

· 重识中国与世界（三十九）·

# 五十年未有之大变局

——美国堕胎问题及其三重维度

左亦鲁

**【内容摘要】** 1973年的罗伊案是20世纪美国最重要的宪法遗产之一。美国最高法院于2022年的多布斯案中将罗伊案所确立的堕胎权推翻，其影响可从三个维度展开分析。第一，在推理和理论上，多布斯案并未跳出过去的争论：自由派主要基于隐私、自由和平等三大价值，保守派则主张宪法文本基础、联邦制与三权分立以及生命权。第二，从反思最高法院的角色和功能出发，“政治化”是比“保守化”更好的概念，因为它可以识别美国司法审查今日问题的起点，并有助于诊断其深层病因。第三，从美国宪法和政治发展的角度看，判决于里根政体末期的多布斯案很可能就此催生出一个新的政体。在此意义上，称之为美国“五十年未有之大变局”并不为过。

**【关键词】** 堕胎 罗伊案 多布斯案 司法审查 美国宪法

**【作者】** 左亦鲁，北京大学法学院助理教授。（北京 100871）

**【基金项目】** 国家社科基金重大项目“社会信用体系的法律保障机制研究”（21&ZD199）

① Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_\_\_ (2022).

② Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

③ 另一遗产为1954年的布朗诉教育委员会案。

2022年6月24日，美国最高法院就多布斯诉杰克逊女性健康组织案<sup>①</sup>（以下简称多布斯案）作出判决，宣布推翻1973年罗伊诉韦德案<sup>②</sup>（以下简称罗伊案）所确立的堕胎权，一石激起千层浪。多布斯案的意义绝非最高法院推翻堕胎领域的一个先例那么简单，而是对美国20世纪最重要的两笔宪法遗产之一<sup>③</sup>的颠覆。正如下文将会分析的，用“五十年未有之大变局”来形容并不为过。在判决前一个月，甚至还发生了法庭多数意见初稿被提前泄露这一史无前例的事件，更平添几分乱局中的荒诞和失序之感。

围绕多布斯案，可以从很多角度和立场展开分析，本文选择从多布斯案和堕胎问题所涉及的重重维度切入。第一重维度聚焦判决，即各方以最高法院一系列堕胎判决为核心所发展出的理论、



逻辑和话语。第二重维度对准最高法院的角色和功能，讨论最高法院是保守化还是政治化的问题。第三重维度则会多布斯案和堕胎问题放回到美国宪法和政治变迁的大背景中。按照从内到外、从微观到宏观的顺序，下文将逐一对这三重维度展开分析。

## 第一重维度：太阳底下已无新鲜事

在多布斯案长达两百多页的判决中，共出现了五份意见，分别是：（1）由阿利托撰写，托马斯、格萨奇、卡瓦诺和布雷特加入的法庭意见；（2）托马斯撰写的附议（concurring opinion）；（3）卡瓦诺撰写的附议；（4）首席大法官罗伯茨撰写的附议；（5）由布雷耶撰写，卡根和索托马约尔加入的异议（dissenting opinion）。按照美国的政治光谱，把这五份意见从“左”（自由派）到“右”（保守派）排序，依次为：三位自由派大法官的异议—罗伯茨的附议—卡瓦诺的附议—阿利托撰写的法庭意见—托马斯的附议。

从最“左”端开始，三位自由派大法官的异议并没有想象中那么激烈。已宣布退休的布雷耶主要强调两点：一是堕胎权在价值上的正义性和宪法上的正当性；二是罗伊案和凯西案作为先例不应被轻易推翻。往中间一点，是首席大法官罗伯茨的附议。罗伯茨尽管身为保守派，但一直以立场相对中正和平衡著称，他的附议基本建立在对司法节制和遵循先例（*stare decisis*）的理解上。罗伯茨在这里的立场其实很接近桑斯坦提出的“司法最小主义”，即在重大敏感问题上，最高法院的判决要尽量“浅”和“窄”。<sup>①</sup>罗伯茨认为只应推翻罗伊案和凯西案中不合理的“可存活性规则”（viability rule）——在胚胎被认为可存活（viable）前均可堕胎，但不应彻底推翻罗伊案和凯西案。罗伯茨的着眼点主要是现实政治，在他看来，悍然推翻罗伊案这样一个“超级先例”（super precedent）——哪怕这是一个漏洞百出的先例——对最高法院伤害实在过大。

如果说罗伯茨代表了某种中间立场，卡瓦诺的附议则可被贴上“中右”的标签。卡瓦诺的附议主要是在法庭意见的基础上做进一步限缩，这种限缩体现在两方面：一是重申宪法在堕胎问题上“中立”（neutral）的，宪法既不支持也不禁止堕胎；二是特别强调推翻罗伊案对其他先例没有影响，这里针对的是包括避孕<sup>②</sup>、同性性行为<sup>③</sup>在内的一系列同样基于隐私权和实体性正当程序作出的判决——卡瓦诺在此主要是为了对冲后面托马斯的附议。比卡瓦诺的附议更“右”一点的是阿利托撰写的法庭意见。法庭意见代表了传统主流保守派在堕胎问题上的立场。阿利托意见里的绝大多数元素在当年罗伊案伦奎斯特的异议中都可以找到影子，特别是对堕胎权缺乏宪法文本基础的批评和应将堕胎问题交由各州决定的主张。

