

人民的权利

Congress of the United States
began and held at the City of New York on
Wednesday the fourth of March
and sworn hundred and eighty nine.

THE Convention of members
of the House of Representatives
RESOLVED by the

个人自由 与 权利法案



Thomas Mifflin, Speaker of the House of Representatives

John Adams, Vice President of the United States, and President of the

人民的权利

个人自由与权利法案

第一章 7 宗教自由的来源	第四章 28 新闻自由	第七章 51 由陪审团审判的权利	第十章 74 残忍或非常的处罚
第二章 14 现代时期的宗教自由	第五章 36 携带武器的自由	第八章 58 被告的权利	第十一章 81 平等的法律保护
第三章 20 言论自由	第六章 44 隐私权	第九章 66 财产权	第十二章 88 选举权



作者：Melvin Urofsky / 总编辑：George Clack
执行编辑：Paul Malamud / 印刷版艺术指导设计：Thaddeus A. Miksinski, Jr.
插图：Richard Anderson

作者简介：
梅尔文·乌罗夫斯基 (Melvin I. Urofsky) 是美国弗吉尼亚州立大学历史与公共政策学教授，有大量关于宪法权利专题的论著，并且是权威性的宪法史教科书《自由进军史》(A March of Liberty) 的作者之一。

插图画家简介：
理查德·安德森 (Richard Anderson) 现居纽约州。他的专业作品见诸于杂志、海报、图书等多种媒体；《美国新闻与世界报道》、《电视节目指南》、《美国退休人协会杂志》等全国性刊物也采用过他的封面艺术设计。

《权利法案》作灯塔

1787年夏天，刚刚脱离英国殖民统治独立的北美13个州的代表在费城集会，为建立统一的国家起草宪法。他们于9月完成草案，并开始送交各州议会批准。新宪法制定出国家政府如何运作的蓝图，但没有包含有关公民个人权利的条款。这一点很快引发了公共辩论。宪法草案的支持者认为，规定对个人权利的保障是多余的。而其他一些人认为，既然早期英国《权利法案》(British Bill of Rights, 1689年)和1776年的弗吉尼亚《权利宣言》(Virginia Declaration of Rights)都明确规定出受保障的权利，宪法有必要包含阐明个人权利的具体规定。

1787年12月，在辩论的白热化阶段，任驻法国公使的托马斯·杰斐逊(Thomas Jefferson)致函新宪法的主要起草者之一詹姆斯·麦迪逊(James Madison)。杰斐逊在信中说：“权利法案是人民抵制世上所有政府——无论一般而论，还是具体而言——的权利，当不应被任何公正的政府所拒绝，也不应是基于推断而存在。”

杰斐逊的论点赢得支持，最终形成一个折衷方案：将在根据新宪法召开的第一次全国立法会议上通过确保个人自由的修正案，以此为前提，各州议会同意批准宪法草案。后来的情况确实是这样。到1791年，这十条修正案——统称为《权利法案》(Bill of Rights)——被立为合众国的最高法律。

美国民主历程最初阶段出现的这种争议，在很大程度上预示了美国政治和宪法法律此后的发展，即双方强烈的观点通过一种复杂但极其务实的折衷方式得到调和。具有重大意义的另一点是，杰斐逊认识到明确限制政府权力的必要性。事实上，《权利法案》可被视为是对美国价值观精髓的最明确表述：个人先于并高于政府。

正如书名《人民的权利：个人自由与权利法案》(Rights of the People: Individual Freedom and the Bill of Rights)所示，这本书致力于解释个人自由和个人权利的基本观念在美国司法体系中发展演变至今的历程。

本书面向各界读者，显然也可以用在中学和大学课堂。为此，我们正在编写网上讨论指导，内含相关问题和背景资料。网址是：<http://usinfo.state.gov/products/pubs/>。

外国读者可能会问：“可是所有这些和我有什么关系呢？我的国家有不同的司法传统，我们没有权利法案。”

确实，美国《权利法案》是特定时间和地点的历史产物。它源于当年美洲殖民地实行的历史悠久的英国司法体制所确立的权利。有些人会说，它带有对美国具体环境的特殊适用性。

但是，其他很多人认为，美国《权利法案》已超越了它发源的历史范畴。个人权利概念可以被视为是建设任何公民社会的一块基石。在很多时代、很多地方，《权利法案》成为给生活在专制体制下的人民指引方向的灯塔。

以1989年后发生的导致结束东欧共产党统治的革命为例。波兰新闻记者和团结工会领导人亚当·米赫尼克(Adam Michnik)在回顾那些事件的时候曾这样问道：法国革命(French Revolution)和美国革命(American Revolution)，哪一个对现代欧洲影响更大？他的回答非常明确：

“美国革命体现了一种不带乌托邦色彩的自由理念。它继承托马斯·潘恩(Thomas Paine)的思想，是建立在人民具有决定自己命运的天赋权利的基础上。它有意识地放弃了无冲突的理想国概念，主张建立一个以机会均等、在法律面前一律平等、宗教自由和法治为基础的社会。”

人民的权利:

"我们认为下 真理不言而喻 人人生而平等 他们被造物主赋予某些不可剥夺的权利 其中包括生命、自由和 求幸福的权利。为了保障这些权利 人们建立政府 政府的正当权力经被治理者同意而产生。"

— 合众国《独立宣言》

独立宣言》(Declaration of Independence) 的这番话始终对美国人民具有特殊意义。它是我们的一部自由宪章。人们每年在 7 月 4 日独立日的无数个集会上吟诵它，世代代的在校儿童背诵它，各政党成员都引用它，法官在裁决中经常取证于它。它发出的信息在今天同在 200 多年前一样铿锵有力，即保护人民的权利是建立国家政府的前提和理由。人民不是为服务于政府而存在，那是专制社会的情形；相反，是政府为保护人民和人民的权利而存在。这个观念在 1776 年被首次提出时是富于革命性的。它在今天依然如此。

阿克顿勋爵《自由历史及其他论文》
(The History of Freedom and Other Essays, John, Lord Acton, 1907)
自由并非达到更高政治目的的手段。自由本身即最高政治目的。

在以下各章节中，我致力于解释一些比较主要的权利，并说明它们相辅相成的关系，以及它们的定义随时间的发展而出现的必然变化。我们是生活在 21 世纪而不是 18 世纪的世界。开国先贤的精神虽仍在帮助我们理解受宪法保护的权力，但每一代美国人都必须重新亲自领会这一精神，作出自己的诠释，进而使自己也能受其恩惠。

1787 年费城会议休会后不久，詹姆斯·麦迪逊把一份新的《合众国宪法》(U.S. Constitution) 抄本寄给他的友人和导师、当时任美国驻法国公使的托马斯·杰斐逊。杰斐逊回信说，总体而言他喜欢这份文献，但他发现其中有一个重大缺欠——缺少关于民权的法律规定。杰斐逊说，列入一系列民权"是人民抵制世上所有政府的权利"。杰斐逊的话使一些宪法起草人感到吃惊。他们认为，由于整篇文献严格限制了新政府的权力，其本身就构成一部民权法。比如，由于没有规定国会有确立教会的权力，因此也就没必要就国会不确立教会作出专门保证。但《独立宣言》的设计师杰斐逊不以为然。政府曾经太经常地在他们本不应干预的地方进行干预，在本无权存在的地方出现，而结果是使个人权利减少或丧失。杰斐逊敦促说，不要相信会有臆想中的克制，要把人民的权利明确化，使任何政府都不得触动这些权利。很多人同意杰斐逊的观点，还有一些州把增添权利法案作为批准新宪法的一个条件。

就在第一届国会会议上，麦迪逊带领起草了这样一个法案。到 1791 年，各州通过了通常被称为《权利法案》的《宪法》头十条修正案。但这些还不是《宪法》所列举的全部权利，自那时以来增加的许多修正案，为扩大宪法对民权的保护起了很大作用。

我们将从下列章节中看出，修正案中的许多权利出自英国统治时期的英美殖民者的经历。这一切都反映了开国先贤一代人对个人自由与民主的紧密关系的理解。例如，《第一条修正案》(The First Amendment) 中的 " 言论条款 " ("Speech Clause") 被公认为是自由政体的基石，用大法官本杰明 · 卡多索 (Benjamin Cardozo) 1938 年所写的话说，它 " 是母体，是几乎一切其他形式的自由所不可缺少的条件 "。使受刑事指控的人享有种种权利 — 它们都涉及法律正当程序这个概念 — 是基于这样一种认识：国家不仅掌握着起诉公民的有利手段，而且政府审判公民的权力一旦掌握在独裁者手中，有可能成为政治专制的武器。直到今天，独裁统治政权仍然经常通过无搜查令搜查、不经审判、不予保释的长期扣押、酷刑和操纵审判等手段来迫害和镇压政治对立派。政府在刑事司法事务上的表现，是政体民主化程度及其法治健全程度的有效标志。

多年来，一些权利的定义起了变化，宪法词汇里增加了新的概念，比如隐私权。但是，无论怎样定义，公民权利是做美国人的根本。从这方面来说，美国相当独特，美国的民权传统在很大程度上反映了美国历史。其他国家的民族特徵及其公民定义主要基于一些共同的属性 — 民族、籍贯、祖先、宗教、甚至历史，而美国人很少有上述这些共性 — 美国是世界历史上最多元的国家。美国公民来自五大洲，来自地球上每一个国家；他们的教会不是一个，而是成千上万个，有教堂、犹太会堂、清真寺、修行寺院以及其他各种朝拜祈祷场所。美国历史并不只是一个国家自身的历史，而是由数以百万计移民汇聚而成的历史。虽然有些美国人可将自己的祖先追溯到 1619 年的 " 五月花号 " 之行 (Mayflower voyage)，也有的美国人其曾曾祖父参加过内战 (Civil War)，但还有其他美国人 — 他们因 20 世纪欧洲和亚洲的战争而家破人亡，抵达美国时除了身上的衣服一无所有。

使这些背景各异的人形成美国人这个整体的是他们的共同信念，即自由政体的根本特徵是使人享有个人自由。当亚伯拉罕 · 林肯 (Abraham Lincoln) 在血腥的内战中称美国为 " 地球上最后一线最美好希望 " 时，他不是指美国或美国人比其他国家或人民的道德更高尚，而是表示，为了使民主生根发展，必须维护自由政体基于民权并保护民权的这一理想。

以下一系列文章所清楚揭示的一点是，美国人对于民权的重要性虽然看法大多一致，但对于一些权利在现实中的确切含义存在分歧。比如：言论自由是否保护焚烧美国国旗或在互联网上刊载色情材料的行为？禁止设国教是意味着政府不可为教会提供援助、还是仅指政府的援助必须一视同仁，不得厚此薄彼？死刑是否属于被禁止的残忍和非常处罚之列？

对于美国人来说，这些问题是值得展开公共政策辩论的。辩论绝不意味人们不珍重这些权利。而且，就一个多元社会而言，对这些权利有多种多样的解释不足为奇。倘若认识到自由这个概念 — 至少在美国演化至今的自由概念 — 是多方面的，那么就不仅可以理解这些民权的含义，而且可以明白为什么会有围绕这些含义的辩论。

首先，所有的自由社会都始终和必然存在自由与责任两者之间的矛盾。每项权利都有与之相应的责任。有时候，这个责任就落在行使权利的人身上，俗话说，你抡胳膊的权利止于我的额下。也有的时候，为了让一个人行使权利，其他人必须克制，不予干预。可能有人倡导与众不同的激进思想，但警察不得干涉这个人言论自由的权利。居家安全的权利意味着，警察不得在没有取得适当搜查令的情况下进入私宅。

埃德蒙·伯克 (Edmund Burke)

谈创立自由政体的种种困难 (1790 年)

组建政府无需大谋。定官府 授忠顺 功告其成。施自由更为容易。
无需引导 只需放任。而组建自由政府 即将互为矛盾的自由与制约协调融为一体
则需有深思反省、足智多谋、兼收并蓄之智慧。

应该认为，自由与责任之间的较量在大多数情况下是健康的，因为这带来一种平衡，防止从自由退化到无政府，避免由制约生成专制。在民主社会里，人们必须尊重他人的权利，这即便不是出于礼貌，也是出于对这样一个基本道理的认识：削弱一个人的权利有可能意味着所有人都会丧失那项权利。

在行使权利时遇到的第二个问题是，我们对权利的内涵缺乏妥善定义。首席大法官约翰·马歇尔 (John Marshall) 曾形容《宪法》是一部“列举式、而非定义式”的文献。他的意思是，虽然《宪法》授予国会一定的权力，但并没有给这些所列的权力下定义。比如，国会拥有掌管州际间贸易，但到底什么构成“州际间”贸易的辩论已经持续了两个多世纪之久。

虽然缺少定义，但并未造成混乱。原因之一是，《宪法》包含着解释机制。即使人们不同意最高法院，也就是国家最高法庭，对某项具体权利作出的解释，遵守法治的原则使人们服从法院的裁决。鉴于随着时间发展，法院的法官一代代更替，而就职最高法院的男女大法官们既理解也反映着不断演变的权利概念，因此，最高法院多年来一直是使宪法权利顺应时代需要的主要机制。

第三个问题涉及权利的广度。若要写美国史，是很可以将民权的发展和普及作为主线的。拿投票权来说，它一度仅是 21 岁以上拥有财产的白人男子的权利，如今这个权利已扩大到几乎所有 18 岁以上的人——男人、女人，白人、有色人，有财产和无财产的人。

即使貌似简单的保护宗教自由的条款，也遇到适用范围的问题。很清楚，宗教自由不仅仅指信奉主流宗教，而是也保证持不同信仰、甚至不持信仰的人不受干涉。但是，应该尽多少力量去保护信奉与这个国家的价值观相异的——如杀牲祭祀或多配偶制——那样的教派呢？最高法院 200 多年来不断面对这些和其它与之相关的问题。如大法官安东尼·肯尼迪 (Anthony Kennedy) 在下述焚烧国旗案中所说，最高法院仍然面临着解释具体权利范围有多宽这个非常困难的问题。

安东尼·肯尼迪大法官

关于“得克萨斯州诉约翰逊案”的赞同意见 (*Texas v. Johnson, 1989*)

无情的事实是 我们必须有时作出自己不喜欢的裁决。

我们那样裁决是因为那是正确的 即根据我们所理解的法律和《宪法》
必须得出那样的结论。我们是如此信守这一程序 以至除极少数案例外
我们绝不会对结果有迟疑或表示厌恶 这可能是因为担心那样做会破坏主导
裁决的重要原则。本案属于那种极少数案例之一。

不可否认，这个国家在历史进程中曾有过对民权保护的失误。摩门教徒 (Mormons) 从东部各州被赶出，直到放弃多配偶制以前，他们在西部一直遭受迫害。通过内战获得自由的黑奴很快就受到以法律手段实施的普遍种族歧视，即南方所称的 " 种族隔离 " (Jim Crow)。第一和第二次世界大战后对激进派的担心导致红色恐惧，严重削弱了受宪法《第一条修正案》保护的权利。第二次世界大战期间，日本裔美国人遭到集体关押。

这些事件发生在一个以权利定位的国家听来也许不可思议，但造成这些失误的人不是要完全摒弃《权利法案》。相反，他们是一些有良好初衷的人，他们认为，在面对在他们看来是更重要的目标或是对美国生存的重大威胁时，《权利法案》的限制是一种羁绊。

另一个重要问题涉及那些没有在《宪法》中得到具体规定的权利。对于《宪法》的前十条修正案和其他部分明确提到的权利的重要性，人们看法一致，认为它们属于宪法保护的范畴。但是，如何看待那些没有被具体列举的权利呢？它们存在吗？对这个问题的答案取决于人们如何解释《宪法》，而如何领会和解释《宪法》的含义始终是一大社会议题。这也说明了美国人是多么认真地对待自己的权利。

一派有人认为，《宪法》的语言无言外之意，言尽意止。确切说明的权利要得到保护，而新的权利则必须通过制定宪法修正案才可确立。当 1960 年代出现隐私权问题时，持狭义解释宪法立场的雨果·布莱克 (Hugo L. Black) 大法官声言："我像任何人一样喜欢有我的隐私权，但我仍必须承认，除非受到《宪法》某条规定的明文限制，否则政府有权干预个人隐私。"那么，如何理解旨在把未确切说明的权利留给人民的《第九条修正案》(The Ninth Amendment) 呢？对有些学者和法官来说，《第九条修正案》仅涉及 1791 年法案通过时人们所拥有的权利，若没有明确证据显示当时存在这种权利，就不能在不经应有的修正案的情况下将这个权利纳入《宪法》。

反对这种观点的人是通常所说的 " 活宪法 " ("living constitution") 派，他们相信，《宪法》必须随国家政治、社会和经济情况的发展而演变。虽然对《宪法》的解释仍始于文献的字句，但重点不在字面意思而在其所包含的精神。例如，最高法院在 1920 年代最早审理关于搭线窃听的案件时，多数大法官认为，由于实际窃听发生在室外，所以不存在《第四条修正案》(The Fourth Amendment) 提到的 " 搜查 " 概念，因此不需搜查令。但后来法院认识到，新技术可以做到不实际进入室内而照样侵犯隐私，于是法院推翻了自己的裁决，确定搭线窃听构成搜查，需要搜查令。最高法院大法官威廉·道格拉斯 (William O. Douglas) 在他的名言里解释说，因为制宪者们不具备电话的概念，因而不可能想到搭线窃听问题。" 活宪法 " 派考虑到这类发展，通过将窃听确定为事实上的搜查，而作出了符合制宪者保护个人居家隐私的本意的扩展。同样的逻辑推理使多数大法官在 1960 年代都认为，隐私权是开国先贤有意保护的权利之一。

罗伯特·杰克逊 (Robert H. Jackson) 大法官
关于 " 西弗吉尼亚教育局诉巴尼特案 " 的意见书
(West Virginia Board of Education v. Barnette, 1943)

《权利法案》的根本目的就是为了使某些问题免受政治纷争的左右
免受多数人和政府官员的摆布 并将它们作为法律原则确立下来 由法院运用。
人的生命、自由、财产、言论自由、新闻出版自由、宗教和集会自由以及其他基本的权利
不容递交投票表决 也不依赖于任何选举结果。

同杰斐逊一样，许多开国先贤对联邦政府的权力感到担忧，要求用一部民权法来限制政府权力。他们知道，权利法的观念源远流长，可一直追溯到 1215 年英国的《大宪章》(Magna Carta; 又 Magna Charta)。英国人于 1689 年颁布《权利法案》，美洲宾夕法尼亚殖民地于 1701 年通过《自由宪章》(Charter of Liberties)。弗吉尼亚在宣布独立后不久通过由乔治·梅森 (George Mason) 执笔的一份权利宣言。杰斐逊和麦迪逊二人在草拟联邦修正案时对此记忆犹新。但到那个时候社会已经发生了巨大变化，因此，与过去相反，麦迪逊等人认为，权利法案的重要性不在于约束政府而在于约束人民。

英国及其殖民地早期的权利宣言都旨在保护人民不受控制着政府的少数掌权人的侵犯。但 18 世纪美洲殖民地的政府变得更加民主，这种发展在某些程度上诱发了独立运动，而且发展势头在 1780 年代开始高涨。这时的政权掌握在多数人手里，掌权者并非仅仅是靠出身或财富而居统治地位，而是得到了多数人的赞同。因此，民权法此时的焦点转向保护少数人不受多数人的侵犯。

詹姆斯·麦迪逊
致托马斯·杰斐逊的一封信 (1788 年)

凡政府实权之所在 必存压制之危险。
我们政府的实权存在于社民多数人手中故侵犯私权多不应被视为政府
违反选民意愿之举 而系政府充当多数选民手段之所为。

这也许让一些人听来觉得奇怪，特别是鉴于民主的定义常常就是多数统治。但“多数”这个词很复杂。在一个问题上看法相同的人，可能在另一个问题上意见相左。民主政体是不断变换组合的多数所形成的一系列折衷，最终做到多数人在多数时候对多数结果表示满意。但任何一个人都可能在某个问题上成为少数派，因此，单纯的自我需要告诉人们，必须对少数派有专门保护。主张压制发表不中听言论的人，可能在某一天发现自己的某个观点不受欢迎；为了确保享有表达同多数派相反的言论的自由，他必须同意让所有宣扬不同观点的人都得到保护。同样，为了保护个人的宗教自由，就必须承认所有其他持不同宗教观点的人也有自由。

本书各章经常引用美国最高法院的裁决，这是刻意的，因为最高法院对扩大和保护个人自由发挥了独特的作用。一个有点矛盾的现象是，在一个民主社会里，负责断定民权含义的是被任命终身、除非有不轨行为否则不得被罢免、且不受人民问责的九个人。但《宪法》和《权利法案》需要有实施人，需要有人来断定这是言论自由在这一情形下的含义，或那是不能容许的警察行为。首席大法官查尔斯·埃文斯·休斯 (Charles Evans Hughes) 曾说过：“《宪法》的含义全在于最高法院对它的解释”；毫无疑问，人民的权利在很大程度上是由法院界定的。

但法院不仅仅是一种实施机制。人们可能对某些权利的含义持十分不同的观点，然而他们愿意接受一个公正的法庭对这些权利作出的裁定。法院并非从来正确，200 年来，大法官们并不认为自己从无过失。他们的有些裁决经受住时间的考验，有些则让位于新的发展。最主要的是，法院确立了什么是我们的权利理想，确定了权利在我们公民生活中的哪些方面有效，有时候——例如大法官布兰代斯 (Brandeis) 在 1927 年“惠特尼诉加利福尼亚州案”(Whitney v. California) 中对言论自由的阐述——法院的雄辩论述本身就成为我们传统的一部分。

但是，正如同最高法院大法官们自己所坦承的，无论民主还是民权，若没有人民对那些基本原则的深刻认同是无法存在的。这些权利不仅使建立自由社会成为可能，而且确定了做美国人的含义。这绝非小事。

宗教自由的来源

国会不得制定有关确立国教或禁止信教自由的法律……。

《合众国宪法·第一条修正案》

宗教自由是美国人民最珍惜的自由之一；这一点在一些视美国为世俗社会的人看来也许不合逻辑。但是，“世俗社会”一词有误导性，它给人的印象是指一个没有宗教和宗教理想、日常行为完全受世俗价值观支配的社会。然而，美国的日常生活里不无宗教；而且实际上，《宪法》创立了一种制度，使每一个人和宗教团体都可以享受充分的信教自由，不仅不受政府的约束，也不受其他教派的压力。宗教多元和宗教自由的相互结合是复杂的，通往这个理想境界的道路不曾一帆风顺，在今天也不乏争论。但是，民主是一个过程，不是一件成品，各种形式的自由都在不断发展。

宗教自由在人类历史上是一个较新的概念。曾经出现过一些对略不同于国教的教派予以宽容的社会，但这类宽容完全随多数派或统治者的意愿而定，或放或禁均可瞬间即变。宗教自由首先需要使国家的宗教生活与政治体制脱离，即所谓政教分离，而这同样是一个较新的现象。伴随美国反叛英国和《宪法》以及《权利法案》的诞生而出现的伟大社会革命之一，就是宗教与政治的正式分离——先是由前殖民地政府、而后由联邦政府实行。开国先贤通过把这一观念连同信仰充分自由的理念写入《宪法》，将过去充其量只可被称为的临时性特许，化为了受保护的权利。虽然这并不等于在1791年我们就已经有了今天这样的宗教自由，但它的种子从此生根。这些思想的萌芽将在20世纪开花吐艳。

* * * * *

西欧——美洲殖民地早期移民的故乡——的历史，从4世纪直至新教改革(Protestant Reformation)，一直是一统宗教的历史，天主教是“法定”(“established”)宗教，或曰国教(official church)。人们也许认为，新教改革将导致某种程度的宽容，在马丁·路德(Martin Luther)和约翰·卡尔文(John Calvin)的文章中，确实可以找到呼吁宽容和良心自由的章节。

但是，在那些新教教徒取得控制的地方，他们很快确定了自己的法定宗教。这不应令人吃惊，因为路德原本并没有反对那种认为只有一个真正的信仰、其他皆应被取缔的观念，即任何国家只能有一个宗教。

新教改革确实打破了欧洲宗教的一体化。在有些国家，宗教分歧导致了残酷的、有时长达数十年的内战。正是针对这一历史，詹姆斯·麦迪逊曾疾书道：“如注的鲜血，在世俗武装力图通过禁止所有不同宗教观念而平息宗教不和的徒劳中，遍地流淌”。只有在小小的荷兰，相互对立的教派如此势均力敌，以至到17世纪，善良的市民采取了“自己活也让别人活”(live-and-let-live)的政策，不仅允许天主教和新教教徒，而且也允许犹太教徒，本着相互容忍的精神在一起生活。美国革命时期的一代人完全了解荷兰的情形，不过，他们所采取的行动主要是基于在英国殖民地的生活经历。

* * * * *

17世纪初，随着北美殖民化开始，英国人带着对圣土的憧憬来到新世界。就宗教而言，具有重要意义的是，当时所有新移民都相信应有法定宗教，并且在殖民地落脚后不久就建立了自己的教会。一个著名的例子来自1643年的一本小册子《新英格兰最初的果实》(New England's First Fruits)。这本小册子描述了马萨诸塞湾殖民地早期情形，作者在其中写道：“自上帝带领我们安抵新英格兰后……我们盖房、谋生、建造便于敬拜上帝之场所，并设公民政府。”

从1607年在詹姆斯敦建立殖民地开始，直至1776年的美国独立战争，除少数例外情况外，北美洲各英属殖民地都有法定宗教。在纽约和南方殖民地，英国国教会(Church of England)享有与在英国相同的地位；在新英格兰则是以各种形式的基督教公理制(Congregationalism)为主。这些殖民地一贯歧视天主教徒、犹太教徒，甚至持不同观念的新教教徒。

1656 年，马萨诸塞湾区大法院禁止基督教贵格会 (Quakers) 信徒滞留在殖民地内，并命令一经发现，就将他们入狱、施以鞭刑并驱逐。但贵格会信徒不肯屈服，因此，隔年，议会命令将驱逐后重新返回的男贵格会信徒割一只耳朵，如第二次返回，再割另一只耳朵。重返的女信徒将受 " 严厉 " 鞭笞，对第三次返回的男女信徒将 " 以热烙铁在舌头上烫孔 "。但贵格会信徒继续到来，于是在 1658 年，大法院规定对他们施用绞刑，这也是对放逐后重新返回的耶稣会会士和其他天主教教士的处罚方式。从 1659 年到 1661 年，确实有三男一女被绞死在波士顿广场。

甚至时至 1774 年，也就是在殖民地居民强烈抗议英国侵犯他们的权利的时候，还出现过马萨诸塞浸礼会 (Baptists) 会长艾伊萨克·巴克斯 (Isaac Backus) 教士向总督和当局报告的情形：有 18 名浸礼会教友因拒绝缴纳乡镇公理会牧师的课税，在冬天最冷的时节被关进北安普敦的牢房。同一年，詹姆斯·麦迪逊在给友人的一封信中说：" 来自地狱的恶魔般的清肃之规在肆虐……。此刻即在邻县，至少五、六位善意之士因发表宗教感言而入狱，然其感言大体甚为正统……。故我须恳求你……为天下良心自由而祈祷。 "

但是，自美洲殖民地最初期开始，反对国教和统一宗教的声势一直在不断上涨，特别是在北方殖民地。早在 1645 年，普利茅斯 (马萨诸塞) 大法院的多数成员就主张 " 对所有遵守治安和服从政府的人充分给予并维护其宗教宽容自由; 不对穆斯林 (Turke)、犹太人 (Jew)、天主教徒 (Papist)、阿里乌教派 (Arian)、索齐尼教派 (Socinian)、尼古来教派 (Nicholaytan)、家庭教派 (Famelist) 或其他任何教派设立限制或区别对待 "。罗杰·威廉斯 (Roger Williams) 在附近的罗得岛建立了一个享有近乎完全宗教自由的殖民地。威廉斯当时被誉为这方面的现代先知，而他的作为使他完全受之无愧。威廉斯不仅赞成良心自由，而且还反对确立国教，因为他认为，那样做不仅危害公民社会，也危害宗教。他是在 17 世纪殖民地中提出这种观点的极少数人之一。

虽然法定宗教一直存在到 1776 年，但实际上殖民地不得不实行某种程度的宗教包容。最

初的移民来自相对同一的背景，但新世界的诱惑不久也使不列颠各个岛以及欧洲北部和西部的移民纷至沓来。许多人来这里并不是因为美国比他们本国有更多的宗教自由，而是因为有经济机会。他们并不都持清教徒的公理会信仰或者南部殖民地的英国圣公会信仰。浸礼教、犹太教、天主教、路德教以及其他宗教教徒一经落脚便提出抗议，认为他们不该向他们从不去的教会缴税或被迫附和他们的不信奉的教义。

* * * * *

在独立革命初期，弗吉尼亚同许多其他州一样取消了英国国教，许多殖民地居民将英国国教与他们所痛恨的王国政府划等号。弗吉尼亚州 1776 年的宪法保证每个人可以平等地自由信教，但未能宣布政教完全分离，这使全州最大的反对派浸礼教教徒大为失望。其他仍信奉英国圣公会教 (不久命名为美国新教圣公会 [Episcopalians]) 的人认为，应该纳税支持宗教。在他们看来，税收所得不应该仅归于一个教派，而应该用于支持所有的 (基督教新教) 教会。

弗吉尼亚为确立完全宗教自由的斗争值得在这里略作回顾，因为它涉及美国建国的两位伟大设计师：《独立宣言》的执笔人托马斯·杰斐逊和《宪法》之父詹姆斯·麦迪逊。两人均在后来担任美利坚合众国总统。

托马斯·杰斐逊曾撰写《宗教自由法案》 (Bill for Religious Freedom)。这份文献指出：" 任何人不得被迫参加或支持任一宗教祈祷、教场或教职。 " 这项法案被弗吉尼亚议会通过。杰斐逊相信，宗教是个人和上帝之间的个人事务，因而超出公民政府的管辖范畴。他没有把自由局限于新教教派或甚至基督徒，而是包括所有宗教团体，他认为，这个自由并不是议会的恩赐，而是 " 人类天赋权利 " 之一。杰斐逊的思想在 1780 年代遥遥领先于他的同胞，即使在他的家乡弗吉尼亚，反对者也大有人在，特别是那些希望得到政府支持的教会。

杰斐逊赴巴黎任美国驻法公使，争取宗教自由的斗争落到他的朋友和崇拜者詹姆斯·麦迪逊的肩上。麦迪逊撰写了美国宗教历史上的关键文献之一《反对宗教徵税评估的请愿抗议书》 (Memorial and Remonstrance against Religious Assessments)。同杰斐逊一样，麦迪逊提出，宗教的根本性质在于它是个人的和自

愿的，因此不应以任何方式受制于政府。课税，即便由所有宗教分摊，也无异于确立宗教。因此，无论课税显得多么轻微和善意，都应予以反对。200 多年前的这番论述至今听起来仍然铿锵有力。

《请愿抗议书》 1786

1. 我们视此为基本和不可否认之真理：“宗教或敬拜造物主及所用方式只可由理性与信念而非强迫或暴力支配之”。信仰故必须随个人信念与良心而立；此乃尽人皆有之权利。此一权利之本质使其不可被剥夺。观念唯可由大脑哲思而非他人指意而生，故不可剥夺；此一做人之权利乃为敬拜造物主之责，故不可剥夺。敬拜造物主为世人之责，然唯以个人诚信之方式履行之，方成敬拜……。

2. 宗教若免受全社会权威之主宰，则更不得受立法机构之控。立法机构不外是社会之产物及代理。其权力既属派生，且有限：它需受平行机构之制约，更需受选民之约束。维护自由政府不仅须始终保持各部界限分明，且更不得使其逾越为保护民权所设之屏障……。

3. 理应对初试自由之举持戒备之心。我们视慎疑为公民之首任，且为上次革命最佳特徵之一……。所获经历如此可贵，绝不会迅即忘却。孰不知，一政权若排斥所有宗教唯立基督教，亦可排斥所有基督教派而唯使一派独尊？一政权若强迫公民以区区三便士支持某一教会，亦全然可强迫其就范于其他教会？……

麦迪逊有力的论证使弗吉尼亚选民投票选出的州议会不仅反对法定单一宗教，而且反对所有教会向民众课税。在随后的全体会议上，弗吉尼亚州议会通过了美国历史上的奠基性文献之一《弗吉尼亚宗教自由法令》(Virginia Statute for Religious Freedom)。托马斯·杰斐逊提出的论点是，宗教如此重要，自由信教对人类福祉如此关键，故它必须受到充分保护，不受国家干预。民众既不应为他们不拥护的正统教会纳税，甚至也不应为他们自己的教会纳税。宗教靠信徒的奉献才最可兴盛。



《弗吉尼亚宗教自由法令》 1786

全能上帝创造自由心灵；凡欲以世间刑罚、重荷或民间禁锢之举对其施以影响，势必衍生虚伪卑鄙之习，有悖吾教圣主旨意；圣主乃身心之主宰，无所不能，却不施威于吾之身心……。

大会兹颁布法令，不得强迫任何人参加或支持任一宗教祈祷、教场或教职，不得因其宗教见解或信仰而受强制、约束、骚扰、肉体之劳、财产之重负或其他痛苦；尽人皆可畅言，为维护其宗教见解而争辩，其社会资格决不因此而降低、增加或受影响……。我们有权宣告，并在此宣告，所述权利为人类天赋之权利，今后若以任何法令取消或缩小此法令之行效，属侵犯天赋权利。

虽然我们今天把宗教自由主要归功于宪法《第一条修正案》，但《弗吉尼亚宗教自由法令》的通过在当时标志着摆脱国家支持推行特定宗教并走向社会开放包容的更伟大一步。法令的重要性在于，它设定宗教事务完全属于个人私事，不在国家权力范围之内。托马斯·杰斐逊致友人的一封信体现了这个观点：“我从不宣示本教，亦不曾审视他人之信仰。我从未图改变谁人之信仰，亦无意为之。我从不评说他人之宗教，……因宗教须以生命而非言语解读。”

在根据《宪法》诞生新政府的时候，上述两份文献所体现的思想已经传遍新建立的各个州。虽然法定教会在有些州继续存在了几十年，但人们达成一个共识：联邦政府不应干预宗教。如约翰·亚当斯 (John Adams) 所述：“我希望国会除作祈祷和一年一度感恩以外，永远不涉入宗教。让各殖民地不受干扰地自理本地区宗教。”

实际上，一些州为确保国会不干预宗教，把修正《宪法》使其包含一个权利法案作为批准《宪法》的条件。在根据新宪法举行的第一届国会上，詹姆斯·麦迪逊为实现这一点发挥了相当的才干。经他的努力产生出十条修正案。这十条修正案在 1791 年得到通过，总称为《权利法案》。其中第一条规定：

"国会不得制定有关确立国教或禁止信教自由、限制言论或出版自由、限制人民和平集会及向政府伸冤请愿权利的法律。"

将数项权利纳入一条修正案绝非是精简文字之举。各项内容都关系到民众发表自己观点的权利，关系到他们在表达自己的政治和宗教信仰、思想、甚至不满时不受国家压迫的权利。要知道，麦迪逊在草拟这些修正案时，宗教与宗教信仰经常包含重要的政治内容。麦迪逊是在赢得政治斗争的胜利后，才使《宗教自由法令》得到实施，类似的政治斗争也出现在其他州。毫不奇怪，后来提交到最高法院的许多有关第一修正案的案子，都突破了单纯的言论、出版或宗教这些人为的分类，所涉及的是政府限制个人的思想和言论自由权利的限度。

过去 200 年来，使每个人有权利按照自己的良心决定信仰或不信仰什么的政教分离理念，得到了实践。但是，这不意味着美国不曾出现过任何宗教偏见。天主教、犹太教和其他一些宗教教徒曾受到歧视，但这些属于社会歧视，既没有得到政府支持，也不是政府所实施。信仰歧视在独立革命后不久便逐渐失去了其合法性。

的确，从独立革命到进入 20 世纪以后的很长时间内，尽管美国在人和宗教上非常多元化，但大多数美国人信奉的是基督教新教。与这一主流不尽相同的群体经常成为被怀疑的对象。然而，这些群体，特别是犹太教徒和天主教徒，在新教徒多数派中始终有着同情支持者，这些人帮助他们维护按自己良心自由信教的权利。

举一个著名的例子。19 世纪初在纽约，一个小偷向天主教神父安德烈·科尔曼 (Andrew Kohlmann) 忏悔，并请神父代还脏物，神父照做了。警察要求科尔曼神父道出小偷的姓名身份，但被神父拒绝。神父说，依告解保密之规所得知的事，除教父和忏悔人双方以外，不对其他任何人公开。安德烈·科尔曼被以妨碍司法罪逮捕，在纽约市法庭接受审判。双方律师和法官团成员都是新教教徒，安德烈·科尔曼的辩护律师在辩护中对宗教自由作出了最广义的阐述。

严守忏悔秘密一方的
律师辩护词
1813

下面我来阐述我的第一个论点，这就是，（纽约州）《宪法》第 38 条保护教士所要求的不受任何其他因素影响的豁免权。

条款全文如下：

" 鉴于善良的理性自由原则要求我们不仅消除社会暴政，而且提防因无能邪恶教士和王子之狭隘和野心而加难人间的精神压迫及不宽容：本条款兹以我州善良百姓的名义和权力规定、决定并宣布，本州内从今以后永远准许全人类不受歧视或区别地享有神职和信仰自由。条件是，此一良心自由不得被用作无视法律的行为或违背本州和平与安全的行为的借口或理由。"

如今我们难以想出比这更宽阔全面的表述。宗教自由是他们所瞩目的崇高目标。他们感到，按照个人自己的良心信仰上帝是每一个人的权利。他们要确保全人类永远享有无区别、无偏袒的神职和信仰自由。他们使用了与这个目标相符的语言。文如其实。

这项条款无疑旨在确保良心自由。那么，如果神父和忏悔人的话要被公开，天主教徒的良心自由何在？如果神父遭受这般胁迫，他还有良心自由吗？如果强把忏悔人拉进法庭对他忏悔的事情负责，他还有良心自由吗？他们任何一个人还有秘密忏悔权吗？还能无拘无束地作神圣的忏悔吗？如果这就是宗教自由——宪法旨在确保宗教自由——那么，这种自由就像从前对人使用的若漂浮水面就有罪，若沉没水中就清白的水判法一样令人不解。……"

可见，到 19 世纪初，至少一些对宗教自由的含义有所思考的人已基本形成了现代的观念。审理安德烈·科尔曼神父案的法官们一致维持了忏悔神圣不可侵犯的原则。1828 年，纽约议会作出规定，明文实施过去普通法对教士与忏悔人之间秘密的保护。虽然只有天主教才使用忏悔仪式，但将一个人与他 / 她的心灵导师——无论是教士、牧师、拉比或伊玛目——之间的谈话保密，已被纳入美国各地的成文法和普通法。就这样，起始于对一个宗教信仰的挑战，最终给所有人带来了更大的良心自由。

在许多新教教徒不忘与天主教在欧洲的流血冲突、对天主教教徒持怀疑眼光的岁月里，天主教徒也始终不乏保护人。美国前总统约翰·泰勒 (John Tyler) 就曾反对 1850 年代的一个反对天主教的规模不大但有声势的政党"一无所知党"(Know-Nothing Party)。泰勒在写给儿子的信中，对一无所知党给予谴责，并赞扬天主教徒说，他们"在我看来非常忠守国家的《宪法》，他们的教士树立了不干涉政治的榜样，非常值得北方其他教派的教士效仿，这些其他教派的教士毫不犹豫地插手政治，让激烈争斗的尘埃染脏教服。这种反天主教的包容态度……将在大多数美国人民中引起强烈不满；因为对他们来说，如果有一个原则比其他原则都更加重要的话，那个原则就是宗教自由。……"

但是，这不等于反天主教的偏见至此消失。19 世纪末和 20 世纪初的移民大潮，把上百万新移民带到美国，其中很多人来自欧洲南部和东部的天主教国家。在许多新教教徒看来，

这些挤在喧嚣城市里的移民不属于这个国家的组成部分。虽然美国从未经历过欧洲那样的血腥宗教战争，但反天主教情绪仍然高涨。第一个竞选总统的天主教徒艾尔弗雷德·史密斯 (Alfred E. Smith) 1924 年失利，偏见无疑是一个因素。36 年之后，约翰·菲茨杰拉德·肯尼迪 (John Fitzgerald Kennedy) 在得到民主党竞选总统的提名时认识到，要当选就必须正面迎击并消除这种偏见。他请求并应邀在一个南方浸礼教牧师大会上，阐述有关他作为一个天主教徒的信仰和作为一个美国公民的义务。人们普遍认为，这次受到举国瞩目的演说大大化解了选举中的宗教问题。

约翰·肯尼
论教会与国家
1960

因为我是天主教徒，而从来没有天主教徒当选过总统，所以这次竞选的真正议题被遮盖了——在不像此地这么负责任的地方，那也许是故意的。我显然有必要再次声明——不是声明我相信哪一个教，因为那应该只与我个人有关，而是声明我相信什么样的美国。

我相信一个绝对政教分离的美国——在这里，任何天主教高级教士都不得指示总统（假如他是天主教徒）如何行事，任何新教教士都不得指示他教区的教徒为谁投票；任何教会或教会学校都不能被给予公共资金或政治优待；任何人都不能因为其宗教信仰有别于可能任命他的总统或可能选举他的民众而被拒绝担任公职。

我所相信的是一个既不被定为天主教、新教，也不被定为犹太教的美国——在这里，政府官员在公共决策中既不请求也不接受来自教皇、全国基督教协进会 (National Council of Churches) 或任何其他教会的指示；任何宗教团体都不得谋求把它的意志直接或间接地强加于民众或强加于公务员的官方行为；宗教自由必须如此不可分，以至侵害一个教会的行为就是侵害所有的教会。……

这就是我所相信的美国——这也是我在南太平洋为之而战、我的长兄在欧洲为之献身的美国。当时没有人说我们也许“非忠贞不二”、说我们“不相信自由”、说我们属于那种威胁“我们先辈为之捐躯的自由”的不忠诚团体。

事实上，这就是我们的先辈为逃避旨在禁止非国教信徒担任公职的宗教忠诚宣誓而前来这里的时候，在为制定《宪法》、《权利法案》和《弗吉尼亚宗教自由法令》而奋斗的时候，在我今天参观的圣地阿拉莫 (Alamo) 作战的时候所为之献身的美国。与鲍依 (Bowie) 和克罗克特 (Crockett) 并排倒下的有富恩特斯 (Fuentes)，有麦卡弗蒂 (McCafferty)，有贝利 (Bailey)，有贝迪里奥 (Bedillio)，有凯里 (Carey)——没人知道他们是不是天主教徒。因为在那里没有宗教宣誓。……

