

宗教自由背景下同性婚姻問題的爭議焦點探析 ——兼評許育典《同性婚姻、同性平權與宗教自由》

段知壯*

(浙江師範大學行知學院)

摘要：在以美國為代表的許多國家的法律制度下，同性婚姻法律問題最主要的討論焦點便是其與宗教自由之間的矛盾，人們通常將以基督教為代表對同性戀的負面評價與同性平權訴求進行人為的二元對立，但事實上這兩者之間至少在法律層面或許並沒有直接的正面衝突。憲法意義上對公民基本權利的保障多是出於對國家公權力的擴張抵制，而無論對於同性婚姻制度支持與否，其都需要依託於國家制度建構意義上的強制力背書。因此國家立法、司法層面如何在必須進行價值基準選擇的前提下進行對婚姻制度的塑造，以及在該種塑造之後如何應對持相反道德理念之人群的權利保障才是問題的核心與關鍵。

關鍵詞：宗教自由；同性婚姻；基本權利；道德自由

Research on the Controversial Focus of Same-sex Marriage in the Context of Religious Freedom

Zhizhuang Duan*

(Xingzhi College Zhejiang Normal University)

Abstract: Under the legal system of many countries represented by the United States, the main focus of discussion on same-sex marriage is the contradiction between it and religious freedom. People usually make a dualistic antagonism between the negative evaluation of homosexuality represented by Christianity and the appeal for equal rights of homosexuals, but in fact, there may not be a direct positive head-on confrontation between the two at least at the legal level. The protection of citizens' basic rights in the sense of constitution is mostly due to the resistance to the expansion of state public power. Whether it supports the same-sex marriage system or not, it needs to rely on the compulsory endorsement in the sense of national system construction. Therefore, how to shape the marriage on the premise that the value benchmark must be chosen at the national legislative and judicial levels, and how to deal with the protection of the rights of people who hold opposite moral concepts after such shaping is the core and key of the problem.

Keywords: Religious Freedom; Same-sex Marriage; Basic Rights; Moral Freedom

收稿日期：2021年11月30日；通過日期：2022年03月11日。

*通訊作者：段知壯，男，法學博士，日本學士博士，浙江師範大學行知學院講師。主要研究方向為理論法學。

電子郵箱：b97@qq.com；聯繫電話：+86-18911026906。

0 引言

不知從何時起，多元主義儼然已經成為一種毋庸置疑的「優越價值」，多元主義的價值觀誠然在宣導多元並存、彼此尊重包容的社會互動層面取得了相當豐碩的成果。但與此同時新的問題也在不斷呈現，如自由主義指責多元文化違背了非歧視性原則，而後者指責前者將虛假的同一模式強加於人，從而否定了他們特定的認同。^[1] 在法律層面上，以美國 *Obergefell v. Hodges* 案為代表的同性婚姻法律問題更是凸顯了宗教自由與同性婚權兩者在自我實現、平等權等法律價值上的衝突。事實上每一種對多元性認知的可能都是因為歷史（就事件而言）、由於差別產生的過程（即作為「不同結構」的後果），以及獲取資源和權力的途徑之差異所產生的衝突，^[2] 簡單地將特定宗教理念與同性婚權訴求兩者在法律層面進行二元對立並不能有助於人們完整地觀察該問題背後的焦點。事實上，在公民基本權利的層面來看，宗教自由與同性婚權之間並沒有產生過實質性的交集，兩者均是通過對國家公權力的抗辯而將問題的指向呈現給對方。因此，只有準確地辨別這種法律困境背後的理論根源，才能有針對性地提出相應的解決方案。

1 公民基本權層面的自我實現與自我決定

儘管在西方學術界對這一問題的討論由來已久，但在中國語境下對宗教自由與同性婚權之間爭議的論述卻相對少見，因此臺灣成功大學許育典教授於 2017 年出版的《同性婚姻、同性平權與宗教自由》一書就顯得格外有分量。許教授在宗教自由領域的造詣早已為學術界公認，而在該書的第三、四章節中許教授直面兩者的衝突，並不

僅僅局限於社會實踐的角度進行探討，而是將視角深入到憲法學的法理層面，這種分析路徑的最大優勢在於其在一定程度上超越了以往討論中所呈現的那些鮮明的價值前見，而始終堅持將問題限定在法學框架之內。概括地說許育典教授的論述可以分為二個層面，在第一個層面，許教授以「自我實現權」為核心觀點反復強調無論性傾向究竟是否為一種後天「選擇」，除非能證明同性戀者有侵害他人權利、妨害社會秩序或公共利益，否則就不應遭受差別待遇。^{[3]66} 但與此同時許教授也深知這種觀點雖然在公民個人本位的視角下為性傾向的自我選擇或自我決定進行了法理基礎構建，但仍未為解決作為一種社會制度之婚姻如何能以單純的個人選擇或決定作為建構的緣由。這也因此成為了在第二個層面分析宗教自由與同性婚姻之間對抗的關鍵所在，許教授認為在宗教自由與同性伴侶權益的爭執中，是信仰宗教教義認定同性戀為罪惡的信徒之「宗教自由」與同性伴侶不因其性傾向而受到歧視的「平等權」兩者之間基本權相互衝突的關係。^{[3]72} 但不難看出，前者所表述的基本權乃是一種基於突破既定制度而不受到國家限制或妨礙的特定主體之自由權；而後者則又可以分為兩個方向，第一個方向正是許教授在第一層面所強調的作為公民個人的自我決定權，而另一個方向則是如何將同性婚姻與異性婚姻的「對等」納入「平等權」框架下的一種理論梳理。特別值得關注的是，許教授在第二層面對同性婚姻的宗教抗辯進行分析時強調從基本權衝突的結構思考，宗教抗辯真正的含義是一種宗教信仰自由最古典的基本權功能：防禦權的展現。^{[3]106} 也就是說，宗教自由層面對同性婚姻的抵制或許並不是從兩者之間的觀點衝突角度展開的，而是藉由因國家在公權力層面對某一方的特別「賦權」而導致另一方的利益受損之可能。正如在 *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights*

