

美国宪法上的“宗教”概念辨析

李松锋

内容提要:美国宪法第一修正案中的宗教条款包含“禁止立教条款”和“宗教自由条款”。两个条款合力确保政府在各教派之间维持中立,以充分保障公民的宗教自由。但何谓“宗教”,宪法并未解释。制宪之初,基督教背景下的美国,多认为“宗教”就是对上帝的信仰,针对宪法中的“宗教”概念甚少异议。随着美国社会宗教多元化,新兴“宗教”层出不穷,各种信仰纷纷出现,有神论的宗教概念显然已无法应对时代的需要,如何区分“宗教”与“世俗”成了宪法上的疑难问题。界定“宗教”概念既要在传统宗教的诸神之间保持均衡,又要顾及人类未来的信仰探索,困难重重。最高法院打破了有神论的宗教观,扩展了传统上的“宗教”概念,但又没能明确具体的“宗教”认定标准,只是在零星的判例中采取就事论事的方法,逐个解决纠纷。联邦下级法院以及州法院尝试通过明确的客观标准来认定“宗教”,裁判纠纷,但观点纷呈,意见不一,且纰漏颇多。学者们亦从不同视角为“宗教”概念的确定献言献策,但追求逻辑的自洽胜于对问题的解决。所以,美国至今未能在“宗教”概念的认定上形成“通说”,美国宪法上的“宗教”概念难题仍悬而未决。

关键词:禁止立教 宗教自由 新兴宗教

李松锋,中国政法大学法学院博士研究生。

任何定义都是危险的。

——伊拉斯谟^[1]

一 引言

《环球法律评论》2012年第1期刊登了清华大学法学院博士生陈鹏的论文《论宪法上的“宗教”概念》(以下简称“陈文”)。^[2]作者从美国联邦最高法院的典型判例“切入”,从浩

[1] R. Stark & C. Glock, 1 Patterns of Religious Commitment, *American Piety: The Nature of Religious Commitment* 11 (1968). 转引自 George C. Freeman, III, The Misguided Search for the Constitutional Definition of “Religion”, 71 *The Georgetown Law Journal* 1519 (1983)。

[2] 陈鹏:《论宪法上的“宗教”概念——从美国最高法院判例法的发展切入》,《环球法律评论》2012年第1期,第126页。

如烟海的法院判决中梳理出联邦最高法院对宪法中“宗教”概念的认知变化,为读者勾勒了美国大法官眼中的“宗教”图景。

“陈文”将美国联邦最高法院对于“宗教”概念的认知经历概括为“严格——宽泛——适度限缩”三个阶段,即在 20 世纪之前,大法官们眼中的“宗教”与传统认识并无二致,均限于通常所谓的有神论信仰;自 20 世纪中期开始,最高法院因应时代的发展,特别是美国社会中宗教类型的多元化,逐步在判决中扩展“宗教”概念,先后将“非典型的有神论信仰,在个人生活中占有一席之地从而可与‘最高之存在’相类比的伦理信条”纳入其中,并一度试图将“纯粹无神论”的信仰归入“宗教”范畴;1972 年的威斯康辛州诉约德尔案(Wisconsin v. Yoder)代表了某种程度的回归,最高法院适度限缩了“宗教”概念,虽仍把对伦理与道德的保护纳入宗教信仰自由的保护体系,但明确排除了“个人哲学上的选择”。这种概括和总结有助于我们厘清美国联邦最高法院的思路变化,读者得以从中窥视美国宪法上“宗教”概念在大法官眼中的演绎过程,但这种简化的介绍,对于外国法知识的学习而言,不足之处至少有三:

第一,美国联邦最高法院对“宗教”概念的认知并不是单线条的发展变化,也没有明确的发展阶段可循,而是一次一案,多种认知交错并行,错综复杂,对此“陈文”已有显露。譬如,“陈文”在第三部分介绍 20 世纪 40 年代至 70 年代的扩张解释时,以 1944 年的合众国诉巴拉德案(United States v. Ballard)为标志,将“非典型有神论信仰”纳入“宗教”范畴,同时指出,直到 1981 年的托马斯诉就业委员会案(Thomas v. Review Bd.)和 1989 年的弗拉基诉就业保险处案(Frazer v. Department of Employment Security)等后续案件都维持了合众国诉巴拉德案中的判决原则。接着,“陈文”在第四部分以 1972 年的威斯康辛州诉约德尔案为标志介绍最高法院在“宗教”定义上的适度限缩。那么,1972 年之后最高法院在“宗教”概念的认知上属于“适度限缩”阶段,还是继续秉持扩张解释,并不明朗。此外,最高法院在 1961 年的托加索诉华特金斯案(Torcaso v. Watkins)中就已经表达了将无神论纳入宗教条款的保护范畴,而 1965 年的合众国诉西格案(United States v. Seeger)和 1970 年的威尔什诉合众国案(Welsh v. United States)却还在拓展伦理信条与“最高之存在”的信仰理念。这能说是一种迂回吗?

当然,“陈文”勾勒的几个变化点并没有错,但我们不能从浩如烟海的判决中发现几个特殊性案例就作为转折点,因为它很可能只是孤例,并不表明某种趋势,甚至有时还不排除是“错案”。比如,1972 年之后,最高法院在“宗教”概念问题上是否继续“适度限缩”,并不肯定。约德尔案很可能只是昙花一现,并不代表某种趋势。

作为定纷止争的裁判机构,美国法院“案结事了”的实用主义倾向尤为明显,虽然最高法院不免有立规定制的雄心和动机,但他们更加注重的首先是解决纠纷。加上法院也是铁打的营盘流水的兵,时隔几年,法官易人(哪怕只是更换一个人),治道变色,唯一不变的就是各种认知交错往返,不断变化。直到今天,美国保守的法律人(包括法官,且为数不少)仍在呼吁坚持宪法的原旨解释,不应脱离制宪者当初对“宗教”一词的认识。^[3]“陈文”也质疑:“最高法院能否如此牵强地附会宪法文本当中的‘宗教’一词,以至于使其脱离这一概念所能承受的语义之极限?”

