



北京大学

法理学课程论文

题目：法律不确定性的法理学思考
——浅析阿利托大法官的向前看视角

姓名：房晨
学号：1900013531
院系：环境科学与工程学院
主管老师：戴昕
助教：任希鹏

二〇二一年 六月

【题目】

请自行选择 *Obergefell v. Hodges* (576 U.S.644 (2015)) 一案中美国联邦最高法院发布的五篇判决意见（判决主文及四份异议意见）中的任意一篇，运用课程第三单元讲授内容包含的一种或多种理论视角和方法，对相关判决意见中的观点和论证进行分析和评论。

（案件判决文本的英文版见

https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf;

中文译本可参考申晨（编译）：《惊世判决：美国联邦最高法院“奥伯格费尔诉霍奇斯案”判决书》，北京大学出版社 2018 年版）

【要求】

1. 根据作业要求撰写针对某一篇判决意见的分析和评论时，应务必**运用课程第三单元讲授内容包含的理论知识和方法**，并尽可能聚焦讨论，避免“漫谈”。法官在一篇判决意见中可能讨论了多个不同问题、发表了许多不同观点，但在写作业时，同学们应**聚焦自己最感兴趣的一到两个议题或观点**，对其展开有一定深度的分析和评论，而不是铺开来、对自己能识别出的所有议题都作简单、表面化的点评。在分析评论时，请同学们尤其注意**结合作为分析评论对象的判决意见中的相关观点和论证**，而不只是**凭空阐发**自己就某个议题所持的立场和观点。

2. 作业正文的篇幅**不得超过 3000 字**。每位同学在提交作业时需在文档结尾标注作业正文的实际字数。超出字数限制的作业将被视情况扣减分数。

3. 严禁抄袭，援引他人观点应以脚注形式适当注明出处。脚注中的文字不计入作业总字数，但脚注应以**“注”而非“释”为主要目的**，避免过度。

4. 选课同学应在 **2021 年 6 月 15 日上午 8:00 前（最后一讲课前）**以电子邮件附件形式（word 或 pdf 文档）将第三单元平时作业发送到课程邮箱（beidafali2021@163.com，邮件及附件中均请注明姓名、学号、学院、年级），并应在**当日上午 8:00 至 10:00 之间**在教室将作业的 A4 纸质打印版提交助教、签字备案。建议同学们提前动手，尽早完成，尽早提交。未能按时提交电子版及打印版者将视迟交严重程度在期末总成绩中被处以 1 到 10 分的扣分（百分制）。

【解答】

此次作业中我选择的是 *Obergefell v. Hodges* (576 U.S.644 (2015)) 的五篇判决意见中阿利托大法官 (Samuel Anthony Alito Jr.) 的异议意见, 主要运用的是课堂第三节有关“法律的决策视角”中“向前看”所涉及的法学理论对判决意见的论证与观点进行评述。

2015 年 6 月 26 日, *Obergefell v. Hodges* (576 U.S.644 (2015)) 一案由美国联邦最高法院最终判决, 结果以 5:4 的票数比例判决在美国全境承认同性婚姻的合法性。这一判决终结了长期以来美国社会各界对同性婚姻合法性的争论, 是美国同性恋平权运动的一个重要里程碑事件。

【目录】

一、 法律不确定性与向前看视角	4
二、 向前看视角下该案的两大不确定性	5
1、“偏见者”被边缘化的可能	6
2、类比逻辑被推翻的可能	6
三、 不确定性对向前看视角的佐证	7
1、价值的不确定性——是否存在统一的价值准则	8
2、思考后果的不确定性——哪一种更合适	8
3、分工的不确定性——寻求权力的平衡	9
四、 结语：向前看的拓展与延伸	9

法律不确定性的法理学思考

——浅析阿利托大法官的向前看视角

房晨

（北京大学环境科学与工程学院，北京 100871）

摘 要：本文首先界定了不确定性与向前看两个概念，指出法律具有多方面的不确定性，并且不一定能够提供唯一正确的答案，而向前看视角关注的是判决对未来后果可能造成的影响，与向后看相对。其次，在同性恋婚姻权得到重新界定的“奥伯格费尔案”中，结合阿利托大法官提出的异议意见分析了二者的联系，归纳得出了判决的两大不确定性：“偏见者”被边缘化的可能与类比逻辑被推翻的可能。之后从阿利托的异议意见中挖掘了他对反对向前看视角的回应，总结了本案中关于价值准则、思考后果、分工优势的三类不确定性。最后，对阿利托在本案中使用的向前看视角的丰富内涵进行了小结。

