



FACULTY OF LAW

THE UNIVERSITY OF HONG KONG

**Social Science Research Network
Legal Scholarship Network
Legal Studies Research Paper Series**

**权利的边界：宗教自由vs.同性恋平权 ——从奥贝格费尔诉霍奇斯案谈起
Rights in Conflict: Religious Freedom versus. LGBT Rights**

Zhu, H

<http://ssrn.com/abstract=3837165>

www.hku.hk/law/

University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2021/019

**To access all papers in this SSRN Paper Series, please visit
<http://www.ssrn.com/link/U-Hong-Kong-LEG.html>**

权利的边界：宗教自由 vs. 同性恋平权
——从奥贝格费尔诉霍奇斯案谈起
Rights in Conflict: Religious Freedom versus. LGBT Rights

朱含*

一、研究缘起

2016年4月13日，中国“同性恋婚姻维权第一案”被判败诉，同性恋人士申请结婚登记的诉求被法院驳回。此案在中国和世界范围引起广泛关注，也反映出域外关于同性恋婚姻的争议和司法实践离我们并不遥远。2015年，欧洲人权法院和美国最高法院分别作出了有利于同性恋权利的判决。在 *Oliari and Others v. Italy* 案中，欧洲人权法院认为意大利政府不允许同性恋登记结婚却没有立法协助同性伴侣维持稳定关系，违反了《欧洲人权公约》。¹ 而2015年6月的奥贝格费尔诉霍奇斯案 (*Obergefell v. Hodges*) 则对美国同性恋婚姻合法化具有里程碑意义，美国最高法院明确肯定了同性婚姻的权利受到宪法保护。判决通过后，美国奥巴马总统就此发表演说，其中有一句后来被广泛引用的话：“只有当所有美国人都被平等对待的时候，所有人才更自由 (when all Americans are treated as equal, we are all more free)。”² 事实果真如此吗？不同的个人和团体可能有不同的评判。就同性恋婚姻合法化及同性恋平权而言，因奥贝格费尔诉霍奇斯案判决而受到最大冲击的莫若正对上对同性恋持明确反对意见的宗教团体。³ 这些宗教团体的成员在法律上和感情上是否会觉得因为此项判决而更自由，恐怕如人饮水、冷暖自知。

国内法学界对奥贝格费尔案的关注，比较集中于分析和评判大法官的判词，特别是关于立法权与司法权限的问题。⁴ 但笔者关注的焦点则是同性恋平权与宗教自由的冲突，这一直是争取同性恋平权的过程中的棘手问题，在同性婚姻合法化之后，两者的冲突将尤为突出。一个具有代表性的案例是2016年初华盛顿州诉阿里亚娜花商案 (*State of Washington v. Ariene's Flowers, INC., et al*) 案的判决。该案中，被告花商因出于宗教信仰拒绝向一对同性恋夫妇的婚礼提供鲜花，因此在2013年被华盛顿州认定违反了该州消费者关于禁止性别倾向歧视的规定，州法院支持州政府，而且在判决中明确表示：华盛顿州已于2012年立法允许同性婚姻，被告行为在该州公投表决通过同性婚姻合法那天便已不

*香港大学法律学院博士生。

¹ *Oliari and Others v. Italy*, Applications nos. 18766/11 and 36030/11, Council of Europe: European Court of Human Rights, 21 July 2015.

² “Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality “, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/06/26/remarks-president-supreme-court-decision-marriage-equality>, 最后访问时期2016年4月18日。

³ 此处宗教团体主要指天主教、新教、犹太教以及伊斯兰教。因本文主要探讨美国的宗教自由与平等权冲突问题，鉴于相对于其他宗教，天主教和新教在美国政治及文化中占主流地位，此文主要指向这两个宗教团体，统称为基督教。

⁴ 例如黄明涛：《同性婚姻判决的宪法学分析——解读欧伯格菲案的多数意见》，中国法律评论 2015年第4期。

合法 (...actions became illegal the day voters passed a referendum legalizing gay marriage)。

5

关注平等权与自由权冲突的另一个原因在于，不论应由立法权还是司法权决定同性婚姻的合法问题，同性婚姻合法化（包括以立法方式规定同性伴侣同居关系）都是大势所趋。按照美国政治学者 Charles Epp 关于权利革命的理论，权利革命之所以在法庭上能够成功，是因为社会动员使然；因此法院的判决演变往往反映了社会动员的力度及社会认同的变化。⁶因此，无论由任何国家机关甚至全民公决决定同性恋婚姻合法性问题，长期来看，结果都会趋向相同。因此，在同性恋婚姻权领域，更多的现实问题将表现在不同团体之间的权利和自由冲突，其中以同性恋平等权与宗教自由权最为尖锐并且似乎难以妥协，将成为一个值得长期关注的课题。正如有学者指出，各国法律面对同性恋自由权利议题上，常常是“自由权法理备受煎熬的一个关口。”⁷

同性恋平等权与宗教自由已经发生并可能在将来发生冲突的领域主要包括：鸡奸行为去罪化、学校自主权（如性教育是否包括异性及同性的性行为）、就业、私人商业活动、收养、移民、言论自由及传教自由等等（从涉及的领域看，笔者赞同同性婚姻合法问题应交立法机关处理，因为同性婚姻合法不仅涉及婚姻问题，而且涉及一系列后续问题，法院作为被动处理争端的机关，并不适宜充分讨论这些相关问题。但这并非本文重点，因此不多加讨论）。

