

[美] 乔尔·范伯格 著
方 泉 译

The Moral Limits

Of

The Criminal Law

刑法的道德界限

(第三卷)

对自己的损害

Vol. 3 Harm to Self



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

Vol. 3 *Harm to Self*

《刑法的道德界限》共四卷，是范伯格最重要的也是学术影响力最大的著作之一。此四卷虽然陆续发表于1984—1988年间，但皆为回答一个问题，即国家何以将某种行为正当地予以犯罪化？范伯格试图以一系列“限制自由原则”予以解答，以期为立法者提供具有道德合法性的立法依据。

本书《对自己的损害》是《刑法的道德界限》第三卷。在本书中，范伯格对法律家长主义原则进行了系统论述，探讨了有关自我损害的各种问题，包括家长主义、个人自治及其边界、自愿性与风险预设、同意及虚假同意、强迫力、行为能力不足以及选择死亡等，以此对维护个人自治与限制国家强制力之间的关系作出了极具说服力的阐释。

<http://www.cp.com.cn>

ISBN 978-7-100-11026-4



定价：78.00 元

〔美〕乔尔·范伯格 著
方 泉 译

The Moral Limits
Of
The Criminal Law

刑法的道德界限

（第三卷）

对自己的损害

Vol. 3 Harm to Self

 商务印书馆
于1897 The Commercial Press

2015年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法的道德界限. 第3卷, 对自己的损害 / (美) 范
伯格著; 方泉译. — 北京: 商务印书馆, 2015
ISBN 978-7-100-11026-6

I. ①刑… II. ①范… ②方… III. ①道德—关系—
刑事立法原则—研究 IV. ①D914.04②B82-051

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 011436 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

刑法的道德界限

第三卷

对自己的损害

〔美〕乔尔·范伯格 著

方泉 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-11026-6

2015年4月第1版

开本 787×960 1/16

2015年4月北京第1次印刷

印张 33 1/4

定价: 78.00 元

Joel Feinberg

THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW

Volume Three

HARM TO SELF

Copyright © 1986 by Oxford University Press, Inc.

本书根据牛津大学出版社 1986 年版译出

仍献给贝蒂



《对自己的损害》是四卷本作品《刑法的道德界限》的第三卷。各卷书均已先后独立出版，相隔时间不长，后面的卷本中，均包含前卷的概要。第一卷《对他人的损害》讨论了损害的概念及其与利益、需求、伤害、冒犯、权利及同意的关系，将损害概念适用于诸如“道德损害”、“替代性损害”以及“死后损害”时的疑难情形，未能防止损害的实质，以及有关评估、比较损害和对损害归责等方面的问题。第二卷《对他人的冒犯》则讨论“冒犯”作为一种不同于损害的状态，其模式及内涵究竟如何。包括对冒犯性滋扰、深度冒犯行为（对尸体不敬、亵渎神圣标志、公开展示臭名昭著的纳粹党徽或三 K 党服饰），以及色情、淫秽和“脏话”的论述。第四卷《无害的不法行为》将中性客观地讨论各种被冠以“法律道德主义”名义的立场，即刑事禁止因其可以维护生活方式、推进真正的道德、防止以剥削不法获利、提升品位及完善个性等而具有正当性，即使在这些情形中并不存在适格的“被害人”。

第一、二卷概要

第一卷引出的是一个貌似简单实则宏大的问题：国家何以正当地将某种行为犯罪化？哲学家试图通过提出我所谓的“限制自由原则”（或同义的“强制正当化原则”）给予解答，即某种考量总是能够为刑事立法提供道德上的相关依据，即使其他依据可能更重要。《刑法的道德界限》各卷均对应一个主要的限制自由原则（参见本概要末尾列出的十条原则及其内涵）。防止对行为人以外的他人的损害总是支持设置国家强制的理由，这条原则我称之为“对他人的损害原则”（简称“损害原则”）。至少它的笼统表述几乎为所有学者接受。只有当我们考虑它是否如约翰·斯图尔特·密尔所宣称的那样，是唯一一条有效的限制自由原则时，争议才会产生。

其他三条“强制正当化原则”尤其获得了广泛支持。它们亦被认为（不总是被同一人认为）是支持刑事立法的有力理由：（1）有必要防止对他人的伤害或冒犯（与损伤或损害相对）（冒犯原则）；（2）有必要防止对行为者本人，而非“他人”的损害（法律家长主义）；

x (3) 有必要防止内在不道德行为，无论其是否具有对人的冒犯性和损害性（法律道德主义）。根据本书主题所阐明的观点，我所理解的“自由主义”认为，经适当澄清及限定的损害原则和冒犯原则即已穷尽所有刑事制裁的道德相关性理由。（“极端自由主义”反对冒犯原则，认为只有损害原则才是可以接受的理由。）我将直言我本人对自由主义的理解。

本书中的自由主义具有双重性。第一卷和第二卷提出对自由主义的限制自由原则的解释和界定，这对于确保由它们为本书观点背书十分必要（假定它们自始就为我们的观点背书）。假定损害原则和冒犯原则是正确的，我们要问，应如何理解这些原则呢？我们所说的关键词“损害”和“冒犯”到底是什么意思？这些笼统的原则如何应对实际立法中的复杂问题？第一卷和第二卷试图定义、解释、限制、修饰自由主义，以便最终我们可以说，这才是自由主义最具说服力的主张，既没有过分背离自由主义标签的传统用法，也没有背离过往自由主义者，如著名的约翰·斯图尔特·密尔的内在精神。第三卷和第四卷则着重于自由主义的第二重意义，通过驳斥为很多学者所主张的非自由主义原则（尤其是家长主义原则和道德主义原则），论证这些原则要成为完善的理论必须经过自由主义原则的补充。

第一卷进而问道，本书中，我们应如何理解损害原则中的“损害”？首先，明确区分非规范意义上作为利益阻回的“损害”，以及规范意义上作为“不法行为”的损害，即对他人权利的侵犯。其次，给出了极少见的“非损害性不法行为”的例子，即不法行为并未阻碍遭受不法行为者利益的情形；以及更加常见的“非不法的损害行为”的例子，即损害但未侵犯权利的情形。此两者皆非损害原则中的“损害”，而是另两种内涵的重合部分，即不法行为造成的利益阻退及阻退利益的不法行为。第一章和第二章主要解决作为利益阻退的损害问

题,第三章更加详细地讨论作为对权利的侵犯的损害行为的特点。

第二章讨论适用损害概念的疑难情形:“道德损害”、“替代损害”、“死后损害”或“出生前的损害”是否成立?首先,我们能否说使一个人变得较之前更坏就是损害了他?柏拉图坚称,即使并未阻碍利益,“道德损害”就是损害(并且是严重损害)。但我们对损害的分析是反柏拉图主义的。一个人变“坏”并不一定情况就会变“糟”;除非他在其良好品格中存在某项先在利益,否则就不会受到“道德损害”。其次,我们能否通过损害第三人而损害某人?在这个问题上我的回答十分肯定。若B在C的福祉或品行中存在一项利益,A若直接损害C或使C堕落,则A就对B造成了“替代性损害”。第三,某人的死亡或其死后发生的事件能否损害他本人?这些问题因极其敏感而无法一言带过。不过我的结论是,死亡对于死者来说可以是一个损害,因为他所有的死前利益均遭到彻底且不可逆的摧毁。若患者的“生存利益”在死后受到阻碍,死后损害也可能发生。在某人死后,生存利益的主体以及损害或好处的获益者就是死者死前本来拥有该利益的生者。死后时间不会回溯到较早的时间(可能应首先作此建议),但事件的发生可以使我们重新评价其终身福利,在合上其人生之书前进行修订。

xi

至于出生前损害,我认为若胎儿(他们还不是人)最终出世后,因出生前遭受的损失而承受损害性后果,就可以说他们在子宫内时即已遭受损害。若不法行为人明知会在数月或数年后对某人造成损害,仍故意或过失地造成一个因果联系,则人们可以因为这种发生在他们受孕之前的不法行为遭到损害。我甚至认为在一些特定的罕见情形中,一个本可避免的受孕行为也会对人造成损害。不过,我并不认为,让某人降生人世的那个性行为可以直接对其造成损害,除非他注定以一种如此严重的残疾状态降生,以致他认为自己“生不如死”。如果

父母在怀孩子的时候，知道或者应当知道孩子降生后的残疾状态不会特别严重，那么这孩子以后就不能说自己受到了不法对待，因为这次不当怀孕的唯一替代选择就是他根本不能来到人世，他应该不愿意如此吧。如果硬要以刑罚处罚将他以残疾状态带到人世的父母，而这种残疾状态总归比不来人世要强些，那就需要法律道德主义原则出面了，因为损害原则不会给予正当性的支持。

xii 在第四章谈到的另一个分析上的问题是，损害原则是否支持对可责的未防止损害发生的人施以刑罚处罚？普通法传统中的一般观点均反对所谓“坏撒马利亚人法律”，即在法律道德主义下，要求人们承担“举手之劳”的救助义务。我反对所有这类观点，因为它们要么系统性地混淆了积极救助与恩赐好处的区别，要么就是对在合理救助与非合理救助之间的划线问题上过于斤斤计较。（类似的划线问题普遍存在于法律中，绝大多数都可以解决。）我认为，要求人们帮助防止损害有时正如以刑罚威慑要求人们不以积极行为造成损害一样合理。但困难的是，这一结论是否意味着背离了我们之前所限定的损害原则。我认为并非如此，部分原因在于不作为在某些情况下本身就可以造成损害。为了证明这个论点，我必须驳斥来自另一面的有力观点，在第四章的最后一部分我就是这么做的。

第一卷的最后两章（第五、六章）试图确定“调和性准则”以指导立法者，将损害原则适用于特定复杂的实际情形。至此，该原则的内容仍非常抽象，以致若无进一步说明，就无法将其运用于微小损害、中等可能的损害、必须以损害另一个不兼容利益为代价方可防止的利益损害、结构冲突性损害、模仿性损害、集体损害以及累积性损害等情形。我认为不同类型的补充性准则有助于损害原则在上述困难情形中的适用，这等于在损害原则的骨架间填充规范性的血肉。这些补充性说明有很多不同的形式。有些本身就是道德原则和公正法则；有些

可用于概率和风险评估；有些则是经验法则，如解决微小损害问题的琐事准则；还有一些用来区分利益的大小，以比较冲突性损害的相对“重要性”，直至将“自由利益”放在衡量的天平一侧。还有一些制度性的实用规则，则用以解决集体损害和累积性损害问题，以避免出现一律允许或一律禁止这两种极端情形。在加入这些调和性准则之后，损害原则变得不那么抽象，但同时它也失去了其结构简单、规范中立的形象。

第二卷开篇即讨论了“冒犯”的含义。和“损害”一词一样，“冒犯”也有广义和狭义之分，前者包括任何或所有令人不快的精神状态，后者则仅指由不法行为造成的前述状态。仅有后者——不法冒犯——方属我们所说的冒犯原则。第七章提出的问题是，我们是否可以就某些本身无害但却令人非常不快的体验，要求法律以另一人的自由为代价给我们提供保护。对这个问题的肯定回答并非提出证据，而是要读者假设自己必须面对一系列情形（“A 在公共汽车上”）。

xiii

第八章使用了滋扰法律的模式，主要借用了侵权法，暗示将冒犯原则适用于恶心而无害的行为时，应有所调和，在权衡测试中，应以对被冒犯方造成的不便的严重性，对抗冒犯方行为的合理性。冒犯的严重性由以下几点决定：（1）恶心行为的强度和持久性，以及行为对一般人造成的恶心程度；（2）不情愿面对的人要避开恶心行为的便利程度；（3）目击者是否自愿承担被冒犯的风险。这些因素要和另一组决定冒犯方行为合理性的因素对抗：（1）行为对行为人的个人重要性，以及行为的社会重要性；（2）变更行为的时间、地点以减少冒犯性的可行性；以及（3）行为动机的卑劣性程度。就行为的合理性和冒犯的严重性，并没有什么简单的权衡公式。有些简单的情形，很容易根据一两个标准确定结论。例如，在完全自愿同意的情况下，人是不可能被冒犯的，“同意”原则（人在同意的情况下不可能被不法侵

犯)即可排除其他结论。在某些情况下,即使没有这样的原则,也可以通过几个原则的共同作用得出结论。而在真正的疑难情形中,各个原则相互冲突,没有哪一个可以取得压倒性优势,例如某种行为具有中等程度的冒犯性和中等程度的不合理性,那就既没有直截了当的结论,也没有评价的替代方式。

第九章首先感谢滋扰法律,它是理解“深度冒犯”的不完全模式。这种感受不同于单纯滋扰,而是无限接近于某种深切的、令人震撼的、严重的感受,甚至被冒犯人并非冒犯行为的直接对象,却仍能因为仅仅想到在某处私下发生着某些行为而产生这种感受。其次,深度冒犯行为不仅仅因为它冒犯了某个人而被认定为不法,其冒犯性在于行为的整个场景都是不法的。深度冒犯是一种体验,因此可以完全是非个人的。被冒犯者并不认为自己是某个并未亲见的毁损国旗、不敬死者或亵渎宗教标志行为的被害人,因此,他并非仅仅为着自己感到怨愤(被不法侵犯)。第九章继续为自由主义者提出那著名的“单纯知晓问题”。若某些人希望受到保护,以免受在单纯知晓的情况下,或者行为发生于某个旁人看不到的地方时受到深度冒犯,则自由主义原则是否支持以刑罚禁止私下的(无人目击)无害行为?我认为,即使有权衡测试,自由主义者仍无法获得完全的保证。我观察到,在无人目击行为产生深度冒犯的情形中,被冒犯者并不需要“保护”。他的怨愤是非个人的,并不能代表他自己。他对他所认为的不法行为感到愤怒,但他本人却并未受到行为的不法侵犯(这正是确定他所遭受的只是“深度冒犯”的原因之一)。冒犯行为是不法的,且是被冒犯精神状态的原因,但这仍不足以说明它就是自由主义的冒犯原则所称之“不法冒犯”。造成冒犯的行为不仅仅是不法行为,还必须是对被冒犯者的不法侵权行为,简言之,行为侵犯了被冒犯者的合法权利。若以他的愤怒作为对冒犯者采取刑事强制的理由,却正是自由主义者所反

对的法律道德主义原则的实质立场。自由主义者不会赞同，为了防止单纯知晓所造成的冒犯，就要以刑法惩罚私下实施的无害行为。

第十章转至淫秽。它也具有某种冒犯性，但与“深度冒犯性”不同，它是行为对象的感受。本章主要探讨“淫秽”的“评价意义”，它被使用时，表现的是某种负面评价。后续部分则讨论了“淫秽”的两种主要含义。（“淫秽”的这两种非评价性含义包括在美国的一般法律用语中，即作为“色情”的形式符号，以及对不礼貌用语的传统标签。）在一般评价意义上称某事物淫秽，即指该事物极其粗鄙，正如“有趣”一词一般被用来描述某种赞赏的反应。另一方面，“色情”则是一个单纯的描绘性词语，指用来激起读者或观众性欲的与性有关的文字或图片。如果不加区别地混用“淫秽”和“色情”二词，必然会带来任何或所有色情物是否就是淫秽物的问题。 xv

第十一章“色情与淫秽”对比了色情作品与文学戏剧艺术，承认可能存在某些色情的图片艺术、诗歌及（有些困难）音乐，解释了为何性（与之相关的任何事物）可能是淫秽的，并总结了“女权主义者”对色情作品的反对理由。和对色情物的传统反对立场不同，特别是与那些借助法律道德主义和道德家长主义作为立法理由的立场不同，近期的女权主义论点要么通过实证数据适用损害原则，要么适用冒犯原则，但不是为着防止一般“滋扰”，而是为了防止类似美国纳粹分子对斯考基犹太人造成的深度冒犯，或是三 K 党游行对黑人造成的深度冒犯。与损害原则有关的两个传统法律立场认为色情物是对女性的侮辱，以及色情物会怂恿犯罪（强奸）行为。我认为，侮辱一论（“色情物贬损女性”）是不可靠的，怂恿犯罪的论点则是可行的，这使得自由主义式的立法仍向刑事法律敞开大门（损害原则）：既有实证数据，也表达了对性暴力犯罪的因果关系解释的质疑。关于深度冒犯的观点更有意思，以现有的证据，几乎可以接受它，但我最终只

能拒绝这个论点，因为在色情冒犯与其他深度冒犯情形之间存在细微但重要的区别。我的结论是，“无论允许和禁止之间的界限划在何处，两侧都有接近划线的情形”。

第十二章回到有关色情物的道德和法律性质这类更传统的讨论中。这类讨论出现在视其为对女性的冒犯和危险的观点之前。本章尤其详细地讨论了有别于自由主义的另一种选择，这种选择是当时美国法庭针对淫秽案件的主流立场。在对从西科林案到罗思案，再到巴黎成人影院案的所有判决进行系统批判后，本章的结论是，“若色情物既非滋扰，亦（必须加上）非对女性安全的威胁，就不关国家的事。”

xvi 最后四章（第十三至十六章）则讨论淫秽文字——即所谓“脏字”。我认为，这些文字的主要功能就是冒犯，但就其基本功能而言，淫秽文字还具有某些有用的高级衍生功能，这使得淫秽文字在我们语言中消失将令人遗憾。这些文字之所以能够产生即时的冒犯效果，完全是因为它们违反了对某些发音或记号的禁忌。为了藐视说话的禁忌，我们强化语气，提醒别人注意我们的言行，以便凸显我们对规范本身、听者或言谈主题的不敬，这转而使我们能够达到深刻表达、抗拒召唤、抑制痛苦和战胜恐惧、打破虔敬、加强揶揄或侮辱性语气、挑衅、反抗或制造“笑果”等衍生性目的。承认淫秽文字的主要功能和即时功能是打破一般禁忌将导致“淫秽悖论”。以功利主义眼光来看，首先要有禁忌，才会有对禁忌的违反，才会达到这些“衍生性”目的。但如果我们都这样理解的话，悖论就产生了，因为我们都不会认真对待这些禁忌，它们的“魔力”就会消失；那些衍生性目的也就无法达到了。在第十五章“淫秽文字与社会政策”中，我试图解决，或者至少软化这个悖论。我反对那种试图以使用委婉语或过度使用的方式排除淫秽文字的人。在第十六章“淫秽文字与法律”中，我区分

了“说出即冒犯”、冒犯性滋扰和骚扰。使用了前卷提出的原则后，我的结论是，在适当调和的前提下，冒犯原则并不能支持禁止在公共场合说脏话，即使它们是被有意用来制造冒犯。以淫秽文字持续轰炸造成的冒犯性滋扰可以被正当地禁止，但仅限于造成滋扰的情形。本章得出自由主义立场反对对电台和电视台进行语言管制，亦反对 FCC 诉太平洋基金会案中的法庭多数意见。

第二卷的主要目的是阐释冒犯原则，以便说明防止无害的冒犯也可以作为刑法的正当性立法原则，为适用冒犯原则提出一整套调和法谚和权衡测试，以最大限度地减少其被滥用的可能。

限制自由原则的定义

1. 损害原则：总能为刑事立法提供很好的理由。认为刑事立法可能有效防止（消除、减少）对行为人（实施禁止行为的那个人）之外的其他人的损害；并且，可能找不到其他同样有效且价值成本更低的方法了。 xvii

2. 冒犯原则：总能提供很好的理由支持刑事禁止法案。认为刑事立法对防止对行为人之外的其他人的严重冒犯往往是必要的，并且可能是结束该冒犯的有效途径。

3. 自由主义的立场（有关刑法的道德界限方面）：损害原则和冒犯原则，经适当地界定及修正，二者即可穷尽刑事禁止的全部正当根据。（极端的自由主义立场认为仅有损害原则是适当的……）

4. 法律家长主义（一种受自由主义立场排拒的观点）：总是为刑事禁止提供充分理由。认为刑事立法对防止对行为人本人（生理的、心理的或者经济上的）的损害可能是必要的。

5. 法律道德主义（一般的狭义理解）：根据某行为固有的非道德

性，对该行为的禁止在道德上是合法的，即使该行为对行为人或其他人既没有造成损害，也没有形成冒犯。

6. 说教式法律家长主义（家长主义和道德主义藉由一个含糊的概念“道德损害”结合起来）：总是为刑事禁止的议案提供充分的理由。认为刑事禁止对防止对行为人本人的“道德损害（相对于生理上的、心理上的或是经济上的损害）”往往是必要的。（道德损害意即“因人格受到损害”，“而成为一个更坏的人”，与身体、精神或财产上的损害相对。）

7. 法律道德主义（广义）：由于某些行为包含或引起其他的（“不确定的”）恶，则国家禁止这些未对任何人造成损害或冒犯的行为可以具有道德合法性。

8. 利益原则：总能为刑事禁止法案提供道德上的相关根据。认为为了给他人带来利益，对行为的禁止可能是必要的。

9. 获益的法律家长主义：总能为刑事禁止提供道德上的相关根据。认为如果能够为行为人本人带来利益，禁止就可能是必要的。

10. 完美主义（道德利益主义）：对禁止的议案总能提供充分根据。认为对人格提升有益的禁止就可能是必要的——

（1）说教式利益原则：对普通大众或受到限制的行为人之外的他人的人格提升有益，或者

xviii

（2）说教式获益的法律家长主义：能够为自由受限的行为人本人的人格提升带来利益。

如果将“带来利益”替换为“防止损害”，原则8、9以及10（2）即分别与损害原则、法律家长主义及说教式法律家长主义高度类似。

本卷的多个部分，从片段到主要章节，均作为独立文章发表过。我很感谢出版者允许我重新发表这些由他们拥有版权的文字。尽管我的论文“法律家长主义”（“Legal Paternalism”）几乎已经重写（原载《加拿大哲学杂志》，第1卷，1971年第1期），但其中仍有些段落以最初版本出现在第十七、十九和二十章。第十八章的最后一段和第十九章的主体部分均源于本人在圣母院大学法学院一年一度的公民自由讲座上的讲话，我去讲的那次是在1982年。讲座文稿以“自治、管理与隐私：宪法中的道德理想”为题，发表于《圣母院大学法律评论》（*The Notre Dame Law Review*）第58卷（1983年）。第二十五章第七部分原本题为“被害人的辩护事由：因欺骗而表示的同意”，发表于《伦理学》第6卷（1986年）。

1984年的夏天，我有幸得到了国家人文科学基金的资助，为学院教师举办了一次夏季论坛。十二位富有天才的哲学家对这部手稿进行了全面而严肃的讨论。我很感谢他们每个人富有意义的建议，我要特

别表达对琼·卡拉汉 (Joan Callahan)、艾伦·富克斯 (Alan Fuchs)、尤金·施罗斯伯格 (Eugene Schlossberger) 的感谢, 他们 (天哪!) 对本书的很多部分都保留不同意见。1984 年秋天, 这部手稿又出现在亚利桑那大学的研究生课堂上, 被一群优秀的学生拿来讨论。每个人都对我帮助甚大, 但我要特别感谢戴维·施米茨 (David Schmitz)、罗伯特·绍普 (Robert Schopp) 和罗德·威尔特希尔 (Rod Wiltshire)。本卷并未得到乔赛亚·S. 卡伯里 (Josiah S. Carberry) 的帮助, 正因如此, 我倒要表示感谢。

目 录

第十七章 法律家长主义	/1
一、“家长主义”的多种含义	/1
二、家长主义式强制性法律的类型	/6
三、硬家长主义和软家长主义	/11
四、何种禁止性法律是家长主义式的？	/15
五、法律家长主义，损害原则， 及“卫戍边界”	/23
六、支持或反对法律家长主义的 假定情形	/24
第十八章 自 治	/29
一、个人自治的概念	/29
二、自治能力	/30

三、自治条件	/33
四、理想化的个人自治	/48
五、自治权利	/51
第十九章 个人自治及其边界	/56
一、领域及边界	/56
二、“权利”对“好处”	/61
三、自治、自由权及事实上的自由	/67
四、自由与自治的自动丧失	/73
五、完全地、不可撤销地丧失自由： 自愿为奴之谜	/76
六、奴役合约不具法律效力的其他根据	/85
七、对未来自我的决定： 承诺及其可撤销性	/88
八、个人自主与宪法性“隐私”	/95
九、身外的尊严： 对康德主义的一些批评	/103
第二十章 自愿与风险预设	/107
一、软家长主义策略	/107
二、初步区分	/108
三、自愿性、合理性与理性	/115
四、“完全自愿选择”的排他模式	/123
五、自愿性的多重判断标准： 一些经验法则	/128
六、非自愿的假设	/135

七、示例：危险药物	/139
八、示例：保护性头盔	/147
第二十一章 自愿性不足：单方情形	/157
一、直接伤害：	
构成犯罪的自杀与自伤行为	/157
二、环境压力与人为压力：	
相同与不同	/160
三、降低自愿性因素的种类	/165
四、风险行为的外部强制力	/168
五、风险行为中的无认识与错误认识	/174
六、神经官能症	/178
第二十二章 同意及虚假同意	/189
一、针对双方情形的软家长主义策略	/189
二、同意的本质与效果	/193
三、有争议的同意	/197
四、小结与转承	/205
第二十三章 同意无效：强迫性作用力	/207
一、作用力的范围	/207
二、他人的强迫；目的与控制	/213
三、强迫性压力的级差：	
如何方足以构成强迫？	/217
四、确定强迫性压力的其他方法	/222
五、主观标准与客观标准	/228

六、关于强迫的道德理论	/231
七、强迫性提议：要约与威胁	/234
八、期待可能性	/238
第二十四章 同意无效：强迫性要约	/249
一、强迫性要约与非强迫性要约	/249
二、非强迫性诱惑	/253
三、强迫与剥削：齐氏方案	/264
四、强迫与剥削：概括及结论	/268
五、不平等的交易地位：显失公平	/271
六、强迫性、自愿性及有效性	/277
七、刑法方面的问题	/286
第二十五章 同意无效：认识不足	/293
一、分类	/293
二、对同意内容的错误理解	/295
三、对背景事实的无认识或错误认识	/297
四、对未来的错误期待	/301
五、风险预设的限制	/305
六、欺诈：虚假陈述与虚假承诺	/310
七、虚构事实的欺诈与诱骗式欺诈	/317
八、错误认识与自愿性程度	/327
九、医疗活动中的知情同意	/332
第二十六章 同意无效：行为能力不足	/344
一、道德上和法律上的能力不足	/344

二、无行为能力	/350
三、未成年人	/353
四、醉酒状态	/362
五、疾病、疼痛及干扰性情绪	/371
 第二十七章 选择死亡	 /375
一、自愿安乐死	/375
二、雷切尔的最低方案	/379
三、生命究竟属于谁?	/383
四、可以理解的抑郁情绪	/386
五、交替性情绪	/395
六、生前遗嘱及其问题	/400
七、代理权的持久性	/406
 注 释	 /409
索 引	/479

第十七章

法律家长主义

3

一、“家长主义”的多种含义

我的目的是要建构合理的限制自由原则，使之在历史学及语言学上均与“自由主义”名实相符。我所理解的自由主义原则是指损害原则和冒犯原则，只有这两个原则，才是国家以刑法施加强制力的正当理由。我们看到，这些原则在依据特定标准予以解释、界定或调和之前，在很大程度上都显得空洞无物。因此，我们一方面要特别注意添加规范性内容，使其有血有肉，发挥作用；同时，亦不能远离道德立场，以利实现最初的诉求。现在，应该考虑传统自由主义理念的消极之处了，即认为任何其他限制自由原则（或强制合法化原则）都不具有道德正当性。从历史上看，对于自由主义者来说，这个消极之处令他们最感亲切，同时也是最常受对手攻击之处。约翰·斯图尔特·密尔（John Stuart Mill）特别强调，在合理的合法化原则外，不应允许将防止对行为人本人的损害作为干涉其自由的正当理由：

他本人的好处，无论是道德上的，还是物质上的，都不足以作为保证。不能因为对他有好处，因为会令他更快乐，因为符合其他人的看法，因为会令他显得聪明……就不允许他做某事。这些都是告诫他、说服他、劝说他、请求他的好理由，但却不能作为强行禁止他的理由，也不能因为他做了就视他为邪恶的化身。¹

- 4 密尔特别反对的这个非自由主义原则可以相对精确地表述如下：防止对行为人本人（生理、心理或经济上）的损害总是支持刑事禁止的好的相关理由（也许并不必定是决定性的理由）。近年来，这个原则往往被冠以“法律家长主义”这个较为贴切的名称。²既然已约定俗成，我会沿用这个名称，但“家长主义”这个词却有兩種使用方式。首先，这个词名声不好，往往因其倾向性而引发争议，有时我们用它进行指责。它暗含着国家之于人民，恰如家长（或许仅指男性家长！）之于孩子，一个正常的成人却被当作孩子看待，这样一来，几乎没有人会承认自己有家长主义倾向，更不会有人公开拥护家长主义原则，为家长主义摇旗呐喊。但几乎没有人会反对国家有权保护公民不受自身愚蠢之害并据此进行刑事立法的观点。以往有很多卓越的思想家都接受这个观点（往往不以“家长主义”为名），甚至如 H. L. A. 哈特（H. L. A. Hart）这样的自由主义思想家也显得有些半推半就。³“家长主义”这个标签恐怕是家长主义思想的敌人发明的名称吧。⁴

“家长主义”这个术语不利于我们讨论的另一个原因是，它往往和其他借“家长主义”之名的原则发生混淆。首先，同名的这个原则本来应该关心它要保护的人的利益，但却往往和另外一些相去甚远的态度、做法或规则发生混淆。例如工厂主或店主像对待学生那样管理员工，并不是为了“他们好”——管理者不应忽视员工的利益——而

是为了提高效率，最终获取更多的利润。例如，工人必须获得督导员的同意方可如厕，或者只有凭医生开出的假条才可获得准假。⁵ 这些规则不允许工人自由行动，其实是缺乏信任和尊重的表现。自尊的成年劳动者就会以愤慨或控诉雇主“家长主义”作为回应。在一个具有一定自由度的民主社会里，几乎没有人会毫无保留地赞同国家有权实施这样的“家长主义”，很多人会抱怨各种官僚式的政府限制其实就是这个意义上的有弊无利的家长主义。

不过，还有一种做法尽管有益，有时也被称为“家长主义”，但并非贬损意义上的。尽管“家长主义”的坏名声并不适合这类情形，却的确与家长子女关系存在特定类似之处，这种类似关系出现在政府和成人之间，却并不令人生厌。我所说的这种家长式的限制只是为了保护孩子不受来自他人而非他自己的损害。当家长冲上去保护自己那正挨着大孩子揍的小孩时，他正是带着这个意义上的“家长主义”热情。国家设置“虐待儿童”的罪名也是出于这种“家长主义”热情，通过制定法律来保护儿童。我们当中绝大多数人都会同意这种做法，而同样是家长式的行为，这种做法可不应该背负“家长主义”的坏名声。

因此，两种意义上的“家长主义”区分如下：

1. 假定应受指责的家长主义。将成人视为孩子，将大孩子视为小孩子，通过以下任一方式，强制他们行为或不行为——
 - (1) (有益的家长主义) “为了他们好”，无论他们愿望如何（在最后的分析中，这种家长主义可能是也可能不是应受指责的做法），或——
 - (2) (无益的家长主义) 为了第三方的好处（老师、工厂管理者），无论他们愿望如何。（这种家长主义一般都受到指责。）

2. 假定不应受指责的家长主义。保护无助者或弱者免受外部危险，包括在受保护者非自愿承担风险的情形下，保护其免受他人损害；以及以类似家长保护孩子的方式，保护其免受他人损害。

对于第（1）类“有益的家长主义”这种做法的反对最为鲜明，但“视成人为儿童”一词内涵模糊，界定不清。当然，并非所有当局者为其自身利益而实施的“无益”措施均为家长主义。我能想到的是，监狱规则体现的不是对待孩子，而是对待犯人的做法；军队规则体现的不是对待孩子，而是对待士兵的做法；训练规则体现的不是对待孩子，而是对待运动员的做法。家长主义式的无益管制所包含的负面意味正是由“视为儿童”透露出来的。这种对待显得既武断又无必要，是对成年人信任的缺乏。

- 6 或许，不应指责的家长主义的最好示例是来自远古并持续至今的一项重要的英美法系原则，即国家监管原则。⁶跟随英国的先例，美国法庭长期以来都认为，国家对未成年人及行为能力不足者具有作为“监护人的权威”，这种权威给国家以权力，或者说义务，照顾这些需要保护者的利益。这种权威包括保护无行为能力人不受自己的伤害，尽管这并不是此种权威得以展示的典型情形。更典型的情形是国家依据国家监管原则保护无助人土不受来自他人及其他外部危险的侵害。例如，孩子需要自己父母的保护，而国家，作为某种“最后求助的家长”正是此类保护的唯一来源。类似地，精神不正常的成年人因生活不能自理而处于危境，应当依据国家监管原则给予其精神治疗方面的扶助，其他类型的无助人土，如年老体衰或行动不便的人，也应当获得国家的照顾和保护。闪电的多样性使其可能击中我们当中的任何人，因此，如果国家对无助者的这种保护就是“家长主义”，那么，我们真该好好利用。

政府对那些自愿接受帮助的人或者那些已经无法作出任何选择

的人提供帮助,这种“不应受指责的家长主义”却极易与另一种可指责的“帮助”发生混淆。后者中,政府将“帮助”强加于那些仍有自我决定能力的并不情愿的人身上。这种混淆尤其在针对所谓“精神病人”时经常发生。很多人尽管确实可以被称为“精神病人”或“精神错乱者”,他们往往陷入悲伤的情绪或混乱的情感,但其精神状态并不至于错乱到丧失行为能力的程度。实际上,他们当中有很多人即使在“病中”也仍保持完好的智力状态,一些人并不愿意被送到精神病院接受治疗。⁷对这些人施加强制治疗是不正当的,因为国家监管原则作为一项法律原则,只应适用于那些对自己是否接受治疗都无法决定的人,即使是对这些人,国家因这项原则而产生的权力也仅应“为这些人作出他们在精神正常时本想作出的决定。”⁸

随后的讨论我们仅考虑:(1)家长主义,并将其区别于可责的非善意的“家长主义”;(2)依据国家监管原则的不可责的政府行为。我们所说的家长主义仅指某个衡量刑事立法的道德合法性原则。(正因如此,我们可以为其保留“法律家长主义”这个名称。)很遗憾,“家长主义”一词恶名在外,同时也是其他政府管制措施的代名词,其中包括显为恶性的第(1)类和显为良性的第(2)类措施,但如果我们预先排除其糟粕(直至我们能够进行适当的讨论)及那些我们暂不关注的内容,我们就绝不会陷入误区。

其他模棱两可之处均可迎刃而解。和所有的“主义”一样,“家长主义”既指实践,亦指理论。如果个人或立法者以家长主义为行事或投票的原创,其行为即可被称作“家长主义式行为”,但这仅作为其践行家长主义的一个例证,并不暗指此人秉持家长主义理论,或任何其他理论。另一方面,哲学家若被视为家长主义的支持者,是因为他坚持认为家长主义行事(有时)是正当的,即使他自己并未实施任何家长主义式的行为。他可能既无机会,也无意愿实施家长主义式行

为。而我们现在讨论的是对家长主义理论的评价（即名之为“家长主义”的某个限制自由原则）。⁹

如其他学者所做的那样，我们还需区分一般的家长主义式行为，以及作为强制干涉自由的家长主义规则。家长主义式行为，如伯纳德·格特（Bernard Gert）和卡尔弗（Culver）所总结的那样，¹⁰并不必定带有强迫性，或干涉任何人的自由。在格特和卡尔弗最感兴趣的医疗活动中有很多不具有强迫性的家长主义例子，从对焦虑但其实健康的病人的安慰话，到对垂死者隐瞒病情。

想想看，一位垂死的母亲问起自己的儿子，医生对她说她的儿子一切都好。其实，他知道她的儿子因为强奸和谋杀已经被判入狱（这位母亲对此一无所知），并且因为越狱而被击毙。¹¹

或许这些行为在与刑法或本文主题的联系上存在的共同点在于，它们都是为了对方好，所以才都被称作“家长主义”，无论对方本人如何看待此事。如格特和卡尔弗指出的，此种行为（或规则）——撒谎，强迫威胁——都需要正当化的依据。

8 强迫性家长主义和非强迫性家长主义的区别，以及个人行为与公共法律之间的区别两两相对。某些家长主义立法并不具有强迫性，如“援助型”福利计划，提供食物券而非现金，或者法律使某些合同自始无效。此两类法律的正当化依据都在于对当事人的好处，但并不以刑罚为威慑。再明确一次，后者虽非我们关注的唯一议题，却是我们的主要议题。

二、家长主义式强制性法律的类型

若说法律家长主义为防止自我损害行为所必要而可以作为强迫

性法律的合法性依据，那么，它会支持哪些法律呢？此处我们所使用的“家长主义式的”作为形容词，既不修饰行为，亦非修饰理论，而是用以将我们的问题重新表述如下：家长主义式的强迫性法律有哪些类别？

某些家长主义式的强迫性法律命令一些行为，某些则禁止一些行为。克莱尼希分别将其标签为“积极的”和“消极的”家长主义，显然，前者要求为某些行为，后者则命令不能为某些行为。积极家长主义法律要求驾驶者在驾车过程中必须系安全带，摩托车手必须佩戴头盔，猎手必须身着红色T恤、戴红帽，水手必须穿着救生衣。而消极家长主义法律则禁止在危险水域游泳、禁止服用成瘾药物、禁止随意动用消防设备、禁止自杀、禁止达成对当事人造成危险的合同。

还可将家长主义法律区分为混合式的和非混合式的法律（克莱尼希则称呼为“纯正的”或“不纯正的”家长主义法律。）将混合型限制性法律正当化的部分目的在于防止人们遭到自己的损害，或者遭到自己同意而借他人之手实施的损害，部分目的则在其他，如为保护他人或公众利益。非混合式家长主义法律的目的则仅在于防止自损行为或同意由他人实施的损害行为。

对家长主义法律的第三种划分是以有必要保护人们免受自损行为的损害为正当化依据的强迫性法律和确信人们总以自我的积极利益为行为动机的强迫性法律。前者（克莱尼希称之为“负面家长主义”）所包含的原则正是法律家长主义，或如我们有时所称之“防止损害的家长主义”，¹²或（更好些）“提升利益的家长主义”。¹³我们将这个讨论推迟至第三十三章。

9

第四种划分，也是我们会在随后章节中详述的分类则包括适用于单方情形的家长主义法律（如禁止自杀、自伤或使用毒品的法律）和适用于双方情形的家长主义法律（如禁止安乐死、贩毒的法律）。在

双方情形中，若一方对另一方行为的要求（或同意）不能使另一方免责，则该等法律即为家长主义式法律。若另一方实施了一方要求的行为，即触犯刑法，将受刑罚处罚。法律阻止一方达成所愿，以为他好为由，干涉了他的自由。正因如此，该等法律即为家长主义式法律，即使它所处罚的是另一方的行为。例如，B 因某项投资计划急需用钱，只能违反高利贷法，以百分之五十的高息向 A 借钱。A 若借钱给 B，即可因利息过高而受到刑罚处罚。即使法律并未直接适用于 B，B 的自由还是受到限制，他的选择无法达成。既然法律号称要保护 B（而非 A），却对 B 的想法置之不理，对 B 而言，当然就是家长主义了。（在某些双方情形中，即使法律意在保护一方，也可能会对两方都加以处罚。例如禁止卖淫的法律既处罚嫖客，也处罚妓女。）

杰拉德·德沃金（Gerald Dworkin）在 1970 年发表的那篇极具影响力和奠基性的论文中，对单方和双方情形分别贴上“纯正”和“不纯正”的标签。¹⁴ 我认为，这种做法似乎暗示双方情形中的家长主义意味要淡些，倒不如用“直接”和“间接”家长主义来表述更合适。在直接情形中，

因刑罚威慑而被限制自由的人，正是因此类威慑而被提升利益的人。例如：规定自杀为犯罪的法律，要求乘客系安全带的法律，要求基督徒接受输血的法律。在“不纯正”[间接]家长主义的情形中，保护一类人的福祉的唯一方式就是限制另一类并不因此受益的人的自由。¹⁵

在实践中，几乎所有直接家长主义式的法律都是单方的，但原则上，德沃金的定义为双方的直接家长主义式法律保留了逻辑空间。例如，法律禁止某些自愿交易，仅对发起者、请求者、购买者进行处罚，

但处罚却意在保护他，而非对方或销售者。这种法律是直接家长主义式的，“因刑罚威慑而被限制自由的人，正是因此类威慑而被提升利益的人”，不过，这类犯罪的定义必定要提到两方。另一种情形下，法律要求双方承担刑事责任，这种混合了直接和间接家长主义的法律目的仍是为着保护其中一方不受另一方的损害。在很多法律体系中，双方情形往往被认为是间接家长主义式的，对此，德沃金对直接形式和间接形式的区分（或他所称之“纯正”和“不纯正”）正对应于我们对单方情形和双方情形的区分。但原则上说，这两种区分并非完全重合，而只是有所重叠。

在结束这个议题之前，必须指出，法律家长主义包含两个不同的原则内容，这取决于我们如何解释“损害”。我们在这一部分提到的很多例子似乎都在暗示，无论某人同意与否，损害意即其利益的单纯减损。在此情况下，“损害”在家长主义中的含义显然与其在损害原则中的含义不同，后者仅指不法行为（未取得被害人同意）造成的损害。如果禁止 B 向 A 购买他想要的大麻的理由在于，我们必须保护 B 不因使用该种药物造成肺部和神经系统损伤，那么，B 即使同意交易，甚至主动要求交易，也毫无意义，因为重要的是他的肺和神经系统。另一方面，如果禁止的理由在于保护 B 不受不法行为的损害和危险，则他本人同意这一事实就事关全局，除非他的“同意”是不真实的，否则就不应适用禁止性法律。但在后者中，法律禁止 A 向 B 销售禁药的正当性依据更在于损害原则而非“间接家长主义”，因为前者阻止的是 A 在 B 缺乏真实自愿时对 B 造成损害或损害风险。损害他人原则和间接家长主义之间的区别就在于此。损害他人原则禁止 A 在 B 缺乏真实自愿的情况下向其销售禁药，但允许 A 在 B 真实自愿的情况下向其销售禁药；间接家长主义则禁止 A 向 B 提供危险药物，无论 B 是否自愿。在 B 自愿的情形中，家长主义式法律正是“为了他

好”而限制了他的自由。

- 如果我们想要避免在第一卷中出现的关于损害原则的那些令人绝望的术语纠缠，对于双方情形中的“间接”法律家长主义，我们最好先约定二者定义上的区分。损害原则中的“损害”意指“不法伤害”（因此“损害”就是“不法对待”），而就本章第一部分对法律家长主义的定义，损害仅指单纯的利益阻回，无论是否由“不法”行为造成。也就是说，损害原则受到同意法谚*的调和，而法律家长主义并不包含同意法谚。在损害原则下，若 B 同意 A 的行为，即使该行为对 B 的利益有害或存在危险，A 也不受刑罚处罚；但在间接家长主义下，A 就不能免责。

现在来看看这种区分在实践中的效果。假定 A 和 B 商定，A，无偿或有偿，将实施某个危及 B 利益的行为。那么，对于 B 所遭受的损害危险，单纯依据损害原则与依据法律家长主义原则所作的认定大相径庭。

1. 损害原则将对 A 说，“你不能做任何可能伤害 B 的事，”然后又说，“除非获得 B 的同意。”例外意味着“损害”的部分含义是“不法”。并且，损害原则受同意法谚的调和，就该原则的目的而言，同意的损害不是损害。
2. 间接法律家长主义将对 B 说，“如果这行为可能对你有害，A 就不能依你所愿而行为”，然后又说，“无论你是否同意”。“为了保护你不受自己错误判断（同意）以及 A 的损害，A 若实施你愚蠢期待的行为，将承担刑事责任。”无视 B 的意愿这一点表明，这个原则对“损害”的理解就是对利益的损害，并不接受同意法则的调和。

如果（1）中没有那因同意而排除责任的例外条款，则在 B 同意

* 有同意则无被害，即人不会受到自己同意的行为的不法侵犯。——译者注

的情形中，损害原则的处理结果和间接家长主义的处理结果相同，两个原则之间的区别就会消失。同样地，如果（2）中有这条例外（“除非你同意”），则在 B 同意的情形中，认定结果就会和损害原则相同，而其他角度的区分也会消失。因此，必须对这两个原则进行基本区分。总之，在损害原则中，“损害”意即“不法阻回利益”；而在法律家长主义那里，损害就只是损害。

三、硬家长主义和软家长主义

12

很多学者将我们此处所说的法律家长主义原则称作“硬家长主义”，以区别于该原则的另一妥协版本，后者现在的标准名称为“软家长主义”。¹⁶ 两者最重要的区别在于单方情形中行为人的自愿性以及双方情形中同意者的自愿性所起的作用不同。硬家长主义认同，为保护其免受自愿选择的损害，刑事立法即使违背某人意愿，亦是必要的。如我们所见，该原则无视双方情形中自由且知情的同意，亦无视单方情形中的充分自愿选择。以“为了他们好”而将己见强加于人，这当然非常适于被标签为“家长主义”。

“软家长主义”是否属于“家长主义”并不那么明确。它的基本精神似乎更接近密尔的自由主义，而非硬家长主义。软家长主义认为，国家有权防止自我损害行为（这样看上去似乎是家长主义式的），但仅当该行为是非自愿的，或者，若不考虑该行为是否自愿，则干涉应该是暂时的。在双方情形中，若 B 的同意真实可靠，软家长主义允许 B 与 A 达成某个对 B 的利益有害的协议；若其同意并不充分自愿，则法律可以“为了他好”而予以干涉。“为了他好”听上去也是家长主义式的，但软家长主义指出，法律所关心的并非 B 的选择是否明智、谨慎、无害，而是该选择是否意愿真实，它意在帮助 B 作出真实的选

择,而不是为了保护 B 不受损害。毕竟,如果 B 的选择显然出自疏忽、被强制、精神错乱、药物影响或其他破坏自愿性的因素,就有理由怀疑该选择是否源于其真实意愿,是否与其本人的真实选择相反。损害他人原则允许我们保护某人不受他人选择的损害;软家长主义则允许我们保护某人不受“无好处的选择”的损害,尽管这选择并非出自他人。

- 假定软家长主义的动机就是如此,接下来自然就是软家长主义原则的地位问题。它能够作为一个独立的限制自由原则吗?如果能,它该被视为某种家长主义原则吗?还是考虑到它的自由主义动机,应被视为某种反家长主义的原则呢?或者,也许应当将其视为损害原则的
- 13 某个“版本”,因为该原则并非保护人们免受“他人”的损害或威胁,而是保护人们免受本人“以外”的损害或威胁。

最后这种看法得到汤姆·L. 比彻姆(Tom L. Beauchamp)的赞同,他将自己在这个问题上的讨论总结为:“软家长主义并非家长主义,因其并非独立于损害原则以外的限制自由原则。”¹⁷他接着解释说,若某人在不知或不愿的情况下危及自己,我们就应该干涉以保护他。其实,我们并非保护他免受自己的伤害(即他本人的意愿),而是保护他免受某种外来因素的损害:

这里并不存在违背某人意愿而保护他或是干涉其行动自由的问题。关于这个危险,他并未实施任何行为。他需要受到保护,免受并非出自他本人,亦并非出自任何己愿的损害。¹⁸

至此一切正确,但不能因此得出结论,即软家长主义就是损害他人原则。在非自愿的自我损害行为的单方情形中,行为人似乎需要受到保护以免受到他人损害,但实际上根本没有什么人处于类似疏忽大意或醉酒状态而需要法律禁止其“损害他人”。在单方情形中,就

对应于某人自愿损害行为的罪名而言,并不存在可供干涉、逮捕、控诉或判决的另一方。另外,在双方情形中,一方的同意若出于不愿或不知,则根据损害原则,另一方的行为应受到干涉,以阻止其(不法)损害一方。此处,比彻姆的观点倒的确用得上。

现在将损害原则和软家长主义原则适用于双方情形。假定 B 在同意 A 的要约时出于错误认识和醉酒状态, A 提议的行为对 B 的利益十分危险。损害他人原则认为可以正当地干涉 A,以保护 B 免受其并不同意的可能损害。软家长主义会得出同样的结论。既然 B 所“同意”的自我威胁行为并非出自充分自愿,他(B)就应当受到干涉(当然,这一干涉也会限制 A),以保护 B 免受并非完全出于己愿的选择的危害。至少在这种情形中,我们有理由怀疑 B 此时的选择正是他在非醉酒状态下将会作出的选择。这样,根据软家长主义,法律可以正当地禁止交易,直至 B 能够作出真实的选择为止。假定第二天一早,在充分知情且冷静的情况下, B 仍然同意那个危险的提议,那么, 14
损害原则就无法再提供阻止 A 的行为及其后果的正当理由。B 可能真的受到损害,但他已经睁大双眼、完全知情且未受强制,他已经预计到危险,因此, A 的行为即使造成最严重的后果,亦非对 B 的不法侵害。对于这种情形,软家长主义还是会得出同样的结论。它支持干涉,但仅当 B 的选择并非出于自愿,或者通过时间检验其意愿的真实性。如果没有进一步的理由,但我们仍坚信只有干涉才能保护 B,那就只能寻求硬家长主义的支持,即真正的家长主义原则的支持。

即使在软家长主义不等于损害原则的单方情形中,将其作为任何形式的家长主义仍极具误导性。必须承认,比彻姆非常睿智地看到了这一点。既然“软家长主义”这个标签已约定俗成并被广泛使用,我们就必须以自由主义的精神实质理解这个原则,尽管技术上并不能将其纳入损害原则,除非设定某种荒谬的前提(将人自身的疏失视为

“他人”而成为法律禁止的对象)。我们与其篡改硬家长主义和软家长主义的标准定义，不如将“自由主义”的内涵延伸，即损害原则、冒犯原则，以及“软家长主义”都是道义性的限制自由原则。

当然，约翰·斯图尔特·密尔也会在这个意义上界定自由主义。任何与他有着相同基本立场的人都会有以下观点。如果某人希望结束自己的生命（举例而言），而此举不会对任何人的利益造成不利后果，那他有权这样做，法律不得加以干涉。因为生命是他自己的，不属于任何其他人，他本人就可以决定自己的命运。但如果我们看到某个人，平时正常冷静，这会儿因为服用药物而陷入疯狂，握着菜刀要割断自己的喉咙，那我们绝对有权阻止他这样做。因为这样做并未干涉其真实自我，亦未妨碍其真实意愿。我们本不能那样做，但药物已经冲淡了他的“真实自我”，他那疯狂的想法并非其“真实选择”，因此我们应该保护他不受自我行为的危害，至于外部强力干涉了他的自治就是另一个问题了。在自由主义程度上，此时的干涉并不输于阻止其损害或冒犯不情愿的另一方的情形。

15 在本书中，解决术语问题的困难在于，软家长主义并非任何完全意义上的限制自由原则。该原则并不欲指导立法者制定刑事法律。事实上，它只是希望令某些对自由的私下或公共干涉不受刑罚处罚。因此，对于立法者来说，它其实是某种消极原则。它告诉立法者，某类法律上的正当化理由并无效力。它不会为禁止它所支持的行为进行刑事立法提供理由。例如，阻止人们在精神错乱的情形下自杀，不应被认定为犯罪。

阻止人们在非自愿情形下的自我损害当然是防止刑事干涉的好理由：驳回申请、撤销合同、颁布短期禁令、要求承担民事责任等。我想说，这并不说明它能成为刑事法律的正当道德依据，从而以刑罚惩罚威慑非自愿的自我危害者。当然，在现代社会，不会再有人这

么看问题了。

软家长主义在一定程度上被理解为我所称之“法律家长主义”这一限制自由原则的反对者——后者认为对具备行为能力者充分自愿的自我选择施加干涉可以是正当的。如此一来，我们可以采用“家长主义”称呼我们所说的“硬家长主义”，而以“软的反家长主义”称呼我们所说的“软家长主义”，毕竟，后者的观点与（硬）家长主义相互矛盾，却如损害原则那样，允许在缺乏真实自愿同意情形下的强制干涉。因此，我们不会像很多学者那样，将“软的反家长主义”视为“正当的家长主义”，因为我们将以硬家长主义定义“家长主义”，也就不会认为有什么家长主义是正当的了。当然，将我们的立场称为“软的反家长主义”暗含了另一个相对的立场，即“硬的反家长主义”。这种相对立场当然是可能的。如果认为即使明知为非自愿的选择，或即使不知其自愿程度，但明知会危及其自身的行为，亦不应加以干涉；或者不设立任何风险教育或风险认识的官方测试，或者不对自我危险行为设立证照制度；或者对自愿程度的判断标准采取较典型的软家长主义更松散的标准等，那么这种理论就是“硬的反家长主义式”的。

我更愿意使用上一段里虚构的词儿，却又担心因它距离传统术语太远而造成更多困惑。因此，尽管不情愿，我还是将继续使用标准的“硬家长主义和软家长主义”作为称呼，但会不时嘀咕一声，软家长主义真的不是家长主义。

16

四、何种禁止性法律是家长主义式的？

无论是以刑罚作为威慑的强制性法律，还是非刑事手段的法律和政策，都可能是“家长主义式的”，后者包括征收税款、撤销合同、剥

夺法律资格、要求承担民事责任、驳回抗辩事由、强制治疗、强制手术或无限期住院等。那么，这些刑事措施以及非刑事措施存在哪些类似之处呢？它们都限制了人的自由或资格，在刑事措施中直接以刑罚为威慑，在非刑事措施中则表现为其他处罚方式，有时更以刑罚处罚作为“后备”，这样做的目的对自由受到限制的那个人来说，是“为了他好”，往往是为了使他免受损害。

但家长主义式的理由何时才能作为“真正的理由”？让这个问题变得困难的原因有两层。首先，绝大多数家长主义式规则都是“混合的家长主义式法律”。支持它们的理由有很多种，包括保护直接受限制方的需要、保护第三方免受直接损害的需要，直至保护公众免受损害的需要。在特定情形中，若此三类需要同时存在，则它们会相互加强，形成某种多元的理据，而只保留部分家长主义的成分在。我们将在第五部分讨论混合原则的情形。

由于理据的择一性而非联结性产生了另一个难题。有时候，立法者在通过某个法律时依据某种理由，而几十年过去以后，该法律的正当性依据却成了另外一种完全不同的理由。这当中，一个理由也许合法，另一个理由也许并不合法。在这种情况下，哪一个才是“真正的理由”呢？

这里我们必须区分“意识上的理由”、“深层动机”、“严密的逻辑”以及“真正的合法性依据”。立法者可能引用某个要素作为其投票赞成法案的“理由”，事实上有一个更好的理由支持这个法案而他却并不知情。另一种可能是，他也许知道那个更好的理由，却并不认为那是个好理由。法律的“理由”，即事实上支持法案的那个理由，也许并非促使立法者投赞成票的理由。在大多数的立法者当中，投票赞成法案的人可能出于各种各样的实际理由，因此没有一个理由能够作为大多数立法者、哪怕并非整个立法机构共同认定的理由，并以此创立法

律。简言之，法律可能存在某个正当性理由，但这个理由却往往并未成为立法机关制定法律依据。立法者的认识逻辑可能并非他本应持有的正当逻辑，甚至不能解释其投票行为，因为真正驱动他投票的那个深层要素可能是完全不同的原因。他的真正动机和他所引据的理由并不吻合。

17

那么，立法的“真正理由”又是什么？有时我们可以为立法构建某个逻辑理论，这个理论并不必须与任何人所持有的实际理由或深层动机相吻合，但无论如何，它都需要某种一致性的理论重构。“这才是法律在我们社会中的实际运行方式；这才是法律应该发挥的功能；这才是人民对法律的期待。”法律的内在逻辑是否与真正使其具有合法性的那些因素相互一致的问题其实是开放的，它取决于法律本身。作为自由主义者，如果我们发现其中的理论逻辑是家长主义式的，那么我们就不能接受这部法律，有时，其中的理论逻辑乍一看是家长主义式的，但仔细观察后却发现，这部法律的另外一些功能令其具备合法性。实际上，家长主义式的理据并不能用以解释法律是如何在实践中发挥效用的。

看看以其他理据解释法律的几个例子。杰拉德·德沃金列出十六种“家长主义式干涉”的例子，但就其在绝大多数法律制度中的效用来看，至少有三项其实是非家长主义式的。第一个例子是“限制自愿成年人私下实施某些性行为，如同性性行为的法律。”¹⁹至少在美国（我怀疑在绝大多数西方国家都是如此），那些希望通过这类法律干涉或惩罚成人同性恋的人并非“为了这些人好”。他们认为，单是想到这种“违背自然规律的犯罪”就感到恶心或 / 并认为会威胁到他们的观念，而这足以作为将这类越轨行为犯罪化的理由，哪怕这些行为是自愿的、私下进行的（冒犯原则）。或者，他们基于宗教或其他理由，认为同性恋行为是不计后果的罪恶行径，其中包含的邪恶足

以成为施加刑罚的理由（单纯法律道德主义）。当然，J. F. 斯蒂芬（J. F. Stephen）谈到同性恋时的观点并非“家长主义式的”。他怒气冲冲地说道，“有些邪恶行径因其过于恶心残忍，无论如何都必须予以禁止……”²⁰

将同性“肛交”确认为严重冒犯行为的美国立法者们并非出于家长主义！实际上，如果刑罚的严重性远大于行为人因自损行为所甘冒之风险，就很难解释该部法律是为了表示对违反者的关心和保护。

- 18 如果对吸食大麻者设置的刑罚是三十年监禁，²¹ 那么，显然，这样的法律与其说是对年轻人身心健康的“家长式”关心，不如说是为了表达某种道德上的憎恶以及对造成公共损害的担忧。如果是非混合的家长主义式法律，那么基于不同的理据，刑罚应该更宽缓。毕竟，家长纵然为了孩子好，也不会监禁孩子或吊死孩子，因为这样一来所造成的损害将远大于本来希望阻止的损害，从而令保护性理据毫无意义。

德沃金给出的第二个不大可靠的例子是“强制人们支出收入的一部分用于购买退休金（社会保险）的法律”。²² 这里确实存在某种可能的家长主义式解释。购买年金既是未雨绸缪，亦是受强制的行为。不过，我还是怀疑，立法者背后的那个假设是，这一法律只违背极少数人的意愿并对其形成强制，因此，这样的法律与其说是强制那些不情愿的人，不如说是让绝大多数人做他们本来就愿意做的事（使他们及其父母家人的老年生活有所保障），而若无此类法律，就无法有效地做到这一点。由此，社会保险计划背后的经济假设就是，私营公司以特定的低廉成本获得特定的利益，若无政府的强制参与就无法做到这一点。绝大多数人的损失就是对他们保险利益的损害，对某些人的强制是为了保护大多数人不受损害。这可不是什么家长主义式的措施。实际上，法律对那些不情愿的人说的是：“你必须参加社保计划，即使你认为那并不符合你的利益，但那符合所有其他人的利益，

符合公共的利益。强制你是为了他们，而不是为了你。”²³

德沃金的最后一个例子更有问题：“禁止决斗的法律。”²⁴如果我们想到的是历史上对决斗行为的限制，那么，这类法律肯定是家长主义式的，它将决斗者描述为一类特殊人士，包括运动员、冒险者、机车赛手和登山运动员。立法者会对决斗者们这样说：“你将要实施的行为对你的健康极其有害。因此，为了你自身的安全，你不能那样做。”违反法律将受到严厉处罚，若造成对方伤残或死亡，则先前的同意或对风险的承诺都不能作为免除伤害或谋杀刑事责任的抗辩事由。

这个模式并不符合实际。几乎所有人都乐于见到决斗在我们生活中消失，毫无疑问，当最早的禁止性法律出台时，我们的祖先一定也同样开心。即使是那些少数的反对派，恐怕也私下里松了口气。当然，无论在这样的或那样的议题上，意见完全统一总是不可能的，但这已足够为我们提出另一个逼近客观事实的、非家长主义式的禁止“理据”。我愿意引用理查德·J. 阿尼森（Richard J. Arneson）在其近期一篇文章中的话：

19

来看看……对决斗的禁止规定。假定在某个社会中，首先，人人都不想面临决斗，其次，人人都愿意通过对决斗的适当回应保留个人尊严，而禁止决斗的法律却阻止任何决斗场面发生。基于这些假设，再进一步假定人们对于决斗的法律问题并无其他想法，那么，对决斗的法律禁止就不是家长主义式的，因为这条法律并未违背任何人的意愿，从而限制其自由。当然，在任何真实社会中，并非每个人都有这样的想法，但如果正是这种想法引发对决斗的禁止，那么禁止决斗的法律（即使既不公平也不正义）就不是家长主义式的。²⁵

尽管极少数人渴望挑战他人以捍卫“荣誉”，但法律为其安全考虑，剥夺了他们进行决斗的权利，这种分析其实是不恰当的，更重要的原因其实在于，我们当中的绝大多数人都希望免受这一特定的潜在骚扰，即使是那些会按照传统方式作出回应的人心里也会这样想。因此，这个法律的真正理据是损害原则。

德沃金举出的暧昧示例中，绝大多数其实都是我们不愿更改的合理良法。如果这些法律的基础完全是或主要是家长主义，自然会削弱自由主义的立场。因此，寻找出非家长主义式的立法理据是有用的，自由主义与硬家长主义的争斗还远未结束。后面我们还会看到另外一些秉持国家监管原则的“家长主义式法律”，这些法律是合理的，因此，争论还得继续。在此阶段，我们将看到很多被硬家长主义捍卫者引据的“正当的家长主义”的例子，这些法律往往的确正当，却似乎并非出自家长主义。

阿尼森面对那些“正当的家长主义”示例所采取的一般策略包含两个相互关联的要素。第一，他对“家长主义”的定义所包含的一个必要条件是，强制性法律违背其相对人的意愿。第二，要判断某个法律是否为家长主义式法律，他认为必须搞清楚立法者、解释者、司法者的真实动机和目的。

他对家长主义法律或政策的定义（并非以某个“限制自由原则”来定义，尽管这样做并不难）清楚明了——家长主义式政策限制个人自由，仅当其为人们的福祉利益考虑时方为正当，无论该政策是违背其当下之意愿（若其当下意愿并未被先前承诺推翻），或是违背其先前之承诺（若其当下意愿被其先前承诺推翻）。²⁶ 根据“无论其意愿如何”的限制条款以及同意无效的但书条款，我们早前的定义包括违背行为人意愿的情形。对于家长主义式的立法者而言，行为人的意愿是与法律一致，还是与法律对立，概不过问。法律的普遍约束力在这

两种情形中同样有效。因此，如果有百分之九十九的人都像阿尼森所说的那样反对决斗，那么，对他们而言，禁止决斗的法律就不是家长主义式的。但对那百分之一的持不同意见者而言，却“违背了他们的意愿”。在我看来，这种对“家长主义”概念的相对化应用是不必要的，至少对那些一般性的强制法律政策来说是不必要的。但阿尼森反对将某些显具合理性的法律划归“家长主义式法律”的观点相当睿智，且已由其提出的第二个元素证实，即求助于立法者的真实动机，或是如我所理解的，立法的真正的“内在逻辑”。

如果绝大多数人都赞同某个强制性规则，而法律的制定（解释、适用、辩护、功能分析）都是从他们的利益出发，而不是为那些并不情愿的少数人（“违背其意愿”）提供强制性保护，那么，这个法律就不是家长主义式的。在此类情形中，立法目的在于保证大多数人能够获得某种综合性福祉，而非强制少数人，后者只是无意中的副产品。根据福祉的性质、成本和收益、多数派和少数派的比重等因素考虑，法律可能或公平或不公平，或明智或不明智，但无论如何，它都不是“家长主义式的”。

阿尼森毫不困难地说明了，根据他的定义，将昏迷的伤者送到医院，将浑然不知的人拖离正有卡车驶来的道路，这些都不是家长主义式的行为。²⁷ 我们假定，上述两种情况，或者说我们所做的，是符合那个人的意愿的，尽管我们当时还来不及搞清这个问题。但现在如果有两条法律，要求人们必须将昏迷的伤者送治，或必须将浑然不知的人拖离车来车往的道路，那么，因为法律具有普遍约束力，它对于百分之九十九希望活下来的伤者和潜在的交通事故被害人，以及百分之一希望另有命运的人同样有效。如果按照阿尼森的定义，那么，这两条法律对于大多数人来说是非家长主义式的，对“违背其意愿”的少数人来说则是家长主义式的。但我们却认为，这法律是彻头彻尾非家

- 21 长主义式的，因为其内在逻辑正是为了保证人们按其所愿行事，而非为将安全强加给想自寻死路的人。

对阿尼森的论证作这般改良有助于我们解释为何消费者保护法也是非家长主义的。²⁸ 例如，“真实广告”法规要求标明产品的成分、数量以及销售方式，以保护不够小心的消费者——如果够小心，他们本可以自我保护的；同时废弃那恶名在外的个人主义式的“买方自慎、出门不管”的规矩。显然这属于施惠型的家长主义，本章第一部分区分出的“不应受指责”的家长主义，讲究经济的个人主义者愿意以“家长主义”冠之，当然也给它带来这个标签在其他领域中的恶名。《纯正食品与药品法案》规定，政府部门有权要求食品制造商达到既定的生产环境卫生标准，不得使用有害健康的原料，如二号红色素，否则将受刑罚处罚。这些法律的约束力具有普遍强制性，但能否断定这些法律就是家长主义式的呢？我认为不能。强制力针对某一类人，即食品生产者，是为了保护另一类人，即食品购买者。显然，这类法律的立法理据在于损害原则，而非法律家长主义。有极少数人甘冒罹患癌症的风险，宁可短命也要活得随心所欲；还有少数人，如果可以选择，宁可用较低的价钱购买较差的食物，对这些人来说，法律又该如何解释呢？对他们来说，“纯正食品法”是否属于家长主义呢？只要这部法律的固有逻辑——其作用、功能、动机与已知事实相符——是为了保证大多数人达致人生目标，而非为强制少数不情愿的人，那么，回答即应为“不是”。当然，这类法律可能有双重目的，果真如此，则其内在逻辑就是混合式的。另一方面，干涉甘冒风险的少数派是为保护多数人利益的副产品，而构建更灵活的制度以便同等尊重多数群体和少数群体的意愿却要花费沉重的行政与经济成本。如果替代措施成本合理，且可同等满足两类群体的意愿的话，那当然好，不过，这样一来，将这类法律的“内在逻辑”归为家长主义的说

服力也就更强些。

五、法律家长主义，损害原则，及“卫戍边界”

如我们所见，有很多刑事禁止至少在初期可以通过两个互不相同的理由作为正当性依据，一个是必须保护个人不受自己行为的损害，²²另一个是必须一般性地防止社会损害。在某些公共利益攸关的情形下，无需家长主义逻辑的赘述，单是它的对手，自由主义原则就可以为刑事禁止提供全部理由。事实上，总是有公共利益涉及其中，即使是自我损害的情形，也会在较小程度上涉及。社会必须为受害者提供服务，需要直接支付诸如整理、抢救、恢复、修理等社会成本。如果每年有五万人出于自愿或因为不小心而自毁其命，那么，数百万的纳税人的钱不是花在福利上，而是花在社会安全上，花在警察部队、救护车和医院上。甚至环卫工人也得多花力气在马路上清理尸体、打扫血迹，这些都要花费公帑。因此，自己导致的死伤也会带来相当的公共不便。

目前的讨论必须预先假定，无论某人故意自伤或甘冒自伤风险，并不必定造成相当程度的公共损害，所以可以不必提及损害原则。²⁹至少在现代西方社会，这种假设是可行的。例如，有些人自杀并不直接损害任何人，甚至可能给其他人带来好处，或者节约了为延续其生命的巨额花费。在另一些例子中，公共利益确实受到影响，但程度极其微小，不值得为其制定限制性规范。因此，我们可以假设，在某些社会，至少在某些时代，可以在利他行为、直接利己行为以及间接且微小利他的行为之间划线。³⁰如果这个假设是错的，那就没有什么问题需要提及法律家长主义，当然也就不存在实际的立法问题，因为若如此，则所有“家长主义式”限制都可以被解释为是为了保护行为人

以外的人，因此也就（根本）不是家长主义式的法律。

不过我们可以想象还是存在一些不支持上述假设的社会形态。举个简单的例子，假设某个要塞遭到印度武装分子的围困。人人都奋起抵抗。男人们举枪射击侵略者，女人们帮着给火枪装弹药，孩子们打水来浇灭被燃烧的箭头点着的火堆。在战斗最激烈的关头，约翰·韦恩却感到万念俱灰，他只想得要杀死自己。“毕竟”，他说道，“命是我自己的，我想怎么做都是自己的事。”可是，他错得离谱。他的行为关乎大局，任何一方的撤退都会打破平衡。在这种情况下，涉己或涉他、帮助或损害并非泾渭分明。任何人只要不提供帮助，就是在损害他人。而在类似这要塞的更大更复杂的社会中，关于法律家长主义的争论简直不值一提。

尽管每个个人行为看上去都是涉己的行为，一个社会可以通过个人撤退的稳定增加来趋近上述要塞模式。一个人若终日浑浑噩噩、吸食鸦片和海洛因，醒着的时候不过是白吃粮食，只想着醉生梦死，这当然“不关别人的事”，一个人，一百个人，或是一千个人都可以通过己意选择这样活着。但如果占这个社会全部人口百分之十的人都这样生活，他们就是寄生虫，情况就会严重到造成公共损害的程度。若有百分之五十的人这样生活，那么剩下的人再怎样努力也不足以维持这个社会。任何社会，只要越是接近我们所说的“要塞”模式，个人的撤退就越会造成现实的公共危险，这样的行为无需法律家长主义，单是依据损害原则就能够设置禁止性法规。

六、支持或反对法律家长主义的假定情形

我在第一部分中曾说法律家长主义“应受指责”。是何道理？为什么这个强制立法的合法性原则本身，即使已经脱离恶名标签及令人

误解的相关物，仍能自然地引发我们的恶感？我想，答案部分在于，若由他人将此原则适用于己身，总显得有些蛮横刻薄。这个原则告诉我们，即使在完全涉己的事务范围内，我们的自治权也会受到明确限制，他人可能会不顾我们的反对，过来“修正”我们的选择，然后（最坏的就是这个部分）依据这个原则将其干涉行为正当化（也太神气十足了吧！），好像他们比我本人更知道怎样才对我更好。正是这一“正当性”使得家长主义式行为令人难以忍受。家长干涉其子女生活的行为可以被正当化，因为“爸爸知道得最多”。法律家长主义暗示，既然国家往往比公民更知道其利益所在，当然就应代行父母的权利成为公民利益的永久监护人，即使这样做干涉或违背了公民的自由选择。如此看来，家长主义有些本末倒置。如果成人（在这种思路下）²⁴被视为“孩子”，他们就会像孩子一样。被剥夺了自我选择权，他们很快也会失去作出理性判断及决定的权利。即使是孩子，过了一定年龄以后，最好也不要被“视为孩子”，否则，他们永远也无法成长为有责任感的成人。

不过，如果我们完全拒绝硬家长主义，否认某人的自身利益可能成为对其实施强制的有效依据，那等于不承认常识以及长久以来的习惯和法律。例如在刑法中，被害人自愿表示的同意并不能成为伤害或谋杀指控的辩护事由。国家根本不接受个人对自己受到伤害或杀害的同意。同样地，从合同法来说，同意卖身为奴、甘做情妇以及重婚的契约都是无效的。任何公民都可以合法地阻止他人自残或自杀。在无医生处方的情况下（医生知道得最多），即使出于治疗目的，亦不允许任何人购买某些药物。而如海洛因这类完全为了玩乐的药物，理应全面禁止。不论人们是否知情，被殴打、伤害、杀害、做妾、被奴役、重婚等总归没有好处，抗生素只对非专业人士来说非常危险，而海洛因对谁都没有好处，但除去这些论据，我们很难找到这类限制性法律

的合理逻辑。

一旦我们走上这条路，很快就会走投无路，除非我们希望禁止威士忌、香烟、油炸食品，这些东西对人也都有坏处，无论人们知不知道。有学者认为，（硬）法律家长主义的正当化范围过宽，他断言，法律家长主义甚至“能够使斯巴达式的体制正当化，要求人们进行严酷的体魄训练，戒除烟酒及各类娱乐活动。”³¹ 汤姆·比彻姆以赞许的态度引用过这句话，还加了一句，他认为法律家长主义可能使得针对医药实验者及 / 或自愿体验者的直接或间接的刑罚处罚正当化，或者至少可以设置对“受益”主体的强制干涉而无视其自由选择：

例如，假设某人为了医药进步，冒着生命的危险进行一项有不合理风险的实验，这种行为当然不符合其利益。我们是鼓励他呢，还是强行阻止他呢？家长主义强烈认为，当然要阻止这个人。不过，若如此，国家就是在强行制止具有奉献精神的公民，不要说作出自我牺牲了，哪怕他们只是——如人们通常会做的——“损害”自我。我认为，不管怎样附加条件，家长主义也无法修补至可以适用于英雄行为和牺牲行为的程度……³²

- 25 支持或者反对法律家长主义的情形现在可以总结如下：支持这个原则的事实是，很多法律似乎都存在某种硬家长主义式的内在逻辑，至少，当中有一部分在我们看来是合理且具合法性的。³³ 还有一个支持硬家长主义的考虑是，个人损害（利益阻回）是很大的罪恶，这种损害无论来自自身还是来自他人同样具有破坏性。如果我们的社会能够消除所有原因造成的净损害，对社会来说就是巨大的净收益。既然这个期待可以作为损害原则的道德基础，为什么防止自我损害不能同样成为支持法律家长主义原则的根据呢？

另一方面，认为持续适用法律家长主义将导致新的犯罪的观点显然有违常识，包括导致对冒险者的处罚、对节俭者的强制，以及对英雄和圣徒的干涉。此外，硬家长主义对干涉自由的规范的正当化具有道德冒犯性，因为它侵入了个人自治领域，而那是所有具有行为能力的、有责任感的成年人的自我王国。

无论何种论证，家长主义的问题总归在于如何将相互冲突的考量协调一致。一方面，我们需要抑制对家长主义的普遍反感，因为某些显具家长主义特征的法律看似合理。另一方面，我们必须调和消除损害与滋长刑罚之间的矛盾，以免出现“斯巴达式的体制”。

还有两个策略不证自明。首先我们要自我提醒的是，如同其他合法性原则一样，法律家长主义不是对政治自由进行正当干涉的充要条件，而是作为“好的、相关的理由”加以定义的（参见第一卷第一章第三部分）。保护人们免受自身愚蠢之害总是强制立法的“一个好的、相关的理由”，但这并不是说它是一个决定性的理由。它具有开放的可能性，还有其他重要理由，这些另外的理由（包括尊重个人自治）在某种情况下可能更重要。因此，按照我们的定义，在特定案件中，我们既可以为家长主义辩护，也可能反对家长主义。我们将这种论证方法称作“权衡策略”。反家长主义者却有更沉重的论证负担。他不仅必须反对具有明显家长主义逻辑的立法，还必须论证家长主义的理由没有任何意义。在他的眼里，家长主义的理由不具有道德合法性，或者本身自始无效，因为它们会一头碰倒在个人自治这个问题上。³⁴

26

反家长主义最有保障的策略是建立一个合理的个人自治概念，那是反家长主义者的王牌，不仅可以平衡对消除损害的考量，还总能在各种考量中居于优先地位。之后必须考虑那些显具合理性的家长主义立法，逐个案地论证，它们要么不合理，要么并非（硬）家长主义式法律。后者必将导致他以具有自由主义实质的“软家长主义”作为

替代品加以拥护，因为在绝大多数显具合理性的家长主义式立法中都能找到软家长主义的逻辑。正因如此，我们将这种策略称作“软家长主义策略”。

既然本书的部分目的在于抢救传统自由主义原则中的有价值物，后面的章节将致力于阐述个人自治，考虑替代性的尊重自治理论，特别是建立一个软家长主义理论，说明对个人意愿的强制性执行其实是符合个人自治权的要求的。

第十八章

自 治

27

一、个人自治的概念

那些经历过或者设身处地想象过以家长主义获得正当性的禁止性规范的人会证明，他们的不快不仅仅是沮丧或反感，更是某种道德上的憎恶和愤慨。他们的怨愤不单是感到不便或产生抵触情绪，更是某种程度上被冒犯、被侵入、被藐视的感觉，这种感受类似财产被侵害或隐私被侵犯。他们很想抗议，“在这儿我说了算”，“没人能告诉我什么时间该做什么事，”“我对自己人生的处置与任何人无关。”简而言之，这种愤慨就是自己正当的、独有的权利被篡夺的感觉。而家长主义式的“正当理由”对这类抗议中提到的隐私、独立、专有权利的断然否认，更包含了藐视、贬低或贬损的意味，其结果正如在伤口上撒盐。

哲学家们长期以来都用一个特定的词组来标识个人领域中那不容侵犯的领地，这个词就是个人自治。“自治”一词源于“自我”、“法律”或“规则”的希腊文词根，其字面意思是“制定管理自我的法

律”。因此，它的内涵大致相当于“自我约束”、“自我决定”、“自我管理”以及“独立”。准确地说，我们熟悉这些词是因为它们更常用于国家
28 和部门。实际上，这些词的最初适用均针对国家，对个人的适用则是衍生性的，所谓“个人自治”其实是某种政治隐喻。¹

“自治”一词在适用于个人时具有四种紧密关联的意思。它既可指管理自我的能力，当然有程度的不同；亦可指自我管理及相关领域的实际条件；或者指源自这个概念的理想人格；或者指（类比政治国家）在个人道德边界（个人“领土”、“王国”、“范围”、“领域”）内具有绝对意义的管理自我的权利。注意，与“自治的”相对应的是“独立的”，后者包括多种并列含义：自治的能力，用以指导个人生活，并最终对个人决定负责；自治的实际条件，用以在适当的环境发挥适当的能力；理想化的自我满足；以及通常适用于政治国家的权威和自我决定的权利。²

二、自治能力

理论上，在并无自我管理权利的情况下，拥有自我管理的能力和条件是可能的。当然，即使缺乏自我管理条件，也可以拥有自我管理的权利和能力。但如果缺乏（完全不具备）自我管理的能力，就不可能具备自我管理的条件或自我管理的权利。因此，如果认同人具有自然的自我管理权威，就得赞同人只有具备自我管理的能力，才能拥有自我管理的权利。反过来，几乎对所有人来说，自我管理的能力取决于作出理性选择的能力，通常会排除婴儿、精神失常者、严重智障者、衰老糊涂者和痴呆者。一般来说，只有那些合乎资格的人才有能力管理自我。“能力”是法律上的能力，是一个要么有、要么无的概念。³例如，具有犯罪“能力”（法律上能）的人仅指达到一定年龄且精神

正常的人。与先民的法律系统不同，我们的法律拒绝承认动物、植物及非生物、婴儿、精神病患者能够实施犯罪行为，“无论他 / 它们多么尽力”。

如凯尔森所说，“司法管辖无非是将法律适用于特定案件的权力。管辖实际上就是法庭适用法律的能力”。⁴类似地，“出庭应诉”是各类诉讼中原告或上诉人的能力。这些概念完全可以由“资格”一词取代。法律资格要么有要么无（不存在程度问题）；它与背景条件有关，能否适用于某人取决于其特定的法律身份。立法者琼斯能（参与）立法，但不能宣布他人结为夫妇。牧师史密斯先生能主持婚礼，但不能制定法律。琼斯和其他人一样，不能改变人们的婚姻状态。在整体意义上，“能力”不存在可比较的程度问题：你要么有这个能力，要么没有这个能力。但有些人比另一些人具备更多种法律能力。处于昏迷状态的卡伦·昆兰没有能力作出任何法律上的变更——不能表示同意，甚至“不能”实施犯罪行为。

丹尼尔·维克勒（Daniel Wikler）在他一篇重要论文中曾指出，⁵法律上的能力与通常用来指自然能力的那个能力是不同的。维克勒将这种常识意义上的能力视为“相对主义的概念”，即该概念可用于表达各种程度的能力。例如，用这个词表示智力程度，可以包括从严重智障、中等智障、一般智力、聪明，直至天才。处于一端的智力“能力”（能）低于中等智力及另一端的水平。这一端的智力水平我们仍可加以细分，但要为无能力者划线，仍应视其所要完成行为的具体智力要求。如果并无具体行为而仅一般性地进行划分，肯定就会产生武断。“我们可以将正常智力的人与中等智障者区分开来，但相对于天才而言，这些智力正常的人却又成为无能力者或能力缺陷者（在这个意义上）。”⁶相比来说，维克勒的第二个能力概念尽管并不指向产生状态或改变法律关系的那种“力量”，但仍与上述法律概念存在类似

之处，可视其为某种“临界概念”。和他的第一个能力概念一样，它是指自然能力而非法律能力，一旦达到某个最低值（如智商或年龄）以上，人人都同等地具备能力，无论他们在第二个能力概念上有何程度上的差别；同样，低于这个阈值的人都同等地不具备能力，无论程度上有何差别。在这个“自然能力阈值”意义上，维克勒的如下论点并不令人意外：“针对某个特定任务，尽管某人智商高于另一人，却未必具有更强的能力：他那多余的能力是无用的余额。那些不具备足够智商的人没有实施该行为的能力；而那些具备足够智力行事的人，无论智力程度有何不同，其行为能力是完全相同的。”⁷

归于个人的自我管理权利必须具备的充分必要条件正是指自然能力中的那个阈值——实施某个行为的最低能力。毫无疑问，某些行为能力人在个人智力、判断力以及其他能力上远胜于他人，不过，在自愿选择的人生中，只要大家都处于完成特定“任务”所需的能力阈值以上，他们就不比其他人更有能力（或更具资格）。针对个人自治的正当资格而言，他们超出阈值的能力不过是“无用的余额”。

然而，自治的实际条件又区别于能力。个人能力刚刚达到阈值的人虽然具备法律上的自治资格，实际上却可能把自己管理得很糟、很不明智或者很不完全。从实际条件上说，他或许只能进行极其有限的个人自治，但正如一个国家，虽然治理得很糟糕，却总还能保持独立。而能力处于阈值以下的人连愚蠢的、不智的、粗心的或异常的选择也作不出。就算水母⁸、木兰树、岩石、新生婴儿、精神病患者和智障者有权自决，它们也会连“愚蠢的”选择都无法作出。无论是作出愚蠢的选择，还是作出明智的选择，都需要达到能力阈值以上方可。

简言之，不同的行为能力人所具备的自我管理能力的确是不同的。因此，在最低限值以上，通过能力实现的自治确实有“多”有“少”。自我管理的实际情况（及相关根据）是第二种意义上的“自

治”，是有程度之分的。一些人比另一些人“更能控制自我”，更加谨慎、精明、更加自力更生、正直可靠。在某些情况下，造成这种区别的原因可以解释为，这些能更好地进行自治（或者说实现更多自治）的人具备更强的第一种意义上的自治能力。但这只是可能的解释之一。性格、感觉、情感以及生活环境上的不同也是相关因素。无论如何，第四种意义上的自治——法律上的人格独立——并无多少之分，它同等地归属于每个智者或愚者，完全由没有程度之分的那个行为能力决定。

在下一部分，我们将检视“自治”的第二组含义，它们都源于自我管理的条件概念。之后的第四部分则讨论对该概念的修正，并将这个概念视为好的、理想化的人格特点之一。然后，在本章的其余部分，以及之后各章，当我们谈及“自治者”时，除非特别说明，均指另一意义上的自我管理的人，类似于拥有治国权的政治国家，当然，他首先得是具有自治能力的人。当然，眼下谈这些为时尚早。⁹

三、自治条件

如果某个人既具备自治能力，又享有自治权利，那他当然不愿成为别人的奴隶。那样一来，无论其能力或权利如何，都不能实现真正的自我管理，即不能获得自治。那么，真正的自治条件究竟为何？无论在这个意义上我们还将作何种解读，它必定意味着某个令人向往的好东西，不仅是自治本身，还有自治的结果——责任、自我认知和个人尊严。这个意义上的自治不仅只是某种“情形”，更是我们追求的理想。

我们必须首先提及的是，法律上的自治以运气为前提。¹⁰如果某个人运气不好，情况失控，就会毁了这个人的机会。如果你通过外力将你的意志强加于我；或者因为疾病我患上麻痹症、妄想症，或

陷入昏迷，或因为贫穷，我必须依附于他人，那么，我就无法自治。（正如一个国家在灾荒年间或在自然资源被毁时无法进行国家治理那样。）因此，一定的好运气，并不亚于能力，是获得事实上的个人自治的必要条件。但有时候糟糕的环境却可能有助于实现自治，比如只能依靠自己的环境。单身一人，没有援手，独自排忧解难将使人养成自力更生的好习惯。

看到一个人拥有或缺乏事实上的自治，我们往往既不会羡慕他的优越条件，亦不会感叹他的坏运气（尽管这些是假定的），我们反而会赞许他的性格优点，或是指责他的缺点。在正常情况下，绝大多数人多多少少都有些机会；自治者则是那个最善于利用机会的人。这个意义上的自治往往源于自我决定，或是比这个概念更宽泛的要素。实际上，这些要素林林总总，因为一系列共性联系在一起，均由自我管理的概念引发而来。它们的内涵彼此关联，但哪一个都不是最完整的。我们来看看这些要素中的主要代表。

自我拥有。自治者，正如老话所说，是“他自己的”或“她自己的”。他 / 她既非财产，亦非物件，不“属于”任何人。无论谁想参与她的事务，都必须联系她或她的代理人。只和她的父母或她的老板商量可没用，她没有“主人”。

独立的自我认同（个性）。自治者并非他人的简单映射而毫无个性意义，仅仅描述他与他人的联系无法穷尽对他的定义。例如，有些人可能会抗议，他并不高兴别人只当他是某个电影明星的前夫，就像报纸上常写得那样。

真实性；自我选择。从自治角度上说，自治者并非他人或其他外力的发声器官。他的品位、观点、理想、目标、价值和喜好都真真正正源自他本人。（不言自明地，他的道德原则也是他自己的。这个问题留待后文讨论。）如此说来，如果只是习惯性地全盘接受来自其他群体

的信号，或是广告商或公关公司倡导的风向标，就不能算是真实的自我选择。被操纵的消费者就是这种不真实的个体。除了本季时尚，他对音乐或着装没有半点自我品位。即使蓝色很衬他的皮肤，绿色使他脸色晦暗，但只要绿色“时髦”，他就绝不会顾及美学考量，买回的衬衣全部都是绿色的。如果适合他性格的生活方式在同伴们那里已经过时，那么他就会换一种生活方式，即使那一点儿也不符合他的性情。甚至他的观点和“信仰”也会照搬他对衣服的选择方式，希望自己的公共“形象”能够获得同伴的赞许。对于自己的信念，除了知道它们和其他人一致（即使他可能不知道“其他人”是谁）之外再无任何认识；而关于这信念（如同其他合理选择的自治）为何是正确的，他亦一无所知。¹¹

不能实现真实自治的另一种情况在一两个世纪前那“个人主义举步维艰”的时代更为普遍。戴维·里斯曼所称之“内部导向”并非较今日“外部导向”更为普遍的自治形式。那个年代的非真实自治首先是父母的熏陶，在孩子心中建立一系列“一般化的命定目标”¹²及标准，然后内化为自治资源，并长久地停留在他们心中。正如受到外部导向的影响那样，他无法对这些内在的自治理念进行理性的批判，并在必要时予以修正，因为在他心里有一个“心理陀螺仪”，那样做会令他处于强烈负疚的持续痛苦中。但这个过程倒使他“看上去远较真实状态独立得多”：他其实是和受外部导向的人一样的应声虫，只不过那些来自上一代的声音像童年的画外音，听起来更遥远些。¹³

与被内部导向者和被外部导向者都不同，真实自治者的观点和品位出自审慎的理性。他能够依据己愿改变信念而毫不负疚或焦虑。真实自治者买衣服会考虑自己的钱包、身体特点和穿着场合；真实自治者选择生活方式会考虑自己的性情；真实自治者的政治立场符合自己的理想和利益。他当然不会对他人的态度嗤之以鼻，但也不会因为

他人的态度而改变自己的选择。

自我创设（自我决定）。自治者往往被视为“自我制造者”。当然，他并不能实现毫无矛盾的全面自治。即使是他的自治个性亦非完全由其本人创制的产物。若要以某种高规格的方式构建自治，或者以某种自我拆台的方式设立某个最高的自治理想，自治可能就永远无法实现。作为真实自治者，理性反应应根据理性程序规则，适用某些业已为人接受的原则，并对那些可靠性不高的原则或者可能成为原则、评价或决定的东西多加审视。理性反应总是以一些相对成熟的理念作为解释的根据。为了达到真实性，如果要求每作出一个决定，就要拿出所有的原则（信仰、选择等）进行解释的话，我们恐怕永远都无法作出理性反应。

对于那些过于扩张理解自治的人来说，有一个事实因为看似微不足道而常常被忽略。在选择新的性格之前，人必须具备某种基本性格。易言之，如果孩子需要“学会真实”，那么前提就是他还不够真实。理性反应的习惯从来都不会无中生有。¹⁴ 对于孩子来说，一旦他34 将要在自我成长中作出反应，那么，就必须培养他对某些原则，特别是对合理自我批判本身的承诺。

说到“自治者”时，我们会在亚里士多德¹⁵ 和萨特¹⁶ 那里发现不同的解释。但如果我们既要找出个人自治的内涵，又要描述某个合理的个人自治模式，那“自治者”在我们笔下又是何意呢？先来看看通常意义上的自我创设（“自我决定”一词可能不会这么刺耳别扭）。我们不应错误地认为，只有具备完全的自我，才能实现自我决定。在从孩童到成人的持续发展过程中，认为在长大成人之前，孩子在自身成长中完全不起作用；而在长大成人之后，成人是自我性格和人生计划的唯一责任人的观点是不对的。每个人的成长历史都不会出现这种断续的过程。孩子参与自身成长的过程其实从出生时即已开始。自那

时起，这个进程就开始受到遗传和早期环境的独特影响。尽管那时如何教育培养这个孩子的问题还未进入议程，小苗的生长方向却已经确定。从那时起，父母对孩子自治能力的培养必须尊重这个最初的基础。孩子从一开始就必须——也必定——对自己的成长有所投入，这种投入与其性格长成是同步持续的。接着，孩子不断提高对构建自我及周边环境的投入程度。即使孩子在很大程度上受到其无法左右的外部世界的影响（尤其在其年幼时），即使其最初存在的意识结构只是已客观存在的自我，而非他有意识创设的自我，他对自我的贡献仍然不容忽视。通过自我创设获得的新的自我是外部影响与之前尚未完全成型的自我共同作用的结果。而之前的自我则是外部影响与更早前那个更不成型的自我共同作用的产物，以此类推，直至回溯到婴儿期。每经过一个阶段，孩子在自我生活创设中发挥的作用就更大，直至达到完全成熟的程度，此时，他至少已经能够自己做主，其性格养成不再是外部影响与早期自我之间复杂互动的结果。如果父母或其他机构知道孩子终有一天长大成人，在养育孩子时给予他最大限度的自治，那么他的成长就会如此。我们所说的“自我创设”的最大意义就在于 35 此，在纯概念意义上并无不妥。

除了那些自童年起就受到极端控制或外力强迫的人，或许我们每个人都可以按照上述路径实现自我创设。但仅仅这样建立起的自我仍非真实自我，还必须藉由父母、教育者及同伴之力，养成自我修正的习惯，持之以恒。真实自我的自我创设就是不断进行自我再创设的过程，通过新的经验和老的对策不断取得更大的和谐与灵巧。自我创设是可能的，但却不可能无中生有。理性自觉初现之时，就如杰拉德·德沃金所说：

我们只是基于各种动机发现了自己，因为选择不可能从零

开始。我们迟早会发现自我，纽拉特将它比喻为大海中的船只，一边航行一边翻修。但[在自治范围内]我们总还是可能退回来想想自己身在何处以及将要去向何方。¹⁷

自我立法。没有人比康德(Kant)更严格地按照字面意思理解理想中的自治——auto nomos(自我法律)。他关于义务的第三定理要求仅当我们的意志“能够将自身的格律视为普遍法则”时方可有所行动。¹⁸道德法则对我们具有某种强制力，但那是因为这些法则的创制者正是我们自己的理性意志。正是人这种同时作为制定者和遵守者的状态，康德才称之为“自治”，并不吝用最华丽的字眼赞美它。康德说得很明白，道德法则的权威及其约束力的来源，正是我们自己的理性意志。如果我们不是通过自由意志制定了这些道德法则，那么这些法则就无法约束我们。¹⁹“人只有在符合自己意志时方可行动，”他坚持道，然后加上一句，“不过这个意志应该是自然产生的，并能成为普遍性法则。”²⁰这一界定乍看起来是左手交到右手，似乎康德为着拥护自治，就必须坚持认为某人若要受数学定律的约束，就得自由地将其纳入自我理性意志范围内方可，当然，还得加上，作为唯一的真理来源，我们的理性意志已因“自然设定”而与数学定律和谐一致了。果真如此，则在数学上的确信领域内，自我管理的自由还是相当受限的。

无论如何，按照我们通常所说的一系列自治概念，自治个体即“自己制定对自己的规则”或“自己制定对自己的法律”，对康德的话可以作某种无政府主义的理解。例如，罗伯特·保罗·沃尔夫(Robert Paul Wolff)由康德的假设得出结论，自治者“绝不会受他人意志的影响。他可能会照别人说的去做，但那不是因为他被告知必须那样做……对于自治者，严格说来，根本不存在‘命令’这回事。”²¹法律

能够约束自治者是因为它们获得了自治者的自我确认，没有人应受他人权威的指令，没有人能让他违背自己的意志。

如果说康德无政府主义的一面似乎认可了沃尔夫的观点，那么，康德理性主义的另一面却立刻否定了沃尔夫的观点。在《正义论》中，约翰·罗尔斯试图展示康德概念中的这第二面。罗尔斯关于自治概念的重点并不在于人的自由意志，而在于人的理性意志。所有人都遵守的道德原则对每个人都有约束力，无论其己愿如何，这一点是客观真实的存在，而这些原则将是所有基于公正立场的理性、无偏见的人都会选择的基本原则。“因此，自治行为就是自由平等的理性人根据自己同意的原则实施的行为，而我们就是这样的人。”²² 无论人们是否真的认同这些理性原则，前提条件是，特定情形下的人被设定为是会认同这些原则的，而只要他是理性的，他就会认同。无法无天者和利己主义者可能有别的生活信条，但在罗尔斯看来，撒谎、欺骗、盗窃并非自治行为，自治者显然不同于自治国家，他无法在邪恶、不诚实或自私时实现自治。我们如果认定邪恶者不能实现真正自治，就必须以非个人标准，而不是以他的实际价值观来界定他的“真实自我”。

康德关于自治的观点一方面（强调“立法”）似乎支持政治上的无政府主义和道德上的自行其是（“我的法律我说了算”），另一方面（强调道德客观性）却又赞成以真正的独立为代价达致操行端正。选择这种道德上的自治概念可以避免走向极端。

道德真实性。在康德哲学中交错着的自我立法概念和理性同意假设，或许暗含了更为人熟知的（不那么复杂）道德自治概念，即真实性概念。自治者不仅有着真实的自我观点和品位，还有自己的道德信念和原则（如果他有的话），根植于其个性，而非仅靠接受传承。原则上说，自治者——真正的自我管理者——可能并无任何道德确信，³⁷ 其行为并不出自道德原则，而仅出自精明策略。但在由道德确信构建

的自治人生中，这些确信既非无思想的盲从，亦非对权威的屈从，而是在个人持续的自我价值体系重建中产生的。

康德认为道德真实性对人意味着个体尊严，这当然是对的。任何合理的理想化自治概念都不会承认，人形鹦鹉或机器人能够实现自治。如果缺少根植于个人理性体系的道德信仰，人只能成为其他煽动者的目标物。因为他的信仰如此“空虚”，以致他人能够通过煽动、说教或建议轻易地给他“洗脑”。不受外力控制的道德自治者只有通过辩论才会改变看法；即使威逼利诱也不能使他抛弃自己的基本信仰（即使他被迫在行动上反对这些信仰）。

不过，康德还是有误导性，他将法条视为道德确信，甚至是一般道德原则的模板。想想我们的道德立场存在多么大的矛盾与分歧。我们对堕胎如何评价：慈悲的杀戮？对弱势者的优待？性平等？节育？“自由的爱”？公共学校祈祷集会？对谋杀者施以极刑？累进税制可以实现财富的再分配？残忍的动物实验？即使是最完全意义上的自治者也得在这些问题上权衡再三、思前想后，让自己的判断与自己的道德原则取得一致，避免出现令人尴尬的冲突或不协调。如果他所藉由的原则只是那个被名之为“法律”的道德权威，而并未将自己的理据纳入协调的框架，或者他只是跟从他的阶层的立场，那么他就不具备道德上的真实性。道德内容总是复杂琐碎，不能很服帖地待在法律模板中，我们得承认“道德法条”其实包含了浩繁的信念、条件、免责条款和辩护事由。如果我们认为道德法条为我们设定了明确的作为和不作为的义务，受约束者可以直接领会，那么，在疑难案件中，我们就会碰到相当大的“主体”障碍，他们对义务各有理解，或者干脆反对这些原则，如此一来，就没有什么“道德司法”可以提供权威指导了。总之，道德真实的人不是简单地自我制定法律，他更需要反思、权衡和妥协。

彻底确立道德真实性需要将相对单一的道德判断与相对普遍的道德原则区分开来。人的原则一方面包括支持其判断的原则，另一方面则是指引其自我生活及行为的原则。后者可称为“个人道德原则”，在康德看来，更像是法案。如果某人出于己愿，决定摒弃婚外性行为，立下贞洁的誓言，那么，（他就会发现）他本人的意志为自己施加了一个具有约束力的义务。他约束自己，易言之，他遵守自己订立的法律。但令人意外的是，这种模式只能适用于很小的范围。当自我设定的义务发生冲突时，道德自治者可不能只是定下另一条法则了事，他必须成为自己的道德法官，他必须权衡利弊，区分情况，按照己愿提出理据并作出决定。

当然，仅当存在义务冲突时才需要进行道德抉择。在一般情形下，对具道德真实性的人来说，并不需要进行选择。一个生活在社会规则与社会习惯均已固定的世界中的自治者，怎么可能因为采纳了某个社会实践原则而违反所有其他规则呢？他怎么会一方面“决定”“为自己立法”并遵守这些承诺，另一方面却去违反自己的决定呢？如果已经通过惯例确立了通常做法，自治者怎么会为了游戏公众另行自我立法，并将其作为自己的“原则”呢？杰拉德·德沃金的观点并不夸张：“我们为自己设立道德规则的假设，和我们为自己发明语言的假设一样毫无道理。”²³

道德真实者严格限制自己对道德准则的选择，面对出自社会惯例的一般规则，公平地说，他其实并无选择余地。发生原则冲突而需要进行抉择的情况并不普遍，我们无法在一般意义上挑选出相互对立的道德准则。这并不是说自治者就一定不邪恶、不残酷、不刻薄（前文第四部分），或者自治者的生活就一定不会遵循罪恶的信条。不道德的真实性与道德的真实性一样真实。理论上说，每个人都可以在道德生活与不道德生活之间作出选择。但如果我们以道德的原则约束我们

的生活，那么，随后的道德确信就是真实、自我的，随后的生活信条也无需再行选择。例如，我们根本不会考虑撒旦的生活准则，也不会考虑为了利己而不择手段的生活准则，那样会给我们带来诸多痛苦。当然，作出相反选择的人同样在进行自我管理（自治）。要想让道德的原则成就自己的真实性，首先必须让这些原则成为自己心中所愿。那些显然缺乏事实上自治的人其实并不邪恶，他们的“道德性”只不过是思考的反射。简言之：道德真实者有自己的道德原则，这些原则属于他们，但并不意味着其个人意志就是这些原则的来源，或者其个人意志决定着这些原则的客观有效性。

道德上的独立性。温德尔·威尔基（Wendell Wilkie）在谈到国家问题时写道，“国家权力是拿来用的，不是拿来做摆设的。”个人道德自治的情况也差不多。社会规则确定行事习惯，很多规则和人类社会一样古老，我们一出生，它们就在那里，我们死去，它们还在那里。正是依据这些规则，我们向他人作出承诺，接受他人作出的承诺。在很多情况下，我们对道德承诺可以言出必行，但还是有些情形不受我们控制。例如，尽管我们并未请求出生，却一定会得到父母的照顾；战争和饥荒，不由我们控制；一旦看到伤者，无论我们高兴与否，义务自动产生。如果我们真的愿意，运气好的话，我们可以将自己的承诺最小化，从而获得更大的事实上的道德独立。只要我们愿意，我们可以终身不婚，或者不要小孩，或者住在邻居家附近。我们可以尽量少地向他人许诺，不欠债，不参加任何活动。这样的结果会造就一个毫无承诺的人，就他人的请求而言一个最为独立的人。²⁴ 不过很难想象这样的人能够获得——怜悯、忠诚、合作、约定和信任。如果我们认为自治就是事实上的独立，那么毫无承诺的人就像是在收藏自治，他的自治得分很高。但如果我们将自治视为某种令人向往的情形，某种理想化的倾向，那么，毫无承诺的人就得被减分，因为他根本不是

完美的榜样。

实际上，我们应该这样理解事实上的自治，自愿作出的承诺只要在一一定的合理阈值内，就不会令自治消失。受到一千个道德债权人骚扰和追讨的自治者也许令人钦佩，但却在很大程度上失去了对自我事务的控制。他在事实上的独立性方面会得分很低。无论他多么令人钦佩，他却并不幸运，虽然不能怪他自己，但他无法实现自治（对自我人生的控制）。但除了这种极端情况，在道德承诺与道德自治之间并无冲突。和国家的情形类似，美国承诺保护欧洲不受袭击、签署贸易协定和正式条约、承诺保护无助者等，但这丝毫不会影响这个国家独立自主的程度。

40

坚定性（忠实自我）。坚定性就是忠实于自己的原则。因此，坚定的前提是道德真实性，但反之则不然。人必须有自己的道德原则，并在行为上忠实于这些原则，但人却往往未能按自己的真实准则行事。例如在某些情况下，人们可能因为暂时的激情而存在某种“道德弱点”。个人原则越是真实，就越是能够被忠实信守，人们就越是不会背叛它们。情况大致如此，但再完全的道德真实性也不能保证道德坚定性。原因之一（也许是唯一的原因）在于性格倾向有时比道德准则更能影响人的行为动机。（坚持认为“从定义上说”，道德上的动机必定最有影响力的人往往会感到困惑。）当偏离个人原则的动机是牟利（贪污）或寻欢（诱奸），我们会强烈谴责这个道德违反者。真正忠于自我的人（“坚如磐石”）是不能被收买的。再大的威胁对具有道德坚定性的人都毫无用处，无论是恐惧还是快乐，他都不为所动。如果超越道德原则的动机并非为了利己或出于恶意，如果只是因为遗憾、同情、慈悲、怜悯、善良或好心而失去道德坚定性，就不会招致过于严苛的指责。真正的坚定性不会被软弱的情感替代，但这对它来说并不总是好事。²⁵ 坚定性和个人自治的关系极为紧密，但自治并不等同于

美德，如果随附因素是坏的，那么它就也是坏的。（想想坚定的罗伯斯庇尔。）

自我控制（自律）。就国家而言，自我管理有利有弊，若严格类比，在个人自治中我们也希望找到对应的利弊之处。如果人不受“外部”控制而只受内部控制——他被自己控制，那么他就是在自治。²⁶当然，无论是政治国家还是个人，不受外界控制并不意味着能够进行
41 自我控制，他可能不受任何控制。就国家而言，那就是无政府主义，既不受他治（被其他国家统治），也不受自治（由自己管理），实际上就是没有政府。

将自我管理的这种类比运用得最好的哲学家是柏拉图。²⁷在他看来，人的思想里有一间“办公室”，起控制作用的那部分灵魂就驻扎在那里。如果这间办公室空了，或者被外来物或侵略者占据，身体组织就无法正常运转，正如人的心脏或肝脏因为受到疾病的影响而无法发挥正常功能那样。思想的这种政治模式需要一个更广义或更狭义的自我。最内在的核心自我是我们的“控制部门”。这个核心之外的自我相对于外部世界仍是“内在的”，但相对于控制部门却又是外在的。这部分自我“天生”是要受到控制的。它包括身体、热情、愿望、胃口和情绪。内在核心被称为“理性”，理性若要发挥功能（按柏拉图所说的自由），必须具备的材料是——人最初接受的第一原则、理想、目标及价值。理性的产生及其功能的发挥均需以相对固定的信条为前提，尽管如我们在有关真实性的讨论中所说的，这种确信需要内心的协调修正。只有当人的各个部分各司其职，人作为整体才能运行得最为顺畅，而“其明确分工为控制身体其他部分”的那个要素²⁸，就是内在的核心自我，也被称为“理性”和“良心”，它的功能是通过其他工具要素（原则、理想等）对人进行控制。

我们可以将正当的自我管理描绘为宪政、理性国王以及一个基

本价值图表，二者——国王和图表——一起组成内在核心自我，使人成为“真正的人”。如果采用大卫·休谟的理性“是激情的奴隶”的概念，²⁹ 这个模式会更容易理解。如果休谟说的是仆人而非奴隶，并对权力机构采用其作为“公仆”的民主化概念，那么他的比喻可能就不会太离谱，因为那样的话，我们就能从实践理性所规范的欲望中得出其权威所在。如此一来，理性就像交通警察指挥车辆那样，让它们按照规则各行其道，排除交通堵塞和碰撞，使车辆能够更顺利地到达各自的目的地。如果人的欲望不受任何内在控制，结果注定会被撕扯为碎片而一无所得。这样的人无法实现自治，不是因为外部控制，而是因为不能自我控制。在这种情况下，他无法真正自由，他的内心欲望在内部冲撞中玉石俱焚。最坏的情况下，自我控制完全崩溃，这种情况在涂尔干看来正是造成自杀的条件之一，即他所说的“社会失范”。³⁰

42

自我依赖。从某种意义上说，这种传统德性是道德独立的反面。道德独立者会尽其所能不受他人束缚。自我依赖者不依靠他人对自己的承诺。至少在人生的某些领域，他不需要别人，也没有什么依赖性的需要。他会小心翼翼地避开需要双方承诺的合作计划。由此观之，这种“传统德性”根本不算德性。更合理的说法应该是，在失去外界依赖的情况下，他能够自我依赖。这当然是一种德性，不仅仅是利己的德性，还包含了内在来源——力量、勇气、灵巧、坚强和适应力。智慧和道德是思想和性格方面的德性，但经济和物质则在很大程度上来源于运气；和理想化自治所需要的所有其他要素一样，自我依赖既是理想化的环境，也是理想化的德性。另一方面，道德可以让个人适应任何生理情况，却无法治愈疾病或令遭受电击的人不死。即使是斯多葛式的自我依赖也是有局限的。

拉尔夫·沃尔多·爱默生（Ralph Waldo Emerson）在其备受赞

誉的关于自我依赖的文章中，赞扬了真实性、道德独立性、坚定性以及绝大多数的自治要素。³¹但在说到自我依赖时，却摆出截然不同的态度。在人生的某些领域——那些至关重要的领域——自我依赖不仅包括他可以依赖的自我，还包括他必须依赖的自我。人生的最大福祉就是自我实现，正是在这个意义上，实现的当然不能是他人的自我。他人可以帮着提供必要途径，但没人能够将自我实现当作礼物送人。别人能给我们的东西就像塑料做的伪钞。“没有什么能够给你带来平静，”爱默生说，“除了你自己。没有什么能够给你带来平静，除了个人原则的胜利。”³²我们还要加上一句，光有这些，没有好运气，还是不够的。

43 主动性（自我激发）。对自治者而言，不仅品位、观点、原则是真实自我的，他的计划和事业、蓝图和策略也是真实自我的。自治者的积极性和消极性总体上各不相同，但并不会影响自治程度的高低，就主动性而言，回应提议者的责任与提议者是一样的。³³如果某人长期以来从不主动实施任何自我行为，他的行为永远都取决于他人的提议，他所有的时间都“待在电话机边”，等候他人提出建议，那么，即使他那实施回应行为的人生充实而有意义，即使他一直都很负责，我们还是认为他在自治方面是有缺陷的。这样的人即使不能说是“受制于人”，他对他人的依赖还是远甚于真实的自我依赖者。

自己负责。“自治最根本的内涵”，理查德·阿尼森说，“就是作出自愿选择，并对这个选择可能发生的所有可预见的结果承担责任。”³⁴乍一看似乎是说责任源于事实上的自治，而非其“本来内涵”。发生在事实之后的责任判断（相对于预先的警示和归责）好比内容不同的签条，不过，绝大多数情况下都会归责于行为主体（即行为的实施者）。事物的因果联系，称许或谴责，责任的回应性、重要性和可能性，惩罚或其他责任方式，以及单纯的责任评价，如果仅为“留此备案”，

这些都可以作为评价结果。³⁵“承担责任”一词包含诸多内容。某人以自治行事，他的所为可能获得不同的责任评价，当中包括他实施该行为，以及处理行为的后果，这个后果可能令他受到赞誉或遭到指责，或者他需要为损失付出代价，或者他是那个必须作出“答复”的人，或者他需要为所发生的事情做个了结。另一方面，如果行为并非出于自治（或者行为人并非自治者），责任评价即须修正或取消。例如，若某人“行为”时完全失控，严格说来，他根本没有实施任何行为。如果他受制于人而实施该行为（他只是代理人、仆人、工具），那么，结果就不需他来负责，负责的该是他的主人。如果他的观点和品位并非出自真实自我，而仅仅是其操控者或所处群体的观点和品位的简单映射，那么，严格说来，他甚至连主体都算不上，责任当然就不能代表并归属于他。³⁶如此看来，事实上的自治在概念上正是绝大多数责任评价的前提条件。

自治与责任之间的联系也可能是另一个层面上的：责任有利于自治的提升。如何提升孩子的自我占有性、个性、真实性、自律、自我依赖，以及其他实现自治理想的要素？技术上说，（预见到）归责有一定的作用，它要求责任承担者具有主动性、评价性、持续性，以及最终对成败得失的交代。归责的结果还要回溯或毁或誉的事先评价。 44

“责任”本身就是一系列的德性。我们不仅说人们对行为和结果负责，对他人负责；我们还会直接就说负责。就承担责任的特点而言，责任人就是责任归属的主体和回溯归因的主体。负责任的人与不负责任的人、无责任人（无行为能力人）相对。与不负责任的人不同，负责任的人稳当、值得信赖、可靠；他有良好的德性；他主动、自我依赖，这使得他在解决问题时明智谨慎；他自力更生。当中大部分正是定义自治所需要的德性。显然，责任、对责任的承担以及愿意事后作出交代等，都是提升事实上的自治程度的有效途径。但负责任与自治

这两类德性并不完全等同。两类德性中都包括独立判断、自我依赖和主动性，但值得信赖、可靠、稳当（与疏忽相对），特别是愿意给出新的承诺，更是责任的德性而非自治的德性；正如道德独立性与自我立法，虽然往往作为自治的德性，却与责任没有必然联系。

四、理想化的个人自治

哲学家若要描述自治者的全部理想化性格特点，就必须建立一个充分类似于自我管理的真实条件的概念，它在“自治”一词中有着合适的位置，不过在现代社会，它往往被用来描述某种真正值得向往和争取的性格。如我们所见，我们的自治概念作为真实条件是空泛而不确定的，这为我们留有较大的余地。并非所有的要素都处于同等的核心位置，某些系列性要素早已偏离它们在政治国家模式中的位置，变得扭曲而模糊。因此，我们可以将第三部分中述及的那十二个要素视为概念中的一般性描述，要想达致理想化的自治，需要对它们重新定型。

重要的是，一开始就要强调，无论我们如何修正自治概念，结果可能仍不够理想，因为既然它一直伴随某些重要的缺点，当然就无法获得道德完满。如果排除掉自私的自治者、冷酷刻薄无爱的自治者、凶残的自治者，讨论将无法继续。毕竟，自我管理得不好的自治者仍是自治者，信守邪恶信条的自治者仍是真实的自治者，通过自治挑衅其他自治者的自治者仍是自治者。挑衅者尽管道德不足，但那并不必定造成其自治不足。他实现自治的程度可能并不低呢。

我们只能在其他条件等同的情况下，修正出一个理想化的自治概念。若成功，则意味着一个自治者是令人向往的。如果我们小心构建这理想，真正的“自治”甚至应该是任何理想性格的必要元素。但既

然它能够与道德缺点共处，它当然绝非理想的全部。

由此，若无严格限定，我们在第三部分提出的自治概念已经摇摇欲坠，连部分理想化也算不上。概念中的一部分让人怀疑，一部分有所局限，另外一部分则令人困惑。康德关于自己立法的提法，长期以来一直与自治概念联系在一起，为我们呈现了一个自豪的无政府主义者形象，他从不接受任何承诺，对任何人或任何事的承诺或不承诺完全随心所欲，他总是自己“发明”道德原则；或者如果我们跟从罗尔斯，则康德的理性主义及客观主义转折又为我们提出了另一种自治者的形象：行为即使违背他的意愿，也仍是他自治的表现，其他比他更加“理性”的人也会这么做。道德独立性的概念不那么令人困惑，但将其作为理想化自治的要素也有不尽如人意处。一方面，它可以避免过度承诺，正如一个不欠外债者永远不会破产；但另一方面，它认为承诺会毁了自治，于是有意将自己的社会参与最小化，从而尽量不向他人作出任何承诺。其结果只能培养出厌世者或利己主义者。

即使是坚定性，若过于坚不可摧，也会抑制自发的人类情感，因此，将其视为德性恐怕有些过誉，虽然乍一看显得客观，但我们可能还是会摘去它受到赞美的头衔，而称其为“道德狂热”。自治者若按照狭隘而冷酷的原则进行自我管理，这个“德性”将使他更加铁石心肠。自我依赖一旦走到极端，在群体活动的合作中，不但可能是非社会的，甚至可能是反社会的。哪怕以尊严和正义去轻轻触碰，它也可能抑制善心和慈悲。自我控制，理性而值得向往，但它要求自我的各个元素皆要和谐共处。在相互冲突的欲望和价值中，休谟所说的交通警察必须弄清哪些才是正确的规则，他要有礼有节地使用这些规则，以获得内部和谐。如果控制自我的是一个无情的独裁者（理性国王），用铁腕发号施令，则内在冲突只能以高昂的代价被镇压，外界看到的则是僵化与狭隘。自我控制可能变成自我压制，自律可能变成自我独

裁。内心的平静仅在其他元素被毁坏殆尽的情况下才可能出现。自我依赖、独立性以及自我控制都可以成为德性，但它们并不是那种越多越好的德性。只有程度适当，不多不少，它们才能成为真正的德性。

抽象地谈论人的理想化特质存在某种危险。我们现在提及这个问题的方式可能使我们忘记有关我们自己的最重大的客观真相，即我们是社会性的动物。没有人能够“自治地”选择自己的遗传特征与早期教养。没有人能够选择祖国、母语、社会群体和社会传统。没有人能够自行发明工具、技术、公共机构和公共程序。做人，就是要成为群体的一部分，会说某种语言，能够在一个已具功能性的团体中谋生。我们会慢慢意识到自己是现存社会进程中的一部分。这些社会进程的成果和工具、先例和记录、智慧和愚行经年累月累积下来，给社会的每一份子都打上不可磨灭的烙印。同时，所有人都是这些社会历史进程的一部分。我们无法选择自己身处的时代，正如我们不能选择出生地和母语。