我在公共事务上不代表我的教会——教会也不代表我。

虽然新教教徒不担心存在犹太教阴谋（实际上，早期清教徒敬慕犹太教），但犹太教徒还是受到数百年之久的宗教偏见之害。新世界不需要为推翻中世纪的那些鼓励反犹的体制而斗争，但是，偏见的种子仍然飘过大西洋，使沿海地区星罗棋布的小型犹太社区仍然不得不对付偏见的后果。

如同天主教徒，犹太教徒也得到了一些新教教徒的帮助，这些新教教徒坚信，美国绝不容许欧洲的那种宗教迫害。乔治·华盛顿 (George Washington) 对纽波特的犹太人社 区说：“有幸的是，美国政府不支持偏见，不助长迫害，所要求的只是生活在它保护下的人做良好公民。”杰斐逊和麦迪逊提出过类似的保证，即这个国家是以宗教自由而不是以专制当道。

但是，很多美国人认为，美国是一个基督教新教国家，如果说他们担心存在天主教阴谋的话，他们对犹太教也感到不甚自在。在马里兰州，如同在其他州一样，革命后产生的《权利法案》使宗教自由向前迈进了一大步，但这一自由仅限于基督教徒。1818 年，马里兰州议员，同时也是虔诚基督徒的托马斯·肯尼迪 (Thomas Kennedy)，率先争取把自由扩大到犹太人。

托马斯·肯尼
为马里兰州犹太教徒
争取平等权利
1818

如果要问我为什么如此关心通过这项法案，回答很简单：因为我视它为我的职责。我所在的县里没有犹太人，我也不认识世界上的任何犹太人。这不是因为他们的要求，他们甚至没有人知道此刻会提出这个议题……。

我此时只担心一个反对势力，那就是偏见。议长先生，我们的偏见与我们非常亲近，我们都了解并感受到政治偏见的力量，但宗教的偏见更强烈，更亲近；它们跟随我们一生，至死不肯离去，我们必须面对的不是一代人、一个时代或一个世纪的偏见。不是的，这是父子相传已长达近一千八百年之久的偏见……。

美国的犹太人很少；马里兰州的犹太人很少，但只要有一个犹太人，我们就必须给予公正对待。

或许由于犹太人的数量如此之小，或许由于其他州视犹太人为好公民，或许由于公然的偏见冒犯了很多公民，此时，为犹太人争取权利的斗争得到了外州的大力支持。报纸社论要求马里兰州作出正名之举。有影响的周刊《奈尔斯记事报》(Niles Register) 写道：“确实，存在这类情况的日子已经过去；一而谈论共和，一面在事关个人敬拜造物主这等重要的事务上剥夺良心自由，这是违背常理的。”压力起了作用，1826 年，马里兰州给予犹太人全部的政治和宗教权利。到内战时，只有北卡罗来纳州和新罕布什尔州仍限制犹太人的权利，而这些限制也分别在 1868 年和 1877 年被废除。

到内战时期，宗教自由的思想已经从废除法定宗教这个早期问题上大大发展。几乎所有州都通过并实施了保护个人良心自由的权利法案。虽然人们普遍感到美国主要是一个基督教新教国家，但各州都取消了对天主教和犹太教教徒的限制。联邦政府受《第一条修正案》的制约，从未试图干预过宗教事务。如同在政治事务上一样，在宗教事务方面，对于那些在旧世界受压迫的人来说，美国——如亚伯拉罕·林肯所言——是自由的“最后一线最美好希望”。■

现代时期的宗教自由

美国在内战后经历了经济、社会和人口的巨大变化，有关宗教自由的新问题也随之出现。继 1868 年通过宪法《第十四条修正案》(The Fourteenth Amendment) 以后，《第一条修正案》的规定逐步适用到各州，而新出现的一些宗教自由问题很可能是开国一代人所无法理解的。正如亚历克西·德·托克维尔 (Alexis de Tocqueville) 很早以前所指出，在美国，几乎所有重要问题最终都转化为法律问题。从 19 世纪后半叶开始，法院不得不处理与《第十四条修正案》中两条“宗教条款”(“religion clauses”) 的含义有关的一些棘手问题，到了 20 世纪，这种情形更加频繁。

在《权利法案》通过后的最初 150 年的大部分时间里，国会遵守《第一条修正案》的戒规，美国因而很少出现涉及“确立宗教条款”(“Establishment Clause”) 的案子，即使出现，也对后来的判案基本不具参考价值。1947 年，最高法院裁定，两项有关宗教的条款均适用于各州。雨果·布莱克大法官在关于“埃弗森诉教育委员会案”(Everson v. Board of Education) 的多数派意见书中，详细阐述了美国宗教自由的历史发展过程。

布莱克大法官 关于“埃弗森诉教育委员会案” “的意见书

1947

《第一条修正案》有关“确立宗教”的条款至少有这么层意思：州或联邦政府均不可设立教会；均不可制定法律扶持一个宗教、一切宗教、或偏袒某个宗教；均不可强迫或促使一个人违背自己的意愿去或不去教堂，迫使一个人表白相信或不相信某一宗教。任何人不能因其持有或者表述宗教信仰或不信仰、做礼拜或不做礼拜而受处罚。不可为任何宗教活动或机构徵税，无论其数额多少、名目为何，也无论其采取什么样的传教或信教形式。州或联邦政

府均不可公开或秘密参与任何宗教组织或团体的事务，反之也是一样。用(托马斯)杰斐逊的话说，写入反对用法律确立宗教这一条款的目的，就是为竖起一道“政教之间的隔墙”。

这段话揭示了最高法院近 50 年来裁决几乎所有宗教案子的根本依据，无论案子涉及的是“确立宗教条款”(即禁止政府提倡某一宗教仪式)，还是“信教自由条款”(“Free Exercise Clause”，即禁止政府限制个人的信教活动)。对埃弗森案的裁决引发了我们这个时代最激烈的公共政策辩论之一，即“确立宗教条款”对政府的行为——不仅就出资帮助宗教活动而言，而且也指政府部门对宗教习俗的遵行——设置了哪些限制？

仅举一例说明。多年来，全美国的学校都以某种特定的仪式开始学校的一天。公立学校的老师带领学生作效忠宣誓、朗诵简短的祷文、唱“美国”之歌 (America) 或“星条旗”国歌 (Star-Spangled Banner)、也许读几段《圣经》(The Bible)。仪式的形式因各州法律、地方习俗、老师或校长的个人要求而异。大多数美国人不认为这个广为流行的做法有什么不对；它是美国历史传统的一部分，是威廉·道格拉斯大法官曾经描述的“一个将上帝意志作为社会机制的先决条件的信教国家人民”的重要文化产物。在纽约，州政府制定出“无教派色彩”(“non-denominational”) 的祷文供公立学校使用，但一批家长对规定做祷告的做法提出异议，认为它“违背他们和他们孩子的信仰、宗教或宗教习惯”。到了 1960 年代，美国文化及宗教多元化的日益发展使许多人对那种不顾儿童或他们父母的宗教信仰而要求学生诵读祷文的做法感到不安。

一些家长走上法庭。最后，在一个被称作“恩格尔诉瓦伊塔尔”(Engel v. Vitale) 的案子中，最高法院判他们胜诉。布莱克大法官(他曾在

教会教授主日学课 20 余年) 认为, 州政府规定要求作祈祷, 无论祷文在宗教上多么中立, 都 "全然不符合 '确立宗教条款' 的规定"。

祈祷在任何意义上都构成宗教行为, 而 《第一条修正案》的 "含义至少是, 为任何美国人编写官方朗诵祷文, 把它作为由政府 (公立学校体制) 主持的宗教活动的一部分, 全然不属于政府职能"。布莱克继而论述了他认为 "确立宗教条款" 所基于的理念。

雨果·布莱克大法官

关于 "恩格尔诉瓦伊塔尔案" 的意见书

1962

当某一宗教信仰有政府的权力、威望和财力支持时, 宗教少数派显然受到要就范于官方认可的主流宗教的压力。但 "确立宗教条款" 的目的更为深远。(它的) 最直接目的是基于这样一个信念: 政府和宗教一旦结盟往往会既摧毁政府, 也削弱宗教。(另一个) 目的是(基于) 这样一个历史事实: 政府设立宗教与宗教迫害形影相随。

在布莱克认为, 祷告的内容、具体文字、或者那种称无教派色彩的祷文能做到宗教中立等等说法, 都与案子的实质无关。祷告本身就是宗教性质的, 州政府鼓励做祷告, 就是在扶植一种它所确定和支持的宗教活动, 从而违背 "确立宗教条款"。法院裁定, 没有证据显示有强迫祷告的现象 — 没有任何学童被强迫做祷告。法院也没有看到祷告促进了任何一个教派的利益。但是, 州政府在公立学校中推广宗教行为这件事本身, 违背了《第一条修正案》。

对恩格尔案的裁决引起了对法院的猛烈抨击, 批评声浪虽然有时减弱, 但从未间断。在许多人眼里, 法院打击的是一个有重要社会作用的传统习惯, 即使这个传统习惯偶尔构成对少数不随主流的或怪异人的不公。一份报纸的标题疾呼: "法院判上帝非法"。新教福音

派传教士比利·格雷厄姆 (Billy Graham) 怒喝道: "上帝怜悯我们的国家吧, 我们再不能向上帝求助了"; 纽约红衣主教弗朗西斯·斯佩尔曼 (Francis Cardinal Spellman) 指责法院的裁决打击了 "长久以来抚育美国儿童的神圣传统的核心"。

法院也有自己的辩护士。许多宗教团体认为, 这个裁决是使宗教摆脱毫无意义的公共仪式和保护真诚信教的重要步骤。全国基督教协进会是一个自由派和正统派教派的联合体, 它称赞对恩格尔案的裁决保护了少数派的权利。约翰·肯尼迪总统曾在 1960 年竞选时成为恶毒的宗教偏见的靶子 (很多攻击法院的团体便在其中), 他敦促人们支持法院的决定, 并在一个新闻会上说:

"我们在这方面有一个很简单的解决办法。那就是: 我们自己祷告。而且我认为, 这会令每一个美国家庭高兴地看到, 我们在家里可以祷告得更多, 我们去教堂时可以怀有更大的忠诚, 我们可以使祷告的真实意义在我们所有孩子的生活中占有更重要的位置。"

总统的一番情理之言表达了法院对恩格尔案的本意。多数法官既不反对祷告, 也不反对宗教, 但他们确实相信制宪者在《权利法案》中极力致力于保护个人自由。为了保护个人宗教自由, 政府不得强加任何类型的宗教规定, 即使号称 "中立性的" 祷文。用布莱克大法官的话说, 一旦有政府的权力和威望为某一宗教或信仰撑腰, 那么, "显而易见的是, 这必然对宗教少数派形成要就范于官方认可的主流宗教的压力。"

次年, 法院就 "阿宾登诉申普案" (Abington v. Schempp) 作出裁决。宾夕法尼亚州有条法律规定: "每一所公立学校每天上课前, 必须不加注解地诵读十节《圣经》。若家长或监护人提出书面要求, 不要孩子诵读《圣经》或者不要孩子参加诵读《圣经》的活动, 这个孩子将得到准许。" 另外, 学生被要求齐声背诵主祷文。这一次, 通常被认为是保守派的汤姆·克拉克 (Tom Clark) 大法官代表多数意见推翻了这项要求。他解释道, 《宪法》所要求的中立来源于惨痛的历史教训: 政教混淆不可避免地导致迫害所有不信官方正统宗教的人。

《第一条修正案》所保护的
个人良心自由包含
选择任何宗教信仰
或无信仰的权利。
……值得
尊重的宗教信仰是
通过忠实信徒自由
自愿的选择而产生的。

在美国，权利由《宪法》确定，但由最高法院解释；《宪法》规定，最高法院为法律提供可靠、权威性的解释。多数公民 — 甚至可能绝大多数公民 — 不会被学校的祷告或读圣经所冒犯这一点，在很大程度上与宪法裁决无关。《权利法案》的目的不是保护多数，而是

是保护少数。如小奥利弗·温德尔·霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes, Jr.) 大法官所述，言论自由不是针对我们同意的言论，而是我们所憎恶的言论。与言论自由一样，宗教自由当然为多数人提供保护。但是，当多数人企图借政府权力实行信教统一的时候，《第一条修正案》" 确立宗教条款 " 所提供的保护是有实际意义的。情况往往是，为保护一个异己者、一名不信教人士，可能要使多数人感到不安；这是开国先贤声明他们自己愿为宗教自由而付的代价。

这也继续是很多美国人共同的想法，而且他们相信，对个人良心的保护有益于宗教。约翰·保罗·史蒂文斯 (John Paul Stevens) 大法官在一个当代案例的意见书中这样写道：" 《第一条修正案》所保护的良心自由包含选择任何宗教信仰或无信仰的权利。……值得尊重的宗教信仰是通过忠实信徒自由自愿的选择而产生的。 "

虽然不是所有的美国人都接受这个观点，但多数人认识到，在美国 21 世纪初的这样一个多元化社会里，那些不随主流的人，用桑德拉·戴·奥康纳 (Sandra Day O'Connor) 大法官的话来说，有可能被划为"局外人，不被当作政治群体中的正式成员"。这种情形是《第一条修正案》的制定者、法

院法官和大多数美国人所决心避免的。持不同宗教观点的人在一个自由社会中，并不仅仅是得到宽容而同时却被作为社会下等成员对待；相反，他们的不同之处被作为使美国具有如此独特的文化风貌的一个组成部分而受到珍视。

虽然有些宗教组织继续反对对恩格尔案和申普案的裁决，但许多主流宗教团体逐步认识到，法院实际上促进而不是破坏了宗教。詹姆斯·麦迪逊在 200 多年前撰写的《请愿抗议书》里说，他认为，不仅是政府的反对，而且政府的扶助，也会有损于宗教和宗教自由。这一思想的后代继承者提出类似的论点，认为政府永远不可能有助于宗教，只会碍于宗教。在学校设置政府认可的任何宗教活动，都可能引发教派间的敌对。况且，诚心的信徒不需政府为他做任何事，他所需要的是不受干扰。那些对自己的宗教有信心的人们不需要世俗的权威帮助他敬奉上帝。

也有一些诚心的信徒，他们虽然赞成信仰是个人的事，但同时认为宗教是美国公民社会的一部分。他们不谋求确定一个宗教，但希望有某种通融，希望政府在公平、一视同仁的前提下，帮助宗教性组织。最高法院受理裁决有关政府资助慈善机构的案子已经有 50 多年之久，判决结果也远非一致。虽然在不能为劝教活动提供资助的问题上已有定论，但多数教会和犹太教堂从事很多社会性服务和教育活动，失去了这些服务会给公共服务系统造成很大压力。为帮助这些服务项目，法院对禁止政府援助的基本法律作出例外规定，而且在 2002 年 6 月，迈出了被许多人认为趋向通融立场的重大一步，也就是，最高法院的大法官以微弱多数，同意向学童家庭提供政府颁发的转学券，支付到私立学校 — 即便是教会所属学校 — 就读的学费。

这个决定为支持转学券的人扫除了一大法律障碍；但是，是否完全采纳转学券方案的最终决定要由五十个州的议会作出。今后辩论的焦点不再是这种做法是否符合宪法，而是取决于公民的政治意愿；根据民意测验，多数人反对使用转学券。这个问题在今后十年的动态，将在很大程度上说明美国政教关系的性质。

* * * * *

《第一条修正案》里有两条关于宗教的条款。" 确立宗教条款 " 禁止政府 — 即便它代表大多数 — 规定统一的宗教信仰。" 信教自由条款 " 专门是为了保护持不同观点的教派不受由主流宗教所控制的政府的干预。保护少数派的重要性，将随着美国在 21 世纪初成为一个前所未有的多元民主国家而越来越明显。

制宪者希望不仅保护政府不受宗教的干扰，也保护宗教不受政府的干扰。詹姆斯·麦迪逊既努力防止建立占支配地位的宗教，也力图将政府置于一切宗教纠纷之外。制宪者既经历过、也了解政府被宗教掌握时的巨大威力，而他们绝不希望有这种情形出现。于是，这里再度出现这样一个问题：如何在政府对宗教事务保持完全中立和宗教在美国公民生活中具有的重要作用这两者之间实现调和。宗教对很多美国人来说，是社会文化的非常重要部分，因此设想政府完全没有介入是不现实的。

" 信教自由条款 " 是保护不同宗教价值观和确保各方信仰者和无信仰者具有完全平等的公民权的一个手段。换句话说，它有助于形成多元，从而使每个人和每个群体充分实践自己的观念与信仰。虽然我们倾向于认为当年的殖民地居民主要来自不列颠诸岛，但实际上，到 1776 年，已经有来自斯堪的纳维亚、西欧与中欧的移民，当然，还有被作为奴隶从非洲贩运来的移民。虽然这个新国家当时远远未达美国后来形成的多元化程度，但比起英格兰以及当时其他的欧洲国家，它已经是一个各种民族和宗教混合并存的地方。许多学者继续相信，维持一个有生机和民主的社会所必需的思想智慧的互动发展，只有在作为个人生活最重要方面之一的宗教信仰不受政府干预时，才有可能。

有些时候，一些宗教组织不受欢迎，但它们一直生存下来，最终多数人认识到，宗教自由意味着，要让哪怕是受鄙视的群体也享有按照他们的良心敬拜上帝的空间。有些时候，多数人有基于道德原因而无法动摇的要求，比如，对多夫多妻制的反对导致了关于信教自由含义的最重要的早期决定之一。

19 世纪初在美国兴起的摩门教 (Mormon)，或称后日圣徒教会 (Church of the Later Day Saints)，因实行重婚冒犯了众多的基督教组织。摩门教教徒在被迫迁移到西部边疆后，在现

在的犹他州建立起繁荣的聚居地。后来，随着那里的发展，它具备了作为一个州加入联邦的条件，但是，摩门教徒如果保持一夫多妻制就不能被接纳。联邦法律将一夫多妻定为犯罪，摩门教徒上诉到最高法院，他们提出，信教自由要求政府必须容忍一夫多妻制。

法院显然不愿意给这个遭到全国 95% 以上的人谴责的行为盖上宪法批准的大印。但另一方面，《宪法》的确似乎为宗教信仰提供了毫不含糊的保护。首席大法官莫里森·韦特 (Morison Waite) 巧妙地处理了这个问题，也就是，将宗教信仰与宗教行为加以明确区分。他的这一做法至今仍对所有事关信教自由的案子产生影响。韦特引用托马斯·杰斐逊的话说：" 宗教完全是人与其天主之间的事；……政府的立法权仅涉及行为，不涉及观念。" 依据这个推理，法院确定 " 国会没有任何权力针对观念进行立法，但有权对违反社会职责或破坏良好秩序的行为立法。" 根据法院的意见，一夫多妻制明显破坏了良好秩序，因此国会能够将这种行为定为犯罪。

莫里森·韦特首席大法官
关于 " 雷诺兹诉合众国案 " 的
意见书 (*Reynolds v. United States*)

1879

国会不可为属地政府通过禁止信教自由的法律。宪法《第一条修正案》明文禁止这类立法。就宗教自由不受国会干预而言，合众国各地都得到这项保护。有待决定的问题是，目前予以考虑的法律是否属于被禁止之列……。

法律是为政府行为之所用，它不可对仅仅是宗教信仰和观点加以干涉，但它可以干涉行为。假设有人认为宗教祈祷需要用人当祭品，难道真的可以说他的所在地政府不可为防止人祭行为而予以干涉吗？或者，如果一个妻子认为在亡夫的坟上自焚是她的职责，难道防止她去实践她的信仰超越公民政府的权力范围吗？

据此，在合众国绝对主权下的社会结构法不允许重婚。一个人可以以宗教信仰为由而反其道行之吗？允许这样做将使那一宗教信仰高于国家法律，从而等于允许每个人自成法律。政府在这种情况下只能徒有其名。

有意思的是，这是最高法院驳回的由一个与众不同的群体提出的“信教自由”申诉的极少案件之一，其原因在于，此案涉及的行为——一夫多妻制——被认为是对公民社会的一种威胁。但是，对行为和信仰的区分创立了一个重要的宪法原则，即信仰本身不可受到攻击或被迫定为非法。

毫无疑问，最著名的关于信仰自由的案子，是耶和华见证人教派 (Jehovah's Witnesses) 拒绝向美国国旗行礼案。虽然耶和华见证人属于美国众多的小宗教团体之一，但他们懂得“信教自由条款”的基本意义，并在他们屡次上诉最高法院的过程中，把理想变成了现实。

耶和华见证人过去和现在都是一个劝教教派，他们争取信徒和散发宣传品的举动经常使他们与地方当局发生摩擦。耶和华见证人曾在第二次世界大战前夕变得家喻户晓，原因是，其信徒遵从向国旗敬礼是违反不向永久性象征低头的教义，教导他们的孩子不参加学校早上对美国国旗行礼的仪式。在战争临头的时刻坚持这样的信仰导致许多见证人的孩子被学校开除，他们的家长受到罚款和刑事起诉。请听莉莲·戈比塔斯 (Lillian Gobitas) 的一段话：

莉莲·戈比塔斯的话

我爱上学，而且我是与一批好同学在一起。我其实还挺有人缘的。我在七年级的时候是班长，成绩挺好。我感到，如果我不向国旗行礼，我就毁了这一切！我真的是这样。真的就是这种结果。我真的怕极了，每当老师向我这边看时，我就赶快举起手，动动嘴唇。

我弟弟威廉当时上五年级，那是 1935 年秋天。他有一天回家来说，我不再向国旗行礼了。我知道是时候了！我父母没有强迫我们那样做。他们很明确，我们的所作所为是我们的决定，我们应该明白自己的行为。我大量阅读和查找了《圣经》，我的确是自己决定了我的立场。

我首先去找我的老师，安娜·肖夫斯托尔 (Anna Shofstal) 小姐，这样我就不可能打退堂鼓了。令我吃惊的是，她听完我的解释后，给了我一个拥抱，并说她认为有这种勇气很好。但同学们很不好。我的确应该向全班解释一下，可我有点胆怯。我不知道应该是站还是坐。现在我们明白，行礼是动作加言词。当时我是坐着，全班都惊呆了。在那以后，我到学校时，石头子像冰雹似地向我打来，他们还叫喊“耶和華來了！”之类的话。他们是取笑我。……

我在向国旗行礼这件事上采取这个立场已经有 50 多年了，而我仍然会毫不犹豫地再次那样做。毫无保留！耶和华见证人确实感到我们在努力奉行经文，耶稣说过，他们迫害我，他们也会迫害你们。……这个案子对我们生命的影响太大了，而且我们已经把这种经历告诉我们的孩子。

[经西门和舒斯特成人出版集团自由出版社 (The Free Press, a Division of Simon & Schuster Adult Publishing Group) 许可翻印 引自彼得·埃伦斯 (Peter Irons) 编写的《他们信念的勇气》(The Courage of Their Convictions)。彼得·埃伦斯 1988 年版权所有。]

最高法院于 1939 年同意受理这个案子，当时正值几乎人人都预料美国将不得不投入第二次世界大战的时候，宣传爱国主义似乎是公立学校一项非常重要的职能。身为犹太教徒的费利克斯·法兰克福特 (Felix Frankfurter) 大法官发现自己处于矛盾中：一方面他深信所有人都享有宗教自由，另一方面他认为，根据宪法，学校有权要求学生向国旗行礼。他在写给法院一位同事的文函中说：“自从我到这个法院以后，从没有任何事像此案这样让我感到良心的压力。我的所有倾向和意愿都是要让各种宗教、政治和经济观点有充分的空间……但是在这个问题上，一方面是宪法的力量，另一方面是我自身的自由、宽容和情理观念。”法院九位法官中有八位投票支持校方。

耶和華見證人的無助很快就顯現出來。在法院作出對其不利的這個判決後，出現了上百起襲擊耶和華見證人信徒的事件，尤其是在小鎮和鄉下。截至 1940 年底，有 1500 多名耶和華見證人信徒遭到襲擊，發生過 350 多起殘酷毆打事件，這種情形持續了至少兩年。那不是這個國家最光彩的歷史時期，但它是一個成長經歷。美國人民在耳聞目睹對耶和華見證人信徒的襲擊的同時，也得知希特勒在歐洲大批屠殺無助的少數民族及其完全出於宗教信仰原因而將 600 萬男女老少滅絕的 " 最後方案 "。最高法院同意受理另一樁向國旗行禮的案件，這一次，法院的新成員、日後在紐倫堡審判中擔任美國檢察官的羅伯特 · 傑克遜 (Robert H. Jackson) 大法官，確認耶和華見證人有權利與眾不同以及《憲法》對政府行動的限制。

羅伯特 · 傑克遜大法官
關於 " 西弗吉尼亞教育委員會
訴巴尼特案 " 的意見書
(West Virginia Board of Education v. Barnette)

1943

《權利法案》的目的就是要使某些問題免受政治爭論的影響，免受多數人和官員的操縱，要把它們立為由法院運用的法律原則。人的生命權、自由權、財產權、言論自由權、出版自由權、信教自由權和集會自由權以及其他基本的權利，不容提交投票表決，也不取決於任何選舉結果。

本案之所以困難，並不是因為判決原則不明，而是因為它所涉及的是我們自己的國旗。然而，我們根據《憲法》的限制規定行事，毫不擔心實行思想與信仰多元化的自由、甚至它們相互對立的自由，會導致社會解体。如果認為愛國主義不能以自願自發的愛國儀式、而是必須靠硬性規矩才可得到振興的話，那就低估了我們的體制對思想自由的人們的吸引力。偶爾存在的怪癖和不正常態度，不過是我們享有由出色人才聚成的各種思想智慧和文化豐富多元的一種代價。當他們像我們眼前這個案子裏的情形這樣對人、對國家毫無危害時，代價並不很大。但是，持不同意見的自由不僅限於

無關緊要的事。若那樣則不過是自由的幻影。真正的考驗就在於，有權利對觸及現存秩序實質的事務持不同意見。

如果我們的憲法星座中有一顆恆星，那麼它就是：任何政府官員，無論職位高低，都不得規定政治、民族、宗教或其他觀念事務的正統標準，不得強迫公民用語言或行動表白信仰。倘若有什麼可以例外的情形，我們尚且不知。

在國旗案裁決過後，法院又面臨過許多其他案例，但所有裁決都繼承了傑克遜大法官雄辯的 " 恆星 " 觀點，即任何政府官員不得規定什麼屬於正統。雖然裁決結果並非都是持不同意見的群體勝訴，但是，政府不可以懲治思想這一理念，至今仍同半個世紀前和建國時期一樣千真萬確。

* * * * *

宗教繼續在美國公民的社會和個人生活中扮演重要角色。有些人認為它應該在國家公共事務中扮演更重要的角色，有些人則認為恰恰相反。普通百姓、學者、立法人員和法學家繼續在辯論什麼是政府與宗教活動的界線以及持不同見解的群體可以在信教活動上走多遠。這個辯論是民主進程的核心內容。辯論並不總能帶來共識，顯然，不是所有人能贏得所有辯論。但是，美國人對這一辯論的真實態度和熱情，如同他們對待言論自由的限制一樣，鞏固了憲法所保護的自由。對於美國人來說，宗教自由不是抽象的理想，而是一個活生生的、給他們在日常生活中帶來挑戰的自由權利。

相關讀物
Gregg Ivers, *Redefining the First Freedom: The Supreme Court and the Consolidation of State Power* (New Brunswick: Transaction Books, 1993).
Leonard W. Levy, *The Establishment Clause: Religion and the First Amendment* (2nd ed., Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1994).
John T. Noonan, Jr., *The Lustre of Our Country: The American Experience of Religious Freedom* (Berkeley: University of California Press, 1998).
Frank J. Sorauf, *The Wall of Separation: The Constitutional Politics of Church and State* (Princeton: Princeton University Press, 1976).
Melvin I. Urofsky, *Religious Freedom* (Santa Barbara: ABC-CLIO, 2002).

言论自由

国会不得制定法律……限制言论自由……。

《合众国宪法·第一条修正案》

在民主社会，若有一项权利高于其他一切权利，那就是言论自由的权利。表达个人思想、挑战正统时政、批评政府政策而不必担心政府的处罚，这是生活在自由国家与生活在独裁统治下的根本区别。最高法院大法官本杰明·卡多索 (Benjamin Cardozo, 任期 1932-1938 年)，形容言论自由是 " 母体，是几乎一切其他形式的自由所不可缺少的条件 "。

虽然美国人视言论自由为民主的精髓，但他们对《第一条修正案》给不同类型的言论究竟提供多大程度的保护，看法并不一致。比如，修正案是否保护针对某个族裔或宗教的泄愤言论？是否保护有可能立即煽起暴力的 " 争斗言论 "？淫秽材料是否也在《第一条修正案》的保护伞之下？商业言论 — 公司推出的广告或公关材料 — 是否应得到宪法保护？几十年来，围绕这些问题的辩论在政府和社会中始终存在，而且在很多方面仍有待形成共识。但是，这既不奇怪，也不令人担忧。自由是一个不断进化的概念，随着新思想的出现，这个有重要意义的辩论将不断继续。如今，互联网的问世，又给如何理解《第一条修正案》在现代社会中保护言论自由的含义，提出了最新的挑战。

* * * * *

言论自由的权利不是一直都像今天这样包罗万象。威廉·布莱克斯通爵士 (Sir William Blackstone) 在 18 世纪中叶撰写著名的《英国法律评注》 (Commentaries on the Laws of England) 时，对言论自由的定义是 " 无预先制约 " ("lack of prior restraint")。他的意思是，政府不能够阻止某个人表达或发表他所信仰的观念，但一旦这个人说出的话属于被禁言论，他可以受到惩罚。英国人，如同古希腊人，对三种类型的言论实行法律限制 — 煽动 (对政府的非议)、诬蔑 (对个人的非议)、亵渎 (对宗教的非议) — 每一种言论都被定为 " 诽谤 " ("libels")。三种言论中，最关系到政治自由的是煽动性诽谤，因为布莱克斯通时代的上层统

治者认为，对政府或政府官员的批评，即使属实，也会因损害人们对政府的信心而扰乱公共秩序。按布莱克斯通的意思，政府虽然无法制止一个人批评政府，但可以在他批评政府之后惩罚他。

在 17 和 18 世纪，不列颠王国政府起诉了数百起诽谤案，并且经常施以残酷的惩罚。当威廉·吐恩 (William Twyn) 声言人民有权反抗政府时，他被以煽动和 " 设想国王毙命 " 罪逮捕、定罪。法院判他绞刑、阉割、断肠、分肢，然后断头。由于发表言论后会受到这样的惩罚，所谓无预先制约并没有多大意义。

来到北美的英国移民带来了英国的法律，但从早期开始，理论与实践、法律文字与实际应用并不一致。殖民地议会通过了数项言论规定，但无论是皇家总督还是地方法院似乎都没有大力执行。而且，在著名的约翰·彼得·曾格 (John Peter Zenger) 案发生以后 (见第四章 " 新闻自由 ")，殖民地的人把 " 属实 " 确立为反驳煽动诽谤指控的辩护依据。虽然一个人仍可因批评政府或政府官员而受到指控，但现在被告可以出示言论属实的证据，由陪审团决定是否正当合法。

从 1791 年各州批准《第一条修正案》 (" 国会不得制定法律……限制言论自由或新闻出版自由 …… ") 到第一次世界大战，美国国会只通过一项限制言论的法律，即 1798 年的《煽动叛乱法》 (Sedition Act)。这是从与法国的短暂冲突中产生的一项先天不足的法律，在三年后失效。虽然这项法律受到广泛和应有的指责，但值得注意的是，它将 " 属实 " 确定为辩护根据。在 1861 年到 1865 年的美国内战期间，也曾出现过几项针对煽动行为的有限规定，但对《第一条修正案》 " 言论条款 " 的真正辩论，起始于 1917 年通过的《反间谍法》 (Espionage Act) 和《1918 年反叛乱法》 (Sedition Act of 1918)。辩论是公开的，美国人民、国会和总统都参与进来，但最重要的是，辩论走上了法庭。

最初一批提交到最高法院的案子，涉及战争时期的一些旨在禁止干扰军事和批评政府的措施，法院一开始持赞同意见。最高法院法官似乎告诉人们，虽然法律规定言论自由，但这并不是绝对的，在某些时期 — 特别是在战时 — 可以为了公共利益而对言论实行限制。

小奥利弗·温德尔·霍姆斯大法官，关于 " 申克诉合众国案 " 的意见书 (*Schenck v. United States*)

1919

我们承认，在许多地方和在平常时期，传单所言之一切应属被告的宪法权利。然而，每一行为的性质取决于它所发生的场合。即使是对言论自由的最严格保护，也不容一个人在剧院谎叫失火制造混乱。每个案子都应考虑，这些话用在这个场合、出于这样的性质，是否构成明显而现实的危险，以致会造成那种国会有关防范的严重恶果。这是一个邻近度和程度问题。当国家处于战争时期，很多可以在和平时期发表的言论会妨碍作战，因此，只要军人仍在战场，就不能允许那些言论，而任何法院亦不得视其为宪法保护的对象。

霍姆斯检验 " 明显而现实的危险 " ("clear and present danger") 的标准似乎非常有道理。是的，言论应该自由，但它不是一种绝对的自由；常理 (对在满座的剧院里喊叫 " 着火 " 的人有必要惩办) 和紧急战事，有时要求对言论加以限制。将近 50 年来，检验 " 明显而现实的危险 " 的标准被法院用于多种不同场合，它似乎是一个确定言论自由界线的简便和直接了当的标准。但是，这个标准从一开始就遇到问题，言论自由在美国有着深厚的传统，批评人士向政府打击反战意见的做法和法院对这种做法的认可提出挑战。

言论自由史上的伟大声音之一，是哈佛大学举止温和的法学教授小泽卡赖亚·查菲 (Zechariah Chafee, Jr.)。查菲来自一个富有和社会地位显赫的家庭，毕生致力于保护所有

人在不受政府报复的情况下畅所欲言的权利。他的主张在当时和现在都被很多人视为相当激进，即：即便在战争时期、在群情高涨的时候，也必须保持言论自由，因为这时候人们需要听到双方的论点，而不仅是听到政府希望让人们知道的一面之词。

小泽卡赖亚·查菲 " 言论自由 " (*Freedom of Speech*)

1926

我们也不能以这是战争时期、《宪法》明文授权国会建立军队为理由而不顾言论自由。《第一条修正案》是那些刚刚经历过战争的人们所起草的。它若有任何意义，那就是，必须限制明文授与国会的权力 — 国会没有其他权力，而且必须限制政府的活动，因为政府的活动，即邮政和战争行为，最容易干扰自由的讨论。

言论自由的真谛似乎如此。社会和政府的最重要目的之一，是找出并传播大众所关心的事务的真相。这唯有通过绝对无限制的讨论才能做到，因为……一旦让某种力量介入辩论，这个力量究竟是站在谬误一边还是站在真理一边，完全是机遇性的，而真理就失去了在较量中的自然优势。但政府还有其他功能，如维持秩序、教育年轻一代、防御外来侵略。无限制的讨论有时干扰这些功能，届时必须与言论自由相平衡，但言论自由应该在这个天平上占非常大的份量。这一政治智慧的原则经《第一条修正案》而具有法律效力。

因此，在战争时期，言论应该自由，除非某项言论明显构成对战事的直接和危险干扰。

在此之前，查菲曾经在他的文章中阐述过这些观点，后来，在霍姆斯对申克案作出裁决后，查菲与霍姆斯会面，并使这位法官认识到他的决定不正确。同一年，在又有一起煽动案被提交法院审理时，多数法官运用 " 明显而现实的危险 " 的标准，确立被告犯有煽动诽谤罪。出乎人们意料的是，这个标准的创立人霍姆斯大法官和他的同事路易斯·布兰代斯 (Louis D. Brandeis) 大法官对此表达了强烈不同意见。

小奥利弗·温德尔·霍姆斯大法官，对 " 阿布拉姆斯诉合众国案 " 的不同意见 (*Abrams v. United States*)

1919

因表达观点而受起诉在我看来似乎完全合逻辑。假如你毫不怀疑自己的观点或实力并全心希望得到某种结果，那么你自然要通过法律表达你的意愿并排除一切反对意见。允许反对派讲话似乎意味着，你认为那些言论无足轻重——就好像当一个人称他把圆变成了方的时候一样，或者意味着你不真正在乎结果，再要么就是你对自己的实力或观点感到怀疑。但是，人们一旦看到岁月给昔日分庭抗礼的种种信仰带来的起落沉浮便会相信——甚至超过相信自己的行为基准——达到人们所渴望的最理想境地的更好途径是思想的自由交易，对一种思想是否是真理的最好检验，莫过于它在市场竞争中令人接受它的能力，真理是实现他们的愿望的唯一可靠基础。无论如何，这是我们《宪法》的理念。这是一个实验，就像整个生活是一个实验一样。我们即使不是在日复一日，也是在年复一年地把获拯救的赌注压在以不完善的认知作基础的预言上。虽然这个实验是我们制度的一部分，但我认为我们应该永远警惕，不要试图对我们所憎恶的和我们认为杀气腾腾的观点言论施加限制，除非它们有可能立即构成对合法和紧迫的法治需要的干扰，进而为了国家安全必须即刻予以限制。我完全不同意政府提出的那种称《第一条修正案》使有关煽动诽谤罪的普通法继续有效的论点。在我看来，这个论点似乎不符合历史。我认为合众国多年来已通过退还罚款而表现出对1798年《煽动叛乱法》的悔改。只有当如果等待历史拨乱反正会在当前造成危险的紧急情况下，才可对“国会不得制定法律……限制言论自由”这项总原则作出例外。当然，我这里仅涉及观念的表达与宣传，因这里只涉及这些，令我遗憾的是，我无法以更有力的语言表达我的看法，这就是，由于给这个指控定罪，被告被剥夺了受《合众国宪法》保护的权利。

霍姆斯对阿布拉姆斯案发表的不同意见，常被认为是最高法院把言论视为民主社会的关键

权利的开端，民主是基于思想的自由市场的概念也由此产生。有些思想观念可能不受欢迎，有些可能令人不安，还有些可能是谬误的。但是，在民主国家，必须给所有这些思想观念平等的表达机会，同时相信，错误、卑鄙和无用的观念将被正确的观念所取代，而这些正确的思想将以民主的方式推动进步。霍姆斯的“市场”比喻是对思想自由的支持，因此它至今仍得到很多人的赞赏。

“思想市场”的理论也涉及民主的奠基原则之一：人民决策的权利。200年前，托马斯·杰斐逊把他对民主的信念建立在人民有为自己作出正确决定的良好判断力这点上。应该由人民，而不是他们的统治者，通过自由讨论和随后的自由选举来决定他们面临的重大问题。如果一部分人因为他们的看法令人不快而被阻止发表意见，那么，公众作为一个整体，就失去了达到最佳结果所需要的对全部事实和观点的考量。

霍姆斯或其他任何人都不曾说过对言论有限制；相反，最近数十年的大部分辩论集中在如何分清受保护和不受保护的言论的界线。辩论的核心是：“我们为什么用宪法的保护伞保护这类言论？”具有普遍共识的一点是，无论《第一条修正案》的“言论条款”保护什么，它肯定保护政治言论。因为，如杰斐逊和麦迪逊所充分理解的那样，没有政治言论自由就不可能有民主社会。这一观点的原理，同时大概也依然是美国历史上对言论自由的最精辟注解，体现在路易斯·布兰代斯答法官为涉及州煽动诽谤法的一个案件所写的意见书中。

最高法院的大多数法官根据“明显而现实的危险”这一标准，裁决加利福尼亚州有关煽动诽谤罪的法律符合宪法，因为法院认为，州政府有权惩罚那些滥用言论权“发表有损公共福祉、有助煽动犯罪、扰乱公共治安、或危害组成政府的基础和威胁推翻政府的言论”的人。布兰代斯与霍姆斯都持不同意见，布兰代斯并在他的意见书中确立了《第一条修正案》和政治民主的关系，从而——如卡多索大法官后来所述——使言论自由成为其他自由存在的“不可缺少的条件”。

路易斯·布兰代斯大法官 关于“惠特尼诉加利福尼亚州 案”的意见书 (*Whitney v. California*)

1927

为就这些问题作出合理的结论，我们必须牢记为什么一个政府，在通常情况下，没有权力禁止被大多数公民法认为是错误的、会带来各种恶果的社会、经济和政治说教。

为我们赢得独立的一代人认为，政府的最终目的，是使人有自我发展的自由，在政府领导下，商议应该比臆断更有威力。他们既视自由为目的，也视它为手段。他们相信，幸福的秘诀是自由，自由的秘诀是勇气。他们相信，自由思想、自由表达思想是找到和传播政治真理的不可缺少的条件；没有言论和集会自由，讨论属于徒劳；有了这些自由，讨论一般足以防止有害说教的传播；对自由的最大威胁是民众的无动于衷；公共讨论是一项政治职责；这应该是美国政府的基本原则。他们认识到一切人类社会机制会面临的危险。但他们知道，不可能仅仅靠人们对违法要受惩治的恐惧感来维护秩序；压制思想、希望和想象力是危险的；畏惧滋生压迫；压迫滋生仇恨；仇恨威胁政府稳定；安定取决于让人们有机会讨论任何不满和解决方案；纠正邪恶之说的恰当方式是提出真善之理。他们相信通过公开讨论讲道理的力量，因此而不用法律压制言论的声音——后者是以力相争的最恶劣表现。他们认识到有时会出现占统治地位的多数人的专制，因此对《宪法》作出修改，以便保障言论和集会自由。

仅仅是害怕遭受严重伤害不能成为压制言论和集会自由的理由。人们曾惧怕巫师而焚烧妇女。是语言使人类得以摆脱荒诞的恐惧。若压制言论自由，必须有正当理由担心自由的言论会导致严重恶果；必须有正当理由相信所担心的危险迫在眉睫；必须有正当理由相信所防范的恶果将是极其严重的。……

靠革命为我们赢得独立的一代人不是懦夫。他们不畏政治变革。他们不是以牺牲自由来巩固秩序。对于勇敢、自立、相信民治中的自由和无畏的理喻力量的人来说，除非所担心的恶果是如此迫在眉睫以至不容展开全面讨论，否则任何出自言论的危险都不会是明显和现实的。如果有时间通过讨论揭露错误和假象、

通过教导避免恶果，那么，应采用的方式是更多地畅所欲言，而不是压制人们的声音。压制只可出现在紧急情况下。这是欲容纳自由的政权所必须实行的原则。依我之见，这是《宪法》的要求。因此，美国人民永远可以通过证明不存在紧急情况而向限制言论和集会自由的法律发出挑战。

