

你的权利 从哪里来？

「美」艾伦·德肖维茨 著

Alan Morton Dershowitz

黄煜文 译

RIGHTS

from

WRONGS

A Secular Theory of
the Origins of Rights



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

你的权利 从哪里来？

[美] 艾伦·德肖维茨 (Alan Morton Dershowitz) 著

黄煜文 译



北京大学出版社

著作权合同登记号 图字:01-2013-2713

图书在版编目(CIP)数据

你的权利从哪里来? / (美) 艾伦·德肖维茨 (Dershowitz, A. M.) 著; 黄煜文译. —北京: 北京大学出版社, 2014. 1

ISBN 978-7-301-23536-2

I. ①你… II. ①德… ②黄… III. ①权利-理论研究 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 287987 号

Rights From Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights by Alan Morton Dershowitz

Copyright © 2004 by Alan Morton Dershowitz

Published by Basic Books, A Member of the Perseus Books Group

Simplified Chinese translation copyright © 2013 by Peking University Press.

ALL RIGHTS RESERVED.

书 名: 你的权利从哪里来?

著作责任者: [美] 艾伦·德肖维茨 著 黄煜文 译

责任编辑: 曾 健

标准书号: ISBN 978-7-301-23536-2/D·3469

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

880 毫米×1230 毫米 A5 7.125 印张 200 千字

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 29.80 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

权利来自哪里？这个问题的答案之所以如此重要，是因为权利的来源决定了权利的地位与内容。

在权利尚未遭到侵害之前，我们总是将它视为理所当然，而当我们面临失去的危险时，我们才开始珍视它。

最能维护权利的方式是主动而持续地为权利辩护，而非被动地仰赖“最高的权威”。

有人说，一开始敢于焚书的政府，最后必定敢于焚烧人民。这种说法或许过度概括了历史，但它却指出了重点：实行政府审查通常会引起其他恶行，例如告密、搜查、宣誓效忠、胁迫与拷问——这些行为往往隐藏在审查制度之中。

在民主制度里，真正的统治者最终还是人民。如果司法判决与公民的深刻经验相抵触，这样的判决不可能长存。我们必须不断证明权利是有用的，是防止恶行的必需之物，也值得我们付出代价为之追求。由于人类及人类组成的政府总是不断在其他人类身上加诸新的恶行，因此我们必须持续建构新的权利。由于权利是获得自由与公平的过程而非目的本身，因而权利的斗争永远没有获胜的一天。由于恶行总是存在，因此权利也永远长存。

谢 辞

《你的权利从哪里来?》可谓我一生著作的缩影——将近半个世纪以来的思索、教学、写作与倡议——因此它得益于许多同事、学生、朋友与家人的协助。我要特别感谢我目前的研究助理:布伦金索协助编制注释,并且对文本提供极具洞察力的评论;西特伦、魏斯、扎伊奇克与斯坦的研究;瓦格纳全盘协助完成手稿。我还要感谢编辑福路克特的细心改正,经纪人利斯与 Basic Books 的所有专业人员,特别是休梅克。我也要感谢玛莎文雅朋友的多管闲事,他们可说是创意十足。跟过去一样,我最感激与热爱的还是我的家人,他们总是温柔而充满鼓励地批评我。

最后,我要感谢所有参与这场永恒的权利斗争的人。

目 录

导 论 权利来自哪里?	001
第一篇 权利的来源	011
第一章 权利是什么?	013
第二章 权利来源于造物主吗?	019
第三章 权利来源于自然吗?	023
第四章 权利还有其他“外在”来源吗?	032
第五章 立宪民主真的需要权利外源理论吗?	040
第六章 我们需要发明外在的权利来源吗 ——即便它并不存在?	049
第七章 自然法是有利还是有害的虚构?	056
第八章 什么才是权利的来源?	069
第二篇 对权利源于经验的质疑	085
第九章 总有正确答案吗?	087
第十章 如果权利不是来自造物主或自然,我们 该如何区别权利与单纯的偏好?	097

第十一章	经验取向是否会混淆哲学与社会学？	105
第十二章	权利会产生恶行吗？	119
第十三章	权利外在来源的争论是否为自由主义 与保守主义之争？	125
第三篇	经验权利理论在具体问题上的运用	131
第十四章	经验权利能否钳制多数决的滥用？	133
第十五章	“生命”权存在吗？	146
第十六章	不受政府审查的权利存在吗？	151
第十七章	要求政教分离的权利存在吗？	158
第十八章	迁徙的权利存在吗？	161
第十九章	动物有权利吗？	165
第二十章	死者能对自己的器官主张权利吗？	172
结 论	权利的未来	182
注 释		201