最后，如果说六位保守派法官中的五位都或多或少表现出某种司法节制的话，托马斯撰写的附议则旗帜鲜明地站在了“极右”立场上。与罗伯茨和卡瓦诺试图限缩法庭意见不同，托马斯想要的是扩张。在托马斯看来，推翻罗伊案、凯西案和堕胎权只是第一步，真正需要做的是把整个实体性正当程序连根拔起。根据托马斯的路线图，在堕胎之后，接下来需要定点清除的是避孕、同性恋和同性婚姻。换言之，除种族平等外，自由派在 20 世纪最重要的宪法遗产都应被逐一清理。

上文是对多布斯案判决的一个简单分析。自罗伊案判决后，堕胎作为撕裂美国社会的头号议题，其可能包含的论证和逻辑已被各方充分展开。对于熟悉相关讨论的人来说，多布斯案的判决并没有太多新意，更多的是对各自立场的重申和对不同论证的重新排列组合。经过半个世纪的争论，“太阳底下已无新鲜事”，双方的论证可大致总结如下。

① 凯斯·桑斯坦：  
《就事论事：美国  
最高法院的司法  
最低限度主义》，  
洋伟江等译，北京：  
北京大学出版社，  
2007 年，第 11—  
37 页。

② Griswold v.  
Connecticut, 381  
U.S. 479 (1965) .

③ Bowers v.  
Hardwick, 478  
U.S. 186 (1986);  
Lawrence v.  
Texas, 539 U.S.  
558 (2003) .



自由派首先坚信堕胎的正当性和正义性，但也深知堕胎权宪法基础的薄弱。因此在罗伊案之后，自由派的主要工作就是试图补强（甚至重新奠定）堕胎权的正当性基础。隐私、自由和平等是自由派奠定堕胎权正当性基础的三大价值和逻辑。

1. 隐私。在三者中，隐私是罗伊案判决的依据，但争议也最大。美国宪法并未写有“堕胎”或“隐私”，“隐私”是最高法院在1965年的格里斯伍德诉康涅狄格案<sup>①</sup>中通过所谓“半影”（penumbra）理论从无到有创造出来的。最高法院在格里斯伍德案中提出，第一修正案的结社自由、第三修正案的不得驻扎民居、第四修正案的不受无理搜查和扣押、第五修正案的不得自证其罪和第九修正案的兜底条款，除了保护那些已经写明的权利，还保护一些隐含的、边缘性权利。上述五个条款所保护的那些“隐含”和“边缘性”权利（即所谓“半影”）拼在一起，就构成了所谓的隐私权。在格里斯伍德案发现（创造）了隐私权后，罗伊案则顺着这一逻辑，主张堕胎权属于隐私。由此可见，用隐私来论证堕胎权是“两步走”：首先要论证存在“隐私”，然后再论证“堕胎属于隐私”。其争议和脆弱也正是基于“两步走”——因为每一步“推理”都被很多人认为非常牵强。隐私的逻辑和话语在后来被逐渐弃用，很大程度上也是出于这一原因。

2. 自由。在支持堕胎的三大价值和逻辑中，自由本应是最顺理成章的选择。因为对绝大多数支持堕胎的人来说，堕胎是女性的自由——这是最符合理性和直觉的。这背后当然是自由话语和逻辑本身的强大。在现代社会绝大多数问题中，“自由”都是最有力和普及的武器。但具体到美国宪法特别是堕胎的语境中，在别处无往不利的自由的逻辑和话语却存在一个致命的弱点——它的“名声”并不太好。这是指在堕胎问题上使用自由的逻辑和话语，会与前文多次提到的“实体性正当程序”（substantive due process）联系在一起，而后者在美国宪法上是极具争议的。

什么是“实体性正当程序”？美国宪法第五和第十四修正案分别针对国会和州规定：“不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”这句话通常被称为“正当程序条款”。按照常理，对正当程序条款的关注重心应放在程序上——“何为正当的程序”。但在实践中，关注重点却偏移到最后一个分句的实体上——“什么是生命、自由或财产”。人们因此把关注程序的称为“程序性正当程序”，关注实体的则是“实体性正当程序”。“实体性正当程序”又为何名声不佳呢？原因在于，如果说“生命”和“财产”的内涵与外延还相对确定的话，“自由”则几乎是一个什么都可以往里装的筐。正当程序条款重心从程序向实体偏移的理由也很好理解，因为与干巴巴地争论程序是否正当相比，讨论什么是自由所能提供的诱惑和空间太大了。但“实体性正当程序”的危险也恰恰在此，因为绝大多数利益、偏好、诉求都可以被包装成“自由”，它提供了一个往宪法里“夹带私货”的通道。最典型的例子就是“臭名昭著”的洛克纳案。<sup>②</sup>在洛克纳案中，保守的最高法院以侵犯所谓“契约自由”为由，推翻了纽约州最长工时立法。霍姆斯在异议中就直接指控最高法院是借“契约自由”夹带私货，把弱肉强食的社会达尔文主义和自己信奉的经济学教条塞入宪法。<sup>③</sup>因此，由于“实体性正当程序”的坏名声，尽管它是最顺理成章的话语和逻辑，但自由派在堕胎问题上对使用自由话语和逻辑同样非常审慎。

