

# 法理学

论

丛

第九卷

JURISPRUDENCE  
REVIEW VOL.9

■ 张文显 杜宴林 主编

法律出版社

# 法理学

论

丛

第九卷

JURISPRUDENCE  
REVIEW VOL.9

■ 张文显 杜宴林 主编

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

法理学论丛. 第9卷 / 张文显, 杜宴林主编. —北京: 法律出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0304 - 2

I. ①法… II. ①张…②杜… III. ①法理学—文集  
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 285064 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京七彩京通数码快印有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/16.5 字数/300 千

版本/2016 年 11 月第 1 版

印次/2016 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0304 - 2

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

本论丛系国家 2011 计划司法文明协同创新中心与吉林大学理论法学研究中心研究成果，并由其资助出版。

# 目录

Content

## 权利研究

---

- 权利作为王牌 德沃金著 刘小平 郭建果译 / 3  
要求权的性质 Leif Wenar 著 张梦婉 瞿郑龙译 / 16  
积极自由和消极自由 Ian Carter 著 侯学宾译 / 42  
自然的地位? 财产权利、财产规则及环境管护  
克里斯托弗·罗杰斯著 王小钢 王雪麟译 / 60

## 英美分析法理学

---

- “是”与“应当”之间 段卫利 / 85  
——法律实证主义对休谟问题的回应  
法治、相互责任与忠诚:基于第二人称视角 孟媛媛 郑玉双 / 146

## 法学经验研究的规范意涵

---

规范性法律理论:关于多元和平衡的案例

斯蒂文·J.伯顿著 孙良国译 / 165

法律的上下层级关系:以禁闯黄灯和允许单独二胎为例

姜 朋 / 198

仲裁裁决之司法审查的实证研究

梁乐乐 / 208

——以深圳市中级人民法院相关判例为中心

## 立法研究

---

立法的社会目的:建构多元价值平衡的法律秩序

朱 振 / 229

## 权利研究

---





# 权利作为王牌

德沃金\*著 | 刘小平 郭建果\*\*译

## 一、权利与功利

权利最好被理解成王牌,它能够压倒对政治决定做出正当性论证的某种背景理据(background justification),而这一背景理据为整个共同体设定了一个目标。<sup>[1]</sup> 如果某人享有出版色情作品的权利,这意味着,政府官员侵犯这一权利的行动基于某一理由就是错误的,即使他们(正确地)相信,他们如此行事会让作为整体的共同体变得更好。当然,在关于什么使一个共同体在总体上变得更好,亦即,对于政治行动的目标应该是什么这一问题上,有着许多不同的理论。其中一个重要的理论(毋宁说是一组理论)即是常见形式的功利主义理论,它假设如果一个共同体所有成员通常来说更幸福,或者其更多的偏好得到满足,这个共同体就变得更好。当然,关于政治的真正目标还有很多其他的理论。在某种程度上,支持政治权利的主张必须取决于接受了哪一个关于可欲目标的理论,亦即,它必定取决于我们所讨论的权利想要压倒何种关于政治决定的背景理据。在下文的讨论中,我将假定我们所关涉的背景理据是某种形式的功利主义,它把尽可能多地实现人们自身的生活目标作为其政治目标。我认为,功利主义,至少在其当前在西方民主政治中所发挥作用的非正式方式上,仍然是最具影响力的背景理据。

---

\* 罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin, 1931—2013),法哲学家与政治哲学家,纽约大学哲学教授、Frank Henry Sommer 法学教授。其著作包括 *Taking Rights Seriously*、*A Matter of Principle*、*Law's Empire*、*Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*、*Is Democracy Possible Here?*、*Justice in Robes*、*Freedom's Law*、*Justice for Hedgehogs* 等等。先后获得过 Ludvig Holberg International Memorial Prize、Balzan Prize 等。

\*\* 刘小平,吉林大学法学院副教授;郭建果,吉林大学理论法学研究中心 2015 级硕士研究生。本文的翻译受惠于在 2015 级“法哲学经典选读”课堂上对德沃金和哈特关于“权利与功利”论辩文本的精读和讨论,在此感谢参与课堂讨论的吉林大学法学院朱振副教授、王小刚教授、侯学宾副教授以及 2015 级法学理论专业硕士研究生。当然,翻译中可能出现的错误与疏漏责任由译者自负。