47 这些自明之理对我们有关个人自治的理解有何影响？显然，它们为自治要素设定了界限。人类世界并非、亦不可能由成百上千万彼此分离的自治“孤岛”组成，他是谁？他身处何地？他如何自处？他身在何时？每个“孤岛”都各行其是，自生自灭。只要他愿意，就可以独立于任何其他人，也不需要任何其他人。哲学家的危险在于，若一时忘记这些自明之理，就会对人的缺点反应过度，这些缺点包括虚伪、固执、无主见、缺乏坚定性、缺乏自我控制、过度依赖他人、责任感消极等，只有在这些方面做到极致才能带来完美人格。

如果不把人视为现存社会的一部分，就不可能通过相互的义务、一般传统体系等要素给人下定义。任何理想化的人的德性必须符合这一前提。自由主义者总是哀叹个人的社会性特征，个人被淹没在大众之中，人人都是一部巨型机器中相互影响的元件。但哲学家并不必须

在极权式的集体主义和微型的个人主义之间作出选择。如果是那样的话，就不可能存在起修补作用的替代选择。无论存在其他何种思辨上的倾向，所有社会哲学家都在试图描述同一理想，人们在社会中保持坚定性，既不被社会组织同化，也不封闭在自己的小单位里。自治者的理性使自己作为真实的个体，既具有完全的自决，同时也符合作为社会一员所必须具备的条件。

五、自治权利

我们将用第十九章整章来讨论“自治”的最后一种含义，它源自国际法提及的民族国家作出自我决定的主权。近年来，在政治语境中对“自治”和“主权”的区分已经变成常识。英国是一个主权国家，但在一定条件下也会承认“地方自治”，但又绝不会授予地方——威尔士和苏格兰，以完全主权。同样，埃及和以色列通过协商，给予西岸巴勒斯坦人更大的“自治”（本地管理）。有时可以用“权力下放”一词形容有限“自治权”的授予，该词意即“将部分权力交由下一级[地方]部门或委员会代为行使”。³⁷无论用法如何，它在概念上都与完全的国家主权相对。若苏格兰赢得主权，就会成为完全独立的国家。

主权与（仅仅是）政治自治至少存在两方面的区别。首先，自治是不完全的、有限的，主权是完全的、不可分割的。自治地区在某些领域能够自我管理，但在另一些领域却不能；相对地，主权国家在授予地方自治权时，绝不会交出所有的权力。国家虽然授权某个地区进行自我管理，但它的终极主权并未消失，下放的权力并未被切割而后放弃。（另一方面，即使国家想放弃主权，也需要拥有主权才能那样做，就像当年英国承认印度独立那样。）

更重要的区别在于，主权国家的管理权是某种权力，而自治地方

48

的管理权是某种可撤销的特权。主权可以自由地授予或者撤销自治权。地方自治权是受委托的权力；国家主权是基本的、本来的权力。在某种意义上，国家主权是管理权的终极来源。

如果存在某种可以被称为“个人主权”的东西，那么它仅属于具有行为能力的成人，而非新生婴儿。但在具备完全个人主权之前，我们也必须看到，孩子也具有不同程度的“地方自治权”。这个类比看似牵强，却存在道德上的相似之处。很难想象接近成年的十多岁孩子的所有权利均由父母代为行使。他可以用家里的车，可以在外留宿，尽管这些特权都是可以撤销的，但他至少具有最低限度的自然权利。由于“自治”一词被赋予特定的政治含义，我宁愿借用更强烈的“主权”一词表示第四种意义的“道德上的自治”；我下面用到“自治”时，仅指“个人主权”，而非某种近似“地方自治”的东西。现在，我们继续认真检视主权国家与“主权个人”之间的相似之处。

绝大多数关于主权的学说限于在国家范围内、而非我们所指向意义上的，即国家的主权。根据首先由博丁（Bodin）和霍布斯（Hobbes）创立，继而由布莱克斯通（Blackstone）、奥斯丁（Austin）及戴雪（Dicey）发展的理论，任何国家都具备（某些版本）或应当具备（另一些版本）某个决定性的终极权威和 / 或权力——统治者、议会、立法机关或选民。而自治者，或每个个体，是这社会中“不受命令的命令者”。将这样的理论适用于受宪政制衡、选民阶层力量均衡的现代国家已越来越难了。不过，决定性的内部权威概念虽已过时，但在国与国的语境中，相对于外部力量的国家主权概念却仍被广泛使用。在这个意义上，主权就是一个国家对另一个国家的“承认”，承认其为一个独立的民族国家，而非空荡荡的领土，或由游牧部落而非稳定的政治力量占领的土地，或者只是一个地方性区域，或者只是其他国家的殖民地。

空有土地不能称其为国家，政治国家不仅仅只有领土，还有其他要素。对这另外要素最好的表达就是“管辖权”。主权国家拥有对领土的无条件的绝对管辖权。在伯纳德·克里克（Bernard Crick）看来，所谓“政治国家即主权”的说法，“其实是同义反复，就像‘主权政治国家’这个词一样，是修辞上的赘述。因为在使用‘政治国家’一词的同时就在使用主权概念，目的相同，意思一致。”³⁸ 政治国家就是对某个领土区域行使主权的管辖实体，无论其内部权力组织形式如何，主权就是政治国家对其领域进行法律控制的形式。我们在政治国家意义上提到的“主权”，正是我们在主权意义上提到的“政治国家”。

“民族国家”的概念也许能够使我们更深地理解“主权政治国家”在概念上的重复性。我们必须保持谨慎，因为“民族国家”一词模糊难测。有时，它可以与“政治国家”互换使用；“法兰西”既是民族国家的名称，也是政治国家的名称。这可能是它的原始用法，³⁹但现在它还可以用来指向能够成为国家的那个实体，可以用作对国家成其为国家之前的称呼。我们将后面这种仍有些模糊的“民族国家”作“前政治意义”上的理解。在此，“民族国家”在政治国家之前或之后，或者分裂为数个政治国家等情况下均得成立，如我们所说的“阿拉伯国家”那样。另一方面，不同种族、语言、宗教背景的人也可以在一个民族国家中共存，依据其他标准认可彼此互为国民同胞。这些标准当中包括对政治国家的共同情感与忠诚，以及彼此间相互扶持协作的历史。⁴⁰ 因此，“法兰西、德意志和意大利都讲瑞士语，不过是三种不同的瑞士语：它们的政治国家形象超越或者囊括了语言上的区别，如果它们自己不做区分的话，给它们做国籍上的区分真有点奇怪。”⁴¹

政治独立体的主权从何而来：独立？契约？请求？对这个抽象问题很难给出一个单一的具体答案。从我们的论证出发，只要说出一点就够了：除了哲学上的怀疑主义，现实中没有人质疑，比如说秘鲁，

作为一个主权国家享有对本国领域的绝对管辖权，这个论断同样适用于其他现有的民族政治国家。民族国家其实就是由具有高度统一的共同文化要素的个体组成的集合，它们占据某个领域，并在该领域建立起法律或权力系统。民族国家需要成为政治国家方可延续繁荣。所以说，“主权政治国家”的确是个赘词。

50 如果存在某种类似的个人自治权，那么这个权力又从何而来？如果将人仅视为自然人，则“自治个人”也是一个赘词。事实上，“人”可以模糊地对应于“民族国家”。如我们所见，“民族国家”既可以指向管辖实体——政治国家，也可以指向通过不同的文化联结为一个群体的个人的集合。同样地，“人”可以指向作为“权利”、“义务”等道德谓语的适当主体的那个实体，⁴² 或者也可以指向由各种使其成为单个自我的心理要素——记忆、忠诚、喜好、观点——组成的那个集合体。⁴³ “一个自我”类比于“一个民族”；“人”则类比于前政治意义上的“民族国家”。事实上，绝大多数民族内部的个人整体性都远强于不同民族之间的社会整体性。如果可能，我们甚至可以想象“自然的”个体主权甚至比政治意义上的主权还要强烈。人（作为权利和义务的中心所在）的另一种含义则是实质管辖层面上的。他是道德代理者和权利享有者，他对自身的“自然管理”，正如国家对本国领域的管理；恰如一些学者所说，前政治意义的国家必须成为（主权）政治国家，我们也可以说，完整的个体必须成为（管辖意义上的）人。现在我们将转而讨论这个类比更深层的意义。

不过，这样的讨论须得小心为妙。民族－政治国家系统并不总是那么好用，战争和历史已经证明了这一点。在世界文化相互同化以及对核毁灭普遍恐惧的刺激下，世界一体化的程度不断提高，这可能会削弱由民族国家主权筑成的壁垒。而以民族国家模式建立的个人自治，如我们所见，可能也较通过个人与国家间类比所理解的自治更加

强烈，因为即使这个类比不成立，也只会加强而非削弱其个人自治的归属感。在很多并非假设性的情形中，国家选择灭绝本国部分人口，正如自治者可能会选择摘除自己的肢干或其他器官。但两者间的道德区别显而易见。个人的“部分”并非人：欲望、价值、目标、器官、四肢。民族国家的“部分”却包含着拥有自治权的个人。一个政治国家可能会干预邻国的内政事务，以保护其灭绝自治者，但外界却不能干涉一个自治者的“内部事务”，以保护其对欲望、器官等的“权利”，因为后者非人，不享有任何权利。国家与人之间的这一区别再次强化了个人自治的概念，哪怕它同时亦弱化了国家主权的概念。简单说 51
来，我在此处提出的观点就是，过去我们对个人的看法多多少少有些类似于我们对国家的看法，或许将来我们不会再作此联想了。⁴⁴

第十九章

52 个人自治及其边界

一、领域及边界

肯定还有一个问题需要讨论：我们在前面章节中描述的个人自治概念能否适用于真实世界。我希望可以证明这个概念是有意义的，若有需要，它可被用作道德评价的工具。现在，我要让它的含义更加明确，同时仍保留其在道德语境中被设定的内隐性。在这个过程中，我会尽力描述一个协调的、可适用于个人的自治理论。显然，仅当该理论的确言之成理时，方可在法律上和道德上发挥论证作用。我们无法对这个理论进行演示，但读者会发现它与自己最基本的道德态度——尤其是他对自己所抱有的态度产生共鸣。

再次考虑我们所作的政治比喻。自治个体在何种意义上可以类比为自治国家？政治上独立的国家对其领域享有主权，个人自治同样涉及自我治理的领域或范围问题。长期以来，国际公约和国际条约已经对“国家领域”作出精确定义，相比而言，个人领域“边界”仍争论不清。当然，国家的领域也存在争议和变动，例如，领空可以向上

延伸到何处，¹领海离岸多远距离。但至少“主权”和“领域”的概念是清楚的，国际外交人士完全可以通过它们解决实际问题。而就个人自治而言，如果不能在“个人领域”的概念上达成一致，根本就不存在对“边界争端”的裁定问题。

最简单的答案就是严格对应领域的类比。主权国家的领域就是地图上标出的以英里或公里计的地理范围。个人领域同样可以用空间范围确定，或许就是人的身体。这里的确涉及某种权利，未经同意而发生的损害性或冒犯性的身体接触——令人讨厌的抚摸、一记耳光、鼻子挨的一拳、外科手术，或者令人作出上述理解的威胁性举止——都可能导致权利被侵犯。这肯定是我们所说的个人自治的一部分。毕竟，我们说“身体自治”，就是承认自治会因对身体的殴打、攻击、强奸等行为受到侵犯。当然，完全意义上的自治不仅指身体“领域”，即使单是身体领域的自治，也绝不仅指不受未经同意的接触或侵犯。违背本人意愿的外科手术会侵犯我的身体自治（“侵入”）；而在某些情况下，撤销我所要求的医疗措施也是对我的侵犯（若请求者享有正当的医疗津贴）。因为所谓“我对自己身体领域享有主权”的意思就是说，我，我自己，可以决定（只要我有能力决定）如何处置自己的身体。我的自治权力是完全的，就是要去进行选择并作出决定。

如果有人自愿决定做绝育手术，有医生自愿实施这个手术，那么，如果国家基于某种奇怪而欠妥的理由，禁止他们这样做，那这个人的“身体自治”就受到了侵犯。只要不直接涉及利益，我们可以说，这个决定是这个人自己作出的，“不关别人的事”，或者说“这只是这个人和那个医生之间的事”。既然认定身体属于人的自治领域，个人的身体就不应受到未经同意的对待。易言之，本人的同意是正当治疗的充分必要条件。意思自由既包含消极权利（如，有权不接受违背己愿的手术），也包含积极权利（如，有权获得自己选择的外科治疗——医

生也愿意)。

再对照一下国家领域模式，我们可以将个人领域的概念从个人身体范围（即有权根据自己的选择决定对自己身体的处置）进一步扩大，在身体周围保留一定的“呼吸空间”，好比国家模式中的离岸捕捞权。即使不触及身体也会侵犯自治权，例如，在个人空间内不请自来、请而不走，或是带来令人生厌的形象、声音或气味。通过自由选择决定何者可进入本人领域是“隐私权”题中之意，这个权利正是个人自治的要素之一。不过，一旦进入公共世界，个人空间的界限就消失了。我不能抱怨公共街道上的喧嚣繁忙；如果我觉得人太多，大可以回家。因此，在个人“领域”与国家“领域”之间存在一处区别，是前者而非后者可以随机伸缩。毕竟，国家领域不会总是在地球表面动来动去（除大陆板块漂移外，但那几乎不影响边界）。个人的住宅、土地所在的空间完全属于个人所有，不请自来的入侵者（除少数合理必要的例外情形）不得入内。按合同取得的占有及土地所有权都是自由决定权的一部分，但并非全部。在我的土地上，除涉及公共利益的紧急要求及邻居的相对权利外，我，且只有我本人才能决定一切。

即使将对身体的自主权、隐私权以及土地所有权加起来也并未穷尽个人自治的全部内涵。个人自治权的核心在于选择权和决定权——决定什么可以进入我的身体、可以对我的身体作何种触碰、在公共空间身体如何游走、如何运用我的动产和生理资源、透露何种个人信息、隐瞒何种个人信息等。其中的一些权利较另一些更为必要、根本。简单地说，最基本的自治权就是决定如何度过人生的权利，尤其是如何作出关键的人生抉择的权利——包括上何种课程、培养何种技能或美德、选择何种职业、和谁结婚、去哪个教堂做礼拜、要不要小孩等。

个人自治范围概念的第一个难题在于，“主权”概念是否适用于

较琐细的人生选择，如是否系安全带，或者打猎时是否着红色或绿色外衣等问题。如果严格对应国家模式，我们就会对法律家长主义有所妥协。例如，我们不能说对较琐细的涉己选择的干涉就是对个人主权的较小剥夺，而对基本的人生选择的干涉就是对个人主权的完全剥夺，因为个人主权是一个全称概念：要么有，要么无，它意味着对个人生活的事无巨细的绝对控制。在政治国家模式中，外国的一艘捕鱼船驶入本国水域，或者外国的喷气式飞机飞过本国首都上空，都是对本国主权的侵犯，尽管一个比起另一个是更加严重的侵犯。如果一国尊重另一国的主权，就应该尊重主权的全部，而不能以效率或便利为标准，认为对主权侵犯程度较小或被抵消而将侵犯行为正当化。只有一国的自我主权（如，以“自卫还击”的名义）才可能作为砝码对抗另一国的主权，因为主权绝对比其他任何干涉理由更有力。

55

如果自由主义者希望放弃在要求系安全带、穿红色T恤以及其他小问题上与家长主义者争论，那么他最好不要认为，相对琐碎的法条对自治的侵犯都很细小，而自治有程度之分，可加以权衡。最好首先为个人自治划出范围，以便据此为人生重要选择提供绝对保护。

我所认为的个人领域包括身体、隐私、不动产和动产，以及关键性的人生抉择，可能还有别的，但到底“边界范围”如何划定？我们之前提到的所有限制自由原则经任意自由组合后，再结合某种个人自治理论，就可以为特定的自治范围考量提供依据。不过，某些原则由于提供的“自我治理”范围过于狭小而缺乏实际上的说服力。例如，如果按照道德主义原则和家长主义原则界定个人的合法自治范围，则以非我所愿的标准及非我所作的判断来看，我可能不会作出任何对自己有害或者不适当的人生决定。果真如此，则我能够选择的的就是那些非我所愿的但被认为是对的事。除了万全之计或非道德领域，我不能作出任何真正的选择，如果危害自我和道德优先性的标准十分严格，

那我简直没有任何选择的余地。

56 最初版本的损害原则和冒犯原则为个人边界提供了一个自然起点。根据这两个原则，我们可以将所有“涉己”的决定都划入个人领域，这些决定对决定者的利益有着基本而直接的作用。涉他的决定则在个人领域以外，这些决定对他人的利益或情感有着直接或基本的影响。涉他选择的典型示例有：“北约”的防卫政策、固定公共税率、决定他人的结婚对象或者选择是否从粗心大意的店主的钱柜里偷钱。完全涉己的决定不太容易找，因为“没有人是一座孤岛”，任何决定总会对他人的利益产生“波及效应”。但如约翰·斯图尔特·密尔所说，²还是可以大致区分一般的涉他决定（上述示例）与“直接”、“主要”、“首先”涉己的决定。当然，某些区域不易区分，但就算在其他领域也会存在这个问题，正如白天和黑夜的区分那样。

早前我曾提到过密尔的一个论点，仅仅醉酒不应受到处罚，但当值的警察醉酒却应当受到处罚。对应密尔提到的警察（或醉酒驾车者），我认为：

一个勤勤恳恳的单身汉每天晚上都会喝得烂醉如泥，然后睡去，第二天一早起来，还是精神抖擞地投入新的一天的辛苦工作。他喝酒并未直接影响任何人，与当值警察喝酒毫无共同之处。他没有家庭，他自己喝酒，没给谁作出坏榜样，他没有造成任何影响他人利益的风险。即使他的个人行为对他人的利益有所影响，那也是密尔所说的“间接的”或“遥远的”影响。首先，因为把时间都花在喝酒上，他没有作出任何对他人有益的事。既没挣更多的钱，也没花更多的钱，当然也就没有刺激消费经济（除了造酒业）。其次，他没有把时间花在自己进修上，没有变成一个更好的人……第三，他可能会令关心他的同事感到

难过。最后，对于那些知道他这个坏习性的人来说，他就是一个“坏榜样”。³

上面所有这些间接效果都不足以说服我们将单身汉喝酒排除在个人自治范围外。（想想看，如果一个国家因为另一个国家没有刺激世界经济、没有提升本国文化、令其他国家感到难过、为“新兴国家”提供了坏榜样，就去干涉该国的内部事务该有多么荒谬！） 57

以区分涉己与涉他决定作为划定个人自治领域的依据有多大说服力呢？也许没有，因为在法律家长主义中根本不存在个人自治的概念，或者说其中的含义恰恰相反。那样的话，在我们确定的个人自治概念范围内，我们肯定要反对法律家长主义，或者至少对其持最大程度的怀疑（“假定它是错的”）。另一方面，如果在法律家长主义中存在个人自治的概念，那么其个人范围的界定也必不以涉己选择作为标准，而以个人的真正利益或好处为标准。

二、“权利”对“好处”

反对法律家长主义最公平的说法可能应是：即使结合其他原则，法律家长主义也只能给出极其有限的个人自治概念。即使它承认个人的自我决定权，也会把权利置于好处之下。

人的“好处”与个人利益概念相连，但利益因人而异，因此，没有哪种个人好处概念可以适用于所有人。不过，绝大多数哲学家都认同“自然利益”这个概念，它由人的固有要素而来，可用于描述个体的区别。根据柏拉图、亚里士多德、卢梭、黑格尔和密尔的观点，人的好处从根本上说就是自我满足——这个概念当然不等同于自治或自我决定权。自我满足的含义有多种解释，但通常被理解为将个人天资

进修为人生的实际能力，释放所有的基本能力与爱好，无论这些爱好或能力是为人所共有，还是与众不同，通过计划、设计、命令等，使自己得到积极的实现。如此解释的自我满足，既不等于实现目标，亦不应与幸福愉悦相混淆，尽管实现目标往往会带来极大满足，而满足又会带来愉悦。个人好处的其他解释则以实现目标、快乐、幸福（是指那种极大的快乐和满意）等加以界定。无论在何种意义上，好处都区别于个人自我管理权。⁴

当然，没人否认，个人好处与其自治权的形式之间关系密切，至少是相互作用的。如果有人认为，好处就是像密尔所说的，自我的基本选择和决定是自我满足的要件，那么他必然会得出结论，自由选择的权利是获得个人好处不可或缺的条件。⁵此外，如果有人认为，还是如密尔所说，在绝大多数情况下，本人总比任何其他他人更了解自己的好处所在，⁶那结论就会是，允许个人尽可能为自己作出选择，哪怕是有风险的选择，才是推动个人满足最有效的政策，即使在某些情况下，人们的自治选择并不明智。

对个人自治与个人好处的认识有四种标准路径。第一种对家长主义者特别有吸引力，即完全根据个人好处（往往被认为就是自我满足）决定自我决定权。这种权利并非个人主权，它不是完全的、基本的、“自然的”权利，而是衍生的、工具性的权利。在此意义上，自我决定权获得其形式仅仅是因为它会带来好处。不过，在对具体情形的适用中，自我管理权的工具性概念与基本而完全的自治权概念几无二致。约翰·斯图尔特·密尔在《论自由》中给出了富有见地的例子。密尔为自我决定的工具性概念给出了极有说服力的示例，以致他本人和他的批评者都误以为他是法律家长主义最坚定不移的反对者。（参见第五部分就密尔反对奴隶合同的观点的讨论。）密尔坚持认为，正常的成年人比任何其他他人更知道自己的利益、能力和自然性情（构成

好处的自我满足)之所在,比任何政府官员或立法者更有能力将个人事务引至个人好处的终点。个人优势看起来如此之大,以致从最实际的目的出发,我们应当认为,对自我决定权的认可与行使是达致个人好处的必要条件。因此,密尔在《论自由》中提出,即使是福利程度最高的国家,如果它试图对成年人施以某种外部的个人好处概念,就是以己之矛攻己之盾,因为对正常的成年人来说,个人好处就是“允许他自己选择追求目标的道路”。⁷

密尔的第一个观点是(如他有时表现出的那样),个人自决权与自我满足的好处之间并不存在强烈的工具性联系,而只存在恒定的对应性。这个观点在逻辑上是开放的。第二个观点是,无论个人由于自己的愚蠢选择而给“自己的好处”造成了多大损害,都不及外界干涉造成的损害大。正是这一点,可使密尔得以同时保持对减少损害的实用主义承诺以及毫无例外地反对家长主义原则这两个立场,他还坚决表示,以任何外在的强制性要求取代本人的自由选择都必定令个人付出代价。在绝大多数情形中,外部干涉的确总是自拆墙脚,但他却无法证明在所有情形中,这代价均高于其所防止的损害,外部干涉均无法达到目的。因此,密尔似乎愿意承认自我指引与自我满足之间的对应性是偶然的,是存在例外的(第一个观点)。而在那些例外情形中,我们会看到,个人自治权的自由行使与其个人利益相悖,例如,有人自愿卖身为奴去换取别样的好处,那么,按照密尔所说的,我们就必须干涉他的选择,以保护他不受最严重的损害。在这一点上,密尔显然愿意将家长主义作为依据纳入其自由主义的正当化框架中。

第三个标准解释认为,自我决定权意味着彻底的独创性,其道德基础就是自我满足的好处本身。就此而言,自由行使个人自治并不必定提升个人好处,但即使有客观证据表明,自我决定将导致个人损害,

旁人亦无权因“为了他好”而加以强制干涉。总之，自己决定更能达致个人好处，但即使情况并非如此，其他人也不能干涉，因为自治的重要性远高于个人福祉。因自己的鲁莽而威胁到的人生毕竟是他自己的人生；这人生是他的，不是别人的。只为这一个理由，他也必须成为决定——无论好坏——在不涉及他人利益的个人私有领域中该如何行事的那个人。⁸这是对纯粹个人自治概念的当然解释，对自治持此种见解的人，无论明示与否，都不会对法律家长主义有所接纳——这在逻辑上是不可包容而只能排斥的。

第四种观点认为，自治权意味着妥协。它既不认为自治权是衍生的，亦不认为自治较行为人的个人好处（自我满足）更为根本，而只不过是协助自我满足的途径。这个观点的一个更具说服力的版本是，⁹如果个人有权自由选择涉己事务，则在绝大多数情况下，其个人好处均可得推进，但当其个人利益与个人抉择不相一致时，个人应当尽量在个人自治与个人好处之间作出平衡，二者之间并无优先次序，单凭个人本能作出抉择。这种妥协的理解当然和自由主义立场的个人自治不相吻合，因为这意味着即使在纯属个人的领域内，个人自治也会受到一定的限制。它还包含了某种法律家长主义的立场，认同这种观点的人可能不得不承认，家长主义式的考量在某种程度上可以作为合法性依据，即使它与其他依据冲突，即使它并非决定性依据。这个最为收敛的家长主义理论为个人自治留有空间，但并不能在领域模式下构建个人自治的范畴，因为这种理论允许其他考量出来对抗个人自治，最终将使后者失去王牌效力。

简言之，一旦将个人自决权从“个人好处”（自我满足或其他）中分离开，那么，对二者之间相互关系的理解无非以下几种：

（1）它们之间总是存在必然联系，因此，提升个人好处的最佳途径就是，在单纯涉己事务中，允许他的“道德肌肉”做自由运动，让

他个人利益判断承担更大的责任。如果说“必然”一词用以描述二者之间的联系显得过于强烈的话,也可表述为:尽管原则上存在偶然性例外,但这种对应性仍非常紧密,这种推定对于制定良好的公共政策非常重要。如此,则可将对他人“真正自我利益”的错误判断降到最少,即使无法完全避免(这个模式密尔似乎也是赞同的)。因此,那并不存在的完全独创的自决权从技术上说,又好像是可能存在的。在涉己领域内,排他的自我管理权源于对个人好处的推动力,但即使这种工具性的联系是纯经验的,亦应视为毫无例外,其实际效果与自治权并无不同。

(2) 二者通常具对应性,但少数情形除外,个人的好处可以凌驾于其自决权之上。这个权利并不等同“自治”,它完全源于权利人个人好处的一般有用性,如果这种有用性不存在,这个权利亦无任何意义。只要他人能够阻止,那么,个人并不享有“自寻死路”的权利。密尔在这方面亦有所议论(特别是他对自愿为奴的意见),但他的观点还是更贴近反家长主义的(1)或以下的(3)¹⁰。 61

(3) 二者通常具有对应性,但在少数例外情形中,个人自治所包含的自决权甚至可以高于个人好处。强制干涉仅限于确认为人的选择是否自愿并真实,以免其作出的选择意思表示不真实;但对行为人真实自愿的选择进行干涉,即使是为了保护其不受自身不智选择的危害,也是不正当的。只要行为人的选择真实自愿,即使我们足以认为他的选择非常愚蠢,他仍有作出该等选择的自治权利。我们曾将此称为“软家长主义策略”。¹¹

(4) 二者通常具有对应性,但在少数情形中,我们必须权衡个人权利与好处,并对二者进行直觉上的判断。按个案逐一权衡相对困难,对于为某一类案件提出依据的立法者而言,可能会面临更多难题。例如,若立法者必须决定是否投票赞同对不系安全带的驾驶者施以刑

罚处罚的法律，他一方面必须考虑损害的严重性，另一方面还要考虑驾驶者自由受到限制的程度以及整个驾驶者群体的多样性（我们称之为“权衡策略”¹²）。严格说来，这只是硬法律家长主义的一种形式，因为它将防止个人的自由选择作为设置刑事处罚理由的一个相关因素，但它并不像（2）中的家长主义那么强硬，当与个人自决权发生冲突时，它并未将个人好处视为决定性因素。不过，无论是它，还是上面的（2），都否认，在涉己领域中个人进行自我管理才是真正的自治权。

在这四种观点中，（1）和（3）与（硬）法律家长主义原则相对立，而（2）和（4）则支持该原则，（2）较（4）更为强硬。在反对家长主义的立场中，只有（3）认同自我决定是一种独有的自治权，我或许乐观了些，但我想这是它的一个优点。此外，在它的强化版本中（必然对应性），（1）并不具有经验上的说服力，而在它的弱化版本中，这种对应性假设则应建立在实践基础上，如果这一假设不成立，就会出现正当性问题。我并不想掩饰对（3）的偏好。这是唯一
62 与个人自治概念吻合的立场，只有它符合自我概念，后者包含于绝大多数人的道德立场当中，是我们很多道德习语，特别是用于自我辩护的道德习语（“我的生活我做主”，“不关别人的事”等）的当然前提。

当个人行使自治权确与个人好处发生冲突时（那些“例外情形”），（3）毫不犹豫地捍卫自由选择。如果这看起来有些荒谬，读者最好假设自己就是那个受到干涉的人。假定他真正作出的替代选择对他确实有坏处，他不那样选择是因为他本人相信那对他有坏处。如果太过失去理性会令人怀疑其选择的自愿性，那么，就可以用软家长主义策略作为干涉自由的正当性依据。如果他那样选择是因为他本人相信那对他好（或者至少对他没坏处），那么他与那个本来要作出的决

定之间的区别在于，他对某些事实的认知发生错误，在这种情况下，他应该愿意被纠正错误，或者在于他自我利益的本质，或者在于他愿意承受在他的价值观看来合理的风险，果真如此，则这种区别更难弥合，他往往并不愿意看到自己的决定被否定，而以其他“更好的价值观”来取代他自己的。

还有另一种可能。尽管相信结果对自己的利益有害，他还是作出那种选择。也许他愿意为了某个人或某种信仰而牺牲或失去部分“个人好处”；也许他只看到眼前利益，而不顾未来的长远利益。要对其任一情形作出判定，就要问问行为人在形成真实知情的选择时，是否真的宁愿“牺牲个人好处”？如果不是，那么他为何要优先考虑他人？即使在某些情形中，他最终对自己当初的选择感到后悔，他或许还是不会对自己自由地作出那个选择感到遗憾。如果承认自我管理意义，那么，人就应该享有出错、犯傻、冒险的权利；若非如此，则法律自治的概念就会土崩瓦解。

三、自治、自由权及事实上的自由

个人自治权利与个人好处之间一种特别令人困惑的冲突形式是：行为人通过行使自治，将未来某个时间的个人自由让渡出去。个人的未来自由是否已超出个人自治的范围？他人出于保护的目
63
的可否加以干涉？自密尔以来，有关讨论均未能在区分法律上的自治（或治理）与事实上的自由（自主）的问题上保持一致。正因如此，在解决自治边界的实际问题之前，还是得先讨论这一概念上的区分。

“自由权”和“自治”均包含事实上的和法律上的两种含义。法律上的“自由权”是指由规则或权力机关给予的司法上的“许可”、

“执照”或“特权”。它对应于某种意义上的“权利”，所谓“有权做X”，亦即“没有义务不做X”。“自由权”一词，尽管在法律文本中常常可与“自由”互换（“自由权”等于“自由”，尽管我们不说“有权自由”；同时，“有自由权”等于“有自由做”，尽管我们不说“有自由权做”），但在某些情形中，基于其与“权利”、“义务”之间长期以来的技术性联系，还是较“自由”更为贴切。在规范文本之外，“自由权”和“自由”并不具互换性：“自由”是指对真实可能的选择不存在事实上的限制，而“自由权”则特指不存在规范施加（或权力机关施加）的义务。若规则设置的义务并非强制，则个人仍有实施被禁止行为的事实上的自由。在这种情况下，个人可以（事实上）自由地实施其没有（法律上）自由权实施的行为。反之，在现实情况阻止我们实施法律上许可的行为时，我们有（法律上）自由权做，但（事实上）却无法自由地做到。例如，A和B都有法律上的自由权，将他们在街上看到的一张无主十元钞票据为己有，但B的位置更好、腿脚更快，先到先得，这就使A无法实施他有法律上自由权做的事。因此，两种情形就是：不可以做但有能力做，以及可以做但没能力做到。

若造成行为不能的直接和间接原因是他人的行为或策略，而非人为因素，如疾病、疏忽、身体无力、自然规律、神意等，即可说行为人没有事实上的自由。¹³ 其特别情形是，当法律规定行为人不能做某事时，“他人”即指立法者、警察和执法人员。我们可以生造“事实自由权”一词表示其受到法律限制，与受到他人或其他因素限制的“事实自由”相对。这样，我们可以将“事实自由权”视为“事实自由”的一种，即伊萨尔·伯林所称之“政治自由”。¹⁴ 由于“自由”较“事实自由权”含义更为丰富，可将后者视为前者的一个特例情形，这样，我们就可以选择适当措辞，对自治的含义进行充分分析。

在第一卷第五章第七部分，我已经做过简单分析。现在可在区分行为自由（包括实施自由权，即政治自由）与选择自由（自由意志）的前提下，将论证进一步抽象化，并增加对后者的简单分析，作为对前者之前分析的补充。行为的自由程度并不取决于我们的性格或力量，而完全取决于我们所处的环境。在环境许可的可选择范围内（铁路比喻中，指岔道口没有锁死），我们都有自由任意行事。对于行为 X 来说，某人的“开放选项”意味着，只要他愿意，不存在任何客观因素阻碍他实施 X 行为；要是他不愿意，也不存在任何客观因素强迫他实施 X 行为。他想做的事、他选择做的事、他对选择的理解以及他对环境的认知，包括当时周遭环境的温度，对他作出何种选择都无关紧要。外部限制和障碍的存在决定了他可选择的范围。（如果我们现在说的是政治自由，就是指政治或法律上的限制。）就行为自由而言，可以按叔本华对“不理世事者”的描述来理解：“我能按己愿行事。如果我想往左走，我就往左走；如果我想往右走，我就往右走。这完全取决于我的意愿，因此，我是自由的。”¹⁵

不过，叔本华很快就提出了另一个问题：我（有时）能按己愿行事，但要是我没有自由意志呢？不受干涉地按己愿作出选择到底意味着什么？例如，酗酒者可能有强烈的愿望不想再多喝一口，但只要瓶子拿在手里，他就会绝望地发现自己作出了违背己愿的选择。这样的人或许有行为自由（不管怎样，这都是值得的），包括政治自由（法律既不要求亦不禁止他再喝一口），但他其实并没有作出选择的自由（自由意志）。¹⁶他在选择时是自由的，但对于己愿来说，他的选择却是不自由的。他因为并不欠缺选择权而痛苦，由于心理能力的欠缺，他还是屈服了。¹⁷尽管他的选择是开放的，但真正能够作出的选择却已经关闭了。就像铁轨网络上的岔道口，基于个人的心理因素，某些选项开放着，而另一些选项却关闭了。我们有自由作出的选择只不过

是那些开放着的部分，其中的选项其实我们永远都不希望选择（表 19-1）。

表 19-1 自治、自由权及自由的法律含义和事实含义

事实上的自治：自我管理的实际条件

法律上的自治：自我管理的自治权利

法律上的自由权：由规范或权力机关授予的特权的司法概念。不存在法律（或权力机关）规定的义务。

事实上的行为自由：对行为的实际或可能的愿望，不存在任何外在人为因素施加的限制。（实施行为的选项均开放）

事实上的选择自由：对行为的实际或可能的愿望，不存在任何内在限制。（进行选择行为的选项均开放）

事实上的政治自由（“事实上的自由权”）：事实上的行为自由的一个子类，不存在由执法的政治机关施加的限制。

如此说来，自由当然是人生中一个非常重要的好处。前文已述及（第一卷第五章第七部分），对绝大多数人来说，保持最低限度的实质自由就是某种福祉利益，而保持更多的开放选项则是某种安全利益，而一些人在享受尽可能多的自由当中包含了某种超出必要性和安全性以外的“累积性利益”。对于我们中的绝大多数人来说，最低自由和经济富足、健康一样，都是实质好处。¹⁸ 更多的自由对许多人来说，就像让人珍视的艺术品、自然美、冒险、满足感、权利或爱。但我们必须认识到，自由只是众多好处中的一种，人们早就明白，有时没多少自由也一样要生存，理性的人们往往愿意用自由“换取”其他好处，比如简单的满足感。哲学家则声称，太多的自由会成为“可怕的”负担，有时，和其他好处相比，自由的“价格”并不划算。法律上的自治者在以自己的价值观作出自我判断的前提下，当然可以保留以其事实上的自由“换取”其他好处的权利。

因此，一个道德自治者通过行使自治权减少自己事实上的行为自由的做法并不矛盾。只要他的同意是在自愿且知情的情况下作出的，

他甚至可以自愿接受关闭其行为选项。这种对待往往被称为“行为控制”，搞清楚它为何有时与法律上的自治一致，有时又并不一致将很有意义。这些操控有时用来关闭选项，有时用来开放选项，有时经行为人的同意，有时则并非如此。在这四种情形中，它对个人的自由和法律上的自治所产生的影响各不相同。¹⁹

若外在控制是为了在行为人同意的情况下为其开放更多的选项，那就并未侵犯个人自治，反而扩大了个人自由的范围；因此，这类外在控制最不会有问题。假设某人患有幽闭恐惧症，他无法令自己身处任何狭小的密闭空间，甚至连衣柜也不敢接近。于是医生设计了一套循序渐进的疗法，逐步增加他对密闭空间的容忍度。病人同意如此治疗，完全明白其中的道理，也愿意承担其中可能存在的风险。结果，他的恐惧症治好了。于是，他多了一项选择，面对密闭空间，他可以选择进入，也可以选择进入。这也间接地打开了其他一些选项。比方说，现在他可以走进电梯、在洗片暗室工作或是做衣帽间的侍应生。

另一个病人或许也会在充分了解的前提下，愿意由外部控制关闭其某个选项，进而打开其他选项。例如，一个酗酒者或许会自愿服下某种药物，一旦他在两周内喝下一丁点儿酒，就会大病不起，这会有效地关闭其饮酒的选择。结果，其他一些对他更有价值的选项现在却打开了，他可能获得重生。“他的自由受到控制”，的确如此，但他同意如此，并甘愿照做，因此，这其实成了某种自我控制，就像为自己上了个闹钟，或是其他一些吓唬自己的“恶作剧”那样无伤大雅。

在另一些情形中，人们在明知必定或极有可能失去自由的同时，无法通过获得另一个更大自由获得补偿的情况下，也会自愿同意接受关闭其选项的外部操控。一个身患癫狂症或自杀倾向抑郁症的人会在充分知情的情况下，选择接受心理治疗，尽管这种治疗会令他变成一个听话的乖乖仔，或者令他无法从事他自己的事业，但只要能重新获

得平静，他愿意接受这样的风险。这种风险可能在他看来是合理的，
67 而在某些权力机关看来却并不合理；或者说，与之前那令他难以忍受的状态相比，他更愿意做一个驯服听话的人。同样，这种选择在他看来是合理的，而在某些权力机关看来却并不合理。此类情形为社会政策带来的问题很棘手：应否允许这些人同意接受某种对待，该种对待将以不可逆地关闭其未来选项的方式剥夺他们的自由，而他们自认这样带来的好处高于自由的价值？假定同意是真实自愿的，那么就应尊重个人选择，允许他同意外部施加的控制，如果为了我们所认为的“他的好处”而否定这种选择，就是在干涉他的自治权。自治者有权就自己的人生作出不合理的决定，只要他的决定是真实自愿的（因而就是他自己的决定），且并未损害或限制他人的自由。

最令人反感的情形是在未取得当事人同意的情况下（甚至毫不知情）施加的外部操控，以关闭其未来可能选择的选项。病人或囚犯（这两类人在专制主义国家容易发生混淆）可能会被用药、被施以麻醉，然后被实施脑部切除手术或其他脑外科治疗。少量使用精神药物，或对大脑使用短时间的电击疗法不会带来严重后果，并且是可以恢复的，但如果是在未获当事人同意，甚至是在当事人完全不知情的情况下实施的，则其在道德性上简直与殴打和袭击全无两样。这种情形的道德性与外力干涉者的动机并无关联。无论他是好心好意，还是坏心恶意，其行为的结果不仅完全剥夺了对方的自由，同时也侵犯了对方的自治权。不过，这里的道德问题比较复杂，如果病人已经丧失了自我管理的行为能力，因而也就丧失了作出自愿同意的能力，他也就没有什么自治可以被侵犯了。果真如此，则他在自由或自治方面，情况并未变得更糟，外界的控制或许能够减轻他的痛苦与焦虑，从而为必须照管他的人提供便利。而尊重个人自治，就是让他每一次都有犹疑的权利，每一次都有改善际遇却又不会永久摧毁其自

治能力的机会。

最后一种情形恐最为棘手。外在操控打开了个人选项，增加了他的自由，却并未取得他的同意。这里，个人“被强加了自由”，但他没有默许，也并不知道，甚至与他的意愿相违背。正因为是不自愿的，这类外在操控必然侵犯了个人自己做主的权利，侵犯了个人为自己的未来作出选择的权利。它一方面限制了个人自治，同时却扩大了个人自由（通过增开选项）。在不涉及第三方利益的情况下，每个人的自我管理权都应优先于殷勤的赠予人出于为了他好的目的而操控他的“权利”，无论那好处是健康、财富、欢愉还是自由。就个人自治而言，即使是个人自由的增加亦不应成为未经同意而侵入个人领域的理由。个人自由、自由权，或其他个人好处，都不应凌驾于法律上的个人自治之上。

68

四、自由与自治的自动丧失

在区分事实上的自由和法律上的自治（个人管理）的前提下，放弃好处的自治与放弃个人管理权的自治并无不同。二者都可能发生，且均非他人之力可以阻止，只要个人自治领域的边界符合涉己－涉他原则且出于自愿即可。如果我们以约翰·斯图尔特·密尔（排除他偶尔表述不一致之处）及广义的自由主义传统为前提，自我管理的个人领域以其所有不严重影响他人利益的活动构成，那么，我们就可以说，尊重个人自治就是尊重个人选择为唯一的正当决定，除非需要保护他人的利益。如果为了保护某人不受其本人糟糕决定的损害而强迫其为或者不为某行为，即使没有任何其他人受到影响，此人的自治权亦已受到侵犯。从道德层面看，这种情形正如一个主权国家侵犯另一个主权国家的领空或离岸水域，或者一个国家派出军队占领了另一个国

家的岛屿，都是对另一国主权的侵犯。无论以何种名义——好处或福祉、健康、财富甚或未来的开放选项等个人安好的本来要素——干涉自治者，都是对个人自治的侵犯。不管怎样，主权国家都不能借口好心来主张其干涉他国的权利，所以，个人又怎能借口为了他人的好处而强制其他自治者呢？

由此，则增加事实自由（开放选项）的外在强制与意在推动个人安好的强制或禁止意思相近。家长当然有权利和义务阻止小孩损害自己
69 的未来利益，即使并未取得小孩的同意。在孩子成为自治的成年人并行使自治之前，父母有责任使孩子的人生获得尽可能多的开放的核心选项。²⁰但家长主义令人生恶之处就在于它强行阻止一个自治者以其个人“开放选项”换取其他利益的自愿行为。一个理性的成年人很可能有充分的理由放弃自己的所有好处，甚至在极端情形中终结自己的生命，或者卖身为奴，这些行为都可能不可逆地关闭他人生的绝大多数关键选项。即使我们不明就里，即使在我们看来他不太理性，我们亦应想到，他是在作真实自愿的选择。尽管这样的选择在我们看来并不合理，或者是我们绝对不会作出的选择，对于他却并非疯狂的或不负责任的选择。在某些情况下，我们不如将其视为圣徒般的、英雄的、无畏的、冒险的、浪漫的或者奇怪的选择。如果选择者是一个自愿作出决定的自治者，那么这个选择就该由他自己而非任何旁人代他作出，当然，责任也该由他自己来承担。这就是我们视其为控制自我的自治者必然的结论。用密尔的话说，所谓完全的自治者就是“以己力安排个人际遇”，²¹即使这或许会令他在未来丧失自由。

这个道理同样适用于自愿拒绝增加个人自由的情形。如果我们坚持认为，权衡的一方是由开放选项的数量和质量构成的事实自由，另一方是意味着作出个人抉择的自治，我们就能理解卢梭那句不太出名的话——“被迫自由”（尽管或许这并非卢梭的本意）。²²尽管这话

言之成理，但并未鼓吹个人自治可以容忍以提升事实自由作为干涉自治的正当理由。通过强制力扩展个人自由确有可能，果真如此，个人的某些选项被强制关闭，同时，更多的或者更好的选项被打开。某人在被强力从一个冷酷的警察国拖到一个民主国的过程中手脚并用、拼死挣扎。他这样做可能出于习惯和对家庭的忠诚，甚至是出于对专制国家的偏爱。并非每个人都希望获得开放选项，有人可能会视选择为负担。无论这个人抗拒的动机为何，这种选项本会给他带来更大的自由。必须强调——并且这也正是我的主题思想——无论我们的出发点如何良性，如果我们强制某人违背意愿进入其并未选择的状态，就是剥夺他对自己人生的控制权。我们可以告诉他，从长远看，更大的自由更符合他实现个人好处的要求，但如果我们只是将自己的好心强加给他，就侵犯了他的自治权。

70

个人对法律自治权的自愿放弃是否在个人自治的适当领域内呢？如我们所述（前文第十八章第五部分），政治国家宣布放弃部分主权的做法不存在概念上的或（必然的）道德上的困境。帝国可以放弃对殖民地的统治权，联邦可以赋予自治权完全独立。但很难同样想象一个人宣布放弃“部分”自治，除非是奴隶主宣布解放他的奴隶，放弃对他们的“统治”，或者更牵强的例子，如，捐献者放弃对自己的肾或者“其他自治部分”的“自治”。个人完全放弃自治，或者干脆“不想”成为独立的人如同政治国家的国会作出自我解散的决定，倒更容易理解。

想想政治国家自愿放弃自治的例子。如果加拿大议会根据宪法规则匿名投票，决定接受邀请成为美国的第五十一个州，但却因苏联的武力威胁、英联邦的抵制和联合国的谴责而受到阻止，加拿大或许会声称，阻止其实现目标的外部强制侵犯了它的自治主权。加拿大可以指控阻止其“自决”的外部强力造成的侵犯不亚于侵犯其在当下直

至未来保持独立的主权。我认为，至少从政治国家层面上说，这样的指控是站得住脚的。

这个例子说明，在政治层面上，主权国家放弃主权的说法是讲得通的，此处主权的概念即其原初含义，既无不妥，亦无矛盾之处。如果将主权的概念由国家转向个人，我们期待在个人放弃自治权问题上包含同样的意蕴。当然，读者还是可以否定所谓个人主权的概念，但如果你不反对这个概念，就必须接受其内涵。

71 五、完全地、不可撤销地丧失自由：自愿为奴之谜

完全地、不可撤销地丧失自由或自治权究竟是何等情形？哲学家脑海中最常浮现的例子就是奴隶制。奴隶主“拥有”奴隶，就如同拥有桌椅和牛马那样。奴隶主对奴隶的所有权是排他的，也是永久的，反过来，奴隶对于他们的主人却不享有任何权利。²³ 他们要为主人提供廉价劳动；好处则是生计得到保证，一生“无忧”。这种好处恐怕永远也无法诱使人们自愿成为奴隶。奴隶往往是战争中的俘虏，被迫为奴，或者在未来获得自由的许诺下为奴，并有铁腕甚至必要的暴力措施作为保证。若真有两人约定，一方成为另一方的奴隶，那么，这种约定，正如密尔提醒我们的，“在我们这个国家，或者其他文明国家里……无论从法律上，还是从舆论上，都不会强制其得以履行。”²⁴ 这个荒唐示例所提出的问题就是，判定约定无效的依据何在。如果唯一的理由是法律家长主义，那么，在这个极端例子中，自由主义者要么追随其后，承认家长主义可以成为立法的有效道德依据，要么必须否定禁止“自愿为奴”的法律是道德自治的。

当然，这个例子存在虚假性。首先，它并非直接涉及刑事禁止。无论在哪个文明国家，自愿签署为奴合同的行为均非犯罪。国家只是

拒绝提供保障，令其产生法律义务，正如国家拒绝为同性恋婚姻和重婚提供保障。同性恋者和重婚者或许因此抱怨国家侵犯了他们的自由权，但这种抱怨没有任何效力。国家不提供保障（国家权力）的法律效果不同于国家以刑罚威慑法律义务的违反者。“不遵守”某项不存在的法律权力如何可能呢？其次，如约翰·霍德森（John D. Hodson）所指出的，“法律拒绝使奴隶合同生效并不能阻止有人事实上过着奴隶的生活”。²⁵我要补充的是，正如法律拒绝宣布同性恋婚姻有效，或者宣布一人与另一异性的婚姻有效，却并不能阻止他们同居，如果当事人各方都自愿在道义上结合，那么，并没有什么力量能够阻止他们那样做。

72

不过，法律拒绝承认奴隶合同确实会对刑法产生间接影响。若合同有效，如果有第三方“解放”这个奴隶，那么他将因为侵犯奴隶主的财产权利而构成类似盗窃的犯罪。此外，若合同有效，等于奴隶主已事先取得奴隶的同意，可以对其为所欲为——类似某种不可撤销的空头支票——奴隶主享有以各种方式虐待奴隶的特权而不会构成犯罪。不承认奴隶合同的法律效力亦即排除了奴隶主受到非法监禁（如果他把奴隶锁在后院）、殴打（如果他对奴隶进行体罚）、谋杀（如果他毁灭自己的这份“财产”）等指控时的辩护事由。另一方面，如果奴役只在事实上存在，那么，奴隶主可以对奴隶实施的行为要视其是否事先取得奴隶开出的空头支票，并以此界定奴隶主的权利范围，但这并非额外限制，所以他并未因此丧失任何自由。

但拒绝承认此类合同的法律效力是否侵犯了奴隶的自由呢？霍德森认为没有，理由是奴隶还是可以“以各种与奴隶主有关的方式”跟随主人的意愿，“他可以只听从主人的命令或允许行事，他的人生可以完全交给另一人号令”，²⁶即使这种奴役仅仅是事实上的。仅当主人的行为构成犯罪时，奴隶方无听从的自由（或者说奴隶主无实施

该等行为的权利)。即便如此,主人亦无任何理由惩罚、关押、毁损另一人,哪怕这个人是最心甘情愿的奴隶。这样做只能显示主人的恣意残酷——是个施虐狂,如果愿意,你可以将国家拒绝承认奴役合同的意图理解为关闭那个将会成为奴隶的人的受虐选项。这种关闭发生在他成为事实上的奴隶之前,因此,国家并未剥夺其任何已有的自由。奴役合同能够给予他的唯一的新自由就是失去自由,只要主人愿意,他就会遭到恣意殴打或杀害。他“选择”接受此等对待令人怀疑其自愿性,当然,除非他“全心全意地爱**老大哥**”,只想虔诚地拜倒在他那无上的意志之下。

密尔认为,就某人自愿签署奴役合同的后果而言,问题是对将要成为奴隶的那个人、而非对将要成为奴隶主的那个人的保护。他的解
73 答将该项政策(不承认合同效力)正当化,其实质是家长主义。我们先把焦点集中在自愿为奴的那个奇怪的家伙身上。按照正常思维,究竟何人甘愿与他人建立这样的关系?(如果其思维不正常,缺乏构成有效意思表示的自愿性,则国家应当拒绝承认合同效力并未侵犯其自治权。)可能的动机有两类:要么这个人觉得奴役本身很有吸引力;要么他为了获得由主人给予的其他利益而甘愿忍受奴役。就前者而言,他可能有着强烈的赎罪愿望,希望通过自我贬损达致极度自律;或者他感到某种哲学上的责任,要求他通过对他人全身心的服务和无条件的承诺摆脱个人中心感;或者是某种宗教上的需要,要求他来到最底层以培养谦恭的态度。这当中,有些动机的真实性令人怀疑,必须在合同生效前仔细审查当事人的自愿性,但要坚持逐案审查又将落入教条,同属一类的所有动机都不会通过自愿性测试。自甘为奴的某些动机并不比圣徒般的苦行主义更疯狂,后者在沙漠上过着隐修士的生活,衣着褴褛,克制肉体。

如果从第一类动机出发,那么,将为奴隶者并不需要和奴隶主签

署任何法律合同。只要他想受到事实上的奴役，法律上并不存在任何障碍。若他终生不悔，只需对自己和主人作出承诺即可，正如未曾结婚的爱人之间，即使没有法律效力，亦可盟誓永结同心。因此，除了为避免受到犯罪行为的损害而将极端情形排除在奴役合同之外，对于将为奴隶者来说，实在没有必要签署任何合同。从他或者国家的角度出发，还能找到其他理由说明该等合同并无必要。在未知的将来，如果奴隶改变心意，想要逃开这约定，既然不存在不可撤销的合同，那么，他想不做就可以不做，这当然对他有好处。如果他永远都不改变心意（主人也是如此），那么，即使没有合同，他也可以继续遵守先前的约定。在极端情形下，他或许希望有一份合同能够确保主人不改变心意，但只要他全心全意服从主人的意志，就不可能要求将自己的意愿强加给主人。

仍然假定奴隶出于第一类动机，且对主人无其他附加考量，那么，合法的合同会给奴隶主提供何种保护呢？首先，这个合同很古怪，它 74 只要求奴隶对奴隶主作出承诺，而并未对主人施加任何义务。假定法律规定这类合同具有合法性，国家在保证履行合同上其实也全无用处，因为本来主人在合同里就不存在任何投入可供“保护”。他既未提供报酬，亦未给予承诺。使某个对他的承诺有效而不要求他转而作出任何承诺——针对某个不可撤销的承诺——这样做何止是“保护”他，简直是发给他一个天大的好处。并不是非得成为一个法律家长主义者才能找到反对这荒唐政策的理由，从常识上说，法律不这么规定并不会侵犯任何人的自由权。

将为奴隶者的第二类动机更具合理性。他甘愿匍匐于某个特定主人脚下并非因为被奴役正投其所好，或者出于哲学或宗教上的责任，而是那将为奴隶主者的某种施与吸引了他。如果我们仍讨论奴隶被视为动产而丧失所有权利的极端情形，那么，该项施与就必须在那

人成为奴隶之前即行交付，那时他还是一个自由的交易者。如果那是往后的报酬或最低工作条件的承诺，那么，一旦成为奴隶，失去所有权利的他就无法讨价还价，承诺也会灰飞烟灭。承诺也可能事先给付第三方，即使将为奴隶者真的成了丧失权利的奴隶，该第三方仍有权继续获益。我们可以想象这个类别中各种聪明（但并不诱人）的动机。某人同意为奴是为了让爱人或某项公益事业获得一千万美元，或者为了享有其他超级利益，就像《浮士德》中描述的那样。（那些动机虽然很难想象，却并非全无可能。）我们假定该将为奴隶者无受虐倾向、无精神障碍、无罪恶感，甚至无个人中心价值观，但他是一个慈悲的善人，希望能够借此为某家孤儿寡母提供生计，或者将自己的全部生命献给医学研究或某种政治理想，他的自我牺牲并无个人愿望，但他知道一旦如此，对其未来的自我利益将有极大的风险。尽管情况罕见，但这和赛车或登山的冒险做法相比又有何两样呢？

75 如果给付提前履行，理论上说，买方就应得到法律保护。否则，一旦奴隶逃离，他就失去了一千万美元再加一个奴隶。在这种情况下，赋予奴役合同以法律效力的确可以在奴隶改变心意的情况下，保护为奴隶付出代价的奴隶主的利益。但不予法律效力的理由却更昭然若揭。而合同的效力应以何种方式表现呢？把那逃走的囚犯抓回来；具有法律诉讼资格的个人或警察对所有帮他逃走的人提出民事诉讼；对第三方以唆使逃跑、帮助逃跑、不报告逃跑信息等为由提出侵犯财产的刑事指控。这些做法必将成为不道德的公开奇观，好比眼看着大街上的穷苦人饿死，他们因为曾愚蠢搏命而潦倒至此。这些做法还将践踏众多第三方的合法权益。就奴役合同的法律效力来说，这正是诸多非家长主义式反对理由中的一个。

密尔反对奴役合同具有合法效力的理由又是什么？以下这段经常被引用的文字精炼地表述了他的全部理由：

在这种极端情形中，限制个人自愿处置人生际遇的理由是显而易见的。[一般而言，]除非为着他人的原因，不干涉个人自愿行为的理由就是考虑他的自由权。他的自愿选择证明了，对他来说，那就是他想要的，或者是他愿意忍受的，大体上说，允许他以自己的方式追寻那个选择就是促成其个人好处的最好方式。但卖身为奴等于放弃个人自由；除了这个行为，他放弃使用未来的全部自由。就其个人而言，他摧毁了法律允许其处置自我的核心目的。他不再自由，从那之后，他既自愿身居其中，其未来再也不会会有任何好的预设。自由原则不可能允许他自由地选择不自由。²⁷

对这一论点首要的也是最自然的解释，不是视其为对某种“处置自己人生际遇”的自治权的追求，而是对某人长远好处的追求，或者更准确地说，是对作为个人好处要素的完全的自由的追求。如此看来，密尔非常忠实于他在第一章中作出的不求助于自然权利以及将论证严格限制在功利主义之内的承诺。²⁸ 此处他求诸个人好处，且并不必须涉及公共好处（社会效用），但它的确与某种功利主义的正当化方案一致，而非仅仅求诸自治权。以这种理解，事实上的自由就是某种好处或利益——某种极其重要的好处或利益——失去它，就是某种恶——某种极其严重的恶——包括各种形式的损害。法律的目的就是要将利益性好处最大化，（尤其是）防止各种原因造成的各类损害，⁷⁶ 法律必须以消极的态度看待干涉自由或者剥夺自由的做法。当然，广义上说，除了极端情形，密尔说的是，法律家长主义之所以不可接受，是因为其试图以某种外在概念解释个人好处，这很可能形成自相矛盾的困境。理解的关键在于密尔在这段重要文字中所说的：“对他来说，

他的自愿选择证明了那就是他想要的，或者是他愿意忍受的，大体上说，允许他以自己的方式追寻那个选择就是促成其个人好处的最好方式。”“证明”并不意味着必然性，“大体上”则是说“绝大多数情况下是这样”。将这些谨慎用语与密尔在别处所用的绝对性用语进行比较，他曾说，对他人的保护是确保法律强制正当性的“唯一归宿”；涉己事务“唯一合法的目的”就是个人“单独作为绝对权力”；就本人而言，“个人等于自治”。²⁹如果密尔自始至终都保持这种绝对性用语，他对硬家长主义的反对立场就不会出现任何例外；如果他秉持（而非态度暧昧）对个人自愿选择绝对尊重的原则，哪怕是放弃自由的选择，那么，即使是最极端的自我损害情形，他也会坚定不移地反对家长主义，因为他坚信，有某种东西比避免自我损害更重要。这个关闭了所有通向家长主义大门的原则就是，每个人都有权“按己愿处置自我的人生际遇”，无论那处置如何影响其利益（包括“自由”）或造成损害。

另一方面，密尔在奴隶问题上最终求助的是那句行话，“自由的最大化”。晚近一些学者在这一点上追随于他。³⁰如果这些学者所说的是与法律上的自由权相对的“事实自由”，那就是指在某些情况下是可以通过卖身为奴来获得某种好处的。如果主人是个大善人，他可能允许奴隶享有比以往更多的自由，不过，既然奴隶本无自由，那么这种自由不过是可撤销的授权。在这种法律制度下，奴隶，单单因为他们是奴隶，就不可能享有法律所规定的任何自由（反对主人）。密尔在这段引言中所说的似乎是事实自由，但被授权的奴隶的例子或许足以说服他转指自治意义上的法律自由。如果他正是这个意思，我们

77 对他的话可以重新解释。但自由权也是获得个人好处的途径，自治者可以自愿地用它来换取其他利益，所以，换一种解释未必有助于法律上的自治，也不能提高对硬家长主义的防范作用。

如果硬家长主义仅仅作作为将个人自由及政治自由权最大化的路径而具有正当性的话，那么，它的正当性可远不止出现在奴役这种“极端情形”中。个人自由会随着死亡而消失，因此，为了保护那些求死之人的未来自由，就必须禁止任何自杀或安乐死。阿尼森指出，³¹香烟和油炸食品会缩短食用者的寿命，从长远看减少了他们的自由净利益。对于被动健康卫生的这个“斯巴达王国”来说，我们要终结如此顺坡而下的思路，用的就是“自由主义的”（密尔式）正当化依据。此外，为确保任何可能的未来好处，所有可能导致约定方选项大幅收缩的约定都可能被禁止，因为没有任何其他“好处”能够比得上自由这个好处。密尔本可以用绝对化的方式更好地反对硬家长主义，并将反对奴役合同的依据建立在各种尊重自治的充分理由上。不赞同“可以自由地放弃自由”的原则，就不是真正认同法律上的自治。

密尔的第三种解释似乎并不想将全部论证建立在自由最大化的自由权上，而是建立在个人与 / 或社会效用最大化上，以此将其解释为需要的最大满足和失望的最大减少。阿尼森的论证表明，自由最大化能够非常轻易地融入满足愿望原则。在论及那令密尔认为应当禁止香烟和油炸食品的滑坡理论时，他写道：“要想避免得出这个结论，可以主张权衡行为人所享有的不同自由的重要性，即一个爱吃油炸食品的人因不能享用油腻餐食而失去的自由多过他因此而获得的更长命更健康的自由。但这种策略极易令自由最大化原则滑向效用最大化原则。”³²这个原则会悄然从“开放选项”变成“优先选项”，继而变成“个人愿望”。在特定情形中，人们可能被阻止做某事，理由是他的现实愿望可能会影响他人生中的未来愿望。这种解释摧毁了这一立场所认同的事实自由的核心作用，而密尔并不认为该立场适于论证个人好处高于个人自治权，它只能成为被动谨慎的依据以及另一个针对家长

主义的无效拦截。总之，它对自治成年人说的不过就是，不能随心所欲的唯一理由就是“你以后会后悔的”。

78 对那段引言的最后一种解释可能会令其稍稍偏离密尔在《论自由》中的主旨。密尔常常提到的政治比喻，如“主权”、“领域”、“王权至上”等，表现出对法律自治权的极大尊重。在同一章的另一处，密尔显示他极其熟悉也牢牢把握了法律上的自治权与事实上的自由之间的区分，尽管他从未使用过“自治”一词。理查德·阿尼森提醒我们注意密尔对摩门教一夫多妻制的论述，³³ 他的认同态度颇叫人意外。阿尼森指出：

密尔把一夫多妻的婚姻描述为“钉牢在群体中一半人身上的枷锁”。那很像一个不明是非的人自愿签订卖身合同，除非可能性很小的例外，从长远看，摩门教中的妻子等于放弃了自己的自由。密尔清楚地将其对一夫多妻制的“非难”归结于该制度“直接违背”了自由原则。但尽管一个这样的妻子生活不自由，但她却过着自治的人生，如果这样的生活是她本人在毫无外力强制的情况下作出的选择。关于一夫多妻制，密尔说道，“必须记住的是，这种关系当中的女性可能被认为是受害者，但她在此所表示的自愿与她在其他形式的婚姻制度中所表示的自愿其实相差不多。”密尔在这段话中表现出的犹豫源于他的某种怀疑，如果一个社会能够容忍的要么是缔结某种形式的婚姻，要么就得做老处女，人们对婚姻的选择究竟能够达到多大的自愿程度。³⁴

我对阿尼森这段话唯一挑剔的是那句“过着自治的人生”。在一些假设的情形中（无论一夫多妻的情况是否如此），人可以自治地选择再无法律自治权的人生，但将这样选择的结果描述为“过着自治的

人生”是有误导性的。当然，这的确是一种自由选择的人生，干涉这个选择就是对选择者作出该选择时的自治权的侵犯，就是没有将其作为自治者加以尊重。我这样说，阿尼森应该会同意。

如果人的全部自治都可以让渡（有效撤销），那是否意味着没有什么是不可以撤销的？我认为，这个问题的答案是，即使是自治者，亦不能让渡自己的义务，不能让渡自己行为所应承担的责任。假设奴隶主 A 命令自己的奴隶 B 杀死无辜第三人 C。为了遵从命令，B 必须违背自己对 C 的义务（不杀他），而这与 C 对他的权利（不应被他所杀）逻辑相关。B 让渡自己的义务就等于让渡 C 的权利，这是很荒谬的。即使是自治者，亦无法放弃本不属于他的东西。如果杀人以后，B 辩解说他不过是 A 手里一件毫无个人意志的工具，“工具是不会杀人的，只有人才能杀人”，这个借口是不能被接受的，正如战 79
时屠杀平民的暴行不能以遵从长官的命令为免责事由。没有人能够让自己变成完全执行他人意志的工具。即使自治者亦不能让渡自己的终极可责性。³⁵

六、奴役合约不具法律效力的其他根据

余下的内容是法律拒绝认可奴役合约的其他依据，其中一些依据涉及自治。有一种论点是基于最小可能的情形，即同意成为他人奴隶的人怀有高度自愿（参见第二十章第七、八部分）。既然在这种情形中，对权利的放弃是完全的、不可撤销的，那么当中所体现的自愿程度就应高于其他类合约中的自愿（恐怕除了对自杀协议和安乐死的自愿性要求）。因为风险过高，错误的可能性必须被降到最低。自愿的奴役合约并非毫无可能，但由于太过值得怀疑，对自愿程度的检测必须是彻底的、长时间的，成本必定很高。检测自愿程度的法律机制将

非常繁琐且不具可操作性。这些程序得从财政经费中开支，终究花费的是纳税人的钱。（在各种花费中，心理咨询费特别昂贵。）当然，过多地依赖财政开支作为某种实际理由反对奴役合同是错误的。我们可以假设，这种合同的数量是很少的，即使个案的花费很高，总数却并不大。此外，可以要求将为奴隶主者支付这笔测试费用，而不是让公众承担这笔开销。³⁶更重要的是，并不存在什么特别准确的方式可以判定自愿性，即使付出昂贵的成本，法律机制仍可能是极不可靠的，一些精神病患者或许会因此成为奴隶。在证据并不确定却完全可以一般性地推定不自愿的情况下，风险最小的办法就是国家对每个个案均假定当事人不自愿。理性的当事人可能因这个政策而面对不公对待，但若非如此，可能会有更多的人受到不当（错误的）奴役，因此，绝对禁止所造成的恶较个案允许的恶小。这种观点所包含的原则为如下两种：（1）100 个人被错误地拒绝其被奴役，也比 1 个人被不当奴役好；（2）如果我们允许“自愿为奴”，那么，无论我们对自愿性的检测多么谨慎，还是会有很多人被不当允许而受到奴役。

阿尼森提出了质疑自愿性的一般理由。他将奴役合同比喻为高利贷，协议双方的交易地位不平等。当一方的初始优势远胜于另一方时，就会对弱势一方产生“强制效应”（参见第二十四章），使其主观意愿并非充分自愿。在饥荒时期，B 快要饿死，A 打算以离谱的高价把一片面包卖给 B，B 除了付钱其实别无选择。如果国家对面包强制限价，它并非为着某种假定的“理性意志”能够更好地实现自我好处；而是为了让人表达真实意愿，既不饿死，也别花光所有积蓄，从而避免第三方利用优势地位损害其利益。“我觉得”，阿尼森写道，“这类非家长主义式的解释可以通过非常现实地将反奴役合同或反高利贷合同的法律正当化。”³⁷ 我却没他这么有把握。如果将为奴隶者正是那些身处绝境而承受巨大压力的人，他们可能会为了实现某些欲

望，比如得到一片面包，而付出任何代价，甚至是永久的奴役。反奴役的法律其实就是反高利贷法律和反敲诈勒索法律的极端形式。对于以提供食物诱使他人承诺为奴的行为，或是在身陷绝境者当中公开招收奴隶或进行敲诈的行为，法律若要施以刑罚处罚，甚至可以依据非家长主义立场作为正当化的理由。但我所能想到的对奴役合同持理性同意态度的最具说服力的例子，应该是那些极为慈悲或理想化的人，他们并非身处绝境，何况换取的不只是一片面包，而是百万家财。人们在完全的专制之下，往往“被迫”同意服从，他们需要主人为他们提供保护。（这也正是罗马帝国灭亡后，于一片混乱中滋生出种种封建体制的原因。）因此，阿尼森为论证禁止奴役合同的法律的正当性所进行的理论重建，对于当今时代的国家来说，不具有“现实性”。

至少还有两种关于反对奴役合同合法性的理论，一个是在特定前提下援引（公共）损害原则，另一个则是法律道德主义的一个相对容易接受的版本。前者对于密尔的追随者当然适用，后者则显然不行。密尔或许能够接受的解释是某种“公共义务”观点的变体，该种观点在 19 世纪常常被用于反对承认奴役合同，即使合同当事人并不存在贫穷、疾病或饥饿的风险。我们可以任由失败者们轻率地赌上自己的性命，而不必抱有同情之心，“他们既然自掘坟墓”，我们可能会以维多利亞式的语气说道，“那么他们就躺进去好了”。可是，这样会使整个人性变得冷酷。它会刺激某种冷漠的情感，令慈善行为变成对于真正具有慈悲美德的人的经济惩罚。现实地说，我们决不能眼睁睁看着别人在自己眼前死去；但如果我们施以援手，我们就不可避免地要花上一大笔钱。这从利己角度来看，显然是个人不愿冒的风险，那么，要么花钱，要么带着不忍掉头离去。这种观点同样适用于奴役合同，特别是当奴隶改变心意时的情形，即可间接适用损害他人原则。

针对奴役合同的道德论证或许最终经不起推敲（参见第二十八

章至第三十章), 但因为它至少是非家长主义式的, 还是值得在此提及。可能有人认为, 在这双方自愿的“苛刻而昧良心的”的合同中, 最令人不能忍受的并非其中一方甘愿承受风险, 而是一方对另一方的“剥削”或利用。根据这种观点, 要阻止的是一方对另一方的弱点、愚蠢、疏忽的利用。一个软弱、愚蠢、轻率的人自愿选择承受自我损害的风险, 这当然没有问题, 但允许另一方因这个人的代价受益却是毫无道理的。(但这个原则只能适用于极端情形, 否则, 它将阻止所有形式的竞争活动。) 对于自愿奴役合同来说, 反剥削的目的可能并非阻止一方自愿为奴, 而是阻止另一方成为奴隶主。这个观点的基本原则其实就是某种法律道德主义的立场。像拥有桌子或者马匹那样拥有另一个人在本质上是道德的, 因此, 应该为法律所禁止。尽管反剥削原则为书中各类不同的犯罪, 如倒卖票证、卖淫、敲诈勒索等提供了一个非家长主义式的解释, 但自由主义者并不会认同这个原则。

七、对来自自我的决定：承诺及其可撤销性

82 理论上说, 奴役合同的结构适于用作理论检验, 但反过来说, 也就没有什么实用价值。更为人熟知的情形则是以某种不可撤销的承诺, 如声称将未来的自我维系于他人。这些承诺是不可撤销的, 但与奴役合同不同, 它们既非完全的承诺, 亦非永久的承诺, 因为其中所承诺的行为往往设定在未来某个特定的时间。它们既可能源于合同约定, 如销售者承诺不在同一座城市开展竞争性营业; 也可能源于非合同的许诺, 如 A 要求 B 许诺, 在必要的情况下, 未来可以强制 A 实践此时对未来立下的决心。

这些情形为自治理论提供了重要的检验示范, 它们表明, 一个充足的个人自治概念何以不仅要标明个人领域的“空间”边界, 还必须

提供可漂移的“时间”边界。个人往往在某个特定的时间通过行使自治权，决定在未来某个时间终结自己的自由，可是，当那个未来的时间到来，这个人还是可以改变主意，要回自己的自由。在某些情形中，早前的放弃可以被视为是暂时的、可撤销的；而在另外一些情形中，早前的那个自我或者通过合约限制其撤销己愿，或者对同意一方提出明确指示，令其不受任何来自未来自我的相反指示。眼下的自治能否主宰未来的自我？我能否现在就取消未来自我改变主意的权利？或者，如密尔所说，我唯一不能取消的就是未来自我的自由？

我们不如先易后难，在眼前自我要求约束未来自我或未来自我要求改变主意之间，到底哪一种要求更接近自我的真实意愿？更能反映选择者的长期禀性？如果未来自我和眼前自我作出的选择均非出于真实自愿，问题会相对容易些。按照这个思路，可以找到很多后期选择无效的鲜活事例。例如，我请一位朋友五点钟叫醒我，并且告诉他不必在意那会儿我可能会提出的抗议。到了五点钟，睡得正香的我被叫醒，即使那时我改变了主意，我的那位朋友也有权遵从之前那个头脑更清醒、决定更明确的我所作的选择，而不是现在这个昏昏欲睡、前言不搭后语的我所作的选择。同样，如果我有酗酒的问题，我告诉主人，在下个星期的聚会上千万别让我喝下超过两杯的酒，“不管我那会儿说什么”，请他务必按照我的要求来做，如果到了那时，那个任性的、兴奋的、自我放弃的我推翻早前的我所说的话，那么，主人就应该遵从早前那个更有自控力的我提出的要求。

同样，如果后期自我作出的“选择”是受到强制或欺诈而产生的非自由意志的结果，从而导致早前自我与后期自我之间发生冲突，那么，他人应该支持早前的我。这些理由完全可以用来解释奥德修斯的士兵不给他松绑的决定，因为当时奥德修斯正受到女妖赛壬的蛊惑。³⁸ 奥德修斯的船驶离女巫喀耳刻的小岛时，喀耳刻就警告说他正在踏上

83

危险的旅程，第一个危险就是赛壬的地盘，她那美妙的歌声会迷惑所有听到它的人，并最终让他们走向死亡。听从喀耳刻的建议，奥德修斯让所有的水手都塞住耳朵以免受蛊惑，但他自己却想要听一听那美妙的歌声。为了避免受到迷惑，他让水手们把自己绑在桅杆上，命令他们，在没有走出危险区域时，千万不能松绑，即使他发出这样的命令也不行。在赛壬的迷惑下，奥德修斯确实“改变了主意”，但他的水手非常明智，遵守对奥德修斯许下的诺言，只听从早前那个奥德修斯发出的命令。

另一方面，有时也会出现相反的情况，即早前自我所作的决定与后来自我的相反决定相比，倒不是出于真实自愿。或许，早前的自我因为盛怒或其他干扰判断力的情绪而“神志失常”，后来的自我则恢复了平静和理性。或者，早前的自我因为某个意外事件或者药物作用而情绪低落，硬是要求朋友答应未来做某事，并且表示这要求是不可撤销的，但后来那恢复了平静的自我考虑再三，提出撤回早前的要求。当然，在这种情况下，将早前自我的决定置于后来自我之上，总体上并未侵犯这个人的自治。

最困难的情形是，早前自我和后来自我均出于自愿，却作出两个相互冲突的选择。该优先哪一个选择呢？回答是，在这种情况下，似乎应该更尊重早前的自我。对于这个回答，我们还应该再通过一些直觉上的难题进行检验。首先，我要重申我们可能会倾向的某个关于个人自治的理论。如果早前的自我在充分自愿的情况下，声明放弃未来（或未来某个特定时期）撤销决定的权利，如奥德修斯的例子那样，不接受未来自我作出的相反指示，那么，早前作出的选择，作为自治者的真实选择，仍可继续自由地决定其未来。毕竟，早前的自我和后来的自我是同一自我，并非存在道德性差别的不同个体，只是不同时期的同一个人。“早前自我”和“未来自我”不过是套语。如果从字面

上将其理解为两个不同的个体，只会带来困惑，因为如果是那样的话，我们就无从解释，为何一个完全自治者可以在未经另一个完全自治者同意的情况下，捆绑后者。我们所有关于责任的一般概念，以及诸如许诺这样的道德行为，都必须以早前自我与未来自我在个人身份上的延续性作为前提。缺少这个前提，个人自治概念将无从成立。如果我不能自由地为了眼前利益而放弃未来的自由，我一生的自由“供应量”看似最大化了（与我眼前的意志相对），但既然不允许我现在就决定生命中未来时光里的自由和利益，那么，我进行个人管理的现实边界也就失去着落，那属于未来自我的“事实自由”并不会起到补充的作用（更何况我现在的沮丧与不快会一直持续到那时）。

我们本可以把问题先留在这里，进入下一个讨论，但好奇心促使我们去看看事情的另一面，相反的观点会如何呢？³⁹ 首先要引入一个不同的个人身份概念。若某个早前自我自愿同意或要求未来自我做某事，且该意愿不可撤销，那么，那个未来自我以同样的自愿，希望撤回较早前的选择，这种情况不应总被视为自治者后来“改变心意”，而至少在某些情况下应视之为两个同等的自治个体之间的冲突。并非所有“未来自我”仅仅因为更晚出现，就一定具有与早前自我不同的个性，除非这个“未来自我”在基本价值观上产生了巨变。卖家经过若干年之后，逐渐意识到早前决定不做与买家竞争的生意的想法是不明智的，这种改变绝不仅仅因为现在的她是与作出之前决定的她“不同”的人。一个杀人犯在死囚室待了七年之后，接受教化，真心悔改，人格特性获得重塑，此时，我们完全可以说他是与七年前犯下杀人罪行的那个恶贯满盈的罪犯“完全不同的人”。

在早前自我与未来自我发生冲突时反对早前自我不可撤销性的另一层理由在于，一些令人信服的示例说明“两个相互独立自主的自我”可以成立。唐纳德·里根找出了一些例子，但在我看来，其中

的“心意改变”并没有什么说服力。他认为限制一个可能抽烟的人实际上是在保护另一个人，即他的未来自我，若非如此，那个未来的人将罹患肺癌，会后悔早前的烟瘾，总之，那会是“一个不同的人”。因此——

85

一个不戴头盔的摩托车驾驶者又会如何呢？是什么使她在事故发生后成为另外一个人？我想，答案应该是，相对而言，如果驾驶者不再忽视一个小小的个人装置对个人未来安全的保障，那么，她就成了一个不同的人。当然，这种变化并非必定出现，但一般来说还是有可能的。我想，通常来说，摩托车手并非只是希望自己之前没那么做。她会重新审视谨慎的作风，并在未来改变对风险的态度。果真如此，她就成了一个不同的人，能够保护她免受之前蠢行导致的危险。⁴⁰

当然，这并不是说摩托车手在事故发生后就真的成了另一个人。里根也得承认，摩托车手并没有取一个新名字，领一张新驾照或更换驾驶记录，她的婚姻没有被取消，债务当然也一如从前。里根认为她是一个不同的人，只是在“某些方面”，或者从“某种角度”而言，并不是说她彻头彻尾换了一个人。如果此处的意思仅在于“她过去很鲁莽，但受伤之后，她认识到谨慎的意义，自己也变得谨慎起来”的话，那么，如此遣词无非是咬文嚼字而已。不管怎么说，她还是那个玛丽·琼斯老太。告诉早前的玛丽·琼斯必须做她不想做的事情以保护他人是一回事，依据后来她变得谨慎而不对干涉抱有怨愤来说明对之前的她进行干涉的正当性却是另一回事。这种逻辑明明白白就是家长主义式的。

即使是那个杀人犯改过自新的例子，虽然他的人格的确发生了深

切的变化，但仍然有其他原因使这个例子不能令人信服。对于死囚室里那个温柔敏感的人的描述之所以可以理解，其所预设的前提是那日之前是一个犯下谋杀罪行的野兽。同一自我是有延续性的，他“改过了”，与之前大不相同，但那和死亡或重生是两回事。所谓改过自新，包括追悔、懊悔、内疚以及赎罪的愿望，所有这些都建立在早前那个不法者自我人格延续的基础上，其实质在于对早前不法行为愿意承担责任。否认不法者早前的人格，就等于否认其为自己的罪行所承担的责任，这可就不是悔过了。连环杀手保罗·克伦普（Paul Crump）的死刑被改判为不可假释之终身监禁，伊利诺伊州州长克纳（Kerner）写道，“犯下杀人恶行的那个人格扭曲的人已经不存在了……在这种情况下，判他死刑是没有意义的……”我的理解是，这其实是一种修辞手法，意思是说，保罗·克伦普的人格不再扭曲，所以没必要取他性命。⁴¹

关于人格改变最具说服力的例子却是最不真实的，这类例子来自德里克·帕菲特（Derek Parfit）那颇受争议的论文“未来自我与道德原则”（“Later Selves and Moral Principles”）。⁴²帕菲特的例子与我们当前的目的直接相关，它涉及对并非自愿的未来自我不可撤销的约束：

我们以一个未来几年内会继承大笔不动产的俄罗斯人为例。因为他抱有社会主义理想，所以，他当时是想把继承到的土地交给农民。但他知道，到那时，他的理想也许会消逝。为了避免这种可能性，他做了两件事。他首先签署了一份法律文件，说明他将自动放弃土地，若要撤销，必须取得他妻子的同意。然后，他对他的妻子说，“你要答应我，如果我日后改变心意，让你同意撤销这份文件，你一定不要同意。”⁴³

我们可以想象，正如鲍里斯（唐纳德·里根给他取的名字）早年所担心的那样，几年后他的确改变心意并最终放弃了社会主义理想，而改为持有更保守（更固本）的原则。当他最终继承了那些不动产，他要他那困惑的妻子同意撤销自己早前的约定。如果她立场坚定，就会维护自己对早前的鲍里斯许下的庄重诺言；如果她妥协，就不会让早前的那个鲍里斯约束他现在的生活。早前的鲍里斯在和她作约定的时候，的确满怀真诚，按原则行事，他意志自由，完全清楚未来可能发生的结果。“自治的本质”，阿尼森说，“在于其作出自由选择，然后为这个选择可能产生的全部后果承担责任。”⁴⁴ 如果鲍里斯夫人背信，她就能将鲍里斯从这种对自治、自愿的承诺所承担的责任中解脱出来。他的请求其实正是自治原则的反映。他会问，为什么他，一个自治者，要被那个已经不存在的早前自我所操纵呢？那么，鲍里斯太太究竟该怎么做？⁴⁵

鲍里斯太太在知悉风险的情况下仍自愿作出承诺，那么，她就负有守信的义务。既然鲍里斯已经将未来的某个权利转让给她，那么，即使他后来改变心意，亦不能消除她的义务。仅仅从里根的个人人格理论出发，此义务也依然存在，即使那个早前的里根已经死了，对他作出的承诺却依然有效。显然，承诺在被承诺人去世后仍是有效的，否则，我们该如何解释执行遗嘱的责任以及保险合同的义务呢？但鲍里斯并没有死，他只是变了——变得非常不一样，而对这一变化，早年的鲍里斯已经预见到了，且视之为一种危险，并因此而将自己的权利转让给他人。由此而赋予该不可撤销条款全部依据的事实当然不应随后成为撤销的依据。承诺是有效的，鲍里斯夫人的义务也是一清二楚。

87 或许出于怜悯之心，或者就是出于某种人性，不管怎样，鲍里斯夫人就是心软了，她拒绝履行承诺。背弃义务是严重的道德问题，一旦出现就会导致困境。在极端情形中，在同等地权衡了荣誉、合约的

神圣性以及信任的必要性之后，尽管疑虑重重、勉勉强强，但当事人还是可能会拒绝履行意思真实的承诺。即使是这类情形，亦不能否认被放弃的承诺原本就是真实的义务。⁴⁶ 其中的道德意义就像称蜘蛛为蜘蛛那样明白无误。发明某个人格理论，用以解释未来的自我不是当初作出承诺的自我，其实就是取消人们为自己行为应当承担的责任。违背诺言就要坦承，在某些情况下，比诚信更重要的因素往往是道德意义上的，而非法律意义上的权利和义务。若鲍里斯夫人拒绝将使鲍里斯陷入长久而深切的困境，这对于鲍里斯夫人来说可算得上是背信的一个理由，尽管很难判断这能否作为决定性的理由。决定起来确实很困难，但与其说这是不同义务之间的冲突，不如说是法律义务与其他道德事由之间的冲突。

八、个人自主与宪法性“隐私”

美国最高法院近年来似乎在暗示人们拥有某种作为基本宪法性权利的“作出自我决定的自治权利”，但却冠之以一个极具误导性的名称，“隐私权”。对这项权利的描述随个案而不同，但似乎都会出现“个人自治”一词，用以表明通过个人选择所确定的边界。⁴⁷ 这个“地带”的边界是反对国家干涉的“围墙”：对于受到保护的选择来说，“不应存在国家法律的干涉……”。第一部被最高法院依据干涉个人领域而推翻的刑事法律是康涅狄格州关于禁止“任何人”使用避孕用品的规定，这项法律令指导医师受到刑事指控及刑罚处罚。在著名的格里斯沃尔德诉康涅狄格州案（*Griswold v. Connecticut*）中，⁴⁸ 格里斯沃尔德医生和另一位医生，连同康涅狄格州计划生育联盟，就其生育控制咨询行为所受到的判决提出上诉，所有法官均同意斯图尔特大法官的意见，即这项法律（至少）是“非同寻常的愚蠢之作”，但对于

- 88 推翻它，法官们心中还是有些犹豫，因为这项法律并未与任何为美国宪法明确命名的权利相抵触。斯图尔特大法官和布莱克大法官认为，“非同寻常的愚蠢”并不能成为确定该项法律违宪的充分理由，他们不同意多数意见，这个意见认为尽管未被明确命名，但存在某种隐含的隐私权，它同样受宪法保护。

道格拉斯（Douglas）大法官对于这些无名的权利如何“隐含于”确定的权利当中提出了一种解释。照我的理解，这个解释包括两个部分。首先，无名权利是实现确定权利的必要条件；其次，只有通过确定权利才能推出无名权利。由此，我们无法获得实际的表达自由权利，除非我们在言论或出版权利（核心的确定权利）之外，还有“销售、接受、阅读、研究、思考、教授……的权利和自由”。⁴⁹ 这些隐含的权利很难从法律的严格用词中直接获得，但没有这些权利，宪法性权利将得不到有力的保证，那些核心权利本身也会被动摇，如“表达自由”将岌岌可危。此外，没有这些隐含的权利，核心权利本身的法理解释可能也会变得站不住脚。道格拉斯大法官还指出了《权利法案》没有提及的其他一些隐含权利，缺少这些权利，那些核心权利将变得毫无意义。他打的比方现在已广为人知，即在每一个核心权利的周围都有一个“日食半影区”（阴影区），隐含权利可能（或肯定）就在那里。

按照道格拉斯大法官的用法，宪法中包含着各种隐私权“区域”（注意，是复数），每个区域都是某个基本权利的“阴影区”。道格拉斯法官的说法显示，他所说的“隐私权区域”仅指个人决定区域。个人联系的权利所覆盖的区域即指他，也仅有他本人，有权决定与何人交往、从属于何人；宪法第四修正案赋予他的不受非法搜查的权利暗含他在自己的居所享有排他性的权利。但在别处，道格拉斯似乎又认为隐私权区域只有一个，并由各种隐含权利的复杂组合而成。无论如

何，夫妻决定自己性生活及生育规划的权利都“包含于几个基本宪法权利所保障的隐私区域中”。⁵⁰ 缺少隐含权利，表达自由、交往自由、住宅安全等权利的内涵及其实现的保障都会有所减损。

道格拉斯法官接下来的论点似乎不仅切割了他之前的立场，还试图说明为何这些隐含的权利不能被称作“隐私权”。他指出，康涅狄格州的法律过于宽泛。他对结论的表述不像他的一些同事那样直截了当，“保障婚姻忠诚”是州法律的适当目标，该立法目标与法律本身之间显然存在某些“理性”联系。但即使承认所有这些论点，道格拉斯法官仍写道，“政府不应通过不必要地扩大立法限制范围而侵入个人自由领域的方式，来实现控制和预防违反法律的行为。”⁵¹ 道格拉斯质疑，“我们是否[会]允许警察进入夫妇的卧室内搜查，仅仅因为有告密者说他们用了避孕药。”⁵² 这当然会侵犯我们日常理解的那种个人隐私！但道格拉斯法官暗示的是，这个宪法缺陷可以通过立法禁止使用避孕用品得以避免，但该项立法只应针对制造商和销售商。⁵³ 这项法律不必通过监视密探即可得到执行。道格拉斯法官当然也会同意，这种以最小的侵犯性方式达到国家“合法”目的的立法不会侵犯婚姻隐私。 89

即使侵犯性较低的立法有效地防止了已婚人士使用避孕用品，但这种立法还是会触及已婚人士的自治领域，使他们在自我决定领域内，或者说在婚姻性关系及生育规划方面丧失作出自我决定的能力。自治领域和通常意义上的隐私（无人旁观、无人侵犯，甚至无人知晓的独处自由）并无关联；但对于道格拉斯法官在他的第一个论证中所提出的宪法法理而言，却甚为关键。如果他继续论证下去，他的结论将是，即使是那个假定具有较小侵犯性的立法，也还是会侵犯婚姻自治，而对于能够有效实现的“适当的国家目的”，他会采取更为怀疑的态度。戈德堡（Goldberg）大法官在同意意见中强调了避免不必

要侵犯的立场，进而得出结论，“康涅狄格州有关禁止通奸乱伦的立法是有效的，该法律的合宪性毫无疑问。”他补充道，“这些法律证明，存在某种可以实现保护婚姻忠诚目的的法律方式，而不必‘侵犯受保护的自由领域’”。⁵⁴ 对于戈德堡法官而言，这番话的逻辑在于，宪法有关婚姻隐私的权利就是指独处时不受打扰、不被旁观、不受侵犯的权利，这正是我们通常对隐私的技术性理解。至于更深层次的自我决定和控制的权利，对于法律上的自治而言最应珍惜的权利，照着道格拉斯法官的论点，最后却被冲进了阴沟。我怀疑，如果一开始就由“自治”代替“隐私”，诡辩的危险就可以避免，种种困扰亦可随之摆脱。

90 如果说近年来美国最高法院的判决中的确存在“隐私”标签下关于个人自治的法理，那么，它所划出的个人自治边界究竟如何？有时，由格里斯沃尔德一案衍生出关于隐私新领域的情形令自由主义者受到鼓励，进而相信最高法院所保护的“隐私”就是个人自治，而自治的边界在于事务的性质是涉己还是涉他，一如约翰·斯图尔特·密尔所期待的那样。格里斯沃尔德案所说的婚姻隐私权在艾森施塔特诉贝尔德案（*Eisenstadt v. Baird*）⁵⁵ 中由已婚人士延伸到了未婚人士。在洛文诉弗吉尼亚州案（*Loving v. Virginia*）⁵⁶ 中则被用来推翻南方各州自南北战争以来禁止不同种族通婚的法律，保障人们自愿选择结婚对象而无需考虑种族因素的权利。在斯坦利诉乔治亚州案（*Stanley v. Georgia*）⁵⁷ 中，格里斯沃尔德案所揭示的隐私权被用来支持住宅隐私权，包括有权在住宅内观看色情影片的权利。在穆尔诉东克利夫兰案（*Moore v. East Cleveland*）⁵⁸ 中，最高法院又将家庭的权利延伸到所有居住在同一居所的人。在罗诉韦德案（*Roe v. Wade*）⁵⁹ 中，最高法院允许孕妇在怀孕的头三个月里自由决定是否终止妊娠，而不必担心受到刑罚处罚。

这些曲线作出的判决呈现出某种模式。隐私领域从婚姻关系的

核心领域扩展到非婚亲密关系人士，人们可以自由地决定和谁结婚、何时“生儿育女”、过何种家庭生活，直至是否终止妊娠。这些权利的一个共同点是，它们都属于密尔所说的单纯涉己的个人或群体行为领域。⁶⁰“从一开始，最高法院判决对隐私权的扩张就在向哲学评论家们暗示，密尔的自由原则有可能上升为宪法性原则”，一位哲学评论家这样写道。⁶¹但事实证明，他高兴得太早。最高法院又开始举棋不定，一系列非自由主义的判决认为隐私权不得延展至“公开同居者”，不得延展至虽仅涉己但颇特立独行的生活方式，不得延展至在私人住宅中使用或栽种大麻，不得延展至在同意的情况下于公共场所观看色情影片，不得延展至警察的发长和发式，不得延展至成人私下进行的同性性行为。现在，自由主义评论家们已经抛弃早期的幻想，指责最高法院在构建个人自治领域方面的武断与善变，“既然格里斯沃尔德案已经表明应当保护‘自愿成年人’的权利，那就不该这样堂而皇之地中断已经在宪法中体现出的对密尔自由原则的某种认可。”⁶²

即使是早年的那些判例，如细细阅读，也不见得会使那些认为在美国宪法中可以读到密尔有关个人自治边界原则内容的人感到鼓舞。91
 在基本宪法权利的阴影区的确可以找到隐私权，它确指某种个人自治，而非仅仅一般意义上有关独处或匿名的权利。但揭示这种权利的法官给出的解释却肯定会令密尔失望。原因包括他们对何为“适当的国家目的”的理解，以及他们对个人自治边界的定义。格里斯沃尔德时代的最高法院一直采用一种用来平衡个人权利的禁止性立法的公式：相关的个人自由并不太重要，且不属于“基本”权利。对表达自由和宗教信仰自由的宪法保护最为明白无误，因为这类权利是当然的基本权利。如果法律所侵犯的个人自由既不重要，亦非基本权利，则该项法律若再具备以下两点，即可具备合宪性：（1）它会影响一些具合法性的立法目的，以及（2）它与该目的之实现具有“合理联系”，

易言之，它与该目的之间存在基本的技术性联系。然而，一旦法律所触及的是基本权利（假定宪法所保护的隐私权利也属此列），权衡测试就要严格得多。在这种情况下，国家利益可不能仅为“适当”即可，它必须是“迫切的”。而法律与实现该利益的联系亦不可仅为“合理的”，而必须是“必然的”。康涅狄格州那项禁止使用避孕用品的法律显然并非为达致其立法目的所必要，而由道格拉斯法官暗示、由戈德堡法官（联同沃伦首席大法官及布伦南大法官）指明的防止通奸的目的，倒不失其合法性。⁶³（戈德堡并未直接说婚姻忠诚中所包含的国家利益是“迫切的”，但他认为禁止通奸和乱伦行为的刑事法律“毫无疑问”具有合宪性。）⁶⁴

在更早的一宗康涅狄格州控制生育的案件波诉厄尔曼案（*Poe v. Ullman*）⁶⁵中，哈伦（Harlan）大法官在反对意见中以一种更取悦德夫福林爵士而非密尔的方式提到“公民道德福利”所包含的利益的合法性，并对康涅狄格州的立场表示了谨慎的赞同，即公民的道德性应当“既受到直接保护，即认定避孕是不道德的；亦受到技术性保护，即避孕工具可以最大程度地减少‘因放荡[通奸]行为导致的灾难性后果’”⁶⁶（性病或意外怀孕）。他深入浅出地指出，为实现某个具合
92 法性之国家目的，可以限制个人隐私。“所以，我并非暗示通奸、同性恋、乱伦可以不受刑罚处罚，但私下进行……”⁶⁷ 这些法律与那些受到隐私权限制的法律之间的区别何在？哈伦回答如下：

国家通过强制力禁止婚外性行为或者允许谁结婚是一回事；
在面对一桩婚姻或一种亲密关系时，通过刑事处罚干涉该种亲密关系的细节问题则是另一回事。⁶⁸

哈伦大法官以及他的绝大多数同事和继任者都意识到，只要没有

超出个人隐私的适当边界,“通过法律实现体面”所包含的反密尔的立场具有宪法合法性。最高法院的其他法官所设定的边界较哈伦更为宽泛。但我认为没有一个人敢于采用密尔公式。并非简单依据基本的涉己性,就认定有关婚内性行为及生育计划的决定属于宪法性隐私权范围。如果这就是全部依据,那么,是否戴保护性头盔、系安全带、穿救生衣等决定权亦应受到保护。最高法院通过多种方式反复说明,只有那些最为基本的涉己决定方属“隐私”。伯格(Burger)首席大法官于1973年在一份更早的判决中对这个问题进行了小结。他认为,隐私仅包括“那些最‘基本的’或‘于明定之自由概念中内涵的’个人权利。这种隐私包含并保护于住宅内、家庭内、婚姻内、哺育、生育、养育……中存在的那种个人亲密状态。”⁶⁹包括在住宅内观看色情影片,但不包括吸食毒品,即使在家里进行也不行(有时很难划分界限),也不包括“在公共场合非自愿观看色情影片的行为。”⁷⁰简言之,边界线虽然有时不太规律,但主要还是依那些最为重要的自由,那些在关键的人生抉择中发挥作用、继而支撑其他权利的自由而定。

如我们所见,个人自治的边界也可能更狭小。更吊诡的自由主义者在“涉己或涉他”测试中包含的那个概念有其优点。在诸如于危险情况下系安全带或穿救生衣等轻微的家长主义式法律限制方面,自由主义者可以暂时抛却与家长主义的争论,代之以杰拉德·德沃金的观点,“最后的分析是……我们认为要求水手穿着救生衣的法律是正当的,因为这样就能以很小的自由干涉换取最大程度地减少损害风险。”⁷¹自由主义者或许会争辩说,要是个人自治边界并非围绕全部基本涉己选择而定,而仅仅依据那些“关乎一生的”重大涉己人生抉择而定,那么,无论个人自治边界何在,这种法律都不会触及个人自治。同理,自由主义者也可以举出婚姻、职业选择、体验性的生活方式、食物或药品的使用、性自由、将危险运动作为人生主要内容(如

93

登山)、自杀以及安乐死等问题作为例证。他可以论证说,细微的安全规则并不会影响个人自治,因为他所划定的自治边界狭小得多,仅仅包括那些重大的人生选择,那些对人们的生活产生实质影响或产生基础作用的选择。这正如将国家的领海边界划定为离岸3英里,而非12英里或15英里。如果在一项国际渔业公约中,所有国家都接受将离岸3英里作为标准,就不会侵犯任何国家的主权,哪怕是“微不足道”的国家。但如果有某个渔业强国强逼另一个小国将边界回退12英里,则神圣的国家主权即受到侵犯。这就如同规范婚姻或性行为的法律,不管如何在自治边界的定义上要花样,对于立法的正当性论证都无济于事。

如果精疲力竭的自由主义者既不愿在系安全带这种小事上争执不休,又不愿放弃自己的基本原则,倒是有一个办法,不过这个办法的困难也很多。很多人都抱怨,密尔有关涉己或涉他的区分办法很难操作,⁷²但这里的难处与确定“核心的”、“关键的”、“重大的”利益,或那些“与自由不可分割的”利益、对个人“至关重要的”利益的难处相比,真是不足挂齿。最高法院的经验表明,如果限定个人自治的内涵,适用时将很难避免武断。(例如,我们的“隐私权”允许我们在家里观看色情影片,却不允许成年人私下实施同性性行为。)概念的苍白势必导致适用的困境。

此外,较狭小的个人边界会因个体之间的差异而产生更大的问题。或许,绝大多数不愿戴头盔的摩托车驾驶者无非是为了舒服方便。如杰拉德·德沃金所说,所产生的轻微不便只不过是“对自由的轻微干扰”。但对一些摩托车手而言,驾驶就是他们人生的核心内容,佩戴头盔对于他们的驾驶远征而言,实在是大惊小怪,惹人生厌,妨碍了他们在宽阔的马路上,任凭马达嘶吼、头发飞舞的自由。要是我们允许赛车和登山运动,那为什么要反对摩托车手的浪漫情怀呢?

