

## 法庭意见、论据与论证\*

### ——析美国最高法院对劳伦斯案的裁决

杨 贝

**内容提要:**美国联邦最高法院就劳伦斯案给出了三份观点截然分立的法官意见。通过分析三份意见的论证发现,不论是旁征博引的论据,还是形态各异的论证进路,都不是大法官们产生意见分歧的原因,毋宁是他们发生分歧的后果。大法官们运用的论据实质只是有待证成的意见,其采用的论证进路不只是为了证成结论,也是为了表明他们的法律理念。就劳伦斯案而言,真正影响大法官判断的是他们对于宪法解释原则、遵循先例原则、司法与民主的关系以及法律与道德的关系等基本问题的不同看法。这些基本法律理念既是特定判决的成因,也有可能作为理由出现在判决书中。在这一意义上,尽管法律论证并不必然反映判决的真实成因,但它对于法律决定的形成仍有重要影响。

**关键词:**法律论证 法律决定 法律理念 劳伦斯案

杨贝,对外经济贸易大学法学院副教授。

2003年6月26日,美国联邦最高法院就劳伦斯等诉德克萨斯州案(以下简称劳伦斯案)做出终审判决,同时发布了肯尼迪大法官执笔的多数法官的判决意见、奥康纳大法官撰写的并行意见以及由斯卡利亚大法官执笔的少数法官的反对意见。<sup>[1]</sup>三种意见针锋相对、各执一辞,让原本就处于风口浪尖的劳伦斯案更加引人注目。如果法律共同体分享着共同的知识背景和法律信仰,遵循着相同的判断逻辑,究竟是什么让我们产生分歧?我们为什么不能同意他人的观点?通过分析劳伦斯案三种意见的论证,导致分歧产生的因素将得以显现,这有助于我们重新反思法律决定以及法律论证的本质。

\* 本项研究得到2013年度北京市青年英才计划(项目编号为YETP0905)的支持。

感谢全国政协办公厅研究室理论局许婕博士为本文的写作提供重要素材和宝贵建议。

[1] 539 U. S. 558 (2003).

## 引言：一个案件，三种答案

1998年9月的一个深夜，德克萨斯州（以下简称德州）休斯顿市哈里斯郡的警方奉命前往一所民宅调查一起械斗事件，在那意外地发现了劳伦斯与另一男人——泰伦·加纳在进行同性性行为。依据《德州刑法典》第21条第6款，“如果一个人与另一同性进行了不当性行为，即构成犯罪。”于是劳伦斯与加纳当即被逮捕，之后被控有罪。劳伦斯等人认为德州的该条法律违反了联邦宪法第十四修正案的平等保护条款与德州宪法的相近条款，应当归于无效。在他们的这一主张被驳回之后，劳伦斯等上诉至德州第十四区上诉法院（以下简称德州上诉法院）。德州上诉法院审查了劳伦斯等依据平等保护条款与正当程序条款提出的宪法论据，大多数法官认为1986年的 *Bowers v. Hardwick* 案（以下简称 *Bowers* 案）<sup>[2]</sup> 在劳伦斯案如何适用正当程序条款的问题上具有主导作用，应当作为判决依据，遂驳回了劳伦斯等人的上诉请求，维持原判。之后，美国联邦最高法院向德州上诉法院下发了调卷令，受理此案。

在经历了三个月的深思熟虑及激烈辩论之后，联邦最高法院的大法官们就德州涉案法律的效力发表了最终意见。九位大法官中有六位认为应当宣告德州法律无效，但具体的思路则各有不同。总体而言，可以归结为三种意见。<sup>[3]</sup>

一是以肯尼迪大法官为代表的五位大法官的判决意见（以下简称判决意见）。他们认为，德州法律既违反了平等保护条款，也违反了正当程序条款，但仅就平等保护条款作出判决不足以制止同类立法，所以劳伦斯案应当适用正当程序条款裁判。*Bowers* 案的判决及其对正当程序条款的理解与运用是错误的，其先例地位应被推翻。德州法律违反了正当程序条款，应归于无效。

二是奥康纳大法官独自发表的并行意见（以下简称并行意见）。她认为，劳伦斯案应从平等保护的角度进行裁判。*Bowers* 案是从正当程序的角度做出的判决，并无不当，其先例地位可予维持。德州的法律因违反了宪法的平等保护原则而应归于无效。

三是以斯卡利亚大法官为代表的三位大法官的反对意见（以下简称反对意见）。他们认为，*Bowers* 案判决正确、论证充分，其先例地位不应被推翻。德州的法律既不违反正当程序原则，也不违反平等保护原则，其效力应予肯定。

总结起来，三方在核心问题上的立场可如下表所示：

[2] 478 U. S. 186 (1986). 在 *Bowers* 案中，涉争的佐治亚州法律规定，不论行为人是否同性恋，只要从事鸡奸行为即为犯罪。美国联邦最高法院的多数法官认为，该案的核心争议是宪法是否赋予人们进行鸡奸的基本权利。他们的答案是肯定的。最终，佐治亚州的法律被确认不违反宪法的正当程序条款，因而继续有效。

