

国外伦理学新译系列

伦理学前沿丛书

E

丛书主编 ◆ 万俊人

TRANSLATION

ETHICS

SERIES

[美] 托马斯·斯坎伦 ◆ 著

杨伟清 陈代东 ◆ 等译
万俊人 ◆ 校

The Difficulty of Tolerance

宽容之难



人民出版社

宽容之难

ISBN 978-7-01-006705-6



9 787010 067056 >

定价: 36.00 元

国外伦理学新译系列

伦理学前沿丛书

之

丛书主编 ◆ 万俊人

TRANSLATION

ETHICS

SERIES

The Difficulty of Tolerance

宽容之难

〔美〕托马斯·斯坎伦 ◆ 著

杨伟清

陈代东 ◆ 等译

万俊人 ◆ 校

 人民出版社

责任编辑:夏 青

图书在版编目(CIP)数据

宽容之难/(美)托马斯·斯坎伦 著 杨伟清 陈代东 等译
万俊人 校 -北京:人民出版社,2008.3

(伦理学前沿丛书/万俊人主编)

ISBN 978-7-01-006705-6

I. 宽… II. ①斯…②杨…③陈… III. 政治哲学-文集
IV. D0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 190254 号

宽 容 之 难

KUANRONG ZHI NAN

(美)托马斯·斯坎伦 著 杨伟清 陈代东 等译 万俊人 校

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京龙之冉印务有限公司印刷 新华书店经销

2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月北京第 1 次印刷

开本:700 毫米×1000 毫米 1/16 印张:21.25

字数:250 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-006705-6 定价:36.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

走在道德生活世界的前沿

哲学被称为后思之学,哲学工作也因此被看做是一种“事后诸葛亮”式的理论反思工作。作为哲学的一个构成部分,伦理学当然也具有这种“事后”反思的理论特点,更何况诸如恩格斯这样的哲学家还曾特别指出过,人们的道德观念总是或多或少地滞后于人们的道德生活实践。从人类心理(意识)发生学的意义上看,这样说不无道理。然而,康德的研究告诉我们,人类的道德观念或道德思维并不一定总是“后验的”,某些“先验的”观念形式或理论原则常常是保证人类道德行为之普遍正当性和合道德性的前提条件。一个完整的“道德形(而)上”理论图式(伦理学基础理论)的建构,应当是从特殊的道德经验中抽演出具有普遍实践意义的道德原理(原则)、然后再将后者贯彻落实于前者一个往返循环的过程。更为重要的是,在人类既定的道德文明和文化(包括道德理论)事实面前,人们的道德生活实践和道德理论思考都不是从零开始的,相反,我们的思想和行为总是从某种既定的东西开始的。再用康德的话说,现代人类社会已然成为文明的社会,而现代人则已然成为文明化了的人。因此,在人们的道德实践或行为与人类的道德观念或原理之间,或者,在人们的道德生活世界与道德观念世界之间,界限、次序、互动或转换实际已经难以割裂,难以截然两分,因而也就难以分

出先后。这就是说,观念或者理论并不总是落后于行动或生活实践的。

当然,我们并不能因此否认人类生活创造之于人类道德观念或伦理学理论所具有的持续不断的挑战性和前沿性,更不能因此否认这两个方面始终存在着一种张力,甚至是由于当代人类道德生活及其世界图像的日趋丰富与复杂所带来的日益增长的张力。恰恰相反,承认这两个方面或领域之关系的复杂性,与正视人类道德生活实践日益丰富、复杂、具体、乃至日趋技术理性化所产生的理论挑战,正是我们认识、理解和重构现代新型道德观念,进而理解和重塑我们道德的行为方式和行为规范所必需的前提。

人类文明的年轮已经进至 21 世纪。自上世纪后期以来,人类的道德生活同其社会生活的其他方面一样,发生了值得关注的变化:科学技术尤其是信息网络技术、生命科学技术、公共(行为)管理科学等新型科学技术的迅速发展;经济全球化趋势的日趋凸显及其给全球政治秩序与文化发展所带来的崭新挑战;以及由于上述社会基本因素的刺激或变革所导致的“现代性”文化价值危机——诸如,经济实用理性对人类价值理性(尤其是道德推理)的严重挤压,民族—国家政治意识的过度强化所滋生的“文化政治”对现代民主政治的严峻挑战,后现代意识对整个“现代性”观念意识形态(尤其是对“现代性”道德观念意识形态)的强烈冲击甚至瓦解;“终结”“国家意识形态”与“强化”“社会意识形态”的两极争端以及由此所带来的当代宗教观念和社会一般价值观念的分化与紊乱;等等,都对当代人类道德观念与道德行为方式产生了异常复杂的影响。

在某种意义上可以毫不夸张地说,今天的道德生活世界已然呈现出前所未有的困局:传统道德文化资源已不足以料理今天的所有道德问题——尽管无论如何她依旧是我们赖以应对道德生活问题的基本资源之一;新的道德文化资源又尚待创造、尚待获取普遍有效的价值认同;更为严重的是,现代道德文化本身的生长已经因西方启蒙运动之“道德谋划”的破产和当今文化多样冲突的加剧而遭受支解,成为某种“支离破碎”的文化“碎片”和软弱乏力的语词“修饰”。要走出这一道

德困局,显然首先需要重建我们的道德文化和道德理论,而要实现这一双重的重建目标,则首先需要我们的伦理学工作者走向当今道德生活的前沿地带。因此,走在道德生活世界的前沿就是我们编辑出版“伦理学前沿丛书”的基本理由!

就当代中国社会生活世界和中国伦理学知识世界而言,伦理学的前沿焦点主要汇聚于三个领域:伦理学理论本身的前沿开拓或创建;应用伦理学研究;以及域外伦理学研究的前沿视野。毋庸讳言,中国伦理学的知识现状已经远远落后于我们的道德生活实践,其知识开拓和理论创新已是迫不及待。对于我们的伦理学知识来说,面对大量道德现实问题而无能为力,实在是值得当代中国伦理学界认真反省的首要课题。在今天的知识社会里,由于伦理学作为一门特殊人文学知识的文化局限和功能限制,我们也许不能再期待一种全能的伦理学知识体系,但是,探索和建构一种或诸种具有现实解释力和价值约束力的道德理论或伦理学类型,却不仅是完全可以合理期待的,而且也是当今中国伦理学界的一份不容推脱的理论责任。应用伦理学的产生和凸显本身就是一个“现代性”的道德事件。由于现代知识的专业化、专门化、专家化和专利化,以及由此带来的技术应用性知识对现代知识社会的宰制,道德伦理问题越来越多地表现为专门的行为技术问题,比如,生命医学伦理(克隆技术作为其前沿实例)问题;网络伦理问题;公共健康伦理和管理伦理问题等等;这一切都使得许多实际的道德问题牵涉到甚或内含着大量的专业技术难题,尤其是具体的行为技术与一般道德伦理原则之间的冲突问题。而且,随着当今知识社会的发展,这类问题还将日益增多、日益复杂。这就意味着,具有技术实用特征的应用伦理问题将会或者已然成为当代伦理学研究的重要领域,其重要性与紧迫性只会强化,不会减弱。还应当承认的是,国外特别是西方发达国家和地区的伦理学界在伦理学基本理论创新和应用伦理学探究两个方面,都已经远远走在我们前面。因此,当代中国伦理学界的另一个亟须探究的前沿领域,就是弥补和加强我们对当代域外伦理学发展的前沿了解,并努力创造出足以与域外伦理学界展开对话和交流的理论资源。就此而言,开

放的学术姿态与独特的学术理论资源是至关重要的。在一个开放竞争的知识社会里,没有开放的学术视野和姿态,一如没有自身独特的学术资源和理论特色,都不可能参与当代社会的知识竞争和文化创造。而仅仅是上述这些课题领域便已经足以显示编辑出版“伦理学前沿丛书”的理论价值与实践意义。

是为序。

万俊人 谨记

公元二〇〇四年十月于北京西北郊悠斋

声 明

001

本论文集集中的文章已在下列出版物中发表:

《一种言论自由理论》,载《哲学与公共事务》第1卷,第2期(1972年),第204—226页。

《权利、目标和公平》,收入斯图亚特·汉普歇尔编:《公共道德与私人道德》,剑桥:剑桥大学出版社,1978年,第93—125页。

《正当的程序》,收入J. R. 彭诺克和J. W. 查普曼编:《规范之十八:正当的程序》,纽约:纽约大学出版社,1977年,第93—125页。

《偏好与紧迫性》,载《哲学杂志》第72卷(1975年),第655—669页。

《言论自由与言论分类》,载《匹茨堡大学法学评论》第40卷,第4期(1979年),

第 519—550 页。

《作为一种中立关切的人权》，收入彼特·布朗和道格拉斯·麦克林编：《人权和美国的外交政策》，列克星敦：列克星敦图书，1979 年，第 83—92 页。

《契约主义与功利主义》，收入阿马蒂亚·森和伯纳德·威廉姆斯合编：《功利主义及其超越》，剑桥：剑桥大学出版社，1982 年，第 103—128 页。

《内容规制再思考》，收入朱迪斯·李顿勃格编：《民主和大众传媒》，剑桥：剑桥大学出版社，1990 年，第 331—354 页。

《价值、欲望和生活质量》，收入玛莎·纽斯鲍姆和阿马蒂亚·森编：《生活质量》，牛津：克拉伦登出版社，1993 年，第 185—207 页。

《宽容之难》，收入大卫·海德编：《宽容：一种难以捕捉的美德》，普林斯顿：普林斯顿大学出版社，1996 年，第 226—239 页。

《反对不平等的多种理由》，林黎讲座，堪萨斯大学，1996 年。

《惩罚与法治》，收入哈罗尔德·红宇·卡哈和罗纳尔德·斯莱尔编：《审慎民主与人权》，纽海文：耶鲁大学出版社，1999 年，第 257—271 页。

《承诺与契约》，收入彼特·本森编：《契约法理论》，剑桥：剑桥大学出版社，2001 年，第 86—117 页。

导 言

001

本论文集收录的文章所讨论的乃是人们用以评估政治制度、法律制度和经济制度的各种标准。一个显而易见的标准,就是这些制度提升人们生活福利的程度。与之相关的另一种标准是,我们要问一问这些制度是否正义,它们是否尊重了个体的权利。这两种评估形式之间的张力是本论文集的中心话题。为了解这种张力,并决定如何对其作出回应,我们需要做以下几件事。首先要对福利的观点及其在哪些方面具有道德意义有一个更好的理解。其次是要对诸如权利、正义、自由和平等这类概念有一个更深刻的理解,这些概念至少潜在地同福利的目标存在冲突。这些概念本身在何种程度上才能够得到最好的理解?它们又在何种程度上能够在福利的意义上得到证明?如果不从这个角度来

理解,又如何来解释它们的道德力量?本论文集集中致力于解决这些问题。我的主要目标并不是要消除这种张力——这是不可能的,而是要在这些概念所属的通常的道德框架内,给它们进行定位,使之少些迷惑。我相信,从权利的意义,我们不应把权利和福利看成是完全独立并潜在地存在冲突的两种道德观点,这种张力就是从二者之间产生的。这并不是最好的理解,而是要把这种张力看成是在对权利本身的理解中产生出来的。

言论自由给这种张力提供了一个很好的例子。假如我们把言论自由权仅仅运用到那些不会产生严重后果的言论上,它当然很容易得到辩护,但却没有什么意义。言论自由权的确有作用,我们对言论自由的承诺必须通过这样的言论来得到验证,这种言论会引起严重的伤害,例如,通过煽动政治动荡,或者通过泄露对国家安全至关重要的信息。因此,对政府通过禁止那些会导致上述后果的言论来防止这些伤害如何可能是错误的,我们需要给出某种解释。在《一种言论自由理论》(本书第一篇论文)一文中,我试图回应这种挑战。此文的关键要素是我所谓的密尔原则,该原则限制诉诸后果,以便为政府约束言论提供正当合理性的证明。根据该原则,对约束某种形式的言论的证明不可能不基于这样一个事实,即:假如不受约束,它就会导致人们形成错误的信念;或者,不可能不基于行为的伤害性后果,即:它会导致人们认为这种行为是值得做的。我论证了那些把自己看成是自律的行动者的公民们不可能不接受违背这一原则的证明。

在完成这篇论文后,我打算写一本关于言论自由的书;1975年,我开始实施这项计划。我的计划是要对论文中概略提出的理论进行更为充分完整的发挥,然后讨论它对于传统的言论自由之争的意义,例如,反对那些可能威胁国家安全的煽动、诽谤和言论的法律的可许可性。我认为这不会很困难,但事情并没有像我所预料的那样容易得到解决。在我想讨论的几种情形中,我提出的理论无法给出确定的答案。因此,遵循反思平衡的方法,我开始修正这一理论。但需要作出的改变却是根本性的。难题在于,我的理论中的核心之处,即密

尔原则给限制言论的可能证明施加了过分严厉的约束。^① 为了给我的解释寻找一个新的基础,我开始思考,当人们说言论自由是一项权利时,究竟意味着什么。很自然地,这导致了我转向权利通常应该如何被理解,在追求可欲求目标的过程中,权利限制了什么事情可以做这些更具广泛意义的问题。

关于权利问题,还由于其他的原因一直萦绕在我脑海中。罗伯特·诺齐克的《无政府、国家和乌托邦》面世时,权利是被大力讨论的对象,同样在朱迪丝·汤姆森的著作中,权利也扮演着关键性的角色。他们把权利作为对追求好的后果的约束,我被这一观点所吸引,然而,在某些地方我并不同意汤姆森的观点,在关于人们有什么权利的问题上,我同诺齐克也存在很大的分歧。我也关注关于权利的更为普遍的问题,例如,我们如何决定人们有什么权利,以及关于权利的诉求将如何得到证明。在我看来,事情似乎应该是这样的:权利必须通过它们所服务的利益来获得证明,但是,我并不能确定在哪些方面应当如此。同时,在我的讨论会中,彼特·雷尔顿和萨缪尔·谢富勒以及普林斯顿的研究生们一直致力于让我相信,后果主义为我所关注的问题提供了最好的解释。

这一思考的结果就是《权利、目标和公平》(本书第二篇论文)一文的问世,此文的核心论题是我在当时看成是“工具性的”权利解释。根据这种解释,权利是对个体或者机构判断如何去行动的约束,权利在如下基础上得到证明,即:它们对于阻止由于遵循那些不受限制的判断而导致的不可接受的后果来说乃是必要的、而且是切实可行的手段。运用这种权利观点,在《言论自由与言论分类》(本书第五篇论文)和稍后的《内容规制再思考》(本书第八篇论文)两文中,我再次讨论了言论自由的话题。

《宽容之难》(本书第十篇论文)一文不仅要处理言论问题,也要处理其他形式的活动,它们通过影响人们相信什么和如何行动进而影响社会的本性。这篇论文发展了我在第五篇论文(《言论自由与

^① 对这一问题更为完全的讨论,见本书第五篇论文的第三节。

言论分类))的后半部分中提出的“非正式的政治”之观点。在这本论文集中,有很多文章是讨论权利问题的,《宽容之难》一文关注的是让某些权利获得普遍承认的代价,以及由权利的开放性特征所提出的问题。它特别关注的是这样一种风险,即:在人们并不共享彼此价值的社会中,让人们的社会保持着开放性,使之能够被个体和群体的活动所改变。我论证了人们必须像承认人们的伙伴公民的代价一样,去承担平等的社会成员的风险——因此在决定社会如何进化的时候,人们有平等的资格去担当一种任务。

在《权利、目标和公平》一文中提出的权利的解释,也为《作为一种中立关切的人权》(本书第六篇论文)一文提供了框架。在我看来,权利的解释在广义上似乎仍然是正确的,但我并不认为它就和我在《权利、目标和公平》一文中提出的主张同样接近后果主义。这种解释诉诸把保护个体利益作为证明的根源这一事实,并不足以使之成为一种后果主义的观点,我认为,在那篇论文中被要求的其他价值,例如平等最好不应理解为那些要给予改善之状态的特征。^②

在我看来,我在《权利、目标和公平》一文中提出的观点与其说是后果主义的,不如说是我后来在《契约主义与功利主义》(本书第七篇论文)一文中概略提出的契约主义的道德理论更为合适。根据这一观点,行为和政策的正确性取决于它们对于个体的可辩护性,而不依赖于其后果的价值。据此,可以辩护的制度必须用某种方式促进其公民的福利,因为这是公民们能够合理要求的東西,而不是因为这样做将会产生更有价值的事态。但是,对于他们福利的直接提升并非是个体能够从他们的制度中合理要求的唯一的東西。他们也有理由要求受到公平的对待,要求基本的权利,这些东西给了他们重要的保护形式,使他们能够自己控制自己的生活。因此,契约主义提供了一种通常的框架,在此框架内,人们各自不同的道德主张都可以得到理解。

^② 我关于平等的观点是在《反对不平等的多种理由》(本书第十一篇论文)一文中得到了比较完全的阐发的。

所以，我再也不像我以前所做的那样，把我关于权利的观点描述为一种“工具性”的解释。这样一种商标预示着，为权利所促进的利益在道德上是根本性的，而权利（人们遵守权利就会促进利益）仅仅具有派生的重要性。这样一种解释也预示着，在具有派生性特征的概念中，权利也不同于职责和其他道德要求。在我看来，这两种预示似乎都是误导性的。关于权利的主张，同关于我们彼此负有的责任的主张一样，都是关于对个体的行为和社会制度进行约束的主张，这是人们能够合理要求的。为了决定人们有什么样的权利，我们有必要思考以某些方式施以约束的代价，思考当约束发生作用时事情将会如何这样的问题；我们也有必要追问，在这些基础之上，人们能够合理地提出什么样的反驳。关于权利的主张，与其他道德主张一样需要用这种方式来证明，这是一个事实，但是这一事实并不就使权利在道德上成为派生的，或者仅仅是促进道德上有价值的事态的工具。

假如关于个体有理由要求什么的主张，在权利和制度的证明中具有重要的作用，这就提出了一个这些主张本身将如何被理解、又如何来辩护的问题。这一问题似乎与福利的解释问题密切相关。因为，假设一个人在道德上有很感兴趣的东西，也就是对他或者她的福利有重要贡献的东西，这是很自然的。当我初涉这一领域的时候，人们宽泛地认为，偏好就为这些问题提供了答案。这种被广泛持有的个体福利的观点，把一个人的福利水平等同于他或者她的偏好（或者也许是“明智的”的偏好）获得满足的程度。类似地，个体偏好（或者是明智的偏好）被广泛地认为是为制度和道德原则作论证的基本起点。

在我看来，这两种观点都是错误的。在《偏好与紧迫性》（本书第四篇论文）一文中，我开始解释其原因，并开始关注解释关于个体利益和福利之道德重要性问题。在包括《价值、欲望和生活质量》（本书第九篇论文）一文在内的一系列论文中，我探讨了这些问题。正如我在这篇文章中所指出的，在我看来，现在为福利给出一个完整的解释的任务，和解释在道德上重要的利益之基础的任务，似乎并不

像我最初设想的那样密切相关。^③

赞同常常被认为是在制度的证明中具有重要作用的又一种观点。基本的经济制度和政治制度不可能仅仅在这一基础上得到论证,即它们要运用于其上的那些人赞成其权威。不仅如此,为了得到证明,制度必须给个体通过他们的自主选择形成他们的诸多特殊义务的权力。个体已经选择了某种后果,或者本该通过不同的选择来避免这种后果,这一事实常常是该后果为什么是合法的一个重要理由。第十二篇论文和第十三篇论文就讨论了处理这些问题的不同方式。在《惩罚与法治》(本书第十二篇论文)一文中,我赞成已经存在的一种对惩罚的解释,根据这种解释,惩罚的合法性来自于这一事实,即:在违反法律的时候,罪犯已经赞成其行为将会导致的法律后果。但是,我提出了一种不同的解释:惩罚的合法性依赖于这一事实,即:个体能够通过恰当的选择来避免惩罚。在《承诺与契约》(本书第十三篇论文)一文中,我为选择的价值在合法契约的强制执行中所担当的证明任务,提供了一个类似的解释,我也提出了在这一证明过程中,关于诉诸自愿概念的某些问题。

本书论文的写作从20世纪60年代末至20世纪90年代末,时间跨度达30年之久。在此书中,它们是以写作时间的先后为序编排的,在编辑过程中仅作了细微的改变。而今,重温这些文章,我发现许多观点还需要作更详细的阐述,有些地方如果允许我今天重写,我会有不同的观点。我相信其他读者亦有同感,唯愿此书能激励他们进一步深入探究。

^③ 我现在关于这些问题的观点,是在《我们彼此负有什么义务》(麻省,坎布里奇:哈佛大学出版社,1998年)一书的第3章中阐发的。

目 录

contents

声 明	/ 001
导 言	/ 001
一 一种言论自由理论	/ 001
二 权利、目标和公平	/ 022
三 正当的程序	/ 040
四 偏好与紧迫性	/ 073
五 言论自由与言论分类	/ 088
六 作为一种中立关切的人权	/ 122
七 契约主义与功利主义	/ 135
八 内容规制再思考	/ 167

九	价值、欲望和生活质量	/ 189
十	宽容之难	/ 210
十一	反对不平等的多种理由	/ 227
十二	惩罚与法治	/ 247
十三	承诺与契约	/ 264
索引		/ 308
译者后记		/ 323

一 一种言论自由理论*

在我看来,因言论表达而受迫害完全合乎逻辑。如果你对你的前提或权力毫无怀疑,并全心全意地希望得到某种结果,那么,自然而然你就会使你的意愿体现在法律之中,并扫除一切违抗你意愿的东西。而允许言论对抗似乎表明,你认为言论无力,正如当一个人说他要画一个与圆的面积相等的正方形时所感觉的那样;或者是你没有全心全意地关注那个结果;或者是因为你怀疑你的权力或前提。但是……

奥利弗·文德尔·霍尔姆斯^①

* 这篇论文源于提交给伦理学和法哲学协会的一篇文章。感谢那个团体的成员以及许多自愿的和非自愿的听众所提出的有益评论和批评。

① 《阿伯拉姆斯诉美利坚合众国案宗》中的异议,美国第250号,第616卷(1919年)。

(一)

人们一般认为,言论自由学说会筛选出一类“受保护的行为”,这些行为免于其他行为所受的限制。尤其是,按照该学说较强版本的说法,可能会出现这样的状况:尽管在通常情况下,受保护的行为所带来的危害足以确证对它们施加法律制裁,但它们仍旧被认为是应免于限制的。而正是这些状况的存在,才使得言论自由学说成为一种有意义的学说,并使得其在某种观点下成为一种非理性的学说。这种非理性由霍尔姆斯法官在我们上面所引用的那段话中生动地描绘了出来。

回应这种非理性指控构成了我们为言论自由提供哲学辩护的主要任务。这一回应首先要求对受保护的行为进行清晰的阐述,然后再对它们所处的独特地位的本性及根据作出解释。对言论自由学说最通常的辩护是效果论。这一辩护或许会采取这样一种方式,即:就某一类行为来说,如言论行为,允许它们不受限制地活动所带来的有益结果大于其有害结果。反过来也可以说,受保护行为自身的范围或许要受到利害衡量的界定。某些类型的行为是否从属于那个处于独特地位的种(*genus*)(这个种在多种情况下,如果不是在所有情况下的话,才得到规定)这一问题只消这样来回答,即它的纳入是否会在整体上导致利大于害的结果。这似乎是许多著名的法庭案件中的论证方式。并且,至少某些权衡的成分看上去也涉及几乎所有标志性的第一修正案仲裁案例。^② 这样,对言论表达自由的一个充分的哲学阐释就需要清晰地阐明如下事情:以何种方式,对受保护行为的界定以及对它们独特地位的确证要依赖于对各种互竞目标或利益的

^② 这些仲裁所涉及的权衡并不总是严格意义上的使好的结果最大化的问题,因为“被权衡的”因素包含个人权利以及个体和社会的利益。以这种方式“权衡”权利所蕴涵的问题已经由罗纳德·德沃金在其《严肃地对待权利》(《纽约书评》,1970年12月17日,第23—31页)一文中以强有力的方式提出。

权衡？在何种程度上，它们的界定和确证依赖于诸种权利或别的绝对的也即非效果论的原则？人们尤其想知道，在何种程度上，言论自由的捍卫者必须诉诸这样一种论证，即：自由讨论的长期收益会超过它所带来的某些明显的且可能是严重的短期代价？而且，在何种程度上，对长期收益的计算要依赖于赋予与其他价值相对的知识 and 理智追求以较高的价值？

对言论表达自由的一个充分的哲学阐释还需要回答这样一个问题：在何种程度上，这个理论依据于自然的道德原则？在何种程度上，它是特有的政治制度的人为创造？一种言论表达自由的阐释或许会在我所能想到的人为意义上表明这个理论的人为特征，例如，如果它将那类受保护的行为仅仅确定为与某个宪法下的政治活动的合法形态相符合，并把对那类行为的独特地位的辩护只是转化为对约束人们的宪法合理性和正义性的辩护的话。对言论表达自由的一种稍微不同的“人为性”阐释是由梅克利约翰提出的。^③他认为，诸言论表达行为的独特地位依据于这样的事实：实施这些行为的权利对于民主国家的公民履行他们作为自律公民的义务来说是必需的。按照他的观点，似乎那些我们不能期待“管理他们自己”的公民就会缺少（至少一种）言论表达自由的权利。与这两种观点相对的是密尔的著名论证。他对“思想和言论自由”的辩护仅仅诉诸普遍的道德基础，而不具有任何特殊法律和制度的特征。显然，我们（或者至少是我的）关于言论表达自由的直觉，同时包含有自然的和人为的成分。对此一主题的一个充分的阐释，就是要弄清楚这两种直觉是否代表了有关言论表达自由的两种互竞的观点，还是说它们可以互容或互补。

尽管我不会依次考察这些与言论表达自由相关的所有问题，我还是希望能在讨论的最后给出一个能回答所有这些问题的理论来。我首先从对第一种理论的间接性批驳着手。

^③ 亚历山大·梅克利约翰：《政治自由》，纽约：哈珀与罗出版社，1965年第二版。尤其参见第79页。

(二)

到目前为止,我所提到的唯一一类行为是“表达行为”。在我看来,它们包含行为者用以向个人或更多的人传递某个论点或某种态度的所有行为。这是一类相当广泛的行为。除了许多言论和出版行为之外,还包括符号的展示、未能展示的符号行为、游行、音乐演出,以及某些轰炸、暗杀和自我牺牲。任何行为只要涉及它所要传递的论点和态度,就可以被划归为表达行为。

在典型的意义上说,一种“言论自由”理论所关涉的言论表达行为都是向大量的受众(audience)(如果不可能是最广泛的话)作出的,并且所传递的论点和态度都被认为是具有某种利益普遍性的。我认为,这就解释了我们为何不情愿将银行抢劫犯和他所面对的出纳员之间的交流(communication)称做恰当意义上的言论表达行为。然而,如果抢匪抢劫出纳员钞票这一行为除了包含通常的威胁含义之外,还包含对其行为的政治辩护以及规劝他人向他学习的含义的话,我们的不情愿倾向就会有所削弱。这样一个附加条件就是要扩充可能的受众数量,并增加所传递之信息的利益的普遍性。一个充分的言论表达自由理论应当对这些特征的适宜性作出解释,但是,目前暂且不把它们纳入到有关诸言论表达行为的界定之中会使问题更简单一些。

我想,几乎所有的人都会同意,一种言论表达自由理论所要保护的行为就是我所界定的那种意义上的诸言论表达行为。然而,因为诸言论表达行为可能会既暴烈又具有极端的破坏性,这样一来,情况似乎是每一个人都会主张它们免于法律制裁。于是,受保护的一类行为就必定是诸言论表达行为的一个子集。有时,人们认为这个相关的子集是由与“行动”(action)相对的诸“言论”(speech)行为构成的。但是,提出这一观点的人通常也将并非标准意义上的言论行为(例如哑剧和某些形态的印刷流通物)纳入到受保护的行为中,并

将某些明显标准意义上的言论行为(如图书馆中的交谈、在拥挤的剧场里胡乱咆哮等)排除在受保护行为的行列之外。这样一来,如果言论行为就是言论表达行为属下的那个恰当的子集的话,我们就需要对“言论”这个人为了的字眼作出界定。而为了沿着这些传统的思路构建一个理论,我们或许需要阐发同言论与行动之别(这一区别似乎正好与我们关于某种行为受保护与否的最清晰的直觉相契合)相类似的特殊相关性。^④

然而,在我看来,沿着这样的思路推进是一个严重的错误。我们在决断某一特定的限制是否违反言论表达自由时所诉诸的直觉,并非关于何种事情应被恰当地称做(与行动相对的)言论的直觉,即便是在“言论”这个词的某些精确的意义上来说,也是如此,这一点是再清楚不过的。但人们非得寻求这类界定不可的倾向自有其发生的根源。这一根源在于,既然任何关于充分的言论表达自由的阐释都必须赋予某些行为以独特的地位,该阐释理论就必须建基于受保护行为与其他行为的差异之上,必须建基于对受保护行为的界定之上。但是,这显然是错误的。事情可能正如我所认为的那样,言论表达自由理论的基础是复合的和多样的。尽管这些复合因素统合起来能赋予某些行为以独特的地位,但在理论上却没有引人注目的(当然也就没有简单的和直觉的)有关这类行为的特权规定。因此,与其从一开始就着力于阐明那组居于独特地位的言论表达行为,还不如将它们作为一个整体来考察,并在不诉诸这类独特行为的情况下,来寻求对言论表达自由理论提出荒谬指控的回应方式。

正如我在开始所提到的那样,这一指控来自于这样一个事实:在任何这种理论的严肃形态下都会出现这样的状况,即:尽管在其他情况下,诸言论表达行为所引发的毫无疑问的危害,足以证明对它们施加限制的正当性,但此时它们却被认为免于法律限制(这里所说的“法律限制”或者采用刑事制裁的形态,或者是在法院公认的情况

^④ 这一任务由托马斯·爱默生在其《通向一个有关第一修正案的普遍理论》(纽约:兰登书屋,1966年)书中完成了,尤其参见第60—62页。

下,受害人有权通过提起民事诉讼要求赔偿)。一般来说,通过表明对某类行为施加法律限制就会阻止某些危害的发生,这种说法并不构成实施法律限制的充足理由。情形或许是,施加限制[法律限制]的代价会超过可能的收益,或许可能是直接地(例如,不受限制地施行那些正好被限制的行为的权利)或间接地(例如,在一般情况下,只有通过施行受到限制的行为才能得到保障的某一权利)侵犯了某些权利。此外,情况也可能是,尽管通过对一类行为施加限制会阻止某些危害的发生,受到限制的行为却并不是这些危害的原因,因而也就无法限制它们。

大多数对言论表达自由的辩护都依赖于这三种论证形式的前两种。在这两种论证形式中,某些孤立看起来或许足以证明对一类特定行为施加限制的正当性因素,在另一些情况下,却会被其他的考虑所压倒。在我看来(以后会更清楚),同时诉诸权利和互竞目标的权衡,构成了一个完整的自由表达理论的核心内容。但是,我想从对其他论证的考察着手,它们就像否认责任的声明一样,能够向我们表明,那些乍看起来似乎构成限制某类行为的理由根本就不能被当做理由。

以这种方式展开探讨的主要原因在于,相较于界定受言论自由理论保护的那类行为,我们更易于指出传统意义上对言论表达自由的侵犯所共具的特征。使这些侵犯与对表达的合理规范区别开来的因素并不是受干涉行为的特征,而是这些干涉所欲达成的目标——例如,阻止异端观念的传播。这就表明,我们的直觉中与言论表达自由相关的一个要素,并不涉及某些限制的不合理性,而是涉及限制的某些正当性证明形式的不合理性。约略说来,似乎可以这样来描述此种直觉:那些通过诉诸下述事实——即:某些言论表达行为所传递的观点一旦被人们普遍信奉,将会使事情变得很糟糕——来求得正当性证明的形式是不合理的;而那些诉诸言论表达行为的特征(时间、地点、大声表达)而不是它们所传递的观点的正当性证明形式才是合理的,尽管这些论证有时也会失效。

作为一种言论自由原则,这显然还不能令人满意。首先,它依据

于一个言论表达行为“所传递的观点”这一相当模糊的观念；其次，它似乎限制过多。因为，它似乎排除了对限制恶语中伤的法律进行辩护。为了改善这一粗糙的表述公式，我想考察一下言论表达行为引起危害的多种不同方式，并集中考察下述情况，在此情况下，这些危害明显可以被当做对引发它们的行为施加限制的理由。然后，我将阐述一个与这些情况相融合的原则。我要强调的是，我并不认为在这些情况下的危害总是足以证明对言论表达行为施加限制的正当性的，而仅仅是想说，它们总是需要人们加以考虑的因素。

1. 像其他行为一样，言论表达行为也能带来直接的伤害或损害之实质性后果。这不仅适用于上面提到的极为异常的言论表达形态，同样也适用于其他较为平常的言论表达形式：我的声音可能打碎杯子，唤醒睡眠者，诱发雪崩式的反应，或者妨碍你关注你想听到的声音。当某人通过实施一种言论表达行为有意要产生这些危害时，或者，当他对这些危害的发生毫不在意或无比轻率时，那么将这些危害作为刑事处罚或民事诉讼的可能原因就不构成侵犯言论表达自由，这一点似乎是很清楚的。

2. 我们刚才所考察的那些危害的产生，一般说来同特定的言论表达行为所传达的观点完全无关。然而，这通常并不适用于第二类危害。普通法中的攻击(assault)概念为我们提供了一个例子。在这个词的至少是一种公认的意义上来说，当一个人有意将他人置于迫近身体伤害的恐惧状态时，他就是实施了一种攻击行为(区别于殴打行为)。既然这一意义上的攻击包含了一个有效传递的成分，攻击的案例就必然包含有表达行动。但是，攻击以及相关的行为也可以成为一个更大的言论表达行为的一部分。例如，当一个有关游击队的戏剧创作采用了模仿银行抢劫的样式，并演示得好像确有其事一样；或者，当有人用炸弹恐吓来使人们注目于某一政治事件时，情况就是如此。攻击有时被称做萌芽状态的殴打，但它也可以被视做一种能实际带来具体危害的单独的过失行为。根据这一分析，攻击只是更大一类的可能的罪行中的一种而已，这些罪行在于给他人带来有害的或不愉快的精神状态，如恐惧、震惊以及其他类型的危害。

人们可能会质疑,这些危害是否严重到被法律承认的地步? 或者是否能确立证据标准使我们能通过法庭来处理之? 然而,在原则上说,我们似乎别无选择,非要将这些危害作为我们限制言论表达的正当性证明形式。

3. 一种言论表达行为危害某个人的另一种方式是,促使其他人形成对此人的不利印象,或者使此人成为公众嘲笑的对象。这些方面的明显例子是造谣中伤,还有对接受公正审判权利的干涉。

4. 正如霍尔姆斯法官所说的那样:“对言论自由最严格的保护也不会保护那些在剧场里胡乱咆哮并引发恐慌的人。”^⑤

5. 一个人或许会通过一种言论表达行为促使他人作出有害的行为,并且至少在有些情况下,后者行为的有害结果或许会使得前者行为同样也成为一种罪行。在许多人看来,当这一言论表达行为是在发布一个命令或作出一种威胁时,或者,当它是同谋者之间的信号或其他交流手段时,这类状况就会发生。

6. 假定某个厌世的发明家发现了一种简单的方法,由此每个人都能在其厨房里通过使用汽油、食盐以及小便制造神经毒气。那么在我看来,法律能够禁止他以传单或电视广播的方式来散播其制作法,正如他能被禁止免费地分发装在烟雾剂罐中的样品或将其产品由 Abercrombie & Fitch^⑥ 出售一样,这是很清楚的。在上面两种情形中的任何一种情形下,通过从根本上增加多数公民彼此施加伤害的能力,其行为就会带来个体安全总体水平的急剧下降。这一危害是通过言论表达行为还是其他行为发生的,在我看来无关紧要。

然而,我们确实也能同样地预见到,个体安全总体水平的急剧下降,也可能来自于一种可能削弱政府权威的特别有效的政治宣传活动的蔓延,或者源于有人发布有可能导致分裂和血腥内战的神学小册子。但在我看来,这些情况全然不同。很明显,我们不能把这些危害结果当做限制言论表达行为的辩护理由。

^⑤ 参见《斯钦克诉美利坚合众国案宗》,美国第 249 号,第 47 卷(1919 年)。

^⑥ 美国的一个庞大的销售公司。——译者注

从以上论述中我可以得出这样一个结论：与言论表达行为和其他行为样式的区别相比，两种言论表达行为之间的区别更为重要：一种是通过指明某种行为的充分理由而鼓动他人去行动，另一种则是通过其他方式来引发他人的行动，例如，通过提供他人随意想做某事的手段。我认为，这个结论能得到我们有关法律责任的通常观点的支持。

如果我告诉你——一个充分拥有基本能力的成年人“你应当去抢劫银行”，而你此后真的照我的建议去做了。即便如此，我并不对你的行为担负法律责任，我的行为在法律上也不能被单独认做是一种犯罪。即使我对我的建议辅以一系列论证——例如，为何应当去抢劫银行；甚或，为何该抢劫某一特定的银行；以及为何正好是你要去抢劫——上述说法仍然能够成立。但是，如若满足其他一些条件，上述说法就可能是错误的，而我的行为或许可以在法律上被判罪。这些条件如下：如果你是一个孩子，或心智软弱到缺乏法律意义上的行为能力，而我知道或应当知道这一情况；或者你在某一组织中是我的下属，我对你说的不是建议而是有组织纪律支持的命令；抑或，我进而推动你去抢劫银行，比如，帮助你作准备或为你提供作案工具，或告诉你相关银行的关键信息。

在我看来，对上述这些差异可作如下说明。一个按照从其他人的言论表达行为中得到的理由而行动的人，实际是按照他逐渐相信和判断的充足理由而行动的。言论表达行为对其行为发生的作用力，可以说已经被行为者自己的判断所取代了。然而，这却不适用于同谋者对其行为的作用力，也不适用于某人有意为行为者提供工具（银行的钥匙）或为行为者提供用于达成目的的技术信息（保险柜密码）。同样也不适用于下列情况：同那种为你提供银行抢劫理由的做法相反，我对你发出指示或带有威胁的命令，从而使你处于这样的境地，即：你这样做才是一种较好的选择。

要精确确定这些状况下的法律责任是件困难的事。在此，我没有提出任何有关何者构成从犯、何者构成教唆、何者构成同谋之类的肯定性论点。我只是想坚持这样一种消极的论点，即认为，使得这

些罪行发生的条件不能仅仅限于为行为的发生散播了有说服力的理由(或许,在一些特殊的情况——如被诱劝者已无力抵制诱劝——之下,这些罪行也能成立)。

现在,我就来陈述这部分开始就已允诺过的言论表达自由的原则。在我看来,这个原则就是密尔在《论自由》第二章中所捍卫的那个论点的自然扩展,因此我将其称做密尔原则。其内容如下:

尽管若非由于某些表达行为,某些危害便不会发生,然而,这些危害却不能当作对这些[言论表达自由]行为施加法律限制的辩护理由之一部分。这些危害是:(a)由表达行为所诱发的使某人持有错误信念而对其造成的危害;(b)由表达行为所诱发的某人的行为所带来的有害结果。表达行为与随后产生的有害行为之间的关联仅仅在于如下事实:表达行为促使行为者相信(或使其更倾向于相信)其行为是值得进行的。

我希望,这一原则与上面第1—6点阐释所提出的可以接受的限制表达行为的理由是相容的(这里面的一种不明显的情况——即胡乱咆哮的情形——将会在下面得到更充分的讨论)。前面的讨论部分地诉诸我们关于法律责任的直觉。其目的在于使密尔原则的第二部分所依据的那个区分具有合理性,并一般地说明密尔原则如何相容于第5和第6点解释中所出现的那类状况。但这一原则本身超出了责任问题的范畴。因为,以一种类型的危害来证明对某人行为施加限制的正当性,并不需要满足这样的条件,也就是说,他要为他人行为所实际带来的这类危害担负法律责任。例如,在释放神经毒气的情形中,为了禁止制作法的散播,就并不要求宣判散播者承担由这一毒气所造成的特定谋杀的法律责任。因此,要说明这种情况与煽动(sedition)之间的差异,仅仅指出提供手段包含了责任而提供行动的理由则不包含责任仍然是不充分的。

我倾向认为,长远看来,政府对密尔原则的普遍遵循会带来利大于弊的结果。但我对这一原则的辩护却并不依据于这一乐观看法。

在下面一部分里,我将论证这样的观点:作为政府对公民自由的限制该如何得到证成的普遍原则,密尔原则来自于由康德和其他人所传递给我们的这样一种看法,即:一个合法的政府应当是其公民既承认其权威又能同时将自己视作平等的、自律的、理性的行为者。这样的话,尽管它不是一个关于法律责任的原则,密尔原则也渊源于关于人类行为代理者(human agency)的某种观点,而我们许多关于法律责任的思想也发源于此。

单就其本身而言,密尔原则明显不能构成一种完整的言论自由理论。我们还需要更多地阐明,这一原则何时允许我们所考量的有害结果能充分证成对表达施加限制的正当性。然而,我们可以恰当地将密尔原则视做言论自由的基本原则。其原因在于:首先,为这一原则提供成功的辩护,会为我们提供回应荒谬性指控的答案(通过解释为何言论表达行为的某些最明显的结果,不能当作对它们施法律加限制的理由,我们可以做到这一点)。其次,密尔原则是我能想到的唯一合理的言论自由原则。它能用于一般表达,并且不诉诸特殊权力(如,政治权力),也不诉诸某些特殊领域里的言论表达价值(如,艺术表达或科学观点讨论)。这样,它就明确阐明了与其他行为相对的言论表达行为的特殊之处,并在这种意义上保留了言论与行动区别的有用痕迹。

在第(四)节,我还要详细说明如何补充密尔原则以获得一个充分的言论表达自由的阐释。然而在此之前,我要详细考察一下如何证成这一原则。

(三)

如前备述,我将通过指明这一原则的来源——国家的权力应当限制在这样一种程度内,以便公民既承认它同时又能将自己视作平等、自律、理性的行为者——来为它辩护。因为我是在一种极弱的意义上使用自律概念的,这似乎就牢固地确立了密尔原则对政府的限

制是权威性的,没有例外。然而,我将在第五部分简要考察一下是否会出现这一原则被搁置的情形。

在我所想到的自律的意义上,一个自律的人必须自主地决断自己相信什么,必须自主地衡量行动的各种相互竞争的理由。他必须使用其合理性标准来完成这些任务,并且必须承认有必要依据其合理性标准来为其信念和决断提供辩护。当然,这并不意味着,他必须是完全合乎理性的,即便是参照其自身的合理性标准也是如此;也不意味着其合理性标准完全是自己的。显然,自律概念的内容会随着合理决断的标准在范围上的变化而发生变化。如果任何东西都可以被当作这样的标准,那我刚才所提到的要求就会成为无意义的同义反复,也就是说,一个自律的人相信他所相信的东西,决定去做他所决定的事情。我认为,我无法给出一组限制条件,用于决断能赢得普遍认同的合理性标准,并且我也不会尝试去这样做。因为我确信,有关合理性标准范围上的认同问题远远超出了当下我所关心的问题,亦即自律概念的运用问题。对于眼下的目的来说,这才是真正重要的问题。一个自律的人不能不经过独立思考就接受他人作出的他该信什么或该做什么的判断。他或许可以信赖他人的判断,但当他这样做时,他必须准备提供独立的理由来说明他人的判断可能是正确的,并准备参照相反的证据来衡量他人观点的证信力(evidential value)。

到目前为止,我所描述的自律要求是极为宽松的。它们远比康德从这个概念^⑦中引发出来的要求宽松得多。这是因为,在我所论及的自律意义上(就像在霍布斯意义上成为自由人一样),成为自律的人完全与强制自己的行为是相容的说法。一个强制者只是改变了我们对某一行为进程的原初考虑,而对那些彼此冲突的思虑的权衡仍然取决于我们。

^⑦ 康德的自律概念超出了我所使用的自律概念。因为他对自律者行动的原因有特殊的要求(参见《道德形而上学基础》的第二和第三部分)。尽管他的自律概念比我的要严格,他却没有从中引发出对国家权威的类似的限制性条件(参见《正义的形而上要素》之第46—49页部分)。

如果一个自律者相信这些适宜的论证,他或许会相信,国家有命令他的特殊权力。也就是说,法律要求某种行为这一纯粹事实或许就为他提供了去做那件事的可靠理由。这个理由与做或不做这件事会给他或他人带来什么后果的考虑全然无关。至于这个理由有多牢靠、什么样的考虑可能推翻它(如果有的话)这类问题,要视其对服从法律的论证所持有的观点而定。对于保持自律来说,关键的问题是,在任何特定的情形下,仅仅认识到某一行为是法律所要求的,并不能解决是否施行该行为的问题。这个问题只能通过他自己的决断来解决。这一决断或许要综合考察如下因素:对服从以及例外情形的一般论据的当前评估;对其他责任和义务的考虑,以及对某一特定情况下服从与不服从的结果所进行的估量。^⑧

这样,尽管承认对国家的命令负有特殊义务与自律要求并无明显的抵牾,然而,自律的公民所能承认的义务类型仍然要受限制。特别是,他们不能认为自己负有相信国家的法令是正确的义务,他们也不能让予国家这样的权力,以致国家的法令无须思量就要服从。密尔原则可以被看做是从这些限制性条件中提炼出来的。

言论自由理论表面上的荒谬性源于其与这样一个原则的冲突,即:国家有权(且确实是对公民应负的一部分责任)决断,某些危害造成的威胁何时达到授权法律行动的地步,何时需要创造完备的法律来应对这一威胁(这也就有了霍尔姆斯的“国会有权防止重大危害”这一著名说法)^⑨。显然,在我刚才所粗略陈述的形式下,这一原则是会被接受的。没有人会认为,国会能自行判断,并做好阻止“重大危害”发生的所有事情。若想让自律的主体接受国家的权威,国家的权威就必须受密尔原则所阐述的那两种方式的制约。对密尔

^⑧ 我不确定,我是否能够同意罗伯特·保罗·沃尔夫的观点。参见其《捍卫无政府主义》,纽约:哈珀与罗出版社,1970年。无论如何,我不会将我的主张称作无政府主义。我同意罗尔斯在《公民不服从的证成》一文的结束段落中对限制国家权力所作的描述。参见雨果·贝道编:《公民不服从:理论与实践》,纽约:佩嘎苏斯图书,1969年。

^⑨ 参见《斯钦克诉美利坚合众国案宗》。

原则第一部分的论证如下。

一个自律的公民不能允许国家通过限制言论表达自由,而使其免受由于人们持有错误信念所带来的危害。如果法律想要提供这样的保护,就必须在那些潜在的易受误导者只是可能会受到诱劝时,就发挥其作用,遏制住那些潜在的误导者。而为了得到这种法律的保护,个人就必须让渡给国家这样的权利,使得它能决断某些观点是错误的。并且在其决断之后,防止他听到这些误导者所倡导的观点,即便他或许希望听到这些观点。如果个人在授权国家以这种方式来保护他的同时,也必然使自己负有这样的义务,即接受国家关于何种观点错误的判断,那么,这样做与保持自律之间的冲突就显而易见。然而,事情还不是如此简单。因为我们可以设想,一个人或许授权国家以这种方式行动,但同时又为自己保留这样的特权,即:利用他所能得到的论证和证据,自主决断真理何在。但这个人仅仅是在空洞的意义上“自主决断”的。因为只要国家行使其特权,他就只是在被筛选过的证据的基础上进行“决断”。而只有那些支持某一种结论的证据才被保留下来。即便他没有义务接受国家的判断是正确的,他也已然赋予国家剥夺其作出独立判断所需的根本权利。

对密尔原则第二部分的论证与第一部分类似。我们必须反对这样一种论点:即认为,一旦国家宣判某种行为非法,在必要的时候,它就能通过禁止人们倡导这一行为而防止这类行为发生。正如前面的情况一样,这一论点与公民自律之间的冲突也不十分明朗。因为,让予国家这种权利,使其能用这样的手段来确保人们服从法律,并不直接蕴涵着赋予它另一种权利,即:要求公民相信法律所禁止的事情就不应当做。然而,自律的公民却不能作出这一权利让渡,因为这样一来,就等于赋予国家这样的权利:使其剥夺公民就是否遵从法律达成独立判断所需的根据。

这些论证同时还依据于这样一个论点:为了捍卫某种信念是合理的,我们必须准备确保我们达成信念的基础不是明显扭曲的或可疑的。这一论点与密尔的著名论断之间存在着明显的相似性。在密尔看来,如果我们想使真理兴盛,我们就应当使所有可能的论断都能

被人所知。^⑩但是,目前的这一论点并不像密尔的论断那样,依据于如下经验性断言,即:如果允许人们充分自由的讨论,真理事实上更有可能胜出。它也不依据于这样一个更合理的断言,即:考虑到人的本性和政府的本性,让予政府如此权力,对于带来真理的繁荣来说显然是一个坏策略。

我们也完全可以设想这样一种境况,当某人意识到,自己有易受某类论断影响的致命缺陷时,或许会得出这样的结论:如果每个人在某些关键问题上完全依靠朋友的判断,其境况就会好得多。从这个结论出发,他或许会同他人订立一个协议(协议会受其定期审查),授权他们保护其免受某些信息源的影响,因为这些信息源会使其偏离他人在那些重大事情上向他提出的建议。这样的协议并非明显不合理。如果这个协议是自愿达成的,持续的时间较短,并且此人对自己和那些他托付的人知根知底,那么,它与其自律也不会有明显不协调的地方。即便受托者是国家当局,上述论断仍然也能成立。但我们刚才所考察的问题则与此明显不同:一个自律的人能承认国家具有如此这般的权力吗?也就是说,当立法当局认为,进入某种协议是明智的选择时,它就有权力不经他同意就执行这一协议。而且,这一权力不是部分地源于他与国家订立的某一特殊的自愿性协议,而是源于国家之为国家应具的正常权力之一部分。在我看来,答案显然是否定的。

某些人或许会基于下述原因来反对这一答案。既然我刚才承认了这种可能性,即:一个自律的人或许会接受这样一个普遍的论断——国家命令某事这一事实本身,就提供了为何该做此事的原因。那么,为何他就不能接受一个相似的论断——即:国家之为国家处于决断何种建议最好被舍弃的最佳位置上——呢?

我已经论述过,上述有关国家命令行为的权力与国家限制言论表达的权利之间的类比不能成立。此外,这一反对意见还有另一个

^⑩ 参见密尔:《论自由》,C.施尔兹编,纽约:巴博斯-梅里尔出版公司,1956年,第二章。

问题。我们知道,使得以上所提到的暂时性的、自愿的协议同那些对自律性的明显侵犯区分开来的,乃是如下事实:这些协议是建立在受托者与“顾客”(patient)判断的相对可靠性的直接估量之基础上的。这样,那些信息受这种协议限制的人就有很好的理由相信,他所得到的证据是形成判断的可靠基础。然而,为国家之为国家行使这种权力提供相应基础的原则,必须是极为笼统的,它要适用于某一类型的所有国家,而不管这些国家中谁占据权力地位,并要适用于这些国家中的所有公民。这样的原则不得不承认个体状况中的差异,并不得将其诉求确立在“长远来看”的最好效果之上。即使我们能抽绎出这种类型的原则,但在我看来,当对某一特定情况中的个体的详尽了解昭示着歧义的结论,仍然认为我们可以合乎理性地依赖这种笼统的原则是完全不合理的。

一种要求赋予国家以上所说权力的比较有限的论据,或许不是建立在政府的特有美德之上的,而是依据于这样一个公认的事实,即:在某些情况下,个体完全不能合乎理性地行动。我们上面提到的某人在拥挤的剧场中胡乱咆哮的情况正是如此。此时,对言论表达的限制是基于这种行为会引发他人(给他们理由)作出有害的行动来。而使得这一限制被人们认可的部分原因在于,剧院里遭遇咆哮的人处于理性思考受限的状态。这一论证显得微不足道。原因在于,首先,只有在一种非常牵强的意义上,我们才可以说,如果阻止处于那种境况下的人听到胡乱咆哮,也就阻止了他对某些问题的决定。其次,理性受限状态对遭遇它的剧院中的人的影响极为短暂,并且也同样适用于处于相关境况下的所有人。最后,这一限制所防止的危害没有任何质疑和争辩的余地,即使对那些暂时处于“受限状态”的人来说,也是如此。有鉴于这些事实,如果人们要求作出这一限制,无疑会得到人们一致同意。^①

^① 这一检验被加纳德·德沃金发展成为能被证成的家长制标准。参见其论文《家长制》,见《道德与法律》,理查德·沃斯特罗姆编,加州,贝尔蒙特:华兹华斯出版公司,1971年。

然而,这种情况却不适用于密尔原则的其他例外情形,而这些情形或许可以诉诸“理性受限状态”而得到证成。例如,值得怀疑的是,我刚才所提到的三个条件中的任何一个是否会适用于这种状况:在一种骚乱和迫在眉睫的革命的形势下,政治辩论就会被中止。我看不出,这些重要的论证形式与自律要求如何相容。

我所给出的论证听上去像是我们所熟悉的反对家长制的论证,但问题并不止于此。首先,我们可以利用与密尔原则相反的根据来证明限制言论表达的正当性,但这个根据并不一定是家长制的。因为受这一限制保护的人或许不是那些其自由受到限制的人(像咆哮者与听众)。然而,当这一限制是家长制的时,它就代表了一种很强形态的家长制。而我所给出的论证就是反对这种强势家长制的。在我所使用的宽松的自律意义上,法律为了某人“自己的利益”而限制其行动自由是与其自律完全相容的。例如,要求他骑摩托车时戴头盔。而只有当促使人们遵守这条法律需要禁止某些观点的表达时,比如,佩戴头盔没有必要,或它只适合胆小鬼等,这时候,自律与家长制的冲突才会发生。

重要的是要明白,对密尔原则的论证依据于对国家命令国民的权威的制约,而非依据于个体的权利。首先,这就解释了为何这个特定的言论自由理论适用于政府而不适用于一开始就缺乏这种权威的个人。当然也会出现这样情形:在此情形下,个体有权利要求他们的言论表达行为不受其他人的干涉。但这些权利可能来源于免受任意干涉这一普遍的权利要求以及使某类言论表达行为成为特别重要的活动形式的考虑。

如果对密尔原则的论证被认为是依据于某种权利——“公民自主决定的权利”——的话,那么,这一论证形式或许是这样的:自律者认为自己有自主决定的权利,由此就意味着,他们也同时具有任何用来维护自主决定权利的其他权利。而违反密尔原则也就是侵犯了这一权利。

这样一种权利当然会支持一种健全的言论自由理论,但为了达到这一目的,我们不需要这样一种权利。我们之前给出的论证要谨

慎得多,其目的在于确立这样一种结论:政府具有的为防止某些危害而限制公民自由的权威,不能包括这样的权威,即:为了确保公民维系某种信念而对他们的信息来源施加控制。当某个人被剥夺就其关心之事达成可靠判断所必须的信息时,参照以上结论,我们还远不能说他的某种权利就因此被侵犯了。

显然也会出现这样的情形,即:个人具有为达成可靠判断所必需的信息知情权,而且他可以向政府要求这个权利。当这一权利来源于民主政府与其公民之间关系的某种观念时,这一权利就会在政治决断的境况中出现。即使在缺乏这种权利的地方,为人们自律地行使权利而提供信息和其他条件,仍会成为政府的主要任务。但这些问题已经超出了密尔原则的范围。

(四)

018

密尔原则显然不能解释在我们看来侵犯言论自由的所有情况。单靠这一原则,我们无法反对政府的如下行为:禁止所有的游行和示威活动(它们妨碍交通),取缔海报和传单的散发(过于脏乱),禁止10人以上的公共集会(可能无法控制),以及将报纸的发行限定为每周1页(节省木材)。然而,这些政策肯定使我们无法容忍。这些政策给我们的打击使我们反思我们自己的如下信念:言论自由作为一种善物,其价值要高于对绝对秩序与和平的维系,高于洁净的街道、流畅的交通以及最低限度的消耗。

这样看来,在我们有关言论自由的直觉性观点里,有一部分是确立在对互竞善物的权衡之上的。与密尔原则——它为所有类型的言论表达提供了单一的辩护——相比较,这里就不再是一个赋予与其他善物相对的表达(总体意义上的)之善以价值的问题。可以说,艺术表达的情况就不同于科学问题的探讨,而政治观点的表达则又是另一码事。

在某些限度内,我们似乎很清楚,对各种类型的言论表达之繁荣

所能赋予的价值要受所在社会的公众意志的权衡制约。我此时所能想到的限制条件,首先是基于分配正义所施加的制约。因为,利用言论表达手段(无论用于我们所能想到的何种目的)作为一个善物,能够在社会成员中公平或不公平地分配。而许多看起来像是侵犯言论表达自由的案例,实际上从属于分配不公的领域。这一解释适用于以下情况:在一个经济不平等的社会中,对主要言论表达手段的使用都控制在政府手中,并被拍卖给出价最高的竞标人,而这本质上正是今日美国广播执照的发放情况。这也同样适用于这样一条游行法令:它允许城市议会以维持治安的费用太高为由而禁止某些不受欢迎的团体的游行活动。

但是,将以上两种情况看做分配不公的案例仅仅道出了部分实情。在许多情况下,利用言论表达手段是参与国家政治进程的必要条件,因此,公民对其有独立的权利要求。至少,承认这些权利就会要求政府确保公民容易获得这些言论表达的手段,由此,个体和小团体就能使他们的政治观点被社会知晓;并要求政府确保社会的主要言论表达手段不会落入社会的任一特定阶层的宰制之中。但确切地说,利用言论表达手段的权利如何以这种方式追踪到政治权利,在某种程度上,要视特定的政治制度而定。在不同的制度下,即便是在平等正义的制度底下,政治参与的形式或许仍有差异。

这样一来,我所提出的言论自由理论就由至少四种相互区分的要素构成。它基于密尔原则之上,这一原则虽不容置疑,但却仅用于排除对言论表达行为施加法律限制的某些证成形式。在由这一原则所设定的限制条件下,能影响言论表达机会——无论是通过限制、积极的干预还是未能干预——的所有范围内的政府政策,都要在一系列不同的基础上给予正当合理性的证明和批判。首先,要看这些政策是否反映出一种恰当的权衡——即:相对于其他社会善物的某些类型来权衡言论表达的价值;其次,要看这些政府政策是否在整个社会中对言论表达手段的使用进行了公正的分配;最后,要看这些政策是否同对某些特定权利的承认相容,特别是政治权利。

这一混合型的理论多少显得有些笨重,但在在我看来,如果我们想

要解释直观上的侵犯“自由言论”的所有情形,那么,这一理论的不同部分不仅不可相互还原,而且还都不可或缺。

(五)

可能在许多人看来,密尔原则未能解释某些类型的例外情形是我所提出的这一理论中最不可信之处。除了早先提到的那种可能性,即在理性受限状况下,应当允许密尔原则的例外情形发生之外,在战争或重大的紧急时刻,偏离密尔原则的明显论据似乎也还存在。

应该注意的是,因为密尔原则的范围要远远窄于为“言论”提供总体性保护的范同,而我所提出的理论已经能够解释在战争状态下发生的某些对言论表达的限制。即便是在平常的状况下,密尔原则也允许人们考虑发布某些信息,是否会给人们施加某些伤害,从而对公共安全造成严重危害。情况可能是,在和平时期,为了对某些事情(如科学问题)进行充分的讨论而承担这类危害,在战争状态下或许就不能被容忍。

然而,政府自认为有资格诉诸紧急状态下的权力类型经常超出以上所说的情况,而包括诸如这样一些权力:当政治讨论有分裂国家或削弱政府应付某一现存威胁的风险时,政府就有权力禁止这种讨论。密尔原则显然不会明目张胆地为这类权力辩护,而我所提出的理论也不承认这类例外情形。

目前,我还很难设想一种政府诉诸这类权力的正当情形。我愿意承认或许会有这类情形,但即便有,我也不认为它们应当作为“例外情形”而被纳入密尔原则。

人们可以回忆,我说过这一原则并不基于公民权利,相反却表达了对政府所能具有的权威的限制。这里所谈到的政府权威要受特定政治理论的规定。此一理论的出发点在于下述问题:公民如何既能承认政府有命令他们的权利,同时又能将自己看做是平等、自律、理性的行为者?人们通常会认为,这一理论会给出肯定的回答,但政府的

权利必须以某种方式受到制约,并且用于确保公民制约政府的其他条件也要得到满足才行。我已经谈到过,密尔原则只提供了其中一个必要的限制条件。如果我没错,那么,只要政府试图以密尔原则所排斥的方式对公民施加控制,政府的权威要求就会受到彻底削弱。

然而这并不意味着,在某些极端情形下,正常遵照民主政治理论来合法行使权威的某些人,就不能采取违背正当权威的措施。然而,这些措施必须在某些别的基础(如功利主义)上得到证成。而且,政府发出的服从要求也不是通常(民主的)意义上合法政府的要求。但,在这些情形下,多数公民或许仍有充足的理由去服从之。

对强制性权威的施行有多种不同的证成形式。如,当某一群体处于极端危险的境况时,那些处在要对他人施加某种控制以避免灾难之位置上的人,或许有理由使用暴力来这样做,而且或许也有很好的理由使群众服从他们的命令。但是,无论在证成的形式还是在证成的范围上,这种权威都不同于正当的民主政治理论中合法政府所应享有的权威。我要说的是,如果真会出现公民的自由权被正当普遍搁置的情形——再重复一遍,我想不出会有这样的情形,那么,这些情形下的权威就判然有别。实施权威的人或许仍穿着同样的制服,但这却不再意味着他们仍以同样的资格进行统治。

人们不应该认为,我给予政府如此大的自由,以至于只要“国家利益”需要,就可以不受宪法规则的约束。事实上,只有在接近于灾难性的情形下,才能证成我所描述的政府权威的僭越;只要政府知道其所从事的事情,这种情形下的权威僭越就更令人信服。之所以如此,是因为在这一僭越中,我们放弃了很多东西,甚至包括任何这样的观念:即认为,政府有使其命令得到服从的资格,这一服从超出了对顺从和不顺从所带来的利益权衡。

如果情况非常严重且无序的代价太大,这些功利主义的考虑或许会赋予政府命令以很强的约束力。但持续地在这一基础上进行统治只适用于两种情况:或者是一个处于永久性危机的社会,或者是在这样一种群体中,该群体的成员将彼此视为该顺从的奴仆或相互威胁的敌人,以至于无法靠别的东西来统治他们。

二 权利、目标和公平*

功利主义的批判者经常要我们注意,在某些可能的甚或真实的情景下,不受限制的总体性推理可能会证明某些令人深厌的政策的正当合理性。由此,他们得出这样的结论,即:为了公正地对待我们可靠的直觉——如此可怖的政策明显无法得到证成,我们必须采纳一种义务论的道德框架,以此来对那种诉诸最大总体福利的证成形式施以限制。尽管我也经常提出类

* 这篇文章的最初版本,是提交给关于决策论和社会伦理学的雷森堡(Reisenberg)会议的,并发表在用来收集会议论文的《认识》(*Erkenntnis*)杂志的一期上。这一修订版的使用得到了期刊编辑以及 D. Reidel 公司的同意。感谢许多人提供的批判性评论以及有益的讨论,尤其是罗纳德·德沃金、德里克·帕菲特、吉尔伯特·哈曼、萨缪尔·谢富勒以及弥尔顿·沃克斯堡。这一论文的写作部分地得到了国家人文基金的资助。

似的看法,我也必须承认,这一立场有其固有的弱点。在攻击功利主义的时候,人们倾向于诉诸个体的权利,而且这些权利不受对社会功利的单纯考虑的宰制。然而,权利自身也需要以某种方式得到证成。而除了诉诸承认这些权利所促进和保护的人类利益之外,还能有其他证成方式吗?这似乎是古典功利主义的一个无可争议的洞见。进一步来说,除非权利被认为是由难以置信的刻板原则所规定的,似乎我们也必须诉诸看来非常类似于后果的[价值]考量,来确定权利的界限与范围。这样的话,就像我们为了确定某一特定的政策是否侵犯言论自由的权利,仅仅知道这一政策限制了言论自由还远远不够一样,我们或许还需要考量这一政策的后果,比如,我们还要考量它将如何影响人们利用言论表达手段?以及授予政府如此约束性的权力的后果又是什么?

这样,我就被引向了一个双重性的观点(two-tier view):这一观点既赋予后果在证成和解释权利的过程中以重要的地位,同时又严肃地对待权利,从而将其视为在道德决疑中对后果论推理的限制。这种观点看上去就像所谓的规则功利主义的观点。然而,规则功利主义遭遇了一系列严重的反驳。首先,人们强烈要求规则功利主义者解释清楚,如果他们在根本上是深信不疑的功利主义者,为何他们不是彻头彻尾的功利主义者?他们如何既接受功利主义又认可不符合功利主义原则的个体行为?其次,规则功利主义看上去也要遭受纯粹的功利主义所遇到的一些同样的反驳。特别是,规则功利主义看起来与行为功利主义一样未能给予分配正义的考量以恰当的位置。再次,在试图详细规定何种规则将被用来评价行为和政策时,一般形式的规则功利主义将面临严重的两难境地。如果应用一些理想意义上的规则的话——普遍地遵守这些规则将会带来最好的结果,那么,这样一种要求关注规则而不仅仅是单个行为结果的功利主义主张看来就会失效。因为,这一主张不是依据于从单个行为而来的效益,而是必须依据于人们普遍遵守规则所带来的效益,而这些效益的获得又必须以规则实际得到人们普遍遵守为先决条件。但如果情况相反,有待应用的规则就必须是一些已经得到普遍遵守的规则,那

么这一理论的批判性力量就会被大大削弱。

于是,问题就在于,我们如何说明一个理论至少部分地能够具有这样的双重结构?至少在它应用于解释权利的基础时,它如何能够既保留了功利主义的基本魅力,又能避免那些困扰传统规则功利主义的问题?在通向描述这种理论的道路中,我将考察三个问题。一是有待考虑的后果是什么以及如何确定其价值,二是分配正义的考虑如何涉入这一理论,三是人们如何证成将权利(或各种各样的道德规则)视作对产生重要价值后果的限制。

(一) 后果及其价值

在此我有两点评论,一是关于后果的基础,另一点是关于后果的内容。

024

首先,正如我在其他地方^①所论证过但在此却只能断言的那样,我偏离了古典功利主义者及其许多现代追随者,我拒绝将主观偏好作为评价后果的基础。相反,一个伦理上有意义的客观概念——各种不同利益和负担的相对重要性的概念——将扮演这一角色。

其次,就内容来说,这一理论所关涉的利益和负担不仅包括人们可能自然遭遇到的利益和负担,还包括那些影响个体确定未来事情的能力因素。这些因素中的一些因素正是人们通常所说的权利所关注的内容。这些因素通常^②被区分为:对特定事务的(要求)权利,与此同时,别人有相应的服从义务;自由地做或不做某些事情的权利,

① 参见《偏好与紧迫性》(1975年),也即本译本中的第四篇论文。

② 我遵循霍菲尔德以及其他人的看法。参见霍菲尔德:《基本的法律概念》,纽海文,1923年;以及斯提格·康格尔的《伦理理论的新基础》,收入《道义逻辑:导论式的和系统性的读本》,里士托·希尔庇内编,多德雷赫特,1971年,第36—58页。有关对结果的关注与对决定结果的权能之分配的关注两者间的区分,参见查尔斯·弗莱德的论文:《两种利益概念:对最高法院权衡标准的某些反思》,载于《哈佛法学评论》,第76卷,(1963年),第755—778页。

别人对此没有相应的义务；改变人们权利或地位的权力；以及免于他人施加权力的权利。我认为，我们所熟悉的公民权利以及诸如隐私权和“生命权”等，都是由以上所说的因素所构成的复合体。有效抉择这一实际能力以及抉择时不受他人干涉的实际要求，都还不能等同于权利；尽管人们普遍认为，如果某人具有一种特定的权利，比如要求的权利，这或许会有助于他拥有这一实际能力并免受他人的干涉。然而，无论人们如何创生这些能力，所有的道德理论都必须关注这些能力及其保护问题，而配置相应的权利只是这一重要性得到理论承认的一种途径。

既然任何一种正当的理论都要面对行为者应该做什么和可以做什么的问题，那么，在宽泛的意义上说，正当理论所关涉的就是权利和自由的分配问题。就某一正当理论来说，我们可以适宜地追问，它能给予个体多大的自由度去满足其道德要求；通过限制他人行为，它又能给予个体以多大的保护。在人们看来，传统的功利主义在这两方面都过于偏于一隅。首先，它对行为者施加的要求极端明确。其次，因为它可能要求的事情没有限制，它未能就免受他人干涉提供可靠的保护。对功利主义的反驳意见经常集中于其苛求性与侵扰性（intrusive）特征。^③而其他理论或许会赋予个体以更大的权衡自由和更好的保护。然而，这样做总是利弊相掺。因为，当某一个体就某种选择被赋予要求的权利或自由的权利时，其他人对他们的选择项目所能施加的控制就在某种程度上被削弱了。进一步说，如果我们把权利配置给不同个体（至少在某些情况下）看做证成的终点（end-point），那么，我们就必须准备接受这些权利的行使所可能带来的情形，即便这些情形或许不那么吸引人或至少不是最佳的选择。以上的两点都是由罗伯特·诺齐克^④为我们揭示出来的。后面的一点尤其体现在他对“目的一国家”与“模式化”理论的攻击上。然而，以上

^③ 参见伯纳德·威廉姆斯的论文《对功利主义的一种批判》，收入《功利主义：赞成与反对》，斯马特与威廉姆斯合编，剑桥，1973年。

^④ 参见《无政府、国家与乌托邦》，纽约，1974年，尤其参看第32—35页和第7章。

的考察并不导向诺齐克独特的资格理论,毋宁说是告诉我们一则普遍的启示——与权利的证成所要求的比较和权衡的种类相关的启示,即:权利所授予的能力和保护价值不仅要与相同种类的互竞价值相比较,还要与特定的目的—结果的生产所具有的价值相比较。

从伯纳德·威廉姆斯对功利主义的某些反驳意见^⑤中,我们也能得到同样的启示。威廉姆斯反驳说,在要求人们全力投入最大幸福这一包容性目标时,功利主义未能对赋予个体生活以内容的特定事业的重要性给予充分的确认。孤立地看,这一反驳的问题在于,它听起来有些像是提倡纯粹的自我放纵。因为单单以追求个人事业的名义而要求摆脱道德要求的束缚是不能令人信服的。它忽略了这样一个事实,即:这些道德要求或许也在保护着至少和自己的利益同等重要的他人利益。因而,为了明显地超出特殊要求的层次,这些反驳意见必须以普遍的面目出现。它们必须基于这样一种普遍主张之上,即:与那些相互冲突的要求所带来的利益相比,它们所致力于保护的利益对任何个体都极度重要。

我们把以上有关基础和内容的两点评论结合起来便可得出,既然影响结果的能力和保护人们免受他人的干涉或控制是人们所关注的事情,那么,任何主观的功利主义理论都需要考虑这些问题。后面我将考察这样一种理论能否以正当的方式来处理这些问题,但我目前更关心这些令人关注的事情会被赋予什么样的价值。如果从一种主观性的理论出发,这些价值就要由特定社会中现存个体之偏好来决定。然而我认为,一般流行的偏好不能为权利的证成提供充分的基础。例如,当某一社会中的多数群体狂热地投身于将其宗教实践活动普遍化的目标,而社会中的少数群体又对宗教事务相当冷淡时,此时确定宗教自由的权利就不合时宜。当然,这只是上述对主观性理论的一般反驳意见中的一个例子而已。对此,一个同样普遍的回应是,我们别无其他基础可以“强加”(impose)于与个体偏好相反的价值。这一回应的说服力取决于以下观念:即认为,个体的自律应得

^⑤ 参见《对功利主义的一种批判》一文的第五部分。

到尊重,以服务于他的“真正利益”的名义而挫败个体的深思熟虑的偏好是冒犯性的。这一观念自身并不基于偏好之上,相反,它要求起到道德客观基础的作用。它要求给予偏好以作为适宜的伦理评价基础的根本地位。但是,我们可以质疑,这样的理论跨越能否给予那些由它所产生的直觉性观念以充分的回应?因为,关注个体自律就是关注权利、自由以及其他必要条件(这些条件使得个体形成他们的目标和旨趣,并使其偏好能有效塑造他们的生活,促进社会政策的制定)。在这些条件中就包括许多权利,它们能保护人们免除各种形式的家长制的干涉。一种尊重自律的理论就会赋予上述这些因素以恰当的分量。然而,我们没有任何理由认为,仅仅诉诸现存偏好的配置形式,就可以去决定对上述因素的衡量一定会产生令人满意的结果。

(二) 公平与平等

我认为,与其一般地谈论能包容多重考虑的“分配正义”,还不如谈论作为程序(如竞争程序)之属性的公平以及作为分配结果之属性的平等。但问题在于,这些考量如何进入我所描述的那种理论。平等观念被纳入效果论的一种途径是这样的:当我们在评估有待改善的事态时,要给予每个人的利益以平等的考量。这种平等考量利益的原则只带有极弱的平等主义内涵。如前备述,这一原则相容于古典功利主义。毕竟,古典功利主义也要求“每个人都被算做一个人,没有人能多于一个”。然而,许多人仍有理由认为,功利主义未能给予分配考量以足够的重视。那么,如何才能加强这一考量呢?让我区分两种途径。第一种途径是以与纯粹功利主义不相容的方式强化平等考量的原则。例如,我们可以认为“平等考量”意味着,在任何诉诸后果的证成形式中,我们必须给予那些“最迫切的”个体利益以优先性。按照这一解释,忽视这些利益而服务于更大数量的人的那些不那么紧迫的利益,就违反了“平等考量”的原则。若采纳这一解释,我们就会避开针对功利主义冷漠分配问题所引发的那些反

对意见,但同时又保留了功利主义的其他特征,如,它的某些彻底再分配的含义。当然,这一“词典式解释”也有其自身的问题。其理论力度(与可信度)明显地要视我们所选择的用于确定各种不同利益之迫切程度的等级序列(ranking)而定。

这一等级序列的本质是一个重要的问题,但在这里我却不能深究。然而,在道德论证中,无论有关分配的内容被纳入个体利益的计算方式之中的程度如何,仍然还有第二种途径能使分配考量进入我想提出的这种理论:分配的平等与程序的公平从属于使某种事态值得改善的属性之列。至少在某些情况下,对某些特定善物的平等分配具有达成其他重要目的的手段性价值;并且在其他情形下,公平和平等就自然而然地有了价值。

当然,古典功利主义已将平等看做是一种手段,也即一种通向最大总体效用的手段。单独看来,这一对平等过于工具化的阐述是不充分的,它未能解释平等对我们所具有的道德重要性。然而我确实认为,在许多我们十分关注的平等已得到改善的情形下,我们之所以还渴望更大的平等,乃是为了达成某些别的目的。例如,在许多情形下,希望消除巨大的不平等的愿望,主要是由我们对那些所得最少者所处困境的人道主义关怀而激发起来的。而再分配之所以值得欲求,在很大程度上是因为它能缓解这些人的苦难境况(而又没有在其他地方引发同等程度的苦难)。当今世界对再分配的道德关注的另一根源是:财富上巨大的不平等会使富有者对他人的生活施加一种不能接受的控制。此时对更大平等的要求依旧是工具式的。而如若引发再分配要求的上述两个原因得以消除(如,通过极大地提高所有相关人的生活水准,并且防止贫富差距——此情形至今仍未改变——演变为富裕者占据宰制地位),那么,尽管还无法消解人们对平等的道德要求,但我相信其迫切性将会大大降低。

除了这些论证以及其他工具性论证之外,在道德论证中,公平和平等经常作为具有独立价值的事态出现。若如此考量,它们就不同于在标准的功利主义理论中所要改善的目标。因为,它们的价值并

不依据于它们是相对于特定个体而言的善物——公平和平等并不代表个体状况能得到“改善”的手段。^⑥相反,它们本身就是[价值]事态或社会制度之独特的、在道德上可欲的特征。在准许这些道德特征进入对后果的评价时,我所描述的理论就背离了标准的效果论理论。因为,效果论理论通常反对将明显的道德考量引入最大化目标(maximand)之中。它也偏离于近来的义务论理论。因为,这些理论将公平和平等视做具体的道德要求而非道德目标。我之所以倾向于探求这“第三条路径”,乃是基于下述理由——

首先,我们很难找到一个论证实质性平等(区别于单纯的形式平等或对利益的同等考量)的道德推理,由此能使平等如同一种绝对的道德要求。其次,基于公平和平等的考量是多种多样的。有多种不同的公平程度不等的程序,而且我们所关注的平等分配的利益和负担也是纷繁歧异的。这些并非都具有相同的重要性。公平和平等要求的说服力之大小,要视处于争论中的、有待分配的善物的情形而定。再次,这些要求看上去并非绝对的要求。试图在一个领域达到平等和公平,或许会与人们在其他领域里对这些目标的追求相冲突。例如,为了达到更大的平等,我们或许要以某种方式改变我们的程序,从而使得在处理某些个别情形时不得不包含不公平的成分。或许,各种不同形式的公平和平等都可以被汇聚到分配正义——总是有待提高——这一统括性的观念之下。但情况是否如此却并不明朗。无论如何,实际的情形是,试图增加公平和平等会付出其他方面的代价。它们或许会干扰对我们极为重要的程序的运转效率,或者包含令人生厌地对个人生活的侵扰。看上去,在这些相互冲突的情形中,诸如此类的公平和平等的考量,并不总能处于主宰性的地位。在某些情形下,平等的增加或许还抵不上其所带来的代价。而事实是否如此部分地取决于“是什么的”平等。

^⑥ 这里,我受益于科特·拜尔。捍卫公平和平等具有内在价值的主张当然是一个十分困难的任务。或许对这些观念的所有令人信服的诉求都可以还原到工具式的论证,但目前我还看不出如何进行这样的还原。这一还原将使我的理论更加靠近传统的功利主义。

经济学家经常谈论平等和其他令人关心的事情(通常是效率)之间的“置换”(trade-offs)。我过去倾向于(或许不宽容地)将其视做粗俗的做法,但我现在并不确定这在原则上是否不当。平等可以与其他善物进行“置换”的提议引起了人们的质疑,因为这似乎为维持现状开辟了道路。用于减少当今社会中的不平等的措施经常基于下述理由而遭到反驳:它们意味着过多地牺牲效率或个体自由。为了应对这些反对意见,我们可以主张,无论代价是什么,我们都要追求平等。但是,我们无须主张诸如此类的平等考量是绝对的且优先于所有的其他价值。因为,对自由和效率的诉求并不能证成维持现状——并且事实上,对个体自由的考量为增加收入和财富上的平等提供了某些最充分的论证。

(三) 权利

在一种从根本上说是效果论的理论中,为何要赋予权利以特殊的地位?这样一种双重理论如何得到证成?在功利主义理论中,有关权利以及一般道德规则之地位的一种通常看法是,它们是协调行动的有效手段。但我们之所以需要它们的辅助,并非源于人们不完善的行动诱因。因为即便在一个完美的利他主义社会中,或许也要有这些辅助条件。例如,干旱期间规定水资源消耗的规范就是一个很好的例子。对于一个由功利主义者组成的社会来说,在干旱期间,规定每户每天一桶水或许是一个有效的规范;即便完全是出于利他主义的原因而打更多的水,情况也是如此。这一规范的有用性并非源于人类的自私。但其有用性的确依赖于这一事实:行为者被认定为是在对他人做过什么或将做什么还不完全清楚的情形下,他们是彼此独立地行动的。相反,如果杜德雷知道其他人将做什么,并且知道他人会留下一些水在井中,那么出于功利主义的原因,他应当违反这条规范而打取多于其份额的水用于其他适当的目的一—如像故事发展的那样,用于给公共花园中的花浇水。

我对此类例子有两种不同的想法。首先,我能感受到功利主义主张的说服力,即:如果那些水闲置不用的话,我们为何要反对杜德雷打水呢?然而,我又不认为这种回答方式完全令人满意。因为,为何他有权利去做别人无权做的事?当然是因为他知道那些情形,而其他不知道,只有他有那样的机会。但是,仅仅因为他有这样的机会,他就可以单方面使用这一机会吗?或许,尽管拘泥于规范令人难以忍受,他也应当让其他人注意到剩余的水,并同他们一起决断如何使用这些水。如果这一选择可行,那么他舍弃这一选择而自作主张是正当的吗?一个功利主义者此时可能会回应道:他并不认为杜德雷有权利按照其任一意愿来处理剩水,他只是有权利按照效用原则的要求去做而已,别无其他。

此时就显出观点差异来了。按照非功利主义者的观点,允许在规则之外行动可以被看做是行为者的一种自由,一种豁免。而功利主义者却将其视做一种具体的道德要求。杜德雷之所以被要求去做一些不同于他人的事情,是因为他所处的情形不同。但是,他并没有比其他人更大地运用权衡和个人偏好的自由度。这就表明,我们可以有两种途径来看待权利的配置:我们可以将其看做一种约束个体决断的方式,从而达到某些别的可欲的结果(如,在一个规定合作者之间劳动分工的规则体系的情形下),或者将其看做一种对处于个体互竞过程中的重要的自主决断(discretion)形式的分配方式。我认为,我们应当避免这样一种狭隘的功利主义,它将所有的权利都建立在第一种模式的基础之上。例如,它将权利视作协调机制或者看作防范个体判断错误的手段。如此理解的权利就无法抵制这些不轨行为——只要人们表明这些行为是促进共同目标的有效手段。

然而,如果在第二种模式上理解某些权利是可能的话,那么在一个仍旧主要是功利主义的理论中,权利就会被赋予一个更重要的地位。正如从对前面缺水例子的一种合理的观点来看,当配置权利的目的是为了确保对结果的一种控制方式的公平分配时,那么,即便相反的行为能带来最理想的结果,人们也会考虑继续支持权利的考量。即便在一个由实心实意的(尽管或许不是一心一意的)效果论者所

构成的社会中,如果他们所关注的“后果”类型正如我上面所描述的那样,那么,刚才所说的也依然成立。然而,当我们说一个规则或权利在一般情况下不能遭遇例外时——在行为功利主义的基础上得到证成的情形例外,却并不意味着这个权利或规则是绝对的。我们可以进一步追问,对特定的控制形式的公平分配到底有多重要?确定无疑的是,肯定会有某些事物比它更重要。例如,当水泵房起火时,就没有必要再遵守每户每天一桶水的规定了。进一步来说,在第二种模式上配置权利的意向,可以预先阻止某些特别诱人的或其他可能的行为模式。如果以上所说是正确的话,那么,尽管会有某些行为真的违反了权利通常得以呈现的规则,我们也并不认为它们就真的侵犯了权利。我们倾向于认可它们,尽管它们所服务的目的并不如权利所维系的价值那般重要。如,在不侵犯言论自由的情况下,对言论的限制性规定就是这类“明显例外”的一个极好例子。

诸如此类的考量让我了解到,保持某种道德权利的观点通常需要得到下述主张的支持:

(1)在缺乏特定的权利配置(像要求权、自由权等)的情形下,一种有关个体之行为方式和制度运作情况的经验性主张。

(2)一个由(1)所带来的结果将是不可接受的主张。这一主张依据于对本文第一部分所描述的结果类型的估量,同时也考虑到了公平和平等的因素。

(3)有关设想中的权利配置将如何带来一个不同结果的进一步的经验性主张。

对不同的权利来说,这一图式(schema)中经验性部分所发挥的作用或至少是作用的明显程度便会不同。对言论自由的权利来说,这一经验性部分所发挥的作用就非常之大,并且已经得到了相当程度的公认。忽视这一经验性成分就会使权利堕落为不合理的刻板的规则。我们不可能将这样的规则真的视做绝对的道德制裁,而这反过来赋予一种“权衡”的观点以合理性。按照这一观点,这样的权利只是代表了诸多重要价值中的一种而已,我们必须通过对它们进行恰当的衡量才能作出取舍。牢记一项权利的经验性基础可以抵制把