我们必须再次回到强制性安全法规产生的缠讼（第二十章第八部分）。需要强调的是，哲学评论家们采用的是法律意义上的自治概念，而非事实上的自治概念或自由概念。他或许不会作出德沃金那样的妥协。实际上，“任何对自治的干涉都不是细小的干涉”。它并非刻意通过利益成本给予衡量的某种价值，从这个角度来说，如果没有别的恰当比喻的话，我们不妨说，对个人自治的“细小干涉”就如同对贞操的侵犯，这两个概念在逻辑上均为“要么有，要么无”。

九、身外的尊严：对康德主义的一些批评

我在本章所表现出的在个人自治问题上毫不妥协的态度可能被很多人认为是康德主义的立场。没有任何其他哲学家的名字比伊曼努尔·康德与“自治”概念的联系更紧密了。康德不厌其烦地一再强调，人应当成为目的而非手段，人并非物，作为理性的存在，人享有“尊严”，应当受到“尊重”。不过，我在此阐述的法律上的自治与康德著作中的自治存在重大区别，我所说的概念更具根本性，并且，我毫不怀疑，康德会反对我的这个概念。

康德对人的尊重不那么有针对性和个人性，而是某种抽象的、非个人的（奇怪）理解。我们和康德一样尊重人，不会对人加以特意的区分选择，而是尊重每个人的“人性”；不是尊重人的决定的自愿性，而是尊重他们的“理性”；不是认可他们作为独一无二的创造物，而是尊重人的某种抽象性；不但尊重某种个人尊严，而且尊重个人之外的普遍尊严。康德的表述中包含着我们必须珍惜并保护人的选择的意思，但这不是因为这选择是由人作出的，而是由人包含的某种抽象意义所决定的，这与人的具体意愿无关，梵蒂冈城在人的自治权面前也无能为力。

康德主义的“自治”与此处我们所说的个人管理之间由于彼此特定的道德判断而泾渭分明。自杀是其中一个典型的示例。按照目前的理解，由于涉己领域并无边界，我的人生完全属于我自己，我想怎么做就怎么做，包括终止自己的生命。而康德则认为，从道德律出发，自杀（以及安乐死）已超出任何个人自治的控制范围，应当被无条件禁止。他的观点不仅毫无说服力，并且，对于任何将个人自治视为常识的人来说，简直就是强迫症般的奇谈怪论。

- 95 康德的观点如下：“自杀与我们的最高责任相悖，因为它将使其他所有责任归于消灭；它超出了自由意志的范围，因为自由意志仅当主体存在方得可能。”⁷³ 易言之，人只有活着，才能有自由意志。既然道德规则是为着促进责任和自由，就不可能允许人自杀。（这令我们想到密尔反对绝对的自由，除了使自己不自由，人有自由做任何事。）

第二个观点是，“我们对自杀感到惊畏，因为所有的生物都希望得以自我保存，一棵受伤的树，一个活着的躯体，一个动物都会这么做；所以，人怎能利用自由，这个维护他的生命、体现他的价值的原则，摧毁自己呢？”⁷⁴ 康德总结道，自杀者落于自然之后，和动物不同，人的自杀本身就在回应，他可以通过自治自由凌驾于自然之上。当然，在这个层面上，这个观点显然站不住脚。第三个观点的缺陷更大，当然，这要看如何阐释。至少乍看去就是一个无前提的推论：“没有什么[比自杀]更可怕的事了；如果人是自己生命的完全主宰，他也是他人生命的主宰；要是他随时准备丢弃自己的生命而不愿被捕，那么他就可能参与任何罪恶行径。”⁷⁵ 易言之，要是有人准备自杀，那么他之前犯下的任何罪行都可能得不到惩罚。⁷⁶ 这个模糊的观点经过一定的阐释或评价（但并不容易），不过就是对个人自治的反对。

康德最有力的论证源于人之“人性”，对人的尊重所真正指向的某种内在物。康德的用法会令读者觉得这个概念有别于自我。康德尊

重的并非我，他尊重的是我之内的某种存在，在某些情况下它会成为人的负担，甚至敌对者。看看下面这段著名的话：

人只能毁灭物，兽就是这个意义上的物，但人既非物，亦非兽。如果他毁灭自己，就是将自己视为兽。如果他这样做，就是不尊重人性，令自己成为物，成为自由意志的客体。我们可以视这样的人为物，为兽，可以像使唤马或狗那样使唤他，因为他不再是人；他使自己成为物，并侮辱了自己的人性，他当然不会期待他人尊重他的人性。尽管人性非常值得尊重……⁷⁷

这段话表明，康德对人的尊重是多么非人。他所尊重的人，并非 96
正当控制自己人生的人，而只是某种值得尊重的抽象物的容器，这个容器值得以任何代价加以保护——哪怕赔上他本人。

康德的最终结论是宗教性的，而且在他看来是至关重要的。人与自己生命的联系构成某种隐喻关系。个人（并非“所有者”、“主人”或“治理者”）作为上帝赐予生命的信托人（为他人利益监管财产者），自杀就是对“神圣信任的违反”。⁷⁸或者说，个人生命就是军职，自杀就是“放弃职责而进入另一个世界，是对上帝的背叛，”⁷⁹士兵必须服从长官的命令，“人就像哨兵，除非仁慈之手放行，否则决不能擅离岗位。”⁸⁰最后一个同样是同样曾被托马斯·阿奎那（St. Thomas Aquinas）⁸¹引用过的隐喻，这个比喻与作为管理权的法律上的自治相去甚远：“上帝是我们的主人，我们是他的财产；他所做的一切都是为了我们。奴隶受到主人仁慈的照顾，一旦违背主人的意愿，就应受到惩罚。”⁸²我看不到这种奴隶（财产）与主人（所有者）的关系如何产生有关人性尊严的理念。实际上，“尊严”在康德的三个宗教比喻中都是一种被借用的尊严或被反射的荣耀，而非包含核心利益、目

标和理想的独一无二的人的拥有物。康德认为，人只是投资人、命令者或所有权人存放贵重金属的安全库房。

保罗·拉姆齐（Paul Ramsay）接受这种概念并表述如下：

要看到生命尊严的宗教意义，就要看到，**围绕**在生命周围的尊严并不存在于**人自身**，人所能获得的最大尊严是人身以外的某种尊严……人的尊严在于上帝对他的态度，而不在于他本人对自己的期待……人生的价值最终决定于上帝的赋予……他（人）的尊严是“某种身外之物”，某种不属于他、而被神圣律令加诸其身的价值。⁸³

无论这个概念有何优点，在我看来，它绝非“宗教意味”的有关人性的唯一概念。我看不到在上帝创造人与上帝赋予每个人以固有的独特价值、通过努力更获尊重的能力以及与生俱来的自治权之间有何矛盾之处。

我认为康德的观点不具说服力的理由主要有两点。首先，它将人的尊严感视为并非指向特定人的抽象物，作为其个性的一部分。我不明白，既然只有人才有尊严，那么为何他们的尊严完全来自那些人所共有、令他们称其为人的虚无缥缈的东西；或者说，为何“尊重”并非指向他们，而是指向那些虚无缥缈的抽象物。其次，康德对人的关系所作的比喻——信托关系、军队层级关系、所有权关系等有关“尊严”的关系模式（中立地看）并不能令人信服。如果康德对个人自治的理解仅仅如此，那绝非我们在日常生活中所认识的那个概念。当然，也绝不是本章所理解的那个概念。⁸⁴

第二十章

自愿与风险预设

98

一、软家长主义策略

到目前为止，我们尚不能证明法律家长主义在道德合法性上的不足。现在所能宣称的是，至少部分读者已经明了反对法律家长主义的预设立场，并对法律家长主义的道德合法性产生深度怀疑。至于读者们发现自己会通过诸如“那是我的事，不是你的”或者“这跟其他人无关”等语言抗议他人对其事务的干涉，而这种语言本身包含了真实的义愤，似乎特权被篡夺，那么，可以说，这些读者对于自治已经有了尽管模糊却也是一定程度的认识。至于法律家长主义为个人自治所划定的狭窄边界，至于它对个人权利与个人利益的混淆，至于它将禁止个人自愿放弃未来自由和未来自治的法律正当化，将强制人们保持自由身的法律正当化，则是它与对个人自治合理理解的矛盾之处，也正是读者藉着对法律家长主义的怀疑，准确理解个人自治之处（重建其道德情感）。

我们且抑制住对法律家长主义的反感，回头看看几个貌似合理的

家长主义式法律。如果我们能够证明，和它们的表象不同，这些法律都是不合理的，或者那些合理的法律其实并非家长主义式的，那么，反对法律家长主义的立场就不再是“预设性”的，而几乎就是决定性的结论。论证家长主义式法律合理性的一个方法就是适用我们所谓的“软家长主义策略”（第十七章第三、六部分），由此证明具有决定性意义的保护性干涉其实是对法律意义上自治的尊重。这个论证将表明，限制性法律的合理性在于它对作出非属己愿之危险选择的行为者提供的保护。这个策略的核心在于对自愿选择概念的用法，如我们将见，这个概念很难阐释，而以它展开的论述将极其复杂。

二、初步区分

适用软家长主义策略的第一步显然还是做一些重要的初步区分。

自我行为与他人行为。首先要区分直接由本人造成的损害或类似损害与经由本人同意之他人行为造成的损害。自杀（若将由此造成的死亡视为某种损害，即对一方自我利益的侵犯）就是自我实施的损害；而安排他人为自己寻求解脱则属经本人同意而由他人实施的“损害”。这个基本区分随即导出另一个区分，即当他人表达出更强烈的愿望时，对他人的要求的“同意”，以及要求另一方行为的更强烈愿望中所表现的“同意”。通常来讲，“安乐死”中所指之“同意”就是那种更强烈愿望意义上的：某个人想自杀而没有能力自杀（假若他自颈部以下全身瘫痪），强烈要求他人成为完成己愿的工具。另一方面，如果有人强烈要求一个身患绝症的病人接受手术，缩短生命，以便能够早几天将器官移植给几个孩子救命，这个病人可能有些不情愿，但因为于心不安而同意手术，这种同意就比较微弱了。其结果是，他同意成为实现他人意愿的“工具”，而非相反。这两类同意的共性

在于其真实性，是特意的选择，无论发起者是谁，无论其动机为何，无论后果怎样。一般而言，商业合同包含双方强烈意义上的同意。卖方很想售出产品，建起商店，打出广告。消费者则需要那个产品，他按照自己的要求四处寻觅，按照己愿走进这家店铺。任何一方都可能成为这宗买卖的提起者，但双方都已胸有成竹。买卖不会损及任何一方的利益，没有任何一方对自己实施“损害”，除非事先同意（至少是在一般的微弱意义上）由另一方施加直接损害行为。100

直接施加的自我损害是指可以通过自己行为实施的损害，即使如此，他可能还是需要他人提供工具、武器或协助。当这种协助的作用达到一定程度，则已近乎“帮助犯或共犯”的边缘而成为共同损害行为。此时，损害既是自我施加的，也是他人施加的。

即使“损害”完全出自本人，当中还是可能涉及某种类似同意（强烈意义上）的东西。严格说来，所谓同意，只适用于他人施加于自己的行为。正因如此，要说某人同意自己的行为，必须要借助某种比喻，某种相对恰当的比喻。实际上，说我同意自己的行为，其实就是说我自愿行为的饶舌说法。而我的非自愿行为其实就是指我无法表示同意的来自他人的行为。

根据我们在第一卷第三章第五部分中介绍的“同意无损害”法谚，由本人直接实施的自我损害行为与经同意之由他人实施的损害行为在道德层面上相类。如我们所见，同意法谚所指向之损害，并非仅为利益的阻回，而是由不法行为造成的损害。个人可能确因本人同意的行为而遭受损害，他的利益被阻回，但他并未受到不法侵害。同意法谚的意思实际上是指，如果我不能自由地夺走自己的生命，从而侵害我自己，也就不可能因为他人遵照我的请求夺走我生命的行为受到不法侵害。从道德层面上说，我的同意使他人的行为等同于我自己的行为。当然，法律家长主义也不会将此两类同意区分开。如果禁止自

愿的自残行为，当然也就得禁止借他人之手残害自己的行为；如果不允许将同意作为他杀的辩护事由，那么也就得禁止自愿实施的自杀。如果行为人对单纯涉己行为的法律干涉感到委屈，那么他同样也会对由他人实施的经同意之行为的法律干涉感到不解，因为这些干涉都将
101 其同意归于无效而使他无法实现己愿。一方面，或者直接的行为被禁止，或者同意被禁止；另一方面，或者代理人被禁止实施某行为，或者禁止本人被施加某种他同意的行为。如果这两种法律干涉均依据法律家长主义而正当化，那么，他本应获得的好处却因为他的选择而受到阻碍。

直接的、当然的损害与损害风险。第二个区分会影响第一个区分。这个区分是指直接对某人造成损害的情形，亦即损害是本人或他人行为的当然结果，与引起其他后果的行为过程中直接产生损害风险之间的区分。某人明知吞下致死剂量的砒会死，而死亡正是他加诸己身的行为目标。某人看自己的左手不顺眼，就用右手拿斧头将左手砍下。他并非“危及”自己的肢体完整的生理利益，或是导致失去手臂的“风险”，而是直接且故意地造成了损失。另一方面，吸烟或超速驾驶并未直接损害自己，只是增加了造成损害结果的可能性。

直接损害与损害风险之间的区分亦适用于由他人实施的经同意之行为。我同意接受一次危险的外科手术，如果手术成功，即可治愈我的残疾，如果失败，则会导致死亡。一旦作此选择，就不可能出现既未死亡亦未痊愈的状态。我的同意并未直接造成自己死亡的后果，但造成了我死亡的风险。同样，尽管外科大夫告诉我，这样会带来骨癌扩散的高度风险并可能最终导致死亡，我还是选择不截肢。由此，我因为不同意他人对自己实施某种该行为而为自己招致风险。上述情形与同意他人实施直接“损害”自己的行为是不同的。比如我雇用一位大夫帮我截去左手，因为我自己做不来，而且也不愿意眼见自己的

左手离自己而去。将这种情形描述为自我截肢而造成失去手臂的“风险”实在多余。

前面这两个区分以及它们相互之间的影响可列表如下（表 20-1）：

表 20-1 单方及双方情形中的直接损害与损害风险

	单方情形： B 对自己行为	双方情形： B 同意或要求 A 对自己行为
直接（当然）损害	1. 例如：自杀、自伤	2. 例如：自愿安乐死，同意实施“手术式伤害”
损害风险	3. 例如：登山、赛车、吸烟、吸毒、超速驾驶	4. 例如：具有危险性的医疗手术、赌博（同他人）、高利贷

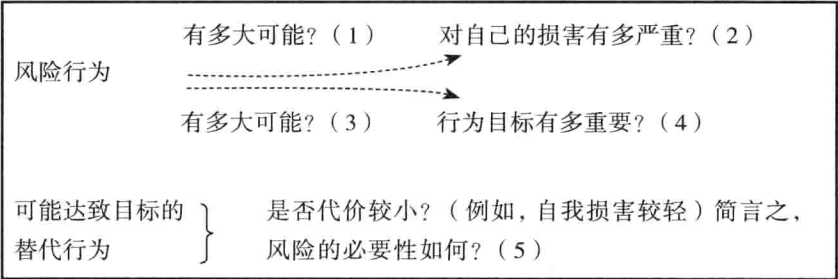
合理风险与不合理风险。几乎所有的行为（或不行为）都会存在某种风险。在实施某些行为时，我们只是在较大风险与较小风险之间作出选择，谨慎会让我们选择风险较小的行为。但所谓谨慎却未必总是“合理的”。有时，为了较大的收益而选择较大的风险，反而比安安稳稳却坐失良机更为合理。因此，对于一个冠心病人来说，安静地生活以延长寿命未必是比冒着随时心脏病发作的危险继续在职场努力打拼更为合理的选择。在抉择时分，并没有一个用来判断何为“合理”与何为“不合理”的数学公式作为指导。不过，还是有一些决定显然是不合理的。为了按时参加晚会而在 20 英里时速区开到 60 英里时速就是不合理的，但为了将怀孕的妻子送到产科医院而将车开到 50 英里的时速或许就是合理的。为了保住钱包而抗拒一个携带武器的抢劫犯是愚蠢的，但为了保住自己或挚爱者的生命，切除肺叶或许就是值得的。

102

上述情形中包含了多种区分的考量。¹ 如果行为人是有意，则

须考虑：(1) 某个行为对自己造成损害的可能性大小；(2) 可能的损害严重程度如何，即“风险带来的价值如何”；(3) 行为导致风险的同时达致目标的可能性大小；(4) 该目标价值几何，即为何值得冒险（这是一个私人因素，取决于个人好恶，因此总体上令外人很难进行风险合理性评估），以及(5) 风险的必要性，为达致目标，是否存在替代选择或路径（表 20-2）。

表 20-2 风险合理性或不合理性的决定因素



某些风险预设的合理性评价并无争议。例如，(1) 自我损害的可能性，以及(2) 损害的幅度越大，则风险越不合理；而(3) 达致目标的可能性，以及(4) 目标及行为的意义，以及(5) 行为的必要性越大，则风险越合理。但在一些困难的情形中，即使“可能性”要素毫无争议，所有的要素均可明确，却因为个人价值判断因素，无法客观评估并作出风险抉择。行为人必定会问，登上珠穆朗玛峰对我来说究竟有多重要？放弃工作收入，花两年的时间写篇小说，这对我来说是否值得？这些问题对以“理性”计算为依据的外人来说非常难，甚至不可能作出回答。实际上，甚至行为人自己都不能清楚地“计算”价值对比问题。在某些情况下，他特意作出的选择只是“可能性”之一。

无论如何，软家长主义观点的一个宗旨就是，如果国家有权禁止

人们冒（仅仅是）自我损害的风险，其并非依据于该行为是危险的，或极其危险的，而是根据评估，既然风险程度很高，则从理性出发，该行为就是不合理的。即使是根据个人价值判断认为“显然不合理”的情形，问题依旧存在：这种不合理是否可以作为干涉的正当化依据。另一方面，对可能性的判断包括对导致目标的风险“必要性”的可能性判断，而对损害的严重性判断更倚重于客观规则，将其判断为“显然不合理”则往往无甚争议。为了治愈手指而用锯子切除手臂，并因此流血而亡的风险当然就是不合理的。

104

自愿和非自愿的风险预设。第四个也是最后一个区分会和第三个相互影响，因为在评价风险合理与否时，该风险可能是自愿的，也可能是非自愿的（见表 20-3）。这个区分其实是指对风险或者抱有比较充分的自愿，或者并非充分的自愿。自愿性有程度之分，在幅度的一端是亚里士多德所说的“有意选择”，我称之为（区别于亚里士多德）完全自愿。只有具备完全行为控制能力的成年人才能作出这种选择。他们在完全认识到所有相关要素事实的情况下，在知悉所有情况且毫无外在压力的情况下，可以完全自愿地作出承担风险的决定。在理想状况下，他们是冷静而慎重的（关于这一点，参见后文第四部分内容），情绪无波动，精神正常，未产生误解。如果出现精神刺激、误解、误判（如醉酒时）或不合理的推论，那么，作出的决定就并非出于完全自愿。当然，绝大多数选择，甚至所有选择，都在某种程度上与上述理想状况存在差距，很多需要作出选择的情形都不适用如此严格的自愿标准。我们仍可将完全自愿标签于接近上述“完美”极致的情形，与之相对，则是些不那么理想的情况。后者可称之为相对非自愿。

与此相对，在幅度范围的另一端则是那些即使在亚里士多德看来也属非自愿的情形。我们将这些，不单是这些情形，称为不自愿的行

为或选择。完全不自愿的“选择”包括毫无选择余地的情况——无力控制或被推倒、被爆炸或气流震晕——或因为疏忽而对选择实施的行为发生误解，如误将砷粉末当作餐桌盐而撒在煎蛋上。很多损害性的选择，正如通常的选择一样，都落在完全自愿与完全非自愿这两个极端之间的中间地带。因此，我们可以提出相对严格的自愿标准与相对宽松的自愿标准，基于某种目的，在某种情况下，用以确定某个危险性选择是否出于自愿，从而应否受到干涉。在某些情况下，我们甚至会认定某些实际上不那么“完全自愿”的选择“足够自愿”。至少这在理论上是说得通的。在中间地带内，“充分自愿”的范围划定问题我们将在第四部分和第五部分讨论。

第三和第四个区分，与第一及第二个区分一样，其相互之间的关系如下表所示（表 20-3）。对合理自愿风险的干涉不应予以正当化，如类别（1）。第（4）类情形也没有争议：软家长主义和硬家长主义都认为，对非合理风险行为的干涉可以被正当化。不过，若该预设风险并非出自完全自愿，软家长主义或许更认可保护性干涉与短期隔离措施，而硬家长主义则更倾向于以刑罚处罚为威慑。类别（2），非自愿的合理风险也没有争议，因为我们都认同，即使是完全非自愿的选择，如醉汉选择火腿三明治作为午餐，也应受法律保护，除非基于某种理由认定这些选择是危险的。类别（3）却充满哲学层面上的争论。绝大多数导致软家长主义者与硬家长主义者（相对而言称二者为“家长主义者”与“反家长主义者”可以减少歧义）之间分歧的微妙之处出现在虽不合理却出于自愿的风险情形。硬家长主义对于不合理的风险一律禁止，如类别（3）和（4）；而软家长主义则仅仅禁止非自愿的不合理风险，即类别（4）。因此，自愿而不合理的风险选择为硬家长主义所禁止，却为软家长主义所允许——假定双方都认为该种情形有可能出现。

表 20-3 风险预设中各种自愿程度与合理性的可能连接

	对自我风险预设抱有一定的充分自愿	对自我风险预设并非充分自愿
自我损害的合理风险	(1) 绝大多数的一般冒险行为, 如驾车或横穿马路	(2) 疲劳者、分心者、醉酒者在未经思考情况下作出的无风险行为, 如握手、点三明治、步行回家。
自我损害的不合理风险	(3) 例如吸烟? (具争议性。这类还有别的例子吗?)	(4) 醉酒状态下在空无一人的私家路面上高速行驶。

三、自愿性、合理性与理性

106

人们有无可能自愿接受不合理的风险? 这个问题早已深陷纠缠的泥沼。原因之一在于人们对不合理选择与非理性选择的混淆。如果某人智力低下、精神紊乱, 即如律师所称之“精神障碍”, 那么, 他的“选择”(如果还可以称之为“选择”)就会显得非常不理性——用明显不当的方式达到目标, 对个人状况的不合理认识, 严重偏离个人理想, 或者基于怪诞的妄想或致命的曲解而实施行为。由于智能障碍者不具备行为能力, 他的“选择”就不是他的真实选择——并非“完全自愿”。而“不合理选择”却往往由具备行为能力的人基于自己的理性作出。我们称之为“不合理”选择, 部分原因在于, 这种选择反映了行为人对不同价值的相对判断, 如果我们是行为人的话, 就不会作出那样的选择。另一部分意思则在于, 行为人要对自己的选择承担责任。如果选择不够明智, 我们可以指责他不智, 但如果选择是非理性的, 则可能成为“脱罪”事由, 此处, 评价他们是否明智是没有意义的。不过, 成千上万理性而负责的人都认为, 驾车时系安全带并无价

值，或者，不能为了降低罹患肺癌的风险而剥夺吸烟的乐趣。我尊重这种判断，但这种判断并不合理。一些理性人的选择在另外一些理性人看来可能不合理，理性的男男女女（包括著名的哲学家）都可能抱有在另一些理性人士看来“不合理的信仰”或信条。因此，不合理并不能成为非理性的有力判断依据。

107 我们可以将“非理性”或“不合理”用于描述人的秉性，或用于描述特定的选择和行为。无论是指人还是指行为，我们所说的“非理性”就是“极端不合理”或“令人不解的不合理”。但在另一种用法中，“非理性”与“不合理”却用于描述不同种类的缺陷。“不合理”的一端是“敏感”、“睿智”，另一端是“愚蠢”、“轻率”、“短视”或“乖张”；“非理性”则指固有的能力缺陷，即行为人无行为能力，其行为无法以正常标准予以评价。（精神失常者的行为当然不可能“明智”，但亦不应称之为“愚蠢”；只有具备行为能力的人才可能愚蠢。）不合理性这个概念在适用于特定行为时具有基础主导作用，适用于描述人的一般特性。不合理的人即以不合理的方式进行选择或行为的人。而对于非理性这个概念来说，在适用于人的时候具有主导作用，适用于特定行为时则是衍生意义上的，因此，非理性行为即指非理性（能力缺陷，无行为能力）的人实施的行为。在这个意义上，理性的人可能表现得像非理性的人那样，作出非理性的行为或选择。如果他们出现“短暂性精神错乱”，当然，他们不必为该非理性行为负责，但如果他们在实施该行为或选择时具有行为能力，则该行为仍将归责于他们，因为他们是“执意为之”，“疯狂地”而“不合理到非理性的程度”。在这种情况下，可以将他们的失格行为解释为性格缺陷的结果。本段所作出的区分可以图表示之（表 20-4）。

表 20-4 用来描述人或行为的非理性与不合理性

人的一般个性	非理性 (1) 由于能力缺陷而导致无行为能力。	不合理 (2) 有行为能力人应为缺陷负责,如,坏的判断、任性、自私、轻率、冲动等,使其作出不合理的选择和行为。
特定的行为或选择	(3) 非理性者会实施的行为,但理性者因“暂时性精神错乱”或因极端性格缺陷也会实施该等行为。	(4) 行为人为达致目标作出的错误选择或行为,这些选择或行为无法完成行为人的目标网络。基于事实错误或理解错误,对可能性、替代方法等作出错误判断,对特定目标作出过度评价,或者作出不当的“权衡”决定,等等。

108

对于我们来说,第四类最为有趣,如果不合理选择(对行为人的个人利益存在反效果)出于充分自愿,就属于这一类。不合理的人和合理的人行事是不同的(我对表 20-4 中所使用的术语并不太满意),哲学家和经济学家往往会使用“完全理性”、“实践理性”或“经济理性”²等术语。这个意义上的理性人(我更愿意用“合乎理性”一词)并非仅仅是表 20-4 中所称之非“非理性的”;而是完全正面意义上的理性。他有一整套内在协调一致的目标;他仔细地衡量这些目标的价值,并为它们排序,这样他就能清楚地知道,当两个目标不可兼得时,放弃那个较低的目标,获得那个较高的目标;他小心地选择路径,使目标可以得到最大程度的实现;他避免作出冲动的决定,无论何时作出选择都经过深思熟虑;他分散投资,以防不可预见的灾难;他会协调今日之愿望、明日之愿望以及明年之愿望,青年时的愿望、中年时的愿望以及老年时的愿望;他对未来所有的人生阶段都等同视之,决不为某个阶段而牺牲另一个阶段的人生。³如果这样一个人在某种情况

下作出“不合理的”行为，比如他因为饮酒而醉到第二天人事不知，那也不是因为他不小心或不努力，而是因为某些干扰性的状况暂时削弱了他的理性判断，或者因为他出现了计算错误所致。他可能误解了可能性，忘记其他替代途径，误判了自己的酒量，或是忘了数数喝下几瓶——单纯的技术性错误。当然，他的不小心并非“有意为之”，不能代表他的个性与价值观，因此，不应作为“自愿不合理”的最佳样本。

一般不合理的人（表 20-4 意义上的）往往不同于所谓经济理性人。就算没有计算上的错误或过于兴奋的特点，至少也存在短视、任性等性格缺陷。他可能并不知道自己的缺点，或者拒绝承认这个缺点，拒绝他人的责备，即使作出蠢事也并不追悔。应该说，这样的人行事既不理性的，也不合理。另一方面，道德不法的不合理人士可能类
109 似于不时任性的理性人，事后他会追悔，并且知道原因何在。这样的人会将结果归因于自己个人素质上的不合理处以及不时作出的不合理行为。他可能为自己“意志薄弱”感到痛苦，行为时他甚至明知其不合理，例如在又点上一支烟的时候。⁴ 在这类典型情形中，并不总是能够将“意志薄弱”者的行为解释为冲动、外部或内部不可抗拒的情感驱使，⁵ 甚或某些特别诱惑导致的结果。他的不合理处因为貌似自愿而更加麻烦（更困扰哲学家）。强迫他实施更为合理的涉己行为将侵犯其个人自治，但如果他人愿意合作，他可以运用自治权事先要求他人对自己实施强制行为，正如奥德修斯所做的那样。

更有意思的样本是，某人有意偏离所谓“完全（经济）理性”，只按照自己真实的爱好、品位和确信行事。行事不慎长远看来或许不会有坏事发生，冲动的冒险者或赌徒可能最终成为输家，但他们并不必定追悔莫及。宿醉是痛苦的，但万事小心同样令人厌烦。自然的、富于激情而冒险的人生或许更好，尽管可能短暂，或者会在未来的人生付出代价。我们知道，有些人正是真诚地抱着这种人生态度。他们

为了追寻这些价值而行为时，并非“有意选择”这行为；而是他们长久以来就“有意选择”这条人生之路，所谓的有意选择在此并无意义或者并不存在，他们的人生计划本身就是自然的、未经规划的，他们的指导方针实际上就是他们性格的深切反映，即永远都不去“有意选择”。此处我们必须首先将其与自愿的有意模式区分开来（区别会更多）。

基于认定其选择并非（真实的）自愿而强制毫不后悔的浪漫冒险者或赌徒——这些人只看当下，不顾将来，只看青年期，不顾老年时——是不可能的。这比一面承认他天生鲁莽，一面督促他谨慎起来还要糟糕。对这样的人，不应按照哲学－经济学的“完全理性”模式判定其不合理，而应以完全不同的依据判断其是否自愿。（我们不认为他的目标值得他冒那样的风险。）否则，就是对他个人自治的全然否定。理查德·阿尼森在一点上非常雄辩地指出硬家长主义在“充分保障个人选择偏离理性最大化或阻碍理性选择人生计划的权利”方面的不足，给出了“偏离理性最大化”的例子，为我们增加了一个适当的示例——

110

当家长主义式的强制性法律以根除作为自我认知或自我理想之核心的非理性行为来扩展人的理性能力时，这种不足是显而易见的。例如，强迫一个质疑城市生活方式的乡下人改变自己的性格，变得像城里人。同样，如果强制心理治疗能够根除他对凯瑟琳·恩肖那自暴自弃的迷恋，《呼啸山庄》里狂野的希刺克里夫会发现，自己“理性思考并将决定付诸实施的能力”将得到显著提升。在这些例子中必须注意，无论对狭隘的城市主义或对古怪的浪漫主义抱有任何同感，都不应影响我们反对上述情形中的家长主义。这些例子反而提醒我们，对达致目标最为有效的经济

理性是某种价值，但我们不能为了某人的利益而违背其意愿将此价值加诸其身，正如我们不能以家长主义为依据将其他价值加诸其身一样。理性有时在乎身外，人们往往下意识地培养了某个怪癖，但这恰恰是其性格的实质反映。给予选择的空间而非强制禁止或许才是适当的。⁶

阿尼森（及其他人）所谓的理性的经济模式在本文中的用法是固定的，即使我们认定它的出发点是浪漫的，我们提到它时仍是单纯意义上的，正如我们提到“不合理”或“不够理性”甚或“非理性”时那样。很不幸，这种固定的传统用法本身就模棱两可、疑义丛生。一般说来，为我们所接受的行为，我们即标签为“合理的”或“理性的”；为我们所反对的行为，我们就斥其为“不合理的”或“不理性的”。因此，很自然地，一个冲动而浪漫的人也会说自己的生活方式是“合理的”或“理性的”，不过，如果这些术语已经优先挪作他用的话，他再这样说就不那么方便了。对阿尼森来说，现在他必须承认，“培养某种非理性的怪癖”并不在乎人性之外。若此种用法有这样的要求，那么很好。它很适用于我们此处的论证，因为此处我们要强调的是，为了某人的好处而干涉其自由的正当化依据不在于他缺少“理性”，而在于他并非自愿。

不过，倒是可以用所谓“真正合理”或“并非完全没有道理”作为辩解，或者，如果那些偏好不值得尊重或保护，还是干脆放弃为妙。重要的是应当注意，“理性的经济模式”即使如罗尔斯阐释的那般精细，仍不过是个格式化的概念。不计其数、丰富多样的生活方式都可以同等程度地满足这个概念。实践理性的作用对罗尔斯和休谟来说是
111 一样的——服务于某人当前的需要，选择最有效的途径达致预设的目标。当然，对目标本身的判断同样可能是理性或非理性的，这取决于

它们是否与预设的经济目标协调一致。“慎重考虑的目的就是为了对行为作出最优安排及对后续需求产生最佳效果的计划，由此，我们的目标和利益才能富有成效地纳入某个行为框架内。”⁷ 对于需求而言，“协调一致”并非充分条件；并非每个“理性”需求都可以与其他所有需求相互协调。我们的需求与价值、喜好与价值判断，至少部分出自其他来源。其中绝大多数正是那些被视为天赋的性格、癖好、信念和品位的自然表达。一些人很自然地宁愿冒险而不愿过稳定安宁的生活。对于这些天生的性情，我们不应斥之为“不理性”，而应以此判断与之协调产生的后续需求的理性程度。

在上述论证中，这个问题中的另一个陷阱尚未明了。某些鲁莽行为并非“自愿但不合理”，这不是因为行为一旦不合理就不能是自愿的，而是因为尽管行为很危险，但根据行为人的自身利益看来，行为并非真的不合理。当我们认为他人的行为是“不合理的”，我们其实是在批评这个行为，对行为进行负面评价，或者说反对这种行为。我们的判断表达了我们并不愿建议或鼓励行为人实施该行为的立场，⁸ 因为该行为对于实现行为人的目标毫无意义。但若行为人甘冒之风险对于我们的目标来说是不合理的，而我们已将行为人列入目标的有关计划（为目标排序），在我们看来，他的选择就是不合理的。若他的目标和我们的目标类似，则他的行为就不能促进其目标的实现，而我们又无法相信，会有哪个人的价值观与我们如此不同。当然，如果他认为某个风险不合理，而我们认为合理，那也是因为他判断上存在障碍，因而他对风险的预设并非出自完全自愿。但如果并不存在降低自愿程度的因素，那就只能解释为，根据他自己的判断，他所追求的目标对他来说如此重要，以致他甘愿冒如此大的风险。对此，我们可以理解，但仍会将其行为标签为“不合理”，表示我们在相对价值的判断方面和他的立场是相反的。传统判断方法或许会支持我们。就

定义来看，对谨慎的根本背离就是“不合理”，但对“不合理性”作此理解就把它等同于自愿性了，因此，不能以之作为使强制干涉正当化的充分依据。

我们该如何简要说明自愿性与合理性，即经济理性之间的复杂关系呢？表 20-4 中的“理性”排除了“非理性”或无行为能力，而撇开极端任性情绪，后者当然无法满足自愿性。经济学家眼中的“理性”远非个人概念，其意义在于排除其对立面。⁹它包括在整个人生长路上使满足需求最大化的确定规则。这种正面意义的“理性”的对立面是“不理性”，“非理性”则表示狂乱或无责任能力的极端状态。就涉己行为的特点而言，不理性的行为也可称之“不合理”，借此既可表达对行为的反对，同时也承认这些行为的实施者智力正常且能够承担责任。但这种用法存在危险，它暗示“不理性的”行为必定不值得尊重，这当然无法言之成理。

尽管自愿可能与“不理性行为”发生联系，但与非理性（智障）却相互排斥，我们既然将存在严重障碍的人称为“非理性的”，即是假定其无法清楚地辨认自己的行为。另一方面，完全行为能力人有时也会依据本人的行事标准实施不合理的行为，如果行为出于“计算错误”或其他误判，那就并非出自完全自愿。不过，很多寻常的例子都表明，行为既完全自愿，又“不合理”或“不理性”。有些行为并非出自行为人的行事标准，而仅仅因为“意志薄弱”。还有些行为出自行为人不愿承认的个性缺陷，这是另一回事。我们会说这些人“任性”、“放纵”、“随意”、“颠三倒四”或“鲁莽”。但不管怎样我们都必须承认，这些行为正是其个性的表征——“他就是会那么做”，我们会说——没有理由否认这些行为均出于自愿。还有一类情形是，行为的确出自行为人的性格，但如果我们用负面词汇描述这些性格会有些不公平或引来争议。我们不如用更中立的词说他“爱冒险”或“浪漫”，

他以某种“非理性的怪癖”为荣，那是他理想的自我形象的一部分。我们还是想表示对他的反对，不希望其他人模仿他，为此，我们会说他的涉己行为是“不理性的”或“不合理的”。当然，如果行为人并未就其冒险人生抱有长远目标，其行为或可满足对一个经济理性人的单纯形式要求以及行为人本人的价值观和理想。最后，无论我们认为行为“理性”与否，只要这行为真实地表现了他的个性，表达了他固有的价值倾向，那么它就是自愿的。这一点很重要。 113

四、“完全自愿选择”的排他模式

要满足软家长主义策略——为合理却是家长主义式的法律限制努力寻找某种尊重自治的法理依据——多大程度的自愿才算自愿？问题比看上去的更复杂，我们将在第二十七章展开讨论。这里先从分析并反驳那些过高或过低的自愿标准开始。亚里士多德以某种方式为我们提供了这两类示例（尽管他本意并非如此）。我们先来看看，亚里士多德对“自愿行为”的定义为我们提供了过低标准，而他的“慎重选择”概念又为我们提供了过高的自愿标准。

在亚里士多德看来，自愿行为是指（1）“未受强迫”以及（2）“非因疏忽大意”而实施的行为。¹⁰ 他所说的强制与认知概念本身都非常严格，似乎只是想将无力控制以及错误认识排除在自愿行为之外。我们之前所说的不完全非自愿的行为在亚里士多德看来都是自愿的，仅仅将出于边缘位置的极端情形排除在外。亚里士多德的自愿概念比起现代提出的自愿概念，如那些用于现代法律系统的自愿概念，要精确得多，也更刚性，因为要将个人行为排除在判断领域之外需要满足很高的要求。比如，他坚称即使是受强迫（“因为对邪恶力量的恐惧而实施的行为……如某个独裁者将某人的父母和孩子握在手中，

命令某人做某事，如果他做了就可以令父母儿女得救，否则，他们就“得死”¹¹），或是因为对自然力的恐惧（如“在暴风雨中将货物丢下船”¹²）而实施的行为也是自愿的。此外，他认为婴儿、动物¹³、醉汉、大发雷霆的人¹⁴都可能实施自愿行为，只要他们没有受到外界因素的欺骗或者外在物理力量的强制。

我们必须记住，亚里士多德就自愿概念所关心的问题与我们不同。他的目的在于区分对“热情与行动”的“毁誉评价”，他的“自愿”概念只用来指向这个内容，而它逻辑上的反义词“非自愿”则只
114 用来界定那些不受毁誉评价而“可以谅解”的行为。即使是海轮上的船长为了船只的安全“被迫”在暴风雨中抛弃货物的行为，他当时的判断和勇气仍可以或誉或毁；而若他只是被一阵狂风吹落海，则他身体的移动并不出自他的主观意愿，对这种移动无须进行任何评价。亚里士多德并不想要决定为了某人的利益能否正当地干涉其自由，也不关心任何现代社会关系中的其他政治—法律问题。

不管怎样，从现代“常识”出发，对亚里士多德的定义可以有很多种理解。首先，它没有对人的能力进行区分，将婴儿、精神障碍者，甚至动物都不加区分地放在一起称为“自愿”行动者。第二，它对“自愿”不加区分，包括失去理性——服用药物后产生的幻觉、醉态、辨认能力有瑕疵、极度疲劳、暴躁、激情——的种种情形，这些情形会令旁观者认为此时的行为人“已经失去自我”，或者“不是他自己”，或者“他根本不知道自己在做什么”。第三，它认为因对客观环境而非后果，特别是由同意而导致的法律后果缺乏认识而实施的行为也是自愿的。第四，它认为缺乏“平等机会”的行为也是自愿的，包括因受到威胁、警告、操控或不公平交易而实施的行为。所有这些行为在亚里士多德看来都“足够自愿”，或许他也言之成理，但在我们看来，为了构建一个可靠的软家长主义理论，这些行为根本连自愿都

谈不上。

还有一个原因也导致我们不能借用亚里士多德的“慎重选择”概念 [我在 1971 年的论文“法律家长主义”(Legal Paternalism)¹⁵ 中因为这样做而饱受批评], 因为那样一来, 几乎很难找到示例满足自愿性测试的要求。在这种情况下, 对危险涉己行为的干涉往往可被正当化。对亚里士多德来说, 经选择的行为是指深思熟虑后决定一试的行为, 这个过程需要时间、信息、清晰的头脑和高度理性的思维。¹⁶ 软家长主义反对干涉虽危险但仅涉己的行为, 即使这些行为未经深思熟虑, 或者是在时间的压力下实施的, 或者是在兴奋或沮丧的情绪中实施的, 或者是在不可靠的“理性”思维下实施的。慎重选择的概念无法为达致他的目标提供一个适当的自愿性判断原则, 因为这个标准太高, 而且不够灵活。

比亚里士多德的“慎重选择”更极端的概念是“完全自愿选择”,¹¹⁵ 这个概念在任何情况下都无法以任何方式适用于任何道德层面或法律层面的目的。这个理想概念中的所有要素都具有法律相关性, 但把它们放在一起, 却无法结合成一个可靠的标准。表 20-5 列出了这个不可能标准的主要要素。

表 20-5 完全自愿选择模式

A. 选择者具有“行为能力”, 如
不是动物
不是婴儿
不是疯子 (被骗、受迷惑、非理性)
不是智障
不是植物人
B. 选择时未受强制或胁迫
并非迫于某种威胁程度以下的邪恶
并非迫于某种邪恶程度以下的中性物

续表

	并非迫于“强制性给予”
	并非源于“强制性压力”，如不平等主体间的交易
C.	选择并非出于更微妙的操控
	并非出于下意识的暗示
	并非出于被催眠后的暗示
	并非出于“睡眠教学法”等
D.	选择并非由于疏忽或认识错误
	并非出自对客观环境的疏忽（错误）
	并非出自对其他替代途径缺乏认识
E.	选择并非出自对事实背景的曲解
	并非轻率行事（在冲动之下）
	并非处于疲倦状态
	并非处于过度紧张、愤怒或兴奋状态
	并未受到强烈情感的影响，如愤怒、仇恨、贪婪或不安情绪，如沮丧，狂躁
	并未受到药物影响，如，酒精
	并非处于疼痛状态，如，头痛

读者会发现，从实用层面看，这个组合中的每一个要素都在一定
116 程度上与自愿性判断相关，但如果适用于自己的人生，却往往无法在
作出某个选择时满足所有要素。要求自愿行为完全满足所有要素是一
个不可能实现的理想标准，这个标准或许永远都不会有全部满足的时
候。此外，几乎每个要素在特定情形中都存在例外或界定的必要，在
这些情况下，即使是一个充分自愿的行为也不能以它们作为充分条
件。例如，我们将狗的受训行为视为自愿，但区别于迫于惩罚措施而
实施的行为。将这个原则适用于狗，就会发现，不仅某些犬科行为较
另一些更自愿，而且某些行为可以达到我们所期待的完全自愿程度。
同样的结论可以适用于反应机能高级得多的孩童身上。同理，智障者
尽管有残疾，也可以完全自愿地点上一份香草味冰激凌。或许，在无
行为能力人中，只有植物人才完全不能实施自愿行为，但这是因为他

们根本不能实施任何行为。

当然，生活有时能给予我们的只有不快的选择，我们必须——如果可以是自愿地——两害取其轻。或许还可以解释得更彻底，如果选择极其有限，我们只能自愿选择恶害，虽然选择时的考虑程度、精神状态、对周遭情况的认知程度均有不同，但我们最终作出的选择总还可以是充分自愿的。同样，交易时的地位不可能完全平等，但不平等主体之间签订的合约往往是自愿的，即使双方在力量和“外在压力”方面并不均等。当然，我们必须明确不平等情形下的合约与因不平等情形导致（造成）的合约之间的区别。亚里士多德同样也将疏忽大意情形下的选择（即使后来有认知也不能改变合约）与“因为疏忽大意”而作出的选择区分开来。如果我们将前者视为自愿性的缺失，那仅仅因为我们不能肯定此处疏忽大意是否起到决定性作用，我们只是希望行为人的选择是自愿的，而并不表示我们认为疏忽大意的情况下不可能存在自愿行为。因此，如果我们认为对行为结果的错误认识可以抵消行为的自愿性，那么举个不太恰当的例子：所有输钱的赌徒从一开始都是非自愿的，除非到他赢钱的那一天，谁都不能说他的赌博行为是自愿的。

在适用非冲动标准，特别是将其适用于那种觉得替代选择艰巨复杂且“直觉”强烈的情形时，我们往往也会产生同样的疑问。在某些情形中，疲劳和平静原则相互抵触，一定的疲劳度可能对消除紧张是必要的，它反而会令大脑清晰起来。当然，完全不紧张的状态也是过犹不及。适用“非激情”标准时同样会遇到难题。在某些情况下它是相关要素，但在另一些情形中，它并无必要。在愤怒的情绪中对侵害我们的人作出停止施惠于他的决定，这算不算适当的例子呢？或者，所有的性行为都是在性激情中发生的，它们是否都是非自愿的呢（因为那激情）？或者，是不是只有那些不是在沮丧情绪中作出的自杀决

117

定才是自愿的呢（参见第二十七章第五部分）？人们在头痛的情况下服用阿司匹林的行为也是不自愿的吗？而法官受限于七日审期而作出的判决也是非自愿的么？还有那些必须在六十秒钟内作出的拳击比赛裁定或体操比赛、跳水比赛中的评分，也都不是自愿的吗？

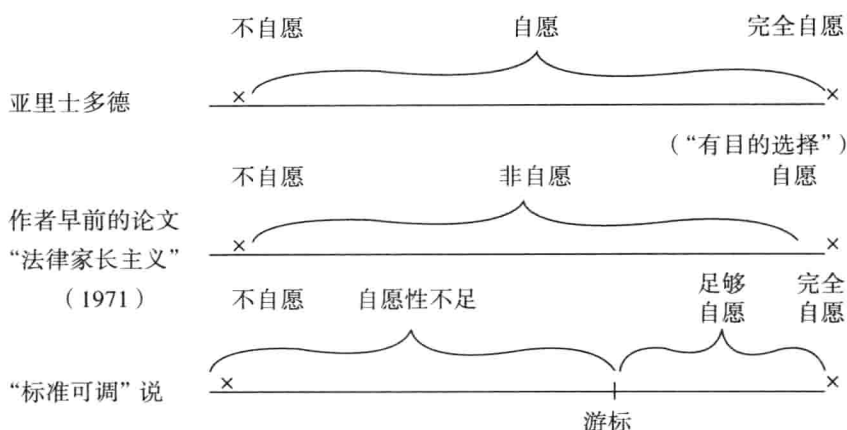
显然，每个标准都可以适用于一定的情形，但没有哪一个可以放之四海而皆准。（即使是“真实表达”要素，我在前文已述及其中的例外。或许，在绝大多数情况下，将自愿的实质理解为对行为人固有价值观和爱好的真实表达，或者理解为对行为人十分重要的表征，都是有用的。那么，我们究竟应当怎样看待认为表达其个性而作出的自愿选择呢？¹⁷）所有这些要素可以组合为一个理想的判断标准，但这个标准在真实世界中毫无用处。

五、自愿性的多重判断标准：一些经验法则

原则上说，我们有时无法确定一个行为比另一个行为更自愿或更接近自愿，也无法将自愿程度量化以便给行为排序。当然，我们可以确定不自由的边缘，也可以想象某些选择更接近标尺的上端，我们还可以说自愿标准较高或较低，暗示按一般标准，截止点较高或较低。第四部分的讨论暗示我们可以将自愿性视为一个“可变的观念”，其取决于不同情况下或高或低的截止点，以服务于不同的道德或法律目的。因此，在某些情况下，我们可以为某些选择而非另外一些选择设置较高的自愿标准（见表 20-6）。将注意力集中在某种政治 / 法律目的上——用以判断何种危险的涉己行为因“足够自愿”而可免受法律限制——我们可以从常识的角度为自愿性的多重概念

118 列出部分经验法则如下：

表 20-6 决定行为是否因“足够自愿”而免受法律限制的三种方式。



1. 法律允许之自我损害行为，风险越大，自愿程度的要求就越高。软家长主义的目的并非尽量消除非自愿行为。在软家长主义看来，可能有人会经常实施未造成损害的非自愿行为。如果 A 看见 B 正要把蓝莓酱抹在面包片上，而他以为那是草莓酱，此时，A 既无权利亦无义务强行干涉，当然，及时提个醒倒是可以的。但如果 A 看见 B 正要把砷粉撒在鸡蛋上，那么，A 必须阻止 B，并问清楚 B 是否知道自己在做什么。如果 B 完全明白那是砷，那么，法律并不要求 A 作进一步干涉。如果 A 看见酩酊大醉的 B 想要纵身跃入一个很浅但已结冰的池塘，但 B 却以为那是个虽然有些深但水温适宜的游泳池，A 就必须提醒他，跳下去会冻得不好受，但此时也不至于要动手阻止他。如果醉汉将要跃入的地点非常危险，容易溺水，那么 A 在允许他跳下去之前，有义务问清楚，他是否完全明白其中的危险性。如果 B 可能遭受的危险不过是被划伤、擦伤或感冒，而非重伤或死亡，A 可以用较低标准衡量其自愿性。而重伤概率较低（如 20%）的情况可以比概率较高（如 50%）的情况适用较低的自愿性标准。

这似乎是与硬家长主义的某种妥协，后者并不顾及自愿而只是防

止损害。但软家长主义者并非仅为防止人们损害自己，也不仅仅为防止人们实施自愿性低的行为。软家长主义者的目的则明白无误，就是要防止人们遭受他们并未选择承受的损害或风险，我们的第一条经验法则在这一点上毫不含糊。

第一条经验法则指出，对法律允许的自我危害行为的自愿性判断标准，其松紧程度随损害的严重性¹⁸和损害发生的可能性而变化。那么，风险的合理性如何？合理性程度对自愿性有何影响？如果对行为人的损害风险很高，当然这取决于损害的严重性与损害发生的可能性，那么，我们必须确定，行为人的风险预设出自相对严格意义上的自愿。如果行为不仅风险很高，而且很不合理，那么我们的依据要么是（1）行为人预设的目标根本不值得冒如此大的风险，要么是（2）还存在其他同等便利有效而风险较小的途径可达致目标。但依据（1）而提高自愿标准就等于向硬家长主义妥协，后者总是将有益的判断强加在不情愿的自治者身上。刚才提到的立场实际上就是通过对自愿性的判断，以我们的价值判断取代行为人的价值判断。这其实就是将不合理性作为判断自愿性的一个重要因素——当然不至于像硬家长主义者那样极端，他们总是将自愿性和合理性分开，并将不合理性作为决定性因素，不过，这终究还是某种妥协。

另一方面，（2）是指存在风险较低的有效途径，因此，行为人选择更危险的方式显然并不像表面看起来的那样自愿。如果行为的危险程度极高，那么，在行为人了解到其他替代方式之前，他的选择并不是自愿的。一旦他知道了，只要他是理性的，他很可能会改变决定，谢谢别人的提醒而选择另外那个风险较低的方式。但如果他认为（比如）在考虑实用性之外，那个高风险的行为过程对他具有内在的吸引力，于是他决定坚持最初的选择，也许他无法作出进一步解释，但高度风险就是他的选择，那么，软家长主义者肯定还是会让他那样做。

(对于软家长主义者所能接受的这类结论的唯一例外就是,如果行为人的价值判断及其对不必要的危险行为的偏好过于荒诞,以致让人怀疑他是否处于非理性或疯狂状态,那么,无论行为危险程度如何,当中都不存在任何自愿。)

2. 法律允许之自我损害行为,越是无可挽回,自愿程度的要求就越高。这个法则背后的法理亦为人所共知。很多自我损害的决定在事后都可以被改变、撤销或补偿。某些损害可以修复,疾病可以痊愈,损失可以收回,自由可以恢复。而损害一旦不可挽回,什么样的补救都为时已晚。对于某个不可挽回的自我损害行为,一旦在自愿性判断上出错,后果将无法弥补。显然,在其他条件等同的前提下,对于这类行为的自愿程度的判断必须比那些损害后果可以挽回的危险行为应更为谨慎。这些都是常识。

如我们所见(第一卷第一章第六部分),并非所有死亡都对死者造成同等损害,有些甚至是无害的。但所有的死亡都是终局性的、不可挽回的。自愿作出的终结自己生命的决定,或者甘冒死亡风险的决定,在其他条件等同的情况下,必须适用极其严格的自愿判断标准。第一条和第二条经验法则在某些情形中会相互冲突,尤其当死亡似乎并无害处,或者说不那么有害时,自愿性的判断标准还是可以降低一些。饱受绝症折磨的老年病患自愿要求死亡,与沮丧的年轻人想要自杀,前者的自愿性判断要求当然可以低得多。但必须重申,一切死亡都是不可挽回的,因此,第二条经验法则为我们在判断选择死亡或有死亡风险的行为是否自愿方面提出底线。因此,无论何种情形,只要是选择死亡或有死亡风险的行为,我们在进行自愿性判断时必须慎之又慎。

作出不可挽回的自我损害决定的另一个实际例子就是吸食上瘾药物。如果吸食者并不知道该药物会成瘾,或者他误以为自己不会上

瘾，那么他的自愿性当然不够标准。好比他知道自己撒在鸡蛋上的是砷粉，但他认为这一点分量是无害的，或者对他是无害的。还有其他的可能情形。他或许知道海洛因可以导致瘾癖，但误以为其成瘾性是固定的，他只要减少剂量，就可以一辈子开开心心地享受余生（或许寿命会短些，或许还是正常寿命）。总之，他坚信，海洛因的瘾癖不过像尼古丁或咖啡因，只要他计划好以适中的方式满足自己的冲动需求，就不存在重大风险。（为了更好地利用这个例子，我们且假定海洛因是合法物，因此风险中不包括受法律惩罚的风险。）当然，我们只能认为他这样的行为不是充分自愿的，至少从常识来说，海洛因的成瘾性是不稳定的，随着时间的推移，要想产生同样的感觉，需要的剂量将不断增加，因此，对身体十分有害甚至是致命的。如果行为人对

121 自己预设的风险并无了解，则他对风险的预设当然并非出于自愿。

假定他后来明白过来，但还是决定冒险。在可预见的未来，他有足够的钱供给这项开销。可是，他一旦上瘾，就再也无法改变决定，恢复未上瘾的状态，如果他最终因吸食过量毒品而死，等于为了快感杀死自己，度过了一个短暂但极富快感的人生。这种选择很接近在充分知情的情况下自愿作出的选择。但如果行为人对风险的知晓仅为模糊的认知，而非完全醒悟，那么他的自愿就没有达到充分的程度。也许他“知道”风险，但并未充分理解并记在心上。或许，对那些倒在肮脏小屋里的瘾君子，或是在戒除机构决心“断绝毒瘾”的人说说这些是有用的。最终，即使知晓后果，痛彻肺腑，吸毒者恐怕也下不了决心。我们只能说，他的自毁选择在适度标准看来是自愿的。

3. 自愿性判断标准应依具体情况而定型。自愿性概念自有其一般意义和道德目标，但这个概念主要还是用于法律问题。在法律语境中，它已经被调整为一个技术术语。作为一个二选一的概念，在法律方面的所有主要分支问题上都会用到它：遗嘱、刑事案件中的供述、

合约等原则上必须确定其是否出自未受强制的自愿，因为在判断是否有效、是否有罪或是否承担义务时均取决于是否出于自愿。当然，法律学者知道，外在压力、对事物的理解或困惑及其他因素都在一定程度上决定自愿性或不自愿性，因此，自愿性判断标准需要在标尺上进行标示，标示点或高或低，取决于不同的具体情况。“比如，按照最高法院的立场，即使陈述并非不自愿的情形亦足以使一份遗嘱失效。”¹⁹ 同样，家庭主妇是否同意警察的无证搜查，被告人是否同意进行辩诉交易，商人是否同意合同条款，侵权案件中是否存在介入因素，原告 122 是否愿意承担风险，病人是否同意做手术等，我们在判断其法律上的自愿性时，标准将有所不同。我们目前更关心的是立法问题而非司法问题，即法律应如何应对损害性或危险性的涉己行为或同意行为，但立法问题如同司法问题一样，都涵盖众多情形和多种目的，我们可以想见，自愿性标准必定是多样的。

在这个大标题下，主要应区分适用于非限制性法律或“通常”状况下个人行为的判断标准，与适用于受到实质限制时个人行为的判断标准，例如，监狱的监禁与医院的护理。假定一个被判处 50 年监禁的罪犯在服刑 9 年后，被问及是否愿意参加一个为期 12 个月的药物试验，如果同意，将被减刑至 10 年监禁。他虽然有些害怕，但还是同意了。他的同意是自愿的吗？如果我们将适用于非限制性情形的自愿标准适用于此，我们的结论肯定是，这个囚犯并非自愿选择接受那个危险的药物试验。他几乎没有选择的余地。继续待在可恨的监狱里就是他的替代选择，可是那个选择产生的压力不亚于有人拿着枪对他发出死亡威胁。另一方面，如果我们考虑到监狱这个背景，运用适合于该背景下的标准，则很可能会得出相反的结论。现在，我们的标准须因情形而变，要考虑那个人的真实状况（他是怎么样就怎么样），而不是一律将其代入一般性的非限制性的背景环境中。

即使如此判断，他的选择或许仍不那么自愿，监狱方面也许在他的食物中下药，威胁他，如果拒绝就会殴打他，或者对他进行催眠，“暗示”他必须表示同意，或者不告诉他潜在的危险。即使按一般监狱背景衡量，我们也必须说，上述情形中，他的同意当然是不自愿的。但如果上述情形都不存在，我们可以认为在这特定背景下，他的同意是自愿的，尽管在通常背景下，他的自愿是不够的。对特定背景或“情形”中自愿性的判断标准的选择，取决于我们的研究目的。

123 自愿性判断标准与立场的变化将作为第二十一至二十七章的主题，因此，此处我们暂不提出示例。用我们已经引入的一个简单例子就够了。若将对细节的知晓及对结果的充分理解作为判断自愿性的重要条件，严重的头痛也会使同意的自愿性打折扣。但如果某人必须决定是否服下一片阿司匹林的话，那么适用的自愿性判断标准就应因应他头痛的情况，而非适用一般情形下的普通人标准。

确定自愿性的目的之一在于其有助于评价（评分、评论、评估、评测）个人在负面情形下的行为。如果有人用枪逼着他做 X，我们当然不能将 X 视为其在毫无外在压力下自愿实施的行为。外在强制可以减轻或免除罪责，一般而言，我们必须找出行为人的非充分自愿之处。但我们的目的和亚里士多德一样，是为着在真实存在的环境背景（包括能够使行为人脱罪的强制性因素）下对行为作出评价。假设有人用枪威逼他做某个不体面的事，他还怎能保持冷静？他还怎能表现英勇？他作出决定还能有多少智慧？他还能有所抗拒吗？他能作出正确的决定吗？基于上述判断，尽管有着种种限制，他可能还是要为那被迫实施的行为负责，哪怕在一般道德判断标准看来其行为并非出于自愿而不应受到指责。

另一方面，审视自愿性的一般目的在于评价行为是否具有某种法律 / 道德意义。在法律意义之外，行为人或许值得给予正面评价，临

危不乱且富于勇气。在被用枪指头的情况下立下的遗嘱是无效的，一般说来，这当然是不自愿的，但他的签署行为未必由于过于不自愿而不应给予肯定评价，或者指责他缺乏胆识。后一判断需要以适应当时情形的标准作出，而该遗嘱在法律上的无效性则仅以适用于一般情形的通常标准即可予以判断。

同样的区分也可称为“行为描述的相关性”。如果行为被描述为“签署法律文件”，则行为是自愿的，而描述为“在枪手给出的有限选择内作出决定”，行为就是不自愿的。他在有限选项中如何抉择才是我们评价的对象（诸如冷静、敏感、懦弱）；就法律目的而言，签署文件 124 不属于他的行为，签署或不签署，法律意义都一样。

六、非自愿的假设

在某些情况下，为干涉自我伤害行为而判断是否“充分自愿”还有另一种理由，或许还可以（不太有说服力）说明在判断时要适用相对较高标准。如果某种行为很少为自愿实施，或者往往为非自愿实施，则我们必须予以干涉。这种统计信息或许让我们有理由怀疑行为的自愿性，并促使我们在允许该行为之前，非常小心地审视行为人的动机和处境。让我们对这类情形特别谨慎的原因不在于损害特别严重，或者风险特别重大，或者损害不可挽回，哪怕这些因素也同时存在，让我们格外小心地使用更高标准另有其因。我们格外小心无非因为经验告诉我们，那行为不是自愿实施的，因此，我们必须确定，眼前这个情况是否与该类情形有所不同。

我们的统计信息可以令本无充分依据的干涉正当化，这种正当化亦令我们在之后的审视中更加小心，但这本身并不足以证明应适用更严格的自愿性标准，除非为了避免我们的判断出错。或许我们应该认

为，判断标准仅由第五部分中所提到的经验法则而定，但眼下的情况的确需要格外谨慎。

在“推定为非自愿行为”的情况下，我们所推定的或者是行为人对己的所作所为存在疏忽或发生错误，或者是行为人在某种外在压力下而实施行为，或者由于某种能力缺陷，他本来并不会这样做，如果并非如此，他似乎就是被迫而为。简言之，我们认为他目前的选择并非其真实选择，不是他真正想要作出的选择，如果可以，他不会作出的选择。密尔认为，至少个人在不知情或认识错误的情况下作出的选择并非其真正的选择，国家可以给这样的个人提供法律保护。

如果公务人员或任何人看见某人穿过一座肯定不安全的桥，而此时已来不及警告他，那么，他们可以一把抓住他，拉他回来，这样做并不会侵犯他的自由，因为自由是指做自己想做的事，而这个人肯定不想跌落河中。²⁰

125 当然，如果公务人员知道，桥上那人就是想落入河中，或者愿意冒落入河中之险，亦即那人已经受到警告，完全了解其中的危险，但还是执意要上桥，那么，密尔认为，那就是他自己的事了。但因为绝大多数人都不会想要冒这样的风险，因此在问清楚之前，也可以很肯定地推定，那人并不想冒险。所以，密尔应该会同意，公务人员一开始进行干涉的做法是正当的。

在另一些情形中，有人需要保护不是因为他们缺少认知，而是因为某些原因，其行为虽有认知，但却不那么自愿。他可能是“儿童或妄想症患者，或者因为激动或沮丧而不能作出正常反应”。²¹ 在密尔看来，不应允许上述任何人士通过一座不安全的桥。另一方面，没有理由阻止任何儿童、激动的人、醉汉或精神病人通过一条安全大道回

到自己的家。即使法律要干涉实质非自愿行为，也必须有很好的理由证明那行为对行为人是危险的（表 20-3，第 2 类）。

就我们所知，醉汉或情绪低落者的行为可能是相同的，即使他看上去很平静，但如果行为人显然在自我损害，而统计信息显示，冷静正常的人绝不会实施这种行为，那么就有充分的理由予以法律干涉。根据密尔的原则，这种干涉是正当的。或许没有哪种行为可以被描述为“精神正常、情绪稳定、认知充分的承诺人都会（同意）实施”。不过，我们可以对某种行为作出肯定的推定，即任何行为人，只要心绪正常，都不会实施该种行为。将这种前提称之为“推定”，是因为若那人在受到警告后仍执意上桥，那么，这个假定就被推翻，法律将允许那人的行为。因此，如果警察（或任何人）看见约翰·道拿着斧子要砍自己的手，当然可以基于任何人都不会自愿如此的推定进行正当干涉。这种推定原则上无可辩驳。如果法庭调查此事，则违背自愿的推定一经成立（根据专家证人的意见，或法庭过往记录），除非有其他证据来源或道本人的证词方可推翻。“推定”本身就暗示无需“承担证明责任”。要求道证明自己是在冷静的、有行为能力的、自由意志的情况下自愿砍下自己的手，这种对自治权的尊重也太奇怪了。一般统计学上的推定是一个客观的决定，可以通过法庭的一般程序，或者，更常见地，通过法庭对具体情况的调查作出。试图推翻的推定越可靠（高风险，重大且不可挽回的损害），法律论证就越是要求证据充分且逻辑严密，尽管自愿性标准并不必更高，但证据标准却应更严格。（遗嘱法可为此提供模板。）这个程序不在于评价行为人的选择是否聪明、是否值得，而在于判断这个选择是否真正出自他的意愿。

126

由此，我们可以得出一个自由主义式的结论，即当且仅当行为确实出自非自愿时，国家方有权阻止损害自我的涉己行为，或者有必要

即行确认其行为是否自愿。这个结论极易与家长主义相混淆，其实二者存在实质区别。如果可以肯定，没有哪个正常人会——因为几乎没有正常人会——自愿选择或同意该行为，那么，在认定其选择确属自愿之前，有充分理由阻止其实施该行为。

必须立即对这个结论作出界定。有统计数字明确支持的非自愿情形并不多。其中部分是指被划定为标准的精神病症状的精神障碍型自我损害行为。割除生殖器就是其中一种，²² 自刺双目是另一种。精神病院中常见到在自己的手臂或身体上弄出与耶稣同样圣痕的病人。设若某种不太常见的情形，公务人员在一座公园内看到有人正以上述某种“标准”方式伤害自己，于是认定他“精神不正常”，上前强行制止其行为。当然，我们不必在第二天一早组成法庭，要求此人超出合理怀疑地证明他精神正常，以便让他继续实施那行为。同样，我们也不必由法庭来判断其行为是聪明还是愚蠢，合理还是不合理，以决定他能取得多大程度的行为自由。或许可以通过提供理由，哪怕是个坏理由，只要能够证明行为可以理解，总还可以说服法庭认定这个被推定为非自愿的行为其实是自愿的。但只要那个精神障碍的推定是对的，其他理由将毫无必要。

127 另一类推定非自愿行为是密尔笔下危桥的例子。这里我们不必寻求精神障碍的理由；仅以常识上的经验性的期待为据足矣。根据人类常识，我们几乎看不到有人在自己要吃的鸡蛋上撒砒，或者穿过危桥，或者在高度污染的水里游泳。因此，在无其他特定信息的前提下，我们有理由推知，如果有人这样做，那肯定是发生了认识错误。实际上，对这个人来说，我们有义务作这样的推定，同时保留这种推定并不正确的可能。

历数精神病人与发生认识错误的正常人这两大类情形之后，属于推定非自愿的明确情形似乎已被穷尽。另外一些有趣的情形却没那么

容易进行“推定”。以自杀为例，自我了结的动机多种多样，在这些动机中，有些是合理的，有些则不合理；有些是理性的，有些则不理性；有些是正常的，有些则不正常，如果我们只是知道这个人想自杀，那么，对于他的自愿性，我们并不能作出任何“推定”。²³关于自杀及其他有争议的涉己行为，我们均无法依据统计资料作出任何可靠的推论。在这些情形中，干涉、阻止或调查的理由仅仅是行为的风险高、损害重或不可挽回，而非行为存在不自愿的可能性。

如果某人愿意自己结束自己，那么法律是否允许这行为并无实质意义。国家不能以刑罚惩罚他，将自杀行为犯罪化很可能伤及其他无辜。²⁴但如果自杀行为要求辅助——武器、药物、帮助——他无力自己完成或他正在医院接受治疗或正被隔离，是否允许这种辅助就成了关键问题，而对要求辅助的自愿性判断则是关键中的关键。（见下文第二十七章）

七、示例：危险药物

后续章节将具体讨论自愿性判断标准的细节问题。但其中的某些复杂之处至少可以通过对某些典型疑难案件的分析加以说明。假定理查德·罗向医生道要求一定剂量的药物 X，以下为涉案部分的对话（1）：

道医生：我不能把 X 开给你，因为它会对你造成生理损害。

罗先生：你错了，它对我的身体无害。

根据现行法例，国家当然支持这位医生以及严格按照国家法规从
128
业的医药研究者和实验工作者。“生理损害”是单纯的事实问题——它是指某种药物对人的身体所造成的影响——客观如此。国家自然应当支持实验人士在专业技术领域范围内行事。（实际上，这样做是

为了罗先生好。)当然,“损害”永远都是一个可以权衡的要素,作为个人价值判断,它往往超出专业领域之外。人人都在医药专家所说的“生理健康”上保有福利性利益,而一旦落到最低限以下,所有长远利益都无法实现。罗先生可能是唯一的例外。或许他是一个神秘主义者,希望通过药物导致的昏睡状态造成肝损害,他认为“生理健康”不过是小菜一碟,并非其个人利益的一部分。但法律总是按一般情况而定(第一卷第五章第二部分)。罗先生只能遵守而别无他途,除非他能够要求举行一场特定的听证会——做起来不会太麻烦,成本也不会太高。但即使出现最不可能发生的情形,即罗先生的确是一个特例,那么这种情形其实又成为单纯的药理问题。作为一般原则,如果非专业人士与医生在医药问题上发生分歧,都会推定非专业人士的观点是错误的。如果他基于错误认识一意孤行,就会认定他的行为并非出自充分自愿,因为他对自己行为的理解是错误的。易言之,自食其果并非他自愿选择的行为。(当然,如果换一个说法,“自食其果”也可以是自愿行为,但更全面的理解应当是前者。)因此,国家干涉的并非自愿知情的行为,而是疏忽下实施的行为。

理查德·阿尼森则认为这一分析的例外是——按他的说法,“无论何时,某人基于错误认识而为目标选定的最佳行为方式都是非自愿的”,并且,“无论何时,即使经过深思熟虑,只要某人对自己的价值判断发生暂时性偏差,并基于该偏差实施行为,则其行为亦非自愿。”²⁵我的分析中也包含了(并非仅为对特定读者的暗示)这些结论,不过仍需进一步界定。我们首先要明确事实错误,如对因果关系或方法的错误认识,与“最重要的价值判断”错误之间的区分。如果有人犯了后一种错误,不是由于强制、干扰、行为障碍或错误信息,而是由于做错了决定,那么这个错误其实没有界定的必要,他既然自己行为,¹²⁹就该自己负责。他的“错误选择”仍然是他的选择。说它是个错误,

不过是说它不够明智或者不太合理，而阿尼森和我都同意，人人都有权实施不合理的涉己行为。但如果这个人并不知道有人将装砒的容器标签和装餐盐的容器标签调换，那这个错误将是致命的，可以因此判定他的行为是不自愿的。这种错误他无权犯——他为何想要拥有这样的“权利”呢？

阿尼森在砒－盐案件上的态度令人困惑。他相当正确地指出，自愿性判断与行为描述有关。上述行为可以描述为“把我认为是盐的东西撒在我的食物上”，也可以描述为“把实际上是致命毒药的东西撒在我的食物上”。我称前者为“薄的”行为描述，而将后者称为“厚的”行为描述。实际上，“薄”、“厚”只是相对而言，对行为的描述存在一定幅度的外延区间，某些描述当然就会较另一些描述更“厚”。针对给食物调味的行为，比阿尼森更厚的描述可以是“毒害我的肝”或“夺去我的命”，更薄的描述则可以是“摇晃瓶子”和“抬起再放下我的手臂”。显然，越薄的描述所指向的行为越是自愿，而越厚的描述所指向的行为自愿程度越低，因为行为人对出于事实认识错误所导致的结果并不如其所愿。厚的行为描述所指向的行为可能是完全非自愿的。阿尼森承认这一点，但他坚持，无论有多少种行为描述，都只有一个行为，为了判定行为人是否自愿实施该行为，“对行为的自愿性或非自愿性的全盘认定是必须的”，²⁶ 若行为存在某个（或某些）厚的描述说明其非自愿，并不能因此认定这个“单一”行为是不自愿的。我不能确定他所说的“单一行为”应作何解，因为在我看来，任何行为都可以任意被切割为或薄或厚的小块。厚一些的部分包含薄的部分——引致一体化的结果。重要的是，要知道如何准确评估我们所描述的每一部分的自愿性，如何将评估结果作为下一步反应的依据。阿尼森在承认对行为有多种描述的前提下，坚持行为的不可分割性，这其实和他的论证目的是相互矛盾的。行为是有害的且非自愿的，但

130 如果不去干涉包含于其中那自愿且无害的部分，对这个行为的干涉何以可能呢？防止他给自己下毒（厚的描述）的唯一方法就是不让他把他以为是盐的东西撒在食物上（薄的描述）。

阿尼森认为我的分析使我“显然处在一个非密尔的立场上，即所有存在错误的行为都是不自愿的，如此则令法律干涉超越了反家长主义的原则。”²⁷ 我或许也可以说他才是非密尔的立场，他认为没有哪个包含错误的行为是不自愿的，因此均不应予以干涉。当然，最好还是承认，我们两个都有问题——一个同样的问题——在区分减低或消除自愿性的错误与不会减低或消除自愿性的错误方面存在问题。我们两人在部分问题上的立场是一致的。人们可能有意进行错误的价值判断，并理性而自愿地基于此荒谬无理的价值判断行事。这可以减少我们在事实错误问题上的分歧，但最终还是回到密尔的危桥例子。阿尼森认为这个例子对于他的严格反家长主义式立场并无意义，因为行人上桥是“由于他缺少必须获知却不知情的信息”。他又说，“如果此桥上有明显的‘危险’标志，那么即使是问清缘由一类的暂时干涉也是不正当的。不过，如果桥上没有标志，行人当然无从知晓桥不安全，这个事实上的认识错误不该由他来承担责任”。如果阿尼森的理解是对的，那么，对阿尼森而言，或者实际上对密尔而言，为错误承担责任是个关键点：“密尔清楚地表明，在涉己行为范围内，人们有权犯错并承受后果，社会不应横加干涉”[加重部分]。²⁸

现在的问题是，人所犯的何等错误“只跟他自己有关”？在砒—盐案例中，假定进餐者无从得知自己在给自己的食物下毒，那么问题的答案应该很清楚。尽管阿尼森对这个例子的论述仍有纠结之处，但他所设立的原则能够得出的结论就是允许外在干涉。当然，我们可以想象，按照罗瑞尔和哈迪的喜剧模式，进餐者误认为警告他的人不过是在开玩笑，于是拒绝听从那警告，这使得知道那盐实际上是砒的警

告者十分沮丧。进餐者固执己见到了不可理喻的程度，任何旁观者都会认为，那他只好自己对自己负责了。当然，如果我们知道他其实既不想死也不愿死，却由着他这样自寻死路，这似乎是对他刚愎自用的过度惩罚，同时也是对他个人自治权的奇怪尊重。问题是，以“厚的”方式描述的受到干涉的行为，不仅仅是不合理的，而且并非进餐者的自愿选择。同等情况也可以发生在危桥的例子中，警察非常惊讶地发现，那个路人看了标志后却开始过桥。他到底还是担心那位行人没有看懂那标识（或许他不识字，或不识英文，或者出于某种原因丧失思考或理解能力），于是大声呼喊警告。结果，那位行人平静地对他说，这个警告不过是个谎言（资本家的阴谋），要让他相信这话，除非这座桥在他的脚下垮塌，使他被砸伤或被砸死在桥下的岩石上。就算他不是妄想症患者，而只是要一意孤行，这与他自愿选择摔伤或摔死在岩石上还是不同的。（必须再次强调，如果行人对客观情况与风险的评估都很准确，却还是执意前行，就是另一回事了——自愿的——为了达到他本人的其他目标。） 131

阿尼森在罗-道案例中的原则意味着，道医生有责任提醒罗先生，那药对他的健康有害，如果罗先生自己不合情理地表示不能同意，并且坚持他对事实的错误判断，那就是他的问题了，法律并不允许对他进一步干涉。这个例子看来与餐盐及危桥的例子完全相似，所以，我认为不该得出不同的结论。我的假设是，我们知道该药物是不安全的，正如在另两个例子中，我们知道桥是危险的，“盐”其实是砷。但假定没有人知道罗先生的药有害，而这个判断是某个政府试验部门（他们总是倾向于“质疑药物的安全性”）才能提供的“专家”意见；再假定罗先生实际上是个医生，一位出色的生物学家，但总是标新立异，常常和大多数同行的观点相左。他自己的实验表明，那药物不仅无害，而且有益，他认为自己的实验比起政府部门的更加谨慎。当然，

我们似乎又找了一个特例。罗医生看来的确有权在缺少认知的情况下对在科学上有争议的事实“犯错”，即使争议完全源于他自己的结论。但除非我们能够确认罗先生自愿选择自杀，否则，即使他是个医生，我们也还是要凭我们的认知阻止他。

最后一系列案例用来讨论事实认识错误。假定一个古怪的发明家乘电梯来到大厦的顶楼，用布条将铁“翅膀”绑在胳膊上，打算从屋顶跳下“起飞”。他可不认为自己是在作秀；他真诚地相信自己的翅膀是安全的，是可以飞起来的。他并非甘冒不合理之风险；他不过是对风险作出了错误的评估，而这对于判定他是否自愿是一个首要的
132 必要条件。如亚里士多德所说，他的行为不仅是“疏忽地实施”，更是“因为疏忽而实施的”。如果行为是自愿的，且无人上前阻止，对他的行为可以作薄的描述。他自愿地从楼边跃下，意思就是他楼边跃下，再无其他含义。但他并非自愿直通通掉下去；他并非自愿杀死自己；他并非自愿寻死。在这些相对“厚些”的描述中，我们可以看出他的所为是非自愿的。

我们把这个案例与另一个更困难些的案例做个比较。出色而标新立异的科学家布林克博士花了十年的时间在实验室提炼出一种新的塑料，经过不断测试和重新调制，并与其他科学家展开论战，绝大多数科学家都不支持他的数据，并且认为他在方法上存在细微的缺陷。现在，他把自己的主要精力都投入在测试工作上，为了这项工作甚至不惜生命。但命运总是和他作对。为了示例，我们且假定没有人知道结果。那么，当然，布林克博士同样有权犯科学上的错误并自食其果。

简言之，阿尼森认为，仅当某人没有相当的机会避免犯事实错误时，方可视其为非自愿。否则，他的错误就是“他自己的错误”。我对他的这个原则有所增补，即使是自愿坚持的事实错误，但如无确证，且其对危险的认知是模糊的，则应视其为非自愿。而在边缘案例中，

行为人的认识并非一般认知而是专业观点，行为人的目的在于证明自己的观点正确。这当中，司法上（对“法律的校正”）²⁹应保护行为人尽管存在事实认识错误却真实自愿的行为。

现在看几个容易些的案例，总体上说，对它们的判断更易为反家长主义的立场所接受。以下为道医生－罗先生案例的两种变形。假定双方有如下对话（2）：

道医生：我不能把药物 X 开给你，因为它会对你造成生理损害。

罗先生：那正是我想要的，我就是要伤害自己的身体。

在这种情形中，罗对情况很清楚。他不存在误解或误判。不过，他的选择太奇怪，以致可以合理推断他缺少“完全的判断能力”。注意，我们并非仅凭他的选择及其依据不合理就自动贴上“非自愿”的标签。因为我们都知道，一个不合理的选择也可能是自愿作出的，因此选择的不合理性并不足以证明选择的非自愿性。但如果选择的不合理性异乎寻常，我们该有理由怀疑，至少，在某种程度上，它或许并非仅仅出自某种古怪但真实的价值观，也非仅仅因为存在事实上的错误，而很可能是由于存在心理障碍。把极端不合理性归结为缺陷并非先验的，亦非定义上的。我们不能因此一概认定，任何头脑正常的人都不会作出这种选择。如果这个判断是正确的，那也并非某种先验的说法，而需要逐个案地根据判断精神障碍的独立非循环论证式的原则予以检测。要是认为这个选择肯定是某种病症，然后再用这个病症证明行为是非自愿的，那就是循环论证。我们必须用证据来打破这个封闭的循环。³⁰如果没有进一步的证据证明存在精神障碍、疾病或欣快症，且不存在第三方利益，例如有配偶或家庭需要保全，则按照我们的“自愿性标准”，国家的进一步干涉是不应允许的。

现在看看第三种情形（3）：

道医生：我不能将药物 X 开给你，因为它很可能会对你造成身

体损害。

罗先生：它是否损害我的身体健康我不在乎。我先要好好乐一乐，真的是个大乐子，我甘冒受到身体损害的风险，要是为了乐子得付出这个代价，那么，我愿意。

要说这个情形“容易”未免乐观，但我认为它至少比（1）和（2）的情形容易些。事实上，它正是区分家长主义和自由主义的石蕊试纸。罗的选择表面上看并非“非理性”。他可能正是某个大彻大悟的享乐主义者，将享乐作为自己的最高信条。他或许早已痛下决心，要将享乐进行到底，即使因此缩短生命。如果没有第三方利益直接相关，也尚未脱离边界地带（前文第十七章第五部分），国家就不能宣称这个人的哲学信条是不对的或“病态的”，并阻止他外化自己的信条，否则将不可避免存在权力的滥用。

另一方面，这个情形与前一个非常接近，当然，这取决于具体情况。如果这个药物可以给人带来一个小时的快感，然后就会剧痛而死，那么这种风险就极不合理而应当推定行为人是非理性的，行为是
134 非自愿的。而如果 X 药物的药理作用类似尼古丁的危害性，二三十年的严重烟瘾将导致罹患肺癌或心脏病的风险，那么，单纯为了快感而服用这种药物，所承担的风险或许并不合理，但不能很好地证明行为人的非自愿性。很多完全正常的理性人自愿冒此风险，就是为了吸烟时产生的某种快感。面对这些自愿而为的人，国家能做的就是不断地告知吸烟者吸烟的危害，让他们都明白所承担的风险。时时不断地提醒，并加以血淋淋的事实。国家还可以利用税收、限制、劝说等方式使得吸烟（或服用类似药物）的行为更困难，并降低其吸引力；但如果一律禁止吸烟，就等于告诉那些自愿承担风险的人，即使他们在知情的前提下作出的判断也不如国家作出的判断合理，因此，他们不能有所行为。这是没有接受自愿性判断标准的纯粹的硬家

长主义。作为公共政策的原则，道德上颇为刻薄，亦存在某种政府独裁的风险。

八、示例：保护性头盔

维克多·弗鲁姆十八岁时买了一辆二手摩托车，这样他上班的时候可以更快捷也更经济。他这样做他的父母很担心，因为他们看到令人恐惧的数据——“1978年，166000人因为摩托车发生事故而受伤入院，其中4700人不治身亡，很多人终身残疾”。³¹他们还听到专家意见——“有些年轻人被送到医院来的时候已经成了肉饼。500磅的机车压在他们身上，被拖行40英尺，或者被撞飞，以60英里的时速撞上大树。骑摩托车的人都不亚于一发人肉炮弹。”³²维克多对法律要求他骑车时佩戴又热又不舒服的头盔觉得很烦，但如果不戴就会被罚款50美元。他尤其痛恨那无处不在的监视警察，他知道一旦违反就不可能逃过法网。

一个酷热的夏日，上班已经迟了，维克多拿上头盔，这让他更迟了些。他本想丢下头盔直接上班，但不想被罚款，就是这个原因，他还是戴上头盔，系紧带子，开始他15分钟穿越闹事的上班路途。走到半路，对面突然出现一个奇怪的摩托车手违反规则左转，恰恰挡在他的车前。他别无他途，只能撞上一辆汽车。他被撞击抛到空中，越过汽车顶，头朝下落在20英尺以外的地上。他被紧急送医，被诊断为割伤和轻微脑震荡。他事后得知，如果没有那顶头盔，他会没命，或者重度脑震荡。从那以后，维克多骑车时总是自觉自愿地戴上头盔，不是法律如此要求，而是因为他希望保护自己免受突发事故的伤害。但在一开始，他只不过是害怕罚款才戴上头盔的。

不戴头盔的车手就不像维克多这样幸运了，我们有理由相信，正

是头盔改变了结果。正如一位法官在 1971 年的一份判决中写道，

根据一位加利福尼亚州医生的调查，摩托车事故中 77% 的死者死于颅部创伤，他们身体的其他部分并未受到致命创伤。而一份纽约立法机关的报告则引述急速增长的摩托车事故数目，提到有 89.2% 的事故死伤都是因为脑部创伤，其中绝大多数死伤本可以通过佩戴头盔得以避免。一位外科大夫证实，他曾经医治过六位摩托车事故中的伤者，他们都佩戴了保护性头盔，没有人头部严重受损。³³

同样的统计数据使很多州的立法机关自 1966 年起纷纷提出通过法律，要求（以下为密歇根州法律）“驾驶或搭乘电动车或摩托车者应佩戴头盔……”。³⁴ 尽管存在诸多宪法性挑战，但此类法律至少在四个州获得通过，³⁵ 法院认为州宪法中包含了密尔在《论自由》中提出的原则。现在，绝大多数州都已通过类似法律。

强制佩戴头盔的法律是有道理的，正因如此，它令自由主义者颇为尴尬，同时也成为硬家长主义最强有力的论据。约翰·克莱尼希认为，根据这样或那样的理由将此类立法正当化的观点“总有些欲说还休”，这类法律“令人尴尬，大家总是使劲想通过非家长主义的路径论证其正当性。”³⁶ 杰拉德·德沃金³⁷ 认为，这些救命的法律对自由主义者而言是三难，因为他们可能有三种反应：（1）他可能会说，根据适当标准，不戴头盔驾驶摩托车是典型的（若非“必定是”）非自愿行为；（2）他可能会说，即使不戴头盔驾驶摩托车的行为是自愿的（或者充分自愿），那也应当被禁止，但其理据并非应家长主义，而是，比如说，依据第三方利益，使得法律应当保护他们的利益；（3）他可能会说，尽管禁止性法律阻止自我损害行为，但这类法律在道德上是

136

不正当的，因为这侵犯了个人自治。应当采用其他非强制性措施提高安全性。我们对第四种可能敬而远之（见第十九章第八部分），即将个人自治边界限制在“重大计划”（克莱尼希语）所涉及的基本利益范围内。第五种可能则是向硬家长主义者让步，这将鼓励后者变本加厉，继续按照他们的原则将对其他自愿承担风险的涉己行为的刑事惩罚正当化，包括从吸烟直至冲浪等行为。³⁸

第一种态度没什么意义。按照之前对自愿性的分析，我们不大可能依据软家长主义将强制戴头盔的法律正当化。“典型的”摩托车手（如果真有这种人的话）并不会对其承担的风险产生事实认识错误。尽管多些认识对他的自愿选择及安全技能会更有好处，但他不戴头盔骑车仅仅出于一些最可怕的错误认识，类似误以砒为盐，或误以为铁比空气轻。几乎没有哪个车手是在受到压力、威胁或强制的情况下驾驶摩托车的。同时，也没有实际证据表明不想佩戴头盔的想法与任何精神病或精神障碍有关。或许许多车手都和维克多一样，对事实风险认识不足——低估了风险的严重程度——或者说对风险的严重性评估不足。将这些问题归结为“典型车手”，似乎在暗示这种人只能和摩托车联系在一起。其实我们可以依据驾照制度的要求，相信所有车手都具有必要的认识，即使按照较高的自愿性标准，我们也可判断其驾驶行为是自愿的。申请驾照者均应参加有关安全知识的官方课程，并且观看影片获得感官上的影像认识，包括撞击的场面、医院的景象、医生的意见，以及被撞成肉饼的死者图片。还有解剖课程展示头部的结构以及头盔的保护性能，以假人示范撞击测试等。通过数字展示机动车驾驶、戴头盔驾驶摩托车以及不戴头盔驾驶机动车的相对危险性。以此确保人人都听得到，并且能通过简单的笔试。

在通过此类介绍课程以后，还坚持说一般的摩托车手对不戴头盔的风险认知不足就毫无道理了。无论如何，我们相信还是会有少部分

人骑车时总是或者有时不戴头盔。这些人可以分为两类，罗曼蒂克的理想主义者以及粗心大意者，后者又可再细分为两类：一类人了解风险，但认为舒适和便利更重要，另一类人属于“意志薄弱”者，他们承认没理由不戴头盔，但他们总是提不起劲儿去戴头盔，然后使自己陷入麻烦。如果有人认为不戴头盔正反映了他对速度、刺激甚至危险的追求，那么他如此选择正是其冒险人生不可分割的部分，我们不能说这样的人的选择是非自愿的。

积习难改的粗心者问题更大。根据绝大多数人对风险价值判断的标准来看，他的行为是不合理的，而他的不合理性在我们看来很奇怪。但如果不能证明他在精神或智力方面存在障碍，仅凭选择奇怪就判断他是非自愿的，显然会引发争议。有一点必须反复强调：人可以自愿地做不合理的事。自我坦承的意志薄弱者（缺乏意志力）无法按照他的内心召唤做他应该做的事。但我们不要急于作出判断，认为他的失败在于他缺少自我控制而导致自愿性不足。我们每个人都能忆起自己在很多情况下只是去做最方便的事，而不是我们明明知道更应该做的事，除了懒惰、漠视、积习或一时的自我放纵，并没有任何障碍阻止我们去做那个更应该做的事。³⁹

C. 埃德温·小哈里斯（C. Edwin Harris Jr.）对非意识障碍的不戴头盔者使用高标准的自愿性标准，并由此得出结论，正是涉己的个性缺陷导致行为“未经慎思、缺乏责任且缺乏自愿性”。⁴⁰他似乎是说，如果有人很不负责任地行为，那么，他的行为不单是不负责任的（不合理的可责行为），而且是没有责任的（不必承担责任的行为）。这个说法在我看来颇有些吊诡。他认为，强制戴头盔的法律的正当性“在于保护人们免受其愚蠢、无充分预见以及缺乏纪律而导致的危险。”⁴¹硬家长主义应该会赞同。但哈里斯本来是从尊重个人自治的软家长主义立场出发的，获得这样的赞同他应该不会舒服。真正的软

家长主义者会认为，那些不负责任的、愚蠢的、缺乏预见和自我约束的人实施涉己行为时，和具有其他性格缺陷的人在可责的自愿性上是一样的，只要没有额外的证据证明其存在精神障碍，他们就有权自愿实施不合理但真实的行为，果真实施，他们当然应该自食其果。 138

因此，如果软家长主义者赞同强制佩戴头盔的法律，只能出于杰拉德·德沃金所说的第二种依据——为保护第三方或公共利益。求诸损害他人原则最直接的路径是，摩托车手会被自己车轮或路上其他车辆的轮胎飞起的石子砸到脸。很多强制佩戴头盔的法律特别强调头盔的两侧和下颌处的扣带对面部的保护。头部和面部缺少保护的话，摩托车手会因为被飞石砸中而失去对车辆的控制，从而导致对自己或其他车手及行人的损害。很多人都发现，此种理据适用于法庭时显得非常做作。⁴²一些法官认为，某个限制性安全法律的合法性在于其防止对行为人以外的第三方的损害，从而防止可能发生的损害。但并无证据表明，在摩托车事故中频繁出现此种设想中的损害并达到显著的统计数目。⁴³就第三方利益作出最成功法律联系的是 A. C. 米勒（A. C. Miller）法官 1968 年在美国摩托车协会诉戴维斯一案中所作的论证。米勒法官运用最小限制措施原则（我们在第十九章第八部分格里斯沃尔德诉康涅狄格州案中碰见过）。关于“飞石”理论，他说道——

……这种论证显然是努力要将某个广受认可的法律正当化。如果其目的只在于反弹飞石而非为着减少颅部损伤，那么，对制造商设置挡风玻璃的要求符合规范目标，未偏离一般安全法规对制造商提出的保护公众基于保护个人的要求。⁴⁴

对强制佩戴头盔法律的另一个更有说服力的非家长主义式论证

则诉诸交通事故的巨大公共成本（以美元或美分计）。为此要给警察、急救人员、救护车司机和护士支付薪水，医院病房、手术室、医生、药剂师和医疗机器都非常昂贵。而这些开支中很大一部分都来自一般纳税人的税款，其他则来自医疗保险。间接费用则包括伤者丧失工作能力和纳税能力，以及为他们的子女提供抚养费用等。强制佩戴头盔法律的真正意义在于减少公共开支——自由主义者应该会这样说。

- 139 不过，杰拉德·德沃金还是会以家长主义立场进行颇有道理的反驳。如果通过强制配戴头盔法律的主要目的在于减少公共开支，那么，我们大可不必施以刑事处罚而同样可以达到目的，只要让申请驾照者额外增加医疗保险费用即可。⁴⁵ 或可通过补充计划要求州政府投入更多资金，以便支付因摩托车事故产生的社会成本，类似缴纳桥梁公路使用费用作维护费用那样。但补充计划可能不公平，因为那些谨慎的、坚持佩戴头盔的摩托车手需要缴纳和那些粗心大意的同行同样的费用，而后者引发的事故损害才会消耗这笔资金。在这方面，缴纳更高的保险费用更公平些，一般而言，保险公司会选择性地提高忽视基本安全事项的驾驶者所应缴纳的保费。或许这两种方案可以合二为一，要求保费不仅要支付事故费用，还要支付其他开支（公路养护、警察成本等）。即使如此，刑事处罚仍非直接必要，亦无需借助家长主义理据将相关刑事法律正当化，仅可将刑事处罚作为对无证驾驶者或非家长主义法律违反者的威慑。

这些替代方案可以让自由主义者自在些，并且暗示了一些帮他摆脱此种无所适从境地的路径。现在，他或许愿意接受德沃金所说的第三种选项，反对强制佩戴头盔的法律，认为可以通过改进驾照制度和宣教方式，确保该自我风险行为的自愿性，并以强制保险制度应付公共开支。由此，这个“家长主义式的合理限制”在他看来已不那么合理，而“家长主义式”依旧。但他尚未摆脱困境。强制佩戴头盔

的法律还有其他正当化依据，且非明显的家长主义式依据：我是指杰拉德·德沃金所说的“心灵成本”，以及克莱尼希所说的“公共责任”。我们在奴隶合同（第十四章第五部分）那里见过这个丑陋的选项——让失败者“作茧自缚”，从而以巨大的公共代价侵蚀我们的承诺和信义。如果还有什么论点可以使强制佩戴头盔的法律正当化，那么这应当算上一个。这个论点的问题在于，或部分在于，它到底是不是家长主义式的立场。

假定我们对摩托车驾驶者适用一整套强制保险制度且总体效果不错。现在我们必须考虑的问题是，不可避免有一小部分诈骗者故意不投保，并在事故发生后逃避责任。德沃金指出该如何对付这些人，¹⁴⁰并评论道：

绝对自由主义者（自由主义者）的答案是，我们提前宣布不帮助这些人。但显然这对我们来说还是存在某种心灵成本——漠视或抛弃处于困境中的人。但这还是有些道理的，因为我们都不想成为这种人中的一员。⁴⁶

德沃金的理解当然是对的。仅仅因为他们没有支付相关成本，而任由这些粗心大意的、未戴头盔的年轻车手死在血泊中，是无法想象的事情。避免这一两难境地的方法就是以刑事制裁为威慑的强制性法律。另一个方法则是一方面采取人道政策，抢救那些无证驾驶的违法者，随后再指控他们违反法律（对已经躺在医院终身残疾的被害人来说，处罚他们似乎有些过分）。在我看来，前一种方法并无明显可取之处。

关于心灵成本的论证其实可以与经济成本及保险计划相互独立适用，它显然更有说服力，也更直接。如果我们任由年轻人对自身安

全掉以轻心，第一个可怕后果（代价）就是不幸的被害人本人，以及其他次生代价。而绝对反家长主义的态度是，这些被害人应该为自己的愚蠢“付出代价”，因为“那是他们自找的”，他们知道自己在干什么，这样的态度在死伤的事实面前不免过于冷酷。若损害并非特别严重，我们可以令他们脱离困境，出于人道主义为他们支付费用。在不可撤销的合同、无望的赌债或难以自拔的毒瘾以及其他情形中，自愿行为人可以自己挖个洞钻进去，可是日后当他改变心意时，却会因为“洞挖得太深出不来了”（我们有上百句俗语描述这种情形），我们不能保持冷酷，任由行为人继续忍受痛苦，非得让他付出代价不可。为避免道德勒索，我们须为自己求得保护，立法禁止不利于我们的自愿风险行为。此处设立刑事法律并非基于家长主义，而是为防止对他人的损害（道德腐蚀）。可如果摩托车手已经脑浆涂地，损害已无可挽回，“心灵成本”亦已不可修复。问题不在于我们以高昂的代价避免后果，正如在其他情形中碰到的那样，现在的问题是，我们根本无法避免后果。作为因自愿不保护自我行为导致的惨烈事故

141 的旁观者或当事人，我们心如刀绞，此时自由主义理念却正握住我们的肩头告诉我们“好了，他是自找的”，或者类似的冷血话语。如果维克多·弗鲁姆当场身亡或颅部严重受损，想想撞车中出错的车手会是怎样的境地。他同样需要保护，还有维克多的父母、需要维克多抚养的人、参与的医疗工作者、证人以及其他摩托车驾驶者，他们都需要保护。

要使强制性法律正当化，心灵成本是最有力的非家长主义式依据。它并非家长主义式的法理，也不似其他求诸（经济上）损害他人原则的观点那样不可捉摸，它和家长主义式观点的前提一致，即问题的中心在于摩托车驾驶者的死伤，而非可以通过保险制度等措施予以弥补的对他人的间接损害。令立法者决心制定强制佩戴头盔法律的核

心不在于次生代价，而是事故的主要当事人所承受的直接且不可修复的生理损伤。

无论损害原则和冒犯原则（心灵创伤）是否足以为证，限制性立法已几成定论。正如在其他情形中适用这些原则时所做的那样，此处亦须作谨慎的权衡。与他人，特别是不幸卷入事故的他人的利益及感受相对，驾驶者不戴头盔时获得的利益（更便利？更舒适？感到更自由？更罗曼蒂克？更冒险的生活方式？）必须予以考量。杰拉德·德沃金对于将心灵创伤优先于驾驶者利益的排序很怀疑。在说到“猎手因为没有穿着颜色鲜明的衣服而被其他猎手误射”时，他写道，“他们必须明白，他们的行为给其他人造成了损害（甚或是死亡）。”但他认为，这种观点“本身不足以令他们受到优先考量”。⁴⁷ 德沃金认为强制性法律非常合理，以致在其他论证方法不能奏效的请求下，不惜以家长主义式的理据来捍卫这类法律。我不觉得心灵成本不足为证。但若的确不足为证，那么，以我对个人自治的追求，我宁愿选择非刑事制裁的立场，认为国家在此应着眼于公共利益，将角色定位于教育、考核、颁发执照、征税及保险方面。

本章的主要目的在于对某个具有明显家长主义色彩的合理法律提供一种自由主义式的解释路径，从而以某种高度可能的程序化方式，说明此种路径亦可适用于药物和摩托车驾驶等强制性法律。而立
142
法上的具体分析和建议非经冗长的题外研究不可，包括瘾癖的特性、药物或头盔的使用范围、制度控制的种类以及其他高度相关的事实问题等。我已经努力将这些议题中的道德因素区分开来，即关于特定药物及头盔的强制规定如何与个人自治发生冲突，这些强制规定如何消除滥用药物及不戴头盔对社会产生的恶果，以及对个人自治的保护，即通过公共努力，确保滥用药物及不戴头盔的行为都是行为人在知情的前提下自愿作出的决定。最后一部分，我论证了一些具有明显合理

性的强制性法律所包含的非家长主义式依据。无论是怀疑单纯家长主义式强制法律合理性的立场，还是认为合理的强制性法律并非出自家长主义的立场，均须从自愿概念入手。有且仅有出于自愿的涉己行为及出于同意的约定，才符合个人自治的要求。危险情形下的官方干涉既要防止损害，更应确保被干涉者的自愿性。而下一步要深入讨论的就是，自愿性的概念是否足以体现其重要意义。

自愿性不足：单方情形

143

一、直接伤害：构成犯罪的自杀与自伤行为

法律能否允许自治者实施对自己造成不合理伤害或危险而不伤及他人的行为？最具说服力的自由主义式答案是以软家长主义策略作出的肯定回答。完全涉己且自愿的行为与刑法无关。但损害行为或不合理风险行为有时或往往并非出于自愿，此时，软家长主义立场就认为，当且仅当可以充分怀疑行为人的行为并非出于自愿时，干涉方属正当。这种软家长主义式的立场对于法律在此的角色设定是消极的：所谓干涉为正当，并非欲使行为人承担刑事或民事责任。针对更严重的无可挽回的自我损害，如因自杀和自伤造成的损害而言，允许法律授权执法机关进一步检视行为人的绝望选择是否出于自愿是正当的，在某些情形中，为行为人提供建议或治疗措施，甚至在某些情况下，于特定期间对其施以强制性非惩罚措施均为正当。本章我们关注的是单方情形中的自愿性判断问题。具有损害性或危险性的选择何时方为自愿而不应受法律干涉？或者，何时为“非自愿”而至少应受

暂时干涉？

144 单方情形是指行为人选择的行为仅对自己造成损害或损害风险的情形，它与双方情形相对，后者指行为人同意他人对自己实施损害或损害风险行为。单方情形又可分为两类：直接造成自我损害的行为，以及造成高度损害风险的行为。前一类指（具有推定损害的）自我毁灭或自我伤害行为；后一类的常见情形是单独进行的危险运动，如瀑布漂流、滑翔、无保险带走钢索等令人尖叫的冒险举动、摩托车飞越、藏身于木桶从尼亚加拉大瀑布坠下、自己种植并吸食毒品，以及（更常见）驾车不系安全带或不戴头盔等。与双方情形相比，单方情形的种类较少，前者种类数不胜数，其中涉及帮助者、教唆者、工具提供者、买卖双方或竞技双方的协议，以及提议者和接受者之间的安排、要求、协议等。例如，毒品使用行为中往往涉及交易或买卖，这正是我们特别强调“自己种植”情形的原因，因为在这种情况下不存在毒品买卖。危险博彩也是如此，因为其中总会涉及自愿加入的另一方，所以不属于单方情形。

自伤和自杀可以作为典型的单方情形详细讨论，但我们并不打算这样做，原因有两个。首先，我们已经讨论了与自杀企图相关的意图问题、自愿性判断问题，以及与另一方的合作问题。¹其次，软家长主义主旨的前半部分似乎并无实际意义，即禁止将自我损害行为犯罪化，因为就自杀和自伤行为的特点而言，即使限制自由原则允许，亦不应直接以刑法禁止。比如，将自杀视为犯罪是很愚蠢的办法，惩罚所及之人不是那个自我了断的人，而是其他无辜者，因为那个人已不可能受到惩罚。或许这种耻辱的结局侵犯了他的某个“生存利益”（见第一卷第二章第四部分），但算不上现世的惩罚，而替代品——没收财产——只会损害他的家人，他们在他的这桩罪行上可是完全无辜的。当然，不成功的自杀者将承受惩罚，实际上，在1921年以前的

英格兰，自杀未遂的确是犯罪，直到 1957 年前，这个罪名还时而可见。² 如果按照最高刑罚死刑处之，对于这些但求一死的人来说，却正是解脱。以痛苦的方法执行死刑对任何犯罪而言都过于残酷，即使原则上存在这种刑罚，也只能针对最为严重的犯罪，自杀显然不属此列。当然，这样严厉的惩罚可以威吓犹豫不决的自杀者，但对那些心意已决的自杀者而言，正好是一条不归路。按英国模式³ 处以监禁刑对于试图自杀者才真是最残酷的刑罚，他们已经如此沮丧，哪里还愿继续苟且偷生？ 145

无论如何，对与自杀有关的法律进行的哲学论证总有些虚无缥缈，一个人如果决定自杀，且具备条件和时机，他才不管法律会怎么说。格兰维尔·威廉姆斯写道，“社会总归无法阻止一个自由人自杀，想都别想。”⁴ 对于那些身处监狱或病房而不自由的人来说，或是对那些因为过于衰弱、重病或饱受折磨而在缺少他人协助的情形下无法自杀的人来说，情况就不同了。安乐死和帮助他人自杀都属于双方情形，可参见第二十七章，在这些情况下，刑事惩罚的道德合法性当然是有争议的。

自伤作为单方情形的犯罪行为在此亦不予详论，但原因完全不同。自伤行为可分三类。第一类行为出于欺诈目的，例如，为了骗取保险金或逃避兵役。这些行为是其他更严重犯罪行为的一部分，当然可以以损害原则将对这类行为的刑事处罚正当化。第二类行为是由无责任能力的精神障碍者实施的。（仅仅是“有些神经质”的人不可能抠掉自己的眼珠、伤害自己的四肢或性器官。）第三类则是宗教狂热分子为净化心灵、获得救赎而实施的禁欲行为，对这样的人处以刑罚不仅过于残忍，亦适得其反，因为监禁本身和他们自残的结果是一样的。双方情形更有趣也更矛盾，尤其是那些最常见的同意由他人对自己实施的伤害行为，如自愿切下器官或身体的一部分出售。这些情形

将在第三十一章中讨论。

二、环境压力与人为压力：相同与不同

146 无论是单方情形还是双方情形都需要对其自愿性作出评估。在单方情形中，评价对象即行为人的选择，或行为人的行为。在双方情形中，评价对象是一方对另一方针对自己实施危害行为的同意。无论哪种情形，所评价的都是行为的自愿性，选择和作为都是行为方式，正如请求、表达或允许都是行为方式。⁵我们当然认为，自愿行为原则与行为是实质性的（选择）或是社会性的（同意）并无关联，但要注意各自愿标准之间的语境相关性（第二十章第四、五部分），以便做好应对不对称性的准备。

当我们在第二十三章中将注意力转至双方情形时，我们关注的将是同意的干扰因子“强制”的类型。这是某种介于两个人或两个群体之间的联系——强制者（A）和被强制者（B），但既然我们关心的是行为人选择自己行为的自愿性程度，那么我们的注意力应该放在被强制者身上，他往往类似于单方情形中那个受迫于客观环境（而非他人）⁶的人，虽然并不情愿，但也只能作出两害取其轻的决定。

虽然并非显而易见，但单方情形与双方情形及个人对抗“自然”（或“环境”）强制力情形之间的区分可以有四个类别，如表21-1所示。

强制者的情形（1）和（2）乍一看与不存在“强制者”而仅存在强制性环境的情形（3）和（4）之间存在完全对应。假定一辆摩托艇靠上B的船只，驾驶员A用枪指着B说道，“把货物丢下海，否则我就杀了你。”那么，A当然对B施加了极端压力。不过，在另一种单方（环境）情形中，尽管没有强制者而不存在人的强制力，但自然环境却对B施加同等程度的强制力，同样能够迫使他丢掉货物。在后

一个故事版本（亚里士多德令这个故事闻名遐迩⁷）中，狂风暴雨袭击船只，B 面临的选择是：丢掉货物，或是整船沉没，全体乘客溺毙。无论是人为强制还是“自然力”强制，对 B 来说，结果都是：丢掉货物，否则就是死路一条。在这两种情形中，自愿性或非自愿性的程度是一样的，判断结果与强制者的动机、目的或心理状态毫不相干，甚至连是否存在强制者也无关紧要（在自然力情形中）。

表 21-1 单方与双方情形中人的强制与环境的“强制”

人的强制	单方情形： 被迫选择 (1) 如，他人威胁：“将此损害直接加诸己身（或承受此损害风险于己身），承受由此造成的这不可接受的后果”。	双方情形： 被迫同意 (2) 他人威胁：“同意（允许、接受、提供便利）我实施某个直接损害你的行为（或对你造成损害风险的行为），承受我所造成的这不可接受的后果。”
“自然”或“环境”的强制	(3) 如，自然力威胁：暴风雨非常猛烈，要是我不把货物抛下海，船就会沉没。环境“迫使”我作出选择。迫于自然力，为了避免更严重的后果，我只能抛下货物。	(4) 如，自然力威胁：森林大火扑向我的土地。我只好同意消防部门先将我土地四周的森林烧掉建立隔离带，否则，我的房子就会被那森林大火烧毁。环境“迫使”我同意。为了避免更严重的后果，我只能同意他人的行为。

哈里·法兰克福（Harry Frankfurt）的看法与此类似：

第一个故事是，假定某人走到岔路口，左边岔路山上有个人威胁他，要引发雪崩埋了他，这个人为了保命，就往右边岔路去了。第二个故事是，假定那个人走到岔路口，那里没有人威胁他，

但根据自然条件判断，他认为如果自己往左走，将被雪崩所埋，出于求生的欲望，他毫不犹豫地往右边岔路去了。

两种情形间当然存在有趣的不同之处，但我们无法肯定，这个人在前一种情形中比在后一种情形中更加遂己所愿地自由行事。他对于自己的行为或决定是否承担道义责任并不取决于他要避免的那个损害来源，而应取决于他为避免对自己招致损害而作出决定的原因。⁸

这些例子似乎说明了：他人(A)的强迫与身处“别无他途”环境时自然力的强迫，都可令B被迫实施某行为。即使在人为强制的情形中，A的行为是否对B造成强制力与A的目的、愿望或确信无关。或许A因其所为对B造成强制力，而在行为时伴随一定的心理状态⁹，但
148 对此，我们仍应有所保留，A并非明知地而是偶然地、并非故意地而是无意地或正当地对B造成强制，甚至严格说来A并未强制B。我们的主题是确定B在强制性环境下作出选择时的自愿性程度，在这种环境下，对B而言，替代选择更加“不堪”，这个问题与A的客观情境或主观意愿无关。我们不去考虑A的主观意愿，我们现在的的问题是B——他行为时自愿程度如何？

若如此，我们是否可以将A的评价因素与与之对应的B的自愿性程度的评价因素间的区别丢在一边，直接进入下一个问题？唉，这个区别之所以看上去微不足道，只是我们所选取的例子使然。肯特·格里纳沃尔特就双方情形提出的人为强制力与自然力强制的例子，足以威胁我们就这种区别得出的所有结论：

如果B得了不治之症，A（医生）告诉他，如果他做手术，有50%生还的希望，如果不做手术，很快就会死。B同意做手

术，这个同意是“自愿的”。如果 A 对 B 说，如果他不从三楼跳下去，就开枪打死他，B 知道跳下去有 50% 的生还机会，但如果 B 决定跳下去，我们却不能说 B 是自愿跳下去的。如果我们相信 B 作出上述两个决定时的精神状态一致，那么，我们的判断将是不同的。¹⁰[为了保持上下文一致，文中字母有所调整]

格里纳沃特就这个例子得出的结论与我们就前文例子得出的结论截然对立，即“认为同意是不自愿的这类主张，与行为人的思想状态及其可选择的余地无关，它只反映对参与各方的相对责任评价”或“对他人的某些价值判断”。¹¹

在上述所有示例中——亚里士多德的、法兰克福的以及格里纳沃尔特的示例——选择者（或同意者）所面临的选择无非是这个模式：要么实施 X 行为，要么死。只有实施 X 行为，B 才可能在暴风雨、雪崩、疾病或枪手的子弹下活命。B 没有任何选择余地，亦即 B 不可能既活命，同时不实施 X 行为，而他当然想活命，因此，他必须实施 X 行为。只有一种情形，即同意做手术 [结构上类似表 1 中的示例（4），此处不再详述]，我们认为行为人（同意）实施 X 行为是自愿的。那么，是什么使得这个示例与别不同呢？

在涉及对医疗行为同意与否的法律情形之外，我认为，没有什么令这种情形与别不同，我们都应看到，医生的警告（权威可靠）使得 B “别无选择”而只能同意手术。B 在其他情形中的最低限度自由是：他愿意的话可以选择死亡。不过在此特定法律情形中，这个最低限度的自由就我们所要达到的法律目的而言，足以证实同意的有效性。“迫使”B 同意的原因无论为何，都绝不是外科大夫的强制或威胁。医生本人并非强制力的来源，由他告知的那个坏消息才是。法庭允许患者同意（尽管受到其他因素的强制）由那位医生对他实施手

术。医生只是提个醒，而并非以更大的恶果威胁患者，这使得它与另外那些诸如枪手威胁的双方情形区分开来，亦令它与那些由大自然发出直接“威胁”的单方情形存在原则区别。在那些单方情形中，B 受迫于非人力的自然力而实施的行为（丢掉货物、选择某个岔路）均非对他人向自己实施进一步行为的同意。

在某种意义上说，外科手术示例其实是一个“三方情形”。在此，“自然力”以 B 的疾病的形式出现而作为其中一方。疾病是对 B 造成压力的来源，而 A，那位医生，则作为“第三方”出现以提供帮助。“你愿意接受我的帮助吗？”他其实是在问，而除了疾病所给予的压力，B 并未受到其他强制压力或限制其自愿性因素的影响，他“自愿地”答应了。此处的“自愿”是指除了已经存在的疾病，并不存在其他任何强制力来源。否认 B 在困境中接受医学治疗的决定是自愿的，如同否认落水者接受搭救行为的自愿性，毕竟，如果不接受他人搭救，他只能死路一条。当然，溺水者“别无选择”只能接受搭救，但这不能成为否定其自愿接受搭救的理由。

在外科手术及溺水者的案例中，我们认可同意者的上述处境（正如我们所揭示的那样），我们还要追问，在这些情境下或相反背景下，同意者的选择是否自愿，或者，是否因涉及其他因素令同意者丧失自由。另一方面，在持枪者威胁的案例中，我们认为持枪者的行为并非背景情境的一部分，而只是情境中的介入因素。我们要问的是，在与通常情境相对的情况下，枪手的干涉行为能否迫使同意者作出相应选择。易言之，为法律目的而进行的自愿性判断总是与特定情境相关，强制性威胁总是被视为某种外来的介入因素，而非某种由破坏自愿性因素组成的既定情境。因此，在疑难示例中，在一种情况下，同意被
150 视为自愿，而在另一种情况下却被视为非自愿，结论完全取决于“特定情形”为何。以疾病为例，B 作出的选择是自愿的。他认为自己病

了，有病在身的“他”必须（自由或不自由地）作出决定，承受手术或接受死亡。但在持枪者的案例中，我们可以将枪手的存在“抽离”当时的情境，若与正常情形相反，则枪手的威胁就是破坏同意自愿性的因素。

在手术案例中，B对A说，“我要是患了绝症，就同意手术。”在枪手案例中，B对A说，“当然，假如你用枪在背后指着我，威胁会杀了我，那么我只能‘同意’把钱给你（或者跳窗而逃，等等）。但为什么要如此‘假如’呢？我根本一开始就不会同意你用枪对着我，威胁我。你眼下的状态根本没有获得我的同意，正因如此，你所谓的我‘同意’当然不是自愿的。”肯定有人会说，B也不会同意使自己患病，但罹患疾病可不是什么我们同意与否的事。大自然并不会提出建议或发出威胁，相应地，人也就无法表示同意或拒绝。自然现象就是某种“给予”——我们只能接受。另一方面，面对疾病，B同意的内容还包括那位医生。

三、降低自愿性因素的种类

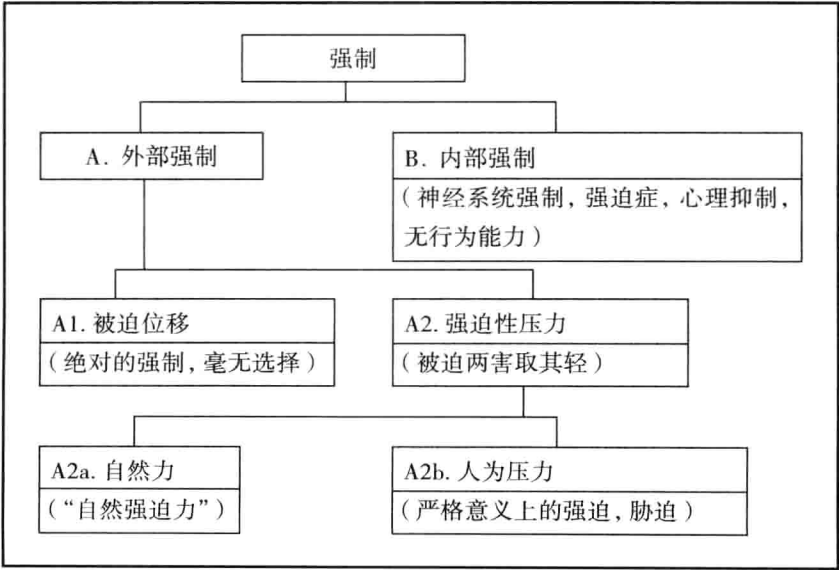
单方情形及双方情形中破坏行为或同意的自愿性的一个情境是强制。这个情境中包括众多因素，如表 21-2 所示。在弗洛伊德之前，强制概念主要限于表示源于人体外的压力，如压迫身体的强拉硬拽、强风、爆炸或重力等，或压迫意志，从而“迫使”其身体按特定方式移动。前一类（A1）我们可称为“严格意义上的强制力”。强制力直接作用于人的身体，越过意志，让人真的毫无选择。我们的身体就像其他物体一样发生位移，但那并非行为，并非通过本人意愿实施的身体移动。既然不存在行为，当然就更不存在自愿行为。

第二类（A2）是指人使自己的身体发生位移，但这并非自愿选

151 择，而是迫于外部危险或威胁的压力有所行为。说他被迫如此行为有些含糊其辞，其实是以前一类强制移动为喻。严格说来，这人其实是“有选择的”，但那另外的选择实在太不合理，以致等于“无可选择”。另外的选择要么关乎自然，要么关乎他人，都毫无吸引力，“自由”就是两害取其轻，无论那个轻一些的害如何可恶。这个类别（A2）根据强制力来源的不同可再分为两个子类。A2a类包括自然力的强制情形，如法兰克福的例子中，两条路当中有一条会发生泥石流。其他的例子则指刑法中“紧急避险”所描述的情形。其中不仅包括单纯自然力带来的困境，还包括由人性需求及社会环境带来的复杂情形——

警察杀死绑匪，解救无辜的人质。迷路的登山者冲进山上的小屋躲避暴风雨。消防队员毁损财物以控制山火。救护车司机为了将垂危的病人送到医院在行驶过程中闯红灯。¹²

表 21-2 强制的类型



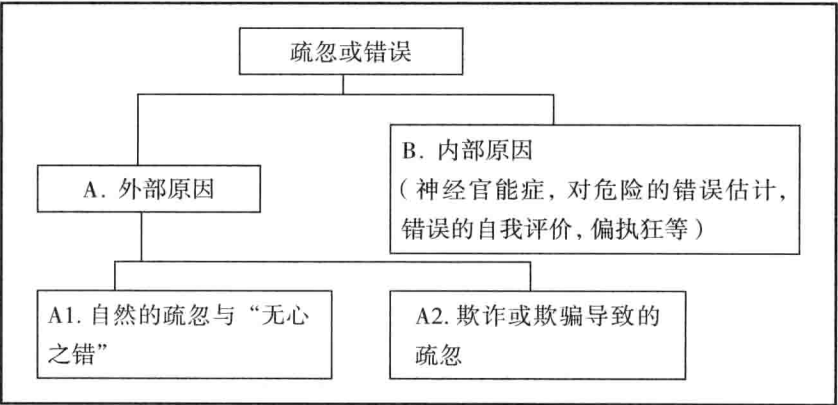
在上述每一种情形中，行为人都面临令人反感甚至违反法律的两难境地，迫于社会和环境压力，只能两害取其轻。而 A2b 的被迫两害取其轻则是由于另一方的蓄意介入；如持枪者说“要钱还是要命”。¹⁵² 这些狭义上的强迫情形，刑法通常称之为“胁迫”。¹³

自弗洛伊德以来，将被迫行为、强迫症、心理抑制行为以及无能为力行为视为行为人本人无意识而无法理解或消除的结果已经成为常识。具有完全行为能力的精神正常的责任人也会多多少少承受一些来自“内部的压力”，而我们在第六部分以下的任务就是要明确行为人的神经系统状态在我们判断行为人实施自我损害行为的自愿性方面的影响。显然，问题部分在于是否应当将人的神经官能症作为个人性格缺陷而视其为自我不可分割的一部分；或是视其为某种外部条件，虽然对个人的理智而言是内在条件，但对自我来说，却是某种强制性的外部条件。¹⁴

另一个影响或消除自愿性的因素是错误认识或疏忽大意。其范围及分类如表 21-3 所示。A1 类包括常见的疏忽大意和错误认识。我们不知道，因为“从来都没有人告诉我们”，或者，我们没有读过或不记得某本书，或者没有某种经历或经验。我们发生错误认识，因为我们信任的某个人或某本书给我们提供了错误信息，或者我们所搜集的证据不真实，或者我们根据自己已知的事实却推导出令人困惑的结论。A2 对应于表 21-2 中的人为强制。二者中均存在另一方故意操纵，若非如此，我们本不会作出相关选择，而另一方往往以牺牲我们为代价达到牟利的目的。欺诈与强制力一样，都会使某人做本来不愿做的事，无论是单方情形还是双方情形，二者均会影响行为人的自愿性。余下的问题是，在特定情形中，因欺诈而导致的认识错误是否较其他原因导致的认识错误对自愿性判断影响更大。最后，B 类是指由于我们自身的神经原因而导致的认识错误。我们的疏忽是不证自明

的，我们的固执己见仿佛是依己所愿，只是我们并不知道正在作茧自缚。对于因神经官能症而实施错误行为的自愿性判断，部分是为了将其与真实愿望下实施的错误行为或因其他性格缺陷（轻信、贪婪、古怪、懦弱）导致的错误行为区别对待。

表 21-3 疏忽与错误的原因



四、风险行为的外部强制力

还有其他因素也会导致自愿性的消失，如能力的暂时丧失，包括因醉酒、严重受伤，或因精神错乱（发狂）、智障、年幼等导致行为能力不足。这些因素对单方情形的自我危害行为而言不像在双方情形中那样问题丛生，因此我们暂时将这个问题搁至第二十六章再作讨论不迟。我们并不想任由醉酒者穿越危桥，或者藏身木桶者跃下尼亚加拉大瀑布；我们当然会毫无保留地禁止五岁儿童吸烟，哪怕是吸食自家种植的大麻也不行；也绝不允许自视为超人者从摩天大楼顶部纵身跃下。就年幼、精神错乱及醉酒等对自愿性的影响问题，正如其他影响因素，都是边界情形的分类问题，以及对特定情形适用特定标准的

问题。

强制力和错误在单方情形中产生的问题大得多，尽管各表中所列要素均有各自的作用。我们所说的“绝对的强制力”或“被迫位移”[表 21-2 (A1)] 基本不会产生道德问题。如果有人因为一阵强风使他的木筏直冲向瀑布，显然此处迫使其不能靠岸的并非某种不当干涉。

在本节以及下一部分中，当我们想对单方自我危害行为适用“软家长主义策略”时，特别是要决定自愿性程度是否达到“足够自愿”，以排除外来干涉而认定实施风险行为的自治个人可以免责时，须将涉及概念性或道德性问题的各类强制及错误简单梳理一遍。在第六部分中，我们首先考虑源于外部因素的强制和错误，然后再讨论与神经官能症有关的强制和错误类型。 154

先来谈强制力。我们的问题是，局外人（普通公民或官员）是否有权干涉个人的自我危害行为，而干涉的依据则是（或者有足够理由怀疑）存在来自自然环境或他人的压力，行为人的风险选择自愿性不够充分。首先考虑源于自然力的被迫选择。在自家种植大麻、从事危险运动等鲁莽行事的例子中很难想象其行为的被迫性。要使某人迫于自然环境而在自家种植、收割、晾晒、吸食大麻叶简直毫无可能。同样难以想象的是某人迫于复杂的自然和社会情况，决定取其轻害而从事滑水或滑翔运动。当然，危险运动中的确存在某些风险，运动员或许未曾预料且不愿承受这些风险，例如木筏被一阵突如其来的狂风吹向瀑布；但如我们所述，此时的介入并非对其自由的干涉，而是身处危难者最愿意获得的帮助。

有时，自然灾害，如暴风雨、火灾或地震让人无从选择，以常规眼光来看，仅有的出路也显得极其鲁莽。被山火困在木屋中的登山者肯定会找准机会蹬着雪橇冲下山坡，以便越过燃烧的森林回到安全地带。此时以客观环境为由对他横加干涉就有些荒唐。这类“强制力”

越是强大，我们对“充分自愿”的判定标准就应当越低。若客观环境令某人除了冒险就是死路一条的话，我们要是不想让他死，就不该干涉他。除非此时有第三条路可以选择而行为人一无所知，干涉才可能是正当的，果真如此，行为人的非自愿性并非出自自然的强制力，而是由于他本人的疏忽。

在自家种植毒品、从事危险运动或鲁莽行事的情形中，来自他人的强制性压力较来自自然的强制力更不常见。我们可以想象，A，一个非常特别的强制者，用枪指着B的头部（或者他的太太B夫人的头，或是他的小孩约翰或玛丽的头），命令他种植大麻、滑翔、藏身木桶跃下瀑布。这种情况可能性不大，当然也并非绝无可能。A是一个非常可怕的施虐狂，并不存在什么合乎逻辑的动机，或者他是一个邪恶的精于计算者，盘算着一个复杂的计划，但他的目的或精神状态我们在所不问，因为我们只关心这种情况下我们对B的义务。正如我们之前对客观环境强制力的论述那样，这里存在两种可能。我们可以认定B的选择“不够自愿”而出手阻止他冒险，但这种干涉只能以救出他的形式实施。这样一来，与救人于水火的情形一样，并非是对其自由的干涉。如果我们可以改变外部环境，扑灭山火，使前例中的登山者找到一条生路，或者空降直升机营救他，那么，我们等于给他提供了更多的自由选择，而非干涉其自由。但要是他为了寻求更大的刺激而拒绝我们的帮助，我们又该如何是好？果真如此，只要他并非目光狂乱，我们就必须承认他的选择，虽然这选择很愚蠢，却是他的真实选择，我们只能允许他依照己愿行事。正如在正常情况下，有人宁愿选择从事危险运动一样。讽刺的是，行为人的危险行为之所以被认为是自愿的，恰恰是因为那原本会令行为显得自愿性不足的外部环境已由我们出手改变了。好比被我们从枪口下解救出来的B，经过冷静考虑，仍然决定实施A本来要强迫他实施的行为。同理，以自由主义式

的软家长主义立场看来，这正是他的权利。

再来看一个类似最前面那个存在人为强制力的登山者的故事。除非存在一个更大的恶果（如杀死 B 夫人）我们仍不能干涉 B 作出两害取其轻的被迫选择，这是何情形呢？以行为人自愿性不足为由阻止 B 作出被迫选择，就如同以那受山火威胁者滑雪逃生的自愿性不足为由，强迫他留在原地一样。由此，自然的强制力和人的强制力不仅对自愿性的评估要求不同（参见前文第二部分），而且对介入方提出的义务要求也不同。

关于强制力更有趣的情形，在我们的日常经验中十分常见。与“枪指着头”的情况相比，这些情形中的强制力细微得多。部分原因在于威胁不是特别明朗，部分原因在于强制力中同时包括自然因素 156 和人为因素，部分原因在于受强迫者本人正是压迫合力的组成部分，还有部分原因则在于某些情形类似“绝对的强制”。我们不必生造出更加微妙的强制力情形，每天我们都可以从报纸上找到大量实例。比如，指控 ABC 电视网为了取悦数以百万计的观众，在其每周一播的节目《真不可思议》中，造成搏命表演的特技演员受伤的案件。一名特技演员试图穿越一条满是火焰的隧道时被烧伤，另一个特技演员试图骑车越过一面墙，却在跃起时摔下车来撞在墙上，还有一个叫史蒂夫·刘易斯的人，在以 100 英里的时速飞越两辆汽车时失败，后来成为胜诉的原告。他身受重伤，一条腿因伤截肢。电视评论员加里·迪布（Gary Deeb）直言不讳地解释了事故始末：

节目是 7 月份 [1980 年] 在亚利桑那州录制的，打算六周后播出。那天早上，刘易斯在距离车辆数英尺的地方试跳成功。但正式开拍时，他却觉得双脚发冷，于是他告诉导演他“觉得不舒服”，请求推迟跳跃。

但《真不可思议》剧组的工作人员却逼迫他非跳不可。据刘易斯说，导演冲他大叫：“我要你现在就跳，我们要赶飞机。现在天快黑了……赶紧完事，快跳！快跳！”

结果悲剧发生，剧组人员对刘易斯的“强迫”正是他提出诉讼的根据。¹⁵

这个令人胆寒的故事在多大程度上算是单方行为的一个示例？刘易斯为了获取一定的报酬，答应剧组完成这个冒险。他同意合约中的所有条款。如此，似乎应该将这个故事列入双方的同意情形。但这个故事与较为简单的单方情形存在重要的密切联系。一般的双方同意情形是指一方 B，同意另一方 A 对自己实施某个危害自己的行为。典型的单方情形中，B 本人实施危害自己的行为，是否存在另一方 A 在所不问，A 可能是鼓励者、诱使者、旁观者或受益者等。在“真不可思议”案件中，伤害行为由 B 本人实施，而非由另一方实施，行为本身也并非对同意的表达。因此，这个个案应归属单方情形，尽管当中

157 存在 B 与另一方的合同。

对于软家长主义者来说，此处的问题在于介入方是否能以该情境下行为人的选择“自愿性不足”为由，正当地阻止该行为的实施。这里并不存在与刑法直接相关的问题。软家长主义者不会以鲁莽行事之人完全地、必定地“不够自愿”而鼓吹对他们处以刑罚。涉及介入第三方的法律问题更加含糊。如果有人试图阻止他跳，又将承担何种民事或刑事责任？

我认为软家长主义者可能会作如下回应：如果干涉是正当的，亦即如果有充分理由，确信强制性环境会导致跳跃者自愿性不足，且若干涉不包含非法作用力或暴力，干涉者就不存在刑事责任，无须向制片方承担因试跳推迟而造成的经济损失的赔偿责任。要是当时有人挺

身而出，面对导演驱赶的“叫喊”，警告那特技演员立即停下来好好想想自己在做什么，并警告那导演，一旦发生事故他可能需要承担民事责任。只要这个人一直占据镜头中央，拍摄就无法继续。但如果那个特技演员经过深思熟虑后，还是同意试跳，那么干预者只能退下来，因为那位特技演员已经做好准备，自愿承担风险而不愿退缩。

并没有人拿着一把真的或假的枪指着刘易斯的头，威胁他要么跳，要么死。那么，民事法庭的陪审团何以认定他的行为乃被迫实施而并非自愿呢？并且，迪布为何在惟妙惟肖地模仿了导演的大喊大叫之后，会提出“强迫”这个词呢？在这个例子中，的确既不存在绝对的强制，也不存在明确的威胁。倒是存在不及迫使程度的强制性压力和以模糊后果为威胁的强迫性压力，这些后果虽不致不可接受，但亦颇令人抗拒。此外，当时又累又怕的状态使他比在一般情况下更易受外界“压力”的影响，因此，即使任一因素本身都能被合理承受，但合在一处，作用于当时处于虚弱状态的他，就会成为难以克服的困难。

间接威胁可能是压力的最后一个主要要素。其明确程度令人产生臆测，但业界及剧组的影响足令刘易斯感到酬金上的危机，更遑论他未来在演艺界的名声。他们的眼光中清楚地流露出对他的失望，并料定他的未来将有所损失，还有那些不久就会听闻他窝囊表现的人，都对他作出跳跃“选择”产生影响。但更主要的压力则是对他的身体和意志同时发生的作用，这种合力化为某种强制力直接作用于他的身体。在当时特定的情境中，盛气凌人的叫喊、厉声命令、不断地催促和大声的恐吓等同于直接的推搡。面对这些，一个身心俱疲而倍感困扰的人忘记了他原本作出的决定，在毫无思考和目的的情况下“被动位移”。他们的怒气冲冲和大喊大叫使他“开始”失去自主，就像突然面对一场爆炸那样。这种压力并非被人从高处推下后感受到的重力作用，或者水手被龙卷风吹袭的情形，甚至也不同于一个身强力壮的莽

158

汉推搡的力量。这种压力更像某种物理推力，如果头脑清醒、脚跟站稳，是可以抵抗而不为所动的。但如果身体本已失去平衡，那么，即使是很微弱的推力也可以产生龙卷风那样的效果。

一些可抗的口头推动未必会破坏行为人的自愿性。若自愿性判断是为着确认一桩严重犯罪行为的刑事责任，则并不能使行为人脱罪（反而还可能令唆使者入罪）。但如果是为了认定阻止自我危害行为的介入者的责任，或者是为了认定与实施自我危害行为的特技演员存在合约的另一方的民事责任，那么，再轻微的推动，无论是否通过口头表达，都足以影响责任的认定。

需要注意的是，为不法损害他人的行为寻找免责事由与为干涉自我危害行为寻找免责事由的相关性相反。不法行为对他人造成的危害越严重，构成免责事由的非自愿性判断标准就越严格。当危害极其严重时，非自愿性必须达到几近完全彻底的程度方可免责。另一方面，行为人承担的风险越高，其非自愿性判断标准越低，越是可能允许他人为了行为人的利益阻止其行为（经验法则第一条，第二十章第五部分）。行为人的非自愿性无须达到完全彻底的程度，只要“足以达到非自愿性”，即可允许外界干涉。剧组没有推迟拍摄，使刘易斯无法避免该事故的发生。他们虽未“令他毫无选择”，却对他造成不合理的困境，他们没有给他足够的选择自由，情况对刘易斯非常不利，使他无法拒绝。因此，刘易斯的选择是在并非充分自愿的情况下作出的，这正是制作单位要为刘易斯受伤承担责任的原因。

