

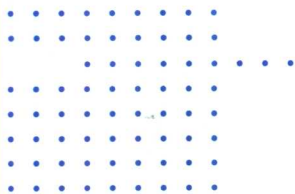
法意丛刊
Fayyi Congkan

许章润/主编

认真对待人权

[美] 罗纳德·德沃金等/著

RENZHENDUIDAI
RENQUAN



广西师范大学出版社

认真对待人权

[美] 罗纳德·德沃金等/著

RENZHENDUIDAI
RENQUAN

广西师范大学出版社
· 桂林 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

认真对待人权 / (美) 德沃金等著; 朱伟一等译.
桂林: 广西师范大学出版社, 2003. 12

(法意丛刊/许章润主编)

ISBN 7-5633-4293-1

I. 认… II. ①德… ②朱… III. 人权—研究
IV. D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 100140 号

广西师范大学出版社出版发行

{ 广西桂林市育才路 15 号 邮政编码: 541004 }
{ 网址: <http://www.bbtpress.com.cn> }

出版人: 萧启明

全国新华书店经销

湛江蓝星南华印务公司印刷

(广东省湛江市霞山区莱塘路 61 号 邮政编码: 524002)

开本: 890 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 7.125 字数: 173 千字

2003 年 12 月第 1 版 2003 年 12 月第 1 次印刷

印数: 0 001 ~ 6 000 册 定价: 13.80 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

主编者言

法律是一种规则体系,同时并为一种意义体系。任何规则必涵蕴有一定的法理,载述着一定的道德关切,寄托着深切的信仰。凡此种种,一言以蔽之,曰法意,它们构成了规则的意义世界,而为法制之内在基础。

任何法制的生长与运作,必伴有相应的法意。在法律移植的情形下,甚至滥觞于相应的法意,法意因而为法制的先导。法制恒定而恒变,法意因而表现出自己的时代特征与地域色彩。反之亦然。不过,就人类迄今为止有限的历史来看,诸如公平正义,仁爱诚信,安全、自由、平等、人权、民主与宽容等基本价值与信仰,构成所谓世道人心,关乎人的生存和尊严,却恒定而不变,万古而长青。这是人世生活本身的要求,也是合理的人间秩序的固有品质。既然一切法制和法意均源于生活本身,分别表述了生活的规则性存在和意义性存在,那么,法律之道即生存之道,法意即生活的意义,而生活的意义主要即在此世道人心。

晚近中国对于西方法律的大规模移植,意味着对其背后的知识、学理乃至道德和信仰因素的有选择继受,同时并是一个将它们与中国人文善加调和的过程。此一建设现代中国法制和法意的过程,迄今而未止。百年间现实法制建设的顿挫,“有法不依”现象的普遍存在,反映的不仅是规则的无效,同时并彰显了意义的危机,世道人心的紧张。由此,对于基本法理的阐释,关于规则的道德关切和信仰因素的追索,总之,对于“法意”的深入研究和进一步考问,依然是一个问题,甚至是一个更为急切的课题。

“法意丛刊”由清华大学“法治与人权研究中心”筹组，旨在度集汉语法律学术资料，积累汉语法律思想成果，阐释法律的意义世界，对于上述问题作出现时代的回应。所收内容覆盖法哲学、比较法、宪政和人权等领域；体裁不拘，包括专著、文集、译著和选辑。经此劳心劳力，盼能涓滴汇流，聚沙成塔，增益中国文明的法律智慧，建设中国现代法制，最终塑育中国人理想而惬意的人世生活与人间秩序。或许，这也是当下法意的意蕴之一，而为编者馨香祝祷者！

许章润

2003年6月30日

于清华明理楼

编者说明

2002年5月,美国法学家罗纳德·德沃金教授应邀来京参加清华大学法学院“德沃金法哲学思想国际研讨会”,并于会后访问中国政法大学、复旦大学、浙江大学和香港大学。德沃金教授在研讨会上发表了两篇学术演讲,返国后不久复于《纽约时报》刊行其中一篇,畅谈访华观感。围绕着是次德沃金教授访华,中文法学界亦有甚多反应,涉及相当广泛,形成汉语文明法学界的一个重要事件。

