

家庭中的陌生人： 批判法学视野下的同性同居^{*}

罗 彧

哈佛大学法学博士

一、引论

随着时代发展，非婚异性同居越来越普遍，¹ 同性同居也具有了一定的可见性。² 近年来，法学界对同性伴侣的讨论日益增多，然而，绝大部分讨论都限于“应然”模式，其中最主要的是同性结合的立法模式，包括同性婚姻的利弊。³ 同性同居的“实然”层面，包括司法上如何看待同性同居、同性伴侣究竟面临什么样的法律问题，尚未有学术研究触及。

举一个简单的例子。假设一对同性伴侣在一起生活了数十年，然后共同买房。如果他们在购房后分手，房屋如何分割？如果一个人支付了全部或大部分房款，而房屋所有权证上登记的是各

拥有一半，法院会如何处理？如果两人共同支付了房款，而登记的是一个人的名字呢？合理的猜测是根据合同法和物权法处理。然而，我国司法实践远非该答案所能概括。

本文以典型的法院判例以及作者的实地访谈为基础展开。虽然我国的判例并无拘束力，但新型案例却有很大影响，此外，不同的判例可能呈现相同的模式，借此可以观察法律在实际生活中的运行。考虑到大量法律问题可能并未上升到诉讼层面，本文也简要讨论了作者实地访谈的发现。并不意外，同性伴侣实际生活中碰到的问题与法院判例存在暗合之处。

通过分析法院判例和实地访谈记录，本文旨

* 感谢 Jane Bestor、夏颖、张依然以及杂志编辑在本文写作的不同阶段提出的有益建议，尤其感谢受访人与作者分享生活中面临的各种问题。

1 家庭现代化理论很早就提到家庭现代化的一个特征是同居成为普遍现象，参见 William J. Goode, *The Family*, Prentice Hall, 1982, pp.185-186。第二次人口变迁理论也认为同居会越来越普遍，参见 Ron Lesthaeghe, "The Unfolding Story of the Second Demographic Transition", *Population and Development Review*, 36 (2010), pp.211-215。对我国非婚异性同居近年的发展、公众的逐渐接受以及影响非婚异性同居的变量，参见 Jia Yu and Yu Xie, "Cohabitation in China: Trends and Determinants", *Population and Development Review*, 41 (2015), pp.607-623。

2 参见魏伟：《公开：当代成都“同志”空间的形成和变迁》，上海三联书店 2012 年版，第 180—186 页。2016 年“同性婚姻第一案”引发了大量的社会关注，参见郭睿：《“同志”婚姻第一案败诉，中国同性婚姻合法化还有多远》，载凤凰网：http://news.ifeng.com/a/20160419/48511752_0.shtml，2016 年 11 月 16 日访问。

3 相关专著如熊金才：《同性结合法律认可研究》，法律出版社 2010 年版；王森波：《同性婚姻法律问题研究》，中国法制出版社 2012 年版。相关论文数以百计，不一一列举。

在论证，正是法律将同性伴侣建构为家庭中的陌生人。该等建构并非纯粹的逻辑推理，而是更多地基于价值判断。家庭中的陌生人的逻辑不但给同性伴侣带来了家庭财产方面的种种困扰，还影响到同性同居的方方面面。它限制了同性伴侣的法律安排，在某些情况下也阻碍了他们探寻公正的努力。但是，尽管家庭中的陌生人是主流的法律逻辑，针对该逻辑也还是存在不同的声音。随着社会的发展，这些不同的声音有可能会成为新的方向。

本文的理论背景是批判法学，⁴属于进步主义的批评（必须强调的是，批判法学视野下的进步主义和保守主义都是描述性词语，不含褒义或贬义⁵）。虽然本文没有提出立法建议，但聚焦

同性同居本身就显示了作者的批评立场。批评立场不但会影响研究对象的选择、论证的角度和方式，⁶也会影响概念的使用。以“家庭”一词为例。保守主义认为家庭必须以婚姻、血缘或收养为前提，此观点在社会学、人类学、性/别研究等领域都已不再流行，但在法学中仍有较大影响。⁷进步主义认为不应预设家庭的必要条件，研究应从个体的主观感受出发从而整理出某一特定社会中的家庭类型。⁸中国社会科学院早在2008年“中国城市家庭结构和家庭变迁”的大型研究中已经采用了该思路：“本次调查没有给出任何家庭的定义，而是请被访者主观认定他的家庭是如何构成的，哪些是他认同的家庭成员。”⁹为与过去

4 对批判法学简要而准确的介绍，参见[英]雷蒙德·瓦克斯：《读懂法理学》，杨天江译，广西师范大学出版社2016年版，第473—497页。在使用到批判法学具体观点和理论时作者将另行加注。

5 参见Duncan Kennedy, "A Semiotics of Legal Argument", *Syracuse Law Review*, 42 (1991), pp.75–116。

6 显而易见，如果从保守主义的批评立场出发，可以技术性地分析法院判决的合理性、从各种角度论证现阶段（温和的保守主义）或无论任何时候（激进的保守主义）都无须对同性同居进行特殊考虑。这里讨论一个更为微妙的立场。和保守主义一样，进步主义内部也有更细微的区分，因此，即使从进步主义的批评立场出发，本文论证的角度和方式也完全可以不一样。本文的主要发现是“家庭中的陌生人”是一个动态的建构过程：首先，不同法院的立场存在分歧、法院的推理存在关键性的价值判断；其次，同性社区本身也参与了“家庭中的陌生人”的建构。这样，本文的核心论点完全可以更加酷儿化（queerize），即更加强调同性社区的共同作用，用更多的笔墨描述书本上的法律、行动中的法律以及同性社区话语建构三者之间的互动，从而解构压迫/被压迫的二元框架。这样的批评立场也是进步主义的，但更加激进。虽然这样激进的写作可能更有学术趣味，但是本文不打算采用这样的批评立场。现有文献几乎完全没有涉及同性伴侣在家庭生活中真正面临的法律问题，在解构之前建构是必要的。本文的立场存在某种尴尬：从法学研究的角度，本文可能被认为过于激进；从性/别研究的角度，本文可能被认为尚显保守。作者希望取得危险的平衡，因为作者心中的读者不仅包括法学研究和性/别研究的学者，更包括同性伴侣以及对同性同居感到关心或好奇的非专业人士。

7 例如，马忆南教授这样定义家庭：“家庭，是以婚姻、血缘和共同经济为纽带而形成的亲属团体和生活单位。……家庭成员总是基于婚姻关系和血缘关系联结在一起的。此外，收养也是家庭关系的发生途径。”马忆南：《婚姻家庭继承法学》（第二版），北京大学出版社2011年版，第2页。这是我国婚姻家庭法教材对家庭的典型定义。当然，也有很多学者反对这样的定义，参见曾培芳、王冀：《议“家庭”概念的重构——兼论家庭法学体系的完善》，载《南京社会科学》2008年第11期。我国反家庭暴力法似乎采纳了保守主义的立场。该法第37条规定：“家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行。”在全国人大常委会办公厅召开的新闻发布会上，一位官员这样解释：“现在家庭成员的范围，在现有的法律规定是比较明确的，姻亲、血亲及收养形成的法律关系，这就是家庭成员。……家庭成员以外共同生活的人员，这些是指哪些？比如监护关系、寄养关系，还有你刚才所说的同居关系，也在这里面，还有一些其他关系。”全国人大常委会办公厅2015年12月27日新闻发布会文字直播，载中国人大网：http://www.npc.gov.cn/npc/zhibo/zzzb33/node_9635.htm，2018年11月16日访问。需要注意的有两点：首先，虽然该官员认为家庭成员在法律上比较明确，事实上我国的法律法规从未对家庭下过定义；其次，一些重要的学者反对将家庭成员进行如此狭窄的定义，参见夏吟兰：《论我国家庭暴力概念——以反家庭暴力法（征求意见稿）为分析对象》，载《中华女子学院学报》2015年第2期。