[1] 326 F. Supp. 924 (S.D.N.Y.1971)

[2] 359 F. Supp. 843 (D.Md.1973)

[3] 478 U.S. 186 (1986)

Commission 案（俗稱「蛋糕案」）中美國聯邦最高法院用了很大篇幅去試圖說明國家公權力與個人在面對公民基本權利時的不同，「如果蛋糕設計師拒絕為同性婚禮出售任何商品或蛋糕，則另當別論。既然麵包店是向公眾提供商品與商業服務，州政府會根據法院的先例而認定麵包店這樣的拒售行為超出了受保護的權利範圍，這會被認為是公共設施法案中立與普遍性的適用」。^[4] 許教授在這個方向的討論中提出了一個非常重要的觀點，至少在憲法領域內宗教自由與同性婚權之間沒有產生直接的對沖，這種矛盾乃是通過國家在制度設置層面的必然回應角度而衍生的。也正是這種分析方式再度將問題的視角拉回到了 *Obergefell v. Hodges* 案前後的一系列學術爭議，即同性婚姻制度乃是公民基於自身憲法基本權利而對國家公權力制度構建（尤其是對婚姻制度的分析評判標準建構）的訴求展現，而並非是不同主體在各自訴求方面對第三人的權益排斥。

誠然，*Obergefell v. Hodges* 案判決中的第一項理由與許教授的觀點完全契合，即「個人對婚姻的選擇權，是實現個人自治的本質要求」^[5]⁴⁷，但與此同時大法官們也並不回避「即使婚姻制度在長期發展中已經發生了實質改變，家長同意、男尊女卑、種族相同等已不再被視為婚姻成立的基本前提，婚姻仍然是構建我們社會的基本單元的要素」^[5]⁵¹。換言之，作為具有鮮明社會屬性的婚姻制度與個人的性自由權之間無疑存在著巨大的理論分野，那麼對一項基本社會問題的民主討論是否充分，以及最終究竟應當由哪一主體完成定論就始終難以協調統一。而在這些聲音當中最具有法律爭議的莫過於同樣基於公民基本權的宗教自由而進行反對意見表達，在該案的判決書中大法官們自然也沒有刻意回避這一關鍵問題，而是強調「宗教和信奉宗教的人們，可以繼續主張他們所尊奉的高尚神聖教義，控訴同性婚姻不得被

寬恕。憲法第一修正案保障宗教組織和教民的合法權利，以使他們能夠傳授那些對其生命和信仰極其重要的信條，滿足他們以宗教維繫家庭持久穩定的願望」^[5]⁶³，只是或許人們沒有想到這一辯論會如此之快地以法律形式再次呈現在美國聯邦最高法院的面前，最高法院不得不在「蛋糕案」判決中所再次聲明「一些宗教與哲學上反對同性婚姻的立場也應受保護，在一些情況下其具體的表達方式也應受到保護」^[4]。

需要說明，以自我實現或自我決定為依據而對同性戀人群進行法律權益保障的案例並非新近現象，在 *Obergefell v. Hodges* 案，或者說同性婚姻合法化之前包括美國在內的許多國家都已經在立法或司法層面對同性戀者的權利進行保障。以美國為例，1971 年的 *In re Labady* 案、1973 年的 *Acanfora v. Board of Education* 案 等均是典型代表。即使是在呈現不利同性戀人群結果的 *Bowers v. Hardwick* 案中，Blackman 大法官的異議意見也明確指出「由於同性性行為是同性戀者對其內心最深處的特性的表達，因而禁止同性性行為的法律侵犯了同性戀者的隱私權，它觸碰到了決定個人個性的核心要素」。更為值得關注的是這些案例多是基於隱私權，準確地說是自治性隱私權而展開的，雖然很多案件的直接指向乃是性行為，但相關的討論卻在更為廣義的範疇對性進行分析，包括與允許發生性行為的條件有關的決定與行為、與性關係有關的社會制度以及性行為帶來的生育後果等。^[6]²⁷³ 司法裁判者在隱私權這一路徑的指引下或有意或無意地將同性關係視為同性性行為的延伸而同樣作為影響其個性形成的決定性因素，因為持肯定意見的人們通常認為正是通過對同性戀者的定義，它能夠完全將同性戀者與異性戀者區分開來，因此法律應當為同性關係提供保護。這種推論對於那些爭取同性婚權的人們來說無疑是具有巨大吸引力的，但假設我們換一種分析方

[4] 291 U.S. 97 (1934)

[5] 409 U.S. 810 (1972)

[6] 381 U.S. 479 (1965)

法，即不去詢問「法律禁止了什麼」，而去思考「法律產生了什麼」；假設我們不去追究法律的消極面，即總是以禁止性規定的形式進行表達，而去探究法律的積極面，即遵守法律能夠對日常生活與社會實踐產生的現實效果，^{[6]302-306} 那麼此時這種立足於個體個性之上的自我決定之於同性婚姻而言就不免存在瑕疵了。比如在一些基督神學研究中強調「不論於學術研究角度上同性戀屬於正常或不正常，根據前同性戀者的見證我們都可以明白，在同性戀者群體當中確有欲尋求改變同性戀傾向的例子」。^[7] 也就是說，如果當事人並非基於某種法律層面的外在強制，我們就很難判斷其自我決定是否會受到社會環境方面的外在引導，而這種難以用客觀標準進行準確界定的影響往往就是所謂自我實現上的法律禁區。這種觀點或許正是同性平權運動所依託的後現代主義理論所強調的，由於我們都是在社會體制中長大，社會體制對我們產生了如此深遠的影響，因此無論是從心理學的角度還是從認識論的角度來看，自我定義個性這種提法是無法實現的。那麼所謂的自我實現的核心本身就在於防止國家為了生產極度標準化、功能化的公民而接管或不正當地利用民眾的生活。^{[6]316-317} 從這個意義來看，對同性婚姻制度的法律確立或許在特定宗教的視角中就是一種潛在的引導，而這種引導相對其在宗教教義理念上的引導而言已然超過了社會自治的範疇，而進入了法律構建的領域，而這一領域恰恰就是自我實現上的禁區。

