

西方法律与宗教学术论丛

主编：刘澎

宗教 与 美国宪政经验

RELIGION
AND
THE AMERICAN
CONSTITUTIONAL EXPERIMENT

John Witte, Jr.
[美] 小约翰·威特 著
宋华琳 译

宗教 与 美国宪政经验

RELIGION
AND
THE AMERICAN
CONSTITUTIONAL EXPERIMENT

John Witte, Jr.

[美] 小约翰·威特 著

宋华琳 译



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

宗教与美国宪政经验/(美)威特著;宋华琳译. —上海:上海三联书店,2011.1

(西方法律与宗教学术论丛 / 刘澎主编)

ISBN 978-7-5426-3418-4

I. ①宗… II. ①威…②宋… III. ①宗教事务—行政管理—行政法—研究—美国 IV. ①D971.221

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 245921 号

宗教与美国宪政经验

著 者 / [美]小约翰·威特(John Witte, Jr.)

译 者 / 宋华琳

责任编辑 / 王笑红

特约编辑 / 张向玲

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 任中伟

责任校对 / 张大伟 陈若辰

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

http: //www.sanlian.com

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海叶大印务发展有限公司

版 次 / 2011 年 1 月第 1 版

印 次 / 2011 年 1 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 300 千字

印 张 / 23

书 号 / ISBN 978-7-5426-3418-4/D·175

定 价 / 45.00 元

前 言

这本书首先意欲为研究者做一些介绍,与专业人士进行商榷,并引起公众对于美国宗教权利和自由实践的新思考。我将结合历史的、学说的以及比较的方法,来讲述有关美国宗教自由的独特实践——从1789年第一修正案的形 成,到最高法院关于政教分离和宗教自由实践原则保障机制的最新解释。

这本书力图说服尚未入门的读者逾越某种简单的老生常谈,即认为杰斐逊的“分离之墙”隐喻是第一修正案的渊源和概要。它亦意在让有经验的读者,摆脱对于最高法院近来的第一修正案案件的单纯悲悼。我试图提供足量的历史分析、判例法分析和比较分析,使读者去体会美国国父们的智慧和他们操控的那些精巧实践。我也意图为宗教自由有原则的融合提供充分的依据,使读者可以探寻美国宗教实践中仍然坚守的坚实允诺。

然而,这本书谨慎地回避了绝大部分错综复杂的是非判断,近期的第一修正案研究被这类判断严重困扰。当然,是非判断对于第一修正案的不断革新是必要的,而《法学总论》(*Summae Jurisprudentiae*)对于认真坚守一以贯之的最好变革也是必要的。但是,为防止产生学术优越感的倾向,对于这些特定材料进行可理解的提炼同样是必要的。为防止我们对美国宗教自由经历的生机和活力的失察,对于我们的法理的总结亦是必要的。这是本书的任务之所在。

我必须向很多人表示感谢,他们是:斯潘塞·卡尔(Spencer Carr),西景出版社(Westview Press)的前任执行编辑,以及他的继任者——西景出版社的利奥·威格曼(Leo Wiegman),现任珀尔修斯图书集团(Perseus Books Group)的出版负责人,他策划了这本书,并辛勤工作将其尽可能快地付梓。

许多朋友与同事慷慨地提出了各自的批评与建议。我尤其要表示感谢的是托马斯·C.亚瑟(Thomas C. Arthur)、托马斯·C.伯格(Thomas C. Berg)、哈罗德·J.伯尔曼(Harold J. Berman)、A.摩根·克劳德(A. Morgan Cloud)、丹尼尔·L.德莱斯贝克(Daniel L. Dreisbach)、弗雷德里克·马克·格迪克斯(Frederick Mark Gedicks)、T.杰里米·冈恩(T. Jeremy Gunn)和道格拉斯·莱科克(Dougals Laycock),他们分别阅读了本书的大部分章节,并提出许多修改建议与批评。我希望本书的质量能够大致匹配他们的建议。

