的或病態的，因此社會需要嚴密剪裁對同性戀男子或女子的歧視以表達規範性的判斷、嚇阻同性戀傾向的表達或者是治療同性戀這種病；反同建構論者則強調異性戀傾向的可變動性，主張異性戀必須要由反同的歧視所保護，或者是同性戀傾向是可變的，所以應該要藉由歧視的手段讓同性戀男子或女子轉變成異性戀。Halley還批評LeVay的科學研究建立在可疑的假設之上，因此不需援用。Halley並對本質論與建構論進行哲學上的概念分析，指出本質論與建構論都有比較強的版本與比較弱的版本，而Halley在弱的行為建構論(客體選擇是本質的但是不必然被性別所曲折過)中

(act/identity)二分的酷兒閱讀。早期文章但不屬於此類的，我在註腳內於本文相關時大略說明。而晚近轉向家庭法後的理論發展，本文亦僅以相關時於註腳略說。

另一位我引介的是任教於哥倫比亞大學法學院的Katherine Franke，不太會被認為是酷兒，而會被認為是肯定性(sex-positive)的女性主義法學家。在此介紹的是，她的書寫中關於女性主義抵抗生殖規範與肯定性事的文章。而她也有發表一些關於同性戀法律平權相關判決的批判，本篇論文也將介紹，但不放在這一章酷兒閱讀之內，而放置於第四章。

本章結尾，我將回到酷兒理論本身，指出酷兒理論的晚近思考取向與內部批評。從Stychin與Halley這兩位曾經明確在作品中使用酷兒一詞的稀少法學家近期研究領域與興趣的轉向，以及從Sedgwick對酷兒理論的內部批判來看，我認為酷兒法學是個已經過期的產物。

## Carl Stychin：朝向酷兒法學

在1999年出版的《Law's Desire》一書中，Stychin提出了朝向酷兒法學的理論主張。

酷兒一詞難以定義，它對不同的人在不同的時空及不同的脈絡下會有不同的意義。至少，這個詞的意義模糊凸顯了這個詞的流動性。然而就Stychin的用法，他將酷兒一詞本身當作暫時性的認同範疇。然而酷兒認同是甚麼，也不容易定義。一方面它拒絕將任何文義上的差異固定下來，但是它又被用來策略性地接合不同的主體位置。酷兒追求認同的顛覆，同時又創造出內容空洞的認同範疇，指向流動的主體。這也是它的有趣之處，既作為認同範疇又明白挑戰任何範疇化的嘗試<sup>9</sup>。同性戀的主體闡釋可以加強並具現化關於性的基本範疇化思考：異/同的二元對立，而這個二元對立正是強迫異性戀(compulsory heterosexuality)體制的根植之處。同時，過度固定的認同概念往往排除了不同差異在同性戀運動內部的權力軸線，諸如種族、身障、年齡、性別……等等。如果同性戀認同也同樣把相對於異性戀這個位置及身分歸屬給本質化，那麼這樣的同性戀認同便不包容。這個困難的經典是同性戀女性主義的雙重束縛(double bind)：有一組相對穩定的標準決定了女同性戀群體的少數族群身分，但是又同時可以訴諸女性主義的「所有」女人之全稱。酷兒的立場可以說是對這個雙重束縛的理論回應。

---

找到主張可變的挺同者、主張不可變的挺同者可以共同容身的位置。在1994年的這篇文章中Halley展現出方法上的多元與尋找如何讓不同立場的人可以共同行動的基礎，這種實務上的關懷在她後來的學術寫作中就變得不太明顯，而轉向以批判為主。

<sup>9</sup> CARL F. STYCHIN, LAW'S DESIRE: SEXUALITY AND THE LIMITS OF JUSTICE 140-141 (1995).

只在一個前提之下，我們聯合起來：對抗主流、背景規範、對規範的拒絕<sup>10</sup>。

在歐美的脈絡之下，如果有一個詞可以把男同性戀與同性戀的集體認同定義下來，或許是「出櫃」。衣櫃的譬喻在修辭上的力量相當足夠，但是衣櫃這個意象有空間拘束性，而且暗示著走出櫃子，是一次性的公共宣示。不過，衣櫃可以進進出出(出櫃本身是展演性的)，櫃子的隔間也不是實體的(我可以同時在櫃子裡也在櫃子外)。出櫃的展演可以是自我宣稱有特定的同性戀認同，但認同也是被動的銘刻在人身上，範疇化的思考或明或暗都在發生著。男女同性戀在酷兒的視角上來看，只是具有相對的自我反思性優勢，可以比較容易認識到範疇沒有本質<sup>11</sup>。

酷兒的立場同時也是對加諸於男女同性戀社群上的二元對立以及認同邊界的抵抗。酷兒抵抗自由主義的同化政治，這是1980年代在美國同化策略無力改變保守派政治進程的推進、AIDS疫情的絕望處境、*Bowers v. Hardwick*的挫敗等等脈絡下，不想再妥協於與主流同化的政治立場，因此酷兒運用受汙名的身分認同(例如，性悖軌)以標示其作為主流的他者的位置<sup>12</sup>。對於具有規範性的範疇化思考及二元對立的拒斥，不僅僅是在男女同性戀的身分認同之上，而是所有存在著範疇化思考及二元對立之處都可以酷兒。Stychin引用Sedgwick及Butler的說法，重述酷兒是各種可能性、落差、重疊、意義的不/和諧與過剩與落陷，以及在性別範疇上的酷兒思考，就是指出不斷地重複性別展演而讓性別範疇看起來像是自然的。能夠酷兒的主體是自我反思的主體，可以感知到自我浮現之處的偶然性，因此並非只與男女同性戀的政治或認同相關，而更關於主體如何看待自己與性的背景規範之間的關係。如此高的主體門檻，似乎註定如果將酷兒當作一個暫時性的認同，那麼顯然它不是一個可以將「所有人」聯合起來的號召，這是酷兒的自我矛盾，它自己也有內/外的二分。雖然將範疇性思考問題化有助於思考權力，但是範疇是個社會現實，有它的實際作用與重要性，過度停留在主體層次上的酷兒思考(我思的空想性)，恐怕無法改變社會現實<sup>13</sup>。

Stychin雖然認識到酷兒有其侷限，但是在這本書中他認為酷兒對範疇(category)性思考的批判以及將範疇自然化的逆向操作對法學有其用處。普通法(Common Law)的方法充斥著範疇化的思考。藉由類推適用、區別案例等等方式，雖然重劃範疇在普通法是可能的，但是即

<sup>10</sup> *Id.* at 142.

<sup>11</sup> *Id.* at 142-144.

<sup>12</sup> *Id.* at 144, 148-151.

<sup>13</sup> *Id.* at 144-146.

便如此，普通法使用範疇的方式還是本質化了範疇。在解構主義被引進美國後，美國法學界出現了批判法學運動(Critical Legal Studies, CLS)，這一支思潮已經有對公/私區分的去自然化成果，和酷兒理論有類似的目標。不過，CLS雖然挑戰公/私，但未挑戰牢固在私領域的隱私權(privacy)的概念，因為這個權利實際操作上對男女同性戀、女性墮胎權有保護的功能，同時衣櫃也仰賴私領域的存在。因此公/私之二分，雖然提供了相較公共空間而言較為安全的隱私空間，但它也讓性少數所受的壓迫牢固在私領域內而無法進入公領域的政治對話。而且，在法律上主張性少數的隱私權，其實需要先出櫃把自己攤開在公共領域，這正是性少數政治的矛盾，也是其酷兒介入之處<sup>14</sup>。

在AIDS疫情與Bowers v. Hardwick判決否認同性性悖軌行為在隱私權保障之內的1980-1990年代，「性犯罪者」成為了酷兒之所以酷的標記，堅定地在正常規範之外的位置，酷兒在外頭挑戰範疇與邊界。如果性少數在主流規範下只能存在於私領域，那麼酷兒就把性帶到公領域，藉由嘗試擾亂這兩者以重新想像、重新論述公領域與性。美國男同性戀社群在城市空間裡創造公共性空間在1980-1990年代的美國是把公共空間酷兒的實踐：讓性從私領域跨入公領域、讓與死亡和疾病相關的同性性悖軌行為重述為男同性戀社群內自救的安全性行為<sup>15</sup>。

另一個酷兒挑戰的範疇是異/同二分以及藉由以性的不可變去自然化既有的性認同範疇的論證，這也是Stychin說他將酷兒當作一個暫時性的認同範疇的主要操作支點。酷兒理論出現的後現代處境是：認同必然建立在排除之上，但是暫時性的團結與內部同質又是集體政治鬥爭的必需。酷兒解構認同範疇，又提供暫時性的認同範疇在不同質化差異、不自然化自身範疇的前提之下提供動員需要。然而，酷兒主體的反思性與逾越邊界不見得能夠改變各種被銘刻的社會意義。僵固的認同固然帶來排斥，但也有人是在酷兒看似排他、僵固的認同裡尋求解放。在法律領域中，概念上和諧的認同範疇確實有賦權的作用，在美國民權運動後所確立的平權憲法法理都建基於少數族群的認同範疇之上。在Hardwick案，同性戀族群不被法院認可為須提高審查基準的嫌疑分類，正是訴諸固化、和諧的認同政治在性別領域中失敗的例子<sup>16</sup>。

<sup>14</sup> *Id.* at 146-148.

<sup>15</sup> *Id.* at 152-153. 然而必須注意的是，Stychin寫作此書的1990年代確實是如此，不過在21世紀之後安全性行為成為公衛介入與專業NGO合作治理的領域、性消費空間與同性戀跨國旅遊流行起來後，這個例子已經不酷，Stychin在2003年出版的專書GOVERNING SEXUALITY也注意到這個時空轉變並交待他本身學術寫作立場的變化。

<sup>16</sup> *Supra* note 9 at 154-155. 需特別說明的是，Stychin在此字面上的解讀了Hardwick中多數法官採取的性悖軌行為定義同性戀族群說，而認為法院在此反而是酷兒的(性悖軌行為不是連續性的存在狀態，而是離散偶發的行為)，

能夠說服法院一個族群的認同是和諧、穩定的且該族群受壓迫是既有平權法理下勝訴的方便，而就多數男女同性戀的經驗來看，性傾向確實有這個特色，也應該受到平權法的保障。Stychin不否認這點，因此提出的主張是讓範疇有意義且在戰略上保持重要地位，但是避免在定義上的閉鎖，而這正是可以「酷兒」一詞指稱。認同範疇在法律上還是要繼續使用，但是要對它們的暫時性有所認知<sup>17</sup>。

總結來說，Stychin的朝向酷兒法學主張強調的是如何繼續使用認同範疇(categories of identity)來進行法律論證，而Stychin雖簡潔的介紹並認知到酷兒在認同政治上的基進，但他用酷兒的主要目的是，讓習於範疇化思考的法律人在為同性戀平權辯護時，認識到平權法理植基的僵固範疇，以及訴諸這種僵固範疇不見得可以帶來訴訟上勝利。酷兒的法學理論需要認知的重點是各種自然化的二元對立範疇及其後的背景規範之間的關係如何在法律論證與法律倡議中發揮用處或是阻礙。

有趣的是，Stychin雖然仍然在性與法律的領域中有後續的研究，但是在他後續的研究之中，運用酷兒作為暫時性認同的倡議消失了，研究的主軸移向性與國族、性與治理<sup>18</sup>。真正在法律上保持酷兒關懷與酷兒閱讀—自然化的二元對立範疇以及對背景規範的抵抗—的法學家並不是Carl Stychin，而是本章所引介的Janet Halley及Katherine Franke。這兩位學者分別在拆解自然化的二元對立範疇以及抵抗規範有一系列法學著作。本章即跟隨這兩位學者一同酷兒閱讀法律。

---

而相對應的同性戀訴訟律師提出的策略是強調性傾向認同的不可變性以套回平權保障的法理故而走向認同政治的老路。這樣的解讀似乎不夠仔細，在本章後續介紹Janet Halley的解讀，便會知道法院的判決絕對不是Stychin所說的酷。

<sup>17</sup> *Id.* at 155-156.

<sup>18</sup> 我想這和他是加拿大出生而在英國任教有關係，美國的性別政治並非他切身的關懷。在英國的脈絡之下的法學者，在1999年寫出A NATION BY RIGHTS一書關注性與性別與殖民地國族建立之間的動力、2003年GOVERNING SEXUALITY專書關注歐盟整合進程中，多層次的治理機制與法律建制(內國法、歐盟法交疊)如何影響到各國的性與性別法律改革，思考歐盟公民身分的浮現如何與性的治理相關，並放棄酷兒法學理論。這兩本書本篇論文在前文第一章及後文第三章都有引介與本文關懷相關的內容，只是因為本篇論文題目範圍限制故而未指明這兩本書的核心關懷，在此略為交代。





## Janet Halley: 二元對立的酷兒批判

### 行為/身分認同(Act/Identity)二元對立的批判

#### 異性戀的建構

美國聯邦最高法院1986年做出的Bowers v. Hardwick判決指出，美國憲法第十四增修條文的實質法律程序(Due Process)並不包含保障「同性性悖軌」(homosexual sodomy)不受刑罰的「憲法上權利」<sup>19</sup>，接著四個下級聯邦巡迴法院也認為Hardwick案基本上為同性戀作為美國憲法平等權保障下的「嫌疑分類」(suspect class)的可能性落空<sup>20</sup>。其中最明顯的是D.C.特區聯邦巡迴上訴法院在Padula v. Webster案判決理由中所敘：聯邦最高法院拒絕讓「定義了[同性戀]這個群體的行為」入罪的州法違憲讓所有為同性戀主張平等權的嘗試失效。

雖然在美國憲法實務的法理上，實質法律程序保障的判決先例並不會自動拘束平等權保障的案例，但是聯邦各級巡迴法院接受Hardwick案於實質法律程序保障判決拘束力可以直接推及平等權保障，值得進一步推敲。Halley認為，其中關鍵在於法院認為性悖軌(sodomy)的

<sup>19</sup> Janet E. Halley, *The Construction of Heterosexuality*, in FEAR OF A QUEER PLANET: QUEER POLITICS AND SOCIAL THEORY, 82, 82 (Michael Warner ed., 1993).

<sup>20</sup> 美國憲法實務對於平等權的法理並未採取不論在普通法系或歐陸法系均相當常見(姑且不論法釋義學操作的細節上差異)的比例原則(proportionality)，而是發展出三重審查基準。See, Nan D. Hunter, *Deer in Headlights: The Supreme Court, LGBT Rights, and Equal Protection*, *The Nineteenth Annual Frankel Lecture: Commentary*, 52 HOUS. L. REV. 1121, 1134 (2015). 比例原則的思考順序是，如果政府的行為對提訴的原告(prima facie case，意指原告所提出的證據已經足夠支持其訴權之案件)已初步證明造成行使權利的負擔(burden)，則探問以下三個問題1.系爭憲法上權利所受的負擔是否合理地與足夠正當的政府目標關聯2.是否存在對系爭權利施予較少負擔但同等可以達到相同政府目標的手段3.對系爭權利施予的負擔是否超過政府對該權利的侵害所得到的利益。比例原則是只要原告可以提出初步證明的案件(prima facie case)就可以開啟平等權的司法審查，而政府的差別待遇行為是否可接受、審查密度要多高皆取決於是否合乎「比例」。不過美國的憲法平等權教條與比例原則思考順序完全顛倒：先問是哪種差別待遇的分類，決定好是哪種分類後再因不同分類而有不同的審查密度。See, ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES* 669-674 (3rd ed. 2006). 美國法的提問順序是：1.政府的分類是甚麼？2.要採用甚麼審查密度(scrutiny)？3.系爭的政府行為是否通過所採用的審查密度？就第一個問題，分類可以是表面上即知的分類，也可能是表面上中性但有歧視的目的且造成實質上的歧視。不論是哪一種分類，一旦指認出有分類，接著就是按照分類的方法來指派不同的審查密度。基於種族、移民原族裔、大多數對外國籍人的分類須採用嚴格審查基準(strict scrutiny)，亦即政府行為必須是為了要達成急迫(compelling)的政府目標，政府有做出差別待遇的重大理由，而且除了系爭差別待遇之外沒有其他達成同樣目標的方法。在嚴格審查基準下，舉證責任在政府方，因而實務上一但採取嚴格審查基準，系爭法律通常違憲。中度審查基準(intermediate scrutiny)用在性別以及非婚生子女的分類，政府目標需要是重要的(important)且手段與目標必須有實質上(substantially)的關聯。在中度審查基準下，舉證責任也在政府方。而最後是合理審查基準(rational basis test)，這是所有涉及平等權的法律主張必須達到的最低標準，非屬嚴格、中度審查基準的分類皆使用合理審查基準。合理審查基準僅要求政府目標是正當的(legitimate)且達到目標的手段是合理的(rationally)與目標相關聯即可。在合理審查基準下，舉證責任由主張受歧視者負擔，也因此少有法律在合理審查基準下違憲。



行為定義了同性戀這個族群(class)，認同政治(identity politics)與法律實務的合流是此一批判的起點<sup>21</sup>。

Halley提出異性戀的建構由三個命題組成：

命題1.法律上同性戀作為族群的定義(雖然往往不可見)同等牽涉到異性戀族群的構成。

命題2.同性戀與異性戀之間的差異系統性地與異性戀之內的差異相關，這些差異組織了「異性戀」的意義以及誰被歸類到異性戀之中，而在法院的操作中異性戀作為預設的一組身分，其內涵相當不穩定。

命題3.被排除於異性戀族群的嚴峻後果威脅並賄賂該群體內的人順服於將異性戀視作同質、穩定、忠於異性戀情慾、毫無性悖軌的慾望的論述中<sup>22</sup>。

Halley舉出三個LGBT被拒於平等權保障之外的案例來說明為什麼就憲法理論上來說平等權法理與實質正當法律程序的法理不同，但是藉由異性戀建構三命題這兩者被接在一起。

第一個例子是Marjorie Rowland在Mad River鎮向學校的同事出了雙性戀的櫃子，原本私人的談話最終變成全校、全鎮的公共話題，最終她被解雇。Rowland提起訴訟，主張學校因歧視她的性傾向而將她解雇。聯邦第六巡迴上訴法院將她向同事出櫃的行為認定為私行為，因而不在此憲法所保障的公共言論範圍內<sup>23</sup>。在聯邦最高法院拒絕她聲請移審的不同意見裡，大法官Brennan仔細地區分聯邦第六巡迴上訴法院所做的錯誤區分。首先，即使再怎麼私密的個人談話，只要是出櫃，就會變成公共話題；其次，大法官Brennan認為說話這個行為與它所揭示認同無法區分：「聲請人的憲法第一增修條文權利主張與平等權主張似乎匯合，因為實際上不可能分割她所說的聲稱(spoken statements)與她的狀態(status)」<sup>24</sup>Halley認為，Rowland的聲稱即構成(constitute)了她的身分狀態。Mad River鎮與Rowland之間的互動關係，不是Mad River鎮「發現」了Rowland的身分狀態這個「事實」之後做了錯誤的決定而將她解雇，而是雙方一同進行了身分的建構，不只是Rowland的雙性戀，還有與Rowland糾纏的異性戀<sup>25</sup>。Mad River鎮的旁觀者，不論其對自身性傾向是否有所焦慮，似乎都可以從Rowland的下場中學到一課：不要向任何人出櫃。這就是異性戀目標達陣之時：保持對性傾向的沉默<sup>26</sup>。

<sup>21</sup> *Supra* note 19.

<sup>22</sup> *Id.* at 83.

<sup>23</sup> *Id.* at 84.

<sup>24</sup> *Id.* at 85.

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> *Id.* at 85-86.

第二個例子是James Miller因為坦承發生過同性性行為而被海軍依當時的規定除役。Miller雖然坦承放假時在台灣發生過同性性行為，但是他也否認自己是同性戀並且對他所做過的行為感到後悔、厭惡。Miller在軍中調查官的調查下所做的矛盾自述是他被除役的唯一理由，但他的自述並不當然說明他的認同。對自己行為的厭惡與後悔，一則可以令人聯想到宗教上的告解，或者也可以解讀為是軍中調查官威脅所做的策略性自述<sup>27</sup>。Halley認為，重點不在替Miller指派性傾向的認同，而是海軍如何認識到Miller是個同性戀的認識方法以及其所佔據的非同性戀位置<sup>28</sup>。Rowland案中，Roland與Mad River鎮是互動的，她從述說自己是雙性戀而捲入了身分辯論，但是Miller則是在海軍調查官的調查之下，從他的自述被軍方定性為同性戀，Miller對其定義毫無置喙的餘地。Miller所失去的，就是異性戀所獲得的：知道並指定甚麼是同性戀、誰是同性戀的知識權威<sup>29</sup>。聯邦第九巡迴上訴法院的判決似乎認識到Miller案的知識一權力。時任聯邦第九巡迴上訴法院法官的Anthony Kennedy<sup>30</sup>接受「Miller看起來不是個同性戀(not appear to be a homosexual)」，看起來似乎是承認了同性戀是人為範疇，但是他將這個認識視為無涉法律問題，並且將當時的海軍法規解釋為，只要行為人違犯即無判斷餘地，並且宣稱這個案子相當明確<sup>31</sup>。從判決結果來看，明確的當然不是Miller本人的性傾向認同，而是法院對知識論上定義權力的明確信心。這個信心，Halley即稱作是異性戀的排他知識權力<sup>32</sup>。

第三個例子是聯邦各級法院的法官。Halley認為，聯邦各級法院的法官到底如何排置自己值得檢視。經典的例子，就是Hardwick案及Padula案。聯邦最高法院在Hardwick案的判決理由中表示憲法上允許各州州法將同性性悖軌入罪，D.C.特區巡迴上訴法院在Padula案接著說犯罪行為定義了同性戀族群(class of homosexuals)，其實正是構成說話者(也就是聯邦法院法官)可將自身作為異性戀排除在須被刑罰的同性戀之外的「沉默的言說行動」(speech act of silence)<sup>33</sup>。Hardwick案及Padula案牽涉的是喬治亞州的刑法，而該州刑法條文禁止「任何人以性器與其他人的嘴或肛門性交」(any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another)<sup>34</sup>其實不僅僅禁止同性性悖軌，也禁止異性性悖軌。在Hardwick案判

<sup>27</sup> *Id.* at 86-87.

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> *Id.* at 87-88.

<sup>30</sup> 現任美國聯邦最高法院大法官，同時也是被視為LGBT平權里程碑的兩大案Lawrence v. Texas及Obergefell v. Hodges的多數意見主筆大法官。

<sup>31</sup> *Supra* note 19 at 88.

<sup>32</sup> *Id.* at 88-89.

<sup>33</sup> *Id.* at 89.

<sup>34</sup> 在2003年聯邦最高法院以Lawrence案判決宣告全美的性悖軌法違憲之前，在Powell v. State of Georgia, S98A0755, 270 Ga. 327, 510 S.E. 2d 18 (1998). 這個涉及已婚異性戀夫妻婚內合意性悖軌的案件裡，喬治亞州最

決中，White大法官將系爭案件定性為「聯邦憲法是否賦予同性戀進行性悖軌的基本權利」以排除Hardwick主張他身為一個人所享有的憲法保障的隱私權<sup>35</sup>。接著，White大法官認為喬治亞州處罰同性性悖軌的法律有效的表達了該州多數人民對同性戀的道德情感：「多數喬治亞州的選民認為同性性悖軌是不道德且不可接受的。」<sup>36</sup>White大法官所主筆的多數意見從在喬治亞刑法從未標記的一般人群之中產生出了同性戀，並且將其與多數人分隔開來。藉由明顯地誤讀喬治亞州刑法，產生了同性戀(現諸文字)，也產生了異性戀(文字上看不到)。喬治亞州刑法之前可能犯法的異性戀沉默且消失在視野以外，而這正是異性戀族群最重要且明顯的特徵<sup>37</sup>。

在Padula案中，D.C.特區聯邦巡迴上訴法院承接聯邦最高法院在Hardwick案的意見，認為違犯禁止同性性悖軌的法律這個犯罪行為定義了同性戀這個族群，如果和D.C.特區刑法(和喬治亞州一樣不區分行為人性別一律處罰)一起閱讀，就會得到一個有點荒謬的結論：在其法域之內的所有人，不論其性傾向為何，因為都可能進行性悖軌行為，所以所有人都是潛在的同性戀。當然該院判決說的是「同性性悖軌」而不是「犯罪性悖軌」定義了同性戀族群，而藉此排除掉做出這個判決的(假設是)異性戀的法官們，這也是唯一讓Padula判決說得過去的方法。而這正是Halley所說的「賄賂」發生之處：對法條的誤讀保持沉默，那麼我們就可以和這些法官一樣默默地構成文義上也是潛在的性悖軌犯罪人但法律操作上不會處罰到的異性戀<sup>38</sup>。

---

高法院即判決拘束該法不再適用，因而間接把這個據稱是處罰同性性悖軌的刑法給廢了。顯然喬治亞州處罰性悖軌的刑法如果有任何與同性戀相關之處，也是聯邦最高法院的判決創造出來的，而非法條文義。

<sup>35</sup> See, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). 這兩個隱私權的指標性判決肯認身體自主作為隱私權是聯邦憲法第十四增修條文所保障的憲法上權利。

<sup>36</sup> *Supra* note 19 at 90.

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> *Id.* at 90. 關於Hardwick與Padula的後續發展，聯邦最高法院在*Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). 案做出區別不引用Hardwick而宣布科羅拉多州州憲法第二修正條文禁止該州州內任何層級的政府部門做出任何指名保障男女同性戀及雙性戀者的條文違憲。1997年Halley發表的Janet E. Halley, *Romer v. Hardwick Gay Rights and the Courts: The Amendment 2 Controversy*, 68 U. COLO. L. REV. 429 (1997). 這篇文章中認為，在不採納Padula與Hardwick的*Romer*案判決理由中，大法官Kennedy採取了唯名論(nominalists)的立場定義同性戀族群，而反對的大法官Scalia則採取了實在論(realists)的立場定義同性戀族群，前者可以讓Kennedy大法官在不觸及任何描述族群特徵的方式在概念上對同性戀族群以類似某種集會結社的會員概念框架住，而主張科羅拉多州州憲法的第二增修條文本質(per se)上違反平等原則，進而即使合理審查基準可以建立合理政府利益與合理關聯，依舊直接宣稱違憲；而後者使Scalia大法官可以簡單的指認出同性戀族群應該有怎麼樣的行為以及這些行為定義了甚麼是同性戀，故而在反對意見中非常憤怒的指多數意見無視Hardwick的拘束力而硬要區分情況不同侵害了科羅拉多州人民的民主。Halley認為大法官Kennedy雖然藉此非常冷情的、中立的讓*Romer*案一點關於性的爭論造成的尷尬都避免掉，而且做了一個普遍學界覺得在法理上很差，而拼命想「補」起來的判決，但是Kennedy採的同性戀族群唯名論立場夠空洞，而使得對於同性戀行為與身分認同不用被逼到法律中，是有利酷兒以及沒辦法服貼同性戀認同政治的人的。另外，Halley指出，大法官Kennedy採用了系爭條文本質上違反平等原則但是又說系爭條文通過合理審查基準看起來非常矛盾，但是Halley認為法院對系爭條文的解讀意外的可以相容於Foucault的權力論述：系爭條文授權政府機關做出各種日常、微細、因地而異的歧視行為。將其「本質上」否決掉反而可以為日後主張類似的大小政

Halley將上述*Hardwick*及*Padula*案的同性戀族群定義稱為同性戀族群的「偏差定義」(deviance definition)，但當時的美國學界與法界還有另一種以該族群成員共享的人格形式去定義同性戀族群，Halley將其稱為「人格定義」(personhood definition)。不過不管是偏差定義還是人格定義，都預設了同性戀族群在法律之前即先天存在，而不是在論述與接合的過程(包含司法程序)中不斷被闡述出來的<sup>39</sup>。

堪薩斯聯邦地方法院的Kelly法官在*Jantz v. Muci*案認為基於性傾向的歧視應適用平等權的中度審查基準即是適用人格定義。人格定義基本上將人群依其內在人格二分為同性戀及異性戀，而其基礎是區分性行為(sexual conduct)與性傾向(sexual orientation)。同性戀族群的特色不是發生同性性行為，而是具有同性性傾向。而在*Jantz*案的判決中，法院認為同性性傾向是定義一個人的人格的重要面向，因此提高平等權審查基準<sup>40</sup>。

偏差定義與人格定義的差別相當明顯：前者涉及特定的客觀行為，後者則是涉及主觀性並將其二分；前者在不需指明異性戀族群存在的情況下創造出同性戀族群，後者則是直接指出有兩種人格分類；運用前者的知識姿態是異性戀不可能發生性悖軌所以可以「抽離」同性戀發生的場景，運用後者的則是將所有人(包含法官)分為異性戀與同性戀的全稱命題<sup>41</sup>。雖然從人格定義比較容易為同性戀族群在平等權保障上發聲，但是Halley認為不管是哪一種，都值得懷疑，因為這兩者其實都預設了知識論(epistemological)上的本質論(essentialism)，兩者都預設了法官可以有確定且具權威性的客觀認識<sup>42</sup>。

Halley認為，對偏差定義進行細讀才能看出來為什麼偏差定義與人格定義在知識論的本質主義上相互呼應。偏差定義的本質主義蘊含在原告因為做了不同於據稱是定義同性戀族群的行為被指認為是同性戀的案例中最為明顯。例如聯邦第九巡迴上訴法院駁回*High Tech Gays v. Defense Industry Security Office*的移審裁定理由所述，*Hardwick*案否認憲法賦予同性戀進行性悖軌的基本權，而且因此同性性行為可以處以刑罰，據此同性戀不能構成平等權審查中的嫌疑分類或準嫌疑分類。不過，法院並未調查聲請人Weston是否進行過性悖軌行為，僅

---

府歧視行為給予主張權利的機會。因此，Halley認為，*Romer*案雖然法理上不完美且把*Hardwick*案原有的關於性的論爭給去性且依舊採取中立客觀異白男法官姿態，但是它留下來的這兩個洞不要急著補起來，因為在這些縫隙中可能有很多人求生存。

<sup>39</sup> *Supra* note 19 at 91.

<sup>40</sup> *Id.* at 92.

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Id.* at 92-93.

以Weston自稱是男同性戀便駁回其移審之聲請。法院的推論順序因此是：Weston是男同性戀，所以就法律上而言，他違犯了禁止性悖軌的法律。在法律裡，性悖軌就是男同性戀<sup>43</sup>。聯邦第七巡迴上訴法院的benShalom v. Marsh案同樣重述類似的邏輯：原告benShalom因坦承自己是女同性戀而不獲陸軍續簽入伍，法院認為benShalom自承的女同性戀身分是「原告過去及未來會發生性悖軌行為的有力證據」而拒絕給予高於合理審查基準的平等權審查。理由同上，benShalom不管有無進行性悖軌行為，只要她承認自己的女同性戀身分，在法律上她就是性悖軌犯罪人<sup>44</sup>。High Tech Gays與benShalom這兩案顯示出來同性戀族群的偏差定義將性悖軌作為同性戀的「本質」，因此是本質主義的<sup>45</sup>。

至於人格定義的本質論相當明顯：同性戀與異性戀都是一個人人格的「本質」。Jantz案法院認為同性戀性傾向不僅是不可變的，而且更是人格中重要的定義特徵，除非嚴重破壞個人的自我感否則不易變化；歧視接受自己被天生的性傾向並拒絕改變其性傾向以符合社會規範的同性戀者，是對這些人具中心地位且決定性的人格特質的重大侵害。<sup>46</sup>雖然本案承審法官Kelly以此論證Hardwick判決並不拘束本案的平等權利主張，但是就其本質論的危險難以忽視：性傾向的認同在此論證中是剛性的、固定的，本質上定義了一個人。進一步說，人格定義與偏差定義並不相互排斥，因為一個人可以接受同性戀人格作為本質也同時將進行性悖軌的行為作為本質<sup>47</sup>。

採用偏差定義的法官因為將同性戀族群定義為做了性悖軌的行為，所以在無需明確指出異性戀存在的情況下造出了同性戀族群，甚而因為只看離散的性悖軌行為，所以異性戀只要對自己可能也發生性悖軌行為保持沉默、否認，就可以自動和同性戀族群切割。正是知道甚麼是同性戀的權威性知識位置、不須定義自身只需定義同性戀將其入罪而自己不用承擔性悖軌罪責的優勢位置，就足以「賄賂」非同性戀者保持沉默<sup>48</sup>。採用人格定義的法官雖然坦承有異性戀的存在而不同於不需承認異性戀存在的偏差定義，但是在這個定義下的同性戀和異性戀都被本質化了，而能夠探知這個本質的權威性知識位置依舊存在<sup>49</sup>。Jantz的判決理由曾述：「一般人都能夠理解並採納的說法是，如果政府歧視同性戀，異性戀要反思自己有沒有

---

<sup>43</sup> *Id.* at 93-94.

<sup>44</sup> *Id.* at 94.

<sup>45</sup> *Id.*

<sup>46</sup> *Id.* at 94-95.

<sup>47</sup> *Id.* at 95.

<sup>48</sup> *Id.* at 95-96.

<sup>49</sup> *Id.*

可能禁絕異性戀的慾望並轉移欲望對象到同性上。」這個說服的修辭雖然一開始講的是一般人，但是後面就直接說是異性戀了，因此可以反思並探知本質性差別的是異性戀族群。同時，這個修辭也指明了身為異性戀族群的成員，需要對異性戀慾望有專屬且不變的忠誠<sup>50</sup>。由於這個論述發自司法權，因此我們可以合理推測它強力遊說(這也是一種「賄賂」)異性戀將自己再現為對異性戀慾望有專屬且不變忠誠的聯合群體<sup>51</sup>。

綜上所述，Halley認為本質論並不保證可以確保憲法上權利保障。但是反過來說，解構式的閱讀也不保證，從Roland任職的學校的學生「被成為」異性戀與Miller「被成為」同性戀的例子來看，定義上的不融貫正是實質上的宰制機制，它不僅沒有解構異/同二元，反而還規制了異/同二元階序。宰制與被宰制的關係不能只是單純的論述上分析，單純的論述分析不足以拆解它，而是要就權力實際的著力點去分析，將認同固著或拆解在特定時空下是解放的還是壓迫的<sup>52</sup>。因此Halley認為，憲法平權論述應朝向發展一個夠柔軟可以同時包納酷兒與本質論的論證<sup>53</sup>。

## 性悖軌法理的酷兒閱讀：行為/身分認同(Act/Identity)操作如何建構出異性戀位置之一

Halley指出，性悖軌法對行為/身分認同(Act/Identity)的指涉是同時的，有時候是認同的指標，有時候是行為的指標。而它的修辭機制將同性戀認同置於異性戀認同的宰制之下。指認同性戀認同者作為性悖軌的實行者完成了宰制，而且其中的竅門在於宰制的異性戀並非完全免疫於性悖軌，而是暫時且間斷的免疫，這是修辭與政治權力可操作的位置。而從性悖軌的「行為」上，男女同性戀可以暫時擱置「認同」而聯盟，從異性戀的不穩定從內獲得政治機會，這正是酷兒的精神<sup>54</sup>。

衣櫃作為同性戀者政治處境的隱喻已經進入法庭之內，性傾向在平等權保障上的審查基準多採合理審查基準。而在相關的法律論辯中，參與者不僅在討論性傾向如何造成社會財的分配差異，而在論辯的同時也構成了性傾向。理論上我們很容易這麼講，但是對涉及其中

---

<sup>50</sup> *Id.* at 97.

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> *Id.* at 98.

<sup>53</sup> *Id.* at 99.

<sup>54</sup> Janet E. Halley, *Reasoning about Sodomy: Act and Identity in and after Bowers v. Hardwick*, 79 VA. L. REV. 1721, 1722-1726 (1993).