稍加總結，在同性戀人群自我實現意義上的宗教抗辯似乎更多地體現在社會文化的層面，在法律層面的宗教自由本質上很難對包括同性性行為在內的個人生活模式進行實質干涉，且這種路徑早已被法律實踐所證實。但當同性婚權的訴求被呈現在立法者抑或司法者面前時，作為基本權的宗教自由就出現了更大的發揮空間，雖然這種

矛盾的直接指向是同性戀人群，但從法律意義上看這種抗辯是基於公民的基本權利而對國家政治法律制度構建的一種實質對抗。換言之，在同性婚權的法律賦權層面，憲法基本權意義上的自我實現或自我決定似乎略顯無力。

2 同性婚姻制度的價值屬性及道德背書

進入到許育典教授所討論的第二個層面，也即宗教自由與同性婚權之間的矛盾困境時，有一個問題始終無法被回避，那就是國家法律制度在構建時可能牽涉的道德色彩。即便在上文中我們試圖通過公民自我實現的視角來將法律層面的同性性行為與同性婚姻進行相對的隔離，但兩者之間的道德纏繞在立法價值指向的層面卻始終難以跨越。即便在相對區分性行為與性關係的視角上也有學者提出質疑，「描述性的事實與規範性的原則之間的關係應當如何樹立，換言之我們是否或者說在何種條件下可以將某種多元的事實變作一種一元的絕對的規範」^[8]。畢竟人類的「性活動」除了與生殖、繁衍的關係密不可分以外，也牽涉到人際關係的互動以及社會制度的塑造，^{[9]56} 因此在法律實踐中對同性性行為與同性婚姻的道德見解必然會交互影響，因為「婚姻作為一種制度安排，它是一種得到了社會承認的性的結合」^[10]。正如有學者指出，在性觀念的社會演變中第一個階段裏，不同生活方式都在爭取更大的生存空間，但原本是邊緣的價值不會滿足於自由，更會渴望反客為主，全面按照他們的價值觀塑造社會。就如同同性戀運動的第一階段是非刑事化，但第二階段（爭取性傾向歧視法與同性婚姻）卻反映一種新趨勢：反道德主義——即是說要把傳統性道德邊緣化，甚或標籤為「歧視」，為政府的權力控制製造「理據」。^[11] 這種觀點無疑準確地將同性性行為與同

[7] State v. Baker, 56 Hawaii 271, 535 P.2d 1394 (1975)

[8] Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)

性婚姻之間在社會政治法律層面的構建差異提煉了出來。但這也意味著，只要法律與道德之間無法有極其客觀化的楚河漢界，那麼在立法層面的價值取向或道德考量就必然會引發不同價值共同體之間的爭議乃至衝突。

回到問題本身，其實在 *Obergefell v. Hodges* 案的判決中大法官們所討論的核心關鍵點就早已明確了這一標的，即婚姻究竟是什麼？即便持不同意見的雙方均認同「婚姻制度的發展史是一個兼具變與不變的過程」^{[5]26}，但究竟一男一女的結合是否構成婚姻制度的核心，以及這種所謂的「變化」究竟應該由誰來判斷與決定才是最根本的問題。基督神學研究者認為「婚姻的獨特在於其結合方式的全面性，即包含身心靈的合一，如同人體器官合一協同於生理之共善，即生存；同樣地，婚姻之合一也協同於生理之共善，即生殖；此一全面性結合之獨特，在於為了生殖和養育所形成的家庭生活之整合性合一，且此整合性合一之委身是終生且具有排他性」^{[12]21}。那麼如果我們承認「基於宗教信仰認同的性觀念，同時還會在宗教與性的特別關係層面，進而構成一個人、一個宗教、一個族群、一個民族國家或聚合或離散的方式。其中婚姻就是一種聚合或離散的方式」^[13]的話，在公民自我決定已經無法成為有效論證依據的前提下，同性婚姻似乎除了民主決議一途之外就別無他法了。

美國憲法語境下對婚姻概念的界定嘗試並非是在同性婚權爭議之後出現的，早在此前一系列重大案件討論中就多次涉及到對婚姻的法律描述，如在著名的 *Griswold v. Connecticut* 案中 Douglas 大法官就曾這樣描述婚姻，「一種改善生活而不是造就生活的結合，婚姻關係關注的是生活和諧而不是政治信仰，它追求的是相互忠誠而不是商業目的或社會目的。婚姻關係所追求的目的和以往判決中涉及的目的相比同樣崇高」，這種描述賦予了婚姻一種類似於契約價值，但又似乎高於契約價值的法律意義。需要說明的是，對於某種價值之意義的理解在該案中仍然回歸到了歷史的維度，