权利绝对化的趋向,并可以提供说明了以下情形的基础:(1)上面提到的那种“明显例外”并不仅仅是在对两种权利进行权衡的基础上得到证成的;(2)何时何地需要对利益进行真正的权衡以及权衡的恰当条件是什么;(3)一项权利的内容如何随着条件的改变而改变。我认为,这些评论不仅适用于言论自由权利,并且也适用于其他的权利,像合法诉讼程序的权利和隐私权。对这些权利来说,在它们得以被确定的规则以及它们所致力目标之间,都有一系列相当复杂的制度安排,还有这些制度安排如何运作的假设所发挥的中介作用。然而,对某些权利来说,并不明显依赖于经验性的考量。如,对像生命权那样的更多从属于个体道德范围内的权利来说就是如此。然而,我下面要论证的是,这一权利也可以被恰当地看做一种权威化和限制权衡的制度,并且同样能够在前面所描述的那种论证形式的基础上得到证成。

在一种广泛的意义上说,这种权利观是效果论的。因为它认为,各种权利都要诉诸它们所促进的事态而得到证成。然而,这一观点看上去还是要区别于一般形式的规则功利主义。因为,它似乎并不是一种要求效用最大化的学说。对人们最为熟悉的权利——像言论自由、合法诉讼程序、宗教宽容——的论证似乎更多地涉及避免某些特定的坏结果的问题,而不涉及促进利益的最大化。但是,它们之间的差异仅具某种程度的明晰性。因为,这些权利所欲避免的危害被认为是重大的危害,且不可能被日常考量所遮蔽。而当它们被遮蔽时,我所描述的理论又允许搁置特定的权利。进而言之,对某种特定形式的权利证成也允许我们考虑代价的因素。如果某种权利修正后的形式能与其原初形式同样都能很好地达成所欲的目标,并且是以明显减少边际效益为代价而达成,那么,显然这一权利形式更受欢迎。然而,我们应该注意的是,考虑到公平和平等的目标在这一理论中的作用,若果真有某种事物被最大化了,那么,这一事物也不能仅仅是个体利益的总和。而且,对最大化因素的认可也并不意味着,人们的任何一般行为方式的可能改善都可以成为权利的主题。权利关注的是缓解某些重大问题。只有当其他善物的收益递增来自于改进

这些重大问题的处理方式时,它才以我刚才所提到的方式与权利相关联。

我已经提到,权利主张很大一部分上来自于这一目标,即:改进对那些控制着我们生活中的重要因素的一种可以为人们接受的分配。这一普遍的目标对于较为广泛的社会来说乃是一个重要的目标。但是,每个社会所要求的特殊权利可能彼此不同。因此需要特别指出的是,按我所提出的观点来确立的权利可能不同于在某个规则系统——在我们的社会中,对这一规则系统的普遍遵从会带来最好的结果——下获得承认的权利。我们的权利所致力于解决的问题是基于我们生活于其中的社会的权力分配和社会中普遍流行的动机模式才发生的。如果一个理想的行为法典能起支配性作用的话,这些问题可能不会出现^⑦(并且,它们也可能不同于我们在“自然状态”下所面临的那些问题)。关注权利并不意味着承认这些背景性条件是可欲的或在道德上是无可指责的,它只意味着将这些背景性条件看做我们必须面对的环境之相对固定的特征。

从有关权利的道德论证之目的来看,社会的哪一种特征可以被人们以此方式而看成是固定不变的呢?这是一个有争议的道德问题,并对任何持有类似于规则功利主义观点的人提出了一个理论难

^⑦ 在多大程度上能将我的权利观与理想的规则功利主义理论区分开来,将要视两者如何解释在一个社会中“被实际实行”的理想的规则系统这一概念而定。例如,在布兰特精制的理论形式中,对理想的规则系统的规定是,它要正确,为世人所知,并且社会中的大多数成年人能遵守这些规则,也即是说,对大部分成年人来说,他们在某种程度上都能够被激发起来避免违反这些规则,并且当他们相信他们违反了这些规则时就会感到内疚。参见《一种形式的规则功利主义的某些优点》,收入《密尔:功利主义以及评论性的论文》,格罗威茨编,印第安纳波利斯,1971年。然而,这或许不能确保遵守这些规则的道德水准会远远高于我们所熟悉的社会中的道德行为水准。倘若事实真如此,那么,布兰特的理论或许并不比这里所提出的权利理论更为“理想”一些。然而,这两种理论似乎对我们在第一和第二部分中所讨论的问题存在意见分歧。而这些问题也使得我的观点不同于R. M. 黑尔的规则功利主义形式,尽管在其他方面我们有更多的一致性。参见他的《伦理理论与功利主义》,载于《当代英国哲学》,第4卷,H. D. 刘易斯编,伦敦,1976年。像这些更为普遍的理论一样,这里所提出的对权利的阐释,在很大程度上类似于密尔在《功利主义》的最后一章中所提出的观点(尤其是当密尔有关“正义”的评论被搁置起来时更是如此)。

题。因为,一方面,如果更多的东西被认为是固定的,并且更多地包含了其他行为者事实上正在做的事情的话,规则功利主义就会趋于行为功利主义。另一方面,如果只有极少的东西被认为是固定的,那么理想形式的规则功利主义似乎就会形成更大的阴影笼罩我们:我们似乎在冒险要求个体遵从权利,尽管由于缺少对权利的普遍遵循使得这一要求变得毫无意义。

如果考虑到对权利(或者道德规则)的论证是基于它们通过对个体行为的协调而促进的最大效用的话,那么,这一两难困境就更严重了。当事实(权利或道德规则的作用)正是如此的时候——对许多规则以及或许还有某些权利来说,情形就是如此,那么,他人事实上在做什么——在何种程度上这些权利和规则会得到普遍遵循,以及个体行为会如何影响人们普遍地遵循——就具有无可争辩的重要性。然而,我认为,对多数权利来说,事实并非如此。按照我所提出的观点,多数权利主要关注的,是那种维系对控制我们生活中各种重要因素的一种可以为人们接受的分配。为达到这一目的,明显要求权衡个体权利或削减某种官方权威,这时候,即便事实上这一权利没有得到普遍遵循,也不会削弱下述主张——即:主张在某一特定的情形下,它应当得到遵循——的力量。例如,反对某些人对别人的私人性宗教仪式发号施令的主张,并不依赖于人们能够普遍实践宗教宽容。只有当人们普遍遵循宗教自由的权利时,这一权利所着眼的效益——一种普遍的宗教宽容氛围所带来的效益——才有保障。但并非在每一种情形下,实行这些权利的主张都依赖于这些效益。

因为这些缘故,我所提出的权利观就不会遭受理想的规则功利主义理论经常遇到的那些反驳。另一个问题是,我的观点是否真正区别于一种行为效果论理论。从上面给出的理由来看,它似乎无法与行为效果论区分开来。因为按我的观点来看,如果某一违反特定权利的行为所产生的结果之价值大于权利所关涉的价值,那么这一权利就应该被搁置起来。如果这一行为不能带来这样的结果,那么,考虑到它与权利以及权利所保护的价值相冲突,这一行为似乎无论如何也不会行为效果论的基础上得到证成。但是,这种看法却建

立在一个错误的观念之上。因为,并非在所有权利受到侵犯的情形下,支持某一特定权利的价值总是会遭受失败。为了捍卫某种权利主张,如,特定的隐私权主张,我们必须将这一权利所带来的利益——就如同自由地拒绝被搜查所带来的利益一样——与各种互竞的考量所带来的利益——就像从一种较为宽松的搜查和逮捕政策所带来的利益一样——进行比较。但是,在警察希望搜查我的任何特定情形下,他的每一次的成与败并不需要正好同这两种价值之间的比较优势相吻合。事实可能是,在此一特定情形下,我根本就不在乎被警察搜查。^⑧

这样,拥有一项权利的价值与在某一特定场合该权利被侵犯时所付出的代价之间的区分就并不矛盾。而我们在证成一个双重观点时所必须诉求的正是前一类型的价值。就这些价值而言,我们还能多说些什么呢?从行为效果论的观点来看,我们赋予权利带给我们的那种控制和保护的價值似乎是建立在对他人的不信任之基础上的。如果我们信赖任何人都能从行为效果论的立场出发做正确的事情,我们还会如此关注权利吗?这样一种处理问题的方式遮蔽了一些重要的问题。首先,它假设我们能一致同意在所有情形下有待做的最佳事情。然而,对权利的关注却主要是建立在这一有理据的假设之上的,即:认为我们有显然不同的善观念,并且我们希望自由地将它们付诸实践。其次,它假设我们只关注做正确的选择,而对谁去作选择却没有兴趣。显然这一假设也是错误的。然而,我们赋予人们能够自我选择以独立的价值,应当区别于我们赋予下述情形的更深刻的价值,即:在此情形下,我们被别人认可有资格作出选择。作为尊重和人格的标志,我们或许也很重视这种更深刻的价值。但却有一个疑问,即:在多大程度上,这一价值是我们的道德信念和习俗的人为产物而非它们的基础?当人们确立并认可一个有关权利的道德框架时,对个体来说,重要的事情就是他作为权利拥有者的地位获

^⑧ 有关确立权衡的恰当条件的重要性,参见弗莱德的《两种利益概念》,《哈佛法学评论》,第758页。

得普遍承认。但是,在一个由真诚的行为效果论者构成的、无人持有权利的社会里,是否所有人也都丧失了与这一重要价值相类似的某种价值呢?在我看来,是否如此并不明朗。但无论情形如何,我所强调的是,赋予某事以高于权利的价值,是着眼于它们可以带来什么,而非着眼于它们作为人格尊严的标志。

如果刚才列举的因素构成了我们关注权利的所有基础的话,那么我们可以预见,当出现如下几种情形时,对权利的论证就会被削弱,而行为效果论的考量所具有的说服力就会相应增强。这几种情形是:(1)当我们赋予结果的重要性大大超过自我选择本身所具的独立价值时;(2)当我们把价值赋予相关的结果所产生的争议大大减少时,效果论考量所具有的说服力就会相应增强。在某种程度上,这些情形都会出现在生死存亡的重大关头,并且,此时的不信任才会作为权利关注的更可信的基础而凸显出来。

(四) 生死情形

从这篇论文所提出的观点来看,生命权被看做是由多种要素构成的复合体,它们包括自我防卫与保存生命的特定自由权,有关生命救助和那些可能是生命生存之必需品的要求权,以及限制他人残害生命和危及我们的自由。在此我将集中探讨最后一种要素,即:限制那种可能导致他人死亡的行为的自由度。按照行为效果论的观点,如果采取某种导致他人死亡的行为是避免其他更大损失的必要手段,则应该允许此种行为。许多人认为,这是一种过于纵容的政策。对这种反应的一种解释是,这代表了一种盲目的保守主义态度。我们知道,我们的生命总是处于多种危险之中。明天我也许会死于心脏病发作或脑血栓;或许我会被一棵倒下来的树所击倒,或者发现我的肾功能衰竭,或者我被一群恐怖主义者逼入绝境。但是,我们却不愿意为另一种形式的致命危险打开方便之门,即:容许他人随时拿走我们的生命以使总体的生命损失最小化。即便这样做可以最

终增加我们生命存活的几率——通过减少这些自然灾害临头时真实死亡的概率，我们也不愿意打开这种方便之门。事实上，我们抱着万分侥幸的态度希望不会遭遇这些危险，而倘若我们真的很不走运的话，我们对逃生也就不抱很高的期望了。对某个人来说，决定通过加入某个器官移植的保障体制——这一体制可以确保其需要时能得到一个心脏或肾脏，条件是当他被选中去做捐献时，他也同意牺牲自己——来增加自己生命存活的几率，并非是非理性的。然而，这样的决定充满了争议，风险也太高，以致不能作为配置权利的一个普遍接受的基础之一部分。然而，我在这里所说的保守主义却令人不快地快要成为那种与不幸相反的幸运之基础了——只要这一不幸取决于我们有意避开我们可能成为不幸者中的一员的意识，情况就会这样。

保守主义的替代品是不信任。我们不愿将我们的生命置于任何人手中。我们更不愿意如行为后果论标准所要求的那样，将我们的性命置于所有人的手中。这种不信任也是说明如下两种情形——即：参加一个自愿的器官移植保障体制的合理性与准许一个强制性的器官移植保障体制（更不用说不受限制的行为效果论实际上就等同于要普遍地执行这一体制）——之间的显著差异的主要因素。一个参加自愿体制的人还有机会考察相关的决定因素，并审查实际进程中的保障措施。在评估这些考量的说服力时，我们同时也要牢记，有待衡量的并非“生命自身的价值”，而仅仅是我们生命延续时间上的概率的些微增加而已。

如果我们接受以上诉诸“保守主义”和不信任所作的解释，那么它们也可以用来说明杀害与放任死亡（letting die）之间的区别：我们愿意认可别人有不拯救我们免于死亡威胁的自由，如果这样做是拯救他人的必要手段的话；但我们却不愿意容许他们将我们置于死亡的威胁之下，假如我们本来可以逃避死亡威胁的话。然而众所周知，杀害与放任死亡之间的区分似乎会容许某些直觉上不能接受的致人死亡的行为。在这些行为中，行为者自己不愿意去帮助已经处于死亡威胁中的某人，因为他认为，那个人的死亡能带来有益的结果（我



假定这些结果被认为是有益于行将死亡者以外的某人)。有关不能容许这些行为的直觉,可以通过限制不加拯救的自由度来获得满足,即:规定放任他人死亡的行为不能建立在排除他人之后的那种可欲的利益之基础上。双重效果法则(law of double effect)的反对者有时反驳道:诉诸某行为原理如此微妙的特征来确定是否允许该行为,是很奇怪的。然而,在目前的这一理论语境中,刚才所提出的区分在形式上并无反常之处。我们知道,权威的授予和权威的限制通常并不采用准许或禁止某些行为的形式,而是通过限制行为得以施行的基础来实现的。例如,言论自由就包含了这类限制,而且这是用来说明前面所提到的对言论自由的真正侵犯与表面侵犯之间差异的一个因素。^⑨

我们很容易得到限制这一情形的理由。人们都有强烈诱人的理由希望别人就此消失,因此,考虑到这些原因,为算计(calculations)打开方便之门显然就是跨出了危险的一步。由此一来,显然需要有一个恰当的限制条件,这一限制条件准许我们考量他人的死亡所带来的功利主义式的利益,却排斥从他人的死亡中所得到的纯粹自私的利益。但是,即便一个潜在的行为者察觉到了这一区别,他看来也不能让人信赖。

同要求互助这一明显的政策相比较,我们这里所提出的限制条件或许显得有些古怪。如果拯救他人会带来较大的牺牲,而我们能够允许人们不去拯救的话——事实看来正是如此,那么,我们为何不能允许人们为了从他人的死亡中获取相当大的利益而做同样的事情呢?答案看来是这样的,即:如果说奉献者的牺牲较少考虑的互助原则,这在我们看来要求过高,那么,与一种允许人们考虑从他人的死亡中获利的政策相比,其威胁性则要小得多。

在我看来,这些诉诸“保守主义”与不信任的解释,未能给予上述区分以充分的说明。然而,它们或许能解释为何这些区分对我们具有某种吸引力,却又同时仍旧是充满争议的问题。

^⑨ 欲了解包含这一特征的言论自由的观点,可参见斯坎伦的《一种言论自由理论》(1972年),也即本书的第一篇论文。

三 正当的程序*

在这篇论文中,我将提出一种一般性阐释,以说明缺乏正当程序如何使反制度行为(institutional actions)的主张成为合法要求。我想特别表明的是,正当程序的要求在何种意义上是根植于有关政治正当性的道德原则之中的;以及在何种程度上,它们却依据于对社会制度深思熟虑的设计之策略性判断。我的阐释将划定一个范围——一个远远大于“国家行为”的范围,在此范围内,正当程序的要求是适宜的;并

* 这篇论文最初是提交给我所参加的一个会议的。在修改它的时候,我受益于那次会议上的评论者与讨论者的反馈意见。我同时也受益于伦理学与法哲学协会成员的评论,以及罗纳德·德沃金的法哲学讨论班成员的评论,他们也都聆听了这篇论文的几次修订版。我要感谢这些听众成员们的耐心与帮助,我尤其要感谢布鲁斯·艾克曼与罗纳德·德沃金就这篇论文的主题所给我的许多有益的讨论。

且至少还要提供一个大致框架,用于决定何时特定的程序能构成对正当程序要求的充分回应。我同时也要给出一个有关实质性正当程序(substantive due process)的解释,并着手解释以下情形,即:为何当法院在执行一项得到认可的正当程序的法律权利时,会发现它们既要作出实质性的裁决,又要作出单纯的程序性裁决。

我所提出的说明信守一个自明之理,即:正当程序关注于防止任意决断,从而为人们提供保护。人们可以在我的说明中发现许多措辞和说法,它们一向被用来解释美国《宪法》的第五和第十四修正案。然而,尽管我会在一般意义上论及法院在提供和执行正当程序方面的作用,但我的说明却是哲学的而非法律的。我的说明基于一个观念,一个有关社会制度合法性的道德要求的观念,而不是基于美国或别的国家的法律实际如何的事实说明。我希望,对于有关法律正当程序的宪法权利的法律论证来说,我所谈论的东西会有所裨益,但我并没有把我的理论当做一种宪法解释来辩护。

(一)

正当程序的要求是社会制度——它们赋予一些人控制和干涉他人生活的权力——在道德上可接受的条件之一。制度能够以多种方式创造这样的权力。它们可以直接给予某些人以权威,使他们能命令他人,并提供强力使得他们的命令得到服从。它们也可以通过间接但却同样有效的方式来做到这一点。它们可以通过确保某些人控制资源或机会——对于社会中的人们所欲的生活方式来说,这些资源或机会都是重要的构成性因素——而达到对他人施加某种程度的控制。我谈论这些控制形式所使用的措辞强调了它们的消极方面和威胁性方面,但是,作为社会生活的一个方面,它们是人们无法以合理的方式完全避免的。首先,在琐屑的意义上来说,这样的隶属关系不可避免。因为,只要任何一个人有权利和能力去决定某一抉择,那么其他人就要相应地“服从他的意志”。此外,某些实质性

权威形式是达成许多社会目标的重要手段和有价值的手段。

但是,即便权利和权力给予某些人一种控制他人的手段必定是任何真实的社会制度体系的一个特点,权利和权力分配的方式作为社会制度的一个特征,却是最需要道德批判的,其本身也是最需要给予证成的。只有在我们能够给予这种证成的预设前提下,正当程序的问题才是一个有意义的问题。正当程序的重要性源于这一事实,即:一般来说,这些证成是有限制、有条件的。即便是一个人按其意愿移动身体和处置财产的权利也要受到限制,因为他不能由此给他人带来特定的伤害。更有意义的是,公职官员的权威非常典型地不仅要受到限制(例如,受管辖范围的限制),同时还是有条件的。也就是说,他们并非单纯地被授权去支出某些利益或施加某种负担,而是只有满足某些特定的条件后,他们才能这样做。例如,法官下令惩罚或罚款的权威,以及发放执照或吊销执照的权威就是如此。事实上,不受某些特定条件限制的权威是很少见的(或许总统的特赦权是一个例外)。

042

这一条件性特征不仅典型地适用于公职官员的权威,也适用于这样一些人:他们占据着非政府性制度——如学校、大学以及公司——的特殊权力位置。学校的管理者可以出于学业或纪律上的原因而让学生休学或开除学生,并能够对他们施加其他惩戒性的处罚。出于对经济效率考虑的要求,雇主有权(在缺乏特定的合约限制的情况下)解雇职员;并且,当解雇职员是公司纪律的必要手段时,他们或许也可以这样做。在这些情形中,对特定权威形式的限制和规范源自恰当证成该权威的本性。大致说来,学校管理者和雇主的权威要基于这样的基础才能得到辩护,即:他们这些权威是这些事业或企业机构有效运作的关键因素。^①然而,即便以这样的方式来为他们的权威进行辩护,也不可能由此就赋予他们无条件的权威,使他们随心所欲地解雇某人或勒令某人停职,例如,仅仅因为你不喜欢他的

^① 当然,考虑到这些制度的成本因素,我们也需要对是否创立它们进行这种正当合理性的证明。

容貌,他的政见,他的宗教信仰,或是因为他不愿意贿赂你,你就有权惩罚他。

但是,一旦授予某人以解雇或使他人停职的实际权力,我们就可以质问,有何原因能使我们相信这些权力不会被滥用。由此一来,我们除了要求制度所授予的权力应在道德上得到正当性证明之外,还有一个更进一步的道德要求,即:还应当有一些有效的保障措施,以确保权力的行使不会超出限制条件,并使其受到它的正当性证明所蕴涵的那些条件的制约。在某些情况下,很自然地具备这样的保障措施。因为在这些情形下,考虑到身居某一高位的人所能有的动机和顾忌,考虑到权位的结构性特征(例如,他们所面临的竞争压力),我们几乎没有理由认为,他们会超出他们的权威之外而乱来。而在其他情形下——即在存在放纵或肆意的明显诱因甚或明显机会时,我们可以通过设立回溯性的正义制度(system of retrospective justice)——这一制度对权力的不正当运用施加惩罚,并要求对被伤害者追加补偿——来提供一个有效的防御机制。

除了以上的保障措施之外,我们还可以引入一些特定的要求,限制权力行使者的决策方式,从而提供进一步的保障措施。正当程序就是这样一种形式的保障措施,它着眼于为防止权力的任意性提供某种保障,由此,它就要求权威的行使者通过公开的程序来证明他们所欲行使的行为之正当性,为他们的行为提供恰当的理由,并捍卫其免遭批判性的攻击。当然,公开程序的观念已经预设了为公众所了解的合理的特定规则的存在,而官方行为正是要参照这些规则来证成。

至于为决策行为所提供的理由是否充分,我们可以通过不同的程序将权威配置给不同的人或机构去判定。如果在一个共同体内,特定决策者的权威基础和限制已是众所周知,并被严肃对待,那么,甚至这样一种听证程序——允许决策者主持程序并宣布裁决——作为对权力的任意运用的限制性因素,或许也是不可忽略的。因为决策者此时会比较看重在履行职责时不会公然违反已被认可的标准。然而一般说来,只有当我们有可能诉诸某个独立的权威,而这一权威

又能运用国家的强制性权力来支持其决策时,由正当程序所提供的保障才具有确实性。

诉诸法庭之所以会为防止任意的权力运用提供更确实的保障,部分原因在于,相较于决策者来说,法官对于某个原初的争执较少偏向性;同时也因为,法官被认为是更能投身于程序正义的理想代表,而且,法官作为依据于相关规则和原则的裁决者,被认为具有更大的涉及信誉的长远的利害关系。在终审判决之前的每一个诉讼阶段,还会有裁决被驳回的限制来辅助这些个人动因方面的因素。当然,就终审判决权威的运用来说,我们实际上只能依赖个人的责任心、自豪与志向等因素,依赖于存在一种关乎权威基础和权威限制的公共观念,从而以此为基础来对权威运用的方式表达公共的赞许和反对。

(二)

正当程序能通过改变决策的条件而避免任意的权力运用,但它也只是诸多手段中的一种而已。还有许多其他的手段,这些手段通过使权力运用的动机更为良善,而寻求减少权力的任意性。如,让那些影响资深的民选代表来作决策。在特定的情形下,由这些民选代表来决策的规则,是一个可以接受的不那么任意的权威形式。这是因为,考虑到代表们行为的复杂动机——如再次当选的渴望,财政支持的需求,对自己选区或团体的忠诚和共同情感,成为一个公认意义上的“好代表”的渴望,在代表和政治家团体中受到尊重的愿望,等等。我们有充分的理由认为,在这些动机的辅助下,最终的决策结果会很好地符合被统治者的权利和愿望。

正如我所提到的那样,一套正当程序的制度也要依赖于动机因素,比如,法官的职业精神。但一般说来,这一制度并不需要控制权威的决策以使决策偏向于受影响方的利益。事实上,在我们最经常地诉诸正当程序的情形下(如前面讨论过的雇佣或者学校或监狱的

处罚),我们通常认为,决策者的权威要受到限制,而且其运用权威的考虑应当(很恰当的)在很大程度上独立于对最直接地受影响者的利益考虑之外。由此一来,在应用范围上,正当程序的权利这一观念就远远大于参与权或代表权的观念,它蕴涵着承认服从权威的人们也有权利要求对权威的运用进行正当合理性的证明,并有权利要求限制其不合法的运用,从而使他们自己得到保护,但这并不一定意味着,他们也有权利参与影响其决策的制定。^②

这样看来,正当程序的要求就包含着对现存权力关系的些微改变,这一事实使它们能作为特别廉价的补救措施而为法院所运用。就像在我们这样的社会中,因为对法律制度以及体现法律制度的程序给予高度而广泛的重视,正当程序的接受性程度还会提高。考虑到这些事实,人们可能会认为,如果法官有权力去处理重要的社会冲突,那么,这一补救措施就可能会被过度地使用。

迄今为止,我还没有尝试说明什么是正当程序的权利。我的正当程序解释的道德基础依据于类似权利的某个东西,也即这样一种观念:公民有合法的要求反对制度在重要的方面使他们臣服于他人任意的权力。但一般说来,要说明具有如此要求的公民何时有权利特别要求我所说的正当程序机制,却并非易事。因为,在第一部分中,我描述过一系列控制权力运用的措施。它们包括权威的自我约束情形、回溯性的正义制度以及伴随有逐级递升的司法审查的正当程序制度。

政治哲学的道德原则并不能确定在特定的情形下该用何种保障机制。这是一个策略性问题。我们只能通过分析某一特定背景中起作用的因素来解答它。这一情形类似于代表权的情形。我们或许可以设定一条道德哲学的原则,即:正义的制度应当为人们提供手段,使他们能有效参与那些可能影响他们的决策制定,当且仅当这一决

^② 可比照非力浦·塞兹尼克的阐述:“在(由正当程序所体现出来的)管治法律中,潜藏着一个参与的规范……一个法律命令应会过渡到一个政体”,参见其《法律、社会与工业正义》,纽约:贤者基金会,1969年,第275页。

策权力得到公平的分配,并且它的行使不会使某些人能践踏他人的权利,他们才能如此。但是,就某一特定的情形而言,对何种参与以及(或许)代表制度能满足公平和有效参与的要求这一问题,政治哲学就无能为力了。对恰当形式的选择或许要视地方传统、社会中经济和社会权力的分配、其他主要的分裂性冲突的本性以及其它变量而定。

在决定是否需要正当程序机制时,在衡量特定机制的适宜性时,我们似乎需要考察以下这些主要问题:

(1)一种既定的权力形式——如果不受监督检查——在何种程度上会越出其行使所要求的证成性限制之外而被运用?

(2)权力滥用所带来的严重危害程度如何?

(3)正当程序能够对权力的行使施加有效的监督检查吗?

(4)在这类情形下,正当程序的要求所产生的代价是否过大?正当程序的额外有效性(additional effectiveness)是否超过其他形式的带有额外代价的控制形式?

这里所说的代价包括延缓决策的代价,增添程序自身所带来的代价,除此之外,还包括使决策非人格化、将决策导向规则和程序所产生的个体代价和社会代价。

正如我已经描述过的那样,对权威的运用来说,哪里存在着适用于它的比较清晰的、被普遍理解的标准——这些标准能够作为背景性条件而应用于对决策的公共证成和辩护,正当程序的应用就在哪里最为有效。而当相关标准(甚至当用于评价一个特定决策的论证之出发点)变得越来越不清晰时,一种正当程序机制对决策者所施加的限制也就相应地变弱了,而决策者的权力本身却变得愈加任意了。我们同样也可以说,当相关标准——尽管可能会很精确——变得越来越难为大众所理解,直到最终它们只能为一个很小的群体所了解,这个群体只包括听证会的审查者、听证会的职员以及主要的辩护士,那么,以上所说的情形也会出现。

适用于不同情形的正当程序机制形式上的变化,并不仅仅因为只有通过不同的形式,才能为防止任意决策提供最有效的保护。我

们所熟悉的民事和刑事审判程序、纪律聆讯 (disciplinary proceedings) 程序以及行政上的听证程序, 能够起到多种不同的作用, 而不仅仅是为防止任意权力运用提供保护这一普遍作用。因此, 这些程序的某些特征就可以诉诸这些额外的目的而得到解释。例如, 许多听证会并不仅仅是发现事实或应用规则的机制, 它们同时也能起到重要的象征作用, 即: 它们公开地表达着, 受影响方有权利要求官方对其行为进行解释和证成。如果听证会 (审理) 要满足这样的目的的话, 那么相应的听证 (审理) 程序就要严肃地对待抗议者的反对意见, 并把他们的意见与权威的要求置于同等地位来看待。由此就引出了敌对的诉讼程序, 寻求辩护人的权利, 传唤证人的权利, 以及交叉审问证言相互冲突的证人之权利。而之所以要求有这些程序, 并不仅仅因为它们可以确保一个“正确的结果”^③, 从而带来相应的效益。而在刑事审判或其他程序的情形下, 当一个人被指控犯罪时, 就更强烈地要求应用以上所说的程序。因为, 他有机会对指控作出回应, 并为其行为提供他所认为是最好的辩护, 这才是其利益所在。而单纯确保对被告有利的事实和相关的法律理由, 能在某种程度上在法庭上提出, 却并不能满足这样的利益。在这两种情形——即: 将这些事实在法庭上提出, 与由被告或得到被告授权及参与的辩护人为了进行辩护, 而将这些事实呈现在法庭上——两者之间存在着重大差异。考虑到在用来规定刑事审判程序的基本理由中, 这一利益是一个构成性的要素, 那么, 将这些程序作为模式而用来说明正当程序的普遍要求的内容, 自然就是错误的。

在大学或中学的纪律聆讯程序中, 还呈现出不同的混合目的。教育机构的官员除了要公正地对待他们所面对的学生, 不滥用他们的权力这一普遍的义务之外, 还负有特殊的义务去关心学生们的理

^③ 为审判程序提供一种纯粹工具式的辩护是不充分的, 这一点已由劳伦斯·特里伯指出来了。参见其《数学式审判》(Trial by Mathematics), 载于《哈佛法学评论》, 第 84 卷, (1971 年), 第 1329—1393 页。

智要求和个人需求。^④ 因此,在纪律聆讯中,单纯遵循清楚公平的规则,以及告知学生他们所具有的权利,并给予他们机会去反驳加于他们的指控,仍然是不够的。这一机构或许也负有调查案情以发现对被告有利的证据之义务(以国家在刑事审判中并不需要担负的方式)。这一机构也应当着力于告知被控告的学生所能具有的各种不同的选择途径,并帮助他决定遵循何种途径而行动。^⑤ 我们会期望这些特殊的义务能通过两类程序之间的差异性而反映出来,即:在学生面临处罚时所遵循的程序,与当院系成员或其他雇员面临解雇时所遵循的程序之间。然而在这些情形下,正当程序的要求却始终如一。^⑥

(三)

我把正当程序描述为授权制度(power-conferring institutions)之道德合法性的条件之一。假定在一个特定的法律制度内,我所描述的正当程序的权利被承认为是一种法律权利,那么在某一情形下,法院将如何断定这一权利被侵犯了呢?似乎有三种可能性:

^④ 参见 W. A. 西维的《开除学生:“正当程序”》,载于《哈佛法学评论》,第 70 卷(1957 年),第 1406—1410 页。也可以参见未署名的札记《对私立团体行为的司法控制》,载于《哈佛法学评论》,第 76 卷(1963 年),第 983—1100 页,尤其是第 1002 页以及之后。同时还可以参见 Z. 查菲的《非赢利性团体的内部事务》,载于《哈佛法学评论》,第 43 卷(1930 年),第 993—1029 页。我要感谢欧文·费斯,因为在我写完这篇论文的初稿之后,是他让我注意到了后面的这两篇文章。

^⑤ 这就暗示着,通常被认为是公正的对峙性程序或许也是不充分的。出于类似这里所考虑的原因,有时候人们认为,对于维持大学纪律说,对峙性程序根本就不合适,而非非常类似于传统的叔伯式的“院长正义”(dean's justice)的某种方式则更为优越,因为它能更好地将关切性的调查、个人的咨询以及主持正义结合起来。但是,其潜在的任意性缺陷也是明显的和为人熟知的。一个明显的替代性方案是在应用规则的(可能是对峙性的)法庭与进行咨询和帮助揭开事实的独立官员之间进行分工。

^⑥ 对这些差异的一个替代性解释是这样的,即:当被指控者年龄较小时,正当程序自身就要求某些不同的方式。然而,学校官员所担负的特殊义务,看上去还是超过了一般家长论证所要求的内容范围。

(1)法院可以断定,考虑到特定权威的本性,它的不正当运用所可能带来的危害的本性,它被不正当运用的概率,它所要求的程序性保障措施在这一特定的情形下没有得到遵循。此时,法院作为(程序性的)正当程序的法律权利的保障者,从外部对决策过程进行评估。

(2)另一方面,法院也可以断定,尽管在特定情形下所遵循的程序在形式上是充分的,但在这些裁决中所接受的推理是有缺陷的,或者这些推理无论如何也不足以在正当的基础上证成某一特定的裁决。此时,法院在一个确定的正当程序制度中,作为诉讼过程的一个阶段而发挥作用。然而,是否赋予司法部门如此的权威去做这样的裁决,以防止早期司法阶段中的裁决偏颇,本身就是类型(1)中的一个程序性的正当程序问题。

(3)最后,法院也可以断定,尽管在特定情形下所遵循的程序是充分的,且用来支持裁决的推理也无懈可击,然而,在这些程序中所应用的规则本身却是必须被否弃的,因为它们超出了特定决策者所固有的权威之外。这些规则(如学校、监狱或工会的纪律性规范)能够被废止,是因为执行它们会侵犯某些特定的宪法保障条款(如,第一修正案中的某些权利)。然而,这只是一个特定的规则逾越某一特定机关所具有的权威的一种途径而已。我们也可以通过其他的途径来得到相同的结论,比如,我们可以论证说,考虑到特定制度的本性,某个特定的规则不能作为其权威要求的一部分。

按照我的理解,这第三种情况涉及的就是实质性正当程序。最为典型且最具争议的实质性正当程序的决策形式,并不依据于任何清楚的宪法限制条件,相反,却基于对特定权力所具有的权威之本性的诉求。制度的本性这一概念有可能会引发法律上和哲学上的质疑。因为,它试图通过诉诸定义来解决法律或道德问题,而且它易于引发这样的问题,即:这些所谓的定义来自何处?想必有人会说,社会制度没有可以被发现的“本质”,因而也就不能被当做可信赖的基础来解决哲学或法律上的争议。然而,一个重要的社会制度——它授权某些人对他人施加重大的权力——在缺少某些公共理性的情况

下是不可能存在的,因此,至少需要给出一个理由,以使公众理解为何这一制度是合法合理的。这一理由可能包括特定社会制度所着眼的社会目标的某些观念,以及制度参与者施加权威的方式合理地相关于这些目标的观念。如果某一制度的合理性不仅仅取决于那些希望维系其权力的人,而在事实上被普遍地认为是合法的,那么,某些这样的观念就会在社会中被相当普遍地接受,并能与主流观点的其他方面协调一致。这样的观念或多或少能得到清晰的表达。但它几乎肯定会在某些方面不太明确和不完整,且可能会逐渐发生变化与转换。然而,这类观念几乎必然要存在,并能作为论证的基础而发挥作用。

在我所想的这种论证形式中,诉求于某一制度的流行观念——即便这一观念具有最清楚和最明晰的形式——也无须是终极诉求。我们必须论证,所诉求的社会目标事实上是有价值的,同时还要为之辩护说,由制度所规定的权威形式是通达这些目标的合理手段,而且与这些权威形式所带来的代价相比,它们也是可以接受的。若在一个正当程序机制的背景下作出这样的辩护,该辩护所诉求的社会目标以及有关相对价值的判断本身,也都必须诉诸当代的标准来给予论证(或者,也可以在考虑到社会中人们所持有的其他信念和价值的前提下,而诉诸相关领域的应然标准来论证^⑦)。然而,尽管在这种意义上看,论证的限制性条件是由流行的观点所决定的,这一事实——即:我们不能仅从表面来看待一个制度的主导性观念所具有的价值,而是必须要看它能否相容和协调于其他社会价值——还是提供了某种程度的独立空间,并为批判留下了余地,由此,有关一个制度的主导性观念就能够得到扩展、澄清和修正。

许多非常令人信服的日常政治论证,正是基于对社会制度之本性的诉求的,但即便我们关于一个制度的观念经常并不完全确定且存有争议,然而,这些诉求却能产生非常确定的结论。例如,在我看来很明显的是,一个工会不能利用它有开除成员的权力,就向其成员

^⑦ 这种形式的论证在下面第(五)节有所探讨。

收集款项去资助某一特定的宗教团体,但它却可以强求其成员交纳款项去资助一个政治候选人或政党。我认为,这样的结论与其说是源于任何特定的宪法或法令的限制,还不如说是源于我们关于一个工会的本性和目标的观念。

由对制度本性的诉求而来的这些论证占据着一个不那么明朗的位置,因为这些论证居于对权利的考虑与对良好政策的考虑之间。我们可以用学术自由问题作为例子。在我看来,学术自由理论的基础在于这样的观念,即:学术机构的目标在于追求和传授某些被认可的学术科目的真理,当然,这些科目的真理是由这些科目的主导标准来规定的。^⑧ 相对于有关学术机构目标的这种观念来说,这些目标得到认可的合理途径莫过于以下方式,即:学者和教师的主要动因就是报告和教授任何在他们看来是有关学科真理的知识。尤其是,当教师和学者受到权力的约束,这些权力有可能用来影响他们去教授和报告被某些人所支持的学说,而不管这些学说是否是相关学科的真理时,保护他们免受这些权力的影响就更具有合理性。

学术自由理论通常就被看做是这样的保障措施。该理论对管理者和董事对教师所能施加的权威限制性条件,就直接关联于有关一个学术机构之目标的特定观念。而当这些限制性条件应用于一个教会学校时——其主要目的在于宣传某一特定的信仰,或应用于其创立目标就是为了提供某些被认可的学科的非正统教育的学校,例如,没有进化论的生物学,或某些关于历史的非正统观点,那样,这些限制性条件就毫无意义了(或只有一种不同且更为有限的意义)。

正如我所描述的那样,学术自由似乎更像一个忠告和建议,这一忠告和建议适用于对某些类型的学术机构的合理设计和明智管理,而不像一个权利问题。然而,通过应用正当程序这一普遍的道德原则或法律原则,由此限制学术机构的官员的权力和特权,从而使它们

^⑧ 当然,这些标准本身或许也要被修正和改动。下面的讨论利用了我的论文《学术自由与对研究的控制》,收入《学术自由概念》,E. 平克弗斯编,奥斯汀:得克萨斯大学出版社,1975年,第237—254页。

能协调并合理地关联于学术机构的根本基础与目标,那么,这样一个具有合理性的忠告和建议就能转化为一种权利。而为了捍卫这样的学术自由权利,我们也必须论证,我们值得创立这样的学术机构,并且通过学术自由权利来保障的学术机构的活动,是抵得上这一权利所带来的代价的。

实质性的正当程序决策与程序性的正当程序决策都包含着对某一特定制度观念的诉求。法院在作出前述第一种类型的程序性的正当程序决策时,必须对下述危险——即:制度以超出其固有权威的方式而运用权力所带来的危险——作出判断。因此,法院就必须使用某些有关这一权威本性的观念作为判断标准。而法院在作出一个实质性的正当程序决策时,就更进了一步,还要诉诸这样的观念来宣判某一特定的权力运用是否合法。

实质性正当程序决策与程序性正当程序决策之间的区分似乎等同于对制定规则的权威的司法审查与对应用规则的权威的司法审查之间的区分,但是,这两类区分又有不同。制定规则的权威也可以基于我所说的程序性正当程序而接受司法审查。例如,在某一特定的场合,我们或许会因为非常担忧制定规则的权力会被任意运用,因而要求特定的程序来限制规则的制定,从而防止权力的任意运用。对于实质性的正当程序审查来说,其独特性并不在于它是用来限制制定规则的权威的,而在于当法院运用它时,要直接诉诸这样的观念,即:某一特定制度的规则应当如何的观念。

由此一来,实质性正当程序决策赖以建立的那个潜在的饱受争议的基础——即有关某一特定制度的本性和目标的观念,实际上就已经构成程序性正当程序决策的预设性前提。然而,实质性正当程序决策应被看做是一种更具争议的司法活动形式,因为在运用它们的时候,法院对相关制度所施加的权威更大也更具侵犯性。至于法院运用这样的权力是否适宜其本身也是一个问题,亦即我所描述的广义上的程序性正当程序(类型1)问题。而为了支持法院运用这样的权力,我们可以论证,如果特定的权威能随其喜好来制定和运用任何规则,那么,对规则制定程序以及运用程序的司法监督无论如何周

到严格,都不能保护人们免受任意权力的侵犯。然而,这么说是有些夸大其词了。因为,强有力的传统、对特定权威的限制性条件、有着清晰观念的公众观点,以及受到任意规则影响的人们可能的反抗,这些因素都会对制定规则的权威施加某种限制,如果再加上恰当的规则制定程序这一约束条件,则限制的有效性就会进一步增强。但是,尽管这些同样的因素也对规则应用的方式施加了限制,但这一限制却总是不充分的,即便是程序性保障措施得到了遵循,情形也依然如此。这可以由下面的事实来说明之,即:至少在某些情形下,我们认为,法院不仅应当有权力去要求在最初决策时要遵循正当的程序,而且,当这些程序很明显是对相关规则的滥用时,法院还应当有权力去推翻这些程序所产生的结果。由此一来,要求有时运用实质性正当程序的论证,就类似于要求有时运用以上类型(2)的程序性正当程序的论证。

由此看来,当我们论述第二种形态的程序性正当程序作为可能的补救手段所要处理的权力的任意性威胁经常存在,而相应的制定规则的权威滥用其权力的威胁却从不存在时,那就是非常令人难以置信的。但是,尽管后一种威胁也依旧存在,我们是否就由此要求作实质性司法审查,或者说,实质性的司法审查能否为限制它提供有效的保护,则是一个更为深刻的问题。

对实质性司法审查提出质疑的一种理由是基于对这种论证的怀疑,即对那种诉诸制度本性之论证的怀疑。因为,如果这些论证被看做是无足轻重的修辞——即:根本不是论证,而只是一种论说方式而已,实际上在其中找不到有用的标准,并且几乎所有的事情都可以获得同等的合理性辩护。于是,依据于这些论证的审查程序本身就是一个具有高度任意性的权威形式,或许同它所意欲限制的权威一样具有任意性。我在上面已经表达过并试图用例子去论证这样的观点,即:对多数重要的社会制度来说,我们能够以一种合理的方式去论证“制度的本性”。但即使这一点得到人们的承认,我们也可以反对授予法院这样的权力,使它们能依据这样的判断——即某些规则或条规不合乎某个(特定组织之本性的)流行观念,或不能诉诸这一

流行观念而得到证成——去废止那些诸如私人团体的某些规则或条规。我们或许会认为,准许这些组织(在满足程序性正当程序标准的前提下)去规定和改动它们的目标和根本基础是更好的选择。粗略地说,这里的关键性问题似乎是一个权衡问题,即:在两种目标之间寻求恰当的平衡,一种目标是保护人们免受任意性规范和要求的侵犯,另一种目标是允许人们为了共同的目的结合起来,并规定他们自己的合作条件。在下一部分,我还会更多地讨论这个问题,还有有关制度自律的主张。

(四)

我已经论证过,正当程序要求的基础在于有关授权性制度的合法性条件。由于国家只是众多授权性制度之一,所以正当程序要求可能的应用范围就远大于“国家行为”的范围。在我看来,这一结论符合我们有关特定情形的直觉。例如,在使学生休学或开除学生的情形下,我们就不会任意到要依据制度是否接受州政府或联邦政府的资金而将制度区分开来,从而给予学生的正当程序权利以不同的考虑。我们之所以会将这样一种区分看做是任意的,是因为:首先,在这两种情形下,学生的人生历程所受到的严重震荡——在我们的社会中,这一震荡可能会源于被大学开除——并无实质性的分别;同时也因为,在这两种情形下,如果缺乏程序性保障措施,管理者实施任意行为的概率也相差无几。考虑到申请者对进入大学的重视程度,以及申请者在大学面前并无真正的讨价还价能力,因而我们便几乎不能期待,学生在决定进入哪所大学时的选择自由,就能对学校管理者的权威施以有效的限制;我们也根本不能把申请者选择加入某个特定学校的抉择看做是这样的授权行为,即授予学校管理者任何合乎期待的权力。不管怎么说,就这些事情来看,在私立制度与公立制度之间几乎没有区别。

然而在我看来,尽管司法部门运用正当程序要求的范围并不限

于国家行为,却的确存在着一个活动领域,我们可以将其称做纯粹自愿组织的领域,在这一领域内,正当程序要求的运用所具有的说服力似乎被削弱了。在这一部分,我将尝试着更清晰地刻画这一领域,并考察正当程序要求在这一领域内看起来被削弱的方式。^⑨同时,我还想表明,即便是国家行为并不构成正当程序执行的外在边界,国家行为的观念又是如何仍保留了某些内容和说服力的。

即便是考虑上面所提到的相似性,国家所支持的制度和私立性制度之间的差异或许对于正当程序来说仍是关键性的,如果运用正当程序对两种制度的要求所蕴涵的代价存在着实质性差异的话。然而,至少当我们专注于程序性的正当程序时,并且当我们关注于传统意义上的学院和大学时,情形就并无不同。我们或许可以想象这样的教会学校,在其中,教义和信条所规定的权威关系完全不合乎通常的正当程序要求。而在这一情形下,施加正当程序要求所带来的代价将会非常大,或许会严重地改变——如果不是毁灭的话——制度生活的有价值的方面。这样的学校是非常特殊的,因为它并不仅仅着眼于提供这样的教育——这些教育是社会中的大多数成员所求职业要求的,相反,它要为某些人提供一种特殊的生活方式,这一生活方式因其自身的目的而为那些恰好珍重它的人所选择。由此一来,相比较于那些接受这样一些制度(进入这些制度是获得社会中某些最受追逐的位置的主要途径)——像普林斯顿大学或密歇根大学或哈佛法学院——要求的人来说,那些接受像教会学校这样的制度要求的人,就是基于更强的自愿性而作出选择的。

然而,就程序性的正当程序要求在这些制度中被日益削弱的情

^⑨ 要了解与自愿性团体相关的法律,可参见本文前面的注释^⑤所提到的材料。我在这里所使用的许多直觉性的区分已经在这些材料中以清晰而富有洞察力的方式呈现出来了。

在下面的讨论中,当我区分“纯粹自愿的”制度与“并不完全自愿的”制度时,我并不认为,那些加入后一类制度的人——就像大学里的学生——就是不自愿的。对后一类制度来说,我的观点是,考虑到拒绝加入它们所承受的代价,我们就不能仅仅诉诸其成员同意接受制度的权威——这一同意体现在他们是自愿“加入”制度的——来为这样的权威进行辩护。

况来看,其关键性原因在于这一特征,即:正当程序形式与制度的目标之间直接冲突,而并非是基于加入制度时的高度自愿性特征。因为,即便是完全自愿地加入某一制度,但如果官员权威的滥用对个体造成的代价太大,并且权威滥用的概率很高,那就显然要求实施程序性的保障措施。但就以上提到的教会学校的例子来说,这种显见的情况却被实施正当程序要求所带来的非同一般的破坏性后果所僭越。

在这类自愿性的制度中,至少在一定的程度上,我们可以正确地将制度中的官员所具有的发布命令、惩戒以及开除其成员的权威,看做是源于一种契约的权威,并将这一权威的界限和限定性条件看做是由其成员(自愿地)加入时已接受的条款所确定的。然而,即便是成为某一制度[团体]的成员是完全自愿性的,这也不能排除会出现这样的情形,即:某些人所具有的单方面解释和施行成员“契约”条款所蕴涵的权力存在着巨大的不平等,因此,施加程序性的正当程序要求的需要,就不会为这类制度的自愿性特征所消解。

但是,实质性的正当程序要求则是另一种情形。因为施行它就相当于授予法院以这样的权力,以至于法院可以就这些团体及其官员所具有的权威之界限和限定条件作出独立的判断,这一判断是建立在关于这一制度的本性之观念之基础上的,它不需要由其成员的理解来独立确定。而在一个纯然自愿性的制度下,这就代表着对个体自由的严重侵犯,即侵犯了个体按其所愿加入这类制度并确定他们的制度性条款的自由。

但是,就最为重大的社会制度来说,几乎都不具备如此高度的自愿性特征。在社会制度还不是完全自愿性的制度时,就存在一些限制性条件,它们要对目前的成员或官员确定其制度条款——也即其他人或许为了利用这一制度所提供的利益而要接受的条款——的自由程度作出限定。而这些限定条件的一部分就是由上述制度的本性所确定的。

让我还是回到传统的学院和大学的情形中来。对大学规范和政策变化的限定或许源于公平告诫(fair warning)的要求,和满足已经入学学生的合理期望的义务。在确定什么样的期望是(或曾经是)

合理的时,我们或许要诉诸这些学生入学时所理解的“大学理念”来决定。这时,对制度本性的诉求就有助于我们去填充一个模糊的或没有得到完整表达的协议的内容。然而,我们也可以在更强的意义上诉诸大学的理念,从而将其看做是对入学条件的限定,或将其看做是对仅适用于将来入学的学生的条款的限定。

起初看来,几乎所有的这类条款都会免于实质性正当程序的审查,只要这些条款与正常的教育目的合理相关,或能够被纳入到教育试验的名目下。而对于那些显然是无用或乖僻的条款来说,情况则不甚明朗。我在此所能想到的这些条款是诸如这样一些政策,例如,把入学条件限制为仅对那些高于六英尺的人开放;或者是这样的大学政策,即:要求新生只能在有人跟他谈话时他才能说话,并且要作为仆人服侍那些年龄大的同学和教员。

如果我们认为法院不应当介入进来去审查这类政策,甚至可能废止这类政策,这大概是因为下述原因:我们感到自由地去试验新的和不同的教育形式是一件好的事情;我们认为制度间的竞争性压力会抑制过分的行为出现;以及,存在许多相当的可供选择的制度,能有效地防止某个学校所采用的乖僻的政策给潜在的申请者所带来的高昂代价。如果考虑到大学所占据的地位——它们是通达社会中最可欲地位的通道,那么,以上的这些原因对于主张法院的不干涉来说就是关键性的考虑。如果这些条件不能满足的话,即:如果与合理的教育目的无关的某些入学的限定性条件不再仅仅是某些特定制度的乖僻政策,而变得非常具有普遍性,由此有效地将一类人排除出大学的教育和所有这些职业——大学教育是通向这些职业的主要道路——之外,那么,要求司法部门出于实质性的正当程序的基础而加以干涉的理由就很强大。

这正是出现[教育]歧视的情形下所发生的情况。那些曾经是或可能仍是无聊的偏好(某些制度可能被允许去迎合这样的偏好)——诸如,大学对于高于六英尺的人的偏好——一旦以普遍的姿态出现,就会带来不可接受的后果。这些偏好也就不再能作为可以接受的基础而用做限定入学条件。这类反歧视的判断可以被视做

是实质性的正当程序决策,这些决策诉诸前所备述的制度之本性的论证。大学招生官员之所以不能遵循只录取白人的政策这一判断,是基于下面的另一个判断,即:大学不能把成为一个完全白人的机构视做其限定性目标。而之所以不能这样做,是因为在此情形下,允许教育(以及别的)机构如此限定自己的目标所带来的代价是人们不可接受的。那么,这其中的代价又是什么呢?首先,将会有一整群人被有效地排除出社会生活的重要领域之外。当然,任何一组标准如果被某一特定类型的机构(像所有的大学)所普遍执行的话,那么,它们总会排除某些“群体”,即那些不能满足这些特定标准的人。或许,任何这样的排除,当其变得足够普遍时,其所带来的代价就总是我们必须要考虑的。然而,被我们视做是歧视性情形所带来的代价最为重大,因为这些情形下的排除性标准对其所指向的对象表达出了侮辱性的态度。一旦出现如此情形,即这些态度被广泛地散播,并为人们普遍尊奉的话,也即是说,一旦某种歧视成为问题的话,那么,允许制度如此限定自身[的目标]以至于能排除其所歧视的群体所带来的代价就是很高的。这或许就能够说明,为何在国家生活的某些领域内,即便如此限定并不会有彻底排除的威胁出现,我们还是拒绝制度如此限定自身。例如,在1975年,我们不会接受成立一个纯粹白人的职业运动队的要求,即便其并不会带来排除黑人运动员的威胁。

禁止制度歧视黑人的这种实质性正当程序论证所得出的结论是:它并不是要求制度的政策必须是“色盲”(color blind,意即:不分肤色或免于肤色和种族歧视的政策。——译者注)。一个只招收黑人的大学就不会基于我刚才所提到的理由而引起人们的反对,因为,目前看来不会存在这样的危险,即:白人由此而被普遍地排除出高等教育之外,或被排除出高等教育中一些重要的制度之外。一个排除白人的政策并不一定是基于敌视白人的态度,而且即使是这样,由此引发的对白人的自尊和社会位置的威胁也并不严重。此外,采取这类政策的制度也可以被认为是要服务于重要的文化价值(在1975年的美国,在排除女人的制度和只适用于女人的制度之间就存在着一个相似的不对称)。

我已经提到,反对歧视的实质性正当程序论证所得到的结论,应以一种否定的方式陈述为这样的判断:制度可能不被人们允许采纳某些目标作为其限定性的根本原理(defining rationale)之一部分,或以此来为其政策作辩护。^⑩人们或许认为,这样的判断同样也可以肯定的方式来陈述,比如,我们可以将其陈述为:大学必须只能采用与主导性的学术目标合理相关的入学标准。我要对这个替代性的陈述公式作两点评论。

首先,如果对这一规定作狭义的理解,从而将其看做这样的要求,即:既然大学的主导性目标是教育,那么它们就必须采用已经得到展露或凸显出来的学术卓越性(academic excellence)作为唯一的入学标准。然而,这一建议从来没有得到采纳,而且也不应当被采纳。但是,学院和大学应当能够去选择它们自己的独特风格,并在选择学生的时候,能自由地采纳其他标准——这些标准相关于它们对自己独特风格的设想——去补充严格的学术标准。而排除这类变动的实质性的正当程序决策,即便是其在某种程度上也要求采用非学术性标准去打破录取时的僵局,也是错误的。我认为,这就表明,实质性正当程序论证必须作一种消极的理解,也即是说,必须把它看做只是排除了某些目标和标准,而非要求别的目标和标准。

其次,认为学术卓越性的标准本身是至高无上的,这也是错误的。我已经强调过这样的事实,即:大学是通向我们社会中最普遍可欲的职位的通道。学术成就的标准的确与用于选拔人才到这些职位上的合理的、以效率为基础的标准有些关系。但是,它们之间的关联程度也确实可能被人们夸大,并且就许多职位来说,它们之间的关联性通常都毫无疑问地被夸大了。无论如何,普遍运用严格的学术标准作为学院、大学和职业学校的入学标准,可能产生双重的代价,它既趋向于保留某种形式的歧视,又趋向于创造自身的分层(stratification)形

^⑩ 在这一方面,我对歧视的分析类似于罗纳德·德沃金在其文章《进入法学院的权利——迪弗尼斯案件》,载于《纽约书评》,第23卷,1976年2月5日,第29—33页)中提出的分析,但我并不像他那样从一种普遍的理论区分出发进行论证。按照他的这一区分,与他人结合或不与他人结合的所有偏好都是可疑的。

式。因此,我们必须将其所带来的代价与其作为提升效率的手段所具有的价值进行权衡。我在此并不是主张,权衡的结果是反对学术标准。我只是指出,学术标准所代表的优绩(merit)原则尽管或许因其自身,并且也因其作为艰难赢得的寄居地而可以避免任意的和歧视性的惯例影响,从而具有很大的吸引力,但它也必须对其所包含的代价作出辩护。^①

让我总结一下这部分的讨论。我在上面提到了两种存在重大分别的社会制度。一种是真正自愿性的制度,另一种制度作为达成社会中的人们有理由欲求的利益之手段,因而对于社会生活来说极端重要,以致它们的权力不能单单诉诸这样的途径来确证,即:任何不愿按照它们自己的条款与它们交涉的人都可以选择不与它们交涉。显然,一种在某时是真正自愿性的制度也可以随着条件和习俗的改变而变为非自愿的制度。或许,学院和大学就曾是我们社会中真正自愿性的制度,而现在它们却不再是这样了。程序性的正当程序要求既适用于自愿性的制度,也适用于非自愿的制度,但是,对于实质性的正当程序的应用来说,这两种制度的区分却是关键性的。真正自愿性的制度对其成员所施加的权威,可以合理地看做是源于其成员的同意,并且,这些制度的更为一般的证成条件也只在这样的价值,即:允许个体可以为他们选择任何与其目标结合起来的价值。^②

然而,当一种制度不再是真正自愿性的制度而转变为一种提供某些重要公益品的机构时,其权力就需要进一步的证成。这一证成显然要基于这一制度在提供特定公益品时所发挥的作用之基础上,而制度中的个体所具有的权威也必须要这样给予辩护,即:它是提供这一公益品的合理的且可接受的途径之一部分。由此一来,对非自

^① 参见托马斯·内格尔的《平等对待与报偿性歧视》,载《哲学与公共事务》,第2卷(1973年),第348—363页。

^② 在决定我们为了私人性的目标去与之结合时,在决定可以要求成员之外的人所担负的代价之大小程度时,我们或许必须要考虑这些目标的内容。在此,我只是想说,就制度对其成员所施加的权威的内容来说,诉诸非自愿制度下的特定目标,以此作为其作辩护所具有的辩护力,不同于对自愿制度下特定目标的诉求。

愿性制度来说,我们就具有了基于实质性的正当程序的理由而对其施加评判的基础。但是,这并不意味着,对于任何制度来说,法院都可以正当地将它的如下观念——即:有关这一制度的主导性功能所要求的观念——强加于这一制度之上。制度的自律以及提供相同公益品的制度之多样性本身就是[制度的]重要的价值。即便某类制度不是完全自愿性的,但是个体的抉择能力,即个体在同属一类不同制度之间进行抉择的能力,或许可以作为充分的保障措施,从而可以防止制度的任意限定或无根据规定。然而,如果制度自律的运用可能导致整体性的排斥或其他不可接受的社会代价之后果,那我们或许就要运用司法干涉来限制制度的目标,而制度的政策正是要参照这些目标来给予证成。

对“国家行为”的一点评论。国家是一个最强类型的非自愿性制度。社会中的每个人都要臣服于它的规定,并且大多数人不管他们意愿与否都被要求去支持其活动。然而,国家的活动是多种多样的。国家的某些活动如果就其所着眼的特定目标来考虑的话,这些活动本身就是我所说的非自愿性制度(国家支持的大学就是一个例子);而其他活动则更接近自愿性的制度(国家公园以及对学术研究的资助在我看来就属于这一范畴)。^⑬

⑬ 我们需要对自愿性制度这一概念作某种澄清。我们关注的是某些人能对他施加的权力形式,而在一个单一的制度内,可能蕴涵了几种不同形式的权力。例如,一个社会俱乐部就能对其成员施加某种形式的权力,也对那些要求成为其成员的人施加某种形式的权力,同时还对其雇员施加某种形式的权力。就前两种形式的权力来说,这个俱乐部是一个纯粹的自愿性制度,而对第三种形式的权力来说,情形则并非如此。这样说来,我们所提到的政府机构就其对它的受惠者(beneficiary)所具有的权力来说,它们类似于自愿性制度;而就其对其雇员所具有的权威来说,则又类似于公司或其他的雇主。

那么,像国家科学基金和国家人文科学基金这样的研究资助机构又属于哪种制度呢?这些基金的接受者是类似于受惠者还是类似于雇员呢?这一问题的答案要视这些资助所具有的作用而定,即:要看它们在进行相关的学术科目研究所需要的经济条件中所起到的作用而定。如果基金只是提供了暂时的资助,从而使得其接受者暂时从别的长期的雇佣关系中摆脱出来,那么,它们似乎就属于自愿性制度的范围。然而,如果基金资助是持续性的,并且,缺乏这些基金的资助就会使得人们在进行相关领域的研究时缺乏经济条件,那么,它们就又不属于自愿性制度的范围了。

然而,所有这些活动既然都是由国家的税收来支持的,那么,它们就都从属于某一特定的非自愿性制度的事业范围。因此,它们也都要受到由这一制度的本性而来的条件和限定的制约,而这些条件和限定却可以不适用于别的有着相同目标的(自愿性的或非自愿性的)组织(像非公立性大学、私人性的娱乐场所以及用于资助学术研究的基金会)。由此一来,我们就可以禁止诸如由国家税收支持的那些制度将从事宗教或政治活动作为其职能之一部分,尽管同等的私人性制度可以这样行事;并且,由税收所支持的制度或许要受到更严格的条件限制,亦即:要受到公平地分配制度的利益之条件的限制。这些条件和限定可以在实质性的正当程序(这一程序适用于国家中的那些特定的非自愿性制度)的名义下来执行。然而,既然国家只是许多非自愿性制度中的一个而已,那么,它就只是一个应用实质性的正当程序的特殊情形。为了表明实质性的正当程序适用于某个特定的制度,我们并不需要指出这一制度是国家的活动,而仅需指明,这一制度像国家一样也应当被认可为是非真正自愿性的。

(五)

或许最具争议性的实质性正当程序决策是诸如法院由此推翻了立法机关的立法结果这类决策。按照我在本文第三部分所提出的一般框架,这样的决策可以采取如下两种方式:某法规或许与特定的宪法禁令相冲突,或者是它或许逾越了较普遍意义上的立法机关的权威,而这一权威可以诉诸关于立法权威的本性之论证来确定。第一种类型的决策本身就相对较少争议性,尽管我提出它们的方式看来有些奇特,因为它似乎表明,任何一种司法审查都是实质性的正当程序的案例。稍后,我还会回到这一点上。第二种类型的决策要遭受前面所讨论过的那种针对实质性正当程序两种反驳意见,即:对诉诸制度的“本性”之论证的质疑以及制度

的自律要优先于司法权威的运用。这些反驳意见也适用于此处所讨论的情形，只是形式稍微有些不同，而说服力则明显得到了增强。

第一种反驳意见的说服力看上去得到增强的原因在于，此时问题的焦点已不仅仅是，是否存在某些基础，由此有关一个制度的本性（在这一情形下，也就是立法机关及其权力的本性）之主张能合理地确定下来，而是这些主张是否能够诉诸对宪法的解释而被确定下来，因为我们认为，毕竟只有宪法能界定政府权威的界限，由此可见，法院应当是限定政府权威的唯一基础。第二种反驳意见的说服力之所以得到了增强，是因为实质性的正当程序决策所要否决的对象不仅仅是这样的欲求，即：较小群体也能被准许为了他们的目标而结合起来的欲求，而是要否决立法机关的决策，而立法机关的决策在我们看来毕竟代表着所有人的政治声音。

如果我们能暂时假定，宪法的正当程序条款能被看做是正好要求我所论述的正当程序，那么，我们就可以比较容易地应对第一种反驳意见。因为按照这一假定，严格来说，我所描述的实质性正当程序论证，就是对宪法之要求的论证，正如对言论自由的要求所做的论证一样。在这两种情形下，都有一个简略的宪法标准，并且争论的主题都相关于权威的配置（就第一修正案来说，是关于限定言论自由的权威配置的，而在其他情形下，则相关于更普遍意义上的权威配置）。在这两种情形下，宪法都没有明确规定什么是在相关类型中可以接受的权威体制。由此一来，在应用每一个标准时，法院都要运用某个不为宪法明确支持的关于权威的观念，并且，法院还需要诉诸宪法以及被普遍接受的政治道德原则去论证，这些有关权威的观念在流行的社会条件下是站得住脚的。^⑭

当然，刚才所比较的两种情形之间也存在着一些差异。与此处特别相关的一个差异，是两个原则范围上的差异。言论自由是一个

^⑭ 我这里的论述近似于罗纳德·德沃金所做的有关概念与观念的区分。参见其文《尼克松的法理学》，载于《纽约书评》，1972年5月4日，第27—35页。

特别具体的问题,并且只是宪法所要处理的许多问题中的一个问题而已。然而,我所论述的实质性正当程序却要处理所有政府部门(甚至是政府部门之外)的权威之基础和边界,也就是说,它要处理整个宪法的主题内容。因此,实质性的正当程序论证或许只是这样一种论证,即:对有关宪法的所有剩余部分所要求之事的论证,而在这一情形下,正当程序的条款除了要求程序性的保障措施以外,并没有给宪法的剩余部分增加什么内容;或者是作出实质性的正当程序决策的权威为这类普遍的理论论证打开方便之门,也就是为政府的权力应当如何的理论论证打开了大门,而这也就相当于为司法修正和扩展宪法打开了大门。

显然,宪法包含了我们社会中根本的政治原则,并在我所论述的实质性正当程序论证中起着主导性的作用。然而,为了确定刚才所提出的哪一种选择方案能从我的观点中衍生出来,我们还必须知道,在何种程度上,我所描述的论证形式是包容在对宪法解释方法的充分阐释之中的。而为了达到这一目的,我们就需要一种我不能提供的有关宪法裁决的普遍理论。¹⁵

然而,反对实质性正当程序决策而赞成(相对于立法判断而言的)司法节制(modesty)的论证,通常不仅仅是有关我们的宪法和法律传统要求什么的论证,而且还是这样一种政治理论论证,即:关于在民主制度中,什么是恰当的权威配置的论证。¹⁶由此一来,这些论证就从属于我所提出的框架。正如我所评论过的,这些论证所关注的是一个有关类型(1)的程序性的正当程序问题(正如对各种不同形式的司法审查之适宜性的质疑所关注的问题一

¹⁵ 我们同时也要诉诸这样的理论来决定我们所提出的选择方案是否得到了恰当的描述。罗纳德·德沃金提出了一个裁决理论,而且这一理论看上去包含了我所描述的这种论证的大部分内容。参见其《棘手的案件》,载于《哈佛法学评论》,第88卷(1975年),第1057—1109页。

¹⁶ 只有在这两种论证能被区别开来的情况下才会如此。当然,后一种论证易于在前一种论证——即有关我们的宪法和政治制度要求什么的论证——中起到重要的作用。我在这里只是提议探讨政治理论的问题,而没有探求有关政治理论的论证在这一更大的论证中所起作用的问题。

样)。通过考虑以上所提出的四个问题,这些论证可以在我的框架内得到呈现。这些问题是:(1)特定权力滥用^①的概率;(2)所包含的危害之大小程度;(3)在何种程度上,实质性的正当程序审查能缓和权力的滥用;(4)诉诸实质性的正当程序审查所包含的代价。

类型(1)和类型(2)的问题,即关于立法过失的概率问题,以及在何种程度上立法机关的自我约束是否可靠的问题,在反对实质性的正当程序的论证中起到某些作用,正如类型(4)的问题——这一问题主要关注的是害怕将人民的统治权遗失给独裁的司法部门——也起到某种作用一样。然而,类型(3)的问题——即:实质性的正当程序审查自身就是一种可以接受的非任意性的权威形式吗?——在反对实质性的正当程序论证中起着突出的作用。这一问题又可以分为两个小问题:是否存在着比较清晰的标准使我们能够依此去运用实质性的正当程序论证?我们是否有充足的理由认为法院在作出决策时会持守这些标准?在此,无论是作为一个政治理论问题还是作为一个法律问题,“对宪法的解释”以及我所说的“参照制度的本性之论证”之间的关系问题,就具有人们一般所认为的那种重要性。因为,在某些以这种更为扩展的形式呈现出来的反对实质性正当程序论证的背后,存在着这样一种理念,即:只有在司法审查的过程合理运用了比较具体的宪法准则时,它才是一种可以接受的非任意性的权威形式。

这一理念或许有时是由这样一种观点激发出来的,即认为:在达成实质性的正当程序决策时,法院必须(a)或者运用某些相对清晰

^① 在对(1)进行解释的时候,存在一个循环论证的小问题。因为,既然处于争议中的问题是立法权威的范围,而且在何种程度上,立法机关的指令是终极的不可更改的指令,那么,我们就不能预先设定大家都一致同意什么是立法权力的滥用。因此,为了使论证能继续进行,我们就必须假定至少存在着这样一些一致意见,即:某些类型的立法行为特别不为人所喜欢,如果它们频繁发生,就至少要引发立法权威是否是可接受的问题(司法节制的赞成者似乎都普遍断定存在着某些这样的一致意见,因为,尽管他们反对司法干涉,却也通常承认他们对立法受到攻击感到痛惜)。

的宪法准则；(b)或者记录下它认为普遍的公共意见；(c)或者将其自身的私人哲学观点法律化。然而人们认为，(c)具有不可接受的任意性，而就(b)所涉及的事情来说，一个被选举出来的代表性团体会比法院做得更好，因此，(a)就代表着唯一可接受的选择项。当然，这一结论的说服力还要视在(a)中出现的“运用”这一概念如何得到理解而定。在此我无法探讨是否存在一种对(a)的合理的解释之类的问题，这一解释包含了在非正当程序领域内那些被普遍接受为合法的宪法裁决的内容，然而却排除了我在讨论实质性的正当程序时所描述的那种推理。我在上面已经论述过，如果对(a)作狭义的解释的话，那么(a)、(b)、(c)并没有穷尽相关的选择项。我们也可以对社会中可以接受的权威配置进行理性的论辩，而在某些情形下，与不受约束的立法权威这一选择方案相比较，要求法院通过进行这样的公共论辩去解决问题或许是一个较少任意性的决策方法。

当然，如果法院可以基于这样的理由而有权威决断的话，它们有时也很可能会作出错误的决策。但是，我们不能从这样的事实——即：某些决策荒谬异常——就推论说，我们最好还是采纳一种形式原则（如，司法节制原则），以从根本上禁止法院进行这样的决策，从而避免荒谬决策的发生。这样的原则类似于立法行为中的形式原则，如，要求代表按照他们的选民之深切愿望投票的原则，或者，也可以说是允许代表按其良心来投票的原则。个体的决断可以不违背任何这样的形式原则，但基于实质性理由来看却显然是错误的。^⑬ 这样的原则必须基于我们刚才所讨论的那类普遍理由而得到论证，也就是说，我们要表明，考虑到决策的条件，决策者所面临的压力以及可能的决策方法，采纳这一原则对于限制决策的任意性来说是必须的，或者说，这一原则有助于提高决策进程的效率或可靠

^⑬ 我认为，对罗奇纳时代著名的实质性正当程序案例来说，情形就是如此。这些实质性正当程序案例以自由和契约自由的观点为基础，然而，这些观点不能按照我所阐述的实质性正当程序决策的要求，来给出一种融贯一致的辩护。

程度。

与其继续进行这种一般性的争论,我还不如通过考察论证司法节制的一个特殊情形来结束我们的讨论。按照我的观点来看,实质性的正当程序决策包含权衡的成分。在达成这样的决策时,法院或许经常要面临这样的裁决,即:准许某个制度以某种方式运作或追求某一特定的目的所具有的工具性价值,是否能为制度的某种权威形式的运用提供辩护,而不管其运用所带来的代价如何。人们通常认为,代表性团体的出现就是特地要去解决诸如此类的问题的,而法院在从事对先前由立法机关达成的权衡性决策作出重新衡量时,或者是徒劳无功地试图使自己能比立法机关更好地反映公众的感情;或者是以违反民主原则的方式将自己的偏好凌驾于整体人民的偏好之上。为了反对这一论断,我要论证,可以通过权衡的方式予以恰当解决的问题有多种不同的形式。而对某些问题来说,既存在可以接受的司法裁决的方法,又有理由去说明,为何这一方法应当优先于纯粹的立法决策。

就大多数法律(以及某些哲学)理论中所使用的“权衡”这一语词的意义来看,几乎任何事物都可以与任何其他的事物“相权衡”。让我大致区分一下各种互竞的考虑得以相互权衡的三种不同的决策方式,而我并不认为这就穷尽了所有可能的决策方式(甚至也不认为这三种决策方式不能相互蕴涵)。我把第一种决策方式称做“集合权衡”(aggregative balancing)。这一方式是传统的功利主义论证的典型形式。按照这一决策方式,要把趋向于从一个特定行为或政策中得利的人们的利益总和,同趋向于那些失利者的损失总和进行比较。集合性权衡的一个本质特征是:如果改变每一方人员的数量,例如,通过大量地增加得利者的人员数量,或大量地减少失利者的人员数量,那么,结果总会不同。

个体决策的方法之一,是与作为一种社会选择方法的集合权衡相平行的、可以称之为“个体概率式权衡”(individual probabilistic balancing)的方法。在此,个体是指单个的个人,当某一个体面临在导向诸多不确定结果的各种抉择行为作出取舍时,就要考虑每一

种抉择所带给他的结果的价值总量,并同时要考量这些结果出现的概率。这样,他最后就会选择可能带来最大价值总量的方案。例如,当一个人从他的视角考量有关警务搜查的各种不同政策之可欲性时,或许就要考虑每一种政策带给他的安全方面的保障,以及被搜查时所带来的消极价值,同时,他还要考虑在每一种政策实施的情况下他可能被搜查的概率。如果(或许正是这一例子的真实情形)大量的人都认为,某一特定的政策所带来的不利结果极不可能真的落在他们的头上,然而却极有可能降临于某一极小的群体头上,那么,当每一个人基于个体概率式的权衡进行决策时,且团体的决策是由多数票所决定的,这时候该决策所产生的结果就可能等同于运用集合性权衡所带来的结果。

我提出,的确存在这样的问题,这些问题从直觉上看是有关权衡的问题,但在我们看来,集合性论证并不适合解决这些问题。例如,它们不适合作为一种决策方式来确定合理的与不合理的搜查和逮捕之间的界限。当然,这一界限的确是通过某种权衡方式来确定的,并且这一权衡还包含着人们利益力量消长的相对性。下列事实反映出了这一点:随着人们生活习俗和生活方式的改变,我们或许就应当对这一界限进行重新划分,而这一不同的划分反映了人们赋予的使他们生活的不同领域免于干涉的价值意义的变化。

然而,不管是集合性的考虑还是概率式的估价都不是在这一情形下的适当权衡类型。要对此进行恰当的权衡,个人必须考虑的不是他被搜查的可能性有多大,而是必须要考虑以他所认同的什么样的充分证成条件为基础,才能证明某种实际发生的对其生活的干预是具有正当合理性的。

让我把这样一种权衡方式称做“个人权衡”(personal balancing)。现在我们正在按照这一方式权衡,一方面,如果允许官员行使某种权力,比如,允许他们在特定条件下行使搜查的权力,那么我们就要权衡我们能从中获取的利益的重要意义究竟如何。对这一价值的确定可能包含某种集合统计,因为我们所关注的,不是在单一的特定情形下进行某种搜查所带来的利益,而是普遍地行使这样的搜

查权力所具有的价值。^{①9} 另一方面,我们又要权衡免于这类侵犯对于一个个体所具有的价值。在此,我们所要处理的不是它对任何特定个体所具有的价值,而是要处理一种“正常的”价值——即:社会中的大多数人所赋予的免于这类搜查所具有的价值。

假如我们都是完美的功利主义者,那么,在个人权衡中所提出的问题也许就可以诉诸集合权衡方式去解决了。但是,功利主义不能对我们通常的观点给出一种充分的阐释。当然也存在着一个公共政策选择的领域,在这一领域内,集合性的考量通常被认为(或许也是正当地被认为)是占主导性地位的。例如,在决定用于医疗研究的资金如何在与各个不同的疾病作斗争的医疗团体之间进行分配时,我们应当采用“最大多数人的最大利益”这一目标来指导我们的决策。但我认为,即便是一个很高的利益/负担比率本身,通常也不被人们认为就足以证明这样的政策是正当合理的,譬如,强制性的器官捐献(伴随有金钱上的补偿)或给予医学权威以权利,使得他们能强迫人们参加(一点也不危险但却令人多少有些不快的)医学实验。

现在,对于为什么立法机关不能达成我所说的个人权衡式非集合性判断的原因,就没有任何解释了。但是,人们却有充分的证据认为,立法机关中个人权衡典型地是以更有可能产生集合性判断的方式来进行的。这确乎就是许多立法机关处理公民自由事务时的真实写照。但是,即便我们有可靠的根据质疑在要求进行个人权衡的领域内立法机关所作出的判断,若要在这些领域里把终极判断的权力给予法院,还要求我们去说明,如何作出判断才会更好。

^{①9} 这是一个关于能力的配置问题。因此,按照查尔斯·弗莱德作出区分时所用的术语[参见其《两种利益概念:对最高法院权衡原则的某些反思》,载于《哈佛法学评论》,第76卷(1963年),第755—778页],我们所关注的是利益的权衡,而非对需求品(wants)的权衡。我的区分与弗莱德的区分不同,因为,我所关注的是用什么东西来与那种以某特定方式配置的利益所带来的收益相权衡。然而,弗莱德文章中的另一个重要的区分(参见第771页),也即法院给自己指定一个角色及其去扮演那一角色之间的区分,似乎与我前面所作的区分——即:类型(1)的正当程序决策与其他类型之间的区分——相同。

在这些情形下,法院必须追问的是,既然人们一般都认为免于那种干预是有价值意义的,那么,被视做特殊权威运用之基础的利益是否真的足以证明该权威的正当性?在决定人们赋予免于特定干预以何种价值时,法官无须首先诉诸他们自己的旨趣和价值。大量的证据证明,人们通常是如何不遗余力地保护他们的私人生活免于这些干预的;当他们遭到干预时,他们的反应情形又会怎样;他们认为适宜的那类法律矫正措施(诸如,赔偿损害的要求等)又当如何。当这一证据使我们清楚,人们赋予免于特定干预的价值的确很高时,法院找到了一个客观的基础,在此基础上,法院就会宣称,作出这种干预的权威无法得到社会利益的边际考量的证成(例如,得到那种想要哪怕是些微增加对某些罪行的判决之期待的证成)。在我看来,这种形式的论证会支持这种类型的正当程序决策,这些决策有时基于“震撼良心的行为”这一检验标准,同时又能避免这一口号所固有的主观气息。因为,与此标准相关的不是一种特定的权威运用(如,某些搜查)激怒了法官,而是它会激怒任何人,而基于这一权威运用所声称的基础显然不能与我们自己明显赋予免于这类干预的价值相比。

通过我刚才所提议的方法达成判断,并不等同于对公众意见的测度。公众意见或许明显地倾向于通过某一特定的法律来作出判断。而按照我所提出的论证形式,当法院提出大多数人的确明显赋予他们生活的重要领域以神圣的价值这一主张时,会为其主张提供证据,并论证下述主张:考虑到这一价值的本性,为特定法律辩护的证成性条件是站不住脚的。由此得出的结论是,公众意见以及立法机关的判断反映出一种不可接受的意愿,即:它们有意赋予特定的少数群体——他们可能承受着法律之苦——以低于这些群体自己赋予自己的价值,也就是说,在此情形中,集合性权衡并不是一种恰当的决策方法。

那么,适合法院突破这种偏颇而作出这类判断的领域又是什么呢?一种答案是这样的,即:这一领域是由这些情形构成的,在这些情形下,法律的负担是由一个可以清楚界定的少数群体(经典的“离

群索居的、孤岛式的少数群体”^⑩)所担负的,这一群体在制定法律的过程中不可能有效地捍卫其自身的利益。然而,在这一标准成为实际应用标准之前,按照我所阐述的观点,我们必须已经确定处于争议中的问题是一个涉及权衡的问题,并且这一权衡还要求采用个人的权衡方式。可是,这些处于争议中的问题又是一些什么问题呢?

对此,我还没有简明确切的答案。一个很自然的提议是,当我们涉及权利问题时,就要应用个人的权衡方式。但是,因为以下的原因我对这一答案并不满意。首先,某些权利问题根本就不是权衡的问题,毋宁说它们是对原则论证,它们为可允许的权衡划定了界限。其次,在这些限制之内,关乎那些公认的权利问题的每一个权衡问题,是否是纯粹的集合性方法适合解决的问题?仍然是不清楚的。例如,“最大多数人的最大幸福”是解决有关言论表达规则的某些政策问题的恰当根据,但却不是解决其他问题的恰当根据。显然,在我们把这一区分当做一种充分有效的理论装置之前,这些有关限制的问题——以及个人权衡本身的界定问题——要求我们作出进一步的澄清。我在此以一种尝试性的方式将其提出来,是为了把它作为一个范例,以表明构成我所描述的实质性正当程序决策之一部分的司法权衡,或许可以区别于恰当地保留给立法机关的那种类型的权衡。

在此,我试图对正当程序给出一个一般性的解释,并试图表明,在多大程度上,归属于正当程序的内容可以追溯到一个单一的直觉性理念,即:任意性的权力不可接受之理念,该理念构成了它的道德基础。在阐释和剖析我所理解的正当程序理念时,我可能过多强调了这一观念,而较少涉及其所包含的问题和危险(我在讨论实质性正当程序时,这一倾向尤为明显)。这样的强调或许是一种理论探讨中的自然倾向,毕竟在理论探讨中,理智的融贯性是一个压倒一切的目标,且在理论探讨中,对于策略和政治判断的问题又只能所言寥寥。正当程序的理念所处的位置——即:它自然构成了理论辩护的

^⑩ 试比较本文注释⑤中斯通法官的观点,参见《美利坚合众国诉卡罗伦产品公司案宗》,美国第304号,第144卷(1938年),第152页。

融贯性之纯粹要求与政治制度的现实世界之间的争论焦点——这一事实无疑可以说明,为何这一观念持续成为人们感兴趣的主体,并成为人们激烈争论的焦点。

四 偏好与紧迫性*

073

道德哲学的论证经常要诉诸一些标准,正是基于这些标准,不同人的各种利益得失之间才可以相互比较。比如,在应用分配正义原则时,我们必须诉诸这类标准,以其作为我们衡量分配份额是否平等的根据。在为权利体系辩护的时候,即:在从制度上定义特权和受保护的权利时,我们同样需要诉诸这类标准。在一些广义的功利主义理论中,当然要求对获益与负担进行直接比较,但是,在一些与功利主义不同的理论中,这也十分关键。比如,这类比较在罗尔斯“原初状态”(original position)的论证中就十分关键,而且,一般说来,相对福利(well-being)

* 本文首次在 APA 关于平等的学术研讨会上发表。作者感激托马斯·内格尔多次同作者讨论本文主题!

