

小维特法律丛书

丛书主编：苗文龙、袁瑜琤

*Religion and the American
Constitutional Experiment*

宗教与 美国的宪法实验

(第三版·2011年)



约翰·维特、朱尔·A. 尼克尔斯 [著]

袁瑜琤 [译]

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书中文简体字译稿版权由约翰·维特授权出版发行

小维特法律丛书



宗教与 美国的宪法实验

(第三版·2011年)



约翰·维特、朱尔·A. 尼克尔斯 [著]

袁瑜琤 [译]

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

宗教与美国的宪法实验/ (美) 维特 (Witte, J.) 著;
袁瑜琤译. —北京: 中国法制出版社, 2012. 5

(小维特法律丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3747 - 9

I. ①宗… II. ①维… ②袁… III. ①宗教政策 -
宪法 - 研究 - 美国 IV. ①D971. 21

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 101645 号

策划编辑 袁笋冰

封面设计 周黎明

宗教与美国的宪法实验

ZONGJIAO YU MEIGOU DE XIANFA SHIYAN

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2012 年 6 月第 1 版

印张/ 17.5 字数/ 410 千

2012 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3747 - 9

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66066627

邮购部电话: 66033288

序 言

本书既是给学生写的一部入门读物，也是对专家的挑战，同时也是邀请公众重新审视美国在宗教权利和自由上的实验。我们结合使用了历史的、学说的和比较的方法，以讲述独一无二的宗教自由的美国故事——从 1789 年第一修正案的诞生，到最高法院最近对其不确立宗教条款和宗教活动自由条款的解读。

本书旨在给那些尚不明就里的读者除掉一个“天灵灵”似的魔咒，这个魔咒说杰斐逊的“隔离之墙”就是第一修正案的概括与源头。本书还打算叫那些素养有成的读者超越对最高法院近来审理的第一修正案案件的泛泛抱怨。我们尽力给读者提供足够的历史分析、案例分析和比较分析，叫读者们认识到美国国父们的独到设计，以及他们一手操办的这个实验的错综复杂所在。我们也尽力为宗教自由诸种原则之整合提供充分的论证理由。以便叫读者们看到美国实验仍然具有的活泼希望。

本书的第一版出版于 2000 年，它旨在提供一个简捷的、基于交叉学科视角和国际视角领略美国宗教自由故事的途径。那个时候市场上还少见这类的书籍，并且没有哪个书是为了法律、神学、伦理学、政治科学、人权以及美国研究等领域的学生和学者们而写作。看到这本书被许多富有专长的学者们慷慨接受，一些大学、法学院、神学院和研究生院的课堂上也欣然采用，这真是一件叫人高兴的事情。鉴于这个成绩，本书的第二版——出版于 2005 年

——在相当大程度上是基于最高法院最近审理之案件和国会通过的涉及宗教自由之法案的改进版。这个第二版在课堂里保持着不错的成绩。

13 在这个新版中，我们保留了前面两个版本的主要结构和主要论题。但是，本版显然有更为实质性的修订，有更好的章节划分，以及更为清晰地呈现了当代最高法院判例法的新动向。我们改进了叙述历史的章节，把最近的学术成果考虑进来，并把相关的建国时代以来的主要资料渊源安排到我们的分析中。我们把谈论活动自由和确立宗教的太过冗长的章节分割为比较短的章节，分别讨论活动自由和宗教自由的立法保护、确立宗教条款、宗教与公共教育、政府与宗教教育、公共生活中的宗教等论题。我们还加入了一章谈论宗教组织法律。我们扩充了最后一章，它用来比较美国的宗教自由实验和国际宗教自由的准则，援引了比较宪法的近期学术成果，以及最高法院在审理案件之时所适用的国际法资料。我们继续呼吁一个建立在良知自由、宗教活动自由、多元化信仰的宗教平等、教会和国家分离、不确立宗教等原则基础上的整合性理论。我们尽量揭示出我们关于宗教自由的整合理论的效用，并把它同近来的其他理论进行比较。改进后的附录给出了1787年和1789年所讨论的确立宗教条款草案的时间顺序表，以及展示早期各州宪法关于宗教自由的一般模式的表格，和最高法院在1815年到2010年间审理的所有关于宗教自由之案件的表格式概要。