的當事人，法律上的論辯不僅只是論述上再現與構成的問題，它還有實際層面的影響<sup>55</sup>。Halley指出法律召喚(interpellation)了同性戀，而同性戀回應的時候真的相信自己是同性戀，法律的力量既符號地又是物質地改變了同性戀的政治處境<sup>56</sup>。性悖軌刑法對於性傾向認同的秩序具有重要影響，確實有人因此遭判刑(物質性的影響)，而在符號上來說雖然多數州的法律在字面上無涉性傾向，可是任何人都知道在美國這個法律對同性戀的想像至關重要<sup>57</sup>。在Hardwick案中著名的將性悖軌作為定義了同性戀這個族群的行為後，聯邦下級各級法院便以犯罪者作為一個族群分類不需提高平等權審查基準，同時也排除了出櫃的言論——作為宣稱自己是犯罪者的言論——值得受到聯邦憲法第一增修條文的言論自由保障。法院由行為定義身分認同，立法與行政部門可以在法律或政策上指定身分認同，假定某些人做過犯罪行為而且這個被推定發生過的犯罪行為定義了這個族群的本質。這裡有個雙重束縛：其中出櫃的言論完全不受言論保障，同性戀者參與政治進而影響上述過程的機會大幅受限；不過，出櫃的實踐在Hardwick之後又問題重重，它僵化同性戀應該是性悖軌者而異性戀應該不是性悖軌者的虛假<sup>58</sup>。

Hardwick案牽涉的是喬治亞州刑法，該州刑法禁止任何性悖軌，不限於同性之間。法院的判決創造行為/認同之間的不和諧關係在無視喬治亞州刑法中沒有同性戀但卻將訴訟範圍定在回答同性戀的權利問題的時候就開始了：「憲法是否賦予同性戀者發生性悖軌的基本權利」主筆的White大法官繼續說，「...而[這個是否為基本權利尚待本院決定的權利]讓許多長久以來將『這種行為』入罪的州法無效。」但是「這個行為」指的是甚麼？指一般而言的，有長遠歷史的性悖軌？還是指有長遠歷史的同性戀的性悖軌？法院可以回答是哪一種而將性悖軌行為描述為是同性戀的，還是單純就是種壞的行為。不過法院的推理中並未如此做，它只是將性悖軌與同性戀人格當作可以互相代用的詞，或者必要的時候將兩者區分，任其所好決定<sup>59</sup>。熟悉解構論述的人可能會因此而覺得開心：法院在概念上可以被解構、被質疑權威。可是Halley指出，概念上的不穩定並非本質上是弱點，法院在此反而構成了它的論述力量。這種論理不只產生了關於性悖軌的特定主意，而且產生了可以如此論理的主體位置。Halley說做這種論理的主體位置就是異性戀位置。法官們所佔據的這個異性戀位置讓他們不需要指認自己到底是不是異性戀(法官們確實沒這麼做)，而且這個位置是公共的姿態、公共的認同，而且是公共論述的制高點。相較於被探照燈照妖現形、揭露、固定的Hardwick同性戀性悖軌犯人，

---

<sup>55</sup> *Id.* at 1727-1729.

<sup>56</sup> *Id.* at 1730-1731.

<sup>57</sup> *Id.* at 1731-1733.

<sup>58</sup> *Id.* at 1733-1740.

<sup>59</sup> *Id.* at 1740-1747.



異性戀法官們的位置流動、隱藏、保留可以引申的修辭位置<sup>60</sup>。在操作合理審查基準的時候，White大法官運用了行為的修辭來讓他主張性悖軌行為在美國歷史上不斷地遭到社會非難的主張看起來合理，但同時又用身分認同的修辭說喬治亞州的性悖軌法是合理實現社會對同性戀的譴責。這兩個修辭相互卡死在一起，行為暗示且依賴於認同，反之亦然。White大法官讓自己的論述看起來融貫一致的手段只是持續的暗指同性戀認同是禁止性悖軌的主旋律。然而，回想喬治亞州的刑法同時處罰同性性悖軌與異性性悖軌就會發現White大法官的合理審查基準操作事實上是不融貫的：文字上中性的性悖軌法合理的原因是因為它是社會譴責同性戀的合法實現。綜合起來，行為/身分認同這兩種不同修辭分別在確認基本權利與合理審查基準時有不同的功用：確認系爭權利是否為基本權利的時候主要修辭是行為而次要修辭是身分認同；進行合理性審查的時候主要修辭是身分認同而次要修辭是行為。這是經典的雙重束縛：不管訴諸行為還是訴諸身分認同，法院都有理由可以打敗你，而Hardwick和他的律師就被困在身分認同與行為的雙重束縛中敗陣<sup>61</sup>。

就確認同性性悖軌不是憲法上基本權利的部分，White大法官的行為修辭訴諸美國長久的性悖軌法來說同性戀進行性悖軌的權利不是憲法上基本權利，只是基於一份邁阿密大學出版的二手歷史文獻，而且仔細一想就會發現，20世紀的刑法所禁止的性悖軌行為跟殖民地時期禁止的性悖軌行為可以合理判斷是不同的，就算相同，以前也沒有同性戀認同，現代才有。再考慮性悖軌執法的歷史，更會發現殖民地時期的執法紀錄是出於迫害異教徒才會性悖軌而被帶入法院。這裡我們可以再次思考White大法官所說的「這個行為」到底發揮了甚麼作用：「這個行為」從來沒有被定義過，所以它的意義都是暫時性的，隨前後文改變，可以是作為指涉代表性的違犯者—同性戀—的一組行為，也可以是法院說美國法歷史悠久的單一種犯罪行為。而從Hardwick案判決中的性悖軌的歷史編纂更可以發現其中的異性戀認同被保護得好好的：「令人憎惡的行為」、「不配有個名字的罪」、「不知道該怎麼命名也不知道該怎麼描述的(所以也不要承認吧)」，藉由讓Hardwick一樣的同性戀者去承擔性悖軌，「可以不知道性悖軌的特權」作為異性戀獨享的權利就被建立起來了。不過，只要表面上不分辨同性或異性性

<sup>60</sup> *Id.* at 1747.

<sup>61</sup> *Id.* at 1747-1749. Halley並補充說明雙重束縛的三要件。第一要件是兩個概念系統(或「論述」)互相在邏輯上相反且對稱。第二要件是被偏好的論述需要被壓下的論述來使它運作，天真的解構論述者會在這裡就開心地宣稱因為這個要件，它很不穩定所以很脆弱。第三要件是這個不穩定是這整個結構的柔軟與韌性的來源，因為這兩個對反的論述中哪一個論述居主導地位是可以翻轉的。雙重束縛的高手就是可以巧手翻轉這個二元對立。二元對立中論述權力的競爭就是，競逐設定二元對立內部不和諧的修辭與物質上槓桿的遊戲規則，或者是想出辦法利用這個槓桿獲得利益。而在此法院就是這個高手。

悖軌的法律條文還存在，異性戀佯裝不知情的特權隨時都處於危殆中。*Hardwick*案的判決，可以被視作是保護這個危殆地位不被侵擾的言說行動<sup>62</sup>。

而合理審查基準的操作的部分，**White**大法官的認同修辭是，政府目的是維護多數喬治亞州選民道德上不接受同性戀性悖軌的公共決定，說得過去(「不然法院會非常忙碌」)。然而，說喬治亞州性悖軌法的目的如同上述的來源不是被法院說宣稱這個理由不合理的**Hardwick**，而是喬治亞州的檢察總長**Bowers**。因此，法院把來自喬治亞州的主流意見(官方異性戀的意見)的說話者藏起來了，而且也不用負擔相信這個目的的人的角色—全部丟給**Hardwick**這個人承擔。就修辭上的分析，法院是藉此保護異性戀認同：說理由合理的異性戀不想透過自己的嘴巴講，所以讓同性戀講這個理由不合理，然後反駁掉就好<sup>63</sup>。

藉由精細的修辭學分析，**Halley**展示出在**Hardwick**一案中異性戀位置如何藉由行為/認同二元對立的雙重束縛中被保護。而本案判決所建立起的異性戀認同有以下特色：1.對性悖軌被當作一種身分認同管制而來的污名與脆弱性免疫2.如果將性悖軌當作是行為的管制則會受到跟隨性悖軌的污名與脆弱性3.所以異性戀是不穩定、暫時性、內部多變(既是性悖軌的也不是性悖軌的)4.藉由維持隱藏不可見來維護它的免疫地位與表面上的一致<sup>64</sup>。而**Halley**認為藉由注重行為層面的法律倡議比注重認同層面的法律倡議容易撼動異性戀位置，因為不僅這讓性少數社群內部減少認同之爭，也可以與反性悖軌法的異性戀聯盟<sup>65</sup>。

## Don't Ask, Don't Tell：行為/身分認同(Act/Identity)操作如何建構出異性戀位置之二

Don't Ask, Don't Tell(簡稱DADT)是美國柯林頓政府時期於1993年宣布，而國會與行政權交手數次後立法通過的政策。該政策讓美軍在明確排除同性戀者服役的政策續存的情況下，對既存服役人員中未出櫃者以不問、不說的方式「保障」其既有服役狀況<sup>66</sup>。這個政策在歐巴

<sup>62</sup> *Id.* at 1750-1767. **Halley**並提供了一段美國的性悖軌法從英國殖民地時期開始使用到獨立之後的法律史考察，表示性悖軌的法律爭議眾多，不僅僅是它到底何時開始生效未知，層出不窮的婚內性悖軌、口交案件以及數次修法一直改變喬治亞州法院與聯邦法院對性悖軌的定義。不論如何，總之不是法院所宣稱的單一穩定歷史。法院只能倚賴穩定的同性戀者來讓它的歷史故事看起來合理。

<sup>63</sup> *Id.* at 1767-1770.

<sup>64</sup> *Id.* at 1770.

<sup>65</sup> *Id.* at 1771-1772.

<sup>66</sup> 10 U.S.C. § 654.

馬政府時期已經於2011年國會立法撤銷<sup>67</sup>，因而不是現下的有效法。雖然有因DADT而進入聯邦法院體系的訴訟案件，不過在它們還沒上訴到聯邦最高法院就因為國會立法撤銷而喪失訴因，因此我們不可能知道這個政策如果落到聯邦最高法院手上，會有甚麼樣的後果。Halley在1999年出版的專書《Don't》詳盡闡述DADT從柯林頓政府的行政部門政策宣示到國會介入以立法權限制行政權政策形成的過程，她把所有立法資料、國會聽證紀錄、政府檔案及相關訴訟案件全部按時間排列，並逐字逐句細讀、比較各版本的變化，主張最後通過的國會立法版本與美國國防部按照立法而制定以施行DADT的行政規則表面上看起來是保障同性戀族群的進步政策，實際上立法目的不是保障同性戀平權，而且對同性戀和異性戀都有不良影響。這本專書雖小，可是對立法過程的考察相當仔細(也因此很多地方我跟不上)，然而也是對於立法學的重視使得Halley可以做出實際上有憑有據的立法目的解釋，而非只是只從文義上由法學家自行空想出來的立法目的解釋。

就本論文的目的而言，我無法完整的將這本書中於上一段所提到的法律解釋學上意涵與立法學上的政治動態清楚介紹出來。我著重的是，Halley如何藉由酷兒閱讀來解釋DADT中「合理性的人」(reasonable person)與「傾向」(propensity)這兩個詞在操作上產生的權力關係。

Halley主張，DADT是Hardwick案判決法理立法後形成的政策。<sup>68</sup>DADT恣意、廣泛、不可預測，因為當你的長官(可以基於任何完全跟你是不是同性戀無關的理由)覺得你是同性戀，這就足夠讓你的長官推論你曾經或將會進行同性性悖軌行為，而除非你可以證明你沒有發生同性性悖軌行為的「傾向」(propensity)(注意這裡的舉證責任負擔!)，就等著因此被隔離並除役<sup>69</sup>。不過，要證明「沒有」傾向比證明「有」傾向不是一件容易的事，我們可以合理的推斷，為了要讓不知道心裡在想甚麼的長官確信你確實沒有這種傾向，人人(不管同性戀還是異性戀)為了自保可能發展出各種行為腳本來排除各種被聯想到同性戀、同性性悖軌的可能<sup>70</sup>。如果只有別問與別說的立法，那或許真的是進步，可是別問別說的立法同時增加了基於服役人進行了「合理性的人會理解為展示出意願或傾向去進行情慾的同性身體接觸。」(“bodily contact which a reasonable person would understand to demonstrate a propensity or intent to engage in [homosexual acts]”)而隔離並除役的條款。誰是這個合理性的人(reasonable person)? Halley指出，立法上完全不限制軍中指揮官在此的裁量權限，所以當指揮官覺得某人展現出這種傾向，指

<sup>67</sup> 124 Stat. 3515, 3516 and 3517.

<sup>68</sup> JANET E. HALLEY, DON'T: A READER'S GUIDE TO THE MILITARY'S ANTI-GAY POLICY, 12 (1999).

<sup>69</sup> *Id.* at 2.

<sup>70</sup> *Id.* at 3.

揮官就是法律上合理性的人做出了在事實上合理性的推論<sup>71</sup>。因此，「合理性的人」的判斷，可以說是每個服役者心中放了一本異性戀偏執的字典：合理性的人(也就是我的長官)怎麼想哪些行為、那些語詞會讓他/她覺得這展現出同性戀傾向？這本字典上列出來的事情千萬別碰。Halley稱DADT因此將異性戀偏執的意符系統變成法律與政策<sup>72</sup>。

DADT立法指出，參與同性戀行為(homosexual conduct)的人應被排除在軍隊之外，同時不能只以(沒有彰顯出來的)同性戀傾向為排除的基礎。在此說法中的同性戀，作為一種身分，似乎是不管法律有無明文指定都存在的人格，在此同性性傾向對個人來說是真實且內在於人格，而且性傾向跟性行為可以分開來<sup>73</sup>。而基於維持單位團結(unit cohesion)的政府利益但又要保障未出櫃者的服役權利，故立法管制同性戀行為而不管制同性戀傾向。Halley指出這個做法跟Hardwick案的行為/身分認同動力相同：1.行為與身分認同是兩個互相獨立的元素2.為了要發現它如何與「行為」運作相關聯(在Hardwick是「身分認同」)所以要穿透「身分認同」的模糊(Hardwick是「行為」的模糊)3.身分認同與行為之間的互動讓異性戀身分成為政策的制高點4.這個政策(判決)不只是試著證成自己的正當性，它更製造了自己，尤其是焦慮的異性戀人格，的正當性<sup>74</sup>。此外，出櫃身分認同的櫃(而非行為的櫃)作為一個同時具有表達性的(constative)與展演性的(performative)功能的言說行動(speech act)，在DADT沿用的Hardwick行為/身分認同二分下，既牽涉行為也牽涉身分認同。尤其是言說行動的展演面向來說，說者的社會展演(以言表意illocutionary，「我是同性戀」)與聽者依此做的行為(以言行事，perlocutionary，「所以你承認你進行過同性性悖軌」)，證明了DADT政策如何使關於認同的言說行動變成同時關於行為的，行為/身分認同二分進入立法，立法使這個區分一次建立了同性戀行為與認同<sup>75</sup>。

Halley指出，另一個DADT政策中的「創新之舉」(在1993年前排除同性戀服役的相關規定從沒出現過)是將「同性戀行為」定義為包含「合理性的人會理解為展示出意願或傾向去進行情慾的同性身體接觸。」(“bodily contact which a reasonable person would understand to demonstrate a propensity or intent to engage in [homosexual acts]”)其中，最值得注意的是「傾向」(propensity)一詞<sup>76</sup>。Halley指出，在國會通過的立法中述明是為了要保持單位團結與紀律，若無會對軍事能力造成損害，因此國會立法要「減少同性行為的風險」以避免「真實的損害」

<sup>71</sup> *Id.* at 4-5.

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *Id.* at 29-30.

<sup>74</sup> *Id.* at 31-32.

<sup>75</sup> *Id.* at 54-56.

<sup>76</sup> *Id.* at 57.

發生。Halley稱這個模型為「性傾向傾向的精算模型」(the actuarial model of sexual orientation propensity)，因為它很像是保險精算員為了要控制並平攤風險而向較高風險的族群收取較高的保費，性悖軌行為跟汽車車禍一樣，都是政府可以合理管制且避免的事情。然而，保險精算中因高風險行為而被收較高保費(與較多管制)的族群大多跟某種身分認同無關，而同性性悖軌顯然不是這樣<sup>77</sup>。而形式上採取精算模型的後果是，不用有實際行為也可以被歸類為可能發生行為的高風險族群，重述了*Hardwick*案無法獲得更高平等權審查基準的判決拘束，而且正因為是就像保險一樣的風險管控，所以根本是允許各級聯邦法院使用合理審查基準讓它過關。此外，精算模型因為關注的是高風險「行為」，而出櫃的宣稱原本可以試著用第一增修條文的言論自由保障也可能因為精算模型而被轉移成行為的風險管理而無法主張言論自由保障。同時，精算模型追求的是效率、風險管控，將軍隊描繪成一個大型保險團體的風險管控模型，使得行政行為很容易通過法院審查，權利論述在其中的施力點甚少。如果同性戀平權訴訟真的提起，原告與律師將面臨雙重束縛：為了要勝訴所以必須主張同性戀的自我描述只關於身分而完全與行為無關，但是認同政治裡性悖軌行為又是同性戀人格重要的一部分<sup>78</sup>。接著，Halley還讓這個理論更細緻：她說傾向的精算模型以「傾向的心理模型」(the psychometric model of propensity)為前提。傾向的心理模型將「傾向」視作是一種內在於人心裡的犯罪人格特徵，與精算模型不須預設高風險族群的內在特徵完全相反，心理模型在這方面是實在論、指派犯罪傾向者族群本質的特徵。精算模型被用在不適宜的族群上，正是為什麼精算模型需要以心理模型為前提的原因。而精算模型藉由DADT立法的導入，只是模糊焦點，實際上無法取消心理模型<sup>79</sup>。而Halley藉由幾個聯邦法院的判決指出，確實精算模型讓法院願意採取合理審查基準以及在事實上的認定完全沒有辦法預測法院是否決定傾向是否被原告所反駁，而使得相關訴訟大多獲得不利原告的判決<sup>80</sup>。Halley指出，DADT立法後不管是陸軍、海軍、空軍還是陸戰隊所訂出來的施行細則與法規也確實給予各級有權之指揮官在推論「傾向」上完全不受制衡的裁量權，而這種長官裁量權在軍中實現了異性戀規範性，並且讓指揮官得以像保衛異性戀的法官一樣不語也不主動做功，以異性戀規範而治軍紀<sup>81</sup>。

Halley指出，DADT是*Hardwick*法理在軍中的實現。而可能保衛憲法上權利的主張可能是，出櫃的宣稱受言論自由保障，而以出櫃判斷傾向違反言論自由、或者是想辦法說服法官

---

<sup>77</sup> *Id.* at 58-59.

<sup>78</sup> *Id.* at 58-64.

<sup>79</sup> *Id.* at 64-65.

<sup>80</sup> *Id.* at 65-108.

<sup>81</sup> *Id.* at 109-124.

立法目的「維持單位團結」根本就是不合理的立法目的。而最後，她指出Hardwick案的判決與DADT的立法，都是為了保衛異性戀，而這徹底的不理性、連要保衛的異性戀到底是哪些特定的人都不可而定<sup>82</sup>。



## 同性戀就像種族一樣？Halley 評認同政治倡議的倫理問題 以及多元交織性的酷兒思考

男女同性戀的權利倡議者常常主張同性戀權利就像在黑人民權運動與女性運動中所建立且廣為認可的權利一樣，因此時常主張就像種族歧視一樣、就像性歧視一樣，希望法官可以做類推<sup>83</sup>。這個類比表面上看上去很有道理，因為都是基於認同的社會運動為基礎，而且都有專門的草根組織進行倡議，不過Halley認為可類比性僅止於形式。實質上，認同政治基於假定為群體成員內在的認同，而且屬於群體的一員帶給她/他們本真(authentic)的經驗與態度，因此群體的政治與法律上利益相當一貫，而且以這些經驗為基礎讓群體成員可以辨認出他/她的利益並為群體主張時具有權威。這種融貫論假設正好是男女同性戀群體所不具備的，而且不同認同間的摩擦與論辯正好是美國性少數政治的特色，在理論上則有酷兒對認同融貫論(coherent)假設的批評<sup>84</sup>。重述一次認同政治與酷兒政治的歧異：認同政治假設認同先於政治的接合與闡述而存在，而且認同固有的特質與群體內成員共通的經驗是組織團結倡議的基礎以對抗壓迫；酷兒觀點則認為權力既是讓人不得不如何如何做的力量，它也讓人如此變成必須如此如此做的人，認同就是召喚(interpellation)的一種，倡議加強認同、認同產生群體成員必須注意的腳本、腳本限制了成員，認同政治看起來就跟權力一樣壓迫<sup>85</sup>。

Halley指出，認同政治有幾個基本問題：1.認同的融貫論假設使正確認識對認同的描述是否精準相當重要，但是在酷兒的眼光看來描述本身也是構成認同的力量之一2.認同政治倡議者運用再現行為(representational act)在策略上到底是好是壞3.再現行為在倫理上是否可以接受(我代表我所屬的群體說話)4.認同政治發展出許多檢查成員是否對自己的群體身分忠誠的論述，並且以忠誠限制群體內成員的自由。Halley指出這些問題對認同政治的法律倡議工作者來說相當重要。認同政治倡議律師的「代表/再現」(representation)有兩個意思：一個是這些律

<sup>82</sup> *Id.* at 108-131.

<sup>83</sup> Janet E. Halley, "Like Race" Arguments, in *WHAT'S LEFT OF THEORY?: NEW WORK ON THE POLITICS OF LITERARY THEORY*, 40, 40 (Judith Butler, et al. eds., 2000).

<sup>84</sup> *Id.* at 41.

<sup>85</sup> *Id.* at 42-43.

師是認同團體委任的訴訟代理人(所以是「代表」)，另一個是這些律師管理這個團體的論述演出(*discursive rendering*)(所以是「再現」)。而就理想的認同政治律師倫理而言，律師有責任讓再現盡可能透明，讓自己盡可能做到：假使是受壓迫的群體成員是律師的話，他/她會怎麼說。此外，律師們選擇為某些團體辯護而非另外一些團體，足夠造成在不同的弱勢團體中的組織能力與權力差異，而且律師辯護的實質內容也會反過來改變這個團體在社會上的定義。因此，在考量上述律師倫理的問題後，尤其帶著酷兒的眼光，Halley認為「同性戀就像種族一樣」的平等權主張需要仔細檢視。類比不僅是人類認知中重要的一種方式，同時也是法律論理中的重要方法(類推適用)，因此Halley不會天真到主張不能類比，而且美國的權利論述受種族平權影響深遠，要完全避開也不可能。Halley的主張是，有些「就像種族」(*like race*)的類比有難以正當化的強制性而須避免，而有些類比則是對構成認同有相當影響，不能不經反思地使用<sup>86</sup>。

非裔美國人民權運動在推進憲法平等權的保障而終止種族隔離政策的成果斐然，因此之後的平等權法律主張想要直接模仿而順著這個道路成功的想法並不奇怪。而這不僅是律師們的想法，運動組織者心中也似乎也這麼想，這可以從在華盛頓特區舉辦的LGBT遊行路線的選擇年年模仿1963年春天的平權遊行觀察到。而模仿帶來的問題，Halley分為三個層次去談：在性傾向群體內部、在性傾向群體與非裔美國人群體之間、以及這兩個群體的相互交織之上<sup>87</sup>。

### 在性傾向群體內部的問題

Halley提出性傾向作為認同大約有兩種類型：在本體論上採實質論(*realist*)的少數化(*minoritizing*)模型與在本體論上採唯名論(*nomialist*)的普遍化(*universalizing*)模型。當同性戀倡議律師模仿種族提出平等權的法律論證的時候，可能採用的是普遍模型，模仿King著名的演說「...不因為膚色(此處代換為性傾向)而被評斷，而是基於性格」，而在聯邦第九巡迴上訴法院Norris法官在1997年於Lambda自由獎頒獎典禮時發表的演說也訴諸普遍模型「...DADT是[法律上種族隔離]惡意歧視的變體...無數的男女同性戀者[在軍中]堅毅地面對偏見，如同四十年前Little Rock鎮一樣...」而將隔離同性戀與隔離黑人的道德錯誤直接類比。不過，同性戀倡議的律師也會採取少數化模型，將種族作為團體與同性戀作為團體類比。不過，採取少數化模型的爭議就比普遍化模型來得多。第一個例子是，同性戀作為少數團體跟種族作為少數團

---

<sup>86</sup> *Id.* at 43-46.

<sup>87</sup> *Id.* at 46-48.

體是因為「不可變的特徵」或者是「離散且隔離的少數」。「不可變的特徵」是民權運動後建立的平等權法理中需要採取嚴格審查基準「嫌疑分類」的考量因素之一，所以可以用來主張分類就是歧視；「離散且隔離的少數」則是援用聯邦最高法院1938年United States v. Carolene Products Company案判決理由中的註腳四允許法院給予政治過程中持續弱勢的團體保護<sup>88</sup>，而同性戀者也是在多數主導的立法權中無力參與政治過程的離散且隔離的群體，因此需要司法權介入立法。在實務上，聯邦各級法院採納同性戀族群「不可變的特徵」論證或「離散且隔離的少數」論證的法院並不多。學理上，亦有論者指出<sup>89</sup>長期被排除在政治過程之外的不是離散且隔離的群體，而是匿名且瀰散的同性戀族群。邏輯上，不可變的特徵主張反推回去是如果黑人可以改變他們的膚色的話，以膚色作為分類就合理；如果同性戀可以改變他們的性傾向的話，以性傾向作為分類就合理；前者在美國會被一笑置之，但後者在美國是眾多人相信的命題。採取少數化模型的法律主張也不利其他同處弱勢但不見得能舉出明顯不可變特徵的群體的平等權保障，因此對聯盟政治有不良後果。論證上，試圖主張Carolene註腳四的論者也本末倒置地錯置其重點是政治程序參與受阻，而非離散與隔離。離散與隔離是後果，而不是群體特徵<sup>90</sup>。

上述是Halley指出釋義學上的困難，但回到她一開始提出的律師倫理問題，過度強調不可變特徵的法律主張讓普遍化模型被少數化模型給輾壓過去，而訴訟上勝訴要求刺激了尋找同性戀有無生物基礎的科學研究，而且召喚同性戀主體應該要有這些不可變的特徵。其次，關於代表與再現的問題，少數化模型使得律師只為(speaking for)同性戀辯護，訴訟上獲得的法律成果只能為同性戀所用，這在反歧視法中顯得格外諷刺，創造了新的不受保障群體(例如，雙性戀、跨性別等等)。Halley認為，避免倫理上問題的方法不應該是回過頭去在群體內創造是否對其認同忠誠的政治檢查。承認不管是少數化模型(同性戀可以被治癒)還是普遍化模型(同性戀是不好的生活風格選擇)都會被反同者攻擊的現況，雖然Halley明顯偏好普遍化模型，但是她也無法否認確實有人的自我認同極強而尋求被代表與被再現，她只能希望社群內部對

---

<sup>88</sup> United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938). 在1938年的脈絡，地理的離散與隔離通常就是種族、族裔、宗教少數的處境。「離散與隔離」的群體因為無法參與政治程序，因此可以提高司法審查。("whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.")

<sup>89</sup> Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713, 723-24 (1985).

<sup>90</sup> *Supra* note 83 at 48-52.



話機制不足而讓「就像種族」的模仿不經反思就被利用的情況改變<sup>91</sup>。



## 在性傾向群體與種族認同群體之間的問題

在美國，同性戀認同群體直接模仿種族群體的類比直接造成了這兩個認同運動倡議者之間的緊張關係，有些黑人社群倡議者看不出來可供類比的基礎在哪裡，反對這種模仿。**Halley**認為認同的忠誠是撬開代表/再現倫理的危險機制：對誰忠誠？對「我們」。可是「我們」是誰？開始爭辯。**Halley**希望追求性傾向平等的時候也要追求種族平等，而提出以下問題：認同模仿是提供還是隔絕進入無涉認同的分配正義問題<sup>92</sup>？

第一個緊張關係表現的樣態是，同性戀族群就像種族族群偷走了黑人民權運動(在一貫的黑人認同立場這麼說)，或者是黑人運動就是反同(在一貫的同性戀認同立場這麼說)。這是僵固認同所造成的死結。第二個緊張關係表現的樣態是，同性戀權利是天賦人權，不能夠被代表/再現的倫理問題所阻礙。這在將同性婚姻類比於跨種族婚姻的情況最為明顯。不過由於天賦人權的概念太空洞且形式化，而且它與同性戀認同政治和種族認同政治的實際操作相悖，所以多半提出來的人也不是真的相信，只是為了拌嘴。第三個緊張關係表現的樣態是，同性戀的污名會污染其他領域的法律，因此這個領域的法律挫敗會傷害種族少數。這種主張在普通法系的判例法並不是危言聳聽，當**Hardwick**案的挫敗發生後，隱私權保障的限縮讓許多人開始擔心**Roe v. Wade**以隱私權建立的墮胎自由會被後來的判決所推翻，讓隱私權與受汙名的團體連結後，其他仰賴隱私權的團體可能陷入危機。不過，**Halley**認為這個攻擊對同性戀者來說負擔太沉重，要求其壓迫機制正是被汙名、被要求禁聲的團體為了其他群體的利益而繼續維持這個壓迫機制，在倫理上說不過去<sup>93</sup>。

第四個緊張關係的表現樣態是，模仿種族的主張會讓民權運動獲得的資源(工作職位、政府資金、對反歧視法的大眾支持等等)從黑人群體那邊被吸過來到同性戀群體這邊。**Halley**認為這是多數黑人族裔政治倡議者實際擔心的事情，考量到積極矯正歧視措施(**affirmative action**)實踐的結果是，黑人與拉丁裔之間互相排擠，而非人與拉丁裔又發現白女人又在獲取這個資源的競賽中領先，這樣的顧慮有其理由。積極矯正歧視措施是為了補正歷史上某些資源長期不能為某些弱勢團體進用而進行人為的資源調動補償。細究就會發現問題是：不同族群

<sup>91</sup> *Id.* at 52-54.

<sup>92</sup> *Id.* at 54-55.

<sup>93</sup> *Id.* at 55-58.

被壓迫的形式不同，被阻絕進用的資源也不同，因此同一個積極矯正歧視措施下放入不同族群是對個別族群的受壓迫史不敏感<sup>94</sup>。

在認同政治的認同一貫假設下，積極矯正歧視措施的資源分配問題有三種解決方式。第一種是比較不同種類的壓迫，看誰最慘依序排列然後按照順序來分大餅。第二種是借用自由主義功利主義的方法，把所有受壓迫者想成一群同質性的個體要來分大餅。第三種是做左翼多元文化主義長期以來逃避現實的做法，說大餅不夠大然後回家。不管是哪一種講法都沒辦法解決問題，因為有些受壓迫者還沒有形成公民權傳統下的認同，所以是否要先形成某種受壓迫的認同再進來分大餅是個問題。這裡，分配正義與認同政治交錯，而且這兩個概念在這種解決方式中是不可共量(*incommensurable*)的。其次，有些資源不見得是金錢類的大餅，而是沒有定量的文化上容忍。這裡分配正義與批判種族理論交錯，而且這兩個概念在這種解決方式也是不可共量的<sup>95</sup>。

回到種族平權倡議者對同性戀平權倡議者模仿的批判，第一個是主張性與性傾向的認同「不像種族」一樣是種「狀態」(*status*)，而是與「行為」(*conduct*)相關的一種認同。這冒著恐同的危險，在先前談異性戀建構時Halley已經說明過。針對另一個基於資源被吸走的批判就可以看到Halley經典的細緻綿密分析。Halley認為這批評後面預設對零和(*zero-sum*)資源的競爭，而她認為框架這個問題的方式應該是：黑人民權運動倡議者與同性戀民權倡議者處在互為符號的語言過程中互動而形成影響各自構成成員的軟性限制。以軍隊的DADT政策為例，同性戀平權倡議者在此也是運用種族模仿宣稱這就像種族隔離，因而這個宣稱可以被解讀為：撤銷DADT之後軍中的工作機會就會被白人男同性戀搶走了，資源從種族少數被移轉到白人男同性戀。這個解讀並不難懂，可是驚訝的是沒有人這麼主張來支持軍隊排除同性戀的政策。主要被用來支持軍隊排除同性戀的理由不是資源分配，而是「單位團結」，而「單位團結」有種族意義。軍隊接受女性入伍後，性騷擾案件開始出現，而其中又特別多白人女性宣稱被黑人男性性騷擾的案件，似乎女性加入軍中之後擾亂了原本同性的社會環境，而黑人男性被認為比白人男性對白人女性來說更具威脅的印象就以性騷擾作為症狀浮現出來。在「單位團結」還是支持排除同性戀的軍隊政策理據時，黑人運動倡議者以資源排除說反對同性戀運動倡議者就說不過去。在這裡我們可以看到種族與性之間的複雜意義關係<sup>96</sup>。

<sup>94</sup> *Id.* at 58-59.

<sup>95</sup> *Id.* at 59.

<sup>96</sup> *Id.* at 61.

在美國許多州試圖以修改州憲法來禁止各級政府禁止歧視同性戀者的法規時，常見的一個反對主張是同性戀權利是「特殊權利」(special rights)，而Halley認為特殊權利主張是另一個利用「就像種族」來中介種族與性傾向的互相指示，而被用來創造出反歧視運動間的零和關係。其中關鍵是「特殊權利」所指涉的對象非常寬廣，性傾向、種族、族裔、原國籍、身心障礙、婚姻狀態、退伍軍人身分……等等，都可能被說成是要求特殊權利的理由。Halley說，「特殊權利」是混淆視聽，民權運動所促成的反歧視法禁止基於種族、性和一些被特別指明的基礎而做出的惡性處置，並提供因此受害者提出損害賠償的法律請求權。在權利的形式上，它是中性的，因此並不特殊。例如，男人也可以主張遭到性歧視。這些權利只有在執行的時候可能以「特殊待遇」(special treatment)的方式實現。特殊待遇可以分為三類。第一類是聯邦最高法院所設立的三重審查基準與嫌疑分類，它承認黑人比較容易受到種族歧視、女人比較容易受到性歧視，因此形式上的平等權利需要「特別考量」歷史上受宰制而實現平等權利。第二種是為了容納女性與身心障礙者的特別需求而做出來的「特別待遇」，例如輪椅坡、產假等等，但是這是這一類人群的處境特殊，而不是他/她們的權利特殊。第三種是積極矯正歧視措施，這是爭議最大的一種，因為它不只是單純禁止歧視，而是要求國家主動、積極矯正，因此它既是特別待遇(國家有做某些措施)，也同時是特殊權利(爭論它是否是憲法上允許的權利)。Halley認為主張同性戀運動倡議在追求特殊權利的人是乘著對積極矯正歧視措施作為特殊權利的爭議的順風，而就是在這一點上Halley說「就像種族」的類比中介種族與性傾向的互相指示，而被用來創造出反歧視運動間的零和關係。它不僅傷害男女同性戀，也傷害種族少數與女性，因為利用「就像種族」把同性戀汙名與積極矯正歧視措施及其他反歧視的實踐綁在一起後，社會保守派與個人自由主義的不神聖大聯盟攻擊各種反歧視措施，並繼續混淆大眾對積極矯正歧視措施的疑慮與反歧視法的認識<sup>97</sup>。

### 在多元交織點上

多元交織性(intersectionality)在女性主義法學的文獻中是用以概念化性別與種族認同同時在個體身上作用的經驗，概略來說是一種現象學式(phenomenological)的描述。Halley指出多元交織性強調一個人身上同時存在兩個以上的壓迫軸向且不可分割在概念上是先有了不同、獨立軸向的壓迫才會另外概念化出多元交織性來解釋它們如何不可分且交叉<sup>98</sup>。此外，多元交

<sup>97</sup> *Id.* at 62-64.

