

张
健
◆
著

罗尔斯 法哲学的源起

The Origin of Philosophy of Right by

John Rawls



吉林
大学
出版
社

张
健
◆
著

罗尔斯 法哲学的源起

The Origin of Philosophy of Right by

John Rawls



吉林
大学
出版
社

图书在版编目 (CIP) 数据

罗尔斯法哲学的源起/张健著. —长春: 吉林大学出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 5601 - 4079 - 7

I. 罗… II. 张 III. ①罗尔斯, J. (1921 ~ 2002) - 法哲学 - 研究 IV. B712.6 D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 001458 号

书 名: 罗尔斯法哲学的源起

作 者: 张 健 著

责任编辑、责任校对: 李国宏 (sheira@163.com)

吉林大学出版社出版、发行

开本: 787 × 960 毫米 1/16

印张: 13.5 字数: 250 千字

ISBN 978 - 7 - 5601 - 4079 - 7

封面设计: 创意广告

长春市华艺印刷有限公司印刷

2009 年 1 月 第 1 版

2009 年 1 月 第 1 次印刷

定价: 29.80 元

版权所有 翻印必究

社址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021

发行部电话: 0431 - 88499826

网址: <http://www.jlup.com.cn>

E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

序

言

本书的第四章《诺齐克对罗尔斯正义论的驳斥》的草稿写于 2003 年下半年,那时我是吉林大学法学理论专业二年级的硕士研究生,把它作为一篇张文显教授的学年作业提交给他。其余三章是我在 2005 年的硕士学位论文的基础上修改而成的,我的导师姚建宗教授付出很多,他最了解这本小书是怎样一点一点地变厚的。我真正地阅读罗尔斯《正义论》的中文版是在 2003 年上半年,当初并没有打算进行一项专门的研究,只是把它当作许多经典阅读书目之一,并存有一种侥幸的心理,希望一下子就能通过阅读这本书提高自己的学术能力,当然,这是不可能的。但是,《正义论》序言的那段话却给我留下很深的印象,罗尔斯告诉我们,他一直试图做的就是,要进一步概括洛克、卢梭和康德所代表的传统社会契约理论,并使它上升到一种更高的抽象水平。这段话充满了理想主义,使《正义论》一书始终在两个阵线上作战,一条是传统社会契约论的经典理论的阵线,一条是试图充分符合当代的新的正义理论的阵线。这是从当代的角度重回传统社会契约论的路线。

很巧合,在阅读《正义论》之前,我刚刚读过卢梭的《社会契约论》一书,很长时间,我没有发现罗尔斯上面那段话与社会契约论有什么关系,但是,由于那时阅读很少,最初阅读的书,影响我的理论兴趣,使我多年仍难以转身,不得已,半拖半就。我直到今天,仍然喜欢在阅读新书时,不知不觉地用最初阅读的书,解析某些新书。于是,有关罗尔斯正义论的相关读书笔记越来越厚,在 2007 年初,我觉得应该用书或其他形式给自己一个交待了。

本书涉猎的领域稍多了一些,所以会影响别人的阅读,甚至是否会有更多的人去阅读它,我没有把握,其中的许多东西,我清楚自己并没有说明白,澄清它们的任务就留给未来的日子吧!

张健

2008 年 11 月于长春

目

录

第一章 正义之源 /1

第一节 “无知之幕”与“良心拒绝”的初步界定 /1

第二节 罗尔斯法律正义的源与流 /6

第三节 罗尔斯法律正义的演绎 /16

第四节 结论 /20

第二章 “无知之幕”与公共理性 /21

第一节 “无知之幕”: 契约的预设 /21

一、法律的正当性根基 /21

二、卢梭对契约的预设 /35

第二节 公共理性: 契约的塑造 /44

一、规则之路 /44

二、从弱理论到强理论 /47

三、正义之路 /50

四、公共理性的选择 /54

第三节 契约演进的合理性 /68

一、公共理性的形成 /68

二、黑格尔的辩证之法 /79

三、正义中的隐喻 /92

四、公共理性的塑造 /96

第四节 法律的合理性: 从“无知之幕”到公共理性 /99

一、法律合理性的论证 /99

二、“法律是什么”与“法律应该是什么” /104

三、法治面对的两大诱惑 /108

第五节 结论 /110

第三章 “良心拒绝”与实质正义 /111

第一节 “良心拒绝”:自由的优先性 /111

- 一、罗尔斯法律正义思想的源起 /111
- 二、“良心拒绝”与历史中的“最佳方案” /114
- 三、“良心拒绝”的相关问题 /121
- 四、罗尔斯对道德哲学的修正 /124
- 五、获得正义观念 /128

