

目录

1 美国联邦最高法院略论	4
2 保守的美国革命产生了长寿的联邦宪法	14
3 美国宪政法治的捍卫者：最高法院的九尊护法神	18
4 美国宪法的英国普通法渊源	22
5 最高法院至高无上的权力是谁给的？——马伯里诉麦迪逊案(1803)	26
5.1 党派斗争法官星夜任命	26
5.2 官运受阻马伯里告上法院	29
5.3 巧脱困境绝妙判决令人称奇	31
5.4 制度创新司法审查原则草创	32
6 引发美国内战的司法判决——斯科特诉桑弗特案(1857)	35
6.1 美国宪法暗藏杀机	36
6.2 奴隶制扩张与宪政危机	39
6.3 最高法院火上浇油	41
6.4 私有产权与奴隶制	44
6.5 斯科特案与美国内战	47
6.6 历史教训影响深远	52
7 总统难产引发的司法大战——布什诉戈尔案(2000)	54
7.1 选举制度独一无二总统大选危机两度	55
7.2 2000年总统大选一波三折惊心动魄	59
7.3 选票统计争议乍起司法大战引人注目	61
7.4 最高法院出手大选尘埃落定	64
7.5 民主与法治的平衡一个永恒的难题	67
8 程序公正与“世纪审判”——橄榄球明星辛普森涉嫌杀人案(1995)	72
8.1 有钱未必能使鬼推磨	73
8.2 警方办案三大失误	74
8.3 公路追捕与刑事起诉	79
8.4 “血证如山”破绽百出	82
8.5 辩方打出“种族牌”	84
8.6 “超越合理怀疑”的深思	87

9 选择权与生命权的漫长较量——罗诉韦德案(1973)	89
9.1 诺玛·麦科威以身试法	89
9.2 初审法院倾向原告	90
9.3 最高法院里程碑意义的裁决	90
9.4 堕胎问题与美国政治	91
9.5 2003烟火又起	92
10 美国政府为何总跟微软过不去?——美国诉微软案(2001)	93
10.1 政府适度干预的理论假设	93
10.2 自然垄断何罪之有?	95
10.3 捆绑搭配惹祸上门	98
10.4 傻帽儿才为浏览器付钱	99
10.5 创新远重于价格	100
10.6 一拆为二是笨招儿	101
10.7 消费者可能沦为冤大头	103
10.8 市场竞争与政府角色	104
10.9 微软逃脱被拆分之劫	105

插图目录

1.1	美国联邦最高法院办公大厦	6
1.2	2005年9月29日约翰·罗伯茨在白宫东厅宣誓就任美国联邦最高法院第17任首席大法官	7
1.3	夜色中的美国最高法院正门	8
1.4	美国最高法院的建筑很雄伟	10
1.5	美国最高法院前的正义女神塑像	12

1 美国联邦最高法院略论

2000年美国总统大选难产，共和党候选人布什和民主党候选人戈尔的政治前途竟然系于佛罗里达州的区区几百张选票！为此，双方打得不可开交，还好不是在白宫门前舞枪弄棒，而是在法院上唇枪舌剑。双方几经招，最后把官司打到了联邦最高法院，后者一锤定音，解决了长达36天的总统难产危机。

由非民选的最高法院大法官来解决选票统计的纷争，进而决定了总统宝座的归属，这多少是美国民主的尴尬。不过，在嘲笑美国民主制度“不民主”的同时，人们也实实在在地感受到了美国法治的完善和对法院权威的尊重。在美国联邦最高法院以5比4一票之差作出了不利于戈尔的判决后，戈尔优雅地承认失败：“我虽然很难同意最高法院的决定，但是我接受它。我接受这一判决的最终权威，…为了我们民族的团结和我们民主的力量，我拱手让步。”

对远在大洋彼岸隔岸观火、欣赏美国大选悲喜剧的中国读者来说，印象最深的可能不是布什和戈尔的较劲，而是最终由最高法院来定夺的解决问题的方式。这样，平时不显山露水的美国最高法院也开始进入中国读者的视野。在一个缺乏法治传统的社会中，我们可能无法理解美国联邦最高法院的权力和权威。美国法院哪儿来的这么大的权力？它何以能够获得被万民景仰、连总统都得让它三分的权威？它又以什么形式来展示、维护和巩固自己的权威？

的确，在当今世界各国政府中，似乎还没有哪个国家的司法部门拥有美国最高法院那样的权力和权威。这一权力来自它对美国根本大法—宪法的“话语霸权”，它是美国宪法的最权威和终极的解释者，它的权威来自它的基本公正、来自它基本不受政府更替和舆论变迁的我行我素。20世纪美国知名政治家、著名大法官查尔斯·休斯(Charles Evans Hughes)在1907年的一次演说中曾感慨到：“我们生活在宪法之下，但这个宪法是什么意思却是法官们说了算。”说这番话时他是纽约州州长，后来，他破天荒地两度出任最高法院法官(1910-1916任大法官，1930-1941任首席大法官)，更是亲自体会到了这句话的份量。

对最高法院的这一“话语霸权”，美国行政当局头痛不已。学者出身的美国总统伍德罗·威尔逊(Woodrow Wilson, 1913-1921年任职)就曾抱怨道：最高法院“在不间断地开着制宪会议”。至于是否真的如此，他的前任、法官出生的总统威廉·塔夫托(William H. Taft, 1909-1913年任职)可能更有发言权。此公一生的梦想是当最高法院首席大法官，但却阴差阳错先当上了总统。总统任内，他打破常规，利用职务之便提名年老体衰的大法官爱德华·怀特(当时已65岁)出任首席大法官(Edward White, 1894-1910年任大法官，1910-1921年任首席大法官)，为自己退休后出任最高法院首席大法官铺平道路。1921年怀特去世后，塔夫托如愿以偿执掌最高法院(1921-1930年任职)，成为美国历史上唯一一位既当过国家行政首脑又作过司法总管的美国政治家。他后来回忆说出任大法官是他一生最愉

快的时期。可见，塔夫托对大法官职位的喜爱远胜过总统职位。

不过，需要指出的是，美国建国之初最高法院并不是非常有力的机构，大法官也不是一个令人仰慕的位置，因为美国宪法第三条对最高法院权限的规定非常笼统，只有短短的三款，远不及立法(第一条)和行政(第二条)那样详尽。它既没有明确规定联邦最高法院高于各州的法院，也没有明确指出最高法院对国会立法的司法审查权。

而且，从出生日期来看最高法院的也是其他两个政府部门的小弟弟：国会老大，众议院和参议院是分别在1789年4月1日和6日成立的；总统老二，华盛顿在4月30日宣誓就任美国第一任总统。该年9月24日，华盛顿签署了国会两院通过的《1789年司法条例》，建立起美国最早的联邦司法体系，即由6位大法官组成的联邦最高法院以及由大法官兼任法官的3个巡回法院和13个地方法院。次年2月2日，在纽约的皇家证券大楼(the Royal Exchange Building)最高法院正式成立办公。

不过，当时华盛顿任命的6名大法官中只到了4位。罗伯特·哈里森(Robert Harrison)干脆就拒绝了华盛顿的任命，因为他看来，他当时的职务马里兰州大法官(chancellor)要比联邦最高法院大法官更重要更体面。来自南卡罗来纳的约翰·拉特利奇(John Rutledge)虽然不好驳华盛顿的面子，勉强接受了任命，但却从未到任履新，一年后便辞职去担任南卡罗来纳州最高法院的首席大法官了。甚至就连第一位首席大法官约翰·杰伊(John Jay, 1789-1795年任职)后来也撂挑子不干了，回家乡纽约去当了州长。他当时写信给约翰·亚当斯总统(John Adams, 1796-1800任职)抱怨说：“在一种有如此缺陷的制度下，它(大法官的位置)缺乏必不可少的活力、份量和尊严”。

因此可以说，在美国立宪建国之初最高法院无足轻重。它甚至连个像样的、单独的办公楼都没有。19世纪初，美国建立首都哥伦比亚特区时，国会根本没有考虑单独给最高法院盖个办公楼，只是说在国会大厦的一楼给它留一间“只需家具”的房间。当时有人这样描绘了最高法院的窘境：“一个陌生人在国会大厦黑暗的通道上转上一个星期，恐怕也无法找到这个管理着美利坚共和国司法机构的偏僻角落”。

1921年塔夫托出任首席大法官后，积极谋求为最高法院盖个像样儿的办公楼。此公毕竟是当过总统的大人物，人脉广泛，活动能量极大，1929年，国会原则上同意修建最高法院大厦。1935年，在摆脱经济大萧条的背景下，富兰克林·罗斯福总统(Franklin D. Roosevelt, 1933-1945年任职)大兴土木盖美国式的“殿堂馆所”，总算在国会图书馆旁边为最高法院建了一幢庄重典雅的新古典式大厦。

最高法院办公地点的窘境，在某种程度上反映了美国建国之初司法部门的软弱。但是，最高法院的大法官们决不满足甘当老三的地位，在能干的第四任首席大法官约翰·马歇尔(John Marshall, 1801-1935任职)的领导下，最高法院终于争取到了司法审查权这一撒手锏，并通过一系列影响巨大的判决赢得了民众和其他政府部门对它一定的尊重和服从，终于确立并巩固了司法部门在美国政



图 1.1: 美国联邦最高法院办公大厦

府三足鼎立框架中一足的地位。

在美国宪政中，最高法院最重要的责任是裁决涉及宪法解释问题的案件，判定某项法律或政府行动是否违宪。这一被称为司法审查的权力使最高法院能够否决联邦或州的法律，如果这些法律在最高法院看来是与宪法相冲突的话。在过去的200年里，最高法院一共判定大约140项国会立法违宪。通过运用这一强大的司法审查，最高法院在美国政治制度中发挥了至关重要的作用，成为民众与政府之间、各级政府之间以及政府各部门间争议的仲裁者和国家许多最重要问题的终极权威。

不过，在司法审查权这一问题上联邦法院的权力仍然受到间接的约束，美国宪法中的制衡原则依然有效。联邦政府的其他两部门可以从两个方面来监督联邦法院的这一撒手锏：第一，总统对联邦法官的任命权，再加上参议院的确认权；第二，像对其他联邦官员一样，国会可以对联邦法官行使弹劾与罢免权。

对联邦法院司法审查权的另一种制衡来自于其内部。首先是美国最高法院对下级联邦法院的判决进行审查的权力，因为从理论上说，任何一级联邦法院都可以行使司法审查权。其次是法官们对司法权力的自我约束。著名的开明派大法官布兰代斯(Louis D. Brandeis, 1916-1939年任职)曾有句名言：“我们要做的最重要的事情是无所作为”。另外，最高法院虽然是美国三个政府部门中唯一一个非民选的机构，但其断案原则却是少数服从多数的民主原则。很显然，有多人组成(1860年代后固定在9人)的最高法院本身就存在着不同司法观念和党派立场的



图 1.2: 2005年9月29日约翰·罗伯茨在白宫东厅宣誓就任美国联邦最高法院第17任首席大法官

制约与平衡。最后还需要指出的是社会舆论的无形制约。来自学术界和法律界对法官判决的经常性尖锐批评以及大众媒体的普遍报导，也多多少少限制了法官权力的运用。

今天，最高法院的大法官们更多地把最高法院的作用看作是边境巡警或体育比赛的巡边员。它紧盯着行政权和立法权之间、联邦政府和州政府之间、各级政府和个人之间的边界，力求不偏不倚，追求公正无私，以保证美国宪法确定的制约和平衡的构架能够按宪法制定者们所希望的那样正常运作。

就具体职责而言，最高法院是美国联邦政府三权分立政治架构中司法部门的最高权威。最高法院有一定的初审权(如涉及外交使节的案子)，但它更多的是审理对下级联邦法院和各州最高法院判决的上诉案件，主要是解决涉及宪法和联邦法律的那些纠纷。作为解释宪法的最高权威，它的裁决是最终的决定，其他政府部门(立法和行政)都无法改变它的判决。当然，也存在着改变最高法院判决的合法途径，但非常艰难，可谓难于上青天：一是最高法院在后来类似判决中修改或推翻了前面的判决——显然，要最高法院自认其错绝非易事；二是通过宪法修正案来否定最高法院的判决，但这要经历极为困难的宪法程序。由于一项美国宪法修正案的通过需要繁琐的程序(美国宪法规定，任何一项宪法修正案只有经过国会两院三分之二多数通过、全国四分之三的州在规定的时间内批准方才有效)，在美国200多年的历史上，以宪法修正案的形式来推翻最高法院的判决只出现过4次。它们分别是：1798年的第11条修正案，推翻了1793年一项允许个人在联邦法院控告州的判决；1868年的第14条修正案，推翻了1857年斯科特案中黑人不是美国公民的判决；1913年的第16条修正案，推翻了1895年一项禁止征收联邦所得税的判决；1971年的第26条修正案，部份地推翻了1970年一项国会无权给予18至20岁公民在州选举中选举权的判决。

在某些特殊的情况下，作为执法部门的行政当局可能非常不满最高法院的



图 1.3: 夜色中的美国最高法院正门

判决，但又没有必要或者没有办法通过宪法修正案的形式来推翻它，偶然也会出现有法不依的现象，行政部门会对法院判决不理不睬。比如，1830年代初，马歇尔曾经两次在印地安人和美国南方佐治亚州纠纷的案件中裁定联邦政府有责任保护利益受到损害的印地安人部落。可是，不仅佐治亚抵制最高法院的判决，而且作为政府首脑的安德鲁·杰克逊总统(Andrew Jackson, 1829-1837任职)也拒绝采取执法行动，他甚至嘲笑说：“那好，既然马歇尔作出了他的决定，现在就让他自个儿去执行！”另外一个特例是1935年罗斯福推行新政时，在最高法院一再裁定其新政立法违宪的情况下，他以改组最高法院相威胁，迫使它的个别成员重新考虑自己的立场。

美国联邦制的特性决定了最高法院只能对联邦法院行使全权，但却无权管辖州法院系统，也不能越俎代庖解释州宪法和州法。不过，最高法院对各类上诉案件的判决对其他政府部门和各级法院均有约束力，它在判决中对宪法和联邦法律的解释同样适用于联邦法院和州法院系统。因此，最高法院还是能够间接地约束和影响州法院系统的司法活动的。

美国最高法院追求公正，标榜无私，也的确给世人留下了公正无私的印象，连最高法院大法官的正式头衔都是用Justice (公正)，而非通常用的Judge (法官)。不过，仔细研读最高法院大法官断案的历史，就会发现不公正也像恶魔一样缠绕着它，毕竟最高法院的大法官也非圣贤，孰能无过？杰克逊大法官(Robert H. Jackson, 1941-1954年任职)有句名言道出了问题的实质：“我们不是因为没有错误而成为终极权威，我们只是因为终极权威而没有错误。”判决黑人不是美国公民的斯科特案(1857)、裁决种族隔离合法并确定“隔离但平等”原则的普莱西案(1896)、认可联邦政府无理拘留日裔美国人的是松案(1944)可以说是最高法院最差劲判决的典型。

最高法院同样也追求政治中立，强调不偏不倚，但事实上这也很难完全做到。且不说总统的提名和参议院的批准过程强烈的党派色彩必然会影响到出任大法官的人选，就是政治思潮的变迁、社会舆论的转向都会对大法官产生间接的影响。30年代中期，最高法院对新政立法前后判若两人的立场变化、1950-60年代沃伦法院(Warren Court, 1953-1969)对民权和刑事被告权利案件的敏感都是明证。(美国最高法院大法官终身任职，没有届数，因此人们通常以首席大法官的名字来冠名历届最高法院。自1789年建立至今，美国联邦最高法院一共有16位首席大法官，包括他们在内的大法官全部人数是108位。大法官的权力平等，没有领导和被领导的关系，首席大法官只起召集作用，因此宪政学者认为他只是“平起平坐诸位中的第一人”。)著名大法官奥利弗·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr, 1902-1932年任职)的名言“法律包含了思想交锋中获胜一方的信念”再好不过地说明了社会环境与法院判决的关系。不过，这一关系与政客们笼络和讨好其选民的作法不可同日而语。用现任开明派女大法官鲁思·金斯伯格(Ruth Bader Ginsburg, 1993年起任职)的话说，法院不应该让自己关注于某一天的“天气”(weather)，但应该留意特定时代的“气候”(climate)。

最高法院留意这种“气候”的表现之一，是利用它选择案件的权力来决定受理或不受理哪一类的案件。最高法院奉行“不告不理”的原则，从不主动出击，甚至只要有可能，最高法院总是试图回避作出决定。因此，从表面上看最高法院非常被动和消极，但是，受不受理上诉案件、受理什么样的上诉案件却全是由大法官们说了算，而且他们几乎从不解释受理的原因。可以这样说，这一受理决定权和最高法院的判决一样是大法官们最重要的作用。目前，每年都有7 000个左右的案件递上来，但最后只有100个左右案件被最高法院所接受，也就是说，在这些上诉案件中只有七十分之一的受理可能性。所以，这里的学问可就大了，特别是一些大法官想有所作为时。比如，20世纪初大法官频繁受理有关契约自由和产权的案子来保护自由放任的资本主义，而1950-60年代的沃伦法院则对刑事被告的权利情有独钟，推动举国上下对公众自由和公民权利的保护。

不过，最高法院也不能随心所欲地接案子，至少需要4名大法官同意才可以下调卷令。受理案件的根据大体上有两个标准：首先是一致性原则。大法官要看一下上诉的案件与全国其他地方类似的案件是否有同样的结果，如果不一致，他们就要考虑是否有必要受理，以便通过判决形成全国统一的标准，解决以后这类纠纷。第二是诉讼的司法性(可以由法院裁决)原则，这里就有一定的主观性。如果某个诉讼涉及下级法院判定一项联邦法律违宪无效，最高法院肯定会受理上诉。但其他一些涉及宪法权利的案子，尽管社会上极为关注，但最高法院可能以“不可裁判的争端”为由不予理睬。例如，美国内枪支泛滥成灾，管制问题日益突出，限制与反限制两派吵得不可开交，但就是对这一涉及美国宪法第2条修正案的持枪权问题，最高法院一再回避，1939年后再没有接过任何这类案子。1990年代，有好几个质疑国防部对待军中同性恋政策的案子最高法院也一概不理。

最高法院在判定哪些案子可诉哪些不可诉时大体上也有标准，只不过相对



图 1.4: 美国最高法院的建筑很雄伟

灵活。

首先是诉讼的真实性。据最高法院的宪法解释，真实的案件或纠纷是指当事双方之间有真实的相互对立的利益关系。如果双方当事人之间没有真实的利害关系，联邦法院将宣布案件缺乏可裁判性而将其驳回。例如，联邦法官不会受理原告没有遭受任何损失或伤害的案件，因为原告不具有真实原告的“法律地位”。

其次是诉讼的时效性。如果原告所称的损害尚未发生，并且在将来也不会发生，或者要到将来才发生，法院就可裁定起诉的案件“时机不成熟”。此外，联邦法院也不受理原告的损害已经得到补偿的案件。

一句话，联邦法院只能受理真实的、现存的案件或纠纷，而不是可能在将来发生的或者曾经发生过的但原告所受损害已得到补偿的案件或纠纷。

再次是诉讼的回避“政治问题”(political question)原则。如果法官认为有关案件可以由法院管辖，但这一管辖可能会引起与立法和行政部门的权力冲突时，这类案件可以被看作是“政治问题”而确定为“非司法性案件”给予回避，从而使法院超然于政治旋涡之外，保证司法中立。最典型的就是有关外交政策的各类案子。

显然，平民百姓要把官司上诉到最高法院绝非易事，除了最高法院接受案子的这些苛刻条件外，还要付出巨大的财力和精力。现在，把一项违反公民宪法权利的案件上诉到最高法院至少要花费10万美元，一般需要3-4年的时间，如果没有美国公众自由联盟(1920年由一些知识精英倡导成立的维护宪法个人权利的社会组织，致力于用法律武器来保障和维护美国人的公共自由，是美国最有影响的民权组织之一)等民权团体慷慨资助的话，一般人是无法坚持到底的。

一旦最高法院决定受理案件，当事双方的律师就开始忙乎起来，准备庭辩。

一些相关的利益集团或个人也以“法庭之友”(原文为拉丁文“Amicus Curiae”，指向法院呈送与案件相关的申辩材料、表达对法院所受理案件看法的非当事方，即第三方)身份向最高法院提供材料，提醒大法官注意案件的某些方面。在案件审理过程中，只有法庭辩论和宣读判决是对公众开放的。在19世纪，庭辩可能持续数日，如有关联邦和州关系的马卡洛诉马里兰州案(1819年)的庭辩持续了整整9天。但现在的庭辩每方只有半个小时的时间！庭辩结束后，大法官们私下讨论，并初步投票，如果首席大法官(Chief Justice)在多数一方，他就自己亲自或指定一位法官起草判决书；如果他在少数一边，就由多数派中最资深的大法官自己起草或指定其他法官起草判决书。

不过，负责起草判决书的大法官现在几乎个个都是“动嘴不动手”的君子，一般叫其法律助理(law clerk，首席大法官有四个助理，其余的大法官有三个助理)撰稿。对此，一些法律专家颇有怨言，但现任首席大法官威廉·伦奎斯特(William Rehnquist，1971-1986年任大法官，1986年至今任首席大法官)特别辩解说：“法官助理绝非可以随心所欲，相反，他所承担的是受到高度限制的任务，会议上的讨论和我给他的建议已经给他划定了范围。”(吴耘编注：《美国法治面面观》，北京大学出版社，2002，第230页。)

经过负责法官修改后，判决书草稿交给其他法官传阅并提意见，直至大家满意。在这过程中，有可能出现个别法官因为判决书强有力的论证和逻辑而改变立场。这个判决书无论是全体法官一致同意，还是多数法官同意，都被称为法庭意见(opinion of the court)。(根据《美国联邦最高法院判例汇编》[The United States Reports]，判决书无论是全体法官一致同意还是多数法官同意，都被称为法庭意见[opinion of the court]。在非一致通过的法庭意见中，多数派法官的意见一般被称为多数意见[majority opinion]。)有些法官尽管同意判决结果，但可能不同意断案的根据和逻辑，便会另外提出补充意见(concurring opinions，也可称附加意见)。那些根本不同意判决决定的法官也发表自己的意见，通称为少数意见(minority opinions)，一般是各自撰写自己的异议(dissenting opinion)。所有这些意见都一一记录在案。著名的斯科特一案虽然是7比2作出的，但9位大法官各自阐述了他们不同的同意或反对的理由，致使判决书长达250页之多。在个别案例中，最高法院不存在一个统一的多数意见，即当出现四比四僵局时，如果此时对判决起关键作用的那位法官根据不同的理由两边都投票，这种情况下，就会形成五比四的双重或多见意见(Plurality Opinion)，由那位两边都投票的法官主持起草法院判决书。最典型的是1978年加州大学董事会诉巴基案中的双重判决。(详情见本书有关巴基案一章。)

记录在案的不同意见并非不重要，因为真理往往在少数人手中。它们可能是一种超越时代的远见卓识，可能是为弱者呐喊的不同凡响，可能是对未来的希望和憧憬。它们不仅迫使多数派考虑和应对少数派对判决理由和后果的有力质疑，更重要的是，它们可能为法院以后推翻不公正的判决奠定基础。例如在1896年的普莱西案中，唯一投反对票的约翰·哈兰(John Marshall Harlan，1877-1911年任职)大法官写下了著名异议：“我们的宪法是不承认肤色差别的，它不承认也



图 1.5: 美国最高法院前的正义女神塑像

不容忍公民中间出现等级。……在涉及国家最高法律所保障的人权时，法律不分环境和肤色，对所有人一视同仁。”半个多世纪后这一看法才最后被宣布“隔离但平等”违宪的布朗案(1954)所接受。

一旦判决书完成(如果是一致决定的话)，或者多数意见和少数意见完成(如果不是一致决定的话)，最高法院便立即公开宣读判决。在1965年以前，通常是选择在星期一宣读。此外，1930年以前是全文宣读，念上几个小时是常事，1857年的斯科特案长达250页，念了整整两天！现在通常是只读摘要。判决的文字稿同时散发给新闻界和公众，几分钟后，有关法律的网站刊登出全文，供人浏览研究。

就是这样，最高法院通过它的判决影响着美国国家政治和社会生活。一旦决定作出，这些决定不仅对现实而且也会对未来产生影响，它们所确立的原则和标准将直接影响美国联邦和各州法院系统以后的判决。就像布什和戈尔的选票诉讼大战一样，最高法院的每个决定以及它所想要解决的纠纷都讲述着一个精彩的故事，这些故事折射出美国人民的光荣与梦想、苦难与希望、失败与成功，每一个故事都讲述着美国特定历史时期的重大主题、基本事实和主导的法律理论。

本书收录的就是这些既平凡无奇(因为它涉及的往往是历史上无名小卒和芸芸众生的命运)又惊心动魄(因为它可能对无数黎民百姓的共同命运带来难以挽回的影响)的案例故事。透过这些案例，读者既可以对美国的历史发展和政治演变有个概要的了解，也可以从宪政法治的角度仅仅关注哪些自己特别感兴趣案件的背景、事实和影响。

本书可以看作是对美国联邦最高法院工作的一个初步介绍，只是这一介绍是通过案例的形式来实现的。与国内有关美国法律案例的书不同，我们注重的不

光是案件的结果、谁输谁赢，而是案子如何能够上诉到联邦最高法院，大法官们又是根据什么作出他们的判决以及这些判决产生了什么样的直接和间接的影响。尽管在讲述案例的时候我们尽量介绍美国相关的法律制度、术语、观念和哲学，但重点却是想通过案例本身来帮助读者了解美国宪政法治的本质和内容，因此，我们并不想(实际上也没有这个能力)对美国最高法院和美国的宪政法治作国内一些学者常常追求的“全面、系统和科学的评价”。

我们所选的案例大都是美国宪政史上的“大案要案”，它们或是对立法部门的立法或曰statute law(制成法，也译制定法)的否决，或是对宪法条款的重新解释，或是对法院以前判例的推翻。最高法院的这些判决对美国的法律乃至政治和社会生活带来了巨大甚至是革命性的变化。但是，需要特别说明的是，这些“史无前例”的判例并不是美国宪政法治的常态，更不是全部，甚至不是主流。实际上，在200多年的美国宪政历程中，被联邦最高法院判决违宪的法律一共只有135项，平均每年一项都不到。

一般而言，美国最高法院日常判决的基本特点是因循守旧和墨守成规。因此，最高法院著名大法官Flex Frankfurter曾经这样讲过：“我冒昧地建议，对那些极具创见的灵魂，法官席不是一个合适的地方。”在他看来，法官肩负着民众的信任，他必须意识到“转换观念暗含着与过去太大的决裂，暗含着太多的断裂，因此不能强加于社会”。原因很简单，宪政法治关注的是整个国家相对长期的稳定和秩序，如果法律朝令夕改，就无法形成作为制度的法治，也很难使民众形成尊重法律的习惯。

美国法律这种既与时俱进同时又因循守旧的特点，与它深受英国common law(普通法，又译习惯法或常法)传统影响有关。所谓common law，是指历史上法官根据习惯和惯例所进行的司法判决中逐步形成的为各方所接受的法律，其基本形式是case law(判例法)，即由法官而不是立法部门making law(立法)。而且，在相当程度上，判例法是在法官与控辩双方律师的互动中形成的，因此也可以说是法官和律师共同立法。Common law的基本原则是“stare decisis”(原文为拉丁文，意为“让判决持续有效”)，即法官断案时一般必须遵从以前同类案件中法官判决所确立的原则。虽然它最大的好处是维护了法律的权威和秩序的稳定，但其弱点也是明显的：它对社会新变化反应迟缓。也正因为“因循守旧”是它的常态，“遵从先例”是它的原则，那些改变甚至否定先例同时又创造新的先例的大案要案就显得格外引人注目。

在案例的选择上，我们首先注意它们在美国历史上的重要性，其次是对中国读者的兴趣，最后是作者自己是否有能力把握这些案件。所有的案例按发生的时间顺序排列，大体上集中在三个领域：美国独特的纵向(联邦和州)和横向(联邦政府的三权分立)分权制度，宪政法治与美国社会经济秩序，宪政法治和公众自由与公民权利的保护。为了方便读者，我们另外编写了一个专题目录。书中一些案例故事的部份内容曾经在国内的《南风窗》、《读书》、《世界知识》、《南京大学法学评论》、《美国大观》、《看世界》以及海外的《世界周刊》等刊物上发表过，但收入本书时都作了大小不一的修订和改动。

长期以来，人们通常把图书分为通俗读物和学术著作，认为通俗读物是给大众看的，而学术著作通常是给专家看的。但本书试图打破这一分野，力图在这两者之间保持平衡，熔学术著作的准确性和通俗读物的可读性于一体，首先保证它的准确性和科学性，其次才突出它的可读性和故事性。因此，本书虽然是以法律工作者、大学生和所有关心宪政和法治的普通读者为对象，但也可以作为专业学者研究时的一个参考。书后附有写作本书过程所依据和参考过的有关美国宪法和联邦最高法院的书目，并对每本书加了若干介绍性评语，有兴趣的读者可以参考。

虽然我本人对所有稿件都作了大小不一的修改，但由于各个案例的撰稿人不同，所依据材料的性质、质量和数量也不一致，因此写作风格和内容侧重难免有所差异。更为重要的是，这样的写作形式对作者也是一种新的尝试和挑战，失误在所难免，欢迎读者批评指正。作为主要撰稿者和编者，我将对所有的问题承担责任。

2 保守的美国革命产生了长寿的联邦宪法

五百多年前，意大利航海家哥伦布航行到了美洲，此后，欧洲殖民主义者便像嗜血的鲨鱼一样瓜分了这片肥沃的土地。到17世纪中期，南美和中美洲已成为西班牙和葡萄牙的天下，成为后来的拉丁美洲。北美洲的东海岸主要是英国人和法国人的地盘。英法两国为了争夺北美及世界霸权打了一场七年战争(1756-1763)，结果法国败北，英国获得了加拿大和阿勒根尼山脉以西直到密西西比河(Mississippi)的大片土地，成为了北美的霸主。

在战争期间，北美英属13个殖民地也积极参战，以便获得更多的土地，并消灭反抗的印地安人部落。但战争胜利后，英国人却不允许殖民地人民向西移民染指新占领的土地。不仅如此，英国人还通过征税和缉私，要殖民地居民来承担战争的费用和英国在北美驻军的开销。这大大得罪了殖民地民众，特别是有钱的人。当时南方的殖民地是奴隶制种植园经济，种植园主要靠向西部的土地扩张来扩大生产，而东北部(通称新英格兰)靠航海及相关的工商业为生，与加勒比海地区的走私贩私是最赚钱的买卖。英国的现行政策却是要断绝他们的生财之道，他们岂有不反之理？

不过，与大部份殖民地的造反不同，北美殖民地的革命是由有钱有势的富人领头起事的。他们非常狡猾，知道如何用最低的成本来获得最大的利益，知道如何获得民众最广泛的支持和同情。他们利用英国普通法的传统，强调“无(议会)代表不纳税”的原则，高喊“不自由毋宁死”的口号，让世人感觉到他们是为英国人应该享有的权利来反对英国政府。

在用和平请愿的方式无效的情况下，1776年7月4日，北美13个殖民地发表了脱离英国的《独立宣言》，它所提出的“人人生而平等”的口号让无数当时和后来的人激动不已。不过，这里的“人人”实际上仅仅是指男性白人。还有一点不能不

提的是，在这个历史性文件上签名的56位大陆会议的代表中25人是律师，因此，称美国革命是律师领导的革命实在是恰如其份。其余的签字者也都是商人、医生和农场主等有产阶级。

应当指出的是，美国革命和1789年法国大革命有一个共同点，即都公开声称追求自由、民主和平等。但是，这两场革命之间实际上有很大差别。激进的法国大革命以暴力推翻旧制度和旧秩序，在民主和民意的旗号下，雅各宾派革命政府掌握了不受约束的巨大权力，以民主之名行专制之实，不仅王公贵族人头落地，而且众多革命者也先后成为昔日战友的刀下鬼，结果，自由平等的理想国转眼竟然成为血流成河的屠场。相比之下，保守的美国革命却努力维持现有的秩序和规矩，在宪政法治的制度框架中建立起虽不够民主但却能保障富人和有产阶级基本权利和自由的共和制民选政府。

经过6年的苦战，而且还是在法国和西班牙等欧洲国家的帮助下，北美殖民地才勉强赢得了战争的胜利，迫使英国承认13个殖民地独立。可是，独立后的日子并不好过，它们失去了原来在英帝国内进行贸易的好处，还要偿还战争中欠下的内债和外债。更糟糕的是，独立后的13个殖民地各自为政，各有宪法，在政治上互不相让，在经济上相互拆台。这也难怪，这13个独立邦只是为了反对共同的敌人英国才成立了一个基于《邦联条例》的联盟(邦联)，并不是一个统一的国家，也没有完整的中央政府。

政治的不统一，经济的凋敝，财政的混乱，导致了社会的动荡和民众的不满，富人和有产阶级的利益再次受到威胁。作为独立战争的领导人，各邦的政治精英心急如焚，1787年5月，他们赶忙召集了一次由各界精英参加的政治会议，打算商讨对策，修改不合时宜的《邦联条例》。谁料想，会议代表违反授权，擅自主张，把修改《邦联条例》的会议变成了制定新宪法的大会。他们之所以敢这么做，固然是形势逼人、时不我待，也是因为参加会议的55位代表均非等闲之辈，都是闻名遐迩的种植园主、商人、银行家或律师。法国贵族学者托克维尔称赞他们“是新大陆当时最精明、最高尚的人物。”(托克维尔著、董国良译：《论美国的民主》上卷，商务印书馆，1991，126页。托克维尔的评价显然过高，实际上这些人精明有余，高尚不足，积极推动他们制宪的一个主要动机是保护他们自己的经济利益。在《美国宪法的经济解释》[商务印书馆，1988]中美国史学大家比尔德以确凿的证据指出了这一点。)会议代表的一个突出的特点是，既没有下层工农兵群众，也排斥了思想激进的小资产阶级和脱离实际、好高骛远的学者型知识分子。制宪代表当中有三分之二的人从事法律业务，其中14人担任过各邦的法官。

这些有钱有闲又有法律专长的人开了将近4个月的会(5月25-9月17日)，不停地争吵妥协，最终搞出一部延续至今的美国宪法。不能不承认，就宪法的质量而言，它印证了慢工出细活的老话。

虽然制宪会议的代表中没有学富五车的学者，但却不乏经验丰富的政治家，如华盛顿(George Washington)、富兰克林(Benjamin Franklin)，和精通罗马法与英国普通法传统的律师，如汉密尔顿(Alexander Hamilton)和麦迪逊(James Madison)。正如一位会议代表明确宣称的那样：“经验无疑是我们的唯一指南，

而推理会把我们引向歧途。”代表们丰富的政治经验防止了会议的破裂，而精明的律师技巧又使妥协成为可能。美国的宪法之父并无高深的政治理论，但他们却对英王专制给殖民地带来的祸害有痛切的体验，对当时欧洲思想界最先进、最杰出的政治哲学理论了如指掌，于是，他们从英国政治学家洛克(John Locke)那里借鉴了“有限政府”的观念，从法国法学家Charles Louis de Secondat Moutedqueiu那里搬来“三权分立”的武器，并且将这些理论创造性地与北美殖民地的具体实际相结合。一位在美国从事法律业务的华人学者为此感慨万千：这些代表“既能涵容政治哲学理论的精髓，又能深解人性和民情，不好高骛远，以奠定国政之基。那样的历史时刻，真是罕见。”

美国开国元勋据此制定出的宪法，其根本点就是政府的权力必须受到制约和平衡。那么，美国的宪法是如何实现制约和平衡(制衡)原则的呢？

首先，是地方(州)和中央(联邦)的制衡。美国的建国史是先有各州，后有联邦，宪法就不得不尊重各州已有的权力。除宪法明确授予联邦政府的权力(如外交权、宣战权、管理州际贸易和对外贸易权、货币发行权等权力)和明确禁止各州拥有的权力(如外交、铸币等权力)外，其余权力皆由各州保留。

其次，是联邦政府立法(国会)、行政或执法(总统)和司法(联邦法院)的制衡。国会制订和通过法律，但需要总统签署才有效；总统可以否决国会立法，国会则能够以三分之二多数推翻总统的否决。而且，国会还可以对民选的总统和终身任职的联邦法官提出弹劾。总统是最高的执法人员，又是国家元首和军队总司令，他可以对外订立条约，任命重要外交官员和联邦法院法官，但都需要国会参议院批准；他可以动用军队，但却无权对外宣战。相比之下，联邦法院的权力最不足道，它既不像国会那样掌握着钱袋子，也不像总统那样紧握着枪杆子，它唯一的劣势是法官一旦任命便终身任职。不过，虽然宪法没有明确赋予法院解释宪法的权力，但在美国以后的法治实践中最高法院为自己争取到了这个权力，从而使自己拥有一个最重要的制衡国会和总统的杀手锏——不过，这是后话。

最后，是各地区和社会利益集团的制衡。当时美国既有维吉尼亚(Virginia)这样的人口超过42万的大州，也有德拉华(Delaware)这样人口不到4万的小州，既有南卡罗林那(South Caroline)这样的南方蓄奴州，也有Pennsylvania这样的北方自由州，它们在政治和经济上利益大为不同。国会议员的议席如何分配着实让宪法之父伤透了脑筋。于是，就有了国会的众议院议席按人口的多寡成比例分配，由此来满足大州的要求，而参议院则不论大州小州一律只有两个议席，这样小州也皆大欢喜。但南方奴隶的人口是否作为人口统计的基数？最后的妥协是奴隶人口算作为正式人口的五分之三，但南方州也要按这个比例交联邦税。

制宪会议制定宪法不易，而要各州的专门代表大会批准这个宪法更难。按规定至少要有四分之三的州批准宪法才能生效。北美民众对英国的暴政记忆犹新，对建立一个中央政府充满忧虑，尽管这个即将成立的共和国比当时世界上所有的政府都要弱小。为了说服民众接受宪法，成立联邦政府，以汉密尔顿和麦迪逊为首的支持宪法者形成了联邦党人阵营，他们两个和另一位律师John Jay在报纸上匿名发表了为宪法辩护、强调建立联邦政府重要性的通俗文章，产生了巨大

的影响——这些文章后来结集为《联邦党人文集》(the Federalists)，它不仅成为解释美国宪法的权威之作，而且成为政治哲学理论领域中不朽的经典名著。反对联邦宪法的人称为反联邦党人，他们抨击宪法缺乏保护基本公民自由和权利的条款，以后民众有冤无“法”申。不得已，联邦党人同意宪法批准后立即进行修订，加入保护公众自由的内容——这就是后来宪法的最初十条修正案，也叫《权利法案》(bill of rights)。这样，1788年夏，维吉尼亚和纽约两个大州才勉强批准了宪法，在原则上宪法开始生效。

1789年4月美国第一届国会召开，其最重要的一项工作便是在9月通过了《权利法案》。两年后的1791年12月，经四分之三州批准，《权利法案》成为了宪法最初的十条修正案。《权利法案》开了美国修宪的先河，但这次修宪没有多少代表性，因为这十项修正案能够快速且“批量”通过，完全是因为反联邦党人采取“挟修正案以令宪法”的手段，以不修宪就不批准宪法进而不参加联邦相要挟。实际上，美国的修宪程序非常复杂，修宪成功的可能性微乎其微。在此后美国200多年宪政史上，国会提出和讨论的修宪法案成千上万，但是，经参众两院三分之二多数通过、正式颁行的宪法修正案一共只有21条，其中只有17条被四分之三的州在规定期限内批准最终成为宪法的一部份。

在国会通过和各州批准之间究竟可以有多长时间，美国宪法并无明文规定。在美国宪政史上，国会没有为1789至1912年间通过的最初17条宪法修正案规定任何批准期限，但这些修正案得到四分之三的州批准的最长期限是七年。据此，1917年，国会在提出第18修正案时规定：本条除非在国会将其提交各州之日起七年之内由各州议会按宪法规定批准为宪法修正案，不得发生效力。从此之后，七年的批准期限得到承认。如果在规定期限内未能得到四分之三州批准，该修正案便自动消失。

对七年期限的规定有人也提出了挑战。1939年，在Coleman v. Miller案中，最高法院裁决：为宪法修正案规定批准期限属于“政治问题”，批准期限到底多长才合理应由国会而非最高法院决定。1979年为了能够通过ERA(男女平权修正案，equal right amendment)，国会将宪法修正案的批准期限延长为十年，但是，此修正案仍然未能在规定期限内得到四分之三州批准。相比之下，批准涉及18岁公民选举权的第26条修正案花费时间最短，只用了3个月；批准第27条修正案(涉及国会议员薪水增减)则花了整整203年。(1992年批准的第27条修正案最初在1789年提出，所以不受1917年规定的七年期限和1979年规定的十年期限的限制。)

1789年4月30日，美国第一任总统华盛顿(Washington)在纽约宣誓就职，至此，美利坚合众国政府才算正式建立。这时，距美国宣布独立已有整整13个年头。

作为一项了不起的试验，美国这样一个总统兼联邦制的共和国能否生存并壮大起来，没有人敢拍胸脯打保票。毕竟，在当时君主制一统天下的历史背景下，美国的政府形式显得那样与众不同、格格不入。欧洲列强，特别是原来的宗主国英帝国，都等着看美国人“四不像”宪政体制的笑话呢！

应当承认，在美国这种试验性的宪政体制中，毛病显得特别突出：如果总统强，国会弱，总统必然会独裁专制；如果国会强，总统弱，总统会成为傀儡，出现君无权威、群龙无首的混乱局面；如果联邦强，各州弱，就会造成中央政府集权，联邦制如同虚设；如果各州强，联邦弱，则很容易出现分裂和内战。显然，如何在草创的宪政体制下维持这些繁杂微妙的权力制衡关系，需要极为高超的政治技巧。

