

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: 13620151150971

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

宗教信仰自由与服兵役义务的冲突与协调

——兼论《兵役法》第3条的合宪性解释

Conflict and Coordination between Freedom of Religious Belief
and Military Service Obligation

——With a Related Discussion on the Interpretation of
Constitutionality of Article 3 of the Military Service Act

赵 宗

指导教师姓名: 王建学副教授

专业名称: 宪法学与行政法学

论文提交日期: 2017年3月

论文答辩时间: 2017年 月

学位授予日期: 2017年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2017年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别说明。)

声明人(签名): 赵宗

2017年3月25日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1.经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2.不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）： 袁宗

2017年3月25日

内容摘要

宗教信仰自由和服兵役义务的冲突问题,已成为不同法律体系都无法回避的问题,不同国家和地区对该问题有着不同的处理方式。德国等欧洲国家在本国宪法中规定了替代役制度,拒服兵役者可以转服替代役。美国虽未在宪法中规定替代役制度,但是,当二者发生冲突时,总体上会豁免公民的服兵役义务而保护公民的宗教信仰自由。我国台湾和韩国则在二者发生冲突时,选择服兵役的义务优先,即使侵犯公民的宗教信仰自由也在所不惜。欧洲人权法院和人权委员会不承认公民有拒服替代役的权利,但判决对拒服替代役者的处罚违反比例原则,这反映出间接承认该项权利的倾向。从全世界范围来看,台湾和韩国的解决模式仅仅属于特例,允许良心反战者基于宗教信仰而服替代役是国际社会的主流趋势。本文通过研究不同法律体系对该问题的处理模式,以期为我国提供借鉴。同时,对《兵役法》第3条进行合宪性限定解释,在不修正法律的前提下力图寻求《兵役法》第3条之合宪性的法律解释方案。本文共分为三章:

第一章 着重研究不同法律体系对宗教信仰自由和服兵役义务冲突的处理模式。为后文中《兵役法》第3条的合宪性解释奠定基础。

第二章 研究了宗教信仰自由的含义和服兵役义务的性质,宗教信仰自由既包含内心信仰的自由,又包括外在行为自由和结社自由。服兵役义务不是“基本义务”而是“义务”。同时,研究了宗教信仰自由从比例原则出发,能够受到的最大限度的限制,得出强制良心反战者服战斗役将过度限制宗教信仰自由,从而违反比例原则的结论。

第三章 研究了合宪性解释的概念,分析《兵役法》第3条最大的文义射程,同时分析在该条最大的文义范围内,哪些解释方案会侵害宗教信仰自由,并排除涉嫌违宪的部分,最后得出解释结论。

关键词: 良心自由; 服兵役义务; 合宪性解释

ABSTRACT

Different legal systems can not avoid the conflict between the freedom of religious belief and the obligation of military service, different countries and regions have different ways to deal with this problem. Germany and other European countries prescribe substitute military service in the constitution, the conscientious person can serve substitute military service. Although the United States does not prescribe substitute military service in the constitution, when the two have conflicts, in general, the citizens' military service obligations will be exempted to protect citizens' freedom of religious belief. Taiwan and South Korea choose military service obligations prior to freedom of religious belief, even if it will infringe citizens' freedom of religious belief. The European Court of Human Rights and The Commission on Human Rights do not recognize that citizens have the right to reject substitute military service, however, they convict that punishing a person who rejects substitute military service violates proportionality principle, this reflects the tendency to recognize this right indirectly. From a global point of view, Taiwan and South Korea's solution model is only a special case, it is the mainstream of the international community to allow conscientious objectors to serve substitute military service for religious belief. This paper studies that different legal system how to deal with this problem in order to provide reference for our country. At the same time, the author makes explanation of constitutionality of Article 3 of the Military Service Act, under the premise of not amending the law, the author tries to seek the legal interpretation of the constitutionality of Article 3 of the Military Service Act. This paper is divided into three chapters:

The first chapter studies how to deal with this conflict in different legal system, laying the foundation for the interpretation of constitutionality of Article 3 of the Military Service Act.

The second chapter studies the meaning of the freedom of religious belief and the nature of the obligation of military service, the freedom of religious belief includes both the freedom of inner belief and the freedom of external action and freedom of association, the duty of military service is not the basic obligation, but the obligation.

Meanwhile, this paper studies the limits of freedom of religious belief from the principle of proportionality and makes a conclusion that forcing the conscientious objectors to serve the combat service will limit the freedom of religious belief, thus violating the principle of proportionality.

The third chapter studies the concept of interpretation of constitutionality and the largest range of meaning of Article 3 of Military Service Act. At the same time, it analyzes that in the maximum scope of the article 3, which interpretation scheme will violate the freedom of religious belief , thus excluding suspected unconstitutional parts, then drawing the final interpretation conclusion.

Keywords:Freedom of Conscience; Military Duty; Interpretation of Constitutionality

目 录

引 言.....	1
第一章 宗教信仰自由和服兵役义务冲突的解决模式.....	5
第一节 德国的解决模式.....	5
一、基本法的规定.....	5
二、明信片规则案.....	6
第二节 美国的解决模式.....	8
一、美国法律的规定.....	8
二、联邦最高法院的判例.....	8
第三节 我国台湾地区的解决模式.....	9
一、吴宗贤诉“国防部”案.....	9
二、大法官的判决.....	10
三、大法官和台湾学者的反对意见.....	11
第四节 欧洲人权委员会和人权法院的解决模式.....	13
一、格兰德拉特诉联邦德国案.....	13
二、教士会计资格案.....	14
小 结.....	14
第二章 宗教信仰自由的含义及其限制.....	17
第一节 我国宗教信仰自由的内涵.....	17
一、宗教信仰自由一词的来源.....	17
二、宗教信仰自由内涵的不同观点.....	17
三、宗教信仰自由内涵的法律解释.....	18
第二节 服兵役义务的性质.....	19
一、宪法中公民义务的性质.....	20
二、基本权利和基本义务的关系.....	20
第三节 对宗教信仰自由的限制.....	22
一、适当性原则.....	23
二、必要性原则.....	23
三、狭义比例原则.....	24

第三章《兵役法》第3条的合宪性解释	25
第一节 合宪性解释的概念	25
第二节 《兵役法》第3条的文义射程	26
第三节 符合宪法的解释方案	29
一、战斗役的排除.....	29
二、合宪性解释的界限.....	30
结 语	31
参考文献	32
致 谢	35

CONTENTS

Preface.....	1
Chapter 1 The solution model to the conflict between the freedom of religious belief and the obligation of military service.....	5
Subchapter 1 Germany's solution model.....	5
Section 1 Provisions of the basic law.....	5
Section 2 Postcard rule.....	6
Subchapter2 America's solution model.....	8
Section 1 Provisions of American Law.....	8
Section 2 Supreme Court case.....	8
Subchapter 3 Taiwan's solution model.....	9
Section 1 Wu Zongxian v. Department of Defense.....	9
Section 2 The judge's decision.....	10
Section 3 Justice and Taiwan scholars' objections.....	11
Subchapter 4 European Commission of Human Rights and European Court of Human Rights's solution model.....	13
Section 1 Grandrath v. Federal Republic of Germany.....	13
Section 2 Clerical accounting qualification.....	14
Summary.....	14
Chapter 2 The meaning and limitation of the freedom of religious belief.....	17
Subchapter 1 The connotation of freedom of religious belief in China.....	17
Section 1 The origin of the word freedom of religious belief.....	17
Section 2 Different views on the connotation of freedom of religious belief	17
Section 3 The legal interpretation of the connotation of freedom of religious belief.....	18
Subchapter 2 The nature of military service.....	19
Section 1 The nature of civil obligation in Constitution.....	20
Section 2 The relationship between basic rights and basic obligations.....	20

Subchapter 3 Restrictions on freedom of religious belief.....	22
Section 1 Principle of suitability.....	23
Section 2 Principle of Necessity.....	23
Section 3 Narrowly-defined principle of proportionality.....	24
Chapter 3 The interpretation of constitutionality of Article 3 of the Military Service Act.....	25
Subchapter 1 The concept of interpretation of constitutionality.....	25
Subchapter 2 The range of Article 3 of Military Service Act.....	26
Subchapter 3 A constitutional interpretation program.....	29
Section 1 Elimination of combat service.....	29
Section 2 The limits of interpretation of constitutionality.....	30
Conclusion.....	31
Bibliography.....	32
Acknowledgement.....	35

引言

一、研究背景

纵观世界各国的宪法,多数国家都在本国宪法中确认公民有宗教自由或者宗教信仰自由,^①确认公民有信仰或者不信仰宗教的自由,有参加宗教仪式的自由,有传播宗教教义的自由等等。与此同时,多数国家的宪法也规定参与战争保家卫国,巩固祖国国防是本国公民应尽的义务。^②根据某些宗教的教义,上帝禁止杀害生命、反对所有形式的战争(不管是正义还是非正义),一个虔诚的宗教人士主张:“依据自己的良心自由,自己不能拿起武器,不能参与战争,更不能杀害生命。”^③宗教信仰自由和服兵役的义务此时就发生了冲突,如果法律强迫这些宗教人士服兵役,毫无疑问会侵犯其良心自由和宗教信仰自由。如果法律豁免这些人服兵役的义务,将会导致服兵役义务的不平等,同时会影响到一国国防事业的发展。是选择保护公民的宗教信仰自由和良心自由,还是基于国家安全的需要强制任何公民都要履行保家卫国的服兵役义务?国家必须妥善协调二者之间的关系。

我国是一个多宗教国家,主要宗教包括佛教、道教、天主教、基督教和伊斯兰教,这五大宗教为政府所承认。除此之外,民间还有许多信仰,例如,算命、风水、星相、占卜和鬼神崇拜,统称为民间宗教。我国的宗教状况可以简单的概括为5+1。^④改革开放以来,我国的信教人数持续增长,但关于具体的信教人数,并无准确统计数据,官方公布的数据是1亿人,大约占总人数的8%。很多学者对这一数据持怀疑态度。中山大学课题组耗时四年,在全国40多个城市对5672个对象进行抽样调查,同时参考全国的人口总数,得出中国目前的信教人数约为2.9亿人的结论。^⑤多数学者认为该统计结果可信度较高,但官方对这一数字并不认可。虽然没有统一的统计数据,但是我国近几十年来信教人数不断增长却是一

① 据不完全统计,世界上89.5%的国家在宪法文本中以“宗教自由”或“良心自由”等表述确认公民享有宗教信仰自由。参见[荷]亨克·范·马尔赛文,格尔·范·德·唐·成文宪法—通过计算机进行的比较研究[M].陈云生译,北京:北京大学出版社,2007:185.

② 世界上58.5%的国家在宪法文本中规定公民有服兵役的义务。同上第142页。

③ 参见《圣经》路加福音6:27,28:你们听道的人,我[耶稣基督]告诉你们,总要爱你们的仇敌,向恨你们的人行善。咒诅你们的,你们要给他们祝福;侮辱你们的,你们要为他们祷告。

④ 参见李若木,周娜.宗教与公益活动:一个实证研究[J].世界宗教文化,2012,(2):42.

⑤ 参见杜玉芳.当代中国宗教发展的现状及趋势[J].中央社会主义学院学报,2010,(5):77-78.

