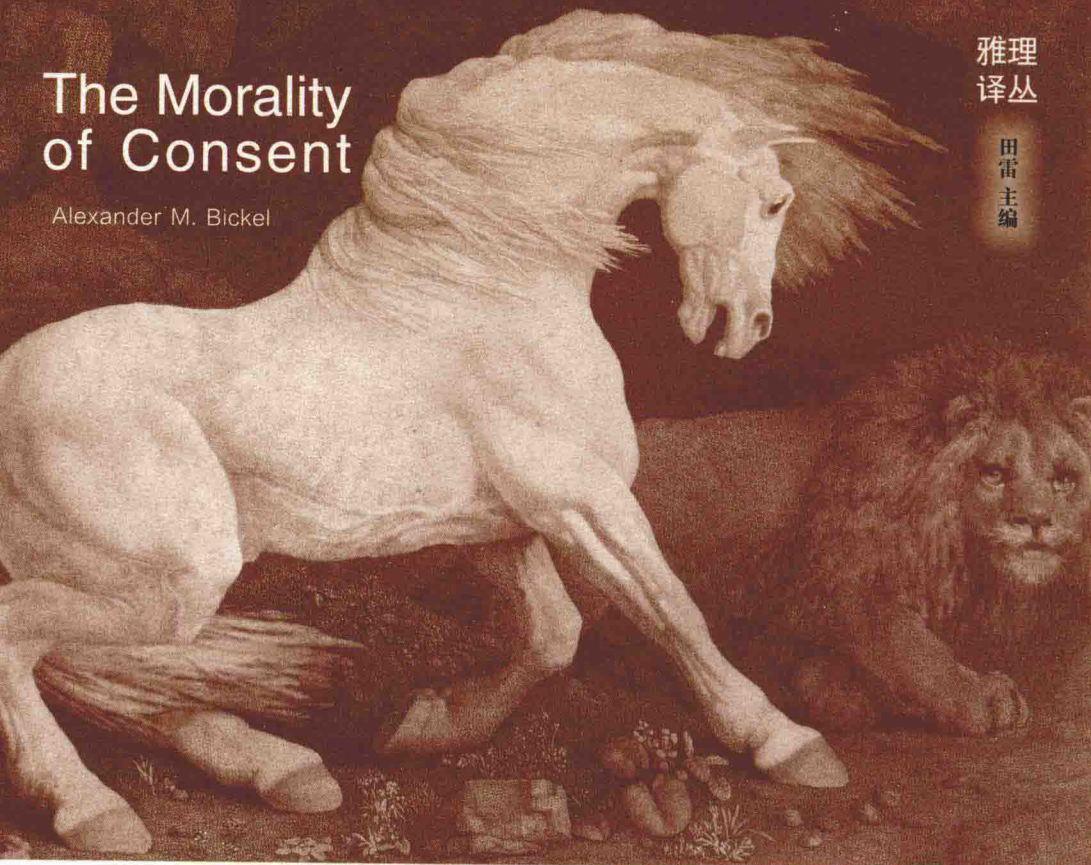


The Morality of Consent

Alexander M. Bickel

雅理
译丛

田雷
主编



[美] 亚历山大·M. 毕克尔 - 著

徐斌 - 译

同意的
道德性

雅理
译丛

田雷
主编

The Moralit
of Consen



同意的道德性

Alexander M. Bickel



[美] 亚历山大·M. 毕克尔 - 著

中国政法大学出版社

徐斌 - 译

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

同意的道德性/(美)毕克尔著；徐斌译.—北京：中国政法大学出版社，2016.1
ISBN 978-7-5620-6641-5

I. ①同… II. ①毕… ②徐… III. ①法律—研究—美国 IV. ①D971.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第027917号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮 寄 地 址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 650mm×960mm 1/16
印 张 10.75
字 数 110千字
版 次 2016年1月第1版
印 次 2016年1月第1次印刷
定 价 32.00元