本书将德氏的上述篇章和中国学者围绕此次会议而作的各种著述,以及德沃金教授另外一篇有关权利的论文,汇为一集,旨在记载这一事件,梳理这一过程,而寄望于不同人文类型的法意与人心之间能够达成“同情之了解”。本书并辑译了英国J. W. 哈利斯教授的一篇论述,裨资理解德氏学说。全部文字略分为“文本”、“阅读”和“场景”三类,以为诠释上的递进与扩展。

王晨光教授与闻编事,翟智勇、康震同学惠助编事,各位作者慨允用稿,并此致谢!

清华大学法治与人权研究中心

2003年5月

文本

(美) 罗纳德·德沃金

- 3 / 论合法性与法治
- 17 / 认真对待人权
- 31 / 关于不胜枚举的权利的概念

阅读

- 85 朱伟一 / 与大师对弈
- 100 方流芳 / 如何认真地看待学术游戏
- 107 萧 瀚 / 复眼看待德翁的中国之行
- 113 彭亚楠 / 如何认真地看待德沃金
- 121 傅 蔚 / 德沃金、霍金及其他
- 126 (英) J.W.哈利斯 / 德沃金的权利命题

目 录

场 景

- 151 清华大学“德沃金法哲学思想国际研究会”纪要
- 156 清华大学“德沃金法哲学思想国际研究会”回视
- 164 “自由主义法律理念与美国宪政传统”座谈会纪要
- 177 德沃金复旦大学讲学纪要
- 187 德沃金浙江大学演讲纪实
- 191 近距离看德沃金
- 196 我看见了德沃金

- 198 许章润/跋：德沃金教授及其中国之行

文 本

- ☐ 论合法性与法治
- ☐ 认真对待人权
- ☐ 关于不胜枚举的权利的概念

(美) 罗纳德·德沃金 著

论合法性与法治^①

◎郭琛 译

非常感谢大家。诸位可以想像昨天和今天我是多么高兴。这些天来我愉快地见到了许多有趣、迷人而又聪颖的人,而他们竟然在以我为讨论中心。这种机会是罕有的,也是令人愉快的。下周二我还会做一次讲演,所以为了更好地利用时间,我今天要注意避免过多地谈及周二的话题。我要谈的是最重要的问题,即在一个商业、传媒全球化不断加剧的时代,我们是否仍然认为东、西方文化之间和中美之间在深层价值观上存在根本的分歧。我认为这是一个非常重要的问题,人们就此已经讨论了二三十年。就过去两天来我对此问题的思考而言,我想告诉大家这种分歧被夸大了。我相信东西方、中美之间更多的是相同之处。同样,我也相信重要的不是去追寻分歧和差异,而是去发掘共同之处并予以解释。我还相信法治观念是这种文化汇合的核心部分。关于这一点我会加以解释。我们共同拥有对法治的某种认识,或至少我们对法治有共同的欲求,这种欲求是我们谈论法治的基础,稍后我将继续这一话题。

