

· 重识中国与世界(三十九) ·

# 自由何以有序

## ——法律与社会视野中的美国人工流产争议

郑戈

**【内容摘要】** 美国最高法院于2022年6月24日公布了多布斯诉杰克逊女性健康组织案的判决，这是美国宪法史上具有里程碑意义的事件。这一判决推翻了1973年罗伊案先例，否认女性选择人工流产的自由属于宪法基本权利，从而将立法规制人工流产的权力还给了各州。人工流产问题不仅涉及性别平等、女性生育自由和两性关系中的隐私等重要宪法问题，还是撕裂美国社会的“文化战争”中的核心议题之一。理解从罗伊案到多布斯案近半个世纪围绕人工流产问题而展开的道德争议、法律诉讼和政治斗争，对于理解美国国内政治的基本走势和未来方向均有重要意义。同时，英国1967年《人工流产法》所确立的专业主义的制度设计可以作为一个对照物，帮助我们理解制度设计的另一种(或许是更好的)可能性。这对于思考我国相关问题也有一定启发意义。

**【关键词】** 美国宪法 联邦制 分权 人工流产 文化战争 专业主义

**【作者】** 郑戈，上海交通大学凯原法学院教授。(上海 200030)

### 问题的提出

人工流产是一个充满伦理、法律和社会争议的议题。一方面，不情愿的怀孕会影响女性的身心健康、学业事业、婚恋前景；另一方面，胎儿并不只是身上的一块肉，而是一个生命，一个人类生命，不管法律上是否承认其人格。对人工流产的法律规制经历了“从定位于刑法，到定位于医疗或公共卫生法，最终安身于旨在保护人权的法律之中”<sup>①</sup>的过程。

中华人民共和国成立之初，便于1953年8月颁布了《避孕和人工流产条例》，<sup>②</sup>与1950年《婚姻法》一样，这是落实《中国人民政治协商会议共同纲领》第六条精神的重要立法，旨在“废除



微信公众号

Oct. 2022

39



束缚妇女的封建制度”，确保“妇女在政治的、经济的、文化教育的、社会的生活各方面，均有与男子平等的权利”，实行男女婚姻生育自由。自此之后，人工流产在我国基本没有受到限制。

但在许多一神教传统的国家，尤其是基督教传统的西方国家，人工流产一直是一个争议很大的问题。自1960年代以来，一个总体趋势是女性的自由权、平等权、生命权和健康权越来越受到重视，胎儿的生命权日益被视为一个未被证成的命题，在法律上很难找到容身之地。但在这个总体趋势之外，脱离人工流产语境的人类胚胎保护却是许多国家和地区的法律体系中都有的内容，比如德国1990年《胚胎保护法》和英国1990年《人类受精与胚胎学法案》。如果体外受精所产生的人类胚胎都可以得到法律保护，其利用方式受到严格的法律规制，那么人工流产语境中的胎儿保护问题之所以在许多国家的立法和司法中被回避，就只能被理解为是一种对道德敏感问题的实用主义态度了。毕竟试管中培育的胎儿可以脱离母亲的权益而加以讨论，可以作为体现人类生命价值和人之尊严的客体而受到保护，不用被塑造为与孕妇的自由选择权相对立的生命权主体。在这种大背景下，美国最高法院于2022年6月24日公布的多布斯诉杰克逊女性健康组织案判决可以说是一个特例，它推翻了已有50年历史的先例或者说是法律（美国最高法院的判例在被推翻之前就是美国的法律），允许各州自行立法规制人工流产，包括将人工流产或施行人工流产手术以立法的方式确定为刑事罪行。

美国最高法院于1973年1月22日作出的罗伊诉韦德案判决，使美国成为全世界最早承认女性享有宪法保护的选择人工流产之权利的国家。罗伊案之后，总共有超过6300万美国女性以人工流产的方式终止了意愿外妊娠。<sup>③</sup>然后，在这种由宪法判例营造出的相对宽松的生育选择环境持续了近50年之后，美国最高法院为何冒着自身正当性受到质疑的风险直接推翻这个先例？毕竟，按照首席大法官罗伯茨在为多布斯案撰写的协同意见中的观点，法院应当秉持司法克制的基本原则：“如果为了处理一个案件没必要决定更多，那就有必要不决定更多。”（If it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary not to decide more.）<sup>④</sup>

多布斯案中的系争法条只是密西西比州《胎龄法》中的这么一条规定：“除非在医疗紧急情况或胎儿严重异常的情况下，如果已确定未出生的人的胎龄极可能大于15周，任何人不得故意或明知地施行人工流产……或引产。”显然，这部法律是专门为挑起宪法诉讼而制定的，它特意将允许/不允许施行人工流产的时间节点定在妊娠期的第15周，即罗伊案所确立的妊娠二期的开端，也就是胎儿获得“独立生存能力”（viability）之前。在这个阶段，按照罗伊案确立的标准，各州可以出于保护孕妇健康的理由而限制人工流产。

美国最高法院在调卷令中将需要判断的核心问题概括为：“是否所有对胎儿获得独立生存能力前的人工流产的禁止都是违宪的？”要回答这个问题，法院本来可以直接适用罗伊案中所确立的非常明晰的标准，因为它要审查的是系争法律的合宪性，而不是本院相关先例的合宪性。退一步讲，它完全可以只考虑罗伊案中确立的“独立生存能力”标准是否站得住脚——实际上，这也正是申请人密西西比州卫生部官员多布斯所请求的——而没有必要直接推翻罗伊案和凯西案先例。但法院却超出处理案件所必要的范围，甚至超出申请人所请求考虑的范围，而彻底推翻了罗伊案和凯西案两个先例，仿佛它就是在等待一个时机这么做。这是为什么？本文试图从科学（专业主义决策）和民主（大众参与式决策）之间关系的角度来回答这个问题。需要说明的是，我国媒体中对美国相关案例进行报道时往往用“堕胎”一词来翻译英文中的abortion，但本文采用医学界通用的“人工流产”这一术语，两者并无实质含义上的区别。

## 美国宪法结构中的人工流产问题

美国是一个联邦制和三权分立的国家，理解美国纵向和横向分权的宪法结构对于我们理解其涉及人工流产问题的宪法争议是一个前提性的知识背景。在联邦制的结构中，各州的权力是原生的，而联邦的权力是宪法明确规定的。凡是美国宪法中没有列明由联邦行使的权力，都保留给各州。这一原则在美国宪法第十修正案中得到非常明确的表述：“宪法未曾明确授予合众国的权力以及未曾明确禁止各州享有的权力均保留给各州或人民。”就人工流产而言，由于美国宪法中并未明确提到联邦有相关权力，所以规制人工流产的权力属于各州，美国有许多州都用刑法来规制人工流产。那么，联邦如何介入人工流产问题呢？只有两个办法：一是修改宪法，把女性选择人工流产的权利或更广泛的生育自主权写进宪法；二是通过美国最高法院对宪法的解释把这项权利“读进”宪法。

修宪非常困难，根据美国宪法第五条规定的修宪程序，修宪有提议和批准两个步骤。提议要么由国会参众两院各三分之二的多数作出，要么由三分之二的州立法机关召集修宪会议作出；批准要么由四分之三的州立法机关作出，要么由四分之三的州专门为批准修宪而召集的会议作出。到目前为止，美国只有废除宪法第十八修正案（主要内容是禁酒）的第二十一宪法修正案是由州专门会议批准的，其余的二十六条宪法修正案都是由州立法机关批准的。无论是三分之二还是四分之三，都是极难达到的超级多数，这也正是美国宪法在两百余年的历史中只修改过二十多次的原因，其中多项修改还是在内战这样的重大历史事件改变了宪法基本原则之后才得以实现。