新版包括了最高法院最近审理的案件。在第二版于2004年付梓以来，最高法院已经颁布了七宗有关宗教自由的案件——“库特诉维尔金森”（*Cutter v. Wilkinson*, 2005年）案、“麦克克莱里县诉美国公民自由联合会”（*McCreary County v. ACLU*, 2005年）案、“凡·奥登诉佩里”（*Van Orden v. Perry*, 2005年）案、“*Gonzales v. O Centro Espirita Beneficiente Uniao Do Vegetal*”（译

按：西班牙语，内容大意是一个定居在新墨西哥州的巴西人的特有教派，译者不能译出汉语，2006年）案、“黑因诉脱离宗教基金会”（*Hein v. Freedom from Religion Foundation, Inc.*, 2007年）案、“普莱森特格罗夫市诉萨姆教”（*Pleasant Grove City v. Summum*, 2009年）案和“萨拉扎诉波诺”（*Salazar v. Buono*, 2010年）案。在本书付梓之时，“基督徒法律人协会诉马提尼兹”（*Christian Legal Society v. Martinez*, 2010年）案尚在审理之中。这些案件在继续削弱第一修正案对宗教自由的保护。“库特案”和“O Centro案”支持了两部有关宗教自由的联邦立法，因此进一步刺激了从1990年开始的、把对宗教活动自由的保护更多地留给国会而不是法院的趋势。“黑因案”则进一步限制了非官方当事人根据确立条款而质疑政府行为的诉讼资格。其他四宗案件涉及宗教标志出现在公共生活中的合宪性问题，它们表现出回转过、有些矛盾的解读确立条款的路径，以至于低级联邦法院正在越来越多地斟酌选择它们自己的解读路径，即使这些路径显著地区别于其他联邦法院所做的选择。

法理学的变化和第一修正案宗教条款的实质性削弱，已经激发了新的联邦和各州宗教立法小型爆炸式的剧增，并产生了一幅颇为复杂的特别宗教偏袒与豁免权的马赛克图景，它们此时正在低级法院里接受进一步的检验。它也导致了一场各州宪法诉讼的新运动，这进一步叫整个国家的宗教自由法律错综复杂起来。各州宪法性法律的崛起鼓励了一些法学家——不仅是托马斯大法官（Justice Thomas）——提出对宗教自由进行新联邦主义的理解。尤其是，这些作者正在极力主张把第一修正案从第十四修正案中“选择性地分解出来”，叫各州在解决宗教问题时，更为自由地根据它们自己州的宪法规定来进行。

美国对宗教自由的保护正在从司法机关转移到立法机关、从联邦政府转移到各州，这让我们感到不安。这样的转移使得原本

应当全国统一的宗教自由权利，变得容易受到即时的政治风气的侵犯，并且取决于某一个起诉人所处的地理位置。在我们看来，联邦法院——有时需要国会的支持——应当为美国的所有当事人提供普遍而且坚定的宗教自由保护，而不管他们居住在哪里，或者他们在哪里提起他们的诉讼。在1940年代，面对着国内以及国外的盲从状况，对坚定而且普遍的宗教自由法律的需要正是促使最高法院把第一修正案的宗教条款“合并”到第十四修正案正当程序条款，从而使它们约束各州以及地方政府的一个决定性原因。它也是为什么美国以及全世界在1940年代，把宗教自由推崇为所有人的一项普世而且不可减损的人权——这也是富兰克林·罗斯福（Franklin Roosevelt）所支持（并且本身的封面也描画出来）的著名“四项自由”中的一项，以谴责在第二次世界大战期间施加在犹太人和其他宗教少数群体身上的恐怖迫害。我们认为一个宗教自由的全国性理论憧憬，对美国来说仍然是一个重要的激励力量，并且我们认为联邦法院最有条件来实现它。

令我们感到不安的还有，有些学者越来越倾向于否认宗教有其特殊性、并应当得到特殊的宪法保护。现在有各种各样的作家说，宗教在宪法上的这种意义——如果在18世纪曾经存在的话——在这个后现代、后宗教（postreligious）时代已经变得过时了。他们所持的理由是，宗教在要求被给予特殊的保护时就是太过危险的、引起分裂的、并且五花八门的。宗教最好被视为另一类自由与表达而已，并且不要给予比它的世俗对等之物更多一点的袒护。实际上，给予宗教以特殊的保护，这本身就是违背宪法的确立宗教之举，并且是对那些没有宗教信仰之人的歧视。我们反对这套说辞以及某些为它摇旗呐喊的修正主义史论。国父们的认识是，宗教不仅仅是一种独特的言论与集会、独处而自治的形式，并且应当得到分别与特殊的待遇。他们于是把宗教自由与言论自由、出版自由和集会自由并列一起，给予宗教以特殊的保护，并

