

论南非对同性恋者权利的宪法保护

宁立标

内容提要 南非宪法是世界上第一部保障同性恋权利的宪法，对同性恋者权利的保护主要通过平等权条款禁止性取向歧视。南非之所以在宪法中保护同性恋，与南非种族歧视的历史、非洲人国民大会党的重视、同性恋组织的不懈努力，及域外法律实践的影响密切相关。南非宪法颁布后，宪法法院根据宪法规定审理了一系列与同性恋者有关的案件，这些案件使宪法的规定得到了进一步落实。南非宪法的规定及南非宪法法院的实践，不仅使南非国内法律进一步完善了对同性恋者权利的保护，而且对国外同性恋权利保障的斗争和立法具有典范作用。

关键词 同性恋 宪法 权利 平等

作者简介 宁立标，吉林大学理论法学研究中心博士生、贵州大学法学院副教授（长春 130072）。

南非宪法的同性恋保障条款及其历史根源

南非是一个具有反同性恋传统的国家。历史上，南非种族主义政权也对同性恋进行过严厉的法律惩罚。但在1994年结束白人种族主义统治后，南非成为世界上第一个通过宪法保护同性恋权利的国家。南非宪法通过第九条款保护同性恋者权利。该条第三款规定：“国家不可以一种或多种理由而直接或间接地歧视某人，包括种族、性别、性、妊娠、婚姻状况、人种的或社会的出身、肤色、性取向、年龄、残疾、宗教、良知、信念、文化、语言、出身。”该条款中规定的禁止性取向歧视构成了同性恋者权利保障的宪法依据。

从立宪背景看，南非之所以成为世界第一个通过宪法保护同性恋者权利的国家，理由如下：

（一）消除种族主义遗痕的需要

在非洲人国民大会党（下称“非国大”）执政

前，南非曾长期实行种族歧视政策，并颁布了大量种族歧视法律。正是由于种族歧视的严重创伤，人权、平等和宽容成了新南非的核心追求。南非宪法不仅在序言中提倡平等、多样性、民主和人权，而且在权利法案中设立专门的平等权条款，禁止各种理由的歧视。尽管反种族主义并不当然导致反对性取向歧视，但是反种族歧视与反性取向歧视仍有一定的关联。因为，“在同性恋者身上发生的事与种族隔离本质上是一致的”，“那些反对宪法禁止性取向歧视的人，所运用的只是已被抛弃的种族隔离哲学：即一些人应受歧视、偏见和排斥，他们是二等公民。”正如非国大所言，反种族主义具有双重含义，其否定的方面是反种族歧视，肯定的方面是人人平等，即一个新南非没有对同性恋者的歧视。¹ 因此，可以说，宪法反对性取向的歧视是南非种族歧视的历史结果。

¹ See Eric C. Christiansen “Ending the Apartheid of the Closet Sexual Orientation in the South African Constitutional Process”, *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, Vol. 32, No. 997, 2000, p. 1048.

(二) 非国大的积极推动

作为南非反种族主义斗争的领导者,以及新南非的执政党,非国大对南非将禁止性取向歧视纳入宪法起了非常重要的作用。非国大起初并没有明确的关于同性恋的政策,但是一个偶然事件使非国大不得不表明其关于同性恋问题的立场。在1987年的一次访谈中,流亡欧洲的非国大执行委员莫帕提(Mampati)及其在英国的发言人索尼·史密斯(Solly Smith)发表了令同性恋团体非常反感的言论。这引起了英国、荷兰及北欧的反种族主义者、同性恋团体及民权组织的强烈不满,并威胁取消对非国大的支持。为了平息事态,时任非国大信息部长的姆贝基代表非国大发表声明,指出上述言论只代表个人观点,非国大致力于消灭一切形式的歧视,并会保护同性恋者的权利。¹1990年,非国大妇女部门在赞比亚举行会议,该会议正式通过了反对性取向歧视的政策,这一政策后来为非国大准备宪法草案者提供了直接参考依据。1992年,在非国大全国会议上,非国大指出,不因性取向被歧视和受侵扰的权利应被纳入权利法案,^④并且其提交的权利法案草案中明确规定禁止性取向歧视。由于非国大在议会中占有绝对优势,其关于禁止性取向歧视的主张最终获得了宪法认同。