在过去十年我教授“美国宪法:教会和国家”这门课程,以及过去几个月间筹备本书的过程中,许多在埃默里(Emory)法学院学习的学生向我提供了有力和充分的协助。此时,映入我脑海的名字有斯科特·布莱文斯(Scott Blevins)、布莱恩·波特尼克(Blaine Bortnick)、布鲁斯·弗罗南(Bruce Frohnen)、M. 克里斯琴·格林(M. Christian Green)、杰伊·托德·哈恩(Jay Todd Hahn)、杰弗里·哈蒙德(Jeffrey Hammond)、海迪·哈桑(Heidi Hansan)、戴维·希尔茨(David Hilts)、亨利·基梅尔(Henry Kimmel)、塔玛拉·麦克拉肯(Tamara McCracken)、乔·尼古拉斯(Joel Nichols)、伍德拉夫·波尔克(Woodruff Polk)、奥德拉·邦蒂斯(Audra Pontes)、斯图尔特·波佩尔(Stuart Poppel)、泽利·纳扎瑞·苏特(Jeri Nazary Sute)、伊丽莎白·斯温顿(Elizabeth Swinton)、简森·韦特(Jason Waite)以及戈登·扬(Gordon Young),我向他们表示感谢。我必须向乔·尼古拉斯(Joel Nichols)表示特别的谢意,因他帮我准备了附录2和3中的图表。

感谢我的朋友和同事迪安·霍华德·O.亨特(Dean Howard O. Hunter),我在埃默里大学期间,他给予我始终如一的悉心支持,并在今年慷慨地准许我休假以完成这个工作和其他项目。同样,还要感谢埃默里大学图书馆的威尔·海恩斯(Will Haines)、霍利迪·奥斯本(Holliday Osborne)和罗莎莉·桑德森(Rosalie Sanderson),感谢他们在图书方面给予我的无私帮助,感谢路易斯·杰克逊(Louis Jackson)所提供的可靠的文秘服务。

呈现在本书中的许多内容的前身已在他处刊行,我须向出版商表示感谢,因他们许可我使用自己下列已刊著述中的部分内容:

“Church and State,” in *Encyclopedia of Religion*, ed. Mircea Eliade (New York: Macmillan and Free Press, 1987), 3:489 - 505(同 Harold J. Berman 合著);

“How to Govern a City on the Hill: The Early Puritan Contribution to American constitutionalism,” *Emory Law Journal* 39 (1990):41 - 64;

“Law, Religion, and Human Rights,” *Columbia Human Rights Law Review* 28(1996):1 - 31;

“Tax Exemption of Church Property: Historical Anomaly or Valid Constitutional Practice?” *Southern California Law Review* 64(1991): 363 - 415;

“The Essential Rights and Liberties of Religion in the American Constitutional Experiment,” *Notre Dame Law Review* 71(1996):371 - 445; and

“The Integration of Religious Liberty,” *Michigan Law Review* 90 (1992):1363 - 1383.

第二版前言

在本书第一版中，我意图从跨学科和跨国度的视角，对美国宗教自由实践展开一种易于理解的导读。很少有这类书籍上市，据我所知，没有哪本书曾如此跨越学科，同时影响到法学、神学、历史学、伦理学、政治科学、人权和美国研究等诸多学科门类的学生和研究者。过去五年间，我非常欣慰地看到，本书在课堂教学中被广泛使用，并得到了众多专业的学者们的普遍认同。看来这本书在这一专题领域已经填补了一项空白。鉴于第一版的成功，在本书第二版中，我保留了第一版中的大部分内容并延续了它的整体风格。