《中国学术期刊(光盘版)》电子杂志社编者注:文中涉及台湾的所谓“国家”均应加引号。

个不争的事实。

随着信教人数的不断增长，宗教的影响力不断扩大，宗教活动的场所增多，各类寺庙、道观、教堂、清真寺遍布全国各地，各类宗教活动也日益频繁，宗教书刊越来越多，旅游文化中的宗教气息越来越浓厚，越来越多的宗教人士被选举到各级人大和政协中担任职务。

宗教在我国的快速发展，使得宗教与世俗之间的矛盾和冲突也日渐加剧，在佛教和道教方面，一些地方争先修建寺庙、道观、佛像，甚至以此作为敛财的工具。一些信教群众以宗教信仰自由为由，随意干涉孩子接受正常的学校教育，有些信仰基督教的群众，不允许孩子接受进化论的思想。伊斯兰教方面，教派冲突严重，朝觐热升温，不顾自身的经济条件盲目朝觐的现象有所抬头，有些地方不经批准随意开设阿拉伯语学校和经文班，甚至被暴恐势力所利用，演化成宗教群体性事件。

例如，“新疆乌鲁木齐‘7.5打砸抢烧杀’暴力事件，导致197人死亡，1080人受伤。”^①“西藏拉萨3.14暴力恐怖事件，导致908户商铺、7所学校、120间民房、5座医院受损，至少20处建筑物被烧成废墟，18名无辜群众被烧死或者砍死，直接财产损失上亿元。”^②这些宗教群体性事件的背后，固然有境外分裂势力的操纵和境内宗教极端势力的组织实施，但是归根结底还是宗教文化和世俗文化的矛盾，宗教文明和世俗文明的冲突。

随着宗教在我国的不断发展，宗教信仰自由政策逐渐深入人心，可以预见在不久的将来，势必会出现公民以宗教信仰自由为由拒绝服兵役的事例，本文的写作目的即在于为二者的冲突提供一个可能的解决方案。

二、研究方法

（一）规范分析法

规范分析法是指通过历史梳理、语义分析以及体系比较来明确法律规范的含义。本文以1982年《宪法》36条宗教信仰自由条款、《宪法》第55条、1984年《兵役法》第3条依法服兵役条款为起点，分析我国宗教信仰自由的内涵和服

① 李柯勇，边巴次仁.亲历者回忆“7·5”事件中暴徒打砸抢烧恶行
[EB/OL].http://news.xinhuanet.com/politics/2009-07/07/content_11668797.htm, 2016-10-12.

② 觉果.拉萨“3·14”打砸抢烧事件真相
[EB/OL].http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-03/22/content_7837535.htm, 2016-10-12.

兵役义务的性质，对《兵役法》第3条进行合宪性解释，分析其是否违反宪法第36条的规定，是否过度限制了宗教信仰自由，同时回归所涉的宪法和法律文本，总结归纳其中所含的规范要素。

（二）比较分析法

比较分析可以分为水平比较和垂直比较，横向比较和纵向比较。本研究涉及不同法律体系的宪法及相关法律、判例等，因而不可避免的涉及到其他国家立法、司法等方面之比较。本文主要比较了德国、美国、我国台湾地区以及欧洲人权法院对宗教信仰自由与服兵役义务相冲突的解决模式，从中总结经验和教训，归纳出我国对该问题的解决方案。

（三）案例分析法

案例分析研究是一种社会实证研究方法。它在不离开社会实践的条件下，通过搜集与研究对象有关的案例和材料，对研究对象进行细致和深入的研究。同时，该种研究方法不能够脱离社会实践和现实生活条件。本篇文章选取了德国、美国、台湾等国家和地区的诸多案例，通过分析和对比这些案例，研究这些国家如何处理服兵役和宗教信仰自由的冲突，以期为我国提供借鉴。

三、研究意义

（一）维护法秩序的统一

宪法是一个国家的根本大法，宪法规范在法的位阶次序中居于最高的地位，法律、法规、规章都必须与宪法保持一致，否则就是违宪而无效的。本文立足于规范，通过对《兵役法》第3条进行合宪性解释，在不修正法律的前提下力图寻求《兵役法》第3条之合宪性的法律解释方案，这对于维护国家法秩序的统一及稳定和谐的运作具有十分重要的意义。

（二）为我国解决该问题提供经验

虽然按照我国法律的规定，每一个适龄青年都有依法服兵役的义务，但是由于我国人口众多，兵源相对充足，在实践中兵役义务总是由少部分人承担，我国的义务兵役制实际上变成了一种“选征制”。^①我国目前也尚未出现公民以宗教信仰为由拒绝服兵役的具体事例，但是目前没有出现，并不代表将来没有出现的

^① 参见罗敏.我国义务兵征召的“低容征率选征制”特征：困局与前景[J].南京政治学院学报，2015，（4）：64-65.

可能,随着我国老龄化社会的到来,以及我国实行的计划生育政策,服兵役的适龄青年正在逐步减少,并且高学历、高素质的青年服兵役的比例很低,将来一旦出现适龄青年以宗教信仰为由而拒绝服兵役的案例,如何处理将变的相当棘手。未雨绸缪,有必要提前考虑对该问题的解决方案。本文通过分析其他国家和地区对该问题的处理模式,为我国提供可以借鉴的经验。

第一章 宗教信仰自由和服兵役义务冲突的解决模式

宗教信仰自由和服兵役义务的冲突问题,已成为不同法律体系都无法回避的问题。不同的国家和地区在处理该问题时有不同的处理方式,以德国为代表的欧洲国家包括法国、荷兰、意大利、俄罗斯等国,在制定本国宪法时都曾预见到二者发生冲突的可能性。这些国家在本国宪法中都规定了在二者发生冲突时,可以通过服非战斗性的替代役来代替。^①

美国宪法中没有替代役的相关规定,但是美国的法院通过一系列判例表明,当公民宗教信仰自由和服兵役义务发生冲突时,总体上会豁免公民的服兵役义务而侧重保护公民的宗教信仰自由,至于何种程度的宗教信仰才能免除兵役义务,如何界定宗教信仰自由的含义,美国并无统一的标准,有时趋于宽泛,有时又趋向于保守,主要由法官在个案中加以衡量。

以我国台湾地区和韩国为代表的东亚国家和地区,认为宗教信仰自由包括内在信仰自由和外在行为自由和结社自由。内在信仰自由是绝对的,不应受任何侵犯。外在行为自由和结社自由是相对的,其应该受到国家相关法律法规的规制和公共利益、善良风俗的限制。服兵役是公民的一项义务,是维持国家存续和安全的保障。因此,在二者发生冲突时必须优先选择服兵役的义务,即使侵犯公民的宗教信仰自由也在所不惜。^②欧洲人权法院和人权委员会不承认公民有拒服替代役的权利,但判决对拒服替代役者的处罚违反比例原则,这反映出间接承认该项权利的倾向。

第一节 德国的解决模式

一、基本法的规定

二战期间,德国的很多宗教徒出于对其信仰和良知的坚守而拒绝参与二战,结果被纳粹当局以“拒服兵役罪”投入集中营,还有数以千计的宗教徒惨遭枪决。

^① 《俄罗斯联邦宪法》第 59 条第 3 款规定:“俄罗斯联邦公民的信念和信仰与服兵役发生冲突,或者具有联邦法律规定的其他情形,有权选择文职代替。”参见朱福惠,邵自红主编.世界各国宪法文本汇编(欧洲卷)[M].厦门:厦门大学出版社,2012.215.

^② 韩国自 1950 年以来总共判处 1.7208 万位拒绝服兵役的耶和华见证人入狱。参见李文丽.联合国发布出于良心拒服兵役报告韩国占 9 成[EB/OL].<http://mil.news.sina.com.cn/2013-07-16/0814731585.html>, 2016-11-02.

因此，在战争结束后，德国在制定1949年《基本法》时就预见到二者发生冲突的可能性，并且在《基本法》中对该问题进行了详细的规定。^①德国《基本法》允许公民出于宗教信仰自由而拒绝服“战斗役”，但必须服非战斗性的“民事替代役”。那么，在实践中如何确认公民是否具有拒绝服“战斗役”的宗教信仰自由？这就关系到良心服役者如何申请民事替代役、主管部门的自由裁量权以及如何进行核查的问题。德国随后发生了“明信片规则”案，该案对于“战斗役”和“民事替代役”的关系进行了具体界定，确认了“替代役”只是“战斗役”的一种例外，且必须经过主管机关的审核，以确认其宗教信仰自由的真实性。^②

二、明信片规则案

1977年联邦德国议会通过了“兵役法修正案”，新的兵役法修正案对“替代役”的程序做了较大的变动，允许服兵役者自主选择服“替代役”还是服“战斗役”。往常服兵役者申请服“替代役”必须遵循以下两个步骤：首先，必须向主管部门提交书面申请，在书面申请中仔细列举主张服替代役的理由。其次，还需要接受主管机关的审查，以考查其提交的拒绝服兵役的理由是否真实。虽然当时的获准率较高，但是审核的时间过长，面试的气氛过于严厉，申请服替代役者普遍表示好像在接受宗教裁判所的审判一样。

因此，德国国会对《兵役法》进行了修改，规定良心服役者如果想要转服“替代役”，不必再接受主管机关的审核，只需要向主管机关邮寄一张“明信片”即可。在野党对此表示反对，其认为“宪法并未创设人民有选择‘替代役’或‘战斗役’的权利，该修正案已违反了宪法‘服替代役者必须要以宗教和良心自由为前提条件’的要求”^③

联邦宪法法院判决宣告新的“兵役法修正案”违宪，理由如下：《基本法》规定公民有服“替代役”的权利，这是公民固有的一项基本权利。但是《基本法》同样规定公民有保卫祖国免受外敌侵略的责任与义务，以及每位公民都具有平等服兵役的义务。因此，转服替代役者必须要有“宗教信仰”作为前提条件，并且

^① 德国《基本法》第4条第3款规定：“不能强迫任何人违背其宗教信仰而服战斗役。”第12a条第1款规定：“公民自年满18岁起，有义务在军事部门、联邦边境保卫部门或民事组织服兵役，该款规定表明德国的兵役制度包括三大类型：战斗役、防卫役、民事替代役。”第2款规定：“如果出于宗教信仰自由而拒绝服军事战斗役，应该服非军事的民事替代役。民事替代役的期限不应超过军事战斗役的期限，具体期限由法律规定，该法律不应阻碍宗教信仰自由的实现。”

^② BVerfGE 48, 127.(1978).转引自陈新民.宗教良心自由与服役正义[J].人文与社会集刊, 2001, (1): 54-55.

^③ 梁洪霞.公民基本义务：原理、规范与应用（博士学位论文）[D].重庆：西南政法大学，2010.188-189.

该“宗教信仰”是真实的，能够对其真实性进行审核。有人认为“宗教信仰”存在于宗教信徒内心，其真实性无法审核，宪法法院并未采纳。

以外，联邦宪法法院认为，《基本法》明确规定了“替代役”制度，但是，“替代役”和“战斗役”二者并非相同性质的劳务。“替代役”仅仅是“战斗役”的例外和代替品。如果允许公民自由选择服“战斗役”还是“替代役”，这将会混淆二者的关系。同时，宗教信仰自由是德国宪法规定的公民基本权利，为了实现该权利，宪法特别规定宗教信仰者可以拒绝服“战斗役”而转服“替代役”。因此，良心服役者在转服“替代役”时，所主张的“宗教信仰”必须要有时间上的“持续性”和内容上的“庄重性”。

第二，既然“替代役”仅仅是“战斗役”的例外和代替品，良心服役者必须向主管机关做出明确表示，其宗教信仰的真实性还必须通过主管机关的审查。那么兵役法修正案规定，良心服役者只要邮寄一张明星片即可免服“战斗役”，这当然侵犯了主管部门的自主裁量权，也混淆了“战斗役”和“替代役”的性质。至于相关部门是否要进行改革。例如，缩短面试程序，改变令人难堪的面试氛围，提高对申请者的人性化待遇，这属于立法者自身的权限。同时，由于申请拒绝服“战斗役”的情形多样，很多申请者拒服“战斗役”并非真正出于宗教信仰，而仅仅是不愿意承担义务和责任。因此，主管机关必须认真审核区分各种情形。“如果取消主管机关审核权力，则有可能会导致服战斗役者大量流失，从而侵害国防法益。”^①

通过上述案例，德国更加肯定了服兵役是任何公民应尽的一项基本义务，基于宗教信仰和良知理由可以拒服战斗役而转服替代役仅是一种例外情况，且必须经过主管机关的审核，以确认其宗教信仰自由的真实性，从而切实保障公民宗教信仰和良知自由。然而，德国的宪法诉愿人走的更远，当拒绝战斗役的身份得到了认可后，他们并没有因此感恩戴德，而是继续拒绝民事替代役的征召，在他们看来民事替代役只不过是军事行为的延伸，并没有本质上的区别。然而依照 1965 年 10 月 4 日联邦宪法法院的判决，这种观点并没有得到支持，宪法法院作出判决认为，对出于良心原因而拒绝民事替代役的处罚是合宪的。^②

① 陈新民.宗教良心自由与服役正义[J].人文与社会集刊, 2001, (1): 54-55.转引自梁洪霞.公民基本义务:原理、规范与应用(博士学位论文)[D].重庆:西南政法大学, 2010.188-189.

