



论文精粹

法学理论

部门法哲学

学术书评

法苑随笔



您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文

论文精粹

搜索

姚国建：宪法是如何介入家庭的？——判例法视角下的美国宪法对家庭法的影响及其争拗

发表于： 2012-03-31 16:48 点击：262

一、背景

传统宪法理论认为，宪法是公法，调整国家和公民之间的关系；家庭法是典型的私法，调整私人家庭成员之间的关系，二者似乎不会产生交集。但二战以后，这种公私二元分立的观念越来越受到理论和实践的摒弃。无论是德国的“第三者效力”理论还是美国的“政府行为”理论抑或日本的“统治行为”理论，虽然其理论基础和具体内容有别，但无一例外地强调宪法对私人领域的介入。

历史上，美国宪法与家庭法的界限泾渭分明。1787年的宪法文本及随后的历次宪法修正案均未涉及“家庭”一词。原因在于：一是宪法所保障的各项权利均是其时权利观念的反映，即这些权利是容易受到政府侵犯的，而家庭并不会受到政府侵犯或威胁，所以不需要宪法保障；二是根据联邦分权原则，家庭法的立法权由各州保留。^{1}因而几乎每个州的宪法都有保护婚姻或家庭的条款。^{2}在司法上，联邦最高法院也竭力避免介入家庭纠纷，有限的一些案例也主要是涉及司法中的“礼遇”（comity）问题，即一州对他州法院有关婚姻及儿童监护判决应持充分尊重并诚实执行的立场，代表性案例是Maynard v. Hill案。^{3}但是，随着时代发展，这一观念遭到摒弃。作为释宪者，联邦法院尤其是最高法院不断通过自己的解释，将联邦宪法延伸至家庭法领域，从而实现了宪法与家庭法的链接。法院的宪法解释使得宪法中的平等、自由等人权保障原则和规则在家庭法中得到了体现。这些变化不仅涉及联邦层面，也涉及到各州的立法和司法实践。本文将从判例法的角度，厘清宪法对家庭法影响的历史轨迹，探究宪法对家庭法介入的路径，以及由此导致的家庭法的理念及其规则的变化，并探讨这一变化在美国社会所引发的各种争议，最后分析美国宪法和家庭法的关系演变给中国相关法律的发展带来的启示。

二、家庭法的宪法化趋势——宪法介入家庭法的基本轨迹

美国的家庭法在20世纪发生了重大变革。在此前，家庭法的核心问题是婚姻，婚姻是爱、性以及养育孩子的惟一合法载体，婚外性行为、未婚同居、婚外生育都被认为是非法行为，同性婚姻、不同种族间的婚姻同样被法律所禁止。

^{4}但在20世纪，尤其是自60年代以后，此前的观念和制度受到了巨大的冲击。政府通过各种方式广泛介入婚姻家庭事务，家庭法发生了重大的变化。其中最具争议的问题就是宪法对家庭的介入。很多学者认为，家庭法在过去50年发展的最大特点是“宪法化”（Constitutionalization），^{5}即因宪法对家庭法的介入，而使大量的宪法规则、原理成为调整家庭成员之间关系的规范，家庭法也因大量宪法元素的介入而在价值理念上得到了重塑，家庭成员间的关系得以重构，权利范围得以扩展，家庭法意义上的权利上升为宪法权利，如结婚及父母抚养子女的权利成为“基本权利”

（fundamental right）、^{6}离婚权、女性及非婚生子女免受歧视的权利、承认儿童的宪法权利、承认非婚生父的权利等等。所以，权利的扩张成为家庭法“宪法化”的基本主题，正如有学者指出的，20世纪后半期，“家庭法中支配性的语言就是权利”。^{7}也有学者认为，宪法介入家庭法的趋势甚至可以追溯到更早期。自20世纪20年代开始，联邦最高法院开始运用“正当法律程序”条款保护家庭自由。1923年的Meyer v. Nebraska案^{8}被认为是最早的宪法通过司法解释介入家庭的案例。^{9}本案中，最高法院宣布内布拉斯加州一项禁止老师教授8年级以前学生外语的法律侵犯了父母抚养孩子的权利（法院将教师理解为父母的代理人），而父母抚养和教育子女的权利是受“实质性正当法律程序”保护的宪法自由。在1925年的Pierce v. Society of Sisters一案中，^{10}最高法院裁判父母有权决定让孩子

在私立学校接受教育。这些裁判使得家庭法中第一次出现某些州权力不得侵入的领域。此后，联邦最高法院通过了几十个重大判决宣布相关家庭立法因抵触宪法而无效。{11}但在20年代后的初期，宪法对家庭法的介入仅限于保障父母对子女养育的权利，家庭法中其他领域仍是宪法的禁区，联邦最高法院一年审理的家庭法案件也就一两件。进入1960年代后，以沃伦（Warren）为首席大法官的联邦最高法院奉行司法积极主义，对宪法与家庭法的关系采取了与之前完全不同的理解，更积极地审查家庭立法的合宪性，每年有10多件案件。{12} 1965年最高法院在Griswoldv. Connecticut一案中{13}承认婚姻作为隐私权，从而正式开启了宪法介入家庭法的大门。随后，最高法院在一系列案件中承认结婚、生育、终止妊娠、抚养子女等宪法权利；同时，最高法院大量运用平等保护条款反击那些基于种族、性别及非婚生等各种情况的歧视性家庭立法。