[1] 参见 Ronald Dworkin, “Is There a Right to Pornography?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1 (1981), pp. 177 - 212。

那么,假定我们接受这一功利主义的理据,即,至少通常来说,如果一个政治决定允诺让公民更加幸福,或通常来说能满足公民的更多偏好,那么这个政治决定就被证明是正当的。假定我们主张,完全禁止色情刊物的决定事实上完全满足这一检验标准(test),因为多数人的欲望和偏好,包括他们关于他人应如何生活的偏好,要胜过出版方和消费者的欲望和偏好。那么,任何允许私下使用色情刊物的相反决定,如何才能被证明是正当的?

可能存在两种论证模式,能够为上述相反决定提供正当性证成。第一,人们可能主张,虽然功利主义的目标陈述了一个重要的政治理想,但是它不是唯一的重要理想,为了保护在这种情形下其他更为重要的理想,色情作品就必须被允许。第二,人们可能主张,对人们据以接受功利主义作为第一位的背景理据之依据(grounds)的进一步分析——亦即对我们为什么希望追求这一目标的进一步反思——表明,功利主义此时必须让步于某种道德独立的权利(some right of moral independence)。第一种形式的主张是多元论的:它基于这样一种理由而主张一种压倒功利的王牌,即虽然功利通常是重要的,但却非唯一重要之物,很多时候,存在着其他更为重要的目标或理想。第二种主张假定,对什么是功利主义以及它为什么重要这一问题的适当理解,本身将证成我们所讨论的权利。

我并不相信第一种多元论模式的主张会有多少成功的前景,至少在讨论色情刊物这一问题上是如此。但目前我并不打算为我这一观点提出所需的论证。相反,我将对第二种模式展开论证,概括起来如下:功利主义,无论其具备何种吸引力,都归功于我们所称的其平等主义取向(egalitarian cast)。(或者,换一个不太过于强烈的说法,功利主义若非其平等主义取向,会丧失掉其任何吸引力。)假定某一功利主义版本规定,在计算如何在总体上最大程度地实现最多的偏好上,某些人的偏好相对于其他人的偏好而言不那么重要,要么因为这些人本身不那么重要,不那么具有吸引力或不那么受人喜爱,要么因为上述偏好结合成了一种卑劣的生活方式。这断然会令我们难以接受,并且在任何情况下其吸引力都远不如标准版本的功利主义。任何一种标准的功利主义版本,都要求提供这样一个概念(conception),即政府如何平等对待其人民,或者在任何情况下,政府如何尊重“必须平等待人”这一基本要求。功利主义主张,当每个人的偏好,仅仅基于其强度(intensity)的计量而在相同的标尺下被加以衡量,而不依其个人或品德进行区分时,人们就是被平等加以对待。我刚描述的堕落版本(corrupt version)的功利主义则丧失了这样一种主张,它给予某些人较之其他人更低的分量,或者因为某些偏好不够光彩而不加理会。但是,在实践中,如果功利主义不受某种像道德独立的权利之类的东西(以及受其他同属的权利)的制约,它事实上将会确切地退化(disintegrate)为那种堕落版本的功利主义。

假定有一个包括萨拉在内的很多人组成的共同体。如果其宪法设定了一种版

本的功利主义,其条款规定萨拉的偏好被计算为其他人偏好的两倍之多,那么这将是一种不可接受的非平等主义版本的功利主义。但是,现在假定其宪法条款采取了标准形式的功利主义,也就是说,假定其对于所有人及其偏好都是中立的;但假定令人惊讶的是,许多人特别喜欢萨拉,因而强烈偏好于在基于功利主义计算所做出的日常政治决定中,萨拉的偏好被计算为两倍之多。如果萨拉的偏好被计算为其他人偏好的两倍之多,当萨拉没有受到她应得的此种对待时,那么,这些人就不高兴,因为他们喜爱萨拉(Sarah-loving)的特定偏好没有得到满足。如果这些特定偏好本身被允许加以计算的话,那么因此,在物品和机会的分配上,萨拉将会获得比她原本应获得更多的东西。我认为,这挫败了那种表面上中立的功利主义宪法的平等主义取向,这种挫败无异于取而代之以那种被拒斥的堕落功利主义版本所造成的挫败。实际上,这种表面上中立的规定由此是自我摧毁的(self-undermining),因为它在决定何种分配最好地促进功利时,给予一些人的观点以关键的分量,那些人持有深层意义上非中立的(甚或可以说是反功利主义的)理论,认为某些人的偏好应当比其他人的偏好更为重要。