8 参见Eric D. Widmer, "Who Are My Family Members? Bridging and Binding Social Capital in Family Configurations", *Journal of Social and Personal Relationships*, 23 (2006), pp. 979–998 以及 Karin Wall and Rita Gouveia, "Changing Meanings of Family in Personal Relationships", *Current Sociology*, 62 (2014), pp. 352–373。

9 马春华、李银河、唐灿、王震宇、石金群：《转型期中国城市家庭变迁：基于五城市的调查》，社会科学文献出版社2013年版，第105、106页。在同一调查中，课题组将家庭分为单身家庭、核心家庭、夫妻家庭、主干家庭、联合家庭、隔代家庭、同居家庭和其他家庭几类（第137、138页）。

的研究保持连续性,该研究也指出,虽然家庭不存在绝对必需的特征,但通常应当注意同居或者共财的存在。¹⁰ 作者的受访人均认为他们生活新的家庭中并且同居共财是普遍现象,因此,无论从主观还是客观来说,多数情况下同性同居应当被作为家庭看待。

以上介绍了本文的核心论点和批评立场,后面将具体展开。本文第二部分通过法院案例讨论同性同居的主流法律逻辑及其不同声音,第三部分结合实地访谈考察家庭中的陌生人的逻辑如何表现在同性同居的方方面面,最后是简短的结论。

二、家庭中的陌生人:同性同居的主流法律逻辑及其不同声音

在作者的访谈中,受访人重点关注的是房产问题。在涉及同性同居的案子中,房产纠纷涉案金额比较大、法律问题比较复杂,由此,本部分主要讨论房产案例。除此之外,本部分还将简要讨论分手费和赠与问题。在这一系列案例中,主流法律逻辑将同性伴侣建构为家庭中的陌生人、将双方的家庭逻辑转换为市场逻辑,但它们也展示了尊重同性伴侣约定的可能性。

(一) 房产

1. 陈某诉李某案。¹¹ 本案的同性伴侣陈某和李某曾举办过世俗婚礼,并得到了父母亲友的祝福,但分手后却因为房产对簿公堂。

2011年6月,陈某在北京以170万元购买了一处房产和李某共同居住。同年12月,陈某与李某签订房屋买卖和共有协议,以10万元的价格(未实际支付)将房产50%的所有权转让给李某并办理了过户。半年后双方分手,李某向北京市东城区人民法院起诉分割房产。

一审中,双方对同性伴侣的身份没有异议,

但对于该身份的作用却各执一词。陈某认为,李某利用了她们的同性伴侣关系致使其草率签订合同;而李某认为,陈某是为了表达感情才将房产转让给她。一审法院并未进行细致的推理,只是认为,合同当事人应当全面履行自己的义务,陈某主张显失公平缺乏法律依据。

北京市第二中级人民法院推翻了一审判决。二审法院开篇明确地定义了陈某和李某之间的关系,经审理查明,陈某、李某双方“系以共同生活为目的的同性朋友关系。”此后,法院推理沿着朋友的方向进行:陈某和李某被视为理性的经济人,她们的决定被认为应当仅基于自身的经济利益,而非一个家庭的整体利益,因此,本案涉及的房产交易必须在经济上符合市场惯例。由此,本案变成了一个简单案件,判决部分也相当简略:由于房款明显低于合理市场价值,违背了公平、等价有偿原则,构成显失公平,因此房屋买卖和共有协议均被法院撤销。

一年后,二审法院的一位法官在《人民法院报》上对本案进行了评论,讨论了原告、被告及双方律师之间存在的多种观点,主要包括:(a)考虑到双方为同性伴侣,按假买卖真赠与处理;(b)考虑到双方为同性伴侣,参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第6条按不可撤销的赠与处理;(c)根据民事活动应当遵循公平、等价有偿的原则,按显失公平处理。该文反驳了(a)项和(b)项并支持(c)项意见,其核心论点是价值中立或价值无涉:“对于同性恋人之间的婚姻问题及财产分配问题,现有法律法规并未加以规定……法院在这个过程中严格解释法律保持价值无涉或许不失为较好的选择。”具体来说,“如果法院随意扩大法律规定的适用,任意运用民法中‘法无明文规定不禁止’

10 “[在受访者主观认定家庭后]又针对每个受访认定的家庭成员,询问‘是否和他同住’及‘在经济上是否一体’。由此,本次调查区分了两类家庭:受访者主观认定的家庭我们称为‘主观家庭’;根据客观标准定义的家庭为‘客观家庭’,其中又包括同住的家庭成员构成的‘同住家庭’,以及经济上一体的家庭成员构成的‘经济家庭’。”前引9,第106页。

11 北京市东城区人民法院(2012)东民初字第09018号,北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第16263号。

与‘类推适用’两原则，将有可能陷入伦理道德争议中，有失法院的中立性与客观性。因此，在社会思潮及立法未发生重大变化之前，将二人的关系定义为一种较为特殊的同性朋友关系较为稳妥”。¹² 该文的行文非常谨慎。¹³ 虽然作者来自同一法院，我们无法得知它在多大程度上代表了二审法院的推理过程。但是，它提出的价值无涉的观点值得进一步讨论。

价值无涉和中立推理曾是全球的主流法学理论，20世纪因耶林（Jhering）和惹尼（François GénY）的挑战而瓦解。¹⁴ 当代学者已经明确宣称“价值判断问题是民法问题的核心”。¹⁵ 需强调的是，与“进步主义”“保守主义”一样，批判法学所说的“价值判断”并无褒义或贬义，只是用以描述法律在实际生活中运行的过程。将同性同居类比于婚姻在法律上显然不恰当（一则不需要登记一则需要登记），但是，同性同居应类比于异性同居（指未婚同居，不包括婚外同居）¹⁶ 或是陌生人关系并不能通过价值无涉的中立推理得出结论。这是典型的价值判断。持进步主义观点的学者可能认为，异性同居的核心是基于爱情构成的亲密关系，因此异性同居和同性同居并无本质区别；而持保守主义观点的学者可能认为，异性同居是婚姻前的过渡阶段，无论成功与否，

它与同性同居存在根本区别。批判法学认为这样的争论体现了不同的价值判断，同时强调争论双方应当坦率地承认这一点并进行理性的讨论。¹⁷

在考虑法院如何进行价值判断之前，我们先考察不同价值判断的后果。我们已经看到，二审法院将陈某和李某类比于陌生人导致房屋买卖和共有协议被撤销。如果类比于异性同居呢？尽管异性同居的财产规则因立法技术缺陷导致司法实践不一致，¹⁸ 但多种多样的司法实践恰恰表明法院认为异性同居产生的家庭财产应当得到适当的处理，只是各法院拿捏的尺度有所区别。¹⁹ 一些地方法院出台了指导性意见，以降低其管辖区域内的不确定性。2007年《上海市高级人民法院关于审理分家析产案件若干问题的意见》提及的一种情况与陈某诉李某案几乎完全一样。该意见第5条规定：“双方终止恋爱关系后分割共有财产……没有协议的，应当考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况，合理确定未出资方的份额，一般以10%到30%的份额为宜。”换句话说，如果本案类比异性同居，房屋买卖和共有协议不会被撤销，李某也可以获得部分房产。

尽管本案的关键在于同性同居者应当类比于异性同居者还是陌生人，一审法院和二审法院并

12 参见林文彪：《同性恋人房产合同纠纷的处理》，载《人民法院报》2013年5月9日。

13 一个饶有兴味的细节是，该案中两位当事人均为女性，但该文从未说明这一点。此后根据该文改写的诸多新闻几乎全部默认该案的当事人是两位男性，例如，李一然《男同性恋者分手闹房产纠纷法院按朋友关系处理》一文，载腾讯网：<http://news.qq.com/a/20130516/012937.htm>，2013年5月16日访问。这有可能反映了男同性恋伴侣比女同性恋伴侣具有更高的可见性。

14 参见 Duncan Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000", in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, ed. David Trubek and Alvaro Santos, Cambridge University Press, 2006, pp. 25–62.