② BVerf GE.23, 19.(1965).转引自秦静.“拒绝服兵役”之良心自由比较研究[EB/OL].<http://www.pacilution.com/ShowArticle.asp?ArticleID=1542>, 2016-11-12.

第二节 美国的解决模式

一、美国法律的规定

征诸史实，因宗教信仰而获得服兵役义务的豁免在美国由来已久。“马塞诸塞州在1661年，罗德岛在1673年，宾夕法尼亚州在1757年通过立法允许公民出于宗教信仰而选择从事民事替代性工作。”^①1917年美国国会制定《选择兵役法》(Selective Service Act)，该法律规定：“如果某一宗教组织受到了广泛承认，同时该宗教组织禁止其成员参与任何形式的战争，那么法律就可以豁免该宗教成员的兵役义务。”1940年的《选择军训法》(Selective Military Training Act)规定：“任何因宗教习俗和信仰而反对战争的人可被免除兵役。”该法律扩大了例外的范围，并未要求某一宗教组织必须受到“广泛承认”，只要出于宗教习俗和信仰而反对战争就可以免除服兵役的义务。1948年《普遍军事训练与服务法则》(Universal military training and service Act)则缩小了免服兵役的范围，明确规定只有因“宗教训诫及宗教信仰”而在良心上反对参与“任何形式战争”的人，可免于在合众国的武装力量中服兵役。该法律随后将“宗教信仰和宗教训诫”界定为“与最高之存在”相关的信仰，其义务超越产生于任何人际关系的义务，哲学、社会或者政治上的观点和个人品德方面的信条则被排除在外，不属于宗教信仰的范畴。^②

二、联邦最高法院的判例

在1965年的合众国诉辛格案(United States v. Seeger)中，辛格并不信仰任何与“上帝”有关的宗教，其反对战争的原因在于“信仰良善本身”，并且“这种宗教信仰纯粹根植于伦理”。辛格认为《普遍军事训练与服务法则》将宗教信仰仅仅界定为“与最高存在”相关，这违反了宪法的规定。在判断上诉人的“伦理信仰”是否为“宗教”时，最高法院提出了认定某种信仰是否为“宗教”的标准，即任何人只要虔诚的持有个人原则反对任何形式的战争，并且这种原则在信仰者的生活中占有一席之地，都可以被认为是反对战争的宗教信仰。^③

在1970年威尔什诉合众国(Welsh v. United States)案中，关于伦理道德是

① 雷安军.美国宗教自由实践条款的范围和限制问题研究[J].云南大学学报(法学版),2012,(2):23.

② 参见陈鹏.论宪法上宗教的概念——从美国最高法院判例法的发展切入[J].环球法律评论,2012,(1):130-131.

③ United States v. Seeger, 380.U.S.163, at.166.(1965).

否属于宗教信仰又有了进一步的发展。最高法院认为,判断某种信仰是否为宗教信仰的标准在于,该种信仰在信仰者内心中所处的地位,即该种信仰是否在信仰者内心占据非常重要的地位。如果该种信仰虽然仅仅属于伦理道德方面的信仰,但是在信仰者内心占据一席之地,并且要求信仰者不能参与战争,那么该种信仰也属于宗教信仰。^①

这是最高法院仅有的两次试图对“宗教”概念进行界定的案例。1973年美国改义务兵役制为志愿兵役制,即政府公开招募,符合条件的青年人自愿报名参军。公民不必再履行强制服兵役义务。通过以上两个案件,最高法院将“宗教信仰”的概念延伸至虽然没有“最高存在”,但是只要某种信仰可以与“最高存在”等而视之,都可以被认为是宗教信仰。由此可知,虽然美国的法律和判例都允许基于宗教信仰而反对战争者免服兵役,但对何种程度的宗教信仰才能免服兵役,何种信仰才能被纳入宗教信仰的范畴,多年来意见不同,总体上趋于宽泛。

第三节 我国台湾地区的解决模式

一、吴宗贤诉“国防部”案

我国台湾地区处理宗教信仰自由与服兵役义务相冲突最著名的案件是1999年“吴宗贤诉国防部案”,该案申请人吴宗贤是宗教团体“耶和华见证人”成员,^②按照台湾地区的法令,其应当履行服兵役的义务,但是吴宗贤以其为“耶和华见证人”信徒为由,声称:“作为‘耶和华见证人’,必须要按照《圣经》和上帝的教导处事,要宽恕自己的敌人,维护世界和平,不可杀戮。因此,自己不能够参加军事训练,不参与战争。”吴宗贤的主管军事部门以其“抗命”为由,对其处以刑罚,吴宗贤不服提起上诉,分别被台湾地区“国防部”、“陆军总司令部”、“最高法院”等单位驳回,吴宗贤于是申请“大法官”解释。

申请人认为,台湾地区“兵役法”第1条“男子依法皆有服兵役之义务”,侵害台湾地区现行“宪法”第13条所保障的宗教信仰自由。宗教信仰自由的含义应该包括不得强制人民接受或放弃宗教信仰,更不得因人民信仰或不信仰宗教

^① *Welsh v. United States*, 398.U.S.333, at.339. (1970).

^② 耶和华见证人(Jehovah's Witness)教会渊源于基督复临理论,是一个于19世纪末开始在美国兴起的基督教非传统教派。现时已发展至遍布全球,信徒人数超过六百万人。在兵役问题上,该教会倡导人们不应涉入政治与兵役,拒绝参加与军事有关的活动。

而予以处罚。申请人信仰基督，依据《圣经》教义（包括不再学习军事）为人处事，故申请人对《圣经》绝对遵从信守，出于良心自由而拒绝参与军事活动和军事训练，应当被宗教信仰自由所保障。

如果按照台湾地区“兵役法”第1条的规定，申请人只要是男子，就有服兵役的义务，那么，其基于宗教教义及信仰，在良心上反对任何形式战争的“真挚确信”，将因此无法确保。“中华民国宪法”第13条确认人民有宗教信仰自由，宗教信仰自由既包含人民有内心信仰、崇拜其宗教上之神的自由，也应该包括在不侵害社会公共利益与道德的前提下，依其宗教教义而作为或者不作为的自由。因此，在良心上拒绝参与任何形式的战争及军事训练即属申请人宗教信仰的内容，应受宗教信仰自由的保障。据此，申请人认定，台湾地区“兵役法”第1条不问男子有无任何真诚的不参与任何形式的战争或军事训练的宗教信仰，而一律规定其有服兵役的义务，显然与台湾地区现行“宪法”第13条保障人民宗教信仰自由的规定相违背。^①

二、大法官的判决

本案争议的焦点在于，申请人是否能够以特定宗教信仰为由而拒绝法定服兵役义务，以及宗教信仰自由是否有界限。“大法官”针对本案做成“释字第490号解释”^②，其运用类型化之方法，比较完整地提出宗教信仰自由所包含之内涵，并据此对台湾“兵役法”第1条作成“合宪性”判断。“大法官”的推演共分三步：

第一步，“大法官”在“释字第460号解释”^③之基础上，重申宗教信仰自由的内涵，并运用类型化的方法，提出宗教信仰自由的类型及受限制程度。多数

① 许育典. 宗教自由与宗教法[M]. 台湾: 元照出版公司, 2005. 150-151.

② 司法院(台湾省)解释编纂委员会, 主编. 大法官会议解释汇编[M]. 台北: 三民书局, 1996. 589-590.

③ “释字第460号解释”对“宗教神坛”是否属于“宗教住宅”进行了解释，并阐释了宗教信仰自由的内涵。台湾地区“土地税法”规定，为发展经济，促进土地利用，增进社会福利，对于宗教及合理利用之自用住宅等所使用之土地，得予适当之减免。台湾“财政部”台财税字第三一六二七号函规定：供“神坛”使用的建筑物，已非土地税法第9条所称之自用“住宅”用地，不得按优惠税率课土地增值税。一寺庙认为“财政部”的规定，是对人民之宗教信仰课予赋税上之差别待遇，与“宪法”第13条宗教信仰自由的旨意相抵触，于是遂申请“大法官”解释。“大法官”首先对“宪法”宗教信仰自由的内涵进行了解释，“大法官”认为，宗教信仰自由既包括人民有信仰或者不信仰宗教的自由，又包括人民有参加或者不参加特定宗教活动的自由，“国家”必须严守宗教中立政策，不得对支持或者反对特定的宗教，也不得对特定宗教信仰者进行优待或者歧视。其次，“大法官”指出“土地税法”第6条规定宗教用地之土地税得予减免，只要符合减免标准均得适用，并未区分不同宗教信仰而有差别。“神坛”既系由一般信奉人士自由设坛祭祀神明，供信众膜拜之场所，与具有私密性之住宅性质有异。最后，“大法官”完成论证，认定“神坛”使用之建筑物并非“土地税法”所称之“住宅”，并未就人民之宗教信仰课予赋税上之差别待遇，亦与“宪法”第13条的意旨无违。同上，第531-532页。

意见延续“释字第460号解释”对宗教信仰自由的阐释，并进一步提出：“宗教信仰自由包括内在信仰的自由和外在行为自由和结社自由。内在信仰自由存在于信仰者内心，这是绝对的自由，不应该也无法受到侵犯。外在行为自由和结社自由是相对自由，其应该受到国家相关法律的规制和公序良俗的限制。”

第二步，“大法官”在类型化的基础上，提出对宗教行为自由和宗教结社自由的限制条件。“大法官”认为宗教信仰自由与其他的基本权利，虽然一同受宪法的保障，也应当一同受宪法的限制，内在信仰自由是绝对的，不应受任何侵犯。外在行为自由和结社自由是相对的，在比例原则的限度内，仍然应当受到宪法和法律的限制。

第三步，“大法官”对台湾“兵役法”第1条根据上述所形成的限制条件加以检验。“大法官”认为，台湾“兵役法”第1条，是为实现人民服兵役的义务而制定，纯粹出于立法目的考虑，并未支持或者反对特定的宗教，也没有对特定宗教信仰者进行优待或者歧视，并未违反宗教中立的政策。其次，纵观世界各国宪法，多数国家的都在本国宪法中规定了公民有服兵役的义务。保卫“祖国”，抵抗侵略是每一位公民应尽的责任和义务，也是维系“国家”生存所必须的义务。宗教信仰者也是人民，其所负的基本义务和责任，不得仅因为宗教信仰而免除。

据此，“大法官”完成论证，认定“兵役法”第1条与宪法第13条宗教信仰自由的保护，并无抵触。1999年10月1日，大法官在“释字第490号”解释中，以13比2的票数差距，裁定“兵役法”和“兵役施行法”有关役男服兵役义务的规定并不违宪，驳回诉愿人的宪法诉愿请求。

三、大法官和台湾学者的反对意见

“大法官”王和雄、刘铁铮对以上多数意见并不赞同，因而各提出不同意见书一份。王和雄部分不同意见书虽赞同多数意见提出的“宗教信仰者也是该国公民，不能因为信仰宗教而不履行对国家的义务和责任”，但是他认为，如果宗教徒虔诚的信仰某一宗教，其外在行为虽然也应该受到宪法和法律的规制和公共秩序和善良风俗的限制，但是，其基于内心的信仰而为的外在行为，如果已经触及该宗教的核心要义，那么内在信仰和外在行为就具有表里一致的关系。此时，该行为虽然与一般社会上的伦理观念和法律义务相冲突，但是，如果对其课处刑罚，

将会使虔诚的宗教信仰者，因为基于世俗和宗教的冲突，而面临内心的抉择。因此，如果宗教行为和法律相抵触，法律的处罚应当特别审慎，以避免侵害或者剥夺宗教信仰自由的本质。

更进一步言，当服兵役义务的履行与宗教信仰自由相冲突时，如果强迫公民履行服兵役义务，将会严重限制公民宗教信仰自由，那么就应该以比例原则对限制措施进行审查，且应该选择最小损害的方法，尤其应该注意是否有替代方案的可能性，才符合宗教信仰自由的本质。在比较法上，德国、奥地利等国，均允许基于宗教信仰而拒绝服兵役者可以以补充役、免除战斗性的兵役或者替代劳役代替。因此，宗教信仰者如果因为信仰上帝而拒绝服兵役，本国至少应该在宪法或者兵役法中规定替代役制度，避免强迫其服战斗役，以此来避免宗教信仰的核心理念与法律相抵触而影响宗教信仰自由的保障。