在布兰代斯看来，民主体制中最重要的角色是“公民”，而要履行这个角色的职责，就必须参与有关重大事务的公共辩论。一个人如果不敢讲话，不敢说不受人欢迎的事，那么他或她就不能履行自己的职责；而且，除非让持不同意见的人自由表达他们的观点，人们也无法对所有的可能性作出权衡。因此，言论自由是民主程序的核心。

这个道理似乎如此不言而喻，人们可能会问，它为什么没有得到普遍接受，甚至是在美国？原因并不难找到。支持不受欢迎的观点需要有公民勇气，正如霍姆斯与布兰代斯所指出的，多数派很少愿意听到对公认观点的挑战。防止多数人压制反对派的声音正是制宪者制定《第一条修正案》的原因。思想自由的原则——正如霍姆斯作出的著名论述——“不是指让我们所同意的思想有自由，而是指让我们所痛恨的思想有自由”。

这不是一个容易接受的概念。在战争等局势严峻的时期，往往难以做到允许一些人利用民主的工具攻击民主的基础。显然，霍姆斯和布兰代斯的谆谆教诲在冷战初期似乎被人们忘却了。1940年代末，政府迫害美国共产党(American Communist Party)领导人，指控他们宣扬用武力推翻政府和阴谋传播共产主义思想。从1920年代以来一直愈加强调《第一条修正案》对言论的保护作用的美国最高法院，此时显然一反往常。法院多数派虽然承认美国共产党不构成明显而现实的危险，但仍然裁定他们的言论代表一种“坏倾向”，有可能颠覆社会秩序。

就像上一代的霍姆斯和布兰代斯大法官为不得人心的社会主义者辩护一样，雨果·布莱克和威廉·道格拉斯大法官如今成为言论自由和少数派权利的捍卫者。

威廉·道格拉斯大法官 对 "丹尼斯诉合众国案" 的 不同意见 (*Dennis v. United States*)

1957

有时甚至言论也丧失了宪法保护。在某一年无关痛痒的言论，也许在另一年会煽起毁灭性的烈焰，以至为了共和国的安全必须予以制止。这是明显而现实的危险的含义。当情形如此危急以至没有时间避免言论将造成的恶果时，要予以制止。否则，使国家强大的言论自由会使国家遭到毁灭。但是言论自由是常规，而不是例外。对言论的限制若要符合宪法，其依据绝不能仅仅是惧怕、仅仅是强烈反对、或者仅仅是深恶痛绝。必须存在那种如果允许这一言论，就很可能立即对社会造成伤害的情形……。

在美国，（共产党人）是没人稀罕的思想的惨淡经营者；他们的货色仍然滞销。如果我们是从司法认知的角度出发，我就不可能说共产党在这个国家是如此强大或如此有战略部署以至必须对他们的言论实行压制。如果我们是以前司法认知为根据行事，这就是我的观点。而仅仅是相反意见的陈述便说明，我们多么需要先了解事实，再采取行动。偏见、仇恨或无端的畏惧都不应该成为这一郑重举动的依据。只要没有明确和客观的证据证明邪恶之势所鼓吹的危险迫在眉睫，其他任何情形都不足以牺牲言论自由

在冷战的歇斯底里过后，美国人逐渐认识到霍姆斯和布兰代斯以及后来布莱克和道格拉斯的主张所包含的智慧。消除“坏”言论的办法不是用压制，而是用“好”言论，以一个观念克另一个观念。事实上，许多在今天被认为是正确合理的事情曾经被当作异端邪说，如废除奴隶制或妇女投票权。虽然多数人总会在激进思想攻击自己所珍视的信念时感到不快，但作为宪法法律，美国民主的政策是，无论多么不得人心的言论都必须得到保护。1969年，法院终于完全取消了煽动诽谤罪之说，人们不再会因宣扬被多数人谴责为颠覆性的思想而遭受起诉。

* * * * *

在抗议美国卷入越南战争的高潮时期，许多公民自由论者担心，美国的这种交战状态是否会像第一次世界大战和冷战时那样，再次让压迫言论的势力抬头。很多人担心会发生最糟糕的情况，但令他们意外的是，这个国家从容地处理了反战抗议。这并不是意味着所有美国人都喜欢抗议人士的言论，或者他们不想禁止有些人的言论或甚至把他们关入监狱。然而，他们接受了这样一个观念：在民主制度下，人们有抗议的权利——高声地，有时还是以粗野的方式；但是，在围绕美国是否应置身东南亚这个问题的辩论中，必须让所有人发表意见。

艾奥瓦州德梅因市 13 岁的玛丽·贝丝·廷克 (Mary Beth Tinker) 等中学生当时佩戴黑色袖章上学，以示抗议越南战争，校方以他们的行动干扰学习为由将他们停学。而实际上，他们并没有造成任何干扰，而是校方担心，如果学校被视为准许学生在校进行反战抗议，会引起市民反响。

最高法院在针对与越战相关的最重要案子之一的裁决中表明，就政治言论而言，中学生在跨进校门后并没有丧失他们的宪法权利。相反，学校如果确实是培育公民意识的场所，就需要给学生机会，让他们懂得，他们有权表达不受欢迎的政治观点而不受学校当局的惩罚。

玛丽·贝丝·廷克的话

那是个有自己活动内容的青少年组织。……我们决定戴黑袖章上学。那时候 (1965 年) 反越战运动开始扩大，虽然还远远没有达到后来的程度，但全国各地有相当一些人参加。我记得一切都是那么令人激动；所有人都为这个了不起的信念携起手来。我还小，但我仍可以成为其中一分子，而且仍然有重要作用。这不仅仅是成年人的事，小孩子也受到尊重：我们有话要说时，人们注意听。

所以，那时候我们就计划了戴袖章上学这件小事。计划在进行中，我们没认为有什么了不起。我们完全不晓得会有那样严重，因为我们已经举办过一些其他的小型示威，什么事也没发生。……

我们戴袖章的前一天，这件事不知怎么在我的代数课上被提起来。老师非常气愤，他说，如果班里的任何人戴袖章上学，就将被赶出他的课堂。我们接着就得知，学校行政当局作

出决定，禁止佩戴袖章。……任何戴袖章的学生都会被停学。

第二天，我去上学，整个上午都戴着袖章。同学们议论纷纷，但都很友好，没有恶意。我午饭一过就坐进了代数课教室。老师走进来，每个人都好像在悄声议论；他们不知会发生什么事。然后一个人来到教室门口说，玛丽·廷克，你到走廊里来。然后他们把我叫到校长办公室。……校长态度相当恶劣。之后他们就把我停了学。

[经西门和舒斯特成人出版集团自由出版社许可翻印，引自彼得·埃伦斯编写的《他们信念的勇气》。彼得·埃伦斯 1988 年版权所有。]

多年以后，反对另一届政府的外交政策的人在抗议时焚烧美国国旗，并立刻遭到逮捕。他们的辩护官司一路打到最高法院。法院裁决，他们的行为，虽然在多数美国人看来值得痛斥，但仍然属于“象征性的政治言论”，因此受《第一条修正案》的保护。也许，那个案子中最有趣的意见是最高法院保守派大法官安东尼·肯尼迪 (Anthony Kennedy) 的解释。他说明了为什么虽然他同上百万美国人一样痛恨烧国旗的行为，但他仍然认为法院必须判这样的人无罪。

安东尼·肯尼 大法官
对“得克萨斯州诉约翰逊案”
的赞同意见 (*Texas v. Johnson*)

1989

客观事实是，我们必须有时作出自己不喜欢的裁决。我们那样裁决是因为那是正确的，即根据我们所理解的法律和《宪法》必须得出那样的结论。我们是如此信守这一程序，以至除极少数案例外，我们绝不会对结果有迟疑或表示厌恶；这可能是因为担心那样做会破坏主导裁决的重要原则。本案属于那种极少数案例之一。……

虽然任何标志所代表的往往都是我们自己赋予它的意义，但国旗一向被用来表达美国人的共同信念，对法律与和平的信念，对人类精神

所寄予的自由的信念。今天这个案子迫使我们认识到坚持那些信念所需付出的代价。国旗保护蔑视它的人，这一点虽然痛苦，但至关重要。

虽然法院的这个裁决曾招致一片抗议声浪，但慢慢地，随着理性声音的出现，抗议声逐渐消失。对言论自由的最旗帜鲜明的辩护，来自前越战战俘詹姆斯·沃纳 (James H. Warner)。

詹姆斯·沃纳 1989 年 7 月
11 日写给《华盛顿邮报》
(*The Washington Post*) 的信

1989

当我 (从越南获释后) 走出机舱时，一抬头看见了国旗。我屏住呼吸，眼泪夺眶而出，我含泪向国旗敬了一个礼。我对国家的爱从来没有像那个时刻那样强烈。……我不能让自由打折扣。见到烧国旗让我心痛，但我不与那些想惩罚烧国旗的人为伍。……

我记得在 (北越人进行的) 一次审讯中，他们给我看一些抗议越战的美国人烧国旗的照片。“看，”那个军官说，“你们国家的人抗议你的事业。这证明你是错的。”

“不，”我说，“这证明是我正确的。在我们国家，我们不害怕自由，即便这意味着有人不同意我们的意见。”那个军官立刻跳起来，脸色怒得发紫。他用拳头砸着桌子，尖叫着让我闭嘴。就在他咆哮的时候，我惊讶地在他的眼里看见了痛苦和畏惧的神色。我从没有忘记过那个神色，也没忘记过我使用他手中的武器——那张烧国旗的照片——回击他所带来的满足感。……我们不需要修改《宪法》去惩罚那些焚烧我们国旗的人。他们烧国旗是因为仇恨美国和畏惧自由。有什么能够比针锋相对的自由思想更能刺痛他们呢？传播自由。……不要畏惧自由，它是我们手中最好的武器。

布兰代斯大法官 70 多年前的教诲产生了效果——回击坏言论的方法是更多言论，从而使人们得以了解、辩论和选择。

* * * * *

如果人们一般能够对政治言论自由给予接受，那么对其他类型的言论呢？《第一条修正案》是否像雨果·布莱克大法官（任职于1937年至1971年）所解释的那样绝对，以至政府不得审查或惩罚任何类型的言论呢？还是说，是否有某些言论不在“言论条款”的保护伞之下？作家、艺术家、商人、偏执狂、抗议人士、互联网记者发表的任何言论，无论多么冒犯或令人不安，是否都得到《宪法》的保护？对这些问题没有简单的答案。在这些问题上没有社会共识；也没有最高法院针对各种言论的明确裁决。随着公众情绪的变化，随着美国社会越来越多元化和开放，随着新兴电子技术越来越渗透到美国生活的各个方面，《第一条修正案》的含义像过去常见的那样，再次发生变化，特别是在非政治性言论方面。

1940年代早期，最高法院以相当明确的语言宣布，《第一条修正案》不保护淫秽或诽谤言论、争斗言论、或商业言论。但法院在最近几十年里受理了所有这些方面的案子；虽然没有对这些言论给予全盘保护，但确实把很多内容纳入了“言论条款”的保护

范围。对法官的裁决不乏批评意见，而且可以保险地说，如果法官为这些问题绞尽脑汁，那么在公众舆论方面也同样充满了迷茫和不同意见。而这是应有的情形。最高法院不可能指望人们对法官的裁决俯首听命。相反，法院常常反映出社会和政治风俗的变化；最高法院的法官在尽力辨明制宪者的初衷的同时，还必须努力把初衷的精神运用到现代生活的现实中来。这一点有时候不难做到。但是，即使在法院作出艰难和有争议的裁决时，例如烧国旗一案，也必须有一定的公众理解为基础，也就是，他们了解为什么有必要作出这样的决定，以及这个决定与更广义的现代生活的连带关系。

法院和人们所面对的难题是，如何划分受保护与不受保护言论的界线。有些方面，如给淫秽言论下法律定义，一直没有得到公众的支持，原因是，淫秽这个概念本身就不是客观和容易定性的。正如法院所指出，一个人的淫秽之词对另一个人可能是抒情诗；冒犯这个人的言论，不一定冒犯那个人。但是，这属于《第一条修正案》所要保护的内容吗？艺术表现方式，特别是在它们背离当今的美学或道德标准时，是《第一条修正案》的制定者有意保护的對象吗？



同样，美国 20 多年来一直都在辩论所谓金钱对选举程序的侵蚀。曾经出现过多次努力，旨在控制竞选筹款和用款方式，并限制个人捐献的数额。但是，多年前，最高法院裁定，资金从某些意义上来说是言论，当用它来进一步表达政治主张的时候，不可对它实施限制。由此，人们看到又一个有待澄清的问题，这就是，言论自由的观念究竟可被延展到什么范围而不至与其他同样宝贵的民主观念——如公平选举——发生抵触。

或许，美国人民和司法制度正在面临的最艰巨任务，是确定《第一条修正案》将如何保护新型电子技术。万维网 (Worldwide Web) 是否只是霍姆斯大法官所说的思想市场的另一种形式？鉴于也许有一天世界上的每一个家庭都能接触到网上信息，每一个人都有机会上网向全世界表达自己的观点，《第一条修正案》是不是变得没有意义了？

在美国，人们在继续就包括上述问题在内的很多问题展开辩论——在法庭、国会听证会、总统委员会、大学、公共论坛，也在个人家庭中。在人民的各项权利中，没有哪一项比言论自由更受珍视，更容易受到观念变化的影响。但大多数美国人认识到，就像布兰代斯大法官所指出的，他们作为公民的责任，使他们不仅有机会提出不受欢迎的观点，而且也必须听取其他人表达他们的观点，只有这样，民主程序才会有效。霍姆斯大法官说过，《第一条修正案》不是为了保护与我们一致的言论，而是为了保护我们所痛恨的言论。虽然这一点并不总令人舒坦，但人们承认它千真万确。 ■

相关读物

Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone, *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era* (Chicago: University of Chicago Press, 2002).
Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States* (Cambridge: Harvard University Press, 1941).
Michael Kent Curtis, *Free Speech: The People's Darling Privilege* (Durham: Duke University Press, 2000).
Harry Kalven, *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America* (New York: Harper & Row, 1988).
Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (New York: The Free Press, 1993).

第四章

新闻自由

国会不得制定法律……限制言论自由或新闻出版自由……。

《合众国宪法 · 第一条修正案》

新闻自由是人民的一项宝贵权利，但它与人民享有的其他自由不同 — 它既是个人的权利，也是机构的权利。它不仅指个人有权利表达意见，而且也指文字和广播媒体有权利发表各种政治观点和采集、报道新闻。因此，新闻自由是民主社会的基石之一 — 如 20 世纪美国专栏作家沃尔特 · 李普曼 (Walter Lippmann) 所述：“新闻出版自由不是特权，而是一个伟大社会的有机组成部分。”的确，随着社会发展日益复杂，人们越来越需要通过报纸、广播、电视来了解世界的新闻、舆论和政治观点。新闻自由重要性的一个标志就是，当反民主势力一旦控制国家，他们的第一个举动往往就是压制新闻。

托马斯 · 杰斐逊
论新闻自由的必要性

1787

我们政府的基础是民意，最首先的目标应是保持那项权利；倘若要我来决定我们是应该有政府而没有报纸，还是有报纸而没有政府，我会毫不迟疑地选择后者。

言论与新闻自由的起源几乎相同，因为根据英国法律，批评政府的言谈，无论书面还是口头，都可受到惩罚。无论出版内容属实与否，政府视批评本身为祸害，因为它对政府官员的正直可靠性提出质疑。向真正的新闻自由 — 人们可以不担心政府报复而发表自己的观点 — 的发展不是平坦的。18 世纪中期伟大的英国法律评论家威廉 · 布莱克斯通爵士宣称，新闻自由虽然关系到一个自由国家的本质，但它也可以也应该受到约束。

威廉 · 布莱克斯通爵士
《英国法律评注》

1765

褻瀆、不道德、謀反、分裂、煽動叛亂、或惡毒誹謗一概受英國法律懲罰，……按照正當理解，這絕沒有侵犯或踐踏新聞出版自由。新聞出版自由實系一個自由國家之基本實質；但其含義在於不對出版實行預先制約，而並非意味發表犯罪言論不受懲罰。每一自由人無疑有權利在大庭廣眾暢所欲言；禁止這樣做乃是破壞新聞出版自由。但一個人若公開表達不正當、有危害或不合法之詞，則必須為其冒失承擔後果。

但是，“褻瀆、不道德、謀反、分裂、煽動叛亂、或惡毒誹謗”的定義是什麼呢？實際上，它們完全任憑政府下定義，說到底，任何對政府的政策或領導人的哪怕是溫和的批評，都會導致坐牢或更惡劣的後果。依據這種主觀判斷，真相完全無足輕重。

美洲殖民者將英國普通法帶到了大西洋彼岸，殖民地的官員如同故鄉的主人一樣容不得新聞出版自由。1735 年，紐約皇家總督威廉 · 科斯基 (William Cosby) 指控報紙發行人約翰 · 彼得 · 曾格煽動誹謗，因為曾格對總督把一位在一個重大案件里作出對總督不利的裁決的法官撤職提出批評。按照布萊克斯通闡述的傳統原則，曾格有權利發表他的批評意見，而現在必須承擔其後果。但是，曾格的律師，安德魯 · 漢密爾頓 (Andrew Hamilton) 說服陪審團定曾格無罪，理由是，曾格所發表的情況屬實。雖然後來又經過了很多年，“屬實”才成為被英美法律接受的反駁誹謗罪指控的絕對依據，但這個案子成為一個有重要政治意義的先例。由於美洲地區的陪審員不肯給公開真相或甚至發表觀點的人定罪，因此，皇家官員

很难在殖民地提出煽动诽谤罪的起诉。到了独立战争时期，尽管有成文法律，但殖民地出版商皆无拘无束地对王权和皇家总督进行抨击。

鉴于几乎所有美国新成立的州在独立时都采用英国普通法，包括其中对新闻出版的规定，因此，很难说宪法《第一条修正案》的“新闻出版条款”(“Press Clause”)的起草人是否有意采纳曾格案的教训。1789年国会在美国与法国的短暂冲突中通过的《煽动叛乱法》，允许在对有关诽谤美国总统和政府罪的指控作出反驳时，把真相作为辩护的依据。但这一法律在实施中被蒙上了一种对杰斐逊派共和党人的敌意和党派对立色彩。联邦党人的法官实际上不理会有关真相辩护的规定，而是效仿他们的英国同行，只要言从口出即当诽谤处治。例如，佛蒙特州一家报纸的发行人马修·莱昂(Mathew Lyon)批评约翰·亚当斯总统“无止境渴求荒谬的炫耀，愚蠢谄媚，自私贪婪”。为此，他被罚款\$1000美元，并坐牢四个月，直到筹齐资金支付罚款为止。

《煽动叛乱法》于1801年失效，在其后的一个世纪里，除了内战时期制定的一些限制以外，联邦政府从没有任何违反“新闻出版条款”的行为。诽谤从刑事案件逐渐基本变成了民事案件，一些名人自己提出民事诉讼，以保护个人声誉。国会在第一次世界大战期间通过另一项《反叛乱法》，就像在前面“言论自由”一章中所指出的，与这一法律有关的案件主要被作为言论自由问题处理，

并且导致采用“明显而现实的危险”这一判断标准。但是，就新闻自由而言，其重大发展是直到1930年代初期——也就是预先制约的理念重新复活时——才开始。在发展真正的新闻自由的过程中，报界发现最高法院是强有力的同盟；正是最高法院把《合众国宪法》的《第一条修正案》中所包含的“或新闻出版自由”几个字变成了保护新闻自由的强大盾牌。

* * * * *

“新闻出版条款”的现代法学理念始于1931年“尼尔诉明尼苏达州案”(Near v. Minnesota)这一具有里程碑意义的案子。尽管初看上去，这个案子好像不外乎重申了布莱克斯通有关预先制约的学说，但是实际上，它是将那一说学发展、进而形成强大和独立的新闻业的第一步。

明尼苏达州通过一项类似于其他州的法律，准许将“恶意、造谣中伤或诬蔑性的”刊物作为公害予以禁止。但在这个案子里，通过这项法律的



目的是为了关闭《星期六新闻报》(Saturday Press)。这家报纸除了刊登对黑人和其他族裔的种族攻击言论外，还刊登了一系列揭露地方政客和商界领袖腐败行径的文章。州法院欣然关闭了《星期六新闻报》，但是这家报纸向最高法院提出上诉。首席大法官查理斯·埃文斯·休斯(Charles Evans Hughes)把《第一条修正案》的“新闻出版条款”应用于州政府(以前只被用于国会)，并且重申这一观点：除非在战时紧急情况下，任何政府都不得对报纸的宪法权利——出版——加以限制。这并不意味着报纸不能因其他原因而受惩罚或不能被人指控诬蔑而受起诉。但是，这个判决为30多年后的两项重大发展奠定了基础，而那两项发展构成了现代新闻出版自由的支柱。

第一项发展起源于1960年代的民权运动。那时，大多数州的法律没有关于设立预先制约的规定，但是，如果刊登的内容是恶意的或者哪怕只是有误，法律便允许提出诬蔑人格的民事诉讼。当时，阿拉巴马州蒙哥马利市倡导民权的活动人士和警察发生摩擦，一些民权组织和个人在《纽约时报》(The New York Times)上刊登了一整版题为《听一听他们高涨的声音》的广告，详述民权工作者面临的困难并请求资助他们的事业。广告虽然没点阿拉巴马蒙哥马利市警察局局长沙利文(I.B.Sullivan)的名字，但沙利文对《纽约时报》提出起诉，理由是，广告中有事实错误，破坏了他的公职声誉。地方陪审团判沙利文获胜，要求《纽约时报》向他赔偿50万美元。

沙利文控告报社不是因为事实误差很大(广告中有一句话说马丁·路德·金[Martin Luther King, Jr.]博士7次入狱，而实际是4次)，而是因为南方人把新闻界当作民权斗争中的对手。每次有示威人士挨打或被逮捕时，报界都不仅向全国而且向全世界报道。《纽约时报》不仅是全国领先的报纸，而且也是最大和最成功的报纸之一。如果能重罚它(50万美元在1964年是一笔巨额)，较小的和没有那么成功的报纸就会在报道民权运动时三思而行。换言之，如果允许这个判决成立，将对《第一条修正案》保护的新闻出版自由权利造成“令人寒心的”严重影响。

最高法院不仅推翻了这个判决，而且远远超越了从英国继承的无预先制约的原则；它取消了对刊登涉及政府官员及其公职表现的报道的一切处罚，除非报社明知消息不属实、但为恶意中伤政府官员的名声而照样刊登发布这一消息。这个裁决虽然没有允许报纸刊登一切，并仍使公民个人有权提出诽谤诉讼，但它确定了关于新闻出版自由的一个重大问题，即新闻界能够完全地、无拘束地对政府和政府官员进行报道。虽然时而会有疏忽性的错误，但这没有关系；法院的解释是，“紧迫”新闻的过程中常会出现错误。但公民需要知情，以诽谤为由威胁报刊履行其职责是不能被容许的。

小威廉·布伦南 (William Brennan Jr.) 大法官关于“纽约时报诉沙利文案”的意见书 (New York Times v. Sullivan)

1964

我们是基于全国深深信奉的一项原则来考虑此案的，这项原则就是：对公共问题的辩论应该是无拘无束的、活跃的和广开生面的，而且其中很可能包含对政府和政府官员强烈的、刻薄的、有时不愉快的尖锐攻击。此案中的这个广告，作为表达不满对我们时代的一个重大公共问题的抗议，看来显然是合乎宪法保护的。问题在于，某些事实陈述上的错误和被告提出的诬蔑指控是否使它失去宪法的这一保护。历来对《第一条修正案》所提供的保障的权威性解释，都从不承认对证明真相这一点存在任何例外——无论是由法官、陪审员、还是行政官员来证明——尤其不能责成说话人证明真相。‘宪法保护’不要求证明所发表的思想 and 信念的真实性、受欢迎程度或社会实用性。……有损政府官员的名声不比事实有误更能够成为压制自由言论的理由。……对政府官员行为的批评，不因为它一针见血和因此降低了政府官员的声誉而失去宪法的保护。

形成现代新闻自由的第二个支柱，是所谓“五角大楼文件”案 ("Pentagon Papers" case)。案子是由一份国防部文件被反对美国卷入越战的一名政府文职雇员偷出公布于众而引发的。文件是1967年布置进行的大规模历史回顾的一部分，不涉及与当时在东南亚的军事行动有关的秘密情报。但是，文件的确暴露了导致林登·约翰逊 (Lyndon Johnson) 当政期间美国进一步卷入越战的决策思维及判断错误。虽然当时是新一任总统理查德·尼克松 (Richard Nixon) 坐主白宫，但他反对发表这些文件，理由是它可能对国家安全利益产生不利影响。

《纽约时报》于1971年6月13日开始发表五角大楼文件。当政府很快从法院获得禁止发表的临时禁制令时，《华盛顿邮报》开始刊登它获得五角大楼文件的抄本。在政府到法院去禁止《华盛顿邮报》之后，《波士顿环球报》(The Boston Globe) 拾起了接力棒。由于下层法院对能否确实施加这种预先制约性质的禁令意见不一，也由于政府希望尽快解决这个问题，因此最高法院同意从速受理这个案子。虽然司法审理经常被人指责为速度缓慢，但最高法院法官这次行动神速。他们在星期五同意受理此案，第二天就听取口头辩论，在其后的星期二，也就是《纽约时报》开始刊登文件后的第17天，作出了裁决。

裁决以前所未有的最明确的语言指出，政府无权审查报纸或阻止披露可能引起难堪的信息。其中三位大法官认为，政府本来就根本不应从下级法院获得禁令，并批评下级法院宽容这类预先制约的企图。虽然法院没有说在任何情况下都不得设制预先制约（在诸如战时紧急状态下明显具有敏感性的信息仍然被列为例外），但是显然，五角大楼文件的材料不属于例外。

威廉·道格拉斯大法官 对“纽约时报诉合众国案”的 赞同意见 (*New York Times v. United States*)

1971

这些披露可能产生严重影响。但那不是给新闻出版施加预先制约的理由。……《第一条修正案》的主要目的，是禁止政府对难堪信息的普遍压制。全国正在围绕我们在越南的态势展开大规模辩论。对公共问题进行公开的辩论和讨论，与国家健康极其攸关。

不是所有人都同意法院的意见。退役将军、前驻越南大使马克斯韦尔·泰勒 (Maxwell Taylor) 表达了政府内部许多人对法院裁决的不满。他说，一个公民的知情权限于“那些他作一个好公民和尽其职能所需要知道的事”，只此而已。但是，法院裁决的根本目的，其实就是让公民履行自己的义务。道格拉斯大法官指出，全国正在围绕美国在越南扮演的角色进行重要辩论，如果不许公民得知重要的信息，他们怎样尽公民的义务和明智地参与辩论呢？

* * * * *

但是，《纽约时报》、《华盛顿邮报》和其他主要报纸并不是个人，而是大企业，拥有数以千计雇员和数百万美元的资产。给予新闻出版机构——它们往往具有商业实体形式——这么大的自由度与人民权利呈什么关系呢？对此人们有必要回忆一下“言论自由”一章里谈到的布兰代斯大法官论公民义务的一段话：“公共讨论是一种政治职责；这应该是美国政府的一项根本原则。”但是，为了参加这种讨论，为了履行作为公民的职责，人们必须掌握信息。准确的信息不总是直接来自政府，但却可能来自独立的消息来源，而维护自由与民主，就是要靠这些来源能够完全独立和无所畏惧。

托马斯·卡莱尔 (Thomas Carlyle) 论新闻 1841

伯克言，议会有三权；但就座于彼端记者台者为第四权 (Fourth Estate)，且重要性远胜于三权之和。这并非比喻，亦非妙语；而是实在的事实——此时此刻对我们非常重要。

伯克称新闻出版业为“第四权”的意思是，新闻对公众舆论具有的影响力使它成为管理国家时的一个重要资源。今天，我们对新闻自由的作用的理解有所不同，但仍将它视为一种准社会机制。波特·斯图尔特 (Potter Stewart) 大法官认为，新闻自由是揭露腐败和保持政治程序公正所不可缺少的因素。他的最高法院同事威廉·道格拉斯也表达过同样的看法，他说，新闻出版落实了“公众知情权。知情权是民主的关键”。

波特·斯图尔特大法官 论新闻出版自由的作用 1975

对“新闻出版自由”的保障，从根本上说，是《宪法》的一个机构条款。《权利法案》中的其他大部分条款针对的是保护个人的具体自由或具体权利。……而“新闻出版自由条款 (Free Press Clause)”为机构提供了保护。

新闻界履行其机构角色的一个范例涉及刑事司法制度。除了在其他章节中讨论的对被告权利的保护之外，公民需要知道实施司法程序的效力。审判是否公正？是得到迅速处理、还是受到拖延以至造成磨难？然而，一般人没有时间去地方法院旁听审判，也没有时间连续多个

小时收看有线电视转播的某些审判。他们是从新闻报道中获得消息，无论是从早报，还是从晚间电视或广播新闻。如果禁止新闻界旁听审判，那它就不能提供这一对“民主至关重要”的讯息。

但是，如何兼顾公平审判的需要呢？如果罪大恶极，如果地方民情高涨，如果过度的舆论会影响挑选组成公正的陪审团，那么是否应该把新闻界排除在法庭之外？根据最高法院的裁决，回答是否定的。首席大法官沃伦·伯格 (Warren E. Burger) 认为：“预先制约言论与出版是对《第一条修正案》所保护的权利的最严重和最不能容忍的侵犯。”法官手中有各种各样处理这类情况的办法，包括对被告和原告律师的禁令、把开庭地点改到一个不太情绪化的地方，以及将陪审员隔离等等。

有关新闻界报道审判的要案是1980年的“里士满报业公司诉弗吉尼亚州案” (Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia)。由于一家自由媒体的努力，这个案子巩固了人民知情的权利。在这个案子中，一个人因谋杀被捕，但各种各样的问题导致三次审判无效。于是，当第四次审判开始时，法官、检察官和辩护律师一致认为，应该不将审判对旁人和新闻界公开。

当地报纸提起诉讼，向法官的决定提出挑战。最高法院在其作出的重要裁决中，平衡了《第一条修正案》与《第六条修正案》 (The Sixth Amendment)——新闻出版自由的权利与得到公平审判的权利——的关系，法院认为，二者相辅相成。《第六条修正案》保障“及时和公开审判”的含义是，不仅保护被告不遭受秘密的私刑审判，而且还保护公众旁听和目睹审判的权利。鉴于弗吉尼亚州，或甚至里士满市的全体民众，显然不可能都去旁听审判，因此，必须允许新闻界旁听和报道审判，协助确保审判公正进行。

首席大法官沃伦·伯格
关于“里士满报业公司诉弗吉尼亚州案”的意见书

1980

《权利法案》是在审判应予公开这一悠久的历史背景下产生的。当时，公众旁听审判的权利被视为审判程序的一个重要方面；在“愿来多少就来多少的民众前面”举行审判被看作是“自由英国宪政的不可估量的优势”。《第一条修正案》所保护的言论和新闻出版等自由可以被理解为是对每个人出席审判的权利的保护，从而使那些明文规定的权利具有意义。”《第一条修正案》不仅限于保护新闻出版和个人言论，而且也禁止政府对公众获取信息的来源施加限制。”言论自由意味着某种听取的自由。在很多情形中，本法院都曾提到《第一条修正案》赋予的获取信息与观点的权利。就审判而言，《第一条修正案》对言论和出版的保障本身就意味着禁止政府断然关闭在《修正案》诞生以前就早已对公众敞开的法庭大门。”因为《第一条修正案》的语言并非模棱两可。……它必须被视为——按照一个热爱自由的社会解读——用明晰的语言所能表达的涵盖范围最广的一项规定。

虽然这个案子涉及的是刑事审判，但其理念同样适于民事审判。最高法院大法官小奥利弗·温德尔·霍姆斯（任期 1902 年 -1932 年）曾说过，公众监督是正当行使司法的保障。他写道：“[民事]案件的审判应该在公众的注视下进行，这不是因为一位公民与另一位公民之间的纠纷需要公众关注，而是因为这是一个最佳时刻，让那些行使司法的人应该永远凭公共责任感行事、让每一个公民满意地亲眼目睹执行公务的方式。”

近年来的技术发展把公众出席旁听审判的概念推入了一个新阶段。虽然在法庭使用摄像机目前不属于宪法权利，但许多州已经立法，允许转播审判。当电视最初问世的时候，由于摄像机的体积、对灯光的要求和每人都需要接话筒等原因，转播审判不切实际。今天，只需少数几架几乎不为人看见的小型摄像机就可拍

下整个法庭，操作控制可在隔壁房间或在外面停放的一部面包车里进行。虽然转播审判一开始只是试验性的，但实践说明，电视转播审判颇受欢迎。一个叫作电视法庭 (Court TV) 的美国有线电视网，专门转播审判以及律师和法学教授的评述。在这里，媒体继续扮演公众与司法体系之间的中介角色，而通过这种新方式，观众更好地了解正在发生的情况。

（同样，国会两院的会议、国会听证会和州议会会议，通常得到有线广播网——尤其是公共事务卫星有线电视网 (C-SPAN)——的转播，这是媒体在民众与政府之间发挥搭桥作用的又一个例子。）

* * * * *

从《第一条修正案》的“言论和新闻出版自由条款”引申而来的“知情权”，在美国政治与司法观念中是一个较新的概念，但由此我们可以再次看到，民主体制和随之而来的自由，不是静止不变，而是随着社会本身的变化而演变。“人民知情的权利”与新闻自由紧密相关，但它是以更宽广的民主体制作基础。如果我们把民主体制理解为亚伯拉罕·林肯所说的“民有、民治和民享的政府”，那么，政府的事务实际就是人民的事务，而这也是自由的新闻机构的角色与公民的民主关怀的汇合点。这不是个简单的问题。人民和新闻界不必知道政府中的一切事务。显然，有关国家安全问题、外交事务和制定政策的内部辩论，不必当即受到公众审视。正如研究《第一条修正案》的

近年来的
技术发展
把公众出
席旁听审
判的概念
推入了一个
新阶段。
虽然在法
庭使用摄
像机目前
不属于宪
法权利
但许多州
已经立法
允许转播
审判。

权威人士、法学院教授罗德尼·斯莫拉 (Rodney A. Smolla) 所述：“民主政府在很大程度上应该是公开和透明的政府。然而，即便是最公开和民主的政府，在某些情形下，为良好地运作，也需要有某种程度的秘密或保密。”

虽然这听起来合情合理，但其实却包含着两股相互竞争的势力。一方面，所有层次的政府官员，即使是在民主社会里，都不情愿向新闻界或公众传递信息；另一方面，受公众支持的新闻界经常希望获取多于它理应得到的信息。为解决这一矛盾，美国国会于 1966 年通过了《信息自由法》(Freedom of Information Act, 通常简称 FOIA)。这项法律是应新闻界和公共利益团体的要求制定的，新闻界和公共利益团体提出，旨在使公众了解情况的现行联邦法律经常带来相反的效果。在对这项法律的解释中，法院的一贯立场是，将信息公布于众属于常规，联邦政府部门必须对公民了解情况的要求作出及时和认真的答复。继联邦法律之后，各州也都制定了类似的涉及州政府运作情况及档案资料的信息自由法规。

根据这一法律，公民个人和新闻机构都可以提出获取信息的要求，不过实际上，大多数要求是新闻机构提出的。个人，即便是训练有素的研究人员，很难找到充足的线索作为按照《信息自由法》索取信息的根据；而报纸和电视台拥有大批雇员，可以安排几组人马来处理一个问题，它们也拥有支付复印大量文件所需要的资金。显然，新闻媒体，无论是文字还是广播，都不可能调查政府的每一项运作，采访每一个审判、报道每一次立法会议，但是，正因为这样，新闻自由才对民主体制具有关键作用。个人可以受益于来自新闻社或地方报纸的多方报道，可以观看电视转播的听证会或审判，甚至可以从互联网的众多新闻与评论网站获益。自从人类脱离小村落生活模式以来，从没有哪个公民——只要他/她愿意——可以对政府的运作如此了如指掌。这种知识使他/她能够明智地投票，签署支持或反对某一提案的请愿书，给立法院写信，以及履行作为公民的一般义务。没有新闻自由，就不可能做到这些。

* * * * *

但是，新闻界会不会走得太远呢？任何自由走到极端都会导致限制。一方面，很多人拍手称赞新闻界揭露政府的腐败，另一方面，他们也哀叹那种为获取有关所有政府官员和公共人物的各种信息而带来的对个人隐私的侵犯。这种担心是切实的，并主要通过法院得到处理。法院在扩大《第一条修正案》的保护范围的同时，设立了一些限制。虽然新闻机构对每一条限制都鸣冤叫屈，认为它破坏了新闻自由享有的宪法保护，但从整体而言，这些制约表明了一个符合常理的态度，即新闻自由并非意味着它不受制于一切正常的社会制约。这些制约包括，在政府需要得到刑事起诉的证据时，限制记者将消息来源保密；当普通公民而不是政府官员受到诬蔑时，追究民事责任；以及限制进入某些政府设施，如监狱。此外，新闻界抱怨，当美国展开军事行动时，记者被拒绝前往第一线报道。也许，判断这个问题的最好方法是问一问，如果将这些制约用于个人是否合理，而在大多数情况下，它们是合理的，因为很难想像有令人信服的理由允许任何个人在监狱四处行走，或信步战场前线。我们虽然期待新闻界为我们采集信息，但我们也认识到这是有限度的。

另外，还有批评指出，新闻界报道那些与政府官员履行公职的能力关系不大或毫无关系的事情，侵犯了政府官员的隐私权。近年来，特别是随着互联网和有线电视的发展，出现了无数关于包括总统在内的所有政府官员私生活的消息，同时，围绕着这种报道趋势将会走多远或应该走多远，也出现了活跃的辩论。这种公开示众的做法令很多人感到不安，他们认为，在公、私之间应该有明显分界，应该把公事行为置于光天化日之下，而对私人生活不予理会。其他一些人则认为，不存在这种界线；男男女女个人生活是什么样，非常能够说明他们的道德品质，而这一点是人民投票选举政府官员时有权考虑的因素。

1980 年代末，记者发现一位计划竞选总统的国会参议员有婚外情。这个消息打破了这位参议员入主白宫的一切希望，他斥责新闻界说：“这不是 200 年前开国先父设想的情形。

"许多人感到他说得在理。不过实际上，一些开国先父也曾被意在揭丑的新闻界追踪过。亚历山大·汉密尔顿 (Alexander Hamilton) 和托马斯·杰斐逊都曾因有暧昧关系而受到报纸文章的恶言恶语，但他们谁都没有想用压制报纸声音来解决问题。

汉密尔顿自己利用报纸来作出回应。他承认与玛丽·雷诺兹 (Mary Reynolds) 有关系，但同时驳斥了对他的其他指责。就在临终之前，汉密尔顿为一个被审判法院判定诽谤罪的纽约出版商辩护。汉密尔顿对新闻自由的价值作了斩钉截铁的辩护发言，声言："新闻出版自由包含着基于诚意和合理目的公开事实而不受惩罚的权利。"在另一方面，杰斐逊选择对有关他与自己的奴隶萨莉·亨明斯 (Sally Hemmings) 有牵扯的指责保持缄默。但是，即使在他认为新闻报道百分之百充斥着对他和他盟友的谩骂的时候，他仍然坚信新闻自由对民主社会的必要性。他对一个朋友说："他们的报纸充满谎言、诬陷和放肆之词，但我将保护其撒谎和诬陷之权利。"

* * * * *

20 世纪初，新技术给过去的常理带来变化，同时也改变了人们对自由媒体的作用的想法。例如，很多年来，收音机和电视被视为受到较少保护的新闻媒介，因为当时人们错误地认为，无线电频率对容载多少广播台有严格的技术限制。因此，国会决定，法院也同意，广播频率为公共所有，电台被给予使用某一频率播放的许可。作为取得许可的条件，广播电台和后来的电视台必须遵从某些政府规定，而这些规定往往限制了他们采集新闻或播放观点评论的能力。有线和卫星系统的发展打破了广播媒介能量有限的概念，广播媒体开始与传统的印刷媒体并驾齐驱。

互联网的出现又向人们提出了许多问题，而且近期内不会找到答案。有史以来，一个人第一次可以做到以极少的投资，将自己的观点公诸于众——不仅向当地民众，而且向全世界！虽然一个人不可能有报纸或电视台那样的采集新闻的能力，但就发表观点而言，他/她可以向任何愿意倾听的人慷慨陈辞。而且，还有一些人成立起互联网新闻服务，即时提供专门的政治、天气、股票市场、体育和时装消息。除了印刷和广播媒体以外，世界上现在有了第三支新闻队伍：在线服务。

也许可以说，从人民权利这一角度来看，新闻从不会过剩。许多美国报纸在刊头上都印有《圣经》的话："你将得真知；真知将使你自由。"开国先贤相信，新闻自由是保护个人不受政府压制之必需。布兰代斯大法官认为，新闻自由提供了人们履行公民义务所需要的信息。就权利的性质而言，也许它在任何其他领域的变化都不如在新闻采集和传播领域的变化来得迅速，然而，其使命依然如故。《第一条修正案》的"新闻出版条款"继续是维护民主和人民权利的根本保障。 ■

相关读物

Fred W. Friendly, *Minnesota Rag* (New York: Random House, 1981).
Elizabeth Blanks Hindman, *Rights & Responsibilities: The Supreme Court and the Media* (Westport: Greenwood Press, 1997).
Anthony Lewis, *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment* (New York: Random House, 1991).
Lucas A. Powe, Jr., *The Fourth Estate and the Constitution: Freedom of the Press in America* (Berkeley: University of California Press, 1991).
Bernard Schwartz, *Freedom of the Press* (New York: Facts on File, 1992).