近几十年，随着同性恋平权运动的进展，同性恋的权利运动针对的对象已发生很大不同，不论是“鸡奸”行为的去罪化（1987 布沃斯案⁸与 2003 劳伦斯案⁹）还是争取同性恋者婚姻权，主要是要求国家落实对个人自由与平等权的保障。同样，宗教自由最开始也主要针对国家和宗教的关系问题，旨在禁止政府干涉公民信仰和从事宗教行为的自由。美国历史上一系列有关第一修改案的重要信仰案件大多是关于政府与公民宗教自由的关系问题，比如摩门教的一夫多妻制¹⁰、基于信仰拒服兵役等¹¹。但在多元社会的背景下，随着同性恋平权与宗教自由冲突的加剧，团体及个人之间的权利冲突逐渐成为一个重要议题，而国家亦很难袖手旁观，不介入其中。立法和司法机关在平衡和解决冲突之间应扮演什么的角色，常常处于两难境地。另一方面，与更受世俗化影响及其更强调平等权的欧洲国家不同，在美国的法律和文化中，宗教仍具有相当大影响，自由权占据核心地位，被视为维护公民自

⁵ 关于该案报告，“Florist who Rejected Same-Sex Wedding Job Broke Washington Law”, Judge Rules, LOS ANGELES TIMES, <http://www.latimes.com/nation/nationnow/la-na-nn-florist-same-sex-wedding-20150218-story.html>; 判决全文，见 <http://documents.latimes.com/arlenes-flowers-judgment/>，最后访问时期 2016 年 4 月 18 日。

⁶ 参见 Charles Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, 1998, p. 55.

⁷ 马平：“第七章 美国“劳伦斯案”评析”，载褚宸舸主编：《自由与枷锁——性倾向和同性婚姻的法律问题研究》，清华大学出版社 2014 年版，第 127 页。

⁸ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)，此案中美国最高法院支持乔治亚州的关于鸡奸入刑的法律。

⁹ *J.G. Lawrence and T. Garner v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)，在该案中美国最高法院推翻了布沃斯案，判决德州的鸡奸法违反美国宪法。

¹⁰ 例如，1878 雷诺案 (*Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145)；1890 *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333.

¹¹ 例如，吉勒特诉美国案 (*Gillette v. United States* 401 U.S. 437 (1971))。

治和限制公权力滥用的核心价值。因此，同性恋平等权与宗教自由的冲突在美国的宪政体制尤为复杂。

总体而言，在法律层面上，同性恋平等权与宗教自由权的冲突主要包含三个层次的问题：（1）平衡宗教自由与同性恋平等权的冲突领域；（2）性取向是否能像种族及性别因素一样成为构成直接歧视的理由（ground）；以及（3）在政教分离的宪政原则下，国家在多元社会应扮演什么样的角色。这三个方面实际上紧密相联，无论在司法实践还是学术探讨中都尚未形成定见。本文旨在通过美国已有的部分典型司法案例（包括加拿大个别案例）来梳理和探讨这些相关问题，希望抛砖引玉，将来能有更多对这些问题的研究。

二、冲突的背景：宗教与法律的集合与分离

西方法律制度和文化深受基督教影响。从美国判例法的发展及欧洲国家法律的发展过程看，无论在鸡奸罪、通奸罪、离婚、乱伦、堕胎、避孕、同性恋平权等问题上，基督教教义对法律都有直接影响，在二十世纪美国的许多案例中仍有不少直接引用圣经原文作为自然法的依据。¹² 历史的诡异在于，这种法律上的“政教合一”（即法律遵从宗教教义），却是伴随着宗教改革时期君权与罗马天主教会的分离而来。国家的世俗法律和审判机构逐渐取代了宗教法及宗教裁判所的审判权，因此亦将原来由教会管辖属于宗教法域的事项改由世俗法规定。以鸡奸罪为例，这个在宗教上被视为罪的行为，正是因为英王亨利八世与罗马教会的决裂，自行建立教会，英国国会通过世俗法律，将教会法上禁止的鸡奸罪列为罪刑。¹³

因此，教会法与世俗法虽然在形式进行了分离，但事实上世俗法肯定了宗教教义，因此关于同性恋、鸡奸罪、离婚、通奸等法律规定都以传统的宗教道德为理据。这在相当长的一段时间内都没有产生很大问题，因为在相当长的历史时期，基督徒在西欧和北美占了绝大多数，基督教是社会主流信仰和文化，对政治和现实生活影响深远。但随着近代世俗化的进程，¹⁴ 宗教逐渐从无所不在的地位退缩至相对独立的宗教领域，取而代之的是韦伯和涂尔干所描述的个人主义盛行的理性化时代以及多元主义。过去曾在西方国家占大多数的群体及广受认同的宗教教义和道德伦理逐渐不再是多数，甚至成为少数派，反而变成需要在宪法上寻求保护的主体。与之成鲜明对比的是同性恋者以及支持同性平权的人群在过去几十年迅速增加，从少数派逐渐成为获得越来越多主流支持的群体，甚至在一定程度上被认为已成为政治正确的话语。当过去的多数派沦为少数派、少数派力量逐渐壮大，当正统的宗教伦理被从法律场域驱逐、新型的少数者权利兴起，宗教群体与同性恋群体的冲突必然逐步突显。两者的冲突及其对法律改革的影响实际正是上述所说法律从政教合一逐步走向政教分离及世俗化的进程之一，这是一个尚未完成的过程。从鸡奸罪、通奸罪去刑，

¹² 详见 Charles J. Reid, Jr., “Marriage: Its Relationship to Religion, Law, and the State”, Douglas Laycock ed al., *Same-sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, Rowman & Littlefield Publishers, 2008, 157-188.