<sup>98</sup> 意思是，一開始先設立性別與種族這兩種概念作為「實存」的壓迫軸向然後再困擾多元交織性作為真正的、個人受多重壓迫的生命處境與本質經驗如何因為這兩種被設想為「實存」的壓迫軸向錯誤切割，反而使得種族

織性的文獻似乎對同時交織在個人身上的兩種身分認同都採取本體論上的唯實論立場，也因此多元交織性才會這麼麻煩。Halley重回同性戀政治內部的認同麻煩—唯實論(realist)的少數化(minoritizing)模型與唯名論(nominalist)的普遍化(universalizing)模型—來思考多元交織的問題。種族差異也可以這麼理解：少數化模型的認識是從種族團結、肯認政治、多元文化主義和種族的國族主義論述中浮現出來的；而普遍化模型的認識是從族群融合主義、混成性(hybridizing)、拉丁裔與美洲原住民混血、強社會建構論之中浮現出來的。Halley主張，同性戀認同的「就像種族」論證可以讓種族論述內部的張力變緊或變鬆，而同性戀認同與種族認同的元多元交織性(meta-intersectionality)是政治性的，不同於女性主義法學文獻中的多元交織性是現象學式的描述。同性戀政治內部的召喚(interpellation)問題在種族的代表/再現中也沿著多種不同的差異再次凸顯<sup>99</sup>。

「就像種族」的運作是這樣：宣稱A像B同時隱含了B像A。元多元交織地操作，「就像種族」的宣稱可以創造同性戀的少數化模型代表/再現與種族的普遍化代表/再現之間的召喚性連結，或者反過來是同性戀的唯名論代表/再現與種族的唯實論代表/再現之間的召喚性連結<sup>100</sup>。

創造同性戀的少數化模型代表/再現與種族的普遍化代表/再現之間的召喚性連結的例子是，當同性戀平權倡議者援引「不可變的特徵」(immutability)，其實是試著把它翻譯成嫌疑分類中可疑性指標—種族與性歧視案件建立起的法理—的其中一項，並暗示只要有不可變的特徵就是嫌疑分類或準嫌疑分類(即使先前的法理只說不可變是考量因素「之一」)，來遊說法官提高審查密度。雖然同性戀族群未獲取嫌疑分類地位，但是不可變作為提高法官合理審查基準的嚴密度因素倒是頗有用，而這對族群特徵不見得那麼不可變的族群不利，更糟的是，它的逆向推理「黑人不可變的只有膚色，但其他方面都可變，你們怎麼不順服白人文化規範？」為種族的普遍化模型說項而讓少數化模型所創造出來的黑人社會空間被壓縮<sup>101</sup>。

同性戀的唯名論代表/再現(也就是，酷兒)與種族的唯實論代表/再現之間的召喚性連結

---

與性別的壓迫無法被概念化、無法被法律權利所彌補。這就是所謂「現象學式」的受壓迫經驗描述，但它又不是真正的現象學還原：預設這種受壓迫經驗必然是「多元交織地」被建構著，而不是在未經「種族」、「性別」這兩個概念所中介過的純粹本質經驗描述。它被Halley說成是現象學的原因，我想應該是因為這些受壓迫經驗是本質的、是直接的，但是多元交織性的困難與弔詭反倒是，現象學還原得還不夠。Halley提出的更徹底一點的方向是，經驗上可以繼續還原下去，而將多元交織性的弔詭轉譯成「政治的」元(meta-)多元交織性，因此「性別」、「種族」可以是各種接合、各種權力論述場的交疊，但不作為個人經驗的本質所需要先於經驗而預設的範疇。

<sup>99</sup> *Supra* note 83 at 65-66.

<sup>100</sup> *Id.* at 66.

<sup>101</sup> *Id.* at 66-67.

的不太成功例子(因為這不是酷兒唯名論，而是種族唯名論)是批判種族理論(critical race theory)。「黑」被描述為人生中重要的社會屬性(唯名論)、但又不是唯一主宰的論述或虛構(唯名論)、「黑」或「白」無法捕捉我的主體(唯名論)、非裔美國人喚起認同中特定的文化面向(唯實論)、「黑」用來強調膚色作為整體性的社會力量(唯實論)。Halley以其酷兒立場指出，她希望唯名論的主張可以成為同性戀平權的主要語彙，然而她也清楚朝向唯名論對種族族群的平權倡議是非常陌生且危險的。種族唯實論(膚色作為整體性的社會力量)是民權運動後種族法律平權的主要預設，而非唯名論。採取唯名論的種族平權論述反而讓人回想起非常危險的種族隔離史：「我們的憲法是色盲的...(Our Constitution is color-blind...)」<sup>102</sup>這一個維持種族隔離法律合憲的Plessy v. Ferguson判決中唯一持反對意見的Harlan大法官之語。而這是同性戀平權者運用「就像種族」論證時，如果直接採用唯名論必須考慮的倫理問題：它會將種族平權的法理基礎一路打回Plessy案中，從未說服其他大法官的Harlan反對意見書，而這對已經獲得一定成果的黑人平權倡議看起來是相當不利的<sup>103</sup>。

Halley在此將整體同性戀平權法律倡議中「就像種族」論證(“like race” argument)所帶來的倫理問題做了全面的檢視：不論採取少數化模型還是普遍化模型，在元多元交織性的操作下種族少數可能受害。但反過來說，也是承認這個倫理上的困難使得她提出如何可以結合這兩個面向並提出合理的再分配的問題。不過，她只停在分析這個倫理困境並拋出了這個大哉問，該怎麼解決這棘手的問題還有待後續探索。

## 性騷擾立法的意外後果：同性戀恐慌

Janet Halley在《Sexuality Harassment》一文中提出了她對女性主義的一般定性(男性/女性模型)、批判基進女性主義推動的性騷擾立法將特定的性別關係理論固定為法律後，適用在同性的案例上意外讓法院讀出了同性戀恐慌<sup>104</sup>。這一篇文章也是Halley近年關於酷兒研究的

<sup>102</sup> Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 559 (J. Harlan dissenting) (1896), *overruled by* Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>103</sup> *Supra* note 83 at 67-68.

<sup>104</sup> 這一篇文章有個較早的中文翻譯本，在1999年中央大學性/別研究室的「性/別研究《性侵害、性騷擾》專號」中刊出。不過，該譯本是基於Halley1998年的演講稿，與此處我引介的2002年版互有異同。相同之處是兩個版本都指出MacKinnon理論中sex1/sex2之區分，以及這個區分如何框架了她的性騷擾理論如何在Oncale案上被法院採納。相異之處，則是2002年版有但1998年版沒有下列內容：Halley對文化女性主義的批判，以及對Oncale案的酷兒閱讀及同性戀恐慌分析。1998年版有但2002年版沒有的，則是對EEOC(就業平等機會委員會)政策的評論。

最後一篇文章<sup>105</sup>，之後她的研究就轉向美國家庭法的系譜學考察<sup>106</sup>與治理女性主義進入國際法的批判<sup>107</sup>。

美國聯邦最高法院在Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.<sup>108</sup>一案中，認為同性性騷擾也在憲法增修條文第七條的射程範圍之內，工作場合中的同性性暗示如果符合性騷擾的諸要件，也可以是性別歧視。Halley分別舉出宰制論女性主義、文化女性主義以及酷兒三種閱讀這個案子的方式<sup>109</sup>。

在進入分析之前，Halley的經典作法在此先行：把各種她命名的概念全部描述過一遍。宰制論女性主義斷定女人被男人所宰制，而宰制可能是人類生活的基本結構(MacKinnon、父權版文化女性主義)或者是人類歷史上的偶然(歷史馬克思女性主義、社會意義版文化女性主義)；有人在權力的不正施用中發現女人被宰制(MacKinnon)，也有人發現宰制的價值觀(文化女性主義)；有人將女人被宰制的典範位置定位在市場/家庭複合(馬克思主義及社會主義女性主義)，有人定位在再生產與女性的照護經驗(文化女性主義)，也有人定位在性事(MacKinnon、著重性事而非母職的文化女性主義)。其中的最後一種Halley稱之為「性宰制女性主義」(sexual

<sup>105</sup> See generally, JANET E. HALLEY, *SPLIT DECISIONS: HOW AND WHY TO TAKE A BREAK FROM FEMINISM* (2006). Halley在2002年發表的*Sexuality Harassment*一文的核心主張以及Oncale案的荒謬結果直接寫進了她在2006年出版的專書SPLIT DECISION中。該書除了是本文的重述與擴寫(增加女性主義的一般定性m/f, m>f, carry a brief for f)之外，更提供了Halley對近20年美國女性主義及酷兒研究重要文本與爭議的個人閱讀與整理，以及衡量各種得失利弊之後，大膽做出和女性主義決裂的宣稱。

<sup>106</sup> See generally, Janet E. Halley, *What is Family Law: A Genealogy Part I*, 23 YALE J.L. & HUMAN. 1 (2011); Janet E. Halley, *What is Family Law: A Genealogy Part II*, 23 YALE J.L. & HUMAN. 189 (2011). 這兩篇文章以系譜學考察「家庭法」(family law)在美國法中成為一個獨立的教學與立法領域的歷史過程。Halley指出美國現代家庭法的起源是德國歷史法學派的Savigny學說，它漂越大西洋到美國後發展出嚴格區分市場/家庭、契約/身分的家庭法例外主義(family law exceptionalism)。美國本土法學的後續發展是，家庭法例外主義經歷兩次學界內部的批評以及女性主義挑戰公/私二元的批判後，依舊具有韌性地存活下來，而且在同性要求婚姻平權的時刻，婚姻作為身分這個概念依舊被贊成同婚與反對同婚的雙方共同接受。這兩篇文章的合計篇幅與徵引資料之廣博，幾乎可以看做是另一本專書等級的著作。雖然這個系譜學考察觸及同性婚姻，且Halley對美國家庭法的系譜學考察其實也可以歸類於酷兒研究之下(因為她依舊指出契約/身分二元對立的虛構與政治)，不過由於本文研究範圍之限制，對於Halley投注相當多篇幅描述美國家庭法在學院內的變遷的這兩篇文章，並未加以引用，或許留待日後有機會寫作家庭法與身分法相關文章時再仔細爬梳。

<sup>107</sup> See generally, Janet E. Halley, *Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law*, 30 MICH. J. INT'L L. 1 (2008); Janet E. Halley, *Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict*, 9 MELB. J. INT'L L. 78 (2008); Janet E. Halley, *After Gender: Tools for Progressives in a Shift from Sexual Domination to the Economic Family After Gender: Examining International Justice Enterprises*, 31 PACE L. REV. 887 (2011). 如果SPLIT DECISION一書是對治理女性主義的理論批判，那麼這三篇文章就是檢視治理女性主義掌權的時候發生了甚麼事情。由於我的論文題目設定的主要關懷是同性戀政治與酷兒理論，而不是女性主義不同流派間的論辯或是女性主義與酷兒理論之間的爭辯，所以我在此不討論這三篇文章的內容與論點，僅提供給對治理女性主義批判有興趣的讀者進一步參考。

<sup>108</sup> Oncale v. Sundowner Offshore Services, 523 U.S. 75 (1998).

<sup>109</sup> Janet E. Halley, *Sexuality Harassment*, in LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE 80, 80-81 (Wendy Brown & Janet E. Halley eds., 2002).

subordination feminism)。Halley另外定義同性戀認同計畫(gay identity project)為：實際上存在也應該要存在男女同性戀，她/他們被不正宰制，而正義計畫關注他/她們的平等。「酷兒計畫」(queer project)則是強調：性、性別、性傾向身分認同的虛構地位、肯定而非迴避性事及它的各種陰暗面<sup>110</sup>。

Halley認為性宰制女性主義(MacKinnon與文化女性主義的聯盟)以犧牲社會主義女性主義為代價來張出補償工作場所中受宰制的女性的法律與管制計畫的輪廓。宰制女性主義在政策上的選擇讓同性戀與酷兒們暴露在管制，而這些管制在性與性事上的模型不同於同性戀及酷兒思想。但同性戀與酷兒的思想與目標也不相同，前者斷定有些人是同性戀，而這些人的污名要被去除；後者則懷疑甚至憎惡同性戀/異性戀的二元對立，並主張這是歷史偶然且是壓迫的<sup>111</sup>。

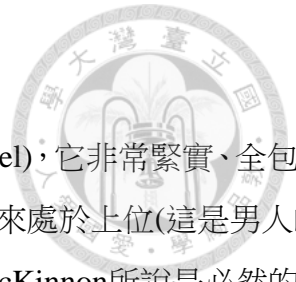
### 性宰制女性主義的結構男性/女性模型(MacKinnon學說)

MacKinnon在1979年鋪陳了一套關於性、性別、性事、權力的理論來解釋為什麼男/女在工作場合中的性求歡是性歧視。Halley用自己發明的一套詞彙來重述之：性(sex)同時是男人與女人之間的差異(這叫做sex1，指身體的兩種型態，據稱是男性與女性身體的穩定差異)，也是性吸引、性器情欲以及任何讓「幹」成為焦點的事情(這叫做sex2)。性事(Sexuality)是sex2的結構面向，而非詮釋面向(注意在此MacKinnon完全沒考慮到性傾向)。至於性別(gender)要如何定義呢？強暴與性騷擾是sex1的同型犯罪因為他們利用sex2產生性別(gender)。性別讓男人之所以為男人(宰制)以及女人之所以為女人(被宰制)。女人的女人性別讓他們被宰制且無力。MacKinnon1982年重述了這個觀點，並且說：性別具現化作為一種權力形式的性事，而非相反方向；女人與男人以性別區分，產生了我們所知道的性(Halley說這裡是sex1)，而藉由社會要求異性戀更制度化了男性宰制與女性被宰制，所以性事是性別不平等的關鍵。重述一次，性別產生(而非反映)了sex1並創造了性階級(男人是男人、女人是女人)，而sex1的的現實以及在其中看起來自然的、真實的、不可避免的意識(顯然這裡是指虛假意識)都是權力的效果。Halley認為這是MacKinnon在sex2理論上最基進的元素。而1983年時，MacKinnon說性階級在本體論及知識論上近乎完美，因為它產生自己的真實與各種理解它的真實的方法(排除MacKinnon自

---

<sup>110</sup> *Id.* at 81-82.

<sup>111</sup> *Id.*



己用的女性主義方法)，換言之，窮盡了所有可能性<sup>112</sup>。

Halley稱上述MacKinnon模型為男性/女性模型(male/female model)，它非常緊實、全包、結構、完整。藉由聲稱在sex1之上操作但實際上產生sex1，男人用sex2來處於上位(這是男人的性別)並使女人處下位(這是女人的性別)。不過這個模型當然並非如MacKinnon所說是必然的。強暴與性騷擾是sex2的特殊濃縮形式，強暴與性騷擾分別給男人及女人各所屬的性別，就MacKinnon的意思來說，是男性/女性的階層關係中其各自所屬的位置。這正是MacKinnon的槓桿操作點：在MacKinnon的法律賠償理論下，強暴與性騷擾的法律給予女性基於女性的觀點所主張的sex2損害賠償時，提供揭露這嚴重差錯的方法，擾亂了sex2在本體論及知識論上的嚴密不漏性，以此收編國家的能量來保護正義<sup>113</sup>。

Halley認為，任何女人可以進用「女人的觀點」這個宣稱先天上很有問題。從MacKinnon早期的觀點出發，女人的認識能力也是由男性將女性情慾化的宰制所構成的，因此1982年時MacKinnon呼籲女性主義面對這個問題，不是確認女性的觀點是甚麼，而是尋找女性的觀點。這就是1982年的時候，MacKinnon的學說重點放在意識覺醒(consciousness raising)上的原因。不過，很快地，MacKinnon就宣稱意識覺醒所發現的就是男性/女性模型是社會真實。而2000年的時候，MacKinnon更做出以下宣稱(原文轉引並由我翻譯)：

「性別.....就是被女人在女性的生命中在那兒被發現。血淋淋地一塊塊從述說直接經驗拼起來，拒絕被揭露的分殊性、試著讓女人的地位不同於以往，關於女人地位的理論形成了，而且跟隨著的是配得上它的方法理論：為了要知道這個，我們要如何去知道。...出自於且在一個又一個女人的經驗裡面，女人與男人之間的關係以詳盡的、系統的、有組織的、有結構的、新的意義一貫的圖像浮現出來，而這個關係可以辨識出是從社會秩序與國家中的親密關係延伸出來...我自己的學術描繪出了這個從零開始的理論的哲學取徑迄今在實務上很有生產力...女性主義對西方哲學做了大膽的宣稱：女人可以進用我們自己的真實因為我們活過它，廣泛一點地講，以受宰制的身分活著讓受宰制者可進用這個真實...我們...主張女人的經驗做為基礎並且以此為起點作為我們有意識的政治行動的基礎...女人將無權力的現實轉變為一種權力的形式：可信度。而且真實支持我們。我們說的東西可信因為它是真的。」<sup>114</sup>

<sup>112</sup> *Id.* at 82-84. See, Catherine A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda For Theory*, 7 SIGNS, 515, 533 (1982).

<sup>113</sup> *Supra* note 109 at 84.

<sup>114</sup> *Id.* at 84-85. See, Catherine A. MacKinnon, *Points Against Postmodernism*, 75 CHI.-KENT L. REV., 687, 688-689,



Halley說，從1982年到2000年間，MacKinnon從批判(這個批判是基進女性主義之所以優於其他認識的基礎)轉向啟蒙知識。這個轉向使得MacKinnon可以和自由主義女性主義和解<sup>115</sup>。

Halley說，1983年MacKinnon大膽地宣稱國家、國家法、法治都是男性的，因為形式上，國家的規範是客觀的，所以國家是男性的。客觀立場作為法理，在自由主義中是法律的法律。向法律問性事的意義而不問女性從女性的觀點看性事的意義，是無可救藥的矛盾志業。所以重寫強暴判定的規則以讓女人的主體經驗具有決定性只是把男性對女性主義計畫的宰制重寫一次：即使強暴法在主觀測試與社會一般通念的客觀標準之間擺盪，它依舊[錯誤的]假設有個單一的事實，而不是因不平等所產生的具有分歧意義的實在...[不管怎麼擺盪]依舊是客體/主體二分的語彙，而[女人]要追溯這個二分的語彙直到它可以與性別面對面。這是MacKinnon對女性主體經驗在男性宰制下劣於男性經驗的困境提出的方法。對1983年的MacKinnon而言，「朝向女性主義法理學」就是嚴格的批判並揭露這個兩難，讓現有語彙下碰觸不到的女性主義意識撐開空間。而男人的法律(包含強暴法)，將某些行為列為非法並依此執法加強了宰制的結構。Halley指出1983年的MacKinnon還沒有主張依照女人的觀點認識到強暴或性騷擾就可以主張權利受損。直到1989年的時候，MacKinnon才說可以有「女性主義法律」：「抽象的權利賦予男性經驗權威，但專為女人的實體權利則否，[女性主義的實體權利的]權威是現在無法想像的：非宰制的權威、被排斥的真實的權威、沉默的聲音」在工作場合上的性騷擾是女人因為女性的性別而受損的例子。只要提起性騷擾的訴因是從「女性的觀點」產生的，這樣就可以攪亂男性主宰與法律之間密不可分的連結，並且讓她的損害以及所有女人的損害被看見<sup>116</sup>。

一個女人的法律主張可以完美的揭露男性宰制與女性被宰加諸於所有女性的損害這個1989年出現的主張並未出現在1983年的知識批判，不過這個新的立場充斥於MacKinnon的法律實務，例如MacKinnon/Dworkin反色情法案就允許女性在沒有個人損害與已知她人損害的情況下因為「作為對抗對女人宰制的一個女人」而獲得訴訟當事人適格。同理，由於一個女人的損害是所有女人集體被宰制的經驗的濃縮，所以在私法權利訴訟上關於因果關係的推論，個案情狀的各種證據不見得比關於性別的統計數據來得更具有證明力。私法權利訴訟被當作

---

691-693 (2000).

<sup>115</sup> *Supra* note 109 at 84.

<sup>116</sup> *Id.* at 86. See, CATHERINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE, 248-249 (1989); Catherine A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 SIGNS, 635, 652, 654-655 (1983).

賠償所有女人因為sex2而受的損害的手段<sup>117</sup>。



### 性宰制女性主義的道德主義男性/女性模型(文化女性主義)

Halley簡述文化女性主義(cultural feminism)為女人有專屬的意識與文化，而這個專屬意識與文化的起源有很多種說法。不論起源為何，文化女性主義之所以被稱之為文化不是因為它在建構論/本質論中的立場，而是因為它主張女性的陰性特質足以稱為一種意識或文化，而且這個意識或文化被貶低，所以文化女性主義要抬高這個意識使其與男性的平起平坐或超越男性的。MacKinnon的理論中，男性/女性之分是關於權力(power)，但文化女性主義則將性別二分辨認為道德(moral)問題。這使得文化女性主義與MacKinnon在sex2上差別很大。在MacKinnon的理論中，只要是sex2，普通異性戀性交與強暴無甚區別，都是性別權力。但是文化女性主義很懂甚麼是好的sex2：互為主體、關懷、尊重、人性尊嚴、人性價值、人類情感、敏感.....等等。所以，好的sex2的性交中雙方必須壓抑男性氣質並提倡女性氣質。MacKinnon無法與自由主義法學中的人性尊嚴概念對話，但是文化女性主義因為對sex2有非常豐富的知識與定言令式，所以可以指導人性尊嚴。也因此文化女性主義與自由主義法學、自由主義女性主義可以容易的共存。而且Halley認為，這使得文化女性主義用來推動漸進式的法律倡議時特別有效<sup>118</sup>。

Halley認為，即使有上述的差異，文化女性主義與MacKinnon依舊在男性/女性模型上有諸多共通之處：性事對女性被宰制有核心重要性、女性的被宰制地位是性事的核心事實、陽剛氣質宰制與客體化[女性]、陰性氣質是陽剛氣質的相反、陽剛氣質屬於男人陰性氣質屬於女人。在這些前提下，如果一個男人被性宰制，那麼他就被陰柔化了，而且在性事上只要有任何一點宰制的成分，那就是陽剛氣質而且是道德上錯誤的。MacKinnon理論可以推導出只要性別還在，男性無可救藥，但是文化女性主義因為是道德主義(moralist)的，所以有各種教化男性的計畫與方法。Halley批評它的道德主義：很容易被冒犯、愛說教、喜歡評斷、自以為義<sup>119</sup>。

<sup>117</sup> *Supra* note 109 at 86-87.

<sup>118</sup> *Id.* at 87-89.

<sup>119</sup> *Id.* at 89. 雖然Halley在2002年出版的這篇文章並未另開篇幅指名其批判對象，但她在2005年See, Janet E. Halley, *The Politics of Injury: A Review of Robin West's Caring for Justice*, 1 UNBOUND: HARV. J. LEGAL LEFT 65, 65-84 (2005). 即明確表示其道德女性主義模型的描述是來自於See generally, ROBIN WEST, *CARING FOR JUSTICE* (1999). 而West本人對Halley的批判亦有回應，表示她本人的立場既非道德主義，而且也不是主張所有慾望都是「壞」的。See generally, Robin West, *Desperately Seeking a Moralism*, 29 Harv. J. L. & Gender 1, 1-50 (2005). West更表示，她亦不同意MacKinnon理論中將女性的慾望與性一律視為受宰制的後果，而主張要擱置評價，「中立」看待女性慾望以補強MacKinnon被論敵所攻擊的弱點，將Feminism Unmodified微調成Feminism Modified更加強女性主義的力

## 結構男性/女性模型閱讀 *Oncale* 案



*Oncale* 案的事實大略如下：*Oncale* 在全男性的油井工作，宣稱他持續被他的上司及兩個同事騷擾，並威脅要強暴他。*Oncale* 曾經兩次被固定起來並被另外三人以陰莖抵住身體，一次是在淋浴間被抓起來並用一塊肥皂做了一些書面紀錄上完全看不出來是甚麼事的事情。他抗議但無效，而後辭職。*Halley* 解讀了 *MacKinnon* 向聯邦最高法院提出的法庭之友 (*amicus curiae*) 意見書，指出 *MacKinnon* 依舊將案件事實依照性騷擾三元素鋪陳：男性被一個男人所宰制、男/男sex2、將性事(的權力關係)中的男/女sex2重構為更一般性的sex2。*Halley* 說按 *MacKinnon* 的理論，*Oncale* 作為男人受侵害是性歧視，因為 *Oncale* 不僅被指定為比較糟的性別(女性)，也是錯誤的性別。*Oncale* 被女性化(feminized)了、貶低或甚至是剝奪他的陽剛氣質，這不可能發生在女人身上，*Oncale* 因為這些被騷擾的事情而失去了他的男性性別。姑且不論這其中對sex1與性別之間固定的對應問題，更大的問題是，在 *MacKinnon* 的女性主義法理學中，*Oncale* 失去男性性別及跟隨這個性別的陽剛宰制力有甚麼好賠償的？在 *MacKinnon* 的理論中，合理的說法是男性/女性模型不是自然的(雖然性別二元模型在 *MacKinnon* 理論中非常的結構化、全包性)，男人可以在性別上向下流動，失去陽剛氣質與男性性別的男人沒有其他地方可以去了，只能被女性化。因此可以又可以套回 *MacKinnon* 的女性被宰制論。故得證<sup>120</sup>。

*Halley* 指出，*MacKinnon* 的男性/女性模型過於全面化，在其中同性情慾與同性戀毫無位置，都可以套用這個模型。不管是否牽涉同性戀或同性情慾，只要像異性戀一樣的被騷擾就是性歧視、就是再生產男性/女性模型中的權力關係。性傾向及性欲望客體的選擇在 *MacKinnon* 的模型也可以套用男/女。*Halley* 認為這個閱讀有兩個重大錯誤。第一個錯誤是，侵犯者是否在性傾向上是同性戀會影響訴訟結果。如果可以確認侵犯者的同性性傾向，那麼案子就和男人性騷擾女人同型，對原告來說容易勝訴。可是這也為恐同開啟方便大門：不管有沒有證據、不管性傾向這種事情有多難證明，這種案子暗示被告(侵犯者)是同性戀，而且同性戀就是這樣會做性的壞事(在男男的案例中，推論還可以更豐富，例如被告在床上的位置等等)。第二個錯誤是，*Oncale* 案一路上訴到聯邦最高法院的過程中，各級法院從來沒有考量過同性戀。*Oncale* 案持續被描述為同性之間的性嬉鬧不小心玩過火的例子(在大法官 *Scalia* 的意見中最明顯)，而 *Halley* 認為 *MacKinnon* 的性騷擾理論並不排斥 *Scalia* 大法官以毫不考慮本案有可能牽涉同性戀

---

量。See generally, Robin West, *Law's Nobility*, 17 Yale J.L. & Feminism 385, 385-458 (2005).

<sup>120</sup> *Supra* note 109 at 90-91.

情境的觀點來看待本案的案件事實<sup>121</sup>。



### 道德男性/女性模型閱讀*Oncale*案

文化女性主義可以輕易的把*Oncale*案當成又是一個義人*Oncale*對抗壞人同事們的故事。全男性的油井工作場所發生這種事情再次證明了工作場所充滿陽剛氣質是男性特權的場所，限制女性的就業選擇。文化女性主義者會希望*Oncale*案能夠推動工作場所的陰柔化、將工作場所去性化<sup>122</sup>。

### 同性戀認同與酷兒閱讀*Oncale*案

Halley認為，單就書面上的紀錄來看，*Oncale*案也可以有這兩種閱讀。Halley強調，這種閱讀並非針對*Oncale*這個人實際上如何做評斷，只是指出，不只有上述兩種閱讀法。第一種閱讀是，有類似*Oncale*經歷(或經歷一些後腦補一些，或更誇張全部都是幻想出來的)的原告自願參與這些情欲的接觸後，隔一陣子有強烈的慾望想要否認這些經驗可能具有的同性戀潛能。易言之，*Oncale*可能是同性戀恐慌的案子，一個對自己的同性戀或雙性戀傾向或行為充滿羞恥感的人把他對自己的行為與慾望的後悔都告訴了他的律師。也就是說，這個案件的事實無法排除這可能是不誠實(bad faith)的訴訟<sup>123</sup>。

徹底的酷兒閱讀則會讓這個案子完全無從判起。一旦將男體與強剛氣概與宰制脫鉤、女體與陰柔氣質與被宰制脫鉤、超越同性戀與異性戀認同、注意到宰制與被宰制都是慾望的複雜客體，那麼我們可以做如是想：油井存在一個有規則的文化，這個規則並不動用男/女模型，也不動用同性戀認同的腳本，而是陽剛與陰柔的展演和認同男同性戀與不認同男同性戀的展演可以匯聚或分離而讓性明顯地被問題化。這些規則允許*Oncale*表現出想被奴的欲望，確實只有*Oncale*控告的那三人可以進用他，並接下當他的主的任務，然後這三人掌控全局之後，與一塊肥皂相關的某件事情發生了。書面紀錄最多可以想像到這裡，但是還有很多種可能的想像，Halley列舉四種腳本(見註腳內的詳列)，而且可以任意剪裁混搭而且沒有一個牽涉到同性戀恐慌，也無涉特定的性傾向認同，性別、性傾向、性之間的關係都未定<sup>124</sup>。Halley指

<sup>121</sup> *Id.* at 91-93.

<sup>122</sup> *Id.* at 93.

<sup>123</sup> *Id.* at 94.

<sup>124</sup> *Id.* at 95-96. 以下是Halley舉出的四種劇本：1. *Oncale*扮演一個娘砲並丟出他想被奴的訊息，他的男體與它的性別間的不相應讓整齣劇碼可以開始演；其他男人遵守陽剛氣質的霸氣展現，他們的身體自我與扮演出強大控制欲的人格面具之間的不相應讓整齣戲可以繼續演下去，也就是一個變調的男人幹女人但是又不能套用

出，她提出的假想情況雖然還是有臣服的關係，可是很難判斷誰對誰臣服，而且這些假想的場景中任何參與方的慾望客體都是將慾望本身的問題化。這種場景後發生的恐慌如果可以用聯邦憲法第七增修條文來訴訟，法院的介入將對這些慾望造成很大的麻煩。男性/女性模式的另一個問題是，所有的場景都可以套用，所有的性與性事都是壞的且永遠都是女性被宰制的工具，而且這就窮盡了所有的選項因而非常穩定。一旦考慮到同性戀恐慌或者是各種奇奇怪怪的性恐慌，這個模式的確定性就消失了。我們可以同時反對同性戀恐慌與性侵害，可是在實際的案例中怎麼判斷？Scalia大法官很安心的說「以常識」判斷就沒問題，但恐同正是「常識」的一部分。*Oncale*案更深層的問題是，或許參與其中的人追求慾望：危險的慾望。危險的慾望的結果當然可能很糟糕而造成真的侵害，可是危險的慾望如果沒出錯，結果是未定的。讓法律所追求的確定性介入，等於是直接指定它會很糟而讓它真的變的很糟。Halley還說，就算不講這些酷兒的東西，還是有其他好理由讓這個案子不要被定性成性騷擾案件。首先，*Oncale*違反了禁反言。其次，如果不禁反言*Oncale*，憲法增修條文第七條會讓法律中性的規範採取特定版本的男性/女性模型的價值觀。第三，它會改變油井的性文化場景。第四，壓抑想要/不想要無法明確界定的性展演不會讓想要/不想要無法明確確定的情況消失，它只會讓這一類的模糊展演變得隱蔽而不可說；性經驗中，各種複雜的情感與動力(慾望、恐懼、愉悅、歡欣、作嘔.....)不會因為法律的壓抑而改變<sup>125</sup>。

## 法釋義學與政治的後果

同性戀恐慌是否是工作場合中需要避免的，甚至允許有人經驗了同性戀恐慌而因此請求損害賠償？Halley認為在這個問題上，同性戀認同、酷兒思考與女性主義計畫中大量的[創造]「友善工作環境」產生了緊張關係。只有涉入同性戀但是又不想要涉入同性戀的人才會產生同性戀恐慌，這就足夠稱為是恐同了。而且女性主義推動允許原告以「不想要的性接觸」作為性騷擾的證據法則會讓同性戀恐慌的原告提出的證據不易被排除。另外，所謂涉及女性控訴男性侵害的時候要以「理性女人」的測試法則究竟又是甚麼意思呢？如果是男性對男性

---

MacKinnon理論的情況2.*Oncale*是個正港男子漢，只是他只是各種正港男子漢的其中一種，他的陽剛氣質與其他男人展演出來的陽剛氣質之間的差距讓戲演得下去。這個版本無涉陰性氣質，其中的差距可能是情感、細微的動作、年齡、種族、情緒、或根本就是陽剛氣質本身。所以，這是男人之間的事情，變調的男人幹男人，其中的互動產生了男人性與陽剛氣質而又不能套用MacKinnon理論的情況。3.其他男人可能展演出一種有力的陰性，例如他們表現出婊子的樣子，而*Oncale*是這些婊子的砲友(不管是哪種意義的砲友)。所以是變調的男人或女人幹男人或女人但是又不能套用MacKinnon理論的情況。4.或者是上述情況都發生過，也或者是這整件事情就只是性悖軌的身體接觸，沒有更多意思，是個變調的權利/臣服而不能套用MacKinnon理論的情況。

<sup>125</sup> *Supra* note 109 at 94-98.

性騷擾，就要用「一般男人」的測試法則？Halley認為這實在非常的詭異。情慾的複雜性、模擬兩可、自相矛盾是酷兒承認、擁抱但是宰制論女性主義否認的。如果同性性騷擾之中的慾望複雜性閱讀看起來並不奇怪，那麼何不將同樣的複雜性反推回異性性騷擾呢？是否女人主張她的男性上司或同事或教師因為慾望她而造成她的損害，我們就相信她或者是認為她的聲稱是合理的呢？宰制論女性主義的性規制計劃是，讓女人在聲稱這些性的損害的時候相信它（所以也是召喚）。此外，性事以及sex2宰制了女人這個宰制論女性主義的核心主張獲得的文化上成功似乎可以追溯到我們平常所知道的女人的直觀印象，而這個直觀印象從MacKinnon和Scalia大法官的說法來看，是（某種特定的）異性戀的女人。不論是同性戀認同或是酷兒思考，都不同意宰制論女性主義對sex2與性事是持續性的上對下男對女權力關係所建構起來的主張，也因此接著不同意工作場合的情慾就假定是宰制女人的性歧視。宰制論女性主義主導的性騷擾立法將宰制論女性主義對有慾望的人的狹窄思考賦予法律上的權威。Halley主張，當前的同性戀認同與酷兒政治目標是讓宰制論女性主義不再獨佔左翼對性規範性的認識，並且在性歧視的左翼理解上回歸社會主義女性主義。同性戀認同與酷兒政治也要試著讓性騷擾不再是性歧視的標準，將性騷擾排除出反歧視法的典範。Halley承認這樣就是明確違反左翼盡可能聯盟的多元主義規範，而採取特定立場。Halley認為，是時候暫時放下、攪亂女性主義，並且檢視宰制論女性主義立法帶來的利益與損害，並權衡是否值得。而從Halley上述批判及她後續於2006年出版的《Split Decision》來看，她認為並不值得<sup>126</sup>。

## Katherine Franke：批判生殖規範與肯定性慾

### 理論化「我要」(Yes)：抵抗生殖規範

Franke認為，法律女性主義做了很多理論化女人說「說不要」(No)是甚麼意思的工作，但並未理論化女人說「我要」(Yes)的時候是甚麼意思<sup>127</sup>。法律女性主義者在80年代後將女人在性事上的主要關懷化約為性的依賴性(母職的負擔)與性的危險性(性騷擾、強暴、家暴、近親相姦)，而將逾越、親密關係、情慾可能性的討論都丟給酷兒理論與其他非法律領域的女性主義學者。Franke認為，正好是反過來理論化「我要」才能更正確的掌握法律女性主義的主要

<sup>126</sup> *Id.* at 98-103.

<sup>127</sup> Katherine M. Franke, *Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire* Essay, 101 COLUM. L. REV., 181, 181 (2001).