“大法官”刘铁铮认为，人民有信仰宗教的自由，信仰自由涉及人民内心的真诚与生命价值的选择，对于宗教行为的规范，应该抱着和平和容忍的态度，除非举证证明有立即明显的危险或关系重大利益，否则不应该介入干涉。对于限制人们宗教自由的立法考虑，也是如此。据此，宗教信仰者，基于宗教教义而在内心反对任何战争者，在兵役法上自应避免使其服战斗性或使用武器的兵役义务，以避免宗教信仰的核心理念与法律相抵触而影响宗教信仰自由的保障，因此，在制度上给予良心服役者转服替代役的方法，才真正符合保障人权的旨意。^①

对于大法官做成的“释字第490号解释”，台湾的学者也表达了反对意见，许育典教授认为，本案为台湾地区第一次出现千载难逢的宗教法学契机，但大法官并未把握机会，去妥当定义宗教的概念。本案的本质，在于宗教戒律和公权力制定的法律的效力，何者优位的问题。即宗教信仰者能否以宗教戒律为由抵抗公权力制定的法律。大法官多数意见，仅仅以“兵役法”第1条为立法政策的考量为由，便轻易以公权力制定的法律代替宗教戒律，这是否对宗教信仰自由造成了过度限制？^②陈新民教授更是一针见血的指出，“司法院大法官”对于形式逻辑套用过度简单，造成了实质正义的缺失，对公民的宗教信仰自由进行了过度限制，明显违反了比例原则中的三个子原则。实践中很少有公权力措施明显违反此三要

① 祝捷，主编.台湾地区权利保障司法案例选编[M].北京：九州出版社，2013.183-184.

② 参见许育典.宗教自由与宗教法[M].台湾：元照出版公司，2005.151-152.

件, 该号解释的“违宪恶性”可想而知。^①

值得一提的是, 以上两位“大法官”都在不同意见书提到了“替代役”制度, “替代役”又称“社会役”, 最早起源于荷兰,^②二战后欧洲各国纷纷在本国宪法中规定了这一制度, 允许公民基于宗教信仰而转服社会役, 截至目前为止, 欧洲共有 26 个国家确立了此制度, 其余皆是实行募兵制的国家, 人民并无强制服兵役的义务。欧洲各国普遍已经确立了一个原则, 有义务兵役制就有社会役, 二者缺一不可。替代役制度在实际运行中, 尽管出现了一些问题, 但还是为社会公益机构提供了巨大的人力资源, 极大的促进了社会公益事业和福利事业的发展。^③两位大法官关于替代役的论述, 无疑非常具有远见, 也为随后台湾兵役制度的改革埋下了伏笔。

第四节 欧洲人权委员会和人权法院的解决模式

一、格兰德拉特诉联邦德国案

欧洲人权委员会也曾经发生过类似的案件, 在格兰德拉特诉联邦德国案中 (Grandrath v. Federal Republic of Germany), 申诉人也是位“耶和华见证人”, 其在该团体内部担任学习圣经领头人的职位, 和其他“耶和华见证人”一样, 出于良心和宗教信仰反对服兵役, 同时反对非战斗性的替代役 (他认为该替代役也是为兵役服务的, 二者并没有本质的区别), 德国当局承认其为良心的反战者, 但是要求他必须服替代役, 在遭到拒绝后对格兰德拉特提起了刑事诉讼, 格兰德拉特被判处有期徒刑 6 个月。格兰德拉特不服判决, 向欧洲人权法院提出了申诉。

《欧洲人权公约》中规定宗教信仰自由的条款是第 9 条^④, 欧洲人权委员会在该案中主要考虑了以下问题: 1. 由于在宗教团体中担任学习圣经领头人的职位, 那么要求其履行非战斗性的替代役是否会影响到其宗教职能的履行? 对此, 人权委员会认为虽然对于替代役的性质存在争议, 但是履行替代役并不会干涉宗

① 参见陈新民: 宗教良心自由与服役正义[J]. 人文与社会集刊, 2001, (1): 56-57.

② 荷兰在 1922 年宪法中规定: “基于重大良心不安的理由, 而免除兵役的条件由法律定之。”

③ 参见成义敏: 论信息化战争条件下预备役及社会役制度的建立和完善[J]. 西安政治学院学报, 2011, (6): 81.

④ 《欧洲人权公约》第 9 条第 1 款规定, 人人有权享受思想、良心以及宗教自由的权利, 此项权利包括改变其宗教信仰以及单独或者和他人在一起的时候, 在公开场合或者私底下, 在礼拜、传教、实践仪式中表示对其宗教或者信仰的自由。第 2 款规定, 宗教信仰自由只能被法律所限制, 法律在限制宗教信仰自由时只能基于以下理由: 公共安全利益、保护公共秩序、健康或者道德以及他人的权利和自由。以上两款分别规定了思想、良心自由的权利, 以及该权利受限制的条件, 并未直接涉及宗教信仰和服兵役的冲突问题。

教徒对其宗教的信仰和遵从，也不会干涉其对宗教团体的职责，因为履行替代役仅仅是其在闲暇时的一种活动，并不会影响其主要工作的完成。2. 申诉者被要求从事一种与其良心和宗教信仰自由相悖的行为，这是否恰当？对此人权委员会认为，公约第9条并未规定公民可以以宗教信仰自由为由而拒绝服替代役，因此，德国法院的判决并未违法。^①虽然，迄今为止欧洲人权法院并未判定拒服替代役违反了《欧洲人权公约》第9条，但是法院却在以下案件中认真审查了对于良心反战者施加禁令的适度性。

二、教士会计资格案

在“教士会计资格案”中，一名希腊的耶和华见证人由于拒绝服兵役替代役而被定罪处罚，在刑满释放后，该耶和华见证人以优异的成绩通过了会计师考试，然而，在申请会计师资格证时，希腊政府以其曾经犯罪为由拒绝授予其会计师资格证书。该申请人不服向欧洲人权法院提出申诉。

《欧洲人权公约》并未保障公民有从事特定职业的权利，但是欧洲人权法院仍然判决希腊法院的判决违法。理由如下：法院承认政府可以因为公民的某些罪行而拒绝授予其会计师资格，但是应该区分公民纯粹因为良心宗教自由而犯的罪行和因为其他原因而犯的罪行，公民出于内心的良知和信仰而拒绝替代役，这并不表明其不诚实或者道德败坏，以至于不能从事会计活动。既然原告已经因为其行为而遭受惩罚，那么其遭受进一步的处罚就不符合比例原则。^②

值得注意的是，公约第9条并未规定良心反战者有拒服替代役的权利，由于没有公约文本的明确规定，人权法院在本案中并未直接承认该项权利，但是却判决对良心反战者的处罚违反比例原则，这也反映出间接承认该项权利的倾向。

③

小 结

不同国家和地区对于该问题的处理方式与本国的历史和传统文化息息相关，宗教和良心自由受到欧洲各国的尊重有着深厚的历史和文化渊源，不论是罗马鲜花广场上的殉道者，还是旷日持久的十字军东征；不论是加勒留大帝（Galerius）

① Grandrath v. Federal Republic of Germany, European Commission of Human Rights (1967).

② Thlimmenos v. Greece, European Court of Human Rights (2000).

③ 参见梁洪霞. 公民基本义务：原理、规范与应用（博士学位论文）[D]. 重庆：西南政法大学，2010.188-189.

临死之时的遗愿，^①还是二战后整个德意志民族集体深刻的反思。历史的每一步都铸就了宗教与良心自由在欧洲各国稳行的脚印和今天宪法多元文化的样态，宗教自由在历史上的奋斗过程，最终结晶于欧洲国家的宗教中立和政教分离原则。

美国更是一个以清教徒为主体的国家，美国的祖先们因为在英国遭受宗教迫害，才被迫乘坐“五月花号”移民到新大陆。因此，宗教自由与宗教宽容政策从美国建国之初就深深扎根于美国的历史和法律传统中，甚至可以说是美国的立国精神之一。因此，在服兵役义务与宗教信仰自由相冲突时，美国选择保护公民的宗教信仰自由也就不足为奇了。

东亚国家和地区无论韩国还是我国台湾，法治都属于“舶来品”，其作为法律继受地，前文中所提及的争取宗教自由的斗争史从未在本国和本地区出现。从法律社会学的观点而言，东亚各国和地区的法治精神本具有自上而下的特质，东亚各国(地区)的传统文化向来强调伦理和等级秩序，认为个人利益应该服从于国家和集体的利益，把个人置于社会和国家社会之后，个人缺乏独立的权利主体地位。

这与西方强调个体、追求个人利益与权利本位的观念有着很大的区别，后来虽然各国移植了西方的法律制度，但法律理念实质上仍停留在绝对皇权、君主立宪的阶段，仅仅把法律作为巩固统治权的手段，并未真正接受西方的民主法治精神、基本权利的保障及自由平等观念。“虽然把这些内容写入宪法文本中，但是并未在具体的宪政实践中进行落实。”^②所以，出现当二者相互冲突时，法院便理所当然的认为服兵役的义务应优先于宗教自由权利。

值得一提的是，二战后，越来越多的国家和地区都认识到了宗教良心自由的重要性，纷纷在本国宪法或者基本法中规定了替代役制度，允许宗教信仰者转服非战斗性的民事替代役。即使上文中提到的台湾地区，在“490号释宪案”公布后的四个月里，其“国防部”也将替代役实行条例送交台湾“立法院”审理，1990年1月，“立法院”三读完成替代役实行条例及兵役施行法修正案。虽然台湾地区建立替代役制度的动机，主观上并非为了保护公民的宗教信仰自由，而是为了精兵简政提高兵员的质量和素质。但是，毕竟也为二者的冲突提供了一种可能的解决方案。

^① 公元311年，加勒留大帝弥留之时(Galerius)颁布的宽容诏令使得基督教成为一个被许可的宗教，并且同时结束了对基督教徒的迫害。加勒留大帝虽为罗马的皇帝，但现代意义上的德国在当时却归于罗马的版图，值得注意的是，德国的宗教发展史不可脱离整个欧洲的发展进程。

^② 许育典.宗教自由与宗教法[M].台湾：元照出版公司，2005.152.

韩国由于朝鲜半岛的特殊情况，实行强制兵役制度，根据韩国兵役法，所有年满20周岁的男性必须要在军中服役2年，拒服兵役的人会面临1年至3年的牢狱之灾。联合国人权理事会发布的《出于良心拒服兵役》的分析报告显示：“自1950年以来共有17208名基督徒出于宗教信仰拒服兵役并被判刑收监，刑期累计起来达32566年。”韩国的行为招致了国际社会和国际人权组织越来越多的批评，韩国国内也有越来越多的选民主张建立“替代性服务”制度。从全世界范围来看，允许良心反战者基于宗教信仰而服非战斗性的社会役是国际社会的主流趋势。^①

^① 参见李文丽.联合国发布出于良心拒服兵役报告韩国占9成
[EB/OL].<http://mil.news.sina.com.cn/2013-07-16/0814731585.html>, 2016-11-02.