第二节 实质正义:权利优先性 /133

- 一、权利优先性原则的证明 /133
- 二、法律中的实质正义 /141
- 三、权利优先性至上的解释 /143
- 四、权利优先性中矛盾的解决 /146

第三节 正义的合法性:从“良心拒绝”到实质正义 /149

第四节 结论 /151

第四章 诺齐克对罗尔斯正义论的驳斥 /152

第一节 人是目的与人的目的 /152

第二节 共识与差异:理论进路上的比较 /160

- 一、从洛克到诺齐克 /164
- 二、从康德到罗尔斯 /173

第三节 契约、反思平衡、效果:罗尔斯的实质正义 /177

- 一、从契约到社会基本结构的正义 /177
- 二、从反思平衡到共识 /179
- 三、差别原则的目的与效果 /185

第四节 历史、否定、结构:诺齐克的持有正义 /189

- 一、在历史上行走,还是让想象飞翔? /189
- 二、为什么权利有那么大的权力? /192
- 三、结构靠得住吗? /198

第五节 权力或道德,从哪里开始? /202

第六节 结论 /210

第一章 正义之源

第一节 “无知之幕”与“良心拒绝”的初步界定

法律是历史长河的跳动之波,正义是历史长河的涌动之源。

罗尔斯在《正义论》中,提出了“无知之幕”和“良心拒绝”两个概念,相比“无知之幕”,罗尔斯在该书中并未对“良心拒绝”进行更多的论述,“无知之幕”是一个重要的概念,它处在罗尔斯精心设计的原初状态中。它构成了罗尔斯正义论的平台,在这一平台的基础上,罗尔斯发展出了政治自由主义中的公共理性。在原初状态中,人们只具有有限的知识,处于相对“无知”的状态,这种状态相对原初状态之外的世界来说是假设的,这一世界是由能作出“良心拒绝”判断的个人组成的。如果不与罗尔斯后来出版的《政治自由主义》一书中的主要概念与“良心拒绝”^① 相对照,“良心拒绝”在《正义论》中极易被忽视,并影响罗尔斯以后对其正义论的推进。“良心拒绝”在《正义论》中阐述为一种对法律的态度,相对法律来说,它是自由的优先性,一种在法律框架内的自由。“良心拒绝”是相对于不正义法律,而不是对正义法律来说的拒绝,这种拒绝并不是否定,不是对正义法律采取的不合法形式,而是从如何获得正义意义上,对不正义法律的拒绝。这种拒绝并不是推翻现有的法律,而是怎样理解和完善法律,怎样不断肯定法律的地位,怎样树立法律的权威,这种权威就是正义的观念。因为“良心拒绝”有关如何获得正义,所以这一概念中蕴含深远的意义,直至在《政治自由主义》中在如何获得实质正义层次上阐述类似思想

^① 如实质正义(Substantive Justice)、重叠共识(Overlapping Consensus)等概念,这些概念与“良心拒绝”具有同源的关系,它们都与如何成为一个理性人有关。“良心拒绝”式的理性人的存在,使原初状态的大幕徐徐拉开,不断向前发展,而不是倒退或下沉。

时,罗尔斯的实质正义仍是在“良心拒绝”思想基础上的拓展。实质正义是法律意义上的权利的优先性。^① 虽然“良心拒绝”和实质正义都与法律有关,但二者有所不同。

“良心拒绝”在《正义论》一书中并不显眼,但对理解罗尔斯的正义思想却很关键。罗尔斯是一位启蒙运动传统后来居上的集大成者,这也是他的思想引起那么巨大震动的原因。正如查尔斯·泰勒所说,启蒙运动的自然主义显然对形成我们当代社会的文化有着巨大的重要性。^② 如果说罗尔斯的正义思想是哲学、社会和法律等各种学术论坛的挥之不去的话题,还不如说他抓到了启蒙运动以来一直在解决而没有解决的问题,那就是成为一个什么样的人,怎样在社会中与人相处,以及在面对各种限制时怎样充裕地展现自我,让个人的理想高飞。罗尔斯又是一位自然主义者,他为自由寻找属于它的本源的位置,但罗尔斯不是一个自然神论者。罗尔斯比十七、十八世纪的前辈们更多地去掉了来自上帝的影响,笛卡尔、康德和卢梭都没有摆脱这种影响,卢梭回到了十八纪自然神论的基本的奥古斯丁式观点:人有两种爱的能力,两种基本的意志定向能力。这种自然神论是爱拉斯谟学派基督精神的一个分支;而这两种爱的信条,虽然同基督教的思想是共同的却是“超奥古斯丁主义”的重要主题。^③ 不是哲学家们认识没有到位,而是他们受着当时文化大熔炉的塑造,以及某种看得见的权威的双重夹板,而摆脱不了传统权威的影子。启蒙运动以来,在社会实践当中更加强调个人良知对社会规则的影响,罗尔斯无疑受到它们的影响,并在论述正义时得以展现。