五、风险行为中的无认识与错误认识

由通常情形或自然原因造成的认识错误（此处我们暂排除他人欺诈的原因）往往对风险行为的自愿性认定有较大影响。缺乏认识是

否出于行为人本人疏忽与道德、法律或政治上的评价有着很高的相关性。例如，在认定行为人对他人造成不合理风险的刑事责任时，仅仅一句“他不知道枪里有子弹”是不能排除自愿性的，因为这种无认识一般均推定出自行为人的疏忽大意。（我们会说，“他本该知道的”。）但如果行为人用一把装满六颗子弹的手枪说明俄罗斯轮盘的游戏，却显然并不知道枪里已经装有子弹，则其行为的自愿性完全丧失，任何知情的旁观者都应当加以阻止。

相关的无认识或错误认识无论是否出于疏忽大意，均会减低自我危害行为的自愿程度。所谓相关，是指对风险的性质和大小缺乏认识，或对其他替代选择缺乏认识。若该风险并非行为人愿意承担之风险，则其对风险的承担并非出于自愿。同样，如果他对不那么危险的替代选择一无所知，则他对风险的承担亦非出于充分自愿，即使他对风险的性质和大小均有认识。如果行为的风险程度很高，或危害很大且无可挽回，则对替代选择缺乏认识足令风险行为“自愿性不足”，此时法律允许对行为人加以阻止并告知实情，由此行为人的自愿性重新充足。

需要再次强调的是，无论行为人对风险的得失判断如何古怪或“不合常理”，都与无认识无关，亦不会影响对自愿性的判断。风险总是指行为人为着他认为值得的好处而情愿或不太情愿付出的代价，即使那代价在他人看来并不值得付出，或者过于高昂。正如消费者在消费态度上存在个体差异，人们对风险的接受程度也存在差别。某些认识在法律角度看来是“搞错了”，但即使如此，行为仍可能出于“充分自愿”而不应受到干涉。如我们所见（第二十章第三、七、八部分），除非情形过于不合常理而足以怀疑其无行为能力，或者对相关风险要素缺乏明确的理解（与事实恰恰相反），干涉方为正当，但即使如此，还需要所冒风险极高，方有足够依据得出这一结论。

160

这些区分是否适用于本章的分析样本呢？在家种植并吸食大麻者，正如购买香烟的吸烟者，都愿意为了片刻欢愉而承担健康毁损的风险。但吸食大麻的情形不同之处在于，目前人类所有的医学知识尚无法确知，甚至不能大约知道其中的风险究竟有多大。一些实验表明，大麻中的有效成分会引起身体的各种不适，而“不言自明的是”，长期吸烟会损害肺。但真正终身吸食大麻者恐怕都活不成。没人知道何种吸食频率是过量的、适中的或是无害的。没人能给出数据上的“可能性”，告诉初吸食者他的机会有多大。没人知道吸食方式、年龄、性别、身体状况、基因特性对风险的影响。简言之，吸食大麻的风险承担其实属于无认识的情形。毫无疑问，可以预见其中的某些风险——如其余情况相同，吸食量越大越危险——除此之外，对该项风险作出准确评估是不可能的。

不管怎样，在不可避免的无认识下，吸食，甚至经常吸食这种存在危险可能的药品仍可能是自愿的。当然，行为人的决定不可能同时既完全自愿又毫无认识，我们已经看到，在道德判断方面，完全自愿有时是毫无意义的。如果人们普遍缺乏某种认知，则按真正的无认识情形标准判断，行为要多自愿就有多自愿。而如果要多自愿就有多自愿，那么当然包括“足够自愿”的情况。

如果知悉与吸食大麻相关的全部风险，也了解所有信息的有限性，那么，行为人即是自愿承担风险。如果他知道现代科学对吸食大麻的风险所知甚少，他明白现有知识极其有限，他了解尼古丁与肺癌的确切关系是通过第一代严重吸烟者三十年以后的遭遇才确认的事实，而迄今为止，使用大麻的影响尚无可比性数据，但这种证据可能即将出现；他知道现在一些非结论性研究显示，吸食一定量大麻与多种疾病间存在可疑的联系，包括男性荷尔蒙减少和脑功能丧失，而这种联系正在获得越来越多的证据证实，那么，就可以说他已经知道全

部相关信息。在此前提下，如果他仍愿意冒险，我们只能说，他知道自己在做什么，他的决定并非出于错误认识。亚里士多德或许会说，他的决定出于无知，而非“因为无知”。在某种程度上说，几乎所有风险行为都存在无可避免的无认识，但知道某些情况尚不为人知本身也是一种认知，从而使其对决定承担责任。在评估自愿性时，我们所确认的全部事项就是行为人确知自己正在承担风险，且他的无认识正是该风险的一部分。

危险运动或鲁莽行为的情形亦是同理。例如，在未安装“安全网”的冰湖上做危险动作。运动员认为湖面很安全，事实亦的确如此，此时他并未冒险（溺水）行事。如果运动员明知湖面的某些点位存在1%的冰裂可能，那么他的确有些冒险，但他仍愿意继续滑。如果他认为危险性为1%，而事实上为99%，那么他就在冒极大的风险，而且，由于他的无认识，这种冒险并非自愿。不过，假设他对该片湖面的情况一无所知，当然，他倒是有一些一般性的背景知识。他知道当时是四月初，冰雪开始融化，那些日子气温已经接近冰点，他所经过的湖面冰层可能很薄，但也可能并不薄。不过，他并不知道冰层下湖水的深度以及其他相关信息。他明白，自己对这些重要信息一无所知。但冰上划艇很有意思，因此，虽然他知道是在冒险，却仍这么做了。这个案例与在自家种植并吸食大麻的情形间唯一的区别在于，本案例中行为人的无知是个人的、可以改变的，而非普遍的且在一段时间内不可改变的。或许这个区别使情况变得棘手，但总体上还是可以说，既然该运动员明知自己要冒险，那么他的冒险行为就是自愿的。易言之，如果有人了解更多的情况，就可以正当地干预，提醒那位冒险的运动员。

另一方面，假定那是一位滑冰运动员，靠近岸边时，他看到一个安全部门放置的标识，告知红色旗帜区域很危险，而旁边就插着一面红色旗帜。勇猛的运动员不为所动，继续向该区域前进。此时，有人

发现了这个冒失鬼，立刻冲上前来干涉。一开始，干涉者的目的是提出警告，“你没看见那面旗帜吗？你看不懂那标语吗？”如果滑冰者确定自己已经看到并明白那红色旗帜的意思，但觉得“那根本没什么”，还是想继续前行，那么，干涉者会怀疑对方的自愿性有问题，于是，他的第二个问题自然就是，“你疯了吗？”他可以正当地将滑冰者从薄冰区拉回来。如果后来通过独立测试，发现那位滑冰者精神并无问题，只是有点傻乎乎、古古怪怪的（可能性极小！），那么，他就可以恢复自由继续向前滑。

如果冒险者的无认识或错误认识是由他人欺骗性的虚假陈述所致，则对其自愿性判断有何影响呢？从极端情形上说，毫无影响。无论原因为何，错误认识都可以令自愿性丧失（目前我们并不是为着认定刑事责任）。因刻意欺骗而导致的无认识在一方同意欺骗者作为另一方实施危害行为的双方情形中作用更大（参见第二十五章第六部分）。该种情况下，A 对 B 说谎，会令 B 的同意有效性消失，即使 B 当时并未受骗且仍同意。但这在单方情形中可能是为了达到另一个目的——为了阻止 A 非法牟利，而非为了保护 B 不因错误认识而受到损害。一般而言，单方情形中欺诈对于自愿性判断的唯一相关性是证据上的。我们看到 B 将实施某种危险行为，但我们或许不知道他的确信是否符合事实，他是否对相关事实有适当的理解，正因如此，我们不知道是否该出手干涉。但如果我们知道 A 为了非法牟利而就某个相关事实对 B 撒谎，就可以推定 B 因为无认识而实施了非自愿行为，这将足以保证提醒之类的干预行为的正当性。

六、神经官能症

最后回到由于行为人自身原因导致的强制、抑郁、妄想及无行为

能力问题上。如果这些情况出于“神经官能症”，心理学家会毫不犹豫地用上“强制的”、“强迫的”一类字眼。事实上，强迫症、恐惧症（强迫性地害怕某种事物）以及强迫性行为一般被认为是某种复杂的精神系统症状。强迫症本身就有“强制性”特征：“……强迫症是指 163 行为人为无法将某些想法从意识中排除出去，他认为这些想法不合常理或毫无来由，却又深受它们的控制。”¹⁶ 强迫症的“作用力”较强迫更类似绝对的强制力。更确切地说，它释放出某种“强制作用力”，尽管此作用力并非完全不可抗拒。在这一点上，它不太像那把人吹翻在地的龙卷风，倒更像必须一直紧紧靠着窗户才能御之于屋外的一阵强风。这种作用力是持续的，即使可以抗拒，却须耗费巨大精力时时警醒方可。绝大多数“强迫性的行为”并不令人（行为人为人）感到受迫。他的意愿贯彻在行为中，并不需要特别费力地去感受压力；他不认为他的行为是不自由的。不过他的行为却令他的不快加深，既困扰他本人，也困扰他身边的人。

有关神经官能症的理论几乎和心理学家数目一样多，此处仅作简单概括。病人出于各类人际关系障碍，有着非常痛苦难熬的焦虑感。这种焦虑或者出于强烈的敌意，或许出于知觉冲动与压抑的负罪感之间的紧张，或者兼而有之，或者是其他原因（按理论流派）。心理学家在使用“焦虑”一词时并不总是同样的意思，但不论作何解释，它均指某种不快的精神状态。卡伦·霍尼（Karen Horney）写道，“强烈的焦虑是一种最痛苦的折磨”。¹⁷ 而这种焦虑总在等待发作或再次发作，有时候只能隐隐感到它的存在，其原因和对象并不为我们所知或令我们误解。对我们的生理组织来说，这是一种严重威胁，必须要努力防止其发生。吊诡的是，在防治方案中最核心的要素就是要保持行为人对自身行为的无认识状态。从生物学的角度出发，神经官能症的功能是“为了人的生存而维持内部与外部的平衡”。¹⁸ 从心理学的

角度出发，神经官能症是为了自我保护而上演的大型恶作剧。

164 神经系统有各种防卫机能用于保护人体免受紧张焦虑的折磨。当中包括众多术语——投射、抑制、沮丧、移情、恐惧等，但对道德哲学家来说，最有趣的是它们要么统统是强制（强迫地行为或不行为）、错误（妄想、多疑、过度自卑或过度自信等）的表现形式，要么就是无行为能力的表现形式（如不能作出决定、不能达致目标、无法开心）。强制、错误和无行为能力当然都属于降低自愿性程度的因素。

卡伦·霍尼写道，在我们的文化中，神经系统有四种方式寻找焦虑的解脱。（1）为它寻找替代物并试图自圆其说，使其成为“合乎理性的恐惧”。霍尼指出，极端防卫方式往往表示防卫态度对个体有着极其重要的功能，他需要它。她举例说，一个保护心过度的母亲总是举出针对儿童的罪案或事故的数据。其实，无论数据如何，这位母亲的态度都不会有所变化，那只不过是她对抗某种基本焦虑的“妥协方式”。（2）通过将其排除出去而否认焦虑的存在，从生理表征上我们可以看到的是颤抖、流汗、打噎、尿频。（3）通过饮酒、吸毒等方式“麻醉”自己，不再想它，或是把它淹没在工作中。后者一旦固定化，就是一种典型的“强迫性的行为”，每到周末或假日就会产生强烈的不安感。其他常见的自我麻醉方法包括强迫性手淫或性交（若可能）。（4）通过改变环境避免所有可能令焦虑产生的情形。常见的方法是拖延。还有一个更有用的方法是一种自我欺骗的“假装”，比如拒绝邀请时给自己的理由是“我反正不喜欢聚会”。更极端的情况下，防卫机制会自动运行，那时，神经系统已经无法“做、感觉、思考”，而处于“自我抑制”状态——强迫症的对立面，但这同样是“强迫性的”。

神经官能症的“强迫性”为何意？自动强迫症和抑郁症都是强迫性（或抑制性）行为的表现形式，在极端情况下，它们将不可抗拒地“迫使”人们做、感觉或思考某事，或者阻止人们做、感觉或思考

另一些事。这种强制就如同给门上锁，迫使某人留在屋内，又好似一股强力迫使某人移动。有时人们能够隐隐感到神经官能症的作用力，却又对它无能为力。有时，如我们所见，在毫无知觉的情况下，人的意志已经受到强制力的裹挟，他根本不想做些什么。对后者情形适用“强制”一词会带来问题。对于这种显属自愿的行为，“强制”或许比“被迫”更可揭示它与受外力（意识以外）驱使的行为之间的共性，且可暂时搁置“外部因素”是否为决定性原因或是否具有压倒性作用力的问题。至少可以想象存在某种行为虽非被迫但确属强制性的情形。 165

强迫性的行为是自我面对负罪感、焦虑感或敌意时采取的解决方式。该“解决方式”的功能在于保护自我免受某个事物的伤害，他对该事物极其恐惧，甚至不能允许自己对它产生清楚的意识。如果这种解决方式能够充分发挥其保护功能，神经官能症就会依附于它，再也无法摆脱它。霍尼列出心理学家所认同的强制性的四个一般特征。第一个特征是感觉需要的东西与真正需要的东西之间的对比，或者由于其内在吸引力而真正对工作感兴趣或享受工作，与为了逃避空虚的痛苦而随意作出对自己毫无吸引力的选择之间的对比。在后者情形中，“就最大利益而言，那是对自己的极大不尊重”，神经官能症会令强迫行为持续下去，不仅在不当情形下会实施，甚至有损其物质利益的情况下还会实施。霍尼以对荣耀的强迫性追求为例，将其中的不合理性解释如下：

我们所说的强迫性的冲动是指自发的希望或欲望的反面。后者是真实自我，前者则是由某种神经官能症的内在压力决定的。为了避免因负罪感、被排挤感而产生焦虑，个人会无视自己的真实欲望、感受或利益而服从于这种压力。易言之，自发的感受与强迫性的感受之间的区别在于“我想要”和“我必须这样

才能避免某种危险。”尽管个人可能会意识到野心和完美是自己想要达到的，但其实却是被强制要求达到的。他被荣耀的欲望攫取。因为他自己并不清楚自己想要与被要求达到之间的区分，我们必须要为这一区分设立标准。最重要的事实就是，他被驱使在追求荣耀之路上，为了他的最大利益，完全不尊重他自己。¹⁹

上述引文可以有几种有趣的解读。第一，不清楚为何霍尼不将“神经官能结构”作为真实自我的一部分，当然，到底何为真实自我是一个非常深奥的哲学问题，她或我都不想陷入泥潭。但如果神经官能结构的确是自我的一部分，我们就可以对这个人的特点有所掌握，像是他的骨骼结构和眼瞳的颜色、他的天分与缺陷、他的个性优点与缺点——他这个人好的或坏的方面。因为在那种情况下，他的行为发生机制就是他本人的一部分，是它们导致行为的实施，虽然是强制性的，
166 但并非强迫性或“貌似强迫性的”。他的自我是一个强迫性的自我，强迫性作为前提，是他的一个性格缺陷，就其对自愿性和责任的影响而言，这个缺陷并不比贪婪、冷酷、粗心、无理等作用更大。第二个解读随之而来。如果霍尼是对的，神经官能结构被视为外在于自我的事物，则它的确强行（通常意义上的）造成了强迫性，不是那种绝对的强制力，而是双方情形中的强迫性。按照这种解释，自我用荷弹的枪指着自已时不是说“要么要钱，要么要命”，而是说“要么用这种强制性保护机制，要么就承受焦虑”，对于神经官能症而言，替代的出路就像被枪指着头一样不可得。此外，患有神经官能症的自我不仅迫使自己进入被要求的行为模式，作为选择的一个条件，还坚持强迫性地自我遗忘——或者至少不要清楚地意识到——整个被强迫的过程。强迫性的行为即为“貌似受迫”的行为。

第三个有趣之处在于霍尼提出的区分真实欲望与被迫需求的原

则。被迫寻（我们几乎用“狂热地”一词）的行为如果超出了自我伤害的界限就可以被认定为是强迫性的。我觉得这只是对神经官能症强迫性的部分测定，并非结论性的。但这的确暗示了，吸烟，这种为众多并未患有神经官能症的人所沉迷的行为，虽然是自愿的，却同样具有强迫性。习惯性吸烟者可能会对自己说，吸烟是因为他“喜欢”，可以帮他“放松一下”。事实上，他吸烟只是为了从不吸烟的痛苦中解脱出来，真正使他放松的是紧张状态的中断。即使吸烟会直接给他带来痛苦（他正感冒咳嗽，嗓子很痛）或损害他的利益（他是一名长跑运动员、演员、歌剧演员），甚至给他带来致命威胁（他的家族有肺癌的遗传史）。与其说他享受其中，不如说是强迫行为更有说服力。当然，神经官能症的强制性是另一回事。

神经官能症引起的强迫行为与一般的习惯行为之间有什么区别？假定后者具有类似的强迫性（尤其是瘾癖行为）。从我们判断自愿性的标准出发，这两类行为之间又该如何区分？部分区别在于二者的程度不同。二十年的吸烟习惯很难戒除，而在无心理辅导的情况下，要打破神经官能症的痼疾简直毫无可能。另一方面，瘾癖作为习惯的极端形式，由于存在生物化学形成机制，在缺乏专业辅助的前提下，同样也是不可能戒除的。典型的神经官能强迫行为结合了瘾癖行为的自我欺骗，并将强烈的习惯行为合理化。（“我吸烟是因为我喜欢那味道。”）并且，通常具备特有的附属特性（下文），即独特的原因论和功能模式。如果对这个说法不以为然，就会认为真正受迫者只是受外部力量的推动；神经官能症患者的强迫性自我陷入不知如何开解的纠结当中，这种纠结对他的影响形同外部作用力，而习惯性实施强迫行为的人则受到内部力量的推动，这推动力如此强劲，以致只能朝着那动力的方向发展而根本无法回到自我的轨道上来。上述情形各不相同，伴随的概念也相互区别。但它们对于自愿性判断的不同作用

167

却并不那么明晰。某人的邪恶习性（贪婪、自私、冷酷、爱骗人、报复心强、小气等）积习已深，按照亚里士多德的说法，这是个天性邪恶的人，所以，习惯越强，自愿程度越高（现代意义上），因此也越应当为行为承担责任。如果要将神经官能症与此种坏的习惯行为区分开，降低对行为自愿性的认定标准（有时意即降低责任），就必须存在强迫性以外的其他因素，不过尚不清楚到底有哪些其他因素，除非就是作为强迫症核心症状的那种深深的不快。²⁰而单纯习惯性地实施强制行为的不法行为人并不能从他“自然而然的行为”中获得巨大快感。总之，这种区分对自愿性判断的影响仍不甚了了。

在霍尼看来，神经官能症造成的强迫性的第二个特征（出现“驱使性需求”以后）是无选择性。所有强迫性的渴求（爱、力量、荣耀、工作）对于无神经官能症的普通人来说都是正常的动机需求。正常人渴望的爱并非来自任何人，而只能来自某些人。而神经官能症患者却要求人人都对他满意，毫无选择且无法满足。神经症患者对主体或他人的利益毫不关心。所以，无论社会状态如何，“他必须是注意力的中心，他必须是最具吸引力的那个人，他最睿智、见解最为独到……不管真理如何，他必须是辩论的赢家……他一心要占尽优势，所以根本不关心真理究竟如何……”²¹神经质式强迫性动机的第三个特点是永远无法满足——“总是不停地追求更多的荣誉、更大的财富、更多女人、更多胜利，征服一个又一个对手，永远都不会感到满足。”²²最后，无论是之前还是之后，神经官能症的强迫性对失败都反应过度，
168 “在一般人看来不过就是失败，而在他们看来则是命该如此的奇耻大辱……与事实根本不成比例。”²³

现在假定我们所提到的自我危害行为人——在家中种植吸食大麻者、冒险的运动员或鲁莽行事者——经医院证明（事实上恐怕不会都有这证明）均为神经官能强迫症患者。这个新的重要事实将如何影

响我们对自愿性的判断呢？首先，对于神经官能症而言，冒险不像避险那么典型。归根到底，神经症患者是受恐惧感的驱使，这种恐惧感源于过度胆怯、退缩、非理性的逃避或歇斯底里。但神经官能症患者的防御机制多种多样，往往导致另外一些“过度”的行事方式——酷爱竞争、追寻荣耀和自我肯定等。一些自我防御的补偿策略往往造成非常轻率的行事方式。例如，心理学家和精神病学家提到面对招致危险的逃避主义（尤其对应于吸食大麻为非法的情况下，在自家种植、吸食大麻者）、为了威胁他人作出自我伤害的行为、神经质般地追求荣耀（“我是最棒的、最勇敢的、最无畏的，等等”）、神经质的负罪感与自我惩罚的欲望。为了满足惩罚的需要、为了威胁他人而实施自我风险行为，这一点类似于直接自我损害（自伤和自杀），而单纯威胁性的自我伤害则是为了吸引另一方的注意并令其担心。心理学家还关注到强迫性的赌博行为，从动机方面看，这是接近于单方情形的双方情形。

神经质患者的危险行为尽管存在强迫性，但其是否非属自愿而应予以干涉的问题虽有些许理论吸引力，却并无太大实际意义。在现实生活中，尽管心存担忧，但仍有很多原因使我们对这个问题只能作出否定的回答。问题部分在于我们还没有有效的办法，至少在没有进行成本高昂的大量调查之前，确定我们可以正当地干涉神经官能症患者的自由。其次，冒险者肯定会带着满腔真诚地否认，那不是他自己的选择，不是他自由作出的选择。他一定会对自己的行为进行一番雄辩。对于神经官能症患者来说，他们并不缺少聪明才智，他的行为完全体现了他的意志，他只是不清楚那内在的钟摆产生的强制性压力让他变得可厌。当然，行为的极度危险性并不能证明他有神经官能症。我曾见证过著名的飞翔者沃伦达杂技家族，他们保持了几代的家族传统，可以在空中轻巧地飞来飞去——下面不放安全网。最后，神经

官能症者非常需要这种危险的生活方式。实际上，如果他真的是强迫症，那么，没有什么会比剥夺他继续冒险的机会更令他恐惧。干涉对于他而言并非“小小干扰”，而是对他自由的重大限制。外人以家长主义的方式横加干涉，剥夺一个人最珍视或最需要的东西，的确不是什么体面的做法，应该尽量避免。

但理论上的问题仍然没有解决，不确定性一直缠绕在自由主义哲学家的心头。假设我们有一些简单的神经官能症测试方法，并且冒险者本人也认可这种测试（如果可能的话）。但对这些人来说，劝解仍然非常困难。“我就是我”，他可能会回答说，“我有权活出自己的人生——如此而已。”理查德·阿尼森此时必会跳出来帮忙，对神经官能症令自愿性丧失的说法嗤之以鼻，因为无论其个性核心或自我认知方面有任何其他“不合理性的古怪之处”，这些行为中都包含了这个人最基本的生活方式和最重要的人生价值。实际上，要在此适用较高的自愿性判断标准，挑战是需要区分神经官能症的冒险性格与单纯的愚蠢，或是在一般意义上区分根植于长久积习的性格缺陷与源于神经官能症的性格缺陷。就像他常做的那样，阿尼森给出了一个生动的示例：

故事是关于一个著名的攀岩者的。一天晚上，他来到一处从未尝试过的攀登区，先是在一家当地的攀岩者之家喝啤酒，吃冰激凌，最后喝得醉醺醺，吃得肚子胀鼓鼓。他步履蹒跚地来到悬崖处，想要借着闪烁的灯光，来一次高难度攀登。毫无疑问，这是个愚蠢之举。但假如这位登山者一向以此种愚蠢之举而著称，那么如果他掉下悬崖，葬礼上，他的悼念者也只能说上一句，“如此生，则如此死。”²⁴

当然，无论是涉己还是涉他，极端的性格缺陷中往往存在某种神经症，甚至可以说，那些特别极端的性格缺陷，只有借助神经症才能解释。亚里士多德对某些性格缺陷的形成作出的解释是有些说服力的。在一生中不断作出有缺陷的选择和行为，每个选择和行为彼此作用，形成某种有缺陷的行事习惯，最终将深植于人的性格习性而无法自拔。某些测试表明，因积习而导致的性格缺陷非常类似强迫症，因此，二者所引发的行为存在相同的特点和自足性。亚里士多德所说的“彻头彻尾的邪恶者”（显然不适用于阿尼森故事中的那个傻乎乎的攀岩者）从习惯性缺陷行为中获得快感，而神经官能症患者却并不能从中体验到片刻欢愉，他仍沉浸在悲苦当中，神经质个性让他无法安宁，那用以抵御焦虑的机制反而不时制造出新的焦虑。因此，我们可以说，无论是习惯性的愚蠢行为还是神经质强迫性的愚蠢行为，都是个性使然，但对于前者，个性乃基于“习惯力量”自然而然地造就鲁莽之举，后者则是为了在痛苦折磨中取得内心平衡而作出的举动。两种个性都有些“不正常”，但这并不会影响我们对由此引发的行为的自愿性作出判断，或者对行为人格缺陷程度作出判断。我们的反应恐怕只会在同情程度上有所区别。神经官能症患者备受其“古怪行事”的折磨，他本人的“恶习”更类似瘾癖，某种不稳定的瘾癖。但另一个则只是自然行事，在他的不合理举动中找乐子。对于这些人，我们都不用表示遗憾。

所有的问题都要求我们选择适当的自愿性判断标准，要么选择适用于通常状况的“一般化标准”，要么选择针对特定情形量身定制的标准。如何选择很大程度上取决于判断自愿性程度的目的。如果我们的目的在于认定某人危害他人的行为可否免责，则依据损毁严重程度的不同，我们通常选用一般化标准。若属一般情况，我们要问的是介入因素是否可使行为人免责？如果行为人的选择源于神经官能症，我

们可视其为介入因素，情况即发生重大变化，法律责任得以减轻。我们认为，就最严重的惩罚或最激烈的指控而言，严重的强迫症行为应被视为“自愿性不足”，但对于较轻微的惩罚或较轻微的责任而言，它又是足够自愿的。处罚越重，责任程度就会打折。另一方面，如果目的在于确定某人的危险涉己行为是否自愿，以便确定其行为是否应受干涉，我们往往选用特殊标准，行为人强迫症动机的存在作为背景环境的一部分，正如对事实的无认识或外部强制力一样，可以成为我们所寻找的（其他）自愿性消除因素。（有趣的是，特殊标准往往在事先的控制背景下对强迫症患者有利，而在事后的指控和处罚时对其不利，我们则以不同的道德依据一律表示欢迎。）

不管怎样，若要根据神经官能症患者的特点为他们量身定制特别标准，我们反对神经病学家提出的神经官能症带来自我分裂的说法。我们接受神经病学家所作的复杂原因分析，用以解释强迫症患者的患病原因及其动机的形成机制，但假定某人的确有强迫症习性，无论那是如何形成的，我们接受这个事实，认定他本人就是悲惨世界的制造者，他深陷于无望而自我抑制的悲惨纠结中，是一个患有强迫症且道德败坏的，或者傻乎乎的，或者有任何其他个性缺陷的人。即使没有外界作用力对他的推动，他还是倍感压迫。其行为中存在某个固定的必要条件，但那不是另一方施加的，而是在他几无知觉的情况下由他自己施加的。²⁵ 无论是在这种情况还是其他情况下（参见第十九章第七部分关于早前自我与未来自我的分离），单个人总比分离的自我更加经济，更容易获得常识的认同。“无强制的强制性”路径或许更有效，因为强迫症患者无法获得自我理解，除非他能够认识到他的强迫行为是他本人加诸己身的恶作剧。²⁶

一、针对双方情形的软家长主义策略

法律家长主义的困境在于双方情形中的某些极端复杂形式。如 B 要求 A 为 B（或针对 B）实施有害或危及 B 的利益的行为，或者 A 首先起意，与 B 商量后获得 B 的允许实施该等行为。此等情形下，若法律禁止 A 的行为，即侵犯了 B 的自由（阻止他就 A 得其所需）或 B 的个人自治（剥夺了他自愿同意的自治权）。若视双方均违反法律，而仅 A 的行为构成犯罪，那么当然，A 的境遇较 B 更糟，只有 A 受刑罚处罚（参见第十七章第二部分）。因双方约定而触及刑法的例子包括帮助或怂恿自杀、“善意杀人”、基于同意的自残手术、决斗、打斗（双方同等热衷）、“合法强奸”、赌博、贩毒、高利贷、重婚及卖淫。立法者可能会制定该等法律，其立法动机是家长主义的，但至少也在一定程度上是道德主义的。一般说来，B 的同意不能成为 A 构成犯罪的抗辩事由的原因在于，立法者认为国家较其本人更明白 B 的好处所在，而 B 的好处优先于 B 的同意。

双方情形中的软家长主义策略与单方情形中一样，需要区分涉
173 己行为的实施是否出于自愿，并限制国家对自愿行为的干涉。在双方
情形中，关乎自愿性的行为为同意行为。约翰·克莱尼希指出，¹“同
意”一词有时是指某种精神状态而非行为，即被动而非明示的允许。
但克莱尼希很恰当地坚持认为，同意作为某种公共行为包含更大的社
会意义，“一人明确帮助另一人的主动行为……与另一人的主动行为
形成合作，从而为该行为共同承担责任。”²当我们将注意力集中在双
方情形中行为人（A）的刑事责任时，同意行为特别重要，往往成为
损害行为原因上的免责事由。A 并不能直接透视 B 的精神状态，其责
任问题必须考虑是否存在 B 的明确授权，而不仅仅只是 B 的秘密愿
望。若 A 故意强奸 B，无论是法庭还是所谓“天堂法庭”上都绝不能
以“B 虽然毫无表示，但暗暗同意 A 的行为”为免责事由。B 的内在
状态至多与对她的道德或心理判断有关，而与 A 未经其同意而实施
的暴力行为所须承担的责任无关。

若 A 的行为对 B 的影响并不大或不难撤销，则或许可以认为，A
未经 B 允许对 B 实施存在一定危险的行为时在道义上是正当的，因
为他有较充分的理由相信 B 会愿意他这么做，如果 A 明确问及，B 定
会明确表示同意。即便如此，A 还是承担着某种道义风险；如果与 A
的期待恰恰相反，B 的利益受到阻回，则根据同意无被害原则，A（尽
管出自善意动机）既不法侵犯了 B，亦损害了 B，B 有权控诉他，要求
获得赔偿。这是因为心理上的意愿或被动默许意义上的“同意”并非
授权，它不能将 A 的行为责任推至 B。如果行为侵入 B 的自治范围，
就应获得 B 的允许，否则即落入损害原则范围而成为对 B 的不法侵
害。不过，要是 A 以 B 的“默示授权”作为抗辩——如果有机会表示，
B 定会明确表示同意——则该同意是适当的（有行为，而非仅仅心理
意愿），但说到底，A 所认为的 B 的同意并不曾化为 B 的实际行动。

同意的意向并非同意的行动，它只能被假设而无从得知。真正表达同意并不费吹灰之力，推定的同意意向并不足以将 A 的行为责任推至 B 或是剥夺 B 事后的控诉权。但若（1）B 的同意意向极其强烈（并非仅为猜测或具风险的“推论”），及（2）A 没有适当的时机征询 B 的同意，及（3）若 A 的行为不仅能保证 B 的利益，还能避免其造成重大损失或损害，那么根据同意无被害法则即可免除 A 对 B 的责任，并剥夺 B 对 A 的诉权。假设 A 看见一辆卡车向 B 冲去，而 B 正背对卡车，此时，A 甚至没有时间喊叫，他只能一把将 B 推开，即使当时没有获得 B 的允许，他也完全可以这么做。这不是因为某种默示的同意，而是因为基于合理推测，正常情况下会获得授权。应区分推定同意——根据观察和已知数据推知的某种思想状态——与意向性同意——如果情况允许，我们定会获得的授权。推定同意绝对无法满足同意法则，而意向性同意则在满足上述条件的前提下，可以适用同意法则。不过，这些条件都有些空泛，必定会导致很多难以处理的边界情形。

再举其他的例子，B 的确明确授权 A 实施某个同意行为，但他的同意是在不自愿或自愿性不足的情况下表达的（按通常所理解的方式表示的），因而是无效的。无效的同意不能将责任推至同意者。软家长主义策略要求我们充分考虑此等无效情形，明确无效同意对第三方——好心的介入者、立法者和法官——权利和责任的影响。若某种针对危险行为的同意极不可能发生，即使在疏忽或强制力或行为能力瑕疵的情况下亦不可能作出，立法者则可推定该同意绝非出于自愿，依照损害原则立法予以禁止即可。这个理论避免了（硬）家长主义原则，符合自由主义的基本立场。

对于可能出现的自愿同意的极端情形，软家长主义策略有四个方案可选：（1）勉强一律禁止。即使有少数不公平的个案，但较一律允许或逐案判断自愿性的不当要小些，更遑论后者所需的巨额成本（参

见第十九章第六部分)；(2)赞成(1)的做法，但同时从“同等边界”出发，对例外情形进行听证（参见第二十章第七部分）；(3)成立委员会，对特定约定的自愿性进行判断后作出决定；或(4)一律允许。但之前须经由国家或私人机构主持的风险告知，包括提供咨询、组织资格考试或其他活动（参见第二十章第八部分）。鉴于此类替代方案的高昂成本和实际困难，国家往往简单地推定为非自愿，一概禁止了事。我们曾论述过，决斗（第一卷第六章第一部分第118—120页）和奴隶合同（第十四章第六部分）正是以此被一律禁止的。同样，无论是否恰当，这些理由还是立法者禁止销售成瘾药物、无效同意下的自残手术以及高利贷行为的部分立法动机。所谓软家长主义策略，无非要为此类禁止性法律提供某种非家长主义式的正当化基础，即经由同意无被害法则的调和，再结合以个案中同意自愿程度为实证数据的损害他人原则。

针对其他类型的危险涉己合同，自由主义均无法为超限的禁止性法律提供依据。在这些案件中，软家长主义策略意在保护介入之第三方而非威吓合约双方，设立免责性而非禁止性法律。若C有理由相信，B之所以同意A对其实施危险或直接损害行为“并非出于自愿”，或认为有必要暂时介入以确证其自愿性，如果介入行为得当，则C无需为此承担刑事责任。因此，即使在理论上自由主义原则认可安乐死或帮助自杀的权利，但若C看见A举枪要射向B，则他完全可以强行阻止，直至他确认B“充分自愿地”同意这个射击行为。毕竟，死亡是不可逆的，对于是否“充分自愿”的衡量标准亦应更为严格。仅仅是合约双方给出一句肯定的答复并不足以要求C停止介入。在这类情形下，有必要以更加正式、公开的程序判断自愿性程度，如此亦可保护出于善意的另一方A，否则他将要承担很大的个人风险。

实际上，正是因为存在另一方的利益、自愿性和可能的非法收益

等因素，双方情形较单方情形复杂得多。若 B 对于 A 将要对自己实施的危险行为的同意并非充分自愿，我们当然应保护 B 不受损害。但若 A 根本无从得知存在影响 B 的同意表示的外在强制或欺诈因素，此时要求 A 承担责任就是不公平的，尽管他的确在缺少 B 的有效同意的情况下对 B 造成风险。例如，对 B 构成威胁的强制力来自 A 所不知的第三方 C，C 威胁 B 若不同意 A 的行为就会施以不利后果（参见第二十三章第二部分）。该威胁导致 B 对 A 的同意自愿性减低，但若 A 并不知道 B 的同意是被迫的结果，则事后我们并不能正当地处罚 A。针对一些极端情形，倒霉的当事人虽无从得知本可以豁免其行为的同意其实无效，但英语国家的刑法仍追究其“严格责任”。例如，未成年女性的同意并不总能成为强奸指控的抗辩事由，即使行为人可以合理相信对方是成年女性，即使他的错误正是由对方的欺骗造成的。³ 但这类刑事法条终归是例外，且越来越少。若责任的承担方式是接受刑罚处罚，严格责任其实很难找到正当理由。⁴

在第二十三、二十四章中，我们会讨论一大类降低自愿性的因素（考虑其对同意行为的自愿性的减低或失效），即对同意者的强制力。之后的章节则讨论其他类因素——无认识或错误认识，以及无行为能力或未成年。但我们首先必须关注的是“同意”这个概念本身——何者为同意，何者并非同意。

二、同意的本质与效果

若 A 的行为会危害 B 的利益，则同意可使该行为适用同意法谚，从而将部分责任推至 B。如我们所见，此处所谓同意，乃指 B 的某个行为，而不仅仅是默示的心理状态。若无从以行为表示主动同意，则 A 为保护 B 的利益而干预其自治的行为依据，不在于对 B 的愿望的

某种推定，而在于按当时的情境，A 对 B 若有机会定会以行为表示主动同意的期待是合理的。“主动同意”是何种行为呢？它可以是语言表达，或是某种一般被理解为同意表示的行为或姿势。我曾以授权解释同意，但现在这一点需要重新界定。无论同意何事，均可使部分责任归于同意者。授权的初始含义是指行为人因合约而成为授权人的
177 代理人，行为人因此成为其代理人行为（或其他指定行为）的“行动者”。“他为他人而行为”，霍布斯写道，“以他人加诸己身，或以他人名义行为”。⁵ 因此，获得 B 的代理权的律师或其他人在确认文书或合约时均签署 B 的名字，以 B 的名义买卖，并将后果归于 B，恰如其亲身实施该等行为一样，因为 B 已事先就此“授权”了。A 接受授权而实施的行为，由 B 承担全部责任，A 则毫无责任（不会在 A 的账户上收费）。即使 A 以 B 的名义实施不智之举，令 B 受到他人的批评指责，B 也不应对 A 有所怨愤，因为他事先已自愿承担由他人代行不智之举的风险。有同意，无被害。

尽管某些同意行为符合授权模式，但并非所有同意行为皆是如此。善意杀手遵照瘫痪在床的 B 的请求，杀死 B，A 只是实践 B 的愿望的工具，实际上，是 B 杀死了他自己。A 是 B 的代理人，“以 B 加诸己身”。其他人或许会因为他的行为而指责他，但 B 却因为自己的授权而不应有所抱怨。即使 A 以 B 的名义实施的行为不正当，亦未侵犯 A 的权利。赌徒 A 跟 B 下了巨额赌注，最后赢了，他从 B 那里赢的钱并非由于“以 B 加诸己身”或自己是 B 的“工具”。或者，在一场打斗中，B 的敌手在双方同意的情况下在 B 的脸上揍了一拳，并不能说 B 的敌手是 B 的代理人，尽管看起来的确有那么些 B “授权”对手揍自己的意思。B 所同意承担的是他不想发生甚或试图阻止的风险。

针对此类情形（卖淫、借高利贷和购买毒品），或许将同意理解为允许认可较授权更不易引发误解。在互殴和赌博的例子中，同意与

其说使责任归于其中一方，不如说是令责任分离。使用“允许”一词或许会造成误解，似乎同意者在授权给他人。老师“允许”学生，雇主“允许”雇员，家长“允许”孩子，军官“允许”士兵，反之则一般不可。不过，从允许到授权，中间并不必定包含什么。任何人在介入他人自治范围时均须获得“允许”，否则即为不法行为。在这个意义上，所有自治者，正如所有主权国家，都在自己的领域中“有权可授”。

至关重要的一点将在第三十一章中论述，即即使（根据同意谚语）B因同意而丧失事后控诉A不法侵害自己的权利，但B对A的 178 行为的同意并不自动免除A因实施该被同意行为而对B所造成之损害的所有道义责任。B的同意虽则自愿，但很愚蠢，结果是A被允许的行为损害了B而令A获益。在这种情况下，我们要指责A利用B的愚蠢占了B的便宜或剥削了B。面对指责，如果A说，“都是B自找的，我只是实现其意愿的工具而已”，那就太不坦诚了，因为在允许并非授权的情形中，A并非实现B意愿的工具（凭着“我只是遵照他的意愿把他的鼻子砸在我的拳头上”是不能洗脱责任的）。而在其他情形中，如克莱尼希指出的，⁶A主动选择或同意成为B实现意愿的工具，并不能逃脱对自己所作选择应承担的责任。依据B的同意，A或许能够逃脱对B的责任，但他仍应扪心自问，并回应第三方对他的指责。利用他人的轻率或愚蠢（如第三十二章中所解释的）占便宜往往是不法的，即使因存在事先同意而并非侵犯对方的权利，或并非不正当地对待对方。在这些情形中，行为之所以不法，是因为行为人为了自己获益（在具备其他条件的情况下）而故意阻回他人的利益，这种行为我们不该做，即使对方已经无权控诉我们。

当B找到A，提出导致损害后果的建议，他的要约（若其中包含对价）或要求（若他请求一个帮忙）就是某种“强烈的同意”。当然，这种提议较回应性的允许认可（“微弱的同意”）强烈得多。强烈同意

(“请做某事”)包含微弱同意(“你可以”),反之则不然。我不太同意你的提议,于是就给出允许,而非提出要求,实际上,我倒是宁可你别做那件事。

同意表示与许诺在某些方面类似,但在另一些方面则相异。和许诺相似的是,同意表示通过语言或肢体动作建立新的道德或法律关系。许诺的成立必须建立在承诺者对被承诺者承担义务的基础上。承诺者通过自愿的语言表达(说“我承诺”,或“我发誓……”,或“我会的,你相信好了”)为自己设定未来为或不为某事的义务。相比较而言,同意表示并非为同意者设定义务,而是给接受同意者授予特权。本来他有义务不为X行为,现在他可以自由地为X行为(直至同意撤销)。许诺的即时效应是为许诺者设定义务,而同意的即时效应则似乎是取消被同意者的义务。

179 按照其所设定的道德法律关系,以安乐死为例,同意情形可有如下类型:

1. B 要求 A:“能否请你杀死我结束我的痛苦?”这个要求中包含了对被要求之事的许可,哪怕提出者(要求者)发出的是微弱同意(给出许可)。B 的要求对于 A 的道德法律意义(若其中隐含的同意出于自愿因而有效)是:给予杀死 B 的特权,而取消他不可如此的义务。
2. A 要求 B:“我能杀了你吗?”(“你没几天就会死的,我想把你的器官移植给垂危的事故伤者。需求很紧急,否则他们很快就会死去。”)B 答复 A:“好的,可以。”

B 的回复对于 A 的道德法律意义(还是假定回复出于自愿因而有效)是:给予 A 杀死 B 的特权,而取消其不可如此的义务。B 在此例中的“微弱同意”与示例 1 中的“强烈同意”效果一致。

3. A 向 B 提出要约：“如果你允许我杀了你，我会（我承诺）付给你的家人 10000 美元。可以吗？”B 回复 A 的要约：“我接受你的要约。如果你付钱，就可以杀死我。”

B 的接受对于 A 的道德法律意义（还是假定其自愿）是两方面的：（1）给予 A 杀死 B 的合同上的权利，而取消他不可如此的义务；（2）设定 A 须支付 B 10000 美元的义务。

4. B 向 A 提出要约：“如果你杀了我，从而结束我的痛苦，我愿意付给你 10000 美元。你愿意这么做吗？”A 回复 B 的要约：“我接受你的要约。如果你付我 10000 美元，我会（我承诺）令你毫无痛苦地结束生命。”

B 的要约对于 A 的道德法律意义是一个附条件的同意，A 可以将其变成真正的同意。它本身并未对 A 设定任何新的权利、自由或义务，但只要他接受，就可以设定此类道德法律关系。A 的接受对 B 的道德法律意义（继续假定自愿）是：接受条件后即使附条件的同意完全生效。有两方面的效果：（1）B 支付 A 10000 美元的义务；（2）给予 A 令 B “安乐死”的合同权利及实施其的义务。

由此可见，要约包括同意与许诺的复杂交互关系，而要求仅包括 180
同意。合同过程的不同阶段所设定的法律关系包括同意（明示的和非明示的，附条件的或即时的）、法律上的权利及义务，而单纯要求帮忙所设定的只是于要求中包含的同意及特定权利（可撤销的对义务的取消）。因此，同意行为本身并不应理解为许诺。⁷

三、有争议的同意

假定有一部自由主义倾向的刑法典，对此类危害他人的行为既非

一律禁止亦非一律许可，而是以被危害者的事先同意设定许可，并通过详细的程序对个案中的同意进行判定。根据这部假想中的刑法典，若 A 杀死 B，除非 B 以适当形式表示同意而成立安乐死，否则 A 的行为即构成杀人罪；若外科医生 A 通过手术伤害 B，除非经 B 同意而成为合法手术，否则 A 的行为即构成伤害罪；若 A 用剑刺 B，除非经 B 同意而形成决斗，否则 A 的行为就是意图谋杀或重罪攻击；若 A 用拳头击打 B，除非两人自愿对打，否则 A 的行为就是殴打罪；若 A 为 B 的静脉注射药物、毒品或血液，除非经 B 同意，否则亦为犯罪；若 A 与 B 性交，除非 B 同意，否则 A 的行为即构成强奸罪；若 A 经过一次不公平的打赌拿走了 B 的钱，或是借贷后收取 B 过高的利息，或是以给 B 算命、为 B 提供毒品等为由拿走 B 的钱，除非 B 自愿且在充分认识的情况下同意这类风险而使之成为合法交易，否则 A 的行为即构成诈骗、剥削、高利贷或其他罪名。现在来假设一个不常见的情形，A 有较充分的理由实施行为并对 B 的自治造成表面侵犯，若无 B 的同意，A 的行为即构成犯罪，但 A 事先无法确知 B 是否会同意。某些时候，若不作为令 B 的利益受到威胁，那么，一般情况下我们会说“这是为了 B 才这么做的”，但若 B 在该情形下无法及时表态，则 A 又当如何行事呢？

针对这个问题，法学家描述了一个可以产生一般法律道德效果的类似同意或接近真实同意的情形。我认为，这当中没有任何一种情形属于真正的同意行为。毕竟，这些情形均无法事先假定，但其中的一些情形¹⁸¹的确具有合理的替代作用，而另一些情形则属于危险的虚假同意，不能任其发挥真实同意的效用。我们略微检视一下这些情形。

同意，是某种推定的心理状态，须将经由某人先前行为或寿险统计表推断出的内心渴求、愿望、赞成、品位与某人的同意相区分。B 或许真的乐见 A 所能提供的某种行为，他对 A 的行为很赞成，甚至达

到渴望的程度。不过,由于某些原因,他本人并未表示同意这种行为。此类心理状态,即使推断准确,也不能等同于同意。但在紧急状态下,它们或许可以指引我们看到 B 的真实意愿。

意向性同意。若 B 不在,或不能与外人接触,或者眼看大祸临头根本来不及与他交流,或者他正在熟睡、恍惚、无意识或昏迷中,除非我们不经其同意立即采取行动,否则便无法脱险,其真正同意(我们无法获得)的最好替代物就是此情此景可推断的他表达许可的意向(参见第一部分)。就此意向而言,他的喜好、愿望或其他思想状态就是最好的、尽管并非结论性的证据。而他本人私下里的言谈信件或公开表示当然是更好的证据。我们希望知道的是:如果征询他的同意,他会怎么说?在那种情况下他是认可还是撤销许可?如果他过去曾对此问题有过明确表态,就是他现在应该说的话的最好证明。当然,上次说完之后,他或许会改变心意,如果可能,他应该有机会说出这一改变,但我们的假设情境做不到这一点,他的最后一次表达会被视为他的心意。

事先同意。B 四十岁时签署一份“生前遗嘱”(参见第二十七章第六部分),声明自己七十岁时若患上不治之症而康复无望,将同意任自己自然死亡。若这个时刻现已到来,而他已无法更新己愿,此前已有三十年的时间供其改变心意他都没有对该份遗嘱作任何修改或撤销,此时,它当然有效。同样,若 B 是“耶和華见证人”教派成员,签了一份遗嘱,声明自己即使生命垂危也拒绝接受输血,事情一旦发生,他拒绝获救的同意仍旧有效。根据我们在第十九章第七部分有关法律上的自治的现实依据,一个具备完全行为能力的自治者可以以现时自我对未来作出决定。只要满足限定条件,同意就一直有效。证明其获得有效认可的证据不仅可以“证明”现时的“意向性同意”,还能够说明真正的同意是有效的。

事后同意。假定 A 未经 B 的同意，以暴力向 B 求欢，而 B 则指控其强奸。自事发后直至 A 被控告期间，B 不断地去羁押场所探视 A，慢慢爱上了他，就在他要被控罪的关键时刻，B 撤销了控告。“如果我那时就像现在这般了解他，”她说，“我肯定会同意的。”从司法层面上说，缺少 B 的证词就无法指控 A 强奸，但问题是，从道义上说，他是否的确强奸了她呢？或许 A 和 B 都认为她的“事后同意”有溯及力，并以她在当时的真正同意作为抗辩事由。

比这个例子正常些的情形完全能够避免使用溯及同意这个古怪的词。A 的确未经 B 同意与其性交，毫无疑问，他就是个强奸犯。数月之后，B 改变心意，道义上原谅他的不法行为，撤回她的怨愤，使道义重新归于平衡。则 A 不再承担补偿 B 的义务，也无须道歉、忏悔或赎罪。但 B 的原谅并不能改变历史，或魔法般地重建过去。她的原谅的唯一意义就在于可以有所原谅，即过去的确发生了强奸行为，只是现在她的情绪已经平复。⁸

无论那些法学家如何努力，也很难从“事后同意”这个古怪概念中找到逻辑。赋予这个概念的绝大部分含义都可以通过意向性同意这个概念予以表达。如果某人无法对我们的干涉作出自愿同意的表示，那么，我们只能猜测（更普遍的做法是合理推断）他在有机会表达的情况下会怎么说。如果我们的推断事后被证明是错误的，我们仍会觉得干涉行为是正当的，我们出于善意，尽己所能地尊重了他人的自治权。相反，“事后同意”理论则认为，我们在进行干涉时，只是以某种事后同意“赌一下”我们的道义，如果没有事后同意，我们的行为就是不正当的，同时也不法侵犯了他人的自治；若真有了那事后同意，我们就赢了，亦即他人令我们早前的行为“合法化”。

若某人无法表示自愿同意，则在很多情况下，“拿事后同意打赌”
183 都是一个吊诡的概念，但我们可以理解其中的意图，如杰拉德·德沃

金所说的，¹⁰ 幼童的自由总是受到未经其同意的干涉，这是因为他们尚未长成，不能自愿地同意，而这些干涉从长远看来符合他们的利益。在这种情况下，家长不需要总是去推断孩子的意向性同意，因为孩子还根本没能形成任何意向。家长则必须为孩子作出最符合其利益的决定，并期待当孩子长大成人，就会发现父母当年的决定符合而非对抗他的自治要求。家长们“赌的”不是他们现在的行为将因“溯及同意”而被正当化，更是受到溯及的拥护和感激，¹¹ 最低限度也是被谅解。家长确有其向命运“下注”的优势：他的孩子未来的那个自治自我正是受到他此时决定的影响而形成的。这些选择决定了孩子未来自治自我的部分特质，从而更可能符合孩子最终长成的那个自治者的要求。¹²

默示同意。自从约翰·洛克将其作为政治义务的部分基础，¹³ 这个概念就不再受到政治理论的青睐。对政治同意理论的反对仅限于洛克对默示同意概念的用法，而非概念本身。一方同意另一方的行为，但不必说出“我同意”，或者根本不必说任何话，这在我们的日常经验中可以找到无数例子。默示同意可以通过“不作为”表达，即当被以否定性方式提问时，有意不作拒绝的回答。A. 约翰·西蒙给出了一个颇有说服力的示例，他提醒我们，不是“从作为中推导出未表示的同意”，而是“以某种方式——静默——表示同意”。¹⁴ 他为我们描述了一个委员会开会时的情景。主席这样宣布：“我们下周四再次开会，除非有人反对这个日期。有人反对吗？”接下来的一分钟时间里一片静默，主席的结论是，所有与会者均同意（表示同意）他的提议。

还有一些情况是，没有提出明确的问题，也不存在明确的答复，不过我们还是认为，同意不单是推断出的，而且是被确实地表达出的。此时，并非以“静默”作为表达，而是以某种姿势作出表达。例如，我

184 们回到前面提到的那对恋人 A 和 B，现在我们假设女方已经表示原谅，双方展开恋情。A 和 B 的性关系中不存在暴力。爱抚是相互的，A 每一步都受到 B 的热情鼓励，B 微笑着温柔低吟，双方并无语言交流，亦不存在什么要求须被允许。事后如果 B 说她根本不同意他的行为，A 一定会感到十分诧异。有机会表示而未表示不同意，并以适当形式予以配合，一般都会被视作同意。这种同意相对于明确表述而言是默示的，但却并非推断出的、猜测出的、假设的同意，与意向性、假设性或编造出的同意不同，这是真正的同意。

假定的理性同意。虚假同意最常见的生造概念就是克莱尼希所称之“假定的理性同意”。这个概念可指一个假定的完全理性的人设身处地应该会作出的同意即应被视为真正的同意而归于此人。这种假定背后的立场我们已在前文中屡屡批评，即只有理性（理想化）行为是自愿的。有时这种立场还会做进一步假定，即人的“真实意志”即其“理性意志”，因此，我们在判断其选择时要做的就是看一个理性人在彼时彼刻会作何选择，并将该选择归于此人，然后据此行事，哪怕这个人抗议说他其实另有决定。“我才知道自己的选择是什么！”他可能会争辩，但如果我们持有上述立场，就一定不会赞同他的说辞。因为我们比他“更理性”，我们认为他会做的选择就是他的选择，而不是他那困惑的“实证自我”所坚持的选择。

约翰·罗尔斯是对假定理性作出最伟大运用的当代哲学家，实际上，他正是在戴着“粗心面纱”的假定理性个体的假定选择中找到基本正义原则的，继而以这些原则来设定整个社会机制。罗尔斯对家长主义的讨论比较粗疏，¹⁵ 我们不能肯定假定理性同意理论或假定理性的“真实意志”理论正源于他，不过他的确认为保护个人可能出现的“非理性”应是一条理性原则，如我们所见（第二十章第三部分），若“非理性”变成更加强烈的“愚钝”或“无行为能力”，那么，即使

是最坚定的反家长主义的自由主义者也不能不赞同这条原则。不过，罗尔斯认为也要保护人们“最首要的好处”不受微弱的“非理性选择”¹⁶的损害，包括身体健康、机遇和权力、收入与财富。这种强制保护是否受欢迎，取决于人在并非愚钝或无行为能力（强烈意义上的“非理性”）的情况下，是否不想要某个基本利益，或是甘冒失去该利益的风险。罗尔斯认为，假定的“理性人”显然不会这样做，如果真有人如此行事，那么，按照罗尔斯的话，这种决定显然是不“理性的”。

总的说来，罗尔斯对家长主义限制的友善评论主要从无行为能力（愚钝、迟滞、未成年）出发，因此不应将其归于硬家长主义或真实意志理论派别。他写道：

人们原本……就想确保自己不因能力不足而不能理性地推动个人利益，比如儿童、因为不幸事故而不能为自己的利益作出决定的人、身受重伤的人或者精神迟钝的人。¹⁷

论述至此都是合理的。必须有人代无行为能力人作出理性的决定，以保证他们的利益。但面对他人的诸多建议，由于缺乏足够的理解能力以及因此而产生的诸多后果，他们没有能力（自愿）作出同意认可。监护人就必须代他们就同意作出认可或撤销，或者直接从符合其利益的方向考虑，或者从假定其具有基本理性并理解自己的需求而应当会作出的选择考虑。¹⁸代行同意者其实就是他所代言的那个自我的“假定理性”版本。

可惜的是，罗尔斯并未如此（第二十章第三部分）区分开强烈意义的非理性（无行为能力）与微弱意义的非理性（愚蠢、不合理、不小心）。他继续写道：

为保护他们[有着原本想法的人]免受自己非理性选择(意义有细微差别)所害,一个惩罚方案或许可以让他们充分认识到应当避免愚蠢之举,惩罚可以让他们避免因自己的疏失之举而承受不幸后果。¹⁹

在这一段里,罗尔斯已经从保护无行为能力人和无助者,变成保护人们免受“愚蠢之举”或“疏失之举”所害。他告诉我们,这两种情况下,在特定情境造成的疏忽状态下作出选择的理性人,应该会选择受到限制性规则的制约,以便给可能缺少“理性”的未来自我加入“理性”。既然愚蠢和不小心的选择也可能是自愿的,那么,对这些自愿
186 进入危境者,限制性规则就是(硬)家长主义,除非假定他们的同意都因其不“理性”而不被视为真实的同意。后一种解释(不会导致硬家长主义)是,他们的真实选择应该是他们的代言人基于其本应作出的更合理选择,而非基于其愿望作出的选择。对于愚钝或不小心的人来说,“如有必要,他人有权代其行事,并推翻其当下的愿望……”²⁰ 这种结论当然是硬家长主义式的——自愿的不小心也要禁止——除非与假定理性同意理论相连,方可避免“硬”的家长主义立场。但这个办法的代价是任何不合情理的真实同意都可能失效。若如此,那些明明自愿同意结婚的人婚后一旦发现自己的决定很愚蠢,那么他们当初的同意根本就不是真实同意,而国家亦应因此拒绝承认其婚姻状态的合法性!

我们尚不能肯定罗尔斯是否赞成“假定理性同意”理论,不过,既然他认为赞成硬家长主义规则的人是理性的,只能说 he 正是一个硬家长主义者。当他进一步论及代为决定者如何为“非理性”人作出选择时,他认为他们尽可能的依据是,“以其并非不理性(他是指愚钝,还是不小心呢?)为假设,据以作为其本来的特质和利益”,“如果无从知晓这些情况,则根据最首要利益理论……[努力]为其争取他应

该最想要的东西。”²¹ 这些论述尽管粗疏，仍可看出罗尔斯并不打算走向真实意志理论这种极端立场，而只是想要确定，人在合理谨慎的情况下本应作出的选择才是他的真实选择。由于他具备一些坚定的常识，他并未像其他人那样进一步滑入歧途。

四、小结与转承

人生中我们会面临很多时刻，必须冒险干涉他人的自治以保护其利益，彼时彼刻根本无法获得他人的允许，我们只能在明确同意之外退而求其次。哲学家至少找出六种替代性同意以保证干涉的正当性。其中两种，事先同意和默示同意确属真实同意，若情况不妙，该两种同意可以通过同意法谚确保干涉的正当性，使干涉者免于承担责任。而第三种同意，意向性同意并非真实同意。但在满足特定条件的情况下，亦可发挥真实同意的部分效果。这些条件是：（1）有充分证据（数据统计等间接证据也可以被视为充分证据）表明，就其习性判断，此人应该会同意；（2）当时的情境无法直接征询此人的意愿；（3）干涉合理且必要，可以防止对此人利益造成实质性损害。 187

第四种替代性同意是某种推定的心理状态（如，愿望、喜好），既非真实同意，亦非意向性同意，但他可以作为证据基础的相关部分，为推断意向性同意提供具有道德意义的理由。第五种替代物为事后同意，虽然是真实的同意，但未必出现，即使出现，对于作出干涉决定的当时来说，亦为时已晚。事后的同意并不能溯及地保证当初干涉行为的正当性，顶多只是事后对干涉行为的谅解（若该行为确属不法侵害），消除“该同意者”对自治受到侵犯而产生的怨愤。第六种替代物，假定的理性同意完全是一种虚假同意。它的道德意义仅仅在于为智障者代为决定的人指个方向。作为无行为能力人的“真实意志”的

指向，它仅仅是推断那些本应“合理”谨慎者的意向性同意的部分基础。²² 作为具有完全行为能力却“不合理”、愚蠢、粗心大意的人进行明确选择的替代物，它只是一个强词夺理的赝品。

本部分的典型示例均为“另一方”A 作为干涉者干涉 B 的事务。A 的问题在于他的干涉是否获得 B 的至少是建设性的允许。同意的替代物同样应适用于两方的情形，B 的同意不仅仅是 A 的问题，他需要确定能否行动，同时也是 C 的问题，他需要判断 A 对 B 的所作所为是否确已得到 B 的同意。若因 B 不在或缺少行为能力或时机不合而无法获知其是否明确同意，如本部分所设定的，除非有 B 的事先同意或默示同意，或是满足特定条件的意向性同意，A 就无法保证其行为的正当性，而 C 亦可据此阻止 A。如果 A 的行为仅仅基于某种推定的意向性同意或某种虚假同意，那么他根本就无权行为；如果他的行为不法且侵害 B 的利益，则 C 有权介入以保护 B，若 C 即为“法律”，则 C 可以事后对 A 进行惩罚。

188 由此开始，对 A 和 C 的讨论将采取不同的形式。我们只讨论双方情形，即 A 和 B 达成协议，A 已获得 B 的明确同意或事先同意或默示同意。当然，同意可能因时效而失去其道德意义，而无效同意根本不是同意。如小偷将一位女士的手袋从她的肩上扯下就跑，即未经她同意取走她的财物，就是对她的不法侵害。又如这个贼用枪指着她威胁说，要是她不把钱包交出来就开枪，而她回答说“千万别开枪，拿着我的钱包，快走吧！”于是，他在她明确同意的情况下拿走了她的财物，但她的同意行为并非出于自愿，因此是无效同意。此处，同意因不自愿而无效。在随后的两章中，我们会讨论减低（或使无效）自愿性的一个标准因素，强迫。枪对着脸的情形当然很好理解，但我们很快就会看到强迫这个看似普遍的概念在某些情况下一点儿也不简单。

第二十三章

同意无效：强迫性作用力

189

一、作用力的范围

同意行为与其他行为一样，一旦属被迫为之，行为人即为非自愿，无论其本人意愿如何。在第二十二章中我们论及，未经行为人同意，或以虚假同意损害其利益，行为人即受到不法侵犯。本章我们讨论的情形是，行为人的确给出同意表示，但此同意行为乃出于被迫而非因自愿，因而不具有道德法律意义（“无效”）。

有很多方式可以“使”某人以你之愿行事，但当中仅部分方式属“迫其为之”。这方面的技巧很多（其中，欺诈方式我们留待第二十五章讨论）。作用力的范围¹以绝对的强制为一端，经强制性压力，绝对的强迫及强迫性压力至操控、劝说、引诱或直接要求为另一端。强迫他做与使他做之间的界限大约位于操控或某些形式的劝说处，并因我们的论证目的而有所位移。某些操控和劝说具有强迫性，有些却没有。因此，我此处不是单要讨论操控或劝说，而是讨论所有具强迫性的方式，只有属于强迫性作用力范围的方式才会降低自愿性程度或者

使自愿性完全丧失。

190 还有多种未经同意损害他人的方式未被包括在此范围内，因为那些都是未经允许的行为，如入户抢劫或抢夺他人提包，而非使他人就范的方式，如用枪威胁让他人交出提包。如我们所见，严格说来，基于同样道理，强制也不属于此范围。我所说的这个强制，并非基于某种心理强制而表达同意或做某事。强制（参见第二十一章第二至四部分）与入户抢劫及盗窃一样，对他人而言，是外在事实，而非他们本人被迫作出的举动。不管怎样，与强制的比较是阐释强迫的必要内容，因为前者的确会导致行为的实施，包括同意行为，有必要首先对其进行讨论。²

绝对的强制。某人被卷入龙卷风或爆炸中，或者被推下悬崖摔死在下面的岩石上，或者一个更厉害的家伙硬是掰开他的手指使他放开手里的刀。此类情形中，要么是另一个人，要么是某种非人的作用力，在未经其本人意志的配合、容忍或许可下，直接造成某人的身体移动。某人并未选择或决定移动自己的身体；他的身体移动并非出于己意，无论或迎或拒，其个人意志丝毫未发生作用。还有一些情形是，某种作用于外部世界的个人或非个人作用力摧毁了其他可能，等于间接制约了他的身体位移，他只能被迫做或不做某事。上锁使某人只能待在屋里，无论其愿望、想法、倾向或意志如何。他的所思所想和所作所为只能在身体位移的有限空间内。我们可以将“强制”保留给没有选择的情形，即无论出于自然的、社会的或内在的原因，无论其直接作用于人的身体或间接作用于外部世界，某种行为的部分乃至全部替代可能均已消失。暴风雨迫使我无法乘坐既定航班；一伙歹徒强行将我拖至他们指定的地点；强迫症会迫使我不停地胡思乱想。

强制性压力。同样，还有各种作用力能够以其他方式消灭替代可能而形成强制力，若这种压力可抗，则并不必然导致身体举止；它

们只是使替代选择变得困难、不便、麻烦或代价高昂。我们早前（第二十一章第六部分）曾作过一个类比，强风并未使我窗户的插销打开，但给插销造成很大压力，以致我不得不用自己的身体紧靠着窗户，¹⁹¹以确保插销不会松开。暴风雪并不会让我失约，但它迫使我提早出门，花费更多的成本，冒更大的风险去赴约。一个流氓未必能迫使我去他指定的地方，但他会迫使我和他打一架，我得经过艰苦的搏斗才可能获胜。易言之，为了待在自己想待的地方，他迫使我花上很大的体力，以一定的代价（受伤、焦虑、迟延）方可逃开。我未必会被强迫症折磨得彻夜难眠，但那是因为我不得不服用强力安眠药以克服强迫症带来的心理“压力”。在所有这些例子当中，个人并未受到绝对的强制，但都承受着心理强制。心理压力（通常的称谓）往往强大得令人崩溃，它们当然会带来强制力。因为怕死，可能会迫使某人在刹车失灵时为了不冲下悬崖（他唯一的替代选择）而冲向一群孩子。我们可能不认为这人为了避免自己的灾祸而害死一群孩子的行为是正当的，但面对本能压力他根本没得选择。实际上，他的行为甚至违背了他的潜意识，在此情况下，法律认为他即使不至于正当，但也是可以免责的，因为他其实无所行为，既然无所行为，就更谈不上自愿行为了。

绝对的强迫。强制与强迫的区分影响到对各种关闭选项作用力的区分，因为它区分的正是选项“被关闭”的两层含义。限制自由的因素无论属于自然作用力，如人的心理状况（恐惧症、强迫症、“心理强制”）、人的其他目标行为产生的偶然后果（道路因维修关闭，建筑物被爆破），还是他人对我们个人事务的有意干涉，如果这个人已无可选择，那么强制就会造成选项关闭。相对而言，强迫并未消除替代选择，但提高了选择的成本。我们的选项是开还是合，意味是强还是弱，是自然力直接作用还是他人行为的偶然结果，随时都有成千上万次这样的时刻，通常我们根本不会注意也不去关心。有人买了一张戏

票，那么，就事实而言，在那场演出过程中，我就不能坐在那个座位上（他的座位）。同样，每当有人占着公园长椅，我就无法同时坐在那张长椅上。我的选项并非绝对被关闭。消失的选项并未被根本消除。192 我可以用比他的买价更高的价格从那人手里买来那张戏票，或者把那个占着长椅的人拖过来自己坐上，但无论如何后果都令人不快，或者付出对我的其他利益而言不合理的代价。我的选项在微弱意义上被关闭，亦即某些替代选择并非不可能，只是变得不合理或无益。

戏票的例子是最典型的强迫情形，强迫只在微弱意义上关闭选项：替代选择并未被消除，只是代价过于高昂而无益。拉拉扯扯的物理强制亦属此列，不过那是人对人的故意强行介入。强迫情形中最显著的一点在于其中包含威胁。和物理强制不同，以确实的强力为后盾的威胁对人的意志构成“压力”，藉此迫使他按强迫者的意愿行事。这种压力迫使他作为，而非仅仅发生身体位移或限制其身体举止。威胁下的强迫使得被害人只有一个选择。他要么顺从，要么承受不利后果。但如果顺从的结果是不可想象的灾难——一个孩子死去——那么那个替代选择就代价过高且无益。结果，如我们所说，这种情况和毫无选择其实一样糟糕。比较缓和的情形介于压倒性的胁迫与诱惑性的要约之间，威胁本身已经自贴价签，如果不顺从，被胁迫者就要看看这个代价值不值得付出。用价签作比喻特别有用，可以藉此反映不同程度的强迫力，一些强迫力较另一些更大，强迫力越大（代价越高），不服从就越有害，当达到极限时，强迫就成为绝对的强制。

还要补充的一点是，强迫的确可能与替代选择的消除发生联系，即使是“微弱意义上的关闭选项”亦可令某些选项紧紧关闭。当枪手对你说钱还是要命时，你本来拥有的一个开放选项因被关闭而“毫无可能”，即既保住钱又保住命。一般而言，强迫会关闭既不顺从又得幸免的那个选项，开放的选项只能是其中一个。强迫者通过强力操控

你的替代选择，他告诉你，要么选 X，要么选 Y，但不能同时两者都选。在暴力情形中，行为人以武器强行介入，在其他情形中则略有转圜，但总之都会让你肯定要作出的选择统统消失。 193

强迫性压力。正如强制性压力在特定情况下无法形成强制，而仅仅是可以抗拒的压力，强迫倾向在特定情况下也无法构成强迫，如被威胁者权衡后宁可为受威胁的替代选择付出高昂的代价，亦不愿听从强迫者的驱使。强迫性压力可能无法构成强迫，正如强制性压力可能无法构成强制。强迫性压力未发生作用的原因很多。威胁可能不算严重，或者不被相信，那威胁不过是“虚张声势”，威胁者并不具备他声称的实力；或者那威胁并非虚张声势，对被强迫者来说，一旦挑战就会承受很不利的后果，他要是明白这一点，一开始就不会发出挑战。不过，我还是想把“强迫性压力”保留给另一种情形。威胁是真实而严重的，被威胁者也相信这一点，但他愿意付出不服从的替代选择的代价。他知道那确实是有代价的，他本不想付出这个代价，这给了他（比喻）“压力”，但为了另一个好处，他愿意付出这个代价。若如此，这个威胁仅仅是某种压力，而非有效的强迫。代价分析的优势在于可以在一定程度上对“压力”作出比较判断。在情形 C 中，对 B 的威胁 X 较威胁 Y 更具强迫力，为了其他好处，B 宁可接受 Y 而不愿接受 X。说他更愿意接受 Y 而非 X 的意思是，选择 X 他必须放弃某些好处，而选择 Y 他不必放弃那些好处。简言之，越是让人的利益付出代价，强迫力就越大。

我们可以说，自然事件，如泥石流、龙卷风，也会造成“威胁”（第二十一章第二部分），不过自然事件不太好精确确定，总体上较人发出的威胁更难权衡。登山者在山上的岔路口选择其中一条路而非另一条，是因为他知道另一条路有发生泥石流的可能（“威胁”），他作此选择以减少自己的登山风险。他的判断是，“威胁性”的泥石流危险程度太高，否则那倒是他想走的路，于是他在压力下两害取其轻。

尽管当中并无来自人的强迫，但作用于登山者的决定性压力与其说是强制力，不如说是强迫力，如此区分最为合适。另一方面，如果登山者选择危险的路径，结果因落石砸下山谷或山路断裂而被迫返回，
194 则他的身体位移是由自然强制力决定的，是无视其所有“选择”的不可抗力。

难以划分的情形。假定约翰·格伦特和乔·格罗恩进行一场掰腕子比赛，看谁能把对方的胳膊压倒桌子上。他们使尽全身气力，手掌对握，用肘部作为支点。如果格伦特沮丧地发现，格罗恩的力气让他的胳膊不可阻挡地向下倒，而他无力扳回，那么显然，他的胳膊被强制压下了。虽然他可以挺住，但回不到初始位置，此时他抵抗住了强制力，但比赛陷入僵局。假设他虽然挺住，但非常痛苦，最后他觉得再也无法忍受这痛苦，决定放弃抵抗终止比赛。对此情形，我们定会作出令人惊讶的判断。格罗恩对格伦特施加的体力既是强制性的（但可抗），同时似乎也是强迫性的，屈从于强制力的决定是基于继续抵抗下去的话，代价过高，以致形成强迫力而最终两害取其轻。本例中的威胁是默示的，格罗恩并未对格伦特说：“除非你放弃抵抗，否则我会让你更痛苦。”但情况显然就是如此，痛苦感使得继续比赛的威胁越来越大。

同样，一群士兵捆住一个囚犯，并在枷锁上系了一条绳子，拉着他在街上走，他们对这个囚犯的身体施加了不可抗拒的强制力，他除了照着他们拉动的方向行走之外别无选择。但如果他们是迫使他前进，他一停下就在后面用刺刀戳他，则他们的驱赶形成的强制力对他的意志即形成某种强迫。他可以拒绝挪步，但就必须忍受刺伤流血的痛苦，血肉模糊，肢体残缺，最终流血过多而死，这就是他不服从的代价。他只能前行，因为他明白，每刺一刀，既带来痛苦，也是默示的威胁。这种情况其实属于强迫。

在很多情况下往往很难区分重大压力之下的被迫选择（屈从于

强制力的被迫选择）与因突如其来的不可抗力和心理压力而无法选择直至被迫屈服。承受痛苦的一个直接结果是人可能突然放弃抵抗，人突然无法继续承受痛苦可能是因为神经系统的自动反应是独立于其意识控制的。在极度创伤的情况下，人的心理防线会全面崩溃，突然丧失全部勇气和精神，这与个人意志无关。在这些情形中，屈从并非有意识的决定，因此，严格说来它们是强制而非强迫。这类情形很少见，即使发生也很难判断，因为从行为上来看，突然自动放弃与突然决定放弃之间并无多大差异。如果压力源于意图强迫的他人，产生反应的精细机制并不与任何实际后果发生联系。例如，同意表示可因不自愿而无效，同意行为很难仅凭故意强制而获得。强制他人同意的方式通常是某种威胁，并证明这威胁是来真的。持续进行的谋杀威胁就是其中一种“明证”，但不是证据的全部。亮一亮枪可以做到这一点，根本不必有强制。

二、他人的强迫；目的与控制

现在要重新回到我们的老朋友 A 和 B 那里，着重讨论被迫作出的同意行为，即 B 的同意因强迫而非自愿，A 此后的行为对 B 构成不法侵害，因而须承担刑事责任。B 被迫对 A 表示同意可能有三种来源——源于 A，源于 C（第三方），或者源于“自然条件”。B 的同意是否自愿（非被迫）关系到两个问题：（1）A 的刑事责任，以及（2）第三方（称之为 C）介入以保护 B 不受 A 未经有效同意的危害行为的权利。如果强迫源于 A，例如，A 以损害威胁 B 以获取 B 的同意，实施伤害或危及他的行为，那么，A 很可能需要承担刑事责任。他的行为落入损害原则而应受刑罚处罚，A 未经 B 有效同意，因而不能以此作为法庭上的抗辩（当然他或许有其他抗辩事由）。如果此强迫

源于某个第三方 C 的威胁，而 A 对此并不知情，则如我们所见（第二十二章第一部分），A 不应因其基于最大善意相信已获 B 之自愿同意而实施的行为受到处罚。B 可能受到 A 的损害（单纯对利益的侵犯），但并未受到 A 的不法侵害。当然，B 的确受到了不法侵害，但是被 C，而非 A 侵害。在一般情况下，因其对 B 造成损害而惩罚 A 是不公正的，而惩罚 C 却并非不公，就整个不法损害而言，A 虽直接实施行为却是无辜的，C 则是不法的间接侵害者。若 A 事先明知 C 威胁 B，否则 B 不会同意，但他有意利用这一局面，将 B 的同意假认作自愿而行事，那么，就造成的损害而言，他很难逃脱惩罚，甚至如果他也参与了这种威胁，事先伙同 C 一起设计桥段，那么，显然，无论那威胁是由他还是由 C 发出，都不影响 A 的可罚性。

最后，如果对 B 的“威胁”源于自然事件（如疾病）而非源于 A 或任何其他入，那么，我们只能将这一事件作为对抗 B 的同意的部分背景条件，而非使其决定成为非自愿的介入因素（参见第二十一章第二部分）。杰弗里·G. 墨菲（Jeffrie G. Murphy）指出，同意的行为“都是如此冷酷”，

“命运就是不平等”，我们所有人都无一幸免——这是人本身面临的可悲事实，而非任何由他人不法行为造成的不公劣势。显然，不能说我们和那不公平的命运之间的协议是无效的……若果真无效，则合同法——资本主义的全部依据——将存在重大的道德麻烦。³

墨菲的考量反映了一般常识，但需要解释两点。第一，一桩不可预见的自然事件迫使我们不得不做某事，这看上去似乎只是运气不好，但实际上往往需要人类共同承担大部分责任。因化工厂随意排放

废物而造成的癌症可不是运气的问题——“命运就是不平等”。假定化工废料会造成伤害或疾病而威胁到某个社区的居民，并会毁坏他们的土地和房屋，化工厂出面提出给居民一点少得可怜的赔偿，“爱拿不拿”，受到惊吓的居民不得不同意，那么，这个同意可不只是“自然威胁”的结果，也不仅仅是“环境强制”的作用。在此示例中，化工厂 A 所造成的状况威胁了居民 B，使 B 在非自愿的情况下表示同意。另一方面，若以某个绝症作为不可预见的霉运来定义合约，那么它所导致的艰难选择绝非“客观环境下的自愿”。B，（墨菲例子中）不幸的患者，可能“因为经济问题（可以想象那沉重的医疗负担）不得不向朋友 [A] 借钱……”。但他的不幸遭遇并不会导致其“以合理利息还 197 钱的承诺”无效，⁴即使他向朋友借钱纯属无奈之举。

第二个解释是，即使在特定情况下，不幸者 B 的同意是自愿的，还是有其他依据可以惩罚占便宜的 A。设若 A 的条款对 B 来说很苛刻，出于环境压力，B 别无选择只好接受，结果 A 获得重大利益。此时，国家有权干涉，其依据不在于 B 的同意受到 A 或任何其他人的强迫，而在于即使 B 的同意是自愿的，合约却是不公平的，因此，A 的获利是不劳而获、剥削或“显失公平”。（这个观点适用于经同意法谚调和后的损害原则，见第三十一章。）再来看那个化工废料的例子。假定该化工厂作为第三方 C，并未直接作为合约一方，而 A 是一个善于捞钱的投机地产商，擅长对孤立无援的居民以最低的价款捞到“快钱”。假定他并未强迫 B 同意（“强迫要约的可能性”于第二十四章讨论）；他了解 C 对 B 造成的“环境压力”，他并未参与其中，也绝不是 C 的同伙。要是谴责他那没良心的投机主义，他可能会辩称，他并未不法侵害 B，因为他获得了 B 的同意，而当时的情境是他或 B 都无力控制的，因此，B 的同意是自愿的。当然，谁都会谴责 A 对居民的毫无良知的盘剥（若无强迫）。

眼下我们主要关心的并非盘剥，而是剥削者利用第三方造成的强迫背景，或是利用“不公的命运”获得好处。现在我们必须将注意力集中到核心案例上，即同意是由他人，A 或 A 的同伙强迫造成的。由于同意是被迫的结果，因而是非自愿的，也是无效的，不具有任何通常免责的法律意义，同时却可为第三方的合理介入行为免除责任。如果合约对 B 有害，则 A 的行为将依据损害原则而受刑罚处罚，依损害的性质，A 将受到谋杀、伤害、殴打、强奸、高利贷、重婚等罪名的指控。

198 我们现在可以对一方 B 受到另一方 A 的直接强迫进行框架性分析，即强迫足以使“同意”无效。A 迫使 B 同意其实施对 B 有害的行为的情形包括：

1. A 命令 B 同意；
2. A 威胁 B（或“强迫性要约”），除非 B 同意他的要求，否则将造成令 B 不安的后果；
3. A 向 B 证明其威胁的有效性，通常是展示他的气力和决心；且
4. 除非是虚张声势，A 主动干涉 B 的选项网络，要求控制相关选项开关，特别是将 B 不顺从而要避开威胁的选项关闭；且
5. B 明白威胁的意思并感到害怕，最后为了避免不利后果而顺从 A 的命令。

条件 4 在上述分析当中不太协调，我们可以删去“除非是虚张声势”。绝对的强迫可以与虚张声势的吓唬形成有用的对比。问题在于它忽略了一个事实，单纯的虚张声势也可以构成强迫。最明智的做法是将同样可以使同意失效的情况分为三种，即绝对的强迫、虚张声势的吓唬以及强迫性的吓唬，后者如用玩具枪到银行抢劫。

还应加入其他条件。我们更希望以客观而非主观的标准判定对 B 的威胁的真实性以及那个后果的“不利性”（见以下第五部分），而任何身处 B 的处境的人都会相信这个威胁，或者认为这个威胁的可能

性很大，或至少应当认真对待这个威胁，并看出那后果的确是令人不安的。我们还可以进一步设定，A 的行为以迫使 B 顺从为目的，B 顺从。但现在并非要将 A 告上法庭，或抽象出其可罚性应具备的条件，因此我们可以避开这些更复杂的局面。⁵ 我们的兴趣仅仅在于，B 的同意乃出于自愿究竟是何意思，及其对 B 的利益将产生何种法律后果，而一旦属被强迫，即为“自愿性不足”。即使对强迫力的判断出于 B 的个人价值标准，比如根据这些标准，他被迫把钱交给 A，这钱可不是赠予，尽管若由客观标准判断 A 的强迫行为，且要求其抱有强迫性目的，我们并不能控之以财产犯罪（参见第五部分）。在某些情况下，A 免受处罚是公正的，但同时应要求 A 返还 B 的财物。此时，我们可以说，A 并非有意强迫 B，但他的行为对 B 产生的无意后果，B 也未给予有效同意。 199

三、强迫性压力的级差：如何方足以构成强迫？

强迫性压力有时可迫使他人同意，有时却不行。在任何情况下，强迫力都有程度与大小之分。与强制性物理作用力等不同，它并非真正的“力”，如果说它是“力”或“作用力”，无非基于某种有限但却有用的比喻。强迫力“对个人意志形成压力”不过是因为它所威胁的那个人无法实现同时避免两个不利后果的愿望。因此，它要求被强迫者在不想接受的选择之间作出抉择，即对他的愿望进行权衡排序。预期中的每个后果都令人不快，但他必须选出一个不快程度较轻的结果。“恶害”也是可以排序的。为了选出较轻的害，被强迫者 B 必须进行相对价值判断，或许他的选择很理性，但同样的理性人基于个人好恶可能会作出完全不同的选择。因此，在一定程度上说，B 的个性、价值观或喜好决定着压力的强迫性大小。压力的程度在于他对 X 的

渴求或对 Y 的恐惧，以及他对喜好的排序。

试想在以下不同背景中，A 对 B 作出的 10 种不同的强迫性命令：

1. 背叛你的士兵兄弟，把军事秘密交给我（敌人）；
2. 为争夺黑手党领导权去刺杀我的对手；
3. 让我杀了你，以便将你的器官在新鲜状态下移植给他人；
4. 把你的全部利益交给我；
5. 和我睡觉（即发生性关系）；
6. “送给”我 10000 美元；
7. “送给”我 100 美元；
8. 让我给你截肢，以防止癌细胞扩散；
9. 同意死后捐献器官；
10. 给我冲杯咖啡。

强迫者命令的性质不是改变情形的唯一因素。试想以下以不同威胁发出的命令。“听从我的命令”，A 说，否则——

- 200
1. 我就对你的城市发射核弹；
 2. 我就将你的妻子儿女折磨致死；
 3. 我就杀了你；
 4. 我就烧了你的房子；
 5. 我就打断你的腿；
 6. 我就砸碎你的窗户；
 7. 我就抹脏你的窗户；
 8. 我就告诉你的朋友，你是个小气鬼；
 9. 我就和你中止友情；
 10. 我马上就生气。

我们假定第二张单子上的所有威胁都是真实的，并非虚张声势（为使问题简单化），而第一张单子中所列的后果对 B 都很不利，但他都能

够做到。假定 B 经过相对价值（恶害）判断，最终列出的顺序正如第一张单子所示，而对威胁的排序亦如第二张单子所示。我想这两个顺序是合理的，至少从表面价值上看并非“不理性”，尽管同样理性的人，或处境不同的人在排序时会出现这样或那样的差别。B 面对威胁和命令而必须抉择的情形可以变成 100 种。（易言之，上述每种命令可以对应 10 种威胁。）我们可以将所有这 100 种情况都放在“强迫力”标尺上，以 B 本人的主观好恶，而非以假定“合乎理性的人”的标准进行排序。

“压力级差”的最大值是强迫性提议——“给我冲杯咖啡”（命令列表中的第 10 个），“否则我就对你的城市发射核弹”（威胁列表中的第 1 个）。而在另一端，最小值则是——“背叛你的士兵”（命令列表中的第 1 个），“否则我马上就生气”（威胁列表中的第 10 个）。若 B 必须面对第一个选择，他一定会认为强迫力大得难以抗拒，而顺从则可作为被迫性选择而不承担任何责任。若 B “屈从”于第二示例中的轻微压力，我们有理由怀疑他是否真的会因如此轻微的压力而感到强迫，因此他的行为可以视为出于自愿——当然是“充分自愿”，他因此须为自己的行为承担责任。当然，这些容易判断的情形都不涉及对同意行为的要求，但若保留同样的威胁，我们可以将其替换为要求同意的情形，同样也很容易判断。假定 A 对 B 说，“你要同意我在你死 201 后（假定是多年以后）将你的器官移植给他人”（命令列表中的第 9 个），“否则我就对你的城市发射核弹”（威胁列表中的第 1 个）。那么，B 的同意显然是在受到巨大压力的强迫下作出的，因此自愿性不足（实际上几乎可以肯定是非自愿的），同意无效。无论何时，A 或其他任何人都无权移植 B 的器官。另一方面，如果 A 说，“同意我杀死你并使用你的器官”（命令列表中的第 3 个），“否则我马上就生气”（威胁列表上的第 10 个），B 顺从了，我们肯定会怀疑 B 的同意是否的确因受到强迫而作出，他的同意很可能是真实自愿的。

以最高阶的威胁发出最低阶的命令所包含的强迫力最强，而以最低阶的威胁发出最高阶的命令所包含的强迫力最弱。因此，命令的位阶越高，威胁的位阶越低，最终会令强迫力消失；而命令的位阶越低，威胁的位阶越高，强迫力就会越强。在压力标尺的中间位置，即命令与威胁的位阶相当（命令 1 搭配威胁 1，命令 5 搭配威胁 5，命令 10 搭配威胁 10，等等），被强迫者将很难决定服从与否，其压力级差正处于严格意义的强迫边缘。不难想象，任何合乎理性者都很难在背叛自己的部队而使他们被歼灭和让核弹在一座城市爆炸之间，或者在与一个令人作呕的陌生人性交和被打断一条腿之间，甚或在给某人冲咖啡和令对方立刻生气之间作出选择。

当然，不必对我们武断的排序过于认真。若由此推出“既然可以对选择做不同级别的排序，如‘令人不快’的程度，则不同的程度即对应于先后顺序”，⁶就犯了头脑简单的错误。可将特定情形与其他情形置于同一序列中，以数字标明各自位置，但并不能意味着序号所标示的各情形之间的对比就是数字序号的大小对比。B 将 A 的一个威胁排为第 5，将另一个威胁排为第 10，却不能说前者令人不快的程度就是后者的两倍。错误在于假定其中一个后果在不受欢迎程度的标尺上位置更高，当然就更不受欢迎，且“其中包含的不受欢迎单位就是那个序号数字标示的数目。”⁷

我提出以这种不太恰当的数目方式作为演示工具时，已经充分意识到可能随之带来的错误，即将并不反映属性的序号视为属性。现在我们且假定 A 的命令与威胁不仅仅以序号权衡，还以某些客观可度量的特性确定其“成本”，得出的总和称为“强迫力”。假定我们将 A 的命令成本确定如下，以美元计，此处美元并非真正市值，而仅是虚构的“货币单位”。1 号命令（背叛同志）对 B 的成本为 10 美元，2 号命令（刺杀对手）对 B 的成本为 9 美元，3 号命令（同意死去）

对 B 的成本为 8 美元，等等，直至 10 号命令（冲咖啡）成本为 1 美元。当然，若因此认为 B 会另类地认为冲咖啡的麻烦是背叛同志的十分之一的话就太荒谬了，那只能得出一个冷漠的结论：背叛同志等于连续冲十杯咖啡！此处且搁置不论，相信定有其他命令比我们的例子更适于贴上价签。

现在我们且以类似的方式为威胁贴上价签。1 号威胁（核弹爆炸）对 B 的成本为 10 美元（如果要更具真实感，那么这应该是个天文数字，甚至是无穷大），2 号威胁（折磨家人）对 B 的成本为 9 美元（要更具真实感，这个天文数字比上一个小不了多少），3 号威胁（自己去死）的成本为 8 美元（真实的数字亦应以百亿计），等等，直至 10 号威胁（威胁者立刻不高兴）成本为 1 美元。

就此简化版（简单考虑）的假设而言，我们可以为假定的那 100 种场景确定标识其“级差强迫力”的标尺。威胁的“成本”与命令的“成本”差距越大，强迫力就越大。最具强迫性的情境是以 10 美元成本的威胁（我们假设示例中的 1 号威胁）发出 1 美元成本的命令（我们假设示例中的 10 号命令）。而强迫力次之的应为以 10 美元成本的威胁发出 2 美元成本的命令，或是以 9 美元成本的威胁发出 1 美元成本的命令。趋向标尺中部时，我们会看到，即使以 6 美元成本的威胁发出 5 美元成本的命令亦仍具强迫力，此时，威胁的成本仍高于命令的成本 1 美元。若及至五五开的情境，强迫力就到了边缘，其后的情形则属于负平衡，如以 6 美元的威胁发出 7 美元的命令，最后直至“容易”对付的情形，如以 2 美元的威胁发出 6 美元的命令。 203

强迫力的级差在威胁后果的成本超过服从命令成本的那一点开始即成为绝对的强迫。（参见第四部分，当然还需界定。）若事实上成本是负平衡——命令超过威胁——那么，强迫力很难迫使他人同意。即使这些情形中还是存在强迫力，或许存在一些道义上的——本该是

法律上的——相关性。在某些情况下，发出损害的威胁即构成犯罪；为强迫他人服从而发出的威胁尽管未果，亦构成犯罪；而虚张声势的威胁未果也可构成犯罪未遂（一个虚张声势的家伙拿着玩具枪说道，“和我睡觉，否则我就开枪打断你的腿”，他的行为可以构成强奸未遂）。法律认为在某些情况下，强迫力足以令同意无效，即使事实上它并不具有足够的强迫性。法庭无法确知个人对各类不好后果的确切标价。强迫力下的同意只要符合标准情形，就认为强迫力是足够的。这种假定意味着在双方情形中，某些被害人在并非绝对的强迫力之下原本是“自愿”同意的，但被同意者仍不能以该同意作为免责事由，因为法庭认为该威胁本身即可使同意无效。如果法庭运用的是绝大多数人都会选择的价签标准，那么在绝大多数案件中都能获得公正的审判。在极少数案件中，尽管威胁者试图以威胁进行强迫，但他确实获得了对方的真实同意，尽管如此，他不能抱怨审判不公，因为不论同意是否真实，他一开始就打算强迫对方，审判对应的是他的意图。

四、确定强迫性压力的其他方法

上节勾勒出的强迫性压力概念并非唯一可能。事实上，在研究减低同意损害行为的自愿性的因素时，其他一些方法更有用。我所提出的“级差强迫力”概念用于衡量威胁的成本与作为威胁替代选择的命令的成本之间的差距。它所衡量的是，对被强迫者而言，威胁在何种程度上较命令更不可接受，或者（大致说来）他在彼时彼刻究竟有“多少选择空间”可以拒绝命令。有时，在对被强迫者作出道德判断之前，确定压力级差是有必要的，但它对另一些道德判断却没有多大意义，事实上，强迫力的级差衡量可能使我们在特定案例中作出反直觉的判断。

假定孔武有力的流氓 A 对受他掌控的女人 B 提出以下强迫性建

议：“和我睡觉，否则我就打断你的腿。”再假设 B 完全被这个命令吓到，对这个命令标价 9 美元，尽管这命令比威胁更糟糕，但她给威胁标价 10 美元。既然威胁比命令代价更高，那么她还是很不情愿地屈从于他了。现在再看发生在这两人之间的第二个例子。A 对 B 说，“给我冲杯咖啡，否则我就打断你的腿。”对 B 来说，冲杯咖啡只是小麻烦，于是她给它标价 1 美元，但腿被打断与前一个例子中是一样代价高昂的威胁，她仍标价 10 美元。当然，在重大压力之下，B 虽不情愿但还是给 A 冲了咖啡。

例一中的级差强迫力为 10 减 9，即 1，而例二中的级差强迫力为 10 减 1，即 9。如果这就是我们对强迫力的唯一理解，这个结果会和很多常识发生矛盾。无论是说在咖啡例子中的强迫力不仅大于，而且远大于性交例子中的强迫力，还是说那女人在例一中有“不止一个选择”，或者较例二而言，她的行为“更自愿”，都是不可思议的。那样的话，减低自愿性的并非级差强迫力，而是作另外解释的强迫力本身，或者是其他衡量因素决定的。

一个现成的方法是认为强迫性压力仅由威胁的不受欢迎程度决定。我们可以将这第二个概念标识为强迫性作用力。既然两个例子中的威胁相同（10），即两者的强迫性作用力相同，因而强迫性程度亦相同。B 在性交例子中所承受的两侧夹击的巨大压力是否与其在咖啡例子中所承受的压力相等呢？对于后者，她可以轻易地作出选择，巨大的压力只来源于一侧，其心理压力和预期损失是否都小得多呢？假设例一中的威胁是打断她的一条腿，她的主观标价为 $9\frac{1}{2}$ ，再与未 205 变的例二作比较。现在，要求冲咖啡的强迫力较要求性交的强迫力增加了少许。这是否意即例二中的 B 承受的压力较改版后的例一更大呢？她确实承受了更大的级差压力和更大的强迫性作用力，但就是对强迫力的这些精确解释降低了自愿性吗？如果说 B 与 A 性交较给 A 冲

咖啡更自愿，那么我想，考虑周详的人一定会对这样的结论充满疑虑。

我再来给强迫性压力做第三种定义，即所谓强迫性负荷总和。对此并非以命令成本减去威胁成本衡量，而是将两者相加。在性交示例中，“强迫性负荷总和”为命令成本（9）加上威胁成本（10），总和为19。这个结果与咖啡示例中的负荷，10加1得11，相比更具真实感。如果这就是减低自愿性的绝对的强迫力，那么，我们肯定会说，无论是性交示例，还是冲咖啡示例，“同意”行为都不那么自愿，就道德法律意义而言，两者均非充分自愿；不过，冲咖啡行为的非自愿性较屈从性交的非自愿性低（因为压力较小）。我认为这个判断比前两个解释得出的结论更靠近常识。

对强迫性压力的第四种解释是最小强迫值，即最可行选择的成本。在性交示例中，强迫的确真实有效，除了命令与威胁，别无选项，而这两个选项的成本分别为10和9。对那不幸的被强迫者来说，最低成本是9，这就是最小强迫值。而在冲咖啡示例中，最小强迫值仅为1。结论就是，尽管强迫作用力相同，在性交示例中，减低自愿性的强迫力远大于冲咖啡示例。这个结论还是会令人感到些许不安，但却符合常识观察，例二中的女人以主观标准标价后，冲咖啡与性交相比，不自愿程度较低，当面对强大压力时，她的不自愿性会更低。

与最小强迫值相比，强迫性负荷总和的优势在于，它既可公正地
206 确定作用力的程度，也可以确定不情愿的程度，而非两者只能确定其一。看看强迫性负荷总和与最小强迫值差异更大的两个例子。我们之前的例一，强迫性负荷总和为19，而最小强迫值为9。例二中，负荷总和为11，而最小强迫值为1。无论我们用负荷总和计算，还是用最小强迫值计算，两个例子中的强迫性级差均为8。但我们现在再来看例三，其负荷总和为15，最小强迫值为1；以及例四，负荷总和为15，最小强迫值为7。在例三中，A威胁B要折磨他的孩子（成本：

14), 除非她给他冲咖啡 (成本: 1), 在例四中, A 威胁 B 要拿走她钱包里的 1000 美元 (成本: 8), 除非她和他睡觉 (对这位 B 来说, 成本: 7)。我们将四个例子中负荷总和与最小强迫值的差别列表 (表 23-1):

表 23-1 强制性压力的其他测试

	强迫性负荷总和	最小强迫值
例一	19	9
例二	11	1
例三	15	1
例四	15	7

无论是用负荷总和还是用最小强迫值, 例一和例二之间的强迫性级差都相同, 例一的强迫性高 8 个单位 (19 比 11, 或 9 比 1)。无论按哪个计算方法, 例一的强迫性都大于例三, 但以负荷总和计, 差距没那么大 (19 比 15), 而以最小强迫值计, 则差距很大 (9 比 1)。而其他比较中差别更大。根据负荷总和, 例三 (要么孩子受折磨, 要么冲咖啡) 的强迫性大于例二 (断腿或冲咖啡), 但以最小强迫值衡量, 二者的强迫性却完全相同。从最小强迫值看, 例四 (破财或性交) 的强迫性远大于例三 (孩子受折磨或冲咖啡), 但按负荷总和看, 二者的强迫性却完全相同。这些结果列于表 23-2。

表 23-2 强迫性压力测试的不同结果

示例比较	强迫性负荷总和	最小强迫值
一对二	1 (19 比 11)	1 (9 比 1)
一对三	1 (19 比 15)	1 (9 比 1)
一对四	1 (19 比 15)	1 (9 比 7)
二对三	3 (15 比 11)	平局 (1 比 1)
二对四	4 (15 比 11)	4 (7 比 1)
三对四	平局 (15 比 15)	4 (7 比 1)

207 这两个方法的差异在对比例二与例三，以及例三与例四时特别明显。以下哪种情形造成的强迫性大：（2）冲咖啡或打断腿，还是（3）冲咖啡，否则折磨你的孩子？而哪种压力更可减低自愿性：（3）冲咖啡或打断腿，还是（4）和我睡觉，或者破财 1000 美元？如果我们以最小强迫值衡量，则冲咖啡的两个例子的强迫性相同，尽管一个威胁远大于另一个。如果我们用最小强迫值衡量，则性交的强迫性远大于冲咖啡，尽管一个威胁（孩子受折磨）远大于另一个（破财）（表 23-3）。

表 23-3 “负荷总和”与“最小强迫值”在强迫力测试上的差异

	负荷总和	最小强迫值
例二．冲咖啡（成本：1）或断腿（成本：10） 对	11	1
例三．冲咖啡（成本：1）或孩子受折磨（成本：14）	15	1
例三．冲咖啡（成本：1）或孩子受折磨（成本：14） 对	15	1
例四．性交（成本：7）或破财（成本：8）	15	7

我无意就此作一定论，但这倒让我相信，这个问题必然是建立在对“自愿性”的特定理解上的。对以主观愿望程度确定的自愿性，最小强迫值（最佳选项的成本）的确是自愿性减低因素：最小值越高，减低自愿性的强迫力就越大。显然，例四中最小强迫值高的那个女人，其主观愿望肯定比例三中冲咖啡的女人弱得多。成本为 2 的微小强迫作用力即足以迫使她去冲咖啡。折磨她的孩子完全是多余的威胁，没有必要以之影响被强迫者的心意，只要小露一手就足以让她服从成本低廉的命令。在性交示例中，每一点威胁都很必要，因为被要求做的事情让人太不情愿了，这种本来的不情愿本身就可以决定选择的自愿或不自愿，以及需要多大的作用力予以强迫。

主观上的不愿并非不自愿的唯一内容（参见第二十四章第八部分）。词典告诉我们，“自愿”的意思有时是“情愿”，有时是“非被迫”，而两者皆有程度的不同。一般而言，被迫做某事即“违背意愿”208做某事；我们挣扎、反抗、寻求他途，或者反抗不成而屈从。让人困惑的是，有些情况下，人们在压力下似乎相当愿意做某事。假定一个街头混混对特丽莎嬷嬷说，“把钱交出来，否则我就敲掉你的脑袋”，而她出于基督的仁慈正要所有的钱都给他。此时，虽然她也别无选择，但她是情愿地把钱交出去的。本示例中命令不需要有多少成本即可形成强迫。从这一点上看，这个例子与冲咖啡的例子差别细微，后者中，命令成本很低，虽然也有不情愿，但相对轻微。若按强迫下的行为来看，特丽莎嬷嬷是“非自愿的”，但她的行为却并非强迫的结果。

如果我们作为道德家来确定被强迫者行为被迫的程度（不情愿），那么，了解当事人对命令的主观标价，以及威胁的强迫力是否超出限值即可，倒不必知道超出额是多少——强迫力超出必要值的程度——以确定不情愿的程度，即行为入“因强迫”而行为的程度。而作为陪审员，若要知道被强迫者“在强迫之下”行为的程度，一方面要了解强迫者的能力或其威胁行为的损害性程度；另一方面要了解对被强迫者造成的心理强制程度，若无此威胁，他的自由度有多大，最后再考虑其行为时的强迫负荷总和。

需要解释的是，为何级差强迫力，第三部分中讨论的核心概念，在讨论某些问题时尽管有用，却并非自愿性的相关衡量标准。我们再209回到例一，A 威胁打断 B 的腿（成本：10），除非她同意和他睡觉（成本：9）。被强迫者受到极大强迫力，因此几乎不存在自愿性。但由两个选项的成本构成的压力级差却很小，只有 1。这表明实施 X 行为的压力较实施 Y 稍小。因此，若 B 宁可选择 Y 而非 X，则有必要指出，她实施一个行为而不实施另一个行为的压力很小，她选择一个而非

另一个并非那么不自愿。级差强迫力衡量的是级差责任，即因 X 是 Y 的唯一替代选择决定而实施 X 的责任，在此类情况下，自愿性判断都是按照诸如此类的标准作出的。级差标准并不能衡量那迫使被强迫者以 X 取代本来既不选 X 也不选 Y 的想法的更大压力，而只能衡量某种无成本的状态。B 只想依己愿处理个人事务，她既不想和恶心的陌生人性交，也不想自己的腿被打断。但那作用力是压倒性的，什么都不发生是不可能的。

强迫力的级差概念在某些问题的讨论上有其不足，例如当级差压力为负数时对自愿性程度的判断。假定 A 命令 B 实施某个主观成本为 10 的行为，否则，他将对 B 作出主观成本为 9 的行为。与命令相比，威胁不足以强迫对方服从，B 若两害取其轻，就会不服从。这个结果我们在第三部分认为其强迫失败，强迫者 A 不能得偿所愿。但糟糕的是，若因此认为 B 并未承受强迫的压力的话，势必造成误解。她必须付出的危险代价正是威胁和命令共同作用于她的强大压力的结果，她当然可以主张因被迫违背意志而遭受损失完全是非自愿的。即使在此类案例中，级差概念仍有些用处。如果服从命令的级差压力为 -1，那么接受威胁的级差压力就是 +1。而如果我们认为，出于两害取其轻，客观上存在选择命令而非威胁的道德义务，我们的判断就

210 将是，级差压力不足以消除为此选择（承担）的级差责任。我们进一步认为，尽管存在强迫力，但其强迫性不足以减低 B 作不法选择的自愿性而使其免责。这令我们自然地进入下一个主题。

五、主观标准与客观标准

到目前为止，在假定强迫性压力真实有效的简单情境中，我们仅以主观标准（有时亦称“内在标准”）确定 B 的真实好恶，并以此确

定 A 对她施加的强迫性压力是否足以迫使她作出选择，进而确定其是否为绝对的强迫。我们一直都假定 B 在压力下的选择并非迫于某种源于固有恐惧的心理压力，即并非一时意志薄弱、强迫症心理或行为失范的结果。我们也假定被强迫者尽管承受压力，但仍可依其主观标准确定留给她的两个选择哪个是轻害，若一个选择是 A 所威胁的不利结果，另一个是同意服从 A 的命令，而 B 选择同意服从作为轻害，则此同意往往被认定为被迫的行为。

但现在我们必须把问题复杂化。在很多情况下，法庭都会运用客观（或称“外部的”）标准认定 B 的选择，关心其选择是否合理，即身处该情境下的合乎理性者将如何选择，而不太关心其选择是否为其主观认定的轻害。实际上，法庭所使用的“客观”标准有两种：绝大多数人或一般人的标准，以及假设的理性人标准。若双方情形中仅直接涉及 A 和 B 的利益，而法庭的唯一（适当）目的是要保护 B 免受非自愿同意的危害行为的损害，则若 B 的选择并非出于其本人主观好恶所认定的强迫力，就足以认定其同意乃出于自愿，因而有效（可以抵消其他降低自愿性因素的影响，如疏忽或能力减弱）。不过，若 B 的选择涉及他人并影响第三方或公众的利益，则法庭对 B 的自愿性判断将依据更加严格的标准。尤其当 B 面临刑事指控时更是如此。若她为免受折磨，同意向敌人 A 提供军事秘密，则按我们的理解，其行 211 为显由绝对的强迫力所致。对她来说，继续忍受折磨的成本高于背叛同志的成本，因此，她愿意付出较小的代价。但如果因此而使成千上万的无辜者送命，整个国家利益受损，则法庭会以假定的“理性人”标准判定背叛同志的成本高于继续忍受折磨的成本，由此即可判定 B 的行为尽管受到很大的压力，但并非被迫行为。有些吊诡的是，对 A 的判决也是如此。我更愿意采用的说法是，尽管 B 的行为确实受到强迫（以其主观标准）而并非特别自愿，但就所涉及的巨大利益而言，

却属“足够自愿”而应当承担责任。

我们还是将关注点放在完全涉己的情形上，以保护 B 不受涉己行为的损害。我认为没有理由只以其他标准而不以 B 自己的标准衡量行为成本。如果 B 仅仅因为对 A 的威胁比 A 的命令标价更高而对 A 让步，那她的行为当然是被迫的，无论她所认为的轻害如何异常，看上去如何不合情理。既然同意是被迫的，当然就不是自愿的，因而也就是无效的，即不足以被 A 作为抗辩事由。

不过还是要再次将问题复杂化。此处我们假定 B 是位“异人”，面对某种威胁，他会表现出异乎寻常的自愿性。按照其主观标准，对于绝大多数人或合乎情理者而言并不具有强迫性的要求对他来说却具有强迫性。假定在只涉及 A、B 利益而不涉及第三方或公众利益的情况下，A 试图利用 B 的异常之处。A 比 B 高大强壮，且明知 B 的特别敏感处，他命令 B 把今世的财物都交给他，否则就会拍他的后背。因为对 A 的威胁充满恐惧，B 只好服从那个命令。C 目击整个事件，即去报案，结果 A 受到刑事指控。他提出 B 是自愿同意交出他所要求的财物，并以他发出的所谓“威胁”纯属玩笑为抗辩事由。根据我们在这些章节中对自愿性的认识，法庭免除 A 的刑事责任将是十分明智的决定。但原告 B 可以提出民事诉讼要求 A 返还财物。B 的同意足以作为 A 在刑事诉讼中的抗辩事由，因为其中的所谓强迫力根本不具有应承担刑事责任的强迫性（按客观标准），但 B 的同意却不足以证明这是一桩赠予交易（按 B 本人的标准）。

拍背的虚构案例表明，异常成本的要求会获得同意，从而对同意者本人造成直接损害。在依客观标准的涉他情形中认定刑事责任时亦是同理。同意者在压力下同意实施损害第三方或公众利益的行为，问题是，若他提出抗辩，则强迫力是否可使其危害行为之自愿性丧失。考虑以下发生在恶人 A 与其掌控下的“异人”B 之间的交易：

A：我从你那里拿走了 100 美元，除非你说出军事秘密，否则我就不把钱还给你。

B：就我异于常人的价值观而言，你的威胁比你的命令成本高得多，因此，我在强迫之下只好服从你的命令。

假定 B 说的是实话，他的“异乎常人”之处就在于他把钱看得特别重，但他对忠诚和国家安全也看得很重，那么，可以说他的同意是被强迫的。不同寻常的事实是，他是一个极有荣誉感、值得信赖、爱国的人，但他对于失财的痛苦感正如别人遭受拷打时的痛苦感。当然，在真实世界里，没有人会相信这个假设，但如果事实的确如此，基于他本人的标准，B 就是被迫地实施危害行为。即使相信这会是真的，我们也会以客观标准认定其行为并非被迫，对于一个合乎情理的人（或一般人）来说，当然宁愿失去 100 美元，也不愿背叛祖国。按照客观标准，我们可以正确地认定，B 的行为出于充分自愿，因而应当承担刑事责任。若要问他究竟为何受到惩罚，原因就在于他的“价值判断”。尽管他本性如此，从超概念意义上说的确是被迫的，但这种好恶本身就是责任的依据，因为他是这种人，他就应当被判入狱或接受更严厉的惩罚。若某人面对强迫只能如此行事，则康德的那句名言“应该做的就能做到”在此将无从适用。

六、关于强迫的道德理论

213

“仅仅作为心理概念”的强迫应作何解？至此，我们的分析完全基于被强迫者本人的喜好和愿望，而它们则基于心理状态和倾向，这使得强迫似乎更是一个心理学概念。而喜好本身决定对“不受欢迎”程度的判断，包括合理或不合理、正确或不正确的判断。当这些判断通过自我辩解完成时，它们貌似道德判断，对 B 或者类似 B 的芸芸众

生来说,对不受欢迎程度的判定对人性和公正同样重要。实际上,毫无疑问,部分出于利他主义,部分出于他对道德原则的忠诚,背叛、毁灭、爆炸、折磨他人对 B 而言都是成本极高的威胁。此外,如我们所见,在某些道德法律问题上,第三方亦可以道义的(客观的)合理性标准对 A 施予 B 的强迫力是否足以使 B 作出选择时的自愿性消失作出判断。就泄露军事秘密的案例而言,单纯从心理学理解强迫的话,我们会认为压力很大,足以构成绝对的强迫(按 B 的标准),但却不足以令自愿性失效。而若我们在对强迫的分析中引入客观标准,我们则会认为此时的压力并不构成(可免责)强迫,因为 B 对成本的排序存在道德缺陷。折中一下,我认为前者更简明,后者则易产生歧义,尽管从道德角度出发,两者的结果相同: B 对部队的背叛是自愿的,但不管怎么说,还是受到强迫的结果。(后者认为压力不足以构成强迫是因为 B 的价值观有缺陷,正因如此,自愿性并不会失效。)

即使强迫被理解为一个“心理学概念”,无论从外部还是内部而言,它与道德评价或其他评价间的联系均相当紧密,以致无法将其道德意义与心理学意义分开。即使我们只在心理学意义上分析强迫,也没必要因此而混淆强迫性压力与心理强制力。对于强迫性压力,被强迫者永远都有选择的余地,即使是绝对的强迫“迫使”(并非不得不)被强迫者无法回避某个选择,那也是因为被强迫者不愿调整自己的价值取舍,他将因错误的价值观和扭曲的喜好而受到道德谴责。相比而言,如果某人在强制力下心理“崩溃”或“坍塌”,那顶多只能批评这个人太过软弱,而若他在情绪崩溃、意志力失控之前已尽力抗拒,那么,他的行为根本不会受到任何指责。因此,尽管可以将强迫视为某种心理学概念,但其中包含的道德意义却远多于心理强制力。

J. G. 墨菲提出了有关强迫的心理学和道德哲学的理论区分。在他的分析中,道德分析的比重比我们之前的全部分析还要大。他的分

析使强迫成为一个“道德主义”概念,(按戴维·齐默尔曼的话)“其适用条件包括对道德正义和不正义的考量。”⁸墨菲对自愿性判断有另一个假定背景,他并不像我们那样关心软家长主义的问题——使对因强迫而同意的损害进行的保护性干涉正当化——也不太关心不法侵害者的道义责任和刑事责任。在该篇论文中,他的兴趣直接指向古老的政治义务,特别是约翰·洛克以公民对统治者权威的自愿同意而为自己设定的政治义务。在这些理论中,B一旦认可A对自己的权威,将意味着B对A承担长期义务。当然,如果该同意并非出于自愿,即为无效,也就不会产生持续的服从义务。大卫·休谟认为,在现代国家中,由于公民只能持续生活在他们的出生地,因此他们的同意其实是不自由的。接受义务仅仅是在被迫选择中两害取其轻,这种接受是被迫的,是在道义上无效的。⁹

墨菲通过对强迫的道德主义定义开始对休谟的批评。他以枪手的案例抽象出上述定义:“在标准的强迫情形中(枪手:‘把钱交出来,否则我就崩了你’),B作出同意的承诺或行为是因为另一个人A威胁要对B做他本无权对他做的事。”¹⁰墨菲将强迫限定为人的行为,且仅为包含威胁的人的行为,且仅为其中的不法行为——威胁的内容是强迫者无权实施的行为。他进一步阐明,即使威胁的内容是强迫者有权实施的行为,但只要他无权作出那个威胁,则他的威胁仍是具有强迫性的。如果命令是不法的,即使威胁的部分内容并非不法,但整个威胁也可能是强迫性的。老板对秘书说,“和我睡觉,否则我就炒了你”就是一个强迫性的提议,因为他无权对她发出那样的命令,但如果他说,“快干活,否则我就炒了你”,那么他这话并非强迫。¹¹这种分析不仅对于枪手的案例,对于其他很多情形都是公平的。不过也还有很多情形并不适于这种分析。

首先来看表面非强迫性的例子,强迫者威胁要做的事他本来就有

权去做。以威胁获得道德上认可的同意，与威胁者是否有权实施威胁行为是两个问题。老师警告学生不要重复不良行为，“否则就我去告诉你妈妈”；法官警告假释犯，如果再犯，“我就会毫不仁慈地判你最高刑罚”；债主警告债务人，如果不马上还钱就去告他。所有这些例子中，威胁都是真实的，存在强迫性压力，而威胁的内容是强迫者有权实施的行为。威胁的内容是否为强迫者有权实施之行为当然视情况而定，但肯定存在某些情形，当中威胁的内容是正当的。警察威胁躲藏的逃犯，他所在的建筑物已经被荷枪实弹的警察团团围住，“举起双手出来，否则我们就开枪了”，这种强迫性的威胁是警察有权实施的行为，在当时的情境下发出这样的威胁是为道义所许可的。¹² 而在那些不愿否认法律惩罚的正当性或隔离效果的人看来，国家对违反刑法者发出的普遍性“制裁”威胁正是“合法的强迫”。

与墨菲对强迫的道德主义阐释相比，一个柔软些的版本则可适用于反例证，既从概念上认为强迫中的威胁可以是强迫者本来就有权实施的行为（虽非典型），还从道义上认为如此发出的威胁总体上往往是正当的，但因构成对他人自由的限制而具有表面不法性，因而是一种需要被正当化的必要的恶。对于绝大多数严肃对待“惩罚问题”的哲学家来说，即使是刑法，亦被视为需要符合道德正当性的强迫性威胁。将强迫归为表面不法其实是对强迫行为的道德评价，而非为强迫概念提供道德分析，而强迫所需的正当性往往随手可得。

216 七、强迫性提议：要约与威胁

如我们所见，典型的强迫都包括威胁，但是否存在通过利诱而非威逼发出的强迫性提议呢？学者们在这个问题上意见不一，¹³ 我们更要加倍小心。争议往往在于对所谓强制性要约标准示例的解释上。

反对者要么认为那些示例是强迫性的，但那些并非要约；要么认为那些示例是要约，但并非强迫。要解决这个问题需要审视要约与威胁的区别（本节），并进一步明确强迫性要约与非强迫性要约的区分（第二十四章）。