第二章 宗教信仰自由的含义及其限制

我国《宪法》36条第1款规定了公民的宗教信仰自由。^①第55条规定了公民服兵役的义务。^②本章共分三节，首先，解释我国《宪法》36条规定的宗教信仰自由的内涵。其次，分析《宪法》55条规定的服兵役义务的性质，即该义务到底是公民的“义务”还是“基本义务”？最后，通过比例原则分析宗教信仰自由是否应受到限制，以及能够承受的最大限度的限制。

第一节 我国宗教信仰自由的内涵

一、宗教信仰自由一词的来源

我国《宪法》第36条第1款规定：“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。”这一内容直接来源于1954年《宪法》第88条，渊源可追溯到1949年《共同纲领》第5条。《共同纲领》第5条把宗教信仰和其他基本权利并列在一条里面规定，1954年《宪法》第88条规定：“中华人民共和国公民有宗教信仰的自由。”“现行《宪法》第36条是按照1954年宪法第88条规定的方法写的，只是删去其中的‘的’字，‘宗教信仰的自由’就成了今天我们极力倡言的‘宗教信仰自由’。”^③

二、宗教信仰自由内涵的不同观点

宪法明确规定了公民有宗教信仰自由，但是关于我国宪法上宗教信仰自由的含义，学界却有不同的观点。我国学界传统上认为，宗教信仰自由包括四部分。^④这种观点最早是由毛泽东提出的，在中华人民共和国宪法草案提交全国代表大会的前一天，即1954年9月14日，中央人民政府委员会举行了一次临时会议，最后对宪法草案做了两处修改。“毛泽东指出所谓‘宗教信仰的自由’，就是你

^① 参见《宪法》36条：“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。”

^② 参见《宪法》55条：“保卫祖国、抵抗侵略是中华人民共和国每一个公民的神圣职责。依照法律服兵役和参加民兵组织是中华人民共和国公民的光荣义务。”

^③ 周风. 宗教自由之研究——兼论宗教信仰自由(硕士学位论文)[D]. 山东: 山东大学, 2009.55-56.

^④ 1. 公民有信仰宗教的自由, 也有不信仰宗教的自由; 2. 有信仰这个宗教的自由, 也有信仰那个宗教的自由; 3. 在同一种宗教中, 有信仰这个教派的自由也有信仰那个教派的自由; 4. 有过去不信教现在信教的自由, 也有现在信教将来不信教的自由。参见许崇德. 宪法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.188-189.

信仰宗教也可以，不信仰宗教也可以，你可以信这个教，也可以信那个教，信了，又可以不信本来不信，后来也可以信。”^①随后在1982年4月22日，彭真同志指出：“我国公民有宗教信仰的自由。——有些人信仰这种或那种宗教，这是客观存在的社会意识形态问题，决不能、也不应该采取强制手段去解决。”随后中共中央印发《关于我国社会主义时期宗教问题的基本观点和基本政策》通知，在通知中宗教信仰自由被总结为以上四方面的自由。这种观点是我国宪法学界的主流观点，几乎写入了所有宪法的教科书。多年来，我国政府也一直以此内容来宣传我国的宗教政策。

但是也有学者不赞同该种观点，林来梵教授认为宗教信仰自由包括内心信仰自由、宗教行为自由和宗教结社自由。^②肖泽晟教授认为，根据《国际人权公约》宗教信仰自由包括：内心信仰自由、礼拜自由和传教自由。^③

三、宗教信仰自由内涵的法律解释

比较以上三种观点，传统观点严格按照字面含义，主张在中国语境中，“信仰”作为名词，是宗教的上位概念，“信仰”可分“宗教信仰”与“非宗教信仰”。“宗教信仰”在现代汉语中，一般只应理解成一个名词性词组，是偏正结构，“宗教”限制“信仰”。既然我国宪法仅仅规定公民宗教“信仰”上的自由，那么按照文义解释，信仰仅仅指的是公民的内心精神活动，而不包括外化于行动的自由。而后两种观点实际上认为，宗教信仰自由不但包括公民精神领域信与不信何种宗教的自由，还应包括一个人基于某种宗教信仰的需要而外化于实际生活中做或不做与宗教相关的某种行为的自由。

笔者赞同后两种观点，如果宗教信仰自由只是精神领域信与不信某种宗教的自由，那么法律对它的规定就显得不必要和没有意义。依此种理解可以推论，单纯的思想自由其实没有在宪法中确立的必要，因为思想存在于人的内心，如果不通过行动外化并作用于他人及社会，就无所谓自由不自由。内在的宗教自由事实

① 许崇德. 中华人民共和国宪法史（上卷）[M]. 福建：福建人民出版社，2005.152.

② 1. 内心信仰的自由，其中包括信仰各种宗教的自由，改变自己的宗教信仰的自由，以及不信仰任何宗教的自由。2. 宗教行为上的自由，主要包括礼拜、祷告以及举行或参加宗教典礼、宗教仪式，公开或者秘密的实践自己的教义的自由。3. 宗教上的结社自由，其中包括设立宗教团体（如教会、教派）并举行团体活动、加入特定的宗教团体以及不加入特定的宗教团体等方面的自由。参见董和平. 宪法学[M]. 北京：法律出版社，2007.311-312.

③ 1. 选择信仰或者不信仰某种宗教的自由。由于只涉及人的内心活动，因此，一般受到宪法的绝对保障。2. 礼拜自由。3. 传教自由。这后两项自由属于宗教活动，与社会关系密切，国家基于公共利益的需要可适当加以限制。参见张千帆. 宪法学[M]. 北京：法律出版社，2008. 206—207.

上根本无法加以限制，国家也无法制定“诛心”的措施。从这个意义上说，宗教信仰自由在法律上的涵义更多的是指公民基于个人信仰的需要而付诸行动的自由，纯粹的精神领域的宗教信仰应该与法律无关。

从体系解释的角度来看，《宪法》36条第3款规定：“国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。”如果宗教信仰仅限于公民内心的精神活动，那么何来国家保护“正常的宗教活动”？何来利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动？此外，宗教信仰自由是宪法规定的公民的一项基本权利，基本权利具有保护公民免受国家公权力肆意侵犯的功能。出于保护公民的基本权利的目的，也应当对宗教信仰自由进行扩大解释。

从比较解释的角度看，世界上许多国家的宪法和世界人权文件中，都确认宗教信仰自由既包括内在信仰的自由，又包括外在行为的自由。例如，《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》等国际人权文件和爱沙尼亚、^①波兰^②等国的宪法，都对此作出了规定。因此，在解释我国宪法中“宗教信仰自由”条款的含义时，亦需要参照世界各国的普遍情形，将其解释为不仅包括内在信仰的自由还包括外在行为的自由。

第二节 服兵役义务的性质

讨论完我国宗教信仰自由的含义，接下来需要论述的是宪法第55规定的公民“服兵役”的义务到底何种性质的义务，即该义务到底是公民的“义务”，还是“基本义务”？毫无疑问，宗教信仰自由是公民的“基本权利”，如果“服兵役”不是公民的“基本义务”，而仅仅是公民的“义务”，那么公民的“服兵役”义务就会在效力位阶上低于宗教信仰自由。

①《爱沙尼亚共和国宪法》40条规定：“人人都有信仰、宗教和思想自由。人人都有自由选择以公开或者秘密的方式单独或同他人一起参与宗教活动的权利。”参见朱福惠，邵自红主编：《世界各国宪法文本汇编（欧洲卷）》[M]，厦门：厦门大学出版社，2012.35。

②《波兰共和国宪法》第53条规定：“确保人人享有信仰和宗教自由。宗教自由应该包括经个人选择而宣誓入教或接受宗教的自由，同时，也包括单独或集体、公开或秘密以礼拜、祈祷、参加仪式、履行习俗或教义表明宗教信仰的自由。宗教自由亦包括占有教堂以及其他礼拜场所以满足教徒的需要，且满足个人随时享有宗教服务的权利。”参见朱福惠，邵自红主编：《世界各国宪法文本汇编（欧洲卷）》[M]，厦门：厦门大学出版社，2012.152。

一、宪法中公民义务的性质

关于这一问题中国宪法学界有三种观点：

第一种是权利和义务的对等性。“即只要是宪法中规定的‘义务’都是公民的‘基本义务’。”^①具体到宪法文本就是宪法51条至56条所规定的所有“义务”都是公民应当履行的“基本义务”。此观点的理论依据在于权利义务一致性，其核心在于强调社会主义的国家利益与个人利益的一致性，以及公民享有权利和履行义务的一致性，及马克思所谓“没有无权利的义务，也没有无义务的权利”。根据此观点的一个自然的推论是，公民的“权利”与“义务”具有价值上的同等地位。既然宪法中规定的权利是公民的“基本权利”，那么宪法中的“义务”理所当然也就是公民的“基本义务”。^②

第二种观点认为，“基本权利”和“基本义务”具有不对等性。宪法仅仅规定了公民的“基本权利”，并未规定公民的“基本义务”，宪法51条至56条规定的“义务”不能称之为“基本义务”。林来梵教授认为，“‘基本权利’的内容与‘基本义务’的内容在一般情况下具有非对等性，二者的内容绝非均等，并且公民‘义务’绝不具备‘基本权利’在宪法上的核心价值地位。”^③

第三种观点认为，宪法不应该规定公民义务，即从根本上否定宪法规定公民义务的必要性。持有此观点的代表学者是张千帆教授，其在《宪法不应该规定什么》一文中认为，“规定公民义务是法律的事，作为社会的基本契约，宪法不应该规定公民义务。”^④

二、基本权利和基本义务的关系

笔者赞同第二种观点。第三点宪法是否应该规定公民的义务，并不在本文的讨论范围之列，既然我国《宪法》第55条已经规定了公民“服兵役”的义务，除非宪法被修改，否则此观点就没有被讨论的必要。“法学不应该无视法律的明确规定而径行价值上的判断，也不应该基于某种特定价值观而简单否定宪法的正

① 蒋清华.宪法中公民义务之基本理论新探(硕士学位论文)[D].长沙:中南大学,2007.1-2.

② 此观点是学术界的通说,类似的表述参见孙国华,主编.法理学教程[M].北京:中国人民大学出版社,1994.84.张文显,主编.法理学[M].北京:高等教育出版社,1999.88.沈宗灵,主编.法理学(第二版)[M].北京:北京大学出版社,2003.76-77.肖蔚云.我国现行宪法的诞生[M].北京:北京大学出版社,1986.133.吴家麟.宪法基本知识讲话[M].北京:中国青年出版社,1954.96.

③ 林来梵.从宪法规范到规范宪法[M].北京:法律出版社,2001.238.

④ 张千帆.宪法不应该规定什么[J].华东政法学院学报,2005,(3):27-28.

当性。”^①

至于第一种“权利和义务一致性”的观点，笔者认为也不准确。虽然我们 must 承认在一般情形下，基本权利的享有主体和基本义务的承担主体之间存在着同一关系。“但这种一般意义上的同一性，并不意味着基本权利的享有主体所享有的基本权利与基本义务承担主体所承担的基本义务具有对应性。”^②权利和义务并非完全对应，一方面，各国宪法中的权利条款远多于义务条款。^③另一方面，某些义务与权利在内容上并不对称。例如，公民有言论自由、平等权和人格尊严不受侵犯的权利，并不意味着必须履行某种义务。保护文物和保护环境等义务也很难找到对应的权利人。

“基本义务”这一概念起源于德国的法律传统，1919年德国《魏玛宪法》首次使用了“基本义务”一词。^④但是，二战期间德国纳粹当局滥用义务条款，迫使德国公民承担大量无限义务，从而“导致个人权利被压抑，基本权利规范归于无效。”^⑤战后为了防止悲剧重演，联邦德国在制定1949年《基本法》时，虽然在《基本权利》一章中规定了一些基本义务条款，但是该章的标题却删除了“基本义务”的术语。这种术语上的转变被认为是德国宪法学界在基本权利理论上的重大转变，那种与基本权利完全对应的基本义务理论已经完全退出了历史舞台。

最为根本的是，“基本义务”这一概念本身难以成立。在宪法学基本理论中，基本权利和基本义务的性质并不相同。按照社会契约论，基本权利是人本身所固有的，先于国家而存在。为了调整不同主体之间各种基本权利的相互冲突，国家才要求全体公民履行一定的义务。换句话说，“公民的宪法义务是基于公民的基本权利而产生的国家权力的作用为条件而生成的。”^⑥“基本义务”绝不是“基本权利”的对应等价物，绝不存在相当于基本权利地位的、前国家的基本义务。此外，从1954年《宪法》起，我国宪法文本就从未使用过“基本义务”的表述，现行1982《宪法》第二章命名为“公民的基本权利和义务”，也未使用“基本

① 张翔.基本权利的体系思维[J].清华法学, 2012, (4): 32-33.

② 林来梵.从宪法规范到规范宪法[M].北京:法律出版社, 2001.252.

③ 据不完全统计,亚洲国家、欧洲国家、非洲国家、美洲国家、大洋洲国家义务与权利的比例分别是 15.11:100、9.91:100、7.12:100、5.00:100和 4.50:100。参见李勇.公民宪法义务与相关概念关系[J].理论法前沿, 2011, (2): 114.