¹³ 关于英联邦国家有关“鸡奸罪”法律规定的变迁，参见 Robert Wintermute, “Same-Sex Love and Indian Penal Code §377: An Important Human Rights Issue for India”, 1 *NUJS Law Review* 31-65 (2011), 中译稿见贾平译：“第八章 同性恋和「印度刑法典」第 377 条：一个重要人权议题”，载褚宸舸主编：《自由与枷锁——性倾向和同性婚姻的法律问题研究》，清华大学出版社 2014 年版，139-167 页。

¹⁴ 关于西方社会世俗化讨论，见 Larry Shiner, “The Concept of Secularization in Empirical Research”, 6 *Journal for the Scientific Study of Religion* 207-220 (1967).

到无过错离婚及堕胎合法化，直到同性恋婚姻合法，都是将宗教影响逐渐剥离世俗法律的一环。

如果我们不去理解宗教与西方法律交错与分离，就较难理解在美国及其它西方社会中宗教团体与同性恋团体的冲突。比较而言，在中国，关于同性恋问题，包括堕胎、无过错离婚等问题，具有与西方截然不同的路径、法律文化及问题意识（同样议题在我国几乎未在道德伦理上引起什么重要的讨论）。这既提醒我们可以采取不同的视野看待中国如何在法律上解决关于同性恋婚姻和权利的问题，也提醒我们在中国探讨同性恋平等权问题也不应忽略其他一些持有不同宗教及道德伦理的少数派群体的权利，虽然目前看来，这两个群体的冲突并不如美国那样突显。

事实上，在一定程度上，国家通过法律将同性恋婚姻合法化，重新回到了真正意义上的“上帝的归上帝、凯撒的归凯撒”（太 22:17-21），即世俗婚姻与宗教婚姻的彻底分离。只不过与中世纪不同，在民主宪政体制国家中，教会没有宗教法的执行权，只限于对教徒提出道德要求和约束（当然，许多学者和宗教人士质疑世俗婚姻与宗教婚姻或基于传统道德的婚姻能否彻底分离，但这并非本文主旨）。如此看来，同性恋群体与宗教团体似乎应该相安无事，但问题在于，同性恋平权并不仅限于消极防止国家干预（如鸡奸的去罪化），而是逐渐成为积极争取国家和公众认可与保障的权利，需要国家干涉和介入，不可避免对其他团体的权利和自由造成冲击。如同性恋婚姻推动者、自由主义学者 Eugene Volokh 描述的，同性恋平权有不同阶段及不同的目标。一是从国家压迫中解放出来（如鸡奸的去罪化、防止警察骚扰等），二是争取政府的平等对待，同性恋婚姻是其中最重要的目标。三、使歧视或谴责同性恋的私人行为成为非法并受到惩罚。可以说目前美国的同性恋平权，已基本实现了第一和第二个目标，并正在致力于第三个目标（从下文讨论的案例可以看出）。¹⁵这三个目标的递进正是同性恋者逐渐从争取消极权利走向积极权利的过程，这个过程将导致越来越多私人团体间权利的冲突。以同性恋婚姻合法化为例，在宗教团体看来，同性恋群体诉诸法律要求国家承认同性恋者同居为“婚姻”，并在社会生活许多方面要求全社会的配合，构成了国家专制主义，¹⁶是将国家认同的意识形态和道德观念加诸于持不同意见的群体，本文开章所举的阿里亚娜花商案即被视为对公民宗教自由权的严重侵害。而宗教自由的核心元素之一便是：政府应允许各宗教自生自灭，政府不能成为一个团体与另一个团体竞争的工具。¹⁷政府积极支持同性恋婚姻及平权，并将之强加于持不同意见的群体，则违背了政教分离的宪政原则。

为平衡同性恋平权和宗教自由的问题，不少国家及美国各州政府都曾试图通过立法解决冲突。在关于平等权保护和反歧视立法中，通常会加入保障宗教自由的条款，比如豁免持不同意见的宗教人士主持同性恋婚姻，以及豁免一定的宗教团体在某些领域的反歧视义务。¹⁸但仍然无法避免现实中出现在各个领域的冲突，下文将通过一些典型案例介绍两者冲突发生的主要领域。

¹⁵ Eugene Volokh, “Same-Sex Marriage and Slippery Slopes”, 33 *Hofstra L. Rev.* 1155, 1178 (2005).

¹⁶ 王怡：“埃及人的福音：评述“同性婚姻”合法化”，<http://www.weibo.com/p/1001603861247861872860>，最后访问时期 2016 年 4 月 18 日。

¹⁷ William N. Eskridge, “A Jurisprudence of “Coming out”: Religion, Homosexuality, and Collisions of Liberty and Equality in American Public Law”, 8 *The Yale Law Journal* 2411, 2415 (1997).

