



HAL
open science

司法中的政治理论脉络

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 司法中的政治理论脉络. *Le Juriste* (《法学家》), 2018, <10.16094/j.cnki.1005-0221.2018.02.007>. <hal-03856889>

HAL Id: hal-03856889

<https://hal.science/hal-03856889v1>

Submitted on 10 Jan 2023

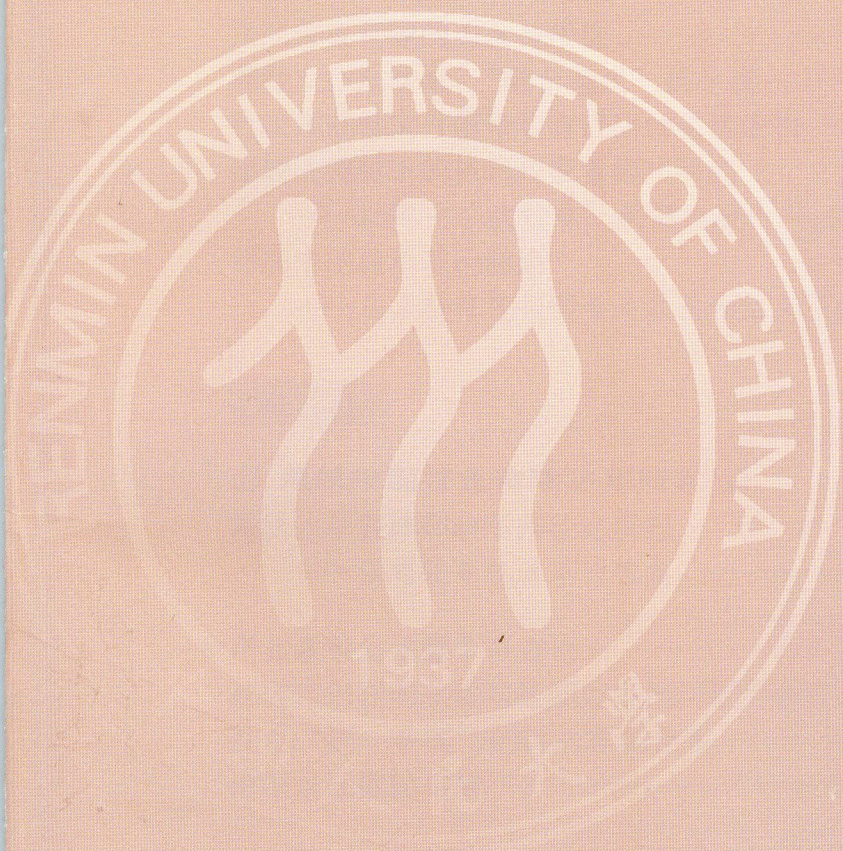
HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

52

法学家

THE JURIST



2

2018

国家社科基金资助期刊

法学家

2018年第2期(总第167期)

2018年3月出版

主题研讨：婚姻家庭法制中的夫妻财产问题

夫妻财产法价值本位位移及实现方式

——以约定财产制的完善为重点 申 晨 (1)

美国夫妻共同债务制度研究

——以美国采行夫妻共同财产制州为中心 缪 宇 (15)

专 论

共同善权利观的力度与限度 朱 振 (32)

理性交往刑法观：“融合范式”的生成 马荣春 (45)

行政规范性文件附带审查进路的司法建构 李 成 (61)

比较法视野下的执行权配置模式研究

——以解决“执行难”问题为中心 陈杭平 (73)

司法中的政治理论脉络

——从宗教符号判例看法国共和主义下的世俗性与平等 朱明哲 (88)

视 点

◎ 建设中国特色法治体系研究 ◎

司法改革客体和改革路径之反思

——以司法事权改革为视角 李敏慎 (106)

产业政策公平竞争审查论 孟雁北 (118)

社区性刑罚的立法与短期监禁刑问题的解决 翟中东 (135)

基于“同一事实”的诉的客观合并 袁 琳 (150)

论笔录证据的功能 王景龙 (161)

评 注

《合同法》第84条(债务承担规则)评注 肖 俊 (175)

英文提要 (ABSTRACTS) (191)

法学家

THE JURIST

封面题字 刘炳森

编委会

主任 王 轶

副主任 史际春 林 嘉 龙翼飞

委员 (按姓氏笔划为序)

马小红 王利明 王作富 冯玉军 叶秋华 叶 林 刘文华 刘明祥 刘春田
李艳芳 汤维建 朱大旗 朱文奇 朱景文 杨立新 杨建顺 余劲松 何家弘
张志铭 张新宝 陈卫东 赵秀文 赵晓耕 范 愉 周 珂 胡锦涛 姚 辉
徐孟洲 郭 禾 高铭暄 韩大元 戴玉忠

编辑部

主 编 史际春

副主编 杨建顺 姚 辉 尤陈俊

编辑部主任 王 茜

责任编辑 尤陈俊 肖建国 王贵松 姚海放 付立庆 高圣平 魏晓娜 余民才

英文编辑 姜 栋

杂志社

社 长 史际春

副社长 王 茜 龚元平

* * * * *

主管单位 中华人民共和国教育部

国内统一刊号 CN11-3212/D

主办单位 中国人民大学

国际标准刊号 ISSN1005-0221

编辑出版 《法学家》杂志社

国内总发行 北京市报刊发行局

地 址 北京市中关村大街 59 号

国内订购处 全国各地邮局

邮 编 100872

邮 发 代 号 82-568

电 话 (010)82509250

国外总发行 中国国际图书贸易总公司

电子信箱 faxuejiaruc@vip.163.com

(北京 399 信箱)

网 址 <http://www.faxuejia.org.cn>

国 外 代 号 BM6490

印 刷 北京科信印刷有限公司

出 版 时 间 2018 年 3 月 (单月出刊)

司法中的政治理论脉络

——从宗教符号判例看法国共和主义下的世俗性与平等

朱明哲

摘要 近年来法国关于公共空间宗教符号的判例，引起了关于“共和国应当如何处理宗教”的争议。法国法院对私人空间/公共空间和宗教符号/文化符号这两对分类的使用，似乎既没有实现平等对待，又没有坚持世俗性。但是，法国存在一个共和主义政治思想的脉络，这些判例不但确实在这一脉络中产生，而且从中获得融贯性。法国的共和主义强调个人—国家的直接关系和单一、非宗教性的公民身份认同。所以，平等原则在实践中一律否定宗教、民族、语言等身份认同。世俗性则为这种单一的公民身份灌注了独特的宗教观：个人的宗教认同只能留在私人领域，在公共空间必须排除一切宗教符号和话语。基督教的行为模式、社会组织和话语，因为经过了一个多世纪的世俗化过程，现在以非宗教的方式展现，所以往往在实践中被理解为“文化性”的因素。相比之下，主流社会认为其他宗教的行为方式必然是宗教身份认同的体现，并进一步认为其他宗教必然无法与共和主义融合，因而导致这些宗教所要求的行为模式成了法国共和主义脉络中的司法解释不断限制的对象。

关键词 世俗性 平等原则 法国共和主义 宗教符号判例 公民身份

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2018.02.007

作者朱明哲，法学博士，中国政法大学比较法学研究院讲师。

导 论

法国最近几年关于宗教符号的判决，在世界范围内引起了关于世俗性、政教关系的广泛讨论，法学理论也可以从中获益。在通常的法律实践中，政治理论对法律解释的作用非常有限。^① 不过即便如此，仍然有可能存在一种贯穿法律解释始终的政治理论传统，而这一传统很可能遇到社会变迁的挑战。法秩序一方面是自治的，另一方面又可以通过教义学的操作，保持对社会发展的开放性。^② 但在此之前，必须先理解发展的方向是什么。一些劳动法学家对世俗性目前在法国的司法实践中造

** 本文系国家社科基金青年项目“中法律交流档案研究（1877-1958）”（17CFX007）的研究成果。

① 参见张翔“祛魅与自足——政治理论对宪法解释的影响及其限度”，《政法论坛》2007年第4期，第39-41页。

② 参见刘涛“法教义学危机？——系统理论的解读”，《法学家》2016年第5期，第167-171页；雷磊“法教义学的基本立场”，《中外法学》2015年第1期，第202页。

成的实质歧视进行批评。^③ 法国的司法实践中似乎也出现了同样作为其宪法原则的世俗性和平等原则之间的冲突。其实,那些造成歧视的法律解释背后存在着一个共和主义的政治理论传统,对世俗性和平等的解释,在该传统中恰恰是融贯的。实质歧视的出现,发生在这一解释脉络遭遇新的社会发展之时。虽然欧洲穆斯林人口不可能像有些调查机构所说的那样在某些国家达到10%,^④但不可否认的是,欧洲确实在从一个基督教人口占多数的社会,逐渐转型为一个文化和宗教多元的社会。^⑤过去,法国的世俗性原则以保障个人自由之名,实现对宗教团体之自由的限制,从而一方面从教会中解放个人,另一方面保护法兰西共和国。^⑥法国产生于共和主义政府对抗天主教教会之特殊历史背景下的世俗性原则,在目前信仰多元化的社会中呈现出与此前完全不同的实践意义。本文希望从关于平等对待的争议出发,探讨世俗性的实践对基督教和非基督教的不同意义,展现法国看似中立的法律体系背后实质存在的偏见与歧视。

本文将主要回答三个问题。第一,法国关于宗教实践的司法实践中出现了什么问题?判例深描显示,正是主流(基督教群体)对少数(非基督教群体)的优势地位,迫使平等和世俗原则都为之让步,并让反歧视的法律在实践中目的落空。第二,法国司法中的法律解释是否见容于其法体系所追求的价值?在法国传统的共和主义强调国家与个人的直接关系、强调单一公民身份认同的政治思想中,造成不平等对待的那些法律解释都是正当的。^⑦以平等原则拒绝社群身份,意味着任何群体都无法主张他们遵守的法律与他人不同。以世俗原则对公民身份的构建,则要求人们把宗教留在私生活中,而非在公共生活中表现出来。第三,为何体现法国共和主义追求的法律解释仍然令人不满?在世俗、中立的法律和政治制度之外,法国社会仍然是高度基督教化的,并且存在对其他宗教根深蒂固的成见。^⑧基督教通过非宗教化留在了世俗社会中。这一事实在法国共和主义思想脉络支配法律解释的情况下,造成了多数群体对少数群体的支配。也正因为如此,法国外表中立的法律才会在实践中造成实质区别对待的结果,最后既没有实现其平等待人的承诺,也没有真正平等地从政治中排除所有的宗教。形成于法国共和主义传统的世俗性所要保护的首要价值,并非个人的信仰自由不受国家权力的干预,而是国家权力的行使不受宗教组织的干预,并在此前提下,通过国家权力保护个人的信仰自由不受教会干预。世俗性恰恰是联通公私两个空间的桥梁。它在公共空间所保障的,不是公民联合与实现美德的需求,而是国家对公权力的垄断;它在私人领域则为国家干预打开大门。^⑨最后,本文将指出,明确让法律与一个特定宗教结合的思路,从法律上来说是不可能的,在政治上也是不可欲的。

^③ Cf. Fleur Laronge, "Affaire Baby Loup: l'épuisement du droit dans sa recherche d'une vision apolitisée de la religion", *Droit Social*, 1 février 2014, n°2, p. 100; Jean Mouly, "L'affaire Baby-Loup devant l'Assemblée plénière: quelques accommodements avec les principes", *Droit Social*, octobre 2014, n°10, p. 811; Emmanuel Dockès, "Liberté, laïcité, Baby Loup: de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante", *Droit Social*, mai 2013, n°5, p. 388.