和相对牺牲的标准在任何道德理论中都占据着中心地位,除非一种道德理论把一个无需辩护的权利体系作为立足点。

福利的标准应该以何种方式得到规范和辩护?它们应该以何种方式进入道德讨论?在本文中,我想描述并讨论这些问题。让我从陈述某些属性开始,在道德论证中,福利标准应该具有这些属性——如果这些属性想要在道德论证中发挥通常被指定给它们的作用的话。首先,如果它们要充当对制度进行批判和辩护的出发点,似乎福利的标准必须代表一种公意,至少在对其进行批判和辩护的人中是这样。其次,充分的标准必须允许个人在旨趣和兴趣(利益)上的多样变化(我暂时不去考虑“允许”所具有的不同方式)。最后,在一个略为不同的层面上,似乎一个充分的福利标准必定是以结果为导向的;也就是说,它不仅仅只是要把一些具体的善物(goods)“打包”(bundles)排序,而且要对个人拥有这些善物时所受到的影响作出评价。这么做的原因之一,因为一个充分的标准必须能够灵活应对需求的多样变化,比如,源于各种身体无能性所产生的多样变化。但是,即使我们假定每个人都有相同的身体条件和品位,一种具体的善物,比如说,一种合法的权利,会因为每个人所处的社会环境不同而对他们造成不同的影响,这依然是个问题。不同的人能够在不同的程度上从具体的合法特权中获益,他们也在不同的程度上需要合法权利所提供的保护。至少在我们所熟悉的社会里是这样的。因此,如果一个相对的福利标准要成为批判这些社会制度的充分根据,它就必须使我们可以依据它来描述并比较这些不同的利益得失。

道德理论和政治理论对它们所诉求的福利标准经常不很清楚。那些为人们最明确地诉求且得到最清晰的表述的标准,就是我所谓的“主观标准”(subjective criteria)。所谓“主观标准”,我这里指的是这样一种标准:根据该标准来判断,要评估一个人在既定的物质环境中所享有福利的程度或既定的损益之于这个人的重要性,就只能从这个人的趣味和利益之观点出发,来评估这些物质环境和损益程度。在这个意义上,享乐主义的功利主义(hedonistic utilitarianism)就建立在一个主观性的个人标准之上(如果人们对喜悦和痛苦作狭

隘的理解,至少可以这么理解)。因此,福利经济学家和其他人的“新功利主义”也是如此。比如哈桑伊^①就倡导最大平均值的效用原则,即:“效用”被当做人际比较的概念。首先,每一个体都基于自己的偏好,来建立一组冯·纽曼-摩根斯坦式(von Neumann-Morgenstern)的效用功能[概念];然后,通过以下的人际比较方法,使这些效用功能机制形成一个单一的人际交互系统:若有一个公道的第三方,可以在结合某人甲的兴趣品位来理解其物质环境与结合某人乙的主观观点来理解其总体物质状况这两者之间,保持冷漠中立,那么,甲在既定的物质条件下的效用水平同乙在其物质环境中的效用水平就是一样的。

假定上述详细所举确定无疑,我们就很容易明白为什么主观标准会很有吸引力。

首先,这些标准似乎充分承认了个人的品位的至上性并力图将其最大化。根据个人偏好之不同,这种主观标准也会随之改变:如果一个人诚实地报告他的偏好,那么,他的标准就将被视做是有表面价值的;或者,如果他的偏好根据事实来作出修正并通过仔细的考量已达于一致,标准也可以建立在他的偏好之基础上。我们在假设的意义上认为,任何合理的标准都允许这种修正。因此,即便基于主观标准,一个人在其福利水平和影响上也可能出错。但是,他“实际所是”的偏好依然真实地构成了我们判断其福利的终极标准。

其次,主观标准显然是以结果为导向的,而且显然可以适应人们多样变化的需求。主观标准是否代表了人们的一种共识——基于这种共识,人们才能对社会制度和社会政策提出一种道德批判——却不甚明显。我怀疑,主观标准的反对者会坚持说个人偏好的相对力量是唯一的评价社会政策和制度的基础,这可以作为公意和个人品位领域的一致目标。因此人们在某种程度上达成共识,寻求此一原则来把

^① 见哈桑伊的《主要福利,个体主义伦理学和人际比较》,载《政治经济学》杂志,第63卷(1955年),第309—321页;和《最小最大化原则能作为道德的一个基础吗?——对约翰·罗尔斯理论的一种批评》,载《美国政治科学评论》杂志,第69卷(1975年),第594—606页。

彼此看作是判断平等的独立的个人,他们的判断具有同样的效力。

除了这些考虑以外,主观标准似乎还有一种理论上的优先性。毕竟,如果没有最终意义上的个人偏好,如何确定其他的福利标准呢?因为这种倾向,人们很自然就倾向于把主观标准当成一种道德的基础,认为把别的标准作为对制度和政策进行道德评判的基础,仅仅是因为实践的原因——因为个人偏好太多、差别太大,以致无法纳入考虑,而其他标准则代表了最可用、最近似的道德评判基础。

尽管存在这些考虑,我们实际在道德判断中用来评价福利的标准很明显仍然是客观的。所谓的客观标准,我的意思是指,评价一个人的福利基准是独立于个人的品位和利益之外的,因此,即使评价标准和个人利益相冲突,它也还是有可能正确,不仅是因为这个人相信它们是正确的,而且还因为如果要求人们保持品位和利益的一致,它们也会因为事实上的错误而得到纠正。我在谈论“客观”时,不意味着我拒绝说这些标准可以是社会相对化的。我也没有拒斥下述可能性,即:根据这样的标准,物品和机会的相同分配可能被认为是代表了两个不同的人在不同条件下分享着不同层次的福利。只要这些条件的差别不仅仅是偏好的不同,一个标准就可以接受这类差别,并且仍然在我所谈论的意义上保持其客观性。因此,客观标准是以结果为导向的。

福利的客观标准的拥护者不需要完全拒绝承认主观偏好的相关性。必须给社会所提供的这样一些条件附加一种具有高度客观性的价值,这些条件是允许个人发展自己的兴趣和偏好,并让人们感受到这些兴趣和偏好是已然得到社会政策的确定所必需的。在客观基础上,人们应该自由地根据自己的偏好与他人交换他们所具有的配置份额,从而达成共识,这一点也可能很重要。然而我认为,对于客观主义观点来说最为核心的东西是,只要我们关注下述道德主张——即认为,在分配制度的设计中,或者在其他权利与特权的分派中,某些利益应当优先考虑,哪怕以牺牲另外一些利益为代价,这是一个关于利益之重要性的客观评价,而不仅仅与它们所代表的主观偏好力量相关。因此,按照一种客观标准,我们可以“允许”个人偏好的变化,并把个体自律置于一个重要的地位,而无须把主观偏好的相对力

量作为我们理论的基础。

客观主义的观点作为对我们实际的道德直觉的描述是正确,这一点从以下考量来看也是明显可证的。让我们考量分配正义的最初情形。一个——应当承认是极端的——基于主观基础来系统公式化的分配正义原则乃是平等满足的最大化原则。这个原则要求制度应当这样安排,以便影响各种使公民获得同等层次之功利的分配,以这种方式来理解的功利上文已经描述过了,当然这种功利分配的层次是越高越好。粗略地讲,这一原则可能会使公民们要求社会资源流向那些最无效的使用者:如果该原则作出更大的承诺,用更多的物质资源去提升某人甲的福利水平,使其达到和某人乙一样的福利层次,那么,该原则也会要求给甲比乙更多的资源消耗。阿马蒂亚·森就直接支持这个原则^②,而且这并非在所有情形中都不真实。例如,要让一个身体无能者享受正常的生活快乐,的确是件比较困难而且花费也较大的事情,所以他应该得到特别的帮助,而且一种充分的平等对待标准也要求这种特别的帮助,这似乎是对的。关于有这类身体障碍的人所应该享有的特殊帮助的程度究竟有多大,人们可能存有争议,在享受正常生活快乐这个层次上的平等满足的原则可能要求太高,但人们普遍倾向于认为,这样的主张并没有错。

但是,我这里所陈述的平等满足原则,也可能给一个因为有着特殊兴趣、非同寻常的精贵品位且无需花费很多就能达到“正常满意层次”的人以同样类型的特殊考虑。这类实例与大众所熟知的对古典功利主义的反对意见相关,它基于下述根据,可能要求我们在社会资源的分配中优待这样一些人——在既定的资源消耗中,这些人(如果果真有这样一些人的话,他们就是那些非同寻常的、社会物品的有效消费者)的效用水平提升得最快。然而,这个例子所表明的,不是最大化的学说或平等主义学说本身有什么错,而是表明当我们把这些个人偏好当做道德要求的基础时,这些个人偏好有着很大的相关性。

^② 见阿马蒂亚·森的《论经济不平等》,纽约:诺顿,1973年,第18—19、77—78页。

在互助义务的情形中,我们也可以发现同样的问题。一个陌生人要求我们帮助他满足某种利益的力量,取决于这些利益是什么,而且无需与他附加在其要求之上的重要性成比例。如果某人为了给他的神建造一个纪念碑而愿意放弃一次体面的节食活动,为此他要求别人的协助,这种要求和要求帮助以获得足够食物的要求也具有不同的效力(即便假设要求他人牺牲的东西相同)。也许,人们的确有权利要求别人帮助他做一些他认为是很重要的事情。这样一种要求是否具有很大的效力值得探讨。我所坚持的全部观点是,为了满足真正紧急的利益而要求帮助的权利并没有效力,哪怕这个人认为这些利益具有同等的重要性。

即便我们在评估道德权利时确实要区分“同样强烈的”偏好,我们也要解释根据什么来作这种区分,以及这个根据如何得到支持。让我先来试着解释我认为“紧急”和“重要”的偏好这两个在道德上非常重要且为我们经常使用的概念。首先,这个概念的结构是什么?也就是说,什么事情算得上是较为紧急的或者不怎么紧急的?一般说来,我们可以说健康比娱乐更重要,但从这一点中我们得不出什么结论。比如说,这并不意味着不论是作为个人的理性选择或者是作为一项社会政策,任何提升健康的行为都要比所有的娱乐更好。一种较为充分的纲领性解释可能是这样的。我们有着各种各样一般性关切,健康和娱乐只是其中的两种。与这两种关切中的每一种关切相联系,各种不同层次或程度的关切可以在某一既定的时刻得以实现。这些层次之间各种不同的结合代表了不同的福利层次。这样,紧急性的关系就会是这些尺度中的一个或者更多的尺度之间的关系。这种关系让我们可以比较一个人在某个环境中不遭受某种牺牲的重要性的和一个人在别的不同环境中竞争利益的重要性。

我的主张是,当我们为了支持一个应该成为普遍的道德判断而比较这样两种相互冲突的利益时,我们所做的不是去比较人们对这些利益的感觉强度(比如说,根据他们愿意牺牲多少来决定),而是去探究根据理性来判断哪些利益应该更值得渴求。即使我们所讨论的善物对我们而言很陌生,或者在我们的社会里它们没有任何价值,

我们仍然可以在我们所熟悉的一般范畴内理解它们为什么对某些其他人是有价值的——假如我们可以找到理由来解释它们的可欲性的话。这些理由可能关乎比如说物质舒适、地位或者安全；或者，它们关乎健康或保护自己免受伤害。一种被称为利益的东西，我们不能通过把它归类于我们熟悉的这类范畴内来加以理解，而人们也不是任意地把它当成“我恰巧对这个有兴趣”的东西来看待，所以对我们而言它就是完全不可理解的。但是，一旦我们可以用这种方式来理解一种利益的可欲性，我们就可以把它大致放在一个相对紧急的等级结构里去理解了。很显然，一种利益的紧迫性不仅仅取决于人们渴望它的理由类型。如果这一理由类型中不包含这种利益，那么一个人的景况会不会越来越好，尤其是他还有什么其他可行的选择，以及，如果他要改变选择的话代价有多大，这些问题都很重要。因此，我们可以举个例子，一个人可能出于一类通常来说很重要的理由而对 X 感兴趣。X 可能是保护健康的方式。但如果 X 对于达成这个目标来说只是一种很无效的方式，或者说，相对其他可行选择来说此种方式很不值得推荐，那么，他对于 X 的偏好就没有多少紧迫性可言了，除非有另外其他的新理由来支持他的这种偏好。（在此，人们应该清楚，对于两种行为方针是“可替代的方针”，或者，一种替代性行为方针比另一种替代性行为方针“更为有效”的判断，取决于可能对这些理由公平而详尽的说明和这些理由的相对重要性。）

解释那些可能打动人们的各种各样的关切，说明人们对于这些关切的兴趣是如何产生的？又是如何改变的？以及，解释人们为了追求自己的利益而采取的各种活动形式，可能共同构成了一幅有关人们正常生活之变化的图示化画面。^③ 在这一图示化画面中，一些

^③ 我承认，这是一个过度奢侈的一般性和抽象性的概念，但在我看来，我们的论证要求有这样一般和抽象的概念。我认为，某些像这一概念的东西对于我们捍卫或者攻击罗尔斯的下列主张来说，也是需要的。罗尔斯认为，他的原初的社会善物是“社会意义上的策略”，即：如果它们得到公平的分配，那么，人们所具有的各种各样的需求和利益要求将会得到公平的满足。见其文《公平地对待善》，载《哲学评论》杂志第 84 卷，第 4 期（1975 年 10 月），第 5 节。

关注点和一些追求可能会显得相对边缘化——比如说，一些东西人们会不会为其所动，取决于这个人的选择或在他的成长和教育过程中各种机遇因素。另一些利益可能显得更中心化一些——比如说，每个人都必定特别关切的那些东西（但我想再重复强调的是：从有些东西具有作为中心利益的价值这样一种事实中，并不能必然推出它们本身具有紧迫性的性质）。

这种图示可能或多或少带有抽象性；它可以代表在一个特定社会里人们正常生活的变化范围，也可以代表某一既定的一般类型的社会（即：在某一既定的历史阶段内达到既定发展水平的社会）里人们可以进入的生活范围。一种理论图示究竟要有多抽象才能适当地被用来当做判断相对紧迫性的背景？这取决于我们所谈论的问题是什么。当我们在评价某一具体个人之某种利益的紧迫性时，一种较为狭义的、具有特殊社会意义的具体观点通常较为优先，因为这种利益的重要性，取决于对这个人和他所在社会的实际可行的抉择范围。但我们也可以出于下述理由来批评一种社会制度，即：在考虑其他因素时，说其中可行的仅仅是那些过于有限的和特别无效的 pursuit 人类自然善物的方式类型。如果作出这样的判断，我们就退回到了关于各种可能性范围的更为抽象的概念去了。

当某一特定社会里的某些关切被给予的相对重要性——根据我们所运用的标准来衡量——出现歧异时，所可能产生的社会相对性形式就更麻烦了。情况可能是，只有在我们评价一个社会的内部性制度安排时，才会同该社会的相对紧迫性有关。但是，只有当我们把这些标准当做一个真正的、得到全社会广泛认同的目标时，情况才会这样。如果在该社会内部人们对各种标准都存在分歧，我们就不得不靠自己来决定哪个标准才是正确的；因此我们把对这个社会制度的评价建立在关于我们自己相对重要性的观念之基础上。同样反过来看，在我们认为正确的相对性标准和某个既定社会普遍接受的标准之间存在巨大分歧时，我们往往会要求用强有力的支持性证据，来证明所谓的共识是真实的，而非人为捏造的。

这些一般性的评论可以通过以下的实例分析来加以解释。^④即便在一个社会中收入的分配严格平等,人们还可能觉得,真正的平等要求允许那些有庞大医疗支出的人得到额外的津贴。但是,到底要求多少才算真正的平等呢?必须要有一个节点,在这一节点之外保证健康和长久的寿命不再会比其他关切点具有更多的优先性。一旦这一节点上的平等要求得到满足,接下来,每个人愿意放弃多少其他利益以给自己额外形式的保护,就由每个人自己决定了。但是,我们如何来确定这个节点呢?一种回答可能是:每一个社会都可以任意地设置自己的门槛。这完全取决于该社会的成员如何衡量健康和长寿的价值,以及,他们愿意承担多大的风险。但这就预设了该社会对相关价值存在共识——即:有些价值让“每个人”都认为应该增加健康保护。假如没有这样的共识,那么,关于平等要求什么的问题只能通过每个人单独地确定什么价值重要来解答。这就提出了一个有关紧迫性的客观概念以及它和共识的关系之新问题。在本文的最后,我将回过头来讨论这一问题。

到此为止,我已经论证了我们在道德判断中通常使用的福利标准都是客观的,而且我也尝试用一般的方式描述了这些标准的内容。我还主张,这些客观标准是以可接受的、以结果为导向的,而且它们也以恰当的方式允许个人品位和偏好的改变。然而,现在仍然存在的问题是,我们是否有理由说明为什么我们应该接受这样的客观标准,而不应该接受衡量人际得失的主观标准。对此,我接下来将进行一种新的论证。在上述例子中,一种建立在主观标准上的互助原则或者分配正义,似乎允许我们对那些有着不同寻常的昂贵品位的人和那些对生活细节格外关注的人保持开放的态度。反对意见可能会说,人们的主观偏好太随意,以至于无法作为判定相互冲突之主张的

^④ 下面要讨论的这个个案性实例,曾经由查尔斯·弗莱德在其《运用健康个案进行权利之经济分析的诸种困难》一文中讨论过,该文收入加纳德·德沃金、戈登·伯曼特和皮特·G. 布朗合编的《市场与道德》,纽约:约翰·维利出版公司,1977年,第175—195页。弗莱德在福利的客观标准与主观标准之间所作的区分,同我这儿所使用的区分非常类似。

基础。^⑤ 罗尔斯也许同意这样的反对意见,他在支持客观标准时谈道:“我们假定,人们能够根据环境来控制 and 修正他们的需求和欲望,而且他们能对此承担责任……人们并不认为他们的需求和欲望是由某些超出其控制之外的偶然性所决定的。也就是说,我们不会受它们的冲击,就像我们也许会被疾病击倒那样,所以我们的需求和欲望就不能像疾病要求医疗和药品那样,来要求得到满足它们的手段支持。”^⑥

这种反对意见所诉诸的不是当前选择的可能性,因为一个人的偏好并不直接服从于他的意志。作为一个高度个体主义的概念(一个人的偏好是“他自己的”,而且它本身应该受到尊重),“偏好”似乎也有唯意志论的印记。但是这部分只是语言的错觉。我们之所以不认为需求和欲望是可以“攻击”我们的东西,是因为某些东西不能算做我们的需求和欲望或者不能算做我们的偏好,除非我们认同这一点。但是,这仅仅是偏好的必要条件。我们不能通过单一的“认同”行为或者决定两类行为中我们更偏向哪一类的选择,就确定我们的偏好是什么或者调整两种偏好之间的力量强弱。确乎可能的是,为了能够成为道德主张之基础意义上的偏好,它必须要么让人有强烈的感受(就像我们“被攻击”一样);要么通过恰当的理由推理同其他的偏好和信仰链接在一起。

所以,唯意志论的反驳必然诉诸其他的東西。一种可能是偏好与时俱进的延展性。我们的品位和兴趣的发展在某种程度上从属于我们的意志方向,也许,我们对它的从属程度可能比实际表现出来的还要大。也许,唯意志论的反驳力量在于,那种异常强烈和异常昂贵

^⑤ 理查德·布兰特指出,对这样一种基于偏好概念的福利标准的反驳是非常包容的,以至于它允许各种道德意见作为偏好的根据。但是,他似乎满足于一种限于需求和欲望的偏好概念。见其文《个人价值与制度证成》,收入 H. 胡克编:《人的价值与经济政策》,纽约:纽约大学出版社,1967年,第22—40页。科特·拜尔为此书所提供的论文也提出了类似的观点。

^⑥ 《一种康德式的平等概念》,载《剑桥评论》第96卷,第2225期(1975年2月),第97页。

的偏好很可能是拥有这种偏好的个人“人为捏造”出来的。正是这种可能性的事实很可能成为人际比较的标准,而这种人际比较使得偏好的表面价值令人不可接受地释放出来了。但是,如果这是唯意志论反驳的全部基础,人们就可以期待——至少可以在原则上期待——个人偏好的实际起源与它们要求得到满足的力量是相关的。同样强烈的利益可能产生于一种清醒的“采取”某种行为的意识决定,或者,也可能是在人们毫不察觉的情况下作为一系列偶然境遇的结果而慢慢成长起来的。但是,所有这些都跟我们判定一个人要求通过他人的帮助来满足其利益的目的无关(尽管,若某种兴趣让一个人沉迷其中,且他认为该兴趣干扰了他的正常行为追求,而为了评估他要求帮助的可能,他希望消除自己的这种兴趣,因之有可能使其要求与其目的相关)。在此,我们的看法是没有任何差异的,就像罗尔斯所说的那样,我们认为,一个人的所有需求和欲望都是他可以控制的,也是他必须对之负责的。然而,我此刻的兴趣是想弄清楚这个观点的背后还隐藏着什么。

一种兴趣(利益)——假定其内容业已给定——可能来自前所述述的两种方式中的任何一种,这一事实告诉我们某种东西,即:这是一个人无须再发展的关切。事情很可能是另一番相反的景象。他可能有其他的追求,任何情况下他不会有一种特殊关切,或者至少不会认为这种关切现在就很重要。对这些“可能”该作何理解?我以为,在我们所认为的正常生活框架内,这些因素可能告诉我们还存在着另一种抉择的可能性。一个人有可能在某种程度上成功控制或大大减少甚至消除了某些被人们普遍视为正常生活之基础的欲望。但一般说来,这些欲望被人们真实地认为是可以控制的个人偏好,个人拥有的这些偏好乃是一些关切我前面所提到的边缘性偏好,而不是具有中心地位的偏好。因此,说一种偏好是这一类偏好,也就是说某种支持该偏好的理由。假设一个人的偏好有以下特征——即:支持该偏好的理由是“边缘性的”——但这个人却把它跟其他具有更多客观紧迫性的偏好等同起来。宽泛地讲,这种附加的额外力量可以说是某种行为主体需要“为之负责”的东西,这不是因为他事实上选

择了这种感觉(也许他并没有这样选择),而是因为这仅仅是对他的某种东西的反思,并不受到客观理由的支持。

对唯意志论反驳意见的这种分析还存在一些问题需要讨论。我们从某种利益并非中心的利益这一事实中,并不能必然地推出该特殊偏好没有紧迫性的结论。是否存在一种属于非中心之范畴的利益——一个人可有可无的利益——但若一个人果真有这种利益,它又是否可以作为紧迫性要求的基础?我不清楚,是否存在这样的利益,但我实在是找不到例证。对各种需要的要求并不能作为例证,因为可以支持它们的利益是每个人都有的利益。宗教就是这样一个例子。在我们的社会里,有一些人关心宗教而另外一些人却不关心。但是,一个人的宗教偏好权利不受干涉被视为是具有紧迫性的。但是,如果我们不认为宗教或者类似的事情在一个人的生活中具有中心地位,那么事情还会是这样吗?

084

如果我所提供的关于唯意志论反驳意见之诉求的分析是准确的,那么,该反驳意见就预设了我前面所说的某种偏好紧迫性的客观概念。因此,我们不能把这看做是对这个概念的论证;毋宁说它们是一种观点的两个部分。假定存在这一观点,完全接受一种主观标准,将之作为对制度进行道德评价的基础,就是很自然的事了,而个体的要求就会显得令人难以接受。假定这一观点是既定的,那么,允许用个人的关切来证明提升一面客观的镜像,用以衡量其他人紧迫性关切的道德重要程度是正当合理的做法,就可能是不可接受的。但是,主观偏好可以用不那么偏激的方式进入我们的论证。为什么一个恰当的道德原则在协调具有相同紧迫性的诸种要求时,不能给那些具有更多主观重要性的要求以更多的关照呢?

在反对给予主观性标准以这种更为中庸适度的角色之原则的种种理由中,包含着对社会决策中这样一种理念的合适性的诉求,该理念认为,每个人的偏好都是他自己的关切所在。我们无法解释,为什么一个人不会赋予人们通常认为是微不足道的关切以异常高的价值,或者,为什么一个人不应以一种非同寻常的和代价高昂的方式来

满足一种普通的需求。但是,其他人也可以恰当地说,人们分享一些稀缺性的社会善物具有同样的紧迫性,这对他们而言是合适的,不应因此而减少。这样的观点事实上部分是用来解释我们对密尔之较高快乐与较低快乐之学说的回应的。姑且不论密尔这一学说暗含的精英主义暗示,也不论密尔实际所主张的一致性意见是否存在这一经验主义问题,出于一种更深刻的理由,密尔的见解根本就不能令人信服。即使每个曾经同时追求过较高快乐和较低快乐的人同意说诗歌比图钉游戏更有价值,值得我们为之作出更多的牺牲,这一事实对于我们决定诗人和图钉游戏者各自的权利来说也是毫不相关的。只要我们把这两种游戏都看做是两个具有同样紧迫性的追求目标,追求其中之一的道德权利就不应该受到追求另一个目标的权利所干扰。在因为人们关心其他具有更高紧迫性的利益而消耗了大量的社会资源之后,那些追求这两种游戏的人都拥有相同的权利,来分享余下的社会资源。

当然,这并不是说,假如我们正想要给朋友做一个礼物,必须在图钉游戏和一本诗集之间作出选择,我们就一定不能根据密尔的理由而偏向选择一本诗集。在很多普遍用来支持功利主义原则的例子中,我所讨论的这种权衡关乎我所谓的“相对紧迫性”。例如,哈桑伊在同罗尔斯的辩论中一再强调,一个人“更为重要的”需要永远不应该为另一个人不太重要的或“小的”利益关切而作出牺牲,不论它们的总体福利水平如何。^⑦然而有意义的是,那些平衡行为实际上成了偏好力量的平衡,在这些例子中,具体的情况总是具有这样一些特征,这些特征使得人们对品位和偏好的关切具有特别的相关性,比如,当一个人给朋友选择礼物或者为宴请宾客而选择菜单时,情况就会这样。若要捍卫客观标准,人们就必定主张,在这些境况中,所谓适当的标准并不能作为在那些较为非个人的情况下判断各种相互冲

^⑦ 《最小最大化原则能作为道德的一个基础吗?——对约翰·罗尔斯理论的一种批评》,也可考虑密尔的《基于安全重要性基础上对权利的论证》。见《功利主义》一书,第5章,第597页。

突的利益的正当基础。^⑧

紧迫性是一个具有两面含义的概念。在道德论证中,诉诸相对的紧迫性似乎是诉诸人们对某些利益或者保护等要求到底有多少关切的共识。这种论证结构首先是主张每个人都在自身的情形中承认,比如说,受到保护以免受某种结果的影响,要比享受其他福利更为重要。然后,人们会把某种要求制度借此而得以证成的道德框架,比如说罗尔斯的原初状态,强加给平等看待每个人之关切的根据。这样分析所得出的结论就是,一种在道德上可接受的权利配置就可能不得不提供这种保护,但得以牺牲不提供其他好处为代价。但是,当我们从个人偏好的角度来考虑这种道德论证时,我们所诉求的共识就显得更为可疑了。相对紧迫性既同人们所表现出来的相对偏好不一致,也同那些可能完全一致的偏好等因素不一样。从个体偏好的观点来看,我所描述的“紧迫性”概念已然是一个道德概念了。

功利主义论证和契约论论证都诉求于相对紧迫性的概念,在这两种理论中,相对紧迫性的道德面貌都被一种面纱给遮蔽了。在罗尔斯那里,对紧迫性是通过诉诸有关社会首要善的秩序共识而被遮蔽起来的。在各种形式的功利主义理论中,“效用”的概念并不明细,而紧迫性在解释功利概念时则起到了很大的作用。当“效用”被明确地按照偏好的力量来给予界定时,这些偏好一般被认为有某种与我所描述的紧迫性正巧相吻合的结构。但是,如果紧迫性是一个独立的、具有道德意义的概念,它既不是一个文字意义上的一致概念,也不是与主观偏好的相对力量具有同一性的概念,那么,我们就

^⑧ 对这种批判的反应之一,可能是一种基于相对紧迫性而非偏好力量的效果论理论。这样一种效果论理论可能缺乏某些版本的功利主义所要求的那种化约性特点,因为紧迫性概念本身具有重要的道德内容。情况可能是,这样一种效果论理论可以保持某种激进意义上的功利主义再分配结果,但是,此种效果论理论在其他方面近似于功利主义的程度,则可能取决于对下述难题的解决方法,该难题是:如何用一种系统化的方式将集合性的考量与相对紧迫性的考量结合起来,也即是说,弄清楚一种多数人的相对不太紧迫的利益是否能够且何时能够优先于少数人较为紧迫的利益。在任何情况下,这都是我们必须面对的一个重要的难题,但我在此并没有处理这一难题。

需要考察这个概念,并阐明其道德价值相关性。

我看有两种路径解决这个难题,粗略地说:一种是自然主义的路径,另一种则是习俗主义的路径。前者可能会放弃这样一种理念,即认为:相对紧迫性的道德意义依赖于共识——也就是依赖于每个人都实际同意该相对紧迫性乃是一种关切的排序等级的事实。这样一来,人们就会力图把它当作一个有自己权利的道德意义的概念来加以辩护,或者,作为关于何种利益更为重要、何种利益不那么重要的客观真理来加以辩护。第二种路径则可能会保留那种共识的理念,并把紧迫性的概念当作是完全出于道德论证的目的建构来加以辩护。这样一种建构只是大体与实际的个人偏好近似;然而,其有用性与其是来自于这些偏好太多太杂而无法直接计算这一事实,而毋宁来自于以下事实,即:在这些环境之下,它代表了最适用的证成标准,而那些偏好各异的人都可以接受这一证成标准。^⑨

我们可以从对唯意志论的反驳意见的考量中,推导出有关这两种路径究竟哪一种路径更有前途的某种证据。如果我们有可能提出一种关于紧迫性标准的真实可信的工具性论证,那么,这种论证将会使习俗主义的观点真实可信。相反,如果这样的论证必须预设紧迫性,那么该论证就会支持将紧迫性的主张作为一种人们无法轻易逾越的客观概念。

^⑨ 该理念认为,这种必需的中介化原则,需要一种能够合并除功利之外的其他因素的标准,该理念类似于勒斯特尔·图罗的一种提议。我所谓的“紧迫性差异”通过“个体的社会性偏好”——人们的这种社会性偏好使他们想了解各种利益如何分配——就可以见纳于图罗的理论。图罗认为,这些偏好——它们使得一些潜在的贡献者对提供某些利益(例如,医疗关怀)更感兴趣,而对于提供那些获利者同样欲求的其他利益则较少兴趣——可能是一种充分的社会福利作用所必须加以考虑的,包括贡献者的各种偏好。见其文《走向一种经济正义的定义》,载《公共利益》杂志,第31卷(1973年春季号),第56—80页,亦见他对本文注释④中所引用的德沃金以及其他人的作品的评论。

五 言论自由与言论分类*

(一) 导言

作为一个哲学问题,言论自由是一个有关权利之本性和地位的更普遍的难题的一个实例。权利意味着给个体和国家可以做什么作出各种限制,而权利所蕴涵的牺牲在某些情形下是有意义的。因此,比如说,当言论似乎会危及重要的个人利益时,就像在斯科基(Skokie,一

* 本文的多个版本曾经先后在明尼苏达大学、加州大学伯克利分校和匹茨堡大学召开的学术会议上发表过。我感谢参加这些会议的许多听众对本文所作的富有帮助评论!我还从我同马歇尔·库恩、克拉克·格莱默尔以及德里克·帕菲特就本文主题所进行的多次讨论中获益巨大。

地名——译者注)事件中那样;或者,当言论自由危及某种重大的国家利益(诸如,培养一支军队的能力)时,人们对于言论自由就会产生争议。普遍的难题是,如果权利对于人们可以做什么加以限制,哪怕是出于正当的理由,又如何证明这些限制的正当合理性?

第二个哲学问题是,我们如何确定这些界限。权利似乎是我们可以推理的,而且这种推理过程不仅仅是对于结果的算计。在许多情形下,我们似乎只是通过咨询我们的权利概念内涵,来断定一种既定的政策是否侵犯了言论自由。而且,如果说在很多地方都存有争议,那么,在大多数情况下我们似乎也都能够给出相同的答案。但是我怀疑,我们中有谁能够给出一个简明的、非循环的关于言论自由的定义,那些机械地将这种定义应用到某些清楚的个案的人,可能会对我们意见一致的问题作出解答。那么,我们的一致又从何而来呢?

这篇文章的目的是对言论自由提出一种说明,至少对这些一般性的问题提供一些解答。同时我还要谈谈有关言论自由本身的一些具体问题。一种关于各种言论的范畴分类——诸如政治言论、商业言论、诽谤、情色作品等等——的言论自由理论究竟有多重要?这些范畴分类在有关主题的非正式思考中似乎扮演了一种重要的角色。比如,这对于斯科基事件所引起的争议似乎就是关键性的,政府所颁布的法令使非主流政治团体的游行的能力受到威胁。^①我怀疑,斯科基村的居民是否曾被要求为某种其他的言论行为付出如此高昂的代价。另外举个例子,禁止虚假性或欺骗性广告的法律和禁止电视上的香烟广告的法律,都说明我们愿意接受法律对电视广告的内容和形式进行约束,但是,我们却不愿意接受将这种法律应用于其他言论类型。为什么会这样呢?

如果说我不接受所有这些判断,我也很难否认言论自由应该在某种程度上区别对待不同的言论类型。但另一方面,有一些言论自由的理念似乎可以忽略这些范畴分类,广泛地应用于不同的言论类

^① 《斯科基村诉美国国家社会主义党案宗》,N. E. 第 69 号之三,第 2 版第 605 号、第 373 号,第 2 版,第 21 卷(1978 年)。

型:通过政府的干预来禁止某些被视为虚假的或误导性观点的言论出版,这似乎与言论自由对立,无论这种观点是关乎政治、宗教、性、健康,还是关乎在两种相对可取的汽车之间进行选择。所以问题在于:在何种程度上存在所谓言论自由的一般原则,在何种程度上言论自由需要分类?如果后者确实需要,那么相关的言论范畴分类又该如何定义?

我将通过考量个体利益——它是我们特别关切的言论之基础——来展开本文的探讨。在第三节中,我将思考几种言论自由理论是如何基于这些利益而展开的,继而我将对前面提出的头两个问题作出简要的回答。最后,在第四和第五节里,我将讨论在我提出的框架内言论的分类具有怎样的地位,并将这一框架应用于具体的政治言论、商业言论和色情读物的实际情形。

(二) 利益

言论自由所关切的究竟是什么利益?将这些利益大致区分开来将有助于我们的讨论,我们的利益必须说出来,以公开在他人面前,而对于我们作为旁观者所拥有的那些利益,也必定在其他方面受到他人言论的影响。然而,由于我想清楚地告诉大家,我所使用的“言论”概念不限于公开讲话,所以我将把利益(英文“interests”,亦可译为“兴趣”,在汉语语汇中很难找到可以同时确切表达该词所含的这两种意思的词,故只能根据语境变通翻译之,请读者留意!——译者注)分为三组,分别称之为参与者的利益(兴趣)、受众的利益(兴趣)和旁观者的利益(兴趣)。

1. 参与者的利益(兴趣)

言论自由所关注的行为是那些想引起广大公众关注的行为。言论所指的受众不一定是最大可能的人群(即所谓“广大公众”),但一定不止一两个人。一般来说,私人谈话之所以不属于言论自由问题,

不是因为私人谈话对我们不重要,而是因为对于私人谈话的保护不是这一特殊学说的目的之所在(相反,私人谈话乃是其他种类的隐私或个人自由问题)。但是,如果环境不同,人们对于个人谈话的看法也会不同。比如说,如果因为我们缺乏报刊媒体,也没有办法聚集在一起倾听演讲,电话网(或者传播网络)成了重要的言论传播方式,那么,对于私人谈话的合法限制就构成了对言论自由的妨害,在一般意义上说,也就是对个人自由的破坏。我认为,这表明言论自由首先应该从为它所要保护的利益理解开始探讨,其次要探讨的问题是,在考虑既定的环境之后,保护言论自由的行为是否充分地维护了那些需要保护的利益。

大多数普通参与者的兴趣在于有能力引起广大受众的注意。这种能力可以服务于许多较为具体的目的。一个发言者的兴趣可能想提高自己的声誉或者是想提高其他人的声誉,增加自己产品的销售量,促进一种生活方式,敦促政府改革,或者仅仅是想让人开心或吓唬别人。从一种社会的观点来看,这些利益(兴趣)的重要性不同,要允许某一种言论行为蓬勃发展,社会需要为之付出的代价有时可能是这种言论的功能价值。

这就是为什么试图在受言论自由保护的纯粹言论(表达)与作为某些更大行为体系之一部分且不受此类保护的言论之间作出区分是一种错误的原因之一。的确,有些言论行为因为它所在的更大的行为体系(煽动性的或者攻击性的)而似乎不应该受《宪法》第一修正案的保护。但是,把它们和其他言论行为区别开来的,不是它们所处的更大的言论行为体系(大多数言论确实如此),而是它们所形成的特殊行为体系的特质。把它们从第一修正案中区分开来应该被视为上述一般现象中的个案:对于某种言论行为的保护,部分地是对其所服务的更广泛的目标价值的作用实施保护。

当然,这不意味着,对某种既定言论行为的保护,取决于该言论所想达到的具体目标的实际价值。比如说,如果相比于对那些虚假的和误导性的宗教学说的保护,我们要给真正的宗教学说以更多的保护,这明显与言论自由相抵牾。尽管事实是这两种宗教学说所欲

达成的目标具有迥然不同的价值,他们的言论行为却——假如其他方面相同的话——具有同样的特性。之所以这样,是因为两者背后所触及的“深层利益”实际上是相同的,即:我们有权利追随和倡导我们的宗教信仰,无论我们的宗教信仰可能如何。

那么,让我们看看言论分类得以进行的一种方式。我们不愿意承受赞同所有言论目的所造成的社会代价,从个人的立场上讲,我们认为我们出于这些目的所要求的言论机会是最为重要的。然而,在最具体的层面上,人们对于允许那些特殊的言论行为进一步发展究竟有什么价值,却并没有任何一致的看法。正是这种共识的缺乏以及随之而来的拒绝政府基于他们所想象的优点来对言论进行任何的限制的做法,使得言论自由成为一个重要问题。因此,为了系统构建一种行之有效的自由言论学说,我们才寻求某种能够在一些相对重要的更为抽象的利益问题——如,宗教言论的利益,政治言论的利益等问题——上接近共识的途径。然而,即便是这种更为抽象的共识也仅仅是近似的,^②永远也不可能是完全稳定不变的。随着人们价值观的改变,或者说,随着社会越来越多元化,共识也在消解。一旦这一切发生,要么利益的等级必须改变,要么利益的范畴分类必须以更加抽象的方式来重新界定。^③人们最近对待宗教的态度变化是通过这两种形式的变化而发生的。随着人们日益把宗教(或者更加自然一些的说法,一个人的宗教信仰)看做是同其他私人利益一样重

^② 即令一种近似的共识只是近似的,该近似的共识的存在对于作为一种证成基础的价值一致的合法性又有何益?这是一个很困难的问题,在此我无法展开讨论。

^③ 在此我假定,利益的范畴分类因人们共识的降低和观点多样化的增强而受到干扰,因为这是我们最熟悉的一个变化过程。我设想,一种与之相反的逆向发展过程——在此过程中,不断增加的共识使得一种抽象的范畴分类似乎可以无限地抽象升华,并导致人们重新界定这种范畴分类,以包括那些在以前只能归于特殊情形的内容——至少是可能的。关于前一变化过程,也是人们较为熟悉的转变形式,可见 E. 涂尔干的《个体主义与知识分子》一文,收入 R. 贝拉编《爱米尔·涂尔干论道德与社会》,芝加哥:芝加哥大学出版社,1973年,第43页。亦见 E. 涂尔干《社会劳动分工》,G. 辛普森译,1933年。也许,马克思关于社会主义社会里这种转变的观点包含了后一变化过程的一个实例。

要的私人问题,想要证成赋予宗教关切以传统意义上的那种优越价值已经变得更难了。另一方面,为了使这种传统的价值赋予具有当代意义,一直存在着这样一种倾向:人们希望重新定义“宗教”,以便把它更抽象地定义为“个人关于生活本性的终极价值和最深刻的确信”,因之保存下述主张——即认为,即使我们可能有着各自不同的信仰,我们也都能够一致认同宗教在个人生活中的重要性——的某种真实可信性。

我一直在讨论的参与者的利益(兴趣)范畴分类,同我们所熟悉的言论范畴分类——如,政治言论、商业言论等等——自然而然地具有同一性。但是,我们不应该很快地就作出这种同一化的结论。一种既定的言论所要求的保护类型不是由参与者的价值单独决定的。该保护类型也取决于一些其他因素,诸如,非参与者的代价和受益,适用的规章形式的可靠性。毫不令人惊奇的是,这些其他因素对于如何界定言论的范畴分类也发挥着它们的作用。稍后我们会更清楚地看到,由于没有澄清这些范畴分类,部分导致了我们的难以弄清楚这些不同要素是如何结合在它们的定义中的。^④

2. 受众的兴趣

受众的兴趣和参与者的兴趣一样多变:他们有娱乐的兴趣、获知政治主题信息的兴趣以及认识市场上所有适用的正反抉择的兴趣,等等。这些受众的兴趣与参与者的兴趣在一个重要方面是相互冲突的。有时候,参与者只关注同那些早已对他们所提出的事情有兴趣的人群进行交流,在广泛的重要事件中,他们的目标更为广阔:他们

^④ 对此,诽谤提供了一个很好的例子。人们把诽谤归于低级的言论行为这一范畴的理由之一,是诽谤在侮辱人们和诋毁其声誉时,贬低了参与者利益的价值。另一个理由是,我们会把那种不诋毁我们声誉的言论行为看做是具有高尚价值的言论行为。其他一些相关的考量还包括:我们的言论行为所具有的利益,或者,其他伴随着声誉伤害结果的言论行为所具有的利益。把诽谤界定为一种言论行为的可辩护性定义,很可能是所有这些因素的一种连带性结果,而不仅仅是上述第一种因素或第二种因素的结果。

想要赢得原本不那么关注他们所传递的信息的人群的注意。另一方面,受众一般所需要的是,如果他们想要参与的话,他们就可以获得信息。获得一个人关注的言论——无论这个人本身是否喜欢——一般被视为一种代价。但是,即便是在受众的眼里,它也不应该仅仅被视为一种代价。就如密尔所正确强调的那样,^⑤接受与自己不同的观点有很大的好处,即便这种接受不是自愿的。如果我们对于所能接受的言论有完全的控制力,那么,我们很有可能因为这种力量而造成自我损害。然而,重要而又困难的问题在于,什么时候在受众看来接受这种不需要的言论是件好事?

如果我们把这个问题当做是在暂时的受扰、惊吓和分心与更理解、更开阔的长远利益之间寻求一种平衡的问题,那么,问题就相对容易得到解答。但是,如果我们把为此付出长期代价的可能性——比如,被误导的可能性;使得个人感受力更为迟钝的可能性;或者,产生某种愚蠢需求的可能性——都考虑在内,那么,问题就会变得复杂起来。通过更进一步地假设受众的控制,用我们经常思考言论的方式就会使这种平衡工作简单化。我们往往认为,从受众的观点来看,那些理想的东西总是可以有选择地暴露在言论当中的。同样,我们总是倾向于假设,一旦这些东西被暴露,受众总是可以自由地决定如何作出回应:形成什么样的信仰或者采取什么样的态度。这种决定的自由使得受众能够保护自己免于受言论的长期影响。如果我们认为自己只能无助地吸收任何一个可以接受到的观点,那么,我们关于言论自由的想法就会同我们实际的想法非常不同。当然,我们不可能是这个样子的。尽管如此,我们对于相信什么、采取什么态度的控制力,在好几个方面都只是一种使我们免遭毫无根据的言论影响的不完全保护。

一开始,我们关于信仰什么的决定常常是错误的,即便是在最佳的环境里作出这样的决定。更一般地说,我们不出差错的可能性和我们的作为一种保护机制的批判理性的可靠性,是随着不同情形的

^⑤ 密尔:《论自由》,第2章。

变化而变化着的,这些情形的变化取决于我们的情绪状态、我们所具有的背景信息程度以及我们花费在判断所获信息上的精力与时间。随着这些情形的不断变化,被言论所暴露的价值和避免这种言论的价值也会发生变化。常见的丧失理性,比如幼稚、失控和精神疾病,就是这种变化的极端例子。

暂且不谈我们错误地相信我们所听说的那些东西的危险性,更深刻的问题在于,如何作出不打算相信那些对于我们不是完全没有影响的信息的决定?即便我不相信那些在我看来愚蠢而又夸张的信息,我也已经听说或者看见了它们,这样,事情就有点不同了。这种不同也许是细小的,但它也可能是重大的,而且可能在我后来的决定中起重大作用。比如,在看到关于恐怖战争的惊人图片之后,不论我最初对它们的反应是什么样的,都可能会提高(或者降低)我对于人类灾难的感受,此后会在我几乎毫不知情的情况下,影响到我对外交政策的看法。

如果言论影响我们的未来决定和态度的方式,是让我们意识到我们有充足的理由作出这样的决定并保持这样的态度,那么,只要它们没有干扰我们衡量这些理由和其他理由的能力,从我们作为受众的利益来看,以这种方式影响我们的言论是件好事。但如果言论影响我们的方式与相关的理由无关,或者妨碍我们考虑其他理由,那就是一件坏事。“潜意识广告”就是一个很好的例子。它的坏处不仅仅在于它是潜意识的,即我们在毫不知觉的情况下受其影响。我认为这样的情况总会发生,而且在很多例子中都是无可厚非的。潜意识广告产生争议的地方在于,如果它的确有效,它让我们在做出某些行为的时候——比如,买爆米花或者读陀斯妥耶夫斯基的时候,认为我们是有理由这么做的,即便我们可能并没有这样的理由。突然间发现自己认为爆米花很好吃,或者,《罪与罚》是一个正义的故事,常常都是作出某种行为的好理由。但是,如果这种想法仅仅是通过屏幕上一闪而过的东西产生在我的头脑里,而不是我现在的实际状态就是享受爆米花,或者躺下来阅读一本大部头著作,那么它也不是我行动的理由。

在此我假定,潜意识广告是通过引导我们产生错误的信念而发挥其作用的:我们对爆米花产生了一种好感,这错误的信念被我们看做是一种暗示,即:它暗示我们,我们会享受一些爆米花所带来的特殊快乐。然而,我们可以简单地想象,这种影响可能更为深远。^⑥ 假设这种广告使我们的行为发生了改变,以至于我们不仅对爆米花产生了真实的渴望,而且事实上也很享受它。我们虽然还是可以质疑这种改变对我们而言是否是件好事,但是,对这个问题的答案就不在于说,我们是被引导而认为我们有理由购买爆米花但事实并非如此。在这种情况下,我们购买爆米花的理由同以往一样:我们想要爆米花;并且,如果我们得到它的话就会感到很享受。从受众的观点来看,如果这类广告让人们产生某种欲望,而这种欲望会使人们的情况变差——因为它引导人们吃不健康的东西,或者,它使人对于其他的追求丧失兴趣,还有其他的原因,这样,从受众的观点来看,这类广告就可能是件坏事。

如果我们想到这种影响是来自于另一个人,他希望我们做一些我们原本不会去做的对他有益的事情,那么这种担忧就会加重。但是,这样一个有意识的操纵者的存在不是我这里想要讨论的问题。因某种不好的理由而有某种欲望是件坏事,无论这是不是由另外一个人引起的,这种欲望本身就不好。然而,即便是否存在这样一个有意识的操纵者对于基本的反对意见来说并非关键,但在两种延伸的意义上讲却是重要的。一般而言,我们想要的是让信念和欲望来自于一个可靠的过程——这个过程的有效性来自其产生信念的基础和欲望的益处。我们想认识到我们是如何受到影响的,这部分是因为,这种反思性的认识增加了这种过程的可靠性;但正如我所说的,这种安全保障作用通常被人们夸大了。特别是,当这种后果没有引起我们的注意,控制这种后果的主体就会降低程序的可靠性:产生的后果服务于这个主体的目的,而且我们没有理由认为,服务于他的目的的

^⑥ 在此,我感谢那些参加我在1979年春季学期于加州大学伯克利分校所主持的研究生研讨班的同学! 本文发表后,他们对之展开了讨论并发表了很好的评论。

东西从我们的观点来看就一定是好的(的确,如果他选择隐秘性的方式,就会出现相反的情况)。所以,一个控制性代理的存在由于其对程序可靠性的影响而可能成为一个相关的问题。就算不提可靠性的问题,简单地说我们更乐意有选择来决定是否获得一种既定的欲望,即便我们不能肯定哪种欲望更好,有这种选择也总是比较好的。这为我们提供了更进一步的理由,来拒绝别人给我们带来的影响(尽管这种理由在避免受到不明原因的影响之情形下也能成立)。

如此来看,言论行为中受众的核心利益就在于拥有一个良好的环境,以自由地形成人们的欲望和信念。从这种利益来看,言论自由只是很多因素中的一个因素。能够听到其他人希望跟我们说什么是很重要,但同人们能够拥有绝对的权利得到重要的信息并接受基本的教育相比较,这一点就没有那么重要了。也许,言论自由在纯粹消极的意义上被人们认为是有所不同的:它仅仅存在于不否定什么,因而作为一项权利也就更容易得到正当合理性的证明,我这不是指信息的自由,教育的权利,这些都需要别人为我们提供什么。但是,经过细致的检验这种区别也许站不住脚。一开始,充分理解的言论自由要求对言论给予积极的保护,而不仅仅是没有干涉。更进一步地说,即便是毫不干涉也包括一些代价,比如说,言论所带来的烦扰和混乱。另一方面,对于信息自由的限制不仅仅包括无法提供信息,还包括隐藏原本可能暴露在公众面前的信息。当一个政府具有这种企图,从而力图阻止不利政治言论传播时,就会违背受众同样力图限制公开化的利益,人们可以基于相同的理由来反驳这两种企图。在某一个情形中,任何“参与者”的言论权利都不能受到侵害,这是唯一尚未被揭示的事实,但这一事实似乎无关紧要。

3. 旁观者的利益

我提到过,参与者和受众有时既可以从对言论的限制中获益,也可以从这种限制的缺席中受益。但是,限制言论最为人熟知的理由是诉诸旁观者的利益。我将简要地点到这些问题。首先是避免言论自由行为本身产生那些不尽如人意的副作用的利益:交通堵塞,人声

嘈杂,还有那些随地乱扔的传单。其次也是更为重要的,是对那些没有受众的言论所产生的影响。旁观者的利益可能只会受到这样一个事实的影响,即:受众获得了各种新的信念,比如说,这些信念是有关旁观者的道德品质的。更为普遍的是,当言论促进了对受众随后行为的影响时,旁观者也会受到影响。

任何保护这些受众利益的规则都可能与受众和参与者的利益发生冲突。但是,以保护旁观者不受第一类伤害为目的的规则,经常让我们觉得,它并不如以保护旁观者免受受众信念和行为的变化所带来的伤害为目的的规则那么有威胁。这部分看来是正确的,因为受到这两种目标支持的规则类型是各不相同的。保护旁观者不受言论自由的副作用的伤害,只要求确定言论自由的时间、地点和言论方式的规则,而且在大多情形下,这种规则只会给参与者和受众带来不便。它不需要威胁到言论的中心利益。保护第二种利益的规则若能得到成功执行,就会妨碍一种理念的有效交流。因此,它与参与者的利益直接冲突,至少潜在地和同受众的利益相冲突。但是,这种比较仅仅是在程度上的重要性区分,而且,某种形式的有效言论能够满足参与者和受众的利益,而不一定会对旁观者造成第一种伤害:如果没有任何有效的言论方式,那么,有关言论的时间、地点和方式的规则就会同人们对言论内容的限制一样危险。

(三) 理论种种

虽然“言论自由”看起来指涉参与者能够不受阻碍地表达自己言论的权利,对于言论自由的理论辩护一直以来主要集中在受众的权利上,或者,在较轻一些的程度集中在旁观者的利益上。比如说,在密尔著名的《论自由》一书的辩护中,^①他就论证道,不干涉言论的政策之所以要比言论审查制度更可取主要有两个原因:首先,前

^① 密尔:《论自由》,第2章。

者更有可能促进真实信念的传播；其次，通过培养更好的（也是更为独立的和更具有探究性的）个体之发展，它有利于社会的福利。同样，对受众价值的强调也出现在亚历山大·梅克利约翰的理论中。^⑧他认为，关于言论自由的第一修正案起源于民主公民的知情权利，因此，公民可以承担他们作为公民的政治责任。

我想，这一强调可以由以下事实得到说明，即：建构言论自由的理论是用来回应那些被视为对限制言论的最具威胁力的论证的。这些论证一般从首先唤起人们关注无限制的言论给受众和旁观者所带来的伤害开始：比如说，误导的伤害，或者因为旁人被误导或者被激发起的不满和不安所带来的不安全感。其最终的结论是，政府有权利甚至有责任保护公民不受言论的伤害，这样一来，政府就可以禁止或者应该禁止有问题的言论了。为了回应这种论证，各种言论自由理论往往是要么争辩禁止言论不是保护利益的最好方式（密尔）；要么论证，凭借其他的理由以这种方式来保护公民是不合法的（梅克利约翰）。

密尔论证的辩证目标有助于解释为什么他只集中关注于两种善——即：真实的信仰和个体的成长，而从来没有清晰地考虑过这两种善又如何与十足的功利主义论证所必须考虑的其他善达于平衡，尽管他宣称只是在作一种功利主义的论证。

梅克利约翰理论中那种惊人的狭隘性也可以得到类似解释。梅克利约翰是针对下述理念作出的反应，该理念认为，一种“明显而眼见的危险”可以使政府有正当的理由，通过控制那种威胁政治理念的言论来采取保护其公民的行动。在他看来，这违背了那些要求保护的公民的权利。因此，他力图根据知情权和自决权来解释《宪法》第一修正案的“绝对”特质。但是真的存在这样的权利吗？梅克利约翰明白公民在一个民主的政治秩序中发挥其慎议作用的基础。但是，基于此一基础上的权利并不适用于所有的言论形式。各种关于艺术的优良品质、个人生活的最佳形式的争论，或者，关于市场商品

^⑧ 亚历山大·梅克利约翰：《政治自由》，纽约：哈珀尔与罗出版公司，1960年。

升值的争论,也许都有它们自身的重要性,但是梅克利约翰却把这些言论形式与许多其他的言论形式相提并论,认为没有任何可以豁免于规则的权利。因此他也被迫作出退让,认为这些活动在其主要方面都在《宪法》第一修正案的基本保护范围之外,相反,只有在这些活动的一般重要性使得它们与各种政治决策相关的情况下,才有资格受到保护。

这种狭隘性在许多方面都是那些令人感兴趣并有吸引力的理论所具有的一种不能令人满意的特征。而且,根据《宪法》第一修正案将言论作为政治权利来保护的做法,梅克利约翰的理论把受众的价值——即:公民的知情权——当做唯一的基本权利,就特别令人惊讶了。因为,民主公民的政治权利中最突出的是参与政治过程的权利——特别是人们为自己的利益和观点辩护的权利,以及试图说服其他公民同胞的权利。这样的政治参与权并不完全来自于公民的知情权;如果我们假设其他人已经完全洞悉问题的要害,那么,表达个人自身的意见并努力说服其他人相信其意见的有效性的权利就不会消失。也许,梅克利约翰会回应说,问题的关键所在不是狭义上占有所有信息的知情权。民主公民还需要对那些以一种有力的方式提出的替代性政策作出有力的论证,该论证方式使这些替代性政策的力量和弱点更为明显,也激发人们批评性的慎思并有助于达到最佳决策。当然,有人可能会问:当政治参与变得不相关甚或不再蕴涵好的政治决策的可能性时,这种论证又在支持什么呢?我将在本文的第(五)节回过头来讨论参与者利益与非参与者利益之间的关系问题。^⑨

好几年前,我提出的言论自由理论深受梅克利约翰观点的影响。^⑩同他一样,我想要陈述一个言论自由的原则,该言论自由原则具有某种绝对性,或者至少部分不能与其他关切竞争等量齐观。但是,现在我希望我的理论要比梅克利约翰的理论更广一些。我想要

^⑨ 见本书第五篇论文《言论自由与言论分类》。

^⑩ 见本书第一篇论文《一种言论自由理论》。

它涵盖的内容超过单纯的政治言论范围,而且我认为,它应该给参与者和受众的利益以独立的重要意义。我的理论基础是一个单一的、与受众相关的原则,它适用于所有范畴类型的言论。

密尔原则

尽管若非由于某些表达行为,某些危害便不会发生,然而,这些危害却不能当作对这些[言论表达自由]行为施加法律限制的辩护理由之一部分。这些危害是:(a)由表达行为所诱发的使某人持有错误信念而对其造成的危害;(b)由表达行为所诱发的某人的行为所带来的有害结果。表达行为与随后产生的有害行为之间的关联仅仅在于如下事实:表达行为促使行为者相信(或使其更倾向于相信)其行为是值得进行的。^①

我曾经通过表明这一原则乃是关于合法政治权威的限制之特殊理念的结果,而为该原则进行辩护:即是说,政府的合法权利应限制在可以基于那些与其公民自律相容的根据——也就是与那种主张每个公民有其特权决定自己相信什么并权衡各种行为理由的理念相容之根据——而得到辩护的限度之内。^② 这可以被看作是梅克利约翰关于民主公民的政治责任之理念的一个普遍化版本。

密尔原则意欲排除对言论审查的论证,对此,密尔和梅克利约翰相互给予了回应。密尔原则通过排除这些论证所诉诸的有害后果,来证明各种为合法限制言论所作的潜在证成都不能成立。但是,还有另一种方式得出那些同我们认为与言论自由不相容的政策。这种方式仅仅根据下述理由——即:认为言论本身令人讨厌或者言论自由会产生密尔原则所不允许的那种令人讨厌的结果,就可能对言论施加过度的限制。所以,我所描述的这种理论的另一种不同于“过度”限制理论的部分是,把参加者和受众对言论的兴趣具体化,看看

^① 见本译本第一篇论文《一种言论自由理论》。

^② 同上。

他们的这些兴趣是否比那些与之竞争的东西更有价值(正如我所指出的那样,这些价值在各种类型的言论中是不断变化的)。但是,言论自由并不仅仅要求应该有“足够”的言论。这个理论的两个更深刻的要素要求,言论之善(对于参与者和受众的善)应该按照这样一些方式来分配,即:这些方式应与分配正义的普遍要求相符,应与任何可能存在的支持人们获得言论手段的特殊权利——比如,政治参与的权利——相符。

这种理论认同密尔原则,将之视为唯一具体关切言论的原则(作为与普遍的正义原则相对立的原则),该原则在各种类型的言论应用中具有同样的力量。如果这么说是对的,那么,它就可能回答我开始所提出的问题。¹³ 但该原则正确吗?我现在认为它是不正确的。¹⁴

首先,密尔原则在某些情况下似乎会产生不真实的后果。比如说,它就很难弄明白,为什么反对欺骗性广告,或者禁止香烟电视销售广告的法律如何才能同这一原则相契合。当然,我们也可以找到一些方法来回应这类非议。也许,我们所讨论的这些政策只是侵犯了自由言论。另一方面,如果说,这些政策之所以是可以接受的,仅仅因为它们是证成家长制(paternalism)的实例,那么,我原初的理论的确可以承认,密尔原则不适用于这些实例。¹⁵ 但是,我的这种理论仅仅在极端丧失理性的个案中才会出现例外,因为它把那种认为任何基于违背密尔原则的根据来证成政策之正当合理性的观点,看做是构成一种特别强烈之家长制的观点。¹⁶ 广告的个案显然构成了后一主张的反例。更一般地说,密尔原则的第一条限制只能在这样一些情况下失去作用,在这些情况下,我们的理性能力受到严重削弱,所以,密尔原则的第一条构成了对家长制的反驳,这种对家长制的反

¹³ 见本书第五篇论文《言论自由与言论分类》。

¹⁴ 在接下来的探讨中,我得益于许多批评意见,尤其是罗伯特·阿姆多和加纳德·德沃金所提出的反驳意见。

¹⁵ 见本书第一篇论文《一种言论自由理论》。

¹⁶ 同上。

驳太过强硬和彻底,以至于并不令人信服。一种可以接受的正当化的家长制学说必须通盘考量下列一些因素,比如,人们能够自我决策的价值;他们自我决策的代价;以及,赋予政府代表他们来进行决策的风险。正如广告的例子所表明的那样,这些因素在不同的情况下有着不同的变化,甚至对于那些并未完全丧失理性能力的人来说也是如此。

但是,密尔原则的难题不仅限于如何证成家长制之正当合理性这一点。人们之所以诉诸这一原则,是因为它保障了重要的受众利益——即:人们决定自己信仰和行为理由的利益。就像我早些时候所评论那样,这些利益不仅仅取决于言论自由,而且也取决于其他获取信息、获得教育机会等尺度。对这些其他尺度的考量表明,对于我们愿意为加强我们的决策能力所作出的牺牲还有一些普遍性的限制。额外的信息有时并不值得我们为之付出代价。密尔原则允许某些言论自由的代价超过言论自由的价值,但却坚持认为,我们必须忽略两种重要的代价。如果这些代价属于某些特别的代价,为什么我们还会不惜承受无限度的代价,去繁荣发展言论自由呢?在此,我们必须牢记的是,密尔原则是对合法政府的权威的限制。现在的情况很可能是,就像我想论证的那样,对代价的某种限制,可能被政府用来作为限制言论的根据,之所以如此,是因为这样的限制是为了保证言论自由的代价超过人们为此而付出的代价。但是,如果是为了避免随意的成本付出,并为该限制所采取的抽象形式提供令人信服的解释,对该结论的论证本身就必须建立在对所有相关代价的充分考量之基础上。

这些反对意见的要点,是我曾经为证成密尔原则所提出的论证中有一个基本错误。在政治论证中,有许多可以诉求但却又是极其模糊的和不确定地个人自律概念所求诸的方式。一种理解自律的方式,是将其理解为一种发挥独立的理性判断的实际能力,并把它看做是一种值得增进的善。但是,这种意义上的“自律”是模糊的、多少有些浮夸的,或者是误导性的指向某些最重要的受众的,我在本文第二节描述过这种自律。在本节中,我所提供的这种直觉性论证,也诉

求于这一意义上的自律价值。我在早期理论的第二部分,也解释过这些受众的利益。另一方面,我对密尔原则的论证又用一种不同的方式使用了自律的理念,即:作为对权威之正当合理性证成的一种限制的自律理念。那时候我曾经坚持认为,这种正当合理性的证成必须与平等公民、自律性的理性行为者的论证相容。^{①7}

在我现在看来,这样一种限制的理念是错误的。它的诉求完全来自于第一种意义上的自律价值,也就是说,完全来自于保护受众利益的重要性。一开始把这些利益当作是对证成过程的限制,为下述直觉提供了理论形式,该直觉以为,言论自由是建立在这样一种考量之基础上的,即:该考量绝不能以《宪法》第一修正案所可能允许的“清晰而眼见的危险”或“纯粹的权衡”理论方式被那些与言论自由相竞争的利益所超越。但是,理论以这种方式来考虑受众的利益会产生一种影响,那就是,我们赋予受众利益的重要性和价值意义将会超过我们实际给予它们的重要性和价值意义。而且,这样做甚至会使我们无法继续追问这些利益是否在某些个例中可以得到更好的发展,如果我们能够免于某些影响的话。为了回应对密尔原则的非议,有必要追问这样的问题,而且要把受众利益在不同的环境中的变化考虑在内。但是,在我所提出的论证框架内尚无可能做到这一点。

密尔原则的绝大多数后果是我仍然认可的。尤其是,我依然认为,对于政府来说,通过限制那些关于如何改造你自己神经的信息,^{①8}来提升我们的个人安全的做法乃是合法的;但单靠阻止可能引起社会混乱的政治煽动,来提升我们的个人安全却是不合法的。我不认为我对后面一种状况的判断仅仅是基于预知这类后果的困难;或者,仅仅是基于这样一种理念,即认为,允许政治争议的坏结果在所有类似的情形中都会超越那些好结果。但我不认为,这两种情形之间的差异就在于限制的方式和限制的理由之间的区分,就像我在我的最初那篇讨论言论自由的论文(指《一种言论自由理论》一

^{①7} 见本书第一篇论文《一种言论自由理论》。

^{①8} 同上。

文。——译者注)中所说的那样。相反,这种差异毋宁是,政治问题何时涉及派系林立而又不可信赖的政府,该差异就会出现。因此,在此情形下,给政府以制定政策来平衡各种利益——尤为重要的是平衡受众与参与者的利益——的权威,具有很大的威胁。在第一种情形中,对于安全的考量是清楚而严肃的;而可能遭受限制的参与者的利益和受众的利益并不重要,在此范围内,规则限制是可以接受的。

以这种方式来看问题,政治言论在言论的范畴分类中占据了特别重要的地位。我认为,梅克利约翰的错误在于,他假定这种言论类型与其他言论类型之间的程度差异为那些探讨《宪法》第一修正案的理论划定了边界。而另一方面,我的错误则是试图把梅克利约翰的理论普遍化,使之越出了政治言论的界限,我以自律的名义把这种言论类型(政治言论)独有的特性当做是证成合法权的先在限制。

为了避免这类错误,区分几个不同层次的论证是有益的。一个极端的例子是“政策分层”,在不同的“政策层次”上,我们可以统筹考量某一具体行为或政策——比如,一种影响人们言论表达的法令——的可欲性或不可欲性。另一个极端的例子可以叫做“基础层次”。这一层次的论证关乎对现成主题之相关性证成的终极资源的确认。就言论情形来说,这些终极资源包括相关的参与者、受众和旁观者的利益,以及能够实际令他们满意的分配正义的要求。在这些层次之间的中介层是“权利层次”。¹⁹ 这个层次上的问题是:如果我们要避免基础层次上的考量可能是不可接受的那种结果,那么,必须强加于政策决定的限制和要求——倘若有的话——是什么。这样,宣称某事情正确,就是宣称,如果要避免那些不可接受的后果,对政策决策施加某些限制和要求乃是必要的;也即是宣称,这些特殊的限制和要求是可行的,这也就是说,接受这种特殊的限制和要求足以确保不出现这样的结果,而且其他利益的代价也可以容忍。举个例子来说,宣称对搜查和查封施加一种特殊限制也是隐私权的一部分,可能就是宣称,对我们重要而合法的利益实施必要的保护使其免受那种没有根

¹⁹ 对这一观点的详细表述,见本书第二篇论文《权利、目标和公平》。

据的监视和侵扰,乃是一种可行的必要的保护形式。在某一特定时间的既定社会背景下,人们拥有什么权利取决于此时此刻对必要性和可行性的诸种判断何者为真。^② 这种情况将取决于对利益的主要威胁的性质,取决于存不存在易于加深满足手段资源的不平等分配因素,尤其取决于作出相关决策的行为主体(私人个体或政府)的特点:他们拥有什么样的权力,他们如何可能无约束地使用这种权力?

我们中的绝大多数人相信,言论自由是正确的。也就是说,我们相信,限制政府规约言论的权力,对于保护我们作为受众和参与者的核心利益来说是必要的,而且我们还相信,这类限制与健康社会和稳定的政治秩序并不是不相容的。几百年来的政治历史支持了人们的这些信念。至于究竟如何确切地理解这种权利,人们则较少给予论证——比如说,对决策权威实施哪些限制和要求才是保护参与者和受众之利益的必要方式? 这类限制和要求中,哪些是确保人们平等获得言论表达手段所要求的必要方式? 随着各种条件的改变,尤其是,假定这些问题的答案有时也会发生剧烈的改变,那么人们对于这样的情况就更不必那么大惊小怪了。有些威胁是持续存在的——比如,政府总是倾向于阻止批评性的言论——而这些威胁总是与人们对权利定义的一般一致相对应。但是,随着新的威胁的出现——比如,从宰制性交流工具的形式或所有权的变化中产生的新威胁因素——如何给权利以最好的界定,从而花费可容忍的代价来提供相关的保护这一问题的答案,又会变得模糊不清,甚至会产生合理的分歧。这种分歧部分是经验性的——比如说,人们对于政府是否拥有某些权力这一问题就可能会产生意见分歧。有时,这种分歧部分也是关于受众和参与者利益之本质和重要性的基础层次上的分歧,特

^② 当然,对这一难题可能有多种多样的解决办法,这就是说,可能有不同的方式解决这一难题,而用这些方式中的任何一种方式,我们都能确定充分保护这些利益的正确方式。在这类情形下,最初的正确方式是对相关利益的某种保护。在这一点上,所谓正确的方式是在不完全的意义上确定的。一旦某种充分的保护形式被确立为是对决策行为的一种约束,则其他替代性的保护就不再是相关意义上所必要的保护。在这一方面,我们的正当权利部分是由习俗所决定的。

别是关于哪些东西足以构成使人们满意之平等分配言论表达手段之方式的基础层次上的分歧。关于自由言论的哲学理论之主要作用,就是力图解决这些基础性的问题,另外还要澄清我们的论证。

我们这样看待一般权利和言论自由之特殊权利的理由何在?理由之一在于,这种观点可以解释我们关于权利的大部分信念,并且能够解释我们辩护和阐释这些信念的过程。第二个理由是,该观点对权利基础的解释似乎可以穷尽所有与之相关的关切:如果一种言论规则的规约对于我所列举的那些利益没有任何威胁,对于满足人们言论方式的平等分配也没有任何威胁,那么,还有什么更深刻的根据来否定它,认为它侵犯了言论自由呢?如果权利不是像我所描述的那样是工具性的,那么它们又是什么?我们又有什么理由来认真地对待它们呢?

(四) 范畴分类

有关言论自由的两种论证方式,可能包含着各种言论范畴分类的区分,现在就让我们来区分这两种论证方式。第一,并非每一个参与者或受众的利益都能够对言论自由要求我们承担的代价施加相同的压力。言论自由经常要求允许一种特殊形式的言论——如,在公共建筑物附近散发传单或者举行游行——尽管这会使旁观者付出代价,因为如若不然,参与者和受众的利益就得不到充分而平等的表达。这类论证显然依赖于我们对言论的范畴分类:它们的力量取决于具体参与者和受众的利益的重要性。但是,一旦人们基于这样的论证得出下列结论,即:必须允许某种既定的言论模式,那么,就会产生新的问题:它是否可以运用任何言论形式?或者,它的适用范围可否限制在这样一些言论类型——这些言论的价值是人们要求必须允许此种言论模式的基础——的范围之内?如果是后者,那么,人们就不仅仅会赋予有关言论自由权利之内容的论证以不同的分量,而且在不同的情况下,这种权利的应用还将涉及如何确定对所属言论行为的范畴分类。我将分别讨论这两种形式的范畴分类,一种是利益

的范畴分类,另一种是言论行为的范畴分类。

我们可以通过考量“政治言论”可以如何归类的方式,来阐释这种范畴区分。为讨论的方便起见,我将假定“政治的”一词只取其狭义解释,粗略地说就是“与选举过程和政府行为有关的[政治的言论]”。我们可以在这种意义上把一种言论的利益之范畴分类区分为政治的,包括参与者参与政治过程的利益和受众(以及旁观者)传播信息和讨论政治主题的利益。另一方面,作为一种言论行为的范畴分类,我们也可以根据参与者的意图——带有一种政治目的的言论表达——来区分“政治言论”;或者,通过参与者的言论内容和后果——即有关政治问题的言论或者是对于理解政治问题所发表的见解——来区分“政治言论”,^②这两种定义大致对应于我刚刚提到的两组利益。我将暂时假定,人们可以把政治言论的范畴理解为是对可以归于这些定义的各种行为的范畴分类。

如果说,言论的政治利益并非唯一重要的利益,那么,人们没有充分而平等地分享政治利益这一事实,就构成了人们要求扩大或改进适用的政治言论模式的一个强大理由。政治言论之独特重要性作为一种自上而下的资源,乃是关于言论自由的合理论证所必须承认的重要性。那么,我们也必须因此把“政治言论”视为一种行为的范畴类型吗?也就是说,一种具有相关政治意图或政治内容的言论行为免于规则规约的事实,是否与言论自由相容呢?

那些适用于有关“公共官员”、“公共人物”或者“公共问题”^③的诽谤性言论的特殊标准表明,有些诸如“政治演说”的言论在当下流

^① 这就是说,把它同其他受保护的言论形式区分开来。在此,我只关注被标明为“政治的”那种言论。为了排除诸如炸弹爆炸一类的行为,对“政治言论”(即可允许的政治言论)的充分界定,可以说明除这里提到的这些特点之外的其他政治言论的特点。见本文注释④。

^② 见《纽约时报公司诉苏利文案宗》,美国第 376 号,第 254 卷(1964 年)。还可见比如说《柯蒂斯出版公司诉布茨案宗》,美国第 388 号,第 130 卷(1967 年);《格尔夫茨诉罗伯特·韦尔奇有限公司案宗》,美国第 418 号,第 323 卷(1974 年);《赫尔伯特诉兰多案宗》,S. Ct99 号,第 1635 卷(1979 年);《哈钦森诉普拉克斯迈尔案宗》,S. Ct99 号,第 2675 卷(1979 年)。

行的对言论自由的合法理解中的确发挥着行为范畴分类的作用。对斯科基案例的反思也可以提示我们，“政治演说”在我们对言论自由权利的直觉性理解中具有一种特殊的地位。假如那种深深冒犯了旁观者的那种言论具有一种政治品格——比如说，假如它的目的仅仅是提供娱乐或者提升商业利润，那么就不会出现下述情况，即：人们会认为这种言论应受到言论自由的保护。但是，我还不清楚，该如何为这种言论自由的解释辩解，至少，除非“政治的”一词在一种极为广泛的意义上得到理解，而在此意义上，任何重要的和有争议的问题都被算做是“政治问题”，否则就很难为这种言论自由提供辩护。狭义上的政治言论不但重要且需要保护，而且在其他方面也不是独一无二的。进而言之，即使人们对“政治的”一词作广义理解，认为要进入一种言论模式可能依赖于对人们的目的和信息之“政治”本性的官方确定，这样一种理念也并不非常适合自由言论的基本理念。

这就提示我们，关于斯科基案例还有第二种也是更为真实可信的分析，这种分析更多的依赖于利益的范畴分类，而较少依赖于行为的范畴分类。如果有人认为纳粹的游行应该受到保护，那么这一判断可能反映出以下观点：即认为，任何法令都不会^②赋予地方性权威禁止这种游行的权力，而这种游行可能会给政治言论的中心利益提供充分的保护。这样的论证回避了任何有关这场特殊游行的内容和目的是否“真的是政治的”判断。相反，这反而依赖于下述判断，即：人们不可能有效而可靠地将这样一场游行与那些本质上需要给予保护的政治言论区分开来。

我们可以利用利益的范畴分类与行为的范畴分类之间的区别，来解释本文开头所提到的有关范畴分类的某些模糊性。在言论自由的论证中，参照利益的范畴分类既是重要的，也是不可避免的。行为的范畴分类也可能是不可避免的——“言论”本身就是这样一种范

^② 当然，人们只需要发现一种特殊的法令不符合宪法，就可以作出一种实际的决定。然而，我之所以这么说，是认为一种诸如某一行为应受言论自由的保护之直觉性判断，要比这种判断更为宽泛，而且前者也意味着任何可以接受的法令都不可能限制此种行为。

畴分类,比如说,我们就可以基于参与者的意图将攻击行为与言论区分开来——但是,我们有各种充分的理由对行为的范畴分类保持警觉,并且将它们的使用范围限制到最小限度。甚至于,当人们对于言论之各种各样的利益的相对重要性出现一致看法时,某一既定言论行为的目的和内容也可能成为人们争议的主题,并可能被误解,尤其是在那些存在强烈冲突和不信任的情况下更是如此,而在此情况下言论自由更为重要(在运用法律禁止人们以言论来煽动群众暴动的实践中,所存在的众所周知的困难就是最好的例子)。因此人们相信,言论自由的基本原则必须超越范畴分类,这一信念部分来源于人们的这样一种认识,即:行为的范畴分类依赖于各种区分——包括对行为意图的区分和行为内容的区分,这种相信言论自由具有偏向性的信念令人本能地对之产生怀疑。尽管如此,在解释言论自由时,当我们力图避免不可接受的代价,寻求各种保护言论自由的中心利益时,我们仍然持续地被行为的范畴分类所吸引。眼下人们关于界定诽谤之特殊标准范围的争议就是这一过程的一个典型例子。^{②④} 确认行为的范畴分类——这是我们想要给予保护的行为类型所能够实际依赖的范畴分类——乃是一个实践判断和策略判断的问题,而不是哲学的理论问题。

我已经提到过官方误用某种理由来避免进行行为范畴分类的可能性,但这不是唯一的问题。第二个困难在于以下事实,即:在不限制其他类型的言论的情况下来规约言论范畴,是极端困难的。最近出台的竞选资金法就是一个富有启示的例子。^{②⑤} 限制竞选期间的花费是为了增加这类特殊的竞争性行为的公正性,这个目的与自由言论完全相容。问题是,为了有效地限制竞选开销,就有必要通过一个单一的委员会来管理每一个候选人参与竞选所筹集的资金。为了做

^{②④} 见本文注释②所引用过的案例。

^{②⑤} 见《巴克利诉瓦利奥案宗》,美国第424号,卷1(1979年)。1971年的《联邦选举法案》第92—225条,释义83[3](1972年),由1974年的《联邦选举法修正案》作出修正(第93—443条,释义88[1263]);再由1976年的《联邦选举法修正案》作出修正(第94—283条,释义90[475])。

到这一点,必须对任何一个人或者团体可能花费在竞选言论上的金钱数量作出较低限制。但是,由于花费在竞选言论上的钱无法清晰地同有关政治主题的言论开销分离出来,限制私人性的言论花费就构成了一种难以让人接受的限制。对“竞选言论”的开销限制原则上同自由言论是相容的,如同在市政会议上对发言时间的限制一样:二者都因为加强过程的公正性而可以为人接受。然而,与市政议会不同是,“选举言论”很难与其他关于政治议题的言论区分开来,因为想要在不影响其他言论的情况下对它进行规范实在不易。

除了难以在不影响其他言论的情况下规约某种言论的困难之外,还存在一个更深刻的难题,即:在一些范畴分类之内实施特殊的规约是可以允许的,但这些范畴分类本身又有范围过宽的危险。比如说,我就相信“商务言论”的范畴分类就过于宽泛了。假定“商务言论”是参照参与者的意图来定义的:也就是说,参与者的市场言论是以吸引买家或者卖家为其目的的。这与广告还不完全相同,广告可以表达更为广泛而多样的目的,而且我们不能根据广告的主题来定义它:《消费者报告》与商务言论有着同样的主题,但《消费者报告》却受《宪法》第一修正案的“完全”保护。那么,为什么有人认为需要限制商务言论,而如果这些限制对于其他类型的言论而言又是不可接受的呢?大多数人都接受,或者说,直到最近大多数人仍然接受这样一个观点,^{②6}即:接受那种反对虚假或欺骗性广告的法律,接受对香烟广告的限制,接受就业机会的分类广告形式。人们持这种态度的一个理由是,人们一般不认为商务言论中所涉及的参与者和受众的利益——如,促进生意,学习如何适应市场——存在过分受限的危险。我们往往认为,存在大量的做这类广告的机会,如果广告受限,我们也不会有接触不到我们所需信息的危险。事实上,虚假广告和欺骗性广告对于重要的受众利益的伤害,比广告曝光度的减少所

^{②6} 见《贝茨诉亚利桑那州法院案宗》,美国第433号,第350卷(1977年),以及《亚利桑那州法院的反诉否决案》,美国第434号,第881卷(1977年);《弗吉尼亚药品管理局诉弗吉尼亚消费者协会案宗》,美国第425号,第748卷(1976年)。

带来的伤害要多得多。此外,禁止类似广告的法律在某些方面与禁止虚假的和欺骗性的宗教或政治主张不一样。首先,因为在这些领域里存在着清楚而客观的真相标准,其次,我们认为政府在商务公司的竞争中不会有太多的偏颇,不像在政治和宗教领域里那样。

这些大多无需质疑,但这并不支持我们将下述结论一般化:作为一种言论类型的商务言论可以受到不太严厉的言论自由之要求的限制。我所提到的那些似乎正当的限制,可以得到下述论证的支持:原则上说,这些论证是适用于其他形式的言论的(比如,通过诉诸老资格的家长制,或者,诉诸保护受众利益不受过多言论的伤害)。如果认为这些论证只适用于商务言论,或者认为所有的商务言论都特别适用于这些论证,那就错了。尤其是,就像我所认为的那样,如果人们假定政府在这一领域保持相对中立并值得信赖,就是我们之所以会对商务言论的规约持满意态度的一个理由,那么,我们就应该清晰而小心地作出这种假定。还有许多情况显然也可以算做商务言论,在这些商务言论中,我们对于政府规约言论所持的传统怀疑也可以像其他言论规约一样得到正当合理性的证成。在已经成立的能源公司与反对其成立的商务公司之间关于提高代用能源的广告战中,我们也可以找到类似的例子。^{②7}

(五) 色情出版物

在本文的最后一节里,我将考量一下色情出版物的范畴分类。这一实例既可以解释我们刚刚讨论过的那些范畴分类难题,也可以

^{②7} 有人可能会主张,只要这个例子具有我提到的那种品格,它就是政治言论的一个实例,而不仅仅是商业言论的一个实例。可以肯定,它的确具有一种政治因素。尽管如此,参与者的意图(以及受众的利益)也可能完全是商业性的。这种争议的政治因素之所以引发《宪法》第一修正案的连锁反应,是因为该争议所导致的对部分参与者或受众的偏向性规约威胁是政治性的威胁,而不是因为争议所涉及的那些利益具有政治性的威胁。

解释第(二)节所讨论的有关参与者和受众利益的某些难题。

我们要对色情出版物提出的问题是:为什么要限制色情出版物?我将考量两个答案。第一个答案诉诸这样一种利益事实:人们不愿意暴露在那些冒犯性的读物上。所谓冒犯,我的意思不是指基于不赞成基础上的反应,而是与痛苦、恐惧或敏感的尴尬之事直接相关的反感。为了论证方便,我假定很多人确实对某些性色读物会产生这样的反应,而且,我们应该认真对待他们想受到保护以避免这类读物烦扰的愿望。我也同意这样一种观点,即认为,最冒犯人的东西在不同的经历和文化中不尽相同。因此合适的保护标准也可能发生变化。但是,如果这是我们限制色情出版物的唯一理由,那么问题就很容易解决:我们可以限制能在街道上公开展示的那些色情出版物,而无需限制剧院里或者出版书籍上或者一般棕色包装信封里的色情出版物。唯一更高的要求是,由我们分离两种人群的需要所产生的不便,应该同时由双方公平地分担之。

认为这个方案应该被所有关注此事的人所接受的想法,还需要具体假定此事所涉及的利益。我们可以假定,色情出版物的消费者希望获得私人性享乐,而销售者则想把这些色情出版物出售给那些想要这些东西的人群,而另一些人却想避免看到或听到他们觉得受到冒犯的东西。这三种利益[兴趣]很少能够彼此协调。但这种考量显然没有把另外一些利益考虑进去。也许,有人想在公共场合看色情出版物,他们的快乐来自他们知道其他人受到了干扰。也许,销售者想有更大的消费群体,以便能够提高他们销售的利润,所以,他们就想用一些更刺激的广告来推销之。最后,那些想要限制色情读物的人,不止是他们自己一看到这些东西就感到恼火,仅仅是知道有人在看这些东西也觉得他们自己受到了冒犯。只有当所有这一切都被禁止后,他们才觉得心安理得。但是,这些利益都不是很重要。当然,解释哪些利益是重要的,哪些利益不太重要,是一个普遍的难题,但这不是一个专属于言论自由的难题。

不幸的是,冒犯不是人们要求禁止色情出版物的唯一理由。我想,主要的理由是有人认为是色情出版物的存在,人们对这种东西的热

爱,以及将其合法化,都将会给我们对于性和性操守的态度带来不好的变化。我们对社会的品格有着深刻的关切,因为我们身在其中,我们的孩子也将成长于其中。这种利益不能很简单地被当做琐碎的或者不合法的东西而任其消解。虽然在某个层面上,我们可以忽略所谓色情出版物诱发强奸案的看法,我们却不能认为这种看法在经验事实中是不合理的,即认为,性态度和操守的进化很大程度上受到那些被广泛关注的书本和电影的影响,当然,言论不是唯一影响社会的方式。这种反对色情出版物的论证和著名的拥护限制非规范的性行为^②的论证有着相同的形式。如果这些论证所诉求的利益是合法的,正如我所承认的那样,那么,我们又该如何回应这些论证呢?