第二,最高法院的判决只是美国数以万计诉讼中的凤毛麟角,虽具有一定的代表性,并

[3] See, Steven G. Galabresi, ed., *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Regnery Publishing, Inc., 2007.

将作为下级法院的指引,但也仅仅是“指引”。诚如“陈文”引用美国学者乌斯曼的话说“这些判决都没有宣告它的支配地位,相反,它们只是对州法院及联邦下级法院提供了一个宽松的指引。”〔4〕更主要的是,最高法院撕毁了传统上界定宗教的有神论标准,但又没能确立一条行之有效的标准。所以,尽管最高法院判决的影响力不容低估,但也绝不能高估,至少可以肯定,这些判决不能反映美国司法界对“宗教”概念认知的全部。真正“飞入寻常百姓家”,影响美国人民日常生计的可能主要还是联邦下级法院和各州法院的判决。有关“宗教”概念的认知,也是如此。美国最高法院踌躇不定,一些联邦下级法院则不惜“摸着石头过河”,大胆尝试。颇具代表性的当属联邦第三上诉法院亚当斯(Adams)法官在1979年的迈奈克诉优济案(Malnak v. Yogi)〔5〕中试图为“宗教”设定客观标准。这些努力在美国颇具影响力,势头绝不亚于联邦最高法院的模糊认知,当然是我们在研究外国法时不应错过的篇章。

第三,“陈文”指出最高法院自20世纪70年代在对“宗教”概念进行适度限缩之后,夹在两难逻辑中不知进退。这确是事实。最近几十年,最高法院一直回避界定“宗教”问题,目前最高法院对“宗教”概念的认知仍处于不确定状态。特别是20世纪70年代约德尔案中的适度限缩之后,未来最高法院将会如何界定“宗教”概念,很难预测。

大法官们认知上的“末路”,恰是学者们智识的“出路”。围绕学术界的众说纷纭与司法界的不断试错,正是法学通说的形成逻辑。〔6〕目前美国的法律共同体显然还没有在“宗教”概念上形成“通说”,他们也是走在汇聚“通说”的路上。

鉴于国内学术界针对美国宪法上“宗教”概念的介绍并不充分,〔7〕鄙人遂不揣浅陋,野人献芹,针对前述三点不足,围绕美国宪法上的“宗教”概念,尝试狗尾续貂,权作“陈文”“脚注”,以期同仁能有更多心力对这一知识点做深入分析。当然,界定“宗教”概念是个复杂的话题,美国法学与神学学者已有卷帙浩繁的论述,司法界也有连篇累牍的尝试,〔8〕本文亦只能是粗线条地勾勒,在这个意义上,与“陈文”有着相同的宿命,只是,我力争提供一个除最高法院之外的多重视角。

二 界定“宗教”概念的难题

美国宪法第一修正案前半段规定“国会不得制定关于确立宗教或禁止信教自由的法律”,简称为“宗教条款”。其中,“不得制定法律以确立宗教”被称为“禁止立教条款”,“不

〔4〕 参见陈鹏:《论宪法上的宗教概念——从美国最高法院判例法的发展切入》,第134页。

〔5〕 Malnak v. Yogi, 440 F. Supp. 1248 (D. N. J. 1977), aff'd per curiam, 592 F.2d 197 (3d Cir. 1979). (参见亚当斯法官的协同意见)。

〔6〕 参见黄卉:《论法学通说》,《北大法律评论》2011年第2期。

〔7〕 笔者检索到的此类文章还有郑文龙:《宗教的法律定义——美国宪法第一修正案的有关规定》,载《香港社会科学学报》2005年秋季号。该文仅对联邦最高法院对“宗教”概念的解释做了极其简单的提要性说明,内容远不及“陈文”丰富。另有宗教学者周国黎从宗教学理论的角度梳理了定义宗教概念的诸种理论,参见周国黎:《宗教定义的理论研究》,载《世界宗教研究》2007年第4期。

〔8〕 有关美国宪法上“宗教”概念研究的学术梳理可参见:Gorge C. Freeman, III, The Misguided Search for the Constitutional Definition of “Religion”, 71 *The Georgetown Law Journal* 1519 (1983); C. John Sommerville, Defining Religion and the Present Supreme Court, 6 *University of Florida Journal of Law & Public Policy* 168 (1993); Troy L. Boohar, Finding Religion for the First Amendment, 38 *The John Marshall Law Review*, 469 (2004). 本文从这些文献中受惠良多,特此注明。

得制定法律禁止信教自由”被称为“宗教自由条款”抑或“自由实践条款”。这两个条款所蕴含的基本价值包括两个：一是政教分离，即政府在各教派之间保持中立；二是个人在宗教事务上的自由选择。^[9] 但对于该条款中的“宗教”概念如何界定，则至少面临以下几重困难。

第一，“宗教”概念的界定必须在宪法宗教条款的两个子条款（“禁止立教条款”和“宗教自由条款”）之间保持必要的均衡。由于宪法宗教条款中仅出现了一次“宗教”概念，但“立教条款”和“宗教自由条款”在立论点上略有紧张。^[10] “立教条款”旨在防御国家卷入“宗教”事业，而“宗教自由条款”则意在维护具体宗教活动的自由。