^④ 法国禁止在人口调查时以宗教、种族、民族为依据进行统计。关于法国国内的穆斯林人口占全国总人口的比例,估算的数字在3%到右翼政客夸张的10%之间。一项人口学研究按照“所有来自有伊斯兰背景之国家的移民及其后代”这一标准得到的结论是,法国穆斯林人口数量占国民总数的5%左右。France Prioux et Arnaud Régnier-Loilier, "La pratique religieuse influence-t-elle les comportements familiaux?", *Population et Sociétés*, Juillet-août 2008, n°447, p. 1-4.

^⑤ 笔者在行文时区分包括了天主教、正教、新教和其他小派别的“基督教”和仅指罗马天主教的“天主教”。在可以明确所指对象时,笔者使用更具体的“天主教”。使用“基督教”时是为了区别于犹太教、伊斯兰教等宗教。

^⑥ 参见朱明哲“论法国‘世俗性’原则的斗争面向”,《欧洲研究》2016年第6期,第134页。

^⑦ 英语世界的讨论强调公共参与、美德、为其他公民所承认的地位。关于共和主义的探讨,参见Philip Pettit, "The Instability of Freedom as Noninterference: The Case of Isaiah Berlin", *Ethics*, Vol. 121, No. 4 (2011), p. 693; Quentin Skinner, "Freedom as the Absence of Arbitrary Power", in Cécile Laborde and John Maynor, eds., *Republicanism and Political Theory*, Oxford: Blackwell, 2008, pp. 83-101.

^⑧ 参见崇明“教法与自由——当代欧洲的伊斯兰教挑战”,《开放时代》2017年第2期,第133页。

^⑨ 参见注⑥,朱明哲文,第125-128页。

一、从平等对待个人到平等对待信仰

笔者曾试图用世俗性原则的斗争性面向来解释为何它可以正当化对宗教实践的重要限制。然而这样做时尚未解答的问题是，为何它在实践中对不同信仰构成的限制并不相同？为处理后一问题，本部分将先对最近三个判例的论证进行深描，然后将发现，之所以未能实现平等待人的承诺，是因为司法机关对各种宗教并非一视同仁。原生的基督教以文化之名，规避了许多针对宗教信仰的限制。

（一）面对宗教符号的司法

1. 《就业平等指令》解释例

在2017年3月14日应比利时和法国最高法院提请解释欧盟法之要求而作的预先裁决中，欧盟法院同时处理了《关于建立就业与职业平等待遇总体框架的指令》（2000/78/CE，以下简称《就业平等指令》）第2条第2段关于直接歧视和间接歧视的规定，以及第4条第1段平等对待条款的解释提请。涉案事项分别有两种。其一是比利时的一家私人公司解雇了阿什比塔（Samira Achbita）——一名决定按照教义的规定佩戴头巾的女员工，理由是该公司章程禁止员工穿戴任何将他们的宗教、哲学、政治信念外观化的衣物或首饰。此时，原来不成文的规定也被写入该公司章程，该公司据以解雇了阿什比塔。其二是工程师布尼奥依（Asma Bougnaoui）所供职的一家法国私人企业（Micropole SA）接到顾客来信，信中要求避免派遣戴“穆斯林头巾”的工程师提供服务，该私人企业因而解雇了她。

欧盟法院裁决，公司禁止员工穿戴显示其宗教、哲学、政治信念的服饰本身并不构成直接歧视，但是必须满足如下三个条件，才不构成间接的歧视。其一，此种禁止必须出于正当目标。企业与公共顾客或私人顾客接触时希望保持政治、哲学、宗教上中立的外观，在法院看来属于正当目标。其二，此种禁止适于实现中立性政策。如果企业无差别地禁止所有与顾客接触的员工穿戴任何显示其信念的服饰，那么此种禁止即为适合。其三，此种禁止在必要限度之内。如果企业只禁止和顾客接触的员工而非所有员工，那么便可以认为是在必要限度之内。^⑩ 欧盟法院还认为，如果雇主基于本质性、决定性的职业考虑而对员工进行区别对待，便不违反《就业平等指令》第4条。但是，顾客不愿意由一名戴头巾的女性为其提供服务，这并不属于本质性、决定性的职业考虑。^⑪

媒体普遍把该解释例报道为“私人企业雇主有权在工作场合禁止戴伊斯兰头巾”。^⑫ 然而，如果雇主主要禁止戴伊斯兰头巾而不构成间接歧视，必须满足上述三个严格的条件。与其说媒体报道误解了判例，倒不如说其中体现了法律的门外汉对于日后可能出现类似争议的一种预测：在看似完全平等的解释背后，法院并不会真正平等地对待一切类似的服饰，因为只要宣告一些服饰属于“宗教性的”而另一些属于“文化、审美、装饰性的”就可以了。

2. 住棚节案

宗教实践所引发的法律争议，绝不仅仅关乎穆斯林。一对住在法国尼斯的犹太夫妇按照犹太教规，在“住棚节”在他们所拥有的房屋阳台上搭建临时的、不会散发任何味道、也不会造成任何持

^⑩ Cf. Cour de justice de l'Union européenne, 14 mars 2017, *Affaire C-457/15*.

^⑪ Cf. Cour de justice de l'Union européenne, 14 mars 2017, *Affaire C-188/15*.

^⑫ Cf. Jean-Baptiste Jacquin "Europe: les entreprises peuvent interdire le voile sous conditions", *Le Monde*, 14/03/2017.

续影响的棚屋。共同所有建筑物的托管人通知他们必须拆除棚屋。双方因此发生讼争。法国最高法院裁决，“尽管宗教自由是基本自由，却不能作为合法化违反建筑物共同所有人之规定的行为。”^⑬有学者批评道，这一判例体现了“不同信仰之间艰难的共存”，是对《欧洲人权公约》第9条保护的宗教自由和民法上建筑物用途概念的双重误解。^⑭

3. 圣诞马槽案

然而，法国司法机关似乎对与基督教有关的活动采取了另一种解释标准。当圣诞节临近时，法国各市镇政府在政府所在地前竖起圣诞树，在政府建筑上挂上由针叶类植物、槲寄生和缎带组成的装饰物。这种做法在法国司空见惯。有些小市镇的政府还会按照天主教的习俗，在市政厅旁边或大厅内搭建起临时的假马厩、摆上人偶，再现耶稣降生的场景。2016年，法国两个地区的“自由思想（者）”联合会起诉当地政府因为搭建这一场景而违反了1905年《国家与教会分离法》（以下简称《分离法》）第28条禁止公共机构建筑出现宗教标志的规定。法国最高行政法院推翻了巴黎上诉法院关于中立性禁止公共机构搭建耶稣降生场景的判决，并提出了如下两点判断标准：其一，市政当局所在的建筑，原则上不能搭建耶稣降生场景，除非此类设施出于文化、艺术或节庆目的；其二，在其他的公共设施内，圣诞节期间原则上允许搭建耶稣降生场景，除非此类设施是出于传教的目的。^⑮法国最高行政法院还强调，法兰西共和国《宪法》第1条和《分离法》确实要求政府在宗教问题上保持中立、尊重所有的信仰、不承认也不资助任何宗教，然而法院必须考虑耶稣降生场景的多重含义，不能仅仅将它理解为一个宗教象征。该解释相当宽泛地解释《分离法》第28条，而这也禁令人好奇，如果公共机构在佛诞、开斋节等节日安排临时性的庆祝装饰，是否也不违背《分离法》第28条？此外，这一判例加深而非减轻了人们对司法机构实际上不平等对待不同宗教的担心：如果所有基督教的标志都可以是文化性的，但所有其他宗教的标志却只能是宗教性的，再怎么要求“平等对待每一个个人”，主流群体对每个个人的信仰的不同印象，还是有可能让个人遭受实质性的不平等。

（二）两种二分法

上述判例各有千秋，却都指向同一个问题：现代共和国应当如何处理宗教？法国的判例中出现了两种二分法：私人空间和公共空间的区分；宗教符号与文化符号的区分。这两种分类法的运作，只有在法国共和主义法律思想的脉络中才能得到解释。

1. 私人空间/公共空间

这个问题当然部分关系到对“自由”的理解。根据《欧洲人权公约》第9条，政府可以出于公共秩序的考虑限制宗教自由的行使，由此可以推知，在公共空间内宗教自由的限制会更多。^⑯那么，我们将不得不讨论公共空间和私人空间的划分。最直接相关的法律定义，是由2010年禁止在公共空间内佩戴“布卡”（Burqa）的法律之第2条所提出的“公共空间由公共道路和向公众开放或用于公共服务的场所构成。”这一强调物理意义上的空间之具体用途的定义，因为适用上的不清

^⑬ Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 8 juin 2006, 05-14. 774, Publié au bulletin, 2006.

^⑭ Cf. Dominique Fenouillet “Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences”, *Petites affiches*, 5 juillet 2006, n° 133, p. 9.

^⑮ Conseil d'État, 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n°395223 et Conseil d'État, 9 novembre 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n°395122.

^⑯ CEDH, Gde ch., 1^{ère} juillet 2014, n° 43835/11, 5. 4. SAS c/France; Patrice Rolland “L'arrêt SAS c/France de la Cour européenne des droits de l'homme du 1er juillet 2014”, *Revue du droit des religions*, novembre 2016, n° 2, p. 47.