我认为,“在一致同意的成年人之间”的交易有时可以通过基于下列根据的限制成为合法的交易,该根据是:如果这样的交易自由发生,社会预期就可能改变,人们的动机也可能发生变化,一些有价值的社会实践亦有可能出现不稳定的结果并逐渐式微。比如说,我就认为,应该根据这些理由对某些商务交易作出合法的限制。因此,理查德·提特姆斯^③就反对在英国将卖血合法化,他主张,基于商务基础的血液交易会削弱人们的相互依赖感,导致利他主义动机的普遍衰微。从论证的目的来看,我们假设这经验式的主张是正确的,我也倾向于认为,人们对于把这一看法作为理由使得血液交易非法化的做法,提不出任何反驳意见。以此理由禁止血液交易一开始似乎是可以反驳的,因为它代表着国家企图维持人们的某种心理状态。这是很多企图中应该给予反驳的一种企图,它侵犯了言论自由,这些企图都想通过阻止人们考虑和权衡改变其心态的各种可能的理由,来防止人们心态的变化。这样的国家干涉违反了重要的受众利益。然而,就我所知,血液市场的出现并没有让我们更好地决定我们是否想成为利他主义者。

^② 见帕特里克·德芙琳:《道德的强化作用》,牛津:牛津大学出版社,1965年。

^③ 理查德·提特姆斯:《礼尚往来》,纽约:兰登书屋,1971年,第13—15章。亦见彼特·辛格:《利他主义与商业》,载《哲学与公共事务》第2卷(1973年),第312页。

当然还有其他理由对血液买卖非法化提出反驳意见,有的反驳意见只是建立在那种被预先取消的机会的价值之基础上。剥夺某人出售血液的机会在我看来并不是一种很大的损失。然而,要求限制那种异常的性行为对于那些受到限制的个体来说,可以与之类比的代价就很严重——其严重程度使我们无法通过对另一方利益的考量,来证成这种限制的正当合理性。事实上,支持限制的论证在这一核心点上似乎是自我冲突的。人们的社会风俗之自然演化的合法利益何在?很大程度上在于,他们的合法利益是在没有任何压力的情况下付诸多样差异的实践来实现的,他们经受了那种被别人看做是怪异的或者遭受人们鄙弃的痛苦。但是,也正是这种利益受到了那些直接反对同性恋行为的法律的侵犯。

限制色情出版物的情况也可以通过类似的论证得到部分解答,但仍然存在一个更深刻的问题,而对于自由言论的问题来说,这一问题更为内在和根本。一旦人们承认,我们大家在社会心态和风俗的演化中都拥有合法的却又是相互冲突的利益,那么,就会产生这样的问题:我们如何公平地解决这些冲突?尤其是,难道多数人投票就是公平的解决之道吗?大多数人是否就有权可以通过限制那些可能促成社会变化的言论,来保留他们所喜欢的态度呢?对这个问题的回答显然是否定的。理由之一,就像梅克利约翰所强调的那样,多数人的政治决策过程的合法化本身就依赖于下述假设,即:投票者有自由获取信息的可能,并且能够自由地相互说服对方,使他们互相信任对方的观点。另一个原因是,同搭桥造路之类的决定不同,这不是一个在任一时刻都可以通过一个清晰的决定而得到解决的问题。因此,这种允许多数人压制少数人并且不让少数人开口的做法,是得不到任何正当合理性证成的。一种可行的公平的替代性程序是:在一种“非正式的政治”之持续过程中,反对派试图通过劝服和示例来改变和保持社会的共识。

对限制色情出版物的论证所作出的这种反应有几种后果。第一,既然它依赖于把言论自由条件下的公共互动看做是一个非正式的政治过程,而该过程又偏向于把多数人投票视为决定某种重要问

题的方式,这样一来,只有在我们能够论证这一过程事实上是公平的情况下,这一反应才是令人信服的。如果(比如说)人们获取言论表达的主要方式或者能够在政治争论中发挥影响的能力不能在社会分配中达于公平,情况就不是这样了。因此,我们在前面所探讨的作为言论自由的目标之一,即满足参与者的利益达于平等就变成了捍卫言论自由、反对多数控制的一个新的方面。

这种论证的第二个结果是,限制淫秽物的时间、地点和方式——刚开始这些问题似乎都是令人满意的解决冒犯问题的方式——现在显然就不再令人满意了。作为解决问题的方式,这些因素都依赖于下述假设:由于色情出版物的消费者和出售者的利益都是单纯私人性的或者仅仅是商业性的,非自愿的受众有资格要求受到本质上完全有效的保护,因此唯一剩下的就是相对比较琐碎的问题,即:如何以公平的比例来分配由隔离两个群体所带来的不便之负担。但是,如果赞同色情出版物的群体同样有资格(要求限制色情出版物的群体否认他们有此资格)获得影响社会的性风俗的公平机会,那么,他们似乎就同狭义的政治言论的参与者一样,^⑩至少在某种程度上有权利接触那些不愿意接触色情出版物的受众。我不认为这个结论会特别受人欢迎,但在我看来,一旦我们认真地考虑反对色情出版物的那种最为重要的论证,就很难避免这一结论。让我以考虑几类可能的回应作为我的结论。

^⑩ 也许,梅克利约翰会以一种近似的方式来为有关性主题的“冒犯性”探讨提供辩护,把这看做是政治言论的一种形式。然而,我们应该注意到以下几个方面的差异:首先,我的论证只诉诸参与者的利益,而不诉诸梅克利约翰所强调的受众的利益。其次,我在此所关注的主题,是一个不同于他所考虑的正式的民主制度的非正式过程。在这一非正式过程中,参与者若单纯作为具有作出基本决策之行政能力的先行者,其重要性不及公民。但是,即便梅克利约翰不会这样狭隘地来解释公民的政治角色,我和他的论证还有一个更深刻的差异。在我看来,对社会风俗演化的影响,仅仅是对参与者重大利益的诸多影响之一,因此我不会认为,《宪法》第一修正案所提出的全部要求的有效性,取决于这些要求对于我们在正式的或非正式的政治生活中发挥作用的重要性。然而,《宪法》第一修正案最需要探讨的那些最富有争议的理念,在这两种意义中的任何一种或两种意义上,也确实是政治学需要探讨的主题。见本文注释^⑦。

我所提出的论证,从赋予参与者利益能够影响社会态度和社会习俗之进化的那种崇高价值开始。但是,如果说我们对某些“淫秽”出版物的出版者具有这种讨伐性的意图,毫无疑问,我们对于其他许多人是没有这种讨伐性意图的。也许,我的论证结论本身并不是这样的:任何出版和散播冒犯性色情出版物的企图也都是有资格得到《宪法》第一修正案的充分保护的;相反,我的论证结论最多只是:当参与者的意图具有相关的“政治”特征,那么他可以要求得到这样的保护。这就可能把“色情出版物”解释成了在上述意义上的行为范畴:在公共论坛上,具有性冒犯意味的言论无需得到批准,因为在公共论坛上,这种言论所表达的只是色情出版者的意图——他们的仅仅是那些对性色有欲望的人;但是,如果参与者有一个很严肃的想要改变社会的目的,那么他们的有关言论就必须得到批准。在这种观点看来,要把“淫秽”当做一个行为范畴使之受到例外规则的规约,就可能包含着一个同把“商务言论”视为这种行为范畴时所出现的相同的问题:范围过于宽泛。在这两种情形下,某些实例的典型特征最多只能用来为整个范畴分类的特殊处理提供正当合理性的证成。

如同我在本文第四节所指出过的那样,在运用言论自由的权利时,我们根本无法回避基于参与者意图的这些区别,但这些区别差不多又总是可疑的。在下面这个例子中尤其是这样;涉及性问题的言论,尤其可能被那些反对者们刻画为轻浮的、戏谑的、只有那些怀有肮脏心理的人才感兴趣的東西。就我所见,允许我们基于参与者的意图对这个领域的言论加以限制,可能是在没有任何根据的情况下对正常的告诫置若罔闻。

我们可以通过第二种方式来避免下述结论,即:我们无法充分保护那些不愿意接受色情出版物的受众。即便有关性主题的言论之“政治利益”是一个很重要的利益,即便该言论支持人们接触那些不愿意接受色情出版物的受众的权利,也还是存在一个问题,即:这些利益是否需要发表那些具有“冒犯性”的色情出版物?也许,人们有足够的资格发表那些用清醒而又非冒犯性的方式“处理”性风俗问

题的材料。一方面,拉里·弗林特和拉尔夫·金兹伯格应该自由地向私人消费者出售色情出版物,且他们想出售多少就出售多少;而另一方面,他们应该自由地给报纸编辑和书刊编辑写信、作演讲,甚至在电视上随心所欲地推广他们所追求的性解放社会。但是,只要后一类活动是在没有预先警告的情况下影响到了人们的注意力,该类活动就得服从于那种不含冒犯意味的要求。

从另一个方面来看,人们可能宣称,这种论证依赖于一种关于人们心态变化的过度的认知主义和理性主义的理念。我们可以有把握地预计到,最早关于性解放社会的探讨不会对普遍流行的对待性的态度产生任何影响。较有可能对人们产生这种影响的是,人们发现,他们以前认为是冒犯性的那些性描写现在却很让人兴奋、很吸引人;反之亦然,那些他们原来以为是很吸引人的东西现在却很无趣、令人讨厌。除了放松对那些可以公开展示的东西的限制之外,如何才能给这类支持性行为变化的团体以表达其意向的公平机会呢?我不是假定这种论证背后的实际要求是正确的。相反,我的问题是:假如这些实际要求是正确的,又会引发怎样的情况?经常把那些原本被视为冒犯性的色情出版物展示在人们面前这一事实,很可能是促进人们态度改变的一种方式,但这不能必然推导出,支持这种改变的团体就有资格去使用这类手段。即便这种既定的方式不是唯一的、可能实际影响他们欲望的手段(受众的利益也必须考虑在内),支持改变人们性心态的人也没有资格使用任何一种表达手段来影响人们的目的。有人一定会问,这些手段的曝光是否通过诸如潜意识的广告方式——既超出人们的理性控制,又同相关的偏好根据完全无关——导致了人们品位和偏好的改变?或者与之相反,曝露这类影响是否在事实上就是一种发现人们有理由偏好什么的绝佳方式之一部分?我认为,有关色情出版物和其他形式的所谓堕落行为之规则规范问题的关键正在于此。

要把下列两种影响区别开来常常是极端困难的:一种影响的力量与其产生的态度的相关根据相联系;另一种影响则是那些无关因素的作用所致。在许多情形下,做这种区分需要我们有一种更清晰

深刻的——较之于我们对下列心理过程和相关根据的理解——理解，正是通过我们对心理过程的理解，我们的态度发生了变化；正是有了这些根据，我们才会持有这样的心态。尤其需要指出的是，这些根据的本性常常是一个具有太多争议的问题，以至于我们无法依赖于此来界定言论自由的权利。限制那些“无关影响”的权力之所以看起来具有威胁力，是因为这种权力太容易扩大化，以至于任意限制任何看起来可能产生误导影响的言论。

在这个方面，潜意识的广告是一个不同寻常的个案，很难将这一个案一般化。根据《宪法》第一修正案，反对潜意识广告的法律是可以接受的，因为我们可以把这一法律改造成对某些特定技术——诸如，使用暗藏的字眼和图像——的禁令，因而可以避免在相关和不相相关影响之间作出这些有争议的区分。然而，当我们关注到明显的——与那些潜藏的相对照——言论内容时，争议就更大了（即便人们清晰看到和听到的那些东西以一种我们毫无知觉的方式影响了我们，或者说是有人故意如此设计来影响我们，情况也是如此）。

保护那些不愿意受影响的受众免于这类影响的情况，会随着不同的冒犯性事例的发生而发生改变，甚至在一般所谓色情出版物的情形中也是如此。人们的态度受到那种毫无根据的言论披露的影响方式与形成这种态度的相关根据之间的区别，在含有暴力和虐待的色情出版物中表现得最为明显。反对或颠覆这些行为的理由，与人们在接触这些东西后是否会慢慢发现它们很诱人很刺激完全无关。这样一来，我们再来考量下述问题就真实可信了：该问题是，人们心态的这类变化是在他们没有选择的情况下，接触到了暴力场景的影响，这是否算那种不愿意受此影响的受众有资格要求保护以免受其害的伤害？^③ 问题在于，在没有对其他含有暴力场景的说服力活动（诸如，反战游行）作出不可接受的限制的情况下，是否可以提供这

^③ 禁止展示这种景象对于愿意接受的受众来说，乃是一个不同的问题。对儿童来说，这个问题也要另当别论。在此，在整个论文中，我所关注的仅仅是成年人的情况。

种保护？

如果我们所描述的只是那些比较温和的违反社会习俗的性态度或者性行为，而不包含暴力或宰制，那么，对于保护不愿意受影响的受众的论证就软弱得多。这些情况下，更真实可信的说法是，揭示一个人在习惯于此的情况下对这类问题的真实感觉，乃是揭示他对待这类问题所持态度的最佳方式。缺乏评价这些态度的独立根据，使得我们更加难以把言论所引起的变化看做是一种伤害或堕落。然则，即令是在这种情况下，仍然存在某些评价所需的独立根据。^③对待性的态度包含对待他人的态度，而支持或者反对人们持这些态度的理由可能完全独立于人们对于性描写的反应之外，从其典型意义上说，这些理由是高度非人格化的。我相信，人们有各种根据认为我们对待性的态度的那些不合乎欲望的变化是由色情出版物所导致的；或者人们有根据说这些态度的变化是与广告相关的，或者人们有根据说他们想要避免这些态度改变。但是，除了我刚才谈到暴力场景时所讨论的区分难题之外，这些根据具有的实质争议也实在太多，以至于难以作为言论规则的可行基础。

这样看来，基于保护那些不愿意受色情出版物影响的受众使其免受影响所提出的论证，最多只能证成限制某些冒犯性言论形式的正当合理性。这就给我们留下了一个问题：为了使有关性风俗的说服工作和争论继续有所进展，我们必须在多大程度上宽容这种冒犯行为。在这一问题上，只有通过与其他言论的范畴分类进行比较，才能给予最清晰的论证。为了给人们提供自由参与政治辩论的机会，

^③ 在这里，态度与实践行为的道德特性可能成为相关因素了。令人惊奇的是，对于本节所考量的这些限制色情出版物的主要论证竟然一直缺乏各种道德考量：比如，冒犯的概念很明显是完全从道德评价中抽象出来的，而能够影响社会未来风俗的重要性并不取决于这样一种假设：即人们对这些风俗的关切是基于道德基础的一个人可能对保存（或者消解）某些风俗习惯抱有严肃而合法的兴趣，即使这些风俗习惯不具备任何道德的意义。但是，假如性态度是个道德问题，那么道德就与我们对受众保护的论证相关，这表明，我们可以依据那些独立于主观反应之外的根据来评价这些性态度，因而给下述主张提供一个可能的基础，该主张认为，一个逐渐抱有（并满足于抱有）某种态度的个人已然变得更糟。

要求受众和旁观者承担的代价一般说来是非常高昂的。这些代价中包括极为重要的心理代价,就像斯科基村案例所表明的那样。为什么这类因淫秽出版物所产生的特殊心理代价需要给予区别对待(或者需要给予特别高的价值评估)呢?如果这个问题无关宏旨,那么,一种较低代价的门槛可能还能为人理解,但是,如果让那些“可能的”限制者来估算,情况就不是这样。我发现,已然增长的冒犯性言论曝光并无什么诱惑力,但是,我们却很难建构一种原则性的论证来作出如下限制:该限制既能与我们对待其他形式的言论的政策保持一致,又能成为严肃反对色情出版物的最为重要的论证。

六 作为一种中立关切的人权

那种认为人权应成为外交政策的一个重要决定因素的论点,得到了某些关于人权的理念的支持。这些理念包括以下一些。首先,人们主张,人权是一种特别重要的道德考量。对人权的粗暴干涉和系统侵犯不只是代表着实现某些理想的失败,更是未能满足政治制度所要求的**底线标准**。其次,人权具有**广泛的应用范围**。它们不仅适用于那些在其法律制度中认可这些权利的国家,也不只适用于那些政治制度或经济发展“与我们相似”的国家,而是事实上适用于所有的国家。人权并不像其他的政治和经济问题那样富有争议性。这并不是说每个人都尊重人权,或者说,人们对人权所蕴涵的内容存在着充分的共识。而是说,那些核心的人权在诸多国家的宪法中都得到了承认,尽管这些

国家在政治原则的其他方面差别甚大。对人权的正常认可和下述事实——即：对人权的侵犯并不限于任何具有特定意识形态类型的政府，而是既发生在左派国家，又发生在右派国家——都导致人们支持这样一种理念，即：对人权的关切是行为的一个根据，相对于世界上主要的政治和经济划分来说，人权的根据是中立的。因此，不管我们其他的政治承诺可能如何，我们都有理由反对侵犯人权的行为，无论这些侵权行为是发生在左派政权底下，还是发生在右派政权底下，也无论这些政权是议会民主制、军事独裁制，还是君主制。除去这一意识形态的中立性之外，人们通常还坚持认为，或者至少认为，人权在实践中是可以同党派政治争议分离开来的。因此尤其需要指出的是，呼吁一个国家停止对人权的侵犯并不意味着倡政权变革。我们可以反对一个政府的所作所为，而无须反对这个政府或支持该政府的反对派。

对于使人权成为外交政策中的一个决定性因素这一积极主张来说，这些理念中的第一个理念——即：人权的底线特征——就显得很重要。而其他理念——人权的广泛应用性、意识形态的中立性、实践中的可分离性——对于我们战胜那些针对赋予人权这样的地位而提出的自然的反对意见来说，也很重要。例如，这些反对意见可以宣称，人权是理想的考量，我们不能期待去完全实现这些理想。它们也可以宣称，人权只适用于像我们这样的国家；或者，人权只是地域性的关切，为我们的政治传统所独具，不为其他传统所共享；或者宣称，反对其他国家侵犯人权，就代表着我们不正当地干预这些国家的国内事务，也意味着要将我们的政府观念强加给这些国家。

在以下简短的讨论中，我将考察这些主张中的某些主张，尤其是下面这两种主张：其一是认为，人权在意识形态上是中立的；其二是认为，人权在实践中可以与党派政治问题分离开来。另一方面，我还要考量这样一种指控，即认为，当某些国家可能具有和我们不同的政治传统，并且可能不能同我们一起共享某些政治价值时，对它们施加压力以使它们停止侵犯人权，就等于侵扰了这些国家。然而，我首先要说的是我所理解的权利是怎样的，以及它们具有什么样的基础。

(一)

诉求一种权利,尤其是我们所熟悉的公民和政治自由殿堂里的权利,有时似乎就是在诉诸一个独立的道德原则,我们只需想想就可以明白其有效性,而无须诉诸复杂的推理,亦无须算计某特定行为方式所产生的收益和成本。然而,当我们发现,即便是对我们所熟悉的任何一种权利给予融贯的说明也极其困难时,这一原初的印象就会消散。例如,尽管我们觉得自己知道宗教迫害是什么,且宗教迫害侵犯了一种权利,但却不容易说出这种权利究竟为何。当一种宗教被确立为国教时,宗教自由也就受到了侵犯。也就是说,当法律要求每个人都要遵从某一特定信仰的指令时,或者说,当每个人都成为某一特定宗教的成员成为了他们获得其他政治和法律权利的条件时,宗教自由就受到了侵犯。当某些特定的宗教被禁止举行仪式和集会,或者当人们出版和散发它们的小册子和宗教资料的行为遭到禁止时,宗教自由也就受到了侵犯。至少,当人们因为某些原因——大致是与所涉及的宗教观点相关的原因——而做出上述行为时,宗教自由就受到了侵犯。当然,并非对人们宗教实践的任何限制都侵犯了宗教自由。在宗教的名目下,并非任何事情在法律上都是允许的。禁止在宗教祭祀活动中折磨动物,就与宗教自由相容,尽管禁止浸礼会教派在祭祀时折磨动物但却允许圣公会教派这么做,可能同宗教自由不太相容。

主张我在此所简要描述的有诸多要素构成的复合体代表着一种权利的根据何在呢?首先,这一主张得到了下述理念的支持,该理念认为,宗教信仰是重要的,而且是以某一特定的方式发挥着重要作用。其首要的重要性体现在个体持守其良心所具有的价值上(而且,事实上,这里所涉及的权利经常被称做是“良心自由”),使得其他人的行为合乎自己的宗教信念这一利益[旨趣]被认为只具有较低的价值。然而,论证宗教自由权利的第二个根据在于这样一个信

念：即相信，从历史经验来看，轻视其他宗教团体，试图驱逐它们或强迫它们改宗的倾向一直非常强烈而普遍。经验强有力地昭示我们，当政府有权力以宗教自由权利所禁止的上述方式行动时，它们就会频繁地使用这一权力，而给那些处在少数派地位的人们带来极大的伤害。最后，论证宗教自由权利的另外一个根据在于这一信念：即相信，包容这一权利所描述的宗教宽容的多元社会既是可能的，也是可欲的。这一信念——即蕴涵在宽容其他信念中的代价被社会和谐、降低受迫害的风险等方面的收益而超越了——的正当性，依据于我前面所提到的有关宗教重要性的特定观点。

我相信其他权利也具有相同的结构。^① 这也就是说，首先，申言一种权利并不仅仅是申言某个目标的价值，或某种危害加于某个目标所具有的巨大的负价值。相反，申言某种权利意味着，或者是要否定政府或个体的某种行为方式，或者是申言政府或个体拥有以某些其他方式而行动的认可责任，如，提供特定类型的帮助。通常，具体体现在权利之中的申言是一些由这类肯定要素和否定要素所构成的复合体。支持一种权利要依据于这样一种经验性判断，即：对权威的限制或委派此一权利所包含的认可性许可或认可性责任，既是必要的，又是有效的。它们的必要性在于，考虑到我们所熟悉的那类社会生活和政治制度的本性，当此一权利所包含的限制和要求缺席时，我们就可以想象政府和个体的行为方式可能会导致难以容忍的后果。它们的有效性在于，承认此一权利就可以以较低的代价在很大程度上防止这些后果。权利并不承诺带给人们千禧年，且并非任何改善事情的方式都会产生权利。相反，权利的产生源自于对特定的严重威胁的回应，并且通常——尽管不是总是——包含着应对这些威胁的具体策略。

权利赖以建基的经验性判断预设了某些背景条件。认为一种权利是必要的这类主张所要说的并不是，当此一权利缺席时，在一种

^① 在此，我概述了一种权利观，此一权利观在本书的第二篇论文《权利、目标和公平》(1978年)中得到了较为详细的阐述。

“自然状态”中会发生什么,而是指在我们所熟悉的那类社会中会发生什么。权利所要应对的那些威胁通常都起源于为此类社会所特有的权力分配以及动机模式。尽管就多数通常被称做“人权”的权利来说,这些条件是如此的广泛,以至于出于所有实践的目的而被认为是普遍的,但这些条件并不普遍。

一种权利是有效的这一判断,同样也依赖于有关“事情如何运作”的观点。宗教自由依赖于此一信念:即相信,人们能够并将培养出维系多元社会的运转所必需的动机模式。与之相似,正当程序的权利依赖于司法独立之可能性的信念;或者,最少也依赖于这样的信念,即:需要公开地为某一指控提出申辩,并要诉诸一个已知的法律,以此来对权力的滥用施加实质性的、尽管远非准确无误的限制。就其包含此类具体的制度性策略来说,人们通常所要求的权利有着程度上的差异。我们有时所谓的福利或人道主义权利,就在这一方面区别于传统的公民权利或个体权利。例如,当人们谈到“享有体面的食品权利”时,他们不只是在说,人们没有足够的食物是一件很坏的事情。我相信,他们同时也表达了这样的看法,即认为,政治制度必须为此事承担责任:如果政治制度不采取合理的措施以避免其公民(我们或许还可以加上其他政治制度下的公民)挨饿,那么,它们就未能满足其合法性所要求的最低条件。正是[权利]与制度的权威以及责任的关联,才使得我们在此对权利的谈论适合有度。然而,使得此一权利要求与包含在我们宪法中的权利区分开来的部分原因在于,此一权利要求并不依存于任何特定的制度机制,而此类制度机制可以作为“合理的”保护机制以防范所涉威胁。

即使就传统的公民权利和那些通常所谓的“个人权利”而言,其中也有一些包含着对制度机制的底线承诺。例如,反对折磨或残忍而罕见之惩罚的权利,相比于正当程序的权利或诸多政治权利来说,就具有较少的制度性要求。缺乏此类依赖性使得这些权利显然最易于散播,因为,这使它们可以不受这样的限制,即:它们只能应用于相应的、人们期待制度机制发挥作用的情形。

即便是那些包含着对特定制度性保障机制之底线承诺的人权,

也保留着可使其与单纯的目标区分开来的政治特征。谴责折磨严重侵犯了人权,并不仅仅是谴责痛苦、苦难、残忍与堕落,而是意味着对一种人权的诉求,因为政治权威特别容易施加折磨,犯下这一罪恶。折磨作为对人权的侵犯,是一种政治行为,其政治性体现在,它是由国家的代理者所执行的,且其目标通常是通过散播恐惧来压制对抗。承认反对使用折磨这一人权体现出这样的判断:因受到诱惑而以折磨的方式来实施统治,乃是人类社会的一种永久性威胁;并且,使用折磨的权力作为一种权力,其真实的潜在误用性是如此的明显,以至于根本无法得到辩护。^②

我相信,刚才大致勾勒的权利观支持我一开始就提到的那些主张,即认为,人权是对社会和政治制度的底线要求,并且它们具有广泛的应用范围。这些权利体现我们对政治制度必须如何的固定看法。尽管实际上人权无法得到普遍应用,但它们的应用范围还是很广泛。尤其需要指出的是,它们并不限于已然普遍承认它们或已将它们纳入法律的那些国家。如果人权受到如此限制的话,它们将丧失其多数批判意义。坚持认为存在着一种权利也就意味着,当人们抱怨人权受到某种虐待时,其抱怨是有正当理由的,不管作恶者是否承认这一点。

(二)

我现在转过来探讨捍卫人权的行动问题。此类行动的道德个案,乃是下列一般行动的一个例子,这类一般行动是指,帮助受到错误伤害的受害者,且要尽其所能地阻止或至少是不帮助那个施加错误伤害的人。考虑到人权的底线特征,对人权的严重侵犯就代表着一些极其确凿的情形,在这类情形下,道德就要求我们帮助受害者而不支援侵犯者。当然,同时也存在着一个反对干涉其他国家事务的

^② 参见亨利·舒的《折磨》一文,载《哲学与公共事务》杂志第7卷(1978年冬季号)。

预设,这一预设同样也适用于此类情形。但我们可以超越这一预设。我们可以通过类比来说明这一点。尽管存在着一种普遍反对干涉其他家庭事务的强有力预设,但这一预设却并不能阻止人们进行干涉以保护那些遭受殴打的妻子。这两者之间似乎具有明显的不可类比性。没有人会认为,作为保护者的丈夫是妻子的唯一依靠,更为真实可信的主张是,一个国家的政治制度是其公民的保护之源。在国内事务中,干涉之所以能够获得其真实可信性,是因为此时国家作为家庭之外的权威具有保护其所有公民的责任,包括保护遭受殴打的妻子的责任。而就国际情形来说,尽管存在多种多样的国际性组织机构,但它们对此类特殊的责任和权威的要求却是一个富有争议的问题。另一方面,其他国家或私人性的公民作为邻居,也同样面临着这样或那样的争议。

我并不接受这种回应。即使就国内情形来说,没有任何特殊权威的私人团体也可以有正当理由去施加压力以保护妻子,我甚至认为,如果其他方式不奏效的话,他们甚至可以通过武力干涉来保护她。那些了解正在发生的事情但却什么都不做的人,因其未能提供帮助而会受到正当的指责。况且,第三方的责任并不限于身体虐待这类情形。我们可以恰当地使某个极其疏于照顾其家庭的人受到社会的压力和法律的制裁。我并不确切地知道,在此类情形下,第三方有资格或被要求能使用何种压力,但确然无疑的是,我们至少可以要求他们不得让事情变得更糟。一个邻居如果知道某人的家庭已经处于苦难之中,却仍旧卖给他昂贵的汽车和猎枪,从而使他陷入更糟的债务困境,那么,显然这个邻居在道德上是应受指责的。这就表明,如果我所阐释的类比成立的话,人道主义的权利同样也能产生对第三方的道德要求。

(三)

我应该清楚地指出这一类比所固有的问题。其中一个问题涉及

风险程度这一事实:同类似的个体间的相互干预相比,一个国家试图影响另一国家的内部事务所可能面临的风险之大是不可相提并论的。然而,我所要衡量的反对以行动来捍卫人权的主要论证却与此截然不同。我经常听到的一种论证主张,尽管人权在“我们的”道德和政治传统中具有特殊地位,但它们却不是普遍共享的价值。许多国家具有不同的政治道德观念,因此,对它们施加压力以使它们符合我们的人权观念是不恰当的。这样的做法是一种道德帝国主义。

我以为,这一论证存在着严重的错误。它将自身标榜为一种开明和宽容的相对主义,但这掩盖了其真实的道德和文化优越性的姿态。像许多形式的相对主义一样,这一论证也依赖于将一种事实上不存在的共识归于“他们”。“他们”被说成是不同于我们,且他们的生活遵循着不同的规则。诸如此类的模式化的想法鲜见准确可信,而且就侵犯人权这一情形来说,将这样的共识归于他们尤其不真实。这是因为,侵权行为的受害者通常都憎恨那些侵犯其权利的人,而且他们很少认为,因为这些行为现象在他们的国家很平常,折磨他们的人的行为就很正当。然而,即使受害者的确认为,他们没有权利反对那些加害他们的人,但这就解决了问题吗?难道他们的这种看法就不可能是错误的?就受殴打的妻子这一例子来说,如果她认为其丈夫当然每周都要打她,而且这是任何女人都不可避免的事,难道我们就不认为其看法是错误的吗?(难道我们的反应还要视我们所以为的周边社会的习惯而定吗?如果我们假定在我们所考量的某一外国文化中,殴打妻子比此地更平常,而且人们都习惯了,那么我们的反应会有不同吗?)在此,问题的关键在于:我们更应该反对哪种形式的文化优越性?是因为“受害者的那样一种生活方式——即:他们不像我们那样认可权利”而拒绝帮助他们?还是试图保护那些无法自保者,即使他们自己认为,苦难是他们的命运,他们没有理由抱怨?

我承认,在不同的情形下,我们对这一问题的答案可能不同。例如,如果受害者事实上是近来的作恶者,并且种种迹象表明,如果他们一有机会还会成为作恶者,那么,我们的反应或许会有所不同。我们或许会为报复的情感所驱动。然而,在我看来,与此问题相关的一

个重要的变量在于,为了达到实质性效果所要求的干预的形式和程度究竟如何。施加外交压力,拒绝签署军事援助协议,或使用经济压力来终止一系列特定的行为是一回事。而长时间施加此类压力以促成人们的观点以及政治制度运作的普遍变化则是另外一回事。在某些情形下,此类行为或许是有正当理由的,但显然也存在着严重的问题。我认为,文化差异性的诉求所具有的主要说服力,不是通过价值相对主义体现出来的,而是因为这类差异可能会极大地提升希望成功的任何干涉的程度,并降低任何干涉真实成功的几率。如果人们在对人权的看法上与我们大相径庭,这并不意味着他们的所作所为就是正当的;相反,这可能意味着,如果不重新塑造他们的整个社会,我们对他们的所作所为几乎就等于零,而再造他们的社会是我们既没有被要求去做,甚至也是我们没能力去做的事情。

我相信,这才是真正的问题所在。然而,在我们实际考察的情形中,它似乎并不是一个重要因素。尽管在我们的讨论中提到过权利的地域性问题,但在这些情形中,没有一个是这样的,即:此一情形所在的社会完全缺乏对权利的关切,而要培育这些关切,就意味着文化方面的大变动。

(四)

这就带出了我的最后一个问题,即[人权理想与人权实践之间的]可分离性问题。正如我在前面所提到过的,支持人权作为外交政策的一个目标的某种根据在于这样一种信念:我们可以反对某个国家侵犯人权,而无须就诸如谁该统治该国家这类国内政治问题表态。这样一来,支持采取措施以停止其他国家中的折磨或宗教歧视行为所具有的说服力,就不仅源于我们对这些实践行为有着强烈厌恶的感情,而且也源于我们的这一观点,即:这些实践行为本身就是罪恶,其存在与统治该国的政府无关,我们或许不同意该国政府的政策,但我们不认为直接去改变其政策是恰当的。

或许,没有人坚持此一观点。但它至少曾经影响过我对人权问题的思考,不过,我现在认为这种观点是错误的。在那些存在极其严重的问题的情形下,我刚才所提及的实践行为是因为要服务于重大的政治目标而被实施的。这些看法当然可能是错误的,但我没有理由认为它们是普遍错误的。一个政权或许有很好的理由认为,只有通过恐怖的方式压制反抗,或通过利用和迎合其国家的宗教差异的方式才能维系自己的权力。如果这些信念是正确的,那么要停止侵犯人权,就意味着要推翻这个政权。然而,即使这两件事实际上是关联在一起的,我们在理智上也仍然把它们看做是可以分离开来的。因此,这种可分离性的学说经过修正后或许仍然可以存在。政府的垮台或许只是我们行为无意的结果,因为,行为的原初目标只是要终止它们对人权的侵犯。这一区分可能是重要的,因为,与其目的在于引发政府变动的某个行为相比较,此一行为遭人反对的侵犯意图较不明显。

如果以下述方式来说明的话,这一区分可能显得更为真实可信性。试图使其他国家的政府发生变动以迎合自己的利益是会遭人反对的、侵犯性的。然而,正如上面所论证过的那样,该政体对人权的侵犯可能是如此严重,以至于使外人有正当的理由,甚至被要求尽其所能地去保护和帮助那些受害者。这一论证的说服力可能会促使我们将原初的问题倒过来:当一个政权的所作所为严重侵犯了基本人权时,我们就可以允许人们因为任何成功的人权保护可能会导致那种不称心如意的政治变动而无所作为吗?

如果“不称心如意的”意思指的是不利于我们自己国家的利益,那么,此一问题的答案似乎无一例外都是否定的,除非不利的后果过于重大。为了帮助无辜的受害者而被要求作出的牺牲是有限度的,但是,当某个人被殴打时,因为作恶者是你的顾客,而你不愿失去他的光顾就袖手旁观,这当然是一种堕落!

换一种说法,假定政府变动的不利后果也加在了那些处于侵犯人权的政府统治之下的人民头上。对于绝大多数人来说,这似乎是一种很棘手的情况。当所涉及的政权基本上是一个好政权,只是不

稳定,但却有可能被一个在大多数人看来更坏的政权所取代时,大多数人都宁愿采取措施去反对这个政权侵犯人权的行为。他们的观点似乎是,在政治不稳定的情形下,是否要施加压力以使该政府停止侵犯人权,就要基于对所涉国家的政治情况的全面衡量之基础上来作出决断。在此种全面衡量中,人权虽然是一个重要因素,但却不是唯一因素。

在我看来。这一立场过于宽松。尽管我不会采纳那种极端的立场——即:不管后果如何,人权永远都不能受到侵犯,但我的确认为,能够得到正当合理性证成的侵犯人权的情形,必须是极其异乎寻常的情形。为了使我的立场更加清晰,让我考察一个有关可分离性的特殊问题。人们有时申言,许多国家面临着一个在坚守人权[理想]与发展经济之间进行选择的难题。相信这两者之间存在冲突的人们似乎都把此一冲突作为他们共同的基础,一派以此来证明要搁置人权,另一派则将其作为反对这些国家的经济发展之论证的一部分。我在此谈到“经济发展”,然而,争论的焦点事实上在于追求特定经济增长率的特定经济发展道路。我刚才提及的两派之所以会产生分歧,争议的关键可能正在于这样一个问题:对于这些国家来说,采取与人权[理想]相冲突的发展道路是否就是这些国家所可能采用的唯一的经济发展道路?或者说,这是否只是有利于外在金融利益的一条特殊的道路?

无论采取哪种形式,如果这种冲突是一个社会所面临的真实问题,那么,成功地捍卫该社会中的人权,就不仅会影响到一个特定政府的稳定性,而且还可能会解决一个有关国内政策的重要问题。这一问题可以用下述的方式纳入到我们早先对权利的阐述框架中。我说过,如果要申言存在一个特定类型的权利,除其他事情之外,我们还必须表明,认可此一权利的社会是真实可靠的,也就是说,该社会能够以人们可容忍的代价,来防止它所致力解决的那些危害。然而,什么样的代价是“可容忍的”呢?尤其是,一个社会为了获取遵循公民自由所带来的收益,可以承受怎样能够为人们所接受的经济代价呢?当然,有人可能会说,不同的社会可以合法地给出此一问题

的不同答案,而对与此问题相关的、选择何种发展形式的问题,情形亦如此。这样一来,我们作为外人,如果将我们有关这些问题的判断强加给其他社会,不就是不合适的吗?难道这些问题由每个社会自行解决不是最好吗?

然而,在此重要的是要追问我们所提出的“让一个社会自己决断”的意思是什么。人权同经济发展追求(或其他社会政策)的冲突是如何产生的?在多数时候,这种冲突的产生是因为存在着对相关政策的强大抵制,而只有通过侵犯人权才能阻止这一抵制发挥政治效力。在此类情形下,在此一政策的成功执行和人权所具有的相对价值等问题上,人们不可能存在共识。因此,在决断是否采取行动以支持该社会中的人权行动时,就不可避免地需要作出独立的判断,以便在人权与其他竞争性目标之间发生对峙时作出仲裁。这一独立的判断应当考虑该社会的特殊状况,诸如,它的特定需要,发展水平,等等,这些特殊状况决定了该社会所可能有的选择项,并影响这些选项的可欲性。然而,对判断的这种要求不能通过诉诸所涉社会的假定共识来获得满足。

我可以这样来总结一下我的上述论证:“让一个社会自己决断”的目标更有利于支持人权,而较不利于支持一种谨慎的中立性政策。我相信,一般而言这一结论是真实可信的,尤其是对于像人权与经济发展之间的冲突一类的当代情形来说,更是如此。但是,这一信念也的确依赖于一种过程观念,即:在这一过程中,我们可以在不侵犯人权的情况下作出社会决策:它还依赖于这样一种主张,即认为,只有通过这一过程,我们才可以说该社会是自己决定自己的事情的。也许,人们可以想象一些情形,在这些情形下,我们很难提出以上主张。例如,有这样一些情形,诸如,某一社会的目标不是经济发展,而是政治民主化;并且,如果不侵犯人权,所采纳的决策方法就会使传统的寡头政治集团继续保持其权力。^③但是,这些例子都是特例,因为,

^③ 若想了解对此一问题的充分讨论,可参看查尔斯·贝兹的《政治理论与国际关系》一文(未出版的博士论文,普林斯顿大学,1977年)的第三部分。

这些例子中处于危急之中的目标本身就是有关人权的问题。由此问题就变成了为了确保其他权利是否可以侵犯某些权利的问题。当然,我们有时可以对这一问题给出肯定的答案;其答案依据于它所涉及的权利和侵犯人权的本性。

我探讨了人权与国内政治问题在实践中的不可分离性,将之作为一个影响到那些支持和反对外人采取行动捍卫人权的论证的问题。但人们也可能因为另外一个原因而承认,这种不可分离性乃是一个重要的事实:它表明,我们在反抗侵犯人权时会面临怎样的挑战。如果这些侵犯人权的行为所代表的,不只是单纯的残暴和偏见,而是严肃的政治斗争中的策略性行动,那么,人们就不会轻易地放弃他们为捍卫人权所进行的斗争。我们不能对道德劝诫和国际舆论的压力,甚至废止一些条约等举动在保护人们政治生存的斗争中所可能发挥的作用,抱过高的期待。那些严肃对待人权的人们必须准备为捍卫人权进行长久而艰苦的斗争。

七 契约主义与功利主义*

功利主义在我们这个时代的道德哲学中处于中心地位,但很少有人愿意称自己是功利主义者。然而,更多的人在试图对自己的道德信念作出理论解释时,却又不得不求助于功利主义。在道德哲学内部,功利主义处于一种人们要想避免这种令人尴尬的理论就不得不为之奋斗的处境。尽管行为功利主义的含义同人们所坚定持有的道德确信存在着广泛分歧这一事实客观存在,情况仍然如此;如果说,规则功利主

* 我非常感激德里克·帕菲特对本论文的许多较早版本的耐心批评以及我与他之间富有帮助的讨论。我也要感谢许多听众,他们已经听过我依据那些版本所作的讲座,并作出了富有助益的评论。我要特别感谢马歇尔·库恩、罗纳德·德沃金、欧文·费斯和托马斯·内格尔的宝贵批评。

义被人们当成了功利主义的一种最常见的替代公式,那么,绝大多数人也只是把它看做是功利主义的一种不稳定的妥协而已。

我认为,人们之所以广泛地诉求于功利主义,是因为它以一种比我们的一阶道德信念或多或少更为成熟的哲学考量,将我们推向了一个不同的方向。尤其是,它从那些与之对立的观点在解释其基础方面所面临的种种困难中,为它自身赢得了大部分吸引力。一种道德理论要想成功地取代功利主义,首先且最重要的就是要通过为非功利主义的道德推理之基础提供一种清楚的解释,来消解功利主义的力量之源。接下来,我想首先通过阐明一种关于道德基础的哲学解释所必须回答的问题,来详细描述这一难题。然后,我将提出一种契约主义的版本,并证明该版本的契约主义对上述问题给出了一套比赤裸裸的功利主义更好的回答。最后,我将解释,正如我所理解的那样,为什么契约主义并不会还原为某种功利主义的公式,将这种公式作为其规范性的结论。

136

此前,契约主义就因约翰·罗尔斯在其《正义论》^①一书中将之作为功利主义的一种替代而闻名。尽管人们对该书已有广泛的讨论,然而我还是认为,作为一种基础性观点的契约主义的魅力还是被低估了。特别是,契约主义为道德动机提供了一种正确的解释,这一优点还没有得到人们的充分评价。我要提出的契约主义在好几个方面和罗尔斯的有所不同。最明显的是,它并不使用在无知之幕背后进行选择的观点,或者说,它仅仅是以一种与之不同的方式更为有限地使用这种观点。这种差异使得契约主义与功利主义之间的对照更为清楚地凸显了出来。

(一)

道德哲学的主题推理和数学哲学的主题推理差不多基于相同的

^① 约翰·罗尔斯:《正义论》,麻省,坎布里奇:哈佛大学出版社,1971年。

理由。在道德判断中,正如在数学判断中一样,我们有一套公认的客观信念,即对于我们往往对之抱有某种程度的信心并且具有其重要性的东西的信念。然而通过反思,我们发现我们对于下列情况根本就不清楚:首先,若果真存在什么判断,那么这些判断可能是关于什么的判断?根据这些判断,哪些东西可以说是正确的或者说是可以辩护的,而另一些东西却不能。这种主题问题或真理的根据问题,乃是关于道德和数学的第一哲学问题。其次,在道德和数学领域内,我们似乎只能通过对它们的思考和推理来发现真理。经验和观察可能会有帮助,但是通常意义上的观察,并不是在这两个领域中发现真理的标准手段。所以,假定我们要给第一问题提供任何肯定的答案——对数学或者道德之真理的主题或基础的任何详细解释——就需要某种与之相容的认识论,解释通过某些我们似乎要使用的手段来发现关于这一主题的事实是如何可能的。

考虑到道德哲学和数学哲学提出问题的相似性,通常给定的答案都属于相似的普遍类型,这并不令人惊奇。要是我们去问那些选数学课的新生,我想,他们中的许多人都会宣称自己赞成某种习惯传统。他们会认为,数学开始于一些定义和原理,这些定义或原理要么是武断的,要么在工具性意义上是可以证明的;而且他们也会认为,数学推演在于从这些定义和原理中推出可认知的知识。也许,有另外少数人可能是实在论者或柏拉图主义者,依他们所见,数学真理是一种特殊的非经验性事实,这些事实是我们通过某种形式的直觉就可以认识到的。而另一些人则可能是自然主义者,他们可能认为,如果人们恰当地理解数学,那数学就只不过是最抽象的经验科学。最后,也许还有一些非新生修的数学课,虽然上这些课的老生会认为,在“外在于我们”的世界中,并不存在任何数学事实,但数学真理却是关于我们所能创造的智慧建构的客观真理。康德认为,纯粹数学是一个客观的、依赖于心灵的真理领域;而布劳维尔的数学直觉主义则是这种类型的另一种理论(这种类型的数学理论在为数学判断的正当确定性提供基础,而不是为其经典意义上的真理提供基础时,存在着重大差异)。在道德哲学中所有这些立场都有着自然的关联。

由 W. D. 罗斯所提出的直觉主义也许是与数学柏拉图主义最为相似的,而康德的理论则近似于这样一种观点,即认为,道德是一个客观、依赖于心灵的真理领域。

所有我提到的这些观点(以及对习惯传统的某些限制)都对数学的第一哲学问题给出了肯定(也就是非怀疑论的)的答案。每一种观点都认同,数学判断具有某种客观的或者至少是主体间的真理根据。那些依赖于心灵的(与情感主义或规定主义类比)地道的怀疑主义和主观的理论版本,作为数学哲学的吸引力还不及作为道德哲学的吸引力。其所以如此,部分原因仅仅是由于数学判断中主体间的一致性程度更高。但是,这也是由于对这两个领域的哲学解释在它们都必须回答的更深层次的问题上存在着差异。

无论是数学还是道德,都不能被描述成一个孤立于其他实在之外的事实领域。数学和道德都被设想是同其他事物相联系的。数学判断对数学所应用其中的那个领域提出了预见。这种联系是一种关于数学真理的哲学解释所必须说明的问题,但是,我们能够观察这些预见的正确性并从中学习知识的事实,也支持着我们对客观的数学真理的信念。而在道德中,主要的联系是道德同意志的联系,或者,道德通常被设想是同意志相联系着的。假定对道德主题的作用存在着各种候选答案,那么我们就必须解释清楚:为什么任何人都应该关心道德?为什么回答动机问题的需要给主观主义的观点提供了强有力的支持?

然而,一种充分的道德哲学理论必须对道德动机作怎样的解释呢?我认为,它并不需要告诉人们,道德真理给了任何了解它的人一个行动的理由,这个理由是由他现在的欲望或者他(或她)的利益所产生的。我发现,一种道德要求可以正确地运用到一个人身上,即使这个人没有遵守这一要求的上述任何理由,这一观点是完全可以理解的。道德要求是否给了将要运用的人遵守其他种类的要求?这还是一个有争议的问题,我暂且把它搁到一边。我认为,一种充分的道德哲学理论必须做的是,让我们更清楚地理解道德提供给我们的理由的本性,至少要向那些关注它的人解释清楚这种理由的本性。一

种道德哲学理论必须对这些理由提供一种解释,这种解释一方面要与道德真理和道德推理相容,另一方面要得到有关道德经验的合理分析的支持。一种令人满意的道德哲学将不会把道德关切看做是一种简单特殊的偏好而对之漠不关心,例如,把道德关切看做是某些人偶尔拥有的一种迷信或者一种特殊的口味。它必须让人们理解,为什么道德理由是人们能够严肃对待的理由,为什么道德理由使那些受其驱动的人把它们当成一种特别严格而又无法逃避的理由。

还有一个更深刻的问题,人们对这些[道德]理由的敏感性是否同一个人的善相容,或者,诚如尼采论证的那样,对拥有这种敏感性的人来说,此种敏感性是否是一种心理灾难。假如人们要为道德辩护,他们就必须告诉人们它并不是一种心理灾难,但我在此不会去追问这种所谓第二动机的问题。我提到它只是想把它和第一问题区分开来,第一问题才是我眼下所要关注的问题。

给道德主题作出一种哲学解释的任务既不同于道德语词的意义分析,也不同于为我们的一阶道德信念寻找最为融贯的公式的任务。初级道德信念最具融贯性的排序可能为我们提供一种很有价值的解释:它会使各种各样明显迥然不同的道德概念、道德格准和道德判断彼此之间的联系变得清晰起来,因此也就指明了它们之间的冲突在何种程度上是根本性的,另一方面,在何种程度上,这些冲突又是能够得到解决或消解的。但是,对道德主题的哲学追问采取了一种更为外在的观点。通过与世上其他事物和我们的特殊关切的关系来描述道德真理,该观点试图解释道德真理是一种什么样的真理。对我们如何才能逐渐了解道德真理的解释,必须基于一种对它的外在性解释,道德真理不仅仅是诸特殊道德真理的一个清单,哪怕是一个极为融贯一致的清单。关于道德信念如何能给人们提供行动的理由似乎也是这样。^②

^② 然而在此,道德的本性及其内容之间的联系更为重要。我们仍然还不清楚的是,让道德的内容保持完全开放之道德本性的解释是否就是道德动机之正确解释的基础。

初级道德信念中的融贯性——罗尔斯称之为狭义的反思平衡^③——作为道德真理的解释或者作为伦理学证明基础的解释,似乎并不令人满意^④,其原因在于,就其本身而言,对道德信念的最具融贯性的解释,不必给我们提供我称之为道德主题的哲学解释。无论我们的道德信念呈现出多大的融贯一致性,仍然可能存在一种挑剔的怀疑,它对道德主题的哲学解释毫无用处。这些道德信念可能仅仅是一套社会说教反应,虽然相互协调,却不是可以恰当地称之为正确或者不正确的判断。通过把关于道德主题的各种怀疑统一起来,关于道德本性的哲学理论可能有助于我们建立对初级道德信念的信心。只要这种关于道德本性的哲学理论包括道德认识论的解释,这种理论就可以引导我们找到新的道德论证形式,但这却不是它的分内事。我们已经对其或多或少有点熟悉的那种道德论证,可能仍然是伦理学中唯一的证明形式。但是,无论它是否导致我们修改了我们的证明模式,一种有效的哲学理论都应该做到的是,让我们对以下问题有更清晰的理解:道德论证的最好形式总而言之究竟为何?它是一种什么样的真理?它们可能是达到我们的目的的一种方式吗?(我相信,关于数学哲学在特殊的数学判断和特殊形式的数学推理中,对于增强我们的信心所发挥的作用也同样如此。)

就像任何关于道德的论题一样,关于道德主题的哲学解释必定与道德术语的意义有着某种联系:人们可以合理地宣称,我们所描述的这一主题,事实上是这些道德术语所涉及的且多半是这些术语的正常用法所指的那些东西。但是,道德术语的流行意义乃是语言过去和现在的使用者所持有的许多不同道德信念的产物,并且,这种意

^③ 约翰·罗尔斯:《道德理论的独立性》,载《美国哲学会会刊和演讲》,第47期(1974—1975年),第8页。另见诺曼·丹尼尔:《广义的反思平衡和伦理学的理论接受》,载《哲学杂志》,第76卷(1979年),第256—282页和第257—258页。我所谓的哲学解释过程与罗尔斯和丹尼尔所理解的“对广义的反思平衡”的探索能够有如此紧密的契合,这是一个需要进一步解释的问题,我不打算在此赘言。

^④ 彼特·辛格表达了这种不满,见其《西季威克与反思平衡》,载《一元论者》杂志,第58卷(1974年),第490—517页。另见R. B. 布兰特《善与正当的理论》,牛津:牛津大学出版社,1979年,第16—21页。

义肯定与各种各样的道德观点和关于道德本性的观点相容。毕竟,道德术语是用来表达这些不同观点的,表达这些观点的人们并不是在不正确地使用这些道德术语,即使他们中的某些人所说的一定有错。同初级道德判断一样,道德主题的哲学特征所刻画的,是一种关于道德的实质性主张,虽然是一种不同的主张。

如果说,道德的哲学描述提出了一种不同于初级道德判断的主张,那么,这也并不意味着道德的哲学理论在相互竞争的规范学说之间是中立性的。虽然采用关于道德本性的哲学论点几乎总是对特殊道德主张的真实可行性产生某种影响,但各种道德哲学理论在其规范含义的程度和方向上却变化多端。一个极端的例子就是直觉主义,它被理解为一种哲学观点,即认为,道德关注的是某种非自然的属性。例如,罗斯^⑤就认为,正当性就是“适合”或者“道德合宜”的属性。直觉主义认为,我们能够确认这些属性的显现,并且我们将把它们看成是关于道德的自明而普遍的真理,但是,我们却不能对它们作进一步的分析,或者用其他概念来解释它们。这样看来,直觉主义原则上就同规范立场的广泛变化相容了。例如,某人可能成为一位道德权利上的功利主义信仰者或直觉主义信仰者,这取决于有关道德正当性之属性的普遍真理,人们已经把道德正当性的属性看做是自明的真理。

哲学功利主义代表了另外一个极端。“功利主义”一词通常被用来指涵盖诸多特殊规范学说的一个家族,可以说,该规范学说是以关于道德本性的一些哲学理论为基础的。在此意义上,例如,一个人在直觉主义的基础上或者在契约主义的基础上,都可能是一个功利主义者。但是,我将要称之为“哲学功利主义”的理论是关于道德主题的一种特殊的哲学理论,换言之,该理论认为,唯一的道德事实是关于个人福祉的事实。^⑥我相信,许多人都认为这一理论是正确的;并且,尽

^⑤ 参见 W. D. 罗斯:《伦理学基础》,牛津:牛津大学出版社,1939年,第52—54,315页。

^⑥ 为了讨论,我让哪些个体将要计算在内和“福利”将要如何理解的问题保持开放。在对哲学问题的许多不同的回答中,哲学功利主义将仍然保持着我所关注的那种吸引力。

管一些人是因为其他理由而成为功利主义者的,我还是相信,它正是说明功利主义原则具有广泛影响力的哲学功利主义的魅力之所在。

人们似乎明确地认为,有些事物会使个体的存在变得更好或者更糟糕。那些事实具有明显的动机力量;不难理解,人们应该被这些事实所驱动,就像他们也应该被一些道德考量所驱动一样。进而言之,正如我们所理解的那样,这些事实很明显就是与道德相关的。关于个人福利的主张乃是道德论证的有效起点。但很多人发现,更难以理解的是,如何才能有任何其他独立的出发点。人们认为,独立于个体福祉的实质性道德要求在客观的意义上是直觉主义的。它们代表着一种难以解释的“道德事实”。在关于把某个撒谎或者违背诺言的例子看做道德事实这一点上,人们并不存在什么问题。而功利主义者也可能承认,这些事实有(或能够派生出)道德意义:它们之所以在道德上是有意义的,乃是由于它们对个体福祉的效果。然而,一旦人们主张,在它们不能还原为它们降低个体福祉的事实这一意义上,这些行为是不当的,这时候,就会出现各种难题和“直觉主义”的那种指控。我们如何才能以下述方式来理解道德不当性的独立特征?该方式会赋予道德不当性以各种道德考量都会具有的那种重要性和动机力量。假如人们接受这样一种理念——即:根本就不存在具有这种内在意义的道德属性,那么,哲学功利主义似乎可能就是唯一站得住脚的道德解释。而一旦人们接受了哲学功利主义,某种形式的规范功利主义似乎就会作为正确的初级道德理论而强加给人们。因此,对许多人而言,功利主义就有一种特殊的地位,如同希尔伯特的形式主义和布劳维尔的直觉主义之于其信仰者一样。它似乎是由下述需要强加给我们的观点,这种需要就是对这一主题给出哲学上可以辩护的解释。但是,它却给我们留下了一个艰难的选择:我们可能要么摒弃我们先前的许多初级信念,要么就通过告诉人们,它们作为可以获取的推导性真理或作为有用无害的可以得到解释虚构,来保留这些信念。

正如我所描述的那样,哲学功利主义的吸引力很可能是虚假的,因为这一理论必定或者等同于某种形式的直觉主义(仅仅因为它诉

诸一种直觉而区别于其他理论),或者等同于很久以前被摩尔和他人所驳斥过的那种定义上的自然主义。但是我认为,我们并不能就这样轻而易举地抹去这种学说。哲学功利主义是一种关于道德本性的哲学论点。因此,它既可以同直觉主义平起平坐,又可以同稍后我将在本文中所辩护的那种契约主义等量齐观。所有这些学说都不必宣称自己才是一种真理性的道德定义;假如其中有一种学说果真如此,也不能推出结论说,拒绝该学说的人就是误用了“正当”、“不当”和“应当”这些词。假如我们把直觉主义理解为这样一种观点,即认为,道德事实只关注特殊的非自然的属性,我们只能通过直觉的洞见来领会这些属性,却不必或者不承认对之作任何进一步的分析,那么,所有这些观点都不是直觉主义的形式。契约主义和哲学功利主义尤其同这种主张水火不容。同关于道德本性的其他哲学观点一样(我是说,这包括直觉主义本身),契约主义和哲学功利主义都要基于下列根据来评价,即:它们是否成功地解释了道德信念、道德论证、道德动机,这些都与我们对这个世界的普遍信念相容:包括我们关于这个世界实在的信念、关于我们能够如何观察和推理的信念,以及关于我们有什么样的行为理由的信念。至于在这种普遍意义上,哪一种关于道德本性的解释是最真实可信的判断?答案是:一种完全真实可信的判断。我无法有效地将之描述为对各种概念的洞见,或者是某种其他种类的特殊的直觉性洞见。

假如人们接受哲学功利主义,那么,我们似乎就不得不接受某种作为规范学说的功利主义,但我们究竟应该接受哪一种形式的功利主义规范学说?尚需作进一步的论证。假如我们把所有能够算做是道德的东西都看做是个体的福利,那么,就没有谁会比其他人更有价值;假如所有被看做是道德的东西都会不同程度地影响到他或者她的福利,那么,就会必然推出这样的结论:道德评价的基础就是个体福利总量^⑦的最大化目标。是否要运用这一标准来批评个人行为,

^⑦ “平均功利主义”是通过一种非常不同的论证形式所得出的最真实可信的功利主义,这种形式更接近于契约主义。我将在以下第四节讨论这种论证。

或者运用到规则或者政策的选择之中,或者运用它来劝导人们的行为习惯和意向?乃是需要进一步探讨的问题,也是一个我们应该如何理解福利本身的问题。因此,作为一种规范学说的功利主义的大部分吸引力来自一下假设:即认为,哲学功利主义解释了它是如何使人们相信,某种形式的功利主义一定是正确的,然而对于它究竟是哪一种形式的功利主义却又完全没有把握:它是“直接的”或“行为的”功利主义,还是某种间接的“规则”功利主义或“动机的”功利主义。这些形式的功利主义尽管有着不同的规范后果,但一般都是对同一类根本性道德事实的同一性认识。

(二)

假如我关于功利主义诉求的看法是正确,那么一种与之对立的理论必须做的,是给作为道德主题观念的哲学功利主义提供一种替换性选择。这正是我将要称之为契约主义的理论试图要做的事情。然而,即便它能成功地取代并且被判断为优于作为道德本性之解释的哲学功利主义,规范功利主义仍将难以被驳倒。规范功利主义建立在其他基础上的可能性仍然存在,例如,作为契约主义的规范性后果本身。但是我认为,一种对规范功利主义直接而有影响力的论证将被搁置一旁。

为了给我所说的契约主义举出一个例子,对道德不当之本性的契约主义解释可表述如此:

在特定环境下,若某一行为的发生不能为普遍行为规范的规则体系所允许,则该行为就是不当的,任何人都不能合理地拒绝该行为规范的规则体系,它是明智的、非强迫的普遍一致协议的基础。

我打算把这一表述作为道德不当的特征刻画。就像哲学功利主义一样,它具有规范性的结果,但我现在还并不打算详细探讨这些结

果。作为一种道德概念的契约主义解释,我在这里提出的仅仅是一个大致的说法,它可能还需要作大量修缮。在此,我可以通过澄清一些问题先提出几点评论。

“明智的一致协议”这一理念意味着排除了基于迷信,或者基于关于行为后果的错误信念的协议,即便这些信念对那些存有争论的人们来说是合理的。另一方面,“合理地”这一限制性条件的预期力量,就在于排除那些可能是不合理的拒绝,假定我们的目的就是寻找那些可以作为明智的、非强迫的普遍一致协议之基础的原则的话。例如,假定我们持有这一目标,那么,拒绝某一原则就是不合理的,因为只有所有其他替代性原则可能给其他人施加更大的负担的时候,该原则才会给你施加负担。我将在本节的后半段,就拒绝的根据问题作更详细的探讨。

作为道德论证之主题的假设协议应该是非强迫的,这一要求不仅意味着排除了强制,也意味着排除了处于弱势地位的商谈者被迫接受协议的情况,例如,因为其他人能够更长久地控制谈判因而能使用更有利的谈判语言。道德论证是从这些考量中抽象出来的。与协议唯一相关的压力来自于寻找和达成共同原则的欲望,这些原则是具有该欲望的人所不能合理拒绝的。根据契约主义的观点,道德论证关注在那些为相同欲望所驱动并达到同等程度的人们中间达成一致协议的可能性。但是,这种反事实的假设仅仅描述了道德所关注的那种一致协议的特征,而没有刻画出道德原则将要运用其中的生活世界的特征。那些关注道德的人们寻求可以运用于他们的不完满的世界中的原则,这些原则是他们不能合理拒绝的;而且,这个世界中的其他人,即便他们现在还没有受到缔约欲望的驱动,他们也不能合理地拒绝这些原则,况且他们将来也会受到这种欲望的驱动。^⑧

出于以下原因,对道德不当的契约主义解释所参照的是“任何

^⑧ 这里我要感谢吉尔伯特·哈曼的评论,他的评论帮助我澄清了有关契约主义的陈述。

人都不能合理拒绝的原则”，而非“人人都能够合理接受的原则”。^⑨让我们考察一下这样一种原则，在该原则的规范下，某些人将忍受严峻的困难，并假设这些困难是可以避免的。也就是说，存在着可替换的原则，在这些替代性的原则规范下，任何人都不必承受类似的负担。然而，可能会发生这样的情况：那些承受这些困难的人们特别富有自我牺牲精神，为了他们视为所有人的更大利益，他们愿意接受这些负担。我想我们不会说他们这样做是不合理的。相反，如果他们拒绝这些负担也可能并不是不合理的，因而某人拒绝那种要求他承担这些负担的原则也不是不合理的。假如这种拒绝是合理的，那么，强加这些负担的原则就是值得怀疑的，尽管某些特别富于自我牺牲精神的人能够（合理地）接受该原则。因此，道德论证所证明的是拒绝一个原则的合理性，而不是接受一个原则的合理性。

情况可能是，许多套不对等的原则将会通过“不可拒绝性”的检测。例如，下列事实就可以给我们提示这种可能性：有许多不同的界定重要义务的方式，但其中没有哪一种方式比其他种类更可能“遭到拒绝”。例如，有许多不同的达成一致协议的制度和许多不同的指派关心他人之义务的方法。然而，我们并不能因此得出结论说，根据契约主义的观点，任何行为只要得到这些原则中某一套原则的允许，它在道德上就不可能是不当的。如果拥有某种既定形式的、在道德上可以接受的义务（如，某种信守协议的忠诚义务或者某种互助的义务）对我们来说很重要，那么，这些形式中的任何一种义务就需要通过传统习俗来确立。在这些形式中的任何一种义务确实是以传统习俗的方式来确立的环境中，该义务所不允许的行为在上述界定的意义上就是不当的。因为，假定我们需要这种传统习俗，无法得到人们普遍赞同的事情，可能就是一套允许人们忽视那种由传统习俗确立的（且在道德上是可接受的）重要义务之定义的原则。对传统习俗的这种依赖将一定程度的文化相对性引入了契约主义的道德。除此以外，一个人能够合理拒绝什么，将取决于他生活中的重要目的

^⑨ 这一看法得益于德里克·帕菲特的帮助。

和条件,而这些目的和条件又取决于他生活于其中的社会。由于确定某一行为的不当性取决于该行为在其中得以发生的环境,所以,上述给出的定义也可以依这两类因素的变化而发生改变。

我对契约主义的不完全陈述具有一种与道德主题解释相适合的抽象特征。表面上看,它并不包含任何有关人们会一致同意哪些原则的具体主张,甚至也不包含有关是否有一套可以作为人们达成一致协议之基础的原则的具体主张。对契约主义者来说,达成实质性道德主张的一种方式——尽管不是唯一方式——可能就是协议的相关概念给出一个技术性的定义,例如,通过具体说明达成协议的具体条件,协议各方和运用合理标准的具体条件。不同的契约主义者已经用不同的方式给出了这样一个技术性的定义。对这类定义来说,必需的要求就是(在它将要运用的环境中),它所描述的东西的确就是道德论证所欲达到的那种非强迫性的和合理的协议。但是,人们也可能把契约主义理解为是对道德主题的一种非正式的描述,在此基础上,人们可以不通过一种技术性的协议概念来理解和评价日常的道德推理形式。

契约主义所指的普遍协议包括哪些人呢?道德的范围问题是实质性道德的一个难题,但是,一种关于道德本性的哲学理论应该为回答这个问题提供某种基础。一种充分的理论应该做的是提供一个框架,在此框架内,我们可以完成对那些可能支持或者反对道德边界的特殊解释的相关论证。人们常常认为,契约主义并不能为回答这一问题提供一个真实可信的基础。批评家们或者指责,契约主义或者根本不能提供任何答案,因为它必须以某种既定的契约各方为起点;或者指责,契约主义所提示的答案明显限制过严,因为契约所要求的缔约各方,是能够达成协议和遵守协议的各方,每一个人都是能够给其他人提供某种利益作为合作回报的人。这些反对意见都不适用于我所辩护的契约主义。在我看来,道德的范围所意味的一般性具体规定应该是这样的:若这种正当合理性的证成概念对于某类存在是有意义的,则道德就适用于该类存在。怎样才能证明这一点呢?在此,我只能提出一些必要条件。第一个条件是,该类存在应该有一种“善”,这就是说,有一种明确的意义,在此意义上,我们可以说某些事情对于此

类存在更好或者更糟。对于代表该存在的受托者而言,这赋予下述理念——即:他可以接受什么才是合理的——以部分意义。对受托者而言,他接受那些对该存在至少是好的或不坏的事物才是合理的。利用这种受托身份的理念,我们可以把接受概念加以扩展,运用到那些没有能力口头达成任何协议的存在者。但是,根据契约主义,这种底线的受托者概念太弱,以致无法提供一个道德基础。契约主义的道德依赖于“接受什么才是合理的”的概念,或者依赖于“拒绝什么才是合理的”概念,这两个概念本质上是是可以比较的。假定寻求下述原则——这些原则是具有类似目的的人们所无法合理拒绝的——的目的已定,我若拒绝某个原则是否不合理呢?这不仅依赖于该原则所允许的行为有多少可能对我造成绝对的伤害,而且也依赖于如何比较我在该原则的指导下所遭受的潜在损失和别人在此原则或其他替代性原则的指导下所遭受的潜在损失。因此,对于某一存在者来说,要和我们维系一种道德关联,仅有一种“善”还是不够的;另一个必要条件是,他的善和我们自己的善有着充分的相似性,以至于可以为各种比较系统提供一个基础。只有以这样一种系统为基础,我们才能赋予“受托者能够合理地代表其存在拒绝什么”这一概念以恰当的意义。

但是,可能的受托身份的范围比道德的范围更广。人们可能作为西红柿种植园的受托者,也可能作为一片森林的受托者,或者作为蚂蚁群体的受托者来行动,但这些群体不包含在道德的范围之内。也许,我们可以诉求于可比较性的要求来解释这一点:如果说这些实体具有一种善,从为道德论证提供基础这方面来看,它们的善与我们自己的善也没有可比较性。然而,超出这一范围之外,所有这些例子面对一种存在提供正当合理性证成的概念之立足点都不充分。这一概念更为底线的要求是,该存在本身就构成了一个观点;这就是说,那种可能存在的东西也就是这个世界可能喜欢的东西。舍此,我们就无法与该存在保持一种关系,正是这种关系使得我们面对该存在提出的假设性正当合理性证成成为合适的。

以我目前所说的这些观点为基础,契约主义就能够解释为什么许多人认为感受痛苦的能力能够作为根本的道德特性:具备了这种

能力的存在似乎也就满足了我刚刚提到的、证明其具有道德意义的证成理念所需的三个必要条件。假如某一存在能感受痛苦,那么,他就构成了证成所指的意识中心。感受痛苦是一个存在可能处于糟糕境地的一个明显方面;让他的痛苦得到缓解则是他可以受益的方式;这些似乎都是能够与我们自己的福祸直接进行比较的福祸形式。

然而我们还不清楚的是,我上面列出的三个必要条件对于证明某一存在有意义的证成理念来说是否也是充分的。它们是否——假如它们还不充分的话——需要更多的条件?这些都是很困难的、存在争议的问题。有些人可能把道德的范围限制在那些在原则上能够了解这些证成的人的范围,或者限制在那些实际上能够就某些事情达成一致协议的人的范围,抑或限制在那些有能力理解道德论证的人的范围。我所陈述的契约主义并不能马上解决这些问题。我的全部要求只在于,这种契约主义为有关这些问题的道德论证提供一个基础,在这一点上,它至少同那些与之相对的有关道德本性的解释所提供的观点同样真实可行。人们所提出的那些限制道德范围的观点也自然地理解为对相关证成概念的条件之争议性主张,在这些条件之下,证成的相关概念是有意义的,人们通常提出来支持或者反对这些条件的论证也可以在此基础上得到真实的理解。

其他一些对道德范围的可能限定受到人们更明显地反驳。人们可能把道德限定在那些有能力遵守道德约束的人的范围之内,或者,限定在那些能够给其他参与者带来互惠利益的人的范围之内。但是,假设这些存在因为得不到那些完全外在性条件的保护就被排除在道德的范围之外,则是极端不可信的。我已经系统阐明的契约主义^⑩能

^⑩ 根据这一观点(与某些其他使用契约概念的观点相对照),对道德而言,最根本的是寻求合理一致的欲望,而不是对相互利益的追求。参见后面第五节。很清楚,我的契约主义能够解释未来人们的道德处境,他们作为我们现在行为的结果,会变得更好抑或更糟。而尚不十分清楚的是,它怎样才能处理将来的人们所提出的问题,他们还没有出生,而我们的行为却已经使他们的生存条件变得更糟。这些人有理由拒绝许可这些行为实施的原则吗?这个难题是德里克·帕菲特在《论为我们的孩子做得最好》一文中谈论过的,此文发表在M.拜尔斯编辑的《伦理学与人口》(麻省,坎布里奇:坎克曼出版有限公司,1976年)一书中,第100—115页。我不能在此展开探讨这一问题。

够解释何以如此：单单是缺乏这些能力并不能降低证成存在之意义的可能性。然而，在一些情形中，这些能力的缺乏可能会改变相关的证明。我想提请人们注意，无论审议控制和互惠利益的能力可能有多么重要，它们都可能只是一些改变存在之义务和他人对这些存在之义务的因素，都不能作为将那些缺乏这些能力的人完全悬置在道德框架之外的条件。

(三)

迄今为止，我对契约主义的规范性内容还言之甚少。因为我所说的一切都还是，行为功利主义的公式可能被证明是契约主义的一个原理。我认为这并不是关键所在，我的主要论点是说，无论契约主义的规范含义可能如何，作为一种关于道德本性的哲学论点，我的这种契约主义仍然具有其独特的内容。这种内容——例如，因为把功利主义的公式当成普遍协议的基础而形成的一种功利主义，同那种因为其他原因而形成的功利主义之间的差异——在契约主义对第一动机问题的解答中就有了最清楚的表达。

哲学的功利主义之所以是一种真实可信的观点，部分原因在于被它确认为道德的根本事实，即：关于个体福利的事实——有明显的动机力量。根据这一观点，道德事实之所以能够激发我们的行动动机，乃是由于我们对他人之善的同情性认同。但是，随着我们把哲学的功利主义推进到作为正当行为之标准的具体的功利主义公式，功利主义所诉求的动机形式就变得更抽象了。假如古典功利主义是一种正确的规范学说，那么，道德动机的自然根源就将是一种为集合性福利的改变所推动的行为倾向，然而，这些集合性福利却可能是由多种因素所组成的。同样，我们必须受到同等数量的集合性收益的驱动，无论这种所得是通过缓解少数几个人的实际苦难来获得的，还是通过给大量的人带来微小的利益所获得的，抑或是以少数几个人中等程度的不舒适为代价取得的。这与常见的那种对于特定个体的同

情迥然不同。但是,功利主义者可能会论证说,这种更为抽象的欲望乃是在自然同情得到理性反思的矫正之后所形成的。这种欲望与同情有着相同的内容——它是对他人之善的关切——但在其目标的选择中,它不是偏颇性或选择性的。

姑且暂时不谈公正同情的心理真实性问题,作为道德动机角色的候选者,这种公正的同情究竟有多好?当然,通常类型的同情的确是能够在某些时候迫使人们去做正当事情的许多动机中的一种。它可能是主导动机,例如,当我试图帮助一个正遭受着苦难的孩子时,它就可能是我行为的主导动机。但是,当我对彼特·辛格论饥荒的论文^①深信不疑的时候,我发现自己被某种清晰的道德要求的认识击垮了,这中间有其他的東西在起作用。除了想到我能为处于干旱地区的人们做多少有益的事情外,我被进一步的想法所控制:这种想法很直接,那就是,如果我能够以很小的代价就能够帮助他们却又没有去帮助他们,那将是一个错误。功利主义者可能会回答,他对道德动机的解释不可能因为无法涵盖道德经验的这一方面就是错误的,因为它仅仅是我们对非功利主义道德教养的一个反思;而且,它一定是没有根据的。那么这种假设的进一步的道德不当事实可能是一种什么样的事实,而且它如何能够给我们一个进一步的、特殊的理由来行动呢?对契约主义而言,这个问题就是一个它是否能为这一挑战提供满意答案的问题。

根据契约主义的观点,认为某一行为不当的信念所直接触发的动机根源,乃是那种能够向他人在其无法合理地拒绝^②的基础上证成其行为正当合理的欲望。我发现,这是一种对道德动机极为真实可信的说明——就其对我的道德经验的说明而言,此一说明至少要比那种自然的功利主义的替换方式更好——在我看来,它似乎构成了契约主义观点的一大特长。我们大家可能都想同我们周围的人达

^① 彼特·辛格:《饥荒、富裕和道德》,载《哲学与公共事务》杂志,第1卷(1972年),第229—243页。

^② “合理地”意思是说,考虑到寻找其他类似地被激发起来的人不能合理拒绝的原则之欲望。

成一种实际的一致协议,但是,契约主义以为道德基础的那种欲望并不会引导我们只遵从被其他人所接受的那些标准,而不管这些标准可能如何。当我们知道我们的行为能够得到充分证成——即使他人实际上拒绝接受我们的证成理由(也许是因为他们对于寻找我们和他人都无法合理拒绝的那种原则毫无兴趣)——的时候,依据他人所无法合理拒绝的根据,向他们证成我们行为的正当合理性的欲望将会得到满足。与之相似,一个受这种欲望驱动的人将不会满足于下述事实:如果他人认为其行为证成是伪造的,他人还会接受他对自己行为的证成。

对你是否把一种证成看成是充分的一种粗略的检验标准是,要是你处于另一个人的位置,你是否会接受这一证成。“改变位置”的理念与作为道德之基础的动机之间的这种联系,解释了在不同的道德系统内部和各种宗教教诲中的“金规则”论证何以频繁出现的原因所在。但是,改变位置的思想实验只是一个粗略的指导;根本性的问题是,拒绝作为信息充分的、非强迫的和普遍的协议之基础的不合理性究竟为何?正如康德所看到的那样,^⑬我们相互各异的个体观点,若任其所是,一般而言可能仅仅是不可调和的。“判断的和谐”要求建构一种真正人际的证成形式,而尽管如此。这种证成却又是每一个个体都能一致赞成的。从这种人际的观点来看,另一个人认为重要的事物似乎就是我自己认为重要的事物,这将为被认为是一种偏见。

我并不是主张,依据他人所无法合理拒绝的根据向他人证成我之行为的正当合理性的欲望是普遍的或“自然的”。在我看来,“道德教育”其实就是培育和养成这种欲望的一个过程,这一过程很大部分是通过学习他人实际愿意接受什么样的证成,通过发现你自己在不同的场景面对这些问题时应该寻找哪些可以接受的原则,通过在更多经验的意义上评价你自己和他人接受或者拒绝这些证成,来

^⑬ 《道德形而上学基础》(1785年),H. J. 帕顿翻译为《道德法则》,伦敦:哈钦逊,1948年,第2节,脚注[14]。

展开的。

事实上,在我看来,能够依据他人可以接受的根据向他们证明我们行为(和制度)的正当合理性的欲望,在多数人身上似乎都很强烈。为了避免行为和制度的不当,人们愿意付出深思熟虑的思考,甚至包括重大的牺牲。作为让人们做正当事情的方式的道德动机之声名狼藉的不充分性,并不仅仅因为基本动机的软弱,还因为它很轻易就会由于自我利益和自我欺骗的干扰而偏离方向。

人们可以合理地反驳我,我这里所描述的动机根源并不是专属于契约主义的道德真理概念的。我所提出的道德动机之说明涉及这样一种证成理念,任何拒绝这一理念的行为都会是不合乎理性的,而这一理念在潜在意义上要比契约主义的协议概念更宽。让我们假设M是某种非契约主义的道德真理解释。那么,根据M来看,我们就可以假设,一个行为之所以具有不当的道德特征,乃是由于该行为是不应当做的。根据M来看,具有此一特征的行为,使该行为完全独立于任何明智者逐渐就该行为达成一致协议且充分了解行为信息的人的任何倾向之外。然而,因为充分了解行为信息的人是假设处在这一位置而认识到一类行为的不当性的,人们似乎就可以由此推出如下结论:若某一行为不当,则这些人就会一致认为,人们不会作出此类行为。与之类似,若某一行为并非在道德上不当,且有充分的道德理由作出这种行为,则人们将假定对该行为可以获得一种道德证成,一个充分了解行为信息的人拒绝做该行为就是不合理的。因此,即便M存在,且它不是契约主义,它也是道德真理的正确说明,能够依据他人无法合理拒绝的根据向他人证成我们行为的正当性的欲望,仍然能够作为道德动机的一个基础而发挥其作用。

这表明,如同功利主义的诉求一样,契约主义的诉求也部分地依赖于一种限制性的怀疑论。一种非契约主义的道德理论可以利用契约主义所诉求的这种动机根源。但是,一种道德论证只有当它作为以某种确定的方式行动之充分证成,且当人们不接受该证成就不合理时,才会触发这一道德动机的根源。所以,一种非契约主义的道德理论必定主张,在任何理想的一致协议中,都存在着完全独立于人们

认知之外的、具有证成力量的诸种道德属性。这些道德属性会使我们想起约翰·麦基称之为的那种内在的“应为”(to-be-doneness)和“不为”(not-to-be-doneness)的例子。契约主义的部分诉求依赖于这样一种观点:正如约翰·麦基所提出的那样,“在这个世界上”如何才能有这些属性是个令人困惑的问题。与之对照,契约主义试图根据合理一致的概念,来解释道德属性的可证成特性,并解释这些道德属性的动机力量。在某些情形下,人们是按照这种概念来理解道德属性本身的。例如,上面考察的那种道德不当之特征的情形就是这样。但是,也存在着本身不依赖于契约主义的一致协议概念的“对和做错”属性。我把杀人取乐的行为属性看成是这类犯错属性。这些属性之所以是错误的,是因为拒绝任何允许表现这些属性的行为之原则都是合理的。因此,当“这个世界上”还存在道德上独立于契约主义的一致协议的概念之相关属性时,这些情形并不构成内在的“应为”和“不为”^⑭的例子:它们的道德相关性——即它们的证成力量和它们与动机的联系——将依据契约主义的根据而得到解释。

特别需要指出的是,契约主义可以解释有关个体福利的事实所具有的明显的道德重要性,而功利主义是把个体福利当成了根本。根据契约主义,个体福利之所以在道德中很重要,不是因为它是内在地有价值的,也不是因为促进个体福利不言自明就是作出正确选择的一种特征,而仅仅是因为个体能够合理地拒绝那种不重视个体福利的论证形式。然而,这种道德重要性的主张仅仅是近似的,因为,如何确切地理解“福利”,在我们决定做什么的时候我们需要在哪些方面考虑他人的福利,这些都是更为深刻的问题。例如,从这一主张来看,我们就不能推导出这样的结论:在我们决定一种有可能促进该欲望满足的行为之正当性时,该欲望时时处处都会有相同的、与其力量和“强度”成比例的分量。一个人做正当之事的欲望动力可以具体化为那种可能被称之为道德上合法利益的观念。这类观念是道德

^⑭ J. L. 麦基:《伦理学:发明对与错》,哈蒙德思沃斯:佩里坎,1977年,第42页。

论证的产物；作为个体福利的概念，它也许并不是仅仅通过那种认为个体欲望什么才是理性的理念来给定的。并不是我们理性地欲望的每一事物都能成为需要他人对我们作出让步的东西，假如他们在决定做什么时也想得到其合法利益的话。我理性地欲望的东西的范围实际上是非常广泛的，而他人无法合理拒绝的事物的范围几乎肯定要比它狭窄得多。可能存在利益与理性的欲望相符合的趋向——因为使欲望某事物成为理性的条件，也就是确立了欲望的合法利益——但是，这两者不会总是完全相符的。

那么，契约主义的影响之一，就是消解个体福利与其他道德概念之间的尖锐区别，而这一区别正是功利主义所诉求的论证。道德论证的框架需要界定我们的合法利益，并解释这些合法利益的道德力量。这种相同的契约主义框架也能够解释诸如权利、个体责任和程序公正之类的其他道德概念。

(四)

行为功利主义似乎不大可能成为我所描述的这种契约主义的一个原理。个体利益的积极的道德意义在于它是契约主义要求的一种直接反映，契约主义的要求是，根据人们无法合理拒绝的根据，每一种行为都应面对每一个人获得其正当性的辩护。但是，从这一要求到下述结论——即：每一个体都必须一致同意，他们总是从最大化的集合性利益的角度来审议和接受这种只诉求该考量的证成的——还有一条很长的路要走。根据契约主义，完全可能出现这样的情况：某些道德问题可以通过诉诸最大化的集合性福利而得到恰当的解决，即使这不是唯一或最终的证成标准。

似乎不那么不可能出现的情况是：契约主义应该证明它同某种形式的“二阶”功利主义相契合。在此，我无法充分估价这种可能性。契约主义的确同这些理论共享这样一些重要的特征：个体行为的辩护必须通过一种允许这些行为的原则辩护来展开。但是，契约

主义同某些形式的二阶功利主义存在着一个重要的差别。在契约主义中,原则的作用是根本性的;它们并不仅仅是作为装置,来促进那些按照某种别的标准来看是正当的行为的。因为契约主义不会确立两种潜在地存在着冲突的道德推理形式,所以,它避免了那种常常困扰着规则功利主义的不稳定性。

然而,根本问题是,契约主义所导向的原则是否必须是这样的原则:其普遍运用(或者是在理想状态下运用,或者是在某些较为真实的条件下运用)会促进最大化的集合性福利。在许多人看来,这似乎已经是必定的。为了指出我为什么不同意这种看法,我将考察推出这一结论的一种最为著名的论证,并且解释我为什么认为该论证并不成功。这也将提供一个机会,使我们能够考察我这里所拥护的契约主义版本与罗尔斯所提出的契约主义版本之间的关系。

我将要考察的这种论证,是在哈桑伊^⑮和其他人的著作中很常见的那种论证,他通过对契约主义的接受概念的解释,推导出了最大化的平均效用原则。为了把某一原则看成是人们一致同意的候选者,我必须把它看成不仅是对我是可以接受的(也许是根据我的特殊位置和趣味,等等),而且对他人来说也是可以接受的。^⑯与此相关的是,我对该原则是可接受的判断必须公道。这意味着什么?要公道地判断一个原则是可接受的,即是指,人们可能会说,要判断它是这样的一个原则:不管你处于什么样的位置,你都有理由接受它。也就是说,我们可以这样解释,该原则是这样:假如你不知道你占据了谁的位置,并且相信你有公平的机会处于任何一种位置,你接受该原则都是理性的。(在此,“处于某个人的位置”被理解为

^⑮ 见约翰·哈桑伊:《主要的福利、个体主义的伦理学和人际效用比较》,载《政治经济学杂志》杂志,第63卷(1955年),第4节,第309—321页。在这一节里,他讨论了他早些时候所提出的一种论证“福利经济学中的主要效用和风险理论”,载《政治经济学杂志》杂志,第61卷(1953年),第434—435页。

^⑯ 在讨论哈桑伊和罗尔斯的过程中,我在谈到原则的可接受性而非原则的不可拒绝性时,我通常会遵循他们的观点。正如我在前面所指出的那样,这些观点之间的差异仅仅在我所提出的契约主义框架内才是重要的;因此,只有当我把我的观点同他们的观点进行比较时,我才会谈到可拒绝性问题。

处于各种环境之中并根据他自己的角度和趣味来评价这些原则。)但是,人们也可能主张,在这些环境中,理性偏好的原则——该原则会给选择者提供最大的可预期效用——将是这样的原则:在这些环境中,受到影响的各方的平均效用将是最高的。