① 本文为罗纳德·德沃金教授2002年5月19日上午在“清华大学德沃金法哲学思想国际研讨会”上的讲演。英文稿由郭琛根据录音记录整理并译为中文。编者注。

现在我想先回应凯瑞斯(David Kairys)教授昨日的发言。昨天下午,会议主席说对我的著作的研究就像盲人摸象一样,有的人摸到身体,有的人摸到尾巴,有的人摸到这一边,有的人摸到那一边。我觉得凯瑞斯教授也只描述了法律在美国发挥作用的一个侧面,诸位可能只是摸到了大象的尾巴。我想通过我的介绍增加某些维度。但我现在尤其要对他结束发言时的观点表示反对。我不赞成将美国人的自私的、自我中心的个人主义和中国人的共产主义或集体主义加以对立。这种对立也是一种过分的夸大。现在中国到处都是追求个人自我实现的精神,这种例子举不胜举。根据最新的数据,在中国最高收入与最低收入之间的差距已超过了美国,而美国曾是世界上贫富收入差距最大的国家。所以我认为否认中国存在对个人成功的渴求是一种夸大。同样,说美国以自我为中心,忽略了许多方面,尤其是“9·11”事件的直接影响。在纽约以及其他地方,人们表现出的那种关注和意识说明美国人民是团结一致的,而不像人们常说的只是个体的集合。我并不是要否认美国人彼此的分歧而主张“9·11”之后美国没有个人主义,那只是从一个极端走向另一个极端,是严重的错误。但在对民族性差异进行一般的假定前我们必须非常小心,否则这种假定往往最终是一个错误。

以上也许都是题外话。接下来我要回答什么是我所理解的法治这一问题。这对我来说确实是一个重要的问题,因为像其他美国人一样,我一直在通过阅读书籍和报纸关注中国。早在这两天之前,我就知道对于中国来说发展是最重要的问题。人们反复说实现法治是中国现在的新关注。也许这部分地是由于WTO的某些规定和目的的影响。WTO对于中国来说当然非常重要,但可能还不止于此。我想

中国现在可能有某种认识,尤其在法学院中,人们认识到文明国家应努力培育作为一独特价值体系的法律理念的重要性。法治是一种特殊的政治美德,它与正义有关,但并不等同于正义。它也不等同于平等、自由或博爱。我认为法治会导向这些观念。首先我们谈一下哪些情况不符合法治原则。一个尊重法治的国家必须在制度性结构中反映法治的要求。人们反复告诉我,中国的历史是一部法律从业者与政治官吏混同的历史,法律在中国历史上属于国家管理范畴。中国历史中对于法官、律师的职业训练和职业道德标准与其他文官之间没有明显的区别。同样,我也知道司法独立以及相对应的法官职业化已成为中国的一项国策。中国正在对法官进行职业训练以确保法官成为法律职业精英而不是平庸之辈。中国已认识到司法腐败问题的严重性。昨天两位发言人都提到司法腐败,而且他们为清除司法腐败,要求规定司法判决必须成文并公布,以使其他法律人尤其是法学院的师生进行批评的主张也给我留下很深的印象。我认为这一点极其重要。还有人提到先例规则本身并不是中国法制的重要内容。诸位也许将先例规则等同于判例法。我喜欢先例规则,我也会对此作出解释。但我想,重要的是我们应该区分两个问题,即我们应将法官是否应公布司法判决以使他人阅读、批评的问题与法院司法判决的拘束力问题加以区分。即使诸位坚持反对严格的先例原则,要求公布司法判决本身也仍具有独立的价值,其中就包括防止司法腐败。但更重要的是,这样也许会帮助公众深入了解法律思维和论证应该是什么样,并且有助于提高司法判决的合法性。在谈到推动民权运动发展的作用时,有人认为,在政治决策中强大的司法机构和公众参与之间存在某种对立。按我的理解,凯瑞斯教授可能就持此观点。在我看来,二者之间不存在对立而只有合作。我参与过英国和欧洲的一些公众讨论,根据我的经验,在如堕胎等许多问题上,美国的公众讨论要胜过英国和欧洲的讨论,美国的公众讨论更有条理,对所涉及的众多问题也更敏感。我认

为美国法院以自己的方式帮助了美国的政治对话。法院通过公布判决向公众展示论点,从而对公众讨论作出了极大贡献。报纸、文章、评论等政治参与往往是由强有力的司法机构所塑造的。同样确定的是,在一个缺乏制衡、政权集中在某一政府部门或某一政党的政治社会中,独立的司法机构会发挥与其在结构更合理的政治制度中极不相同的作用。即使诸位不同意我关于司法应监督立法的观点,在中国建立独立的司法机构作为第二个事实权力中心的观点也许是可取的,即使将这个独立的权力中心仅作为一个对权力的制约。上面我所讲的主要与过去两天讨论涉及的问题有关。我谈到了什么不符合法治、法治有哪些要求、司法腐败、缺乏司法独立以及缺乏司法职业训练等问题。