虽然美利坚合众国的前景并不明朗，但是，为各州接受并通过的美国宪法却为它的成功奠定了结实的基石。但是，如果以过度赞赏的口吻把美国宪法誉为“上帝作坊”的“神来之笔”则未免有些夸张。相比之下，学者出身的伍德罗·威尔逊(Woodrow Wilson)总统的评论颇为公允。他在从政前曾写过一本《国会政府?》(congressional government)，他在书中指出：“毫无疑问，我们的宪法之所以恒久，就在于它简洁。它是一块奠基石，而不是一座完整的大厦。或者用句老话比喻：它是根，而不是完美的藤。”我们将会看到，美国宪法之所以不朽固然与制宪者的远见卓识有关，但与后来执行、运用宪法的行政、立法部门以及解释宪法的司法部门对它的尊重、呵护和创造性发挥关系更为密切。甚至可以说，最高法院对宪法的维护、捍卫和阐释保证了美利坚合众国大厦的稳定和牢固。历史经验证明，宪法的重要性在于民众对它的信任，而民众的信任完全建立在宪法能否约束官府、约束代表民意多数的议会以及维护民众的个人自由和基本权利。汉密尔顿(Alexander Hamilton)曾经说过：“人民对于写在羊皮纸上的文字的力量给予了一种信任，认为它能够促使政府步入正轨，如果要给这种信任起名字的话，它就叫做宪政主义。”

显然，从宪法到宪政需要有一定的制度保证。在美国，这个制度保证就是独立且有权威的联邦最高法院。从今天美国的各种民意测验可以得知，尽管二战后美国总统的权力越来越大，甚至有了“帝王总统”(imperial presidency)之说，但其权威(authority)却每况愈下。相比之下，最高法院得到人们的信任程度却总是高于行政和立法部门，其较高的权威恰恰来自其较少的权力，因为人们不太担心非民选的大法官会损害他们的个人权利。

今天的世界上几乎每一个国家都有宪法，但是，又有多少国家实行了宪政和法治呢？没有宪政的宪法实际上只是统治者装饰自己文治武功的花瓶。在人类历史上，曾经有过很多比美国宪法不知美妙多少倍、甚至可谓尽善尽美的宪法，但却都沦为明日黄花，它们试图构造的人间天堂尤如过眼烟云，好则成为后人的笑柄，恶则成为百姓的炼狱。

3 美国宪政法治的捍卫者：最高法院的九尊护法神

虽然美国是三权分立的国家，但三权的份量却不平衡。从目前的发展趋势来看，行政权大有盖过立法和司法两权的架式，特别是国家处于某种紧张和危险状态时。美国现在就有人认为，“911事件”后美国总统乔治·W·布什(George

W.Bush)在加强国内治安和对外用兵方面的权力甚至超过了第二次世界大战期间的总统富兰克林·罗斯福(Franklin D.Roosevelt)。不过话又说回来，布什总统这一权力也是国会通过法律授予的，完全是一个愿打一个愿挨的关系。

相对来说，三权之中的司法权似乎最弱。中国人参观访问美国首都华盛顿(Washington)，白宫和国会山是必到之站，但是，国会山旁边的联邦最高法院却很少有人涉足。这也难怪，即使在美国一般人的目光中都是盯着总统和国会。总统和国会议员是政治明星，不停地在媒体曝光，千方百计讨好选民。相比之下，最高法院的大法官们个个保持低调，与媒体格格不入。联邦法院重大案子的审理也不允许媒体拍照、录音，更甭说电视实况转播了(自1955年以来，最高法院就有自己的录音系统进行现场录音，但所录磁带存放在美国国家档案馆，一直不对公众开放。经过著名学者兼民权律师埃朗斯(Peter Irons)的斗争，这些录音带才在1990年代初对公众开放。据此，埃朗斯编辑了数本有关最高法院辩论公众自由的案件的书，题为《能否有请法院》[may it please the court])，老百姓只好通过专业画家的现场素描来管窥法庭的情景，因为法官们就怕媒体的干扰影响他们的中立立场和独立的判断力。据说，著名的霍马斯(Oliver Wendell Holmes)大法官从不看报，为的就是免受舆论的误导。

最高法院大法官最引人注目的时候只是在国会举行任命他们的听政会时。被总统提名的大法官人选往往要面对议员们尖酸刻薄的提问，应付新闻界鸡蛋挑骨头般的追根刨底，有时会被搞得灰头土脸，十分难堪。现任大法官中有一位叫托马斯(Clarence Thomas)的黑人大法官，他在1991年被乔治·布什提名为最高法院大法官时受到原来的一位女助手性骚扰的指控，闹得满城风雨，差一点没有过参议院批准这个关。他气愤地说：“这是高技术时代的私刑谋杀！”他的运气算是好的，还有一些候选人大法官没当上，还惹了一身腥。

尽管就任大法官面临着家底和个人私生活被翻个底朝天的危险，但出任大法官是美国无数法律界专业人士梦寐以求的理想，它所享有的崇高荣耀是其他任何公职所不及的。在美国历次民意测验中，法官的可信度和受尊敬程度几乎总是高居榜首，远在总统和国会议员之上。

法官之所以受人尊重，很大程度上是他们一般不受变化无常的政治和情绪冲动的舆论的影响。美国的宪法保证他们一朝为官便可终身任职，决不会再为五斗米折腰。他们既可以不买总统(包括任命他的总统)的帐，也可以不听新闻界的“邪”，更没有义务去倾听选民的嚷嚷。

法官不仅受人尊敬，而且还有极大的权威。托克维尔曾经感慨道：“其他国家都从来没有创制出如此强大的司法权。”其中，最使行政和立法部门头痛的是它的司法审查权，即它对宪法拥有最终的解释权，这就可以使它能够裁定包括国会在内的各级立法部门通过的法律、包括总统在内各级行政当局的政策行为是否合乎美国宪法的条文和要义，有权判定违宪的法律和政策无效。

有意思的是，最高法院这一至高无上的权力在宪法的条文中根本就找不到，它是联邦最高法院第4位首席大法官约翰·马歇尔(John Marshall)在19世纪初根据宪法的精神，在著名的诉麦迪逊(Marbury v. Madison)案中自己给自己争来

的。美国宪法正文七条，也就六七千字的样子，加上27项修正案，一共不过万把字，但条文虽少，含义丰富，这就为大法官们解释宪法提供了广阔的空间，以便他们寻找其中的微言大义。由于长期生活在一个法治的环境中，一般美国人养成了一种近乎于神圣的宪法信仰，把宪法看作是世俗生活的上帝、一部政治的圣经，最高法院的9位大法官自然也就成为了它的守护神、它的终极阐释者。不过，对于大法官的终极权威，大法官们的认识还是相当清醒的。罗伯特·H·杰克逊(Robert H.Jackson)大法官有句名言道出了问题的实质：“我们不是因为没有错误而成为终极权威，我们只是因为终极权威而没有错误。”(“We are not final because we are infallible but we are infallible only because we are final.”)

对最高法院的作用，法国贵族托克维尔有精彩的评论。19世纪30年代初，他用9个月的时间考察了美国的政治民情，撰写了政治学的传世名著《论美国的民主》。他写到：“联邦的安定、繁荣和生存本身全系于七位联邦法官之手，没有他们，宪法只是一纸空文。行政权依靠他们去抵制立法机构的侵犯，而立法机构则依靠他们使自己不受行政权的进攻。联邦依靠他们使各州服从，而各州则依靠他们抵制联邦的过份要求。公共利益依靠他们去抵制私人利益，而私人利益则依靠他们去抵制公共利益。保守派依靠他们去抵制民主派的放纵，民主派则依靠他们去抵制保守派的顽固。他们的权力是巨大的，但这是受到舆论支持的权力。只要人民同意服从法律，他们就力大无穷；而如果人民忽视法律，他们就无能为力。”

大法官能够做到如托克维尔所描述的秉公执法，相当程度是因为他们终身任职，俸禄优厚，无后顾之忧。但终身制有时也会带来副作用。大法官一般不病不残是不会退休的，这样一来，他们往往是七老八十的主儿，思想难免保守，跟不上形势。

20世纪30年代美国遇到了前所未有的经济大萧条，市场机制失灵，资本主义摇摇欲坠。一看这情形，新当选的民主党总统富兰克林·罗斯福(Franklin D.Roosevelt)抛弃了政府作为市场经济守夜人的角色，锐意改革，推动国会通过众多政府调控经济的立法，号称“新政”，开了美国政府干预国民经济的先河。资本家们不服，告到最高法院，大法官们以政府干预损害私人权益为由宣布主要的新政立法违宪无效，致使新政改革危在旦夕。一气之下，富兰克林在1936年向国会提出改组最高法院的计划，采取掺沙子的办法想让国会通过法律，把最高法院的法官人数从9人增加到15人。当时他愤愤不平地对助手讲：决不能让千百万人的命运控制在“九个老家伙手中”。(引自王希著《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社2000年出版，439页。“the nigh old men”[九个老家伙或曰九老]的提法出自当时由两位新闻记者写的一本介绍和评析最高法院大法官立场观点的时政书。)尽管富兰克林此时在民众中的威望如日中天，但国会在这个涉及美国三权分立政体的根本问题上还是不敢轻举妄动接受和批准富兰克林的改组建议。不过，在富兰克林改组最高法院方案的威胁下，一些老法官知趣地退休，空出位置来，让富兰克林提名的法官来接任，避免了一场宪法危机。

1937-1939年间，由于老法官退休和辞职，富兰克林愣是获得了7次机会任命自己的人担任大法官。其中一位大法官叫威廉·道格拉斯(William O.Douglas)，

年仅41岁，和富兰克林一样是小儿麻痹症患者，但后遗症较轻。他在大法官的位置一呆就是36年零7个月，创美国历史上大法官任期之最。此公出身贫寒，对弱者充满同情，在一些民权案子中永远是站在弱者的一边。不过，他贪财好色的人品常为人诟病。66岁时他第4次结婚，新娘子才22岁，气得国会内的卫道士要弹劾他。1966年，《洛杉矶时报》(Los Angeles Times)揭露威廉违法在一家基金会兼职，年薪12000美元，累计所得近10万美元，而这家基金会又在赌城拉斯维加斯(Las Vegas)投资赌场。这还了得！国会内的保守派议员听说后如获至宝，在国会再次提出弹劾他的议案。无奈，当时国会两院是民主党的天下，在他辞掉兼职后国会便放了他一马。1975年威廉突然中风，无法上班，理应退休，但是当时的总统正好是当年积极主张弹劾他的众议院共和党(少数党)领袖福特(Gerald Ford，是美国历史上唯一一位没有经过民选的美国总统。他成为总统完全是个偶然。1973年12月，由总统尼克松[Nixon]提名、经国会两院批准，福特就任副总统，接替因逃税和受贿而辞职的副总统阿格纽(Spiro Agnew)。次年9月，他接替因水门事件而辞职的尼克松总统，成为美国第38任总统)，为了不让福特总统有机会任命一个保守派法官接替他的位置，更是报当年的一箭之仇，威廉坐着轮椅、带着尿袋出庭，硬撑十个月，最后还是前功尽弃，在同事和舆论的压力下不得不提出辞职。

可见，最高法院法官虽然标榜政治中立，但由谁来任命法官却完全是一个高度政治化的问题。因此，总统在提名新法官人选时都非常小心，颇费周折，既要选择那些与自己政治观点一致、社会哲学相似的人士，又必须能够为国会(有时是对立党派控制的国会)所批准。具体说来，影响总统提名的主要有以下五个因素：(1)职业上的客观表现(包括其司法经验)；(2)政治上的可接受性；(3)思想观念上的合适性；(4)个人魅力；(5)地域的、宗教的、种族的、性别的和其他社会政治背景。

总统选法官也有走眼的时候。50年代共和党总统德怀特·艾森豪威尔(Dwight D.Eisenhower)当政，他提名加利福尼亚(California)前州长、共和党人厄尔·沃伦(Earl Warren)为首席大法官。谁也没有想到，这个在二战期间积极地执行富兰克林总统的命令把加利福尼亚10多万日本侨民和日裔美国人送到集中营的政客，50、60年代却成为倡导少数民族裔美国人的民权和刑事被告权利的急先锋。艾森豪威尔为此后悔不已，自责说任命沃伦“是我平生最蠢的错误”。尽管艾森豪威尔对沃伦法院的有关判决一百个不满意，但仍不得不依法行事，保证法院废除种族隔离、黑白分校决定的执行，维护法治的权威。为此，在1957年9月，当堪萨斯(Arkansas)州州长福布斯(Orval Faubus)运用州国民警卫队封锁小石城中央中学阻止9位黑人学生合法入学时，艾森豪威尔不惜运用美军著名的101空降师护送这9位黑人学生到这所白人中学读书。值得庆幸的是，州国民警卫队及时撤出，否则，酿成武装冲突也说不准。

艾森豪威尔的后悔反映了法官思想倾向的重要性。总的说来，美国最高法院大法官保守的居多，往往把美国宪法和联邦法律看作是一纸禁令，而不是促进社会改良和进步的工具。这一司法保守主义观念在19世纪后期和20世纪早期发展

到了登峰造极的程度。在描述这一时期的司法判决时，一位美国著名历史学家颇为生动地写道：“政治战场上到处是被司法之剑砍倒的社会福利法的尸体”。

但是，物极必反，在司法保守主义处于巅峰的同时，最高法院中也出现了司法开明主义的微弱声音。有“伟大的异议者”美誉的大法官霍马斯(Oliver Wendell Holmes)就是它的代表。他的一句名言是：“法律的生命从来不是逻辑，而是经验。”在他看来，最高法院应该与时俱进，认可立法部门灵活制定法律的权力，承认认为适应时代要求而产生的新法律和新政策，维护弱势社会集团的利益，保证社会公正。这一观念充分地体现沃伦法院在1950-60年代作出的一系列有影响的判决。

4 美国宪法的英国普通法渊源

200余年来，人们常常感叹美国宪法的神奇：如此简短而又简洁(只有六七千字)的宪法，经过法律家特别是最高法院大法官的演绎和诠释，居然会有如此丰富的内容，历时210多年而依然鲜活如初、充满活力。要知道，这200多年，从地理上讲，美国从大西洋沿岸的一个狭长地带的13州扩张到从大西洋到太平洋横跨北美大陆的世界第4大国；从人口上讲，从人种相对单一(白人加上数量不多的黑人和没有统计在内的印地安人)的360万增加到今天几乎包含世界所有种族和族裔的2.8142亿；就社会性质而言，从一个农耕社会发展为以信息业和服务业为主的后工业社会；就国际地位来说，从一个不起眼的新生共和国，愣是成长为世界上独一无二的超级大国。一句话，过去的210多年中，美国国内面貌、社会结构、人口构成和国际地位发生了翻天覆地的变化。面对如此巨大的转变，又老又旧的美国宪法居然能够基本上在维持原貌的框架内，以不变应万变的姿态从容应对，游刃有余，这不能不说是一个奇迹。

必须承认，美国的成长史是近代以来人类社会最了不起的发展之一。为此，无数的学者试图从不同的方面(地理的、人口的、资源的、经济的、政治的、国际环境等诸方面)探索美国成长的奥秘。但宪政学者却认为，美国的宪法及不断发展的宪政实乃一切发展的基础，而且，美国宪法作为世界上第一部成文宪法，是美国贡献给现代世界政治的最大制度创新。

对此，美国人颇为自得。美国著名法学家、纽约大学讲座教授伯纳德·施瓦茨(Bernard Schwartz)曾经指出：“美国对人类进步所作的真正贡献不在于它在技术、经济或文化方面的成就，而在于发展了这样的思想：法律是制约权力的手段。”他甚至不无偏见地声称：“在其他国家，权力之争由武装部队来解决；在美国，权力之争由法律家组成的大军来解决。”(伯纳德·施瓦茨著、王军等译：《美国法律史》，北京：中国政法大学出版社，1997，第2页。)显然，施瓦茨断言的前一部份过于武断(施瓦茨教授似乎把南北战争忘得一干二净了)，后一部份大体正确。2000年美国总统大选难题的司法解决，无疑再次证明了这一点。

无独有偶，《纽约时报》(New York Times)著名评论家汤姆斯·弗雷德曼(Thomas Friedman)对大选案的评论与施瓦茨的看法惊人一致。在他看来，美国成功的秘密不在于华尔街(Wall Street)，也不在于硅谷，不在于空军，也不在于海军，不在于言论自由，也不在于自由市场——秘密在于长盛不衰的法治及其背后的制度。美国强大的真正力量在于“我们所继承的良好的法律与制度体系。有人说，这是一种由天才们设计并可由蠢才们运作的体系”。

没有人想否认这一让美国人倍感自豪的宪政制度是美国人的独特贡献。但是，细究起来，在精神和思想上美国宪政制度却深深地根植于西方特别是英国的法治传统。

在《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》中，中国留美学者王希教授令人信服地论证了美国宪法产生的制度背景：独立前，英国北美殖民地的治理都以法律上的契约关系为基础，并建立了内部的自治体制；独立后，各邦都制订了宪法。在争取和维护这一自治体制中，早期殖民者看重和强调的就是两条：1、他们赋予以特许状形式表现出来的成文法以“几近神圣的地位”；2、他们把统治者与被统治者的关系理解为一种相互承诺的契约关系。

但接下来的问题便是，这些殖民者何以有这样的一种理解和见解呢？或者通俗地说，何以会有这么高的政策和法律水平呢？显然，一个制度的形成既需要社会的现实需求和环境条件，同样也需要政治文化和法律思想的滋养。王著对前者着墨较多，对后者虽然谈到洛克政治哲学的影响，但对英国普通法的传统却语焉不详——很自然，作为历史学家一般都关注前者。但是，作为法律学者却会较多地关注后者。因此，美国著名宪法学者爱德华·考文(Edward Corwin)的旧作《美国宪法的“高级法”背景》提供了一个非常好的解释。

虽然用一位美国建国之父的话说，美国宪法“是一个反抗的民族在迫切需要的困境中给逼出来的”，但是，为什么逼出了这样一个确定共和制和联邦制的宪法，而不是其他的东西，如君主立宪之类的解决办法呢？考文的解释是：美国的宪法和宪政来源于自亚里士多德以来西方文明中自然法的观念，来源于英国悠久的普通法传统。

亚里士多德在其《伦理学》中提出了“自然正义”的观念，认为在政治正义中既有自然的正义，也有法律的正义。前者与后者不同，它不是国家设计出来的，而是从自然中发现的，具有永恒性、普世性和至高性。他的思想到罗马伟大的法律家西塞罗(Cicero)那里就变成与理性融为一体的自然法的观念：“真正的法律乃是正确的理性，它与自然和谐一致，它散播至所有的人，且恒古不变、万世长存。它以其命令召唤人们履行义务，以其禁令约束人们为非作歹。……(这种法律)是一种永恒不变的法，无论何时何地它都有效。”

甚至在通常认为是黑暗时代的欧洲中世纪，自然法的思想仍然顽强地生存下来，且有所发展。考文认为，如果说古典的自然法观“融入更审慎的、人类权威的法令之中而施以其主要好处，而中世纪的自然法观则是一种，即自然法从外部制约和限制权威”。

不过，在中世纪的欧洲大陆，这样的自然法还仅仅停留在观念层面，而在隔海相望的英国不仅有观念，而且还发展出一套制度，这就是它的普通法(common law)。

13世纪中期，英王亨利三世(Henry III)时代有位了不起的大法官叫布雷克顿(Henry de Bracton)。在其终生都未完成的巨著《英格兰的制成法和普通法》(The Statute and Common Law of England)中，布雷克顿明确提出了“国王本人不应该受制于任何人，但他却应受制于上帝和法律，因为法律造就了国王”。因此，就让国王将法律赐予他的东西——统治和权力——再归还给法律，因为在由意志而不是由法律行使统治的地方没有国王”。他的“国王在万人之上，但却在上帝和法律之下”的名言更是广为传颂。布雷克顿甚至提出了约束国王的具体办法：“如果国王没有约束，就是说如果没有法律约束，那么法官和男爵们就应当给国王施以约束”。1215年英王约翰与他的男爵们所签署的《大宪章》无疑是这一观念的具体化。在随后的一个多世纪里，《大宪章》不仅像普通法那样可以作为诉讼的依据，而且拥有了“高级法”的特征：任何制成法如与《大宪章》相悖，则“必然是无效的”。于是，不承认君主的意志具有法律效力的观念变成一项英国普通法的准则。而且，君主也无权改变法律，更不能未经民众的同意便剥夺属于民众的东西。这样，法治的传统而非人治的选择在英国初露端倪。

但是，《大宪章》的影响在都铎王朝(1457-1603)时期明显削弱。这一时期，英国国王巧妙地把中世纪的英国议会从对付王权的基地改造为对自己有利的工具。17世纪初，因为没有继承人，都铎王朝寿终正寝，给《大宪章》的支持者以新的机会。趁着第一个斯图亚特王朝(1603-1649)权力未稳之际，《大宪章》的支持者对王权进行了反击，其中最出色的代表便是爱德华·柯克爵士(Sir Edward Coke)。

柯克爵士是英国宪政史上最出色的法官和法学家。他毕业于剑桥大学，1578年成为律师，11年后成为议员，1592年担任皇家的副检察长(solicitor general)，1606年成为高等民事法院院长(chief justice of the Court of Common Pleas)。尽管英王一再委以他王座法院大法官(chief justice of the King's Bench)和枢密院成员(the Privy Council)的重任，但丝毫改变不了他用普通法约束王权的政治理想。1620年代，柯克参与起草了《权利请愿书》，使之成为英国不成文宪法的一部份。

此外，柯克还是位勤于著述的法学家。他把自己当大法官时审理的案件编为法院《报告》(Reports)逐年发表。他生前和死后出版的四卷《英格兰法总论》(Institutes of the Laws of England)奠定了他作为英国法集大成者的地位。

政治上，柯克继承并发展了布雷克顿的法治思想。在限制王权的问题上他进一步明确提出：“除了法律与国家认可的特权外，国王没有特权。”而且，国王自己不能解释这种特权，只有法官才是权威的解释者。在《大宪章》的性质问题上，他认为《大宪章》之“大”“不是由于它的篇幅，而是由于它所包含的内容至关重要且崇高伟大，简而言之，它是整个王国所有的基本法律的源泉”。他重申，任何与它相悖的判决和法规“皆为无效”。(考文前引书第55页。柯克甚至还大胆地

提出：“如果议会的行为背离基本人权和理性，那么普通法应对这一行为进行监督控制，并宣告它无效。”见庞德(Roscoe Pound)著、唐前宏等译：《普通法的精神》，北京法律出版社，2001年，第52页。此书也是本经典性著述，1921年在美国出版，但中译本译文有欠完善。)

考文认为，柯克提出的司法审查观念、既应约束国王也应约束议会的基本法观念、法律之下的议会至上等思想深深地影响了美国制宪先贤和美国宪法。的确如此，美国革命时期的领导人，特别是有法律背景的领导人，无一不从布雷克顿和柯克的著述中获益非浅(在北美殖民地《独立宣言》这个历史性文件上签名的56位大陆会议的代表中有25人是律师，因此，美国革命也可以说是律师领导的革命)。在当时的北美殖民地，柯克的书和其他英国法律教科书卖得跟在英国一样火。尽管美国革命的领导人亨利·亚当斯(Henry Adams)和汤姆斯·杰弗逊(Thomas Jefferson)作为学生研习法律时都曾经抱怨过柯克乏味单调的文风和只言片语、缺少连贯的评点，但后来他们都承认柯克的书让他们终身受益。亚当斯称柯克是“我们青少年时代的启迪者”。杰弗逊赞扬说：在论述英国宪政和公民权利方面，没有人比柯克造诣更深。为此，在向渴望学习法律的年轻人推荐书目时，杰弗逊总是选择柯克等人的普通法著作。

不仅美国第一代领导人制宪时受英国普通法传统的影响，第二代领导人在巩固宪政方面也从其中汲取不少养分。有“伟大的首席大法官”美誉的约翰·马歇尔(John Marshall)自学法律时用的就是他父亲用过的一本威廉·布莱克斯通(Sir William Blackstone, 1723-1780)的《英国法注释》(Commentaries on the Laws of England)。(在美国革命前此书在美国已售出大约2500册左右，而当时的殖民地白人总人口不过150万上下。考文前引书第88页。据马歇尔自己讲他父亲并没有多少墨水，可见当时殖民者对法律的重视。)威廉是牛津大学法学教授，著名英国法权威。而马歇尔的同时代人、曾经在美国独立之初担任纽约州最高法院大法官、被认为是州法院系统中最了不起的大法官詹姆斯·肯特(James Kent)则回忆说：“这部著作鼓舞了我，使我产生了敬畏之情。”

对威廉和柯克的影响美国学者曾经给予很高的评价。美国一本标准的法律辞典就称：“威廉的法律理论基本上造就了殖民地居民的态度，并且在费城制宪会议上激烈地反映出来。”哈佛大学法学院院长庞德(Roscoe Pound)——在20世纪上半叶对美国法律思想产生过重大影响的法学家——则认为：正是在美国最初两代法律家的努力下，“柯克以人权和理性作为约束议会的基本原则思想在美国得以实现”。

除了普通法传统外，美国宪法另一个思想源泉无疑是英国思想家洛克的政治理论，他借用自然法的观念提出了天赋人权(natural rights)和有限政府的理论。对于洛克的影响，考文和王希都有充份的论述。值得注意的是，考文指出了洛克和柯克两人之间在观念上的联系和差别。他认为，洛克的自然法观突破了柯克就英国论英国的狭隘眼界，用普遍性的语言强调了一个普遍性的原理：“柯克努力使普通法历史上形成的程序成为约束权力、特别是英国王权的永久手段，而洛克给立法权施加的限制，更看重于保护个人权利。”此外，柯克的论述常常

有“托古改制”的味道，而洛克则直截了当进入主题。但在突出制度建设(如司法审查)方面，洛克却没有柯克的先见之明。显然，他们俩人的区别既是因为时代不同：洛克的论述出现在1688年光荣革命之后，而柯克的看法却是发表在1640年英国革命之前；也因为身份不同：洛克是位政治哲学家，看重的是理性、观念、原则和普遍性，而柯克是位法律家，强调的是经验、历史、个案和特殊性。

美国制宪先贤了不起的地方，在于他们通过妥协的方式把两位英国思想家的见解、英国普通法的传统与北美殖民地的自治及制宪经验有机结合，融会贯通，炮制出既有明确原则又有具体条款、既可以操作又富有弹性的美利坚合众国的第一部也是迄今为止唯一的一部宪法。

5 最高法院至高无上的权力是谁给的？——马伯里诉麦迪逊案(1803)

2000年的美国总统选举最后出现了最高法院大法官“选”总统的奇特局面。民主党总统候选人戈尔(Al Gore)尽管心里一百个不服气，背后又有赢得多数普选选票的民意撑腰，但表面上也不得不表示完全尊重和服从最高法院的权威，老老实实地宣布竞选失败。

是谁赋予了最高法院如此巨大的政治权力呢？

是宪法吗？不是。美国宪法只是规定了行政、立法和司法三权分立和制衡的政府格局，并没有明文赋予最高法院一槌定音的最终权威。

是选民和民意吗？当然也不是。与行政首脑(总统)和立法者(联邦参众两院议员)经选举产生不同，最高法院九位大法官是由总统提名，经参议院半数通过产生，而且终身任职(除非受到国会弹劾)，跟选民和民意根本不搭边儿。

说出来可能都没人敢信，最高法院至高无上的政治权力是最高法院大法官自己赋予自己的。1803年，最高法院首席大法官马歇尔(John Marshall)通过对马伯里诉麦迪逊(Marbury v. Madison)一案的判决，初步确立了联邦最高法院在美国政治生活中至高无上、一锤定音的权威。

5.1 党派斗争法官星夜任命

威廉·马伯里(William Marbury)是美国首都华盛顿特区乔治城(Washington Georgetown)一位41岁的富商；詹姆斯·麦迪逊(James Madison)是美国的开国元勋，当时任美国政府国务卿。富商马伯里究竟有何政治背景？他为什么要起诉国务卿麦迪逊呢？说起来，这桩影响极为深远的诉讼大案与当时美国政坛中的党派斗争有直接关系。

经过六年的反英独立战争，美国终于在1783年赢得了独立。美国人虽然赶走了殖民地的英国军队和总督，但却继承和发扬了英国法治传统的合理部份。1787年9月，经联邦制宪会议制定通过，人类历史上第一部成文宪法

在美国费城(Philadelphia)诞生。但是，美利坚合众国的正式建立却是在联邦宪法被各州批准之后。(美国宪法于1787年9月17日由联邦制宪会议表决通过。1788年6月21日New Hampshire批准宪法之后，宪法已被四分之三州[九个州]批准，但实际上，当维吉尼亚和纽约两个重要的大州于1788年6月25日和1788年7月26日批准宪法之后，联邦宪法才算被正式批准。1789年3月4日联邦政府宣告成立，宪法正式生效。联邦成立之后，南卡罗林那于1789年11月21日批准宪法，Rhode Island于1790年5月29日批准宪法。)。1789年3月4日，联邦政府正式宣告成立。独立战争时期的大陆军总司令乔治·华盛顿(George Washington)将军于当年4月6日被推选为第一任美国总统。

在历届美国总统之中，华盛顿是唯一一位“无党派人士”。政党制度现在已成为美国宪政体制中的一个重要组成部份，但作为国家根本大法的美国宪法及其修正案并无只言片语提及政党制度。当时大多数的制宪先贤都认为，政党实质上就是结党营私、恶性竞争的代名词。华盛顿在任期间，内阁中国务卿托马斯·杰弗逊(Thomas Jefferson)和财政部长亚利山大·汉米尔顿(Alexander Hamilton)两人政见相左，逐渐形成了勾心斗角的两个派系。华盛顿对此深恶痛绝。当了两届总统之后，华盛顿谢绝政界人士和国民的再三挽留，放弃了唾手可得的终身总统宝座，告老还乡。1796年离任时，华盛顿发表了著名的《告别词》，他语重心长地警告国民：“党派终将成为狡猾奸诈、野心勃勃、毫无原则的人颠覆人民权力的政治工具。”

警告归警告，现实归现实。德高望重的老总统回老家种地后，美国政坛中的两大政党终于正式形成。拥护汉米尔顿的一派正式组成了联邦党(Federalist party)，拥护杰弗逊的一派自称为民主共和党(Democratic-republican party，该党是1828年成立的美国民主党的前身，与1854年成立的美国共和党没有关系)。大体而言，联邦党人主张加强联邦政府的权力，反对激进的法国大革命；而民主共和党人则主张维护各州的自主地位，对外同情法国大革命。

美国宪法虽然将联邦权限明文列举于宪法，将未列举的权力归属于各州，但是，由于这部宪法相当简练，解释的弹性很大，因此，谁拥有对宪法的解释权，谁就可以在政治斗争中处于有利的地位。

18世纪末19世纪初，美国的政党制度和选举政治还很不成熟，总统和副总统混在一起选举，获得选举人票最多者成为总统，其次为副总统。于是，继华盛顿之后，开国元勋、联邦党人约翰·亚当斯(John Adams)当选为第二任美国总统，而民主共和党人托马斯·杰弗逊则成为他的副总统。在其第一届任期即将期满的1800年7月，亚当斯任命年仅45岁的联邦党人约翰·马歇尔(John Marshall)出任国务卿，他自己则集中精力投入竞选，争取连任总统。

马歇尔来自南方的维吉尼亚州，与杰弗逊、詹姆斯等民主共和党人有同乡之谊，并成长于大致相同的人文环境和传统之中，接受类似的古典教育，同属于当地的绅士阶层，一起投身于反英独立战争。但是，他们虽然志同，道却不合。作为维吉尼亚最成功的律师之一，马歇尔怀疑平民政治，认为杰弗逊过于执着各州的权力。马歇尔既不是詹姆斯那样知识渊博、思想深刻的制宪领袖，也不是杰弗

逊那样才华横溢、百科全书式的全才，但他经历广泛，政治经验丰富，思维敏锐，洞察力极强，尤其擅长从复杂的案情中迅速抓住问题的要害。

与华盛顿、杰弗逊、詹姆斯、亚当斯等开国元勋和制宪先贤不同，约翰·马歇尔属于美国的“第二代领导人”。独立战争期间，年轻的马歇尔曾在华盛顿指挥的大陆军中担任军衔为上尉的副军法官(deputy judge advocate)。战争初期，马歇尔目睹了大陆军中各邦民兵建制庞杂、各行其是、缺枪短粮、指挥混乱、溃不成军的困难局面，他深深地体会到建立一个强大而统一的联邦权威对于美国未来的强大和发展具有至关重要的意义。20余年后，马歇尔出任联邦最高法院首席大法官，极力维护联邦至上的宪政原则，显然与他当年的军旅经历有直接关系。(马歇尔曾回忆说：“我作为一个维吉尼亚人参加独立革命，闹完革命变成了一个美国人”。)独立战争后，马歇尔先后干过执业律师以及州议员、联邦外交特使、联邦众议员等职务，在法律事务以及政府行政和立法部门积累了非常而全面的经验，这是他后来能够成为一位伟大的大法官的重要因素。

1800年美国总统选举是美国宪政史上极其重要的一页，其历史意义和深远影响远远超过了二百年之后戈尔与布什之间的选举大战。在这次总统选举中，由于联邦党人内讧突起，亚当斯总统败给了民主共和党候选人杰弗逊。在同时举行的国会选举中联邦党也是一败涂地。这样，联邦党不但失去了总统的宝座，同时也失去了国会的控制权。在此背景下，美国的宪政体制第一次面临着严峻的考验：国家最高权力能否根据宪法程序以非暴力的形式在不同党派之间和平交接，关系到新生的美利坚合众国的生死存亡。还好，大权在握的联邦党人以国家利益为重，没有舞刀弄枪、拒绝交权，而是采取了“合法斗争”的手段。他们利用宪法赋予总统的任命联邦法官的权力，极力争取控制不受选举直接影响的联邦司法部门，借以维持联邦党人在美国政治生活中的地位和影响，以求卷土重来。

1801年1月20日，亚当斯总统任命国务卿约翰·马歇尔出任最高法院首席大法官。参议院批准后，马歇尔于2月4日正式到职赴任，但他仍然代理国务卿职务，只是不领国务卿的薪俸。这种状况一直持续到1801年3月3日亚当斯总统任期届满为止。接着，趁新总统上台和新国会召开之前，国会中的联邦党人于1801年2月13日通过了《1801年司法条例》("the Judiciary act of 1801")，该条例将最高法院大法官的法定人数从六名减为五名，以防止出现判决僵持的局面。但实际上，由于这项规定将从任何一位现职大法官退休或病故后才开始正式生效，所以其目的之一显然是想减少杰弗逊总统提名民主共和党人出任大法官的机会。同时，它还将联邦巡回法院由根据《1789年司法条例》("the Judiciary act of 1789")规定的三个增至六个，由此增加了16个联邦巡回法官的职位。这样，即将下台的“跛鸭总统”亚当斯在卸任之前可以借机安排更多的联邦党人进入联邦司法部门。两个星期之后，联邦党人控制的国会又通过了《哥伦比亚特区组织法》("the Organic act for the district of Columbia")，正式建立首都华盛顿特区市，并授权亚当斯总统任命特区内42名治安法官(Justice of the peace)，任期5年。1801年3月2日，亚当斯总统提名清一色的联邦党人出任治安法官，威廉·马伯里身列任命名单之中。第二天，即亚当斯总统卸任的当天(1801年3月3日)夜

里，即将换届的参议院匆匆忙忙地批准了对42位治安法官的任命。后人把这批法官挖苦为午夜法官(midnight judges)。

5.2 官运受阻马伯里告上法院

按照规定，所有治安法官的委任状应由总统签署、国务院盖印之后送出才能正式生效。当时正是新旧总统交接之际，约翰·马歇尔一面要向新国务卿交接，一面又要准备以首席大法官的身份主持新总统的宣誓就职仪式，忙得一塌糊涂、晕头转向，结果因疏忽和忙乱，竟然还有十七份委任令在马歇尔卸任之前没能及时发送出去(马歇尔在给其弟的信中承认：“我担心种种责怪将会归咎于我”，“由于极度忙乱和瓦格纳先生[马歇尔在国务院的助手]不在”致使已经签字和盖章的法官委任状未能及时送出)，而马伯里恰好身列这拨倒霉蛋之中。

对于联邦党人在权力交接前夜大搞以党划线、“突击提干”的损招儿，新上任的民主共和党总统杰弗逊早已深感不满。当听说有一些联邦党人法官委任状滞留在国务院之后，他立刻命令新任国务卿詹姆斯·麦迪逊扣押了这批委任状，并示意麦迪逊将它们“如同办公室的废纸、垃圾一样处理掉”。

接着，针对联邦党人国会在换届前夜的立法，民主共和党人控制的新国会针锋相对，以牙还牙，于1802年3月8日通过了《1802年司法条例》(judiciary act of 1802)，废除了《1801年司法条例》中增设联邦巡回法院的规定，砸了16位新任联邦法官的饭碗。

不过，新国会并没有撤销任命42名治安法官的《哥伦比亚特区组织法》。为了防止联邦党人控制的最高法院挑战新国会通过的法案，国会采取重新安排最高法院开庭日期的办法，改一年两次开庭为一次开庭，使最高法院从1801年12月到1803年2月期间暂时关闭，时间长达14个月之久。当最高法院再次开庭时，已经是1803年2月了。

马伯里虽然家财万贯，但对治安法官这个七品芝麻官却情有独钟，就这样不明不白地丢失了法官职位，他觉得实在是太冤，非要讨个说法不可。于是，马伯里拉上另外三位同病相怜的难兄难弟，聘请曾任亚当斯总统内阁总检察长(attorney general)。总检察长现在一般译为司法部长。这个职位虽然是1789年建立的，但当时只是一个非全职的内阁职位，直到威廉·怀特任职期间才成为全职位置——即使这样他仍然是光杆儿司令一个，因为司法部[Justice department]要到1870年才建立，只有到这时才可以称司法部长)的查尔斯·李(Charles Lee)为律师，一张状纸把国务卿麦迪逊告到了最高法院。他们要求最高法院下达执行令(原文为拉丁文writ of mandamus，也译训令状，在英美普通法中指有管辖权的法官对下级法院、政府官员、机构、法人或个人下达的要求其履行法定职责行为的命令)，命令麦迪逊按法律程序交出委任状，以自己能便走马上任。控方律师起诉的根据源自《1789年司法条例》(the judiciary act of 1789)第13款d条中的规定：联邦最高法院在法律原则和惯例保证的案件中，有权向任何在合众国的权威下被任命的法庭或公职官员(persons holding office)下达

执行令状。

麦迪逊一看对手来头不小，便来了个兵来将挡、旗鼓相当，请杰弗逊总统内阁总检察长莱维·林肯(Levi Lincoln)出任自己的辩护律师。这位林肯先生真不愧是现职总检察长，办案派头十足，接了案子以后竟然连法院都懒得去，只是写了一份书面争辩递交最高法院，声称马伯里诉麦迪逊(Marbury v. Madison)案是一个涉及党派权力斗争的政治问题，跟法律压根儿就不沾边，最高法院管不着这种根本就扯不清楚的党派斗争。

接到控方律师的起诉状和辩方律师寄来的书面争辩后，马歇尔大法官以最高法院的名义致函国务卿麦迪逊，要求他解释扣押委任状的原因。谁料想，麦迪逊对马歇尔的信函根本就不予理睬。在当时的法律和历史环境下，麦迪逊这种目中无人、无法无天的行为是件稀松平常的事，因为联邦最高法院当时实在是一个缺乏权威的司法机构。制宪先贤汉密尔顿(Alexander Hamilton)曾评论说：“司法部门既无军权，又无财权，不能支配社会力量与财富，不能采取任何主动行动”，是“分立的三权中最弱的一个”。1789年生效的美国宪法虽然规定了行政、立法、司法三权分立和制衡的格局，但这部宪法以及后来增添的宪法修正案，对于宪法最终解释权的归属问题从未做出任何明确规定。这部宪法没有赋予最高法院向最高行政当局和国家立法机构指手划脚、发号施令的特权，更别提强令总统、国务卿以及国会服从最高法院的判决了。

从宪政理论角度看，按照欧洲思想家洛克(John Locke)、孟德斯鸠(Charles Louis de Secondat Moutedquieu)、卢梭关于限权政府、分权制衡、主权在民的宪法和制度设计原则，行政权、立法权和司法权的职能和权限应当严格区分，相互独立，彼此之间“井水不犯河水”。另外，在分立的三权之中，如果一定要判定哪一权处于更优越的地位，那显然应是拥有民意基础的立法权，无论如何也轮不到非民选的司法部门占据至高无上、一锤定音的权威地位。

这样，马伯里诉麦迪逊一案实际上使马歇尔大法官陷入了一种左右为难、必输无疑的两难困境。他当然可以正式签发一项执行令，命令麦迪逊按照法律程序发出委任状。但麦迪逊有总统兼美军总司令杰弗逊撑腰，他完全可能对最高法院下达的执行令置若罔闻。既无钱又无剑的最高法院若向麦迪逊国务卿强行发号施令却又被置之不理，只会让世人笑掉大牙，进一步削弱最高法院的司法权威。可是，如果马歇尔拒绝马伯里合理的诉讼要求，那就等于主动认输，承认最高法院缺乏权威，无法挑战行政部门高官目无法纪的举动，不仅愧对同一阵营中的联邦党人战友，而且使最高法院颜面扫地。

审，还是不审，成为一个令马歇尔极为头疼的大难题。经过半个多月的苦思冥想，他终于琢磨出了一个两全其美的绝妙判决，令后人拍案称奇，赞不绝口。马歇尔的判决既表现出司法部门的独有权威，又避免与行政当局和国会迎头相撞、直接冲突，为确立司法审查(Judicial review)这个分权与制衡体制中的重要权力奠定了基石。

5.3 巧脱困境绝妙判决令人称奇

1803年2月24日，最高法官以5比0的票数(William Cushing大法官因病未参加投票)对马伯里诉麦迪逊案作出裁决。首席大法官马歇尔主持宣布了法院判决书。