第二，“宗教”概念的界定应当与时俱进。实际上，制宪之初，“宗教”概念并不是一个难题。对于大多数西方人而言，宗教就是与上帝有关的信仰和行为，诸如犹太教、基督教等等。在当时绝大多数美国人眼中，宗教信仰就是有神论信仰，是对宇宙的起源和人类的存在给予全面的阐释。即便当时的自然神论，也信仰上帝，只是认为上帝完成创造大功之后，不再亲自干涉自然世界与人类社会的运行。因此，最高法院在 19 世纪的判决中把宗教定义为是“对个人与造物主之间的关系以及对创造者的尊崇和顺服的认识”。^[11] 但进入 20 世纪之后，另外两类信仰开始在美国社会涌现。一类是世界其他地方已经认可的不信仰上帝的宗教，比如佛教、道教、伦理文化和世俗的人道主义。这些信仰通常不承认存在上帝。^[12] 另一类是无神论的哲学观，它们甚至没有自称是“宗教”，但与传统宗教具有相同的特点和功能。有些意识形态也会对人类起源和历史做出详尽的解释，对追随者设定行为准则，设定一些表明信仰者身份的标志等。例如，马克思主义通过辩证唯物主义阐释并预测人类历史，要求追随者为马克思主义理论而奋斗。所以，19 世纪的“宗教”共识已无法涵盖 20 世纪的“宗教”需求。更为重要的是，一劳永逸的“宗教”概念势必固化人类对未知的探索 and 追求。所以，“宗教”概念的界定不仅要直面当下，还要能涵涉未来。

第三，多元宗教中难有共同点，“宗教”概念的界定无从着手。美国作为一个民族大熔炉，文化多元和宗教多元堪称世界之最。^[13] 即使在传统公认的“宗教”中也很难找到一条贯穿其中的主线可以用来作为定义的基准。譬如佛教徒不相信有上帝，正统犹太教不相信有来生，还有许多宗教追求神秘体验而非设置修身标准。^[14] 诚如下文所述，界定“宗教”概念的种种努力，无论从宗教内容的共性出发，还是以宗教的功能为依据，都面临诸多不周延之处。更何况“宗教”概念的界定还要面对未来层出不穷的“新信仰”。所以，从何处入手来认定“宗教”本身就是一个棘手的问题。

第四，“宗教”概念的界定涉及群己权界的划定。从第一修正案的宗教条款可以看出，“宗教”概念涉及的不仅仅是一个信仰体系，而是涉及相应的宗教行为。如果仅仅是内心的“宗教”信仰，界定起来相对容易，可以给予适度的扩展，尽可能全面保护每个人内心的信仰。但因为“宗教”还涉及到外在的行为，而行为则可能影响到他人。极端典型的例子便是

[9] L. Tribe, *American Constitutional Law* 818-819 (1978); Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment, and Doctrinal Development, Part II—The Nonestablishment Principle*, 81 *Hav. L. Rev.* 513 (1968).

[10] 相关论述和分析可参见 Derek H. Davis, *Resolving Not to Resolve the Tension between the Establishment and Free Exercise Clause*, *Journal of Church and State* 38(2):245-259, 1996.

[11] *Davis v. Beason*, 133 U. S. 333 (1890).

[12] *Torcaso v. Watkins*, 367 U. S. 488, 495, n.11 (1961).

[13] 参见刘澎：《当代美国宗教》，社会科学文献出版社 2001 年版。

[14] Daniel A. Farber, *The First Amendment*, Third Edition, Foundation Press 2010, p. 249.

伊斯兰教中的“圣战”。特别是什叶派和苏菲主义的穆斯林认为以保卫伊斯兰为目的,对非穆斯林采取军事行动,是被压迫下的最后选择。^[15]但武力的方式在现今又受制于种种道德伦理。特别是9·11之后,美国与伊斯兰世界的冲突,更加剧了国内外不同宗教及其信条之间的对抗。所以,对“宗教”概念的界定就涉及到对群己权界的划分,需要把“宗教”自由权与“言论”、“生命”、“教育”等诸多个人权利进行平衡,不能单纯围绕“宗教”认识“宗教”。

第五,具体宗教的认定不仅要考虑诸神之争,还要照顾社会和人民群众的感觉。作为触摸人类心灵的宗教,任何人的界定都难免有“偏见”。宗教信徒与非宗教信徒、基督教徒与伊斯兰教徒对宗教的认识肯定有所不同。这也是为何遍及全球的学者针对宗教定义提出了不计其数的版本,却没有一种能获得多数共识,更别说得到全体一致的认可。^[16]这就要求注定要解决现实社会问题的法律人,必须且无可避免地考虑当时代的民意和认知。以近几年日益得到美国“重视”的伊斯兰教为例,虽然与佛教、基督教并称世界三大宗教,但一度在以基督教为主导的美国社会里,无法得到公民待遇。^[17]美国在从建国到20世纪中叶的这段时期,法院对处于少数的伊斯兰教,虽尽量少些刻毒的攻击,且比普通公民也会多些尊重,但对伊斯兰教的整体认识基本与普通民众的认知保持一致。^[18]摩门教在美国艰难跋涉,也是相同的命运。

三 “宗教”概念的原始含义:有神论

有大法官言“一页历史胜过一卷逻辑”。^[19]所以,在盘点当今各家学说之前,本文先简介美国宪法宗教条款的原始意图以及“宗教”概念所具有的原初含义。

针对宪法概念的解释,制宪史料以及制宪者的个人著述是重要的参考文献。^[20]只有了解宪法制定时的语言概念,才能洞悉制宪者遣词用句的良苦用心。据制宪会议记录显示,美国宪法文本中至少有部分条款的含义是模糊的,^[21]但宪法第一修正案中的“宗教”概念则较为明晰。当联邦的缔造者在书写宪法宗教条款时,他们先后讨论了不下二十种方案,才最终敲定目前的版本。^[22]

在当时的争论中,“清教徒、福音派、启蒙运动及共和主义的国父们,这四类群体所持的见解,构成了18世纪美国关于宗教自由见解的广阔而蜿蜒的天穹的四角。在天穹下累积着所谓宗教的‘基本权利和自由’,即:(1)良心自由;(2)宗教实践自由;(3)宗教多元主义;(4)宗教平等;(5)政府与教会分离;(6)政府不得确立宗教。”这六项原则“成为美国宪政秩

[15] Ekaterina Stepanova, *Terrorism in asymmetrical conflict: ideological and structural aspects*, Oxford University Press 2008, p. 85.