限制政府参与宗教之事。时至今日，尽管我们的宗教人口统计已经发生了巨大的变化，就如在建国时期一样，但是对许多人而言宗教依然是一个人的个体特性的惟一根源，用麦迪逊的话来说，它包含着“我们对造物主所承担的义务和履行义务的方式。”宗教也是独树一帜的民众与社会特性的表现形式，它包含着丰富多样的圣殿、学校、慈善机构、使团以及其他的信仰形式和场所。所有和平的宗教活动——不论是个体的还是团体的、个人的还是公共的——都恰如其分地需要第一修正案的保护。并且，这样的保护有时还需要那些中立而普遍的法律所不能给予的特殊豁免、保护和特权。

最后，令我们感到不安的还有，在某些法学家和学者中间有一种越来越明显的倾向，他们要抛弃教会和国家分离原则，认为它是一个过时的——如果不是令人厌恶的——教义。在最近几年，已经出现了一小股重要的写作潮流，它声称教会和国家分离原则是19世纪反对教会、反对宗教的精英们的发明，它开始于托马斯·杰斐逊，并被19世纪的反天主教和反宗教的先天论者（nativists）劫持，他们打着教会和国家分离的名义给后来的美国法律掺杂进各种各样的能够引起偏见的内容，并给宗教自由带来了危害。因为它是近来才被杜撰出来的，也因为那个令人生厌的谱系，我们应当毅然抛弃这个教会和国家分离原则以及它促生的那些刻薄法律，包括那些反对国家资助并支持宗教组织的旧有法律。我们尊重但却不同意这些说辞。我们阅读原始资料叫我们得出的结论是，教会和国家分离有着远为悠久的历史，并且它的发展谱系比起近来某些史论所承认的谱系来，要远为复杂而且完整。在杰斐逊于1802年起草他给丹伯里浸礼会（Danbury Baptists）的著名信函——它使用了“隔离之墙”的短语——之前，美国的缔造者们早就对教会和国家分离有着至少五种的理解，并且有几种有着深远的西方根源。其中的每一种理解在18、19世纪时候都为保

护宗教自由做出了重要的贡献，并且对今天的我们来说都有其颠扑不破的教义。

请朱尔·A·尼克尔斯 (Joel A. Nichols) 加入进来一同作本书第三版的作者，这对我来说是一个特别的荣幸。尼克尔斯教授是我在过去的四分之一世纪里有幸教授的六千多名学生中最为优秀的一位学生，并且当我在 1998 年准备本书第一版的时候，他是我第一流的研究助手。在法律与宗教、宗教自由与人权、宗教和家庭法等领域里，他已经为他自己奠定了卓越的权威地位。他已经就建国时期的宗教自由问题写了几篇可谓掷地有声的法律评论文章，并且他还有一部重要的关于“多阶梯的婚姻” (Multi-Tiered Marriage, 译按：即 Marriage and Divorce in a Multicultural Context: Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion) 的新作正在由剑桥大学出版社出版，该书讨论了法律、宗教和家庭生活领域的前沿问题。他在本书第三版中做出了非常珍贵的工作，并先行写出了关于宗教组织与法律的那一章初稿。这个论题正在成为诉讼领域的新热点，因为教会和其他宗教团体此时就同性恋的权利问题意见不一，并且发现它们自己没有司法的介入就不可以分割宗教财产。

我要感谢阿美·威勒尔 (Amy Wheeler)，她为本书第三版的出版做出了专注的工作；以及埃默里大学法律图书馆的维尔·海内斯 (Will Haines)、克里斯·哈德森 (Chris Hudson) 和凯莉·帕克尔 (Kelly Parker)，他们的图书馆服务十分可贵。有许多的学生助手在本书各版的问世过程中都做出了贡献。但是我 2009 年春季学期“高级宗教自由”课程班的十六位聪颖活泼的埃默里法科学生，他们的洞察与批评使得本版改进多多。他们有条不紊地仔细阅读全文，并提出的许多有益建议都反映到各个章节中。我还要对阿莫斯·戴维斯 (Amos Davis)、朱斯汀·拉特拉尔 (Justin Latterall)、特勒弗尔·平克顿 (Trevor Pinkerton) 和朱得·特里曼