④ 《魏玛宪法》第二编以《德意志人的基本权利与基本义务》为题,设置了依法服兵役、依法承担公告负担、入学的义务以及依法接受名誉职务工作等义务条款。同本页注①,第237页。

⑤ 张翔.基本权利的体系思维[J].清华法学, 2012, (4): 32-33.

⑥ 许崇德.宪法[M].北京:中国人民大学出版社, 2008.170.

义务”的表述，在没有文本明确规定的前提下，我国学者却一直采用“基本义务”的表述，这缺乏充分的解释和论证。从实证的角度上，世界上一些国家的宪法也不采用“基本义务”的概念。^①在理解宪法中公民义务的性质时，亦需要参照世界各国的普遍情形。

因此，“基本义务”并不与“基本权利”处于同一序列上，《宪法》规定的公民“服兵役”义务并不是公民的“基本义务”，仅仅是“一般义务”，“服兵役”义务在效力位阶上低于宗教信仰自由。

第三节 对宗教信仰自由的限制

上文分析了我国宗教信仰自由的内涵和宪法中规定的“服兵役”义务的性质。接下来需要考虑以下两个问题：1.宗教信仰自由是否应该受到限制；2.宗教信仰自由能够受到的最大程度的限制。关于第一个问题，目前中外法学理论界和实务界的通说认为，有权利必有限制，任何一项基本权利在行使过程中必然要受到宪法和法律的限制，权利如果不加以限制，那么基本权利的主体必将相互妨害。宗教信仰自由和其他基本权利一样，在行使过程中也要受到限制。关于第二个问题，通说认为，宗教信仰自由作为一项基本权利，其能够受到的最大限度的限制要通过比例原则来检验。

比例原则是现代民主宪政国家所奉行的基本法治原则。“最早起源于英国大宪章的规定，人们不得因为轻罪而受重罚。”^②尤其是要具体斟酌国家与公民在利益冲突状况下的失衡度。“尽管德国《基本法》并未明确规定比例原则为成文的宪法性原则，但是其宪法位阶性的地位却得到了整个法律界的尊重。”^③尤其是，二战以后至今，比例原则被德国最高法院与高级法院作为重要原则加以适用，其作用已具备象基本权利那样的地位。比例原则是对基本权利的限制中非常重要的一个步骤，对宗教信仰自由的限制也必须符合比例原则。

本节对于宗教信仰自由限制的讨论，主要以上文中提到的台湾地区“吴宗贤

① 例如，韩国宪法第2章与日本宪法第3章名为“国民的权利和义务”；泰国宪法第4章名为“泰国人民的义务”；意大利宪法第1篇，达荷美宪法第2章名为“公民的权利和义务”；埃及宪法第3篇名为“公共权利和义务”；阿尔及利亚宪法第1章第5节名为“公民的义务”。参见蒋清华.宪法中公民义务之基本理论新探（硕士学位论文）[D].长沙：中南大学，2007.1-2.

② 范剑虹.德国宪法法院关于侵犯人的基本权利的诉讼程序及其实质性比例原则的适用[EB/OL].
http://china.findlaw.cn/info/lunwen/faxuelw/60317_4.html, 2016-12-3.

③ 余凌云.论行政法上的比例原则[J].法学家，2002（2）：34.

诉国防部案”为例,探讨台湾“司法院”“释字第490号解释”是否符合比例原则的三个子原则,是否对宗教信仰自由进行了过度限制。

一、适当性原则

适当性原则,又称为合目的性的原则、妥当性原则。要求立法对宗教信仰自由的限制必须能够达成立法目的,并且为正确的手段。“在目的一手段关系上,必须是适当的。”^①总体上,妥当性原则并不要求手段能够完全达成目的,只要能促成目的实现既可。“此原则偏重‘目的取向’上的要求。”^②

反观本案,中外各国无数案例显示,对于“耶和华见证人”等良心犯,通过刑罚的手段,很难达到强迫其履行“服兵役”义务的目的。当教徒内在的信仰义务和外在的世俗义务发生冲突时,教徒几乎都会选择遵从自己内心的信仰,而选择宗教义务优先于世俗义务,即使面对接连不断的牢狱之灾,甚至在面临生命威胁时也是如此。^③而且既然教徒遵奉绝对不可以杀人的戒律,就是为了自卫也不可以,国家即使强迫其入伍,也不可能将其训练成为英勇善战的军人。因此,对宗教信仰自由的限制,能否达成其预期的目的?十分可疑。

二、必要性原则

必要性原则,“指在有多种可供选择的公民权利限制手段达成立法目的时,应当适用对公民利益限制或损害最小但又是为实现公共利益所绝对必须的方式。”^④即在以不违反或减弱该法律所追求目的的前提下,立法者应该选择对公民权利侵犯最轻的方法。台湾学者城仲模教授称此为“最温和方式原则”。^⑤以立法机关为例,要求立法机关在都能够达到效果的若干手段中,选择对宗教信仰自由限制最小的一个。

如本案所涉及的良心犯,其虽然不愿意入伍,但是并非不愿意接受国家给予的其他劳动义务,例如执行替代役等,并非对于促进社会公共利益毫无帮助。并

① [德]哈特穆特·毛雷尔.行政法学总论[M].高家伟译,北京:法律出版社,2000.66-67.

② 陈新民.宪法基本权利之基本理论(上)[M].台北:三民书局,1992.240.

③ 二战时期,“耶和华见证人”是唯一有机会让自己逃过死亡的一群人,在纳粹的集中营,“耶和华见证人”的囚衣上都有一个紫色的三角形标志。只要他们愿意在声明书上签字表明放弃自己的信仰,愿意对希特勒效忠、愿意服兵役,就可以被释放。可是他们遵从圣经的教义,拒绝放弃自己的信仰。结果“耶和华见证人”在整个二战时期共有6262人被捕,2074人被关入集中营,大约有1200个“耶和华见证人”在纳粹时期丧生,其中270人因为良心缘故拒绝参与军事服务而被处决。参见陈肖.耶和华见证人与政治[EB/OL].<https://www.douban.com/group/topic/16442694/>,2016-11-6.

④ 胡肖华,徐婧.论公民基本权利限制的正当性与限制原则[J].法学评论,2005,(6):15—16.

⑤ 城仲模.行政法之基础理论[M].台北:三民书局,1980.40.

且正如1971年的“宗教拒绝输血案”的判决理由书所言：“这位触犯者并不是缺乏对法律秩序的尊重而抵抗这一秩序，他也希望维护刑法所体现的法律价值。然而，他却发现自己处在普遍法律秩序和其个人信仰的命令相竞争的边界上，且他感到一种要遵守其信念的更高命令之义务。”^①因此，替代役役男也是可以增进公共利益的人力资源，欧洲各国成功的例子可以证明。^②台湾“司法院大法官”判决良心服役者入狱，是否为最小的侵害及绝对的必要？

三、狭义比例原则

狭义比例原则，这是比例原则的精髓，也是一种利益衡量。它要求通过限制基本权利所实现的公益大于对基本权利造成的损害。其要求国家权力的行使，为追求一定目的而采取的限制手段的强度，不得与达成目的的需要程度不成比例。“即因该限制手段所造成的伤害，不得逾越所欲求的目的而获致利益。”^③因此，这一原则是偏重“价值取向”上的要求。

宗教人士出于宗教信仰自由，而拒绝服兵役的确会侵犯到其他公民的平等权，造成国防法益的损失。但是，就国防法益而言，倘若国家兵员十分充足时，此法益的重要性就会降低。然而“良心服役者”受到侵犯的法益，则是漫长的牢狱生涯。而且现代战争也无前线与后防之分，国家除了在前线御敌也必须在后方救灾。国防法益也必须将后方的民防法益包括在。替代役即是弥补后方救援人力欠缺的最好制度，如果没有此替代役制度，国家势必要由现役军人来救灾，这反而会削弱国防实力。因此，权衡比较“良心服役者”的法益和国防利益，并不能得出国防法益大于“良心服役者”法益的结论。

① 张千帆.宪法学原理法[M].北京:法律出版社,2004.571.

② 德国负责替代役最高负责人“社会役监察员”Hintze在1995年参加一个社会役讨论会上曾提到他在符腾堡时看到报上刊登的一个讣文。讣文的遗嘱特别感谢一位社会役男，在死者临终前一年辛勤的照料，比亲生子女还有爱心。这个公开的感谢，据Hintze透露，每年不知收到多少类似的来信，都显示出替代役男对社会福利付出重大的贡献。参见秦静.“拒绝服兵役”之良心自由比较研究[EB/OL].<http://www.pacilution.com/ShowArticle.asp?ArticleID=1542>,2016-11-12.

③ 城仲模.行政法之一般法律原则[M].台北:三民书局,1999.125-126.

第三章《兵役法》第3条的合宪性解释

宗教信仰自由和服兵役义务的冲突在我国也有理论和现实意义。去年一篇《广西大批青年逃兵役：扎耳眼刺纹身故意答偏题》的文章在网上流传，该文章指出“近日，广西省出台规定，要求大学生在入学报道登记时必须提交《公民兵役证》或者相关的证明材料。这种情况下，一些应届大学生为了避免服兵役而进行‘自我设计’。例如，故意染头发、谎报视力、伪造身体缺陷等等，以此达到‘自我淘汰’的目的。”^①在本篇报道中，虽然适龄青年逃避兵役义务的原因并不是因为宗教信仰，但是并不表示在我国将来不会出现以宗教信仰为由而拒绝服兵役的事例。

通过上文的分析，我们得知从全世界范围来看，允许良心反战者基于宗教信仰而服非战斗性的社会役是国际社会的主流趋势，同时我国宪法中宗教信仰自由的位阶高于服兵役义务，并且比例原则的适用要求不以强制服战斗役来防止侵害宗教信仰自由，因此，我们必须处理《兵役法》（尤其是第3条）的合宪性问题，并且尽可能寻求对该条的合宪性解释。本章分三节，第一节介绍合宪性解释的概念。第二节分析《兵役法》第3条的含义范围，即该条最大的文义射程。第三节分析在该条的文义范围内，哪些解释方案会侵害宗教信仰自由，并排除涉嫌违宪的部分，最后得出解释结论。

第一节 合宪性解释的概念

何为“合宪性解释”？不同的学者在使用该概念时往往侧重其不同的含义。根据台湾学者苏永钦教授的观点，瑞士学者坎皮休（Campische）和穆勒（N. Müller）认为合宪性解释实际上包括三层含义。^②立法机关是人民的代表机关，其制定的法律集中体现了人民的意志，司法机关应该尊重立法者，在立法裁量面

① 向昌明. 广西大批青年逃兵役：扎耳眼刺纹身故意答偏题[N]. 中国国防报, 2016-3-30 (4).

② 1. 单纯的解释规则，法官在依法裁判时，宪法的相关规定在法律解释时直接发生一定的影响，也就是直接用宪法的原则、规则和精神来解释法律。2. 冲突规则，在数种可能的解释中优先选择与宪法内容相符者。当某部法律出现多种解释可能时，优先选择与宪法不相抵触的那种解释方案，合宪性解释在此时是一种冲突的解决方案。3. 保全规则，违宪审查机关进行违宪审查时，如果某部法律有违反宪法的可能而有数种不同的解释方案时，应当优先选择不违宪的那种解释。参见张翔. 中国法学两种宪法案件：从合宪性解释看宪法对司法的可能影响[J]. 中国法学, 2008, (3): 111-112.