3. 平等。自由派当然清楚“隐私”和“自由”的先天不足，寻找新正当性基础的努力从未停止，“平等”因此异军突起。在多布斯案中，阿利托撰写的法庭意见只用一句“先例不予支持”就草草打发掉了基于平等的主张，这种“草率”反而给人以刻意回避之感。平等逻辑是把堕胎权的正当性建立在性别平等上，其主要论证是：由于自然和社会各种因素，女性在怀孕、分娩和之后更漫长的育儿过程中明显比男性承担了更多风险和责任，这使得女性作为一个整体在职场乃至整个社会

① Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

② Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

③“本案判决基于一个大部分人尚未接受的经济理论。如果问题是我是不同意这一理论，我愿意在判决前对其进行深入和长时间的研究。但我并不认为自己有这样的义务，因为我坚信我是否同意与最高法院多数法官把自己的观点注入法律无关……宪法第十四修正案并没有包含斯宾塞先生的社会静力学理论……宪法并不包含任何一种特定的经济学理论，无论是父权主义的还是自由市场。宪法是为具有根本不同观点的人所制定的（made for people of fundamentally differing views）。”Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

中处于弱势。禁止堕胎相当于强迫女性一旦怀孕就不得不终生与母亲、育儿“锁死”，这会固化女性的弱势地位。因此，赋予女性堕胎权多少可以拉平社会中的性别不平等。与隐私和自由相比，平等的话语和逻辑有至少三方面的优势：第一，平等在美国宪法上有明确和坚实的文本基础——第十四修正案“法律的平等保护”条款；第二，与实体性正当程序的“坏名声”相比，平等不仅“声誉”良好，而且性别歧视一直是最高法院认可的嫌疑分类（suspect classification）；第三，以“我也是”（Me Too）运动为代表，性别平等是近年席卷全球的浪潮，更有助于凝聚人心和获得支持。平等逻辑和话语的崛起在多布斯案前就已显现，在多布斯案之后，平等更可能成为“后多布斯案时代”堕胎问题新的主战场。在未来，这是值得持续关注的动向。

如果说自由派在堕胎问题是“道义上有感召力，但法律基础相对薄弱”，保守派则正好相反。保守派对堕胎权的反对也可以总结为三点。

**1. 宪法文本基础。**这是一个简单但却有力的批评，因为宪法里的确没提到隐私和堕胎权。如前所述，罗伊案对堕胎权的论证是“两步走”——先要论证存在隐私权，然后再论证堕胎权属于隐私权。但在保守派看来，两步走中的第一步就不成立。不管是“半影理论”还是“实体性正当程序”，都是自由派把自己想要但宪法里没有的东西塞入宪法的借口。如果把对宪法的解释想象成考古挖掘，自由派一直主张的是“发现”——“隐私”和“堕胎”就是埋在地下的文物，它们一直存在，只是过去囿于种种条件限制没有被“发现”。但保守派却认为，地下从来就没有这两样东西，它们是自由派自己埋下去又假装挖出来的，如果人人都可以把自己想要的东西先埋下去再挖出来，宪法解释就彻底变成了“六经注我”。多布斯案中的法庭意见和几位保守派撰写的附议，相当大篇幅都建立在对罗伊案和堕胎权薄弱宪法基础的批评上。

**2. 联邦制和三权分立。**批评堕胎权没有宪法依据还是在“破”，保守派“立”的工作主要由联邦制和三权分立的论证完成。很显然，这是一个基于政体和结构的论证，它同样分为两步。第一，纵向论证。这一步主要强调美国是一个联邦制国家，联邦一级政府只拥有有限的权力，剩下绝大多数权力属于地方。就堕胎而言，联邦政府既无权禁止也无权允许，而应交由各州自行决定。第二，横向论证。这一步主张美国是一个三权分立的国家，在行政、立法和司法三权之中，立法机关最能代表民意，而法院距离民意最远，因此，堕胎问题应该由更民主的立法机关决定。把纵向和横向的论证叠加，就会得出“在堕胎问题上最有发言权的是州立法机关”这一结论。从法理上，这非常符合共和党节制联邦、捍卫州权的主张；在现实中，由各州决定相当于允许共和党把持的南方州立法限制甚至禁止堕胎。因此，无论是从意识形态还是现实政治的角度，联邦制和三权分立都是保守派最倚重的逻辑和话语之一。

**3. 生命权。**生命权的逻辑和话语强调受精卵、胚胎和胎儿已经是完整的生命，因此堕胎相当于“杀人”。反堕胎一方称自己为“生命派”（pro-life），也正是为了扛起生命权的大旗。但坦率地说，生命权是保守派三大论证中明显薄弱的一块。首先，与基于宪法文本和宪制结构的论证不同，生命权本质上是一种基于道德和价值的主张。毫无疑问，很多保守派（特别是宗教群体）在生命权问题上是非常真诚的，但信仰上的真诚并不必然可以转化为宪法上有力的论证。而且，生命权很多时候只是其他不那么易于说出口的价值（比如保守的性道德、传统家庭价值等）的替代或借口。其次，生命权争论的关键是究竟从哪个阶段开始，受精卵和胚胎成为一个完整的“人”。但无论是宪法还是科学，在这个问题上都无法给出终局性的答案，讨论只会陷入一个无底洞。目前，保守派的策略是把生命权的主张转化为法律上传统的州权问题——州有权保护本州内的生命。