新版本考量了美国宗教自由实践的最新内容。自从本书第一版于1999年付梓之后，美国最高法院又作出了七个关于宗教自由的第一修正案判例。白宫和国会实施了新举措来支持以信仰为支撑的慈善事业，并保护宗教财产和信教的囚徒。数个州政府颁布了关于宗教自由的重要新法律，而不仅限于各州的恢复宗教自由法。在“9·11”事件之后，对美国是否应当依从国际宗教自由标准这一问题的争论愈演愈烈。本书新版本在第七至第九章分析了这些新的法律素材；附录3囊括了最高法院涉及宗教自由的所有161个判例的摘要，其中包含了最新的判例。

新版本也考量了有关美国宗教自由实践的最新研究成果。新千禧年的到来触发了一系列重要文章和新书的出版，它们聚焦于18世纪的国父们，尤其是托马斯·杰斐逊和约翰·亚当斯，大陆会议和宪法会议，教会

和国家分离之墙这一隐喻的源流与嬗变,以及殖民地时期和内战之前的美国宗教和神学的历史等内容。第二至六章的修改就引用了最新相关研究的杰出部分。新千禧年没有阻止和减慢最近关于宗教自由法理的相关法律评论文章的大量出现;自 2000 年以来,已发表将近 2000 篇相关文章,以及大量相关的专著和人文学科的文章。我借用这部分新材料,对本书第七至九章进行了修改。

我保留了第一版的结构和主要论点,同时对于各章节进行了部分删节和完善,以使其更加适应课堂教学和纯理论研究上的需要。我根据核心理念的需要删去了部分引注,并引导读者通过索引而非一个冗长的参考书目来获取这些材料。我删去了第一版中关于教会财产税收豁免的长篇叙述,这是由于很多使用者认为,就介绍性文本而言,这一部分过于细节和专业。新版本中借用更多的交叉引注来引起对于普遍话题的关注,并在最后的结论反思部分更加鲜明地强调了这些主题。

新版本通过吸收许多批评者对旧版的批评建议,得以实现进一步改进。许多批评者指出,我的分析中带有明显的新教倾向,尤其是我没有意识到早期天主教对于西方宗教自由传统的重要贡献,以及 19 世纪美国新教徒时常对天主教徒进行的恶毒攻击。新版的第一、五、六章较为充分地考量了这部分材料。另一些评论者批评我,因我将罗杰·威廉斯(Roger Williams)描述为“福音派”,将詹姆斯·麦迪逊(James Madison)刻画成一个“启蒙派思想家”的形象。我在新版第二、三章中慎重表明,福音派、启蒙派和其他有关宗教自由的模型只是一种启发式的类型创设,许多国父们,譬如威廉斯和麦迪逊显然身列其中,但不能简单地将他们划归为某一类。仍有许多批评者认为,我应当对于美国和国际宗教自由原则交织影响的考察,置于整个 20 世纪的历史长河中,而非局促于眼前。我根据该线索完善了第九章的相关内容。

除却这些,我将坚持我的观点——并向我的朋友表示歉意,在读完本书之后,他们认为我应该更多地讨论美国基督教的特征而更少探讨宗教

自由原则。我仍然坚持不将美国视为基督教国家,而是“一个灵魂和信仰的避难所”——教会和良心的双重避难。而且我相信,因为美国的宗教自由实践牢固地建立在建国时期的原则之上,即使这些原则在过去两个世纪以及更长时间内呈现出令人困惑的规律与实践,这种实践仍会历经磨难而坚守。

感谢我的同事埃米·惠勒(Amy Wheeler)和贾尼丝·威金斯(Janice Wiggins),他们为本书第二版的出版做了精细的工作,还要感谢威尔·海恩斯和凯利·帕克(Kelly Parker)在埃默里法律图书馆所提供的宝贵服务。同样感谢阿什利·阿尔滕堡(Ashley Altenburger)、埃琳·恩格尔布雷希特(Erin Englebrecht)、查尔斯·胡克(Charles Hooker)和萨拉·彭茨(Sarah Pentz)提供的研究协助。感谢史蒂文·卡特雷诺(Steven Catalano)和他在西景出版社的同事,正是他们的辛勤工作才让本书第二版得以尽早成书。 xvii