晰而备受批评。^{①7}但成文法中的概念，本来就需要在司法和法学的共同努力下变得更清晰和可操作化。真正的挑战在于，法国的判例中对“公共空间”的解释，正在从纯粹的物理空间转向具有物理与象征双重意义的“空间”，亦即那种让政治讨论和公共理性之应用得以形成政治意见的象征性场所。在法国的政府与公立学校中，原则上禁止宗教符号，除非出于节庆和艺术的目的。根据法国2010年颁布的《罩袍法》，在开放空间中原则上允许宗教服饰，但是禁止遮盖面部的罩袍。私人机构可以通过一视同仁的章程，在符合必要性和比例原则的条件下禁止宗教服饰。至于私人住宅，则必须以共同所有人会议决议的方式才能限制宗教服饰。

不难看出，法国司法对不同场所的规制程度是不同的。但法国近年来的趋势，是倾向于在本质上属于私人空间的场所内允许其他非国家主体对个人的干预。如此一来，我们便发现了一种空间的公共化倾向：只要不是彻底对外封闭的排他性场所，就都可能因为其成为不同的公民展开互动、形成公共意见之场所，而变成象征性的公共空间。这种倾向如此明显，以至于私人住宅可为外人所见的部分（阳台）都可能成为规制的对象。可以说，法国司法机构在解决“现代共和国应当如何处理宗教”这一问题时，有意无意地采取了空间公共化的方式。而这种政治意义上的公共化，在法国司法中是通过平等和世俗性这两项宪法性价值的解释完成的。只要一个场所成为了公共空间，作为法国宪法性价值之一的世俗性便支持国家进行干预，而在私人空间中，则通过平等原则决定私人机构对个人干预的界限。但无论如何，个人完全不受干预的范围缩小到了几乎不存在的程度。

2. 宗教符号/文化符号

此处的“平等”还可被区分为两个不同的范畴。最明显的当然是个人之间的平等。也因此，欧盟法院才会要求，只要雇主禁止反映政治、哲学、宗教信念的符号，就必须是不加区别地全部禁止。然而除此之外，还需要指出，在平等对待个人之表象背后，隐藏着平等对待不同宗教的必要性。若真的要实现一概禁止“所有关于信念的符号”，那么各种十字架、犹太教小圆帽、面纱、锡克教头巾、念珠、弗里吉亚无边便帽、任何党派的党徽等一系列与个人信念相关的标志就都不能出现了。通过这般从字面上看高到无法实现的标准，要么认为欧盟法院根本不承认私人企业可以合法地限制任何符号，要么认为它其实暗示了对不同宗教、哲学、政治信念区别对待的可能性。法国目前的司法实践中理解不同宗教的方式，并不是完全一致的。从法国的判例来看，教义所要求的服饰、行为仅仅是“宗教性的”，并且既可以因为保护宗教和信仰自由的规范而得到保护，也可以因为限制宗教活动的法律而受到限制。然而，正如我们在“英航空姐案”^{①8}和前述“圣诞马槽案”中所看到的，源自基督教的习俗、装饰、标志、服饰有时以宗教自由之名得到保护，有时却因为其“文化、艺术、节庆”特征而溜进了非宗教的领域，巧妙地避开了限制。所以，人们隐约意识到，关于世俗性和宗教的解释之所以没有平等对待个人，是因为没有平等看待他们的宗教。

于是出现了一个重要的困惑：上述判例明明对基督教符号和其他一神教符号采取了区别对待，但对待每一种类别时却和过往的判例一致。此处存在着法教义学和法哲学两个不同层面的问题。在法体系之内解释平等原则和世俗性，应当以融贯性作为初步追求。^{①9}从表面上看，上述判例造成了体系的不融贯。如果认为公法的首要目的是限制政府的权力、劳动法的首要目的是限制雇主的权

^{①7} Cf. Olivia Bui-Xuan, “L’espace public: l’émergence d’une nouvelle catégorie juridique? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public”, *Revue française de droit administratif*, 2011, n° 3, p. 551-559.

^{①8} CEDH, 15 janvier 2013, n°48420/10, *Eweida c/Royaume Uni*. 欧洲人权法院的法官认为，英航因为对企业公共形象的考虑，不能超越空姐佩戴十字架的宗教自由。

^{①9} 参见雷磊“融贯性与法律体系的建构”，《法学家》2012年第2期，第2-16页。

利，那么在法律解释有争议时，应该选择不利于政府和雇主的解释。但欧盟法院和法国最高行政法院偏偏都反其道而行之。如果耶稣降生的场景可以是节庆性的，那么为何一定要把面纱称为“伊斯兰面纱”、从而使其归类为一种宗教符号，而不能是表现一个少数群体身份认同的文化符号、从而不受禁止表现信念之符号的内部管理规定限制？但是，从另一个角度看，那些支持私人企业限制张扬的宗教符号、支持业主委员会限制宗教节庆的判例，延续了此前严格对待其他宗教的立场。^② 允许政府在圣诞节搭建耶稣降生场景的立场，也延续了对基督教标志较为宽容的态度。

法教义学的发问，让我们意识到私人空间/公共空间之外还有另一种宗教/文化的二分法。对此，必须从法国共和主义公民身份观加以理解。正因为“面纱”和“住棚”代表的是一种群体身份认同，所以坚持所有人只能拥有一种身份认同的法国共和主义法律思想认为它必须成为宗教符号，从而要么留在限缩了的私人空间，要么在扩张了的公共空间遭到制裁。正因为马厩已经不再表达“共和国公民”以外的任何身份认同，所以它可以作为文化符号，堂而皇之地进入公共空间。恰恰是法国共和主义的身份观令上述判例实际上表现出高度的融贯性，平等原则和世俗性都服务于对该身份认同的构建。果真如此的话，那么问题确实不在于法教义学，而在于法哲学。作为法律解释之整体脉络的法国共和主义本身需要加以反思与修正了。

二、拒绝宗教认同的法国共和主义平等观

共和主义在法国并不仅仅是一种外在于法律的政治思想，而是体现在其宪政秩序中的理念。法兰西共和国《宪法》第2条第4款规定的“共和国信念为自由、平等、博爱”，就是对法国共和主义精神的承认。在此有必要简单界定一下既不同于自由主义传统、又不同于英美共和主义的法国共和主义脉络。法国共和主义是“聚焦于一个中央集权的民族国家、国家与个人之间的直接关系、基于普世性和平等建立起来的各项原则”。^③ 法国共和主义的中心是：（1）单一公民身份建构；（2）国家与个人的直接关系。基于普世主义的法国共和主义只承认共和国公民这唯一的身份，而否认任何其他群体身份，在个人以其行为表达出对其他身份认同之诉求时，公权力便会进行干预。在前文讨论的案例中，对平等原则的解释证明，法兰西共和国拒绝承认不同于公民身份的其他群体身份认同，而对世俗性的解释则表现了公民身份建构性的一面。法律上的平等，在法国共和主义脉络下，被解释成了所有公民所拥有的权利完全一样，并因此实现了对宗教群体身份的拒绝。

（一）平等原则对宗教认同的普遍拒绝

研究平等的核心问题其实在于，基于何种理由可以对哪些情况进行区别对待？法兰西共和国《宪法》第1条第1款第2句规定“国家确保所有公民在法律上一律平等，不分地域出身、种族、宗教。”法国宪法委员会的立场是，宪法上的平等原则包含了两个范畴：（1）每一位公民不论其地域出身、财富、文化程度、社会地位，都能同等地参加公共生活的权利；也保证（2）公民在福利国家（États-providence）中免于因为疾病、失业等社会生活风险而失去生活保障。由此可见：（1）对于法兰西共和国《宪法》禁止的基于地域出身、种族、宗教、信仰的区别对待，采取形式标准，亦即只

^② Cf. Cour de cassation, Assemblée plénière, 25 juin 2014, n°13-28. 369; Conseil d'État, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 27 novembre 2013, n° 365587; CEDH, 10 novembre 2005, n°44774/98, *Sahin (Mme Leyla) c/Turquie*, AJDA 2006, 315.

^③ Cécile Laborde, *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 3.

要涉及区别对待便一概无效；(2) 对于基于其他法律上或事实上类似的情况，如果立法采取了区别对待，则采取实质标准，亦即区别对待必须有实质正当的理由。^② 其中，“地域出身、种族、宗教”有一个重要共性：它们都是个人无法选择、无法改变的特性 (*caractéristiques intrinsèques*)。相比之下，从事特定职业、特定的消费、特定的生活方式等都属于个人可以选择的要素。所以，在平等原则的实践上，法国法区分了公共生活和个人的社会经济状况这两个不同领域，对公共生活方面的区别对待采取严格标准，又进而区分了两种类别的因素，一类是那些任意的、无法进行主动选择的因素，另一类是那些人们可以通过反思而选择或放弃或者通过个人的规划改变的因素。对于基于第一类因素的区别对待采用严格标准，而对于基于第二类因素的区别对待则采取一般标准。

平等原则正面说明了，法兰西共和国拒绝单一公民身份之外任何的共同体身份认同。宗教身份认同只是法兰西共和国所拒绝的诸多群体身份之一。宗教是法兰西共和国《宪法》所规定的无论如何均不能据以区别对待的因素之一。法国处理宗教的方式和北美很不同。美国的“政教分离”原则总体上限制的是国家权力，^③ 加拿大甚至采行了多元文化主义的方案解决政教问题。^④ 法国共和主义传统则认为，这两种方案都会让一部分公民可以主张自己首先服从宗教性的法律、然后才服从国家的法律，从而导致在单一公民身份之外的小共同体身份认同得以留存。^⑤ 实际上，法国否认任何“少数群体” (*minorité*) 在“法国人”之身份外主张身份认同的权利。这一逻辑与禁止地域出身的区别对待是一致的。所以，在1991年的“科西嘉案”中，法国宪法委员会认为，法律中的“作为法国人民之一部分的科西嘉人民”这一表达，违反了法兰西共和国《宪法》，因为属于法国人一部分的“科西嘉人”不能作为独立的身份认同，而只有“法国人”才能作为身份认同。^⑥ 同样的，法国政府在批准加入《公民权利和政治权利国际公约》时，曾对该公约根据法兰西共和国《宪法》第2条中以法语为唯一官方语言的规定，就《公民权利和政治权利国际公约》第27条中的少数语言群体的权利作出保留。^⑦ 与此类似，主张宗教因素不构成正当化区别对待，这一立场在保证平等的同时，也显示了法国共和主义对单一身份的坚持。

法国共和主义的平等观暗示着一个前提：如果有一些公民属于某个小群体，那么他们所享有的权利和所服从的法律就会不同于其他公民。从这一前提出发，我们就可以理解“狼宝宝幼儿园案”“私人企业头巾案”等一系列涉及就业平等的判例。有学者认为上述各判例是“世俗性原则”的运用，并说明公共空间和私人空间的区分在现代法律实践中正变得模糊。^⑧ 在笔者看来，这一结论正

^② Cf. Ferdinand Mèlin-Soucramanien, “Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité?”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1 janvier 2012, n° 29, p. 89-92.