但受精卵和胚胎到底是不是“人”和生命这一关键前提其实还是被回避掉了。

如前所述，罗伊案后近 50 年，所有能被想到的论点、论据和论证几乎都已被发现、展开和批判。多布斯案中的五份意见总体上并未跳出这个范围。非要找出一些不同的话，那就是托马斯所撰写的附议。但这也更多是因其“疯狂”而不是“新颖”。换言之，托马斯的附议带给人的震撼并非它提出了什么新的理论，而是说出了很多保守派原本敢想不敢说的东西。如果说在前多布斯案时代，托马斯的立场还会被认为只是过过嘴瘾的话，那么多布斯案后，谁又敢说这一切一定不会发生呢？

## 第二重维度：最高法院的保守化还是政治化

多布斯案判决后，学界和媒体不出意料地一片声讨，一个主要原因当然是自由派在学界和媒体占据多数。在诸多批评中，最突出的是对最高法院保守化的攻击。在这种叙事下，里根和共和党发动的保守主义法律革命用严密的组织和纲领、原旨主义理论、坚定好斗的“运动法官”（movement justices）彻底改造了美国宪法。原本“正确”的路线自 1980 年代起开始出现偏离，之后就在“错误”（右倾）的道路上越走越远。到今天，保守派占据最高法院多数已有 53 年之久。多布斯案只是最高法院右转故事里的最新一幕。

批评最高法院保守化并没有错，但只说出了故事的一半。自由派今天对保守派把持下最高法院高度意识形态化和党派化的批评，保守派都曾同样强烈地表达过。只不过由于世事变迁，这段并不算久远的历史逐渐被人遗忘。在保守派的故事里，他们所做的不是离经叛道而是拨乱反正。拐点不是发生在 1980 年代里根上台，而是 1950 年代的沃伦法院。是自由派掌控的最高法院率先左倾，先在布朗案中用高度意识形态化和党派化的判决取代了对宪法的中立解释。之后，沃伦法院和伯格法院在种族、性别、隐私、被告人权利和同性恋等议题上愈发激进，罗伊案则是这种司法能动的高峰。因此，1980 年代保守派控制最高法院后，保守派所做的是“回归”而不是“偏离”。一项关键工作就是定点清除自由派作出的那些“错误”判决——首当其冲就是罗伊案。

保守派对自由派的指责同样也只是故事的一半。只有把自由派和保守派的“指控”拼在一起，才是故事的全部。在完整的故事下，最高法院既自由化也保守化。一个更准确的概念应是最高法院的政治化。在对美国最高法院的美好想象中，最高法院本应是一个远离政治的机构。钩心斗角的政治属于白宫和国会，最高法院应超然和中立地只就法律问题作出决定。政治化则是对这种想象的背离，它意味着最高法院开始积极、深度介入政治问题。保守化和自由化是从属于政治化的子概念：保守化是向“右”的政治化；反过来，自由化则是向“左”的政治化。

把自由派和保守派的叙事拼在一起，除了可以补齐一左一右两种视角，更重要的是能形成一前一后完整的叙事链条。这意味着，尽管保守派和自由派在最高法院政治化上都有“不良记录”，但在时间先后上的确是自由派政治化在前、保守派政治化在后。换言之，自由派和沃伦法院才是最高法院政治化的“始作俑者”。是自由派在 1950 年代率先打开了最高法院政治化的潘多拉魔盒，里根上台后保守派只是通过更严密的组织、路线和理论把政治化做得更加极致。多年来，自由派政治化这条线索之所以“隐而不彰”，主要有三点原因。首先，美国学界和媒体主流多为自由派，“自揭伤疤”显然不符合人的理性。其次，最高法院的保守化是正在发生的当代史，而沃伦和伯格法院已是半个世纪前的“陈迹”。布朗案等判决在当时虽然引发巨大争议，但随着时间推移，这些“存在”已经逐渐变得“合理”。最后，也可能是最重要的，即使承认最高法院政治化是由自由派和沃伦法

院开启，政治化也分“好的政治化”和“坏的政治化”。在自由派看来，布朗案判决和罗伊案判决是“正义”和“进步”的，因此它们在政治化上的过错可以被抵消；反过来，伦奎斯特和罗伯茨法院的一系列判决之所以不可饶恕，首先因为它们“错误”和“反动”的，而不是因为政治化。

作为中国读者，我们既没有必要加入自由派对保守派的攻击，也没有必要追随保守派去批评自由派。之所以强调政治化是一个比保守化更好的概念，是因为它为我们提供了一个更超然、也更有穿透力的分析工具。

第一，它有助于识别问题的起点。批评最高法院保守化的一方总会把1980年代里根上台视作一切的开端。但如前所述，保守化只是政治化的一个方向，如果把保守化替换为政治化，会发现1950年代才是起点。这不仅可以帮助我们更好地理解美国最高法院，更有助于我们读懂整个现代美国宪法理论的关怀和脉络。简言之，以布朗案和1950年代为起点，美国宪法研究才真正进入“现代”，其标志是司法审查成为美国宪法理论皇冠上的那颗明珠。更具体一些，如何为布朗案和司法审查正当性辩护，成为以亚历山大·比克尔（Alexander Bickel）和查尔斯·布莱克（Charles Black）为代表的“布朗案一代”和以欧文·费斯（Owen Fiss）、布鲁斯·阿克曼（Bruce Ackerman）、约翰·哈特·伊莱（John Hart Ely）为代表的“布朗案二代”等几代宪法学人的核心使命。其中最经典的成果非亚历山大·比克尔的《最小危险部门——政治法庭上的最高法院》莫属。<sup>①</sup>限于本文主题和篇幅，我们无法深入展开这场讨论。但在这里只需要认识到，为什么偏偏在这个时刻，为司法审查的正当性辩护成了美国宪法研究的中心？根据日常生活经验，当一个事物正当性不存在问题时，其实并不需要为它提供辩护；当需要为它的正当性提供辩护时，往往是正当性出现危机之时。美国宪法学界之所以在布朗案之后集体转向对司法审查正当性的辩护，恰恰是因为其正当性出现了问题。在很大程度上，这种正当性危机的源头就是沃伦法院在布朗案中开启了政治化的先河。比克尔的书名其实已经透露了这条线索：当最高法院开始成为一个“政治法庭”，它就可能从“最不危险的部门”变为“最危险的部门”。