第五章

携带武器的自由

管理有序的民兵是自由国家的安全之所需
故人民拥有和携带武器的权利不可侵犯。

《合众国宪法·第二条修正案》

对 《第二条修正案》 (The Second Amendment) 关于带武器权利的解释是涉及民权的最有争议的问题之一。与言论自由权利和保护刑事被告人权利不同的是，最高法院很少审议过涉及这项权利的问题，因此，对《第二条修正案》没有任何权威性的司法解释。但是，围绕《第二条修正案》的意义以及《宪法》是否允许就管制枪支立法，以及如果允许，应是什么程度，美国公众、国会和州立法机构在不断进行辩论。主张严格管制的人以高犯罪率和每年无论蓄意还是意外遭枪杀的人数为根据；反对派则争论说，不是枪杀人，而是人杀人。事实是，美国私人手中的枪支比世界上大多数国家内的私人枪支多，而且，好莱坞电影以及电视节目使人们对美国形成了一个相当不正确的印象，认为美国是一个人人带枪和用武力解决纠纷的国家。

这些分歧往往使《第二条修正案》的起源、它被纳入《权利法案》的原因、以及数百万拥有枪支的美国人是用它来从事打猎和体育竞赛等非犯罪活动的事实，被激烈辩论的声浪所吞没。两派过激的言辞制造了大量情绪，但没有带来多少启示。

* * * * *

现代步枪是从大约在 14 世纪中叶发展起来的火枪演变而来的。与现代步枪相比，火枪既笨重又难用，但战斗力很强。到了 17 世纪中叶英国内战时期 (English Civil War)，在绅士阶层中拥有火枪及较小型手枪的人已经很多。詹姆斯二世 (James II) 在被 1688 年英国 " 光荣革命 " (Glorious Revolution) 废黜时受到的指控之一，就是他为在英国恢复天主教而使 " 新教教徒被解除了武装，而罗马天主教徒却违法拥有武器并受到聘用。 " 英国于 1689 年通过《权利法案》的时候，拥有枪支似乎已成为人民的一项权利。

威廉·布莱克斯通
《英国法律评注》

1765

国民的第五项、也是最后一项附属权利是……拥有法律所许可的与其情况相应且适度的防卫武器……。在社会与法律规则不足以约束暴力压迫时，作为受到正当规范的一项公共许可，它的确是一种抵抗及自我保护的天赋权利。

但是，这段话指出了在辩论中常常被忽视的事实，即英国对拥有枪支具有严格规定。唯有贵族和绅士才可以拥有武器；普通公民没有携带武器的权利。

正如新近的研究表明，私有枪支在英属殖民地也比较有限。但由于存在着来自敌对土著人部落的威胁，殖民地居民必须有自卫能力；在居民较多的地区人们依靠民兵，而不是职业的常规部队。所有身强力壮的男子都要为公共防卫出力，武器库存集体所有，在操练或需要时分发，用后归还军械库。后来，随着定居点日益分散，住家变得远离主要乡镇，有必要具备个体自卫能力，而这使身强力壮的男子必须至少每人一支枪。妇女也往往学会用枪。

在美洲殖民地和联邦制初期，政府自始至终对拥有枪支给予严格规定。一方面，地方法律要求 18 至 45 岁的男子拥有枪支以便参加民兵，另一方面，法规完全禁止某些群体——如天主教教徒、奴隶和契约役工——拥有枪支。

新生生的合众国在对大不列颠的革命战争中所依靠的，是由州民兵扩大的半正规、半受过训练的大陆军 (Continental Army)。虽然在后来的岁月里民兵的作用被高度夸大，乔治·华盛顿也出于政治目的而赞誉民兵，但事实上，

民兵始终是华盛顿的在行政和军事上的一个棘手问题。这些民兵通常缺乏训练（大部分训练内容是在村中草地上齐步走，而后是联欢会），且更缺乏纪律，不能被作为可靠的武装力量。

乔治·华盛顿论民兵

依靠民兵绝对是依靠一根残缺的拐杖。他们刚被脱离开温馨家室；不习于军中的喧嚣；完全不识一切军事技能，加之缺少自信，面对有正规训练、纪律严明、装备齐整、知识与武器均占优势的军队，他们胆怯，随时会望风而逃。……若让我发誓评断民兵总体而言是利、还是弊，我当言后者也。

然而，在某些方面，民兵确实发挥了作用，哪怕仅就为这个新生国家在革命战争中输送了40万兵源这一点而言。它还促使这场革命成为真正的基层行动，因为几乎每个村镇都有人在华盛顿将军指挥的军中服役。

尽管民兵在1790年代末非常广泛，但州政府并没有放弃对枪支的控制。规定什么人可以有枪的法律在战时和战后一直存在。州法要求私人在有军事需要时，把枪支上交政府。在宾夕法尼亚州，只有宣誓效忠州政府和新成立的国家的公民才可以拥有武器；那些拒绝宣誓效忠的人可能被强迫交枪。在许多州，法律继续禁止天主教教徒、犹太教徒、奴隶、契约役工和无财产的白人拥有枪支。此外，州政府对枪支实行调查统计的做法——即登记所有武器的型号和拥有人——一直延续到19世纪。一项学术研究指出，在1790年，在有资格拥有枪支的白人男子中，实际拥有枪支的人不到14%。因此，可以公平地说，在《第二条修正案》经各州批准的时候，所有13个州都对枪支有相当大的控制，而不存在不受限制地拥有枪支的权利。

* * * * *

《第二条修正案》的形成必须被放在美国人不信任常备军的背景中加以理解；这种不信任感从英国时期产生，并且由于英王政府在1776年独立前的20多年中的举止而加剧。托马斯·杰斐逊在《独立宣言》中列举殖民

地居民对乔治三世 (George III) 的不满时写道：“他在这里，在和平时期，不经我议会同意维持常备军。他力图使军队独立于文职政府并凌驾于文职政府之上。”《独立宣言》的另外几项控诉直接涉及美洲土地上驻扎的常备军以及英国没收美洲居民武器和弹药的做法。

在1787年的制宪会议上，代表们针对常备军和民兵的可取性进行了辩论。但是，除了授权国会召集和资助陆军与海军以外，没有讨论私有武器问题。不过，在批准《宪法》的辩论过程中，反对《宪法》的人对这份文件缺少有关权利的法案表示不满，他们认为欠缺的权利之一，便是为使民兵有兵源而让公民保持私人武器的权利。过去对常备军的那种恐惧尚未消失，反对联邦制的人担心，有常备军作后盾的强大的国家政府会强暴人民的自由。许多州为批准《宪法》所设立的条件包括，尽快增添权利法案，为民兵需要而拥有枪支是被列在其中的权利之一。

弗吉尼亚审批会议 *(The Virginia Ratifying Convention)* 1788

[我们认为]民众有权持有和携带武器；由训练有素的民众组成的管理有序的民兵，是一个自由州的正当、自然、安全的防卫手段。常备军在和平时期威胁自由，故只要社区情形和保安状况允许，应予以避之；且在任何情况下，军队应隶属并受制于文职政府。

根据《宪法》召开的首届国会的确起草了《权利法案》，各州在1791年予以批准。除某些文字上的改动外，《第二条修正案》的成形看来没有引起什么争议。另外，一些学者指出，起草人就一些基本前提取得了一致意见，即公民应具有加入民兵保卫州和国家的宪法权利，而为了使民兵能够存在，个人必须享有拥有武器的权利。当时这条修正案的重要意义不在于它保证个人的权利；它应被看作是围绕联邦制、围绕使州和国家政府的权力分配平衡的更宏观

辩论的一部分。虽然《宪法》对联邦政府的规定远比在《邦联条例》下的规定强有力得多，但人们对有常备军作后盾的强大的全国性政府的担心仍然存在；民兵可以使州政府及其民众不仅能够抵御外来袭击，而且，如果反联邦人士的最大担心变成现实，它还可以用来抵御腐败的国家政府。

正是在这种情绪下，国会于 1792 年通过《统一民兵法》(Uniform Militia Act)，对哪些人有服役责任作出规定("每个 18 至 45 岁身体强健的自由白种男人")，并号召每个有资格服役的公民自备武器、弹药和其他装备。

《统一民兵法案》

1792

……每个入伍公民将自备精良火枪或燧发枪一支，合格剃刀一把，合格皮带一条，备用燧石两块，背包一个，装至少 24 个弹药筒的弹药囊一个……每个弹药筒内含适量火药与弹丸。

这项法律在多方面标志着民兵运动的最高潮，几年后，乔治·华盛顿有关民兵不得力的评断显出了令人震惊的准确性。虽然州民兵在与印第安人部落的战斗中赢得过一些胜利，并在 1794 年的"威士忌酒反抗"(Whiskey Rebellion)中显示了尚好的力量，但至少有两处，民兵几乎与联邦武装部队在佐治亚和弗吉尼亚大打出手。而民兵在 1812 年战争中的恶劣表现，导致它原有的任何声誉全部丧失殆尽。因此，到了 1840 年代，任何曾存在于《第二条修正案》或 1792 年《统一民兵法》中的对公民民兵的设想早就烟消云散。地方民兵在整个 19 世纪始终有所谓的集合操练，但如历史学家所指出的，那不过是在妇人面前显显威风，而后便将整个下午消磨在当地的小酒店的一种活动。

1901 年，西奥多·罗斯福(Theodore Roosevelt)总统要求改革这个制度。他说："我们的民兵法已经过时，毫无价值。"国会通过了《1903 年民兵法》(Militia Act of 1903)。虽然名称是这样，但这项立法其实基本上取消了在

独立革命时期普遍存在的那种民兵，因为现实是，现代战争需要能够使用现代武器的训练有素的军人。这项立法规定，由正规军和 1903 年建立的国民警卫队(National Guard)来满足这种需要。虽然从很多方面看，国民警卫队是从过去无组织的民兵延伸而来，但由于它具有由正规部队设制的高标准，因而成为一支在纪律和训练上素养高得多的队伍。国民警卫队队员的武器来自联邦政府，而不是个人私有。

因此，将《第二条修正案》放在其历史背景下直接理解，它的意思似乎是，为加入民兵而拥有和携带武器的权利已不再适用。在内战还远未开始的时候起，就已经没有任何州政府召集(相对国民警卫队而言)过时和无组织的民兵了。而且，个人应徵服役时自备武器的需要也早已不存在。如历史学家罗伯特·斯皮策(Robert Spitzer)所指出的："《第二条修正案》基本上已和现代美国人的生活没有关联了。"

这很可能也正是制宪人的本意。但就像民兵的时代发生了变化一样，个人拥有枪支的时代也发生了变化。无论《第二条修正案》过去的含义为何，它在今天已经有了全新的含义。

* * * * *

在审视当前的辩论之前，应该了解一下最高法院就《第二条修正案》及其含义发表过哪些意见；毕竟，关于其他每项民众自由的宪法含义都来自这个国家最高法庭的权威性解释。然而，在《第二条修正案》上却有一种异常的寂静。这个问题被提到最高法院只有有限的几次，而法院的裁决，虽始终如一，却不直接与现代辩论相关。

最高法院在"合众国诉克鲁克尚克案"(United States v. Cruikshank, 1876)中确立了两项原则：第一，《第二条修正案》对管制枪支不构成障碍；第二，这一修正案只适用于联邦权力，不适用于州权。换句话说，无论《第二条修正案》可能对枪支管制设了什么界线，它都不适用于州，州似乎可以有管制枪支的无限权力。

十年后，最高法院在"普雷瑟诉伊利诺伊州案"(Presser v. Illinois, 1886 年)中涉及了州权问题。法院维持了一项州法律，禁止准军事组织在未经州长许可的情况下操练和游行。法院再次指出，《第二条修正案》只适用于联邦政府，而州政府可以就公民个人拥有和使用武器作出

规定。拥有和携带武器的权利仅与需要民兵相关。最高法院在其他向州政府枪支规定提出挑战的案子里重申了这一观点。

最高法院审理的有关《第二条修正案》的一个最重要案子是 1934 年的 "合众国诉米勒案" (United States v. Miller)。此案对 1934 年有关州际武器运输的《全国枪械法》 (National Firearms Act) 是否符合宪提出质疑。案中的两名因跨州运输未经注册的短管步枪 (一种常在抢劫中使用的武器) 而被定罪的男子声称, 法律侵犯了《第二条修正案》给予他们的权利。法院一致维护联邦法律以及国会制定枪支管制规定的权力, 并要求必须基于《第二条修正案》的原本用意 — 组织民兵 — 来对这条修正案作出解释。

詹姆斯·麦克雷诺兹 (James C. McReynolds) 大法官关于 "合众国诉米勒案" 的意见书

1934

在没有任何证据可以表明当时拥有或使用一支 "枪管不到 18 英寸长的步枪" 与维持管理有序的民兵或与这支民兵的效率有什么合理关系的情况下, 我们不能说《第二条修正案》保障拥有和携带这种武器的权利。当然, 这种武器是否是一般军事装备的组成部分或它的用途是否有利于共同防卫不属于司法认知范畴。

没有任何一项法院裁决涉及与民兵无关的私有枪支是否非法的问题; 实际上, 法院在 1994 年的一个案子中指出: "这个国家有着私人普遍合法拥有枪支的悠久传统。" 但是, 法院从未说过这个悠久传统受到《第二条修正案》或《宪法》其他任何条文的某种保护。

当代辩论恰恰就围绕这个问题: 美国人, 在民兵已不复存在的情形下, 有没有保持和携带枪支的宪法权利? 最近, 这个辩论出现了新的转折。总的来说, 过去多届政府的立场是, 只要法院对 "米勒案" 的裁决有效, 那么《第二条修正案》就没有明确确立这项个人权利。但

是, 在 2002 年, 司法部长约翰·阿什克罗夫特 (John Ashcroft) 在一个枪支控制案的政府简报中加了一句话, 表示乔治·W·布什 (George W. Bush) 的政府认为《第二条修正案》确实明确表达了个人持枪的权利。这一政策是否会影响法院今后对有关《第二条修正案》案子的裁决, 目前还不得而知。

* * * * *

尽管美国人拥有和携带枪支的权利最初同民兵有关, 但他们也为其他原因而拥有和携带枪支, 如保卫边疆、打猎、以及后来的诸如射击比赛等类的体育活动。在 1800 年代, 美国西部的许多地方基本没有法律, 存在着流动的牲畜盗窃团伙和以牧场场主及旅行人为目标的拦路打劫犯。尽管联邦警官与地方县警提供一些保护, 但在许多地方, 自卫是唯一确保安全的手段。在 19 世纪, 边疆不断西移, 到 19 世纪末完全消失, 然而对很多人来说, 拥有枪支几乎同拥有马匹和财产一样已经成为一项个人的 "权利"。人们承认, 政府可以就这一所有权作出规定, 甚至在合理的情况下对其加以限制 (如重罪犯在获释后不得拥有枪支)。

1960 年, 法学教授司徒尔特·海斯 (Stuart Hays) 首次提出, 私人拥有枪支是《第二条修正案》保护的一个特权, 法院以往的裁决把它与民兵相联是错误的。海斯断言,《第二条修正案》保护个人拥有枪支的权利, 可能主要是为了自卫, 完全与民兵服役无关。他还提出, 这条修正案建立了公民的 "革命权利" ("right of revolution"), 武装起来的公民可以向他们认为不公正的政府发起武装起

法院在 1994 年的一个案子中指出 "这个国家有着私人普遍合法拥有枪支的悠久传统。"但是法院从未说过这个悠久传统受到《第二条修正案》或《宪法》其他任何条文的某种保护。

义。海斯的基本论点似乎是,《第二条修正案》的真正目的是使今后世代代人继续享有美国革命时期爱国前辈所行使的那种对暴君造反的权利。

海斯的文章发表三年之后,约翰·肯尼迪在得克萨斯州达拉斯市遭李·哈维·奥斯瓦尔德(Lee Harvey Oswald)暗杀,全国为之震惊,奥斯瓦尔德用来杀害总统的步枪是从美国全国步枪协会(National Rifle Association)会刊《美国步枪手》(American Rifleman)的广告上邮购的。两天后,奥斯瓦尔德自己被暗中携带手枪进入达拉斯警察总署的杰克·鲁比(Jack Ruby)击毙。

海斯的文章与肯尼迪的遇刺加剧了围绕《第二条修正案》的起源及其当代意义的学术辩论,但更重要的是,这一宪法辩论被支持或反对加强枪支管制法的政治团体所支配。从此以后,这个辩论就成为在主张维护拥有枪支的"宪法权利"的人与希望管制枪支所有权以及根本否认存在这一"权利"的人之间的较量。

一方面,全国步枪协会和它的盟友认为,个人拥有武器的权利深印在《第二条修正案》中,这是一项绝对的权利,除一些基本管制以外,任何控制都是在压缩这项权利并最终会导致它被完全剥夺。他们经常提到的论点是,狩猎是美国人的传统,以及公民需要有对罪犯的自卫能力。一些更激进的支持者认为,枪支管制法背后的真正原因是缴械公民武装,目的是使专制政权可以取得完全的控制并剥夺人民的一切权利;其中有些团体自己组成了现代"民兵",从而称《第二条修正案》对他们的活动给予充分保护。

反对派论点的根据是,每年有数以千计人遭到枪杀,其中很多是由于家庭纠纷或意外。他们还指出狂妄之徒是多么容易得到枪支,例如1999年4月20日,两名十几岁的男中学生携带4支枪进入科罗拉多州利特尔顿市的科伦拜恩中学。几分钟内,他们枪杀了12名学生和一名教师,打伤23人,而后饮弹自杀。对于支持枪支管制的人来说,这完全不涉及宪法权利问题。事实上,主张枪支管制的人各式各样,其中几乎没有人要求法律彻底杜绝私有枪支,他们的各种立法建议旨在控制什么人可以买枪、对武器和武器拥有人实行注册、设立更严格的取得手枪的训练标准、以及对公民个

人可拥有的武器种类给予限制。警察尤其要求建立最后这项规定,他们常说,犯罪分子经常比警察拥有更好和更致命的武器。他们的观点是,一个真正的猎人是用步枪或猎枪,而不是半自动机关枪。

* * * *

当前的辩论涉及几方面问题。虽然介绍双方的论点有助于我们理解这一辩论,但辩论的激烈程度、情绪能量和其中的政治复杂性是无法从纸上展现出来的。简要地说,辩论的核心在于以下几点:

个人主义:主张拥有枪支的人说,美国长期享有民主政府和社会,个人权利受到保护,不受政府权威侵犯。正如一个公民有权利表述他/她的思想、有权利具有与众不同的信仰、或在受到犯罪指控时享有某些权利一样,公民个人有权利拥有枪支。《第二条修正案》与其他内容一样都是《权利法案》的一部分,如开国先父帕特里克·亨利(Patrick Henry)所说:"大目标是,人人武装起来……。每一有能力者皆可有一支枪。"

但是,这个论点似乎忽视了这样一个事实:在美国没有任何绝对的宪法权利。即使言论自由也受到法院的一些限制。另外,主张枪支管制的人指出,早在《第二条修正案》通过以前,法律并不是对枪支所有权不加限制,而是严格控制,而且法院一贯裁决持枪的权利限于《第二条修正案》本身的字意。所以,他们声称,持枪的权利不是个人的权利,而是当——而且只有当——人民共同组成民兵时,作为人民整体的权利。至于帕特里克·亨利的话,实际上,他当时是在谈民兵。

帕特里克·亨利在弗吉尼亚 审批会议上的讲话

1788

若权力共存,我们难道不能既让国会也让他们[各州]都有控制和武装?于是民兵有双套武器,双重编制,我们则以极其高昂的代价,得到双重武装。大目标是,人人武装起来。但人民能支付双重武装吗?每一有能力者皆可有一

一支枪。但从经验得知，虽需要武装，虽议会力图通过逐年立法建立全副武装的民兵，但实际情形远非如此。

"人民" 的含义：《第二条修正案》中的"人民" 一词与它在别处，比如在《第一条修正案》里的"人民和平集会权利" 的意思一样吗？如果一样的话，那么，一种论点认为，就像享有《第四条修正案》的居家和人身安全权利一样，"人民" 享有拥有武器的权利。

对这种论点的回答是，法院一贯断定《第二条修正案》是不同的，"人民" 一词具有不同的含义。甚至在通过这条修正案的时候，州法律也只允许某些"人民"，即那些 18 岁至 45 岁能在军中服役的人，拥有武器。

自卫：有一种论点是，美国人历来是实行自我防卫的，在边疆，枪是抵挡印第安人、牲畜盗贼以及其他来自人或动物的袭击所不可缺少的武器。在现代社会，人民应能够保护自己不受抢劫、强奸、攻击和偷盗。对于现代城市生活而言，犯罪问题与征服边疆的先辈曾面临的危险一样真实。自卫权是《独立宣言》所宣布的生命、自由、幸福的天赋权利的一部分。拥有枪支是一个人用来保护这一天赋权利的手段。

这里的问题其实不是《第二条修正案》，因为英美法律早已承认，人人有权利保护他 / 她自己的身体不受伤害和财产不被偷盗。如果一个人向一个攻击者开枪，杀人者得以免受处罚的原因不是基于宪法权利，而是基于刑事法。《第二条修正案》绝没有旨在扩大或削弱这个传统权利，主张限制枪支的人从未提出要取消个人自卫的能力。

美国法学会
《模范刑法典及注释》*(American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries)*
1985

当一个人面对明显要……犯侵害人身或财产罪的一个或多个人时，可以为保护自身、住宅或财产而以武力反抗。在这种情况下他不必退让，而是可以穷追其对手，直到认为自己摆脱

险情为止；并且，如在双方之间的冲突中，他意外杀人，这种杀人，情有可原。这类情景下的自卫权利是基于自然法；它不由，也不能够由，社会的任何法律所取代。

革命的权利：作为一个从反抗合法国王的革命中诞生的国家、一个国民从小就被告之永报警惕是自由的代价的国家，《第二条修正案》支持革命权利的论点是不乏诱惑力的。100 多年前，阿克顿公爵断言："权力导致腐败。绝对权力导致绝对腐败。"《宪法》与《权利法案》的起草人完全理解这一点，即使他们不曾听到过阿克顿的原话。任何政府，甚至是民主政府，都趋于聚集权力，并在这个过程中打击试图减少其权力的任何努力。赤手空拳的公民在面对政府权势时无法维护自己的自由；有武装的公民则可以并且将会进行抵抗，就像 1776 年殖民地的居民所做的那样。

但是，哈佛法学院院长、著名学者罗斯科·庞德 (Roscoe Pound) 指出了在现代社会运用这个论点的困难。

罗斯科·庞德
《纵观宪法保障自由的发展》
(The Development of Constitutional Guarantees of Liberty)
1957

公民不能有向政府开战的合法权利。……在今天城市工业化的社会里，一个为能抵制政府压迫而携带有效武器的普遍权利意味着歹徒团伙可以逍遥法外，进而使整个《权利法案》失效。

另外，历史学家们的观点是，美国革命不是反政府武装起义，而是一个政府与另一个政府——合众国政府与大不列颠政府——的战争。独立革命由大陆会议组织和领导，并得到各州政府，而不是武装个人，更不是游荡的武装团伙的援助。

今天，绝大多数美国人依赖已被接受的民主方式——投票、政治利益团体、自由媒体和法院——来影响和约束政府。很少有人赞成或

同情那些将美国政府视为暴政进而宣称必须以武力予以抵抗的偏激组织。实际上，内战是我们有《宪法》以来的历史上唯一一次大规模公民反抗，而且今天很少有人会称当时南方有革命的权利。实际上，《宪法》具体规定了联邦政府有镇压暴动的权力。

那些倡导普及个人枪支所有权的人所采用的是个人主义和自卫等论点，目的在于阻碍联邦和州的立法机构通过更严格的枪支管制法，并且让美国人民相信个人枪支所有权实际是一项宪法权利。在全国步枪协会的领导下，枪支所有权的支持者向国会议员、州立法议员、以及报纸和公众大量散发信件和传单，鼓吹持枪的权利。

全国步枪协会会员信

他们 [政府] 试图剥夺我们持枪的权利。……禁枪者就是不喜欢你。……他们不想让你有枪。他们将不顾一切地不到迫使你把枪交给政府绝不罢休。……如果全国步枪协会不能恢复我们的《第二条修正案》所规定的自由，那么对宗教自由、言论自由、不受无理搜查的自由……的攻击将接踵而至。

全国步枪协会和美国有枪者 (Gun Owners of America) 等团体为说服公众相信《第二条修正案》是在保护一项个人权利而采取的努力包括：征文比赛，写信运动，以及随时准备上法庭反对国会或州立法机构可能通过的有关法律。即使这样，国会近十年来仍颁布了三项重要的枪支管制法规，其中两项被最高法院推翻，但推翻的理由不是《第二条修正案》。

* * * * *

1989 年 1 月，一名流浪汉手持 AK-47 冲锋枪在加利福尼亚州斯托克顿市一所小学的校园栏杆外，朝着正在游戏的儿童开枪，5 名儿童被打死，29 人受伤。为此，国会于 1990 年颁布《校区禁枪法》(Gun-Free School Zones Act)，将在校区内持枪定为联邦罪。得克萨斯州圣安东尼奥市一名携带 .38 口径手枪和 5 发子弹上学的 12 年级学生被依照新法律逮捕，但他以这项给他定罪的法律是国会越权行为为理由提出上诉。

法院以 5 票对 4 票的微弱多数同意持枪学生的论点。最高法院近年来非常愿意接受加强联邦制的主张，即减少联邦政府的权力，扩大州政府权力。法院在“合众国诉洛佩斯案”(United States v. Lopez) 中宣布，国会在制定《校区禁枪法》时超越了它的权限。但在多数派的裁决中丝毫没有显示出《第二条修正案》的作用；五位大法官认为，国会权力不涉及在他们看来基本属于应由地方法律管制和处罚的具体地方情况。

布雷耶 (Breyer) 大法官对“合众国诉洛佩斯案”的不同意见

1995

国会能够合理地认为“校区暴力犯罪”对“教育质量”的影响严重地（或大量地）关系到州际或对外商务 [进而属于联邦条例限制范围] 吗？对这个问题的回答必定是肯定的。……

全国各地学校普遍发生暴力严重干扰那些学校的教育质量。……国会显然可以视枪支与学习互不相容。……国会可以因此而确定一个重要的教育问题——教师无法教，学生无法学——并得出结论，学校附近存在枪支严重地扩大和加深了这个问题。

1981 年企图刺杀罗纳德·里根 (Ronald Reagan) 总统的枪手，导致里根的新闻秘书詹姆斯·布雷迪 (James Brady) 遭受重伤，部分大脑受损。布雷迪和妻子萨拉 (Sarah) 从此成为联邦枪支管制法的坚定倡导人。尽管有大量的枪支游说势力的反对，他们的努力在 1993 年取得了成效。《布雷迪防止手枪暴力法》(Brady Handgun Violence Prevention Act) 规定，购买手枪须有 5 天等候期，并要求对买枪人作背景调查，以确保其不是重罪犯、警方通缉犯、非法侨民或已被确诊的精神紊乱者。这项法律还为各州提供资金，改进他们的刑事档案电脑系统以便于背景调查。

这项法律的反对派，包括全国步枪协会，立即在法庭向布雷迪法提出挑战。他们没有

以《第二条修正案》为论点，而是把焦点放在这项法律要求地方执法官员作背景调查上，声称这样做侵犯了州权。最高法院再次起用联邦制学说，在“普林茨诉合众国案”(Printz v. United States, 1997 年)中，以微弱多数赞同了全国步枪协会的论点。裁决中没有提到《第二条修正案》，多数派和反对派的意见似乎都表明，法院没有认为《宪法》中有任何条文禁止国会立法限制手枪，只要这些立法没有侵犯州的权利。

1994 年，作为更广泛的旨在控制暴力犯罪法的内容之一，国会通过了《攻击性武器禁令》(Assault Weapons Ban)。全国各地的警察局长敦促国会采取行动，他们说，在控制暴力犯罪的行动中，罪犯经常拥有比警察更先进和更有力的武器。有两个事件促成最后通过了这一立法措施：一个是加利福尼亚州斯托克顿市的校园屠杀案，另一个是后来在得克萨斯州基林市发生的造成 23 人死亡和大约同样数量人受伤的餐厅枪击事件——这是美国历史上这类案件中最恶劣的一起。虽然有几次全国步枪协会好像已经使这个法案在国会被扼杀，但克林顿 (Clinton) 政府以及赞同枪支管制的国会领导人所给予的支持使法案最后得到通过。鉴于新法律在起草过程中显然考虑到必须不引发联邦制问题，因此要在法庭上对它提出真正挑战是不太可能的。

在科罗拉多州利特尔顿市科伦拜恩中学的枪击事件中，全国对两名心怀不满的学生能如此轻而易举地获得 4 支枪感到震惊，从而给不愿采取行动的国会带来压力。参议院迅速通

过一个将购买枪支手续严格化的法案，并对某些种类的弹药实行限制。但这项提案在众议院受到阻力，反对管制枪支的团体通过游说，使提案未能获得通过。这种情况说明了枪支游说势力在美国有多么强大，以至目睹民意强烈支持严格枪支管制的国会仍然屈于了它的影响。

* * * *

许多人，包括许多美国人，都对枪支管制的辩论感到费解，因为尽管存在着数百万计的私人枪支，但多数美国人并没有枪。而且，民意调查显示，大多数美国人赞成对什么人可以拥有枪以及公民个人拥有什么类型的枪实行更严格的控制。

但是，与已经得到法院界定和解释的其他民权所不同的是，拥有武器的权利已经成为一种政治较量，使主张管制枪支的人和那些把拥有枪支看作是受宪法保护的、超越立法权限的人势不两立。至今，最高法院推翻了最近的两项旨在限制枪支的立法努力，但理由均与《第二条修正案》无关。在某个时候，也许在不太遥远的未来，法院将面临基于《第二条修正案》而对枪支管制法提出的直接挑战，法院的意见将对关于拥有和携带武器权利的辩论产生重要的、也许具有决定意义的影响。 ■

相关读物

Saul Cornell, ed., *Whose Right to Bear Arms Did the Second Amendment Protect?* (Boston: Bedford/St. Martin's, 2000).

Robert Cottrell, ed., *Gun Control and the Constitution* (New York: Garland Publishing Co., 1994).

Wilbert Edel, *Gun Control:*

Threat to Liberty or Defense Against Anarchy? (Westport: Praeger, 1995).

Robert J. Spitzer, *The Right to Bear Arms: Rights and Liberties under the Law* (Santa Barbara: ABC-CLIO, 2001).



第六章

隐私权

不得侵犯人民的人身、住所、文件和
财物不受无理搜查没收的权利……。

《合众国宪法 · 第四条修正案》

不得把 《宪法》 列举某些权利理解为否认或轻视
人民拥有的其他权利。

《合众国宪法 · 第九条修正案》

任何州不得制定或实施限制合众国公民任何
特权或豁免权的法律 任何州也不得未经法律正当程序
剥夺任何人的生命、自由或财产 ……。

《合众国宪法 · 第十四条修正案》

权利，虽然经常被认为是绝对的，但却从来不是一成不变的。言论自由的含义是，人民通常有言其所意的权利，但是表达手段和表达机会随着时间发展而变化，权利的性质也因此会发生改变。技术进步同社会和文化的演变一样，会改变我们对某些具体权利的认识，进而对如何确定这些权利的含义产生影响。隐私权是一个再好不过的例子，它是一项 《宪法》 不曾提到、但法院和人民却赋予其宪法地位的权利。

查塔姆伯爵威廉 · 皮特爵士

(*Sir William Pitt, Earl of Chatham*)

论英国人个人居家安全之权利

1763

最贫贱之夫可寓其寒舍而傲视王军。寒舍或许单薄 — 顶可摇颤 — 风可穿堂 — 风暴可侵 — 雨水可进 — 但英王不能入内；英王全军不得跨越那残舍之门槛。

皮特的名言概括了直到最近仍被很多人视为隐私的核心，即在自己家中不受外界打扰、不受政府权势侵犯的权利。在美国，《合众国宪法 · 第四条修正案》确立了人民享有居家安全的权利这一概念，而《第三条修正案》(The Third Amendment)规定的军人不得占据私宅的条款进一步巩固了这一概念。将隐私定义为不受窥探、个人行为或事务不受众人观望和评论是工业时代的发明。历史上，其实直至18世纪，隐居、隔绝以及个人空间等意义上的隐私概念，除了富人或贵族以外，是为人们闻所未闻的。大多数人的住所窄小简陋，全家人经常睡在一间屋内。的确，作为法律概念，“隐私”原指的是没有经过一个人许可而盗用其名字或画像的一种中伤。

但是，随着西方社会逐渐富裕起来，随着中产阶级的扩大，人们有能力住上更大的房子，一家人能各有自己的空间，隐私的意义也发生了变化。如今它变成一个人的个体感问题，人们认为他们在公开场合以外的作为纯属自己的私事，与任何他人无关。无论政府还是媒体，实际上无论任何人，都没有理由知道他们的私生活。

隐私，从其现代意义上说，与人的个体感紧密相连，指的是个人的而不是团体或社会的权利。政治学家罗达 · 霍华德 (Rhoda

Howard) 曾经写道：“没有隐私，一个人就不能形成脱离了他或她的社会角色的、作为一个有内在价值的人的个体感。”相反也一样：没有个体感，就不会有对隐私的需要。

隐私,与大多数权利一样,直接与民主相关。人类既有与他人交谈交往的需要,也有对属于自己的时间和空间的需要。隐私不是与世隔绝,而是自愿选择的清静或与自己喜欢的某些人在一起。例如,狱中的单人监禁不是隐私,但独自或与朋友一起在山间漫步则可以构成我们使用这个词的场景。独自一人时,我们可以避开政府或市场的压力而思考。乔治·奥威尔 (George Orwell) 充分理解自由与隐私的关系,在他描述极权主义的经典小说《1984》(1984) 中,隐私被取消,代之以无处不在的政府的眼睛。

虽然《宪法》没有具体提到隐私,但开国先辈显然了解并重视这一概念。例如,在独立战争还没有开始的几年前,马萨诸塞曾颁布一项消费税,要求每个房主向收税官报告家里上一年的饮酒量。人们立即提出抗议,因为他们相信,一个人的家就是他的城堡,他在家里的所作所为不关政府的事。

抗议马萨诸塞消费税的传单

1754

英国宪法的精髓是,一个人应有居家安全;他的住所常被称为他的城堡,根据法律,除非经他本人同意,即使警察也不得进入,涉及刑事案的情况除外。

隐私概念也出现在约翰·洛克、托马斯·杰斐逊和其他开国先贤的政治哲学中。《联邦主义者文集》中的《第10篇》和《第51篇》(Federalist Papers, No. 10; No. 51) 颂扬了隐私观念,《宪法》确立的自由是一种不受政府干涉的自由。无论《第四条修正案》有哪些其他含义,它明确保护个人有在自己的家里不受政府无理侵入的隐私权。虽然隐私一词没有被直接提到,但这并不是唯一一个通过寓意而不

是直言而保护的權利,而且为确保不使人们误解,麦迪逊在《第九条修正案》里指出,对某些权利的列举丝毫不意味人民放弃了其他未提到的权利。

* * * * *

直到19世纪中期,如果任意找一个普通美国人解释隐私的含义的话,其回答无疑注重在住所不受侵犯这点上。自内战结束后,美国城市接收了上百万移民,这使生活环境变得更加拥挤。空间成为现代城市之宝,隐私的概念随人们生活条件的变化而开始变化。技术也威胁到隐私,如电话可以使人不入他家之门而进入他家。过去,一个人必须亲临某人的家才可交谈;如今,只需拨个电话。其他技术发明,如廉价相机和便宜窗玻璃等,可以使人看到他人宅内,窥视别人的事。

19世纪末对隐私最大的威胁来自日报的兴起。日报编辑发现,下层人爱看有关富豪名流的社会生活新闻。新型大众媒介现在不仅使这些人的生活被公布于众,而且通过揭露私人瑕疵,还可败坏声誉。因此,起初,隐私法主要涉及声誉,通过法律防止闲事家和记者等以羞辱方式把一个人的私生活公开。

正是这种对名声的威胁致使两位年轻的波士顿律师,塞缪尔·沃伦 (Samuel D. Warren) 和路易斯·布兰代斯,于1890年撰文,敦促把旧式普通法禁止侵犯隐私的涵盖范围扩大,使之包括从工业革命中产生的现代形式。虽然法律学者和其他一些人士讨论了这项提议,但当时没有发生多少变化。美国人仍正在适应技术给生活带来的变化,尚未意识到现代化生活会带来的干扰。

但是,从1920年代起,最高法院开始将隐私看作一项宪法权利。即使当时所涉及的问题似乎与目前的关注不太相干,但法院的裁决为今天的宪法定义奠定了基础。在一个案子里,法庭谴责政府人员在没有恰当搜查令的情况下没收私人文件。威廉·戴 (William R. Day) 大法官的解释是,如果警察可以这样对待一个公民,那么"不如也将《第四条修正案》所宣布的一个人的[居家]安全权利从《宪法》中取消"。

除《第四条修正案》以外，《第十四条修正案》的"正当程序条款"("Due Process Clause")也为隐私权提供了法律根据。按照法院作出的解释，"正当程序"不仅指主要与刑事案件有关的程序上的权利，而且还包括有关个人自由的"实质性的"权利。因此，詹姆斯·麦克雷

诺兹大法官在一个推翻禁止教外文的州法律的案子中表明，这一自由的含义"不仅是不受人身制约的自由，而且也包含个人订合约、从事各种常规职业、结婚、定居和养育子女、按自己良心需要敬奉上帝的权利，以及往往享有普通法历来所承认的对自由人正常谋幸福至关重要的那些宝贵权利"。麦克雷诺兹列举的内容——婚姻、育子、良心——从根本上说都是私人事务。

对这方面影响最深远的论述来自一个由电话新技术引发的案子。警察搭线窃听他们怀疑有犯罪活动的人的谈话。当被告提出电话窃听侵犯了他们受《第四条修正案》保护的不遭受无令搜查的权利时，多数法官认为窃听装置是设在建筑之外，因而不构成搜查。

但是有些法官持不同意见。虽然路易斯·布兰代斯大法官——也就是35年前那篇论隐私经典文章的作者之一——在这个案子中代表的是少数派不赞

同意见，但是，他对整个隐私问题的观点以及对具体电话窃听问题的观点，日后占了上风。

路易斯·布兰代斯大法官对 "奥姆斯特德诉合众国案"的 不同意见 (*Olmstead v. United States*)

1928

每当电话线被窃听时，线路两边人的隐私受到侵犯，他们之间关于任何话题的一切交谈，尽管是正当的、保密的和不应被泄露的，都可被偷听到。……

我们的《宪法》制定人致力于保护有益于追求幸福的条件。他们认识到人的精神、人的情感和人的思想的重要。他们懂得，生活中只有一部分痛苦、喜乐和满足感源于物质的东西。他们努力让美国人得到信仰、思想、感情和感觉上的保护。他们赋予人们不受政府打扰的权利——这是在所有权利中内容最广泛和最受文明人珍视的一项权利。为保护这项权利，必须将政府对个人隐私的一切无理侵犯，无论采用哪种手段，视为违背《第四条修正案》。

布兰代斯认为，《第四条修正案》的制定者未具体使用"隐私"一词无关紧要，他们没有提到电话窃听也与实质无关。他们怎么可能呢，电话尚未发明！布兰代斯等人所追求的不是字词的字面意思，而是制宪者的意图——政府应该不干涉人民个人的事。干涉的方式不是关键，关键在于事实上造成了干涉。

布兰代斯的观点最终获胜，而且在1960年代，法院裁定，窃听确实违反宪法保护的隐私权。正如波特·斯图尔特大法官所解释的，《第四条修正案》保护的是人而不是地点。在人们可以合理期待享有隐私的情况下，如在自己家中，他们可以运用《宪法》提供的保护，确保自己的隐私。

另一个不同技术领域的变化触发了1960年代中期一个有关隐私权的主要案子；这个案子成为一切有关隐私问题的现代讨论的基础。19世纪，康涅狄格州的道德卫士使州建立法律，禁止使用避孕工具或传播有关避孕工具的信息。到1960年时，虽然大多数人都无视这项法律，但这条规定仍存在于法典中，计划生育诊所担心社会保守派有朝一日会起用这项法

《宪法》
对存在着
政府不得
进入的个人自由领域给予
保证。

…… 自由
之核心
是个人有
权利就存
在、意义、
宇宙和生
命奥秘
等概念作
出自己的
定义。

律。而情况正是这样：一个反避孕组织导致康州政府对一个家庭计划组织经办的传播避孕知识及工具的诊所提出起诉。

由于 1930 年代的法院危机 — 当时罗斯福 (Roosevelt) 政府指责法院把正当程序法作为一种推翻法院所不喜欢的立法的手段，对实质性正当程序的运用一直有限。直到 1965 年，最高法院仍对使用《第十四条修正案》的“正当程序条款”感到犹疑。而且，《第四条修正案》不适于这个案子，因为政府起诉的对象不是私宅，而是医疗诊所。不过，法院在 1965 年的“格里斯沃尔德诉康涅狄格州案”(Griswold v. Connecticut) 中仍提出这样一个问题：人们希望政府参与关于家庭计划的私人决定吗？回答显然是否定的，因为这是个人问题，是私人的决定，是政府不应介入的事务。道格拉斯大法官在推翻州法律、维护诊所传播避孕知识的权利时说，隐私，即使没有被直接提到，照样享有布兰代斯大法官等前辈所宣告的那种宪法保护。他说：“《权利法案》的具体保障有外延涵盖，它们源于那些保障，并因之而具有生命力和实际意义。……各种保障共同形成隐私的范畴。”道格拉斯的意见虽有创造性，但没有直接论及正当程序这一重要的宪法概念。然而，几年之内，经几个案子之后，法院的确采用了这一概念，即“正当程序条款”所保护的自由权益是隐私权的宪法根据。

继格里斯沃尔德一案确定避孕知识以及是否采用它属私人事务之后，法院在几年后涉及妇女堕胎权利的“罗诉韦德案”(Roe v. Wade, 1973 年) 的裁决中，将隐私权的范围扩大。这是半世纪以来最具争议的一项最高法院裁决。反对堕胎的人认为，法院完全误释了《宪法》；而维护选择权利的人则认为，法院采取的支持堕胎的立场是对隐私概念和对《第十四条修正案》中较为具体的自由权益的合逻辑的延伸。在随后的一些案子中，法院及法官都曾重新讨论过这个问题，虽然基本分歧仍然存在，但许多人，甚至那些没有把握确定是否应准许堕胎的人，都同意奥康纳大法官的意见。

桑德拉·戴·奥康纳大法官 关于“东南宾州家庭计划组织诉凯西案”的意见书 (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*)

1992

《宪法》对存在着政府不得进入的个人自由领域给予保证。……自由之核心，是个人有权利就存在、意义、宇宙和生命奥秘等概念作出自己的定义。若受政府强制，对这些事物的看法就无法表现出个人做人的特徵。

隐私观念的最新变化以及科技对这一变化的作用表现在，个人自主的权利开始扩大到包含拒绝接受医疗的权利，实际就是有权利选择死亡。1990 年，最高法院面临一个从未审理过的问题：人是否有结束生命的权利。实际上，这对整个国家而言都是一个相对新的问题，是 30 年来医疗技术突飞猛进发展的结果。在 60 年代会因严重事故和疾病而死亡的人，如今有了生路。然而，这种技术有很大的局限性，也产生一些负面的后果。有些通过这种新技术而维持“生命”的人可能无生活质量可言，他们也许决定宁愿死也不愿被捆在医疗机器上过活。