关键词：向前看 不确定性 “奥伯格费尔案” 同性婚姻权利

和罗伯茨（John G. Roberts Jr）、斯卡利亚（Antonin Gregory Scalia）、托马斯（Clarence Thomas）等人意见一致，阿利托（Samuel Anthony Alito Jr.）大法官也明确反对联邦最高法院在“奥伯格费尔案”（*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S.644 (2015)）上不审慎地滥用权力而得出的判决结果，也提及了有关机构分工、程序正义以及司法克制等不同方面的考量。但与众不同之处在于，在简洁而丰富的论证中，他创新性地采用了向前看的理论分析视角对这一判决进行了思考，从而在另一个维度上对多数意见的法理漏洞进行了驳斥，并对法律的不确定性进行了深入的思考。

一、 法律不确定性与向前看视角

法律的不确定性（Indeterminacy）是一个范围很广的概念，它希望解答“法律是否总是对法律纠纷提供唯一正确的答案”这一关键问题。一方面，法律条文在语义理论层面上存在着大量具有不确定性的概念，在解释过程中法官会利用不同的方式将其具体化，从而影响判决结果；另一方面，法律判决本身有可能和道德、权威等主体之间形成复杂

的关联，彼此相互影响。¹另外，关于“唯一正确的答案”是否存在从根本上来说也是不确定的。²因此在涉及同性恋婚姻这类在社会认知与历史传统中充满争议的权利界定问题时，法律的介入会将其自身携带的不确定性进一步放大。

向前看（Ex Ante）视角关注后果（Consequence），主要考察个案的判决结果作出后在未来会对不确定当事人的潜在行为产生怎样的影响（约束、规避或是鼓励）。在很多情况下，向前看视角的使用能够有助于司法判决对社会规范的制约，产生更广泛持久的社会影响与价值，但在实际运用时却常常面临着各种不确定性的考量，如对于未来的预测是否精准与确定，在本案中，阿利托大法官以向前看的视角充分考虑了联邦法院多数意见的不确定性，探讨了未来可能的不同后果，并通过理性权衡对其进行了回应。

二、 向前看视角下该案的两大不确定性

任何一个司法判决都会面临时间的考验，随着时代的发展，判决本身的价值、适用性都可能因此而发生改变。并且社会发展的规律难以被人们准确把握，因此针对不确定性的考量能够对判决本身的合理性提供新的思考。

阿利托大法官的向前看视角在下面这段话中得以明显展现：

可以预见，本案的判决会被援引，以用来打击那些不愿接受新的社会主流观点的人们。多数意见在论证中，将传统婚姻法与拒绝给予非裔和妇女平等对待的法律相提并论。这种类比逻辑，将被那些意图铲除一切异己意见的人所利用。（《惊世判决》³第 138 页）

这段话体现了阿利托观察到的本案两大不确定性：一方面是曾经的主流观点被取缔后，新的“偏见者”（Bigots）会出现并可能因此被边缘化（Marginalization）；另一方面则是判决本身的类比逻辑（Implications of Analogy）存在误用与漏洞，因此在未来可能会被相同的逻辑推翻与“反噬”。

① 邱昭继.法律的不确定性与法治的可能性[J].政法论丛,2013(01):85-92.

② 美国法学家罗纳德·德沃金（Ronald Myles Dworkin）就曾针对法律确定性问题提出过著名的“正确答案论题”（Right Answer Thesis），他认为一个法律问题实际上总有一个唯一正确答案。（Dworkin, *Law's Empire*, 1986）

③ 申晨.惊世判决：美国联邦最高法院“奥伯格费尔斯诉霍奇斯案”判决书[M]，北京：北京大学出版社，2018

1、“偏见者”被边缘化的可能

阿利托首先将关注点聚焦于那些反对同性婚姻的人们之上，他认为我们必须承认本案的判决结果对于支持同性婚姻的人们而言具有重要的意义，但我们往往会被平权带来的所谓“胜利”与自我感动而蒙蔽，从而忘记这背后的代价是针对于那些持反对意见者曾经的合法权利的剥夺。实际上，随着公民权利意识不断提升，该案所代表的关于新生权利与传统习俗之间的矛盾正不断涌现。^④面对此类充满争议的权利冲突，司法化解的手段并非是创造一种权利，而仅仅是将之前模糊的权利边界重新进行界定，在此案中造成的结果即为“偏见者”的标签从同性恋群体转移到了它的对立面。

阿利托充分利用向前看的视角对判决带来的影响进行了想象，他认为传统认知者极有可能因此次判决“而被社会边缘化”，并且认为“如果这种情绪真的蔓延开来”，“偏见者”会遭受类似判决前的同性恋者所遭遇的粗暴对待，从而使整个国家“面临持续的苦痛”。