[3] 事实上，大法官托马斯也发表了一份反对意见。但其篇幅仅为一页，只是在支持斯卡利亚大法官的同时，表达一下他个人对于德州法律的不满，并强调他作为法官的职责仅限于依据美国的宪法和法律裁判案件。因此，本文在总结判决意见时将该意见归入斯卡利亚的反对意见。

	判决意见	并行意见	反对意见
是否违反正当程序	是	否	否
是否违反平等保护	是	是	否
是否推翻 Bowers 案	是	否	否
结 论	德州法律违宪		德州法律合宪

作为由美国联邦最高法院亲自审理的案件,劳伦斯案本身就具有重大法律意义,将对全国的司法导向产生重大影响。更令人瞩目的是,它因为关乎美国同性恋群体的命运而被寄望载入史册,有学者甚至将它的历史地位与布朗诉教育委员会案相提并论。<sup>[4]</sup>在这样的背景下,最高法院的大法官们早早就已摩拳擦掌、严阵以待,最终发布的三份法官意见也不负众望。三方法官都在意见书中表明立场,他们的观点虽截然不同,但是各自成理、言之凿凿。

从法律论证的角度看,结论应当从可靠的论据出发,经由层层推理而形成。如果大法官们的确是因为他们宣明的理由而得出不同的结论,那么通过分析法官意见书中的说理,就应该能找到法官们无法达成共识的原因。通常而言,说理不外乎“说什么”与“怎么说”两个部分。“说什么”涉及论据问题,而“怎么说”则涉及论证思路的问题。下文将从这两个角度探究法官们形成不同判断的原因。

## 一 法官意见的论据分析

三方法官都在意见书中援引了大量论据来支持自己的结论。根据这些论据与最终结论的关系远近,可以将这些论据分为核心论据与基础论据两大类。前者是指直接支持法官结论的重要论据,在本案中主要涉及宪法的正当程序条款与平等保护条款。由于法官们对于这些核心论据的理解也存在争议,因此又需要援引其他论据来支持核心论据,这些暂称为基础论据。

### (一) 三种意见的核心论据

正如肯尼迪大法官在判决意见中所言,劳伦斯案的争议仅涉及法律规范的适用问题。具体而言,就是正当程序与平等保护的理解与运用。正是基于对这两个条款的不同理解,大法官们推导出了不同的结论。

美国宪法的正当程序条款十分简单,“非经正当程序,不得剥夺任何人的生命、自由和财产。”<sup>[5]</sup>这看似简单的条款却导致判决意见与反对意见分道扬镳。判决意见认为,正当程序条款旨在保护公民的自由。美国的宪法和法律为公民涉及婚姻、生育、节育、家庭

[4] 哈佛大学法学院教授 Laurence H. Tribe 认为劳伦斯案与布朗案(Brown v. Board of Education)分别成为美国在同性恋问题和种族问题上的决定性案例。参见 Laurence H. Tribe, *Lawrence v. Texas: The “Fundamental Rights” that Dare Not Speak It’s Name*, 117 *Harvard Law Review*, 1893–1895 (2004).

[5] U. S. Const. amend. v. XIV.

关系、育儿和教育等的决定提供保护。这些事项涉及个人一生中最隐秘、最私人的选择,事关个人的尊严与自主,是第十四修正案所保护的自由的核心。<sup>[6]</sup> 反对意见则认为,正当程序条款仅限于保护基本权利,并不为一般的自由提供保护。依据 *Washington v. Glucksberg* 案,这些基本权利必须深植于民族的历史和公民的良知之中。<sup>[7]</sup> 类似的分歧也出现在对于平等保护条款的理解上。奥康纳大法官在并行意见中指出,对人群进行区分必须是基于正当的州利益,<sup>[8]</sup> 而道德偏好不能成为可以对人群区别对待的正当的州利益。反对意见则认为,诚如道德与法律的基本关系所示,一州范围内大多数人的道德偏好当然可以成为正当的州利益。

除了对于条款本身的内涵有着不同认识之外,大法官们对于违宪审查标准的适用条件也存在分歧。截至目前,美国法律界通常认为违宪审查存在三种层次的审查标准,由宽至严分别是理性审查、中度审查和严格审查。通常而言,理性审查时只需要证明相关立法符合正当的州利益,中度审查则需证明符合重要的州利益,而严格审查通常适用于基本权利或自由受到侵害或是涉嫌种族歧视等情形。在裁判劳伦斯案时,人们关于司法审查标准的共识没有现在明确,大法官们的分歧因此更为明显。在反对意见看来,只有在涉及基本权利受到侵害,或基于性别、种族等的歧视时,才能适用严格审查,通常情况下适用理性审查即可。<sup>[9]</sup> 判决意见则认为,对自由的侵害也应适用严格审查。并行意见虽然没有明确要求严格审查,但提出了“更深入的理性审查”。<sup>[10]</sup>