为什么到20世纪后美国宪法开始介入家庭领域？这主要是家庭这一基本的社会构成单位在美国发生了重大变化。进入20世纪后，离婚率大幅度上升；妇女大量进入劳动力市场；避孕和堕胎成为普通公民可选择的限制家庭人口的方式；家庭结构出现了新的形式，代养家庭及同性家庭等新的家庭类型不断出现。这些变化使得家庭领域中的争议与问题不断涌现。另外，联邦社会保障系统的建立以及对抚养未成年子女家庭的资助也使得联邦政府在家庭生活中扮演了越来越重要的角色，家庭法中出现了很多“联邦问题”需要联邦法院介入；自20世纪60年代开始的美国民权运动也催醒了家庭成员的权利意识，而不断扩展的隐私权观念也使人们认识到诸如怀孕及孩子抚养等家庭事务的自治性。{14}这些问题都需要法律作出回应。而宪法对家庭法的介入通过司法解释而不是通过立法来实现主要是因为司法的便利性。{15}对于当事人而言，相对于立法程序，司法程序显然更容易尝试，成功可能性更大。立法程序要经过提议及冗长的议会辩论，甚至广泛的大众参与等复杂程序，其便利性无法与司法程序相比。

三、宪法介入家庭法的规范依据

联邦宪法对家庭法的介入是通过联邦法院，尤其是最高法院的判例实现的。但是，法院并非毫无依据，其宪法依据包括：第5和第14修正案规定的正当法律程序条款；第14修正案确立的平等保护条款；根据第9修正案等条款解释出来的隐私权。这些线索有时相互结合，有时独立运用。

（一）正当法律程序

根据第5和第14修正案，联邦及各州非经正当法律程序不得剥夺公民的“生命、自由和财产”。“生命”和“财产”的内涵相对清晰，但“自由”的含义却不甚容易界定，而这恰恰给法院提供了极大的解释空间，他们正是通过对“自由”的扩大解释将宪法理念延伸到家庭法，确立了公民在家庭法中一系列原本不受宪法保护的“自由”。最高法院第一次运用此条款解释家庭成员权利是1923年Meyer案和1925年的Pierce案。自1967年的Lov-ingv. Virginia {16}开始，沃伦法院开始大规模地运用这些条款解释婚姻家庭权利。最高法院在该案中判决禁止不同种族通婚的法律违反正当法律程序，然后又在Zablocki v. Redhail案{17}和Turner v. Safley案{18}中确立结婚是公民受宪法保障的权利。

（二）平等保护

平等保护是各国宪法保护公民权利的一项重要原则。联邦宪法第14修正案规定，各州不得拒绝给予所辖范围内公民平等保护的權利。虽然宪法没有直接要求联邦的平等保护，但最高法院认为，第5修正案的正当法律程序包括了平等保护的涵义。但平等保护“不能成为一种防止法律分类的禁止，因为对外境不同的人 and 事进行不同的处理对于制定法律是至为必要的”，但也不能任意给不同类别的人不同的待遇，分类及给予的差别待遇必须是合理的。{19}家庭立法中的分类标准可能是多样化的，包括种族、性别、年龄、宗教信仰等等。以平等保护条款分析家庭立法实质上就是审查基于某种特定标准的分类立法是否构成歧视。

最高法院第一次运用平等保护条款审查家庭立法是1942年的Skinner v. Oklahoma案，{20}而大规模运用平等保护条款介入家庭法是在上世纪60年代开始的。1967年的Loving案是一个重要的标志。虽然在1954年著名的Brown v. Board of Education案中，{21}最高法院已经明确地表明了“隔离即不平等”，但很多人依然认为这一原则仅适用于公共领域，私人生活领域，比如家庭法领域应与公共领域相区隔，不适用这一原则{22}。在这一观念下，在Brown案一年后，弗州最高法院支持了一项禁止不同种族通婚的法律。最高法院在Loving案中的判决是对这种观点和实践的直接回应。最高法院指出：“虽然各州毫无疑问有权确认婚姻关系应服从于公共利益，但基于第14修正案，各州对婚姻的规制并不是不受任何限制的。” Loving案的重要意义在于，自此以后，最高法院将适用正当法律程序和平等保护双重原则去审查那些以种族为分类基础的家庭立法，政府必须承担举证责任。总体而言，联邦最高法院适用平等保护条款审查涉及家庭法中的种族问题、非婚生儿童问题及性别问题。

在以平等保护条款审查家庭立法的问题时，一个具有重大争议的问题是關於同性婚姻合法性的问题，即禁止同性婚姻是否涉及“性别歧视”（gender discrimination）或“性取向歧视”（sexual orientation

discrimination)。总体上，联邦法院和州法院在这个问题上立场差异巨大，下文将作详细分析。

（三）隐私权

以“隐私权”（the right to privacy）为纽带将宪法原则植入家庭法领域中主要是通过肯定公民在家庭关系中的隐私来对抗国家公权力对家庭生活的介入，从而实现家庭私领域的自治。联邦最高法院很早就注意到了家庭生活的私密性，在1944年的Prince v. Massachusetts一案²³中就指出，婚姻生活中的某些领域应是不能公开的。1960年代以后，最高法院开始大量用隐私权来解释家庭法中的问题。但与正当法律程序及平等保护不同的是，美国宪法并未明确规定隐私权。所以，隐私权本身是否存在于宪法中就是一个问题。最高法院在1965年的Griswold v. Connecticut一案²⁴中第一次确认隐私权受宪法保护，并且将之独作为一项独立于第四修正案的基本权利。在Griswold案中，联邦最高法院肯定婚姻中存在一定范围的隐私权，基于对隐私权的保护，宪法禁止各州对夫妻的避孕进行干预。道格拉斯大法官撰写的多数意见说，夫妻寻求避孕的权利属于“由若干个根本的宪法规范所创造的隐私权”。也就是说，最高法院寻求宪法中亦未明示的“隐私权”作为夫妻有权避孕的法律根据，而隐私权是从其他规范中推断出来的权利。自此，Griswold案中确立的隐私权成为了法院介入家庭法中的一个重要工具，道格拉斯大法官将隐私权扩张到整个婚姻领域。由于婚姻的独特性，它反过来成为扩充解释隐私权的一个基础。