如 Goldberg 大法官引用 *Snyder v. Massachusetts* 案的經典闡釋，「法官必須考慮『傳統觀念和民眾的爭議理念』來判斷某個原則是否『根深蒂固，以至於應當被賦予基礎性地位』」，因此 Harlan 大法官認為禁止同性性行為的法律「形成了深深嵌入社會生活之本質的一種典範，以至於任何這一方面的憲法原理都必須建立在此種基礎之上」。在後續的 *Baker v. Nelson* 案判決中也是採取了這一進路，「從創世紀以來，家庭作為男性與女性結合的共同體，一直擔負著生育、撫養子女的神聖任務……此種歷史悠久的婚姻組織形式，顯然比當今的婚姻概念和本案原告所主張的社會利益來得更加穩固」。雖然我們不能強行對 Douglas 法官的言論進行擴張解釋以讓其有利於同性婚姻制度構建，但無論如何這種說法提供了一個新的視角，即婚姻本身作為一種價值與其背後所可能囊括的那些利益價值之間即便緊密結合，但也可以相對分離。正如 Douglas 法官用結社作為比喻進行的闡釋那樣，「雖然某些『結社』方式通常不具有政治意義，但和社會、法律以及『社員』的經濟利益息息相關，所以我們已經為某些『結社』方式提供了保護」。用一種更為通俗的方式來理解就是，儘管婚姻在作為一種價值的層面於當下社會可能仍無法對其進行實質變更，但基於作為一種制度的婚姻背後所關聯的那些伴侶利益我們卻不得不進行回應。

更值得關注的是，有論者甚至更加明確地提到婚姻與婚姻制度之間的差異，因為後者基本上是人類文明演進下的產物，牽涉到法律的規範、傳統習俗的約束以及某種社會中宗教的界說。儘管長久以來，基督教會在傳統上引用「二人成為一體」的經文來支持一妻一夫的婚姻制度，可是從聖經的脈絡來檢視「二人成為一體」的意思，並非強調婚姻必然是男女各一人才能構成，而是凸顯夫婦之間的親密性與獨特性關係。所以，聖經對婚姻的觀念，首重於夫婦關係的特質更勝於對婚姻制度的主張。^{[9]131-134}或許此種觀點在基督教學界內部並非主流，但其確實意識到了在宗教意

義上對婚姻問題的關注點更多的乃是集中在倫理道德層面，而作為法律層面的制度建構雖然並不能與倫理道德全然無涉，但兩者確實可以在一定程度上有限分離。簡單地說，對婚姻的定義通常呈現極為複雜且多樣的形態，但有一點可以明確的是，許多文化意義上的界定與法律概念上的界定之間區隔是相對明朗的。正如 Roberts 大法官在 *Obergefell v. Hodges* 案的異議意見中所表達的，「如果上訴人將攻擊的目標放在那些否認具體利益的條款上，那麼上述關於平等保護的分析結論，可能會有所不同」^{[5]93}。若按照這一路徑分析，問題關鍵貌似回歸到了一種幾乎不具備討論意義的概念之爭，即是否有一種替代性的法律關係能夠滿足現行婚姻制度當中雙方所有的同等權利義務，而只是在法律上其不被稱作為「婚姻」。實際情況當然不是如此，如 Thomas 大法官在其異議意見中就對這種概念界定進行收縮，「他們可以正常地生活和撫養子女，可以在承認同性婚姻的州公開舉行婚禮，或在美國的任何州舉行私人的結婚儀式。他們可以在全國自由旅行，自由定居」，「州政府根本沒有限制他們行為，阻礙他們追求理想的生活」，但是「他們希望得到各種金錢上的利益，包括繼承配偶遺產時的減稅、獲得配偶死亡時的工傷補償和侵權損害賠償等。但這種行政確認以及與其相關的利益，與立憲者所理解和認定的『自由』並沒有任何關係」^{[5]121-122}。可見，所謂的同性婚權所訴求的標的遠不是一個簡單的社會意義上的稱謂，而是作為一種法律制度背後實實在在的那些利益保障。

那麼如果我們將這種分析模式帶回到上述對婚姻制度本質屬性的討論中去就可以得出這樣一個結論，即便對婚姻的價值判斷仍然需要綜合社會、歷史、文化等多個維度進行綜合論證，但作為一項法律制度，其著眼點更多地還需要落實當婚姻當事人的在婚姻當中具體的權利義務之上，因此許多學者都將視角回歸到跨越對婚姻概念的價值紛爭，而以權利保障為核心的路徑探索上。「然自法律的社會規制功能與同性伴侶的平等保護，

如何建構一不減損傳統婚姻關係所欲確保之社會價值，且亦能兼顧同性伴侶權益保障之法規架構，乃為現今家事法上之重要課題」^[14]。這其中與同性婚姻制度關係相對密切且具有較強實踐意義的理論便是婚姻的契約屬性。雖然一些女性主義者會對這種觀點進行批判，認為夫妻雙方不能根據自己的情況決定婚姻契約的條款，也不存在多個不同契約以供選擇，^[14]但在法律賦予公民婚姻自由的大前提下，諸如婚姻的本質「在於它是由兩個符合法定條件的成年人自願達成的協議……婚姻關係的核心部分在於彼此提供補充式（互惠的）服務」的論斷仍然具有很大的市場。^[15]如果我們僅把婚姻理解成為一種契約（即便是較為特殊的契約），那問題似乎就變得容易的多的，畢竟在約翰·密爾「傷害原則」理論下的非涉他行為都屬於法律應當保障的自由，「政府所禁止的他人的個人行為要是對他人自己，要是對公眾造成了傷害，他人以既不傷害自己也不損及其他人的方式行事的自由是一項基本權利」。但從契約的角度去理解婚姻的矛盾之處在於，所謂的婚姻權利可能更應當被理解為選擇結婚或選擇不結婚的權利，即是否締結婚姻屬於他人的基本選擇或基本權利，但如何定義婚姻制度卻並不必然地包含在婚姻雙方的「契約自由」之內，如果我們可以將婚姻的內容也推入到「契約自由」的領域，那這種討論就會陷入到是否允許自願「賣身為奴」的法理困境當中。這裏還需要解決的另一個問題便是公權力與私權利之間的關係，如果我們堅持婚姻的本質屬性是一種契約，那接下來的問題就是婚姻是否還需要經過國家認可程式以完成其生效要件。當然這並不是說作為一種契約的婚姻就不受到法律保護，但法律對契約的保護通常是在爭議出現或者侵權產生等問題之後，而並非進行預先的法律程式設定。因此同性戀者對國家拒絕提供承認同性婚姻而侵犯他們自由的抱怨可能並不那麼令人信服，因為國家拒絕提供一項法律制度的結果並不與人們因為不服從法律規定而拒絕承擔法律責任的結果相同。^{[16]346}這種對婚姻之公共