[16] T. Jeremy Gunn, *The Complexity of Religion and the Definition of “Religion” in International Law*, 16 *Harvard Human Rights Journal* 189 (2003).

[17] 整体上来说,美国法院对伊斯兰教的认识游走在两种观点之间:一种把伊斯兰教认为是稀奇古怪的、原始的、一般美国人都不会信的宗教;另一种则认为伊斯兰教徒也是真诚的信徒,应和其它传统宗教一样享受平等对待。参见 Richard Freeland, *The Treatment of Muslims in American Courts*, 12 *Islam & Christian-Muslim Religion* 449 (2001)。

[18] Marie A. Failing, *Islam in the Mind of American Courts: 1800 to 1890*, 32 *Boston College Journal of Law & Social Justice* 1 (2012)。

[19] *New York Trust Co. v. Eisner*, 256 U. S. 345, 349 (1921)。

[20] 参见 Chester James Antieau, *Constitutional Construction*, Oceana Publications, 1982.

[21] 参见[美]麦迪逊:《辩论:美国制宪会议记录》,尹宣译,辽宁教育出版社2003年版。

[22] [美]小约翰·威特:《宗教与美国宪政经验》(附录1),宋华琳译,上海三联书店2011年版,第287-290页。

序的核心戒律,以及美国关于宗教自由的新逻辑中至关重要的公理。”^[23]最高法院基本认可了第一修正案所蕴含的这些价值,认为第一修正案的制定就是为了明确:

联邦政府和各州政府不得设立教会,不得立法援助某个宗教,也不得援助所有宗教,更不得在各宗教间厚此薄彼。不得强迫或影响他人信教或不信教,不得强迫或影响他人继续信教或改变信仰。^[24]

由此可见,宗教条款的两个子条款保护的是同样的价值,只不过采用不同的方法。“立教条款”禁止政府在各宗教间挑肥拣瘦,轻重有别,要求必须一视同仁,不分畛域;“宗教自由条款”则禁止政府对自己不喜欢的信仰横加干涉。^[25]宗教条款的制定并未在两个子条款之间划出明确的界分。两个子条款共用同一个“宗教”概念,就理应共享同一个定义。

如前所述,制宪时代,“宗教”几乎就是有神论的代称。那个时代人们对“宗教”的认知只能是当时有限的几种宗教。这一点从制宪时代为宗教自由奔走呼号的两位著名人物托马斯·杰弗逊和詹姆斯·麦迪逊的观点中可见一斑。杰弗逊在其执笔的《弗吉尼亚宗教自由法》中开篇申明“我们深知全能的神所创造的心灵是自由的”,^[26]并表示“宗教完全是一种存在于人和他的上帝之间的事情”。^[27]麦迪逊在其代表作《反对宗教征税的请愿和抗议书》(Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments)中也认为宗教是“人类对造物主所负的义务,以及践行这种义务的方式。”^[28]

实际上,我们从美国缔造者的信仰以及他们的抉择可以看出,美国宪法身上有着深厚的基督教背景。美国的国父们多是《圣经》的学生,他们对“宗教”的认知很大程度上就是基督教,尽管有不同的教派之分,但根本的主旨都是对基督上帝的尊崇和信仰。^[29]所以,在制宪时期,“宗教”概念的范围极其有限,仅是对世界创造者的信仰和臣服。

当然,我们知道这种认知已无法应对 20 世纪之后的现实,注定将沦为历史的尘埃。况且,制宪者的意图在宪法解释中究竟应占多大的分量本身就是个问题,有学者直陈根本不用考虑死去的人怎么想。^[30]只是作为一种理解,理应成为我们今天认识这一问题的出发点。

四 最高法院的“宗教”概念:就事论事

有关最高法院对“宗教”概念的认知变化,“陈文”多有介绍,在此不再赘述。需要注意的是,在 1961 年的托加索诉华特金斯案(Torcaso v. Watkins)之前,最高法院只在四个案件中

[23] 同上注,第 52 页。

[24] *Everson v. Board of Education*, 330 U. S. 1, 15 (1947). 随后的判决基本都认可了这一点,参见 *Torcaso v. Watkins*, 367 U. S. 488, 495 (1961); *Epperson v. Arkansas*, 393 U. S. 97, 103 (1968); *Walz v. Tax Comm'n*, 397 U. S. 664, 670 (1970)。

[25] Michael G. Sanderson, Objective Criteria for Defining Religion for the First Amendment; Malnak v. Yogi, 11 *Toledo Law Review*, 990 (1980)。

[26] [美]托马斯·杰弗逊:《杰弗逊选集》,朱曾汶译,商务印书馆 2011 年版,第 308 页。

[27] 同上注,第 328 页。

[28] Madison, *A Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments*, 转引自 *Everson v. Board of Education*, 330 U. S. 1, 64 (1947)。

[29] 相关介绍参见[美]约翰·艾兹摩尔:《美国宪法的基督教背景:开国先民的信仰和选择》,李婉玲等译,中央编译出版社 2011 年版。

[30] Brest, The Misconceived Quest for the Original Understanding, 60 *B. U. L. REV.* 204, 214-217 (1980); Tushnet, Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles, 96 *HARV. L. REV.* 781, 798-804 (1983)。