马歇尔在判决中首先提出了三个问题：第一，申诉人马伯里是否有权利得到他所要求的委任状？第二，如果申诉人有这个权利，而且这一权利受到侵犯时，政府是否应该为他提供法律救济？第三，如果政府应该为申诉人提供法律救济，是否是该由最高法院来下达执行令，要求国务卿麦迪逊将委任状派发给马伯里？

对于第一个问题，马歇尔指出：“本院认为，委任状一经总统签署，任命即为作出；一经国务卿加盖合众国国玺，委任状即为完成”。“既然马伯里先生的委任状已由总统签署，并且由国务卿加盖了国玺，那么，他就已经被任命了；因为创设该职位的法律赋予该官员任职5年，不受行政机关干预的权利，所以，这项任命是不可撤销的，而且赋予该官员各项法律上的权利，受到国家法律的保护”。马歇尔的结论是：“拒发他的委任状，在本法院看来不是法律所授权的行为，而是侵犯了所赋予的法律权利”。所以，马伯里案是一个法律问题，不是政治问题。

对于第二个问题，马歇尔的回答也是肯定的。他论证说：“每一个人受到侵害时都有权要求法律的保护，政府的一个首要责任就是提供这种保护。合众国政府被宣称为法治政府，而非人治政府。如果它的法律对于侵犯所赋予的法律权利不提供救济，它当然就不值得这个高尚的称号。”马歇尔甚至上纲上线说：“如果要除去我们国家法律制度的这个耻辱，就必须从本案的特殊性上做起”。

那么，按照这个思路和逻辑继续推论下去的话，在回答第三个问题时马歇尔似乎理所当然地就该宣布应由最高法院向国务卿麦迪逊下达强制执行令，让马伯里官复原职、走马上任。可是，马歇尔在此突然一转，他引证宪法第3条第2款说：“涉及大使、其他使节和领事以及以州为一方当事人的一切案件，最高法院具有原始管辖权(original jurisdiction)。对上述以外的所有其他案件，最高法院具有上诉管辖权。”

如果把马歇尔的上述引证换成一句通俗易懂、直截了当的大白话，那就是说，马伯里诉麦迪逊案的当事人既非外国使节，也不是州政府的代表，所以最高法院对这类小民告官府的案子没有初审权。马伯里告状告错地儿了。按照宪法规定的管辖权限，马伯里应当去联邦地方法院去控告麦迪逊。如果此案最终从地方法院逐级上诉到最高法院，那时最高法院才有权开庭审理。

可是，富商马伯里高薪聘请的律师、前任联邦总检察长查尔斯·李并非不懂诉讼程序的外行，他之所以一开始就把马伯里的起诉状直接递到了联邦最高法院，依据的是国会1789年9月通过的《1789年司法条例》第13款。

针对这个问题，马歇尔解释说：《1789年司法条例》第13款是与宪法相互冲突的，因为它在规定最高法院有权向政府官员发出执行令时，实际上是扩大了宪法明文规定的最高法院司法管辖权限。如果最高法院执行《1789年司法条例》第13款，那就等于公开承认国会可以任意扩大宪法明确授予最高法院的权力。

马歇尔认为，此案的关键性问题在于“是由宪法控制任何与其不符的立法，还是立法机构可以通过一项寻常法律来改变宪法。在这两种选择之间没有中间道路。宪法或者是至高无上、不能被普通方式改变的法律，或者它与普通法律处于同一水准，可以当立法机构高兴时被改变。如果是前者，那么与宪法相互冲突的立法法案就不是法律；如果是后者，那么成文宪法就成为人们的荒谬企图，被用来限制一种本质上不可限制的权力。”话说到此，宪法的神圣性已呼之欲出。

接着，马歇尔趁热打铁抛出了最后的杀手锏。他斩钉截铁地指出：“宪法构成国家的根本法和最高的法律”，“违反宪法的法律是无效的”，“断定什么是法律显然是司法部门的职权和责任”。如果法官不承担起维护宪法的责任，就违背了立法机构所规定的就职宣誓，“规定或从事这种宣誓也同样成为犯罪。”

据此，马歇尔正式宣布：《1789年司法条例》第13款因违宪而被取消。这是美国最高法院历史上第一次宣布联邦法律违宪。

5.4 制度创新司法审查原则草创

马伯里一看当个治安法官竟然这么费劲儿，连总统签了字、国务院盖了戳儿的委任状都成了白条，

若要从基层法院一级一级地上诉到最高法院，还不知要等到猴年马月。灰心丧气之余，他只好撤回了起诉。此公后来当上了一家大银行的总裁，比当治安法官实惠多了。

从表面上看，联邦党人马伯里没当成法官，麦迪逊国务卿也没送出扣押的法官委任令，马歇尔似乎输了这个官司。但实际上，马歇尔是此案真正的大赢家。

首先，马歇尔通过此案向国家立法机构国会宣布：不仅宪法高于一切法律，而且判定法律本身是否符合宪法这个至关重要的权力也与立法部门无关。换句话说，立法机构不得随意立法，只有最高法院才是一切与法律有关问题的最终仲裁者。

其次，马歇尔通过此案向国家最高行政部门宣布：宪法的最终解释权属于司法部门。因此，司法部门有权判定行政当局的行为和行政命令是否违宪，有权对行政当局的违宪行为和命令予以制裁。这样，虽然宪法规定任何法律都应由国会和总统决定和通过，但最高法院拥有解释法律的最终权力，有权判定法律是否违宪。而最高法院的裁决一经做出即成为终审裁决和宪法惯例，政府各部门和各州必须遵守。所以，最高法院不仅拥有了司法审查权，而且在某种意义上拥有了“最终立法权”。美国学者梅森(Alpheus T. Mason)认为，与英国王权相比，美国最高法院不仅仅是权威的象征，而且手握实权，“它能使国会、总统、州长以及立法者俯首就范”。

马歇尔的高明之处在于，从表面上看他的做法天衣无缝，因为宣布《1789年司法条例》第13款因违宪而被取消的做法是对最高法院自身权限的限制，所以国会找不出任何借口与最高法院对抗，也没有任何理由弹劾最高法院大法官。另外，马歇尔虽然宣布司法部门有权判定行政当局的行为是否违宪，但他并没有向

麦迪逊国务卿发出执行令，只是建议马伯里去下级法院控告麦迪逊。这样，行政当局同样找不出任何借口与最高法院过不去，也根本无法挑战马歇尔大法官的裁决。实际上，杰弗逊等民主共和党人已经有所准备，即便是最高法院下了执行令他们也不会执行。但道高一尺，魔高一丈，马歇尔来了一个明修栈道，暗度陈仓，在为马伯里正名争气的同时，避开了民主共和党人所设的陷阱，把判决转向法律与宪法孰重孰轻这一根本性问题。

美国的法律体系是成文法与案例法的结合，既然立法和行政部门无法推翻最高法院对马伯里案的判决，那么，按照英美普通法系遵循先例(stare decisis)的原则，此判决将作为宪法惯例被后人永远引用。据统计，在最高法院以后的判决中，马伯里案高踞被引用的案例之首，达数百次之多。

根据这一经典案例逐渐确立的联邦法院司法审查权包括相当丰富的内容：第一，联邦法院是联邦立法和行政部门立法和行为合宪性的最终裁定者；第二，联邦法院是州立法机关和行政部门立法和行为合宪性的最终裁定者；第三，联邦法院，特别是联邦最高法院，有权审查州法院的刑事与民事程序法规，以确定这些程序法规是否符合联邦宪法的要求。

通过对马伯里案的裁决，马歇尔一方面加强了联邦司法部门与其他两个政府部门相抗衡的地位，使司法部门开始与立法和行政两部门鼎足而立，另一方面增强了联邦最高法院作为一个政府机构的威望与声誉，使最高法院成为宪法的最终解释者。可以说，这是美国政治制度史和人类政治制度史上的一个伟大的里程碑。一百多年之后，美国最高法院大法官卡多佐(Benjamin N. Cardozo)赞叹道：“马歇尔在美国宪法上深深地烙下了他的思想印记。我们的宪法性法律之所以具有今天的形式，就是因为马歇尔在它尚有弹性和可塑性之时以自己强烈的信念之烈焰锻炼了它。”马歇尔传记的作者史密斯(Jean E. Smith)赞扬说：“如果说乔治·华盛顿创建了美国，约翰·马歇尔则确定了美国的制度。”

但是，历史进程并不是涅瓦河大街，制度创新也不是一夜之间完成的。马伯里诉麦迪逊案收场后，杰弗逊总统极为恼火。在杰弗逊看来，行政、立法与司法部门之间应当是一种三权分立、平起平坐的关系，凭啥司法部门要凭借司法审查权高人一等呢？杰弗逊认为：“宪法没有赋予法官替执法部门决策的权力，就像执法部门无权为法官作决定一样。在各自负责的领域，两个机构彼此平等独立”。“宪法欲使政府各协作部门之间相互制衡。但是，如果授权法官决定法律是否违反宪法，使法官不仅在司法部门的地盘自行其是，而且还在立法和执法部门的行动范围独断专行，那将使司法部门成为一个专制暴虐的机构”。

杰弗逊总统的担忧在很大程度上是基于政治现实的考虑。如果联邦党人控制下的最高法院一而再、再而三地利用司法审查权推翻民主共和党国会制定通过的重要法律，那么，美国的分权制衡体制就会因党派斗争而陷入瘫痪。即使国会能够启动宪法程序弹劾最高法院大法官，但结果将是彻底削弱最高法院的政治地位和司法权威。无论发生何种情况，一场宪法危机似乎已在劫难逃。

然而，政治的奥秘在于妥协。尽管杰弗逊总统忧心忡忡，但出乎意外的是，在马歇尔大法官领导之下，联邦最高法院自我约束，见好就收，并没有单纯从

党派利益出发利用司法审查权与杰弗逊总统和民主共和党人死拼硬抗，频繁地否决新国会的立法，使最高法院成为“专制暴虐的机构”。1803年3月2日，即马伯里案结束六天之后，在审理Stuart v. Laird案时，联邦党人控制下的最高法院妥协退让，承认了《1802年司法条例》的合宪性。更为重要的是，在马伯里案之后的30余年中，马歇尔法院再也没动用过司法审查权。而杰弗逊在8年任期内也表现出大局为重和超越党派分歧的宪政精神，保留了联邦党人在加强联邦权威方面的主要建树。

一些美国宪法学者认为，马歇尔对马伯里案的绝妙判决实际上只是当时党派斗争的产物，它在当年并未产生任何实际法律效力，其作用只是为司法机构今后审查国会立法的合宪性奠定了基础。此外，这个判决也有一个非常明显的自相矛盾之处，因为马歇尔断案的法律根据是最高法院对此案没有初审权，既然如此，他根本就不应做出任何判决，而是应当依法把案子打回到有管辖权的联邦地方法院。可是，马歇尔大法官并没有这样做，他一方面根据《1789年司法条例》第13款接受此案，另一方面又以它与宪法冲突为由宣布它违宪。不过，马歇尔似乎可以辩解说他接受此案时并不知道无权审理，无权审理只是后来在审理过程中获得的一个新认识。还有，马歇尔是这个案子缘起的当事人之一，理应回避，但他却没有这样做。(美国在立宪建国之初法律法规很不完善，比如，1801年2月4日至1801年3月3日期间，马歇尔作为地位仅次于总统、副总统的第三号行政首脑却兼任联邦最高法院首席大法官，显然违反了分权制衡原则。相比之下，在马伯里案中马歇尔身为当事人却没回避，只不过是小事一桩。)这个在很大程度上是出于党派斗争需要的司法判决，后来却成为美国宪政历程的里程碑，这不能不说是一个历史的嘲讽。不过，人类历史有太多这样的例子，不光彩的动机成就了伟大的事业。

1789年生效的美国宪法一直被后人誉为人类政治制度设计的伟大典范，恩泽绵远，千古流芳。其实这种评价好像有点儿过高了。原因在于，在宪法最终解释权问题上，实际上就是在涉及三权分立与制衡这个具有美国特色的国家宪政制度，以及究竟是权大还是法大这一宪政法治的基本原则问题上，1789年宪法并无开创性建树。由于历史的局限，这部宪法没有明确规定最高法院拥有司法审查权，结果使司法在三权中处于最弱的一方，使三权分立与制衡制度形同虚设。按照这种宪法设计，缺乏权威的联邦最高法院实际上可有可无，比如在马伯里案中，国务卿麦迪逊对最高法院让他解释扣押任命公文原因的信函干脆就懒得搭理。

但话又说回来，在美国宪法的条款中实际上可以引申出最高法院拥有宪法解释权的原则，在美国宪法之父的理论探索中也有关于最高法院应当拥有司法审查权的论述。美国宪法第3条第2款规定，最高法院的权限之一是受理涉及宪法和联邦法律的纠纷。既然是涉及宪法的纠纷，最高法院在裁定时显然要阐明它对宪法的解释。在《联邦党人文集》第78篇，制宪先贤汉密尔顿精辟地指出：“解释法律乃是法院的正当与特有的职责，而宪法事实上是亦应被法官看作是根本大法，所以对于宪法以及立法机关制定的任何法律的解释权应属于法院。如果二者

之间出现不可调和的分歧，自以效力及作用较大之法为准，亦即：宪法与法律相较，以宪法为准。”在汉密尔顿看来，立法机关必须受到一定的限制和约束，“此类限制须通过法院执行，因而法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。”所以，马歇尔的判决绝非无源之水、空穴来风，而是有相当坚实的根据。

但是，马歇尔在判决书中，对于为什么非民选的最高法院却有权力宣布代表人民的国会所制定的法律违宪这个重要问题并未从宪法理论上给予令人信服的解释。然而，制度创新的基础并非尽善尽美的宪政理论或立法。在英美普通法系中，法规或制度的演变和创新主要是基于司法实践以及司法经验和惯例的积累和发展。议会立法形成的法律只是法律的一部份，大量的法律是由法院的判例构成。实际上，在立法过程中，普通法系国家的法院和法官在事实上早已占据和扮演了极为重要的地位和角色。这种制定和解释法律的习惯和传统，对美国司法审查制度的形成和发展具有重要意义。

应当指出的是，美国在殖民地时期和独立初期受英国枢密院审查北美殖民地立法的司法判例的影响，州一级的法院已出现了一些类似司法审查制度的判例。1786年Rhode Island的Trvett v. Meeden案，就是其中最著名的一个案例。此案的基本情况为，Rhode Island州议会立法规定纸币为合法货币，但州最高法院法官认为该法案“不得人心并违反州宪法”(repugnant and unconstitutional)，使其最终失去了法律效力。

由于英国普通法传统对北美殖民地的深厚影响，由于宪法之父的杰出思想，以及当时和后来的美国政治家们对政治规则的尊重以及善于妥协让步的特点，加上马歇尔大法官在司法实践中超乎寻常的智慧和努力，在宪政法治的历史进程中，美国最高法院逐渐成为分权制衡体制中举足轻重的关键角色，使美国政治制度真正具有了三权分立、相互制衡的特点，使司法审查制度成为美国宪政体制有别于英、法等西方民主国家政治制度的一个重要特点，而且成为美国宪政法治的基石。

二百年后的今天，在美国最高法院的院史博物馆中，唯有马歇尔大法官一人享有全身铜像的特殊待遇。在九位大法官专用餐厅的墙壁上，则并列悬挂着马伯里和麦迪逊二人的画像，仿佛是在提醒每一位大法官：一汤一饭当思来之不易。

若不是当年马歇尔大法官在马伯里诉麦迪逊一案中令人称奇的绝妙判决，恐怕就不会有今天最高法院至高无上的权威，戈尔和布什各自的拥护者没准儿已在白宫前面真刀真枪地开打了。

6 引发美国内战的司法判决——斯科特诉桑弗特案(1857)

美国女作家斯托夫人(Harriet E. Beecher Stowe)1851年出版的名著《汤姆叔叔的小屋》(Uncle Tom's Cabin，清末大翻译家林纾把此书意译为《黑奴吁天

录》，出版后风靡一时)描述了美国南方黑奴的苦难，揭露了南方奴隶制的野蛮，激发了美国北方废除奴隶制的强大呼声。林肯(Abraham Lincoln)总统称斯托夫人“酿成一场大战的小妇人”。

但实际上，酿成一场大战的并非这位小妇人，而是1857年斯科特诉桑弗特(Scott v. Sandford, 1857)这个司法大案。在该案中，美国最高法院裁决黑奴不是美国公民，并以违宪为由废除了旨在限制奴隶制扩张的1820年《密苏里妥协案》。这个判决不仅从宪法高度维护了奴隶制，而且激化了本来已尖锐对立的南北争执，堵塞了以妥协手段解决南方奴隶制问题的道路，对南北战争的爆发起到了推波助澜的恶劣作用。斯科特案不仅被美国学者列为美国宪政史上最糟糕的判例，而且被认为是引发南北战争的一个重要的原因。

那么，被尊为镇国之柱的美国最高法院为何会做出这种在今天看来是荒谬绝伦的司法判决呢？被誉为社会良心和公平正义化身的最高法院大法官为何会容忍和保护像奴隶制这样不可思议的邪恶呢？这一切都要从美国宪法中有关奴隶和奴隶制的条款谈起。

6.1 美国宪法暗藏杀机

1789年生效的美国宪法是人类历史上第一部成文宪法，后人不无夸张地赞扬它是“上帝作坊的神来之笔”和“人类大脑所能做出的最佳政治设计”。但是，承认奴隶制却是这部宪法的一个致命硬伤。

有人可能会说：有没有搞错了啊？如果把1789年宪法从头到尾细读三遍，里面连一个“奴隶”或“奴隶制”这样的字眼儿都找不到，凭啥说这部伟大的法律文献承认奴隶制呢？

一点儿不错，在这部宪法中的确找不到“奴隶”或“奴隶制”这样的词汇，那是因为制宪者使用了诸如“劳役或劳动之当事人”、“所有其它人口”这类曲笔。(美国宪法有多种中译本，本文涉及美国宪法条款的引文采用李道揆教授的译文。见李道揆著：《美国政府和美国政治》，北京中国社会科学出版社，1990，附录：《美利坚合众国宪法》，第760、第751—752页。)由此看来，制宪者也不认为奴隶制是什么值得公开夸耀的好东西。

在北美大陆，奴隶制的存在和发展比美国立宪建国的历史要早得多，说它根深蒂固、势力强大恐怕一点儿也不夸张。在资本主义起家的原始积累年代，殖民主义、种族主义和资本主义密不可分。对自由、土地和财富的追求，是欧洲移民远涉重洋来到新大陆的主要动机。北美殖民地南部地区气候温暖，土地肥沃，河流流速缓慢，适于大面积灌溉农田，尤其适合种植棉花和烟草。为了追求规模经济效益，南方一些富有的种植园主建立了很多规模巨大的庄园，并大量使用从非洲进口的黑奴充当廉价劳动力，形成了阶级压迫与种族奴役融为一体的新南方奴隶制。

北美新大陆荒无人烟，原野广袤，土地田产并不稀罕，很多普通南方移民拥有的田产已超过了欧洲旧大陆的财主乡绅。他们急需的是劳动力资源。所以，在

南方，移民要靠种田发财致富，就必须拥有一定数量的廉价劳动力，否则田产置得再多也是白搭。这样，不仅那些富甲一方的种植园主，而且包括那些含辛茹苦、略有积蓄的普通南方移民，虽然嘴上念叨着公正仁慈的上帝，但却无法拒绝奴隶劳动带来的巨大利益的诱惑，大量投资金钱购买黑奴。

与来源短缺、逃亡较多的白人契约奴相比，从非洲大批进口的黑奴身体强壮，习惯南方炎热气候，熟悉简单农业劳动，人口繁殖率高。而且，他们人生地不熟，语言不通，难以逃亡。从黑奴的文化背景看，当时非洲大陆部落战争频繁，战败一方沦为胜者的奴隶理所当然，加上欧洲殖民者在非洲煽风点火、挑拨战乱，使猎奴战祸连绵不绝，野蛮的奴隶贸易昌盛一时，成为当时非洲和美洲之间一项最主要的买卖。

在南方奴隶制形成的同时，反对奴隶制的呼声也随之在北美大地响起。早期来到新大陆北部蛮荒之地的移民中有很多人是逃避专制迫害的清教徒，这些追求自由和正义的白人“政治移民”深受宗教和人性原则影响，从一开始就激烈地反对和排斥奴隶制。此外，北方气候寒冷，土地贫瘠，地理和经济条件不易实行奴隶制，所以奴隶制在北方未能盛行，而是形成了以城镇工商业和小农业为主的经济结构。

在独立战争和立宪建国初期，财大气粗的南方种植园主为打天下立下了汗马功劳。开国元勋华盛顿将军就拥有大量黑奴。在殖民地革命的危难之秋，他毅然出任大陆军总司令要职，拒绝领取任何薪俸报酬，无偿地为自由和独立而战。华盛顿麾下很多著名的将领也来自强悍尚武的南方蓄奴州。因此，在建国后的最早五位美国总统中，有四位来自南方蓄奴州弗吉尼亚州，故有“弗吉尼亚王朝”的戏言。由总统任命的最高法院大法官自然也以来自蓄奴州的人选占据多数。据统计，在出席1787年费城制宪会议的55位立宪代表中，有9人是种植园主，有15人是奴隶主，有14人曾任法官，有一半的人是律师，他们对于从宪法高度维护私有财产极为重视。依照当时很多州的法律，奴隶是殖民地居民财产的一部份，而财产是不能被政府任意剥夺的。说白了吧，一帮有钱有势的富人聚在一起吵吵闹闹制定出的一部国家根本大法，一个重要目的就是维护富人的私有财产，他们岂能自挖墙基？

想当年，北美新大陆殖民者奋起反抗专制暴政，在《独立宣言》中喊出了“人生而平等”的口号，但与此同时，包括华盛顿和杰弗逊在内的革命领袖、立宪先贤以及相当多的一部份殖民者却奴役大批黑奴，并且在宪法中对奴隶制予以正式承认和保护，这岂不是一个极大的矛盾吗？

说来话长。西方的人权理论和民主制度固然源远流长，但几千年来，人权和民主基本上只是少数贵族和富人享用的奢侈品，穷人、奴隶、妇女从未被包括在内。欧洲旧大陆第三等级资产阶级先富起来之后喊出了“自由、平等、博爱”的口号，北美新大陆殖民者在反抗专制的斗争中举起了“天赋人权”的旗帜。但是，根深蒂固的种族偏见和对财富的强烈贪欲并不是任何正义的口号和善良的愿望所能轻易改变的。美国史学名家霍夫斯塔特(Richard Hofstadter)认为：“私有财产权神圣，个人处置和投资财产的权利，以及在宽广的法律范围内个人的自利与自

主(self-interest and self-assertion)，自然地演化为一个有益的社会秩序，一直是美国政治理念的主要原则”，与此同时，“美国的传统也强烈地偏好平等主义式的民主，但是，这种民主却是贪欲的民主，而不是博爱的民主”。

1776年杰弗逊起草《独立宣言》第一稿时，曾把支持奴隶贸易、将奴隶制强加于北美殖民地列为英王的罪状之一，但因南方州奴隶主的反对而被迫删除。在费城制宪会议期间，北方州反对奴隶制的立宪代表深知，当前面临的严峻任务是建立一个既有足够的权威维护各州共同利益，同时又不损害各州主权和公民权利的联邦政府，而不是废除奴隶制。所以，北方州做出妥协，承认了“一国两制”的局面，换取南方蓄奴州对立宪的支持。同时南方州也做出了一定的让步。

1789年宪法中直接涉及到奴隶或奴隶制的条款有5条，间接涉及的条款则有十余项之多，其中最重要的条款有3项，即“五分之三条款”、“奴隶贸易条款”和“逃奴条款”。

宪法第1条第2款第3项规定：当按照各州人口比例分配国会众议院的席位和联邦直接税时，一个黑奴等于五分之三的白人“自由民”。既然黑奴是奴隶主的财产，既无人权又无选举权，那为何在决定国会席位时又被称为是“五分之三”的人呢？这种荒谬绝伦的宪法岂不是在搞假民主吗？这里的奥妙在于，当时南方蓄奴州人口的总数在减去黑奴之后远远低于北方州人口总数，而奴隶制在北方各州已经或即将被废除，南方州担心，联邦政府建立后北方自由州将会在按人口比例分配的国会众议院占据优势地位，从而可能通过有损南方州利益的法案。所以，南方州坚持要求将奴隶人口计入自由人口总数之内。最后南北双方达成“五分之三条款”妥协，南方州在获得较多代表权的同时，同意按一个黑奴折合五分之三自由人的比例向联邦政府多交联邦税。

宪法第1条第9款第一项规定：在1808年之前，即在宪法生效20年之内，国会不得立法禁止进口奴隶的贸易。这一条款既可以理解为制宪者对奴隶制的让步和承认，但同时也可被解释为对奴隶制扩张的限制。据此规定，南方州在立宪后可以有20年的时间继续从事奴隶进口贸易。南方奴隶主们估算，20年后南方所需奴隶将可以从国内黑奴的后代中得到补充，所以同意达成妥协。

宪法第4条第2款第3项保证：逃亡外州(即非蓄奴州)的黑奴，被抓获后必须物归原主，继续为奴。这一规定使对南方州奴隶制的保护宪法化，也是对自由和人权高调的极大讽刺。

另外，依照联邦与州之间的分权原则，凡是宪法未授予联邦政府也未禁止各州使用的权利均归各州行使，这样，决定奴隶制废存的权力完全归属各州，联邦无权干预。保护公民个人权利和自由的《权利法案》被解释为只针对联邦政府但对各州毫无约束力的奇特现象，实际上也与宪法对奴隶制的默认有直接关系。

1789年美国宪法的伟大意义和历史地位固然不可低估，但是，这部理应简明扼要、字字珠玑的成文宪法，在奴隶制问题上花费了如此之多的笔墨，实在是令人吃惊。想当年，在制宪过程中，南北双方就奴隶制以及联邦与州之间的权限问题达成了一系列妥协。然而，出乎所有人意料之外的是，这些妥协条款实际上暗藏杀机。后来，它们不仅成为南方奴隶制在立宪建国后继续肆无忌惮地发展和扩

张的宪法基础，而且最终成为引发南北分裂和内战的一个深层原因。

今天的宪法学家们承认，在立宪建国时美国废除奴隶制度是不可能。制宪先贤无意制定一部千古流芳、万世永存的宪法，也没想要设计一个虚无缥渺、脱离现实的人间理想国，他们当年关注的是对上层统治集团权力的限制和制衡，是对有产阶级私有财产和民主权利的宪法保护。立宪的过程，实际上就是有产阶级中各个利益集团之间在财产和政治利益方面合作与妥协的过程。当年的制宪者本着对历史和现实问题“宜粗不益细”的原则，极为明智地把废除奴隶制的历史难题留给了后人。

可是，宪法中涉及奴隶制的一系列妥协条款以及这部文献在很多问题上含糊不清、语焉不详的特点，却使后人陷入了难以解脱的宪法危机，为南北战争的爆发埋下了定时炸弹。

6.2 奴隶制扩张与宪政危机

1789年美国宪法确立了“一国两制”、财产权高于人权、州权高于人权、联邦无权干预奴隶制等一系列原则，使奴隶制在美国不仅难以废除，而且还在宪法的保障下继续在南方各州盛行发展。宪法生效时，联邦内共有13个州，其中7个州是已经宣布或即将宣布废除奴隶制的自由州，另外6个州为蓄奴州。

应当指出的是，由于宪法的保护，南北双方对最初6个蓄奴州中的奴隶制问题并无争执。引发宪政危机的真正原因，是如何处理奴隶制蔓延扩张到新开拓的疆土上这样一个法无明文的宪政难题。

美国独立之后不断向四周扩张疆土，1787年通过与英国谈判得到了位于五大湖区的西北领地(Northwest Territory，包括如今美国的俄亥俄、印第安纳、伊利诺伊、密执安、威斯康星诸州和明尼苏达州东部)，1803年从法国购入路易斯安那领地(包括如今美国的阿肯色、密苏里、爱达荷、北达科达、南达科达、内布拉斯加、俄克拉荷马诸州，以及明尼苏达、蒙大拿、怀俄明、科罗拉多和路易斯安那诸州大部或一部)，接着又通过战争和强买从墨西哥夺得西南领地(如今得克萨斯、新墨西哥、亚利桑那、加利福尼亚州一带)，并且在这些领地上逐步建起新州。谁料想，国势昌盛反而成了争吵分裂的根源，正是在新开拓的联邦领地和新建的州中是否允许存在奴隶制的问题上，南北双方闹得水火不容，剑拔弩张。由于宪法有关奴隶制的规定模棱两可、模糊不清，这就给联邦政府和国会造成了极大困惑，南北阵营只能通过妥协暂时缓解危机。

反对奴隶制的阵营认为，宪法中有关奴隶制的妥协条款只是一种缓兵之计，制宪者的最终目标是消灭奴隶制，所以，应当象处理一场火灾一样建立防火墙，只有把奴隶制的罪恶之火隔离在一个有限的区域里防止蔓延，将来才有可能扑灭。基于这一考虑，1789年，联邦国会通过了1787年邦联国会制定的《西北领地法令》，规定在西北领地上新建的州不得实行奴隶制，但允许奴隶主到此地区追捕逃奴。

支持奴隶制的阵营认为，制宪者承认了奴隶制的合法性，宪法中的妥协条款是为了保障奴隶制的发展。建国立宪后，南方移民为开拓疆土奋勇当先、浴血奋战，从土著印第安人和墨西哥抢夺了大片土地。在这片广阔天地里，如果只允许北方资本家下山摘桃、创业发财、为所欲为，却唯独不允许南方奴隶主带着奴隶和财产安家立业、拓荒致富，显然于情于理都是极不公正的。这样，延续最初的南北地理分界线，一些新州允许实行奴隶制。

从1791年到1819年，一共有9个新州加入联邦，其中4个州以自由州身份加入，5个州以蓄奴州身份加入。到1819年时，联邦内一共有22个州，自由州和蓄奴州同为11个州，双方在参议院的力量势均力敌。

但是，这一平衡在1819年遇到挑战。当年2月，位于路易斯安那领地的密苏里州要求以蓄奴州身份加入联邦时，南北双方发生了严重争执。在当时的国会力量对比中，北方因人口增长较快，已经牢固地占据了众议院多数席位。这样，南北双方在参议院保持同等席位便成为维持南北力量均衡的唯一有效机制，无论密苏里州以何种身份加入联邦，都会打破这个均衡。在美国的宪政体制下，由于每一个州在参议院都拥有两个固定席位的宪法条款，使南方奴隶制陷入了一种“不扩张即灭亡”的宪政困境，而北方既无法容忍奴隶制无限制地扩张，也绝不会听任蓄奴州占据参议院多数席位。

天无绝人之路。这时，原属马萨诸塞州的缅因地区要求单独加入联邦，此举为解决宪政危机提供了转机。1820年，南北双方达成妥协，国会同意接受缅因以自由州身份加入联邦，接受密苏里州以蓄奴州身份加入联邦，以保持南北阵营在参议院投票权的平衡。为了防止再次发生类似危机，国会决定以北纬36度30分为界，对剩余的尚待建立新州的路易斯安那领地进行划分。此线以南地区允许奴隶制，此线以北地区(密苏里州除外)禁止奴隶制，但允许逃奴法施行。此项法案史称1820年《密苏里妥协案》。

可是，《密苏里妥协案》只是暂时缓解了南北双方围绕路易斯安那领地产生的冲突，并没有从根本上解决实质性问题。随着联邦领土的日益扩大和准州像走马灯一般不停地申请加入联邦，南北之间的矛盾冲突一波未平一波又起，仇恨和积怨日益加深，宪政危机愈演愈烈。对此，联邦行政当局焦头烂额、束手无策，国会两院争吵不休、一筹莫展。

在此历史背景之下，联邦最高法院1856至1857年期间对斯科特诉桑弗特一案的审理便显得格外引人注目。

斯科特(Dred Scott)是一个黑奴，1833年被主人卖给蓄奴州密苏里州的一位名叫艾默森(John Emerson)的军医。1834年至1838年期间，斯科特跟随艾默森先后在自由州伊利诺伊州和威斯康星自由联邦领地(后来建成威斯康星州和明尼苏达州)的军营里居住过4年。1838年，斯科特随从主人重新回到密苏里州。1843年艾默森去世后，根据其遗嘱，斯科特成为主人遗孀艾默森夫人的财产。

1846年，在白人废奴团体的帮助下，斯科特向密苏里州地方法院提出申诉，要求获得人身自由。斯科特的律师声称，斯科特曾在伊利诺伊州和威斯康星联邦领地居住过4年，因两地均禁止奴隶制，所以他在两地居住期间的身份应是自由

人而非奴隶。根据州际之间相互尊重州法律的原则以及密苏里州“一旦自由，永远自由”的州法，斯科特获得自由人身份之后即使重新回到蓄奴州密苏里州，其自由人身份也不应被剥夺。

经过漫长而艰辛的诉讼，斯科特案终于在1856年2月上诉到最高法院。在此期间，艾默森夫人已再嫁，斯科特在法律上被转让给艾默森夫人的弟弟桑弗特(John F.A.Sandford)，所以此案史称斯科特诉桑弗特案。

可能有人会奇怪，斯科特一介奴隶之身，为什么能够在蓄奴州密苏里州的法院提出法律诉讼，并且成功地把这起诉讼官司一直打到联邦最高法院呢？

是这么回事：如果斯科特案发生在原始蓄奴州之一的南卡罗来纳州，那么斯科特的起诉根本就没戏。但是，密苏里州是立宪建国后新建的蓄奴州，有关黑奴的州法不象原始蓄奴州那样野蛮苛刻，黑奴拥有为自己的人身自由上法院喊冤告状的权利。1850年，密苏里州地方法院做出了对斯科特有利的初审判决，使斯科特在法律上暂时具有了密苏里州公民身份。此外，作为艾默森夫人法定代理人的桑弗特是纽约州居民，处理不同州公民的法律纠纷属于联邦法院管辖范围，这样，斯科特案自然可以名正言顺地向联邦最高法院上诉。斯科特的律师则认为，斯科特跟随主人在威斯康星联邦领地的联邦军营里住过两年，由于联邦政府对这一地区拥有管辖权，所以斯科特实际上已具有美国公民身份，向联邦最高法院上诉是顺理成章之事。

6.3 最高法院火上浇油

经过长达一年之久的犹豫不定和左右摇摆，1857年3月，联邦最高法院终于以7比2五票之差驳回了斯科特的上诉。主审此案的是年逾80的首席大法官坦尼(Roger B.Taney, 1836—1864任职)，他亲自执笔撰写法院判决书，从分析制宪者的“原始意图”(Original Intent)入手，对最高法院多数派的立场进行了详尽的解释和辩护。

斯科特案判决涉及到三个重大宪政问题：第一，斯科特是否可以被视为美国公民并具备在联邦法院申诉的资格和权利？第二，斯科特从蓄奴州随主人来到自由州或自由联邦领地短暂居住后是否能使他自动获得人身自由？第三，国会是否有权力在联邦领地内禁止奴隶制？

对于第一个问题，坦尼法官明确宣布斯科特不是美国公民。

坦尼的法律根据是：在立宪建国之前，只有州公民，没有美国公民。当联邦宪法正式生效时，联邦管辖下的各州公民自动成为美国公民。但是，由于黑人只是奴隶主的财产，在宪法生效时不具有州公民资格，所以他们没有自动归化为美国公民。联邦成立之后，将居民归化为州公民属于各州政府的权力，将居民归化为美国公民属于联邦政府的管辖权，州公民已不能再自动成为美国公民。换句话说，过了这个村就没这个店了。尽管立宪建国后一些北方州立法解放黑奴，使获得自由的黑人成为州公民，但由于没赶上联邦宪法生效的好年景，州公民已无法

自动成为美国公民。所以，斯科特不具备美国公民身份，不能享有美国公民受联邦宪法保障的公民权利，不具备在联邦法院诉讼的资格。

坦尼进一步解释说：黑人的美国公民身份和宪法权利问题根本就没有被制宪者放在心上。制宪者从来就没有把被视为财产的黑人包括在宪法中的“人民”(people)、“公民”(citizens)和《独立宣言》中“人人生而平等”的“人人”(all men)等概念之中，“他们非常清楚地理解他们所使用的语言的涵义，也清楚地知道其他人将会如何理解这种涵义。他们知道，任何文明世界都不会将黑人种族包括在内，也知道黑人种族将根据公意总是被排除在文明政府和国家之外，命中注定要成为奴隶。”

应当说，坦尼法官对制宪者忽视黑人公民权利的这番解释基本上合乎历史事实。在当时的历史环境下，即使是猛烈抨击奴隶制的林肯总统也同样漠视黑人的公民地位和宪法权利。林肯虽然从道德上反对奴隶制，但他并不认为黑人可以成为美国社会中拥有宪法权利的平等一员。1858年9月，即斯科特案判决后第二年，林肯公开表示：“我声明，我从来不赞成白种人和黑种人以任何方式获得社会上和政治上的平等。我从不赞成给黑人以投票权。黑人不得成为陪审员，不具备担任公职的资格，不得与白种人通婚。”林肯对黑人的基本观点是：给奴隶以自由，然后将他们送回非洲。

实际上，在黑人的美国公民身份问题上最高法院大法官的回旋余地很小。首先，大法官的职责只是解释宪法，可是，在涉及到奴隶和奴隶制的十余处宪法条款中根本就找不到应视黑人为美国公民的法律依据。其次，假设坦尼在判决中承认了黑人的美国公民地位，那么必然会引申出黑人的选举权、陪审团资格、人身保护令特权等一系列宪法问题。在当时奴隶制盛行的南方州，这种判决有可能导致政治灾难和社会动乱，有可能导致南北战争提前开打。所以，指望最高法院能做出一揽子承认黑人是美国公民这种骇世惊俗的判决，显然超出了当时的历史条件。

如果坦尼大法官头脑清醒，在判决黑人不是美国公民之后见好就收，终止审理这个百年难案，他有可能作为最高法院历史上最著名的大法官之一而永垂青史。遗憾的是，一意孤行的坦尼沿着歪门邪道一直走了下去，一直走到黑灯瞎火、陷入绝境。

对于第二个问题，坦尼大法官明确无误地裁定：斯科特从蓄奴州到了自由州或自由联邦领地短暂居住过后，不能自动获得人身自由。

斯科特短暂居住过的伊利诺伊州是根据禁止蓄奴的《西北土地法令》新建的自由州，斯科特的律师认为，这是斯科特应自动获得自由人身份的重要法律依据。针对这一问题，坦尼在判决中认为，当西北土地于1787年归属合众国管辖时，邦联政府徒有虚名，联邦尚未成立，因此，西北土地的真正拥有者是13个原始州，联邦政府成立后通过的联邦法令照理不得损害13个原始州人民的利益。如果黑奴斯科特随主人在伊利诺伊州短暂居住就使他自动拥有自由人身份，那将是蓄奴州人民利益的严重损害，这显然是不公正也不合法的。

坦尼进一步认为，奴隶制和奴隶的人身自由问题是制宪者绝对和无条件地

保留给各州管辖的权利，联邦无权过问，因此，斯科特的命运只能由州法院定夺。然而，这种州权至上的观点却不可避免地与1820年《密苏里妥协案》产生了冲突。因为，斯科特短暂居住过的威斯康星联邦领地原是1803年路易斯安那购买领地的一部份，因其位于“密苏里妥协线”(北纬36度30分)以北，所以成为一块禁止奴隶制的联邦自由领地。斯科特的律师认为，这是斯科特应自动获得自由人身份的另一个重要法律依据。

这样，就自然地引申出《密苏里妥协案》的合宪性问题。对此，坦尼大法官在判决书中毫不含糊地裁定：根据宪法，国会无权在联邦领地禁止奴隶制，1820年《密苏里妥协案》是一项违宪法案。

坦尼论证道：联邦政府是各州人民的代表，在制订对联邦领地的管理法规时，国会不得任意剥夺任何美国公民的合法权利。他引证宪法解释说：“财产权利与个人权利相结合，被宪法第5修正案置于同样地位。它规定，不经正当法律程序，任何人不得被剥夺生命、自由和财产。如果合众国公民未曾违反任何法律，仅仅因他自身或带着他的财产进入合众国的某一特定地域，就被国会法案剥夺自由或财产，那么，这项法案就难以承当正当法律程序的尊称。”据此，坦尼宣布1820年《密苏里妥协案》因违宪而被取消。自马歇尔大法官在半个世纪前就马伯里诉麦迪逊案开天辟地第一次确立了司法部门的司法审查权之后，这是美国最高法院第二次启动司法审查权的尚方宝剑，其目的竟然是从宪法高度维护奴隶制！

如果单纯从法律角度看，坦尼大法官对这个问题的判决无可厚非。奴隶制虽然是南方从历史继承下来的一种罪恶制度，但这种制度在立宪建国时得到了宪法的承认和保护。在一个法治社会中，恶法也是法。在宪法文献《联邦党人文集》第10篇，美国宪法之父麦迪逊明确指出：宪法的第一目的就是保护财产权利，就是保障私有财产神圣不可侵犯。因此，如果仅仅因奴隶主携带黑奴在联邦自由领地短暂居住就被自动剥夺拥有“财产”的权利，那实际上与“打土豪、分田地”的政策区别并不太大。

但是，如果从政治角度看，坦尼法官的判决荒唐得令人难以置信，它宣告“一国两制”土崩瓦解，奴隶制向联邦领地和新州蔓延扩张名正言顺。这个判决不仅从宪法高度违护了奴隶制，堵塞了以法律手段解决南方奴隶制问题的道路，而且坚定了南方蓄奴州依法捍卫奴隶制的决心，使1861年执政的林肯总统处于“违法乱纪”的被动地位，对南北战争的爆发起到了推波助澜的恶劣作用。因此，斯科特案不仅被美国学者列为美国宪政史上最糟糕的判例，而且被认为是引发南北战争的重要的原因之一。