¹⁸ 例如加拿大 2005 年通过的《民事婚姻法案》，专章规定不得强制任何宗教神职人士主持和认可同性婚姻。

三、主要冲突领域及典型案例

平等权与自由权的冲突其实在美国宪法实践中早已有之。特别是在 1964 年民法法案 (The Civil Rights Act of 1964) 通过后，国家立法禁止在就业、公共住宿及教育领域的歧视，广泛介入私人领域，从而引发许多关于种族、性别平等权和公民自由冲突的案件。同性恋平等权与宗教自由权的冲突与这些先例在法理上具有相似之处，但由于同性恋权利属于相对较新的权利，而宗教自由对于个人又具有极其重要意义，同性恋平等权与宗教自由的冲突案件相对更为棘手。

1. 就业领域

就业领域争端的焦点在于：宗教组织及其附属机构是否有权基于宗教信仰拒绝雇佣同性恋人士？总体而言，法院不会审查教会雇佣神职人员时排除同性恋者 (ministerial exception)¹⁹，但问题在于，教会及神职人员只是宗教组织及其所雇人员的一小部分。²⁰在西方社会，宗教组织不仅仅单纯从事宗教活动的教会，还有大量附属的具有社会福利性质的机构，如教育机构和医院。这些组织和机构是否能够基于宗教自由的理由而拒绝雇佣同性恋人士？更进一步，一般的私人商业机构是否能基于雇主的宗教信仰拒绝雇佣同性恋人士？1998 加拿大的佛兰德诉阿尔伯塔省 (Vriend v. Alberta) 是一个具有典型性的案例。原告佛兰德是阿尔伯塔省基督教派学院的永久雇员，因向校方透露了其同性恋倾向而被辞退，当地人权委员会认为该省的《个人权利保护法》并未规定基于性倾向的歧视，因此不支持佛兰德提出的平等权请求。但佛兰德认为该人权法案未将性倾向列入保护范围违反了《加拿大宪章》第 15 条，并最终获得加拿大最高法院支持。²¹美国 2010 年救世军案也是政府干预宗教组织基于宗教信仰雇佣相关人员的案例（见下文）。

2. 公共教育领域

公共教育领域的冲突主要表现在两个方面，一是教育机构的教育自主权，如学校在性教育课程中是否提供关于同性恋性行为的教育、教师能否在课堂上发表支持或反对同性的言论。近来已发生数起因为家长委员会同意增加同性恋性行为教育课程的抗议，并有教师因向学生讲述同性恋故事被辞职。²²相信在不久的将来，将会有相关案件进入司法程序。二是学校如何对待不同学生及学生社团的诉求，已发生的冲突包括学生是否可以穿着反对或支持同性恋的衣服进入学校或举办相关宣传活动、反对同性恋的社团能否使用学校公共设施、是否允许学生在毕业年鉴上发表公开“出柜”宣言等等。²³一般的公共学校试图平衡支持同性恋权利与信教学生之间的诉求及活动，以不违反学校的正常秩序为限。但冲突最

¹⁹ Schmoll v. Chapman University (1999), Cal. App. 4th 1434 [83 Cal. Rptr. 2d 426].

²⁰ Hope Internat. Univ. v. Superior Court, 14 Cal. Rptr. 3d 643 (Cal. Ct. App. 2004), 该案原告解雇了该校两位有婚外恋行为的教授，认为其违反了圣经教义。该案法官认为 Schmoll 案确立的“神职人员例外” (ministerial exception) 原则不适用该案。

²¹ 李剑波：“加拿大同性婚姻立法发展研究”，载《环球法律评论》2010 年第 5 期，第 90-99 页。

²² 例如，北卡罗莱纳州艾佛兰县的一位小学教师因向学生讲述两位王子幸福生活的童话故事而被迫辞职。参见 Michael Schaub, “Teacher Who Read Gay-Themed Fairy Tale in Class Resigns After Protest”, *Los Angeles Times*, June 16, 2015, <http://www.latimes.com/books/jacketcopy/la-et-jc-teacher-who-read-gay-fairy-tale-resigns-20150616-story.html>, 最后访问日期 2016 年 4 月 18 日。

²³ 例如，Don Fraser, “Gay Student Suspended after Kerfuffle over Yearbook Quote”, *WinnipegSun*, May 27, 2015, <http://www.winnipegsun.com/2015/05/27/student-suspended-after-kerfuffle-over-pro-gay-yearbook-quote>, 最后访问日期 2016 年 4 月 18 日。

直接的往往发生在宗教组织下属的学校中。最为典型的一案是 1987 年哥伦比亚特区上诉法院关于 *Gay Rights Coalitions of Georgetown University Law Center v. Georgetown University* 案（以下简称乔治城大学案）的判决。²⁴在该案中，LGBT 学生社团要求乔治城大学像对待其他学生社团一样向该社团开放校内设施及提供必要资助，但作为传统的天主教私立大学，乔治城大学拒绝了这一请求。被法院认定判定反人权法案关于反对基于性倾向歧视的规定。

3. 私人商业领域的自治

2015 年在私人商业服务领域连续发生数起受到广泛关注的同性恋平权与宗教自由冲突的案例或事件，其中三起都与同性恋婚姻密切相关。这几起案例主要是：本文开篇介绍的华盛顿州诉阿里亚娜花商案、*Hands on Originals v. Lexington-Fayette Urban County Human Rights Commission*（以下简称打印商案）、伊尔安摄影诉韦洛克(*Elane Photography v. Willock*)（以下简称摄影师案）、*Sweet Cakes by Melissa*（以下简称梅丽莎蛋糕房案）。在花商案、摄影师案及蛋糕房案中，几位私人商业服务提供者都因基于宗教信仰拒绝向同性恋提供婚礼服务而受到处罚，其中除了在打印商案中法院认可了打印商的宗教自由权利以外，阿里亚娜花商及摄影师案均在法院败诉（摄影师案被美国最高院拒绝审理）。而作为夫妻店的梅丽莎蛋糕房，因为被罚高达 13.5 万美元（后获得外界大量筹款帮助）以及外界压力而关闭。