提到了“宗教”概念。第一个是“陈文”视之为“严格解释”的戴维斯诉比森案(Davis v. Beason),法院将“宗教”等同于有神论:“‘宗教’一词涉及个人对他与造物主之关系的看法,涉及这一关系施加给他的尊崇造物主之存在与特质的义务,以及遵从造物主意志的义务。”^[31]此后,当最高法院再度提及“宗教”概念便是四十年之后的事情了,在合众国诉麦金塔案(United States v. Macintosh)中,最高法院再次声明“宗教的本质就是相信个人与上帝之间的义务高于人与人之间的关系”。^[32]第三次是1944年的合众国诉巴拉德案(United States v. Ballard),最高法院对此前的立场略有偏离,没有直接评论案件中的“宗教”概念,而是暗示早前把“宗教”等同于有神论的认知可能违宪。法院说,宗教包括“在正统信徒眼中被视为异端邪说的理论”。^[33]第四次谈及“宗教”概念是在1953年的福勒诉罗德岛案(Fowler v. Rhode Island),法院再次表示把“宗教”减等于有神论信仰在宪法上是可疑的:“法院无权说某群人信的‘宗教’不是第一修正案所保护的‘宗教’。”^[34]

1961年的托加索诉华特金斯案中,最高法院在随后声名鹊起的脚注中明确否决了早先把宗教等同于有神论的观念。“在我国的诸多宗教中,并不宣示通常所谓的信仰上帝的宗教,包括佛教、道教、伦理文化、世俗的人道主义等等。”^[35]遗憾的是,本案并未提供一套认定“宗教”的标准。直到1965年的合众国诉西格案(United States v. Seeger)和1970年的威尔什诉合众国案(Welsh v. United States),最高法院才在界定“宗教”概念领域迈出了实质性一步。

在西格案中,最高法院提出审查一种信仰是否属于“宗教”信仰应看“这种信仰在信仰者生活中的虔诚和价值是否等同于正统信仰在信徒心目中的地位”。^[36]威尔什案中,最高法院在遵循西格案的判决意见之时,又进一步指出不管原告的信仰基础是“道德的、伦理的或宗教的,只要不是出于回避政策、实用主义考虑抑或是权宜之计”,^[37]都应受到宗教条款的保护。

威尔什案后,最高法院又在零星的案件中涉及到“宗教”概念。一个是1972年的威斯康辛州诉约德尔案,最高法院对西格案中根据信仰在信徒心中的地位来认定“宗教”表示了怀疑。最高法院认为,任何人都不可以仅仅出于“纯粹世俗的考虑”而免于政府的合理规制。^[38]“陈文”将此称为最高法院在“宗教”概念认知上的“适度限缩”。但最高法院只是将梭罗式的哲学理念列为世俗信仰,并没有解释做这种区分的理由,也没有推翻西格案和威尔什案的判决理由。1981年的托马斯诉就业委员会案,最高法院也只是声称有些信仰“如此奇怪,在动机上明显不属于宗教”,^[39]并没有提供“明显不属于宗教”的判断标准。

由此可见,最高法院在“宗教”概念的认定上更多是就事论事的态度,而非要为“宗教”概念的判定画线设规。虽然西格案和威尔什案采取类比法,通过审查信仰在信徒心中的地

[31] Davis v. Beason, 133 U. S. 333, 342 (1890).

[32] United States v. Macintosh, 283 U. S. 605, 633 (1931).

[33] United States v. Ballard, 322 U. S. 78, 86 (1944).

[34] Fowler v. Rhode Island, 345 U. S. 67, 69 (1953).

[35] Torcaso v. Watkins, 367 U. S. 488, 495, n. 11 (1961).

[36] United States v. Seeger, 380 U. S. 163, 165 (1965).

[37] Welsh v. United States, 398 U. S. 333, 343 (1970).

[38] Wisconsin v. Yoder, 406 U. S. 205, 215 (1972).

[39] Thomas v. Review Bd. Of the Indiana Employment Security Div., 450 U. S. 707, 715 (1981).

位是否类同于传统宗教的功能来判定是否属于“宗教”，但问题显而易见：(1)类比的参照物是什么？传统宗教包括在美国新出现但属于世界传统宗教范畴的佛教、道教吗？(2)传统宗教千姿百态，各具特色，是和所有传统宗教的共同点类比，还是任选其一，自主类比？(3)有多少共同点才算具有相似性？一个还是五个？(4)信仰在信徒心中的地位取决于信徒的主观认知，恐怕大多数“信徒”都会认为自己信仰的虔诚堪比甚至胜于传统的宗教徒，内心世界的感受如何认定？司法者是否有能力探知人的心理世界？

五 下级法官的视角：“宗教”概念的客观标准

最高法院打破了传统的有神论“宗教”概念，却又未能树立起新的“宗教”标准，如何认定“新”的信仰，成了摆在各级法院面前的一道难题。如果说联邦最高法院还有案件选择权，可以回避自己不大愿意面对的案件，那么，下级法院则别无选择，面对当事人，必须做到“你们祈求，就给你们；寻找，就寻见；叩门，就给你们开门。”^[40]所以，联邦最高法院在某种程度上不必承担超负荷的案件压力，但下级法院则必须面对汹涌而至的诉求，对于共性问题必须确立客观有效的标准，以加快审判进程，缓解案件压力。在这种情况下，一些下级法院针对“宗教”概念的界定大胆尝试，并试图提出一些客观性的认定标准来区分“宗教”与“非宗教”。其中最具影响力的当属前文提到的联邦第三巡回上诉法院亚当斯法官。他在1979年的迈奈克诉优济案的协同意见中仿照西格案的立场提出了“类比界定法”。^[41]但在此之前，最早进行界定标准客观化尝试的是1957年加利福尼亚州上诉法院受理的人道团契诉阿拉马达县案(Fellowship of Humanity v. County of Alameda)。