权利来自哪里？^{〔1〕}

在一个充满犯罪的世界里，权利的重要性变得无比关键。在权利尚未遭到侵害之前，我们总是将它视为理所当然，而当我们面临失去的危险时，我们才开始珍视它。今天，各种强大的力量对我们长久以来视为理所当然的权利构成极大的威胁。同时，许多权利的护卫者坚持我们应该接受本质上以信仰为基础的权利依据。辩论变得充满争议，其中一派主张全球恐怖主义的新现实改变了所有事物，另一派则认为，恐怖主义并没有改变任何事物。为了在安全与自由之间找到妥善而不断变动的平衡点，我们需要更为细致的讨论。任何讨论都必须涵盖这个问题：权利来自哪里？这个问题的答案之所以如此重要，是因为权利的来源决定了权利的地位与内容。

美国的建国文献《独立宣言》指出，上帝是我们权利的源泉。在美国开国元勋视为“不言自明”的众多“真理”中，有一项主张是某些权利“不可剥夺”，因为权利的来源并非政府，也非人民的同意，而是来自“造物主”的赋予。凡上帝所给予的，无人能夺走。如年轻的汉密尔顿在美国独立革命前夕所坚定主张的：“人类的神圣权利并非翻寻自羊皮纸或

陈旧记录……它们是由上帝亲手书写——在光照之下——于**整部**人性之上,光凭人类的力量不可能将之磨灭涂销。”^[2]这个观点并未过时。2002年,美国总统小布什曾说:“我们只需用常识判断,便能了解我们的权利来自上帝。”^[3]

如果事情真有那么简单,那就太好了!如果真有一个我们每个人都信仰的上帝从天而降,赋予人类世界一份清楚完整的权利清单,护卫这些神圣权利,使之免遭他人剥夺,将会是十分容易的事。可叹的是,权利由上帝亲手写下,这种想法只是美国人坚信的建国神话,与上帝在西奈赋予摩西十诫、对穆罕默德口授古兰经,以及史密斯发现金板*并无不同。

就神圣来源与权利不可剥夺的真实程度来看,历史已经证明美国开国元勋的说法完全是错的:事实上,自从建国之初,每项权利都已被政府剥夺。美国独立后不到一个世纪的时间,开国元勋就把原先他们宣告为不可剥夺的权利一一撤销。亚当斯是《独立宣言》的起草人之一,他剥夺了言论自由与表达异议的权利,当他担任总统时,在汉密尔顿的强力支持下执行了《客籍法和镇压叛乱法》以对付政敌。^[4](也许汉密尔顿的上帝并未将“神圣权利”给予杰斐逊派分子!)另一位《独立宣言》的起草人杰斐逊则剥夺了人们最基本的权利——法律应予每个人均等的保障,这是基于“人生而平等”的“真理”——就在草拟《独立宣言》的几天后,他又协助起草(并增补)弗吉尼亚州的《奴隶法典》。修正后的《奴隶法典》否认黑奴拥有自由权利与追求幸福的权利,并对试

* 美国本土宗教摩门教的一个传说。传说耶稣复活后曾来到美洲传播福音,犹太人十二部落的一支——尼腓人的先知摩门记录了这些启示,他的儿子摩罗将其刻在一些金板上。1820年,天使摩罗向约瑟·史密斯显灵,带他到纽约州的五指山下挖出了刻着经文的金板,经过史密斯的翻译整理,形成《摩门经》。——编者注

图逃亡的黑奴处以“剥夺法权”(outlawry)或死刑的惩罚。杰斐逊曾怀疑“黑人……在肉体与心智的禀赋上劣于白人”。换句话说,黑人从造物主那里得到的并不是平等,而是劣等。

每逢危机与战争,权利往往遭受搁置与践踏,即便是在几位最伟大的美国总统任内。华盛顿是《客籍法和镇压叛乱法》的坚定支持者。林肯中止了人身保护令状。威尔逊授权“帕尔默袭击”(Palmer raids),让司法部长在违反人权的情况下搜索、逮捕并监禁了数千名可疑的激进分子。富兰克林·罗斯福甚至不经正当法律程序就下令监禁十万名以上的日裔美国人。富兰克林·罗斯福也在没有陪审团的情况下,召集了军事法庭来审判一名在美国为德国进行间谍活动的美国公民。杜鲁门与艾森豪威尔虽然对麦卡锡参议员感到厌恶,却在冷战期间剥夺了政治异议人士的权利,大举起诉共产党员、前共产党员以及有同情左派之嫌的人。