二

接下来我要谈谈什么是法治的特点这一更具哲学意味、更重要的问题。刚才我提到法治是一个独立的、特殊的政治美德。我想强调它是一种政治美德。与自由、平等、正义、博爱一样,法治是作为社会政治结构的一部分而发挥作用的。很早以前,法治就被看作一种特殊的政治价值。我当然不会在诸位面前谈论儒家传统,但在西方传统中,早在自由、平等等价值获得承认之前,法治就已经被看作是一种美德。法治是一种古老的价值,但也是一个备受争议的价值。哲学家所说的某些理念和所有的政治价值都是如此。他们称其为“争议概念”。这是一个很重要的概念。当某个社会存在某种价值,如自由、正义、平等、法治等,但又无法对这些价值作精确定义或无法确认其真实价值何时,它就拥有了争议概念。所以自人类之初,尤其是柏拉图的《理想国》问世以来,哲学家们就承认正义是一个重要价值,但对什么是正义的价值的理解存在着令人吃惊的分歧。在我们的时代,关于正义的社会契约理论和功利主义理论之间仍然有着巨大的鸿沟。法治

就是这些争议概念之一。我认为 legality 和 rule of law 都是法治。它们都是争议概念。如同我们对正义概念所作的有益区分一样,对于法治理论加以区分也是有益的。

其中之一是自然法理论,它流行于 13 世纪的欧洲。我非常感谢我的朋友(许章润教授)提醒不要给我随便“扣帽子”。我也不喜欢“帽子”,但有时人们确实称我为一个自然法学家。这种关于法治的理念认为法治实际上等同于正义或与正义外延相同,因为存在自然正义,而法律就是自然正义。这种观念的集大成者是托马斯·阿奎那。这是一种法治理念。第二种理念,我们今天下午也听到了这种理念,认为法治是一种形式的美德。如果法律是公开的,法律不溯及既往、能够被它所指向的人们所理解,那么这就是法治。这是一种形式理念。虽然很多杰出学者均持这一观点,但在二战后纽伦堡审判中这一观点被彻底否定了。这种否定是两方面的。首先,大家知道二战后在纽伦堡审判了纳粹德国战犯,虽然这些战犯的反人类行径都来自于公布的、非回溯性的德国法律的授权,但还是有很多人被处以死刑。纽伦堡审判认为法律是否公开以及是否具有回溯力并不是法治的必然条件,因为法治观念本身就否定那些明显侵犯人权的罪行。法治不仅是形式的或程序的,而且包含实体内容。纽伦堡审判否定形式法治理念的另一个理由是法治不仅要求某些形式的内容,而且法治的内涵要远远超出形式的内容。像我刚才说的,即使实际立法并未规定某些行为构成犯罪,这些行为仍然是犯罪,因为它们侵犯了人权,违反了人权保护的法律,这些法律也是法治的组成部分。所以,纽伦堡审判的法治理念是一个实质性的而非形式的法治理念。还有另外一种法治理念,我认为这就是昨天林立教授和今天凯瑞斯教授所主张的理念。我记得林立教授称其为封闭、完美的法律体系,其中法律自动地提供正确的答案而不借助于法律解释者的任何价值观念。今天上午凯瑞斯教授也谈到了法律与价值的对立。他反复提醒我们法律本身并不规