“良心拒绝”是道德哲学意义上的,一方面,“良心拒绝”是一种人的天性,无论

① 对于实质正义与程序正义的关系,罗尔斯在答哈贝马斯时再次做出区分,罗尔斯有一种担心,他说,“我认为,哈贝马斯自己的学说乃是一种宽泛的黑格尔意义上的逻辑学说,一种对合理辩谈(或理论理性或实践理性)进行前提预设的哲学分析,它把所有声称是宗教学说和形而上学实质因素都包括在它自身的范围之内”(J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, pp. 378 ~ 379)。在此处,罗尔斯坚持,“公平的正义是实质性的,但不是在我所描述的那种意义上的(尽管在那种意义上它也是实质性的),而是在它源于并属于自由主义思想传统和民主社会之政治文化的广大共同体这一意义上是实质性的。这样,它就不能被恰当地说成是形式的和真正普遍的,因而也不是通过交往行动理论所建立起来的那种超经验性前提预设的一部分(像哈贝马斯有时所说的那样)”(J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 432)。罗尔斯对哈贝马斯的答辩,一方面不同意哈贝马斯对实质正义和程序正义的区分;另一方面也担心哈贝马斯的程序正义走上国家主义。在笔者看来,哈贝马斯的程序正义是超验的,程序的地位很高,不是支持而是消解政治观念。罗尔斯所主张的实质正义并不排斥程序,不是消解而是支持各种政治观念。哈贝马斯之程序从近处说是程序主义,从远处说是国家主义。

② [加]查尔斯·泰勒著,韩震等译:《自我的根源》,译林出版社 2001 年第 1 版,第 546 页。

③ 同上,第 547 页。

别人会作出何种行为并认为其是合理的,内心的良心法官都会作出自己的判断;^①另一方面,“良心拒绝”是正义的源头,是它接受法律并调整和修正法律。它是相对于传统哲学上的良心自由,以及获得有关“好生活”的善观念和正义感的能力来说的。因此,“良心拒绝”的客观存在使个人在社会中才有可能真正成为自由的,在法律面前才可能达到平等。传统哲学上的良心自由强调个人有选择幸福的资格,相对忽视获得幸福的能力,这是启蒙运动开始直到现代的一贯做法,所以,启蒙不是因强调激情而变得极度自我,就是强调理性而变得几乎忘我。无论是极度自我还是几乎忘我都是与不断频繁经济交往和信息交流的现代化过程相悖的,现代化过程要求技术的工具化体现人类理性的发展,这一过程不是丢掉主体而忘我的过程,如果忘我,人类发展的结果就只有工具而无现代化,如是极度自我不是不融于这个社会,就是阻碍现代化的发展。罗尔斯在构建他的庞大而抽象的社会正义体系时,把个人放到基础性的地位,说明他没有丢掉启蒙运动的问题。现代化发展的标志不是由餐桌上丰富的食物和添置的新衣裳来体现的,而是由各个领域至少包括日常工作和经济生活不断法治化体现出来的,现代化的这一标志是当今社会发展的走向和潮流,罗尔斯没有拒绝而是顺应了这一潮流,并且在建构正义的理论大厦时有所体现。罗尔斯没有像飞蛾扑火一样死在虚无飘渺的乌托邦上,也没有把自己当作旁观者,只等启蒙的精神夕阳西下,而是毅然地回归传统,正视当代,走上重构社会正义的康庄大道,在这条大道上,有理由相信,罗尔斯对于有多少人牺牲在路上,有多少人正行走在这条“康庄大道”上是有充分的认知的,所以,在方法上,他采取了“切香肠”的手法,一点一点地细致切割,直到达到各方充分的满意。

法律面前的平等与人是“良心拒绝”的主体是不同的,前者是一种人在制度上的资格,后者是人的存在的基本条件。“良心拒绝”是良心自由的表达,它是一种内在自由,因而是个人的自主性选择,在“无知之幕”向公共理性发展的过程中,“良心拒绝”构成了对“无知之幕”的批判与反思的基础,而“无知之幕”构成“良心拒绝”的形式。如果把罗尔斯所精心构建的正义论看作是人身体的经络,那么“无知之幕”和“良心拒绝”就是两个穴位,缺少了这两个穴位,整个经络会坏死。或者,“无知之幕”和“良心拒绝”是人身上的两种功能,前者是听的功能,后者是说的功能。只会说不会听的人会成为聋子,只会听不会说(不愿意说是另一回事)的人会成为白痴。

