

共和译丛

Traces of Self-Government by Frank Michelman

自治的踪迹

[美] 弗兰克·米歇尔曼 著

应奇 编译

吉林出版集团有限责任公司

图书在版编目(CIP)数据

自治的踪迹 / (美) 米歇尔曼著; 应奇编译.

—长春: 吉林出版集团有限责任公司, 2010. 8

(共和译丛)

书名原文: Traces of Self-Government

ISBN 978-7-5463-3482-0

I. ①自… II. ①米…②应… III. ①自治—研究

IV. ①D033

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 146853 号

自治的踪迹

责任编辑: 武 学

装帧设计: 林 涛 秦 嶷

出 版: 吉林出版集团有限责任公司

(长春市人民大街 4646 号 邮编: 130021)

发 行: 北京吉版图书有限责任公司

(北京市宣武区椿树园 15-18 号底商 A219-A226 邮编: 100052)

发行电话: 010-63106240

印 刷: 山东临沂新华印刷集团有限公司

开 本: 960 × 1300 1/32

印 张: 10.625 字 数: 312 千字

版 次: 2010 年 8 月第 1 版

印 次: 2010 年 8 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5463-3482-0

定 价: 43.00 元

版权专有, 侵权必究; 如有质量问题, 请与印刷单位联系调换。 电话: 0539-2925659

夕阳西下的哀鸣,抑或一阳来复的期盼?

——写在《共和译丛》之前

应 奇

拥有实现其自由之手段的个体很容易蜕化为野蛮人,因为他缺乏他人自由之支持……革命和立国植根于一种悠久的共和传统,它是古代自由与现代自由之间的一场对话。

——约翰·波考克

也许正是过去的那些初看之下没有当代相关性的东西最有直接的哲学意义……而要获得对我们当前的假定和信念的一种更有批判性的视点,就必须回到我们目前的正统还不是正统的历史时刻。

——昆廷·斯金纳

如果说对公民共和主义精神的发现和颂扬是最近数十年中出现的对西方政治思想史的最大修正,那么自由主义、社群主义与共和主义的三方争论则构成了20世纪80年代以来西方政治哲学论争的基本架构。如果说社群主义与自由主义的论战揭开了西方主流政治哲学全面反省政治现代性的序幕,那么共和主义加入这场论战则不但改变了当代政治论证的智识背景和理论资源,而且提供了走出自由主义与社群主义之抽象对峙的可能出路。如果说在中文政治哲学的语境中,共和主义有可能把被自由主义和新左派之争所分裂的中国知识界和公共舆论领域重新整合在一起,那么,批判地展示共和主义复兴的学术思想谱系及其正反效应,系统地展现当代政治意识形态光谱中的主义之争,并从社会本体论、规范理论

和制度构建诸方面揭示共和主义政治传统的潜能及其对于中国政治哲学未来发展的意义,就成了中国政治哲学从业者当前不容回避的工作。

无论从历时的发展,还是从共时的结构,政治思想史、美国宪法学和政治哲学都可以说是当代共和主义的三个主要工作场域。共和主义复兴发轫和奠基于以波考克和斯金纳为代表的政治史学,他们试图挑战以辉格党人的史学偏见为基础的传统政治思想史图式,复兴公民共和主义的政治传统。但是,剑桥范式的共和主义政治史学在产生广泛深远的影响的同时,也遭致许多严厉的批评和挑战:在历史编纂学的层面上,越来越多的学者开始挑战共和学派对西方政治思想史特别是其中某些代表人物(典型的是马基雅维里)的解释,甚至有学者宣称以波考克为领袖的共和学派的范式革命已经破产;在这种思想史重建的规范涵义方面,则有学者批评斯金纳的“新罗马共和主义”重蹈“工具性共和主义”之覆辙,这尤其表现在他把政治哲学或政治理论的目标降格为如何在政治社会中维系自由的问题,而相对忽视了自由体制的创建以及持续变更的问题。