但是，宪法并未明示隐私权，这一权利从何而来？并且，如何判断某种权利是否属于隐私权保障的内容呢？在Griswold案中，金斯伯格大法官试图设计一种尝试性的论证路径。她认为，第9修正案已经明确地肯定了一些“未列举权利”的存在；而且，宪法对婚姻的保护终极意义上的根据既不在于宪法文本，也不在于法官们对婚姻的尊崇，而在于人们对“正当化的民主权力对权利施加外部限制的一种历史性解读”。她认为，判断一种权利是否属于宪法保障的基本权利要看其“是否植根于我们人民深邃的传统以及良心”，而有着深邃的社会良知承认婚姻家庭属于一种隐私权中的重要部分。道格拉斯大法官也指出：“我们这里所面对的隐私权存在于权利法案诞生之前，比我们的政党制度还要早，比我们的学校制度也要早。”在1978年的Zablocki以及1987年的Turner案中，最高法院都坚持了道格拉斯法官所讲的“独特性”以及金斯伯格法官的“历史传统”的理论。另外，在确立非婚父亲的权利以及祖父母的家庭权利时，最高法院也坚持了“植根于深邃的社会良知”的理论来论证其判决正当性。如在Moore v. City of East Cleveland一案中，^{25}最高法院指出“宪法保护家庭的神圣性是基于家庭结构深沉地植根于我们这个国家的历史和传统”，因而“孩子的叔伯舅舅、婶娘舅妈以及祖父母住在一起也是受宪法保障的权利”。

四、司法判例确立的家庭法的基本价值与制度

（一）尊重婚姻，强调结婚是基本权利

婚姻一直是联邦最高法院刻意保护的一个领域。虽然早期最高法院一般并不介入家庭事务，但在1879年的Reynolds一案中仍否定了犹他州承认一夫多妻制的法律，认为宪法中宗教自由条款并不支持一夫多妻制度。可见最高法院对婚姻的重视。到20世纪，最高法院甚至将结婚上升到“基本权利”的高度，使其受到严格审查标准的保护。这是联邦最高法院在家庭法制度中的一个重要立场。在Loving一案中，最高法院强调了宪法要保护家庭的神圣性，因为家庭这一机制“深深植根于这个国家的历史和传统”。家庭的权利具体包括结婚、生育，以及与家庭成员一起生活的权利。在这些权利中，最高法院尤其强调结婚的权利，“很长时间以来结婚是自由的人们追求幸福一项至关重要的权利”，“对我们的生存与发展而言也是一项基本的权利”。^{26}在Zablocki一案中，最高法院宣布威斯康星州一项禁止拒绝给付子女抚养费的父亲再婚的法律违反宪法。因为，“婚姻对每个人来说都是一项基本权利”。^{27}从而提升了结婚权在宪法权利中的位阶。在判决中，最高法院引用了道格拉斯大法官在Griswold一案中的论述以强调婚姻的重要性。“婚姻结合是提升个人生活之道，无关借口；是个人生活和谐之道，无关政治信仰；是男女相互忠诚之道，无关商业或社会功利。”^{28}当然，在强调婚姻重要性的同时，法院面临的一个挑战是如何定义“婚姻”，尤其是同性婚姻合法性问题。

在司法实践中，将婚姻提升为基本权利的意义在于：任何涉及限制或剥夺公民结婚权利的法律或政府行为都要接受最严格的司法审查。该项法律在司法过程中被推定为违宪，政府必须承担证明其合宪的举证责任。最高法院一般是以正当法律程序或隐私权作为依据支持自己在婚姻问题上的立场，但如果相关限制婚姻的法律是以某种歧视性的因素作为分类标准的，即立法涉嫌可疑性分类或准可疑性分类，则可以根据平等保护条款进行裁判。如禁止不同种族之间通婚的法律即是以种族作为分类基础的，根据司法判例，任何以种族为分类基础的立法，包括涉及婚姻问题的法律，都属可疑性分类，要接受严格审查标准的审查。

当然，结婚权利也不是绝对的。最高法院在Zablocki一案中表明，如果一项法律对婚姻的管理是合理的，且没有实质性地阻止公民结婚的权利则不一定要受严格审查标准的审查，比如最低结婚年龄的规定以及离婚等待期间的规定。在1975年Sosna v. Iowa一案中，^{29}最高法院宣布一年离婚等待期没有侵犯公民结婚的权利。另外，禁止重婚以及乱伦婚姻也是对结婚权的合法限制。

（二）尊重个人自由和平等

个人自由包括两层含义：一是家庭在很大程度上是私人的事情，无论是联邦还是各州都要充分尊重家庭的隐私。虽然联邦法院通过正当法律程序和平等保护介入了家庭事务，但仍强调个人自由是第一位的；二是家庭成员中的个人自由，即成员之间不存在人身依附关系，如父母有权决定子女的抚养和教育方式，但仅限于针对未成年人。实践中，法院反对那些以种族、性别等为理由侵犯公民个人自由的婚姻立法。

1. 关于种族歧视

Loving案是最高法院以平等保护条款介入家庭立法的一个开端，推翻了有关禁止种族通婚的立法。在此前三年，最高法院已以违反平等保护条款为由宣布了一项规定不同种族同居为犯罪的佛罗里达州法律违宪。^{30}自Loving案开始，最高法院所确立的标准被广泛运用于其他案件，首先是得克萨斯州和路易斯安那州的相关立法，推翻了关于禁止不同种族之间收养的法律。^{31}1982年，最高法院在Palmore v. Sidoti案^{32}中推翻了一项加州立法。该法律规定，如果获得儿童监护权的离异夫妇一方准备与另一种族的人再婚，其儿童监护权必须转移到另一方，最高法院认为这一法律实际是以种族为基础进行的分类立法，违背了平等保护条款。由于以种族为基础的分类立法涉嫌“可疑性分类”（suspect classification），法院将以严格审查标准来审查其合宪性，政府如要主张其合宪，必须要证明其服务于“急迫的政府利益”（compelling government interest），并且其措施必须是经过“严格限缩”（narrowly tailored）。由于在家庭法中几乎没有任何政府利益能够被法院认可为“急迫的政府利益”，这类立法几乎不能得到法院的支持。