对于我的这一论证,一个急于拒斥道德独立的权利的功利主义者显然会这样予以回应:功利主义并不注重(give weight to)那种理论的真确(Truth),而只注重这一事实(fact),即便因其(错误地)持有那一理论,因而政府实现的分配并非他们所认为正确的那种分配时,他们也会很失望。有意义的是他们失望这一事实,而非他们观点的真确,而其中无论是逻辑上还是实际上,都并无任何不一致之处。然而这一回应过于急切了。因为此处实际上存在一个特别深层的矛盾。功利主义必须主张(正如我早前指出的任何政治理论都必须主张)自身理论的真确,并且必须主张任何与之矛盾的理论的不真确(falsity)。也就是说,它本身必须占据其理论内容所要求的全部逻辑空间。但是中立的功利主义主张(或在任何情形下都预设),原则上,没有人在自身偏好的实现上比其他具有更多的资格。它主张,无论其欲望是什么,否认一个人欲望之实现的唯一理由是,有更多或更强的欲望需要被满足。它坚持认为正义和政治道德不能提供任何别的理由。我们可以说,这就是中立的功利主义的情形,它试图达致这样一种政治结构,在这一结构中尽可能高地平均满足诸多偏好。问题不在于如果政府计算像萨拉爱慕者的偏好那样的政治偏好时,那么它是否能够达致那一政治结构<sup>[2]</sup>;也不在于政府是否将在事实上计算了特定偏好两次,从而直接与功利主义相矛盾。问题毋宁是,政府是否能在不与中立的功利主义情形暗相抵触的情况下,完全实现其理论的真确性主张。

举例来说,假定这个共同体中有一个纳粹主义者,他的一系列偏好中包括,更

[2] 虽然这里有明显的循环论证的危险。参见 Dworkin, "What is Equality? Part I: Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs* (1981)。

多地去满足雅利安人的偏好,而更少地满足犹太人的偏好,仅仅出于他们各自的种族身份。一个中立的功利主义者不能说,在政治道德中不存在理由,去拒斥或贬损这一偏好,去认识它的错误性,以及不去(像官员满足其他种类的偏好那样)全力致力于实现这一偏好。因为功利主义自身提供了这样的理由:功利主义最基本的信条是,人们的偏好应当在平等的基础上以同样的尺度被衡量,而纳粹主义者的正义理论是极其错误的,由此官员应当反对纳粹主义者的理论,并致力于击败而非实现它。基于一致性理由,在对待纳粹主义者的政治偏好时,一个中立的功利主义者事实上禁止采取他对待其他种类的偏好时所采取的、同样的政治中立性态度。但如此一来,他就不能在前述赞成所计算的平均功利最大化情形中,把这种偏好计算在内。

当然,我的意思并不是说,认可一个人享有其偏好得到满足的权利,就相当于自动认可其偏好是好的或者高贵的。一个好的功利主义者,当他说一个图钉游戏玩家(push-pin player\*)平等地享有使其品味得到满足的权利,就像诗人有权利使其品味得到满足一样,他并不是因此致力于主张,一种玩图钉游戏的生活与写诗的生活一样好。只有庸俗的功利主义批评者才会主张这样一种推论。功利主义者只不过是说,正义理论中并没有提供任何理由来说明,为什么一个社会的政治经济上的安排或决定应该更接近于诗人所偏爱的,而不是图钉游戏玩家所喜好的。从政治正义的观点来看,这只不过是一个关于许多人如何偏好其中之一而不是另一个,以及这种偏爱如何强烈的问题。但是关于纳粹主义者及其中立的功利主义反对者之间的冲突,他就不能这样说了,因为正确的政治理论,亦即正是他诉诸的反对纳粹主义者所主张之事实的那个政治理论,对这一冲突表达了明确的观点。这一政治理论表明,中立的功利主义者所偏好的是正义的,并且准确地描述了作为一个政治道德问题,什么是人们有权享有的;而纳粹主义者所偏爱的理论是完全不正义的,并且描述了作为一个政治道德问题,什么是任何人都无权享有的。但如此一来,再一次,作为一个政治道德问题而言,声称这个纳粹主义者与功利主义者一样,对他所偏好的政治体系享有同样的权利,这是自相矛盾的。