一般认为要约和威胁截然相反，但这反而掩盖了问题的复杂性。我们认为要约就是为转移物品、利益或者某种正面事物而作出的提议，威胁则是为施加恶害或者某种负面事物而作出的提议。实际上，强迫与我们的愿望爱好，而非利益需求更加直接相关。尽管对绝大多数人来说，他们想要的东西（需要的或者符合其利益的）就是他们认为好的东西，但总是存在不寻常的情形。人们在某些场合中想要的东西并非他们自己的好处，甚至是对他们有害的东西。要约和威胁最好以愿望和爱好而非利益进行分析。要约是将对方想要的、欢迎的东西，即他愿意拥有的东西归于他。¹⁴ 另一方面，威胁则是将对方不想拥有的、不欢迎的东西，即他宁愿不拥有的东西归于他。¹⁵ 逻辑上可能出现的第三类情形则是那些我们并不关心的提议，此处我们仅关注受好恶影响的提议，在这个大类下包括要约和威胁两个小类。

不过，威胁和要约并不仅仅是“提议”，它们往往还包括一个对价条件，就威胁来说是“命令”，就要约来说是“要求”，或以更普遍的语言来说是对价物——“提议者的目的”——包括威胁和要约。在受好恶影响的提议中，一类是以威胁为后备的命令，另一类是以要求为后备的诱使（要约）。命令与威胁之间以及要约与要求之间以“后备”这个模糊字眼表明二者的条件关系，包括充分条件、必要条件，或两者兼有。我们将受好恶影响的提议视为典型的双条件式提议：A 217 对 B 的要求或命令可以作为 A 的对价条件中包含的充分必要条件。“当且仅当你为我做 Y，我就为你做 X。”这里确定了两个条件——

1. 如果你做 Y，那么我就做 X，且

2. 如果你不做 Y, 我就不做 X。

A 的要约是以 1000 美元买 B 的车, 可以另外表述为——

1. 如果你把车给我, 我就给你 1000 美元, 且

2. 如果你不把车给我, 我就不给你 1000 美元。

还有其他一些更复杂的例子, 其中涉及混合的双条件式提议。我们称其为“双重双条件式”。罗伯特·诺茨克提供了一个例子: “如果你去电影院, 我就给你 10000 美元, 如果你不去, 我就杀了你。”¹⁶ 可以另外表述为——

1. 如果你去电影院, 我就给你 10000 美元, 且

2. 如果你不去电影院, 我就不给你 10000 美元, 且

3. 如果你去电影院, 我就不杀你, 且

4. 如果你不去电影院, 我就杀了你。

这种双重双条件式提议的复杂之处在于它混合了利诱 (如承诺给予好处) 和威逼 (如损害威胁)。因此, 它们同时既是威胁也是要约。

我们的问题是, 乍一看, 很多更简单的双条件式提议因其存在双重条件, 看上去既包含威胁成分, 也包含非威胁成分。即使是最明白无误的威胁, 因为存在于一个双条件式的提议中, 看上去也不那么简单: 如果 B 不满足某些条件, A 就会损害 B。“把钱给我, 否则我就崩了你”可以表述为——

1. 如果你不交钱给我, 我就射杀你 (威胁), 且

2. 如果你把钱交给我, 我就不射杀你 (非威胁)。

而相应的要约也不会变得不那么明确: A 的要约是, 当且仅当 B 满足某些特定条件, A 就会给 B 利益。因此, “清理好你的房间 (家长对孩子说), 我就会给你 5 美元”可以表述为——

1. 如果你清理好房间, 我就给你 5 美元 (要约), 且

2. 如果你不清理房间, 我就不给你 5 美元 (非要约)。

我们暂且说,一个受好恶影响的双条件式提议中如果包含一个威胁内容和一个既非威胁亦非要约的内容(如枪手例子),它整体上就是一个威胁;而一个受好恶影响的双条件式提议中如果包含一个要约内容和一个既非要约亦非威胁的内容(如清理房间的例子),它整体上就是一个要约。现在要考虑的是,真正的混合情形是否存在,如果存在,应当如何分类。

首先来看比标准的枪手案例更复杂些的杀人情形。假定某个霍布斯式的征服者在一次征战结束后对被俘的敌军士兵说,“如果你宣誓视我为宗主,并一生效忠于我,我就饶了你,给你自由。”从双条件式上说,这个提议可以表述为——

1. 如果你不发誓遵从我,我就杀了你(威胁),且
2. 如果你发誓遵从我,我就不杀你(非威胁)。

乍一看,(1)的确是一个威胁,以一个不受欢迎的结果为条件的提议,同样,(2)显然不是一个威胁。这些都是与枪手案例的相同之处。但在那种情况下,(2)是否不单只是一个非威胁,更是一个积极的要约呢?如果是,则给了我们一个混合情形。在假定“事件正常发展”的前提下(霍布斯的确设定并捍卫了这种假定),¹⁷这种解释具有表面合理性。据此假定,该提议的形式可以归结为——“如果你不做X,那我就做一般情况下人们都会做的(如霍布斯所相信的那样)道德许可的事,即杀掉你,但如果你做X,我就可以无视规范让你活下去——这个好处你本来是不应期待或不应要求的。”若如此,(2)所提供的利益的的确是受欢迎的,且在正常情况下是不可能的。但如果按照霍布斯的方式将(2)理解为一种要约,那么同样也可以将(1)解释为非威胁,因为那士兵将要面临的不利后果是他本来就会面对的结果。以死“威胁”一个本来就要死的人,就好像让一个已经就坐的人坐下,是毫无意义的。

同样的解释也可以适用于统治者对死刑犯的提议，即当且仅当这个犯人同意参加医药实验，方可赦免他的刑罚。这个提议可表述为——

1. 如果你不同意参加实验，我就对你执行死刑，且
2. 如果你同意，我就赦免你的刑罚。

我们可以以同样的理由将（2）视为要约，且认为（1）并非威胁。如果情况总是如此，那么单个的双条件式提议都会经不起检视而成为混同的情形。

219 如此解释单纯要约也会得到同样的结果。比如小孩清理房间的例子。假设家长答应给孩子 5 美元，孩子基于这个承诺，期待能拿到钱并充满渴望。则（2）——“如果你不清理房间，我就不给你 5 美元（不管怎么样）”——不仅仅是一个非要约；而且是一个积极威胁。但同样道理，（1）——“如果你清理房间，我就给你 5 美元”——也不是一个单纯的要约，因为那个有利结果是正常情况下孩子本来会得到的，是获得道德许可的事件的正常发展。我们可以得出结论，对于受好恶影响的双条件式提议来说，若部分条件内容是单纯的威胁，即以一个不利后果捆绑一个命令，而另一部分条件内容既非威胁亦非要约，则这个提议是威胁。同样，若部分条件内容是单纯的要约，即以一个有利后果捆绑一个要求，而另一部分条件内容既非威胁亦非要约，则这个提议是要约。总体上说，提议的一半是威胁，另一半为“非要约非威胁”，则整体上这个提议就是威胁，而提议的一半是要约，另一半为“非威胁非要约”，则整体上就是要约。因此，并不存在所谓混合式的第三类情形。

八、期待可能性

很多条件性要素是应当归入威胁还是归入要约仍充满争议、悬而

未决。必须解决的问题是对“事件的正常发展”的大量不同解释。无论是威胁还是要约，尽管截然相反，却都有着正常的目的性发展，而何谓正常却存在诸多标准，有些贴近现实，有些却只是假设，有些是道德意义上的，有些却是非道德意义上的（有些学者在此以“基准”或“基线”作为衡量）。威胁的预计结果与“本来”的结果或“事件的正常发展”或“本可合理期待的”结果相比是不好的，而以同样的基准衡量，要约的预计结果则是好的。导致争论或困扰的根源在于对正常标准的理解。¹⁸ 我们可以用（1）“本来测试”将提议者的预期结果与同等情况下正常的预期行为作比较，或（2）更切实的假定测试（或“统计标准”），将其与同等情况下统计数字表明的正常发展作比较，或（3）道德测试，将其与严格意义上的道德行为或事件的道德状态作比较，或最后（4）更复杂的“齐默尔曼测试”，由戴维·齐默尔曼在他最近的一篇论文中提出。¹⁹ 以下为四种不同理解下的示例，以此明确它们各自的功能与缺陷。 220

1.（引自 R. 诺茨克²⁰）B 的船翻了，他在人迹罕至的大湖中心游了几个小时。在他精疲力尽之时，A 的船开过来，A 对 B 说：“当且仅当你同意在三日内交给我 10000 美元，你就可以爬上我的船，以免溺死。”按双条件式的规则即是——

（1）如果你答应三日内给我 10000 美元，我就救你，且

（2）如果你不答应在三日内给我 10000 美元，我就不救你。

乍看之下，我们绝大多数人都会认为（2）是一个威胁，而（1）是“非威胁非要约”，但无论这个判断是否正确，都取决于正常期待可能性的背景或基线，我们以此才能对预期结果（溺死）进行衡量。假定按事件的正常发展，并不能期待 A 的出现，那么，如果预期结果（溺死）发生，对 B 而言，这是否是一个更糟（依其个人好恶）的结果呢？在这个事件中，B 几乎肯定会溺死，因此，所谓预期结果并不

会令他的结局更糟，因此，(2)并非威胁。但这个结论和我们的直觉如此矛盾，以致我们宁愿修改这个规则。

对“可正常期待”的另一种理解（前述第一种理解）更贴近真实世界。它将期待作为同等情况下若不出现预期结果时将会出现的情况（不获救）。在这个有倾向性的假想测试中，我们要问，A如果不救B，是否会令B的境遇较A救了B的“相反情形”更糟。若说B在两种情形下结局一样糟却并非事实，因为在“相反情形”下，他将得救，而如果不是，他会溺死。因此，A的提议是一个威胁。

我们可将“相反情形”的这种理解称为本来（*talis qualis*）测试，这个拉丁词在法律中的意思是“本来如此”。适用这个测试时应保持真实背景的本来面目，我们要问的是，在这样的情况下，若非A的行为，情况会如何发展。而反事实测试则在本例中得出反直觉的结论，使其功能更加虚化。它要问的不是在此情况下“否则”会发生什么结果（若无A对B的预期行为），而是在完全不同的假定情况下“否则”会发生什么结果，即“A不出现”的假定情形。（在这人迹罕至的湖心没人出现是正常的或“可期待的”。）易言之，在假定测试中，我们将涉及A的场景抽离出所谓事件的正常发展，而更贴近真实世界的测试则将A的出现作为既定背景，然后考虑若无A对B的预期行为，事件将如何发展，换句话说，A是事件的一分子，无论他对B实施预期行为与否，他都是既定背景的一部分。后者测试出的结果更令人信服，即A的确是在威胁B。

还有第三种测试也可以得出令人信服的结果。假定A遇到溺水的B，什么才是我们可以正常期待（要求）A实施的行为呢？当然是无条件的营救，“毫无疑问”。与“否则正常情况下”会发生的事相比，A提议的预期行为显然会令B的结果更糟，因此，那个提议当然就是威胁。

2. (仍引自诺茨克²¹) B 是 A 的奴隶, A 每天早上都会殴打 B (作为一天健康锻炼和释放能量的开始)。今天, A 对 B 说, “如果你做 X (一般不太会被接受的工作, 但比起挨打来说要好些), 今天早上我就不打你。” 他的意图可以按双条件式表述如下:

(1) 如果你做 X, 我就不打你, 且

(2) 如果你不做 X, 我就打你 (如常)。

A 想要 B 做 X, 这是他提议的全部目的, 不打 B 是他给出的好处; 打 B 倒是 A 不想要的替代性预期结果, 我们且称之为 PCUA (不利选项的预期后果, Projected Consequence of the Unfavored Alternative)。现在我们要问, 包含 PCUA 的条件 (2) 是不是威胁? 当然, 那取决于在 B 看来, PCUA 是否比另一个结果更糟。对“否则”的两个非道德解释得出不同的结论。倾向性的假定 (本来) 测试只问一个简单的问题: 如常挨打是否令 B 的境遇较 A 不给他提议 (其余情况等同) 更糟 (所以为 B 所不愿)? 答案显然是肯定的。现在保持其他情况等同, 将如常挨打作为预期行为抽离出来, 那么“事件的正常发展”就是有利的, 是受 B 欢迎的, 而 A 的 PCUA 是 B 所不欢迎的。因此, (2) 的确是一个威胁。

222

更切实的假定测试却将得出完全相反的结论。它问的是, PCUA, 即如常打人是否较假定按照一般规律发展的早晨更不受欢迎, 答案显然是否定的。PCUA 并不会令 B 的情况较“否则” (这个意义上的“否则”) 更糟, 因此, (2) 不是威胁。在这个示例中, 更切实的假定测试更符合常识。A 对 B 说, “按我说的做, 否则我就按照往常那样对待你,” 他并未威胁 B。事实上条件 (1) 是单纯的要约, 因为它提供了一个较通常状况更受欢迎的预期结果。这也与常识相符, 因为 A 提出的条件在 B 看来是胡萝卜而非 (新的) 大棒。

经对期待可能性的道德测试得出的结论与本来测试相符。诺茨

克首先对正常可期待发展（切实的假定测试）与道德上的可期待发展（要求）作出区分，他以奴隶挨打的例子说明，统计学标准（切实假设）与道德标准可能大相径庭。如我们所见，殴打奴隶从统计学常态上看，不会使奴隶的境遇更糟（他反正都要挨打），因此主人的提议并非威胁而是要约。另一方面，事件在道德上的可期待发展却认为奴隶根本就不该被打。因此，PCUA 会令 B 的境遇较按道德规范要求的那种“否则”更糟。所以，这个提议确实是一个威胁。如果我们依据常识认定此为“要约”，则按道德原则分析此案例所得出的结果就是反直觉的。

3.（引自丹尼尔·莱昂斯²²）一个好色的银行家（A）对欠他抵押贷款的穷苦女子（B）说，“和我睡觉，否则我就终止抵押，把你赶到大街上去。”按照双条件式的格式，这个提议意即：

（1）如果你和我睡觉，我就不终止抵押。

（2）如果你不和我睡觉，我就终止抵押。

在正常情况下，这看上去就是一个威胁，迫使女子做她觉得十分恶心的事。但这个判断下得太早。两个非道德测试会再次得出不同的
223 结论。PCUA 是终止抵押贷款，我们认为那会使 B 的境遇较（a）“相反情形”（若将这个结果抽离出本来的背景条件）更糟，但并不较（b）假定“事态按正常期待发展”（即将此提议抽离背景）更糟。（如果那女子无力还贷，而终止抵押是银行无一例外的程序，则（b）是合理的。假定这个好色之徒并未出现或并不存在，而按一般的“可期待的”银行家的做法。）

如果按本来测试，银行家的提议就是一个威胁，但如果按照切实的假定测试，却不是威胁。按照后者，银行家其实是在为那女子提供一个“好处”，即可以避免欠缴贷款按一般正常情况发展必定会遭遇的损害结果，正如那个对死刑犯提出的“自愿”参加医学实验的要约

一样。我认为，这是最符合常识的结论。（就此类示例，我们或许可以说，要约也可以是强制性的。第二十四章详述。）

适用于此的道德原则亦支持常识判断。在事件的道德要求发展中，B 根本不会受到任何好色银行家的关注，更不会有什么提议。如果她无法偿还贷款，就应该被终止抵押。这不是什么更坏的结果，事实上它和 PCUA 完全相同。既然 PCUA 并不比期待结果更糟，那么以其作为条件的那个提议就并非威胁。条件（1）的 PCFA（有利选项的预期结果，Projected Consequence of the favored Alternative——不被终止抵押）却比相反情形发生的结果好些，那么，这就是一个要约。

道德期待的三个原则适用于我们的例子时没有产生任何清楚的或令人满意的结论。对于例 1（溺水泳者），先于分析的常识判断认为，那个提议是威胁，本来测试和道德测试都可以得出这个结论，但按统计标准却不是这个结论。对于例 2（奴隶），常识判断认为那个提议是要约，这次它受到统计学标准的支持，但另两个却不支持。在第三个例子中（好色银行家），常识判断认为这个提议是要约，统计学标准和道德原则都予以支持，但本来测试却不支持。分歧如此显著，似乎暗示这三个标准无一正确，即使在某个示例中正确，也纯属偶然而非必然。看来，我们还是要把希望放在戴维·齐默尔曼在那篇文章 224 中所提倡的原则上。

在齐默尔曼看来，被提议者的好恶针对的是“对提议状态的动向”，而非仅为提议的预期结果本身。他写道，“仅当 B 愿意由‘提议前状态’进入‘提议状态’，此提议对 B 而言方为要约；如果 B 极不愿发生这种改动，那它就是为威胁。”²³ 枪手的标准示例证明了齐默尔曼测试的合理性。“如果不想自杀，身处那种被威胁的险境，那强盗的被害人……肯定愿意奉上钱财。他不想面对的是钱财和生命之间

两相背离的选择。”²⁴ 至此尚无问题，但如果我对齐默尔曼的原则的理解是准确的，那它在溺水者示例中的表现就不太好了。它暗示那是一个要约，因为 B 在那种情况下愿意有所选择——任何选择——而不愿一个人孤零零、精疲力竭地泡在水里。我们认为这个结论是与常识相悖的。如果这是个错误，那也是齐默尔曼与统计学测试共同犯下的错误。但齐氏测试在另外两个示例中表现不错。“事实上，奴隶愿意从天天挨打的提议前状态进入通过实施某项任务而不挨打的提议状态，因此，我们可以进一步认为……奴隶主确实给出了一个要约。”²⁵ 这个判断符合常识，因为一个人不能以铁定会发生在另一个人身上的不利后果去威胁这个人。同样地，那个穷女子无论最后如何决定，面对之前毫无指望的状态，还是愿意进入提议状态（或许也不是那么太愿意）。她和枪手示例中的被害人不同，后者在提议前状态中，既拥有钱，也拥有生命。她在提议前状态中除了尊严一无所有；她可以保持这种状态，或者在接受提议后，保住财产而放弃尊严。附带条件使得此提议状态并不受欢迎。

在我们的三个示例中，齐氏原则和切实的假定测试都在三次测试中对了两次，而在溺水者示例中失败。这或许在暗示，并非这两个测试有问题，而是这个示例有蹊跷之处。这个示例的困难在于它落在这两个测试的空白地带。

表 23-4 区分威胁与要约的四种测试

	枪手示例	诺茨克船 示例	诺茨克奴隶 示例	莱昂斯好色 银行家示例
常识判断	威胁	威胁	要约	要约
统计学测试（切 实的假定测试）	威胁	要约	要约	要约
本来测试	威胁	威胁	威胁	威胁

续表

	枪手示例	诺茨克船 示例	诺茨克奴隶 示例	莱昂斯好色 银行家示例
道德要求测试	威胁	威胁	威胁	要约
齐氏测试	威胁	要约	要约	要约
统计学测试：PCUA 是否使 B 的境遇较他按一般统计规律发展的境遇更糟，若是，则是威胁，若否，则是要约。				
本来测试：PCUA 是否使 B 的境遇较他在相反情形更糟？若是，则是威胁，若否，则是要约。				
道德要求测试：PCUA 是否是 B 的境遇较他按一般道德要求发展的境遇更糟？若是，则是威胁，若否，则是要约。				
齐氏测试：B 是否愿意由提议前状态进入提议状态？若是，则是要约，若否，则是威胁。				

进一步研究之下会发现，统计学原则并非仅为某个“切实的假定测试”，而是“切实的假定测试”的全部。例如，在溺水泳者示例中，225
我们可以对比 A 的 PCUA：

1. 如果其他情况相同，而提议亦从未发生（本来测试），则事情如何发展？或者（更为假设）
2. 如果 A 的船并未出现（按统计学规律没有其他获救可能），则事情如何发展？

或者，可以就一般情况而无任何特定条件的情形进行对比：

3. 一个人孤援无助地漂浮在湖心一般会发生什么？或者
4. 一个人孤立无助地漂浮在（任何）湖心（任何偏远的大湖）一般会发生什么？或者
5. 如果一个溺水者遇到一艘船，而船的主人有能力救他，一般情226
况下会发生什么（有“认知”的泳者应如何期待）？或者
6. 如果一个溺水者遇到一艘船，而船的主人有能力救他，则一般
情况下，相关各方的道德权利为何？（溺水者有道德权利作出

的期待是什么？)

其中(2)为相关统计学测试,由此得出结论认为船主的提议是要约。如果那个假设是对的,那么我们还要求助于(1)本来测试或(6)道德原则,因为常识判断认为那个提议是不予救助的威胁。不过这两个测试得出的均为反直觉的结论。能够获得常识判断支持的显然是(5)——在所有细节等同的情况下一般而言会发生什么。即判断被提议者基于其个人遭遇和一般实践,他有权期待什么。如果一般实践是如同那个霍布斯式的征服者会做的那样烧杀抢掠,那么这位溺水者本来就死路一条,船主的提议当然应视为慷慨的要约。但按照我们这个社会的一般实践,船主提议当中的 PCUA 却偏离了一般期待而令人不齿,失望的溺水者只能视其为任由他溺死的威胁。²⁶

针对本例,统计学测试与(6)道德要求准则得出的结论相同,但这只是一个巧合。溺水者按一般实践期待的内容刚好和道德要求的内容一致。如果情况相反,在那片水面上一般只会出现海盗,则一般实践的可期待内容就会与道德要求的内容大相径庭。此时,A 是要将 B 从他那虽“不符合道德要求”但“不可避免的”命运中挽救出来,就如同那位霍布斯式的征服者一样,他提出的是要约。适用统计学测试得出的判断是,A 提出了要约,而按道德要求准则,A 提出的是威胁。

227 溺水者示例暴露了齐氏准则的薄弱环节,“提议前状态”与“提议状态”的界限到底在哪里?假如我们在 A 的船只刚刚映入 B 的眼帘时,向 B 提出齐默尔曼的问题,B 在那一刻是否愿意进入提议状态,还是宁愿那艘船掉头离开?显然,从他的处境出发,B 一定对进入提议状态抱有强烈愿望,因此,就齐氏测试而言,A 的提议是要约,这个结论与常识相反。另一方面,齐氏问题可以在提议前状态中的另一个时间点提出。假定船刚刚进入 B 的呼喊范围而 A 尚未开口说话,

A 的施救能力一目了然，此时给 B 提出同样的问题。他是否愿意进入提议状态，此时是他个人事务的一个新的复杂起点，他的乐观期待即将消失，他是否宁愿回到无提议的状态，就像时间的通常走向一样？显然，他宁愿不进入提议状态，他在提议前状态中对于无条件获救充满期待。在这种情况下，按照齐氏测试，那个提议就是威胁，与常识相符。由此，齐氏测试貌似预设适当的统计学测试，因为它将 B 的正常期待视为提议前状态的一部分。正因如此，齐氏测试并非与统计学测试并列的另一种方法，而是统计学测试的一种应用。

简言之，在受好恶影响的双条件式提议的“属”下，包括威胁和要约这两个相互排斥又互相穷尽的“种”。A 的提议意在强迫或引诱 B 做 A 希望他做的事。若提议的内容以 B 做 A 想要他做的事为条件（“如果你做 X，我就做 Y”），并导致 A 愿意看到的预期结果（PCFA），而 B 认为 PCFA 亦较他的一般期待有所好转，则提议就是要约。若提议的内容是，B 若不服从，将面对“无威胁无要约”的结果，从而为 B 做 A 不想他做的事情附加了条件（“如果你不做 X，我就不做 Y”），并以 A 所不愿看到的事情（PCUA）为预期后果，那么，如果 B 认为 PCUA 较其一般可期待的情形更糟，则提议就是威胁，而表明 B 不服从后果的内容正是“无威胁 - 无要约”。

这个定义中最危险的薄弱之处在于这句“一般可期待的”。我们已经看到对一般期待可以作诸多解释。本来测试得出的结论有时与常识相符，但更多的时候与常识相矛盾。在我们的三个示例中，它得出的结论总是说那个提议是威胁。道德准则往往与我们的预先判断相符，但在一般实践不符合道德要求的情况下，它就会失效。仅当一般实践与道德要求一致时，它才能发挥功能。正确的一般期待就是统计学测试，是较本来测试更为真实的假定，且独立于道德要求测试中的道德标准。假定测试中往往会应用到统计学的一般规律，如船主示例

对自己的损害

中对一般实践的认识，由此得出的 B 所抱有的合理期待正可作为提议状态的基准线。

我们已经看到，所有以切实的威胁发出的不利命令都是强迫性的，但是否所有“强迫性的提议”都包含威胁呢？在某些情况下，这取决于要约可否是强迫性的，这个问题我们在下一章继续讨论。

同意无效：强迫性要约

229

一、强迫性要约与非强迫性要约

我们已经看了强迫性要约的四种表面示例：官方对死刑犯承诺，只要他“愿意”参加某个危险的药物实验，就可以赦免他；霍布斯式的征服者对俘虏的敌方士兵承诺，只要他宣誓效忠就饶他一命；诺茨克所说的每天挨打的奴隶如果完成某些不快的事项就可以免得挨打；以及莱昂斯提到的好色银行家对不能偿还抵押贷款的女子提出的要约。我们现已认定，这些例子均为要约，因为当中那些 A 想要的替代性预期后果（PCFA）在 B 看来，也较其对事件正常发展的期待好些。同时，它们乍看之下都具有强迫性，因为它们似乎是迫使 B 实施 A 希望他 / 她做的事。但我们且将问题暂搁于此，先来看最后一个戏剧化的例子。

假设投机者 A 提出给予不幸的 B 所希望获得的帮助——不过是有代价的。B 身处绝境，只要她给予 A 想要的，A 就会救她。比方说，如果她愿意做他一段时间的情妇，他就可以出钱给她的孩子做救命的

手术。A 显然趁 B 之危对 B 进行操控，B 此时的选择空间正如有人持枪对着她孩子的脑袋，威胁她说，如果不做他的情妇就开枪。当然，
230 两者的区别在于，好色的富翁所发出的并非非法的威胁。如果 B 拒绝他的提议，她的孩子就会死，但后面就不关 A 的事了，可能会有其他富翁出钱，当然，事实并未如此发展；而若 B 拒绝枪手的要求，枪手就会杀了她的孩子。正是这个区别使得很多学者都认为好色富翁的例子属于“强迫性要约”。这种提议导致某人的选项重组，但除了服从或忍受不愿接受的结果之外，这个人“别无选择”，因此，这种提议具有强迫性；但若无要约者的慷慨捐资，损害亦必定发生，提议者并未以其他额外的损害作为威胁，因此，这类提议是要约。

枪手的强迫性威胁将使她与他发生亲密关系的“同意”无效，不能作为其受到强奸指控时的辩护事由，同时也可使强制介入的第三方免责。而富翁的“强迫性要约”并不会使那不幸女人的同意失效，他可以以此作为抗辩，第三方亦不可强制介入。不过，在这女人看来，富翁的要求和那位枪手的要求一样令人难以忍受。对她来说，两者给她的选项都一样：“要么和我睡觉，要么你的孩子死。”

认为富翁的要约不具有强迫性的理由很简单。如果某个提议可以使某人的开放选项发生净增长，令其较之前多一个选择机会，那么将这样的提议视为“强迫性的”是会令人产生误解的。根据这种观点，我们示例中的这个女人因为这个提议而增加了一个前所未有的替代选择，她的整体自由增加了，因此，这种要约也不是强迫性的。

我们提出的那个颇有成效的铁轨比喻（参见第一卷第五章第七部分）可以在此拿来说明 A 的“强迫性要约”对 B 的自由的影响（图 24-1）。考虑到她的孩子，铁轨网络显示出她除了承受丧子之痛外别无选择。按照她在铁轨网络中的位置，唯一开放的轨道就是走向死亡。主线上的开关被锁死而不得进入，只能进入左侧支线。图 24-2

表明 A 的要约增大了她的自由度。通过要约，富翁 A 铺设了一条新轨道——下方右侧角落的支线直接通向 Y，还有一条连线通向 X。这的确拓展了 B 的选择范围：她可以在保持既有选项不被关闭的前提下通向他处，与图 24-1 相比，她可以做一件原先无法做成的新事项，即避免 X（代价是去往 Y）。一方面，她仍可以做图 24-1 中她可以做的事，反之则不然，因此，她总体上的确较要约提出前更加自由。

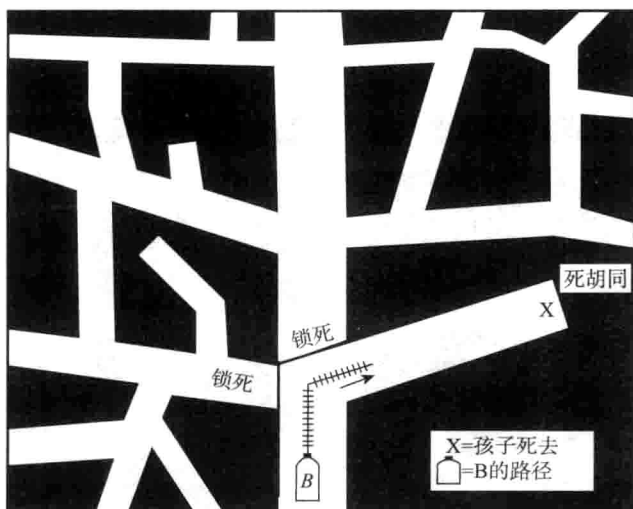


图 24-1 A 提出要约之前

但事实是：A 迫使 B 去往 Y，既非通过强迫，亦非通过将选择唯一化，而是通过某种更甚于强迫的方式——使 PCFA 的替代选择代价过于高昂而不可能为 B 所选择。此时我们面临一个真正的概念上的两难。如何解开这迷局？（其中）一个方法是尝试保留两方面的特征，即要约可以是强制性的（针对某个特定结果而言），但同时也可以拓展总体自由。寻求协调的方案或许可以淌过概念上的泥沼，但很快又会产生新的困惑：一个扩展自由的要约所具有的强迫性对同意此要约的自愿性有何影响？在何种条件下，在法律上可以认为此同意

无效（尤其为贯彻软家长主义策略）？

第二种可能的方案则完全依据强迫与剥削之间的区别，将前者理解为对自由的必定限制，后者则是某种“强迫性要约”，但并不必定是强迫性的。我们将第二种方案称作“齐氏方案”，戴维·齐默尔曼最近对这个问题进行了清楚的阐释。¹ 齐氏方案本身也会导致两个困

惑：一个非强迫性要约的剥削性对于同意此要约的自愿性有何影响？即使此要约被认为是自愿而非强迫性的，则在何种条件下，（特别是为贯彻软家长主义立场）可在法律上认定此同意无效？

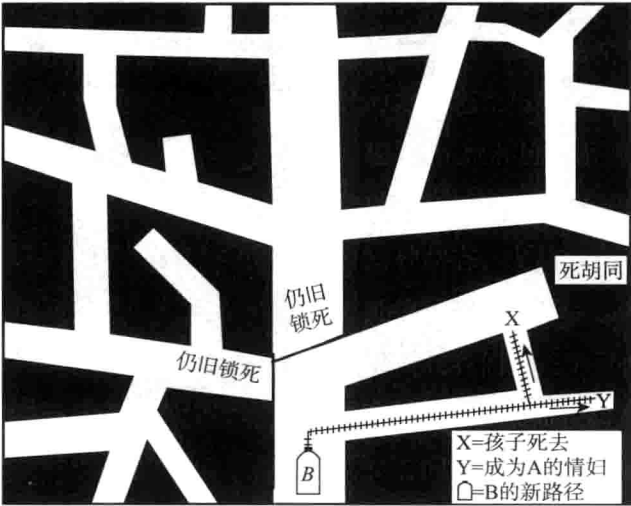


图 24-2 A 提出“强迫性要约”之后

首先看如何回应协调方案。因为并未以超出原本期待的其他损害为威胁，因此，好色富翁的提议是要约。其次，他的要约看来基本满足之前我们对双方情形的强迫的定义（第二十三章第二部分）。在事先确认 A 使 PCUA 发生的能力及意愿的前提下，B 服从 A 的命令就可以避免 PCUA。问题是 A “是否主动介入 B 的选项网络”（定义的第 4 个条件）。强迫性威胁者的介入，如枪手，往往更加主动且具控

制性。我们将在第四部分回到这个问题，但此时要提醒读者考虑好色富翁的介入方式，不是他造成孩子身患绝症的，也不是他造成高昂的医疗费用，但他的确以足可操纵 B 的方式改变了 B 的选项，符合我们关于新轨道的比喻。他的作用并非完全被动的，因此差不多可以说他的提议既是要约，又是强迫性的。

最后，肯定会得出的结论是，这个要约（或者类似要约的提议）通过打开本来封闭的选项扩展了 B 的自由，因此，这是一个拓展自由型强迫性要约。这个词组为何显得吊诡呢？它表达的其实是事实，某人可以通过提供不适合的替代选择进而扩展其自由的方式，有效地强制他人依其所愿行事。认为强迫必定立即限缩总体自由的教条令事实变得似是而非。A 的目的是强迫按 A 之所愿行事，若视其为达致 A 的目的的工具，则他的要约就是在实施强迫。如我们所见，在 B 看来，她的唯一选择是被迫的——要么和你睡觉，要么孩子死去——这使得 A 的要约确实具有强迫性。她现在不过是依他的愿望行事。不过，此时 B 的确有了一个此前没有的好的选项。因此，在 B 看来，“拓展自由型强迫性要约”在这一点上完全是恰当的，以此种恰当性放弃认为特定的强迫与拓展自由无法并存的教条主义看法，代价不算大。

二、非强迫性诱惑

协调方案的主要表面难题是，现在它必须解释具有约束力的要约如何可以是无强迫性的。为何仅将好色富翁的要约（或那位霍布斯式的征服者、那位长官、那个奴隶主的要约）认定为强迫性的，却不认为一家公司对另一家公司雇员的招聘要约是强迫性的？假定住在休斯顿的 A 对住在纽约的 B 提出一份薪酬高出 2000 美元的工作要约。B 受到更高薪、更大工作挑战以及更好升职前景的诱惑，但他更看重

现在公司给他的退休计划，同时也不愿离开纽约的亲戚朋友。A 将薪酬又提高 1000 美元，这下情况为之一变，这份要约在 B 看来已“无法抗拒”。他接受了这份要约，在休斯顿工作的高薪及其他好处现在已超过离开纽约给他带来的不便。但他并非因为害怕危险，而是受到引诱最终半推半就。他选择的是一个更大的好处，而非两害取其轻。²如果说存在无强迫性要约，这就是一个典型的示例。

不过我们能否以协调方案的立场认为，B 在此例中亦受到强迫？

234 这个例子与好色富翁的例子有何不同？二者皆为双条件式要约——重新表述为：

1. 如果你做 X，我就做 Y，且
2. 如果你不做 X，我就不做 Y。

在两个示例中，B 之所以做 X，是因为从 Y 中得到的好处大于不做 X 的坏处，区别部分在程度上。一贫如洗的母亲把得到 Y（救孩子）放在极高的位置上，为此而付出的任何代价都不及此高昂。得不到 Y 对她来说是想都不敢想的灾难。而另一个例子中，纽约雇员也将 Y（一年多 3000 美元的收入）放置在较高的位置，但绝对不是最高的位置。得不到 Y 对他来说不会陷入深深的绝望，更不是什么想也不能想的灾难。没有 Y，他还是可以像往常一样活得很开心。

我们给两例中的好恶贴上价签。对那个一贫如洗的母亲来说，Y（孩子得救）价值 10000000（收益）。做 X（成为 A 的情妇）的价签虽然也很高，但和 Y 相比却较低，假定为 10000（成本）。受到 A 的提议后，她的唯一选择介于 Y（10000000）和非 X（10000）之间。显然，她只能站在 X 这边，所以说她“别无选择”。这个要约的“级差强迫力”是一千万减一万，即 9990000。而对于那个纽约雇员来说，两个选择很接近，作出决定也就更困难。正如 X（放弃纽约的工作）的代价为 4500，而 Y（接受休斯顿的工作）为 5000。此要约的“级

差强迫力”只有 500, 这样的小钱是不会让我们感到强迫性的。

不过, 还有一个更重要的问题。一贫如洗的母亲是在两害中进行选择, 一害大于另一害。而纽约雇员则是在两好中进行选择, 或者至少无害。如果我们把例子改一下, 纽约雇员的工作并不快乐, 休斯顿的工作是他能够获得的唯一机会, 则他的处境就有些许接近那位一贫如洗的母亲, 只不过他的替代选择的预期结果(去休斯顿工作)仍是正面的好处, 而非轻害。如果我们再改一下, 他在纽约的工作糟糕透顶, 令他无法忍受, 亦无福利可言, 而他唯一的选择, 去休斯顿工作, 同样令人厌恶又收入微薄, 不过比较而言算是轻害, 此时, 那个要约即具有强迫性了。相对于非强迫性要约, 强迫性要约不仅要符合条件(1)“级差强迫力”的程度, 即要约提供的选择的价签与提出的要求的价签之间的差值, 还要符合条件(2)至少其中一个排他性替代选择属于轻害, 而非较小的好处。因此, 从大的方面说要约是非强迫性的, 但同时却存在某些要约是强迫性的(且可拓展自由)。后者提供的新方向虽然好不了多少, 但总可以作为原本那个令人无法忍受的选项的替代选择。 235

提议的强迫性效果由两个变量决定:(1)提议的预期结果的两极性(由被提议者评价其“好”或“坏”), 及(2)替代选项在被提议者好恶天平上的接近度, 即越“接近”则越难以选择, 越“遥远”则越容易选择。仅当要约满足适当极性位置时, 方具有强迫性, 它们往往令被提议者在两害间进行选择, 有时则可能(尚有疑问)迫使其在一好与一恶之间进行选择。在符合极性位置的条件下, 强迫性程度则随选项的接近度而变化: 距离越远, 强迫性越大。而强迫性越大, 选择起来较强迫性小的“越容易”, 因为选项之间的鸿沟越大, 也就几乎“没什么好选择的”了。

若选项不满足极性要求, 即使在选择者看来因为两个选项距离

遥远而“没得可选”，这种选择仍然是非强迫性的，理解这一点很重要。我是指这些提议：（1）是明确的要约；（2）必须在一个好的现状（“好”）和一个更令人渴望的选项（“更好”）之间进行选择；（3）确实存在巨大的“强迫力”（其实是“吸引力”），提议的内容在接受者看来，与本来相对令人满意的现状比起来吸引力大了许多，其价签（如 1000000）比失去作为较小好处的现状的代价（如 10000）也大得多。因为（3），有些人泛称其具有“强迫性”，但更准确的描述应该是“怂恿的”、“诱使的”、“诱惑的”、“极具吸引力的”、“令人产生兴趣的”、“魅惑的”等。范德维尔给出了一个实例，其阐释切中要害：“……对于那些极具诱惑力或吸引力的要约，我们往往将其描述为‘令人无法拒绝的要约’，或‘强制性的’、‘强迫性的要约’。例如，对于一个出色的大学生运动员来说，一份数百万美元的职业运动要约是很难抗拒的，我们只能说，这种要约是无强迫性的、充满诱惑力的要约。”³

表 24-3 列出了在排他性选项中被迫选择的全部可能，并根据强迫性程度予以分类。

236 成对的说明性示例如下，以负数表示其在主观评价中从 -1 到 -20 的得分。“强迫力”程度则按第二十三章所述之四种方案确定，并以正数表示。

表 24-3 要约选项间接近度和极性的变量作用

被迫的选择			
	两害之间	一好与一害之间	两好之间
悬殊（“容易的”的选择）	1. 高级差强迫力的强迫性要约	3. 高强迫力的混合强迫性要约	5. 极具诱惑力的要约，无强迫性的
接近（艰难的选择）	2. 低级差强迫力的强迫性要约	4. 低强迫力的混合强迫性要约	6. 中等诱惑力的要约，无强迫性的

1. 两害之间被迫但“容易”的选择（根本“没得选择”）：
 - a. 和我睡觉（-10）或者我让你的病儿死（-15）。这表示：
 - i. 如果你和我睡觉（-10），我就给你救孩子的手术费；
 - ii. 如果你不和我睡觉，你的孩子就会死（-15）。
 - b. 接受那份不太好的休斯顿的工作（-10），或者继续在纽约的那份难以忍受的工作（-15）。这表示：
 - i. 如果你接受我给你的在休斯顿的工作（-10），你就可以躲开在纽约的这份难以忍受且毫不快乐的工作；
 - ii. 如果你不接受这份休斯顿的工作，你就得继续忍受纽约那份难以忍受且毫不快乐的工作。

强迫性压力：

级差强迫力：5

强迫作用力：15

强迫负荷总和：25

最小强迫值：10（最佳选择的代价）

2. 两害之间被迫且接近的选择：

- a. 和我睡觉（-10），否则你就会陷入经济困境（我就不会帮你还债）（-12）；

这表示：

237

- i. 如果你和我睡觉（-10），我就会为你还债，这可以防止你陷入巨大的财务麻烦；（女子很正派，且 / 或那提议者则惹人厌）
- ii. 如果你不和我睡觉，你家会陷入巨大的债务麻烦（-12）。
- b. 接受休斯顿的工作挺糟糕（-10），或者继续在纽约忍受更加糟糕的工作（-12）。

这表示：

- i. 如果你接受我给你的在休斯顿的工作（-10），你就可以躲开更不开心的纽约工作；
- ii. 如果你不接受我给你的在休斯顿的工作，你就得继续不开心地在纽约工作（-12）。

强迫性压力：

级差强迫力：2

强迫作用力：12

强迫负荷总和：22

最小强迫值：10

第二个例子与第一个例子一样，它们都满足极性要求，是介于两害之间的选择。而第二个例子在满足极性条件的前提下，其强迫性较第一个低，至少其级差强迫力较小。按照我们所设定的数字，第二个例子在强迫作用力（12比15）和强迫负荷总和（22比25）上也体现了较小的强迫性，而最小强迫值则相同（10比10）。

这里需要强调的是，无论是对要约，还是对威胁，级差强迫力衡量的仅仅是选择者在假定的优先选项中选择其中一个而非另一个时所感受到的压力。某个提议的强迫性如何、被强迫者整体上所承受的强迫力如何、与正常基准线相比被强迫者的被迫反应如何，以及自愿性受迫程度如何等，以级差强迫力衡量上述问题往往会造成歧义或歪曲。针对这些问题，强迫负荷总和（服从的成本与威胁的成本之和）和最小强迫值（最佳选择的成本，往往即是提议或命令的成本）能进行更准确的度量。艾伦·富克斯为我们展示了使用级差强迫力作为衡量标准所产生的混乱。

个恶棍（出现在本章的例子中）。他提出给钱的条件是要 B（多么可爱的名字）做他的情妇。他们的交谈被其他几个富翁听见。M2 比较富于激情，倒也不算太好色，他提议道：“到我家给我跳脱衣舞。我保证绝不碰你，然后把孩子的手术费给你。”[服从的成本低一些，强迫负荷总和低一些，最小强迫值低一些。]B 正要妥协于这个命令或要求时——比起 M1 要好得多——M3 插进来说：“可爱的女人，他们都在利用你的困境。只要你给我一个吻，我就把钱给你，虽然我知道你肯定不想亲近我这样一个又老又丑的人。”“你这个肮脏的老家伙，”M4 喊道，“我只要她为我倒一杯酒就愿意帮助她。她让我想起我的女儿，我已经好几年没见到她了，只要这位女士待会儿为我斟上一杯餐后酒，我就把钱给她。”⁴

富克斯指出，尽管按照级差强迫力判断，其强迫性逐渐增加当中以 M4 的提议强迫力最大，但实际上强迫负荷总和却在逐例递减，“M4 的要约几乎已无任何强迫性，无论做哪种认定，就 B 的接受而言，此例均应最具自愿性。”⁵我相信这是对的，因为 B 的强迫负荷在减少，M4 的要约给出的最佳选择的成本很低（举手之劳）。不论怎样，选项之间的代价差越是巨大，提议就越难以抗拒，到了一定程度，没有任何合乎理性的人会拒绝。（富克斯提出，此时应称之为“理性压力”而非“强迫性压力”。）如果刚好提议有些可疑，而接受者需要解释自己的接受行为，她会以自己只有这两个选项作为辩护，并且指出这两个选项之间的成本差异巨大。她随后的举动也许并非极不自愿，因为她投入的成本很小，而那唯一的替代选择代价巨大，以致她几乎“没有选择”而只能选择那尽管有些可疑的选项。如果要问她为何选择实施那可疑的选项而非另一个，则更大的成本差价和更高的强迫性都可以

作为她的辩解。她的行为或许并非不自愿，但从级差强迫力看来，她的选择是不可避免的结果。

239 第三个和第四个示例属于混合极性，即在一好和一害之间进行选择。如我们将见，这个特征符合我们的计算结果，而我们肯定不愿将此提议称为“强迫性要约”。最合适的描述或许可以是“不纯正强迫性要约”，因为它们当中同时包含着诱惑因子和强迫因子。诱惑下选项毫无成本而只有具吸引力的利益，我以正数作为它们的“价签”。

3. 一好和一害之间被迫但“容易”的选择：

a. 和我睡觉（这是对一个颇有此意的女士说的，虽然不算主动，但也可以做）（+1），否则我就任由你的病孩死去（-15）。这表示：

i. 如果你和我睡觉（+1），我就付手术费救你的孩子；

ii. 如果你不和我睡觉，你的孩子就会死（-15）。

b. 接受休斯顿那不算坏的工作（+1），否则就继续待在纽约做那份难以忍受的工作（-15）。这表示：

i. 如果你接受我提供的休斯顿工作（+1），你就可以躲开纽约那份难以忍受的工作。

ii. 如果你不接受我提供的休斯顿工作，你就要继续做纽约那份难以忍受的不开心的工作（-15）。

强迫性压力：

级差强迫力： $15+1=16$

强迫作用力：15

强迫负荷总和： $15-1=14$

最小强迫值：-1

（“最佳选择”根本无须代价，它是一个净利益。）

4. 在一（非大）害与一（非大）好之间的被迫的接近的选择：

a. 和我睡觉（对一个有些意思的女士说的）（+1），否则你就会面临小小的财政困难（我就不给你还那 200 美元的债）（-2）。这表示：

- i. 如果你和我睡觉（+1），我就为你还那笔小债；
 - ii. 如果你不和我睡觉，你就会面临小小的财政困难（-2）。
- b. 接受休斯顿的工作，总体上这工作不错（+1），或者继续待在纽约做那份总体上不太开心但还算可以忍受的工作（-2）。这表示：

- i. 如果你接受我提供的休斯顿的工作（+1），你就可以躲开在 240 纽约的那份不开心的工作；
- ii. 如果你不接受我提供的休斯顿的工作，你可以继续做纽约那份有些不开心的工作（-2）。

强迫性压力：

级差强迫力： $2+1=3$

强迫作用力：2

强迫负荷总和： $2-1=1$

最小强迫值：-1

第三个和第四个例子都是一害和一好之间的选择，因而是混合极性的不纯正强迫性要约。按级差强迫力和强迫力进行判断，第三个例子比第二个例子的强迫性更大。仅按级差强迫力判断，第三个例子甚至比第一个例子的强迫性还要大，而按强迫力判断，第三个与第一个的强迫性相同。不过，无论按哪个数据衡量，第四个例子都不那么具有强迫性。必须说明的是，按有时具有决定意义的最小强迫值判断，混合极性的例子都不具有强迫性。这是因为最佳选择的“成本”都是“负值”，即净利益。这类例子中的提议尽管迫使对方进行选择，似乎选择一个就会有所失，选择另一个就会有所得，而不像在标准的强

迫性情形中，即使是最佳选择也仍会有所失。一个选项在推，另一个选项在拉，如此造成的级差力使得类似第三个示例的选择“很容易”，事实上就是在“迫使”她听从提议者的愿望。因为其中一个选项在她看来是有利可图的，因此她虽然在压力之下作出选择，但此选择却并非压力的结果。那不具吸引力的选项的强迫力实属多余，不管怎样，她都会愿意照着提议者的愿望去做。

第五个和第六个示例毫无强迫性。在两好之间进行的选择，其“价签”均可标以负数，而无论按照哪种算法，最终的强迫力结果也将是负数。负的强迫力当然就是没有强迫力，只能说那是“诱惑”或“吸引力”。

241 5. 在两好之间被迫进行的“容易”选择

- a. 做我的情妇，并可收到 100000 美元 (+10)，或者保持现状，你有其他满意的情人，你不会受到道德负疚感的困扰，你的收入不多但也足够了 (+3)。

这表示：

- i. 如果你做我的情妇 (+10)，我会给你提供比你的现状更舒适优裕的生活；
- ii. 如果你不做我的情妇，你就保持着还过得去的现状。(+3)
- b. 接受休斯顿的工作，薪水高得多，开心且安全得多的工作 (+10)，或者保持你在纽约满意舒适的中等收入的工作。(+3)

这表示：

- i. 如果你接受我提供的休斯顿的工作 (+10)，你的薪水和工作条件将比现在好得多；
- ii. 如果你不接受我提供的休斯顿的工作，你就继续在纽约的那份收入尚可的工作。(+3)

强迫性压力：不适用。无论按何种计算方法，“强迫力”都是负

数。不过我们可以正数表示“诱惑力”（拉力）。

级差“诱惑力”：7

“诱惑作用力”：10

“诱惑负荷”总和：13

“最小利益值”（最差选择的利益）：3

6. 在两好之间被迫进行的接近选择：

- a. 嫁给我这个有些发展前途且略有吸引力的人（+5），或者嫁给同样打算求婚的乔治（+4）。

这表示：

- i. 如果你嫁给我（+5），我会给你带来较其他选择更多一些的好处；
 - ii. 如果你不嫁给我，你也可以嫁给还算不错但好处少些的乔治。
- b. 接受有些许优势的休斯顿的工作（+5），或者继续做纽约的那个还不错的工作。（+4）

这表示：

- i. 如果你接受我提供的休斯顿的工作（+5），你会获得较其他 242 工作多一些的好处；
- ii. 如果你不接受我提供的休斯顿的工作，你也可以继续做纽约的这份还不错但好处少些的工作（+4）。

强迫性压力：不适用。因为其总为负数。我们可以正数表示“诱惑力”（拉力）。

级差“诱惑力”：1

“诱惑作用力”：5

“诱惑负荷”总和：9

最小利益值（最差选择的利益）：4

除了“最小利益值”外，所有测量值均反映出第五个示例较第六个示例有更大的吸引力。第六个例子中选择者被迫作出的最差选择（+4）较第五个例子（+3）好一些。但以其他所有测量值，尤其是“级差诱惑力”来看，第五个例子提出的要约诱惑力更大。二者中无任一示例存在丝毫强迫力。无论选择者有着怎样的压力，他都不会有所失。

协调方案肯定需要解释非拓展自由型要约的强迫性对在此要约下获得的同意的影响。按照自由主义立场，当且仅当 B 自愿同意时，A 对 B 实施危害行为应被允许，A 的强迫性要约不足以使 B 的同意行为的自愿性减低直至无效，好色富翁不应被控以强奸。当然，好色枪手威胁 B 要杀了她的孩子而予以强迫，则应被控以强奸（及其他罪名），结果迥异的原因很大程度上在于对 B 施加压力的是限制自由型威胁还是拓展自由型要约。

三、强迫与剥削：齐氏方案

当然，这并非说好色富翁可以免受道德审判或我们要赞扬他是个慈善家。对那位一贫如洗的母亲，他可耻地趁人之危，粗暴地剥削了她。针对强迫性要约问题的齐氏方案特别将强迫与剥削区分开来，认为某些剥削可以是非强迫性的，按照齐默尔曼的说法，“仅当 B 愿意
243 从一般可期待的提议前状态进入提议状态”[正因如此，此提议方为要约]，“而他更愿意从真实的提议前状态进入另一种提议前状态，方可判定 A 对 B 提出的要约是强迫性的。”⁶ 这位一贫如洗的母亲当然愿意看到好色富翁的提议，但她更愿意在不必接受不体面提议的情况下找到手术费（更愿意进入的另一种提议前状态）。齐默尔曼补充说，他所称之“可行性”和“无障碍性”条件是“另一种提议前状态”必

须具备的，提议者 A 未阻碍某种可行的而更得 B 心属的提议前状态的存在。如果他进行阻挠，那么，他的提议就不仅是剥削性的，也是强迫性的。

由此，如果那位好色富翁仅仅是最大化利用 B 的麻烦的机会主义者，而他本人并非麻烦的制造者，那么，齐默尔曼就会认定他仅仅是一个剥削者，而非强迫者（非强迫性剥削也够糟糕了——参见第三十一、三十二章）。如果他给那孩子注射了伤害组织器官的细菌，施加压力抬高手术费，那么他的提议就是强迫性的，当然，它仍是一个要约，仍可使 B 在 A 制造的处境下拓展自由，仍是非常可耻的剥削。

根据这个理论，齐默尔曼给出一些示例以说明哪些剥削是强迫性的，哪些则不是。

A 绑架 B，把他带到 A 的工厂所在的小岛，并将其丢在海滩上。A 的工厂能够提供的所有工作都比 B 在陆地上可以找到的工作糟糕。第二天，A 走过来对 B 说，“要么去我的工厂干活，要么就饿死。”⁷

在齐默尔曼看来，这完全就是一个强迫性的要约。霍布斯式的征服者和奴隶主提出的也会被认定为强迫性要约，而好色富翁提出的则不是，因为它更接近齐默尔曼提出的作为对比的剥削性而非强迫性要约：

C 在那座岛上也有一家工厂（唯一的另外一家），工作也一样糟糕。看到 B 的情况，他把 A 揍跑，过来提出同样的提议……我认为这里只有 A 提出的是强迫性要约。强迫的直觉意义在于实施强迫的人以此破坏或限制被强迫者的自由，因此，强迫更甚于剥削，尽管后者同样令人作呕。⁸

244 总之，齐默尔曼试图证实这样的理论（协调方案反对这种理论），即在疑难情形中，强迫性要约行为可以分离出限制自由的行为，因此，强迫必定限制了被害人的自由。不过，协调方案指出，无论 A（要约者）仅仅是利用 B 的困境，还是事先制造出 B 的困境，要约对于 B 而言（接受者）都同样是强迫性的。“工作或饿死”，“和我睡觉或孩子死”，无论具体情形是哪一个，都一样是强迫性的。在 B 看来，不管一开始困境是如何产生的，此刻都“别无选择”，只能服从。结果，在两种情形下，要约都是强迫性的，要约的意图都是强迫性的。当然，对强迫而言，要使强迫有效，必要条件是在此之前 B 的自由已经消失，这使得他的同意是脆弱的，而一旦他的处境是脆弱的，和齐默尔曼的结论相反，那个要约就完全是强迫性的。

但齐默尔曼的确提出了一个重要的观点。若 A 事先制造了困境，然后利用此困境提出强迫性要约，他就双重不法地侵害了 B。首先，他破坏了 B 的自由，然后又借机占 B 的便宜。而在其他情形下，强迫性要约本身并不会破坏自由，而只是机会主义式地利用这种困境，使强迫成为可能。此处全部的不法就在于提出了那个要约。但无论对被害人是单一侵害还是双重侵害，要约本身在此情此景下，就是强迫性的。

齐默尔曼作出的区分对于我们进行自愿性评价有着重要的实证意义。若 A 故意制造困境，然后再利用此提出一个强迫性要约，他的强迫最终将导致 B 的自愿性不足而使同意无效。但若 A 仅仅是发现了一个可供利用的机会，那么 B 的同意往往，虽非绝对，是有效的。齐默尔曼本人并未指出这一不同，但那可能是因为受到他那些非典型性示例的误导。他写道——

如果 A 将 B 扔进水里，然后提出救 B 的要约（这样做成本较小），要 B 将今后的积蓄都交给他，这个要约是强迫性的，即

使获得承诺也是无效的。如果 A 只是刚好看到 B 溺水，于是提出救他的要约，条件完全相同，则 B 的承诺可能也是无效的，从道义上说，A 的要约是剥削性的。⁹

我认为这个例子有两个误导之处。首先，它根本不是一个典型的要约。以第二十三章第八部分提到的统计学测试来看，这只是一个强迫性威胁。而如果按第一卷第四章中所论，A 负有救 B 的道德义务（但在我们对强迫性要约设定的典型示例中，那好色富翁并无义务为那位无助的女人救她的孩子），因此，按照道德期待可能性标准，A 的剥削性要约其实是一个威胁。其次，众多的实例显示，剥削并不必 245 定使同意无效。在好色富翁的示例中，A “刚好出现在那里”，而在齐默尔曼的例子中，机会主义的工厂主也是如此，无论哪种情形，B 的同意都不会因为 A 的剥削性要约而失效。官方给囚犯免刑的例子也是如此。囚犯的处境是他自己早前的犯罪行为造成的，但一旦他已身陷囹圄，政府则可为达致公共利益而利用这一点。尽管是被利用，但他的同意并非无效。

在讨论这些微妙的议题时，明确 B 同意的是什么很重要，是一个具体的提议，或者只是一个背景事件。如果整个事件的组成如下，则将其归于 B 的自愿同意就很荒谬，（1）A 故意使他陷入困境，从而破坏他的自由，及（2）A 向他提出救他出困境的要约，但极具剥削性，可他无法拒绝。如果摆在我们面前的问题是 B 面对（2）而作出的同意是否可以作为 A 面临不法侵害 B 的指控时的抗辩事由，回答当然是否定的。B 的处境不佳，在这样的处境下，他同意该强迫性要约是自愿的，但他并未自愿进入此种处境，就 A 导演的整出戏码来看，当中是不可能存在有效同意的。如果问题是第三方对 A 的计划的强制干涉是否可以免责，则尽管 B 同意 A，答案仍是肯定的。但如果 A 仅仅

是一个“刚好在现场的”剥削者，第三方就不能对 A 进行强制干涉。

对齐默尔曼的示例还有更深入的评论。B 面对 A 的剥削性要约被迫作出的同意不能作为 A 的抗辩事由，因为就 A 制造整个戏码的行为而言，其操纵性的角色即已触犯刑法，如其中一个示例中提到的绑架，以及另一个示例中将人扔进水里。事实上，他随后利用此提出强迫性要约的行为不仅不法，更是另一个犯罪行为，即敲诈勒索。

四、强迫与剥削：概括及结论

受善恶影响的提议当中有些既是要约，同时也具强迫性。霍布
斯式的征服者和诺茨克所说的奴隶主虽然少见，但确属典型，两者皆
246 满足第二十三章第七、八部分对要约的定义，且均具强迫性，因为当
中都是以一个不好的结果作为更大恶的唯一替代选择（在接受者看来）。好色富翁对一贫如洗的母亲提出的要约则因未能严格符合标准而常常引发争议。这些示例与典型情形的区别在于，A 本人并未故意制造 B 的困境，继而以此对 B 提出要约。

对各类不同的剥削性要约可能有三种态度。一些学者认为它们都不具有强迫性，严格说来，它们都扩展了 B 的选项，而非关闭其选项，而（他们假定）强迫性是不可能扩展自由的。对此，我所称之为“协调”立场认为，所有这些要约虽然扩展了自由，但均具有强迫性。因为对于 B 来说，要约的目的和效果都是强迫性的：它们都是通过给 B 不愿忍受的恶制造一个实属不好的替代选择，迫使 B 做 A 想要他做的事。还有一种观点来自齐默尔曼，他认为仅有 A 故意事先制造困境，然后利用这困境，给予 B 一个相对此困境为小害的要约才是强迫性要约。据此，在齐默尔曼看来，霍布斯式的征服者和诺茨克笔下的奴隶主提出的都是强迫性要约，而好色富翁以及（可能）免刑州长提

出的都是剥削性而非强迫性要约，因为 A 所利用的 B 的困境并非 A 所为的结果。

若被 A 用来强迫 B 的情境并非 A 故意所为的结果，则 A 的要约对 B 来说是否具“强迫性”（和“剥削性”）呢？对此，在单纯概念上，我认同协调方案的立场，反对齐默尔曼的观点。但单纯的概念总是晦涩的（一般语言的含糊性），且不具理论意义（我们的主要目的在于，从软家长主义立场出发，哪种影响会使 B 的同意无效）。在这个重要问题上，我已经总结了，通过制造困境而后利用此困境提出的强迫性要约，即使获得同意也是无效的，而如果与此困境无关的人提出强迫性要约（这种要约在齐默尔曼那里属于单纯剥削性要约），则往往不会使同意失效。前者制造整个戏码破坏 B 的自由，而后者则在当下扩展了 B 的自由，因此，他的同意在此特定情形下是自愿的，因而是有效的（对某些认定而言）。

假定我们已经就各类模式对同意的影响问题作出了澄清，那么，这些要约是均属“强迫性要约”还是分属“强迫性要约”或“单纯剥削性要约”又有什么关系呢？我们整理一下思路。对 A 和 B 之间强迫交易模式的任何分析都可以列为三类条件。具体为：（1）对 B 选择的强迫性影响，（2）A 的强迫性意图，以及（3）为达致强迫效果的必要强迫性操纵。我们的主要兴趣一直都集中于（1），因为我们关心保护 B 甚于评价 A。当我们从强迫的教条式问题进入“强迫性要约”问题时，我们发现前两个定义条件都满足，但第三个至多只能部分满足。在好色富翁的示例中，A 的确抱有强迫性意图，因为 A 提出提议的目的就在于让 B 做他想要 B 做的事。同样肯定的是当中存在强迫性影响，因为 B 将被迫在两害间进行选择，其中一个对她来说完全不能忍受，因此是“无意义的”，而另一个对 A 有利的选择却极其恶心，但却是她必须选择的轻害。

但尚不能肯定的是，A 用以达到目的的操纵是否属于严格意义上的“强迫”。在模板示例中，强迫性方式包括 A 以积极操控的方式关闭 B 的选项，造成 A 意图使其陷入的被剥削困境，从而使其之后的要约具有强迫性。而在边界案例中，尽管 A 并未积极介入 B 的事务，关闭 B 的选项，并造成 B 被剥削的困境，我们亦可将某些“操控”归于 A。在这些情形中，A 并非编排者，而是机会主义者，他的操控往往并不具主动性，因而并不满足“强迫性操控”的定义条件。

因此，现在问题变成：若要约者的意图及（特别是）其结果均显具强迫性，则强迫性技术（操控）是否为确定强迫性要约的本质条件？或者并非本质条件而仅为我们所称之强迫性要约的一般特征？我知道若仅作为一个概念性问题，那么这个问题无法接近，除非视“强迫”的通常用法，但这方面亦不乐观，因为“强迫”的通常意义并不稳定，其用法亦较空泛。

齐氏方案的支持者可以推出另一种不同的测试方法。不论对强迫如何定义，他们都会坚持，无论包含何种条件，无论这些条件的作用为何，此定义必须包含的内容是，强迫影响同意。如果我们接受这种提议，那么，我们就会认为边界案例中同意并未失效（降低自愿性），因而不属于强迫。这个方法表面上可以为齐默尔曼辩护，如我们所见，他拒绝称其为“强迫性要约”的那些剥削性要约往往并未使同意失效。而按照协调方案的立场，并不需要预设强迫必定会令同意失效的前提。这种观点肯定会在各类背景下的诸多种案例中与我们的直觉相矛盾。必须预先接受的应该是另一种假设，即强迫总是会降低自愿性程度。但是否会令自愿性降低至令同意失效的临界点，则是颇多争议的问题。例如，相对于强迫性要约，只有强迫性威胁才能完全令同意失效；而相对于扩展自由型要约，只有限制自由型要约才能完全令同意失效。在此情况下，尽管拓展自由型要约并未完全消除其导致

的同意行为的自愿性，但仍可称此要约为“强迫性要约”。

对于我们的论证而言，重要的是要确定何种影响会令同意失效，而非为此类影响冠名。就此实质性问题有着更多共识。制造并利用困境的积极强迫总是会降低自愿性程度，直至令同意失效，而仅仅利用困境的要约同样会降低自愿性程度，但往往不会越过令同意失效的临界点。后者是指，机会主义者发现可以利用弱势者的困境而提出要约，但他们本人并未直接干预原来的背景。若困境已在，剥削性要约尽管只是给出一个“弱势者无法反抗”的无吸引力或令人抗拒的选项，但总还是扩展了他的机会。至于那个次要的概念问题，我们不妨作出约定，而非将其教条化。若结果为强迫性的，则我会将此威胁或要约一并称其具有“强迫性”，因为对于接受者的选择所产生的影响才是衡量同意自愿性的关键要素。因此，我认为并非所有强迫都令同意失效，尽管它们会降低同意表示的自愿性程度。

和齐默尔曼一样，我们也会提到（第三十一章）“无强迫性剥削”，我们会看到，对剥削性要约的接受可以出自完全自愿，即非因被迫、被骗或能力缺陷，我们还要决定刑法是否会仅因其剥削性而涉及此类要约。若强迫性要约利用既定的弱点达到强迫性效果，那么它们亦属自愿——或充分自愿——同意的剥削，我们会找到诸多同例归于此类，包括真正非强迫性剥削。我们的问题将是：如果 A 并未使用强迫，B 自愿同意接受真正的剥削，则是否可以处罚剥削 B 的 A？单是阻止剥削是否可以作为刑罚处罚的理由？对这些问题作出肯定回答的要么是法律家长主义，要么就是法律道德主义。 249

五、不平等的交易地位：显失公平

符合我们所定义的强迫性－剥削性要约的真实或假定的示例常

见于商业交易，绝大多数源于合同法，而它们绝不会成为刑事立法者关注的对象，但对我们来说却具有指导意义。在这些示例中，A 和 B 是独立的交易主体，每个人都试图尽量扩大自己的利益，但在交易中的实力对比却不平等。或者 A 的实力更强，B 的弱势更明显，或者 A 控制着 B 所依赖的东西，甚至垄断 B 的需求。总之，B 需要 A 超过 A 需要 B。

不平等的初始交易条件未必导致剥削性或强迫性合约。强势一方并不必定占无助弱势方的便宜。因此，不平等的初始条件本身并非降低自愿性的因素，强势一方和弱势一方完全可以达成平等交易。无论如何，当双方交易地位不等时，总存在剥削的倾向，有时强势一方并无强迫意图，只是为着自己的利益考虑，而向具有单方面依赖性的弱势一方提出事实上的强迫性要约。A 或许并不想剥削 B。他说“要么接受，要么走人”时，他的言辞只是漠不关心，因为他还有众多其他选项，而 B 的绝大多数选项都已关闭。A 可以视其为其中一个提议，“要么接受，要么走人”，但对 B 来说，却只有接受。

若 A 有强迫意图，对 B 亦具有强迫作用，而其条款对 B 来说极其苛刻，或者令 A 获得不平等或不成比例的收益，或者两者皆有，则可称此要约为“剥削性要约”。若它们既在此意义上为“剥削性的”，而其意图和作用皆为强迫性的，则法律上即称此类合同为“显失公平”的合同。不必达到墨菲－齐默尔曼所说的更强烈的强迫性程度，即为显失公平。A 发现 B 处于弱势就足够了。他令 B “受制于他”，对于 A 的提议，B 几乎愿意付出任何代价。

不少学者认为此类合约实质上包含了对弱势一方的剥削性要约。

- 250 囚犯参加医学实验以换取减刑¹⁰、辩诉交易¹¹、给付捐血者¹²、“纯粹资本主义式”的雇佣合同¹³、“志愿兵”¹⁴，以及流产费用不予公费医疗¹⁵都是其中最常见的例子。但它们都很复杂也充满争议。我们所说

的好色富翁和州长免刑的故事虽属虚构，却因其简明而颇有用处。此处，我们再加一个来自墨菲的更为细致的商业示例：

假定我拥有这片方圆两百里沙漠上唯一的一口井。一个快要渴死的人爬到我的井边讨水喝。因为（1）我对这口井包括井中的水享有合法所有权，且（2）那个人快要渴死的情形并非我的错……我可以说“你将所有的财产转让给我，我就卖给你一杯水。”¹⁶

墨菲的示例和源于合同法的真实商业交易一样，包括强迫性要约中的转让和消费、渴求的目标、需要完全给付的价格。因此，消费者可以不履行承诺，并在法庭上以对方滥用合同为由为自己辩护。从实际层面看，这些示例与我们之前提到的先行给付对价的示例（性行为、参与医学实验）不同，如果对方声称同意无效，随后的法律行为即违反侵权法或刑法。墨菲对他的例子评价得当，即水井主人获得的同意即使不属被迫（按齐默尔曼亦同），亦非属有效。按墨菲的观点，其无效性是因为同意者的“绝望无助受到可耻而不公正的剥削”。¹⁷

墨菲认为，对道德谴责的适当解释可见于合同法中“呼之欲出的显失公平理论”。按墨菲的解释，其中暗含“不平等的交易地位可导致不公平的合约，与强迫并无关联”，¹⁸正是这种“不公”，而非强迫，使合约无效。不过，对于一方意图强迫，另一方则受到强迫作用的合约，绝大多数法庭或法律评论者宁愿直呼其为强迫。显失公平的合同，包括我们通常所说的“格式合同”，都属于受胁迫而同意的一类合同，这类合同中的胁迫并非源于强力或暴力的威胁，而是源于不平等的初始交易地位以及一方对此不平等的利用。“格式合同”即适用于某个行业的所有条款按标准格式拟定的统一合同，通常包含“免 251

责条款或限制条款，用以保证实力强大的大公司与消费者订定合约时的利益。”¹⁹ 消费者面对如此巨型对手，找不到更好的条件，因为无论他找到哪家公司，都将面对标准化的合同，并被告知，已经白纸黑字的条款是不可变更且不可协商的，“要么接受，要么走人”。（在很多情况下，剥削更为恶劣，合同中的苛刻条款以极为细小不清的字体印制，令买者根本注意不到。）

在经典的亨宁森诉布鲁姆菲尔德汽车公司案中，²⁰ 买家向一家克莱斯勒汽车零售商购买一辆新车。合同中包括由克莱斯勒公司负责更换有问题的部件，但却有一行细小字体的免责条款，声称不作任何进一步保障。亨宁森从布鲁姆菲尔德汽车公司购车后不久，他的妻子就在驾驶中因车辆部件故障发生撞车事故并受伤，布鲁姆菲尔德公司称医疗及其他因伤费用应由克莱斯勒公司负责，尽管其责任仅限于更换零件。销售商回应说，亨宁森已经签署合同，应受合同条款约束。新泽西州最高法院站在购车者一边，对他的困境充满同情：

在汽车销售行业，购买者显著的不平等地位昭然若揭。在保障方面，汽车制造商从不竞争，购买者该如何提出协商条款以便获得更好的保护呢？²¹

法庭恰当地暗示，亨宁森的选项已经被全然强迫性的合约限制住。他要么按厂家的条款从这家买车，要么按同样的条款到另一家买车，²² 或者干脆什么车也买不到。因此，根据我们之前的分析，这个选项就是强迫，因为它以一个轻害（在因车辆部件故障引发的事故中受伤得不到保护）作为另一个极大害（买不到车）的唯一替代选择。当然，亨宁森签合同的时候并没有人用枪指着他的头，那个“大害”并非脑袋开花，但“不同之处”，一位评论者说，“仅仅在于程度的不

同，对于个人而言，签署格式化购车合同的唯一的‘替代选择’只有步行。”²³

从法律层面看，很清楚，符合如下特征的合同因“显示公平”而无效：

1. 或者是强迫性的，或者是欺骗性的。就强势一方提出的条款，弱势一方无合理替代选择，因而对他来说是具强迫性的，他只能被迫选择在他看来的那个轻害；或者，弱势一方完全不知悉自己所同意的条款为何，因为这些条款以细小字体印制，或者弱势一方根本不理解这些条款，因为这些条款以模糊的字眼或难以理解的法律术语表述；以及
2. 对弱势一方而言，条款很苛刻，“让人良心难安”，或“为发泄报复”，或“令人震惊的不公”²⁴（狭义上说，仅此一条就足以称之为“显失公平”）；以及
3. 条款不公平，包括强势一方可以获得不成比例的收益，或“过多的收益”。

按齐默尔曼的说法，显失公平的合约是指，“极具剥削性的合约”，A 利用 B 的困境提出的要约要么是强迫性的，要么是剥削性的（或者两者皆是），强势一方因控制合同标准而收益过大。最后，若所有这些关于显失公平的条件皆已符合，则弱势一方的同意无效，即使他不履行合同，亦可免责。如果合同要求弱势一方先行履约（如好色富翁示例），她将无法依据合同法获得补偿，不过在事先操控的情形中，此“显失公平”合同可以提起侵权诉讼或刑事诉讼。

显失公平合同的强迫性有一个很好的示例，即著名的合众国诉伯利恒钢铁公司案，²⁵ 该案的不寻常处在于美国政府成为“弱势一方”。第一次世界大战后，美国政府提出起诉，要求撤销与伯利恒公司的合约，认为该公司通过合约，利用战争对船只的极大需求，毫无风

险地赚取了巨额利润。美国最高法院支持该合同，但法兰克福特大法官在少数意见中认为，公司利用政府的依赖性进行严重剥削，“迫使”政府同意其获取巨额的显失公平的利润。他认为，该公司利用其作为唯一造船公司的地位以及政府匆忙投入战争的窘境左右政府。政府一方的交易代表尽管深深厌恶该公司“极度贪婪而毫无爱国心的态度”，但他们“面临的选择是要么同意该公司的条款，要么政府就自己动手……但政府代表认为按后者根本来不及应付战争。”²⁶“合同中显失公平的条款”，他总结道，“利用国家自卫的紧迫性对政府形成强迫。”²⁷

253 关于此案中政府代价过高以及公司获取巨额利润的事实并无争议。唯一的争议之处在于，在此不平等背景下签订的合约是否对政府起到强迫的作用。法兰克福特大法官在这个问题上的立场毫不犹豫，尽管政府代表确实是“眼睁睁地”签署了合同，但这并不意味着他们就不是被迫为之。霍姆斯的权威观点旋即被援引，“为自身利益，弱势一方永远都会两害取其轻。但根据利益而作出的抉择并不能排除胁迫。胁迫的特性就在于此。”²⁸法兰克福特大法官进一步论述道，撤销显失公平合同的政策较“显失公平”一词的历史更久。“这个衡平法规则早已建立。若某人身负重债，这个事实被合同对方知晓，并利用此达成显失公平的买卖，则应依据优势和弱势进行衡平。”²⁹易言之，既具强迫性而又苛刻的合同——“显失公平”的合同无须履行。

好色富翁的示例亦是同理。如果B同意做A的（永久）情妇，以此换得孩子的救命手术费，那么，手术后，她不必为不履行合同而承担责任，因为她的承诺是A的要约强迫所致。因为合同是显失公平的，³⁰她同意的自愿性降低，而显失公平因其强迫性亦降低她的自愿性。由于履行合同的同意自愿性不足而无效，因此该合同撤销。但要指控A的刑事责任（如强奸），B的非自愿性却并未达到足够的程度。

另一方面，如果 B 同意在手术前和 A 同房几晚，而在 A 履行合约之前 B 的确履行了合约，那么，余下的问题就是，她是否可以就与 A 性交的“痛苦”获得补偿（假定未产生其他损害）——和她的收益相比，她还是无法接受——她对 A 的同意的非自愿程度是否足令其同意失效，从而令 A 无法使用她的同意作为刑事辩护事由。我们的答案仍是，即使她的非自愿性足令合同失效，但却仍可作为 A 受到刑事指控时的辩护事由。那么，这当中的相对性应如何把握呢？

六、强迫性、自愿性及有效性

254

上述讨论中出现了三个概念：强迫、自愿性和有效性，尽管看似相互独立，但彼此之间存在千丝万缕的微妙联系。强迫确实会降低自愿性；它是一个“降低自愿性因素”。强迫和自愿性各有其程度之分，强迫有时并不足以令自愿性完全丧失。和绝对强制不同，强迫并非总是“自愿性降低因素”。而从程度上说自愿性，在降至临界点以下时即可令同意失效。此时，同意因缺乏自愿性而失去法律道德意义——失效、归零，如同从未作出同意表示那样。有效性则是一个要么有要么无的绝对概念，它不存在程度之分。那么，A 的提议须有多大程度的强迫方可令 B 的同意行为的自愿性降低至临界点而使同意无效？这里有一个语境的相对性问题。“不充分自愿性”的临界点取决于同意内容的性质，以及认定同意的法律道德目的。

强迫性作用的模式与程度变化。强迫性作用可以通过威胁或要约产生。无论是好色富翁 A 的要约，还是某个囚禁了她孩子的歹徒 C 发出的威胁，对于 B 来说，对方要求性交的强迫程度无甚分别。无论何者，都是迫使 B 在和他睡觉与失去孩子之间作出选择。不过，强迫作用的确依“强迫力”而变化。如果我们的最终目的在于当选择存在

道德瑕疵时确定被强迫者的同意是否有效，则对强迫力即为替代选项的“成本”与唯一选项的“成本”之间的差额。如果差额不大，即“级差强迫力”不大，那么，在被提议者看来，选择即是以小害取代稍大的害，这并未降低其本来的自愿性，此时在压力下作出的同意往往是有有效的。另一方面，如果被提议者本来不必在两害间进行选择，现在
255 却被迫要选择一个轻害，那么，此时所受到的强迫力可能在于“受到威胁”或只能有唯一的选择，或者是指服从命令的成本，又或者是指两者之和（“强迫负荷总和”），还可能是指最佳选项的成本（如果强迫有效，即为命令的成本），即使该选项成本较高，对被强迫者而言仍是最小成本。

对强迫性提议的第三个区分是，是依接受者主观标准还是按“客观”或“外部”标准，即绝大多数人或理性人标准，来衡量预期结果为较差选项。若对不受欢迎程度依客观标准衡量，则其选择与同意行为可能较依接受者本人的主观标准作出的选择自愿性更高。我们已经看到，这种区分很重要，它使我们在面对涉他或涉及社会利益的不法行为时，较我们为防止自治者受到其所同意的涉己行为的损害或危险时，要求更小的强迫性与更高的自愿性方可令不法者免责。

我们亦已看到，强迫性提议在总体上还有扩展自由与限缩自由之分（后者包括所有的威胁和部分要约，即接受者的选项被提议者关闭），自由扩展型强迫性要约尽管也会降低同意的自愿性，但往往并不足以使自愿性程度降至临界点以下而使同意无效。最后，我们也看到，某些强迫性要约苛刻且不平等，比一般的合约更具剥削性，几乎达到强迫性的程度，但又未及至“显失公平”的程度。在某些法律认定上（尤其是合同法），苛刻和不平等条款也可以使被迫作出的同意失效，同样具有强迫性的要约，在没有这些苛刻条款的情况下，虽然自愿性并不会高多少，但法律上却可能是有效的。³¹

受强迫影响的自愿性模式及其程度变化。如果我们假定自愿性仅受强迫的影响,那就可以设立一个标尺,上面以预期后果的“价签”标明自愿性程度与强迫力的相关性。当然,强迫是当中唯一一个降低自愿性的要素,涉及相对程度时仅在具体语境中方有意义,即不存在欺诈、错误、无认识以及各种能力不足等情况。在这些情境下,我们可以设想自愿性从一端的完全不自愿到另一端的完全自愿。绝对不自愿的情形仅指强制下的身体位移(参见第二十三章第一部分),并不存在任何提议,而完全自愿接受提议的情形仅指强制和强迫皆不存在的情形,当中包括附条件的提议,选项皆为正价值而非负价值。单纯的诱惑毫无强迫性。北爱达荷州的一位教授必须在哈佛和耶鲁之间作出选择,两者对他而言都较现状吸引力大得多。让我们想象一下,他居然不高兴,因为他要在两个几乎等同的好处之间艰难抉择,但当两个好处都如此具有吸引力,他被迫放弃那稍微次之的好处实在不会影响选择的自愿性程度。同样道理,如果在两好之间的选择不会令选择者在失去那个稍微次之的好处之外付出任何“代价”,则其放弃次之的好处当然是充分自愿的选择。³² 有些情况下,诱惑也是有成本的。学生运动员收到一份百万美元合同的要约,但要放弃学业进入职业生涯,他作出选择的原因在于尽管有所失,但收益很大,他个人认为收益远大于其他方面的失去,要约不会因此而成为“强迫性要约”。在这些具有等同诱惑力的情形之后,标尺上依次为轻微强迫力、较强强迫力、极端强迫力直至单纯强制。

“自愿”和“非自愿”的模糊性导致我们讨论的自愿性与强迫的关系问题更加复杂。辞典告诉我们,“自愿”有时意指“非受迫的”,有时意指“情愿的”。其反义词并非仅有“非自愿的”和“被迫的”,还有“不愿意的”、“不情愿的”。我们曾看过被抢者自愿拿钱出来的例子(第二十三章第四部分),造成困扰的原因在于人们在强迫之下

有时却相当情愿，“自愿地”又有了另一种含义。这种模糊性影响了我们的解释，这一点会在另外几个示例中看到。

约翰·道是一个爱国主义者。他会去交税，因为他认为这是正当的，交税是自己的义务所在。不过，他的纳税行为是自愿的吗？有人可能会说，自愿交税是不可能的，因为纳税制度本身就是一种强制。人人都是在法律惩罚的威慑下，或者说在法律的强迫下缴税的。因此，从一个意义上说，缴税是自愿的（心甘情愿），但从另一个意义上说却是非自愿的（强迫之下）。

257 理查德·罗是比道更强烈的爱国主义者。他不仅心甘情愿地缴税，还额外捐赠一部分金额。收税员问他，“这部分钱你是打算提前缴税吗？”他答道，“不，这是在强制纳税额以外的（非受到强迫）、我的道德法律义务范围以外的（慷慨）自愿捐献。”在罗的付出当中，部分自愿与道相同，部分则是道的行为中所不具备的。

马文·莫被问及，他离开现在的工作是自愿的还是被炒鱿鱼。这个问题难住了他。“我当然不情愿失业；我需要钱，但我最终甘愿冒险。我这个工作悲惨之至，我愿以任何其他工作换掉它，哪怕是一个很糟糕的工作，或者没有工作都比它好。所以我决定辞职，而且也这么做了。”“噢，所以你是自愿辞职的？”莫又被问道。“那个工作弄得我一切都糟糕透了，我不得不辞职；但我确实不是被炒鱿鱼。我本来是可以继续待下去的。”莫不情愿（并非“自愿地”）但自愿地辞职了，他是在强迫力之下作出的选择（继续不开心的状态也是一种威胁），但他并未被强制离开（解雇是一种“合法强制”）。我们该怎么总结这个情形呢？

一个记者问一群身处巴西的美国流亡者，“你们是自愿离开祖国的吗？”当时，美国和巴西之间没有引渡条约。其中一个人回答说，我是被驱逐出境的（合法踢出），和解雇一样，驱逐出境也是合法强

制。因此，这个流亡者没得选择，他是被迫离开美国的。但假定他憎恨美国，心甘情愿甚至渴望离开，又该如何解释呢？第二个侨民回答说他是从美国监狱越狱逃到巴西的。他的选择是待在美国的监狱里，或者自由地生活在巴西。他可能充满懊悔，甚至并不情愿，确实是在强迫之下（再被投入监狱的威胁）作出的选择，也是由于强迫而作出的选择。第三个人说他在逮捕令来时逃跑的。他可以选择留下来在法庭上抵抗，但他的官司可能会输，所以，他其实也是害怕坐牢逃出来的。第四个人说他想留下但找不到工作。他不太情愿甚至很不愿意离开，但在强迫力之下，他必须在美国失业与在巴西就业之间作出选择。第五个人在美国的工作糟糕透顶，而巴西的工作则好些，他其实两个都不喜欢，但还是选择了轻害。第六个人深爱他的祖国却仍选择离开，他更爱他的孩子，因为无法获得监护权，他带着孩子逃离美国。第七个人则是为了躲避付给前妻赡养费而逃离的。严格说来，只有第一个被驱逐出境者毫无选择，其余的人都是在一定程度的强迫力下进行选择，有些人虽在压力之下，但心甘情愿地离开，有些人则完全是因为这种压力才选择离开。

如果仅仅考虑这些示例中强迫力的客观事实部分，我们可以就每个示例中的自愿性程度或非自愿性程度进行认定，甚至进行比较评价及排序。如果只考虑情愿程度的主观因素（反对、不情愿、懊悔、默许、欣然同意、渴求、热切期盼），我们将更接近于真正的动机，但对自愿性的客观评价就会变得不太确切且（如果两个标准都用上）不相匹配。就道德评价而言，我们总是使用主观“情愿度”标准，参照选择者的真实动机判断其自愿性。这是最尊重自治个体的方法，即按每个个体作出判断，而非按保险精算师的统计表格作出判断。但即使所有信息均为可知，这个方案恐怕也只能在天堂的法庭里实施。在人世间的法庭和立法者那里，人在强迫力下的自愿性程度往往为迷雾遮

258

蔽，立法者迫于实际，只能按标准个体的假定特性制定规则，而不会鼓励按真实个体的特性进行逐一的法律调查。

法律中同意的“自愿性”并无臆断或不确定性，它本应如此，以主观标准衡量特定回应或同意的自愿性程度。若特丽莎修女（第二十三章第四部分的例子）对法庭说，她就是想让那个流氓把她的钱拿走，那么，为尊重其个人自治，那个流氓有权拿着她的钱作为赠予，而无需将钱返还。尽管当时存在强迫，她同意由他拥有那笔钱却全然出于真实意愿。但要是这歹徒杀了她，拿着钱逃走，由于缺乏她本人的证词，法庭别无选择，只能假定她并不情愿，钱被拿走不仅发生在强迫之下，也正由于强迫才发生。枪手（持枪的歹徒）无论在何种情况下均应承担刑事责任，倒不是因为非法占有他人财物（因为其中一个案例中那钱是礼物），而是因为其发出不法威胁，限制了他人的自由，令他人陷入被强迫的状态。这种行为本身既损害被强迫者的利益，亦具有社会危害性，它依仗优势位置，或者会造成命令所包含的损害，或者会造成威胁所包含的更大损害，依据损害他人原则，任何一部刑法都绝不会容忍这样的行为。

按主观愿望衡量同意的自愿性程度是很自然的做法，而强迫力的存在及其程度本身亦是由个体的真实好恶决定的。A 强迫 B 在 X 和
259 Y 中作出选择，我们要判断那是否强迫，就应调查 B 本人对 X 或 Y 的是好是恶，或者视二者皆为不愿接受的恶害。如果可以直接获得 B 的证词，就不必了解绝大多数人对 X 或 Y 的态度。我们当然完全可以预先认定，任何人都会将生命损失视为恶，财产损失当然也是恶，不过是较小的恶。我们还可以假定威胁者也持此种预设，因此，即使这个假定不成立，亦可推定其抱有强迫意图。

若可以获知个人的好恶，并按个人好恶评价其同意行为的自愿性，就要一方面考虑其作为自治个人的地位，同时也要考虑其作为责

任代理人的地位。若 A 公司的职员 B 一直觊觎某个位置，一天，老板对他说，他要么接受这个位置，要么就被解雇。在狂喜之下他欣然接受，当然不会因为存在所谓强迫而丧失一点点自愿性。如果之后 B 抱怨说因为老板的威胁，他被迫接受了这个危害他职业生涯的位置，那么，他的抱怨当然只是为了逃脱可能承担的责任。

绝大多数受好恶影响的提议都是由一个强迫者希望发生的选项伴随另一个大恶组成，从而形成高度的强迫性。绝大多数情况下，那个大恶不过是为了暗示被强迫者应该在其衡量天平上倾向的方向，因为假定人是合乎情理的，他们会为了避免一个大害而接受较小的害。但强迫者可能会发生计算错误，以一个不必要的恶害作为威胁。如果这个恶害的替代选择其实恰恰受到被强迫者的欢迎而被视为一个好处（如职员示例），则提议虽仍属威胁，却毫无强迫作用。当然，在这种情况下，“级差强迫力”很大，选择很“容易”，此时不是因为强迫力具有压倒性优势，而是因为那个强迫性命令简直不算命令。如果枪手想把钱给 B（他误以为对方不愿接受），说，“把钱拿着，否则我就叫你的脑袋开花！”（或者更真实一些，“把钱拿着，否则我就把你的孩子杀死”），他制造了一个多余的恫吓——甚至可以称作“非强迫性威胁”——提议的意图和手法都是强迫性的，但毫无作用——对那心甘情愿的“被害人”来说，接受这命令是完全自愿的，此后他不可能以强迫作为逃避贪婪所导致的责任的辩解。

主观标准的使用将使法庭在某类案件中发生混乱，即“自愿”参加医学实验和行为研究的囚犯。这些真实的案例不及我们之前提及的 260 对临刑囚犯提出强迫性要约的示例那样具有戏剧性，因为当中并不包含撤销他们的刑罚，用以交换绝大多数人避之不及的风险行为。“反对利用囚犯进行研究的人认为，监狱的环境本身就是强迫性和限制性的。而认为此举并不造成损害（包括众多潜在的研究受体）的观点

认为，剥夺囚犯参加实验的权利是对其自治权的更深冒犯，至关重要
的是，剥夺了他们脱离单调的监狱生活还能挣些小钱的难得机会。”³³
联邦药品管理局（FDA）认为，监狱的强迫性环境令同意的自愿性让
人生疑，它于1980年5月发布法令，禁止进行“与人体健康无关或
影响囚犯群体”的研究。1981年，四名来自密歇根州监狱的囚犯，包
括一个叫范特的人，和普强药厂一起提起诉讼，试图阻止FDA法令
的施行，声称他们都是自愿同意参加实验，自愿且毫无强迫，新的法
令剥夺了他们“成为实验受体的权利”。³⁴这个指控要求FDA重新
制定法令，但1981年10月时，结果尚不明朗。如果我们的分析是对
的，则在自由主义及保护主义的立场下，研究者提出的要约并不必定
为强迫性的，因为和在两害之间，或中好与大害之间作出选择不同，
这种要约提出的是一个积极的诱惑（按照一般囚犯的底线衡量），代
价则是经过谨慎规划后的一定风险（相对较小的害）。

当然，世界范围的趋势是禁止或严格限制囚犯参与实验。³⁵如果
囚犯面对这样的要约，他的同意怎么可能是自愿的呢？有三个理由不
言自明。首先，狱方并不必要对囚犯施加任何压力，以迫使那些显然
“自愿”同意的囚犯，无论如何，当双方力量对比如此悬殊，强迫的机
会随手可得。哪怕只是狱卒皱一皱眉头也可以被理解为今后的糟糕处
境，有时这种理解确实是对的。限制性法条可以防止这种情况。问题
不在于力量悬殊本身是强迫性的，而是说如果一方力量过强，他们随
时都可能滥用。禁止的第二个理由是，对很多人来说，这种实验在道
德上令人反感，它与人的自尊相悖，研究者以人为受体，仿佛他们是
实验室的动物。这种康德式的感受与认为囚犯的同意可能是不自愿的
立场一致。最后，从另一种相关但独立的立场出发，亦可发现囚犯实
验令人反感之处。用囚犯做研究，特别是由商业性公司主持的研究，
实际上就是研究者利用囚犯的弱势地位大发横财的一种途径。囚犯的

同意往往是自愿的，但还是有人谴责这种基于（非强迫性）剥削的做法（参见第三十一、三十二章）。这种反对观点不是认为研究者不法侵害了自愿的同意者（按同意法谚），而是谴责他们通过不正当的方式取得收益。

同意的自愿性标准中的背景变化。在我们这个三件套的概念组合中，第三个概念，同意的有效性，和另外两个概念的不同之处在于它并无程度上的递进。有效或无效，正如有罪或无罪、有责或无责，均为要么有要么无的绝对概念。其次，某种表达的有效性不能简单地从事实中解读出来，或者从对自愿性和强迫的概念分析中得出。有效的（具法律意义）同意行为所要求的自愿性程度有多高，这至少部分是政策问题，可以参照由一般立法根据及社会正义制定的规则确定。这些规则将自愿性标准细化，它们随背景情况（购车合同中的隐含保证、监狱的自愿研究、审前辩诉交易）及特定法律后果（合同义务、刑事责任、个人风险承担）的变化而变化。总体而言，如我们所见，合同有效所要求的自愿性程度较令另一方承担刑事责任所要求的自愿性程度更高。（无助的母亲同意好色富翁的提议成为他的情妇，在富翁履约之后，她可以不履行合同，但她的同意足以成为富翁受到刑事指控时的免责事由。）同样，行为一方的非自愿性是否足以使其就某个不法行为免责，取决于行为造成的社会危害后果。行为对他人造成的损害愈甚，则免责所要求的非自愿性程度越高。在更严重的案例中，如我们所见，应以客观标准衡量不法行为人的自愿性程度。若一般道德模范在彼等情况下不会屈从作出同样选择，那么，即使他们的不法选择是被迫的，亦构成犯罪。可预见的社会损害愈严重，则客观标准愈严格，假定的模范就愈接近英雄人物。

变量的最大麻烦在于判断自愿性时对相对基准线的选择。如我们所见（参见第二十章第四、五部分），可将行为的自愿性放在特定

背景中予以衡量，或者，即使该等背景并非常态，亦按假定常态背景予以衡量。采取何种方式既要考虑法律政策，亦应考虑正义。监狱环境具有限制性，因此，若将囚犯按“一般路人”的正常背景衡量其同意某个强迫性要约的自愿性程度，则结论往往是非自愿的。但若按囚犯的特定背景衡量，则可能是合理选择，甚至可以视其为受到诱惑的结果而得出纯属自愿的结论。如果假定囚犯如此选择攸关公共利益，且对该特定囚犯非属不公，那就没有必要按照一般常态标准判断其自愿性。他在该特定情况下作出的选择可能是高度自愿的，该特定背景虽限制自由，却不可改变，亦无不公之处。因此，他的同意是自愿的，因而也是有效的。另一方面，针对诺茨克所说的对奴隶提出的强迫性要约，同样也可以相对其被奴役的背景而得出自愿同意的结论，但因为该等背景情形本身是不公正的，则若从其他法律目的出发，如为免除奴隶主的刑事责任，或者驳回奴隶的赔偿请求，则该等同意即属无效。亨宁森对布鲁姆菲尔德公司提出的特定条款的同意实际上就是在汽车行业处于压倒优势的“特定情况下”作出的，该背景既无法改变，又确属不公（“显失公平”），因此衡量的标准应当假定保障条款本身是可以协商的。在此假定背景下，亨宁森所处的特定背景即具有强迫性，他的同意当然绝非“充分自愿”，因而是无效的。

七、刑法方面的问题

高度尊重个人自治的软家长主义者认为，当且仅当 A 的行为对 B 有危害，且未获 B 的同意，或 B 的同意并非充分自愿时，第三方为 B 着想，对于 B 未同意，或非充分自愿同意而被 A 施以危害利益的行为进行的强制干涉是正当的。同样，法律为保护 B，对于 B 未同意，或非充分自愿同意而被 A 施以危害利益的行为，以刑罚处罚为威吓

也是正当的。降低自愿性的其中一个因素就是强迫。若 A 以外的人迫使 B 同意 A 的损害性提议，则仅当 A 为共同强迫人时，方为损害 B 的行为承担责任。若 A 本人强迫 B 同意，则 B 的同意表示（并非“充分自愿”）不能作为 A 免除刑责的辩护事由。 263

若 B 出于自身原因，未受他人强迫，要求 A 实施危害 B 利益的行为，假定他的要求并非受到 A 的蛊惑，亦非被 A 利用其智障，则 B 的“同意”完全是自愿的。毕竟，他是 A 同意的那份合约的始作俑者，而非相反。同样，如果 A 以慈善、怜悯、友谊等为借口，或以积极的诱惑怂恿，或者以收益引诱，要求 B 同意，则 B 的同意也属自愿。即使 A 碰巧利用了 B 的弱势，要求他同意一个剥削性的“强迫性要约”，B 的接受，虽不致完全自愿，仍可作为 A 避免刑事责任的辩护事由。但若 A 强行干预 B 的个人事务，制造了他的弱势状态，然后故意利用这些条件提出一个强迫性要约，则在这种情形下所获得的 B 的同意不足以成为 A 的免责事由，而以巨大损害的威胁获得的同意，在任何类型的诉讼中，包括刑事和民事诉讼中，均不具有任何法律意义。

作此小结后，我们即可将被迫同意实施的传统型犯罪和与此问题毫不相干的犯罪区分开来。总体而言，被迫同意的问题往往与 A 怂恿下的 A 与 B 之间的某个对价合约存在实质联系，但不会出现在 A 给 B 慷慨帮忙的情形中。同理，这个问题会出现在高利贷和重婚罪中，却不会出现在安乐死或帮助自杀的案件中。一个饱受病魔折磨的老人向配偶提出杀死自己的请求，不应被视为受另一方强迫而同意的情形，即使按某些准则判断，这并非完全自愿。下面我们快速检视一下“相关犯罪”。

高利贷。借钱赚利息传统上因被教会视为非自然的罪恶行径而备受谴责，但它对于资本主义制度的产生却至关重要，以致现代社会可以容忍这种行为。不过，法律仍一般地禁止以此获取“过高的、利

滚利的利息”。³⁶ 高利贷，即以超过合法利率进行借贷，在英国普通法中，264 这种行为并非犯罪，尽管自十三世纪起，教会法认为这是冒犯行为，并随之以各种刑法条文予以禁止，但至 1854 年，“所有禁止高利贷的法律”[如刑法]皆被废止。³⁷ 我们可以理解为何剥削性的借贷在传统上受到排斥。借者利用贷者经济困难的不利处境，他拥有那个绝望的人需要的东西，可以榨干那个人的最后一分钱。借者在别处找不到合理条款，他只好“要么接受，要么走人”。³⁸ 他的选项介于诸如饿死之类不可容忍的恶与另一个小恶之间，后者则以过重的债务对他未来的偿还能力构成威胁。

对于弱势一方而言，高利贷合同中所包含的苛刻条款正如所有“显失公平的合同”一样，确实存在强迫性。在我们的分析中，其强迫性降低了弱势一方同意的自愿性程度，弱势一方的地位正如前文墨菲提到的那个快要渴死的人面对井水主人的例子，或者那个一贫如洗的母亲面对好色富翁时的情形。更贴近的比喻将其与另一类商业活动中的旁门左道相提并论，后者在古时英国法中被描述为“垄断、囤积居奇”并被禁止。“垄断者收购货物，然后就可以随心所欲地订定价格。囤积而居奇者——两词并在一起后意思一致——是指将货物全数倒买倒卖，”³⁹ 即购入大量货物，控制某个市场的货物供应，然后抬高价格。这种不公平的剥削性商业行为与高利贷合同之间的区别在于，前者的交易双方或多或少自发地站在各自角度行事——以钱易物——而高利贷则由优势一方说了算，另一方迟早会同意其提议中的条款。

在我看来，法律可以不以刑事惩罚为威慑（借出方）保护弱势一方（借入者）。实际上，现代国家（除伊斯兰国家外）对信贷行业的管理正是如此。国家既要提高经济效率，又要保护相关弱势方不受剥削，于是制定最高利率。如果介入方在强迫性背景下“被迫”同意高于法定利率的利息，则合同中的相关条款是无效的，他对该等利息的

承诺不可强制履行。如果他以合理利率偿还，债权人不得以合同条款为由提出诉讼请求偿还余额部分。若高利贷合同无效，则借出者无权提出履行要求，该合同可在不施用刑罚的情况下被撤销了事。

当然，不法分子仍会受到刺激进行非法借贷。他们会威胁借入者，若不按照他们要求的利率还债，就会导致严重后果，不必借助法律，他们自有其道。这种借钱方式的确属于“剥削业”，以非法方式借贷的行为本身即应受刑罚处罚。但从保护弱势一方不受损害来说，并不必以刑法为威吓，只要将其认定为显失公平合同，就可解决这个问题。⁴⁰从自由主义立场出发，将高利贷行为犯罪化并无理据。

重婚罪。即使假定一夫一妻制具有至关重要的社会价值，应当通过法律予以维持和保护，我还是认为，没有理由将重婚行为视为犯罪，特别是视其为重罪。⁴¹重婚婚姻从法律上说并非婚姻。布莱克斯通于1755年写道，“按英格兰教会法，丈夫或妻子仍在，第二个婚姻是无效的，不具有任何法律意义。不过[他又说]，立法者仍认其为重罪，理由是，这种行为侵害了公共经济和国家体面。”⁴²有人可能认为，和布莱克斯通的说法相反，认定后一个婚姻因违反公共政策而无效就已经保护了个人和公共利益，并不需要刑法出面（和高利贷的情况类似），但这种观点并不普遍。德夫林爵士斥责H. L. A. 哈特不能在自由主义立场上提出将重婚行为犯罪化的理据。哈特则反驳道，损害公众原则和冒犯原则完全可以为重婚罪提出令人信服的理论依据。⁴³我的观点与此二位皆有不同。我同意德夫林所说的，此处的犯罪化并无自由主义理据，但和此二位不同的是，我认为根本不应设置重婚罪——这才是严格意义上的自由主义立场。

当然，某些重婚婚姻是因欺诈导致的。一个男人⁴⁴没有对第二个“妻子”说明他已经结婚的事实，或者他对第一个妻子隐瞒了后一次婚姻的事实。无论何种情形，受害者都是女性。后面一个妻子往往处

于弱势。她在作出重大人生决定、财务投资和个人承诺时，往往是建立在确信自己目前的合法地位的前提下的，但事实上，由于受到欺诈，她并不具有那个地位。对第一个妻子的损害则不那么明显。她“被
266 骗”了，这一点当然毫无疑问，但若说她受到通奸而非重婚的不法侵害，则这种侵害几乎难以察觉。有关通奸行为的刑法条文长期以来受到质疑，在很多地方都已被废止，即使在条文中仍有保留，亦早已弃之不用。对于将欺骗性的重婚行为犯罪化，有一个古老且微弱的理由认为，这样可以保护第一个妻子的利益不受损害；而对于第二个“妻子”来说，她丈夫隐瞒了前一个婚姻，她成为诈欺行为直接损害和间接损害的被害人。就保护她而言，欺诈型重婚行为有理由被犯罪化，当然，立法者仍应谨慎考虑，因为已有诸多民事途径可供她寻求救济。

更微弱的理由则并非从对“妻子们”的欺骗出发。这种案件中谁需要刑法的保护呢？第一个妻子可以以通奸为由（如果一定需要理由）提出离婚。她受到丈夫的不法侵害，但通常情况下，这种侵害并未因他与另一个女子的婚礼以及因此而产生的一桩无效婚约加剧。后一个“婚约”在法律的眼里是一张废纸，不具有任何法律意义。第一个妻子并未受骗，相关法律部门也不会受骗，公共记录未被修改，当然也就不存在公共损害或是非婚生子女变成婚生子女。⁴⁵ 如果万一公共记录发生混淆，这种刑事冒犯行为亦会因其过于琐细而至多应被归入轻罪。第二个“妻子”更不必刑法出手保护，她和一个男人举行婚礼，她认为自己结了婚。若将此行为视为犯罪，她也只是受害者，而非行为人之一。

奇怪的是，《模范刑法典》不仅将重婚行为入罪，并对是否存在欺诈一概不问，更将不存在欺骗的双方完全自愿的重婚行为（称其为“多配偶行为”）视为严重犯罪：“多配偶行为为犯罪，且为三级重罪，即一人同时有一人以上配偶，意图行使拥有多个婚姻权利的行为。”

妻子（们）以同罪入罪。法典将作为轻罪的重婚行为与作为重罪的多配偶行为区分开来，似乎是暗示，由轻罪变成重罪的原因在于后者是公开进行的，或者以行使权利的方式进行的。关于多配偶的刑法条文显然针对的是摩门教以及其他认为人有权拥有多配偶的宗教团体。很难理解国家为何在和平时对这些群体如此紧张。当然，后一个配偶 267 同意的自愿性值得怀疑，但那只能作为撤销他们之间婚约的理由，而非处罚约定各方的理由。有人怀疑法律的最终目的并非针对这种行为，包括无合法婚姻关系的异性完全自愿地公开同居，⁴⁶但这种行为或引发某种暗自合法的氛围，国家可能害怕对这种行为的容忍会削弱道德限制，因而有必要以严厉的刑罚来保护“公共道德”，那么，这个目的可不是由损害原则，而是由法律道德主义原则得出的结论。

勒索。布莱克斯通按照普通法传统，将勒索定义为公务人员实施的违反公共正义的犯罪行为，即“公务人员以其职务为名，从他人身上以非对价关系、或超出对价关系、或在对价关系成立以前索取非法所得，包括钱或任何有价值的物。”⁴⁷若为收费员、收税员或警察要求给付，则指在其收缴职责以外收取“小费”，凭借其职权发出无形的威胁，利用因此而使公民产生的恐惧，获取非法所得。这种对公共职权的不法滥用正是某种以强迫获取钱物的方式。于是，“勒索”也成为以威胁的方式不法获取钱财行为的统称。根据《布莱克法律词典》，勒索是指“通过威胁或使对方恐惧的方式获取不法所得。”按 20 世纪以来的语言理解，任何人都可以成为勒索者，而不仅限于公务人员。现代刑法典中的“勒索”是指任何以强迫性威胁获取他人钱财的犯罪行为，当中一部分行为则特别命名为“抢劫”或“敲诈”。

由于在专用术语上陷入极大混乱，《模范刑法典》的作者们又提出一个引申用法。第 223.1 节“非法侵占财产罪的合并”写道，“本条所称之‘非法占有’行为为盗窃、挪用、虚假主张、勒索、敲诈、诈骗、

收赃等单个犯罪行为的统称。”《模范刑法典》区分“非法获取或处分方式的非法占有”（第 223.2 节）、“欺骗方式的非法占有”（第 223.3 节），以及“敲诈方式的非法占有”（第 223.4 节）等。⁴⁸“勒索方式的非法占有”是指以损害性方式发出威胁以获取他人财物的行为，包括以身体伤害、刑事控告、散播秘密、实施或撤销职权行为（及布莱克斯通所说“以职务之名”）、引发或继续打击⁴⁹、为其诉请提供或撤销证词，以及（通常的泛称）“以施加损害”为威胁。这些统一纳入“勒索”名下的形态各异的不法行为的共同点在于，它们均包含一方通过利用自己的力量、对方的依赖，造成对方的弱势，强迫对方转移财产。（“财产”应作广义理解，包括好色富翁示例中女性的身体。）

勒索和某些形式的非法占有行为不同，如抢劫（非法获取），勒索者令对方交出财物，即迫使对方同意由他操控的选项，而不留任何合理选择的余地。它也不同于欺骗性非法占有（通过虚假主张以非法获取），勒索的手段是威胁而非谎言，但相同之处在于两者均以某种方式获得被害人的同意，而此同意却不能作为刑事指控时的免责辩护事由。对于被害人而言，他自愿转移财产是因为受到威胁，这与抢劫犯不问其“同意”而直接夺走财物并无二致。毫无疑问，勒索就是一种标准的通过迫使他人同意而对他人实施不法侵害的行为。按照自由主义原则，无论是披上伪装的“保护色”，还是赤裸裸的打劫，都当然地属于犯罪行为。

一、分类

强迫绝非唯一一类可以降低或抵消同意自愿性的因素。有瑕疵的认识或错误认识是另一类因素。当 B 确信自己同意的是提议 P1，但实际上（A 之后声称）他同意的是提议 P2，则他并未自愿同意 P2。我们至多可以认为他“错误地”或“出于误解”同意 P2。即使 A 和 B 理解的提议都是 B 看似同意的那个提议，B 仍可能对该提议的相关事实为没有认识或存在错误认识，若明白这一点，他本不会对提议表示同意。这一点 A 或许知道，或许不知道，因此，他或许有，也或许并无向 B “披露的义务”。其次，A 或许已经作出解释但表达上存在歧义。至少在某些情形中，B 的同意并非充分自愿。最后，B 之所以同意 A 的提议是因为受到来自 A 或其他第三方的蛊惑或欺骗。一般而言，在此类欺诈情形中，B 的无认识并非由于对方未加披露，而是由于对方就提议本身、相关背景事实或未来进展故意作出的错误表述。

由于同意者有瑕疵的认识使其同意自愿性出现不同情形，如表 25-1 至表 25-4 所示。表 25-1 表明，由于有瑕疵的认识而导致的非自愿性分为三类，包括他的无认识或错误认识，或者他人欺诈或其他原因导致的结果。表 25-2 至表 25-4 区分了导致对合约内容有不
270 同理解的可能原因。表 25-2 区分了对同意内容产生不同理解的可能原因。表 25-3 区分了导致对随附事实的无认识或错误认识的不同原因——导致他并非自愿地同意合约。最后，表 25-4 仅为因欺诈而无效的合约，并按欺诈来源和主题作出分类。每张表所涉及的理论问题都很复杂，它们只能为我们即将进入的迷宫提供一个简单的指南。

表 25-1 有瑕疵认识的原因和主题

	按同意内容	按背景事实	按未来进展
无认识或错误认识			
欺骗			

表 25-2 对合约本身的认识有瑕疵

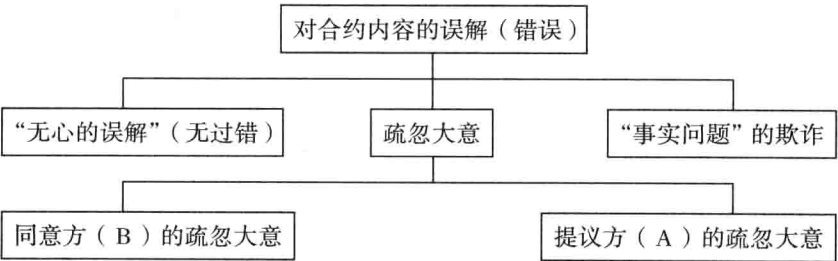


表 25-3 对附随事实的认识有瑕疵

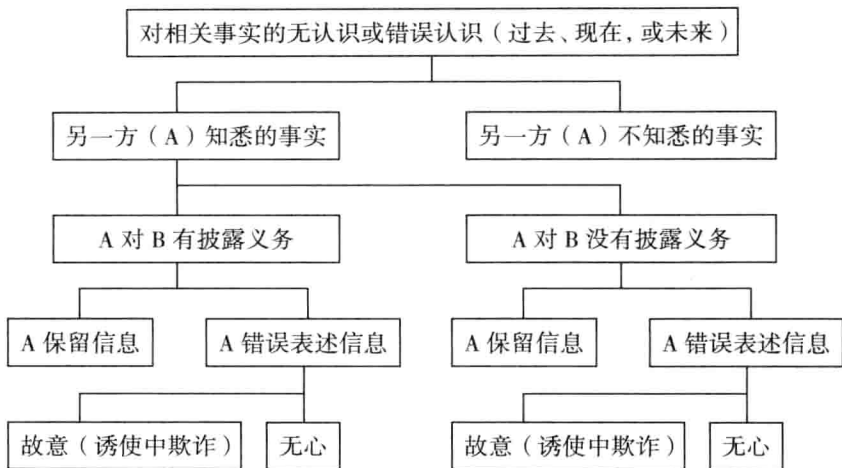
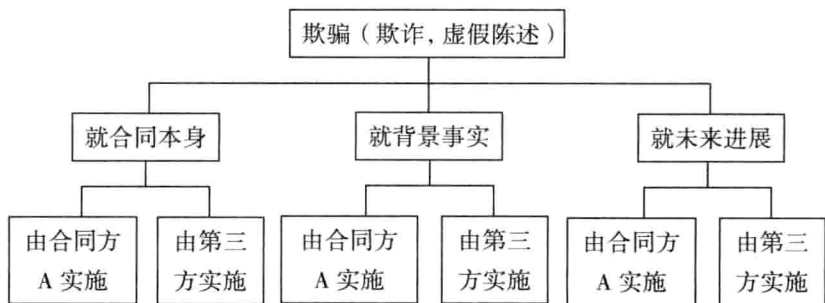


表 25-4 包含欺诈的有瑕疵认识



二、对同意内容的错误理解

在有些情况下，提议者和同意者对合约内容的理解不一致，发生混淆并非任何一方的错。A 提议时的语言表述可能比较模糊，或者有浓重的口音，或者他的字写得过于潦草，或者他使用的术语存在微妙的模棱两可之处，或者，B 可能是外国人，不太懂得合同文本所使用

271

的语言。文件可能无意中被翻乱了，B 签署的并非他本来要签署的文件。即使双方都很谨慎，真心要达成合约，这些错误仍然可能发生。在这些“无心误解”的情形中，A 因合理但错误地确信 B 的同意而行事，若因危害 B 的利益而触犯刑法，而此时他并未获得 B 的真实同意，则按自由主义立场又该如何认定其行为呢？

272 首先，知情的第三方有权干涉 A 以保护 B。当然，第三方可以灵活处理，并不必定出手强行干涉，若条件许可，可以通过法庭或警察的法律职能加以干涉。假定 A 和 B 一样并无过错，如果他不能按他以为的 B 的同意行事，就会遭受损失。这个事实将使问题变得很复杂，善意的干涉可能会构成不法侵害。其次，基于这一事实，干涉可能只是阻止对 B 的微小损害或看似较大的损害，可同样的假定也适用于 A。倒霉的第三方该如何行事将倍受压力，只能遵循此类情形下的一个合理标准，而非更高标准。为了阻止严重损害，他可能相应地会使用强力，但反之则不需要。如果时间允许，他也可以不出手，警察甚至法庭可以帮他作出一个艰难但合理的决定。有一个原则肯定适用：如果 B 并非自愿（明知地）同意 A 的危险行为，那么对 A 而言，其行为就会侵犯 B 的个人自治，尽管 A 基于善意而并无过错。

A 的善意可以使他避免承担刑事责任。毕竟，如果那只是无心的误解而并无过错，则 A 的行为本身也非充分自愿。他虽然侵犯了 B 的个人自治，但那不过是个误会。他本来确信自己已获得 B 的同意，而事实并非如此。这种双方皆为无心的情形只是特例。在绝大多数情况下，一方或另一方有更大的初始义务，确保不会引致误解，承担更大注意义务的一方是未履行该初始义务的一方。一般而言，不易受到损害的一方应就履行前“确保”不发生误解承担更大的义务，可能发生的损害越大，注意义务就越大。如果医生 A 正在寻找可供移植的器官，他认为自己听见病人 B 说，“你可以把我杀了，”但实际上 B 说的

是，“你可以把账单开了”，于是，彼时彼地，A 并未进行任何进一步的核实，立即开枪杀死 B，那么，面对谋杀指控，无论何种自由主义法律系统均无法为其辩解。他的错误或许是“无心的”，但这并不能成为他未能避免错误的理由。实际上，完全无心的误解极少出现在刑事案件中，个人均应承担确认的义务，就司法层面而言，我们总是假定损害者是有罪的，除非他能够就不当同意提出合理的抗辩，以证明误解必定发生。

在相对少见的案件中，“错误同意”一方可能完全知晓潜在的误解根源。比如，他知道自己不太懂英语，或者自己的听力或视力不太好，而他的合同对方并无可能知道他的这些缺陷。在这种情况下，同意者本人应承担更大的责任，避免只有他可能预见的因误解而发生的危险。在这种情况下，若 B 因为疏忽大意，同意了他本不会接受的 A 的提议，而 A 事后可以主张 B 对提议的同意应被视为“充分自愿”而有效，那我们即可就所谓自证法则——“某人对提议 P 的自愿同意应建立在其确信同意的就是提议 P 的前提下”——设定例外，作为对 A 的主张的回应，这条发言应当再加一句予以修正——“他本应明白那正是自己所为之事”，以便涵盖同意者如此疏忽的情形。

在同意成为有效同意之前，绝大多数不确定因素均可通过正式公开的同意程序、见证人、公证人、问卷、“冷静期”等得以避免。

对合约内容的误解还包括其他情形，A 蛊惑 B，使 B 正式同意合约，但他实际上同意的却是另一份合约。这种情形很有理论意义，因为这种合同介于“事实欺诈”与“诱骗欺诈”之间，我们将在第七部分详述。

三、对背景事实的无认识或错误认识

若 B 同意 A 的提议，即使该提议可能对他的利益造成危害，因为

274 他对事实的确信掺杂了他的愿望，并形成接受提议的理由。B 对世界的
的确信中有一部分与他对提议的好恶密切相关，这类提议我们可以称之为“诱因”。这当中的某些确信若有所改变，那么对提议的认同亦会相应有所削弱或加强。还有一些确信对 B 的动机极其关键，一旦改变，B 就不可能表示同意。例如，如果 B 同意以自己的马交换 A 的母牛是为了繁殖牛群，若得知那头母牛不育（背景确认有变化），他就会撤回同意。如果交易已经完毕，他可以说，自己的同意是非自愿的，是认识上的错误导致他当初同意这桩交易。¹ 在一般合同交易中，错误认识显然是抵消同意自愿性的因素之一，尽管（如我们所见）它们在认定 A 的刑事责任方面并不太重要，甚至在合同责任认定上也不具有决定性意义。