这些先例被小布什、他的司法部长以及一些法官所引用,作为剥夺我们最重要权利的借口(或许小布什的上帝并没有将这些权利给予涉嫌恐怖主义的美国公民或监禁在古巴关塔那摩的外国人)。差别在于过去的权利剥夺是暂时的,只存续于战时或危急期间,但如今,反恐“战争”的本质却是永无止境。当前的敌人不会正式投降,因此也不会出现和约、胜利游行或凯旋日。无论现今法院所授权剥夺的是哪一种基本权利,其效力都将影响数个世代。而剥夺也将成为常态。

如果我们只有在权利遭受危险时才懂得珍惜权利,此时正是珍惜权利并努力保护权利的时刻。但愿我能对权利的神圣来源提出智识上令人满意的论证,就像几位开国元勋一样。这种论证在策略上是最有力的,尤其是在美国有很多人深信上帝处处干预着人事。然而,我无法提出这样的论证,因为我不相信“神圣之手”“不可剥夺”或“自明

真理”这类概念。我是个实用主义者、效用主义者、经验主义者、世俗主义者与道德相对主义者(愿上帝宽恕我)。^{*} 我反对绝对。(唯一的例外是“我反对绝对”这句话本身是绝对的,这就如同萧伯纳的讥讽妙语:“所谓黄金律就是根本没有黄金律”。)

我认为,没有任何权利可以在极端状况下免予某种程度的剥夺或衡量。尽管如此,我仍坚信权利的概念以及某些特定权利(例如平等、正当法律程序、良心与表达自由、民主参与、生命,以及自由)的存在价值。长久以来,我一直致力于扩充前述以及其他权利,并试图防止它们遭受剥夺。虽然我接受这样的现实,了解权利事实上在极端状况下会减损,但这些极端状况发生的可能性微乎其微,不能以此来决定每个社会在遭受困难挑战时的权利内容。权利的重要功能之一,就是在困难时期防止(或减缓)民众的恶行。极端不该被视为规范,而是例外。滑坡谬误(slippery slope)并不是用来反对不断限制权利的论据,它的作用在于提醒众人,权利非常容易遭到剥夺。

正因反对“绝对”与“神授”,所以我认为在面对权利时,采取实用主义、以人中心以及相对主义的立场十分重要。而这也是我在这本小书中所尝试做到的,从最基本的问题开始:权利来自何处?或者,讲得更具体一点:我们所拥有的权利,其来源究竟为何?

这个问题关系重大,因为在缺乏像“造物主”或“自然”这类权威的权利来源下,人们可以轻易主张,在民主制度中,人为的权利必须屈从于多数人的偏好与当前需要。除非有胜过多数人偏好的强制性权利来源出现,否则在民主制度中就是以多数决来决定。试想一个崭新的民

^{*} 我是个道德相对主义者,这一点在本书稍后将作解释。虽然我仍坚信某些权利与某些道德原则,但我承认在一些例外状况下,这些权利与原则必须以生存的无上命令来衡量。

主政体在远方岛屿(或星球)上成立,当中所有的人都同意每个成人一票的原则。有人问道:“少数人的权利该怎么办?”此时自然有人反问:“这些人的权利来自哪里?他们的权利究竟有哪些内容?它们凭什么凌驾于多数人的决定之上?”

第一种古典解答认为,权利来自于法律之外,例如自然、造物主、人类本能或其他客观现实。这种理论(或者更精确地说是一套理论)一般称之为自然法——“自然的法则与自然上帝的法则”——它是殖民地居民用以自绝于大不列颠的主要权利来源。^{*} 第二种古典解答认为,权利在法律之内——权利是法律本身所授予的。这种说法一般称之为实定法。

在本书中,我要挑战古典自然法与古典法律实证主义两种权利取向,并提出第三条路——以培养(nurture)**而非自然为基础的经验取向。这个取向将自下而上,而非自上而下地建立权利理论。它检验不正义的历史、归纳经验的教训,并以这些教训为基础来倡导权利,进而建构理论。因此,我倾向于认定权利的主要来源是培养而非自然。如果要取个好听的字眼,我认为“培养的权利”(nurtural rights)要比“自然的权利”来得悦耳。

15 世纪伟大的犹太评释家阿布拉瓦内尔曾经提到:“经验比逻辑更

* 美洲殖民地居民几乎没有选择,因为革命本来就是一种法外的救济之道,无法借由既有的“实定”法来合理化。参见第六章以下。《独立宣言》也从经验出发,提出英王对殖民地居民所做的种种恶行。1689 年,英格兰的《权利宣言》引用了大不列颠“已知的法律与法规”作为权利来源,但就在将近一个世纪之后,这些法律却在美洲殖民地居民身上施加了重大恶行。