15 王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，载《中国社会科学》2004年第6期。

16 异性同居分为婚内同居和婚外同居，婚外同居进一步分为违法的婚外同居（违反一夫一妻制的同居，如重婚或有配偶者与他人同居）和不违法的婚外同居。参见何丽新：《我国非婚同居立法规制研究》，法律出版社2010年版，第19—22页。本文的“异性同居”均指最后一种情况，即异性之间不违法的婚外同居。

17 参见 Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, 88 (1976), pp. 1766–1776.

18 1989年《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第10条规定，“解除非法同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理。”然而，这里的一般共有应当理解为共同共有还是按份共有长期困扰着司法实践。参见前引16，第87—92页。

19 在深圳市的一个案例里，一位没有出资的同居者获得了45%的房产[广东省深圳市中级人民法院（2013）深中法民终字第1436号]，而在昆明市的一个案例里，房产按照同居者各自的出资比例进行分割[云南省昆明市中级人民法院（2015）昆民二终字第241号]。

未将这一点挑明。它们将分歧转化成了更技术化的问题：显失公平是否成立。然而，技术转换不能回避价值判断问题。

对于显失公平的构成要件一直存在单一要件说和二重要件说的争论，前者只考虑客观情形，而后者还要兼顾主观情形，要求一方利用优势或对方的轻率、无经验。²⁰二重要件说是主流学说。从判决书来看，我们无法判断一审法院是基于主观因素还是客观因素否认了显失公平的存在，而二审法院的推理仅限于李某知晓房屋的价值，并未触及她是否利用优势或对方的轻率、无经验，因此采纳的应是单一要件说。对于李某的主观情形，一审法院回避、二审法院不考虑，有可能是因为对李某主观情形的推理会导致法院难以接受的结论。如前所述，在一审中陈某认为李某利用了同性伴侣关系致使她草率转让房产，而李某认为这是感情的表达。考虑到双方曾抵抗世俗压力举办婚礼并得到父母亲友的祝福，在缺乏进一步证据的情形下，李某的观点应当更可信。陈某转让房产可能出于各种家庭中常见的原因，如李某在家庭事务中付出比较多、李某在过去的家庭生活中支出比较多、陈某因为某些原因想要补偿李某或单纯出于对李某的感情。如前所述，在婚姻或异性同居中，这些都是正当理由，法院也不会认为这样的交易显失公平。照此推理，在交易发生时，²¹陈某和李某也认为交易是合理的，交易是为了家庭的整体利益。然而，考虑到陈某和李某在法庭上均陈述她们之间是同性伴侣关系，这样的推理不可避免地会被理解为对同性伴侣的背书。这可能是法院真正意图避免的情况。

本案展示了法院将同性同居者建构为家庭中

的陌生人的第一种方式。尽管陈某和李某对她们之间关系的实质认识上并不存在分歧，二审法院却将这种关系定义为朋友关系，并使用了理性人在市场中进行交易的逻辑。我们知道，市场经济在某种意义上即是陌生人经济，²²所谓朋友，在本案中即是陌生人，是与家人相对应的概念。从技术上说，本案的关键是显失公平原则应当如何适用，但通过仔细观察我们可以看到价值判断在其中起到了更为重要的作用。简言之，在本案中，家庭中的陌生人通过三个步骤被建构起来：重新定义事实上的关系，将家庭逻辑转换为市场逻辑，在法律技术中使用价值判断。下一个案例中我们将看到另一种方式。

2. 高某诉韩某案。²³本案也发生在一对同性伴侣之间。诉讼发生时当事人高某和韩某共同生活了八年，向加拿大有关部门递交了移民文件并决定移民后在加拿大正式结婚。她们在分手后打起了官司。

高某与韩某于2006年以约61万元的价格在深圳购买了一套住房，并登记为双方各拥有50%的所有权。高某支付了全部的首付（约19万元）和按揭（截至起诉之日尚有约11万元未还清）。2013年年初双方分手，随后高某起诉韩某要求支付一半的首付和已付按揭。²⁴

与前述陈某诉李某案的一审判决相比，本案的一审判决相当激进。在审判过程中，高某声称双方只是朋友关系，但一审法院认为，移民文件足以证明双方是同性伴侣关系，“该关系虽不为我国现行法律所保护，但是，鉴于双方确存在恋爱和同居事实，双方联名购买涉案房产应区别于一般合伙购房”。

对于首付，一审法院认为，高某支付首付时

20 参见陈鸣：《关于合同显失公平的认定》，载《现代法学》1998年第5期；曾大鹏：《论显失公平的构成要件与体系定位》，载《法学》2011年第3期。

21 显失公平与情势变更的重要区别在于，显失公平只考虑民事法律行为发生时的情形。具体到本案，不应根据陈某和李某事后关系的恶化来否定过去交易的公平性。

22 参见张维迎：《市场的逻辑》，上海人民出版社2010年版，第16—18页。

23 深圳市罗湖区人民法院（2013）深罗法民三初字第178号，广东省深圳市中级人民法院（2013）深中法房终字第2588号。

24 高某也请求韩某承担未付按揭的一半，但一审和二审法院均认为该款项尚未发生，法院不便处理。该项请求和判决与本文关系不大，不进一步讨论。

双方是同性伴侣，此后长达近七年内高某未曾要求韩某负担其份额，双方更于 2010 年联名购买了另一处房产，因此，该系列事实可认定双方对于首付全部由高某承担已达成合意。高某在双方关系破裂之后的请求违反诚信原则，不予支持。对于已付按揭，一审法院认为，按揭合同由双方共同与银行签订，因双方没有其他约定，偿还贷款本息是韩某的合同义务，加之大部分贷款本息是在双方关系破裂之后发生或尚未发生，因此，韩某应负担已付按揭的一半。

高某和韩某均上诉至深圳市中级人民法院。她们的上诉理由和答辩意见都围绕着一审判决进行，然而，二审法院径直绕过了双方的上诉理由和答辩意见，选择了和陈某诉李某案二审相同的逻辑。在回顾本案事实之后，二审法院认为，高某、韩某“虽属同性恋人关系，但并非法定的婚姻家庭关系或同居关系，双方间仅适用一般共有的相关规定”，因此仅依据同性恋人关系并不能认定韩某“可以无偿拥有涉案房产的 50% 份额”。加之高某并未表达过赠予的意思，二审法院认为，韩某应当向高某支付一半的首付和已付按揭。与陈某诉李某案不同，本案中二审法院未将高某和韩某定义为事实上的朋友关系。法院承认她们是同性恋人关系，但搁置了同性同居与异性同居在事实上是否相似，转而强调两者在法律上迥异，因此，“仅适用一般共有的相关规定”。

本案展示了法院将同性同居者建构为“家庭中的陌生人”的第二种方式。本案二审法院没有定义高某和韩某事实上的关系，而是对同性同居进行了法律上的定性。法院认为同性同居既不能类比婚姻也不能类比异性同居，它的潜台词即同性同居在法律上应视为朋友/陌生人关系。与陈某诉李某案相同，法院再次使用了理性人在市场中进行交易的逻辑。无论韩某在家庭中付出了什么，在市场逻辑下均不能视为支付了房产对价。简言之，在本案中，