尽管以上的论证充满了夸张的感性色彩，但背后触及的是“法律救济的目的”这一严肃的法律命题。在多数意见的判决书中，肯尼迪大法官（Anthony M. Kennedy）从向后看（Ex Post）的角度对上诉人的诉求进行了充分地表达：

上诉人的事迹表明，他们的诉愿是如此急切……这些案情使本院深感有责任正视他们的诉求，回应他们的关切。（《惊世判决》第62页）

但阿利托反驳的核心在于：法律救济的目的是否仅仅是为了“抚慰”上诉人？所谓的对“急切”的“关切”是否就意味着法律伸张了正义？那些持有传统社会认知的人群可能受到的影响是否应当在判决中被纳入考量范围？这些问题都展现出向前看视角下问题的复杂性。

2、类比逻辑被推翻的可能

在异议意见文稿中，阿利托并没有针对“将传统婚姻法与拒绝给予非裔和妇女平等对待的法律相提并论”这一类比逻辑的漏洞进行直接批判与驳论，而是旁敲侧击地利用判决书末尾试图对“偏见者”提供的保证（Reassurance）巧妙地证明了联邦法庭对自己前文的说理并没有充分的自信，担心在未来被那些持传统认知的人以相同的逻辑利用。

④ 谢青松.论新生权利及其司法救济[J].兰州学刊,2005(02):184-186.

判决书主文末尾给出的保证中写到：

最后必须强调，宗教和信奉宗教的人们，可以继续主张他们所尊奉的高尚神圣的教义，控诉同性婚姻不得被宽恕。宪法第一修正案保障宗教组织和教民的合法权利，以使它们能够传授那些对其生命和信仰及其重要的心跳，满足他们以宗教维系家庭持久稳定的愿望。（《惊世判决》第 63 页）

阿利托质疑这种空泛而模糊的“保证”并不能实现其应有的效果。借助向前看的视角，他认为合适的解决方式是将同性婚姻权利的界定交由各个州的人民决定，并相信无论界定给哪一方，各州都能够给予异议者以坚持自我主张的切实保障，但如果强硬地用勉强多数意见统一全国的观点，那么可能会带来“矫枉过正”的严重后果。从这里也可以看出他坚定的“保守派”立场。⁵

三、 不确定性对向前看视角的佐证

关于向前看视角本身，在法学界中也存在一定的争议。反对的理由主要包含三类：第一种是“价值要求不应考虑后果”（纯粹的康德义务论的道德哲学观点）；第二种是“后果的预测需要高昂的信息成本”（经济学成本最小化角度）；第三种是“向前看属于立法部门的职责，不应由司法部门实践”（比较机构优势观点）。上述三类反对的共同特征在于向前看的效率指向和法律的公平职能之间出现了冲突。⁶

在部分案件的审判中，这三类反对意见的确能够限制向前看视角的实际应用，从而避免决策过程受到干扰。但在本案中，由于司法语境的不同，以上三方面均存在着不确定性，在阿利托撰写的异议意见中可以看出不确定性在某种程度上巩固并佐证了利用向前看视角审视本案的合理性。

⑤ 作为当代最高法院最保守的大法官之一，阿利托又被称为“保守派中的保守派”。他在堕胎、同性恋、死刑以及枪支管控等关乎保守派和自由派阵地之争的关键性问题上，都旗帜鲜明地站在保守派一边，忠实地捍卫保守派的观点和立场。

⑥ 桑本谦,李秀霞.“向前看”:一种真正负责任的司法态度[J].中国法律评论,2014(03):225-232.

1、 价值的不确定性——是否存在统一的价值准则

在义务论者（Deontologist）看来，某些价值准则（Principle）（如公平正义）是绝对的，坚持价值优先就不应考虑后果。⁷但本案面临的困境正是价值准则并未在长期历史传统与社会发展中构建起来，而是处于一种长期撕扯的紧张（Tension）状态下。

婚姻与家庭作为古老的人类制度，长久以来被赋予了一定的价值，但同性婚姻却并没有得到充分的认可。一方面，古希腊文明中同性恋（Homosexuality）备受推崇甚至被赋予哲学与政治的内涵⁸；另一方面，犹太基督教文明严酷反对同性恋行为，将其视为人性的毁灭。两方面的传统都对法律造成了一定的影响，也使美国长期以来陷入了“文化战争”（the Culture War）中，这种撕裂状态在本案“5:4”的判决结果中也得以体现。⁹阿利托从历史的角度推测未来对同性恋的认知并不会立即发生根本性的转变，他认为：