(Judd Treeman) 表示感谢，他们在本新版中做了出色的帮助研究工作。

最后，我还要感谢克莱格·迪克斯特拉博士 (Dr. Craig Dykstra) 以及他在里立基金会 (Lilly Endowment) 的同事们，他们慷慨地资助支持了我在法律、宗教以及新教传统等领域的研究，他们为本书以及其他课题提供了研究资助。我还要感谢阿伦佐·L·麦克唐纳博士 (Dr. Alonzo L. McDonald) 以及他在阿伦佐·L·麦克唐纳家庭基金会的同事们，他们慷慨地资助了我就宗教自由与法治的基督教基础问题所做的相关研究，他们为本版提供了进一步的研究资助。

16

约翰·维特
埃默里大学法学院

目 录

导 论 / 1

第一章 美国实验的历史背景 / 10

第一个千年期 / 15

教皇革命 / 21

新教改革 / 26

宗教国教化，抑或宗教自由 / 31

开拓殖民地与实验 / 35

第二章 宗教条款背后的神学和政治学 / 41

清教徒观念 / 43

福音派观念 / 50

启蒙运动观念 / 55

共和主义观念 / 63

小结和结论 / 69

第三章 宗教的基本权利和自由 / 71

良知自由 / 72

| 2 | 宗教与美国的宪法实验

从事宗教活动的自由 / 79

宗教多元化 / 82

宗教平等 / 86

教会和国家分离 / 91

不确立合法宗教 / 102

各原则的相互依赖 / 111

第四章 打造第一修正案的宗教条款 / 114

宗教和大陆会议 / 114

1787 年制宪会议 / 122

批准宪法和修正提议 / 127

起草第一修正案的宗教条款 / 132

“最初的意图”：解释这个最终的文本 / 144

一个比较浅层次的解读 / 144

深层次解读 / 147

小结和结论 / 166

第五章 1947 年之前的各州宗教自由，和创制一部 关于宗教自由的全国性法律 / 170

良知自由和活动自由 / 175

宗教多元化和平等 / 178

教会和国家分离 / 180

不确立宗教 / 183

信仰、自由和边远地区 / 188

基本的宗教自由和条款结合 / 194

小结和结论 / 202

第六章 宗教活动自由 / 204

描绘当代的活动自由政策 / 206

活动自由的权利之于政府权力 / 206

解决冲突 / 210

活动自由和一夫多妻（一妻多夫）制（1879 - 1890 年） / 221

活动自由和良知反对（1918 - 1971 年） / 226

宗教表达的自由与平等（1940 - 2002 年） / 231

良知自由和活动自由豁免权（1943 - 1989 年） / 240

把活动自由条款中立化（1982 - 1993 年） / 248

立法时代的活动自由 / 257

小结和结论 / 261

第七章 当代有关确立国教的法律：描绘各种政策的图谱 / 263

提起一项基于确立条款的诉讼案件 / 265

为确立条款案件绘制图谱 / 270

分离主义 / 271

体恤主义 / 275

中立原则 / 277

赞助行为 / 284

强制行为 / 286

严格中立原则 / 288

平等待遇/公平的中立原则 / 290

历史和传统路径 / 292

小结和结论 / 294

第八章 宗教与公共教育：不确立宗教，但宗教机会均等 / 296

分离主义的案件（1948 - 1987 年） / 297

机会均等的案件（1981 - 2001 年） / 308

小结和结论 / 318

第九章 政府与宗教教育：体恤、分离与平等待遇 / 320

体恤主义的案件（1908 - 1986 年） / 321

分离主义的案件（1971 - 1985 年） / 326

平等待遇的案件（1983 - 2004 年） / 332

小结和结论 / 343

第十章 宗教与公共生活 / 345

安息日的法律（1961 年） / 346

立法机关里的牧师（1983 年） / 350

宗教标志（1984 - 2010 年） / 351

小结和结论 / 368

第十一章 宗教组织与法律 / 374

宗教政体与结构 / 377

宗教结构 / 377

法律结构 / 378

宗教财产争端 / 380

平等待遇（1815 - 1914 年） / 381

遵从 (1872 - 1976 年) / 384
中立原则 (1979 年 -) / 392
雇佣就业、税收以及其他 / 396
雇佣就业 / 396
社会福利事业 / 399
税收 / 402
前沿问题 / 404
小结和结论 / 406
第十二章 走向整合的宗教自由：美国实验在国际语境中 / 407
国际准则与美国宪法 / 411
宪法解释 / 412
国际宗教自由 / 417
宗教自由的国际框架 / 421
国际准则与美国法律之比较 / 429
小结和结论 / 439
结论与反思 / 440
附录一：起草联邦宗教条款 (1787 - 1789 年) / 451
附录二：州宪法中关于宗教的规定 (1947 年) / 455
附录三：美国联邦最高法院涉及宗教自由的判决 / 460
索 引 / 497
译者的话 / 538