4. 税务豁免与政府资助

税务豁免问题与就业、公共教育密切相关，宗教团体及宗教自由捍卫人士担心，政府有可能利用税务豁免权力或政府资助间接惩罚违反反歧视规定的团体，间接鼓励和推动同性恋平权。或者说，宗教组织享有的宗教自由的保护，可能因政府资助的附加条件而受到限制。美国联邦政府基于《国内税收法》(Internal Revenue Code)第 501 条的规定，可对宗教、慈善、教育等领域的组织实行税务豁免。但法院认为如果此类组织的行为有悖公共利益或属于非法行为，联邦政府有权取消税务豁免。目前虽还没有发生因同性恋歧视问题受被取消税务豁免或资助的案例，但却有因宗教信仰实行种族歧视而被取消税务豁免的先例。在著名的 1983 年包伯·琼斯大学案 (*Bob Jones University v. United States*) 中，²⁵ 包伯·琼斯大学因实行种族歧视的政策，因此法院支持联邦政府取消对该校的税务豁免。另外一个近期影响较大的案子是 2010 年救世军案 (*Lown v. The Salvation Army* 案)，该案最终在联邦法院达成协议。按照协议，接受政府资助的宗教组织在使用政府资金雇佣员工时不得基于宗教信仰进行歧视。宗教团体担心联邦会在将来同样利用税收条例及上述先例，要求宗教组织及其附属的社会福利机构接受同性恋婚姻或同性恋平权，否则将在税务豁免或政府资助方面受到限制。

5. 传教与言论表达自由

同性恋群体和宗教群体都可能在公共场合以讲道、游行、集会、广播等种种方式向公众或社团成员表达反对或支持同性恋的声音，而且常常针锋相对。鉴于两者截然对立的立场，什么样的表达构成仇恨语言可被禁止，什么样的情景下可限制反对或支持同性恋的表达，是言论自由领域经常碰到的冲突问题。在现实中，已发生多起雇员、学生或牧师因发表支持或反对同性恋言论被开除或警示的事件。言论表达领域的冲突并不局限于就业领域。美国最高院裁判过一起相关案例，即 1994 年 *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian &*

²⁴ 536 A.2d 1 (D.C. 1987)

²⁵ 461 U.S. 574(1983).

*Bisexual Group (GLIB)*案。该案中，美国最高法院支持波士顿市政府拒绝同性恋团体参加波士顿每年举行的传统游行，认为由此将强制游行组织方表达支持同性恋的立场，从而侵犯第一修正案所保护的宗教自由权利。²⁶ 此外，宗教人士（特别是神职人员），是否能够基于教义发表反对同性恋的言论、在什么场合能够发表反对同性恋的言论、以及什么样的言论构成仇恨言论(hate Speech)，这些界线的界定对宗教团体关系尤为重大。在加拿大，萨斯喀彻温省(Saskatchewan)一位牧师因为散发指责同性恋是罪的传单而被当地人权委员会处罚，虽然该省上诉法院最终撤销了这一处罚，但法官认为撤销决定是基于当时加拿大同性恋婚姻尚未合法，因此保留这一判决在同性恋婚姻合法化后的效力。²⁷ 在此后的一个相似案例中，当地法院拒绝适用上述判决，支持对一位散发指责同性恋者变童传单当事人进行民事处罚。另外一个问题是，如果宗教人士发表反对同性恋的意见遭到禁止，那么同性恋者针对宗教的语言是否也应受到同样限制？美国联邦层面目前并没有像加拿大、新加坡及欧盟国家关于仇恨言语的立法，而且相对而言，基于宪法第一修正案，美国法院对仇恨语言仍给予非常强有力的司法保护，其中包括针对宗教的表达和语言。²⁸ 相信随着时间的推移，将有更多宗教自由与同性恋平等权保护的案例进入司法程序，要求法院厘清言论自由的边界。

四、主要涉及的法律争议

上述各个领域涉及的具体法律问题各有差别，由于篇幅限制，本文无法对各个领域发生冲突的案件判决进行一一剖析。总体而言，在美国宪法语境下，同性恋平权和宗教自由冲突的法律问题主要集中于美国宪法第一修正案²⁹规定的“禁立国教”条款(Establishment Clause)和“信仰自由”条款(Free Exercise Clause)与美国宪法第十四条修正案关于平等权保护的冲突。沿袭种族和性别平等权与第一修正案规定的自由权相互冲突的先例，在审判宗教自由和同性恋平权案件的过程中，法院一般承认法律禁止基于性别倾向的歧视对当事人一方的宗教信仰自由确实造成了实质性负担（或者说限制），但这种限制是否合理，还要考量是否存在强有力的国家利益(compelling state interests)，从而使这种因国家立法对行使宗教自由造成的负担合法化。法官 Mark 在 1987 年乔治城大学案中的判词正是这一逻辑的经典体现。但这并未解决同性恋平权和宗教自由冲突的法律问题，因为如何界定存在的国家利益是否强有力，在现有的案例中并没有确定统一的标准，比如在打印商案中，地方法院就认为不应牺牲公民的宗教自由。因为美国最高法院近期拒绝审理上述摄影师案，因此在近期也不太可能提供可供参照的标准。