家庭中的陌生人也通过三个步骤被建构起来：接受双方事实上的关系但重新定义双方法律上的关系，由法律上的关系直接推导出适用陌生人规则，将家庭逻辑转换为市场逻辑。

3. 沈某诉刘某案。²⁵如果说前面两个案例的二审判决代表了主流法律逻辑，本案的一审、二审判决则代表了不同声音。本案的沈某和刘某曾共同生活近十年，双方 2014 年分手时签订书面协议对财产分割作出明确约定，两年后，沈某就其中一项房产提起诉讼。

沈某和刘某分手时签订的财产分割协议载明：“甲乙双方共同生活将近 10 年，且共同生活期间财产混同，不能进行完全的区分；甲乙双方一致同意，其名下的房产、银行存款等财产为甲乙双方共同财产，经协商达成《财产分割协议》。”沈某和刘某名下有多项财产，其中一项是登记为双方共有的系争房产。分割协议约定该房产归刘某，沈某负责偿还银行贷款并配合办理过户。双方如实履行了协议项下其他财产的分割，但在系争房产过户之前，沈某忽然提起诉讼要求确认自己享有该房产 85% 的所有权。

一审中，沈某陈述自己“将被告视为弟弟”，但“不是夫妻也不是有血缘关系的亲属”。协议的性质是赠与，在过户之前都可以撤销，因此，沈某要求判决确认房产为按份共有，其享有 85% 的份额。刘某认为双方具有“超乎兄弟之间的感情”，并“共同生活十年”，房产应为共同共有；协议的性质不是赠与，而是相当于“家庭成员对共同财产的一种划分”。一审法院认为，“协议中明确写明甲乙双方共同生活将近 10 年，且共同生活期间财产混同，而系争房屋亦登记在原、被告二人名下，原、被告为系争房屋的共有人，对共有财产的处理有协议的应依协议进行处理”，由此驳回了沈某的诉讼请求。法院在判决主文中未明确双方的共有关系是共同共有还是按份共有，但引用的法条涉及共同共有。²⁶

25 上海市浦东新区人民法院（2016）沪 0115 民初 26844 号，上海市第一中级人民法院（2016）沪 01 民终 8441 号。

26 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 90 条。

沈某在上诉中主张“该协议是建立在同性恋基础上的协议，违背社会公德，不应得到法院的认可”。但二审法院维持了原审判决：“《协议》载明双方共同生活将近10年，且共同生活期间财产混同，不能进行完全的区分，双方一致同意，其名下的房产、银行存款等财产为双方共同财产……因此根据《协议》内容可以判定其为上诉人与被上诉人在结束各类财产共同共有关系时对共有财产的分割协议……”由于约定明确且不存在胁迫，双方应按约定履行。这里法院在判决主文中直接确定双方分割的是共同共有的财产。

本案的一审、二审进程基本一致，区别仅仅在于沈某在一审中主张协议性质是赠与，二审中主张协议违反公序良俗，而法院并没有采纳上述主张。两个法院均认为沈某和刘某是共同生活关系，涉及共同共有财产的分割。²⁷ 共同共有与按份共有的主要区别在于前者基于共同关系。²⁸ 由于《物权法》对共同关系只提到了“家庭关系等”，²⁹ 未排除两个朋友/陌生人约定共同共有，持保守主义观点的学者可能认为，法院只是根据双方约定确立了共同共有，并没有暗示双方共同关系的性质。相反地，持进步主义观点的学者可能依赖学界通说作出另一种解释。我国学界通说认为共同共有有三种：合伙共同共有、家庭共同共有、继承共同共有，³⁰ 与德国学界意见相同。³¹ 由于法院认定两人共同生活、财产混同，

可以认为法院暗示这里的共同关系是家庭关系。由此，法院并没有完全排斥将同性同居视为家庭关系的可能性。

4. 小结。陈某诉李某案以及高某诉韩某案的二审判决是目前法院的主流法律逻辑。在新近的一个法院判决中，法院更明确地陈述：“同性恋是否对外以夫妻名义长期稳定同居、财产是否系同性恋人同居期间所购置，均不能作为认定同性恋人之间财产共有的依据。……虽系同性恋人，但案涉房屋的权属认定应适用财产取得的一般规定。”³² 同性同居者，即使他们得到父母亲友的认可、即使他们共同生活数十年，在法律上也不过是陌生人而已。

陈某诉李某案以及高某诉韩某案的一审判决以及沈某诉刘某案两审判决不同于主流法律逻辑，法官不同的价值判断是导致差异的关键因素。特别是沈某诉刘某案，法院认定双方曾共同生活、财产混同，所使用的法律依据是共同共有财产的分割，在某种程度上默认了两人曾是一个家庭。此外，即便是主流法律逻辑的判决书也不可避免地使用了“双方系以共同生活为目的的同性朋友关系”“虽属同性恋人关系”这样的文字。这提醒我们，陈某与李某以及高某与韩某曾经是两个家庭，只是法律将她们建构为家庭中的陌生人。

（二）分手费和赠与

对于未婚异性伴侣分手时签定的分手费协议

27 一审法院在判决主文中未明确是共同共有还是按份共有，但在附上的相关法律条文中引用的是共同共有财产分割的条文。二审法院在主文中写明双方是结束共同共有关系。

28 杨立新：《物权法》（第五版），中国人民大学出版社2016年版，第122页。

29 《物权法》第103条。

30 参见前引28，第123页；李锡鹤：《究竟何谓“共同关系”——再论按份共有与共同共有之区别》，载《东方法学》2016年第4期。李锡鹤在介绍通说之后，提出了独特的观点，认为继承共有和非家庭的合伙共有属于按份共有，共同共有只能发生在家庭成员之间，只有两种形式：“1. 夫妻之间不计量出资、劳务之财产关系，发生夫妻共同共有关系；2. 家庭成员之间不计量出资、劳务之合伙关系，发生家庭合伙共同共有关系。”如果按该观点，沈某和刘某的关系更可视作家庭。

31 [德] 鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第34、35页。

32 南京市玄武区人民法院（2016）苏0102民初5788号，江苏省南京市中级人民法院（2017）苏01民终6132号。所引为一审法院的判决措辞，二审法院未就此进行描述，但维持了原判。

是否有效,法院并没有统一意见。³³某些情况下,同性伴侣之间也会签订分手费协议,但法院和当事人均试图绕过同性问题。此外,异性伴侣在恋爱过程中经常存在赠与行为。如果赠与构成彩礼则需要适用彩礼返还规定,³⁴如果不构成则适用普通的赠与撤销规定。³⁵在同性伴侣之间同样存在赠与行为,通常法院直接适用普通的赠与撤销规定。³⁶

1. 陈某诉郭某案。³⁷ 本案中,虽然男性同性伴侣的分手费是争议的焦点,法院却避开了这个问题。陈某于2013年10月向郭某出借20万元以帮助郭某购房;2014年3月,陈某再次向郭某转账7.5万元。为证明借款合意,陈某提供了双方的通话录音,但郭某主张,7.5万元是陈某出于愧疚赔偿给他的分手费,并提供了两份书面证言。陈某反驳道,“上诉人称其与被上诉人系同性恋关系,在我国没有法律基础……上诉人所主张的分手费不合法,法院不应支持其主张”。两审法院回避了双方就分手费的争论,也没有对郭某的两份书面证言作出任何评论,而是径直认为陈某提供的证据可以形成证据链,判决郭某返还27.5万元。