让我这样解释这一点吧。像纳粹主义者那样的政治偏好,与功利主义理论本身处于同一层面上——意图占据同一空间。因此,尽管功利主义理论作为一个关乎正义理论的问题,必须在图钉游戏和诗歌的偏好之间保持中立,但它却不能毫无矛盾地在它自身和纳粹主义之间保持中立。它不可能同时承担起两种义务:一是击败那种认为某些人的偏好应当比其他人的偏好更有价值的错误理论,二是去尽力满足那些强烈接受那一错误理论的人的政治偏好,就像积极满足其他偏好那样。

---

\* push-pin 是 16 世纪到 19 世纪期间英国小孩玩的游戏,也被称为“put-pin”。在哲学中,它通常被用来作为相对无价值的消遣形式的例子。参见“维基百科”。——译者注

回应我的论证所依赖的那一区分,亦即在纳粹主义者的偏好之真确性和偏好存在之事实之间所作的区分崩溃了,因为如果功利主义计算这些偏好存在之事实的话,那么它就否定了那些它所不能否定的东西,这就是,正义要求功利主义去反对这些偏好。

当然,我们可以通过区分两种不同形式或层面的功利主义来回避这一点。第一种形式的功利主义只是作为一种弱的理论(a thin theory)加以提出,这一弱的功利主义理论只是关于,在一个其成员接受多种不同政治理论的共同体中,应当如何选择一种政治宪法。第二种功利主义则是这一宪法选择其中的一个备选方案,例如,它主张这样的一种分配,即在物品和机会的实际分配当中,能够最大化实现个人偏好的总量满足。第一种功利主义理论在那一情形中仅仅主张,在宪法的选择上,对纳粹主义的偏好应当与对第二种功利主义的偏好一样,被给予同样的分量,因为每个人都有平等的资格来选择他喜爱的宪法,而这一命题毫无矛盾。但是,我们现在所考虑的中立的功利主义理论当然并不只是那种弱意义上的理论。它提出了作为一个完全的政治宪法(a full political constitution)的正义理论,而不仅仅是一个关于如何选择一部宪法的理论,因此,它不能通过调和的方式来回避上述矛盾。

现在,即便不是像纳粹理论那样常见的和卑劣的政治偏好,而是像萨拉爱慕者那样更为非正式的和令人开心一笑的政治偏好(萨拉的偏好应被计算两次),相同的论证也可以成立(尽管可能不那么明显)。事实上,后者可能是一些萨拉主义者(Sarahocrats),他们相信,基于出生或其他独属于她的品格,萨拉有资格享有他们所提议的待遇。但是即使他们的偏好是基于特殊的感情而非政治理论,这些偏好仍然侵犯了中立的功利主义所主张的理论空间,并且因此不能在不去挫败功利主义所设定的情形的条件下,把这些偏好计算在内。因此,我达致了这样一种观点:如果功利主义想要成为一种有吸引力的可行的政治理论的一部分,那么它必须有能力通过将正式的及非正式种类的政治偏好排除在外,以限制那些被计入的偏好。权利观念,作为压倒不受限制的功利主义的王牌,为实现这一限制提供了一种非常实用的方式。当一个社会致力于把功利主义作为一般性背景理据,而这种功利主义并没有明确取消任何偏好之资格(disqualify any preferences)时,这一社会可通过采纳一种政治独立的权利,来实现那种对某些偏好之资格的剥夺(disqualification):这一政治独立的权利就是,任何人都不能由于别人认为他应获得更少(因为他是谁或不是谁)这一理由,或者由于别人对他比对其他他人关心更少这一理由,而在物品和机会的分配上遭受不利地位。政治独立的权利所发挥的作用,将会把犹太人与纳粹主义者的偏好相隔离,以及把那些不是萨拉的人与萨拉爱慕者的偏好相隔离。