首席大法官威廉·伦奎斯特 (William H. Rehnquist) 相信，基于《第十四条修正案》“正当程序条款”对个人自主权的保护，《宪法》保护人们有死亡的权利。他认为，过去很多项裁决都肯定了这项原则，即“有自主能力的人具有宪法保护的自由权益，拒绝接受不想要的医疗”。几年内，死亡权利作为一个新的隐私表现形式，被纳入了所有 50 个州的成文法和司法规定，国会还通过了患者权利法案，要求受联邦资助的医院服从病人提出的拒绝治疗的嘱托。

首席大法官威廉·伦奎斯特
关于 "华盛顿诉
格卢克斯伯格案" 的
意见书 (*Washington v. Glucksberg*)
1997

"正当程序条款" 所保证的不只是公正程序, 它所保护的 "自由" 也不只是不受人身约束。我们对很多案子的裁决都是, 除 《权利法案》保护的自由外, "正当程序条款" 专门保护的 "自由" 包括结婚、生子、管教养育子女、婚姻隐私、采用避孕、身体健全和堕胎的权利。我们还设定, 并有力地表示, "正当程序条款" 保护拒绝非本人所要的救生医疗的传统权利。

目前, 围绕这一新的隐私概念的涵盖范围正在展开重大辩论。大多数人认为, 患有致命疾病的人如果选择不接受治疗, 应该允许他们这样做; 但还有一些团体认为, 个人自主权的概念应该扩大到包含由医生协助的安乐死。他们提出, 生命属于个人, 一个人对自己的生命作什么选择, 无论是选择生或死, 应该由其个人决定, 这是一桩私事。这个观点尚未获得广泛接受, 它在目前是一个重大政策性问题。但两派仍一致认为, 作为受保护的一种隐私, 个人自主权是一项权利。

塞缪尔·沃伦 和
路易斯·布兰代斯
《隐私权》
1890

即时照片和报业已侵入私人和家庭生活的神圣领域;" 密室的悄悄话变成屋顶公告" 的预言, 有可能因大量技术装置的出现而成为现实。

布兰代斯大法官关于电话窃听案的意见书和他在此案之前所撰写的文章向人们发出了不祥的警告: 技术将使政府不仅能够窃听人们的电话或甚至口头交谈, 而且有朝一日不必入户便可审阅人们的文字资讯。布兰代斯当时担心的是政府对技术的利用, 而在现代社会中人们开始看到, 这种对隐私的威胁不仅来自政府, 也来自其他方面。这给隐私权提出一个非常有趣的问题。

本书中所讨论的几乎各项权利的初衷和一贯目的都是保护个人不受政府的侵犯。言论自由保证政府不得压制不受欢迎的意见或惩罚发表那些意见的人; 宗教自由保证政府不得确立宗教或限制与他人信仰不同的人的信教自由; 新闻出版得到不受政府审查的保护; 被告人的权利则要求政府遵守刑事审判的公正程序。《宪法》或《权利法案》均未涉及当非政府方面触犯个人自由时应如何处理。国会有一些民间势力威胁有色人种的公民自由时采取过行动, 但我们现在 — 而且不仅在美国 — 所面临的是被许多人称为 "信息时代" 的隐私问题。

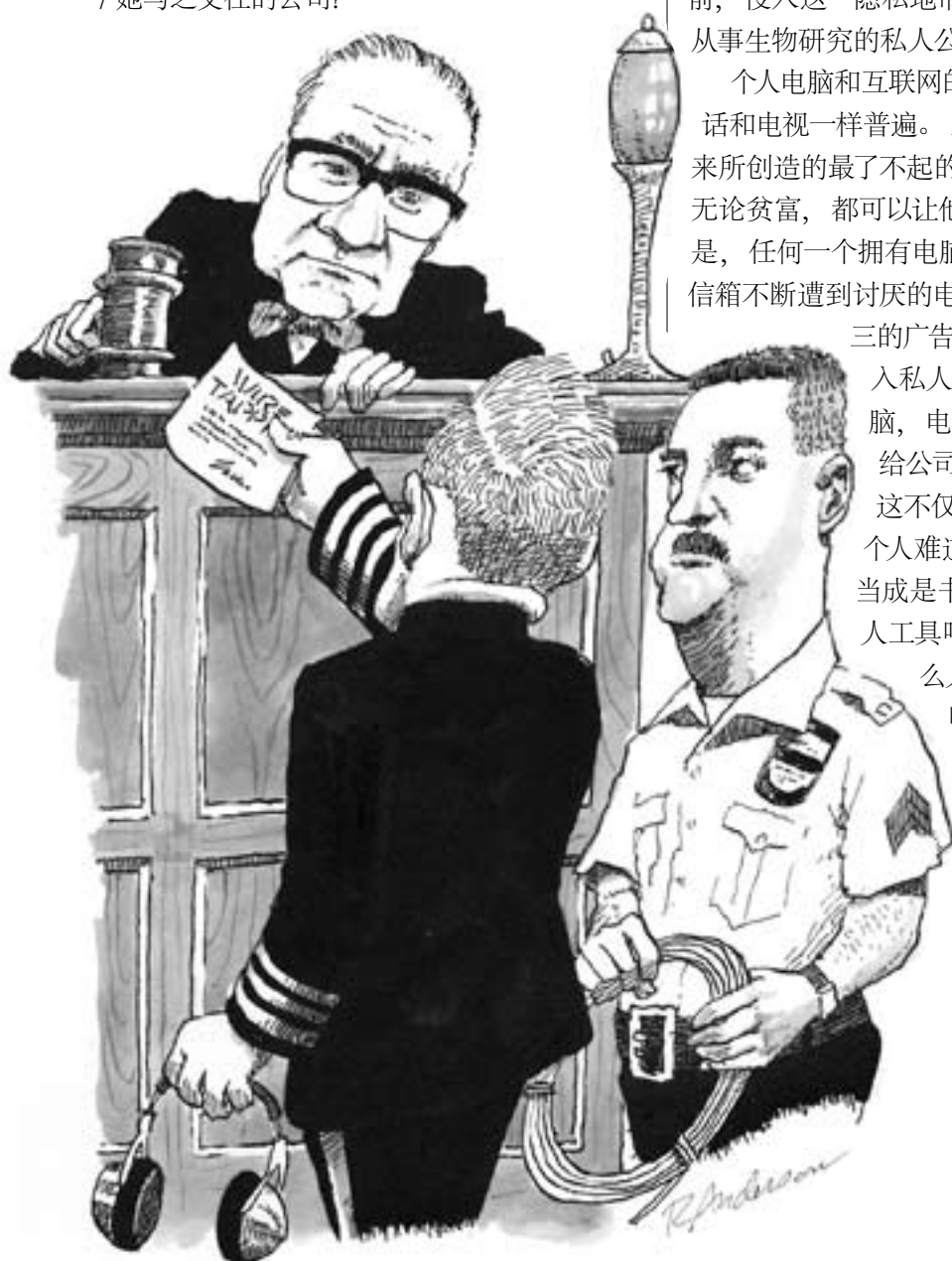
技术再一次威胁到人们控制自身信息的能力 — 这次是以电脑和互联网的形式。仅举一个现象为例。在美国, 大多数有健康保险的人买的是私人公司的保险。为使这些公司偿付医生的费用, 医生必须填表详细写明病情的性质、进展和治疗手段, 如医药或手术等。这个信息被存入电脑, 年复一年, 这些信息积累成非常详细的个人健康档案。

无疑有些人员需要使用这些资料。保险公司必须确定保险申请没有弄虚作假，申报的服务属实。如果一个新医生接管了某一病人，他可能需要阅读病人过去的病史。但除此之外，还有任何人有权查阅他人的医疗记录吗？未来的雇主可以吗？寻找关于未来客户总体资料的保险公司可以吗？为寻找某一疾病治疗手段而建立数据库的医疗研究人员可以吗？电脑数据库一旦设置，几乎不可能做到完全保密。而且，许多收集自身商业客户资料的公司——如信用卡公司——认为这些资料属于他们，他们可以不经个人许可自由出售或散发这些资料。个人的病例或财务档案属于谁——其本人，还是他/她与之交往的公司？

随着人类基因图谱和 DNA 分类等领域的发展，我们正在进入一个可以获得更多个人信息时代。无疑，DNA 检验是刑事侦探中的一大进步，不仅协助证明一些肇事者有罪，而且也帮助证明遭到误控、或许甚至已被定罪的无辜者的清白。

但是，一些研究人员认为，一个人的 DNA 所包含的一些标志能够显示这个人是否易患某些疾病，甚至显示这个人是否易产生某种社会行为。谁应该有权了解这些信息呢？应该把某一基因排列所指的远未具有统计确凿性的可能性作为作决定的基础吗？谁是自己人体信息的主人？这难道不也是一种隐私吗？然而，在目前，侵入这一隐私地带的主角不是政府，而是从事生物研究的私人公司。

个人电脑和互联网的应用正迅速变得与电话和电视一样普遍。互联网被誉为是有史以来所创造的最了不起的公共讲坛，任何人，无论贫富，都可以让他人听到自己的声音。但是，任何一个拥有电脑的人都知道，个人电子信箱不断遭到讨厌的电文和服务站主页接二连三的广告的侵扰。黑客既能侵入私人电脑，也能侵入办公电脑，电脑病毒既可给个人也可给公司造成惨重损失。然而，这不仅是个经济损失问题。一个人难道不应能够把自己的电脑当成是书写和发送私人信件的个人工具吗？除电脑主人以外，什么人有权利决定哪些信息、哪些邮件、哪些广告，无论有用与否，可登上个人的电脑屏幕？



今天，美国和其他工业化国家的人所谈论的隐私权，是一个尽管也许已有上百年之久，但却正以同威胁它的技术几乎一样快的速度演变的概念。人们担心“老大哥”——借用奥威尔对无所不在的政府的称呼——将过多地掌握关于他们的情况，并使这些信息对他们不利。但是，让人们感到同等担心的是，商业、医疗机构、以及可能通过互联网汇集的信息给他们造成伤害的犯罪分子对隐私构成的威胁。

国会试图通过制定《电子通讯隐私法》(Electronics Communications Privacy Act)等一些法律条例来保护信息隐私。但问题在于，信息量的扩展速度呈指数上升，远非控制和管理手段所跟得上。如今可得到的信息是如此之多，以至一个聪明人只需能上网和掌握某人的社会安全号码，便可以获得有关那个人的各种信息，包括交通罚单、信用记录、购物习惯等等，而且一旦得到足够的信息，甚至可以“盗窃”那个人的正式身份。文明的人们仍然十分珍视不受打扰的权利，但对如何在新的信息时代保护这一权利，仍需拭目以待。 ■

相关读物

Ellen Alderman and Carolyn Kennedy, *The Right to Privacy* (New York: Knopf, 1995).
David H. Flaherty, *Protecting Privacy in Surveillance Societies* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1989).
Richard F. Hixson, *Privacy in a Public Society* (New York: Oxford University Press, 1987).
Philippa Strum, *Privacy: The Debate in the United States since 1945* (Fort Worth: Harcourt Brace, 1998).
Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (New York: Athenaeum, 1968).

第七章

由陪审团审判的权利

在一切刑事诉讼中 被告人有权利……得到公正陪审团的
迅速、公开的审判……并被告之所受指控的性质和原因
有权利与对方证人对质 有权利利用强制程序获得
对自己有利的证人并得到辩护律师。

《合众国宪法·第六条修正案》

人道言道，评价一个社会的方式，可以是看它如何对待最不得人心的公民；而被控犯罪的人，顾名思义，属于这类公民。他们被控破坏了社会规约，夺走了他人的生命、健康或财产，确实犯下这样罪行的人将自己置于了社会契约之外，是名副其实的“非法之徒”。但是，在我们将这样的人投入监狱、开除社会、甚至剥夺他们的性命以前，我们要极其确定他们确实犯了被指控的罪，也就是对他们有罪“已不存在合理的置疑”("beyond a reasonable doubt")。

采取这种谨慎的态度有两个原因。首先，也是极显然的原因是，要避免对一个人造成永久性伤害。如果被告没有犯罪，那么必须通过法律作出判断，从而使无辜的人不受惩罚。另一个同样重要的原因是，要避免社会遭受损失，避免使人民的自由权遭到侵害。一个腐败的司法制度，一个被官方用来惩治政治反对派或让罪犯逍遥法外的制度，削弱人民对政府和社会的信任，而这种信任是民主社会的根本。如同没有言论和新闻自由就不能有自由社会一样，没有公正对待犯罪被告人和确保他们权利的司法制度，就不会有民主。

这并不是说美国的刑事司法制度完美无缺；实际与理想之间常有差距，任何社会都是如此。但是，宪法《第五条修正案》(The Fifth Amendment)和《第六条修正案》作出的规定不断提醒人们什么是理想，并使那些认为受到不公待遇的人有权利针对不利他们的判决向高级法院上诉。

鉴于刑事司法制度的运作在民主制度中非常重要，因此，享有迅速和公开审判的权利所关系的不仅是受犯罪指控的个人；它也是一项公众的权利，也就是，让人民有机会审视这

个制度的运作状况，判断其中是否存在严重问题。而且，出任陪审员是公民的一项重要职责，其重要性也许仅次于投票。确定某人无辜或有罪以及某人是否应承担民事赔偿，是普通公民被要求承担的唯一一项政府职责。担任陪审员是一种受教育过程，需要运用法律，因此，陪审员必须学习和理解有关法律及其对相关案子的作用。

亚历克西·德-托克维尔
《美国的民主》(*Democracy in America*)

1835

"陪审团不仅是让人民当家的最能动之举，亦是教他们当好家的最灵验之举。"

公正审判的权利包含很多方面。虽然在某一情形下一个方面可能比另一方面重要，但它们都是我们反复提到的“一套权利”("bundle of rights")的组成部分。例如，审判时可提出的证据种类受制于《第四条修正案》的规定，即警方必须在有正当原因时才可搜查私宅，并在采取实际搜查行动前必须取得搜查令。如果警察没有按照这些宪法规定行事，他们获得的证据就不可被用于审判。如果警方未能向嫌疑人说明他/她所具有的宪法权利，其供词则被法庭视为无效。如果拒绝让一个受到犯罪指控的人请律师，那么不言自明，就不可能有伸张正义的公正审判。

对有些人来说，所有这些保证过于袒护罪犯，他们认为，一位精明的律师能确保其委托人 — 即使是有罪的委托人 — 不受惩罚。虽然偶尔在有些重头案里，明显有罪的被告得以开脱，但如果我们着眼于整个制度，它的效力还是非常之好。有关审判前调查和逮捕的规定，使警方的工作质量更高，更加专业化，进而在实行逮捕时，往往都会有充分的、以合法手段获得的证据，定罪机率高，使犯罪者罪有应得。但是，所有这一切都是在刻意限制政府独断专行的宪法框架中进行的。

* * * * *

陪审团审判，从根本上说，是为了确定真相。一个人确实做了政府指控他 / 她做的事吗？过去，确定真相的方式有很多种，并经常包括可怕的肉体折磨。例如，几百年前，被告可能要通过经受肉体折磨请求上帝证明其无辜。一个人可能被投入水中，看他是沉没（无辜）还是漂浮（有罪）；如果无辜，但愿是还在活着的时候被打捞上来。在欧洲，骑士阶层经常采用格斗审判，他们相信上帝会让无辜者的臂膀强劲，使他战胜诬告者或真正的罪犯。

受美国人如此高度重视的陪审团制度的起始时间不得而知。在诺曼人征服英格兰以前，撒克逊法律要求一个确定和已知的控告人公开面对被告；听审是公开的，社区邻里人的在场保证了公正。在 " 诺曼征服 "(Norman Conquest) 后引进大陪审团的做法；它源于诺曼 " 誓证法 " ("recognition by sworn inquest") 制度，即选 12 名骑士担任 " 证人 "，公开查究英国新统治者关心的事项，其中可能包括税率问题，或家仆欠主人的封建义务等。

早在 12 世纪，那些提出某些土地所有权诉讼案的人向国王法庭 (King's Court) 提出申请，请求召集证人来确定事实 — 或通过他们本人掌握的情况，或通过向其他人调查了解；法庭达成的完全一致的裁决意见即被作为定论。后来，国王法庭中涉及确定事实的其他问题也被以类似的方式处理，由骑士组成的一组证人变成了陪审团。最初，陪审员不仅判断事实，

而且也可能因其对地方习俗和人事的了解而充当证人。但到了 15 世纪初，普通法法庭的法官限定，陪审员只担当单一的职能，也就是按照诉讼中提出的证据确定事实。

到了美国独立战争年代，陪审团审判已是每个殖民地所承认的权利。殖民地居民把它看成是对个人自由的一种基本保护。英国政治家埃德蒙 · 伯克警告议会，如果英国企图限制陪审团审判，美洲殖民地将会造反。但是，英国议会 1765 年的《印花税条例》(Stamp Act) 却恰恰是如此行事：它把审判走私被告人的责任转交给海事法庭，由海军军官在没有民事陪审团的情况下作出判决。

约翰 · 亚当斯论 《印花税条例》 1765

但最恶劣之发明乃是将海事法庭权力令人不安地扩大。那些法庭由法官一人主事！与陪审员毫不相干！法律与事实均由同一法官决定。

随着时间的发展，逐渐形成了功能不同的两类陪审团：大陪审团 (grand jury) 和小陪审团 (petit jury)。大陪审团负责决定是否有足够的证据提出对一个人的某种罪名的起诉 (正式指控)，小陪审团则负责听审实际案件。两种陪审团的规模、运作方式和证据标准不一样。

目前在美国，一个大陪审团可有 24 人之多。它可能被要求调查一个复杂的案件或者仅仅就是否向法院提交起诉书作出决定。如果是调查案件，检方律师将叫证人出庭，而陪审团或提出一份详述其结论的报告，或对他们认为可能有罪的人提出起诉。大陪审团的程序相当灵活；它可以听取一般审判所不能听取的证据，如传闻类的证据，其决定起诉的标准是基于可能性而不是确定性。如果有足够的证据让大陪审团的成员相信当事人可能犯了罪，他们就可以决定起诉。当案件最终付诸审判时，小陪审团使用的标准要严格得多。

威廉·布莱克斯通爵士
《英国法律评注》
1765

但就断定和校准事实而言，一旦将此委托给任何一判官，偏见与不公便大有回旋余地——或通过求不实之证，或通过某些情形予以巧妙压制、对另一些情形加以夸大改动、将其余情形排除。故以抽签方式从中层选出理智和正直的、人数足够的陪审员，乃是真相之最佳调查人，公共司法之最可靠监护人。世上最有权势者必得小心翼翼不公然侵害他人权利，因为他知道其行径将受到直到审判时辰才被指定的12个中立人的审查和裁决，且一旦确定事实，必将受法律制裁。据此，人民应有的那部分普通司法行政权被保留在人民手中，不使其受到有财有势公民的左右。

大陪审团制度经常被视为是对抗暴君的重要堡垒。尽管英国远在12世纪就已经有大陪审团，但王室也可以自行提起刑事指控。对这一特权的滥用导致了英国17世纪反斯图亚特王室(Stuart monarchs)查理一世(Charles I)和詹姆斯二世的平民起义以及美洲殖民地居民18世纪反乔治三世的起义。在《独立宣言》里，殖民地居民列举了他们认为被英王侵犯了的那些权利，其中重要的一条是被告的权利。美国革命领袖指出，法官判案顺英王之意，审判受操纵，拒绝采用陪审团，审判地点被迁至远方——所有这些都是对自《大宪章》沿袭下来的法律正当程序的嘲弄。《合众国宪法·第五条修正案》确保大陪审团制度，具体体现出只有人民的代表才有权利提出刑事起诉的原则。大多数州的宪法都有类似的规定。虽然英国于1933年废除使用大陪审团，代之以法院文书准备起诉书，但它仍然是美国刑事司法制度中的一个虽非全国一律、但被普遍使用的程序。

小陪审团通常有12人，但有些州的陪审团人数少一些。如同大陪审团成员一样，这些陪审员是从登记投票的公民中选出。陪审团审判的程序要求相当确切，并且立足于无罪假设，即被告在被证明有罪之前是无辜的。被告没有责任证明自己无罪；证明被告有罪的责任在政府一方，而对于重罪，即最严重的罪行，证明有罪的标准是达到“已不存在合理的置疑”。在联邦法庭和大多数州法庭，有罪裁决必须是基于全体一致的意见。如果只是多数陪审员投票定有罪，则导致所谓“陪审团悬而不决”的结果，进而将由另一个陪审团重新审判。

“被证明有罪之前是无辜的”(“innocent until proven guilty”)不是一句空话。从中引伸的宪法规定和程序规则旨在矫正政府对个体公民的明显优势。在大陪审团阶段，检察官必须以有份量的证据证明被告可能犯了罪。这一点类似于警方在取得搜查许可前被要求做到的有“合理根据”(“probable cause”)。大陪审团不必绝对知道被告是不是确实有罪，而是只需判断是不是存在合理的可能性；实际有罪与否由小陪审团决定。

审判时，检察官首先陈述案情，检方的每一个证人可以受到辩方律师的反诘问。政府必须出示合法获得的证据，并且不可使用某类证据，如传闻，即证人的证词完全基于从别人那里听来的情况。另外，不得提及本案范围以外的事情，如被告在其他时候的触法行为。掌握不利于辩护人的证据的证人必须出庭，因为根据《宪法》，被告有权利与对方证人对质。在检方陈述结束后，如果辩方认为政府未能使案子成立，可要求法庭立即驳回指控。这种情形很少出现，但偶尔确实发生，它提醒政府，缺少根据的指控不为法庭所容。

辩方在检方之后作陈述，其证人也可以受检方的对质。根据《宪法》，辩方有权迫使能为辩护人无辜作证的证人出庭。辩方不需要证明被告无辜，只需要证明对其有罪存在合理的怀疑。

以上所述仅属概括性介绍，实际的审判程序规则相当复杂。这就是《宪法》为什么要确保犯罪被告人有权利获得律师协助辩护的原因之一。

拜伦·怀特 (*Byron White*) 大法官
关于 " 邓肯诉路易斯安那州案 "
" 的意见书 (*Duncan v. Louisiana*)

1967

曾有人问到，〔陪审团审判〕是否属于我们一切公民和政治体制所基于的自由与公正的根本原则之一。……我们认为陪审团审判是美国司法体制的根本。……联邦《宪法》和州《宪法》中对陪审团审判的规定反映了有关运用政府力量的一个根本决定——不把决定公民性命和自由的大权交给一个或一组法官。

遗憾的是，美国刑事司法制度的现实经常不尽理想。在工作重压下的检察官、公派律师(免费提供给贫穷被告人的律师)和法官，经常使用" 诉辩交易 "(*"plea bargaining"*) 方式，即被告同意认罪，以此换取减刑。这种做法节省政府的审判时间和费用。另外，尽管审判是有规则的，但它很少像人们在电视或电影里看到的那样一板一眼。会出现迷惑不清和延误的情形，不见得每个律师都能言善辩，法官也不总是司法智慧的典范。不过，尽管如此，美国的司法制度无论是从理想的理论而言，还是从时有瑕疵的运作来看，都比世界上的任何其他制度给予犯罪被告人更多的保护。如同所有自由一样，公正审判权也在不断发展，顺应社会的变化而不断改变和完善。

的确，如果我们观察一下陪审团制度经历的变化就会发现，在宪法框架之下发生变化其实属于常规，而非例外。托马斯·杰斐逊在 18 世纪末指出，"12 位诚实人(陪审员)的判断力" 增加了公正裁决的机会。他当时也许应该说 "12 位诚实和有财产的白人"，因为美国的陪审员一向是从登记的选民中挑出。正如投票权随着历史发展而扩大(见第十二章)一样，曾在充分参与政府和履行法律职能方面遭到排斥的人们的权利和责任也逐渐扩大。就像最高法院在 1940 年所指出的："我们对什么是合理的陪审团的认识，是与我们对民主社会和代议政府的基本观念一道和谐发展的。让陪审团真正代表社会……属于已经确立的一个传统。"

将财产定为参与公共事务的资格，这在美国历史上早就受到谴责，因此，到了 1830 年代，再没有任何州把拥有财产作为投票或当陪审员的先决条件。但是，尽管内战结束了奴隶制，南方的一些州仍试图仅以种族原因把黑人排斥在陪审团之外。1879 年，最高法院推翻了西弗吉尼亚州拒绝黑人参加大、小陪审团的法律。但由于投票资格当时被视为是州法的范畴，南方各州设计出各种剥夺黑人投票权的策略，设法阻止黑人当陪审员。如果投票登记名单上没有黑人，那么陪审团名册上就也不会有黑人。

但是，随着民权运动在 1940 年代开始发展，反对阻止黑人当陪审员的呼声在联邦法庭引起共鸣。从一定程度上说，当时整个国家对种族问题的认识和理想正在发生变化，50 年代和 60 年代的大动荡则使之产生实际成果，最终使美国黑人赢得了全部法律权利。正如法庭一再强调的，禁止某些群体的成员担任陪审员不仅是对那些群体的歧视，使他们不能充分承担公民责任，而且也剥夺了犯罪被告人享有的自由审判的一个基本成分——由与其同等的人组成的陪审团。

多年来，在法庭审理的案件中，不仅有来自被因这样或那样的原因排除在陪审团名册外的人提出的起诉，也有一些被告人的申诉——他们说，禁止某些群体参加陪审团是剥夺被告人的法律正当程序。

瑟古德·马歇尔 (*Thurgood Marshall*)
大法官关于 "彼得斯诉基夫案"
的意见书 (*Peters v. Kiff*)
1972

当社会上任何一个大的明显群体被拒绝在陪审团之外时，就是从陪审团中取消了人性的很多特征和人类经历的多样化，其范围无人知晓，也许也是无法知晓的。并不需要那些被排除的群体视为一个和谐的投票阶层便可断言……排除他们使陪审团失去了观察人类事件的一个视角，而这对任何可能展现的案情也许有着始料未及的重要性。

被拒绝在陪审团以外的最大群体是妇女。即使在 1920 年妇女获得投票权以后，她们仍被排除在陪审团之外，理由是，她们的主要责任是照顾家务和家人。虽然妇女已经可以投票，但是男人严重的偏见继续使人认为，妇女在刑事审判过程中可能听到的 "赤裸" 资料会使她们 "脆弱的感官" 受刺激。

威廉·道格拉斯大法官关于 "巴拉德诉合众国案" 的意见书
(*Bullard v. United States*)
1946

如果掉换位置，假设所有的男人都被有意和一贯地排斥在陪审团之外，有谁能说陪审团真正代表社会？事实是，两性不可相互代替：仅由一个性别组成的社会环境和由两个性别组成的社会环境不一样；一个性别与另一个性别之间的微妙相互影响是一种难以解释的现象。……如果一个性别受到排斥，那么一种品味、一种特质就被丧失了。排斥一个性别确实会降低陪审团的社会代表性。

妇女最终赢得了充分进入陪审团体制的权利，没有证据显示这对她们造成任何伤害。相反，如同所有那些权利得到扩大的群体的情形一样，这加深了她们同公民地位相连的责任感。

* * * * *

如我们所视，陪审团制度首先和主要旨在保护犯罪被告人的权利。道理是，一个人的公民同胞 — 与其同等的人 — 最有资格判断有罪或无辜。第二，陪审团审判制度是民主社会的根本，因为它要求个人承担一项严肃的责任；可能没有其他任何场合能使一个人对民主运作过程获得如此的了解。但是，陪审团审判还有第三个原因：使整个社会得到法律制度正常运作的保障。

沃伦·伯格首席大法官
关于 "里士满报业公司诉弗吉尼亚州案" 的意见书
1980

现代英美司法刑事审判的起源可以追溯到有可靠历史记载之前的时代。……对当前目的具有重要意义的是，在其整个发展历程中，审判始终是对所有愿意旁观的人开放的。……鉴于这种做法有着从未间断、从无争议的历史，并且是基于几百年至今都站得住脚的道理，我们的结论只能是，审判公开是我们司法制度下的刑事审判的固有本质。

《第一条修正案》，连同《第十四条修正案》，禁止政府 "限制言论自由或新闻出版自由、人民和平集会及向政府诉冤请愿的权利"。这些明文保证的自由有一个共同的实质目的，即确保在与政府运作有关的事务上交流自由。显然，难以找出任何一个比刑事审判方式对人民更加重要的政府领域了。

《权利法案》是在审判应予公开这一悠久的历史背景下产生的。当时，公众旁听审判的权利被视为审判程序的一个重要方面；在 "愿来多少就来多少的民众前面" 举行审判被看作是 "自由英国宪政的不可估量的优势"。《第一条修正案》所保护的言论和新闻出版等自由可以被理解为是对每个人出席审判权利的保护，

从而使那些明文规定的权利具有意义。……就审判而言，《第一条修正案》对言论和新闻出版的保障本身就意味着禁止政府断然关闭在《修正案》诞生以前就早已对公众敞开的法庭大门。”因为《第一条修正案》的语言并非模棱两可。……它必须被视为，按照一个热爱自由的社会的理解，用明晰的语言所能表达的涵盖范围最广的一项规定。”

我们认为旁听刑事审判的权利在《第一条修正案》的保证中不言而喻；没有旁听这种审判的自由——这是人民行使了数百年的权利——就会“抽空”言论和新闻出版自由的重要内容。

虽然很多人整个一生也不会出席旁听一场审判，但他们有权利出席旁听。一些人甚至会说，他们有责任这样做，因为，如果说永久警惕是自由的代价，那么就应该对这个被很多人视为的民主社会的重要机制给予不懈的监督。

* * * * *

与人民享有的几乎所有其他自由不同的是，由陪审团审判的权利一直受到严重批评，而且需要受到全面审视。今天人们并不希望用格斗或者用那种由法官判决且无复议可言的秘密法庭来取代陪审团审判。自由和公正审判的理想是伸张正义；批评人士提出，目前的制度负荷过重，无法使审判真正做到自由和公正。

这种批评意见认为，目前制度的效果很差。审判太多，许多审判涉及的是能够、也应该由更有效方式处理的轻罪。法院的日程安排过满，被告人经常要等几个月、也许甚至几年才能出庭。常言道，耽误公正等于没有公正。公派律师的工作量过大，不能为受他们帮助的穷人提供真正有效的协助。公诉人则面对着过多的审判和人手不足，从而愿意作诉辩交易，而这常常惩罚了那些犯罪较轻的被告人，使罪行严重的被告人得以只受最低限度的惩罚。

即使一个案子进入了审判阶段，陪审团一定是判定事实的最佳方式吗？过去，用陪审团的部分理由是陪审员熟悉当地情况，认识受害人和被告，了解事实，因此能够作出公正的裁决。今天，陪审团从数百平方英里范围内的千百万登记选民中产生。陪审员很少认识被告人，而且如果他们认识反而会被除名，理由是，私人相识可能会对他们的判断产生不当影响。在反垄断和有关股票操纵与欺骗的案件里，一般公民能够真正理解其中牵涉的经济和财会问题吗？

有没有使刑事司法制度更有效的方式呢？毕竟，在陪审团审判的发源地英国，只有百分之一的民事审判和百分之五的刑事审判由陪审团决定。”法官审判”，即由一个或一组法官进行的没有陪审团参加的审判，省时间、省经费，鉴于它对公众开放并可以受上诉法院的审核，许多人认为这种形式公正、高效。而且，在涉及复杂法律问题的案件上，法官比一般人有更好的判断能力。

出于这些考虑，在美国的民法领域中正出现一个走向中立仲裁的趋势，也就是，当事双方同意接受一个局外方的裁决。仲裁号称速度快，因为它不会受到过于拥挤的法庭日程的拖延；它是公正的；在涉及到生意上的纠纷时，它可以让当事者根据他们所在的生意市场规则作决定。

最后，批评人士指责陪审团以易于摇摆而著称，当他们认定被告有适当理由干某件事时，就会不顾法律，他们也会受到精明律师的左右。

所有这些批评都有一定程度的正确性，其实，美国今天的刑事和民事司法制度采用多种形式。有法官审判，也有仲裁。



而且，警方的出色工作常带来如此有说服力的证据，以至被告未经陪审团审判就会认罪。至于那些不理睬法律、按感情投票的所谓不轨陪审员的情况，是大量依赖普通公民作决定的制度偶然出现的缺陷。另外，美国历史上还发生过“陪审团废弃法律”("jury nullification")的情形，因为他们认为法律本身不公正。在美国独立战争以前，地方陪审团曾拒绝给被控走私的同乡定罪，理由是，他们认为英国的贸易法和航运法不公正。

但是，假如由于认为陪审团审判的制度有缺陷而将其废除，那会是对民主政府本身的打击。对于那些认为法官审判或者（在民事案中）采用仲裁方式对他们更为有利的人来说，他们是可以选择法官审判或仲裁的。然而，对很多人来说，他们证明自己无辜的唯一希望，是面对与他们同等的陪审员，政府在这里必须将其罪行确定到“已不存在合理的置疑”的程度才能定罪。

另外，仅仅从效率高低来批评陪审团制度的人，没有认识到陪审团的重要性并不局限于判断有罪或无罪。随着社会日益复杂，很多人担心普通公民越来越与政府脱节，正在失去对

日常民主程序的参与感。在所有公民义务中，几乎只有担任陪审员这一项义务继续既给人以责任感，同时又带来参与感。

由与自己同等的人组成的陪审团给予自由和公正的审判继续是人民的一项重要权利，其中既包括受到犯罪指控的人，也包括被召集来认定事实的人。 ■

相关读物

Jeffrey Abramson, *We the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy* (New York: Basic Books, 1994).

Harry Kalven, Jr., and Hans Zeisel, eds., *The American Jury* (Boston: Little, Brown and Company, 1966).

Linda K. Kerber, *No Constitutional Right to be Ladies* (New York: Hill & Wang, 1998).

Godfrey D. Lehman, *We the Jury: The Impact of Jurors on Our Basic Freedoms* (Amherst, NY: Prometheus Books, 1997).

Leonard W. Levy, *The Palladium of Justice: Origins of Trial by Jury* (Chicago: Ivan R. Dee, 1999).



第八章

被告的权利

不得侵犯人民的人身、住所、文件和财物不受无理
搜查和没收的权利。除非有可成立的理由 并经宣誓或保证
且具体指明将被搜查的地点和将被扣押的人或物
否则不得颁发搜查逮捕令。

《合众国宪法 · 第四条修正案》

非经大陪审团提起公诉 任何人不得受到死刑罪
或可导致公民权被剥夺之罪的审判 ……
任何人不得因同一罪行而两次被置于有可能丧生或受体罚的处境
也不得被强迫在任何刑事案中作不利自己的自证
不得不经法律正当程序而被剥夺生命、自由或财产……。

《合众国宪法 · 第五条修正案》

在一切刑事案诉讼中 被告人有权利得到公正陪审团的迅速、
公开的审判……并被告之所受指控的性质和原因 有权利与对方证人
对质 有权利利用强制程序获得对自己有利的证人并得到辩护律师。

《合众国宪法 · 第六条修正案》

任何州也不得未经法律正当程序剥夺任何人的生命、
自由或财产 ……。

《合众国宪法 · 第十四条修正案》

我们一般将陪审团审判看作是被告人的权利之一。而且，如我们已经看到的，它也是社会整体的权利 — 一个既属于个人也属于全体人民的权利。但是，除非陪审团审判是按照确保对人人公正的法律进行，否则它便毫无意义；专制制度已经再清楚不过地显示了这点。如果在审判中法官允许使用非法获得的证据、被告人无法请律师、被迫作不利于自己的证词或无法让对自己有利的证人出庭，那么这个审判就不符合法律正当程序的要求。《权利法案》的起草人不仅通过他们在殖民地时期的经历，而且也从大不列颠自 1215 年签署《大宪章》以来一直致力于扩大法治的历史中，深深了解这一点。

今天，我们倾向于强调权利与个人自由的关系，但是，即使那些最被确认属于个人的权利 — 如被告人的权利 — 仍然具有其社会基础。在美国历史上，确立权利的目的不是为使个人不受社会常规的约束，而是为了推动负责任的自由，为了使所有人不遭受专制的压迫。在自由言论方面，《权利法案》确定出一个可以自由发表不同意见的空间，这既是为了个人利益，也是为了社会利益。任何类型的权利针对的都是防止日常生活受到大权在握的中央政府的无理干扰，因此对社会具有保护作用。权利既解放个人，也解放社会。

在被告人权利这点上,《宪法》确立了有关正当程序的基本规定。200 多年来,这些规定的具体内容在地方、州和联邦法院不断得到完善;其中许多内容涉及的似乎是微不足道、甚至有些人会说是单调的程序细节问题。但正如费利克斯·法兰克福特(Felix Frankfurter)大法官所言:"美国的自由史在相当不小的程度上是程序史。"他的最高法院同事罗伯特·杰克逊大法官持同样观点并曾指出,无论"正当程序"可能有其他什么含义,程序公正"是不可打折扣的要求"。

什么是法律正当程序呢?对这一点没有截然一致的看法;在 200 年来的司法审判中,法院不仅认为它包含程序上的权利,而且也认为它包含实质性的权利。在这篇文章里,我们将法律正当程序视为《宪法》—按照法院的解释和立法的充实—对刑事司法制度公正性的保护。这不意味着每个案子的每个被告人都得到一模一样的对待;而是指每个被告人,无论受到何种指控,都有权经过一定的程序,确保他/她最终得到公正的、根据法律进行的、公开的、让公众对这个制度的公正性感到放心的审判。这听起来容易做到,但美国以及其他地方的刑事审判历史表明,真正实现并不容易;只有在对人民权利有信心的民主社会才会形成这种制度。军事司法出于其必要性而与此不同—本文谈的绝大部分案例属于民事司法。

* * * * *

在美国独立战争时期,被告人权利的概念在美国已经比在英国进步得多。我们观察一下 1776 年美国独立战争后通过的第一批州法就会发现,它们包含的一系列权利具有惊人的现代含义,如:合理保释的权利、不得使用法庭外的供词、了解所受指控的权利、死刑案件由大陪审团起诉的权利、由陪审团审判等等;其中多项权利后来被纳入了 1791 年的《权利法案》。但《权利法案》在 1920 年代以前只适用于联邦政府,大部分刑事案件是在州法院根据州法审判。因此,在 20 世纪初期,美国存在着两种刑事司法程序。

一方面,有为数不多的联邦罪案(即由国会立法确定的罪行)受到为数不多的联邦调查人员的调查,并根据《权利法案》的严格规定在联邦法院审判。而且,从较早时期开始,如果被告极度贫困请不起律师,法院会指定当地律师协会的律师代表被告。至少在联邦一级,关于正当程序必须包括律师代表的概念在 20 世纪初就已经确立。

另一方面,由州法院审理的州罪案(即由州立法确定的罪行)是由地方或州警察调查,由地方或州地区检察官在州法院起诉,只有州法适用于这些案件,联邦权利与之无关。令人哀叹的是,大多数州当时没有多少关于程序权利的规定,即使有也没有严格实施。搜查经常是在没有搜查令的情形下进行;被捕的人可能在无律师在场的情况下受到警察逼问;如果他们没钱请律师,审判时可能就没有律师;在许多州,被告人没有拒绝出庭作证的权力,如果他们决定不出庭作证,这种缄默可以被当作他们有罪的"证明";如果被定罪,他们往往没有上诉的权利。

因为美国是联邦制,不仅联邦政府与州的法律不同,州与州的法律也不同。在那些《宪法》未明确规定联邦法律优先的方面,惯常的做法是让各州有自行处理的很大自由度,包括犯罪调查和起诉。直到 20 世纪初,联邦法院一直认为,《宪法》没有赋予它任何审议州的审判程序或结果的权力。应该看到,许多州的程序规定对个人权利具有同联邦政府的程序规定一样的保护作用;但各州之间差异很大—有些审判无论放在任何情况下检验都不失公正,而有些则只能被视为对司法正义的嘲弄。属于这后一类型的一个案件终于促使联邦法院介入,并在后来半个世纪中使美国的刑事司法程序得到重新确定。

费城律师威廉·罗尔
(William Rawle) 的发言词

1825

最无辜的人，当受到公诉和审判之可怕的严峻压力时，有可能无力为自己申辩。他也许根本不知道如何与对方的证人对质、指出他们证词中的矛盾或误点、并通过正当地引述它们以及运用自己的证词予以反驳。

1931 年在阿拉巴马州被指控强奸两名白人女孩的八名黑人青少年 ("斯科茨伯勒男孩", ["Scottsboro boys"]) 也许是无辜的，但在大萧条时期种族气氛紧张的南方保守地区，他们无疑没有为自己辩护的知识和能力。所有八个人都被审判、定罪，在不到一天的虚假审判中被判死刑。被法官指定为他们辩护的律师不过是在法庭上露面走了个过场。当这个践踏司法正义的消息传到北方一些报社时，民权组织立即志愿提供有力的上诉法律顾问，他们成功地将案子转入联邦司法体系中，并一直将官司打到美国最高法院。

虽然最高法院法官对这种审判情况竟被视为公正感到震惊，但他们作出裁决的根据并不是《第六条修正案》有关确保法律顾问的条款，而是《第十四条修正案》的正当程序条款。那个审判的全过程是对司法的嘲弄；法庭着眼于没有律师顾问，而实质问题是，没有律师代表被告人就不能有公正的审判，就不能有法律的正当程序。

乔治·萨瑟兰 (George Sutherland)
大法官关于 "鲍威尔诉阿拉巴马州案" 的意见书 (Powell v. Alabama)

1932

受听案子的权利，如果不包括让律师听案的权利的话，在很多情况下没有什么意义。即使有头脑和受过教育的普通人也少有或时常没有法学专业技能。如果被指控犯罪，他一般没有能力自行判断指控能否成立。他不熟悉证据法。没有律师的协助，他可能在没有正当罪名的情况下遭到审判，被根据不确凿的或与案情无关的或不能用的证据而被定罪。即使他有极好的辩护理由，但他缺少为辩护进行充分准备的技巧和知识。他需要在整个诉审过程中的每个阶段有律师指导。否则，他即便无罪也面临被定罪的危险，因为他不知道如何确立自己的无辜。若对有知识智慧的人都如此，那么对无知的人和文盲或那些智力低下的人就更可想而知了。

"鲍威尔诉阿拉巴马州案" 有两点引人注目。第一，它使联邦法院承担起一个新使命，即监督州的刑事司法制度，其所依的根据是专门针对各州的《第十四条修正案》中的 "正当程序条款"。联邦法院的使命当时不是——也从来不是——要使每个州的刑事审判程序同一化，而是要确定，对《宪法》规定的正当程序权利应该给予哪些最起码的保护。例如，有些州的陪审团由 12 人组成，而另一些州在某些类型的审判中使用的陪审团人数较少。最高法院认为，只要审判和陪审团保持最基本的公正标准，这些差异是允许的。