(三) 同性恋群体的积极推动

19世纪80年代后,南非的同性恋组织积极地投入到反种族歧视和反性取向歧视的斗争。在临时宪法起草过程中,“同性恋者反压迫政治组织”(OLGA),以及其他11个同性恋团体与各个政党积极沟通,询问并影响其关于宪法保护同性恋的立场。在最终宪法起草过程中,同性恋平等全国联盟代表全国73个同性恋组织也就同性恋的宪法保护问题做了大量工作,包括向宪法大会发出提案;与各政党沟通;与撒彻斯(Sachs)等宪法文本起草者协调立场;发起请愿活动等。由于同性恋组织的不断游说,越来越多的政党认识到把禁止性取向歧视纳入宪法的重要性。在通过最终宪法的宪法大会上,只有基督教民主党反对宪法中规定禁止性取向歧视。

(四) 国外法律实践的影响

在南非宪法制订以前及制订过程中,欧洲人权法院对达杰恩(Dudgeon)诉英国案(1981

年)等几个案件的判决,以及联合国人权事务委员会处理的图内恩(Toonen)诉澳大利亚案(1995年),已经为同性恋合法化奠定了基础。在图内恩诉澳大利亚案中,联合国人权事务委员会认为,《公民权利和政治权利国际公约》第二条及第二十六条规定的禁止歧视的事项中所包含的“性”(sex)一词就包括性取向在内,⁽⁴⁾这一决定显然标志着在联合国框架下同性恋者享有与异性恋者的平等权。对那些长期流亡海外且参与宪法起草的非国大的法学家们来说,这些案件显然为宪法保护同性恋权利提供了精神上的支持,甚至国际法上的依据。在最终宪法起草过程中,负责宪法起草的基本权利技术委员会就引用了这些案例,并在宪法大会会议上强烈建议将禁止性取向歧视纳入宪法平等权条款。⁴

南非宪法法院

保障同性恋权利的司法实践

(一) 同性恋平等全国联盟及他人诉家庭事务部部长、副部长和秘书长案

该案被提交宪法法院要求宣告1991年外侨控制法违宪而无效。因为该法第二十五条第五款中使用的“配偶”一词,使同性恋者不能享受到异性配偶之间的权利。该案牵涉到两个关键问题。(1)移民法使南非永久定居者的配偶获得移民南非的权利,但是该法没有将同样权利提供给南非同性恋者的外国伴侣,这样的做法是否违宪?(2)当一个法律包含违宪内容时,为纠正这一错误,法院是否可在法律中增加词语或将其当然理解为包含某些词语?法院认为,该案关系到平等权和尊严权,原告挑战的法律条款构成了对同性恋者不公正的歧视,限制了其平等权和尊严权,且与宪法规定不符。法院决定应在该条款

¹ See Rebecca Sinclair “The Official Treatment of White South African Homosexual Men and the Consequent Reaction of Gay Liberation from the 1960s to 2000”, Doctor degree thesis of Rand Afrikaans University, pp. 247-249, <http://etd.nu.ac.za/theses/available/etd-08172005-122754/restricted/Chapter5.pdf>

^④ See Eric C. Christiansen, op cit, p. 1048.

⁽⁴⁾ See “Toonen v. Australia”, UN. Doc/Communications No. 488/1992/at para 8. 7.

⁴ See Eric C. Christiansen, op cit, p. 1035.

“配偶”一词后自动增加“或者有永久同性伴侣关系的伙伴”，该救济立即生效但无溯及力，且由被告方支付原告包括律师费用在内的诉讼费用。

（二）撒彻威尔（Satchwell）诉南非总统及他人案

该案涉及法官家属的社会保障权问题。根据1989年法官报酬与雇佣条件法有关条款规定，法官的配偶可以享受到一定福利。原告是一个法官，她与其同性伴侣自1986年以来就维持着一种亲密、固定、除外和永久的关系，她们在各方面都被其朋友和家人认为是一对已婚伴侣，但她并不是法律承认的配偶关系。法院判决认为，婚姻使配偶间建立起权利和义务的关系，相应的关系也应该能够在同性伴侣间建立，被挑战的法律条款构成了基于性取向的不公平歧视。因此，被挑战的法律条款应该被理解为包含永久同性伴侣在内，法官的永久同性伴侣也能享受到与法官的异性配偶一致的福利。