道德独立的权利可以以类似的方式得到捍卫。中立的功利主义拒斥这样一种观念,即人们为自己的生活而怀有的某些抱负(ambition)与其他抱负相比,应当掌

握更少的社会资源和机会;除非这是在一个平等的基础之上以相同的尺度对所有偏好进行衡量的结果。例如,中立的功利主义拒斥这一主张,即某些人关于性的观念——包括性经验应该是什么样的,幻想在性经历中充当什么角色,以及性幻想的特质应该是什么——本身是可耻的或不健康的。但是由此,基于刚才所详细讨论的理由,中立的功利主义在计算那些作为性少数派的个人——包括同性恋者和色情文学作家——是否应当被禁止进行他们想要的性经验时,就不能把持有上述观点的那些人的道德偏好计算在内。道德独立的权利与政治独立的权利一样,是同一组权利集的一部分,它被证成为一个王牌:在一个人们仅想到邻居在看黄色书籍就感到冒犯的共同体中,它压倒了不受限制的功利主义,后者为反对色情书籍的禁止性法律进行辩护。其证成方式与政治独立的权利被证成为一个王牌几乎完全一样:在一个纳粹主义者或萨拉爱慕者的社会,功利主义理据给予犹太人较少的分量或萨拉更多的分量,而政治独立的权利压倒了功利主义理据。

仍然需要考虑的是,在一个社会中,当其反对色情作品的公开陈列的偏好是出于那种混合性动机(the mixed motives)(我们在后文中对此加以检视),此时,以这一方式得以证成的抽象的道德独立的权利,是否会转而允许对公开陈列加以禁止。这种情况下,功利主义的平等主义取向同时在两个方向上受到威胁,而非仅一个方向。在一个意义上,当所涉的动机是关于他人应该如何做的道德偏好,且这些动机被计算在内时,那么此时,就危害到了功利主义的中立性。而在另一个意义上,当这些动机是一种与刚才所讨论的完全不同种类的动机,其强调的不是别人应该如何引导人们的生活,而毋宁是人们自己想要的性经验的品质,而这些动机被无视时,那么,在另一个方向上也危害到了功利主义的中立性,因为它造成了一些人的特殊而重要的追求的不必要的冷淡,由此,这些人就不能够掌握他们自身自我发展的一个重要方面。因此,每当我们不能确定动机是否出于道德主义时,这就不是一个能够预防性地拒绝计算任何动机的情形,因为不公平的威胁存在于两个方面而非一个方面。我在最后一部分描述的那种替代性方案至少比这种情形要好一些。这一方案认为,即使我们不能确定人们限制(色情作品的公开陈列)的偏好是否受到我们应该排除的道德主义偏好的影响,限制(色情作品的公开陈列)可能也是有正当理由的,倘若那些受到不利影响的人所受到的损害,即使在他们自己看来,也不算是严重的损害的话。允许对(色情作品的)公共陈列上加以限制,在某种意义上是一种妥协;但是一旦道德独立的权利得以确立,它是这一权利所建议的妥协,而非对权利的妥协。

## 二、哈特的异议

那么,对于那些接受功利主义作为政治决定的一般性背景理据(background justification)的人们来说,也有着很好的理由(grounds)去把一种道德独立权利(a

right of moral independence)接受为同一组合的一部分。在结束本文之前,我还要仔细考量哈特教授在最近的一篇文章<sup>[3]</sup>中提出的某些异议,这些异议针对的是我多年前提出一个相似论点,即关于功利主义和这些权利之关联<sup>[4]</sup>的论点而提出的。我认为,哈特的异议展示了对这一论点的一种全面的误解,现在看来,我早期的论述,也激发了这一误解。因此,考察这些异议,并指出我之所以认为它们误解了我的论点的各种理由,对于防止当前出现类似误解,可能是很有帮助的。