** 德肖维茨在本书中创设了一个重要的术语“nurture”,这个词被用来与“nature”相对。作者的权利来源理论认为,权利并非来自于自然法则,而是人类从过去经历的非正义恶行中得到教训,逐渐建立和积累起权利体系,以避免重蹈覆辙,这个过程被他归纳为“nurture”。“nurture”这个词并非一个既有的法理学术语,也无通用的译法,台湾繁体版的译者将其译为“养育”,编者为方便大陆普通读者的理解改为较为通俗的“培养”。——编者注

有力量。”我将这句话略作修改：光有逻辑或经验还不够。缺乏经验基础，逻辑空泛且无方向；但没有逻辑，经验会无的放矢并容易受到各种含意的左右。只有运用好的逻辑，才能从坏的经验中得出正确的教训。^[5]

我的权利理论所提供的主要新洞见在于，为了判断一般或特定的权利是否有助于实现某个既定社会的目的，我们不一定非得具备“完美”“最佳”或者以至“良好”社会的概念不可。我反对亚里士多德的看法，他认为要定义权利，就得先定义“最可欲的生活方式的本质”；我认为，只要对坏社会和对造成坏社会的恶行具有基本认识——或共识——就足够了。以这种恶行经验为基础，便可设计出权利以防止（或至少减缓）恶行再度发生。

将权利体系建立在公认的恶行而非理想的完美境界之上，可以带来实质的好处。我们永远不可能对什么是最好的，或者什么是良好的社会达成共识。举例来说，对于一种纯粹的精英政治是否优于一个以消减经济、种族与群体差别为基础的社会，美国人永远没有一致的看法。多去教堂并遵照信仰行事，或是以理性与科学为准生活，哪一种可以构成更好的社会，我们对此也无共识。^[6]我们无法在今天的经济需要与明天的环境问题之间取得完全的平衡，同时也不知道对这个星球而言，是严密地分成各个民族国家好，还是汇聚成单一的世界政府好。

但我敢拍胸脯保证，我们几乎都同意不会有人想看到犹太人大屠杀、斯大林大清洗、柬埔寨与卢旺达的种族灭绝、奴隶制度、私刑、宗教裁判所或超过十万名日裔美国人遭受监禁的事件再度重演。^[7]绝大部分理智的人都认为针对平民的恐怖主义是不正义的，特别是在“9·11”攻击事件和巴厘岛与马德里爆炸案之后。虽然我们目前仍无法从这些可怕的历史教训中得出完全的共识，但不正义所带来的集体经验却可

作为建构权利理论的卓有成效的基础。*

将权利理论建立在人们所公认且力图避免的过去恶行上,要比建立在众说纷纭的理想完美社会概念上来得实际。除此之外,从恶行的经验反应中所产生的权利理论,要比以人类经验之外的来源为前提的理论更具经验性、可观察性与可争辩性,并且毋须依赖无法证明的信仰、隐喻与神话。因此,我的权利理论基本上要比神法或自然法理论更为民主、更不具精英色彩。同时,我的权利理论也较为可信而诚实,因为权利并非自然事实,如同牛顿定律般“存在”于某处,等待人们去发现、演绎或感知。所有的自然权利或神圣权利理论都是人类创造出来的法律虚构物,用以满足外在与永恒权利来源的既有需要:钳制人性与实定法所产生的恶行。自然或神圣权利理论有时是种善意的虚构,虽然如此,它们终究还是虚构物,再多的需要也无法将它们转变成事实。除此之外,自然与神圣权利的虚构固然可以用于善意的目的,却也可以用于恶意的目的。无论如何,以下这点是确切无误的:权利是人类心智以人类经验为基础而设想出来的法律建构物,这些建构物必须在公众意见的法庭中通过一贯的辩护。它们必须来自于人类对不正义的经验。

本书呈现的权利理论概要如下:

- 权利并非来自造物主,因为造物主并未以一致的声音对人类说话,而就算没有造物主,权利应该也会存在。
- 权利并非来自自然,因为自然是价值中立的。

* 我的取向并不要求所有人或几乎所有人都得认定这些事件或其他事件完全不正义。举例来说,最近我碰到一位颇有名气的教授,他试图为十字军辩护,但很快地,我发现他完全不知道十字军曾经大量屠杀犹太人、穆斯林与异教徒,其中还包括了数千名婴儿与孩子。因此,我要为自己的陈述设定条件:对于那些试图防止这类事件再度发生的人来说,某些权利的确立绝对有其用处。