定任何东西。即使要在一个我们所谓的简易案件中得出一个法律判断的话,法官也必须在法律之外添加他自己的个人价值。这种本质上与价值无涉的法治或法律观在19世纪的西方非常流行。它或多或少地来自于英国哲学家杰里米·边沁。这种观念在英美的司法界产生了很大的影响。我们以美国最著名的判例之一,联邦最高法院审理的“埃里铁路公司诉汤普森案”为例。在此案之前,联邦法官认为在各州法律之外还有一个联邦普通法。这种全国性的普通法作为法律原则存在,联邦法官可以据此审理案件。^①最高法院在此案中否定了这一观点。最高法院认为由于法律与价值不同,只有主权者所制定的才是法律。只有特定主权者所制定的规则才是法律。这是林立教授和凯瑞斯教授所赞同的法律与价值无涉或法律实证主义理念的最高表达。就像凯瑞斯教授所说的,如果我们接受这种法律的观念,那么就等于承认没有法律。因为根本不存在法律规定的判决,所有的判决都是由法官的个人价值决定的,而法律只不过是许可这些判决,就像许可其他东西一样。我认为我们应该反对形式理论,我们应该反对实证主义或价值中立理论。我们需要一个更好的法治理念,或是哲学家说的我们需要关于法律的更好的概念。昨天在座的有人也提到过,在我的著作中我提出一个建立在原则和一致性或连贯性^②基础上的不同的理念。在这种法治的理念中,法律不是由一些标准、规则、原则或是其他类似的东西构成的。这不是法治。在这种法治观中,法律是动态的,其核心是一致性观念,这种一致性观念是平等的另一种特殊形式。当政府做任何行为时,无论通过立法机关、司法机关还是党中央,一致性原则都要求政府必须履行我所说的至上美德的责任,即政府应对人们给予平等的关注。政府不能说一些人的生命比其他人的生命更重要,政府也不能说由于血缘、等级或经济地位的原因,某些人应比其他

① 见 *Swift v. Tyson* 41 U.S. 1 (1842)。译者注。

② 感谢许章润教授将 *integrity* 译为一致性或一贯性的建议。译者注。

人得到更多的关注。我想至少在口头上世界上许多地方都接受了这些基本的平等主义要求。这些要求对法治的意义是：我们必须把自己置于相同的权利、义务原则之下。有人告诉我中国眼前的一个问题是产品责任原则尚不包含精神损害赔偿。如果法院对产品责任诉讼有确定的规则，那么当制造商出售一件有缺陷的产品时，一致性原则要求他们必须考虑是否有充分的理由证明为什么物质损失应得到赔偿而精神损失则不能。也许存在这种理由，也许我们可以提出一种理论证明，就道德权利而言，同一有瑕疵的商品所造成的物质损害与精神损害具有原则上的差别。如果我们能尝试将这种差别以书面的司法形式表达出来，那么这种尝试就是符合法治要求的。但如果我们不相信这种理由，如果我们作为法官、教授或回答考试的学生，不能找到这种物质损害与精神损害在赔偿上的差异，那么在一致性观念下，法治要求必须将产品责任赔偿的范围扩大至精神损害。一致性观念并不等于正义观念，因为有人可以说我们甚至认为物质损害也不应得到赔偿。但在一致性原则下，我们可以就什么是正确的原则存在分歧，然而一旦我们认定某些原则，原则上我们就应将这些原则适用于所有的人，以证明为什么某些人可以得益于这些原则。如果某些人从某些原则中获益，那么在我们共同确认这些原则是错误的之前，所有的人也都应该能获得相同的利益。

林立教授昨天说这种法治观是一种非常保守的观念，因为它意味着我们接受那些法律体系中已体现的原则并且将它们固定下来，这就会妨碍革命性的转变的产生。但是这种法治并没有说不能有革命性的转变。这种法治观只是说不能有那种永远否认部分人的利益的革命性转变。革命性转变只能是逐步完成的，而且应能确保在未来以立法或判例的方式继续进行改变。我相信，从另一方面看，这种法治观也不是保守的。我理解它为什么显得保守，因为它承认法律给某些人的特殊待遇。但是从实践这种法治观的历史来看，它并不保守，因为