（三）家庭事务部长诉福里（Fourie）和他人，“同性恋平等工程”与其他18人诉家庭事务部长和他人案

这两个案件都是关于同性恋者结婚权的案例，由于诉讼请求一致，经第二个案件原告请求，宪法法院将两个案件合并审理。第一个案件的原告福里是邦萨斯（Bonthuys）的同性恋伴侣，他们打算结婚，但是南非普通法中指出婚姻是异性间的结合。原告认为，普通法的这一规定排除了其他人结婚的权利。在第二个案件中，“同性恋平等工程”（过去被称为同性恋平等全国联盟）同时挑战普通法的婚姻制度，以及婚姻法第三十条第一款的合宪性。该条规定，婚姻官员必须问当事人以下问题：“你要大家证明你想要某某作你的合法妻子（或丈夫）吗？”他们认为，此处的“妻子（或丈夫）”构成了性取向的歧视。代表多数意见的撒彻斯法官在判决书中指出，随着社会的飞速发展，南非家庭形式日益多样化，同性恋者也应该有权选择获得异性恋者依法享有的尊严、地位、利益和责任。由于排除了同性恋者享有与异性恋者同样的地位、权利和责任，普通法和婚姻法第三十条第一款显然违背了宪法第九条第三款规定的平等权，以及第十条

规定的尊严权，议会应该用一年时间通过立法予以补救，如果一年后议会没有采取相应措施，普通法的婚姻定义及婚姻法中的相关条款被自动理解为能够容纳同性婚姻。

（四）杜·托易特（Du Toit）及他人诉福利和人口发展部长、司法和宪法发展部长及比勒陀利亚儿童福利长官案

该案是同性恋者收养权的案例。杜·托易特和德·佛斯（De Vos）是一对女同性恋伴侣，想收养两个孩子，但由于收养法规定只有已婚配偶才可以收养孩子，因此，第二原告只能单独成为被收养孩子的父（母）。几年后，她们向比勒陀利亚高等法院起诉，要求审查儿童保护法，及监护法相关条款，因为这些条款规定只有已婚配偶才可以收养孩子。该案最后诉至宪法法院，宪法法院判决，被要求审查的条款规定了异性配偶的收养权和监护权，但忽视了同性恋者同样的权利，因而构成了性取向歧视。因此，为了保障同性恋者的权利，应该在被审查条款的“婚姻”一词后自动写入“或者长期的同性伴侣”。

（五）格里（Gory）诉科尔夫（Kolver）等人，以及南非司法和宪法发展部长案

该案关系到同性恋伴侣间的遗产继承权。格里和布鲁克斯先生是一对长期同性恋伴侣，二者相互履行了扶助义务。布鲁克斯于2005年4月30日未留遗嘱而去世，他的父母声称自己是遗产继承人，并推选科尔夫作为比勒陀利亚法院任命的遗产分配执行人。这一要求与格里发生争议，因而，该案件被提交到比勒陀利亚高等法院。该法院的判决认为，南非1987年无遗嘱遗产继承法中所使用的“配偶”一词后忽略了有扶助关系的长期同性恋伴侣，这与宪法平等权条款相冲突。格里既然是对死者尽了扶助义务的长期同性伴侣，因此应是唯一继承人。该案最后被提交宪法法院，宪法法院最终确认了高等法院关于无遗嘱遗产继承法第一条第一款违宪的规定，并且国家对该违宪的法律负有责任，正义和平等的原则要求司法和宪法发展部部长承担格里和科尔夫在宪法法院及下级法院的诉讼费用。

