

法学研究生精读书系



Law, Liberty and Morality 法律、自由与道德

[英] H.L.A.·哈特(H.L.A Hart) 著

支振锋 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学研究生精读书系

Law, Liberty and Morality

法律、自由与道德

[英] H.L.A·哈特 (H.L.A Hart) 著

支振锋 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律、自由与道德/[英]哈特著;支振锋译.—北京:法律出版社,2006.3

(法学研究生精读书系)

ISBN 7-5036-6198-4

I. 法… II. ①哈…②支… III. ①法律—关系—自由—研究生—教材②法律—关系—道德—研究生—教材
IV. D9-05

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第016632号

©法律出版社·中国

责任编辑/袁方

装帧设计/张晨

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/3.875 字数/84千

版本/2006年3月第1版

印次/2006年3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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

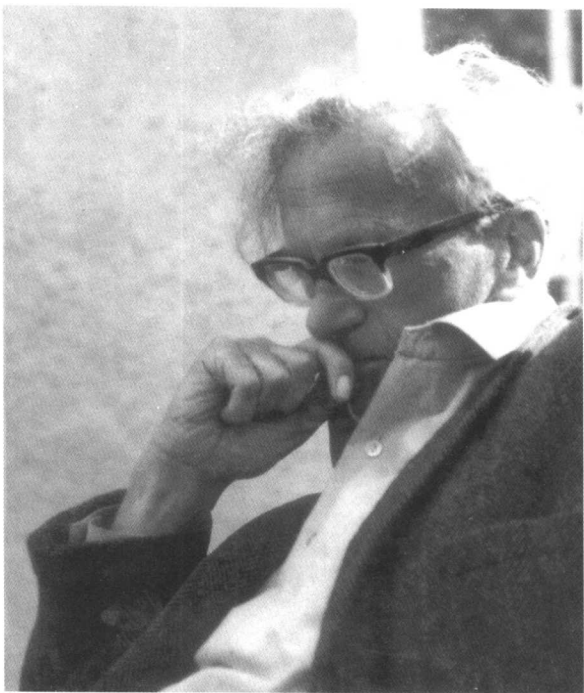
深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-6198-4/D·5915 定价:12.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



H.L.A. 哈特（1907—1992），英国法理学家，新分析实证主义法学创始人，20世纪英语世界最为伟大的法学家。哈特以其实证主义的姿态、自由主义的立场、分析主义的旗帜以及道德学家的情怀，构建了一个庞大而自洽的法理学体系。哈特的著作为英语世界甚至英语世界以外的地方提供了当代法哲学的基础平台和研究规范。哈特梳理和加强了法律哲学与道德以及政治哲学之间的联系，法哲学与精神哲学和逻辑哲学的联系。而且，沿循边沁的脚步，在道德哲学与政治哲学领域里，他是自由主义传统最强大的代言人。

哈特教授师牛津大学法理学教授，著有《法律的概念》、《刑法的道德性》、《惩罚与责任》以及《法律中的因果关系》（与A. M. Honoré合作）等作品。

1981 年重印版前言

值此书新一次重印之际,我顺便提出某些简意的意见;我想,对于本书中那些被我的一些批评者所误解了的部分而言,这些意见将有助于为本书的主旨与视域做出说明。同时,这也是对由德夫林勋爵所极力鼓吹的一个主要的批评所做的回应。我也特意附上了一个与本书诸主要论点有关的那些更为重要和更富启发性的著述清单。

—

构成本书的三个演讲是于 1962 年在斯坦福大学举行的,正如我早期的两篇文章《不道德与叛国罪》^[1] (*Immorality and Treason*) 和《对刑法的运用与滥用》^[2] (*The use and Abuse of the Criminal Law*) 一样,它们原本是被作为在英国公众讨论中的一个贡献。这是一个有关刑法适用范围的讨论,它是由于 1959 年《委员会关于同性恋罪错和卖淫问题的报告》(沃尔芬登报告)的公布而被激发起来的。这个报告建议取消对有关成年人私下自愿同性恋行为的刑事制裁,理由是即使这些行为被普遍地认为是不道德的,如要证明运用刑法的正当性,除不道德外还是需要一些其他什么的:仅仅根据某些为一个社会所接受的惯习将某种行为视为不道德,并进行控制,这并非法律职责之所在。这个由沃尔芬登委员会提出的

[1] *Immorality and Treason*, Listener, 1959.