前保持司法的谦抑性。所以，司法机关在进行违宪审查时，如果法律有多种解释方案，应当尽量选择使法律合宪的那种解释，避免对法律作“违宪”宣告。在此意义上合宪性解释和合宪性推定实际上是同一含义。

苏永钦教授在介绍了瑞士学者的观点后，进而提出上文中“合宪性解释”的三层含义，实际上可以压缩成两层，即可以将第三种保全规则并入第二种冲突规则中。因为，保全规则和冲突规则的内涵基本上是相同的，二者实际上都是在几种可能的法律解释中，优先选择一种与宪法相符合的解释。苏教授随即提出了自己的“解析规则和冲突规则”二分法。苏教授对于“合宪性解释”的二分法与上文中的三分法相比较，在逻辑上无疑更加清晰。

但是，有学者并不赞成苏教授的二分法，其认为上文中第三项保全规则和第二项冲突规则的内涵并不相同，第二项冲突规则属于普通诉讼中的合宪性解释技术，而第三项保全规则则明显属于违宪审查层面，我国的法院并无违宪审查权，并且二者的工作目标也不相同，在普通诉讼中法官进行法律解释的目的是“案结事了”，而在宪法诉愿中，违宪审查机关则是为了审查系争法律是否合宪。“如果笼统的把二者合二为一，有可能会令人更加迷惑。”^①

对于上文中二分法和三分法的论争，笔者并不打算过多的论述，在司法实践中区分“违宪审查层面的合宪性解释”和“普通诉讼中的合宪性解释”无疑是非常必要的，因为按照我国宪法学界的主流观点，对法律的违宪审查权仅仅属于全国人大常委会，普通司法机关断无该项权利，如果不在概念上区分二者，合宪性解释就有夭折的危险。但是在本文中对《兵役法》第3条的解释仅仅是一种学理解释，仅仅是在法学理论的角度来探讨《兵役法》第3条的合宪性，其并无法律效力。因此也不必严格区分到底是“违宪审查层面的合宪性解释”还是“普通诉讼中的合宪性解释”。

综上，本文在定义合宪性解释的含义时，采用苏永钦教授的二分法，将合宪性解释定义为：“在出现复数解释的情况下，综合考虑宪法的规则、原则和价值确定相关法律的含义，在数种相互冲突的解释方案，优先选择与宪法一致的那种解释方案，即符合宪法的解释方案。”

第二节 《兵役法》第3条的文义射程

^① 黄卉.合宪性解释及其理论检讨[J].中国法学, 2014, (1): 287-288.

《兵役法》第3条明确规定不得因为宗教信仰而拒绝服兵役,^①如何理解“兵役”一词的含义?法律以法条的形式出现,表达法条的工具就是语言,而语言文字本身就具有不确定性。法律条文是由语言文字所组成,解释法条必须先从文义解释入手,了解该法条语言文字的含义。^②从文字来看,“兵役”一词,包含广义和狭义两种含义。从狭义上看,“兵役”一词仅仅指“战斗役”。因为按照通常人的理解,“兵役”似乎总是与战争相联系。而战争则免不了冲突与战斗。因此,“服兵役”便理所当然指的是“服战斗役”。

这种解释结论也被体系解释和历史解释所支持。纵观《兵役法》全文,《兵役法》第5条规定了兵役的分类。^③第7条规定了现役军人和预备役军人参加军事训练、保卫祖国的义务。^④第66条还规定了预备役人员不参加军事训练和军事征召应当受到的处罚。^⑤由此可见,按照体系解释,“兵役”分为“现役”和“预备役”,无论“现役人员”还是“预备役人员”都必须参加军事训练,为保卫祖国而战斗。而“现役”和“预备役”则都属于“战斗役”的范畴。

从历史解释的角度来看,笔者查阅了关于《中华人民共和国兵役法(修改草案)》的说明、关于《中华人民共和国兵役法(修改草案)》的报告,《中华人民共和国兵役法释义》等立法资料,发现立法者在解释兵役法第3条时,多是从男女,种族和民族平等的角度来解读的。^⑥由此可见,如果把“兵役”一词的含义扩大到“非战斗性”的替代役,并且允许宗教信仰者转服替代役,这可能会造成事实上“服兵役”义务的不平等,从而违背立法者的初衷。同时考虑到我国在制定1955年《兵役法》时,所面临的严酷的国内外环境(内有台湾问题亟待解决,外有帝国主义的包围封锁)和巨大的战争压力。笔者认为,在立法者眼中,“兵

① 《兵役法》第3条规定:“中华人民共和国公民,不分民族、种族、职业、家庭出身、宗教信仰和教育程度,都有义务依照本法的规定服兵役。”

② 文义解释,又名语义解释,是指在解释法律条文的意义时,首先从该法条所用词句入手,分析该词句的文字含义,也就是探寻一个用语或句子按照一般语言习惯或立法者之用语习惯,应该有何种含义。参见刘国宪法文义解释的困境与出路探析[J].政治与法律,2014,(3):54.

③ 《兵役法》第5条规定:“兵役分为现役和预备役。”

④ 《兵役法》第7条规定:“现役军人必须遵守军队的条令和条例,忠于职守,随时为保卫祖国而战斗。预备役人员必须按照规定参加军事训练、执行军事勤务,随时准备参军参战,保卫祖国。”

⑤ 《兵役法》第66条规定:“预备役人员拒绝、逃避参加军事训练、执行军事勤务和征召的。由县级人民政府强制履行兵役义务,并可以处以罚款。如果在战时违反规定构成犯罪的,还要依法追究刑事责任。”

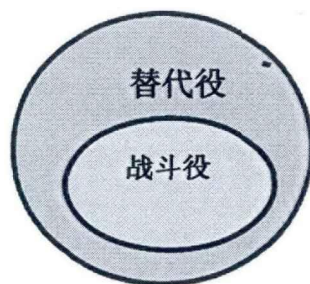
⑥ 例如,《中华人民共和国兵役法释义》如此解释兵役法第3条:“本条的规定是公民履行兵役义务的基本原则,它体现了公民在服兵役的问题上享有平等的权利和义务。我国社会主义制度的确立,消灭了人剥削人的制度。‘中华人民共和国各民族一律平等’、‘中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭生活等各方面享有同男子平等的权利’,我国宪法规定的这些基本原则,在本法中得到了充分的体现。依法服兵役,不仅是公民的义务,也是公民的权利。全国各族人民都应该依照法律的规定,积极地履行兵役义务。”

役”一词可能仅仅指代“战斗役”。

但是，把“兵役”一词解释为仅仅包括“战斗役”忽视了一个问题，那就是——一国军队有不同的兵种，在我国有陆军、海军和空军的划分。在同一个兵种中，不同的人从事不同性质的工作，有的负责在前线杀敌，有的则负责后勤供应，从事非战斗性质的劳务（例如，担任军医救助伤员）。而且现代战争也无前线与后防之分，国家除了在前线御敌，也必须在后方从事军事生产。正如恩格斯所论述的：“军队夺去了一个国家最强壮、最有力的那部分公民，这部分人不能从事生产，国家不得不供养他们。”^①因此，在军队后勤部门从事非战斗性质的劳务，或者在后方军队以外的公共机构服民役，也应该纳入“兵役”的范围。

另外，从比较解释的角度，^②世界上大部分国家的兵役制度，都既包括“战斗役”也包括“非战斗性”的替代役。欧洲各国普遍确立了一个原则，有“战斗役”就有“替代役”。大部分国家也都允许良心服役者转服民事替代役，除了上文中提到的德国、美国等国家外，我国台湾地区在“490号释宪案”公布后，随即在1990年1月，“立法院”通过替代役实行条例及兵役施行法修正案，建立了替代役制度。韩国则因为判决良心服役者入狱，招致了国际社会和国际人权组织越来越多的批评，韩国国内也有越来越多的选民主张建立“替代性服务”制度。从全世界范围来看，允许良心反战者基于宗教信仰而服非战斗性的社会役是国际社会的主流趋势。因此，在解释“兵役”一词的含义时，亦需要参照世界各国的普遍情形，将其解释为不仅包括“战斗役”还包括“非战斗性”的替代役。

图 1：兵役一词最大的文义射程，



资料来源：表格自制。

① 马克思，恩格斯.马克思恩格斯军事文集[M].北京：战士出版社，1981.245-246.

② 比较解释，是指参酌域外立法及判例学说，解释本国法律规范含义的方法。比较不仅要进行立法的比较，也要进行判例、学说的比较，通过比较大陆法系及英美法系诸国，特别是发达国家的立法、判例、学说，发现本国法律规范的应有含义。参见张明安，王荣珍，主编.民法总论[M].广州：中山大学出版社，2013.454-455.

第三节 符合宪法的解释方案

一、战斗役的排除

宗教信仰自由通常被认为是宪政的两大支柱之一，在宪法所规定的基本权利中，宗教信仰的权利过去和现在都是精神领域内至为关键的权利，其对于维系人民精神领域的自我发展和自我实践，以及社会多元文化的充实意义重大。宗教信仰自由也是我国《宪法》规定的公民的基本权利之一，基本权利具有保护公民免受国家公权力肆意侵犯的功能。通过上文对宗教信仰自由内涵的分析，我们了解到宗教信仰自由不仅仅包括内心信仰的自由，还包括外在行为自由和结社自由，外在行为自由中包括公开或者秘密的实践自己的宗教教义的自由。《兵役法》第3条明确规定公民不得因为宗教信仰自由而拒绝服兵役，此时，二者发生了冲突。《兵役法》第3条中“兵役”一词的文义射程涵射“战斗役”和“非战斗性”的替代役，在该条最大的文义射程包含的几部分中，不同部分对于宗教信仰自由的侵害程度有别，特定部分对宗教信仰自由的侵害程度最深，因此必须基于合宪性解释进行排除，特定部分对宗教信仰自由的侵害程度最轻，因此在进行合宪性解释后可以得到保留，从而成为最终的解释方案。

在《兵役法》第3条最大的文义射程涵射的几部分中，“战斗役”对宗教信仰自由侵害程度最深，如果将“兵役”解释为仅包括“战斗役”，那么良心服役者将被迫参加与其教义相抵触的“战斗役”，这会过度限制公民的宗教信仰自由，从而，违反比例原则的三个子原则（适当性原则、必要性原则和狭义比例原则）。因此，必须基于合宪性解释而予以排除。而“替代役”对宗教信仰自由的侵害程度最轻，如果将“兵役”一词进行合宪性限缩，将其解释为仅仅指代“非战斗”性质的替代役，那么《兵役法》第3条就可以解释为，公民可以基于宗教信仰而改服“非战斗”性质的替代役，这不仅能够满足国防法益，使每个人都平等的履行法律所规定的“服兵役”义务，还能够保障公民的宗教信仰自由，恰当的平衡了二者之间的关系，符合比例原则的要求，符合宪法36条的规定。

通过分析，我们得知“兵役”一词最大的文义射程既包括“战斗役”又包括“替代役”，强制服“战斗役”将过度限制宗教信仰自由，从而违反比例原则，因此基于合宪性限定解释予以排除。将“兵役”合宪性限缩解释为“替代役”，

符合宪法 36 条的规定，有力的保障了公民的宗教信仰自由，应当选择该种解释方案作为最终的解释结论。

二、合宪性解释的界限

上文分析了“兵役”一词的不同部分对宗教信仰自由的侵害程度，通过合宪性限定解释将对宗教信仰自由侵害程度最深的“战斗役”排除，将“兵役”一词限缩为仅仅指代“替代役”，公民可以居于宗教信仰而转服“替代役”。接下来需要论述的问题就是，合宪性解释的界限何在？“兵役”一词的文义射程明明既包括“战斗役”又包括“非战斗”性质的替代役，可是却人为的将其限缩为仅指代“非战斗”性质的替代役。这样做是否具备合理性？是否歪曲了《兵役法》第 3 条的文义？这合宪性解释永远无法回避的问题，合宪性解释所遭受的批评也主要集中于此。

按照三权分立的一般理论，立法和司法分别行使不同的权力。因此，司法机关应该尊重立法者，在立法裁量面前保持司法的谦抑性，司法是一种审查，而不能成为积极的立法行为或者对立法者的监护，司法绝不能通过对条文的改动侵入立法者本身固有的权限，从而代行立法者的职责，成为事实上立法者。因此，合宪性解释的界限就在于，“不得违反规范的文义或者立法者明确的意图，即合宪性解释只能在立法者做出的基础决定的框架内进行，相较于立法者原本所设想的法律内容，合宪性解释只能限缩（minus），而不得（aliud），后者明显属于对立法者权限的侵犯。”^①按照此标准，本文对于“兵役”一词进行限缩，尚在《兵役法》第 3 条的文义之内，并未明显侵犯立法者的权限。同时还发挥了对《兵役法》第 3 条的保全作用，使其避免了被司法机关宣告违宪，从而被撤销的命运。

^① [德]斯特凡·科里奥特. 对法律的合宪性解释[J]. 田伟译. 华东政法大学学报, 2016, (3): 10.