法院的结论暗示双方就分手费的争论与本案完全无关。虽然法院未定义双方的关系,但很明显,法院认为应当将陈某和郭某当作陌生人处理。

他们之间只是债权人和债务人的关系。

2. 万某诉刘某案。³⁸ 如果说在上一个案件中法院避开了同性分手费问题,本案中则是当事人主动避开了这个问题。男性同性伴侣刘某和万某分手时,刘某向万某出具一封书信,内容为他愿意给万某10万元分手补偿费。在双方的微信聊天记录中刘某曾表示:“你的那10万我答应给你一定会给你,发了年终奖就把钱给你。”由于刘某一直没有支付,万某将书信的上半部分裁去,保留了刘某的签字,并补入了新的内容:因刘某资金不足,本人万某“借给”刘某人民币现金壹拾万元整。“空口无凭,特立此据”。之后,万某于2015年向法院起诉刘某偿还借款。法院将双方的关系定义为“同事关系”。³⁹ 因原告没有证据证明实际支付,法院驳回了万某的诉讼请求。

在本案中,万某本有充分的证据证明分手费的存在,他却将证据变造成了借条。这种行为是错误的,但并不愚蠢。很显然,万某认为分手费的主张没什么机会胜诉,而变造的借条存在蒙混过关的可能。如果本案当事人是异性,诉讼策略将完全不同。

3. 黄某诉徐某案。⁴⁰ 如果说在上述分手费案例中同性同居的要素对判决未能产生影响,本案中,法院通过对同性同居的分析认定了赠与的意思表示。女性同性伴侣黄某和徐某分手前,黄某

33 宋少源、杨清惠:《分手费欠条有效吗?》,载《北京日报》2012年5月2日。该文认为,依据分手费欠条起诉是合同之诉,法院应当支持。此外,分手费不同于赠与,不适用赠与撤销的规则。该文作者是两位法官。实践中一些法院支持分手费协议,例如,在张某诉赵某案中,法院认为赵某无法证明胁迫存在,应按合同约定支付分手费。参见北京市东城区人民法院(2013)东民初字第10608号;北京市第二中级人民法院(2013)二中民终字第16764号。但也存在相反判决,例如,在孙某诉聂某案中,法院认为分手费违反公序良俗,从而驳回了孙某的请求。参见江苏省镇江市润州区人民法院(2014)润民初字第3号;江苏省镇江市中级人民法院(2014)镇民终字第0619号。另需注意的是,婚外非法同居约定的分手费法院通常认为无效。

34 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第10条。

35 《合同法》第186条、第192—195条。

36 在一个男性伴侣的诉讼中,因赠与合同的存在,法院确认了赠与合意,判决原告房某赠与被告金某的1万元无须返还。房某引用了彩礼规则,但法院明确彩礼规则不适用于同性伴侣。参见上海市徐汇区人民法院(2016)沪0104民初17101号;上海市第一中级人民法院(2016)沪01民终10449号。

37 河北省三河市人民法院(2015)三民初字第802号,河北省廊坊市中级人民法院(2015)廊民一终字第969号。

38 江西省南昌市西湖区人民法院(2015)西民初字第1295号,江西省南昌市中级人民法院(2015)洪民四终字第465号。刘某和万某分手的原因似乎是刘某决定与一位女性结婚,因此,刘某同意支付分手费可能是出于愧疚心理。

39 一审法院开篇明义地认为万某与刘某系“同事关系”;二审法院完全没有对双方的关系进行任何叙述。

40 广东省广州市番禺区人民法院(2015)穗番法学子民初字第539号。

代徐某支付了一笔美容款。黄某在支付宝转账过程中曾备注“代垫注射费”，并据此认为该款项属于借款。本来法院可以直接以黄某无法证明双方的借款合意驳回诉讼请求，⁴¹在判决中法院却额外地对双方的关系进行了描述：“考虑原告、被告之间曾存在超越一般意义的朋友关系，结合涉案款项的金额大小、用途以及双方短信中原告表达‘现在我认为我们关系已经搞僵了这些钱追讨回来也合情合理’的意思，涉案款项的金额较少，且均是作消费之用，故不排除原告转款的原意是赠与。”据此，法院驳回了原告的诉讼请求。

本案代表了另一种声音：法院未选择技术性地避开对支付进行定性，反而使用家庭逻辑额外对此进行了推理。

（三）案例的影响

我国不是判例制国家，为什么要研究这些个案？答案在于，这些个案非常有可能影响法官的判决、律师的意见、同性恋者的反应，并直接或间接地成为法律意识的一部分。

经验研究表明，互联网的兴起深刻地改变了法官处理案件的沟通模式。传统的沟通方式是垂直的，法官在碰到新型案件或疑难案件时可能求助于同法院的资深法官、审判委员会或通过法院请示上级法院。此外，最高人民法院或上级法院的指导性案例或判决对下级法院也存在重要影响。⁴²互联网兴起之后，沟通方式急剧水平化。法官频繁使用互联网搜寻其他法院处理的类似案件作为审判参考。对于新型案件和疑难案件来

说，通过互联网搜索参考案例已经成为常规操作。并且，法官更倾向于搜寻和参考发达地区的案例，因为他们认为发达地区的法官业务水平更高一些。⁴³法官处理案件的沟通模式的变化表明，绝不能因为中国不是判例制国家而忽视案例的影响。以上讨论的很多案例都属于新型案例，发生在发达地区，而且互联网上对几个涉及房产的案例有大量报道。由此，再发生类似的同性恋伴侣之间的纠纷，判案法官非常可能注意到这些案例，受到上述案例的影响。

其次，与法官相同，律师在面临新型案件和疑难案件时也频繁使用互联网搜寻类似案例，⁴⁴因此，陷入纠纷的同性恋伴侣聘请的律师极有可能了解到上述案例。此外，由于该等案例被大量报道，并不需要特殊关键字就能轻易查到，⁴⁵面临纠纷的同性恋伴侣也非常容易了解到上述案例。而一旦了解了相关案例，他们将会重新评估自己的谈判地位，改变谈判策略，争取对自己最有利的结果。这就是著名的“在法律的阴影下谈判”的模型。⁴⁶

假设A在同性同居关系中将50%的房产所有权低价转让给B，分手后反悔，那么A会作出什么选择？如果A通过搜寻网络或咨询律师了解了陈某诉李某案，A有可能会直接起诉（因为他认为自己会胜诉），也可能会强势地进行谈判（为避免麻烦和节约诉讼费）。如果A认为谈判需要作出的让步小于其诉讼成本（包括诉讼费、律师费、时间投入等有形成本，也包括对双方关系的

41 民间借贷案件中证明借款合意非常重要。根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第2条，出借人向人民法院起诉时，应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。例如在刘某诉楚某案中，楚某强调双方是同性恋伴侣，刘某是喜欢他才打款给他。尽管涉及金额较大（5万元），法院以刘某未能证明借款合意驳回了他的诉讼请求。参见上海市松江区人民法院（2012）松民一（民）初字第4349号。

42 参见 Benjamin Liebman and Tim Wu, "China's Network Justice", *Chicago Journal of International Law*, 8 (2007), pp.287-290。

43 同上注，第290—294页。

44 同上注，第293—294页。

45 上述案件中被报道最多的是陈某诉李某案，在百度搜索只需要使用“同性恋、房产、法院”或者“同性恋、分手、法院”都可以很容易地搜索到该案。

46 参见 Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", *The Yale Law Journal*, 88 (1979), pp. 950-997。

进一步破坏等无形成本），A 就可能选择谈判而非诉讼。同时 A 会积极让 B 了解陈某诉李某案，促使 B 同意自己提出的条件。相反地，假设陈某诉李某案的生效判决是一审判决，A 在了解判决之后，可能会尽量避免诉讼，也不会让 B 知晓陈某诉李某案。A 可能作出相对较大的让步以迅速完成谈判。