第二，政治化有助于诊断美国最高法院和司法审查的深层病因。对于里根上台后最高法院日益保守化是一种“坏人办坏事”的批评，虽然痛快但是不免过于简单。因为顺着“坏人办坏事”的逻辑，现在之所以出问题是因为最高法院被“坏人”控制，那么需要做的就是换人——用“好人”把最高法院从“坏人”手里夺回来。按照这种思路，最高法院目前有六名保守派和三名自由派，“改革”只需要想办法再用两名自由派去替换两名保守派即可。虽然法官空缺和提名充满了政治博弈和机缘巧合，因此何时能够实现自由派和保守派“二换二”并不好说。不过，只要自由派拥有了五票多数，最高法院的保守化难题似乎一夜之间就迎刃而解。换言之，通过换人解决最高法院保守化问题是一个时间表虽不确定、但路线图却简单清晰的工程。然而，当自由派重新夺回最高法院那一刻，最高法院和司法审查的种种争议和弊端就会瞬间消失吗？现实恐怕不会这么一厢情愿的“简单”。

但如果选择聚焦政治化而不是保守化，反思和批判才有可能超越人员更迭，从而触及机构和制度的深层。聚焦政治化，意味着沃伦法院而非里根时期才是一切的起点——这会产生一种张力：一方面，大家都认可最高法院政治化是不好的；但另一方面，沃伦法院直到今天的形象仍然非常高大，其绝大多数判决都被认为是“正义”和“进步”的。“坏人办坏事”是天经地义，但“好人怎么会办坏事”？这种张力反而有可能把反思引向深处。简言之，用政治化替代保守化，就会发现里根上台后保守派占据最高法院只是这个机构政治化的浅层表现和催化剂，真正深层的原因是一些更普遍和久远的东西，而这可能需要追溯到伟大的沃伦法院。

<sup>①</sup> 亚历山大·比克尔：《最小危险部门——政治法庭上的最高法院》，姚中秋译，北京：北京大学出版社，2007年。

第三，紧接着上一点，如果把沃伦法院视为最高法院政治化的起点，会产生一个有些大胆甚至冒犯的猜想：最高法院政治化的深层原因是与沃伦法院的“伟大”联系在一起的。而权利(right)则是理解这一问题的关键。

自沃伦法院开始，最高法院的声望很大程度上就建立在其对各种“权利”的保护和创造上。布朗案中的教育权和平等，格里斯沃德案和罗伊案中的隐私、避孕和堕胎是最突出的例子。<sup>①</sup>沃伦法院之所以被冠以“人民的法院”的称号，很大程度上正是与这场“权利革命”有关。保护权利的正当性和正义性自不必多言，但权利话语和逻辑一旦被滥用也存在消极一面。简单来说，权利的话语和逻辑一旦泛滥，几乎所有的诉求、利益、偏好和价值都可以转化为某种“权利”。现代社会又在变得日益多元甚至撕裂，这意味着不同群体都可以打出各自“权利”的大旗，而这些不同的“权利”间可能是激烈冲突和无法调和的。韦伯意义上的诸神之争在今天会集中表现为不同“权利”间的冲突。

因此，与其说美国最高法院的政治化始于沃伦法院，更准确的表述应是：最高法院从这一时期开始打开了“权利”的魔盒。如前所述，权利的背后是不同群体间相互冲突的政治、经济、文化、宗教立场和价值，卷入权利之争也就意味着最高法院卷入了永无宁日的诸神之争。斯卡利亚在批评最高法院关于同性恋判决时的一个金句是：“最高法院在文化战(the culture war)中选边站。”<sup>②</sup>作为保守派，斯卡利亚内心的想法当然是最高法院在文化战中站在了错误的一边。但站在更超然和中立的立场，文化战其实就是权利和价值冲突的诸神之争。科斯曾从经济学的角度论证损害的相互性，即保护一部分人的权利必然会伤害另一部分的权利。<sup>③</sup>借用科斯的底层逻辑，一旦最高法院开始积极介入权利和价值的诸神之争，它就注定无法全身而退。因为不管它在这场争论中支持谁或者持哪种立场，在赢得一部分人心的同时一定会失去甚至“伤害”另一部分人。不管从损失厌恶(loss aversion)还是其他角度解释，在这种议题上最高法院赢得的“人心”要远少于它失去的“人心”。长此以往，自然会对最高法院的中立性和权威产生不可逆的损伤。

