

西方法律与宗教学术论丛

刘澎 主编

Establishment and Free
Exercise of Religion
at the American Founding

美国的 宗教与法律

——立国时期考察

[美] 迈克尔·W. 麦康奈尔 (Michael W. McConnell) 著

程朝阳 译
赵雪纲 校译

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西方法律与宗教学术论丛

刘澎 主编

Establishment and Free
Exercise of Religion
at the American Founding

美国的
宗教与法律
——立国时期考察

[美] 迈克尔·W·麦康奈尔 (Michael W. McConnell) 著

程朝阳 译
赵雪纲 校译

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国的宗教与法律:立国时期考察 / (美)麦康奈尔(McConnell, M. W.)著;程朝阳译. —北京:法律出版社,2015.3

(西方法律与宗教学术论丛/刘澎主编)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7620 - 1

I. ①美… II. ①麦…②程… III. ①宗教事务—行政管理—行政法—法制史—研究—美国 IV. ①D971.221

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第044344号

美国的宗教与法律

——立国时期考察

[美]迈克尔·W. 麦康奈尔 著

程朝阳 译

赵雪纲 校译

策划编辑 万颖

责任编辑 万颖

装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2015年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 13.25 字数 205千

印次 2015年6月第1次印刷

编辑统筹 大众出版分社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7620 - 1

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

一

国教确立 (Establishment) 和政教分离 (Disestablishment) 问题是现代政制当中一个相当重要的问题,之所以如此说,是因为这在古代政制中不是一个问题。那么,为什么国教问题在古代政制中不是问题,在现代政制中才成了一个重要问题?这涉及另一个更为重大的问题:政府的目的是功能到底应该是什么。

现代的或者说启蒙的政制理念认为,政制的正当性应该源于民众的同意。这种民众同意的政制理念,针对的是君权神授的古代政制理念。也就是说,在欧洲历史上,至少可以说在中世纪,人们认为国家权力或者君主权力是源于上帝的。也就是在这种观念的影响下,天主教的教皇权力才一直具有重要意义,它不仅在实践中对世俗君主权力构成了重要制约,而且在理论上,教会——尤其天主教会——也是世俗政权的精神领路人。与之相伴另一个理念就是,君主的治理,应该实现上帝的正义。怎么实现上帝的正义?上帝的正义,主要是由教会这个属灵王国来代表的。因此,君主领导下的世俗政府,要想实现上帝的正义,就要让教会在治理中发挥重要作用。而最能够实现上帝之义的君主和世俗政府,就是把教会确立为国教的君主和世俗政府。确立国教并以国家权力强制臣民履行宗教义务,是为了提升人民的信仰层次,培育人民的道德德性,这就是君权神授理念的逻辑。

二

因此,即便对欧洲宗教迫害深有体会而逃难至美洲的人们,一开

始也并不认同政府不设立国教——如果政府不设立国教,如何引导人民走正确的信仰之路?如何教化人民过有德性的生活?政府当然有义务神道设教,以使民德归厚。本书的第一篇,研究的就是这个问题。因为,若不花大力气搞清楚国教确立的理据,就无法明白不确立国教的因由。换言之,我们不能仅仅站在今日已成政治正确的政教分离观念的立场上,去攻击国教的确立。国教确立自有其正当理据。因此,麦康奈尔教授探索美洲早期各殖民地国教确立的历史,是想告诉读者,在早期美洲的政治历史上,人们同样认为国教是需要设立的,而且设立国教是有其神学理据和政治理据的,尽管持神学理据者和持政治理据者的基本立场完全不同。“设立国教的神学理据依赖于对宗教真理之信心”,而政治理据则“将宗教看作是实现国家民事目的的一种手段。它依赖于社会功用而非宗教真理”。只不过,到了美国独立和建国时期,国教确立的神学理据已经逐渐让位给政治理据了。在麦康奈尔看来,国教确立的这种政治理据,已经是启蒙思想家,特别是马基雅维利和霍布斯的公民宗教观念了。这个理据的变化,具有极其重要的意义。因为这种变化其实表明,人们更加重视的,已经不再是宗教真理和真正的上帝之道了;人们更加重视的,恰恰是世俗的和平以及世俗生活的幸福。麦康奈尔能够注意到国教确立的理据变化,并将之清楚区分开来,的确显出他独具慧眼,颇为发人深思。