關懷：母職負擔背後的生殖與婚姻規範性、以及性到底怎麼造成女人的危險<sup>128</sup>。

## 母職規範：對Fineman的批評

Franke從兩個命題出發：1.多數女人是異性戀2.多數女人是母親。命題1是強迫異性戀規範，法律女性主義、酷兒理論都已經充分理論化並批判的命題。Franke指出命題2就有理論化不足的問題，法律女性主義對國家以各種誘因並補助生育的理論化並不夠，這背後同樣也有一個規範在運作：生殖規範。將許多女性的經驗基於母職並不過份，但是這麼作如果被視為理所當然就有危險。基於不同原因而不生小孩的女性眾多，然而異性戀—看起來這麼「自然」的事情—都可以被理論化得不自然，為什麼「生育」這件事情依舊看起來很「自然」呢？Franke指出，生育的「自然」程度到，異性戀女人不生小孩這件事情居然被描述為是反傳統(強烈一點的版本是反自然)的個人主動「選擇」，而同性戀女人也是反自己的身分認同而主動「選擇」進入母職。如果再考慮到種族因素，黑人女性常被說成不負責任的生小孩，我們就可以清楚看見，生育這件事情背後的規範性問題需要被問題化、理論化<sup>129</sup>。

質疑生殖規範性遭遇的第一個反駁是「女人必須要再生產人類種族」。女性主義對社會與性別分工中低估生育的批判已經非常清楚，但是Franke認為要從重估生育的重要性再進一步去討論為什麼女性認同被母職化這個前提沒有被批判。將性事中超越生育的剩餘價值拿來商品化似乎不是個好方法，這些價值對女人的重要性多過於交換價值。就Franke引用的Martha Fineman的說法—母職就是殖民—由女性經驗且物理上實踐，但是由父權意識形態佔據、定義、給予內容與價值，並主張成人間的情慾鍵結與親子間的關係可以斷開連結；更進一步的宣稱是，照顧小孩的母職是生產並再生產社會的保衛社會工作，比個人的消費行為擔負更大的責任，所以需要實質的公共支持。不過，Fineman的說法在Franke眼中雖然有理，但依舊對生殖的問題化不足，且設立了這個規範：母親的利他應超越消費的自私。這個規範性混淆了個人行動的動機與社會效果，而且過度簡化社會生產、社會再生產與消費之間的關係<sup>130</sup>。工業化與後工業社會中，生物上的生殖確實是社會再生產的場所之一，但是並非唯一。社會的再生產場所也包含重複性的生產與消費，考量到深植於美國的消費主義以及這種消費主義如何進一步利用並商品化男女同性戀運動的過程，顯然說明了某些群體的社會再生產過程並

<sup>128</sup> *Id.* at 182-183.

<sup>129</sup> *Id.* at 183-186.

<sup>130</sup> *Id.* at 187-188.

非透過生殖，而是消費。因此，Franke認為社會再生產就足夠描述母職這一命題後頭跟著的是個問號，不是句號<sup>131</sup>。

另一個容易想像得到的批評是，生育並負擔母職在個別女性的主觀行為動機來說，並不永遠都是出於利他的動機，因此設立利他的母職與自私的消費在動機上的對立也禁不起檢驗<sup>132</sup>。在美國的脈絡下，考量基本教義派基督教家庭推動的在家教育、主張要求將小孩完全從公共教育體系中撤離，小孩一點都不像是社會的公共財，相反地，他們被認為是完全從屬於父母而堅定地包含在私領域內(但又自相矛盾地要求國家財政負擔他們的私領域教育費用)，在私領域內生產社會的下一代。此外，生殖與母職被過度強調是社會再生產唯一(或主要)的機制在事實上也不成立，因為接受移民同樣可以達到勞動力取代的目標。考量到美國移民政策的緊縮，將生殖與母職理所當然地與社會再生產連結，顯然是對規範及權力敏感的人會非常質疑的規範性立場，甚至可以進一步說這樣的眼光讓移民政策的排外歧視被忽略了。此外，生育小孩需要財力，由此經濟階級與種族交織在美國內部產生的差別化母職—白人中產女性生越多越好，黑人、拉丁裔生越少越好—再再顯示生殖規範性所要求的公共介入如何因為差異(difference)而壓迫特定女性的母職而產生壓迫<sup>133</sup>。

Franke認為對母職的生殖規範性未批判即接受使得上述的壓迫與權力關係被忽視了，因此法律女性主義應將強迫異性戀與強迫母職共同考量並理論化為：以白人中產異性戀女性為圖像的強迫異性戀/生殖規範。生殖規範設立了特定的生殖「選擇」為自然而實現壓迫，就如同異性戀規範下性別所設立的各種壓迫一樣<sup>134</sup>。

### 性的危險：對MacKinnon的批評

Franke說，法律女性主義藉由對於性說不來對權力說要，這是法律女性主義發現了性與女人的宰制之間的關係的洞見。MacKinnon的理論在法律女性主義中特別有影響力，Franke認為是因為MacKinnon對女性被宰制的描述確實切合了許多人的經驗，但是正因為MacKinnon對的地方太多了，所以法律女性主義陷入了雙重束縛：MacKinnon將男性的性事過度決定

<sup>131</sup> *Id.*

<sup>132</sup> *Id.* at 188-191.

<sup>133</sup> *Id.* at 191-195. 這裡我想延伸一下Franke所舉出的例子。我完全同意真正的、核心的問題確實是女人被宰制(domination)。然而當差異(difference)產生了壓迫(oppression)的時候，而各種形式的多重壓迫又是女人被宰制的示現，為什麼差異不是問題呢？

<sup>134</sup> *Supra* note 127 at 195-197.



(overdetermine)為暴力，同時也將女性的性事不足(underdetermine)決定為空集合或是完全由男性權力殖民的地域<sup>135</sup>。性事是性別發生的地方，而性別是性事中的宰制關係，兩者無法分離，所以唯一能夠解決被宰制的方法就是，對性事與性別說「不」。不管是MacKinnon的支持者或批評者，在法律女性主義這個領域內的辯論都集中在性事的危險性，它是造成女性被壓迫的外源技術，當女性的損害發生時，以女性的眼光來看到其中的性事，損害全面加重：剝削勞動環境很糟，剝削性勞動更糟；傷害很糟，強暴更糟；職場騷擾很糟，職場性騷擾更糟；出軌很糟，通姦更糟。性事永遠都是被加諸在女性，而不是女性可以做的事情。也因此，法律女性主義的關注集中在惡性的性事上的法律管制，例如色情、賣淫、婚姻中不貞、性暴力、性攻擊。Franke指出這些管制會被認為持人類性事只能以生殖為目的意見者所利用，運用各種將非生殖性的性的禁止或強度管制實現生殖規範性，進而對女性造成損害。被視為維護女性身體自主非常重要的墮胎權，也可能因為法律女性主義立法中完全沒考慮過女性可以做、享受性事而可以反過來用「女人墮胎讓男人可以使用女人身體獲得性滿足」的理據來反撲女性。Franke認為，如果不思考怎麼說「是」從而認同性只能對女性是危險所以只能說「不」，法律女性主義冒險地將女人的身體與母職、性不可避免的暴力縫合在一起<sup>136</sup>。

Franke認為「性別」在法律女性主義中，在MacKinnon那裏是將所有的性事當作以性別為名的宰制而包含進她的女性主義計畫裡面，而在Fineman那裏是藉由將性欲為基礎的關係與依賴為基礎的關係斷開連結而只考慮依賴為基礎的關係從而把性別排除在她的女性主義計畫之外。Franke希望可以思考性(thinking sex)，並認為性與性別的關係是複雜多樣的，只考量性別的兩種法律女性主義未將性事帶入視域內所產生的問題，就是批判的同時遺漏了一些未能考慮但實際上相當重要的規範性—在此是生殖規範<sup>137</sup>。在這裡與接下來的章節可以看到，Franke一貫地提出對性的肯定，例如肯定女性的性事是在非生殖性的剩餘價值之上、把對性與慾望的肯定加回女性身體以拒絕必然與親屬關係及生殖相關的有性(sexed)女人、重新挪用性的語彙讓和慾望相關的部分不被男性視角所佔據等等。而Franke不諱言肯定慾望的性當然有危險，她的立場不保證只會有愉悅而沒有真實的損害，不過為了擺脫生殖規範性，Franke樂意冒這個險<sup>138</sup>。

<sup>135</sup> 也就是說：如果你覺得爽，那可能是因為你享受你的被宰制。

<sup>136</sup> *Supra* note 127 at 197-201.

<sup>137</sup> *Id.* at 201-204.

<sup>138</sup> *Id.* at 204-208.



## 讓性做功

Franke不僅是拒絕只把性事當作是對女性永遠都危險的事情，她還要進一步提問性事的運作：為什麼有些犯罪一看即知是性犯罪？而且為什麼某些行為一旦被歸類到性犯罪時，行為本身的其他面向就被忽略了？接續她曾經提出過的性騷擾立法批評<sup>139</sup>，亦即性騷擾應該被視為性別歧視的技術、將性的客體女性化並將性的主體雄性化的性別規制，而非因為性騷擾的行為在行為本質是性；同理應推及性犯罪的刑法立法<sup>140</sup>。

將行為貼上「性」(在西方往往被理解為情慾的)的標籤遮蔽了性可以中介其他社會關係中的權力。性並非只能被理解為滿足情慾或是完成生殖，有時候性兩者兼具。在不同的時空中，性可能有經濟價值。性也可能用來宰制，或作為其他關係(性別、種族)的宰制關係的代理，或者兩者兼具。不論如何，只理解性為性欲以及當性欲失控的時候需要懲罰，犯了兩個嚴重的失誤：首先，當某件事情被歸類為性的而且性又用情慾的詞彙去了解性的時候，我們會看不到性很容易被多重的權力關係操用。其次，人類行為中有其他涉及情慾但是並不是那麼性的行為。而認識到性不能僅被理解為情慾以及生殖，也就是性可以「做功」(putting sex to work)，方能步出這個思想誤區<sup>141</sup>。

Franke舉了兩個例子來說明，第一個說明了確實存在並不關乎性的情慾行為，另一個則說明在美國一旦某個案件被歸類為性犯罪，其他的權力關係就被遮掩掉了。第一個例子是人類學家Gilbert Herdt對巴布亞紐幾內亞的Sambia部落男子成年轉化儀式的紀錄。Sambia青年男子要經過儀式化的口交及吞食成年男子精液的過程排除掉己身的陰性，從而成為男人。這個儀式確實是情慾的，但是在Sambia文化中，不會以西方人的分類方式為將其分類性以及接踵而來的關於性的一套論述，它就是個成年轉化儀式<sup>142</sup>。第二個例子則是1997年紐約發生海地裔的男子Abner Louima被一群白人警察言詞羞辱後上銬、毆打、並且用馬桶吸把的把手插入Louima的肛門後再塞入他的嘴巴。事件揭露之後，媒體報導皆以雞姦、強暴等等字詞下標，檢察官亦以重大性虐待(性犯罪)與一級傷害罪(暴力犯罪)起訴相關警察，後來補訴重大騷擾

<sup>139</sup> See generally, Katherine M. Franke, *Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender*, 144 U. PA. L. REV. 1 (1995). 這是Franke在2002年發表的Putting Sex to Work這篇文章的前身。不過對於性騷擾的批評，由於本篇論文主要的關懷是同性戀政治與酷兒理論，因此我主要借重在Halley對性騷擾立法中無意造成的恐同後果的批判，而不注重Franke對性騷擾立法的批評。

<sup>140</sup> Katherine M. Franke, *Putting Sex to Work*, in LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE, 290, 290-292 (Wendy Brown & Janet E. Halley eds., 2002).

<sup>141</sup> *Id.* at 292-294.

<sup>142</sup> *Id.* at 294-301.

(種族歧視犯罪)。這確實是個非常駭人的案件，但是Franke重回她一開始的提問：為什麼這是性犯罪？Franke指出紐約州刑法對於「性虐待」(criminal sexual abuse)罪的構成要件中，包含「強迫或未經對方同意性接觸」(sexual contact with another person by force or when the person is incapable of granting consent)，而「性接觸」的定義則是「任何為了滿足雙方其中一方的性欲而碰觸非配偶的他人的性部位或私密部位的行為」(any touching of the sexual or the other intimate parts of a person not married to the actor for the purpose of gratifying sexual desire of either party)<sup>143</sup>。法院的實務操作則直接列舉出胸部、大腿、腿、嘴、肚臍，以及「依接觸之情狀而定其私密之部位」(...A body part which might be intimate in one context, might not be intimate in another.)<sup>144</sup>，易言之，任何身體的部位皆可能是私密部位。似乎是犯罪人的性欲把身體的部位性化，然後與其接觸而構成性犯罪。不過，其他的性犯罪(加重性虐待、強暴、雞姦)的定義則是不問犯罪人的性欲，只要有插入陰道、直腸或嘴即違犯。綜上所述，在紐約州刑法上，上述被指名的身體部位是本質上屬於性，碰到就是性犯罪；但其他部位的接觸也可以經過一連串的司法解釋過程，將性的意義銘刻於行為之上，而使其成為性犯罪。實定法上，其實除了指定某些部位以外，沒有給予任何關於犯罪什麼時候是性犯罪的線索。再進一步言之，實定法也沒有說明為什麼被指出來的的身體部位就是性部位。Louima的受暴看起來並沒有滿足任何一方的性欲。Franke認為，白人警察摧毀黑人男性氣概最有效的方式就是攻擊他的肛門，這是用性來進行白人對黑人的羞辱與施暴。讓人無法接受這個駭人事件的不是性，而是其中的種族歧視；而這個案件和其他白人警察對黑人施暴唯一的區別也不是這個案件涉及性，而是這個案件被揭露。如果將這個犯行的重大歸因於性，恐怕是歸因錯誤<sup>145</sup>。

Franke指出刑法直接指定某些部位是性部位，是知識-權力(knowledge-power)的運作。而投注在性部位的關注、研究、操心、保護就因此超越其他部位。而依此展開的研究、組織與觀察，知識-權力產生了人對身體的了解。性不是個可以擁有的東西或可以做的事情，它是規制的理念。同理，性產生了它要治理的身體，而如此進行便產生了重要的/物質身體(bodies that matter)，也產生了不重要的/非物質身體(bodies that does not matter)<sup>146</sup>。

Franke認為，雖然讓性做功指出了性的建構與性暴力真正嚴重之處往往不在性，但是被強暴的女性確實持續的經驗到自己的身體被性侵害，這種經驗絕非不算數，因此無法貿然躍

<sup>143</sup> N.Y. PENAL §130.00 (ii) (iii) §130.05 (i) (ii) (McKinney 1998).

<sup>144</sup> People v. Rivera, 525 N.Y.S.2d 118, 119 (Sup. Ct. 1988).

<sup>145</sup> *Supra* note 140 at 301-307.

<sup>146</sup> *Id.* at 307-308.

人理想主張不存在性犯罪<sup>147</sup>。她舉出前南斯拉夫地區國際刑事法庭(International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991)在審理前南斯拉夫所發生的以強暴作為戰爭手段的種族清洗案件所逐步發展出的法理為例，國際人道法並無將性犯罪獨立的處罰，法院及檢察官是個案判斷各種不同性暴力的手段如何以不同的方式摧毀個人或人群，再決定怎麼起訴、判刑<sup>148</sup>。Franke指出，前南斯拉夫的穆斯林女性如何沿路被言語羞辱而帶到強暴集中營的過程和紐約黑人沿路被言語羞辱後帶入廁所強暴的過程驚人的相似，駭人的程度也相似。然而，這兩個案件駭人之處都在於性可以用來(putting sex to work)摧毀人，而不是性本身駭人<sup>149</sup>。

## 完事/去性(After Sex)之後的酷兒理論？

### 本節概要

Janet Halley與Andrew Parker在2007年的《After Sex?》<sup>150</sup>導論中表示似乎有種風聲顯示，酷兒理論已經過期了，確實它與1990年代的愛滋運動已經脫鉤，而且理論開山祖師Butler與Sedgwick已經不做酷兒研究很久了。我想，這篇短文問了個挑釁的問題：拿掉性之後，酷兒理論還剩下甚麼？性之後的酷兒研究關於甚麼？<sup>151</sup>這篇短文引起我注意的是，這兩位作者在邀稿的時候的碰壁經驗，尤其是在法學領域：沒有一個法學者回應邀稿。法學者們(雖然我不知道Halley到底跟誰邀稿)回絕的理由是：他們從來沒想過自己的學術跟酷兒相干，所以問他們性「之後」的酷兒理論沒有引起任何共鳴。他們設想了一些可能的原因，例如法學院的時間差(酷兒理論是別的地方起源的)、法學研究中批判傳統中酷兒理論的缺席(所以權利的批判敗得徹底)、溫和中間派法學界對各種不理性/反理性(a-rationalist)的思想傳統(恰好是酷兒理論借重的)以及沒有辦法提供立即的「政策建議」的理論取徑的敵意、有很多法律問題跟性(所以也跟性的之後)無關、法律作為實踐與人文作為理論的分裂<sup>152</sup>。

---

<sup>147</sup> *Id.* at 308-309.

<sup>148</sup> *Id.* at 308-320.

<sup>149</sup> *Id.* at 320-321.

<sup>150</sup> Janet E. Halley & Andrew Parker, *After sex? On writing since queer theory - Introduction*, 106 SOUTH ATLANTIC QUARTERLY, 421, 421 (2007).

<sup>151</sup> *Id.* at 421-422.

<sup>152</sup> *Id.* at 423.

Halley與Parker在這篇導論中指出，雖然有邀稿碰壁的困難，不過從該期刊最終仍順利出刊這個事實來看，酷兒還活著——只是它與各種其他領域交合。而Halley與Parker指出，完事(after sex)之後的酷兒理論有兩個脈絡可循：反社會論題(antisocial thesis)與情感理論(affect theory)<sup>153</sup>。當然，遵循酷兒思考，這兩個脈絡不是截然二分的。不過我想跟隨著被Halley分類為「情感理論」脈絡的Nunokawa與Sedgwick的分析，指出塑造酷兒理論過去的歷史：AIDS危機的日子已經是過去式了。而跟隨該危機的偏執狂閱讀與偏執狂理論，讓酷兒變得乏味，而且截斷了讓酷兒活下去的未來<sup>154</sup>。

我認為Halley與Parker提示了以下重點：酷兒理論的純理論移植問題。酷兒理論雖然從1980年代晚期以後發展至今流派眾多，可是它對主體以及知識的高度反思性在二十年左右的時間就可以發展出自我檢視的時刻，顯示它的理論密度足夠，確實是知識上的探險(當然，這是已經接受酷兒理論可以是個失敗的驚喜的姿態)。酷兒理論作為一種「理論」，似乎是可以跨時空移植的，然而它的起源是面對AIDS疫情迫切危殆(urgency)的政治動員與解構理論的交流。當這樣的條件不存在的時候，我認為僵化的理論移植作為一種純思性的活動就取代了酷兒理論同時作為一種政治與理論：僵化的思考與操作不需要社會性(sociability)，也遺忘了反思性(reflexivity)。我認為這是當下中文讀者閱讀酷兒時必須放在心中的事。

我在這一個小節接下來的篇幅將先略為介紹Teemu Ruskola與Katherine Franke在去掉性(after sex)的Lawrence案酷兒批判，再轉入Nunokawa與Sedgwick關於酷兒偏執與酷兒反社會性的批評作為酷兒完事(after sex)之後的知識性反思。

## 去性(After Sex)的 Lawrence v. Texas

### Teemu Ruskola：去性後還剩下甚麼？

Teemu Ruskola認為，從Hardwick到Lawrence之間，同性戀的準犯罪人地位意外被逆轉了。不過，這個逆轉不僅是身分地位與判決先例的逆轉。Hardwick在系爭權利定性上是「有無進行性悖軌的權利」，而Lawrence在系爭權利定性上是「兩個同性進行特定親密性接觸(intimate sexual conduct)」<sup>155</sup>。從這個權利定性上的差別，就大約可以預測到結果：性悖軌權

---

<sup>153</sup> *Id.* at 428-429.

<sup>154</sup> *Id.*

<sup>155</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 566 (2003).

在權利法案中找不到所以直接拒絕；然而愛同性別的人的權利雖然在權利法案上也找不到，可是很容易為其說項<sup>156</sup>。Ruskola認為*Hardwick*雖然結果上錯誤但是定性上正確，而*Lawrence*雖然結果上正確但是定性上錯誤。*Lawrence*後同性可以在他們的私空間裡以身為有尊嚴的自由人發生性關係(即所謂親密性接觸)<sup>157</sup>。可是這是否可以反面推論出，不是在私領域中發生的親密性接觸就不是憲法所保障的性生活呢？Ruskola認同大法官Scalia反對意見中：「不要相信(Do not believe it.)」[多數意見主張*Lawrence*無涉承認同性婚姻的宣稱]<sup>158</sup>，做出*Lawrence*判決的法院很有自信能正確認識甚麼是同性性行為的本質(也因此才會說*Hardwick*從一開始就是錯的而其判決先例必須被推翻)<sup>159</sup>：順服於規範性異性戀性交，並且在追求性關係以外更持久的關係。否認有親密關係的性接觸等同於否認同性戀的尊嚴與自由，而反面推論無親密關係的同性性行為就不是法院在*Lawrence*判決中想像得到、予以合法的性<sup>160</sup>。Ruskola認為法院可以認識到同性親密關係是進步，但他感到遲疑的是，法院知道同性親密關係的真理：就和異性戀一樣。強迫異性戀體制不再是被要求不可能的事情，而是真的成為可能<sup>161</sup>。此外，*Lawrence*作為隱私權案件，它讓公共的性政治變得難操作，同性性行為可能跟異性性行為受到類似的管制<sup>162</sup>。Ruskola認為，*Hardwick*從行為出發反推出身分認同，而*Lawrence*則同時運用了行為與身分認同的同性戀定義，這在酷兒的戰略上，就要重新思考行為/身分認同二分是否依舊是最棘手的二分：是否要開始對人本主義的預設質疑？是否堅持性悖軌的權利預設了符應自由主義法律的主體？自由主義的性家庭中個體性/連結性的矛盾是否才是酷兒思考的前線？<sup>163</sup>我對Ruskola這篇文章中一些隱含的規範主張有所保留，例如性無涉人際連結的主張以及對酷兒思考必須關於性事的執著。不過我認為他提出的方向是正確的：酷兒最需要質疑的二元對立或許真的不是行為/身分認同的二分了，當性事的煙硝散去後這可能也是酷兒思考還能有效的退路。

## Katherine Franke 論馴養自由及同性婚姻的政治

Franke說*Lawrence*案逆轉了*Hardwick*案，在法律意義上來說，確實是個勝利。然而在政

<sup>156</sup> Teemu Ruskola, *Gay Rights versus Queer Theory: What Is Left Of Sodomy After Lawrence v. Texas?*, 23 SOCIAL TEXT, 235, 235-237 (2005).

<sup>157</sup> *Supra* note 155.

<sup>158</sup> *Id.* at 604 (J. Scalia dissenting).

<sup>159</sup> *Id.* at 578.

<sup>160</sup> *Supra* note 156 at 238-239; *Lawrence* at 567.

<sup>161</sup> *Supra* note 156 at 240-241.

<sup>162</sup> *Id.* at 242.

<sup>163</sup> *Id.* at 243-245.

治上及文化上，*Hardwick*似乎沒有死透<sup>164</sup>。在判決理由中，大法官Kennedy明確表示性悖軌法違憲，而且系爭德州條文「貶低同性戀者的人生」，「國家不能貶低他們的[私生活]或藉由將[同性戀者的]私人性生活入刑控制他/她們的命運。」<sup>165</sup>但是，同時「自由(liberty)保護個人免於不想要的政府入侵住家或私人居所」，而「自由(freedom)超越空間界線，自由(liberty)預設自主的自我，[它]包含了思想、信仰、表達與特定親密行為的自由(freedom)。」<sup>166</sup>*Lawrence*的自由(liberty)不是深厚廣袤的自由<sup>167</sup>，而是在地理上侷限的自由、在私空間裡面的自由。Franke指出，在*Lawrence*中法院使用第十四增修條文的正當法律程序(due process)保障的隱私權來證成它對同條文保障的「自由」(liberty)不僅怪，而且判決先例已經逐漸建立「私領域」的範圍已經超出個人家庭房屋以外的同時，反用「自由」來將系爭權利縮回最原始的隱私權空間範圍—家庭—is *Lawrence*案的特徵，法院以私領域化的自由而非隱私權讓德州性悖軌法違憲<sup>168</sup>。

Franke接著以南非最高法院於1998判決該國性悖軌法違憲<sup>169</sup>的判決理由與*Lawrence*做比較法的考察，指出幾項差別。首先，南非的判決與美國的判決雖然都承認同性戀者的尊嚴(dignity)因為性悖軌的汙名(stigam)而被貶低，但是美國法院將汙名僅限於因刑事定罪而來，南非法院則承認性悖軌法律的存在本身就是汙名。其次，雖然南非法院將系爭權利定性為隱私權，可是是在考量歧視性目的存在於性悖軌法而做出違憲的判決，相反的美國法院只以差不多是隱私權的自由受到侵害為理由。兩個法院都提到尊嚴與隱私，可是南非是尊嚴放在隱私之前並強調平等權，而美國是將隱私放在尊嚴之前而絕口不提平等權<sup>170</sup>。

Franke認為*Lawrence*案的私有化自由並未讓猥褻法違憲，而非規範性的同性戀性行為依舊可能因此而被入罪。大法官Kennedy將*Lawrence*的案件事實描述為在關係中的兩個男人決定在私場所發生親密接觸，就像在異性戀關係中的男女一樣，儘管這樣的描述似乎並不符合事實。而且，這兩個男人的關係還被說成有在性關係以外更耐久的關係，但這耐久的關係是

<sup>164</sup> Katherine M. Franke, *Domesticated Liberty of Lawrence v. Texas*, *The Commentary*, 104 COLUM. L. REV., 1399, 1400 (2004).

<sup>165</sup> *Lawrence* at 574, 578.

<sup>166</sup> *Lawrence* at 562; *Supra* note 164 at 1401. 另值得注意的是，Franke說這段敘述看起來liberty是freedom的子集合，但是Franke指出這兩個字有區別是英文法學獨有現象。德國法學中只有Freiheit，法國法學中講到liberté後面必跟著fraternité與égalité。關於liberty與freedom之間的關係，我想Franke只指出來它們之間有差別，不過沒有進一步探問。我在本論文最後一章試著在Obergefell v. Hodges判決出爐後將這兩個概念初步地連結在一起。

<sup>167</sup> 「自由(liberty)的核心是個人定義自己存在的概念、意義、宇宙以及人類生存的奧秘的權利」Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 851 (1992).

<sup>168</sup> *Supra* note 164 at 1402-1404.

<sup>169</sup> Nat'l Coalition for Gay & Lesbian Equal. v. Minister of Justice, 1999(1) SALR 6 (CC) ¶¶ 14-26, 27-39.

<sup>170</sup> *Supra* note 164 at 1404-1406.

甚麼，也頗耐人尋味。Franke說男女同性戀從*Hardwick*與DADT那邊被性的語彙所過度決定(overdeterminate)，那麼在*Lawrence*這裡就是性的語彙不足決定(underdeterminate)。大法官Kennedy說「系爭案件牽涉到人在空間與更為超越的面向上的自由」，Franke稱此為被馴化(domesticated)的自由(liberty)，在空間上指的是私人空間，在超越上指的是基於關係的親密接觸<sup>171</sup>。

由於*Lawrence*判決理由裡建立的馴化自由去性、發生在私空間、建立在關係上，而且去除刑法管制只是去除國家可以管制性行為的眾多手段的其中一種而已，Franke認為它並未替性政治打開更寬廣的空間，相反地它為在私領域中親密接觸創造了安全區同時建立了除此之外的危險區。*Lawrence*對於追求承認男女同性戀作為權利主體的人來說是一大勝利，同時另一種政治也在此之後得以可能：同性婚姻的政治。而*Lawrence*的婚姻政治在法院的判決中，看起來是類同於現存的異性戀婚姻親屬體制的。在*Lawrence*之後，因為同性戀親密關係與異性戀親密關係看起來差不多，而使得區分這兩者的意義不大：某個角度上來講「平等」就在眼前，但換個角度來講，同性親密關係的實踐在*Lawrence*之後便失去了可能改變親屬關係想像的潛能，同性戀主體成為文明且馴化的主體<sup>172</sup>。

Franke特別注意LGBT社群領袖希望得到官方認可的渴求，這或許也可以說是*Lawrence*塑造了渴望被認可的主體與慾望。為什麼讓*Lawrence*、*Hardwick*這兩個人陷入麻煩的慾望—性的慾望—如此快速的被LGBT社群轉譯成被官方認可的慾望並拋棄了過往較為基進的政治與對性的重視？Franke認為其中原因之一是法律人與法律策略在當代美國LGBT組織的顯著性。法律人主導的結果是，認為法律就是壓迫的來源而且也是解放的關鍵：在*Lawrence*以前問題出在將同性戀族群誤認為性悖軌者，所以解決的方法就是把誤認取消掉並正確的分類。接著有兩種可能的解決方式。其一是要求法律正確地、寬容地看待同性戀族群，同性戀族群是受壓迫的受害者(而且也將受害者身分當作認同)所以轉向要求法律來補正其所受到的不正義。另一種方式是主張任何同性戀的法律區分都是不正當的，就像種族平等要求膚色盲一樣，而這個取徑接受且忽視了既存的異性戀規範<sup>173</sup>。

Franke引用她對美國內戰後重建時期非裔美國人獲得公民身分之後的研究來做類比例

<sup>171</sup> *Id.* at 1406-1409.

<sup>172</sup> *Id.* at 1410-1417.

<sup>173</sup> *Id.* at 1418-1419.



子<sup>174</sup>，表示獲得平等公民身分不能解決一切問題。在美國內戰前南方州的黑人是動產，因此沒有辦法進入法律所承認的婚姻關係之中，而當時的黑人有多種法律所不認可的結婚儀式或締結親屬關係的儀式，也有多種法律所不認可的非一夫一妻親屬關係實踐(可能因為奴隸時常被買賣易主而無法與特定伴侶長期共同生活，也可能是居住環境就是一大群人共居而形成多元互負照護責任的關係等等)。在重建時期，這些黑人的複雜親屬關係在成為公民後就碰到各種法律上的問題，而這些法律上的問題反過來被白人利用來說這是他們還不夠文明的證明。美國內戰後有些州自動承認原有的夫妻關係，但有些州要求重新登記，但若非是索價過高無法負擔，則是限定辦理登記時間很短。而許多未能依法登記的黑人受到禁止婚外性行為(fornication)、或是禁止重婚的刑法所處罰。而當時黑人社群內部有自律以獲得可敬性(respectability)的主張，試著證明黑人也值得享有自由(freedom)的權利(rights)與特權(privilege)。在統一的國家、統一的法律之前，黑白種族都應是自由、自治的人民，社群內德高望重的人(respectable member)此時選擇與白人的法律權利站在一起而非與他們的弟兄姊妹站在一起<sup>175</sup>。Franke指出這個歷史上的類比對她來說太有說服力，以往黑人沒有想過國家承認他們是自由人的同時也讓他們與國家的關係更緊密，而這個緊密的關係在初期看起來是不太順利的：從奴役中解脫但因為家庭的失敗進入監獄、從奴役中解脫但獲得締結條件很差的勞動契約的權利、從奴役中解脫但獲得欠債的權利，一切都以成為文明化的國家一分子為名、由社群內德高望重之人做出自制的呼籲。在此我們可以看到現代型法律一旦介入原本不在現代型法律所設想的多元、複雜日常生活親密關係實踐過程裡，原本沒有問題的日常生活突然變成各種意料之外的法律問題。關於這些變成問題的「問題」，Franke說這一切都看起來太像自我的技術(technologies of the self)，獲得自由人的公民身分與各種權利與並不真的那麼自由<sup>176</sup>。

Franke指出，Scalia大法官在*Lawrence*案的反對意見裡說是正確的：「不要相信[多數意見說*Lawrence*跟承認同性婚姻無關]」<sup>177</sup>，追求同婚的政治是，我們也想要成為「我們人民」(We, the People)的一份子，而且剛好是兩個人手牽手(we the couple)一起<sup>178</sup>。相擁甜蜜情侶的公共再現取代了石牆暴動的扮裝皇后身影，同性戀慾望本質因為除罪化而轉化成要求被承認的慾望。歧視所造成的損害不再是犯罪者身分所帶來的汙名與麻煩，而是關係不被承認。

<sup>174</sup> See generally, Katherine M. Franke, *Becoming a Citizen: Reconstruction Era Regulation of African American Marriages*, 11 YALE J.L. & HUMAN., 251 (1999).

<sup>175</sup> *Supra* note 164 at 1420-1423.

<sup>176</sup> *Id.* at 1423-1425.

<sup>177</sup> *Lawrence* at 604 (J. Scalia dissenting).

<sup>178</sup> Katherine M. Franke, *Politics of Same-Sex Marriage Politics, The Sexuality and Marriage: Essay*, 15 COLUM. J. GENDER & L. 236, 239 (2006).

Franke還注意到，同婚支持者擁抱婚姻規範的速度之快，連異性戀夫妻可能意外生育而對孩子不夠用心，相比同性婚姻如果養兒育女一定是費盡千辛萬苦才得到的，所以比異性戀夫妻更負責任的主張都出現了<sup>179</sup>。Franke對整個社群的轉向速度過快而惋惜，不是犯罪者的同性戀與跟異性戀一樣的同性戀之間「無法可管的同性戀」政治—未將接合婚姻幻想導入認同婚姻體制的同性慾望與同性社會性—沒有出現。認同國家、認同婚姻的同性戀認同政治，Franke認為不像是策略上的主張，而更像是真實的認同。她對1970年代與1980年代的非法同性戀的懷舊，貫穿了她對同性婚姻政治的看法：以同於異性戀婚姻為核心的治理計畫取代了她緬懷的，充滿各種可能的、以陌生人間的情感與團結所構成的同性社會性(homo sociability)。她甚至充滿情緒渲染地認為，讓我(me)與你(you)共同崩塌成我們(we)讓她聯想到現代版的夫妻法人格同一論(coverture)<sup>180</sup>。另一個Franke無法接受的發展是，在高度抗藥性HIV出現的新聞後，美國最老牌的爱滋倡議與服務團體Gay Men's Health Crisis與政府同聲要求社群內的成員在性行為上自我約束並支持公共衛生部門採取更全面的控制手段。她覺得整個同性戀社群不再能互相支持並發展出不是要求同性婚姻的陌生人間社會性語彙，社群功能剩下互相監控與互負責任。而她認為這個政治問題(不是法律問題)也顯示出同性戀政治無法介入—反恐、追求軍事手段的外交政策、以性作為戰爭手段—等等美國國族與帝國主義的變生時期「國家大論辯」。<sup>181</sup>

在Lawrence之後與Obergefell之前的這段時間，Franke提出框架同性婚姻的論辯應該是將法律的空洞期視為機會而非損害，形成讓想要結婚權利的同性伴侶可以主張結婚的權利又不以壓迫婚姻外性自由為前提的論證<sup>182</sup>。Franke指出，問題出在婚姻的規範性：它變成衡量各種親密關係的標準。而因此，Franke想從酷兒文化(queer culture)與法律多元主義(legal pluralism)中尋找可能的出路。Franke提及但並不主張的是法律多元主義。它承認法源的多元，因此國家民事法不壟斷所有關於婚姻、家庭、性事的管制，例子是南非憲法承認民法上的婚姻也承認「各種傳統下締結之婚姻」，而在南非的憲法法院也確實以法律多元主義證成同性婚姻合憲<sup>183</sup>。而Franke比較著重的另一個可能是酷兒文化在法律的陰影之下讓個人之間的關係可以討

<sup>179</sup> *Id.* at 240-244.

<sup>180</sup> *Id.* at 244-246.

<sup>181</sup> *Id.* at 246-248. See also, Katherine Franke, *Dating the State: The Moral Hazards of Winning Gay Rights*, 44 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 1 (2012). Franke在這篇文章裡嚴厲批判以色列以同性戀旅遊與同性戀友善作為外交粉飾公關的粉紅清洗(pink wash)政策，認為這是美國與以色列的同性戀政治無法批判美國帝國主義與錫安復國主義所造成的道德危險。

<sup>182</sup> Katherine M. Franke, *Longing for Loving Symposium: Forty Years of Loving: Confronting Issues of Race, Sexuality, and the Family in the Twenty-First Century - Panel I: Historical Perspectives on Race, Sex, and Family*, 76 FORDHAM L. REV., 2685, 2688 (2007).