其实在布朗案后，美国学界就有对最高法院过度介入权利之争的反思。这种反思多从两方面展开。第一种是从实然角度的祛魅，论证手里没钱也没枪的最高法院在现实中其实根本无法保护权利，真正能够发挥作用的还是总统和国会。这方面最经典的著作是杰拉德·罗森伯格(Gerald N. Rosenberg)的《落空的希望：法院能够带来社会变革吗?》。<sup>④</sup>通过研究布朗案和民权运动，罗森伯格的书名其实已经揭晓了答案——法院并不能带来社会变革。第二种反思同样是在实证的意义上关注法院介入权利议题可能产生的“反作用力”(backlash)。大量对罗伊案判决之于女性平权运动“副作用”的研究就属于此类典型。<sup>⑤</sup>但上述两类研究仍停留在实然和局部，从应然和整体角度反思最高法院是否应该介入权利及其背后价值冲突的研究付之阙如。

但反思也不是全盘否定那么简单。认为法院介入权利之争会让法院政治化，因此主张法院应该停止保护权利，这是把孩子和脏水一起倒掉。此处的悖论在于：如果最高法院选择介入权利之争，的确会因政治化而伤害自身权威；但如果选择完全不管，又会使最高法院沦为一个“没人骂但也没有用”的机构。特别是自布朗案后，保护基本权利已经成为世界范围内宪法法院和违宪审查机关最重要的功能和正当性基础。目前民众对违宪审查机构最主要的期待就是希望它们可以保护权利，特别是各种基本和新型权利。要求各国宪法法院和违宪审查机关停止介入权利保护，无异于让它们“自废武功”。“要这样一个机构又有何用”的质疑同样会对机构和制度的正当性产生伤害。因此，在人们已经普遍建立起“违宪审查的首要功能就是保护权利”的信念后，如何在

① 还可以包括刑事诉讼程序中对被告权利的保护。

② Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)。

③ 罗纳德·科斯：《社会成本问题》，《企业、市场与法律》，盛洪等译，上海：上海三联书店，2014年，第78—119页。

④ Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

⑤ Robert Post & Reva Siegel, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash," *Harvard Civil Rights-Givil Liberties Law Review*, vol.42, 2007, pp.373-434; Reva Siegel & Linda Greenhouse, "Before (and after) Roe v. Wade: New Questions about Backlash," *The Yale Law Journal*, vol.120, no.8, 2011, pp.2028-2087.

过度违背这种期待的前提下，尽可能驯化违宪审查机关由此产生的不可避免的政治化倾向？这一问题不仅对美国至关重要，而且具有普遍的意义。特别是我国正在建立和完善自己的合宪性审查机制，应对这一问题未雨绸缪。

### 第三重维度：五十年未有之大变局

在讨论完判决和推理以及最高法院的功能后，下面来到三重维度所构成同心圆的最外层。我们会把多布斯案和堕胎问题放到整个美国宪法和政治的变迁中，在此意义上，多布斯案对美国算得上是一场“五十年未有之大变局”。

所谓“五十年未有之大变局”是指美国正经历一次“改朝换代”。<sup>①</sup>之所以用“改朝换代”来形容，是因为这不是一次单纯的总统换届和政党轮替，而是美国政体和宪制层面的根本转变。根据斯蒂芬·斯科罗内克(Stephen Skowronek)的分期，美国自建国以来共经历了六个政体(“朝代”)，它们分别是：联邦党人政体、杰弗逊政体、杰克逊政体、第一共和党政体、新政-民权政体和里根政体。<sup>②</sup>与斯科罗内克异曲同工，马克·里拉(Mark Lilla)使用的概念是“时期”(dispensation)。这是一个基督教神学意味很浓的词，指上帝对世间事务所分配或施与的秩序。在马克·里拉看来，20世纪的美国同样分为两段“时期”：新政-民权时期和里根时期。<sup>③</sup>

斯科罗内克和里拉的分析框架有两点是相同的。第一，今天的美国仍处于里根政体之下；第二，也是更重要的，里根政体已进入末期。用里拉的话说，“一个毫无原则的民粹主义投机分子正在给它送终。”从时间上看，进入现代以来，美国一个政体/时期的寿命差不多就是50年。第一共和党政体维持了70年，新政-民权政体存续了48年，而里根政体到今天也已有42年(从罗伊案判决算起则已经有49年)。在亨廷顿看来，每当现实和理想的鸿沟过大时，美国总能奋起自我拯救和革故鼎新——这种“改朝换代”，被亨廷顿称为“信条激情时期”。为了帮助读者识别和判断，亨廷顿总结了信条激情时期的14个特征：(1)普遍的不满情绪；(2)严肃对待政治理念；(3)重视传统美国价值；(4)对理想和制度间鸿沟感到愤怒；(5)社会动荡超出一般水平；(6)强烈敌视权力；(7)曝光和揭露理想和制度间鸿沟；(8)针对某些特定议题的改革和运动十分活跃；(9)新媒体形式出现；(10)政治参与扩大；(11)政治分歧跨越原有阶层；(12)尝试对政治机构进行重大改革；(13)社会和政治力量重组；(14)流行思潮以传统理想之名推进改革。<sup>④</sup>拿“亨廷顿十四条”和现实一一对照，几乎每一条都能得到印证。今天的美国，大到其所处国际环境的诡谲和国内政治的撕裂，小到多布斯案判决提前泄露所反映的政治规矩和职业伦理的崩坏，都给人以十足的“末世”之感。