致 谢

亚历山大·毕克尔于1974年11月7日逝世。此前，他留下了本书的草稿，该草稿以他在耶鲁大学所做的 William C. Devane 演讲为基础。书稿由 Jeannette Hopkins 整理并出版。

演讲的部分内容在期刊发表时已校订。第一章第二节全文发表于《新共和》（1973年3月17日）。第二章的部分内容以少许不同的形式发表于《亚利桑那法律评论》（1973年第15卷）。第三章、第四章的部分内容也如此分别发表于《评论杂志》（1972年11月和1974年1月）。第五章的部分内容发表于《密涅瓦杂志》（1974年4月第2期第12卷）。本书的其他简短段落也分别发表于《评论杂志》（1971年1月和1972年7月）、《新共和》（1969年7月12日、1970年6月13日、1970年10月17日）、《自由争论》（1973年9-10月刊）、《公共利益》（1971年冬季第22期）、《国会双周刊》（1973年3月第40卷第5期）。

毕克尔的著作目录由《耶鲁法学杂志》（1974年第84卷第201-204页）所刊目录和耶鲁法律图书馆咨询员史密斯（Solo-

同意的道德性

mon C. Smith) 所整理的目录汇总而成。

Dwight Monson 和 Lynne Johnson 协助整理了脚注。Mrs. Isabel Poludnewycz 夫人打印了全稿，Meira Pimsleur 整理了索引。

目 录

- 1 | 致 谢
- 1 | 一 宪政主义与政治过程
 - 政治思想与民主过程 / 1
 - 埃德蒙·柏克与政治理性 / 10
 - 最高法院与演进的原则 / 26
- 32 | 二 公民或人民？ 什么是不可剥夺的天赋？
- 55 | 三 驯化公民不服从： 第一修正案，
从沙利文到五角大楼文件
- 89 | 四 公民不服从、革命与法律秩序
 - 公民不服从与法律的限度 / 89
 - 道德义务与公民不服从的限度 / 111
- 123 | 五 道德权威和知识分子
- 140 | 毕克尔著作目录
- 149 | 索 引
- 159 | 《雅理译丛》 编后记

宪政主义与政治过程

政治思想与民主过程

一直以来，西方主流政治思想中的两股传统——“自由的”³和“保守的”——在相互争夺民主过程与美国宪政制度的控制权；两者轮流控制着美国司法政策的走向。

第一个是契约论传统（the contractarian tradition），起源于洛克的温和的常识，并被卢梭推至极致，但是长久以来它被牢牢地贴上了自由主义的标签，尽管我将质疑这一标签。由于缺乏更好的措辞，第二个传统只能称之为英国18世纪意义上的辉格传统（Whig）。它常常被叫做保守主义，我主要将其与埃德蒙·柏克联系在一起。以上是我自己的模型。

契约论与辉格这两大传统在对待革命性行动方面的态度是一致的。例如，两者都反对任何形式的公民不服从，公民不服从是以邪恶的或者无用的政治体制为前提，为了消除不满而反对整个体制而非其中的内部缺陷。但是，除了这一重要而具有

迷惑性的共同点外，两大传统形同陌路；在对待法国革命之于政治思想的影响上，两者表现出截然不同的反应。

4 自由主义的契约论模型依赖一种被清晰界定的、独立存在于前社会状态的个体权利的印象，这种权利来源于自然状态和想象的契约。社会受制于这些权利。代表此传统的最晚近的哲学家罗尔斯曾言，这些个人权利天然是优先的。^[1] 它们是所有事务的前提，社会在它们设定的限制之下运作。从这些不可辩驳的前提可以严密推理出，个体权利本身必然来自于纯粹理性。