不错,无论是把共和主义看作自由主义的全面替代方案,还是仅仅当作后者的局部补充,共和主义都不能把自己局限于政治思想史一个战场上。共和主义复兴必须全方位地、具体而微地阐述它对于制度构建和实践的涵义和建议。正是在这个意义上,从对于美国宪法的共和主义解读中提炼出的商议民主观已经被学者们视为共和主义返本开新的一条颇有前景的道路,这是因为商议民主把焦点集中在自由平等的公民之间的政治对话的商议性和改造性之上,并试图以此解决人类的自由要求同时遵循自治与法治这一使柏拉图和亚里士多德、霍布斯和卢梭、孟德斯鸠和托克维尔、麦迪逊和康德、洪堡和密尔、罗尔斯和哈贝马斯均为之殚精竭虑的问题。当然,我们同样应当清醒地看到,以阿克曼、迈克尔曼和森斯坦为杰出代表的美国宪法学中的共和主义复兴与其说是要复兴以共同善为旨归的古典共和主义,不如说是要调和自由主义与共和主义。意味深长的是,如果说“自由主义的共和主义”对前政治的个人权利、个人利益和私人领域的批判是为了与原子主义版本的自由主义保持距离,那么,它对于共同善之商议的信念则是为了与共和主义和社群主义中的前自由主义倾向划清界限。就此而言,要厘清共和主义复兴的意义和限度,我们必须

从政治思想的历史叙事和美国宪法的个案研究进展到政治哲学的理论建构,在基本概念及其相互联系的层次上阐明和澄清共和主义与自由主义和社群主义的关系。

按照一种流传甚广的观点,自由主义、社会主义和保守主义这三种法国大革命所催生的政治意识形态被放置在一个由自由和平等构成的连续统内:相对于社会主义,自由主义愿意给予更多的自由;相对于保守主义,自由主义又愿意给予更多的平等。对自由主义的这种理解正如有人担心的那样会最终湮没自由主义与其他现代性的政治理论或意识形态的根本区别。作为新左派的理论资源和灵感源泉的沃勒斯坦正是基于这种误解把上述三种意识形态归结为关于现代性的虚假争论。就此而论,德沃金对自由主义中立性原则的阐述可以看作是对沃勒斯坦预先展开的元批判。然则,如果金里卡在《当代政治哲学》中关于功利主义、自由平等主义、自由至上主义、马克思主义乃至女性主义都是一种平等待人的理论的论断是正确的,那么德沃金奉为主臬的平等的关心和尊重似乎仍然不足以把这些意识形态恰当地区分开来。

正是在这个意义上,当代共和主义最有影响的代表人物之一菲利普·佩迪特在重新划分共和主义、民粹主义和自由主义的政治光谱时所体现的洞见是值得我们重视的。一方面,就社群主义是民粹主义的一种最新表现形式而言,共和主义并不具有民粹主义色彩,而且尤其不是社群主义的。这是因为,与民粹主义和社群主义把人民的集体存在视为主人,把国家视为仆人不同,共和主义把单个和整体的人民视为委托人,而国家是受托人。因此,“虽然共和主义传统认识到民主参与的价值和重要性,但并没有将它视为一项根本性的价值。民主参与对一个共和国来说可能是不可或缺的,但这只是因为它是促进无支配自由的必要条件,而不是因为其独立的吸引力”(《共和主义》“导论”)。另一方面,虽然共和主义与自由主义共同认为,在一个超越诸多宗教和相关分歧的基础上,有可能建立一个长治久安的国家和公民社会。但与自由至上主义把人民视为原子化个人的缺乏集体认同的聚合,而理想的国家只不过是个人追求其原子化利益的手段不同,共和主义在与自由主义一样把人民与国家的关系理解为委托人与受托人关系的基础上,进一步锤炼出了与自由主义的无干

涉的自由概念与工具性的共同善观念不同的无支配的自由概念和构成性的共同善观念。

一方面,无干涉(自由主义的消极自由)并不足以保证无支配,另一方面,无支配的共和主义自由与其内涵为政治参与和社群自治的积极自由之间也不能划上等号。尽管佩迪特的自由观表面上看仍然偏向消极自由,而且他本人也并不信奉亚里士多德关于政治参与是人类繁盛的根本要素的观点,拒斥新雅典主义,倡导新罗马主义。但关键之点在于,这种自由概念复活和展现了一种既有历史渊源,又具当代相关性的重要政治想象,从而为制度构建和包括分配正义在内的公共政策问题提供了一种多维的、立体的概念支撑。例如,他的论证精微的共同善的理论就是在这种概念的基础上设计出来的。