- 权利并非来自逻辑,因为人们对于权利赖以演绎的先验前提几乎没有共识。

- 权利并非只来自法律,因为假如果真如此,我们对既有法律体系的判断将缺乏依据。

- 权利来自于人类经验,特别是不正义的经验。我们从历史的错误中学到,为了避免重蹈过去的非正义,以权利为基础的体系以及某些基本权利(例如表达自由、宗教自由、法律平等保护、正当法律程序与参与民主)至关重要。由下而上,从非正义经验的反乌托邦观点出发,而非由上而下,从完美正义的乌托邦理论入手,我们将权利建立在灾难、错误以及人类独有的从错误中学习以免再次犯错的能力上。*

- 一言以蔽之,权利来自不义。

我将在本书中详细说明“培养”权利的经验取向,并试图在这个充满恶行的世界里为权利提出具有说服力的论据。我把这些恶行当成是构建权利的基石。我要显示权利并非永恒,而是随着时空而变化。权利演变步伐并不固定,有时会在历史的某个阶段为了回应最严重的恶行而突然急速发展。当人类认识到奴隶制度、种族灭绝与宗教迫害所造成的种种恶行时,他们便建构出新的权利来防止过去的恶行再度发生。因此,最重要的权利通常出现在最恐怖的恶行之后,也就不会令人意外了。

我不相信权利存在于人类经验之外——它们并非造物主赋予,亦非自然赋予,也非永恒——因此我所能做的,只是为权利辩护而已。我一直相信最能维护权利的方式是主动而持续地为权利辩护,而非被动

* 从错误中汲取教训的能力,虽然只局限于人类(至少就长期的教训而言),但并不总是为人类所用。我们经常重蹈以往的覆辙并屡尝苦果。参见 George Santayana, *The Life of Reason: Reason in Common Sense* (New York: Dover, 1980), p. 284。

地仰赖“更高的权威”。每一天都会有对既有意识形态构成威胁的新挑战出现,不过它们也是为权利辩护的新契机。

最新的挑战来自恐怖主义的威胁,特别是宗教所激发的全球恐怖主义,加上大规模毁灭性武器的易于取得。这种恐怖主义不只否定了直接受害者最基本的自由权,也让各国政府有借口将那些涉嫌与恐怖主义共谋的人以及其他个人或团体的权利予以缩减。这种全新的恐怖主义经验,理当影响我们未来的权利取向。不过,也有一些人认为,由于权利是不变与不可剥夺的,因此权利的内容应该保持停滞,不受持续变动的经验影响。^{*} 在本书中,我的论证不同于这两种极端看法,我支持不断变迁的权利取向,这种取向不仅限制权利的滥用,也保护人们不受不断变迁的恶行的侵害。在本书中,我将我的权利取向应用于我们目前所遭遇的恶行——包括恐怖主义本身——以及政府因畏惧恐怖主义而过于轻易地剥夺我们权利的做法,以此来测试我的权利取向。

如果权利会因经验的变化而扩张,权利同样也会限缩。静态权利理论的好处在于因为它认为权利不变,所以权利根本没有任何限缩的理由,坏处则在于它在面对不断成长的恶行时仍不容许权利扩张,也不允许旧权利在面对新恶行时进行调整。静态权利就像利率固定的长期贷款,即便市场的利率变动,支付金额也不因此而增减。

联邦最高法院大法官斯卡利亚坚持主张宪法及其包含的权利是“死的”;美国《人权法案》明确表示“它所意指的权利,乃是法案被采纳当时所包含的权利”。斯卡利亚认为,这种诠释模式能让我们的权利更

* 有些自由派人士反对停滞的权利观点,并支持以不断变迁的环境为基础的权利扩张概念。不过,这群自由派人士却同样率先反对缩减或限制这些以不断变迁的环境为基础的权利。无论如何,任何一种针对动态权利概念而产生的思想一贯论证,都必须考虑到权利偶尔还是有遭到限缩的可能。参见本书结论。单向棘轮是个隐喻,而非论证。

“持久”。^[8]至于主张“演化中的”权利的人士,如已经过世的布伦南大法官,则谴责斯卡利亚的取向将我们祖先的死亡之手加诸活生生的法律之上——也许可以称为“亡者政治”。然而尽管有着“演化中的”权利这样的隐喻,但现实中法律变迁并非总是朝着单一方向发展。

我的取向的挑战乃是要说服民众,经验告诉我们,基本权利一般最好还是往扩张与调整的方向移动,而非限缩或停滞不前。然而这当中亦无绝对。动态取向是一把锋利的双刃剑,两方面都可能是它砍劈的对象。