这一论证可能在几个关键的地方受到质疑,但是,现在我要关注的是对公道的解释。我们可以将这一论证分解为三个阶段。第一个阶段是,道德原则必须为人们公道接受的理念。第二个阶段是,在忽略其位置(包括他的趣味、偏好等等)的情况下选择该原则的理念。第三个阶段是,假设人们占据任何人的位置时进行理性选择的理念。现在让我们暂且把从第二步到第三步的推导放到一边,集中精力处理从第一步到第二步的推导。我想,我们有一种方法来仿制与这个步骤相似的推导步骤,它非常有效,但却不会得出论证所需要的结论。假如我相信,某原则 P 作为信息充分且不受强迫的普遍协议之基础,它是不能被人们合理拒绝的,那么,我就必须相信,不仅我接受它是合理的,而且他人接受它也是合理的,在此范围内,我们是在为普遍的协议寻找一个基础。因此,我必须相信,我会有理由接受原则 P,而不论我会处于什么样的社会地位(可是,由于我们前面提到的那些理由,假如我处于这些位置中的某些位置上,我不可能相信我会赞同原则 P)。现在,人们会以为,若忽视人们的社会地位,尤其是当这一忽视还包括对个人趣味和偏好的忽视时,选择或一致协议的概念对于某一原则来说就不可能有任何意义。但是,这一概念至少还有最低限度的意义。假如任何一个人选择或者赞同 P 都是合理的,那么,我有理由相信如此行动的知识就不必依赖于我关于特殊位置、趣味、偏好等的知识。在此范围内说,在缺乏这种知识的时候选择或者赞同某事,根本上仍是有意义的,我们可以说,我有理由选择或者赞同任何一个人有理由选择或者赞同的那些事(再假设我们有寻找所有的人都可能同意的原则之目的)。确实,相同的推理可以引领我们通过第三阶段。因为假如我判断原则 P 是每一个人都有理由赞成的原则,那么,我们就可以说,假如我认为我有成为任何一个人的平等机会并处在任何一个人的位置上;或者,假如我确实可以赋予

每一个人别的可能性,我就有理由同意这一原则。

但是,这显然并不是我们最初的论证想要达成的结论。这一结论所关注的,是一个自利的人在忽略其可能成为任何一个人的平等或然性的假设情况下,选择什么或者赞同什么才可能是合理的问题。我们已经达成的结论诉诸一种不同的概念,也就是这样一种理念,即:考虑到人们正在寻找普遍一致的基础,该理念要告诉他们,拒绝什么将是不合理的。在这两种论证中,解释的取向是相当不同的。最初的论证是通过求助于具体条件下理性自利的选择概念,来解释一种伦理原则的公道的接受性概念,这一概念似乎是一个较为清楚的概念。而我的修正性论证所解释的是,假定人们对下述情况已然形成某种理念,即:某人拒绝作为普遍一致协议之基础的东西是不合理的,那么,如何才能使下述理念——即:在忽略人们地位的情况下进行选择或达成一致协议——具有一种意义。这标明了我的契约主义修正版本的问题所在:人们可能会指控它无法解释其所依赖的核心概念。在此,我的回答是,我的契约主义版本并不想解释这一概念。它只是试图去清晰地描述这一概念,并揭示我们如何才能根据这一概念来理解道德的其他特征。特别是,它不想通过把这一概念还原为如下理念来解释这一概念,该理念告诉我们:假如某人从忽略其地位的角度或者基于自己可以成为任何一个人的平等或然性的假设来进行选择的话,他如何才能将其自利的期望最大化。

这种论证从第一步到第二步的推论之原初真实性,依赖于推论从这些概念中的一个概念到另一个概念的微妙转换。人们若相信某一原则在道德上是正确的,他们就必须相信该原则是所有人能够合理赞同的,而且是任何人都无法合理拒绝的。但是我相信,这一情形很可能经常因它带给我的好处大于它带给他人的代价这一倾向而被扭曲。由于这一原因,“把我自己放在另一个人的位置上”这一理念就是一个很有用处的正确的装置。对于追问在忽略我的真实地位的情况下我可能赞同什么的思想实验,我们也可以得到同样的结论。但是,这两种思想实验都只是更精确地考量每一个人能够合理赞同什么、或者考量任何人都不能合理拒绝什么的理论装置。这也就是

说,它们包含了我的三段论论证之修正形式所展示的那种推理模式,而不包含最初给定的那种论证的推理模式。关于单个自利者在忽略其真实地位的情况下如何选择才会使其自利期望最大化的问题,是一个完全不同的问题。我们可以通过考量下述可能性而明白于此,该可能性是,按最高的平均效用来分配,我称之为 A,对某些人而言可能意味着极低的效用水平,这些水平比任何人在一种较为公平的分配中可能享有的底线水平还要低得多。

假设 A 是一个有着可以处于任何人的地位来选择公平机会的自利选择者可以理性选择的原则。我们能够由此得出任何人都不能合理拒绝 A 这一结论吗?很显然我们不能。^{①7}再假设这样一种境况:那些在 A 原则的规范下处境最为糟糕的人,我们可以称他们为遭受损失者,其处境是极端糟糕的;而我们又有一种替换性方案来取代 A,我们可以称之为 E,在 E 原则的规范下,任何人的处境都不会这样糟糕。显而易见,那些遭受损失者似乎就有合乎理性的根据去抱怨 A 原则。通过诉求于选择 E 原则而不选择 A 原则可能会对某个别的个体带来的牺牲,人们也可以反驳遭受损失者的反对意见。但是, A 原则产生更高的平均效用这一纯粹的事实——它可能由于下述事实,即:许多人在 A 原则下比在 E 原则下的确有了非常轻微的改善,而又只有很少几个人变得更糟糕——并不能解决这一问题。

按照契约主义的观点来看,当我们思考一个原则时,我们的注意力自然会首先指向那些在契约主义情形下处于最不利地位者。这是因为,如果说有人有合理的根据来反对这一原则的话,那很可能就是他们。然而,我们并不能就因此推出,契约主义总是要求我们选择这样一种原则:即在该原则下,最不利者的期望就是最高的期待。遭受损失者反对 A 原则的合理性,并不只是建立在这样一种事实——即:他们在 A 原则下是最不利者,且在 E 原则下没有人会处于如此

^{①7} 接下来的讨论与内格尔在《论平等》一文中提出的“多数原则”与“全体一致原则”之间的对照有很多共同之处,见其著作《必朽的问题》(剑桥:剑桥大学出版社,1979年)一书第8章。我感谢内格尔同我就这一理念所作的讨论。

糟糕的境地——之基础上的。他们抱怨的力量也依赖于，他们在 A 原则下的处境从绝对的意义上说是极端糟糕的，并且在 E 原则下，其处境明显会好得多。我们必须把这些抱怨同 E 原则下那些可能处于最不利地位的个体的抱怨作一番比较。需要进一步追问的问题是，某人拒绝容忍那些遭受损失者在 A 原则下的处境，以便其他人能够享受到他在 E 原则下可能不得不放弃的那些利益，他如此拒绝就不合乎理性吗？由于我们假设这些遭受损失者在 A 原则下的处境会变得更好，或者，他在 E 原则下的所得比产生这一所得要求的牺牲更少，其情形的重要性就被削弱了。

迄今为止，我所提出的契约主义论证的一个显著特征是它的非集合性：我所比较的是个体的得失和福利水平。集合性的考量如何才能进入契约主义的论证，乃是一个更深刻的问题，它牵涉太广，以至于无法在此讨论之。

我一直在批评一种平均功利主义论证，这种平均功利主义一般来说是同哈桑伊联系在一起的。我对这一论证的反驳（撇开有关最小最大化原则的最后评论不谈）与罗尔斯提出的反驳有着明显的相似性。^⑩ 但是，我所提出的反驳也同罗尔斯本人的论证之某些特征相异。罗尔斯接受我所描述的这种论证的第一步。也就是说，他相信，正确的正义原则是在其原初状态所定义的条件，“关心提高其利益的理性个人”可能接受的那些原则，在这些条件下，这些理性的个人会忽略他们自己的特殊天赋，他们的善观念以及他们出生的社会地位（或者代际）。但罗尔斯拒绝这种论证的第二步，也就是说，他拒绝下述主张，即认为，处于这种状态中的人选择下列原则可能是理性的：在人们拥有平等的机会成为该社会中的任何一员的假设情况下，这些原则会给他们提供最大的预期效用。然而我相信，一旦人们采取这种论证的第一步，就已然错了。

^⑩ 例如，在罗尔斯《正义论》一书的第 14 页，他反驳功利主义的直觉论证，以及他反复评论的：我们不能期望一些人为了其他人的较高期望的利益，而接受较低的生活标准。

我们可以通过考量那些“关注提高其利益”的理性个人所接受的理念中存在的一种暧昧性,来说明这一点。按照一种解读理解,这是契约论论证的一个本质因素;按照另一种解读理解,它是可以避免的,并且,我认为它是错误的。依第一种解读观之,人们所争论的利益仅仅是正义原则将要运用于其中的那些社会成员的利益(而且,这些原则必须最终被他们所接受)。他们有着各种可能相互冲突的利益,且他们关注于提高其利益,这一事实使正义问题具有了实质内容。依第二种解读观之,人们所争论的“提高其利益”的关切,正是罗尔斯原初状态中各方的关切所在,也是第一个例子中¹⁹决定他们将采纳什么样的正义原则的关切之所在。由于每一个人的动机都是尽可能为自己争取利益,因此,就应该通过剥夺他们了解任何可能成为他们作出不同选择之理由的信息,来达成缔约各方的全体一致。由于大家都处在无知之幕后,那些可以给一个人提供最好的前景的东西,也将会提供给所有的人,因为没有人能够辨别出什么东西对他特别有利。因此罗尔斯说,可以从处在无知之幕后的单个理性个体的观点出发,来完成对原则的选择。

然而,无论这种单个个体所运用的理性选择的规则如何,他都尽其所能地关切提高自己的利益,把这一难题还原为单个人的自利选择这一做法都会引起我们的怀疑。正如我在批评哈桑伊的时候所指出的那样,重要的问题是追问这种单个个体是否坚定地接受一个原则,因为他判断,这是一个无论他占据着什么样的位置都不能合理地拒绝的原则;或者相反,它是否是处于任何社会地位的人都可以接受的,因为它可能是单个自利者在无知之幕后背后的理性选择。我在前面已经论证过,平均功利主义的论证暗含一种从第一种推理模式到第二种推理模式的隐秘转换。罗尔斯的论证似乎也是第二种推理形式;至少最初看来,他对两个正义原则的辩护依赖于下述主张:一个

¹⁹ 然而,他们必须随后检查,以便理解他们已经选择的原则是否稳定可靠,不会产生那种不可忍受的义务压力,如此等等。正如我下面将要讨论的那样,这些进一步的考量能够用那种导致罗尔斯的理论更接近此处提出的契约主义版本的方式来得到解释。

关注提高其利益的人在无知之幕后选择什么才是理性的。然而，我的主张却是，罗尔斯得出两个正义原则的论证相比于平均功利主义原则来说更具有其真实可信性，并且在某些情形下，当我们把罗尔斯的两个正义原则解释为契约主义的第一种情形时，其真实可信程度还会得到强化。

这些论证中的一些论证具有非正式的道德特征。我已经提到过罗尔斯的下述评论，即他谈道：出于对另一些人的更高期待而把较低的期望强加给某些人是不可接受的。更具体地说，他谈到原初状态中的各方，他们关切如何“选择这些原则，不论他们被证明是属于哪一代，他们都准备承受这些原则所带来的后果”^{②①}；或者，假设无论他们的社会地位如何，他们也都准备承受这些原则所带来的后果。这是对契约主义论证之第一种形式的清晰陈述。稍后，他评论道：人们之所以拥护正义的两个原则，是因为它们“是个人为社会的设计所选择的原则，在该社会中，他的敌人也将给他指定一个位置”^{②②}。罗尔斯继续发表他的评论，说（原初状态中的）各方“不应该从错误的前提进行推理”，^{②③}但值得追问的是，为什么在最初的位置上这样说确乎真实可信。我认为理由是这样的：在第一种形式的契约主义的论证中，其目的是寻找每一个人都可以接受的原则，由一个坏心肠的对手所设计的只是一个思想实验，它像无知之幕后有着启发作用：它是一种验证人们是否真正判断一个原则从所有的观点来看都是可以接受的方式；或者相反，人们是否无法像对待自己的利益那样，严肃地对待它对处于社会状态中的人的影响。

不过，这些都是非正式的评论，而这样假设罗尔斯的论证像平均效用的论证一样，是想从“所有人都可以接受的”原则之非正式契约主义观点到无知之幕后理性选择观点的推论，乃是公平的。他希望，这是一个更为准确和更能产生确定结果的理念。现在，让我转到

②① 罗尔斯：《正义论》，第137页。

②② 同上书，第152页。

②③ 同上书，第153页。

他较为正式的对被原初状态中的各方所选择的差异原则的论证吧。罗尔斯列举出了原初状态中各方所面临的决定的三个特征,他宣称,原初状态使他们合理地运用最小最大化规则,并选择他的差异原则作为正义的原则。这些特征是:(1)缺乏任何评估或然性的客观基础;(2)某些原则可能导致“他们几乎无法接受”的后果之事实;(3)他们很可能(通过采纳最小最大化原则)来确保他们自己的底线前景,通过比较,上面的进一步论证并不重要。²³ 第一个特征几乎没有什么令人疑惑的地方,我把它放到一边不谈。然而,似乎比较清楚的是,上面提到的其他考量在非正式的契约主义对所有人能合理地赞成什么的论证中,至少有同样的力量,正如他们在决定关心提高自己利益的个人之理性选择中所做的那样。他们表达了这种反驳的力量,即认为,“遭受损失者”可能不得不赞同这样一种图式:最大化的平均效用要让他们付出代价,这一反驳可以与下述与之相反的反驳意见相比,后者认为,其他人也可能不得不诉求一种更为平等的安排。

除了关于理性选择的论证以外,罗尔斯在“两个原则的主要根据”中寻求其他的考量,正如他所说,这些考量在很大程度上使用了契约的概念。²⁴ 罗尔斯说,当且仅当原初状态中的各方认为,他们事实上会有能力遵守两个正义原则,他们才会赞同这两个正义原则。他宣称,人们有理由相信,他的两个原则的正义性比平均效用原则的正义性更真实可信,后者要求人们作出的牺牲(承担义务的限制)可能要大得多。罗尔斯的第二个与之相关的主张是:正义的两个原则比平均效用原则具有更高的心理稳定性。罗尔斯宣称,人们更有理由相信,在一个人们能够得到充分满足的社会中,人们会继续接受正义原则,并且有足够的动机驱动他们按照正义的原则去行动。与之相反,若人们持续接受平均效用原则,就要求他们对其作为部分所在的整体之善保持一种认同,而在这样的整体中,整体将要求人们为整体的其他部分作出牺牲。

²³ 罗尔斯:《正义论》,第154页。

²⁴ 同上书,第175页。

我们可以把这些评论理解为关于建立在罗尔斯两个正义原则之基础上的社会之“稳定性”(在相当高的实践意义上)的主张。但是,我们也可以把这些主张看成是这样一种努力,即:揭示通过第二种契约主义的推理形式所达成的原则,也能够满足第一种契约主义论证形式的要求,也就是说,该原则是没有人能合理地拒绝的。“接受这一原则就是你事实上所能接受的一致协议吗?”这一问题,就像那种受最坏的敌人指派之理念一样,也是一种思想实验,通过这一实验,我们能够使用我们自己的反应来检测我们的判断:某些原则是没有人能合理地拒绝的原则。达成人类心理学的普遍原则,也可能要求助于这一相同的目的。

罗尔斯的最终论证是,采用他的两个原则给社会个体成员的自尊提供了支持,而且给“康德的理念——即:必须把人当做目的,而不仅仅是当做更大的集体善的手段——提供了一个更为有力、更具特色的解释”^⑤。但是,无论罗尔斯的两个正义原则与平均效用原则之间对于这一问题的差异多大,至少,上面所区分的契约主义的推理之两种模式之间存在着尖锐的对照。下述情况都要求它保持与自尊的联系、保持其与康德理念之间的联系,这就是:正义的原则是任何社会成员都不能合理地拒绝的原则。当我们转向这种选择理念时,上述联系就被弱化了,而这种选择理念提升了单个理性个体的利益,而对于这些单个理性个体来说,生活于一个社会中的各式各样的个体正是如此众多的可能性。无论理性选择者运用什么样的决定,情况都是如此。从“最小最大化”原则开始的论证似乎保留了这种联系,因为它重新产生了一种关于理性选择的主张,用些微不同的术语来说,就是提出了一种有吸引力的道德论证。

正如我所描述的那样,“选择境况”对契约主义来说是根本性的,这一“选择境况”始于“互不关涉”的个体,这些个体对他们自己的境况有着充分的了解,他们将这一选择境况作为一种欲望(而非如人们有时暗示的那样是一种仁慈)加诸在那些正在寻找任何人都

^⑤ 罗尔斯:《正义论》,第183页。

不能合理拒绝的原则的契约各方头上,在此范围内,他们也都有这种欲望。罗尔斯多次顺便考量了这样一种理念。^{②6} 为了捍卫他自己的下述理念,罗尔斯否认了上述看法,他的理念是:人们在无知之幕后进行互不关涉的选择,他们的根据是:唯有后者能够使我们达到明确的结果:“即便在选择原则时,我们需要全体一致,甚至是在人们已经获得了充分信息的情况下,也只能非常明确地决定少数事情。”^{②7} 我以为,这种假设的优势是值得质疑的。也许,这是因为我对道德论证的期望比罗尔斯更谨慎一些。然而,正如我所论证的那样,若在我一直所主张的这种形式的契约主义框架内,来解释罗尔斯的论证,他自己近乎所有的论证起码还是非常有力的。一个可能的例外是来自“最小最大化原则”的论证。如果差异原则被普遍运用到公共政策的决策中,那么,通过契约主义推理的另外一种形式,我们就可以得出,它与我所使用的那种损失比较的松散形式相比,可能有着更为深远的意蕴。但是,该原则的更为广泛的运用并非总是真实可信的,而且我认为,罗尔斯并不打算将它运用到这样广泛的领域中去。他的意图是,只应把差异原则运用到由社会基本制度所产生的那些主要的不平等情形中去,这一限制是他对于那种把“最小最大化原则”作为理性选择的适当基础这一特殊条件的反思:某些选择会产生人们难以接受的后果,当人们获得上述最小值时,人们能够确保自己的最低利益,如此等等。这样,我们就可以推出以下结论:在我们运用差异原则时——同时要认识到其运用限度,我们必须求助于损失的非正式比较,这正是我所描述的那种形式的契约主义的核心之所在。

(五)

我只是概略地描述了我的契约主义版本。要清晰阐述其中心概

^{②6} 举例来说,在第 141、148 页(指《正义论》——译者注)。虽然这几页可能没有在这种方案和仁慈的假设之间进行明确的区分。

^{②7} 罗尔斯:《正义论》,第 141 页。

念,并揭示其规范意蕴,还需要进行更多的探讨才行。我希望,我所谈的已经足以揭示它作为道德哲学理论和道德动机之解释的魅力所在。我提出以契约主义来替换功利主义,但是,这一学说的典型特征要在与其他多少有些不同观点的比较中才能体现出来。

人们有时认为,^②道德是我们互相保护的一种工具。根据契约主义来看,这种观点部分是真实的,但在一个重要方面还是不完善的。我们对自己核心利益的关切会对我们能够合理地同意什么产生重要影响。因此,假如契约主义是正确的,它对道德的内容就有重要影响。在人们遵守道德的范围内看,人们都会从遵守道德的实践中获益。假如我们没有任何依据他人能够合理接受的根据、向他们证明我们行为的正当合理性的欲望,那么,获得这种保护的希望就将给我们提供理由,使我尽力将这种欲望灌输到他人身上,也许可以通过大众催眠或者大众训练,即便这样做也意味着我们自己同时获得了这种欲望。但是,假定我们已然有了这种欲望,我们对道德的关切就较少工具性了。

我们可以作下列对照。按照一种观点来看,人们关切保护是根本性的,而普遍协议则只是作为一种手段或者寻求这种保护的一种必要条件才成为相关的。根据另一种观点也就是契约主义的观点来看,寻求保护的欲望是决定道德内容的一个重要因素,因为它决定了人们能够合理地一致地同意什么。但是,普遍协议的理念并不是作为寻求保护的手段而提出来的。在一种更为根本的意义上,它才是道德之所谓者。

^② G. J. 瓦诺克在《道德的对象》(伦敦:梅素恩,1971年)一书中,J. L. 麦基在《伦理学》一书中,都用不同的方式表达了这一观点。另见理查德·布兰特在《善与正当理论》一书第10章中,对证成的评论。

八 内容规制再思考

(一) 导言

特耳古德·马歇尔法官有一高见：“《宪法》第一修正案首先意味着政府无权因为言论表达的信息、主题或内容方面的原因而对其施加任何限制。”^①好多年了，我一直以为马歇尔法官此一高见背后，有一条重要且富有吸引力的基本真理。然而，随着时间的推移，这一真理却似乎变得越来越含糊不清、越来越有局限、越来越不那么基本了。于是，我便试图从一种更

^① 见《芝加哥警察局诉莫斯利案宗》，美国第408号，第92卷（1972年）。

为广阔的视野来看作为一种权利的表达自由,重新审视这种基于内容的限制之不容许可性,并将之看作是言论自由权利的一种因素。

有一种理念认为,政府对言论的内容的规制——无论这种规制是采取禁止某些言论内容的形式,还是采取别的形式——是一种特别不好的事情,这一理念显然与下述诸多问题相关:诸如有关大众传媒的规制,其范围包括从限制烟酒产品广告,到规范公平学说和颁布适合于政治社论的权利之法令、法规等问题。我将简要地讨论讨论这些问题中的某些问题,但却不可能对其中的每个问题都给以周详论述。毋宁说,我的目的在于提供一个可以在其中对这些问题予以系统讨论的一般框架。

(二) 权利的结构

依我所见,权利就是对行为决定权的种种限制,我们相信这些限制是为避免在道德上不可接受的种种后果所必需的重要手段。^② 断言一种行为或一种政策侵权,也就是断言:第一,无拘无束地以某种方式(无论以一己之私的名义,还是以履行制度角色的方式)采取行为的决定权导致种种不可接受的后果;第二,针对这种决定权的某些限制(这些限制在当时的情形下或者是、或者应当是一些有效的限制),是以对其他的善而言可以接受的代价来防止这些后果的一条可行之路;第三,所说的行为或政策是这些限制所禁止的行为或政策。

可以把我们有关权利的思考分析为三个组成成分:(1)目的——即:要实现的目标或价值,与这些目标或价值相对,由不受限制的行为决定权导致的后果被判断为不容认可的后果,而针对这种

^② 本节和随后一节对在本书第二篇论文即《权利、目标和公平》(1978年)中曾经更加详细地阐述过的一种权利观加以概括。本书在第五篇论文即探讨言论自由的《言论自由与言论分类》一文中,运用了这种权利观。

不受限制的决定权提出的种种限制则被当作是可证成其正当性的限制；(2)手段——即：我们所讨论的权利将会包含的那些特殊限制；(3)与由不受限制的行为决定权导致的后果和按照我们所讨论的权利提出的那些限制，何以能够改变同这些后果有关的种种起连接作用的经验性信念。在这些经验性信念中，包括有关行为者的动机的信念、有关对这些行为者来说可以利用的机会的信念和有关他们可能作出的决定将会导致的总体结果的信念。此外，与此相关的还有与对一种既定的限制是否“有效”起决定作用的那种制度背景相关的种种事实。

我们不妨以隐私权为例，来说明权利的上述组成成分。人们之所以认为存在隐私权这一权利，这一理念首先有赖于人们相信不受限制地决定对我们进行监视、并调查我们的各种事务的决定权是一种不容认可的决定权：我们不仅需要能够在没有第三者偷听的情况下与他人交流，而且需要能够有一部分生活在公众视野之外进行（这种信念所反映的判断，既与目的相关，又与起连接作用的来自经验的信念相关）。许多互不相同的限制措施都能够提供我们在这方面所需要的保护，其中有些措施比另一些措施更有效一些。为了确保我们的隐私权不受侵犯，就需要有一些能够从种种限制措施中把在道德上能够得到认可的那些措施挑选出来的制度和公约，例如，需要有一些制度和公约能够让人们了解，政府在什么时候可以监视我们，什么时候则不许监视我们；我们的文字和电信交流哪些是受保护的，哪些是别人可以阅读或拦截的。

有的时候（例如，在常常受到侵犯的“生存权”方面），诉诸一种权利就会使种种限制措施被认为涉及几乎所有未明确限定的权利。这样，主张一种权利，也就归结为主张某一特定事实具有重大道德价值，并因而应当在决定人们该实施何种决定权的时候受到高度重视。涉及这种权利的道德论证，就变成了通过对各种权利的“重要程度”作比较来对各种权利加以“权衡”的过程。作为道德论证的一种并无启发性的论证形式，该论证却给我留下了深刻印象。倘若诉求权利有用且明智，那么，就需要按照某些对行为处置权的明确限制来理

解人们所诉求的这些权利——那些对行为处置权的明确限制,代表了一种在理性上明白无误的策略,能够以可令人容忍的代价来避免种种严重的邪恶。当人们这样来理解一种权利时,实施权利的过程大多是一个制定在既定情形之下这种策略需要如何去做的过程。在正常条件下,如果这种策略的确代表了一种以令人可容忍的代价来避免严重邪恶的办法,那么,就会降低对各种相互颞颥的权利加以权衡的需要。

“权利”术语可有多种用法。对我们所有权利的某些申言直接依赖于特定的法律和制度:例如,我退回我最近购买的二手车的权利也许直接来源于国家立法机关通过的“次品法”;如果你租用了我的一半车库,那么,你所拥有的在这半个车库中停车和进出于我的车道等权利,都直接依赖于财产法、合同法以及我们之间达成的有关协议。这类权利的起源相对简单易懂。但是,对“权利”术语的其他较为关键的用法则意味着,权利不仅是特定法律体系的产物,而且告诉我们这些法律体系应当是什么样的体系。令人困惑的是这类权利的“存在”究竟意味何在。当人们说“存在”一种这样的权利时,是什么意思?当两个人彼此对这些权利的内容存在歧见时,应当以什么为标准来判定其中一人的见解正确而另一个人的见解错误呢?

我在此概要提出的分析能够对这些困惑作出一种回应。依此分析所得出的结论是:法定权利与更为一般的道德权利或政治权利之间的关系错综复杂。一方面,法律制度可以包含一些具有独立实存性的权利,并将之作为关键性的道德理想。例如,对于《宪法》第一修正案中的言论条款,就需要依据一种更具一般的关于言论自由的道德理念来加以理解,这种道德理念不依赖该特定修正案而存在;我们可以在制度评价中诉求于这种理念,而不是在我们的自我评价中诉求于这种理念。另一方面,就像上文刚刚指出的那样,这种道德权利的确切内容常常取决于一种制度情景。情况经常是,能够提供某种权利所需保护的并非只有一种制度体系,因而,我们就可能很难或甚至于不可能仅仅依据第一原理来推断说,某一特定的[制度]制约体系才是道德上所需要的制约体系。在这类情况下,人们的权利所

具有的内容将取决于人们在所处的社会中现有的制度性策略(当然,这要以假定那种策略确实能够提供人们所需要的保护为前提)。

例如,人们有时认为,在《宪法》第一修正案的论争语境中,一家报纸或一家电视台就是一个“喉舌”,而不是一个“论坛”。下面的说法并不具有必然性,即:我们应当把像报纸这类媒体作为公共论坛来运作,有些有线电视频道就是这样运作的。在我看来,这种主张的要害在于,在我们实现言论自由之目标的道路上,报纸和许多广播电台应当作为一些独立的、反映其主办者的判断和意见的喉舌来发挥作用。这种主张的确切含义,在一定程度上是一个产权问题,一个与言论自由无关的期望问题。然而,只要这些作用是我们为构筑一个“言论自由体系”所采取的策略之一部分(并且,只要这种策略是一种尚属成功的策略),那么,也会从言论自由这一权利中推出对该产权的进一步保护。

这一限制涉及权利的另一个特征,我们可以称之为权利的“创造性的不稳定性”(creative instability)。首先,因为按照我的理解,权利包含一种有意义的经验构成因素,所以,我们对一种权利的理解便会总是由于那种迫使这些经验性信念发生改变的证据而被推翻。其次,在任何既定的时间内,我们对前文区分过的构成权利的三个要素——即:目的、限制和起连接作用的经验性信念——的理解,都可能并不(实际上是不可能)构成一个相互协调一致的整体。也就是说,被我们当做对权利的价值基础起充分保护作用的那些限制,可能事实上并不充分。情况可能是:只有当我们采纳某种事实上错误的起连接作用的信念时,才会把这些限制当做充分的限制。这种张力使权利具有一种动态品质,而这种品质则会导致一个几乎连续不断的修正过程。我们的“起连接作用的信念”方面的新情况或新变化,会(像上面所说的那样)导致我们最终认为原来的那些限制并不充分。与此相似,种种新事例或我们对原有事例的反思,会导致我们扩展或重新界定作为现有限制措施之正当性根据的那一套价值。不过,我并不是说这些张力总是会得到消解。实际情况也许是:如果不彻底抛弃作为习惯上对权利的理解之根据的、由那些限制措施构成的一整套策略,一种权利以之为前提的那些价值观就不能恰当地发挥作用(在下

一节末尾,我会考察言论自由权利中的这种张力的一个例子)。

(三) 作为一种权利的言论自由

要沿着我所提出的思路来分析言论自由,就需要首先认同言论自由力图保护的价值。这些价值依附于某些为人们所广泛分享的私人利益的满足,我就从这些价值开始讨论。这里所说的“某些为人们所广泛分享的私人利益”首先包括:作为潜在的发言人和潜在的作者,我们大家都拥有的利益,就在于有机会能够同那些希望听到我们说话或希望阅读我们的著作的人相互交流,特别是在政治生活领域里,我们能够有机会受到那些尚未明确选择听我们发言或者阅读我们的著作的人们关注。其次,作为潜在的听众或潜在的读者,我们的利益还在于要能够接触到我们想听或我们想读的那些言论,甚至还在于我们能够一定程度地接触到我们并未选择要接触的一些言论。这些利益多种多样。其中包括有知情的权益、得到娱乐和以各种方式得到激励等利益,甚至还包括某些能够导致反思和长进的挑战性言论。再次,还有我们作为旁观者(也就是说,不一定要作为言论自由的参与者或作为受众之一员)所应享有的利益。这些利益一方面包括生活在一个享受着由言论自由所带来的文化、政治和技术好处的社会里;另一方面又包括我们大家在不承受言论自由所必须承担的诸如噪声和混乱等代价方面的利益。

除了上述这些私人利益之外,人们认为,言论自由还应当维护那些更具一般意义的道德价值和政治价值。在这方面,人们通常提到的是公正高效的民主政治制度的重要价值。为了使民主政治的例行过程能够赋予其结果以合法性,这个过程就必须在经受自由而公开的辩论之条件下运行,而言论自由所要达到的目标之一,就是要防止这些条件遭到削弱。这一重要的公共价值也强化了对个人获得言论手段的利益。此外,它还给有关言论自由的争论增添了一个新的重要因素,因为公正的民主政治需要有一种平等——一种平等参与的

机会,而这种平等却并不一定是特殊的个人利益所必需的。

我已经按照那些依附于各种活动和机会的价值,对言论自由的种种目标作了非常抽象的描述。难免会有人不赞同这些类别中某些具体言论行为的价值——例如,有人并不认为那些已然发表的政治学说、科学假设和神学假想会有什么价值。但是,有机会参与和接受就这些议题所发表的言论,还是一件有价值的事情;我们对言论自由的见解,其立足点就在于以是否赞同这件事情本身所具有的价值为标准,而不在于我们选择发表或接受的这些具体信息本身的价值如何。然而,对于有些参与者和有些听众的利益——譬如说,学习如何制造炸弹或教导别人如何制造炸弹、利用欺诈性的邮购单骗人——来说,这种价值与其毫不相干;其他一些利益具有介于这些极端之间的一些价值,也就是说,它们可能会主张对限制言论的做法施加一些中等程度的“自下而上的压力”。

上述言论分类,使得我们有可能通过利用我们的言论自由,抽象地考虑我们对之加以辩论的种种更加具体的价值判断,从而系统地提出一些得到人们广泛认同的、有利于言论自由的争论赖以形成的基础性价值判断。这样说并不意味着,我认为,这些言论分类完全无可争议,或者说,它们的相关价值就毋庸置疑。我的目的仅仅在于指出:首先,它们是表达相关价值判断的一种方式;其次,它们提供了在不涉及那些甚至更有争议的问题的情况下,就言论进行辩论的一种方式。对于内容规制问题的考量来说,把这两种有关言论的价值判断加以区分是具有重要意义的;因为,认为不应当以言论的内容为根据来规制言论,在某种意义上,这也就等于说,规制不必以对我们刚才区分出的那种更具体、更有争议的言论所作的价值评估为基础。

现在来谈谈前文所说的有关各种当事人的动机和机会的“起连接作用的经验性信念”,正是这些信念导致我们推论说:在没有限制的情况下,刚才列举的那些价值就会面临严重的危机。在这些信念中,首要的是关于“政府一般会作何反应”的信念。政府(无论是不是通过选举产生的政府)一贯倾向于竭力平息人们对政府的批评。它们往往不同情在社会大多数人中不受欢迎的那些想法、价值和观

点见解。作为这种倾向的结果,它们常常不愿意为保证持有这类观点见解的人能够有机会获得受众而承受任何负担。政府往往容易过高估计国家安全和政府政策所面临的威胁。尤其是,它们往往容易过高估计需要为不受限制的言论所付出的代价(那些代价是可以看得到的、引人注目且不难预见的),而过低估计不受限制的言论所具有的价值(这些价值在经历一个长时期的阶段之后,才会逐渐以无法预测的方式为人所知)。虽然政府的这些过错不一定是出于邪恶的动机,但的确是我们所知道的所有政府(其中既包括我们对其结构和政策持反对意见的那些政府,也包括我们对其结构和政策持赞赏态度的那些政府)都会犯的典型过错。

不过,言论自由据为基础的那些经验性假定,并不只限于那些有关政府反应的信念,而且包括有关我们需要防御的那些私人媒介的反应的信念。例如,我们知道,当人们相信自己能够通过威胁说将作出强烈反应,就可以防止有人表达那些为他自己所强烈反对的那些想法,这时候,他们就很可能采用这种策略。这就导致了我们所熟悉的一个推论,即:关于“‘捣乱者的否决’(heckler's veto)的不容认可性”——亦即无论是否相信言论会导致公开的骚乱,政府都不应该随意禁止言论——的推论。

要清晰阐明构成言论自由的那些限制,是一件极为困难的事,即使这些限制在某一既定时期得到了人们的理解。我们对这些限制的理解,主要是通过一系列事例获得的,这些事例就是人们用来阐明由侵犯言论自由权的那些限制所造成的、令人无法认可其后果的那些事例。把言论自由权运用于新的情形,要经历一个对这些实例加以概括的过程,引导这个过程行进的,是我们对受到威胁的那些价值的理解和对我们在对这些事例作出的反应中所使用的那些总体策略的理解。

当我说言论自由的权利是由“对行为决定权的限制”所构成的时候,我并不是说它就是人们有时称之为“否定性的权利”的那类东西,换句话说,我并不是说它只要求政府不要对言论加以干涉。就像“捣乱者的否决”所表明的那样,言论自由还需要政府采取积极行动来保护发言者;它还会需要[政府作出]一些代价昂贵的行为,例如,

即使对言论开放公共场所可能会严重干扰别的事务,也还是要对言论开放公共场所。言论自由也不只是限制政府部门。政府部门并不是威胁言论自由的唯一因素,它们也不是有可能侵犯言论自由的唯一部门。例如,假定一个私有大公司打算采取一项政策,解雇在某一有争议且公司的董事们对其持不赞成态度的问题——譬如说,堕胎问题——上持公众立场的所有雇员。在我看来,这是明显侵犯雇员言论自由权利的做法。因为,如此使用经济权力,乃是一种明显应该受到限制的长期存在的威胁。不过,这种行为究竟是否违反《宪法》第一修正案,却是另外一码事;《宪法》第一修正案只是说:“立法机关不应该使法律……”

正如人们可以说《宪法》第一修正案所包含的限制范围,要比人们在直觉上关于言论自由的道德观念所包含的限制范围狭窄一些一样,还有一点也很重要,那就是要认识到言论自由本身只是由种种用以保护相同价值的策略构成的一个更为广大的家族之一员。例如,《信息自由法案》(*The Freedom of Information Act*)对前文所列举的许多听众价值都起了促进作用,但这并不只是言论自由权的一个构成部分(也不只是《宪法》第一修正案的一个推论性结论)。与此类似,通过维护观念和信息资源并为这些资源的传播提供应当遵循的规矩,关于学术自由的观念也对同样的价值起到了促进作用;但是,这种观念也不只是言论自由的一部分:它所关心的并非只是言论表达,或者总的来说只是言论表达问题。毋宁说,它只适用于在特定的制度范围内工作的人;它的权威根源于那些特定制度的性质和意图。

学术自由所说的那些权利,是下述方法带来的后果:按照这些方法,假若大学这类学术机构想要实现它们作为思想和研究之中心的学术功能,那么,来自大学外部的对大学的控制以及大学内部的系主任和理事会的权威就都必须有所限制。^③有人也许会争辩说,新闻

^③ 我在《学术自由与对研究的控制》一文中对这种学术自由作了详细论述,见E. 平考弗斯主编的《学术自由概念》,奥斯汀:德克萨斯大学出版社,1975年版,第237—254页。

工作者也拥有类似的权利,因为如果“新闻界”要想发挥其在社会中应当发挥的作用,那么,不仅是政府的权威必须有所限制,而且编辑们和出版者的权威也必须有所限制。这种辩论将会是一个更难进行下去的辩论,因为出版公司和广播公司的“功能和目的”更不明晰。大学是一些非营利的事业机构,它们赖以被批准设立并赖以寻求财政支持的基础,在于它们献身于学术和教学目的,而出版和广播公司在很大程度上是一些商业机构。不过,也许有人会争辩说:这些公司也声称它们在社会中的功能要求它们必须得到来自政府规制的特殊保护,它们也可以主张必须按照为充分发挥它们的功能所必须要求的那样,对它们的内部权威有所限制。然而,即使如此这般的论证要想能够成立,它们所提出的那些特殊的新闻工作权利也不会是言论自由的构成部分,而是像学术自由一样,只是言论自由的附属补充。^④

由于言论自由只涉及与维护言论自由相关的种种价值之策略中的一个有限部分,所以,就很可能出现我在本文前一节所提到的那种创造性的不稳定性。因为,对于充分实现这些目标来说,这些措施几乎肯定是不够充分的。合乎情理的回答是:各种权利并不能保证可以确保它们所关心的那些价值得到充分实现,而是只能防止某些严重威胁这些价值的事情发生。然而,张力依然存在,因为这种回答会面临一个质问,即:为什么不能对权利所包含的那些策略的范围加以扩展呢?

平等参与的难题为我们提供了属于这种不稳定性的一个清晰实例。言论自由的目的之一,是为作为公平民主政治的实质性前提之一的公开讨论提供机会。然而,倘若一种政治制度要达到公平,那它就必须能够使人们非常广泛地享有参与这种讨论的机会。人们熟悉的那种认为“必须允许散发传单的行为,因为它是‘穷人们的印刷机’”的看法,就反映了这种承诺。但是,在像我们这样的社会中,人们并不能仅仅借助于言论自由以往所包含的那些策略(例如,仅仅通过限制当局对言论的规制),在获得有效的表达手段方面实现高

^④ 因此它们也不会是从《宪法》第一修正案中的“言论”条款得出的结论。当然,是否应当用“新闻界”这个概念来称呼它们,那是另外一个问题。

度的机会均等。由此产生出寻找新的策略的紧迫性,但是,应当到哪里去寻找新的策略?人们却并不清楚。

(四) 内容规制的难题

这就给我提出了内容规制的难题。人们通常用来陈述那些言论自由的限制[的根据]包括两个部分。首先,言论自由要求不能以言论的内容为基础来约束人们的言论表达;其次,对言论表达不可约束过多,任何规制都应该为言论表达(至少是为被公认为有价值的言论方式)留下足够的机会。劳伦斯·特里伯(Laurence Tribe)就通过对政府能够用以“限制言论”的两种方式加以区分,非常清楚地说明了人们熟知的这种看法:

首先,政府可以盯住各种理念或信息,选出其中一些行为置于政府控制之下或处以刑罚,其理由或者(a)是由于这些行为所表达的具体观点,或者(b)是由于人们一旦觉悟到这些行为所透露的信息之后所造成的效果……其次,在不以上述意义上的两种理念或信息中的任何一种为目的的情况下,政府可以在追求别的目的的时候,对信息和理念的交流加以抑制,其方法或者是(a)限制信息和理念赖以传递的活动,或者是(b)强制实施如果得到遵循就会阻止理念或信息的交流的诸种规则。^⑤

特里伯对这种区分作了一个概括,他说:“第一种形式的限制可以概括为旨在实现以交流性的影响为目标的政府行为,第二种形式的限制可以概括为旨在实现以非交流性的影响为目标但却会对交流

^⑤ 劳伦斯·特里伯:《美国宪法》,密尼奥拉,纽约:基础图书出版社,1978年,第580页。

机会产生不利效果的政府行为。”^⑥

在特里伯接下来的论述中,他认为《宪法》第一修正案的理论是以两种有所不同的眼光来看待这两种形式的限制的:

推测起来,任何以交流性的影响为目的的政府行为都有可能与《宪法》第一修正案相抵触。因为,如果说《宪法》提供的保证有什么意味的话,那么,它意味着通常来说至少“政府无权由于言论所包含的信息、理念、主题或内容而限制言论表达……”……无论理论以何种方式说了什么,在“压制信息”和“如果能够自由地获取信息就会导致误用信息”这两种危险之间所作的选择,最终就是“《宪法》第一修正案为我们作出的选择”。^⑦

另一方面:

在政府以一种行动的非交流性影响为目的的地方,在任何特定情况下,正确的结果都反映出对各种相互竞争的利益的某种“平衡”;只要不**过度地**限制信息和理念的流动,针对不是由理念或信息之类的事情引起的危害而采取的种种规制性选择,都是可接受的。在这类情况下,《宪法》第一修正案并不进行选择,而是要求必须对事态加以“点拨”,以确保在任何特定情境中形成的均衡都能够恰当地反映自由表达在《宪法》框架中的中心地位。^⑧

这种“双轨式”(two-track)的分析极具说服力和感染力,它看起

^⑥ 劳伦斯·特里伯:《美国宪法》,密尼奥拉,纽约:基础图书出版社,1978年,第580页。

^⑦ 劳伦斯·特里伯:《美国宪法》,第581页。第一句引文引自《莫斯利》,其他引文引自《弗吉尼亚药品管理局诉弗吉尼亚消费者协会案宗》,美国第425号,第748卷(1976年)。

^⑧ 特里伯:《美国宪法》,第581—582页。

来似乎抓住了作为我们的言论自由理念之重要特征的那种区分。有趣的问题在于,构成我们言论自由权利的那些限制为何应当有这么一种“二分”结构?这个问题之所以令人困惑,是因为正像杰弗里·斯通(Geoffrey Stone)曾经指出过^⑨的那样,以言论内容为基础的言论规制并非总是比内容中立的那些规制更损害我们在言论表达方面的利益:例如,比之于一条禁止在早晨播出任何电视节目的法律来说,一条禁止在早晨电视节目中讨论堕胎问题的法律,并不更有害于我们在言论表达方面的利益。斯通指出,基于内容的限制常常会对公开争论产生一种“起歪曲作用的效果”:一条禁止除了两个主要政党的候选人之外任何人在广告牌上做政治广告的法律,比一条禁止任何广告牌的法规更有害。对这种歪曲和不公的关注,看起来似乎与我们对内容规制的厌恶有某种关联,但它似乎并不是问题的关键。因为,正如斯通说的那样,^⑩内容中立的限制也会产生起歪曲作用的效果;并且,甚至当它们产生这种效果的时候,按照“双轨式”的分析,也必须通过对相互竞争的事情加以平衡才会形成与它们相反的效果,而据以推断的理由却是要绝对取消种种基于内容的限制。

前面几节概述的权利分析,暗示着下述可供选择的解释至少是一种最接近实际情况的解释:我们关于权利的观念,是关于被我们认作既必要又可行的对行动决定权的那些限制的观念。这些观念从来未曾得到充分阐释,我们对它们的理解在很大程度上依赖于来自种种特殊历史事例的“教训”。这些教训中最突出的教训就是这样一种看法,即:一般性的政府审查权和为反对政治煽动所制定的那些法律,都是不容许可的。我相信,这些权力是一些不仅有必要摒弃而且也完全容易摒弃的政府权力。另一方面,要摒弃政府规制言论的全部权力,显然并不可行;这样做似乎也没有必要:例如,对使用高音喇叭和对安置广告牌进行规制的那些法律,就显然是可以接受的。由

^⑨ 杰弗里·斯通:《内容规制与〈宪法〉第一修正案》,载《威廉和玛丽法学评论》第25卷(1983年冬季号),第197页。

^⑩ 同上书,第218页。

于在明显有必要加以限制而且完全可以加以摒弃的那些权力中,包括基于言论内容的言论规制,而许多既不可行也似乎无必要加以摒弃的权力,又都在内容上是中立的,于是,人们很自然就得出了一个结论,认为基于内容的规制当然是不合理的。

然而,这种结论却可能是以偏概全。有些基于内容的限制——例如,对诽谤和虚假广告的限制——似乎显然是可容许的,即使由这些被限制的行为带来的危害并没有什么了不起。不过,至少我们可以说,有些基于言论内容的言论限制权是既重要、又完全容易否决的政府权力。这些形式的规制之所以显得突出,并非由于它们带来的威胁更严重,而是由于针对这种威胁作出的回答的性质使然,这种回答只需要否认这些权力能够合法行使就足够了。虽然也许会有一些以内容中立为基础的规制权完全应当摒弃,例如,禁止出版任何报纸的权力,但这个问题的性质程度却较低。这些权力对我们来说威胁也较少,因为,比之于基于内容的规制权力来说,主张这些权力的人更少。因为,至少是出于为自己所喜欢的那些思想考虑,任何政府也都会希望保留一些有效的大众交流手段。

由此可以说,尽管(有些形式的)内容规制之不容许可性在言论自由层面具有某种特殊地位(例如,构成“言论自由”这一权利之实际内容的那些限制),但这并不表明有任何明显属于一个更根本层次的对这种规制的特殊反对意见。不过,某种有关内容规制的事情似乎更为根本。以往在许多人看来,我们至少应该反对某些特定形式的基于内容的规制,因为这些形式的规制纵容政府操纵就重要话题进行的公开讨论,因而对公民的“自律”是一种威胁。我自己在较早以前写过的一篇文章^①中就持有这种观点。当时,我把以言论将导致某些危害为理由来限制言论的权力,当做典型的应当摒弃的政府权力——那些危害是:

(a) 由表达行为所诱发的使某人持有错误信念而对其造成

^① 见本译本论文《一种言论自由理论》(1972年),见本译本论文一。

的危害；(b)由表达行为所诱发的某人的行为所带来的有害结果。表达行为与随后产生的有害行为之间的关联仅仅在于如下事实：表达行为促使行为者相信（或使其更倾向于相信）其行为是值得进行的。^⑫

这种认为这些危害不能用来为限制言论作正当合理性证成的看法，就是我当时称之为“密尔原则”的看法。这条原则的目的不在于对言论自由予以详尽说明。它的作用仅仅在于把某些考虑从正当合理性证成中排除出去而已。我的理论中有更多的构成成分表明：参与者和受众在言论方面的利益，应当在能够按照对言论限制的正当性进行评估的要求加以衡量的那些要素中具有高度的价值；对于享受这些价值的机会分配，应当按照一种能够使一般的分配正义标准和在政治参与权方面的特殊要求都得到满足的方式进行。

这一理论的两个构成部分——其一是把某些特定的危害完全排除在“正当合理性证成的范围”之外的密尔原则，其二是对随后的均衡起推动作用的种种积极的价值观——大致相当于特里伯所说的双轨制。^⑬ 也就是说，我们的这两种理论所描述的都是一套相似的限制。不过，这两种理论各自为这些限制所作的理论推理却有重大差异。我的理论不仅提出了一整套在运用言论自由权利时防止某些特定事态的限制，而且把这种对抗贯彻到在理论上对这些限制本身的正当合理性证成之中。因此，我认为，“密尔原则”是对关于言论限制的正当合理性证成的一种限制，这种限制根源于自主权概念本身，而不是取决于关于不同言论形式的相对价值的判断。现在我认为，这种看法是错误的。

这种诉诸自主权的问题在于：它没有认识到对我们就重要问题作出自己的判断的能力造成威胁的基于内容的言论限制有程度上的

^⑫ 见本书第一篇论文《一种言论自由理论》。

^⑬ 仅仅是大致相当于特里伯的双轨制理论罢了，因为由我的“密尔原则”排除在外的那些限制的范围，要比特里伯所说的“交流性的影响”的范围更狭窄一些。

不同。政府无权以言论将削弱对法律或对政府的尊重为由,或以言论对婚姻和家庭制度提出质疑为由,来限制言论自由。这类权力将威胁我们的“自律”——即:威胁我们通过公开讨论就重要问题作出自己判断的能力。另一方面,对虚假广告或对损害或侵犯公民隐私的言论的处罚,则并不带来这样的威胁。“密尔原则”容许后一类基于内容的限制,因为它们旨在防止的那些危害并不是“密尔原则”所要剔除的那类危害(它们并非因于错误信念的有害性或由于其他人将会被引导去采取的那些有害行为)。但是,这些限制和那些不容许可的内容规制形式之间的区别,却存在于一些被密尔原则的论证所忽略的因素之中,这些因素是:与对不同话题进行的公开讨论密切相连的不同价值观;在授权政府对这些讨论的内容加以规制的做法中包含的种种风险的不同程度。

在这个问题上的全部教训是,如果我们自己不能依据各种言论内容(或者,至少是它们的主题)对不同的表达形式作出区别,并对这些言论形式各自的价值作出判断,我们就不能理解或阐明关于“基于内容的规制是不可容许的”这一理念。^⑭这也许只是一个肤浅的嘲讽,但却富有启发。请牢记这一点:我会在下一节转而对有些基于内容的规制形式作更详细的讨论。作为这种讨论的一个基础,回顾一下前面的分析所揭示出来的用以评估言论限制之标准,将会有所助益。

在对“自律”的讨论中,我们所强调的是受众的价值。对受众来说,重要的是他们能够有机会得到“足够”的表达言论的机会(是否足够,是由把言论表达与各种相互竞争的利益加以比较时,言论表达所具有的价值来决定的),并且,他们能够得到的那些言论机会不应当受到歪曲。在言论表达的参与者方面,与这些并行但并非正好相

^⑭ 也就是说,我们必须对前面几节叙述的那种言论的不同类型范畴加以区分,即使我们也许能够避免对处于这些类型中的种种言论行为作出更有争议的区分。特里伯很清楚这样一个事实,即:对这些类型范畴的划分传递着相关价值判断。见特里伯:《美国宪法》,第583页。另见约翰·H·艾莱:《旗帜褻渎:对分类和对比在〈宪法〉第一修正案中的作用的一个案例分析》,见《哈佛法学评论》第88卷(1972年),第1482期。

符合^⑮的是,参与者在拥有“足够的”言论机会方面的权益和拥有这些机会的价值不会出现不公平的分配。这种不公平可能有两种。第一是存在于在同一话题上对立的立场之间——例如,相互竞争的政党之间、相互竞争的工会或相互竞争的宗教团体之间——的不公平。第二种不公平是存在于不同讨论话题之间的不公平。例如,当人们对有关宗教和政治问题的公开讨论有充足的机会,而对希望参与艺术表达或希望对受到人们认可的科学见解提出挑战的那些人来说却得不到这些机会的时候,就会发生这种不公平。从受众的观点来看,这些类型的不公平与两种形式的“扭曲”相类似:一是对就特殊话题进行的讨论的扭曲,这种扭曲会导致对人们在那个问题上的态度的操纵;二是那种导致强调一些话题而忽视另一些话题的扭曲。当基于言论内容的言论规制权造成上述两种扭曲或两种不公正中的任何一种严重威胁时,这种规制权就是违法的。

但是,什么给相关种类的“扭曲”和“不公平”以合法性呢?授权立法机关或法官以他们关于完全公平和关于不受扭曲的讨论之理想介入复杂的言论规制,是一件不现实甚至于是危险的事。这样做之所以不现实,是因为我们对这些理想将产生什么样的结果缺乏一种既清楚又得到人们广泛认同的看法。它之所以还可能是危险的,乃是因为那将涉及赋予一些实际政治机构——例如,法院或立法机关——以对任何不符合它们关于这些理想概念的言论实施限制的权力。不过,尽管有这些问题,我们还是可以确定出一些以任何理由都可以将其当做不公平或当做扭曲的明显事例,我们在确定言论自由权利的梗概时所参考的,正是这类事例。这是权利以“否定性的”方式表现出来——换句话说,就是以防止出现已认识到的危害为目的而不是以实现某一理想为目的——的一个事例。但是,人们并不能由此就可以从“否定性的权利”一词更为人所熟知的那种含义上,说

^⑮ 之所以不相符合是因为,如果存在一些对这些参与者来说谁也不希望提到的重要考量(之所以谁也不希望提到,也许是由于其中有些人没意识到这些考量),那么,即使对所有参与者来说可以达到完全的公平,结果也会是“扭曲”的。

这是一种否定性的权利,因为,就像前文在讨论“捣乱者的否定”时所提到的那样,为了预防这些危害,就必须采取“肯定性的”行为。

(五) 内容规制的不同种类

现在,让我们遵循前面所作的分析,来考量属于内容规制的一些具体事例。允许人们检举虚假广告的那些法规,似乎是明显合理的内容规制的例子,而且人们很容易明白为什么应当如此。“商业言论”总的来说是服务于对参与者和受众来说都既合法又重要的那些利益的,如果否认这一点,那就错了。但是,“有机会试行欺诈”这种参与方的利益却是毫无价值的,并且,只要构成“欺骗”的那些标准足够明确且又不涉及重大政治争议,那么,似乎就可以说,告发虚假广告并不会威胁其他参与者和受众的价值。

184

电视烟酒广告限制是一些争议稍大但却似乎仍然正当的限制。这方面所包含的参与者利益一般被认为比虚假广告拥有更多的合理性,但似乎明显的却是,并没有什么受众利益受到威胁(没有人会嫌自己看到这类广告的机会不够充分)。如果说有什么担忧的话,那就是,如果允许对这类广告实行规制,也许有可能扩展到别的领域。如果可以以这种方式对广告加以规制,为什么就不能对节目内容的其他方面加以规制呢?我相信,答案就是刚才给出的说法,即:很少有别的领域能够在这样很少给受众利益带来威胁的情况下容许实施规制。

例如,考虑一下对在电视节目中的性描写和暴力描写实施规制的权力。这里的问题不在于仅仅是一个滥用力量的问题,而在于如何按照不会给说话者和听众的重要利益带来威胁的方式,来界定这种权力本身。这是一个非常难以处理的问题,尤其是因为,虽然不同节目彼此的性“含量”和暴力“含量”同样多,但它们各自暗示出的对性和暴力的态度却会大有差异,并且可能给受众造成殊为不同的影响。要弄清楚怎样形成一种能够规制最坏的节目同时在实践中又不会对最好的节目构成威胁的规制,的确是一件难事。

到目前为止,我一直在集中考量的是可以称之为判断性规制的规制,即:以对在既定问题上正确的意见和态度为何的判断为基础、以防止可能误导受众或者使受众蒙羞的言论为目标的规制。下面,我就转向两种不具有这种判断性特点的基于内容的规制,考虑它们提出的议题是如何类似于和不同于刚才讨论的议题的。这两种规制就是观点歧视和主题限制。

依据说话人的观点对说话人加以区别对待,这种规制可能反映出一种判断,即:这些观点中的有些观点是错误的。但是,这种规制也可以有别的目的。例如,它可以仅仅以有利于那些握有政治权力的说话者为目标,或者以有利于统治当局希望在公开辩论中占据支配地位的那些说话者为目标,这种规制并不需要反映任何有关他们的主张之优点的判断。更常见的情况是,基于观点的规制也许旨在通过对那些已然有了很多露面机会的人加以限制,以便给其他人提供一个发言机会,从而保证公开讨论具有一种更高层次的公平性。我们反对观点歧视不同于我们反对判断性的规制,因为前一种反对有某些微不同于后者的经验基础。我们反对观点歧视是因为出于担心党派偏见和偏袒,而不是出于担心家长式统治。受到威胁的说话者权益和受众权益是相同的;但是,由于产生威胁作用的那些动机的性质,我们对观点歧视的反对更多强调的是保护参与方的价值,保护公平的价值。

与在某些判断性限制的背后起作用的目的不同,党派偏见的动机甚至连起码的可辩护的余地都没有。因此,这些动机除了带来我们需要警惕的威胁之外,并不会为我们在关于言论自由的思考中带来什么理论性的问题。然而,公平却是一个比较难办的问题。如果说言论自由从来都绝不允许为了给一些人提供更优越的被听取的机会而禁止另一些人发言的话,^{①6}那似乎明显是错误的。恰恰相反,正像我在前一节曾经指出过的那样,要求被自己判断为公平、公正的讨论权力,也许很容易变成要求一种导致被自己判断为正确的结果的

^{①6} 例如,就像在《巴克利诉瓦利奥案宗》中所坚持认为的那样,见美国案宗第424号,第1卷(1976年),第48—49页。

讨论权力(因为一种导致错误后果的讨论肯定不会受到某些考量的重视)。例如,依据这种理由,就会不允许联邦通信委员会(FCC)有权否决在该委员会看来其在公共事务方面的覆盖范围有失片面的那些电视台的许可证续期权。然而,在这些极端情况之间,有限的、对某些明确属于不公平的形式加以禁止的权力,也许是与言论自由相符合的,甚至也是言论自由所必需的。支持或反对这类权力的理由,必须以这类权力的结果为根据提出来。有些法规要求给报纸或电视评论的反对者以答辩的机会,从表面上看,这些法规与言论自由权并不矛盾。一切都取决于由这些法规造成的后果比之于有可能替代这些法规的其他措施带来的后果怎么样。如果它们对与言论自由相关的利益构成了一种严重威胁,它们就侵犯了人们的言论自由权利;否则,它们就没有侵犯言论自由权利,即使它们是无效的或欠明智的。它们会不会使评论或节目令人丧气并因而降低“喉舌”和编辑们的效用呢?或者,它们会不会给别的声音提供机会但又不缩减争论的范围和活力呢?把一个关于权利的问题转变成这样一些经验性的考虑,似乎有些让人奇怪。但是,如果言论自由的作用仅仅在于护卫核心参与者和核心受众的利益,那又怎么能够在不考虑这些因素的情况下对这种权利作出解释呢?

现在我转向主题限制,这个问题使我回到开头引用过的莫斯利案例。我曾经说过:事实上有些表达形式比别的表达形式具有更高的价值,要想在不承认这个事实的情况下对言论自由作出正当合理的证成,是不可能的。我们需要对(由于不同言论种类为之服务的那些不同参与价值和受众价值而形成的)不属于这些言论种类的那些价值和属于这些言论种类中的特定表达行为的那些价值加以区分。我们在否定判断性的言论限制和基于观点的言论限制时想要排除的,主要是这后一种歧视;贾斯梯思·马歇尔对基于言论的“信息、理念、主题或内容”的言论规制的断然痛斥,活灵活现地使我们想起了我们排除这种歧视的理由。但马歇尔的这些话似乎并不适合莫斯利案中的议题,那个案子击败了一条禁止在学校附近设置纠察(除非纠察是由在学校发生的劳资纠纷的当事人设立的)的法令。

这条法令的确是以言论行为的内容为根据来区别言论行为的,但是,它既不反映任何对各种不同信息优点的判断,也(从事情的表面来看)不像是偏袒相互竞争的观点中的哪一种观点。

然而,这种现象也许是一种令人误解的现象。莫斯利当时正在那所学校为抗议种族隔离而担任纠察。如果我们假设(因为似乎很有理由假设)那条法令的目的在于让他和与他具有相似思想的其他人保持沉默的话,那么,就会出现某种类似的令人反感的观点歧视。但事实是,法令规定劳工纠察不在禁止之列,因此,基于言论行为的内容来区分言论行为,与这种反感并不相干。不加区分地一概禁止在学校附近设置纠察的做法也是应予反对的。因此,针对通过芝加哥法令的那些人提出的那些相关批评,并不等于说他们不应当以不同言论行为的内容为基础来区分这些言论;而是说,他们本来应当承认像莫斯利参与的那种言论,乃是一种具有高度价值的言论——至少是和劳工纠察一样有价值的言论。以这种论点为基础,我们就能够说明为什么不加区分地全面禁止和有选择的禁止都是应予反对的缘由所在。

不过,有选择的禁止所起的作用,在于为法院进行一种针对人身的辩论提供机会,通过这种辩论,法院就不需要对两种相互对立的的价值加以平衡了——这两种相互对立的的价值分别是“为各种表达提供机会”这种做法所具有的价值和“保持学校附近的和平气氛”所具有的价值。市议会已经决定,后一种价值并不比为劳工纠察提供机会的价值更重要,因此,在仅仅认为政治抗议至少是很重要的情况下,法院便可以推论说,没有足够的理由否认莫斯利的纠察权。

第二种用来看待莫斯利案件的方式是,人们认为这个案件提出了一种稀缺资源的公平分配问题。如果说允许任何想在学校附近设置纠察的人,在学校附近设置纠察将是一种破坏性的做法,那么,问题就是,如果说有人应得到允许的话,那应得到这种机会的人又该是谁?这个问题既显示出与属于基于内容的规制的那些核心案例之间的一种相似性,又显示出与那些案例之间的一种差别。相似性在于这样一个事实,即:与我们相关的是有关对参与者来说的公平问题来自政府当局方面的偏袒之威胁(人们有理由假设:莫斯利法令中

规定劳工纠察属于例外,这反映了工会的政治权力)。芝加哥法令看起来确实不公平;但公平并不明显排除以参与者们所关心的主题为基础对参与者加以区分。例如,如果必须限制在学校附近设置纠察的话,那么,把这种区分限制在对那些其信息要旨以某种方式与学校政策相关的主题上,就不会显得不公平。

(六) 结 论

基于言论内容的言论限制究竟是不是一种对言论自由的明显侵犯或者特别严重的侵犯呢?在我看来,那种认为“是”的想法有两个出处。出处之一是,我们关于权利的思想受到了一些起引导作用的显著事例的强烈影响,并且在有些属于不容接受的言论规制的典型事例中,就包含着基于内容的规制。但是,人们在从这些特殊事例中作出一般概括的时候,必须非常小心才行。出处之二是,与那些涉及要对种种相互竞争的利益作出棘手的平衡之决定相比较,有一种结论具有明显的原则性特质,这种结论就是:一种形式的规制之所以不合法,是因为它牵涉到以不同言论行为各自的内容为基础,对这些言论行为加以区分。这就使上述事例不仅对喜欢不牵涉大量明显价值判断的结论的法官们来说很有吸引力,而且,对那些喜欢对事物作截然区分的理论家们来说也很有吸引力。但是,这种明显性却可能是一种假象。要把可容许的基于内容的规制形式,与不可容许的基于内容的规制形式区分开来,就要求我们必须对不同种类的言论各自所具有的价值加以权衡,这种平衡成分是不应被忽视的。

有些形式的基于内容的规制之不容许可性,在界定言论自由的那些限制条件中发挥着一种显著的作用。这一事实固然重要,但是,绝不应对这种禁止所具有的明晰性作另一种理解,认为它代表了某种更根本的事情。同有关权利的所有判断一样,基于内容的言论规制是否应予许可,也取决于对我们为防止我们有充分理由加以避免的那些结果所需采取的种种限制的策略判断。

九 价值、欲望和生活质量*

(一)

生活质量概念的丰富可能性解释令人窘迫。第一,有许多与这一概念相关但却不同的问题。何种环境提供好的生活条件?什么使得一个人过的是好的生活?什么使得生活是一种有价值的生活(正如西季威克所指出的那样,“从普遍的观点来看”是一种善的事物)?第二,每一个问题都承认有不同的解释和多种可能的答案。最后,还有许多不同的立场,从这些

* 我感谢斯色拉·伯克和詹姆士·格里芬在赫尔辛基会议上对本文所提出的有益评论。

立场出发,无论在何种意义上,人们都可能提出什么使得一个人的生活更好的问题。这一问题可能从那个试图决定如何生活的人的立场上提出来,也可能从慷慨的第三方、朋友或父母这些试图使那个人生活得更好的人们的立场上提出来。在更一般的意义上,它可能从一个尽责的行政长官(他的责任是为一些民众群体谋福利)的立场上提出来。仍然是在更一般的意义上,它还可能从一个尽责的投票者(他试图决定哪一政策该实行并在公开辩论中为之辩护,支持那些将提高他所在社会的生活质量的政策)的立场上提出来。最后,什么使得一个人生活得更好的问题,也出现在关于我们的义务和责任的道德论证过程之中,因为这些义务和责任至少在某种程度上明显由以下事实所决定,即:要使人们生活得更好,或者,至少防止让他们的生活变得更糟,我们还需要做些什么?

重要的是,不仅要记住我们提出的这些问题,而且要记住我们提出这些问题所基于的立场,因为各种回答的真实可信性可能受到人们提出问题所基于的立场的强烈影响,若不注意立场的不同,就可能使我们在不同的答案之间犹豫不定。我假定,在讨论生活质量的问题时,我们主要关心的问题同上面所列的第二个问题相关,即:“什么使得一个人过得是好的生活?”而且,可能也与“何种环境提供好的生活条件?”这一问题密切相关。只要我们把人们生活质量的提高视为在道德和政治上都很重要的事情,那么,这些问题就具有优先性,因为好的生活有益于人们。

我所提到的第三个问题,即价值问题,同另外两个问题有着基本的差别,所以暂且搁置不谈。对这一问题有好几种解释,就我们目前的关切来看,每一种解释都似乎有点离题。一种可能被转移的话题是,通过一种可能使得生活更有价值的思想,来提高个人的生活质量,而且这意味着这一生活世界可能变成一个更好的世界。但是,这一目标似乎——至少在我看来——偏离了我们的关切,即偏离我们对个人的责任是什么这一处于道德和正义主题之核心地位的议题。个体可能会试图使他自己的生活更有价值,在稍微有点不同的意义上来讲,通过使他自己成为一个道德上更好的人,或者,通过为他认

为值得奋斗的事情努力。这显然是一个值得赞美的目标,但在在我看来,在这一意义上使人们生活得更有价值,似乎并不是属于我们所关切的、与其他隐藏在我们对生活质量所作调查之后的人相关的部分(它是从我们正常提出这一问题的立场出发所推出的结论,我将在本文第二部分讨论这一问题)。

对什么使得人们过一种好生活的问题的几种回答——甚至是几种类型的回答,在已有的文献中已有确定的抉择标准。例如,德里克·帕菲特^①就区分了快乐主义理论(hedonistic theories)、欲望理论(desire theories)和客观序列理论(objective list theories)。快乐主义理论的界定标志是詹姆士·格里芬^②所谓的“经历要求”,其论点是:除非影响人们的生活经历,舍此没有什么能够影响生活质量。快乐主义理论需要通过详细论述如何判断这一经历的质量而得到充实。一般来说,这需要通过详细论述那些使生活变得更好或更坏的某些状态(如,以一种特殊的方式来理解的快乐或幸福)。一种替代性的选择是采取下述观点,即:通过出现在生活中的那些心理状态(即无论它们可能是什么,过这种生活的人想要有的那些心理状态),使得过这种生活的经历变得更好;或者,通过持有那些人们想要避免的状态,使得过这种生活的经历变得更坏,帕菲特把这一替代性的观点称为“偏好快乐主义”。

欲望理论否认这种“经历要求”,认为一个人的生活不仅能通过改变那个人的意识状态,而且能通过在这个世界随处可见的、实现那个人的偏好的偶然事件,而变得更好或更坏。这种观点中最一般的看法——可称之为“不加限制的现实的欲望理论”(unrestricted actual desire theory)认为,在一个既定的时间内,^③一个人的生活质

① 《理与人》,牛津:牛津大学出版社,1984年,附录1。

② 《福利》,牛津:牛津大学出版社,1986年,第13页。

③ 在此,我专门讨论这一问题;这一观点是如何扩展到从整体对一个人的生活质量进行解释,这种解释承认基于时间变化而改变偏好。理查德·布兰特已经强调了进行这一扩展的困难。参见理查德·布兰特:《善与正当的理论》,牛津:牛津大学出版社,1979年,第13章。

量由他或她在那段时间所持有的偏好的实现程度来衡量。既然一个人能原则上拥有对任何事物的偏好——对天王星所有的卫星的数量,对弗兰克·西纳特拉(Frank Sinatra)眼睛的颜色,或者,对他们从未见过的人的性风俗习惯的偏好,那么,这一理论使得一个人的生活质量的决定因素变得相当广泛。其他形式的欲望理论限制了这些决定因素的范围。有时,这可以通过限制相关偏好的可能对象来加以限定。例如,帕菲特所谓的“成功理论”(success theory)仅仅把偏好(直觉上讲这些偏好是“对该个人自己的生活偏好”^④)算在内。其他形式的欲望理论限制了人们对已有某种基础的偏好的关注。如,哈桑伊^⑤排除了基于个人道德信仰的偏好,还排除了他称之为“反社会”的偏好,格里芬提出了一种所谓的“明智的欲望理论”(informed desire theory),这种理论把人们的生活质量仅仅取决于他们所持有的那些欲望的实现,假如他们对那些欲望对象“的真实本性抱有欣赏态度”的话。^⑥

192

人们从这些不加限制的现实欲望理论出发的合理基础何在? 我们也许可以把帕菲特的成功理论仅仅看做一种方式,以此把欲望理论引导到更接近“个人生活质量”这一用语的普通含义上来。如果我碰巧有这样一种欲望,希望天王星有六个卫星,如果这被证明是真的,那么我的生活就会更好。这样说听起来似乎很奇怪(当然,假设我不是一个宇航员,我就不会去努力调查究竟天王星有多少卫星,并去发展由这一事实所确证或否证的宇宙理论)。

描述福利这一概念——它保存着这样一种理念:即认为,个人福利的任何提高都具有积极的伦理价值——的目的,是为这种限制提供第二个理由。不加限制的现实的欲望理论无法保存有这一理念,

^④ 《理与人》,第494页。与此相似的建议可参见格里芬的《福利》一书,第13页。

^⑤ 参见约翰·C. 哈桑伊:《道德和理性行为理论》,载阿马蒂亚·森和伯纳德·威廉姆斯编:《功利主义及其超越》,剑桥:剑桥大学出版社,1982年,第39—62页,这里引自于第56页。

^⑥ 格里芬:《福利》,第11页。

因为存在许多偏好,它们的实现似乎对别人该做什么没有任何意义。例如,如果我有一种强烈的偏好,认为人们在时空上与我疏远的程度决定着他们的个人生活,那么为什么他们应该按我所偏好的方式来行事?这一偏好就根本不会提供任何理由——甚至也不会考虑提供其他的在价值上已被超越的理由。因此,如果要保存福利的直接的伦理重要性,那么,就必须重新权衡这种不加限制的现实的欲望理论,此外我还认为,对这种欲望理论最大的修改来自于相似伦理关切的驱动。^⑦

欲望理论的吸引力在很大程度上部分来源于各种伦理理念。如,哈桑伊的偏好功利主义就基于他所谓的“偏好自律原则”,“对一既定的个体来说,在决定什么是好什么是坏时,该原则的最终标准只能是且仅仅是他自己的欲望和偏好”^⑧。然而,上面所提到的一些对欲望理论所作的修改也包括对这一原则的背离。排除基于道德信仰的偏好可能不是这种背离:既然一个人想要某事发生,因为他从道德上考虑该事物的发生是正当的,他就似乎不可能把此事的发生看做是对他有益的,这样,被该限制排除在外的偏好就不可能表达个人关于“对他而言什么是好的什么是坏的”的观点。被成功理论所排除在外的偏好同样可能是正当的。但是,明智的欲望理论与偏好自律理论之间的关系更为紧张,因为前者允许我们说,一个人关于他的生活所强烈坚持的那些偏好仅仅是不当的。由于这一原因和一些其他原因,我相信,明智的欲望理论更可能根本就不被视为一种欲望理论,但可将其列入帕菲特的第三个范畴,即他所谓的客观序列理论。在我更加详细地讨论这一范畴后,我们再回到这个问题上来。

在帕菲特所列出的三个范畴中,客观序列理论范畴至少与什么使得生活变得更好这样一种特别的、广为人知的观点紧密相连(在此,不存在任何同快乐主义普遍化心理状态之理论范畴相类似的普

^⑦ 在别处,我讨论过哈桑伊所建议的修改是正确的。参见斯坎伦:《人际比较的道德基础》,见乔恩·厄尔斯特和约翰·罗莫尔编:《福利的人际比较》,剑桥:剑桥大学出版社,1991年。

^⑧ 约翰·C.哈桑伊:《道德和理性行为理论》,第55页。

遍化理论)。对什么使得一种生活变得更好的解释来说,这一范畴在我看来似乎是最合理的选择。但“客观序列理论”这一称谓却有着双重的不幸。术语“序列”表明了一种任意性(这正是其批评者所指控的方面),而且“客观的”表明一种僵化(就好像同样对每个人都是有价值的),同样,关于各种形式的客观性和作为客观价值的可能性的许多难题,从这些意义中的任何一点上来讲都是非常诱人的。有人可能会认为,这一名称乃是这种观点的反对者们所捏造出来的名称。^⑨

但是,虽然这一名称对客观性似乎暗含一种令人争议的主张,但这并不是我所理解的范畴的本质。按照这些评价个人福利的理论,何为本质的问题,本身包含什么使得生活更好这一基本判断,这一判断可能与某个正处于生活困境之中的人的判断相冲突。这就处于与欲望理论的核心理念的较量之中,按照欲望理论,关于什么实际上是好的(至少在此限度内)的基本问题,从属于那个正在接受生活福利评估的人的判断。例如,按照不加限制的现实的欲望理论,若一个人对 A、B 有着同等的关注,那么, A 必定和 B 一样都能增进这个人的福利;若一个人关注 A 胜于关注 B,则 A 必定比 B 更能增进他的福利。在一些例子中,尽管从这一原则出发产生了其他的欲望理论,但该原则仍然是这一类型的理论之核心标准。既然这似乎等于主张福利的标准是客观的,那么,把这一比较术语“客观的”应用于如何反对这一原则的观点就很吸引人。但对我而言,这似乎是一个错误。^⑩我不能确定对帕菲特的第三个范畴中的理论要冠以何种标签才是最

^⑨ 尽管帕菲特不是这样的一个反对者,在这里,我自己也负有一定的责任,因为在讨论这类观点的必要性时,我也使用“客观的”这一术语。参见本书的第四篇论文《偏好和紧迫性》。

^⑩ 同上文,见《哲学杂志》,第 72 卷(1975 年),第 658 页,我这样写道:“用一种客观的标准,我的意思是一种为评价独立于一个人的趣味和兴趣的福利提供一种基础的标准。”这一公式现在看来在几个方面是不幸的。正如我曾经说过,“客观的”这一术语并不切题。此外,我应该通过“独立于”(我的意思是“不是完全依赖于”)使得它更清楚。我并不认为,我心中的这类标准总是要无视个体趣味和兴趣之不同,但是,当这一标准不得不受个体的趣味和兴趣的控制时,我还是会考虑的。

好的,但既然它们和欲望理论不同,是基于关于什么美德、条件和机会使得生活更好的基本主张,所以我提议将它们称为“实质善理论”(substantive good theories)。

古典形式的快乐主义^①——按照古典形式的快乐主义,快乐是唯一有助于提高生活质量的东西——也被视为一种我已经在上面所提供的实质善理论。这可能有些奇怪。快乐主义和欲望理论似乎更有亲缘关系,因为它把福利基于一定的心理状态,也因为它是把客观性这一重要因素引进到福利的决定条件中,尽管不同的人是从不同的事情中获得快乐并变得幸福的。但是,把这两种观点相互联系起来的这些理由都是不当的。这两种观点都包括“心理状态”,但起作用的方式却不同。快乐主义把特定的心理状态视为唯一的最终价值。但只有当某物是相关“心理状态”或态度的对象时,欲望理论才把它们看做是有价值的,然而欲望理论认为,有价值的事物不一定是心理状态和态度,心理状态和态度所赋予的价值本身并不一定是有价值的。

把快乐主义同欲望理论联系在一起的第二个理由中所隐含的错误,对眼下的探讨来说更为重要。帕菲特所谓的“福利的客观序列理论”,和我称之为的实质善理论,都经常被指责为过于严格,就好像它们不得不为每个人分配同样的物品,而不把个体视为是不同的。如,格里芬就把“灵活性”作为其明智的欲望理论的一个重要优势,并作为他把这一理论划归到一种形式的欲望理论的主要原因,他说:

对明智欲望的解释能允许在序列上所列出的价值(快乐、成就、自律等等)适用于每个人,但它也允许有非常特殊的人存在,对这些人而言,在序列上(比方说,成就)列出的任何价值

^① “偏好快乐主义”似乎可能是一个不同的例子,因为虽然它是一种经历要求,但它让使得生活变得更好的经历的质量由每个个体自身的偏好来决定。但问题在于限制——排除一切在外,但包括一个人经历的质量——足够强大,我也将偏好快乐主义视为一种实质善理论。注意,从明智的欲望理论也能达到这种实质的善理论,只不过要通过增加一种强烈的主张,即什么对于欲望来说是真正合理的。

(尽管像每个人一样,对他们也是有价值的)都与另一种价值(比方说,热切渴望的自由)有着严重的冲突,综合观之,它对这些人来说就不再值得拥有。^⑫

然而,正如格里芬随后所承认的那样,实质善理论也能允许这类改变。它们能把各种各样的在这些能使一种生活变得更好的事物之中的快乐也算在内,也能认识到不同的人在不同的情况下经历这些形式的快乐,并能以不同的程度和不同的代价来经历这些快乐。结果,一种实质善理论就能允许以下事实,即:对不同的人而言,最好的生活可能包含相当不同的因素。格里芬观察到,这种实质善理论“很难从明智的欲望这一途径将这些不同的因素区分开来”^⑬。正如他所提出的那样,关于如何划分这种结果理论的决定,往往倾向于证明价值与欲望之间的优先性问题。以我观之,按照欲望理论来看,当某事使得生活变得更好时,总是因为它满足了某一愿望。实质善理论可以承认以下事实:有时也会出现这种情形——有时一件好的事仅仅是让你得到你想要的,但按照这些理论,作为欲望的对象一般不是那些使得事物变得有价值的东西。

按照实质善的理论,某些善物能使得人们的生活变得更好,接受这一理论的人也将会毫无疑问地相信,这些善是明智欲望的对象——那些充分珍重这些善物之本性和生活之本性的人将会欲求它们。但在这里,解释的顺序可能是从这样一种信念开始,即:人们相信这些事物是真正善的,以至于他们会得出结论:如果人们足够明智,就会欲求它们。一些事物是欲望的对象,就我们所能分辨的范围来讲,如果它们是明智的欲望,那么,这一事实就是人们相信这些事物为善的理由。但是,“理由”——是人们相信的理由——在此乃是一个证据问题,而不是这类价值的根据问题,我假设,人们提供了原初的欲望理论。

^⑫ 格里芬:《福利》,第33页。

^⑬ 同上。

这一假设产生了一个普遍的问题,即:提供这类价值的是一种怎样的有关福利的哲学理论?此种哲学理论的目标有二:第一,就是描述使得生活变得更好的一类事情,或许,也为这类情况——人们可以根据这类情况要求属于这一类的东西——提供一些解释。第二,更远大的目标是对这类价值的根据作出一般的说明——即:对于使得一种生活成为好生活的根据作出一般的说明。我把这两者都看做是古典快乐主义的任务,并且我一直都在假定,那种不加限制的现实的欲望理论也讨论了这两个目标中的第二个目标,至少把它和第一个目标视为是同等重要的;这也就是说,这一理论寻求解释什么使得事物有价值,至少要确认作为可欲求的任何特定类型的事物也都和前者一样重要。

如果关于这点我的看法是对的,那么,形容词“明智的”——它看起来好像有一个小小的限制——的引入实际上代表了一种有意义的出发点。明智的欲望是这样一些欲望:它们能够对其目标的相关特征作出反应。在使这些目标[对象]成为善的目标(并使那些欲求它们的欲望成为适合的而不是错误的)时,通过承认这些特征的重要性,这一理论部分与不加限制的现实的欲望理论极为默契,而根据这一理论,正是**欲望的满足**使得某些东西成为了好的东西。^⑭

一种实质善的理论可能同时具有上面提到的理论目标之两个方面,但是,最真实可信的理论只以第一个方面为其目的。这样一种理论主张,一些不同的善使得生活更好,并通过提供对为什么这些东西值得欲求的解释(可能在每个例子中都有不同),从而准备为这一主张辩护。但是,它可能对什么使这些东西成为有益的这一问题,无法提供一种统一的解释。在我看来,不可能存在任何这类解释,因为不可能存在任何行善的属性对所有善物来讲都是共同的。如果这一分析正确,那么,在这两者之间就存在任何普遍的善性理论,一方面,是对“善”的一种纯形式的分析,诸如“回报某些利益”或“在这类事物

^⑭ 可比较参照吉尔伯特·哈曼从对情感主义倾向的观察,发展出理想的观察者理论。见哈曼:《道德的本性》,纽约:牛津大学出版社,1977年,第4章。

中存在可以合理欲求的属性”^⑮一类的纯粹形式解释；另一方面，又使得人们对下列问题——即：为什么特定对象的各种不同属性使得那些对象成为善的？——的证明差异多样。

(二)

现在，让我转而考量我上面所区分的各种不同的观点。长期以来，我对于把欲望理论作为一种适合于道德理论的福利解释之种种欲望理论始终都持有怀疑，但是，我已然假设，作为一种适合于个体决策的解释，还需要探讨更多的问题。这在我看来是一种错误，而我现在却相信，作为对适合于第一人称观点的福利解释，欲望理论也应该遭到反对。我将以下面的方式来反驳这些理论。某一结果将增进某人的福利（“使他和她的生活变得更好”）这一事实，给想要那种结果出现的个人提供了一种理由（或与其他事情类似的东西）。如果一种欲望理论作为一种福利解释是正确的，那么，某一种结果可能满足一个人的欲望这一事实，就可能是该人想要这种结果产生的一个基本理由。但是，欲望并不提供这类基本理由，至少不是在一些重要的情形中的基本理由。我们偏好某种结果这一事实，可以给我们提供一种严肃的理由，出于“我们自身的缘故”而产生这样的结果。但是，当我们这样做时，这一理由要么是通过一种诸如快乐主义的心理状态看法所描述的那类理由，要么是一种基于某种别的实质善概念的理由，而不是一种仅仅基于那些欲望事实的理由，或是一种以欲望理论所可能要求的方式提出的理由。为了明白这一点，我们需要稍微细致一些地考量这些情况中的每一种情况。

在许多情况下，我欲望某种结果的事实，给我提供一种试图产生这种结果的理由，因为这种欲望的出现表明，此种结果对我来说是快

^⑮ 诸如此类的分析，见保罗·兹夫的《语义学解释》，以塞卡：康奈尔大学出版社，1960年，第6章；以及约翰·罗尔斯的《正义论》，第7章。

乐的、幸福的。比如说,我可能有理由在餐馆点菜时点一道鱼而不点玉米饼,有理由去攀登顶峰,或戴着一条特别的领带。在这些情况下,我所要达到的目的就是那种经验或心理状态,而这些经验或心理状态正是我们期待达成的目标,或我们的活动所要产生的结果,而欲望就是一种指示器:它表明这种状态可能随后出现(也许这种状态也是产生该结果的一个因素)。

在另一些情况下,我的欲望——即希望某种事态应该具有的欲望反映着我的判断:该事态因为某种原因是值得欲求的,而不是仅仅是我偏爱它,例如,它反映出我的下述判断:这种事态在道德上是善的;或者,它是我全部的兴趣所在;或者,它是这类事物中的一种善物。我相信,这代表了一种最一般的情况,在这类情况中,偏好被定义为行动的理由;我偏爱一种结果的事实是我在这类情况下行动的理由,但并不是一个根本性的理由。我的偏好不是理由的来源,但它反映了基于其他类型的理由所得出的结论。当然,这里还有一些其他的情况,在这些情况下,我可以说我做某事或选择某事的唯一理由仅仅是“我偏爱它”。但是,这些情况只是微不足道的一部分,而不是理性决策的典型形式的范例。