^③ 关于美国“政教分离”实践的新近研究，参见李松峰“政教分离的准绳——‘莱蒙法则’的前世今生”，《当代法学》2016年第4期，第59-69页；刘碧波、李一达“从教派战争到文化战争——美国政教分离的宪法实践”，《学术月刊》2017年第1期，第92-103页。

^④ Cf. Will Kymlicka, “The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies”, *International Social Science Journal*, Vol. 61, Issue 199 (2010), p. 97.

^⑤ Cf. Cécile Laborde, “Républicanisme critique vs républicanisme conservateur: repenser les «accommodements raisonnables»”, *Critique internationale*, septembre 2009, n° 44, p. 24-25; Bruno Perreau, “L’invention républicaine”, *Pouvoirs*, août 2004, n° 111, p. 49-51.

^⑥ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991.

^⑦ Décrets portant publication des deux Pactes, *Journal officiel*, 1^{er} février 1981, p. 408. 有关的争议，参见 C. L. D. v. France, Communication No. 228/1987, U. N. Doc. Supp. No. 40 (A/43/40) at 252 (1988); H. K. v. France, Communication No. 222/1987, U. N. Doc. CCPR/C/37/D/222/1987 (1989); Dominique Guesdon v. France, Communication No. 219/1986, U. N. Doc. CCPR/C/39/D/219/1986 (1990).

^⑧ Cf. Eoin Daly, “Laïcité in the Private Sphere? French Religious Liberty After the Baby-Loup Affair”, *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 5, No. 2 (2016), p. 211.

确,但前提错误。至少在各判决的文本中,“世俗性”仍然主要是一个限制公权力的概念。^{②9} 2017年欧盟法院解释例背后的逻辑是,如果一个通过劳动参与公共生活的公民可以主张某种符号或行为方式是“他所笃信的宗教要求的”,那么他实际上是在要求司法机构在一般法律之外考虑未经共和国承认的宗教规范。故而,如果任何公民可以主张因为宗教规范而排除雇主内部管理规章的适用,那么他便是在主张自己因为宗教身份而拥有了其他公民所不具有的权利。由此看来,虽然存在空间的公共化趋势,但在私人企业中最重要、最敏感的争议仍然是平等原则。

不仅如此,坚持表现宗教符号的人们还在暗示,除了国家的法律之外,信徒应当服从其他公民所不必服从的“法律”。在司法人员的成见中,女性穆斯林佩戴面纱、男性锡克教徒佩戴缠头,都是因为“某种宗教对行为方式的特殊要求”,并且体现了“自愿的臣服”。^{③0} 臣服的对象显然不再是国家、世俗的、法律的权威,而是作为国家敌人的宗教权威。于是,因为宗教规范的“要求”而选择某种符号,在法兰西共和国看来既是对单一公民认同的挑战,也是对共和政体的挑战。出现在公立学校和职场的面纱、缠头、犹太小帽,挑衅的不是其他的学生,而是公共场所本身象征的共和政治秩序。信徒遵守教义要求的主张,唤起了对法兰西共和国对抗天主教会之历史的记忆。显然,正如19世纪的共和派拒绝天主教徒用教会法排除民法的适用那样,当今身处共和主义解释脉络之中的法国法官,也不可能接受任何宗教的信徒主张在法兰西共和国一般性法律之外还有宗教规范。

(二) 拒绝宗教认同的特殊性

法国共和主义通过否定宗教认同来保护单一公民身份的目的,恰恰可以通过与其他本应严禁区别对待的标准在目前的新发展加以对比体现。法国现在法政策上的新趋势是逐步认可平权行动(affirmative action)。甚至在从前被认为绝对禁止区别对待的领域,针对那些绝对禁止区别对待的标准,法国政府目前也倾向于采取更为开放的态度。那些曾经因为历史等原因在政治、社会、经济领域处于不利地位的群体,现在可以得到更多的照顾。在此仅举两例,来说明法国现在对平等的理解正在从形式平等转向实质平等。巴黎政治大学在“优先教育区域”(Zone d'éducation prioritaire)^{③1}推行优先招生措施,以增加该机构本身的社会多元性。这一做法起初备受争议,直至法国最高行政法院判决该措施“实现接受教育之平等机会的宪法要求”,争议方才逐渐平息。^{③2} 从形式的角度来说,该举措也算是根据学生的“地域出身”采取的区别待遇。就算“优先教育区域”应对的毕竟是由于社会经济不平等而形成的社会现象,故而地域出身在这里可以转译回经济社会的不平等,那么在公共服务领域就性别进行专门规定,其意义更见重大。尽管法国宪法委员会在1982年判决地方选举中候选人当中不得有75%以上的属于同一性别的这一规定不合宪,^{③3}但新的法令要求在高级公务

^{②9} Cf. Thomas Hochmann “Le Christ, le père Noël et la laïcité, en France et aux États-Unis”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2016, n° 53, p. 53-54.

^{③0} Didier Leschi “Problèmes contemporains de la laïcité publique”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2016, n° 53, p. 30.

^{③1} “优先教育区域”(Zone d'éducation prioritaire)是1982年至2006年法国采行的一项全国性教育政策,其核心是为那些面临更多社会挑战的初级、中级教育机构提供更多的资源和自主空间,其实质是帮助那些来自相对贫困的社区的青年获得更好的教育机会。自2007年起,一项新的计划取代了优先教育区域政策。虽然实证方面的研究对该政策之有效性存有争议(Cf. Roland Bénabou, Francis Kramarz, Corinne Prost, et Marc Gurgand “Zones d'éducation prioritaire: quels moyens pour quels résultats? Suivi d'un commentaire de Marc Gurgand”, *Economie et statistique*, 2004, vol. 380, n° 1, p. 3-34),但它至少象征性地打破了法国传统教育模式下忽视各个机构所处的社区之特性的政策取向,并开始承认社会经济因素对教学的影响。

^{③2} Cf. Bernard Toulemonde “La discrimination positive dans l'éducation: des ZEP à Sciences Po”, *Pouvoirs*, n° 111, p. 91 et 97.

^{③3} Décision n° 1982-146 Droit Constitutionnel, *Rec.*, p. 66.

员中增加女性的比例,而且还列出了时间表。^④高级公务员虽然由任命而非选举产生,却也是重要的公共职位。所以,法国2012年的法令恰恰在应该受到最严格限制、基于性别之区别对待应当绝对禁止的领域,提供了优先考虑妇女的立法基础。在其他职业领域,为了提高妇女参与水平和待遇而采取的立法措施,近年在法国更是逐渐增多。

正是在与这种发展的对比之中,我们可以看到,该思想脉络直至今日仍拒绝考虑族群身份的重要立场。在19世纪末“重新发现社会”的思想之驱动下,^⑤法国法学不再把人当作直接面对国家的抽象公民,而是承认他们处于特定的社会情景之中,面对着现代生活之艰难需要、经济局势的瞬息万变、对失业的担忧、受人排挤的危险。^⑥甚至有学者认为,平权措施的普遍采行,是对法国共和主义的再造,因为它并非社群主义者所说的“承认”,亦非多元文化主义者所主张的宗派化,而是从少数群体的角度重新审视法国共和主义的平等观,并在发现其远不足以真正实现普惠承诺时修正此前的理解,使它能够惠及社会的边缘群体。^⑦于是人们注意到,即便到了不仅“反思”,而且“重塑”共和主义的地步,当社会经济地位、地域出身、性别认同方面的考虑都不至于构成对平等原则的危害时,法兰西共和国偏偏还对宗教和身份认同如此不肯松动。恰恰是此时,我们意识到法国共和主义在宗教认同领域对单一公民身份矢志不渝的坚持。

那么现在再来讨论法国共和主义平等观对共同体的否定。各种形式的平权行动,似乎在强化着个人的性别意识和阶级意识。于是问题似乎变成了:为何现在的法国共和主义法律实践容忍性别身份和阶级身份的发展,却仍然对宗教身份如此敏感?“平等”这一理念本身,只能否定性地指出哪些身份认同不能与法国共和主义相融合。故而,必须考察法国共和主义对世俗性的理解,才能了解法国共和主义身份观的内容。

三、重塑公民身份的法国共和主义世俗观

如果说平等在法国的判例中体现为从消极的角度将宗教从人的自我认同中排除,从而实现公民身份的均质化,那么法兰西共和国《宪法》第1条第1款第1句所言的世俗性原则,也因为一种法国共和主义的理解,在实践中要求,对共和国公民的共同身份的接受,必须伴随着对一种独特的宗教观的接受。

(一) 对抗天主教的法国共和主义世俗观

如果说法国共和主义的平等观通过拒绝次级群体的身份认同来避免统一公民身份破裂的话,那么法国共和主义的世俗性则本身就是同一公民身份认同的组成部分。世俗性和平等一样是法国的宪法性原则,体现在法兰西共和国《宪法》第1条第1款第1句“法兰西是不容分割的、世俗的、社会民主共和国”之中。^⑧“成为共和国公民”便意味着“和其他公民共享世俗原则”。上文提到,法

^④ Décret n° 2012-601 du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique.

^⑤ 参见朱明哲“面对社会问题的自然法”,《清华法学》2017年第6期,第75-79页。

^⑥ Jacques Robert, “Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, novembre 1997, n° 3, p. 29.

^⑦ *Op. cit.* ⑤, Bruno Perreau, p. 51.

^⑧ 在关于欧盟宪法的决定中,法国宪法委员会确认了世俗性的宪法性原则地位。Cf. Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, cons. 18, *Journal Officiel* du 24 novembre 2004, p. 19885, texte n° 89, Rec. p. 173.