由上可见,支持大法官们得出不同结论的核心论据是他们对于宪法条款的不同理解。不难看出,这些理解归根结底都只是法官关于如何理解和适用相关条款的意见。从认识论的角度看,意见是“一种主观上不充分、而且客观上也不充分的判断。”<sup>[11]</sup> 从法律论证的角度看,这些意见本身还需要提供进一步的论据来获得支持。

## (二) 三种意见的基础论据

由上,大法官们在意见书中不仅需要证成自己对于宪法条款的理解,还需要证明这些条款在劳伦斯案中的适用性。大法官们在这两项论证中运用的论据可被视为基础论据。为了确证自己对于宪法条款的理解是正确的,大法官们在意见书中提供了大量的基础论据。由于本案涉及某项权利是否存在的事实性问题,因此法官们在援引常见的判例类论据的同时,引入了不少关于社会事实的判断。

首先来看判例类论据。三份法官意见引用了欧美过去 100 年间的 60 余个案例,旁征博引之程度令早有心理预期的法律同仁仍不免咋舌。其中大部分判例都只为某一份法官意见所用,言简意赅的表述常常令读者无从判断这些判例能在多大程度上支持法官们的见解,因而亦无从批评。有意思的是,有两个案例同时出现在了三份法官意见中,即

[6] 539 U. S. 558 (2003), at 573-574.

[7] 539 U. S. 558 (2003), at 593.

[8] 539 U. S. 558 (2003), at 579.

[9] 539 U. S. 558 (2003), at 593-594, 600.

[10] 539 U. S. 558 (2003), at 580. “更深入的理性审查”其实介于理性审查和严格审查之间,近似于今日学界认可的中度审查,但这一标准在当时并未得到普遍承认。

[11] 陈嘉明著:《知识与确证:当代知识论引论》,上海人民出版社 2003 年版,第 33 页。

Eisenstadt v. Baird 案和 Romer v. Evans 案,而三方看法却不尽相同。判决意见引用 Eisenstadt 案的目的在于认定正当程序条款是用来保护公民自由的依据,但并行意见和反对意见却认为这个案例是依据平等保护条款做出的判决,不能用来证明正当程序条款的含义。判决意见引用 Romer 案证明 Bowers 案的判决基础遭到了消解,并行意见却用 Romer 案来证明最高法院曾运用过“更深入的理性审查”,而反对意见则认为 Romer 案运用的只是传统的理性审查。这些分歧提示我们,也许每个判例都存在多种解读的可能。

然后再来看社会事实类论据。这一类论据表面看来是在陈述客观事实,其实却是在表达法官对于某一事实或某一段历史的看法。在 Bowers 案中,法官在判决意见里写道,“禁止鸡奸行为有着历史根源。”<sup>[12]</sup>这一言激起千层浪。劳伦斯案的判决意见和反对意见就此展开了激烈辩论。判决意见对美国的法律史进行了重新梳理,认为 Bowers 案对历史的判断有误,也没有注意到在过去 50 年间,西方社会已经形成了一些新的观念,而且仅有的那些反鸡奸法几乎从未适用于同性之间私下进行的双方合意的行为。<sup>[13]</sup>反对意见对此不以为然,他们认为,首先,判决意见对历史的梳理仅限于刑法,这不能推翻 Bowers 案中更为一般化的论断;其次,过去 50 年间并没有形成所谓的新观念;最后,反鸡奸法几乎从未适用于同性之间私下进行的双方合意的行为只是因为这些行为是私下进行的不易察觉,这些法律未被实际运用不代表法律认可这种行为。<sup>[14]</sup>

与判例类论据相比,社会事实类证据的证明力更难考证。如果要评判先例的证明力,人们只需要调出先例的判决意见进行文本分析。但涉及社会事实命题时,我们却永远无法通过全面再现事实或历史来获得客观判断。2001 年,美国埃默里大学的一位教授因著书证明 18 世纪的美国很少有人拥有枪支而获得了美国历史学界的最高奖——“班特罗夫特奖”,但之后就有人对获奖人使用的数据提出质疑,导致该历史学家的奖项于次年被撤销。<sup>[15]</sup>这一事例再次印证了,所谓的社会事实或历史也许都如胡适先生所说,只是任人打扮的小姑娘。在法律论证领域,佩雷尔曼的论证理论也讨论了事实的“客观性”问题。在他看来,所谓的事实具有不证自明性的说法是建立在事实自己会说话的妄想上的。事实只有在具备可接受性的情况下才具有证明力。<sup>[16]</sup>按此标准衡量,大法官们援引的事实类论据尚不具备充分的证明力。

至此可见,不论是法官们所倚赖的核心论据还是其用来证成核心论据的基础论据,此二者都不符合法律论证理论对于论证起点的要求,<sup>[17]</sup>即,应当是不证自明的或是被普遍接受的。上述分析显示,大法官们运用的大多数论据的实质仅仅是一种意见。作为论

[12] 478 U. S. 186 (1986), at 192.