对共同善的性质和功能的理解最能体现共和主义与自由主义和社群主义的差异。道义论自由主义主张正当优先于善,在这种自由主义看来,只有多元的善,没有共同的善;即使有共同善,也是工具性的,而非自在的或构成性的,尚塔尔·墨菲说得好,自由主义者羞于承认正当的基础就是善(《政治的回归》)。在批评原子式自由主义的社群主义者那里,善是与实质性的伦理社群联系在一起的,是在先的共识。佩迪特所发挥的共和主义的共同善观念介于这两种观念之间。一方面,并不是只有符合每一个人利益的东西才是共同善,共同善也并不是超越特殊利益和局部忠诚之上的抽象物,自由主义正是基于相反的论证否定或贬低共同善;另一方面,以无支配的自由为依归的共同善并不像社群主义主张的那样是一种至善论的追求,而是一种否定性的约束。无支配的自由分析性地蕴含着平等和正义。在这种意义上,当代共和主义的后起之秀维罗利明确肯定共和主义者的共和国与社群主义者的社群有根本区别,前者建立在正义的基础上,而不是某种特殊的善观念、文化或传统之上。维罗利尤其强调共和主义的核心范畴是法治,而不是公民德性。这正是当代共和主义晚近的主流方向,在我们看来,也是更有前景的方向。

收入这个小译丛的《共和的黄昏:自由主义、社群主义和共和主义》一书正是根据我们对于共和主义理论谱系的上述理解和把握,试图从政

治思想史范式之争、自由主义和社群主义之争、自由主义和共和主义之争诸层面全方位地展示共和主义复兴的智识震荡。毋庸讳言,编者对于共和主义的基本立场和取向乃是“在质疑中肯定、从批判中汲取”。书题中“黄昏”一词虽直接取自集子中施皮兹的篇目,但其涵义则远超黑格尔《法哲学原理》中著名的密纳瓦之喻。至于共和主义复兴是否堪当此喻,则不但取决于我们的立场,更取决于我们能够在多大程度上对之做出创造性的诠释。在这个意义上,“黄昏”不是一声夕阳西下的哀鸣,而是一种一阳来复的期盼。

《自治的踪迹》则是经编者和作者本人协商后编译的现任哈佛法学院 Robert Walmsley 大学教授米歇尔曼的自选集。近二十年来,基于对于共和主义宪政理论的历史和哲学的反思,对于哈贝马斯商议性政治观和罗尔斯政治自由主义的内在张力的调和,米歇尔曼提出和完善了他的“创生法的政治观”和“规范修补的对话模式”,极大地丰富了人们对于共和宪政主义的理论内核和实践涵义的理解。但是与国内学界对于阿克曼与森斯坦的方兴未艾的译介热情形成对照,米歇尔曼的著述依然少人问津。教授本人对我们的编选方案给予了有力的支持,不但亲自提供他的文章,指导我们的编选,还无偿地授予我们用中文翻译和出版这些文章的权利。特别值得强调的是,迄今为止,这个中文选集是米歇尔曼教授第一个也是唯一的自选集。

《自然权利与新共和主义》的作者迈克尔·扎科特是斯特劳斯学派的成员。众所周知,斯特劳斯的新保守主义思想在美国学界激发的“反驳的”精神取向致力于重新解释美国的立国原则,他们反驳认为制宪者们是依据近代自由主义的政治原则立国的习惯说法,主张美国的立国原则植根于西方精神的大传统,尤其是希腊、罗马的古典政治理念。可以说,美国立国原则和宪法解释是共和学派与斯特劳斯学派的共同作业。但有趣的是,两派的立场似乎都经历了某种逐渐弱化的、与自由主义现代性相调和的过程。这里的关键仍然在于对洛克的解释。哈茨的自由主义范式树立了洛克作为制宪者主要灵感源泉的形象,剑桥共和派听任把洛克局限在辉格自由派中的旧径,甚至进一步将之边缘化。在这个背景下,托马斯·潘高和迈克尔·扎科特试图通过区分政治哲学和政治科学,致力于