[2] *The use and Abuse of the Criminal Law*, Oxford Lawyer, 1961.

论点受到了德夫林勋爵的抨击——那时他是上议院常任上诉法官^[3]和一个被广泛地认为很优秀的律师。在其 1959 年于英国科学院(British Academy)所做的马克比(Maccabean)演讲中,以“道德规范的强制执行”为题,批评了沃尔芬登委员会报告的观点,后来这些演讲与他的一些其他论文都收录在他 1965 年出版的同名论文集中。他的核心观点是,正如一个被众所认可的政府一样,一个社会所共享的道德规范对于该社会的存在而言是必要的;而用法律来强制推行这些道德规范的正当理由也非常简单,那就是法律应该被用于维护任何对社会的存在而言非常重要的东西。德夫林勋爵发现在不道德——在一个侵犯了社会所共同持有的道德法典的意义上来说——与叛国罪之间存有类似之处。他主张,基于同样的证成性理由,镇压那种不道德正如镇压颠覆活动一样,正是法律职责之所在。

对于理解这本书而言,重要的是去认识到它的那些观点主要具有一种消极品格,它们是被用来应对由德夫林勋爵提出的一种特定情形的,这种情形试图对用法律的手段来惩罚背离社会道德的行为进行证成。通过把一个社会中确切地共同享有的“实在的”道德和“批判性”道德进行区别,我努力使之表达清晰,同时我也强调,德夫林勋爵与我两人之间的关键论题是对这样一个简单的事实所赋予的重要性,这个事实是——无论是什么,被社会的实在的道德规范所禁止的行为。我的一些评论家责备我说,我也犯

[3] 根据《元照英美法词典》(法律出版社,2003 年 5 月版),上议院常任上诉法官,由女王任命的为协助上议院处理上诉案件的听审和裁决而设,只有那些拥有高级司法职位 2 年,或至少执业辩护律师 15 年方可任命为常任上诉法官。上议院常任上诉法官为终身贵族,有薪俸,并在上议院拥有席位,有投票权。同时亦为枢密院司法委员会委员,审理上诉到枢密院的案件。上议院常任上诉法官最初为 2 人,以后陆续增加到 11 人。最初有 1 人,今有 2 人为苏格兰人,并且不时有一名爱尔兰人担任此职。——译者注。

下了德夫林勋爵的错误,并且误导了对道德的界定。他们还会否认这样一个事实能够足以将某些社会惯习描述为道德,这个事实是,那些行为惯习为特定社会所广泛共享且得到“不可容忍的义愤以及嫌恶”这些情感有力的支持(这也是德夫林勋爵用法律强制执行道德的标志)。我的评论家抱怨我没在本书中对这样一些情形进行深究,即根据更让人满意的对道德的界定,强制执行道德之要求的情形是什么。这些批评毫无疑问已经指出了那些重要的论题,但是我相信这种由德夫林勋爵提出的情形,它对许多普通的男男女女具有非常明显的强烈吸引力,这些男男女女不仅如德夫林一样去看待他们所共享的传统道德,而且也像他一样将这种道德视为“看不见的纽带”,正是这种纽带将社会整合在一起。并且,正如我试图在后来的文章《社会连带与道德的强制执行》^[4] *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*) 一文中表明的,这些观点与有深远影响力的埃米尔·涂尔干(Emile Durkheim)与塔尔考特·帕森斯(Talcott Parsons)的社会学理论有着惊人的相似。因此我想,这些观点是如此重要,值得他们自个儿去认真地检视;哪怕还有一些其他相当不同的依据可以据以证成对道德——根据不同的界定方式而界定的道德——的强制执行的情况下,也是如此。

二

除了挑战德夫林勋爵论点的主要线索之外,我也在这本书里对于他把英国法律中的某些规定措施,用作法律的确在试图强制执行“诸如此类”的实在的道德规范的证据,提出我的不同观点。

[4] *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, University of Chicago Law Review, 1967.