[13] 539 U. S. 558 (2003), at 568 - 573.

[14] 539 U. S. 558 (2003), at 595 - 597.

[15] 参见[美]斯蒂芬·布雷耶著:《法官能为民主做什么》,何帆译,法律出版社 2012 年版,第 108 页。

[16] 可接受性是当代论证理论十分倚重的正当性基础,论据的证明力取决于论据的可接受性,论点的正当性取决于论点的可接受性。

[17] 在法律论证的视域下,论证是一个将可接受性由前提传递至结论的过程。论证的起点应当是不证自明的或者能够为人们普遍接受的论据。See Chaim Perelman, *The New Rhetoric—A Treatise on Argumentation*, translated by John Wilkinson and Purcell Weaver, (University of Notre Dame Press, 1969), pp. 68 - 184.

据的意见本身具有或然性,其运用具有不确定性,这使得法官完全有可能在运用这类论据时量体裁衣、各取所需。因而很难说这些尚未证成的论据是导致法官结论分歧的原因。

既然法官“说什么”并不说明他们产生歧见的原因,那么“怎么说”会不会是歧见产生的原因?

## 二 三种意见的论证进路分析

论证进路主要是指法官选择的切入点和论证思路。前者主要指法官对案件争议点的总结,后者则是法官选择的推理过程。

### (一) 三种意见选择的切入点

在法律判断的形成过程中,法律规范与法律事实都不会一步到位,也远不会一拍即合。法律判断的形成过程是法律人的目光在事实与规范之间不断往返顾盼的过程,事实与规范常常交互影响。<sup>[18]</sup> 其中,法律争议的确定对于法律规范的选择至关重要。在劳伦斯案中,大法官们对案件争议进行了不同的归纳,进而启用了不同的法律规范。

在总结 Bowers 案和劳伦斯案的争议点时,Bowers 案的判决意见及劳伦斯案的反对意见均认为两案的争议在于美国宪法是否承认同性恋者有进行鸡奸的基本权利。<sup>[19]</sup> 劳伦斯案的多数法官则认为,这不是一个鸡奸是否是基本权利的问题,而是一个关乎公民的私生活自由的问题。如果把 Bowers 案的争议点仅仅理解为是否有从事特定性行为的权利,那无异于把婚姻贬低为仅只是为了获得从事性行为的权利,这不仅贬低了上诉人的诉求,也忽视了这些法律对于当事人生活的重大影响。<sup>[20]</sup> 劳伦斯案的平行意见则认为,Bowers 案的争议是同性性行为是否是基本权利,而劳伦斯案的争议则在于法律有没有同等对待具有不同性取向的人群。<sup>[21]</sup> 反对意见在进行批驳时,分别采用了与批判对象相应的切入点,即,批判判决意见时从正当程序条款着手,批判并行意见时则从平等保护条款着手。

由上可见两点:其一,判决意见与并行意见选择了不同的切入点,但是结论一致。其二,反对意见选择了与判决意见、并行意见一致的切入点,但是结论却截然不同。原因在于,三方在推理过程中引入了不同的规范性论据,<sup>[22]</sup> 从而改变了推理方向,引出不同结论。这两点说明,切入点也不是导致结论分歧的根本原因。更何况,切入点的选择也只反映出主观的个人偏好,需要法官的进一步证成。

### (二) 三种论证思路

劳伦斯案三份意见的思路大致整理如下:

劳伦斯案的多数法官认为此案的争议与 Bowers 案一样,如果要做出不同于 Bowers 案的判决就必须推翻 Bowers 案的先例地位。因此,判决意见将批驳 Bowers 案与陈述否定德

[18] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第13-14页。

[19] 539 U. S. 558 (2003), at 566-567.

[20] 539 U. S. 558 (2003), at 567.

[21] 539 U. S. 558 (2003), at 582.

[22] 尽管引用的是同一法律条文,但大法官们对同一条款的理解存在根本分歧,因此仍视为不同的规范性论据。

州立法的理由合为一体,通过批判完成建构。判决意见的推理大致可以分为三条线:(1) Bowers 案的问题与劳伦斯案一样,必须给出相同判决。如果要否定劳伦斯案中的德克萨斯州法,也必须否定 Bowers 案中的佐治亚州法,因而需要推翻先例;(2) Bowers 案适用法律错误,并且招致诸多批评,应予推翻;(3) 正当程序条款旨在保护公民的自由,涉案的德克萨斯州法和佐治亚州法因为侵犯了公民自主决定性行为的自由而违反了正当程序条款,应告无效。