那么,不主张设立国教而支持政教分离的人们,在当时主要持哪种理据呢?“国教的支持者常常以宗教的社会功用为基础做出世俗性的辩护,这是美国建国时期关于国教确立和政教分离争论的一个鲜明特征,而支持政教分离的最强音则常常更多地集中于那些神学的反对意见上”。从这里看来,持神学理据反对国教设立的人,可能更具古典之风,他们担忧基于政治理据设立国教,会阻碍上帝之道的传播和人们的真诚信仰。“反对设立国教的主要论点之一认为,它对宗教是有害的,而许多人之所以追求政教分离,目的是为了加强和复兴基督教”。因此,为了增强基督教的力量,使真正的宗教和真诚的信仰不致被世俗化的洪流裹挟而堕落沦陷,才有人站出来强调古典的神学理据,支持政教分离。

政教分离终于成了美国宪法的主要内容之一,至于政教分离的具体制度设计,作者本来还要用“第二部分”来专门研究,可惜无果而终,也给读者留下了不小遗憾。

三

如果说本书第一篇是对美国宪法第一修正案第一款“政教分离”规定的研究,那么第二篇则研究了“宗教活动自由”这个与“政教分离”紧密相关的第二款。“宗教活动自由”条款的关键在于,公民有没有权利基于信仰理由不服从国家法律,即公民能不能基于信仰上的“良心自由”权利获得法律的豁免。这个问题有可能会与第一修正案第一款构成冲突,因为,第一款规定了政教分离的内容,但公民的某些宗教信条,有时候恰恰会与政治性法律的要求发生冲突。这个时候,公民还要继续服从政治性法律吗?麦康奈尔通过历史的研究表明,“以宗教顾虑为由的豁免,对宗教活动自由条款的制定者和批准者来说应该并不陌生。没有任何实质性的证据表明此类豁免被认为在宪法上是有问题的”。在这个意义上,“宗教活动自由条款的理论基础……在于,无论是在时间上还是在权威上,那位‘宇宙主宰’(universal sovereign)的主张都先于公民社会的主张,当人们将世俗事务方面的权力赋给政府的时候,他们必然保留了其不可剥夺的依照良心指引从事宗教活动的自由权”。就此看来,第一修正案的制定者们将政教分离作为处理美国政教关系的基本原则,似乎倾向于排除宗教和政治的相互干预,主张建立一个“中立性的”乃至世俗化的政府,但实际上,他们极为重视不同宗教所训导的、人们各自的“良心自由”。因此,现今的人们,谁要以政教分离条款为由反对宗教豁免,“在历史上就是站不住脚的”,谁要认为“宗教活动自由仅限于意见或宗教意见的表白而不涉及行为”,同样也是站不住脚的。

同时,“宗教活动自由条款也对政府权力的有限性做了重要声明。尽管政府无权无能决定什么样的神学观念是权威观念,但是,宗教活动自由条款承认了此类神学权威是可能存在的,也承认如果它存在,

就可以正当要求那些碰巧是美国公民的信徒之忠诚”。当在政治上承认，“上帝（不管他可能是谁）是最高统治者”，那也就等于承认，政府“自己要求公民的忠诚和服从之主张，是不完全的，是工具性的”。再进一步，在必要的时候，公民应该听从自己良心——也就是上帝之道——的指引，“即便是人民的强大民主意志，原则上也应服从上帝的命令”。有了这样一种限制，政府就是一个有限政府，而“在具有这样一种信念的国家中，极权暴政在哲学上是不可能的”。这或许是美国人民“对政教关系的独特贡献”，因此，美国人民在实践中探索了一条解决超越洛克的宗教容忍理论的道路。如此一来，美国宪法第一修正案“不设立国教”条款，就因“宗教活动自由”条款而得到了矫正，似乎不会再导致仁人志士所担忧的后果：因天下一统的国教不存而致人心不古，世道浇漓。