另一种办法就是由最高法院行使合宪性审查权，宣布州禁止或限制人工流产的法律无效。前面说过，美国联邦并没有介入人工流产事项的权力，美国最高法院要审查各州相关立法，只能依据宪法中的基本权利条款。这里的关键宪法抓手就是第十四修正案第一款：

所有在美国出生或归化并受其管辖的人都是美国公民和他们居住的州的公民。任何州不得制定或执行任何限制合众国公民特权或豁免权的法律；未经正当法律程序，任何州不得剥夺任何人的生命、自由或财产；也不得否认其管辖范围内的任何人受到法律的平等保护。

这一修正案是美国内战所取得的最重要宪法成就，它明确规定了美国人的双重公民身份（合众国公民和州公民），并规定所有合众国公民均享有宪法保护的特定“特权和豁免权”（privileges or immunities），不受各州法律的限制。此外，第十四修正案还确立了两项基本宪法原则，即正当程序原则和平等保护原则，作为对“生命、自由、财产”这三种基本权利的加强保护。

尽管美国宪法文本中并没有规定美国最高法院是宪法的最终解释者和捍卫者，更没有规定最高法院可以根据宪法来审查美国国会或各州立法机关制定的法律，并在发现其与宪法相抵触时宣布其无效，但最高法院却在马伯里诉麦迪逊案<sup>⑤</sup>中通过解释宪法为自己确立了这项权力。尽管马歇尔大法官在马伯里案中对宪法和法律的解释都有明显错误，此案在很大程度上是其政治技巧的伟大作品，在法律推理上完全经不起推敲，但由于一方面没有遭到国会和行政部门的即时反应，另一方面又得到此后法院判例的反复确认，所以已经成为不可撼动的宪法惯例。在这种情况下，一旦最高法院通过解释第十四修正案确认选择人工流产属于女性公民的基本宪法权利，那么各州剥夺或限制此种权利的法律便很难通过宪法审查，除非其能证明自己有关至关重要的利益（compelling interests）来支撑此种立法，包括保护孕妇健康等。这正是罗伊诉韦德案判决所得出的结论，也正是多布斯案所推翻的结论。简单地说，多布斯案的法律意义就在于它重新回到宪法文本，发现那



里找不到最高法院此前所发现的东西，并根据宪法文本而不是它所认为的错误先例而对人工流产问题作出了新的判决，从而推翻了在美国已施行近 40 年的“联邦人工流产权法”（最高法院的判决在被本院的新判决推翻之前就是法律）。即便美国总统以行政令的形式或者美国国会以法律的形式重新确立了联邦层面的人工流产权，这种命令或法律最终仍然需要接受最高法院的合宪性审查。而且，按照多布斯案中的法院意见，它们显然是无法通过这种审查的。因此，多布斯案的判决将在相当长的时间里作为美国的联邦法律而存在，影响美国女性的怀孕和终止怀孕选择。

换句话说，在美国联邦横向分权的结构中，由于最高法院为自己确立了宪法最终解释者的地位，宪法作为最高的法律实际上变成了最高法院作为宪法代言人而享有了国家和社会重大事务上的最终决策权。正如最高法院自己在 1958 年的库珀诉艾伦案<sup>⑥</sup>中明确宣布的：

1803 年，首席大法官马歇尔在马伯里诉麦迪逊这一著名案件中提及宪法“作为国家的根本法和最高法”时，以最高法院一致意见的名义宣布：“需要强调指出的是，司法部门的权限和职责就是说出法律是什么。”这一判决宣布了一个基本原则，即联邦法院在解释宪法上具有最高的权威，从那时起，这一原则就被本院以及整个国家作为我们宪政体系的一项永久的且必不可少的内容得到遵守。由此可以推出的结论是，本院在布朗案中对宪法第十四修正案的解释是国家最高的法，而宪法第六条使此法对各州具有约束力，“哪怕某个州的宪法或法律中有与此相悖的规定”。

如果把这里的布朗案替换成罗伊案、凯西案或多布斯案，在美国宪法学的逻辑里都是站得住脚的。但“本院在罗伊案中对宪法第十四修正案的解释是国家最高的法”和“本院在多布斯案中对宪法第十四修正案的解释是国家最高的法”却意味着两种完全对立的“国家最高的法”。当然，后法推翻了前法，两者不能并存。

那我们先来看看罗伊案所确立的“国家最高的法”是什么。1973 年 1 月 22 日，美国最高法院宣布了对两个涉及人工流产问题的案件的判决，一个是罗伊诉韦德案<sup>⑦</sup>，另一个是多伊诉博尔顿案<sup>⑧</sup>。两个案件所涉及的关键问题都是州法的合宪性。罗伊案所审查的是得克萨斯州刑法典中关于人工流产的几个条款，它们规定“获得”（procure）或试图获得人工流产服务构成犯罪，除非是为了挽救母亲的生命在医生的建议下这样做。法院承认这种法律在美国许多州存在了一个世纪以上。多伊案所审查的佐治亚州人工流产刑事法律则涉及更加“现代”的人工流产规制方式，在实体上所允许的不构成犯罪的例外情形包括：（1）继续妊娠会威胁孕妇的生命或损害其健康；（2）胎儿有异常，继续妊娠可能生出有严重缺陷的婴儿；（3）怀孕是由强奸或乱伦所导致的。在程序上则设置了若干合法人工流产必须满足的条件：（1）人工流产只能在医院认证联合委员会（JCAH）认证的医院进行；（2）人工流产的操作必须经由医院内的人工流产专门委员会同意；（3）主治医生的判断必须由另外两位执业医师对病人进行独立体检后确认。

最高法院在两个案件中都以 7:2 的多数作出了类似的判决，两个州的相关法律被宣布违宪而无效。法院的裁判要点包括：（1）尽管宪法中没有明确提到隐私权，但宪法第十四修正案中的正当程序条款明显保护着作为基本自由的隐私权；（2）隐私权的范围“足够宽广，可以覆盖一位女性是否终止自己妊娠的决定”；（3）这种权利是一种宪法基本权利，因此只能基于至关重要的公共利益才能对其加以限制；（4）得克萨斯州和佐治亚州的确举出了若干“重要且正当的利益”，概括起来都涉及保护孕妇的生命和健康与保护胎儿的生命（或潜在生命）这种利益之间的权衡，但这两种利益无法在整个妊娠期内都被认为是同样“至关重要的”，它们是相互分离且各自独立的，