由是,我的结论就是,当偏好或欲望的状态代表着严肃的行动理由时,我们就能以把握刚才描述的两种方式中的任何一种方式来理解它们:要么,把它们理解为状态陈述的理由,此理由基本上是快乐主义的;要么,把它们理解为是基于其他根据所达到的可欲性判断的陈述。这一结论使我信服,主要是由于以下事实:我无法清楚地思考这样一些情形,在这些情形中,偏好为不属于这两类情况的行动提供重要的行为理由。

由于这一结论能解释我们所熟悉的那些事实,因而也给这一结论提供了额外的支持,理查德·布兰特强调这一点,他指出,过去的欲望一般不会为行动提供理由,欲望自身的满足对个人的福利并无助益。布兰特^⑩列举了一个例子:一个人当他还是小孩的时候,他就

^⑩ 布兰特:《善与正当理论》,第13章。

非常想在他 50 岁生日时去玩一次 roller-coaster ride 游戏。然而,随着日期渐进,他发现他不再喜欢 roller-coaster ride 这种游戏了,而是在庆祝生日时还有许多其他他想做的事情。当然,布兰特主张,这位仁兄曾经有过这种欲望的事实,不应成为他不再喜欢玩 roller-coaster ride 游戏的理由,同样,仅仅是因为这是他曾经所向往的事情,玩一次 roller-coaster ride 游戏也无助于使他的整个人生变得更好。

布兰特的结论是,欲望理论作为一种对什么使得一个人的生活变得更好的解释,应该予以摒弃,并代之以心理状态理论。但是,这些例子并不是我们由此转向心理状态理论的理由,而是转向实质善理论的理由,特别是,当我们实际上牢记以下事实——即:任何一种实质善理论在那些使得生活变得更好的事物中,都考虑到了令人愉快的心理状态——时,这种转向就更加明显。如果这一理论是正确的,那么,上面所得出的结论——即:偏好发挥理性力量(reason-giving force)常常要么依赖于快乐(包括偏好的满足所带来的快乐);要么依赖于对偏好所反映的可欲性的实质判断——为布兰特所描述的现象提供了一种系统化的解释。

一方面,人们不再持有的那种欲望的满足并不会带来任何满足的快乐。另一方面,只要过去偏好发挥理性力量依赖于对可欲求性的实质判断,当这些判断遭到反对时,这些偏好显然已然失去了[作为行为理由的]力量。也就是说,行为者不再把这些偏好看做是为行动提供理由。当然,事实也可能是,行为者对可欲求性的原初判断曾是正确的,因此他或她拒绝这一判断就是错误的。在这种情形下,原初偏好的实现确实可能使该行为者的生活变得更好,因之在此意义上,他或她有理由寻求实现这种偏好。但是,这种理由的力量——如果它确是一个理由的话——与行为者曾经有过这一偏好的事实无关。

对于未来的偏好,我们也可以作类似评论。当某人同意一种未来的偏好所表达的可欲性判断时,他就会相信,他现在有理由促使这一偏好的实现。例如,一个人相信她在十年内将会有小孩,而她将给这些小孩提供一种良好的教育,并且她现在相信,教育她的孩子是非常重要的,人们也相信她现在就有理由促使这一将来目标的实现。但

是,未来的偏好本身在这些例子中却没有发挥多大的作用;重要的还是隐含在这种可欲性判断背后的东西。这些例子——在这些例子中,未来的偏好这一事实本身是再清楚不过具有根本性的意义——适合于快乐主义的(或者更广义地讲,是经验主义的)模式:在这些例子中,我们所关切的是,通过实现这些偏好而给我们带来愉快的经历,或者,使他们受挫从而抽出不愉快的经历。例如,有一张照片照的是一位根本不关心家庭的19岁的年轻人,但他相信,30年后他对这类事情(指关心家庭——译者注)的感受肯定会有很大的不同,他保存这张照片的理由,仅仅是为了在未来给他自己带来快乐,或避免忧伤。

很难找到一个真实可信的例子,在这个例子中,一个人现在并不拥有的未来偏好依然给他提供行动——既独立于经验的或其他非直接的影响,也同那些偏好所基于的价值判断无关——的直接理由。我相信,如果我们能够提供这样一个例子,那么,它将被证明是那种能被更好地理解为一个尊重个人自我未来之自律性的准道德责任的例子,而不是一个考虑个人的总体福利(被看做是与个人的偏好满足程度一致的)的例子。因为,如果一个人认为那种偏好是不当的(比如,相信此种偏好的对象不如另外一种可选择对象),而且,如果一个人所关注的不是未来经历的品质,那么我们就很难理解,对一个人的福利的何种关心可能是促使未来偏好实现的动机。

我这里对作为一种关于个体自身福利之个体观点解释的欲望理论的批评,与以下论点是不相容的,该论点认为,按照那种把人们所期望的效用最大化的方式去行动是合理的。这一论点并未断言,人们应该采取效用最大化作为他们行动的最基本的理由。它不是一种关于人们对行动所持理由的论点,而是一种关于理性个体的偏好所具有的结构(无论这些偏好的内容和根据可能如何)的论点。这一论点声称,理性个人的偏好能满足某些格言的要求,对期望的偏好满足有一个数学的权衡尺度,因而会出现这样一种情况,即:个体总是偏好选择那种依此尺度衡量具有更大值的抉择方案。简言之,该论点声称,一个理性个体将按照效用最大化的方式来进行选择,但它并不断言,效用(像快乐一样)只是一种数量上的效用,且可以给这些

选择提供理由。^⑰

现在让我转过来考量仁慈的第三方的观点,诸如朋友或者父母亲,他们想提高某个人的福利。在此,什么样的福利概念才是恰当的?哈桑伊提议,意向中的受惠者的偏好实现乃是一个相关的概念,而且他还指出,当我们选择给一个朋友买礼物时,这就是我们的目的之所在。^⑱与之相反,布兰特却论证,如果我们引用心理证据,仁慈个体的实际目的是他们意向中的受惠者的幸福,而不是这些受惠者的欲望的实现,他为此辩护道,这一目标才是合理的。^⑲在我看来,布兰特为哈桑伊的例子提供了正确的解释。当我们选择礼物时,偏好确实重要,比如,烤一份生日蛋糕,或者,决定带朋友去某个地方共进晚餐,因为我们在这些例子中的目的是一个人的幸福。我们想要的是使他们愉悦,偏好在这里正好扮演了双重角色。第一,它们暗示着什么样的礼物可能会给受惠者带来愉快。另外,一个人之所以愉快,仅仅是因为这一事实,即:我们细心地观察到他的偏好是什么,然后寻找礼物来满足他们的偏好。但是,与布兰特的建议相反,我们并不清楚,愉快是否就是我们应该永远以作为施惠者的他人为目标。诚然,也有一些另外的例子,在这些例子中,一个真正的施惠者为了某个人的全部善而牺牲那些令人愉悦的东西(或者,至少将善和愉悦这两种目标区分开来)。如果这样做是正确的,那么,施惠者的福利观念必须包括受惠者的实质善概念,这一概念与受惠者所发现的令人愉悦的东西之理念是相分离的。但是,只要纯粹的欲望满足这一理念同这两者相分离,则该欲望满足的理念在思考一个理性的施惠者问题时,就几乎没有什么作用。

^⑰ 还应该注意,效用最大化论论的最真实可信的版本认为,效用的相关概念基于个人的所有偏好,无论这些偏好的对象可能是什么。由于在前面部分所提出的理由,作为对理性个体的目标是什么的一种描述,无论效用可能有何价值,其概念的宽泛使得它不能为福利提供一种合理的解释。

^⑱ 哈桑伊,《最小最大化原则能作为道德的一个基础吗?——对约翰·罗尔斯理论的一种批评》,载《美国政治科学评论》杂志,第69卷(1975年),第594—606页,此处所引用的是第600—601页。

^⑲ 布兰特:《善与正当的理论》,第147—148页。

然而,当我们从施惠者的角色转到行为主体或代表者的角色时,这一理念就有较大的分量了。一个为了朋友(或儿子、女儿)而行事的人,可能受制于这个人的偏好,只要我们了解这一点,而在这一方面,施惠者却不受这种制约(当然这是我自己孩子所持的看法)。然而,无论孩子持何种观点,父母的角色不仅仅是作为他们孩子的行为代理人。他们并不总是把孩子的偏好作为孩子们的善定义,他们希望孩子们能够形成一种对善的独立判断。但是,对其他大人来讲,正是当我们把注意力集中在那些仅仅作为行为代理人的角色时,欲望理论才显得最为真实可信。这种观点之所以有影响,很大程度上归因于该观点为广大的经济学家所接受,而经济学家广泛接受这一观点可能反过来基于这样一种理念,即认为,一个必须为社会选择社会政策的政府官员,应该把自身视为该社会成员的代理者,因此,也必然被看做是努力促进社会成员之偏好实现的代理者。

从成员自身的观点出发,这些偏好的理性力量在我上面所论证的那一方面依赖于其他因素,对此,人们不会有任何反对意见。从决策者的观点来看,这些偏好可以看做是理性的终极资源,无论这些决策者的立场是否代表了个体的偏好。我们可以用许多不同的方式来界定官员的责任,但是,人们往往很自然地假设,一个官员被看做是既为增进一个群体的善而行动,又接受那个群体的成员关于这种善之所在的表达判断。这样一来,对于欲望理论来说,这里便是一种自然的归宿。

使这种理论适合于社会政策问题的关键并非问题的本质。如果由公民投票来决定相同的社会政策问题,那么,每一个投票人都可以自由地考虑他或她所认为是最好的,而不一定把什么是“最好”的理念定义为全体社会成员的表达偏好。欲望理论的引人之处反而是来自于我们对决策者所采取的限制,关键在于这些限制——在特定的语境中,这些限制是非常诱人的——也是非常特别的。问题在于它们的应用有多广。譬如说,当我们采取适应于道德论证的公道态度时,它们真的适用于我们中的每个人吗?接下来,我将讨论这个问题。

(三)

在道德论证中,关于福利之作用的任何讨论都是在功利主义的背景下进行的,这些讨论赋予福利概念这样一种根本性的作用。然而,甚至在那些非功利主义的理论中,对权利和原则的证成至少也必须部分地涉及利益——这些利益是权利和原则所要增进和保护的——的重要性,因此,任何一种这样的理论必须面对这样的问题,即:这些利益是怎样界定的,这些主张对道德的重要性是如何得到证成的。

对这些问题的回答取决于对道德判断和道德论证之本性的看法。我将讨论的这些答案在我看来,可以得到我自己的契约主义道德理论的支持。^②按照契约主义的道德理论,道德背后的基本动机,是能够基于下述根据向他人证成自己行动之正当性的那种欲望,该根据是,如果他人也关注相互证成,他们就有理由接受这些根据。这一理论坚持认为,当我们提出关于正当与不当的问题时,我们就是在谈论,人们受此欲望驱动所不能合理拒绝的那些行为原则是否允许我们所提出的这种行动。

为这种方式所驱动的人何时能合理地拒绝这一原则?这是一个我不能充分回答的难题,但我认为至少以下几点是真实的:若(1)该原则在我们所熟悉的世界上被人们普遍接受会导致一个人遭遇严重的困难;(2)存在各种替代性的原则,而人们对这些原则的普遍接受不会让任何人承受类似的负担,则他就能合理地拒绝这一原则。这样,为了决定是否能合理地拒绝某一既定的原则,我们就需要对“严重的困难”和“类似的负担”这两个术语给予一些解释。这就是个体的福利概念为何在契约主义的道德论证中具有根本作用的缘由

^② 正如斯坎伦在本书第七篇论文《契约主义与功利主义》(1982年)中所概述的一样。

所在。

请注意:从前一节最后所讨论的社会决策情况来看,作为契约主义的道德论证语境所描述的情况在两个重要的方面有所不同。第一,我们假定,决策者所处理的是一些既定的特殊个体,这些个体的偏好已经得到表达。但是,当我们试图制定何为正当的标准时,我们所关切的是行动的普遍原则的选择,其应用范围可以包括无限的个体,而在这一无限范围里,我们无法详细得知这些个体的特殊偏好,虽然我们了解大多数人拥有各种偏好这一普遍事实。第二,如果说,官员的任务是通过混合陈述该群体成员的各种偏好来作出一种决策,那么,一个人对道德问题的考量(按照契约主义来看)也就是在试图寻找在这些人中达成一种假设契约的具体条款。因此,群体成员的想象性角色在以下两种情形中就迥然不同:在一种情形中,他们所做的一切都服从于他们的个人偏好;而在另一种情形中,他们却在假设的意义上被设想为是相互作用着的,他们都在试图找出他们所有人可以接受的原则。这两个特征——即:道德论证的普遍性和一致契约目标在其中的中心地位——对于决定个体利益和负担的相关概念是重要的。

以上我论证了个体的选择和他们自身的福利观念是受他们的实质善理念指导的,实质善的理念典型地包括但不限于各种各样的“可欲之意识状态”的经验性善物。这种实质善的观念给个体决定何为好生活提供了一个基础,但它也可能超出这一范围,因为个体认为是实质善的东西,可能包括一些存在于他或她的通常意义上的“生活”之外的东西。

因此,如果从个体的实质善观念的观点来看,普遍接受一种原则的结果可能非常糟糕的话,那么个体就将有一种理由来拒绝这一原则。然而,假设有人开始寻求没有人有理由反对的原则,并按此原则行事,那么,又如何表明他或她对这一原则的拒绝是合理的呢?为了表明这一点,他或者她就必须用其他人也认为是重要的事项作为其拒绝的理由,这些事项是他们用来拒绝那些使他们觉得是负担的原则,因此一般说来,他们也会把这些原则看做是强迫性的原则。

最容易的事情是申言每个人都认为是严重的实质性的恶,如,失去生命、强烈的身体痛苦、心理和生理残疾。总之,森^①所谓的“机能”失调就是这其中一个好的例子。但是,对一个个体而言,重要的事将超出这些基本的机能,正常来讲,对于这些更深刻的善物之本性和相对价值,人们的看法更难取得一致。不同的个体可能有不同的追求,比如,追随不同的宗教,发现各种不同的值得追求的目标。

尽管存在这种多样性,人们还是可以通过好几种方式达成一致。首先,他们可以就这些善和机会——它们是实现这些多样性目的的主要手段——的重要性达成一致。罗尔斯式的“基本的社会善”,如,收入、财富、对个人自由言论机会的社会保护等等,都可能是这些手段的例子。只要人们承认这些资源的道德重要性依赖于它们在追求不同的个体目的中的策略作用,那么,正如森所评判过的,^②我们就无需“迷信”我们能同意分配的这些资源的价值。然而,即使它们仅仅是工具性的价值,人们也会主张,这些资源在道德上依然是福利的基本尺度,因为它们对生活的重要性可以成为那种需要赋予道德特性的共识目标,与此同时,对于那些作为手段的特殊追求的价值,人们可能不存在任何共识(例如,对各式各样的个体都想介入的那些特殊形式的言论的价值,人们就可能无法达成任何一致)。

然而,特殊的资源似乎不可能成为这种意义上的道德基础。^③存在于这些基本善背后的是好与坏一类的广义范畴,它们在道德论证中有着特殊的分量。例如,人们能在拥有自我表达的机会(这些机会的确切形式还没有详细规定)的重要性方面达成一致,尽管他们在特殊的言论、游戏、游行等方面有着尖锐的分歧。与之类似,持

^① 例如,见阿马蒂亚·森:《福利、能动性和自由》,载《哲学杂志》,第82卷(1984年),第161—221页,此处所参见第197页及其后。

^② 见阿马蒂亚·森:《什么样的平等?》,见阿马蒂亚·森:《选择、福利和衡量尺度》,麻省,坎布里奇:麻省理工学院出版社,1980年,第366页。

^③ 这里不是对罗尔斯的一个反驳,因为他不把“基本社会善”作为福利最基本的道德衡量尺度,而是作为分配份额的一个指标,并用来评价基本的经济和政治制度的正义。基本社会善对这一更加特殊的目的和我所正在讨论的问题是有所区别的。

有非常不同和相互冲突之信仰的人们也可能仍会同意,“能追随某人的宗教”是(对那些有宗教信仰的人来说)社会的一个重要组成部分,因而也是道德论证中必须高度重视的一种个人价值。对好与坏这些抽象范畴的陈述是主要的手段之一,通过这一手段,一系列共同的道德价值得以发展。一方面是特定的资源,另一方面是个体的特定目标,这类价值是这两者的相互媒介,道德论证显然需要这类价值,因为足够的特定的资源——比如说,立法所规定的特定的言论自由和宗教自由权利——可能总是成问题的,并且这些权利可以不必随着环境的改变而重新定义。为了讨论这些问题,我们需要一些道德词汇,运用这些词汇,我们能表达隐藏在个体利益背后的道德重要性。

这样,作为论证特殊道德原则之可接受性或不可接受性的基础出现的,就是各种条件、善物和那些被赋予某种道德价值的活动范畴的一种异质性的集合。让我们把这种集合称为道德善恶系统。思考——人们通过这种思考才能达到这一系统——的过程包括一种“事实”与“价值”诸种因素的混合。一般来讲,一个人往往会从他自己关于实质善——使得他的生活变得更好的善——的观点开始,并从其他个体如何在他们的环境中和他们关于什么是社会的实质善的观点中相互区分的知识开始。^{②④}因而,形成一个共同的价值系统的压力便来自于人们寻找一种评价行为的准则——即:所有个体都能接受的标准,尽管他们互有不同——之方式的道德目标。

在第二节里,我论证过,个体自身、慷慨的第三方都会按照实质善的方式而非愿望满足的方式来评价福利。同样,在道德思考中,我们应该(而且我相信我们通常)诉求的是,准确地估计那些使我们的生活和他人的生活成为善的生活之重要因素何在(我们要认识到,由于我们观点的差异,对这一点的看法常常是不一样的)。但是,寻找一种别人没有理由拒绝接受的论证模式的目标,迫使我们不仅要考虑那些我们认为对他人来说是重要的善(如果他们足够明智和理

^{②④} 阿马蒂亚·森的“机能”概念可能比上面所包含的所有这一切都广得多。

性,那么我们所思之善即为他们视之之善),而且还要考虑,在正常的条件下,在这些论证模式中可能是不合理的东西,从而不能把这些东西视为重要的善。这样,我们的目的就是发展一整套善与恶[的标准],就目前我们试图寻找一种共同的证明词汇之目的而言,我们有理由接受这些善与恶[的标准],把它们作为能使生活变得更好或更坏的最重要的方式。

在寻求共同的评价标准的过程中所呈现的道德善恶系统可能包括这样一些因素,诸如,避免身体痛苦和身体伤害的重要性,这几乎在每个人的实质善目录中都是共同的。但是,因为这一道德善恶系统必须得到人们的一致同意,所以它可能不会把这些道德善恶看做是相对的价值,而一些个体则可能把它们看做是相对的价值。此外,它可能包括一些在个体的善观点中所没有的可与之类比的因素。宗教范畴中就包括这样的例子。对于一个信仰者来说,宗教的抽象范畴中可能没有什么实质的利益,而由于实质性的利益组成了他自己最重要的信仰,便同其他新奇事物一样打动他的思想系统。这一范畴的重要性要么存在于社会学的反思之中,要么与自由主义道德的当前目的有着更大的关联。在前者,它凭借不同群体的人们在不同的群体生活中所扮演角色的相似性,将各种不同的实践和信仰系统集合在一起。就后者言,它服务于表达一种平等的愿望,而出于道德论证的目的,它服务于表达那些在不同人群的生活中具有同样重要性的各种信仰和实践,从这些人中的任何一个人的观点来看,这些信仰和实践都具有非常不同的价值。寻找其他人也能接受的证明形式这一道德目的,迫使我们发展这类范畴,并在我们的思考中给予这些范畴以中心地位。

只要道德的善恶系统在这些方面与个体的福利观念相互见异,人们就会说,该道德善恶系统“不是主观的”,也就是说,它不是任何一个个体的偏好表达。然而,正如我在本文中提到的,这并不能得出这样的一个[道德善恶]系统就是“客观的”。理由之一,是存在判断的客观性问题,即:这种特殊价值系统所代表的一种标准问题,若个体观点的多样性已然客观既定,则人们使用这种标准就是合理的。

其次,我已经描述过一种过程,通过该过程,我们可以达成这样一种系统,并为之提供辩护,我们可以期待这一过程在不同的生活情况下将会产生不同的结果,因为对于个体生活来说,那些重要的活动和追求将会随着社会的变化而变化。甚至于,不同的生理能力和心理能力之相对重要性也会发生变化,这取决于人们有机会选择哪种生活。这些考量是否削弱了一种道德善恶系统的“客观性”? 这些问题——若从根本上讲我们现在最好是把这些问题放在一边——又是如何成为难题的呢?

出于论证什么原则可以合理拒绝这一目的,道德善恶系统无需为福利提供一个完全的排列秩序。我们只要在那些“非常严重”的损失之间作出区分就足够了,因为这些损失被看做是人们合理拒绝的根据,而这些得与失并没有严格的可比性。如果我们接受一种要求福利平等化的原则(它是由这样一种道德善恶系统所规定的),那么,这种排列秩序的完全性就会有更强更高的[理论]要求。我自己的观点是,这样一种全球平等的原则是极不可信的:因为最有意义且在道德上最为紧迫的平等理念,只涉及一种较为狭隘范围内的善。是故,对于这个较大的议题,我将留作下回分解。

十 宽容之难^{*}

(一) 何谓宽容

宽容要求我们接受人们,甚至当我们很不赞同他们的做法时也要允许他们实践。因而宽容包含着一种中间态度,此种态度处于完全接受与坚决反对之间。^①这种中间特性使宽容成为一种令人迷惑的态度。有些事情,诸如谋杀,

* 感谢约书亚·库恩(Joshua Cohen)和威尔·金里卡(Will Kymlicka)对本论文草稿的有益评论。

① 正如约翰·霍顿(John Horton)在《宽容是一种美德》一文中所指出的那样。该文献载于大卫·赫德编:《宽容:一种易于忘却的美德》,普林斯顿:普林斯顿大学出版社,1996年,第28—43页。

是不应当被宽容的。虽然我们能够阻止这类暴行的行动受到诸种限制,但不必因为这些行动乃是作恶者价值的表现而让自己不宽容。在其他情形下,我们对反对或不赞成的情感应该给予恰当的控制,若能完全摆脱这些情感则会更好。例如,假如我们受种族或种姓的偏见驱动,更可取的补救措施就不仅仅是宽容那些为我们所憎恨的人,而是不再仅仅因为他们的与众不同或来自不同的背景而憎恨他们。

也许,从理想状态上来看,任何事件必然会居于这两级之一级。在有些地方,完全不赞成和坚决反对是适当的,例如,在谋杀的例子中,除了这些情况之外,假如能完全消除那种产生冲突和分歧的情感,那就再好不过了。宽容,作为一种态度要求我们控制某种反对和不赞成的情感时,可能只是一种次佳的方式,即作为一种处理这类不可避免的态度之次佳方式。这样说并不是要谴责宽容。在此意义上,即使它只是次佳的,相对于我们这个地球上许多地方司空见惯的宗派间的流血事件来说,宽容态度的广泛采用无疑是一个巨大的改进。阻止这些暴力绝对是一个壮举!

而且,在我看来,存在许多纯粹的宽容情形,在其中,宽容并不仅仅只是处理人性瑕疵的权宜之计。在这些情形中,我们能够预见到持久的冲突和分歧,然而与种族偏见不同,它们与我们对持不同意见的人的充分尊重是完全相容的。但是,彼此间的尊重并不能要求我们抛弃分歧,而只是给我们如何解决分歧设定了限度。通过本文,我想研究这种纯粹宽容的可能性,目的是要更好地理解我们的宽容理念和达成宽容的难处。因为我特别想更清楚地了解为什么宽容是一种难以维持的态度和实践,我将集中研究那些我自己发现的宽容之难的个案。我想从人们熟知的宗教宽容开始,它为我们思考其他绝大部分种类的宽容提供了模型。

人们普遍接受——至少在北美和欧洲——的宗教宽容理念乃是欧洲宗教战争的历史遗产。今天,宗教宽容已被广泛承认为一种理想,即使如我们所言在世界许多地方仍存在着流血冲突和宗教分裂,至少部分如此。

作为一个并不看重宗教的个人,我很容易认可,至少在一开始,

认可宗教宽容。至少当人们根据美国《宪法》第一修正案的两个极其相似的原则来理解宽容时,情况是这样的。这两个原则说:“国会将以立法来支持建立一个宗教,也不禁止人们自由的宗教活动。”从我的观点来看,接受这些原则有百利而无一害。假如别人并不强制我进行宗教活动,我为什么要对别人的宗教活动指手画脚呢?如果说宗教宽容是有代价的,我想说,那也是别人造成的,而与我无关。

所以,我最初认为,对我而言宗教宽容缺乏我刚刚描述的那种张力:我并没有感受到它要求我控制我的反对态度(尽管稍后我将论证,这是一种错误的看法)。我为什么要告诉别人应该信仰何种宗教,或者让一种已经建立的宗教成为官方信条?恰恰相反,对于那些需要这些东西的人来说,宗教宽容似乎要求甚多:假如我认为每个人以一种正确的方式确立宗教崇拜极为重要,我又如何才能把宽容作为一种不稳定的停战协定,使之成为一种替代永久流血的方式而为人们所接受?即便如此,我们有必要为之忏悔吗?纯粹的宽容似乎已经远离我们。

我想论证这一观点是错误的。宽容对我们所有人都意味着代价和危险,然而即便如此,它仍然是一种我们都有理由珍视的态度。

(二) 宽容要求什么

这是一个难以回答的问题,之所以如此,部分原因在于有多个同样好的答案,部分原因则在于,任何一个好的答案在一些重要方面又都含混不清。在某种程度上说,任何答案都与法律和政治相关。宽容提醒人们,对于那些我所提到的,与我们不同并且有“错误”的人,我们不应该为此而剥夺他们的法律权利和政治权利,例如选举权,担任公职的权利,以及从公共物品中受益的权利,如,教育,公共安全,受法律制度的保护,卫生保健,有权使用公共设施。除此以外,它要求国家在基本公民权力和利益的分配中不应该厚此薄彼。

在我看来,这一部分的答案有多种版本。例如,在美国,每一宗

教团体对国家提供的保护和利益都享有平等的权利,这一要求被解释为:国家不从财经或者其他方面支持任何宗教组织。一个主要的且颇具意义的例外是任何宗教组织都享有免税资格。所以,即使我们的“非政府确立”的理念代表了一种混合的策略:某些形式的支持任何宗教都不能享有;而另一些形式的支持则为任何宗教所享有——假如这些支持适合于任何宗教的话。我更愿意把这种混合策略看做是一种特殊的政治妥协,而不是为宗教宽容的观念所要求的独特的解决方法。一个社会如果对公民担任公职有宗教限制的话,那它就不可能是一个宽容的社会或者正义的社会。但我不会说,任何形式的对宗教实践的国家支持都是一样的。例如,在英国,就有国家确立的教会,国家既支持宗派学校,也支持非宗派学校。依我所见,这些学校的范围太过狭窄而不能反映当代英国宗教的多样性,但我的确不明白为何人们错误地认为这种体制缺乏宽容。即使给予某一宗教以某种特殊的支持是不宽容的,也还有许多不同的可以接受的混合形式,它们不是所有宗教的混合而是适合于所有宗教的混合形式。在美国,现在被接受的那种特殊的混合形式并非唯一正义的解决方法。

这种不确定性甚至延伸到了言论自由领域,在以下的论证中,这一点将会显得特别重要。任何正义而宽容的社会必须保护言论自由。这不仅仅意味着审查制度要被取消,也要求个人和团体以有效的方式让公众了解他们的意见。然而还有许多其他的方式可以做到这一点。^② 例如,有许多定义和规范“公共论坛”的方式,它们并非都是特别重要的。可允许的言论与受到保护的言论模式不必处处相同。

现在,让我从宽容之明显具有制度化特性的方面转向其较少制

^② 更确切地说,是有许多方法试图做到这一点。有一种观点认为:目标和达到目标的手段是密切相关的,制度安排作为一种达到目标的手段,是至关重要的。我认为根据这一观点,言论自由的观点一定可以得到理解。但是,这些手段并不能完全满足其目标,这正是持续不断的进步之动力所在。在本书的第八篇论文《内容规制再思考》(1991年)中,讨论了这种“创造性的不稳定性”。

度化的方面,从而从不确定性转向模糊性。我已经说过,宽容包含着“平等接受”那些与我们不同的人。到目前为止,我说的意思是,这种平等意味着平等拥有基本的法律权利和政治权利,但是,宽容所包含的平等理想远远超过这些特殊的权利。它可以这样来表述:在考虑我们的社会界定时,所有社会成员都给予平等考虑的资格,所有成员都有平等参与决定我们社会之未来的资格。这一观点难以避免其模糊性且难以为人们所接受。其之所以难以被接受是因为它要运用到那些与我们不同或与我们有分歧的人中去,那些人可能想使我们的社会成为另外一个不同的社会;其所以模糊是因为要确切地弄清“平等资格”包含着什么是很困难的。通过正式的选举政治、公职竞选、尽力为我们所拥护的法律和制度募集选票的方式参与社会活动,当然是一种参与方式。但我现在要强调的是另外一个方面,即宽容的要求已经远远超出了正式的政治领域,而进入了社会生活的非正式的政治领域。

宗教团体之间的互竞是这种非正式的政治的一个明显例子,但它仅仅是一个例子。其他的团体和个体也始终参与了相同的政治斗争:我们树立榜样并追随着他们、寻求在文化生活和通俗生活的每一个方面得到人们的承认,或者让我们的领袖人物得到承认。我想说,一个宽容的社会乃是在非正式的政治生活方面民主的社会。这种民主确实是一个法律和制度的问题(例如,言论自由额的规则),但更重要的和不可或缺的是,它也是态度的问题。这种宽容难以为人们轻易接受,因为它危险且令人恐惧;也难以轻易实现,甚至在人们的态度上实现宽容都很难,更不用说在整个社会实现宽容了。

解释一下我的想法,从考察人们颇为熟悉的言论自由和“道德强制”的争论开始乃是最容易的方式。阻止那些持不同政见者影响我们社会的欲望,一直是限制言论自由的主要动机,例如,限制宗教信仰的自由,限制销售有关性的出版物,即使其他人是被迫看这些出版物,也不得售卖和使用。这种动机不仅支持审查制度,也支持那种引起“道德强制”问题的私人行为规则。成年人在私人卧室里发生彼此默契的性关系不是“自由表现”,但是把规导这种行为表现和控

制表达看做是紧密相关的也没有什么错误。在这两个案例中,强制者都想阻止某种行为和态度模式的扩散,其使用的方法之一是吓阻,另一种至少同样重要的方式是,通过使用刑法来树立社会反对的权威声明。

自由回应的一种形式一直是否认任何“使社会免于”某种改变的利益之合法性(与之类似的是,宣称宗教纯粹是个人的私事)。在我看来,这种反应是错误的。^③我们都对如何促进风俗和实践的进化怀有浓厚兴趣。当然,我自己也有这种兴趣,而且我并不认为这是不合法的。就我个人而言,我并不在意别人是否裸泳,但我不希望我们的社会成为这样一个社会:在这个社会中,裸体游泳成为一项规范,不穿衣服也丝毫不觉得尴尬,甚至只是为了引人注目才穿衣服。我并不想窥测其他个人、夫妇和团体在私底下的行为,但是,我很希望生活在一个不论是什么样的性方面的事情和性吸引力,都不会受到今天这般重视的社会中。我并不在意别人读什么、听什么,但我的确希望生活在这样的一个社会中:在这个社会里,至少有很大一部分人了解和赞美同我所爱好的相同的音乐和文化,以至于这种音乐能够普遍流行,他人能同我一起分享其价值。

这样看来,宗教宽容对我来说具有比我在本文之初所认为的大得多的危险性:假如他人让我自得其乐,我会满足于让他们自己去选择他们的宗教实践。但是,如果这很快又导致了社会成为一个几乎人人都极为宗教化的社会,不论是用什么方式,甚至宗教在所有公共话语中都担当中心角色,我又会很不开心的。而且,我会感受到这种不开心,即使我会继续享有《宪法》第一修正案的坚定保护。我恐惧的不仅是法律对宗教的强制,还有它对社会的宰制。

因此,我没有看出某些关切有什么错误或者不合法,这些关切激励着人们去倡导合法的道德强制,或者为了阻止社会的堕落而试图限制言论。在本质上我不同意他们的观点,但是我不会说,这种关切

^③ 此处利用了本书第五篇论文《言论自由与言论分类》的第五部分(1979年)中所提出的观点。

是任何人都应该有或能够避免有的关切。人们对“合法的道德强制”的反驳是,它试图限制个体的个人生活,以此作为控制风俗进化的方式。例如,法律道德主义用刑法来阻止同性恋者参与非正式的社会政治就是不宽容的例子。

我并不想就如何规导这种非正式的政治发表意见。相反,我的目的始终是:想通过非正式的政治,指出它对我们大家都很重要;并提示大家,由于以上原因,宽容对我们所有的人都是一个很危险的问题,是一项带有高风险的实践活动。

(三) 宽容的价值

那么,我们又为什么要珍视宽容呢?我以为答案就在于,在人们的“伙伴公民”(fellow citizens)关系中,正是宽容使这种“伙伴公民”成为可能。人们不难明白,宽容者和不宽容者对待与其意见相左的人的态度是不同的。宽容者认为:“即使我们各执千秋,至少他们同我一样都是这个社会的成员。他们跟我一样有资格享有法律的保护,跟我一样有资格过自己选择的生活。此外(这是很难的部分),不论是他们的生活方式还是我的生活方式都不是社会唯一的生活方式。在我们社会潜在着的许多不同的观点中,上面所说的只是其中的两种而已,但在社会生活中,每一种观点都有平等表达的权利,就像其他人能够采取的另一生活方式一样。假如一种观点在一定时期在数量和文化上占据了优势地位,那也应该是由于且依赖于社会个体成员的普遍选择,而被确定下来的。”

但不宽容者否认这一点。他们把自己的价值和生活方式置于特殊的地位。在他们看来,那些以不同生活方式生活的人,例如,德国的土耳其人,印度的穆斯林,以及美国某些地区的同性恋者,完全不是这个社会的成员。他们以保护社会和社会价值的名义,主张有权利压制其他生活方式。他们不仅试图运用刑法的力量,而且还通过否认给予其他团体以各种形式的公共支持,例如对艺术的公共补助

来这样做。

我所提供的只是一种描述,而不是一种论证。宽容的个案例证只是一种最初级方式,我只是想在描述的基础上指出,在一个社会相互对立的团体之间,宽容包含着更有魅力和更吸引人的关系。任何社会,无论它多么协调,都必定存在对如何生活以及希望我们的社会变得如何等问题产生的不同意见(在相对较为同质化的文化中,这种分歧可能比建立在多样性基础上的社会,例如美国,表现得更为剧烈)。考虑到分歧存在之必然性,且持不同意见的人由于某种原因也必须生活在一起,假如可能的话,让这些分歧包容在一个相互尊重的结构中不是更好吗?这种替代方式似乎是——甚至在最深刻的层次上也总是——与大量的公民伙伴处于冲突之中。此处“甚至在最深刻的层次上”这一限制非常关键。我假设,随着时间的流逝,任何社会关于社会的本质及其发展方向都会产生冲突,甚至是严重的冲突。宽容表达的是对比这些冲突更为深刻的公共成员关系的认识,是对那些同我们一样有资格为社会贡献力量的其他人的认识。缺乏这一点,我们就只不过是在这一相同的地域内相互倾轧的竞争团体而已。我们每一个人,都出于善良的历史理由和个人的理由,把社会看做是我们的地域、我们的传统,这一事实使得这种冲突变得更为深刻。

不论人们是否承认这种对宽容的证明是不是一种充分的证明,宽容在人们和他者的关系中所表现出来的差异都是显而易见的。但是,宽容在人们与其极为亲密的人之间的关系中所表现出来的差异就不那么明显了,然而它至少和前者同样重要。人们同自己的孩子们之间的宽容就提供了最为清晰的个案。孩子们和我们一样,都是社会的成员。他们的社会和我的社会具有同样的范围。但是,作为父母亲,我们了解到的是,我们并不能保证说他们需要的社会同我们所需要的社会相同。根据他们和我就什么是正确的生活方式所达成的协议,不宽容意味着,他们按照自己的选择生活的权利和影响他人也那样做的权利都是有条件的。假如我认为,在他人和我存在分歧的情况下,我们都没有资格形成我们这个世俗社会的道德观念,那

么,我必须认为我的孩子们也一样,他们应该加入这种反对。也许我认为,他们是我的孩子,这给了他们特殊的政治身份。但是,对我而言,这是不可能的。我认为,更可能的反倒是,这个例子揭示了这样一个事实,即:不宽容包含着对所有具有“他者”成员身份的人的否定。这个关于孩子的个案的特殊之处在于,他们的成员资格是不可能被否认的。但是,不宽容强迫人们通过使他人与自己的价值达到实质上的一致而成为有条件的,以此来否认他人的成员资格。

到目前为止,我为宽容所作的证明还只是一些例证,这些案例来源于下述事实,即:拒绝宽容意味着同他们的公民伙伴保持某种形式的疏离。然而重要的是,这种证明的力量取决于下列事实,即:我们把正在谈论的“社会”中的成员资格当成了一个政治统一体,认识到这一点非常重要。通过思考在教会和政治运动这类私人协会中,对宽容的证明是如何运用的,就可以明白这一点。^④ 在任何这类团体中,关于团体成员所共享的价值该如何被理解,不同的意见都应该提出来。那么,把那些持有不同意见的人从团体中驱逐出去,拒绝给予他们参与聚会的权利,以党派的名义取消他们担任公职的权利,反对他们参加基督圣餐,或者停止邀请他们到会,是不是不宽容的呢?人们会说,这包含着我所描述的那种疏离,使他人有条件地与我们的价值保持一致。但是可以肯定,这种团体有充分的理由排除那些持不同意见者。假如宗教团体和政治团体非得把任何人都纳入团体之内的话,就失去了其特殊意义。

至少在一种意义上,我所描述的宽容和不宽容的观点可以运用到私人协会中。正如我所说的那样,在这些团体内部,分歧不可避免,当这些团体反对给持不同意见者以机会去劝服其他人采纳其对团体价值和使命解释时,它们就是不宽容的。建立在对“共享价值”的承诺之上的团体需要宽容。在何种意义上,这些价值才可以被共享——除非存在着某种过程,例如,我所提到过的正式的和非正式的

^④ 此处我应该感谢威尔·金里卡(Will Kymlicka)提出的很有帮助的问题,我不知道他是否同意我的回答方式。

政治,通过这种过程,它们可以进步并且对它们的认同也在其中延续——呢?⑤ 但有诸种限制。那些处于争论中的公共善物,例如,基督圣餐、党派商标,要求它们以某种信仰为标准来分配之。因此,对于整个团体来说,经过恰当的慎思之后,拒绝把这些公共善物分给那些明显缺乏这种信仰的人就不是不宽容的。

在政治社会层面上,宽容是一个不同的问题。在这一层面,公共善物具有很高风险,例如,选举权、担任公职的权利、参加公共论坛的权利,如果给那些持有不同意见者(他们在我们想拥有一个什么样的社会上与我们不同),甚至给那些拒绝最基本的社会原则的人提供这些公共善物,也不会失去其意义。一个人能够成为一个社会的成员,因而他有资格享有这些公共善物,这仅仅是因为他因生而入其中(在其他方面也一样),而且只要他还在这个社会领域内,就要求他遵守社会的法律和制度。我一直在描述的这种对宽容的证明建立在社会理念的基础之上,也以下述理念为基础,即:社会所包含的“公民伙伴”关系乃是我们有理由珍重的关系。当这种关系受到侵犯时,我所说的“疏离”就会发生,即:当我们否认他人同我们一样也是我们社会的成员,也有权利确定和塑造我们的社会时,“疏离”就会发生。⑥

正如我所说的那样,我们否认一个私人协会的伙伴成员在形成该协会过程中的正当权益时,相似的事情就会发生。但在这里,所侵犯的“伙伴成员”(fellow members)关系和“伙伴公民”关系是不同的,人们也会出于不同的理由给这两种关系以不同的评价。尤其是,评价这种关系的理由常常限制其运用范围。例如,对长老教会成员而言,考虑美国 20 世纪 50 年代出生的每一个教会成员的成员资格

⑤ 正如迈克尔·沃泽尔(Michael Walzer)在相似的问题上所说的:“当人们对社会善物的意义持有异议时,当各种理解存在冲突时,正义就要求社会忠诚于这些不同的意见,为它们的表达、判决机制、替代性分配提供制度性渠道。”见《正义的范围》,纽约:基础图书,1984年,第313页。

⑥ 当我们以种族和文化为根据,拒绝给予其他人成为社会成员的机会时,不宽容也能明显表现出来。但在此讨论移民政策和入籍政策恐怕离题太远。

就是荒谬的,因此,否认他们中的某些人参与推进制度进化的权利就不会是不宽容的。但是,“伙伴公民”的关系被认为至少是同出生于该社会中的每一个人相关联的,并在此范围内维持下去。因此,它并不蕴涵任何更为狭窄的限制,事实上也与之不容。

(四) 宽容之难

我们周围不宽容的例子比比皆是。就举最近发生在美国的几个例子吧。在俄勒冈州和科罗拉多州有反对同性恋权利的公民投票,参议员耶西·赫尔姆斯和其他人试图阻止国家艺术基金会和国家人文基金会给他们不赞成的项目提供支持。最近,密西西比州州长发表言论说“美国是一个基督教国家”,基督教右派在美国1992年“共和党全国大会”(Republican National Convention)的讲话中也发表了类似的言论。

在我们的对手那里看见不宽容是很容易的,可是,要我们自己避免不宽容就比较困难了。在此我想起了比如在美国公立学校中发生的进化教学和“创造科学”之间的反复争论,甚至有人建议,为了允许在公共学校中进行有组织的祈祷活动,如果有必要的话,可以修改宪法,我正在考虑我对这些争论的反应。我坚定地认为“创造科学”是虚假的,并且科学分类不应该把科学理论和宗教教义作为具有相似和同样之认同主张的替代品。因此我认为,反对这些创造论者本身并非不宽容。我承认,在这些例子中有某种党派性的热情,相对于提出这些主张的人,我们有优越感,希望不让他们得分,即使这样并不给任何人带来多少损失。在科学教学的例子中,一如在公立学校祈祷一样,都是有代价的。但我仍然倾向于支持把“我们相信上帝”从我们的新词汇中清除出去,并支持停止在公共事务中举行祈祷活动。

这些改变之所以吸引我,是因为它们会使我们国家的官方象征更彻底地世俗化,因而同我自己的观点也就更为一致,我因此可以宣

称,这些改变代表了一种更为连贯的对宗教的“非政府确立的”宪法原则的忠诚。他人可能认为这两个理由是不一致的。按照他们的观点,我不仅仅是想从我们的官方象征中清除了宗派性的陈述,同时也想用另外一种陈述取代它;我并不是要使我们的公共实践在世俗主义和笃信宗教之间保持中立,而是要找到正式的步骤,进一步推崇世俗主义,并使之(他们可能说,在其他许多方面,它已经获得了“官方的认同”)成为我们的国家观点。我不得不承认,无论宪法问题的正确答案是什么(它可能是不确定的),当它被认为是对我的动机的一种说明时,这种回应虽然有更多的真理性,但仍带有强烈的宗派性。

为什么这些答案不应该是宗派性的?在此,为了避免极端化,我似乎在带有自由特征的这条路上走得太远。为了把这个口号与金钱问题分开,我正在寻求非宗教信仰的官方认可,毕竟,我的证明最多还只是间接的,并不真正具有很强的说服力。然而,这个口号本身的确就拥有一个具有强烈的包容性的,因此是潜在地唯我独尊的“我们”:**“我们信任上帝。”**(你所谓的“我们”是谁?)

这是否意味着在一个真正宽容的社会中,没有这种宣言、没有鼓吹、也没有为任何特殊的教义规定所施加的强制呢?是否甚至没有宽容本身?这似乎很荒谬。让我们分阶段来考虑这个问题。

首先,在行为上强制要求宽容和阻止不宽容者按照他们的信仰行动,这是不是不宽容的呢?当然不。被迫害者有权利要求保护,但我们不能要求任何事都得到宽容。

其次,把宽容作为一种官方教义提出来是否是不宽容的呢?我们可以借用下列句式:**“我们信任宽容。”**虽然这个口号并不坏,但是我认为,还是应该小心地宣传。在公立学校讲授宽容和在国家资助的广告中支持宽容是否是不宽容的呢?当然不是,理由同上。人们可以在社会任何正当的地方拥护宽容。它保证任何个人和团体,他们付出了多少就能收获多少。

最后,拒绝给予不宽容的人阐明他们自己观点的机会是不是和宽容背道而驰呢?这似乎否认了他们同其他人一样应有的地位。要求我们用这种方式宽容那些不宽容者似乎有点强人所难。假如某一

个团体坚持认为,我和像我一样的人在我们的社会中根本没有地位,我们必须离开或者被排除出去,我怎样才能认为其他人也具有这种观点?这些人在非正式的政治中(甚至在正式的政治中)都平等地享有较高的地位?要求我们持这种态度似乎太过了。

如果宽容是有意义的,那么我们必须把两种态度区分开来,一种是我们关于对手所拥护的主张的态度,另一种是关于对手本身的态度:问题不是他们有权利发表们的观点,而是他们(作为公民伙伴,而不是作为观点的持有者)有权利倾听。因此,我一直在同伏尔泰的一句响亮的陈词滥调作斗争。^⑦但是,在我们讨论的语境下,我认为这不仅是一句陈词滥调,而且是一个难点的所在,或者说是几个难点的所在。

伏尔泰的话提醒我们,宽容要求我们对其他人的态度,必须根据特殊的权利和保护来理解。他提到了言论的权利,但这只是一个例子。他人有权平等地为非正式的政治贡献力量,也有为正式的政治贡献力量的权利,这种模糊认识可以通过列举特殊的权利来使之明确化,例如言论权,通过人们的行为来举例,通过特殊形式的官方支持使人们的生活方式得到承认。在这里,我们必须对这种支持作出详细说明的是,没有任何生活方式能够要求得到这种支持,例如,仅仅因为一个人不赞成就对其他人实施禁止。这些详细说明赋予了宽容态度更为明确的内容,并使之更易于维持。人们应该承认(或者说我相信),其他人也有这些特殊权利,因此不必理会人们对他们的话是如何的反感。这一步骤减少了我早先所说的宽容态度的模糊性,但是把更为正式的权利的不确定性留给了我们。遗留下来的这种不确定性包含两个问题。

第一个是概念上的问题。为了赋予宽容的理念以内容并使之易于维持,虽然某些对权利的详细说明、对范例的限制和拥护都是必要的,但是,宽容的理念绝不能完全用任何特殊的权利和限制性制度来

^⑦ 据说伏尔泰曾经说过:“我不赞成你说的,但是我支持你表达你的观点的权利。”

证明,例如,言论自由和结社自由的权利、隐私权、自由进行宗教活动的权利(但都是非政府性的),现在,这些权利在美国都得到了认可。许多不同的权利制度也为人们所接受,但没有一个是理想中的。因此,每一种制度都要时常应对挑战,并进行修正。我所说的宽容精神是某种精神的一部分,它引导我们接受上面的制度,并在修正过程中指导着我们。要确切地说清楚这种精神是什么比较困难,但我认为它是调和和精神的一部分,是一种寻找其他人(所有达到“公民伙伴”关系的人都包含在内)都应该接受的权利制度的欲望。我怀疑,在我自己对待公立学校中的祈祷和我们自己立场的态度中,所缺乏的正是这种精神。我需要问问自己调和的问题:严格地避免牵涉到宗教是我能接受的唯一可接受的政策吗?或者,在世俗主义和许多不同的宗教信仰之间,是否存在着某种其他形式的妥协呢?我是否乐意思考这些问题呢?

第二个更为相关的难题是政治上的问题。在实际政策中去追问调和的问题,几乎没有什么刺激性,通常有比这强烈得多的理由,既有好的也有坏的,要求我们不要那样做。因为宽容的界限是不明确的,提出可以为人们所接受的宽容界限可能被认为是授人以柄,不宽容的指控反而是一种有力的政治策略。

当我把任何人提出的一个主张看成是对我的团体身份的威胁时,我很可能有一种强烈的欲望,也许可以说是义务,不能让它变得毫无反应。正如我所说过的,甚至在相对琐碎的案例中,我也感受到这样一种欲望。然而情况常常是,尤其在一些不平凡的案例中,一种特别有效的反应形式(对“反话语”的反应)会对非正式的政治制度的限制提出挑战,它主张,不能要求人们去接受这样一种制度,该制度允许其他人已经做过的事,从而要求改变这一制度,以便它禁止那些行为,而且是以宽容本身的名义。

这是人们所熟悉的一种模式。例如,20世纪70年代初,美国的大学为要求演说的抗议者所困扰,这种要求是由那些智商研究者例如理查德·赫恩斯坦(Richard Herrnstein)和威廉·斯科利(William Schockley)所提出的,但被取消。他们的理由是,允许大学生演讲会促

进他们的理念的传播,因而会促进采用那些对少数民族的孩子们有害的教育政策。表面看来,这一要求似乎是不合理的,因为这些抗议本身给演讲者带来了比他们可能预期的更多的听众。但由抗议者所引发的争论也为其对手带来了更广泛的听众。因为“言论自由”正在受到挑战,市民自由意志论者,不论是与抗议者比较友好的,还是不那么友好的,都加入到了辩论中。许多学校都折腾了一番,结果极具戏剧化和情绪化,也提升了新闻媒体的覆盖率,他们在许多报刊上发表了让人深感苦恼甚至令人愤慨的社论。对流行的宽容规则的挑战无论是否具有任何理论意义,但它作为一种政治策略,的确意义重大。

在我看来,对更近的争论也可作相同的分析,例如,由校园“憎恶言语”(hate-speech)规则所引发的争论,由印第安纳波利斯和明尼阿波利斯的反色情文学条例所引发的争论。我发现,人们很难相信,采纳这些规范会对处于争议中的团体起到更大的保护作用。但是,之所以提出这些规范,仅仅是因为它们挑战了人们业已接受和珍重的言论自由原则,而提出这些规范已经成为把种族主义和男性至上主义争议引入更大的共同体讨论的有效方式(即使会付出代价,即用抱怨“政治正确”的形式,把武器给了其对手)。

在受影响的团体中,挑战那些已被接受的宽容规则也是一种动员支持者的一种有效方式。正如我已经说过的那样,我们不能期望种族主义的牺牲者和反犹太攻击的受害者把这些看成是表达了“仅仅是另外一种观点”,它应该受到公共舆论的检讨。甚至在更为琐碎的案例中,人们也绝不应该受到威胁,人们(正如我说我自己一样)常常无法在反对一个教训和一个信仰之间作出区分,这种信仰认为,在涉及国家的时候,允许它发表的仅仅是一种宗派性偏见。因此,对那些憎恨言语的受害者而言,把是否愿意取缔那样一种言语作为他们是否受到尊重的试剂是很自然的。^⑧ 即使这是一个不合理的

^⑧ 例如,见玛丽·马特苏达(Mari Matsuda)的《对种族主义言论的公开回应:考虑一下受害者的故事》,载《密西根法学评论》,第87卷(1989年)。马特苏达强调,合法的禁止是必要的,因为它代表着对种族主义立场的公开谴责。

要求(我也常常认为它是不合理的),宽容标准的不确定性和政治敏感性也使其在政治上不可抵御。

由于这类标准的不确定性——因为在某种程度上说,我们的宽容制度应该是怎么样的总是一个开放性的问题——就算是对许多宽容的支持者来说,为了保护一个受害团体,要求禁止一种特殊形式的行为也并非就是毫无疑问的。甚至,当人们提出的修正实际上难以实施时,情况也是如此,因为一种切实可行的宽容制度不可能为每一个团体提供这种形式的支持。另一方面,由于同样的不确定性,一套宽容的制度要想发挥作用,它必须受到人们的高度重视,并且要留心不要受到侵蚀。这意味着提出的任何修正都必定具有政治敏感性,会引发强烈的反对,因此,对处于争议中的团体来说,那是一种颇有价值的公共宣传。

而且,一旦那些为团体讲话的人要求保护——也就是说,一旦它被当成测量尊重的指示剂——对这个团体中的个体成员来说,不支持这一要求就难了。^⑨ 结果就是政治僵局的产生,在这一僵局中,宽容理念对两方面都产生了强有力的激发力量,一方面,以试图保护潜在地被排除的团体欲望形式出现;另一方面,以试图保护有效的宽容制度的欲望出现。对于这些问题,我尚无解决的办法。的确,我的部分观点就是,宽容的本性使这些问题不可避免。我提出的策略就是努力尽可能地防止让那些对宽容制度有害的措施成为检验尊重的“试纸”。有一些像我一样的民间自由意志论者,急切地捍卫着这种制度,但我们不应该只是大喊大叫“不能那样做!”也应该追问一下如何调和的问题:“是否存在着其他方式,既不会破坏宽容制度,

^⑨ 在此,我特别想到了萨尔曼·拉什迪(Salman Rushdie)案例。阿亚图拉·柯梅尼(Ayatollah Khomeini)关于《撒旦诗篇》应该被禁止的要求是不合理的。另一方面,许多住在英国的穆斯林认为,由于对他们的伙伴公民的身份缺乏尊重,他们感受到了威胁。即便他们能够明白阿亚图拉的要求是不合理的,一旦对这个要求进行争论,要他们不去支持也很困难。这里的情况被英国保护基督教而不保护伊斯兰教的亵渎性法律复杂化了(迷雾重重,难以实施)。结果就导致了本文中所说的那种僵局。

又能对受威胁团体的尊重能够得到证明？”^⑩

(五) 结 论

从思考宗教宽容的范式个案出发,我首先谈到,一种学说认为,从世俗自由主义的角度来看,在宪法的保护之下,反对宗教的“政府确立”是很少风险的,这种反对似乎没有什么代价,也没有什么危险。接着我解释了为什么普遍的宽容尤其是宗教宽容是一项具有高风险的危险政策,甚至在一个稳定的宪法民主的社会结构中也是如此。在正式的法律政治和宪法政治中,这种危险并不太大(虽然也可能存在危险),但在非正式的政治中,情况则恰好相反;社会的本性常常通过这种非正式的政治形式来重新界定。尽管宽容存在着风险,我仍然相信它,因为在我看来,任何替代方式都可能把我置于一种和我的伙伴公民身份相敌对和相疏离的关系中,朋友也成了敌人。尽管如此,宽容的态度仍然是难以保持的。它的内容只有在正式的和非正式的政治活动中,通过对参与者公民权利的详细说明才能给定。但是,任何这样的权利制度都是习俗性的和不确定的,而且必然常常受到冲击。要维护和解释这样的制度,我们需要更为普遍的宽容和调和态度,只是这种态度本身也难以维持。

^⑩ 我并不是暗示情况总是这样的。它取决于案例和团体。但是比较困难的案例是,在那些案例中,宽容不仅要为保护那个团体辩护,还得有反对它们要求的措施。

十一 反对不平等的多种理由

227

我相信,平等是一个重要的政治目标。也就是说,每一个社会实质上都具有种种不平等的印记,而消除不平等则是一个具有头等重要性的政治目标。但是,当我问自己为什么我认为平等如此重要,为什么这些不平等应该被消除时,我发现,我支持平等的理由事实上是非常多样的,而且这些理由大多可以追溯到平等自身以外的根本价值。那种认为平等自身就是一种根本道德价值的理念,在我思考我们可以在周围看到的许多应该被消除的不平等形式的理由时,只发挥了极其有限的作用。

当我说,平等的理念在我此处的思考中所发挥的作用极其有限时,我心里所指的是一种实质性平等的理念——人们的生活或命运在某种实质性方面应该是平等的:例如,收入上的平

等或整体(overall)福利上的平等,这在道德上非常重要。这与那种仅仅是形式的平等考量概念形成对照,正如那种可比较的要求每个人都应受到平等的尊重、都应给予平等的重视(weight)的原则所陈述的那样。这是一个重要的原则。对这一原则的普遍接受代表着一种重要的道德进步,而且它为道德论证提供了一个成功的——甚至是必需的——起点。但是,如果我们单独采用这一原则,则会因其太过于抽象而很难朝实质性平等的方向充分发挥其力量。正如托马斯·内格尔和阿马蒂亚·森所指出的那样,^①即使像罗伯特·诺齐克这样通常不被算做平均主义者的权利论理论家,也会接受这一原则,因为他坚持认为,每个人的权利都应受到平等的尊重。我的假设是,只有通过我所列举的其他更具体的价值,这种平等考量的空洞理念才会产生实质性平均主义的结果,而我所列举的价值大多数在本质上却并不是平均主义的。

我之所以这样说,并不是想要攻击平等,或“揭露”它是一种错误的理想。相反,我的目的是澄清和辩护:之所以说是澄清,是因为我相信,我们如果通过了解那些为人熟悉的论证所基于的多样性考量,就可以更好地理解关于平等的这些论证;而之所以说是辩护,是因为我认为,当我们了解到在这一方向上有多少不同的考量时,追求特殊形式的平等的情况就会得到加强。当那些平等的反对者可以将平等描绘为一种特别抽象的、为特殊的道德价值所依附的目标时——即同某种特定的模式一致,他们的看法似乎是令人信服的。^②

首先,我将辨别在我看来隐藏在我们反对各种形式的不平等背后的各种根本性的道德理由。而后,我将通过表明这些理由如何以

^① 参见内格尔:《平等》,收入其《必朽的问题》,剑桥:剑桥大学出版社,(1979年);阿马蒂亚·森的《不平等的重新考察》,麻省,坎布里奇:哈佛大学出版社,1992年,第13页。

^② 例如,参见罗伯特·诺齐克在《无政府、国家和乌托邦》(纽约:基础图书,1974年)一书的第7章和第8章中的反对意见。本篇论文是建立在评论诺齐克著作这一思路的基础之上。我的一些理念曾在那篇评论中进行过简要的陈述,《诺齐克论权利、自由和财产》,载《哲学与公共事务》杂志,第6卷(1976年)。

各种方式出现在罗尔斯关于分配正义的观点中,来解释这些理由。最后,我将回过头来更加详细地考察这些价值中的一种价值——这种似乎是一种最纯粹的平均主义的价值。那么,就让我详细列举我们把追求平等作为一种具有强制力的政治目标的种种理由吧!

(一)

在某些情况下,我们赞成消除不平等的理由从根本上来说是一种人道主义的关切——比如说,它是一种对缓解痛苦的关切。如果一些人生活在水深火热当中,而其他则确实过着优裕富足的生活,那么,若能在不产生其他不良影响的情况下,完成资源从境况较佳者向境况较差者的转移,则会是一种在不产生新的同等程度的艰难困苦的情况下缓解痛苦的方式。

在这里,能够发挥作用的动力本质上不是平均主义的。缩小或消除富人与穷人之间的鸿沟并不具有任何内在的重要性;这一鸿沟之所以重要,仅仅是因为它提供了一个机会——一种减少一些人的困境而不会使其他人遭受同样命运的方式,而这种趋向更大程度的平等的理由之所以具有力量,是那些境况较差者的要求之紧迫性,而不是境况较差者同他们更为幸运的邻居之间赖以区别开来的差距之大小在发挥什么作用。^③

在描述第一个理由的特征时,为了以最强的形式提出这一理由,

^③ 德里克·帕菲特在其1991年的林德利讲座“平等或优先性”中指出了这一点。哈里·法兰克福更进一步建议,我应该用对“效率”的关注来替代对平等的关注。他这样写道:“从道德的观点来看,重要的不是每一个人都应该拥有同样的东西,而是每一个人应该拥有足够的东西。如果每一个人拥有的东西都是足够的,那么,一些人所拥有的东西是否比另外一些人多这个问题,就不具有任何道德上的后果。”参见法兰克福:《平等作为一种道德理想》,《我们关注之物的重要性》(*The Importance of What We Care About*),剑桥:剑桥大学出版社,1988年,第134—135页。在本篇论文中,与法兰克福在上面一句话所提出的观点相反,我一直都在研究是否存在进一步的、超越迄今为止我所认同的平等之理由。

我谈到了“缓解痛苦”。但在有些情况下，“境况较差者”（的处境）虽然尚不至于“痛苦”的地步，但也是生活在我们认为有着严重缺陷的条件下，这时我们仍然可以感受到这一理由的力量。然而，当我们设想，富人和“穷人”的境遇都得到巨大的改善，而两者之间的差距仍然保持不变时，这种力量就会逐渐消退。即使在这种改善了的情况下，我们可能仍然觉得，较富裕者与较贫穷者之间的差距应该缩小或者消除。但是，我思考这一点的理由并不是我现在所考虑的慈善主义关切，而是某种非常不同的理由，这一理由或许是一种更真实的平均主义理由。

反对这些差异的一个可能的理由可能是这样一种信念，即相信对于人们而言，被视为低人一等（inferior），或者使其感觉到低人一等，是一种恶（evil）。例如，以此为基础，那些授予阶层特权或者要求屈从（deference）的社会实践都会引起人们的反对。优越性（例如，种族优越性）态度的普遍存在也是如此，即使它们没有被表现在或被用来证明经济优势或特殊的社会特权的合理性。物质福利上的巨大差距会因为同样的原因而引起人们的异议：当一些人喜爱的生活方式被设置为社会的标准时，那些境况很差的人则会因他们必须以这种方式生活而感到低人一等，感到羞辱。

这条反对理由所具有的平均主义特征表现为以下的事实：它是专门为消除我们所讨论的差距，而不是为在某种更普遍意义上改善境况较差者的命运所提出的一个理由。显然，这些差距是纯粹地位上的差距。但是，即使劣势（inferiority）是建立在物质福利差距的基础之上，避免歧视性烙印的目标也能够在原则上提供消除境况较佳者利益的理由（或者，给人们以希望它们从未产生的理由），即使这些利益无法被转移到境况较差者身上。即使全然消除这些利益似乎是错误的（甚或是荒谬的），这种看法也反映了一种为了物质利益而牺牲平等目标（在此考量的意义上）的意愿。这一目标——一个所有人都将其他人视为平等者的社会的理想——在激进的平均主义思想中发挥着举足轻重的作用，它甚至要比在我们这个时代支配着大多数关于平等的讨论的分配正义的理念更为重要。这种理想可能是

乌托邦式的,而且关于应该如何理解这一理想,也存在着许多引人关注的困难。在考虑了其他一些支持平等的理由之后,下面我还将回到这些问题上来。

消除不平等的第三个理由是,不平等使得一部分人对他人生活的控制达到了令人无法接受的地步。最明显的例子就是经济权力的例子。一些人对资源的拥有远远大于其他人,他们不但享有更多的闲暇、更高的消费水平,而且常常能够决定生产什么,提供何种就业机会(employment),一个城镇或州的环境是怎样的,人们在那里可以过上何种生活。除此之外,经济上的优势还可以转换成更大的政治权力——例如,转换成当前竞选资金法(Campaign Financing Laws)想要控制的那种权力。

这个例子提出了追求平等的第四个理由,它和上面提到的理由有所重叠,但却应该单独列出。某些形式的平等对于特定过程的公平而言是必要的前提条件,因此,至少在不平等非常严重的情况下,那种产生或者保持这些过程公平的目标,就可以赋予我们反对这些种不平等的理由。所以,例如在刚刚提到的例子中,如果不谈论政治权力的不可接受程度(因此诉诸政治自由的价值),我们就可能会代之谈论保护政治过程的公平。这两种形式的观点在这一特殊的例子中相互重叠,但事实上,二者是有区别的。起点不平等对过程公平性的削弱,并不总会导致对那些处于不利地位的人的统治,因为过程授予的可能不是任何权力,而是荣誉,或者一个过更愉快、更有价值的生活的机会。然而,不公平性保持着并且能够采取许多形式:一些人仅仅是被排除在竞争之外,或者,像培训和资源不平等这样的背景条件也可能导致竞争上的不公平。所以,机会均等的理念——正如在类似于“公平竞赛”或“同台竞技”的比喻中所表达的那样——提供了一个与反对不平等的第四个理由相似的例子:当不平等削弱了那些重要制度的公平性时,这些不平等将会激起人们的反对。

正如“机会平等”和“结果平等”之间的一般对比所显示的那样,这一理念仅仅是弱式平均主义的,因为它可以和那些从公平程序中产生的大量不平等相容,而不会破坏持续进行的竞争的公平性。但

是,正如我现在想要指出的,一种公平过程的理念也可以为坚持结果平等提供另一种理由(这就是我提出的反对不平等的第五个理由)。

假设一个群体的成员对一种特定形式的利益,例如,由他们的合作努力所创造的财富,提出了同等的要求。如果一种分配程序被期望对这些要求作出回应,那么,这一程序如果(在没有某种特殊的理由的情况下)给予群体中一部分人的利益高于其他人的水平,它就是不公平的。上述假设以一种图式提供了一种观点,引导我们追求一种利益特定维度上的显见的平等。它的起点包括一种公平的理念,和我们所讨论的人们对这一利益所提出要求的实质性前提,以及一种特殊程序功能的实质性前提。为了得出一种特殊的平均主义的结论,我们需要满足相应的前提,而结论的力度就依赖于这些前提的真实可信程度。例如,在其他情况相同的情况下,我们可以从所有人都拥有同样的要求福利的权利这一理念开始。这听起来似乎是一种非常强有力的主张,但是(实际上)它可能只具有非常微弱的力量:它太过于依赖可能存在的不平等事物的数量。说明这点的第一个步骤自然是弄清楚这样一个事实,即:某一层面的差异就是人们作出选择上的相应差异。于是便产生这样的原则:除了由自由选择所产生的福利差距之外,人们在福利的水平上应该是平等的。在对这一原则的表述中,我没有加入“其他情况相同”这一条件,但是我假设,它只是那些为了其他价值的目的必须被牺牲或者被平衡的其他道德理念中的一种。

当我们开始详细说明上面提到的其他前提时,这些价值就进入我们的视野,也就是说,去询问什么范围的行动,可能会被认为是那种被假设对这些平等的要求作出回应的“程序”之一部分。例如,认为我们所有的行为都具有这种功能(或者,必须被看做是一个带着这一目标的“程序”的一部分)的观点,就不是非常具有说服力。一般而言,似乎我们并不是根据哪怕是一种“显见的”义务来促进所有人的平等福利。一个更具说服力的观点认为,按照这种方式,国家或者罗尔斯术语中的“社会基本结构”应该被看做是一种制度,这种制度的功能就是回应人们对福利的所有方面的(平等)要求(也就是

说,除了由于个人选择所产生的差异之外都是平等的)。这很可能被称为国家的“母”概念。我之所以选择这一术语,是因为对于我而言,这一概念所产生的不公平性主张,似乎同一个孩子说“那不公平”来抗议弟弟或妹妹得到的某种好处,具有相似之处。这种相似性存在于这样一个事实:两种主张都建立在同一个理念之上,该理念认为,我们所谈到的行为主体对于促进讨论中各方的福利具有同样的责任。

正如这种描述毫无疑问地表明的那样,我自己并不认为国家的概念伴随有什么强制性。如果我们将公民不仅仅视为受益者,更视为参与者的话,我们可以得到一个对于平等而言更具说服力的概念,以及一个更具说服力的例子。例如,可以说,社会的基本结构应该被视为一项创造特定利益的合作事业(cooperative enterprise),而公民作为这一过程中自由而平等的参与者,对于他们集体创造的利益(至少表面上)具有同样的权利(需要强调的是,这一前提不会得出人们在各个方面都应该是平等的结论,人们只有在分享这些社会创造的利益时才是平等的。因此,它为某种形式的“资源平等”提供了一个很有说服力的基础)。

那种要求结果平等的主张值得商榷。例如,我们可以坚持认为,在将社会制度视为共同利益的合作事业这一范围内,参与者对他们的产品所具有的权利要求并不是平等的,而是与他们所作出的贡献互成比例。然而,我在此处的任务并不是要为我所勾勒的观点进行全面的辩护,而是证明它是平均主义的许多来源中的一种。

概而言之,我已经论证了追求更大平等的五种理由。我们要消除不平等的目的可能是为了——

- (1) 缓解困境或严苛的剥削;
- (2) 防止在地位差异上打上歧视性烙印;
- (3) 避免不可接受的权力形式或支配形式;
- (4) 保护程序公平所要求的起点平等;
- (5) 程序公平有时支持结果平等。

至少有两个理由,即(1)和(3),是建立在一些从根本上来讲并

不属于平均主义的、强有力的道德理念之基础上的。从另一方面来说,第二个理由背后的理念显然是平均主义的,但是,这些理念尽管确实非常重要,却似乎并不具有与理由(1)中所表达的人道主义理念同等的道德力量。理由(4)仅仅是弱式平均主义的,因为只要不破坏持续过程的公平性,那么支撑它的程序公平理念就可以与一些严重的不平等相互兼容。剩下的理由(5)和(2)是对平均主义最清晰的表达。类型(5)的理由至少具有与类型(2)所诉诸的理由一样强大的道德力量,但这些理由的表现形式不同,而且在强度上也有所变化。它们所共同具有的理念,与其说是所有的男人和女人生而平等,不如说是,如果一个特定群体的所有成员都以一种特定的方式对利益提出显见的平等要求,那么,一种分配这些利益的公平程序必定会(但却缺乏特殊的证成)产生平等的结果。假设每个人都赞同这种条件陈述(conditional statement)的真理性,若这一条件陈述要想毫无争议,就需要在其前提项中加入大量限定因素。理由(5)的平均主义的冲击力产生于这样一种主张,即认为,在一些重要的例子中,这个前提是真实存在的——例如,许多合作冒险中的参与者的确都对所创造的利益具有显见的平等要求,而在社会基本制度的情况下尤其如此。

我还遗漏了哪些支持平等的更进一步的理由呢?最可能遗漏的就是一种直接的实质性平等的道德理想。这种实质性平等是这样一种理念:一个让人们都同样过着富裕生活(正如通过某种适当的度量标准所确定的)的社会,就是因为这一理由而成为一个道德上更好的社会的。这确实是一种可以理解的甚至是吸引人的理念。但是,它在我们的道德思考中实际发挥了多大作用呢?我认为,上面讨论的从(1)到(5)这五种理由都不来源于这一理念。这些理由更为具体,而且具有独立的道德力量。我们一旦意识到这些理由的区别,刚刚提到的实质性理想还能保留多少道德力量呢?我自己的感觉是,在其他一些情况下,它可能是一个非常具有吸引力的社会理想,但是,它似乎缺乏平等理念在日常的政治论证中所具有的特殊的道德紧迫性,缺乏那种我认为可以从我所列举的其他理由中所衍生出

来的那种道德力量。

(二)

为了解释追求平等的这五个理由,我现在想要考察的是它们在罗尔斯《正义论》中的表现,以及它们是如何来说明罗尔斯观点中大量的平均主义内容的。首先,罗尔斯的差异原则要求我们将那些处于最不利地位者的期望底线最大化,这似乎运用了我所提到的第一个理由:对最不利者命运的人道主义关切。例如,使用底线最大化规则的论点似乎运用了这一关切的第一人称版本(a first-person version),它依赖于这一理念,即:存在着一些特定的“人们几乎难以接受”的结果,而且在原初状态的环境下,理性(的选择)就是首先关注(如何)避免出现这些结果,而与这些结果相比较,其他方面的获益则相对没有那么重要。^④ 像上面提到的关于平等的人道主义案例一样,如果最不利地位者的可能状况变得越来越可以忍受,而这些状况与境况较佳者的状况之间的差距保持不变,那么,差异原则的这一理由在道德力量上也会有所减弱。

然而,差异原则的情形主要还不是“人道主义的”。也就是说,它主要不是建立在同情最不利地位者的基础之上。罗尔斯的中心理念在于,他强调将社会的基本结构视为一个公平的合作体系,而正义问题所关注的,则是如何对这一合作体系的利益进行分享。继而,差异原则的情况依赖于对上述理由(4)和理由(5)的运用:对起点平等的需要是程序公平的前提(起点平等是程序公平的前提),而结果平等的诉求则是一种公平的分配模式。我们首先来看后者。差别原则的观点是分两个步骤提出来的:第一个步骤以平等分享这一公平的方式在参与生产的人们中间分配合作的成果,这是显见的事实(the prima facie case)。第二个步骤是这样一种理念,即:如果违背平等的

^④ 罗尔斯:《正义论》,麻省,坎布里奇:哈佛大学出版社,1971年,第154页。

行为可以让每个人的境况都有所改善,我们就没有理由反对这样做,只要(a)那些能够得到更大报酬的职位“在机会的公平平等的条件下面向所有人开放”;而且(b)这些不平等不会产生不可接受的歧视性烙印,将社会中的一些成员视为低人一等。

附属条款(a)具体体现了上述第四个理念,即:必须保持将(至少是一定程度的)起点平等作为程序公平的前提。至少当我们像罗尔斯所力图表明的那样,不把“机会均等”的理解仅仅局限于没有法律上的限制且没有实践上的歧视时,附属条款(a)能够做到这一点。^⑤而这一理念——至少保护起点的大致平等之重要性的理念——作为一种对可允许的不平等的限制和一种避免更糟结果的可能的反对方式,仅仅出现在一个附条之中。而这样的事实不应该被允许去模糊它在支持差别原则的正面例子中发挥的中心作用。这种中心性表现为,这一理念是罗尔斯针对一些他的分配正义概念的替代方案所提出一种主要反对理由的基础。^⑥例如,他反对他称之为“自然的自由体系”的放任主义正义概念,因为这一体系的运行随着时间的流逝会导致家庭财产上的巨大差异,结果使得社会上不同出身的人在接受教育的机会和参与经济生活的机会上,以及利用他们所拥有机会的禀性上,都存在着极大的差别。罗尔斯的两个原则情形的一个重要部分就在于下述事实:满足这两个原则的制度不会遭到这种反对,而且更一般地说,这些原则确保了一个纯粹程序正义体系的必要背景。

伴随着这一观点并且对这一观点作出补充的是这样一种理念,即认为,自然的自由体系之所以应该受到抵制,是因为它允许人们的

^⑤ 《正义论》解释了罗尔斯的这一意图,例如,第83—89页。人们很自然地就会将“机会均等”仅仅看作是对经济利益和具有特殊社会地位的职位的竞争。但是,为了实现上面理由(4)所提及的考虑,必须要保护政治领域中竞争的公平性。罗尔斯无疑相信并且坚持认为,只要满足了他的两个正义原则,这种(罗尔斯称之为“政治自由的公平价值”的)条件也将会实现,这一点非常重要。(参见《正义论》,第224—227页)。但是他并没有对差异原则所允许的不平等进行清晰的限定。

^⑥ 参见《正义论》,第72—73页。

生活前景被诸如幸运的家庭环境这样的因素所决定,而这些因素“从道德的观点来看是任意的”。这可以被看做是重申了我刚刚所总结出的反对理由:自然的自由体系是不可接受的,因为它允许人们的生活前景为“任意”条件下的竞争,而不是为“背景公平”条件下的竞争所决定。但是,我们也可以将它看做是对第(5)种理由类型不公平的运用:一种自然的自由体系是不公平的,因为那些对“出生的偶然性”十分敏感的结果,并没有对“自由且平等合作的社会成员”要求平等的主张作出回应。

因为分配给某一代社会成员的分配份额在很大程度上决定了下一代人的起点,所以,这两种考量(起点平等和分配份额平等)趋于融合。就强调对个人作为一个合作系统中的自由而平等的成员所生产的事物进行公平分配而言,理由(5)似乎处于特殊的中心地位;而当我们强调的是出生于特定社会地位的个体的公平性,他们的生产生活仍然是向前的,则是理由(4)开始发挥作用。罗尔斯无疑在不同的方面使用了这两种理由。它们相互补充,但在辩证的强度上有所差别。

正如我上面所提到的那样,公平要求平等分配份额这一理念的力量,依赖于一个在先的主张(a priori claim):我们所讨论的个人作为社会合作系统的参与者,具有同样的要求合作成果的权利。这是一种非常具有吸引力的道德理念,但作为一种支持特殊正义观念的论证之出发点,它也非常具有争议性。与此相反,使用理由(4)则首先依赖于一个更广泛共享的理念,即:如果获得所有物的过程是不公平的,那么,拥有所有物的合法性也会受到削弱。这种情况下的争议是关于公平性条件的争议:我们要提供何种最初状态,来使得一个过程所得到的结果不会遭到非议?关于这个问题人们确实存在着广泛的分歧,^⑦但是,也可能需要作出更大范围的内部论证(比如,论证如

^⑦ 我要为下面的主张进行辩护,即理解罗尔斯和诺齐克之间分歧的最好方式,参见S. 麦克姆林主编:《唐纳人类价值演讲集》的第二讲“选择的重要意义”,《唐纳人类价值演讲集》,第8卷,盐湖城:犹他州大学出版社,1988年。

何最好从共有的例子中推断,等等)。^⑧

让我们现在返回到“歧视性烙印”的理念上来。我在重申罗尔斯的差异原则时,用了一个附加条款表达这个理念:如果经济上的不平等给一些人打上了不可接受的歧视性烙印,使其低人一等,那么,它就是不公平的。当然,罗尔斯没有通过一个独立的附加条款来解决这一问题。取而代之的是,他提出了改善最不利地位者命运的方法,这种方法将“自尊的社会基础”也作为一个组成部分包括在内。因此,他的表述至少在形式上允许一种可能性,即:在这种福利维度上的损失可以通过其他优势得到补偿。我认为,这种表述上的差别在实践中不会带来多大的不同,但是,我先将这一问题作为开放待论的问题。^⑨ 对于眼下的目的来说,重要的是要明白,罗尔斯认为,它为个人的自尊提供了远比功利主义或“天赋自由体系”这样的替换概念更为安全的保护,并将它看做是其正义概念的一个重要特征。他强调说,提供这一保护的不仅是差异原则,而且还有他的正义第一原则,第一原则要求所有公民的平等地位,应该由他们所拥有的平等的公民政治权利和自由来确保。

罗尔斯的正义第一原则所要求的平等,就其表面看来是相对形式化的:它是要求所有的公民都拥有最广泛平等的基本自由的体系。就它只处理法律和宪法所指定的内容而言,这是形式化的。但是,罗尔斯也断言,差异原则的一个重要优势,就是通过保证几近平等的经

^⑧ 诉诸理由(5)所表现的更多的争议性特征,似乎可以反映上面提到的事实:因为理由(4)首先表现出同广泛结果的不平等之间的一致性,所以理由(5)代表着一种较强的平均主义理念。但是,一旦人们注意到,分配给一代人的利益影响着下一代人的起点,那么这种明显的差异结果就可能是虚幻的。罗尔斯式的理由(4)的版本并不是一种为我们所熟悉的、弱的平等机会理念,要求保证起点之公平的平等程度,确乎非常之大。这种观察使得理由(4)的平均主义结果更加严厉(stringent),而严厉的程度恰好是上面提到的对“竞争之公平基础”解释的分歧所在。

^⑨ 卢斯·夏福尔-兰道在讲座之后的讨论中指出,罗尔斯将“自尊的社会基础”纳入到基本社会善(例如分配份额的衡量)的列表中,这代表了将我提出的理由(2)纳入到理由(5)的一种整合。结果它强调的不是一般意义上的“歧视性烙印”,而是在社会地位指标分配上的平等,而社会地位指标则是基本制度定义和分配的事情。

济份额,来确保那些他称之为权利和自由的“公平价值”的内容。那么,这一理念就是,差异原则将是充分平均主义的,它确保了政治过程的公平性(见理由(4)的一个例子),并因此防止一些人对他人的权力行使至于不可接受的程度。

下面,我们就关于罗尔斯的这一简短讨论作出结论:罗尔斯的两个正义原则的观点,特别是第二个原则的观点,直接或间接地至少运用了上面所提到的平等理由中的四个理由,也就是从理由(2)到理由(5),甚或也包括理由(1)。但是理由(4),或者理由(4)与理由(5)的联合,显然发挥着最为重要的作用。这种强调公民作为一个公平程序的参与者的要求之做法,有助于解释为什么差异原则关注的是个人分享“基本社会善”(亦即他们合作的成果)的份额,而不是他们总体的福利水平之缘由所在。

(三)

我在第一部分所提出的反对不平等的第二个理由,建立在这样一种理念的基础之上,即:“对于人们而言,被视为低人一等,或者使其感觉到低人一等,是一种恶。”现在,我想至少以一种初步的方式来思考一些难题,这些难题涉及更为准确地确定如何理解这一反对理由。我对这一理由的最初陈述是谨慎而又矛盾的。它由两部分组成;第一部分认为,人们反对的是一种特定的对待方式(被看做是低人一等,或者没有“被同等对待”);而第二部分认为,这种恶来自于经验上的感知(使其感觉低人一等)。有两点需要进一步说明,即如何理解这种“经验的”组成,以及设想这种经验如何与基本的对待方式相互关联,从而提出我们所讨论的反对理由。

我们可以通过几种不同的方式来描述此处所指的经验上的恶之特征——人们心目中的确可能有几种不同的经验。让我们区分出两个宽泛的经验类型。第一种类型较为“个人主义”,以强调什么可以被称为对个人自尊感的损害为特征:就像低人一等的感觉,甚至从类

似那种认为一个人的生命、能力或成就缺乏尊严,或者远远不及其他人的信念中产生的羞辱感,等等。^⑩ 第二种经验类型则强调对人们之间联合性的损害:即可以被称之为由于人们在物质环境、成就和被赋予的社会重要性上的巨大差距所引起的情谊丧失的损害。与第一种经验类型不同,这是境况较佳者和境况较差者同样遭受的损失,或许它是这两者中较完全的平均主义损失。通过描述两种经验上的恶之特征的方式,我们还可以进行许多论述,但是,我在这里将不会追究这些问题。相反,我所关注的是这些恶相对于反对不平等的其他理由的独立性,以及要避免这些恶所面临的特殊困难。我将集中讨论刚刚区分的两种恶中的第一种,但是我认为,对于第二种恶,这一观点也同样适用。当然,一个人也很可能仅仅因为心理上的原因而忍受这些形式的令人不快的意识(例如低人一等的感觉和无价值感),这同一个社会的现实毫无关系。这(确实)是一种不幸,但是却不能作为反对社会制度的基础。只有当制度使人们产生这种令人不快的感觉时,才会出现这种反对制度的行为。让我们来考察一下制度可能这样做的三种方式。

第一,制度剥夺一些人(而不是其他人)的基本权利,使他们产生不快的感觉:比如,否认他们在公共场所自由行动的权利,否认他们政治参与的权利,或者,否认他们在竞争社会中其他有价值之职位的权利。受到这些方式对待的人一定没有被“作为平等者”而得到应有的对待。但是,这种情况主要反对的将是这些对待方式本身,而不是它们所引起的经验性的结果。所以我对这种情况存而不论。

第二,那些在其他方面并非不公的制度,仍然可能在对待某些人时,采用一些只能被理解为是有意认为这些人低人一等的方式。它可能是通过在他们的名字上贴上“不受尊敬的”标签,或者要求他们无论何时在公共场所遇到其他群体的成员时都要表现出屈从姿态。这些社会地位的标志显然是令人不愉快的,而我们反对它们的理由则基于这样一个事实,即:那些遭受这些形式对待的人们有理由觉得

^⑩ 参见罗尔斯:《正义论》,第440页。

这些标志使他们蒙羞或受到羞辱。

但是,同样的反对理由还可以应用到制度安排之中,尽管这些制度不以表达屈从为目标,但它仍然对部分最理性的公民所产生的低人一等的感觉具有影响。这是我提出的第三种情况。经济制度就是非常明显的例子。经济制度在财富和收入上造成了巨大的不等,以至于一些人感到耻辱和羞辱,因为他们必须以一种远远低于社会中大多数人视为最低的可接受度的方式而生活。还有一些非经济类的例子。例如,如果在一个社会中,几乎每个人都认为特定形式的成就具有非常重要的价值,而这种形式的成就虽然许多人都能获得,却并非所有的人都能获得,这样一来,如果有人没有在这些方面取得“成功”,他们就将被视为一种巨大的不幸。这些观点意味着那些人生成就不符合如此成就之标准的人,在许多重要的方面低人一等。从这个方面来看,这就像我提出的第二种情况;但并不是这些实践的观点(正如前面例子中那些实践的观点一样)使某些人低人一等。那仅仅是承认什么被视为有价值的成就和好运(good fortune)所带来的副作用。尽管这两种情况可能不同,但我在这里没有作出多大的区分,而是假设我所区分的第二种情况和第三种情况产生了反对我之前称之为“给社会地位差异打上歧视性烙印”这一不平等的理由。在本文的剩余部分,我关注的焦点将集中在以下问题上,即:我们是否能够且如何满足或避免这些反对理由。