四

自美国立国时代以来形成法律制度的所谓政教分离，最初的表达只是“国会不得制定法律设立国教”（Congress should make no law respecting an establishment of religion），而“政教分离”（separation of church and state）这一表达，是后来才由杰斐逊总结出来的。“政教分离”这一表达是否精确把握了第一修正案的精神，这个问题即便在二百多年后的今日美国，还一直存有争议。然而，对于第一修正案的国教设立条款来说，“政教分离”这一表达更加突出了一种自由主义和世俗主义的解释方向。为了防止第一修正案国教设立条款带来的道德自由主义和世俗主义恶果，美国一直有人在试图重新解释这一条款的精神。其中，20世纪一种很有影响的解释就是，这个条款是一个“和平条款”而非“信仰条款”，也就是说，它只是为了消弭宗教之间的冲突，不让所谓国教压制其他宗教教派，而与信仰真理和人民道德毫无关系。这就是说，国教设立条款不会导致宗教信仰的弱化，不会走向价值相对主义，也不致使道德沦落。相比之下，我们在推进政教分离观念的时候，对这一层意思似乎还想得不大充分。

有美国人称,美国的宗教自由经验是“我们国家的荣光”。这种荣光,与美国独特的宗教状况和建国历史关系颇大。然而,当这荣光照亮整个夜空时,就不能说它只属于美国了。让我们随着麦康奈尔的独特历史考察一起振奋,一起忧思……

赵雪纲
2015年6月

目 录

第一篇 美国建国时期的国教确立

导论 / 3

第一章 国教确立之法律 / 7

第一节 英国的国教确立 / 8

第二节 美洲各殖民地的国教确立 / 11

一、弗吉尼亚 / 12

二、新英格兰 / 16

三、南方的其他殖民地 / 20

四、纽约 / 23

第三节 国教确立之要素 / 24

一、政府对国教的教义、结构和教职人员的控制 / 24

二、强制参加国教的宗教崇拜仪式 / 35

三、公共财政支持 / 37

四、禁止其他宗派的宗教崇拜 / 48

五、国教的民事功能 / 56

六、对国教人员政治参与之限制 / 62

第二章 国教确立之理据 / 67

第一节 区分神学理据和政治理据 / 67

第二节 英国国教确立的理论辩护 / 73

第三节 独立后对美国设立国教之辩护 / 77

第三章 反思 / 88

第二篇 美国宗教活动自由之起源和历史理解

导论 / 93

第一章 当今宗教活动自由理论 / 99

第二章 美国宪法制定之前的宗教活动自由 / 104

第一节 殖民地时期政教关系的四种路径 / 104

第二节 洛克与宗教容忍理论 / 114

第三节 宽泛的宗教自由观念之发展 / 119

一、合众国的政教分离 / 119

二、福音派新教对宗教自由的推动 / 120

三、宗教自由的公众理解对洛克的超越 / 126

四、宪法制定者的观点 / 132

第四节 独立后的法律保护 / 138

一、自由的范围 / 141

二、自由的限制 / 144

第五节 实际的宗教活动自由争议 / 148

一、宣誓 / 149

二、服兵役 / 150

三、宗教评估 / 151

四、其他宗教豁免 / 153

第三章 联邦的宗教活动自由条款 / 156

第一节 1787年宪法 / 156

第二节 宗教活动自由条款的制定和批准 / 162

一、第一届国会中的争议 / 162

二、批准 / 167

三、两个解释问题 / 168

四、兵役豁免条款 / 182

第三节 早期的司法解释 / 185

第四节 证据撮要 / 194

第四章 结论：新兴的美国宗教多元论哲学 / 196

译校者简介 / 200

第一篇

美国建国时期的国教确立

• 本文原载于《威廉与玛丽法律评论》(第44卷,2003年4月)[*William and Mary Law Review*, Vol. 44 (April, 2003)],原文为“美国建国时期的国教确立和政教分离 第一部分:国教确立”(“Establishment and Disestablishment at the Founding, Part I: Establishment of Religion”),该文“第二部分:政教分离”原定发表于《威廉与玛丽法律评论》期刊的随后一期,但因种种原因,此第二部分,作者麦康奈尔教授至今尚未完成。本书编者对标题做了删改。——本书编者注