国共和主义通过拒绝承认宗教身份，以“平等”的名义否定性地保护了非团体、非族群性的同一公民身份。与此同时，法国共和主义的政治实践还有其肯定性、积极的一面，那就是在统一身份认同之中增加了另一种特定的宗教观：世俗性。法国共和主义的世俗性在实践中不能被简单理解为政教分离，也不能被等同于良心、信仰自由。在理念上包括了政府的非神权性、世俗权力对公共权力的垄断、信仰自由、信仰多样性等几方面特征在内的世俗性，在实践中主要发挥了保卫共和政权的作用。^③ 为了实现保卫共和的目的，除了限制天主教会的活动之外，法国共和主义还必须让世俗性成为国民身份认同的一部分。

世俗性在 19 世纪末共和派政府与天主教会的抗争中成为了国民身份的组成部分。从法国大革命开始，反教权运动、启蒙思想、共和主义就交织在一起。这种情形意味着，贯穿了整个 19 世纪的从封建走向共和的政治运动，一直伴随着在思想层面去基督教化的精神运动。^④ 普法战争的失利，加剧了天主教和法兰西共和国之间的对立。法国的反教权主义者主张“法国之所以失败，是因为她是天主教国家。”^⑤ 反之，从天主教教徒的角度看，正因为自由思想盛行、官方的无神论和民间的异端，法国才输掉了战争。^⑥ 于是，在整个 19 世纪末“斗争世俗性”的实践中，围绕“天主教教徒是否可以享有独立于国民身份之其他认同”而发生的争论就成了一个核心问题。在这一特定的历史语境下，法国也就分裂成了两个法国：天主教一君权的法国和共和主义者的法国。二者势不两立。天主教教徒最核心的主张是，存在上帝的律法和宗教性的事务，以人民主权为最终权力渊源的国家对此也不能干预。例如，天主教教徒主张婚姻首先是宗教性事务，而共和主义者则坚持婚姻只不过是以前国家法律为前提产生的关系。^⑦

从今天的后见之明来看，法国共和主义用“同一个民族、同一种语言、同一部法典”取代“同一个国王、同一种信仰”的国民身份的努力，毫无疑问会成功。而历史的趣处，便是回首时，那些再明显不过的趋势，在事件发生当时看，都是难以预料的。甚至在法兰西第三共和国刚建立的时候，天主教教徒坚持自己宗教身份的主张看上去仍可能会得到满足。天主教家庭试图把自己的孩子留在家中，避免接受公民教育。^⑧ 在法学上，里尔、巴黎、里昂都在结社自由的名义下建立了私立的天主教法学院，又在出版自由的名义下设立了《天主教法律评论》，并以此为阵地教授和宣传反民主、反共和的法律思想。^⑨ 如果没有天主教法学家苦心孤诣地限制国家权力、与共和派立法至上论的法学家展开论战，也就不会有法学方法上的创新，以至于将第一次世界大战前的法国法学史称为“天主教法学家的美好年代”亦不为过。^⑩ 只是，建立起了一套现代的行政体制的中央集权政府，有能力让一切反对的力量变成笛卡尔笔下的苇草。1880 年和 1901 年法国两次较大规模的驱逐

^③ 参见注⑥，朱明哲文，第 122-124 页。

^④ 关于启蒙运动、反教权主义、共和主义的关系，已经是老生常谈，可以举出从萨德侯爵的《闺房哲学》（*La Philosophie dans le boudoir*）到富耶（Alfred Fouillée）的《哲学史》（*Histoire de la philosophie*）等浩如烟海的文献。近年来对此主题较为提纲挈领的反思，中文作品可参见郑崧“反教权主义与 19 世纪下半叶法国的教育世俗化”，《世界历史》2007 年第 1 期，第 39-45 页。法文作品可参见 Perrine Simon-Nahum “La République et les républicains, adversaires du religieux et des religions”, in Marion Fontaine, Frédéric Monier et Christophe Prochasson (dir.), *Une contre-histoire de la IIIe République*, Paris, Découverte, 2013, p. 189-200.

^⑤ Claude Digeon, *La Crise allemande de la pensée française 1870-1914*, PUF, 1959, p. 80.

^⑥ *Ibid.*, p. 79-83.

^⑦ Adolphe Franck, *Philosophie du droit civil*, Paris, F. Alcan, 1886, p. 69.

^⑧ Cf. Yves Déloye, *École et citoyenneté: l'individualisme républicain de Jules Ferry à Vichy: controverses*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1994, p. 287-290.

^⑨ Cf. Jean-Claude Matthys “Les débuts de la Faculté catholique de droit de Lille (1874-1894)”, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1987, n° 5, p. 73-75.

^⑩ Cf. Frédéric Audren, “La belle époque des juristes catholiques (1880-1914)”, *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008, N° 28, n° 2, p. 233-235.

教士运动,让超过三万名神职人员流亡海外。^④背后的理由简单而直接:修会拒绝接受法兰西共和国的社团管理法律,说明教士仍然认为国家无法独享世俗权威,这也就意味着他们无法成为法兰西共和国的公民。1892年利奥十三世用法语发布了教皇通谕《在忧思中》(*Inter Sollicitudines*),要求法国的天主教教徒与法兰西共和国和解、成为法兰西共和国的公民。正当法国的天主教教徒感觉自己成为国家的迫害和教廷的遗弃之双重受害者时,认为不能僵化理解《圣经》的“现代派”思想也传播开来,成为了天主教精英中的主流思想。^⑤到了两次世界大战之间,就连法国激进民族主义政党“法兰西行动”的支持者,也接受了政治应当优先于宗教的观念、接受了全体法国人应当共享单一国民身份认同的观念——只不过他们认为天主教信仰应当在此种认同之内。^⑥

那么,接受了世俗性作为国民统一身份的一部分,意味着什么?上文曾谈及作为理念的“世俗性”的含义。一项借1905年《分离法》通过100周年之契机而进行的大规模社会调查显示,认为“世俗性”的首要意义在于“所有宗教一律平等”“宗教与政治分离”或“确保良心自由”的法国人各占了接受调查者的三成。^⑦其实,落实到政治理念的实践史,情况并没有那么复杂。法国共和主义世俗观对于法兰西共和国的公民来说,恰恰可以简单而吊诡地概括成极右保皇派政党“法兰西行动”的党魁莫拉斯(Charles Maurras, 1868-1952)的一句简单的名言“政治第一!”^⑧“政治第一”意味着,宗教、语言、种族、来源等特点和争论,统统要为政治让路。这名天主教徒、反犹太主义者、保皇派政治家当然不是模范的共和主义者。然而,他历经两次教皇申斥仍不改变宗教必须屈从于政治需要的立场,本身就说明法国共和主义世俗性在实践中的巨大成就:连最看重宗教传统的政党也同意,政治不但可以和宗教分离,而且高于宗教。所以教会也就理所当然应当服从政府了。在实践中,这一要求又变成了将所有宗教话语、符号驱逐出政治领域乃至公共生活。在这一逻辑下,前面探讨的那些法律解释就非常好理解了。在法兰西共和国的公共生活之中,不允许出现象征着一种与国民身份认同不符的任何宗教符号。这些符号因为“两个法国”的历史记忆而变得具有了挑战单一、非宗教性之公民身份的意味,并因此激起了来自保卫共和国的反击。

(二) 面对宗教的法国共和主义世俗观

如今,时过境迁,以前的“天主教法国/世俗法国”的对抗,逐渐转化为“外来法国/世俗法国”的对抗。法国前总统萨科齐(Nicolas Sarkozy)在任时,藉由世俗性之名的伊斯兰仇恨言论曾经达到顶峰。法国移民与融入局(OFIG)主任在2016年法国宪法委员会组织的会议上发言时,在含蓄地批评了在公立学校禁止宗教服饰的做法不过是治丝益棼后,也指出目前世俗性危机不是别的,而正是“宗教层面确认或重新取得穆斯林身份的思潮,其兴起的代价就是我们曾以为已经一劳永逸地确立了世俗公民身份”。^⑨法国的公共话语和政治话语中对外来宗教的疑虑,已经不需要用更多的例子加以证明。

^④ Cf. Patrick Cabanel “Le grand exil des congrégations enseignantes au début du XXe siècle. L'exemple des Jésuites”, *Revue d'histoire de l'Église de France*, 1995, vol. 81, n° 206, p. 207-217; Jean Baubérot, *Histoire de la laïcité en France*, Paris, PUF, 2013, p. 23.

^⑤ Cf. Bernard Gaudeau “Erreurs du modernisme sur le droit naturel”, *La foi catholique*, 1909, IV, p. 256-260; Patrice Rolland, “Un ‘cardinal vert’ Raymond Saleilles”, *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008, N° 28, n° 2, p. 273-275.

^⑥ Cf. Pierre Lucien-Brun “Compte rendu à propos de L'Action Française et la Religion catholique”, *Revue catholique des institutions et du droit*, 1914, n° 42-2, p. 189-191; Stéphane Boiron “L'Action française et les juristes catholiques”, *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008, N° 28, n° 2, p. 344-346; Jacques Prévotat “La condamnation de l'Action française et les Spiritains: le cas du Séminaire français”, *Histoire et missions chrétiennes*, novembre 2012, n° 10, p. 69-93.

^⑦ Cf. Jean Baubérot “Transferts culturels et identité nationale dans la laïcité française”, *Diogenes*, 2007, vol. 218, n° 2, p. 18.

^⑧ Charles Maurras “Plus que jamais... Politique d'abord !”, *L'Action française*, 20 juillet 1938.

^⑨ *Op. cit.* ^⑩, Didier Leschi, p. 29.

宗教身份认同和世俗性之间的紧张关系，一方面来源于殖民史的悖论。虽说法国共和主义在理念上拒绝宗教身份，而且确实也在法国的本土实践上极大限制了群体对宗教身份的固化，然而和所有的政治思潮一样，其实践并非总是自洽且无矛盾的。从法国当局的角度看，目前法国面临的挑战，既有缺少一个中央教会组织而无法让政府与之展开有效对话的原因，也是法兰西共和国在殖民时期没有贯彻世俗性原则的苦果。^{⑤③} 法国《分离法》第43条规定，“政教分离体制必须在海外省和殖民地建立，毫无例外”。而且从1911年起，法国《分离法》确实在马提尼克、瓜达卢普、留尼汪生效。然而在北非，特别是在作为法国领土的阿尔及利亚（因而有别于仅仅是作为法国保护国的摩洛哥），殖民共和国在第二次世界大战以前非但没有在殖民地打击宗教势力，反而采取了类似教务专约模式的管理方式：由政府宗教事务机关管理宗教，伊玛目从政府领薪。尽管在阿尔及利亚独立前夕，法国终于在名义上将1905年的《分离法》适用于此地，却也于事无补。独立后的阿尔及利亚政府立刻恢复了此前法国人留下的宗教局模式，并开始资助在法国的神职人员。^{⑤④} 所以，法国伊斯兰教组织与外国政府的紧密联系，至少部分是此前殖民共和国时期的作茧自缚所致。正是在这一意义上，法兰西共和国的实践背弃了《分离法》第43条的承诺，也背弃了法国共和主义对普遍世俗性的承诺，而这也就为拒绝宗教的法国共和主义世俗观在实践中变成了歧视的世俗观埋下了种子。

宗教身份认同和世俗性之间的紧张关系，另一方面源自新的政治趋势。冷战结束以来，对文化、民族、语言、宗教等群体身份认同的觉醒引人注目。人们开始意识到非国家、非政治的群体身份认同是人类的基本需求。^{⑤⑤} 在成员族裔多元化的社会中，少数族裔为其群体身份认同而斗争，在政治冲突和社会冲突中要求对于差异的尊重。^{⑤⑥} 在法国社会当中，身份意识的觉醒又集中表现为，此前接受了一种抽象的、不归属于任何一个特定文化或宗教群体之同一国民认同的个体，现在认为宗教信仰是其个人身份认同的重要方面，而且他/她必须彰显自己的宗教认同。所以，不同于在“入籍拒绝案”中人们看到的那位坚持穿着布卡的摩洛哥女士法伊扎（Faiza），^{⑤⑦} 在“狼宝宝幼儿园案”和前述“《就业平等指令》解释例”中，我们看到的是，本来不认为必须佩戴头巾的女性，当她们在某一私人机构工作了相对较长的时间后，决定在工作中佩戴头巾以表明自己的宗教认同。根据判例中有限的叙述，我们也能认识到，阿什比塔代表的女性形象，与法伊扎所代表的女性形象有重要的区别：不论其是否一直认真对待宗教信仰，她们至少此前一直不认为遵循某种宗教性的行为规范是重要的，也不认为在公共空间表现自己的信仰是重要的。相反，她们以前认为这样做并不重要。这种转变一方面体现了宗教的普及化趋势，^{⑤⑧} 另一方面也表明在公共空间佩戴头巾至少是一种经过反思的决定。

正是宗教身份意识的觉醒，引发了法国共和主义世俗观和宗教之间的冲突。法国司法中重新用世俗性消除宗教身份认同的趋势也由此产生。在法国各种判例中出现的女性，并不是刻板印象中坚持穿着罩袍、认为女性不应该在公共空间抛头露面的保守人士，而是职业女性，是认为女性应当享受沙滩阳光的人，或者是在法兰西共和国的公立学校接受教育的女学生。但她们也坚持自己是穆斯

^{⑤③} *Ibid.*, p. 27-28.