尤其是,我认为,我们的刑法中规定受害人的同意不能作为对谋杀或蓄意攻击的控诉的抗辩理由——德夫林勋爵引用这些作为他用法律强制执行道德规范的例子,这些可以解释为一种法律家长主义的例证:运用法律去阻止一个人自伤或明显地同意别人伤害他。我承认约翰·司徒亚特·密尔(John Stuart Mill)并不认为这是可以接受的,而且我批评密尔对于家长主义太过绝对与武断的反对。这是由于他过于相信成年人个体总是一直知道他们的最佳利益,并认为,为了一个成年人自己的利益而对之施以强制也往往是徒劳无益的。

德夫林勋爵对我在强制执行实在的道德和家长主义之间所进行的区分所做出的回应,体现在其《散论道德规范与当代社会道德》(*Essay on Morals and Contemporary Social Morality*)一文中,该文被收录入他的书中,我想这是他对于我的书的一个最重要的批评。他争辩说,对于任何一种形式的家长主义作为刑法之适当功用的承认,并不会顺理成章地止于他所谓的“物质式的家长主义”或“对一个人的物质利益的约束”。一旦家长主义被承认,它必然扩展到道德方面的家长主义(“道德家长主义”),对一个人道德利益的约束以保护他不受到道德伤害,这与使用刑法手段去强制执行道德是难以区别的。

从对诸如“道德利益”、“道德好处(moral good)”以及“道德伤害”这些含混不清的表述中,德夫林的这个观点得出了一些貌似有理的东西,好像这些表达方式与好处或利益或者让一个人为自身利益而被迫采取预防措施以防止受到身体伤害之间有着非常易于理解的可比性一样。比如,强迫一个人在骑摩托车时要戴上头盔或在车里戴上安全带以防止伤害、痛苦与死亡,就是让一个人为自身利益而被迫采取预防措施以防止受到身体伤害。我想,迫使一个人在法律惩罚的威胁下来确保与道德规范的要求保持一致——比如一个人的性行为——应该被视为是为了保证他的某种

利益或好处,这是相当含糊不清的。无论道德被如何界定,这都是一个严重的问题,但特别地,当有疑问的道德被视同为那些在社会中被普遍接受和强烈支持的惯习时,问题就更为严重。这样的的是一个简单事实,也即一个人背离了任何为社会所共享的道德法典——正是在此语境中德夫林勋爵所言道德的意味,意味着其本身就应该被算进对他的某种伤害?试想一个南非黑人拒绝遵守种族隔离的道德准则,或一个印第安妇女拒绝做这种被认为是她的道德职责的自焚殉夫的行为,因此被认为给他们自身造成了“道德上的”伤害,这些都是格外令人奇怪的。同样的道理也适用于同性恋者,因为通行的社会道德禁止那种形式的性行为。毫无疑问,如果“道德利益”、“道德好处”可以具有什么意义,而非仅仅被主观地用作与遵守或者背离社会道德的同义语的话;那么,肯定有一些惯习可以与这些行为(所谓的)不道德的惯习无关。如果没有这些惯习,那么就不会有这样的主张,也即那些接受“物质式的家长主义”的人们,必须顺理成章地接受对社会道德的强制执行,以确保行为者(agent)的道德利益或阻止对他的道德伤害。

三

然而,由于我的过失造成两段粗心的写作,可能引发了一些误解。在本书第4页^[5]我提供了有关问题三种不同的阐述,这三个问题也是本书所关注的。根据通常的惯习某特定行为是不道德的,这样的一种情况就足以证成将这种行为变成于法当罚的行为吗?如此这般地强制执行道德从道德上来说是可以允许的吗?像那样的不道德就应该成为犯罪吗?由于粗心,我没有在最后的两个阐述中重申“根据通常的惯习”这一表述,因为正如我的评论家

[5] 原文页码,见本书边码。——译者注。

们已指出的,如果没有考虑到这些说法(words),这三个问题就是不平等的。然而我仍然希望,我对自己所做出之实在的与批判的道德之间的区分的坚持,以及我在本书第20页^[6]所提出的论断——本书所关注的问题是一个有关对实在的道德进行强制执行的问题,可以使我的意图能够为大多数读者所清楚地了解。

然而我在提及约翰·司徒亚特·密尔时同样未能指出,尽管他会反对德夫林勋爵之强制执行一个社会如此这般的实在道德的主张,但他在其《自由片论》(*Essay on Liberty*)中所阐发的命题,却证成了可以干涉个人自由的惟一根据,那就是该个体的行为在道德上是有过错的;尽管毫无疑问,在这里道德过错的惯习并非为一个社会所接受的道德规范,而是这样一种情况:这种行为对其他人是有害的。

H. L. A · 哈特

1981年3月

[6] 原文页码,见本书边码。——译者注。

相关著述选辑

Brown, D. G., 《密尔论自由与道德》, “Mill on Liberty and Morality,” *Philosophical Review*, 1972, p. 133.