本研究得到了犹他大学法学院研究基金的资助。作者在此感谢詹姆斯·克莱顿(James Clayton)、约翰·加维(John Garvey)、菲利普·汉伯格(Philip Hamburger)、道格拉斯·莱科克(Douglas Laycock)、玛丽·麦康奈尔(Mary McConnell)和约翰·维特(John Witte)为本文早期草稿所做的有益评论,也要感谢查尔斯·温特沃思(Charles Wentworth)所提供的研究帮助。——原文编者注

导 论

自从美国所有州都确立自己的公立宗教以来,已经有很长时间了——大约有 170 年之久,以致我们几乎都忘记了它是什么样子。当“国会不得制订任何法律确立国教”^[1]这样的文字被写入美国宪法之中的时候,几乎每个美国人——并且每个有文化的律师或政治家——肯定都凭经验可以知道这些文字意味着什么。在大不列颠,英国国教是通过法律予以确立的,^[2]而在美国革命*前夜的 13 个英属殖民地中,有 9 个殖民地已经确立了自己的公立宗教,^[3]并且,当美国宪法第一修正案被采纳的时候,大约有一半的州还继续拥有某种官方承认的宗教。^[4]另外还有一些美国人具有在欧洲大陆建立国教的第一手经验——德国和斯堪的纳维亚的信义宗的确立,荷兰归正宗的国教确立,或者是高卢式天主教在法国的确立等。国教的确立是一项人所熟知的制度,对它的支持和反对意见,从美国的佐治亚州到缅因州,都曾经有过激烈的争论。

然而,当美国联邦最高法院于 20 世纪 40 年代开始裁决与国教确立有关的民事索赔案件的时候,^[5]联邦法院的大法官们并没有认真地努力去梳理国教确立的法律史——或在欧洲,或在美洲的殖民地,或在早期的美国各州——或者去区分第一修正案和各州所发生的与国教确立有关的各种冲突。相反,联邦法院大法官们的注意力主要集中在一个州的一个事件上——1785

[1] U. S. CONST. amend. I.

[2] See Act of Uniformity, 1662, 14 Car. 2, c. 4 (Eng.), 重印于 1 SOURCES OF ENGLISH CONSTITUTIONAL HISTORY 543-46 (Carl Stephenson & Frederick Marcham eds. & trans., 1937).

* Revolution, 指美国独立战争——译者注

[3] See LEONARD W. LEVY, THE ESTABLISHMENT CLAUSE: RELIGION AND THE FIRST AMENDMENT 5, 11 (1994).

[4] See AKHIL REED AMAR, THE BILL OF RIGHTS: CREATION AND RECONSTRUCTION 32-33 (1998).

[5] See *McCullum v. Bd. of Educ.*, 333 U. S. 203 (1948); *Everson v. Bd. of Educ.*, 330 U. S. 1 (1947).