每一项都会随着怀孕时间的增加而获得实质性的增长，并且在某个时间点变得“至关重要”；(5) 罗伊案提出了一个非常具体的妊娠三期论，尤其是以胎儿独立生存能力在第三期的出现为重要节点，一方面极大限缩了各州在此前的规制空间，另一方面也为各州规制第三期的人工流产留下了空间。整个妊娠期被分成三个三分之一时段，在妊娠期的第一段时间（怀孕开始到大约 12—14 周），两种利益都无法达到“至关重要”的程度，因此无法正当化对女性或其医生的人工流产决策的限制。在这个阶段，上诉人所提供的医学数据表明施行合法人工流产的死亡率与自然延续妊娠的死亡率相比至少是同等的，甚至是更低的。因此，州政府保护母亲健康的利益并没有达到至关重要的程度，而其保护胎儿生命的利益也没有达到此种程度，它既不能禁止人工流产，也不能规制施行人工流产的条件。当妊娠进入第二段之后，保护胎儿这一利益仍然不足以使对基本权利的限制正当化，因此自主决定是否人工流产的权利仍然是不可动摇的。但是，在这个时段，人工流产的健康风险开始超过继续妊娠的健康风险。“因此，从这个时候开始，一个州可以开始规制人工流产的流程，只要这种规制合理关联于母亲健康的维持和保护。”但是，这个阶段的人工流产不能被禁止。到了妊娠的最后一个阶段（大约从怀孕第 28 周开始），胎儿有了独立生存能力，因而从此时开始保护胎儿成为至关重要的公共利益，各州可以禁止这个阶段的人工流产，但仍然应当容许例外，即为了保护母亲的生命或健康所必需的情况。

简言之，罗伊案所确立的“国家最高的法”就是确定人工流产决定属于隐私权保护的范畴，而隐私权可以从宪法第十四修正案中所提到的“自由”中推演出来：

《宪法》中没有明确提到隐私权。但是，在最早或许可以追溯到 1891 年的联合太平洋铁路公司诉博茨福德案 (Union Pacific R. Co. v. Botsford, 141 U. S. 250, 251) 的一系列判决中，本院已经确认宪法中存在个人隐私权，或是对某种隐私领域或隐私空间的保障。

隐私权，无论它是像我们所认为的那样存在于第十四修正案中的个人自由及其对政府行为的限制概念中，还是像地区法院所认为的那样存在于第九修正案将权利保留给人民的概念中，都宽广到足以覆盖女性关于是否终止怀孕的决定。<sup>⑨</sup>

差不多半个世纪过去之后，2022 年 6 月 24 日，美国最高法院公布了对多布斯诉杰克逊女性健康组织案的判决。这一判决的多数派意见部分与一个多月前泄露出来的由塞缪尔·阿利托大法官撰写的多数派意见并无二致。它推翻了由罗伊诉韦德案确立、并由计划生育组织诉凯西案确认的作为宪法基本权利的人工流产权，从而允许各州通过法律对人工流产进行规制。

从表面上看，审理多布斯案的美国最高法院只是重新回到宪法文本并加以解释。非常明显，美国宪法中没有提到人工流产 (abortion)，甚至也没有提到婚姻、家庭、怀孕、生育或隐私。对于相信法律是借助演绎逻辑从一般性的法律规则推演出特定案件的法律结果的人们而言，这一事实终止了进一步讨论的必要性。正如多布斯案中的美国最高法院多数派意见试图使人们相信的那样：

我们认为罗伊案和凯西案先例必须被推翻。《宪法》没有提到人工流产，任何宪法条文都没有隐含对此种权利保护，包括罗伊案和凯西案判决的捍卫者如今主要依靠的那个条款，即第十四修正案中的正当程序条款。这个条款被认为保障着某些宪法中未曾提到的权利，但任何此种权利都必须“深植于本国的历史和传统之中”，并且“隐含于有序自由 (ordered liberty) 概念之内”。<sup>⑩</sup>

当然，此时的最高法院也没有完全堵死通过解释宪法创设新权利的大门，但它设置了两个条件，一是这种权利必须“深植于本国的历史和传统之中”，二是它“隐含于有序自由概念之内”。



人工流产权未能满足这两个条件，因而不能被认可为一项宪法基本权利。值得注意的是，罗伊案并未确立“人工流产权”，而只是确认了隐私权的保护范围覆盖女性的人工流产选择。多布斯案的判决则直接否定了“人工流产权”（right to abortion），从而将隐私权覆盖的其他选择（1965年格里斯沃尔德诉康涅狄格州案中确认的采取避孕措施的自由）保留下来。而托马斯大法官所表达的异议里则试图把这些自由也一并否定。

实际上，第十四修正案的正当程序条款既可以被论证为保护女性选择人工流产的自由，也可以被论证为反对人工流产—保护胎儿的生命权。在罗伊案中提供“法庭之友”意见的约瑟夫·韦瑟斯普恩教授正是这么来论证的：“未出生的孩子，无论是多么地被嫌弃或者被其父母视为累赘，都享有受宪法保护的生命权。”<sup>①</sup>因此，任何中立的评论者恐怕都无法在两种“解释”之间选边站队。宪法解释不是一个“发现”文本含义的过程，而是基于某种价值选择在文本含义所允许的范围内“发明”宪法判断的过程。而法官的价值选择，显然与其意识形态立场和党派背景有关。

### 导致人工流产问题司法判断迥异的意识形态和党派政治因素

宪法是同一部宪法，为什么罗伊案判决和多布斯案判决会在人工流产问题上作出迥异的宪法解释呢？显然，答案没法在宪法文本当中找到。一个看似很容易得出的推论就是：因为法官变了，保守派法官占多数的最高法院会更加强调传统和秩序，更支持胎儿生命权，更反对人工流产。这个说法本身并没有错，但我们需要进一步分析什么叫保守派法官。共和党总统任命的法官就是保守派法官吗？不见得。

法律是对社会风潮的回应，因此它相对于社会的变化而言总是慢半拍。实际上，决定罗伊案的美国最高法院就已经像如今决定多布斯案的法院一样是共和党总统任命的法官占多数的了，多数派意见的撰写者哈里·布莱克蒙（Harry Andrew Blackmun）就是由尼克松任命的，同样由尼克松任命并加入多数派的还有首席大法官沃伦·伯格（Warren Burger）和刘易斯·鲍威尔（Lewis F. Powell Jr.），另外，由共和党总统艾森豪威尔任命的波特·斯图尔特（Potter Stewart）和威廉·布伦南（William J. Brennan Jr.）也加入了多数派。多数派中民主党任命的法官远远少于共和党总统任命的法官，他们分别是威廉·道格拉斯（William O. Douglas，由富兰克林·罗斯福任命）和瑟古德·马歇尔（Thurgood Marshall，由林登·约翰逊任命）。两位异议法官则是刚好来自两个不同的政党背景：由民主党总统肯尼迪任命的拜伦·怀特（Byron “Whizzer” Raymond White），以及由尼克松任命的大法官威廉·伦奎斯特（William Hubbs Rehnquist）。共和党总统任命的大法官有六人，民主党总统任命的大法官有三人，从表面上看，这与今天的美国最高法院大法官的政治光谱分布完全一样。只不过，那时两党在人工流产问题上尚未形成针锋相对的意识形态，政党意识形态对法官的影响也远不像如今那样显著。比如，拜伦·怀特比较保守，布伦南则是非常鲜明的自由派。这背后的原因很多，本文只强调两点。

首先，1932年支持富兰克林·罗斯福赢得总统大选并支持新政的政治联盟虽然已经发生了代际更替，但其社会基础和进步主义意识形态的余威尚在，并影响着美国20世纪五六十年代的政治风向。尽管其间爆发过保守派甚至是右翼势力的崛起，比如参议员约瑟夫·麦卡锡的活跃时期，但新政的能动政府基本原则似乎已经取得了胜利。国家政治中最成功的共和党人都是温和派，尤其是德怀特·D. 艾森豪威尔总统，他以所谓的现代共和主义的名义竞选并执政。他所任命的厄