<sup>183</sup> *Id.* at 2689-2691. 不過Franke也提醒讀者不要落入西方人類學的凝視，而且南非憲法法院並未以多元主義傳

價還價的可能性。婚姻作為一種特別的契約，國家介入的程度比其他私法上契約來的多，然而國家對離婚條件的管制與對結婚條件的管制完全不同。自從美國法允許兩願離婚之後，婚姻的進入門檻比退出門檻來得高，而法律的陰影允許個人討價還價的空間僅存在於離婚而非條件限制甚多的結婚(不管一樁婚姻再怎麼不智，只要符合結婚的要件都結得成，反過來說不管一樁離婚再怎麼合理，國家都有各種理由與興趣去研究怎麼讓大家繼續留在婚姻裡)。追求結婚這個國家設定好條件以及進入婚姻之後一連串跟著設定好的情感、同居、單偶、經濟關係等等，都是追求沒有法律下陰影的空間，放棄個人之間討價還價形成適合己意的關係的空間<sup>184</sup>。Franke指出，某些在國家法賦予個人自由形成權利的領域中，半自治的規範領域是可能存在的，然而在婚姻這個領域上，從異性戀的訴訟經驗來看，法院並未留給夫妻間太多創意揮灑契約自由的空間<sup>185</sup>。因此，Franke重申：在美國的現實環境下，將法律倡議重點放在婚姻就是關閉婚外親密關係可能獲得除了被貶抑以外的地位的可能性。她希望讀者可以跟她一起做個思想實驗：友誼作為社會關係，在法律上沒有被認真看待過。朋友們可以同居、經濟上相互幫忙、發生性關係、持續期間或長或短、可以很有趣也可以很深刻，這是友誼的彈性。在沒有規則、沒有正當法律程序保障、不在上帝面前，大家仍然享受友誼的自由。在她看來，爭取「結婚的自由」是矛盾的：相較於甚麼不自由的情況，結婚比較自由？此外，看重友誼的想像也可以幫助女性主義抵抗生殖規範，原因是Franke認為爭取同性婚姻在訴訟策略上挑選想育兒的同性家庭是反過來暗示異性戀家庭的模範就是要生育，這對女性爭取身體自主並不利。最後，對於友誼應該長怎麼樣，沒有共識，也沒有人覺得需要共識，不像婚姻一樣有特定樣子的規範性。這是訴諸友誼想像的酷兒之處—它目前還沒有規範性的力量。Franke承認訴諸友誼是個思想實驗，也沒辦法保證可以達到她想要的目標：基於陌生人社會性(stranger sociality)的各種性自由(sexual freedom)<sup>186</sup>。

---

統擴張性自由至性工作者。此外，南非憲法的多元法律主義和它的殖民歷史、種族隔離歷史有關，並非四海皆準。

<sup>184</sup> *Id.* at 2692-2699.

<sup>185</sup> 唯一的反向例外應該是盟約婚姻(covenant marriage)，美國保守派要讓婚姻變得更忠貞純潔的議程。See generally, Joel A. Nichols, *Louisiana's Covenant Marriage Law: A First Step Towards a More Robust Pluralism in Marriage and Divorce Law?*, 47 EMORY L.J., 929 (1998).

<sup>186</sup> *Supra* note 182 at 2699-2707.



## 完事(After Sex)之後的酷兒理論

### Jeff Nunokawa：酷兒理論的身後事

Jeff Nunokawa在一篇充滿了個人情感的文章中，回憶酷兒理論發源的90年代美國學院與ACT UP經歷<sup>187</sup>。Nunokawa將它描述為生命充滿危機的年代，AIDS疫情籠罩整個社群；也是知識充滿危機的年代，解構思潮在學院內正流行。運動的團結精神與理論的文化批評相互滋養。因為所有人都處在危機之中，所以團結精神雖然高昂但也很寬敞，各種會議內的討論、互相扶持與批評讓走出會議外的個人面對的無盡死亡威脅可以「再撐」久一點。Nunokawa說，這些活動的「社會性」(sociability)對命殆的主體至關重要<sup>188</sup>。而回顧當時的學術界中解構主義的文化批評對愛滋運動的文獻，Nunokawa指出，這些文獻中的批判對性事與社會之間的關係有後續影響<sup>189</sup>。他回顧了Leo Bersani運用拉岡精神分析對認同政治提出最嚴厲的低判的文本(1987年《直腸是墳墓嗎？》)，其中謳歌奮力肛交抽插的隱喻：出神、反政治、抽插出社會、個人絕爽(jouissance)中自戀自我的形成與毀滅<sup>190</sup>。

不過，Bersani的雄辯中不見蹤影的是：造成諸多苦難的社會、以及在社會中對他者極度敏感的反社會自我。在Nunokawa的眼中，Bersani痛恨的自我不是被社會關係所污染的認同，而是從社會關係中浮現的所有認同中所具有的範疇性(category)特色。Bersani式的末日景象逃出社會計畫似乎是：把社會描述成所有最可能的黑暗建構、無限狡猾的權力，逃出它邁向純身體與愉悅。Nunokawa認為經過一段時間的發展後，這種理論已經僵化了心智，而且從此單語的意識形態只召喚出漠不關心、麻木的主體<sup>191</sup>。Nunokawa認為，逃脫社會不是只有Bersani的末日想像，他試著發展各種細微的個體小逃逸，並且以後見之明認為：Bersani的宏大末日論在1987年的愛滋威脅下以直腸作為葬身之所的姿態確實問題化了社會與性事之間的「公共性」，然而性與逃逸出社會的中介關係應該不只是一種病態的大災難作結。Nunokawa強調，1990年代酷兒斐然可敬的大聯合政治中的社會性正是拯救整個社群於死亡威脅與危機前未完全潰散的原因<sup>192</sup>。

<sup>187</sup> Jeff Nunokawa, *Queer Theory: Postmortem*, 106 SOUTH ATLANTIC QUARTERLY, 553, 553 (2007).

<sup>188</sup> *Id.* at 553-554.

<sup>189</sup> *Id.* at 555.

<sup>190</sup> *Id.* at 556-557.

<sup>191</sup> *Id.* at 557-558.

<sup>192</sup> *Id.* at 560-562.

我引介Nunokawa是為了要強調：酷兒政治與酷兒理論有其面對AIDS疫情危機的美國歷史脈絡。而且就算在發源地美國，經過20年它的某些流派的理論發展已經僵化了，而且採取一種反社會的姿態<sup>193</sup>。同樣弔詭的是，按Nunokawa的說法，酷兒理論的誕生是基於社會性，而非反社會性。我在明確的標示這篇論文是酷兒研究的論文的同時，也注意到，酷兒理論可能真的已經是如同這篇文章的標題所描述的，死亡之後。

## Sedgwick：偏執閱讀/修復閱讀/酷兒思考

在Sedgwick的寫作中，有兩個基本原則：知識上概念傾向非二元對立、政治上對各種分離主義(形成內部同質的團體)的不耐<sup>194</sup>。Sedgwick認為，美國社會雖然是父權且反同的，但是父權與反同之間並沒有必然關聯<sup>195</sup>。其經典著作《衣櫃知識論》基於她的基本原則，對「性傾向」的意義與政治提出質疑，表示性事內部的各種多元複雜個人選擇在同性戀性傾向的認同政治中，有一整組被設定好的選項，而性事與客體選擇的性別被認同政治給等同起來的時候，這些差異就被壓縮了<sup>196</sup>。雖然Sedgwick未曾在早期著作中使用酷兒一詞，但是她的著作確實是酷兒的：個人性別或性的構成要素並沒有辦法單一地被指涉，而是可能性、漏洞、重疊、不和諧與和諧、時間差、與意義的過剩<sup>197</sup>。而酷兒思考並不局限於性，它也可以在種族、族群、後殖民以及這些的交錯、各種和認同建構/認同破裂的論述中運用。酷兒的政治是意義與建制可以鬆散但不互相加強的關聯起來的政治，這是有生產力的接連。傳統的男女同性戀政治投注大量資源在同性家庭的相關概念的法律保護上，但是酷兒接受家庭的諸功能<sup>198</sup>只是鬆散的連結在一起，並且試著讓這些功能從「家庭」這個把它們綁在一起的系統中互相斷開連結<sup>199</sup>。步入21世紀後，酷兒政治在美國已經不是那麼有影響力，主流男女同性戀的常規化政治主導了場子，最可見的政治目標是隨著要求同性婚姻與家庭、容納男女同性戀於軍隊中而順服規範<sup>200</sup>。Sedgwick看來，酷兒政治同時是反同化主義(不急於分享、順服於規範與享有

<sup>193</sup> See generally, Judith Halberstam, *The Anti Social Turn in Queer Studies*, 5 GRADUATE JOURNAL OF SOCIAL SCIENCE, 140 (2008).

<sup>194</sup> EVE KOSOFKY SEDGWICK, *Thinking through Queer Theory*, in THE WEATHER IN PROUST, 190, 190-191 (EVE KOSOFKY SEDGWICK & JONATHAN GOLDBERG eds., 2011).

<sup>195</sup> *Id.* at 194-195.

<sup>196</sup> *Id.* at 197-198.

<sup>197</sup> *Id.* at 199-200.

<sup>198</sup> *Id.* Sedgwick列舉了姓氏、性偶、做為法律物的國家管制婚姻、血緣關係的迴路、陪伴系統、一棟建築物、公私之間的前舞台、收入與繳稅的單位、經濟消費的主要場所、文化消費的主要場所、生育涵化兒童的機制、跨代累積財務的機制、日常機制、信仰社群中的一個單位、報國的場所。

<sup>199</sup> *Id.* at 200-201.

<sup>200</sup> *Id.* at 201.

特權)與反分離主義(因為不把異/同分別當作自然的)的，而男女同性戀認同政治完全相反地是分離主義(固定內部統一的認同)且同化主義(同性戀同化於保守文化)的<sup>201</sup>。酷兒理論在21世紀後看起來被侷限在學院內，不過這麼說的前提是政治被限定是選舉與立法。而接受這樣的前提有代價：主流同性戀政治經過20年後居然來到了否認AIDS危機的地步，AIDS似乎不是個美國的公共議題，依舊有許多人在公眾的沉默下因此死去。而Sedgwick認為AIDS議題無人關心與酷兒理論被保守的美國男女同性戀政治拒絕有關。Sedgwick主張這個議題不僅僅是同性戀認同政治的，它還牽涉到歷史上種族與貧窮如何與反同相互交織，而複雜性是酷兒分析可以做到但認同政治做不到的<sup>202</sup>。

對AIDS的遺忘不僅僅是表現在前述酷兒失去政治動員意義上，Sedgwick還展示出，重新回顧AIDS才能理解酷兒理論思想的偏執傾向<sup>203</sup>。她回顧AIDS疫情仍然是政治議題的時候，流行著一種AIDS陰謀論。而這些AIDS陰謀論不管有沒有被證實，沒證實是還要繼續證實，有證實的話只是發現已經知道的事情。這就是偏執狂。Sedgwick認為知識也可以以言行事(knowledges do，基本上是個言說行動)，她借用Ricoeur的概念：「懷疑的詮釋學」，來指涉從馬克思、尼采、佛洛伊德以降，以及後來美國學界吸收解構主義後所產生的酷兒理論以及各種批判。這些批判都自相矛盾地在追求、訴說知識並同時讓聽聞到這些知識的人被其所述說的知識如其所述地構成，結果是各種本來在知識上據稱是局部、偶然的關係變得不可能被拆開來<sup>204</sup>。虛假意識與解碼的方法攜手並進，因為懷疑的人只是逆著做心懷詭計的人所做的虛假化<sup>205</sup>。Sedgwick說這種命令看起來非常詭異，畢竟這個世界中的系統性壓迫明顯可見，非得從天真、虔敬、順從於批判立場中硬是把壓迫理論化出來。酷兒理論跟這個偏執的命令有親密的歷史。Sedgwick指出酷兒精神分析理論假設偏執反映了同性慾望的壓抑，因此偏執可以探照出恐同的機制<sup>206</sup>。而且這個精神分析的說法迅速的變成酷兒的神方法，偏執傾向建構出對稱的知識論。它設立賊之後抓賊(如果必要的時候，成為賊)，它運用欺騙對抗懷疑也運用懷疑對抗欺騙：我知道你在讀我的心思因為我正在讀你的心思，這是偏執狂的命令與心態，而且偏執可以沒有上限，人永遠不會不夠偏執。Sedgwick指出對系統性壓迫不採取一種神秘

---

<sup>201</sup> *Id.*

<sup>202</sup> *Id.* at 201-202.

<sup>203</sup> EVE KOSOFSKY SEDGWICK, *Paranoid Reading and Reparative Reading, or, You're so Paranoid, You Probably Think This Essay is about You*, in TOUCHING FEELING: AFFECT, PEDAGOGY, PERFORMATIVITY, 123, 123 (EVE KOSOFSKY SEDGWICK & ADAM FRANK eds., 2003).

<sup>204</sup> *Id.* at 123-124. Sedgwick給的例子是「永遠歷史化」、「質疑權威」這些命令句，神聖且無歷史。

<sup>205</sup> *Id.* at 123-125.

<sup>206</sup> See generally, GUY HOCQUENGHEM, *HOMOSEXUAL DESIRE*, (Estate of Guy Hocquenghem trans., 1993).

化的觀點的話，就不必須在知識論上如此偏執。換句話說，要指出壓迫的隱密性與嚴重性並不必然要求偏執地認識<sup>207</sup>。Sedgwick借用Klein理論，區分出偏執的「位置」(所以不是一種本質化的狀態)—對危險地高度警覺與防衛—與消沉的位置—緩解焦慮以修復部分客體讓它看起來整全。Sedgwick將偏執分為五個面向分別說明：偏執是期待的、偏執是反思與模仿的、偏執是強理論、偏執是負面情感的理論、偏執信仰揭露<sup>208</sup>。

1.偏執是期待的：「不可存在壞的驚喜(bad surprise)」，在時間上偏執對未來非常的警覺但是又從這個警覺拉回現在把它當成已知事情，所以沒有任何壞驚喜是現在不能預期的。

2.偏執是反思且模仿的，因為他要藉由被模仿而理解，但是又以模仿去理解：「任何你可以(對我)做的事情我可以對我自己做的更糟」、「任何你可以(對我)做的事情我可以對我自己先做。」這種態度使得任何要了解的事情或了解的方式都被窮盡了，而且限制了政治與文化上鬥爭的可能性。這在酷兒與女性主義運用精神分析理論時最明顯：在所有精神接合處都一再確認殘酷、不可化約、圍繞著、無處不在的性差別/勢(phallus)。藉由這樣的嚴密搜索，酷兒與女性主義確認精神分析理論中沒有任何先驗地免疫於性別影響的領域及主題。但是這不表示酷兒與女性主義需要因為沒有辦法先驗排除掉性與性別，所以就先發制人地發展模仿特定風格的性差別暴力策略以避免掉不想要碰到的壞驚喜。

3.偏執是強理論，Sedgwick說情感理論是一種選擇性的掃描與放大的過程因此都是套套邏輯，只是弱的理論是弱的套套邏輯(tautology)、而強的理論是強的套套邏輯。偏執思考將性差別作為套套邏輯是：所有掃描出來的性差別可以廣泛、化約，又放大這個感覺，認識性差別的同時又創造了性差別。

4.偏執是負面情感的理論，在Tomkins那兒個人要減少負面情感而增加正面情感，如果過度期待負面情感會防堵追求正面情感的操作；而在Klein那兒偏執的位置是將痛苦提前承受的自我擊潰策略，而不是在消沉的位置追求愉悅以加強自我的修復策略。

5.偏執信仰揭露。它異常地強調知識功效的本質—揭露，或許這是偏執認識不可避免的是敘事的原因。「終於、好不容易可以把我的故事真正地讓大家知道了」，這種自誇的懷疑行為就是偏執。舉例來說，就Ricoeur所謂懷疑的詮釋學是，尼采藉由道德系譜學、馬克思藉

---

<sup>207</sup> *Supra* note 203 at 126-128.

<sup>208</sup> *Id.* at 129-130.

由意識形態理論、佛洛伊德藉由理想與幻夢的理論，揭露而去神秘化了某些東西，但這些東西在其自身的語彙中又說不出來，因此是種信仰<sup>209</sup>。現在人文學科研究生熟練於揭露歷史中普遍自由理性人文主義的暴力，全部以「現代性自由主體」的歷史敘事帶過。Sedgwick非常尖銳地指出，熟練這些話術的美國研究生們在老布希-雷根-柯林頓-小布希的年代中識事，許多美國大眾可以說方言跟天使、撒旦、上帝溝通的時候，「自由派」跟「理性人文主義」的地位大概跟邊緣的邪教差不多。當美國監獄擠滿黑人展現出的種族壓迫與全球各地各種人權侵害的暴力明顯可見的時候，為什麼還要承襲早期Foucault在暴力被貶抑因此需要被揭露的脈絡下去揭露「不可見」的暴力呢？Sedgwick並質疑懷疑的詮釋學要如何面對以可見性作為構成要素的暴力：美國南方數州讓受刑人鍊在一起在眾目睽睽下勞動、對在新加坡受鞭刑的美國青年Michael Fey的熱衷報導等等，都是歷史已經變化的事實。以往是廢死倡議者主張，如果真要執行死刑就要公開播放讓隱藏不可見的司法暴力變得可見以羞辱國家，但當代是支持死刑的人認為執行死刑最好的場合是電視播放。文化批判努力運用其技能讓隱藏的壓迫與處決變得「可見」的同時展現出來的默許[上述可見的暴行]態度的代價是？偏執狂對揭露如此的信仰還依賴於對他們所說話的對象的各種天真期待：為什麼看到你們所揭露的東西的人一定會覺得不適或被冒犯了呢？犬儒主義或者是「啟蒙虛假意識」(知道自己是假的虛假意識，因此它的虛假已經反思地被緩衝過)是這些啟蒙的人普遍運用來讓自己不要被當成是傻逼的方法。Sedgwick指出揭露行動的功效與方向性似乎與知識本質無關，否則不會有些揭露是有用的，而有些則否。不管怎麼揭露，偏執狂認為，事情很糟，而且只會更糟，所以各種反對的策略都沒有用，虛無主義進場。而且，你永遠不會太偏執，有更多的隱藏暴力等著你去發現<sup>210</sup>。

Sedgwick指出，顛覆與去神秘化的諧擬、對可疑的現在做考古學、發現暴力的隱藏模式並揭露……等等這些可以做、可以教的東西已經是當代文化研究的共通語彙。如果偏執詮釋學的勝利有任何危險的話，這些危險就是上述方法迅速席捲而成為學界對敘事與歷史化的構成性假設。這樣會讓文學與文化批評的視野與技巧的基因庫短少、淺化，而對環境(這裡指政治)變化欠缺適應與回應的能力。偏執思考的認識體系還會與其他認識方式斷開連結、進行否認。Sedgwick認為，可採取修復式的態度對偏執知識的方法刨根：修復式態度追求愉悅(所以「只是美學上的」)而且擺明了只要改善現況(所以「只是修正主義」)。但為什麼愉悅跟改

<sup>209</sup> *Infra* note 210. Sedgwick舉的酷兒例子是Butler在Gender Trouble一書末尾各種主張藉由諧擬「揭露」性別展演。不過Sedgwick明確表示，她不是說Butler到了21世紀還是偏執狂，也不是要用Butler過去的著作來評論她後來的理論發展。

<sup>210</sup> *Id.* at 130-142.



善現況前面都跟了一個「只是」？偏執狂的去神秘化揭露信仰殘忍且輕視地假設：只因為缺少了人民(意思是：其他的人民)受壓迫所產生的痛苦、貧窮、被迷惑的情況惡化到讓這些痛苦可以被意識到(講得好像你們不揭露就人民就不會意識覺醒)且無法忍受(講得好像無法忍受的情況以生產超棒解決方案而聞名)這一個條件，所以全球革命、性別爆破、或其他各種政治目標沒有發生。當然，各種偏執理論並不一定認真的這麼認為，可是很多當代理論似乎、好像、真的就被這個假設所建構起來。如果我們真的把這種想法當成一回事，那麼就是在日常生活的知識與理論與學術的知識與理論之間做區分(而這是正確的嗎？)。同時，偏執是既強且負面的情感理論，強迫只能有一個全面性的情感模型。而這些不斷增生的理論所基於的單一(或可能兩個)情感包括：狂喜、崇高感、自我破碎、絕爽、懷疑、賤斥、無所不知、恐怖、冷酷的滿足、或者是自以為義的憤慨。Sedgwick活靈活現地做了以下示範：「同志們，起來革命啦！如果你不搗爛國家機器你每一分鐘都會百無聊賴到昏倒、你每天一定想要二三十次左右火熱的性交、你要悲戚地當衝組、你永遠不會不想要談談德勒茲與瓜塔里。」「親愛的，今晚可以不要嗎？我頭痛。」<sup>211</sup>

Sedgwick主張採取Klein的修復式閱讀來克服偏執閱讀：讓認識臣服於，可以接受驚喜(不管是好是壞，可能真的壞到不行)在不定時的未來出現的態度。如此，希望才有可能，未來真的可能不一樣。Sedgwick認為，這對酷兒閱讀的計畫有以下啟示：離開精神分析的性壓抑假說之後，同性戀問題就不必是酷兒的優先議題。酷兒閱讀中的錯誤(mistake)、恥感(shame)不再以「如果我要很慘，那只少我要比別人聰明」的態度硬要揭露恐怖，或是揭露關於性的權力的宏大認識。接受錯誤的閱讀是，不管是好是壞的驚喜都是酷兒可能性(queer possibility)—酷兒對偶然性(contingent)的肯定，並且發現這個偶然性更確認了偶然之所以是偶然(故而是真實的，real)—的特色。以最常被舉的camp作為酷兒實踐來說，不必再強調它必須是顛覆、去自然、拉扯性別角色的實踐，換個角度來看它也可以是在充滿敵意與不支持、不足夠的文化中，個人尋找可挪用的素材與資源以支持初步的自我(inchoate self)<sup>212</sup>。

## 本章結論

Sedgwick這兩篇文章指出了酷兒並非必定拒斥未來而在政治上自我取消，以及酷兒理論獲得活力與失去活力的關鍵都在於是否介入AIDS政治。另外，她對美國酷兒理論(以及一般

---

<sup>211</sup> *Id.* at 143-146.

<sup>212</sup> *Id.* at 146-151.

而言文化研究)偏執閱讀的犀利批評，對任何試圖進行酷兒思考的人來說，相當警醒。偏執閱讀雖然在Sedgwick的文章脈絡中主要針對的是酷兒理論，可是她的情感理論描述，我認為是連宰制論女性主義也適用的。或許後設一點來說，如果沒有這個共通性，宰制論女性主義與酷兒之間的麻煩關係就建立不起來了<sup>213</sup>。無論如何，我以Sedgwick來為本章的酷兒閱讀作結是希望指出：偏執且僵化的酷兒閱讀有其歷史與脈絡，酷兒對二元對立與規範性的抵抗可以作為一種思考的方式。但進一步言，思考的方式有無保鮮期限？Halley有自己的答案，可是她故意不說<sup>214</sup>，我只能從2007年之後她的學術研究主題轉向家庭法的系譜學考察間接揣測。而Sedgwick的說法看來似乎是有。我的解讀是，工具沒有過時與否的問題，可是運用工具的心態與場景有。在這個時候能堅持偏執且僵化的酷兒思考的人，我致上崇高的敬意。不過，我只想說「親愛的，今晚我已經一夜七次了，明天我們蓋棉被純聊天好嗎？」

---

<sup>213</sup> See generally, Martha A. Fineman, Jack E. Jackson & Adam P. Romero eds., *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*. (2009). 這本論文集似乎是試著做這個麻煩關係的對話，但我認為它實際上更像是一本整理相關論文的論文集，而非真的進行對話。

<sup>214</sup> *Supra* note 150 at 423. 倒數第九行。

# 第三章、性公民身分與法學



## 本章概要

公民身分是本篇論文在酷兒理論以外的另一個理論主題。這看起來似乎有點詭異：公民身分談的是社群、國族的容納與排除，它必然是區分二元(社群之內/社群之外)與規範的(社群內的人接受同一套法律的規範，儘管實際上會有差別)。然而如前章之末所言，我認為是時候帶著酷兒的思想工具轉換主題與心態，不再重複異性戀規範性、對「同化/逾越」有莫名無法克服的情結或預設必須也只能談它們的道德誠命。這一章的姿態是接受以下現實：男女同性戀正在不同的地方以不同的程度成為公民<sup>215</sup>。

一般而言公民身分(citizenship)並非在法律上的權利(rights)，法律上談到公民身分的時候大多是指獲得國籍 (nationality)身分的權利，以及國籍禮物籃裡的市民、政治與社會權利。直接使用性公民身分(sexual citizenship)概念的法學著作並不多，畢竟沒有特定的性權利(sexual rights)可以公民身分為名義而得作法律上權利主張。不過我盡可能整理出曾經提起過性公民身分的法學者(除了Daine Richardson算是社會學學者而非法學者)的著作，試圖指出性公民身分概念如何可以做為理解、分析性權利的概念工具。本章將以Diane Richardson對Marshall公民身分社會學的擴充所框架性公民理論開頭，接著以Alan Norrie論公民身分如何與法律變遷相連結，再切入Brenda Cossman站在Carl Stychin發展的性公民身分概念來指出男女同性戀在美國成為公民的過程中，性公民身分的樣貌。我認為酷兒旨趣的二元對立與規範問題因為偏執閱讀而遺漏或者是批評先行的態度，使得目前概念化美國同性戀政治的現實處境較為適當的理論工具是公民身分理論而非酷兒理論。這也是為什麼酷兒法學理論之後，我接著的章節是性公民身分理論。

## 公民身分理論

### Alan Norrie 論 Marshall 公民身分與法律上人格的關係

Marshall的公民身分社會學或許可以說是公民身分研究的重要起點。不過它是社會學的

---

<sup>215</sup> 事先聲明：接受現實不表示喜歡現實。而且這是美國的現實，而不是台灣的現實。

研究，在英美法學上如何呼應？Alan Norrie在一篇討論刑法理論走向的文章中，大略描述了公民身分社會學與刑法上個人圖像的關係<sup>216</sup>。雖然英國刑法學這個脈絡與本論文題目差距非常的遠，可是Norrie用極短的篇幅示範了如何整合社會學與法學以及法律上的「人」的圖像，這雖然不能說在不同法域中皆相同，但是能夠把公民身分與法律上的人格連結起來，是我覺得Norrie有趣的地方。

Marhsall理論中最早的個人公民身分是市民(civic)形式的公民身分，主要包含個人經濟與自由的權利(尤其著重財產權)。其次是政治(political)公民身分，給予每個個體一致的參與政治決策的權利。這兩個合起來，就足夠在政治上構成刑法上最陽春的有責任能力人。而在英國的脈絡中，英國功效主義哲學將社會設想為基於個人各自追求利益，因此引入了刑法中的主觀面向與罪責(主觀主義的主體的歸責)，落實在19世紀的維多利亞刑法委員引入的文件內。第三個，社會(social)公民身分則在人生中的不同面向引入社會與經濟福利，而產生了不同於前述主觀主義(subjective)的主體歸責：基於能力(capacity)的的歸責，著重在控制結果而非罪責。而牽涉到社會公民身分的法律管制增生與舊有的刑法綜合在一起後，共同構成了現代社會中兩種頗為不同但共存的刑法歸責法理：基於結果/無過失責任的、基於犯意/罪責的。Norrie指出，Marshall的社會公民身分直到二戰之後的1950-1970年間才逐漸與市民、政治公民身分逐漸融合成普遍廣為接受的綜合性公民身分，而也是在這個時期，英國的刑法實定法中確立了前述的兩種不同歸責<sup>217</sup>。

然而，市民與政治公民身分與社會公民身分的融合並非必然，歷史上因為福利國家而曾經被帶在一起的三種公民身分，不是永遠都可以互相融合的。近來以新自由主義為名的經濟社會與政治政策讓社會公民身分備受挑戰，而隨之而來的是不同形式權利之間的衝突也浮現。Norrie指出，當代的狀況是：以市民公民身分攻擊社會公民身分，政治公民身分夾在中間。新自由主義的政策是以經濟上自立的理性個體(homo economicus)作為市民公民身分的理想型，來以此作為取消社會福利以及社會公民身分的正當化理由。而政治公民身分扮演雙重的矛盾角色。一方面政治人被視作在國家行為的公領域中反映私人經濟利益，因此個人的政治權利與自由被描述為新自由主義政策與經濟的重要因素，因此「免於國家干擾的自由」與「法治」成為批評福利國家的口號。這在刑法上表現在1980年以後基於個人責任的應報論的回春。另

<sup>216</sup> Alan W. Norrie, *Citizenship, Authoritarianism and the Changing Shape of the Criminal Law*, in REGULATING DEVIANCE: THE REDIRECTION OF CRIMINALISATION AND THE FUTURES OF CRIMINAL LAW, 13 (Bernadette McSherry, et al. eds., 2009).

<sup>217</sup> *Id.* at 19-21.

一方面，政治自由在新自由主義政策下也被社會中的反對聲音攻擊為「市場的規訓」，權威、保守的治理模式為了保衛市場秩序對抗政治公民身分要求的更多自由。新自由主義的世界中，市民公民身分與政治公民身分是尷尬的床伴，沒有社會公民身分的保護罩，政治公民身分一方面為新自由主義提供合理化修辭，但是又是新自由主義政策要克服掉的對象。總結來說，福利國家政策中可以融合的公民身分三面向在新自由主義政策下是分裂的<sup>218</sup>。

在此我要先離開Norrie繼續鋪陳的刑法變遷方向(加重責任、加重危險、加強管制)，回頭來談公民身分與法律，以及與性事的關係。Norrie在此提供的洞見是，公民身分三面向內部的動力與法律管制結構變遷之間是有關係的。同時，法律管制結構一旦變遷，對人的責任要求也變遷。公民身分雖然不是法律上的語彙與概念，更不是法律上的權利，可是它可以做為分析法律變遷的概念工具。站在這個基點上，以性公民身分來分析性的法律，始有可能。然而Marshall所設立的公民身分三面向中完全沒有考慮到性事，因此在Stychin和Cossman那兒討論性公民身分時，都不是採用Marshall的定義，而盡可能以更寬廣的其他定義來嘗試把公民身分中面向擴充到性這個向度。

## Diane Richardson 理論化性公民

Diane Richardson在2000年時提出了概念化性公民身分(sexual citizenship)的理論框架<sup>219</sup>。她指出，學界對性公民身分的定義沒有單一共識，不過在她的操作上，公民身分包含市民、政治、社會的一組權利，同時也指在共通社群內的成員身分(就性公民身分的脈絡來說，這個社群是制度化異性戀的社群)。她在概念上將性公民身分所包含的權利分為三類：基於行為的權利主張、基於身分認同的權利主張與基於關係的權利主張，這三支流又可以再依其內容各自細分三個層次<sup>220</sup>。

### 基於行為(Practice)的權利主張

1.最基本的層次，主張有權利進行性行為。有些這個層次上的主張可能因為定義性事是生理需求，因此有本質論的色彩。此外，由於此說主張性慾或性驅力的正常與自然目標是生殖，因此它也是異性戀的驅力，同時也被建構為是男性的驅力。此說認為性事是生物學上(或

<sup>218</sup> *Id.* at 21-23.

<sup>219</sup> Diane Richardson, *Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights*, 20 CRITICAL SOCIAL POLICY, 105 (2000).

<sup>220</sup> *Id.* at 107-108.

上帝)給予的，因此在這個層面上討論權利和義務時所設定的主要任務是，作為被給予的人類需求，哪些性表達的形式是可以接受的而那些是不能接受的。關於性行為的同意能力年齡立法限制即與這個層次相關，禁止人們哪些形式的性行為的立法(例如性悖軌)也屬於此層次。此層面上的權利論辯中，公/私分別是重要的脈絡。大部分主張這個層次的性權都基於隱私權，而屬於私領域之內。不過，酷兒政治則試著把這個層次的權利主張帶到公領域內。相反方向地，有些女性主義主張在私領域內的某些性行為是不應被允許的權利主張，例如消費色情材料的權利；而保守派也主張在私領域內的性悖軌行為也不是權利。**Richardson**指出，不認可在私領域內的性權利的主張基於制度化的異性戀性規範與實踐，不自然的使用身體(這是個規範主張)時沒有性權利，就是異性戀矩陣(**heterosexual matrix**)將異性戀的型態學自然化的後果，例如聲稱陰莖與陰道是「自然」的配對。對此層次的性權利的拒絕除了基於自然化的異性戀矩陣外，也可能是基於將異性戀意識形態道德化後，主張是項行為在道德上低劣所以不算權利<sup>221</sup>。

2.另一個層次是，主張性的滿足與享受的權利。性解放的主張，認為性能量的釋放是從壓抑的社會力量中解放出來的手段，即屬於此分類層次。而1970年代第二波女性主義鼓勵女人取回自己被壓抑與禁錮的性事、質疑性的男人雙重標準，也屬於這個層次。以後見之明來看，第二波女性主義在這個層次的權利主張可說是平等權利的主張：挑戰陰道交中心主義，要求和男人一樣的性事享受<sup>222</sup>。我們如何理解性事，也會影響這個層次的權利解釋，例如，某些法體系內婚姻內強暴是非法的，而某些法體系中則否，這就可以解釋為國家認可男性在婚姻內享有性滿足的權利。另外，作為消費者的公民進行性交易以獲得性滿足是否是權利也屬於這個層次的爭論。<sup>223</sup>

3.第三個層次是性自主(與生殖)的權利，關乎身體自主與整全。這個主張與女性主義特別相關，關於控制與安全<sup>224</sup>，強調無須恐懼的性事權利。基進女性主義要求免於違反意願/暴力/性騷擾/強迫威脅的性、墮胎與使用節育手段的權利，皆屬於這個層次。另一個在這個層次上的法律問題是，已知自己HIV帶源而在他人未知情同意下進行非安全性行為是否由刑法管制的問題，正當化這種立法的理由除了道德恐慌以外，也可能是基於保護他人在自己身體的

<sup>221</sup> *Id.* at 108-112.

<sup>222</sup> 不過我想強調，這個主張在實質上若不考慮到女性是否能生殖自主，實際上操作起來會造成說不的女性都不解放的謬論。

<sup>223</sup> *Supra* note 219 at 113-114.

<sup>224</sup> 用Franke的話來說，就是「說不」的權利。

性自主權<sup>225</sup>。

綜上所述，不論是哪個層次，基於行為的性權利主張大體而言以市民權利為主，但也包含社會權利。



### 基於身分認同(Identity)的權利主張

1970年代以後出現的同性戀解放運動是這一系列基於認同的權利主張的脈絡。然而認同與行為往往有不同程度與形式的關連，概念上作此區分並非表示實際上可分。要求以認同為基礎的權利作為獲得公民身分納入社群內的主張在同性戀運動的發展上取得程度不一的成果。然而由於後解構與後現代思潮的影響，基於認同的權利主張開始動搖。

1.第一個層次是自我定義的權利，包含性的自我定義與發展個人性認同的權利、認同某種以人群分類的性範疇的權利。這些要求與自我主權與自決的概念有重要關聯，然而因為是與性有關，所以對於性事的理解依舊是分析這個層次性權的基礎。一個略為過時而且非常美國但經典的例子是，主張一個人的性事是先天決定的，而且有自然、生物學上的基礎，而在美國的脈絡下，曾經被用來試圖獲得憲法上平等權保障準嫌疑分類的地位<sup>226</sup>。

2.第二個層次是自我表達的權利，要求性的認同在公共/社會上被承認的權利。當性事被認為是私領域的事情，基於行為的權利主張往往被歸類在私領域。而認同的自我表達作為權利，則讓同性戀成為一種公共身份，出櫃就是屬於這個層次。也可以說，因為這個層次的主張致力於拓入公共，因此其他層次與類型的性權利的主張與出櫃特別相關。不過，在美國的脈絡下，出櫃作為公共行動的同時伴隨主張保障私領域的性權利的矛盾存在，而且出櫃的認同政治受到挑戰，使得這個層面的權利主張並不那麼穩固<sup>227</sup>。

3.第三個層次是自我實現的權利，弱一點的版本是要求不受國家干擾發展各種不同的性認同(與寬容有關)，強一點的版本是盡可能減少正常化的扭曲效應同時要求國家協助進用文化、社會、經濟資源而增加文化地景的多樣性。公民身分的消費主義轉向在這個層次上特別明顯。個人可以藉由消費的習性來實現某種差異來維持自身的生活風格。消費主義所受到

---

<sup>225</sup> *Supra* note 219 at 114-116.