^① 亚当·斯密认为,在所有场合,良心的影响和权威都是非常大的;只有在请教内心这个法官后,我们才能真正看清与己有关的事情,才能对自己的利益和他人的利益作出合宜的比较([英]亚当·斯密著,蒋自强、钦北愚、朱钟棣、沈凯璋译,胡企林校:《道德情操论》,商务印书馆1997年第1版,第163页)。

“无知之幕”听的功能与“良心拒绝”说的功能,在罗尔斯的正义论上是充分地运用了。“无知之幕”是两个正义原则建构的对象,“良心拒绝”所持的善观念和正义感并不构成被建构的对象,而是评价的依据与标准。“良心拒绝”成为什么样的依据与标准,取决于“无知之幕”的大幕有多宽。罗尔斯用“良心拒绝”和“无知之幕”搭建社会正义的框架。

“良心拒绝”与“无知之幕”是对立统一的关系,因为它们是同一时间序列或者是“共时”性的,这种对立面是获得正义意义上的对立统一的对立面,它们之间不是争夺惟一冠军的对手的关系,而是联手争夺一个冠军的队友的关系,因而它们的对立不是目标的对立和冲突,而是位置之间或作用的不可代替的关系。因此,“良心拒绝”和“无知之幕”的对立不是在外部的对立,而是在内部的对立。对于实质正义来说,“良心拒绝”和“无知之幕”的关系是功能上的而不是形而上的,即,不是我能完成,你不能完成的关系,不是我存在下去,你就不能存在的关系。“良心拒绝”和“无知之幕”两个概念构成了实质正义的框架。

原初状态的基本特征使没有一个人知道他在社会中的地位,也没有人知道先天的资质、能力、智力和体力等方面的运气。这些基本特征相对于内在的“良心拒绝”来说,是一个人的外部特征,这些外部特征不是与生俱来的而是后天发展起来的。原初状态中的人能够作出“良心拒绝”这一点,为生成社会基本结构的正义留下了重构的火种,使原初状态留有生机,因而它不会成为寸草不生的荒漠。原初状态的设计使过去那种随意裁割自由的做法,通过“良心拒绝”和“无知之幕”得以重构,把受到裁割的自由进行重新延展。罗尔斯给人们指出了通过原初状态可以浴火重生的希望,所以,原初状态与其他乌托邦思想没有本质的不同,不同的是,原初状态是乌托邦思想在当代的变种,原初状态不是像启蒙运动以来如法国大革命那种激进的方式,在破中求立,不是依靠意识形态推动社会的强制转型,而是把原初状态看作通过持有的知识自然进入的理想状态。

因此,程序正义怎样能不裁割自由呢?相对于原初状态,作为个人自主性选择的“良心拒绝”,与作为社会安排的“无知之幕”一起构成罗尔斯政治上的谋划。在进行谋划时,罗尔斯先停停再走走,即先在“良心拒绝”和“无知之幕”停一停,“停”是为了走得更快更远,“停”不是减少机会而是增加机会,是为了使社会地位更加公平,使每个人都有更多选择的机会。“走”是培养正义感和正义观,发展两个正义原则。

通过这种谋划来超越因对错问题而产生的对立,超越价值观和理论上的争论。相对于原初状态来说,这些争论包括宗教、学说和价值观的表达,既有作为从个人

观点出发的纯粹主观的表达,也有从制度的角度对政治作出的客观表达。这是两种不同的表达方式,前者的表达是“良心拒绝”从理论理性出发产生的内容,后者是“良心拒绝”从实践理性出发所表达的内容。二者都不构成正义的外在条件而是来自人的良心自由,是人的正义观念塑造两个正义原则的表达。