最后,感谢克雷格(Dykatra)和他位于印第安纳波利斯(Indianapolis)的利利基金会(Lilly Endowment, Inc.)的同事们,他们慷慨地准允和支持我的“法律、宗教和新教传统”研究项目,这为本书和其他数个写作计划提供了研究支持。

书中的许多章节源自我最近发表的作品,经过允许后在此使用:

(1) Introduction to John Witte Jr. and Frank S. Alexander, eds., *Modern Christian Teaching on Law, Politics, Society, and Human Nature* (New York/London: Columbia University Press, 2004), 2 vols;

(2) “That Serpentine Wall of Separation,” *Michigan Law Review* 101(2003):1869 - 1905;

(3) “A Page of History Is Worth a Volume of Logic”: Charting the Legal Pilgrimage of Public Religion in America,” in Edith Blumhofer, ed., *Religion, Politics, and the American Experience: Reflections on Religion and American Public Life* (Tuscaloosa/London: University of

宗教与美国宪政经验

Alabama Press, 2002), 44 - 61;

(4) *Law and Protestantism: The Legal Teachings of the Lutheran Reformation* (Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2002), chaps. 1 and 3;

(5) "A Dickensian era of Religion Rights: An Update on *Religious Human Rights in Global Perspective*," *William and Mary Law Review* 42(2001): 707 - 770.

小约翰·威特
于埃默里大学法学院

目 录

前 言	1
第二版前言	1
导 论	1
第一章 历史语境下的美国实践	9
一、第一个千年	12
二、教皇革命	16
三、新教改革	20
四、确立宗教 vs. 宗教自由	25
五、殖民地和实验	27
第二章 宗教条款的神学与政治	31
一、清教徒的见解	34
二、福音派的见解	39
三、启蒙派的见解	43
四、共和主义的见解	48
第三章 基本权利与宗教自由	52

宗教与美国宪政经验

一、良心自由	52
二、宗教的自由实践	58
三、宗教多元主义	60
四、宗教平等	63
五、政府与宗教分离	67
六、禁止政府确立宗教	76
七、原则的相互依存	82
第四章 锻造第一修正案的宗教条款	84
一、宗教和大陆会议	84
二、1787 年制宪会议	90
三、各州的批准和拟议的修正案	94
四、拟定第一修正案宗教条款	96
五、最终的文本	106
六、概要与结论	120
第五章 1947 年之前的宗教和政府	123
一、良心自由和自由实践	125
二、宗教多元主义和平等	128
三、政府与教会分离	129
四、禁止确立宗教	132
五、信仰、自由及边疆	136
第六章 宗教与最高法院:1815—1947 年	142
一、对涉及宗教的联邦法律的审查	143
二、对涉及宗教的州法的审查	151
三、基本的宗教自由及其整合	155

第七章 现代的自由实践规则	162
一、追寻现代的自由实践学说	163
二、现代的自由实践法的多重原则	175
三、自由实践条款的中立化	189
四、言论自由和制定法对宗教的保护	196
五、结论	205
第八章 现代的禁止确立规则	208
一、追寻现代的禁止确立学说	208
二、教会和政府分离的支配原则	228
三、通向禁止确立的多重原则	242
四、结论	255
第九章 通向对宗教自由的整合：国际语境下的美国经验	259
一、整合的方法和举措	259
二、国际语境下的宗教权利和自由	262
三、国际规范和美国法的比较	268
结论与反思	275
附录 1 联邦宗教条款草案：1787—1789 年	287
附录 2 州宪法中对宗教的规定（截至 1947 年）	291
附录 3 美国联邦最高法院涉及宗教自由的判决	295
索引	323
译后记	351