并行意见的推理大致分为两条线:(1) Bowers 案与劳伦斯案的争议点不一样,无需讨论 Bowers 案。在并行意见看来,Bowers 案中涉及的佐治亚州的立法和本案涉及的德州立法存在重大区别,前者针对所有人的鸡奸行为,而后者只针对同性之间的鸡奸行为;(2) 平等保护条款旨在防止没有正当利益就对人群区别对待。德州的立法仅仅因为多数人的道德偏好就对同性恋加以区别对待,这不能满足“正当的政府利益”的要求,因而违反了平等保护原则。<sup>[23]</sup>

劳伦斯案的反对意见由三部分组成:对判决意见的批判、对并行意见的批判、对自己主张的论证。在对判决意见进行批判的过程中,反对意见的基本推理过程是:(1) Bowers 案不具备被推翻的条件,不应被推翻;(2) 正当程序条款旨在保护公民深植于民族历史、传统的基本权利不受侵犯,同性性行为并不属于这种基本权利,因此佐、德两州立法并没有违反正当程序条款。在批判并行意见时,反对意见的核心论点是一州大多数人的道德偏好可以成为一州的正当利益。反对意见在篇尾正面陈述了肯定德州立法的理由,一是希望法院保持道德上的中立地位;二是联邦最高法院不应该扩大对州立法的干涉范围,不能过于轻易地推翻一个州的民主立法。<sup>[24]</sup>

以上三种思路各不相同,那么,大法官们的差异是否由此形成?细察之下,答案仍然是否定的。很明显,同样的思路可以导出不同的结论,而不同的思路也可以导出相同的结论。看来思路不会决定结论,那么大法官们选择此种思路而非彼种思路的原因是什么?

依照现有的基本论证规则,论证负担主要与论点本身相关。如果论点本身不证自明,那么提出该论点的人无需证明;如果论点本身不具备证明力,那么提出该论点的人须负担证明责任。概言之,论证负担与论点本身的证明力成反比,论点本身的证明力越强,对应的论证负担越轻,反之亦然。

在劳伦斯案三种法官意见的论证过程中,法官们因为思路不一而承担了苦乐不均的证明责任。以判决意见和并行意见为例,虽然两者的结论一致,但论证思路截然不同,由此产生的证明责任更不可同日而语。在以遵循先例为基础原则的英美法国家,主张推翻先例者将承担极为严苛的论证责任。仅从 Casey 案确定的准则来看,推翻先例就必须符合三项条件:(1) 该判决的证成基础已经被随后的相关判决消蚀;(2) 该判决受到持续不断的实质批评;(3) 社会公众尚未形成不利于推翻判例的(对该判例的)信赖。<sup>[25]</sup> 这三项条件本身又都不止是“存在与否”的问题,而是程度问题。也就是说,判决意见不仅要证

[23] 539 U. S. 558 (2003), at 579.

[24] 539 U. S. 558 (2003), at 602 - 604.

[25] 539 U. S. 558 (2003), at 587.

明 Bowers 案满足了这三项条件,而且还要证明达到了有必要推翻先例的程度。程度问题使得判决意见尤难证成。当反对意见反复强调 Bowers 案满足推翻条件的程度远不及 Roe 案时,判决意见就被课以更为沉重的论证负担。相形之下,并行意见的论证进路就轻松很多。通过选择适用平等保护条款,并将劳伦斯案的争议点与 Bowers 案区分开来,并行意见巧妙地回避了推翻先例这一棘手问题,其篇幅虽然不及判决意见一半,但是立论与逻辑却比判决意见更加坚实。显然,并行意见的论证思路是一条捷径。如果大法官们只是在结论上存在差异,那么只需想办法证成结论即可。在这一过程中,最合理的选择似乎是选择最简便易行的论证进路,也就是论证负担最轻的进路。但多数大法官们并没有这样做。

由上,不论是法官“说什么”还是“怎么说”,看起来都不是法官们得出结论的真正原因,反而是法官们在得出结论之后刻意制作的说理过程。这样的分析结果不免让法律论证的拥趸失落,也有违人们对于判决书说理的常规期待。但它真实地反映出,法律论证并非形成法律决定的方法,其实质应为证成法律决定的方法。这一特殊的天赋使命决定了判决书的说理不必然反映判决形成的真实原因。

### 三 论证外的隐情与论证内的玄机

尽管前文分析已经得出判决理由与判决原因不必然一致的结论,但这并没有完全否定从判决书中探寻判决原因的可能性。论据与论证思路的或然性引出了两个有待深思的问题。其一,既然法律理论可以多元阐述,判例与事实也可以多向解读,那意味着法官们可以选择的论据不可尽数,可为什么他们会选择这些论据而不是那些论据?其二,如果判决书说理的目的只是为结论提供理由,那么法官们为什么不选择轻巧易得的论证思路,而要大费周张地绕道而行?答案可能还需要回到判决书本身去寻找。