从另一方面讲，辉格模型并不是从理论化的权利出发，而是以一个真实的社会为起点，它承认这个社会起源于历史的迷雾中，神秘而不可知。辉格模型认为，人类的本性就是其真实所见。人类的本性决定了政府在暴力之外能够改变人类的限度。此类社会的价值也会演进，但是在任何特定的具体时刻，社会价值都被认为是既定的。社会受到文化以及时空条件的约束，政府的任务是在这些限制中知晓当下的价值形态，塑造一个和平、良善的进步社会。这就是人类唯一有权做的事情，除此之外，没有任何东西可以优先于社会自身而独立存在。显然，辉格模型是弹性的、实用主义的、潜移默化的以及高度政治化的。在实质的方法上，它带有现实主义的意味，尽管并未穷尽其逻辑。霍姆斯的第一修正案理论中弥漫了这种现实主义。^[2] 由于缺乏价值的谱系，如宗教社会所拥有的分享价值的教义问答录，

[1] John Rawls, *A theory of justice* (Cambridge: Harvard University Press, Belknap Press, 1971).

[2] See *Schenck v. United States*. 249 U. S. 47 (1919).

辉格模型只能选择现实主义，否则就只会沦为某些大的暴政统治。辉格模型无需穷尽逻辑，无需智识上的勇气，无需乐观的精神，只依赖于一种成熟的怀疑主义。它极大地信任政治自由市场，在某种意义上就是霍姆斯乐于称道的思想的自由市场。但是，思想和选票并不是这个市场唯一的议价单元。这个市场是持续性的，不只是四年一次或两年一次。辉格模型并不只是价值中立，这对于霍姆斯来说也是对的。苏格拉底说，未经审视的生活不值得过，同样也不值得承受。不承认任何价值意味着否认人类与空间中打滚的尘埃之间有区别。法律的理念就是那不可剥夺的价值，尽管不是唯一的价值。法律不只是另一种意见主张；之所以这样说，并不是因为它使所有正义的价值具体化，也不是因为法律所包含的价值试图一次次地反映多数人的价值，而是因为法律是多元价值的价值。法律是首要的机制，通过它，社会才能主张自身的价值。

相反，契约论模型并不只是依赖法律，它还在一个精致界定的价值尺度上保持某种具体的信仰。契约论模型充满了道德、原则和律法，并追求最终权威。它偏重理论，而不太倚重实用主义。对于契约论模型而言，法律并不只是一个过程，而且在持续的变迁中主要也不是一个过程，法律是束缚一切的规则体，这些规则只能通过当初颁布它们的方式改变。个体与政府之间的关系由法律所确定；社会的整个公共生活，甚至社会本身也是如此。法律起源于缔结契约这样一个想象中的法律行为。由此，公民身份成为将个体与原始契约、社会身份结合在一起的关键概念。

6 契约的概念对于自由派的坦尼法官至关重要，他为最高法院撰写了斯格特案的判决书。^{〔1〕}沃伦法院也用了几乎相同的表述。这种重复是无意的，但并不是偶然的。因为在契约论模型中，公民身份是个体与国家之间的纽带。如果美国的宪法发展是围绕第十四修正案第一款中的特权与豁免权展开的，那么今天的美国将更符合契约论的模型。但是，美国选择了正当程序条款和平等保护条款。美国本可以向抽象权力的更为理论化的路径演进，如试图构建一种绝对的、设想为独立于社会之前存在的权利，而非实践过程中所出现的。如正当程序和平等保护之类，语词与概念确实只是语词与概念，但它们会产生态度，导向一种思维模式，影响未来的思想与行为。

在政治过程中，对于自由主义的契约论者来说，多数主义就是一切。投票是最为重要的公民权，普选与平等投票、选区规模一致都是其中最基本的。言论不受限制，因为这是多数主义政治的引擎。在言论与行动之间有一条清晰的界限，因为行动并不具有政治特性。行动并不塑造法律，因为法律完全是立法和司法活动，完全只依赖于言论。针对州法提起违宪审查诉讼之前，法院本应要求存在具体的、真实的、立即发生的州法与更高的联邦法律之间的冲突，但是，沃伦法院却放宽了这些程序与司法规则，这并非偶然。沃伦法院释放了这样一种自我救济的政治，它们故意违反州法以激活更高的权威，从而，行动而非言论成了关键一步。然而，沃伦法院将诉讼活动提前的

〔1〕 Scott v. Sandford, 60 U. S. (19 Howard) 393 (1857).