导 论

1776—1789 年间对宗教自由的新保障曾被杰斐逊描述为“公平”和“崭新的试验”。^[1] 州和联邦宪法的这些新保障,对千年来继受于西欧的诸多假定提出了挑战,这些假定包括基督教必须存在于社区之中,州必须对它予以保护,并支持它相对其他宗教处于更为优越的地位。杰斐逊宣布,美国人民再也不用去承受这些规定和禁令了。所有形式的基督教都应独立自主,并应与其他信仰处于同等地位。它们的存续和发展应依靠其恳切的言词,而非刀剑施加的强制权力;应依靠成员的信仰,而非法律的强制力。

在美国,赋予宗教自由的勇敢的宪法试验已然发生,而且正在进展之中。在 1776 年到 1940 年间,主要是州在支配着这些试验。第一修正案的内容只适用于联邦政府——“国会不得制定涉及宗教的确立或禁止宗教自由实践的法律。”而联邦法院只是较为浮光掠影地执行了这些保障。

[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. 分析见 Sidney E. Mead, *The Lively Experiment: The Shaping of Christianity in America* (1963), 55 - 71. 在宗教自由中“试验”的概念至少可以追溯到约翰·洛克,并为 17 世纪的美国殖民者罗杰·威廉斯(Roger Williams)和威廉斯·佩恩(Williams Penn)所使用。见 John Locke, “A Second Letter Concerning Toleration (c. 1690),” in *The Works of John Locke*, 12th ed. (1824), 5: 59 - 138, at 63ff. 其他较早的征引文献见本书第一章以及 Daniel L. Dreisbach, “A Lively and Fair Experiment: Religion and the American Constitutional Tradition,” *Emory Law Journal* 49(2000):223.

大多数关于宗教自由的问题,都留给各州法院根据其州宪来解决。在1940年之后,对这些试验的主要控制权陡然移转给了联邦法院。在 *Cantwell v. Connecticut* (1940) 案和 *Everson v. Board of Education* (1947) 案中,美国最高法院将第一修正案的宗教条款适用于各州,将宗教条款的保障和美国宪法第十四修正案的一般自由保障结合起来——“任何州未经法律的正当程序……不得剥夺任何人的……自由。”〔2〕在1940年以来的130多个案例中,最高法院试图创设在全国范围内适用的关于宗教自由的法则,来拘束所有的联邦、州和地方官员。

美国关于宗教自由的试验,最初激发了遍布这个年轻共和国内外的诸多雄辩之词。在1788年,传教士埃尔赫南·温切斯特(Elhanan Winchester)自豪地向伦敦的听众宣称:

在世界上只有一个国家,能享受到像这些王国中一样的自由,特别是宗教自由,那就是美利坚合众国:在那里宗教自由达到了最完美的状态。所有的宗教都是平等的。没有哪个确立的宗教,也没有某个基督教教派会比另一个教派更高。宪法在不同的善良之人之间并不做区分。一个人可能被遴选至最高民众机构担任职务,而毋须被迫对自己的信仰作任何说明,接受任何宗教基准的测试,或者俯仰于任何教会的祭坛之下。〔3〕

xx

耶鲁大学校长埃兹拉·斯蒂尔斯(Ezra Stiles)在1783年做出了有力的预言:

美利坚合众国将对所有宗教教派或基督教诸教派予以围护。在

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

〔3〕 Elhannan Winchester, "A Century Sermon on the Glorious Revolution (1788)," in *Political Sermons of the American Founding Era, 1730-1802*, ed. Ellis Sandoz (1991), 969, 988-989.