2. 关于针对非婚生儿童的歧视

传统的普通法通过拒绝给予非婚生子女完全的权利来保护以婚姻为基础建立的家庭。^{33}非婚生儿童不能获得完全的家庭成员资格，在遗产继承等方面受到限制。但这一理念是以父母的过错惩罚孩子，不符合现代法治原则。20世纪以后，非婚生育的现象越来越常见，人们逐渐意识到传统的普通法规则对非婚生子女是不公平的。1968年，最高法院开始介入这一领域，从而“开启了深入和全面审查家庭立法的第二扇大门，使关于非婚姻问题全面联邦化”。^{34}在当年的Levy v. Louisiana一案中，^{35}宣布禁止非婚生子女继承母亲遗产的法律违反平等保护条款。在1972年的Stanley v. Illinois一案中，法院判决非婚生儿童的父亲也可以获得监护权。在其后的一系列案件中，“以儿童是否婚生为基础的分类变成了一种可疑性分类，儿童应被视为独立的个人，不应因其父母的罪恶而受到惩罚”。^{36}那些将儿童区分为婚生与非婚生并对后者的权利进行限制一般认为是侵犯了非婚生儿童受宪法保障的权利。联邦最高法院的判决以及1973年的《统一亲权法》（The Uniform Parentage Act）的颁布极大地统一了各州在这一问题上的立场。

3. 关于性别歧视

在Levy案的三年后，最高法院开启了以平等保护条款审查家庭立法的第三扇大门，这就是审查以性别（gender）为分类基础的家庭立法。在1973年的Reed v. Reed案中，最高法院判决一项州立法违宪。该项法律规定，在为去世的子女确定不动产管理人时，父亲比母亲有优先性。最高法院裁定这一规定甚至连合理审查标准也难以通过。^{37}合理审查标准（rational standard）是最为宽松的审查标准，政府只要证明该法律中存在任何合法的利益，且法律所采取的措施与该目的之间有任何合理的联系即可。但实践中，自1976年的Craig v. Boren一案起，^{38}最高法院正式以中度审查标准（Intermediate Scrutiny）来审查家庭法中以对男女以及婚生与非婚生子女实行差别对待的法律。根据这一标准，那些过分强化陈旧的关于男女能力差异以及过分强调女性应局限于家庭中角色的法律的合宪性会受到严重怀疑。最高法院运用这一标准推翻了很多传统家庭法中的重要规则，如给予儿子比女儿更长时间抚养的法律，仅规定前夫对前妻有抚养义务的法律，规定男女不同最低婚龄的法律，倾向于由母亲取得监护权的规定，规定仅由丈夫处理共同财产的法律，规定由丈夫对家庭债务负责的法律。

（三）尊重家庭，强调父母的权利

1. 父母对子女的权利

最高法院早在1972年的Stanley v. Illinois一案^{39}中就强调父母在孩子的抚养和监护等方面享有受宪法保障的权利。2000年最高法院Troxel v. Granville一案^{40}中进一步肯定了父母对孩子监护、抚养等方面有着受宪法保护的基本权利。在该案中，原告是孩子的母亲，孩子的祖父母根据州法的规定去探望孩子，原告主张州法的规定侵犯了其受宪法保护的基本权利，因为父母有权决定谁能够探望自己的孩子。法院承认了父母的这些基本权利，认为只要其父母能够正常地履行其职责，政府就没有理由去干预。据此，法院推翻了该州的法律。和结婚权一样，联邦最高法院将父母在抚养、监护、为孩子作相关决定的权利上升到基本权利的高度，受到司法最严格的保护，这也反映了司法机关对传统家庭价值观的重视。

当然，父母对子女的权利不是绝对的，非婚生的父母对子女的权利可能会受到限制。美国一个很常见的社会现象

是非婚生育。非婚生儿童的父亲被称为生物意义上的父亲（Biological Father）。这种意义上的父亲是否可以与非婚子女维持父母—子女之间的关系？自1972年Stanley案开始以及后面的一系列案件中，最高法院确立了解决这一问题的基本规则，在一定程度上承认了非婚父亲的权利。在Stanley案中，由于原告和非婚子女居住在一起，并履行了抚养义务，他作为父亲的权利受到了宪法的保障；在另一个案件中，原告从未与孩子生活在一起，仅是按时支付抚养费，也没有寻求建立父子关系，直到孩子11岁时，由于有人要收养这个孩子，他才要建立父子关系，但此时他作为父亲的权利已不受宪法保障。最高法院的解释是，宪法保障父亲的权利不仅仅要考虑生物学意义上的联系，非婚生的父亲必须表明其已经以一个父亲的方式对待孩子，并且采取了某种措施认真对待孩子的未来。

2. 代孕母亲的权利问题

一些女性由于各种原因不能或不愿生育但又希望抚育自己的孩子，她们就可以选择代孕。一旦代孕者和委托方发生争议，代孕者主张对自己生育的孩子享有受宪法保障的母亲权利，而拒绝将孩子交付委托方，法院能否支持代孕者的主张？在美国，代孕是个新问题，联邦和各州均没有这方面的制定法，联邦法院也尚未出现这方面的判决，但有些州已出现相关案例。加州第四上诉法院在1998年的一个案件中还专门敦促立法机关制定这方面的法律。制定法出台之前，司法机关已表明了立场。在Johnson v. Calvert et al. 案中，加州最高法院判决，代孕只是一种合同关系，并不能在代孕者和孩子之间形成母子关系，因而不享有宪法保护的权利。