本意并非鼓励对地方法律采取公民不服从行动。^[1] 沃伦法院说道：不要参与自我救济，而是尽早提起诉讼。要么就去投票。

如同第一修正案中的自由市场理论，多数主义在契约论模型中设下了一个悖论。用经济学家的话说，这个悖论在于市场定义问题。真正的多数主义只在最小类型的城邦（citi-state）选区中有意义。城镇议会就是范例。麦迪逊认为，在小型的选区中，真实的、具体的、稳定的多数才有可能，而且多数是危险的，因为他们很可能对少数实行专政。由此，他提出了合众的设想，认为美国的选区应当增大到全国的规模，使得多数不容易达成一致。对于契约论来说，这种选区扩大十分必要，政治依赖于多数的决策。毕竟，如果只是康州的哈姆登城镇会议受制于上述联合，思想的市场又是怎样的市场？如此小的一个市场不太可能给所有的思想以自由，也不太可能基于真理或有价值的或值得珍视的事物做出决策。事实是，许多人发现他们在自己的小型市场上发现的真理可能只不过是他们自己的真理；不管怎样，他们难以做出普世有效的主张。随着选区的扩张，作为决策机制的多数主义逐渐失去可能性。正如麦迪逊所预测，它变为了复杂体系中的一种机制，达尔教授称这个体制为少数者一次次集合的规则。

第一修正案展示了相同的困境。当听众增长为大众听众，

[1] 在关于某个案件的异议中，首席大法官沃伦并未认识到这些规则的重要性，事实上，该意见也与案件并不相关。他在其中写道，规则要求“人们首先去违反法律以符合诉讼条件，才能挑战法律的合宪性”，Walker v. Birmingham, 388 U. S. 307, 37. 但是，该洞见一闪而过。首席法官并没有从中获得任何其他的结论。

这就越来越难以认为他们能够理性沟通，或者在思想的市场能实现真理、击败谬误，良币驱逐劣币。这是自由契约论道德主义的困境，他们认为社会必须束缚于一系列的原则，因此一个道德主义者总是容易染上权威主义的病症。但是，其中的平均主义、人民主权和自由言论的原则，又能产生与权威主义不同的结果。卢梭求助于公意这个从根本上反民主的概念来解决困境。尽管如此，着迷于卢梭的启蒙历史学家彼得·盖伊（Peter Gay）也不得不批评道：“往好里说这是不现实的，往坏里说这是致命的。”盖伊教授继续说道，卢梭“告诉我们，自由和平等难以兼容，而是相互独立；政治的公共领域必须完全是普遍的；公民的道德和社会根基比制度形式更为重要。但卢梭不是民主政体哲学家，民主政体正是依赖于卢梭想要取消的那一对张力”。〔1〕

如卢梭所设想的，当民主运动的目标与多数主义和民主国家相冲突时，卢梭，或者至少是卢梭的跟随者们，退避到了权威主义和反民主国家中。在我们的体系内，自由主义契约论通过最高法院的言说找到了宪法的避风港，限制了多数主义的原则。自由主义契约论力图以法院宣告战争违宪的方式终结越战。这一努力之所以失败不是因为战争没有违宪——从我的观点来看，约翰逊总统在扩大战争方面确实超出了总统宪法权——而是因为作为一种实践，诉诸政治部门而不是司法部门看起来更能补救。将全民族拖入大规模战争的政治决定是可以被政治所

〔1〕 Peter Gay, *The Party of Humanity* (paper ed., 1971), pp. 259 - 260.