最后，上述案例不仅会影响已经陷入诉讼或面临诉讼的同性恋伴侣，它还会通过比较间接的方式影响同性恋伴侣的日常生活，即普通人的法律意识。批判法学认为，法律意识既不是单纯的个人看法和态度，也不完全由社会结构所决定，而应被视为一个交互过程。在该过程中，人们赋予法律和法律制度的意义通过重复形成模式、变得稳定，由此产生的制度化结构（institutionalized structures）又成为意义系统的一部分。⁴⁷ 法律意识受限於具体情形，但在某一具体情境下的法律意识的变化是有限的，存在模式，可以作为经验研究的对象。⁴⁸

早在 20 世纪 90 年代的田野调查中，人类学家就发现北京的同性恋社区对几个涉及同性恋者的法院判决了解程度相当之高。⁴⁹ 在作者的实地访谈中，几乎所有受访人都通过新媒体或同性恋社群了解到一些涉及同性恋伴侣的案子，其中部分是司法案例、部分是未上升到诉讼的法律纠纷。受访人主动或被动接触相关案例的途径多种多样，包括在主流媒体中使用订阅功能、关注公众号、参与社群互动和在线群聊等。几乎所有受访人都对同性恋伴侣面临的法律风险感到忧虑。当作者追问

受访人如何理解案子背后的法律逻辑时，大多数受访人表示，因为在我国同性婚姻不被认可，所以同性恋伴侣在法律上没有任何地位。这样的推理当然是有问题的：即使同性恋伴侣不能类比婚姻，还是有可能类比异性同居，受访人并未考虑这一点。但这种基于直觉的答复恰恰反映了法律意识的制度化结构。

多种交互作用的因素共同形成了受访人的该种法律意识，包括同性恋伴侣对相关纠纷的直接了解、对相关评论和衍生创作的阅读、相互之间的讨论、同性社区关于同性婚姻的话语建构等。这些因素显示，法院案例直接和间接参与了法律意识的建构，从而影响到同性恋伴侣在遇到问题时的思考和选择。这里对最后一个因素稍作展开。我国同性社区的核心议题是同性婚姻，从法律角度主要是通过描述同性恋伴侣无法得到法律保障来论证它的必要性（该描述也受到法院案例的影响）。⁵⁰ 一再重复之下，法律保护和同性婚姻建立起了很强的联系，甚至有反对同性婚姻的法律学者也接受了这个联系。⁵¹ 下一部分中我们将看到，这样的联系会产生一些负面效果。

三、行动中的法律：主流法律逻辑的回响

本部分转向同性恋伴侣对法律问题的理解。由于法院判例参与了法律意识的建构，同性恋伴侣的理解与法院判例存在暗合之处。家庭中的陌生人的逻辑仍然在延伸。

1. 访谈情况简介：对象和局限性

作者于 2016 年 6 月至 8 月以及 2017 年 8 月

47 参见 Patricia Ewick and Susan S. Silbey, "Conformity, Contestation, and Resistance: An Account of Legal Consciousness", *New England Law Review*, 26 (1992), p. 741.

48 同上注，第 741、742 页。

49 参见 Lisa Rofel, *Desiring China: Experiments in Neoliberalism, Sexuality, and Public Culture*, Duke University Press, 2007, pp. 135–138.

50 例如，在知乎网站“如何看待同性婚姻合法化？”（<https://www.zhihu.com/question/19932017>，2018 年 11 月 16 日访问）、“为何同性恋要争取结婚合法化？”（<https://www.zhihu.com/question/20228236>，2018 年 11 月 16 日访问）两个问题下数百个支持同性婚姻的答复都全部或部分采用了这个论证。需要说明的是，一些持酷儿理论的学者和活动家对同性婚姻乃至整个婚姻制度是持怀疑态度的，但这不是主流意见。

51 参见杨支柱：《我为什么不赞成同性婚姻》，载腾讯网：<http://view.qq.com/a/20110926/000012.htm>，2018 年 11 月 16 日访问。

在北京、上海以及四川某中型城市半结构式地访谈了 28 位有独立收入、处于或曾经处于相对稳定同居关系中的男性（19 位）和女性（9 位）。作者与每位受访人的交谈时间为 1—2 小时，涉及的内容包括日常生活安排、财产（取得、处置）、子女（养育子女的动机、方式）、自己和伴侣的父母（生活和财产安排）等。这些受访人不能代表所有的同性恋伴侣——事实上，因为样本本身的特殊性，对同性恋者的所有研究都难以声称具有代表性。⁵²

由于样本数量有限，作者不打算按不同标准划分人群、研究不同人群面临的法律问题有什么区别，但仍需注意本研究的样本偏差。样本偏差主要有如下四项：（1）尽管受访人包括了低收入群体、中等收入群体和高收入群体，但多数处于中等收入群体；⁵³（2）受访人中男性显著多于女性；（3）受访人多数为 25—40 岁；（4）受访人多数居住在大型城市，中小型城市的代表较少。样本偏差主要是由受访人的易接触性决定的。

上述偏差产生的显在影响是作者在一定程度上忽略了代表较少的人群面临的法律问题。以第一项偏差为例：低收入群体因无力购房，在家庭财产方面更多关注日常收支问题；中等收入群体不会太关注日常收支，却对房产的购买和处置忧心忡忡；高收入群体除了房产，还会关心共同投资经营产生的法律问题。由于作者的受访人多数处于中等收入群体，购买和处置房产就成了讨论

最多，从而也是作者着墨最多的法律问题。其余三项偏差对于受访人面临何种法律问题的影响相对较小。

2. 房产问题

通常情况下，同性恋伴侣共同购房并没有法律障碍，但涉及城市限购措施时，同性恋伴侣会遭受严重影响。例如，从 2012 年起，非沪籍单身人士不能再在上海购房。⁵⁴ 该政策针对所有非沪籍单身人士，但同性恋伴侣遭受的影响更为严重：他们根本无法摆脱法律上的单身状态。对于他们来说，限购不仅仅是一项宏观调控政策，更是他们维持亲密关系的障碍。

亲密与陌生的并置会在合同签署上反应出来。一位上海的受访人早年购买了一个面积很小的一居室，目前正在考虑和男友（无房）合买一套宽敞一些的房子。受访人完全明白他无法购买第二套住房，他也知道，通常的做法是将住房登记在对方名下，签一份合同并进行公证。对于一般的合伙购房来说，此举的法律风险主要在于对方可以私自出售房屋，即使打赢官司也不一定能得到合理赔偿，但对于受访人来说，这不是他的主要顾虑。他焦虑的是合伙购房要考虑的法律问题太多，不知应否雇用律师与男友协商签订一份详尽的合同。在他看来，这样做有可能影响双方的关系。

在这里，受访人很大程度上接受了夫妻行为模式，而没有考虑到该行为模式背后是不同的法

52 李银河教授在描述其对同性恋群体的研究方法时就提到，“鉴于同性恋现象本身的复杂性和目前我国法律政令、社会规范对同性恋现象所持的态度，不可能采用大规模随机抽样的方法”。李银河：《同性恋亚文化》，今日中国出版社 1998 年版，第 23 页。

53 中等收入群体的概念最早由 2002 年十六大报告提出，此后政府机构和学界对于如何界定该群体提出了各种各样的标准，时至今日尚未达成一致意见。一些单纯采用收入作为标准，如国家统计局城调总队课题组（《6 万—50 万元：中国城市中等收入群体探究》，载《数据》2005 年第 6 期）；国家发改委宏观经济研究院课题组（《进一步扩大中等收入者比重》，载《红旗文稿》2006 年第 12 期）等；一些采用综合性标准，如上海研究院社会调查和数据中心课题组（《扩大中等收入群体，促进消费拉动经济》，载《江苏社会科学》2016 年第 5 期）；李强和王昊（《我国中产阶层的规模、结构问题与发展对策》，载《社会》2017 年第 3 期）等。如前所述，作者不打算划分人群进行研究，因此没有必要对此处提及的中等收入人群进行精确定义。作者结合国家统计局以及李强和王昊提出的标准，综合考虑受访人的年收入（6 万—50 万元）、职业和教育，大体上将受访人归入不同的收入群体。