针对斯科特案判决，一位名叫布兰特(William Cullen Bryant)的北方诗人兼编辑义正词严地宣称：“如果联邦最高法院的这项决定成为法律，奴隶制度将不只是蓄奴州所称的特有制度，而是一种联邦制度，是所有州的共同传统和耻辱。……从此以后，联邦政府的管辖权扩展到哪里，锁链和鞭笞也会随之而去。凡是有美国国旗飘扬的地方，就表示那里有罪恶的奴隶制。如果真的如此，星条旗上闪耀的五星和象征晨曦的红霞应该抹去，应该染成黑色，应该绘上皮鞭和镣

铐。我们能俯首贴耳地接受这种对宪法的新解释吗？决不！决不！”

6.4 私有产权与奴隶制

人们可能会有一个疑问：最高法院大法官标榜不偏不倚，号称公平正义，被誉为宪政法治的捍卫者，那么，在斯科特案中，多数法官们为什么做出明显偏向南方蓄奴州的荒谬判决呢？

一种比较流行的解释是：法律的实质是阶级统治和压迫的工具，所谓公平正义只是小资沙龙里的痴人说梦。在坦尼法院中，来自南方蓄奴州的法官占据了多数席位，首席法官坦尼出身于南方名声显赫、富甲一方的种植园主家庭。因此，奴隶主大法官的阶级地位早已预先决定了他们的司法观念和荒唐判决。

这种解释当然很有道理，但令人困惑的是，在1841年著名的美国诉阿米斯达号案(United States v.Amistad, 1841)判决中，奴隶主大法官占多数的坦尼法院却以8比1的绝对多数(来自北方州的Henry Baldwin法官投了唯一的反对票)做出了有利黑奴的裁决，使杀死白人船主的黑奴不但被无罪开释，而且还获得了人身自由。坦尼法院对这个案件的判决主要基于两个理由：其一，涉案黑奴不是合法意义上的奴隶，他们的暴动属于反抗劫持、争取自由的自卫行动；其二，此案的初审地点在自由州康涅狄格州，根据宪法，联邦无权干预各州在奴隶制问题上的法律。这个案例说明，仅仅用法律的阶级性来解释斯科特案判决是远远不够的。

坦尼法官1777年生于蓄奴州马里兰极有名望的种植园主家庭。由于当时南方仍然残留欧洲旧大陆长子继承权的封建宗法传统，身为次子的坦尼无资格继承祖传的庄园田产，只能从家庭遗产中继承一些黑奴作为金钱补偿。“无田一身轻”的坦尼潜心研读法律，30多岁时已成为名闻遐迩的大律师，并先后出任马里兰州和联邦政府司法部长等要职。1836年，他接替马歇尔出任首席大法官职务。在坦尼任职前期，联邦最高法院的威望和地位稳步上升。

坦尼虽然在法律上维护南方奴隶制，但在内心深处他认为奴隶制是一种不道德的制度，应当以渐进性的方式逐步废除。坦尼本人不但无偿解放了自己名下的全部黑奴，而且在金钱上资助那些得到自由后因年高体弱而难以维生的奴隶。这种相当于主动放弃一笔巨额私人财富的举动，无论在当时和现在都堪称令人钦佩。在此问题上，《独立宣言》的起草人、第三任总统杰弗逊相形见绌。此公“人人生而平等”、“禁止奴隶贸易”之类的高调儿喊得比谁都高，但崇高理想从未落实到个人行动上。尽管杰弗逊有意解放黑奴，但由于挥霍无度，负债累累，他不得不卖掉自己的绝大部分黑奴抵债。古往今来，为道德而抛利益，并非凡人甚至伟人都能达到的境界。

可是，当做出司法裁决时，“私德”高尚的坦尼却从宪法高度维护奴隶制。作为来自南部的法官，坦尼对南部在联邦中处于“劣等地位”(state of inferiority)的命运深感不安，担心激进的北方废奴运动摧毁南方的社会秩序。坦尼的司法哲学是：根据宪法，究竟是保存还是废除奴隶制是一项完全属于各州的权力，而法官的唯一职责就是遵循制宪者的“原始意图”解释宪法。所以，一项判决即使与法官

个人道德观点相冲突，一项裁定即使不够公平正义，也应严格地遵循宪法条款行事。法官不应在裁决中掺杂个人道德观点，不应破坏正当程序、私有产权神圣以及联邦制与州之间的分权制衡原则。如果从单纯的法律角度看，坦尼的观点自有其道理。

那么，什么是制宪者的“原始意图”呢？其实，关于奴隶制问题，制宪者自身也是一脑门子浆糊。常言道，法律和制度设计永远是灰色的，社会和民情的生活之树常青。任何人间智慧都不可能设计出万世永存的法律和制度。制宪先贤杰弗逊非常精辟地强调：“美国宪法属于活着的人，不是属于死者。”美国宪法的一个重要特点正是具有弹性和张力，遣词用语模糊宽泛，为后人解释宪法留下了空间。

可是，坦尼法官对斯科特案的判决却无视北方州已立法废除奴隶制以及南方州已被迫承认在一部份联邦领地和新州不得实行奴隶制的现实，把本来模棱两可、尚有妥协余地的奴隶制问题“清晰明确”地解释为一种受宪法第5修正案保护的联邦制度，在妥协与原则之间彻底丧失了平衡，最终引发了宪政崩溃、南北开战的极端局面。

如果认真分析坦尼法官对斯科特案的判决，人们会注意到，在正当程序、州权至上等理论的背后是私有财产不可侵犯的神圣信条。在南方蓄奴州，土地和黑奴构成了居民私有财产的主要形式，二者缺一不可。另外，奴隶主并非仅占南方白人居民5“一小片”。(据统计，当时25奴隶主私有产权为核心的奴隶制经济是南方州社会稳定和经济发展的基础。

在1787年费城制宪会议期间，南卡罗来纳州长、著名制宪代表拉特利奇(John Rutledge, 1789—1790出任联邦最高法院大法官，1795年任首席大法官)明确宣称：“宗教和人性与奴隶贸易问题均不沾边，惟有利益才是所有国家的统治性原则。”拉特利奇关于利益的直言一语道破了南方奴隶制的实质。北方之所以未经暴力就废除了奴隶制，主要是因为实行奴隶制毫无经济效益。南方奴隶主死活不肯放弃奴隶制，甚至不惜与北方兵戎相见，自有其深刻的经济根源。诺贝尔经济奖得主、芝加哥大学经济史教授福格尔(Robert William Fogel)指出：“那些统治南方的奴隶主们，并非死死抱住一种使他们得不到利润、阻碍他们的经济增长以及使自由民和奴隶的收入同样受到压抑的濒临死亡的经济制度。不管奴隶制度对黑人而言是多么沉重的枷锁，它却为自由民创造了相当可观的繁荣。”所以，尽管奴隶制是一种极不道德的罪恶制度，但在巨大的经济利益诱惑下，道德和正义被抛到了九霄云外。实际上，当涉及财产和经济利益问题时，道德与法律的冲突或脱节是一种相当普遍的现象。即使在美国，要求政府官员公布他们的财产、个人收入及其来源以便广大民众监督，这种属于基本道德规范的“阳光”法律也是迟至1978年才由国会正式通过的。

一个重要的历史和经济背景是，当年美国南方的奴隶制种植园经济，是与自由贸易、自由市场、私有产权神圣等资本主义金科玉律紧密相联的一种特殊形态的资本主义商品经济。在英国工业革命蓬勃兴起的背景下，美国南方形成了一种主要依靠向英国和北方州大规模出口棉花、烟草等农产品“创汇致富”的

出口导向型农业经济。据统计，在1860年，英国棉纺工业所需要的80花需求量急剧增长，南方奴隶制种植园经济一直处于高速发展势头。南北战争前，在对黑奴残酷剥削的基础上，南方州的平均经济增长率和人均年收入增长率均高于北方州。与此同时，黑奴的价格不断上涨。在1800年，一个年轻力壮的黑奴“种田能手”(prime field hand)的价格低于400美元，到1857年时，价格已涨到1500美元，大约相当于2000年的3万美元。在此背景下，南方奴隶主岂能轻言放弃黑奴这种价值昂贵的“私有财产”？

应当提到的是，与大英帝国相比，美国当时还是一个“发展中国家”，缺乏鼓吹开放市场、自由贸易等“全球化”高调儿的实力。为了保护尚在起步阶段的北方州民族工业，联邦政府以当时世界各国中最高的关税率筑起了保护性贸易壁垒。可是，这种保护性关税却严重伤害了南方的“外向出口型”经济。一方面，高关税使南方州处于恶劣的国际贸易环境之中，不得不承受欧洲国家报复性高关税的伤害；另一方面，南方州不得不付高价购买从欧洲和北方进口的工业品。这种“富北穷南”的高关税政策，使南方州每年遭受高达数亿美元的巨额经济损失。

南方州对联邦政府的保护性关税极为不满，认为这实质上是对南方的勒索和暴政，是南方被迫为北方经济的发展献血。另外，北方对南方的处境毫无同情之心，不但不感恩戴德，反而以道德和正义为由，利用在众议院占据牢固多数的优势，阻挠奴隶制在联邦领地和新州的扩张，甚至暗中充当南方州逃奴的避难所，严重侵犯了南方奴隶主的私有产权。南方政客认为，北方企图以高关税和废奴为手段摧毁南方种植园经济，使南方沦落为北方的廉价原料产地。实际上，南北双方在产业结构、经济利益以及私有产权概念等方面对立，而非道德和正义的冲突，才是南北阵营在奴隶制和高关税等问题上水火不相容的主要根源。

美国南方奴隶制的另一个重要特点，在于奴隶是黑人而且数量众多。在立宪建国之初，黑奴仅有60余万，但在内战前的1860年黑奴人口已高达400万，约占南方总人口40之间的主奴和贵贱关系，形成一种阶级压迫与种族奴役相互交织的社会结构。(南方白人贫民阶层虽然穷困潦倒，但却是奴隶制的支持者和维护者，其主要原因在于：大奴隶主阶层占据了南方政治和文化的优势地位，而统治阶级的思想总是成为一个社会中占统治地位的思想。另外，正如南方邦联总统戴维斯所言：“由于一个低等种族的存在，每一个白人都变得高贵并提高了社会地位。”)这样，既可以防止黑奴怠工逃亡、造反起义，又能避免心怀不满的白人贫困阶层与黑奴合谋叛乱。南方奴隶主认为，为了维护有产阶级的权势、财富和良好的社会治安，有效地管制庞大的黑奴人口，奴隶制是唯一可行的措施。此外，为了榨取更多的高额利润，在人身奴役性质不变和经济增长的前提下，南方奴隶主在一定程度上改善了黑奴的生活待遇。(据统计，在1860年，黑奴年人均肉类消费量为176磅。相比之下，1890年意大利年人均肉类消费量仅为23磅。但是，仅仅根据营养水平便得出黑奴待遇良好的结论是不正确的。在黑奴人数较多的大种植园，奴隶主监工对黑奴人身压迫的现象比较严重。奴隶主拍卖黑奴的野蛮行径更是造成了无数奴隶家庭生离死别的悲剧。)

针对北方州对奴隶制的抨击，南方奴隶主声称：黑奴终身受雇，待遇良好，

既无老病之虞，亦无失业之忧，而北方州实行的自由雇佣制实质上只是一种工资奴隶制。北方控诉丧尽天良的南方奴隶主把黑奴像牲畜一样拍卖，南方痛斥唯利是图的北方资本家迫使童工为微薄的工薪每天工作16小时；北方废奴派要求立即废除奴隶制，南方州权派威胁要脱离联邦；北方认为脱离联邦就意味着叛乱和内战，南方声称“另立中央”相当于反抗暴政的第二次独立战争。这样，南北阵营舌剑唇枪，剑拔弩张，决裂有如箭在弦上，一触即发。

那么，南北分裂是不是无法避免呢？一种说法是，南北双方利益针锋相对，立场南辕北辙，因此分裂乃是命中注定，内战晚打不如早打；另一种说法是，当时尚有一定妥协余地，因为真打起来对双方都没啥好处。实际上，北方同情南方处境的温和派大有人在，南方州也并非人人都想舞刀弄枪、扯旗造反。内战打响后，密苏里、马里兰等四个边界蓄奴州站到北方阵营一边就是一个极好的证明。有人说，如果把当时南北阵营之中闹得最欢、跳得最高的激进分子全都塞进几辆大篷车，一家伙沉到华盛顿特区市边上的波托马克河里，南北战争至少晚打五年。

谁都没想到，在这种特殊历史关头，联邦最高法院不但没起到调节矛盾，缓和冲突的作用，反而扮演了火上浇油的拙劣角色。

坦率地说，南方奴隶制问题并不是一个简单的道德或原则问题，而是一个涉及到利益冲突以及复杂的政治、经济、历史和社会原因的问题。所谓法律，在多数情况下只是对已有的习惯、程序的规范化和确认。以奴隶制问题为背景的斯科特案堪称美国宪政史上最棘手的百年难案，即使马歇尔这位“伟大的首席大法官”转世再生，除了高挂“免战牌”或折中平衡之外，恐怕也想不出什么绝妙高招儿。

可是，坦尼法官却像唐·吉柯德一样不切实际，轻举妄动，草率地启用司法审查权，试图用司法手段快刀斩乱麻般地解决政治问题，结果反而被判决激起的惊涛骇浪所淹没。

6.5 斯科特案与美国内战

斯科特案判决的严重后果是联邦最高法院威信扫地。美国宪政史学者麦克罗斯基(Robert G. McCloskey)写道：“暴风骤雨般的诅咒突然指向最高法院的法官们，他们似乎被此震惊了。他们远远未能熄灭奴隶制引起的争论，反而重新燃起了它的烈焰，并严重威胁到联邦司法部门自身的安全地位……”。另外，“斯科特案判决的失策使最高法院丧失了北方的忠诚。在其历史上，最高法院第一次几乎失去了所有朋友，因为南方好景不长的友谊也只提供了极为冷漠的安慰。”

在美国的宪政体制下，联邦最高法院的裁决即是最终裁决，总统和国会都无法改变，唯一可行的办法是经历极为困难的宪法程序，通过宪法修正案的方式否决最高法院的判决。可是，当时参议院内的南北阵营势均力敌，修正案根本通不过参议院这一关。此外，即使参议院通过了，仍需要四分之三州在规定时间内批准方才有效。

于是乎，北方各州法院开始公开抵制联邦最高法院的判决，拒不服从联邦命令，使联邦司法部门陷入半瘫痪状态。执法部门也睁一只眼闭一只眼，不再在北方州严格执行逃奴追缉法，从而极大地激化了本来已尖锐对立的南北争执。司法权威的流失和执法部门有法不依的现象堵塞了解决奴隶制问题的和平妥协之道。自立宪建国以来，美国第一次在较大范围内出现了有法律却无人遵循、有宪法却无宪政运作的混乱局面，政治斗争开始走向无序化。

在斯科特案荒谬判决的阴影下，北方共和党人痛感南方奴隶制的威胁迫在眉睫，他们积极行动起来，极力争取1860年总统大选的胜利。1858年6月，林肯在接受伊利诺伊州共和党参议员候选人提名时发表了“分裂之屋不能久长”的著名演说。在演说中，林肯用了几乎一半的篇幅指责斯科特案判决，对最高法院的司法权威提出了前所未有的挑战。同年8月至10月，林肯与民主党提名的州参议员候选人道格拉斯(Stephen A.Douglas)就联邦领地的奴隶制问题展开了一系列辩论，朝野轰动，全国瞩目，林肯的声望由此大振。1860年，林肯成为共和党总统候选人。

林肯虽然旗帜鲜明地抨击奴隶制的道德基础，但在实际政治行动中他行动谨慎，立场温和。林肯认为：“奴隶制度建立在不公正和有缺陷的政策之上，但是，颁布废止奴隶制度的宣言看来只会增加而不是减少其灾难。”林肯的基本立场是：奴隶制只是一种地方性的制度，不应无限制地向联邦领地和新州扩张，但是，联邦应当维护南方州奴隶主的私有产权，以民主和法治的手段对奴隶主实行渐进性的赎买政策，有偿地逐步废除奴隶制。这种办法虽然保守而缓慢，但与当时南方州的社会习俗和法律制度相适应。

尽管林肯具有温和主义的名声，但是，南方州权派仍然把林肯当选总统视为对奴隶制和奴隶主政治权力的排斥和威胁。其中一个重要原因与宪法赋予总统的联邦法官任命权有关。当时，坦尼等几位来自南方州的大法官都已七老八十、风烛残年，林肯如果当选，他将有机会改变最高法院的组成，从而威胁到南方占优势的最后一个联邦权力部门。因此，1860年总统选举之前，南方州权派就放风威胁说，如果林肯获胜南方就将脱离联邦。

在美国宪政史上，已加入联邦的州是否可以宣布脱离是一个法无明文的宪政难题。美国开国先贤以天赋人权和社会契约为旗帜鼓吹革命和独立，在乡镇自治和各州分治的基础上建立了共和制的统一联邦。在这种联邦体制中，由于州权强大以及自由和分治的不可侵犯，当联邦政府无法“一碗水端平”时，很容易出现“闹独立”的乱子。

在1812—1814年美英战争期间，北方新英格兰五州(即马萨诸塞、康涅狄格、新罕布什尔、弗蒙特和罗德岛州)因与英国有较多商业关系，对联邦政府中南方鹰派的对外扩张政策极为不满。1814年12月，新英格兰五州选出代表在康涅狄格州密谋，他们强烈谴责联邦的好战政策，反对联邦向新英格兰各州增加税收，有些激进派甚至主张退出联邦。只是由于几周后战争突然胜利结束，北方五州退出联邦一事才不了了之。

1831年，由于被南方人称为“可恶税率”的《1828年关税法》严重伤害南方利

益，来自南卡罗莱纳州的副总统卡尔霍恩(John C.Calhoun)宣称，宪法只是各州之间的契约，当联邦与州之间就涉及州的根本利益发生冲突时，各州有权宣布联邦法律无效。在卡尔霍恩看来，这正是《独立宣言》中关于政府的权力源于被统治者的同意、人民有权改变或废除侵犯人民利益的政府的思想。在此极端理论的鼓动下，1832年11月南卡州议会召开全州大会并通过《联邦法令废止权公告》，声称如果联邦政府强制施行关税法，南卡州将考虑退出联邦。当时的美国总统安德鲁·杰克逊(Andrew Jackson, 任期1829—1837)是一位战争英雄出身、脾气火爆的彪悍军人，在1815年1月新奥尔良战役(1812年美英战争的最后一战)，军衔为少将的杰克逊率部大破英军，威名远扬，由此踏上通向总统宝座之路。此公虽然来自南方田纳西州，但在维护联邦统一的大事上他立场坚定，态度强硬。面对南卡州的挑战，杰克逊一怒之下要求国会授予用兵执法权，并下令调动精锐的联邦陆、海军部队，威胁要绞死卡尔霍恩。后经多方调解，双方都做出了让步，联邦政府同意降低关税，南卡州不再硬抗，卡尔霍恩辞职后当选州参议员，成为美国历史上第一位辞职的副总统。

杰克逊总统退休后，南方州权派的分裂行动与日俱增、肆无忌惮。在他们眼中，林肯没有统军打仗的军旅经验，两年前连州参议员都没选上，只是个微不足道的三流小律师。在1860年总统大选中，普选票总数约为四百六十万张，林肯得票不到二百万张，显然将是一个毫无作为的弱势总统。另外，由于选举团制度的影响，1860年选举成为美国历史上最具地区性色彩的一次选举。(在自由州，林肯获得1,838,347张普选票，其他几位候选人一共获得1,572,637张普选票，林肯得票率约为53%。可是，根据“赢者通吃”规则，在自由州183张选举人票中，林肯赢得了除新泽西州之外的180张，超过了全国选举人票的半数。在蓄奴州，林肯只获得微不足道的26,388张普选票，其它几位候选人一共得到1,248,520张普选票，林肯得票率约为0.02%。这样，林肯没得到一张蓄奴州的选举人票。可是，其它几位候选人在蓄奴州和新泽西州赢得的选举人票，总共只有123张。南方由于人口少，缺乏足够的选举人票，所以在大选中处于不利境地。在1860年选举中，林肯实际上是一位由略多于半数的北方州选民选出的总统。)林肯在南方州只得到0.02%的普选票，这一投票结果几乎相当于南方居民全民公决的独立宣言。这样，当宪政民主妨碍自由分治时，南方政客公然抵制民主选举结果，林肯当选后，南部七个州宣布退出联邦，不久又有四个州相继加入南方邦联。

历史证明，南方州权派低估了林肯为维护联邦完整不惜一战的决心。1861年3月，林肯发表总统就职演说时表示：“我无意直接或间接地在蓄奴州干涉奴隶制，我相信我没有合法的权力，而且我也不想那样做。”但是，林肯坚决反对南部退出联邦的举动，他强调：“从宪法和法律角度看，联邦是不可分解的。”在演说中，林肯还间接地批评了最高法院对斯科特案的判决，他指出：“如果在事关全体美国人民的至关重要的问题上政府的政策受最高法院判决的永久束缚，那么，这些涉及个人争议的普通案件的司法判决一经作出，人民将停止成为自己的主人，实际上把自己政府的权力拱手交给这个显赫的法院。”

面对南北分裂的现实，林肯作出了用战争维护联邦的最后决定。实际上，由

于联邦宪法对各州能否退出联邦这个问题语焉不详，北方用兵的战争行为并没有坚实的宪法基础。可是，如果联邦政府坐视一州脱离联邦，今后便无法阻止另一州同样行动。要是南方十一州可以退出联邦，自愿组成邦联，那么剩下的北方各州仍然可能继续分裂，北美大陆最后可能会出现一群相互嫉妒、自相残杀的小国，有如拉美大陆。所以，林肯除了维护统一、反击分裂之外别无选择。

南北战争打响后，林肯总统当机立断，独断专行，不仅扩大了于法无据的总统战争权力，而且还下令在部份地区中止公民人身保护令特权，对来自坦尼大法官“违宪”的指控不屑一顾。但是，在解放黑奴问题上林肯一直彷徨动摇、犹豫不决，其中一个重要顾虑就是与宪法程序有关的私有产权问题。鉴于美国宪法严禁政府在没有正当法律程序的条件下剥夺公民财产，林肯无意也无权解放黑奴。北方大规模用兵的目的仅仅是维护国家统一，与解放黑奴、自由人权之类的道德高调毫不相干。1862年8月22日，在给《纽约论坛报》编辑格瑞莱(Horace Greeley)的信中林肯写道：“我的最高目标是拯救联邦，既不是保存奴隶制度，亦非摧毁奴隶制度。如果不解放一个奴隶就能保存联邦，我就一个不放；如果解放全部奴隶就能保存联邦，我就全部解放；如果解放一部份奴隶不解放其他奴隶就能保存联邦，我也照办。”

可是，战争形势的恶化迫使林肯改变了立场。内战初期，南军指挥有方，训练有素，斗志旺盛，以一当十，以弱胜强。联邦虽然在人口、军事力量以及经济实力和工业水平方面皆占绝对优势，但联邦军队指挥混乱，训练不佳，一败再败，溃不成军，首都华盛顿特区几乎不保。另外，尽管90%的南方白人青壮年赴前方打仗，但后方的400万黑奴并没有借机叛乱造反，奴隶制经济仍然照常运作。由于战争旷日持久，日趋残酷，北方对获胜开始感到绝望。英、法、西班牙等欧洲列强对美国内战幸灾乐祸，乐意看到出现“两个美国”的局面，甚至蠢蠢欲动，伺机干涉。

面对这种要么改变战略要么失去战争的困境，林肯从“军事上的必要性”(Military Necessity)考虑，终于下定决心，于1863年1月正式颁布《解放黑奴宣言》。联邦采取这一措施，既可以摧毁南方的战争意志和战争潜力，又可以打出为自由和正义而战的旗帜，使欧洲列强难以借机干涉。林肯总统宣布，在那些仍然与联邦军队对抗的南方地区，所有黑奴立即获得自由，自由黑人可以参加联邦军队，为维护联邦统一而战。但是，对于已处于联邦军队控制之下的南方地区和忠于联邦的四个边界蓄奴州中的黑奴的自由问题，宣言中只字未提。换句话说，当林肯公布解放宣言时，实际上连一个黑奴也没解放，这个宣言只是一张有待兑现的支票。南方奴隶制的彻底崩溃只是后来北方取得内战胜利的一个副产品。

值得注意的是，就是这样一个保守的文献，林肯总统仍然作了技术处理。为了避免联邦最高法院可能的干预，他非常巧妙地以战时军事措施的形式发布解放奴隶宣言。精通法律的林肯总统实际上是钻了一个法律空子，其中的奥秘是，联邦最高法院即使拥有司法审查权这柄尚方宝剑，它也不大可能宣布总统兼美军总司令在战争期间发布的军事措施违宪。

林肯发布解放奴隶宣言后，南方邦联阵脚大乱。但南军仍然拼死抵抗，联邦军队每前进一步都要付出巨大代价，战争又打了两年多。为了赢得战争胜利，号称自由正义、为解放黑奴而战的联邦军队攻入南方后开始实行极为残酷的总体战。联邦军队指挥官谢尔曼(William T.Sherman)宣称：“我们不仅攻击敌对军队，也攻击敌对人民，我们要让南方的老人和青年、穷汉和富翁都体验到战争的严酷可怕”，“要让南方未来的几代人不敢诉诸于战争”。在他的指挥下，联邦军队不仅摧毁农田、桥梁、道路，而且焚烧城镇、农庄、民宅，破坏一切可以破坏的民用目标，在南方杀出了一条令人胆颤心惊的毁灭之路，南方邦联首都、弗吉尼亚州首府里士满(Richmond)以及亚特兰大(Atlanta)等南方大城市都成为一片焦土。一些历史学家认为，谢尔曼将军的做法开了20世纪战争中“焦土政策”的先河。

破坏最严重的是南方邦联总统戴维斯(Jefferson Davis)家乡所在的密西西比州。内战之前，该州在全美富裕榜上名列第五。内战期间，该州60%的白人青壮年战死疆场，90%的城镇和种植园化为灰烬，奴隶主丧失了价值数亿美元的43万7千名奴隶，私有财产损失殆尽。战后，密西西比州不仅在全美最贫困的州中名列第一，而且这种贫困状况一直持续了一个世纪。((美) 尼尔·R·彼尔斯著、中国社会科学院美国研究室编译室译、董乐山校：《美国志》，北京中国社会科学出版社，1987，下册，第635—636页。)

当南方重建(1865—1877)结束、联邦军队撤出之后，南方各州出现白人种族主义者针对黑人的大规模暴力活动，其中尤以密西西比州最为暴虐凶残，该州被三K党徒私刑杀害的黑人数量最多。在南方，大多数获得自由的黑人处于“除了自由便一无所有”(nothing but freedom)的困境，经济贫困、政治无权、文化落后的状况并无根本改善。南方白人继续用内战之前为奴隶制辩护的那些歪理为施行种族隔离制度辩护。1896年，在著名的普莱西诉弗格森案(Plessy v. Ferguson, 1896)中，美国最高法院确立了“隔离但平等”原则，承认了南方种族隔离制度的合宪性。为了争取法律上的平等地位，南方黑人继续艰难地斗争了一百多年。

在其名著《未经同意或契约：美洲奴隶制的兴衰》中，福格尔教授谈到，美国通过南北战争解放奴隶的做法没有尊重奴隶主的私有产权，相比之下，英国议会1833年通过《废奴法案》，在西印度洋群岛殖民地解放奴隶时尊重了私有产权原则，用巨额金钱补偿了奴隶主的损失。那么，美国的暴力废奴方式是否合理呢？福盖尔教授认为，如果南方如愿以偿地脱离联邦、建立以奴隶制为基础的贵族民主邦联，将有可能利用取消关税壁垒后获得的巨额利润建立世界一流的海军和强大的陆军，轻而易举地将其势力范围扩张到古巴等南美国家，逆转英国对巴西施加的废奴压力，这样一来，不仅奴隶要遭受到更长时间的奴役，而且将会使世界各国的废奴运动和欧洲国家人民的民主斗争遭受挫折。反之，南北战争以正义的炮火摧毁奴隶制，战后没有用金钱补偿奴隶主，极大地鼓舞了世界范围内下层民众争取民主权利的斗争。换言之，从世界历史角度看，美国的废奴方式有其历史正義性和合理性。

在南北战争的隆隆炮声中，1864年10月，87岁高龄的坦尼大法官在任内去

世，晚境颇为凄凉。联邦政府行政部门的高级官员对斯科特案判决余怒未消，拒绝出席坦尼的葬礼。实际上，北方共和党人一直盼着坦尼快点儿断气，好把首席大法官的重要位置早点腾出来。1864年12月，林肯任命内阁财政部长、共和党人蔡斯(Salmon P.Chase, 1864—1873任职)出任最高法院首席大法官。

南北战争结束后，为了从法律上废除奴隶制，1865年12月联邦国会和各州批准了宪法第13条修正案。它规定：在合众国内受合众国管辖的任何地方，奴隶制和强制劳役都不得存在。这回修宪者不再使用隐晦词汇，在修正案中清晰明确地使用了“奴隶制”(slavery)这个英文词汇，与当年制宪者在奴隶制问题上模棱两可、含糊不清的遣词用语风格大相径庭。

1868年，为了解决黑人的美国公民身份问题，保障黑人的联邦宪法权利，美国国会和各州批准通过了宪法第14修正案。它规定：所有在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人都是合众国的和他们居住的州的公民。如今美国联邦移民法中关于公民国籍的“出生地”原则，实际上是针对1857年斯科特案对黑人公民身份不公正裁决的问题而确立的。

第14条修正案还规定：任何一州都不得制订或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；州在其管辖范围内不能拒绝给予任何人以平等的法律保护。这些条款和原则的确立扩大了联邦政府对公民权利的保护范围，标志着州政府也必须遵守《权利法案》(宪法前十条修正案)这一宪政原则的开始。在此之后，如果州公民认为自己的个人权利和自由遭受侵犯，便可以按法律程序把官司一直打到联邦最高法院。

这样，经过五年空前惨烈的血腥内战，60多万白人士兵死亡，无数城镇和种植园化为灰烬，再加上挟胜利余威通过的第13、第14两条宪法修正案，斯科特案裁决终于被彻底推翻。1869年，蔡斯大法官在得克萨斯州诉怀特案(Texas v.White, 1869)中宣布：联邦宪法的采纳是“为了建立一个更完美的联盟”，根据联邦宪法建立的共和制联邦是“牢不可破的”(indestructible)。

6.6 历史教训影响深远

斯科特案是美国最高法院历史上的一场恶梦。1939年出任大法官的哈佛法学院教授法兰克福特(Felix Frankfurter, 1939—1962任职)曾回忆说，当年他和其他大法官心照不宣，“从来不提斯科特案判决这码事，就像那些儿子被绞死的家庭从来不提绳索和绞架一样”。直到20世纪60年代后，这种家丑不可外扬的情况才有所改变。如今，当来自全美和世界各地的旅游者参观美国最高法院时，通常先是观看一部长度约10分钟左右的录像短片，介绍最高法院历史，其中特别提到1857年斯科特案判决的重大失误，自扬家丑，警告世人。

在南北战争之前复杂微妙的局势中，斯科特案判决宣布奴隶制向联邦领地和新州扩张名正言顺，这就为南方奴隶主拒不接受“一国两制”提供了法理基础，导致“一国两制”土崩瓦解。由于北方州对此判决的强烈批评和抵制极大地损害

了联邦司法部门的权威，这样，经过宪政程序虽然得出了结果，但却因荒谬不堪而得不到遵守和执行，经调解又不见效，致使民主制度的功能完全失效，解决矛盾只得诉之其它手段，包括使用武力。换言之，并非世界上的一切矛盾都可以通过宪政程序得到解决，即使被奉为宪政民主典范的美国，当年也不得不为国家统一的重大原则问题杀得血流成河。

斯科特案告诫后人，最高法院大法官并非圣贤，而是有不同政治倾向和利益背景的人，他们大多是由历届总统从自己党派挑选出来的。大法官不仅会犯错误，而且由于特殊的地位，其错误所造成的影响往往是致命的。

二百多年以来，后人一直对马歇尔大法官1803年马伯里诉麦迪逊案的经典性判决赞不绝口、津津乐道，但历史证明，制度设计和创新并不是万能的，司法审查制度实际上是一柄锋利的双刃宝剑。如果最高法院多数派高瞻远瞩、与时俱进、顺应历史潮流，他们的司法判决通常能起到促进社会进步的作用；反之，如果最高法院多数派老朽昏愦、抱残守缺、逆时代潮流而动，他们的判决有可能引发巨大的政治动乱和社会灾难。

于斯科特案的沉痛教训，此后一百多年来，最高法院在介入重大政治问题时一直瞻前顾后，谨小慎微，如履薄冰，如临深渊。对于这种“高处不胜寒”的处境，霍姆斯大法官(Oliver Wendell Holmes, Jr., 1902—1932任职)曾形象地比喻说：最高法院表面上风平浪静，其实那只是处于风暴眼(storm center)之中的一种暂时的、虚假的平静。实际上，最高法院的判决稍有闪失，排山倒海般的政治风暴随时有可能呼啸而来。休斯大法官(Charles Evans Hughes, 1910—1916任大法官，1930—1941任首席大法官)任职最高法院前，1907年在纽约州的一次演讲中说：“我们生活在宪法之下，但这部宪法是什么意思却是法官们说了算。”可是，当休斯本人身在其位体会到“法官们说了算”的巨大责任和沉重压力后，他叫苦不迭地说：“我是多么讨厌写判决书啊！我宁愿出庭辩护，让别人去承担做出司法裁决的责任吧！”

美国最高法院虽然拥有至高无上的司法审查权，但司法部门既无钱又无剑，归根结底，它的权威建立在民众对法院公正审判和裁决的信任之上。换句话说，一项司法判决是否能够得到尊重和执行，在相当程度上仍然取决于这一判决本身是否基本公正，取决于政府行政部门以及社会各主要利益集团对司法判决的接受和服从程度，取决于社会和民众是否广泛地相信政府必须依法按照法院的判决行事。如果没有认同和影响整个国家和民族的基本立国精神，如果没有在长期的宪政运作过程中形成的法治传统以及民众对司法权威的服从，如果没有政府行政部门对法院判决的坚决执行，司法审查制度很可能只是形如虚设。

南北战争之前，美国并不是一个现代意义上统一主权的国家，联邦在某种意义上只是各州之间的契约和自愿组合。应当说，是南北战争和林肯创造了一个新美国，创造了一个统一主权、统一政治制度和统一立国精神的崭新国家，为美国在20世纪成为世界头号强国奠定了基础。内战后通过的宪法第14条修正案标志着二元联邦主义终结的开始，对美国宪政法治的发展产生了深远的影响，使宪政法治和三权分立与制衡原则在美国社会进一步深入人心，形成了法治得以维系

的坚实的宪政文化基础。

20世纪30年代新政时期，由于被称为“九老院”的最高法院屡次否决新政立法，罗斯福总统恼羞成怒，试图以行政权冲击司法权，提出了改组最高法院的计划。但这种激进的改革计划遭到国会参众两院的强烈反对，因为改组最高法院将有可能对宪政法治造成极坏后果，使宪法沦为执法和立法部门任意摆弄的工具。国会两院的坚决反对，使罗斯福在其声望如日中天时遭受重大挫折。在新政生死存亡的重要关头，最高法院中保守的“九老”(the nine old men)吸取斯科特案教训，做出了理性的退让，形成了双赢的折中妥协局面。回顾历史，罗斯福改组最高法院的计划固然有其充足的理由和原因，但这种做法实际上可能会动摇宪政民主和三权分立制度的基石。

20世纪50年代，最高法院在里程碑式的布朗诉教育委员会案(Brown v. Board of Education, 1954)裁决南方公立学校中的种族隔离制度违宪，在种族隔离制度的城墙上打开了突破口，极大地促进了黑人民权运动的发展，洗刷了1857年斯科特案错误判决的耻辱。但是，由于大多数南方白人的强烈反对，阿肯色、密西西比、阿拉巴马等南方州拒不服从最高法院判决，坚决维护种族隔离制度。艾森豪威尔总统虽然对最高法院给他“惹事生非”颇为不满，但为了维护宪政法治传统，他毅然派遣联邦军队进入南方州强行执法，使全美乃至全世界民众看到联邦政府行政部门维护宪法和最高法院判决的坚强决心，充分展示了美国社会和美国政治中宪法至上、有法必依的法治传统。

西方自由主义理论大师哈耶克(Friedrich A. von Hayek)1945年赴美巡回演讲、宣传其名著《通向奴役之路》期间，一件偶然发生的小事使他领略了美国宪政法治传统的普及和深入程度。哈耶克4月12日搭乘出租车时从收音机中听到了罗斯福总统逝世的噩耗，出租车司机表达的哀痛之情使他终生难忘。令哈耶克颇为吃惊的是，这位司机赞扬了罗斯福总统的卓越功绩和伟大人格后，公正地补充道：“但是总统不应干预最高法院，他不应做这件事。”(引自陈奎德：《哈耶克》第五章：“《自由宪章》和《法律、立法与自由》”。)

只有当制度和法规演变、积淀为普通民众内心的信念和社会行为准则时，宪政法治和司法审查制度才能落到实处。否则，再好的宪法和制度设计只是写在纸上的空话。

7 总统难产引发的司法大战——布什诉戈尔案(2000)

2000年美国总统大选上演了一场好莱坞经典大片式的悲喜剧。围绕着佛罗里达州(Florida)选票计算，总统大选出现了前所未有的戏剧性局面，美国共和党与民主党经历了36天的“世纪司法大战”，打得难解难分，天昏地暗。经过36天的总统难产之后，最后一锤定音的居然是非民选的最高法院！

按照民主常识，谁得到的选票多谁就当总统。可是，民主党候选人、副总统戈尔(Albert Gore)虽然比共和党候选人、得克萨斯州长小布什(George W. Bush)多

得了53万余张普选票，但赢得总统宝座的竟然是后者！这种违反民主原则的现象以及随后的司法大战涉及到的总统选举程序问题，把久经“选场”的美国选民弄得眼花缭乱，头昏脑胀，一脑门子浆糊。

常听人说美国是一个民主制国家，美国总统是由全民直接选举产生的。但实际上，这一常识性的表述是不准确的。美国的政体是共和制，美国总统也不是由全民直选产生的。根据美国宪法，各州选民在总统大选中选出的只是选举人。大选后，各州的选举人组成全国的选举团，最后由选举团的投票来决定总统选举的结果。

那么，号称高度民主的美国为什么不搞全民直选呢？美国宪法为什么要设立选举团制度？2000年选举为什么会出现难产？这一现象的出现与美国的宪政体制有何关系？美国最高法院在解决这次选举危机中起到了什么作用？造成了哪些影响？探讨这些问题，将促使人们深入思考美国选举制度的合理性和民主性问题。

7.1 选举制度独一无二总统大选危机两度

虽然美国最高法院权力超过其他国家司法部门的权力，但人们仍然很难想象，它居然也能够在决定由谁当美国总统这样至关重要的问题起决定性的作用。

这一切是如何发生的？仍需要从头道来。

别看美国什么都很发达，惟独它的宪法及其所规定的总统产生方式却相当“古老”。选举国家最高行政首脑的程序问题是美国宪政体制的基本事项，也是1787年费城制宪会议期间吵得不可开交的主要议题之一。经过激烈争吵和明智妥协，1787年美国宪法规定：总统每4年选举一次，先由各州议会自行决定选举或委任与该州国会议员人数相等的总统选举人(electors)，再由他们组成所谓的选举团(electoral college)，在全国统一的投票日，由选举团最终投票选举总统，赢得选举团半数票的候选人为总统。换句话说，按照美国宪法中关于选举团的规定，决定总统大选输赢的标准不是全国范围内的普选票，而是选举人票。因此，严格说来，美国人并没有直接选举总统的政治权利。

随着美国人口的增多，选举权的普及，19世纪下半叶开始选举人由选民直接选举产生，选举团的人数也不断增加，但选举方式却依然如故。由于选举人由政党提名确定，哪个党的总统选举人多，也就意味哪个党的总统候选人当选。1961年起，选举团的人数固定为538人，因此，赢得总统选举至少要获得270张以上的选举人票。

美国各州的总统选举人与其国会议员人数相当。不论大州小州，人口多寡，在国会参议院均有两个代表。众议院议员的人数则按人口比例平均分配，大体上每50万人产生一个众议员，如果某州人口不足50万，也可以有一个众议员——阿拉斯加等州就只有一个众议员。(美国首都华盛顿地位特殊，没有国会议员，也就一直没有参加总统大选，直到1961年国会才通过一项法律，规定它可以拥有三张选举人票。)。这样一来，一些人口小州总统选举人平均所代表的选民数就少于人口大州。而且，美国总统大选采取“赢家通吃”原则，即一个总统候选人只

要赢得某州一半以上的选票，那么，该州的全部选举人票都归他。因此，就有可能出现这样的情形：如果一个候选人以较大优势赢得了很多州的选举人票，而另一个候选人主要是以微弱优势赢得了很多州的选举人票，那么后者可能因赢得了足够的选举人票当选为总统，尽管他在全国范围的普选票可能少于前者。在2000年大选中，戈尔虽然在全国范围的普选票上领先于小布什，但如果小布什最后在佛罗里达以微弱多数胜出，“通吃”该州的25张选举人票，使选举人票在全国超过半数，他就可以名正言顺地当选总统。

在美国宪政史上，这种“少数票总统”或“错误的胜者”(wrong winner)的现象先后发生过4次：1824年选举，当选总统亚当斯只得到30.5%的普选票，而赢得43.1%普选票的杰克逊却惨遭落选命运；1876年选举，民主党候选人泰登比共和党候选人海斯多得了25万张普选票，但却因州选举人票计算惹出的麻烦而落选；1888年选举，民主党候选人克里夫兰获得了5540050张选民票，共和党候选人哈里森只获得了5444337张选民票，但后者却以233张选举人票的明显优势当选总统，而前者只获得了168张选举人票；2000年选举，戈尔比小布什多得了53万余张普选票，但小布什却赢得了总统宝座。