推翻的，这一结果也是对共识的进一步凝练。

面对多数人，甚至是少数人的抵制，自由主义契约论视诉诸宪法来限制多数的做法显得专制，而且不合时宜。绝大部分的生活都是道德生活而非明辨。辉格传统中的经验怀疑主义从没有强大到影响契约论宪法，只有大法官雨果·布莱克的宪法，怀揣着大量顽固的原则。布莱克自己是个勇于坚守原则的人。他相信法律是普遍的、能动的、事实上是无所不包的，坚守、明确了公民的权利并规制着他的生活。他无法在宪法中找到隐私权，一直无法容忍超越法律的政治或社会行为。他的愿景是一种律法社会。他是一个司法能动主义者，迫不及待地规制那些无序和难控的事务。事实上，他是一个法律帝国主义者，在司法和多数主义立法方面也如同坦尼，他同时也是一个民粹主义者，试图用意志的力量解决法治与民主之间的张力。众所周知，除了血缘，布莱克从各方面来说都是杰克逊的嫡系继承人。杰克逊是另外一个民粹主义者和伟大的多数民主主义者，但是他在1821年的一封信中写道：“我在所有的事务上都有我自己的看法，当该意见形成时，我就会义无反顾地追求它，不管何人跟从。”布莱克可能也说过同样的话。借用理查德·霍夫施塔特的话来说，这些意志坚定的热情的真理信仰者更容易成为“自作主张的主观主义者”。这种人总是把他们的坚定信仰归咎于人民或宪法这样宏大的抽象原则。布莱克正是沃伦法院的集大成者。沃伦法院在其鼎盛时期就是一个大写的雨果·布莱克。

布莱克在示威游行案件中的意见代表了他的职业特性。^[1] 暂且不论其正确与否，许多粉丝看到这些案件中意见，断定年老的布莱克复古了一些更为久远的保守传统。这完全是错误的。这些意见与他的法律秩序理念相一致，并进行了弥补与解释。这些意见更多的是为那些游行示威者教授了一个受侵害教程。事实上，布莱克是告诫游行示威者们，你们已经拥有了一个普世优良的大规模价值系统，这项工程由最高法院定义，并由法律维持。十五年后的今天，你们诉诸自救而不是法律，是因为你们要表达不同于立法者的价值，并且倾向于去产生许多你们自己的价值观。当然，法律不应当而且也不会使你们以这种方式行动来追求上述目标。

10 法院在这些案件中——布莱克经常持多数意见——既没有主张公民不服从的重要原则，也没有对破坏持极大的负面态度。法院已经尽其所能了；法院在努力寻找一些程序性的调解机制以避免终极对抗。但是布莱克在这些案件中慷慨激昂地强调根本原则，犹如他的第一修正案意见，唤醒了约翰·利尔本（John Lillburn）的阴影，捍卫自我表达和信仰自由的绝对权利。他找到了一种平衡忘恩负义和毫无节制的尺度，前者是法律获益者，后者则毫无利益可得：“那些鼓励少数群体相信”他们拥有这样的权利，“任何时候他们都可以在街上游行示威以宣示他们认为的正义和高贵目的的理论，这并不是在帮助这些少数

[1] See *Cox v. Louisiana*, 379 U. S. 559 (1965); *Brown v. Louisiana*, 383 U. S. 131 (1966).

群体……过往 25 年的历史唯一展示的是，这个群体……的权利应当受到法院的保护，必须使其免于任何形式的侵犯与压迫”。〔1〕布莱克进一步写道：“这并不是一个令人愉快的处境，少数群体，比其他群体更加需要一个建立在平等法律与平等正义之下的政府，现在它却被鼓励去相信实现其目标的最好的道路是时时刻刻把法律握在手中。”在这种自救中，“政府是用来替代法治的，如同我们的政府一样”。〔2〕在此，布莱克既是美国宪政主义中的自由主义代表，作为道德主义者将宪法视为庞大的、精确概括的普世绝对原则，以实现某种和平（至少是休战），他同样也是一个多数民粹主义者。