合同法中的关键问题是卖方披露事实的义务范围，该等事实应与卖方的最后决定密切相关。² 如果卖方未履行其披露义务，则未披露的事实假定对于买方而言极为关键（必要），则买方对交易作出的同意表示就是不自愿的（同母牛例）。若未经披露的事实对买方的同意虽非关键内容，却是买方作出决定时会考虑的内容，那情况将更加复杂。他可能还是愿意同意，但不是那么心甘情愿，或者他还是会买，但会给出一个较低的价格。这取决于该认识在他决定中的作用大小，其错误程度将比例性地抵消同意的自愿性。当然，自愿性有程度之分。若卖方并无披露义务，他对相关信息的隐瞒并不影响对买方同意的自愿性的法律认定，或者，并不会令同意失效，因为合约是“充分自愿”的，因而是有效的。

如果原则过于抽象，则以此施加给卖方的披露义务将过重。面对千差万别的个体，他如何知道对每一位买方来说，何种事实方至关重要？什么才能保护他免受不可预见的异常情况的损害？法律必须以“标准个体”设定秩序和可预测性。不能要求卖方预测每一位买方的

意图，但他可以预测绝大多数人的意图——例如，要管子不生锈、屋顶不漏、没有白蚁——法律甚至会帮他列出更重要的标准利益的明细。如此以公共规则考虑交易双方的有利和不利之处。若买方的特别利益未出现在规则中，而卖方却不易测知，那么，买方就有提出问询的义务，卖方则应给予真实充分的回答。 275

一般人不仅有某种关切点——例如他打算购买的房屋的管道是铁的还是铜的——他还应有某种“深度背景认识”，例如，房屋的所在地每年冬季有几天气温在零度以下，或者更深的背景认识，冰点为32华氏度。如果买方缺乏这些一般背景认识，卖方不能因未披露相关信息而承担责任，当然，如果买方就这些问题询问卖方，卖方有责任据实回答。卖方的初始披露义务主要包括特定物体（如房屋、土地或车辆）的基本数据，而非一般认识事项。

当然，与披露有关的义务是否恰当履行，关乎交易是否合法有效，是否应予履行或被撤销。在此，刑事责任是另一个问题。尽管承担明确的披露义务，卖方仍隐瞒主要信息，若买方事后得知不堪的真相，就可以撤销合同，法庭“会取消双方继续履行的义务，使双方恢复到未达成合约之前的状态。”³ 不在此施加刑事责任的理由很多，除了基于社会成本的通常理由，一个主要的反对依据是，要保护买方不因不实信息而受到损害，并不必动用刑罚。撤销合同“这个武器”足以提醒卖方履行义务，若法庭事后认定原先的交易应予撤销，卖方当然就得不到任何好处。其次，在不披露的案件中，若不涉及刑事责任，法庭则不必就卖方交易时的“精神状态”进行艰难的认定。如果法庭的决定仅仅是合同的有效性，则法庭不必就不披露是出于故意还是仅仅出于疏忽作出决断，不管怎样，合同都会被撤销。

另一方面，欺诈才是刑事诉讼的主题，在刑事诉讼中，必须认定卖方故意向买方撒谎，就某些他认为对买方作出决定至关重要的事实

- 276 作虚假陈述。欺诈更难防范（单单调查是不够的），作为更严重的道德冒犯行为，它往往被反复实施，更易造成严重损害，而较难以民事赔偿予以被害人救济。欺诈者通常以诱骗对方同意某个约定以非法占有对方财物，然后再以此为借口脱身。当欺诈被揭穿，合同被解除时，损害已经发生，仅仅靠撤销合同无法恢复原状。合同责任对于欺诈者而言没有任何威慑力。

故意作虚假表述（欺诈）和故意隐瞒事实往往很难区分，如安东尼· Kronman（Anthony Kronman）指出的：

……很多人认为赤裸裸的虚假表述是……非法的……但又认为底线在于——自愿交易有两个必要条件（不存在身体强制或欺诈）。假定卖方既未施加任何威胁，亦未陈述任何谎言，但确实说了某些话，这些话的内容总体上说是事实，意在鼓动我对这个房子的情况得出一个错误的结论，并且对房屋的检查也没有本来定好的那般仔细。（例如，卖主告诉我，在过去十年里，防白蚁公司的检查员每六个月就会过来检查房屋，这个情况是真实的，但那卖主却有意忽略了一个事实，那就是在最近的一次检查中，检查员发现房屋出现一处白蚁巢穴，而房主尚未采取措施。）对我只提及某些事实，而不提及另一些事实，就是想让我在疏忽和轻信的情况下被他的话冲昏头脑。当然，如果他什么也不说，结果也是一样，他没让我知晓我所不知道的房子的缺点——这是单纯的不披露。⁴

有些人认为，粗心而幼稚的买主“只能怪自己”，法律不应让买方承担太多的披露义务，买方为了保护自已，应当具有自己意图购买的物品方面的专业知识，并征询卖主的保证等等。根据此“买方自

慎”原则，国家应当鼓励自我充实，而非对买方施加披露义务。但如克朗曼所说，按这样的说法，买主应该雇用保镖伴其左右，以免“被人用枪指头而被迫签署合同”，⁵同时，为了不误信谎言，就该随身携带测谎器要求卖主随时接受测试。是否以对“提议者”施加披露义务以保护“接受者”当然是一个政策问题，与制定规则防止强迫、虚假陈述或隐瞒真相的替代做法只存在程度之别。显然，在所有情形中，如果没有保护性规则，就会造成普遍的怀疑、繁琐的程序、意外、误解和普遍的不安感。如我们将见，买方自慎原则有合理之处，但若将此原则延及所购产品的基本信息，就会造成滥用。自由社会给精明和 277 技能留有竞争空间，哪怕极有风险，但如果经济生活中所有常规交易都要如此战战兢兢、谨小慎微，恐怕并不符合任何人的利益。⁶

四、对未来的错误期待

很多自愿交易得以成交的原因是合同一方或双方相信眼下的交易会在未来给自己带来好处。从某种意义上说，没人能确知眼下的交易标的未来将有何表现，用“不披露”或“非不披露”都不太合适。某人就未来的黄金价格走向、经济发展模式、谷物收成等发表观点并非“信息披露”。基于这些具有不确定性的观点而作出的购买或出售行为常常被称作“投机”。不过，一人表达的“投机观点”在另一个更接近秘密决定的人那里却可能被视为“披露信息”。B 猜政府会在某个点兴建高速公路，但本人就是那个决策委员会成员的 A 却可能早已知道最终的决定将会如何。

如果某人同意某提议时依据的是投机性的错误认识，则他的自愿性如何呢？假定 B 从 A 那里购入货物，因为他相信货物的价格还会上涨，他能够赚到钱，但实际上，价格却会下跌，他会蒙受损失。那么，

B 同意购买 A 的货物一开始是自愿的吗？显然，答案是肯定的，否则所有输钱的赌徒就都应被界定为被害人了！赌徒们当然不情愿（不甘愿）成为输家，但他们却是自愿的风险承担者。因此，描述他们确属自愿的一个要素就是“风险预设”。（见本章第五部分）“博彩”或“赌博”都可以被定义为双方之间的自愿约定，双方对未来的某种期许就是诱因，当然，这种期许在双方之间其实是对抗的。而赌徒们的同意当中均包含着他们对风险的承担——如果情况没有照着他们的期许发生，也不能抱怨不公。当然，并非所有合同中的风险预设都包含此类对抗意味。由于未来存在独立偶然性，B 和 A 的合约对 B 来说可能是有风险的，但对 A 而言亦未必定有所得。纽约人 B 搬到加利福尼亚州，购买了 A 位于圣安德烈亚斯断层地带的房子，B 需要承担一定的风险，而 A 却并不会有任何得益（假定），因为他不管怎样都要搬到伊利诺伊州去，如果 B 的家因为加州地震而毁损，则对于居住在芝加哥的 A 来说，并非好处。

如果投机者并不确知所承受的风险，或者并不认为这是风险，或者并未“理解”到风险的严重性，预设风险的自愿性，则其自愿性程度将会降低。如果 C 错误地告诉 B，他知道（有议员向他透露了信息）高速公路不会经过他的店铺所在的位置，B 当然就不会认为自己购买 A 的店铺存在任何风险，但之后，令他倍感震惊和失望的是，他将蒙受重大损失。除非最后 A 放过他，否则，他的同意虽非完全自愿，但也“足以”使合同有效且不可撤销。（部分原因在于我们的法律所包含的个人商业行为往往具有内在竞争性，部分原因则在于 A 也有合法利益应予保护，既然他秉持诚信自愿同意了这桩交易，就可能要承受因合同撤销而造成的损失。）

制度性安排及议题的重要性往往要求同意应是“知情的”。既然在其他条件等同的情况下，没有人“确知”未来，因此，对于风险的

同意根本不能满足这个条件。不过，如果明知这的确是风险，也完全了解风险的大小（可能性），明知与风险相关的全部有效信息，那么他的风险行为就是“知情”行为，他的自愿也就“足以”使同意有效。丹·布罗克写道，“同意的知情条件要求同意者未被故意隐瞒任何相关信息，但这并不意味着在不确定情形下的同意就是不知情的。”⁷充分知情的一个要素就是了解信息的不完全性。（见第二十一章第五部分。）若医生将所用药物的所有可能产生的副作用都告诉了病人，却没有透露长期服用该药物对肾脏的影响尚不得而知，则该病人对风险的预设就是不知情的，可能因自愿性不足而导致同意无效。

因为不存在先知，即使“完全知情”，我们也要依赖预测，几乎所有自愿合约中都包含某种风险。在加州工作就会增加遭遇地震的风险，在大城市生活更容易遇上街头犯罪，在某些行业工作会增加致癌的危险。实际上，谁能确知自己工作、婚姻、生活方式的风险呢（并没有确切的统计数据）？一旦这些风险变成现实，就有人“输了”，即使并不存在对手，也没有人因此而得到好处。但若此损失可自动使先前的同意归于无效，就模糊了倒霉的输家与怨愤的被害人之间的区分，所有的输家都成了个人怨愤者，合同带来的所有损害都成为不法侵犯。如果因一方对未来的错误预测而达成的合同均自始无效，那么我们的合法婚姻也会出错，他人对我们所负有的合同义务将毫无根据，甚至连刑事责任的辩护事由也将一无是处。如果对同意设定如此严苛的标准，代价将极其高昂。我们对未知世界的要求只能是，在与他人缔结合同时，不应故意隐瞒与风险相关的信息。 279

在某种程度上，即使只是这样的要求可能也是“奢求”。当合同双方的利益相互对抗时，合同协商的过程其实就是“才智的角力”，双方都希望以自己更胜一筹的判断力、技能、知识或勇气获得较对手更大的收益，当然，双方亦都预设了自己失败的风险。这个概念引发

的法律政策问题就是适用的边界问题，以及在此范围内，对他人的利用何时合法何时非法的问题。显然，更强的手段和勇气并不能迫使对方接受合约（恐怕只有“爱情和战争”是例外），谎言和欺骗亦是如此。另一方面，按照合同法中“显失公平”的规则，财富优势的用处也很有限，但并非没有（第二十四章第五部分），且法律禁止高利贷。克朗曼敏锐地指出，金钱只是优势之一，原则上与知识及才智方面的优势并无二致。他认为，财富在广义上不仅包括金钱，还包括“信息、智力和勇气”。此外，他还认为，

280

……认为钱——狭义上的财富——并非交易优势的观点也是错的……[使]拥有者在交易中占上风。金钱可以使他获得更多优势（例如信息），否则他或许会被迫接受条件较差的合约，或者可以允许他给出更高的出价；在其他条件同等的情况下，钱越多，越可能达成合约。实际上，钱只能够提供交易优势，和智力或勇气不同，它给不了别的。流落在荒岛的人靠的是体力和脑力，除非有人和他交易，否则，他口袋里的钱毫无用处。⁸

正因如此，克朗曼的结论是，应对所有的利用行为一视同仁，并得出一个单一的公平原则。“在与他人的交易中，对利用金钱优势和对利用智力、勇气及信息优势的允许应当是同等程度的。”⁹但该是什么样的程度呢？此处我们不予展开，因为本文的主旨在于探索自愿性的多重内涵，而非勾勒出一个完整的分配正义理论。我们只能说明，这个问题部分在于对自愿性概念的分析，部分在于对经济正义问题。就概念问题，我们的回答是，合同一方隐瞒相关信息（形成对对方的诱因），即使这个信息对于未来的预测是不可靠的，也会令对方同意行为的自愿性程度有所减少。是完全同意还是同意无效，取决于（1）

距离充分自愿有多远，一方在不知情的情况下作出的预期对他的诱惑力有多大；（2）合同涉及社会生活的哪个领域（婚姻？医学实验？雇佣合同？商业买卖？“交易”？）；（3）在多大程度上属于对抗性“竞技活动”？（4）在社会生活中普遍适用的实证效果（如经济效果）；（5）我们用以得出（3）和（4）答案的原则。明智些的想法或许应该是，这些问题应当用于选择判断同意有效性的原则，而非用于对自愿性程度的分析。所有的问题都在于：合约中的同意该有何等自愿方“足以”有效？

五、风险预设的限制

当然，社会生活的某些领域并不适用竞争性模式。其中一个领域是友好的邻里间，邀请朋友、熟人、推销员、咨询员，甚至是生意往来中的陌生人进入自己的私人地方，这种令人愉悦的信任感对于健康社群来说不可或缺。“我可以进来吗？”一方问；“快请进”，另一方答；或是“愿意留下来一起晚餐吗？”一方问；“乐意之至”，另一方答。从法律上说，这里已经建立起某种“邀请”关系。“受邀者”先是询问可否被允许入内，或者首先由主人提出邀请，受邀者只是被动回应。无论是哪种情形，主人所使用的肯定语使得对方获得了“受邀者”的法律身份，即主人通过语言表达了对对方入内的许可。受邀者一旦进了屋子，什么事情都有可能发生，何者已包含于主人的最初邀请当中？实际上，没人知道受邀者进屋以后会做什么，正如人们无法预知未来。受邀者完全可能成为对主人造成损害的原因。主人请他进来是否即已表明愿意承担之后不可预知的损害风险？或者对某些人来说是这样，但对另一些人来说却并非如此。受邀者可能不小心将咖啡泼到主人的地毯上，也可能将感冒传染给主人。这些事情时有发生，不

281

必大惊小怪。但如果这位客人突然暴跳如雷，砸烂了主人的所有陶器，那么，事后他不能以主人最初的邀请为借口，声称主人一早就同意他这么做。

近来美国法院对邀请者同意表示涉及范围的错误界定已经达到令人咋舌的地步。合众国诉阿瑟·鲍德温案（*United States v. Baldwin*）¹⁰ 就是一次糟糕的示范。不知疲倦的法律评论家费尔迪南·舍曼（Ferdinand Schoeman）¹¹ 对本案案情进行了概括，描述了田纳西州的警察是如何找到逮捕店主阿瑟·鲍德温的理由以关闭他合法开设的无上装酒吧的过程。

在没有任何证据怀疑其存在不法行为的情况下，警方派出一名卧底探员到鲍德温家执行任务，调查鲍德温的日常起居，以便找到蛛丝马迹，作为对其进行刑事指控的依据。这名卧底探员最终潜入鲍德温的酒吧，担任鲍德温的司机，并照顾他的小孩，在鲍德温家总共居住了六个月。在此期间，该名探员在鲍德温家碗柜的顶部发现了一些白色粉末，他取走了若干粉末进行化验，并以化验结果指控鲍德温持有并意图出售可卡因而将其逮捕。鲍德温虽然再三辩解，但仍遭起诉，同时，警方的卧底行动被宣布为合法。¹²

282 尽管宪法第四修正案禁止非法搜查，尽管该名探员是通过欺骗的方式获准进入被告人住宅，尽管不存在任何犯罪嫌疑，尽管搜查进行了六个月之久，对鲍德温的起诉仍得以成立。认为警察行为具合宪性的观点包括两点考虑，一是屋主自愿同意（“实质上”）接受搜查；二是既然屋主主动邀请探员进入住宅，亦即其愿意承担遭受搜查的风险。

如果不是鲍德温“自愿”邀请那个真实身份为警探的人进入他的家，那秘密警探就进不了他的家门，他家就不会遭到搜查，他的私生活就不会遭到刺探，他的隐私就不会暴露。第一点考虑就是这个思路。但鲍德温并不知道那人是个警探，按照第二点的逻辑，他并非自愿同意一个警探入内——这个描述更完整。因此他并未自愿同意自己的谈话被曝光或房屋被搜查。法律无处不在表明，因欺骗而导致的误解会削减同意的自愿性；为什么在这里却出现例外？这个问题源于风险承担理论。“第四修正案”，博伊斯·马丁（Boyce Martin）大法官在驳回鲍德温的上诉时说，“并不保护不法者对相关人的错误信任。”¹³ 在早前的一个案子中，最高法院的斯图尔特大法官亦试图解释，为何“无论是最高法院，还是任何其他法院都不认为，第四修正案会去保护一个误信身边人不会揭发其不法行为的不法者……按洛佩兹在反对意见中所说，‘隔墙有耳、遭人背叛或误信他人的伪装身份在我们的社会生活中比比皆是，这种风险我们人人都得承担’”。¹⁴ 这种说法感觉很对，但具体到鲍德温案，问题却是他邀请朋友来家里做客究竟需要承担什么样的风险。他完全可以抗辩，他自愿承担的只是“人人都得承担”的普通风险，而不是遭到由国家警探精心设计并实施的暗中调查的风险。

舍曼将斯图尔特大法官的话重新表述，以凸显其不合逻辑性：“如果 A 揭发 B 的 x 是合法的，若 B 获知 x 并能合法地告诉警方，那么，警察诱骗 A 直接说出 x 就是合法的。”¹⁵ 舍曼的观点很明确，欺骗亦会使情况变得不同——非常重要的不同——对自愿性而言，因此，若 B 同意 A 的提议，那么这同意即使不是完全自愿，也绝非不自愿，A 若故意说谎或存心欺骗，则 B 的确信就是虚假的。如果一个好朋友毫无预兆地背叛了你的信任，你只能怪你运气不佳。这种事情时有发生，只能怪自己遇人不淑。可如果你碰上的是像鲍德温碰上的被

警察设计这种倒霉事的话，那你就别责怪自己了，因为这里不存在坏运气，这种风险谁都估计不到。

反对舍曼的人会说，法庭裁定秘密警探以伪装的身份进入私人住宅是合法的，意即主人需要承担他邀请入内的任何人都有可能是警察的小小风险。问题是：这种情形设定的风险的确如此吗？法院通过不当引用普通风险作为类比，对他们就司法问题作出的反应进行辩解，实际上是在回避提供某种正当理由的责任——即对社会价值的权衡（一端是犯罪调查，另一端则是个人隐私、私人关系及对他人的信任）。

单纯的错误信息虽然只是欺骗的其中一个要素，但还是可能有人认为舍曼关于欺诈作为一个独立的自愿性削减因素的一般假定存在例外。从另一个角度考虑，非自愿性在此不过是错误认识的程度和动机的表现而已。这种观点认为，即使非自愿性程度相同，法律上的处理亦应依不同情形而定，如此，法律方可区分，如果因非欺诈性因素导致的错误认识，其自愿性可视为充分，如果已不只是提供错误信息，而是欺诈的话，同意的自愿性则视为不足。易言之，对于涉及欺诈的案件，法庭应当对自愿的有效性提出更高的标准。

假定 B 的侄子 A 从西雅图过来拜访 B，B 已经好多年没有见过 A，所以并不太熟悉 A。待了六个月之后，A 在厨房的茶托上发现了一些白色粉末，于是向警方报告。那么，当初 B 自愿邀请他妹妹的儿子来到他的家中时是否已自愿承担这种事情发生的“风险”了呢？显然，他并不想邀请一个会向警察举报自己的人到家里来。如此看来，他同意 A 来拜访并非自愿；但问题是这样的思路是否能够达到我们的论述目的。相对而言，我们也可以问，鲍德温是否会自愿邀请一个前来搜查罪证的卧底警察到家里来呢？如果仍按照刚才的思路，答案当然也是“不会”。表面上看，这两个例子是同等的，因此我们应当对这两种情形作同等判断，两者都是非自愿的，并无二致。但其实它们

之间的区别很大，后一种情形中因对未来情形的错误认识导致的非自愿程度与前一种情形中因遭遇精心设计的伪装计划而导致的非自愿程度是相同的，但根据我们之前的讨论，由于存在欺骗因素，法律应当对前一种情形提出更高的自愿性标准，裁定 B 同意警察入内的自愿性不足，因而其同意无效；而后一种情形中，尽管 B 同意侄子入内时承担风险的自愿性同样不足，却足够有效。

但这两个例子之间的某种不可类比性使得二者不宜在此作为示例，因此，问题又复杂起来。鲍德温案中的错误认识（疏忽）关乎受邀者的身份，而不（止）是侄子案例中的未来行为。因此它损害了事实上的同意的自愿性，即邀请发出时，“主人究竟同意的是什么”。鲍德温以为他邀请的是某种人（雇员或朋友），实际上他邀请的却是另一种人（秘密警探）。他的错误认识不在于背景事实或未来情形，而在于对方的当前身份。这种区分很难确认，但必须予以区分，否则就难免得出结论，认为所有对未来情形发生错误认识的同意都是非自愿的。

假设贝蒂自愿嫁给约翰。她并非犹疑不决，亦未受到强制，她并没有因为误信比尔假扮的约翰而嫁给他。她嫁给他是因为她对他们未来的期待。她相信，他们会生儿育女，一大家子生活在舒适的屋子里，其乐融融，长长久久，但后来发生的事实并非如此。两年后，约翰就出现酗酒的迹象，三年后被解雇，四年后被医生诊断出不育和阳痿。五年后，约翰死于癌症。贝蒂当初自愿嫁给一个未来的酒鬼、不育者、阳痿者、无业者、五年内毙命的人吗？当然不是。除非她嫁给约翰是充分自愿的，否则她的婚姻从一开始就毫无意义——这是个荒谬的结果。在潘多拉盒子打开之前，我们不能任由疏忽自动降低自愿性，那样一来不知会有多少自愿行为将被认定为非自愿行为。

但如果对于“风险承担”事前已有审慎考虑，则可以仅在一定程度上作上述考量。例如，若约翰婚前确实不知道婚礼后几小时自己将

285 不育且 / 或阳痿（比如因为一场意外），那么，即使是天主教堂也不会宣布婚姻无效。另一方面，很多传统婚礼都明确要求双方承担对方未来遭遇不可预知的不幸的风险：他们的誓言中包括“无论顺境或逆境，无论富裕或贫穷，无论疾病或健康……”。

类似鲍德温的案件之所以争议不断，原因就在于既无法明确邀请者风险预设的界限，亦无法事前对他明确风险的存在（婚礼誓词模式）。因此，问题就是我们必须为邀请者的风险预设划定适当的边界，这不是一个概念问题，而是一个针对法庭和立法者的政策问题，要求他们对警察以欺骗的手段进入私人住宅的行为进行道德判断。无论是偷偷溜入或是强行进入，我们的法律都非常明确，此时屋主显然并未表示“同意”。而通过欺诈进入并不属于此类，根据价值判断，这种行为是不正当的。如果警探并不掌握罪证，却滥用民众的信任，骗取友谊，甚至建立亲近的关系，获得他们的欢心，目的只是“钓鱼”，那么，信任、友情、亲近的关系当中所包含的价值都将遭到践踏和威胁。¹⁶舍曼非常动情地说明了这一点：

我们无法忍受一个浅薄的婚姻，如果它的全部目的就是为了获取罪证，正如我们同样无法忍受警察假扮成牧师，在别人的忏悔中搜集证据。利用任何亲密情感进行欺骗的行为都是如此。¹⁷

无论是忏悔、婚姻，还是和好友、邻居的交往，没人会自愿承担遭到警察刺探的风险。

六、欺诈：虚假陈述与虚假承诺

即使在商业活动中——社会生活中最能体现“智慧角力”的竞

争性模式的活动，为了占优，人们相互之间比赛着睿智的判断力与精明的策略——即使是在这样的活动中，双方也绝不会自愿承担对方以彻头彻尾的谎言作为承诺的风险。实际上，欺诈这个概念（作为法律术语，意即“故意欺骗并导致对他人的伤害”¹⁸）首先是作为某种商业犯罪或侵犯财产的犯罪进入刑法的——某种通过欺骗实施的盗窃行为。

在英美法体系中，以刑罚处罚的方式保护财产始于禁止以暴力占有他人财产，因为暴力的存在，财产的转移当然是非自愿的。这个早期即已确定的犯罪被名之以抢劫。对财产的保护很快扩展至禁止未经主人同意搜查其财物，即使并未使用暴力。之后，抢劫罪和盗窃罪均为侵犯财产犯罪。而侵犯财产罪又被延至经物主同意合法占有财物者对财物的不当处置——这些行为后来被成文法冠以侵占或滥用信用的罪名。¹⁹普通法很晚才将以欺诈的方式侵犯他人财产的行为视为犯罪。欺骗作为一项轻罪，最初本为商事不法行为，通常指缺斤短两、要价过高等。“这让人怀疑”，卡迪什（Kadish）和保尔森（Paulsen）写道，“对买方的保护不过是防止不正当竞争法律的派生结果而已。”²⁰不过，欺骗特定对象的行为不像欺骗全体消费者那样不可容忍：“直到1757年法律规定以虚假陈述获取财产的行为为轻罪之前，在商业交易中欺骗对方的行为并非刑事犯罪。”²¹

为何法律迟迟不将损害性的虚假陈述犯罪化呢？卡迪什和保尔森将这种态度归因于“买方自慎原则”的影响。1703年，首席大法官霍特的话使该原则取得了“正统正当性”：“我们不会指控愚弄他人的行为。”²²霍特提到的法律对欺骗行为的几种传统态度甚至至今仍有保留。其中一种立场即侵权法中的混合过错原则：若事故被害人存在过失，无论这种过失与另一方的过失相比如何轻微，只要该过失与事故的发生存在因果关系，若无此过失则无事故，则被害人即不能因自己遭受的伤害获得赔偿。同样道理，被骗者因为自己不小心，误信

286

谎言，就不能因为自己被利用而有所抱怨。“除了他自己，他谁也埋怨不了，”我们会这么说，尽管我们认为骗人者不对。一方面我们相信，足够的谨慎可以免受撒谎精的欺骗，另一方面，有时我们也会认为“容易上当的人活该受骗”。这种情形类似于司机在一个犯罪率很高的社区停车后，忘记熄火拔钥匙，果不其然，车子被偷，对于这种情况没人会表示同情。“他自找倒霉”，我们会一本正经地评论说，“或许这样才能给他一个教训。”有时我们会说，人应该为自己的愚蠢负责。我们一般都会将做买卖视为智力竞赛，那么，愚蠢者当然得不到回报也不应受到鼓励，容易上当简直是某种道德缺陷，理应受到惩罚。这种态度往往和“社会达尔文式”的理解类似，认为容易上当的人就是弱势动物，通过弱肉强食，兽群整体上会更加强壮。当然，容易上当有时也算不上道德缺陷，而是一种比不小心或蠢笨更糟糕的性格缺陷。被害人往往是因为欲望和贪婪才落入“骗子精”的罗网。

在简单地将受骗归结于蠢笨的年代，霍特大法官认为聪明人可以占笨蛋便宜的极端观点是可以成立的。随着时代变迁，即使精明谨慎的人也往往上当受骗，对受骗的恐惧使得人们对“笨蛋”赋予更多的同情。“买方自慎”的限制和例外适时地成为刑法原则。缺斤短两的商业“欺骗”需要承担刑事责任（尽管是轻罪）。一些蛊惑的手法仅凭“一般谨慎”已难以防范；对全体公众，而不只是其中的傻瓜，均构成威胁；要有效防范则须大费周章。当商业联盟日益扩张，对作为个体的消费者取得不成比例的优势力量时，虚假信息更难分辨，在这种背景下，每个人都可能成为霍特所说的“笨蛋”。随着城市生活的扩张，传统上对生人和熟人的区分模式渐已解体，商业交易的对象已经不再单凭“熟脸儿”。对于生人不再有旧式的猜疑顾忌，但他们正可以凭着花言巧语蒙骗顾客——假礼券、假币、伪造的信件以及数不清的虚假表演。刑法这时增加了新的罪名“以欺骗的方式侵犯财产”（以区

别于狭义的“普通法上的侵犯财产罪”),直到今天,刑法中以欺骗手段获取财产已成为未经所有权人同意非法占有其财产的另一种行为方式。现在,(最终)欺诈已经成为和抢劫、秘密窃取类似的罪行。一般认为,“骗取”他人的同意原则上和未取得他人同意并无二致。

各类欺诈行为可以分为两大类——虚假陈述,以及虚假陈述且虚假承诺。普通法中的财产犯罪在18世纪后半叶出现了“以欺骗的方式侵犯财产罪”,该罪逐渐演变为诈骗罪,²³至此,无论以何种骗术, 288 所有故意作虚假陈述以非法获取他人财产的行为都构成犯罪。骗术很多,可能是买方故意对货物的虚假陈述,可能是买方对自己财力的虚假陈述,或者借方就自己的借款目的即偿还能力进行虚假陈述;或是出借方就自己的资本进行虚假陈述;或是赌徒对赌注的虚假陈述,总之,包括任何通过虚假陈述取得他人财产的行为。

最直白的方式是赤裸裸地扯谎,而以误导进行欺骗也可以取得同等效果。《模范刑法典》在对诈骗的定义为“以欺骗的方式侵犯财产的犯罪”,当中既未使用“谎言”,亦未使用“虚假陈述”,而是将各种欺骗形式在第223.3条列举如下:

一般性规定。通过欺骗的方式获得他人的财产构成诈骗罪。

欺骗是指行为人故意:

- a. 编造或传播自己认为并不属实的虚假信息;或
- b. 行为人明知某种信息会影响对方的交易行为,却阻止他人获取该等信息;或
- c. 不揭露谎言、不实夸辞或其他法律障碍,通过买卖、财产转移等方式牟利,无论该等障碍的法律效力如何,无论对该等障碍的存在作何法律认定;
- d. 行为人明知虚假内容会影响自己与对方之间的信任关系,

却不指正该等虚假内容。²⁴

上述所有欺骗方式均可在一定程度上造成对方对相关事实的错误认识，并最终作出错误决定。该等认识往往“关乎价值、合法性、立场、意图或其他心理状态。”²⁵ 因此，要使他人陷入错误认识，虚假承诺是最直截了当又恶名昭著的方式，比如一个无赖信誓旦旦地声称自己一定会还钱，却在借了别人的钱之后逃之夭夭。但虚假承诺是否属于刑法（特别是关于“虚假陈述”法条的解释）中的虚假陈述，却是诈骗罪立法沿革中争议最大的问题。在这个问题上，英美法系国家出现的判决从未取得过一致，直到 20 世纪中期，弗朗西斯·沃顿（Francis Wharton）所说的“成文法中所称之虚假陈述必须与此时存在的事物而非彼时存在的事物有关”²⁶ 才成为主流意见。另一方面，沃顿时代仍有少数州认为，虚假承诺作为虚假陈述的一种，是指行为人基于某个他无意履行的承诺而获得他人的财产，对他人构成欺骗，为自己谋得钱财，违反了有关禁止通过虚假陈述获得财物的法律。自 1954 年人民诉阿什利案（*People v. Ashley*）后，²⁷ 越来越多的州疏远了早前的主流观点，尤其受到《模范刑法典》的示范性影响。

对这个问题的讨论并未上升到哲学层面，问题基本上还是在于陪审团是否可以认定，有意或无意守约是不是构成背信的必要条件。如果借款人向贷款人保证还钱从而借到一笔钱，之后却因遭遇不可预见的不幸而无力还钱，则贷款人可以寻求民法上的救济，这位不幸的借款人并未构成犯罪。同样，如果借款人因为对原先的借贷条款有不同意见而拒绝还钱，贷款人可以提出诉讼，但借款人同样未构成犯罪。要认定借款人构成以欺骗方式侵犯财产罪，陪审团首先要确认的是，行为人是否一开始就无意信守承诺，作出承诺只是骗取被害人财产的一个步骤。当然，危险在于“一般的商业习惯会受到指控，倒霉的无

辜者可能被控有罪。”²⁸

19 世纪前叶还深受“买方自慎”原则的影响，当时，一些法庭拒绝对作出虚假承诺的被告定罪，因为这种陈述“仅仅是对未来行为的诺言，只要尽到一般谨慎注意，就可以避免因此受到损害。”²⁹ 简言之，轻信被害人一旦受骗，就只能怪自己不小心，即使那骗子利用了受到社会普遍认同的美德，如友情、信任、邻里关系。不过，19 世纪也存在与反对将借款人关进监狱的相反立场，这种立场不认为将倒霉的无辜者关进监狱的危险比将无辜者丢给骗子的危险更大。直至今日，认为“指控倒霉的无辜者”带来的危险并非微不足道的观点仍在肖尔大法官针对人民诉阿什利案中的不同意见中得到雄辩的论述：

多数意见的意思其实就是，无论出于何种善意，任何人都不能为未来的偿还或其他行为许诺，除非他愿意承担这样的风险，即日后，无论根据何种角度、哲学或后续事件，在贷款人、公诉人和大陪审团看来，作为“理性人”，被告人应当知道自己未来可能无法履行承诺——应当知道，再推导为：知道。如果可以推知其早已明知，则初审法院也好，上诉法院也好，都只能维持判决。 290

不可否认，陪审团可能存在以上述思路定案的危险，但肖尔大法官提出的推理前提并不能超出合理怀疑地认定被告人有罪。实际上，它甚至可以成为陪审团得出相反判决的重要理据。对理性人应当知道的推论在民事欺诈案件中有证明作用，但那里的问题不是刑罚，而是赔偿，证明标准相应来说较低。

有意思的是，肖尔大法官所担心的由陪审团作出的复杂推理倒是与一种更有利于被告人的观点类似。完全可以在相反的立场作出同样

有力（或糟糕）的论证，如果被他人许下一个原本无意履行的承诺，他本该以一般谨慎小心避免被骗，既然“理性人”善于自我保护，而“被害人”——显然应该是一个理性人——未能保护自己，那么，即使没有对方的承诺，他也会对合约表示同意，因此，是他自己愿意承担不能受偿的风险，他并未遭到不法侵害！过于依赖假设性意图带来的结果就是如此。

传统上将虚假承诺排除在虚假陈述之外的观点过高估计了陪审团认定被告人意图的难度。实际上，确定被告人作出虚假承诺的意图并不比其他刑事案件中确定作为构成要件的心理态度更难。³⁰ 尤其是虚假承诺与虚假主张并非同源行为。要证明骗子对被害人撒谎，不仅要证明其内容是虚假的，还要证明行为人自己也不相信自己的话是真的，正如要证明某人做了虚假承诺，就不仅要证明他没有履行诺言，还要证明他根本也没打算履行诺言。此外，虚假承诺或虚假陈述都必须存在欺骗对方的意图。无论是意图还是确信都属于“心理状态”，
291 是他人无法直接触及的领域，只能通过间接证据加以证明。简言之，“无论是虚假承诺，还是虚假陈述，要证明其意图都一样困难……”³¹

以骗取他人财产或诱使他人放弃财产为目的，无意履行而作出虚假承诺并最终获利的行为即可构成以虚假陈述占有他人财产的犯罪。如果承诺本出于真意，但后来许诺者反悔，则他的行为应构成（如果达到犯罪的程度）侵占罪，或者，如果许诺者本来就没打算履约而虚假承诺，则行为人可能无需承担刑事责任，而仅仅承担违约责任而须恢复原状等。若承诺一开始就是虚假的，接受承诺者可以说是“自愿”将财产转移给骗子（对其行为的一种狭义描述），或者说他同意承诺者提出的约定条款，但他并未“自愿”承担对方可能实施诈骗手段的风险。因此，一旦诈骗得以实施，他就既受到不法侵犯，也遭受了损害。

七、虚构事实的欺诈与诱骗式欺诈

在学者们划分的众多诈骗类型中，最有趣的两类是虚构某个同意内容的欺骗，以及通过欺骗诱使对方同意某个内容。罗林·M. 珀金斯（Rollin M. Perkins）将二者区分如下：

一般原则是，如果欺诈导致对事实本身的误解（虚构事实的欺诈），则不存在具有法律效力的同意，因为被害人所同意的并非属实；而通过欺诈被诱骗出的同意如果导致直接即时的法律后果，则该同意具有同等效力。³²

例如，若 A 提出卖给 B 一间并不存在的公司的股票，B 签出的一张 1000 美元的本票换回一堆废纸。A 的行为即属诱骗式欺诈。B “知道自己在签署本票，且他愿意这样做。无论在事实上，还是在法律上，他签署票据及其导致的直接即时的法律后果都不存在欺诈的情形具有同等法律意义。”³³ 因此，如果 A 在 B 止付前将票据兑现，票据转至下一个持票人 C，那么这笔钱就不再是 B 的财产。如果 A 利用 B 视力很差的弱点，通过虚构事实，骗 B 说他正在签署的 1000 美元本票只是一张包裹单（悄悄抽换了纸张），那么，A 的行为即属虚构事实的诈骗，因为 B 并未同意签署本票，而是同意签署另外的文件，即一张收据。他在本票上的签名等同于伪造，是无效的，他可以追回他的钱，即使下一个本票持有人是“善意的”。²⁹²

虚构事实的欺诈与诱骗式欺诈对被害人的不法侵害有何不同？或者因为结果相同，所以遭受的不法侵害就相同？就某些犯罪行为来看，区分的确很细微，只是对犯罪特点描述的术语问题。但就另一些

犯罪行为来看,一种行为可能不需要承担刑事责任,另一种行为却需要承担;或者,一种行为所承担的刑事责任远比另一种行为严重得多。学者需要做的就是解释这种区别。区分的根源在于,一种是对受骗所实施的行为根本不存在同意(虚构事实的欺诈),另一种则是因受骗所形成的认识而使同意并非自愿(诱骗式的欺诈)。因此,学者关注的主要问题是,不存在同意与存在非自愿同意之间应如何区别对待?

刑法对以诈骗手段获得他人签名(支票、转让文书、合同、遗嘱或其他法律文件)的犯罪行为有多种分类方式,除了法律术语的不同,相互间几乎不存在实质区分。受到关注最多的问题是如何区分伪造罪与虚构事实侵犯财产罪。如果欺诈行为中存在诱骗,被害人的确意在签署相关文件,他明知自己在签署支票,即使未能及时止付,也还存有余地。因此,这不是对财产的不法侵占,而是对财产权的不法转移。文件上并无“伪造的签名”(伪证罪的行为要件),如珀金斯所指出的,诈骗“往往只出现在关于虚构事实的法条当中”。³⁴而另一方面,若签名是通过虚构事实获得的,比如通过抽换纸张的方法,不考虑签署者的疏忽问题,他的签名其实是没有意义的,如果签署的是一张票据,那么这张票据的后续善意持有人并不能取得对票据所指向财产的所有权。在伪造罪中,由于文件上的“假签名”并不必须出自伪造者之手,因此,以欺诈方式获得他人签名的行为尽管属于虚构事实的欺诈,却往往被认定为伪造罪,而不被认定为虚构事实侵犯财产罪,这种认定方式曾流行一时。但现在的趋势则是尽量消除两种行为间的区分,将两种行为都认定为虚构事实的侵犯财产罪。这种合并是

293 “合理的”,珀金斯说,“两种行为的道德不法是等同的;在伪造案件中将二者合并处理可以简化问题;行为人都是为了非法牟利,从这一点上看,这种处理并无偏见。”³⁵对这些情形如何分类其实无关紧要,此两种欺诈均应承担刑事责任,而量刑轻重的依据只与分类以外的因素

有关。³⁶

如果是强奸行为的话，情况就不同了。一般认为，强奸往往通过暴力或强迫的方式实施，不大可能以欺诈的方式实施。通过欺诈的手段实施性行为有时属于虚构事实的欺诈，有时则属于诱骗式的欺诈，但与伪造的情形不同的是，两者的不同远非术语上的区分。以虚构事实的欺诈实施性行为要承担刑事责任，受到严刑处罚，而若只是诱骗式的欺诈，尽管行为人通过虚构事实获得同意，他却可能并不需要承担刑事责任，或者只是被认定为较轻的罪名或是承担较轻的刑事责任。刑法保护女性不遭受未经其同意的性行为，但一般而言，若女性因受到欺骗而陷入错误认识，表达了并非真实自愿的同意，刑法的态度则有所不同。这需要作出解释。

我们首先考虑欺诈式性行为的两种标准情形。对此，珀金斯的观点无比重要。以下是他对诱骗式欺诈的分析：

医生或假冒的医生以虚构医疗方案的手段与女病人发生性行为的案子时有发生。有些情况是，医生直截了当地表示要和病人发生性行为，但骗说只是治疗的必要步骤，这种行为属于诱骗式欺诈，因为病人知道医生要对自己做什么，只不过误以为只是附属的治疗——为何要如此做的原因就在此。在此，通过欺诈骗取的直接即时的同意和没有欺诈手段的情形是一样的，既然病人同意发生性行为，只要她已成年，医生的行为就不构成强奸。³⁷

从一定程度上说，珀金斯的结论仅仅是术语层面的。强奸作为犯罪行为的定义是指未经同意的性行为。那么上述通过欺骗手段与病人发生性行为的医生只能说是违背了职业操守，比如说可以吊销他们的医生执照，或者被处以较强奸罪轻的罪名。但传统上看，凡是有过同

意表示的性行为都不会被认定为强奸罪，即使同意是通过欺诈方式取得的。³⁸剩下的问题就是，为何诱骗式的欺诈可以令“诈骗取财”中转移财产的同意无效，却并未令性行为中的同意彻底无效？为何骗取的同意与未经同意存在区别？这是我们后面会回过头来解决的问题。

通过虚构事实的欺诈方式与病人发生性行为的医生同样会成为罪犯。珀金斯继续写道，

某些情形中，女病人根本不明白发生了什么事，以为那是外科手术必须的身体检查。“本案中，认为医生是在用手指检查身体”（*State v. Ally*, 114 Wash. 185, 192, 194 N.W. 988,881, 1921）。在另一个案子中，病人认为“所发生的是不过是一种外科手术，是手指或仪器插入”（*The Queen v. Flattery* 2 Q.B.D.410, 413, 1877）。同样的情况：“没有证据表明丽贝卡表示过同意，或者知道发生了性行为，直至行为实施完毕”（*Pomeroy v. State*, 94 Ind. 96,100,1883）。有充分的理由将此类情形中发生的性行为认定为强奸，因为行为人没有取得女病人的同意。“她同意的是一件事，他实施的却是完全不同的另一个行为……”（*Per Mellor, J. in Flattery* at 414）。³⁹

另外一种中间情形更难认定。某男夜晚时摸到某女床上，假装是她的丈夫，通常情况下，她自然会确信那人就是她的丈夫。有些法庭的判决就认为，既然她同意与这个男人发生性行为，就不存在强奸。珀金斯更倾向于另一些法庭的观点，既然女人所同意的是和她的丈夫发生关系，那么这种情形就属于虚构事实的欺诈，“她所遭遇的行为形同通奸。”⁴⁰按照如此描述，该行为并未经她同意。她虽身在其中，理论上却和在昏暗的灯光下在被暗中抽换的错误文件上受骗签名的

情形是一样的。

珀金斯的观点是有道理的，但如果对同意纳入太多内容则会带来危险，因为如此一来就会抹杀虚构事实的诈骗与诱骗式的诈骗之间的区别。误以为是治疗而同意与医生发生性行为的情形也可以归入虚构事实的诈骗而被认定为构成强奸，因为女病人可以说，她虽然同意性交，但她同意的并不是后面发生的事情，而是同意某种事实上并不存在的治疗行为。给概念划线一向困难，这两种诈骗亦不例外。但正如珀金斯指出的，“利用黑夜行骗”案中的不同观点并非针对“强奸不可能存在同意”这个原则，而是针对这个原则不便适用于同意存疑的边缘情形。无论是概念上，还是道德意义上，我们还是要关注原则问题。为何在涉及性行为问题时，诱骗式诈骗无法使同意完全归于无效？与以诱骗式欺诈骗取的性行为相比，为何以虚构事实的欺诈实施的强奸的道德不法性更严重？

295

我们不妨先限缩一下问题的范围。诱骗式欺诈有时并不会降低同意的自愿性，至少就刑法而言，情况显然是这样的。我们的主要目的并非区分是以虚构事实的欺诈方式骗取实施性行为的默许，还是以诱骗式欺诈取得默许，而是区分降低同意自愿性的诱骗式欺诈情形与不会影响同意的情形。虚构事实的诈骗不是我们的分析重点，因为在这种情形下实施的行为当然不是自愿的，且不存在程度的区分。而在诱骗式欺诈的情形中，同意的自愿性程度有一个对应的变化范围，正如受到胁迫时自愿性存在不同范围一样（参见第二十三章第三、四部分）。

说到以诱骗式欺诈骗取同意的性行为，珀金斯写道，“显然，可以做一个类比，嫖客以假币付钱，然后和妓女发生性行为，这并不构成强奸。”⁴¹ 这个观点有道理，但因为夹杂了卖淫的不法性而使问题不必要地复杂起来。若不考虑妓女职业的不法性，视其为出售服务的商

业人士。如果她被假币所骗，那么她所遭受的是财产方面的犯罪，即以虚构事实窃取服务的犯罪。珀金斯提到的医生示例中的女病人所遭受的损害更难描述，当然，她并非遭受财产损失，或“被窃取服务”，不管怎么说都好，总之，她所遭受的损害与妓女遭受的损害并不相同。

更好的例子应该是，医生（比如说）向病人许诺一笔现金而得以实施性行为，但后来给出的却是假币，或者根本没有给付。这属于诱骗式欺诈，但却并未降低同意的自愿性，因而不能对行为人控以强奸罪，甚至不能控以“窃取服务”的罪名。女人愿意为了钱而实施性行为，这本身就意味着性行为对她而言并非损害，因为她同意性行为，
296 同意医生的提议，但她却并未自愿承担得不到报酬的风险。如果报酬如期给付，那么她的同意当然就是有效的。

以付钱骗取妇女同意性交与妇女相信医生的诱骗误将性交当作“治疗”而表达的同意之间的确形成某种对比。绝大多数此类案件可以追溯到 18 世纪后期，失去贞操对良家妇女来说的确是很严重的损害（某种适当意义上），那时候，女性对生殖方面的知识懵然不知，很容易受骗上当。今天很难想象会发生同类案件——以 20 世纪的情形作为比较——除非是在心理学家的办公室里。现在，即使最权威的医生发话，也几乎没人相信性交可以治病或防癌，但即使是心智成熟的人（若处于极度焦虑不安的精神状态）也会接受心理分析师发出的此类意见。⁴²（极度不安的精神状态极易感受痛苦或伤害。）

一个并不存在精神焦虑的妇女可能因为缺乏相关领域的知识而迷信般地“遵守”妇科医生的指示，带着厌恶的情绪任由某物插入体内，现在可能很少有人会对这种情形的当事人表示同情。“买方自慎”的旧式立场又会浮现出来。“谁叫她那么蠢，她活该”这类话会脱口而出。实际上，正是她的疏忽，或者是她的假正经而导致的错误判断害了她。（至少她该再想一想。）可是，不论她疏忽与否，愚蠢与否，她都

会因为这个遭遇而沉浸在沮丧、羞耻、失去自尊的痛苦中备受煎熬，并承受怀孕或其他实质损害。她和那个没有获得报酬的妇女不同，性交这个事实本身就是某种身体创伤，如果她真的是因为疏忽才相信医生的鬼话，那么，对她没有任何法律上的救济似乎太冷酷无情，剥夺了她本应享有的受法律保护其不受剥削一类侵害的权利。毕竟，不能仅仅因为疏忽或轻信就剥夺人的一切权利，即使是笨蛋——特别是这类人——也不应白白被人利用或损害。

就强奸罪而言，诱骗式欺诈并不能完全消除同意的自愿性，因为强奸罪是刑法典中处罚最重的罪名之一。同意的自愿性程度可能被消减至仅可受到暴力或业务过失及违背职业操守等指控。如果涉及 297 对财产利益的损害，则同意的自愿性程度可能被消减至仅可受到虚构事实侵犯财产罪的指控。但若性侵犯案件中并不涉及财产利益被不当侵犯，亦不存在未予给付报酬的“服务”，则通常的虚构事实犯罪亦不能适用。当然，既不构成强奸罪也不构成侵犯财产罪并不意味着不构成其他犯罪。实际上，还是可以对某些不当性行为控以刑事暴力犯罪，并以因诱骗式欺诈导致同意的自愿性不足来支持这类指控。

《模范刑法典》建议立法者设立有别于强奸罪的其他性侵犯罪名，有时同意是被诱骗的结果，而该类行为有别于暴力侵害，两者涉及的损害具有不同的特点，后者往往导致身体伤害。在《模范刑法典》中，这个罪名被称作“严重性强迫”，其定义较为宽泛，包括使用暴力或胁迫但尚不足以构成强奸罪的情形（强奸罪的暴力或胁迫涉及的是“死亡、重伤、极度痛苦或被绑架”的情形），利用行为能力不足的情形，以及虚构事实的欺诈情形。⁴³ 该节中并未提及诱骗式欺诈的犯罪，以暗示法典的起草者将其视为特定的财产犯罪或盗窃罪。该节所提到的性侵犯行为被冠以“强奸及相关犯罪”（严重性欺诈罪属于“相关犯罪”），尽管级别和严重程度各有不同，但均被规定为重罪。加重强

奸罪属一级重罪（最严重的犯罪）。构成要件包括，行为人实施了严重的伤害行为，被害人并非“自愿与之共处”，之前亦从未同意与行为人性交。普通强奸则是二级重罪。构成要件包括，以严重损害甚至导致死亡的暴力或暴力相威胁，或者让被害人服药，利用其行为能力不足或意识不清，或利用被害人不足十周岁的情况，与被害人实施性行为。严重性欺诈则为三级重罪，处罚较重但轻于强奸罪。如前所述，其构成要件为，以轻于强奸罪的程度但“足以控制被害人反抗”的暴力或威胁与被害人发生性关系，或者利用精神病患者、残疾人的身体缺陷实施性行为，或者通过一种（为何仅此一种？）虚构事实的欺诈方式与被害人发生性关系，这种欺诈特指使被害人误信行为人是自己的丈夫。

298 不管对《模范刑法典》中的各类定义如何吹毛求疵，总体上我认为对绝大多数人对“强奸及相关犯罪”都会做类似的分级认定。这种分级将欺诈式强奸排在较低级别，完全未提及诱骗式性交，同时，仅提及其中一种虚构事实的欺诈形式，并将其放在远低于暴力强奸的犯罪级别。我们不禁要再问一次，为何在强奸罪的规定中出现这种情况，即加重形式的强奸是比欺诈式强奸更加严重的犯罪；就性交而言，为何虚构事实的欺诈是比以诱骗式欺诈更加严重的犯罪，甚或后者根本不足以认定为犯罪呢？

要回答这些问题并不简单，不可能找到一个单一的钥匙去解决道德层面的分级问题，不同的级别对应的是自愿性程度不同的同意，但其中涉及的损害却是相同的，即发生了违背被害人意愿的性交。例如，暴力强奸和通过其他降低自愿性程度的手段获取同意而实施性交的情况的区别仅在于手段不同，造成的损害却并无不同。可是，作为《模范刑法典》中的重罪，暴力强奸通过暴力将意志强加于被害人的行为方式本身就是损害的一部分，而不是某种可替代的手段。强奸

犯为将自己的意志强加于人而无所不用其极，杀人、伤害、让人痛楚，他要以暴力和凶狠令被害人恐惧；通过威胁彻底控制对方的身体。我们不能简单地说，强制方法比耍耍计更严重，不是这样的。暴力和暴力形成的威胁本身就是损害的一部分。强制并不必定比欺诈更能降低同意的自愿性程度，但肯定更具损害性。被害人在这种强制之下同意性交并不应理解为被害人同意遭受前面的暴力损害。

以虚构事实骗取的性交与以暴力胁迫实施的强奸是同质的。以压倒性的身体强制实施的强奸，被害人当然完全是非自愿的，或者说根本不存在意愿；而以胁迫实施的强奸，若威胁足够强烈，但还不至于达到胁迫力的极限值，被害人尽管并非完全非自愿，至少可以说实质上是非自愿的。如我们所见，在某些虚构事实的情形中，完全无涉被害人的意愿问题，她甚至在之后几小时或几天内都对发生何事茫然无知。因此，强奸与性欺诈之间不同层级的道德不法性并不能反映被害人自愿性程度的不同。在我们看来，非自愿性程度或许相同，不同的是对被害人造成的损害程度。

这里可以用财产犯罪作类比。犯罪分子把被害人撞倒在地，并使用暴力抢走她的钱包，或者用刀指着她的喉咙或用枪指着她的肋部，299或者控制她的儿子并威胁说要杀了他，逼她交出钱包，他损害了她的财产利益，但他所造成的全部损害除此之外，还包括心理创伤、恐惧、焦虑、绝望、意志被外力强制等。另一方面，盗窃罪是指窃取财物。被害人可能数日之后仍对遭受损害一事一无所知。此处，损害仅限于财产损失。（这个可以类比于医生假装检查而“插入”病人。）同样造成经济损害的第三种方式可以是，以虚构事实进入被害人住宅，例如谎称自己是灭鼠人员，然后趁主人不备偷走银器。（这类似那个夜晚冒充丈夫与被害人性交的例子。）同样，此处的损害仅限于财产损失。暴力或胁迫式侵犯财产的行为是更严重的犯罪，这不是因为被害人的

自愿性程度较低，而是因为除了和其他财产犯罪一样造成财产损失之外，这类犯罪还造成其他损害或危险。

如果说性交案子与侵犯财产案子之间存在某种不可类比性的话，那可能就是，作为公分子，财产损失在强奸造成的损害中所占比例较小，而在暴力财产犯罪中却是损害的主要部分。如果这种说法成立，理由应该是（1）一般说来，财产损失对于财产犯罪的被害人较违背意愿的性交对于性犯罪被害人更具损害性，及（2）强奸过程中实施的暴力和身体强制之间的联系较以财产为目的的暴力犯罪更加紧密。

现在我们回到《模范刑法典》中未提及的诱奸情形。就性侵害而言，诱骗与暴力强制及虚构事实之间区别究竟何在？被害人在当中表现出的自愿性程度当然是不同的，不过自愿性变动范围并不必定与损害程度及道德不法性程度呈线性关系。诱骗式欺诈是骗子利用被害人的某种特质——并以此对她不利。甚至她本人也表现出一定的意愿甚至一般性的愿望（在错误的认识之下），这些特质包括轻信、天真、激情或容易上当等。根据虚构事实或诱骗内容的不同特点可以大致确定
300 被害人所抱有的自愿性程度。毫无疑问，在某些情形中，被害人的同意几乎是自愿的（她受到的不法侵害也就很轻微），而在另一些情形中，被害人缺乏实质上的自愿性，比如那些以胁迫方式实施强奸的情形。但如果我们意在解释对性侵犯的传统分级，尤其是《模范刑法典》的作者不愿将诱奸视为犯罪的立场，那么，所有这些结论都没有意义。

正确的解释其实已呼之欲出。诱骗当然会降低自愿性，但这种立场的前提是认为这种情况下发生的性行为并不具有太大的损害性，甚至并不具损害性。那个被许诺给予报酬的妇女最终没有拿到钱，说她受到“违背其意愿的性行为”的损害似乎不太合理。实际上，根据她所同意的条款，欺诈对她来说，最多能说那已经发生的性行为是“邪恶的”或是付出的“成本”，只要有一定回报就足够补偿，因此，性行

为本身并不是什么大恶。就被害人的心理而言，最重要的“损害”是因为没有拿到预期的报酬而产生的失望或不满，这是合同法而非刑法问题。而“损害”发生时，因为受骗，当时也不能说是自愿（某些完全自愿的行为也可能表现出不情愿、不开心或心不在焉的状态）还是不自愿，她当时的心理状态都是一样的，但不开心本身并不足以成为损害。

反过来说，她本着信任他人的良好愿望，相信她的医生肯定是在为治疗作检查。无论医生是否撒了谎，她都觉得只是一种可怕的邪恶、一种令人震慑的创伤，是巨大的“付出”（她觉得是自愿的），但她并不为此悔恨。她就像一个长出坏疽的病人，因为担心会死而同意截肢，很久以后她才知道那是个谎言，只是为了切掉她的胳膊。如果立法者选择《模范刑法典》的立场，不以刑法保护这类被害人的话，那恐怕只能解释为这类被害人在现实中少之又少，或者出于其他现实考量，例如证明自愿性程度的证据很难寻获。但原则上并无理由不将具有一定损害性的诱奸（如我们所举的例子）视为犯罪。

八、错误认识与自愿性程度

因此，《模范刑法典》对性侵犯行为分级的主要依据是损害程度的不同，而非自愿性程度的不同。不过，还存在一个概念上的问题。³⁰¹ 行为的自愿性，包括表示同意的行为的自愿性，看来确因遭受不同种类的诈骗而有所不同，而这是在损害的严重性之外需要单独予以解释的问题。我们已论及，以虚构事实的欺诈而骗取的同意可以是完全非自愿的，这使得被害人的行为好比受地震或龙卷风的强制力而发生的身体移动。被害人同意的是一件事，行为人实施的却是被害人并未同意的另一件事。虚构事实的欺诈导致被害人同意的自愿性程度处于下

限值。我们亦已论及，诱骗取得的确信大致可以通过其在被害人因诱骗而产生的一系列确信（“诱因体系”）中的位置衡量其作用。错误认识是不是导致同意表示的全部原因？它是不是推动被害人最终作出同意表示的必要条件？是不是推动被害人作出同意表示的重要因素？错误认识是同意的必要条件还是充分条件？它是不是形成全部确信的重要因素？或者只是被害人形成同意过程中对其动机的产生存在一定影响？这种影响的作用是很大还是很小？“同意的话就能挣到一千美元”可以强烈地激发被害人的动机，而“同意的话可以让远方亲爱的母亲安心，抚慰她的灵魂”则不大能产生诱骗作用。

对于骗子常常利用的错误认识的衡量还有一个更有趣也可能更有用的方法。我们先将因欺诈而产生的错误认识分为四类可以分级的类别：

1. 赤裸裸的威胁（敲诈）
2. 直白的警告
3. 虚假承诺
4. 其他虚假陈述

赤裸裸的威胁。假定 A 要求 B 同意 A 拿走自己的钱，并且告诉 B，如果他不同意的话，就用枪打死他，而对 B 来说，他并不知道 A 手里拿的是玩具枪，A 根本无意伤害他。和虚假陈述不同，虚假威胁要“确保”的错误认识是，对方认为如果不照着做的话就会受到伤害，而虚假承诺要“确保”的则是，对方认为如果照做的话就会获利。威胁的虚假性是偶然的，无论威胁是不是真的或者被害人是否相信，对被害人被迫作出的反应，它都不会增加或降低其自愿性程度。所以，在此讨论欺诈或敲诈的作用并无意义，除非从行为人而非被害人的角度出发，因为威胁的虚假性可以证明行为人无意对被害人施加威胁所包含的损害，这个辩护或许可以起到减轻罪责的作用。另一方面，虚假承

诺却是被害人受骗并表示同意的全部原因。同样一个承诺，如果是真的，当然不会降低同意的自愿性。威胁，无论是真是假，都会减低甚至消除自愿性，这是我们已经第二十三、二十四章讨论过的胁迫对自愿性的影响及对其排序的方法。

直白的警告。医生在检查室里对信任他的病人撒谎，使她相信，自己的病只能通过性交方可治愈，他含含糊糊地警告她如果拒绝由他来实施，就会有可怕的后果。他的诱骗方法和直白威胁者的不同仅在于，他提到的那个令人不安的后果是不由他控制的，如果不实施相关行为，该后果就会不可避免地降临到被害人身上。欺诈正在于他知道他所描述的事情是假的。他随后提出帮助的“要约”，因为那警告的内容很可怕，对他充满信任的病人自然会感受到压力。在这种欺骗方式中，吓唬和胁迫结合起来，减少被害人同意自愿性的并不是强迫力，而是她的错误认识。警告的内容越可怕，强迫力就越大，同意的自愿性就越低。如果我们采用自愿性的客观标准并要求警告内容有最低可信性，则同意的自愿性程度即随内容的可信性程度高低而变化。如果医生以伪造的医学杂志文章或其他证据加强警告内容的可信性，警告看来当然就更可信，而同意的自愿性自然随之降低。无论我们如何处理可信性问题，对于直白的警告这种情形，我们都可以说，警告中不利后果的损害越大（或越小），同意的非自愿性程度就越高，这类似于我们在第二十三章描述的衡量标准。此处的标准是主观的，取决于警告内容对被害人造成的不安程度。

虚假承诺。虚假承诺会在事后影响接受承诺者的自愿性。和威胁一样，承诺是为了确保承诺者未来的行为，但如果未履行承诺，则接受承诺者当然不承担任何责任。接受承诺者并未自愿承担承诺者不履行承诺的风险。现在回到第二十四章好色富翁的例子。我们看到他提出为穷困的母亲救回病儿的条件，对她而言，选择确实是有强迫力的，

但不管怎样，她还是有了新的选择余地，因此她同意他的条件中所包含的自愿性足以免除他的刑事责任，并能排除第三方强行干涉的权利。但现在如果加入欺诈因素，假定富翁的许诺是个谎言，仅仅是为了骗取那位母亲的同意，之后根本不会履行。尽管他撒了谎，他的承诺还是有其法律效力。被害人对其条件所表示的同意并不包含自愿承担他不履行诺言的意思。甚至她对其原本指向内容的同意也因为他的谎言而受到损坏，甚至他精心计划的全部内容对她而言都是未予同意的。我认为，就一部自由主义刑法典而言，原则上并不存在免除其强奸罪名——至少是“严重性欺诈”罪名——的事由。

虚假承诺同样涉及对自愿性程度的度量。如果承诺完全是谎言，则承诺条件的强迫力越大，自愿性就越低。如果富翁只是假装答应给那位女士的儿子支付一年的学费，那么，他所骗取的同意虽不是完全自愿，其中包含的不自愿程度比假装答应救孩子性命的情形要低。推迟孩子的教育给那位母亲带来的不安属于轻害，所以，要约的强迫力也相应较低。如果富翁假装答应给这位母亲和她健康的孩子一套豪华公寓（使他们目前还算不错的生活条件再提高一步），那么，她所表示的同意尽管并非完全自愿，但自愿性程度也比前面那些情形都高得多，差不多接近完全自愿的程度。因为这个要约（无论是否谎言）根本没有强迫力，只是提出一个具有吸引力的前景，而非一个令人无法忍受的恶害。当然，这种情形所包含的非自愿也可能尚不足以对行为人提出诱奸的刑事指控。

其他虚假陈述。第四类则包罗万象。千奇百怪的情形一言难尽。简单说来，同样的骗术可以令不同人产生各式各样的错误认识。不过欺诈还是可以依其对自愿性的不同影响划分等级。对选择产生强迫力的欺诈对自愿性影响最大，比单是许以甜头而取得同意的欺诈对自愿性的影响大得多。因此，若医生对病人说，只有尽快和他性交方能治

愈她的癌症，那么，如果她相信只有同意性交才是治愈恶疾的唯一选择，这种欺骗就会对她的意志产生强迫作用。但如果他只是伪装成医生说，“和我睡觉吧，这对你的皮肤很有好处”，那么，他只是提出了一个好处，甚至在病人看来是很小的好处。如果病人“照做”，事后得知这是个骗局，她当然可以抱怨这降低了她当初同意性交的自愿性，但和前例不同，她的自愿性并未完全消失，因为她因诱骗而产生的错误认识对她的选择而言并不具有强迫力。

就第二个例子而言，如果虚假陈述并不涉及未来事件，或现在事实与未来事实的因果联系，而只是有关现实情形的欺骗，如在这个例子中是指某人的身份。假设 B 是摇滚明星强尼·林博的狂热歌迷。她听过他所有的唱片，但从未见过他的照片。知道这些信息后，恶棍 A 谎称自己就是林博，提出和她上床的要求。假定 A 的诡计得逞，现在的问题是，她的自愿性程度有多高，是否可以对 A 提出刑事指控。如果我们将此例归入诱骗式欺诈，那么，她的自愿性程度当然降低了，却尚不至于到完全非自愿的程度，因为诱骗的内容是一个好处，而非为了避免一个恶害，当中并不存在强迫力，因此，她的同意应足以免除他的刑事责任。

另一方面，如果我们将此例归入虚构事实的欺诈，即类似夜晚冒充丈夫而骗取性交的情形，那么，被害人的同意就完全被破坏，因而是完全非自愿的。按照这种传统立场，那个摇滚明星的模仿者正如那个丈夫的模仿者，都应承担强奸罪的刑事责任。问题变成要决定被害人同意的是何行为，实际发生的是何行为。珀金斯认为，在冒充丈夫的例子中，那个女人同意的是婚内性行为，而非实际发生的“通奸行为”，因而属于虚构事实的欺诈。对摇滚歌星的歌迷无法进行同样的区分。她不能称自己受骗实施了通奸行为。前一个例子中的那位妻子遭受了更大的“损害”，或者说遭受了更严重的心理创伤，而摇滚

歌星的歌迷在发现并未与偶像性交的事实之后，主要的心理状态是失望。这两者之间的区别类似损害与未能获利之间的区别，或者从更一般意义上来看，类似于承受恶害与错失好处之间的区别。无论对此

305 “标准情形”中的心理反应描述是否准确，至少在一定程度上是将冒充丈夫的行为归入虚构事实的欺诈，将冒充明星的行为归入诱骗式欺诈的理由。还有一部分理由则在于，与保护未婚人士免受假冒身份的性行为之害相比，现今的法律更愿意保护已婚人士免受婚外性行为之害。从这种立场出发，在冒充丈夫的例子中，考虑更多的是行为人的婚姻状态，而非个人身份，而在冒充歌星的例子中，并不存在通奸的问题，对性伴侣身份的错误认识和其他对事实的错误认识一样，并非同意的主要内容。

九、医疗活动中的知情同意

医生或医学研究者常常要考虑，是冒险直接将医疗技术应用于病人，还是首先进行人体测试，这些接受测试的人本身于此并无利害关系。一般认为，仅在接受测试者同意的前提下方可施与此种风险，因此，医疗情形中的问题在于何种同意方为有效。除同意遭到恶意破坏之外，此类情形并不涉及刑事责任，据此展开讨论并无意义。但其中某些有关医学伦理和刑法的问题对于分析自愿性的一般定义是有用的。

在受到强迫或本身行为能力不足的情况下对医疗行为的同意并非自愿⁴⁴。但最常见的减低自愿性因素却并非这两类因素，而是一类较常见的因素——认识瑕疵，即未能充分知情。未充分知情而对医疗行为表示的同意（无论是病人还是其代理人）自愿性不足，因而是无效的。根据路易斯·卡兹奈尔（Louis Katzner）的说法，⁴⁵我们将这

种有效性要求称作“信息条件”，并以此展开论述。根据信息条件的要求，医生有披露信息的义务。而另一个反复被讨论的问题则是，不同情形下医生的信息披露是否充分应依据的适当标准为何。如何披露方为充分完整？尤其是，披露标准是否允许有意不披露？影响自愿性的其他问题包括，病人对披露信息存在理解瑕疵、病人自愿放弃知情权，以及病人因固执己见造成的错误认识。这些问题我们都应予以考虑。⁴⁶ 306

披露标准。美国法律早已远离家长主义标准。正式说来，法律只是简单地适用本地医疗群体中的习惯标准，人们习惯性地认为，医生对风险的披露义务以就医生的专业判断认为最符合病人的利益为限。⁴⁷ 现在，取代这个传统标准的是新的标准，即“以病人或接受实验者想要知道的内容为标准”。按照这个标准，仅当接受实验者已经被告知作为一个理性人在他的处境下应当希望获知以便作出最后决定的全部事实时，方可认为他的同意是自愿的。在尊重自治的人看来，这种标准上的变化当然意味着进步，但这个标准可能无法保护每一个病人或接受实验的人。或许，我们只能要求医生披露他所认为的一个理性病人希望（或需要）知道的信息，但躺在病床上的人或许希望了解更多。在这种情况下，责任转到那个还想发问的病人身上，而尊重个人自治的医生有义务披露相关信息，如果他确实知道的话，或者如果他不知道的话，就该老老实实地说自己并不知情。如果我们所见（第二十章第三部分），即使是不理性的人也可以自愿实施行为；或者说一个实施不合理行为的人也可能出于自愿（以我们的标准）。要作出自由选择，他可能会要求获知在一般人看来无关紧要的信息。

理性人标准可以首先界定出医生或研究者对病人或接受实验者的义务，但在这之前需要明确，一个理性人在作决定前通常希望知道些什么。“接受实验者不需要事事皆知”，路易斯·卡兹奈尔写道，

“但一定要知道那些重要的事。”⁴⁸——对将要发生的事情有一般性了解，包括可能的风险（痛楚或不舒服）和好处（对于病人或其他人而言）、对病人的生命或健康的风险、成功的几率、不接受治疗的风险，以及评估因素中的不确定性程度。如果这些信息都披露给病人，那么病人希望得知的信息恐怕都已包含在内，他可能主动放弃了解其他信息，那些信息在医生的“理性人标准”看来是不相干的内容，当然，病人有权提出要求并得到回答，前提是医生知道这些信息。如此一来，他不仅知道了一个理性人需要知道的全部信息，还敏感地询问到其他附加信息，他为了得到可能的利益而愿意承担风险，由此作出的决定当然百分百是他自己的决定。

病人的过度敏感往往令人联系到“不理性”或“不合情理”。病人可能有些神经过敏，对那些与决定无关的信息耿耿于怀。在卡兹奈尔的例子中，这些具有激发性的确信包括“对研究者的个人感觉（接受实验者是否喜欢研究者？他或她是否想取悦研究者？）以及对自己的感觉（接受实验者是否在逃避婚姻中出现的问题？是否对父母的死心存愧疚？）”⁴⁹在做决定时，由于这些因素的存在（或许我们可以说由于这些坏“理由”的存在），病人或接受实验者往往神经过敏或愚蠢之极，但即使是愚蠢或神经过敏的决定，也仍完全是他本人的决定。（他本来就是神经兮兮、呆呆傻傻的人。）如果决定者的呆傻尚未到行为能力不足的程度，就没有理由认为这个神经质的决定不是他自己充分自愿的决定（参见第二十章第二至第五部分，以及第二十一章第六部分）。自治者有权在涉己事务上作出愚蠢的决定。

在这个问题上，我们不妨借用“诱因体系”的概念。这个词是指，在被人相信的前提下，骗子在行骗过程中用来诱骗被害人作出或不作出某个行为或结论的所有认识。如果某个认识是针对X行为的，那么，在某种程度上，这个认识或者使他实施X行为，或者使他不实施

X 行为。如果 X 是指他同意接受外科手术，而他所确信的认知是，手术有百分之五十生还机会，而这种确信是一部分诱因（负面的部分），另一个确信是，手术成功将使他的病痛一扫而空，这种确信则是正面的诱因。他同样确信里斯本位于葡萄牙，2 加 3 等于 5，但这些确信并不在诱因体系中。医生或研究者将能够获得或获知的信息披露出来，这些信息为病人或接受实验者所理解，最终进入他们作决定时的诱因体系。此时，信息条件已经得到满足。其次，如果研究者确实不知某个对于接受实验者而言很有诱因价值的信息，这种情况亦应予以披露。因此，“充分知情”的同意是指，在影响病人或接受实验者作出决定的全部诱因均已披露，连同确实不知某些信息的情形亦予披露的情况下作出的同意决定。

故意隐瞒。假定 B 是一个完全行为能力人，医生 A 要对他进行 308 药物注射，但 A 事先得知 B 宁可死也不愿让针头扎进自己的皮肤。那么，A 是否可以骗 B 说要是他不接受注射就会死呢？这实际上正是有关个人自治界限的难题，唯一合理的理由就是，B 的癖好（基于他对针头的神经性恐惧，而不是基于宗教或迷信观念）太不合理，可以视同行为能力不足。以这个麻烦的案例为前提，假定 B 拒绝接受注射是由于某个尚未披露给他的诱因，比如医生打算给他注射的救命药液里含有活性癌细胞。B 对任何标有“癌症”的物体都有一种非理性的恐惧感，这种恐惧感极其强烈，以致一旦他知道药液中含有癌细胞，他一定会撤回同意注射的表示。那么，A 医生对他隐瞒这个信息是正当的吗？

在作出判断之前，卡兹奈尔明智地区分了治疗和实验的不同情形。如果 B 是一个志愿接受实验的人，希望通过自己的行动换取医学进步，以便将来对其他他人有益，那么，不应该故意对 B 隐瞒任何重要信息。如果 B 是一个病人，事关自己的性命，问题就困难多了。如果

A 故意隐瞒影响病人作出同意决定的负面诱因，那就侵犯了病人的个人自治。很多睿智的哲学家都提出过各类假设情形，在这些极端例子中，任何事都可以被正当化，但不管怎么说，故意侵犯个人自治总是一个很难正当化的问题。当然，如果 B 精神错乱，他拒绝同意并非出于自愿，那么，违背其意愿而对他施加治疗事实上并未侵犯他的自治权，但问题是，如果不向病人提及注射的问题，不试图向他进行解释，就无法知道他在这个问题上的偏执。反过来看，隐瞒其实是不可能的。就注射药液直接扯谎，而事后向病人说明，似乎很难说得通。要么用强，要么偷偷摸摸，这种情况下不但不存在“非自愿的同意”，而是根本就不存在同意。相比而言，充分披露反而是更好的策略，尽管对丧失理性的病人来说有些危险。

研究实验的情形中还存在一个等同但相反的问题，自愿接受实验者在“非理性”的情况下同意接受一个有风险的治疗，例如，他明知药液中含有癌细胞，却固执地认为这样可以增强性能力或延长寿命。

309 片面理解。了解事实与充分理解事实完全是两回事。只占有信息而并不理解这些信息并不能为作出决定提供可靠的依据。在很多情况下，医生或研究者不仅仅只是披露信息，还应当作出进一步的解释，说出其中的道理，解释其中的重要性。他们可以反复询问，“你懂了吗？”“我说清楚了吗？”并愿意进一步提供解释。可以的话，他们应当尽量将治疗延后，直到病人作出的反应不仅仅只是信任他们，而是对信息的理解。

此处唯一的哲学问题——而非实证问题是，哪怕在理论上，作为门外汉的病人或接受实验者，特别是其中涉及较大风险时，他们对相关信息的理解能否达到符合自愿性要求的程度。医生或研究者似乎面临两难：将充分理解相关信息所需要的全部知识传授给病人或接受实验者，几乎等于做到理想状态的“完全披露”，事无巨细都要解释，

描述甚至他本人也不曾想到的偶然情形，讲解有关生物化学、免疫学、分子生物学的有关知识，等等。可是，如果他做不到这些，就意味着病人或接受实验者作出的同意决定很大程度上源于对他的信任，而非对信息的理解，最终其自愿性就会受到怀疑。因此（结论），在医疗领域里，知情同意往往是不可能的。

对这个论点最好的回应是再次强调区分同意的自愿性与同意的有效性的重要性，同意的自愿性本身是一个程度问题，其变化范围自完全非自愿至理想化的“充分自愿”，而同意的有效性则是它是否“足以”达致某个道德或法律目的。以这种区分为前提，比彻姆和奇尔德雷斯给出了我认为是恰当的回答：

只要是纠缠于对所有可能事实均给予理想化的完全披露……即是要求能力有限的接受实验者也能获得充分的知识。但如果这个理想化标准被取代……就不能服从于这个悲观的立场。事实上，我们从未做到过完全自愿，充分知情，或完全自治，但这并不意味着我们从未足够知情、足够自由或足够自治……要学会的一个不同的教训是：因为理解起来既有限又有困难，在医药领域中，我们应该更努力地理解信息，避免受到干扰。和医生讨论自己的医疗处境并不一定比和会计师讨论自己的财务处境、和律师讨论自己的案情，甚或和婚姻顾问讨论自己的婚姻状况更加困难。理解上的困难多种多样，但要想作出某种知情决定却只需要相应程度的理解就可以了。⁵⁰

必须明确的是，正因为我们对专业不了解，才花钱雇来医生或律师为我们提供专业服务。如果关于医疗和法律的专业知识我们和他们了解得差不多，那我们就该解雇他们了。我们既然雇用他们（我们本

310

可以做其他选择),就意味着我们同意他们作出独立判断,哪怕是在一定限度内。但谨慎的人很少会对他们全权授权,而不须任何同意。毕竟,他们虽然是代表我们利益的专业人士,但最终究竟何者对我们有利还是由我们自己来决定。如果摆在他们面前的问题涉及达致目的的路径选择(决定我们的目的是事先明确的,而非推定的),那我们会愉快地同意他们可能作出任何独立判断。如果问题涉及包含风险的选择,那么,原则上他要让他的客户了解所有“重要信息”,作出自己的评估,并授权专家付诸实施。

自愿放弃知情权。假设一个具有完全行为能力的病人(或自愿接受实验者)采取完全信任的立场,提前全权授权医生或研究者可以采取任何措施,还特别选择了放弃信息条件的条款。他同意接受治疗,唯一的条件就是事先不要告知他任何相关信息。他只想保留这份信任,不被与治疗相关的技术问题或心态问题干扰。简言之,他“拒绝接受一般理性人希望知道的信息……”⁵¹此时,对自治的尊重在此面临两难境地。一方面,如果医生使用强制力或欺骗手段,违背病人的意义,告知相关信息,那就侵犯了病人的自治权。同样,如果医生拒绝治疗,知道病人同意被告知信息,那么,尽管医生是愿意治疗的,但看上去他要么损害了病人的利益(不提供帮助),要么就是通过威胁强迫病人接受信息。另一方面,如果他尊重病人的要求,没有告知任何相关信息,那么,即使病人同意接受治疗,因为这里未能满足信息条件,所以这种同意并非充分有效。这样看来,不管医生怎么做,都会对病人造成不法侵害。

尊重自治权的人不必沮丧。他可以考虑存在某种放弃的权利,这个权利就像表达同意一样,是某种可以带来规范性后果的口头表述,311 这种行为本身可以是自愿的,也可以是非自愿的。要是自愿性足够有效,在同意医学治疗的知情条件中,放弃知情权本身亦应非强迫地、

完全地作为信息告知病人或接受实验者。在同意治疗前，与放弃知情权的自愿性相关的有哪些信息呢？讨论至是否放弃治疗的问题，应该要求将对选择而言“重要的”、“相关的”信息全部告知将要弃权者。因为相关数据都很抽象，也易于综合。“在你签署弃权文件之前”，应该有人对自治又不安的病人说，“你必须明白，对你的治疗可能包含不被告知的风险、危险、成问题的决定，何者会造成潜在风险，何者会带来利益都还是问题，到时没人会和你商量，你的医生会根据自己的价值观和偏好为你作出决定。”⁵²如果头脑灵活的病人理解了这种警告，他自然知道，“宁愿懵然不知也不愿陷入知情后焦虑的理性人”需要了解一些信息，以便决定是否放弃获取更多信息的权利，如果之后在未受强迫的情况下，他放弃了知情权，那么他的放弃就是自愿且有效的。如果他是个渴望更多信息的偏执狂，哪怕是“无关的”、“不合情理的”的信息也要求知道，那么，在签署弃权文件之前，应当告诉他，可以提出获知更多信息的要求。在我看来，即使对那些有异常偏好的病人来说，这些程序也可以尊重他们的自治，与那种自认为“为病人好”而强行告诉病人他们并不希望知道的信息相比，这些程序可以避免很多问题。

若之后那医生作为代理人，为病人预设承担一定的风险，我们能否说病人本人一无所知却同意承担风险呢？如果他自愿签署放弃知情的文件，那么，其结果就是他愿意承担在一无所知的情况下发生风险的风险，我认为，虽然并非直接同意，但他还是同意了医生的全部医疗行为。他的放弃是有效的，他对风险的同意也因为自愿性充足而是有效的，尽管他甚至不知道风险究竟何时发生。

但我们不能以同样的逻辑说明，精神病患者自愿放弃恢复正常的权利，婴儿自愿放弃长大的权利，酗酒者自愿放弃戒酒的权利。信息条件的可弃权性使其区别于其他与行为能力相关的降低自愿性因

素。令人惊讶的是，还有一类与强迫力有关的因素并行。如果行为是在强迫下实施的，但该强迫力并非行为的原因，不管怎样都会这么做，那么，强迫力因素也可以被排除，并使行为人的同意重新归于有效。

- 312 这样一来，对方亦无须承担不法侵犯的责任，但我们之前所述（第二十四章第六部分）之施加胁迫本身的不法责任除外。我们讨论的情形并非因疏忽大意而放弃权利，而是在充分知情的前提下自愿有效地放弃信息条件。

对错误的固执。有主见的人如果存在错误认识，尤其是面对相反的证据仍坚持己见的话，会比一个粗心大意的人带来更严重的问题。这里排除那些臆想（“我是拿破仑”）、妄想症、恐惧症等情形，因为这些与我们所讨论的自愿性无关。还有一类认识我们在故意隐瞒部分讨论过，例如，注射癌细胞当然是极其危险甚至致命的。经验表明，哪怕是一般有主见的理性人也可能抱有这种确信。我们之前讨论过，面对就这个问题抱有错误确信的病人，医生或研究者能否有意隐瞒他们即将被注射癌细胞的事实。现在，我们要考虑的是，在无法继续欺骗而予以披露的情况下，医生能否给病人实施注射。在当下，由于巨大的损害甚至死亡可能发生，由于病人出于“错误信息”而表示的拒绝并非自愿有效的，那么，医生是否有理由不经病人同意而给病人注射该药液？医学实验的情形也存在同等问题，即自愿接受实验者基于“非理性的理由”同意接受有风险的医疗实验，或者即使存在相反证据仍固执地认为癌细胞有利于提高性能力或延长寿命。

对于这类问题，我们不太可能找到统一答案，同等地适用于风险或高或低的医疗活动或医学实验活动中病人表示的同意或拒绝。区分治疗和医学实验、同意或拒绝的不同情况，可以分出四种不同的情形，如表 25-5 所示，危险程度的变化是更复杂的因素。在所有四种情形中，错误认识都被列为减低自愿性的因素。因受骗而产生的认识总会

降低自愿性。如果进一步（为简化问题）假定因受骗而产生的确信在其诱因体系中占据中心位置，是病人作出回应的充分必要条件，那么，它对回应自愿性的损害将具实质性作用。至少，如果知道在相反的证据面前，该错误信息就可以扭转，比如喝茶的人放进自己茶杯的是砒，但误以为放入的是糖。如果他仍固执己见，那可能是因为某种“性格特点”，刚愎自用或疑神疑鬼，相信或怀疑权威，胆小如鼠或胆大包天，狂热或执拗。如果我们认为这些个性是这个人的主要特点，“他就是这么个人”，那么我们不应实质性地减低他所作回应的自愿性。 313

最后，为简化问题起见，我们假定，四个示例中所包含的风险程度都很高。然后再看各个示例中反应的自愿性是否足够有效。我想，我们可能会发现，四个示例中的自愿性程度是一样（低）的，但不同的背景却要求我们适用不同的有效性衡量标准。

表 25-5 错误认识和医疗行为

	医疗行为	病人或接受实验者的反应	反应的原因
1	有一定危险的实验	同意	固执己见的错误认识
2	有一定危险的实验	拒绝	固执己见的错误认识
3	有一定风险的治疗	同意	固执己见的错误认识
4	有一定风险的治疗	拒绝	固执己见的错误认识

示例 1：接受实验者愿意接受实验性治疗，原因只有一个，他固执地认为这种治疗有利于增强他的性能力。他的同意不是那么自愿，但如果风险较低，比如，除了花费时间之外，他不会有什么损失，那么，他的同意就足够自愿有效。实验者可以断定，即使接受实验者固执到丧失理性，那是他的问题，与研究者无关。但如果风险很高（如我们之前提到的），那就是另一回事了（参见第二十章第五部分中的经验法则 1）。一个固执的志愿者硬是要冒生命的危险和饮茶者错误 314

地喝下投入砒的茶水实质上都是非自愿的。研究者任由固执的志愿者错误地甘冒风险，等于对非自愿选择风险者袖手旁观。这里没有什么个人自治需要尊重。并且，研究者以牺牲“志愿者”为代价所取得的实验成果正是对接受实验者粗心大意的利用，这种收益是不公平的，即使并未对接受实验者造成不法损害。（参见第四卷第三十一章第六部分）

示例 2：参加实验者拒绝接受有危险性的实验，因为他固执且毫无道理地认为，活性癌细胞能够致命，或者会导致性无能，不管已有的实验表明并不会会有如此结果。参加实验者的拒绝其实并非完全自愿，但其自愿性却足够保证该拒绝有效，因此，实验者无权强行对其进行实验。因为参加实验者以拒绝的方式不参加实验本身不会带来危险——和其他风险标准相比，再没有比日常生活风险更小的了。在这种情况下干涉他的选择并不是在“救”他，而是违背他的意愿让他接受风险，即强迫他承担风险。

示例 3：尽管医生警告可能有风险，可能没有疗效，但病人仍愿意接受治疗。医生认为，尽管有风险，但与不治疗相比，仍是风险最低的选择。病人同意接受治疗，但不是因为听了医生的说明，唯一的理由是他固执地误以为那些药物能够增强他的性能力。因为这个误解在他的诱因体系中占有中心地位，比如对他的决定的自愿性有所损害，但还不至于使他的决定无效。进行治疗是有风险的，但风险要低于不做治疗。在这种情况下，治疗是风险相对较低的选择，所以对有效性的判断标准低于更加危险的情形。

315 不过，医生知道，病人一旦得知真相就会不同意接受治疗，因此在他进行治疗时，内心会有所不安，而这个真相其实是“完全无关”的信息！如果病人因为他的误解而不同意接受治疗，那么，他的拒绝虽然有危险，但因为其并非建立在错误认识的基础上，所以不应再被

认定为“实质上的非自愿”决定。此时仍施加治疗就没有遵循尊重个人自治的原则。医生明白，就当下看来，只能利用病人的古怪认识说明治疗目的。病人受骗上当是为了他自己好，要想说服病人接受这对他有益的治疗简直不可能！个人自治已被尊重，经过命运的两次拐弯，病人的好处最终得以实现。

示例 4：只有接受治疗才能活命，病人却拒绝接受。治疗本身当然是有危险的，但不接受治疗危险更大。而病人拒绝的唯一理由是他固执地误以为治疗所用药物会使他性无能。现在的问题是，建立在医生如何努力也无法改变的误解之上的这个拒绝是否足够自愿有效，从而能够阻止治疗的实施。假定不接受治疗会带来极度危险，那么相应地，拒绝的有效性标准就会很高。而在本示例中，由于错误认识令自愿性程度很低，根本不可能满足相应的有效性标准。如果不进行治疗，形同允许病人自损，而一旦他得知真相，根本不会拒绝治疗。强制病人接受治疗正如阻止那个坚称自己茶杯里不是砒而是糖的饮茶者喝下毒茶。在这两种情形里，当事人都无意寻死，因此，干涉他并未侵犯他的个人自治。

在第二十七章中，我们讨论的交易自愿性问题涉及的条款将发生变化，作为交易一方的是有意寻死的病人。

316 同意无效：行为能力不足

一、道德上和法律上的能力不足

与强迫性压力及错误认识相比，减低自愿性程度的第三类因素更是包罗万象。即使没有外在强制、胁迫或欺诈，一个人还是可能出于某种原因无法在特定合约中作出有效的同意表示。如果他因认识能力不足而无法辨认自己的行为，或者因意志能力不足而无法控制自己的行为，那么，无论他如何表示同意，都不能视其为真正的同意。

理论上，能力不足似乎不像强迫性压力或错误认识那样对同意的有效性具有根本性影响。第三类因素并非独立的自愿性降低因素，它是由前面两类衍生出来的。如果要问何种能力上的不足会降低自愿性，答案是——辨认和控制能力的不足；如果要问能力不足到何种程度方可令其失去作出有效同意表示的能力，答案是——不能完全理解合约的内容，或者不能作出选择。说到底，认为同意表示缺乏实质自愿性而无效的最基本理由有两个，亦即亚里士多德所说的，“他没法控制自己”，以及“他不知道（不理解）自己在做什么。”因此，能力

不足并非额外的降低自愿性因素，而是亚里士多德所说的上述两种情形的源头。它们具有独立的证明力——用以证明存在更具基础性的降低自愿性因素。例如，如果同意者刚出生两天，或者是个醉酒者或精神错乱的成年人，那么，我们当然有足够的理由怀疑这“同意”并非完全自愿。 317

将此三类因素联系起来的另一个方法是，对能力不足采用广义上的理解，并区分能力不足的原因。B 不能（广义上的）同意将自己的资金转移给 A，因为

1. A 用枪抵着他的背，或者，A 扭住他的胳膊，或者
2. A 就 B 所签署的内容或其他事情撒谎（都是欺诈），或者，A 出于故意或过失，未将若干极重要的信息告知 B（造成错误认识的另一种方式），或者
3. B 刚出世两天，或醉得一塌糊涂，或者神经错乱（都是能力不足的情形）。

上述各情形中均应有两个重要区分。降低自愿性的能力不足可以是意识上的，也可以是意志上的，既可能出于外在原因，也可能出于“内在”残疾，而能力不足。

将能力不足分为亚里士多德所说的两大类似乎是对问题的过度简化，如我们将见，为了加以限定，必须将有关“意志”和“意识”的用词泛化。说某人控制能力不足，不仅意味着字面上的“不能控制自己”，或“违背自己的意愿”行事（在非理性的情况下），还指感情迟钝、任性执拗或缺乏自我控制等，但未必缺乏认识能力。他并未“被迫”违背意愿行事，亦未必对自己的处境缺乏认识，而是根本无法形成自己的意愿。简言之，他的意志根本没有成形。同样，我们得说，认识能力不足不仅指认识错误或是由于心理障碍无法获取信息，还包括由于行为能力不足而无法形成任何认识，或者无法避免形成错误认

318 识,或者无法将注意力集中于他已经形成的认识,或者无法充分理解信息的重要性。认识能力上的缺陷(相应广义的理解)不仅包括无法作出正确的理解,也包括无法集中注意力或记忆力低下,无法交流,甚至无法理解认识的原因和含义,并最终无法抓住重点或充分理解其重要性。

我会用“无行为能力”这一法律术语来指称各种行为不能的情形,无论是无认识能力还是无控制能力,都是缺乏行为能力的结果。我们这里所用的这个词并未宽泛到将我们从第二十三章至第二十五章所讨论的各种外在强制力和欺诈包括在内。降低自愿性的无行为能力因素可以依其持续性分为两类,永久性无行为能力和暂时性无行为能力,第三类则是以上两类重叠或复发的情形。

永久性无行为能力。处于深度且不可逆的昏迷状态的病人虽然尚未在法律上被宣布死亡,但除了活着——这也需要持续的护理和药物治疗,他没有能力实施任何行为。显然,他听不明白任何提问,当然也无法表示同意。对于这样的人,以及其他极度残疾的人,诸如智障、精神错乱或无法治愈的心理疾病患者,法律为他们设立了特殊的法律地位。法律上被认定为无能力行为的人,无法处理个人事务,法庭会为他指定监护人,帮助他处理相关事务,直到法庭认为他的行为能力已经恢复。同时,无行为能力人也被剥夺了法律上的权利,免除了法律上的义务。他或她“无法律上的行为能力”(无法律上的权利),因而在没有监护人代理的情况下,他或她无法与他人达成合约,无法同意与他人发生性行为,无法处分自己的财产。同样,他也丧失了若干“自由”,不能投票,不能饮酒,不能驾车。甚至法律上的责任也被免除——他“不能参加诉讼”,缺乏构成犯罪的主体资格(不管他做了什么)。如果他银行里有存款(在监护人的控制下),他可以在民事诉讼中保留作为侵权诉讼被告的资格。

当然，即使是永久性无行为能力，也存在程度不同的问题。很多无行为能力人事实上（及法律上）有能力同意一些事，而无能力同意另外一些事。因此，从概念上说，我们必须区分开，有些人（不可逆的昏迷状态）对任何事都不能表示同意或不同意，有些人（中度智障）只是对某些事、很多事或绝大多数事情不能表示同意或不同意。这就对永久性无行为能力和暂时性无行为能力的区分又做了一次区 319 分。一个脑部受伤而影响智力的人可以对某些事情表示同意，尽管他的智障情况可能是永久性的。而一个刚刚出生的婴儿对任何事都不能表示同意，尽管他的无行为能力状态是暂时性的。

如我们所见，还有一个词是“有行为能力的”，¹简单理解就是“能够实施某个行为”，在另一个法律技术层面的理解则是，“拥有各种正常的法律能力、自由，能承担公民义务”。若能（行为能力的表面含义）处理个人事务，即能（行为能力的法律含义）实施选举、签订合同、购买、出售、同意、拒绝、犯罪、参加诉讼等行为。但即使是那些因为能力不足而需要监护人的人，除非完全丧失行为能力，否则他们还是在可能的范围内保留行为能力。因此，“个人生活无法自理的人未必不能订立遗嘱。”²这是因为订立遗嘱只需要很低的行为能力，即使是一般被视为无能力的人也可以做到——只需要能够理解其财产的范围，认清“慷慨的自然对象”（家庭成员），及理解何为遗嘱即可。³无论是事实上的能力不足还是法律上的无行为能力都是片面的，相对于特定行为而言的，除非已陷入不可逆的昏迷当中，那当然就是完全彻底的无能力状态了。不过，那样的话，用语方面更加复杂，如我们所见，法律中的“无行为能力”也是指没有实际行为能力而需要监护人监护的一般法律状态，他们实际上被剥夺或排除了绝大多数（并不必定是全部）法律上的权利和公民义务。⁴

区别于因昏迷而陷入深层无意识状态，永久性丧失行为能力的一

个有趣情形是全身瘫痪而意识清醒。这个倒霉的人心脏还在跳动，但只能通过呼吸机进行呼吸，他全身上下几乎都无法动弹，但却仍然能够听见声音，理解事物（或感受痛苦），还能够对他人提出的提议表示接受或拒绝，但除了眨眼，他根本无法表达他的同意，也无法提出任何提议。他可能并不希望用在他身上的这些生命维持系统继续下去，尽管这种选择清楚而自愿，却无法表达出这种选择，即使他对这个选择已经想得明明白白了。

320 智障往往是脑部受损的结果，会使成年人变成一个“大小孩”，只会说一种语言，不能处理个人卫生，不能理解抽象的概念，等等。即使面对最直白的内容，他亦无法理解作出同意表示的道德意义。不过，与此相对，智障的上限情况可能仅指其智商略低于常人，可以在无监护人监护的情况下处理某些事务，尽管可能处理得不太好。

精神错乱比单纯智障更严重，是指人的认识力、感受力和控制力皆处于混乱状态。这种人经常性或持续性地处于狂乱状态，没有空间感、时间感和自我认知。即使按照最严格的法律标准，精神完全失常的人也被认定为疯子。很难想象他如何表示同意——比如对他的财产——如果他坚信自己是拿破仑、蒸熟的鸡蛋，或无所不能的上帝。疯子是不是智障的问题既无意义，亦无法回答。就像问瘫痪的人是否行动不便一样。即使一个人在发疯之前就不太聪明（怎么知道这一点呢？），但也无法证明早前的智障就是现在发疯的原因。人再怎么笨，也不会相信自己是上帝的。

即使并不存在认识能力上的缺陷，一些永久性的心理问题可能导致人不能作出同意表示。例如，陷入长期严重抑郁的人不关心任何事，根本不会对任何事作出同意表示。除了陷入持久的抑郁，其他事在他看来都无关紧要。他可能天生就对世事漠不关心，没有任何偏好，只有睡眠和死亡才会停止他的痛苦。同样，一个时时处于狂怒状

态的精神病人，要是有人对他发出提议，他很可能会攻击这个提议者，而不是理性地阅读条款，“自愿”接受或拒绝提议。

间歇性无行为能力的永久条件或长期条件。永久性无行为能力与暂时性无行为能力之间的区分在边界上并不那么清晰，这为边界情形的划分更增添了困难。不仅仅因为这种状态比较模糊，还因为在很多情况下，呈现出的是有行为能力和无行为能力两种状态交替出现的情形，“一会儿行，一会儿不行”。就好像很难把一只绵羊从山羊群中挑出来，如果这只羊一会儿是绵羊一会儿是山羊。在有关同意自愿性程度的评估问题上，涉及无行为能力的最困难情形就是这一类。如 321 我们将见，很多同意（或要求）自己死亡（第二十七章讨论的主要情形）的都是无行为能力状态间歇性发生的人。即使与选择死亡无关，也还是有很多为人熟知的情形涉及间歇性无行为能力状态。很难想象一个抓狂的癫痫症病人能自愿同意一桩交易，可是五分钟后，也许他就可以和其他正常人一样签署合同。精神病可以间歇发作，忧郁症往往在极度沮丧的状态中间或出现兴奋状态。瘾君子在刚刚“满足”后可能非常平静理性，但很快就会进入欣快状态，等药劲儿过去，他们就会接着吸入下一口。

暂时性无行为能力。还有另一种“来来去去”的无行为能力状态，但和上述情形不同，无行为能力状态去了就不会再回来，因为它们并非永久性状态。例如，未成年就恰是这种类型，随着时间的流逝慢慢“痊愈”。从婴儿期到少年期，人会获得很多能力。从少年期不知不觉进入青春期，最后成年，这个期间人的辨认和控制能力得到充分发展，并在现实的生活经验中不断得到锻炼。

吸食药物而尚未形成瘾癖的状态也属此类。比如，正常人在醉酒状态（暂时地）不能与他人达成正式协议，但几天以后，他又会清醒如常。在醉酒状态中，他既无行为能力，亦无责任能力，但他的无行

为能力状态并不是永久性的。同样道理，一场可以治愈的大病会使病人因为高烧、病痛或虚弱无力而无法同意某些约定——他以虚弱之躯如何完成达成那长远的愿望呢？——但时过境迁，康复以后，他可能再不会陷入那种无行为能力的状态。

无行为能力的最后一类是必定影响注意力的心情、情绪、热情或痛楚，在它们的影响下，我们可能完全无法进行任何交易。（在这些情绪中，我们已经提及沮丧，但还有一些情绪状态，特别是夹杂着兴奋躁动的那些情绪也在此列。）在这些情绪的影响下，注意力往往很难集中，一旦恢复平静，就会发现当时所表示的同意并未代表本人的愿望，而是对愿望的扭曲。

“无行为能力状态的道德形式和法律形式”就是这些——昏迷、瘫痪、严重智障、狂乱、精神病、间歇发作、抑郁、狂躁、躁怒、癔癖、婴儿和未成年、酗酒或其他未成癔癖地使用药物、高烧、反胃、痛楚、虚弱、疲劳、郁闷或其他心烦意乱的情绪。这些状态都会降低同意的自愿性，但对订立合约的影响程度却各不相同，使同意无效的逻辑也不尽相同。只有这些状态，而非其他状态（就像血液中的柠檬酸），才是标准的无行为能力的道德－法律形式。经验表明，这些状态会损害人的推理能力、计划能力、集中注意力的能力、理解能力、认识自身愿望的能力、形成倾向的能力、参与能力以及关注力。这些状态的存在可以作为证明无行为能力的证据。因此，与其说这些状态是减低自愿性因素，不如说它们可以证明无行为能力，而正是无行为能力减低了选择的自愿性程度。

二、无行为能力

显然，昏迷、严重智障、精神错乱或其他精神疾病可以使行为入

完全丧失理解力和意志力，正因如此，就涉及其自身利益的重要提议而言，他们既无力表示同意，亦没有能力提出。如果他们必须作为合同一方，那就必须以他们的监护人或代理人的名义表示同意。在此，监护人有两种不同的介入方式。他既可作为被监护人利益的代表，同意且仅同意符合被监护人利益的合约；也可以作为被监护人推定意愿的发言人，按照假定被监护人有行为能力时会作出的选择表示同意或拒绝。现在的法庭用语是，“代为决定者”要么遵循“最佳利益标准”来提升无行为能力人的福利，要么遵循“代为判断标准”来决定无行为能力人在有能力的情况下可能作出的选择。

近年有两个著名案件使代理同意问题发生了戏剧性变化。一个是昆兰案（*Quinlan*），⁵ 该案中卡伦·安·昆兰是一个处于不可逆昏迷状态的年轻病人；另一个是柏赤镇公立学校主管诉赛科维奇案（*Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*），⁶ 该案中约瑟夫·赛科维奇是一位年老的痴呆病人。昆兰案的诉由是，对于大脑中枢系统受到不可逆损害的病人，法庭是否应当允许断开肺部呼吸 323
 机，而这会危及她的“生理生命”。（法庭最终裁决断开呼吸机，不过昆兰的身体还存活着，尽管她再未恢复过意识。）新泽西最高法院裁定，能够表明卡伦·安·昆兰个人意愿的证据是有相关性的，要代昏迷的病人对切断生命维持系统表示“同意”或“拒绝”只能采用替代判断标准。病人根本无法清楚地表达意愿，而有关昆兰小姐个人意愿的书面证据也找不到只字片语。虽然昆兰的父母提出“春秋笔法的证词”，证明他们的女儿曾经说过，要是碰到这种情况她宁愿选择死，但法庭并未采信这一证词。最后，呼吸机还是被断开，但依据的理由并非昆兰本人曾经表达过或者推定她曾表达过这种意愿，而是“绝大多数理性人在这种情况下都不愿继续维持下去。”⁷ 我们还不清楚，法庭求诸“绝大多数理性人”是否为着从统计学上证明昆兰应该抱有什么

样的意愿，或者是否意味着以理性标准取代替代判断标准。后一种解释（艾伦·布坎南的观点⁸）意味着，由于缺乏证据，法院不再着眼于为昏迷病人作出的替代同意，而是直接探求昆兰本人会作出何种选择方为合理（对“绝大多数理性人”而言）。

与卡伦·昆兰不同，约瑟夫·赛科维奇从未有过行为能力。他出生时脑部受损，长大后心理年龄相当于一岁左右，智商是 10。六十七年来他一直生活在福利机构，尽管他是成人，却还得像个婴儿一样被照看。在他六十八岁那年，他被诊断出患有白血病。如果他接受某种极其痛楚的化疗，他的生命可能会延长一年，但必须由赛科维奇先生本人同意这个治疗，如果他宁可早点死去，他也可以放弃治疗。但赛科维奇没办法理解他可以作出的选择，生命、死亡、健康、疾病、治疗以及化疗，这些概念对他而言毫无意义。不过，法庭还是裁定，应当依据替代判断标准，由他的代理人代为作出决定。

324 在赛科维奇的案子中，要指望病人作出表示是不可能的。而在昆兰案中，法庭至少可以考虑，如果昆兰还没有丧失行为能力，她将如何决定。早前那个尚未失去行为能力的阶段还可供回溯以查找证据。在赛科维奇的案子中，唯有一个类似的问题是，若他并未（从未）丧失行为能力，他会如何决定，这个问题的答案恐怕只有上帝知道，因为根本找不到任何人作证（除非在统计学上求诸“绝大多数正常人”的意愿）。

代为决定者能够为无行为能力人代言的唯一方式就是，找到最有力的证据，证明自己的决定是最符合被代理人“独有的同意”——即在特定情形下表示的同意或拒绝应反映被代理人的内在个性。有时，被代理人丧失行为能力以前的言论、观点、谈话或信件可以作为证据。这个搜集证据的过程有别于推定某人在特定时间的真实心理态度，或者解读他之前作出的同意表示（在生前遗嘱中），或是理解他

人的默认，或假设一个“理性同意者”的选择。若某人丧失行为能力，且没有证据表明其之前作出的同意表示，我们只能依据他丧失行为能力之前的个性，猜测他可能作出的决定。当然，直接证据往往可以作为证明，即使是数理统计上的间接证据，如果非常有说服力，也可以作为证据。“当卡车撞过来的时候，几乎所有正常人都愿意被人一把推开”，我们有理由据此得出结论，约翰·道要是有能力作出决定，他一定也会如此选择。但如果只是依据多数人的反应得出结论，而多数人的意见和少数人的意见又明显对立，那么推断就有些薄弱了。“最近的民意调查显示，52%的人愿意无痛苦地死去，而不愿接受化疗，在痛苦中多活一年”，这样的理由不足以得出结论，即“约翰·道要是有能力选择，他也会作出同样的决定。”

如果因为没有有效证据（如昆兰案），或者没有任何证据（如赛科维奇案）而无法推导出可能的决定，软家长主义宁可采取最大利益原则。如果既未损害利益，亦未违背意愿，强行干涉他人事务并不必定侵犯其个人自治。如果当事人无法作出自愿选择，那么，善意干涉不妨被视为未经其同意而让其接受治疗，这和以善意强制自愿拒绝的人接受治疗的情形相去甚远。在这种情况下，善意干涉就好比给一个昏迷者的银行账户里存钱——当然“未经其同意”。或许最贴切的政治比喻是，一个主权国家向另一个国家派出救援队，后者正处于无政府状态，到处都是天灾人祸。这种善意“未经同意”，却绝非干涉他国内政。⁹ 325

三、未成年人

我们的法律规定，未成年人可以在信托意义上拥有财产，这是由监护人掌管的基金，直到成年，他们方可自行处分财产。既然三岁的孩童面对成人提出的问题已经可以表示同意和拒绝，那么，理论上说，

法律可以允许直接面对三岁的财产所有权人，游说他们以全部身家购买不动产，如果孩子“自愿”同意这桩买卖，卖者就可以拿钱走人。当然，这种同意是不可能有效的，因为三岁的孩子根本不懂金钱和不动产为何物。他并不知道自己在做什么。十岁的孩子可能对事物的理解更多了一些，但他仍然无法区分怎样的交易才是谨慎的。十五岁的孩子或许已经具有一定的经济观念，但他的“同意”仍然值得怀疑，因为以他的年龄仍不足以充分理解这桩不能反悔的买卖会对他一生的利益产生怎样的影响。他渐渐靠近，但还未到达能够完全理解这些交易的法律含义的年龄。

同样，六岁的孩子理论上说可以选择接受未来十二年的中小学教育，或者选择把这段时间完全用来玩耍，或者成为学做买卖的学徒。从最低认知感上说，他或许已经能够理解选择的含义，但他还不能明白，不接受教育将令他一生可能付出的全部代价。可能有人告诉他，他以后再也不能成为一名工程师、计算机分析师或物理学家，或许他也能在一定程度上“理解”这些话，但他并不知道这些可能失去的生涯意味着什么，为什么他会失去成为这些人的可能，为什么这些对他意义重大，同样重要的问题是，当时他并不会真正在乎这些问题，对于一个孩子来说，他根本看不到较远的将来。

因此，有关财产的处分以及接受中小学教育的事应当由孩子的父母或其他监护人（以及国家，根据国家监护原则 [Parens Patriae]，为保护未成年人免受任何人包括父母的侵害，国家拥有“国家监护权”）。那么，代为决定者应如何为未成年人作出适当的决定呢？几乎所有的重要问题都会对孩子未来人生产生重大影响，正确的做法是干脆不要做任何决定。这样，监护人就可以保证孩子的所有选项都是开放的，等到孩子成年有能力作出决定时，再去作出他们自己的选择。如果“不做决定”本身会令孩子的未来选项关闭，那么，监护人要做

的就是尽量使孩子的选项保持开放状态，总有一天，孩子会成年。强制教育至一定年龄的自由主义式观点就是如此：孩子所有的职业选项都是开放的，成年以后他就可以自己选择未来之路。¹⁰ 对于昆兰和赛科维奇的情形来说，无法等他们恢复行为能力后再做决定。因此，婴儿和未成年人的问题比他们的问题要容易得多。

当然，儿童期也不是整齐划一的。儿童与成人的能力之间并无清晰的界限；只能是这是数个连续发展的阶段，每个阶段都和前一个阶段有所不同。人在十岁或十二岁的时候，就能够以其行为能力享有不少甚至绝大多数法律上的权利。在婴儿阶段以后，“孩子”这个词只能表示孩童的某些方面，而在另一些方面，他已经是个成人。而十八岁或二十一岁生日那天所划分的界限只是一个模糊的点（比较有说服力），表示作出决定所需要的全部能力均已成熟。随着儿童逐步获得所有相关的行为能力，他应该可以随之享有或承担相应的法律自由、权利、能力和义务。

不过，法律必须为“标准人”设定刚性界限，既然推定在“标准人”的年龄可以实施各种法律行为，那么在那个年龄以下就没有这样的能力。要按照个案确定这种能力既无法操作，亦不可靠。年龄的要求随诸多因素而变——能够表示同意的年龄（接受治疗、结婚、性交、购买避孕套、财产买卖）；建立法律关系的年龄（义务、自由、责任、免除、权力）；涉及部门法的年龄（刑法、侵权法、合同法）；以及获得某种法律身份的年龄（选举、驾驶、饮酒、服役）。

与一般意义上的成年（达到所有权利、义务、自由、公民身份所要求的能力的时间点）相对，法律上的成年是一种多数意义上的概念。普通法中“处于大多数的成年年龄”是 21 岁。这个年龄的人“能够 327 在法律上为自己的一切行为负责，例如，他不能借口自己年龄小而撤回合同。”¹¹ 斯蒂芬·吉菲斯作了补充，在绝大多数美国的州里，成

年年龄“正迅速降低为 18 岁，至少部分是因为 1972 年的美国宪法第 26 修正案规定 18 岁即可参加联邦选举的缘故。”¹² 造成的结果是，达到新的“成年年龄”以后，却因为年龄的原因未能取得其他公民权利，比如购买酒精饮品的年龄在很多州都保留为 19、20 或 21 岁（参见第一卷第五章第五部分）。这部分原因在于法律本身的不协调，还有部分原因在于，汽车时代对于饮酒所需的判断能力和控制能力要求更甚于投票选举的能力。其实，二者皆非主要原因，主要原因在于，饮酒和驾驶都是涉他行为。一个行为能力不足的饮酒者驾车可能造成的损害大于一个行为能力不足的投票者可能在选举中造成的损害。十多岁的饮酒者在这个年龄层并不具有代表性，还是必须等待其他人都达到同等水平，形成依统计数据表明的大多数。对于不具有社会危害性的行为，只要求那个年龄中的多数人达到相应的能力水平即可，但对于具有社会危害性的行为，它要求那个年龄（传统上不会超过二十一岁）中几乎所有人都能达到相应的能力水平方可。

二十一岁是一个传统的分界线。在合同法中，这个年龄被视为已完全具备进行任何交易的能力。在这个年龄之前也可以订定合同，并许诺在达到年龄后履行合同，但如果在后来的民事诉讼中，这孩子以未成年为由拒绝履行的话，他的承诺是无法被强制执行的。¹³ 有趣的是，在普通法中，未成年人订立的合同并非无效合同，而是可撤销合同。它们并非自始无效，原因有两个：首先，如果合同的有效要素都没问题，合同另一方可以依合同履行（这里给未成年人的最大好处是：享有合同权利，而不承担合同义务）。其次，在普通法中，孩子在 328 年满 21 岁后，有权令他之前订定的可撤销合同产生效力。“无需附加条款，他对于履行之前合同的承诺具有约束力。”¹⁴ 依据正是孩子之前作出的未生效的承诺及其当时已经给予的考量。简言之，孩童作出的可撤销承诺具有潜在的法律意义，一俟其成年之时，承诺即恢复其

法律效力。

刑法中的年龄有两类：一是承担刑事责任必须达到的最小年龄，另一个是（与本卷有关）作出有效同意的年龄，这个年龄可以作为加害者的辩护事由。传统的普通法对刑事责任（或犯罪能力）年龄的规定之复杂超出我们的想象。将孩童（或法律上用指未成年人的“婴幼儿”）分为三类。七岁以下的未成年人不承担任何犯罪的刑事责任，因为毫无疑问，他们是无犯罪能力人（没有实施犯罪的能力）。十四岁以上的未成年人和成年人一样，能够接受诉讼、实施犯罪、接受刑罚处罚。而七岁至十四岁之间的未成年人则责任未定。一般推定他们像七岁以下的未成年人一样缺乏承担刑事责任所必需的能力，但这种推定是可以推翻的。这些都很清楚，不太清楚的是，针对这些中间年龄的未成年人推翻对其无犯罪能力的推定，其实质何在。索斯纳德大法官在 1818 年的一份判决中，对推翻这一推定的实质意义所作的论述很有代表性：“如果能够清楚地证明未成年人具有理解行为及其结果、明白责任的承担以及区分是非对错的智力，能够清楚地证明未成年人具备对有罪或无辜的认识能力，那么，显然他就具备了犯罪能力。”¹⁵ 很多孩子在刚刚开始学习说话的时候就开始接受品德教育，四五岁的时候，孩子就知道了打人、偷拿东西和撒谎是不对的（至少是不被允许的），做了错事然后悔恨是常有的事。如果强调的重点在于“对承担义务的理解”能力，那么，将七岁以下孩童排除出去的理论也可以站得住脚。这种情况下必须慎重，如果我们不想让绝大多数成年人（只留下哲学家除外）逃脱刑事责任的话。

1938 年的一桩案子曾轰动一时¹⁶，北卡罗来纳州最高法院巴恩希尔大法官对有关未成年人犯罪能力的法律总结出的一个观点是，重点在于评测未成年人“对善恶的认识”能力，并将其应用到精神错乱的案件中。关于七岁至十四岁的未成年人不具备行为能力的假定是可

329 以被推翻的，他写道（援引之前的权威论述），“如果在法庭和陪审团看来，他能够区分善恶，那他就可以接受刑罚处罚。”¹⁷ 这段权威引言明白无误地指出哪些案件属于此列：

可以推翻假定并对十四岁以下未成年人施以刑罚处罚的案件主要包括严重暴力伤害致人重伤，使用致命武器，参加聚众暴乱，意图强奸中表现出残酷兽性等。在这些案件中，如果被告人被认定无犯罪能力，公众也会要求法律维护正义，公开处罚这些犯罪人，尽管他们还不满十四岁。此处，犯罪人的邪恶弥补了年龄上的不足。¹⁸

法官想说的是，如果犯罪足够严重，那么他的行为虽然自愿性不够，但行为的严重性“补足了年龄的要求”。事实上，我们无法确定犯罪的严重性与未成年人承担责任的程度之间的关系。一个十岁的孩子用雕刻刀袭击他的妈妈，行为虽然严重，却可能被认定为无犯罪能力人，而一个十三岁的孩子在超市偷了一包烟，却要承担和成人同样的道义责任。自愿性不应与损害性、严重性或邪恶什么的混为一谈。无论行为如何令人震惊，其自愿性程度都会自动依行为入“无法控制自己”或“不知道自己在做什么”而减低。如果忘记这个区分，那就意味着只看行为人造成的危害是否引起公愤，而不管他其实只是个孩子。我们会以愤怒“补足”对意识力、自治力或认知力的要求——这些都是承担责任的必要条件。

未成年人承担刑事责任的条件还有很多问题可以讨论，但我们在此讨论的主要目的不是以未成年人作为行为人，而是作为被害人。什么年龄的未成年人作出的同意表示方可成为被告人免除刑事责任的辩护事由？在我们的刑法中，需要以同意作为免责事由的犯罪主要有

两类：强奸及其他性侵害行为，盗窃或其他侵犯财产的犯罪。前一类犯罪引发了关于未成年人的同意如何免除行为人刑事责任问题的各种讨论。所以，我们就集中在未成年人对性犯罪的同意问题上，实际上，“同意年龄”一词（除非特别指出）就是指“法律上可以有效同意发生性行为的年龄”。