（四）保护未成年人的利益

法院在保障父母权利的同时，也没有忽视未成年子女的权利。家庭立法以及司法判决中关于未成年人在家庭中地位的一个基本原则是“儿童利益最大化原则”（the best in-terest principle of child）。在1967年的一个案件中，最高法院判决未成年人与成人一样享有诉讼中诸如获得辩护等程序性权利；在1969年的Tinker v. Des Moines Independent Community School District一案中判决学生在校内同样享有政治权利。法院还在相关的案例中判决未成年人有权决定堕胎及在受到虐待或忽略时寻求保护。在未成年人权利保护方面，一个极具争议的问题也与同性婚姻有关，即同性父母是否可以收养。在允许同性婚姻的情况下，他们是否可以收养子女，各州的做法大相径庭。有些州严禁同性收养，如密苏里州。有些州允许，如佛州最高法院在2008年的判决中就承认了同性收养的合法性。

（五）维护开放性的家庭结构

家庭是一个含义宽泛的概念，美国家庭法中有所谓“核心家庭”（core family）与“拓展家庭”（extended family）之分。前者单指父母子女居住在一起的家庭，后者指除父母子女外，还包括祖父母等其他家庭成员共同居住的家庭，此所谓家庭的完整性。在1977年的Moore v. City of East Cleveland一案中，{41}最高法院采纳了拓展家庭的观点。本案中，上诉人是一位祖母，她和她的儿子、孙子及外孙住在一起。按该市的规定，其外孙因不是本家庭的成员而不应居住在本家庭住所内，而上诉人因允许其外孙与其居住在一起而受到起诉。最高法院推翻了下级法院的判决。鲍威尔（Powell）大法官在其撰写的法院多数意见中指出：“我们的家庭传统上决不限于核心家庭成员之间的关系。由叔叔、阿姨、堂兄弟姐妹以及祖父母和父子女共同居住的大家庭，这样的家庭结构有着悠久的历史，应受宪法上的保护。……尽管现代社会生活条件使这种大家庭的数目减少，但是，支持大家庭观念所积蓄的文明智慧并没有因此而消退，这种文明经过了数个世纪的发展，并在历史上受到推崇。宪法禁止该市通过强迫所有人生活在被定义为狭小的家庭之中，而把孩子们和成人们的生活标准化。”

但不论是核心家庭还是拓展家庭，都是以婚姻关系作为基础建立起来的。如前所述，20世纪之前的家庭法只将婚姻视为爱、性以及抚育孩子的惟一载体。但在家庭法宪法化的发展趋势下，传统的异性婚姻模式受到了巨大的冲击，家庭模式也出现了多样化。首先是同性婚姻的问题。虽然联邦最高法院仍然不承认同性婚姻（Marriage），但一些联邦上诉法院以及很多州法院都已在相关判例中承认很多同性婚姻。在有些州，虽然禁止同性“婚姻”，但允许同性之间组成某种区别于以异性婚姻为基础的传统家庭类型之外的特殊类型的家庭。如加利福尼亚州即已同意同性组成“家庭伙伴关系”（domestic partnership）2005年1月1日，加州《家庭伙伴权利责任法》（Domestic Partner Rights and Responsibilities Act）正式生效，明确规定家庭伙伴基本享有婚姻关系下配偶的各项权利，同时要求在本州内不得歧视同性家庭。另外，一些州法院还允许同性收养，一般为“继父母收养”（stepparent adoption），指的是居住在一起的同性双方中的一方收养另一方的孩子。由于承认同性收养，同性家庭能够合法地抚养自己的孩子，家庭的基本要素得以具备。虽然这种家庭有别于以异性婚姻为基础的传统家庭，但已基本能够满足那些以“家庭伙伴”等名义生活在一起的同性恋对孩子的渴求。这些立法或司法意见使家庭不再局限于单一的以异性婚姻为基础的传统家庭模式，家庭结构呈现开放性的发展态势。有学者更进而指出，随着时间的发展，家庭结构将更加灵活，更为多样化。{42}

五、激进与踟蹰—宪法介入家庭法的争议

总体而言，美国学者认为家庭法的宪法化趋势无法逆转。随着宪法的介入，家庭法的原则发生了重大的变化，性别

在家庭法的特性更加中立，软化了传统的婚姻家庭与非婚家庭的刚性区别，个人获得了更大的自由空间。{43} 这些变化诚然值得肯定，但有些变化却受到了很多批评。有学者认为最高法院的判决损害了传统家庭法中某些既有效且成熟的原则，削弱了传统的家庭法中有益的价值观，向社会传达了错误的信息。而且，宪法对家庭法的过度介入对宪法也造成了一定的消极影响，而在同性婚姻合法性的问题上更使法院系统陷入了难以自拔的困境。因而，很多学者主张限制宪法对家庭法的过度介入，将家庭争议更多留给家庭法自身以及各州政府来处理。

（一）对宪法的影响

联邦法院的各种解释使宪法的理念和规范渗透到家庭法当中，从而极大地丰富了家庭法的内容，但由于宪法中并无直接的婚姻家庭内容，很多学者和法官质疑这种渗透没有宪法依据，是对宪法本身的破坏。他们认为，宪法要求国家机关行使权力必须取得被统治者即人民的同意，就家庭立法而言，其明智及有效与否或是否符合道德都应由民意代表根据民主原则讨论决定；法官的司法解释应是有限的权力，过度的司法解释，使那些既未包含于宪法之中，也未植根于历史传统的权利受到宪法的保护，是将人民和其代表的智慧置于法官之下，危及整个国家的政治体系。{44} 如大法官斯卡利亚（Scalia）认为，宪法对家庭法的审查以消除家庭法领域中的歧视现象可以寻找到宪法中的平等保护的依据，但他对法院承认宪法中未列举的家庭权利深表怀疑，如堕胎以及同性恋权利等。还有学者认为，家庭法中的很多问题关涉大众的权利，由大众广泛参与的社会对话式民主制方式来解决更符合宪法原则，过分的司法介入是将司法领域中社会精英的价值观凌驾于社会普通大众的价值观之上。这种“精英立法”对家庭法而言尤其是不正当的，它动摇了家庭法需要社会常识，而不是专门知识的理论根基，从而损害了民主代议制理论{45}。