对比与乔治城大学案极为相似的 1983 年包伯·琼斯大学案。该案主要涉及宗教自由与种族平等的冲突。该学校基于对圣经的解释，反对跨种族通婚，因而拒绝该校学生要求成立的支持跨种族约会的社团。在该案判决中，法院也同样承认反对种族歧视的法律使该校的宗教自由受到严重限制，但却认为有必要服从于教育领域种族平等这一重大国家利益，因为种族歧视是美国一百多年来整个国家需要处理的问题，关涉重大，因此，因反对种族

²⁶ 115 S. Ct. 2338 (1995), at 2347.

²⁷ *Hellquist v. Owens, Sask, Ct. App.* 41 (2006).

²⁸ 例如 1992 年 *R. A. V v. St Paul* 案 (505 U.S. 377)，美国最高院一致推翻了对 R. A. V. 在一个非裔家庭草坪前烧毁十字架行为的定罪，并裁定相关针对仇恨犯罪的法律无效。

²⁹ 第一修正案禁止制定任何法律“确立国教”、阻碍信仰自由、剥夺出版自由和集会自由、干涉或禁止人民向政府和平请愿的自由。

歧视而对该校宗教自由进行限制是合理的。³⁰但在同性恋平权的问题上，法律问题更加复杂：一是就宗教团体而言，只有极少数宗教团体用教义来正当化种族歧视，而且鲜有正统教义明文反对种族平等，但在同性恋问题上却完全不同。因此虽然有教会在历史上持有种族歧视立场和倾向，但另一方面，基督教团体在美国黑人平权运动中起着极其重要的作用。相反，鲜有宗教团体成为推动同性恋平权的急先锋。二是正如法院在包伯·琼斯大学案判决中所言，种族歧视问题在美国经历了长时间的历史沉淀，对国家政治社会有重大影响，相较而言，同性恋平权问题，尤其是同性恋婚姻，较为新兴，在对宗教自由这一具有核心价值的公民权利构成限制时，是否足以构成强有力的国家利益，尚缺乏如种族和性别问题那样强有力的说服力和社会认同。

总而言之，在处理宗教自由与同性恋平权冲突问题上，美国法院已有的司法判例尚未确定相对统一的裁判标准，其中主要涉及三个尚待解决，值得进一步思考的问题：

(1) 同样作为歧视理由 (ground)，性倾向与种族、性别有何不同、为何不同？在过去的反歧视法及国际人权法中，性倾向很少出现在传统的宪法保护和反歧视法律中，但现在已有越来越多的立法明确禁止针对性倾向的歧视。上述花商案、摄影师案、蛋糕房案及打印店案都是因为违反本州的反歧视法律引起。但比较乔治城大学案、包伯·琼斯大学案及打印店案中可以看出，同性恋平权在多大程度上能够构成对宗教自由的合理限制，比种族、性别平权问题更为复杂，尚未有定论。而对同性恋及同性婚姻的歧视，究竟是基于身份 (identity) 还是行为，亦或纯粹是出于宗教信仰，也是维护宗教自由人士在抗辩中经常提出的问题。如在花商案、打印店等一系列私人服务的领域，辩方都提出商家在平常业务中都曾向同性者提供服务，甚至雇佣同性恋者，因此并不构成对同性恋者的歧视，只是基于宗教信仰反对同性恋婚姻，却并不歧视个人的性倾向。许多宗教信仰徒宣称并不歧视仇恨同性恋者，而且愿意积极接纳同性恋者，甚至在早期艾滋病弥漫未受足够正视的时候，正是宗教人士最早接触并关怀同性恋社群。因此同性恋作为一种被歧视的身份，与种族、性别等与生俱来、不需要行动来体现的身份 (identity) 有很大区别。

(2) 与上述第一个问题紧密相关的是：对基于性倾向的歧视应采取何种审查标准？对于平等保护，美国判例法基于分类 (classification) 建立了不同审查标准，包括严格审查 (如种族和性别)、中等审查和理性审查。对于性倾向的歧视应采取何种审查标准？在同性婚姻领域，2013年温莎案中，大法官阿托利、托马斯的少数意见明确反对当事人所要求的严格审查，认为：要求判断“异性与婚姻制度存在合理联系”就像要求判断“白皮肤与表决权存在合理联系一样荒谬”。后者显而易见不存在合理联系，而前者则“显而易见”存在合理联系。但随着同性恋婚姻合法化之后，大法官阿托利、托马斯的观点恐怕难以立足。而对于同性恋应采取何种程度的审查标准，尚无定论。

(3) 国家通过立法认可并积极促进同性恋平权及同性婚姻，是否违背政教分离原则？针对这个问题的解决方案之一是采纳 *Lemon v. Kurtzman* (1971)³¹ 所确立的标准 (Lemon Test)，用来审查可能影响宗教自由的立法：即该项立法主要是为实现世俗目的，并不是为了促进或阻碍某个宗教发展，而且在立法中政府与宗教并无过多关联。³² 转述到同性恋平权领域，即国家通过的反歧视法只要不特别针对宗教组织或个人，而是不加区分地一律

³⁰ 461 U.S. 574 (1983), at 604.