在我的早期表述中,我指出,如果一个功利主义者计算了像萨拉爱慕者的偏好那样的偏好,那么,这就是一种双重计算“形式”,因为实际上萨拉的偏好被计算了两次,一次是对萨拉自己偏好的计算,另一次是通过对其他人的二阶(second-order)偏好的计算,这些其他人的偏好通过对萨拉的指涉,体现了萨拉的偏好。哈特说这是一个错误,因为事实上并没有谁的偏好被计算了两次。并且如果萨拉爱慕者的对萨拉有利的偏好被抛弃的话,那么就少算了他们的偏好,因此也就未能平等对待他们。如果所讨论的是投票而非偏好的话,那么这最后一点会有点道理,因为如果有人愿意为萨拉的成功而非他自己的成功投票,他在投票计算中的角色就会通过这一赠与而被用尽,而如果他的投票被抛弃的话,他很可能抱怨说,他被剥夺了对政治决定的平等控制权。但是就其在功利主义计算中所扮演的角色而言,偏好和投票是不一样的。某人向功利主义的计算机汇报了更多的偏好,这并不会减少(轻微的可以不计)他同时汇报的其他偏好的影响力;相反,在功利主义的大计算中,相比于其他人的偏好所起的作用,他增加了其总体偏好的作用力。因此,某人一般而言偏爱萨拉的成功而非人们的成功,并通过那一偏好贡献于一种无限制的功利主义计算,使得萨拉获得更多,而他在自身更为个人性的偏好的满足上,并不会比某个对萨拉的命运漠不关心的人得到更少。

我并不认为,我把计算某人有利于萨拉的偏好描述为一种双重计算形式,这是令人误解的或不公平的。但是这一描述是想要概括这一论点,而不是为了证明它,并且我不会强调那一特别的特征。(实际上,正如哈特所注意到的,我仅仅是针对我给出的某些事例做出这一描述,在这些事例中,不受限制的功利主义明显地产生了不平等的结果。)而哈特针对我使用过的一个不同的例子,做出了更为实质性的论点,这一例子提出的问题是,同性恋者是否有权利私下实践他们的性品位。哈特认为我要表达的是,“如果那些表达了对同性恋者的道德上不赞成的偏好起着决

[3] Hart, "Between Utility and Rights", *Col. L. Rev.*, 79(1980), pp. 828, 836 ff.

[4] See Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Introduction, ch. 12, and Appendix, pp. 357 - 358. See also Dworkin, "Liberalism", in Hampshire (ed.), *Public and Private Morality*, (Cambridge, 1978); and Dworkin, "Social Science and Constitutional Rights: the Consequences of Uncertainty", *J of L & Educ.*, 6(1977), p. 3.

定性作用,其结果是否定了人们的某种自由,比如建立某种性关系的自由,那么,这些被剥夺了自由的人将会遭受痛苦,因为这一结果会导致,他们关于一种恰当的或可欲的生活形式的观念会被其他人所鄙视,而这等同于视他们相比其他人低人一等或具有更少的价值,或认为他们不值得享有平等的关注和尊重”。〔5〕

但这是对我的观点的错误表述。不是功利主义计算的结果[或者,哈特后来使用了“结局”(upshot)这一词语]引起或产生了同性恋者被别人鄙视的这一事实。恰好相反:如果否定某人的性活动自由是基于一种功利主义的理据,而这一功利主义理据根本上依赖于其他人的道德主义偏好,那么,这个人遭受不利地位是由于他关于适当生活的观念已经被他人鄙视这一事实。哈特宣称,我观点的“主要弱点”,即我的论点在根本上错误之处在于:我假定,如果对某人的自由做出限制,这必须被解释为是对他受到平等对待的否认。但我的观点是,这并不必然甚至不通常如此,而只有当以某种方式证成对自由的限制时才是如此,这一证成方式建立在别人对他的信念或价值加以谴责的事实之上。哈特声称,正是在我所讨论的那一案例当中,把对自由的否认解释为一种对平等关心的否认,是“最不可信的”,因为,当通过一种功利主义主张来证成对自由的否定时,(哈特表明)这一证成所传递的信息并非是说,那些被击败的少数派及其道德信念是低人一等的,而只是他们人数太少以致不能够压倒多数派的偏好,而这些多数派的偏好事实上只有在否定少数派所希望的自由时才能够得到实现。但是,这又一次忽视了我想要作出的那种区分。如果否定同性恋者性活动自由的功利主义论证,可以在不计算多数派的道德主义偏好的情况下就获得成功(假如人们有好的理由相信这事实上并不可信的一点,即同性恋关系会滋生暴力犯罪,那么,也可以进行成功的功利主义论证),那么,禁止同性恋活动传递的信息,确实只能是哈特所发现的信息,它可以这样说:“保护每个人的所有利益是不可能的,而少数人的利益必须遗憾地服从于多数人对自身安全的关心。”在此(至少在我现在的观点中)并没有传递任何否定平等对待的信息。但是,如果不依赖于多数人关于少数人应该怎样生活的道德主义偏好,就不能进行成功的功利主义论证,而政府鼓励这样一种功利主义论证的话,那么,其所传递的信息就是非常不同的,且在我看来是令人不齿的(nastier)。其所传递的信息正是,少数派必须遭受痛苦,是因为别人认为他们建议过的生活是令人厌恶的。在一个致力于平等待人的社会中,这看起来不会比我们先前加以考量并拒斥的一个命题更具正当性,这一命题与平等毫不相容,它认为某些人只是因为别人不喜欢他们,就必须遭受法律下的不利情形。