第二，"鲍威尔诉阿拉巴马州案" 确立了这样一条规定：在可能导致判处死刑的案件中，律师提供有效协助属于宪法要求所必须。在这个案子中，律师仅做到露面而已，没有为所代理的人作任何辩护，实际还不如根本没有出席。最高法院裁定，被告不仅必须有律师，而且律师必须提供真正的协助，也就是，按照法院的说法，有效的法律顾问。

但是,在裁决"鲍威尔诉阿拉巴马州案"时,法院仍坚信联邦体制;它虽愿意扩大监督职能,但对此缓而行之,法官们只有在遇到十分不轨的案件、感到不可无视其对正当程序的践踏时才会出面。例如,1936年,最高法院推翻了对三名黑人的定罪,这三个人是在遭受严刑拷打后提供的杀人供词。在1936年的"布朗诉密西西比州案"中(Brown v. Mississippi),首席大法官查尔斯·埃文斯·休斯斥责州政府使用逼供是违反正当程序。酷刑"是对正义感的背叛",也与"在我们人民的传统和意识里如此根深蒂固以至被视为根本"的原则背道而驰。

法院这次仍然不能将《权利法案》所明确给予的保护延伸,而是根据《第十四条修正案》的"正当程序条款"作出裁决。法院明确表示,各州享有决定审判程序的极大灵活性;只要他们采用的程序符合正当程序理想所要求的公正原则,他们甚至不必须采用陪审团审判。

首席大法官查尔斯·埃文斯·休斯 关于"布朗诉密西西比州案"的意见书

1936

虽然一个州可以不采用陪审团审判,但这并不意味着可以用折磨取代审判。不得用酷刑室取代证人席。

虽然"鲍威尔诉阿拉巴马州案"导致确立了在死刑案件中州政府必须提供法律顾问的规定,但它没有解决在不涉及死刑的重罪案中是否必须为贫困被告提供法律顾问的问题。这个问题直到1963年美国历史上最著名的案件之一——"吉迪恩诉温赖特案"(Gideon v. Wainwright)出现时,才得到裁决。

流浪汉克拉伦斯·厄尔·吉迪恩(Clarence Earl Gideon)被定犯有抢劫台球厅罪。在审判时,他坚持自己的无辜并请法官为他指派一名律师,因为他相信《合众国宪法》保证他有这个权利。法官回答说,根据佛罗里达州的法律,他在此案中没有请律师的权利。吉迪

恩极力为自己辩护,但被主要根据间接证据定罪。在狱中,吉迪恩利用图书馆查找上诉途径。他先是上诉到佛罗里达州最高法院(被驳回),而后上诉到美国最高法院。

吉迪恩的"贫民上诉"("pauper's appeal")递交到最高法院时,正值厄尔·沃伦(Earl Warren)首席大法官主持的法院经历着一场"正当程序革命"。在沃伦大法官的领导下,最高法院正在确定《第十四条修正案》的正当程序条款还"包含"哪些存在于《权利法案》中的其他正当程序规定。法院尚未确定《第六条修正案》有关法律顾问的权利是否被包含在内,而吉迪恩的上诉给法院提供了作出这一决定的机会。法院与每次接受贫民上诉时的做法一样,为吉迪恩指派了律师,而他得到的是华盛顿最出色的律师之一阿贝·福塔斯(Abe Fortas)。福塔斯本人后来成为最高法院的一员。(律师事务所视受最高法院委托提供这种服务为一种崇高的荣誉,尽管准备这种案子可能要开销数以千计美元,而律师事务所并不能得到补偿。)

在口头辩论中,福塔斯使大法官确信:除非被告人——无论其财力如何——能够得到律师服务,否则就绝不可能有真正公正的审判,也绝不会符合正当程序的要求。法院同意这个论点,在裁决中把这项基本权利扩大到所有受重罪指控的人。几年后,首席大法官沃伦·伯格领导的法院,把这项保护扩大到有可能导致囚刑的轻罪案。

"鲍威尔诉阿拉巴马州案"确立了这样一条规定在可能导致判处死刑的案件中 律师提供有效协助属于宪法要求所必须。

司法部长罗伯特·肯尼 (Robert F. Kennedy) 论吉 恩一案

1963

如果不是佛罗里达州一个名叫克拉伦斯·厄尔·吉迪恩的不知名囚犯坐在他的牢房里用铅笔给最高法院写了一封信，如果不是法院花功夫在每天肯定是成捆的邮件中的这一份简陋的上书里寻找它的法律依据，美国庞大的法律机器会一成不变地运转。

而吉迪恩写了那封信，法院审查了他的案子；他在得力辩护律师的帮助下重新受审，被判无罪，在无辜受罚两年后获释出狱——整个美国司法史的进程由此而改变。

律师的作用被认为是保护被告人权利的关键，但如果不是因为有一套保护被告人权利的成文法律，仅有律师用处不大。例如，在刑事案审判中能够出示哪些证据，是受到有关保护财产不受非法搜查和没收的《第四条修正案》的制约的。它再次反映出开国先辈由于在 18 世纪英国统治的殖民地的生活经历而形成的担忧。

虽然英国法律要求警察搜查民宅时要有搜查令，但英国在殖民地的政府采用了被称为协助令 (writs of assistance) 的空白搜查令，使警察有权力搜查几乎任何地点、任何东西。空白搜查令远在亨利八世 (Henry VIII) 统治下的都铎王朝 (Tudor) 时期就存在，到了 18 世纪初，人们对它的广泛使用给予越来越多的抵制。批评家抨击空白搜查令是“全体人民身上的奴隶标志，使每个人的住宅都可被陌生人进入和搜查。”但是，政府继续使用这种搜查令，使之成为英王政府和美洲殖民地居民之间发生摩擦的重大根源。空白搜查令的问题在于，它没有具体对象。例如，1763 年在英国，内政大臣发出一个特别令状，下令“认真搜查”讽刺刊物《北方不列颠人》(The North Briton) 的作者、

印刷人和出版商，并没收他们的文章。然而，令中没有任何具体姓名。后来至少有 5 家住宅遭到搜查，49 人（大多无辜）被逮捕，上千册书籍和文章被没收。这种搜查令在英国遭到广泛反对，因而逐步迫使政府限制了它的使用。

首席大法官查理斯·普拉特 爵士 (Sir Charles Pratt) 论空白搜查令

1762

用无名搜查令进入人家以便取证，这比西班牙宗教法庭 (Spanish Inquisition) 更恶劣；[这是] 任何一个英国人都不会愿意按其生活一小时的法律。

尽管在母国受到限制，但空白搜查令在殖民地仍广为使用，构成殖民地居民对英国的重要抱怨之一。马塞诸塞殖民地议会成员詹姆斯·奥蒂斯 (James Otis) 在反对协助令的一个著名演讲中，指责这种做法“违反了法律的根本原则，居家的权利。……[它是] 专断权力的最恶劣工具，是英国法典中最损害英国自由的一条。”独立战争后，各州颁布了各种限制使用这种搜查令的法律，当詹姆斯·麦迪逊起草《权利法案》时，《第四条修正案》进一步明确了对使用搜查令的限制。

根据《合众国宪法》，警方要取得搜查令或逮捕令，必须显示他们掌握针对要逮捕的具体人或要搜查的具体地方的证据。必须做到具体——人必须有名有姓，而不是仅称“住在那幢房子里的男子。”警方必须具体说明他们要搜查什么——违禁品、毒品、武器——而不能只说他们要搜查一个嫌疑人的住所。为取得搜捕令，警察必须有《第四条修正案》所说的“可成立的理由”。这并不是说要出示某幢房子内有违禁品或某个人确实犯罪的绝对证据，而是要求警方必须显示这个人极可能做了非法的事，搜查这个地方极可能找到某一罪证。

《第四条修正案》没有对实施这些要求作出规定。多年来，州警实际上经常在没有任何搜查令、或有搜查令但没有真正显示可成立的理由的情况下，搜查私宅。法院规定，联邦执法人员必须遵守《宪法》的高标准，并确立了所谓“排除规则”(“exclusionary rule”)。根据这一规则，在没有正当搜查令的情况下获得的证据不能在审判中使用。当联邦法院将《权利法案》的适用范围扩大到州一级的时候，也将“排除规则”的适用范围扩大到州警察和州法庭审判。

汤姆·克拉克 (Tom Clark)
大法官关于“马普诉俄亥俄州
案”的意见书 (Mapp v. Ohio)

1961

[没有排除规则，] 不受无理搜查的保证只是“一纸空文”，在极其宝贵的人类自由的永恒权利中毫无价值，不值一提。同样地，没有这个规则，隐私不受州政府侵犯的权利会如此短命，如此全然脱离不受蛮横手段强行取证的理念，以致不能被本法庭尊视为“寓于法定自由概念中的”一项权利。

虽然“排除规则”受到一些批评——卡多索大法官曾有一段著名的话说，由于有这条规则，“罪犯将会因地方警察的粗心失误而逍遥法外”——但是人们还是普遍认为，这是执行《第四条修正案》规定的唯一方式。这使大权在握的州政府必须依法办事，如未能这样做，它不可能用非法取得的证据起诉一个人，即使那人确实有罪。虽然在有些人看来这似乎过分，但它是为了达到一个更高的目的——确保警察行为得当。

* * * * *

《第六条修正案》所确定的请律师权利也经常与一些学者所称的《第五条修正案》中的“伟大权利”联系在一起，即任何人不得在刑事案中被迫作“不利自己的自证。”这个权利起源于反抗中世纪教会法庭的审问程序和英国的秘密私刑审判。到17世纪末，“无人须自证己罪”(nemo tenetur prodere seipsum) 的准则已得到英国普通法法庭的承认，其含义也更加广泛，即一个人不必回答关于自身行为的



任何提问。政府可以起诉一个人，但不可以要求这个人为这个过程提供协助。北美殖民地将此作为普通法的一部分继承过来，许多州把它写进了各自早期的权利法案。麦迪逊在起草联邦《权利法案》时，自然而然把它包括在内。

这项权利在 1950 年代早期受到严厉批评。当时，国会的 " 非美国活动 " ("Un-American Activities") 委员会举行类似司法调查的听证会，调查美国的共产党活动，一些证人拒绝在听证会上回答约瑟夫·麦卡锡 (Joseph McCarthy) 参议员的问题，理由是有自证已罪的可能。因此，在公众意识中，" 启用第五条 " ("Taking the Fifth") 被与共产党人联系在一起，有些评论人士称，真正无辜的人在刑事审判或调查委员会面前作证和讲实话不会犹豫。一些大众刊物也发表文章，谈论是否应修改这项宪法权利，因为它被说成是只保护罪人。

但是，如同 19 世纪末以来一样，法院继续对这项权利给予广义解释，即不自证已罪的权利适用于任何刑事案，并也适用于证词有可能以后被用于刑事庭的民事案。这个权利不是绝对的；人们不可以拒绝按指纹、验血、录音或提供其他物证，也不可拒绝接受酒精程度测试 — 即使这些可能导致被证有罪。但在审判时，被告有权保持缄默，法官或检察官针对被告人保持缄默所作的任何不利评论，都属违反被告的宪法权利。

* * * * *

虽然被告不能被迫作证，但他 / 她可以自愿坦白，坦白可以被用作证据。实际上，许多因感情或毒品导致的刑事案肇事者并非职业罪犯，他们愿意主动坦白。旧普通法中的反对使用酷刑、威吓、诱惑或许诺取得供词的规定，在 1884 年重新被法院确认为宪法的一个内容。在现代时期，尽管有 1950 年代的 " 红色恐惧 "，但最高法院仍在继续完善这一标准，以便更好地指导警方如何在履行职责时遵守《权利法案》。

法院强调坦白必须自愿，不得用体罚或精神摧残的方式强取。后来法院又把《第五条修正案》的权利与《第六条修正案》请律师的权利连在一起，所基的理由是，只有在被告人首先获悉他的权利，包括保持缄默的权利以后，其供词才可被用作证据。

阿瑟·戈德堡 (Arthur Goldberg)
大法官 关于 " 埃斯科韦多诉
伊利诺伊州案 " 的意见书
(*Escobedo v. Illinois*)

1964

我们的《宪法》将平衡点落在让被告人有获得法律顾问、避免自我陷罪的权利上。……任何值得维护的制度都不应害怕被告人在被允许请教律师后，会了解并行使这些权利。如果行使宪法权利会有碍于执法制度的效力，那么这个制度有非常严重的问题。

1966 年，最高法院在 " 米兰达诉亚利桑那州案 " (Miranda v. Arizona) 中作出了划时代的裁决。在此之前，警方和下级法院希望有一条明确规则，帮助他们确定什么叫满足宪法的全部要求，而法院通过米兰达一案说明了这一规则。用首席大法官沃伦的话说，被捕的人必须被以清楚和毫不含糊的语言告知其具有保持缄默的宪法权利，并且当场所说的任何话今后可在法庭上被用作对他不利的证词。此外，

警察必须让嫌疑人知道有请律师的权利，以及如果他/她没钱请律师，政府会提供律师。如果警察在没有律师在场的情况下持续审问，那么，首席大法官警告说：“政府一方有重大责任显示，被告人是明知和明智地放弃了不自我陷罪和请律师的权利。”

对米兰达案的裁决引发了一阵指责法院呵护罪犯的批评声浪，但是不久，米兰达案决定的根本正确性变得有目共睹。国内较前卫的警察局很快纷纷宣布，他们采用这种做法已经多年，而且这样做并没有损害调查或破案的效力。希望坦白的罪犯还是会坦白；在其他情况下，缺少供词不过是使警方在追查罪犯和给其定罪的过程中必须提高效率。针对那种认为这个裁决鼓励犯罪的说法，司法部长拉姆奇·克拉克 (Ramsey Clark) 说：“法院的裁决不导致犯罪。”许多检察官持相同意见，用一位检察官的话说：“法院在裁决和程序方式上的变化对犯罪率所产生的影响，大约同阿斯匹林会对脑瘤产生的影响一样。”

一个人要犯罪，法院——以及《宪法》——基本无能为力。法院所关心的，也是社会所关心的，是当警察逮捕一名嫌疑人时，那个人不会未经法律正当程序而被监禁或被判处死刑。预防犯罪是立法和执法机构的责任——它们具有制定法律和执行法律的根本职责。但是，在美国这些必须在《宪法》确立的范围内行事。由于美国的制宪人十分了解法院会如何受当权者的左右，因此他们以最大的努力来使法院在解释和运用法律上完全独立。

鉴于美国制宪人曾目睹刑法可以如何被统治者用来迫害政治反对派，因此他们作出了关键性的决定。他们不仅为被告人提供了构成正当程序的一整套权利，其中包括受社会同胞公正和迅速审判的权利，而且坚决要求整个制度要基于这样一个前提：受到犯罪指控的人在未被确凿无疑地证明有罪以前是无辜的。在民主社会，没有任何一个被控有罪的人需要证明自己无罪。相反，证罪的责任在于政府，而且还必须做到令人信服。

会不会有一些行踪极其隐蔽的罪犯让警察无法立案而得以逍遥法外呢？回答是肯定的，这是我们为坚持正当程序的制度所付的代价之一。偶尔会有一个罪犯逃出法网，但我们的目的是确保不让任何无辜的人误受惩罚。这个制度不是尽善尽美，但它的确以理想为准则。要保护人民的权利，民主国家中的正当程序就不能是一句空话。 ■

相关阅读物

David J. Bodenhamer, *Fair Trial: Rights of the Accused in American History* (New York: Oxford University Press, 1992).
Jacob W. Landynski, *Search and Seizure and the Supreme Court* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1966).
Leonard W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment* (New York: Oxford University Press, 1968).
Anthony Lewis, *Gideon's Trumpet* (New York: Random House, 1964).
Melvin I. Urofsky, *The Continuity of Change: The Supreme Court and Individual Liberties, 1953-1986* (Belmont, CA: Wadsworth Press, 1989).
Samuel Walker, *Popular Justice: A History of American Criminal Justice* (New York: Oxford University Press, 1980)

财产权

任何人……不得经法律正当程序而被剥夺生命、自由或财产
私人财产 如无合理补偿 不得被征为公用。

《合众国宪法 · 第五条修正案》

在许多人认为，财产权似乎是一个陈旧的概念，是按个人财产决定地位的旧时代的遗迹。在那种时代，大部分财产归一小部分人所有，拥有财产不仅意味着财富和社会地位，而且使人享有政治和经济实力。那是一个大多数人几乎无产或者完全无产的时代 — 例如，妇女一结婚就失去了对她们可能拥有的财产的控制，因此，政府和社会是在少数特权阶层的控制之下。我们大多数人会喜欢如今的情形：财富分配比较广泛；一个人的地位既与财富有关，也取决于个人成就；妇女不再受过时观念的束缚；投票权得到普及，而不是再以拥有土地为资格条件。

但是，拥有和享受财产一直是人民权利中的一个重要内容。在起草《宪法》的费城会议上，南卡罗来纳州的约翰·拉特利奇 (John Rutledge) 提醒各位代表说：“财产定然是社会的主要物质。”代表们其实并不需要太多提醒，因为这些制宪人都相信，尊重个人财产权是社会契约的关键内容。不仅他们在《宪法》里为保护这些权利设置了制度性保障，而且不久，各州在《权利法案》中增添了重要的条款以加强对这些权利的保护。此外，开国先贤的意图不仅是保护土地或有形的资产，而是也保护财产 — 不动产或动产，有形财产或无形财产 — 所含的一切权利。他们认为，财产是“其他每一项权利的保障”，因为如果没有不受政府任意干涉地拥有、使用和享受个人财产的权利，就不会有任何形式的自由。

财产权在今天对美国人民依然重要。享有自己创造、购买或哪怕作为礼物而得到的财产的权利 — 知道政府除非按照严格法律程序，不可能将其拿走 — 为人们提供了物质保障，而且与言论和隐私等相对抽象的自由相辅相成。经济权利遭受威胁的人与言论自由或投票权受到限制的人一样，都是在受暴虐政府的蹂躏。在讨论权利时，法律学者常提到“一套权利”，他们的意思是，所有权利都是紧密相连的。即使我们不再相信财产权是所有其他权利的基础，我们也仍然确信，自由就像是一个天衣无缝的整体，构成它的每一项权利都与其他项权利的完好无损密切相关。言论自由无疑是这样，财产权也不亚于它。

* * * * *

拥有土地 — 最具体、也是在共和国早期最重要形式的财产 — 从来并不意味着对它拥有绝对控制，也不意味着财产所有人享有任意使用财产的权利。源于英国普通法的传统一向对财产有限制规定。例如，普通法有关公害的规定表明，产权人使用土地的方式不得给邻居的权利带来不合理的影响。常规习惯也往往允许在非封闭式的私人土地上狩猎，或要求土地的主人开放前往河边湖畔的通路。对商用财产也有规定，例如：客棧、渡船和客车在英国和北美殖民地都受到多种规章限制。政府可以、也确实征收个人财富税。虽然大多数人承认税务对实施政府服务的重要性，但税收属于从个人手中拿走财产。对私人财产权最严重的一种干涉大概要属政府对土地的征用权 — 它使政府可以强迫把私人土地转让给政府，用于筑路或造运河等公共目的。

鉴于充分保护财产权和给财产权带来限制的公共需要相互矛盾，因此，对政府干涉财产权的限度从来不是十分明确，也并非没有争议。

久而久之，财产本身的含义发生了变化。(比如：虽然一块土地仍旧是一块土地，但对于诸如股权或品牌保护或电脑软件改进等应如何看待呢?) 于是，如同美国历史上的历来做法一样，人们要求法院对宪法有关财产的各种概念的含义作出解释。有时候，法院是捍卫财产权的先锋，其裁决被誉为是给保护经济自由、促进竞争和保护私营体制提供了必要保障。反对派则批评说，这些裁决阻碍了非常必要的、旨在保护社会弱势成员的改革，并且批评法院的决定损害了正在起步的福利体制的发展。

在主张充分保护被视为不可触动的财产权的法院保守派意见与主张必须用制约或甚至转让的方式限制财产权的改革派意见之间确实时常出现较量，但是，如果只着眼于这些较量，我们会忽视财产权在美国历史上的真正意义。大多数争执涉及商业财产和劳工合同，这些问题固然重要，但它们多限于约从 1870 年代到 1930 年代的美国工业化转型时期。经过那些较量，一些基本问题得到裁断。商业财产权是重要的，但在需要保护普遍福利的时候会有限度；个人财产所有权往往必须服从政府保护弱者或弱势群体的需要。

但是，美国人将财产作为一个人的社会相关性的尺度，始终对它有强烈的兴趣和热爱。这并不是像许多批评家所指责的对钱财的贪图。例如，许多人并不是从财产角度看待拥有房子，而是把它视为实现对梦想和社会地位的追求。这种对财产的眷恋起源于建国时期，当时大批移民来到新世界并不是为淘金，而是为了获得自己耕种的、属于自己的土地。

赫克托·德-圣让·克雷弗克

(J. Hector de St. Jean Crèvecoeur)

美国农民书信

1782

当我一踏上自己这片土地，富足、专有权和独立的妙想便油然而起。宝土啊，我对自己说，是哪条法律使你有了不动产拥有人的财富? 若不是明确拥有这片土地，我们美国农民如何以是? 它让我们食有粮，穿有衣，物产丰盛之极。

我们最上等的肉、最淳厚的酒、我们蜜蜂产的蜂蜜都来自这片贵土。无怪乎我们要珍惜这个所有权，无怪乎那么多从未能将这般地盘称为已有的欧洲人横渡大西洋来谋幸福。往日荒芜之地被我父辈化为田园乐土，作为回报，它确立了我们的一切权利; 基于它，我们有了地位、自由和做公民的力量。

财产机会驱使许多人移居新世界。到了 16 世纪，不列颠诸岛和西欧地区已无“空地”。每亩地都已有主，或归私人或属王室。长嗣继承权法和不动产限嗣继承法意味着，地产必须原封不动地遗留给长子，没有土地的人基本无权可言。伟大的英国政治理论家约翰·洛克 (John Locke, 1632-1704 年) 发表的一系列文章，对那一时期具有格外重要的意义，深深影响了宣布脱离英国统治独立并撰写《宪法》的那一代美国人。《独立宣言》反映了洛克关于政府和个人权利的许多思想，《宪法》包含了他关于财产权的理论。

洛克认为，私有财产源于自然法规，在政府出现以前就已存在。因此，拥有财产的权利不依赖于国王或议会的意志；相反，政府的主要效用是保护财产权，因为财产权是一切自由的基础。正如英国政治作家约翰·特伦查德 (John Trenchard) 1721 年所解释的：“所有人都热心于获得和维护财产，因为财产是独立的最好支柱，而所有人都热切渴望独立。”没有财产权，其他的自由就不可能存在，人民创建政府是为了保护“他们的生命、自由和地产”，也就是他们的财产。鉴于拥有和享受财产的权利源于自然法规，政府是为保护财产以及源于财产的自由而存在。

在马里兰定居的
德国移民文章摘要

1763

此地法律使人人安享其财产，最贫贱者不受最强势者之欺压，亦不会遭受无偿的掠夺。

这一传统在新世界甚至比在旧世界更强大。殖民地居民热衷拜读洛克的文章以及其他宣扬财产权的重要性和提倡限制政府对财产权的干涉的其他 17 和 18 世纪英国作家的作品。美国律师认为，普通法是以保护财产为核心的，并且从具有高度影响力的威廉·布莱克斯通撰写的《英国法律评注》中找到支持这个观点的依据。布莱克斯通曾畅感道：“对私有财产法律的敬重”如此之强，“以至容不得对它有丝毫的侵犯。”约翰·亚当斯在 1790 年所宣称的“不保财产，即无自由”，也分反映出这个传统。

《新罕布什尔州宪法》
(*New Hampshire Constitution of 1784*)

1784

人人皆有某些天赋的、根本的和固有的权利；其中包括享受和维护生命与财产的权利——一句话，追求与获得幸福的权利。

因此，就像《宪法》中的其他条款一样，有关财产的各项条款不是凭空制定的，而是反映了启蒙运动的理念承传以及殖民地的具体经历。美国的建国者相信财产的重要性。他们为贯彻这一理念而建立了对政府的限制，并防止出现他们所说的在英王统治下遭受的那种掠夺。虽然与高声疾呼“生命、自由和追求幸福”的《独立宣言》相比，《宪法》看起来也许是一份相对保守的文献，但是，它对这些权利给予同样的保护。宣布脱离英国独立和参加独立战争的那一代人，也是批准《宪法》

的一代人；1776 年在《独立宣言》上签名的许多人，11 年后也在《宪法》上签字。这两份文献不是相互对立而是相辅相成的；一份文献宣布这个国家因乔治三世国王践踏英人的权利而反叛，另一份文献则确立政府机制用以保护那些权利，包括拥有财产的基本权利。

值得注意的是，虽然制宪人明文规定保护财产，但他们没有把拥有财产作为担任公职的条件。《宪法》唯一对国会议员或总统资格的要求是年龄、住地和国籍。当时，许多州确实对参加投票设有一些财产要求，但学者们发现，这种要求没有阻止什么人投票。很多地区的情形是，要么人们拥有参加投票所要求的不多财产，要么地方当局不理睬这一规定。仅在几十年后，对投票人的财产要求便被“杰克逊时代”(Jacksonian Era) 的伟大民主改革浪潮荡涤无存。

* * * * *

《宪法》对财产的规定共有四类。第一类限制新的全国政府管制个人和州财产权的能力。国会不得颁布“剥夺财产和公民权利的法案”(“bills of attainder”)，即不得立法不让犯叛国罪或其他某些罪行的人将财产传给自然继承人而由政府没收其财产。上述规定旨在防范在英国过于经常出现的滥用权力现象——国王为霸占有钱贵族及其近亲的全部地产而宣布他们犯有卖国罪，或者议会利用剥夺财产法而剥夺某些团体或个人的财产。

另外，国会不得对不同州的港口给予厚此薄彼的待遇。国会可以对进入国家的商品施加关税，但不得征收出口税，进而确保国家任何一个地区的生意得失都不会因联邦政府政策有失偏颇而受影响。这后一部分规定来自殖民时期的经历，因为一些殖民地由于英国议会的贸易法案给某一殖民地的港口以优惠，或对某殖民地施加出口税，而使他们的商品在帝国市场处于不利地位。

《宪法》中的第二类规定加强了联邦政府对州际贸易和对外商务的管辖权，并包括广泛的税收权。这些权力虽然似乎与财产权相矛盾，但实际上却有助于财产权，因为制宪人的

目的是要制约州政府。在 1781-1788 年的《邦联条例》(Articles of Confederation) 期间，州与州之间经常发生经济战，对邻州商品设关税障碍，或收买外商船主以使他们用此港而非彼港。这类做法严重破坏地方商业，新的《宪法》规定保证了所有种植人和制造商具有进入国内外市场的平等机会，并且不遭受歧视性的关税。

保护财产的另一个重要方面，是授权国会 " 为促进科学和有益艺术的进步，对作家和发明家的作品和发明在一定期限内给予专利权保护 "。这项条款保护的是我们今天所称的 " 知识产权 "，而它其实始于更早几年。在与英国分裂以后，美国作家和发明家就不再能依赖皇家政府早先颁发的专利与版权。尽管人们普遍不赞同垄断 (这是对英国在茶叶和其他主要产品上实行帝国政策的反应)，但是美国人认识到，作家和发明家需要特殊保护。大陆会议 (Continental Congress) 缺少提供这些保护的权力，但督促各州给予保护。北卡罗来纳立即以版权法响应，并宣布 " 对文学财产的保护须十分注意鼓励天才。 "1784 年，南卡罗来纳通过了《鼓励艺术和科学法案》 (Act for the Encouragement of Arts and Sciences)，这是全国第一个普通专利法。但是，在邦联体制下，一个州可以无视另一个州的法律 (包括专利和版权)；《宪法》所制定的针对全国的规定则为知识产权所有者提供了所需要的保护。

第三类规定是对州的限制。1780 年代，一些州的立法机构应民众要求，曾经制定了解脱债务法或发行了很快就变得一钱不值的纸钞。另外，如上所述，一些州的法律规定，征收对外国或外州商品的进出口税，严重阻碍了独立战争后的经济复苏。各州被明文禁止发行货币和征收进出口税，也不得颁布剥夺财产法。对私有财产最有力的保护，也许是一条关于禁止任何州制定 " 妨碍履行合同 " 的法律的条款。这些合同可以是债主和债务人之间、地主和租赁人之间、甚至政府与私人之间的契约。(最高法院在其最有名的裁决之一， " 达特茅斯学院案 " ["Dartmouth College Case"] 中确立，给私立院校的凭照相当于合同，一旦颁布，不得被州政府打折扣。) 在新共和国最初数十年里， " 合同条款 " ("Contract Clause") 是引起最

多法律诉讼的一项《宪法》条款，而最高法院则严格维护这一条款对州的限制。但是，这个问题并没有在费城会议上引发多少讨论；代表们已目睹州政府造成的问题，决心不让州政府再有那样做的权力。

詹姆斯·麦 逊

《联邦主义者文集·第 44 篇》

(Federalist No. 44)

1788

剥夺财产和公民权利之法案、追溯既往之法律、及有碍履行合同义务之法律，皆违背社会契约之首要原则及合理立法的诸项原则……。因此，会议极恰当地增添了这项维护个人和私人权利的宪法保障；我敢断定，他们这样做出于对符合选民利益的真实情绪的确切了解。他们作出非常正确的推断……需要进行某些彻底的改革，以排除围绕公共措施的猜测，鼓励审慎勤俭之风，使社会有规可依。

第四类保护规定涉及在美国已不复存在的一种财产形式：奴隶财产。到 1787 年，所有南方殖民地都牢牢确立起奴隶制，这些州的代表明确表示，除非新《宪法》明文保护奴隶制，否则他们不加入合众国。为建立合众国，与会代表向南方的大部分要求作了让步。因此，最初起草的《宪法》授权国会颁布法律，拘押逃亡奴隶，但不授权国会干涉国内贩奴贸易。费城会议的代表，无论是来自北方还是南方，都不曾料想，奴隶制问题日后会变得如此激烈、造成如此分裂，以致要经过一场几乎摧毁合众国的内战，才消除了被南方称为的他们的 " 特别制度 "。

人们在最早的《宪法》里找不到一条公开确认各项财产权的具体条款。这不是因为制宪者不重视财产 — 要记得约翰·拉特利奇曾说过 " 财产定然是社会的主要物质 "，而是因为他们相信财产会通过他们建立的体制、对联邦政府的有选择的授权，以及对州和联邦政府权力有针对性的限制而得到保护。他们相信，一

切个人自由，包括财产权，都可以通过对政府实行一定的限制而得到最佳保护，正因为这样，《宪法》中最初没有权利法案。

* * * * *

但是，在批准《宪法》的辩论过程中，人们强烈呼吁增加这样一个权利法案。一些州把立即通过保护人民权利不受国会干涉的具体措施作为该州批准《宪法》的条件。詹姆斯·麦迪逊提议增加一段概括性的话："政府为民众利益而设，应为民众利益而为；民众利益包含享受生命和自由，有权利获得和使用财产，广而言之，有权利追求和得到幸福与安全。"但他的与会同事希望有更具体的规定，《权利法案》中的《第五条修正案》有两条直接涉及财产的条款——任何人"不得不经法律正当程序而被剥夺生命、自由或财产；私人财产，如无合理补偿，不得被征为公用。"

《第五条修正案》的"正当程序条款"直接承袭了《大宪章》有关"土地法"的规定，它可能是《宪法》不仅对财产权，也对个人自由的最重要保护。但这个保护还有更深的含义。如果政府所必须做的一切不过是按章办事——而国会可以颁发这些章法——那么，政府相对很容易侵犯个人自由。但是，法院对"正当程序条款"的解释是，它不仅包含程序上的权利（即政府必须遵循的方式），而且还包含实质性(substantive)权利（即源于"自然法"和英国法律传统的对政府本身的限制）。腐败或独裁政府操纵立法机制窃取人民财富和限制人民自由而声称自己是在依法行事的例子，不幸在历史上层出不穷。"正当程序条款"的根本意思是，国会不得制定这样的法律，因为它违背贯穿整个宪法结构的精神——保护个人自由，其中包括财产权。

《第五条修正案》的"征用条款"("Takings Clause")，是对财产的又一个强有力保护。所有人都认识到，政府有时需要取得部分私人财产以满足重要的公共需要，如街道、公路、运河或联邦军事设施等。但修正案否定了当时在欧洲实行的无补偿直接充公的做法。在封建社会，所有土地理论上属于王室，被国王的各封侯所占有。由于政府在那个制度下拥有所有土地，因此似乎没必要为拿走原本就不属于"封侯"的土地而补偿他们。即便在封建制度

成为历史以后，政府可无偿征用土地的观念仍属常规。在美国，到了制宪时期，人们已经坚信，个人完全拥有自己生活和劳作的土地。不错，政府曾拥有西部大片疆土，但是，根据先是由邦联议会(Confederation Congress)通过、后来又经宪法确立的国会再度通过的法律，政府的土地一经出售，政府就丧失了与这块土地有关的一切权利。政府如因任何原因需要获得私有财产，必须支付费用。

大法官安东宁·斯卡利亚
(*Antonin Scalia*) 关于 "诺兰诉加利福尼亚海岸委员会案" 的意见书
(*Nollan v. California Coastal Commission*)

1987

如果说，把公共地役权设置到私有地产上不构成征用财产，而"不过是对使用地产有所限制"，那就是完全抽掉了所用之词的本义。国家征地权的主要用途之一，确实是为了保证政府有能力要求转让产权，但条件是政府出资。我们一再裁定，就财产归其所有者私人使用而言，不让他人使用的权利是"通常被视为财产的那套权利中最基本的权利之一。"

虽然《第五条修正案》的条款当时仅适用于联邦政府，但许多州的权利法案都采纳了《第五条修正案》的用语。我们知道，美国是联邦制政体，联邦政府和州政府都有权力。许多州甚至在1791年以前就已经有权利法案，但几乎所有的州都补充或修改了自己的宪法，使之包含"正当程序"和"征用条款"的内涵，甚至词句。各州的这种做法加强了财产及其相关权利在国家宪法和法律体制中的重要位置。20世纪以前，负责推动筑路、修运河之类的经济建设项目的是州政府，而不是联邦政府。州宪法中的规定确保在这些建设过程中，尊重每个产权人的权利。

* * * * *

在 19 世纪和在 20 世纪早期，围绕财产权的性质，以及如何在私有财产所有人及商人的权利与州政府为缓解工业化带来的某些严酷影响而行使的管理权之间取得平衡，出现过一场大辩论。在司法体系内尤为如此。许多法官似乎持不折不扣的洛克观点，即绝对不应采取任何干涉个人财产权的做法。

大法官约瑟夫·斯托里
(Joseph Story) 关于 "威尔金森诉利
兰案" 的意见书 (Wilkinson v. Leland)
1829

如果财产权只取决于不受任何制约的立法机构的意志，那么，这个政府难以被认为是自由的政府。自由政府的根本准则似乎是应将个人自由与私有财产视为神圣。

因此，保守派法院一直限制州立法机构和国会对诸如工资与工时法、工厂安全制度、公用事业价格管制和累进税收制等进行改革——如今所有州已普遍实行这些措施。改革势力直到 1930 年代的大萧条 (Great Depression) 时期才最终获胜。这不意味美国人民放弃了财产权，而是表明，在围绕个人自由出现的巨大变化中，财产权的份量变得相对化了。自 1937 年起，全国和法院都更加注重个人自由权利，特别是《第十四条修正案》的 "平等保护条款" ("Equal Protection Clause") 的含义。这是伟大的民权革命的开端，言论、新闻出版、宗教和被告人权利的含义，也都从这时候起迅速扩展——所有这些都在本书其他章节中一一得到介绍。虽然有些人认为，财产权已被侵蚀到无足轻重的程度，但是实际情况相反；对财产的保护仍是美国生活中一个十分重要的内容。即使美国人不再视财产为 "对其他每一项权利的保护"，但财产仍然对他们如何看待人民的权利具有非常重要的作用。

在历史学家中长期存在的一个辩论是，为什么美国从来没有发生过强大的社会主义运动。工业革命的冲击力在美国其实与在西欧和

大不列颠英国一样。美国的矿工和工厂劳工与他们在 "旧世界" 的同行的劳动条件同样艰辛，劳动所得仅够贫苦度日。但在英国、法国、德国和意大利，工人联合形成了强有力的工会，并且迅速发展成强大的左派政治运动，而这在美国从未发生。虽然在 19 世纪和 20 世纪初美国曾经出现过很多社会主义的团体，但从来没有形成一个把工人要求和政治权力相结合的主导组织。即使在 20 世纪初的顶盛时期，社会主义派人士也仅仅在 1912 年的总统选举中获得 100 万张选票，而后始终再未达到这个数目，包括在大萧条的困难时期。

一个普遍为人们所接受的解释是，在世界许多地方，劳工和有产者将经济世界视为你输我赢的 "零和游戏" ("zero-sum game")，即如果一个群体的人要改善他们的命运，势必要以其他群体为代价。无产者要变成有产者，势必要拿走控制在有产者手中的财产，将其被转到无产者的手中。虽然古典派经济思想家总是将人的劳动力作为一种财产，但实际上，普通劳动者很少能控制自己的劳动、劳动条件或报酬。

但是，在美国，过去一直有一——其实现在也仍然有一——足够的空地，使所有辛勤努力的人拥有财产。从一开始，不仅农民，而且手工业者，甚至非技术工人，都希望拥有产权。在美国作为英国殖民地、而后作为独立国家的 300 年中，西部地区有着大片辽阔、空闲的土地，随时任人定居和耕耘。政府的政策鼓励个人拥有土地，因此，政府以极其低廉的价格出售公共土地，并且在修建全国横贯铁路期间，为铁路用地提供补贴。铁路部门随之以低价出售这些土地，从而使更多的人到新边疆置地安家。

美国不存在那种困扰很多欧洲社会的阶级和等级制度。美国没有掌控巨产的世袭贵族，也没有按传统被限制在社会最底层的体力劳动阶层。许多人是在 17 和 18 世纪作为契约仆役来到美国的，他们按照契约当一定年数的农场做手或家庭佣工，然后获得自由。在很多情况下，主人在仆役的契约期满获得自由时，以土地、农具和种子作为支付，使他们得以开始新生活。虽然昔日的契约仆役并没有都拥有大片土地，但有些人确实成为大土地主，

许多人也的确有了自己的农场，享受到埃克托尔·圣约翰·克雷弗克在 1782 年颂扬的那些权利。尽管从 1780 年代至今美国发生了巨大变化，但拥有土地一贯是一切背景的美国人的追求。大多数劳工不希望成为支持社会主义党派的更有势力的无产者，而是希望成为小业主、独立手工业者、有自己雇员的雇主、新兴中产阶级的一员，尤其是希望像有钱人一样，成为房主和地主。

亚历克西·德-托克维尔
《美国的民主》
1832

对财产的热爱，在世界其他任何国家都没有比在美国更深沉和专注，也没有任何其他地方有如此多数人对有碍于拥有财产的学说表现得如此不感兴趣。

美国之所以能够出现德-托克维尔所描述的情况是因为美国本身独特的条件。即使在 19 世纪末期边疆逐步消失以后，美国仍有着可让个体家庭盖房造屋的大片土地。在 1950 年代访问美国的人，对美国星罗棋布的大片独栋住宅社区赞叹不已，这些社区的居民属蓝领和白领阶层。自美国建国起，拥有自己的房产始终是美国人的梦想。民主党和共和党人都通过旨在便利人民买房的政府计划，鼓励和支持这个梦想。在美国，财产是繁荣的中产阶层民主社会的基石。

* * * * *

21 世纪伊始，我们面对的“财产”形式，从有形和熟悉的到虚拟和奇特的，不一而足，令人眼花缭乱。但是，财产的基本原则没有变，社会、政府、特别是法院的职责之一，是确定应该如何对待传统和全新形式的财产。从 1950 年代初开始的财产权大发展，不仅改变了我们对言论与宗教自由的观点，也改变了我们对财产的看法。只举一个例子：当今州政府为公民提供包括社会福利、老年退休金、失业救济和健康保险等一系列有形的福利。很多人如今将它们视为公民有充分权利享受的一种财产权。

20 世纪下半叶，公民权利和环境保护运动导致形成的法律，大大加重了对传统概念的财产权的压力。餐饮业主不再可以歧视性地选择服务对象，商业和私人财产权人常常必须承担环境保护项目的费用。政府规章涉及所有经济行业，那种认为产权人可以完全随心所欲地对待自己的生意和财产的旧观念，在社会上受到进一步冲击。这种现象导致一些评论家认为，财产权已被抛进了“法律垃圾箱”。

这种观点也许有其道理，但这只是在财产权被视为不可侵犯的前提下才成立，而美国或英国的法律从来不曾确立这一点。即使约翰·洛克颂扬财产具有作为其他权利的保障的首要位置时也承认，这在使用中存在很大的局限性。如果说，美国历史某个时期对财产权过分地采用了“自由不干涉主义”，那么，另一个时期则可能被采用得太少。过去 20 年来，面对现代政府的合理关注和这些关注对财产权产生的影响，联邦法院一直在力求在两者间形成新的平衡。



大法官约翰·保罗·史蒂文斯对“多兰诉泰格德市案”的不同意见 (*Dolan v. City of Tigard*)

1994

在我们不断变化的世界中有一点是确定的，这就是：对新城市发展造成的水灾、地震、交通堵塞或环境危害影响的预测是不确定的。当对这些影响的程度存在疑虑时，需要避免危害的公共利益必须优先于[产权人的]私人利益。如果政府能够说明，它对土地使用许可所设置的条件合理、公平并有助于实行有效使用土地的计画，那么就应有有力的推论根据可以认为那些条件是正确的。说明那些条件对[财产]的经济价值造成不合理影响的责任，完全在于反对政府做法的一方。

上述这些问题，有些是随着今天人们环保意识的提高而产生的：发展虽然对经济有好处，但却会影响空气和水的质量。普通法将河流污染的责任归咎于那些向河里倾倒废物的产权人。如今，对空气或水的破坏往往不能被归咎于一个人或一家公司，而是许多方面数年甚至数十年的行为共同造成的后果。我们如何

解决——而不是追究——治理费用问题？采取限制产权人传统享有的财产权利的做法，对私产利益，特别是对那些对较大的环境问题至多不过产生有限影响的产权人，构成多大惩罚？正如大法官雨果·布莱克多年前指出的，设立“征用条款”的目的，“在于禁止政府强迫让一些人独自承担（若公平而论）应由社会整体所承担的责任”。这属于 21 世纪初的辩论之一，但仅仅是之一。

在自由实体制下，财产具有多种形式，每一种形式对不同的利益群体有着特定的价值。民意测验显示，70% 以上的美国人高度重视财产权。重视财产权的传统观念使美国人受益 200 多年，而现在的挑战是，如何将这种观念所基于的根本价值观用于新的情形和新的财产形式，从而既保护产权人，也保护公众。 ■

相关读物

Bruce A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven: Yale University Press, 1977).
James W. Ely, Jr., *The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Right* (2nd ed., New York: Oxford University Press, 1998).
Forrest McDonald, *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution* (Lawrence: University Press of Kansas, 1985).
Ellen Frankel Paul and Howard Dickman, eds., *Liberty, Property, and the Foundations of the American Constitution* (Albany: State University of New York Press, 1989).
William B. Scott, *In Pursuit of Happiness: American Conceptions of Property from the Seventeenth to the Twentieth Century* (Bloomington: Indiana University Press, 1977).