制度屬性的消解本身與同性婚權的法律訴求之間本身就是矛盾的，也就是說如果想要對同性婚姻進行法律確認就不能以對婚姻的解構為前提，相反對婚姻制度（超越契約意義）構建的鞏固才是將同性戀納入其中的有效途徑，畢竟「對於被指認的事物而言，主體的地位或身份被構建這一事實並不減損其實在性」^[17]，這頗有一番向法律家長主義索要自我實現的詭異。

換句話說，法律真的可以與道德無涉嗎？難道憲法所認可的政府僅僅是功利性的政府而不是道德性的政府？如果政府僅是功利性的，那麼，社會應促進什麼樣的道德及通過什麼手段來促進？在立法過程中，我們需在多大程度上考慮國家的歷史文化、現代人的宗教信仰及當下盛行的道德觀這些因素的影響呢？^{[18]244} 社會中的道德觀念會形成諸多的限制性原則——互相尊重的道德原則、普遍化的道德原則、將偶然差異最小化的道德原則：這類原則或觀點在本質上都與我們的道德相關。當然，這類限制性的原則也會表現為對某些性行為的禁止和規制。如法律對強制性行為的規制和禁止其實都是為了保護他人的自治權，使他人能夠平等地實現自己的自治權，這其中暗含的價值觀就是平等關懷與平等尊重。^{[19]346} 事實上社會契約論的一個重要前提假設就是總有一些正義原則能夠得到每一個理性人的贊同和認可，法律正當性的存在不是因為所有人的一致同意，而是因為所有擁有平等理念的理性人都會接受這種原則，它提供了一種在雙方同意的前提下建立平等政府的社會理念。而如果這裏所謂平等理念不是承認一些中立原則，而是從認可一些道德責任開始的，這些道德責任是從具體的社會關係與社會環境中產生的，那麼就從本質的原理上否定了社會契約論。^{[20]265}

3 超越道德觀念衝突的法律構建

面對上文論及法律的道德性問題時，其或許無法完成對同性婚姻制度的價值證成，但吊詭的是

其同樣不能因此而證明同性婚姻制度的不可行性。如有學者法律之道德確信的矛盾概括為以下幾個方面：1，從相對論的角度來看，由於所有的道德判斷都是相對的，因此根本不存在普適的道德真理，立法者也不應當將某種特定的道德理念固定在法律之中；2，從功利主義的角度來看，基於種種原因，政府的中立態度能夠從長遠上促進人們的公共福利；3，從唯意志主義理論的角度來看，為了尊重個人作為自由公民或自治主體所具有的選擇生活理念的能力，政府應該在各種美好生活理念間保持中立；4，從自由主義或實用主義的角度來看，由於人們不可避免地會在道德與倫理問題上產生分歧，因此為了維護政治契約與社會協同，政府應當將這個爭議與分歧納入考量。^{[21]371} 在這個意義上，立法者幾乎無法對宗教自由與同性婚權之間的價值衝突進行規範層面的判斷，如有學者認為所謂平等原則適用的必要條件是存在著一個作為決定二件事物是否相同的價值判斷，此一價值判斷實為平等原則適用的關鍵。因此，若從寬地認定此一價值判斷，將導致過度地使用平等原則；恣意地認定此一價值判斷，將導致平等原則適用的浮濫。^[22] 即便我們可以強調法律意義上的宗教自由仍然受制於某種世俗意義上的價值標準，^[23] 但這種受制通常僅限於相對於世俗人士以及他種宗教的特定宗教賦權，如果超過了這種對特定宗教的賦權或限制領域，則國家很難基於特定宗教價值與世俗價值之間的對比而完成對某項不存在嚴重侵犯公民基本權的社會制度之基準價值選擇。簡單來說，如果我們同意國家對婚姻制度的建構並不同於對特定公民性權利乃至基於伴侶關係而衍生出的一系列私權利的過渡干涉，那麼我們就很難忽略特定宗教意義的價值取向而完全自信地基於特定公民乃至世俗價值層面的標準而對婚姻制度的主觀塑造。

正如論文在開篇時所提到的，多元主義的一個主要困境是當多種不同的價值訴求被呈現到法律面前時，特別是這些多元的價值體系之間並不存在直接的權利侵犯關係時，法律本身作為一種

應當具有明確性的價值體系該如何回應？在對待同性戀的態度上，即便在宗教方面，不同宗教的信念訴求，乃至同一宗教內部的派別分野都或多或少地呈現出道德判斷標準的差異化傾向，甚至在特定宗教價值共同體之內這種差異也不可能完全消失，如 2013 年 11 月臺灣「護家盟」大遊行取得社會廣泛關注後，「有意見認為既然守住婚姻的傳統定義，不妨對同運團體釋出善意，建議教會在『同性伴侶制』的法案上採取妥協的立場，也有擔憂『滑坡理論』堅持一步也不讓的」^[12]。再如臺灣基督長老教會曾於 2014 年公佈《關心同性婚姻議題之牧函》，在《同志牧函》發佈後，長老教會內部對於同志議題的信仰神學觀點或對於同性婚姻的立場都呈現嚴重的分歧意見。^{[24]3-4}