普通法将“强奸”定义为“未经女性同意实施的不法性行为”。注意，这里指任何年龄的女性。“与未成年人发生性关系”作为一项重罪，是指“与未满同意年龄的未成年女性发生自愿性关系”。在过去的两个世纪里，普通法通过制定法的多次修订，认为与未成年人发生性关系，无论她“是否愿意”，都是强奸（即普通法上的“强奸幼女罪”。）这些法律的立场在于，未满一定年龄的幼女，无论她是否“愿意”发生性行为，她的同意都不具有法律效力。她即使表示同意，也不具有法律意义。在美国，各州的年龄限制不尽相同，跨度从十岁到二十一岁，其中，十六岁最为常见。现在，某些州对男童同样适用幼女的同意年龄，如华盛顿州修订后的法律，和未成年人发生不法性行为的犯罪也包括“妇女与未满年龄的男童发生性关系”。¹⁹ 330

以华盛顿州为代表的美国一些州的刑法对与未成年人发生性行为的犯罪人的处罚采用某种线性标准，即未成年人的年龄越小，处罚越重。若未成年人为十岁以下，刑罚为终身监禁，若未成年人为十岁至十四岁，刑罚为二十年以上监禁；若未成年人为十五岁至十七岁，对犯罪人的处罚不超过十五年监禁。在我看来，这种处罚标准并无明确理据，它似乎主要依据于行为对被害人造成的损害大小，甚于依据于被害人作出同意表示时的自愿性程度。²⁰ 不过，倘真以后者为依据，其理据更加怪异。在法律的其他部分，同意有效与否是一个全有或全无的问题。同意表示的自愿性可以有程度上的不同，但如果未达到某种程度就归入无效，失之毫厘，谬以千里。假设我们的考虑是对的，

达到要求的自愿性程度，同意就是有效的，从而可以作为行为人免责的根据，而自愿性程度不同的法律意义则在于对应的刑罚处罚不同。易言之，即使自愿性程度不足以使同意有效，在法律上仍具有减轻刑罚的作用。

无论何种性别，未经他人同意而与他人发生“不体面行为”，他或她的行为即构成刑事以及民事上对他人的暴力侵害，如珀金斯所言，“如果行为施与的对象因其未成年而不能作出同意表示……在法律上即属未经同意……”²¹（令人困惑的是，珀金斯还加了一句，“即使事实上存在同意表示”，更清楚的表述应该是，“即使未成年人表达了他或她的意愿”。）以下为标准示例。

例如，某人对一名五岁女孩（或男孩）实施性侵犯行为，因为她不能理解行为的性质，无法作出法律上的同意表示。尽管存在相反的立场，²²正确的观点一般是，一个不满“同意年龄”的小女孩无法就猥亵行为给出法律上认可的同意表示，正如她无法对性行为作出同意表示一样。²³

所以说，如果将最后那句话中的“表达意愿”改为“同意”，意思会更明确。同意是强奸罪的辩护事由，当然也可以作为“侵权行为”，至少是包含猥亵的侵犯行为的辩护事由。问题是婴儿不可能作出具有法律效力的同意表示，即使他表示同意，也不能作为抗辩事由。若否认B对A的行为作出的充分自愿的同意的有效性，则不仅对A是不公平的，对B的个人自治来说也是一种家长主义式的干涉——即使B是个孩子。因此，只要孩子（应该）能够表示自愿同意，就不应以家长主义阻止他们的行为。

值得关注的问题是，一个五岁的孩子是否有能力对任何事作出有

效的同意表示？为什么不能对性猥亵行为表示同意？显然，孩子是可以对这种行为表示同意的。他或她会拥抱或亲吻成年人，当然也可以拒绝这么做，而法律对此应抱有不干涉的立场，强迫一个不情愿（即“未经其同意”）的孩子实施这类行为是道德不法的。同样，成人或其他孩童会问，“能给我一颗糖吗？”被问及的孩子可能同意，也可能拒绝给对方一颗糖。在某种微妙的意义上，性爱抚和这些示例中的简单行为相比，潜在的损害性更大，而孩子并不知道这些影响，或者说他们并不能理解这些影响，因此他没法表示有效的同意。这里并未混淆损害性和自愿性。问题不单单指孩子在同意成年人的爱抚时承担了风险，而是孩子根本不知道或不理解自己所承担的风险。而成年人对此又如何理解呢？风险可能包括鼓励成年爱抚者进一步有所行动，可能产生一些孩童的心理尚不足以承受的热烈情绪，可能使他们对性行为形成某些习惯心理，令孩子长大后对性行为陷入罪恶感、焦虑感、羞耻感或悔恨当中，并为此付出沉重的心理代价。这种论证是成立的，但其假设的风险缺乏佐证，让我们不易相信。使我们拒绝承认未成年

332

人对爱抚行为能够作出表示有效同意的动机，与其说是这种直截了当的理论，不如说是某种非理论化的深层反感，并且认为这是成年人剥削未成年人的一种形式（即使它可能是无害的，且获得有效同意的——参见第三十一章）。在结束本议题之前，关于未成年人自愿性的法律意义还有最后两个问题。第一个问题是，未成年人各方面能力未发育充分会降低其参与意愿的自愿性程度。对于一些更为微妙的行为，同意有效的年龄会放在未成年年龄的末段（事实上甚至会超过未成年年龄段），法律往往将需要更微妙能力的诸如“缔结婚姻”一类的合约行为的同意年龄定得更高。适于结婚的状态并非仅指获得一些通过训练或阅读就可以获得的能力或技巧，必须要有足够的时间获得成长和经历，而这些都

无法一蹴而就。

第二个问题是，考虑到行为的可逆性，我们有关自愿性的原则、自愿同意的最低年龄可以不必那么机械。这是第二十章第五部分中对“经验法则”的运用。“风险包含的损害越不可逆，自愿性程度的要求越高。”毫无疑问，现代社会对最低结婚年龄的确定要考虑到这一点，但同时，离婚率的攀升使得结婚行为的不可逆性减低，这一点考虑的作用也随之降低了。

四、醉酒状态

人们在特定时间里因为受到醉酒、药物或个人情绪的影响，往往无法按通常标准衡量他们的精神状态。这些因素或者降低人的行为能力，或者扰乱人的思绪，或者两者兼有而令其行为能力不足。酒精会模糊视力、损害协调性、削弱思维能力（丧失能力），而悲伤、狂躁或愤怒亦会占据人的注意力，使人无法集中精力对某个问题作出决定（干扰性），或者扭曲其判断能力。

使用药物后的状态在刑法中传统上称其为“醉态”。这个名号下既（主要）包括通常饮酒后导致的状态，也包括因使用药物导致的各种异常精神状态。在刑法中，公开醉酒本身通常就是犯罪。关于醉酒
333 更值得讨论的问题是，在醉酒状态下实施其他且更严重的犯罪时，醉酒是否可以作为免责事由或减责事由——简言之，醉酒对刑事责任能力有何影响。刑法中关于醉酒的另一个问题是，醉酒状态下作出的同意表示是否可以作为对其施加犯罪的行为人的辩护事由。其他部门法也关注醉酒状态下的同意问题，尤其是同意者所同意的是对其有危险或直接损害的行为。必须注意到，在不同的法律背景下，自愿性标准会发生相应变化。

和其他中毒状态一样，醉酒可能是自愿的，也可能是非自愿的。刑法认为，如果醉酒者不知道或不可能知道他饮用的酒精量能够导致其醉酒，或者在强制或胁迫之下饮用至醉酒状态的话，醉酒就是非自愿的。无论是哪种情形，被告人都可以就公开醉酒的指控提出免责的抗辩。（另一方面，如果原因在于饮酒者高估了自己的酒量，则可认定其自愿性属于“莽撞放纵”。）非自愿醉酒对于某些犯罪而言并非抗辩事由，除非有证据表明其醉酒状态近乎精神错乱。²⁴ 这里我特别是指包含禁止令的法律，禁止在服用药物后驾驶车辆。而尚未达到错乱状态时，法律推定醉酒者知道自己处于醉酒状态，且不应驾驶车辆。如果他受到醉酒驾驶的指控，法庭可以裁定其饮酒为非自愿，但在醉酒状态下作出的驾车决定仍“足够自愿”。

法律对自愿醉酒作为免责事由的怀疑立场始于亚里士多德，²⁵ 这种立场是符合常识的。仅当醉酒状态令行为人丧失行为能力而无从知晓其所作所为，或其行为为不法（被禁止），醉酒状态方可作为严重刑事犯罪的抗辩事由。若行为人在未受任何强制或任何降低自愿性的错误认识的影响下饮用酒精或服用药物，那么，他应当为使自己陷入丧失自治能力的状态负全责。绝大多数的醉酒状态都被视为某种“人为的、自愿进入的疯狂状态。”²⁶ 一个人不能自愿地制造了随后的非自愿状态，又以此作为实施恶行的抗辩事由。当饮酒至“暂时疯狂”的临界点²⁷，意味着饮酒者自愿承担随后的风险。既然饮酒或使用药物会造成疯狂状态的后果人人皆知，该临界点可以适用于所有情形。“饮酒者为犯罪壮胆，这本身就包含了对犯罪的故意心态。”²⁸ 334

爱德华·科克爵士甚至认为醉酒是犯罪的加重情节（非但不能减轻罪责），²⁹ 布莱克斯通则赞成古希腊庇塔库斯所说，“‘醉酒之人犯罪应受双重惩罚’的法律，³⁰ 一重惩罚针对犯罪行为，另一重惩罚

针对令其犯罪的醉酒状态。”³¹ 这些学者的态度包含了某种共同立场，即醉酒使事情变得更糟，但在普通法中，醉酒状态从未被视为加重事由。杀人而非谋杀就是考虑行为人醉酒状态的结论。³² 道德上说，允许自己进入醉酒状态本身就是一种疏忽或放任，驾驶原本是正常合法行为，醉酒却令其成为犯罪，加重了莽撞驾驶的罪过，同样，醉酒也可以带来其他行为时的莽撞状态。但我们的刑法中并不常采用科克或布莱克斯通的立场作为处罚的原则。

另一方面，刑法亦未将自愿醉酒视为当然的抗辩事由。道德上说，醉酒作为减责事由乃出于多重因素的考虑，情况复杂，在此不作冗述。其中一个因素是行为人的一个反事实条件性状态：他在未醉酒的清醒状态下是否亦实施同样的行为？或者，无论醉酒与否，他是否总是会实施同样的行为？³³ 如果答案是肯定的，则法庭对一个醉酒杀手作这样的判决是可以理解的：“醉酒者的恶意和非醉酒者的恶意同样危险。”如果答案是否定的，则杀人者的恶意恐怕并未达到对谋杀者的通常程度，我同意罗林·珀金斯所说，“如果一个人在酒精的刺激下实施的行为是他在清醒状态时绝不会实施的行为，而另一个人无论醉酒与否都会实施同样的行为，或先决定行为然后饮酒，那么，即使前者的醉酒状态是其自愿导致的，和后者的可责性也存在程度之差。”³⁴ 珀金斯所说的可责性差别在于，前者是疏忽大意或莽撞，后者则是故意，甚至是有目的的杀人故意。自愿饮酒者在酒精的作用下陷入醉酒状态，他并未事先有所计划，其行为完全不符合其通常性格，但因为疏于为他人安全考虑，或者给他人带来不必要的风险，他的行为仍具有可责性。他可能并不知道正使自己丧失行为能力，但他本该知道这一点，因此，可以推定他愿意承担因其疏忽而造成损害后果的风险。这足以令其承担罪责，但他的罪责不同于依其性格杀人者所承担的罪责，或者为了杀人而故意事先饮酒者所承担的罪责。

若非为认定刑事责任，自愿醉酒对于自愿性的决定作用往往有所不同。若 B 在醉酒状态中，同意 A 对自己实施危险或有直接损害的行为，则他的同意不能被视为授权 A 实施后续行为的许可，同时也不能成为 A 受到刑事指控时的抗辩事由。若 B 醉得厉害，根本不知自己所为何事，或者无力理解或担心其中包含的风险，则由于造成错误认识的诸多降低自愿性因素的存在，他的同意自始无效。即使他醉得不是那么厉害，但他的意识已经模糊、注意力已被分散、判断力受到扭曲（如我们通常所说的“脑子乱了”），或者令他不像平常状态时那样谨慎，若根据“行为的风险越大，自愿性程度要求越高”的第一经验法则（第二十章第五部分），他的同意仍不足以视为有效。

对我们的讨论而言，更重要的是自愿醉酒的 B 所表示的同意接近完全自愿的那个点。B 不知道自己同意 A 对自己实施危害行为意味着什么，之后，A 不能以此提出抗辩，但 B 的脆弱状态是他自愿造成的，因此 A 不必为之后的损害承担责任。这一点很重要，无论在刑法中，还是在一般的道德语境中，决定同意自愿性的标准和决定刑事责任能力的标准是不同的。如果 A 和 B 都喝醉了，在确认 B 的“许可”后，A 伤害了 B，尽管 A 当时并不知道自己在做什么，仍应为其不法行为（还是“相当自愿”的）负责，因为醉酒状态是他自愿进入的。尽管 B 也是自愿醉酒，但他的同意并无效力。从这一点上说，醉酒是否自愿无关紧要。这再次表明，随着背景和目的的不同，判断自愿性程度的标准也将不同。

目前我们的刑法的总体立场是，醉酒者同意他人对自己实施构成犯罪的伤害行为，其同意不能作为加害人的免责事由，即使醉酒出于自愿。不过，凡事总难整齐划一，由于伤害的种类不同，且醉酒造成的能力不足状态不同，解释会成为难题。《模范刑法典》的作者们在讨论不同心理障碍对同意性行为的作用时也会发生内讧。如果说暂时失

常的女性不能作出有效的同意表示，如果说布莱克斯通将极度醉酒状态视为“自愿招致的疯狂”的说法是对的，那么，处于极度醉酒状态的女性当然也无法作出有效的同意表示。但问题没这么简单，特别是在醉酒状态不那么严重的情况下。《模范刑法典》的最后版本显然在这个问题上以含糊其辞的方式取得妥协。男性构成“严重性侵犯”的行为方式之一是，“明知非配偶的女性因精神疾病或精神障碍，无法确知自己的行为性质”，³⁵因而无法作出有效的同意表示，却仍与该女性发生性关系。法学会的报告人是这样评论上述措辞的：

这一表述是那份在 1955 年会议上遭到强烈抵制的提案的限缩版本。当时，委员们 [作者们] 表示将重新考虑，那份提案认为，若行为人明知被害人因精神疾病或醉酒等“不能辨认或控制”自己的行为，却与之发生性行为，即构成重罪。这里排除了双方均处于药物中毒或酒精中毒状态而实施性行为的情况。修订后的版本仅涉及因极其严重的精神疾病或心理缺陷而无法判断被害人是否“无法辨认自己的行为”的情形。只是影响被害人“控制”自我性决定能力的情况不涉及刑事责任。被害人必须缺乏辨认其行为“性质”的能力，必须要明确的是，我们所谈论的辨认能力不包括对随后行为进行价值判断和后果考量的能力。因此，修订后的版本仅指行为人明知对方处于严重精神障碍状态而与之发生性行为的情形。³⁶

我原本倾向于当时的版本，但对于当中存在的严重措辞问题也心存担忧。我认为，全面的法条应当满足以下要求：

1. 若被害人当时“失去思维能力”，无论此种状态是永久的、间歇的还是暂时的，无论此种状态源于精神疾病、缺陷或者醉

酒，亦无论醉酒是出于自愿或非自愿，她所作出的同意表示都不能免除行为人的刑事责任。（如果非自愿，那当然更是如此！）

2. 若被害人因醉酒而放松了日常的自我约束，在实际辨认和控制能力未受实质影响的情况下，愿意或渴望与被告人发生性行为，则行为人不承担刑事责任。立法者要将“实质”一词具体化的任何努力都是愚蠢的，必须明确的是，与某人内心的道德确信相反并不能作为“认识能力实质损害”的有力证据。只要存在“实质影响”，哪怕未至精神失常的程度，行为人亦应承担刑事责任。 337
3. 还可导出一个较（1）更严格的标准，尽管被害人的精神障碍或错乱并未达到严重的程度，但若行为人明知以被害人的年龄、未经世事、正在接受治疗或脆弱的心理等情况，性行为对她特别危险或有害，则即使行为人获得被害人同意，亦须承担刑事责任。若不存在这些特别危险的情况，则对清醒后的被害人而言，性行为所造成的“损害”仅仅是某种具有侵犯性或她不愿意接受的身体接触。实则为第二十章第五部分中经验法则 1 的目标（3）。

刑法典中的另一处也存在 B 在醉酒状态下表达的同意能否免除 A 的刑事责任的问题，即成文法中侵犯财产的犯罪——如盗窃罪。问题其实就是，B 在酒精或药物作用下同意将财产转移给 A 的行为应当认定为自愿的赠予，还是应当仍定为未经同意的财产转移，即 A 构成盗窃罪。要成立盗窃罪，必须排除 A 在“对权利的真意主张”的情况下转移财产的行为，因为不能就他在 B 的同意下实施的无心行为而惩罚他，且 A 必须具有非法占有的目的，或在 B 发现并要求返还之前迅速销赃；否则，将其认定为民事案件比刑事案件更合适。但就刑事责任所

要求的“精神状态”条件而言,我们的问题是,B在醉酒状态下作出同意表示是否有效,并能作为A受到的盗窃指控时的辩护事由。

我认为,必须讨论一个至此尚未提及的因素,这个因素显然涉及先发性问题。是谁首先提出财产转移的?我们设想,在酒吧里喝得酩酊的B,手里拿着一沓百元钞票,跑到莫名其妙的A面前,抱住他,拍他的背,发誓永远爱他敬他(可能他们根本素不相识),然后把那沓钱塞给目瞪口呆的A,宣称那是给他的“礼物”。于是,A的贪婪之心被激起,他拿走了那笔钱,大大方方地谢过笑嘻嘻的B,一点儿没有拒绝,接着就消失在黑夜中,再也不打算见到B。或许我们会说,这种情况下B完全活该。既然他自愿饮醉,就意味着他自愿承担财产338 损失的风险,当然,第二天早晨,他还要面对宿醉后的痛楚——这一点他倒是早就应该预料到的。³⁷

但我们还可以设想另一种情境。在这个版本中,B还是在同一家鸡尾酒吧喝得酩酊大醉。喝得越多,他对人就越是友好,可是其他主顾都不愿他凑过来,这使他愈发觉得没人爱。机会主义者A决定利用B的这个弱点占点便宜。经过对B的仔细观察,他制定了一个策略。他走向B,做了自我介绍(或者他们本来就是老熟人或老朋友),两人一起喝酒,A一直拍着B的马屁。就在相谈正欢之时,A提出让B把他佩戴的价值2000美元的手表赠给他。B马上表示同意,他本来绝不会起这个念头,但酩酊之下,立刻就将手表交给A,A表示了诚挚的谢意,然后就消失在夜色中。

现在我们可以认为(1)就认定刑事责任而言,即使自愿性或非自愿性程度与前一个案例完全相同,B的同意仍不足以有效?(两个版本中,B的醉酒程度是一样的。)或者我们可以认为(2)若两个故事中自愿性程度一致,其法律效果亦应相同,既然在第一个故事中,B的同意可以免除A的责任,那么对于第二个故事亦应产生同样

效果。或者我们应当认定（3）既然两个故事中的同意都是在醉酒状态中作出的，则两个同意都应被视为无效，由于第二个故事中 A 具有更明显的操弄和榨取的意味，就动机而言处罚应更重。我们唯一可以立即否定的第四个结论是，两个故事中的同意都是有效的，尽管根据“被害人同意”法谚，他并未损害（侵害）另一方，但他接受“礼物”仍应承担责任。这显然是硬家长主义或道德主义的解释——我们必须尽力避免陷入其中。

正确的解释仍难以确定，但我本人最倾向于第一个观点，因为它最符合直觉，A 的操控性越强，处罚应越重，当中并无吊诡之处，根据自愿性不同标准的理论，两个非自愿性程度相同的同意在不同的情形中产生的法律效果可以并不相同——此处即取决于是谁先发出赠送的提议。

339

表 26-1 醉酒时“赠予”的两种情形

情形 1：提出者是醉酒者（B 的提议）
情形 2：提出者是接受者（A 的提议）
对两种情形的不同认定：
i. 在情形 2 中：B 的同意因并非充分自愿而无效，即使其自愿性或非自愿性的程度与情形 1 完全相同。在情形 1 中，B 的同意却是有效的。提出者的不同导致了结论的不同。
ii. 既然两种情形中的自愿性程度相同，则其法律效果亦应相同（同意有效）。既然在情形 1 中，同意可以使 A 免受刑责，则在情形 2 中亦应产生同样的法律效果。
iii. 既然两个情形中的同意者都处于醉酒状态，则两种情形中的同意皆应为无效。但情形 2 中的 A 因其操控性和剥削性更甚，应受到更严重的处罚。
iv. 两种情形中的同意皆为有效。尽管根据“同意无被害”法则，A 并未不法侵犯 B，但“赠予”的接受者仍应承担责任。（法律家长主义或法律道德主义）

根据近年在美国的一些州通过的法律，背景变化范围的一端是对酒精摄入测试计的使用。一般而言，如果让一个酩酊大醉的人作出一个涉及长期利益而只能在深思熟虑之下方可作出的艰难抉择，那么，他在醉酒状态中作出的决定显然不是自愿的，将这个决定归属于他是不公平的。我们应当在他醒酒之后给他一个再次考虑并作出决定的机会。而如果他的决定还是在外力强迫下作出的，那这个醉酒中作出的决定就更不足为据了。不管怎样，在美国的某些州，酩酊大醉的机车司机可以同意或拒绝进行酒精测试（决定完全由他本人作出）。如果他同意，则（假定他已“酩酊大醉”）他血液中的酒精含量必定超过最低许可值，这个测试结果即可作为控告他醉酒驾驶的有罪证据，最终可能被处以监禁和吊销驾驶执照。另一方面，如果他拒绝接受测试，则他的“自愿”拒绝会令他的驾驶执照自动吊销六个月（一般而言）。假定他确实醉了，无论接受或拒绝，都不应视之为自愿行为，但既然程序的目的在于确定他是否醉酒，继而保护他人不受醉酒者之害，那么，视其决定为“充分自愿”并无不公。他的选择在二十四小时之后可能自愿性更高些，但那时我们想要确定的那个状态却早已一去不返，我们的测试也毫无意义了。

舍弃现行做法的其他方案包括：（1）允许醉酒司机拒绝作测试，放他回去危害他人，（2）仅凭印象对司机提出严重刑事指控，但这显然存在“合理怀疑”，或（3）允许警察采取强制力或威胁，以迫使疑似醉酒的司机接受测试。第三种方式类似于基于特定目的而将不自愿的行为视为“充分自愿”，但还是存在区别。首先，无论基于何种目的，都不可能将强制力之下，无论是强迫还是威胁之下的非自愿的行为视为“充分自愿”；其次，现行制度并不会导致不受约束的警力使用——第三种方案永远隐藏的危险。³⁸

五、疾病、疼痛及干扰性情绪

在减低自愿性的能力不足问题中有很多类似酒精测试的情形，如疾病、疼痛或情绪，这些情况下都不可能推迟确定的时间。在考虑这些类似情形之前，我们先简单再讨论一下，疾病、疼痛和强烈的情感是如何降低人们的选择能力的。一般而言，这些因素并非直接损害人的认识—控制能力（像醉酒那样），而是干扰人的注意力。在通常的感冒发烧或身体不自在、疼痛、沮丧、焦虑、暴躁的情况下，人们一般不会产生幻觉、错觉，或失去逻辑判断力，但却很可能因为被这些状态分散注意力而无法集中全副精力面对眼前的事务。就好像在一个锣鼓喧天的地点思考一个重大的人生问题一样。不服用镇静剂就无法“静下心来”，但药物却会控制人的思绪并分散人的注意力。静不下心，又无法集中注意力，这些因素都会让决定者不能认真考虑那些在一般情况下他必定要认真考虑的问题，例如，疼痛消除后未来怎么办，或者对他人的影响，或者对他的内心律令和理想的影响。

不过在某些情形中，即使在受上述因素影响下作出的决定并非完全自愿，对这个不开心的人所作出的表示亦应视之为充分自愿而予以尊重，在这些特殊情形下作出的同意表示是有效的。所谓“特殊情形”至少有三个特征。第一个特征当然就是不可迟延性。第二，因上述因素受到干扰而被降低的能力与要作出的决定不甚相关。回到早前提过的因为头痛而服用两片阿司匹林的例子（第二十章第四部分）。头痛对于认真思考的干扰恰如最大音量的贝司鼓，但如果这个人的最大利益就是结束痛楚，那么他的注意力被分散并非相关因素；还不如说痛楚“令他的注意力集中”至眼前的问题上。在该示例中，阿司匹林对他的未来利益不存在任何风险，不涉及他人，也没有任何顾虑。

当然，如果存在这些因素，他势必会因为分心而考虑不周，但在这个示例中并不存在这些因素。但如果这个人服用阿司匹林是为了认真考虑一下解决眼下痛楚可能带来的副作用问题，那情况就不同了。在这种不同的情形中，眼前的痛楚令此人无法周全衡量各种重要因素的作用，要是他头脑清醒的话，可能会作出完全不同的决定。头痛而服用阿司匹林的示例可以作出各种变化直至最困难的情形，但在最初的简单情形中，它就是一个在被痛楚分散注意力的情况下作出不完全自愿决定的例子，因为各种因素未被周全考量，当然也就不属于充分自愿的情形。

第三，作出决定的需要正是导致无法清楚思维的那个原因的结果。我们不能留待头脑清楚以后再做决定，因为那时（如酒精测试的例子）已不需要作出决定，事情被虚拟化了。我们不能对一个头痛病人说——“等头痛消失后，在头脑清楚的情况下决定是否服用阿司匹林。”同样，我们也不能阻止某人将贝司鼓的音量调低，不能说他现在头脑还不清醒，不能决定是否要调低音量！总结一下：有时作出决定的时刻就在眼下，此人要么当下作出决定，要么就不用再作什么决定了。就我们所讨论的情形而言，这是因为此人所面临的选择（酒精测试、止痛、调低音量）恰恰是使他无法集中注意力的原因。在此类情形中，自愿性降低的选择总比不作选择好些。可能这些选择“刚好足够自愿”，比他人代为作出的选择更能遵从此人的意愿和倾向。

还有一种解释可以说明当下不可迟延的决定中的因果联系。如果选择与导致头脑无法清醒的原因相连，那么，推迟决定等于作出了决定，即作出了否定的选择。在我们的示例中，饱受痛楚的人要作出的选择是：我是该服下两片阿司匹林以便解除眼下的痛楚呢，还是应该等到痛楚消失后，在头脑清醒的情况下作出决定呢？如果他选择推迟决定，实际上就是决定继续忍受痛楚，就是作出否定的选择。但如

果在当时的情况下他本来就没法作出完全自愿的决定，那么，他此时作出的否定选择正如肯定选择一样，都是非自愿的。问题是：既然这两种情况不可能同时避免，那么在这两个同样非自愿的选择中，哪一个才是此人真正的决定？既然两个选择均非自愿，那么，真正的选择就应该是那个反映他当下倾向的选择。

并非所有在精力分散的情况下作出决定的情形都符合上述模式。不符合的情形包括（1）导致注意力分散的因素与要作出决定的事物之间不存在因果联系，或（2）决定因此或出于其他原因而可以推迟作出，或（3）选择者被干扰的注意力本身对作出决定至关重要。在这些情况下，选择者的决定尽管完全涉己，但可能并不足以作为他人干涉的正当事由。

如果头痛患者必须决定是否接受求婚，她最好还是让求婚者等她精神好了以后迟些再来；或者她当下接受了求婚，但过后却反悔起来，说她之前的同意（或拒绝）因为受到头痛的影响，不是完全自愿的，因而没有约束力。这个示例在三个方面都不同于前面阿司匹林的示例。首先，决定者关心的并非终止疼痛，而是另外一件事，是否同意求婚。因此，不符合因果联系条件。其次，决定显然可以推迟作出。第三，尽管和阿司匹林示例一样，她备受头痛的困扰，很想摆脱它，这使她无法集中精力思考自己与求婚者的终身大事——她本该考虑的是这事。事实上，要不是头疼得越来越厉害，她本不会考虑头痛的问题。因此，由于（1）需考虑的事务与干扰因素之间不存在因果联系，（2）决定可以推迟，以及（3）被迫注意的事项并不具有相关性——更别设在抉择之时——头疼时作出的决定因缺乏充分自愿而不能成为有效的承诺。 343

同样地，一个情绪低落的人可能会因为低落的情绪而自愿同意医生给他提供抗抑郁的药物，但即使在如此低落的情绪之下，他也不大

可能自愿同意放弃自己的财产，或者同意他人烧掉自己的房子。后面这个例子并不满足因果联系的条件；且不需要当下作出抉择，可以推迟做决定；并且因情绪低落而被分散的注意力对于进行认真的考虑是相关的，甚至是很重要的。

再强调一次，因强迫症而暴跳如雷的人可能会对他人采取恶意（但合法）行为而害人害己，但他处于清醒状态时是不会这么做的。很难说这个例子是否满足因果关系条件，因为当中的决定可以被视为针对干扰条件采取的“措施”，这样一来可以使震怒平息。但即使不去实施那不相干的损害行为，震怒可能还是会在稍后平息下来。在震怒的当下，实施或不实施相关“措施”的决定完全可以等到稍后，待强迫症过去、情绪平静下来再说。因此，这个例子中并无不能推迟决定的理由。

第二十七章

选择死亡

344

一、自愿安乐死

同意的自愿性受干扰因素或能力缺陷影响最大的案件往往也是最困难的案件。我是指那些不能自杀或不能决定自杀的人作出的死亡选择。就刑法而言，自杀作为单方行为本来不会引起复杂问题，我们也曾详述过，不能阻吓自由自决者选择死亡，若如此，就不可避免地会以无辜者为代价，并引出犯罪化上“悬而未决”的问题（第二十一章第一部分）。愿意选择死亡却无力自杀者若要达成所愿，就必须通过“同意”借他人之手杀死自己。在极端情形中，杀人的提议是由将为“被害人”者自己提出的，他“同意”的是提出他人杀死自己的请求，而这种请求往往表现为再三的恳求。原则上没有理由认为一个人不能自愿同意他人杀死自己，但事实上，在这类情形中对非自愿性的怀疑总是存在，特别是当他人可因自杀者的提议获利时，更令人怀疑存在某种微妙的操弄性。¹

严格意义上不具备自杀能力的人最可能请求安乐死，这些人通常

345 都是病人，在家中、护理室、医院，甚至监狱或类似限制自由和隐私的机构中受到监管。有时，在法庭上我们会听见杀人凶犯自愿求死，或者告诉律师不要为自己的死刑上诉，有时我们也会听见有人出于利他的动机，为了减轻子女的负担或为了将器官移植给自己的孩子而求死，但不管怎样，安乐死的通常情形都是因为伤痛或病患如此严重，以致病人不愿再继续忍受痛楚。“仁慈地杀死”自己久病不愈而倍受折磨的配偶而受到谋杀指控的情形并不鲜见。但安乐死的问题主要还是见于医院，患者或他们的亲属要求医院终止延续生命的治疗措施。另一些病人则干脆要求通过注射无痛药物积极终止他们的生命，但以目前的法律来看，这种要求是没有希望的。只有不救治（消极安乐死）曾被允许，积极杀死的行为（积极安乐死）从未被法律允许。不管怎样，我们关心的是法律应当如何的问题，软家长主义立场可以允许积极安乐死，但仅当病人的同意为充分自愿从而有效时方可。

死亡请求的自愿性并非安乐死问题中的唯一争议，但毫无疑问它是其中最核心的争议，对于软家长主义者而言，它甚至就是唯一的问题。学者们往往将“自愿”安乐死与“不自愿”安乐死及“非自愿”安乐死区分开来。若被杀者作出有效的同意表示，则杀人的行为即为自愿安乐死；若被杀者有表示能力而违背其意愿，或者未经其同意，则杀人的行为即为不自愿安乐死；若被杀者是婴儿、昏迷者或精神病人，不能作出自愿同意的表示，同意表示根本不存在，则杀人的行为即为非自愿安乐死。将“杀人”与“安乐死”相连，本身就意味着杀人者的人道主义动机。此处的死亡，如菲利普·富特所说，应被视为“为了那将死的人好”。²

在我看来，自从纳粹德国覆灭后，再没人鼓吹过不自愿安乐死。即使纳粹，也愿意借用“安乐死”一词，尽管他们的真实动机中毫无人道主义可言，也完全没有“为了那将死的人好”的意思。除了他们

那赤裸裸的蛊惑之词，纳粹并非家长主义式的杀手，他们不过是为他们的屠杀行为选择了一个温情的名词“安乐死”。他们的辩解往往是，杀死不适生存者、智障者、精神病人、癫痫病人以及其他残疾人是因为他们都是“废物”，是“社会的包袱”。³即使在今天所有受人尊敬的家长主义的社会学家当中，也不会有人为了维护家长主义而赞成不自愿的安乐死。⁴非自愿安乐死则有各种各样的支持者，特别当“被害人”是刚出生就身患绝症的婴儿，他们的生命短暂而“毫无意义”时，或者是处于不可逆性昏迷状态中的病人，⁵或者是处于极度疯狂状态而根本无法“自愿”同意死亡的绝症患者，这些情况下支持者更众。对于无法作出自我决定的人来说，必须有人代他们作出决定，这里不能总是不偏不倚地采用“替代判断原则”（或“实质同意测试”），尤其当被代作决定者是初生婴儿。对于此类情形，软家长主义者可能也会赞同硬家长主义者的立场，为无行为能力人的“好处”着想，应当允许代理人代为选择，而不是由他本人自愿选择。因为这个根本无法作出任何选择，他人的好心介入并非对其自治权的侵犯。

在软家长主义者看来，一旦这个人有能力对涉己事务作出自愿选择，那么这些选择就应当包括——甚至是特别包括——关于生死的问题。但即使是不反对自愿安乐死的人也往往会反对将其立法化，这种反对不仅仅源于当中存在的道德瑕疵，更在于担心立法者和陪审团会就此踏上“斜坡”，从自愿安乐死滑向非自愿安乐死、不自愿安乐死，直至纳粹时期曾出现过的恐怖情形。⁶反对就自愿安乐死立法的斜坡论有两种形式，一种是逻辑论，另一种是实证论（第二卷第九章第七部分）。前者的论证方式即归谬法。由一个命题推出另一个“荒谬的”命题，以致接受前面一个命题的人无法接受后一个命题。以归谬法反对自愿安乐死立法的各种形式的论证都是失败的。即使严格限制在仅赞成自愿安乐死，也会在逻辑上被归入赞成不自愿安乐死甚至纳粹式

谋杀的非自愿安乐死，并以此受到指责。而从实证（或其他更有说服力）的角度上看，斜坡论则类似“倒下的多米诺骨牌”。自愿安乐死逻辑上并不必定导向不自愿安乐死，可是一旦对自愿安乐死立法，就像倒下的多米诺骨牌，对非自愿安乐死立法的压力必定随之而来，一旦再行立法，又会激起公共舆论对不自愿安乐死的赞同，并推动政治家们在这个方向上滑得更远。这种论述好坏与否，取决于多米诺骨牌的客观位置，这是一个复杂的实证问题，没人能有足够的信心进行实验。但如果在赞同自愿安乐死立法的立场中存在某种独立的道德问题，那么人们就会认为证明多米诺骨牌的排列位置及其倒塌下来是件坏事的责任应该由反对者承担。本书关心的是可能被合法化的自愿安乐死的情形，针对这种情形，反对者的理由无非是滑坡理论或其他操作上的障碍。

按我们的论述目的看来，反对安乐死合法化的最后一个操作性理由也是最有意思的一个理由，与自愿性问题相关。死亡被很多人认为是对人的最大损害，尽管愿意实施安乐死的人未必认同这一点，但他们至少要承认，死亡是不可逆的。因此，按照第二条经验法则（第二十章第五部分），要使对自己死亡的同意有效，其所要求的自愿性程度极高。当然，醉酒者、情绪低落者或孩子是不可能符合这个标准的。至少我们要等到醉酒者酒醒，情绪低落者恢复状态，孩子长大成人以后再看是否符合标准。处于或将要处于悲惨境地的婴儿或无行为能力人都无法作出自愿有效的决定，而只能“非自愿地”由代理人为其作出——对积极安乐死来说，这是很危险的，因为很难确定代为决定者是否因为担心无行为能力人的存在会给他人带来麻烦而作出杀死他们的决定，这种决定可不是适当意义上的安乐死。

但代为决定者并非我们的关注点。我们关心的是自由主义的刑法是否允许由有行为能力的人提出的积极安乐死或消极安乐死，理论

上,最难的情形其实正是最常发生的情形,即饱受残疾和/或病痛折磨的“患者”提出的安乐死要求。有行为能力的人作出的特别强烈而令人为难的死亡要求提出了自愿性的概念问题。本章后文即着眼于饱受折磨或悲观绝望的有行为能力的病人所提出的死亡要求,如何才能具有足够的自愿性,从而在刑法上成为某种杀人行为的正当化事由。

二、雷切尔的最低方案

在一篇有关安乐死的文章中⁷,詹姆斯·雷切尔(James Rachel)提出了一个简单而基本的建议,以寻求某种将积极安乐死合法化的途径。雷切尔并不建议立法者制定一部复杂的法律授权某个“公民委员会”,在各种防止滥用的措施、特定的时间段、调查和取证的程序、分散责任以及其他复杂的条条框框下,允许或驳回积极安乐死(雷切尔宁可称其为“仁慈的谋杀”)的请求,他只是提议对刑事法庭作出一条规定,即“承认仁慈地杀害可以作为对谋杀指控的抗辩,正如正当防卫可以作为抗辩事由。”⁸若一个善心杀人者被控以谋杀,根据雷切尔所说的法条,首先控方应承担对犯罪要件的证明责任,即被告人确杀死了患者,且他或她是故意这样做的。被告人对此可以供认不讳,但可以以“仁慈地杀害”作为正当化事由。在这个问题上,证明责任则由控方转向辩方,这和以正当防卫作为免责事由的情形并无二致。现在,辩方必须证明(1)患者身患绝症,痛苦不已,以及(2)他或她是应“有能力行为人的死亡请求”而实施杀人行为。 348

这样就意味着任何人一旦实施仁慈谋杀,就一定要有独立的证人证实病人的情况及其求死的意愿;否则,就无法在法庭上——如果到了那一步——针对谋杀指控作出成功的辩护。法

庭采纳这个建议并不意味着每一桩积极安乐死案件都会被诉诸刑事法庭。在明白无误的正当防卫案件中，检察官并不会提出指控，因为那样做纯属浪费时间。⁹

这个“最低方案”的优点当然在于其简单，但也因为太过简单而无法应对现实中出现的各种复杂情形。首先，雷切尔的方案对于有家庭的病患是有用的，但对于独居，没有伴侣、父母、朋友愿意承担一定风险作最后见证的人来说并无实际帮助。或许，最易接受雷切尔方案的就是在医院或家里受到细心看护的人。谁该成为那个执行者呢？医生？这其实是最不可行的选择，专业医治绝症的医生总是一次次收到这类请求，理论上，每一次的请求都令他们承担受到刑事指控的风险。而医生和护士并不能像购买医疗事故保险那样购买“刑事责任保险”，这无法作为解决方案。对于医生或护士来说，即使不会受到指控的干扰或刑事责任的威胁，也仍会给他们造成极大的情绪压力。而雷切尔的方案无法避免医生对责任的滥用，或者杀死那些并非真意求死之人，或者拒绝杀死真意求死之人。错误和滥用的可能性很高，控方则必定获益，院方也会为控方提供支持，一旦发生仁慈谋杀，随时都能启动刑事调查。

医护人员很可能不愿意沾上这么一个既无明确规则又无免责保障的制度。按照雷切尔的方案，仁慈地杀害完全取决于病人亲朋好友的意愿。但这会对院方造成难以接受的结果，容忍诸如罗伯特·维斯金这样的杀手，“在一家芝加哥医院里，他的母亲身患白血病，奄奄一息，疼痛难忍，维斯金持枪冲进医院对她开了三枪。之后他并没有逃走，他说‘她现在可算是解脱了，我杀了她。’”¹⁰ 医疗和枪击当然不会混淆——这一点根本无需证明。但这个可能的仁慈杀手还能做些什么呢？他能走到护士面前，礼貌地请她给自己的母亲下毒吗（当然是

他来承担责任)？第三方的责任和义务又是什么？他们应该干预以阻止杀人行为吗？他们可以使用武力吗？如果他们使用武力，仁慈杀手可以用武力对抗吗？这些问题在私人家庭很少发生。不管怎样，雷切尔的方案需要补充对医院情境的规定。

毫无疑问，医院中发生的问题可以通过具有行为能力的病人主动要求回家、雇用律师见证来解决，必要的话还可以申请人身保护令。在缺乏有效的证据证明出院请求的自愿性（随后的积极安乐死的请求则是另外的问题了）的情况下，医院一般都不会愿意将此种情形中的病人放走。如果司法人员要判断出院的合法性，就势必要在医院引入一套复杂的官僚程序，既会延长病人的痛苦，还可能侵犯病人的隐私。到了这一步，“……法律机制……如此繁杂，根本不能给予病人任何安慰。”¹¹ 对于留医的病人来说，雷切尔方案的最大好处就是可以确保死亡，最不济也并无损失，因为一旦错过他有能力表达出院要求的时间之后，如果他无家可归，或者他没有一个忠诚的朋友或伴侣愿意在他失去表达能力以后为他达成心愿，那么，这个方案就无甚用处了。

对于处境较好的病人而言，雷切尔方案可能是对现行制度（其实 350 也没有什么制度可言）的改善。为了避免出于良知和同情违反了僵化的法律的人道主义者受到不公正的恶劣对待，现行制度只能依赖于陪审团滥用法律或者歪曲事实。但即使对于住在家里的病人来说，雷切尔方案也会存在难题。雷切尔声称，他的方案是“对陪审团所作所为的官方谴责”，¹² 不过这当中仍存在不适当的风险。风险有两种：对于真正的仁慈杀手而言，审理中稍有不慎就会令其因谋杀而受到刑罚处罚，而对被害人来说，所谓“仁慈杀手”可能会利用他饱受痛苦的弱点滥用他的同意，或者通过欺骗的手段操控他，使他被迫表示“同意”。后一种情况中的滥用程度越高（适用雷切尔方案的约束就越多），法庭和陪审团就越靠不住，反过来又会增加真正仁慈杀手的风

险，一个厉害的检察官会质疑被告人提出的被害人同意的证据，扰乱证人证言，说服一个不太友善的陪审团给被告人定罪。当然，谨慎的仁慈杀手会首先寻求官方许可，但在雷切尔方案下（这一点和现状一样），他无处可去。他要么承担个人风险，要么眼睁睁看着挚爱继续忍受病痛的折磨。

所以，还是要再次强调，雷切尔方案要求被告人不仅要证明病人“在具有行为能力时”主动求死，还必须证明病人当时已“身患痛苦的绝症”。这意味着提前作出的同意表示是无效的，即若病患曾要求，一旦自己身患绝症将求一死，这样的要求是不能作为抗辩事由的。而有效的证人必须是当病人病情加剧后，在一边见证正式请求过程的人，这对“仁慈杀手”制造了现实困难，因为在病情加剧与丧失“行为能力”之间几乎没有时间间隙。而一旦行为能力丧失，痛楚将威胁到持续的辨认能力，此时，要么任由患者疼痛，要么因善心杀人而面临指控，此外别无他法。另一个危险是，如果垂死的病人要求仅当痛苦无法忍受时方求一死，则他的要求仅仅于一个极短的时间段内提出方为有效（还需有有效旁证），事实上，要等到那会儿提出要求，等于是让病人在“既清醒又被病痛折磨得近乎疯狂”时提出那个要求。¹³并且，证人也不能在真正杀死病人之前的几天或几周里听到那个有效要求，而必须是在最后那个时刻见证病人的要求，以免病人早前作出
351 决定，后来却变卦。简言之，仁慈杀手要想安排好这个“独立证人”应时出现绝非易事。

为了使方案仅适用于极度痛苦的绝症患者，雷切尔认为该方案不能适用于其他自愿结束生命的情形，病人并未身患绝症，他们不是为了逃避眼前的痛苦，只是不想继续活下去。如果有能力，他们宁愿自我了断，但往往因为瘫痪在床或者受到全天护理而不能如愿。如果他们有能力作出如绝症病人提出的自愿请求，请求人道而体面的另一方

尊重他们的意愿，那么，按照本书第十七章至第二十章论及之自由主义原则立场，否定这样完全涉己的请求是对其个人自治的侵犯。对于自由主义者而言，有意义的因素只是请求的自愿性（假定请求是完全涉己的）；痛苦、折磨以及命不久矣等都不是合法化事由的必要条件。

三、生命究竟属于谁？

道德主义者很愿意找出令选择达到某种自愿程度的依据，但法学家还会进一步追问我们如何得知存在自愿性。或许某个选择的确足够自愿而具有法律意义，即使它因为不具备充分自愿的标志而不能被法律认定有效。毫无疑问，若基于对自愿性的怀疑而否定所有死亡请求，情况就是如此。简单说来，这是因为若我们对这类行为事先提出强烈的非自愿假设，我们就无从确知如何认定此类个案。尤其因为死亡是不可逆的，我们还是宁愿选择安全些的立场。

有一类死亡请求是服刑者或忏悔者提出的。这样的人往往因实施了严重的犯罪行为而被判处较长期的监禁，他们受到看守的侮辱或虐待以及同监室囚犯的攻击，所以宁愿选择死亡，只要有办法，就会干净利落地把自己解决。那么，对于这种人提出的死亡请求，我们能否确定他的选择是被迫的、出于错误认识的？或是出于行为能力的障碍或情绪干扰呢？当然不是，但监狱本身就是一个存在高度强制力的场所，充斥着被压抑的暴力，彼此之间毫无信任可言。监狱当局总会尽可能地排除麻烦制造者。无论请求看起来如何真心实意，受到操控或威胁的怀疑总是存在的，并且，一旦原则上接受囚犯的安乐死，更会刺激滥用的可能。因此，可以理解，对于监狱中的自裁请求应当严格禁止。¹⁴

352

更可靠些的死亡请求来自那些并非受到绝症病痛折磨的病人，他们或者四肢瘫痪，或者终身残疾。最好的例子是一个充满戏剧性却又非常真实的故事。1972年3月12日，英国格兰纳达电视台播送了一个由布莱恩·克拉克执导的一小时电视剧《生命究竟属于谁？》。¹⁵这部电视剧被反复播放，还制成录像带广为发行。1978年更被搬上伦敦的舞台，一年后又搬上纽约的舞台。1982年，该剧被制作成电影，观众人数众多。故事是关于一个名叫肯·哈里森的聪明帅气的年轻雕刻家，在一场车祸中脊椎受损，第一个场景就是他从埃莫森医生那里得知自己自颈部以下瘫痪，终身需要护理。车祸之后整整六个月，他都在怀疑这个惨剧是不是真的，在这段时期，他特意表现出持续的平静，最终他决定马上死去，以免今后四五十年都待在医院。因为他无法杀死自己，而法律禁止积极安乐死，唯一的办法就是出院回到家中，没有护理，他活不过一个星期。¹⁶

代表院方的埃莫森医生不允许他这样做。他认为，作为医生，他的职责就是保护生命。同时，哈里森对于“无法为生或死作出一个理性的决定”而沮丧不已。哈里森不愿接受这个状况，他去咨询律师，这位律师到法院为他申请人身保护令，声称他的当事人被毫无道理地剥夺了自由。法院受理案件后，医院一方提出证据证明留院方为适当的选择；于是，在医院的病室内举行了一场有法官主持的法律听证会，哈里森及其律师，一个“友好的”心理学家，埃莫森医生及其律师，以及作为院方代表的心理学家全部出席。

听证会很简短，证词简洁而中肯，双方都各有其道德依据。埃莫森对哈里森的生理伤害及其治疗方案进行说明。“这种情况其实很普通，”他又说，“因为情绪低落而作出错误选择的过程可能持续几个月甚至几年”。（第132页）但在交叉质询中，他也承认，尚无客观测试方法能用以区分医学综合征与“精神正常的甚至是合理的低落情

绪”，他只能依靠自己“三十年来治疗这两种症状的经验”进行区分。（第 133 页）。由哈里森的律师挑选的心理学顾问巴尔医生则提出相反的意见。他承认哈里森情绪低落，但认为他的态度并非情绪低落的简单反应；而是“……对最糟糕情形的最理性反应”。（第 135 页）他还认为，病人的情况掩盖了情绪低落的通常症状，因此无法确认其属于哪一种情形，“经验”也无济于事，并且“我和病人进行了交谈，我发现他有很决断的头脑，完全明白自己的处境，也完全能够决定下一步该做什么。”（第 136 页）“最后一个问题，医生，你认为哈里森先生的决定是正确的吗？”回答既令人意外，又极具哲学上的挑战性，“心理顾问毫不犹豫地答道：不，我认为他的决定是错误的。”

哈里森本人并未被要求作证，但他同意与法官进行了一段简短交谈，法官很满意，得出的结论是，“哈里森先生是一个勇敢而冷静的人，他完全能够控制自己的思维，我的裁决是，准许他出院。”（第 144 页）现在，哈里森剩下的日子可想而知，就是“找个地方待着”，进入逐步死亡的过程。想到这一点，其实他也可以有其他选择，毫无痛苦的注射会是一种人道的帮助和得体的姿态，但按照现行法律，这当然是不可能的。（此时，雷切尔的方案看起来的确很好；在这种情况下，真正仁慈的杀人医生显然可以躲过刑事指控。）埃莫森医生凭着他的良心，在刑法许可的范围内，在医院为病人找了间没有医疗设施的病房，如果病人愿意，就停止提供食物——这是最大限度的消极安乐死。“三天后你会陷入无意识状态，最多六天，你就会死去。”（第 146 页）埃莫森医生愿意尽最大的善意，但他也需要一旁有证人看着病人是否会在最后一分钟改变主意。故事的结尾仍在矛盾中纠结，所提到的不过是英国式的体面和尊严，但在道德和哲学层面上却没有提出什么理由。

这个虚构的故事很适合测试软家长主义者的立场及其个人自治

参与理论，但不太适用于痛苦绝症的年长病患的情形，因为这个故事突出了自愿选择因素，将我们的注意力引至其上。（它还提出了一个尖锐的问题，即情绪极度消沉时作出的死亡选择能否达到充分自愿的程度而是有效的，我们下一节讨论。）其道德意义（如果从这个层面看）在于，单是从尊重个人自治出发而不去作其他人道主义考量，不干涉有能力行为人完全涉己的求死决定是正当的。哈里森并非绝症病人，他可以预见到未来四十年自己待在医院的生活。（当法官发出人身保护令时，他才变成“绝症患者”。）渴望结束痛苦而愿意尽快赴死的人作出的死亡选择，对其自愿性的认定并无规则限制。无论哈里森的理由为何，只要是他本人提出的理由，就是站得住脚的理由。面对自愿性充分的选择，软家长主义者肯定会采取不干涉的立场，因为那是哈里森的生命，不是我们的，有权主宰这生命的当然就是他本人。

在哈里森与法官的最后交流中，他说出了选择死亡的首要理由（当然也是他的选择的合理性与正确性的理由）是寻求尊严。他雄辩地说道，终身无论大小事情都要依靠他人是何等没有尊严。在回答法官的提问时，哈里森认为“很多身体残疾的人都克服了不便，积极而有尊严地活着”。（第 142 页）但他坚持认为，问题的关键在于，“尊严在于对他们选择的尊重”。强迫不想死的人去死当然不是尊重，而强迫想死的人苟活并以之作为某种“医学成果”其实亦非尊重，人的尊严就在于个人自治被尊重。

四、可以理解的抑郁情绪

《生命究竟属于谁？》的第一幕发生了最令人震撼的情节。埃莫森医生强行为哈里森注射了大剂量的镇静剂。瘫痪的病人无力抗拒，

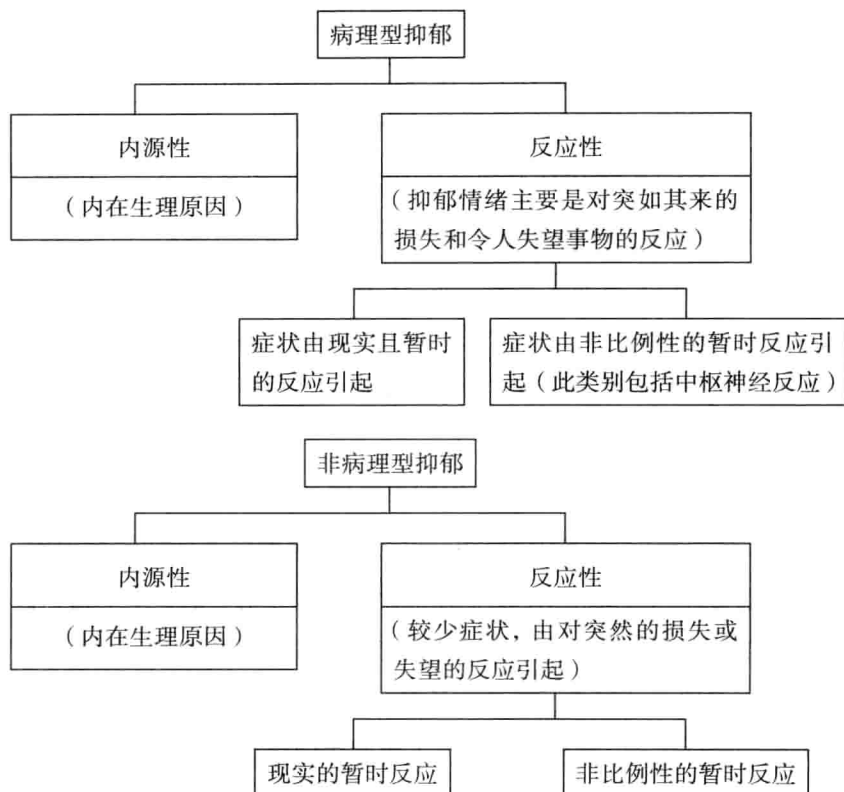
只感到毫无尊严。医生在被问及为何违背病人的意志时答道：“你当时的情绪非常低落。”“你惊讶吗？”病人问。“当然不，”医生答道，“这很正常，你的身体受到严重损伤；要接受这个新的状态需要时间。但现在很快就好。”“别把那个该死的东西注射到我身体里！”（第43—44页）病人一直大叫大嚷直至精疲力竭，对他身体的强迫侵犯看起来和强奸场景一样令人震撼。

埃莫森医生的正当理由是病人的情绪太过抑郁，他拒绝注射镇静剂并非出于真实自愿（或并非充分自愿）。哈里森对于医生作出的 355 “强烈抑郁”诊断的回应（迟一些时候出现的场景）是就这一点进行辩论，他说，“很奇怪吧？我都快全身瘫痪了，所以即使我不抑郁，我也应该疯了。有些抑郁是可以理解的，甚至是正常的、合乎理性的、适当的，任何一个正常人在经历巨大损伤时都会产生这样一种情绪。‘抑郁’也是某种以‘情感失常’为特点的临床医学综合征的名称，用以强调某种非正常情绪的强烈程度和持续时间。”¹⁷ 心理学家们对于区分“临床医学上的”强烈情绪与不那么极端的情绪的标准尚有争议，但他们常常提到多种症状，至少包括临床医学上的抑郁，以及在临床医学与非临床医学上都较普遍的低落或“不安”情绪（忧伤、沮丧）。这些症状包括快感缺乏（无法在诸如事物、性、爱好、运动、音乐或朋友那里找到快乐）、没有胃口、睡眠不稳、疲劳无力或焦躁不宁、“反应迟钝”、自我认知降低、悲观、怨声不断、想死。¹⁸ 如果忧郁症的判断仅仅依据这些症状中的一项或若干项，而不考虑这些症状产生的情境或原因，就无法将其与“可以理解的低落情绪”区分开来，后者只是“面对极度糟糕情况的正常的理性反应”而已。在普通人眼里，抑郁，不论有何特质，都不过是沮丧失望而已。抑郁可能就是某种面对损失产生的正常而合乎情理的反应，它往往伴随出现某些“症状”（例如，快感缺乏，没有胃口，失眠），因而被冠以“病症”之名。

即使合乎情理的抑郁就是抑郁症，它也并不必定包含认识能力的减弱。当然，某些抑郁症情绪也是“精神病”（如发疯），但很多情况下都并非如此。实际上，精神错乱如果不是由客观损害或正常原因引起的，并不一定会包含抑郁症，“只有低于 15% 的抑郁症患者是严格意义上的精神错乱者。”¹⁹

在《生命究竟属于谁？》中，心理学家和医生还区分了“内源性”抑郁症和“反应性”抑郁症，并将此对应于“病理性”抑郁症和“非病理性”抑郁症的区分。这其实是一种误解。R. D. 吉莱斯皮（R. D. Gillespie）在他 1929 年那篇著名的论文中所介绍的有关“内源性”和“反应性”病症的区分²⁰，近年来常常被误用。²¹在极端情形中，“吉莱斯皮提出，抑郁症状一旦出现，患者的明显症状之一就是对外界环境毫无反应。他以此认定极度抑郁症状‘源于其内’，对外界环境不能作出即时反应，因此就是内源性的。”²²抑郁症看似与“内源性的”及“反应性的”情绪低落同属一个大类。（简单地区分“病理性”和“内源性”是不对的。）内源性抑郁与反应性抑郁的区分源于
356 两种不同类型的精神错乱（外在型和内在型）。内源性抑郁可能由细微的生物化学失衡、中枢神经系统损失、生理疾患或深度心理失序引起。反应性抑郁则源于患者在现实世界的经验，尽管这种反应是过度的或非比例性的。若内源性抑郁和反应性抑郁都是临床病症，那么我们所说的“非临床病症型抑郁”又为何物呢？这个术语肯定指向那些悲伤情绪，无论情境或原因如何，但缺乏伴随性临床症状，若的确出现了若干类似症状，也不那么严重或持久。简言之，临床医学与非临床医学的二分法是区分伴随性特征与症状的方法；而内源性反应性二分法则区分原因的方法；这两种二分法可以交叉组合。并且，现实－理性－正常的反应与非现实－过度－非比例性反应也可以同临床抑郁与及临床抑郁交叉组合。这些分类间的关系大致列于表 27-1。

表 27-1 抑郁的不同类型



哈里森的抑郁情绪中表现出很多程度强烈的临床症状（尽管眼下我们还不能明确地表述）。其中一些症状可能被他的生理损伤遮盖，所以我们还不能肯定他的胃口差、睡眠不好是身体瘫痪造成的，还是抑郁症的结果。不管怎样，可以肯定的是，哈里森的情况并不包括精神失常或慢性病症。²³我们可以从剧情推知，他的抑郁症状最初是“反应性的”，是一种面对极度损伤的绝望反应（我猜尽管他的“生理情况”——瘫痪——本身可能是直接的原因，但这种抑郁也部分是内源性的）。剧情显示的证据倾向于将哈里森的反应性临床医学型抑郁情绪归入“现实的”或“合理的”一类。因此，剧中争论的焦点在于

具备如此特征的抑郁情绪并不排斥理性的自我认知和自愿选择能力。如果他的抑郁情绪属于非临床医学型的某种暂时反应，那就不存在问题，因为那就不存在（或者不存在太多）足以干扰清晰辨认和正确判断的症状。或者，若抑郁情绪只是些微落在临床病理型一侧，情况也是类似的。若抑郁情绪伴有失常症状——丧失辨认能力——以及失眠、没胃口等，即可归入临床病理型一列，问题也容易解决。在这种情况下，哈里森的抑郁显然属于降低自愿性程度的行为能力缺失。但这种情况也给我们带来了一个更大的难题。病人具有明显的病理型抑郁症状，却并无迹象表明其辨认能力受损。这种抑郁情绪如何影响其生死抉择的自愿性程度呢？

无论由何种原因引起强烈的抑郁情绪，都会对患者产生干扰作用，分散他对眼前事物的注意力。以与哈里森截然不同的选择为例，某人遭遇身体瘫痪或丧偶，当他还沉浸在悲痛中时，很难集中精力去处理复杂的生意事务，甚至他很难注意到这些事务的存在。这种描述显然并不适用于哈里森的情形。并且，在通常情形中，若低落的情形并未影响辨认能力，悲痛中的那个人也并未因痛苦而被扭曲其判断能力；他不太可能作出不理性的举措，例如放弃财产、烧毁自己的住宅或者被骗。

不过，关于抑郁情绪对自愿性的影响，除了“通常情形”，还有其他问题要考虑。在极端情形中，反应性的病理型抑郁症既会干扰人的情绪，也会影响人的判断力。事实上，仅仅是心理上的后果可能就包括精神失常。“可能”是关键词。可能精神失常，但并不必定精神失常。而判断某种反应性抑郁情绪是否影响判断力的方法就是直接面对患者，看他在独立测试中的推理能力如何。他明白自己的处境吗？他的推理有条理吗？他表现出相关感了吗？他的逻辑前后一致吗？这些测试都被适用于哈里森身上，他完全通过测试。特别是这些测试是在事故发

生后六个月才进行的，哈里森的判断力都没有受到影响。他不仅完全明白自己的处境，注意力也高度集中于此。事实上，他无法在其他事情上保持较长的注意力。反应性抑郁其实是具有干扰性的，但有时这种干扰仅限于对无关事务的干扰，他只将注意力集中在眼前事务上。

无论是抑郁还是其他特定的无行为能力情形，对当事人的错误干涉都是不公平的。这种干涉剥夺了患者处理个人事务的机会，令他们无以立身。剧中（第 97 页），哈里森抱怨，拒绝他的死亡要求就是“第二十二条军规”的另一个版本。“第二十二条军规”一词源于约瑟夫·海勒 1961 年发表的同名反战小说，²⁴在这部小说中，某种军事规定令申诉的士兵陷入无法逃避的两难境地，结果他的请求被拒绝，且判决暗示请求得以通过所需满足的“条件”之间其实是相互矛盾的。一个例子是：一名空军士兵若要请求不升空，就只能是疯了，但要想以此逃脱战斗责任，必须他本人提出正式请求。任何提出这个请求的空军士兵都会被推定为疯子（这样才有资格提出申请），但对那些真的提出这种请求的士兵而言，有一个难题——第二十二条军规——“任何人欲逃脱战斗责任都不是真的发疯。”²⁵因此，这条规定（或政策）说的是，要想具备申请资格，就必须既申请又不申请——这在逻辑上是不可能的。做了该死，不做也该死，就是这么回事。 359

当然，“两难”一词是某种演绎式论证方法的技术名称。²⁶在海勒的小说中，如果空军方面的唯一目的就是表明（或者证明）士兵不得以精神失常为由逃避战斗，那它完全可以达到目标。但它又以一个授权式的规定，既给出了以精神失常为由避免战斗义务的希望，同时却规定了逻辑上不可能的条件！作为结论，这个两难真是缜密有效，作为授权式规定却无权可授，同时也达不到原本的立法目的。此外，这种规定貌似宽容实则残忍，一手交给你，一手抢过去。好似一所大学的招生条件是要求申请者证明自己既非男性亦非女性、既非活着亦

非死去一样，如此要求，既毫无逻辑，也一定招收不到任何学生。

实际上，在《生命究竟属于谁？》一剧中有多处此类争论，既反对哈里森的请求，又要他证明自己的请求是自愿的。想想第二十二条军规第一项。这个故事的版本则事关自杀，哈里森先生提出的请求是被动式的。埃莫森医生和那位心理学家都认为，关键问题在于哈里森表现出的临床型抑郁是否损害其判断力。埃莫森的答案是自我论证。“你不理解，”他掩不住烦躁地对特拉夫医生说，“他就是想自杀，他就是要杀死自己。”这里的前提显然就是，如果一个情绪低落的人决定自杀，就得证明他的低落情绪已经损害了他的判断力，因此他的自杀请求是非充分自愿的。这个观点暗示，只有开心的人才会自愿选择死亡，可显然，他们谁也不会这么做。因为你不开心，所以你不可能自愿性选择死亡，但如果你开心，你又绝不会选择自杀。结论就只能是：不自杀。不过，讨论的背景假定这个问题是由讨论和证据决定的开放式问题。但第二十二条军规却排除了所有证据。假定所有的自杀选择都不是自愿的，这才是问题所在，因为这不是一个已经没有争议的假定。

第二十二条军规引发的第二个问题和第一个问题紧密相连，同样也和死亡请求的自愿性有关。另一个反对埃莫森医生的人，他的下属斯科特医生提醒他，“这关乎他[哈里森]的生命。”埃莫森医生答道，“但却是我的职责。”“除非他已经不能作出决定”，斯科特医生又说。“他现在确实没有这个能力”，埃莫森坚持——“我不相信像他这样思绪飞快又满脑子心思的人会冷静地选择死亡。”斯科特答道，“但他真是这样选择的”。“所以”，埃莫森打断道，“我说他现在并不冷静”。（第91—92页）这里走到了问题的反面。病人的请求不是自愿的，不是因为它不满足自愿性独立测试，而是因为这个请求的内容本身。听证会的全部目的就是要决定死亡请求是否自愿。但在这样的语境中，任何死亡请求都不是自愿的，而这正是某种循环论证。这个方法恰似一所

大学在面试申请者时，要求申请者必须是“不正常的”，但又以此排除这些人提出的申请。

第二十二条军规第三项是这个过程的必然结果。医院方面的心理学家，特拉夫医生警告哈里森：“你的智商影响了你这个案子。我不是说你觉得人生容易，但你确实获得了很多没你这么聪明的人无法获得的东西。”这是发生在哈里森评论第二十二条军规后的谈话：“你如此聪明清醒，竟会找到这种例子论证自己的自杀请求，反倒证明你并不应该去死。”（第 97 页）如此描述死亡请求的特点与“第二十二条军规”的情形确类似。官方进行听证。他们邀请他出来论证自己的请求。如果他的论证站不住脚，就会驳回他的请求。论证必须是强有力的，但像“第二十二条军规”那样，一旦申请人的论证有力，请求就会被驳回，因为显然请求人的智商说明他不该死。这样一来，无论他怎么辩驳，他都不会赢，那么，为什么要举办这个听证会呢？

第二十二条军规的最后一个论点是由斯科特医生无意中提到的，当时她觉察到哈里森因为即将开始的听证会和将要展开的辩论感到兴奋。“我想你很享受这个过程，”她说。“我觉得自己已踏上归途”，他答道，“六个月来，这是第一次让我觉得自己是个人”。（第 108 361 页）这种交流暗含吊诡：哈里森在将要开始并赢得生死之战时才觉得自己活得像个人。但如果特别强调这一点就会让申请人重新陷入第二十二条军规的处境。如果他很享受所得（允许他死），他就不再感到消沉，求死的理由也就减少；如果他对胜利并不感到开心，那就意味着他并不是真的想死，他最初的愿望却又蒙上疑云。无论他开心也好不开心也好都不好办。所以，还是不应允许他死。这正是某种假定前提的抽象论证，让人们都不去注意证明或证伪选择的自愿性。这种听证一早就确定了结论，大家不必费事调查取证。哈里森则将这种两难颠倒过来。²⁷“我知道我很享受这次论战”，他承认说，但“我很肯

定我希望赢，赢得我真正想要的，而不只是为着证明我还活着”（第109页）。简言之，他所享受的快感向他（及他人）证明他求死的愿望是强烈的、持续的，也是真实的。他在论战和对胜利的期待中感受的快感还能证明什么呢？他从论战中获得快乐，但他进行论战并不仅仅是为了得到快乐。

在结束对《生命究竟属于谁？》的讨论之前，我们还要再考虑一下巴尔医生那令人惊讶的看法，哈里森求死的决定，即使经过深思熟虑并且出于充分自愿，在他看来仍是错误的决定。他的意思就是我之前提到过的（第二十章第三部分），这个决定是不合情理的（巴尔医生若处于同样境地是不会作出这种决定的），但并非不理性的，也并非不自愿的。为什么要允许一个人实施一个“错误的”或者“不合情理的”求死决定呢？唯一可能的答案就是，那是他的决定，那是他的生命，这个选择完全是他不可侵犯的个人自治范围内的事。但为何巴尔医生认为这是一个错误的决定呢？根据剧情，这个问题只能留待我们猜测，我们可以猜测，巴尔医生的理由是时间问题，只要哈里森再耐心一点，就会改变主意，他会很高兴自己没有选择死亡。在与斯科特医生的交谈中，哈里森也承认存在这种可能（第68—69页）：

362 哈：我同意你的说法，我可能会终日昏昏沉沉。护士来给我换一根新导管，或者给我灌肠，或者帮我翻个身，我都会觉得快乐。这些事情可能就是我每天生活的重点。由于奇迹发生，或是科技进步，我或许能学会翻书、打字或者眨眼。而你会对我说：“等待不是很值得吗？”我则会答道，“是的”，也对自己的进展感到自豪，真正的自豪。这些我都承认，但这些对我的现状并没有任何改变。

斯：但如果你可以变得开心些呢？

哈：我可不会因为自己成了医疗器械的一部分而开心。从道义上，你应该接受我的决定。

的确如此。哈里森的情况类似我们之前讨论的那个 19 世纪俄国农场主（第十九章第七部分）。为了在未来的某个日子里符合他的条件（雕刻家不用手工，快乐论者不性交，人们成为现代精巧技术的活贡品），他必须成为一个价值观完全改变的完全不同的人，而现在的他，以现在的价值观，根本不愿意成为未来的那个人。未来的那个自我现在尚不存在；进行选择的自治者是现在这个头脑清晰的自我，这个自我有权现在就作出决定。这个决定当然属于他的自治范围界限之内。

五、交替性情绪

现实当中很少有人像虚构的哈里森这样持续地处于某种情绪状态当中。很多抑郁情绪出现后又消失，或者混杂着病理型和非病理型、内源性和反应性、现实和非现实等多种特征。若要尊重他们的个人自治，病人选择的不确定性往往带来很多敏感的问题。亚利桑那大学的医学博士罗伯特·D. 巴斯特龙以他的临床经历提供了下面的例子：

一个 59 岁的男性农夫被牛踢伤了脖子和背部。受伤后差不多十小时才被人发现并送医，医院诊断他颈部骨折，颈椎受伤。他意识清楚，但胳膊、腿都无法动弹，甚至不能咳嗽或深呼吸。他被送去重症监护室。

几小时后，颈部水肿需要供氧。之后两个星期病人使用氧气机支持呼吸，然后就可以独立呼吸。渐渐地他能耸动肩头并微摆动胳膊，于是经过八个星期的重症监护治疗，他被转移到

日常治疗区。

十天以后，他又被送到重症监护治疗区使用氧气机，由于食物和胃内容物堵塞引起肺炎需要治疗。四周后他不再使用氧气机，八周后重新回到日常治疗区。

363

这种循环又重复了两次，在医院待了整整六个月，花去医疗费用 \$375000——他的医疗保险的上限。进一步治疗需要卖掉价值十万美元的股票，甚至家里的农场。病人、他的妻子和他的三个儿子都宣称不再使用氧气机。病人的这个愿望在医生、护士、义工和数名护理人员的见证下被记录在案。

三个星期以后，病人再次发生食物堵塞，肺炎更加严重，肺部功能明显不足。他再次被送往重症监护治疗区，但拒绝使用氧气机。缺少氧气供应和护理，他的肺部功能进一步恶化并缺氧。因为缺氧，他的意识也开始丧失，并烦躁不安，此时，他要求使用氧气机，但他的儿子认为应当尊重他早前的愿望，那时他是理性的，因此他的愿望应当得到尊重，但若如此，他将不免一死。

这个案子不寻常之处在于，我们所要判断自愿性的是一个求生的请求，这与我们通常要判断自愿性的求死请求不同。（易言之，此处是请求而非拒绝活命的治疗。）我们对于这两种请求的一般反应具有某种“对称性”（如罗纳德·米罗所说²⁸）。若某个暂时失去行为能力的病人撤销其早前提出的保留生命维持器械的请求，在身体受损的情况下请求死亡，在此情况下，我们只能降低请求的自愿性至非充分自愿的程度。但若结果相反，暂时失去行为能力的病人撤销早前的死亡请求，我们则应尊重后面的请求，无论当时他是否具有行为能力。

巴斯特龙博士提出的问题不仅使在法律空白中能直接决定是否撤掉生命维持系统的医生感到麻烦，也令争取就使病人有权订立“生

死遗嘱”立法的立法者们困惑。作为第一部此类立法，1976年的加利福尼亚州《自然死亡法案》（第六部分进一步详述）规定，“成年人享有决定本人是否接受治疗的基本权利，包括决定在身患绝症时使用或撤掉生命维持系统的权利。”然后，法律又以极度谨慎的语言指出，病人要求或拒绝生命维持系统的决定生效前，必须严格满足相关条件——特定的证人见证、证明确属绝症、时间条件等。此外，我们可以假定普通法中的一般条件也会遵守。如果声明是在漫不经心或误解之下签署的，或者是在胁迫（并非精神强迫症）之下签署的，或者签署者是无行为能力人（婴儿、精神病人或智障者），或者签署者当时处于暂时性错乱状态——脆弱、暴躁、狂怒或极度抑郁，或使用了精神药物等，这样的声明都是无效的。另一方面（这也是米罗所说“对称性”的另一个例子），如果病人后来改变主意，则不需要经过自愿性测试：“此声明可以随时反悔，无需参考其精神状态和行为能力……既可以书面形式表达……[或]口头方式表达。”按照加州法律，我们所说的例子中，若医生重新接回生命维持系统是有法律依据的。

364

很清楚的是，当病人命悬一线时，对恢复治疗和撤销治疗的请求的自愿性判断标准是不同的。（不清楚的则是，这种不同是否应如加州法律中规定的如此不同。）在所有发生于人身的损害当中，死亡是最大的损害，在我们所讨论的情形中，一旦取消治疗，死亡必定发生。即使不考虑损害程度和发生的可能性，病人要求取消治疗的风险也是很大的。这也是病人选择真实性要求极其严格的原因所在。此外，如我们所见，死亡（与其他损害不同）是不可逆的；一旦发生就不容再加考虑。这正是为何我们站在有利于撤回较早前求死要求的立场上，即使撤回的决定不那么充分自愿。只要他有可能是出于真意要求恢复治疗，即使或许不是他的“真我”在说话，我们也必须重视这种可能。如果我们错了，总有机会下次改正，但如果我们这次不做，就没有下

次了。最后，对于所有参与者而言，病人求生而医生拒绝施救的情景都是令人厌恶而又不道德的。

在巴斯特龙博士的例子中，正确的做法是，当病人提出要求时，应当恢复供氧设备，哪怕他当时已经处于精神错乱状态。但若如此循环往复下病人家中的钱财消耗完又当如何呢？再下一次医生该如何是好？或者下下一次？《自然死亡法案》该如何解释这种偶然事件呢？假定那病人，不论身处平静抑或危在旦夕，反复强调他的最初请求，并以不容置疑的理性进行论证，但在面对死亡的刹那，却因缺氧而陷入狂乱，哭喊着要求恢复治疗时，又该怎么办呢？加州的立法可能使我们陷入某种“理性发出－非理性撤回”的错误循环。而每次一旦病人恢复过来（假定），对于自己的选择未被尊重都会更感失望，他的选择虽然在精神错乱时被放弃，但总体上他还是坚持这个选择的。我认为这种假设的情形表明，当面对生死选择时，小不小心可能都会犯错。

加州法律关于“不考虑病人当时的精神状态和行为能力”的规定确实有些过度。但若重写，我也不打算列明有效撤回的必要条件。我不会明确提出反悔的次数是三次、五次还是八次（或任何其他次数），但病人的反反复复也不能不加以考虑。周全的立法应当考虑到特殊的情况反复。如果病人了解到自己的反复——在满足见证人的严格标准下——考虑到这些后，病人要求若他下次在精神失控时再次反复，就不要理会，那么，他的这个要求应当受到尊重。这种情形类似于某人要求妻子早上五点钟叫醒他，否则他就会误掉很重要的任务——“就算到时我在半睡半醒之间说‘不’也要叫醒我”，他说。时间一到，妻子因为尊重困意十足的他的抗议，而忽略了这个人之前的要求，如果这种情况再次发生，甚至反复发生五次、八次，每次过后，这个人都会更加强调早前的要求，那么最后，妻子忽视他后来的抗议也就无可厚非了。

不幸的是，这种反复无休无止，要想预先立法以应付所有此类情形简直是不可能完成的任务。下面把示例做些修改。假定病人还未出现心理紊乱，其他情况与巴斯特龙的例子一致。病人在冷静的时候，面对见证人，声明一旦自己病重而需要生命维持系统，就由他死去。他表现得如往常一样理性，出于完全的真意和确信。但在这个版本中，当决定的时刻到来，他感到十分害怕并陷入恐惧，尖叫着说他并不是真的想死。假定他的恐惧仅可以解释为对因为没有氧气机而即将降临的死亡突然感到害怕。那么，假定同样的情况往复发生了六次、八次甚至十次，他的情况不断恶化，医疗费用也消耗殆尽。我们能否认定，在反反复复当中，病人每次在平静时作出的撤掉维生系统的要求都是自愿的，是病人基于确信的真正反映，而在欣快症的影响下产生的反悔 366 则是不那么自愿的结果？或者我们能否认定，每当命悬一线的“真正时刻”，病人的反悔才是他的真意呢？或者我们只能认定，不断反复的病人就是个犹豫不决的人，他的每次不同选择都代表了他的真意。

再看另一个版本。假定病人的状态每天都在满意（或者是认命）和抑郁中反复。每天早晨，他都会情绪低落，到了下午他就会恢复平静。可以预料的是，每天早晨他都提出死亡的请求，而每天下午他又会撤回这个请求。在最后阶段，他已身患绝症，或者是某种需要终身住院护理的重症。（如果是后者，他或她就被排除在类似加州法案的立法之外。）无论是哪种情形，我们都假定病人服用药物或者接受仪器治疗就可以维持生命，一旦中断治疗就会没命。情绪的转换正是他心理状态反复变化的结果，或者就是疾病本身的结果，又或者是维持生命的药物的结果，或者是这些原因综合导致的结果。（是什么原因造成的又有什么关系呢？）无论如何，他下午的时候就头脑清醒，此时他总是希望能活下去。这种假设比其他一些情况容易些，至少若不是为了重建持续性的理论，至少也可得出可操作的对策。但我们还能

把情况设计得更复杂些。假定第三种情形是，每次到了下午病人冷静清楚的时候就会坚持求死，而到了第二天一早抑郁的时候，却会一边流下悔恨自己缺乏勇气的泪水，一边改变主意。

最后，再来一个纠结的情形，假定病人必须坚持服用某种具有兴奋副作用的镇痛药物。每当药力消失，兴奋状态也会随之消失，之后的一个多小时里，没有兴奋或疼痛的干扰，病人即处于平静理性的状态。在这种状态下，他总是要求停止使用生命维持系统。当兴奋感再次袭来，他又会撤回之前的要求。那么，在我们判断其要求的自愿性程度时，是否应当认为因药物造成的兴奋比因药物造成的抑郁作用更大呢？

我不打算继续用这类难题考验读者的耐心。我们所说的自愿性理论到目前为止，根本无法解决这些问题，尽管我不否认这些情形还
367 需设定更多细节。这里需要讨论的却是这样一种观点，即应当通过立法允许有责任能力的成年人在他们年轻、健康、能力健全的时候，根据他们的喜好和确信签署一份类似遗嘱的法律文件，然后保存在某个中央信息系统中，医院或司法机关未来一旦有需要，能够很快调阅这份文件。只要声明者一切正常，这份看起来十分类似遗嘱的文件在之后的日子里随时可以修改或撤销。这份文件可以包括各种困境、疾病、抑郁或其他情绪原因造成的各种可能的偶然情形，事先就各种可预见的情形作出选择。这样一来，完全行为能力的自治者可以在自己有能力的时候作出决定，当自己无法再为自己作出决定时，将会如何决定自己的生死。这种文件不是对本人的财产，而是对本人最后的时日作出安排，除此之外，它其实就是一份“遗言或遗嘱”。

六、生前遗嘱及其问题

自 1966 年俄亥俄州议会投票以 79 票对 19 票²⁹ 否决了一部将自

愿安乐死合法化的法案后，要求使遗嘱或类似声明具有法律效力的建议常常出现在美国各州。类似的法案不断被提出，也不断被否决，如内布拉斯加州（1937年）、康涅狄格州（1951年和1959年）、佛罗里达州（1968年、1970年、1971年、1972年、1973年）、爱达荷州（1969年）、威斯康星州（1971年）、特拉华州（1973年）、蒙大拿州（1973年）、俄勒冈州（1973年）、华盛顿州（1973年）、加利福尼亚州（1974年）、马里兰州（1974年）以及马萨诸塞州（1974年）。在英国，有关安乐死的法案在上议院（1936年、1950年以及1969年）和众议院（1970年）被反复讨论。这些被否决的法案基本上都认为应当接受正在承受无法治愈的、极端痛苦的病痛折磨的有行为能力的病人提出的死亡请求，而不是允许健康者事先就此事作出声明。要么不区分积极安乐死和消极安乐死，要么在安乐死的定义中明确包括采取积极措施终结病人的生命。康涅狄格州的草案中仅接受绝症病人在有见证人的情况下作出的书面安乐死请求，并将安乐死定义为“以结束极度生理痛苦为目的，通过无痛途径结束病人的生命”。病人可以自己“安排”安乐死，对安乐死的处理被称为“预计死亡”。英国 368 1969年提出的自愿安乐死法案也提出了所谓“患有不可治愈疾病的人可以要求安排安乐死”，而安乐死是指“无痛苦的死亡”。和很多早期的美国此类法案不同，这个法案允许“人们事先提出要求，日后一旦出现符合的情形就可以安排安乐死”——严格地说，这就是生前遗嘱。自愿安乐死立法的近期趋势是强调事先声明优先于临终“请求”，将安乐死严格限于消极“任其死去”的范围内，排除使用终结生命药物的积极“安排”。

给予生前遗嘱以法律效力的1969年英国法案文本与不给予其法律效力的标准美式文本形成有趣对比，后者源于“关怀死亡”组织（安乐死教育委员会的前身）。这两个文本都要求在特定情形下积

极加速死亡，但都强调（尤其是美式文本）在某个临界点之后不再积极延长生命。按照英国的自愿安乐死法案，英式死亡声明应该是这样的：

1. 若未来任何时候我罹患重病或正常思维能力受损，该病症无法治愈且导致我深受折磨或丧失理性，我请求在我所要求的特定时间或特定情形下安排安乐死，或者，若届时我已无法发出请求，就由医生为我安排安乐死。
2. 若我出现前项所列情形，我要求不采取积极救治措施，特别是不适用复苏技术以延长我的生命或恢复我的意识。
3. 本声明一直有效，但本人得在任何时间撤销。我可能不再以其他形式作出与本声明有关的采取或取消相关行为的要求……

而缺乏法律效力的美国式文本则会更加谨慎：

……未来我无法再做决定时，这份声明就是我在头脑清醒的情况下的意愿表达。

369 若我生理或心理病情已恢复无望，我声明，应当允许我死去，而非依靠药物、人工方式或“烈性治疗”维持生命。我请求仁慈地给我一些减缓痛楚的药物，尽管这些药物会缩短我的余生……

两种文本都要求当某人丧失进行自愿选择的能力以后，由早前的那个自我在头脑清楚的情况下代为作出决定。到1984年夏为止，美国已有二十三个州通过立法，认可若干种生前遗嘱的法律效力，当中绝大多数立法都类似早前的美式文本，所有立法都只针对“被动安乐死”。

1958年，就在第一部被动安乐死法案出台之前，法律评论界权威耶尔·卡密萨发表了他对自愿安乐死立法的极具影响力的“反对”，³⁰他既反对积极安乐死，也反对消极安乐死。他问道，一份经过见证、由一个健康的年轻人（或中年人）签署并密封的声明，经过若干年的时间，当他被令人绝望的疾病折磨而无法进行选择的时候，还有多大的可信度能作为这个人此时的行动指南呢？谁能准确预知自己未来的惨境呢？

这样的同意可以被视为知情的同意吗？好比一个人事先声明，如果有某个工作机会出现，他一定会接受；或者如果有某个年轻女人出现，他就会娶她。它和这些情形有什么区别呢？当事实摆在眼前，是否需要一个最高权威确定不理睬那些“可能”？³¹

乍看之下，很难理解卡密萨的评论意义何在，因为他的观点就是支持病人推翻早前声明的权利，而非“以声明约束”那个想要改变主意的人，但生前遗嘱的支持者从来都不否认这一点。（事实上，前述英式文本特别强调声明者具有随时撤销声明的权利。）但卡密萨担心的是，病人一旦无法再次清晰表述自己的愿望，那么，早前自我所发出的声明尽管是出于真意，但对他而言却是不知情的内容。即使他再也无法形成“真意”，情况也和早前大有区别，当时我们可能只是假定了一个可以推翻的倾向性立场，并将其归于早前的那个自我。不过早前的那个有约束力的声明可能会排除我们的干涉。

假定生前遗嘱签署以后，十年或更久的时间过去了，此时，声明者躺在医院里，病情发展到一定阶段后，他已不能作出清楚明确的选择。此时，他无法重新考虑并撤回声明，我们能否在缺少他此时发出的同意的情况下，终结或不再延长他的生命呢？即使他后来希望撤回

370 早前的声明，但此时他饱受病痛折磨，情绪抑郁，既脆弱又困惑，他的新选择令人怀疑，可能也无法清楚地表述出来。此外，我们又可以假定病人处于一会儿平静一会儿抑郁的反复状态，不停地肯定或否定较早前的声明。我们能否确信，早前的自我只是基于他当时能够预期的未来而作出了早前的声明，要是他能够准确预见到此时的每一个细节，他本人其实也会撤回当初的声明呢？

卡密萨还担心对病人的选择存在着微妙的压力，无论病人说什么，其求生真意都可能被其他因素遮蔽。有些人可能真心自愿选择死亡，死亡就是他们的选择，但在压力以及其他相关困难的影响之下，很多人的选择只是看似真意选择而已。

在这个过程中，我们是否会认定一些人并非真正厌倦人生，而另一些人才是真的厌倦了人生；一些人并非真的想死，只不过觉得自己不该活下去，因为在安乐死合法化已现端倪之际，这样做会显得自己很自私或者像个懦夫？是不是还有些人认为自己有义务“消失”，以便让用在自己身上的治疗费用为家庭发挥更好的用处？或者为了全家人不再受经济拮据之苦？³²

显然，卡密萨的偏见以及很多立法者存在的类似想法如果有错的话，就是错在对安全立场的理解。正如犯罪学家所说，宁可错放一百，不可枉判一个，谨慎的卡密萨恐怕也是认为，宁可拒绝一百个自愿求死的人，也不可杀死一个真正求生的人。生前遗嘱反对这样的类比，并敦促那些已经立下遗嘱的人更清楚地了解无助的绝症病人的问题、痛苦和尊严。只有这样，他们才会明白被错误延续的人生和被错误终结的生命一样是个悲剧。在人生那毫无幸福可言的终点，恐怕根本就不存在所谓“安全的立场”。

1976年，谨慎的加州立法者在既考虑选民的呼吁，也列入卡密萨对误用或滥用的担忧的情况下，通过了美国第一部规定“有权去死”的法案，在这个过程中他们可能也犯下了反向错误。这部被称为《自然死亡法》的法案允许的范围非常狭窄，使得加州的病人预先安排加速死亡的构成较立法前更困难了。首先，它特别强调禁止积极安乐死，将消极安乐死限于身患“绝症”的病人。它将孕妇排除在“有权停止延长生命的治疗措施以求得死亡”的范围以外。“无论当时行为能力如何”，允许当事人随时撤回之前的声明。绝症病人必须在被认定身患绝症两周后方可首次签署声明。伪造声明或隐瞒声明被撤回的事实并造成当事人加速死亡，可被认定为重罪杀人，而未经病人许可销毁声明仅为轻罪，医生不按声明行事不构成犯罪，而仅为“不够专业的行为”。显然，哪怕是身患绝症的病人，与错误地缩短其生命相比，错误地延长其生命似乎并无道德瑕疵。 371

该法案中最具限制性的条款是对可能被撤掉的“生命维持系统”以及它们被撤掉后病人的状态的定义。可以被撤掉的只能是“维持、恢复或承担重要人体功能的仪器或人工方法”，且仅当“无论生命维持系统是否撤掉，死亡都已迫在眉睫”的情况下才可以这么做。根据该法案，作为生前遗嘱，对于医生来说，声明意味着仅在紧急情况下可以停止“人工”方法，以“允许我自然地死去”。所以这部法案被称为——自然死亡法案。³³

凯伦·勒巴茨（Karen Lebacqz）指出可能导致的某些结果：

即使卡伦·安·昆兰签署了“对医生的声明”……对她的治疗来说也没有什么不同。对她而言，“无论是否撤掉”生命维持系统，死亡均非迫在眉睫。“声明”是没用的。同样，即使签署这样一份“声明”，也不能阻止对德克萨斯州一名被烧伤的年轻

人进行非他所愿的治疗，因为此时的治疗既非“人工”亦非“仪器”，而只是“自然的”方法——痛苦折磨——因为身着潮湿的压力衣而感到的巨大痛楚。³⁴

对我来说，在一个将死的生命是否需要延长的问题上，实在看不出区分“人工措施”或“自然措施”有何道德意义。对于一个早前表达出求死愿望的病人来说，如果只能在回天无力时方能停止或撤掉生命维持系统，这几乎没帮到他什么忙。那些从未对医生签署过类似声明的病人当然应被医治直至复苏无望的最后时刻。勒巴茨的结论是，这些被忽略的病人也有死亡的权利，但总体上这部法案让死亡变得更加困难。加州健康部门的负责人显然也有同感，因为据说他曾建议州长否决这个法案，“与其更困难，不如维持模棱两可的现状。”³⁵

七、代理权的持久性

再次强调的是，根据以往的法律，有行为能力的人无需格外的个人自治保护即可拒绝接受救治。医生不顾一个有行为能力人的明确拒绝而对其实施的治疗行为构成对病人的“暴行”。法庭的判决已经支持了这个普通法律。勒巴茨援引近期的一个例子：“英美法始于个人自治的前提。因此每个……[人]都是他身体的主人，如果他头脑清楚，他完全可以拒绝接受手术或其他治疗手段。”³⁶但在生命的最后日子里，他可能因身体过于虚弱而无法使与他生命相关的愿望有效。一个人的真正愿望，由他一生形成的价值观得出，却因为他已无法进行有效的交流而不能实现。赋予生前声明以法律意义的立法就是为了避免此种不公出现。

很多人直到生命最后一刻都还有行为能力，死亡对我们来说，无论有无行为能力，都不存在道德困境或抉择上的困难。我们可能突然

死于事故或平静地死去。这当中不存在安乐死的问题。但对于数目不断增加的病人和老人来说,不断进步的医疗技术使他们面临前所未有的选择难题。这些难题中不仅有加速死亡或延缓死亡的新的可能,还包括新型的医疗方法——器官移植、切除手术、实验性药物等。无论病人的价值观如何,他都必须在各种风险中作出选择。无论是同意还是拒绝,他都需要了解大量的医疗信息,清楚各种治疗方法的危险(第二十五章第八部分)。一份写于几十年前、之后自动续签的书面材料不可能预见到所有的问题,并为这些问题指出明确无误的对策。如果医生们必须以这个早前的书面材料为指引,那么对医生而言,这份材料除了卡密萨所说的“各种如果”之外,并无任何指导作用。

直到最近,当病人失去选择能力的时候,唯一可以替代预先书面声明的是代为决定者——主治医生或由法院指定的监护人。但近年来的一个动向是,取代早前声明的不是这些代为决定者,而是由本人在神志清楚时指定的代理人。抛开其中的不便不论,这似乎是在生前声明和代为决定者之间对当事人最为适宜的方案。根据他早前和代理人(往往是配偶、成年子女或好朋友)的交流,对于日后他所面临的境遇他至少算是间接发言了。他有一个了解他的想法并忠诚于他的代言人为他作出最终的选择。这种安排既可以免去医生们的道德和法律压力,还可以免去耗时耗力、所费不赀的指定监护人程序。 373

在普通法中,人们可以就特定事项或一般事项指定他人作为自己的“代理人”,被委托人以委托人的名义行事,法律效果完全及于委托人。被指定的代理人以被代理人的名义行事时当然有所限制。比如,他不能被被代理人的名义订立个人服务的合同。艺术家与人签订绘制肖像的合同,他不能让自己的助手去完成以自己的名义订立的绘画工作。此外,很多法律规定了不能由他人代理的事项,如选举中投票或出席自己的婚礼。但绝大多数情况下他可以实施的行为都可以指

定他人代为实施。普通法中的代理，原则上任何时候通过一个简单的声明就可以撤销。当然，代理人死亡或丧失行为能力也可以令代理自动终止。后面这一点使得普通法上的代理制度不适于保护个人在丧失决定能力后的自我决定权。

1950年由弗吉尼亚州开始，美国有超过三十个州修改了普通法中的代理制度，代理人有权为被代理人预估其人生利益或财产利益。立法者的目的主要在于帮助老人照管他们的生意和财产事务，但立法的措辞却似乎保留了“持久代理权”的可能，即不仅可以作出财产决定，也可以作出“人身”决定，包括接受或拒绝治疗的决定。这样一来，持久代理权可以有效地保护个人的自我决定权，避免卡密萨指出的困局出现。一旦代理人与被代理人曾经表述的意愿立场相反，或明显与病人的固有理念相冲突，那份包含必要通用术语的书面声明就可以作为备用品出场。生前声明可以表达出基本原则，限制代理人的行为，在无法即时联络代理人或转代理人的情况下为医生提供基本指引。这个组合系统不仅可以让必定的死亡快些到来以维护老年病人和垂死者的尊严，使他们免受痛苦的折磨，也可以确保另一些出于宗教或个人原因而选择放弃治疗的人不会继续存活若干年（如昏迷的耶和華见证会信徒，他们的家人拒绝医院给他们输血）。

当然，任何代理人或其声明都不能要求第三方实施积极安乐死，但原则上其实不存在法律难题，只要第三方愿意这样做，他们就既有自由这样做，也有免责事由。如果刑法还是绝对禁止积极安乐死，就只能以“实用主义”政策考量为正当性依据了，例如为了防止误用或滥用。自由主义式的限制自由原则不会反过来支持犯罪化，因为对于自愿同意无痛苦死亡的病人来说，并不存在“损害”（“不法”意义上的）。仅当针对过失或故意地造成未同意病人死亡的情形时，自由主义者才会接受禁止积极安乐死。

第十七章 法律家长主义

1 约翰·斯图尔特·密尔 (John Stuart Mill):《论自由》(*On Liberty*) (印第安纳波利斯和纽约:波布斯-梅丽尔, 1956年版), 第13页。

2 这主要是 H. L. A. 哈特 (H. L. A. Hart) 在《法律、自由和道德》(*Law, Liberty, and Morality*) 一书中采此用法的结果 (斯坦福, 加利福尼亚州: 斯坦福大学出版社, 1963年版, 第30—34页、第38页)。哈特的反对者帕特里克·德夫林 (Patrick Devlin) 在反对其立场时当然也采取了这个用法。参见德夫林:《对道德的法律强制》(*The Enforcement of Morals*), 伦敦: 牛津大学出版社, 1965年版, 第132—136页。由于整场“论战”广受关注, 各自都有众多学者支持, 导致他们对“法律道德主义”的用法成为标准用法。

3 “……家长主义——违背其意志而保护其利益——是一个非常和谐的政策。实际上, 在20世纪中叶执着于这个主义看来有些奇怪, 因为自密尔时代以来, 放任型父母的衰落已成为社会历史的常识, 当今我们的法律中, 包括刑法和民法, 都有家长主义的例子……”参

见前注哈特书，第 31—32 页。“……密尔当初对家长主义彻头彻尾的反对在今天看来就像童话。”参见前注哈特书，第 32 页。

4 约翰·克莱尼希 (John Kleinig) 警告说，“家长主义”一词中的轻蔑意味恐怕被过度强调了。“家长主义”，他暗示，更类似“杀人”而非“谋杀”。谋杀总是不法的，从定义式看，总归是犯罪行为，而仅仅是“杀人”的推定，在某些情形中是可以被推翻的。在克莱尼希看来，家长主义的矛盾之处在于，对家长主义的推定如果可以推翻，那该是何种情形。参见他的著作《家长主义》(*Paternalism*, Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983 年版)第一章。

5 或许应当称之为“指导主义”而非“家长主义”，这叫我们想起语法课程中特有的程序。

6 关于这个理论的起源、历史和现今用法的权威论述可参考以下论文：斯图尔特·J. 巴斯金 (Stuart J. Baskin)：“国家侵入家庭事务：正当性与限制” (“State Intrusion into Family Affairs: Justifications and Limitations”), 载《斯坦福法律评论》，第 26 卷 (1974 年)，第 1383 页；尼尔·霍华德·科根 (Neil Howard Cogan)：376 “未成年人法，引入国家监管原则前后” (“Juvenile Law, Before and After the Entrance of ‘Parens Patriae’”), 载《南卡罗来纳法律评论》(*South Carolina Law Review*)，第 22 卷 (1970 年)，第 147 页；乔尔·S. 莫斯科维茨 (Joel S. Moskowitz)：“家长的权利与国家教育” (“Parental Rights and State Education”), 载《华盛顿法律评论》，第 50 卷 (1975 年)，第 623 页；“注释与评论：民事限制，精神疾病及接受治疗的权利” (“Notes and Comments: Civil Restraint, Mental Illness, and the Rights to Treatment”), 载《耶鲁法律杂志》，第 77 卷 (1967 年)，第 87 页。

7 例如可参考莱克 (Lake) 女士的案子。艾伦·M. 德肖维

茨 (Alan M. Dershowitz): “法律程序中的精神病学: 一把双刃剑” (“Psychiatry in the Legal Process: A Knife That Cuts Both Ways”, 4 *Trial* 29 [1968])。 “莱克女士, 62岁, 因患有动脉硬化症导致时而清醒时而糊涂。一天, 有人发现她在华盛顿市中心游荡, 神情恍惚但并未扰人, 随后她被送往精神病院。她在法庭作证时要求出院, 当时她显然是清醒的, 也很明白自己的问题, 知道自己一旦又犯起糊涂来可能对健康甚至生命都有危险, 但有了精神病院的经历之后, 她宁愿冒险牺牲健康——或者生命——也要回到医院的高墙以外。她的请求被否决, 尽管她一直不停地申诉, 但她至今仍只能面对精神病院病房的狭小四壁。”

德肖维茨随后评论道, “可以将对莱克夫人的决定与对就任时心脏病发作的最高法院大法官杰克逊的决定进行对比, 他们同样是六十二岁, 当司法部长索巴罗夫主持关于他的听证会时, 杰克逊说, 医生让他在行动受限制但可以多活些时日与照常生活但随时有生命危险之间作出选择。不出意料地, 他选择了后者。不久, 他就死于心脏病猝发。法庭并未干预他的决定。同样的决定, 虽然蒙着轻纱, 还出现在一首题为 ‘一个动脉硬化症患者的哀歌’ 的五行打油诗中:

医生给我下了诊断,
性交会阻塞我的血栓,
但我宁愿满足地玩儿完,
也不愿节制像个神汉。

我怀疑, 很少有法庭会干涉这样的决定, 但为何不同的法庭对本质相同的案件, 如莱克女士、杰克逊大法官、动脉硬化症患者, 会作出各不相同的反应? 由于病情不同, 莱克夫人案子的相似性可能不那么明显, 而另外两个情形则比较一致。很多法庭会说, 莱克夫人患有的是精神疾病, 而杰克逊和另外那个病人则不是, 然后仅以此将他们

区别对待,可是,他们并没有说清楚,她的‘精神疾病’到底如何使她的案子与别不同。”

8 “民事限制,精神疾病及接受治疗的权利”一文的注释,载《耶鲁法律杂志》,第77卷(1967年),第87页。

9 困惑或误读往往由“主义”(ism)一词的双重功能引起。因此,以不同字眼区分这些功能往往很有作用。以往的字典上区分得很清楚,例如,“自我主义”(egoism)和“自我中心主义”(egotism)之间的区别。前者认为人的行为是或应是自私的。后者是指按照自我主义所描述的动机行事。很多以自我为中心的学者并不必定是自我主义论者,而一些反对自我主义的学者,实际上毫无疑问正是自我中心主义者。

10 伯纳德·格特(Bernard Gert)、查尔斯·M.卡尔佛(Charles M. Culver):“家长主义式行为”(“Paternalistic Behavior”),载《哲学与公共事务》,第6卷第1期(1976年秋季),第45—57页。

11 同前,第46页。

12 拙著《社会哲学》(*Social Philosophy*)中称之为“极端家长主义”。参见《社会哲学》,英格尔伍德·克利夫斯,新泽西:Prentice-Hall,1973年版,第33页。

13 迈克尔·贝尔斯(Michael Bayles)区分“保护式家长主义”(我们所说的“适当家长主义”或“防止损害的家长主义”)和“提升式家长主义”(我们所说的“极端家长主义”或“提升利益的家长主义”)。参见他的一部重要著作《立法原则》(*Principles of Legislation*),底特律:韦恩州立大学出版社,1978年版,第120页。

14 杰拉德·德沃金(Gerald Dworkin):“家长主义”(“Paternalism”),载理查德·A.瓦瑟斯特罗姆(Richard A. Wasserstrom)编:《道德和法律》(*Morality and the Law*),贝尔蒙德,加利福尼亚州:Wadsworth,

1971年版,第110—111页。

15 同前,第111页。我对德沃金就定义的引文有两个疑问。首先,两类人“自由都受到限制”,因此,德沃金本应所指的是受到刑罚处罚限制的一类人。其次,由他的示例(自杀、安全带、输血)明显看出,他所指的是“防止损害”而非“提升利益”的家长主义。因此,他应该说的不是“利益得以提升的那些人”,而是“损害得以防止的那些人。”

16 拙文“法律家长主义”(“Legal Paternalism”),载《加拿大哲学杂志》,第1卷第1期(1971年),当中,我以“强势”和“弱势”家长主义作了同样区分。现在该区分已被普遍使用,可与“硬”及“软”家长主义互换使用。不过,我印象中倒觉得后者现在看来更加常见,所以此处我也采用后者。

17 汤姆·L.比彻姆(Tom L. Beauchamp):“家长主义与生物行为控制”(“Paternalism and Bio-Behavioral Control”),载《一元论者》(*The Monist*),总第60卷,1976年第1期,第67页。

18 同前。

19 杰拉德·德沃金,前注(注释14),第108页。

20 詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬(James Fitzjames Stephen):《自由,平等及友爱》(*Liberty, Equality, and Fraternity*),伦敦:1837年版,第163页。

21 “对贩卖或持有大麻的行为曾被处以二十年、三十年、四十年监禁——甚至终身监禁”——阿瑟·D.赫尔曼(Arthur D. Hellman):《禁止大麻的法律:我们的代价》(*Laws Against Marijuana: The Price We Pay*),厄尔巴马,伊利诺伊州:伊利诺伊大学出版社,1975年版,第297—298页。赫尔曼举出了很多可怕的示例。

22 杰拉德·德沃金,前注(注释14),第109页。

23 在其“家长主义：再思考”（“Paternalism：Second Thoughts”）一文中，载罗尔夫·萨特里厄斯（Rolf Sartorius）编：《家长主义》（*Paternalism*），明尼阿波利斯：明尼苏达大学出版社，1982年版，德沃金似乎改变了看法。他极其简短地提到有关公共利益的强制性条款问题，并以自来水中加氯而非社会安全作为示例：“假定我们可以证明社区中的绝大多数人同意这项措施，而少数人不同意。最好的解决办法就是不理睬少数派，但执行及经济效益方面可能所费不菲。与向赞成者加氯并为反对者提供不加氯的水相比，在社区水供应系统中加氯更有效成本也更低……此处我认为某些利益平衡是适当的。我们可能378 在某些问题上少数派，而在另外一些问题则是多数派，因此，不要在所有的议题上都强制性要求意见统一是合乎情理的。

多数人的利益很重要（如健康），少数人的负担是次要的（他们得另外买水），应当按多数人的利益执行，否则，经济成本会很高。

这样看来，对少数人的限制并非出于家长主义的考量，而是为了提升多数人的利益。因此，这并非家长主义式决策……”。

24 杰拉德·德沃金：“家长主义”，前注（注释14），第109页。

25 理查德·J.阿尼森（Richard J. Arneson）：“密尔对决家长主义”（“Mill versus Paternalism”），载《伦理学》，第90卷，第4期（1980年7月），第471—472页。

26 同前，第471页。

27 “表面正当的家长主义”的例子在约翰·霍德森（John Hodson）早期的一篇文章中作为辩驳的理由出现。参见“家长主义原则”（“The Principle of Paternalism”），载《美国哲学季刊》，第14卷（1977年），第62页。阿尼森的论述见于前注“密尔对决家长主义”，第471页。

28 杰拉德·德沃金在这个议题上有很好的论述。参见他的“家

长主义”，前注（注释 14），第 110 页。

29 事实上，若从社会整体成本而言，自损行为中往往包含某种社会利益。理查德·A. 埃亨（Richard A. Ahearn）在他写给《纽约时报》（*New York Times*）编辑的一封信中（1979 年 10 月 23 日），绘声绘色而又不无挖苦地说明了这一点。

近来发生的新闻故事告诉我们：有 33% 的美国人吸烟。由州互助保险公司主持的一项实证调查表明，32 岁不吸烟的健康男性比 32 岁吸烟的健康男性的寿命长 7.3 年。

如果假定吸烟对老年人和女性的危害仅为一半，那我们只需将 2.2 亿乘三分之一乘 7.3 再乘二分之一，那么吸烟夺走目前在世者生命要花去的年数是 2.676 亿。

在这些年头的大多数时间里，比如百分之八十的时间里，受害人可以获得社会保险和其他政府福利的救济。若保守估计每年每人花费的社会保险、医疗保险和食物补贴等相关费用是 5000 美元，那么 1979 年可以计算的总数就是 107 亿美元。这个大到难以想象的数字就是吸烟者为非吸烟纳税者省下的钱。

烟草研究机构的无赖逻辑就利用了这个论据游说政府，并通过媒体广而告之。这是唯一能够支持烟草企业的论据了。

当然，埃亨没有提及其他方面的成本——保险费率和医疗成本不断增加、生产力流失等。但他的省钱论点还是给人留下深刻印象。

30 对这个观点的展开论述参见第九章第三部分“个人自治及其边界”。

31 罗伯特·哈里斯（Robert Harris）：“私人同意的承认行为：将道德法律化应当满足损害他人原则的要求”（“Private Consensual Adult Behavior : The Requirement of Harm to Others in the Enforcement

of Morality”），载《加州大学洛杉矶分校法律评论》，第 14 卷（1967 年），第 585 页注释。

379 32 比彻姆，前注（注释 17）。在最后一句引文中，比彻姆可能低估了法律起草者的技术。将出于涉己原因而实施的不合理危险行为（冒险、破纪录、征服高峰、赢奖金）入罪，却允许出于公共精神、利他考量或良知而实施的不合理危险行为，这在立法上是可能的（至少原则上是这样）。法庭在其他领域的动机认定方面同样也会有类似的差别对待（如判断何种动机为“真诚的”、“可耻的”、“恶意的”等）。

33 此外，在法律强制力背景之外，有很多私下的家长主义式行为，即使是自由主义者也会认为这些行为是正当的。格特和卡尔佛所举的（参见注释 10）对垂死病人的善意谎言正是这类例子。自由主义者必须解释，为何由个人私下实施的这类欺骗并未侵犯他人的个人自治，而国家以强制力这样做就不行。

34 约翰·斯图尔特·密尔雄辩地反对家长主义的立场表达了这种专制主义的态度。他特别喜欢用独立、合法管制、主宰、主权之类的政治暗喻（我们在第十九章中所述）。若只涉及个人利益，个人在道德上是独立的，唯一的合法主宰是他自己。在涉己事务范围内，他有绝对的决定权，即他有“主宰自己的权利”。

第十八章 自 治

1 《牛津英语字典》（*Oxford English Dictionary*）中列出了“自治”的三种含义。第一个也是最古老的含义是政治意义上的；另外两个则是生物学和社会意义上的。第一个含义是：“指国家或机构等的自治：自我统治的权利，即制定法律、管理内部事务的权利。”英

语中最早对这个词的引用就是这个意义上的。柏拉图在《理想国》(*Republic*)中提到自我意识意义上的“对思想的统治部分”是一个政治隐喻。C. S. 刘易斯(C. S. Lewis)写道,希腊文 *eleutheria* 和拉丁文 *liberas* 常常被译为“自由”,其实在古代,“即使不是全然,亦主要被用指一个政治国家的自由。有时指主权与外国势力压迫之间的对抗;有时则指一国[之内]自由与专制统治之间的对抗”。如果刘易斯是对的,则“自由”最古老的含义,即使不是最原始的含义,是就国家而言的“自治”,这个含义一直沿用至今。参见他的《文字研究》(*Studies in Words*),剑桥:剑桥大学出版社,1961年版,第124—125页。

2 “自由”一词要复杂得多,但和“自治”与“独立”一样,它的含义也较模糊,特别是当适用于民族和国家时更是如此。当殖民地脱离帝国势力的控制获得独立时,人们说他们赢得了自由,尽管这个地方的民众就个体而言并不比从前更自由。当我们说人自由或不自由时,我们可能是说他们一般地具备依己所愿作为或不作为的能力(第一卷第五章第七部分中讨论的“选择权”),也可能是说他们是独立的、“自主的”存在物,可以真实地且/或正确地控制自己的选择。参见“自由人的想法”(“The Idea of a Free Man”),载拙著《权利、正义及自由的边界》(*Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*),普林斯顿,新泽西:普林斯顿大学出版社,1980年版,第3—29页。

3 参见汉斯·凯尔森(Hans Kelsen):《法与国家的一般理论》(*General Theory of Law and State*),安德斯·韦德伯格(Anders Wedberg)译,剑桥,马萨诸塞州:哈佛大学出版社,1945年版,第90—92页。

4 同前,第91页。

380

5 丹尼尔·维克勒(Daniel Wikler):“家长主义与轻度智障”(“Paternalism and the Wildly Retarded”),载《哲学与公共事务》,第8

卷（1979年），第377—392页。

6 丹·布罗克（Dan Brock）：“家长主义与利益提升”（“Paternalism and Promoting the Good”），载罗尔夫·萨特里厄斯编：《家长主义》，明尼阿波利斯：明尼苏达大学出版社，1983年版，第241页。

7 维克勒，前注（注释5），第384页。

8 这个观点也适用于高等动物。例如让一头牛自己选择是去德克萨斯州的牧场还是去内布拉斯加州的牧场，即使它真的选了，能说明它是“明智”还是“愚蠢”吗？即使说它“愚蠢”，也还是对它的赞美吧。

9 此外还可参见蒂莫西·达根（Timothy Duggan）、伯纳德·格特：“自愿的能力”（“Voluntary Abilities”），载《美国哲学季刊》，第13卷（1979年）；哈里·法兰克福（Harry Frankfurt）：“意志自由与人的内涵”（“Freedom of the Will and the Concept of a Person”），载《哲学杂志》，第68卷（1971年）；乔纳森·格洛弗（Jonathan Glover）：《责任》（*Responsibility*），伦敦：Routledge & Kegan Paul，1970年版，第3—7章；以及汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，剑桥，马萨诸塞州：哈佛大学出版社，1945年版，第一编，第7—9章。

10 这是古希腊人不得不接受的事实。参见玛莎·努斯鲍姆（Martha Nussbaum）在《善的脆弱性：希腊伦理思想中的运气和理性自足》（*The Fragility of Goodness : Luck and Rational Self-sufficiency in Greek Ethical Thought*）一书中的有趣观点（剑桥：剑桥大学出版社，1986年版）。

11 这类伪善在文学作品中最著名的人物形象或许当属托尔斯泰的《安娜·卡列尼娜》开头部分出现的人物斯特潘·阿卡帝耶维奇

(康斯坦斯·加内特译, 纽约: Dodd, Mead & Co., 1966 年版, 第一部分第三章, 第 7 页以后):

“斯特潘·阿卡帝耶维奇拿出一张报纸读了起来, 这是一份自由主义的报纸, 但不极端, 提出的都是些多数人能接受的观点。尽管实际上他对科学、艺术和政治都不特别感兴趣, 但只要是这张报纸上说的, 或者是大多数人说的观点, 他都赞同, 他的观点随大多数人观点的改变而改变——或者, 更准确地说, 他也没想着要改变什么观点, 这些观点自顾自地就在他的脑子里改变了。

斯特潘·阿卡帝耶维奇没有选择过自己的政治立场或观点, 这些……立场和观点是自动跑到他脑子里去的, 正如他没有选择过自己的帽子或大衣的款式一样。并且, 对他而言, 生活中——经过多年的判断得出, 由于某种精神活动的需要——观点就像帽子一样, 是必不可少的……”

杰拉德·德沃金在他的“道德自治”(“Moral Autonomy”)中也引用了这段文字, 载 H. 特里斯特拉姆·小恩格尔哈德(H. Tristram Englehard Jr.)、丹尼尔·卡拉汉编:《道德、科学及社会性》(*Moral, Science, and Sociality*), 纽约: Hastings Center, 1978 年版, 第 160 页。德沃金是对个人自治话题最为敏感的学者, 令我在很多方面都获益良多。

12 戴维·里斯曼(David Riesman)等:《孤独的人群》(*The Lonely Crowd*), 纽黑文: 耶鲁大学出版社, 1950 年版, 第 15 页。

13 同前, 第 31 页。

14 杰拉德·德沃金在他的论文“道德自治”(注释 11)和“个人自治与行为控制”(“Autonomy and Behavior Control”, 载《黑斯廷斯中心报告》, 第 6 卷, 1976 年 2 月)中都对这个观点作了生动的论述。在后文中(第 24 页)他写道:“我们都知道人的成长是有历史

的。他们身在某个既定的环境中，凭着生物学上的先天条件，身心不断发展。他们慢慢地成熟起来，并受到家长、兄弟姐妹、同伴和文化的强烈影响。说他们有确信、动机、原则等‘自我选择’[自我创造]

381 有何意义呢？这个概念假设自我是独立于上述外界影响的，并且，几乎同样愚蠢的是，认为自我所作的选择都是独断的结果。因为在某种程度上，自我要用到理性标准、归纳原则、可能性判断等，这些或者是从他人那里获得的，或者，和这个观点一样糟糕的则是认为那是先天得来的。我们不可能做到自始自行选择，正如我们不能从自己的身体里跳出来一样。坚持这种观点只能使自治成为不可能。”

15 亚里士多德：《尼各马可伦理学》（*Nicomachean Ethics*），第三卷第五章。“不知道人的性格源自某种稳定的行为模式，那这人一定是个彻头彻尾的大傻瓜。如果一个人清楚自己的所为，却去做按注定走向不义的行为，我们只能说，他自愿选择了不义。”人们就是如此“选择了自己的性格”，通过自己的行为树立了自己的形象。

16 让-保罗·萨特（Jean-Paul Sartre）：“存在主义是一种人道主义”（“Existentialism is a Humanism”），载《存在主义》（*Existentialism*），纽约：哲学图书馆，1947年版，第18页，“人的存在，就是自己创造自己。”

17 G. 德沃金：“个人自治与行为控制”，前注（注释14），第25页。

18 伊曼努尔·康德（Immanuel Kant）：《道德形而上学原理》（*Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals*），H. J. 佩顿（H. J. Paton）译，载《绝对命令》（*The Categorical Imperative*），伦敦：哈钦森大学图书馆，1947年版，第180页。