54 参见侯金亮：《限购政策为啥偏拿单身人士开刀》，载《中国联合商报》2012 年 7 月 2 日。

律在支撑。已有学者观察到同性同居对婚姻的模仿,⁵⁵但在探讨模仿时,法律在其中的关键作用尚未被学者注意到。婚姻法为夫妻双方的行为模式奠定了默认的规则,大大减少了双方的沟通成本。如果没有特别约定,在婚姻中夫妻双方共同购买房产并不是一件需要来回谈判的事项。只要双方对于房产共有没有异议,谁来支付、房产证上登记谁的名字在法律上并没有很大区别。通常情况下,夫妻双方会很快达成一致,采纳对家庭最方便、最有利的安排。这种规则下产生的夫妻行为模式既有象征意义又有实际功能:一方面,它符合中国传统的价值观,实现了家庭和睦,被认为是良善的;另一方面,在默认规则的帮助下,它减少了家庭可能的摩擦,使夫妻自动避免法律上无意义的谈判。象征和实际的双重作用使这种行为模式具备很大的力量,其表现之一就是其实际功能很容易被象征意义所掩盖。当同性伴侣模仿婚姻中夫妻的行为模式时,即使这种模仿因为默认规则的改变(陌生人规则)导致对一方不利的结果,他们在很大程度上仍然被这种行为模式的象征力量所捕获,而缺乏对婚姻制度的根本性反思。

之前我们已经看到,限购政策将同性伴侣建构成为家庭中的陌生人。在如何签署合同的法律实践中,亲密和陌生再次同时凸显出来,造成了同性伴侣的焦虑。不过从另一个角度说,捕获的后果对于同性伴侣是双重的:虽然他们的经济利益受损,但象征意义进一步加强了。当受访人认为延请律师会导致关系受损的时候,潜台词是双方对于经济利害关系都心知肚明,在采用夫妻协商模式的情况下感情会得到强化。当然,这是法律意图之外的后果。

房产问题还涉及一个沉重的话题:遗赠。大部分受访人都表示,如果发生意外,希望将房产留给多年共同生活的伴侣。我国继承法并不禁止

将财产遗赠给同性伴侣,看上去并没有法律障碍,但受访人更关注的是遗赠在实际生活中能否发挥效力,而非法律上是否有效。在他们看来,遗赠容易导致伴侣和父母的纠纷。

一位北京的受访人仔细考虑过如何将房产留给伴侣,他已经和男友同居超过十年。双方的父母都很熟悉他们各自的伴侣,但认为他们只是好友。在受访人看来,将房产遗赠给男友势必导致困境:如果他不向父母解释,那么他的父母将很难理解他,甚至觉得是一种背叛;如果在遗嘱中向父母详细解释,则意味着死后向父母承认“出柜”,这无异于双重打击。受访人补充道,这也不是两害相权取其轻的问题。虽然出柜看起来比沉默更糟糕,但沉默有可能发展成更坏的结果。父母有可能怀疑遗嘱是伪造的或受到了不当影响,进而导致纠纷或诉讼。即使父母心里怀疑嘴上不说,但隔阂已经产生,这是非常糟糕的。他和男友商量过,如果一方去世,另一方要为对方父母的老年生活提供帮助,隔阂将使这些努力落空。不难看出,受访人对遗赠的理解比书面上的法律宽泛得多。他不但考虑遗赠在形式上如何有效,更关注其在行动中如何有效。这也是大部分受访人共同的理解。在这里,亲密和陌生的并置给受访人造成了真正的法律困难。因为亲密,他们意愿将房产留给伴侣;因为陌生,他们不得不面临伴侣和父母冲突的困境。

是不是向父母承认“出柜”就能完美解决这个问题?一位上海的受访人和他的男友已向各自的父母承认,双方共同购买的房产登记在受访人一人名下。对于房产处置受访人回答得比较含糊。他认为,双方父母互有往来、亲戚朋友也都知道,不会产生纠纷,他的父母会公平地协助处理相关事宜。这是完美的方案吗?首先,这个方案不是每个人都可以模仿;其次,很明显,这个方案不可能完全解决伴侣和父母之间的紧张关系。

55 参见魏伟:《圈内人如何看待同性婚姻?——内化的异性恋正统主义对“同志”的影响》,载《华东理工大学学报》(社会科学版)2010年第4期。

3. 其他问题

房产问题之外,受访人提及最多的是医疗同意权问题。他们认为,在伴侣需要进行手术时自己没有医疗同意权,这是法律最不公平的地方之一。然而,这种理解是不准确的。

目前,我国关于医疗同意权的法规较为混乱,大体上可以认为有医疗同意权的人除“家属”“近亲属”“法定代理人”之外,还包括“关系人”或“授权的人员”在内。⁵⁶实践中,住院前医院通常会要求患者签署文件指定有医疗同意权的人员,这时患者指定其同性伴侣为同意权人基本不存在障碍。问题是,紧急情况下同性伴侣是否有可能以朋友的身份同意?实践中并没有统一答案,医院、医生、手术的具体情况等等都可能被考虑在内。⁵⁷由于医疗机构负责人在无人行使医疗同意权的情况下可以径直同意手术,因此,同性伴侣即使无法同意,通常也不会耽误治疗。这里的问题更多出在有多种治疗方案且各有利弊的

情况下。此时,同性伴侣有可能完全无法参与;即使能够参与,当其意见和家属/近亲属/法定代理人不一致时,其意见也往往会被忽视。

如果同性伴侣在某些情况下拥有医疗同意权,为什么受访人认为他们的权利完全被剥夺?这涉及前面讨论过的法律意识问题。在互联网进行简单的搜索马上就会发现,很多人(不限于同性伴侣)都有同样的困惑:除了家属,谁有医疗同意权?从管理规定来看,1982年至1994年,只有家属和单位有同意权;⁵⁸1994年至2010年,在家属之外增加了关系人(单位未再明确提及),然而何为关系人从未被澄清;⁵⁹2010年之后,法定代理人和授权代理人都可以签字。⁶⁰2009年《侵权责任法》只提及了近亲属,与所有管理性规定都不一样。⁶¹这些相互冲突的规定在实际生活中给普通人、甚至研究者造成了很大的困惑。⁶²对于同性伴侣来说,因为亲密和陌生的紧张关系,困惑和忧虑进一步加重了。自然而然地,对同性婚姻的

56 在一项对河北省迁西县人民医院2008年、2009年住院手术病例10,777例的实证研究中,研究人员发现,患者本人签字占22.3%,配偶签字占47.7%,父子(女)或母子(女)签字占22.4%,兄弟姐妹签字占3.7%,表亲签字占3.2%,同事或单位领导签字占0.6%。参见王福顺、卢利芬、朱秀艳、刘春亮:《谁在行使患者权利——10777例手术患者签字情况分析》,载《医学与哲学》2013年第2期。关于医疗同意权的规定参见下文注释58—61。这几项规定均现行有效,但相互之间并不一致。本文不讨论这几项规定应当如何适用的问题,就本文而言仅需注意,无论是《医疗机构管理条例》的“关系人”还是《病历书写基本规范》的“授权的人员”都没有将同性伴侣排除在外。

57 医院实践的不一很可能是因为法律法规的不一致造成的。

58 卫生部《医院工作制度》(1982年)第40条规定:“实行手术前必须由病员家属、或单位签字同意(体表手术可以不签字),紧急手术来不及征求家属或机关同意时,可由主治医师签字,经科主任或院长、业务副院长批准执行。”