因此，我們或許還需要回到許育典教授在第一個層面所強調的自我實現角度，只是此時我們需要將對自我實現的關注更多地集中在自我實現作為一種權利的屬性問題上。按照許教授的觀點，同性婚姻以及宗教自由作為自我實現權均具備防禦權功能，也就是說在憲法基本權的視角下承認人人都有一個不受侵犯的私領域，而國家就有可能是一種外來的、對此領域的侵犯。在這樣一種邏輯下許教授認為憲法承認同性戀者有一個婚姻自我實現不受侵犯的私領域，而國家在民法上婚姻定義規定的限制，就是一種對同性戀者婚姻自我實現的侵犯。^{[3]27-28}但問題是前文我們已經進行了討論，對同性婚權的法律判定更多的是集中在對婚姻制度的理解之上，而非局限於對同性性行為的法律表態，即同性婚姻是通過法律將倫理道德範疇內的任意關係轉變並固化為法律範疇內的具有強制色彩的權利義務關係，所以同性婚姻問題不能簡單等同於同性戀問題。^[25]況且許教授自己也坦言婚姻之成立無非與規範個人身份財產權利的民法關係最為密切，^{[3]34}那麼如果說憲法權利的主要目的在於防備國家權力的結構性缺陷，而同性結婚的權利並不具有上述特徵，它不是在致力於優化個人同國家的政治關係，而是在改變個人同個人的社會關係。^[26]

但如果我們將視角擴大到從公義的角度來討論性倫理時，如果傳統道德具有壓迫性，就必須重新加以檢討，不能單從傳統文化的價值對之做武斷的評論。因為倫理是受實況制約的，脫離實況的倫理輕者無約束效果，重者就成為壓迫的工具。^{[24]42}也就是說，即便某種特定的價值觀念並沒有直接對他者產生明確的權利侵犯，但國家卻始終存在一種義務，那就是防止某種特定的價值觀通過法律認可的方式進而轉變成一種具有國家強制力的壓迫，此時國家的克制義務就與公民基本權利的防禦面向相統一了。如能力理論的創建者 Martha Nussbaum 教授所言，「許多虔誠的信教公民可能真心誠意地支持一種建基於十種能力（核心能力）的社會，卻不同意正確的選擇永遠是將好結果最大化的選擇。他們的宗教可能提供了一種關於正確選擇的不同敘述」^[27]。此時問題的關鍵就轉變成了國家如何在有神論者與無神論者之間取得平衡，在不違反宗教之間平等、不違反政教分離的前提下仍能保障有神論者、無神論者的宗教自由。^{[3]52}儘管這一要求看起來似乎對國家公權力過於苛刻，但其確實能夠從法律權利理論那裏找到堅實的根基。對此許教授也有明確的表達，即除了在防禦權功能之外，基本權的制度性保障既是以基本權為目的，就不能侵害或限制基本權本身。^{[3]31}也就是說，無論是同性婚姻還是宗教自由，其都源於憲法意義上對人的自我實現之目的保障，即憲法上基本權規定所保障的本質，就是要求國家提供自我開展與決定的空間，以促進人的最大可能自我實現。^{[3]13}

事實上沒有任何權利不受限制，任何自由皆以不侵犯他人為前提，即便是核心內的宗教行為，仍是不能侵害到他人的權利。^{[3]154}這一觀點應該沒有人會反對，但宗教自由與同性婚權之間的博弈並不是以單純的某種行為作為外在表現的，兩者都在試圖通過公權力的制度背書而完成自身目標訴求的法律制度性保障，此時就不再是某一個體是否因自身行為而對他人的權利造成實質侵害的問題了，問題在於那些完全基於道德自由訴求的

理念是否可以超越法律的現有框架限制，以及這種超越是否可以直接等同與對他人權利的侵害。這裏我們需要稍微進行一下梳理人權與憲法基本權利之間的關係，一般認為人權更多地體現為一種道德權利，其往往需要通過憲法文本而完成國家強制力保障的保證，但與此同時憲法學層面也認同憲法無法完整地列舉公民所有的基本權利，因此那些未列舉的公民基本權利一直都是憲法學研究的核心之一。正如在 *Obergefell v. Hodges* 案中持異議意見的大法官們所指出的一樣，同性婚權即便屬於未列舉的公民基本權，其似乎也並不應當由司法機構才進行認定。只有當我們觀察法規範，即客觀的義務與主觀權利間的關聯性時，基本權的結構才會變得清晰易懂。當某人具有法律上的力量，去要求他人作為或不作為時，一個主觀權利就會呈現，這也是他的自我決定。但這個主觀權利在法邏輯上，則以下列條件為前提：主觀權利須經由一個客觀法而被論證，因主觀權利系透過客觀法來實踐，也就是在客觀法上有一個相應的他人作為或不作為的義務存在。^[31]

那麼國家公權力為了社會生活的和平，就應當嘗試找出每個人自我實現的最大公約數，而「法律」就是法治國家在此因應而產生的最大公約數。^[31] 從這個意義來看，激進的多元主義只是試圖提出選擇「綱領」時所需要遵循標準的某種解放性嘗試，但這並不一定同時主張這些備選「綱領」各自所代表的道德原則必然會保持一致。與其說同性婚姻與宗教自由之間所呈現的是一種多元價值衝突，倒不如更明確地將其界定為法規範在面對諸多價值衝突時不得不提出一種有跡可循的明確標準之現實困境。早就有學者意識到這種人為的二元對立背後可能存在的問題，如臺灣學者紀大偉就曾提及，「我並不是要劃出一個壁壘分明的二元對立圖像，一邊是『主流公共』，另一邊是『抵抗式公共』，我想像的棋局要複雜許多：『主流公共』也可能變得很像『抵抗式公共』，而且種種張力並不只發生在『主流公共』與『抵抗式公共』之間，反而也發生在『抵抗式公共』與『抵抗式公共』