<sup>226</sup> *Id.* at 117-118

<sup>227</sup> *Id.* at 119-120

的批評，在這裡一點也不少<sup>228</sup>。



## 基於關係(Relationships)的權利主張

1.在個人關係內同意發生性行為的權利，有些性的表達的權利依賴於假設個人對發生性關係有自我決定的能力。在法律上明顯的例子是性行為同意年齡的設立，而是否對不同類型的人、行為設立不同的年齡門檻，在不同國家有不同的實踐。不過就早期英國法為例，男性發生異性戀性交的同意年齡比女性或其他非此類型的年齡限制來得低，顯示其中有性別、性事因素的考量<sup>229</sup>。

2.自由選擇性伴侶的權利，此處Richardson指的不是前述合意與他人發生性關係的權利，而是表達對特定社會團體中成員的性情感的權利。在美國的脈絡中，歷史上禁止跨種族通婚便是對此種權利的限制。納粹德國基於優生學考量禁制跨族群通婚也是限制這種權利的一例。因此，這個面向的性權利與種族的建構特別相關<sup>230</sup>。

3.為公共所承認的性關係的權利，主張將社會認可與制度支持延伸到非異性戀單偶婚姻的關係屬於此類。男女同性戀運動正往這個方向移動，而這個面向也被質疑關係與權利的婚姻模型的女性主義所批評。不過Richardson指出，這跟不同國家的福利體系有關係，以美國而言，公共醫療資源非常稀缺的環境中獲得婚姻關係具有社福上的意義，因此需考量不同國家的脈絡。同時，同性婚姻實現的程度不一，實際上是否真的與異性戀婚姻在權利與特權上完全相同，各國的情況都不同<sup>231</sup>。

以上這九種性權利的概念分類在男女同性戀運動、各種不同流派的女性主義在主張公民身分所享有的性權利的時候，會依其關懷而特別主張其中某幾個面向。不過這個分類法可以幫助我們理解作為一組權利的性公民身分，如何可以概念化並指認其相互之間的關聯<sup>232</sup>。

Richardson以女同性戀女性主義(lesbian feminism)為例，展示性公民身分主張在同性戀政治中的張力。女性主義在政治上主張女人作為範疇在父權之下被壓抑的權利(普遍主義)與認識到女人之間差異—女同性戀身分的存在—之間的緊張關係是女同性戀女性主義的核心衝

<sup>228</sup> *Id.* at 121-122.

<sup>229</sup> *Id.* at 123-124.

<sup>230</sup> *Id.* at 124-125.

<sup>231</sup> *Id.* at 126-127.

<sup>232</sup> *Id.* at 127-128.



突<sup>233</sup>。這樣的衝突體現為理論化性與親密關係的「性公民」對上理論化性別與性差異的「XX[填入特定性族群]公民」。然而關於親密關係的理論分析中，Richardson指出沒有可以脫離性別與性事而論純關係的理論，這些理論分析依舊運用到男女同性戀的概念；而特別強調某個差異團體的理論化嘗試，則常常落入以白人男同性戀為主要想像的陷阱。因此Richardson認為，特別分析「女同性戀公民」有其理論上的重要性<sup>234</sup>。女同性戀公民主張其公民身分不完全、受到不正排除的作者通常將關注焦點放在納入主流社群之內，而且這個取徑常常忽略男同性戀與女同性戀之間的差別而連寫為男女同性戀，忽略其中的性別差異。在女同性戀女性主義法理學那兒，關注焦點則是從女同性戀的經驗出發，創造屬於女同性戀的法律語言與法律主張，不過這個取徑的批評是預設我們可以知道真正女同性戀的經驗是甚麼，而且宣稱存在共通的法律上女同性戀利益禁不起檢驗。在強調公民身分作為參與的女同性戀公民理論那兒，則是試圖主張女同性戀要有參與政治與公共認同的空間，不過由於公民空間內可以有論戰的空間，因此就這個層面上來講它是否真的是「女同性戀」公民身分空間，也未定<sup>235</sup>。Richardson指出，在公民身分的政治逐漸定義了性政治的當下，藉由女同性戀公民來重新檢驗公民身分有其必要。首先，女同性戀政治雖然與異性戀女性主義保持距離，但是異性戀女性主義公民身分主張的性權利對女同性戀也有影響並為採取(例如，女同性戀母親的生殖相關權利)。其次，反過來說，過度強調異性戀規範霸權的女同性戀論述冒著把男同性戀、女同性戀、女性主義都放在「同樣」的規範下，且在政治上讓男女同性戀過於類同，更有問題的是實踐上要求與異性戀平權似乎是接受了異性戀規範。上述兩個方向的權利主張矛盾性似乎還是要重新回到性別與性事上的政治才能進一步問題化。Richardson僅回顧性事的政治與權利主張的關係，但她並未明顯偏好哪種特定主張。她只在方法上指出性公民身分的平等權利論述考察可以反過來從權利的反面—責任—觀察，不管是基於行為的權利還是基於關係的權利，其所帶來的責任之考察，以及由此建構出的「好」、「壞」性公民才是理解性事的政治的重點<sup>236</sup>。

<sup>233</sup> Diane Richardson, *Claiming Citizenship? Sexuality, Citizenship and Lesbian/Feminist Theory*, 3 *SEXUALITIES*, 255, 258-260 (2000).

<sup>234</sup> *Id.* at 260-263.

<sup>235</sup> *Id.* at 260-265.

<sup>236</sup> *Id.* at 265-269. 需補充的是，「好」、「壞」性公民的論述在英國新工黨主張第三條路政策時便出現，這是了解Richardson對性公民分類以及問題意識的前提。See generally, *infra* note 243. Carl Stychin在GOVERNING SEXUALITIES一書中的第二章對好的性公民(good sexual citizen)在英國新工黨的政治論述中所扮演的角色進行了考察。不過由於論文題材之設定，我並未於本文正文裡介紹Carl Stychin這一部分的分析，故在此略為交代。



## Carl Stychin 論治理性/公民

Stychin在2003年出版的《Governing Sexuality》一書中指出性公民理論與法律變遷研究的框架。首先，在理論上，Stychin指出法律不僅僅是壓抑(repressive)/進步(progressive)的，它也是對個人行為及個人認同的規制與管理方法。這是受到Foucault學說中司法(judicial)權力與規訓(disiplinary)權力的兩個概念所影響而提出的理論立場。法律的司法權力表現在壓抑與社會控制(例如，明確的反同性戀法規)，但法律的規訓權力則表現在運用各種或強或弱的方式鼓勵個人順服於法律所建構出來的適當、文明化行為。Stychin主張法律建構出來的適當、文明化行為受新自由主義經濟學霸權灌輸而強調對他人責任的私有化以及讓國家從照顧的多個面向撤退。這預示法律作為自我規訓的方法，以及常態化(normalisation)的概念貫串其中。因此，Stychin對自由主義的法律改革成果以及將法律改革放在政治鬥爭的中心位置感到遲疑，法律改革是否真的全然進步、解放，顯然有再商榷的餘地<sup>237</sup>。

Stychin承認法律確實同時有賦權與規訓兩面向的運作。不過在研究上，Stychin認為注在法律的規訓功能比專注在它的賦權潛力來的更恰當，因為後者由政治領域探索更為適合。Stychin由觀察歐盟各國同性伴侶關係的法律改革下手，因為在歐盟成員國中，這樣的關係正迅速獲得國家承認。Stychin指出同性伴侶關係的法律上承認似乎被視作是歐盟內近期同性戀平權法律倡議視域中的終極目標，而Stychin對於這樣的運動走向持保留態度。因為「傳統」的同性伴侶關係不可避免的與異性戀規範同化，而他認為這些規範可以被挑戰、逾越。過度專注在同性伴侶關係的當前運動走向似乎遺忘了它不久前的歷史發展軌跡，而且追求法律的承認可能會限制我們想像各種抵抗法律強加在人們身上的範疇的想像力空間。Stychin這麼說並不是反對同性伴侶的法律倡議，而是主張要留點空間來思考法律如何使不同的生活方式得以可能或不可能。Stychin認為，英國(他所在的國家)與歐盟脈絡下同性伴侶關係相關法律的改革是實現「性公民身分」(sexual citizenship)的奮鬥的表徵之一<sup>238</sup>。Stychin說長期被排斥在公民身分之外的同性戀社群對公民身分的渴望與追求並不難以理解，而且公民身分確實有賦權(entitlement)的威力，但是公民身分的規訓功能的面向也指出，這種慾望也同時是想變不自由

<sup>237</sup> CARL F. STYCHIN, GOVERNING SEXUALITY: THE CHANGING POLITICS OF CITIZENSHIP AND LAW REFORM, 3 (2003).

<sup>238</sup> *Id.* at 3-5. Stychin因此不是寫作一本國際人權法的「同性戀人權研究」子領域的專書。這個領域中，ROBERT WINTERMUTE, SEXUAL ORIENTATION AND HUMAN RIGHTS: THE UNITED STATES CONSTITUTION, THE EUROPEAN CONVENTION AND THE CANADIAN CHARTER (1997). 雖然久未更新，但是依舊是英美同性戀平權法研究最精簡、全面的考察。Robert Wintermute所編輯的LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX PARTNERSHIPS: A STUDY OF NATIONAL, EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW (ROBERT WINTERMUTE et. al. eds., 2001) 亦具有參考價值。

(unfree)。追求公民身分的極致似乎已經在追求婚姻與從軍這兩項傳統上被認為是完全公民身份地位的代表性權利的倡議下進入視域，但是即使如此，Stychin思考性與性別政治是否真的完全的被規訓，還是它依然有一些不羈、不可預測的反抗可能？Stychin認為，主張全面規訓不可抗拒(而因此要自動採取對抗態度)在理論上不太可行，因為它訴諸的是現在少有社會學家會偏好的宏大理論(grand theory)，更危險的是，它的視域要求所有倡議權利與公民身分的人都被冠上虛假意識(false consciousness)。Stychin顯然覺得這不是個好的立場，認為應同時注意規訓與賦權的功能，觀察公民身分論述這個典型的政治問題如何影響法律論述與策略<sup>239</sup>。

Stychin指出公民身分植基於兩個相互關聯的二元對立：公/私(public/private)、主動/被動(active/passive)。公/私(public/private)二分的古典自由主義(classical liberalism)公民身分在女性主義那兒已經被批判過，它讓被強迫待在私領域的女性無法成為公民。同時公/私領域的區分符應權利(rights)/需求(needs)的區分：公領域是追求自利(而非共善)的權利場，私領域是滿足人類需求的家庭與親密關係場，男人可以在公領域與私領域之間自由移動，而女人被鎖在私領域之內被迫不能追求自利。主動/被動(active/passive)的二分則是基於社群主義倫理學及公民共和主義(civic republicanism)政治哲學，主張應參與政治追求共善的規範命題，由此「主動」的公民身分浮現。雖然主動公民身分可以彌補自由主義公民身分的不足，但是這兩者都同樣並未處理公民身分的構成要素：排除(版本1:誰是這個社群的成員而是公民？版本2:誰能夠負起責任而成為有權之公民？)。公民共和主義對政治的狹窄定義以及著重參與正式政治，使得它排除無法參與這種政治的女人以及各種弱勢及邊緣者，同時將追求單一的共善作為公民身分的理想要素，也在倫理學上貶低追求不同價值的團體。因此，公民共和主義產生了單一的「我們」公民，而由此產生更多壓迫。Stychin認為承認有複數個公共領域，並持續的使其增生、在一個包涉性的場域使其之間可以相互對話是重要的。Stychin認為，這個看法可以攪亂(trouble)同性戀政治裡同化(assimilation)/分離(separation)或者是正常化(normalisation)/逾越(transgression)路線的二元對立。同化和分離都無法被揚棄，真正的社會包納兩者都很重要。高度不確定的性政治無法採取純粹的同化主義，也無法採取純粹的分離主義，兩者都是重要的公民身分實踐<sup>240</sup>。

Stychin進一步闡釋，公民共和主義的公民身分觀因為著重在政治生活的參與，性與性別認同以提在這個範式下往往被邊緣化。在權利與責任相依的「負責任」(responsible)的公民

---

<sup>239</sup> *Id.* at 12-14.

<sup>240</sup> *Id.* at 8-11.

論述中，對社群以及家庭的責任是宣稱擁有權利的前提，而且讓個人得以擔起責任，則仰賴個人的自我控制。這個立場再推進一點，甚至會宣稱這是文明社會的必要條件。性與性別政治肯定慾望，就足以構成排除在公民身分之外的內在原因。試想下列主張即知為什麼性公民身分對傳統的公民身分是有麻煩的(problematic)：負責任的公民基於自制與對自己的個人生活風格做負責的選擇(這是公民共和主義)，再結合婚姻的狀態與義務對社群、對國家、對政體的共善有特殊且無法取代的貢獻(這是基督教右派)，結果是不管是異性戀或是同性戀，權利與責任連結在一起，而且提倡共善只能經由存在於核心家庭私領域的異性戀規範體制。做為反對晚期現代性超個體主義的社群主義倫理學與公民共和主義，雖不直接支持，但並不反對好的公民不沉迷於性事，而要致力於自我克制與無私奉獻的家庭領域<sup>241</sup>。

Stychin注意到，歐盟內部不同國家承認同性伴侶關係的形式和程度有所不同，顯然是各國原有的法制與文化的路徑相依。<sup>242</sup>此外，歐盟內的跨國性公民聯合陣線究竟是從上而下的歐洲菁英議題，還是由下而上的草根運動，Stychin認為也還有觀察空間。Stychin更指出，在歐洲人權條約所建立的人權法體系之下，英國的社會運動因為歐盟人權法的內國化而也像美國一樣越來越倚重權利論述，而且追求婚姻平權的過程中，是否會使歷史上的不羈同性戀消失、性事進一步去政治化，Stychin認為這也有待觀察。Stychin考察歐盟各國例子後的立場是，實現性公民身分的政治過程是未定(indeterminate)且複雜的，而且其中各種不同的性政治立場會在同個群體上交疊出現。也因此，他明白表示1980-1990年代流行的酷兒理論中對「同化」與「逾越」之爭給予斷然不同的評價，認為酷兒理論不足以描述性政治與歐盟多層次法

<sup>241</sup> *Id.* at 11-12.

<sup>242</sup> *Id.* at 139. See generally, *id.* at 25-47. 英國的新工黨(New Labour)第三條路(The Third Way)政策如何將新自由主義的「好同性戀」納入類同於異性戀的伴侶關係並且在承認差異政治之下進行法律改革倡議; *id.* at 49-74. 法國的PACS實現路徑完全不能以英美的憲政主義與差異政治解釋，而必須在法國政治的共和主義傳統之下觀察各方如何挪用平等(égalité)、博愛(fraternité)這兩個法蘭西共和精神才能了解法國為何最終並未直接採取承認同性婚姻的路徑，而另立PACS特別法但後來又被憲法委員會給限縮回模仿異性戀婚姻的法律變化動態; *id.* at 75-92. 歐盟法院保障的反性傾向歧視人權法釋義學操作依舊無法擺脫歐盟成立之初以經濟整合為目的考量的目的解釋與歷史解釋; *id.* at 93-114. 歐盟整合進程中，跨國境移動的性別主體如何以歐盟公民身分為主主張權利，這與美國的脈絡下著重「移動」到城市中塑造了男女同性戀的身分認同的理論關注不同。由於跨越的是真正的國界，在歐洲脈絡下主張性公民有跨境依親以及歸化的權利這個行動有普世主義(cosmopolitan)的成分，但是其所主張的權利內涵卻是非常社群主義(communitarian)的融入家庭與外國社會。我個人認為這是Stychin這本書最有趣的章節，它凸顯出國際人權法的普遍主義與社群主義之爭在歐盟的脈絡下的性公民身分論述其實無法被單一模型所解釋，也無法只倚賴某一個模型宣稱權利; *id.* at 115-138. 羅馬尼亞為了加入歐盟，在荷蘭「外國勢力介入」資助該國內的ACCEPT人權倡議團體並以歐盟會員要脅羅馬尼亞政府撤銷處罰性悖軌及墮胎的刑法，而羅馬尼亞政府官員在這過程中動員共產時期根深蒂固的民族主義論述以拖延相關的性別法律改革。歐盟整合過程中的法律統合(例如，歐洲統一民法、歐洲統一刑法.....等等，與此相關的是歐洲統一家庭法)會如何影響這些例子的後續發展，則是Stychin認為值得關注的重點。Stychin研究的這些例子是不會進入美國法學者視域內的議題，同時也展示出法律改革與性政治之間的關係是非常脈絡特定的。由於本論文題目設定為研究美國法，這本書這些討論歐盟的有趣章節內容僅能在此放在註腳內大略簡述。

律治理下個人與團體的複雜認同挪用<sup>243</sup>。



## Brenda Cossman 的性公民身分理論

Brenda Cossman在2007年出版的專書《Sexual Citizens》一書中，以分析流行文化、電視、電影文本的方式描繪美國的性公民身分樣態。雖然這個方法的對公民身分的定義過於廣泛而包括使得她的主張一下滑入文化、一下滑入法律而使得她所謂的公民身分是個會造成混淆的譬喻，也無視法律上仍以傳統的政治公民身分權利來造成權利上差別待遇<sup>244</sup>，但是我個人認為如果考量到美國影集(TV series)與實境秀(reality show)驚人的文化影響力與無所不拍的廣泛題材，在性事(sexuality)上認為流行文化具有非常大的構成性因素並不是不能理解的取徑。這些節目不僅在美國播送，它們還會輸出到世界各地。其中散布的性文化訊息確實可能被收視者接受並吸收，而這些收視者很可能都是參與或關注性別運動、婚姻平權運動的你與我。雖然這樣的文化政治不能像Cossman一樣毫不注意的鬆散使用，而造成它們可能很有力影響法律實務的混淆與惑亂，可是這些實境秀、脫口秀、影集確實可能塑造出慾望與渴求，而這其中的政治即便與法律實務無關，要說它其中有可能被法律倡議者所採取的規範性，我個人認為並非不可能。而且，從Obergefell v. Hodges後，婚姻看起來並非遙不可及，原本在Cossman書裡必須要被跨界為似乎就在此地此時的事真的就在此時此地，回過頭來用她在時間上過度前瞻的概念來作為觀察同婚的指標，我想並不為過。

Cossman認為，21世紀後電視裡出現的同性戀正面再現似乎挑戰了先前的性公民身分(sexual citizenship)研究認為公民身分是異性戀以及男女同性戀是政體內部的陌生者的看法。因此，性公民身分的研究應該跳脫異性戀/同性戀的框架，改用其他的框架。這個性公民身分不僅影響異性戀，也影響同性戀。Cossman主張公民身分關乎成為的過程(process of becoming)，關於納入(inclusion)與成員資格(membership)。成為什麼呢？Cossman說，1.是有性(sexed)的但不過多、2.藉由歌頌消費而私有化(privatized)的、以及3.自我治理(self-governance)的計畫<sup>245</sup>。

Cossman指出，公民身分理論有眾多學說，她盡可能採最寬廣的定義：在一個民族國家以內訴諸一組權利與標示成員資格與規述的實踐。Cossman講的公民身分不僅包含法律與政

<sup>243</sup> *Id.* at 140.

<sup>244</sup> See generally, Ruthann Robson & Tanya Kessler, *Unsettling Sexual Citizenship*, 53 MCGILL L. J. 535 (2008) (reviewing BRENDA COSSMAN, *SEXUAL CITIZENS* (2007)). 這兩位作者認為Cossman用公民身分來談性少數的包含(inclusion)可以理解，但概念上太模糊且在法律實務上採取人格論的主張而非公民身分會更實用。

<sup>245</sup> BRENDA COSSMAN, *SEXUAL CITIZENS: THE LEGAL AND CULTURAL REGULATION OF SEX AND BELONGING*, 2 (2007).

治實踐，也包含文化實踐與再現。同時，她也認為公民身分涉及不同主體作為一個政體內部的成為不同各異的主體的構成方式、以及這些成員如何被賦予或不賦予權利與責任的方式、這些成員如何被不同地再現、這些成員藉由法律、政治、經濟、文化、社會論述的承認以及包納<sup>246</sup>。性公民身分是矛盾的實踐，既是顛覆的又是規訓的(這點和Stychin主張相同)，成員資格有特權但也有代價。討論性公民身分中，正常化與逾越兩個面向之間的論辯已經沒有建設性(因為兩者兼具)，批判轉向成為的過程(process of becoming)<sup>247</sup>。性公民身分已經轉變了，異性戀不再是各種形式(公民的、政治的、社會的)公民身分的入場門檻，男女同性戀也開始跨越公民身分的邊界獲得公民身分資格而享有一些權利義務並且展演相關的實踐<sup>248</sup>。男女同性戀主體們正在成為公民的複雜、不平整的過程中跨越邊界，重新建構公民身分主體與語彙，並且改變邊界。不過，性公民身分不只是男女同性戀主體跨界成為公民，它同等地也是異性戀主體成為與反成為公民的過程。過度注重異性戀規範性的性公民身分文獻忽略了性公民身分在異性戀這一端也同樣存在廣泛規制<sup>249</sup>，異性戀規範性的概念不足以分析異性戀通姦者與未婚母親這些被當作失敗公民的群體<sup>250</sup>。

討論Marshall公民身分社會學中社會公民面向的文獻多集中於英國、加拿大、歐洲。據稱美國從未發展出凱因斯式的福利國家，因此這些文獻討論新自由主義使社會公民面向大幅萎縮的批評或許在美國的脈絡下不是那麼合用。話雖如此，Cossman認為在羅斯福新政(New Deal)之後，美國的社會公民身分雖然有限但依舊存在，它提供的有限保障是公、私混合的。美國確實沒有社會公民身分的政治語彙可挪用，不過Cossman認為美國原本已經相當有限的社會福利也同樣經歷私有化與家庭化的萎縮，而且這也是構造型公民身分的一環<sup>251</sup>。在當代

<sup>246</sup> *Id.* at 5.

<sup>247</sup> *Id.* at 5-9. Cossman在這裡講得相當模糊，我個人覺得這就是Robson與Kessler批評的問題：將正在發生但還沒見到結果也未完全實現的事情定義為所謂「成為的過程」(process of becoming)，然後就當成現在、此時此地(present, now and here)的事實。除了一過種度前瞻的態度與wishful thinking之外，我想不到還有甚麼樣的詞彙可以描述Cossman在定義上的鬆散處理。

<sup>248</sup> 須注意的是，Cossman不知是有意還是無意遺漏了跨性別族群。由於我的論文題目設定為美國的同性戀政治與法律，我是有意不討論跨性別。然而，不管是我的有意遺漏還是Cossman的遺漏，我必須指出跨性別政治確實與男女同性戀身分認同政治有一段距離，而且他們的處境相當艱困，法律上的問題也不同。相關的法學討論See generally, ANDREW SHARPE, *TRANSGENDER JURISPRUDENCE: DYSPHORIC BODIES OF LAW* (2007).

<sup>249</sup> *Supra* note 245 at 1-2, 9, 185-191. 我個人認為性公民身分同時規定了同性戀與異性戀可能是Cossman最重要的論點。她舉的例子是Bravo電視台的Queer Eye(中譯《酷男的異想世界》)節目，節目內容是每一集都由五個男同性戀「拯救」在時尚品味與生活習慣上很「差」的異性戀男子，把他徹底「改造」成跟男同性戀一樣時髦光鮮之後再幫他安排一個跟他女友共度的浪漫夜晚，幫助他成為一個「更好的」丈夫或是男友。這實在與法律無甚關係，可是的確說明了異性戀跟同性戀在這個節目中，都服膺某種好男人的規範性，而且這個好男人的規範性是大幅被男同性戀影響的。

<sup>250</sup> *Id.* at 9-10.

<sup>251</sup> *Id.* at 10-12.

美國社會中，個人被慫恿為自己的人生擬定並實現成一個計畫，從而讓國家福利可以從中撤退，普遍性的個人對自己與對家庭的責任與有教養的焦慮使國家可以無為而治[社會]。此外，這種類型的治理非常仰賴專家，甚至是要讓非專家的平常人被訓練成為專家。這就是所謂的「自我成長」(self-help)，讓公民身分的概念可以與國家脫鉤，當代社會中的公民社會藉由「被管制的自由」下「自我治理」的個人在公領域中做出各種人生的「選擇」，並自負風險。而並不意外的，這是流行文化文本最能影響的領域，而且也是充斥了性的領域：正確的個人文化消費選擇達致個人「性」福<sup>252</sup>。綜上所述，性公民身分沿著[不管異同但是有]性、私有化、自我規訓三個面向重劃邊界，有的人在新的邊界中成為性公民，例如知道怎麼聰明消費且只在自家臥房做愛的(白人)男女同性戀、將婚姻當作重要人生計畫的夫夫/妻妻/夫妻、重視家庭並負起養家責任的人、能夠在無所不在的職場誘惑中及時說不而拒絕出軌偷吃的人、把不會太重口味的性當成商品來做生意的商人等等；有的人在新的邊界中掉出去，例如被醜化為福利女王(welfare queen)的未婚母親(往往都是非裔美國人)、被醜化為抵賴老爸(deadbeat dad)的男人(也往往都是非裔美國人)、追求重口味極限性刺激的人等等<sup>253</sup>。

Cossman重述法律同時有構成與管制、懲罰與規訓的作用。雖然在新自由主義下，法律似乎朝私有化與管制鬆綁，但是以再管制(re-regulation)去形容或許會較為恰當：曾是公共財與公共服務轉移到家庭、市場、慈善機構的私有化過程其實需要眾多法律管制。公民身分的轉變也需要眾多的法律管制：從國有或國家直接監督轉變成委任私部門代理人或半官方代理人、從行政管制到[行政]契約、從社會福利法轉入刑法與家庭法。這些不是法律退場的去管制，只是用不同的法律以不同的形式管制。在性公民身分的自我規訓面向，法律確實受到較少關注。Cossman認為，這方面只能間接地說，在某些脈絡下，法律藉由提供市場經濟上的誘因鼓勵市場關係，而將個人主體重構為市場上的行動者與消費者公民；在另一些脈絡下，法律藉由鼓勵家庭內的責任加重而讓個人不僅對需要對自己的人生選擇負責，也需對自己的家人的人生負責。法律的懲罰與權威依舊會施展力量：無法自我規訓為市場人與家庭人的個體(又很「恰巧」往往是移民、非裔美國人、窮人)會被懲罰。因此，法律的不平整管制是：規訓可以自我治理的人，懲罰不能自我治理的人<sup>254</sup>。在性公民身分這個領域，Cossman認為既然公民身

<sup>252</sup> *Id.* at 12-15.

<sup>253</sup> *See generally, id.* at 21-194. 由於本論文題目設定的關係，我僅列出上述Cossman討論的性事的流行文化再現例子包含哪些群體，而不另外討論細節。

<sup>254</sup> *Id.* at 14-17. Cossman這裡要表達的應該是：[法律隱藏起來]規訓可以自我治理的人，[法律現身出來]懲罰不能自我治理的人。

分不能僅以國家為核心考察，那麼適當的觀察點就要從法律管制與非法律、非國家介入的各種管制形式之間的交叉點切入，而Cossman選擇的是法律與流行文化，認為這個交叉面揭露了性公民身分的性、私有化、自我規訓，而也因此比較接近文化公民身分的研究取徑，觀察法律實踐的文化角色以及它們如何產生社會意義與形塑社會世界，關注文化與法律之間的對話<sup>255</sup>。雖然Cossman這本書寫了非常多有趣的例子，但就我的論文寫作目標上，我只挑出她運用她所提出的性公民身分三面來分析婚姻的部分來介紹。我個人認為，這是Cossman這本2007年出版的書裡最有「遠見」而看到2015年「此時此地」的分析：美國流行文化的再現中，一段婚姻是「好」還是「壞」，在於有沒有好好地自我治理與經營婚姻。就此來看，如果同性婚姻關係可以達到這個標準，那為什麼它不是「好」的婚姻呢？

Cossman認為婚姻的政治反映了親密關係轉化所產生的新自我治理實踐。親密關係的個體化產生了責任化的實踐，個人被要求管理自己危殆而脆弱的婚姻關係。而婚姻關係的責任化在性、情感、親職、經濟上都發生著。個人很忙，一次要學會如何當更好的愛人、照護者、父母、消費者、家計管理者。Cossman認為其他討論性公民身分的文獻多半著重在討論公民身分所賦予的婚姻權利排除了男女同性戀的准入，不過她認為婚姻不只是公民身分會員資格禮物籃裡面的一項權利，婚姻更是公民身分核心與構成性的實踐。婚姻的實踐構成了婚姻的異性戀規範性沒錯，但是它不只作用於排除男女同性戀，它也設立了異性戀主體被期待要服膺的行為與規範<sup>256</sup>。家庭社會學的研究曾指認出婚姻從終身的狀態轉變為增進結婚雙方福祉的個體化且自願的關係，婚姻不再是穩定且終身的相互承諾而是「個人」的自我實現(self fulfillment)。也因此，婚姻可以自願締結與離婚，婚姻被述說成是個人追尋情感豐富與伴侶關係的親密關係。這個親密關係的轉化，就是所謂離婚革命的起源。追求親密關係的自我實現目標沒有達到的時候，離婚。家庭生活與親密關係因為可以離婚的關係，它越來越與風險與脆弱性關聯在一起，因此婚內的個人要特別照護與負起維持關係的責任。為了降低離婚與關係破裂的負面後果，不管是鼓吹親密關係的民主化要求負責任的風險承擔者，或是保守一點的主張婚姻是互負重大責任的盟約，都同樣鼓勵個人承擔責任。Cossman借用美國電視脫口秀

<sup>255</sup> *Id.* at 17-18. 這是一本我覺得似乎是法學著作但是又不像法學著作的書，或許Robson跟Kessler的批評的另一個原因也是基於這本書不夠「法律」。Cossman這本書中常常在流行文化文本分析之後就接上一些法院的判決見解與行政機關的法規與執法實務(或順序顛倒)，其中的法律與流行文化的交叉往往留給讀者自己想像。而且她所宣稱的，「成為的過程」就是此時此地的公民身分的宣稱會讓人覺得似乎公民身分真的可以幫助權利主張(但顯然這是兩回事)。這種閱讀出來的的夢幻形象，使我覺得這本書讀來雖然非常有趣且生動，可是讀完之後我會質疑作者何不就讓它成為一本精彩的文化研究專書以避免文化研究、法律研究兩頭不討好呢？

<sup>256</sup> *Id.* at 70-71.



主持人「兩性專家」Dr. Phil的話，說婚姻同時是自我轉化的計畫(project of self-transformation)與合作計畫(collaborative project)。「我願意」(I do)作為公共性的一次展演的時代已經過去了，現代人沒說出來的是之後還可以說我不願意(I don't)而離婚。「我願意」(I do)的過去式是公共宣稱一次後就定的消極的終身關係，現在式的自我治理是，婚姻是每天都在做的事情(I do everyday)，把它當成一個計畫(work on it [the project])它才會持續。而每天要怎麼做婚姻，就是各種流行文化文本與電視名嘴可以「幫助」婚姻中的人每天都做出「正確的選擇」，保持婚姻幸福美滿。婚姻中的人被要求為他/她自己做出的選擇負責，這個選擇的「好」「壞」與「自由」，就是好的性公民(good sexual citizen)所依<sup>257</sup>。

婚姻的親密關係轉變，在行房(consummation)的法律管制變化中可以窺見一斑。在普通法中，不能人道是使婚姻無效或可撤銷的事由，美國各州的實定法條文也大多將不能人道列入可撤銷或使婚姻無效的事由之一。基本上，沒有性，婚姻就缺少了最重要的要素之一，因此不能有效。Cossman指出，早期美國各州州級法院對行房的定義是不論是否以生殖為目的的「自然」、異性戀陰莖插入陰道的性交。行房更具有構成有效婚姻的功能：在行房之後婚姻從民事契約轉變為國家在公共政策上賦予重要利益與管控的持續性權利與義務。行房轉化了婚姻契約並使雙方成為有配偶之身並由國家賦予這個身體公共地位，並且以行房的法律確保婚內性交是「自然」的。行房產生了合法的性公民：已婚、異性戀、私領域的，在結婚、行房後單身男女從處子之身變為有偶、從無性到有性<sup>258</sup>。雖然行房的法律還是大多數州的法律依舊存在且為有效法，但是現在它已經少用，離婚成為解除婚姻關係的主要手段。行房的法律管制雖然少用，且對婚外性行為的法律管制在21世紀後降低，但是這並未影響婚姻大體而言依舊將性(行房)作為其構成要素。而Cossman命名為流行文化中的「Dr. Phil效應」是：現代婚內的行房從原本的限制性慾被轉譯成維持親密關係的要素而須主動維持，失敗的行房危殆婚姻關係。各種性玩具、性感內衣的消費也讓婚姻變成一個重要的消費因素與場合，增進親密是這些商品的行銷手法。這裡我們看到消費者公民與自我治理公民如何在婚姻內聚合<sup>259</sup>。

另一個婚姻的轉變則是通姦(adultery)法律管制的變化。通姦在某些州是罪刑，而且也是絕大多數的州法認可的離婚事由。Cossman指出經歷整個20世紀的演變，「不忠」的定義逐漸擴大：從與其他已婚之人發生婚外的自然異性戀性交行為才算通姦到可以不需要發生性交

---

<sup>257</sup> *Id.* at 72-74.

<sup>258</sup> *Supra* note 245 at 75-78.

<sup>259</sup> *Id.* at 78-82.

也算是通姦。而且女性進入就業市場之後，婚姻中的男女雙方同樣都面對著無所不在的出軌誘惑，通姦作為婚姻親密關係最大危機的真實危險性就被誇大。而當通姦的危險性無所不在的時候，刑罰的可處罰性就下降，而治理機制變得顯著。Cossman認為，通姦危機管理是不斷的對各種誘惑說不的自我規訓，如果真的發生通姦，親密關係雖然破損但還是可以經過漫長的下苦功道歉與自我滌清慢慢贖回配偶的心。婚內個人最好是先抵抗誘惑，抵抗失敗的時候就要負起責任並一直告解。這是標準的自我規訓機制<sup>260</sup>。Cossman認為，行房與通姦的政治在新的婚姻性公民論述被連結起來了：如果要讓婚姻成功，良好的行房關係因為可以增進婚姻內的親密關係，故而幫婚姻打通姦預防針。將婚姻關係作為一個計畫，有紀律的個人努力維持，並用盡各種方法(尤其是運用各種消費)增進親密關係，在通姦與否的邊界掙扎在忠誠的這一邊，即使不小心越界了，還是可以回來贖罪以盡可能維持婚姻關係，這是好的性公民<sup>261</sup>。

而關於同性婚姻，Cossman認為停留在究竟是同化(支持者認為這是獲得完整公民身分的基處)還是逾越(反對者認為這是受規範與馴化)的同性戀與酷兒社群內部論辯上，可能不是很有建設性。Cossman認為，男女同性戀正在經歷「成為性公民的過程」(process of becoming sexual citizens)，其公民身分模糊、矛盾、多重的一團亂，讓公民/非公民、合法/非法的灰色地帶存在，踩在線上同時兩者兼具的處境並非不可能。所以，討論踩線與跨界的過程是她的重點，男女同性戀的跨界不僅改變主體性，也造成婚姻體制的轉變<sup>262</sup>。Cossman以Queer As Folk這部影集為例，男同性戀一方面被再現為擁抱消費、性氾濫的人，但另一方面劇情發展到後面幾季，現實社會中同性婚姻成為跨國/州的可行方案時，同性婚姻內行房，也就是除罪化了的性悖軌，也順勢拍入劇情之內，並且在劇中是描寫同性婚姻的日常場景。同性性悖軌新增了一項意義：婚姻內的行房；而婚姻內的行房也新增了一項可能：同性性悖軌。這是Cossman說的跨界踩線的文化上例子，而我們也不難想像在同性家庭的臥房裡確實如此<sup>263</sup>。雖然婚內行房與男女同性戀的婚姻權利的線被跨越、被踩了，可是婚姻作為親密關係，以及前述親密關係中的自我規訓與責任並沒有因此改變。這正是Cossman說新的性公民界線是在某些主體(以同性婚姻的例子來說：男女同性戀)成為[性公民]的過程中邊踩線邊移動線(以同性婚姻的例子來說：現代婚姻的親密關係自我規訓、責任化並沒有因此改變，但是行房的意義改變了)。此外，男女同性戀的主體也跟隨著改變：以往只有異性戀才必須面對的性公民失敗樣態，諸

---

<sup>260</sup> *Id.* at 78-105.