³¹ 403 U.S. 602 (1971).

³² 参见 *Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589 (1988); 阿尔弗雷德·史密斯案 (*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990))。

推行同性恋平权，即使影响宗教自由的行使，亦属合理。但在同性恋平权与宗教自由领域，这个问题并不这么简单，很难说 *Lemon test* 的标准是否能够适用。因为国家立法允许同性恋婚姻及禁止同性恋歧视时，相当于已直接在两种相互冲突的意识形态中作出选择，并通过法律将之强加于持不同意见的社会群体。因此宗教人士认为：这是国家“指鹿为马”，将他们所认为不是婚姻的事物强加于人，是典型的国家主义偶像崇拜。³³ 在上述私人商业领域、税务豁免、宗教自治等情况下，宗教组织及信徒都面临违背良心意志、屈从国家法律的压力。

另一个更深层次的问题是，即使国家推行的是世俗价值，将宗教从法律中剔除出去，那么推行以去宗教的价值观为基础的婚姻观及平等权的法律制度，是否构成另一种形式的政教合一？以同性恋婚姻为例，如果说国家禁止同性恋婚姻是将宗教信仰加诸于法律，那么强制持不同意见的社会群体接受同性恋婚姻甚至为之服务是否构成另一种形式的宗教迫害？在 1994 年齐亚斯·乔伊尔村学区教育委员会诉格鲁梅特案 (*Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*) 中，法院判词写道：“政府不能相对一个宗教而喜欢另一个宗教，或者相对于无神论而更喜欢宗教。”同样，在同性恋平等与宗教自由的冲突过程中，如果政府强制惩罚基于信仰拒绝认同同性恋婚姻的个人或团体——如上述花商案等，是否构成“相对于宗教而更喜欢无神论”？（鉴于大多数同性恋婚姻支持者认为婚姻并不具有宗教的神圣性，也有少数自认是基督徒的同性恋者）。

将宗教（包括传统主流道德）与法律完全割裂，是否可欲亦或可行否？这是另一个饱受争议的问题。在探讨宗教与法律的关系中，有学者指责，将宗教价值或道德与法律分裂，将使法律沦为工具主义，使法律不再建立在达成共识的对错标准，而纯粹沦为二等的实用工具，这样的法律既无道德价值又无权威，人们遵行法律仅仅是因为计算利弊。³⁴ 在上述摄影师案和蛋糕店案中，辩方及维护宗教自由的人士也都提出相同论述：只有恶法才会通过处罚强迫人们违背自己的良心行事。但在多元社会下，无法达成共识的对错价值观似乎才是我们宿命，同性恋平权与宗教自由的冲突似乎展示的就是这样一幅景象。

因此，在维护和推进同性恋平权（特别是保障同性恋婚姻）以及保障公民和社会团体的宗教自由之间，国家究竟应该如何平衡，才符合政教分离的宪政体制下应处的位置。从上述已知的案例及宗教人士激烈批判和抵制来看，美国尚未找到适宜的司法裁判标准。

虽然目前对解决同性恋平等权与宗教自由尚未确定标准，针对同性恋平等权在各个领域带来的冲击，宗教团体及旨在捍卫宗教自由的公民团体也很可能更多地通过宪法诉讼予以反击。目前在美国立法和司法实践中，比较通用的平衡方案是通过政府立法或法院的司法判决，赋予特定团体在同性恋平等权方面特定的豁免权。豁免权的范围在美国各州范围不一，有的仅限于宗教团体，但不包括宗教团体附属的社会服务机构，如学校、医疗福利机构等。较宽泛的豁免权则规定所有团体有权基于自身的宗教信仰而不接纳同性恋者。³⁵ 但这样的法律实践仅局限于一些最关乎宗教团体自治的基本领域，无法完全解决在其它私人领域同性恋平权与宗教自由的冲突，即 Volokh 教授所称同性恋平权要实现的第三个目标。

³³ 王怡：“埃及人的福音：评述“同性婚姻”合法化”，同前注（16）。

³⁴ Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion*, Abingdon Press, 1974, pp. 30-35.

³⁵ 具体详见，Marc D. Stern, “Same-Sex Marriage and the Churches”, in Douglas Laycock ed al., *Same-sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, Rowman & Littlefield Publishers, 2008, p. 9.

美国最高法院在 2014 年 *Burwell v. Hobby Lobby*³⁶案的中判决，进一步认定封闭型公司 (closely-held) 能够适用《宗教自由恢复法案》(Religious Freedom Restoration Act) 中的宗教豁免条款，豁免履行与宗教信仰相悖的相关法律义务，这个判决虽与同性恋平权无直接关系，³⁷ 但可以预见将影响同性恋平权与宗教自由的冲突问题。而相比以往其它平等权（如种族与性别）与宗教自由的冲突，同性恋平权对宗教自由和自治的冲击更加突出，因此在法律上也更加棘手。即使采取与美国不同的对同性婚姻的处理方式，对异性婚姻与同性民事法律关系作不同的立法规定，也仍然无法从根本上解决上述冲突问题。