（二）对家庭法的影响

第一，损害家庭中的某些成员的利益。法院过分强调家庭自治，防范外来监控和干预，使得家庭中占主导地位的丈夫或父母对妻子或子女的优势地位得以加强。有女权主义就批评过分强调家庭的隐私权会使丈夫虐待妻子更为便利，儿童保护组织也强调家庭法的过度自治使儿童更易受到虐待或忽视{46}。所以，宪法的过度介入可能会重新导致家庭成员间权利分配的不均衡，当强调父母权利的自主性而伤害到子女的时候，这一原则就可能丧失了其道德上的正当性。{47}。

第二，伤害家庭成员间的亲密关系。家庭法与其他法律有一个重要区别，它是调整以亲情为基础的家庭成员间的相互关系，家庭成员间的情感纽带是法律关系的基础，而不单纯是法律模式下的权利—义务关系，过分强调法律对家庭关系的介入，可能会反过来有损于家庭成员间的亲情联系，尤其是宪法中的个人自治和私人隐私的观念会弱化家庭成员间的亲情纽带。绝对的、私人和独立的权利意识以及过分强调个人的自我实现等与健康的家庭生活所要求的包容、亲情联系以及奉献精神都是格格不入的。有学者指出，个人权利观念的过分介入从两个方面动摇了以亲情为联系的家庭纽带，一是人们更倾向于通过法院而不是家庭内部协调的方式来解决纷争并最终导致家庭的破裂；{48} 二是强化了成员亲情关系的不稳定性，使家庭成员的行为变得不可预测，这种不稳定性导致家庭成员间的彼此独立和疏远{49}。

第三，司法判例的不一致造成了家庭法制度的混乱。一些家庭法专家认为最高法院的某些判决并没有给予家庭法本身对这个问题相对已经成熟的立场以足够的关注。{50}。比如在孩子与父母的关系上，家庭法中的一个成熟且重要的原则是孩子利益的最大化，但如果过分强调父母对孩子的基本权利，对任何限制父母权利的立法和政策都要进行最严格的审查，将有可能使父母获得对孩子的过分控制权，这有可能掀起家庭法领域的飓风。{51}

（三）进退失据—同性婚姻合法性的宪法困扰

美国法院一直强调婚姻和家庭在社会中的价值。传统和当今社会的主流价值观仍然认为婚姻是一个男人和一个女人的结合。但婚姻是否仅限于异性之间一直是美国社会中的一个重大问题，也是21世纪家庭法中最具争议性的一个问题。{52} 由于联邦宪法对此问题的沉默，各州在这个问题上的立场呈现巨大差异性。有些州虽然不承认同性之间的“婚姻”（Marriage），但承认其他某种类型的家庭关系。而司法机关更走在立法机关的前面。自上世纪90年代以来已经有越来越多的州，如夏威夷、阿拉斯加、佛蒙特、马萨诸塞、俄勒冈、华盛顿、加利福尼亚、纽约等州的法院判决禁止同性婚姻构成了歧视，其中夏威夷、马萨诸塞等州的最高法院作出了这样的判决。但是，各州法院的判决的理由却不尽相同。如夏威夷州最高法院1993年在Baehr v. Lewin一案中判决禁止同性婚姻是一种基于性别的歧视，而加州和康涅狄克州最高法院认为这是性取向（sexual orientation）的歧视。

各州不时出现的同性婚姻合宪判决引起了各州民众和社会的普遍关注，总统也未能置身度外。反对同性婚姻的势力纷纷要求通过立法阻止法院的类似判决。而阻止法院承认同性婚姻最有效的武器是宪法修正案。在2004年的一次演讲中，时任美国总统布什就呼吁通过一项“保护美国人婚姻”的宪法修正案。布什指出：“男人和女人的结合是最具有持久性的人类结构，受到每一种文化和宗教的尊崇和鼓励。”“婚姻不能脱离文化、宗教和自然基础。”他要求宪法修正案要明确“定义和保护婚姻作为男人作为丈夫和女人作为妻子的结合”。虽然这样的宪法修正案在联邦层面短期内无法

通过，但在部分州已成为现实。20世纪90年代以后，美国有很多州通过修改宪法，增设“婚姻修正案”（marriage amendment），基本内容是禁止同性婚姻。在2004年的半年时间内，就有13个州通过了这样的宪法修正案，这其中的一半州是以超过70%的支持率通过修正案的；2005年，又有两个州通过类似的宪法修正案。{53} 尽管如此，同性恋者要求婚姻合法化的诉讼仍络绎不绝。

在这一背景下，联邦最高法院将成为决定这一问题终极意义上的力量。也许正是考虑到问题的敏感性，迄今为止，最高法院仍然拒绝在同性婚姻问题上表明自己的立场。2003年，马萨诸塞州最高法院在Goodridge v. Department of Public Health一案{54}中宣布禁止同性婚姻的州法违宪，随后州议会修改法律，承认同性婚姻的合法性。联邦最高法院拒绝就这一法律的合宪性举行听证。但最高法院显然不能永远回避这一难题。原因在于：首先，联邦下级法院及各州法院不断有承认同性婚姻的判决；其次，最高法院自己在婚外性行为问题上也承认同性恋者的平等性。这使得同性婚姻出现了孤岛现象。一方面，最高法院在整个联邦和州的法院系统中形成了孤岛；另一方面，同性婚姻在所有同性恋问题上形成了孤岛。同性恋在就业、收养和婚外性行为等方面已经取得了与异性恋平等的权利。实践中，越来越多的类似案件会上诉到最高法院，所以，最高法院会在何时，以何种时机及以何种宪法依据对同性恋婚姻作出何种表态非常值得关注。