“良心拒绝”所持的一部分善观念和正义的外在条件可以来自于“无知之幕”,并逐渐过渡到宪政。从“良心拒绝”到实质正义是一个实现自由和权利的过程。实质正义是“良心拒绝”的另一种表达方式,对于正义原则来说,它们是不同的表达方式,表达的是同一个对象“无知之幕”(宪政)。从“良心拒绝”到实质正义随外在条件变化而变化,并具有不同的意义。罗尔斯有一个基本判断,即作为历史事实和社会事实的制度,在实现人的自由与制度的稳定性之间有一种紧张,为消除这种紧张,他采取了不是简单建构,不是单纯否定的做法,而是采取从理论出发影响实践的做法,不是让人们简单接受某种观点的做法,而是谨慎综合传统社会契约和自然法的做法。这些做法的目的是使罗尔斯的正义论,无论从何时何地何人何种角度来看都是正义的。这一正义论既实现人的价值,也实现人的自由和制度的稳定。作为个人自由的“良心拒绝”到权利优先的实质正义,体现了罗尔斯自由主义演进的一个方面,即无论作为被评价的法律,还是作为政治表达的法律,法律都应该是正义的。他认为,“因此,合法性是一个比正义更弱的理念,它给可行的行为所施加的约束也更弱一些。”^①

^① J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 428.

第二节 罗尔斯法律正义的源与流

以上分析的是罗尔斯建构社会正义时所采取的方法,他所构想的原初状态是想要充分地实现个人自由,并用“无知之幕”这一外在条件进行限定。合法性和合理性构成罗尔斯正义论的两个方面,合法性问题意味着在法律的范围内明确责任,寻找到为行为的后果负责的理由;合理性问题意味着在比法律范围更大的道德范围里为行为的正当性寻找理由。合法性问题是一个复杂而专业化的问题,无论是否愿意承担责任,都要去说服别人,而且主要是说服法律人。合理性问题是一个复杂而普遍化的问题,相对于合法性问题需要承担的责任,合理性讨论的结果来自法律的约束也要小一些。合理性问题之所以是复杂的,是因为它与每个人的一举一动密不可分,它使一个具有正常思维的人时刻审视自己行为的正当性。其实,何为合理性本身也需要细致地审视,在道德范围内讨论合理性问题,首先是把历史中的人以及正活着的人看作是有感同身受、心同此理的人,这样就不能把乒乓球比赛中教练强调的发球的合理性与道德范围内的合理性问题混为一谈,乒乓球比赛是一项激烈并具有技术性的活动,它是个别人的爱好。而对于道德范围内的合理性问题,在强调和论证时却不是把它看作仅仅是个别人的爱好,而是看作具有感同身受、心同此理的大同思想。在法律范围内讨论合法性问题时,有一种把合法性问题技术化和工具化的趋势,美国的辛普森案件是这一趋势的典型。同样,在讨论合理性问题时,也有一种把它技术化和工具化的趋势,一方面造成合理性问题和合法性问题不分,另一方面造成合理性问题从道德范围里驱赶出去。所以,在讨论正义问题时,不再把是否合理看作正义与否的标准。罗尔斯在论证与个人自由相容的抽象而庞大的体系时,把个人放到基础性地位,正是在建构一个人们互相之间能够感同身受、心同此理的大同思想。感同身受、心同此理正是自然法思想的核心。原初状态就是这样一个能够感同身受、心同此理的建构。

“无知之幕”是实现正义的外在条件和预设,它是对传统契约思想重新解读并重构的结果,作为实现正义的外在条件,“无知之幕”在重构社会方面采取了绝对化的倾向,即在重构时对作为外在条件的“无知之幕”的外在条件采取了绝对平等的

做法,但不意味着实现平等就实现正义,也不意味着罗尔斯在从自由向平等演进。^①“个人的平等价值(equal value)对平等自由(equal liberty)来说就不是必要的条件。”^②在对待平等的问题上,要区分平等价值与平等自由。平等价值侧重于内在价值,这种内在价值每个人都有所不同,它没有发于外,没有受一种外在的约束和引导,没有成为正当性问题;平等自由寻找正当的观念,受到外在的约束和引导。平等价值更侧重于一种观点、判断,而不是反映于外的行动能力;平等自由更侧重于反映于外的行为能力。平等价值和平等自由都存在一个平等尊重 and 对待的问题。平等价值是一种静静地存在,默念于心而不表现出来;平等自由则表现出来,是一种运动中的自由和能力。罗尔斯的两个正义原则不是平等价值问题,而是平等自由问题,两个正义原则是有关平等自由的可能性建构,没有因为建构平等自由而排斥平等价值。从建构两个正义原则出发,平等价值是一个比平等自由更加抽象,更难把握的概念。罗尔斯没有对平等价值这一问题进行深究。原因可能与此有关,即从历史上来看,平等价值在各种社会形态上很容易达成共识,个人的价值尊严随着社会进步而不断提升,现代社会是一个承认平等价值的社会,而在各自平等价值的实现上却有许多难题,因而成为一个平等自由的问题,成为一个比实现平等价值更加棘手的问题。罗尔斯正义论的现代性体现在,他是在人具有平等价值的基础上提出平等自由的可能性。平等自由问题通过制度性安排来实现,并由基本权利义务作出规定,以及通过宪政对平等自由的发生与发展指出方向。平等价