重新解释复辟时期、光荣革命后和辉格党传统三个环节,并提出所谓自然权利型共和主义。这些工作确较波考克有所修正和推进,值得译介。

现任教于普林斯顿大学的佩迪特教授是当代共和主义最重要的哲学阐释者。他的《共和主义》一书正在进入政治哲学经典的行列,是当前相关讨论不可或缺的基础。但是同样甚至更为重要的是,佩迪特还是当代罕见的一位极具抱负的体系型哲学家,他的论著试图把心智哲学(包括道德心理学)、规范伦理学和政治理论建构成一个融贯的体系。本译丛中的《共同的心志》一书就是这一尝试的记录。佩迪特自称《共和主义》所阐述的就是《共同的心志》中的哲学思想的政治理论涵义,评论家们称誉此书“勇于让马克思、尼采、狄尔泰和胡塞尔留给后黑格尔欧洲大陆哲学的重大问题接受最好的体现在分析哲学中的朴素而一贯的明晰性的锤炼”,而且认为这一历险的结果“对于双方都是最好的”(《共同的心志》封底)。我们则希望此书及其译介能够有助于改变从以赛亚·伯林到当代中文学术界都存在的“分析哲学与苍生何干”的成见,我们也相信这对于哲学和政治理论都是“最好的”——就正如我们期望,经过创造性的诠释和转化,无论在西方语境还是在中文语境中,无论作为一种政治哲学还是作为一种制度构建模式,共和主义都是“最好的”。

2006年岁末于杭州

作者序言

收录在这个选集中的文章都是从一个政治自由主义者的立场,并凭着这种信念而撰写的。第三章至第五章表明了我对于约翰·罗尔斯(John Rawls)在宪政方面的政治自由主义思想的理解。第六章和第七章涉及尤根·哈贝马斯(Jürgen Habermas)。第一章提供了对最近有关公民共和主义成分在当代自由主义宪政中之残余的争论的一种自由主义观点,而第六章则通过与哈贝马斯的对话反思了我自己的观点与这些争论的重合之处。

说这里的文章反映了一种政治自由主义的观点,这首先是指,它们来源于对人类在政治中的状况的一种独特的个人主义理解。它们都把法律看作一种社会实践形式,这种形式赋予一个国家内部的个人这样的要求——他们必须用这样一种观点组织他们的生活和活动,按照这种观点,公民要遵守通常由国家承认的立法和司法当局颁布的法律和原则;而且,他们要支持或者至少是承认用社会力量来保证对这种判决的普遍遵守。同时,这些文章都捍卫或者把以下命题视为当然:法律的实践和合法的秩序是非常重要的社会利益——尤其是基于这个理由,正义的可能性依赖于这种利益。

因此,对于政治自由主义者来说,法律效力的证成问题——或者也可以把它称作政治或政府的证成问题——总是我们要面临的问题。在遵守我自己的国家中行之有效的政府和法律秩序并与后者合作时,我参与到了一种潜在的强制力量的动员中,这里的背景是他人有类似的行为。正因为与法律约束的合作是以其他据假定是自由平等的个人为背景的,它才需要证成,正如对实际的或潜在的强制的任何参与都需要证成。那

是政治自由主义的一个出发点。

对于自由主义者来说,要在任何当前有可能遭到社会的某些成员抵制的特定法律或法令的表面的公正和优点中找到法律约束的必要证成,常常(也许即使在正常情况下也)是不可能的。理由——这里只能最简单地,但会在下面进一步解释——在于,他们的异议也许是有根据的,而我们不可能诚实和自信地把这些根据当作不恰当的、错误的、无诚意的和不值得尊重的。在这些情形中,要证成每个人都遵守的主张,就不能以任何那种法律都应得每个人的赞成之类的要求为根据。(或者更为谨慎地说,这是许多自由主义者已经得出的结论。而这个论点依然是有争议的。)