<sup>261</sup> *Id.* at 106-107, 110-111.

<sup>262</sup> *Id.* at 159-163.

<sup>263</sup> *Id.* at 173-177.

如通姦、離婚、破碎婚姻，現在同性戀開始結婚後也會被這些機制所治理<sup>264</sup>。

Cossman認為追求平等的公民身分有得有失，她主張性事是現代美國公民身分的重要面向，而性公民身分的三面向：1.是有性(sexed)的但不過多、2.藉由歌頌消費而私有化(privatized)的、以及3.自我治理(self-governance)的計畫，是觀察其他與性相關領域的納入(好的性公民)/排除(壞的性公民)的指標。雖然她在書末天外飛來一筆地指出性公民身分的規範性排除了某些群體的性實踐(用藥性愛、郵購新娘等等)，而且管制了性自由因此持懷疑態度<sup>265</sup>，不過她並無說明前幾章的中性態度何以在書末變成否定的態度其背後之理據。姑且不論她全書的突兀結論與弱點，她在2007年出版的這本書對同性婚姻的觀察我認為正確的指明了後續Obergefell v. Hodges的發展，而我也參考了她對婚姻的分析來閱讀Obergefell案。

## 本章小結

從Norrie那兒我們看到法律中的人所應負的責任內容與樣態與公民身分的變化有關係，而Richardson的說明則將性事引入公民身分並在概念上做出九種類型的區分，最後並指出同性戀政治上的實踐與權利主張都牽涉到九種類型，僅是著重的權利與女性主義或其他群體的性公民身分主張不同。然而，Richardson也指出，觀察性公民權利時從其反面的性公民責任來考察或許是進一步問題化性公民的重點。Richardson的主張不僅和Norrie觀察接續，正好也直接引出Stychin與Cossman對性公民身分內涵考察的轉向：劃界過程，而且劃界過程重點從異/同區分轉向好/壞區分，前者合法後者非法。

---

<sup>264</sup> *Id.* at 177-185.

<sup>265</sup> *Id.* at 195-206.

# 第四章、結論兼評述

## Obergefell v. Hodges



### 本章概要

本章由引介Halley與Brown對美國的權利論述的批判(以及權利批判的偏執閱讀)開始，接入Obergefell v. Hodges這一美國同性戀平權運動中指標性判決的整理。本章後半則是我試圖結合第二章引介的酷兒閱讀與第三章的公民身分理論來評述Obergefell案的判決理由，提出三個評論兼進一步提問。最後我對中文酷兒的倫理問題進行批判為本文作結。

### 權利論述的批判

#### Halley 與 Brown 論法律的誘惑

在《Left Legalism/Left Critique》一書的導論中，Janet Halley與Wendy Brown對美國的進步知識圈及政治圈是否還能容納批判感到氣餒。他們列出了一長串對法律改革提出批評的時候，馬上就遭遇到法律權利倡議者的反駁<sup>266</sup>。Halley與Brown質疑，諸多法律改革的倡議看起

---

<sup>266</sup> WENDY BROWN & JANET E. HALLEY, *Introduction, in LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE*, 2, 2-5 (WENDY BROWN & JANET E. HALLEY eds., 2002). 這些反駁原文翻譯如下：

- 我的損害是真的，你們只是在理論化
- 現在好不容易女人(黑人、拉丁裔、同性戀)獲得主體性，我們一定要批判這個主體嗎？
- 寫這麼難懂的東西是菁英主義(所以壞壞)
- 寫這麼難懂的東西在政治上沒有用，寫、教、生產這些難懂文字的人一定不在意政治強加的受苦
- 難懂的東西大眾看不懂，所以對政治動員沒有用
- 後現代社會與批判理論是有終身教職的基進份子的高級享受，而且對權利事實上如何運作不置一詞
- 這些抽象怎麼幫助住在五樓沒電梯沒熱水的女人？
- 只是出張嘴批評很簡單，你們還有更好的提議嗎？
- 你們不可能懂得，因為不身為[填入任何凝固、受宰制的身分認同]，你們就沒有說有這些身分認同的人需要甚麼的話語權
- 你們不可能懂得，因為沒有[填入任何由政治強加的受苦]的經驗，你們就沒有說這些經驗是如何並且要如何阻止它的話語權
- 我所屬的群體的尊嚴仰賴[填入任何嘗試導正基於群體而來的污名的法律改革倡議]，質疑這些法律改革的前提是再污名
- 我所屬的群體的安全與生存仰賴[填入任何嘗試保障受宰制群體的法律改革倡議]，質疑這些法律改革的前提是再宰制
- 質疑[填入任何現在被認為是「左」的法律改革倡議]的前提是當「右」的隊友與側翼[然後任選以下任一規範性貶抑：問這問題的人太天真了、問這問題的人私底下或是潛意識是「右派」、避免與「右派」合作在範疇上或者顯然地比重新檢視現在「左派」的承擔與計劃來得重要]
- 質疑[填入任何現在被認為是「左」的權利倡議]沒有意義，畢竟我們在討論的是人權、民權、或基本權利。故

來「左」、解放，但是如果將這些反駁擱置，讓批判發生，它們還會看起來是「左」、解放的嗎？他們認為，美國左翼過度重視法律改革，太在意批判在政治上有沒有用、是否可行的後果是批判變成負擔不起的奢侈品，而左翼的力道就此消沉，並且會自食惡果<sup>267</sup>。

Halley與Brown區分左翼法律主義(left legalism)與自由主義法律主義(liberal liegalism)。自由主義預設法治前保障平等的國家有正當性以及個人自由是最重要的價值。它也預設個人權利大約等於自由，自由主義的正義秩序安排是平等與自由最大化到它們開始互相抵觸。在自由主義的安排下，「自由市場」與「個人自由主義」保守派通常傾向限制平等保障自由，而「自由派」則傾向限制自由、保障平等，但它們之間只是劃界程度上的差別。法律與國家在自由主義之下通常被描繪為技術上中性，「自由派」想運用國家替社會中下階層進行各種重分配，而「保守派」則想運用國家穩固道德與社會秩序並讓自主的個人與市場免於不恰當的限制。左翼的分析起於對上述自由主義的批判，專注於揭露自由主義論述中被忽略的社會權力及其造成的階層化主體。自由主義的核心價值：法律之前的平等，在左翼來看太抽象，若不改變社會權力，無法產生實質上的平等，對權利與機會的平等進用是虛的。自由主義下的權利，只能說是形式上的平等，在複雜階層化的社會，權利的實質內涵與運用程度變異很大。在某種程度上，權利也是權力，因此權利的差別也加強了社會不平等。這並非表示左翼思考必然反對權利，這只是強調左翼思考對自由主義將權利等於自由、平等權利等於平等的懷疑。因此，國家並非技術中性，它在自由主義的自由與平等包裝之下可以做為優勢者加強宰制的有力體制。傳統上左翼關注資本主義內的宰制與階級，並將其批判與政治集中在自由主義下被去政治化的政治經濟體制。但是在後結構思潮引入美國後，規範與管制的問題開始被放到分析框架裡。宰制權力與不平等不僅只是階級社會的結構，而還存在於各種社會關係的規範管制之中，例如性與性別、種族等等。在這個視角之下，法律與國家既不中性也不只是禁止的權力，在身分認同與主體性上反而是生產性的。身分認同(identity)，被認為是管制的重要位置，不若「自由派」認為尋求平等就可以解放，也不若「保守派」認為這些認同只是個人問題和司法正義無關。自由主義傾向將身分認同的起源外於規範、建制、社會權力，所以身分認同可以用來要求國家導正、補償不正義，但是左翼觀點也認識到基於身分認同的主

---

得證。

-你們的批判距離法庭上的語言與日常政治的語言太遠了，因此不可能有任何實際使用價值

-你們的批判是我們無法負擔的奢侈品，我們現在需要的是團結與共識，不是解構

-我被冒犯了

-不能接受

<sup>267</sup> *Id.* at 3-5.

張是雙面刃，既是文化歸屬與政治動員的基礎，也是藉由管制導致宰制之處<sup>268</sup>。

Halley與Brown質疑自由主義下國家可以法律實現正義的承諾。他們倆人主張左翼近幾十年來有轉向法律主義的傾向。檢視美國的歷史便知，左翼確實和自由主義的法律主義合作，Montgomery bus boycott、自由之夏、華盛頓1964年遊行都是經典案例。Halley與Brown強調，這些運動雖然有其追求法律平權的面向，但是也有非法律的面向(關注再分配與貧窮問題、非暴力抗爭的行動等等)。然而在現今的敘事中，民權論述幾乎等於種族正義，為歷史上受宰制的群體尋求正義想要模仿種族正義的模型，都只援引自由主義與法律主義的模態，以追求法律權利為核心，這是霸權。Halley與Brown認為，左翼與權利的法律主義沒有自然的關係。權利沒辦法被提起的目標所充滿，它有一定的形式性與空洞性，也因此可以被任何立場的競爭者佈署、再佈署。Halley與Brown認為左翼與法律主義在理論上與歷史上可以分分合合<sup>269</sup>。

但不論如何，Halley與Brown批評左翼被法律主義所襲奪，而當代法律主義的形式除了民權運動的模式(civil rights legalism)以外，還有治理法律主義的模式(governance legalism)。法律可以藉由各種或強或弱的管制與許可制產生日常生活的模態，進而產生特定的主體性，而且一切可以發生在文化規則的外觀之後，不用現身<sup>270</sup>。治理法律主義有幾個後果：想要逃離法網變得不可能、法律權力變得跟文化權力一樣多變而偶然。現代生活世界中的法律確實是使死放生的司法權力(judicial power)與使生放死的生命權力(biopolitical power)的綜合，左翼法律主義似乎並不畏懼擁抱治理，要求國家提供更多的服務或保障給受壓迫者，其產生的規範與正常化效應，卻往往未經嚴格檢視<sup>271</sup>。

Halley與Brown認為左翼的目標被翻譯成自由主義法律主義的權利語言時，可能權利語彙會與原本的政治目標衝突，或是直接抵銷。法律主義通常將自由主義佈署為規訓、管制的權力：自由主義設立自始獨立的個體、人的自我感是被給予的而非被構成的、最顯著的人類行為是選擇(choice)，因此個體往往被框架為選擇者。左翼目標被翻譯成權利時，也一併把這

<sup>268</sup> *Id.* at 5-7.

<sup>269</sup> *Id.* at 7-11.

<sup>270</sup> *Id.* at 11-12. Halley與Brown這裡舉了一個思想實驗：衣服鞋子尺寸的管制。這在中文可能並不容易理解，因為我們會問「你穿幾號的鞋子？」但是在英文就有語言上的意義：“What size are you?” 這一類軟性的管制可以構成個人自我認識的座標(使用be動詞)，也是個人被分類的一個方式。穿得不對有的時候只是奇怪畸形，但也有被群體拿來做文化上挪用的可能(例如，嘻哈歌手故意穿太大件的穿衣風格)。這些規則、管制可以單方面說改就改，而大家不會覺得這是法律問題，也不會去追問是否依法行政、有沒有法律授權，有沒有民主正當性等等。因為它們看起來像是「文化」問題。

<sup>271</sup> *Id.* at 12-16.



些自由主義的預設佈署、再構成政治主體<sup>272</sup>。

由於法律主義會為左翼政治帶來意想不到的後果，或是抵銷原本的目標，Halley與Brown認為要退後一步，重回政治，才能檢視法律主義帶來的問題，以及政治與法律主義的分別與批判有何關係。當代美國政治生活充滿了法律主義，依此想像不同的政治似乎並不容易。不過美國法哲學也曾經有法律唯實論(legal realist)的思潮，可做如此想：政治是法律的延伸。當廣泛的政治問題被翻譯成狹窄的法律問題的時候，要求明確、是非分明、輸贏的法律考量會使得開放性的、多元的政治辯論失去空間，而且也讓法律場域裡面的規範與權力沒有外在的政治辯論來檢視。尋求法律上的損害補償搶佔了嘗試尋找損害發生的深層原因。只關注法律上權利讓人失去了成為可以共同創造生活形式的審思、創新的政治存有。法律主義的正義評量是自由主義的，其他價值的正義論辯不在其中；法律主義的平等是形式的平等，實質的平等不在其中。法律無法取代政治，更甚者，法律篡奪政治<sup>273</sup>。

美國左翼或自由派的倡議者往往認為批判對他/她們的政治目標與法律改革目標有負面的影響。然而Halley與Brown指出批判(critique)一詞在康德以降的德國哲學傳統中，和政治並不相關，是純粹的知識活動。這個詞的詞源來自希臘文的crisis，意思是做出區分、決定、與判斷的技藝與工具。有趣的是，這個詞的辭源是個法理學上的字詞，Heidegger也依循希臘文的意思，將批判當作把特別的東西從庸常的東西挑出來的決定。啟蒙哲學的批判僅忠於運用理性，也同樣認識到沒有任何知識與政治是沒有前提的，而認識到前提是甚麼以及在這些前提上人如何生存是批判的任務。雖然後續的哲學發展中有不同的發展，不過Halley與Brown認為法律主義對批判的負面觀感與反駁是搞錯方向的。批判活動對左翼的價值在於，揭露權力、揭露規範<sup>274</sup>，不用再將這些東西當成是被給予的，辨認手前欲解決的問題如何產生。批判當然不保證特定的政治目標一定會達成，不過Halley與Brown認為，批判是知識上的冒險，不保障政治上成功也不能提出立即的政治方案，可是批判並未懸置政治參與與政治價值的論辯，而且也是批判才使得Halley與Brown可以辨認出美國左翼與法律主義危險的聯姻：窄化政治目標，或者是參與治理後成為國家。批判讓政治不被法律所占滿，而且批判也拒絕要求知識只能為被宰制者的政治服務的命令。這是批判對政治以及法律的緊張關係<sup>275</sup>。

<sup>272</sup> *Id.* at 16-19.

<sup>273</sup> *Id.* at 19-24.

<sup>274</sup> 在這裡我看到了一直要「揭露」的偏執閱讀位置，本節小結將略為討論。

<sup>275</sup> *Supra* note 266 at 24-33.



## 不可能不想要：Wendy Brown 論權利的弔詭

Wendy Brown說自由主義的權利是「我們不可能不想要」(we cannot not want)的東西<sup>276</sup>。美國女性主義法律倡議獲得的許多權利成就：投票、工作、離婚、監護權、拒絕性騷擾、平等薪資、對自己的生殖擁有自主、拒絕家暴……等等，都是女人不可能不想要的。不過女性權利的增生雖然是女人不可能不想要的，但是這些權利大多只是緩解宰制權力，而不是消滅宰制權力。緩解並不是問題，問題是當女性確保的權利越特定，她在無歷史的自由主義法理中作為被宰制者的定義就越被編碼固定，這是權利的弔詭(paradox)<sup>277</sup>。

這個弔詭的第一部分是對身分認同所具有的的規制力量的分析那裏被描述。作為女人而擁有權利並不表示掙脫了性別的指派與宰制，指派女人的位置在保障權利的同時也引入了管制。確實，權利不會是完全「自由」地佈署，女人這個範疇(以及其他身分認同範疇)的重述以及再重述是權利所在的脈絡<sup>278</sup>。第二個弔詭在馬克思主義及新馬克思主義對自由主義的批判那裏被描述：權利會對不同的社會團體依其進用的權力而有差別的賦權，而非平等的賦權。越有社會資源及越堅韌的團體在行使權利時，能獲得的利益越多。尤其在相同權利人之間行使權利，甲方的利益可能以乙方的損失為代價。有些女性主義法學與批判種族理論對言論自由的看法就是如此：色情言論與種族仇恨言論讓受宰制的主體禁聲，表面上看起來普遍的言論自由保障，其實對有權者的保障較多。不過對色情言論及種族仇恨言論的管制立法有兩個兩難：第一個是如何以平等及公民權利之名限縮色情言論與種族仇恨言論的同時，一方面不將某些族群(女人、非裔美國人)永久的被指定為這些言論的受害者，另一方面也不將所有人視為這些言論的受害者而反倒讓指認出這些言論在持續歷史上被宰制的人群的政治分析失效？第二個兩難是，女性獲得的特別權利(special rights)<sup>279</sup>傾向於再銘刻女性應該是如何以及甚麼構成了女性的脆弱性與易受侵害性的異性戀體制。當女性的差異需要被關注的時候，性別議題往往以異性戀的方式提出。例如，生殖自由與墮胎會被當作是基於性別(gender)的法律主張，但是性別與性偏好的反歧視則是基於性事(sexuality)的法律主張。法學上這樣的分類顯示出女性的問題是在異性戀框架下被提出，而這種權利的主張與發展也確實造成一些像 *Oncale* 案一

<sup>276</sup> Wendy Brown, *Suffering the Paradoxes of Rights*, in *LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE*, 420, 420-421 (Wendy Brown & Janet E. Halley eds., 2002).

<sup>277</sup> *Id.*

<sup>278</sup> *Id.* at 422-423.

<sup>279</sup> 這裡就看到Brown跟Halley對女性權利的不同定性：Brown視為特別權利，而Halley視為是有特別待遇的一般權利。



樣奇特的案例<sup>280</sup>。

將女性主義的目標以權利去框架還會產生第三個和第四個弔詭，一個是在批判種族理論中的多元交織性(intersectionality)，另一個是將行為與認同混為一談。多元交織性是以分析黑人女性同時受到種族與性別的壓迫為起點，指出多重壓迫的機制往往發生在同一個個體身上，而在這些人的經驗中不可能將種族壓迫抽離於性別壓迫，性別壓迫也不能抽離於性的壓迫……等等，各種權力的運作是交雜混成的<sup>281</sup>。然而，在普通法的法理中，主張性別歧視是一個法理、主張種族歧視是另一個不同的法理，而且行使權利的時候，這些權利和真實的經驗、權力的運作完全相反，是要個別獨立行使。這也解釋了為什麼法律改革者往往只能專注於一種身分認同的問題而倡議，而不能一次同時處理多重身分。將行為與身分認同混為一談的弔詭<sup>282</sup>則是，權利主張可以支撐起虛構的身分認同。Halley曾經分析過的混同也可以用在性別：保障女性的權利很可能支撐起虛構的女性身分認同，這個虛構的認同是以一些據稱是女性的「行為」來指認女性群體的「身分認同」，而男性特權就在對這些據稱是女性「行為」的抵賴與否認被鞏固。女性不能不想要的權利同時誘捕女性被宰制<sup>283</sup>。

雖然權利有上述四種弔詭，但是Brown指出弔詭(paradox)不同於矛盾(contradiction)，弔詭是不能解決的。Brown將弔詭視為一種政治構造：「讓一組挑戰但不取代正統信念的真理們流通」<sup>284</sup>。女性在男性的權利論述(自在、自主、不受限制的主體)脈絡下為自己的權利而鬥爭，女人無法成為權利主體，女人在鬥爭權利的過程中必須要採取這個虛構的且不包含女人的主體位置，這是第一個弔詭。第二個弔詭是，就算女人爭取的是非常特定的權利主體(非前述的抽象主體)及權利內涵，這樣的宣稱可以將原有男性權利論述中說不出來、想不出來的權利說出來，這個時候權利反而標示了欠缺、不足、損害。這是權利的政治化<sup>285</sup>。

如此觀之，權利的弔詭正是其政治之所在，而政治的未定讓我們可以保持謹慎樂觀的

<sup>280</sup> *Supra* note 276 at 423-425.

<sup>281</sup> See generally, Kimberle Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 140 U. CHI. LEGAL F., 139 (1989); and see also Sharon Smith, *Black feminism and intersectionality*, INTERNATIONAL SOCIALIST REVIEW, Winter 2013-2014, <http://isreview.org/issue/91/black-feminism-and-intersectionality>. Smith主張多元交織性的分析對壓迫(oppression)有貢獻，雖然它並不能取代馬克思主義的階級分析出的剝削(exploitation)問題，但是它提供的洞見是壓迫與剝削相互參照。Smith主張黑人女性主義發展出的多元交織性有助於意識覺醒而強化左翼解放全人類的實踐。

<sup>282</sup> 見本篇論文第二章，Halley論行為與身分認同的混為一談創造出虛構的同性戀身分並鞏固異性戀特權。

<sup>283</sup> *Id.* at 425-430.

<sup>284</sup> 從paradox的希臘字源分析就很容易掌握這個概念了：para指放在一起，doxa是意見的意思。

<sup>285</sup> *Supra* note 276 at 430-432.



態度：當權利的弔詭繼續被政治化，「不可能不想要的權利」的困境是後續的政治要闡述出新的解放性的正義場域<sup>286</sup>。

## 本節小結

Halley與Brown的觀察指出了法律襲奪了政治之後產生的知識問題(為什麼被法律翻譯過的政治目標可以要求思想的批判走向?)以及權力問題(當法律改革成功的時候，國家權力可以用各種提供服務的方式進而產生規範性的權力及主體)，如果用bad faith去看待這個發展，甚至可以說是因為掌權的意志而使得看似進步的權利倡議總是有陰暗面。同時，Brown以女性主義的發展來說明權利的矛盾本身是構成性的，因此雖然權利有其陰暗面，但它的不穩定性其實也提供了政治介入的機會——前提是，Halley與Brown提出的法律襲奪政治不完全掌控了行動者的心態(mindset)。同樣的對權利的矛盾態度，也得到我在前一章引用的Stychin的呼應：對權利採取決絕的拒斥或擁抱二擇一態度，不足以產生可欲的政治後果，並且忽略了主體反思的複雜性。記得Halley與Brown的提醒，我們就可以比較平和的看待法律改革的動態。

我稱Halley與Brown的這個批判是法律的誘惑，這個誘惑在美國看起來無往不利。在普天同慶的Obergefell v. Hodges婚姻平權判決出爐後，這個誘惑看起來似乎是已經被暫時滿足。因此，如果Halley與Brown的評論是對的，我個人認為接下來會是一段美國同性戀運動的空窗期，因為政治辯論的缺席，單單法律倡議及其滿足不會產生新的政治目標。不過我的這個預測是否準確還有待繼續觀察。

本章接著將檢視Obergefell v. Hodges的判決理由，並且整合第二章的酷兒閱讀策略與第三章指引出來的性公民身分，指出Obergefell v. Hodges判決的結果其實由本論文所引介的法學理論是約略可以被預見的。

## Obergefell v. Hodges 的判決評論

### Obergefell v. Hodges 判決概要

2015年6月26日，美國聯邦最高法院以Obergefell v. Hodges判決藉由聯邦憲法第十四增

---

<sup>286</sup> *Id.* at 432.

修條文要求各州承認州內與州外的同性婚姻<sup>287</sup>。我將在此試著運用從酷兒法學理論與性公民權理論來試著閱讀這個被視作美國同性戀平權運動的指標性判決。本節將不會是法釋義學的分析，因此不會分析本案判決理由中法院對平等權的定義與操作與過往的判決所建立起來的原則教條(doctrine)有何相同與不同之處<sup>288</sup>。此外，本節主要著重的是由Kennedy大法官主筆的多數判決理由，個別持反對意見的大法官所提出的反駁—幾乎是所有學過憲法學的法律學生都可以預測的—集中在司法權與立法權之間相互制衡(checks-and-balances)的權力分立原則被這份判決所破壞(首席大法官Roberts提出的反對意見是非常精闢的示範)<sup>289</sup>。即使反對的大法官們有些人觸及性道德的考量(Scalia大法官與Thomas大法官)，本文的重點也不會放在強調法律的壓迫性的此類見解。本論文引用的理論資源是酷兒與性公民身分理論，因此對Stychin所描述的權利雙面性裡正常化與賦權的面向較有興趣，故而著重判決中有此效應的多數意見而非少數意見。

## Kennedy大法官主筆的判決理由

Kennedy大法官以「自由」(liberty)為判決理由開頭：「憲法允諾其範圍內所有人的自由(liberty)……聲請人們藉由與同性結婚並尋求她/他們的婚姻合法來尋找自由。」<sup>290</sup>接著確定法院審理的爭點範圍：1.聯邦憲法第十四增修條文是否要求各州發給兩個同性的人結婚證書2.聯邦憲法第十四增修條文是否要求各州承認其他州所核發的結婚證書<sup>291</sup>。接著Kennedy大法官說

<sup>287</sup> Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_, Docket No. 14-556 (2015).

<sup>288</sup> 本判決相當新，或許我們馬上就會看到許多憲法法釋義學的文章在近幾期美國各個Law Review期刊上刊登。不過於Obergefell v. Hodges判決出爐之前的時間，長期關注LGBT平權的憲法學者Nan D. Hunter在Lawrence後發表的幾篇LGBT平權的憲法釋義學文章及注意到聯邦最高法院在Lawrence案採取的司法最小主義(judicial minimalism)以及刻意強調自由(liberty)而避免沾染到平等權(equality)原則教條的傾向。同時Hunter也如早期的Halley一樣，指出Lawrence案中O'Connor大法官的協同意見如何可以被學者解釋為重新活化Carolene註腳四所建立起來以政治程序受阻授權司法審查介入立法，而有助於倡議LGBT平等權利(這點和Halley認為使用註腳四往往同時會訴諸不可變異性而頗危險的立場不同)。Hunter並主張聯邦最高法院Lawrence案判決背離三重審查基準法理，其實可以和比例原則(proportionality)這一從未在美國憲法實務上被採取的法理相容。聯邦最高法院的LGBT平權判決可以被解釋為暗地用了比例原則但從來不說而已。Hunter從Lawrence案的分析指出近幾年聯邦最高法院對LGBT平權傾向以自由權取代平等權以避免爭議的司法最小主義已經提前正確預測了Obergefell的判決結果與判決理由所採取的法理。由於本文的興趣與關懷不在法釋義學上，因此僅在此略為介紹Hunter的法釋義學分析。對LGBT平權憲法學有興趣的讀者可參見 See generally, Nan D. Hunter, *Living with Lawrence Symposium: Gay Rights after Lawrence v. Texas*, 88 MINN. L. REV. 1103 (2003); Nan D. Hunter, *Twenty-First Century Equal Protection: Making Law in an Interregnum Eighth Symposium Issue of Gender and Sexuality Law: II*, 7 GEO. J. GENDER & L. 141 (2006); Nan D. Hunter, *Sexual Orientation and the Paradox of Heightened Scrutiny*, 4 DUKEMINIER AWARDS: BEST SEXUAL ORIENTATION L. REV. 209 (2006); Nan D. Hunter, *Deer in Headlights: The Supreme Court, LGBT Rights, and Equal Protection*, *The Nineteenth Annual Frankel Lecture: Commentary*, 52 HOUS. L. REV., 1121 (2015).

<sup>289</sup> Obergefell, 576 U.S. \_\_\_ (2015) (slip op. Roberts C.J. Dissenting at 1-28).

<sup>290</sup> Obergefell, 576 U.S. \_\_\_ (2015) (slip op. at 1-2).

<sup>291</sup> Obergefell, 576 U.S. \_\_\_ (2015) (slip op. at 2-3).

婚姻在人類歷史上有超越性的重要性(transcendent importance)，但是婚姻的歷史既是連貫的又是變化的，隨著時間它一直在演化，美國憲法上也陸續廢除夫妻法人格同一(coverture)與禁止跨種族通婚(miscegenation)<sup>292</sup>。Kennedy大法官說在美國，自由(freedom)的新面向浮現在政治領域中的抗議與司法過程中的請求，而且自由的新面向增強，而非減弱婚姻這個體制<sup>293</sup>。

聯邦憲法第十四增修條文中的實質正當法律程序條款(Due Process Clause)要求各州不得「在沒有正當法律程序的情況下剝奪人的生命(life)、自由(liberty)、財產(property)。」而「自由」(liberty)的範圍除了聯邦憲法列舉者以外，尚延伸至對個人尊嚴(dignity)與自主(autonomy)具核心地位的個人選擇，而且法院如何解釋自由怎麼延伸，沒有特定的公式，法院有職責運用合理的判斷(reasonable judgement)來指認上述對個人重要的[選擇]以保護「自由(liberty)」這個憲法上的基本權利<sup>294</sup>。不正義的本質是往往人在當下看不見不正義，寫下並批准《權利法案》及第聯邦憲法十四增修條文的人並不預設他們知道自由(freedom)所涵蓋的所有面向，並且以保障所有人享受自由(liberty)的權利以託付未來的世代藉此學習自由(freedom)的意義<sup>295</sup>。Kennedy大法官指出有四項婚姻是憲法上基本權利的原則(principle)與傳統(tradition)，而這四項原則與傳統對同性伴侶也同等適用(apply with equal force)。

1.個人關於婚姻的自由選擇權利是個人自主(individual autonomy)概念已經內含的，就像節育、生殖、育兒一樣都是個人可以做的決定中最親密(intimate)的。婚姻的本質是藉由它的耐久鍵結(enduring bond)，兩個人一起發現其它的自由(freedom)，諸如表達(expression)、親密(intimacy)與靈性(spirituality)，而這是不論性傾向對任何人都適用的。兩人基於自主做出結婚的選擇中存在尊嚴<sup>296</sup>。

2.法院先前建立的判決先例已確認結婚的權利(right to marry)是憲法上基本權利<sup>297</sup>。

3.結婚的權利(right to marry)保護小孩與家庭成員，而因此結婚的權利從育兒、生殖、教育的相關權利中獲取意義：婚姻的永久性與穩定性也對小孩的最佳利益(best interests)至關重要。同性伴侶組成的家庭也可以提供給小孩關愛與滋養的家庭環境，因此不給予同性伴侶關係婚姻的承認、穩定、可預測性等等相關的婚姻的權利給這些家庭的小孩帶來知道自己的

<sup>292</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 3-6).

<sup>293</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 7).

<sup>294</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 10).

<sup>295</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 11).

<sup>296</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 12-13).

<sup>297</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 13-14).



家庭不如異性戀家庭的汙名<sup>298</sup>。

4.不論婚姻制度如何變化，婚姻是美國社會秩序的拱心石，因此政府賦予各種婚姻的權利、利益與責任(法院列舉許多權利，例如課稅、繼承、配偶特權、醫院探望權……等等)以保護婚姻。這個原則對同性或異性伴侶皆適用，拒絕承認同性婚姻的同時也讓這些婚姻的權利、利益、責任與同性伴侶無緣。同性伴侶也可能渴望婚姻的超越性(transcendent)意義並追求婚姻最高(highest)的意義<sup>299</sup>。

Kennedy大法官提出婚姻四原則在同性與異性伴侶間沒有差別後，接下來反駁同性婚姻權利不是憲法基本權利的主張<sup>300</sup>。他採用的方法很簡單：本案聲請人聲請的不是「同性結婚的權利」，而是「結婚的權利」，因此不用確認是否存在新的憲法上基本權利。Kennedy大法官接著說，即使採用Glucksberg測試，結婚的權利(rights to marry)在歷史與傳統上是基本的，但是權利並非只能從追古而來，權利也可以對從憲法如何命令每個時代的人如何定義最急迫的自由(liberty)中產生出來<sup>301</sup>。

Kennedy大法官在結束結婚的權利是憲法所保障的自由(liberty)權利的論證後，接下來進入判決中最有趣的部份：自由權利與平等權之間的關係。Kennedy大法官說，同性結婚的權利不僅是聯邦憲法第十四增修條文所保障的自由權，它也可以從同條文中保障平等權推導出來：「雖然兩者提出了各自獨立的法理原則，正當法律程序條款與平等保障條款深遠地互相連結。」自由權與平等權各自的教條並不同且有時並不共存，但是在某些案例中兩者之間對其分別的意義與保障範圍有指引作用，而同性婚姻正是展現平等權與自由權相互影響的動力的例子<sup>302</sup>。不過Kennedy大法官對其間的動態解釋，只是援引眾多判決先例指出這些案例同時運用平等權法理與自由權利法理，直接宣告這兩者之間相互影響<sup>303</sup>。當同性結婚的自由權利

<sup>298</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 14-15).

<sup>299</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 16-17).

<sup>300</sup> *See*, *Washington v. Glucksberg* 521 U.S. 702, 720-721 (1997). 聯邦最高法院判斷系爭權利是否為憲法上基本權利的原則，後來稱為Glucksberg test：1.首先法院必須仔細描述待確認的權利2.法院必須決定待確認的權利作為「基本權利(rights)與自由(liberties)」是否「客觀地深深根植於這個國家的歷史及傳統中並且隱含於有秩序的自由(ordered liberty)的概念下，而系爭權利如果被犧牲掉會造成自由(liberty)與正義(justice)不存在」。

<sup>301</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 18-19).

<sup>302</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 19).

<sup>303</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 19-22). 考量到Kennedy大法官在其主筆的*Lawrence*判決理由中也未曾引用聯邦最高法院的平等權審查法理而是使用實質正當法律程序將*Hardwick*給推翻，似乎我們可以看出來Kennedy大法官在LGBT平權案件中相當抗拒使用平等權法理的法律教條操作。真正在LGBT平權重要判決中運用平等權法理的是已退休的O'Connor大法官在*Lawrence*的協同意見書中指明她使用平等權的合理審查基準，表示德州性悖軌法的立法目的根本不合理而無法通過合理審查基準故違憲，*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 579-585 (2003).

被剝奪了，因為自由權利與平等權相互影響，所以平等權也被剝奪了<sup>304</sup>。

Kennedy大法官指出，同性伴侶被排除在婚姻之外已造成重大且急迫的損害，因此司法權有理由亦有責介入<sup>305</sup>。最後他以充滿情感與溢美之辭為這個判決做結(由我個人依原文翻譯，[]內中文字由我個人補入)：「沒有比婚姻更深刻的聯盟，因為它體現了愛、忠貞、忠誠與犧牲的最高理想。兩個人在締結婚姻時成為了比他們兩個[身為兩個獨立的個人時]曾經是的更高的東西。如同一些聲請人的案子所展示的，婚姻體現了甚至是連死亡也挺得過去的愛。說這些男女不尊重婚姻理想是誤解了她/他們。她/他們的請求對婚姻的概念如此尊敬，以致他們希望自己可以完成婚姻。她/他們的希望不是被排除在人類文明中最悠久的制度以外而活該孤獨。她/他們要求在法律眼中的平等尊嚴。聯邦憲法賦予她/他們這個權利。」<sup>306</sup>

## 評論一：自由(liberty)？自由(freedom)？

Kennedy大法官的判決理由中，結婚的權利是自由(liberty)權利。這個自由和Lawrence案中被Franke描述的馴化的自由有延續的相同處，也有斷裂的地方<sup>307</sup>。相同的地方是，自由(liberty)都和婚姻有關，而且親密(intimacy)被認為是讓個人更自由(freedom)的因素。不同之處是，在Lawrence那兒的自由(liberty)因為它與隱私權交錯<sup>308</sup>，所以是空間上限縮在臥房內的；但在Obergefell這兒的自由，它與平等權交錯而沒有空間上的限縮，它展現為最普遍的狀態。

在我看來，這個判決說最多的，不是自由權利到底包含甚麼，法院在此只說了結婚的權利是自由權利。但是法院倒是對於解釋甚麼是婚姻非常熱衷，而從法院對婚姻的描述中，看得出來其中個人(individual)的自由(liberty)派生自婚姻伴侶雙方作為夫夫/妻妻/夫妻的自由(freedom)。

<sup>304</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 22-23).