那么，美国制宪先贤为何要设计出选举人票这种明显违反民主原则的总统选举制度呢？难道他们连一人一票、得票多者当选这种最基本的民主常识都不懂吗？若要讲清这个问题，有必要从美国的共和制政体从头谈起。

从理论上说，人民主权和社会契约是美国宪法的重要原则。但是，在具体的操作层次上，如何抑制个人野心，防止官府独断专行、滥用权力、任意欺压人民，是200年前美国制宪先贤面临的巨大难题。

按照传统的民主理论，只有实行最广泛的直接民主，按照多数人的意志处理国家大事，让人民当家作主、参与决策、监督政府、充份行使民主权利，才能彻底杜绝君主专制的弊病。这似乎是人类社会通往人间天堂的不二法门。但是，美国制宪先贤却有不同的看法。这帮人，或者经验丰富如富兰克林，或者思想深邃如麦迪逊，或者脚踏实地如华盛顿，在不断争吵和辩论中逐渐形成一个共识，认为这种朴素的民主理论是错误的。因为在任何社会中都会存在不同的利益集团和派别，正直和无私并非人的天性，如果人人都是天使，那根本就不用建立政府，所以，人民也有可能野心勃勃、拉帮结派、勾结多数、欺压少数。在直接民主的体制中，某一个利益集团或派别很容易形成独占多数的局面，造成危害少数利益的恶果。因此，直接而广泛的民主反而极易导致“多数人的暴政”。此外，人民通常并不懂得政治，他们很容易被一小撮居心叵测的政治野心家所误导。美国宪法之父麦迪逊甚至认为：“即使每一位雅典公民都是苏格拉底，每一次雅典人大会也仍然会是一堆群氓。”后来法国大革命的血腥历史也证明，任何一种不受限制的权力，即使是多数人以“人民民主”的高尚名义，仍然会导致最彻底的专制和空前残酷的暴政。

针对这一难题，美国制宪先贤的思想可谓独树一帜。他们提出的高招不是用民主对抗野心，而是“野心必须用野心来对抗”。他们在宪法中精心设计的政治制度并非民意至上的民主制，而是一种以分权制衡和多元利益为基石的代议制共

和政体。麦迪逊认为：“毫无疑问，依靠人民是对政府的主要控制；但经验教导人们，必须有辅助性预防措施。”他进一步指出：“在美国的复合共和国里，人民交出的权力首先分给不同的政府，然后把政府分得的那部份权力再分给几个分立的部门。因此，人民的权利就有了双重保障，而两种政府将互相控制，同时各政府又自己控制自己。”麦迪逊在这里所说的“两种政府”是指美国联邦与州两级政府之间的纵向分权，他提到的“几个分立的部门”是指政府中执法、立法和司法三个部门之间的横向分权。这样，在民选代议制政府的基础上，依靠分权和制衡，使任何一个利益集团和派别都无法占据至高无上的地位，从而达到利益相对平衡和杜绝专制暴政的目的。

值得注意的是，在制宪先贤设计的以民选为基础的共和制政体中，总统、联邦参议员和联邦最高法院大法官的产生方式和程序都违反了“一人一票”的民主原则。与民主制相比，美国共和制政体注重对政府和人民的权力都予以严格限制，强调分权和制衡，强调遵循宪政法治的规则和程序，强调联邦与州之间的平衡，在尊重多数人意志的同时又注重保护少数人的利益，而不是简单地按照“一人一票”或“全民公决”的民主原则治国。在此背景下，美国宪法规定的选举团制度既体现出服从多数、尊重少数的共和制政体特点，又反映出美国联邦制的特殊国情。

美国建国之初，13个州大小悬殊，交通不便，信息阻塞，互不信任，全国普选显然缺乏可行性。根据1790年的人口普查，当时全美人口总数360万，其中宾西法尼亚人口高达43万，德拉华州人口仅为5.8万，如果不硬性规定每州分配两名参议员和实行选举团制度，美国总统将会成为几个人口大州的总统，而不是13个州的总统，人口小州有可能扯旗造反，分家单过。在21世纪的今天，美国人口最多的7个州——加利福尼亚、德克萨斯、纽约、宾西法尼亚、佛罗里达、伊利诺斯和俄亥俄——的人口加起来已经超过了全美总人口的半数，如果废除选举团制度，按照普选票决定总统选举结果，那么总统候选人有可能不惜一切代价极力争取在这7个人口大州以绝对优势获胜，根本不管其他40几个州的死活。然而，在选举团制度下，Rhode island人口虽然只是加利福尼亚人口的六十分之一，但选举人票却是加利福尼亚的十八分之一，这样，小州在联邦中的权益就在一定程度上得到了相对保障。

但是，由于没有料到会出现政党，美国制宪先贤在设计宪法时也有疏漏之处。1787年宪法规定正副总统分开选举，选举人可以投两次票，且无需注明是投总统还是副总统，得选举人票最多的为总统，次之为副总统。但是，这一规定在1800年总统选举中暴露出严重的缺陷。当时，开国老总统华盛顿已经退休，他的副总统亚当斯和国务卿杰弗逊分别当选为新的正副总统。他们两位政见不同，分别属于形成中的联邦党和民主共和党，一届任期的同床异梦后，两人便分道扬镳。在1800年大选中，杰弗逊和伯尔作为民主共和党候选人参选，亚当斯和平克尼作为联邦党候选人应战。完全按照党派立场投票的结果是杰弗逊和伯尔各得了73张选举人票，亚当斯和平克尼各得65和64张。这样一来，只好根据宪法规定，由各州在众议院以州为单位(一票)来投票，选择杰弗逊和伯尔两人中的一位

为总统，另一位为副总统。此时，联邦党人宁可把票投给精于权术、心怀叵测的伯尔，也不愿选择在他们看来属于“危险激进派”的正人君子杰弗逊。结果，杰弗逊只得16个州中的8票，伯尔得了6票，均未超过半数。在接下来的一个星期内，众议院进行了35次无记名投票，结果都是如此。这时已是1801年2月17日，离新总统就职的日子只剩下了两周。最后，杰弗逊的政敌、联邦党领导人汉密尔顿表现出把国家利益置于党派利益之上的君子风度。在给他女儿的信中，杰弗逊写道：“汉密尔顿正在用他全部的影响力来保证我而不是伯尔当选。”的确如此，当时汉密尔顿就对联邦党人讲：“在这个世界上，如果我必须痛恨谁的话，那就是杰弗逊。但是，公众的利益必须超越个人的恩怨。”在他的影响下，原来投伯尔票的两个州改投杰弗逊，从而使他以10票当选为美国第三任总统。

由于这一教训，美国国会赶紧制定并通过了宪法第12条修正案，对总统的选举作了详尽的规定，非常具体，不厌其烦，其主要的修正是在未来的选举团投票时举人必须对总统和副总统候选人分别投票。

虽然有了新的规定，但仍不能避免总统选举出现僵局。这次是在美国内战后的重建时期，与州选举人票的计算规则有关。

内战使共和党以胜利者的姿态控制了全国政治，民主党因为和南方失败的事业紧密相连，一蹶不振。共和党通过内战所获得的政治垄断地位也带来了滥用权力的腐败，重建时期的两届格兰特(Ulysse Grant,1869—1877)政府成为美国宪政史上最不廉洁的政府，这使民主党人有了可乘之机，来个咸鱼翻身，险些夺取了“全国政权”。在1876年的总统大选中，民主党候选人蒂尔顿(Samuel J.Tilden)不仅比共和党对手海斯(Rutherford B.Hayes)多获25万张选民票，而且还获得了184张选举人票，离规定的185票仅一步之遥。而海斯只得到了165张选举人票。

但是命运之神最终却选择了海斯。原来，当年的选举舞弊盛行，尤其是在重建不久的南方，共和、民主两党都大玩手脚，弄虚作假。结果，南卡罗来纳、佛罗里达、路易斯安那和俄勒冈四州竟然发来两套完全不同的选举结果报告。本来，根据宪法规定，要由作为参议院议长的副总统在两院全体会议上当众拆封，宣布总统选举结果。但现在，如果由他来决定，肯定是选择有利于自己党(共和党)的报告；如果由民主党占多数的众议院决定，那么肯定是蒂尔顿当选。于是，国会只好成立一个由15人组成的选举委员会(参众两院和最高法院各派5人)，其中民主共和两党各7人，无党派的大法官1人。1877年3月2日，离总统宣誓就职仅差两天，委员会以8比7裁定海斯获得全部四个州的选举人票，以一票之差当选为总统。

这个纠纷解决的背后实际上是笔不光彩的交易。南部以不反对海斯当选为条件，换取了后者结束重建、撤出联邦军队的承诺。海斯就职后立即下令撤离了负责保护南部黑人选举权的联邦军队，这标志着“不仅放弃重建，而且放弃了黑人”。一位著名历史学家评论说：两党“妥协的真正受害者是南部的黑人，因为它正是以他们为牺牲品而达成的，从而使写入第14和第15条宪法修正案的各项保证的实际施行延迟了三个世代之久”。

亡羊补牢，犹未为晚。为弥补宪政上的漏洞，1887年国会制定并通过了《选举人票计算条例》(electoral count act)，规定某州的总统选举人票出现争议时，州立法机关应在选举团正式投票选举总统的前一个星期，按大选前制定的选举规则解决争议，产生该州的总统选举人名单，以免将矛盾推给联邦国会。这就是2000年大选计票大战中经常提到该《条例》中的“安全期”条款(safe harbor provision)。此后，美国大选再也没有出现过1876年的情形。

7.2 2000年总统大选一波三折惊心动魄

2000年总统大选的两位主角分别是共和党的小布什(George W.Bush)和民主党的戈尔(Al Gore)。这两位都出自政治世家，小布什的爷爷是来自缅因州(Maine)的国会参议员，老爸作过两届副总统和一届总统；戈尔的老爹则是来自田纳西州(Tennessee)的国会参议员。但就个人经历而言，小布什远比戈尔逊色。

戈尔年方28就当选了国会议员，后来又当选为参议员，国会经验丰富。在担任副总统8年期间，他与总统克林顿(Bill Clinton)配合默契，积极参与国内外政策决策，活跃于国际外交舞台。

在戈尔当上国会议员的年龄，小布什还是公子哥儿一个，对酒的兴趣比政治大得多。只是娶了温柔贤惠的劳拉(Laura)为妻后，小布什才“改邪归正，重新做人”。32岁那年(1978年)，他曾经尝试过竞选联邦众议员，但未能成功。此后，利用老爸的声望，他拉上几个不好驳他面子的投资伙伴，买下家乡得克萨斯一支行将破产的棒球队，三弄两弄，愣使它起死回生，狠赚了一笔。受家庭影响，1994年小布什决定竞选得克萨斯州长。尽管连父母都认为他获胜机会渺茫，但出乎很多人预料，小布什居然赢了，而且，在州长的位置他居然干得相当不错，连很多民主党的选民都喜欢他。1998年，他以压倒多数获得连任，开始成为一名有全国性影响的政治家。不过，他毕竟只是一方诸侯，缺乏联邦和外交工作经验，更无国际影响，当州长八年他只就近访问过墨西哥，其他哪儿也没有去，所以很多政治观察家都不看好小布什。

美国总统竞选热闹非凡，候选人飞来飞去，到处演讲，八方拜票。但仔细观察就会发现，由于“赢家通吃”的选举方式，选战的重点都放在那些至关重要的人口大州，特别是民主共和两党势均力敌的大州。传统上，共和党在保守的南部有优势，而民主党在开明的东北部及西部的加利福尼亚占主导。2000年总统大选时，两党的竞选战略家们发现，仅靠传统的势力范围，他们的候选人都不足以保证大选胜利所需的538张选举人票中的半数，因此，他们把选战的主战场确定在东北部的宾夕法尼亚、中西部的密执安和佛罗里达，特别是民主党人认为这是只能赢不能输的“铁三角”。当时一些专家预测，小布什可能赢得多数普选票，而戈尔则有可能赢得多数选举人票。

随着2000年大选接近尾声，这些竞选战略家们深信，这次大选可能是1960年肯尼迪—尼克松(Kennedy-Nixon)竞选以来最激烈的一次，胜负难料，而佛罗里

达可能是胜负的关键。佛罗里达是全美第4人口大州(仅次于加利福尼亚、纽约和得克萨斯)，有25张选举人票，谁失去佛罗里达，谁就可能失去总统宝座，因此它的每一张选票都成为争夺对象。

小布什在佛罗里达有一个得天独厚的优势，就是他的小弟杰布·布什(Jeb Bush)在佛罗里达当州长，口碑不错，此外，共和党又控制着州议会。但是，选战布阵靠本党，上场卖力还得靠亲兄弟。小布什投入大量人力财力决心攻占佛罗里达，打破民主党的铁三角。但戈尔抓住该州南部的拉美裔居民和从东北部移居来的老年选民不放，大肆宣扬民主党的社会福利政策和老年保障主张。为此，在竞选最后几天里，小布什和戈尔几次进出佛罗里达，反复争夺，甚至在投票前几个小时戈尔还在佛罗里达发表了最后一场演说。到选举前，一些民意调查表明，戈尔略为领先小布什。事后统计发现，两党的激烈选战使佛罗里达这次大选的投票率从1996年大选取的67%增加到70%。

11月7日全国计票开始，小布什和戈尔互相领先，一路追逐。双方都拿下自己的“票仓”州和估计获胜州。民主党拿下了铁三角中的密执安和宾西法尼亚，如果再拿下佛罗里达，这总统宝座就非戈尔莫属了。

但问题就出在佛罗里达。大约到了东部时间(佛罗里达)晚9点，根据一家专门对投票后选民进行科学抽样分析的权威机构的数据，各媒体宣布戈尔拿下了佛罗里达。消息传来，戈尔的支持者欢声一片，准备开庆祝会了。在老家得克萨斯等消息的小布什则不以为然，认为媒体的结论下得太早了。

民主党人的好景不长。10点过几分，媒体宣布数据有误，佛罗里达是未定之州。随着点票进行，到了半夜一点，其他各州选票结果大致清楚，此时佛罗里达成了双方的生死之州。当时，笔者和一群美国研究生在南方大学中美文化研究中心熬夜盯住CNN，等待佛罗里达的选举结果。一个美式足球迷对笔者感慨说：“这比看超级杯比赛还要扣人心弦。”

到了半夜两点(此时已是美国东部时间8日，星期三)，CNN宣布小布什赢了佛罗里达，从而以271张选举人票险胜戈尔。小布什光复失地，起死回生。此时笔者身边几位小布什的支持者感激涕零，喜不自禁，而戈尔的支持者则悲从心起。这一失一复的绞杀战，使很多年轻的政治爱好者大喜大悲。

戈尔颇为大度，按大选惯例，他打电话给小布什承认自己败北，祝贺对手当选，表示愿意在新总统领导下为美国人民服务。“布什赢了！”的头条新闻也在报馆里开印。世界各国领袖纷纷发来贺电，争先恐后向新总统示好。戈尔打完电话后，驱车前往田纳西州议会大厦，准备公开认输。就在戈尔的车队快要到达目的地时，负责佛罗里达选举事务的州检查长(民主党人)电告戈尔：且慢承认失败，因为戈尔与小布什所得选票的差距不到0.5%。根据佛罗里达的选举法，在这种情况下需要重新计票。绝路逢生，戈尔居然又拣回了一条命，活了过来。

马上，戈尔的竞选经理明确宣布：只要正式数据没有出来，竞选继续！于是，戈尔又打电话给小布什宣布收回认输和祝贺。小布什不敢相信这是真的，因为他正准备向近乎狂热的支持者发表接受胜利的演讲。但他还是无奈地接受了现实，并努力安抚其支持者。世界各国领袖也很尴尬，纷纷又收回了祝贺。各路电视主

播熬红了眼不说，还要把泼出去的水又收回来，承认自己这辈子从来没有遇到过这么难播的新闻。

现在，全美国甚至全世界都盯住了佛罗里达。令人难以置信，共和、民主两党这场耗资30亿美元的选战拼到最后，竟然是一千多张选票决定总统花落谁家。历史学家说，这是美国历史上最精彩的选举；老人说，他们有生之年从来没有看到过这么激烈的大选；年轻人说，他们从来没有像今天这样感受到自己的一张选票会决定国家命运；好莱坞的导演说，要是剧本这么写，没有人敢相信会是真的。无论结果如何，这次选举已经让美国历史上所有的选举黯然失色，即使是失败者，也将成为历史中的传奇人物。

11月8日下午，佛罗里达总算完成了67个县的计票工作：在大约6百万张选民票中，小布什赢得2909135张，戈尔赢得2907351张，其他候选人共得139616张，小布什仅比戈尔多得1,784张选民票(相当于佛罗里达选票总数的0.0299%)！

对戈尔及其支持者来说，这一不到二千票的微小差距充满了巨大的诱惑，他们相信，通过对选票的重新计算可能会改变选举结果。但对于小布什来说，自然不肯放弃到手胜利果实。结果，佛罗里达计票还未结束，有关选票的争执即起。更绝的是，计票纠纷引发十几桩法律诉讼案，官司一直从佛罗里达的地方法院打到联邦最高法院。

这场选举及其引起的世纪诉讼大战引发了无数的批评和评论。香港的一位著名时评家把它称之为美国大选中“最丑陋的一页”，对此，笔者曾经有一篇评论反驳道：“在这场司法大战中，人们没有看到半个月前在欧洲的南斯拉夫、在非洲的科特迪瓦总统大选中出现的两位总统候选人同时宣布自己获胜的情形以及随之而来的混乱，看到的却是对法律的尊重。即使对佛罗里达的四个县进行第二次重新计票(人工计票)不满，布什阵营也只是企图利用法律武器阻止这一做法，在法院驳回他们的请求后也未采取过激行动。如果把这种理性和法治也看作是丑陋的话，那么这世上就没有不‘丑陋’的政治了。”(见阮次山：《美国宪政上最丑陋的一页》，《联合早报》2000年11月14日；任东来：《美国总统大选是否“丑陋”》，《美中周刊》2000年11月17日。)

7.3 选票统计争议乍起司法大战引人注目

在美国，由于宪法规定的选举团制度，选出总统选举人的具体方式和程序属于州政府的管辖权。由于美国实行联邦制，所以各州有各自不同的选举法，而佛罗里达的选举法中恰好就有前面提到的0.5%规定。如果候选人所得的选票差距在0.5%，各选区(县)选举委员会必须重新机器计票一次。另外，候选人有权在选举结束后72小时以内提出人工重新计票(manual recount)的要求，由县选举委员会决定是否可行。该选举法还规定，在大选结束后7日内，各县选举委员会须将选举结果上报州务卿办公室，由州务卿将选举结果(包括大选日后10日内寄达的“通讯选票”[absentee ballots])汇总、确认和签署，然后宣布全州的正式选举结果，从而决定本州25张总统选举人票的归属。

11月10日，佛罗里达各县完成了机器重新计票，小布什仍然领先，但与戈尔的差距缩小为令人难以想象的327票！这一情形促使戈尔方面要求对棕榈滩县(Palm Beach County)等若干属于民主党势力范围的选区进行人工重新计票。人工重新计票可不是件容易的事情，因为美国各地甚至同一个州内的选票形式各异，美国各地的选票形式各异，投票方式也五花八门，从古老的选票(Paper Ballots)到旧式的打孔机(Punch Card)，从光学扫描仪(Optical Scan)到最先进电脑表决器(Electronic)，不一而足。其中打孔机是最普遍的一种选举机器，全美大约31%的选民使用这一方式投票。

佛罗里达的重新计票立即就遇到了麻烦。首先是该州棕榈滩县等县打孔机所用的“蝶形选票”很成问题。设计这张选票的是该县选举委员会的一位民主党人，为了照顾当地大量老年选民，她想把字体印得大一些，结果在一页里就印不下了，只好分列两页，成了“蝴蝶”形。这样一来，戈尔的名字和一个极端保守派改革党的候选人布坎南的名字连在了一起，稍不留神就会选错，把该在戈尔名字旁边打的孔打到了布坎南的名字旁边。棕榈滩县是民主党的重镇，结果布坎南却不可思议地得了几千张选票，面对这种结果，连他自己都感到不可思议。

其次是一些被认为是废票的选票是否重新计算、以及如何计算的问题。在正常情况下，打孔机在孔印处打孔，应该把孔印击穿，孔芯脱离选票，随后，将打了孔的选票由计算机处理，选举即算完成。但很多选民打了两个孔，由此造成至少一万九千张废票。由于大部份废票出现在被认为是民主党支持者的黑人社区，因此，民主党人自然认为，如果没有这一失误戈尔就是总统了。尽管有些选民发现自己投坏了票，告上法庭，但法庭当然不会插手干涉，因为这里面没有丝毫违法舞弊行为，投票失误是每个选民自己的责任，民主党人只好自认倒霉。另一类被认为是废票的是“漏选票”(undervotes，即机器没有识别出是否选择任何候选人的选票)，人工计票主要是决定它们的归属。漏选票的产生是选票打孔时由于种种原因造成穿孔不透或纸片残存。确定哪些漏选票有效，哪些无效，实在是件非常困难的事情。

对于佛罗里达的重新计票，小布什阵营非常不满。11月12日，小布什不甘示弱，立马向佛罗里达的联邦地区法院提出紧急申请，要求法院下令立即停止人工计票，理由很简单：(1)只在部份县进行人工重新计票必然造成州内选票统计中事实上的不平等，违背了联邦宪法第14条修正案中平等法律保护条款；(2)人工计票可能比机器计票更容易出错，其结果更不可靠；(3)局部的人工重新计票会引发全州性的重新计票，甚至导致全国性的重新计票，从而否定已有的大选结果。但是，地区法院以人工计票属州法管辖范围、联邦法院不能随意干预为由拒绝了小布什方面的请求。小布什方面于是决定向在亚特兰大的联邦巡回上诉法院提出上诉。16日，该院以同样理由驳回他们的要求。与此同时，共和党人也开始主动出击。州务卿、共和党人哈里斯(Katherine Harris)女士宣布，11月14后(大选日后第7天)是各县上报选举结果的最后期限，逾期概不接受。

哈里斯依法办事，民主党人却难以接受，因为棕榈滩等县人工计票刚刚开始，不可能在法定的计票期内完成人工计票。民主党控制的棕榈滩等县向州法院

提出紧急请求，要求给予宽限。失败后，它们上诉到佛罗里达最高法院，要求阻止哈里斯在法院判决之前签署任何选举结果。此举终于成功。但州最高法院判决的党派色彩非常明显，因为7名大法官中有6名是由民主党人州长提名和任命的。

11月20日，佛罗里达最高法院开庭。法庭辩论主要集中在两个问题上：(1)县选举委员会是否可以决定进行人工重新计票？(2)州务卿是否有权拒绝逾期上报的计票结果？

戈尔阵营的律师认为，人工重新计票旨在保证选票统计的准确性，尊重和保护公民的政治民主权利，因此，州务卿哈里斯无权拒绝接受人工计票的结果。

共和党方面则回应说，州务卿依照法律和程序办事，忠于法律和职守。州最高法院对此没有司法管辖权。

从根本上说，双方争执的关键在于，如果尊重和保护公民的民主权利高于一切，那就应当不惜任何代价重新精确计票，或者干脆重新投票——只要符合民主原则，在竞赛过程中也可以改变规则和程序。另一方面，如果宪政法治的正当程序和共和原则至高无上，那么在尊重民意的基础上应当注重对多数人的权力予以严格限制，在选举和计票过程中，任何人都不能以民主或民意为理由轻易改变竞赛规则。

11月21日，佛罗里达最高法院以7比0的表决作出两项裁决：首先，如果机器计票和抽样人工计票的结果出现差异，县选举委员会有权进行人工重新计票；其次，州务卿的确有权拒绝逾期报来的计票结果，但这一权力不是绝对的，而是有条件的，因为选举权是州宪法保障的最重要的公民权利，是其他公众自由的基础，必须得到尊重和保障，“技术性法律规定不能凌驾于选举权的实质内容之上”(technical statutory requirements must not be exalted over the substance of the right)。为此，它宣布：棕榈滩等县可以继续进行人工计票，但计票结果必须在5日内(11月26日下午5时前)上报给州务卿，后者必须将这些结果包括在州大选的最后结果中。(在有关州务卿可否接受逾期报来的选举结果问题上，佛罗里达的选举法的规定不够清楚。该法第102.111条称：如果某县逾期没有送报选举结果，该县的选举结果“将被忽略不计”[shall be ignored]。但在第102.112条中，对同一问题州法又使用了“可被忽略不计”[may be ignored]的字眼。到底应该以哪一条为准？州务卿哈里斯和戈尔方面各执一词。为此，州最高法院明显感到裁决这一相互矛盾规定的困难，但因其“不愿意改写州选举法”，它只能诉诸于“启用法院的衡平法权力[equitable powers]来提供一个补救性措施”，并据此作出了上述的决定。布什方面则认为这项决定不正当地超越了法院的权限范围。Opinion of Palm Beach County Canvassing Board v.Harris, Volusia County v.Harris, and Florida Democratic Party v.Harris, (Case Nos.SC00-2346, SC002348,SC00-2349 in Florida Supreme Court, November 21, 2000). 转引自王希：《2000年美国总统大选述评》，《美国研究》2001年第1期。)

针对这一判决，当代美国最有影响的法学家、联邦第七上诉法院法官波斯纳(Richard A. Posner)批评说：它是引发大选案几乎不可收拾的关键性失策(one critical misstep)，因为“它剥夺了州法赋予州务卿的自由裁量权，从而侵犯了立

法部门确立选择总统选举人规则的专有权力”。

佛罗里达最高法院的裁决显然是民主党方面一个重要的胜利，但他们可能高兴得太早了，要在5天内完成几十万张选票的人工统计谈何容易！人工计票的第二天，一桶冷水就当头泼向了民主党人。11月23日，四个进行人工计票县(另外两个县分别是Volusia和Broward)中的一个迈阿密-戴得(Miami-Dade)县选举委员会突然决定：他们将停止人工重新计票，因为无法在5日内完成该县的人工计票工作。对此，民主党方面立即向佛罗里达最高法院提出紧急申请，要其下令该县立即恢复人工重新计票。但这一次他们未能如愿以偿。

11月26日下午5时是人工重新计票的截止时间，只有一个县完成了人工重新计票。当晚，州务卿哈里斯正式签署了佛罗里达选举的结果：小布什赢得2912790票，戈尔赢得2912253票，小布什以537票领先。哈里斯拒绝了迈阿密-戴得和棕榈滩两县的人工计票结果(戈尔在两县分别净增选票168张和215张)，理由是前者报来的只是部份统计结果，后者则超过了截止时间——尽管仅仅晚了几个小时。对民主党来说这几乎是一张死刑判决书。

但戈尔阵营决不认输，次日，他们向佛罗里达巡回法院提出紧急请求，要求下令哈里斯接受上述两县人工计票的结果，并命令迈阿密-戴得县完成人工计票。12月3和4日，法院作出了不利于戈尔的决定：下令两县将有争议的选票运到法院备查，但没有同意恢复迈阿密-戴得县的人工计票。

7.4 最高法院出手大选尘埃落定

当戈尔方面还在为维持人工计票而苦苦挣扎时，小布什阵营却采取孤注一掷的战略，向联邦最高法院提出上诉，要求审查21日佛罗里达高院决定的合法性。这对民主党人无疑是釜底抽薪。24日，最高法院宣布接受这一案件，决定在12月1日开庭。这样，人们的眼光便从佛罗里达转向了华盛顿特区的最高法院。

在法庭上，小布什方面称，根据美国宪法和1887年《选举人票计算条例》，州议会有权决定各州总统选举人产生的方式，在选票出现纠纷时应按大选前制定的法律解决。而现在，佛罗里达最高法院的决定却改变了原定的计票程序和时间表，不仅违反了1887年的《选举人票计算条例》，而且也违反了宪法第14条修正案中的正当程序的原则(即未经正当法律程序，各州不能剥夺公民享有的联邦权利)。

戈尔的律师反驳说，人工计票是佛罗里达选举法认可的一项正常计票程序，旨在获得一个公正的结果。由于州选举法的有关规定语焉不详，造成理解上的差异和运用中的矛盾，为此，州最高法院有权对其进行解释，这种做法既没有损害州法和公民的权利，也不违反正当的法律程序，所以不存在州法院越权的问题，最高法院不应干预。

三天后(12月4日)，联邦最高法院以9比0作出判决。它对戈尔和小布什的分歧不置可否，只以州最高法院没有说明其决定的法律基础、也没有论及它与联

邦相关法律之间的关系为理由“搁置”(vacate)了佛罗里达最高法院的判决，并将“案件发回”(remand)。

联邦最高法院虽未作出直接裁定，但这一决定至少表明它拥有干预的权力。

就在同一天，佛罗里达的巡回法院也对戈尔方面的上诉作出了判决，结果却令民主党人大失所望。法院认为，戈尔方面缺少足够的具体证据说明人工计票有可能改变现有的选举结果，州法中也没有规定州务卿必须接受不完整的计票结果，所以，法庭不能强迫迈阿密-戴得县恢复人工计票，也不能否决州务卿哈里斯已签署的选举结果。

显然，选票争执的天平开始摆向共和党。但戈尔仍然不放弃最后的一线生机，再次寄希望于佛罗里达最高法院的干预。

12月8日，佛罗里达最高法院以4比3票的票数部份推翻了巡回法院的决定，明确棕榈滩县的计票结果和迈阿密-戴得县不完整的计票结果都应该包括在最终的统计结果(这使戈尔与小布什的差距缩小到154票！)，并下令在全州范围内(总共63个县，除已经完成人工计票的三个县外)人工统计大约6万张漏选票，但并没有确定何为漏选票的标准。

显然，这一作法是为了减少对部份地区人工计票不公的批评，给予戈尔一个最后的机会。这一做法的党派倾向非常明显，实际上是无视联邦最高法院的意见。小布什方面企能善罢甘休，遂向联邦最高法院提出紧急上诉。

12月9日上午，在佛罗里达各县刚开始人工统计漏选票两小时以后，最高法院接受了小布什阵营的上诉请求，发出了紧急命令，要求佛罗里达立即停止人工计票，宣布12月11日再次举行法庭辩论，并将此案正式定名为布什诉戈尔案(Bush v.Gore)。这一紧急命令是以5比4票的表决结果作出的，保守和开明两派大法官的立场泾渭分明。赞成停止计票的5名法官中，除首席大法官伦奎斯特(William Rehnquist, 1972—1986年为大法官，1986年起首席大法官)、大法官斯卡利亚(Antonin Scalia, 1986年起任职)和托马斯(Clarence Thomas, 1991年起任职)3位著名的保守派之外，还有中间偏保守的肯尼迪(Anthony Kennedy, 1988年起任职)和奥康纳(Sandra Day O'Connor, 1981年起任职)。反对停止计票的大法官是史蒂文斯(Paul Stevens, 1975年起任职)、布雷耶(Stephen Breyer, 1994年起任职)、金斯伯格(Ruth Ginsburg, 1993年起任职)和苏特(David Souter, 1990年起任职)。

在12月11日的庭辩中，小布什方面的律师主要强调两点：其一，佛罗里达最高法院下令对有争议选票进行人工计票并由巡回法院来制定计票标准的决定，违反了宪法第2条总统选举人产生条款和1887年《选举人票计算条例》的“安全港”条款；其二，缺少统一标准人工重新计票(standardless manual recounts)违反了宪法第14条修正案的平等法律保护和正当程序条款。戈尔阵营的律师则强调，佛罗里达最高法院的决定是对佛罗里达选举法的合理解释，它没有制定新的法律，只是补救选举中出现的问题，联邦最高法院应该尊重州法院的判决。

显然，布什诉戈尔案主要涉及到以下几个内容：(1)对联邦及州选举法规的解释；(2)美国总统的选举程序；(3)州司法机关在有争议的选举中有关的司法行

为。换句话说，它涉及到了最高法院对州及联邦各级政府行为的审查。应该说，这些都是最高法院司法审查的范围。

次日晚，在万众瞩目中，最高法院以与9日下达紧急命令时完全一样的5比4一票之差作出了最后裁定：“推翻佛罗里达最高法院命令继续人工计票的决定。”（与通常的法院意见[opinion of the court]表述不同，这里的法院意见是Per Curiam Opinion，它一般用于案情简单且紧迫的案件，其判决相对简单，无需对法院决定的理由作深入展开的总结，也不要求法官在决定上签名。）

最高法院多数意见认为，佛罗里达高院的判决存在宪法问题，违反了平等法律保护条款，必须给予上诉一方（小布什阵营）以补救。多数派法官作出裁决的主要理由如下：(1)一旦州法律授予州居民有权选举总统选举人，这一选举权就成为一项基本的宪法权利；(2)如果州政府的行为损害了这一基本权利，联邦法院应对这些行为进行严格的司法审查；(3)在本案中，佛罗里达的法律以及州法院均没有给出一个明确的标准，说明应当如何进行第二次重新（手工）计票，并且确保每一投票均能以一种平等的方式公平、准确地统计；(4)因此，第二次重新计票，即手工计票，违反了宪法第14条修正案所要求的平等保护以及为正当程序所要求的公正对待每一个投票者的条款。

最高法院的决定使戈尔失去了最后一根救命的稻草。12月13日晚，戈尔向小布什承认失败，并发表了颇为感人的电视讲话。虽然戈尔不失幽默地说，他已经又给小布什打了一通祝贺电话，这回不会再次收回祝贺了，但从戈尔发表这一讲话时并不轻松的面部表情和略带颤音的声调中，人们很容易感受到他此刻复杂的心情，难免对他抱有深深的同情。是啊，在经历近两年的精心准备、近一年的艰苦竞选特别是大选日后36天苦苦的挣扎和前途不定的痛苦等待之后，在领先对手53万余张普选票的情况下，仅仅因为佛罗里达几百张选票而与白宫失之交臂，这对任何政客来说都是非常痛苦的。要接受失败的结果，的确需要相当的勇气。

美国的总统竞选很像一场重要的体育比赛，要经历预赛（争取两党总统候选人提名的预选）、复赛（全国党代表大会正式提名）和决赛（两党候选人竞选）的漫长过程，但较体育比赛更为残酷的是，它只有冠军而没有亚军的位置。戈尔能够平静地虽不是情愿地接受失败的结果，并在认输讲话中表现出君子风度，应该说是“虽败犹荣”。

这样，持续36天的选后诉讼正式结束。36这个数字恰好也是200年前那次总统选举僵局中众议院投票的次数。笔者在当时的一篇时事评论中写到：“200年前的36次投票，200年后36天的等待，最终都是以政治家放弃党派成见、置国家利益于第一位而解决了总统产生的僵局，由此可见，在我们诟病美国选举政治和党派政治弱点的同时，我们也应该看到美国政治生活中存在着一股世界上很多国家都缺乏的那种强大的凝聚力，这就是戈尔希望他的支持者时刻牢记的名言：‘我们都属于一个民族，有着共同的历史和共同的命运。’”

2001年1月6日，107届国会开幕。非常残酷的是，戈尔以参议院议长的身份宣读他在内心中并不承认的大选结果：在选举团的538张选举人票中，小布

什和切尼赢得271张，戈尔和利伯曼赢得266张。在全国范围内，小布什共得民选票50456141张(占总票数的47.87%)，戈尔共得民选票50996039张(占总票数的48.38%)，小布什比戈尔少了约53万张左右普选票，成为继1888年哈里森之后又一位少数票总统。英国《经济学家》(the economist)杂志以“偶然胜出的总统”为题评论说：现代政治史上“极少出现过以如此微弱的胜利赋予某人以如此巨大的权力”。

7.5 民主与法治的平衡一个永恒的难题

美国最高法院多数派的裁决受到了自由派的广泛批评和质疑。有人嘲笑说，5位保守派大法官在这次总统选举中投了小布什两次票：一次在11月大选中，一次在12月的裁决中。批评主要集中在司法对政治的干预和对民主原则的违反。

在美国，选举问题是一个政治问题，而根据美国“伟大的首席大法官”马歇尔留下的宪政遗产，法院一般不应介入政治问题。但人民的选举权乃是人民的一项根本的宪法权利，当整个问题涉及人民的选举权时，法院是否应该介入？如果按照沃伦法院在著名的贝克诉卡尔案(Baker v.Carr)中确立的先例，介入似乎理所应当。(最高法院在该案中裁定，各州议员选区划分中的代表性不平衡问题不仅仅是政治问题，也是公民宪法权利的平等保护的法律问题，因此法院有权干预。)但问题是，伦奎斯特法院一向以保守著称，奉行司法克制哲学，它的介入难免有党派倾向之嫌，有损司法独立的美名，因此，有论者甚至认为这次大选“开创了由联邦最高法院裁决总统大选争议的先例，打破了美国宪政中三权分立的神话”。

这个评论可能过于绝对，因为这里涉及到一个判断标准的问题。抛开党派政治因素不谈，如果认为60年代沃伦法院对贝克案的判决是正当的司法干预，有助于美国民主制度完善，那么同样道理，也很难说大选案不是正当的司法干预、不有助于美国大选政治的稳定，因为按传统的标准，两者分别涉及州议员的选区和总统选举的地方选票问题，都是不适合联邦司法解决的地方政治问题，因此不能因为是开明派的干预就说是正当，保守派的干预就是越权。(据盖洛普民意调查显示，在审理布什诉戈尔案之前，超过70%的被访问者[包括小布什和戈尔阵营的人]认为最高法院是解决选举纠纷最值得信赖的机构，并且能够对案件作出公平判决。最高法院判决后第二天的一项民意测验显示，80%的民众准备接受小布什为他们的总统。)

同样需要指出的是，仅就形式而言也是五十步笑一百步，半斤八两，因为佛罗里达最高法院人工计票决定在先，联邦最高法院的裁决在后。一位美国教授的评论可谓一针见血：最高法院的“非法”不过是对佛罗里达高院“非法”的反击。如果在原则上认可佛罗里达高院司法干预的合法性，就很难不赞成联邦最高法院干预的合理性，因为总统选举人的产生显然与宪法及联邦法律密切相关。(国内知名美国宪政学者张千帆教授也认为：“因此，问题并不在于法院是否应该干预，而是究竟哪个法院应该干预，并且其决定应被作为最终决定而获得尊重。”他

认为佛罗里达高院比最高法院更适合。摘自《论美国总统大选的宪政问题》，原载《中外法学》，2001年第4期第415页。)唯一可以指责的是，伦奎斯特法院一向保守，主张限制联邦权力，强调限制平等保护条款的适用范围，突出保护各州的权力，而它在大选案上的态度有悖它的基本司法理念。

在这次选举纠纷处理过程中，政治化倾向显而易见。州务卿哈里斯(哈里斯本人同时还是共和党在佛罗里达竞选委员会的两主席之一，因为这次选票争议，她一时成为全国性人物，在2002年美国国会选举中顺利当选为众议院议员)与棕榈滩等县选举委员会之间的选举法权限之争，佛罗里达最高法院对哈里斯决定的两次否定，联邦最高法院决定的泾渭分明，都显示出党派意志的较量。为此，《纽约时报》(New York Times)的著名外交专栏作者托马斯·弗里德曼(Thomas L.Friedman)甚至表示：“戈尔先生(Mr.Gore)为美国人民挨了一枪子儿。这打在美国人民胸口的一枪是最高法院的5位保守派大法官放的，他们出于政治的动机裁定布什为总统。”不过，所有这些政治较量都限于对法律的不同理解和法律漏洞的利用，基本上没有背离法律本身。讨论这一司法大战在多大程度上是一种纯粹的法律之争，在多大程度上是一种党派之争，并没有多少实际意义。

如果我们接受丘吉尔的看法，承认民主只是与独裁之间选择中的一种“两害之间取其轻”的制度的话，那么，我们似乎同样也应该接受哈佛大学法学教授尤格(Robert Mangabeira Unger)的见解：“就所涉及的社会方方面面而言，与人寿保险和自由主义本身一样，法治只是从恶劣环境中寻求的最佳结果”，因此，实在没有必要把法治理想化。司法独立应该理解为一种制度上的独立，即不依赖于任何其他政府部门或党派而存在，理解为对法律的忠诚而非党派政治的顺从。法官并不完全是“众人皆醉我独醒”的超凡脱俗之辈，法院也不可能不食人间烟火、不受各种思潮观念渗透和影响的孤立存在。不同的法官有不同的政治哲学，它们构成了其理解和解释法律的基本框架。完全客观中立的法官只存在于书生的法律王国之中。

那么，联邦最高法院多数派“迫不及待地介入此案”的作法是不是“打破了自己传统的保守主义立场”？他们的决定是不是“不言而喻”的“政治性决定”呢？似乎很难十分肯定，这从判决书中五花八门的意见中可窥一斑。这个判决书一共分成六个部门，一个多数意见，一个附合意见，四个不同意见，其中只有一个三位大法官一致同意，其余三个不同意见都是双重异议。

裁定佛罗里达高院的做法违宪的是7名大法官，其中包括两位开明派大法官布雷耶和苏特。他们认为，佛罗里达人工重新计票一案的确涉及了联邦宪法和联邦法律问题，宪法明确规定由各州议会制定产生总统选举人的方式和程序，并给予选民的投票权以及行使方式以平等的法律保护。由于佛罗里达最高法院的判决未能提供一个“符合联邦宪法最低要求的”统一的计票标准，同样的选票会得到“不平等的衡量”。这里的问题不是人工计票是否可以拖延，而是人工计票的不同标准是否损害宪法的平等法律保护原则。但这一理由在自由派批评家看来非常荒唐可笑，因为佛罗里达一共有67个县，有着不同的投票形式，根本不可能存