某种最近的自由主义政治理论已经提出,从有争议的法律和法令所作出的一般宪法体系之应得每个人的赞成中,仍然有可能找到这种证成,即使意识到有时候确实从这种体系中得出了糟糕的或不公正的法律和法令也是如此。正是这个思路把本书中的文章贯串为一个整体。也许是由于这个国家(指美国)的政治和法律体制的某种特质,或者与它有关的某种事实以及我们与它的关系,使我能够断定这种宪法有一种得到我和它的管辖范围内的其他每个人的尊重的正当道德资格。如果是这样,那么这种宪法原则上可以被所有相关者最终接受(注意要把它与每个人实际上接受这种宪法区分开来),也许这一点就能为遵守所有从它导出的立法和正式法案——包括那些其具体优点及其与正义的相容性被可靠地和有说服力地否定的法律——的具体要求提供证成。如果是这样,那么,从与宪法的内容、起源和历史有关的事实和判断的角度看,一个国家的宪法原则上的普遍可接受性会赋予那个国家的政府行为和法律约束以正当性。

以这样那样的方式,本书中的文章都是对于把政治和法律正当性(legitimacy)奠基在一个国家的宪法的某种特质或与它有关的事实之上这个观念的探讨和质问。显然,一个重要的问题是:我们寻找的是何种特质或事实?一个国家的政治和法律体制的何种特质或事实能够为这种体制辖内的每个人都必须遵守来自宪法的运作并与它的要求相一致的所有法律和正式法案——包括那些我们自己都不能否认是糟糕的或不良的或不符合正义的法律和法案——的要求提供充分的证成?

关于起源的事实能发挥这种作用吗？如果不考虑任何人当今对于宪法的内容的确当性(rightness)或它之于这个国家当前的情形和需要的合适性(aptness)的判断,关于宪法起源的事实能够为正当性奠定基础吗？更具体地说:正当性能够来自于宪法已经被塑造、争论和民主地赞成(同样不考虑关于产生的宪法内容的合宜性的判断)这个事实吗？正当性能够来自于对于起草和采纳宪法的人们的特殊美德或智慧的可靠信念吗？正当性能够来自于我们今天与那些人的某种关系吗？比如说,作为他们的继承人或他们的后代,或者作为一个通过国父的制宪行动使自己承诺了宪法的随时间扩展的集体行动者(“人民”)的成员。

从我的观点看,离开确当性的考量,没有任何关于起源的事实能够产生宪法的正当性。这个观点在第二、七、八、九和十章中从不同的角度得到了发展。

于是,抱有同情,但仍然是批判地,第八章和第十一章都把焦点集中在尚存的可能性:宪法的正当性依赖于关于宪法内容的确当性和合适性的判断,依赖于那种内容是否与宪法的应然理想相吻合。更为具体地说,这些文章考察了如下命题:如果政府的行为符合从每个受影响者的立场看值得所有相关者接受的一组宪法条款和安排,那么它就是正当的。这些文章在不拒斥这种命题的情况下考察了为了使它有说服力就必须克服的困难。

正如上述评论表明的,这些文章并未标定关于它们所讨论的问题的一种最终的立场。它们是从至今仍然开放的和正在进行的一系列探索中撷取出来的。

弗兰克·米歇尔曼

2006年7月于美国麻省剑桥

(应奇 译)

目 录

夕阳西下的哀鸣,抑或一阳来复的期盼?	1
——写在《共和译丛》之前	
作者序言	1
第一章 自治的踪迹	1
第二章 人民的宪法创制权	89
第三章 自由主义的主体	114
第四章 罗尔斯论宪政与宪法	147
第五章 政治自由主义的宪法根本	178
第六章 家族内部之争	194
第七章 道德、认同与“宪法爱国主义”	210
第八章 人权与宪法理论的限制	233

第一章 自治的踪迹*

确保司法生成过程绝不服从于政府的暴力乃是法官的唯一希望,这部分地使法官自身从国家暴力中解脱出来。

——罗伯特·科弗〔1〕

在共和国事务的辩论之中,由决议所体现的理性……必须是法律……再者,如果说一个人的自由存在于他的理性帝国之中……那么一个共和国的自由存在于法律帝国之中……;