人道团契(Fellowship of Humanity)是一个人道主义组织，不信仰上帝，申请享受加州的宗教类税收减免。加州上诉法院认可了人道团契的税收减免。在解释税收减免法时，法院认为认定“宗教”应分两步走。首先要与传统宗教在信徒生活中的地位做个类比，看一种信仰是否能在其支持者的生活中处于类似于传统宗教的地位。这显然类似最高法院在西格案中采用的标准。其次，法院列举了判断一种信仰是否称之为“宗教”的四个标准：(1)一套信仰体系，当然可以不是对超自然力量的信仰；(2)一套崇拜仪式，可以使信众集合起来表达他们的信仰；(3)一套源自信仰的行为准则；(4)一个在崇拜中负责贯彻教义的组织。^[42]

几年后，在科学神教诉美国案(Founding Church of Scientology v. United States)中，华盛顿特区的联邦巡回法院推动了这项客观认定“宗教”概念的尝试。科学神教因使用一种叫“静电计”的设备被控违反了《食品药品清洁法》。政府认为使用“静电计”不具有任何治疗效果，而科学神教认为他们使用“静电计”并不是为人提供治疗，而是抚慰人的精神世界。在分析科学神教是否属于“宗教”时，法院用了三个标准：在本地区拥有教堂，有专职的神职人员，经书对人与自然有一般性阐释。^[43]这种界定既分析了信仰的实质性质(对人与自然的解释)，又考察了信仰群体的组织生活(教堂和神职人员)。既不局限于有神论认知，又有较为客观的认定标准。不论这种方式是否周延和适用，至少是为法院追求“同案同判”提供

[40] 《新约·马太福音》7:7。

[41] Malnak v. Yogi, 440 F. Supp. 1248 (D. N. J. 1977), aff'd per curiam, 592 F.2d 197 (3d Cir. 1979).

[42] Fellowship of Humanity v. County of Alameda, 153 Cal. App. 2d 673, 315 P.2d 394 (Ct. App. 1957).

[43] Founding Church of Scientology v. United States, 409 F.2d 1146 (D. C. Cir. 1969).

了裁量基准。

1979年的迈奈克诉优济案,联邦第三巡回上诉法院亚当斯法官提出了三条判断标准。使该案成为客观界定“宗教”概念的里程碑式作品。案件的起因是新泽西州五所公立高中在1975-1976学年开设了一门选修课,名为“创造性智慧:超觉静坐”(SCI/TM)。选课学生要参加一个礼拜仪式,课程讲员为每个学生祈祷,还要用梵语唱诗,纪念课程创始人优济的老师。12名原告联合提起诉讼,要求禁止教授SCI/TM课程,理由是在公立学校讲授这种课程违反了宪法中的禁止立教条款。虽然被告认为SCI/TM不是宗教,但地区法院沿用了最高法院的类比法,认为教材中的“创造性智慧”类似于传统宗教中的上帝,在礼拜中唱的诗歌等同于祈祷,所以,SCI/TM课程就等同于宗教。^[44]第三巡回上诉法院认可了地区法院的判决。亚当斯法官在协同意见中,提出了三条原则,用于判断一种信仰是否属于宗教:(1)该信仰体系是否涉及终极关怀?(2)性质上是否是全面的、综合性的?(3)是否存在一些诸如仪式、典礼或神职人员等标志?第一条强调宗教信仰应当直面世界的本源和人类生存这些根本性问题。第二条认为宗教不能只是孤立地关注某一点的“终极”问题,而是应当形成一套综合性的信仰体系,提出一套综合性的终极“真理”。例如科学只是孤立地面对一些“终极”问题,用进化论解释生命的起源,用大爆炸理论解释宇宙的起源,这不是宗教,但如果是将这些孤立的答案汇聚成一套综合性的信仰体系,形成一套一致的世界观,在亚当斯看来,就成了宗教。第三条强调与传统宗教拥有类似的“标志”。单纯具备一些信仰标志,并不能确定为宗教,但存在一些标志,有助于法院作出判断。由此,澄清了最高法院在西格案和威尔什案中的模糊界定,推动“宗教”概念认定的标准化。

1981年的阿芙瑞卡诉宾夕法尼亚州案(*Africa v. Pennsylvania*)中,^[45]亚当斯法官在迈奈克案中提出的三条标准成为法院的多数意见。案件原告阿芙瑞卡是一位正在监狱服刑的犯人,自称是MOVE组织中的“自然使者”,要求狱方为他提供未经任何加工的水果和蔬菜。阿芙瑞卡提出他的宗教信条要求生食。虽然MOVE并没有组织,也没有什么“仪式”,但其成员声称他们的日常生活都源自宗教信仰。MOVE在所有方面追求自然,他们认为“水是自然的,所以保持纯洁,无害,值得信赖,是安全的,这一切等同于上帝。”亚当斯法官依据迈奈克案中的三条标准,认为MOVE更像是一个改革社会的组织,是一种崇尚自然主义的哲学观,而非“超验的”、“精神”上的宗教。

1996年的合众国诉梅耶斯案(*United States v. Meyers*)中,^[46]联邦第十巡回法院的巴雷特(Barrett)法官在亚当斯法官的方法论基础上,又向前迈了一步,提出更为详细的五条标准。梅耶斯因参与购买、私藏大麻受到指控,但他提出他是大麻教的创始人和牧者,他的宗教信仰要求他为了全人类的福祉使用、拥有、种植和传播大麻。虽然本案中的法院是围绕《宗教自由复兴法》的有关规定阐释“宗教”概念,但与宪法第一修正案中“宗教”概念的法理基础是一致的。尽管联邦最高法院在第二年的判决中宣告《宗教自由复兴法》违宪,但第十巡回法院在梅耶斯案中尝试为“宗教”概念下的定义仍然值得关注。

巴雷特法官撰写的判决意见中提出,判断梅耶斯所持的信仰是“宗教”还是哲学理念,

[44] *Malnak v. Yogi*, 440 F. Supp. At 1315 (D. N. J. 1977).