^{⑤④} *Ibid.*

^{⑤⑤} Cf. Emmanuelle Jouanet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste?: le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, A. Pedone, 2011, p. 167. 中文版本参见 [法] 埃马纽埃尔·图尔姆-茹阿内 “承认的国际法”，朱明哲译 《国际法研究》2017年第6期，第99-100页。

^{⑤⑥} Cf. Charles Taylor, *Multiculturalisme: Différence et démocratie*, traduit par Denis-Armand Canal, Paris, Flammarion, 1992, p. 44.

^{⑤⑦} Conseil d'État, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 27 juin 2008, n°286798.

^{⑤⑧} Cf. Samir Amghar, “Logiques conversionnistes et mouvements de réislamisation”, *Confluences Méditerranée*, avril 2006, n° 57, p. 57-67.

林，并且需要把这一点明确地表现出来。她们的言行是对个人身份的双重确认：她们既是法兰西共和国的公民（与其他公民一样参加公共生活、进入公共场所），又是宗教信徒。那些否定她们在公共空间表现其宗教信仰的判例和行政命令，也正体现了法国共和主义对这种双重身份的拒绝，因为法国共和主义无法接受“既是公民，又是信徒”的身份认同。从历史记忆的角度来说，在通过消除天主教徒身份认同过程中确立的法国共和主义平等观，其所熟悉的“是法国公民，但首先是天主教徒”的身份认同形式，所以会在实践中将“既是公民，又是信徒”理解为“是公民，但首先是信徒”的表达。从理念的角度来说，“既是公民，又是信徒”目前的表达方式也不见容于法国共和主义。“是公民”意味着接受法国共和主义的世俗观，亦即接受公共生活相对于宗教的优先性和独立性、避免有意识地彰显宗教身份，所以公民不妨仍然以宗教自由的名义选择“成为/是/做信徒”，但不应该在公共生活中强调自己按照宗教的行为方式穿着。此种推论也适用于其他的一切宗教。

四、法国社会的世俗化与成见

在构建并贯彻单一、均质的公民身份的法国共和主义脉络中，那些支持私人雇主、要求公立学校禁止宗教符号的判例都是正当的。也就是说，前文解释了公共领域/私人领域的二分法。但行文至此，还是没有解决一个问题：为何法国的判例中不但体现了对一些宗教的严厉态度，而且还体现了对另一种宗教的宽容？上文已经说明，对世俗性和平等的解释，都是在一种特殊的法国共和主义政治思想背景中实现的。本节探讨的是为何法国共和主义公民身份观无法保证世俗性和平等。

（一）基督信仰的世俗化

《分离法》象征着法国政府单方面确立了其与天主教会的关系，也标志着天主教会作为政治—社会组织的失利。国民认同中不再有宗教的维度。^⑤从此，单一的法国公民身份超越了宗教身份，政教关系也在战后进入了新阶段。^⑥自1946年起，法兰西第四共和国《宪法》把世俗性正式确立为宪法性原则。在现代文化与社会生活中，宗教的地位一再边缘化。甚至天主教内部也在第二次梵蒂冈大公会议（1962-1965）上不无争议地接受了宗教自由的原则。天主教的教诲，或许仍在个人生活中发挥着重要的作用，但却甚至无法阻止那些在内心接受其道德戒律的人在政治中选择支持这些戒律所禁止的决定。不可否认，大部分的法国人仍在某种意义上（宗教或文化）是天主教徒，到了20世纪90年代，还有60%的新生儿接受了洗礼。^⑦只是教会在训诫信徒方面的作用越来越小。早在1958年，天主教教徒在进行政治决定时便很少考虑自己的宗教信仰。^⑧一种规制社会生活方方面面的“宗教性文化”转变成了“宗教信仰”——宗教仅仅是一个次级文化系统，完全取决于个人的选择。^⑨正是

^⑤ Cf. Jean Baubérot, “Sécularisation, laïcité, laïcisation”, *Empan*, 2013, vol. 90, n° 2, p. 31.

^⑥ Cf. Jean Rivero, “La notion juridique de la laïcité”, *Recueil Dalloz*, 1949, vol. 33, p. 137.

^⑦ Cf. Jean-Pierre Rioux et Jean-François Sirinelli, *Histoire culturelle de la France: Le temps des masses, Le vingtième siècle*, Paris, Seuil, 2005, vol. IV, p. 350.

^⑧ Cf. René Rémond, “Droite et gauche dans le catholicisme français contemporain”, *Revue française de science politique*, 1958, vol. 8, n° 3, p. 534.

^⑨ 宗教社会学家谈论“世俗化”（sécularisation）时说的就是这一过程。其实，为了追求术语的准确性和统一性，应该把laïcité/laïcisation译作“非宗教性/非宗教化”。只不过我国法学界已经习惯用“世俗性”甚至是更容易造成误解的“政教分离”来翻译，用否定性的概念也会显得累赘。但是，在同一个文本中如果同时使用宗教社会学意义上的“世俗化”（sécularisation）和法律—政治意义上的“世俗化”（laïcité/laïcisation），就很容易会导致混乱。虽然本文选择还是沿用约定俗成的“世俗化”，但必须强调存在“社会的世俗化”和“政治的世俗化”这两种性质完全不同的“世俗化”。*op. cit.* ^⑤, Jean Baubérot, p. 36-37.

因为教会已经无法再构成对法兰西共和国的挑战，法国最高行政法院才会在1995年前的一系列判例就《分离法》的解释上采取了对宗教问题较为灵活的立场，认为特殊机构（监狱、寄宿学校）中不妨保留从国家领薪的指导牧师，后来又扩张到指导拉比和伊玛目，并主张“法国在国际社会的任务，要求它必须允许各种宗教的信徒在公立学校把他们的信仰外观化”。^④

社会风潮的变化也带来了法律的变化，特别是在与一个社会的传统、信仰联系最紧密的家庭法领域。在经过了几几乎没有家庭法改革的法兰西第四共和国之后，法兰西第五共和国首先在法律上改变了子女与父母的关系，随后触及法国特色的嫁妆制度，然后在“五月风暴”来临前修改了夫妻之间财产关系的法律。^⑤ 是否婚生对子女受保护程度的影响越来越小，父母对子女的权威越来越小，夫妻之间财产权的不平等也进一步缩小，离婚则变得更容易了。回想法兰西第三共和国时期，家长权威和婚姻的永恒性，正是天主教徒主张不适用共和国之法律所要实现的核心诉求。正在风暴中心的法国天主教教徒，于1968年7月接到了梵蒂冈反对人工避孕和同性恋、坚持婚姻不可撤销性的圣谕。^⑥ 然而，社会在背离教会戒律的方向高速发展。法国1967年的法律允许推荐、销售和使用口服避孕药。1975年法国的另一个立法则合法化了自愿终止妊娠。不少平信徒和教士则是这两部法律的支持者。^⑦ 法国2006年的行政法令正式废除了婚生子女（*filiation légitime*）和非婚生子女（*filiation naturelle*）的区分，并在2009年成为法律。法国2013年通过的允许同性之间结婚的法律，几乎让法国法上的婚姻与天主教所设想的婚姻除了专偶制外没有任何共性。总而言之，一系列的改变，让不管罗马法、天主教会还是革命后的法国民法典起草者都接受的那种围绕“善良家父”权力建立起来，以夫妻、家长与子女之间不平等和婚姻不可撤销性为特征的家庭模式一去不复返。^⑧

法律的改变体现的是家庭制度本身对宗教传统的背弃，围绕着法律改革的讨论则体现了人们放弃了宗教性的语言。法国法学家在讨论同性婚姻改革时，他们关心的问题还是“什么才是应当”。只是“应当”的标准并非宗教信条，甚至有时不是法律上的障碍，而是医学的论述。反对同性婚姻的法国法学家主张，从精神分析学的角度看，我们生活在一个以异性家长为模型的社会中，所有的教育机构、社会机构都是在此前提下建立起来的，所以同性家长养育的孩子有更高的几率出现精神问题。此种论述延续了法兰西第三共和国时期天主教法学家通过实证科学主张离婚对孩子教育和发展的论证思路，^⑨ 甚至可以追溯到法国大革命后关于男女在本质上不平等的医学论述。^⑩ 于是，医生取代了神父，科学取代了宗教，成了决定何为应当的权威。因此，在法国发生的反对同性婚姻的游行中，尽管参与者大部分是保守的天主教教徒，但十字架出现的频率却远远不如象征革命与共和的弗里吉亚无边便帽，更多的则是以“孩子利益”为名反对将同性伴侣之间的关系规定为婚姻的

^④ Cf. Yves Gaudemet, “Quelques réflexions sur la laïcité”, *Archives de philosophie du droit*, 2005, vol. 48, p. 141-142; Rémy Schwartz, “La jurisprudence de la loi de 1905”, *Archives de philosophie du droit*, 2005, vol. 48, p. 75-83.

^⑤ Cf. Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2001, p. 300 et après.

^⑥ Paul VI, *Humanae Vitae*.

^⑦ *Op. cit.* ④, Jean Baubérot, Ch. VII.