* 作者感谢 Martha Minow 许多有益的建议。

〔1〕 Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, 97 Harv. L. Rev. 4, 59 (1983). Robert Cover 死于1986年7月18日,时年42岁。法学界遭受了令人震惊不已的损失。作为一位文思泉涌与拥有无穷智慧的典范, Bob Cover 无与伦比。我们之间的友谊是公民友谊。我常常想,如果他的生命更长的话我们之间的友谊会更加紧密。这篇文章是献给他的。我希望它充分表达了他的灵感。在写作本文的三年之前, Bob Cover 给我们创作了一部宪法悲剧史诗,他用丰富绚丽且发人深思的语言让我们理解了这部悲剧史诗。在这部史诗中,他发现的冲突是统一的具体社群的“创造世界的”(world-creating)法律内在性与分散的抽象国家的“维持世界的”(world-maintaining)法律的至上性之间的冲突。我在下文13-16页*探索了这种冲突。它典型地反映在 *Goldman v. Weinberger*, 106 S. Ct. 1310 (1986) 一案中,这起案件绝对会引起 Bob 的愤怒和激烈批评。他一直在写——他的主题在我看来——共和国的命运;不是在共和国这个单词所代表的共和国中的命运,而是在共和传统中的命运。

* 本章注释“上文”、“下文”的页码均指译者所译原版书的页码而非本书页码。——译者。

我认为,亚里士多德和李维的……“共和国是法律的帝国而不是人的帝国”的主张就是以上述原则为依据的”。

——詹姆斯·哈灵顿〔2〕

一、前言:规则和理性

空军规章规定在值勤期间要身着制服。〔3〕但制服并不包括一种无檐圆帽。实际上,一个人在室内不可能身着带有帽子的制服,不论其是何种类的帽子。〔4〕长官们或许酌情允许穿戴具有不可视性的非制服服饰,不论其是否具有宗教性。尽管无檐圆帽并不引人注目,但是它依然具有可视性。对许多犹太教徒来说,头戴无檐圆帽是一种宗教信仰义务。〔5〕

西蒙查·高曼(Simcha Goldman)是一位受命为拉比神职的正统犹太人。通过一项使他接受了心理学职业培训并随即承担服现役义务的武装部队奖学金项目,高曼参伍空军。进而,他被授予军衔,服役于设在加利福尼亚州的 March 空军基地,成为一名基地医院的临床心理医师。许多

〔2〕 J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, in *The Political Works of James Harrington* 170 (J. Pocock ed. 1977) [以下简称 *Political Works*]。毋庸置疑,哈灵顿的纪念品是我们自己的“法律政府而不是人的政府”这一信条的最早的源头。我们的引进者是 John Adams, 我们的传播者是 John Marshall。见 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 163 (1803); J. Adams, 2 *Papers of John Adams* 314 (R. Taylor ed. 1977) (Novanglus Letter No. VII) (当定义共和国是“法律的政府而不是人的政府”之时,涉及 Aristotle, Livy, 和 Harrington)。

〔3〕 规章“详细地描绘了所有不同的衣服款项必须作为空军制服的一部分才允许穿戴”。*Goldman v. Weinberger*, 106 S. Ct. 第 1310 页, 第 1314 页(1986)。

〔4〕 警察的头盔被排除在外。见同上。(引自 *Air Force regulation* 35 - 10, pl - 6. h(2)(f) (1980))。同样也有一种“狭义的排除……在室内宗教仪式上可以戴头巾”。同上。除此之外,军官可以酌情允许在已经清楚地标明的生活营房内穿着可视性宗教服装,包括头巾。见同上。

〔5〕 见 the Petitioner 5, *Goldman* (No. 84—1097); 自 Defendant's Response to Plaintiff's Request for Admissions No. 5, Joint Appendix at 146, *Goldman* (No. 84—1097) (在正统的忠实犹太教徒中,保持头部一直覆盖是一种早已形成的传统和实践)。

年以来,他一直头戴无檐圆帽值勤,一切平安无事。〔6〕

但是最终有一天,他的上司命令他在医院值勤期间不准再头戴无檐圆帽。高曼对此固执不从,这使他收到了一封书面申斥和延长其服役期限的建议,并面临着军事法庭诉讼的威胁。于是高曼对国防部长和其他有关人员提起诉讼,他宣称阻止其在值勤中头戴无檐圆帽并因而惩罚他的做法侵犯了他享有的宪法第一修正案保护下的宗教信仰自由权。结果就出现了最近高曼诉威恩博格(Goldman v. Weinberger)一案〔7〕的判决。