年弗吉尼亚州拒绝接受帕特里克·亨利的《评估法案》(Patrick Henry's Assessment Bill),采纳了托马斯·杰斐逊的《确立宗教自由的法案》(Thomas Jefferson's Bill for Establishing Religious Liberty),并基于假定认为,“第一修正案之规定……和这一弗吉尼亚法规的目标一致,和这一弗吉尼亚法规一样旨在提供保护,以防止政府对宗教自由之干预。”^[6]

这种截头去尾的历史考察,使得国教确立问题看似太过简单。依据联邦大法官们的叙述,“在这个国家的早期定居者当中,有很大一部分人是从欧洲来到这里的,目的是为了逃避那些强迫他们资助和参加政府偏好的教会之法律束缚”,^[7]而将种种国教移植到这些热土之上,“是如此普遍,以致最后使那些热爱自由的殖民地居民们都心怀憎恨之情”,^[8]从而直接导致了第一修正案的诞生。一个人永远都不可能从大法官们漫不经心的历史描述中知道,在这些“热爱自由的殖民地居民当中”,也有很多人认为官方认可宗教是自然的、重要的;许多爱国人士和共和党领袖就政教分离运动展开过激烈的争论,从这一问题的正反两个方面都提出了一些严肃认真的看法——而不仅仅是些“憎恨之情”。大法官们从未分析过那些引发倾向确立国教之哲学和政治争论的书籍、论文、布道、演讲或司法意见,而只是依赖为反对确立国教而提出的成百上千种争论其中的一个也许不具代表性的例子。^[9]

当然,1784~1786年的弗吉尼亚评估争议是一个重要的启蒙性事件。但是,它只不过是作为一种正式的、排他性的、强制性的国教确立,转向一种自由平等的宗教自由制度之一系列法律发展中的一步而已,它只是涉及就国教确立而提出的诸多问题当中的一个问题;它只是发生在当时正处于这一过程之中的诸多州中的一个州而已;与其说它是就国教确立问题展开的争论,不如说是就应该采用何种可能方案去取代弗吉尼亚州在革命前确立的“法定教会”而展开的争论。为了理解何为“国教确立”,以及政教分离的意味何在,有必要拓宽我们的视野。如果我们不知道支持确立国教的那些人支持的是什么,那就很难知道第一修正案的制定者们反对的是什么。如果我们不理解那些理性的男男女女为何可能会认为国教确立对共和政府而言是必要的,就不可能理解支持政教分离观点的深刻性所在。

[6] *Everson*, 330 U. S. at 13.

[7] *Id.* at 8.

[8] *Id.* at 11.

[9] *See id.* at 1; *McCullum*, 333 U. S. at 203.

美国联邦最高法院同样没有严肃认真地关注过政教分离之过程:无论是对各州实际存在的教会组织的逐渐解体过程,还是对围绕联邦层面的政教分离条款而展开的争论,都未曾给予认真的关注。和民众的传说相反,第一修正案并未确立任何东西。它只是防止当时新成立的联邦政府去确立国教,或者防止联邦政府干预各州确立官方宗教。^[10] 因此,美国宪法第一修正案只是维持了现状不变。即便是在州的层面上——在那里政教分离实际上已经开始——这也不是一个简单的二元决策。立国之初的那一代人不得不弄清楚要做出怎样的改变,什么东西会取代现有的建制。当时有许多貌似合理的选择。他们会仿照西欧至今依旧常见的做法,将广泛的宽容和政府温和的、非强制性的宗教支持结合在一起吗?^[11] 他们会沿着法国后来所遵循的进路,创建一种公共的世俗文化——一种“理性共和国”吗?^[12] 他们会引入一种多元主义的全民宗教自由吗? 在这一新兴的共和国中,如果说宗教还具有任何公共职能的话,那么它会具有什么样的公共职能呢? 和许多现代美国人不同,在美国立国之初的那一代人当中,大多数人都深深相信,某种类型的宗教信仰为公共美德所必需,因此也为共和政府所必需。^[13] 在政教分离之后,宗教该以何种制度形式出现呢? 政教分离之后的宗教,将会在教育、贫困救济、公共礼仪、共和政体以及美德培养方面产生怎样的影响呢?