在着统一的计票标准，只能是根据各县不同的选票形式和投票方式来决定选票是否有效。

需要特别指出的是，最高法院裁决本身并没有下令停止人工计票。像美国任何一个上诉法院一样，最高法院只专注于原审法院作出判决的方式是否符合法定程序或联邦宪法和法律，从而保证审判没有法律上的错误，因此，它只是将案件发回，要求佛罗里达高院重审，并作出与最高法院法院意见相符合的决定。显然，这是根本不可能的，因为它作出判决的时间(12日晚上10点)离它认为合法的选票统计截至时间(12日)只剩下两个小时，这实际上断绝了佛罗里达高院采取任何补救行动的可能性，也断绝了戈尔的最终希望。这种做法似有“不诚实”(intellectual dishonesty)之嫌，但却是最高法院的唯一选择，因为它可以辩称，它只是对法律程序而非总统选举问题作出了其权限范围内的判决。此外，确认12月12日为截止日期的并不是最高法院，而是佛罗里达议会根据联邦有关法律制订的选举法确定的。

布雷耶和苏特两位自由派大法官虽然在人工计票案具有宪法性的问题上与多数派站在一起，但他们认为联邦最高法院不必死守12月12日截至时间，而应该允许佛罗里达建立统一的计票标准，并在12月18日选举团投票前完成人工计票即可。他们的这一异议得到了史蒂文斯和金斯伯格两位大法官的部份同意。

真正一致的异议是由史蒂文斯大法官提出，布雷耶和金斯伯格大法官加入。针对多数派大法官的说法——佛罗里达高院的决定改写了佛罗里达的法律，史蒂文斯认为佛罗里达高院的决定不过是解读州立法机构的立法。更重要的是，美国宪政实践的传统一向是，在涉及州法的含义时州最高法院的有关决定是最终裁决，因此联邦最高法院不应介入。在结论中，他甚至上纲上线道：“法治的真正支柱在于对执法者的信心。时间会有一天愈合今天的判决给这一信心所造成的伤害。但是，有一点是肯定：我们或许永远无法百分之百地确定，到底谁才是今年总统选举的赢家，但确定输家却显而易见，那就是这个国家对法官作为法治无私的守护神的信心。”(值得注意的是，史蒂文斯是共和党人福特总统任命的，一向被认为是倾向共和党的保守派，但这次却成为坚决反对最高法院决定的异议者。显然，保守派和开明派的分类并不十分准确，同时也说明指责最高法院这一决定完全受党派利益支配，根据并不充份。)史蒂文斯和金斯伯格的异议主要强调不应该质疑佛罗里达高院对州法的解释，它并没有改写法律。

在所有的异议中，以布雷耶大法官的异议最为突出，因为他从根本上认为这是个政治问题，具有不可司法性。由此看来，除了布雷耶外，其余的大法官都认为佛罗里达选票争议是可以由司法管辖的，分歧只在于是由州还是由联邦司法管辖。

尽管最高法院最终进行了干预，但实际上这一干预相当勉强。在法院意见书的结尾部份多数派大法官不得不这样表白：“没有人比本法院的成员更明了司法权的根本限制(the vital limits)，在尊重宪法的设计——通过他们的立法机关让人民并由政治来选择总统——方面没有人比本院更坚定。但是，当诉讼双方启用诉讼程序后，我们就必须处理诉讼中的联邦以及宪法问题，这是我们义不容辞的

责任。”

很难说保守派大法官因为党派利益改变了他们司法克制观念。因为，正是通常被认为是保守派的三位大法官强调，应由佛罗里达议会而不是州最高法院处理整个选举事宜。他们还指贵州最高法院在审理整个案子时不是在解释州法，而是在重新创制州法。首席大法官伦奎斯特、大法官斯卡利亚和汤马斯3人在支持裁决的附加意见中指出：按照佛罗里达法律，只有那些标记清楚的选票才是有效票，而佛罗里达最高法院允许人工计算标记不清选票的作法违反了佛罗里达的立法。本来。这虽然只涉及到佛罗里达内部的分权问题，但本案涉及的却是总统选举这一事关联邦的大事，属于宪法第2条规定的内容。因此，他们才不厌其烦地从法理上说明，在选票汇总上报的截至日期和所谓“合法选票”(legal voter)问题上佛罗里达最高法院如何违反了佛罗里达有关选举的法律和宪法第2条。其次，从技术可行性上说，要在12日之前完成重新计票是根本不可能的。

在判决意见书中，需要特别注意的是布雷耶大法官的异议。通过对总统选举问题的宪法史考察，他强调，布什诉戈尔案涉及的是一个不可司法的政治问题，因为“美国宪法的制定者和(制订1887《总统选举人条例》的)1886年国会作出的决定，都是尽可能地减少最高法院在解决总统选举难题上的作用，这既明确又明智。对国会来说，解决选举纠纷难题可能是非常棘手和困难，但是，作为一个政治机构，它比非民选的最高法院更准确地表达了人民的意愿，而人民的意愿正是选举的意义所在。”在结论中布雷耶写道：“我担心，为使这一久拖不决的、令人烦恼的选举过程有一个明确的结果，我们没能充分注意到有必要‘制衡我们自身权力的行使’，‘我们自我约束意识’”。他还援引著名大法官布兰代斯(Louis D.Brandeis)关于司法克制的名言：“我们要做的最重要的事是什么都不要做。”(The most important thing we do is not doing)他认为“最高法院今天所做的其实并不应该做”。布雷耶的看法是最高法院应当进行自我约束，驳回案件而不触及其实质问题。应该说，布雷耶的观点有相当强的合理性和理论上的说服力。

此外，还有一个利益冲突是否应该回避的问题。其背景原因是，已有几位最高法官大法官表示近期将退休，这意味着不论谁上台，新任总统都会提名自己信任的人选出任大法官。而大法官自身，不论是开明派还是保守派，当然都希望有志同道合的同僚，这样一来，他们在大选案中就与自己的这一利益搅和在一起，这很可能是保守和开明两派如此泾渭分明的一个主要原因。所以，从利益回避的角度来看，最高法院似乎也不应该接这个案子。(自由派批评家还指出，大法官斯卡利亚的儿子工作的律师事务所恰好是替小布什在最高法院辩护的那一家，而大法官托马斯的太太则在著名的保守派思想库传统基金会[heritage foundation]工作，负责为小布什政府特色合适的官员人选。)

可是，为什么这些观点曲高和寡、无人喝彩呢？这就是现实政治在起作用。俗话说国不可一日无君，“民主”的美国也同样如此。如果让民选的州议会或国会来决定总统人选，如果每一张选票都要由人工重新精确统计，这样的话要折腾到何年何月？在宪政危机的压力面前，民主的逻辑难免显得有些苍白无力。有人评

论说：“从宪政秩序的角度来看，最高法院可能帮了国家的大忙；从法律推理来看，最高法院的这个决定很糟。一句话，最高法院的决定产生了秩序，却没有法律。(the Court's decision produced order without law)”因此，你可以说布什诉戈尔案的裁决是一个糟糕透顶的司法判例，极大地损害了司法部门公正独立的形象；你也可以说最高法院果断介入计票争端，成功地化解了一场因总统难产导致的宪政危机；你可以说每一张选票都代表了民众的心声，停止重新计票实际上等于忽视了民主原则；你也可以说遵循宪政法治的规则和程序比“顺从民意”更为重要，共和制比民主制更为根本。对此，主要看评论者的个人偏好，是一个见仁见智的问题。但有一点可以肯定，这场司法大战着实让世人看到了美国民主的成就与局限、美国法治的成功与遗憾。

此外，在这场世纪大案的裁决过程中，大法官之间不同意见畅所欲言、激烈交锋，让人们领略了美国法治的华彩篇章。一位中国学者虽然对美国最高法院的判决略有微辞，但仍然赞扬道：“我们看到一个独立与公正的司法机构对于保证民主选举的完整与可靠是至关重要的，而司法公正的重要保障即在于司法程序本身必须是一个自由、平等与公开的说理过程，其中每个法官(不论是几“品”，有没有官衔)都可以不受压制、毫无顾忌地表达自己对宪法与法律的观点，而他(她)的任何法律意见——无论是多么智慧或荒谬——也都将受到法学界同行、学者乃至整个社会与历史的无情检验。”

经历了36天的诉讼大战后，戈尔在承认败选的演说中所表现的君子风度和对宪法法治的尊重让人们再一次领略了美国法治的精彩和无奈。他说：“现在最高法院已经说话。尽管我不同意法院的判决，但我接受它。”这句话充分显示出最高法院在美国人心目中至高无上的权威地位：它作出的判决可能会出错，可能会不被失败者内心认可，但却会被无条件地接受。

针对戈尔的认输讲话，《纽约时报》专栏作者托马斯·弗里德曼有精彩的评论。尽管他认为最高法院的判决带有政治倾向，但他却深信，美利坚民族对宪政法治的信仰是美国强大的关键，因为“判决的失败者接受法治以及法治背后的制度为最终的、合法的原则”，“只有通过这种方式，只有当我们重申我们对法律制度的忠诚，甚至即使它对我们不利时，制度才能长存、改进并在失误中总结教训”。弗里德曼认为，美国成功的秘密不在于华尔街，也不在于硅谷；不在于空军，也不在于海军；不在于言论自由，也不在于自由市场。真正的秘密在于长盛不衰的法治及其背后的制度。正是这种制度使每一个人可以充分发展而不论是谁在掌权。美国真正强大的力量，在于“我们所继承的良好的法律与制度体系——有人说，这是一种由天才们设计使蠢才可以运作的体系。”

弗里德曼的评论赞扬了美国法治的精彩，但却回避了美国制度中的非民主成份。这次大选使美国选举制度中的几个不够民主的问题暴露无遗：正是选举人制和赢家通吃的原则，致使戈尔在领先对手50多万张选民票的情况下功亏一篑；而正是由于非民选的最高法院而不是民选的国会的干预，戈尔失去了最后的一根救命稻草。因此，一个根本性的问题是，这一在200多年前因为妥协而形成的总统选举人(选举院)制度是否仍然适合今天的美国社会？很显然，如果没有选举

人制，就不会有这场惊天动地的选举诉讼大战。这一制度的不民主成份(来自小州的选举人的代表性远远不及来自大州的选举人)显然与今天很多美国人所信奉的民主观念格格不入，而赢家通吃的选举原则也远非欧洲大陆比例代表制那样公平。但因为选举人制有利于小州，赢家通吃则有利于两大党轮流执政，不让第三党在全国范围内有任何可能的成功机会，这些问题在美国目前的政治框架中根本没有改革的可能性。一百多年来，有关废除或修改选举人制的方案和法案成百上千，但皆无一例外胎死腹中。虽然有严重的问题，但美国的总统选举制度却依然充满活力，长盛不衰，就如同参加一场极具魅力的体育比赛一样。显然，对于任何一种政治制度而言，重要的不是完美无缺，而是经久耐用，符合国情民意。多少具有讽刺意味的是，并不相信民主万能、也没有对其选举制度进行“民主改革”的美国政府却不遗余力地在世界各地倡导和推动民主！

另就程序问题即投票的方式而言，美国的总统选举制度也存在很多不公正的地方。在美国，选举完全是地方的事务，富裕的县可以不断更新其投票设备，尽可能减少误差，贫穷的县却没有办法做到这一点，投票设备陈旧，容易出错。因此，投票方式的差别实际上反映了经济上的贫富差别所带来的政治表达权益的差别。以打孔机和光学扫描仪为例，用前者投票，其出错而无效的机率比后者高三倍。而民主的程序则要求所有合格的选民应该有平等的投票条件和环境，他们的选票也应该得到同样的准确统计。

因此，人们不禁要问，不论从内容还是从程序而言，当美国人连自己国家的选举制度都没有办法民主化时，它还能成为一个有意义的民主的榜样和民主价值的倡导者吗？

8 程序公正与“世纪审判”——橄榄球明星辛普森涉嫌杀人案(1995)

橄榄球超级明星O.J.辛普森(Orenthal James Simpson)涉嫌杀人案震惊全美，堪称20世纪美国社会中最具争议的世纪大案之一。不少人认为，辛普森腰缠万贯，不惜花费重金聘请了号称天下无敌的“梦幻律师队”(Dream Team)为自己开脱罪名。这帮律师唯利是图，凭着三寸不烂之舌，利用美国社会中的种族矛盾以及刑事诉讼程序中的漏洞，把“血证如山”的检察官和警方证人驳得目瞪口呆，最后说服了陪审团全体成员把杀人凶手无罪开释。这场为全球媒体瞩目一时的“世纪审判”(Trial of the Century)无疑是对美国司法制度的极大讽刺和嘲弄。

然而，事过多年之后，根据已公布的辛普森案档案和涉案当事人的回忆，人们惊奇地发现，洛杉矶市警方在调查案情过程中未能严格遵循正当程序，出现了一系列严重失误，致使辛普森的律师团能够以比较充足的证据向陪审团证明辛普森未必就是杀人元凶，很有可能有人伪造罪证，用栽赃手法嫁祸辛普森。

8.1 有钱未必能使鬼推磨

谈起辛普森一案，无论黑人白人都承认，假如辛普森是个雇不起一流律师的穷光蛋，那他非进大狱不可。这就叫“有钱能使鬼推磨”，古今中外都是一个理儿。

可是，如果细琢磨一下，这个理儿好像又有点儿说不通。原因在于，若是论有钱，大名鼎鼎的拳王泰森(Mike Tyson)比淡出体坛多年的辛普森有钱得多，可是1997年泰森因涉嫌强奸遭到起诉后，尽管他同样花费天文价格聘请了一帮名律师出庭辩护，但仍然无法摆脱被定罪的命运，在大狱里结结实实地蹲了好几年。

那么，何以泰森落入正义之网，而辛普森却能逍遥法外呢？有一种解释是，泰森案陪审团以白人为主，而辛普森案陪审团成员多为黑人。黑人特别抱团，自然会偏向黑人球星。

但是，这个说法同样不能完全令人信服。因为辛普森案的12名陪审员中虽然有9名是黑人，但其中却有8位是女性。一些研究陪审团的专家认为，这一构成对辛普森特别不利。根据美国学者对“黑人女性最讨厌啥样儿的黑人男性”这一社会学课题的统计和调查，最让黑人女性来气的黑人爷们儿有两种：一种是出名发财后立马就娶一个白妞儿当老婆的烧包，一种是动不动就对媳妇拳打脚踢的粗汉。而辛普森恰好把这两种坏样儿全占了。

辛普森于1947年生于旧金山市的黑人贫困家庭。他曾获得全美大学橄榄球联赛的最高荣誉奖——海斯曼奖。进入职业联赛后，他先后在纽约水牛城鹰嘴队(Buffalo Bills)和旧金山淘金者队(San Francisco 49ers)担任主力，创造过一个赛季带球冲刺2003码的惊人记录(至今未被打破)，被誉为橄榄球职业比赛史上的最佳跑锋。退出体坛后，辛普森又投身影视和广告业，在电影《裸枪》(Naked Gun)和《杀手势力》(Killer Force)中扮演主角，在美国广播公司(ABC)和国家广播公司(NBC)担任体育评论员，在美国最大的出租车公司赫兹(Hezz)担任形象大使。另外，由于英文橙汁(Orange Juice)一词的缩写恰好与辛普森名字的缩写“O.J.”一样，所以佛罗里达一家饮料公司特意邀请他拍摄橙汁的促销广告，使“O.J.”这个英文缩写成为美国体育英雄和超级广告明星的代名词。

辛普森成名之后一向有“花花公子”和“外黑内白”的名声。与空中飞人乔丹(Michael Jordan)和魔术师约翰逊(Magic Johnson)等著名黑人球星不同，辛普森对赞助黑人贫民区的活动和投资项目毫无兴趣，却热衷于跻身富有白人的高尔夫球俱乐部。除了幼年好友柯林斯外，他的哥们儿无一例外都是白人。同时，他也只对白人性感女郎感“性趣”。为了“脱黑”，他甚至不惜重金聘请语音校正专家，反复练习，改掉了一口浓重的黑人贫民区口音。1977年，辛普森在一家高级餐厅与漂亮迷人、金发碧眼的白人女侍者妮可·布朗(Nicole Brown)一见钟情，不久便与第一任黑人妻子离异。1985年辛普森与妮可结婚后，因妮可怀疑他在外面有“二奶”，两人关系开始出现裂痕。妮可曾多次打电话报警，指控辛普森对她拳打脚踢。

辛普森案后，几位黑人女性陪审员一再表示，她们并未因被告是黑人而影响裁决，或对被告产生何个人好感。在扬名天下、腰缠万贯之后，辛普森休掉黑人糟糠之妻另娶白人金发女郎一事极大地伤害了全美黑人女性的自尊心，而辛普森打骂白人妻子的粗暴行为更使普天下不分肤色的所有女性不寒而栗。另外，在美国的刑事案件审判中，12名陪审员中只要有1人持有异议，就会出现“死锁”(Dead Lock)现象，即所谓“悬而未决的陪审团”(Hung Jury)——在此情况下，法院要重定开庭日期，控辩双方要重选陪审员听证和审案。所以，辛普森案陪审团做出被告无罪的一致判决，与黑人构成陪审团主体并无绝对和必然的关系。

那么，陪审团究竟凭啥得出了被告无罪的一致结论呢？依照美国法律，作出判决的唯一依据只能是证据。美国是一个司法公开的国家，不仅刑事审判对公众开放，而且重大刑事案件的原始档案，如法庭记录、起诉书、证人供词、审问笔录、旁证材料、法医鉴定书、检方和辩方律师的开庭陈词和总结陈词等，在结案后都要全部对公众开放。根据已公布的辛普森案档案，陪审团之所以判定辛普森无罪，与警方和检方在办案和起诉过程中出现重大失误，使呈庭证据无法令人信服有直接关系。

8.2 警方办案三大失误

尽管辛普森案是所谓世纪大案，但是从这个凶杀案的刑事调查过程来看，洛杉矶市警方在侦破案件、搜集罪证、遵循正当程序等方面漏洞百出，涉案警官和刑事检验人员的专业素养实在令人不敢恭维。(由于缺乏经费和待遇不高，美国各州警察和刑事检验人员的素质普遍平平。相对而言，联邦调查局(FBI)在刑事侦查、证据检验和遵循正当程序方面口碑较好。FBI挑选和录用特工的标准极高，每年大约有10万美国人申请加入FBI，但被录用者仅为100余人。当年尼克松从杜克大学法学院毕业后曾申请FBI的职位，却被拒之门外。有人开玩笑说，当个FBI特工比当美国总统还难。)

根据已公开的刑事调查记录和涉案当事人的回忆，警方在办案过程中至少出现了三个重大失误，对这个谋杀案的结局产生了极大影响。

(1) 忽视现场勘查常识

1994年6月12日深夜11点50分，在洛杉矶市西区邦迪街(Bundy)，一条名贵的纯种日本狼狗狂吠不已，爪子上沾满血迹。这使一对散步的美国夫妇心生疑惑，便尾随这条狼狗来到一座西班牙式高级公寓楼前，结果发现了两具鲜血淋漓的尸体。他们吓得魂不附体，立刻狂敲隔壁住家大门想借电话报警。但是，深更半夜的敲门声却把宅主吓得半死，以为来了劫匪，便立刻打911电话报警。洛杉矶市警署两位警官接警后火速赶到现场，发现是一宗恶性人命案，便呼叫重案处的刑警前来增援。

大批刑警赶到现场后，经初步调查，证实被害的白人女子35岁，名叫妮可，是黑人橄榄球明星辛普森的前妻；被害的白人男子25岁，名叫戈德曼(Ronald Goldman)，是附近一家意大利餐馆的侍者。两人皆因利刃割喉致死。妮克的脖

子几乎被割断，咽喉和颈椎骨都裸露在外，刀口喷着鲜血；戈德曼身中30余刀，死于颈部静脉断裂和胸腹腔大出血。凶杀现场血腥弥漫，惨不忍睹。辛普森与妮可的两个孩子尚在二楼熟睡，没有目睹这可怕的场面。

死者身份辨明后，西区警察分局局长布歇(Keith Bushey)决定派几位刑警赶赴相距约4公里的辛普森住宅，通知他前妻遇害但孩子无恙的消息，并让辛普森着手把两个受惊的孩子带回家。另外，考虑到辛普森是被害人前夫，他的安全也在警方的关注之中。这时，一位名叫福尔曼(Mark Fuhrman)的白人刑警自告奋勇要求带队前往。在1985年的一次家庭纠纷中，妮可被辛普森殴打后报警，福尔曼曾上门处理过他们的家庭暴力案件，知道辛普森住宅的准确地址。于是，主持调查凶杀案的瓦纳特(Philip Vannatter)警长便率领福尔曼等四名警探驱车前往辛普森住宅。

布歇局长的这一决定铸成了警方的第一个重大失误，因为前去的四位白人警官都曾进入过血迹遍地的第一杀人现场勘察，他们的警靴和警服上很有可能已不小心沾染了血迹。照常理，布歇局长应当派几位压根儿就没进入过第一现场的警官去通知辛普森，防止第一现场的血迹与后来被警方宣布为第二现场的辛普森住宅的血迹发生交叉沾染，这是刑事案件现场勘查的基本常识。可是，警方在辛普森案中却完全忽视了这种常识。

在采集证据和保护现场方面警方也出现了很多忽视常识的重大失误。案发之后，大批刑警和刑事检验人员迅速来到现场，但法医却姗姗来迟，在案发10小时后才到达现场，错过了准确地鉴定被害人死亡时间的最佳时机。法医在解剖尸体时，不但没对尸体进行X光检查和采集妮克的右手指纹，而且对妮可死亡前是否受到性侵犯未作任何医学鉴定，致使破案线索大大减少。为了“保护”现场，警方人员顺手从妮克的公寓中拿了几条白被单，小心翼翼地盖在了尸体之上。可是，由于辛普森与妮克离婚后仍然藕断丝连，案发数周前他曾在妮克公寓过夜，并经常来公寓看望孩子，被单上难免会有他的头发或皮屑，结果致使检方呈庭的DNA证据的可信度大打折扣。(DNA[脱氧核糖核酸]是一种人体细胞中的遗传物质，它所携带的遗传信息极为独特，可以被当作人类的遗传指纹。在刑事案件中，检验专家可以从现场发现的血迹、唾液、精液、毛发、皮屑中提取DNA，然后与从嫌犯身上提取的DNA相比较，检验是否吻合。DNA测试是一种最新的法庭科学，美国于1987年开始在法庭审判时应用。)

根据案发现场照片，辩方专家发现妮可尸体裸露的肩膀上有七点血滴，从这些血滴的形状和滴落方向看，它们不可能是妮可本人滴落的。根据常识推理，这些血滴很可能是妮可倒地后有人流着血从她尸体旁走过时滴落的，因此，如果这些血滴不是来自另一名被害人戈德曼，那一定就是凶手滴落的。这样，如果能证明这些血滴属于辛普森，那么他的嫌疑便倍增。可是，当辩方专家向警方检验人员提出查验这些血滴时他们深感惊讶，因为警方完全忽视了这些血滴的重要性。妮可的尸体在解剖前已进行冲洗，这些血滴永远消失了。(李昌钰口述、邓洪整理：《神探李昌钰破案实录》，台北时报文化出版企业股份有限公司，1998年版，第213页。)

(2) 警方涉嫌非法搜查

6月13日清晨5点，四位白人刑警来到建有围墙的辛普森住宅。他们在前门按了很久电铃，但一直无人应门。这时，福尔曼独自一人沿围墙搜索了一圈，发现围墙后门的路上停着一辆白色福特野马型越野车。经细心观察后，福尔曼高声叫瓦纳特警长过来察看，说在驾驶员位置的车门把手手上发现了微小血迹。温纳特和另两位警官看到血迹后大惊失色，他们担心住宅内的人有生命危险，便决定进入住宅进行紧急搜查。

这一搜查之举对这个世纪大案的结局有很大影响，因为警官们当时没有搜查许可证。依照美国的司法观念，警察是一种合法的暴力和必要的邪恶，对这一机构的权力必须予以严格限制，否则它将沦为专制暴君和贪官污吏祸国殃民的工具。想当年，为了防止官府和警察为非作歹、滥用权力、任意搜捕和祸害小老百姓，美国宪法第四条修正案明文规定“人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除依据可能成立的理由，以宣誓或代替宣言保证，并详细说明搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查或扣押状”。西谚中“私宅就是一个城堡，风可进，雨可进，国王不能进”的提法就这样具体地落实在美国宪法第四修正案中。

1914年，美国最高法院在威克斯诉美国案(Weeks v.Unites States, 1914)中首次明确规定：联邦法院在审判时必须排除警方用非法搜查手段取得的证据。这就是美国警方人人皆知的“排除规则”(Exclusionary Rule)。1961年，最高法院在迈普诉俄亥俄州案(Mapp v.Ohio, 1960)中规定：“排除规则”同样适用于各州法院。据此判例，警务人员若要进入民宅搜查，必须首先向法官宣誓担保，不但要以书面形式列举证据和理由，而且要详细说明搜查的地点、范围和时间，经法官审核批准颁发许可证之后才能进入民宅搜查。另外，警察只能在许可证规定的范围内行动，并应在搜查后向法庭提交所获证据报告。警察如果违法搜查，不但会受到警纪严惩，而且会造成所获证据在法庭审判时一概作废的严重后果。法官如果违规颁发搜查证，将面临被弹劾和遭到刑事起诉的危险。

在美国的司法判例中，涉及搜查和扣押的规定千变万化。几乎在每一起刑事案件中，辩方律师的首要工作就是挑战警方搜查和采集证据的程序是否合法。但是，有关搜查的法律法规极为复杂，缺乏清晰明确的规定。比如，警察拦截和搜查平民违法，但是，如果有人超速驾车，则警察有权拦截驾车人并开出罚单。但如果警察趁机要求搜身和搜车，则驾车人有权当场拒绝。可是，如果警察无意中在车后座发现了类似大麻的烟蒂，在没有搜查许可证的情况下警察是否有权搜车？如果警察搜遍全车后没发现毒品，却意外地发现了非法枪枝，那么警方的搜车行动是否违宪？搜获的非法枪枝是否能作为呈庭证据？对于这些法律问题，只能由法官根据每一个案例的具体情况，在法庭审判时审时度势，相机裁决。

20世纪60年代后，由于犯罪率急剧上升，“排除规则”遭到美国社会各界极大指责。批评者认为，过于严格地实施“排除规则”将会给警方破案造成极大困难。在很多情况下，仅仅由于警方粗心大意或急于求成，未能严格遵循程序，致使很多罪犯在铁证如山的情况下逍遥法外。尼克松总统执政后先后任命了

四位保守派人士出任大法官要职，试图推翻或修正“沃伦法院”那些对罪犯“心慈手软”的判例。此后，最高法院对“排除规则”的解释略有改变。1984年，在美国诉里昂案(United States v. Leon, 1984)中最高法院规定：当搜查不完全合乎程序要求时，如果警方的所作所为具有“良好诚信”(Good Faith)和“合理相信”(Reasonable Belief)，法院在审案时可以引用搜获的证据。

在辛普森案中，涉案四名警官皆为老手，每人都有20年以上刑事侦查经验，对于限制警方搜查的案例和法规他们恐怕比初出茅庐的律师还要精通。他们都应明白，美国诉里昂案的裁决虽然对警方有利，但这个判例对所谓“良好诚信”和“合理相信”的解释模棱两可、含糊不清，而体坛巨星辛普森涉嫌杀人一案毫无疑问将是轰动全美的世纪大案，为了防止被辩方律师钻空子，警方应当格外谨慎，严格遵循法律程序。

在辛普森案中，从当时福尔曼发现血迹和长时间无人应门的情况看，四位警官擅闯民宅之举勉强可以算是具有“合理相信”。但是，警官们进入住宅后一旦发现辛普森及其家人没有生命危险就应停止搜查，只有当与法官取得联系申请到搜查许可证后才能对辛普森住宅进行合法搜查。但令人费解的是，在没有面临迫在眉睫危险和非紧急情况下，福尔曼警官独自一人迫不及待地在辛普森宅内继续搜查，结果铸成了警方在此案中的第二个重大失误。

决定进入住宅后，福尔曼自告奋勇抢先翻越围墙，从里面打开前门，四位警官便直奔豪宅。可是，按了很久的电铃仍然无人应门，于是他们绕行到住宅后边去三间独立客房敲门。在第一间客房，有一位睡眼惺忪的白人出来应门，他自称是辛普森的哥们儿，名叫凯林(Kato Kaelin)。他告诉警察，辛普森和第一任黑人太太生的大女儿住在隔壁第二间客房。当刑警们把辛普森女儿从梦中敲醒后，瓦纳特赶紧向她询问辛普森的去向。她回答说，父亲已于昨夜赶搭飞机到芝加哥参加一场赫兹公司很早就已安排好的高尔夫球商业比赛。警官当即打长途电话给辛普森告知他前妻遇害的噩耗。辛普森闻讯大惊，表示将迅速赶回洛杉矶。

当瓦纳特等人询问辛普森女儿和打电话时，福尔曼在隔壁单独盘问凯林，打听昨晚有无异常情况。凯林称，大约在晚上10时45分左右他听到客房背后一声巨响，墙壁上的挂画都被震动得摇晃起来，他当时以为是轻微地震，没放在心上。福尔曼疑心大起，立即单枪匹马到客房后搜查。大约18分钟后，福尔曼高声叫来其他刑警，说在屋后悬挂式空调机下的走道上发现了一只沾有血迹的右手黑色皮手套，这只手套与在凶杀案现场发现的另一只手套相配。但是，在血手套现场没发现其它血迹以及可疑的脚印和痕迹。福尔曼解释说，估计在半夜三更、黑灯瞎火之时，凶犯潜逃在屋后，一不留神撞在了空调上，在惊慌失措中遗落了手套。

发现血手套后，刑警们又找到了更多线索。他们发现，在围墙前门车道以及从前门通往住宅大门的小道都有血滴的痕迹。这样，警方认为已有足够理由怀疑辛普森是凶杀嫌疑，便宣布辛普森住宅为凶杀案第二犯罪现场，正式向法官申请搜查许可证。在后来的搜查中，福尔曼在二楼卧室的地毯上发现了一双沾有血迹的袜子，它成为指控辛普森涉嫌杀人的重要证据之一。

可是，在没有搜查许可证和非紧急情况下福尔曼独自一人在辛普森住宅中大肆搜查一事给警方造成了涉嫌违反正当法律程序的严重问题。依照美国法律，在某些人命关天的特殊情况下警官可以用电话或其它现代化通讯手段与法官取得联系，法官了解现场情况后可以口头授权警察进行搜查。只有在面临生命危险或罪证可能被销毁的紧急情况下警察才能破门闯入民宅搜查。可是，警官们进入辛普森住宅后的境遇并非如此。

在预审时，辩方指控4位白人警官心怀偏见、先入为主，早在案发之初就已把辛普森定为主要嫌犯，然后故意寻找借口闯入民宅非法搜查。这样，假如法官判决警方违宪，则搜获的血迹和血手套都会成为“压下不用的证据”(suppressed evidence)，不能在审判时呈堂。但法官听取了警方的辩解后裁决搜查行为合法。尽管如此，在庭辩期间，面对辩方律师的穷追猛打，福尔曼死活也解释不清，作为一个有多年刑事侦察经验的老手，在非紧急情况下，明知没有搜查许可证，为何仍然独自一人在住宅内搜查？辩方借此怀疑，福尔曼之所以急不可耐地闯入搜查，很可能是为了借机伪造证据，用栽赃手法嫁祸被告。

(3) 警官携带血样返回现场

6月13日中午12点，当辛普森从芝加哥匆忙赶回洛杉矶时，警方已封锁了他的住宅。主持调查的瓦纳特和兰吉警官让他到警署总部来一趟，澄清一些疑点，辛普森便随口答应了。这时，辛普森的私人律师要求随同前往，但辛普森坚持说自己与凶杀案绝对无关，用不着律师。

在盘问开始之前，瓦纳特向辛普森宣读了“米兰达告诫”，提醒他有权保持沉默，有权请律师在盘问时在场。但辛普森同意放弃沉默权，独自一人与两位刑警谈了半个多小时，希望能给警方提供一些破案线索。

照常理，如果辛普森是杀人凶手，沾有血迹的手套和袜子还遗留在客房后和卧室地毯上，杀人时刺破的手指伤口未愈，就是借他十个胆，恐怕他也不敢在没有律师在场的情况下单枪匹马地与经验丰富的刑警周旋。在案发当天那种心绪激荡、大受刺激的情况下，如果他在盘问过程中颠三倒四、自相矛盾、谎言连篇、破绽百出，他的口供将成为检察官指控他犯罪的重要证据。在美国社会中，犯罪嫌疑犯拥有沉默权的“米兰达告诫”家喻户晓，如果心怀鬼胎，他完全可以依法拒绝审问，或者至少要求律师在审问时坐镇压惊。但是，辛普森并没这样做。

令人啼笑皆非的是，警方白白浪费了单独审问辛普森的千载良机。在多年的破案生涯中，警官们似乎已习惯于榆木疙瘩般一声不吭的嫌犯，极少碰到过嫌犯自愿放弃沉默权的好事，结果把盘问嫌犯的谋略和技巧忘得一干二净。在审问过程中两位刑警非常客气，没有盘问辛普森在案发之日的具体行踪，他们提出的问题既缺乏逻辑又不连贯，远远低于警校学生的水准。按常理，警官们应当刨根问底，穷追猛打，尽可能套出更多的口供，把盘问一直进行到辛普森不愿回答问题或请求律师在场为止。可是，警官们竟然草草收兵，主动结束了审问。这样，警方既没得到任何破案线索，也没得到任何可以用来起诉辛普森的口供。为此，事后主持起诉的检察官气得七窍生烟。

在审问过程中，瓦纳特告诉辛普森警方已在他的住宅内发现了一些可疑血

迹。辛普森当即表示愿意提供自己的血液样品，以便澄清真相。于是，警署的护士便从辛普森身上抽取了血液样品。按常规，为了防止血样凝固和变质，警方在辛普森的血样中添加了防腐剂(EDTA)。这时，瓦纳特注意到辛普森左手用绷带扎住，且有肿胀迹象。辛普森解释说手指不知咋整的弄破了，对于弄破的具体时间他解释得含含糊糊、前后矛盾。征得辛普森同意后，瓦纳特指挥摄影师将伤口拍摄下来。值得一提的是，辛普森此时仅是犯罪嫌疑人，法官虽已颁发搜查许可证，但尚未正式颁发逮捕令，辛普森如果心里有鬼，他完全可以拒绝与警方合作，拒绝抽取血样和拍摄伤口照片。

更令人难以置信的是，得到辛普森的血样后瓦纳特警长并未将它立即送交一步之遥的警署刑事化验室，反而携带血样回到了32公里以外的凶杀案现场。说出来可能没人敢信，天下竟然有如此荒唐的刑警，瓦纳特那天手持血样在血迹遍地的凶杀现场逗留了三个小时之后，才磨磨蹭蹭地将血样交给正在现场取样勘查的刑事检验员丹尼斯·冯(Dennis Fung)。在庭审时，面对辩方律师的质问，瓦纳特解释说，根据工作条例，所有证据必须先登记编号，然后才能送交刑事化验室存档，而丹尼斯·冯正是负责登记编号的警员，所以他才携带血样回到了犯罪现场。可是辩方死死抓住这个重大疑点大加渲染，辩方律师卡克伦把瓦纳特和福尔曼贬称为一对大骗子，使陪审团对警方涉嫌违法乱纪、栽赃陷害的疑虑大大加深。

瓦纳特身携血样返回第一犯罪现场，铸成了警方在此案中第三个重大失误。在庭审时，警署护士出庭作证时说，他那天从辛普森身上抽取了大约7.9至8.1毫升血液样品。可是，辩方专家在警方实验室只发现了6.5毫升的血样。换言之，大约1.4至1.6毫升的辛普森血液样品竟然不翼而飞。辩方借此怀疑，瓦纳特携带血样回到第一犯罪现场很可能是为了借机伪造证据。

8.3 公路追捕与刑事起诉

警署审问和抽取血样之后，辛普森得知自己已沦为头号嫌疑罪犯。为了避开新闻媒体的骚扰，他暂时躲在一位律师朋友位于半山腰的神秘豪宅中，开始筹组“梦幻律师队”。他借用橄榄球术语给自己挂上了球队老板兼指导的头衔。负责协调指挥全队进攻的“四卫”(Quarterback)角色由大名鼎鼎的犹太裔律师萨皮罗(Robert Shapiro)担任，他曾出任好莱坞影星马龙·白兰度(Marlon Brando)的律师。冲锋陷阵的跑锋要职由著名黑人律师柯克伦(Johnnie Cochran)担任，此公在70年代出任过洛杉矶市副检察长，后来下海开业，成为法律界声望极高的大律师，曾帮助摇滚乐巨星麦可尔·杰克森(Michael Jackson)打过官司。

萨皮罗律师人脉极广，颇有运筹帷幄之才。他从波士顿请来了著名刑事律师李·贝利(Lee Bailey)——此公被誉为美国律师界最拔尖的盘诘高手之一；从纽约请来了舍克(Barry Scheck)律师——他是擅长在刑事案件中应用DNA证据的头号权威；从阿尔巴尼请来了解剖和法医专家贝登(Michael Baden)博士——他曾在肯尼迪总统被刺案中担任首席法医。由于辛普森案的管辖权属于加州

法院，应用加州法律和司法判例，萨皮罗邀请加州法律专家、加州大学圣塔·克拉拉校区法学院院长乌尔曼(Gerald Uelmen)入伙——他曾为“五角大楼文件泄密案”(New York Times Co.v.United States, 1971)的主角艾尔斯伯格(Daniel Ellsberg)担任过辩护律师。

阵容如此强大，萨皮罗仍不放心。由于警方涉嫌非法搜查，事关美国宪法第四修正案，萨皮罗又说动哈佛大学法学院教授德肖维奇(Alan Dershowitz)加盟——这位教授曾任最高法院大法官哥德伯格(Arthur J.Goldberg,1962—1965任职)的法律助理，是全美声望极高的宪法权威和上诉律师。为了确保胜诉，萨皮罗又叫上康涅狄格州警政厅刑事化验室主任李昌钰(Henry Lee)博士出任专家证人——此公是美籍华裔刑事鉴识专家，以精湛、独特的刑侦侦查与证据鉴识技术享誉国际警界，因屡破奇案被媒体誉为“当代福尔摩斯”。

此外，辛普森悬赏50万美元巨款奖励提供破案线索的举报人，并雇佣了几位著名私人刑事侦探调查凶杀案真相。(针对辛普森悬赏捉拿凶手一事，有人幽默了一句：“他家里难道没有镜子吗？”意为镜中之人辛普森即为凶手。)

据行家估算，维持“梦幻律师队”正常运作的全部开销至少应在600万美元上下。

6月17日上午8点，即案发5天后，根据现场血迹化验和DNA测试结果，检方决定立案起诉辛普森。警方要求他在上午10点准时投案自首。此时，“梦幻律师队”中的萨皮罗律师、贝登博士、李昌钰博士等人正在向辛普森了解案情，从他身上采集头发和血液等检验样品。萨皮罗以辛普森情绪低落、心理不稳为理由请求警方延缓几个小时。上午11时，警方拒绝了延缓的请求，并派出刑警前往神秘豪宅逮捕辛普森。

中午12时左右，当刑警赶到豪宅时，辛普森突然失踪了。临行前他留下了一封诀别信，信中说：“我与妮克之死毫无关系。我爱她，一直都非常爱他，而且将永远爱她。如果我们之间有什么矛盾的话，那只是我爱她太深。”结尾写道：“请不要为我悲伤，毕竟我一生辉煌，又有好友无数。请大家记住真正的O·J·，而不是眼前这个在人生中迷失方向的人。”

下午3时，警方在电视上了公布了辛普森的照片和汽车牌照资料，宣布他是在逃通缉犯。萨皮罗律师召开记者招待会，向媒体宣读了辛普森的诀别信，并在电视上请求辛普森不要轻生。

那么，辛普森打算远走高飞、畏罪潜逃吗？似乎不太像。当天下午5点56分，警方在加州高速公路上发现了辛普森的白色野马车。在长达约6个小时的时间中，他乘坐的越野车一直在洛杉矶市郊徘徊。据辛普森自己解释，他只是到安葬妮克的墓地去了一趟，悲痛欲绝。驾车司机是辛普森的铁哥们兼队友柯林斯，他一边驾车一边用汽车电话与警方通话，声称辛普森此时躺在后坐，手持枪支，情绪沮丧，如果警方强行截车捕人，辛普森有可能会自杀。

6月17日下午恰好是美国职业篮球联赛(NBA)总决赛的第五场，纽约尼克斯队(Knicks)大战休斯顿火箭队(Rockets)。笔者那天球赛看得正来劲儿，没想到，当警方发现了辛普森的越野车后，全美各地电视台突然临时中断节目，画面一律

改为现场直播警车跟踪白色野马车的实况，真让人扫兴。

这时，辛普森终于开始与警方对话，他同意束手归案，但要求先回趟家，跟没娘的孩子和家人打声招呼。警方担心出人命，便同意了他的请求。这样，白色野马车在直升飞机和数十辆警车护送之下浩浩荡荡地缓缓开回了辛普森的家。辛普森与孩子家人见面并短暂交谈后，警察便将他押上了警车。一场全球瞩目的高速公路大追捕终于降下了帷幕。

世纪大案开场后，面对辩方的豪华阵容，检方派出了最具实力的检察官出场应战。主持起诉的是“常胜女将”、副检察长克拉克(Marcia Clark)，她主持起诉过20多宗杀人重罪案，从未输过一次。由于辩方聘请黑人律师担任重要角色，检方遂指派助理检察官达顿(Christopher Darden)出任克拉克的副手，他是检方阵营中综合素质最佳的黑人检察官。此外，洛杉矶市检察长亲自坐镇，在幕后协调指挥，他先后调集了50余名久经沙场、经验丰富的检察官和刑事律师参加案情分析和起诉准备。联邦调查局以及洛杉矶和芝加哥警方调遣了数百名刑警和刑事检验专家参与破案和现场勘查。据专家估算，检方为了与“梦幻律师队”过招至少破费了纳税人800多万美元巨款。可见，即使是有钱有势的富人，在面临国家强大的专政机器时也难免相形见绌。