理解多布斯案的第三重维度，就应基于里根政体已进入末期这一大背景。1980年代，里根之所以能以摧枯拉朽之势赢得大选并建立属于共和党的政体，一个重要原因就是 he 看到并利用了民众对新政-民权政体的不满，其中最突出的就是相当一部分民众对罗伊案的不满。正是在罗伊案之后，堕胎问题开始压倒其他议题上升为美国社会的头号议题，是否支持罗伊案也成了政治上站队的首要标准。反对罗伊案和堕胎因此成为里根动员民众最重要的一面旗帜，所有反对罗伊案和堕胎的力量开始集结在共和党旗下。在里根之后，共和党就是反对罗伊案和堕胎的政党。

新政-民权政体作为里根政体的“前朝”，最重要的两笔宪法遗产就是布朗案和罗伊案。虽然里根政体已经取代了新政-民权政体，但政体变迁传递到最高法院要远滞后于白宫和国会。<sup>⑤</sup>而且，

① 左亦鲁：《里根政体的衰败与美国重建的特朗普道路》，《文化纵横》2020年10月号。

② Stephen Skowronek, *The Politics Presidents Make: Leadership from John Adams to Bill Clinton*, Cambridge, MA: The Belknap Press, 1997, pp. 59-446; Jack Balkin, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 12-19.

③ 马克·里拉：《分裂的美国》，马华灵等译，上海：上海人民出版社，2022年，第35—36页。

④ 塞缪尔·亨廷顿：《美国政治：激荡于理想与现实之间》，先萌奇等译，北京：新华出版社，2020年，第146—148页。

⑤ 左亦鲁：《“两大阵营”的划分及其变迁——政体视角下的美国宪法与最高法院》，《探索与争鸣》2021年第10期。





推翻罗伊案这个级别的“超级先例”的困难也要大得多。除去凑够法院内的五票，还至少需要保守派内部具有高度共识，白宫、国会和各州中相当一部分力量的支持，以及较为强大的民意基础。虽然里根政体创立之初就打着反堕胎的旗号，但一直到半个世纪后才真正推翻了罗伊案，而此时里根政体已“病入膏肓”。因此，真正值得思考的其实是多布斯案与新政体的关系。这些问题包括但不限于：新的政体将会由哪个政党主导？新政体与里根政体最显著的区别何在？多布斯案会对新政体产生什么影响？新政体又会如何处理多布斯案和堕胎问题？

围绕这些问题，从自由派和保守派的立场都可以各自发展出一套答案。对自由派来说，新政体当然是由民主党主导。按照过去五次政体更迭的规律，新政体的主导政党均来自旧政体主导政党的对立面。既然共和党是里根政体的主导政党，在里根政体解体后，新政体当然应由民主党主导。至于民主党主导的新政体与里根政体的区别何在，民主党同样已经有了自己的愿景。在民主党眼中，今天的美国已经沦为第二个“镀金时代”，与20世纪初马克·吐温笔下的“镀金时代”一样，里根政体末期的美国同样深陷金钱政治、贫富悬殊、环境污染、移民问题、行业垄断、反智主义的泥沼（这些问题在当代只不过披上了新的外衣）。就像当年的进步主义运动一定程度上终结了镀金时代并为后来的新政打下基础一样，自由派（其中很多人在今天已经喜欢以“进步派”自居）将通过第二次进步主义运动来开创属于自己的政体——“第二进步时代”。

“第二进步时代”会如何看待多布斯案？毫无疑问，多布斯案会是一个反动透顶的“反经典”（anti-canon）。<sup>①</sup>但这还远远不够，在自由派眼中，多布斯案或许会成为“宪法时刻”的催化剂。按照布鲁斯·阿克曼的定义，“宪法时刻”是美国宪法上的主权者“我们人民”（We the People）直接出场，以宪法第五条规定的常规修宪方式之外的方式改变美国宪制。<sup>②</sup>新政和民权运动就是两次典型的“宪法时刻”，二者均没有按照宪法第五条规定的方式通过宪法修正案，而是以“我们人民”直接出场的非常方式重塑了美国。就像很多重大变革一样，“宪法时刻”也需要被某些具体甚至随机事件触发——多布斯案就是触发“宪法时刻”的催化剂。按照最粗线条的勾勒，多布斯案的“反动”会唤醒沉睡的“我们人民”，他们会通过选举或社会运动组织起来反抗共和党的“倒行逆施”。这种叙事的优点在于它解决了政体更迭的发生学难题。自特朗普上台后，自由派就一直在宣讲“里根政体已死，新政体当立”的故事，而特朗普本人和同时期美国政治的很多表现也非常符合“断裂型总统”和“改朝换代”的特征。但接替特朗普出任总统的拜登在各个方面看起来都不像一个可以开创新政体的“重建型总统”。<sup>③</sup>多布斯案的出现恰恰补上了政体更迭“第一推动力”的缺失——虽然拜登无法动员“我们人民”，但多布斯案可以。如果多布斯案真的成为新政体的催化剂，那么在接下来的几年里，新政时期罗斯福和最高法院“四骑士”间激烈的冲突很可能在“第二进步时代”首先围绕堕胎问题上演。

保守派又会如何认识多布斯案呢？他们的叙事会有两个大同小异的版本。在第一个版本里，里根政体不仅没有终结，其高潮反而尚未到来。在自由派眼中，多布斯案是保守派失败前的垂死挣扎。但在保守派这里，从里根上台到多布斯案是一段“励精图治”、不断上升的叙事。里根政体从建立初期就致力于推翻罗伊案，历经包括凯西案在内的失败后，终于在多布斯案中成功。阿克曼等自由派学者一直嘲笑保守派在里根时期并没有迎来属于自己的“宪法时刻”。<sup>④</sup>对此，保守派或许会承认之前罗伯特·鲍克提名失败和凯西案功亏一篑的确说明时机尚未成熟，但多布斯案证明了属于保守派的“宪法时刻”才刚刚到来。如果给里根政体的寿命画一条曲线，这条曲线绝非像自由派所说的已从顶峰跌至谷底，而是经过前50年艰难的爬坡后，现在才开始向顶峰发起

① 关于“反经典”，见 Jack Balkin, Sanford Levinson eds., *Legal Canons*, New York: New York University Press, 2000, pp. 417-419.