五、小结

奥贝格费尔诉霍奇斯案和同性恋婚姻合法化是美国同性恋平权运动发展中的重要里程碑，但同性恋平权运动并不止步于此，与之相伴的是同性恋平等权与宗教自由在各个领域法律冲突的增加。正如美国法律学者 Chai R. Feldblum 指出，所谓同性恋平等权与宗教自由的冲突实质上是两种自由的冲突，³⁸ 两者皆与个人尊严紧密相关，具有高度的相似性，但常常难以并存。当两者发生冲突时，保护一方必然意味着侵蚀另一方。在争取同性恋婚姻及同性恋平等权以及捍卫宗教自由的过程中，支持同性恋者从少数走向多数，他们争取平权的活动更趋积极，而秉持正统宗教信仰和价值观反对同性婚姻的宗教团体和个人则自七十年代起渐渐由攻势转为守势，在法律上从反对转向容忍。而未来的趋势似乎显示，从前作为多数派的团体将成为少数，而且可能面临自同性恋团体和国家推行同性婚姻及同性恋平权的压力，需要借助宗教自由保护少数者的权利。两个团体的冲突展示了在多元主义社会下，法律在调解权利和冲突的作用及其局限。

本文最后想指出，作者赞同斯卡利亚法官在奥贝格费尔案反对意见所指出的：法律与道德伦理不可分割。但问题在于道德伦理随着历史发展可能发生变化。自由与权利之间的冲突问题，现在看起来棘手的难题，随着历史的发展也会慢慢变化，冲突变得不那么激烈，而法庭的态度亦随之改变。比如在争取种族平等的漫长道路上，1950 年的美国法院，即使在布朗案后仍并不愿意介入禁止跨种族通婚的州法(1956 *Naim v. Naim*³⁹)，而到了 1983 年包伯·琼斯大学案，法院却推翻一所宗教学校禁止跨种族约会的政策，这在 1950 年代是难以想象的。正如美国学者所说，变化的发生只有在宗教信仰熟悉了平等权利后才会实现 (it came possible only after the country and its religions had gone through thirty years of equality practice)。⁴⁰ 不难想像，这也是未来宗教自由和同性恋平权的必经之路，也已被同性恋平权运动过去半个世纪的历史所证明。作者强调这一点，并非认同法律虚无主义。只是想强调在多元社会下，宪政的重要价值之一即在于为不同信仰、诉求、价值观的团体提供通过

³⁶ 573 U.S. 22 (2014).

³⁷ 参见苏盼：“公司享有宗教权利吗？”，http://blog.sina.com.cn/s/blog_8e52c70f0102vbap.html，最后访问日期 2016 年 4 月 19 日。

³⁸ Chai R. Feldblum, “Moral Conflict and Conflicting Liberties”, in Douglas Laycock ed al., *Same-sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, Rowman & Littlefield Publishers, 2008, pp. 123-4.

³⁹ 350 U.S. 985 (1956).

⁴⁰ Eskridge, “A Jurisprudence of “Coming out”: Religion, Homosexuality, and Collisions of Liberty and Equality in American Public Law”, *supra* note 15, p. 2473.

法律渠道进行沟通、利用法律进行辩护和竞争的平台，这个过程本身不仅能促进公众意识的改变，同时也深受公众意识变化的影响。

但不可否认的是，与种族及性别平等问题相比，同性恋问题将更为复杂，因其与宗教教义有更为直接的冲突。两者的冲突向我们提供了一个审视在多元化的后现代社会，国家在政教分离、尊重公民团体自治及促进平等方面应扮演何种角色；也展示了如何在多元主义下，观点完全对立的各个团体能够进行对话和沟通，通过宪法促进争端的和平解决，同时实现谅解与和谐共处。

再次回到中国，同性恋婚姻及平权运动并不是一个遥远的话题。中国不仅已有关于同性恋婚姻合法化的提案，民间社会的同性恋平权亦已悄然兴起。同性恋婚姻问题作为一个世界性问题，同性婚姻合法化及反同性恋歧视，由欧洲至美洲，不可避免也会波及中国。事实上，我国的台湾地区，在美国奥贝格费尔案判决之后，朝野上下再次关注同性恋婚姻议题，并将同性恋民事关系的立法再度提上议程。⁴¹虽然传统上中国关于婚姻家庭等相关制度的法律没有像西方那样受到宗教的深厚影响，但近年来随着市民社会的发展，越来越多的宗教和信仰人士对同性恋问题公开发表反对意见，两个团体间时交锋，这是多元社会下一个必然现象。值得庆幸的一点是，在中国，这些冲突的出现可以说是发生在一个后宗教 vs. 同性恋权益的时代。宗教团体虽然仍依据其教义对同性恋有所保留，但对同性恋团体的污名化及激烈的抗拒已然过去。由于国际同性恋平权运动的发展，宗教团体对同性恋群体认识更深，内部也出现不同的声音，虽然大多数宗教团体及信徒对同性恋坚持反对立场，仍表现出更多了解与体谅。因此处于后宗教自由 v. 同性恋世代的中国不太可能出现非常激烈的对抗。但宗教团体的容忍并不代表着大多数宗教团体与信徒会放弃对教义和宗教自由的支持，分歧和冲突不可避免。他山之石、可以攻玉，观察美国在处理宗教自由和同性恋平权的经验和教训，对于不同权利和自由的冲突问题有参考价值，也有助于我们思考如何通过宪法和法治框架实现和而不同的良好社会。

⁴¹ 参见，“向同性婚姻合法化邁時 法務部擬推‘同性伴侶法’”，<http://www.storm.mg/article/57846>，最后访问时间 2016 年 4 月 18 日。