^⑧ 关于法国传统的家庭治理模式，参见朱明哲《民法典时刻的自然法》，《苏州大学学报》（法学版）2016年第2期，第20-22页。在一份由170名著名法学家签名的议会请愿书上，法国的法学家们甚至认为同性婚姻彻底改变了婚姻和亲子关系的法律概念。<http://www.ndf.fr/poing-de-vue/16-03-2013/document-la-lettre-de-170-juristes-aux-senateurs-les-noms-des-signataires/>, 2017年4月6日访问。

^⑨ Cf. Charles Boucaud, *L'épanouissement social des droits de l'homme*, Paris, Bloud, 1907, p. 63-66.

^⑩ Cf. Yvonne Knibiehler, “Les médecins et la ‘nature féminine’ au temps du Code civil”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1976, vol. 31, n° 4, p. 824-825.

说辞。^① 无论这些反对者是否基于宗教立场作出自己的法律判断、政治判断和道德判断，他们用来自正当化自己判断的语言却是法兰西共和国的语言、实证主义的语言，少有例外。曾经作为“天主教会会长女”的法国，如今接受了统一的公民身份，从公共空间中驱逐了宗教话语。

（二）基督教在话语和社会中的支配

本文只能从法学的角度尝试解释为何世俗性会成为伊斯兰恐惧和排外主义的庇护所，并且在实践中造成了既不世俗（对圣诞节马槽的容忍），又不平等（对学生所佩戴的头巾、犹太小帽的不宽容）的结果。霍耐特（Axel Honneth）指出，欧洲国家的总体秩序乃是建立在否认差异的基础之上。^② 法国共和主义的司法实践集中体现了此种否认。在身份认同中接受世俗性，意味着将宗教性事务留在私人空间、在公共生活中坚持政治优先于宗教的原则。但在“公共空间”和“私人空间”之间、在“政治性言论”和“宗教言论”之间，本来就并不存在清晰的、不可争议的区别。甚至可以说，正是因为这些概念的边界并不绝对确定，才让法律的解释者有足够的手段应对社会中新的发展。只是在实践中，人们通过将宗教传统应用于建立一个共同的文化指涉体系，从而用这些区别在公共讨论中“排除或者非法化”其他文化、特别是那些来自殖民地人民的文化。^③ 主流群体的支配和排除效应，便是通过系统地将主流群体之信念归于文化和私人空间、把外来群体的文化实践置于宗教和公共空间来实现的。

“坚持用同样的标准对待所有的公民，除非有客观且合理的理由采取区别对待”的平等原则，在实践中只将经济、社会情况中出现的实质不平等当作区别对待的理由。职业身份和经济地位成了法律唯一承认的特殊性。法律不承认所有身份、宗教、文化、语言的少数群体，也否定一切基于此种特殊性的要求。应该说，该立场若能始终如一地贯彻，未必会造成本文所分析的不平等。但目前的实践是法国共和主义脉络中的解释者中立化了源于基督教、源于法国特定历史的关于公共空间、社交方式、行为模式的观念，并试图以法律的力量要求所有人接受或至少服从这种观念。^④ 换言之，一种系统性地无视身份的理念，现在成了一种身份性观念自我普遍化的渠道和工具。在现代民主政体作为胜利者写下的历史中，教会只能在民族国家为她保留的狭小空间内活动。然而，政权的世俗化又伴随着对政治的神圣化，取代宗教成为唯一共同体认同的“民族”（nation）因而获得了神圣的地位。用马南（Pierre Manent）的话来说，是“神圣民族之中的世俗国家”。^⑤ 和基督教传统相连的那些行为模式，便借“民族”“传统”之名重新成了社会规范。一方面，天主教会不再是世俗国家的竞争力量；另一方面，基督教本身的宗教性质减弱。其结果是，本身带有基督教色彩的话语也因此越来越得到宽容。正是在由法国宪法委员会成员写就、在该机构的刊物上发表的一篇大致可以代表法国宪法委员会关于平等的立场的文章中，作者开篇就写道“上帝（神）依据自己的形象而塑造的人，如何能不平等？”^⑥ 看上去，就算宗教论证难以作为严肃的论据出现在公共讨论中，却不妨作为一种表达情绪的修辞，用来增加文章的分量。

世俗化进程改变了基督教的表现形式，而基督教的非宗教化也改变了实践中的世俗性。世俗性

^① Cf. Benoît Schneider, “Non, l’adoption par des couples gays n’est pas contraire à l’intérêt de l’enfant”, *Le monde*, 7 Février 2013; Hugues Fulchiron, “Le mariage pour tous, un enfant pour qui?—Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013”, *La semaine juridique—édition générale*, 2013, n° 23, p. 658.

^② Cf. Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, traduit par Pierre Rusch, Paris, Cerf, p. 132.

^③ Cf. Étienne Balibar, “Laïcité et universalité le paradoxe libéral”, in *La Proposition de l’égalité*, Paris, PUF, 2010, p. 279.

^④ Cf. Cécile Laborde, “Républicanisme critique et religion”, *Mouvements*, 6 mars 2017, n° 89, p. 65.

^⑤ Cf. Pierre Manent, “La sécularisation, une doctrine inutile et incertaine”, *Droits*, 24 septembre 2015, n° 60, p. 5.

^⑥ *Op. cit.* ⑩, Jacques Robert, p. 26.

在历史上“反对天主教的斗争”，已经变成了“与基督教并肩而战的斗争”。在这一语境中，世俗性就成了多数群体强化其观念、成见和行为模式的渠道。马南认为，今天所理解的世俗性，已经不复往昔的意义：世俗性曾经意味着法兰西共和国是完整而完美的共同体，所有公民都在该共同体的公共生活中实现自身的完善；现在，世俗性则意味着法兰西共和国开始承认非政治性的共同体，如宗教共同体，并以维持和平共处为任务。^⑦ 他的论断前半部分是对世俗性原初意义的正确理解，后半部分却陷入了谬误。即便世俗性原则确实有维护社会稳定、减少族群冲突的功能，前提也是让所有的宗教群体接受法兰西共和国与天主教会斗争过程中达成的协议。从法律的角度讲，该协议的内容无非是“宗教和一切关于个人信念的符号都属于私人空间”和“从公共空间中排除宗教”。感受到了认同危机的法国共和主义的法律解释，也就一方面在私人企业的工作场所和犹太夫妇的阳台上继续为消除宗教符号而斗争（虽然从来没有正式承认这里是“公共空间”），另一方面则延续外来宗教实践和法兰西共和国价值不相容的成见。相关的法律技术应用不一定要借助“世俗性”的名义，但却一直与法国共和主义的公民认同观相连。

现在法国乃至全欧洲都有一种流行的看法，认为基督教是与现代共和民主相容的宗教，而其他宗教则不是。“外来宗教是否与（欧洲意义的）现代性相容”“犹太教是否与民族国家相容”^⑧之类的议题都极具理论意义，但相关的讨论或许很难左右一个社会对某一群体的成见，无论这种成见是对是错。政治的一极推论说“因为宗教原因，外来移民不可能接受共和价值观，所以不会是好公民。”^⑨ 另一极则推论说“对西方式民主的否定内在于他们的文化，我们需要包容。”两方虽然结论不同，但错误却是一样的：他们假设（1）人不能反思性地开展文化实践，（2）“宗教”和“文化”都是僵化且无法发展的事物，而且（3）它们可以简化为一两种信念和实践。2017年3月29日，“法国伊斯兰教委员会”（Conseil français du culte musulman）发布了一份被人们称为“伊玛目宪章”的文件，呼吁法国全国范围内的伊玛目和清真寺负责人签字。该文件要求签名的伊斯兰神职人员全心接受“我们的共和国所建立的那些普世价值，以及确保信仰自由和对信仰与宗教实践多元性之尊重的世俗性原则”（第4条）。^⑩ 其内容说明至少一部分法国宗教界人士感到有必要以宗教的名义宣告对法兰西共和国的服从，而在这种需要背后，恰恰是成长于基督教文化背景下的主流群体对外来宗教的不信任。

结 语

法国的共和主义之核心是单一公民身份认同，所以平等原则保证这种公民身份认同的一致性、排他性，而世俗性则保证了这种公民身份认同中包含一种特殊的宗教观，那就是宗教必须被排除在公共空间之外。冷战后对群体身份认同的要求，鼓励个人将自己的宗教认同外观化。当这种外观化以宗教服饰的形式出现在社会生活之中时，便形成了对单一公民身份认同的挑战。所以，法国的司法实践逐步扩大了对“公共空间”的认识，使其可以包括职业场所和经营场所，乃至私人住宅的阳台，并以世俗性之名在扩大了公共空间中强化对宗教可见性的干预。与此同时，一些源于基督教的话语、符号、行为，却因为经历了战斗世俗化的过程而得以保留在公共空间之内。

^⑦ *Op. cit.* ^⑤, Pierre Manent, p. 9.

^⑧ Cf. Pierre Manent, “Un monde sans frontières?”, *Pardès*, 17 juin 2013, n° 52, p. 40.

^⑨ 参见注⑧，崇明文，第137-139页。

^⑩ Conseil français du culte musulman, *Charte de l'imam*.

法律解释并非发生在虚空之中。从尼斯地方法院到法国最高法院、最高行政法院，进行法律解释时，处于由历时性之判例所承载的法国共和主义政治思想和社会特定的宗教成见共同形成的框架之内。“信仰某些宗教的人一定不会接受共和国的价值观”与“共和国公民不能公开主张任何宗教身份”一样，都是法国法官们解释法律时的语境。语境的意义在于当人们在此间以言行事时，他们的语法、词汇已经初步确定了。进行法律解释的这些具体的法官个人不必是恐惧伊斯兰者、反犹太主义者和排外主义者，他们会发现，无论他们自己的价值选择是什么，他们可以赋予法律上的文辞的意义大致是确定的。那些关于“世俗性如何成为法国的宪政秩序一部分”“法院过去如何解释世俗性和平等”和“法院通过这些解释做成了什么”的探讨，揭示了日积月累的实践对法律原则赋予的意义。我们从法律解释中看到法官在解释世俗性和平等时遵循了法国共和主义的公民身份观，或明知或默许地遵从了社会成见。