② 布鲁斯·阿克曼：《我们人民：奠基》，汪庆华译，北京：中国政法大学出版社，2013年，第59—68页。

③ 左亦鲁：《“两大阵营”的划分及其变迁——政体视角下的美国宪法与最高法院》，《探索与争鸣》2021年第10期。

④ 布鲁斯·阿克曼：《我们人民：转型》，田雷译，北京：中国政法大学出版社，2014年，第486—496页。

冲击。与第一种叙事相比，保守派的第二种叙事承认里根政体即将终结而新政体呼之欲出。在这一点上，保守派的第二种叙事与自由派的叙事是一致的。但两者的根本不同在于，在保守派的第二种叙事下，新政体仍旧由保守派而非自由派主导。如果新旧政体都由保守派主导，它们的区别何在？从近年共和党和保守派内部演变中，我们或许可以看出些许端倪。按照目前的轨迹发展下去，新政体不同于里根政体的最大特点将是它会更加极端、保守和民粹。如果说里根政体下的主流共和党人还是老布什和小布什这样的“乡村俱乐部共和党”（country club republican），新政体下共和党人的代表就是特朗普和罗恩·德桑蒂斯（Ron DeSantis）。把目光投向最高法院，如果罗伯茨、卡瓦诺甚至阿利托都还可归入里根政体下保守派法官的话，托马斯在多布斯案中的异议可能代表了新一代保守派法官的样子。但不管是保守派的第一种还是第二种叙事，其核心都是“属于我们的时代才刚刚到来”。对自由派来说，则无异于更“黑暗”的日子还在后面。如果说美国过去政体更迭还属于左右平衡的钟摆，这次保守派的理想若成真，则意味着美国政治钟摆向右摆动的幅度很可能超过以往极值。

本文开头曾提到罗伊案和布朗案是美国宪法在 20 世纪最重要的两笔遗产。罗伊案在今年已被推翻，而明年最高法院又将听审一个与布朗案和种族平等密切相关的矫枉行动（affirmative action）案件。目前很多迹象表明，最高法院明年很有可能会推翻与矫枉行动有关的一系列判决与政策。若果真如此，其影响和震动可能不亚于今年的多布斯案。

## 结语

最后，我们可能更需要思考世界所处“百年未有之大变局”与美国“五十年未有之大变局”的叠加。早在新冠肺炎疫情暴发前，“百年未有之大变局”这一表述就已在我国高层讲话和文件中多次出现。新冠肺炎疫情只是百年未有之大变局“加速演进”的推动因素。<sup>①</sup>“百年未有之大变局”的表现和症候自然复杂多样，它包括但不限于全球经济低迷，单边主义、保护主义抬头，网络安全、重大传染性疾病、气候变化等非传统安全威胁持续蔓延，国际秩序和全球治理体系受到冲击等。<sup>②</sup>但在复杂的表象背后，一个关键的因素是美国变了。如基辛格所言，战后世界秩序基本是由美国塑造和主导的。<sup>③</sup>在迈克尔·曼看来，二战后美国作为唯一的帝国获得全球支配地位，其与跨国资本主义和民族-国家体系共同构成了战后秩序和全球化的三大支柱。<sup>④</sup>因此，美国自身出现变化，自然会波及中国和世界。

1979 年，中美正式建交时美国正处于新政-民权政体和里根政体鼎革之际。进入里根政体后，特朗普之前的五任美国总统虽然来自不同政党且有着不同的外交战略和政策，但告别冷战和拥抱全球化是其共同的基调。而正像里根政体进入末期和特朗普上台后我们所见证的，美国自身进入政体更迭的“乱纪元”对中美关系和国际秩序影响深远，在相当程度上，中国就是美国本轮大调整和大变革所针对的对象。换言之，与之前五次政体更迭相比，美国这一次政体更迭可能会具有前所未有的外部性。除去对外战略和政策的改变，包括堕胎在内这些原本极度美国本土化的议题，都可能会对中国和世界产生影响。我国的比较法和涉外法治研究应对此有所准备。

编辑 杜运泉

① 习近平：《在深圳经济特区建立 40 周年庆祝大会上的讲话》，2020 年 10 月 14 日，[http://www.gov.cn/xinwen/2020-10/14/content\\_5551299.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2020-10/14/content_5551299.htm)。

② 习近平：《在第十七届中国-东盟博览会和中国-东盟商务与投资峰会开幕式上的致辞》，2020 年 11 月 27 日，<http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/1/202012/20201203020166.shtml>。

③ 亨利·基辛格：《世界秩序》，胡利平等译，北京：中信出版社，2015 年，第 361—365 页。

④ 迈克尔·曼：《社会权力的来源：全球化（1945—2011）》第 4 卷上，郭忠华等译，上海：上海人民出版社，2018 年，第 1、30 页。