尔·沃伦大法官领导了一场“宪法革命”，以能动主义的姿态冲破社会和文化层面普遍存在的平等和对自由的压制。<sup>⑫</sup>尽管艾森豪威尔后来说提名沃伦是他“所犯过的最严重的错误”（the biggest damned-fool mistake I ever made），<sup>⑬</sup>但在担任总统期间他一直毫无保留地支持最高法院的判决，包括派出联邦空降兵护送九位小石城黑人学生进入原本只收白人的学校，以支持最高法院在布朗案中作出的“平等但隔离当然不合宪”判决。艾森豪威尔之后的民主党总统约翰·肯尼迪（1961—1963年任职）和林登·约翰逊（1963—1969年任职）更不用说是在延续新政传统，尤其是约翰逊，以他的“伟大社会”施政纲领进一步扩展了新政的社会改造蓝图。这表明1950年代和1960年代美国的总体政治风气是进步主义的，当时的保守派用今天的标准去衡量最多只能算是中间派。

其次，尽管尼克松的上台标志着美国政治风气的转变，但这种转变的全部含义仍有待展开，尤其是对人工流产的态度，在共和党内尚未形成共识，更没有成为尼克松提名大法官的主要考量因素。实际上，“20世纪60年代的共和党人比民主党人更支持堕胎合法化。一直到1972年，68%的共和党人和仅仅59%的民主党人认为，实施堕胎手术的决定应当只交由女性及其医生来作出”。<sup>⑭</sup>比如，在1972年美国总统大选中，尼克松寻求连任，此时的共和党竞选纲领（Republican Platform）仍然宣称：“自1969年以来，我们将联邦政府对计划生育（Family Planning）的支持增加了三倍。我们将继续支持扩大的计划生育项目，并将促进这方面的研究，以便更多的父母能够更好地计划他们想要的孩子的数量和间隔。在任何情况下，我们都不会允许任何此类计划成为强制性的或侵犯任何个人的宗教信仰或个人自由。”<sup>⑮</sup>而他的竞争对手麦高文（George McGovern）在参选前（1970年）便表示自己愿意“用保守的、有节制的方式来表达自由主义价值”，并自诩为“一名折中派的政治家”。<sup>⑯</sup>

因此，当罗伊诉韦德案来到美国最高法院的时候，法院还没有感受到政治的以及社会舆论的压力在影响自己的裁判，大法官在人工流产问题上尚未形成意识形态化的固定立场。正是在这种相对开放的背景下，美国最高法院作出了支持女性自由选择是否终止妊娠的判决。

但是，一场悄然的巨变实际上正在美国社会发生。28岁的青年凯文·菲利普斯不仅预见和参与促成了尼克松在1968年大选中的获胜，还将自己多年对美国选举政治所做的深入到每一个县的经验研究和理论提炼出版为一本书，书名叫《涌现中的共和党多数》，为共和党此后的选举策略和政纲设计提供指引。在这本书的开篇处，他便指出尼克松的当选“表明了罗斯福新政以来民主党霸权地位的终结以及美国政治的一个新时代的来临”。<sup>⑰</sup>他准确地看到美国南方和中西部地区普通白人民众对沃伦法院和民权运动的不满，以及出于这种不满而强化的保守化倾向，从而帮助共和党形成了所谓“南方战略”。到了1972年总统大选的时候，尽管共和党本身尚未就人工流产议题形成党内共识，但已经开始用这个标签来攻击民主党总统候选人麦高文，称他支持“毒品、逃避兵役和人工流产”（Acid, Amnesty, Abortion，简称三A）。

反人工流产正式进入共和党竞选纲领是在1980年。这一次的总统大选是在民主党在任总统吉米·卡特和共和党候选人罗纳德·里根之间进行。此时，反对人工流产或者说“支持（胎儿）生命”（Pro-life）的社会运动已经颇具规模，人工流产议题对选民的动员能力也已经变得显而易见。其中值得一提的是1973年5月正式成立的“全国生命权委员会”（National Right to Life Committee，简称NRLC）。该组织的创始人之一米尔得内德·杰弗逊是第一位从哈佛医学院毕业的黑人女性，第一位从哈佛医学院外科专业毕业的女性，也是第一位成为波士顿外科学会会员的女性，这些身份符号使她对黑人、女性和医生群体都有相当大的影响力。她宣称自己反对罗伊案判决的理由不



是来自宗教信仰，而是来自所有医生都宣誓遵循的希波克拉底誓言，其中的首要原则就是保护而不伤害生命。NRLC 从成立之始便将修宪作为其主要工作方向之一，迄今已经提出过三百多份“人类生命修正案”建议稿，其中有几份走到了参议院司法委员会听证阶段。在 1974 年的参议院司法委员会听证中，杰弗逊强调支持生命运动的参与者包括“来自各种人生轨迹、社会地位、宗教或无正式信仰、政党或无党派关联背景的众多人士”。<sup>⑧</sup>

里根竞选团队敏锐地捕捉到这一趋势，将人工流产议题写进了共和党政纲：“我们申明：我们支持一项宪法修正案，以确保对未出生儿童生命权的保护。我们还支持国会限制将纳税人的钱用于人工流产的努力。我们将尽力任命尊重传统家庭价值观和无辜生命神圣性的各级法院法官。”而民主党的政纲则作出了针锋相对的表述：支持女性生育权和选择权；支持罗伊案判决，反对以宪法修正案的方式限定或推翻该判决；反对政府以任何方式干预个人终止妊娠的决策；尤其反对“限制为穷人提供医疗服务的公共财政资助，这剥夺了贫困女性行使宪法保障的隐私权的能力”。<sup>⑨</sup>

权利和能力的区分在民主党政纲中得到体现：能力决定着—项宪法权利得到实现的可能性，对于穷人来说，如果人工流产得不到政府医疗补助方案的资助，哪怕在名义上享有选择人工流产的权利，这种权利也无法得到实现。而共和党对罗伊案效果的围剿，也正是从消解能力而不是推翻权利入手。1976 年，美国国会通过了由来自伊利诺伊州的共和党众议员亨利·海德（Henry J. Hyde）提出的一项附加法案，该法案旨在限定国会对卫生、教育和福利部（HEW）拨款法案所涉及资金的用途，即禁止使用联邦经费的医疗补助计划（Medicaid）、老人及特殊疾病人士医疗保险计划（Medicare）和儿童健康保险计划（CHIP）被用来支付人工流产费用。这是一项歧视性政策，国会自 1976 年以来一直将其纳入年度支出法案。这项被称为“海德修正案”（Hyde Amendment）的法案后来就成为每年的医疗卫生拨款法案的固定附加内容，尽管其允许的例外情况屡有变化，到如今包括为了挽救孕妇的生命，或者怀孕是由乱伦或强奸引起的，等等。<sup>⑩</sup>在许多评论者看来，海德修正案在罗伊案判决生效不到 4 年的时候就已经使它的功效大打折扣，如果不说是使它名存实亡的话。因为中产及以上阶层的孕妇总是可以旅行到允许人工流产的州或外国去寻求相关医疗服务，因此罗伊案最大的意义在于使贫困阶层的女性能够在当地获得政府补贴，从而承受得起人工流产服务，而海德修正案堵上了这扇大门。据统计，从罗伊案生效到海德修正案生效，每年有 30 万例人工流产在联邦政府经费资助下完成。<sup>⑪</sup>1980 年，美国最高法院在哈里斯诉麦克瑞案<sup>⑫</sup>中支持了海德修正案的合宪性，并进一步裁定：参与 Medicaid 的各州无须资助因海德法案而无法获得联邦报销的出于医疗必要的人工流产。这就相当于是说：“对，你有人工流产的自由，但无论是联邦政府和州政府都没有义务帮助你行使这种自由。”这倒正应和了罗伊案将人工流产自由归入隐私权范畴的逻辑：隐私权是一种典型的消极自由，其要义是“别打扰我”（leave me alone）。但人工流产需要的恰恰不是“别打扰我”，而是“帮帮我”。以消极自由的方式来保护一种本质上属于社会经济权利的积极自由，正暴露了美式自由主义的困境。