首先来看一个我们所熟悉的、引起反对不平等的例子:我们社会中的种族歧视和性别歧视的现象。许多年来,女性和非洲裔美国人一直被那些能够获得各种形式成就的机会拒之门外。这些社会中备受尊崇的成就包括政治领导权、经济权力地位和显赫的社会地位,以及在学术、智识甚至艺术生活的许多方面取得受承认的成功地位。正如我刚刚考察的三种情况中的第一种情况那样,这种拒绝本身就是一种不公平的形式:授予这些地位和与之相关的报酬的过程是不公平的,因为女性和黑人没有被给予竞争的机会。但是,这种不公平不是唯一相关的恶,也不是我想要强调的那种恶。因你的种族或性别而被重要的机会拒之门外是非常不公平的,而且让人感觉受到了

伤害。但是,让人特别感觉受到伤害的是这样一个事实,即种族和性别通常被看作是缺少实质性资格的标志:如果存在着(或许没有被公开阐明)这样的假设,因为你不是一个白人男子,你就不太可能以那些被视为具有特殊价值和重要性的形式对社会及其文化作出贡献;那么,公平性上还是被打上了歧视性的烙印。

现在,我们假设这种情况中所有基础性的不公平性都被根除,每个人都拥有作为“平等者”竞争的机会。假设人们渴望得到的职位的数量保持不变,也不减少职位竞争者的数量,一些人(让我们假设是一个种族和性别上不同的群体)仍然会被拒绝获得这些职位,尽管他们“在起点上”没有受到排挤,没有被排除在竞争之外,但是,从某一重要的方面来看,他们同样因为身为女性和黑人这一原因而被职位拒之门外:他们被认为缺少相关的能力和造诣。我认为,这种精英阶层的歧视并非不公平:(1)它不是基于能力差异这种毫无依据的假设,而是建立在现实的、被证明了的差异的基础之上;而且(2)它并非毫无必要,而是服务于重要的社会目标。虽然如此,但正如托马斯·内格尔所指出的那样,^①这些在社会地位和对待方式中的结果性差异仍然要被视为可以引起反对的不平等。相关的恶正是我们一直在考察的那种恶:尽管不是不公平,然而这种精英统治可能会剥夺一些人稳定的自尊感——剥夺他们自己的价值感以及认为他们自己的生活 and 成就是有价值的这一信念。

诚如我所言,这种剥夺了一种自尊感的重要基础的恶,是一种重要的恶,它构成了我们所熟悉的各种歧视的基础。在这种情况下,我们设想这些形式的歧视已经被根除,但相关的经验上的恶仍然存在,并且可能在两个方面进一步恶化。首先,低人一等并不是一个迷信问题,它已经被公平的社会实践所证明。其次,如果能够通过一种战胜歧视的过程达到公平的精英统治,那么,这种历史可能对我们所讨

^① 《平等的对待与补偿性歧视》,载《哲学与公共事务》杂志,第2卷(1973年),再版为《偏好的政策》,《必朽的问题》。我的思想实验同迈克尔·杨的著名寓言也有着明显的相似性,见其《精英阶层的兴起》一书,哈蒙兹沃思:企鹅出版社,1963年。

论的报酬和成就的价值产生戏剧化的影响,并且会使那种没有得到这些报酬和成就的生活价值受到贬低。为了唤起被压迫者去斗争,为了触动其他人心目中的同情心和负罪感,人们自然就会不仅会强调歧视的不公平性,而且强调机会以及我们所讨论的各种形式的成就和得到承认的重要性,强调一种拥有这机会、成就和得到承认的生活与不具备这些成就的生活相比较所具有的巨大价值。这会使歧视的牺牲者不得不采取的生活方式受到谴责。克服这种影响代表着一种公平性上的成就,但是,我当前正在讨论的这种特殊类型的不平等所引起反对的结果可能非但没有任何减少,甚至有所增加。

我所追求的并不是人们应该“各就各位”的那种宿命论的主题,因为不平等不可能被消除,只可能被转移。我完全赞同消除歧视,减少不平等。我在此处的目标是理解不平等所涉及的恶之多样性。一个谴责我所描述的恶的平均主义者似乎是不可救药的乌托邦主义者,因为我们似乎永远也不可能避免产生这种恶的各种差别。试图消除恶似乎不但在经济效率和文化产品的品质方面,而且还在个人实现方面,都会带来许多无法接受的代价。个体的自然而然且合情合理的愿望就是发展他们的天赋,发挥他所意识到的能力。假设天赋是不平均分配的,那么结果就是一些人会不可避免地通过某些方式被迫同其他人区分开来,而这些方式会产生我一直所讨论的那些问题。我们可以把卢梭^⑫的观点解读为,他认为这是一种不可避免的甚至是悲剧性的冲突。然而,即使人们对于消除这一冲突并没抱有太大的希望,设想一些至少减少这种冲突的方式还是可能的。

一些人的成就和报酬会破坏其他人自尊感的基础,而破坏的程度取决于人们认为能力和成就的特殊形式所具有的突出重要性的程度。如果它承认和奖励的成就,在自尊的索引中没有良好的品性、公民的自觉以及对家庭和友人的幸福作出贡献显得重要,那么,即使是一个具有高度差别等级化的官员体系和报酬体系,也不会伤害那些

^⑫ 参见卢梭的《社会契约论》。但是,他似乎更关注所谓博爱(fraternity)的丧失,而不是我在此处所谓的对个人自尊的沉重打击。

没有在这些方面取得成功的人们的自尊。一个赋予这些品质以适当价值的社会,能够享有奖励成就所带来的好处,而不必忍受我在此处所谴责的这些后果。^⑬ 另一个策略是多样化。如果存在着许多不同形式的成就和区分,它们中没有任何一个,或者几乎很少作为社会衡量生活中成功的重要手段而发挥支配作用,那么,对于人们自尊感的威胁将得以减轻。罗尔斯和迈克尔·沃泽尔以不同的形式提出了这种解决方法。沃泽尔提出,^⑭如果存在着许多形式的不平等,而每种不平等都被限定在自己的“领域”之内,那么,这些不平等在某种程度上会互相抵消,而抵消的结果是可以接受的——甚至是合适的、值得期待的。另一方面,罗尔斯将社会的差别分割称为“不可比的群体”的区分,他说:

一个良序社会里的社团的多样性——每一个社团都有它自己安定的内部生活——往往降低人们前景差异的可见性,或至少会降低人们前景差异中那种令人痛苦的可见面相。因为我们往往会在我们的环境与一个相同于或类似于我们自己的群体中的人们的环境之间进行比较,或者,把我们的环境同那种在我们看来与我们的志向相关的人的境遇加以比较。社会中各种各样的社团往往会把社会分割成如此众多的不可比群体,而这些划分之间的差异性使人们不再注意他们之间的差异比较,正是这种差异比较使那些境况较差者的生活不安宁。^⑮

每一种提议如果被理解为对不平等的一般回应,似乎都无法令人满意;但是,如果以一种更为有限的方式,把它们仅仅当做是对我

^⑬ 这可能遭到反驳(正如理查德·德·乔治在这次讲座后的讨论中所指出的那样),因为人们在这些“道德收获”(moral attainments)中一定是不平等的,一个赋予他们卓越地位的社会,仅仅是精英统治的另一种形式,或许它在一些方面值得钦佩,但是却同样伤害了(甚或是更多地伤害了)它所谴责的人们的自尊。

^⑭ 参见沃泽尔:《正义诸领域》,纽约:基础图书,1983年。

^⑮ 《正义论》,第536—537页。

现在正在讨论的不平等的某个方面的回应,那么讨论的余地就很大。例如,沃泽尔提出将“复合平等”作为解决不平等问题的一般方法。他认为,只要每一种物品都根据适合它的标准进行分配,那么,财富、权力、声望和其他物品方面的不平等就是可以接受的,不允许任何一种物品“宰制”其他物品,诸如,用金钱购买权力、声誉、医疗保健等等。除此之外,他通过否认存在每个社会都必须满足的一般正义标准,强化了他的这一观点。他的两种学说——[正义的诸]“领域”学说和相对主义论点——都受到广泛的批评。但是,如果我们将复合平等的理念仅仅看做是一种缓和存在于保护自尊和承认在能力、成就方面差异的必要性二者之间冲突的方式的话,那么,它仍是非常具有吸引力的。这样一种主张非常具有说服力:解决这一问题的最好途径不是尽力使差别最小化,而是鼓励一种健康的、多样化的差别,通过被确定为那种真正发挥作用的差别形式,来尽力确保没有一种(或几乎没有一种)差别“宰制”其他的差别。

与此相似,罗尔斯的不可比群体的理念也遭到批评,因为它被看做是一种隐藏不平等的方式,它使那些不可接受的不平等变得似乎可以接受。但是,罗尔斯假设,我们所讨论的不平等已经满足了正义的原则:它们在差异原则所要求的方式上是合理的,而且机会均等的条件被假设是能够满足的。人们所欠缺的不仅仅是具体善物分配中的公平性:他们还欠缺一种维持他们自我价值(用罗尔斯的术语来说就是自尊)感的关切,而且,正如我在前面所主张的那样,这是他们人生经验的重要品质问题。他们是否能够合理地感觉到自我价值的丧失,发挥作用的 not 但是 他们所知道的现存的不平等,而且也是那些不平等表现在他们生活中的方式。那么,只要这种关切继续存在,不可比较群体的设计装置就可能是一种完全合适的设计装置。

以前我就提出,我在这一节一直讨论的特殊的平均主义关切——社会地位差别的歧视性烙印问题——是反对不平等的一个有力的动力源泉,也是比我所列举的大多数其他理由更为纯粹的平均主义的源泉。我从来没有怀疑过这一动力的强度。保护一个人自尊之基础的本能,以及反对危险这一平等的本能,在今天的世界上是一

股强大的力量,它不仅支持人们为争取更大平等而斗争,而且我认为,它还支持着各种形式的民族主义和本土主义、宗教的原教旨主义、种族主义和宗教偏执。例如,一般认为,许多白人男子都将种族平等和性别平等的学说视为对他们立足点和自我价值感的威胁。

需要声明的是,这些反应尽管是真实的,但是并不合理,因此不能支持我一直讨论的反对理由。在其他情况下,丧失自尊的合理感觉可能是应得的(deserved)。因此,也就不会引起人们的反对。^{①6} 于是,应该申言的是,平等应该是这样一种制度,它为其成员提供充分的保护,使他们避免出现那些合理的但却并非应得的丧失自尊的感觉。

本文的结论是:缓解困境,避免给社会地位的差别打上歧视性烙印,避免一些人对另一些人的宰制,以及保护程序公平的条件,这些都是基本的和重要的道德价值。在思考平等原则的框架之内,他们为消除各种各样的不平等提供了充分的理由。对这些因素的整合至少可以解释平等在我们的政治思想中所具有的大部分重要性。它们或者可以说明全部重要性,或者可以在实质性平等的进一步的道德理念中发挥重要作用。但这种理念确切来说可能如何,我们依然不甚清楚。

^{①6} 参见本文注释^⑬。

十二 惩罚与法治

本文将讨论卡洛斯·尼诺(Carlos Nino)在其有关惩罚哲学理论的若干著述中所讨论的中心议题,该议题与建构一种能确保法治和为过去人权滥用的受害者提供救济的法律秩序这一难解的经验与政治性问题有关。卡诺斯·尼诺在将哲学学术成就与这一难解的政治问题所作的重要而大胆的贡献相结合方面做得非常出色。我与他的初次接触起因于他向《哲学与公共事务》(*Philosophy and Public Affairs*)杂志提交的题为《一种合意惩罚理论》(*A Consensual Theory of Punishment*)的论文,那时我是这份杂志的副主编。在这篇文章中,他试图为避免报复主义的刑罚提供正当性论证,与此同时,他也解释了一套刑罚制度为何不能仅仅因为建立在其威慑效果的基础之上而称其为正当。在我看

来,这是一篇读起来振奋人心的论文。我对尼诺的理论主旨深表赞同,尽管我认为,其中存在某些相当微妙的方式会使人们因此而误入迷途。我们就这些问题有过一次简短但令人兴奋的通信。现在回想起来,对于像我这种在没有竞争的学术圈中度过成年岁月的人而言,确实很是令人惊奇。在尼诺的论文中讨论的这些看似学术的问题,包括那些我们不会赞同的相当微妙的观点,事后却被证明具有非常重要的现实价值。

对惩罚问题的哲学反思主要集中于两个普遍性的问题:惩罚的正当性证成和对惩罚的合法性运用的限度。这种理论反思至少与我们下面讨论的四个方面的实践问题有关:

(1)它与禁止追究既往的惩罚之解释和根据有关;

(2)更一般地说,它与罪犯的精神状态这一法律上的罪行成立前提有关;

(3)它与容许选择性惩罚有关,例如,尼诺在《耶鲁法律评论》上对黛安·奥伦特里奇尔所作的回应中陈述,只有那种报复主义理论才会要求惩罚所有那些被认为犯下罪行的人,^①他辩称,即使在惩罚属于罪有应得的情况下,所有其他观点也都留下了可能性空间,此外,惩罚也可能由于其他原因,包括出于政治需要而被弃而不用;

(4)最后,对惩罚问题的哲学反思与解释和受害者提出的主张——对加诸其上的不正当行为作出法律回应——的合法性有关。

在开始哲学理论的讨论之前,先让我们区分在有关惩罚的争论中引用颇多的四种道德理念。我们需要记住:在某一惩罚制度的基本原则中,或者,在某一个案中执行惩罚的理论基础中,它们各自在何种程度上扮演何种角色。

第一种理念是**报复**的理念。我将把报复主义视为法律惩罚的基本原理中的一种理由。据此,首先,那些犯下某种道德过失的人,结

^① 尼诺:《对过去滥用人权行为进行惩罚的义务须依情况而定》,《耶鲁法学评论》,第100卷(1991年),第2619—2640页、2620页;对黛安·奥伦特里奇尔《确定理由:起诉前政权侵犯人权行为的义务》(《耶鲁法学评论》,第100卷(1991年),第2537—2615页)一文的回应。

果他们自己遭受某些损失,这在道德上是件好事;其次,使得福利与应得(desert)相一致,这是有关惩罚的法律制度的正当性问题的核心部分。从这种视角看来,让犯下罪行的当事人遭受损失有着很好的道德理由,而这些理由又足以证明有罪一方的遭罪是正当的,同时也证明了让导致此种结果的其他人付出代价是正当的。在此讨论的罪行和损失补偿的原因可在一种额外制度(extra-institution)(即是一种道德的而非法律的制度)意义上得到理解。由此,可以从这种视角区分出报复主义,因为刑法制度被认为正当是建立在其他基础之上的。我们有理由认为,那些犯有法律上的过错的人当受法律上所规定的惩罚。

尼诺坚定地驳斥将报复主义作为惩罚的正当性证成理由,在这一点上,他与当代主流哲学和法律思想刚好一致。对这种普遍拒绝的原因解释,并不是一种关于道德罪过或道德证成理念的怀疑主义,而是一种或两种更深刻的理念。第一种理念是对道德应得这一概念的拒斥。从道德上来说,那些犯有道德罪过的人应受惩罚,至少在这一主题形式下是件好事。第二种理念是认为,即使这一论断被接受,它也不能成为证成一种政治制度的恰当基础。一种剥夺某些公民的权利、将痛苦加诸公民身上的制度性实践,不能仅仅基于以下根据——即它使公民的命运与其道德应得更加一致——而证成其正当性。我本人接受上述这两种理念,因而也赞同尼诺拒斥报复主义。^②报复主义的中心议题使得我们俩深感迷惑,诚如赫尔伯特·哈特(Herbert Hart)所言:“有一种神秘的道德魔力,人们用这种魔力,使道德之恶与受罚之苦这两种罪恶转化成了善。”^③

然而,人们很难轻易避开诸如报复主义这类东西。在阿根廷的国家语境中,报复主义受到许多人的欢迎,因为在他们看来,报复主义似乎为我所提出的四个问题提供了正确答案:它解释了为何追究

^② 这一反对意见的理由与刚才论述的相近,尼诺在其著述中作了明晰的解释。见其《审判中的极端罪恶》,纽海文:耶鲁大学出版社,1996年,第4章。

^③ H. L. A. 哈特:《惩罚与责任》,纽约:牛津大学出版社,1968年,第234—235页。

既往的惩罚是正当的；它确认了刑讯逼供者与绑匪因其行为罪恶而应当受罚；它为坚持所有这类罪犯都必须受到惩罚的论断提供了基础；从而它解释了那些受害者家庭所提要求——对他们及其所爱之人的遭遇作出某种回应——的合法性。

当然，可以替代报复主义，成为惩罚之基本原则的主要替代物是威慑(deterrence)。这是拥有一套惩罚体系的首要理论根据，与此同时，它也为在个案中仅仅间接实施惩罚提供了基础。在某一个案中实施惩罚，只有当其为某一制度所要求时方为正当(出于对威慑效果以及其他可能的考虑)。^④ 因此，当惩罚被适用于某一过去的犯罪行为时，其理论根据在于，人们希望可能的犯罪行为在将来不会发生。由此，我在本文所引述的案例中，威慑解释了对这种需要的吁求。首先，惩罚侵犯人权者的一般实践——即使他们的行为得到了当时的法律和政治秩序的许可；第二，证明在特殊案件中实施惩罚的正当性时，任何这类制度都必须具有这种威慑。

从另一种道德理念的视角来看，这种未来取向使得单纯的威慑理论似乎不够充分，我把这种威慑理论称为对受害者感受伤害的意义认可。这一理念在惩罚哲学理论中讨论不多，但却在我们现在思考这一主题时发挥着重要的作用。^⑤ 我担心它是一种相当模糊的理念，因此，我将尽量在下文中加以澄清。但我部分的目的只是引起人们注意：重要的是要理解这一理念，并审查各种将其融入一套更庞大的惩罚理论之中的可能的方式。

在阿根廷案例中，此种重要性尤为明显。在该案例中，关键性的政治因素是受害者群体的压力。诸如在玛雅广场实施屠杀的群体应该遭到报应。实际上，正如尼诺在《审判中的极端罪恶》中所指出的

^④ 威慑论者可能不会同意这一主张，即：在个案中调整处罚时需要考量威慑是否应当被纳入考虑范围，有些人可能坚持认为，这在任何一种有效的制度中都是必要的，而另外一些人则将其视为提倡一种专断的不平等形式。

^⑤ 这一点得到了约耳·费因伯格(Joel Feinberg)的认可，参见约耳·费因伯格：《惩罚的表达功能》，见论文集《行动与应得》，普林斯顿：普林斯顿大学出版社，1970年。

那样,杀人者和临时政府的多数成员都坚持惩罚的报复主义立场,尽管他们确实用它得出了相反的结论。^⑥ 杀人者们认为,参与这场肮脏战争的每个人都有罪而应受惩罚;而将军们则坚持认为,他们中没人应受惩罚,因为他们所做的在道德上实属正当。在反对者之间达成一致不足为奇。双方之所以都诉诸报复主义,是因为他们都试图寻求一种稳妥的超越法律的标准。在那些将军们看来,无论法律可能如何,他们的所作所为在道德上都是正当合理的,不应受到惩罚。而在杀人者们看来,无论法律当时可能如何,这些行为在道德上都是罪恶的,因而应该受到惩罚。双方之间的共同策略都表明,在他们同时强调额外的法律标准时,报复主义理论的基本原则与法治理念之间存在某种张力。

尽管存在这种张力,如果报复主义是唯一充分地涵盖认可理念的惩罚理论,这似乎也能够解释对道德的充分性(moral adequacy)的要求,甚至更为可能的是,这将给予报复主义以现实的政治力量,特别是在20世纪80年代的阿根廷那样的一种戏剧性的情境之下,情况更是如此。当然,在美国所发生的稍显冷静的关于犯罪的争论中也同样如此。

因此,值得追问的是,我们是否可以承认,像玛雅广场的屠杀行为在报复主义理论之外仍然是合法的(但却是以一种更为温和的形式承认这一点)。这也解释了人们提出的一个更一般的建议:哲学理论可以通过帮助人们区分各种使人们能够理解大众要求的方式,为现实的政治作出贡献。

人们有时也引用另外一种直觉来支持报复主义,该直觉是这样一种广泛的感觉:如果那些犯下骇人罪行的人好像什么事都没发生,仍然像正常公民一样继续生活,那将是一种严重的错误。例如,在阿根廷案中,那些命令并执行绑架、刑讯、谋杀成千上万公民的官员却被允许作为阿根廷社会受人尊敬的成员而继续生活,许多人对此表示愤慨。我亦抱有此种直觉,但我并不认为它所支持的主张可以被

^⑥ 尼诺:《审判中的极端罪恶》,第4章。

恰当地称为报复主义。骇人的不正当行为得到某种恰当回应的承认,当致害者不因其罪行而受影响,却被当做受人尊敬的公民一样对待时,这些不法行为的受害者实则遭到了贬低,这一点非常重要。但是,使得确认这些不法行为成其为适当的原因,与其说是令作恶者一方受难或受损,毋宁说,此种承认的缺失将反射出社会对不法行为及其受害者的漠视。至关重要是承认而非受难。当然,从理想状态上来看,人们希望这些实施罪恶的人自己认识到其所犯下的罪行,并对此表示忏悔。这将是痛苦的,但并非使其成为可欲的那种痛苦。

就像报应一样,认可亦是对过去作出回应的一个目标,而且它首先致力于每一个特殊案件。但它同时也为拥有某种制度提供了理由,在这种制度下,受害者的特殊要求能够得到承认;同时,也为这些要求的公开表达和回应提供了一种形式。^⑦ 拥有此种制度同样与威慑的目的相关,但这是根据阻止未来犯罪的一般认识的理解,而非出于威胁报复的狭隘认识。^⑧ 那些罪行的认识得不到法律承认与肯定的人,对法律更少尊重,也将更少投入其中。因而,缺乏认可也支持了尼诺所谓的失范状态(anomie),即缺乏对法律的尊重和愤世嫉俗一类的正义感,这正是阿根廷社会的主要问题。而对认可要求作出恰当的回应,则可以减弱这种危险的趋势,从而在那里建立法治。正如尼诺在其精妙的民主政治的著述中所强调的那样,在一次审判进程中,公众所扮演的角色,以及公众围绕其所展开的讨论,可能会起到这样一种关键性的积极作用。人们可以希望,在布宜诺斯艾利斯联邦法院有关军政府成员的引人注目的审判,将引导更广大人民的公共承诺走向法治。这些当然都是我们最好的希望之所在。

我已经提到,认可是一种价值,同时我也提出,认可也是公民向一种法律制度所提出的合理要求。一般说来,一种未能对此种要求作出回应的法律制度不太可能长久存续。然而,我并非暗示着受害

^⑦ 尼采强调,刑法制度的重要功能之一是赋予受害者的意识以明确的形式。参见尼采:《道德的谱系》第二篇,第10—15节。

^⑧ 尼诺将这种更一般的观点称为“预防主义”。参见《审判中的极端罪恶》,第4章。

者享有此种权利,即:要求伤害他们的人都受到惩罚。一般而言,一种防御性的法律秩序必须确定并保障公民的权利,但这并不要求每一个罪犯都受到惩罚。例如,在这起关于肮脏战争的犯罪案件中,对决策者和僭越命令界限而犯私人罪行的人(在奥冯辛[Alfonsin]案例中的前两类人)的起诉,^⑨即使并非要求每一个作恶者都说明理由,也代表了对每一个受害者所受伤害的适当承认。还有一种可能,在此我不能深入探究,即:对不法行为的认可这一合法要求,可以经由惩罚之外的其他途径来得到满足——例如,通过公共当局给予某种形式的承认和宣告。^⑩

最后,我将提及第四种价值或价值范畴,我称其为公平(fairness)。对公平的考量并不为拥有一套刑罚体系提供正当性理由,但却为坚持此种体系应归于某一类型的主张提供了一组理由。大体上,公平可以为此种观点提供理由,该观点坚持认为,在一起特殊案件中,在如果不惩罚将显得不公平且专断的范围内,考虑到其他人因相似罪行而受到惩罚的事实,应当实施惩罚。

在这方面,公平似乎与报复主义存在关联,甚至以它的某种形式为先决条件。它似乎预先假定,报复主义在公平理念诉诸的范围内,同样的惩罚应当适用于应该得到相同惩罚的人。但这并不需要我在此讨论的严格意义上的报复主义,因为公平无需诉诸一种前制度(pre-institutional)的意识,即以道德应得作为相关的标准。尽管如此,公平似乎与报复主义在某一点上有关,即:它暗示了我的第三个问题——出于政治原因,容许惩罚某些罪犯,而非其他人——的答案。

卡洛斯·尼诺认为,选择性惩罚可以出于政治需要而得到辩护。

^⑨ 尼诺描述了这些类型,它们由奥冯辛(Alfonsin)于1983年8月在阿根廷联邦法官学院所作的一次讲座中首先提出,依下列各项:“a. 镇压并随后建立秩序的人;b. 超越秩序,受残酷、反常或贪欲鼓动的人;c. 严格遵守秩序的人。”《审判中的极端罪恶》,第63页。

^⑩ 正如约基·柯乐雅·苏提尔就智利一案所作的论辩,参见《对过去侵犯人权行为的处理》,载《圣母玛利亚法律评论》,第67卷(1993年),第1455—1494页。

正如我已提及的,他认为,只有一种报复主义的惩罚理论才会要求惩罚所有他们认为犯有某项特定罪行的人。他声称,即便是在惩罚确属应得的情形下,也为其他理由留下了可能的余地。此外,出于政治需要之类的原因,惩罚也可能被忽略。与此相反,有人可能主张,出于无须以报复主义为基础的公平考量,人们至少在正常情况下可以反对选择性惩罚。然而,在这里我们仍然需要论证,基于政治需要的理由而实施的不平等惩罚并非不公平(即便其他种类的出于政治原因的差别性惩罚也是如此)。在此,我无意继续阐述这一论证。我论证的要点是,这是另一类案件,其考量的道德意义似乎基于(因而也支持着)报复主义,而事实上,人们可以基于其他根据来解释报复主义。

在上文中我已经提出,建立人们尊重法治的重要一步在于,确保人们对“从一个法律制度中能够要求得到什么”这一问题具有一种正当感,同时使他们把法律制度看做是能够提供此类好处因而是有其价值的。从这种观点看待惩罚的各种可能的基本原理,我们可以提出这样一些问题:他们认为这一问题的答案有哪些?公民能够对一种刑法制度提出哪些合理的要求?

我已经提出,他们要求报应并不合适。但他们能向一种法律制度提出这样一些要求:

- (1)该法律制度能有效威慑私人犯罪;
- (2)该法律制度认可他们的权利,并给他们提供一种倾听[法庭]申诉其受到伤害的机会;
- (3)该法律制度是公平的;
- (4)该法律制度能提供安全保障。

创造强制性惩罚措施旨在强化刑法的执行,这种创造包含一种强制和暴力之潜在危险。即使这对反私密性罪行可能确属必需,守法公民同样有理由要求确保他们不会受到这种罪行的攻击。

安全问题将我引向惩罚哲学的第二个方面:从惩罚的正当性证成转入对运用惩罚的限制。刚刚提到的这种安全乃是守法公民的安全,但这一理论问题却是,为何违法者的安全就不那么重要呢?当我

们不允许以此种方式来“利用”这些惩罚时,为何我们允许将损失加诸违法者头上以威慑将来的犯罪?威慑本身的目的没有给出答案,因为将网撒得更宽,把损失一并加诸作恶者与无辜者的头上,可能具有更强的威慑效果;人们也可以声称,这最终会使得每一个人都更加安全。此种情形实际上赋予了“反颠覆的肮脏战争”(dirty war against subversion)以这种正当性的证成,而它们是一种令人心寒的暗示,即:此种论证并非仅仅是一种陈词滥调。这一点对奥冯辛政府而言至关重要:因为他们极欲避免的事情之一,便是临时政府对其政策的拙劣的权宜主义辩护,他们需要为决定谁应当因那时所犯罪行为而受到惩罚提供一个原则性基础。而仅仅出于对威慑将来的此类行为的重要性的吁求就更是他们的一种权宜之计。

报复主义者对这一问题给出了一个答案:惩罚违法者是正当的,只要是在他们犯有道德过错而应受罚这一范围内。报复主义论者也可能进而认为,我现在论述的问题,正是仅仅寄望于用威慑取代报应这一惩罚的正当性道德目的的自然结果。

尽管如此,尼诺和其他许多人(包括我自己)还是反对报复主义,所以,我们还需要寻找其他答案。尼诺的答案是由他的同意之惩罚理论提供的。根据这一理论,那些罪犯因此同意承受由他们行为所带来的规范性后果。这种同意为“许可”惩罚提供了关键性的要素,即便它没有证明它的正当性或者并没有要求这种惩罚。接下来我将更详细地审视这一理论。

沿循赫尔伯特·哈特的路径,尼诺指出,有相当广泛的案件并不限于惩罚的范围,其中由行为暗示的同意具有一种特许的效果——换言之,它们使那些原本是严令禁止的其他行为变得可允许了。^①他提到如下两类特殊案件:第一类是关于法定合同的案件,签订一项合同,也就意味着同意赋予其以强制执行力,从而剥夺了当事人在其

^① 卡洛斯·尼诺:《一种合意惩罚理论》,载《哲学与公共事务》杂志,第12卷(1983年),第295—296页。参见H. L. A. 哈特:《惩罚与责任》,尤见《惩罚原则绪论》和《法律责任与宽恕》。

他方面所享有的某项自由。第二个例子是在侵权案件中的风险承担。在这类案件中,某人自愿从事某一危险行为,也就允诺拒绝因伤害引起的救济。尼诺说到,要使某一行为以某种方式“暗示的同意”产生特许效果,该行为必须是自愿的,而且代理人必须知晓他(她)的行为的法律后果。例如,知道他(她)将放弃某些法定要求或者豁免。^⑫

这种同意(或者由行为暗示的同意)的理念,在合同案件中比在风险承担案件中更为恰当。尼诺论及的知情条件,在后一种情形中并不适用:一个人为了以一种具有法律之重要意义的方式“承担一项风险”,的确不必知道侵权行为法。即便在合同案件中,从字面上理解时,要求代理人知晓他(她)的行为的法律后果,这似乎也显得过于苛刻。但是,似乎合同的一方当事人必须打算并相信,他(她)是在放弃某些法律权利(无论他或她是否必定准确知晓这些权利是什么)。这样,谈及同意才是恰当的。然而,在风险承担案件中,人们所谈的即便是对某一法律的后果的暗示性同意,也将是一种对规则的曲解或滥用。在这两类案件中,我们都可以说某些权利被放弃了,或者某些将来的要求被中止了,但在我们这么说的时候,我们仅仅是在重申法律的后果,还是在说更多的一些东西呢?

在我们试图寻求惩罚的案件中使我们倍感迷惑的那些问题的答案时,如果这些例子确实切中要害,而非仅仅是就相同问题罗列的一些更进一步的例子,那它们就必须解释,为何防御性的法律制度必须采用某种特殊形式,例如,损失的某种法律免责取决于暗示了某种同意(或诸如此类)的行为。为了提供此种解释,我们需要诉诸某些制度外的价值,例如,道德功过这一制度外理念建立在报复主义的确立之上。而我们应诉诸何种价值呢?

从道德上来说,一种可能性是这样一种理念,即:人们同意具有一种特许效果。这或许正是尼诺所想。他写道:“描述这种情形的

^⑫ 卡洛斯·尼诺:《一种合意惩罚理论》,载《哲学与公共事务》杂志,第12卷(1983年),第296页。

另一种方式,是说同意某些法律的规范性后果,也包括道德的规范性后果。例如,原则上,某个人同意承担某项法律义务,他便负有道德义务去承担该项法律义务,而这恰是那种义务的目的。”^⑬此处诉诸的不是道德功过的理念,而是一种道义论的理念,即:人们的行为是怎样影响他们凭借道德授权而能(从道德上来说)向法律制度要求的。但是,在这一理念的范围内,包含着一种强烈的同意观念。在我看来,这在合同中比在侵权或者惩罚中更为适用。

一种替代性选择,或许不是诉诸同意与权利的道义论理念,毋宁是这样一种价值:人们将其合理地置于对发生在他们身上的事情所进行的某些形式的控制之上。它们是评价法律制度时必须考虑的因素,因此,我们有理由对这些控制形式作出评价。这类因素在尼诺论及的两类案件中扮演着不同的角色。

在合同案件中,控制的价值既有积极的一面,也有消极的一面。就积极方面而言,它是合同法赋予当事人的意志以效力的主要目的。为实现此一目的,它必须确保某一依赖于代理人的信任与意图的行为的法律规范性后果。而就消极方面而言,此种依赖严重削弱了这样一种情形,即:某人抱怨接受的某个心照不宣并且出于自愿的合同:如果他(她)不愿受其约束,他(她)尽可简单地不予同意。为了找到一条出路,法律为我们提供了一种至关重要的保护方式,以对抗多余的义务。

侵权行为法有着不同的目的:补偿人们所遭受的损失与伤害。上面论及的案件,其积极部分不适用于侵权案件,但与其消极部分相类似之处则依然适用。侵权行为法被认为是保护我们免受伤害和损失,但对我们所要求的保护还存在一些限制。简单地通过避免那些看似非常危险的行为,以获得避免损害的机会,我们就已经拥有了一种保护我们免受损害的重要形式。确实,这是我们能够合理要求的保护。

^⑬ 卡洛斯·尼诺:《一种合意惩罚理论》,载《哲学与公共事务》杂志,第12卷(1983年),第296页。

这一理由解释了,为何尼诺强调的某人行为的法律规范性后果,在合同案件中比在风险承担案件中意义更大。在第一类案件中,创造反映当事人意图的法律规范性后果是法律的核心目标(这是对控制的价值的“积极”吁求)。所以,知情或者诸如此类,有着一种自然的适当性。^⑭然而,控制仅有的消极价值尚在争论中,这与代理人意志的陈述关系不大。既然问题在于,此人是否获得了避免损失的机会的保护,因此,与之相关的,也就并非此人知道他(她)的行为的规范性后果,而是通过注意运用一种适度标准,他(她)可能知道它的可能性结果,以及选择性行为过程的有效性。

以所有这些作为背景,然后让我转向惩罚的情形。在尼诺看来,罪犯行为的暗示性同意的特征使惩罚得到许可,但是,这并不能证明它正当。换言之,一个法律制度包含着这样一种要求,即:惩罚只能加诸此种人之上,他们自愿(可能有意)侵犯了一种使得那一制度获得道德正当性的必要而非充分条件。同时,一种暗示性同意行为的出现,是惩罚被正当地适用于某一特殊案件的必要但并非必要的充分条件。因此,这种同意理念,填补了上面所讨论的惩罚的正当性证成问题的“缺口”。尼诺对正当性问题的更充分的解释现摘录如下:

如果惩罚依附于某一正当性义务,如果它所涉及的权威是合法的,如果惩罚夺去了个人可以转让的财物,如果那是一种保护共同体免受更大伤害的必要而有效的措施,而个人又自由地同意很有可能受到的惩罚(在知道放弃豁免乃是其必然结果的前提下作出一种自愿的行为),则为执行惩罚的相关法律权利提供了首要的道德正当性证成的根据。

道德证成预先假定的分配原则,与论证合同所确保的利益与负担的分配,以及当随着某一侵权行为加诸同意的受害一方

^⑭ 甚至在此这也是一种过于强烈的要求,但我在此不再详述。诚如我所说的,合同当事人似乎必须至少打算并相信他(她)是在实施一项具有规范性法律后果的行为。

而产生负担时,侵权行为法所实现的分配相同。这种证成理由当然预先假定了某些已经得到满足的条件。第一,受到惩罚的人必须已经能够避免这种可能负有义务的行为(这排除了纯粹的社会保护可能允许惩罚无辜者这种罕见情形);第二,个人必须在已经知道相关真实性质的情形下完成行为;第三,他必定已经知道,其正在承担的遭受惩罚的义务是这一行为的必然结果。这显然意味着,他必须具备法律知识,同时,也禁止强迫接受追究既往的法律。^⑮

我同意这段解释的大部分内容。特别是用像同意这样的理念,去填补除去道德功过后留下的逻辑缺口,这一点非常吸引人。然而,我想提出两个相关问题:一是根据尼诺的同意概念而必需的知情要求是否过于强烈;二是潜在的道德理念,解释了在其他事物之间,从同意的观点或其他方式看来,追究既往的刑法之可容许性问题是否最好理解。

后继政府在惩罚前任政权下的侵犯人权行为时所面临的问题,恰好提出了知情问题。我们可以认为,政变是一种失控事件。可能并不是发动政变的人被他们自己的花言巧语所说服,相信过去的法律已被一扫而空,从而赋予他们完全的法律权力,去做他们所认为的恢复社会秩序所需要做的事情?如果他们确实相信如此,因此不知道他们的行为具有使他们负有受惩罚的义务这样一种规范性后果,这是否为反对后来的指控提供了辩护理由?

我不能断言,阿根廷临时政府成员案件这件事的事实如何。乍听起来,他们似乎被说服相信他们的所作所为是道德的、正当的。也许他们还认为,他们的行为是为法律所允许的;当然,也可能不会。也许至少直到最后,认为继任政府确实可能主持制定“自我特赦”(self-amnesty)法时,他们也完全没有对合法性问题给予太多关注。

^⑮ 卡洛斯·尼诺:《一种合意惩罚理论》,第299页。

然而,我所关注的问题是,他们受惩罚的义务是否取决于他们对这一问题的精神状态。

无论那起案件的事实如何,这一一般性问题依然存在,而且为更多单调的例子提出来。例如,那些过于自信的法学院毕业生,他们坚信已经找到一条无需承担谋杀甚至屠杀的罪责,即可杀死烦累的配偶的路径。而他(她)为支付法学院学费干着单调乏味的工作。这种精神状态似乎并不能构成辩护理由。

与所有这些案例相关的,并非代理人知道他(她)的行为的法律规范性后果,而是代理人通过运用适当注意,有合理的理由相信这些后果。这表明,这些案例的潜在价值与其说是同意的道义论许可权力,毋宁是具有避免与法律纠缠的公平机会这一价值——与我上文讨论的消极地诉诸控制的价值相类似。过于自信的法学院毕业生与真实的和想象的临时政府成员都拥有此种机会。^{①6}

接下来我想做的,是遵循卡洛斯·尼诺在填补对惩罚的非报复主义解释的缺口时所运用的策略,但降低他精确地诉诸同意的重要性。^{①7} 这一策略在一种令人难以置信的方式上,具有这样一种风险,即减少民法与刑法的差别。如同尼诺诉诸的同意的道德理念,这不是一种道德功过的理念。但是,在它作为代理人真实的精神状态这一事实范围之内,它与犯罪的那一方面之间保持着某种关联,即刑法与刑罚的恰当适用:精神状态将罪犯与守法公民区分开来。在从同意向避免惩罚的公平机会的转变过程中,我们也从代理人的精神状态转向罪犯享有的仅有的利益,由于它,他不得反对受到惩罚。结果看来,这似乎是对刑法中的精神因素的一个冷漠甚至充满辩解的解

^{①6} 有一种观点以特别明晰的方式表明,侵犯人权产生的法律责任可能废除宪法中通过“戒严”宣告中止基本自由的条款。这一意见可能被认为不切实际,但是此类条款(除了为行为提供合法外表以外,实属不应当)表明,甚至那些法律自己承认的民事自由也只有在“繁荣时期”才能享受,从而招致某种玩世不恭。

^{①7} 我曾提出过一个类似观点。参见《选择之重要性》,载 S. 麦克姆林(S. McMurrin):《唐纳人类价值演讲集》(第 8 卷),盐湖城:犹他州大学出版社,1988 年,第 151—216 页。

释,在某些地区发生的此类事件,给了像我这样的自由主义者一个坏的名声。

报纸主笔和脱口秀主持人可能会说,这种惩罚观如此关注罪犯的权利,以至于忽略了受害者的要求。我可以通过重复下述观点,赋予这种反对以一种更具理论性的形式。此即我先前提及的,公民能够向某一法律制度提出的合理要求是:确认其权利,特别是他们受到伤害的意识。对于这点,我将稍作补充。一个确认某个受害者的意识受到伤害的制度,必须谴责造成此一伤害的代理人,而要确保这样做是恰当的,其中的精神因素必定超出仅仅具有避免此种惩罚的机会这一范围。

在此,重要的是应当记住,尼诺或我所说的种种因素必须结合在一起,才能使惩罚获得正当合理性。同时也应承认,上述因素在证成惩罚的正当性时具有不同的贡献。

有一种观念认为,正当的惩罚必须是针对那些至少在两种意义上受到某一惩罚理论的适当谴责的事情的。首先,一种防御性的刑法必须确保受害者有资格享受的保障,同样,罪犯不能对自己被排除在外持任何异议(除非这一法律会用令人无法容忍的方式来剥夺他们的自由);其次,在此意义上,存在某类不正当地侵害受害者的行为,乃是以惩罚的强力作出符合法律目的的行为之必要条件。在此,某种“精神因素”是重要的。它以某种具有特定意图,或者忽略某人的行为后果这种不计后果的形式表现出来。而伤害如果不可避免,则并不构成不正当的侵害。

存在一种不正当的侵害行为(在上面论及的意义上)的事实,是谴责它的一项必要条件,也常常是这样做的一项充分条件。但它不是(基于一种非报复论的观点)剥夺代理人的自由,或者将其他严厉措施加诸其上的一项充分条件。对于此类严厉措施,除了意图表达我们的判断外,还需要某些更进一步的正当性论证。正是在此,我们必须诉诸威慑的应用——它提供了我们需要且有资格获得的一种保护。此外,也应诉诸这一事实——每个人都享有避免有关惩罚这一公平的机会。

这一解释使得我们能够将我所称的“认可”置于它的恰当位置。我在上文中说过,这一概念看似费解,因为谴责的表达与正当性惩罚具有看似重要的关联,但这似乎不足以论证其正当性。刑法的主要功能在于保护那些一旦受到侵犯,谴责将成其为恰当的权利。因此,除非存在此种情形,即:谴责,进而对受害者权利的认可是恰当的,而恰恰惩罚将构成此一认可,否则,惩罚将不会是正当的。另外,正如我在分析阿根廷案时所指出的那样,在威慑这一得到广泛了解的策略之下,对诸如犯罪之类的行为的权威性惩罚,在建构对法治的尊重过程中扮演着重要角色。

在我上面所作的解释中,“精神因素”在界定犯罪时具有两个作用:首先,它使得某一行为成为一种不正当的侵害而应受到适当的谴责;其次,在“避免的公平机会”的形式中,作为对这样一个问题——即:为何我们不仅谴责某些行为,而且允许运用某种威慑机制,对这些行为实施严厉的惩罚——的部分解释。

报复主义理论的错误(在我看来),在于它们混淆了在刑罚中“精神因素”所扮演的两种角色:作为一种使谴责成其为适当的条件和作为一种允许造成损失的条件。而非报复主义理论的缺点则在于,从表面上看来,它们也许不能令人满意。因为它们将这些因素截然分开,却将注意力过多地集中在第二方面(将损失加诸罪犯身上的可允许性)。此外,也因为它提出的问题看似更具理论挑战性。

当然,哲学家的使命在于,通过努力工作,鉴别此类理论之间的差别,同时,试图确定它们中谁能够对“我们”既定的信念作出最令人满意的解释。在这类问题上达成共识并不容易,而当正在讨论的“我们”恰好是一群围坐在研讨会会桌周围的人,甚至就是电脑屏幕前某一个人时,情况就更是如此。

这里正在讨论的对现实世界的政治问题的调查,内在地要求在一个庞大而多变的人群中,就何为法治、法治为何值得珍视、正当的惩罚的前提是什么这类问题,至少达成一种局部的一致意见。我们中可能有人认为,经历了多年的哲学反思,对上述问题我们已有答案。我们不要寄望其他人将会把我们的话当做这些问题的结论——

这毫无希望,更遑论每个人都同意它们。然而,我们所能做的,是唤起我们的公民伙伴们,注意我们已经区分的各种可供选择的办法,以便让他们能够作出决定。例如,他们对惩罚的观点是否实际上是报复主义的,或者因为他们没有注意到什么是可供选择的办法而仅仅是表面看来如此。

即使设想哲学在公共论坛中扮演此种角色,也可能过于乐观,特别是在美国近来那些深不可测的争论中更是如此。但这正是卡洛斯·尼诺在其精妙的民主思想中所展现的富有希望的模式。更让人瞩目的是,他一生都在实践这种模式。他所走的这条道路对我们所有的人而言,都是一种极大的鼓舞。

十三 承诺与契约*

(一) 导言

一种承诺和一种契约之间的相似性是如此明显,以至于人们自然而然地设想,通过研究这两个概念中的一个概念,就可以获得对另一个概念的许多知识,或者甚至以为,把法律上的契约概念看做是以道德上的承诺概念为基础

* 本文初稿是提交给第三届 Drum Moir 法哲学大会的。我非常感激这次大会的与会者们给我提出的许多富有帮助的建议,尤其是要感谢乔迪·克劳斯在那次讨论会上给予的评论和随后的通信与讨论,这些评论、通信和讨论都极有价值。还应该感谢理查德·克拉斯韦尔的长篇评论和彼得·本森在文章形成过程中的许多阶段上给我的帮助。

的,如此就可以理解法律上的契约概念了。^① 本文将对这两个概念之间的相似性给予详察。这些相似性是由以下事实所造成的,即:契约与承诺产生于对某些在契约和承诺背后起基础性作用的价值的回应,并因之由这些价值所决定。在这方面,它们是相互平行的理念。但它们用以回应这些价值的方式不同,也是两个不同的概念;严格说来,其中任何一个概念都不能被看做是以另一个概念为基础的。

契约法明显是一种社会制度,它以国家的强制性权力为后盾,会因司法决定和法定条款而改变。承诺也常常被看做是一种较为非正式的社会制度,由某些规则所界定,这些规则并不是通过道德论证而颁布的,而是以道德论证为后盾而确定的,并且是通过来自道德非议的非正式的约束力而得到强化的。许多人都曾论证,违背承诺的做法所包含的错误实质上取决于实际存在一种社会性的承诺实践。例如,休谟就认为,恪守诺言是“一种人为的美德”,这种美德有赖于实际存在着一种信守协议的社会习俗,^②其他诸如此类的解释在我们当今时代是由罗尔斯^③和其他人提出来的。

在我看来,这些分析并不能令人信服。我并不怀疑有一种像“社会性的承诺实践”这样的因素,构成这种社会性的承诺实践的是以下事实,即:人们接受某些特定的规范,并常常通过使用“我承诺”这样的话来体现这种接受。但是,我并不相信由一种承诺所衍生的义务或在违背一种承诺的做法中包含的不道德有赖于这种实践的存在。我认为,违背承诺所包含的不道德与作假承诺所包含的不道德,都是更一般的道德不当之家族中的具体事例,这些不道德所涉及的不是各种社会性的实践,而是这样一个问题:当我们使别人形成对我

^① 就像查尔斯·弗莱德在《契约与承诺:一种契约义务理论》(麻省,坎布里奇:哈佛大学出版社,1981年版)中所暗示的那样。

^② 见D. 休谟:《人性论》,L. A. 塞尔拜-比吉编,牛津:克拉伦敦出版社,1960年,第3卷第2部分第5章。

^③ 见J. 罗尔斯:《正义论》,麻省,坎布里奇:哈佛大学出版社,1971年,第344—350页。

们未来的行为的种种期待的时候,我们亏欠别人什么?^④达成协议的社会性实践在其存在的时候可能会提供用以创造这类期待(因而也是犯这方面的道德不当)的手段。但我将论证,这些实践在说明这些行为为什么是不道德的行为时并不起实质性的作用。

在第二节中,我将举出我所想到的属于同一层次的不道德现象的一些事例,系统阐述可以解释为什么这些事例属于道德不当的那些原则,并且论证这些原则——我在其他地方曾经为之辩护过——在有关正当与不当的契约论解释^⑤范围内所具有的有效性。这些原则都是以某种方式来说明一个人应当为别人因信赖自己的引导而对自己未来行为抱有期待却又因之受到的伤害承担责任。第三节的任务是把这些原则扩展成用以说明信守承诺的义务之原则。在第四节,我将讨论那些强制实施这些原则所述义务的法律在道德上的可

④ 奈尔·麦克米科在《自愿性义务与规范性权力》(之一)(载《亚里士多德学会会刊》,第46卷[增刊],1972年,第59页)中也表达了类似的疑虑。他进而提出了一种相似的解释,该解释以一种总的义务为基础,这种总的义务就是不当使那些经我们有意引导而信赖我们的人对我们的期待落空(同上,第68页)。我将阐释一种与之类似的解释的道德基础,希望这些阐述能够避免像约瑟夫·拉兹所提出的那些反对意见。拉兹的反对意见体现在他提交给同一专题论文集《自愿性义务与规范性权力》[之二],第79页)的文章和他的《承诺与义务》一文(见P. M. S. 哈克尔和J. 拉兹编:《法律、道德和社会:纪念H. L. A. 哈特论文集》,牛津:牛津大学出版社1977年,第210页)。在后一篇文章中,拉兹区分出了两种承诺概念:其一是“意向”性的承诺概念,依据这种概念,一种承诺的实质就在于以适当方式就一种坚定的、以某种确定的方式行动的意向所作的沟通;其二是“义务”性的承诺概念,依据这种概念,一种承诺的实质就在于通过上述沟通行动来承担实施某种确定的行为义务的意向。在我看来(我的这种看法与麦考米科和拉兹的解释有着共同的基础),意向要素与义务要素是相互依赖的:承诺之所以显得重要,是因为“已表达出来的意向被设想为通过诉诸对义务的共同理解而值得信赖”这一事实,而这种义务的基础则在于一条与麦考米科所陈述的原则非常相近的原则。朱迪思·汤姆逊在他的《权利的领域》(麻省,坎布里奇:哈佛大学出版社,1990年版)第12章中,对承诺也作了与我的解释相似的解释。

⑤ 见本书第七篇论文即《契约主义与功利主义》和《我们彼此负有什么义务》一书(麻省,坎布里奇:哈佛大学出版社,1998年)。这种解释因为诉诸对试图就行为标准达成协议人们的看法而常常被叫做“契约论的”解释。但是,由于这种解释并不依赖于那种认为“有一种信守某人曾加入其中的那个协议的义务”的看法,所以,它并不以一种会使这种解释在本文的目的中陷入恶性循环的契约观为前提。

容许性问题。其中我将探讨两个问题：第一，现存的道德义务与那种法律的道德可证成性——该法律要求违反这种义务的人对因这种违反行为而造成亏欠的人作出补偿——之间的关系问题；第二，“要求违约人支付‘期望受损赔偿’”（expectation damages）这一规定本身的可证成性问题。最后第五节，我将考量，在我所使用的道德框架内，“一种有效的承诺或契约必须出自自愿”这一必备条件是如何形成、如何得到其正当性证成的。

（二）操纵与对期望的尊重^⑥

作为理解承诺道德（the morality of promise）的第一步，我打算先考虑“作‘假承诺’（即承诺者根本无意加以兑现的承诺）”的道德不当问题。我坚持认为，作假承诺属于那类更一般的错误行为中的一个实例，那种更一般的错误行为并不取决于一种社会承诺制度的存在，并且根本无需包含作出承诺。让我们来考量下面这些例子。

假设我和你是两个农场主，我们拥有的土地相邻相接，我打算要你帮我把流经我的土地的那条溪流的堤岸筑起来，以免它每年春季泛滥成灾。我可以通过引导你相信，如果你帮我筑堤，我也会帮你给你的溪流筑堤，以使你来帮我筑堤。我可以用来做到这一点的办法很多。首先，我可以劝你说，如果流经我的土地的溪流能够安澜无溢，那么，我也就很值得花费时间和精力，看到流经你的土地的溪流也能够安澜无溢，因为我土地上的溪流安澜之后，从你的土地上泛滥出来的溪水就会成为妨碍我丰收的唯一障碍。如果我土地上的溪流得到了控制，那么，仅仅是作为家政学的考量（homo economicus），我也有充分的理由去帮你筑起堤坝。或者，我可以让你相信，我是一个非常重感情的人，我会被你出于邻居关系而志愿给我的帮助深深感

^⑥ 本节和随后所说的大部分内容，除了有少数几处重要修改之外，其余都来自 T. 斯坎伦《承诺与实践》一文，载《哲学与公共事务》，第 19 卷（1990 年），第 199 期。

动,以至于我会或者出于感激、或者出于使我们之间那种美好的邻居关系能够继续保持下去的愿望,而热切希望给你以同样的回报。第三种可供我选择的办法是,我可以劝你说,我是一个忠诚的伦迪尔圣兄弟会会员,然后说:“我以我作为一名伦迪尔会员的名誉向你起誓,如果你在我的筑坝导流事业上帮助我,我也会在你的筑坝导流事业上帮助你。”(这里假设你不是伦迪尔会员,至于我究竟是否真是伦迪尔会员以及究竟是否有那么一个伦迪尔圣兄弟会存在,都暂且不论)第四种也是最后一种办法是,先使你相信我是一个坚定的康德主义道德论者,然后给你一个庄重的承诺,说如果你帮助我,我就会通过帮助你来回报你。

暂且假设在所有这些情况中,我的意图都纯粹是玩世不恭的。我唯一关心的是怎样能够使你帮助我,我并不打算以帮助你来回报你。按照这些假设,在我看来,这四种情况所包含的完全是同一种道德不当,我主张把这种不当叫做“不可证成的操纵”(unjustified manipulation)而用来禁止这种不当的原则可表述如下——

原则 M:在缺乏特别的正当性证成的情况下,若事实上一个人 A 并不打算在另一个人 B 做了事情 X 的时候去做事情 Y,并且 A 有理由能够预见到,若 B 做了 X 而 A 却没有做 Y 就会使 B 蒙受重大损失,则不允许 A 以使 B 做 X 为目的(X 是 A 希望 B 去做,而 B 在道德上虽然可以做也可以不做,但若没有 A 的话,B 就不会去做),来诱使 B 期待,若 B 做了 X,则 A 就会做 Y(Y 是 B 所向往的,但 B 却相信,若 B 自己不做 X,则 A 就不会做 Y)。

我把这看做是一条有效的道德原则;也就是说,把它看做对那些行为属于不道德行为的一种正确陈述。下面我简要解释一下我这种看法的含义以及我为什么这样看的理由。我认为,如果任何一条许可某一行为的原则是一条因为许可这一行为而能够被某人合理拒绝(即使这个人的目的是要寻找一些用来调节别人出于相似目的也可以合理拒绝的那些行为的普遍原则)的原则的话,那么,这一行为就

是不正当的。^⑦ 这种一般解释也适用于现在所讨论的案例。可能受到操纵的那些潜在的牺牲者们有充分的理由希望把自己的努力和资源用于实现自己选择的目的,而不希望使自己的计划以“原则 M”所禁止的方式在适合别人的目的时被别人征用。所以,如果一条原则在反对操纵方面所能提供的保护比“原则 M”所能提供的保护少,那么,他们就有充分的、不言而喻的理由拒绝这条原则。至于对他们来说在那样的情况下拒绝这类原则是否合理,则取决于别人当时拥有的希望获得这些原则可能提供的机会之理由的强力程度。人们能够用来作为自己方便时操纵他人的理由的那些完全一般性的理由,并不足以使坚持得到来自“原则 M”的保护成为不合理的。这些一般性的理由之所以没有人们据以希望避免被操纵的那些理由有力,在一定程度上是因为操纵将损害我们很难避免依赖的对他人行为的期待。相比之下,总的来说,除了“原则 M”所排除的那种操纵之外,我们还有许多手段可用来追求用那种操纵来追求的目的。

当然,也有许多情形,在这些情形中,或者是人们有特别强有力的理由来操纵某人(而且没有别的替代办法),或者是从常规来说强有力的可用以拒绝一种有可能容许操纵的原则的理由受到削弱(因为在这些情形中,操纵也可能与被操纵者的利益不相抵触)。之所以有“在缺乏特别的正当性证成的情况下”这个限定语,就是出于对这种情形的考虑;而拒绝不带这个限定语的原则则是合理的。这个限定语所涵盖的情形至少包括以下几种:(1)紧迫情况。在这种情况下,A(或者别的什么人)处于危急之中,并且,虽然不能与B直接沟通,但却可以明显地使得如果B能做什么帮助危急者的事情就会对B有利(或者,使B离A更近一些,那样,A就可以求助)。(2)有威胁的情况。例如,当A(或别的什么人)被B绑架了,A需要误导B,以便被绑架者有机会逃跑的时候。(3)家长式统治的情况。例如,B进行合理选择的能力受到了严重破坏,误导B是可以使B防止遭受重大损失

^⑦ 我在本文注释^⑤所引用的那些著作中,曾经对关于不正当(wrongness)这种解释作过阐释和辩护。

或重大伤害的最少强制性的开导办法。(4)经过许可的情况。例如,当A和B通过相互准许后进入一种比赛或别的活动,而这场比赛或这种活动本身就包含了我们所说的那种欺骗的时候。

如果以为在这些情况中,特别的正当性证成“推翻”了或“过高估计”了“原则M”所限定的义务,那就错了。毋宁说,它们是一些这样的情况,在这些情况中,“原则M”并不适用,因为在常规情况下,支持这一原则的那些理由在很多重要方面都被改变了。因而,对“原则M”的一种更严格的版本——即:不承认这些例外情况的“原则M”——是可以合理拒绝的。例如,在上述第(1)种情况即紧迫情况下,A所拥有的据以误导B的那些合法理由要比在常规情况下强有力得多。在上述第(2)种情况即受到威胁的情况下,这些理由也特别强有力,而且,除此之外,B据以拒绝受操纵的理由也因为下面事实而受到了削弱:B所追随的那条行为路线本身就是错误的——对任何允许这种行为方式的原则,A都有理由加以拒绝。在上述第(3)和第(4)种情况即家长式统治的情况和经过许可的情况下,虽然B据以拒绝受操纵的理由也受到了削弱,但却是源于不同原因。在家长式统治的情况下,是因为无能性而削弱了对B来说“能够作出自己的选择”的价值。在经过许可的情况下,则是因为,容易被某些受到限制的操纵形式诱惑,这是我们有正当理由希望从事的那些实践中的一个实质性构成部分。

“原则M”明显不需要以一种达成协议的社会实践为基础。在存在这种实践的时候,就为犯未经正当性证成的操纵这一错误提供了一条途径,因为它为一个人形成“另一个人将以某种方式对他或她的行为作出回应”这一期待提供了一种基础。但是,就像上文所指出的那样,这些期待也可以是基于别的基础,而无论由以形成期待的基础是什么,通过创造这样一种期待来操纵别人,在道德上同样都应当受到反对。

虽然我描述的这些事例都包含着不道德的欺骗,但是,不应该因为这些事例之间的相似性而抹煞这些事例在其中互有差异的那些方面。具体来说,此时我所想到的是“满足由当事人创造出的期待的

义务”在程度和性质上的差异,以及形成这种期待的人在能够被认为“有权依赖”这种期待的程度上的差异。所以,请允许我对我所举的这些事例加以改变:假设在这些事例中,当我开始使你期待相互帮助的时候,我确实有心要满足这种期待。为什么一旦你做了你应该做的事之后,我要是再改变主意或是不去满足这种期待,就是不道德的呢?为回答这个问题,我们需要诉诸一套更丰富的基本道德原则。

“原则 M”陈述的是一种关于“创造对某人行为的期待”这种做法加以规范的道德约束。还有一些别的原则也可以起到这种规范作用,其中之一就是我将称之为的“应有的小心原则”(Principle of Due Care)的原则,以下将此原则简称为“原则 D”。

原则 D:当一个人有理由相信别人会因为依赖对自己将要做的事的合理但却并不真实的期待而遭受重大损失时,他就必定要有应有的小心,不要让别人对自己将要做的事产生合理但却并不真实的期待。

这条原则比“原则 M”要求更高,因为它除了要求注意避免故意操纵之外,还要求一定程度的警惕性。与禁止一类特殊行为的“原则 M”相比,“原则 D”并不确切指明所要求的行为是什么。它的有效性正在于这样一个事实,即:虽然没有什么明显的办法可以具体指明所需遵循的“应有的小心”的确切性质和程度,但是,一个人还是可以合理地拒绝让其他人忽视自己引导他们形成的那些期望付出的代价。下面说的“防损原则”(Principle of Loss Prevention,简称为“原则 L”)稍微具体了一些,而且不只是要求在创造期望的时候要小心。

原则 L:如果一个人因故意或疏忽(也就是说,在违反原则 D 的情况下)而让某人期望自己将会采取一定的行为路线 X,且若一个人有理由相信,若自己不采取行为路线 X,则那个人将会因为这种期望而遭受重大损失,那么,这个人就必须采取合理的步骤来防止这种损失。

“合理的步骤”理念包含着人们所采取的步骤与面临的损失程度之间的比例关系概念,也包含了人们对于创造期望时所疏忽的程度的敏感性。我觉得“原则 L”的有效性根据和“原则 M”及“原则 D”的有效性根据相同:拒绝让别人拥有忽视由自己有意或无意引导别人产生那些期望所造成的重大损失的自由,乃是合乎理性的。

“原则 L”并不要求一个人总能防止别人在这些情况下遭受损失,而且,甚至当它要求这一点的时候,也还是有选择方法余地的。满足“原则 L”的办法之一就是,一旦人们认识到对方信赖自己让对方产生对自己的期望,就满足这种期望。但“原则 L”并不要求这一点。在对方采取任何基于这种期望的行为之前,给对方提出告诫,也可以满足“原则 L”的要求。

如果说,虽然没有给对方这种告诫,也没有满足对方的期望,但还可以通过对被误导者所遭受的损失加以补偿来满足“原则 L”的话,那么,究竟需要什么层次的补偿呢?对 A 来说,补偿 B 因为信赖对 A 的期望而遭受的一切损失,显然就足够了。既然 A 所做的全部事情不过是在 B 心里造成了一种以为 A 将做某事的期望,那么,对处于 A 的位置的某个人来说,拒绝要求他或她作出比使 B 在如果没有产生这种期望的情况下所能够得到的好处更多的好处之原则,就可能是合乎情理的。但情况也许并不总是要求这样。在许多情况下,如果 B 对 A 的行为的期望得到了满足,B 所得到的收获将会比他或她因信赖这种期望而付出的代价更大。但情况并不总是如此。例如,假设 B 对如果 A 做了 X 自己将会得到的好处有一个高得不切实际的计划,并且,他或者为推进这个计划或者为预期这些好处而花费了大量投入。即使 A 按 B 所期望的去做了,这些投入中的绝大部分也还是会损失掉。如果有一条原则要求 A 使 B 恢复到假如没有发生这些情况 B 所能拥有的良好状况,也就是说,无论 B 为 B 的计划付出的代价有多大,无论这些计划有多么愚蠢,都要求 A 来承担 B 为 B 的计划所付出的代价,那么,对 A 来说,不接受这条原则就是合理的。在这种情况下,对 A 来说,拒绝一条要求 A 作出像 B 所期望的那样比 A 如果做了 X 的话 B 所能达

到的良好状况更好的状况的原则,将是合理的。

如上所说,A可以像通过满足B的期望那样,通过及时提醒B说,A不会去做X来满足“原则L”。但是,兑现一种承诺的义务并非像在提出告诫和满足期望之间那样是中立的。例如,假设我承诺,如果你割了我草坪上的草,我就驾车送你上班,并且你接受了这个协议。后来,一天或更晚一些时间之后(但却在我们双方任何一方开始兑现这种协议之前),我经过重新考虑后决定不做这笔交易,打算退出。按照大多数人对承诺的理解,我无权这样做。即使我在你采取任何基于我们的协议的行为之前就提醒过你,我也还是有义务驾车送你上班,除非你“饶了”我。如果我不打算驾车送你上班,那么,给你提醒这一点比不提醒你要好一些;但是,即使我提醒过你了,我也还是违背了承诺。

同样的道理也适用于补偿。如果一个人没能兑现承诺,他就应当给承诺以补偿——如果他能够补偿的话;但是,当一个人作出承诺的时候,这个人所承当的义务是一种做所承诺的义务,而不只是做这件事或给承诺以相应的补偿。下面两个事实,使践诺和补偿之间的差异显得特别突出——一个事实是:在个人生活中,与在契约法所主要关心的商业交易中的情况相反,我们的首要利益很可能在于没有明显的金钱等价物或其他等价物的那些行为的实际实施;另一个事实是:在(与法律领域相反的)非正式的个人道德领域中,并不存在什么指定的、被假设为不偏不倚、被授予作出等价判断的权威第三者。因而,承诺道德的核心关怀在于“去实施”的义务;补偿的想法顶多是第二利益。

另外,当补偿的目的是为没能践行承诺做补偿的时候,在所要求的承诺层面上产生的那些考量,与在“原则L”中所产生的那些考量是不同的。当一个人不能信守承诺并且不只是使期望破灭的时候,也许可以说,合适的补偿必须采取这样的形式,即:使受约人能够得到在承诺得到信守时所能得到的好处,即使这样做要比补偿受约人的种种信赖损失所付出的代价更大。

所以,要阐明源于承诺的义务,就必须从“原则L”转移到另一条原则,即:转移到一条说明一种具体满足一个人在一定条件下创造出

的那些期望的职责原则。对这样的一条原则该作何阐述和辩护呢？

(三) 尽职与保证的价值

可以将这一困难陈述如下。我为“原则 M”、“原则 D”和“原则 L”所提供的论证诉诸这样一些理由,这些理由是人们因为他们按照别人就其要做之事,所做的虚假的或起误导作用的表象而将要遭受损失时所不得不去避免的那些理由。问题在于如何把这些论证扩展到能够对具有如下要求的这样一条原则提供支持:当事人即使在因为受约人还不曾作出任何依赖于由当事人给予的保证决定、因而并不会因为他们不能实施他们曾经承诺要做的事而造成“信赖损失”的时候(例如,就像前面说过的车和草坪的例子那样),也必须做他们曾经承诺要做的事。这个问题的关键,在于要认识到我在陈述这个问题时刚刚使用过的“信赖”概念的狭义性。在这种背景(以及在我论证“原则 M”、“原则 D”和“原则 L”时所提到的那些情况)下,人们常常想到的信赖损失有两种:第一是因对方未能实施已受期望的行为而花费和浪费或损失掉的时间、精力和资源;第二是由于有这种期望而被错过的作出或寻找其他可供选择的协议的机会。对这两种信赖损失的考量,确实提供了拒绝种种将会允许他人以“原则 M”、“原则 D”和“原则 L”所禁止的那些方式行事的原理之理由。但它们并没有穷尽我们据以希望能够就他人将要做的事达成一种可靠协议的全部理由。有一些理由可据以希望拥有可信赖的关于别人将会做的事的保证,但这些理由并不涉及因按照这些保证行事而造成的后果。

例如,假设乔治很偶然得到了有关你或你的公司的信息,这些信息一旦散布开来便会起破坏作用(我将假设:那些信息并不是他有义务要散布的信息,例如,一项犯罪证据或一项证明需要提醒人们警惕的危险之证据,并且,如果他散布这个信息,也并不违背他对你应尽的职责)。在这种情况下,你完全可以要求他承诺不要把他知道的信息告诉任何人。如果你再没有别的办法来防止乔治散布这些信

息,而且你也无法减轻因为他散布这些信息所造成的后果,那么,你据以拒绝一条允许乔治在承诺不散布那些信息之后散布那个信息的原则的那些理由,就不能依靠我提到过的那两种信赖损失。

如前所述,这是一种单方面的“待行”承诺,但同样的道理也可以通过一个属于双向变通的事例来得到说明。如果用一种将会泄露这一信息的方式来利用这条信息对乔治有利,那么,你也许会作出一种对等的承诺,承诺如果他能通过不泄露这个秘密来信守他的承诺,你就会给他以奖赏。你愿意作出这一承诺,此意愿表明了你有要求他信守其承诺的权益,但是,你据以拒绝一条允许他违背其承诺的原则之理由,仍然同样是前面那条理由:你拥有“能够使他不泄露这一信息”的权益。上面提到的那两种信赖损失仍然不成问题,因为如果他违背了他的承诺,泄露了这条信息,你就不再承担奖赏他的义务。这看起来也许是一个特殊案例,但我相信,它表明了一个普遍性的道理,即:我们之所以希望能够信赖别人就他们将要做的事告诉给我们的信息,其理由之一,就在于为了避免由我们可能以这种信息为基础作出的那些决定可能带来的损失,但这并不是我们唯一的理由。^⑧ 我将把这种更一般的理由称做“保证的价值”(the value of assurance)。

在我刚刚讨论过的那些事例中,你据以希望对方不要以某种方

^⑧ 丹尼斯·帕特逊(Dennis Patterson)曾提出,我的论证把“期望”和“信赖”这两个事实上互不一致的概念混为一体了。见D. 帕特逊《承诺的价值》,载《法律和哲学》第2辑(1992年),第400页。我认为事实并非如此,但由于我事实上是用那种与法律文献中常见的方式有所不同的方式来使用这些概念的,所以的确可能会造成某种混淆。“期望”和“信赖”可以用来指称两种互不一致的、用以补救违诺行为的补救标准,也可以用来指称两种互不一致的、用以判定一种承诺是否有约束力的根据(即用以判定一种承诺究竟是在它导致某人形成一种期望的时候具有约束力呢,还是只有在它获得信赖时才具有约束力?)。但是,当我在这里使用这两个概念的时候,它们并非互不一致。我在这里强调的问题,是人们据以承认或拒绝事关我们导致别人对我们将会做的事情的期望之行为原则的理由。最一般的理由是我们希望能够形成正当的、可被我们信任的、关于别人将要做的事情的期望。这种理由的一种重要而特殊的情形是:我们也许需要在行为中依靠这些期望,并且希望避免因这样行动所带来的损失。所以,我们在信赖方面的权益,是我们之所以关心别人引导我们形成的那些期望的一个理由。但就像我刚刚论证过的那样,这并非是这样理由的唯一情形。

式行事的理由是：对方那样行事，会使你的境况比你在不受对方任何干涉的情况下所可能有的境况更差（虽然作为对方的他或她并没有责任不以那种方式来伤害你）。不过，在许多包含好处而非伤害的案例中，也同样清楚地表明了保证的价值。^⑨ 例如，假设你想买我的马，而且再没有别的马让你向往。你开出了报价，我承诺在这个季节结束时把马卖给你。在这一情形中，并不存在会使你的境况比我出现之前你的境况更差的威胁，但是，构成保证价值的关键因素却依然存在：你有理由希望我做某件事；我在做不做这件事上是自由的，并且不会因为不做这件事而违背我的职责；因此，你有理由希望和我达成一项协议，以提供保证，保证我会按照我们所说的方式来做。除非你有某种理由希望我做这件事，否则你就不具有得到这种保证的权益。但是，尽管有这种理由，由于从道德上来说我在做或不做这件事上是自由的，一种把承诺性义务建立在保证价值的基础上的分析，并不能把违背承诺简化成某种可以独立地予以解释的不道德。

契约法为什么应当关心的是富勒 (Fuller) 和普度 (Perdue) 所说的“期望利益” (expectation interest)——亦即应当关心的，是使受约人能够像在承诺或契约得到兑现的时候那样处于良好境况之中，而不是仅仅关心对受约人因为信赖一项被违背的承诺或契约而遭受的损失加以补偿呢？在围绕这个问题所进行的富有影响的讨论中，被富勒和普度当做“可能是最明显的答案”加以考量的，是一种被他们标榜为“心理方面的”答案之答案。^⑩ 他们这里所谓“心理方面的”事情，指的是受约人的“伤害感”、受约人的“愤慨程度”和“减轻失望的冲动”。^⑪

被我叫做“保证的价值”的那种价值，意在回答富勒和普度所谈论的与一个道德问题相对应的问题，也就是想说明为什么应当联系“期望权益”来考量道德（尽管我目前涉及的问题是为什么我们的道德义务应当反映这种权益，而不是在决定因违背这些义务所应给予

^⑨ 我应当感谢彼得·本森 (Peter Benson)，是他促使我澄清了这一点。

^⑩ L. L. 富勒和 W. R. 普度爵士：《契约伤害中的信赖利益》，见《耶鲁法学杂志》，第 46 卷 (1936 年) 第 52 期。

^⑪ 同上书，第 57、58 页。

补偿时是否应当考量这种权益)。我所叙述过的那种保证价值也可以称做“心理方面的”价值,因为我所叙述的人们有理由希望的事情,就是某种人们对将要发生的事情的自信的精神状态。但我心目中的价值并不仅仅是心理方面的价值。你有理由希望的并不仅仅是“相信某人不会泄露有关你的有害信息”或者“我将把我的马卖给你”这类让你心灵宁静的信息;你有理由希望这些事情在事实上都成为现实。我所说的“保证的价值”对这两种理由都有所反映,但其中首要的是后一种理由。

假定潜在的被承诺者有理由希望得到有关别人将来行动的保证,潜在的承诺者有理由希望能够提供这种保证。^⑩ 在双方都知道他们有这些理由的情况下,承诺者也许会通过说“如果不是对方同意他们不做所说的事情,他们就会做他们所说的事情”来提供保证。这样,从潜在的被承诺者和潜在的承诺者双方的观点来看,有理由拒绝任何允许一个做过这种保证的人(在没有特殊的正当性证成能够证明可以不按所说方式做事的情况下)不按所说的方式做事的原则。如果拒绝任何这样的原则都是合理的,那么,这些原则所许可的那些行为就是不道德的。下面的“忠诚原则”(Principle of Fidelity, 简称“原则 F”)就对这种结果作出了总结:

原则 F:若(1)没有引起人们反对的约束,且对他或她的处境有充分的理解(或者具有获得这种理解的能力),A 有意引导 B 期望,除非 B 同意 A 不做 X,否则 A 就将做 X;(2)A 知道 B 在这方面得到保证;(3)A 以提供这种保证为目的来行事,且有正当理由相信他或她已然这样做了;(4)B 知道 A 有我们刚才描述过的这种信念和意图;(5)A 打算让 B 知道这一点,且知道 B 确实知道这一点;(6)B 知道 A 有这种知识和意图;这样,在没有特别的正当性证成的情况下,A 就必须做 X,除非 B 同意 X 不必做。

^⑩ 约瑟夫·拉兹曾经指出过承诺者在能遵守承诺方面的利益的重要性。见 J. 拉兹:《自由的道德》,牛津:克拉伦敦出版社,1986年,第173页。

这就是我们一直在寻找的原则：它要求必须兑现承诺而不是要求补偿或警示，因而超越了“原则 L”的范围。如果有哪些原则允许为“原则 F”所排除的那些行为，那么，潜在的被承诺者和潜在的承诺者拥有的据以拒绝这些原则的那些理由，就足够使人们拒绝这些原则成为合理的了，并因而使“原则 F”作为一条正确的原则得以确立，除非人们能因这一原则因增加了那些给别人这种期望的人的负担而使人们能合理地反对这一原则。所以，我们还需要考量这些负担可能如何，以及，人们是否容易避免这些负担。当然，人们可以仅仅通过不使自己无意或有意地制造对自己的未来行为的期望而避免承受任何负担。但是，这种选择的可行性本身并不足以排除各种合理的反对。如果有那么一条原则，依据那条原则，唯一可用来避免像“原则 F”所规定的义务那样有约束力的义务的办法，就是避免在无意间制造出任何对自己未来行为的期望，那么，该原则就太有限了。例如，那将意味着，如果不在采取与已告诉给别人自己打算采取的不同的行动路线之前求得别人的许可，我们就永远不能告诉别人我们打算做什么。

然而，“原则 F”却并不具有这样的效果，因为它只有在下述情况下才是适用的：A 如此行为的目的，是向 B 保证 A 将做 X，除非 B 同意 A 不这样做，而 A 知道 B 想要这种保证，且这种处境的这样和那样的特征是 A 和 B 双方都知道的。^⑬ 当这些条件都得到满足时，没有谁能够合理地拒绝这一原则：它要求承诺者如果不打算受承诺约束的话，就应当在时担负起提供警示的义务——所谓“在创造期望时担负起提供警示”的义务，就是要告诉对方：“这是我现在的意图，但我当然也可能改变主意”；或者是，如果在当时的背景下，这一点还不清楚的话，那就要用另外的方式把这一点讲清楚。由这种警示

^⑬ 在缺乏这些条件的情况下，A 对 B 也许仍然有一些义务，其中至少包括“原则 D”和“原则 L”所规定的那些较弱的义务。由于我的目的在于指出如何在一种非制度性的基础上来对完全合格的承诺加以说明，所以我没有考虑“原则 F”是否可能由另一条原则来补充——另一条原则是这样一条原则：如果 A 无意间使 B 有正当理由相信“原则 F”的种种条件都得到了满足，那么，A 就有了“原则 F”所提供的那种较强的义务。

的义务所带来的负担十分轻,并且,能够承担这种有约束作用的义务也具有许多重要好处,所以,如果一个人是因为在这些情况下没有作这样的警示而需要承担更加紧迫的兑现承诺的义务,或者需要寻求得到不兑现承诺的许可,那这个人就很难怨天尤人了。但这种义务只不过是“原则 F”所陈述的义务,因为该原则的条件(1)是以没有提出过这种警示为条件的。^⑭ 实际所发生的事却恰恰相反,因为,在这种情况下,A 知道由这种警示所造成的期望与没有这种警示时所产生的期望之间的差别,但他或她却还是在没有提出这种警示的情况下,出于向 B 保证他或她将做 X 的目的行动了。

我的结论是:当“原则 F”的种种条件得到满足时,在没有特别的正当性证成的情况下,对处在 A 的位置的一方来说,不做 X 是不当的。同“原则 M”的情况一样,这种正当性证成并不需要采取推翻“原则 F”所具体规定的那种义务的形式。但是,在一些情况下,使用“推翻”一词,看来要比我在讨论操纵时所列举的第四个事例中更适当一些。例如,如果事实证明,由于某人承诺的事情将会带来对第三者的伤害而使某人承诺要做的事成为不合适或不当的,那么,尽管某人曾经承诺过,但他还是不应当做那件事。^⑮ 在这些情况下,某人仍然有“原则 L”所规定的义务,即:有义务或者警示被承诺者自己将不

^⑭ 这个条件之所以要以此为条件,是因为 A 引导 B 相信,如果不是 B 同意 A 不去做 X 的话,A 就会做 X。这就是我们所说的 A 所知道的 B 想得到且 A 打算给 B 的保证。但是,如果 A 附加上一条,说“但我当然也可能改变主意,并保留改变主意的权利”,那么,A 就没有提供这种保证。

^⑮ 如果有哪条原则不承认这种限制,那么,该原则就是第三者有理由加以拒绝的原则。不过,在我采用的契约论的道德论点中,逐个地考量了这些反对意见,而不是统归一体来考量它们的。也就是说,问题在于是否任何特殊的第三者都有理由拒绝这里所讨论的原则。因此,至少是在第一种事例中,只考量了每个个体造成的伤害,而没有对所有这类伤害加以总体考量。这种个别性特点,是我所使用的道德框架与法律 and 经济学手段中特别喜欢使用的效率理念的一个重大差异。关于法律和经济学手段中特别喜欢使用的效率理念,可见理查德·克拉斯维尔《两种经济学的强化承诺理论》一文中关于“刺激”的讨论,载彼得·本森编的《契约法理论》,剑桥:剑桥大学出版社,2001年,第19—44页。关于集合性的伤害或好处怎么会在道德上具有重要意义,这个问题在《我们彼此负有什么义务》一书的第5章第9节中有所讨论。

会兑现承诺,或者在被承诺者已经做了应做的情况下,通过弥补被承诺者为做这些所事付出的代价,来补偿被承诺者。

当“原则 F”的那些条件得到满足时,对处在 A 的位置的人来说,不做 X 是不当的;除此之外,处在 B 的位置的一方拥有一种“指望”A 做 X 的“权利”,也就是说,第二方有理由坚持要第一方满足由第一方产生的期望。这种权利把属于承诺的案例(当然不仅是这方面的案例)与我讨论的其他事例区别开来。例如,在关于农场主的第一种说法中,我说的是一个农场主劝说另一个农场主:如果第一个农场主的溪流能够安澜无滥,那么,帮助邻居的溪流也能够安澜顺流就符合这个农场主的经济利益要求。我们可以想象,这种劝说是在双方面对面的情况下发生的,尽管这次相遇并不一定以人们可称做协定的任何结果而告终。一种替代性的情况——这正是我想集中讨论的情况——是,我们也许可以设想,当第一个农场主开始让第二个农场主相信他或她将会采取报答措施的时候,这种事是在从来没有口头上直接向第二个农场主说的情况下进行的(第一个农场主也许是在关于溪流问题的闲谈中流露出了大量明显的暗示,从而让多舌的乡村代理人得到了关于我们假定邻居所听到的那个故事的一个详细版本)。在这种情况下,对第一个农场主来说,虽然自己在第二个农场主做了应做之事后没有做自己应做的事来报答第二个农场主是不当的;但是,如果他在邻居没有形成任何信赖之前就警示过邻居,那么,他还是完全有权利不再去做。在这种情况下,我们不会说第二个农场主有任何权利指望他邻居的回报。由于先做了,他或她从道德上来说就陷入了困境。为了不使情况不至于此——为了使第二个农场主“有指望权”,第一个农场主并不一定要使用“我承诺”这样的言辞。满足“原则 F”所限定的、在意图和双方相互认知方面的那些条件就足够了。

“原则 F”并不只是以另一种形式表现出来的社会性承诺制度。首先,这一原则本身并不是一种社会制度——它的有效性并不取决于它一般地得到承认或受到拥护。“原则 F”所说的这种承诺的道德力量仅仅取决于期望、意图和所涉及的各方认知,这些东西可以被专

门创造出来,不需要借助于构成一种制度的那些长久存在的背景性期望。其次,“原则 F”限定的那些期望和认知方面的条件,可以用与“作出承诺”的方式不同的许多其他方式来得到满足。就像农场主们的例子所表明的那样,可以在不祈求一项社会制度(或祈求一项虚构的社会制度)的情况下做到这一点。承诺是一种特殊情况,在一定程度上,承诺是因为被承诺者据以相信承诺者将会兑现承诺的那种理由而显得重要。

在“原则 F”所说的那种义务的形成过程中,一种稳定的社会实践或“惯例”能够发挥下述两种作用中的一种,但这两种作用都不是实质性的作用。首先,一种规范对“我承诺”这一语句用法的语言惯例能够为说话者提供一种便利的途径,使他们能够表明他们明白两点——其一是明白他们处在“原则 F”所描述的那种情境中,其二是明白他们打算提供在这种情境中所说的保证。但是,这也可以通过别的方式(例如,通过说“你可以指望我来做”)来传达,而不需要使用“我承诺”这类词语。其次,在存在社会性承诺实践且违背承诺者会受到社会谴责的情况下,可以为被承诺者提供相信承诺者将按承诺去做的理由。但是,这种刺激并非必然。在被我当做核心的承诺案例的那些事例中,“我承诺”这种说法表达的是,说话者打算提供“原则 F”所说的那种保证的意图,表明的是他或她意识到并严肃地对待这样一个事实:如果人们接受了这些保证,不作所承诺的事就是不当的。^{①6} 照此理解,由承诺所产生的义务是“原则 F”的具体事例,其中,第一方对这一原则本身的认识是作为一种激励源被使用的,这种激励使第二方有理由相信所提供的保证值得信赖。不过,并非任

^{①6} 我的解释是,一个人说“我承诺”,就意味着这个人承认处在一种“提供保证就意味着承担一种义务”的情境中。就这一点来说,我的解释和 P. S. 阿梯亚(P. S. Atiyah)的见解相似。阿梯亚的见解是,一种承诺即是一种承认,也就是承认一种义务的存在。见 P. S. 阿梯亚《承诺、道德和法律》,牛津:克拉伦敦出版社,1981年,第7章,尤其是第192—193页。但我并不像阿梯亚那样认为,这里所说的义务独立于承诺之外,也不认为承诺的作用因此主要是起一种证据的作用。在我看来,一个人可以通过说“我承诺”,同时创造出一种新的义务和承认,即承认这个人是在创造这种义务的。实际上,一个人在一定程度上可以通过前者来做到后者。