判决书的功能不只是宣告某一案件的判决结果,判决书说理的目的也不只是为判决结果提供支撑材料。必须看到,判决书中的理由还有可能成为普遍性的裁判规范。在判例法国家,法院的判例不仅仅是在结论上具有指导意义,更多的时候,法官意见中的判决依据将为之后的案例提供规范指引。尤其是最高法院的“说什么”与“怎么说”会对全国范围内的案件产生重大影响。因此,大法官们的抱负绝不仅仅在于主导某个案件的裁判结果,而是通过一个案件确定其意图制定的规则。为此,法官们往往借助个案的判决大做文章。之所以选择不同的论据和进路,根本原因就在于他们意图宣告的内容有所不同。这些内容一般是法官们对于某些基本法律问题的看法和信念,亦即他们的法律理念。这些法律理念具有较强的稳定性,它们不止在法官们撰写的意见书中反复出现,也得到了大法官们不同场合的明确认可,甚至还有法官专门就自己的理念著书立说。这些理念不止是大法官们用以证成自己主张的依据,通常也是大法官们做出某一判决的原因。<sup>[26]</sup> 劳

[26] 法律决定的形成主要涉及法的发现问题。现有的方法论研究将法的发现与法的证立区分开来,认为法的发现过程主要是一个精神心理反应过程。美国的法律现实主义以及施密特所说的决断论都体现了这一观点。不少法学家早已放弃了对法官们做出某种法律决定的真实原因的探究,认为那是心理学家应该研究的问题。这样的说法未免过于神秘化,而且还低估了司法制度、法律方法等因素对法官的约束,也低估了法官们的自律精神。

伦斯案的三份法官意见书其实已或明或暗地道出了他们发生分歧的主要原因,其中较为明显的是大法官们在以下四个基本问题上的分歧。

### (一) 宪法解释的原则

拥有 200 多年历史的美国宪法之所以能够长久存续,就在于宪法解释能够及时弥补抽象的条文与具象的现实之间的差距,使宪法保持活力。但在如何解释宪法的问题上,法学家们始终莫衷一是,基本立场可以分为“目的主义”和“原旨主义”。前者强调宪法与现实的适应性,后者则强调坚守法律的文本或立宪者的意图。这些解释理念上的差别深深地嵌入了阐释宪法的最高权力机构——美国联邦最高法院。

在审理劳伦斯案的过程中,判决意见和反对意见分别秉持了这两种不同的解释观。判决意见写道,“他们(正当程序条款的制定者)知道时代会遮蔽我们对某些真理的认识,后世的人 would 看到曾经以为必要而正确的法事实上只会被用于压制。当宪法存续,每一代人都会援引宪法原则来寻求属于他们的更多的自由”。<sup>[27]</sup> 在这段话里,判决意见突出了时代会引发的宪法文本与社会现实的冲突,强调宪法解释的当代性。“奥康纳、苏特和肯尼迪向来认为,对宪法的解释应结合公众意愿及《权利法案》承载的价值,而非一味死扣文本,揣测制宪者本意。一言以蔽之,这些大法官信奉一部‘活着的宪法’”。<sup>[28]</sup>

与此相反,反对意见的撰写者斯卡利亚大法官则是当代极具代表性的原旨主义者。他自己也曾专门著书表明立场。<sup>[29]</sup> 在他看来,法官应当根据制宪者的立法意图,严格按照文本含义解释宪法,不必考虑时代与社会的变迁。由宪法加以保护的权力只有两个来源,要么是宪法明文规定,如美国宪法第一修正案中的言论自由权,要么是以往的案例中业经确认的权利。在本案中,尽管宪法条文本没有确定的内涵,但之后的判例可以作为解释宪法的依据。因此,斯卡利亚坚持 *Washington v. Glucksberg* 案确立的基本权利观,要求基本权利必须“深深植根于这个国度的历史和传统”,而且要是“长期以来受到社会传统保护”的,是“长期以来被普通法视为自由人追求幸福的核心所在的权利”。<sup>[30]</sup> 也正因为如此,反对意见频频嘲讽 *Roe* 案中“司法发明的堕胎权”,并始终坚持同性鸡奸不是基本权利。

### (二) 司法与立法的关系

在民主国家,立法通常都是多数人意志的体现。尽管大家都已知晓“多数人暴政”的风险,但却始终找不出优于民主的解决方案,只好暂时维持这次好的选择。一方面,要确保民主作为政治体制的根基的地位;另一方面,又要提防多数人对少数人权利的伤害。这一组矛盾关系在美国的政治制度设计中体现得尤为明显。美国自立宪之初就对“多数人暴政”保持着与对少数人专制同样的警惕,在一定程度上,相对独立性较高的司法权的设立也是对民主弊端的一种矫正。然而,始终困扰人们的问题是,用精英司法牵制民主立法

[27] 539 U. S. 558 (2003), at 579.

[28] [美]杰弗里·图宾著:《九人:美国最高法院风云》,何帆译,上海三联书店 2010 年版,第 54 页。

[29] 斯卡利亚大法官在 1997 年出版了一本小书《解释问题:联邦法院和法系》(*A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*),全面阐述了他的原旨主义思想。

[30] 539 U. S. 558 (2003), at 588, 593.