高曼的诉求导致了大量的同类案件。在这些案件中,宗教信仰自由观察家质疑身着制服这一强制规则(或者涉及服从公共利益的规则)的合理性,对他们来说,这些规则导致了与宗教信仰自由义务相冲突的一系列特殊问题。在这些案件中,联邦最高法院被要求根据宪法第一修正案,〔8〕去开创适用于反对者的特殊豁免义务条款。〔9〕此类案件不仅涉及了反对者的解除宗教信仰自由遵循的特殊要求和国家统一管制目标之间的具体冲突,而且加深了宗教信仰中立问题。反对者认同的司法判决将要求管理者要么完全撤消当前的着装要求,要么根据宗教信仰对公民

〔6〕 见 Goldman, 106 S. Ct. 1311-1312 页。

〔7〕 106 S. Ct. 1310 页。

〔8〕 “议会不得制定任何尊重宗教信仰的建立或者由此禁止其自由实践的法律……”U. S. Const. amend. I。

〔9〕 见例如, Bowen v. Roy, 106 S. Ct. 2147 (1986) (考虑但没有解决是否可以要求 Abenaki 父母提供他们的孩子的社会保障号码作为接受福利金的一个条件,而提供社会保障号码侵犯了 Abenaki 宗教信仰); United States v. Lee, 455 U.S. 252 (1982) (认为可以要求一位 Amish 顾主交纳社会保障税,尽管这与 Amish 的社群为它自己的上了年纪的人提供社会保障这一宗教承诺想冲突); Thomas v. Review Bd., 450 U.S. 707 (1981) (认为一个州的根据一个人放弃他原先的工作是否具有正当原因来决定补偿金的失业补偿规则并不适用于 Jehovah's Witness, 他们考虑到宗教信仰宁愿放弃武器生产工作); Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972) (认为义务教育法并不适用于 Amish 父母,因为它与 Amish 的非正式社群教育和反对世俗价值观的宗教信仰承诺相矛盾); Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963) (认为第七日基督复临论者必须从一个州的把星期六工作作为获得失业补助金的一个条件的要求当中豁免); Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961) (认为正统的犹太教徒从事商业活动适用星期日停业法,正统的犹太教徒的宗教信仰要求星期六就要停业)。

作出区别。〔10〕

在判决高曼一案之前,联邦最高法院已经在三个场合依据宪法第一修正案作出了有利于反对者寻求管制豁免权的判决。〔11〕在这样做的过程当中,联邦最高法院形成了严格审查政府宣称的坚持把自己无情的规则适用于反对者的诸多理由的司法实践。它要求管制当局不仅要表明“极为重要的利益已处于成败关头”,〔12〕而且要说明“授予所要求的豁免权将导致对此利益的严重损害”。众所周知,这种审查标准被称作“严格审查”。〔13〕在高曼一案中,具有严重意见分歧的联邦最高法院却拒绝使用“严格审查”,并且驳回了高曼的诉求。〔14〕一般来说,大法官伦奎斯特(Rehnquist)代表联邦最高法院作出的意见,并没有放弃将严格审查标准适用于宗教信仰自由豁免权案件。然而,它却认为严格审查标准不适用于军事当局。

它认同这样一种信条:特殊的司法判决要服从于“军事当局考虑到特殊军事利益的相对重要性的职业判断”,〔15〕尤其是涉及纪律甚至于当个

〔10〕 见例如, L. Tribe, *American Constitutional Law* § 14 - 4, 820 - 821 页 (1978); Kauper, *Book Review*, 41 *Tex. L. Rev.* 467 (1963)。