“梦幻律师队”的开场球是要求此案由市区中心的洛杉矶市法院审理，其理由是案发之地的西区白人居民较多，而市区中心黑人居民占多数，随机抽样选出的陪审团成员将以黑人为主。检方对此虽然不太情愿，但由于两年前白人占多数的陪审团在受害人为黑人的罗德尼·金案中判决执法过当的白人警官无罪，结果在洛杉矶地区引发了一场规模空前的大暴乱，为了防止因种族因素再次闹事，检方只得同意改变管辖法院。

这个世纪大案由美籍日裔法官伊藤(Lance Ito)主持审理——他的父母在二战时曾被关入日裔集中营。这位法官博才多学，一向以精通法律和严谨公正著称。

这样，检辩双方阵营都有黑人律师，日裔法官主持审判，陪审团成员多数是黑人，一旦被告被判有罪，黑人就是想闹事也没啥理由。实际上，辛普森案从一开始就已经与种族问题有了难以解脱的瓜葛。

正式审判开始后，在开庭陈词时检方指控辛普森预谋杀妻，作案动机是嫉妒心和占有欲。离婚之后，辛普森对妮克与年轻英俊的男人约会非常吃醋，一直希望破镜重圆，但希望日益渺茫。案发当天，在女儿的舞蹈表演会上妮克对辛普森非常冷淡，使他萌动了杀机。戈德曼则属于误闯现场，偶然被杀。法医鉴定表明，被害人死亡时间大约在晚上10点到10点15分之间。辛普森声称，当晚9点40到10点50之间他在家中独自睡觉，无法提供证人。

在整个审判过程中，根据律师的建议，辛普森依法要求保持沉默，拒绝出庭作证。

但是，检方关于预谋杀人的指控似乎不合情理，主要原因是：辛普森当晚要赶飞机，他已预约了豪华出租车送自己去机场。这一安排实际上堵死了他本人作案的后路，因为他必须在短短1小时10分钟之内驱车前往现场，选择作案时机，

执刀连杀两人，逃离凶案现场，藏匿血衣凶器，洗净残留血迹，启程前往机场，整个环节稍有差错闪失就会耽误飞机起飞的钟点，这时，出租车司机便会成为重要证人。另外，对辛普森这种缺乏训练和经验的“业余杀手”来说，使用枪支是最佳选择，根本没必要用利刃割喉杀人。这种作案方式不仅弄得自己满身血迹，而且会在凶杀案现场、白色野马车和自己住宅中留下难以抵赖的“血证”。

辩方认为，妮克有可能被贩毒集团或黑手党杀害，因为妮克有吸毒历史，如果她大量购买毒品之后未能按时支付，就有可能被黑手党暗下毒手，而割喉杀人正是黑社会惯用的凶杀手段。另外，戈德曼与妮可之间也不是一般关系，有人曾看见他驾驶妮可那辆价值15万美元的白色法拉利牌(Ferrari)高级跑车在街上兜风。更令人生疑的是，1993年到1995两年期间，在戈德曼打工的那家意大利餐厅竟然有四位雇员被谋杀或神秘失踪。

8.4 “血证如山”破绽百出

世纪大案开场后引起全美各界的极大关注。

根据美国联邦和加州的证据法，刑事案件中的证据一般可分为直接证据和间接证据两种。所谓直接证据，是指能够以直接而非推理的方式来证明案情的证据。比如，某证人出庭作证，声称他亲眼看见凶手用利刃杀了受害者，这就是直接证据。所谓间接证据，是指不能以直接方式而必须以推理的方式来证明案情的证据。比如，在凶杀案现场发现了血迹或指纹，这就是间接证据，或者说是旁证。辛普森案没有目击证人，检察官只能使用警方搜集的血迹、手套、袜子和血液化验结果等间接证据来指控辛普森，所以这是一个非常典型的“旁证案件”。

在美国的司法体制中，仅仅依赖间接证据就把被告定罪判刑绝非易事。这是因为，仅凭个别的间接证据通常不能准确无误地推断被告人有罪，必须要有一系列间接证据相互证明，构成严密的逻辑体系，排除被告不可能涉嫌犯罪的一切可能，才能准确地证实案情。此外，间接证据的搜集以及间接证据和案情事实之间的关系应当合情合理、协调一致，如果出现矛盾或漏洞，则表明间接证据不够可靠，不能作为定罪的确凿根据。比如，在辛普森案中，检方呈庭的间接证据之一是在杀人现场发现了被告人的血迹，可是，由于温纳特警长身携辛普森的血样在凶杀案现场逗留了三个小时之久，致使这一间接证据的可信度大打折扣。

在辛普森案中，由于检方证据全都是间接证据，因此，辩方律师对这些“旁证”进行严格鉴别和审核，是这场官司中极为重要的一环。令人失望的是，检方呈庭的证据破绽百出，难以自圆其说，使辩方能够以比较充足的证据向陪审团证明辛普森未必就是杀人凶手。

(1) 血迹证据令人生疑

检方呈庭的重要证据之一是血迹化验和DNA检验结果。刑事专家一致同意，血迹化验和DNA检验的结果不会撒谎，但是，如果血迹受到污染、不当处理、草率采集或有人故意栽赃，那么它的可信度则大打折扣。在辛普森案中，这些毛病全都存在。

检验结果表明，所有疑点都聚集在辛普森一人身上。凶杀现场两处发现辛普森的血迹；现场提取的毛发与辛普森的头发相同；警方在现场和辛普森住宅发现的血手套是同一付，两只手套上都有被害人和被告的血迹；在辛普森住宅门前小道、二楼卧室的袜子和白色野马车中都发现了辛普森和被害人的血迹。这样，检方证据堪称“血证如山”，辛普森涉嫌杀人似乎已是无法低赖的事实。

但是，辩方阵营认为这些“血证”疑点极多，破绽百出。

首先，袜子上的血迹非常奇怪。辩方专家指出，这只袜子两边的血迹竟然完全相同。根据常识，假如袜子当时被穿在脚上，那么袜子左边外侧的血迹绝不可能先浸透到左边内侧，然后再穿过脚踝浸透到右边内侧。只有当血迹从袜子左边直接浸透到右边时，两边的血迹才会一模一样。换言之，血迹很有可能是被人涂抹上去的。在庭审时，检方出示了几张发现血袜子的现场照片，可是照片上的时间顺序却自相矛盾。案发之日下午4点13分拍照的现场照片上没有这只血袜子，可是4点35分拍的照片却出现了血袜子。那么，血袜子究竟是原来就在地毯上？还是后来被警方移放到地毯上？对此问题，警方的答复颠三倒四，前后矛盾。另外，辩方专家在检验袜子上的血迹时发现其中含有浓度很高的防腐剂(EDTA)，辩方律师提醒陪审团，案发之日，警方在抽取辛普森的血样之后在血样中添加了这种防腐剂。

其次，从现场勘查报告看，身高体壮的戈德曼曾与凶犯展开了一场血战，他的随身物品——串钥匙、一个信封、一张纸片以及一个呼叫机——都散落在不同的地方，这说明打斗的范围很大，搏斗很激烈。戈德曼的牛仔裤上有血迹向下流的形状，说明他不是在极短时间内死亡，而是在负伤之后仍然挺身而斗，拼死抵抗。他被刺中了30余刀，最后因颈部静脉断裂和胸腹腔大出血致死。据此推断，凶犯浑身上下肯定也沾满了血迹。可是，为什么在白色野马车上只发现了微量血迹？更令人疑惑的是，为什么凶手下车后，却在围墙前门车道和从前门通往住宅大门的小道上留下了很多明显血迹？还有，假设辛普森穿着血衣血鞋沿前门小道进入住宅大门，又穿着血袜子走上二楼卧室，为什么在门把、灯光开关和整个住宅内的白色地毯上没发现任何血迹？

再次，根据血迹检验报告，在现场两处地方发现了辛普森的血迹。一处在从被害人尸体通向公寓后院的小道上，警方发现了五滴被告血迹，大小均匀，外形完整。但辩方认为，假设辛普森在搏斗中被刺伤，按常理，应该在起初大量流血，过一会儿血量才会逐渐减少，所以，血滴绝对不可能大小均匀。另外，血滴应是在搏斗或走动中被甩落，以撞击状态落地，因此，血滴的外形不可能完整。另一处，是在公寓后院围墙的门上警方发现了三道血痕。可是，检方专家在检验这些血痕时再次发现了浓度很高的防腐剂(EDTA)。

最后，辩方专家指控，洛杉矶市警署刑事实验室设备简陋，管理混乱，检验人员缺乏训练，没有按照正常程序采集现场血迹。由于证据样本处理不当，所以检验结果令人生疑。比如，按照正常程序，在采集血迹样本进行DNA分析时应当先用棉花沾起血迹样本，待自然风干之后才能放入证据袋中，可是，警方检验人员在血迹尚未风干时就已将样本放入证据袋。据此，辩方律师舍克毫不客气地表

示：警署的刑事化验室简直就是个“污染的粪坑”。

(2) 手套证据疑云密布

检方呈庭的重要证据之二，是福尔曼在辛普森住宅客房后面搜获的黑色血手套。可是，这只血手套同样疑云密布。

首先，根据福尔曼的证词，当他发现血手套时其外表的血迹是湿的。辩方专家认为这是绝对不可能的。凶案大约发生在6月12日深夜10点半左右，而福尔曼发现手套的时间是6月13日早晨6点10分，时间跨度在7个小时以上。辩方用模拟实验向陪审团演示，在案发之夜那种晴转多云和室外温度为摄氏20度的气象条件下，事隔7小时后手套上沾染的血迹肯定已经干了。那么，福尔曼为何一口咬定是湿的呢？辩方提供的解释是：只有一种可能性，那就是福尔曼来到凶杀案现场后，悄悄地把血迹未干的手套放入了随身携带的警用证据保护袋之中，然后，他千方百计寻找机会进入辛普森住宅，趁人不备伪造证据，这样，尽管时间跨度很长，但血迹仍然是湿的。

其次，假设辛普森是杀人凶犯，当他满身血迹、惊惶失措地从杀人现场逃窜回家，把凶器和血衣藏匿得无影无踪之后，根本没必要多此一举，单独溜到客房后面藏匿血手套。另外，辛普森对自己住宅的旁门后院、地形道路了如指掌，按常理，他不太可能撞在空调上发出一声惊天动地的巨响，并且在遗失血手套之后不闻不问。从各方面情况分析，撞在空调上并丢失手套的主儿显然是一个对住宅内地形和道路不太熟悉的人。另外，如果凶犯在黑暗中慌不择路，瞎摸乱撞，丢三落四，为什么在血手套现场没发现其它血迹以及可疑的脚印和痕迹？

再次，虽然在警方在凶案现场和辛普森住宅搜获了一左一右两只手套，并且在手套上发现了两位被害人和辛普森的血迹，但是，这两只手套的外表没有任何破裂或刀痕，在手套里面也没发现辛普森的血迹。这说明，辛普森手上的伤口与血手套和凶杀案很可能没有直接关系。

最后，为了证实辛普森是凶手，检方决定让他在陪审团面前试戴那只沾有血迹的手套。在法庭上，辛普森先带上了为预防污损而准备的超薄型橡胶手套，然后试图戴上血手套。可是，众目睽睽之下，辛普森折腾了很久却很难将手套戴上。辩方立刻指出这只手套太小，根本不可能属于辛普森。检方请出手套专家作证，声称手套沾到血迹后可能会收缩一些。但辩方专家认为这是一种经过预缩处理的高级皮手套，沾血后不会收缩。控辩双方各执一辞，争论不休，但是，在一些陪审员眼中这只血手套的确有点儿太小了。

8.5 辩方打出“种族牌”

辛普森案审判期间，最令辩方阵营生疑的人物是检方的“明星”证人福尔曼警官。案发之夜这位警官并不当差，既然如此，他为何不辞辛苦深更半夜赶到现场？为何自告奋勇带队前往辛普森住宅？更令人疑惑的是，为何白色野马车上的血迹、客房后的血手套、二楼卧室的血袜子等重要证据凑巧都被他一人单独发现？他究竟是一个神通广大的超级警探，还是一个劣迹累累的警方败类？

在此背景下，福尔曼自然成为辩方律师调查和盘诘的重点对象。为此，辩方特意设立了一个免费举报热线电话，希望各界人士提供线索。结果，辩方了解到，这位警官曾有过很多极为恶劣的种族歧视言论。比如，根据一位名叫拜尔(Kathleen Bell)的证人举报，在1985到1986年期间福尔曼曾扬言，如果他在街上发现一个黑人男性和一位白人女性同在一车，他就拉响警笛，勒令停车。假如没有勒令停车的理由，他也会凭空捏造。他甚至狂言：希望看到所有“黑鬼”聚成一堆，一把火烧死或用炸弹炸死。还有一位证人举报，福尔曼崇拜希特勒，他收藏了大量的纳粹德国党卫军的军功章。

但是，福尔曼本人坚决否认火烧“黑鬼”的指控。于是，辩方阵营请求伊藤法官下令，要求允许律师盘诘福尔曼，质问他在过去10年中是否使用过“黑鬼”这种侮辱性词汇。辩方企图以此为突破口彻底诋毁福尔曼的证人资格。辛普森案后，各界人士口诛笔伐，对辩方这种打“种族牌”的诉讼策略嗤之以鼻、痛加抨击。值得一提的是，在争议性极大的“种族牌”问题上，“看热闹”的外行人士纷纷指责辩方律师，“看门道”的内行专家则怪罪主审法官。

针对辩方使出的损招儿，黑人检察官达顿恳请伊藤法官公正裁决，将“种族牌”踢出法庭。他强调：“‘黑鬼’是英语中最肮脏、最下流的冒犯字眼儿，在本案中，在这个法庭上，绝对不能允许它存在。这件事与寻求本案事实真相毫不相关，它只能起到一个作用，那就是使黑人陪审员恼火。”“辩方打出这张种族牌，不仅会改变本案的方向和重心，而且案情的整个形势都会随之大变。”

辩方律师卡克伦则反驳说：“黑人每天都生活在冒犯的目光注视下，每天都忍受着欺侮的境遇，但他们仍然信任这个国家的司法制度。……声称种族问题会影响黑人陪审员的公正判决，这才是绝对的冒犯。”

面对这个复杂而敏感的大难题，伊藤法官权衡再三，最终裁决辩方可以盘诘福尔曼在10年之内是否使用过冒犯之词。

可能有人会纳闷，福尔曼在过去10年之中是否说过“黑鬼”一词与辛普森是否涉嫌杀人究竟有何关系？按常理，即使福尔曼在“黑鬼”一事上撒了弥天大谎，那并不能直接证明他在世纪大案中的证词是瞎编伪造；即使这位警官曾有过一些种族歧视的言论，那同样不能证明他故意栽赃和陷害被告。这是一个审判辛普森的世纪大案，为何一不留神变成了审判福尔曼警官的案子？在庭审过程中，伊藤法官为何不顾检方反对，竟然允许辩方采用这种滥打“种族牌”和“扭转斗争大方向”的辩护策略呢？

信不信由你，在美国的司法体制中，尽管争议性极大，但辩方的“种族牌”策略和伊藤法官的裁决完全合乎法律。受英国普通法中“品格证据”传统的影响，美国联邦和加州的证据法和判例都规定，如果出庭证人的品格被证明有缺陷，则证人呈庭的某些证词就不具有法律效力。所以，在法庭审判时，检辩双方律师都会在证人个人品格上大作文章。此外，在法庭宣誓之后，如果一位证人在一部份证词中故意撒谎，那么，陪审团可以将这位证人的其它证词也视为谎言。1996年，加州上诉法院在著名的瓦尔波娜诉斯普伦格案(Vallbona v.Springger,1996)中再次明确重申了这一证据规则。

法官开绿灯后，辩方律师李·贝利一上来就质问福尔曼：“在过去10年之中，你曾使用过‘黑鬼’一词吗？”福尔曼答：“就我所记得，没用过。”为撒谎留下了一点儿回旋余地。但律师岂能轻饶他，立刻抓住答复中的含糊之处追问：“你的意思是说，如果你叫过某人黑鬼，你也早就忘了？”这个反问简直盖了帽儿了！福尔曼只得故作糊涂：“我不确定我是否能回答你用这种方式提出的问题。”律师步步紧逼：“我换句话说吧，我想让你承认，自1985或1986年以来，或许你曾在某一时刻称呼某位黑人是黑鬼，可能你自己已经忘了吧？”福尔曼只好硬着头皮答复：“不，不可能。”律师趁热打铁：“你是否就此宣誓？”警官只好回答：“那正是我的意思。”律师换了个角度追问：“如果任何一个证人出庭作证，说你曾用‘黑鬼’一词形容黑人，这个人就是在撒谎？”福尔曼被迫承认：“没错，他们是在撒谎。”这样，辩方律师以密不透风的逻辑和出色的盘诘技巧把福尔曼警官逼进了无路可退的绝地。

天下竟有如此巧合之事。这次盘诘结束后不久，辩方从举报电话中获悉，一位女剧作家为了收集警察破案的生活素材，在最近10年期间曾多次采访福尔曼，并录制了14个小时的采访录音。辩方律师审听录音后发现，在录音谈话中，凡是提到黑人的地方，福尔曼警官一律使用了“黑鬼”这一侮辱性用语，共达41次之多。此外，在1994年7月28日的采访中，福尔曼自吹自擂：“我是世纪大案的关键证人，如果不帮助检方撑住，他们就会输掉这个大案。血手套决定一切，如果没有手套，拜拜别玩了。”他还声称：“你他妈的就是搞不懂，干警察这一行用不着规矩，全是凭感觉。去他妈的规则吧，我们到时候瞎掰就足够了。”在录音谈话中，福尔曼还明目张胆地吹嘘诬陷无辜的经历，他说：“我曾拘留了不属于这一地区的闲杂之人，如果一定要我讲出理由，我就楞说此人有盗窃嫌疑。”“我们警察不是好惹的。我们就是杀了人，也知道该怎么说。”

福尔曼录音磁带的发现堪称世纪大审判的转折点。检方争辩说，谈话录音只是文学创作的素材，难免有自吹和夸大之嫌，根本不能视为合法证据。但伊藤法官仍然裁决陪审团可以审听部份录音。

在法庭盘诘时，辩方律师乌尔曼声色俱厉，重炮猛轰福尔曼：“你在预审时的证词是否完全真实？”“你是否捏造警方的刑事勘查报告？”“你在此案中是否栽赃和伪造证据？”面对这些不容回避的法律问题，福尔曼竟然答复：“我希望维护我的宪法第五条修正案特权。”换句话说，他凭借最高法院1966年在著名的米兰达案中规定的嫌犯沉默权，拒绝答复辩方针对呈庭证据提出的合理质疑。在总结陈词中，辩方律师卡克伦指出，福尔曼是“一个拥护种族灭绝政策的种族主义者、一个作伪证的家伙、美国最令人可怕的恶梦和魔鬼的化身”。

在美国的司法体制中，证据的可信度是打赢官司的关键性因素之一。警方作为刑事案件的侦破机关，在第一时间掌握的证据最多，所以，美国法律明文规定，警察必须就搜查和检验证据等法律问题出庭作证，这是法庭审判和程序公正的重要环节。警察不同于一般的证人，执法者的特殊身份决定了他们回答辩方律师质疑的必要性。即使是普通的交通违规罚款案，涉案警察仍然有义务准时出庭，手按圣经宣誓作证。西方司法界有句箴言：“警察是法庭的公仆”(Policeman

is the public servant of the court)。因此，福尔曼要求保持沉默、拒绝回答辩方质疑之举绝对是荒唐之至，这实际上相当于不打自招，变相承认涉嫌伪造证据，陷害被告。从法理上说，福尔曼的证词已失去了法律效力。检方几乎输定了。

辛普森案结束后，洛杉矶市地区检察官毫不留情，正式立案起诉福尔曼警官。结果，他因伪证罪被判了3年有期徒刑，狱外监管。这样，杀人嫌犯辛普森被无罪开释，执法者福尔曼警官却沦为重罪案犯。这真不知是美国司法的骄傲，还是它的耻辱？或许两者兼而有之吧！

8.6 “超越合理怀疑”的深思

1995年10月3日，美国西部时间上午10点，当辛普森案裁决即将宣布之时，整个美国一时陷入停顿。克林顿总统推开了军机国务；前国务卿贝克推迟了演讲；华尔街股市交易清淡；长途电话线路寂静无声。数千名警察全副武装，如临大敌，遍布洛杉矶市街头巷尾。CNN统计数字表明，大约有1亿4千万美国人收看或收听了“世纪审判”的最后裁决。

陪审团裁决结果：辛普森无罪。

实际上，判决公布之前，由于检方呈庭证据破绽百出和福尔曼警官作伪证，辛普森无罪获释已成为可以预料的结局。

在美国的司法制度中，刑事案采用的定罪标准是“超越合理怀疑”(prove beyond a reasonable doubt)。具体而言，在法庭审判时，检方若要指控被告有罪，一定要提出确凿可信的证据来证明被告的罪行。毫无疑问，任何证据都会存在某种疑点，但陪审团只有在确信证据已达到“超越合理怀疑”的标准时，才能判决被告有罪。

那么，什么是“超越合理怀疑”呢？美国证据法权威卫格莫(John H. Wigmore)教授认为，这个法律术语的含义“难以捉摸，不可定义”。但是，这个术语包含一个极为重要的原则：由于刑事案人命关天，所以陪审团在裁决无罪时不一定非要确信被告清白无辜，只要检方呈庭证据破绽较多，没达到“超越合理怀疑”的严格标准，尽管有很多迹象表明被告涉嫌犯罪，但陪审团仍然可以判决被告无罪。有人说，美国司法制度的特征之一是“宁可漏网一千，不可冤枉一人”，此语极为传神。

通过辛普森一案，人们会注意到，美国司法制度对程序公正和确凿证据的重视程度远远超过了寻求案情真相和把罪犯绳之于法。假如美国司法制度的目的是寻求案情真相，那么犯罪嫌疑压根儿就不应该拥有沉默权。实际上，整个美国宪法和司法制度的核心是防止“苛政猛于虎”，是注重保障公民权利和遵循正当程序。美国最高法院大法官道格拉斯(William O. Douglas，任期1939—1975)精辟地指出：“权利法案的绝大部分条款都与程序有关，这绝非毫无意义。正是程序决定了法治与随心所欲或反复无常的人治之间的大部分差异。坚定地遵守严格的法律程序，是我们赖以实现法律面前人人平等的主要保证。”

遵循公正程序是现代法治的基本原则之一。但是，一味强调程序公正，常常会出现忽视寻求案情真相、放纵涉嫌罪犯的弊端，因为任何事先规定的公正程序都不可能准确地预计未来发生的全部情况和具体个案。在世纪审判中，辛普森之所以被无罪开释，并非由于他向法官和陪审团行贿或违反诉讼程序，而是由于“梦幻律师队”善于钻空子，充份利用检方和警方的失误，充份利用现有的法律、判例和刑事诉讼程序，合法地挑战检方呈庭证据和警方证人的种种疑点，成功地为被告开脱了罪名，而这些法律和程序在制订之时根本不知有辛普森其人。

事实证明，在很多情况下，注重程序公正不一定总是导致公正的审判结果，有时抄家搜查、刑讯逼供反而有助于及时破案、伸张正义。但是，这种做法只是饮鸩止渴，虽然得益一时，但却助长官府和警察滥用权力和胡作非为，从根本上损害宪政法治的千秋大业。

应当强调的是，美国司法制度和诉讼程序虽然存在很多缺陷，但是，人世间不存在完美无缺、值得人们奋斗终身的伟大制度，也不可能有那种不枉不纵、绝对公正的诉讼程序。人们只能是两害相权取其轻。

斯大林执政时期，一起恶性杀人案发生后，秘密警察头子贝利亚下令限期破案。在发往各地的通缉令中附带三张摄自不同角度的嫌犯照片，一张正面，一张左侧面，一张右侧面。一周之内，相貌酷似照片的三名嫌犯同时落入法网。酷刑逼供之下，三名嫌犯都“如实”招供了罪行。坦率地说，在这种宁枉勿纵的体制下，普通罪犯一般很难轻易逃脱法网。可是，正是在这种忽视正当程序和监督制衡的政治体制中，开国元勋屈死刑场，数百万无辜公民陷入冤狱，特权阶层和秘密警察胡作非为，小民百姓的自由、财产和尊严遭到无情践踏。苏联衰落的历史教训极为惨痛深刻。

辛普森案结束后，克拉克检察官出版了回忆录，版税收入高达300万美元。后来她干脆辞去公职，成为小有名气的电视节目主持人。经她多次邀请，“梦幻律师队”中的李昌钰博士以嘉宾身份出席了她主持的一次谈话节目。节目一开始，她就咄咄逼人地问道：“既然您承认在案发现场的血迹经DNA检验是辛普森的，但是您为何仍然帮助辛普森作证？”李昌钰回答：“我今天坐在这里接受访问，假设在访问中，您那美丽的头发不知何故沾到我的裤子上，回家后我太太发现了我裤子上有头发，拿到化验室去鉴定DNA，结果证实是您的头发，然后她就查问我今天跟您做了什么见不得人的事情，责问您的头发为何会跑到我的裤子上来。啊哈，我就有大麻烦了！但是，天知、地知、您知、我知，我们没做任何不轨的事情。因此，即使DNA检验结果证明了某根毛发或某些血迹是某人的，也不能直接证明这个人就做了这些坏事。”

美国最高法院大法官霍姆斯(Oliver Wendell Holmes,Jr., 任期1902—1932)认为：“罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多。”在霍姆斯看来，政府滥用权力和司法腐败对国家和社会造成整体危害，远远超过了普通犯罪分子，因此，宪政法治的核心和重点绝非一味不择手段、从重从快打击犯罪分子，而是应当正本清源，注重对政府权力予以程序性约束和制衡，防止执法者和当权者凌驾于法律之上，利用手中特权和国家专政机器胡作非为、巧取豪

夺、为害一方，任意欺压无处申冤的小民百姓。防官府恶政远甚于防犯罪刁民，防止“窃钩者诛，窃国者侯”和统治者随心所欲、逍遙法外的虚伪“法制”(rule by law)的弊端，正是美国宪政“法治”(rule of law)制度设计的重要特点。

但是，9·11事件对美式民主和自由观念造成极大冲击。为了使政府执法和司法部门更有效地打击和审判恐怖分子，很多美国民众尽管内心不甚情愿，但不得不同意出让一些以前被视为神圣不可侵犯的个人自由和权利。美国社会中保守主义思潮抬头，总统和联邦政府执法部门的权势有所加强。

这种全新现象和趋势将对未来美国宪政体制的发展造成哪些影响，人们将拭目以待。

9 选择权与生命权的漫长较量——罗诉韦德案(1973)

1973年，最高法院赋予堕胎行为合法性这一具有里程碑意义的裁决激起了前所未有的反响。在美国，天主教徒和新教原教育旨主义者们认为，堕胎就是谋杀。然而，其他许多人相信，剥夺一名妇女自己决定是否要生小孩的自由是不符合宪法的。1973年的裁决在支持者和反对者两大阵营之间引发了一场争论。

9.1 诺玛·麦科威以身试法

1969年，得克萨斯州的诺玛·麦科威(Norma McCorvey)的婚姻走到了尽头，她的父母给她抚养她5岁大的女儿。这年夏天，21岁的麦科威在一个流动游艺团当售票员。到了秋天，她失掉了工作并怀了孕。她想堕胎，但在她所居住的得克萨斯州，除非是在孕妇生命垂危的情况下，否则堕胎就是非法的。她找不到一个愿意为她进行非法堕胎的人。

然而，麦科威却遇到了两名年轻的女权主义者——琳达·考菲(Linda Coffee)和萨拉·韦丁顿(Sara Weddington)。她们鼓励她向得克萨斯州反堕胎法发起攻击。

得克萨斯州是于1859年通过反堕胎法的。与其他州的类似法律一样，它只惩罚实施堕胎措施的人，这就给考菲和韦丁顿出了一个难题。法律的如此规定使得孕妇根本没有法定权利去挑战这项法律。如果孕妇不越过这个障碍，那么她将面临另一个问题。在婴儿出生后，好的诉讼前提将不复存在。

但无论如何，考菲和韦丁顿开始准备提起诉讼。她们决定控告得克萨斯州反堕胎法违反了宪法第十四和第九修正案。第十四修正案的合法诉讼程序条款保证向全体公民提供同等法律保护，它还要求法律的规定应当明确。被指控进行非法堕胎的医生们通常在他们的辩护中援引合法诉讼程序条款，他们声称堕胎法并未足够明确地规定何时孕妇的生命会受到威胁从而有必要实施堕胎。但是，考菲和韦丁顿根据“妇女有自己决定是否堕胎的权利”这一主要原则而得到法庭

的裁决。因此，她们求助第九修正案。它宣称：“本宪法赋予的某些权利，不得被解释为否定或轻视公民保留的其他权利。”

在1965年以前，这一修正案意味着任何未被明确授予联邦政府的权利都属于各州。然而到1965年，最高法院通过“格里斯活德诉康涅狄格州”一案改变了这种理解。它的裁决维护了将避孕器具分发给已婚夫妇的权利。法官威廉·O·道格拉斯当时曾为法庭起草理由，他关于第九修正案的论述告别引起了考菲和韦丁顿的兴趣。道格拉斯说，宪法中未列出的权利属于个人，其中一项便是隐私权。考菲和韦丁顿论证说，隐私权应该保障一名妇女自己决定是否作母亲的权利。

9.2 初审法院倾向原告

1970年5月23日，在得克萨斯州达拉斯的联邦法院，考菲和韦丁顿与辩方律师一起出现在一个三人法官小组面前。诺玛·麦科威——她在本案中化名“简·罗”——未被要求到庭。当时韦德(Wade)是达拉斯县的检察官，所以这个案子被称为罗诉韦德案(Roe v. Wade)。

考菲和韦丁顿已将她们这起诉讼案变成了一宗“共同起诉案”。麦科威的这个举动并非只为了她自己的权益，而且也是为了所有怀孕妇女的权益。论证麦科威的确有权起诉的工作是由考菲完成的。代表州方的杰伊·弗洛伊德宣称，“简·罗”的怀孕肯定已经到了堕胎危险期，因此，她的诉讼应当驳回，法官们没有同意。韦丁顿解释说，得克萨斯的堕胎法与对第九修正案的解释是相冲突的。第九修正案说，宪法中所列出的某些权利不得否定“人民”的其他权利。在“格里斯沃德诉康涅狄格州”一案中，法官威廉·O·道格拉斯写道，州不能侵犯一个人的隐私权；他还说，在第九修正案中，“隐私权”是属于“公民保留”的权利。法官们同意了韦丁顿对宪法的解释。

1970年6月17日，法官小组公布了它的法庭意见：得克萨斯堕胎法必须被宣布为违宪，因为它们剥夺了单身妇女和已婚夫妇自己决定是否生孩子的权利，而这些权利是受宪法第九修正案保护的。

9.3 最高法院里程碑意义的裁决

第五巡回法院宣布了堕胎法违宪。然而，这家法院并未下令让得克萨斯州停止执行这项法律。正因如此，考菲和韦丁顿直接向美国最高法院提起上诉。最高法院同意听审这起诉讼。

1971年12月13日，韦丁顿站到了最高法院。她宣称，得克萨斯州强迫妇女生小孩的法律使得妇女对于她们自己的生活毫无权利可言。她说，一个尚未出生的胎儿并没有资格受到法律保护。

因为当时庭中只有7名法官，所以法官们决定，如此重要的诉讼应重新论证。当两名新任命的法官——威廉·伦奎斯等和刘易斯·鲍威尔——于1972年10月10日

宣誓就职后，考菲和韦丁顿又把她们的基本论证向由九名成员组成的审判团重複了一遍。

1973年1月22日，最高法院以7比2的表决，确认妇女决定是否继续怀孕的权利受到宪法上个人自主权和隐私权规定的保护，这等于承认了堕胎的合法化。

代表大多数法官发言的哈里·布莱克门在一个房间里对着众多记者宣读了他的意见。他指出，在美国历史上，认定堕胎为犯罪的法律近年来才出现，在殖民地时代堕胎是合法之举。然而，到了19世纪，禁止堕胎的法律开始流行，它们的目的是保护妇女，以免她们的健康受到损害。因为在现代医学中堕胎更加安全，所以那种反堕胎的理由也就不复存在了。

接着，法官布莱克门说，法院已经同意在过去的裁决中存在着一项“个人隐私权”。随后，他公布了裁决的中心内容：无论它是包含在第十四修正案的个人自由概念和对州行为的限制中，还是在第九修正案的公民保留权利中，隐私权都完全可以包括一名妇女的自由中止自己怀孕的决定。

法官布莱克门不同意得克萨斯州的它有权侵犯罗的权利以保护未出生儿的主张。他讲解了美国宪法中“公民”这个词的用法，并指出它并不包含胎儿。然而，法官布莱克门说，妇女的隐私权和胎儿受州保护之权利的缺乏都并非绝对的。

最后，法官布莱克门在“罗诉韦德案”中的裁决给对立双方提供了一个平衡模式：在孕期的前三个月中，堕胎的决定权由母亲和她的医生保留；在接下来的三个月孕期里，州可以“用与母亲的健康合理相关的方式约束堕胎程序”；在孕期的最后三个月中，州可以约束甚至禁止堕胎，除非母亲的生命或健康受到威胁。

9.4 堕胎问题与美国政治

堕胎合法化一度导致了美国妇女堕胎人数的激增。据统计，1973年以来美国每年有近1500万人堕胎，占每年怀孕妇女总数的1/5；在每年的怀孕妇女当中，约有100万人年龄在15-19岁之间，3万人年龄未满15岁，其中半数以上怀孕少女以堕胎方式终止怀孕。

罗诉韦德案以后，美国反堕胎人士开始有规模地组织各种“保护生命运动”，表达对堕胎法令的不满。这些反对人士大都是保守派或天主教徒，布什总统也是其中一员。一些反堕胎激进分子有时更象恐怖分子，不时闹出一些耸人听闻的暴力事件。比如今年9月3日因杀害堕胎医生而被处以极刑的第一人保罗·希尔，据称他在临刑前仍丝毫没有悔意，称自己会在天堂得到丰厚的报答，死得越早，便越早升入天堂。

罗诉韦德案的背景本身就相当复杂，正好处在美国女权运动如火如荼的时期。案件争论的焦点在于是妇女选择自由权优先，还是婴儿生命权优先。支持堕胎人士大都是自由派人士，深受60年代的女权运动思想影响，认为女人有生殖自由的权利和选择的权利，并应该受到宪法的保护。而反堕胎人士则认为，婴儿

也应该有生存的权利，特别是妇女在受孕的晚期，婴儿已经成型，堕胎无异于杀人。不过论辩双方在反对妇女在怀孕第3期也就是晚期进行堕胎比较一致，这也是为什么此次参众两院能顺利通过禁令的原因之一。

由于堕胎问题长期的争辩，堕胎话题也成为一道美国政治生活的重要风景线。人们常说这一案件的影响等同于美国的第2次内战。历届州长、总统选举，大法官就职，都要对这一问题进行表态。堕胎问题还进入国会，成为预算辩论时的焦点。

自1973年以来，美国历届总统对堕胎问题的立场因受自己的党派、宗教影响也不一样。比如70年代，尼克松、福特和卡特执政时期，由于自由主义占主流，美国总统大都心口不一，表面反堕胎，实质政策实施上仍是有利支持堕胎的自由派。到了80年代美国保守主义占上风的里根、老布什阶段，反堕胎运动又有所得势。里根在1983年罗诉韦德案十周年之际还发表了一篇题为《堕胎与美国的良心》的演说，尖锐地指出自1973年以来1500万未出生的婴儿死于合法堕胎，其数字是美国所有战争中死亡人数的十倍。到了90年代克林顿执政时期，民主党的克林顿虽然在堕胎问题上强调应“安全，合法和极少进行的”，但对堕胎仍是最大限度地支持。比如在两次参众两议院通过的晚期堕胎禁令问题上，他都使用了总统予以否决。对于小布什总统而言，无论是基于保守派立场还是个人立场，他都是一名坚决反堕胎人士。在2000年美国最高法院判决堕胎合法化的十七周年纪念日上，他向上万名反堕胎的示威群众保证“总统与你们站在同一边”，并宣布“坚决”反对罗诉韦德案的法院判决，这个判决使堕胎合法。

9.5 2003烟火又起

罗诉韦德案已经过去几十年了，美国的堕胎问题并没有因此更好或者更坏。但也发生了一些富有戏剧性的转变，最出名的当属罗诉韦德案的原告诺玛·麦科威。

在美国，麦科威的名字和堕胎几乎就划了等号。麦科威本人通过在一些堕胎诊所工作，逐渐发现堕胎对于婴儿的非人性；同时，在一个反堕胎的牧师的影响下，她的信仰和心灵就此发生转变。1995年8月8日，麦科威在达拉斯一个私人家中的游泳池受浸，从此反对堕胎。这一倒戈行动一时间成为美国头版头条，美国广播公司(ABC)还在现场转播。此后，她又成立了一个“不再柔”(Roe No More)的组织，对堕胎女性和进行反堕胎教育。1998年，她出版了一本书《被爱征服》，专门讲述她从一个堕胎合法化象征标志如何转化为一个反堕胎分子的经历。在2003年1月罗诉韦德案30周年纪念日的时候，麦科威又要求上诉法院推翻过去的案子，并称自己只是诉讼的工具，当她需要堕胎的时候，压根没有人来理她。

当然，麦科威过去的辩护律师是非常不高兴看到此点的。萨拉·威丁顿说她非常后悔选择了为麦科威的官司辩护。她和另外一名当时的辩护律师琳达·考菲已经同麦科威见了面进行案件交涉。考菲对CNN记者称麦科威当年没有丝毫

不愿意堕胎的意愿，至始至终她都想要一个安全的、合法的堕胎。当被问及如何看待麦科威的转变时，她拒绝回答。

当然麦科威的转变本质上是无法改变美国自由和保守两派对堕胎的分歧的，他们仍然在为自己的立场作较量。2003年提交参议院的晚期堕胎禁令报告明确地指出，堕胎是蓄意谋杀婴儿生命，对堕胎母亲身体的长期健康也极为不利。在2000年Stenberg v.Carhart案件中，美国法院否决了内布拉斯加州的晚期堕胎禁令，认为禁令语言表述过于模糊，违背了宪法保护个人隐私的权利，并给堕胎妇女带来负担。此外，高法认为晚期堕胎在医学统计上是安全的。

此次晚期禁令的发起者参议员瑞克·桑道伦(Rick Santorum)表示法令一定能抵制来自法律的挑战。他们认为此次法令通过不过是反堕胎运动一个小小的胜利，最终的目的在于推翻1973年高法的堕胎法令。民主党人包括参议员法兰克·洛腾伯格(Frank Lautenberg)也称很有信心，相信这项违背宪法的法令将被高法予以否决。支持堕胎的组织除了在法律上对这一禁令进行千般挑刺外，还开始策划明年大选到华盛顿示威。

看来堕胎禁令已经慢慢点燃美国政坛的烟火了。正如法律专家预测的一样，这项争论在小布什总统那里未必能打住，非要闹到高法裁决不可。

晚期堕胎禁令结局如何，我们拭目以待。

10 美国政府为何总跟微软过不去？——美国诉微软案(2001)

美国政府和19个州联合起诉微软公司一案(United States v.Microsoft Corp)是20世纪美国最大的反垄断诉讼，举世瞩目，毁誉参半。这是一场涉及现代科技、市场机制、法律制度和政府反垄断政策的司法大战，案情空前复杂。尽管微软最终免遭分拆，逃过一劫，但这场官司涉及到的诸多复杂问题仍然值得思索和探讨。

10.1 政府适度干预的理论假设

可能有人会纳闷，比尔·盖茨(Bill Gates)白手起家创业，既无政府资助，又无特许专营权，凭本事研制出视窗(Windows)操作系统和应用软件，缔造了一个成就非凡的软件帝国，使电脑从当年深奥莫测的庞然大物变成今日寻常百姓家中的必备工具，使微软成为推动美国“新经济”增长和高科技股市腾飞的火车头之一。对这种国家级“有突出贡献”的企业家和私营企业，政府不但不表彰奖励，树立个“信息业学微软”之类的典型，反而却恐吓打压，甚至放话要把微软一刀两断。美国政府是不是吃饱了撑的？再说了，在市场经济体制下，政府到底凭啥瞎插手市场竞争和高科技企业之间掐架的事儿呢？

多年来，美国的一些思想库和智囊团一直热衷于向俄罗斯和中国的学术精英兜售那种彻底取消政府干预、实行自由放任市场经济的灵丹妙药，但其实，那

只是“空想资本主义”的神话。诺贝尔经济学奖得主、曾任世界银行副行长的美国经济学家斯蒂格利茨(Joseph E.Stiglitz)有句名言：“亚当·斯密看不见的手，就是皇帝的新衣。之所以看不见，是因为本来就不存在。”(转引自崔之元著：《“看不见的手”范式的悖论》，北京经济科学出版社，1999，第16页。)这道理很简单，假设最初人为地设置了一个完全公正平等的市场竞争环境，但要不了多久，优胜劣汰的市场规律就将起作用而消灭自由竞争，形成垄断竞争和寡头垄断。换句话说，资本为了谋求最高利润，天生具有垄断的倾向。这样，当“市场失灵”时，政府的适度干预和调控显然具有一定的必要性。

理想化的政府宏观调控政策，应当是一方面鼓励自由竞争，优胜劣汰，企业兼并，形成具有强大竞争力的规模经济；一方面又要挥舞反垄断大棒，惩罚那些滥用垄断力量阻碍竞争的企业，维持一个相对公平的市场竞争环境。市场经济的核心就是竞争，没有竞争市场就会失去活力，而反垄断法则是市场经济的坚强后盾。当然，这种理想化的政府宏观调控政策和反垄断法规只是一种纯粹理论上的假设。