残忍或非常的处罚

不得要求过重保释金 不得设置过重罚款
也不得施以残忍和非常的处罚。

《合众国宪法 · 第八条修正案》

有些人对最初的《权利法案》为罪犯被告人设立了如此多种保护感到奇怪 — 《第四条修正案》规定搜查或逮捕需有搜捕令；《第五条修正案》规定要由大陪审团提出起诉、严禁在法律诉讼中将被告人一罪两罚、被告不必作对自己不利的证词、确保法律正当程序；《第六条修正案》确保实行陪审团审判、被告有权知道被控罪名和与证人对质、得到律师协助。而《第八条修正案》(The Eighth Amendment) 则确保一个人在经公正审判被定罪后，所受刑罚必须与罪行程度相当。一个人不应因一项交通违规而被罚款 100 万美元、不应因伪造支票被断手、不应因非法赌博被处以死刑。这再次表明，民主社会为保持对刑事司法制度的信心，为不使这个制度化为政治压迫的工具，即使罪犯也享有必须得到尊重的权利。这是我们的理想境界。现实与理想也许会有差距，但《权利法案》给予的保障仍是民主社会所应追求的标准。

【利未记】24:17-20 *(Leviticus, 24: 17-20)*

灭人性命者必被处死。……若加害邻人，则使其受同样损害：以伤还伤，以眼还眼，以牙还牙；致残他人者，也应被同样致残。

虽然《旧约》(The Old Testament) 的这段话以及《古兰经》(The Koran) 中的类似章节看起来是在主张赤裸裸的报复，但它们提出的按量施刑实际上在当时是一种新观念。罪犯应受到与罪行相符的惩罚。以眼还眼 — 而不是以眼、臂和腿还眼。尽管我们现在认为这属于常理之见，但当初在欧洲它是经过了几百年

才为人们所接受。从古代一直到 18 世纪的启蒙时期，君主政权时常使用多种可怕的处罚形式，包括骇人听闻的酷刑和缓慢痛苦地折磨致死等，与罪行程度极不相符。甚至直到 18 世纪，英国还存在着 200 多种可被处以死刑的罪行，而其中大多数涉及的是针对财产的犯罪，如小偷小摸、砍树、掏兔子窝等。

在现代人看来，过去的一系列处罚形式及其可被施用的范围简直令人发指。在古雅典，公元前 7 世纪的《德拉古法典》(Draconian Code) 对一切犯罪行为皆施死刑。200 年后，《罗马十二表法》(Roman Law of the Twelve Tablets) 把诸如割他人农田的庄稼、发假誓或在夜间扰乱城市等行为定为死罪。罗马人设想出各种施死刑的方式，如钉十字架、掷海淹死、活埋、活活打死、刺刑等等。有杀父或杀母之罪者，被与狗、鸡、毒蛇和猿猴同放进一个麻袋，然后被淹没于水中。

中世纪时，酷刑经常与处决相连，英国贵族们既有淹人池，也有绞刑架，它们不仅被用于惩罚重罪，也被用于惩罚轻罪。犯叛逆罪的妇女被以火刑处死，男人被处以绞刑，断气前被砍下，在被挖出内脏后分肢。那些不认罪的人遭受胸前被压以重磅的压刑。第一天，刑手给受刑人一小块面包，第二天给少量污浊饮水，由此直到受刑人要么认罪，要么死亡。1531 年，国王批准将沸水煎作为一种适宜的处决方式。几乎所有的处决都当众进行，既成为大众的观景，也是对违法将带来的可怕后果的警告。

对威尔士王子大卫的处决令
(Order of Execution for David, Prince of Wales)

1283

他将因背叛封其为骑士的国王而被押上绞架，
因在霍瓦登堡 (Castle of Hawarden) 杀人被处以
绞刑，因行刺之举亵渎受难耶稣而被焚四肢，
因在多处谋君王之死而被分尸并被抛尸四方。

除了处决以外，英国法律规定的各式较轻
的刑罚包括：烙印、割耳朵、驱逐流放等。
而且，王室肆意采用任何方式审讯嫌疑人，
迫使很多无辜者不堪忍受酷刑而认罪。到新大
陆定居的移民将这种英国法律带了过来，不过，
由于殖民地人力缺乏，因此死刑，特别是因轻
罪而被处死刑的情况，大大减少。能干活的人
手太宝贵，不能因偷兔子之类的小错而失去他
们。例如，马萨诸塞的清教徒就废除了针对所
有盗窃罪的死刑，并在《马萨诸塞自由法规》
(Massachusetts Body of Liberties, 1641 年) 里宣布：
"彼此间不容非人道、野蛮或残酷体罚。"

到独立革命爆发时，大多数殖民地都设有法
律，将纵火、海盗、叛逆、谋杀、鸡奸、盗窃、
抢劫、强奸、盗马、奴隶造反和伪造等罪行
判处死刑，绞刑为通常的处决方式；有些殖民
地的刑法相对更加严厉。但是，所有的记录似
乎都显示，即使可以将某一罪行判死刑，法官
和陪审团只是在案情罪大恶极时才这样做。

虽然鞭刑、溺水和羞辱柱 — 罪犯被绑在公
共场所的一根柱子上任人嘲弄 — 仍然是有些
殖民地当时常用的刑罚，但更残忍的严刑和惩
罚在美国很快消失。这是当时在母国发生的唤
起公众舆论反对残忍刑法的改革运动带来的影
响。围绕什么是残忍和非常处罚的重大辩论始
于独立革命年代，并一直持续到起草《宪法》
及《权利法案》的时期；从很多意义而言，
它是当代关于死刑是否属于残忍和非常处罚的
论战的序幕。

《合众国宪法·第八条修正案》几乎一字
不差地采用了 1689 年英国《权利法案》第十
条所规定的禁令，乔治·梅森后来把它纳入弗
吉尼亚的《权利法案》(1776 年)，邦联议会

把它纳入 1787 年的《西北法令》(Northwest
Ordinance)。在讨论《宪法》的过程中，一
些州提出非议，认为《宪法》未能充分保护
个人自由。在马萨诸塞审核批准《宪法》的
会议上，一名代表提出，《宪法》未能限定
惩罚方式，因此从理论上说，采用肢刑架和
示众的绞刑架具有合法性。弗吉尼亚的帕特里克·亨利对有可能出现酷刑表示担心。他们虽然实际是在要求使宪法包含更广泛的权利法案内容，但是同时也看到，有必要保护人们不遭受在英国历来普遍存在的酷刑。

瑟古德·马歇尔大法官
关于 " 弗曼诉佐治亚州案 " 的
意见书 *(Furman v. Georgia)*

1972

无论英国的《权利法案》有关禁止残忍和非常
处罚的规定所针对的是过度或非法的处罚，
还是野蛮和恶劣的惩罚方式，或两者兼而有
之，毫无疑问，我们的开国先父借用其语言并
将其纳入《第八条修正案》的意图，是为了
将酷刑和其他残酷刑罚定为非法。

围绕关于残忍和非常处罚的辩论，也涉及
是否应在法律上废除死刑。伊迈纽尔·康德
(Immanuel Kant) 等欧洲哲学家的著作在美国
非常有名，他对《圣经》中的罪罚相等说的
陈述很有影响力。但是，意大利反对死刑的
改革家切萨雷·贝卡里亚 (Cesare Beccaria) 的
著作也同样具有影响力。贝卡里亚认为，法律
的严厉程度常使罪犯 " 为避免不为单独一项罪
行受罚而多重犯罪。 " 如果简单的偷鸡罪会导
致严重处罚，那么小偷会为了避免被抓受刑而
采用更暴力的手段。

当时出现了一些主张废除死刑的显赫声音。一些人认为，新共和国的成功应依靠公民的情操，而不是基于人们对严厉刑法的畏惧，许多人还认为，令人畏惧的刑法是专制统治的标志。《独立宣言》的签署人之一本杰明·拉什 (Benjamin Rush) 说：“死刑是君主制政府的自然衍生物。”即使亚历山大·汉密尔顿这样的保守派人士也认为，“残忍令人深恶痛绝”，死刑有损于共和国的价值观和行为方式。

1789 年，在根据《合众国宪法》召开的第一届国会上，禁止残忍和非常处罚的提案没有引发多少辩论。新罕布什尔的塞缪尔·利弗莫尔 (Samuel Livermore) 是唯一一位发表详细论述的代表：

塞缪尔·利弗莫尔议员谈
残忍和非常的处罚

1789

这一条款似乎表达出颇多人文思想，对此本人无异议；但鉴于条款似乎空洞无物，本人认为它没有必要。……不应施用残忍和非常的处罚；有时绞死一个人属于必要，恶人往往应受鞭打，或许应被割耳朵；但我们将来是否要因为这些惩罚方式残忍而不能予以采用？若能发明改过和遏制他人犯罪的更宽容方式，立法机构予以采纳将是极其慎重的；但在确有此方之前，我们不应通过作出这类宣告来限制订立必要的法律。

对利弗莫尔的话需要被放在相关的讨论背景下去理解。他在理论上不反对采用人道的处罚方式；他所关心的是那样的处罚方式是否有效。利弗莫尔由此可以感到道德观念随社会变化而发生的变化。在某一时期，拖拉分肢被视为是对叛国罪的合适惩罚，其残忍和导致的极度痛苦，在那时的许多人看来，恰使它更适于用来作为对政府最严重犯罪的惩罚。而在 18 世纪的美国，利弗莫尔属于少数派，因为他所主张的是，虽然相信立法机构不会施加非人道的处罚，但也仍保留使用任何手段防止和惩罚犯罪的权利。但是，大多数人赞成对政

府设立限制；《权利法案》的起草人以及开国一代的许多人不信任政府，他们从亲身经历中知道政府的行为会无节制到何种地步。

* * * * *

与《权利法案》中的其他条款不同的是，在“残忍和非常的处罚”这点上较少有来自最高法院的判例法可循。酷刑在美国从未得到过正式许可，有关这个问题的少量论述一般涉及地方政府使用体罚逼供的案件。偶尔出现过几个确定保释金或罚款是否过高的案子，但围绕“残忍和非常的处罚”这个问题没有“明线”标准。最高法院表示，这是一个最好由审判法庭作判断的问题，被告如果感到不平，可以提出上诉。

死刑是否违反《第八条修正案》进而应予以取缔，一直是一个在全国和法院引起辩论的问题。按照修正案的文字规定，最高法院最初听审的一些案件涉及处决方式，而不是实际刑罚。1878 年，法院赞成用执行枪决的行刑队作为处决犯人的一种方法，十年后，又批准使用电椅作为一种人道的处决方式。一个世纪后，法院尚未接到对药物注射死刑这种当前的“人道”处决方式的任何反对意见。从根本上说，最高法院的态度是，只要死刑还存在，其执行方式就交由各州决定，但不能使用酷刑或其他显然残忍或非常的方法。1970 年代，法院被迫被卷入了废除死刑的论战；随着这个问题目前再次在公共政策辩论中占据重要位置，法院看来不久也许会再次被卷入其中。

* * * * *

在 20 世纪的最初 20 年，美国减少了联邦死刑罪，有些州完全废除了死刑。在这之后的数十年时间里，这方面没有出现新的进展。死刑问题再度成



为全国化的辩论焦点是在 60 年代初。从一定程度上说，美国废除死刑的运动是由世界其他国家取得的成功而得到推动。

第二次世界大战后不久，改革派提倡将废除死刑作为 1948 年起草《世界人权宣言》(Universal Declaration of Human Rights) 时文明国家的一个目标。挪威等几个欧洲国家已经废除死刑，其他一些国家也认为应该限制死刑的使用。数年来，一些国家开始签署多边协议，禁止对少年、孕妇和老年人使用死刑，并减少可以施用死刑的罪行种类。

最终，国际社会起草了三项旨在完全废除死刑的条约，一项起草于 1983 年，另两项起草于六年后。50 多个国家签署了这些议定书。在纽伦堡法庭 (Nuremberg Tribunal) 将一些纳粹人物判处死刑的半个世纪以后，国际法如今禁止在战争罪和反人道罪的审判中使用死刑。在近来推翻君主专制的很多国家里，由民主选举产生的议会首先通过的法律之一便是废除死刑，这是因为在专制政府下，处决是压制人民的重要手段。

由于一些原因，美国还没有签署这些文件。原因之一是，最高法院没有将死刑本身视为违背禁止残忍和非常处罚的《第八条修正案》。因此，对触犯联邦法律的罪行是否实行死刑由国会决定，对触犯地方法律的罪行由 50 个州和哥伦比亚特区自行决定。四分之三的州仍然实行死刑；其余的州则没有死刑。对于那些由议会制定全国性刑法的国家来说，联邦制的这种做法比较令人费解。但在美国的联邦制度下，

每个州可以自行制定各自的法律，唯一需要遵守的是《宪法》规定和那些已由国会确立了联邦管辖权的方面。

也许，美国继续存在死刑的最重要原因是，美国人在死刑是否得当的问题上没有共识——既有人认为应完全废除死刑，也有人认为死刑有益并应该更多使用。大多数美国人可能处于这两个极端之间，虽然对死刑是由政府杀人感到不安，但又担心没有死刑会无法遏制十恶不赦的犯罪行为。就这一点，佛罗里达州前司法部长罗伯特·谢文 (Robert L. Shevin) 曾作过精辟的论述，他说：“人类的善良和同情使死刑成为悲剧；人类的罪恶和堕落使死刑成为必需。”

* * * * *

反对死刑的人有着各种各样的原因。有些认为，杀死任何人都是非人道的。按照他们的观点，罪犯应该受到囚禁以防危害他人，但一切生命，即使罪犯的生命，都是神圣不可侵犯的。他们视死刑为不道德，并最主要基于这个原因而反对死刑。

第二种原因涉及死刑的终结性，即对无辜者错遭处决的担心。500 多年前，英国高等法院王座庭庭长约翰·福蒂斯丘 (John Fortescue) 曾宣布：“宁可让 20 个罪人逃脱死刑的惩罚，也勿让一个无辜者遭遇死刑。”如果一个人被错判有罪送进监牢，一旦发现有误，那个人可出狱。虽然任何人都无法弥补狱中损失的时光，但至少人还活着，可以享渡余生。而如果人已被处决，一切就再也无法挽回。

第三种原因关系到，除一种情况外，死刑作为任何普通意义上的惩罚手段的所谓无效性。反对死刑的人说，死刑起不到威慑效果，因为犯死刑罪的人在犯罪时极少考虑后果。冷血职业杀手自认为他们能逍遥法外，因此并不为刑罚担心。发现受丈夫欺骗的悲愤妻子气急败坏，想复仇，在感情冲动中很难想到要为自己的行动承担后果。

在这些反对死刑的人看来，处决能够达到的唯一目的是报复，即社会对那些超越社会正常行为限度的人的惩罚。他们不否认应该有惩罚，但认为惩罚应该是文明的。在他们看来，这种基本属于复仇性质的处决是野蛮的。他们从圣经章节中找到宗教依据：“主说：伸冤在我。”



反对死刑的第四种原因是，在施行死刑时有明显不公。陪审员不愿对妇女施用死刑，即便他们确定她犯有谋杀罪。倡导公民权利的人士提出，非洲裔美国人或其他少数族裔被告人被判处死刑的比例，比犯下类似罪行的白人被告人被判死刑的比例要高得多。

* * * * *

支持死刑的人则持相反观点。他们说，首先，惩罚必须与罪行相符，如果一个人明知故犯，蓄意夺走人命，那么死刑是社会最起码的要求。受害者身亡而杀人者却在狱中继续活着是不公平的。

第二，有些罪行如此罪大恶极，只有死刑才足以平民愤。当杀人者折磨或强奸受害人时，当罪犯采用极其凶恶的犯罪手段时，这个罪犯丧失了一切道义权利。支持死刑的人说，犹如我们要消灭发疯的动物以解除对社区的威胁一样，某些罪犯也必须被永远地“除掉”。

第三，他们认为死刑可以有威慑作用。赞成死刑的人承认，死刑不会制止职业杀手或一个暂时被嫉恨冲昏头脑的人，但它会防止清醒的轻案罪犯犯下更严重的罪行。他们指出，在美国和英国，盗窃犯很少携带枪支。如果他们被抓获，对单纯溜门撬锁罪行的处罚比持枪抢劫要轻得多。罪犯没有枪就不会对房主或警察动武。支持死刑的人认为，这显示了法律威慑的效果。

第四个论点涉及报复；赞成死刑的人认为这一点没有任何不对。受害者的家人应该知道凶手未能逍遥法外，由于他杀害无辜，他自己也将偿命。而且，除非政府施行惩罚，使人伸冤，否则个人将会自行其是，美国将会化为私刑泛滥的社会。

令支持死刑的人最难回答的是差错问题。他们即使不同意福蒂斯丘宁可放过 20 个罪人也不错杀 1 个无辜者的观点，但也还是承认，错误有可能发生。他们的论点是，无论设立多么完善的制度，错误总是难免的；允许 20 个罪人逃生本身就是对社会的犯罪。为了社会的利益，偶尔有无辜者被误判有罪而丧生，是一种不幸但必要的代价。

* * * * *

各州刑事司法制度之间的差异、量刑尺度的五花八门、在涉及少数族裔的案件中死刑比例的超常——这些最终导致最高法院采取行动。1960 年代提交到法院的一些上诉案揭示出制度上的不完善。在许多情况下，法院可用技术性的理由将原判推翻，而不必须触及死刑是否合宪这个实质问题。但是最后，大法官们决定不得不处理这个问题。

"弗曼诉佐治亚州案" 意见备忘录

(Memorandum opinion, Furman v. Georgia)

1972

本法院认为，在这些案中施加并执行死刑构成残忍和非常的处罚，违背《第八条修正案和《第十四条修正案》。因此，将各案维持死刑不变的判决推翻，这些案子被驳回作进一步审理。

1972 年 6 月，两派意见几乎势均力敌的最高法院作出一个完全出人意料的决定：解除了全国近 600 名囚犯的死刑。在“弗曼诉佐治亚州案”中，法院多数派认为，实行当时存在的死刑体制违反了禁用残忍和非常的处罚的规定。虽然支持废除死刑的人们为此高兴，但他们错误地理解了法院的意见。大多数大法官没有说死刑本身不合乎宪法，而只是说，施用死刑所凭借的法律方式不合理并且带有任意性，因而违反了《第八条修正案》。

随后几年所出现的发展令反对死刑的人甚为沮丧：37 个从前使用死刑的州，每一个都修改了法律，向弗曼案意见书中所体现的宪法标准看齐。1976 年，法院开始审议这些新法律，以便确立切实可行的标准，最后在“格雷格诉佐治亚州案”(Gregg v. Georgia) 中，维持了佐治亚州修改后的死刑法律。新法律规定，在陪审团审判中，陪审团首先就有罪还是无罪作出决定；如果陪审团认定被告有罪，随后再专

门针对施用什么刑罚进行表决。陪审团和单独审判的法官必须既考虑是否存在可以减罪的情节，也考虑是否存在须加罪的情节，而所有死刑案都自动得到州最高法院的复审，以防止刑罚过度或与罪行不符。

大法官波特·斯图尔特、
刘易斯·鲍威尔 (Lewis Powell)
和约翰·保罗·史蒂文森
关于“格雷格诉佐治亚州案”
的意见书
1976

我们这些案子还表明，公众对什么是适宜的刑事惩罚看法不一。刑罚也必须符合“人的尊严”，这是《第八条修正案》的基本概念。……这至少意味着惩罚不得“过重”。当从理论上（在这里，涉及死刑究竟是否可被用于惩罚谋杀）而不是具体地（涉及对某一具体被告的具体罪行使用死刑是否适当）考虑某一惩罚形式的时候，有关“过重”的问题有两层意思。第一，惩罚绝不可是不必要和肆意地施加痛苦。第二，惩罚绝不可与罪行的严重程度截然不符。

法院驳回了那种认为现代的人类尊严观要求废除死刑的论点。立法机构可以——如果它选择这样做——以伸冤或威慑为由而实行死刑，判刑部门可以根据明确的法律标准判决死刑。只有两名大法官——威廉·布伦南和瑟古德·马歇尔——认为，死刑本身是违宪的。

死刑形式繁多、施加死刑的主观性及经常带有歧视不公、以及缺乏明确的实际宪法标准等一系列原因，导致一部分人支持1972年法院的最初决定。但多数派认为，不是死刑本身而是各州实施这一极刑的方式不合乎宪法。修改后的法律避免了其中很多问题，如今所有州都要求对死刑给予自动复审，以保证施行死刑具有某种程度的一致性和避免判案偏见。

然而，法院在后来的许多决定中，力图避免对判决死刑形成全盘一致的模式，从而将法院最初所反对的不确定因素再次带入判决过程

中。首席大法官沃伦·伯格在1970年代就几个死刑案所提出的意见无疑是正确的，即死刑案各不相同，因此必须在用刑上尽量做到个案处理。为此，法官或陪审团必须全面地考虑各种可能减轻和/或者加重罪行的情节。尽管各州努力使这一程序理性化，但归根结底，决定是否使用死刑参杂着很多主观判断。如果陪审团认为某一谋杀罪行十恶不赦，他们往往能够证明死刑合理；如果陪审团同情某个被告，他们会找到减罪的情节从而避免施加死刑。

* * * * *

正如我们在讨论其他权利时所看到的，宪法的含义确实是随着社会的逐渐发展而变化。在一个时代似乎恰当的情况，在另一代人眼里可能全然不同。虽然美国司法系统在解释《宪法》时受限于宪法文献的字句，并且在一定程度上受限于制宪者的意图，但是，法院努力使对文字的解释适应当时的社会。

历史事实表明，在18世纪末，尽管少数人对死刑的功效持保留态度，但美国 and 欧洲的大多数人都视死刑为对某些具体罪行的合法惩罚。从很大程度来说，许多美国人——他们很可能占多数——仍然这样认为。法院曾在几年前指出，公众对死刑的态度没有发生重大变化。如今可能已经开始出现某种变化，但难以判断这种变化会有多大。

促使出现变化的一个原因可能是，尽管各州上诉法院根据最高法院的指导标准对死刑判决给予更严格的审核，但研究表明，死刑仍不成比例地被施用于少数族裔被告人。

第二个因素是，被揭露出的错案数量比原来预想的要多得多。在许多案子中，贫穷的被告人没有从法院指派的不熟悉刑法的公辩律师那里得到应有的法律协助。最近，一些法学院学生的课题组进行了本应由资金充足的律师班子展开的审判前调查，他们找到确凿证据证明，被定罪的人并没有犯罪。

如果说，这些调查本身不足以令人对这个制度的可靠性产生怀疑的话，那么，新技术的发展做到了这点。近年来，脱氧核糖核酸，即 DNA，检验手段，在全美国推翻了数十起死刑案。从强奸受害人身上取得的物证可以被用来对其攻击者作出近乎确定无疑的判断。一些因强奸杀人罪而被判死刑等候处决的人，在接受 DNA 检验后获得释放，因为通过这种当年他们受审时还不曾有的检验手段证明，他们不是作案人。在非强奸案中，过去所采用的血液化验只能证明被告人衣服上的血迹是不是与受害人的血型相同，而新的手段可以准确地显示血迹是否来自某人。一些判决也同样因此而被推翻。

这类证据不仅为废除死刑的论点提供了支持，而且也对主张死刑的人士——既有自由派，也有保守派——产生影响。民主国家刑事司法制度的核心是，制度要公正、错误要少而又少、法律面前人人平等。许多美国人在近几年清楚地看到，死刑制度存在缺陷，必须予以纠正。

弗兰克·墨菲 (Frank Murphy) 大法官未发表的反对意见草案

1946

除去自己的良心，没有任何东西指导我们如何给残忍和非常下定义。今天被认为是公正的处罚，明天可能被认为是残忍的。因此，我们所面对的不是一套绝对观念。我们的决定必定来源于我们形形色色的信念、背景以及对人格尊严尊信程度之和。

2000 年，持保守派立场的伊利诺伊州州长乔治·瑞安 (George Ryan) 呼吁在伊州内暂停执行死刑，这一举动震惊了全国。他说，错案太多，在再有人被处决之前，必须设立谨慎的措施，确保审判公正、律师协助充分、所有证据都得到权衡和考虑。其他州的州长和州议员也呼吁严格审视本州的死刑制度。

美国最高法院同意受理几个案子，这些案子虽然并没有对死刑本身提出抨击，但他们对向某些群体施死刑提出质疑，如对未成年者（若作为成年人受审就可能面临死刑）和弱智者。2002 年 6 月法院作出的两项裁决显示，大法官们了解关于死刑的辩论，至少有几位法官也对实施死刑的公正性感到担忧。在一个案子里，法院多数派承认，公共舆论已认为处决弱智者确实构成残忍和非常的处罚。英美普通法一向规定，不应该惩罚那些不理解他们的罪行或刑罚的人。精神失常长期以来一直被视为不得施加重刑的理由，精神失常的犯罪人被判监禁，但不被处决。

在另一个案子里，法院严格限制法官自行决定施死刑的权力，把死刑决定权更多地交给陪审团。虽然有人会说这让民众情绪有了更大的影响力，但它也加强了陪审团的权力与责任，而根据大法官安东宁·斯卡利亚的观点，这是美国刑事司法制度的核心所在。

很难断言目前对死刑的这种重新评价是否会导致废除死刑。但它至少应能保证，这项严厉程度冠所有刑罚之首的处罚手段得到更为客观和公正的使用。在 21 世纪初的美国，死刑没有被视为违背《第八条修正案》禁止残忍和非常处罚的规定，被视为违规的是实施失误。 ■

相关读物

Larry Charles Berkson, *The Concept of Cruel and Unusual Punishment* (Lexington, Mass.: D.C. Heath & Company, 1975).
Charles L. Black, Jr., *Capital Punishment: The Inevitability of Caprice and Mistake* (2nd ed., New York: W.W. Norton, 1981).
Walter Burns, *For Capital Punishment: Crime and the Morality of the Death Penalty* (New York: Basic Books, 1979).
John Laurence, *A History of Capital Punishment* (New York: The Citadel Press, 1960).
Michael Meltsner, *Cruel and Unusual: The Supreme Court and Capital Punishment* (New York: Random House, 1973).
Louis P. Pojman and Jeffrey Reiman, *The Death Penalty—For and Against* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1998).

平等的法律保护

任何州……对在其管辖内的任何人
不得拒绝给予平等的法律保护。

《合众国宪法 · 第十四条修正案》

半个世纪以来，给予所有人平等法律保护
的宪法规定对美国一些伟大的社会运动
起了关键作用，使美国的有色人种、妇女和其
他群体获得了平等的法律权利。就理念而言，
它是美国《宪法》中最崇高的表述之一；就
实践来看，它的影响力非同一般。没有它，美
国不会取得过去 50 年来的社会进步，许多美
国人可能仍在遭受使他们沦为二等公民的制度
化的歧视，不能投票或享受所有的权利。《第
十四条修正案》在 1868 年被纳入《宪法》，
但是，对“平等保护”定义的广义解释是经过
将近 90 年才开花结果。

* * * * *

当托马斯·杰斐逊将“人人生而平等”写入
《独立宣言》时，他指的不是社会或经济的平
等主义。他和开国一代人认为，社会本身的性
质决定，不可能有社会上或经济上的一致均等，
因为人的能力和素质不同。他们不希望拉平社
会，而是希望给予每个人发挥自己最大能力的
机会。为创造这样的机会，人人（当时他们只
想到男人）在法律前必须平等；不可以实行富
人一套法律、穷人另一套法律——尽管开国先
父忽略了当时明显存在一套适用于白人的法律
和另一套针对奴隶的法律的现实。一代人以后，
安德鲁·杰克逊（Andrew Jackson）的民主党人
在谈论平时，也同样指的是建立在法律平等
待遇上的机会平等。

有趣的是，《宪法》和《权利法案》原文
都没有提到平等机会，而且，直到内战结束前，
人们没有认为有这种需要。后来，当失败的邦
联各州明显表现出无意公正对待新获自由的奴
隶时，国会作出回应，通过了《合众国宪法 ·
第十四条修正案》，禁止所有州不仅不得拒绝
任何公民的法律正当程序，而且也不得拒绝给
予任何公民平等的法律保护。

大法官斯坦利·马修斯 (Stanley
Matthews) 关于“*益和诉霍普金斯
案*”的意见书 (*Nick Wo v. Hopkins*)

1886

保障平等的法律保护乃是致力于对平等法律
的保护。

然而，“平等保护”的含义从一开始就时常
模糊不清，这也许是因为《第十四条修正案》
的制定者没有给我们留下确切的解释。另一方
面，“平等保护”可被理解为，无论是否合理，
一切法律都应被一成不变地用于所有人。这
种认为法律不能以任何方式、形式或方法区
别对待个人和群体的极端观点会显得很愚蠢。
要求申请驾驶执照的人达到视力测验标准显
然对盲人或有视力障碍的人不利，然而这
是一种适当形式的区分。

大法官安东尼·肯尼
关于“*罗默诉埃文斯案*”
的意见书 (*Romer v. Evans*)

1996

《第十四条修正案》关于不得拒绝给予任何人
平等的法律保护的条款，必须与一种实际需要
并存，即大多数法律由于这样或那样的原因需
要 [将人] 分门别类，进而带来不利于这类或
那类群体或个人的结果。…… [法院] 力图在
原则与现实之间作出调和，它提出，如果一项
法律既不影响基本权利，也不是专门针对易受
怀疑的一类人 [弱势公民]，那么，只要它合
理地与达到某种正当的目的相关，我们就将维
持立法分类。

所有法律都有赖于某种分类,在很多情况下,法律仅适用于某些人而不适用于另一些人;人们可能会在同一条法律下受到不同的待遇。例如,政府雇员的退休金额绝对会因级别、工龄和工资级别而有所区别。刑法和民法的刑量显然根据若干情形而有所不同。例如:两个被判同样罪的妇女,比如杀人罪,可能因案情不同而得到非常不同的刑量。正如我们不希望法律公然以年龄、身高、性别、种族或宗教等原因而带有歧视性一样,我们也不希望法律不顾情况地强迫对所有人一刀齐。

《第十四条修正案》的起源 — 作为重建内战后邦联各州的蓝图 — 在很多年里决定着法院对它的解释。尽管这个修正案在文字表面并没有提到种族,但所有人都清楚,国会提出这一修正案是为了保护过去的奴隶不受歧视,除此别无其他意图。哈伦大法官形容《宪法》是色盲的著名言论,十分贴切地表达了这种意图。

大法官约翰·马歇尔·哈伦 (John Marshall Harlan) 对 "普莱西诉弗格森案" 的不同意见 (*Plessy v. Ferguson*)

1896

从《宪法》的角度,在法律的眼里,这个国家没有上等的、占支配地位的、统治阶级公民。这里没有等级。我们的《宪法》是色盲的,既不认识也不容忍在公民中划分阶级。

虽然获得自由以后的奴隶及其子孙的生活现实并不一贯是这样,但哈伦大法官的话表达了一种理想。胜利的北方联邦,在扫除奴隶制并将崇高的情感纳入《宪法》后,进入了一个经济开拓和工业发展时期,棘手的种族问题被留给南方自行处理。结果是,其后60多年一直存在着对非洲裔美国人的制度化歧视,在英文里这也被称为"Jim Crow",即对黑人的种族歧视。"Jim Crow"这个词来自当时"滑稽说唱团"(杂耍)中由一个白人演员装扮黑人的脸谱化角色。后来这个词在南方流行开来,意指种族隔离。

隔离 — 按照州和地方法律形成的白人与黑人的合法隔离 — 最终将被"平等保护条款"取缔,但在当时,在宪法类用语中几乎没有这一条款的踪影。除了某些涉及歧视的极端案件,法院一般拒绝将这个条款宽泛地应用于种族关系方面;而且,法院视整个《第十四条修正案》的用途有限,拒绝将它用于其他情况。奥利弗·温德尔·霍姆斯大法官在1927年曾将"平等保护条款"形容为"宪法辩论中通常的最后依据",也就是说,它对总体法律制度影响甚微。

这一切在第二次世界大战期间开始发生变化,而且属于历史上那些具有讽刺性的发展之一。给"平等保护条款"注入活力的,并不是公开歧视有色人种的某个案件,而是涉及偷鸡的盗贼比表现形式较之文雅的盗用资金的罪犯受到严厉得多的处罚(绝育)的案件。威廉·道格拉斯大法官提出一个基本问题:对所有重罪犯严格执法而唯独将富有的盗用资金犯除外,这公平吗?答案显然是不公平。他提出,这种由社会等级造成的惩处上的严重差别,完全违反了平等保护法。道格拉斯大法官随后建议,法院应该严格审视任何违反"平等保护条款"的侵犯了基本权利的法律。这一分析结果为二战后几十年中所进行的伟大的民权革命创造了条件。

* * * * *

美国的大萧条时期使人们对政府应有和不应有的职能产生了新的认识。面对1930年代出现的要政府采取行动以减轻经济萧条影响的需要和1940年代要政府在战时采取卫国行动的需要,那种认为联邦政府不应多干预经济的旧观念被淘汰。同时,新一代律师和民权活动人士开始思索,政府 — 尤其是法院 — 可能为结束种族隔离扮演什么角色。给他们带来鼓舞的,不仅有法院推翻排斥黑人在初选中投票的一些案子,而且也有法院发表的意见,如"所有只对一个族群的民权给予限制的法律都直接受到怀疑"。这一模式被用于不只一个案子中。

1953年,随着德怀特·艾森豪威尔(Dwight Eisenhower)总统提名厄尔·沃伦担任美国首席大法官,所谓"平等主义革命"的条件开始成熟。与杰斐逊和开国先贤一样,沃伦和法院的其他法官并不希望消除由才智和勤奋导致

的差别。但是，他们从宪法角度出发，不能继续容忍由法律上的不平等或由不平等对待某些群体所造成的人为的不平等障碍。

关于这一原则的最卓越论述，来自最高法院 20 世纪作出的一项无疑是最重要的裁决：“布朗诉教育委员会案”(Brown v. Board of Education, 1954 年)。在十多年时间里，法院一直在逐步削弱对黑人的隔离歧视——这些歧视在很多地区形成了对黑人与白人的合法隔离，法院认识到，它在 1896 年的“普莱西诉弗格森案”中支持隔离是错误的。在布朗案中，法院向种族隔离提出正面挑战，宣布这种做法违反宪法的平等保护规定。

首席大法官厄尔·沃伦
关于“布朗诉教育委员会案”
的意见书

1954

公立学校中纯粹按种族而将儿童隔离——即使学校设施和其他“有形的”因素可能平等——是不是构成了剥夺少数族裔儿童平等受教育的机会？我们认为是。……我们得出结论，在公共教育领域“分而平等”的学说无立足之地。隔离教育设施本身就是不平等的。……这种隔离是拒绝给予平等的法律保护的一种表现。

通过宣布“隔离教育设施本身就是不平等的”，沃伦似乎表示，种族隔离违反了在一切时候、一切场合给予“平等保护”的宪法规定。这也就是说，法院宣布，种族歧视自 1868 年以来就是违宪的，在普莱西等一些案子中作出的相反判决是错误的。

但是，沃伦表达的意思还不仅如此，而且正是其中更深一层的含义，对有关平等保护的解释产生了重大影响。宪法含义随时间和情况的发展而变化。19 世纪初，首席大法官约翰·马歇尔教导美国人民要始终记住《宪法》的意图是“要适用于各种人类事务的危机。”这种所谓“活宪法”概念不是被所有学者或法官

所接受，但是，“平等保护条款”过去半个世纪的历史表明，它的运用，可能也包括它的意义，已经随时间发生了变化。

肯尼思·卡斯特
《属于美国 公民权利平等与
宪法》(Kenneth L. Karst, *Belonging to America:
Equal Citizenship and the Constitution*)

1989

如果说“布朗诉教育委员会案”反映了美国公民文化的变化，那么它也导致了更多的变化。“布朗案”是最高法院 20 世纪作出的最重要裁决。今天，它不仅是一项关于学校、甚至不仅是关于隔离的裁决。“布朗案”是我们禁止等级制的《宪法》原则的最具权威性的象征。

布朗案使美国昔日的种族关系不复存在。萌芽中的要求恢复失去权利的努力由此获得新生，发展成为 1950 年代和 1960 年代的民权运动。1963 年 8 月，20 万人在林肯纪念堂前参加了民权集会，聆听马丁·路德·金富有诗意的演讲：随着法律给予平等的保护，“有朝一日在佐治亚州的红山坡上，从前奴隶的儿子和从前奴隶主的儿子将兄弟般地同桌共坐。”

马丁·路德·金和约翰·肯尼迪总统对平等保护的理解，与先人杰斐逊和杰克逊的理解没有很大差异——都是希望把平等保护扩大到其他族群。他们希望所有美国人受到的待遇都是基于其个人的能力、才智和品德，而不是肤色、性别或宗教信仰等偶然因素。经肯尼迪总统提议、由约翰逊总统签署为法律的 1964 年《民权法案》(Civil Rights Act) 含有同样的主题思想。人是有区别的，但法律必须一视同仁。

布朗案和其他一些司法案，1964 年的《民权法案》，其实整个民权运动，都表达了一个主旨，这就是：没有平等的法律保护，少数族群就不可能有完整的公民权，而没有这一点，只能有有限的民主。也许有人会说，有民主才可能有权利；但同样正确的论点是，有个人权利民主才能运作。对“平等保护条款”的现代

解释的核心是基于这样一种信念：必须不分种族、性别或宗教地将每个人作为个人——而绝不是相互可换的齿轮——来对待，每个人在法律面前都有资格与其他人一样，按功过受到无歧视的待遇。

约翰·肯尼 总统
向全国发表的关于公民权利的
讲话 (6月11日)

1963

应使任何肤色的美国学生不必由部队护送而到任何公立学校上学；应使任何肤色的美国消费者不必通过上街游行而在旅馆、餐厅、剧院和零售店等各种公共服务设施得到平等的服务；应使任何肤色的美国公民不受干涉、不必担心报复地在自由选举中注册和投票。……简而言之，每个美国人都应该得到他所希望得到的待遇，得到希望让自己的孩子得到的待遇。但现在的情形不是这样。

布朗案和民权运动的一个重要附带成果是，它促使其他群体也开始要求平等，其中最大的群体是妇女。尽管妇女占人口的一半以上，但在1960年代初她们仍然处于二等公民地位，尤其是在工作岗位，例如，被传统排斥在某些行业之外，不得进入某些职业学校，工资大大低于从事同样工作的男性雇员的工资等。妇女争取通过法院获得平等的努力没有成功，大多数男性的观点可能与布拉德利 (Bradley) 大法官在1873年表达的观点相同：“妇女至高无上的归宿和使命是完成作妻子和母亲的崇高与善良的职责。这是造物主的法则。”

妇女运动在1964年取得了第一个重大胜利——《民权法案》在第七条中规定，禁止实行以种族、宗教、出生国和性别为由的就业歧视。在整个60年代里，媒体接连刊登关于妇女运动及其争取男女平等的报道。1972年初，国会以压倒多数批准了以男女平等为出发点的《宪法》修正案——《平等权利修正案》 (Equal Rights Amendment)，并送交各州批准 (但未得

到批准)，在一年以后的1973年，国会通过了《同酬法案》 (Equal Pay Act)，规定同工同酬。

大法官小威廉·布伦南
关于“弗朗蒂罗诉理查森案”
的意见书 (*Frontiero v. Richardson*)

1973

我们国家有着长期和不幸的性别歧视史。这种歧视被传统的“浪漫家长主义”态度合理化，它在实际中的体现不是尊重妇女，而是禁锢妇女。由于这类观念，我们的法典逐渐充满了严重的、传统成见的性别区别。……当然，美国妇女的地位近几十年确实有了显著改善。然而，几乎毋庸置疑的是——特别是鉴于性别特点的显著性——妇女在我们的教育机构、就业市场，也许最明显的是政治领域，仍然面临普遍的、尽管有时变得更加微妙的歧视。

在民权运动的启示下，妇女组织到法院向一条又一条歧视性法律提出挑战，并且几乎次次取得胜利。与社会其他机制一样，法院也面对着这样一个问题，即一方面要努力实现法律面前男女平等，但同时承认，男女之间实际存在的差异也许使保留一些家长式规定具有合理性，即使它们违反严格意义上的平等保护标准。不过，对于没有任何正当理由的歧视，法院迅速采取了将其终止的行动。

1979年，在首席大法官伯格领导下的法院采取决定性步骤，致力使《宪法》像应该做到种族色盲一样，做到性别中立。法院推翻了对要求丈夫但从不要妻子支付赡养费的一项州法。用布伦南大法官的话说，只要这种区别带有“性别成见”就必须予以取消，这项法律反映的成见是，男人总要担负挣钱和抚养妻子的义务，而妻子的责任是管家。在另一案中，法院推翻了一个联邦项目中的规定，因为这项规定允许父亲失业的家庭得到福利，而不考虑母亲失业的家庭。

尽管妇女在法庭上取得了这一切进展，但她们仍没有得到希望通过《平等权利修正案》而实现的完全法律平等。这项《修正案》规定，

"法定平等权利不得以性别原因被美国政府或任何州政府剥夺或限制"，并授权国会立法实施。国会最初在1972年初把修正案送交各州；几个月内大约有一半的州予以通过。之后，反对修正案的团体开始大力游说，修正案遭到搁置。赞成修正案的势力设法把批准时限从1978年延长到1982年6月，但即使到了那时，也只有35个州予以批准，比需要的数额少3个。