本文试图描述美国在国教确立和政教分离方面实际存在的法律和争论,希望更加全面地理解早期美国人所面对的这一问题的,这将有助于就我们今天所面对的问题形成一种更为丰富且或许不是那么脆弱和两极化的理解。本文分为两个部分。这里所发表的第一部分,是关于国教确立问题的。* 它将 对英格兰、英属殖民地和早期的美国各州国教确立的那一段法律史做一描述,对和国教设立有关的法律规定和实践活动进行归类,并阐明国教确立的重要(且相互竞争的)理据。本文的第二部分——将在本刊的随后一期中予以刊登发表**——将集中论述政教分离问题。它将阐明政教分离的重要(且

[10] See AMAR, *supra* note 4, at 32–41; Kurt T. Lash, *The Second Adoption of the Establishment Clause: The Rise of the Nonestablishment Principle*, 27 ARIZ. ST. L. J. 1085, 1089–99 (1995); Joseph M. Snee, *Religious Disestablishment and the Fourteenth Amendment*, 1954 WASH. U. L. Q. 371, 406–07.

[11] See Guy Haarscher, *Freedom of Religion in Context*, 2 BYU L. REV. 269 (2002) (discussing religious freedom in European countries).

[12] See *id.*

[13] See *infra* text accompanying notes 562–81.

* 见前本书编者注。

** 见前本书编者注。

相互竞争的)理据,并对美国早期各州政教分离的过程做一番法律史的描述,并将更加详细地论及随着初生的美国向着政教分离的方向发展,立国之初的那一代人所面对的那些更具争议性的问题。

第一章 国教确立之法律

在美国立国之初,即在大致从革命开始一直到新共和国形成时期的那一段时间,英国圣公会是英国的国立教会,几个世纪以来一直如此。^[14] 在美国独立之前,英国圣公会是南方5个殖民地(从马里兰到佐治亚)依法正式确立的官方教会。^[15] 在纽约大都会的4个郡,英国圣公会也享有这一地位,尽管没有明确的立法授权。^[16] 在马萨诸塞、康涅狄格、新罕布什尔和佛蒙特,一些地方性的宗教团体得以形成,在每一个市镇,大部分人都可以挑选牧师,并因此成立自己的宗教派别——通常但并非总是公理宗(Congregationalism)[或“清教”(Puritanism)]。^[17] 余下的殖民地——宾夕法尼亚、特拉华、新泽西、^[18]罗德岛和非大都会的纽约——都没有官方正式确立的宗教。^[19] 罗德岛、^[20]宾夕法尼亚^[21]和马里兰^[22]被公开确立为非国教信徒的避难所,但是马里兰在17世纪末失去了这一地位。尽管按照现代政教分离理念,这些殖民地的法律并不能获得全民通过——它们都有对出任公职者的宗教测试,有渎神法之类——但是按照当时的标准,它们在宗教上都是宽容的,都是多元主

[14] See Act of Uniformity, 1642, 14 Car. 2, c. 4 (Eng.), 重印于 1 SOURCES OF ENGLISH CONSTITUTIONAL HISTORY, *supra* note 2, at 543-47.

[15] LEVY, *supra* note 3, at 1.

[16] See *id.* at 11-16.

[17] See *id.* at 16-26.

[18] 新泽西多少有些与众不同,因为没有一项确立国教的立法曾被采纳,但是,发给皇家总督的指示,依旧保持着一位历史学家所说的“一种默示公立宗教的口吻”。SANFORD H. COBB, THE RISE OF RELIGIOUS LIBERTY IN AMERICA: A HISTORY 418 (Burt Franklin 1970) (1902).

[19] See LEVY, *supra* note 3, at 11.

[20] See Plantation Agreement at Providence (1640), 重印于 8 SOURCES AND DOCUMENTS OF U. S. CONSTITUTIONS 353, 354 ¶ 2 (William F. Swindler ed., 1979).

[21] See William Penn, Frame of Government of Pennsylvania (1683), 重印于 8 SOURCES AND DOCUMENTS OF U. S. CONSTITUTIONS, *supra* note 20, at 261 ¶ XXXV.

[22] See Maryland Act of Toleration of 1649, 1 Maryland Acts of Assembly 244, 转引自 COBB, *supra* note 18, at 376.