里根在 1980 年的总统大选中取得了压倒性的胜利，赢得了 489 张选举人票（卡特只得到 49 张选举人票）。这不能说完全归功于人工流产议题的动员能力，但至少可以说这个议题在其竞选策略中发挥了重要作用。尝到甜头的里根团队在 1984 年竞选连任时又在政纲中重申了对人工流产问题的态度，除了继续表明支持修改宪法、增加人的生命修正案以及继续任命尊重传统家庭价值和生命神圣性的法官外，1984 年的共和党政纲还增加了这样三项内容：（1）支持立法明确第十四修正案的保护适用于未出生的孩子（实际上是对宪法的立法解释）；（2）除了反对将公共经费用于

人工流产，还将取消对倡导或支持堕胎的组织的资助；(3) 赞扬那些通过满足孕妇的身体、情感和经济需求并在必要时提供收养服务来为堕胎提供积极替代方案的个人、宗教和私人组织所做的努力。从这里可以看出，里根所代表的保守主义与罗伊案判决所体现出的进步主义的一项重要区别在于，其看到了人不是孤零零的原子式个人这一基本社会事实，愿意为自己所信奉的价值采取积极行动，包括鼓励为人工流产提供替代选项的个人和组织，从而减少因为身体、情感和经济原因养不起孩子而寻求人工流产的人数。里根再一次赢得了胜利，而且是创纪录的胜利：他赢得了525张选举人票，而民主党总统候选人沃尔特·蒙代尔（Walter Mondale）只得到13张选举人票。美国历史上没有任何其他总统候选人接近过里根在1984年大选中获得的票数。

里根的两个任期完全重塑了美国的政治生态，导致了美国政治的保守主义转向。里根是第一位将“支持（胎儿）生命”作为自己的重要政纲的美国总统，他将任命“支持生命”的法官作为自己的主要任务之一。在担任总统期间，他任命了三位大法官——桑德拉·戴·奥康纳、安东宁·斯卡利亚和安东尼·肯尼迪，并将罗伊案仅有的两位异议者之一的威廉·伦奎斯特提升为首席大法官。紧接着里根上任的乔治·H.W. 布什延续里根的法官遴选思路，他在布伦南大法官退休时提名了大卫·苏特，然后在瑟古德·马歇尔大法官去世后提名了克拉伦斯·托马斯。到1991年，决定罗伊案的多数派中只有哈里·布莱克蒙（Harry Blackmun）尚在。其他六人中的五人已被里根和老布什任命的经过“政审”被认为会推翻罗伊案的大法官所替代。实际上，单就其党派关联来看，当时的最高法院九位大法官中有八位是分别由尼克松、福特、里根和老布什这四位共和党总统任命的。唯一一位民主党总统（肯尼迪）任命的大法官怀特，还是法院中的保守派、罗伊案中的异议者。

在这种背景下，当宾夕法尼亚州东南部地区计划生育组织诉凯西案<sup>②</sup>来到最高法院面前时，舆论普遍认为法院会借这个机会推翻罗伊案先例。实际上，作为“法庭之友”参与诉讼的美国联邦政府与本案被告宾夕法尼亚州长凯西一道正式向法院提出了推翻罗伊案的请求，正像它在1980年代的五个案件中所做的那样。然而，正是这种普遍的预期产生了反作用，让最高法院不得不思考自身的公众形象和正当性问题：如果我们的判决可以由任何不懂法律的人通过数人头的的方式来加以预测，我们还如何能够维持自己作为宪法守护者的地位？因此问题从“罗伊案判决是对的吗”变成了“本院如果推翻罗伊案会有什么后果”。

此案中需要审查其合宪性的是宾夕法尼亚州1982年《人工流产控制法》中的五个条款，它们分别是：§ 3205，要求寻求人工流产的女性在手术前给予知情同意，而且医院至少在术前24小时向她提供关于人工流产的充分信息（包括各种坏处）；§ 3206，规定未成年人做人工流产必须得到父母一方的知情同意，但提供了通过司法程序绕过此要求的渠道；§ 3209，规定除了在某些例外情况下，寻求人工流产的已婚女性必须签署一份声明，表明她已告知其丈夫；§ 3203，定义了可以免于遵守上述要求的“医疗紧急情况”；§ 3207 (b)、3214 (a) 和 3214 (f)，对提供人工流产服务的机构提出了某些报告要求。最高法院在这些条款的合宪性问题上没有形成完整的多数派意见（majority opinion），而只是形成了分别针对某一接受审查条款的单独多数意见（plurality opinion）。从总体上说，凯西案判决只否定了§ 3209的合宪性，即寻求人工流产的已婚孕妇要签署声明表明已将决定通知丈夫。概括起来，本案法院意见中值得注意的要点有四个。

(1) 最高法院并未推翻罗伊案先例，但却不是因为认为它是正确的，而是因为推翻它有损最高法院的形象：“在目前的形势下，一项推翻罗伊案基本判决理由的判决或许能纠正错误，如果其中有错误的话，但其代价却是严重且不必要地损害本院的正当性，以及本国对法治原则的恪守。

因此，遵循罗伊案原初判决的基本要素是必要的，我们今天正是这么做的。”<sup>②4</sup>

(2) 尽管如此，最高法院却在保留罗伊案外壳的情况下掏空并丢掉了它的内核，比如罗伊案所确立的十分关键的妊娠三期框架，此时被最高法院认为“不构成罗伊案的关键判决理由”。<sup>②5</sup>这意味着各州可以规制妊娠期内任何时段的人工流产，只要其能论证这种规制没有给女性选择人工流产造成“不当负担”(undue burden)。

(3) “不当负担”是凯西案提出的一个新标准，最高法院用它取代了罗伊案所提出的“至关重要的利益”这个极高的标准，从而降低了各州对人工流产进行规制的合宪性门槛。“只有当一个州的规制措施对一位女性作出人工流产决定的能力造成了不当负担的时候，该州的权力才侵入到了正当程序条款所保护的自由的腹地。”<sup>②6</sup>

(4) 人工流产决定作为隐私权保护对象的属性得到强调，而且不是作为亲密关系中的隐私权，而是作为女性个人的隐私权：人工流产决定“是如此私密和个人化，以至于州政府……不能在此坚持自己对女性社会角色的构想”；一位女性的命运应当由她自己来决定，此种决定应当体现“她自己关于自己的精神要求和在社会中的角色的认知”。<sup>②7</sup>

由此可见，凯西案与多布斯案表面上的重大区别(有没有推翻罗伊案)实质上取决于法院如何考虑自身形象问题。对罗伊案表示形式上的尊重，但却在实质上掏空其中的主要内容，比公开地推翻它更不坦诚，更不利于将人工流产这一重大争议问题纳入公共讨论和民主决策机制。从这个意义上讲，罗伊案在凯西案中的续命并不是一件好事。