① 罗尔斯认为,“很明显,个人的平等的道德价值显然并不导致分配上是平等的分配份额。每个人都应得按正义原则规定他有资格得到的东西,并且这些东西并不要求平等”(J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 312)。平等的道德价值就是平等自由。在迈克·桑德尔看来,罗尔斯的《正义论》引发了三种而非一种争论,第一种争论发生在功利主义者与坚持权利取向的自由主义者之间,如今则成为道德哲学和政治哲学的学者们的研究出发点;第二种争论发生在坚持权利取向的自由主义阵营内部的诸派别之间;第三种争论主要集中在激进派自由主义与平等派自由主义者所分享的政府应该对各种相互竞争的善生活观念保持价值中立的假设上(参见[美]迈克·桑德尔著,万俊人译:《对罗尔斯政治自由主义的回应》,转引自《政治自由主义:批评与辩护》一书,广东人民出版社2003年第1版,第169~171页)。在笔者看来,罗尔斯首先继承了上述第一种争论的传统,其次是继承第二种争论。首先继承了以康德为代表的权利取向的自由主义思想,并与以边沁为代表的功利主义继承者之间展开论战,没有第一种争论不会有第二种争论,而康德的权利问题并不是平等问题,权利的获得以具备理性为条件,在获得理性方面依赖于外在条件,外在条件恰恰是不平等的。事实上,在理论上强调绝对的平等却有可能在实践上导致专制的危险。所以,罗尔斯式的平等可能是常见的,却不是他追求的一种目标,罗尔斯一直在发展正义理论而不是设计目标。德沃金认为,平等比自由更为抽象,而且罗尔斯的男女们只能保护平等而不能选择平等([美]德沃金著,信春鹰、吴玉章译:《认真对待权利》,中国大百科全书出版社1998年第1版,第237页)。笔者认为,德沃金在这里所说的平等就是自由。

② J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 329.

值是平等自由的生态性的基础,平等价值是平等自由存在的原因和源泉,平等自由是平等价值的生成性机制。因为至善原则也可能是平等价值的生成性机制,作为公平的正义来说,至善原则不是好的生成性机制,“所以,至善原则(The principle of perfection)给平等自由提供了一个不稳定的根基,可能要大大偏离差别原则。”^①

有什么样的自由和持有某种价值是不同的,但是它们是平等的,正是各自性质的体现。自由和价值都是平等的,这没有贬低它们,也没有高扬它们。原初状态是寻找四海皆准的普适价值的建构,它的普适价值体现在原初状态相对于其他理论建构放低了姿态,让每个人的声音都被倾听,每个人至此获得更多的机会。在一个专制社会中,自由与否是相对于牢笼来说的,所以,斯巴达的反抗是为了获得自由而不是获得价值,对斯巴达来说,自由意味着活动空间的扩大,过一种理想的生活,如果更多的斯巴达有同样的理想,同样去扩大活动空间,那么就存在一个共同的普适价值,而相对于自由来说,扩大活动空间并过理想的生活就需要共同的平台在社会关系的互动中体现出来。所以,现代化过程的显著标志正是人们之间的互动更加紧密,所谓的法治社会也就成了由理想的自由体系组成的社会。至善原则和任何专制的做法一样都是与现代化过程不断增强的互动相冲突的,假设斯巴达对看守他的士兵说:“要自由!”士兵一定会知道斯巴达要干什么,士兵或许会与斯巴达进行一番对话,士兵或许会说,“我也要自由!”这样,斯巴达和看守他的士兵就具有普适价值。假设斯巴达对看守他的士兵说,“要价值!”士兵一定不会知道斯巴达正在说什么,他们之间就产生了交流的障碍。是自由而不是每个人抽象持有的价值使社会交往的范围得以扩大,同样,也是自由所具有的感同身受、心同此理的特点,才产生良性的社会关系,单个人之间的关系是这样,国家之间的关系也是这样。

罗尔斯的正义论中存在契约思想并不算新,新的地方在于如何重构社会契约。罗尔斯与传统契约思想的不同之处,是对社会弱者地位的重新安排,通过对某些要素的强调和生成,使人们重新认识社会契约思想,不在于对作为手段和工具的契约

^① J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 330.