Dworkin, R. M., 《德夫林勋爵与道德规范的强制执行》, “Lord Devlin and the Enforcement of Morals,” *Yale Law Journal*, 1956, p. 986.

Devlin, Patrick, 《道德规范的强制执行》, “The Enforcement of Morals”. Oxford: Oxford University Press, 1961.

Dybikowski, J. C., 《德夫林勋爵的道德及其强制执行》, “Lord Devlin’s Morality and its Enforcement,” *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1975, p. 89.

Mitchell, B. 《世俗社会中的法律、道德与信仰》, “Law, Morality, and Religion in a Secular Society.” Oxford: Oxford University Press, 1967.

Sartorius, R. E. 《道德的强制执行》, “The Enforcement of Morality,” *Yale Law Journal*, 1972, p. 591.

Ten, C. L. 《犯罪与不道德》, “Crime and Immorality,” *Modern Law Review*, 1969, p. 648.

——《家长主义与道德》, “Paternalism and Morality”, *Ratio*, 1971, p. 56.

——《对共享道德的强制执行》, “Enforcing a Shared Morality,” *Ethics*, 1972, p. 321.

——《密尔论自由》, “Mill on Liberty” (Oxford University Press, 1980).

1963 年初版前言^[1]

对于《1961 年自杀法案》(the Suicide Act 1961)^[2],虽然只有极为有限的人们生活会受到它的直接影响,但它依然堪谓彪炳我们法律史册的一个重要里程碑。至少一个世纪以来,这还是第一部由英国议会讨论通过的法案,把刑法上所有的惩罚都一股脑儿从一种明显既被传统基督道德谴责又于法当罚的实践中清除出去。许多人殷切希望,随着《自杀法案》的通过,进一步的变革措置会随之而来。从而使得某些特定形式的堕胎、成年人私下自愿的同性恋行为以及某些特定形式的安乐死不再受到刑法的制裁。因为他们认为,正如自杀的情形那样,在这些情况下,法律惩罚所直接或者间接带来的不幸可能远远大于这些实践本身给人们所带

[1] 哈特于 1981 年为本书新作了一个前言,以取代 1963 年初版前言。因此,这个前言在 1981 年重印本中已不存在。此次译者也把它一并译出,供读者参考。只是为了区别,中译者将之命名为“1963 年初版前言”。

[2] 该法案极为简短,全文不过百余单词。法案开宗明义,第一条规定:“自杀不再是犯罪。自杀是犯罪的法律由此废止。”但参与他人自杀仍然要负刑事责任,第二条规定:“1. 任何帮助、教唆、建议或者促成他人自杀或者他人自杀未遂的,经公诉程序判罪,处不超过 14 年的监禁;2. 若在对谋杀者或者误杀者起诉的案件中,有证据证明被告人帮助、教唆、建议或者促成他人自杀的,陪审团可认定他构成前款规定之罪;3. 非由检察官或者非经检察官同意,不得对本条规定之罪提起诉讼。”但本法已为以下条款所修正:《1967 年刑事法》第 10 条第(2)款,附件 3 第二部分;《1975 年刑事审判法》第 14 条第(5)款,附件 6 第一部分。参阅谢望原主译:《英国刑事制定法精要》,北京,中国人民公安大学出版社 2003 年,第 152 页。将自杀行为本身作为犯罪,在我国是难以理解的,因此必须结合英国的基督教道德传统方能理解其对自杀的态度。——译者注。

来的伤害。然而,沃尔芬登委员会(Wolfenden Committee)^[3]的建议的命运,却难以激起我们对这一变革会很快来临的信心。我们的历史已经非常清晰地表明,将一事物纳入刑法定成犯罪并加以处罚相当容易,而欲撤销之却难乎其难矣。