到了2016年，特朗普成为共和党提名的总统候选人，与民主党提名的希拉里·克林顿角逐总统职位。此时的共和党政纲中36次提到人工流产，但最核心的内容仍然是里根1984年竞选时的那些内容。不过，其中增添了对民主党对应政策的公开批判：“民主党对人工流产持极端态度。民主党人对人工流产表达毫无限制的支持，他们甚至强烈反对那些对人工流产的最基本的限制，这使他们站在了美国人民的对立面。”<sup>②8</sup>与里根和布什尽量提名温和的、公开言论未曾引发争议的大法官人选以确保参议院确认程序得以通过相比，特朗普凭借共和党在参议院占据显著优势提名了三位党派立场十分鲜明、明确反对罗伊案先例的大法官人选并成功得到确认。这三位大法官，即尼尔·戈萨奇(Neil McGill Gorsuch)、布雷特·卡瓦诺(Brett Kavanaugh)和艾米·巴雷特(Amy Vivian Coney Barrett)，与老布什任命的克莱伦斯·托马斯和小布什任命的首席大法官约翰·罗伯茨(John Glover Roberts Jr.)、塞缪尔·阿利托(Samuel Anthony Alito Jr.)、多布斯案多数派意见撰写者共同构成了多布斯案中的多数派。

多布斯案本身虽然明显是保守派意识形态在司法场域的胜利，但这种胜利却扭转了社会运动领域的动力机制，使得支持女性自由选择(pro-choice)的社会力量有了更强的动力去进行社会动员，也使得选民基础中包含这部分力量的民主党必定将人工流产议题纳入自己的政纲。但与此前不同的是，在不激进改革目前法院组织(比如增加最高法院大法官人数)的情况下，民主党总统通过提名最高法院大法官的方式来扭转局势的空间已经变小，甚至在很长一段时间内消失了。实际上，拜登已经用掉了最后的机会，他所提名的凯坦吉·布朗·杰克逊(Ketanji Brown Jackson)已经在2022年6月3日正式就任美国最高法院大法官。但她只是取代了退休的自由派大法官史蒂芬·布雷耶的位置，并没有改变最高法院内保守派和自由派的力量比，自由派仍然是6:3中的3。另外一个不利因素是，保守派大法官都相对年轻，其中年龄最大的克莱伦斯·托马斯大法官比刚刚退休的布雷耶大法官小10岁，假设他干到布雷耶大法官退休时的年龄，也还有10年。至于特

朗普任命的三位保守派大法官戈萨奇、卡瓦诺和巴雷特，则相当年轻，其中巴雷特比拜登任命的杰克逊还小两岁。考虑到大法官没有强制退休年龄，终身任职，很多人死在任上，这三位大法官可能会再干至少 30 年。在这种情况下，民主党可能需要进行激进的宪法改革才能重新确立联邦层面的“自由流产权”，包括目前已有入提议的修改宪法加入相关权利、增加最高法院大法官人数以及规定大法官强制退休年龄等。但这样的改革显然会伤筋动骨，不仅损害民主党自身的威信，而且损害宪法权威和司法权威，为大规模的社会动荡埋下伏笔。

### 专业守门人角色的制度化或许可以阻却争议的溢出

现代法治社会避免有广泛社会争议的议题成为政治动员的工具并导致不可控制的社会撕裂和社会冲突的主要方法就是设置专业化的守门人，将社会争议的滚滚洪流用水坝分段阻隔，从而在可控的社会秩序中形成“有序的自由”（ordered liberty）。从后果上看，罗伊案没有起到这种作用，它使得人工流产议题溢出到医学和法律场域之外，成为美国社会“文化战争”的主阵地之一。共和党敏锐地抓住了这一议题，将“反人工流产”作为其主要政纲之一，从而有效地吸引到众多支持胎儿生命权的保守主义选民，并在选举获胜后不断任命反人工流产的法官进入美国最高法院，使得推翻罗伊案所需的保守派多数在特朗普结束其任期时已完全形成。

政党对有激烈争议的社会议题的政治化利用也反噬着政党本身的建制派，因为建制派总是会利用现有的制度架构来达到自己的目的，对选民的政治动员只发生在几年一度的总统大选和国会选举期间。一旦选举获胜，便回归建制，不会进行激进的改革来兑现竞选时的承诺。比如在提名法官时会考虑那些不容易引起争议的稳妥人选，而这样的人选一旦就任便会尊重司法职业本身的传统，不会轻易推翻先例。失去耐心的选民会越来越倾向于通过建制外的社会运动来实现自己的目的，并且在选举时支持建制外的候选人，这便导致了共和党建制派的边缘化和它的主要群众基础的民粹化。这种趋势在 2016 年特朗普参选时达到顶峰，而其峰值时期远未过去。

其实，1973 年多伊案所审查的佐治亚州法律代表着一种可能的、但已经被错过的法律发展道路。佐治亚州涉及人工流产的法律规则是以美国法律协会（ALI）起草的《模范刑法典》为蓝本的若干州法之一。美国法律协会是一个受人尊敬的法律职业者协会，它致力于普通法的法典化。该协会 1959 年推出的《模范刑法典》为改革各州规制人工流产的刑事规则提供了一个样本，其中提出了三种可免除刑事责任（或合法人工流产）的情况，包括：（1）继续妊娠可能严重损害母亲的身体或精神健康；（2）继续妊娠产下的孩子可能会有严重的身体或精神缺陷；（3）怀孕是由强奸、乱伦或其他构成重罪的性行为所造成的。这个文本还建议规定人工流产必须由两名医生批准并在有执照的医院进行。1967 年，科罗拉多州成为第一个通过以《模范刑法典》为样本制定的刑法典（以下简称 ALI 刑法典）的州。随后，许多州都相继通过了 ALI 刑法典，其中不仅包括佐治亚州，还包括加利福尼亚州。在加州 ALI 刑法典上签字使其生效的，正是时任州长的罗纳德·里根。<sup>29</sup>

如果美国最高法院在多伊案中没有一股脑地将佐治亚州 ALI 刑法典中的相关条款宣告为违宪，而是肯定其中的某些部分，尤其是让医生来为人工流产把关的部分，但要求其烦琐的步骤进行简化，比如将需要六名医生认可减少为两名医生，则可能将人工流产的法律规制引向另一个发展方向，即专业守门人的方向。这个方向可能无法完全满足支持女性生育自由的群体的要求，但

却可以缓和和支持胎儿生命权的群体的反对。同时，这样做有助于将有重大争议的话题带离公众的关注焦点，防止其被利用成为党派政治的工具，有助于形成“有序的自由”。

实际上，首席大法官伯格在罗伊案的协同意见中就提出了类似的思路：

我倾向于支持一个州要求人工流产措施须经两名医生的认可方可施行的规制措施，但这一观点没有被本院采纳。我不认为这样的程序过于烦琐，它不像佐治亚州的法律所规定的复杂步骤那样要求多达六名医生审核并使用医院认证联合委员会（JCAH）认证的医院。

对于像人工流产这样的涉及两种权益间平衡的事项，将一方保护到百分百就意味着将对另一方的保护减少到零。处理人类事务的智慧要求折中权衡，防止走极端。而专业化的判断，正有助于把握分寸，避免要么全有、要么全无的极端立场。美国在人工流产问题上错过的制度化方案，正是英国和加拿大等国家所采取的方案。这里便以英国为例稍加说明。