哈特给出了进一步的看法。例如,他指出,在1967年的英国,正是自由主义者无私的政治偏好起了决定性作用,支持了对反对同性恋关系的法律的废除。他问

---

〔5〕 Hart, *supra*, p. 842.



道,任何人怎么可能会提出异议说,在那个时候计算这些偏好是侵犯了任何人被平等对待的权利。但是这一问题根本上误解了我的观点。我绝不会主张(而谁又能够主张?),一个民主社会的公民不应展开运动(campaign),并为他们认为是公正的事情投票。问题不是人们是否应该为正义而奋斗,而是我们和他们应该采取什么样的检验标准(test),来决定什么是公正。功利主义主张应该采用这样一种检验标准:对于我们发现散布于我们共同体中的各种偏好,我们应该致力于实现对其最大限度可能的满足。如果我们以一种不受限制的方式接受这一检验标准,那么,我们会把20世纪60年代自由主义者的有吸引力的政治信念,仅仅当作是数据,去与其他不那么吸引人的信念进行比较,去看在数量和强度较量当中,哪一个占据上风。可想见的是,自由主义立场将会赢得这场较量。但也有可能它不会赢。

但是,我一直以来主张的是,这是一个错误的检验标准,如果通过计算和衡量无论是自由主义者还是其对手的政治偏好,来决定正义要求什么,那么,这事实上会动摇功利主义的情形(undermine the case of utilitarianism)。这也是对于功利主义在其中充当了(figure as)一个背景理据的任何整体政治理论,为什么我建议应当把政治独立的权利和道德独立的权利作为其重要组成部分的原因之所在。但是,在20世纪60年代的英国为同性恋者的利益而开展运动的自由主义者,也没有接受我所拒斥的这一功利主义检验标准。他们当然会在其选票和观点中表达自己的政治偏好,但是他们不会诉诸于他们的偏好之人气(popularity),以此为其想要的东西提供一个实质上的理由,就像我所反对的不受约束的功利主义主张会鼓励他们去做的那样。相反,他们可能诉诸于像道德独立的权利那样的东西。在任何情况下,他们都不会依赖于任何与那一权利不相容的主张。同样,对我们来说,也没有必要依赖于任何这类主张,来声称他们所做的是正确的、且是平等待人的。证据如下:即使想要改革的异性恋者很少、甚或根本没有,改革的主张依然像在政治理论中那样强劲有力,虽然由此一来,事实上,改革当然就变得不可能了。如果这样的话,那么我们就不能以其违反了任何人之独立的权利为理由,来非难这一事实上引发改革的程序。

无疑,在这方面,我自己的相关描述也促成了哈特的误解,我描述了像道德独立的权利那样的权利,如何在一个像美国那样的宪法体系中起作用,这一宪法体系把权利作为立法之合法性(legality)的检验标准(test)。我指出,当作为一个整体的共同体持有针对某一少数派的偏见,或者确信这一少数派的生活方式冒犯了具有良好品质的人们的时候,这类宪法体系就是有价值的。在那种情形下,普通的政治程序先在地倾向于做出的决定,会使我们所构造的检验标准面临失败。因为这些决定将会限制少数派的自由,并且在政治理论中,除非假定某些生活方式本身是错误的甚或可耻的,或者除非把多数派的看法这一事实本身视作是正当理由的一部分,否则这些决定绝不会得到证成。既然基于我所提供的这些理由,这些压制