变革的鼓吹者们迟早会发现,他们已被卷入一场关于何者为

[3] 沃尔芬登委员会是英国政府于1954年成立的一个皇家调查委员会。第二次世界大战结束后一段时期的英国,法律和道德问题(特别是性道德)以一种剧烈冲突的形式浮上台面。战后,所谓大量的猥亵(gross indecency),拉客(importuning)以及强暴猥亵罪(indecent assault)等行为被大量检诉。1948年发表的《金赛报告》(Kinsey Report)表明,同性恋远比人们所认识到的要多。随后而来的对同性恋行为的大量检诉,更给人们以同性恋泛滥的印象,甚至造成了一种道德恐慌(moral panic)。英国政府在压力下于1954年宣称将成立一个皇家专门调查委员会(Royal commission),负责调查同性恋犯罪和卖淫。时任里丁大学(Reading University)副校长的约翰·沃尔芬登(John Wolfenden)男爵被任命为主席,委员会因此也被称为沃尔芬登委员会。委员会的使命有两项:其一,考察关乎同性恋罪错的法律与实践以及法院对被控犯有此类行为者的处理;其二,考察对有关触犯了在卖淫与拉客方面刑法的此类罪错的法律与实践。可是,据随其后的大辩论及一些法理的探究,“道德和法律”问题好像被限制到了“性道德和刑法”的狭窄层面。随着1957年《委员会关于同性恋罪错和卖淫问题的报告》(Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution),也即是沃尔芬登报告(Wolfenden Report)的出台,法律也出现了相应的改变,对一些不正常的性行为表现出了宽容。但这引起了激烈的辩论。

沃尔芬登委员会最后的报告可谓“公”、“私”分明,它认为由于同性恋行为一般是公民私下行为,其自主权在公民个体;法律只应关注卖淫、拉客等违反了公共生活的秩序与合宜(public order and decency)的行为。与此相应,沃尔芬登委员会还区分了犯罪(crime)与悖离(sin)行为,并且旗帜鲜明地主张法律只应该关注前者。沃尔芬登男爵说:“必须为私隐性的道德与非道德留下一个领地……那不能成为法律的地盘。”这个报告很明显具有功利主义的性质,认为凡未造成公共损害的地方,法律都不应涉足,那些行为都属于个人自由。成年人之间私下自愿的同性恋行为自然再也不能被视为犯罪。报告甫出,即引起广泛争议,有的媒体担心它会降低社会的道德标准,而《每日镜报》(Daily Mirror)则欢欣鼓舞:“不要为报告而震惊。它就是事实,它就是答案,它就是生活!”1959年和1967年,英国议会分别通过沃尔芬登委员会报告有关的立法建议。但大辩论仍然如火如荼。德夫林的讲座以及哈特随之与其进行的论辩,就是在这个背景下产生的。——译者注。

刑法适当范围的全面讨论之中。而我这三篇去年在斯坦福大学所做的演讲,就算是奉献给那个讨论之海的一叶碎浪吧。它们主要致力于驳斥一种由许多富有影响力的英国法官为反对诸种改革论点而提出的、贯穿上一个百年的观点。即,将不合乎道德的行为,即使是对他人根本未造成任何伤害的不道德行为,措诸刑律并予以惩罚是完全正当的。与传统的性道德相悖的种种行为,例如同性恋,就是一些对别人并未造成伤害的道德罪错(offences)的极好例子;因此,它们就成了我讨论的焦点所在。正是由于这些,而不是由于认为法律改革的其他方面不紧迫,这些演讲才主要地关注这些背离行为。

H. L. A · 哈特

目 录

1981 年重印版前言	(1)
1963 年初版前言	(1)

第 一 部 分

第一章 道德的法律强制	(3)
第二章 腐蚀社会公德的图谋	(8)
第三章 卖淫与同性恋	(16)
第四章 实在的道德与批判的道德	(20)

第 二 部 分

第五章 例子的使用与滥用	(29)
第六章 家长主义与道德的法律强制	(33)
第七章 惩罚的道德层阶	(37)
第八章 私隐的不道德与公共场合行为不检	(40)
第九章 温和论与极端论	(48)

第 三 部 分

第十章 强制执行的诸多种类	(55)
第十一章 报复和谴责	(61)
第十二章 道德维存与道德保守主义	(68)

第十三章 道德民粹主义与民主	(75)
第十四章 结论	(79)
部分参考文献	(81)
索引	(83)
译后记:刑罚的限度	(86)

第 一 部 分