[45] *Africa v. Pennsylvania*, 662 F.2d 1025 (3d Cir. 1981).

[46] *United States v. Meyers*, 95 F.3d 1475 (10th Cir. 1996).

抑或只是一种生活方式,应考虑以下因素:(1)终极观:宗教通常直面生死以及生存的价值等根本性问题;(2)超自然的信仰;(3)道德或伦理体系:宗教信仰通常都有一套行为或生活方式,用规范的语言划清对错,善恶和公正与不公正;(4)信仰体系的广泛性:宗教信仰通常不局限于某一个或教条,而是针对人类面临的诸多问题提供终极答案;(5)宗教标志:根据传统上公认的宗教,特定的“宗教”信仰应具有先知、创始人或夫子,重要的著作,集会地(教堂、寺庙、圣殿、神坛),信仰的守护者(牧师、教士、僧侣、巫师、智者),宗教仪式或典礼、组织结构、圣日、饮食禁忌、仪表着装、传教等诸多外在标识。法院承认在判断某个新生的或独特的信仰是否属于宗教时,这些因素没有一个是决定性的,而是作为一些客观的判断标准,看对应的信仰能满足多少。纯粹个人的、政治的、意识形态的,或世俗的信仰不可能满足所有这些标准。本案中大麻的医疗和社会效果都是世俗的,而非“宗教”意义上的。

除了上述判决外,联邦巡回法院的判决中还有一些类似的客观标准。^[47]虽然这些都出自联邦下级法院法官之手,但对问题的思考绝不能“嫌贫爱富”,更不能有“出身决定论”。可能是如前所述,因为下级法院必须应对堆积如山的案件,相对于最高法院的择案而审来说,巨大的审案压力更迫使他们追求客观性的认定标准。所以,相比最高法院在“宗教”概念认定上的模棱两可,联邦巡回法院提出的客观标准显然更具适用价值。

六 界定“宗教”概念的学术努力:逻辑的想象

面对宪法上的“宗教”难题,除了前述法院的种种努力,学者们也摩拳擦掌,跃跃欲试,各种定义层出不穷。法律概念的界定,进而形成共同体认可的“通说”,需要的正是这种智识上的合力。整体而言,学者们对“宗教”概念的界定大致有三种路径:遵循制宪者思维的“原旨解释”;探寻宗教独特性的“内容阐释”;与传统公认宗教进行比对的“类比解释”。

原旨解释是美国宪法学界一个颇具气候的流派,以忠实于宪法制定者的原始含义为解释宪法的基本准则。^[48]具体到宪法上的“宗教”概念而言,他们认为当初制宪者眼中的“宗教”概念就是今天应当坚守的“宗教”概念,否则,就应该修宪。这一派的代表人物是乔治·弗里曼(George Freeman),他认为制宪者在使用“宗教”一词时,常提到“造物主、神、上帝、创造者”等,因此在制宪者眼中,“宗教就等同于有神论”。^[49]当然,持这派观点的绝不止弗里曼一人,还有部分学者也以此认为有神论应作为宪法上“宗教”概念的必要成分。^[50]这种概念遭受诟病之处恰在于落后于时代的发展,定义过于狭窄。进入20世纪后,美国社会层出不穷的新型“宗教”将难以获得承认。譬如,随着亚裔人口的增多,在其他国家都被认为是“宗教”的佛教、道教,因没有“上帝”的观念,不被认为是“宗教”,显然有悖情理,既不利于保护这些宗教徒的信仰权利,也不利于阻止政府卷入其中。值得注意的是,近些年美国的原旨主义略有转向,从制宪者的意图转向了宪法文本的原始含义,这就使得仅仅有制宪者有神

[47] Brown v. Dade Christian Schools, Inc., 556 F.2d 310 (5th Cir. 1977).

[48] 赵晓力:《美国宪法的原旨解释》,载《宪法与公民》,上海人民出版社2004年版,第380页。

[49] 参见前引[8], Freeman文,第1521页。

[50] James M. Donovan, *God Is as God Does: Law Anthropology, and the Definition of "Religion"*, 6 Seton Hall Const. L. J. 25 (1995); Eduardo Penalver, *The Concept of Religion*, 107 YALE L. J. 791 (1997); Lee J. Strang, *The Meaning of "Religion" in the First Amendment*, 40 DUQ. L. REV. 181 (2002).

论思维并不能决定“宗教”概念的范围。^[51]

另一种思路是循着原旨解释有神论的方向继续前行,以概括、提炼“宗教”具有的特点为出发点。这一派解释思路又可分为三种类型:基于宗教所具有的独特内容的“内容概括法”;基于宗教世界观的“宗教认识论”;基于宗教影响力的“宗教功能主义”。现简述之。

(1)“内容概括法”试图用简单的、易于识别的概念表述“宗教”中的复杂内容。这一思路的代表人物是阿南德·阿格什瓦(Anand Agneshwar)。他将“宗教”定义为“以超自然的假定为基础”、“假定世界存在罪恶、痛苦或未知”、“具有救赎之法”、“信仰体系”。^[52]但很显然并不是所有宗教都具有超自然的假定。同样,一些早期宗教也没有敬畏和报应观。