更需要严肃对待的是对司法政治性的批评。我们确实生活在一个政治人物能够轻易地批评司法机构过于政治化的时代。从本文分析的法国判例来看，说它们是“纯粹政治性的”或者仅仅是“技术性的”，都有失偏颇。但我们可以借此理解，政治理论和社会发展到底如何在法律解释特别是在司法中发挥作用。无论是部门法学，还是法学理论，可以保持相对于社会发展、政治理论的一定独立性，但却很难与后者完全绝缘。在实践中，一个一以贯之的立场通过法律技术精细的操作呼之欲出：法律对基督教采取了比其他宗教更宽容的态度。然而从法体系的角度看，这一立场同时挑战着世俗性和平等原则。而且，此种不和谐近年在法国已经成为常态，似乎说明不能简单从体系性出发批评法国司法机关的决定而不去探究背后的原因。进一步说，我们研究法国法院的判决，但不甘心仅仅做对法国亦步亦趋的“判例法实证主义者”。在若斯兰（Louis Josserand）主张“相对于成文法而言，判例才是真正的法、生活中的法”的时代，他的同事也指出：学说关心判例，绝非只是为了了解司法机关的解释，而是为了把立法和判例提供的初级材料建构成雄伟的法律殿堂。^①所以，在综合研究这些判例后说“按照欧盟法院的解释，如是内部规定不构成歧视”或“按照欧洲人权法院的解释，如是规定不构成对宗教自由的限制”，自然是重要的研究，但至少同样重要的，恐怕还有探问“此种解释及其社会实效如何产生和实现”的研究。

怀着这样的理论抱负，本文提出两个结论。第一，解释性的结论是，存在一项可以归为法国共和主义传统的公民身份观，它坚决拒绝除了同一公民/国民身份之外的任何其他群体身份认同，这种身份观让法国的法官们采取了不利于公共空间之非基督教符号的解释立场，基督教符号则因为基督教身份早已不是独立于公民身份的独立认同而得以容忍；其二，规范性的结论则是，如果认为这种解释立场同时违背了平等和世俗性原则，那么需要修正的可能就不仅仅是对具体法律的解释，而是背后的法国共和主义传统。我们也就因此离开了严格来说属于法学的论域，而进入政治哲学的论域。

简单介绍和评价一下现在政治哲学领域对该问题的探讨，似乎不算僭越。目前可以说有两种迈向完全不同的方向的建议。一种是保守主义的，它主张天主教以其神性力量再次领导欧洲，对抗外来的敌对文明。^②另一种则是批判共和主义，它主张应反思共和主义所主张的价值之中到底哪些真的具有普世性，主张保护个人在不受任何政治、社会、家庭力量的干预下自主决定信仰的自由。^③

^① Cf. Adhémar Esmein, “La jurisprudence et la doctrine”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, vol. 1, n° 1, p. 5-19.

^② Cf. Pierre Manent, “Situation des musulmans français”, *Commentaire*, 4 décembre 2015, Numéro 152, n° 4, p. 750-751.

^③ *Op. cit.* ⑦④, Cécile Laborde, p. 67-68; *op. cit.* ⑤, Cécile Laborde, p. 31-32.

持平而论, 针对该问题的保守主义立场, 是一位严肃的哲学家提出的并不严肃的主张。之所以有必要简单地讨论, 仅仅是因为该立场由于迎合了人们对基督教以外的宗教所抱持的成见而得到了一定的支持, 无论在欧亚大陆的西端还是东端。^④ 其核心主张是: 既然信徒们已经通过行动表明他们不接受法兰西共和国的价值, 那么也不必让基督教立场继续用世俗的语言讨论政治; 既然信徒们希望实现教法的统治, 那么也不必让天主教会继续处于政治生活的边缘位置; 在天主教会的灵性领导下, 欧洲社会才能真正捍卫民主社会。^⑤ 这一提议要想实现, 就必须修改法国宪法, 否则几无可能。而教会作为社会、精神力量的提议, 本身意味着颠覆共和政体。毕竟法兰西共和国是在与教会的对抗中建立起来的, 其成就之一就是将人从天主教(而非其他宗教)的束缚中解放出来。其实, 马里旦(Jacques Maritain)早在1942年就已经提出过类似的主张。^⑥ 而第二次世界大战后法国社会的发展, 明确显示这是一种并不吸引人的主张。

批判共和主义的立场, 则主张让法兰西共和国的政治组织和社会都更加包容。接受人们对宗教身份认同、文化身份认同的需求, 并不必然等于必须接受分裂的社会。实际上, 随着欧盟的发展, “欧洲人”的身份认同本来就成为了“法兰西公民”之外的另一种认同, 换言之, 多重身份认同完全是可以想象的。同时, 国家应当继续加强其作为个人的解放者的形象, 让个人在宗教信仰的选择上不受任何形式的社会压力。事实上, 法国移民与融入局也接受了这一立场, 主张学校应当对宗教符号采取更宽容的立场、真正倾听那些选择表现自己宗教信仰的学生作出如是选择的原因, 但同时加强对其所处之具体社会情景的了解, 防止任何个人或组织对其实施强迫。^⑦ 应当说, 这一立场更有助于同时实现法兰西共和国对平等和世俗性的承诺, 也更有利于改进现有的共和主义社会融合模式。

【主要参考文献】

1. 张翔 “祛魅与自足——政治理论对宪法解释的影响及其限度”, 《政法论坛》2007年第4期。
2. 雷磊 “融贯性与法律体系的建构”, 《法学家》2012年第2期。
3. 朱明哲: “论法国‘世俗性’原则的斗争面向”, 《欧洲研究》2016年第6期。
4. Yves Déloye, *École et citoyenneté: l'individualisme républicain de Jules Ferry à Vichy: controverses*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1994.
5. Jean Baubérot, “Transferts culturels et identité nationale dans la laïcité française”, *Diogenes*, 2007, vol. 218, n° 2.
6. Cécile Laborde, *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
7. Emmanuel Dockès, “Liberté, laïcité, Baby Loup: de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante”, *Droit Social*, mai 2013, n° 5.
8. Jean Baubérot, *Histoire de la laïcité en France*, Paris, PUF, 2013.
9. Cécile Laborde, “Républicanisme critique et religion”, *Mouvements*, mars 2017, n° 89.

(责任编辑: 尤陈俊)

^④ 参见注③, 崇明文, 第143-146页。

^⑤ *Op. cit.* ②, Pierre Manent, p. 751.

^⑥ Cf. Jacques Maritain, “Religion and Politics in France”, *Foreign Affairs*, Vol. 20, No. 2 (1942), p. 266.

^⑦ *Op. cit.* ③, Didier Leschi, p. 31-32.

Ma Rongchun, Ph.D. in Law, Professor of Yangzhou University Law School.

Judicial Construction of Normative Documents Incidental Review

Approach in Administrative Litigation

LI Cheng • 61 •

Analysis of 200 administrative cases after the implementation of the new Administrative Procedure Law indicates that incidental review on normative documents is carried out from three aspects: the verifiability, the relevance and the legitimacy of the document. The verifiability of administrative normative documents is determined on the basis of the “concrete-abstract” dual framework of administrative action and influenced by the specific formulation bodies. The relevance standard emphasizes that the court must verify whether the normative documents appealed to be examined are exactly the direct basis of the administrative action and dispose of them separately. The standard of legitimacy requires the court to review the formulation authority, procedure and content of normative documents to determine whether they are legitimate and appropriate or not. The connotation of incidental review system of normative documents is thus enriched. Meanwhile, the relationship between executive power and judicial power also needs to be further studied.

Key Words Normative Document; Administrative Litigation; Incidental Review

Li Cheng, Ph.D. in Law, Associate Professor of Sichuan University Law School.

Civil Enforcement Models in Comparative Perspective:

Focus on Solving the Problem of “Civil Enforcement Difficulty”

CHEN Hangping • 73 •

From the comparative study on five European countries' civil enforcement models, this paper finds that the model of allocation of civil enforcement power has various influences on the operation of civil enforcement system and the solution of the problem of “civil enforcement difficulty”. Except Sweden, the model of separation of power inside and outside court dominates the other four countries. Meanwhile, the enforcement officer of all the five countries is divided into two types: one is public officer and the other is professional officer who exercises his power of private law but also enjoys public authority status. According to the conclusion of this paper, the author proposes that Chinese court should take more measures to fulfill the political promise solving the problem of “civil enforcement difficulty” mainly in next two to three years. In addition to enhancing the infrastructure construction of state identification and civil enforcement informatization, China should also employ some kind of separation model of civil enforcement power. The specific design is not set yet. However, the author believes that all the roads are towards market.

Key Words Model of Allocation of Civil Enforcement Power; “Civil Enforcement Difficulty”; Separation of Civil Enforcement Power; Civil Enforcement Case Undertaking System

Chen Hangping, Ph.D. in Law, Associate Professor of Tsinghua University School of Law.

Political Theories in Justice: French Republican Laicity and Equality in

Jurisprudence Concerning Religious Symbols

ZHU Mingzhe • 88 •

Recent case laws on religious symbols in public space from various European jurisdictions have put

French laicity and the principle of equality into debates. These cases seemingly endorse discriminatory treatments against Muslim women under veils and favour the catholic presentations in governmental locations, therefore being compatible neither with equality nor with laicity. These controversial judgements, however, are only comprehensible in the context of French Republicanism—an ideology that underlines the direct relationship between the powerful State and its individual citizens who has no other identity than a unified, universal and secular identity as other fellows. Equality is therefore a principle of denial rather than recognition, and laicity of exclusion rather than integration. Together they forge a unified and unique national identity that renounces any pretention of religious, ethnic, or linguistic communities and that imposes a particular version of State-Church relationship according to which convictional affairs shall be remained in private sphere and not known in public debates. Also, after years of being disciplined by the State, Christianity in France acquired the secular languages to express. For this reason, Christian symbols are considered as cultural, not religious. Symbols of other religions, on the contrary, are firmly described as religious in public discourses.

Key Words Laicity; Equality; French Republicanism; Case Laws on Religious Symbols; Civil Identity

Zhu Mingzhe, Assistant Professor, College of Comparative Law, China University of Political Science and Law.

Reflection on the Object and Path of Judicial Reform:

From the Perspective of Judicial Power Reform

LI Minshen • 106 •

The main researches of judicial reform today are judicial system and judicial proceedings, which is almost wholly confined to realm of jurisprudence, especially procedural law, and the issues of what and how to reform have not been yet discussed. Thus the judicial administrative management, such as the management of human, financial, material resources and personnel treatment has been ignored to some extent throughout the judicial reformation, which brings about lack of incentive structure, deficient ontogenetic impetus, weak external support and inadequate local initiative. In fact, not only the judicial functions (judicial system and judicial proceedings) but also the management power (judicial administrative management) is the object of judicial reformation, and they should not be confused as one. In order to give full play to judicial power, the judicial functions and management power are supposed to develop at the same time, which will keep judicial reformation towards the right path.

Key Words Judicial Reform; Object of Reform; Routes of Reform; Judicial Functions; Management Power

Li Minshen, Ph.D. Candidate of The Center for Jurisprudence Research of Jilin University.

Research on the Fair Competition Review of Industrial Policy

MENG Yanbei • 118 •

The reform trend of China's industrial policy is the competition-friendly industrial policy. Fair competition review, which is in line with the goal of China's industrial policy reform, can make competition evaluation of the policy measures, strive to minimize the damage to competition by the policy measures, and be-