之間。抵抗式公共是複數的，並不是單數的」[28]。在同志婚權與宗教自由之間也存在這種「複數式」的表達，一方面正如學界對酷兒理論的批評那樣，酷兒理論對婚姻制度的解構本身就是抵抗婚姻制度的，這就很難在此基礎上建立同性婚姻制度；^[29] 宗教自由也是如此，以基督教為代表的反同聲音並不能成為法律上宗教自由的代名詞，宗教衝突本身就是宗教自由範疇內的一大焦點問題。籠統地說，法律制度過分地強調對道德的依附可能存在的問題是，當社會公眾對何種行為屬於「良好道德行為」存在不同意見時，政府的這一目的（維護道德）就更加站不住腳了。^[30]^[32] 只要有少數人開始懷疑那些以往不容置疑的道德觀念，那麼社會對這些道德觀念形成的共識以及踐行這一共識的理由都會因此而被摧毀。因此，大多數人所支持的道德準則或普遍信念不能成為充分的理由來拒絕為少數人之權利提供憲法保護。^[30]^[63]

借用 Dworkin 在討論墮胎問題時提到的，「這不是一個關於究竟是誰具有權利的問題，也不是一個關於應該怎樣平等、保護人們的對抗性利益的問題」，「要對憲法修正案中有關宗教的條款作出完善的解釋，必須包括兩個要點：第一，這種解釋必須闡明，某一特定信仰中哪一種特徵使此信仰成為一種宗教信仰而不是非宗教的道德原則，或個人偏好，從而充分說明『信教自由』這一短語的內涵；第二，這種解釋必須通過說明政府的世俗目標與宗教目標之間的差異來詮釋（對宗教的）『確立』」。在同性婚姻問題上也是如此，我們並不能直接得出結論即宗教信徒不可以試圖通過採取宗教自由的法律模式來限制同性婚姻制度。法律需要做的是如何解決兩種在法律框架之內存在「真實」衝突的權利博弈，這首先就要求法律必須明確判別這兩種訴求是否是一種基於法律上的自由確認而產生的法定權利。法律當然承認「違背自己信念而生活的人生不是一種美好的人生，如果因為某些人因為恐懼和審慎而被迫接受一種他們所不贊同的價值，這樣的強權方式除了毀滅他們的生活以外，對他們的人生沒有任何益處」。

但與此同時，宗教自由並不意味著一切以宗教為標語的訴求都可以被納入到法律保障之內，那種「宗教式的寬容」同樣可以適用在法律處理宗教自由問題的層面，這似乎也是法律與宗教作為兩者社會規範體系最明顯的差別之一，我們當然不能強迫某一宗教教徒接受違背其宗教信念的世俗價值，同理也無法以法律的強制力方式去將某種宗教信念推行給世俗大眾。這也即 Dworkin 強調其「是以信念的內涵，而不是以信念的主觀重要性作為檢驗標準，來判斷那些關涉人類生命的本質價值的信念皆為宗教信念的」，^[31] 無論某種信念對於當事人的重要性如何強大，這都不成為在法律上能夠以此去推及他人的理由，相反無論這種信念如何微弱（比如那些主觀上並沒有強烈結婚意願的同性戀者），也不意味著法律可以不顧其主體訴求而對其想當然地隨機處理。

到這裏我們基本上就可以提煉出同性婚姻法律爭議最核心的兩個問題了，一是婚姻本身除了是一個法律概念外還牽涉著極其強烈的道德色彩，而如何在法律層面基於某種特定的道德理念去界定婚姻並不意味著對持相反道德觀念人群的法律權利侵犯；二是即便對於婚姻的法律界定必然會不符合部分人群的道德期待，但這並不意味著該部分人群在憲法層面的基本權利會隨著這種道德基準之選擇而造成實質減損。換言之，無論是站在宗教自由還是同性婚權的角度，以上這兩個問題是雙方所必須達成的共識，否則所有的討論便失去了交流的平臺基礎。

總而言之，宗教自由在公民基本權之法律意義上的指向對象乃是國家公權力，這種權利雖然在大體上屬於一種排除國家不當干涉的消極權利，但同時也存在著訴求國家予以積極保障的面向，但在後者這一層面並不意味著國家必須按照某種特定宗教的價值理念進行國家制度的框架設計。誠如許育典教授所明確指出的，個人基本權對第三人之效力必須透過基本權之客觀價值秩序作用在一般私法條款及不確定法律概念，進而使基本權的效力達到私人之間。^[372] 基於特定宗教信念的

公民當然有權利根據自身的價值認同來對國家的制度構建進行宣導，但作為一種「說話」之權利的宣導推動並不同於立法層面的「決定」權範疇。直接將作為基本權的宗教自由與同性婚權進行對立的錯誤在於它想像社會中存在「共同體」，但是這種共同體卻是在脫離自身構成要素的基礎上臆造出來的。在憲法基本權面向或許根本不存在所謂的「集體個性」，好比不存在所謂的「大眾意志」。個人具有個性與意志，但是群體並不具有個性與意志，因而只有在個人層面上才有所謂的對個性與意志的尊重。我們決不能將少數服從多數原則與所謂的「集體意志」或「集體個性」混為一談，前者是指個人同意受制於最大多數人作出的決定，而後者只不過是對完全消滅個人個性的掩飾與偽裝。^{[6]288} 換句話說，建立在民主意志表達基礎上的國家制度構建與在法律理念之下對個體的權利保障之間是一種循環往復的遞進關係而並非是平行關係，那麼基於宗教自由而對同性婚權的抗辯抑或相反都只是一種制度構建層面的理念探討，而並非個體權利層面的實質侵犯。回到個人實現的角度來，兩個人在私法層面的自治究竟在多大程度上要受制於國家公權力的干涉或許才是法律意義上同性婚姻問題的關鍵，至於立法或司法層面同性婚姻制度的建立與否，這或許是一個很好的契機，但絕對不是問題的完結。