〔11〕 见 Thomas, 450 U. S. 707; Yoder, 406 U. S. 205; Sherbert, 374 U. S. 398。

〔12〕 Goldman, 106 S. Ct. 1325 页 (大法官 O'Connor 的异议) (重申了严格审查原则)。在第四个案件中,联邦最高法院使用了严格审查,但是它断定在普遍的税法中拒绝宗教信仰豁免“对实现一种最重要的政府利益来说是极为关键的”。见 Lee, 455 U. S. 257 - 258 页。在上期高曼判决之后的第五个案件中,五位大法官再次确认了严格审查。Roy, 106 S. Ct. 2160 页 (大法官 Blackmun 的部分附随意见), 2166 - 2167 页 (大法官 O'Connor 与大法官 Brennan 和 Marshall 的部分附随意见和反对意见), 2169 页 (大法官 White 的异议)。

〔13〕 一般见, L. TRIBE, 前注〔10〕, § 14 - 10, 851 - 859 页 (描述了早期的宗教信仰豁免案件重点严格审查原则); Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term—Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Protection*, 86 *Harv. L. Rev.* 1 (1972) (讨论了严格审查或者加强型审查的理由和方法)。

〔14〕 见 Goldman, 106 S. 1310 页。投票结果 5:4。大法官 Rehnquist 为他、首席大法官 Burger 和大法官 White、Powell、Stevens 组成的多数撰写了意见。大法官 White 和 Powell 同样加入了大法官 Stevens 的单独的附随意见。大法官 Brennan (与大法官 Marshall 一起)、Blackmun 和 O'Connor (与大法官 Marshall 一起) 都归档为反对者。

〔15〕 同上, 1310 页。

人表达自由处在重大关头之时！〔16〕

在此案中，服从并不意味着没有审查。“为了可察觉到的军事统一性需要，规章合理且公正地管制空军着装”，〔17〕它顾及到了作为制服构成的宗教服饰，在可视性和不可视性之间划出了界线，联邦最高法院认为这种划分是合理的。超越于赞同作为允许性违规行为的“不可视性”标准，联邦最高法院完全接受了统一着装对空军的使命来说是极其重要的这一军事专家“深思熟虑的判断”。在专家看来，统一着装“鼓励个人偏好和身份从属于集体使命”；它促进“等级明确的整体感”并培养“面对困难时……必要的纪律习惯”。〔18〕空军没有提供任何具体的或者确凿的证据来支持其所宣称的利益，与之相反，高曼宣称的利益却极为明显并且不容置疑。不言而喻，联邦最

〔16〕 根据优先权威撰写的意见如下：我们已经多次重申，“军方是一个必然从平民社会中分离出来的特殊社会”……“军方必须坚决主张平民生活所不具有的职责和纪律”……为了它的至为重要的角色做准备……军方不需要鼓励辩论或者容忍到宪法第一修正案保护下的平民国家所需要的程度；为了实现它的使命，军方必须培养本能的服从、统一、承诺和团结精神……军队服役的本质是“使个人的各种欲望和利益从属于服役的需要”。同上，1312-1313页（引用省略）。为了支持它的服从姿态，联邦最高法院引用了六个先前的判决，但是没有任何一个判决适合高曼一案：Chappell v. Wallace, 462 U.S. 296 (1983)（拒绝对一位男兵因为一位告假官员的宪法侵权造成的损害进行赔偿）；Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57 (1981)（支持一种只征调男性的征兵登记）；Brown v. Glines, 444 U.S. 348 (1980)（支持一部要求穿越或者邮寄任何有关基地的书写材料都必须首先获得基地长官的许可的规章）；Schlesinger v. Councilman 420 U.S. 738 (1975)（支持以军事法院的程序服从军事法院）；Parker v. Levy, 417 U.S. 733 (1974)（支持对一位军官因为拒绝服从命令和批评军事人员和政策而进行惩罚）；Orloff v. Willoughby, 345 U.S. 83 (1953)（认为一位根据医生征调法案而任职的医生没有资格成为持有委任状的军官，因为他声称宪法第五修正案保护下的特权而不透漏政治社团）。这些案件当中没有任何一件提出或者甚至接近于迫使一位服役人员在军事纪律与放弃持续的、日常的、义务的宗教仪式之间进行选择这一问题。

〔17〕 Goldman, 106 S. 1314 页。

〔18〕 同上，1313页。联邦最高法院进一步肯定了军方对事实上“没有辩论或者思考”的“本能地”服从命令的需要。同上。（引自 Chappell, 462 U.S. 300 页，在前注〔16〕中有描述。）