论本身的建构,^①平等是作为外在条件来说的,这与罗尔斯对是否正义的参照对象“最少受益者”是否获得最大利益之间并不矛盾。罗尔斯在实现正义方面不是采取激进的做法,而是采取关心社会每个人的做法。罗尔斯对公共理性形塑的贡献更多地体现在“无知之幕”这个起点的设计上,这个设计体现他对法律(首先是宪法)的新颖理解。在原初状态中,“无知之幕”作为一种假设是理解法律(首先是宪法)的准备。罗尔斯对怎样获得法律正义采取如下做法,即采取知识和法律的二元观,前者有关如何获得正义原则,解决法律的基础问题,后者是有关如何实践正义原则,解决法律的实践问题。许多思想家都是在对原有社会关系充分认识基础上利用社会关系,罗尔斯与他们的不同在于,原初状态首先把社会关系拦腰切断(但这是一种假设),使原有社会关系处于暂时的休克状态,然后,再重新生成和唤醒社会关系。社会关系本身是属于我们的,思想的意义在于用属于我们的方式改造社会关系。这样,社会关系具有更广泛的价值,对我们来说,它会比以前的社会关系更有意义。从原初状态出发的正义论首先是生成世界的学说,而不是解释世界的学说。罗尔斯的正义论上的“休克疗法”仅限于理论上,而不是(像前苏联那样)把“休克疗法”付诸实践。^②

在笔者看来,罗尔斯在几个方面是没有交待清楚的:(1)人们为什么会选择其两个正义原则而不是其他。(2)两个正义原则是指导性和理想性的,而不是结构性的。两个正义原则不是在对立各方之间平衡的原则,而是使各方“变矮”的原则。两个正义原则怎样体现出比以往正义观更大的正义性而更显合理性呢?(3)两个正义原则通过政治性安排才能体现,而在罗尔斯那里,两个正义原则更多地着墨于它的产生而非实现,两个正义原则的实现难免走向自发性的道路。因而,两个正义

^① 罗尔斯的契约论不同于欧克肖特(M. Oakshott)意义上的法治,后者是“承认已知的、非工具性的规则(即法律)的权威的道德联合模式,”而前者的契约论并不具有那种依赖于传统的“非工具性”,欧克肖特的理论类似于哈耶克的理论。罗尔斯对宪法的理解并不是目的论的,他更多地论述宪法的基础,而不是宪法的框架和模型,宪法的框架是在其基础上发展的。哈耶克与罗尔斯对差别的认识是不同的,罗尔斯倾向于对处境最差者青睐有加,而哈耶克却重视差别对文明的推进。罗尔斯虽然没有像苏格兰哲学及其继承者那样依赖于传统去论述社会正义,但罗尔斯的正义思想却比他们更容易被误解为是工具性的,因为罗尔斯建构正义时对知识而非传统的依赖,使人们很容易认为知识在其中仅仅起到为达到某种目的的工具的作用,因为真实的历史和社会矛盾甚至知识的积累在其中都是一条条虚线,而在苏格兰哲学及其继承者那里,那些在罗尔斯那里容易被误解为一条条虚线的东西,都是他们力图在建构社会正义时紧紧依赖的,特别是他们继承之并生活其中的传统。请阅读([英]哈耶克著,邓正来译:《自由秩序原理》,三联书店1997年第1版;[美]罗尔斯著,何怀宏等译:《正义论》,中国社会科学出版社1988年第1版)有关差别的认识。

^② 笔者认为,前苏联的“休克疗法”是对具体政策的执行中的办法,包括政治和经济等方面;而罗尔斯要使原初状态处于暂时的休克状态,是理论和知识上的一种虚拟的游戏,而不是一种具体政策。

原则难免寄托于自发地而非自为地实现。自发性缘于人们拿不准何为真正的正义观,对正义的认识处于模糊和不确定之中。自发性减少正义观的不确定性。在罗尔斯那里否定人们对正义的自发性行为,而肯定这一点,即在实现正义的过程中,人们处于自发性状态中并对追求正义充满渴望,而这种自发性状态是可以利用的。显然,罗尔斯把自发性的可利用当成了真利用了。(4)从个人选择正义原则的角度来看,两个正义原则的产生不是通过组织安排来实现的,不是通过社会力量外加地产生的,而是有一个产生正义原则的暗流,这个暗流就是两个正义原则产生的抽象性,它必须要考虑不知道藏于何处的个人的感受。那么,怎样处理个人的正义感与两个正义原则之间的关系是个问题。

罗尔斯法律正义经历了从知识观向法律观演进的两条路径,一条是从“无知之幕”到公共理性的路径;另一条是从“良心拒绝”到实质正义的路径。“无知之幕”和“良心拒绝”构成其知识观的内容,公共理性和实质正义构成其法律观的内容。“无知之幕”构成了知识观上的契约的预设,它并不是人们应该遵守的法律,只是代表了一种思想。