此它们都可以完全享有各自的完整礼拜和教会管理体系。……所有的宗教教派都是相互独立的……并且任何宗教势力不得因其信仰而享有任何凌驾于世俗权力之上的特权和民事豁免,我期望,它们之间将和谐共存,并体现出最大度的宽容与仁善。〔4〕

在国父们 18 世纪下半叶的作品中,可以发现关于美国试验的许多充满激情的认同之辞。

今天,美国的试验激起了更多批评而非赞扬。美利坚合众国的确不仅对基督教,而且对来自全世界的各种宗教和教派加以“围护”——这期间有超过一千种教派,其成员涵盖了三分之二的美国人口。美国公民和团体的确享受着相当的宗教自由。但从 1940 年以来一直导引美国宗教试验的,作为实验室的美国联邦最高法院,已经不再得到信任。最高法院针对犹太人、穆斯林以及美国原住民的判决,引起了来自公众和专业媒体排山倒海般的攻击。实际上,最高法院关于宗教权利和自由的晚近判决,也因其缺少一以贯之的内在原则,不加辨别地使用机械的标准,其间充满误导性的隐喻并混杂有大量不同的判决意见,而遭到诋毁。

今天,美利坚合众国最高法院并非唯一与美国宗教经验相“格斗”的机构。在过去的 15 年中,检测的平台似乎从联邦政府转到了州政府,从法院转到了立法机关。在晚近最高法院关于宗教自由以及其他几个领域的宪法案例中,已认可了这种朝着联邦主义和分权迈进的趋势。相应地,晚近的州立法机关和法院在进行自身关于宗教信仰自由的试验时变得更为大胆,看来他们若不是打算再度质疑最高法院对于禁止确立和自由实践条款的通常解释,就是打算重新考量这一解释。同时,国会已经公布了大量的法律,以保护特定权利要求者的自由实践权利。这些权利要求者包括人群中的美国原住民、信教的雇主、宗教学校团体、信教的军人、宗教

〔4〕 Ezra Stiles, *The United States Elevated to Glory and Honor* (1783), 54 - 55.

xxi 财产持有人、信教的罪犯。最高法院对此回应以接二连三的、不一致的、殊有不同的判决意见。

作为 17 世纪“试验方法之父”，弗朗西斯·培根写道，当试验成为“多少有些散漫式的探求，而非有规律的运行体系时”，“要审慎地建议三点改进”。〔5〕培根说，首先，我们必须“回归首要的原则和箴言”，根据我们的实践对它们进行评判，并“根据需要对它们加以改进”。第二，我们必须根据这些原则，评判“试验给我们的感受”，以确定在哪些方面“试验应当被调整”。第三，我们必须将“我们的试验”与同行科学家的工作进行比较，当在比较中发现“更好的技术”时，必须“修正我们的试验”，甚至据此补正首要原则。〔6〕正如培根自己在 17 世纪的英格兰试图宣示的，尽管他所提供的那些审慎的指南，主要用于修正已被查明出错的科学试验，它们同样可以用于修正法律和政治试验。〔7〕

本书适用了培根的第一项导引，第一至四章就回归到了激发并弥漫于原初美国经验之中的“首要原则”。这几章回溯到了拟定美国宪法第一修正案的 1789 年。它们对形成关于宗教自由的宪法新规定具有至关重要的神学和政治思潮，包括清教徒（Puritan）、福音派（Evangelical）、启蒙式以及共和主义式思潮，都加以详细检视，并在更广阔的欧洲语境下对这些流脉进行了考察。我要论述的是，国父们的这四类学说常常是独立的，其努力范围也是非常广泛的，他们帮助锻造出关于美国宗教自由试验的“首要原则”。

这些国父们的著述突出了六项原则：（1）良心自由；（2）宗教实践自

〔5〕 Francis Bacon, “The Great Instauration (1620),” preface, reprinted in id., *The New Organon and Related Writings*, ed. Fulton H. Anderson (1960), 3-30, at 11.

〔6〕 Francis Bacon, “The New Organon (1620),” *Aphorisms Book One*, 70, 82, 103, 104, reprinted in Bacon, *The New Organon and Related Writings*, 31-268, at 67-69, 79-80, and 97-98.

〔7〕 一般介绍，见 Barbara Shapiro, “Sir Francis Bacon and the Mid-Seventeenth Century Movement for Law Reform,” *American Journal of Legal History* 24(1980):331-362; Daniel Coquillette, *Francis Bacon* (1992)。