导 论

托马斯·杰斐逊曾经把美国全新的保障宗教自由的做法表述为一个“公平”而“新颖的实验”。^① 这些保障规定在 18 世纪后期新出现的各州以及联邦宪法中，它推翻了一个来自西欧的千年之久的假设——一个社会共同体里必须确立一种基督教，并且政府必须保护并支持这种基督教而要排除所有其他形式的信仰。杰斐逊断言，美国不会再忍受这种政府对宗教的指定或者禁止行为。所有形式的基督教只能独立自主，并且与所有其他宗教平等相处。它们的存在与成长只能取决于它们的言辞的说服力量，而不是利刃的强制；取决于它们的成员的信仰，而不是法律的胁迫。

在美国，这个把宗教自由给予所有人的果敢实验仍在进行，仍在发展。从 1776 年到 1940 年，这个实验的主要管理赖于各州，它们根据它们各自的州宪法而运行。而从形式上看，第一修正案只能适用于联邦政府：“国会不得制定关于确立宗教或者禁止其活

^① Saul K. Padover, ed., *The Complete Jefferson, Containing His Major Writings* (1943), 538, 673 - 676, 1147; P. L. Ford, ed., *The Works of Thomas Jefferson*, 12 vols. (1904 - 1905), 11:7; Julian Boyd, ed., *The Papers of Thomas Jefferson*, 9 vols. (1950), 1:537 - 539. See analysis in Sidney E. Mead, *The Lively Experiment: The Shaping of Christianity in America* (1963), 55 - 71. The concept of an “experiment” in religious liberty goes back at least to John Locke. See Locke, “A Second Letter Concerning Toleration (c. 1690),” in *The Works of John Locke*, 12th ed. (1824), 5:59 - 138, at 63ff. 它在 16 世纪的时候也曾被美洲拓殖者罗杰·威廉姆斯 (Roger Williams) 和威廉·宾 (William Penn) 使用 (pp. 15 - 16)。

动自由的法律。”并且，第一修正案不确立宗教和宗教活动自由的保障条款在联邦法院施行起来也没有什么力度。宗教自由的大多数问题都留给了各州的立法机关和法院来解决，国会或者联邦法院很少参与其中。

1940年之后，这个实验的主要操控机制转移到联邦法院。在“坎特维尔诉康涅狄格州”（*Cantwell v. Connecticut*, 1940年）和“艾沃森诉教育委员会”（*Everson v. Board of Education*, 1947年）案中，美国最高法院第一次把第一修正案的宗教条款适用到各州和地方政府。^②从1925年开始，最高法院已经把第一修正案的言论自由条款（“国会不得制定……限制言论自由的法律”）适用到各州，在接下来的十年间，它又进一步适用了出版自由和集会自由条款。审理“坎特维尔案”和“艾沃森案”的法庭使用了前面的案件所使用的同样方法，它把第一修正案的宗教自由条款解读到第十四修正案的普遍自由保障条款中：“任何州……不经正当程序……不得剥夺任何人的自由。”而第一修正案所规定的“宗教自由”被认为属于第十四修正案所保护的一揽子“自由”的一部分，故此，它也可以适用到各州。这一解读动向——最高法院在《权利法案》的其他条款中又几次重复了这一动向——就使得一套全国性的宗教自由法律成为可能，它由联邦法院施行，并且是在联邦法院施行。第一修正案的确立条款和活动自由条款此前一直约束联邦政府，并且很久以来就作为各州法律的渊源和发展动机而存在。但是，在1940年之后，这些宪法条款通过“合并”到第十四修正案的正当程序条款，对各州和地方政府也具有了约束力。成千上万的案件在1940年之后涌入到联邦法院中，其中160多件到达了最高法院。

美国宗教自由的实验开始便在这个年轻的共和国以及国外激

^② 310 U. S. 296 (1940); 330 U. S. 1 (1947) .