是否安全？会否导致少数精英的暴政？我们又该如何对司法进行限制？有关司法与民主的紧张关系的问题，德沃金已经给出了令人信服的答案。<sup>[31]</sup> 历史学家伍德也持相近观点，认为最高法院正是通过保护少数群体的权利免受多数人的侵扰而成为维系和支撑民主的机构。<sup>[32]</sup> 然而，还有一个没解决的核心问题是，如何设置司法限制立法的界限。

表面看来，美国法律史上形成的理性审查、中度审查和严格审查似乎划定了较为清晰的界限，但在实践中，这三种审查标准的具体应用情形仍然存疑。对审查标准的选择实质上反映了法官们对于司法权的不同态度。就劳伦斯案而言，判决意见和并行意见的法官总是担心国家在多数人的名义下实施专断地侵害。在他们看来，“没有什么比允许官员针对少数人实施法律更能大开专断之门，因为如果大多数人不受影响，他们就可能回避政治程序与后果”。<sup>[33]</sup> 反对意见的法官则不以为然。斯卡利亚大法官一向都主张，法律滞后的问题应留给立法部门通过民主立法解决。在反对意见的“余论”部分，他再度重申了自己的立场。“德克萨斯州的立法是在传统的民主行为框架内，一个等不及民主立法的法庭不应用全新的‘宪法权利’对其进行干预”。<sup>[34]</sup>

### （三）对遵循先例的理解

遵循先例原则是判例法国家的基础制度，是英美法存续的基石。依据以往的相似案件对当下的案件进行裁判，可以使法律保持一致性和稳定性，为人们提供稳定的心理预期，从而指引人们的行为。虽然不会有人将先例理解为万世永固的僵化教条，但对于在何种情形下可以推翻先例仍存在理解上的差异。

从本案的三份法官意见来看，似乎是：判决意见最为激进，直接推翻了 17 年前的 Bowers 案判决；并行意见次之，它虽然没有直接挑战 Bowers 案，但事实上否定了 Bowers 案；反对意见最为保守，它不仅支持维护 Bowers 案的先例地位，而且充分肯定了 Bowers 案的论证。然而实际情况并非如此。至少，斯卡利亚并不比奥康纳更保守。

在之前审理 Webster v. Reproductive Health Services 案之时，斯卡利亚大法官一心想推翻 Roe 案的先例地位。最终正是因为奥康纳大法官的回避策略，使 Roe 案的先例地位保全下来。她宁可另辟蹊径，寻找新的论证进路，也绝不沿着原有的论证进路推翻先例。奥康纳大法官的裁判策略反映出了对待先例的最为保守的态度。即使有充分证据证明先例存在错误，只要还有其他方式可以获得正当判决，她就不会轻易推翻先例。

此处折射出了法官们对于遵循先例的不同理解，多数人可能认为遵循先例就是既要遵守它的结论，也要沿用它的论证；而以奥康纳为代表的少数人可能认为，完全可以通过寻找新的论证进路的方式做出新的判决，让错误的先例处于事实上的消亡状态。

[31] 德沃金对民主概念进行了创造性的转换。他认为真正的民主不是多数至上主义的，而是一种所谓的“合宪性民主”。后者不以人数判定某个目的正当性，而是关注是否尊重了所有的基本权利与自由及人们的平等。只要法官的判决确认了人们的自由，那么，“法庭的判决就不是反民主的，相反，它推进了民主”。参见[美]德沃金著：《自由的法：对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社 2001 年版。

[32] [美]斯蒂芬·布雷耶著：《法官能为民主做什么》，何帆译，法律出版社 2012 年版，导言，第 2 页。

[33] 539 U. S. 558 (2003), at 585. 转引自 Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U. S. 106, 112 - 113.

[34] 539 U. S. 558 (2003), at 603.

#### (四) 法律与道德的关系

无可否认,对待同性恋的态度更多是一个道德偏好问题。在处理这一案件时,大法官们纷纷撇清自己,表明自己对于该问题的中立态度。<sup>[35]</sup> 这样的表白虽然能消除大法官就个案进行道德裁判的嫌疑,但没有解决道德在多大程度上可以为立法提供正当性的问题。

劳伦斯案的判决意见极力将法律问题与道德问题区分开来,认为美国历史上只存在对同性恋进行道德抵制的传统而不是同性恋入罪的传统。判决意见引用了 Casey 案的观点,认为法官的任务在于界定大家的自由,而不是制定道德法典。<sup>[36]</sup> 并行意见也认为,道德上的不认同不能构成对人群加以区别对待的正当利益。<sup>[37]</sup> 反对意见虽然没有主张法律与道德之间存在必然联系,但认为大多数人的道德偏好可以成为立法的正当性基础,否则立法的正当性基础将无以为计。