59 国务院《医疗机构管理条例》(1994年)第33条规定:“医疗机构施行手术、特殊检查或者特殊治疗时,必须征得患者同意,并应当取得其家属或者关系人同意并签字;无法取得患者意见时,应当取得家属或者关系人同意并签字;无法取得患者意见又无家属或者关系人在场,或者遇到其他特殊情况时,经治医师应当提出医疗处置方案,在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施。”

60 卫生部《病历书写基本规范》(2010年)第10条规定:“对需取得患者书面同意方可进行的医疗活动,应当由患者本人签署知情同意书。患者不具备完全民事行为能力时,应当由其法定代理人签字;患者因病无法签字时,应当由其授权的人员签字;为抢救患者,在法定代理人或被授权人无法及时签字的情况下,可由医疗机构负责人或者授权的负责人签字。”

61 《侵权责任法》(2009年)第55条规定:“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的,医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得其书面同意;不宜向患者说明的,应当向患者的近亲属说明,并取得其书面同意。医务人员未尽到前款义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担赔偿责任。”第56条规定:“因抢救生命垂危的患者等紧急情况,不能取得患者或者其近亲属意见的,经医疗机构负责人或者授权的负责人批准,可以立即实施相应的医疗措施。”

62 例如以下两篇文章的观点完全不一样:胡伟为、胡凯为、胡建明:《手术签字的社会学解读及法律适用》,载《医学与社会》2010年第12期;冯玉芝、陈楠楠:《关于医疗病案中手术签字主体的法律思考》,载《兰台世界》2014年第5期。

法律论证一再涉及这个问题，因为这个论证太有力了。⁶³一再重复之下，甚至有反对同性婚姻的法律学者也接受了无医疗同意权的结论，退一步认为无医疗同意权不具有实质性影响。⁶⁴这样，医疗同意权和同性婚姻通过家庭中的陌生人的逻辑结合起来：同性婚姻被视为解决医疗同意权的最终手段，而同性婚姻不被认可则等同于被剥夺了医疗同意权。

与医疗同意权类似的是保险问题。一些受访人认为，同性伴侣无法指定对方为养老保险的受益人，这限制了他们的生活安排。与医疗同意权一样，这个理解也是不准确的。在投保人与被保险人均为自身的情况下，《保险法》并未限制投保人指定的受益人范围。实践中不同保险公司掌握尺度有所区别，有的保险公司从谨慎角度不允许指定法定继承人之外的人作为受益人，但少数保险公司在操作中可以指定朋友作为受益人，只是内部审查更为严格。保险公司的实践与本文的论题在两点上有关：其一，各保险公司在面临投保人指定同性伴侣作为受益人的诉求时无一例外均将同性伴侣作为朋友处理；其二，受访人的理解与实践的偏差与医疗同意权存在同样的原因，此不赘述。

受访人也提到了其他问题。最重要也最无奈的是子女问题。可能出乎公众意料的是，同性伴

侣养育子女在当代中国并不罕见。⁶⁵然而，与子女没有血缘关系的同性伴侣无法获得任何法律权利。有的受访人与其伴侣共同投资或共同买车，资金账户和车辆行驶证记载一方的名字，双方却没有签订任何合同。在财产的身后处置方面，绝大部分受访人想当然地认为现金、动产等凭借密码直接支取或转移占有即可，却没有想到在陌生人的法律语境之下这会涉及不当得利。还有几位受访人提及了《反家庭暴力法》，在该法制定过程中，同性社区提出了很多立法建议，然而，一位官员在该法颁布后的新闻发布会上认为我国的同性伴侣之间不存在家庭暴力，因此该法不涉及这个问题。⁶⁶

四、结论

同性社区普遍认为同性伴侣关系脆弱，⁶⁷作者的受访人也不例外。我们已经看到，这种脆弱至少部分是由法律造成的。当同性伴侣处理财产问题的时候不得不在亲密和陌生之间焦虑地选择（房产购买），有些时候甚至完全找不到出路（房产处置），或者即使他们达成一致法律也可能以不同的逻辑推翻（对价和分手费）。他们相互扶持的能力受到法律的限制（医疗同意权），共同养育子女在法律上完全不可能，当他们的关系恶化时法律也视而不见（分手费和家庭暴力）。法

63 前引 50 提及的知乎网站两个问题“如何看待同性婚姻合法化？”“为何同性恋要争取结婚合法化？”的几百个回答中很多都涉及了医疗同意权的问题，有的回答甚至把这作为唯一的理由。此外，前注 2 提及的 2016 年“同性婚姻第一案”的当事人孙文麟在接受采访时也把医疗同意权作为他欲求同性婚姻的最重要的理由。参见丁雪、李洪鹏：《首例男同性恋维权案被驳讲述 13 岁恋爱史》，载搜狐网：<http://news.sohu.com/20160413/n444091190.shtml>，2018 年 11 月 16 日访问。

64 例如，杨支柱在一篇文章中写到：“我注意到一些人特别把同性恋者做手术时需要其同居配偶签字作为主张同性婚姻的理由。确实，同性恋者如果跟同性同居，通常远离父母，也没有孩子给他们签字同意手术。但紧急状态下医院的抢救行为构成无因管理，可以违反家属甚至患者本人的意志，而被抢救过来的患者或者对患者负有法定扶养义务的人仍应承担费用。医院是否承担责任要看它的工作人员是否有过错，与有没有家属签字其实没有关系。目前盛行的手术前要求患者和家属都签字同意的做法，在法律上并无必要性，不过是医院为了降低收费困难而自行采取的手段。”参见前引 51。

65 参见魏伟：《同性伴侣家庭的生育：实现途径、家庭生活和社会适应》，载《山东社会科学》2016 年第 12 期。该文对于中国同性伴侣如何实现生育、如何与子女建构亲缘、如何处理与自身父母的关系，以及如何适应社会等问题都有精彩的讨论，但从本文的角度，值得注意的是该文并未触及同性伴侣之间法律安排的问题。

66 参见前引 7，全国人大常委会办公厅 2015 年 12 月 27 日新闻发布会文字直播。

67 参见前引 55。

律直接限制和干预他们的生活和选择，也间接地通过法律意识的制度化结构发挥作用。这一切的根本原因是同性伴侣对同居的理解与主流法律逻辑大相径庭。当同性伴侣将自己视为一个家庭，基于亲密关系安排家庭生活的时候，法律认为他们之间只能是陌生人关系。我们已经看到，这样的结果既非中立、也非价值无涉。尽管价值判断以术语和逻辑掩盖起来，我们仍然可以从间隙和断裂中窥见它是如何运作的。

然而，不同的声音持续存在。不同的判决展示了另一种可能性，并且即使在主流法律逻辑的判决中也不难找到龃龉之处。同性伴侣仍

然在积极安排自己的生活。即使有很多障碍，他们仍然努力地寻求解决方案。在某些情况下，障碍下的抉择反而会加深双方的感情，这当然是法律意图之外的结果。对于他们来说，价值判断的存在虽然带来了障碍，但同时也预示着另外的可能性。本文发表之际，已有同性伴侣根据《民法总则》第33条成功地在上海、北京等地办理了意定监护公证。据此，一方在丧失或部分丧失民事行为能力时，另一方可以以监护人的身份行使医疗同意权、为维护被监护人利益处分被监护人的财产等。⁶⁸道路仍在延伸，一切都尚未决定。■

68 参见谭畅、张昆昆：《一项制度“歪打正着”，同性伴侣有了“生死协议”》，载《南方周末》2019年8月8日。该文提到，公证员从实用角度考虑，仅以“朋友”描述双方关系。