结 语

宗教信仰自由和服兵役义务的冲突问题,已成为不同法律体系都无法回避的问题。不以强制服战斗役来避免对宗教信仰自由的损害是当今各国宗教法制的发展趋势,世界上多数国家也都在本国的宪法或者兵役法中规定了替代役制度,允许良心服役者选择非战斗性的替代役。我国宪法和兵役法中没有规定替代役制度,但是通过对兵役法第3条的合宪性限定解释,可以将严重侵害宗教信仰自由的“战斗役”排除,从而使宗教信仰者转服“替代役”。虽可如此解释,但是替代役制度毕竟没有正式的法律依据。因此笔者建议在兵役法实施细则中,对替代役制度做出具体的规定。

目前,中国大陆并无直接研究宗教信仰自由权利和服兵役义务相冲突的论文和专著,研究多散见于宗教自由、良心自由、公民基本义务、兵役制度、合宪性解释等相关章节,并且都是简单提及,并无深入研究。我国目前也尚未出现公民以宗教信仰为由拒绝服兵役的具体事例,但是目前没有,并不代表将来没有出现的可能,随着我国老龄化社会的到来,以及我国实行的计划生育政策,服兵役的适龄青年正在逐步减少,并且高学历、高素质的青年服兵役的比例很低,将来一旦出现适龄青年以宗教信仰为由而拒绝服兵役的案例,如何处理将变的相当棘手。未雨绸缪,有必要提前考虑对该问题的解决方案。本文的写作目的即在于为该问题提供一个解决方案。

自从“齐玉苓案批复”被最高法院撤销以来,本世纪初的“宪法司法化”运动迅速走向低迷,然而法学界希望宪法进入法院的努力却并没有停止。法学界随即提出了合宪性解释的概念,即法律在出现复数解释的情况下,以宪法的原则、价值和规则为依据,确定文本的含义,在数种相互冲突的解释方案,优先选择与宪法一致的那种解释方案,即符合宪法的解释方案。对于该问题的理论研究,学者们着力甚深。但必须承认,目前我国法律共同体普遍缺乏合宪性解释的技术和知识。本文对《兵役法》第3条进行合宪性解释的具体操作,尽抛砖引玉之效,希望能够看到更多这方面的研究成果和实践案例。如是,则是吾等福泽。

参考文献

一、著作类

- [1] 白斌.宪法教义学[M].北京:北京大学出版社, 2014.
- [2] 陈新民.宪法基本权利之理论基础[M].台湾:元照出版社, 1999.
- [3] 城仲模.行政法之基础理论[M].台北:三民书局, 1980.
- [4] 董和平.宪法学[M].北京:法律出版社, 2007.
- [5] 何华辉.比较宪法学[M].武汉:武汉大学出版社, 1998.
- [6] 刘澎.当代美国宗教[M].北京:社会科学出版社, 2001.
- [7] 林本炫.台湾的政教冲突[M].台湾:三民书局, 1994.
- [8] 林来梵.从宪法规范到规范宪法[M].北京:法律出版社, 2001.
- [9] 龙卫球, 主编.民法总论[M].北京:中国法制出版社, 2002.
- [10] 马克思, 恩格斯.马克思恩格斯军事文集[M].北京:战士出版社, 1981.
- [11] 苏永钦.合宪性控制的理论与实际[M].台北:月旦出版社, 1994.
- [12] 舒国滢, 主编.法学方法论问题研究[M].北京:中国政法大学出版社, 2007.
- [13] 田小文, 主编.外国兵役制度概览[M].北京:军事科学出版社, 1997.
- [14] 许育典.宗教自由与宗教法[M].台湾:元照出版社, 2005.
- [15] 许崇德.中华人民共和国宪法史(上卷)[M].福建:福建人民出版社, 2005.
- [16] 杨仁寿.《法学方法论》[M].北京:中国政法大学出版社, 1999.
- [17] 祝捷, 主编.台湾地区权利保障司法案例选编[M].北京:九州出版社, 2013.
- [18] 朱福惠, 邵自红主编.世界各国宪法文本汇编(欧洲卷)[M].厦门:厦门大学出版社, 2012.
- [19] 张千帆.宪法学[M].北京:法律出版社, 2008.
- [20] 张千帆.西方宪政体系(上)[M].北京:中国政法大学出版, 2005.
- [21] 张翔.宪法释义学:原理·技术·实践[M].北京:法律出版社, 2013.
- [22] [荷]亨克·范·马尔赛文, 格尔·范·德·唐.成文宪法—通过计算机进行的比较研究[M].陈云生译, 北京:北京大学出版社, 2007.
- [23] [德]哈特穆特·毛雷尔.《行政法学总论》[M].高家伟译, 北京:法律出版社,

2000.

[24] [德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥译,北京:商务印书馆,2003.

二、论文类

- [1] 陈新民.宗教良心自由与服役正义[J].人文与社会集刊,2001,(1).
- [2] 陈鹏.论宪法上宗教的概念—从美国最高法院判例法的发展切入[J].环球法律评论,2012,(1).
- [3] 成义敏.论信息化战争条件下预备役及社会役制度的建立和完善[J].西安政治学院学报,2011,(6).
- [4] 杜玉芳.当代中国宗教发展的现状及趋势[J].中央社会主义学院学报,2010,(5).
- [5] 杜强强.合宪性解释在我国法院的实践[J].法学研究,2016,(6).
- [6] 蒋清华.宪法中公民义务之基本理论新探(硕士学位论文)[D].长沙:中南大学,2007.
- [7] 姜福东.司法过程中的合宪性解释[J].国家检察官学院学报,2008,(4).
- [8] 李若木,周娜.宗教与公益活动:一个实证研究[J].世界宗教文化,2012,(2).
- [9] 罗敏.“我国义务兵征召的低容征率选征制”特征:困局与前景[J].南京政治学院学报,2015,(4).
- [10] 梁洪霞.公民基本义务:原理、规范与应用(博士学位论文)[D].重庆:西南政法大学,2010.
- [11] 雷安军.美国宗教自由实践条款的范围和限制问题研究[J].云南大学学报(法学版),2012,(2).
- [12] 刘国.宪法文义解释的困境与出路探析[J].政治与法律,2014,(3).
- [13] 黄卉.合宪性解释及其理论检讨[J].中国法学,2014,(1).
- [14] 余凌云.论行政法上的比例原则[J].法学家,2002,(2).
- [15] 周风.宗教自由之研究——兼论宗教信仰自由(硕士学位论文)[D].山东:山东大学,2009.
- [16] 张翔.基本权利的体系思维[J].清华法学,2012,(4).
- [17] 张翔.中国法学两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响[J].中

国法学, 2008, (3) .

[18] 张千帆.宪法不应该规定什么[J].华东政法学院学报, 2005, (3) .

[19] [德]斯特凡·科里奥特.对法律的合宪性解释[J].田伟译.华东政法大学学报, 2016, (3) .

三、资料类

[1] 陈肖.耶和华见证人与政治[EB/OL].

<https://www.douban.com/group/topic/16442694/>, 2016-11-6.

[2] 范剑虹.德国宪法法院关于侵犯人的基本权利的诉讼程序及其实质性比例原则的适用[EB/OL].<https://www.douban.com/group/topic/16442694/>, 2016-11-6.

[3] 觉果.拉萨“3·14”打砸抢烧事件真相

[EB/OL].http://news.xinhuanet.com/politics/2009-07/07/content_11668797.htm,

[4] 李柯勇,边巴次仁.亲历者回忆“7·5”事件中暴徒打砸抢烧恶行

[EB/OL].http://news.xinhuanet.com/politics/2009-07/07/content_11668797.htm,

[5] 李文丽.联合国发布出于良心拒服兵役报告韩国占9成

[EB/OL].<http://mil.news.sina.com.cn/2013-07-16/0814731585.html>, 2016-11-02.

[6] 秦静.“拒绝服兵役”之良心自由比较研究[EB/OL].

<http://www.pacilution.com/ShowArticle.asp?ArticleID=1542>, 2016-11-12.

[7] *United States v. Seeger*, 380.U.S.163, at.166.(1965).

[8] *Welsh v. United States*, 398.U.S.333, at.339. (1970) .

[9] *Grandrath v. Federal Republic of Germany*, European Commission of Human Rights (1967) .

[10] *Thlimmenos v. Greece*, European Court of Human Rights (2000) .

[11] BVerf GE.23, 19. (1965) .

[12] BVerf GE 48, 127. (1978) .

致 谢

论文终于完稿了，两年的研究生生涯也即将结束。平心而论写作并不是我的强项，我的文笔从小到大也一直不太好。高中时代不会写作文，大学时代不会写论文，找工作时不会写公务员申论。可是没想到最不擅长写作的我，却选择了一份最需要写作的工作，这也算造化弄人吧。

离别之际，唯有感恩。首先要感谢我的导师王建学老师，王老师为人正直，治学严谨，时时关心我的论文写作进度，并且时常提醒我阅读一些有价值的论文，王老师低调务实的作风、敬业的工作态度和宽广的胸襟将是我一生学习的榜样；感谢朱福惠老师，朱老师为人有长者之风，经常关心同学们的工作和生活，朱老师不仅是我的老师，更像一位慈祥的父亲，在人生的道路上时时给我以指引；感谢李琦老师，李老师为人儒雅大方，注重修身养性，不断提醒我们注意我们自身的行为举止，做一个合格的研究生；感谢刘连泰老师，刘老师才华横溢，过目不忘，刘老师注重规范的研究方法让我受益匪浅；感谢孙丽岩老师，孙老师十分注重我们的口语表达，鼓励我们好好学习英语，这对于我未来的职业生涯意义重大；感谢徐振东老师，徐老师为人朴实憨厚，毫无架子，我是我学习的榜样；感谢陈鹏老师，陈老师虽然年轻，但是科研能力超强，学术功底深厚，同时陈老师十分关心同学们毕业论文的写作情况，我的选题也得到了陈老师的悉心指导。一日为师，终身为父，老师们的关心和爱护我永记心头。

感谢我的父母，平心而论，自己并不是一个让父母放心的孩子，更不是一个值得父母骄傲的孩子。反躬自省，我自身缺点甚多，还经常顶撞父母，让父母伤心。可父母却一直在包容我，我包容我的无知、我的自恋、我的年少轻狂、我的口出狂言。在我遇到挫折时，给我加油鼓劲。在我一帆风顺时，告诫我谦虚低调。谁言寸草心，报得三春晖。在以后的日子里，我将努力工作，认真生活，不辜负你们对我的期望。

感谢我的同班同学，佛说前世五百次回眸，换来今生的擦肩而过，我们有缘相聚在一起，前世肯定扭断了脖子。感谢我的舍友林林、昕昱和扣宏，非常庆幸遇到了你们，我们虽然来自五湖四海，有不同的生活习惯和作息规律。可是我们却能够互相尊重、互相包容、求同存异，使 218 宿舍成为了充满欢乐的海洋。唯

一遗憾的是，扣宏去台湾之前我没能够见上一面，不过我相信我们将来还会有缘再见面的。感谢婉珍师姐，感谢宏达师弟，你们对我的无私帮助，我将永远铭记。

即将毕业了，学生时代随即终结。从6岁上一年级到今年26岁研究生毕业，回首这20年的学生生涯，我得到了什么，又失去了什么。那些青葱岁月、那些朦胧情感、那些人、那些事，终于随风而散，终成过往云烟。人们都说，学生时代是人一生中最美好的时期。可是回望自己20年的学生生涯，自己真的快乐吗？自己真的幸福吗？自己真的没有遗憾吗？人生在世忧多乐少，本来就是如此罢了！我一向不是一个消极的人，更不是一个悲观的人，我也曾遭遇巨大的挫折，也曾跌入人生的谷底，不过我却从未失去斗志，从未放弃希望。我相信只要努力，牛奶会有的，面包会有的，一切都会好起来的。即将进入社会，即将进入职场，借用朱镕基总理的一段话：“不管前面是地雷战还是万丈深渊，我都将勇往直前，义无反顾。”看未来，一步步来了……