上述四个问题上的观念差异解释了,为什么判决意见和反对意见会对正当程序条款做出不同理解,为什么判决意见和并行意见会选择不同的论证,以及为什么大法官们会对废止德州法律存在不同看法。这些见解似乎是法官们发生分歧的深层次的主导原因,但却没有明确出现在法官意见的论证体系中。这也许是因为,前述四个基本问题无一不是法学领域的基础性问题。关于这些问题的争议由来已久,任何一个问题拿出来都能让法学界大战三百回合。大法官们不愿就此卷入无休无止的论战,也无能力就这些问题给出一锤定音的答案。

## 四 结 语

英国法官宾汉姆勋爵曾经期待,“我希望,我不是是惟一个,坐下来写判决时已经形成了 A 必须赢的观念,结果在写作过程中却发现这一结论没有可靠的依据,无论怎样理性分析,B 都会胜利的人”。<sup>[38]</sup> 这样的愿景值得期待,但却难以实现。本文的分析更多地印证了卡多佐笔下那位靠抓阄定论,再依结论进行论证的法官的真实性。<sup>[39]</sup> 简明扼要的法律条文、丰富多样的判决先例、变幻不定的社会事实等都给法官们自由取材、各取所需留下了广阔空间,他们完全可以为自己已经得出的结论找到充足的理由。

这样一来,法律论证的局限性也变得清晰起来:它不反映法律决定形成的真实过程。但这不意味着,法律论证只是粉饰太平的工具,也不能据此抹杀法律论证对于法律决定的重要影响。首先,法律论证通过“表面的”说理甚至可以将非理性的决定以看得见的方式

[35] 539 U. S. 558 (2003), at 603.

[36] 539 U. S. 558 (2003), at 571.

[37] 539 U. S. 558 (2003), at 583 - 584.

[38] [英]宾汉姆勋爵著:《理由和理由的理由:法院判决和仲裁裁决的区别》,《国际仲裁》1988年第4期,第143页。转引自[美]玛蒂尔德·柯恩:《作为理由之治的法治》,杨贝译,《中外法学》2010年第3期,第362页,注25。

[39] 卡多佐介绍了实践中可能存在的多种裁判方法,其中一种是不考虑具体案情,仅以机械方式(如抽签)决定判决结果。他介绍的例子是一位名叫盖斯特的法官,据称该法官一生中判决了四千来件案件,每一个案件都是由抽签决定。其中近50%的案件被提起上诉(这个上诉率也没有高于他的同行),但是,无一被推翻。参见[美]本杰明·N.卡多佐著:《法律的成长·法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第76-77页。

理性化,从而使公众得以评判法律决定的正当性。其次,法律论证能促进法律决定的一致性。不容悖反的逻辑准则加上法官们遵循先例的义务,<sup>[40]</sup>会促使法官遵从他或他的同行曾经给出的表面理由。相同的说理会增进法律决定的一致性。最后,法律论证可以视作一种争议解决机制,最能令人信服的决定将成为最终的解决方案。

另需一提的是,虽然法律人的前见无法消除,但这并不必然导致专断,也不会导致法律共同体的分崩离析。毕竟,法律共同体不是一言堂。维系共同体的不是万众一心、如出一辙的判断,而是一种理性的思维方式,尤其是理性地处理争议的方式,如法律论证、多数票决等。据奥康纳大法官自述,最高法院的九位大法官能达成一致的案件只占他们审理的案件总数的15%~20%。<sup>[41]</sup>但这并没有消解最高法院的权威性。毕竟,法律从来不是直线式地单向发展,它总是在各种分歧的冲突与整合中曲折反复。如果法律有脚印,那它也许是一串些许零乱、但整体方向大致清晰的足迹,法律的一致性正隐迹其间。

---

[Abstract] The U. S. Supreme Court had issued three widely divergent opinions on the case of *Lawrence et al. v. Texas*. An analysis of the argumentations in these opinions shows that the different arguments advanced by the justices and their methods of argumentation were not the causes, but rather the consequences, of these different opinions. The arguments put forward by the justices were actually opinions need to be proved and their approaches to argumentation were used not only to justify their conclusions, but also to express their basic legal ideas. As far as the case of *Lawrence et al. v. Texas* is concerned, the real causes of the differences of opinions are the different attitudes adopted by different justices on such basic issues as principles of constitutional interpretation, *stare decisis*, relationship between democratic system and judicial system, and relationship between morality and law. These fundamental legal ideas are the real basis of legal decisions, and sometimes appear in written judgments as arguments. In this sense, legal argumentation plays an important role in the formation of a legal decision, although it does not necessarily reflect the real causes of the formation of the decision.

---

(责任编辑:支振锋)

[40] 例如,形式逻辑的三大定律(同一律、矛盾律、排中律)等皆提出了严格要求,一旦违反,就会导致论证归于无效。

[41] 参见[美]布莱恩·拉姆、苏珊·斯温、马克·法卡斯编:《谁来守护公正:美国最高法院大法官访谈录》,何帆译,北京大学出版社2013年版,第233页。