“无知之幕”预设下了向实体法演进的基调:(1)“无知之幕”是高度抽象的,容纳最大多数的价值观。(2)“无知之幕”要塑造政治正义观,这种观念成为相对稳定的公共理性,它的稳定源于“无知之幕”减少相互之间的冲突,并过渡到公共理性。公共理性是经考验和过滤后的产物。公共理性代表广大人民这一政治参与者。(3)公共理性的合法性解释需要宪法与基本法的理念。实体法反映公共理性,^①它的解释和演进接受公共理性的指导。

直到后来发展为以公共理性体现出来的宪法,从“无知之幕”到公共理性的过程都是理性不断塑造它们的过程。通过罗尔斯个人理性建构的“无知之幕”怎样代表公共理性中的无数个人的理性呢?“无知之幕”是开放的,它是平衡机制,并给无数个人的理性以充分的考虑。“无知之幕”存在的意义在过程而不在结果,不在于用个人理性去建构它,而在于它处在众多个人理性的推进之中。公共理性表示对政治表达的基本共识,并在此政治框架下表达权利,实现实质正义。这种实质正义就是自由。公共理性是重叠共识的,并不断被塑造,在公共理性发展的过程中,作

^① 实体法在几个方面反映公共理性,第一,公共理性是实体法的源头。例如,衡平法的产生既是满足公共理性的需要,也是公共理性对普通法在解释方面的不充分性的适当补充。第二,实体法不是增加公共理性的抽象性而是减少抽象性。公共理性是实践性的,需要对行为的合法性作出解释。第三,实体法与公共理性之间应该存在贯通的关系,实体法才有根基,一旦失去这种关系,实体法会出现不稳定。

为实体化的法律也不断被修改。

“无知之幕”是罗尔斯对契约的假设,是法律的产生方式,而“良心拒绝”是他对理性人的假定,理性人能够对何为正义作出独立的判断。在这个意义上,法律是跳动之波,正义是法律的涌动之源。因此,从“无知之幕”到公共理性是一个法律合理化的过程,同时,从“良心拒绝”到实质正义是一个正义合法化的过程。如果忽视罗尔斯正义论二元观发展的两条路径之间的关系,不会成为完整意义上的罗尔斯的正义论。

“无知之幕”是对传统社会契约和自然法思想综合和统一的结果,预设着罗尔斯会有一条不同的正义理念。“无知之幕”的综合是为实现广泛的代表性和宽容性。政治自由主义以一种不同的方式来设想社会统一,适合于立宪政体的政治正义观念的重叠共识的方式。^①

从“无知之幕”到公共理性是论证法律合理化,寻求政治稳定性和可接受性。以及寻求作为形式的规则的过程,“无知之幕”是一种先于法律的建构。稳定性的获得以理性的重叠共识为前提,从“无知之幕”到公共理性是开放的过程而不是封闭的过程,即幕纱由厚变薄的过程。“无知之幕”和公共理性都是为获得稳定性的,只是,前者是作为基础的稳定性,后者是在此基础上达成共识而获得的稳定性。

从原初状态出发产生两个正义原则,依赖于人类行为的无限多样性以及改变世界的多种可能性。在此基础上决定了两个正义原则是不断变化的,人类行为和两个正义原则之间的关系是塑造与被塑造、调整与被调整的关系。

从“无知之幕”到公共理性是一种理性如何能被多数理性接受,并成为共同理性的过程。本文通过对罗尔斯法律正义思想演进过程的探讨,以获得罗尔斯意义上的公共理性的宪法价值是如何被演绎出来的,罗尔斯又是如何克服理性学说的争论并假设这一“无知之幕”的,公共理性又是如何被塑造的;在“良心拒绝”向实质正义演进的过程中,因为“无知之幕”的存在,这一演进过程中实质正义是如何通过检验而获得的。从“良心拒绝”向实质正义的演进过程是正义合法化的过程。罗尔斯在获得原则上坚持权利的优先性时仍坚持正义对法律的优先性。法律是历史长河的跳动之波,表明法律在现实生活中发挥真实的作用。法律已经成为社会有机体上必不可分的器官,它所发挥的功能已经像动物要吃喝一样,每天都离不了。法律是历史的产物,它是知识积累的结果。法学工作者通过观察真实的案例来积累专业的经验。法庭提供了进行法律实践的场所,一个健康的社会有机体虽然离不

^① J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 201.