<sup>305</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 23-26).

<sup>306</sup> *Obergefell*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015) (slip op. at 28).

<sup>307</sup> Katherine M. Franke, *Domesticated Liberty of Lawrence v. Texas*, *The Commentary*, 104 Colum. L. Rev. 1399 (2004). 見本文第三章

<sup>308</sup> *Lawrence*, 539 U.S. 558, 575 (2003).

綜合Halley<sup>309</sup>與Franke<sup>310</sup>的看法，我在此將現代美國結婚的權利描述為如下：成為一個自由的人(free)，你獲得了公民身分(citizenship)，有結婚的自由(liberty)。

不過如同Halley與Cossman提醒的<sup>311</sup>，夫妻/夫夫/妻妻作為個人式權利主體的地位在當代美國法的離婚革命後，兩人權利的對抗與矛盾發生的速度之快，顯然不是從婚姻中獲得更多自由(freedom)的顯現，而是個人自由(liberty)極大化後的不穩定組合。在此我不同意Franke看到婚姻規範性就想到現代版夫妻人格同一論(coverture)而採取的排斥性閱讀，正巧相反地，她擔心因為我們人民(We, the people)或我們夫夫/妻妻/夫妻(we the couple)要成為可敬的自由人(free people)而被壓抑的個人自由(liberty)在當代美國婚姻中一點也沒有減少。Franke擔心且真正被貶抑的是不羈的性的自由(這我也認為是liberty)，而我認為這要多虧於Kennedy大法官在Lawrence那兒運用自由權利(liberty)去解決性悖軌隱私權爭議時，用親密(intimacy)來作為性悖軌的婉轉說法兼正當化理由，而這個作為自由的親密隱私(intimate privacy as liberty)就接著被帶到Obergefell案，成為了作為自由的親密平等(intimate equality as liberty)。在此我認為Kennedy大法官將自由(liberty)作為隱私權與平等權的自由連結項(associate)的法理學是所謂的因結果考量而為判決，這種結果考量的判決產生了一套我個人稱為「親密的司法權詮釋」<sup>312</sup>。

<sup>309</sup> Halley曾經寫過一篇關於美國同性婚姻修辭分析的短文，See Janet E. Halley, *Recognition, Rights, Regulation, Normalization: Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate*, in *LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX PARTNERSHIPS: A STUDY OF NATIONAL, EUROPEAN, AND INTERNATIONAL LAW*, 97 (Robert Wintemute et. al. eds., 2001). 這篇文章主張同性婚姻的承認不僅僅「只是」肯認(recognition)的問題，婚姻的公共承認是讓渡評估親密關係的權力予國家，結婚的時候夫妻的主體性與臣服於國家同時發生。此外，婚姻的正常化(normalizing)面向「不只是承認」，肯認要求的更多。這裡Halley對在美國常被引用但不見得是正確引用的Foucault正常化學說做了一番解釋：朝向同性婚姻會讓婚姻變得越來越成為是社會的平均值(average)，而不婚者就會被算在偏離平均之外，而受到越來越多的為了讓人口控制在平均值的社會秩序的影響。(這裡我不得不激賞Halley是美國法學界少數跟上Foucault法蘭西講座的學者，本篇論文第二章引用的Franke談抵抗正常化規範似乎就停留在《性史》第一冊而已。) Halley認為，在美國的脈絡期待像法國一樣繞路走PACS承認而不正常化婚姻的可期待性很低，而即便PACS立法時看似可以讓婚姻的正常化效應減低，後來也被法國憲法委員會弄成是婚姻的替代品。Halley藉由區分結婚的權利(right to marry)與婚姻的權利(rights of marriage)強調美國的同婚倡議者只記得前者而忘記後者，後者是各種國家介入與管制之場所，而且也是事情會變得難看的地方：離婚時雙方的各種攻防。這在美國個人主義傳統興盛的脈絡下不難理解：我，作為個人，有結婚的權利，但是忘記婚姻持續時是兩個人的共同關係，破裂時則是兩個個人的對抗。同時，美國社會福利少，婚姻作為私人福利系統更有國家管制的利益。這一篇專論同性婚姻的文章在Halley的著作中重要性並不是很高，因為她後來的研究計畫就是美國家庭法的系譜學，因而被包納進去了。同時，就她所提到的正常化與管制，在Stychin與Cossman那兒也有(不見得最正確但夠用的)討論，故此處僅於註腳內略釋。

<sup>310</sup> *Supra* note 164.

<sup>311</sup> BRENDA COSSMAN, *SEXUAL CITIZENS: THE LEGAL AND CULTURAL REGULATION OF SEX AND BELONGING* (2007). 見本文第三章。

<sup>312</sup> 再次重申：在此我的關懷不是Kennedy大法官的結果考量判決而忽視教條的法理學好或不好，也不是既有的法釋義學會如何這些判決而轉變。

此時我回到Richardson對性公民身分的九種權利面向概念分類<sup>313</sup>，Richardson指出有基於關係面向的性權，這對理解Kennedy的親密司法權有相當幫助：1.在個人關係內同意發生性行為的權利、2.自由選擇性伴侶的權利、3.為公共所承認的性關係的權利。*Lawrence*關於1、2，而*Obergefell*關於2、3。對於熱烈追求各種基於行為面向的性權的人，我想接下來可能只有更多失望。我認同Halley與Stychin對權利正常化效果的描述與批判，認為目前美國同性戀平權的賦權效應已經展現在基於關係的面向的性權，但規訓性的效應則多展現在基於行為面向的性權。然而追求自由權利反而讓自由處處受限的矛盾情境究竟有甚麼更深長的政治哲學意味，我想留待更多學者的思考與評論後再進一步探究也不遲。

## 評論二：婚姻位置取代異性戀位置？

Halley的酷兒閱讀示範了行為/身分認同的二元對立中產生同性戀的同時，異性戀位置被不穩定的隱藏設立起來並得到保護。在*Lawrence*案中，法院說進行「親密性接觸」(intimate sexual conduct)是「自由人」(free person)可以有尊嚴地在自己的家裡和私生活中自由選擇進入的「關係」(relationship)，聯邦憲法保障的自由(liberty)允許同性戀者(homosexual persons)有做這個選擇權利。當性事在與他人的親密接觸中找到明顯表達時，親密性接觸是人際鍵結中除了性行為之外中較耐久的一個元素。而且性悖軌，現在被翻譯成「親密性接觸」，描述為「同性戀生活型態」(homosexual lifestyle)中常見的性實踐(sexual practice)<sup>314</sup>。在這裡，我們可以看到法院已經不熱衷於同性戀的身分認同(identity)與性悖軌行為(act)之間的關係，也不藉此定義同性戀。我們看到的是一種接近唯名論的操作：同性戀就只是個形容詞，而行為也好、人的認同也好，是生活型態、實踐這種離散的、非本質論式的行為。故就此而言，我認為同性戀的指定與異性戀位置的構成大約可以說是在美國聯邦最高法院的論述中已經不甚有重要性。

在*Obergefell*案中，誰是同性戀、究竟是行為還是身分構成同性戀確實不重要。如同Cossman所說，關於性事的合法/非法的邊界已經不再是異性戀/同性戀的分界，而是好/壞的性公民分界。而借用Franke的觀察，這個新的劃界在*Lawrence*那兒是私密的性/公開的性。在*Obergefell*這兒，一如Franke與Halley與Cossman共同的預測，是已婚/未婚的界線。Kennedy大法官顯然對婚姻的親密性所知甚詳，而且不怕把它條列出來。這兒我想試試是否可以酷兒閱

<sup>313</sup> Diane Richardson, *Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights*, 20 CRITICAL SOCIAL POLICY, 105 (2000). 見本文第三章。

<sup>314</sup> *Lawrence*, 539 U.S. 558, 566-567 (2003).



讀讀出法官的位置。如果身分/認同的對立操作產生了異性戀位置，那麼是哪一組的對立產生了已婚人士位置呢？說實話，我在此碰到困難，我隱然知道親密(intimacy)是其中的關鍵，但是我似乎找不到關於親密的一組二元對立操作。在此我看到的是：大法官非常有自信的表達出「我很懂親密關係」，然後做了一個規範性轉向「親密關係對人的尊嚴與人格很重要」，然後把它塞進自由(liberty)權利裡面。故得證。

當然，Kennedy大法官所說的婚姻四原則明確表示國家支持的婚姻體制有哪些權利內容，並且將婚姻體制與育兒的親屬關係與經濟利益全部綁在一起。這在Halley與Franke那邊的批判已經可以預見。

我認為親密作為支撐已婚/未婚劃界與支持Franke與Halley同聲譴責的婚姻規範性有至關重要性。不過究竟修辭學上、論述上如何拆解，我還不知道。目前我只能提出這樣的問題留待探索：美國聯邦最高法院如何藉由「親密的司法權詮釋」來鞏固婚姻規範性？甚麼樣的修辭學讓大法官顯得非常懂親密是甚麼，而且在懂得親密的婚姻位置上發話又達成了甚麼樣的權力布署？

### 評論三：所以我們(we)自由(free)了，然後呢？

權利的確是種不可能不想要的東西，我完全同意Brown與Halley對權利論述的批判並接受權利是種弔詭的宣稱。不過，美國的同性戀認同政治把自己逼到追求權利的法律主義，而且也在Obergefell案獲得成功之後，Brown的問題更需要被直視了：當權利清單檢核表每一項都打勾以後，下一張清單是甚麼？這不是法律主義可以回答的問題，而是政治的問題。完事(after sex)後的酷兒理論同步在法院那兒看到性之後(after sex)的親密司法詮釋。把性找回來會是重新獲得政治動能的方法嗎？

在Sedgwick那兒<sup>315</sup>我們看到酷兒政治獲得動力與失去動力的關鍵在於AIDS的政治，當同性戀認同政治論述逐漸遠離AIDS歷史而朝向追求完全公民身分的時候，把性找回來以重新政治化的合理推斷之一是再次涉入AIDS政治。當然我認為也有除了性以外的其他可能，身心障礙(disabilities)、離散族群(diaspora)等等這一些依舊與少數化模型的認同政治存有麻煩關係

---

<sup>315</sup> EVE KOSOFSKY SEDGWICK, *Paranoid Reading and Reparative Reading, or, You're so Paranoid, You Probably Think This Essay is about You*, in TOUCHING FEELING: AFFECT, PEDAGOGY, PERFORMATIVITY, 123 (EVE KOSOFSKY SEDGWICK & ADAM FRANK eds., 2003). 見本文第二章。

的領域也是酷兒的場所。而同性戀的認同政治/反認同政治的主張又會如何影響這些依舊與認同政治有麻煩的群體呢？Halley所提醒的法律倫理問題<sup>316</sup>或許很難重現在同性戀與身心障礙、離散族群的酷兒政治內部關係，種族平權獲得的成功是所有少數群體都不能不想要模仿的路徑，而可模仿的對象大概也只會是種族。不同非種族認同族群之間的論述模仿誘因並不大，因為沒有一個非種族的認同政治群體是嫌疑分類。不過這依舊警醒任何在美國還試圖進行權利倡議的人，在多元交織性(或元多元交織性，看你的本體論立場為何而定)下在基於某個認同群體所做的權利倡議都會影響到其他認同群體，而我認為其中的倫理問題複雜度恐怕不是構思出某些高度抽象的理論可以回答的，這也是為什麼我特別被Sedgwick對偏執閱讀的批判所吸引：認同也好，反認同也好，一旦進入某種宏大理論與知識的信仰中，忽視了各種在地脈絡與人際間實際複雜倫理情境而根據強大的理論去在認同/反認同政治倡議上加諸單一、僵化、據稱為跨時空且永遠有效的政治主張，我認為倫理問題就會浮現，而這倫理問題是下一小節我試著描述的主題。

回顧Stychin<sup>317</sup>與Franke<sup>318</sup>的說法，在美國的脈絡之下，要求完全公民身分(full citizenship)的權利是美國建國神話中追求自由(freedom)這個重要心理動力與信仰的示現(manifestation)。在Obergefell的判決中我認為可以讀出這個饒富趣味的命題：我們同性戀(we the homosexual)藉由同性婚姻(共結連理的we)而成為文明的自由人(civilized free person)。最宏大的我們人民(We, the people)與最個人、最親密的我們夫夫/夫妻/妻妻(we the couple)在同性戀認同政治的法律倡議之中被結合起來，一切以追求自由(freedom)之名實現自由(liberty)權利。這個近乎高潮式的命題，夾得好緊，甚麼時候可以「鬆一下」呢？說實在話，我不知道。

## 中文酷兒語境的倫理問題

在Halley與Brown那裡，我們看到的是對美國左翼法律主義的憂心與不滿，她們碰到的情況是提出左翼批判時，法律倡議者立即提出各種讓她們不太好回應、也不知道怎麼回應的反駁<sup>319</sup>。不過，在台灣性平權倡議與性政治脈絡我覺得情況似乎是倒過來。當法律倡議者

<sup>316</sup> Janet E. Halley, "Like Race" Arguments, in WHAT'S LEFT OF THEORY?: NEW WORK ON THE POLITICS OF LITERARY THEORY, 40 (Judith Butler, et al. eds., 2000). 見本文第二章。

<sup>317</sup> CARL F. STYCHIN, A NATION BY RIGHTS: NATIONAL CULTURES, SEXUAL IDENTITY POLITICS, AND THE DISCOURSE OF RIGHTS (1998). 見本文第一章。

<sup>318</sup> Katherine M. Franke, Domesticated Liberty of Lawrence v. Texas, The Commentary, 104 COLUM. L. REV., 1399 (2004). 見本文第三章。

<sup>319</sup> Supra note 266.

提出主張、推動法律改革的時候，「左翼批判」立即提出各種讓他/她們不太好回應，也不知道怎麼回應的反駁。這些反駁可能採取下列的其中一種型態，或多種的混搭：

- 提倡同性戀平權只是想要和異性戀女性主張平權(簡稱婦權)一樣，而婦權倡議者都是進入國家機器掌權、治理的權力狂。酷兒不能有任何權利主張，因為酷兒反對各種治理權力。
- 同性戀認同政治一定與主流婦權同流合汙追求正典，所以壞壞。酷兒一定與主流婦權對抗排斥正典，所以棒棒。
- 酷兒必須要髒。酷兒必須要賤。酷兒必須要憂鬱。不髒不賤不憂鬱的就是主流，而主流就是有權者的集合代稱，所以壞壞。
- 家庭與婚姻只能是一夫一妻異性戀體制且由國家與國家的協力 NGO 共同治理。酷兒反對異性戀體制，所以一定要毀家廢婚，表現出任何一點點對家庭、相互支持的關係的渴望都是不進步、不解放的正典的主流同性戀，所以壞壞。
- 酷兒一定要主張反異性戀家國體制，因此酷兒要對任何主張藉由改善家國/國家以減緩各種不同領域的不正義的倡議(也就是，法律主義)漠然以對。
- 酷兒一定非常喜歡性(sex2)，非常非常喜歡。性好棒棒，忌性好壞壞。如果你/妳不隨時把色情豪爽的下流話掛在嘴邊，你/妳最好檢查一下自己哪裡出了問題，或是 A 片看得還不夠多。
- 酷兒一定是反對道德主義的，所以棒棒。主流婦權以及正典的主流同性戀一定是道德主義的，所以壞壞。
- 酷兒一定是異形、怪胎、魑魅罔兩、邊緣滓渣、邪，所以要有這樣的行為(act)才能通過嚴格的身分考核拿到酷兒身分證(identity)，或者是從這樣的認同出發重新佈署自己的行為而成為酷兒。並未做這樣實踐或是這樣認同宣稱的人與非人都是追求平等權利、平等承認的正典主流同性戀，所以壞壞。
- 酷兒是倒退的，任何追求幸福的實踐(包括平權倡議)因為時間上指向更好的未來所以一定壞壞。
- 性事一定是解放的，性別一定是無關解放的。酷兒只在乎前者，並認為關於後者的主張一定是追求正典化，所以壞壞。
- 任何訴諸保護話語的性權利主張一定是主流正典化家國體制的收編，但是任何訴諸保護話語的其它非性權利主張一定是社會國原則的實現。酷兒既是左翼的，又是很喜歡性事的，所以要同時採取這兩種立場。

這些「酷兒」「左翼批判」的問題在哪裡呢？首先，它們都來自美國理論的翻譯與橫向移植，這些類似批評在美國出現的時候，它們真的是對權利論述與法律主義在美國國族神話中所扮演角色有所認識而發。如同我在本論文在第一章所提到的，如果「恐龍法官」與對司法的不信任是一般而言的台灣「常識」，那麼為什麼對於酷兒必須對權利高度警戒的態度也要在翻譯時被一併繼承呢？進一步言，這是不是一種親美的無意識作祟呢？

此外，再次回想 Brown 對權利的定性：不可能不想要的東西，而且是空泛的弔詭。訴諸權利不僅對認同範疇具有構成性的作用，當在舊的權利上訴諸同名的權利但是新的權利內容時，弔詭就產生了，而這正好是政治，各種意見(doxa)相互流通平置競爭的場所。就此而言，

如果不是因為對權利採取一種必然完全規訓、正常化且完全無視它也有賦與權力作用的視角，恐怕是不會出現這種看到權利就覺得是政治的終結的反射性回應。進一步言，當酷兒非常憂心在權利論述中有群體將要獲得權力並用盡全力批判這個群體的時候，為什麼不是藉由論述的介入讓這還沒出現的掌權群體無法一手遮天包攬所有權力，而反而要用道德主義的姿態去設立賊(主流正典同性戀夫夫/妻妻)，之後再捉賊說賊壞壞呢？

另外讓我感到相當詫異的是，中文酷兒似乎在推動一個我稱為廉價的、膚淺的「性事逆轉勝」的規範計畫(normativity project)。其中的規範評價以「異形」、「怪胎」、「魑魅罔兩」、「邊緣滓渣」、「淫蕩」、「用藥」、「性的商品化交易」、「非生殖」等等為較佳評價而「正典」、「香草」、「矜持」、「溫柔」、「婚內性」、「生殖」等等則是較低評價。我主張中文酷兒的規範性評價只是把 Rubin 經典著作《Thinking Sex》所描繪的性階層的內圈與外圈相互顛倒置放、兩道牆隔出的三種好、壞、爭議性事逆向置放而已<sup>320</sup>。然而，在我看來這是一種完全搞錯重點的閱讀。Rubin 的性階層概念不是要讓中文酷兒拿來搞逆轉勝，重新銘刻一個順序顛倒的規範性階層。在我看來，問題是性階層的本身，以及性事的規範性究竟如何施展權力，如何「做功」。也只有對性如何做功的權力分析與論述介入，酷兒才真正忠於抵抗規範的承諾，而不是推動一個廉價的、膚淺的「性事逆轉勝」規範計畫，就省略掉分析規範背後的壓迫機制。再進一步沿著 Rubin 思考，性與性別真的是截然二分的範疇嗎？Rubin 寫作 Thinking Sex 的脈絡是當時女性主義正處在色情/反色情的論戰中(sex wars)，不論正反雙方都對性事的分析不足而使 Rubin 不滿。Rubin 說，女性主義是處理性別壓迫的理論，但是對性別壓迫的有效分析不必然可以移植到性事的壓迫的分析上，而且確實她主張區分性與性別以更好的反映它們各自的社會實存<sup>321</sup>。但是 Rubin 也說性別階層與性階層會交疊，當兩者交疊的時候女性主義的性別壓迫理論分析在性事上還有一定效力，當兩者交疊不大時，性事的理論就要成為主要的分析工具<sup>322</sup>。Rubin 主張的是理論的多元主義，並非訴諸單一理論就要解釋所有性別與性事的現象<sup>323</sup>。在我看來，中文酷兒性事逆轉勝只注意到 Rubin 說女性主義對性事的分析不足，但是卻遺忘了 Rubin 主張的理論多元性。性事逆轉勝計畫甘願以關注性事的酷兒理論取代女性主義，不僅是推廣僵固的性規範，同時也是追求單一宏大理論的行徑。

<sup>320</sup> Gayle Rubin, *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, in THE LESBIAN AND GAY STUDIES READER, 3, 13-14 (Henry Abelove et. al. eds., 1993).

<sup>321</sup> *Id.* at 32-33.

<sup>322</sup> *Id.* at 34.

<sup>323</sup> *Id.*

另一個讓矛盾是在中文酷兒的語境中，各種左翼與解放的承諾(commitment)都以命令句(imperative)的形式流通著，彷彿真的有某種義務或是值得追求的重要道德目標(如果是先天的範疇，那就是定言令式(categorical imperative)，如果是為了達致特定目標，那就是假言令式(hypothetical imperative))去遵行邊緣骯髒的性事。關於性與性事的哲學倫理學討論並非本文的重點，因此我不會進行性倫理的實質討論。在此我只是要指出中文酷兒在言說行動上的矛盾：在以言施事(illocutionary)與以言取效(perlocutionary)上是道德主義(moralist)的，但以言表意(locutionary)上卻是反道德主義的。於是中文酷兒的「知行合一」便出現了一些我認為是倫理上喪心病狂的言說行動。說出來的以言表意是：「我們應該繼續側身邊緣提出批判，妳/你們只是提倡\_\_\_\_[填入任何系爭平等權利]是道德上值得追求而實際上尋求正典化的野心者。」有時候也會說出來但不一定永遠都會說出來，側身邊緣批判者所要以言施事與以言取效的是：「我譴責(甚至命令禁止)妳/你們為了改善自己處境而犧牲並拋棄\_\_\_\_[填入任何其它邊緣群體的名稱]的行為。你/妳們壞壞。」

不過，權利論述真的是這樣充滿詭計、由權力野心者無止盡所追求的嗎？這一些側身邊緣的中文酷兒批判似乎都忘記了知識分子與律師一樣，都有代表/再現(representation)的問題。當這些中文酷兒批判被知識分子所提出的時候，雖然我不主張這些宣稱必然如此，不過彷彿、好像、真的異性戀女人與良母們已經部分獲得而且還不完全的平等權利必然「動機不純」、必然「只是」與國家同謀、必然與「左翼」政治目標無涉或是有所妨礙。然而事實真的是如此嗎？要成為有效的批判，至少酷兒左翼批判需要指出哪些所欲批判的建置構造並重新分配了權力、剩餘價值的奪取與積累在哪裡、眼前的階級構造是如何。我們看到的中文酷兒批判不是階級、族群、性別、性的多元交織或元多元交織的權力分析與這類麻煩處境的承認，而只是單純地標記出所欲批評的對象是服膺於異性戀家國體制的良母，或者是想跟良母一樣的正典同性戀，這樣就完成了中文左翼酷兒的批判任務。這不是批判，而是敵我辨識與直白鬥爭。如果提出這種「批判」的知識分子能意識到批判的知識同時具有代表/再現的論述效果，那麼這樣的批判所提出的相互指涉系統最多只是敵我之分與其加強，而不是去探照出邊緣的性範疇與性別範疇之間如何相互指涉並建構、解構範疇間的複雜關係。而這不正是批判的任務與長處嗎？批判究竟是針對一群人，還是一群論述？在中文酷兒只見前者而不見後者，但我認為批判不需也不要停留在這個層次。這種低層次的批判只是分類械鬥的婉轉說法而已。

再者，我個人認為美國左翼對法律主義的批判有其美國脈絡，當權利論述是美國國族迷思的重要構成元素的時候，它值得被嚴格檢視與批判。不過當這樣的批判隨著酷兒理論的翻

譯而一併被帶到台灣之後，我覺得它真真正正地成為一種偏執姿態而敵視所有修復姿態：追求平權「只是」追求改善現況，無助或妨礙\_\_\_\_[填入任何邊緣族群的名稱]解放。只要回想平等權利概念的空泛性因而其實充滿政治介入的機會、甚至是還不用進入到討論一點點的女性主義法律改革歷史考察，我們就足夠懷疑將解放/改善現況做出嚴格二分然後又困在這個二分裡面非得要二選一的訛誤。和宇宙開天闢地大霹靂一樣的反烏托邦式解放(如果保持酷兒壞情感不是一種考古與政治而被當成是一種道德誠命)與在日常生活一點一滴逐漸的舒展開來的永遠不完全、永遠有待擴充的自由追求，究竟何者在知識與倫理上比較值得，我想我的選擇再清楚不過了。在台灣根本連單一、可稱當霸權的國族迷思都還不可而定的脈絡下，法律平權的倡議就是修復位置：既是追求小確幸又是共同打造「我們」更好未來的政治行動。這是台灣法律倡議優於美國的條件，只可惜任何與性平權相關的法律倡議，自動在中文酷兒批判中被放到和美國一樣劣等的條件。這或許也是一種親美無意識的展現罷。

## 全文結論

本篇論文從提出美國脈絡下權利論述的重要性起頭，接著在第二章與第三章分別引介英美法學界中引用酷兒理論與性公民身分理論的著作來試著解讀近期不論是在美國同性戀平權運動或是美國法律史上都將會留名的指標性判決*Obergefell v. Hodges*。我提出了三個評論(事實上可能只是三個疑問)，並試圖主張結婚的權利作為一種自由(liberty)權利為同性戀認同政治實現了完全美國公民身分所允諾的自由(freedom)。

這個解讀在規範上要如何評價為是好還是壞，依照各人的理論立場而有不同。在此我避免立即採取評斷，希望隔了一段時間再看看*Obergefell*後的美國社會實際上到底發生了甚麼事在評論。這篇論文從取材、範圍設定與引介的學者理論看來是一篇法學論文，但是在形式上與方法上都刻意避開法釋義學、比較法、做出政策或修法建議的法學論文要求。

這篇論文也反思了中文酷兒理論的倫理問題。我甚至認為，這種倫理問題可說是親美的無意識使得在地反思是一件不曾進入中文酷兒視域之內的事所招致的惡果。而這篇論文在取材上純粹討論美國法與美國現象是承認酷兒就是美國的產物，因此未曾、也避免觸及本地對婚姻平權與多元成家的論辯與法律倡議中。致力於比較法、推動法學研究以作為法律平權行動倡議的論文與研究是我個人完全支持，但在這篇論文裡並無法完成的重要行動。易言之，我這篇論文不是申辯權利(making a case for certain rights)，而是申辯批判(offering a critique)。

就在這個好像是法學但又好像不是法學的縫隙與交疊之中、在酷兒理論飄洋過海來到

台灣之後所質變而產生的倫理問題中，我想從酷兒理論抽身，完事穿上褲子拉起拉鍊，走人。



## 參考文獻



### 法院判決

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, (Supreme Court of the United States 1896).

United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (Supreme Court of the United States 1938).

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (Supreme Court of the United States 1954).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (Supreme Court of the United States 1965).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (Supreme Court of the United States 1973).

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (Supreme Court of the United States 1992).

Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (Supreme Court of the United States 1996).

Washington v. Glucksberg 521 U.S. 702 (Supreme Court of the United States 1997).

Oncale v. Sundowner Offshore Services, 523 U.S. 75 (Supreme Court of the United States 1998).

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (Supreme Court of the United States 2003).

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_, Docket No. 14-556 (slip opinion) (Supreme Court of the United States 2015). Retrieved from [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)

### 專書與期刊文獻

Brown, W. (2002). Suffering the Paradoxes of Rights. In W. Brown & J. E. Halley (Eds.), *Left legalism/left critique* (pp. 420-434). Durham, NC: Duke University Press.

Brown, W., & Halley, J. E. (2002). Left Legalism/Left Critique - Introduction. In W. Brown & J. E. Halley (Eds.), *Left Legalism/Left Critique* (pp. 1-37). Durham, NC: Duke University Press.

Ackerman, B. A. (1985). Beyond Carolene Products, *Harvard Law Review*, 98, 713-746.

Chemerinsky, E. (2006). *Constitutional Law: Principles and Policies* (3rd Ed.). New York: Aspen Publishers.

Cossman, B. (2007). *Sexual Citizens: The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging*. Stanford, CA: Stanford University Press.



- Crenshaw, K. (1989) Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum*, 140, 139-167.
- Fineman, M. A., Jackson J. E., & Romero, A.P. (Eds.), (2009) *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*. Burlington, VT: Ashgate Publishing.
- Franke, K. M. (1995). Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender. *University of Pennsylvania Law Review*, 144, 1-100.
- Franke, K. M. (1999). Becoming a Citizen: Reconstruction Era Regulation of African American Marriages. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 11, 251-310.
- Franke, K. M. (2001). Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire Essay. *Columbia Law Review*, 101, 181-208.
- Franke, K. M. (2002). Putting Sex to Work. In W. Brown & J. E. Halley (Eds.), *Left legalism/left critique* (pp. 290-336). Durham, NC: Duke University Press.
- Franke, K. M. (2004). Domesticated Liberty of Lawrence v. Texas, The Commentary. *Columbia Law Review*, 104, 1399-1426.
- Franke, K. M. (2006). Politics of Same-Sex Marriage Politics, The Sexuality and Marriage: Essay. *Columbia Journal of Gender and Law*, 15, 236-248.
- Franke, K. M. (2007). Longing for Loving Symposium: Forty Years of Loving: Confronting Issues of Race, Sexuality, and the Family in the Twenty-First Century - Panel I: Historical Perspectives on Race, Sex, and Family. *Fordham Law Review*, 76, 2685-2708.
- Halberstam, J. (2008). The Anti Social Turn in Queer Studies, *Graduate Journal of Social Science*, 5(2), 140-156.
- Halley, J. E. (1989). The Politics of the Closet: Towards Equal Protection for Gay, Lesbian, and Bisexual Identity. *UCLA Law Review*, 36, 915-976.
- Halley, J. E. (1993). The Construction of Heterosexuality. In M. Warner (Ed.), *Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory* (pp. 82-102). Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
- Halley, J. E. (1993). Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability. *Stanford Law Review*, 46, 503-568.
- Halley, J. E. (1994). Reasoning about Sodomy: Act and Identity in and after Bowers v. Hardwick. *Virginia Law Review*, 79, 1721-1780.
- Halley, J. E. (1997). Romer v. Hardwick Gay Rights and the Courts: The Amendment 2 Controversy. *University of Colorado Law Review*, 68, 429-452.
- Halley, J. E. (1999). *Don't: A Reader's Guide to the Military's Anti-gay Policy*. Durham, NC: Duke University Press.
- Halley, J. E. (2000). "Like Race" Arguments. In J. Butler, J. Guillory, & K. Thomas (Eds.), *What's*

*Left of Theory?: New Work on the Politics of Literary Theory* (pp. 40-74). New York: Routledge.

Halley, J. E. (2001). Recognition, Rights, Regulation, Normalization: Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate. In R. Wintemute et. al. (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European, and International Law* (pp. 97-111). Oxford, UK: Hart Publishing.

Halley, J. E. (2002). Sexuality Harassment. In W. Brown & J. E. Halley (Eds.), *Left Legalism/Left Critique* (pp. 80-104). Durham, NC: Duke University Press.

Halley, J. E. (2005). The Politics of Injury: A Review of Robin West's Caring for Justice, *Unbound: Harvard Journal of the Legal Left*, 1, 65-84.

Halley, J. E. (2006). *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Halley, J. E. (2008a). Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law. *Michigan Journal of International Law*, 30, 1-124.

Halley, J. E. (2008b). Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict. *Melbourne Journal of International Law*, 9, 78-124.

Halley, J. E. (2011a). After Gender: Tools for Progressives in a Shift from Sexual Domination to the Economic Family After Gender: Examining International Justice Enterprises. *Pace Law Review*, 31, 887-924.

Halley, J. E. (2011b). What is Family Law: A Genealogy Part I., *Yale Journal of Law & the Humanities*, 23, 1-109.

Halley, J. E. (2011c). What is Family Law: A Genealogy Part II., *Yale Journal of Law & the Humanities*, 23, 189-294.

Halley, J. E., & Parker, A. (2007). After sex? On writing since queer theory - Introduction. *South Atlantic Quarterly*, 106(3), 421-432. doi: 10.1215/00382876-2007-001

Hunter, N. D. (2003). Living with Lawrence Symposium: Gay Rights after Lawrence v. Texas. *Minnesota Law Review*, 88, 1103-1139.

Hunter, N. D. (2006a). Sexual Orientation and the Paradox of Heightened Scrutiny. *Dukeminier Awards: Best Sexual Orientation Law Review*, 4, 209-235.

Hunter, N. D. (2006b). Twenty-First Century Equal Protection: Making Law in an Interregnum Eighth Symposium Issue of Gender and Sexuality Law: II. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 7, 141-169.

Hunter, N. D. (2015). Deer in Headlights: The Supreme Court, LGBT Rights, and Equal Protection, The Nineteenth Annual Frankel Lecture: Commentary. *Houston Law Review*, 52, 1121-1145.

MacKinnon, C. A. (1982). Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory. *Signs*, 7, 515-544.

MacKinnon, C. A. (1983). Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist



Jurisprudence. *Signs*, 8, 635-658.

MacKinnon, C. A. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

MacKinnon, C. A. (2000). Points against Postmodernism. *Chicago-Kent Law Review*, 75, 687-712.

Nichols, J. A. (1998). Louisiana's Covenant Marriage Law: A First Step Towards a More Robust Pluralism in Marriage and Divorce Law? *Emory Law Journal*, 47, 929-1001.

Norrie, A. W. (2009). Citizenship, Authoritarianism and the Changing Shape of the Criminal Law. In B. McSherry, A. W. Norrie, & S. Bronitt (Eds.), *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law* (pp. 13-34). Portland, OR: Hart Publishing.

Nunokawa, J. (2007). Queer Theory: Postmortem. *South Atlantic Quarterly*, 106(3), 553-563. doi: 10.1215/00382876-2007-014

Richardson, D. (2000a). Claiming Citizenship? Sexuality, Citizenship and Lesbian/Feminist Theory. *Sexualities*, 3(2), 255-272. doi: 10.1177/136346000003002009

Richardson, D. (2000b). Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights. *Critical Social Policy*, 20(1), 105-135. doi: 10.1177/026101830002000105

Robson, R., & Kessler, T. (2008). Book Review: Unsettling Sexual Citizenship. *McGill Law Journal*, 53, 535-572.

Rubin, G. (1993). Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality. In H. Abelow, M. A. Barale & D. M. Halperin (Eds.), *The Lesbian and Gay Studies Reader* (pp. 3-44). New York: Routledge.

Ruskola, T. (2005). Gay Rights versus Queer Theory: What is Left of Sodomy after Lawrence v. Texas? *Social Text*, 23, 235-249. doi: 10.1215/01642472-23-3-4\_84-85-235

Sedgwick, E. K. (2003). Paranoid Reading and Reparative Reading, or, You're so Paranoid, You Probably Think This Essay is about You. In E. K. Sedgwick & A. Frank (Eds.), *Touching Feeling: Affect, Pedagogy, Performativity* (pp.123-151). Durham, NC: Duke University Press.

Sedgwick, E. K. (2011). Thinking through Queer Theory. In E. K. Sedgwick & J. Goldberg (Eds.), *The Weather in Proust* (pp. 190-203). Durham, NC: Duke University Press.

Sharpe, A. (2002). *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*. London, UK: Cavendish Publishing.

Smith, S. (2013-2014 Winter). Black Feminism and Intersectionality. *International Socialist Review*. Retrieved from <http://isreview.org/issue/91/black-feminism-and-intersectionality>

Stychin, C. F. (1995). *Law's Desire: Sexuality and the Limits of Justice*. New York: Routledge.

Stychin, C. F. (1998). *A Nation by Rights: National Cultures, Sexual Identity Politics, and the Discourse of Rights*. Philadelphia, PA: Temple University Press.

Stychin, C. F. (2003). *Governing Sexuality: The Changing Politics of Citizenship and Law Reform*.

Portland, OR: Hart Publishing.

West, R. (1999). *Caring for Justice*. New York: NYU Press.

West, R. (2005a). Desperately Seeking a Moralist. *Harvard Journal of Law and Gender*, 29, 1-50.

West, R. (2005b). Law's Nobility. *Yale Journal of Law & Feminism*, 17, 385-458.

Wintemute, R. (1997). *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, The European Convention and The Canadian Charter*. Gloucestershire, UK: Clarendon Press.