从上述案例我们可以看出，南非宪法法院不仅坚持了对同性恋者平等保护的一贯立场，而且该法院对同性恋者权利保障是全面的，这些判决

保护了同性恋者的平等权、隐私权、尊严权、性权利、社会保障权、收养权、继承权和结婚权等众多权利。并且，宪法法院有时还判决国家机关承担原告的诉讼费用（甚至律师费用），这就为同性恋者挑战违宪法律和捍卫平等权利打开了方便之门。南非宪法法院在保障同性恋者权利方面所取得的成功，首先应归结于宪法的确定性。在起草南非临时宪法的过程中，作为执政党的非国大，以及其所任命的法律委员会就曾经反对将性取向纳入禁止歧视的理由中，并且认为该党所拟草案的平等权条款中已包含“以及禁止基于其他自然特点的歧视”，性取向歧视隐含在“其他自然特点”之内。但是，非国大的法律专家艾德文·凯梅龙（Edwin Cameron）指出，由于司法对同性恋的历史存在令人烦扰的信任问题，通过“其他自然特点”赋予法官的自由裁量权将使该问题充满了不确定性和麻烦。¹显然，宪法第九条明确禁止性取向歧视对于宪法法院坚定不移的保障同性恋者权利具有决定性作用。其次，宪法法院法官的立场也促成了宪法法院对同性恋者的保障。南非宪法法院的法官们都是德高望重的著名法学家，以及民权活动家，他们对宪法倡导的宽容、民主、人权和平等的价值有深刻的领悟，对同性恋者都持一种宽容态度。最后，南非同性恋权利保障的宪法实践与同性恋组织的努力也是分不开的。南非宪法制定后，同性恋组织就制定了详细的挑战法律合宪性的计划，上述案件中许多同性恋组织要么作为原告一方，要么作为法庭之友参加诉讼，许多与同性恋权利相关的案件都得到了同性恋组织提供的支持。

南非同性恋权利 宪法保护的 影响

南非宪法文本以及宪法法院对同性恋权利保护的实践，不仅对南非法律产生了巨大影响，而且在域外也具有一定影响力。

就南非来说，由于宪法的最高效力，以及宪法法院的实践，南非立法机关不得不修正法律中包含的歧视同性恋的条款，宪法颁布后制定的法律通常都刻意避免产生性取向歧视。宪法颁布后，“治安官法”、“刑事程序法”、“性犯罪法”、

“法官任命及雇佣条件法”、“外侨控制法”、“无遗嘱继承法”、“儿童保护法”、“监护法”中的一些条款都因包含同性恋歧视而被修改。1995年，“劳动关系法”禁止不公平的解雇，包括基于性取向的解雇；1998年的“雇佣平等法”禁止就业政策和实践中的任何不公平歧视；1998年“医疗计划法”将“家属”一词定义为包括同性伴侣和无婚姻关系的异性伴侣在内；1999年“租房法”禁止房主在租房时实行歧视，包括性取向歧视；1999年“家庭暴力法”将保护对象扩展到已婚夫妇以外的同性伴侣之间。2000年的“促进平等和防止不公平歧视法”禁止国家和私人实行宪法第九条第三款所列举的任何理由的歧视。^④最为突出的是，南非议会制订了一个“民事结合法”（Civil Union Act），规定18岁以上的两个人可以依法结成婚姻关系，或登记为民事伙伴关系。该法不仅赋予了同性恋者的结婚权，或组成伙伴关系的权利，而且异性恋者也可以根据该法结婚，或者组成伙伴关系。

就域外影响来说，在南非宪法将同性恋者权利纳入宪法保护后，1998年“斐济宪法”和“厄瓜多尔宪法”中也有了禁止基于性取向歧视的有关规定。并且，南非宪法中禁止性取向歧视的规定也为其他国家的同性恋者指明了方向，一位津巴布韦议员指出，“我们国家的同性恋者经常引用南非宪法。”显然，在同性恋权利方面，南非宪法不仅给本国公民带来了希望，而且在海外引起了共鸣。在1995年第四届世界妇女大会上，南非代表在介绍南非宪法对同性恋保护的经 验后，提议在宣言中规定禁止性取向歧视，但是会议最终没有采纳南非的建议。^⑤随着同性恋权利运动的勃兴，可以预见，南非宪法对同性恋权利的保护无疑对其他国家具有典范作用。

（责任编辑：安春英 责任校对：赵 苹）

¹ See Eric C. Christiansen, *op cit*, p. 1028.

^④ See Human Rights Watch and The International Gay and Lesbian Human Rights Commission “More Than a Name: State-Sponsored Homophobia and Its Consequences in Southern Africa”, 2003, p. 185.

^⑤ See *ibid*, p. 53.