英国和美国有着非常类似的文化和法律传统，美国的普通法直接源自英国，多布斯案判决中援引的“卓越的普通法权威”包括英国的布拉克顿、布莱克斯通、柯克和黑尔。同时，英国和美国在 1970 年代末、1980 年代初都经历了决定性的保守主义转向，分别以英国 1979 年大选中保守党胜出、撒切尔夫人出任首相和美国 1980 年大选中里根获胜为标志。但英国在人工流产问题的法律规制上却走了一条跟美国完全不同的道路。两国之间的关键区别就在于英国没有成文宪法，没有将个人自由上升为基本权利的传统，更没有法院对议会立法之合宪性的司法审查。这使得有广泛争议的人工流产问题没有借助法院的判决而变成政治斗争的焦点和政党竞选战略中的核心议题。

英国议会在 1967 年通过了《人工流产法》（The Abortion Act）。这部在议会中经历过十余次被废除风险的法律迄今只修改过一次，如今迎来了它的 55 岁生日。在这部法律之前，规制人工流产的主要法律是 1861 年《人身伤害罪刑法》（Offences Against the Person Act 1861），其中第 58 条和第 59 条将自己故意采取导致流产的行动、提供人工流产服务以及在明知情况下提供人工流产的药物和工具都规定为犯罪，而前两种情况是重罪，可判处两年以上到终身监禁的刑罚。可免除刑责的例外情形只包括“为了挽救孕妇的生命”和“继续怀孕将导致孕妇身体或精神上的严重损害”。

《人工流产法》并没有废除《人身伤害罪刑法》第 58 条和第 59 条，它只是确定了一个法律范围，在此范围内进行的人工流产是合法的，而在此之外进行的人工流产仍然属于刑事罪行。要进入合法范围需要满足一些法定条件，其中一个条件是合法的人工流产只能在英国国家医疗服务体系（NHS）内的医疗机构或由 NHS 以合同的方式授权的机构内进行。目前，英国平均每年有 20 万左右的人工流产。在苏格兰，几乎全部的人工流产都发生在 NHS 体系内的医疗机构。在英格兰和威尔士，大约三分之一的人工流产发生在 NHS 体系内，其余的由两家与 NHS 签订合同的慈善机构提供服务，这两家机构分别是英国孕期咨询服务处（BPAS）和玛丽·斯特普国际组织（MSI）。<sup>⑩</sup>不过，这项规制与其说是一种限制，不如说更像是一种福利，它使得符合法定条件的孕妇无论贫富，都可以享受公费资助的人工流产服务。这一点与美国形成鲜明对比。

另一方面的规制是医生的专业把关。《人工流产法》第一条第一款规定：

如果有两名注册医师各自秉持诚信认定存在以下情况，并且由一名注册医师施行人工流产，则接受人工流产的行为不构成与人工流产相关的法律所规定的犯罪：(a) 怀孕未超过第 24 周，并且继续怀孕将比终止妊娠带来更大的风险，这种风险是指孕妇或她

已有的孩子的身体或心理健康构成的风险；或者（b）终止妊娠对于防止对孕妇的身心健康造成严重的永久性伤害是必要的；或者（c）继续妊娠比终止妊娠对孕妇的生命构成更大的风险；或者（d）如果孩子出生，有很大的风险会出现身体或精神异常，以致严重残疾。

这个条款将判断是否存在可以合法施行人工流产之事由的权力交给了医生，正如 ALI 刑法典和多伊案中的佐治亚州法律试图做到的那样。这种授权使得医生成为人工流产事项上的专业守门人，而社会大众如果信任医生的专业判断，便不会再纠缠于这个问题。人工流产因此从一个充满伦理争议的问题转化成了一个医学问题，它在英国公共讨论和政策文件中一般被称为“治疗性人工流产”（therapeutic abortion）。

《人工流产法》产生了立竿见影的效果。英国在 1962 年只有 2800 例人工流产，到 1973 年仅英格兰和威尔士就达到 167149 例。由于英国在这段时期是欧洲人工流产法律限制最宽松的国家，吸引了大量“人工流产游客”，1973 年的数据中就有五万左右来自其他国家。<sup>①</sup>急剧增加的人工流产人数也引发了广泛的社会关注和一些群体的抵制运动，其中最著名的就是保护未出生孩子协会（SPUC）。这导致社会服务国务大臣基思·约瑟夫爵士（Sir Keith Joseph）在 1971 年任命了一个由英格兰第一位女性高等法院法官伊丽莎白·莱恩（Elizabeth Lane）担任主席的十五人委员会（其中有十位是女性），对《人工流产法》的实施情况进行调查并提出改革建议。这个委员会花费了近 3 年的时间进行了深入的调查，于 1974 年提交了报告。这份报告除了在一些具体细节上提出了改进意见外，还对《人工流产法》的内容及其实施情况给予了非常正面的评价，肯定了医生职业群体作为专业守门人的作用和贡献。整份报告中对要求废除《人工流产法》或更加严格地限制人工流产的社会群体的回应基本只有一句话：“确保公共资源更少被用于对非意愿怀孕的治疗性人工流产的最稳妥办法是通过教育使公众具有更成熟、更负责的对待性行为 and 避孕措施的态度。”<sup>②</sup>莱恩报告基本确定了英国政府对待人工流产的基调：在此后的议会讨论、政府调查报告和司法判决中，尊重医生的职业判断和诊疗自由（clinical freedom）。

需要指出的是，将争议问题交由专业人士去决断并非因为科学能给出明确的答案，而是因为价值选择只有附着于专业判断之上才能靠谱，更不容易走向绝对和武断。在多布斯案的多数派意见被泄露之后，权威刊物《科学》上刊登了一篇社论，称：“大法官们不仅无视了数十年来的先例，还无视了关于人工流产对病人的健康和福祉之正面影响的充分科学证据。”<sup>③</sup>但科学真的能够为人工流产所涉及的法律问题提供明确的答案吗？答案是不能。另一权威刊物《新英格兰医学杂志》上刊登的论文《宪法的医学化》指出：“胎儿何时获得人格？人工流产是否构成故意杀人？这些仍然是道德判断的问题。声称科学能够给出特定的判断，这种说法误解了科学的力量。科学可以观察世间现象并给出相应的解释，但它无法解决道德和信仰问题。”<sup>④</sup>医学专业人士或许更有分寸感，更有能力判断具体个案中孕妇和胎儿的各自状况，从而避免极端立场选择。

英国涉及人工流产问题的法律构成了一个巧妙的双层结构。一层是至少在形式上仍然存在的规定人工流产构成犯罪的形式法律，它使得主张胎儿生命权的群体不至于被激怒，也不会被动员起来去为特定的支持胎儿生命权的政客投票，以实现修改法律的目的。另一层是使得合法人工流产的范围不断扩大，并将这个范围的守门职责交给医生群体的《人工流产法》。这种双层结构通过对现代社会功能分化和专业分工的有效利用，避免了一个存在不可调和的对立立场的议题变成撕裂社会的因素。如前所述，美国本来也有这样的机会，但其独特的宪法结构和司法实践使它错过了这个机会。



早在1835年，法国思想家托克维尔便在《论美国的民主》中写道：“联邦的安定、繁荣和生存本身，全系于七位联邦法官之手。没有他们，宪法只是一纸空文……保守派依靠他们去抵制民主派的放纵，而民主派则依靠他们去抵制保守派的顽固。他们的权力是巨大的，但这是受到舆论支持的权力。”<sup>⑤</sup>同时，他还写道：“在美国，几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题。因此，所有的党派在它们的日常论战中，都要借用司法的概念和语言。”<sup>⑥</sup>他当然是把这种现象作为正面现象来加以赞美的。但政治问题的司法化使得美国法院（尤其是最高法院）成为政治漩涡的中心，使得很多社会争议极大的问题被法院以法律精英的判断给出了“答案”，而这个答案往往不仅无法平息社会争议，反而激化着社会争议。从罗伊案到多布斯案的美国人工流产判例史，让我们清楚地看到这一点。