(2)“宗教认识论”认为宗教信仰都会注入一些特殊元素,可以将之提炼出来界定“宗教”。典型代表是克雷格·梅森(Craig Mason)。他认为宗教信仰都涉及“终极关怀”,“终极”的意思是一切价值和知识归根结底都无法用实证经验予以证实,这时应诉诸于非理性的“信仰”。^[53]但问题是,不同宗教用不同的概念来证明自己的信仰,并没有一个统一的认识论囊括所有“宗教”类型,其结果必定是用不同的认识论,分别概括不同的“宗教”概念。

(3)“宗教功能主义”从宗教在信徒生命中发挥的独特作用来判认“宗教”。他们认为宗教对人类共同面临的基本问题有一个诊断,并有一种在任何文化和背景下都适用的基本解决路径,譬如抚慰人类面对死亡的忧虑。^[54]问题是不独有宗教具有此类功能,弗洛伊德的心理疗法也能诊断人类面临的基本问题并提供疗法。

“类比法”意识到总结、提炼各个“宗教”特点的方法不足为取,遂以传统公认的宗教为参照物,通过比对来判断某种信仰体系是否属于“宗教”。譬如爱德华多·佩纳尔弗(Eduardo Penalver)通过分别与有神论宗教、无神论宗教和多神论宗教比较的方法来判断某种信仰体系是否属于宗教。^[55]但问题是首先需要明确比较哪些点,其次,有多少共同点才可以认定为“宗教”,有多少则不是。这些不确定因素显然无助于疑难案件的解决。

面对“宗教”概念界定的焦灼,斯坦福大学的拉里·亚历山大(Larry Alexander)干脆声称“试图在世俗与宗教之间画线理论上是不可能的”。^[56]但问题是一个个具体鲜活的案件送进了司法的大门,法律共同体有责任为这些社会问题输送正义的标准。

七 结 语

昔日耶稣面对作为神国的子民是否当向凯撒纳税的问题,指着银钱上凯撒的头像说,上帝的物归给上帝,凯撒的物归给凯撒,^[57]但世界上的事情并不都像银钱那样贴着凯撒的标签。如何区分凯撒的物与上帝的物?当我们说政教分离,要在政府和宗教之间构筑隔离之

[51] Randy E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 LOY. L. REV. 611 (1999); Michael S. Moore, *Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation*, 69 FORDHAM L. REV. 2087 (2001).

[52] Anand Agneshwar, *Rediscovering God in the Constitution*, 67 N. Y. U. L. REV. 295 (1992).

[53] Craig Mason, Comment, “*Secular Humanism*” and the Definition of Religion: Extending a Modified “*Ultimate Concern*” Test to *Mozert v. Hawkins County Public Schools* and *Smith v. Board of School Commissioners*, 63 WASH. L. REV. 445 (1988).

[54] Keith Yandell, *Philosophy of Religion: A Contemporary Introduction* 17 (1999). 转引自前引[8], Booher文, 第479页。

[55] Eduardo Penalver, *The Concept of Religion*, 107 Yale L. J. 791 (1997).

[56] Larry Alexander, *Liberalism, Religion, and the Unity of Epistemology*, 30 San Diego L. Rev. 763, 792 (1993).

[57] 《新约·马太福音》22:15-22。

墙时,墙的地界定在何处?最直观的结果就是为“宗教”概念下一个明确的定义,但二百多年来,尽管联邦下级法院时有尝试,联邦国会和最高法院则一直谨慎从事,在界定“宗教”概念问题上克制律己,至今未有明确的认定标准。有学者坦承法院界定“宗教”概念的任何努力都将违反“禁止立教条款”和“宗教自由条款”。^[58]而宗教条款又明确要求对宗教信仰与非宗教信仰、宗教活动和非宗教活动作出区别对待,哈佛大学的劳伦斯·却伯(Laurence Tribe)则认为若回避宗教定义,便违背了宗教自由条款的基本原则。^[59]宪法上的“宗教”概念将何去何从,美国依然处在探索的路上。

纵观美国司法实践,针对宗教的定义多是采取就事论事的态度,法官所作的就是把有争议的宗教信仰与公认的传统宗教进行类比,看相似性是否“足够密切”。可能最终,还得像斯图尔特大法官对淫秽作品的判断一样:“哪儿有什么标准,我一看就知道是不是。”^[60]考虑到界定宗教的困难,真该庆幸涉及该类问题的诉讼并不多见。^[61]

[Abstract] The religion clause of the First Amendment of the Constitution of the United States includes the Establishment Clause and the Free Exercise Clause. Both of these clauses aim at ensuring government neutrality between religion and non-religion and protecting the religious freedom of citizens. However, the Constitution does not explain what religion is. The Founding Framers thought the meaning of religion was clear. They equated religion with theism. With the religious pluralism of the United States, how to define religion in the first Amendment has become a thorny issue. It is very difficult to define religion in the Constitution so as to maintain the balance between traditional religions and new religions. Throughout its history, the Supreme Court has had surprisingly little to say about the meaning of “religion”. In some cases, the Supreme Court said that a pure theistic definition is no longer legally adequate. At no point, however, did the Court attempt to formulate a standard for distinguishing claims that fall within the “clearly non-religious” category from claims that do not. The Supreme Court just deals with this problem one case at a time. Several circuit courts and state courts have attempted to formulate some objective criteria for defining “religion” for the religion clause. Unfortunately, they failed to reach a consensus. Many scholars have also offered ideas from different perspectives. However, they prefer logically consistent to solving the practical problems. Overall, the constitutional concept of “religion” is still pending until now in the United States.

(责任编辑:支振锋)

[58] Weiss, *Privilege, Posture and Protection: “Religion” In the Law*, 73 YALE L. J. 593 (1964).

[59] L. Tribe, *American Constitutional Law* § 14-6, at 1179 (2d ed. 1988).

[60] 何帆:《淫秽作品与言论自由》,载《读库 1006》,新星出版社 2011 年版,第 285 页。

[61] 参见前引[14],Farber 书,第 251 页。