当然，正如霍姆斯所言，孤军奋战的人无法在其五十年的任期中留下连贯自治的法律与政治哲学体系，或是有关宪法，甚至是有关宪法裁判中某一个重大主题的体系。像布莱克，或霍姆斯，或布兰代斯，或法兰克福特，或他们之前的大法官马歇尔、坦尼、菲尔德、米勒或布莱迪，其毕生所从事的并不是进行学术沉思或建立思想体系。从中抽取出一个连贯自治的体系以阐释这些人的作品，任何这样的尝试都是不恰当的；要想了解一个人在过往思想中的矛盾处或怪异处，甚至他思想的核心与典型，这从来都不可能。但我们总是将这些人的作品视为整体，从中抽取证据来进行推测。这必然只是判断，并不一贯正确。

〔1〕 *Cox v. Louisiana*, 379 U. S. at 584.

〔2〕 *Brown v. Louisiana*, 383 U. S. at 167 - 168.

在我们的时代，忠实于自由主义的教义已经导致诸多原则的创伤性冲突，这一点柏克可能早已预见。越战不是常规的帝国主义战争。越战在行动和结局上所犯的错误和失德并不必然意味着它的目的与缘起是邪恶的。普世理想主义的自由冲动腐蚀着我们，使我们卷入了越战，这种冲动与合法化的利己主义一同组成和维持了美国第二次世界大战期间以及之后多年的外交政策。我用“腐蚀”这个词并不意味着邪恶；只是表达衰落的意思。我们的利己主义是被机械地刺激而成，而非主动的现实考虑，利他主义的激情衰落为自信与伪善；如普世主义与理性主义所确信的，它变得具有压迫性，最终变得暴虐。普世的意识形态常常渗入自由之中，如同宗教意识形态常做的。当然，这些意识形态有时也为自己带来了极权主义与道德缺陷的攻击。但是，在它们普世的说辞中，在它们针对人类境况复杂多元的自负的指责中，在那些像自由、平等甚至和平这样的概念所建立起来的智识与情感上的帝国主义中，腐败的种子已经在意识形态中生根发芽。

埃德蒙·柏克与政治理性

在这个要么左转、要么右转、要么走向对左右派毫无掩饰的民粹主义的时代中，柏克，这位算不上代表者然而又富有创见的辉格传统中的人物，有许多值得我们学习的地方。柏克曾言，当改革被普遍认为是**不证自明的德性**时，“竞争着的邪恶”

之间就开启一场无情的战争。我们的问题是民主信念的极权主义倾向，以及针对此种情况的多数解决方案之间的明显冲突。日积月累，现已成真的问题是：思想的暴政倾向和毫无思想的政治事务中令人窒息的空虚。再次借用柏克的话说，犹如“两股互不宽容、互相冷漠的恶”。

“现在谁还看博林布鲁克呢？谁曾阅读过呢？”柏克曾于1790年在《反思》中问道。那么谁还阅读柏克呢？这些不计其数的引用不过是陈词滥调。这些话语都变成了语录。实质上，柏克在很早以前就为失势的一方辩护。“当我们的孙子拥有了自我意识，”莫利（Morley）在1888年说道，“对于1789年欧洲发生的社会变迁的价值来说，柏克的《反思》将变成唯一的文献。”^{〔1〕}莫利所谓的孙子们已经形成了自我意识，但却忘记了问题是什么。

然而，有个问题。在我们眼中，毫无疑问，自从法国大革命开始，大量的社会正义在近两个世纪中被矫正，尽管其他的社会正义问题仍然存在或新近出现。革命的遗产是好是坏，我们无法确知。但是，有一样是可以确定的：法国大革命是第一次极权主义运动，将西方世界拽进了血泊中，特别是在我们这个世纪。柏克所预见和痛恨的正是这一点。

莫利问道，“去期盼”那些“普世的愿景”，如华兹华斯、柯勒律治、查尔斯·J·福克斯所谓的“精神启蒙”，当巴士底

〔1〕 John Morley, *Burke* (London and New York: Macmillan and Co., 1879), p. 210.