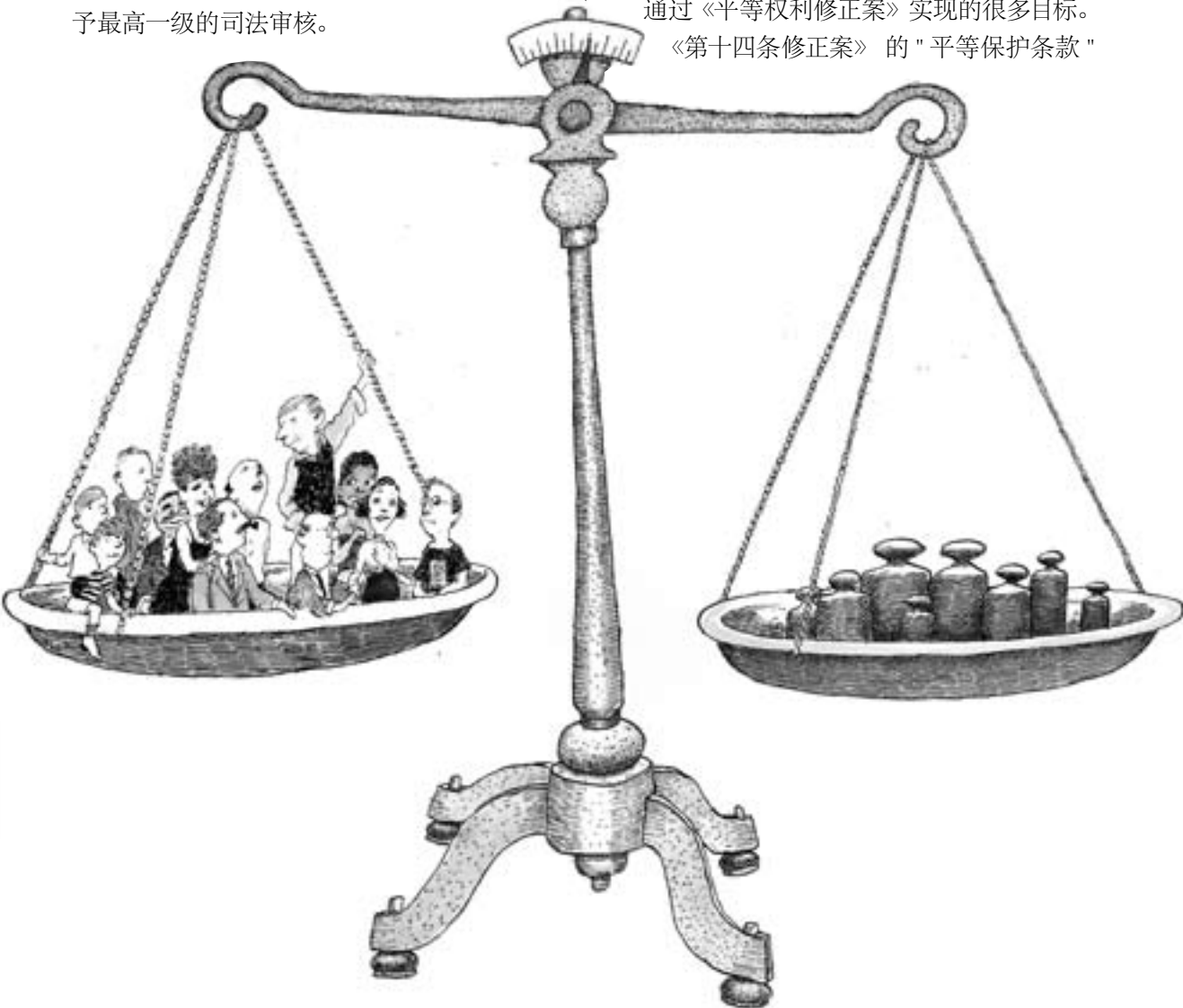
反对修正案的意见包括从公开的男子沙文主义到声称取消保护性法律会伤害妇女的多种声音；反对派中的有些人宣称《平等权利修正案》会要求男女共用一个厕所，而提倡州权的人则担心它会是联邦政府用来胁迫州政府的又一根棒子。然而，就宪法法律而言，鉴于《第十四条修正案》已经保证"平等的法律保护"，很难说一个平等权利修正案会对现行法律产生多少作用。当然，它会把性别分类提高到与种族分类平行，进而要求对男女有别的法律给予最高一级的司法审核。

大法官鲁思·巴德·金斯伯格
(*Ruth Bader Ginsburg*) 关于
"合众国诉弗吉尼亚州案"的
意见书 (*United States v. Virginia*)

1996

弗吉尼亚州拒绝给予女性在弗吉尼亚军事学院 (Virginia Military Institute) 受教育的机会 — 军事训练和发展文职领导能力的特殊机会，这是不是使"有能力达到弗军院对所有学员的要求的"女性……被拒绝了《第十四条修正案》保证的"平等的法律保护"?……无论[弗军院的]安排为该州男儿提供了多么优厚的条件,它没有为该州的女儿提供丝毫。这不是平等的保护。

不过，在实际中，法院已经达到了妇女希望通过《平等权利修正案》实现的很多目标。
《第十四条修正案》的"平等保护条款"



在泛指 "人" 的时候,使用的不是 "man"("男人")这个词,而是性别中立的 "person"("人"),法院对使用这个词的严格要求,取消了美国法律上对妇女最公然的歧视。妇女的情况在许多方面和有色人种的情况相同,即其权利不得受到由政府支持的歧视。但是,法律对改变社会态度是无能为力的;尽管存在于民权运动和妇女运动以前的传统态度已经消失很多,但强大的残余依然存在。

虽然妇女和有色人种是 "平等保护条款" 新解释的最大受益者,但其他群体也提出了从宪法上获得平等的要求。残疾人、同性恋者等都在不同程度上成功地取得使他们不受歧视的法律保护。《美国残疾人法》(American with Disabilities Act, 1992 年)为有身体或精神障碍的人带来了成为社会中的正式成员的广泛可能性。虽然同性恋团体没有达到他们追求的目标,如,使同性婚姻合法化等,但法院和许多州立机构一贯主张,不能在法律上有针对男女同性恋者的歧视,同性恋者也慢慢开始更多地进入社会主流。

* * * * *

如果 "平等保护条款" 的唯一用意仅在于确保政府公平地实施所有的法律和不制定歧视性法律的话,那么,这个条款固然重要却不会具有像它在最近半个世纪里所产生的那种影响。法院和立法机构知道,平等保护是公民权利中的根本概念,如同《第一条修正案》对言论自由的保护一样。正如一个人若不能自由讲话和听到不同意见便无法履行公民职责一样,一个人若受到歧视性的归类,也无法成为一名完全的社会成员。

"平等公民" 的一个必不可少的因素是尊重,也就是,一个人承认另一个人在社会契约和公共事务中的平等地位。任何非理性的羞辱,无论基于种族、性别或宗教原因,都等于把有那种特徵的人视为下等。与此相关的是社会参与的价值。如果少数族群被一律打上劣等的烙印,多数人怎能认真对待他们对公民生活的参与呢?再者,如果把少数族群的成员划为行为不负责之类,又怎么能指望他们有负责任的行为呢?

平等公民的这三项价值 — 尊重、参与、责任 — 是一个民主社会全体公民应有的特徵。当然,无法将社会或经济平等立法化;也很少有人愿意那样做。但是,法院和立法机构要努力做到的是,至少在以下三个被视为 "根本" 的方面,没有任何人或群体受到歧视。

第一,有投票权,这是民主社会的重要权利和责任之一。自由和公正的选举是民主社会的标志,能够投票既有重要的象征意义,也有重要的实质意义。它是我们选择自己的领导人和作出重要公共决策的手段,就像 2000 年总统选举所显示的,即使为数不多的选票也会对选举结果产生影响。否认任何人或任何群体的投票权,就是降低了选举对个人和社会的重要意义。因此,甚至在布朗案以前,法院已经开始抨击排斥少数族群投票的机制。

第二,经法院审理的权利。这一点与投票权类似,也就是,它给人以表达自己意见的机会。在关于公正审判和被告人权利的章节里,我们已经讨论过为什么民主社会那样努力地确保刑事司法制度的公平。如果阻止某些群体得到经法院审理的权利、如果将黑人或妇女排斥在陪审团之外、如果一个人仅因其肤色而遭受处罚,那么制度的公正性就遭到了破坏。许多 — 但不是全部 — 推动确立被告人权利的案子涉及有色人种的被告人,法院发出的信息很清楚:平等的保护意味着刑事和民事司法体系都要实行待遇公正。

第三个被视为具有根本性的方面涉及婚姻和家庭;在自由社会里,这与尊重、责任和参与紧密相关。婚姻和养育子女是一个人的地位、社会自我认识和法律责任的组成部分,同时也被视为个人最隐私的决定,政府应极少或者不予介入。法院不仅推翻过基于种族类别的法律,也推翻过基于财富类别的法律。一个人不得因为贫穷而被拒绝结婚或离婚。早在 1920 年代,最高法院就开始确定不得受政府干涉的家庭责任和家庭决定权的范围;在 1960 年代,对 "平等保护条款" 的新解释使这些得到进一步保护。

首席大法官厄尔·沃伦
关于“洛文诉弗吉尼亚州案”
的意见书 (*Loving v. Virginia*)
1967

除了可恶的种族歧视以外，这种划分显然不具有任何重于一切的合理目的。弗吉尼亚州仅禁止涉及白人的跨种族通婚，这一事实显示，种族分类必是为维护白人的至高无上。我们一贯确认，以种族为由来限制公民权利的措施不具宪法合法性。毫无疑问，单纯基于种族类别而对婚姻自由实行限制违反“平等保护条款”的核心内容。

这是否意味着政府一向不得介入这些根本方面吗？答案显然是，政府可以介入，但只能在有涉及重于一切的政府利益的情况下，而且即使这时，政府也必须采取步骤，确保其规章不对任何一个群体造成不公平的影响。因此，比如说，政府可以对投票或结婚设置最低年龄要求，但这必须被用于所有群体，而不能只被用于少数族群。对担任陪审团的人员可以有规定，但这通常是基于投票选民名单；如果投票选民名单故意排斥了任何一个群体，陪审团也同样受到不良影响。平等的法律保护意味着，一个人既具有投票也具有担任陪审员的权利和责任；法律正当程序意味着，被告人将得到与其同等的陪审团的审判，因此，如果被告人属于有色人种，那么陪审团名册必须准确反映出社区的人口结构。

平等保护还意味着，所有人，基于个人兴趣和财力，必须有参与社会公共生活的自由，甚至是在那些通常被认为属于私人所有的领域。1964 年的《民权法案》将在餐厅、旅馆和剧院一类的“公共场所”的种族、性别或族裔歧视定为非法，即使这些场所可能属于私人所有。1964 年以前普遍实行的法律是，业主有权决定其服务的对象，因此可以将黑人、妇女、天主教徒或其他群体拒之门外。《第十四条修正案》规定“任何州政府”不得歧视，多年来人们将此理解为，私人的歧视不受公法约束。1960 年代，法院和国会认识到，虽然

拒绝让一个人使用这类公共设施可能没有违反《第十四条修正案》的文字，但是，若认为在并非所有公民都享有旅行、住宿、餐饮和文化便利的情况下人们能够平等履行公民权利，那无疑是对《第十四条修正案》实质精神的嘲笑。

* * * * *

英国哲学家杰里米·本瑟姆 (Jeremy Bentham) 在 19 世纪末讨论抽象的平等时表示，追求平等没有止境，何以为终？要求平等的人是不是非到所有人都并排站在同一条社会、经济和政治的水平线上而不罢休？

这从来不是《第十四条修正案》“平等保护条款”的意图。对许多人来说，美国似乎是所有社会中最平等的社会。法国作家西蒙娜·德·波伏瓦 (又译西蒙波娃, Simone de Beauvoir) 说：“美国富人没有架子；穷人没有奴性；日常生活中的人际关系立足于平等。”但是，美国从来不是一个平均主义社会；无论有钱人还是穷人都从不曾要求地位全然划一。相反，美国强调的是机会——聪明和勤奋的人获得成功的能力——以及法律面前的平等。所有男人、女人、富人、穷人、白人、有色人、盎格鲁萨克逊人或拉丁人，都享有平等法律的平等保护。这些是他们作为美国公民所享有的权利。但是，平等权利概念的更深含义在于平等的公民义务，也就是说，它不仅包含权利，也包含责任。

相关阅读物

Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress* (New York: Harper & Row, 1970).
Kenneth L. Karst, *Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution* (New Haven: Yale University Press, 1989).
Susan Gluck Mezey, *In Pursuit of Equality: Women, Public Policy, and the Federal Court* (New York: St. Martin's Press, 1992).
Donald G. Nieman, *Promises to Keep: African-Americans and the Constitutional Order, 1776 to the Present* (New York: Oxford University Press, 1991).
Paul M. Sniderman et al., *The Clash of Rights: Liberty, Equality, and Legitimacy in a Pluralist Democracy* (New Haven: Yale University Press, 1996).

选举权

合众国或任何州不得以种族、肤色或过去做仆役为由
剥夺或限制合众国公民的选举权。

《合众国宪法·第十五条修正案》

合众国或任何州不得以性别为由
剥夺或限制合众国公民的选举权。

《合众国宪法·第十九条修正案》

合众国公民在大选和其他选举中的投票权……
不得因未交任何人头税或其他税……
而被剥夺或受到限制。

《合众国宪法·第二十四条修正案》

合众国政府或任何州政府不得以年龄为由
剥夺或限制 18 岁或 18 岁以上的合众国公民的投票权。

《合众国宪法·第二十六条修正案》

亚伯拉罕·林肯的“民有、民治、民享”之言是对民主制度的最精辟表述。“而要实现“民治”的政府，必须由人民选择自己的领导人。没有自由与公正的选举，就不可能有民主的社会；其实，如果政府官员不必自始至终对选民负责，也就没有对其他任何权利的保障。所以，投票选举权不仅是一项重要的个人自由，而且也是自由政体的基石。

什么人拥有这份权利是美国历史上的一个长期问题。投票权的逐步扩大——从只限于有财产的白人男性扩大到年满 18 岁的几乎所有人——是贯穿美国历史发展的一个主题。与此相关的另一主题是，在联邦体制可行的条件下，确保所有选票份量相等。但是，美国人往往把选举权视为理所当然，因而未给予它应有的充分运用。有接近两亿公民具有投票资格，但有太多的人视自己的一票无足轻重。而 2000 年总统大选出现的势均力敌局面提醒人们，每一票都举足轻重。

不过，如果因此认为扩大选举权是一个必然的或一帆风顺的过程，那可就错了。虽然美洲殖民地的居民确实相信自由选举，但他们认为，投票权应只限于拥有财产的男子，理由是，这些人的财富使他们更理解社会的需要。选举权虽然对实行民主和保护个人权利至关重要，但它的历史却是充满冲突。

亚历克西·德-托克维尔
《美国的民主》

1835

一旦一个国家的人开始向投票资格提出挑战，可以肯定，这项资格迟早将被完全废除。这是最永恒的社会行为规律之一。投票权限越放宽，越感觉有必要进一步放宽，因为在每一次新的让步后，民主的力量得到加强，其要求随着力量的增长而提高。那些在资格线以下的人的强烈欲望与在资格线以上的人的数量成正比

上升。最后，例外变为常规；让步一个接一个，没有间断、不会停息，直到实现普选权。

尽管被德 - 托克维尔称为 " 规律 "，但普选权的发展既非笔直，亦非容易。为取消对财产的要求，杰克逊时代 (1820 — 1840 年代) 曾出现过尖锐的政治搏斗。摆脱奴隶地位的黑人的投票权，是经过一场几乎把全国一分为二的血淋淋的内战才取得的。在第一次世界大战期间，支持妇女投票权的人基于伍德罗 · 威尔逊 (Woodrow Wilson) 提出的让世界安全发展民主的号召，抓住机会为妇女争取投票权。同样，黑人在第二次世界大战中作出的牺牲导致法院开始清除为阻挠黑人投票而设置的障碍。1960 年代越战造成的大批年轻人丧生导致投票人年龄被降到 18 岁。在那之后，围绕着改变由将近一个世纪来的人口流动造成的不合理的州议会选区划分，出现过一些旷日持久的联邦诉讼，目的是很多州要使选票分配更加平等。扩大投票权的每一步进展都包含着艰巨的努力，通往普选权的路途既非短程，也不平坦。

约翰 · 亚当斯就选举权致
詹姆斯 · 沙利文 (James Sullivan) 的信
1776

用来说服你接纳所有无产男人应同有产男人一样投票的道理……也将同样显示，你应接纳妇孺投票；因为，一般而言，妇孺具有与那些毫无财产的男人同样的良好判断力和独立思维。……毋庸置疑，先生，打开如此一个充满歧见和争议的泉源，犹如试图改变投票人的资格一般危险；且永无休止矣。将会有新的要求；将会有妇女要求投票；12 岁至 21 岁的孩子将认为他们的权利没受到足够重视；身无分文的男人将要求同任何其他人一样在所有国家事务中有平等讲话的权利。这将混淆和抹杀所有区别，削平所有等级。

亚当斯的观点是在独立战争和制宪时期普遍存在的观点，《宪法》甚至没有提到投票权。

母国和殖民地都对投票设立了财产条件，并基于两种观念。第一，拥有财产，特别是拥有土地的人，为保护自己的财富而与维护社会和政府 " 利害攸关 "。第二，只有有财产的人才具有决定政治事务以及挑选讨论和决定这些事务的议会成员的 " 独立性 "。17 世纪时的英国军人和政治理论家亨利 · 艾尔顿 (Henry Ireton) 写道，自由的基础是 " 选举立法者的人是不依赖他人的人。" 对于上层和中产阶级的人来说，这种独立只能来源于拥有财产。

这种 " 独立 " 概念导致在投票中排斥妇女 (她们隶属丈夫)、年轻人 (他们隶属父母)、奴隶和仆人 (他们依赖主人)、以及工薪阶层的人 (他们依赖雇主)。此外，一些殖民地禁止天主教徒和犹太教徒以及印第安人投票。除此之外，一个人需要拥有多少财产才可以投票的标准不仅因殖民地而异，也在各殖民地范围内因城乡而异。住在城里的人拥有的不动产可能比他们住在乡下的亲戚少，但他们拥有多得多的个人财产。总的来说，历史学家估计，在美国独立战争时期，男性成年白人可投票的比例大约是五分之三，这个数字比在英国高，但仍然相当低。

然而，独立战争对民主产生的影响远远超过了许多支持者的预料。如果严格按照 " 无代表，不纳税 " 这句在 1765 年印花税暴动后广为流行的口号来衡量，许多纳税人的权利都被剥夺了。他们或者没有财产，但仍然付购物税，或者财产达不到投票的最低要求。《马里兰时事报》 (Maryland Gazette) 的一位撰稿人在 1776 年言称：" 一切自由之最终目的是享有自由选举权。" 如果真是这样的话，十分之八的殖民地居民实际上都被剥夺了自由。

这个逻辑并非为进行反抗的殖民地居民所不知。虽然亚当斯等保守派人士希望保持有限的选举权，但对英王独裁的反抗导致了对投票财产要求的同样反抗。" 无代表，不纳税 " 在州议会或地方乡镇议会同在英王和英国议会那里一样适用。如果只是以一个不民主的政体取代另一个不民主的政体，人们将不会为独立而战。

在独立革命期间，马萨诸塞西部的公民宣布：“任何人不得受未经他本人或他的合法代表同意的法律的约束。”

因此，财产资格的概念，至少在有些地方，让位给纳税资格。如果人们纳税，那么他们就应该能够投票，只有通过投票才能防止政府滥用权力和剥夺人们的自由。结果，选举权在独立革命后虽确实有了扩大，不过仍然远不够普及，财产资格——无论是以不动产、个人财产或最低纳税线的形式——继续使选举权被限制了50年。

但拥有财产给人更大的智慧吗？对自由的热爱，或对公共事务的良好判断力，取决于人的财富吗？本杰明·富兰克林 (Benjamin Franklin)——他也许是在1776年起草《独立宣言》和1787年起草《宪法》会议上的最彻底的民主派人物，对此绝不以为然。

本杰明·富兰克林谈选举权

今天一个人有头公驴，价值50元，他有权投票；但驴在下次选举前死亡。与此同时，他本人变得更有经验，对政府原则的了解以及对人生的认识更广博，因此更能胜任选举当权者——然而驴死了，他不能投票。各位先生，请告诉我，选举权属于谁？属于这个人，还是属于这头驴？

在此后半个世纪里，随着扩大选举权的斗争在各个州出现，富兰克林的话被人们反复引用。（从建国起直到内战，投票资格由各州控制。即使今天，虽然有数条宪法规定和联邦投票权法，但管理选举的主要责任仍属于州政府。）财产要求逐渐在一个州又一个州被取消，到1850年不复存在。到了1855年，纳税要求也被废弃，至此，阻碍男性成年白人投票的经济障碍所剩无几。

学者把这种发展归于几个原因。一个是，推翻了许多经济特权的杰克逊时代的民主改革。再有，美国向西部的扩展导致形成了一些新的州，这些州财富不多，以平等的边疆精神当道。另外，在有较长历史的州里，工业与城市的发展壮大了劳工阶层。劳工人士既没有土

地也没有可观的个人财产，但他们要求参与政治进程。甚至在地主豪绅仍然主宰一切的南方州，城市的中产和劳工阶层的扩大，也导致了对投票不受财产限制的要求。弗吉尼亚州里士满的公民在1829年州宪法会议上提出请愿，他们指出，一旦弗吉尼亚州需要像过去那样抵御外来军队，人们是不会被按有无土地而加以区分的。

里士满市非世袭地产所有者的请愿书 *(Memorial of the Non-Freeholders of the City of Richmond)*

1829

[财产要求]在同一社会的成员中造成可憎的区分；通过法律掠夺了很大一部分受这些法律约束、以鲜血和财物发誓维护法律的公民所具有的权利，并将其给予一个特惠阶层，而这并非是基于这一阶层的社会服务，而是基于他们的私人财产，这是个至高无上的特权……。

危机时刻，他们不对弗吉尼亚男儿作令人反感的区分。花名册不经审核，不参照土地登记簿，不考虑剔除那些在自由人行列以外的人。如果说，没有土地的公民在和平年代被从投票站耻辱地驱开，那么在战争年代他们被起码是慷慨地召集到战场。

也许扩大选举权的最大动力来自于政党的兴起。这些政党推出了倡导这样或那样政治主张的很多候选人竞选公职。在19世纪上半叶，



民主党在安德鲁·杰克逊追随者的带领下，动员城市选民，并领导了扩大选举权和废除财产要求的斗争。他们的对手辉格党，本希望保留选举权限制，但因为认识到这样做必败无疑，也就加入进来，以期分享功劳和那些如今可以投票的人的选票。

但是，如果说到了1850年代，大部分21岁以上的白人男子都已经拥有投票权的话，那么，仍还有两个人数众多的群体被排斥在政治程序之外：非洲裔美国人和妇女。

印第安纳州制宪大会代表
的发言

1850

按照我们对普选权的一般理解，我不反对。……但如果决议发起人的意图是把选举权扩大给女性和黑人，我反对。”所有21岁以上的男性自由白人，”——我理解这是界定普选权的语言。

南方黑奴的法律地位完全是由法律界定的，他们没有任何权利，更谈不上选举权。即使是有自由的非洲裔美国人，无论他们住在北方还是南方，也不能投票。至于妇女，尽管通过了一些允许她们拥有财产和参与诉讼的改革立法，也仍被法律视为从属于丈夫或父亲，因而不适合投票。

南方州的奴隶制是经过了一场内战才被废除，为了使从前的奴隶得到合法地位和平等待遇，国家通过了三个《宪法》修正案。《第十三条修正案》(The Thirteenth Amendment) 废弃奴隶制度；《第十四条修正案》第一次把公民身份作为国民标志，并将它授予所有出生或归化美国的人；《第十五条修正案》禁止任何州以种族为由剥夺投票权。

遗憾的是，奴隶解放所带来的希望很快消失，南方各州不仅相继设置阻止黑人投票的法律或程序性障碍，而且还通过隔离法律把黑人永久地定在劣等地位。直到第二次世界大战中美国军队的黑人 and 白人士兵为抗击法西斯共同作战时，人们才明白，一方面为海外人民的权利而战，而另一方面却因肤色而拒绝让美国人享有这些权利，这是不成道理的。



二战期间，最高法院审理了一起向南方司空见惯的清一色白人预选制度挑战的案子。在预选中，一个政党的成员选拔该党参加 11 月大选的候选人。从 1880 年代到 1960 年代，由于共和党在南方的势力非常弱，赢得南方多数州民主党预选的人肯定在大选中获胜。尽管预选如此重要——也许是选举过程中最重要的环节，但南方各州维持着这样一种虚象，即政党是私人组织，因此可以不让黑人加入，不让黑人参加预选投票。1944 年，最高法院打破了这一假象，并开始了使美国黑人可以要求合法投票权的历程。

大法官斯坦利·里德 (Stanley Reed)
关于“史密斯诉奥尔赖特案”
的意见书 (Smith v. Allwright)
1944

当预选成为选择州和联邦政府官员的机制之一时——它们在这个案子中是这样——应该把在大选中用来判断歧视和限权情况的做法同样用于预选……美国是一个宪政民主国家，它的根本法律是给予所有公民参与选择政府官员的权利，这一权利不因种族而受任何州的限制。这个使人民有选择机会的权利不得因一个州在选举中采用某种允许私人组织实行种族歧视的选举程序而失效。宪法权利如果可以像这样被间接地剥夺，它就无甚价值可言。

争取黑人平等的斗争远未结束。在 1950 年代和 60 年代，马丁·路德·金和瑟古德·马歇尔等人领导的伟大的民权运动，通过法院和国会向种族歧视发起抨击。这些努力的成果包括，在投票权方面，诞生了 1964 年的《第二十四条修正案》，废除了人头税（人头税要求人们通过缴税取得投票权，从而使许多穷人，特别是黑人，无法投票）；1965 年通过了具有

里程碑意义的《投票权法》(Voting Rights Act)。内战后的《重建修正案》(Reconstruction Amendments)100 年来第一次将得以实施，这项法律不仅禁止排斥黑人投票的做法，而且给予联邦政府在各级实施这一法律的权力。

《投票权法》有着不可低估的重要性。这不仅是因为它成功地为美国黑人争取到了选举权，而且还因为它有效地将大部分投票权联邦化。在联邦制度下，政府的许多职能由州政府负责，而在其他国家这些职能是由国家政府承担的。如上所述，投票曾经是，而且在大部分程度上仍然是，受制于州的法律。在 1870 年以前，关于投票的所有规定都是由州设立的；而在那一年，《第十五条修正案》从理论上禁止各州以种族原因剥夺人们的投票权。在后来的修正案中，选举权扩大到妇女和 18 岁公民，人头税得以废除。《投票权法》则更推进一步，在明显存在种族歧视方式的州里，联邦登记处接管了登记和投票机制，以确保少数族裔投票不受阻挠。虽然有些州仍受着这项 1965 年法律的限制，但选举机器的日常运转已大部分恢复由州政府管理。不过，尽管如此，各州现在必须按照国家标准和程序行事。

《塞尼卡福尔斯会议宣言》
(Declaration of the Seneca Falls Convention)
1848

我们认为这些真理不言而喻：所有男女生而平等。……

人类历史是男人一再伤害和侵犯妇女的历史，直接目标是建立对妇女的绝对专制。他从不许她行使不可剥夺的选举权。他迫使她服从法律，而她对制定法律毫无发言权。

由于剥夺了她作为公民的这项首要权利——选举权，使她在立法厅堂内没有代表，因此他是在从所有方面压迫她。

对于妇女从什么时候开始争取投票权没有清楚的记载，但有证据显示，一些州的妇女在独

立战争后偶尔参加了投票。一般认为，真正推动妇女普选权的最初力量是 1848 年《塞尼卡福尔斯会议宣言》。这份宣言公开抄写了《独立宣言》的很多内容，并以男人欺压女人的罪孽取代了乔治三世对美国殖民地的所作所为。但是，1850 年代的改革运动只对一项重大努力起到扶助作用，这就是废除奴隶制，妇女在这个运动中发挥了关键作用。但当国会仅仅让以前的奴隶获得投票权时，妇女们感到自己遭到背叛。鉴于当时州仍然掌握着对选举的控制，妇女开始为争取投票权到州立法机构游说。1869 年，怀俄明领地允许妇女投票，但截至 1900 年，仅有四个州给予妇女政治上的完全平等。在 1897 年到 1917 年间“进步时代”(Progressive era) 的改革中，妇女运动加大了马力，倡导投票权的人士要求修改《宪法》。

当美国把加入第一次世界大战作为公开保卫民主的行动时，政治智慧告诉人们，美国无法在把国民派到海外去为一种理想作战牺牲的同时，却使国内二分之一的人口被剥夺了这种理想。原来反对修改《宪法》的伍德罗·威尔逊总统，现在赞成修改《宪法》；国会于 1919 年 6 月批准了一项宪法修正案。通过宪法修正案所必需的 36 个州，在不到一年里确认了这项修正案，从而使妇女得以在 1920 年的总统选举中投票。

* * * * *

在美国法律实现了对每个成年人的投票权利的保证后，20 世纪中期的下一个伟大成就是确保每个人的选票都有份量——这不仅是指在具体的数字统计中，而且也关系到相对于州里其他选票的比例。《宪法》明确规定，每个州有两名参议员，众议院的人数则由必须每十年进行一次的人口普查所确定的各州在全国人口中的比例确定。但是，《宪法》没有规定这些众议员席位应在每个州内如何分布。起草《合众国宪法》时，詹姆斯·麦迪逊曾暗示应该做到公平合理，以便使一个人的选票在州和联邦选举中都与其邻人的选票具有大约相等的份量。

有些州定期重划他们的(联邦)国会选区和州议会选区，以保证选民结构大致平等，五分之三的州对州议会的一院或两院作经常性的重新划分。但是，尽管 1950 年代出现过重大的

人口变迁，有 12 个州 30 多年没有重划选区，造成各张选票份量的严重不一。例如，在小州佛蒙特，人口最多的议会选区有 33000 人，人口最少的有 238 人，但每个选区都向州议会选派一名代表。在加利福尼亚州，州参议员的洛杉矶选区含人口 600 万，而州里人口较稀少的参议员选区只有 14000 人。这种畸形大大减轻了城区选票的份量，使乡村老选区的每一张选票具有超高的价值。当然，控制州政府的乡村选区的代表没有愿望重划选区，因为那样做意味着他们要损失自己的权力。

鉴于无法让州议员自行改革，倡导改革的团体转向法院。他们的依据是宪法条文对“共和政体”(Republican Form of Government) 的保证(第四条第 4 款)。但最高法院最初拒绝介入，因为它的传统一向是将重划选区视为法院范畴以外的“政治”问题，避免介入。后来，在 1962 年 3 月，法院接下田纳西州城区选民提出的一个诉讼。田纳西州宪法规定每十年重划一次选区，但自 1901 年起那里从未重划过选区。法院同意倾听这种案子的做法本身便导致许多州的立法机构主动重划选区；在其他地方，改革人士在州和联邦法院提出了数十起诉讼，以便强行实行选区重划。

但由于美国采用联邦制，在总统大选中，至今各个州的选票份量不相等。按照美国的制度，每个州具有一定数目的选举团选票。所谓选举团，是在每四年一次的总统选举中一个根据选民投票情况而投票选举总统的机制。小小的罗得岛州在选举团里有三票，即与它在国会中的一名众议员和两名参议员数目相同，按人头比例计算，罗得岛州的一票比加利福尼亚或纽约等大州的选票有大得多的份量。联邦制内还出现了其他一些问题：州可不可以让州两院议会中的一院成为地理单位的代表——比如县——从而像联邦参议院代表各州那样代表各县？州可不可以划分选区时把某些历史性的分界作为考虑因素？最高法院将采用什么标准？

其实，法院在一个叫 " 格雷诉桑德斯案 "(Gray v. Sanders, 1963 年) 的案子中所采用的标准是如此明确，并且运用起来相对简单 — 一人一票 — 以至它不仅提供了司法指南，也令世人耳目一新。看待这个问题的所有其他模式似乎都会带来一方与另一方的对立 — 乡村与城市、老居民与新居民，而 " 一人一票 " 富于民主色彩。谁能反对让每个人的票与其他人的票得到同等相待呢? 支持这个模式意味着维护民主和 《宪法》；反对它似乎意味着卑鄙和狭隘。在不太长的时间内，美国所有的州都以公平的方式重新划分了各自州以及国会选区。

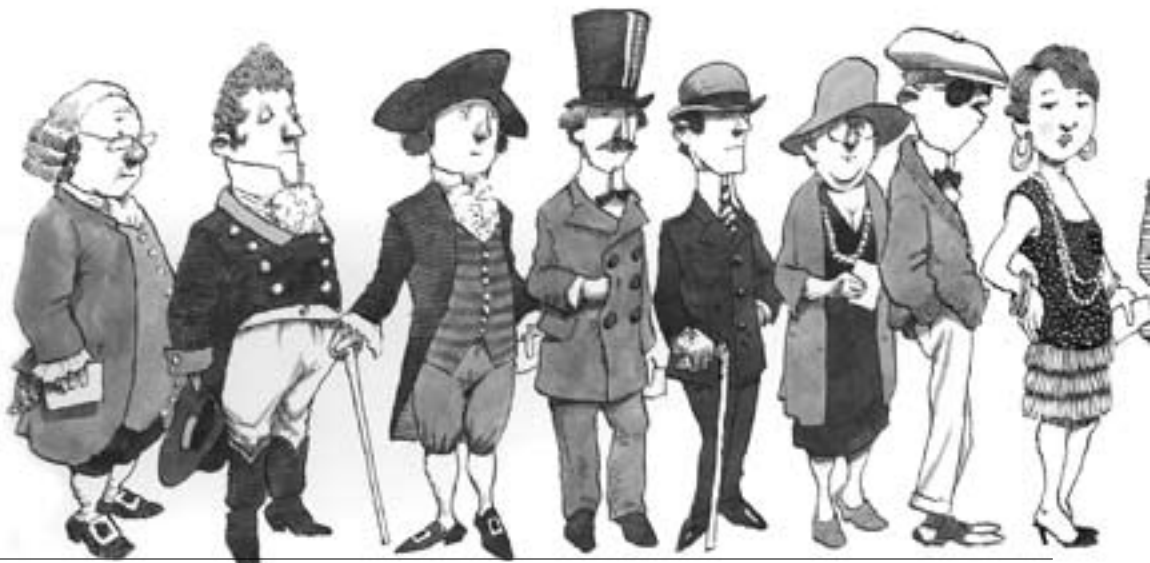
首席大法官厄尔·沃伦
关于 " 雷诺兹诉西姆斯案 " 的意见书 (*Reynolds v. Sims*)

1964

一个公民的投票权利遭受多少损害，他的公民资格就被降低多少。一张公民选票的份量不得因其住址而定。……一个公民，一个合格的选民，不应因他住在城市还是农村而变得更重要或者更不重要。这是我们的 《宪法》 " 平等保护条款 " 明确有力的要求。……

历史本身，或经济，或其他类型的群体利益，都不是背离以人口为基础的代表权的理由。……是公民 — 不是历史或经济利益 — 投票。是人 — 不是土地或树木或牧场 — 投票。只要我们的政府形式是代表性政府，只要我们的立法机构成员是由人民直接选举和直接代表人民的政府工具，自由和不受干扰地选举立法员的权利就是我们政治制度的根基。

按说，在废除了财产要求和人头税，使有色人种、妇女和 18 岁的人有了投票权以后，争取投票权的斗争便胜利结束了。但正如我们常常观察到的那样，民主是一个不断发展的进程，我们确定民主社会中个人权利的方式也随时间而变化。美国公民在 19 世纪 20 年代与在 21 世纪初的投票方式有很大区别。而且，



这并不是一个简单的支持民主的英雄要扩大投票权和反对民主的恶棍要限制投票权的问题。

在美国的整个历史中，社会中的所谓优良之士一直对出现乌合之众统治存有担心；这个主题始终贯穿于开国一代人的论述中。今天，它以不同的方式出现在那些要“净化”选举过程的人当中。例如，简化投票登记的努力经常被斥之为会招致选举过程的腐败。放松文化程度标准和把投票权扩大到没有英文读说能力的人被有些人誉为民主的胜利，但受到另一些人的攻击，认为这有可能使对竞选问题知之甚少的人受到宣传鼓动者的操纵。

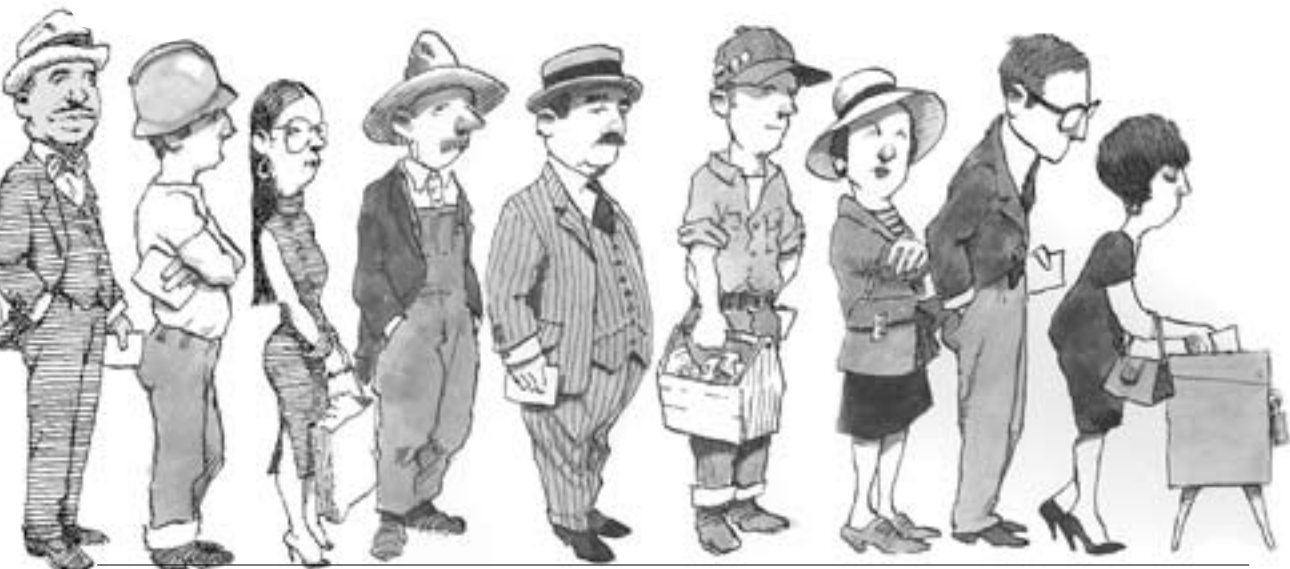
但奇怪的现象是，尽管我们扩大了选举权，但美国人在总统选举和其他选举中的投票率是工业国家中最低的之一。以 2000 年的总统大选为例，只有不到 50% 的有资格投票的选民投了票。学者对为什么投票率自 19 世纪末的高峰以后出现这种下滑有不同的解释——那时的合格选民投票率经常达到 85% 或更高。有些历史学家把投票率下降归结于政党在人民日常生活中重要性降低。其他人认为，财力雄厚的利益集团的发展导致人们对主要靠电视和报纸广告进行的竞选战丧失了兴趣。当不投票的人被问到为什么他们不投票时，回答是多种多样的。有些人认为自己的那一票起不了作用，也有些人认为竞选议题与他们无关，还有些人干脆不关心——从美国为争取普选权而经历的长期历史斗争的角度来看，这是令人悲哀的。

至今也依然存在有关技术和程序的问题。在 2000 年总统选举中，佛罗里达州的选举官员废弃了 5 万张选票，主要原因是选票打孔不当

以致无法辨清选民的票是投给哪一位候选人。当时，由于采用陈旧的所谓选举团制度，整个选举结果就取决于那个州的不到几百张选票。民主党和共和党人都立即通过法院向这种程序提出挑战，最后实际上是由美国最高法院把佛罗里达州——和选举——判给了乔治·W·布什。

这一次——而且并不是第一次——选举团使赢得少数选票的人成为总统。美国人很了解选举团的结构。它不属于美国民主中最有效合理的组成部分；它是不信任让人民直接选举总统的那种时代的残余。但是，选举团制度在今天对于保证较小的州在联邦制内的地位仍然是有作用的，改革它的可能其实很小。

与 2000 年选举有关的点票问题遮掩了一些非常重要的议题。双方都希望公正点票；他们希望使每一张合法和标记得当的选票得到统计，但在决定这些问题的技术标准上存在分歧。尽管媒体叫喊佛州在处理这个问题时歧视少数民族裔，但事实上最后被舍弃的大多数选票都是来自老年白人中产阶级选民，他们当中的大多数人不清楚应当如何在选票上作选择标记。没有人——那时没有，现在也没有——将这说成是一个要将成千上万张选票废弃的计谋；直到点票真正开始时人们才意识到制度太欠完善，佛罗里达州在随后一届立法会议上制定了改革措施，保证不再发生此类失误。



这种赢得多数直接选票的候选人不获胜的情形，在美国是少有的，而人们能够顺利接受乔治·布什为胜利者标志着他们对美国选举程序正常运作能力的信任。没有发生街头骚乱，没有设置路障。民主党候选人，阿尔·戈尔 (Al Gore) 接受了最高法院就如何清点选票作出的决定。

但是，2000 年总统选举的票差接近程度提醒了很多人——一个人的选票确实起作用。在六个州里，只要票数有不到百分之一的变化，就会改变选举结果。也许，美国人因此而不会再把这项作为“经被统治者同意”这个理念的核心的重要权利视为理所当然。 ■

相关读物

Marchette Gaylord Chute, *The First Liberty: A History of the Right to Vote in America, 1619-1850* (New York: Dutton, 1969).
Linda K. Kerber, *No Constitutional Right to be Ladies: Women and the Obligations of Citizenship* (New York: Hill & Wang, 1998).
Alexander Keyssar, *The Right to Vote: The Contested History of Democracy in the United States* (New York: Basic Books, 2000).
Donald W. Rogers, ed., *Voting and the Spirit of American Democracy* (Urbana: University of Illinois Press, 1992).
Charles L. Zelden, *Voting Rights on Trial* (Santa Barbara: ABC-CLIO, 2002).



上 美国《独立宣言》的两位主要作者托马斯·杰斐逊和约翰·亚当斯
下 享有“《合众国宪法》之父”声誉的詹姆斯·麦 逊

...of New York, on
Wednesday the 10th of March
...and seven hundred and eighty nine.

THE
RESOLVED



Chief Justice, United States Supreme Court
John Adams, Vice President of the United States, and President of the