參考文獻

- [1] Charles Taylor. *The Politics of Recognition*. In Amy Gutmann, ed, *Multiculturalism, Examining the Politics of Recognition*. (Princeton University Press, 1994), 25-73.
- [2] 約翰尼斯著，馬健雄，林殊雲譯，《時間與他者：人類學如何製作其對象》，（北京：北京師範大學出版社，2018），79。
- [3] 許育典，《同性婚姻、同性平權與宗教自由》，臺北：元照出版有限公司，2017。
- [4] 陳珊珊，〈宗教信仰自由與《反歧視法》的衝突及調諧：傑作蛋糕店訴羅拉多州民權委員會案〉，《蘇州大學學報（法學版）》，4（蘇州：2018.05），135-147。
- [5] 申晨，《驚世判決》，北京：北京大學出版社，2018。
- [6] 傑德，《論隱私權》；張民安，《自治性隱私權研究》，廣州：中山大學出版社，2014。
- [7] 盧詩詠，《兩位同性戀者改宗基督教歷程之研究》，（臺北：基

督教臺灣浸會神學院學位論文，2015），7。

- [8] 關啓文，林睿豪，〈評價李銀河的性倫理〉，《國學與西學》，2（芬蘭：2015.09），33-49。
- [9] 黃伯和，〈本土神學的倫理關懷〉，臺北：臺灣教會公報社，1999。
- [10] 胡曉萍，〈價值與倫理：關於性和諧的本體論分析〉，（成都：西南財經大學出版社，2007），7。
- [11] 關啓文，〈中國社會的性解放：從基督教倫理的角度反思〉，《國學與西學》，2（芬蘭：2014.07），39-56。
- [12] 李亭亭，〈論基督徒在同性婚姻合法化之立場及其反思〉，（臺北：基督教臺灣浸會神學院碩士學位論文），15。
- [13] 達格著，周雲水、李旺旺、何小榮譯，〈性與宗教：世界信仰史上的信條與禁忌〉，（北京：中國社會科學出版社，2014），5。
- [14] 江崇源，〈美國加州同性伴侶法制之發展：以2003年《家庭伴侶權利與責任法》為論述重心〉，《東海大學法學研究》，1（台中：2008），87-131。
- [14] 卡羅爾著，李朝暉譯，〈性契約〉，（北京：社會科學文獻出版社，2004），173。
- [15] 安東尼·羅伯特著，王世賢譯，〈結婚與離婚的法經濟學分析〉，（北京：法律出版社，2005），12-15。
- [16] 喬爾，〈自治、主權與隱私：憲法當中的道德觀念〉；張民安，〈自治性隱私權研究〉，廣州：中山大學出版社，2014。
- [17] 塔姆辛著，趙玉蘭譯，〈福柯與酷兒理論〉，（北京：北京大學出版社，2004），49。
- [18] 路易斯，〈隱私與自治〉；張民安，〈自治性隱私權研究〉，廣州：中山大學出版社，2014。
- [19] 大衛，〈性自治與憲法性隱私權〉；張民安，〈自治性隱私權研究〉，廣州：中山大學出版社，2014。
- [20] 安尼塔，〈隱私、私人選擇和社會契約論：一個自由意義上的隱私理論〉；張民安，〈自治性隱私權研究〉，廣州：中山大學出版社，2014。
- [21] 邁克爾，〈道德分析與自由主義寬容理論：以墮胎與同性戀問題為例〉；張民安，〈自治性隱私權研究〉，廣州：中山大學出版社，2014。
- [22] 林更盛，〈對性別平等法制的幾個反省：從宗教自由的觀點談起[EB/OL]〉。（2012-3-18）。<http://law.thu.edu.tw/people/bio.php?PID=11>. 瀏覽日期為2019年5月12日。
- [23] 段知壯，〈宗教自由的界定性研究〉，（新竹：花木蘭文化事業有限公司，2017），93。
- [24] 張仁和，〈臺灣基督長老教會《關心同性婚姻議題之牧函》的神學爭議及其對其屬下教會與信徒牧養之影響〉，臺南：長榮大學學位論文，2015。
- [25] 紀紅心，〈自由視域下的同性戀及同性婚姻〉，《法學雜誌》，3（台北，2015），86-94。
- [26] 姜峰，〈同性婚姻、憲法權利與民主審議：以羅伯茨大法官的反對意見為中心〉，《法學評論》，6（武漢：2015），68-74。
- [27] 瑪薩著，田雷譯，〈尋求有尊嚴的生活：正義的能力理論〉，（北京：中國人民大學出版社，2016），67。
- [28] 紀大偉，〈同志文學史：臺灣的發明〉，（臺北：聯經出版有限公司，2017），351。
- [29] 王森波，〈同性婚姻法律問題研究〉，（北京：中國法制出版社，2012），76。
- [30] 蘇珊·琳達，〈自治性隱私權研究〉；張民安，〈自治性隱私權研究〉，廣州：中山大學出版社，2014。
- [31] 德沃金著，劉麗君譯，〈自由之法：對美國憲法的道德解讀〉，（上海：上海人民出版社，2013），104-107。