（对婚姻内涵理解的转变）本身极其复杂，是诸多因素交互作用的结果，而且往往历时长久，……至少在今天看来还没有实现，在可预见的时间内也不太可能发生。（《惊世判决》第 137 页）

由此可以看出他坚持认为目前价值准则仍存在巨大的不确定性，不足以为司法裁判做出足够符合道德的决策提供充分的理论依据。

2、 思考后果的不确定性——哪一种更合适

向前看视角下对于未来的猜想往往并不准确，因此可能会承担一定的错误成本（Error Cost），而想要完全掌握预测未来的信息又需要消耗太多的精力，在经济学上缺乏效率（Efficiency）。因此法理学家有时会退而求其次地选择向后看，寻求一种稳妥的方式。阿利托也并不否认未来的不可预测性是非常重要的考虑因素，他写道：

⑦ 比如，在抢劫案中不应将死者的生命作为手段考虑对未来的影响，而是应当遵循“生命至上”的准则给予死者家属充分的救济。

⑧ 在本案的口头辩论（Oral Argument）环节中，阿利托也提到古希腊对同性恋的包容，他强调古希腊同性恋盛行与其并不存在相应的婚姻制度并不矛盾（Ancient Greece is an example. It was -- it was well accepted within certain bounds. But did they have same-sex marriage in ancient Greece?），因此他认为同性恋婚姻不合法并不代表对同性恋的社会贬低。

网址：https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2014/14-556q1_15gm.pdf，8-13 行，最后访问日期：2021 年 6 月 14 日

⑨ 刘晗.美国同性婚姻权裁决的三重语境：平权运动、美国宪法与西方文明[J].中外法学, 2018,30(01):150-169.

目前，没有人——包括所有的社会学家、哲学家和历史学家——可以预测对同性婚姻的广泛接受将产生何种长期的影响，而法官显然更没有做出这一评估的知识储备。

（《惊世判决》第 137 页）

但这并不是反对向前看的理由，恰恰相反，正是由于每一种判决都可能对未来造成影响，才需要从不同的判决角度向前看，衡量后果的不确定性大小后进行比较并最终选择出最合适的那一种。在阿利托看来，法院坚持保守立场更加重要，因为这实际上是将权利界定的主动权交给了“由人民选择的公职人员”，从而最大化地规避了错误判决本身带来的后果不确定性。

3、 分工的不确定性——寻求权力的平衡

传统观点认为向前看实际上是司法部门试图利用判决结果影响或约束人们的行为，这与立法部门颁布法律产生的制约效果有所重合，因此从制度性解决方案来看，分权决策是最合适的。但阿利托采用的向前看视角是更广义的，他不仅考虑了判决本身对于未来人的影响，还考虑了其对于联邦最高法院以及法律职能本身可能造成的影响，他提出：

今天的判决也会对本法院及其维护法律的职能，产生根本性的影响。如果一个勉强多数意见足以创制一种权利并将其强制推广全国，那么未来能够制约本院法官为所欲为的，就只剩下他们自己对于某些政治权力和文化影响的敬畏了。（《惊世判决》第 139 页）

所以说，向前看并非对司法赋予权力的滥用，而是希望真正明确司法所具有的实际权力，从而避免扩张的权力使悍然造法的司法能动主义侵蚀法律的基础职能。¹⁰在阿利托看来，多数意见的判决结果是法官权力扩张的一种隐喻（Portends），而这正是分工不确定性可能带来的后果，立法、司法、行政三权平衡才是向前看真正希望实现的目标。

四、 结语：向前看的拓展与延伸

从古至今，同性恋婚姻权作为一个敏感议题引发了持续的激烈讨论，当今社会的主流观点到今天也很难真正明晰界定，不同人群对这一权利的认知也因文化、信仰等的不同

¹⁰ 江振春.美国联邦最高法院与同性婚姻权[J].江苏社会科学,2016(01):129-136.

同而存在着明显矛盾，因此“奥伯格费尔案”涉及的法理学思考是充满复杂性与深刻性的，从前面的论述中也足以看出问题本身的不确定性可能会对法学思考产生的影响。

阿利托采用的向前看视角并非局限于对个人后果的审视，而是将其放大到了判决结果可能对所有法律主体（个人、社会、法院等）造成的影响，形成了一个拓展的（Extended）理论框架，从而也有利反驳了之前认为“向前看就是否认司法克制（Judicial Self-restraint）”的偏见。在异议意见中，他利用感情充沛的论述风格对他持有的保守主义立场进行了深入的分析与探讨，极具感染力的同时也极大丰富了向前看这一法理视角的内涵，是一次传统法理基础之上的成功延伸。

正文字数： 2997

不包括摘要、关键词、原文引用（楷体字）、括号与页脚注释与参考文献