（四）去“宪法化”？一家庭法发展方向之争

宪法对家庭法的过度介入引起了美国社会的强烈反弹，最高法院也意识到了这一点，并开始调整自己的立场。2000年的Troxel v. Granville案{55}是一个标志。本案也是一个关于父母权利与第三方权利关系的问题。根据先例，父母的基本权利将排斥第三方权利。但最高法院修正了自己的立场，强调需要在更大范围内考虑家庭成员各方的利益。史蒂文森（Stevens）大法官写道：“在这类案件中，并不仅仅是只有相互对立的两极—政府和父母—谁有权决定探视孩子的问题，还有第三方—孩子。在维护家庭紧密关系方面，父母有多大的权利，孩子也就同样有多大的权利，必须要对他们的权利予以平衡。”更值得关注的是，法院在本案中论及父母权利时，没有再提及基本权利问题，也没有再提及法律推定违宪问题。在2004年的Elk Grove Unified School District v. Newdow一案中，{56}法院指出：父母的权利不能孤立的考虑，本案不仅涉及到父母决定其女儿宗教信仰的权利，更重要的是涉及到作为争议中心的孩子的权利。

但另一方面，学者们一般认为，宪法介入家庭法的趋势无法避免，甚至认为近些年来这一趋势还在不断强化。{57}。其理由主要包括两个方面：第一，在联邦层面，最高法院在Lawrence一案中的判决表明，它准备将更多的家庭权利纳入到实质性正当程序的保障之中，虽然不一定将这些新的权利视为“基本权利”而给予最严格的保护。{58} 第二，在州层面，如前所述，随着州法院判决承认同性婚姻，一些州的宪法开始加入“婚姻修正案”，无论修正案的内容如何，都表明各州宪法介入家庭法的趋势在加强。{59} 总之，家庭法不再可能脱离宪法价值的渗透而独立发展，另一方面，司法机关也不再无视家庭关系的特殊性，在尊重家庭法既有规则的基础上贯彻宪法理念与价值。所以，家庭法完全“去宪法化”决无可能，但“宪法化”的方式和程度将有所调整。

六、余论：对中国制度的启示

虽然美国社会在宪法对家庭法的影响上产生了诸多争议，但二者的互动与交集这一现象本身以及人权、自由与平等等基本宪法理念对家庭法的渗透都对我国宪法以及家庭法的发展极具启示意义。

其一，宪法价值的实现不应局限于公民与国家间的关系上，也存在于家庭成员之间。对宪法学的研究启示应关注部门法的发展，比如家庭法。宪法的价值理念在家庭法中的贯彻问题。相应的，家庭法的发展亦不能超离于宪法价值之外。在家庭法中贯彻宪法的价值既是宪法实施的一个面向，也是家庭法价值提升的表现。

其二，在亲情、责任和奉献等传统家庭观念的影响下，我国的婚姻家庭法更强调家庭成员间的相互义务，如家庭对国家的义务，父母对未成年子女的义务，成年子女对父母的义务，夫妻之间的义务以及其他家庭成员间的义务。这与以“权利”为中心话语的美国家庭法有重大区别。但在权利意识高涨的时代，家庭法领域也不能例外。如何界定家庭成员的权利关系，如父母对子女的权利，配偶之间的权利，以及家庭成员对国家的权利是我国的立法者需要面对的问题。比如在未成年子女教育的问题上，父母是否有一定的决定权？如何界定父母的决定权和国家规制权力之间的关系？

其三，一些困扰美国立法及司法部门的家庭法问题，如同性恋、代孕、非婚生子女等，也正在或将在中国发生，从宪法的角度寻找解决问题的进路，也许比单纯从家庭法角度更合理一些。上世纪90年代后，同性恋在我国逐步得到宽容和理解，不再被认为是犯罪或病态。但同性恋的最终诉求是获取组织家庭的权利，包括婚姻和抚养孩子（通过收养或代孕等方式）的合法化。从长远看，这些诉求都将是法律无法回避的。在代孕方面，根据《人类辅助生殖技术管理办法》，我国禁止任何形式的代孕。但简单化的禁令显然不是解决问题的办法。实践中代孕案例屡见不鲜，也有一些学者主张代孕的合法性，{60}亦发生过代孕者反悔的案例。禁止代孕是否侵犯那些不能生育的女性的权利？代孕者是否享有母亲的权利？这些问题显然不能仅从家庭法角度研究，它需要从宪法上基本人权的角度来理解。另外，非婚生育在我国

也会呈现不断增加的趋势，我国婚姻法关注更多的是未婚生父的义务，而其权利为何则未有涉及。

当然，在强调宪法对家庭法意义的同时，我们也需注意避免美国宪法对家庭法过度介入的现象在中国重演。相对于西方文化，中国的传统文化更强调家庭成员间的亲情、责任、奉献等有益的文化价值。但在法治背景下，宪法中的个人自由、平等、权利等法治理念也应涵盖家庭领域，在家庭法中寻求良性文化价值与现代法治理念的平衡。

【参考文献】{1}[美]林恩·沃德尔：“各州婚姻修正案：发展、先例与意义”。（Lynn D. Wardle, *State Marriage Amendments: Development, Precedent, and Significance*, *Florida Coastal Law Review*, Fall, 2005.）

{2}同注1引文。

{3}125 U. S. 190（1888）

{4}[美]威廉·艾斯克里芝：“2020年美国婚姻法：一个自由的视角”。[William N. Eskridge, *A Liberal Vision of U.S. Family Law in 2020*, in *the Constitution in 2020*, Oxford University Press, （Jack M. Balkin, et al eds., ）2009, p245.]