何属于“原则 F”的事例都是这样。有些属于这一原则的例子也许会诉诸别的激励源,例如,我在两个农场主的事例中提到过的那些激励源。

认为一种社会性的承诺实践包含着一定的约定俗成的行为准则,这种看法意味着这种实践还会起到我并不认为能够起到的另一种作用。也许,当我们判定一种既定的承诺是否具有约束力或是否(例如)有某些因素会使承诺者免于其应承担的义务时,我们所做的事就是试图确定我们社会实践的行为准则是什么。但是,在我看来显而易见的至少是,这并不是我们在做的事。一种承诺是否有约束力,以及这种承诺要求些什么,完全是由一些一般性的道德要求(例如,我陈述过的那些原则)和我们所说的承诺之特殊内容结合起来共同决定的。有关特殊社会实践行为的那些事实,只有在被这些主要事项的考量认作是相关事情时(也就是说,只有当它们作为承诺的内容之一部分时,或者,只有当它们因为影响到对所说的双方当事人来说需要为实施或不实施承诺而付出的代价或者影响到双方当事人实施或不实施承诺的重要性而成为道德上相关事务时),才是相关的。

(四) 契约和可强制实施性

正如我在本文开头所说的那样,即使承诺的理念与法定契约的理念之间有着种种明显的相似性,这两个概念间的一些重要差别也同样明显。我已经论证,承诺并不需要以一种社会性的达成协议的制度为前提,而契约法则明显属于这种制度。而且,契约法还是一种以国家强制性权力为后盾的制度,且与承诺的道德不同,它也是一种以“在契约未得到履行时应当做些什么”为主要关怀的制度。在这一节中,我将把我的注意力从承诺转向法定契约,并因之考量以下两个问题:可强制实施性问题和补偿措施问题。我还会谈谈另一个问题,即:靠国家权力来强制实施契约(或用国家权力来要求那些违背

契约的人付出赔偿),这种做法在道德上的可许可性,是如何依赖于(或关系到)前文所讨论过的关于个人应当如何行动的那些道德结论的。

也许会有人认为,这种依赖关系是相当直接的:由于在道德上要求个人信守承诺(“原则 F”)并在违反承诺时对被承诺者给予补偿(“原则 L”),所以,国家权力可以被合理合法地用来强制他们做这些事情。但是,对使用法律干涉来强制人们实施这种行为而说,“有的行为是道德上所要求的”这一事实,总的来说并不是一种理由充足的正当性证成;契约法的合理根据似乎并非像这种解释可能理解的那样,是合法的道德强制力的一种实例。^⑮我相信,在承诺的道德与契约法的合法性之间是有一种联系的,但却并不是这种直接联系。

对承诺的可强制实施性的第二种解释将诉诸这么一种理念:即认为,虽然我们并不能把国家权力合法地用来强制实施任何道德要求,但它却可以被适当地用于强制实施个体的权利,并且,当个体同意使用这种权力的时候,对这种权力的使用就是合法的。因此,以“被承诺者有权得到补偿且承诺者因为加入了法定的契约而同意对契约的强制实施”为根据,强制实施“违约补偿”就会被证明是正当合理的。^⑯

我打算采用一种与此不同的方法。我将应用我在前面使用过的那种总的道德框架,而不是从诸如“权利”和“同意”这些特殊的道德因素开始的。照这种道德框架来看,如果有一条原则准许使用国家权力,来强制实施契约或者要求人们在违约时作出补偿,并且任何一个动机适当的人都不能合理地拒绝这条原则,那么,使用国家权力来强制实施契约或要求在契约被违背时给予补偿,在道德上就是可容许的。

我将首先考量对“原则 L”的补偿部分予以强制实施的可许可

^⑮ 就像约瑟夫·拉兹在《道德和法律中的承诺》一文中所指出的那样。见《哈佛法学评论》,第95卷(1982年),第917期,第937页。

^⑯ 关于这种解释,见 R. E. 巴内特(Barnett)的《一种契约认同理论》一文,载《哥伦比亚法学评论》,第86卷(1986年),第269期。

性。该原则规定：一个人必须采取合理措施，来防止他人因为信赖自己有意或无意地引导他人，就自己将要做的事形成的期望而遭受重大损失。这些合理措施可以采取的形式可以是一个及时的警示，或者是去做被期望的事，抑或是对他人因为自己没有实施受期望的行为而遭受的损失予以补偿。现在我们再来考量这样一条原则：如果有人以“原则 L”所说的方式引导别人产生期望，并且既没有警示别人也没有实施被期望的行为，结果使别人因为信赖所期望的行为而遭受重大损失，那么，就可以使用国家的强制性权力，迫使他或她对别人遭受的损失给予补偿——如果已经有授权这样使用国家权力的法律且这条法律是在一种比较公平有效的法律体系里得到应用的话。我们暂且把这条原则称做“原则 EL”（因为它涉及“原则 L”的可强制实施性）。诚如我在上文已提到的那样，“原则 L”通常要求对被承诺者的信赖损失给予补偿——按照被承诺者的处境因为信赖所说的期望而恶化的程度来衡量补偿多少。这构成了“原则 L”所要求的补偿上限，但是，如同我在前面曾指出过的那样，在有些情况下，补偿的限制甚至比这还要低。以前面这种讨论为标准，我将把“原则 EL”理解为：准许合法的强制补偿达到但不应超过“原则 L”所要求的补偿。

对“原则 EL”的论证包含两个阶段。第一阶段的任务在于，确定拥有这条原则的理由（或者换句话说，确定据以拒绝一条禁止在这种情况下实施国家强制补偿的原则之理由）。第二阶段的任务在于考虑这样一个问题，即：尽管有这些有利于这条原则的理由，“原则 EL”是否仍然可以被人们合理拒绝呢？可据以承认“原则 EL”的起码理由显而易见，它们构成了我们信赖别人就他们将要做的事所作出表示的需要，构成了我们据以希望避免因这些表示被证明是虚假的表示而遭受重大损失的理由。这些理由之所以形成了“原则 EL”的理由，是因为，如果我们不具备“原则 EL”所容许的那种合法资源，我们大多数人就将更乐意承担这类代价。

接下来的一个问题是，从这类法律将要求其作出补偿的那些人的观点来看，这条原则是否能够被人们合理拒绝。如果执法严明，并

且根本没有人提出什么不合理的损失诉讼案件,那么,得到“原则 EL”许可的那些法律就不会侵害任何符合“原则 EL”的非补偿条款的人,也就是说,就不会侵害任何符合下述情况的人:这些人无论何时都有理由相信别人会因为信赖由自己有意无意地制造出来的对自己行为的期望而遭受重大损失,因而,或者是满足了这些期望,或者是及时警示别人自己不会像他们所期望的那样去行为。因而,“原则 EL”所容许的那类合法代价(我将称之为“服从代价”),就是为“以这种方式限制某人的行为”所需要的代价。然而,由于法律体系不够完善,难免会发生一些不合理的诉讼,即使是一个符合“原则 L”中的非补偿条款的人,也仍然会面临要为维护自己免受不合理诉讼付出代价的危险,并且有可能要为由不当裁定所要求的那些损害赔偿付出代价。我们暂且把这些称做“原则 EL”的不当代价。

如果执法效率较高,这些不当代价就会比一个人在面对由违反“原则 L”的人强加在自己身上的代价但却无法防范的时候(就像一个人在没有“原则 EL”所说的那类法律的时候那样)所要付出的代价小得多。所以,不当代价并不能为人们合理拒绝“原则 EL”提供根据。那么,是否可以认为(即使有那些有利于“原则 EL”的理由),单是“服从代价”就可以使拒绝“原则 EL”成为正当之举呢?我已经在前面论证过,在有了由“原则 EL”的违反者给别人造成的那些负担的情况下,为服从“原则 L”所付出的代价,并不能成为人们合理拒绝这条原则的根据。“原则 EL”的服从代价与“原则 L”的服从代价相似,二者间的微小差别在于,在面临法律制裁的情况下,一个人被强制服从的将是作为某种立法和司法程序之结果的对“原则 L”的解释。既然人们有受到这种保护的需要,而这种需要只能通过这样一种程序来提供,那么,这种附带的代价就不会使“原则 EL”成为能够被合理拒绝的原则。

对“原则 EL”的这种论证,与本节开头所提到的两种论证(即包含“合法的道德强制”的那种论证与诉诸“权利”和“同意”的那种论证)有一些共同要素。但它与那两种论证中的任何一种都并不完全相符。我刚才给出的论证依靠“原则 L”的论证所得出的推论——也就是说,

它依靠的是这样一种推论:在给定人们据以希望得到“原则 L”提供保护的那些理由的情况下,为被“原则 L”排除的那些机会付出的代价,并不形成可据以合理拒绝“原则 L”的根据。但它并不仰仗于“违反‘原则 L’的行为是不道德的”这一推论(也不仰仗于下面这种看法:因为这些行为是不道德的,所以可以说这些行为是非法的,或者就可以容许依法要求有这些行为的人向受他们危害的人提供补偿)。所以,适用于“原则 EL”的情况,并不是合法的道德强制的一个实例。

不过,即使对“原则 EL”的论证并不依赖于“如果一种行为是非道德的,那么它也就可以被看成非法的”这一总的论点,但它看起来却意味着这一总的论点。如果“某一特定种类的行为是非道德的”这一事实,意味着禁止这些行为的那一原则(原则 P)的服从代价,并没有为人们合理拒绝这一原则提供根据的话,那么,正如“原则 L”的论证导致了对“原则 EL”的维护一样,也似乎可以由此得出结论说,容许服从合法禁止这些行为的“原则 EL”的代价也不会为人们合理拒绝这一原则提供根据。

这种论点至少在两点上是错误的。首先,对于容许某类行为的原则来说,除非存在这些行为会为其增加负担的那些个人,并且为了使容许从法律上禁止某类行为的做法具有起码的理由,就必须诉诸这些负担,否则,人们就不能合理拒绝这一原则。但是,以“合理拒绝”这个概念为特点的“非道德性”概念,并不能覆盖通常叫做非道德行为的全部行为,因为这个术语通常被用在像性行为之类并没有受害者的行为上。^{①9}正是在这些事例中,针对来自道德的合法强制的反对意见,才会更强有力。在这些事例中,人们似乎完全有理由说,因为并没有声称需要保护的受害者,所以并不需要设立一种机构,来总体规定这些非道德性的表现形式,并强化针对这些表现形式的禁令。其次,即使在某些行为确实给某些特定个人增加了代价的时候,这些代价也许并不会大得足以使设立这种机构成为合理之举。

^{①9} 我在《我们彼此负有什么义务》一书的第 5 章中,讨论了广义的道德概念和狭义道德概念之间的这种区别。

所以,我提供的对“原则 EL”的论证,并不需要借助于一种关于来自道德的合法强制的总结论。

对“原则 EL”的论证以之为基础的是这样一种假设:人们有正当理由希望避免没有补偿的信赖损失;并且在这种意义上来说,这些损失从道德方面来讲是一些相关的需要考虑的事情。但是,这种论证并不需要以关于补偿权的理念为其先决条件。并非任何具有重要道德意义的权益都是一种权利。我的论证还考虑到了“(除了过失之外)人们能够通过作出适当的选择来避免‘原则 EL’的代价”这一事实,并且把这样的选择看做是人们的代价。但它并不依赖于作为合法的强制赔偿的合理性根据之一的赞同观(我会在第五节中更周详地考虑这两种论证形式之间的差别)。

和“原则 L”一样,“原则 EL”也适用于不包含承诺或契约的那些案例。例如,它将支持“霍夫曼诉讼莱德·欧伍尔商店”一案中的结论,^{②①}该结论要求莱德·欧伍尔对霍夫曼遭受的损失给予赔偿——霍夫曼的损失是他们所知道的、他出于一种期望(他们知道这种期望最终是不现实的)而实施的那些行为的结果,霍夫曼期待的是,他将会得到莱德·欧伍尔的一项特许经销权。“原则 EL”说明了在这类案件中为什么不必诉诸有关一种“强加的契约”的理念就可以要求赔偿。^{②②}但它也说明了为什么诉诸契约理念似乎也可以是合适的:即使在并不包含契约的时候,属于“原则 EL”范围内的那些情况也类似于违约,因为在这些情况中,包含某人对自己引导别人产生有关自己未来行动的那些期望所应承担的责任。

在大多数违约案例中,“原则 EL”也允许人们采取合法的补救措施。如果为违约作出的补救仅限于对信赖损失给予补偿,并因而

^{②①} 见《霍夫曼诉莱德·欧伍尔商店案宗》,N. W. 第 133 号,第 2 版第 267 卷,及 Wis. 第 26 号,第 2 版,第 683 卷(1965 年)。

^{②②} 这样,“原则 L”和“原则 EL”就解释了阿梯亚在说下面一段话的时候所描述的那种现象。阿梯亚说:“每当人们从行为导出承诺的时候,往往(或者也许总是)会形成这么一种情况,即:行为本身就为造成义务提供了正当性证成。”《论承诺》,第 174 页。

仅限于在其中产生过信赖的那些情况,契约法在道德上的可容许性就会在“原则 EL”那里得到充分的解释。但是,看起来却似乎至少存在这么一些情况,在这些情况中,即使并不曾有过什么信赖,从法律上强制为违约给予补偿的做法也仍然是可容许的;另外似乎还有一些情况,在这些情况中,要求某种特定的履行或要求给予超过信赖损失的期望受损以赔偿,也是可容许的。所以,我想考量一下,是否有一条更强有力的、类似于“原则 F”的、为这些补救措施作准备的原则。给这样一条原则确定道德基础,将会使我们从一种更有利的地位来回答诸如富勒、普度和帕特里克·阿梯亚等人所表达的对基于期望的补救措施(以及对可信赖性的种种特殊契约形式)的怀疑。^②

这里所说的原则将会是这样的:在一定条件下,该原则允许通过诸如要求一定的具体履行或要求付出期望受损赔偿(即使这些要求超过了因信赖而遭受的损失)之类的手段,来运用国家权力强制实施契约。如同在“原则 EL”中那样,我将首先认定拥有这么一条原则的理由,进而考量人们可能用来拒绝这条原则的种种根据。对这些根据的考量,将有助于我们通过认定为使该原则成为无法合理拒绝的原则所必须具备的条件,来阐明这一原则。

这一原则将要处置的情况与“原则 F”所描述的情况是相似的,在这些情况下,一个人 A 向另一个人 B 提供保证,保证除非 B 同意 A 不做事情 X,否则 A 就将做事情 X,并且 A 有理由相信 B 想要这种保证。就像我在讨论对“原则 F”的论证时所指出的那样,处在 B 的位置上的人据以希望得到保证的理由,包括他们在避免信赖损失方面的权益,但并不限于这些权益。由于 B 相信 A 会(或者出于义务感,或者出于希望避免诸如信誉损失和将来得不到合作之类的社会制裁而)被推动去做 X,所以, A 的承诺能够提供保证。然而,由于这些动机可能会被证明是不合适的动机,所以,处在 B 的位置上的人就可能有理由希望通过合法的补救来得到补偿;在此情况下, A 也许

^② 见富勒和普德《契约伤害中的信赖利益》;P. S. 阿梯亚《契约自由的兴衰》,牛津:克拉伦登出版社,1979年(以下称之为《契约自由》),以及其他论著。

因而有理由希望提供相应的附加保证。

另一方面,人们有正当理由希望能够在不形成任何具有法定约束力的协议的情况下,来作承诺(甚至是在对他们来说意义重大的那些事情上作承诺),因而,如果有某一原则允许以我们正在讨论的方式,把一种法律制度用于使任何有重大意义的承诺都变成在法律上可以强制实施的承诺,那么,人们就可以合理拒绝这一原则。由于要求 A 必须表明他知道自己应当承担一种合法的做 X 的义务,我提出的原则将能够避免这种拒绝。²³

这是更具一般性的要求中的一个部分,是任何无可拒绝的原则中都必然包含的一个部分。所谓“更具一般性的要求”,就是要求处在 A 的位置上的人必须有适当的机会,来避免我们正在讨论的这种合法的可依赖性。这意味着,首先,A 对他的处境的理解绝不能太局限。显然,这里并不要求完备无缺的知识:某种程度的不确定性是生活中所无法避免的,也是我们在其中订立契约的许多情况中的一个实质性方面。但是,如果有哪条原则允许以法律来强制实施我们完全是因为受骗或者完全是因为 A 有资格得到的信息被隐瞒了才签订的那些契约,那么,该原则就是人们可以合理拒绝的原则。其次,一条不容拒绝的原则一定会要求对 A 来说可供选择的方案不能限制太多。同样,也不能要求理想的条件:达成契约的实质很可能就在于获得把某人自己从所不愿有的处境中解脱出来的手段。但是,一条可令人接受的原则绝不容许把法律的力量,用来强制实施通过强迫达成的协议。我会在下一节更详细地阐明这个条件为什么是可以理解的

²³ 鉴于我现在的目的仅仅在于论证一种关于可能合法的契约之可强制实施性问题的结论,所以不涉及“这是否可以由一种较弱的要求来替代”这个问题。所谓一种较弱的要求就是:A 做了某种事情,他知道或应当知道除非自己放弃做这事的意图,否则就会造成一种法定义务,他并没有放弃。出于相似的理由,我不打算把我正在阐述的原则,扩展到包含“一方无意间使另一方有正当理由相信正在加入一项契约”的情况在内的程度。不过,即使在并不属于这一原则或其扩展范围之内的那些情况下,对信赖损失予以补偿的做法,可能也还是“原则 EL”所允许的(比较一下本文的注释¹³)。感谢理查德·克拉斯维尔和乔迪·克劳斯,是他们提醒我注意到这些问题的。

条件。在陈述上述这些要求的时候,我使用了明显属于规范性词汇的一些词汇——“有适当的机会来避免”、“不能太局限”以及“不能限制太多”,对这些词汇的应用需要有道德判断。出于我将在下一节予以更多讨论的那些原因,我相信这一点是无法避免的(尤其是不能用说“可强制实施的协议一定是‘志愿’的”来避免这一点)。

要求 A 表明他承担一种法定的去做 X 的义务的意图,会明显地显示出,A 以为这样做可能意味着什么;但是,如果 A 不能比较容易地认识到因违约而将受到的法定处罚可能是什么样的处罚,那么就很难说 A 曾经有适当的机会来避免这种处罚。B 也必须能够认识到这一点:如果一条法律所能提供的补救,比处在 B 的位置上的人有理由期待(且其接受 A 所提供的说法的那种意愿以之为基础而成为可预测的意愿)的那种补救低得多,那么,处在 B 的位置上的人就能够合理拒绝这条法律。

最后,一条不容拒绝的原则所容许的、对违约作出的补救绝不能过分。“过分”也是一个不容否认的道德概念。这个概念是无法被忽略的,但契约论的框架却为我们提供了一种在我们阐述这个概念时起指导作用的结构。这种结构总的意思是说:如果一种处罚是在为执行这种处罚所需付出的代价既定的情况下,契约各方都没有正当理由希望其成为可执行的处罚,那么,这种处罚就是过分的。要求契约各方有适当的机会来避免受到束缚,并因而有机会来避免所指定的任何补救,这就在很大程度上为防备这种代价提供了保护。但这种保护并不是绝对的。人们需要签订种种契约,并且有可能无法信守契约。我们都有可能判断失误,有些人比别人失误较多一些;而且,即使拥有“适当的机会”来避免因违约而受到的处罚,有些时候人们仍然还是不得不承受这类处罚。如果一种处罚总的来说使契约本身所包含的代价与收益不成比例,那么,这种处罚就是过分的处罚(对拖欠小额债务者使用监禁,就是过分处罚的一个案例)。这种不成比例意味着,所给的处罚远远大于为克服由契约导致的那些相互冲突的动机所可能需要的处罚。因而,由这些处罚带来的保证所具有的优点就微不足道了,并且不足以使为它们付出的代价成为有合

理根据的代价:如果以轻微的代价就可以完全避免遭受严重伤害的威胁,那么,把代价安排得只能降临到那些做了糟糕选择的人身上,就不能形成为防备这种代价所需要的适当保护。

把所有这些考虑放到一起,对我们所寻求的原则也许可以作如下表述:

原则 EF:若因违约而做的补救不过分,且这些补救仅仅适用于符合下列条件的那些情况,则从法律上来说,强制实施这些补救就是可容许的:(1)A,即受强制采取补救措施的一方,在不存在可拒绝的限制并且对自己的处境有适当理解(或者是有获得这种理解的能力)的情况下,有意引导B去期待A将做X(除非B同意A不做X);(2)A有理由相信B希望得到这种保证;(3)A通过向B表明自己承担做X的法定义务,说明自己是以提供这种保证为目的来行事的;(4)B表示自己明白A承担了这种义务;(5)A和B知道或能够不难确定如果A违背了这种义务的话B将依法得到的补救;(6)A在B没有免除A的这种义务并且没有特别的正当性证成可以不履行这种义务的情况下,没有履行这种义务。

只要诸如“具体履行”和“付出期望受损赔偿(如果这些损失在签订契约的时候是可合理预见的损失)”等补救,不是刚才讨论过的那种意义上的过分补救,那么,“原则EF”就支持容许这些补救(这些补救一般来说不会过分,因为,从定义上来说,它们不会使所说的契约中处理的那些代价与收益之间的比例失调)。不过,和“原则EL”一样,“原则EF”是一条关于“对一种法律制度来说什么是在道德上可容许的事情”的原则,而不是关于“这种法律制度必须做什么”或者关于“对所有特殊制度中的法律应作何理解”的一种断言。例如,也许会有一些政策上的正当理由,使得人们可以在某些情况下把期望作为衡量损害程度的尺度,而在别的情况下却把信赖损失作为衡量标准。对“原则EF”的考量,其实质在于要明确一点,即:至少在一项契约的期

望价值超过信赖损失的情况下,前一种做法是可以容许的。

“原则 EF”准许对仅仅属于应予实施的契约予以合法的强制实施,但却避免了一种常见的对这类契约的异议,因为它仅限于 A 曾经表明要承担一种法定义务的那些情况。它似乎并不适合于把法律用于强制实施任何个人承诺(例如,父母对孩子的承诺),即使是在这些承诺包含的内容具有重大意义的时候,也同样如此。不过,当承诺者特别明确地表明了打算形成一项有法定约束力的许诺,并且如果在当事人的各方希望形成这种许诺的时候,通过准许形成这种许诺就可以得到某种具有重大意义的结果,那么,反对强制实施这类承诺的意见就会被削弱。

“原则 EF”并没有包含任何报酬方面的要求:它并不要求 B 曾经给过 A 任何东西,或曾经作过任何互惠性的承诺,来作为对 A 承担做 X 的义务的回报。不过,我的解释的确认定了也许会被人们当做报酬所能够发挥的功能中的一些功能。就像一个印章一样,报酬也可以起到一种标志作用,即标志当事各方认识到, A 是在签订一项有法律效力的契约,而不只是在作一项承诺。不过,由于这个原因, B 给予 A 的就不需要是什么有价值的东西。一种象征性的信物足矣。或者, B 给 A 某种东西(甚至于一个信物)作为对 A 的承诺的回报,这也许是用来表明“‘原则 EF’中的那些条件(或在这件事上是‘原则 F’的那些条件)已得到满足”的一种方式: B 确实希望得到“ A 将做 X”的保证,确实以为 A 会通过承担一种法定的义务的方式来提供这种保证。出于这种原因而要求报酬,就会成为人们用来确认以下事实的一种方式:“威胁—承诺”或其他形式的非所欲的保证是被排除在可强制实施的契约的范围之外的。第三,报酬可能是一种标志,标志着一个既定的协议中那些相关事项对当事各方来说,可能足以重要到保证得到法律的重视程度。如果不是出于前两种用途,而是出于这种用途的话,那么, B 为对 A 承担做 X 的义务予以回报而给予 A 的东西,就必须具有重要价值。

这是报酬所能够发挥的三种作用,但其中每一种作用都也可能以别的方式来实现。在一种既定的背景情况下,即使没有给予任何

报酬, 当事各方也都能够完全明白: 他们自己正在签订一项有法律效力的契约, 他们所给的保证正是他们实际上所想得到的保证, 不能把协议中的主要事项当做没有什么意义的小事一笔勾销。所以, 虽然我提供的解释说明了为什么报酬也许可能不无相关, 但却并不会为那种认为“总需要有报酬”的看法提供道德基础。

“原则 EF”要求 A 表明一种承担某种法定义务的意向, 并且要求双方当事人都知道或都不难认识到为违背这种义务所应作出的补偿。不过, 除了适当注意他们所需负担或所应依靠的那些补偿之外, 契约的双方当事人也许会有理由希望能够选择这些补偿的种类。这种灵活性至少可以通过两种方式获得。如果由法律提供的补偿, 是要求在可能的情况下作出一种具体履行, 或者是要求在不能作出这种具体履行的时候支付期望受损赔偿, 那么, 假若 A 不是承诺做 X 而是承诺做 R 的话, 双方当事人就能得到 A 作出 R 这种补偿的时候所产生的效果。

或者, 法律也许可以在一定的限度之内, 允许双方当事人通过设定一种如果双方当事人(在这些限度之内)想修改就可以修改的“违约”补偿, 来具体确定在违背义务时所应受到的处罚。^{②④} 在这种情况下, 究竟是违约补偿还是某种别的替代办法能够适用既定的情况, 就要看是否因为双方当事人在适当注意到哪种做法会是适用的做法的情况下, 选择了或至少是没有理由反对哪种做法。^{②⑤}

在给定这一事实的情况下, 人们很可能会说, 在这样一个系统

^{②④} 关于这种做法和这种补偿的一个事例, 见 R. 克拉斯维尔《契约法、违约准则和关于承诺的哲学》, 载《密西根法学评论》, 第 88 卷(1989 年), 第 489 页。

^{②⑤} 也许看起来违约补偿和非违约补偿之间是有差别的, 因为后者一定是有意选择的, 而前者则即使是在一方或双方当事人都没有考虑到补偿将是什么样的补偿时, 也仍然适用。但是, 按照我所提出的观点来看, 这里并不存在什么原则差别。正如一种违约补偿也许会、也许不会通过有意的选择和深思熟虑来实现一样, 即使当协议明确规定了一种非违约补偿时, 当事者中的一方也可能没有注意到这一点。正像在违约案例中那样, 有意的选择并非必需: 只要双方当事人都适当注意到将适用这种补偿就足够了。关于对这一点的有益讨论, 见 J. 科尔曼《风险与不当》, 剑桥: 剑桥大学出版社, 1992 年, 第 166—173 页。

中，补偿依然是以一项契约为基础的，也就是说，除了他们原有的契约之外，双方当事人又达成了第二个契约，即“补偿契约”，这第二个契约明确了在 A 未能履行原有协议的情况下将会发生的事情。然而，依我看，这并不是令人满意的描述。首先，如果补偿契约完全是另一个契约，那就会引起一个问题，即：如果事实证明这个契约最终并未得到履行，那么，又该发生什么事情（看来要以具体履行为先决条件了）？其次，虽然第二契约可以明确在第一契约被违背的情况下所适用的附加处罚，但是，这样一个契约何以能够降低在这一事件中适用的那种补偿，仍然不清楚。要弄清这一点，双方当事人将不得不动用某种法定权力，而不是仅仅达成另一个契约。

现在我回到对“原则 EF”的论证。“原则 F”并没有对“原则 EF”提供直接支持，因为“原则 F”处理的仅仅是个人在道德上应当做什么，它既没有就强制实施说什么，也没有就补偿说什么。但是，就像在“原则 L”和“原则 EL”中那样，论证授权强制执行期望受损赔偿的原则，却可以通过既追踪“原则 F”又依靠“原则 F”来得到建构。

就像在“原则 F”的论证中解释过的那样，人们有正当理由希望能够达成他们可以信赖的协议，即使在人们并没有采取什么依赖于这些协议的行动时（也许，因为对他们来说没有办法这样做），也同样如此。这就是我在前面所说的“保证的价值”。在被承诺者有理由希望得到我所说的那种保证的情况下，承诺者有理由希望能够提供这种保证。鉴于承诺所依靠的那些道德上的动机常常不能推动人们信守承诺，承诺者和被承诺者都有正当理由希望能够达成以能够提供这种保证的方式，得到强制实施的具有法定约束力的协议，因而也就有起码的正当理由允许国家这样做。由是，问题就在于，这样使用国家权力，是不是在这样使用国家权力时所针对的那些人能够合理反对的事情。

和在“原则 EL”中的情况一样，“原则 EF”的代价也是两种代价：过失代价和服从代价。这里的过失代价——即因为不当控告和不当判断所造成的代价——将会比在“原则 EL”的情况下的过失代

价低一些,因为达成“原则 EF”所说的那种协议与不达成“原则 EF”所说的那种协议之间的界限,要比“原则 EL”所划定的界限清晰。所以,如果“原则 EF”能够被人们合理拒绝的话,那么,似乎人们也只有以服从代价为根据来拒绝它了。

如果执法正确,那么,潜在的签约人就可以通过下述两种行动路线中的任何一种,来避免以“原则 EF”将会允许的那种方式,对他们动用国家权力:他们可以控制自己不要提供这一原则所描述的那种保证;或者,他们可以兑现他们所提供的保证。“原则 EF”允许国家做的事是:剥夺他们“提供这些保证却又在即使没有特别的正当性证成时,也置法律干预于不顾,而不兑现这些保证”的机会。

处在 A 的位置上的人也许有理由对一项契约感到后悔,并希望不受这项契约的束缚。他们也许只是认识到自己做了一桩亏本生意;或者,他们也许发现了一桩更划算的交易。但是,这些都不是可用来合理拒绝“原则 EF”的理由。首先,无论从被承诺者的观点还是从承诺者的观点来看,事先签订契约,其实质就在于为了提供用以防止这种反悔的保证;所以,如果哪条原则把这些条件当做可以使不履行契约的做法成为合理作法的条件,那么,就会破坏契约的主要用途。其次,处在 A 的位置上的一方因为下面这个事实而得到了适当保护,可以不因为以上述方式受到束缚而付出代价:他们知道或有办法知道他们所处的实际境况,以及他们正在签订的协议,并且如果他们选择不签订这个协议,他们也能够不签订这个协议(一条可接受的原则必须承认的不履行协议的正当性证成是:A 的处境所具有的那些特殊情况,剥夺了 A 应受到的这种保护)。

很多作者都曾经怀疑过依法强制实施超出信赖损失的期望受损赔偿之根据,尤其是怀疑在并不存在信赖的情况下,强制实施任何补偿的做法之合理性。富勒和普度在他们的经典论文中认为,作为契约性责任的基础,他们所说的“期望权益”比“信赖权益”要脆弱得多;并且,这种权益最终比“归还权益”(the restitution interest)还要脆弱。他们进而提出了一个并非仅仅是修辞学的问题:“法律究竟为

什么应当保护期望权益？”^{②⑥}阿梯亚也以类似的笔调写道：“以现代价值的标准来看，比之于用以造成基于好处的义务和基于信赖的义务的那些根据来说，”用来把基于承诺的义务强加于人的那些根据“很

^{②⑥} 富勒和普度：《契约伤害中的信赖利益》，第56—57页。他们虽然把归还权益看做比信赖权益更强有力的补偿理由，但却认为，二者在许多情况下都是相互重合的。他们写道：“就像我们应当假设的那样，如果收益包含在作为原告由于信赖而遭受的损失的结果，并且与这种损失相一致的归还权益之中，那么，归还权益就不过是信赖权益的一种特殊情形……”（同上文，第54页）在这种看法中包含着一种不合逻辑的推理。

归还权益在其中对补偿起支持作用的那些案例，也许真的是信赖权益在其中对补偿起支持作用的那些案例的一个子集，它们在那些案例中所提议的那些损害的表现形式也许相互重合。但是，这并不会使归还权益成为信赖权益的一种特殊情形，因为，即使在所提议的事情相同的时候，这两种权益提供的补偿理由也是不同的。归还权益适用于这样一些案例：在这些案例中，被告收到了作为他承诺提供的物品或服务的预付款的某种东西，但随后却没有提供这些物品或服务。支持这种权益所提出的那种补偿的全部理由，无非是以下两种看法中的一种：被告的违约行为破坏了被告对所收到的付款的接收权；或者，准许人们拥有他们通过非正当方式得到的利益不是一件善事，最好是强制他们把这些利益归还给有正当权利拥有这些利益的人。在我看来，前一种解释似乎是一种比较强有力的解释，不过，无论以什么方式来理解支持受信赖权益支持的国家行为的全部理由，这种理由都关键取决于被告的收益是否正当。就其所关心的是“使原告完好无损”来说，归还的目的也许和信赖权益相似；但是，信赖权益完全是有关这种目的的，它与被告是否有正当理由拥有他所得到的任何好处也并不相干，甚至与被告究竟是否得到了好处也并不相干。这不仅说明了为什么信赖权益所覆盖的案例的范围更广一些，而且表明：在它们都适用的地方，它们所立足的理由是互有差异的。这也许还说明了富勒和普度为什么相信，归还权益导致一种更强有力的要求司法干预的主张（同上文，第56页）。在只适用信赖权益的那些案例中，被告被要求放弃如果没有信赖权益的话，他们就拥有完全有效的主张权的那些利益，因而就存在需要对“给原告的损失给予补偿”的做法提供支持的理由加以克服的某种东西。但是，在归还案中却是：被告的所有权主张本身就是无效的主张，所说的权益事实上本来就属于原告。正是这一点，使“归还”成为一个适当的名称：法官行为的目的在于使本来就属于原告的东西完璧归赵。因此，用“补偿”一词涵盖服务于所有这三种权益的行为所做出的事情，就是误导。信赖权益是在补偿原告遭受的损失方面的一种权益。这一点在期货案例（expectancy cases）中也同样如此——在期货案例中，所要求的不是具体履行，是对未提供曾承诺要提供的东西加以“补偿”。但“具体履行”则是对承诺的兑现，而不是对不兑现承诺予以“补偿”；合同“归还”则如我所说的那样，是把本该属于原告的东西还给原告，而不是对这种东西受到的损失给予“补偿”。

软弱无力。”^⑲

我所申述的观点以两种方式从两方面回答了这些疑问。首先,对“原则 EL”和“原则 EF”的区分,承认违约案例中的法定补偿有不同依据,并且就这些依据之间的差别作出了特性描述。对“原则 EL”的论证,为违约案例中的信赖损失提供了一种依据,这种依据与在不存在契约(甚至不存在承诺)的案件中支持类似收回的那些根据连绵相续。它揭示出有可能被称做根本对这类损害赔偿起支持作用的类似侵权行为的基础。相比之下,“原则 EF”则为独属于契约并因而可公正地称做“基于承诺的”收回提供了根据。

其次,对“原则 EF”的论证,通过为这种形式的信赖提供一种以保证的价值为基础的合理性根据,从而回答了针对这种形式的可信赖性提出的那些疑问。如我在第三节中所证明的那样,我们据以关心“保证”的那些理由与我们据以希望避免信赖损失的那些理由有关,但却不能还原为后者。“保证”是人们有理由关心的东西,它在很大程度上与法律状况无关,但却也是法律制度可以支持和保护的的东西。如我在前面指出过的那样,“保证”不只是一个“心理学”概念。人们有理由希望的事情并不仅仅是一种精神状态——即自信某些事情将会发生,人们还希望使这些事情的实际发生更有可能。

“原则 EF”所许可的那类法律之所以能够有助于提供保证,乃因为:对具体履行或对期望受损赔偿予以法定的强制执行造成了一种威胁,这种威胁提供了一种刺激人们去履行他们签订契约的刺激。因而,对这些补偿来说的这种合理性根据,具有富勒和普度所说的“准刑事性的外观”。他们进而认为,这一点使一项强制执行期望受损赔偿的政策,类似于“一项针对看到没有别的车辆通行时闯红灯的人作出的判决”。^⑳但是,只有假定人们在保证方面的权益仅仅是在避免因出于信赖行为导致的损失方面的权益,这种类比看起来才

^⑲ 《契约自由》,第4页。阿梯亚所说的“基于好处的义务”,指的是由所得到的好处产生的义务。

^⑳ 富勒和普度:《契约伤害中的信赖利益》,第61页。另见阿梯亚的《契约自由》,第3页。

是恰当的。如我在第三节中论证过的那样,在我看来事情并非如此。²⁹ 关于保证的观点为要求具体履行或为要求期望受损赔偿提供的合理性根据不只是“准刑事性的”,因为这些补偿所起的作用并非仅仅在于阻止承诺者违约,而且还在于:在这些补偿所适用的每一个案例中,它们都给予(或尽可能按照实际可能给予的给予)被承诺者他们曾经希望得到保证的东西。

阿梯亚用来反对有关纯承诺性的责任的观点的一条理由是:他把那种观点看做(作为古典不干涉主义的道德和政治观的一个构成部分的)对选择的自由的一种强调。有一种观点认为:一方当事人只有在通过作出一种承诺,来选择对另一方当事人的信赖损失承担责任时,才有责任;“如果我没有承诺,你自作自受,与我无干。”³⁰ 照阿梯亚的理解,古典不干涉主义的道德和政治观之构成部分,就在于上述观点。在这一点上,我提出的观点所体现出的立场,介于阿梯亚的观点(近乎于拒绝纯承诺性的责任)和他以为他正在抨击的观点(近乎于把责任限制在责任在其中得到认同的那些案例中)之间。一方面,“原则 EL”认可在不存在契约或甚至不存在承诺的那些案例中,存在的那些法定的责任。另一方面,“原则 EF”承认纯契约性的义务有一种独立的根据。

阿梯亚关注承诺性责任的第二条理由是,在他看来,与这种责任相关的古典不干涉主义观点,夸大了选择自由的价值并把这种价值绝对化了。照他的理解,这种观点不仅没有认识到家长式约束的必要,而且还忽略了一个事实,即:由于“物质资源、技能、预见性或脾气”等方面的原因,有些人比另一些人更能够利用选择自由。³¹ 我相

²⁹ 阿梯亚《契约自由》说:至于那种认为“一个期待落空的被承诺者会因期待落空而处境更糟”的看法,“从心理学角度来说也许不谬;但是,从钱财的意义上来说则不然。”其中的假设亦即我所辩驳的假设就是:如果被承诺者“在钱财的意义上来说”不是处境更糟,那么,他所可能据以拒绝已然发生之事的任何理由,就一定都是一种心理学方面的理由。

³⁰ R. S. 阿梯亚:《书评:C. 弗雷德的〈作为承诺的契约〉》,载《哈佛法学评论》第 95 卷(1981 年),第 509 期,第 521 页。

³¹ 同上刊,第 526 页。

信,我对承诺性责任的解释避免了这些问题。为弄清我的解释为什么能够避免这些问题,就需要更详细地考虑关于自愿和关于选择的观点在我提供的论证中所处的地位。

(五) 自 愿

一般来说人们都承认,只有自愿达成的承诺和契约,才是具有束缚力的承诺和契约。“原则F”和“原则EF”赞同这一不言自明之理,因为它们支持和许可对之予以强制实施的那些义务,都必须是在有适当理解且不受任何应予拒绝的限制性条件下有意形成的。这些条件加在一起,就构成了人们通常说的自愿的必要条件。本节将更详细地检视一下这一必要条件是如何起缘的以及它都包含些什么。

有很多不同的方法可用来对自愿的行为和不自愿的行为进行分类,这些不同分类方法各有其不同的道德意义和不同条件。按照一种比较熟悉的自愿观来说,如果一种行为反映了行为者的意志,也就是说反映了他或她在所说的情形中对所应做的事的判断,那么,这种行为就是自愿的行为。作为道德赞扬或道德谴责的可适用性的最基本前提条件的,正是这种自愿观(或某种与这种自愿观相近似的观点)。^②但是,这种自愿观比我们在“一项强迫的承诺不是自愿作出的承诺”之类的说法中所援用的那种自愿观要柔弱得多。按这种最基本意义上的自愿来看,甚至于一项强迫的承诺也可以是自愿的承诺。尤其是,照这种意义上的自愿来说,即使人们对他们的行为和处境信念有许多是错误的,也可以说人们的行为出于自愿(亦即可以说:从与在道德上应受赞扬还是应受谴责的关系来说,可以把他们所做事情归因于他们自身)。影响到对当事人的道德评估的,是他们如何理解他们的处境以及他们把什么作为在他们所理解的处境中采取一定行为方式的充足理由。

^② 我在《我们彼此负有什么义务》一书的第6章中,讨论了这种看法。

有一种观点认为,个人是自己行为的最佳法官,因而,只要一个人所作出的选择是在具备必要的信息且不受制约的条件下作出的选择,那么,这些选择就很可能成为以这个人的观点来看所可能得到的最佳结果的一种良好象征。这种观点中包含了一种与上述方法不同的用以评估当事人的行为条件的方法。从这种观点可以得出一种说法:即认为,如果效率是一个具有重要道德意义的目标,那么,当事人的选择是否是在这种较强意义上的(亦即:是否是在具备必要的信息且不受制约的条件下的)自愿选择,就与道德有关了,因为,让个人在满足这些条件的时候作出自己的选择,从道德上来讲就是一件善事,而让个人在不具备这些条件的时候作出自己的选择则未必是一件善事(至少不会因为这种理由而是一件善事)。^③

从这种以效率为基础的观点来看,之所以与当事人是否具备必要的信息有关,理由很明显。如果人们掌握有关后果的信息,人们很可能在这些后果中作出较好的选择。而胁迫则是另一码事。要求不存在胁迫,就意味着无论在可供选择的方案中作出了什么选择,都不能对所作的选择施以处罚。既然施以处罚就等于对可供选择的后果加以改变,所以,以为当事人是自身福祉的最佳法官,就意味着说,他们也会是这些被改变了的可供选择方案的最佳法官。但是,后者由于受了那些处罚的影响,所以也许就不会成为关于原来那些可供选择的方案中哪些对当事人来说是最佳方案的一种良好象征。所以,用以排除胁迫的理由就可以归结为这么一种观点,即:要使当事人的选择能够表明,在一系列既定的可供选择的结果中,哪些是对当事人来说的最佳结果,这种选择就必须是从那些既定的可供选择的后果中作出的一种选择,而不是从在某种程度上被改变了的可供选择的结果中作出的选择。

我所提供的对选择和自愿所具有的道德意义的解释,与这种基于效率的解释有所相似,但却在“如何从当事人的观点出发”的问题

^③ 克拉斯维尔在《两种有关强制实施承诺的经济理论》一文中(第24页、第37—39页)援用了这种观点。

上,与这种基于效率的解释有所不同。我的解释的基本观点就是我所说的“选择的价值”:也就是说,对一个当事人来说,其所作的事(包括其所引起的义务)的价值,取决于当 he 或她在既定的条件下面对一系列可供选择的方案的时候作何反应。³⁴ 许多不同因素都参与决定这种价值。其中包括(但并不限于)可供当事人选择的那些方案的价值,以及在他或她选择了某些结果的情况下,得到这些结果有什么重要意义。一种选择所具有的价值,还取决于在既定条件下当事人是否能够清晰地思考、是否拥有(或知道如何才会不难得到)为作出一个可靠的选择所必需的信息。通常(但并非一定是),选择的价值会因为可供选择之方案的增加而得到提升(假定这些增加的选择方案是当事人可能希望实现的方案)。作出某种选择,这种做法的价值常常会因为取消了可替代方案或因为受到胁迫(也就是说,因为增加了降低某些替代方案的吸引力的处罚)而被降低。但情况并非总是如此。假定我们是一些有缺陷的选择者,我们也许会有正当理由宁可在这样一种情况下进行选择:在此情况下,某些具有长远不良后果的供选择方案被弄得不适用或被弄得在眼前看来更没有吸引力。因此,当家长式统治成为合理的做法的时候——亦即:当人们可以合理地出于“为当事人的利益着想”,而对选择加以约束或认为选择缺少它们通常所具有的那种道德价值的时候,其所以合理,并非完全因为别的考虑优先于这种价值,而是因为在这类案例中不受限制的选择,缺少它们对当事人来说的道德价值。

选择的价值并不是一个关于自愿的概念。我也并没有援用有关自愿的看法,来说明是什么使一种选择在当事人的观点看来更有或更没有价值。毋宁说,我在谈到这类事情的时候,是把它们当做种种

³⁴ 在发表于S. 麦克姆林编的《唐纳人类价值演讲集》第8卷(盐湖城:犹他大学出版社,1988年)的《选择的重大意义》一文中,在《我们彼此负有什么义务》一书的第6章中,我对这种解释都作了更详细的进一步展开。我所采用的策略是H. L. A. 哈特在《法定责任与原谅》(载《惩罚和责任;H. L. A. 哈特法哲学论文集》,牛津:牛津大学出版社,1968年)中提出的策略。

可供选择之方案的价值和重要性、当做各种各样的条件对当事人有可能作出的选择的影响来看的。由于这类事情正是在种种有关自愿的看法中起作用的那些因素,所以,一种以属于选择价值的事务为基础的道德论证,也许会得出不同于那种通过诉诸这些看法中的某一种看法所得出的相同结论。但是,就像我将要说明的那样,它并不需要借助于任何这样的做法。

到目前为止,我并没有用道德术语,而是按照个人有理由希望的那些事情,来描述选择的价值。但是,这些理由在我一直进行的这种道德论证中,却具有道德上的重要性,因为它们参与决定人们可能用来拒绝或不拒绝我在前文列举的那些原则之理由的力度。这种参与决定的作用以两种方式表现出来。

首先,由于人们有理由希望得到对他们来说(在正常条件下)可以利用的选择方案,所以,他们有必须具备的起码的理由,来赞同那些提供这些选择方案(例如“原则 F”所提供的那些方案)的原则,并且有必须具备的起码的理由,来反对那些将会否认他们进行选择的机会或将会允许别人对这种机会加以干涉的原则。以这种方式承认选择的价值,并不要求我们把“选择自由”或“契约自由”作为一种绝不会或几乎不会受到干涉的至高无上的价值凸显出来。照我的理解,选择的价值取决于我们所说的选择和以之为背景进行选择的那些可供选择的方案,它具有高度的可变性(有些选择具有负面价值)。另外,这种价值只是所有参与决定某一原则是否可以合理拒绝的理由之一。

其次,作为保护人们免遭不欲后果的一种保护机制,选择的价值可以降低人们据以反对某一原则的那些理由的说服力。如果一个人有正当理由不希望发生某种事情,而某一既定原则却容许别人以可能导致这种事情的方式行动,那么,这就使那个人有了必须具备的起码的理由来拒绝该原则。但是,如果我们所说的后果是这个人通过进行恰当的选择就不难避免的一种后果(或者,如果这一原则只有当这个人在于对己有利的条件下选择同意别人那样做的时候才允许别人造成这种结果),则此种拒绝所具有的说服力也许就会被降低

甚或被消除。^⑤ 一般来说,面临一种对某人来说无论如何都不希望发生的不良后果,总比面临一种只有在这个人确实没有作出预防性选择时才会发生的不良后果更糟。

在我前面给出的对“原则 F”和“原则 EF”的论证中,以这两种方式表现出来的选择价值都曾经出现过。一方面,从肯定的方面来看,潜在的承诺者和被承诺者有理由赞同这些原则,因为这些原则为他们提供了选择的机会,使他们能够给予和接受他们有理由希望的保证。另一方面,潜在的承诺者拒绝以他们不喜欢的方式受束缚的理由,也因为下面这个事实而大打折扣:只有他们在适当条件下选择受这种方式的束缚时,他们才会受到这种方式的束缚。在对“原则 L”和“原则 EL”的论证中,选择的价值也以这第二种方式表现出来,因为这些论证中的一个重要构成部分就是,个人可以通过对由自己引起的期望予以适当小心或通过及时给别人以必要的警示,来避免承担给予别人补偿的义务。这样,在对“原则 EL”起支持作用的“类似于侵权行为”的案例中,以及在对“原则 EF”起支持作用的“承诺性”案例中,关于选择的观念就以一种具有重要意义的方式发挥了同样的作用。以此而论,在对这两条原则的论证之间存在的差别,就只是一种程度上的差别,而不是一种鲜明的种类差别,虽然选择的价值在支持“原则 EF”的案例中的确也发挥了第二种作用,即:发挥了肯定性的作用。

如我在本节开头时说过的那样,这种论证思路对下面这种与此相似的结论起支持作用:只有在自愿情况下作出的承诺,才是具有约束力且可强制实施的承诺。但是,如果要问“自愿”在这里意味着什么,那么我们会发现,一种选择只有当在其中作出选择的那些背景条件是这样一些条件的时候,才会在此相关的意义上是一种自愿选择:在这些条件下,没有人能够合理拒绝一条认为在这些条件下作出

^⑤ 我之所以说“也许就会”,乃因为这要视我们所说的选择和在其中进行选择的那些条件的情况而定。就像我们在前文讨论对违约行为的“过分”处罚时所看到的那样,“一个当事人能够通过恰当的选择来避免某些确定的后果”,这一事实并不一定会消除他据以反对将会使这种后果成为可能的某一原则的理由。由于选择的不完善性,人们有正当理由宁愿选择让某种后果根本不可能出现。

的选择将导致有约束力的(或可强制实施的)义务的原则。这样,与此相关的对自愿的看法就是从对所说原则的论证中获得其轮廓的,而不是在这种论证中被援用的一种可单独予以说明的看法。在这种论证中所援用并造就这种论证的结论的,并不是自愿,而是选择的价值。

一种可用来替代上述思路的思路,将从对“一种选择在什么时候是自愿的选择”的看法开始——例如,从“如果一种选择真实地表达了当事人的意志,那么,该选择就是自愿的选择”这样一种理念,和“如果一种选择是上述意义上的自愿选择,那么,它就赋予其结果以道德上的合理性”这样一种道德原则开始。例如,我们也许可以说,如果一种选择在为道德责任所要求的那种基本意义上来说是自愿的,并且是在当事人有(或意识到了)其他可供选择的方案的情况下作出的选择,那么,这种选择就是自愿的选择。但这也会遇到同样的困难。如果我们说一个答应给强盗钱的承诺不是一个自愿的承诺,因为对“作出这种承诺”来说,唯一的替代方案就是迫在眉睫的令人痛苦的死亡,那么,对于答应为一次手术向外科医生付钱的承诺(在作出这种承诺的时候,可供选择的唯一方案也同样残酷无情),我们又该怎么说呢?^⑤(对于战败国在战争结束时签订的条约,也可以提出类似的问题)

按照我提出的观点来看,我们可以通过提出例如下面这样的问题,来回答上述难题:如果一项原则要求当事人信守在面临死亡威胁的时候作出的给强盗钱的承诺,那么,拒绝接受这一原则会不会是合理的做法?选择的价值以两种方式参与到对这类问题的解答中。首先,“原则 F”的不容拒绝性的根据之一,就在于以下事实:“原则 F”加诸承诺者的义务,是承诺者能够通过拒绝承诺来避免的义务。在这个案例中,来自强盗的威胁使那种“拒绝承诺”的选择显得非常不可取,所以,由此来看,一项要求当事人信守对强盗的承诺之原则,就更容易受到反对。但其次,通过使人在这类条件下有可能陷入一项

^⑤ 这个例子是休谟提出来的。见休谟:《人性论》第3卷第2部分第5节,尤其是第525页。

有约束力的许诺,一条这样的原则也会使当事人可能非常希望得到(或不希望得到,因为它促使强盗要求这种承诺)的选择成为现成可得的事情。至于这些考虑会有什么结果,也许并不清楚。^⑤但是,在向外科医生作出承诺的那种案例中,结果却很清楚:即使当事人在作出这样一种承诺时“别无选择”,当事人也有理由能够作出这样一种承诺,并希望它是有约束力的。

不过(从承诺者的观点来看),拒绝一项可能要求当事人信守这两种承诺中的任何一种承诺的原则,这种做法的合理性还取决于潜在的被承诺者是否有强有力的理由,来反对那将允许违背这些承诺的替代性原则。这里就浮现出这两种情形之间的一个明显差异。强盗没有反对这一原则的合理理由。由于他的威胁违背了其他有效原则,他就不能反对一项防止他通过威胁来得到好处的原则。相反,外科医生(至少在所收的费用是这个外科医生应得的费用时)却可以反对这一原则。

这样一来,在这些情形下,至少有三种考量在起作用:属于承诺者的“能够通过获得一种可接受的待选行为路线来避免一种义务”的权益;属于承诺者的“在有些案例中当即使缺少这类可供选择的方案时也能够作出一些有约束力的许诺”的权益;被承诺者在“能够信赖由承诺者给出的保证”方面的权益之变化不定的牢靠度。在有些情形下,这两种考量也许会相互抵消。无论它们在我们所讨论的案例中是否相互抵消,这两种考量都因为同第三种考量之间有一种决定性的差异,从而与第三种考量区别开来了。^⑥

^⑤ 确定它们的结果,属于对据以希望某些选择是可利用的选择的那些理由进行评估的问题。它并非一个有关“意志”或有关任一具体承诺者的喜好问题;我是否受约束于这样一个承诺,并不取决于我是否愿意能够或不能够作这样一个承诺。

^⑥ 按照我提出的解释来看,在既定的条件下,一种行为的“自愿性”取决于是否有理由拒绝一条将把一定道德后果归因于在那些条件下做出选择的原则,而不是有理由拒绝这样一条原则,又反过来不仅取决于所说的当事人的主张,而且取决于别人的主张。因此,总的来说,我是同意安东尼·克隆曼在《契约法与分配正义》[载《耶鲁法学杂志》,第98卷(1980年),第472期]中提出的观点。不过,我却不会认为“评估一种行为是不是这种意义上的‘自愿’行为(也就是说该行为是否可被认为造成了一种有约束力或可强制实施的许诺)”总的来说是一个属于分配正义的问题。

若此一分析不谬,那么,虽然并非不当但在某种程度上却是一种误导的看法是,认为在这类情形中,我们应当问的是“承诺究竟是否出自自愿?”因为同一个术语“自愿”也常常被用来指代道德上的可归因性的基本条件,所以,在这种背景下使用这个术语,就暗示着在这里作为话题的仅仅是:承诺者的行为是否反映了他或她的意志,这种意志是否因为知识不足或者因为没有可接受的选择方案而受到了限制。但是,如果“自愿”是一个关于当事人的意志和这种意志因没有可供选择的方案而受到的限制的程度的问题,那么,我们就只有要么说对强盗和对外科医生的承诺都是自愿的(虽然对强盗的承诺也许会因为别的原因而是无效承诺),要么说两种承诺都不是自愿的(但后者却是有效承诺)。然而,“自愿”一词通常是用来在这类情况中作出区分的:当且仅当作出承诺时的那些条件并不形成一条据以反对“把承诺理解为有约束力的承诺”的决定性理由时,这个承诺才是自愿的承诺。我并不反对这种说法,但前提是要有以下理解:当人们这样使用“自愿的”一词的时候,一种行为只有是在这样一些特定条件下作出的行为时,才是自愿的行为:在这些条件下,一个人不能够合理拒绝一条据以认为在这些条件下作出的行为具有所说的那种道德后果的原则。

前面,我在陈述“原则 F”和“原则 EF”时,我之所以把 A 的行为明确限定为在没有受到可合理地加以反对的限制并且对自己的处境有适当理解(或具有获得这种理解的能力)的情况下作出的故意行为,而没有把 A 的行为限定为自愿行为,就是出于这种理由。正像我刚才讨论过的事例所表明的那样,没有什么简单可行的办法可用来指出在当事人所面临的种种选择限制中,究竟哪一种限制是应予反对的。类似的困难,使我们不能明确认定(用非规范化的术语来说)究竟是什么构成了用以获得关于某人的处境的信息的“适当”办法。这样,要想在“原则 EF”下,把某一特定的契约法当做一种合理的法律加以维护,就必须证明它所承认的那些例外情况将确保在它认为有约束力的那些契约中,既不包括在受到应予反对的限制之情况下所做出的契约,也不包括在其中以不容接受的方式对一个人在

信息上的缺乏或在思想能力上的不健全加以利用的那些契约。这就阐明了关于“选择的价值”的想法何以能够说明(以并不会导致阿梯亚理所当然予以反对的那种绝对论的结论方式来进行)选择的肯定价值,及其在道德上的重要意义。

(六) 结 论

我在这篇文章中力图做的是以下这些事情。我提出了一系列原则,它们是用来规范我们特意针对在我们的引导下形成对我们将要采取未来行为之期望的那些人所采取的行为,并且依据契约论的正当与不当概念,论证了这些原则的有效性。我所论证的这些原则说明了承诺何以具有道德约束力,同时也指出,由承诺产生的义务并不需要以存在一种达成协议的社会实践为前提条件。随后,在与此相同的理论框架中,我进而对允许在法律上对承诺和其他相关义务予以强制执行的那些原则的有效性进行了论证。最后,按照契约论的理论框架,从我所说的选择的价值出发,我力图说明何以会出现为使承诺和契约具有约束力所必须具备的那些条件。人们常常以下述两种形式赋予关于“选择”的理念以特殊的道德地位:一种是以常常被当做一种基本道德公理的“赞同”所具有的起批准作用的权力形式,另一种是以被当做一种值得予以特殊保护的价值的、关于契约自由的理念形式。我力图指出,选择的价值何以能够在不给这些概念赋予人们常常主张的那些特殊地位的情况下,解释这些概念实际具有的道德上的重要意义。

索引

(索引中所注页码均为英文原版页码)

Abrams v. United States, 250 U. S. 616 (1919)
《阿伯拉姆斯诉美利坚合众国案宗》, 美国第 250 号, 第 616 卷(1919 年), 6 页

academic freedom 学术自由, 51—52 页,
157—158 页

Ackerman, Bruce 布鲁斯·艾克曼, 42 页

Amdur, Robert 罗伯特·阿姆杜尔, 96 页注
释[14]

Atiyah, P. S. 阿梯亚, 248 页注释[16], 253
页, 268 页

—on promissory liability 阿梯亚论约定义
务, 260 页, 261—262 页

autonomy : role in millian principle 自律在

密尔原则中的作用,2 页,14—18 页,20 页,24 页,97—99 页,161—163 页

—and legitimacy of government authority 自律与政府权威的合法性,14—15 页,17—19 页,24 页,95 页

—and preference 自律与偏好,30 页

—as ability to exercise independent rational judgment 自律作为运用独立理性判断之能力,97—98 页

—and content regulation 自律与内容规制,161—163 页

—in preference utilitarianism 偏好功利主义中的自律,172 页

average utility, principle of 平均效用原则,71 页,131 页,142—145 页

Baier, Kurt 科特·拜尔,32 页注释[6],78 页注释[5]

balancing 权衡,7 页,21—22 页,35 页,65—69 页,98 页,152—153 页,160 页

—aggregative vs. personal 集合权衡与个人权衡,65—68 页

—objective basis for 权衡的客观基础,67—68 页

—as domain of legislature 权衡作为立法的领域,67 页

Barnett, R. E. R. E 巴内特,250 页注释[18]

Bates v. states bar of Arizona, 433 U. S. 350 (1977) 《贝茨诉亚利桑那州法院案宗》,美国第 433 号,第 350 卷(1977 年),104 页注释[26]

Beitz, Charles 查尔斯·贝兹,123 页注释[3]

Benson, Peter 彼特·本森,234 页,243 页注释[9]

Bok, Sissela 斯色拉·伯克,169 页

Brandt, Richard 理查德·布兰特,36 页注释[7],78 页注释[5],128 页注释[4],150 页注释[28],171 页注释[3]

—on well-being 布兰特论福利,177—178 页,180 页

Brouwer, L. E. J. 布劳维尔,126 页,130 页

Buckley v. valeo, 424 U. S. 1 (1976) 《巴克利诉瓦利奥案宗》,美国第 424 号,第 1 卷(1976 年),103 页注释[25],166 页注释[16]

- campaign finance law 竞选资金法, 103—104 页
- Chafee, Z. 查菲, 48 页注释[4]
- Cohen, Joshua 约书亚·库恩, 187 页
- Cohen, Marshall 马歇尔·库恩, 84 页, 124 页
- Coleman, J. 科尔曼, 258 页注释[25]
- consensus; and criteria of well-being 共识与福利的标准, 70 页, 76—77 页, 81—82 页
 - and freedom of expression 共识与言论自由, 87—88 页
 - and neutrality of rights 共识与权利的中立性, 113 页, 122 页
 - moral significance 道德意义, 183 页, 184—185 页
- consent 同意, 5 页, 19 页, 226—229 页, 249—250 页
- consequentialism 效(后)果论, 3 页, 4 页, 81 页注释[8]
 - as defense of freedom of expression 效(后)果论作为言论自由的辩护, 6—7 页
 - as justification of rights 效(后)果论作为权利的证成, 26—27 页, 35—36 页
 - and determination of value 效(后)果论与价值决定, 27—32 页
 - and equality 效(后)果论与平等, 30—32 页, 35 页
 - and right to life 效(后)果论与生命权, 39 页
- content regulation 内容规制, 151—168 页
 - problem of 内容规制难题, 159—164 页
 - viewpoint-based regulation 基于观点的规制, 165—166 页
 - subject matter restrictions 主题约束, 166—167 页
- contracts 契约, 56 页, 226—229 页, 234 页, 249—268 页
 - contrasted with promises 与承诺相对照的契约, 234 页, 249 页
 - and reliance interest 契约与信赖的利益, 249—255 页, 260 页
 - specific performance and expectation damages 契约的具体履行与期望受损, 253 页, 256 页, 257 页, 259—260 页
 - basis for enforcement in absence of reliance 契约在缺乏信赖情形下作为强制的基础, 253—256 页, 258 页, 262 页
 - and coercion 契约与强迫, 255 页

- role of consideration 考量的作用,257 页
- value of assurance 保证的价值,258—259 页,261 页
- contractualism 契约主义,3—4 页,124—150 页,176—179 页,181—186 页
- and moral motivation 契约主义与道德动机,125 页,127—128 页,130 页,132—133 页,138—141 页,149—150 页,182 页,184—185 页
- reasonable agreement 合理(一致)协定,132—134 页,138—139 页,149 页,182—184 页,185 页,198 页,237—238 页
- and well-being 契约主义与福利,135—136 页,140 页,142 页,181—186 页
- Correa Sutil, Jorge 约基·柯乐雅·苏提尔,224 页注释[10]
- Craswell, Richard 理查德·克拉斯维尔,234 页,246 页注释[15], 254 页注释[23], 258 页注释[24], 263 页注释[33]
- Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U. S. 130 (1967) 《柯蒂斯出版公司诉布茨案宗》,美国第 388 号,第 130 卷(1967 年),102 页注释[22]
- Daniels, Norman 诺曼·丹尼尔,128 页注释[3]
- De George, Richard 理查德·德·乔治,216 页注释[13]
- desire theories 欲望理论,169—186 页
- and well-being 欲望理论与福利,170 页,171—176 页,176—181 页
- actual vs. informed desires 实际的欲望与明智的欲望,171—172 页,173 页,175 页
- and principle of preference autonomy 欲望与偏好自律的原则,172 页
- Devlin, Patrick 帕特里克·德芙琳,106 页注释[28]
- distributive justice 分配正义,30—31 页
- and access to means of expression, see also fairness, equality, rights 分配正义与有权使用的言论手段,22—23 页,另见“公平,平等和权利”
- due process 正当程序,42—69 页
- and conditions of institutional legitimacy 正当程序与制度合法性

的条件,43—45页,62页

—three kinds of due process decisions 三种正当的程序决定,49—50页

—substantive vs. procedural 实质性正当程序与程序性正当程序,4—50页,52—53页,56页

—and appeal to nature of authority conferred on institution 正当程序与诉诸赋予制度的权威之本性,50—52页,53—54页,56—61页,63—64页

—and academic freedom 正当程序与学术自由,51—52页

—in sphere of purely voluntary organizations 纯粹的志愿组织范围内的正当程序,54—56页

—and state action 正当程序与国家行动,54—55页,60—61页

Durkheim, E. 涂尔干,87页注释[3]

Dworkin, Gerald 加罗德·德沃金,20页注释[10],96页注释[14]

Dworkin, Ronald 罗纳德·德沃金,7页注释[2],26页,42页,58页注释[10],62页注释[14],63页注释[15],124页

Ely, John H. 约翰·H. 艾利,163页注释[14]

Emerson, Thomas 托马斯·爱默生,9页注释[4]

equality 平等,3页,30—33页,202—218页

—in evaluation of consequences 效(后)果评价的平等,30—33页

—formal vs. substantive 形式平等与实质平等,202页,208页

—dependence on non-egalitarian values 对非平等主义价值的依赖,202—208页,218页

—and concern with suffering 平等与对苦难的关切,203—204页,207页

—five reasons for pursuing 追求平等的五个理由,207页

—of starting places 起点平等,205页,206—208页,209—210页

—and procedural fairness 平等与程序公平,205—208页,208—212页

expression 言论(表达),6—12页,14页

—acts of 言论(表达)行为,6—12页,14页
 —categorization 言论分类,84—85页,87—88页,98—99页,100—112页,155—156页

fairness 公平,30—33页,204—208页,208—212页,224—225页

Feinberg, Joel 约耳·费因伯格,221页注释[5]

First Amendment, see also, freedom of expression (美国)《宪法》第一修正案,153页,154页,157页,159页,188页,191页,另见“言论自由”

Fiss, Owen 欧文·费斯,48页注释[4],124页

Frankfurt, Harry 哈里·法兰克福,203页注释[3]

freedom of expression 言论自由,1—2页,6—25页,35—36页,84—112页,151—168页

—and individual interests 言论自由与个人利益,85—93页,94—95页,97—100页

—values protected 受保护的價值,87页,154—156页

—as a right 言论自由作为一项权利,99—100页,154—159页

—and creative instability 言论自由与创造性的不稳定性,154页,158页,190页注释[2]

—two-part structure of 言论自由的二分结构,159—160页

—and content vs. content neutral regulation 言论自由和内容规制与内容中立性规制,151—168页

—and tolerance, see also, Millian Principle 表达自由与宽容,189—192页,另见“密尔原则”

Freedom of Information Act 信息(情报)自由法案,157页

Fried, Charles 查尔斯·弗莱德,28页注释[2],38页注释[8],66页注释[19],77页注释[4],234页注释[1]

Fuller, L. L., on the expectation interest 富勒论期望利益,244页,253页,259—261页

Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323 (1974) 《格尔茨诉罗伯特

· 韦尔奇有限公司案宗》,美国第 418 号,第 323 卷(1974 年),102 页注释[22]

Glymour, Clark 克拉克·格莱默尔,84 页

Golden Rule 金规则,138 页

Griffin, James 詹姆士·格里芬,169 页,170 页,184 页注释[25]

—on well-being 格里芬论福利,171 页,174—175 页

Hare, R. M. 黑尔,36 页注释[7]

Harman, Gilbert 吉尔伯特·哈曼,26 页,133 页注释[8],176 页注释[14]

Harsanyi, John 约翰·哈桑伊,81 页,171 页,172 页,180 页

—on the principle of average utility 哈桑伊论平均效用原则,71 页,142—147 页

Hart, H. L. A. 哈特,221 页,226 页,264 页注释[34]

hedonism 快乐主义,170—171 页,174 页

—preference hedonism 偏好快乐主义,171 页,174 页注释[11]

Helms, Jesse 杰西·霍尔姆斯,195 页

Herbert v. Lando, 99 S. Ct. 1635 (1979) 《赫尔伯特诉兰多案宗》, S. Ct 第 99 号,第 1635 卷,102 页注释[22]

Herrnstein, Richard 理查德·赫恩斯坦,199 页

Hilbert, David 大卫·希尔伯特,130 页

Hobbes, Thomas 霍布斯,16 页

Hoffman v. Red Owl Stores, 133 N. W. 2d 267 (1965) 《霍夫曼诉莱德·欧伍尔商店案宗》, N. W. 第 33 号,第 2 版第 267 卷(1965 年), 253 页

Hohfeld, W. N. 霍菲尔德,28 页注释[2]

Holmes, Oliver Wendell 奥利弗·文德尔·霍尔姆斯,6 页,12 页,17 页

Horton, John 约翰·霍顿,187 页注释[1]

Hume, David 休谟,234 页,266 页注释[36]

Hutchinson v. Proxmire, 99 S. Ct. 2675 (1979) 《哈钦森诉普拉克斯迈尔案宗》, S. Ct. 第 99 号,第 2675 卷(1979 年),102 页注释[22]

- impartiality 公道,143—144 页
- intuitionism 直觉主义,126 页,129 页,130—131 页
- Kanger, Stig 斯蒂格·康格尔,28 页注释[2]
- Kant, Immanuel 康德,14 页,16 页,126 页,138 页,149 页
- Kraus, Jody 乔迪·克劳斯,234 页,254 页注释[23]
- Kronman, Anthony 安东尼·克隆曼,267 页注释[38]
- Kymlicka, Will 威尔·金里卡,187 页,194 页注释[4]
- laissez faire 自由放任,209—210 页,261—262 页
- life and death 生与死,39—41 页
- right to life 生命权,39—40 页
- and mistrust 生命与不信任,39 页,40—41 页
- Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905) 《罗奇纳诉纽约州政府案宗》,美国第 198 号,第 45 卷(1905 年),64 页注释[18]
- MacCormick, Neil, on promises 尼尔·麦克科米克论承诺,235 注释[4]
- Mackie, John 约翰·麦基,140 页,150 页注释[28]
- Marshall, Thurgood 特耳古德·马歇尔,151 页,167 页
- Marx, Karl 马克思,88 页注释[3]
- Matsuda, Mari 玛丽·马特苏达,199 页注释[8]
- maximization 最大化,35—37 页,131 页,141—142 页,178—179 页
- Meiklejohn, Alexander, on freedom of expression 亚历山大·梅克利约翰论言论自由,7 页,93—95 页,98 页,108 页
- Mill, John Stuart 密尔(旧译“穆勒”),7—8 页,14 页,18 页,36 页注释[7],80 页,81 页注释[7],89 页,93—94 页,95 页
- Millian Principle 密尔原则,2 页,14—25 页,95—98 页
- statement of 密尔原则陈述,14 页,95 页
- exceptions to 密尔原则的例外,15 页,19—20 页,23—25 页

- argument for 密尔原则的论证,17—21 页
- and paternalism 密尔原则与家长制,20 页,96—97 页
- problems with 密尔原则的难题,96—98 页,161—163 页
- purpose of 密尔原则的目的,162 页
- compared with Tribe's two-track analysis 密尔原则与特里伯的双轨式分析之比较,162 页
- Moore, G. E. 摩尔,130 页
- moral motivation 道德动机,125—127 页,128 页,137—141 页,149—150 页
- and contractualism 道德动机和契约主义,125 页,132—133 页,138—140 页,149—150 页,182 页,184—185 页
- and appeal of subjectivist accounts 道德动机与主观主义解释的吸引力,126 页
- role of well-being 福利的作用,130 页,140—141 页,182 页
- in Rawls 罗尔斯理论中的道德动机,145—149 页
- morality: scope of 道德的范围,134—137 页
- philosophical account of subject matter 对象的哲学解释,125—129 页,150 页
- role of justification 证成的作用,135—136 页
- and well-being 道德与福利,135—136 页

- Nagel, Thomas 托马斯·内格尔,59 页注释[11],70 页,124 页,144 页注释[17],202 页,215 页
- New York Times Co. v. Sullivan* 376 U. S. 254 (1964) 《纽约时报公司诉苏利文案宗》,102 页注释[22]
- Nietzsche, Friedrich 尼采,127 页,223 页注释[7]
- Nino, Carlos 卡洛斯·尼诺,219—233 页
- consensual theory of punishment 卡洛斯·尼诺的合意惩罚理论,226—229 页
- Nozick, Robert 罗伯特·诺齐克,2 页,29 页,202 页,203 页注释[2],211 页注释[7]

- Orentlicher, Diane 黛安·奥伦特里奇尔, 219 页
- Parfit, Derek 德里克·帕菲特, 26 页, 84 页, 124 页, 133 页注释 [9], 136 页注释 [10], 203 页注释 [3], 211 页注释 [7]
- on theories of well-being 帕菲特论福利理论, 170—174 页
- paternalism 家长制, 20 页, 30 页, 96—97 页, 238 页
- Patterson, Dennis 丹尼斯·帕特逊, 243 页注释 [8]
- Perdue, W. R., Jr., on the expectation interest 普度论预期利益, 244 页, 253 页, 259—261 页
- Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U. S. 92 (1972) 《芝加哥警察局诉莫斯利案宗》, 美国第 408 号, 第 92 卷 (1972), 151 页注释 [1], 159 页, 166—168 页
- pornography 色情出版物, 105—112 页
- and offense 色情出版物与违法(冒犯行为), 105—106 页
- and interest in the evolution of social mores 色情出版物与在社会习俗进化的利益, 106—112 页
- and protection of unwilling audiences 色情出版物与对非自愿受众的保护, 108—112 页
- preferences 偏好, 4 页, 70—83 页
- role in account of rights 偏好在权利解释中的作用, 27 页, 29—30 页
- and criteria of well-being 偏好与福利的标准, 71—74 页
- relevance to objective criterion of well-being 偏好与客观的福利标准的相关性, 73 页, 80—81 页, 82 页, 176—178 页
- urgency of 偏好的紧迫性, 74—77 页, 79—83 页
- relation to reasons 与理由(理性)的关系, 75—76 页, 79 页, 177—181 页
- malleability of 偏好的顽固性, 78—79 页
- and hedonism 偏好与快乐主义, 170—172 页
- promises 承诺, 234—249 页

- independence of notions of promise and contract 承诺与契约概念的独立性,234 页,249 页
- and creation of expectations 承诺与期望的创造,235—241 页,243 页注释[8]
- role of social practices in 承诺的社会实践作用,234—235 页,236 页,239 页,247—249 页
- expectation vs. reliance interest 期望与信赖利益的对比,241 页,243 页注释[8]
- executory vs. bilateral 可执行的承诺与双边承诺,242 页
- assurance and the problem of expectation interest 承诺保证和期望利益问题,242—249 页
- Principle F (fidelity) 忠诚原则,245—249 页,254 页,258 页
- right to rely 有权依赖,247 页
- punishment 惩罚,5 页,219—233 页
- and desert 惩罚与应得,220—221 页,224—225 页
- retributivist account 报复主义的解释,220—221 页,222—223 页,224—226 页,232 页
- and deterrence 惩罚与阻止,221 页,231—232 页
- and affirmation of victims' rights 惩罚与受害人权利的证实,221—224 页,231—232 页
- non-retributivist accounts 非报复主义的解释,221 页,226 页,230—232 页
- and condemnation of wrongs 惩罚与对错误的谴责,222—223 页,231—232 页
- and respect for law 惩罚与对法律的尊重,223 页,225 页,232 页
- consensual theory of 合意惩罚理论,226 页,228—230 页
- fair opportunity to avoid 避免惩罚的公平机会,227—228 页,230—231 页
- mental element of punishable acts 惩罚行为的心理(精神)要素,228—230 页,231—232 页
- quality of life, see also, well-being 生活质量,169—170 页,另见“福

利”

Railton, Peter 彼特·雷尔顿, 2 页

Rawls, John 罗尔斯, 17 页注释[7], 7 页, 81 页, 125 页, 128 页, 142 页, 176 页注释[15], 203 页, 206 页, 235 页

—on primary social goods 罗尔斯论基本社会善物, 76 页注释[3], 183 页, 184 页注释[23]

—on preferences 罗尔斯论偏好, 78 页, 79 页, 82 页

—on the Original Position argument 罗尔斯论原初状态的论证, 145—150 页

—on the Difference Principle 罗尔斯论差异原则, 147—150 页, 208—212 页

—on non-comparing groups 罗尔斯论不可比较的群体, 216—217 页

Raz, Joseph 约瑟夫·拉兹, 235 页注释[4], 244 页注释[12], 249 页注释[17]

reflective equilibrium 反思平衡, 128 页

rights 权利, 1—5 页, 26—41 页, 113—123 页

—justification of 权利之证成, 2 页, 26—27 页, 28—29 页, 99—100 页

—instrumental account of 权利的工具性解释(说明), 2—4 页, 31—32 页

—costs of 权利的代价(成本), 3 页, 28 页, 84 页, 89 页, 97 页

—two-tiered view of 权利的双重观点, 26—39 页

—and utilitarianism 权利与功利主义, 26—30 页, 33—34 页

—ideological neutrality of 权利的意识形态中立性, 113—114 页, 120—123 页

—minimal character of 权利的底线特征(品质), 113 页, 117—118 页

—structure of 权利的结构, 114—117 页, 151—154 页, 160 页

Ross, W. D. 罗斯, 126 页, 129 页

Rousseau, Jean-Jacques 卢梭, 216 页

Rushdie, Salman 萨尔曼·拉什迪, 200 页注释[9]

Scheffler, Samuel 萨缪尔·谢弗勒, 2 页, 26 页

Schenk v. United States, 249 U. S. 47 (1919) 《斯钦克诉美利坚合众国案宗》, 美国第 249 号, 第 47 卷(1919 年), 12 页, 17 页注释[8]

Schockley, William 威廉·肖克利, 199 页

Seavey, W. A. 西维, 48 页注释[4]

Seznick, Philip 菲利浦·塞兹尼克, 46 页注释[2]

Sen, Amartya 阿马蒂亚·森, 73 页, 183 页, 184 页注释[24], 202 页

Shafer-Landau, Russ 卢斯·夏福尔-兰道, 211 页注释[9]

Shue, Henry 亨利·舒, 117 页注释[2]

Sidgwick, Henry 西季威克, 169 页

Singer, Peter 彼特·辛格, 107 页注释[29], 128 页注释[4], 137 页

Stone, Geoffrey R. 杰弗里·R. 斯通, 160 页

Stone, Harlan 哈兰·斯通, 68 页注释[20]

Thomson, Judith 朱迪思·汤姆森, 2 页, 235 页注释[4]

Thurow, Lester 勒斯特尔·图罗, 82 页注释[9]

Titmuss, Richard 理查德·提特姆斯, 107 页

tolerance 宽容, 3 页, 187—201 页

—pure 纯粹宽容, 188 页

—religious 宗教宽容, 188 页, 189 页, 191—192 页, 196 页, 200—

201 页

—costs of 宽容的代价, 188 页, 191—192 页

—value of 宽容的价值, 188 页, 192—195 页

—vagueness and indeterminacy of requirements of 宽容要求的模糊性与不确定性, 189—190 页, 198—200 页, 201 页

—and freedom of expression 宽容与言论自由, 189—192 页

—and interest in evolution of social mores 宽容与在社会习俗进化

中的利益,190—192 页

—difficulties of 宽容之难,195—200 页

—and rights of the intolerant 宽容与不宽容者的权利,196—197 页

Tribe, Laurence 劳伦斯·特里伯,48 页注释[3],159—160 页,162 页,163 页注释[14]

U. S. v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144 (1938) 《美利坚合众国诉卡罗伦产品公司案宗》,美国第 304 号,第 144 卷(1938 年),68 页注释[20]

utilitarianism 功利主义,26—27 页,28—29 页,30—32 页,33—34 页,35—39 页,124—150 页

—appeal of 功利主义的诉求(吸引力),124 页,129 页,130 页

—thesis of “philosophical utilitarianism” “哲学功利主义”的论点,129—131 页,137—138 页

—and well-being 功利主义与福利,129—130 页,131 页,137 页,141—142 页,179 页

—and moral motivation 功利主义与道德动机,137—138 页

—preference 功利主义与偏好,172 页

Village of Skokie v. National Socialist Party of America, 69 Ill. 2d 605, 373 N. E. 2d 21 (1978) 《斯科基村诉美国国家社会主义党案宗》,N. E. 第 69 号之三,第 2 版第 605 号、第 373 号,第 2 版,第 21 卷(1978 年),84 页,85 页,102 页,112 页

Virginia Pharmacy Bd. V. Virginia Consumer Council, 425 U. S. 748 (1976) 《弗吉尼亚药品管理局诉弗吉尼亚消费者协会案宗》,美国第 425 号,第 748 卷(1976 年),104 页注释[26],159 页

Voltaire, F. -M. A. de F. -M. A. 德·伏尔泰,197 页

voluntariness; and due process 任意性(意愿)与正当程序,54—56 页,59—61 页

—and preferences 任意性(意愿)与偏好,78—80 页

—and justification of punishment 任意性(意愿)与惩罚之证成,226

页,228—229 页

—as basis of moral praise and blame 任意性(意愿)作为道德赞扬与道德责备的基础,262—263 页

—as requirement of moral bidding promises and contracts 任意性(意愿)作为道德维系承诺和契约之必要条件,262—268 页

—as informed, unconstrained choice 任意性(意愿)作为明智的、不受约束的选择,263 页

—and value of choice 任意性(意愿)与选择的价值,263—269 页

Wachsberg, Milton 密尔顿·瓦奇斯伯格,26 页

Walzer, Michael 迈克尔·沃泽尔,194 页注释[5]

—on inequality 沃泽尔论不平等,216—217 页

Warnock, G. J. 瓦诺克,150 页注释[28]

well-being 福利,1—5 页,70—84 页,135—136 页,140—141 页,169—186 页

—criteria of 福利的标准,70—84 页,170—176 页,184—186 页

—subjective vs. objective standard 福利的主观标准与客观标准,71—73 页,77—78 页,80—81 页,172—173 页,185—186 页

—social relativity of 福利的社会相对性,72—73 页,76—77 页

—and relative urgency of preferences 福利与偏好的相对紧迫性,74—77 页,80—83 页

—and quality of life 福利与生活质量,169—170 页

—substantive good theories of 实质善的福利理论,170 页,172—175 页

—desire theories of 福利的欲望理论,176—181 页

Williams, Bernard 伯纳德·威廉姆斯,28 页注释[3],29 页

Wolff, Robert Paul 罗伯特·保罗·沃尔夫,17 页注释[7]

Young, Michael 迈克尔·杨,215 页注释[11]

Ziff, Paul 保罗·兹夫,176 页注释[15]

译者后记

323

托马斯·斯坎伦(Thomas Scanlon)是当代美国著名道德哲学家、政治哲学家,继约翰·罗尔斯之后自由主义的平等主义的重要代表人物;其道德契约主义理论在当代美国伦理学界的影响与日俱增;其专著《我们彼此亏欠什么》(*What We Owe to Each Other*)与论文集《宽容之难》(*The Difficulty of Tolerance*)佳评如潮。

与斯坎伦教授相识,起于我在清华大学师从万俊人教授攻读哲学(伦理学专业)硕士学位期间。2004年,正值硕士论文开题之时,出于本人兴趣和万师的建议,更感于斯坎伦教授的道德契约主义理论在国内受到关注的程度与其理论的重要性甚为不符,遂有研究其道德契约主义理论并翻译其著作之志。其间,我与斯坎伦教授多次通信,得他慷慨相助,惠赠我《宽容之难》英文原版;随

后,经万师与人民出版社的不懈努力,终取得翻译斯坎伦教授著作版权。于是,在万师的带领与指导下, *What We Owe to Each Other* 与 *The Difficulty of Tolerance* 的翻译工作便走上议事日程。

然则,本人学浅力薄,不堪独立翻译两部名著之重任。幸赖众师兄弟不辞学业繁忙,鼎力相助,终成此业。其中,杨伟清博士翻译了第一篇《一种言论自由理论》、第二篇《权利、目标和公平》、第三篇《正当的程序》和第六篇《作为一种中立关切的人权》;田洁同学翻译了第四篇《偏好与紧迫性》和第五篇《言论自由与言论分类》;涂文娟博士翻译了第九篇《价值、欲望和生活质量》;王韬洋博士翻译了第十一篇《反对不平等的多种理由》;左高山博士和左炬翻译了第十二篇《惩罚与法治》;高湘泽老师翻译了第八篇《内容规制再思考》和第十三篇《承诺与契约》;我翻译了声明、导言、索引、第七篇《契约主义与功利主义》和第十篇《宽容之难》。为保持原版风格,本译本在某些技术上的处理可能与国内出版规范有差异,请读者见谅。

眼见成稿,心中不免几分窃喜,几分惴惴。从学西方伦理学三四年,而今稍有微绩,焉能不喜?然而,由于本人之不敏、水平之浅陋,虽竭心尽智,仍可能存在诸多不足;兼万师“学术事,千秋业”之郑重教导,心中之不安更甚。唯望诸君海涵!若此译本能成抛砖引玉之功,则余愿足矣!

在此,向斯坎伦教授、恩师万俊人教授、参加翻译的诸位同学以及人民出版社致以衷心谢意。承万师嘱托,特为此记以向读者交代本书翻译之缘起和过程。

陈代东

2007年4月16日