## 结论

人工流产涉及异常复杂的伦理争议以及围绕这些争议而产生的社会撕裂。支持女性生育自由的群体和支持胎儿生命权的群体各自都坚信自己的立场是正确的。在这种严重缺乏社会共识的事项上，有助于形成“有序自由”的制度安排方式本应是寻求两种极端立场之间的交叉区域或中间地带，并促成这个区域的扩大，最终消解极端立场的社会化表达，实现制度框架内的妥协和共存。但美国的宪法结构却不利于这种机制的形成。一方面，民刑事法律的立法权和司法权大体上都属于各州享有，各州用法律来限制或禁止至少某一妊娠阶段的人工流产即便在罗伊案之后也是常见的事情。另一方面，在不修改宪法的前提下，联邦介入人工流产事项的唯一途径就是由美国最高法院行使合宪性审查权来审查州相关立法。最高法院行使合宪性审查权的主要方式，就是将人工流产解释为一项宪法基本权利（隐私权）的题中应有之义。这本身并没有太大问题，只要承认宪法基本权利也不是绝对的，可以受到出于公共利益、社会义务以及别的基本权利等方面考量的限制。但罗伊案和多伊案并没有对被审查的得克萨斯州相关法律和佐治亚州相关法律进行仔细甄别和区分，而是将所有的限制人工流产的程序性规制和实体性惩罚都一股脑地宣布为违宪，从而消除了各种中间立场持续演进的宪法空间。这导致关于人工流产的争议从法律程序中外溢到社会运动和政治动员场域，成为撕裂美国社会的“文化战争”中的一条主要战线。多年政治斗争的结果是从一个极端走到了另一个极端，人工流产作为一种宪法基本权利的地位被取消，各州重新获得以各自的立法来规制乃至禁止人工流产的完整权力。

通过梳理从罗伊案到多布斯案围绕人工流产问题展开的司法审查、法官任命、社会运动和政治动员，本文得出以下几点具有一般意义的结论。（1）司法裁判不是为了追求绝对真理，而是为了解决纠纷、维护秩序，因此，在严重缺乏社会共识的争议事项上，美国最高法院以“宪法解释”之名而作出绝对化判断的实践不仅无助于消弭争议，反而会为争议的升级推波助澜。（2）对于这些争议事项，开放讨论是必要的，但以政治动员为目的而进行的议题设置不仅无助于理性的开放讨论，反而会使对立双方的观点各自走向极端，最后的裁断往往变成谁掌握了权力谁说了算。但这种“说了算”也只是表象，因为一项有相当数量的人（就算达不到投票中的过半数）反对的法律、判例或政策在执行过程中必定会遭遇抵制，对于实际权益受影响的群体可以说是“口惠而实不至”。（3）人类社会的事务往往无法追求完美，只能追求次优甚或是“不算最差”。指望通过完全开放的、全民参与的讨论来对“法律应当如何对待人工流产”给出一个大多数人能接受的答

案，是完全不可能的。一种可行的路径是制度性地切换审议和判断此类问题的视角，将其从伦理争议问题变成专业判断问题，比如规定只有经过认证的医院才能进行人工流产的手术和处方，人工流产必须经过两名医生的独立判断才能进行。在一个专业人士得到大众尊重和信任的社会，这种制度设计可以使大多数普通公众不再关心其中涉及的伦理争议问题。以上这些一般性的结论虽然是基于对美国经验 / 教训的分析而得出的，但对于思考我国相关问题相信也会有一定启发意义。

注释：

① Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens, “Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform,” *Human Rights Quarterly*, vol.25, 2003, pp.1-59.

② 参见乔晓春：《中国妇女人工流产状况分析》，《人口研究》2002年第3期。

③ National Right to Life Committee, Abortion Statistics (Jan. 2022), <https://www.nrlc.org/uploads/factsheets/FS01AbortionintheUS.pdf>.

④ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), C. J. Roberts, concurring in judgment.

⑤ *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803) .

⑥ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) .

⑦ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) .

⑧ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973) .

⑨ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) , 153.

⑩ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022) .

⑪ Joseph Witherspoon, *Brief Amicus Curiae on Behalf of Association of Texas Diocesan Attorneys*, in Support of Appellee at 3, *Roe*, 410 U.S. 113 (No. 70-18) .

⑫ William F. Swindler, “The Warren Court: Completion of a Constitutional Revolution,” *Vanderbilt Law Review*, vol.23, 1970, pp.205-250.

⑬ Alden Whitman, “For 16 Years, Warren Saw the Constitution as Protector of Rights and Equality,” *New York Times*, July 10, 1974.

⑭ 杰弗里·R. 斯通：《性与法律：从古希腊到二十一世纪》，何远译，北京：中国民主法制出版社，2022年，第496—497页。

⑮⑯ Drew Halfmann, *Doctors and demonstrators: how political institutions shape abortion law in the United States, Britain, and Canada*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p.221.

⑰ 转引自 George Packer, “The Fall of Conservatism,” *The New Yorker*, vol.84, iss.15, May 26, 2008, p.47.

⑱ Kevin Phillips, *The Emerging Republican Majority*, Princeton: Princeton University Press, 2015, p.1.

⑲ 转引自 Mary Ziegler, *After Roe: the Lost History of the Abortion Debate*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015, p.45.

⑳ 对这部法案制定过程及其效应的讨论，请参阅 Mary Ziegler, *Abortion in America : a Legal History from Roe to the Present*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, Chapter 2.

㉑ Marlene Gerber Fried, “The Hyde Amendment: 30 Years of Violating Women’ s Rights,” *The Center for American Progress*, OCT 6, 2006, <https://www.americanprogress.org/article/the-hyde-amendment-30-years-of-violating-womens-rights/>.

㉒ *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980) .

㉓ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992) .

㉔㉕㉖㉗ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992) , p.869, p.873, p.874, p.852.

㉘ *Republican Platform 2016*, pp.13-14.

㉙ Mary Ziegler, *Dollars for Life: The Anti-Abortion Movement and the Fall of the Republican Establishment*, New Haven: Yale University Press, 2022, Chapter 1.

㉚ Department of Health, *Abortion Statistics, England and Wales: 2016* (June 2017) ; ISD, *Termination of Pregnancy Statistics Year ending December 2016* (30 May 2017) .

㉛ Sally Sheldon, Gayle Davis, Jane O’ Neill, and Clare Parker, “The Abortion Act (1967) : a Biography,” *Legal Studies*, vol.39, 2019, pp.18-35.

㉜ *Report of the Committee on the Working of the Abortion Act*, London : H.M.S.O., 1974, p. 605.

㉝ Diana Greene Foster, “Editorial: The Court is Ignoring Science,” *Science*, vol.376, iss. 6596, May 2022, p.779.

㉞ M. Gregg Bloche, M.D., J.D., “Medicalizing the Constitution?” *The New England Journal of Medicine*, vol.386, no.25, June 2022, p.2358.

㉟⑳ 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，北京：商务印书馆，2009年，第169页，第310页。

编辑 杜运泉