{5}[美]戴维·迈耶：“家庭法的宪法化”。（David D. Meyer, *the Constitutionalization of Family Law*, 42Fam. L. Q. 529.）

{6}美国宪法中的“基本权利”是指宪法保障的权利的一部分，是联邦最高法院在司法实践中从宪法权利中分离出来的，包括投票、迁徙自由、婚姻等。区别的意义在于，基本权利受到最严格的司法保障，任何涉及限制或剥夺“基本权利”的立法要接受司法机关“严格审查标准”（strict scrutiny standard）的审查。

{7}[美]凯瑟琳·考尔德韦尔：“战后离婚与自由福利国家”。[Katherine L. Caldwell, *Not Ozzie and Harrier: Post-war Divorce and the America Liberal Welfare State*, 23 LAW & SOC. INQUIRY 1 ,40（1998）]

{8}262 U. S. 390（1923）

{9}同注1引文。

{10}268 U.S. 510（1925）

{11}同注1引文。

{12}[美]林恩·沃德尔：“通过联邦主义的制度化婚姻改革”。[Lynn D. Wardle, *Institutionalizing Marriage Reform through Federalism*, in *Revitalizing the institution of Marriage for the Twenty-First Century* 176（Alan J. Hawkins, et al. eds., Praeger 2002）]

{13}} 381 U.S. 479（1965）

{14}[美]克米特·霍尔：《牛津指南：美国联邦最高法院》。（Kermit L. Hall, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, 2005 , p318.）。

{15}同注1引文。

{16} 388 U.S. 1（1967）

{17} 434 U.S. 734（1978）

{18} 482 U.S. 78（1987）

{19}[美]杰罗姆·巴伦等：《美国宪法概论》，刘瑞祥等译，中国社会科学出版社1995年版，第138页。

{20} 316 U.S. 535（1942）

{21} 347 U.S. 483（1954）

{22}[美]兰道尔·肯尼迪：《不同种族间的亲密关系》。[Randall Kennedy, *Interracial Intimacies : Sex, Marriage, Identity , and Adoption*（2003）]

{23} 321 U.S. 158（1944）

{24} 381 U.S. 469（1965）

{25}431 U.S. 494（1977）

{26} Skinner v. Oklahoma, 316 U. S. 535, 541（1942）

{27} Zablocki v. Redhail, 434 U. S. 374（1978），at 384

{28} Id. at 384

{29} 419 U.S. 393（1975）

- {30} McLaughlin v. Florida, 379 U. S. 184 (1964)
- {31} In re Adoption of Gomez, 424 S. W. 2d 656 (Tex. Cir. App. 1967); Compos v. McKeithen, 341 F. Supp. 264 (E. D. La. 1972)
- {32} 466 U.S. 429 (1982)
- {33} 同注14引书。
- {34} [美]伊娃·鲁宾：《最高法院与美国家庭》。[Eva R. Rubin, The Supreme Court and the American Family, p. 27—28 (1986)]
- {35} 391 U.S. 68 (1968)
- {36} [美]劳伦斯·诺兰：“最高法院面前的非婚子女与父母”。[Laurence C. Nolan, “Unwed Children” and Their Parents Before the United States Supreme Court From Levy to Michael H. : Unlikely Participants in Constitutional Jurisprudence, 28 CAP. U. L. REV. 1, 9—10 (1999)]
- {37} 404 U.S. 71 (1971)
- {38} 429 U.S. 190 (1976)
- {39} 405 U. S. 645 (1972)
- {40} 530 U. S. 57 (2000)
- {41} 431 U.S. 494 (1977)
- {42} 同注4引文。
- {43} 同注5引文。
- {44} 同注1引文。
- {45} [美]卡尔·施耐德：“精英原则：法律改革的提议与政治”。[Carl E. Schneider, Afterward: Elite Principles: The ALI Proposals and the Politics of Law Reform, in Reconceiving the Family: Critique on the American Law Institute’s Principles of the Law of Family Dissolution 489 (Robin Frewell Wilson ed. 2006)]
- {46} [美]伍德豪斯：“家庭隐私的阴暗面”。[Barbara Bennett Woodhouse, The Dark Side of Family Privacy, 67 GEO. WASH. L. REV. 1247, 1251—59 (1999)]
- {47} 同注4引文。
- {48} [美]玛格丽特·布里尼格：“Trpxol案与社区的限制”。[Margaret Brinig, Troxel and the Limits of Community, 32 RUGGERS L. J. 733, 764 (2001)]
- {49} [美]玛丽·安·格林顿：《家庭法的转变》。(Mary Ann Glendon, The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe, p. 147.)
- {50} [美]布鲁斯·哈芬：“家庭法中的个人主义与自治”。(Bruce C. Hafen, Individualism and Autonomy in Family Law: The Waning of Belonging, 1991 BYU L. REV. 2.)
- {51} [美]凯瑟琳·西格堡：“家庭法宪法化中的问题”。(Katharine B. Silbaugh, Miller v. Albright; Problems of Constitutionalization in Family law, 79 B. U. L. REV. 1139—1140.)
- {52} 同注14引书。
- {53} 同注1引文。
- {54} 440 Mass. 309
- {55} 530 U.S. 57 (2000)
- {56} 542 U.S. 1 (2004)
- {57} 同注1引文。
- {58} [美]迈耶：“家庭关系中的隐私权”。(David D. Meyer, A Privacy Right to Public Recognition of Family Relationships: The Cases of Marriage and Adoption, 51 VILL. L. REV. 898—906 (2006))
- {59} 同注5引文。
- {60} 刘浩、陶辉：“代孕相关法律问题研究”，载《新余高专学报》2005年第2期。
原载于《比较法研究》2011年第6期