美国的反垄断法早在100多年前就已出台，要是细抠日子，那还是在革命导师列宁做出帝国主义必然走向垄断和腐朽的著名论断之前。19世纪末，美国社会正处在马克·吐温笔下那种经济繁荣、世风日下、政治腐败的“镀金时代”，随着全国性铁路网以及电报和电话通讯系统的建成，市场竞争已彻底打破地域限制，一些大公司掠夺成性，不择手段，在商业竞争中无所不用其极，迅速发展为富可敌国的超级托拉斯垄断集团。与此同时，无数中、小型企业遭到被挤垮或被兼并的命运。

美国公众对托拉斯垄断集团降价倾销、操纵市场、大鱼吃小鱼等商业招术以及垄断集团用金钱左右政治的腐败现象深感不安。在历来讲究分权和制衡的政治文化环境中，美国人对任何单一的、难以挑战的权势都具有先天的戒备和疑虑，必欲除之而后快。为了抑制垄断豪强的势力，维护市场经济和民主政治的规矩，保障消费者的合法权益，在美国社会各界的强烈呼吁和压力下，美国国会于1890年以一票之差通过了《谢尔曼反垄断法》(Sherman Antitrust Act of 1890)。此法案因由参议院共和党参议员约翰·谢尔曼(John Sherman)牵头而得名。

谢尔曼反垄断法的第一部份禁止企业以托拉斯的形式联合起来施行贸易限制，第二部份禁止企业的垄断行为和垄断企图。美国国会后来又先后通过了克莱顿法(Clayton Act)、罗宾逊-帕特曼法(Robinson-Patman Act)等一系列反垄断法规，禁止有可能形成垄断的兼并和收购行为，禁止使用价格歧视手段挤垮竞争对手，禁止不公平的竞争方法或欺诈性行为。

可是，究竟什么是垄断行为？什么是不公平的竞争方法？什么是欺诈性行为？为啥一家企业仅有垄断企图但尚无垄断行为也会受到起诉？对于这些复杂的经济和法律问题，联邦法院和国会也是一脑门子浆糊。一百多年来，美国最高法院的判例和国会通过的反垄断法规从未对这些问题给过一个清晰明确、令人满意的定义和解释。对此，美国联邦储备委员会总裁格林斯潘(Alan Greenspan)曾

经毫不客气地直言：“这个国家的整套反垄断法规，是混乱和无知的大杂烩。”

反垄断法规究竟是不是“混乱和无知的大杂烩”，那是立法部门的事，执法和司法部门可管不了那么多，反正该出手时就出手。第一个撞到反垄断法枪口上的著名大垄断公司是曾在全球石油工业领域不可一世的标准石油公司(Standard Oil, 俗称美孚石油公司，属于洛克菲勒财团)。1911年，联邦政府控告标准石油公司垄断石油业，石油大亨不服指控，把官司打到了最高法院，但大法官以9比0票裁定政府胜诉。结果，标准石油公司被强制拆散为34个小公司，石油垄断帝国顷刻间土崩瓦解。

30年代大危机后，主张政府干预的凯恩斯主义风行一时，联邦政府在反垄断领域越来越横。1945年，美洲铝业公司(Aluminum Co. of America)因被控垄断铝业市场，被政府强制拆散。1970年，国际商业机器公司(IBM)因在大型电脑的硬件、应用软件和操作系统三大领域包打天下而被控垄断，这场官司整整打了12年。里根(Ronald Reagan)总统执政后，因科技进步和微型电脑的飞速发展导致信息业格局大变，联邦司法部被迫撤消了起诉。1984年，美国电报电话公司(AT&T)因被控垄断电信行业，被解体为7个地区性公司。

在美国政府看来，一个建立在法治基础上的、适宜企业迅速发展的市场竞争环境，要比某一家超级垄断公司的成功或被拆散后的命运重要得多。

10.2 自然垄断何罪之有？

然而，微软案的难度在于，由于反垄断法本身的含糊性、不确定性以及现代科技和市场机制的高度复杂性，联邦司法部和联邦地方法院实际上并无足够的证据证明下列问题：微软被指控的行为究竟是合法还是非法？微软视窗捆绑浏览器究竟是造福于消费者还是限制了消费者的选择范围？对微软的处罚到底是适当还是过重？拆散微软将会促进竞争还是造成行业标准混乱？

一些高科技业行家和经济学家认为，微软案与早年的标准石油案和AT&T案等传统型反垄断案有重大区别。如果客观地回顾个人电脑的发展史，人们会发现，微软在个人电脑操作系统领域形成的垄断实际上是因自由竞争、市场开拓、特殊机遇和技术领先而形成的一种自然垄断(Natural Monopoly)。依照反垄断法，美国境内的一家公司若占有某种产品70%以上的市场份额，即被认为具有市场垄断地位，但是，一家公司因技术创新或机遇运气而在市场上取得自然垄断地位并不违法。

1977年，苹果公司(Apple Computer)推出风靡一时的微型个人电脑(微机)，开创了电脑发展的全新时代。80年代初，一直将个人电脑视为玩具的电脑巨人IBM终于如梦初醒，决心尽快进军个人电脑市场。可是，因多年来忽视了对微型电脑的研究，一时来不及研制微处理器(CPU)和操作系统这两项核心技术，加上被没完没了的反垄断官司整怕了，IBM决定暂时向技术领先的小公司购买微处理器和操作系统应急。

经调研和论证，IBM决定采用英特尔公司(Intel)开发的8088型微处理器。在操作系统领域，当时领导潮流的是数字研究公司(Digital Research)的CP/M操作系统。为了尽快推出产品，IBM屈尊俯就，登门商讨合作事宜。谁料想，数字研究公司未能把握商机，一上来就开出了高价码，每台电脑按惯例收取授权费200美元，并附加其它条件。IBM见这个小破公司竟然不识抬举，便试探着与MS BASIC语言的总设计师之一、电脑神童盖茨的微软公司商谈合作。

盖茨是何等精明的人物，他立刻敏锐地意识到IBM微型电脑有可能轻易击败苹果电脑，成为真正人手一台的个人电脑，一个巨大的新市场有可能即将出现。一般来说，在新市场开拓初期，技术水平暂时的高低有时并不重要，具有决定性意义的是抢占市场份额并在此基础上创立市场标准。实际上，微软当时并没有操作系统产品，但盖茨迅速从西雅图一家极有创新意识的小公司买来了一个名为86-DOS的操作系统，并借鉴CP/M的优点对86-DOS进行了改进。然后，盖茨向IBM开出了极有诱惑力的合作条件，即微软完全配合IBM和英特尔的硬件标准和规格，特别设计PC-DOS操作系统，每台电脑收授权费不到50美元。IBM大喜过望，双方一拍即和。

在当时，对于许多象微软这样的小公司来说，这笔巨额交易足以令人陶醉一生。但令人称奇的是，微软并未被套牢在IBM战车上成为替IBM架桥铺路的马前小卒。IBM的老总原以为他们可以把20多岁的小毛孩儿盖茨玩于掌上，任意摆弄，但最终结果却恰好相反，是自命不凡的IBM沦为替他人做嫁衣裳的倒霉蛋。在律师家庭长大的盖茨对复杂的商业合同法知之甚详、驾轻就熟，在他的坚持下，微软不但保留了PC-DOS软件的独占权，而且可以授权其它电脑硬件厂商使用由PC-DOS略为修改而成的微软MS-DOS。这样，在这场巨额交易中，盖茨洞察先机，神机妙算，使微软在合作中占据了免费搭车、左右逢源、灵活自主的优越地位，为微软未来的腾飞埋下了成功的种子。

1981年，IBM正式推出个人电脑(IBM PC)。凭借电脑巨人的赫赫威名和遍布全球的营销网络，IBM个人电脑一时畅销全世界，全球电脑厂家争先恐后地为IBM电脑开发应用软件，这就使与应用软件紧密相关的微软DOS不费吹灰之力便成为行业标准。苹果的麦金塔(Macintosh)操作系统因与DOS标准不兼容，只能眼瞅着丢失了大好河山。数字研究公司的CP/M操作系统虽然起初比微软DOS1.0版略胜一筹，但用户要额外花高价购买，所以绝大多数用户自然宁愿使用已预装好的PC-DOS。这样，盖茨奉行“吃小亏占大便宜”的原则，将DOS1.0版低价与IBM电脑搭配出售，完全是借力发功，使微软一起步就进入了世界上最快的成功之路。

IBM个人电脑占领市场后，因供不应求、价格较贵，给生产IBM兼容型电脑的一帮小公司以可乘之机。康帕(Compaq)、戴尔(Dell)等厂家凭着小公司的冲劲和弹性，抢先推出使用英特尔386微处理器和预装微软MS-DOS并且与IBM硬件标准百分之百兼容的386型电脑，对IBM王朝的霸主地位形成严重威胁，使个人电脑市场出现了春秋战国、五霸七雄的局面。在群雄逐鹿的混战中，IBM因机构庞大、反应缓慢，在几次关键性的战略决战中一败再败，其个人电脑逐渐被挤兑

得无人问津；苹果公司因迟至1994年才授权其它电脑硬件厂商可以使用麦金塔操作系统生产苹果兼容型电脑，结果不但痛失抢占市场份额和创立统一标准的良机，而且因独木难撑被挤兑到了破产边缘。

IBM的节节溃败，对依靠IBM发家的微软却没有造成任何负面影响。虽然IBM个人电脑的销售一蹶不振，但与IBM兼容型电脑搭配销售的微软MS-DOS的销量却有惊人增长，使微软DOS家族的标准地位空前稳固。令人叹为观止的是，微软竟然连广告和市场营销都用不着操心，市场占有率不费吹灰之力便自动剧增。因DOS的功能和版本不断升级换代，售价逐年提高，全球电脑厂商预装DOS的授权费象淌海水一样滚滚而来，使微软进入了一种坐地收银、日进斗金、赢家通吃、“想不发都难”的梦幻境界。在微软DOS的沉重打击下，“不识抬举”的数字研究公司兵败如山倒，而当年试图在大型和微型电脑的硬件、应用软件和操作系统等领域都自创标准的美国电脑业老四王安公司，最后只落得个申请破产保护的悲惨结局。

如果有谁认为微软的成功仅靠天降宏运以及合作者和竞争对手的一再失误，那你算是认错了盖茨其人。在电脑软件这块弱肉强食的野蛮之地，盖茨可谓科技天才和商业奇才的罕见统一，他所采用的竞争手段冷酷精明，炉火纯青。

盖茨统帅下的微软一向注重借鉴竞争对手长处和技术突破，更不惜重金网罗天下电脑英才，敏锐地捕捉每一项技术创新，倾全力研制开发最新产品。微软视窗3.0版是图形化操作系统的革命性进步，尽管它只是附属在DOS下的虚拟操作系统，但其图形化的友善操作界面使用户耳目一新，惊喜万分。视窗3.0版上市后流行极快极广，反过来极大地刺激了IBM兼容型电脑的销售和以视窗为最新标准的应用软件开发。但苹果开始控告微软抄袭了苹果电脑的图形化界面，这场官司打了7年之久，最后苹果因苦斗无功被迫撤回起诉。

微软1995年推出的视窗95版和视窗NT版是真正强大而完整的32位元图形化操作系统，它充份支持英特尔奔腾(Pentium)微处理器以及多媒体和网络厂商的硬件功能，使用户得以享受高速运算、多媒体、集成网络、资源管理器、免费互联网浏览器和更加友善的操作界面。当全球电脑用户乐颠颠地不断升级换代时，盖茨一跃而成天下首富。20世纪90年代末，仅有20年短暂历史的微软，其股票在市场的总市值竟然比美国三大汽车公司通用、福特、克莱斯勒的合计总值还高。可以说，现代世界上还没有哪一家企业像微软如此之快地暴富！

面对微软不可思议的成功和自身在个人电脑硬件业丢人现眼的惨败，IBM大受刺激。蓝色巨人调集科技精英，投入巨额资金，研制开发了OS/2个人电脑操作系统，试图与微软一争高下。事实证明，IBM不仅低估了操作系统研制周期长、技术高度复杂的困难，而且低估了微软占据市场标准地位后形成的巨大优势。经过多年浴血苦斗，最终因与视窗95竞争的最新版本未能抢先完成研制以及技术质量和市场营销等方面的原因，OS/2被视窗95杀得一败涂地，一代英豪IBM最后落得个血本无归的悲惨下场，并且创下了全美企业一年内亏损金额的最高记录，令圈内人士扼腕长叹。

微软终于在空前残酷的竞争中杀出一条血路，形成了在个人电脑操作系统

领域中自然垄断的局面。

10.3 捆绑搭配惹祸上门

紧接着，微软又开始将操作系统领域的霸权扩展到其它领域。在推出视窗95的同时，微软凭借其软件开发部门卓有成效的工作和深谙视窗平台应用程序界面(API)的优势，采取借鉴、移植和综合诸家之长的惯用手法，抢先推出视窗95版办公室大全(MS Office)套装软件，将文字处理(Word)、试算表(Excel)、小型数据库(Access)和幻灯片演示(Power Point)等应用软件捆绑销售，以横扫千军似卷席之势，把当年曾经流行一时、颇有创新意识的WordStar、WordPerfect、Lotus1-2-3、QutroPro、dBase、Paradox等孤军苦战的应用软件杀得落花流水，一举占据了90%的办公室应用软件市场。一时间，在视窗平台上的微软帝国似乎是攻无不克，不可战胜。

俗话说，合久必分，盛极必衰。一向高瞻远瞩、每战必胜的微软在互联网时代一不留神却落伍了。当盖茨的想象力还停留在“让每一个家庭，每一张书桌上都有一台个人电脑”的老黄历时，一匹意识超前的黑马杀了出来。网景公司(Netscape)首先推出的航行家(Navigator)网络浏览器对微软帝国发动了突然袭击。网络浏览器所引发的互联网革命，使个人电脑和微软视窗有可能沦为一种无关紧要的周边设备。有行家预言，因个人电脑崛起而差点儿破产关门的IBM，将会因网络时代对大型电脑服务器(Server)需求的增多而起死回生，而靠DOS和视窗发家致富的微软帝国，有朝一日将会接着过时的视窗痛苦地倒毙于信息高速公路之旁。

1995年12月7日，盖茨特意挑选珍珠港事件纪念日，正式宣布发起“帝国反击战”。出乎人们意料的是，微软这艘巨型航空母舰竟然象轻捷的鱼雷快艇一样调头迅速，整个公司的经营重点迅速转向互联网业务，灵巧地避开了凶险的冰川，避免了冰海沉船的悲剧，与电脑巨人IBM当年“船大难调头”的被动局面形成鲜明对比。

微软在战略转折中最凶狠的一招，是重祭当年依靠DOS搭配IBM个人电脑抢占市场制高点和创立标准的法宝，把微软网络探险家(Internet Explorer)与视窗捆绑搭配，免费送给所有电脑用户，迅速占领了75%的浏览器市场，使网景生意一落千丈，最后因濒临破产被美国在线(AOL)于1999年收购。

在这一轮浏览器大战中，盖茨虽然精明手辣，挽狂澜于即倒，但却使微软招惹上了有灭顶之灾的反垄断官司。

自推出视窗95后，微软在个人电脑操作系统领域已成为孤独求败的寂寞高手。为了避免出现垄断100%市场的尴尬局面，微软曾在1997年出资1亿5千万美元购买苹果公司股票，为竞争对手输血打气，确保麦金塔操作系统半死不活、有气无力地陪着视窗这个公子在市场上读书。

其实，微软的这个损招儿纯属多余。依照反垄断法，一家公司具有市场垄断地位并不违法——如英特尔(Intel)、思科(Cisco)和波音飞机公司在各自的领域

中都处于高度垄断地位，只有当一家公司利用垄断力量阻扼和打压竞争对手进入市场时才是违法。微软的致命把柄，实际上是利用视窗航空母舰的垄断地位为浏览器软件保驾护航，阻碍了技术创新者潜能的发挥。

10.4 傻帽儿才为浏览器付钱

在联邦地方法院庭辩过程中，微软的律师一再争辩说，反垄断法的宗旨是保护消费者的利益，而不是保护在市场竞争中败下阵来的企业，恰恰在这个问题上，控方根本就拿不出任何令人信服的证据来证明微软损害了消费者利益。实际上，由于微软视窗免费附带浏览器功能，迫使网景后来也停止对浏览器收费，大大降低了公众进入互联网的成本，在全球范围内促进了互联网的空前普及，并且使浏览器成为微软视窗不可缺少的标准附设。

微软认为，在视窗上捆绑浏览器是一种功能的集成化，是扩大而不是限制消费者的选择范围。此外，网景虽然在浏览器大战中被微软击败，但并没有溃不成军。如今网景的原班兵马已集结在美国在线旗下，如果真的是身怀绝技，没人能挡得住网景继续与微软竞争。

值得注意的是，功能的集成化和一体化已成为互联网产业的新潮流和新趋势。企业捆绑产品的目的是为了大幅度地降低交易费用。据报导，微软目前投入巨资研制的下一代视窗系统(NGWS)，将以语音识别技术代替键盘操作，以XML网络通用语言为核心，改写全部现有应用软件，将移动电话、掌上型电脑、应用软件、数据库搜寻、网络付帐、电子邮件、电子商务、网络电视、网络游戏和电子书籍等整合为一体。这样，互联网已不再是一项技术，而是一种全新的整合和应用，是一种跨平台功能集成和综合。如果说微软以前在视窗巨舰上捆绑搭配了F-16型战斗机，那么这回捆绑搭配的将是载有核武器的B-2型隐身战略轰炸机。

微软的律师认为，企业拥有自行设计产品以及为产品搭配新功能的权利，这本是天经地义的事。难道麦当劳卖汉堡包时不能搭配炸薯条吗？难道福特公司卖汽车时不能搭配空调或音响吗？如果让对高科技一窍不通的政府和联邦法院来决定视窗是否应该搭配创新功能，深受其害的只能是广大消费者。

微软的律师强调，微软并没有利用视窗的优势地位牟取垄断利润和伤害消费者。而消费者的满意程度正是微软为自己辩护的有力盾牌。在市场经济体制下，消费者是自身利益的最佳判断者，视窗垄断地位的形成，从某种意义上说正是消费者自由选择的结果。实际上，微软将各种功能集成为一体的做法确实给消费者带来很大的方便和实惠。根据《华尔街日报》1999年12月的一次民意测验，美国公众心目中最成功、最令消费者满意的十大高科技企业中，微软名列榜首，排名第二至第十的是英特尔、思科等硬件公司。

对于司法部因视窗搭配浏览器而起诉微软一事，多数美国消费者认为政府大概是有点儿毛病。若论质量、功能、技术支持和售后服务，微软探险家与网景

航行家相比一点都不差，只有脑袋缺根筋儿的傻帽儿才乐意为浏览器花冤枉钱，养活那个跟普通消费者八竿子都打不着的网景公司去跟微软掐架。

根据美国学者、得克萨斯州大学经济系教授莱伯维兹(Stan J.Liebowitz)的追踪研究，微软公司并不是那种占据垄断地位之后便趁机抬高价格、销售劣质产品、任意伤害消费者的传统型垄断恶霸。恰恰相反，在微软占据垄断地位的文字处理和试算表等应用软件领域，反而出现了功能不断改善和售价大幅度降低的奇特现象。对于这种现象，莱伯维兹教授的解释是，潜在的竞争对手的威胁使微软始终如临大敌，不敢得意忘形。

实际上，一个常常被人们忽视的背景是，鼓捣电脑，开发软件，改进程序，超越自我，是盖茨等微软公司创业人的乐趣和爱好。追求卓越、努力进取的企业家精神，始终是推动微软不断改善软件功能的内在动力之一。当软件完成研制和改进成功地占据市场垄断地位后，由于再生产的边际成本近乎于零，销售价格自然会大幅度下降。

10.5 创新远重于价格

但是，联邦司法部认为，对微软的起诉虽然是在100年前的《谢尔曼反垄断法》名目下进行的，但问题的焦点并不在“垄断者抬高价格伤害消费者”上。前司法部首席反垄断经济学家鲁宾菲尔特(Daniel Rubinfeld)接受《纽约时报》记者采访时强调：“我们在控告微软时就意识到，对这类案子，经济上的规则已经变了。创新，远重于价格，才是微软案的意义。”

实际上，如果仅仅从短期看，微软赠送浏览器的确让消费者省了钱。但若从长远看，微软把有开拓性和技术创新的小公司踢出市场，实质上是限制了消费者的选择范围，阻碍了有可能使消费者真正受益的技术创新。

谁都知道，微软虽然创造了空前的软件奇迹，但微软本身却恰恰是个缺乏重大技术创新的公司。微软基本上只是个“技术追随者”，而非“技术创新者”，它的多数著名软件产品，如DOS、视窗、办公室大全、网络浏览器等，无一例外都是靠收购或仿制起家的。微软的独家武功是：免费搭车，借力发功，凭借操作系统优势，集模仿和开发于一身，青出于蓝而胜于蓝，效率奇高，后来居上，干啥象啥，见谁灭谁，成为高科技领域中人见人恨的掐架大王。

有人认为，微软实在是太成功了，以致沦为“成功的受害者”(The Victim of Success)。

在高科技领域，企业之间掐架本是家常便饭，微软用的那些损招儿其实大伙儿全用过，如果没发什么大财，损招儿用得再多也是白扯，根本不会有人大动干戈。绝大多数技术创新其实也未必真能成什么大气候。微软的毛病在于，虽然既有知识又有钱，但缺少点儿文化和品位，说话口无遮拦，办事咄咄逼人，竟竞争争得太凶，掐架掐得过猛，动辄把同行照死里掐，结果把事儿闹大了，政府不得不出来干预。

微软案最初只是围绕视窗捆绑浏览器是否违法一事开庭，司法部本意是给微软一个“外科手术式的打击”(Surgical Strike)和一些商业限制，想都没想过要拆散微软。出人意料的是，因微软多年来目中无人，树敌过多，苦大仇深的冤家对手借机报仇申冤，轮番出庭向法官痛说“苦难家史”，幸灾乐祸的电脑业同行落井下石，在公堂上抖落出一大堆对微软极为不利的“变天旧账”，再加上微软傲慢强硬、寸步不让，对任何一项指控均据理力争，甚至反咬联邦政府和法院干预科技创新，结果使案情出现了戏剧性的转变。

根据法官公布的事事实判定报告(Finding of Fact)，微软的下列行为触犯了反垄断法规：

第一，微软凭借视窗垄断地位，将探险家浏览器与视窗捆绑搭配，把网景踢出了市场。

第二，苹果选择网景航行家作为预设浏览器后，微软便威胁要取消麦金塔版本办公室大全的授权，结果苹果被迫采用微软探险家作为预设浏览器。

第三，康柏曾与美国在线达成协议，将视窗上的微软网站图标换成AOL，微软便威胁要撤消康柏预装视窗的授权。康柏被迫恢复了微软图标，微软则降低视窗价格回报康柏。

第四，英特尔在1995年发展出一种新的技术规格，但有可能影响视窗的标准，微软便威胁英特尔要削弱对该公司微处理器的支持。英特尔被迫停止了对这项新技术的研制。

第五，升阳公司(Sun Microsystems)开发的Java语言因不受操作系统限制，威胁到微软视窗的垄断地位，微软便开发出只能在视窗下运行的Java版本，干扰兼容性技术创新。

这样，过堂听证逐渐变成对微软的愤怒控诉和声讨，不将微软千刀万剐已不足以平民愤。美国信息产业分析专家罗得·安德利(Rod Enderle)对《华盛顿邮报》记者说，微软案的戏剧性变化就好像是盖茨超速驾车，拿到罚单后心中不服，跑到法庭上去扯歪理，原想免除点儿罚款，结果一不留神竟然收到了一张死刑判决书。

10.6 一拆为二是笨招儿

2000年4月，联邦司法部正式决定，要求法官将微软一拆为二——即一个经营操作系统业务的公司和一个经营应用软件及互联网业务的公司。6月，主审法官杰克逊(Thomas P.Jackson)正式裁决将微软一拆为二，并且规定分拆后的两家公司在10年内不得合并，据说只有这样才能打破微软在操作系统领域的垄断。司法部认为，对微软的惩罚虽然短期内会引起市场震荡，但从长远角度看，广大消费者将会因开放市场竞争而获益。

人们可以高度赞赏法官坚持司法独立、维护公平正义的立场。任何一家企业，甭管它再成功，也绝不能超越于法律之上。可是，将微软一拆为二的过重惩

罚，从常识上看是却令人费解的。如果只是简单地将微软一拆为二，实际上并没有解决微软视窗垄断市场的关键性问题。联邦法官和司法部律师至少应当懂得这样一个简单道理：将微软一拆为二后，那个经营操作系统业务的公司仍然会继续处于市场垄断地位，而将这个操作系统公司进一步拆散削弱，在个人电脑操作系统领域开放市场，引入竞争，则完全是天方夜谭。

与石油大王洛克菲勒这种传统型的资本家不同，盖茨是靠知识起家的“知本家”。微软在操作系统领域的垄断，实际上是一种知识垄断和标准垄断。在知识经济时代，有知识肯定有机会赚大钱，有大钱却不一定能玩得转知识，玩得转知识不见得能创立标准。操作系统具有耗资巨大、研制周期长、设计难度高和技术标准对硬件和应用软件影响极大等特点。为了推出视窗95，微软早在1988年就已调集数千名电脑软件精英攻关。如今的视窗2000已是源程序长达四千万行、指令上百万条、空前复杂而艰深的知识集成。这种知识和标准的垄断不是一时半会儿就能轻易打破的。而强迫微软公开视窗2000的全部源程序，那实际上无异于在高科技领域“打土豪、分田地”。

有人举出美国政府当年按地区划分原则拆散AT&T公司开放长途电话业市场竞争的先例支持拆散微软。然而，长途电话业和操作系统完全是两码事。长途电话业因高速度、大容量的光纤通讯网有足够的空余容量，使小公司得以批发大块长途电话时间，然后以低价零售，使消费者因市场竞争而获益。但是操作系统领域的电脑专家几乎一致认为，如今即使政府强迫微软“开放市场”，奉送巨额研制资金，也不可能有哪家公司能在短期内研制开发出价格使消费者可以接受，稳定性和可靠性可与微软视窗媲美、在软件开发业能象视窗一样成为公认的产品标准、在商业上可与微软下一代视窗系统竞争、产品质量受全球消费者信赖并且与现有硬件和软件系统100%兼容的个人电脑操作系统。

新闻媒体和华尔街一度把源代码开放的Linux操作系统炒得很热，似乎Linux有朝一日能够取代微软视窗。其实这只是外行人士的一厢情愿。Linux是UNIX操作系统的版本之一，是一种主要用于中、小型电脑服务器(Server)和工作站(Workstation)的操作系统。换句话说，Linux将会对升阳(SUN)Solaris、惠普(Hewlett-Packard)HP-UX和IBM的AIX等占据主流地位的UNIX操作系统以及微软视窗NT的服务器版本造成一定威胁，对微软专为个人电脑研制的视窗98和视窗2000版本，Linux则很难造成任何值得一提的影响。从易操作性、稳定性、售后技术支持和应用软件支持率等方面看，Linux与微软视窗在个人电脑市场上根本就不是同一个档次的对手。谁都知道，如果没有成千上万的应用软件支持，一个操作系统再好也是白搭。而应用软件支持率极低的毛病，则恰恰是Linux 难以克服的致命弱点。

更为现实的是，在互联网革命时代，无线上网、宽频网络、无硬盘网络电脑等新技术风起云涌，连微软都已做出向互联网全面转进的战略调整，还有哪家公司会傻乎乎地往个人电脑操作系统这种夕阳技术领域里砸钱？即使费劲巴拉地整出了点新玩艺儿，有谁会冒文件不兼容和系统崩溃的危险去更换操作系统？难道只有在操作系统领域人为地制造一种群雄并起、山头林立、标准混乱的竞争局面，让应用软件开发商和普通用户无所适从，才符合消费者的真正利益吗？答

案显然是否定的。回首20多年来微型电脑功能以令人难以置信的速度增长以及售价的急剧跌落，微软和英特尔在标准化方面的贡献是不可磨灭的。

10.7 消费者可能沦为冤大头

实际上，假设拆散微软之后市场上出现另一家能与微软竞争抗衡的公司，消费者也未必就能从竞争中获益。根据莱伯维兹教授的估算，如果电脑软件开发商都按两种操作系统标准重复开发功能相同的软件，美国消费者在今后三年的额外花费将高达500亿美元。此外，由于面对新的竞争对手，那个从微软分割出来的专门经营操作系统的公司完全有可能放弃原来的价格限制，大幅度地提高视窗的售价。

针对这一问题，麻省理工学院经济学教授、对日本和东亚经济奇迹以及美国泡沫经济最早的一位批评者克鲁格曼(Paul Krugman)在《纽约时报》撰文指出，微软案的关键并不在于有罪或无罪，而是可行性(Practicality)问题。他认为，即使盖茨违法，也不能轻易采取伤害普通大众利益的惩罚措施。

联邦司法部支持拆散微软的另一个论点是：一拆为二后，那个经营应用软件业务的新公司将会推出Linux版本和UNIX版本的办公室大全(MSOffice)，此举将会使这两种操作系统迅速获得强大的实力与视窗竞争。

可是，从常识上看，司法部的这种论断同样令人费解。

首先，由于担心苹果公司退场不玩了，微软多年前就已开发出麦金塔(Macintosh)版本的办公室大全。事实证明，此举并没使麦金塔操作系统额外增强了与视窗竞争的实力。

其次，Linux和UNIX都是主要用于服务器和工作站的操作系统。在绝大多数高科技公司，昂贵的服务器一般都被放置在恒温隔音的专用工作间中，只有少数高级科技人员凭借密码才能进入。显然，不大可能有哪位软件工程师会在服务器上鼓捣Excel或Power Point等办公室大全软件。对此问题，法官和控方律师是真的不懂电脑常识还是故意装糊涂？

最后，多数高科技术人士认为，简单地将微软一拆为二后，MSOffice作为微软最赚钱的部门，因不再会被微软其它部门挪用赢利，其实力和垄断地位将更加稳固。最终结果，很可能是一个微软霸王摇身一变成为微软和“微硬”两个霸王。而普通消费者又能从中得到什么好处呢？

如果将微软一拆为二，不仅探险家浏览器将无法与视窗搭配，视窗中原来一直免费附带的多媒体、日历、计算器、游戏、图画本等应用软件都将被踢出，这意味着消费者必须花钱分别购买这些软件，因而要付出更高的价格。此外，微软投入巨资研制的语音识别应用软件一旦成功，也将无法应用于视窗系统，使新一代声控界面操作系统革命的成果将化为泡影，以跨平台功能集成化为特征的下一代微软视窗(NGWS)可能将永远无法问世。还有，将微软拆散后，如果因股票

大跌使股票期权形同虚设，微软将无法保留素质一流的软件技术精英，那么依赖微软技术支持的用户将会大吃苦头。

最后，在微软案第一回合的较量中，微软和美国司法部都花了大约一千万美元的诉讼费。司法部那边是纳税人的银子，敞开了花也不会心疼。微软这边自然会把巨额诉讼费打入成本，把损耗转嫁到消费者身上。在这场世纪大案中，消费者有可能沦为真正的冤大头。

诺贝尔经济学奖得主、美国经济学家弗里德曼(Milton Friedman)公开表示，微软诉讼案简直就是劳民伤财。他批评道：“在电脑产业中，科技的进步比法庭和司法诉讼的步伐要快得多。到这场官司了结时，谁会知道电脑产业的局面是什么样呢？肯定已是面目全非。邀请政府出面调停，等于是为未来的政府管制敞开了大门。”按照弗里德曼的经济理论，因发明专利、商业秘密、自由竞争所造成的垄断根本就不能算是垄断，只有因政府管制而形成的垄断才是最大的祸害。

10.8 市场竞争与政府角色

在以高科技和信息产业为主体的美国“新经济”中，企业对市场垄断地位的狂热追求已成为一种值得注意的新现象。高科技产品虽然在研制阶段具有高投资、高风险等特点，但由于数字化和网络化的优势，定型产品的制造和运输只不过是简单复制和网络数据传输，因此，产品一旦能够成功地占领市场，由于再生产的边际成本近乎于零，即使大幅度降低价格仍然可以获得巨额利润。这样，市场竞争的重点已不再是价格竞争，而是创新发明和超越陈旧技术的竞争。

此外，当代高科技领域超乎寻常的飞速发展和空前激烈的市场竞争，已使某一家企业长期占据自然垄断地位、轻易地获取垄断利润的局面被彻底打破。微软和英特尔等垄断企业的日子其实并不好过，他们的垄断地位很可能是暂时和脆弱的。如果在创新发明和技术超越方面稍有闪失，微软和英特尔都有可能象当年的蓝色巨人IBM一样虎落平川。

当今之世，高科技企业凭借技术创新千方百计地追逐市场垄断地位，而层出不穷的科技创新又不断地打破原有垄断，不知不觉中推动了产品价格的下跌和消费需求的增长，形成一轮又一轮的市场竞争和产品创新，已成为“新经济”的一大特征。《谢尔曼反垄断法》这种百年老例，已需要依据二十一世纪市场竞争的新情况和新问题加以修订。

对微软案的审理，显然将对美国未来的高科技产业政策产生重大影响。如果无视市场竞争的新情况和新问题，一味过重地惩罚微软，开了政府以空前规模管制高科技产业的先例，将会使高科技产业中的冤家对手们走上官商勾结、依赖政府插手这种不正当竞争的路子。微软仗恃垄断力量将有开拓性的小公司踢出市场固然不是好事，但政府动用行政和司法手段管制自己一无所知的高科技产业，其结果可能更糟。政府在市场竞争中的理想角色是看门打更的守夜人，而不是出场掐架、扶弱锄强的英雄好汉。

实际上，高科技产业瞬息万变，互联网络发展一日千里，市场本身自有调节功能。1993年5月11日，盖茨曾对美国在线总裁凯斯(Steve Case) 扬言：“我可以买下你公司的20%，也可以买下你的整个公司，或者我自己可以进入在线服务产业，然后埋葬你。”迄今，微软连美国在线的1%都未能买下，反倒是美国在线在竞争中不断壮大，先是以42亿美元收购了网景，接着又以1060亿美元天价兼并了全球第一大媒体公司时代华纳集团，成为互联网领域的巨无霸。相形之下，微软虽然击败了网景，夺取了浏览器市场的控制权，但微软在互联网领域的控制力不升反降。

事到如今，盖茨终于意识到，互联网产业远比预想的要开放和复杂，网络浏览器只是一个软件而已。微软当年忽视在线服务产业，拼死与网景掐架，试图以浏览器软件控制互联网，实际上在某种意义上是犯了战略性错误。如今不是网景，而是微软目标之外的美国在线、雅虎(Yahoo)、亚马逊(Amazon)和电子湾(eBay)等成了互联网领域的主角。网景的被兼并，美国在线的崛起，微软神话光环的失色，正是市场竞争和调整的结果。

10.9 微软逃脱被拆分之劫

2001年春季，美国经济和华尔街股市持续增长的繁荣盛世凋谢不振，停滞衰退局面呈现，高技术产业从经济成长的“火车头”变成了“拖油瓶”。在一片萧瑟之中，微软案的动向一时显得格外引人注目。

在美国的高科技企业中，微软处于牵一发而动全身的特殊地位。微软与很多电脑企业之间有着一损俱损、一荣俱荣的复杂关系，康帕(Compaq)和戴尔(Dell)所在的得克萨斯州多年来就一直拒绝加入起诉微软的行列。此外，微软占纳斯达克股票市场的比重已高达11%左右，近年来，微软股票与纳斯达克指数下跌幅度的曲线惊人地相似。如果政府不顾整体经济状况，继续对微软痛下杀手，将有可能对高科技产业雪上加霜。很多人担心，在经济动荡之时，如果联邦政府和法院不计后果，愣要强制拆散微软，将有可能对美国经济、高科技产业和全球消费者造成无法预料的冲击。如果听任政府里那些缺乏高科技背景的法官和律师瞎折腾，一旦在高科技企业中引发负面的连锁反应，使经济减速演变为一场旷日持久的经济萧条和全球性经济衰退，真到那时儿，恐怕哭爹喊娘也来不及了。

2001年6月，联邦上诉法院以7比0的投票结果，以证据不足为理由驳回了联邦地方法院的初审判决。上诉法院裁定，微软将浏览器与视窗捆绑销售的做法并不违法，而是一种合法的创新和整合。上诉法院法官认为，微软处于垄断地位是事实，但由于个人电脑操作系统需要标准化，所以垄断实际上是一种很难避免的现象，如果垄断者不是微软，也可能会是另一家厂商。但是，上诉法院判决，微软滥用垄断地位与一些电脑销售商签订排斥竞争的合同以及微软打压苹果和Java软件开发商的商业策略是违法的。此外，由于地方法院法官杰克逊曾发表过盖茨是“拿破仑第二”之类有偏见的言论，上诉法院在判决书中裁定，地方法

院应指定另一位法官重新审理微软案。

同年9月，联邦司法部发表声明，决定不再要求以拆分方式处罚微软，并撤消对微软将浏览器与视窗捆绑销售的指控。根据与司法部达成的初步和解协议，微软同意政府对其今后的经营行为实施一些限制措施，停止违法的商业运作，但这些限制已没有初审裁决时那么严峻。这样，微软终于逃脱拆分之劫。

微软被控垄断一案涉及到一系列高度专业化的现代科技、市场经济、知识产权、反垄断法等法律法规，需要动员大批科技、经济和法律专家研究分析微软对市场垄断的程度，以及这种垄断是否妨碍科技进步和经济效率。因此，这场诉讼官司必然旷日持久，耗资巨大，而且很难有一个明确清晰的结论。此外，反垄断法中很多地方模糊不清、模棱两可、变数极大，这样，受整体经济状况、科技创新速度、股票市场风雨、政治格局变迁等诸多因素的制约和影响，反垄断官司往往出现一朝天子一朝臣的现象。在当前经济衰退和信息业萧条的形势下，联邦政府和法院对微软网开一面，早已在人们意料之中。

应当指出的是，美国的反垄断诉讼其实并非笼统地反对一切垄断和超级企业。全球经济竞争，谁都担心本国企业规模过小；数字化网络革命，人人向往赢家通吃。在这方面美国人并不缺心眼儿，当代美国经济正是以超级跨国垄断公司为特色的。20世纪90年代是美国经济史上公司兼并的一个高峰时期，一些规模空前的超大型垄断公司接连问世。尽管垄断公司之间存在激烈竞争，但拥有上千亿资产的垄断公司内部的经营管理、科研开发却是计划经营，把原来需经市场交易才能完成的资源配置优化实现，极大地降低了交易成本，提高了整体竞争力和创新能力，以更优质的产品和更低廉的价格赢得全球消费者，从而轻易击败小公司竞争对手。当代美国著名法官兼法学家、法律经济学派创始人波斯纳(Richard A.Posner)甚至认为：“垄断是鼓励创新的一种途径，其主要理由是，成功的创新和成本最小化对垄断者的回报通常是较大的。”

那么，为什么联邦政府对波音(Boeing)与麦道(McDonnell Douglas)、奔驰(Mercedes Benz)与克莱斯勒(Chrysler)、AOL与时代华纳(Time Warner)等大公司之间的合并和垄断地位大开绿灯，但却唯独跟微软公司过不去呢？

这里的奥妙在于，尽管微软视窗处于市场垄断地位并不违法，但微软的特别之处在于，它利用竞争形成的垄断和市场标准地位设置了一种无形的垄断壁垒。尽管操作系统产品利润可观，但其它电脑软件厂商却因标准壁垒而无法自由进入市场，根本没法与微软竞争。设置垄断壁垒的损招儿虽然很多，但象微软这样通过竞争赢得标准地位来设置垄断壁垒的招术却是最高明的，也是最让人恨得咬牙切齿但却又无可奈何的，因为个人电脑市场确实需要标准。在个人电脑时代，微软控制了操作系统标准，等于同时控制了电脑硬件和应用软件的命脉，使英特尔、康柏这样著名的高科技企业也不得不甘拜下风，老老实实地与微软签订排斥竞争的合同，一点儿脾气也不敢有。

更令人担忧的是，在以开放和兼容为特征的互联网时代，野心勃勃的微软干扰以兼容性为特点的Java语言，凭借雄厚的财力和视窗的垄断地位为其浏览器软件保驾护航，企图建立全新的市场标准和垄断壁垒。如果联邦政府不闻不问，

听任微软再次抢占互联网络和数据通讯产业的市场制高点，形成垄断性网络浏览器标准，将网络门户、电子商务、信息高速公路甚至整个国民经济和社会生活置于微软浏览器的控制之下，将有可能对市场竞争和科技创新造成摧毁性破坏，其社会后果更是不堪设想。在此意义上说，联邦法院起诉微软，正是为了防止出现垄断性网络标准，维护美国的整体国家利益。

然而，在三年的司法诉讼过程中，由于高科技领域白热化的市场竞争，网络和数据通讯技术的飞速发展，加上互联网的高度开放性以及诉讼官司的制约，微软企图建立垄断性网络标准的野心和梦想已化为泡影。与此同时，由于互联网的崛起，个人电脑和微软视窗已经丧失了在信息产业中的中心地位，微软的垄断性力量已遭到了前所未有的结构性削弱。再加上经济停滞和衰退，人们甚至颇为怀念当年微软DOS和视窗不断升级换代、引发电脑硬件更新狂潮和信息产业极度繁荣的好年景，盼望微软再次推出带动电脑硬件升级的“杀手”软件，刺激新一轮的市场需求。在此形势下，过重地惩罚微软显然已不符合美国的整体国家利益。

在市场经济中，垄断，还是反垄断，是一个极为复杂的问题，不可能有一个统一明确的结论和千古不变的标准。轰动全球的微软一案究竟是劳民伤财、多此一举，还是杀一儆百、功在千秋？这尚待百家争鸣，深入探讨。