19 如佩顿所说（前注书），“我们制定法律，我们服从法律。意志是如此主观，不仅服从于法律，更制定了法律，而意志之所以要服

从法律，唯一的原因就是它制定了法律。”

20 伊曼努尔·康德：《道德形而上学原理》，托马斯·K. 阿博特（Thomas K. Abbott）译，印第安纳波利斯：Bobbs-Merrill，1949 年版，第 49 页。

21 罗伯特·保罗·沃尔夫（Robert Paul Wolff）：《为无政府主义辩护》（*In Defense of Anarchism*），纽约：Harper & Row，1979 年版，第 14 页。

22 约翰·罗尔斯（John Rawls）：《正义论》（*A Theory of Justice*），剑桥，马萨诸塞州：哈佛大学出版社，1971 年版，第 516 页。在之后于约翰·杜威讲座上对自治所作的讨论中，罗尔斯不再受这些异议的影响。彼时，他清楚地区分“理性自治”，用于描述原始状态下抽象个体特性的“代表设置”，与“充分自治”，用于真实世界中“自由而平等”的道德个体的道德理想。后者紧密地对应于本书的自治概念。参见约翰·罗尔斯：“康德对道德理论的建设：理性自治与充分自治”（“Kantian Construction of Moral Theory：Rational and Full Autonomy”），载《哲学杂志》，第 77 卷（1980 年），第 515—535 页。

23 杰拉德·德沃金：“道德自治”，前注（注释 11），第 158 页。德沃金更有力的论证来自于道德原则的社会属性：“作为家长，我的责任为何，近亲属的范围为何，双方的扶助义务为何，如何表达后悔或尊重，这些问题在某种程度上说都和我们对这个社会的理解相关。道德原则往往还会就协调性问题的解决之道发挥功能——一个人想做的事取决于他对其他人行事的预期——其他人的选择反过来取决于这个人的选择。这些惯例取决于对行为模式的相互认识……所有这些都排除了个人的突发奇想。”参见前注书，第 159 页。

24 杰拉德·德沃金称之为“实体”独立，而与“程序”独立相

对。如他和我同样认为，自治对后者的要求较对前者的要求更加强烈。

382 25 德沃金引用了一个著名的例子：“依原则行事者总有些过人之处，即使是糟糕的原则。但对哈克·芬这样的人还是有话要说，他‘知道’奴隶制是对的，坚信如果自己帮助吉姆逃跑将会受到道德谴责，他愿意牺牲自己的正直，而服从于自己的人道主义冲动。”参见“道德自治”，前注（注释11），第163页。

26 我在其他地方这样说过：“自我管制包括两个必要组成部分。管制自我既非对某种外在的自我进行的殖民式管制或‘外国势力’管制，亦非无力对内在主体推行其规则。如果我们欣赏威廉·詹姆斯的用法（经本书限定），并将‘内在的核心自我’称为主格我，而将其统领的整体自我的其他部分称为宾格我，那么，我们即可将个人自治的两面和谐地合二为一：如果除了主格我之外，并无他物可以统领宾格我，则主格我就是自治的。”参见《权利、正义及自由的边界》，前注（注释2），第20—21页。另见威廉·詹姆斯（William James）：《心理学原则》（*Principles of Psychology*），纽约：Henry Holt and Co.，1890年版，第1卷第十章。

27 柏拉图：《理想国》，第2—4卷。对类似“自我的准政治概念”最为贴切的现代表述可能要算约瑟夫·巴特勒（Joseph Butler）：《罗尔斯教堂中的五个布道及论美德的本性》（*Five Sermons Preached at the Rolls Chapel, and A Dissertation Upon the Nature of Virtue*），印第安纳波利斯：Bobbs-Merrill，1950年版。五个布道于1726年初版。

28 巴特勒，前注（注释27），序言第11页。

29 大卫·休谟（David Hume）：《人性论》（*A Treatise of Human Nature*），伦敦，1739年版，第2卷第三编第三章，“理性是，也仅是激情的奴隶，理性没有别个主人，只能服从于激情。”

30 埃米尔·涂尔干 (Emile Durkheim):《自杀论》(*Suicide*), 约翰·A. 斯博尔丁 (John A. Spaulding)、乔治·辛普森 (George Simpson) 译, 纽约: 自由出版社, 1951 年版, 第 241—276 页。

31 拉尔夫·沃尔多·爱默生 (Ralph Waldo Emerson):“自我依赖” (“Self-Reliance”), 载《论文集 (第一辑)》(*Essays, First Series*), 波士顿, 1841 年版。

32 同前, 引用也包括文章的最后两句话。

33 参见拙文“导致自愿行为” (“Causing Voluntary Actions”), 载《行为与责任》(*Doing and Deserving*), 普林斯顿, 新泽西: 普林斯顿大学出版社, 1970 年版, 第 152—186 页。

34 理查德·J. 阿尼森:“密尔对决家长主义”, 载《伦理学》, 第 90 卷 (1980 年), 第 4 期, 第 475 页。

35 有关责任评价类别详见本人《行为与责任》, 前注 (注释 33), 第 119—251 页。

36 参见本人在《行为与责任》中有关责任即“具象归因”的论述, 第 250—251 页。

37 《简明牛津英语词典》(*Shorter Oxford English Dictionary*), 牛津: 克拉伦登出版社, 1933 年第 3 版, 第 497 页。

38 伯纳德·克里克 (Bernard Crick):“论主权” (“Sovereignty”), 载《国际社会科学百科全书》(*International Encyclopedia of the Social Sciences*), 纽约: 自由出版社, 1968 年版, 第 15 卷, 第 77 页。

39 S. I. 本 (S. I. Benn)、R. S. 彼得斯 (R. S. Peters):《社会原则和民主国家》(*Social Principles and Democratic State*), 伦敦: George Allen & Unwin, Ltd., 1959 年版, 第 247 页。他们写道:

“国家”是一个相对现代的概念, 正如国家主义是一个现代政治理念。在中世纪, 人们并不觉得自己是英国人、法国人或德

国人，而不过是领主的奴仆、国王的臣民，说到底是基督教界统一秩序中的成员。西欧的君主们不断增强自己对抗国王和教皇的力量，成为巨头，慢慢建立起不断集权化的政治权威，聚集起超过其他竞争力量的效忠。到了这个阶段，国家地位[独立国家]和忠诚相互结为一体。

40 “国家的历史是某种虚构的东西，先是树立起供敬仰和模仿的英雄形象，继而以此设定标准和理想。”参见前注，第 251 页。

41 同前，第 251 页。

42 我曾在标题“规范上的人性”以及与之相对的“描述性的”或“常识上的人性”之下，讨论过这个意义上的“人”，参见拙文“堕胎”（“Abortion”），载汤姆·里根（Tom Regan）编：《生命和死亡若干事》（*Matters of Life and Death*），纽约：兰登书屋，1978 年版，第 186 页以下；及拙文《权利、正义及自由的边界》，前注（注释 2），第 191—193 页。

43 参见拉尔夫·巴尔顿·佩里（Ralph Barton Perry）：《价值的疆域》（*Realms of Value*），剑桥，马萨诸塞州：哈佛大学出版社，1954 年版，第 62—63 页。根据佩里的观点，作为自然人（非法人），在某种程度上我们的利益是一个整体：“人之成为人，在于其利益是一个综合的整体，包括时间向度和空间向度。他可以通过预测制订相应的计划；他会实施一系列有目的的活动；他可以将自己的过去和未来的好处联系起来并选择捷径；他能够承受负担；他能够处理日常各种利益关系；他知道什么是最重要的事情；他可能只见树木而不见森林；所有这些都因为他具有认识能力……人之所以成为人，在于他有一个中央交换所，……在那里，个人的全部利益相互考量，最终的行动建立在对所有利益要求的考虑之上，并尽量全部或部分地满足这些要求。”注意，如果将一群人视为“一个民族”、“一个社群”或“一个

国家”时，也可以得出类似上述内容的结论。

44 艾伦·富克斯曾向我指出，今天，国家相互交往的方式表明，过去政治国家的那种严格的传统内涵已经弱化，或者至多被作为一种荣誉供瞻仰。政府现在公开承认，他们向别国领域派出“间谍卫星”，世界上最公开的秘密之一就是，各国都会监控别国的无线电信号，在别国大使馆安装窃听装置，以及支持类似的秘密活动。这种间谍行为对应于个人领域，则是对个人隐私，亦即个人自治的粗暴干涉。

第十九章 个人自治及其边界

1 有关此联系参见戴维·洛思（David Loth）、莫里斯·L. 厄恩斯特（Morris L. Ernest）：《上高几许？》（*How High Is Up?*），印第安纳波利斯：Bobbs-Merrill，1964年版，第1章。

2 约翰·斯图尔特·密尔：《论自由》，第四章第10段。

3 乔尔·范伯格：《社会哲学》，恩格尔伍德·克利夫斯，新泽西：Prentice-Hall，1973年版，第31—32页。

4 本段的主要部分及后续段落中的一部分内容来自拙文“儿童有权拥有开放的未来”（“The Child’s Right to an Open Future”），载休·拉福莱特（Hugh LaFollette）编：《儿童权利》（*Children’s Rights*），托托华，新泽西：罗曼与利特菲尔德出版社，1980年版。论文阐述了儿童成长背景下的家长主义，以及儿童的个人自治对他人提出的要求。对自我实现更详细的阐述参见拙文“荒唐的自我满足”（“Absurd Self-Fulfillment”），载彼得·范·因瓦根（Peter van Inwagen）编：《时间和理由：献给理查德·泰勒的论文集》（*Time and Cause: Essays Presented to Richard Taylor*），多德雷赫特，荷兰：莱德尔出版社，1980年版，第255—281页。

5 著名的“道德肌肉说”见于《论自由》第三章前八个段落。这个观点可得出以下结论：

(1)(严格区别于快乐主义)：人最高级的好处既非享受，亦非被动满足，而是一个成长和自我实现的动态过程，在这个过程中，为人所独有的机能——感知、评价、识别、强烈的情绪、精神活动以及道德倾向——被不断完善。

(2) 这些力量，正如肌肉的力量，是靠着不断使用（锻炼）得来的。

(3) 对道德肌肉的锻炼需要持续作出选择，这转而要求人们拥有作出选择、哪怕是愚蠢选择的自由，既不受制于法律强制，亦不受制于习惯性专制的自由。

(4) 因此，对自由选择的干涉将阻碍个人习性的发展，而个人习性的养成正是某种个人好处。

6 这个观点和“道德肌肉说”截然不同。在《论自由》中被几次提及。有时强调对外人比本人更了解本人利益的假设往往并不属实（第四章第13段：“对公开干涉纯私人行为的最有力的反驳是，若果真干涉，则干涉往往用错了地方”，等等）。有时则强调个人较他人更易于知晓自己的利益所在（第四章第4段：“……基于其个人感受和处境，一个正常的男人或女人获得相关认知的方式远远超过其他人”）。

7 J. S. 密尔：《论自由》，第五章第11段。可能有人认为，如果密尔是一个坚定的功利主义者，以推进利益和防止损害为主旨，那么，即使是如自我决定这般的基本权利亦应由此推导出来。不过，现在人们普遍认为，密尔对功利主义的忠诚在《论自由》并不那么稳定，尽管他对与之相反的立场是反对的。他往往也会求诸某种直接的个人自治和其他一些自然权利。尤其参见 C. L. 坦恩（C. L. Ten）所论之

密尔在《论自由》中对功利主义的偏离之处,见《密尔论自由》(*Mill on Liberty*),牛津:克拉伦登出版社,1980年版。

8 我认同对自治权利的第三种解释,参见拙文“法律家长主义”,载《加拿大哲学杂志》,第1卷(1971年);以及“自由与行为控制”(“Freedom and Behavior Control”),载沃伦·T.赖克(Warren T. Reich)编:《生物伦理学百科全书》(*Encyclopedia of Bioethics*),纽约:自由出版社,1978年版。

9 例如,可参见乔纳森·格洛弗:《致死与救生》(*Causing Death and Saving Lives*),纽约:企鹅出版社,1977年版,第74—85页,以及约翰·克莱尼希:《家长主义》,托托华,新泽西:Rowman & Allenheld,1984年版。

10 能够证明密尔是坚定的反家长主义者的最有力证据参见理查德·J.阿尼森的“密尔对决家长主义”,载《伦理学》,第90卷,第4期,1980年7月,第471—472页。针对正文(2)的最有力例证——在个人选择权与个人好处相冲突的情况下认同家长主义——来自丹·布罗克:“家长主义与利益提升”,载罗尔夫·萨特里厄斯编:《家长主义》(明尼阿波利斯:明尼苏达大学出版社,1983年版),第237—260页。

11 同前,第17章,第26页。

385

12 同前。

13 以赛亚·伯林(Isaiah Berlin)曾令人信服地论证了并非每一种无能力都是某种不自由。参见他的经典论文“自由的两种内涵”(“Two Concepts of Liberty”),载《论自由四篇》(*Four Essays on Liberty*),伦敦:牛津大学出版社,1969年版,第118—172页。伯林认为,“仅仅是缺少达致某种目标的能力并不意味着政治自由的缺失”(第122页),他不是唯一持有这种观点的人。他引用了18世纪哲学

家爱尔维修的话：“人只要没有戴着铁镣，没有被关在监狱，不像奴隶惧怕刑罚那样陷入恐惧……他就是一个自由的人，不能像雄鹰那样飞翔，或是不能像鲸鱼那样遨游，并不代表他没有自由。”（第122页）。

14 同前，第122—131页。另见拙著《社会哲学》，恩格尔伍德·克利夫斯，新泽西：1973年版，第8—9页。

15 阿瑟·叔本华（Arthur Schopenhauer）：《论自由意志》（*Essay on the Freedom of the Will*），康斯坦丁·科伦达（Konstantin Kolenda）译，纽约：自由出版社，1960年版，第19页。

16 对意志自由的这种“第二层次”含义的精细阐述，参见哈里·G.法兰克福：“意志自由与人的内涵”，载《哲学杂志》，第68卷（1971年），第5—20页。

17 心理能力受损并非关闭选项的唯一原因。人在履行道德承诺时因为“受到道德约束”，亦有可能无法依己愿作出（原本会作出的）选择。一个顾虑重重的人往往无法将自己极想做的事“付诸行动”。将正直视为“某种受损的心理能力”并不妥当，但受尊敬的人往往的确比不受尊敬的人选项少些。因此，“自由意志”的好处已经太多了。

18 如我们所见，自由的价值的来源之一（第十八章第三部分）是事实上的自我管制，它既是自由的必要条件，也是实现自由价值的有效途径。事实上的自治者要想真的享有自治还需要一些运气。如果他的健康被毁，经济破产，或者在政治权利上一无所有，那么，无论他如何培养自己的能力和品格，都无法实现自治。被禁锢在监舍一隅的政治犯或许信仰依旧坚定，却苦于没有为实现事实自治所必需的自由。而基于上述最低条件，很多人都能够实现自我管制，在他们心脏承受能力范围内呼哧呼哧地跑来跑去，畅通无阻地执行着自己的决定。

19 随后的四个段落引自拙文“自由与行为控制”，载《生物伦理学百科全书》，纽约：自由出版社，1978年版。蒙原出版者允许摘录于此处。

20 参见拙文“儿童有权拥有开放的未来”，前注（注释4），第124—153页。

21 J. S. 密尔：《论自由》，第五章第10段。

22 让-雅克·卢梭（Jean-Jacques Rousseau）：《社会契约论》（*Social Contract*），第1卷第七章，以及以赛亚·伯林在“自由的两种内涵”中的批评文字，前注（注释13），第131—134页、第147—148页。

23 有关奴隶制的这种极端情形几乎找不到例子，至少从历史上看是这样，但可以作为假设的示例——再没有超过这种例子的情形了。

24 约翰·斯图尔特·密尔：《论自由》，第五章第10段。

25 约翰·D. 霍德森（John D. Hodson）：“密尔、家长主义及奴隶制”（“Mill, Paternalism, and Slavery”），载《分析》，第41卷（1981年1月），第61页。 386

26 同前，第62页。

27 J. S. 密尔：《论自由》，第五章第11段。该段落的其余文字主要阐述不可撤销合同的一般问题，并认为“恐怕除了与金钱有关的合同之外，……再无合同应排除撤销的可能性”。他特别强调了无过错的离婚（这一称呼的肇始）。

28 《论自由》，第一章第2段：“……任何由独立于功利之外的自然权利中产生的对我的论述有利的东西，我都事先声明放弃”。

29 同前，第一章第9段。

30 或许典型的示例要数约翰·克莱尼希在他的重要新著《家长主义》（托托华，新泽西：Rowman & Allanheld，1984年版）中所

描述的情形。杰拉德·德沃金对这个原则也颇为赞同：“家长主义仅当为着保留当事人的更大自由度时方为正当。”参见他的“家长主义”，载理查德·瓦瑟斯特罗姆编：《道德和法律》，贝尔蒙德，加利福尼亚州：Wadsworth，1971年版，第118页。我认为德沃金所说的原则可能是指，家长主义仅当为防止自由发生严重或不可逆的减少时方为正当。另见唐纳德·里根（Donald Regon）：“家长主义、自由、身份及承诺”（“Paternalism, Freedom, Identity, and Commitment”），载罗尔夫·萨特里厄斯编：《家长主义》，明尼阿波利斯：明尼苏达大学出版社，1983年版。

31 阿尼森，前注（注释10），第474页。

32 同前。

33 J. S. 密尔：《论自由》，第四章最后一段。

34 阿尼森，前注书（注释10），第476页。

35 如罗伯特·肖普向我指出的，结论就是，自由主义原则无法在严格意义和字面意义上为传统奴隶制找到正当化的理由，因为在这个原则看来，奴隶无论是在法律上还是在道德上都是彻头彻尾的牲畜。讨价还价的人不会同意让渡自己作为人的地位，他们不能单是通过签订契约，就能够免除自己伤害他人时应当承担的刑事责任。这一事实要求法律应为其允许的奴隶契约设定极其严格的限制。就此观点及相关话题的其他讨论参见阿瑟·库弗里克（Arthur Kuflik）：“自治的不可让与性”（“The Inalienability of Autonomy”），载《哲学与公共事务》，第13卷（1984年），第271—298页。

36 此处获益于琼·卡拉汉，她曾劝我不要过于强调成本。

37 阿尼森，前注（注释10），第472页。

38 荷马（Homer）：《奥德赛》（*Odyssey*），第3卷，第36—58页、第144—200页。参见理查德·拉铁摩尔（Richard Lattimore）翻译的

诗文, 纽约: Harper & Row, 1965 年版, 该部分文字见于第 186—190 页。

39 对这一观点最好的论述参见唐纳德·里根的前注书(注释 30)。

40 同前, 第 125 页。

41 参见罗纳德·贝利(Ronald Bailey):“面对死亡, 新生或许为时已晚”(“Facing Death, A New Life Perhaps Too Late”),载《生活》, 第 53 卷, 1962 年 7 月 27 日, 第 28—29 页, 重印于 W. 布莱克斯通(W. Blackstone)、T. 比彻姆和 J. 范伯格编:《哲学与人类的处境》(*Philosophy and Human Condition*), 恩格尔伍德·克利夫斯, 新泽西: Prentice-Hall, 1980 年版。

42 载阿兰·蒙特费尔(Alan Montefiore)编:《哲学与个人关系》(*Philosophy and Personal Relations*), 蒙特利尔: McGill-Queen's University Press, 1973 年版, 第 137—169 页。

43 同前, 第 145 页。

387

44 阿尼森, 前注(注释 10), 第 475 页。

45 对鲍里斯夫人来说, 既然她的丈夫承诺在先, 她再立下诺言, 或者说出她丈夫让她地位难堪的话, 都太迟了。就此例而言, 我们假定年轻时鲍里斯夫人和她的丈夫一样抱有坚定的社会主义信念, 愿意为支持他们而贡献力量。但这与老年时的鲍里斯夫人改变自己的政治信仰并无关联。

46 参见拙文“分外事与规则”(“Superrerogation and Rules”), 载《行为与责任》, 普林斯顿, 新泽西: 普林斯顿大学出版社, 1970 年版, 第 4—9 页。

47 米尔顿·R. 康维奇(Milton R. Konvitz)对领地的比喻进行了相对精细的描述。他在论及宪法性隐私权时写道:“其实质在于尚有一个未交予公众使用或控制的空间。人无论是去卧室, 还是上街,

这种空间都伴随着他。即使面对公众，它仍是人内在的一部分，是他‘个人财产’的一部分……”。参见“隐私权与法律：一种哲学前提”（“Privacy and the Law : A Philosophical Prelude”），载《法律与当代问题》，第31卷（1966年），第279—280页。托马斯·埃默森（Thomas Emerson）进一步阐述了有关优先地带的概念：“它[隐私权]希望确保个人能够拥有使其作为个体，而非社群中的一员的某种空间。在这个空间里，他可以想其所想，保有自己的秘密，过自己的人生，他要是愿意，也可以敞开心怀，面对公众。简言之，隐私权建立了一个集体生活以外的个人空间，这个空间不由集体生活的规则控制。”参见《自由表达制度》（*The System of Freedom of Expression*），纽约：兰登书屋，1970年版，第545页。

48 格里斯沃尔德诉康涅狄格州（*Griswold v. Connecticut*），381 U.S. 479（1965）。

49 同前，第482页。

50 同前，第485页。

51 同前[援引NAACP诉亚拉巴马州（*NAACP v. Alabama*），37 U.S. 288，307(1964)]。

52 同前。

53 同前。

54 同前，第498页（戈德堡法官，一致裁决）[援引NAACP诉亚拉巴马州，377 U.S. 388，307（1964）]。

55 405 U.S. 438（1972）。在艾森施塔特（*Eisenstadt*）案中，最高法院宣布马萨诸塞州的一项法律无效。该法律禁止向未婚人士出售避孕用品，最高法院认为这部法律对已婚和未婚人士区别对待，违背了平等保护原则。

56 388 U.S. 1（1967）。弗吉尼亚州曾立法禁止异族通婚。米

尔德丽德·杰特 (Mildred Jeter), 一位黑人妇女, 和理查德·洛文 (Richard Loving), 一位白人男士, 在哥伦比亚特区结婚, 然后搬到弗吉尼亚州。最高法院推翻了就该项法案作出的判决, 依据的是美国宪法第十四修正案中的平等保护原则和正当程序原则。法庭认为, 宪法第十四修正案规定了缔结婚姻的自由选择权不应受限于种族歧视。

57 394 U.S. 557 (1969)。斯坦利先生被控并被判持有淫秽影片, 警方持稽查非法投注的搜查令在他的卧室中搜出影片。他认为, 佐治亚州有关处罚私下持有淫秽物品的法律违反了美国宪法第一修正案。最高法院认同斯坦利的辩护观点并推翻了对他的判决。法庭认为宪法保护个人隐私不受无搜查令干涉的权利。

58 431 U.S. 494 (1977)。在穆尔 (Moore) 案中, 有当地法规 388 规定了可以共同居住的亲戚关系范围, 该法规还规定孙子和祖父母共同居住是犯罪行为。穆尔太太, 一位祖母, 因未要求她的孙子搬离她的住所而受到指控。最高法院推翻了该项判决, 认定该项规定违反了宪法第十四修正案中所包含的正当程序原则。此项规定所包含的行政利益不足以使该规定成立。

59 410 U.S. 113 (1973)。一桩由孕妇代表罗 (Roe) 提出的抗议德克萨斯州堕胎法的案件, 该项法案规定, 除为挽救孕妇生命外, 不得堕胎。最高法院认定, 该法案侵犯了个人隐私权 (包括终止妊娠的权利), 因而违反了宪法第十四修正案中的正当程序原则。

60 当然, 如果胎儿是一个有独立生命权的人, 中止妊娠就不是一个单纯涉己的行为, 因而也就不是孕妇自治范围的事。在这个堕胎难题中, 最核心的问题并非法律问题, 甚至亦非基本道德问题, 而是一个形而上 (概念上) 的问题, 即胎儿的地位问题。

61 托马斯·C. 格雷 (Thomas C. Grey): 《道德的法律强制》 (The Legal Enforcement of Morality), 纽约: 兰登书屋, 1983 年版,

第 8 页。

62 同前。

63 *Griswold*, 381 U.S. at 498.

64 同前。

65 367 U.S. 497 (1961) .

66 同前, 第 545 页 (哈伦大法官的不同意见)。

67 同前, 第 552 页 (哈伦大法官的不同意见)。

68 同前, 第 553 页 (哈伦大法官的不同意见)。

69 巴黎成人影院诉斯莱顿案 (*Paris Adult Theater I v. Slaton*, 413 U.S. 49, 65 [1973]) [引自帕尔克诉康涅狄格州案 (*Palko v. Connecticut*), 302 U.S. 319, 325 (1937)]。佐治亚州就一项民事禁止令提起诉讼, 该禁止令要求停止放映两部淫秽影片。佐治亚州最高法院认为, 电影属淫秽影片, 因此不属于宪法第一修正案的保护范围。佐治亚州的民事标准并不符合美国最高法院依米勒诉加利福尼亚州案 (*Miller v. California*, 413 U.S. 15 [1973]) 所建立的淫秽测试标准。最高法院要求该案比照米勒案进行裁定。

70 同前, 第 66 页。

71 杰拉德·德沃金: “家长主义: 另一种思考”, 载罗尔夫·萨特里厄斯编: 《家长主义》, 明尼阿波利斯: 明尼苏达大学出版社, 1983 年版, 第 110 页。

72 有关这些指控的详述, 以及对密尔对涉己和涉他的区分的解释与再解释, 参见 J. C. 里斯 (J. C. Rees): “重读密尔论自由” (“A Re-reading of Mill on Liberty”), 载《政治研究》, 第 8 卷 (1960 年), 第 113—129 页; 以及 C. L. 坦恩: 《密尔论自由》, 牛津: 克拉伦登出版社, 1980 年版, 第 10—41 页。

73 伊曼努尔·康德: 《伦理学文集》 (*Lectures on Ethics*), 路

易斯·因菲尔德 (Louis Infield) 译, 纽约: Harper & Row, 1963 年版, 第 149 页。以下对康德的引文皆出自该书, 刘易斯·贝克 (Lewis Beck) 在前言中将其形容为“对康德伦理学观点的发展最有价值的信息来源”。

74 同前, 第 150—151 页。

75 同前, 第 151 页。

76 对比前注, 第 153 页: “想象一下, 要是某个国家的人普遍认为, 他们有权自杀, 甚至视自杀为一种荣誉, 他们的情况该有多糟糕。不尊重自己生命的人原则上亦无法远离最可怕的恶行; 他既不顾忌 389 国王, 亦不在乎折磨。”康德没能区分 (他本该做到的) 尊重生命和尊重自我。

77 同前, 第 151 页。

78 同前。

79 同前, 第 153—154 页。

80 同前, 第 154 页。

81 托马斯·阿奎那 (St. Thomas Aquinas): 《神学大全》(*Summa Theologica*), 第二卷, 第二编, 第 64 问, A5: “自杀是否合法?”

82 康德, 前注 (注释 73), 第 154 页。

83 保罗·拉姆齐 (Paul Ramsay): “堕胎行为的道德性” (“The Morality of Abortion”), 载丹尼尔·H. 拉比 (Daniel H. Labby) 编: 《生或死: 伦理与选择》(*Life or Death: Ethics and Options*), 西雅图: 华盛顿大学出版社, 1968 年版, 第 71、72、73、74 页。

84 应注意康德主义者和个人自治主义者在安乐死问题上的分歧所在。如果一个长期忍受病痛折磨的亲人, 无法结束自己的生命, 要求自治主义者帮他寻死, “以便保有尊严”, 自治主义者会回答 (条件允许的情况下): “我不愿这样做, 但出于对你和你处分自己生死的

权利的尊重，我会这样做的。毕竟，那是你的生命。”另一方面，康德主义者则会答道，“我不愿看到你忍受折磨，但我必须拒绝你的要求，我拒绝你不是尊重你，而是尊重你身体里的那个生命。”前者的回答显然较后者更尊重这个人，特别是更尊重这个人的自治。

第二十章 自愿与风险预设

1 本段的区分引自亨利·T. 特里 (Henry T. Terry): “疏忽大意” (“Negligence”), 载《哈佛法律评论》, 第 29 卷 (1915 年)。

2 对此种模式的最好论述恐怕要数约翰·罗尔斯的《正义论》(剑桥, 马萨诸塞州: 哈佛大学出版社, 1971 年版), 第 407—424 页。强烈推荐该段内容。

3 参见罗尔斯, 前注书, 第 420 页: “我们视生命为一个整体, 是理性主体对外传递的活动。暂时的状态或距今的距离, 都不是重视此刻胜过彼时的理由。将来的目标不应单单因为它出现在将来而受到轻视, 尽管如果找得到理由的话, 我们可能不那么重视它, 就它和其他事物的关联而言, 它的实现可能性确实较小。但我们对生命中每个时刻的关注应该是同等的。”

4 参见迈克尔·布拉德曼 (Michael Bratman): “实践推理与意志的弱点” (“Practical Reasoning and Weakness of Will”), 载《理性》, 第 31 卷 (1979 年); 唐纳德·戴维森 (Donald Davidson): “意志的弱点何以可能?” (“How is Weakness of the Will Possible?”), 载乔尔·范伯格编: 《道德概念》(*Moral Concepts*), 牛津: 牛津大学出版社, 1969 年版; 罗纳德·D. 米洛 (Ronald D. Milo): “邪恶” (“Wickedness”), 载《美国哲学季刊》, 第 18 卷 (1982 年)。

5 比较 J. L. 奥斯丁 (J. L. Austin): “寻找借口” (“A Plea for

Excuses”),载其《哲学论文》(*Philosophical Papers*),牛津:牛津大学出版社,1961年版,第146页:“我很爱吃冰淇淋,在贵宾席上,炸弹冰淇淋被弄成一节一节地摆放在那里。我很想给自己拿两节,可这样一来就是对诱惑的屈从,甚至会令人想到(但为什么呢?)我违背了自己的原则。但我真的失去自我控制了吗?我胡吃海塞了吗?我贼眉鼠眼地偷拿了美食然后狼吞虎咽了吗?当然没有。我们常常在屈从于诱惑时,也还是那么平静甚至不着痕迹。” 390

6 理查德·J.阿尼森:“密尔对决家长主义”,载《伦理学》,第90卷(1980年),第474页。

7 罗尔斯,前注(注释2),第410—411页。

8 参见理查德·B.勃兰特(Richard B. Brandt):“理性行为的内涵”(“The Concept of Rational Action”),载《社会理论与实践》,第9卷,第2/3号(1983年),第143—164页。

9 有关对“否定”和“肯定”概念在感知上的讨论,参见G. H.冯·赖特(G. H. von Wright):《好处的多样性》(*The Varieties of Goodness*),纽约:Humanities Press,1963年版,第54—56页。

10 亚里士多德:《尼各马可伦理学》,W. D.罗斯(W. D. Ross)译,伦敦:牛津大学出版社,1925年版,Ⅲ1.110^a。

11 同前,1110^a,第3—7页。

12 同前,1110^a,第8—10页。

13 同前,1111^a:“……出于愤怒或爱好而实施的行为并不宜被视为非自愿行为。首先,在这种场合,没有任何其他动物会自愿行为,孩子也不会……”。

14 同前,1111^b:“并且,因计算出现的错误与因愤怒出现的错误所包含的不自愿性之间有何不同?两者都是本可避免的,但不理性的激情和理性一样,都是人性的一部分,因此。出于愤怒或爱好

的行为当然也是人的行为。如果将这些行为视为不自愿的行为会显得很奇怪。”

15 《加拿大哲学杂志》，第1卷（1971年），第105—124页。

16 同前注，Ⅲ，§2,111^b，1：“……儿童和低等动物在自愿行为方面的表现有类似之处，但在作出选择方面却并不相同……出于愤怒的行为和其他选择行为并无不同。”

17 参见 W. 萨默赛特·莫恩（W. Somerset Maugham）：《总结》（*The Summing Up*），纽约：Mentor Books，1946年版，第35页：“有时我会跌入作者有意设下的陷阱，渴望在人生中做到某些自己想出来的事情。我的一些尝试超出了我的本性，但我仍执意如此，因为出于虚荣心，我可不愿承认自己的失败……”。

18 在颇不相同的法律—道德语境中却存在为人熟知的类似规则，对自愿性的确认发生在就损害他人的事实确定责任承担者之后。哈特和奥诺尔评论道，“的确有一种观点认为充分自愿行为的概念中包含价值判断。一个人为了保命将钱包交给劫匪，另一个人为了保命将作战计划交给敌方，二者应受到不同对待，因为他们所牺牲的利益是不同的。”参见 H. L. A. 哈特、A. M. 奥诺雷（A. M. Honoré）：《法律中的因果关系》（*Causation in the Law*），牛津：克拉伦登出版社，1959年版，第147页。哈特—奥诺雷的示例存在两方面的不同。前者要判断自愿或非自愿，首先要确定交给劫匪的钱包是赠予的礼物，还是犯罪行为的结果；相关的问题是另一方的行为是否构成犯罪。对选择者而言，受到威胁后的后果要比有选择空间时的后果具有更大的损害性，因此，不自愿的临界点就在此处。而在那个战争期间的例子中，
391 问题则在于选择者本人是否应当承担刑事责任，尽管对他本人的威胁与前例相同，但他的选择对其他人的命运造成的影响将是灾难性的，因此，不自愿的临界点位置应该高得多。另一不同则是：就自愿性标

准而言，战争期间的例子比劫匪的例子也要严格得多。

19 肯特·格里纳沃尔特 (Kent Greenawalt): “同意” (“Voluntary Undertakings”), 未出版的基金申请书, 1981 年, 第 7 页。

20 约翰·斯图尔特·密尔:《论自由》, 1859 年版, 第五章第 5 段。

21 同前。

22 阿尔伯特·菲什 (Albert Fish), 声名狼藉的食人肉儿童杀手, 他的犯罪生涯发生在 19 世纪 20 年代到 30 年代, “他曾经食用自己的粪便, 他将浸透酒精的棉花团塞进直肠然后点火燃烧。X 光透射发现在他的阴囊和肛门之间被插入 29 根针, ‘只有痛苦才不痛苦!’ 当他被问及为何要在自己的阴囊和指甲下插针时, 他这样答道。”参见柯蒂斯·博克 (Curtis Bok):《明星的苦恼》(*Star Wormwood*), 纽约: Alfred A. Knopf, 1959 年版, 第 127 页。

23 那我们更不能先验地说, 这个人肯定神志不清、不理性、存在认识错误或未能自愿作出选择。我们不能由此假定 (并认为这个假定不可推翻) 行为是非自愿的, 特别是“神志不清”的人绝不能作出自愿选择。相反的观点无论在法学上, 还是在精神病学上, 都是含混而拙劣的。如受到指控的凶手不愿就自己的死刑判决上诉, 一份递交给犹他州赦免委员会的辩护状写道: “像吉尔摩这样的刑事被告, 拒绝发动可以救自己一命的上诉程序, 事实上等于选择自杀, 而精神病学上的多数观点都会认为这种自杀的冲动就是某种精神病态。”引自诺曼·麦勒 (Norman Mailer):《刽子手之歌》(*The Executioner's Song*), 纽约: Warner Books paperback, 1979 年版, 第 685 页。

24 自杀在普通法中是犯罪行为, 但之后英国和美国绝大多数州的成文法均将其排除在犯罪之外, 不过, 绝大多数英美法域仍将帮助、唆使、怂恿自杀的行为列为犯罪, 且所有的英美法域均将“积极安乐死”视为犯罪。过往将自杀列为犯罪的现实后果是: (1) 不受教

会认可, (2) 官方对自杀者尸体不予尊重, (3) 没收自杀者的财产, (4) 取消人身保险, (5) 自杀未遂者受到刑罚处罚, (6) 自杀者的共犯受到刑罚处罚, (7) 因试图自杀导致他人死亡将被认定为谋杀, 以及 (8) 所有负有“阻止义务”的人皆受刑罚处罚, 以防止其他自杀行为的发生。(格兰维尔·威廉姆斯对 (8) 评论道: “以现在的法律原则看, 这很荒谬, 我们有义务对一个跳水自杀者施救, 难道这个人不想自杀, 我们就没有义务施救了吗?”) 参见格兰维尔·威廉姆斯 (Glanville Williams): 《生命的尊严与刑法》(*The Sanctity of Life and the Criminal Law*), 纽约: Alfred A. Knopf, 1957 年版, 第七章, 引用部分见于第 287 页。

25 阿尼森对范伯格的评论, 前注 (注释 6), 第 484 页; 乔尔·范伯格: “法律家长主义”, 载《加拿大哲学杂志》, 第 1 卷 (1971 年)。

26 同前。

27 同前, 第 485 页。

392 28 同前。

29 亚里士多德将“衡平”定义为“对因法律的抽象性而导致的缺陷的修正”。参见《尼各马可伦理学》, 前注 (注释 10), 第五卷第 10 节。

30 循环论证的一个例子:

A: 甲对 X 的选择显然是非自愿的。

B: 我不这么看。你为什么这么看呢?

A: 因为他神志不清, 当然必定如此。

B: 但你据何认为他神志不清呢?

A: 因为头脑清醒的人不会选择 X。

B: 所以你认为他作出的选择就是他神志不清的证据, 反过来, 正因为他神志不清, 所以作出的选择是非自愿的。但在我看

来，他的选择虽然奇怪，却是自愿的。我很疑惑，有没有这个选择以外的什么其他理由令你相信甲神志不清呢？

A：没有其他证据，也不需要其他证据。

31 W. 吉福德 - 琼斯 (W. Gifford-Jones)：“别成为街角的枪声” (“Don't Become the Shot Heard Aroud the Block”), 载《亚利桑那州每日星报》(*Arizona Daily Star*), 1981 年 1 月 12 日。

32 同前。

33 州诉埃特尔案 (*State v. Eitel*, Fla., 227 So. 2d 489 [1971])。此类证词暗示杰拉德·德沃金的猜测并无半点事实依据，“从纯经济的角度考虑，头盔的效果在于，那些重伤者若无头盔，很可能会因头部受创而死于非命。”参见其“家长主义：另一种思考”，载罗尔夫·萨特里厄斯编：《家长主义》，明尼阿波利斯：明尼苏达大学出版社，1982 年版。

34 该法律在 1986 年美国摩托车协会诉戴维斯 (*American Motorcycle Association v. Davids*, Mich., 158 N.W. 2d 72) 一案中被宣告无效。

35 人民诉弗里斯案 (*People v. Fries*), 42 Ill. 2d 446, 450, 250 N.E. 2d 149, 151 (1969)；州诉贝茨案 (*State v. Betts*), 21 Ohio Misc. 175, 184, 252 N.E. 2d 866, 872 (1969)；艾弗哈特诉新奥尔良市案 (*Everbardt v. City of New Orleans*), 208 So. 2d 423, 426 (La. App.), *rev'd* 253 La. 285, 217 S. 2d 400 (1968), *appeal dismissed and cert. denied*, 395 U.S. 212 (1969)；以及美国摩托车协会诉戴维斯案，同前注。米勒大法官在后面这个案子中引用了密尔的话：“……个人和社会相比不足道，因为他的行为所涉及的利益仅关乎他自己。”

36 约翰·克莱尼希：《家长主义》，托托华，新泽西：Rowman & Allanheld, 1984 年版，第 82 页。

37 杰拉德·德沃金：“家长主义：另一种思考”，载罗尔夫·萨特里厄斯编：《家长主义》，明尼阿波利斯：明尼苏达大学出版社，1982年版。

38 《美国医药协会杂志》（*The Journal of the American Medical Association*）公布了日常活动的各种风险。其中，驾驶摩托车被列为最危险的活动（每50人就有1人因此受重伤或死亡）。与之相比，每天抽二十支烟的死亡率则是1:200；每天喝一瓶酒的死亡率是1:13300；驾驶汽艇的死亡率是1:5900。再比较各种“非自愿风险”：被车撞倒的风险是1:20000；因地震受伤的风险（加利福尼亚州）为1:588000；被失事飞机击中的风险则是1:10000000。参见罗纳德·考图拉克（Ronald Kotulak）：“活命在美国：有风险也得过”（“Life in America: Dangerous, but we must risk it”），载《芝加哥论坛报》，1980年9月14日。

39 唐纳德·戴维森问道，前注（注释4），第100页：“是不是我永远都无法明白无误地断定，考虑到各种因素，我的行为并非最佳选择，而我实施行为的环境却并不存在任何强制性？无法证明存在此类行为，但在我看来却并无不可。”

40 C. 埃德温·小哈里斯（C. Edwin Harris Jr.）：“家长主义与道德强制”（“Paternalism and the Enforcement of Morality”），载《西北哲学杂志》（*Southwestern Journal of Philosophy*），第8卷（1977年夏），第88页。

41 同前。

42 参见克莱尼希，前注（注释35），“评论”，载《密歇根法律评论》，第67卷（1968年），第372页，以及肯尼斯·M. 罗亚蒂（Kenneth M. Royalty）：“摩托车头盔与自我保护立法的合宪性”（“Motorcycle Helmets and the Constitutionality of Self-protective

Legislation”),载《俄亥俄州法律杂志》，第30卷（1968年），第3期，第371—393页。

43 肯尼斯·M.罗亚蒂，前注（注释41），第367页。

44 美国摩托车协会诉戴维斯案，前注（注释34），第75页。

45 参见G.德沃金，前注（注释37），第8页。

46 同前，第9页。

47 同前。

第二十一章 自愿性不足：单方情形

1 第二十章第三、五、六部分讨论自杀未遂的情形；自伤行为的自愿性测试参见第十九章第六、七部分及第二十章第三至六部分各处的讨论；乙方的协作参见第二十七章第一至三部分的讨论；利用他人截肢请求的行为参见第三十一章第三部分的讨论。

2 后者正是格兰维尔·威廉姆斯出版其《生命的尊严与刑法》（纽约：Alfred A. Knopf，1957年版）的时间。该书第280—281页列举了当时仍有效的关于惩罚自杀未遂的法律。1955年，英国有5220件自杀未遂的案件，但只有43人受到刑罚处罚。“很想知道的是，”威廉姆斯写道，“对这一小部分被判入狱者的判决标准是什么。或许并没有什么原则，而只不过因为法官的倾向？”（第281页）

3 同前，第278页，“第一次世界大战之前，监禁是适用于自杀未遂者的常见刑罚，如果再次自杀或多次自杀，刑期将长达六个月。有时处罚会‘根据被告人的身体状况而定’……”

4 同前，第293页。

5 该同意本身即行为，约翰·克莱尼希就是这样认为的，见于其“同意的伦理性”，载《加拿大哲学杂志》，第11卷（1981年）。

6 单方情形中也可能存在胁迫。假定 A 命令 B 于 72 小时内自杀,并威胁说,B 若不自杀,将对 B 的家庭、名誉或国家造成不可接受的损害。如果 B 因为这个威胁而自杀,则他的行为是“单方情形”,因为他以自己的行为直接对自己造成损害,而非同意他人实施对自己造成直接损害的行为。他的行为属于无人协助的自杀,而非“同意自杀”。不过,鉴于存在他人的胁迫,他的行为并非充分自愿。

7 亚里士多德:《尼各马可伦理学》,第三卷第一节。另见前文第十五章第四部分各处的讨论。

8 哈里·法兰克福:“强迫与道德责任”(“Coercion and Moral Responsibility”),载特德·杭德里克(Ted Honderich)编:《行为自由文集》(*Essays on Freedom of Action*),伦敦:Routledge & Kegan Paul,1973年版,第83页。

394 9 参见罗伯特·诺茨克(Robert Nozick):“强迫”(“Coercion”),载彼得·拉斯利特(Peter Laslett)、W. G. 朗西曼(W. G. Runciman)、昆丁·斯金纳(Quentin Skinner)编:《哲学、政治学与社会》(第四辑)(*Philosophy, Politics, and Society*),牛津:Basil Blackwell,1972年版。尤见于第102页,条件(1)胁迫者知道自己在发出威胁及(3)他发出威胁是为了迫使对方(不)做某事,并希望对方明白这是个威胁。

10 肯特·格里纳沃尔特:“自愿”,未出版的基金申请书(1981年),第21页。

11 同前,第23页。

12 赫伯特·L. 帕克(Herbert L. Parker):《刑事制裁的限制》(*The Limits of the Criminal Sanction*),斯坦福,加利福尼亚州:斯坦福大学出版社,1968年版,第114页。参见《模范刑法典》(*Model Penal Code*),费城:美国法学会,1962年版,§ 3.02。

13 《模范刑法典》,§ 2.09。法典将其所称之“一般化的必要

性辩护事由”视为正当化事由；而将强迫视为免责事由。正当事由尤其要求被告人证明，他试图避免的恶较他不得不选择的恶更大；而强迫仅当存在人的损害威胁时方为有效，无论他所选择的恶是否较小的恶（并因此被正当化），人性的弱点使得我们无法合理期待行为人会另有选择，即使他想或者试图另有选择。海曼·格罗斯（Hyman Gross）对这一区分作出令人信服的阐述，参见其《刑事司法的一种理论》（*A Theory of Criminal Justice*），纽约：牛津大学出版社，1979年版，第290—291页。不过，受到人的强迫而作出的选择与受困于自然环境的选择之间的区分并非免责事由（他无法不如此）与正当化事由（他作出了最合理的选择）之间的区分。赫伯特·帕克（前注12，第117页），假设一个因为地图的错误而迫于环境作出的选择是某种免责事由的例子：“一个人驾驶车辆行驶在一条狭窄大风的山路上，前面的道路却被一辆坏了的车完全挡住，这个人要么下车步行，这会要他的命，要么撞过去，很可能会使对面车辆中的乘客死亡，他选择了后者，对面车中的五位乘客均被撞死……显然，他作出了‘错误的’选择……他选择牺牲五人以挽救他一人。不过，任何一个诚实的法官或陪审员都不大可能承认自己会在面对当时情境时作出不同的选择。”另一方面，一名俘虏因为受到将继续遭受折磨的威胁而出卖自己的部队，他的行为绝无正当性，甚至亦不应免责。这是被迫作出选择却不能被免责的示例。同样，这次也是因为工兵部队的地图有误。

14 有关“人”的自由和“自我”的自由之间的关系，参见约翰·霍斯珀斯（John Hospers）：“自由意志与心理分析”（“Free Will and Psychoanalysis”），载乔尔·范伯格编：《原因与责任》（第五版），贝尔蒙德，加利福尼亚州：Wadsworth，1981年版，第352—361页；哈里·法兰克福：“意志自由与人的概念”，载乔尔·范伯格编：《原因与

责任》，第 388—396 页；弗里斯约夫·伯格曼（Frithjof Bergman）：《论实现自由》（*On Being Free*），印第安纳：Notre Dame Press，1977 年版，第 15—40 页；以及约翰·威尔逊（John Wilson）：《原因与道德》（*Reason and Morals*），剑桥：剑桥大学出版社，1961 年版，第 57—71 页。

15 加里·迪布（Gary Deeb）：“难以置信，受伤特技员的官司价值十八万美元”（“Injured stunt man’s lawsuit costs ‘Incredible’ \$180000”），载《亚利桑那每日星报》，1981 年 7 月 14 日·（《芝加哥太阳时报》版权所有，1981 年）。

395 16 亨利·W. 布罗辛（Henry W. Brosin）：“过度强迫症”（“Obsessive-Compulsive Disorders”），载《社会科学百科全书》（*Encyclopedia of the Social Science*），第 2 卷，纽约：自由出版社，1968 年版，第 241 页。另见“对强迫性神经衰弱症一个病例的解释”，载《西格蒙德·弗洛伊德心理学全集标准版》（*The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*），第 10 卷，伦敦，1953 年版。

17 凯伦·霍尼（Karen Horney）：《现代人的衰弱神经》（*The Neurotic Personality*），伦敦：Routledge & Kegan Paul，1937 年版，第 46 页。

18 布罗辛，前注（注释 16），第 243 页。

19 凯伦·霍尼：《神经衰弱与人的成长》（*Neurosis and Human Growth*），纽约：W. W. 诺顿出版社，1950 年版，第 29 页。

20 参见塞缪尔·I. 格林伯格（Samuel I. Greenberg）：《神经衰弱是一种痛苦的生活方式》（*Neurosis is a Painful Style of Living*），纽约：北美图书馆，1971 年版。

21 霍尼，前注（注释 19），第 30 页。

22 同前。

23 同前,第31页。

24 理查德·J.阿尼森:“密尔对决家长主义”,载《伦理学》,第9卷(1980年),第488页。

25 不过,对自己的所作所为,可能还是存在直觉“层面”上某种模模糊糊又难以言说的明知。

26 参见威廉·格拉瑟(William Glasser):《现实疗法》(*Reality Therapy*),纽约:Harper & Row,1965年版。如果我理解得正确的话,R. D. 莱恩(R. D. Laing)认为,在某些情况下,自我欺骗式的选择不仅是自愿的,并且,即使代价高昂,也是合理的,因为它可以解决行为人的基本问题,保护他不受不合理的外部社会所造成的压力的折磨。参见《分裂的自我》(*The Divided Self*),伦敦:Tavistock,1960年版。

第二十二章 同意及虚假同意

1 约翰·克莱尼希:“同意的伦理”,载《加拿大哲学杂志》,第8卷(1982年),第93—96页。

2 同前,第93页。克莱尼希也从其主要观点中得出结论,即积极同意并不以全心全意或毫无保留为要件。即使行为人不情不愿、思虑不周或心怀愧疚,都不影响其成立有效的同意。人们甚至可能对自己在道德上否定的事情表示积极同意,克莱尼希的例子是,父母尽管明明不赞成孩子的婚姻,却还是同意了。

3 标准教科书的案例是雷吉娜诉普林斯案(*Regina v. Prince*),2 C.C.R. 154 (1875)。罪名并非“成文法中的强奸罪”,而是“未经她父亲的允许,将一个不满十六岁的未婚女孩带离其监护范围。”

4 参见拙文《行为与责任》,普林斯顿,新泽西:普林斯顿大学出版社,1970年版,第110—113页、第222—225页。

5 托马斯·霍布斯 (Thomas Hobbes):《利维坦》(*Leviathan*), 迈克尔·奥克肖特 (Michael Oakshott) 译, 牛津: Basil Blackwell, 1946 年版, 第一编第十五章, 第 105 页。

6 克莱尼希, 前注 (注释 1), 第 96—98 页。

7 参见 A. 威尔 (A. Weale): “同意” (“Consent”), 载《政治研究》, 第 26 卷, 第 1 期 (1977 年 3 月), 第 65—77 页。威尔和 “很多其他” 同样 “认为同意是……某种被动承诺” 的学者都遭到克莱尼希的批评, 参见前注 (注释 1), 第 114 页。

8 本段, 我非常赞同我以前在一篇文章中看到的观点, 唐纳德·范德维尔 (Donald VanDeVeer): “家长主义及其影响下的同意” (“Paternalism and Subsequent Consent”), 载《加拿大哲学杂志》, 第 9 卷 (1979 年 12 月), 尤见于第 638—639 页。

396 9 最著名的要数杰拉德·德沃金: “家长主义”, 载理查德·瓦瑟斯特罗姆编:《道德与法律》, 贝尔蒙德, 加利福尼亚: Wadsworth Publishing Co., 1971 年版, 以及罗斯玛丽·卡特 (Rosemary Carter): “家长主义的正当性” (“Justifying Paternalism”), 载《加拿大哲学杂志》, 第 7 卷 (1977 年)。

10 杰拉德·德沃金, 前注 (注释 9), 第 119 页。

11 德沃金本人在某些文章中似乎更倾向于用这种不那么纠结的方式表述他的观点。请看: “父母亲的家长主义可以被视为某种博弈, 父母赌定孩子长大以后会认识到这种严格限制中包含的苦心。” (注释 9, 第 119 页) 这种表述中并不存在某种权利的溯及让渡或其他荒谬的内容。

12 此观点见于拙文 “儿童有权拥有开放的未来”, 载威廉·艾肯、休·拉福莱特编:《儿童属于谁? 儿童的权利, 家长的权威, 以及国家权力》(*Whose Child? Children's Rights, Parental Authority, and*

State Power), 托托华, 新泽西: Rowman and Littlefield, 1980 年版, 第 140—151 页。

13 约翰·洛克:《政府论》(下篇)(*Second Treatise of Government*), 1689 年初版。有关洛克对默示同意在政治上和论证上的运用所存在的不足之处, 参见 A. 约翰·西蒙斯(A. John Simons):《道德原则与政治义务》(*Moral Principles and Political Obligations*), 普林斯顿, 新泽西: 普林斯顿大学出版社, 1979 年版, 第 75—100 页。另见拙文“现代社会中的非暴力不合作”(“Civil Disobedience in the Modern World”), 载《社会中的人性》, 第 2 卷, 1979 年版。

14 A. 约翰·西蒙斯:“默示同意与政治义务”(“Tacit Consent and Political Obligation”), 载《哲学与公共事务》, 第 5 卷(1976 年), 第 279 页。这个例子另见于西蒙斯的书中(注释 13), 第 79—80 页。

15 约翰·罗尔斯:《正义论》, 剑桥, 马萨诸塞州: 哈佛大学出版社, 1971 年版, 第 248—250 页。

16 同前, 第 249 页。

17 同前, 第 248—249 页。

18 有关为限制行为能力的留院病患代为决定的问题, 更详尽的讨论参见艾伦·布坎南(Allen Buchanan):“代为决定的限制”(“The Limits of Proxy Decision Making”), 载罗尔夫·萨特里厄斯编:《家长主义》, 明尼阿波利斯: 明尼苏达大学出版社, 1982 年版。

19 罗尔斯, 前注(注释 15), 第 249 页。

20 同前。

21 同前。

22 讨论可按以下思路展开:(1)如此一来, 在类似目前的情形中, 往往就不是由 B 来作出合理谨慎的选择,(2)如果有机会, 在目前的情况下, B 会作出合理而谨慎的选择,(3)一个假定理性人在这

些情况下会对 A 的提议表示同意, (4) 因此, 若有机会, B 会对 A 的行为表示同意。

第二十三章 同意无效: 强迫性作用力

1 我用“作用力”这个词和法律中出现的“胁迫”——一个包含强制、限制和威胁意义的术语——有着近乎相同的含义, 其中包括一人“迫使”另一人实施、承担、经受某事的各种方法。我的用法或许更宽泛, 当中包括源于非人为的“力”。当然, 本章的焦点不是讨论刑法或民法上的免责条件(那自有“胁迫”一词), 而是减低或消除一方同意接受另一方施加损害或危险行为的自愿性程度的条件, 进而推翻另一方受到刑事指控时提出的辩护事由, 并为干涉的第三方提供优先免责权。可比较《韦氏字典》(*Webster's*) (第2版) 对“胁迫”的定义: “法律用语。通过非法强制或限制, 使得他人实施某种行为, 可能是施以拘禁或身体暴力, 或以暴力相威吓(特称威胁)。暴力或威胁必须足以令普通人产生对严重伤害(失去自由、失去生命或失去四肢)、丧失名誉或财富的恐惧。对妻子、丈夫、尊亲属或卑亲属的暴力或威胁也构成对本人的胁迫。”

2 “强制”和“强迫”都相对抽象(尤其是后者), 其边界较为模糊, 理论家的结论往往都有斧凿的痕迹。我不能说我的定义就更完美。至多, 我是在哲学家们常用的术语中进行了大致的对应区分, 在这方面, 我其实也作了些自由发挥。语言学上的用法或许仍有不确定性, 但我认为, 我对这些术语的概念性区分还是清楚有效的。

3 杰弗里·G. 墨菲(Jeffrie G. Murphy): “同意、强迫及艰难的抉择”(“Consent, Coercion, and Hard Choice”), 载《弗吉尼亚州

法律评论》，第 67 卷（1981 年），第 82 页。墨菲从皮特尼大法官那里借用了“合法的命运上的不平等”这个生造的词组，参见科皮奇诉堪萨斯案（*Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1,17 [1914]）。

4 同前，第 83 页。

5 罗伯特·诺茨克在他对强迫所作的富有创见而复杂的阐释中，似乎更关注指控 A 的适格条件，而非消除 B 同意的自愿性的适用条件。因此，他很仔细地对强迫者 A 的精神状态提出诸多条件，而这正是我们一早剔除的内容，因为我们是从受强迫者 B 的角度来讨论这个问题的。参见诺茨克的论文“强迫”（“Coercion”），载悉尼·摩根贝萨（Sidney Morgenbesser）、帕特里克·萨普斯（Patrick Suppes）、莫顿·怀特（Morton White）编：《哲学、科学与方法——欧内斯特·内格尔纪念文集》（*Philosophy, Science, and Method, Essays in Honor of Ernest Nagel*），纽约：圣马丁斯出版社，1969 年版，第 440—472 页。

6 莫里斯·R. 科恩（Morris R. Cohen）、欧内斯特·内格尔（Ernest Nagel）：《逻辑与科学方法概论》（*An Introduction to Logic and Scientific Method*），纽约：Harcourt, Brace & Co., 1934 年版，第 294 页。

7 同前，第 296 页。

8 戴维·齐默尔曼（David Zimmerman）：“强迫性薪酬”（“Coercive Wage Offers”），载《哲学与公共事务》，第 10 卷（1981 年），第 122 页。

9 大卫·休谟：“论原始契约”（“Of the Original Contract”），载《文集》（*Essays*），牛津：牛津大学出版社，1963 年版，第 462 页。

10 墨菲，前注（注释 3），第 81 页。

11 J. G. 墨菲：“匿名邮件：初步调查”（“Blackmail: A Preliminary Inquiry”），载《一元论者》（*The Monist*），第 63 卷，第 2 期（1980 年），

第 158 页。

12 其次，如墨菲在其富有创意的观察中指出的，发出威胁有时在道德上是正当的，但威胁本身却并不正当。“我为了阻止某人盗窃我的电视机而杀死这个人当然是不正当的，但这并不意味着，我为了阻止某人将我的电视机搬走而发出的杀死他的威胁也是不正当的。”墨菲进而分析了强迫的内涵：要认定威胁是强迫，则“发出威胁本身也应是不正当的”。我已预测到此。参见墨菲前注书（注释 3），第 81 页。

13 对此议题作出前期贡献的哲学家有：诺茨克：“强迫”，载悉尼·摩根贝萨、帕特里克·萨普斯、莫顿·怀特编：《哲学、科学与方法，欧内斯特·内格尔纪念文集》，纽约：圣马丁斯出版社，1969 年版；哈里·法兰克福：“强迫与道德责任”，载特德·杭德里克编：《行为自由文集》，伦敦：Routledge and Kegan Paul，1973 年版；弗吉尼亚·海尔德（Virginia Held）：“强迫和强迫性要约”（“Coercion and Coercive Offers”），载 J. 罗兰·潘诺克（J. Roland Pannock）、约翰·W. 查普曼（John W. Chapman）编：《强迫：第十五项规范》（*Coercion: Nomos XV*），芝加哥：Aldine-Atherton，1972 年版；迈克尔·D. 贝尔斯：“强迫性要约与公共利益”（“Coercive Offers and Public Benefits”），载《人格主义》（*The Personalist*），第 55 卷（1974 年）；丹尼尔·莱昂斯（Daniel Lyons）：“欢迎威胁与强迫性要约”（“Welcome Threats and Coercive Offers”），载《哲学》，第 50 卷（1975 年）；维尼·哈克萨尔（Vinit Haksar）：“强迫性要约（罗尔斯和甘地）”（“Coercive Offers [Rawls and Gandhi]”），载《政治理论》，第 4 卷（1976 年）；唐纳德·范德维尔：“强迫、引诱及权利”（“Coercion, Seduction, and Rights”），载《人格主义》，第 58 卷（1977 年）；西奥多·本迪特（Theodore Benditt）：“威胁与要约”（“Threats and

Offers”),载《人格主义》，第58卷（1977年）；以及戴维·齐默尔曼：“强迫性薪酬”，载《哲学与公共事务》，第10卷（1981年）。

14 此提议不必向对方直接提供任何东西。可以是向第三方提供，甚或不“给予”任何人，而只是做一些对方愿意看到的建设性的或非建设性的事情，亦即间接“给予”对方，或者说只是给予对方满足的感觉。

15 这个提议不必直接对对方做任何事而只是令其失望，尽管并未直接对其施加损害，却一样会令其感到痛苦。

16 诺茨克，前注（注释13），第449页。

17 托马斯·霍布斯：《利维坦》（*Leviathan*），1651年版，第二十章“论宗法的管辖权与专制的管辖权”。

18 在对威胁和要约的分析中，最先明确常态标准的核心意义的是诺茨克的文章，参见前注（注释13）。该文将在很长一段时期内被视为对此主题最权威的论述。

19 齐默尔曼，前注（注释13）。

20 诺茨克，前注（注释13），第449页。

21 同前，第450页。

22 丹尼尔·莱昂斯，前注（注释13），第430页。

23 齐默尔曼，前注（注释13），第129页。

24 同前，第128页。

25 同前，第131—132页。

26 事实上，我们可能会使用多种测试方案，包括说明与案件相关性的各类数据一般化处理（如落水泳者），这暗含着我们对受倾向性影响的提议所作的判断存在相对性。或许在一些疑难案件中判断某个提议是威胁还是要约时，并不存在唯一正确的答案，我们倒是应该说，“相对G1而言，这是个威胁，而相对G2而言，却可能是个要约。”

如果这种相对性是存在的，或许倒可以解释为何我们在依据“常识判断”作出的结论有时会显得模棱两可或自相矛盾。

第二十四章 同意无效：强迫性要约

1 戴维·齐默尔曼：“强迫性薪酬”，载《哲学与公共事务》，第399 10卷（1981 春季），第二部分。

2 我宁愿用“善”和“恶”，而不用“损害”和“利益”，因为这两个词可以涵盖实际上并非有利益的事情，而是行为人出于某些原因想要、愿意要、认同或欢迎的事。简言之，我仍旧继续将强迫及自由与需要及喜好联系在一起，而不是与利益联系在一起。

3 唐纳德·范德维尔：“强迫、引诱和权利”，载《人格主义》，第58卷（1977 年）。

4 艾伦·富克斯，NEH 学院教师夏季论坛上未出版的文章，图森，亚利桑那州：1984 年。

5 同前。

6 齐默尔曼，前注（注释1），第132 页。

7 同前，第133 页。

8 同前，第133、134 页。

9 同前，第134、135 页。

10 参见“对一部法规的剖析：继续研究囚犯”（“Anatomy of a Regulation : The Continuing Case of Research on Prisoners”），载《黑斯廷斯中心报告》，第2 卷第5 期（1981 年10 月），第2—3 页。

11 参见艾伦·维特海默（Alan Wertheimer）：“自由、道德、辩诉交易与最高法院”（“Freedom, Morality, Plea Bargaining, and Supreme Court”），载《哲学与公共事务》，第8 卷（1979 年春季），第203—

234 页。

12 参见理查德·蒂特马斯 (Richard Titmuss):《赠予关系:从血液到社会政策》(*The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*), 伦敦和纽约: Pantheon Books, 1971 年版。

13 参见艾伦·布坎南 (Allen Buchanan):“剥削、让与和不公正”(“Exploitation, Alienation, and Injustice”),载《加拿大哲学杂志》,第9卷(1979年)。

14 参见朱尔斯·L. 科尔曼 (Jules L. Coleman):“自由主义、不公正的优势及自愿的武装力量”(“Liberalism, Unfair Advantage, and the Volunteer Armed Forces”),载罗伯特·K. 富林温德尔 (Robert K. Fullinwider) 编:《义务兵和志愿兵》(*Conscripts and Volunteers*), 托托华, 新泽西: Rowman and Allenheld, 1983 年版。

15 参见布伦南大法官、布莱克曼大法官、马歇尔大法官以及斯蒂芬斯大法官在哈里斯诉麦克雷案 (*Harris v. McRae*) 中的不同意见 (448 U.S. 297 [1980])。

16 杰弗里·G. 墨菲:“同意、强迫与艰难抉择”,载《弗吉尼亚法律评论》,第67卷(1981年),第88—89页。

17 同前。

18 同前,第90页。

19 约翰·爱德华·小默里 (John Edward Murray, Jr.):“默里论合同”(*Murray on Contracts*), 印第安纳波利斯和纽约: Bobbs-Merrill, 1974 年版, 第737页。

20 亨宁森诉布鲁姆菲尔德汽车公司案 (*Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*), 32 N.J. 358, 161A, (2a) 69 (1960)。

21 同前,第84页。

22 在竞争激烈的汽车行业,所有公司提供的格式合同都“采用

汽车制造商协会提供的同意保证条款，所有大的汽车制造商都隶属该协会……”，参见前注，第 69 页。

23 J. G. 墨菲，前注（注释 47），第 740 页。

24 同前，第 764 页。墨菲（注释 19），转引自《统一消费信用法典》（*Uniform Consumer Credit Code*），§ 2-302，评论 1。

25 合众国诉伯利恒钢铁公司（*United States v. Bethlehem Steel Corporation*），315 U.S. 289（1942）。

26 同前，第 325 页。

27 同前。

28 引自前注，第 326—327 页的 O. W. 小霍姆斯大法官在联
400 合太平洋公司诉公共服务委员会案（*Union Pacific R.Co. v. Public Service Commission*）中的观点，248 U.S. 67（1970）。

29 引自前注，第 328—329 页的霍夫的行政人员诉亨特案（*Administrators of Hough v. Hunt*），2 Ohio 495，502（1826）。法兰克福特发现在近期案件中存在相同的“历史上的强迫原则”，“类似电气公司的用户支付了本没有义务支付的费用，以免被中断服务，在这类情形中支付的费用都被视为被迫”。（第 329 页）

30 这个假设示例的基本框架并未清楚揭示该协议是否“昧了良心”。为了解决这个问题，我们必须知道 B 是否真的“受制于人”，她是否还有讨价还价的余地，能否“争取到”更好的条件；就她的价值观而言，和 A 发生肉体关系是否真的是“惨痛的代价”，等等。这个例子比显失公平的情形更困难，因为涉及的不是通常的商业交易，很难用“过高的价格”或“暴利”等术语加以描述。如果按照利润的字面意思，弱势一方反倒是获利一方。

31 假定墨菲示例中井的主人向那个“快要渴死的”人一杯水收十美元，而非收取“他这辈子的全部好处”。这个绝境中的人对新

版本中的离谱价格表示的同意，并不比在之前那个版本中表示的同意更自愿。新版本中的替代计划比原来那个“距离感”更强，在“没有水”和“没有十美元”之间的选择似乎比在“没有水”和“没有十万美元”之间的选择容易，因为后者的两个选项是程度更接近的两恶。这个垂死的人如果认为活下去的价值是“天文数字”或是无穷大，那么，他在旧版本中的选择和他在新版本中的选择相比，可能就没什么差别。“一万亿”和“十”之间的差距与“十万亿”和“十万”之间的差距相比并无明显不同。

32 当被迫在程度接近的两好当中作出选择时，人们总会有些遗憾不能把蛋糕全吃下去。这种想法并不会在道德层面上抵消同意的自愿性，尽管这样的选择似乎总也不算全心全意的。完全自愿但并非出自全心的选择总是有充分理由这样选择，同时也有不作出如此选择的充分理由。

33 《黑斯廷斯中心报告》(*Hastings Center Report*)，前注（注释10），第2页。

34 同前，第3页。

35 “同时，现在在监狱中进行研究很困难。有些州禁止在他们的监狱系统中这样做，这令药品公司感到焦虑。1975年，总统委员会发现有16家药品公司使用至少3600名囚犯进行研究。现在则只有两家——普强药厂和霍夫曼-罗氏公司——仍有兴趣继续研究。美国正逐步和世界上其他国家采取同样做法；国家委员会没有查到有其他国家允许在监狱中进行研究”。参见前注。

36 肯塔基州诉多纳休案 (*Commonwealth v. Donaghue*)，250 K. Y. 343. 63 S.W. (2d) 3 (1933)。引言部分来自一份有关“共犯”的判决，除开其他事项，判决称被告们“借给数百人五美元到五十美元不等，并每人收取240%到360%的利息”。上诉法庭的判决维持原判

时说,这是“无耻的高利贷的习惯性榨取行为,本质上是对穷人的有系统的敲诈……昧着良心利用穷人孤苦无依的境地……压迫他们……”

401 37 詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬:《英格兰刑法史》(*A History of the Criminal Law of England*),第3卷(伦敦:1883年版),第196—199页。

38 若说穷人会受到这些无耻高利贷者的利用,穷奢极欲的年轻人或贵族们则是“咎由自取”,这样的评价最中肯。斯蒂芬虽然基于边沁主义反对将行为犯罪化,但也还是会发现对犯罪化依据中的“情感”部分颇有同感:“在我看来,以这种交易为生的人靠的是迎合青年人的愚蠢,操控了困境中糊里糊涂的无知人士,如果明白这些条款,恐怕就没人会踏入这个圈套,不用费事就可以阻止他们,也不用假借所谓商业交易之名。”参见前注(注释37),第196页。斯蒂芬所说的迎合就是某种形式的剥削,不管怎样还是承认其具有充分自愿,因此,建立在自由主义原则上的刑法应当允许这种行为。强调“无知人士”的“糊里糊涂”,暗示斯蒂芬的主要目标其实是指向欺诈,这同意会消除行为的自愿性。

39 同前,第199页。另见爱德华·科克爵士(Sir Edward Coke):《普通法案例评论第三卷》(*Third Institutes*)。

40 在肯塔基州诉多纳休(注释36)案中,克莱大法官在不同意见中,对高利贷本身和非法实施高利贷的行为作出明确区分:

在肯塔基州的普通法中,高利贷并非罪行,而成文法亦无规定。因此,一份好的判决应当指控的是非法实施高利贷……而非被告人……所借助的暴力、威胁、引诱或欺诈……

41 重婚是指一个男人同时有两个妻子,或者一个女人同时有两个丈夫,而日常用语中的“多配偶”往往用指同时拥有多个(往往超过两个)妻子或丈夫,但“重婚一词更常见于法律程序中。”《布莱克

法律辞典》(*Black's Legal Dictionary*) 解释了原因：

用来指向违法行为的“重婚”一词的用法有长时间的历史，尽管这往往被批评为模糊了该词的真正含义。“多配偶”反而是更准确的术语，是指同时拥有多个配偶的违法行为，并出现在马萨诸塞州的成文法中。但该罪名的实质在于拥有一个仍在世的合法丈夫或妻子时，再次结婚，而不考虑这个人到底结了多少次婚。避免使用“重婚”的一个更早期的理由现在已经失去其相关性，因为教会法已经不再是法律的一部分。教会法上的重婚则是另一个概念，是指顺次结了两次婚（在前一个配偶死亡以后），或者是和寡妇或鳏夫结婚。

《模范刑法典》将“重婚”和“多配偶”列为两个相互独立的罪名，而不同之处有异于传统区分。“重婚”作为轻罪，是指已婚者试图 402 缔结另一桩婚姻。“多配偶”作为重罪，是指“同时和不止一名配偶结婚，意图享有缔结多次婚姻的权利……”。在法典看来，不当炫耀非法关系显示了更强的道德恶性，比偷偷摸摸、遮遮掩掩的重婚更应予以惩罚。参见《模范刑法典》(1980年版)，第2卷 § 230.1，第370页。

42 威廉·布莱克斯通 (William Blackstone) :《英国法评述》(*Commentaries on the Laws of England*), 第4卷, 第13章第2节。

43 参见 H. L. A. 哈特:《法律、自由和道德》, 斯坦福, 加州: 斯坦福大学出版社, 1963年版, 第38—43页, 以及帕特里克·德夫林:《道德的法律强制》, 伦敦: 牛津大学出版社, 1965年版, 第138页。

44 为方便起见, 本部分我所说的均为拥有多个妻子的男性重婚者, 但我所说的全部内容都适用于拥有多个丈夫的女性重婚者。

45 哈特, 前注(注释43), 第40页。

46 这正是少数“同居罪”或“通奸罪”法律继续存在的动因。参见《伊利诺伊州刑法典》(1961年)第11-8节的内容:“公开且名

声难听地和非本人配偶者同居或发生性关系的行为构成通奸罪……”这部法律似乎想说，“尽管去暗中通奸，但要是张扬给你的邻居看，或者跟我争辩你行为的合法性，那就等着挨罚吧！”

47 布莱克斯通，前注（注释 42），第十章第 21 节。

48 还有五种罪行：“盗窃他人遗失物 / 遗忘物或错拿物”、“接受赃物”、“盗用服务”、“非法占有不适格获得的资助”以及“未经允许使用他人车辆”。

49 除非“因行为人的行为所指向的群体的利益而不能要求或接受该财产。”

第二十五章 同意无效：认识不足

1 “合同法与分配正义”（“Contract Law and Distributive Justice”），载《耶鲁法律杂志》，第 89 卷（1980 年 1 月），在这篇很实用的文章中，安东尼·T. 克隆曼（Anthony T. Kronman）引用了舍伍德诉沃克案（*Sherwood v. Walker*, 66, Mich., 568, 33 H.W. 919 [1887]）。该案中，法庭撤销了对一头牛的卖出行为，因为“当时双方都认为那是头阉牛，但后来发现不是。”

2 参见克隆曼（注释 1），以及他的“错误、信息披露与合同法”（“Mistake, Disclosing Information, and the Law of Contract”），载《法律研究杂志》，第 7 卷（1978 年）。就买方信息披露义务的范围问题仍有争议。另见下文注释 6。

3 斯蒂芬·H. 吉菲斯（Stephen H. Gifis）：《法律辞典》（*Law Dictionary*），伍德贝利，纽约：Barron's Educational Series Inc., 1975 年版，第 178 页。

4 克隆曼，前注（注释 1），第 482 页。

5 同前。

6 若为防止暴力、虚假陈述和隐瞒真相造成的损害，而将更多的社会能源被用于非生产性领域，则高昂的经济成本将不利于所有人的利益。 403

克朗曼认为，若规则有反效果并妨碍社会资源的生产性应用，要求披露的做法就能取胜。在那种情况下，要求要约者向对方披露信息的规定，在长远看来，将不会偏向任何一方——“假定 B 有一份财产，富藏某种矿物，却为 B 所不知，A，一个训练有素的地理学家，检测了该财产（假定通过空气），发现了矿藏，却没有披露这个信息，答应从 B 手中以远低于真实价值的价格买下该财产。B 后来试图撤回这个合同——以信息未披露为由”。事实上，我们的法律并不对此类情形中的信息设定披露义务，而克朗曼，这个政策的赞同者，则试图为其找到理由。他指出，A 在研究中投入了精力和财力，如果不许他利用获知信息的优势，将会使类似 A 的人再没动力去进行此类研究，从而令人们对土地所知的信息和有效的开发变少（“最大限度地作[生产性]之用”）。克朗曼总结道，这个后果对 A 或 B 都不利，A 失去了巨额利润，B 则必须为油气支付更高的费用，“因此发现矿藏资源的兴趣从一开始就被消灭了”。（注释 1，第 489 页）克朗曼此处适用了他所谓的“帕累托主义”，认为缔约过程中可以利用信息优势，而只有那些“对各方皆有利的信息”方被允许。

在这个例子中，克朗曼最好还是用一个温和些的原则包装他的直觉，或许某种“公共利益”的概念比起人人都获益的想法要温和些。在有意搜索矿藏的情形中，允许不披露信息的规则对 B 没有好处，因为这意味着他本可以有一百万美元的意外之财落袋，却只拿到（比方说）五万美元的价款，即使这样做可能会使他未来少付几美元的油气开支。而如果他能拿到那笔意外之财，则未来他完全有能力和其他人

一样,支付稍微高些的油价。仅当 A 既不会有意外之财,甚至也不会有更高出价的时候,这条规定才对 A 有好处——克朗曼就是这样假设的。

7 丹·布罗克:“道德禁止与同意”(“Moral Prohibitions and Consent”),载迈尔斯·勃兰特、迈克尔·布拉迪编:《行为与责任》(*Action and Responsibility*)(Bowling Green State University, 1980 年版),第 113 页。

8 克朗曼,前注(注释 1),第 496—497 页。

9 同前,第 497 页。

10 合众国诉鲍德温案(*United States v. Baldwin*),第六巡回法院,621 F. 2d 251 (1980)。

11 费尔迪南·舍曼(Ferdinand Schoeman):“隐私与秘密侦查行为”(“Privacy and Police Undercover Work”),载弗雷德里克·埃利斯頓(Frederick Elliston)、迈克尔·费尔德伯格(Michael Feldberg)编:《警察工作中的道德问题》(托托华,新泽西:Roman and Allanheld, 1985 年版),第 147—162 页。也见纳特·亨托夫(Nat Hentoff):“爱搞清洁的住家警察”(“A Live-In Cop Who Loved to Clean House”),载《乡村之声》(*Village Voice*),1981 年 3 月 25—31 日,以及“若被兄弟出卖,家亦不再安全”(“If the Brethren Fail Us, No Home Will be Safe”),载《乡村之声》,1981 年 4 月 1—7 日。

12 舍曼,前注(注释 11),第 147 页。

13 合众国诉鲍德温案,前注(注释 10),第 252—253 页。

404 14 转引自霍法诉合众国案(*Hoffa v. United States*),385 U.S. 283, 302, 303 (1966),参见舍曼,前注(注释 10),第 148 页。

15 舍曼,前注(注释 11),第 151 页。他补充道,“在电子监控、律师—当事人保密特权、配偶间秘密交谈特权、判决后诱供等情形中,

这种逻辑 [在其他领域] 已被明确排除在外。”

16 另一方面,其价值——有效侦破案件——在以诱供作为辩护事由方面,并不比在以秘密手段(侵入、放置病毒或使用电子追踪设备)或暴力(“要么开口,要么撬开你的口”)作为辩护事由方面更显著。法庭对后者,往往非常积极地保护屋主的权益,而对前者则不那么热心。舍曼评论道,“即使诱供导致的后果比其他侦查手段导致的后果严重很多,情况也没有改变”。(舍曼,注释11,第160页)

17 舍曼,前注(注释11)。

18 “它通常由歪曲、隐瞒或不披露事实,或者具误导性的行为、装置或工具构成。包括各种各样占别人便宜的心计,以各种令人惊讶、蛊惑、狡猾、矫饰且不公平的方法欺骗他人。”参见S. H. 吉菲斯,前注(注释3),第86页。

19 卡迪什和保尔森认为,一想到贪污,就会想到类似偷或者抢之类的财产犯罪:

我们的刑法先规定盗窃,再规定贪污,因为陌生人的行为和以信任的机构为对象的行为是有区别的。如果惩罚贪污乃出于某种自然的动机,那就是受到信任的仆人从主人那里偷东西被统一视为欺诈性侵占行为,及将代他人保管的财物据为己有。普通扒窃当中,小偷作为陌生人,是一个侵入者,他原本就无权持有甚至触碰该等财物。不管是否使用暴力,他都一眼就能区分开来,并被驱逐出守法人士的社区。在被害人和犯罪人之间不存在任何联系。与之相比,贪污犯却和被害人及其财产之间保持着合法位置。他受到尊敬,我们以他本人,而非其贪污钱财的银行或保险公司来确认他的身份。合法与非法活动之间的边界取决于贪污分子的职权范围,而这个范围往往受到错误的界定。

参见S. H. 卡迪什(S. H. Kadish)、M. G. 保尔森(M. G. Paulsen):

《刑法及其程序》(*Criminal Law and its Process*), 第 3 版, 波士顿和多伦多: Little Brown, 1975 年版, 第 633—634 页。

20 同前, 第 633 页。

21 同前。“即使该法最初并非意在制造歪曲事实的犯罪人, 但它要求存在更加精心设计的谎言, 正如现在法国法律中规定的那样。”美国绝大多数州中有关虚假陈述的法律都可以直接追溯到以往的英国法。

22 R. 诉琼斯案 (*R. v. Jones*), 91 Eng. Rep. 330 (1703)。参见卡迪什和保尔森 (注释 19), 第 662 页。

405 23 卡迪什和保尔森, 前注 (注释 19), 第 664 页。不过, 这两个类别的区分又会造成相当大的术语纠缠。1953 年, 在《模范刑法典》重新定义以前, 一篇很有权威的文章对这一区分阐述如下:

该犯罪……指向完全不同的行为方式。虚假陈述是通过欺骗实施的财产犯罪, 不法占有与行为人和所有权人之间的沟通有关。通过设局实施的财产犯罪则是偷窃, 其罪质在于对所有权人财产的不当处分。前者着眼于被告人当着被害人的面时实施的行为: 是否存在虚假陈述? 后者则在于被告人背着被害人时实施的行为: 是否存在非法处分?

发生混淆的原因之一在于, 通过设局实施的财产犯罪要求在非法处分之外, 被告人还实施了某些欺骗行为, 尽管前面部分才是该行为的实质, 但也往往易被视为某种以诈骗方式实施的财产犯罪。不过, 从历史看, 在通过设局实施的财产犯罪中, 欺骗行为对犯罪构成的作用不大……

参见皮尔斯 (Pearce): “以虚假陈述实施的财产犯罪” (“Theft by False Promises”), 载《宾夕法尼亚大学法律评论》(1953 年), 第 953 页。对此区分还可另外表述为, 通过设局实施的财产犯罪, 被告

人首先要实现对他人财产的占有，而取得财产则包括既实现对财产的占有，又取得对财产的处分（物权）。

24 美国法学会：《模范刑法典》，第二稿（费城，1954年）。有趣的是，该节第（4）部分对商业竞赛模式表示认同，题为“可以预见的夸大其词”：“在对公众或群体的宣讲中，对产品过度宣传并非欺骗行为，只要（1）不会对受众中的个体造成误导，且（2）宣传者本人相信宣传的内容，且（3）行为人和被误导者之间不存在特别的信任关系。对产品的宣传‘包括说它的价格低’。买方自慎，傻子要靠运气！”

25 同前。

26 弗朗西斯·沃顿（Francis Wharton）：《美国刑法》（*American Criminal Law*），第1版（波士顿，1846年版），第542页。

27 人民诉阿什利案（*People v. Ashley*），加州最高法院，1954年（42 Cal. 2d 246, p. 2d 271）。

28 同前。

29 参见雷克斯诉古德霍尔案（*Rex v. Goodhall*），Russ. & Ry. 461 (1821)，转引自特雷纳（Traynor）大法官在人民诉阿什利案中的多数意见，参见前注（注释27）。

30 参见H. L. A. 哈特：“故意与刑罚”（“Intention and Punishment”）及“法律责任与免责事由”（“Legal Responsibility and Excuses”），载其《刑罚与责任》（*Punishment and Responsibility*），纽约和牛津：牛津大学出版社，1968年版，其中有关认识和故意作为证明精神状态的证据的问题。

31 特雷纳大法官在人民诉阿什利案中的观点，参见前注（注释27）。

32 罗林·M. 珀金斯（Rollin M. Perkins）：《珀金斯论刑法》

(*Perkins on Criminal Law*), 布鲁克林, 纽约: Foundation Press, 1957 年版, 第 856 页。

33 同前。

34 珀金斯, 前注 (注释 32), 第 299 页。

35 同前, 第 300—301 页。

406 36 珀金斯援引三个事实欺诈的案件, 说明过往的分类方法在本质上存在任意性 (第 300 页)。一方面, 在州诉舒尔特利夫案 (*State v. Shurtliff*, 18 Me. 368 [1841]) 中, “签署一份出售农场部分土地的合同之后, 受让人准备了一份准确描述合同标的区域的契据。出让人看了之后, 受让人却拿出一份表明合同标的为整个农场的契据给出让人签署, 并令出让人以为自己签署的仍是之前看过的那份合约”。这种 (事实欺诈) 行为过去被认定为伪造罪。另一方面, 在州诉桑基案 (*Commonwealth v. Sankey*, 22 Pa. 390 [1835]) 中, “D 写了一张向己支付的票据, 面额为 141.26 美元, 却读作 41.26 美元给别人听, 然后让听者签署该票据。这种行为却不被认定为伪造罪”。此外, 在约翰逊诉州案 (*Johnson v. State*, 87 Miss. 502, 39 So. 692 [1995]) 中, “一个文盲在一份他误以为是津贴的契据上签字, 这种行为却不被认定为伪造罪, 而是成文法中的虚假陈述式的欺诈罪”。

37 珀金斯, 前注 (注释 32), 第 857 页。

38 还可参见唐·莫兰诉人民案 (*inter alia*, *Don Moran v. People*), 25 Mich. 356 (1872)。转引自珀金斯, 第 857 页注释 16: “在推翻一份强奸罪判决的理由中: ‘如果那女人最终同意发生关系, 而这种同意……是因为……欺骗取得的, 则该行为就是强奸’, 法庭说: ‘我们绝不会对陪审团发出这样的法律指导意见, 即在获得女性同意的情况下仍能构成抢劫罪’ ……”。

39 同前。

40 同前,第 858 页。“在此类案件中,判她无罪毫无问题,不判定她构成通奸罪的理由是,她并未同意通奸行为。”

41 同前,第 457 页。

42 参见以下文章:S. H. 卡德奈尔(S. H. Kardener):“性与医患关系”(“Sex and the Physician-Patient Relationship”),载《美国精神病学杂志》,第 131 卷(1974 年),第 1134—136 页;阿曼德·M. 小尼克利(Armand M. Nicholi, Jr.):“医患关系”(“The Therapist-Patient Relationship”),载《哈佛现代精神病学指南》(*The Harvard Guide to Modern Psychiatry*),剑桥,马萨诸塞州:哈佛大学出版社,1978 年版,第 17—21 页;H. F. 瑟尔斯(Searles, H. F.):“反向移情中的恋母情结”(“Oedipal Love in the Countertransference”),载《国际精神分析杂志》,第 40 卷(1959 年),第 180—190 页。

43 定义见于第 213 条第 2 款“性犯罪”(1962 年 5 月 4 日草案):

2. 严重性强迫。男性与非妻子的女性发生性行为,有以下情形的,构成三级重罪:

a. 通过发出威胁,阻止对方的反抗,强迫他接受性行为;或

b. 明知对方患有精神疾病或有精神缺陷而无法了解行为的性质;或

c. 明知对方没有认识到正在发生性行为,或对方误以为是自己的丈夫而接受性行为。

44 我会用“医疗措施”一词以涵盖治疗和实验。

45 路易斯·I. 卡兹奈尔(Louis I. Katzner):“人体试验的伦理:信息条件”(“The Ethics of Human Experimentation: The Information Condition”),载韦德·L. 罗比森(Wade L. Robison)、迈克尔·S. 普理查德(Michael S. Pritchard),编:《医疗责任、家长主义、明知的同意及安乐死》(*Medical Responsibility, Paternalism, Informed*

Consent, and Euthanasia), 克里夫顿, 纽约: Humana Press, 1979 年版, 第 43—56 页。

- 407 46 对问题的这种区分是我从汤姆·L. 比彻姆 (Tom L. Beauchamp)、詹姆斯·F. 奇尔德雷斯 (James F. Childress) 那里借用来的。参见《生物医药的伦理原则》(*Principles of Biomedical Ethics*), 纽约: 牛津大学出版社, 1979 年版, 尤见第 70—80 页。

47 比彻姆和奇尔德雷斯引用“评论: 明知同意和垂死病患” (“Note: Informed Consent and the Dying Patient”), 载《耶鲁法律杂志》, 第 83 卷 (1974 年), 以及康特贝利诉斯彭斯案 (*Canterbury v. Spence*), U.S.Court of Appeals, District of Columbia (1972), 464 Federal Reporter, 2d series, 772。

48 卡兹奈尔, 前注 (注释 45), 第 46 页。

49 同前, 第 49 页。

50 比彻姆和奇尔德雷斯, 前注 (注释 46), 第 78 页。

51 同前, 转引自比彻姆和奇尔德雷斯, “调查显示, 有超过百分之六十的患者根本不想知道程序和风险到底如何……其他研究表明, 只有大约百分之十二的患者利用提供的信息作出最终决定”。参见拉尔夫·J. 阿尔菲迪 (Ralph J. Alford): “矛盾、选择和决定: 遵循明知同意的法律原则” (“Controversy, Alternatives, and Decisions in Complying with the Legal Doctrine of Informed Consent”), 载《放射学》(*Radiology*), 第 114 卷 (1975 年 1 月); 鲁思·R. 法登 (Ruth R. Faden): “披露与明知同意: 怎么说重要么?” (“Disclosure and Informed Consent: Does It Matter How We Tell It?”), 载《健康教育专论》, 第 5 卷 (1977 年), 第 198—215 页。

52 病人肯定已经知悉该项“信息”, 否则, 他就不会放弃知道更多信息的权利。

第二十六章 同意无效：行为能力不足

1 第十八章第二部分以下。

2 斯蒂芬·H. 吉菲斯：《法律辞典》，伍德贝利，纽约：Barron's Educational Series，1975年版，第38页。

3 同前。

4 一个被法律认定为行为能力不足的人，并不必定无法承担刑事责任。如果“他有足够的能力与律师沟通，有足够的理解能力及……明白发生在自己身上的法律程序为何物”，他就有能力参与诉讼程序。转引自吉菲斯（362 U.S. 402）。可以区分三类能力不足：（1）不能处理一般性的个人事务；（2）不能理解自己立下的遗嘱；（3）不能理解针对本人的刑事诉讼程序。属于第一类的人被称作“法律上的无行为能力人”。无论如何，这些人当中有部分人并非没有能力立嘱。我认为，不难想象，这些人中的部分人也是有能力理解刑事禁止（当他们作为当事人时）和刑事程序（当他们身处一桩诉讼）的。不过，我们当然知道那只是很小的比例。

5 *In Re Quinlan*（昆兰案），70 N.J.10（1976）。

6 *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*（柏赤镇公立学校主管诉赛科维奇案），Mass.，370 N.E. 2d 417（1977）。

7 昆兰案，前注（注释5），第647页。参见艾伦·布坎南的批评，“代为决定的限制”（“The Limits of Proxy Decision Making”），载罗尔夫·萨特里厄斯编：《家长主义》，明尼阿波利斯：明尼苏达大学出版社，1983年版，第153—170页。

8 同前，第157页。

9 当然，这个政治例子中的不可类比性在于局势不稳、饥荒和瘟

408 疫对于国家而言,很少被视为“永久性的和不可恢复的”或“命定的”。

10 更详细的讨论见于本人“儿童有权拥有开放的未来”,载威廉·艾肯、休·拉福莱特编:《儿童属于谁?儿童的权利、家长的权威,以及国家权力》,托托华,纽约:Rowman and Little field,1980年版。

11 吉菲斯,前注(注释2),第122页。

12 同前。

13 “只要这种契约对双方而言尚未履行[未完全履行,且能否完全履行要视未来情况而定],婴儿并不承担任何义务。若作为侵权诉讼,婴儿必须做的就是将他婴儿这一事实作为理由……但如果婴儿获得了部分履行,且在诉讼时仍保留这种履行,他就必须放弃对方的履行;如果他们保留这种履行,一旦成年,就会被视为默认。”参见阿瑟·林登·科宾(Arthur Linton Corbin):《科宾论合同》(*Corbin on Contracts*),圣保罗,明尼苏达州:West Publishing Co.,1952年版,第10—11页。

14 同前,第318页。

15 州诉阿朗案(*State v. Aaron*),4 N.J.L. 231,245—246(1818)。

16 州诉史密斯案(*State v. Smith*),213 N.C. 299,195 S.E. 819(1938)。

17 州诉耶尔根案(*State v. Yeargan*),117 N.C. 706。

18 同前。

19 罗林·M.珀金斯:《珀金斯论刑法》,布鲁克林,纽约:The Foundation Press, Inc.,1957年版,第111页。

20 为什么立法者会信心十足地认为,同样是儿童自愿与成人发生关系的情形,更年幼些的儿童所受到的伤害要比年龄大些的儿童所受的伤害大得多呢?理由并不太清楚,但显然部分原因在于我们自然产生的厌恶感,部分原因则在于这种事情发生得越早,造成伤害的

可能性越大。判决书引用了 1935 年佛罗里达州的一份判决 (*Deas v. State*, 110 Fla. 839, 161 So. 729), 这份判决暗示立法者的想法或许是这样的:“法律规定与不满十八岁的未婚处子发生肉体关系的行为为重罪, 是为了保护年轻人的贞操不受侵犯, 而非担心他们随后会主动沉溺于性行为。”

21 珀金斯, 前注(注释 18), 第 83 页。

22 雷吉娜诉马丁案 (*Regina v. Martin*), 2 Moody 123, 169 Eng. Rep. 49 (1840)。

23 珀金斯, 前注(注释 18)。

24 在人民诉彭曼案中 (*People v. Penman*, 271 Ill. 82, 110 N.E. 894 [1915]), 一个“朋友”以恶作剧的方式交给被告人两丸可卡因, 说那是“香料”, 后来, 彭曼“杀了人, 但证据表明, 那是他在完全不知情的情况下服用了那两丸毒品后精神错乱的结果”。(珀金斯, 注释 18, 第 784 页) 在伯罗斯诉州案中 (*Burrows v. State*, 38 Ariz. 99, 297, p.1029 [1931]), 十八岁的被告人开车穿过沙漠, 车上有一个醉醺醺的年长者, 问他“要不要喝一口, 他拒绝了, 因为之前他从未喝过酒, 也不想喝酒。但那个人开始耍赖, 并激烈地坚持让他喝……他感到很害怕, 担心自己被扔到车外, 一个人不名一文地被困在沙漠里, 于是在对方更加激烈的坚持之下, 他喝了几瓶啤酒, 然后又是威士忌, 结果他的神志完全错乱, 在人事不知的情况下杀死了那个人。”(珀金斯, 注释 18, 第 785 页) 陪审团要决定的是, 基于这些事实, 这个男孩是否在违背意志的情况下被强制饮酒, 而若他的醉酒状态是非自愿进入的, 则因醉酒而导致的神经错乱完全可以令他免责。

25 亚里士多德:《尼各马可伦理学》, 第三卷, 第五章各处。

26 威廉·布莱克斯通爵士:《英国法评述》(*Commentaries on the Laws of England*), 罗伯特·马尔科姆·克尔 (Robert Malcolm

Kerr) 节选, 第四卷, 第 25 页。

27 同前。

28 珀金斯, 前注 (注释 18), 第 789 页。

29 爱德华·科克爵士:《普通法案例评论》, 第一卷, 第 247 页。

30 塞缪尔·冯·普芬道夫 (Samuel von Pufendorf):《自然法和国家法》(*Of the Law of Nature and Nations*), 伦敦: 1710 年版, 第 8 卷, 第 3 章, 转引自布莱克斯通书 (注释 31)。

31 布莱克斯通, 前注 (注释 25), 第 24 页。

32 事实上, 相关性的方向恰恰相反。“通常”会构成谋杀的行为, 往往会退而认定为杀人, 行为人因醉酒而“精神错乱”, 不能满足谋杀罪犯罪故意所必须的要件 (如某种特定的故意内容)。由此, 自愿醉酒也可以作为某种“减轻情节”, 但不能误导性地称之为“免责事由”, 因为它当然不能给犯罪行为免责, 而犯罪定义的部分内容指向的是行为 (如杀人), 所以, 在醉酒状态下实施的犯罪行为应当以不同的罪名加以指控, 通常惩罚也会较轻 (一般按杀人罪)。当然, 它不应成为任何其他犯罪的免责事由。

33 尼克尔斯诉州案 (*Nichols v. State*), 8 Ohio St. 438 (1858)。

34 珀金斯, 前注 (注释 18), 第 794 页。

35 美国法学会:《模范刑法典》(第二稿, 费城, 1954 年), 第 213 条第 2 款 C 项, 第 143 页。

36 同前, 第 144 页。

37 注意, 若女性醉后主动和被告人发生关系, 被告人同样被控以“严重性强迫”。

38 如果醉酒驾驶的疑犯“昏了过去”, 或者在被羁押期间陷入昏睡, 那么, 警方可以不必弄醒他而直接进行酒精度测试, 这个程序不必使用“蛮力”。有些案件中, 疑犯的行为“并非完全不自愿”, 但

如果不是醉酒的话，他根本不会这么做。即便警察的测试并未违背疑犯的意志，但疑犯亦未以任何形式表示过同意，所以，如果一开始他没有表示同意，则他的同意当然也不可能是“充分自愿的”。更公正些的规则应该是，在这些情况下，尽管未经疑犯同意，呼气测试仍应被允许。表面上看来这个规则并非不公，但却可能怂恿对规则的滥用，因为警察可以将提出抗议的嫌犯统统视为神志不清者，并可能篡改他们的测试记录。

第二十七章 选择死亡

1 即使在标准的请求安乐死案件中，这种操控的可能性仍不能完全排除。参见耶尔·卡密萨（Yale Kamisar）：“安乐死立法：非宗教上的反对理由”（“Euthanasia Legislation Some Non-Religious Objection”），载《明尼苏达法律评论》，第4卷（1958年）；菲利帕·富特（Philippa Foot）：“安乐死”（“Euthanasia”），载《哲学与公共事务》，第6卷（1977年）。⁴¹⁰

2 富特，前注（注释1），第87页。

3 同前，第86页。

4 乔纳森·格洛弗试图设计一些个人家长主义式的杀人行为，这些行为可以依据功利主义的道德理由被正当化，尽管基于公共政策的理由，这些行为应当受到刑罚处罚。参见他的《致死与救生》，哈蒙兹沃斯，米德尔塞克斯：企鹅出版社，1977年版，第40、73页。格洛弗的例子实际上并不涉及刑法，而是对个人道德选择提出了一个问题：

假定我在监狱服刑，身患绝症，奄奄一息。而和我同监室的犯人却要在此度过余生，因为社会认为放他出去太危险。他没有朋友，所有的亲戚都死了。我有毒药，可以在他一无所知的情况

下将毒药放进他的食物，神不知鬼不觉地杀了他。人人都会认为他死于身体原因……

……他在监狱中的人生当然并不快乐，我亦有充分理由相信，他未来的日子会更糟。在我看来，他生命中的绝大多数时光都活得不像个人。我将这些告诉他，并愿意帮他死。让我感到他很不理性的，他告诉我，他还想继续活下去。我知道他即使愿意死，也会因为太过怯懦而不敢杀死自己，因此，我的帮忙将是他最后求死的机会。我相信，以后他会改变想法，更愿意死去，而不是像现在这样愿意苟活……

……至少在原则上，一个……功利主义者有可能作出这样的行为，按照“家长主义者”的想法，这虽然违背了他表达出的愿望……却符合他本人的利益。

5 有关这个词组的含义及其在民法中的用法的讨论，详见乔尔·范伯格：“不当怀孕和不受损害的权利”（“Wrongful Conception and the Right Not to be harmed”），载《哈佛法律和公共政策杂志》，第8卷（1985年），第59—77页。

6 卡密萨（前注，注释1）卓有成效地论述了反对将自愿安乐死合法化的理由，他认为存在某种安乐死的天然道德权利，但又认为不应因此设立一个法律权利，部分原因在于，他怀疑，就法律程序而言，是否真的存在真实的同意，还有部分原因则在于，他认为“司法中的法律”是对“条文中的法律”的修正（通过不起诉、陪审团宣告无罪、赦免等）。不过，他反对篡改“条文中的法律”，因为他担心滥用司法会造成可怕的多米诺骨牌效应。富特（注释1）也有类似的立场。与此形成鲜明对比的是，安东尼·弗鲁在他的经典论文中却得出截然相反的结论，并坚决捍卫将自愿安乐死合法化的立场，他认为或许不是在每种安乐死的情形中都存在某种道德权利，但认

为,即使不存在道德权利,亦应存在某种法律权利。我想,若某人的死亡会对他人造成损害,则道德权利是否存在的确存疑。但弗鲁独尊自由主义的限制自由原则,并坚决反对法律道德主义原则,他认为只要行为是个人自治范围内的涉己行为,即使是不道德的,人们亦应有法律权利去做。参见他的“安乐死原则”(“The Principle of Euthanasia”),载 A. B. 唐宁(A. B. Downing):《安乐死与死亡的权利》(*Euthanasia and the Right to Death*),伦敦:彼得·欧文出版公司,1969 年版。

7 詹姆斯·雷切尔(James Rachel):“安乐死”(“Euthanasia”),载汤姆·里根(Tom Regan)编:《生死问题》(*Matters of Life and Death*),纽约:兰登书屋,1978 年版,尤见于第 61—63 页。

8 同前,第 62 页。

9 同前。

10 同前,第 52 页。雷切尔补充认为,维斯金“被控谋杀,且在法律上案情明朗,但陪审团就是拒绝判他有罪。”

11 卡密萨,前注(注释 1),第 979 页。

12 雷切尔,前注(注释 7),第 63 页。

13 A. 弗洛曼(A. Frohman):“法医学中的难题:一个医生的观点”(“Vexing Problems in Forensic Medicine: A Physician's View”),载《纽约大学法律评论》,第 31 卷(1956 年),第 1222 页。

14 等着被行刑的死囚的“安乐死”会进一步引发关乎利益和微妙关系的哲学问题。如果这些注定要死的囚犯可以选择在最后一餐时服用药物,然后在睡眠中平静且无痛苦地死去,或者通过无痛注射死去,那么,他们就能“欺骗行刑者”并逃过刑罚,因为他们的刑罚不只是简单地死去,而是通过电椅、枪决或绞架的行刑,展示刑罚的非难意义(参见拙著《行为与责任》,普林斯顿,纽约:普林斯顿大学

出版社, 1970 年版, 第五章)。我认为可以设定一个提供给死囚的选项, 不过, 此处先不设定。眼下我们关注的概念问题: 这些死囚的选择能否因其出于充分自愿而发生效力? 按现状而言, 我认为答案应该是肯定的。

15 舞台版现已有平装本:《生命究竟属于谁? 布莱恩·克拉克的一部剧本》(*Whose Life Is It Anyway? A Play by Brian Clark*), 纽约: Avon Books, 1978 年版。

16 哈里森的顾问告诉他:“我被告知, 如果不用导尿管, 毒素将在你的血管中堆积, 最终, 你会被自己的血液毒死。”参见前注, 第 115 页。

17 杰拉德·L. 克莱尔曼 (Jerald L. Klerman):“情感障碍”(“Affective Disorders”), 载《哈佛现代精神病学指南》, 剑桥, 马萨诸塞州, 伦敦: 哈佛大学出版社, 1978 年版, 第 13 章, 第 255 页。

18 同前, 第 255—258 页。

19 同前, 第 262 页。

20 R. D. 吉莱斯皮 (R. D. Gillespie):“抑郁症类型的临床变异”(“The Clinical Differentiation of Type of Depression”), 载《盖伊医院报告》(*Gug's Hosp. Rep.*), 第 79 卷 (1929 年), 第 306—344 页。

21 这种改变至少有两个原因。克莱尔曼给出了第一个原因:“在临床实践中, 内源性—反应性二分法作为一种诊断工具, 是将病人作为一个连续统一体处理, 而非建立起清楚界定的群体; 绝大多数患者在连续体的中端都会撒谎, 极端情况则极少。”参见前注 (注释 17)。第二个理由也与此相关。我认为其观点对我并无帮助的罗伯特·肖普则认为, 在任何情况下都存在这个概念区分问题。他继而写道:“如果 S 对有压力的生活状态 X 的反应属于 Y 级抑郁, 而 Y 较普通的情绪低落更严重, 那么, 这种抑郁究竟是反应性的, 还是内源性的

呢？”显然，作为反应，这当然应该是“反应性的”，但要解释这种抑郁的严重程度，则需要某种内在的生物条件。“个体对压力刺激 412 的反应各不相同，这是否意味着所有的反应都具有某种程度的内源性呢？”

22 克莱尔曼，前注（注释 17），第 262 页。

23 20 世纪初期以来，“精神病”一词逐渐用于指向严重程度的精神功能紊乱——记忆、语言、方向、知觉和思维能力。弗洛伊德及其他精神病学家相信，精神病包括“‘丧失现实体验’……‘精神病’一词的古典含义强调现实体验的丧失或‘高级’精神功能受损，产生错觉、幻觉、迷惑或记忆残缺……”。参见克莱尔曼，前注（注释 17），第 265 页。将抑郁症区分为“急性”和“慢性”是有困难的。学者们普遍使用“抑郁性发作”一词。慢性抑郁症则表现为持续的症状，特点是持续时间长且反复发作。

24 约瑟夫·海勒（Joseph Heller）：《第二十二条军规》（*Catch-22*），纽约：戴尔出版公司，1961 年版。

25 同前，第 47 页。

26 两难命题的一种形式是对形式的争论：若 p 则 q ；若非 p 则 q ； p 或非 p ，皆为 q 。若此论证前提为真，则显然，结论亦为真。

27 有关反两难如何反证两难的讨论，详见欧文·M. 科皮（Irving M. Copi）：《逻辑概论》（*Introduction to Logic*），纽约：麦克米伦出版社，1953 年版，第 214—216 页。

28 参见一篇未出版的案件评论。

29 以下有关不成功的安乐死立法的信息来源于 O. 鲁思·拉塞尔（O. Ruth Russell）：《自由地死：安乐死的道德问题和法律问题》（*Freedom to Die: Moral and Legal Aspects of Euthanasia*），纽约：Human Sciences Press，1975 年版，附录第 286—297 页、第 334—335 页。

30 耶尔·卡密萨：“安乐死立法：非宗教上的反对理由”，载《明尼苏达法律评论》，第4卷（1958年）。

31 同前，第989页。

32 同前，第990页。

33 写作本书时，有另外二十二个州通过了类似生前遗嘱的法律。其余各州从目前看来，显然默许法律范围外的模糊性操作，尽管有较大的不确定性，但也有着较大的灵活性。

34 凯伦·勒巴茨（Karen Lebacqz）：“论‘自然死亡’”（“On ‘Natural Death’”），载《黑斯廷斯中心报告》，第7卷（1977年），第14页。

35 迈克尔·加兰德（Michael Garland）：“政治、立法和自然死亡：加州人的死亡权利”（“Politics, Legislation, and Natural Death ; The Right to Die in California”），载《黑斯廷斯中心报告》，第6卷（1976年），第6页。

36 施罗德（Schroeder）大法官的评论，参见纳坦森诉克兰案（*Natanson v. Kline*）（1960年），转引自勒巴茨，前注（注释34）。

索引

(索引中的页码均为本书边码)

A

Abortion, 堕胎, 第 388 页注释

Medicaid disallowance of expenses for, 不予公费医疗, 第 250 页

Addition, 瘾癖, 第 120—121 页

Administrators of Hough v. Hunt, 霍夫的行政人员诉亨特案, 第 400 页注释

Adultery, 通奸, 第 91 页, 第 266 页, 第 406 页注释

Adventurers and gamblers, 冒险者和赌徒, 第 109—110 页, 另见 Gambling, 赌博

Ahearne, Richard A., 埃亨, 理查德·A., 第 378 页注释

Aid-in-kind, 援助, 第 7 页, 第 8 页

Akasia, 意志薄弱, 参见 Weakness of will, 意志薄弱

Alcoholism, 酗酒, 第 66 页

Alfidi, Ralph J., 阿尔菲迪, 拉尔夫·J.,

第 407 页注释

American Motorcycle Association v. Davids, 美国摩托车协会诉戴维斯案, 第 392 页注释, 第 393 页注释

Anomie, 社会失范, 第 42 页

Anti-paternalism, 反家长主义, 第 25 页, 第 61 页, 第 132 页, 第 140 页

Anxiety, neurotic, 焦虑, 神经官能症, 第 162 页, 第 164 页

Aquinas, Thomas, 阿奎那, 托马斯, 第 389 页注释

Aristotle, 亚里士多德, 第 34 页, 第 40 页, 第 57 页, 第 104 页, 第 113—115 页 (on voluntary actions, 关于自愿行为的论述), 第 116 页, 第 123 页, 第 132 页, 第 148 页, 第 161 页, 第 169 页 (on the wicked man, 关于邪恶之徒的论述), 第 316—317 页, 第 335 页, 第 380 页注释, 第 390 页注释, 第

392 页注释, 第 393 页注释, 第 409 页注释

Arneson, Richard, 阿尼森, 理查德, 第 19—21 页, 第 43 页, 第 77 页, 第 80 页, 第 109—110 页, 第 128 页, 第 32 页, 第 169 页, 第 170 页, 第 378 页注释, 第 382 页注释, 第 384 页注释, 第 386 页注释, 第 387 页注释, 第 390 页注释, 第 391 页注释, 第 395 页注释

Arsenic, on scramble eggs, 煎蛋上的砷, 第 104 页, 第 120 页, 第 129—132 页, 第 313 页

Asceticism, 苦行主义, 第 73 页

Aspirin use, not involuntary when impelled by pain, 服用阿司匹林, 因为疼痛而被迫不情愿地, 第 117 页, 第 123 页, 第 341—343 页

Assumption of risk, 风险预设, 第 101—142 页, 第 159 页

Austin, J. L., 奥斯丁, J. L., 第 389—390 页注释

Austin, John, 奥斯丁, 约翰, 第 48 页

Authenticity, 真实性, 第 32—33 页, 第 47 页

moral, 道德的, 第 36—39 页

Authority, 权威, 第 48 页

Autonomous living, 自治生活, 第 78 页

Autonomy, bodily, 自治, 身体上的,

第 53 页

Autonomy, local (political), 自治, 本地的 (政治的), 第 47—48 页

Autonomy, personal, 自治, 个人, 第 26—98 页, 第 142 页, 第 176 页, 第 258 页, 第 262 页, 第 272 页, 第 307 页, 第 308 页, 第 354 页, 第 372—373 页, 第 379 页注释, 第 389 页注释
as actual condition, 真实条件, 第 31—47 页

alienation of, 异化, 第 78—79 页, 第 82 页

autonomous forfeitures of, 放弃自治, 第 70 页, 第 78—79 页

as capacity, 能力, 第 28—31 页

contrasted with liberty and *de facto freedom*, 与自由权及事实上的自由对比, 第 62—68 页

de facto, 事实上的, 第 30 页, 第 39 页, 第 43—44 页, 第 63 页

de jure, 法律上的, 第 62 页, 第 63 页, 第 66 页, 第 68 页, 第 70 页, 第 77 页, 第 78 页, 第 94 页

as ideal of character, 理想化性格, 第 44—47 页

Kantian, 康德主义的, 第 94 页

as sovereign right, 管理权, 第 47—51 页

as virtues of character, 德性, 第

44—47 页

of whole person over time, 作为
人的整体, 第 83 页

B

Bailey, Ronald, 贝利, 罗纳德, 第 386
页注释

Balancing strategy for supporting limited
paternalism, 支持有限家长主义的权
衡策略, 第 25 页, 第 61 页

Bargaining postions, 议价地位, 参见
Unequal bargaining positions, 不平等的
的交易地位

Baskin, Stuart J., 巴斯金, 斯图尔
特·J., 第 375 页

Bastron, Robert D., 巴斯特龙, 罗伯
特·D., 第 362—365 页

Bayles, Michael D., 贝尔斯, 迈克
尔·D., 第 377 页注释, 第 398 页注释

Beauchamp, Tom L., 比彻姆, 汤
姆·L., 第 13—14 页, 第 24 页, 第
377 页注释, 第 379 页注释,

and Childress, James F., 与 奇
尔德雷斯, 詹姆斯·F., 第 309 页, 第
407 页注释

Beck, Lewis White, 贝克, 刘易斯·怀
特, 第 388 页注释

Behavior control, 行为控制, 第 66—68 页

Benditt, Theodore, 本迪特, 西奥多,
第 398 页注释

Benn, S. I., and Peters, R. S., 本, S. I.,
和彼得斯, R. S., 第 382—383 页注释

Bergman, Frithjof, 伯格曼, 弗里斯
约夫, 第 394 页注释

Berlin, Isaiah, 伯林, 以赛亚, 第 385
页注释

Bigamy, 重婚, 第 71 页, 第 172 页,
第 265—267 页, 第 401—402 页注释,
另见 Polygamy, 多配偶制

Black, Justice Hugo, 布莱克, 雨果大
法官, 第 88 页

Blackmail, 敲诈, 第 81 页, 第 267 页

Blackman, Justice Harry, 布莱克曼,
哈里大法官, 第 399 页注释

Blackstone, Sir William, 布莱克斯
通, 威廉爵士, 第 48 页, 第 265 页, 第
267 页, 第 334 页, 第 336 页, 第 402
页注释, 第 409 页注释

Blood donors, 捐血者, 第 250 页

Blood transfusions, compulsory, 输
血, 强制性, 第 9 页, 第 181 页, 第
374 页

Bluffs, 虚张声势, 第 198 页, 第
203 页

Bodin, Jean, 博丁, 简, 第 48 页

Bok, Curtis, 博克, 柯蒂斯, 第 391
页注释

Brandt, Richard B., 勃朗特, 理查
德·B., 第 390 页注释

Bratman, Michael, 布拉德曼, 迈克尔, 第 389 页注释

Brennan, Justice William, 布伦南, 威廉大法官, 第 91 页, 第 399 页注释

Brock, Dan, 布罗克, 丹, 第 278, 第 379 页注释, 第 384 页注释, 第 403 页注释

Brosin, Henry W., 布罗辛, 亨利·W., 第 395 页注释

Buchanan, Allen, 布坎南, 艾伦, 第 323 页, 第 396 页注释, 第 399 页注释, 第 407 页注释

Burger, Chief Justice Warren, 伯格, 沃伦首席大法官, 第 92 页

Burglary, 抢劫, 第 268 页

Burrows v. State, 伯罗斯诉州案, 第 408 页注释

Butler, Bishop Joseph, 巴特勒, 约瑟夫主教, 第 382 页注释

C

Caffeine, 咖啡因, 第 121 页

California Natural Death Act, 加利福尼亚州《自然死亡法案》, 第 363—365 页, 第 370—372 页

Callahan, Joan, 卡拉汉, 琼, 第 386 页注释

Canterbury v. Spence, 康特贝利诉史潘斯案, 第 407 页注释

Capital punishment, 死刑

for reformed murderers, 针对改过自新的杀人犯, 第 85 页

for self-regarding behavior, 针对涉己行为, 第 18 页

for unsuccessful suicide attempts, 针对自杀未遂, 第 144—145 页

Capacity for guilt, 责任能力, 第 328—329 页

Car racing, 赛车, 第 102 页, 另见

High speed driving, 高速驾驶

Career decisions, 职业生涯的决定, 参见 Life decisions, basic, 人生决策, 基本的

Carter, Rosemary, 卡特, 罗斯玛丽, 第 396 页注释

Catch 22 arguments, “第二十二条军规”, 第 359—361 页

Caveat emptor, 买方自慎, 第 21 页, 第 274 页, 第 276—277 页, 第 286—287 页, 第 289 页, 第 296 页, 第 405 页注释

Character flaws, neurotic and non-neurotic, 性格缺陷, 神经官能症的与非神经官能症的, 第 169—170 页

Cheating, crime of, 欺诈, 犯罪, 第 286 页, 第 287 页

Children, 儿童, 第 6 页, 第 69 页, 第 153 页, 第 183 页, 第 321 页, 第 325 页, 第 32 页, 第 408 页注释, 另见

Majority, age of, 多数人, 年龄

Cigarette smoking, 吸烟, 第 77 页, 第 102 页, 第 121 页, 第 153 页, 第 160 页, 第 166—167 页

social savings from, 节约社会成本, 第 378 页注释

Clark, Brian, 克拉克, 布莱恩, 第 352 页, 第 411 页注释

Coercion, 强迫, 第 12 页, 第 82 页, 第 128 页, 第 147 页, 第 151 页, 第 52 页, 第 155—156 页, 第 189 页, 第 194 页, 第 203 页, 第 211 页, 第 213 页, 第 254—263 页

acting because of, 行为的原因, 第 257—258 页, 第 208 页

acting under, 行为的条件, 第 257—258 页

circumstantial, 环境上的, 第 145—150 页, 第 151 页, 第 193 页, 第 197 页

degree of, 的程度, 第 302 页

justified and unjustified, 正当的与不正当的, 第 215 页

a “more psychological concept,” “更是一个心理学的概念”, 第 213 页

moralistic theories of, 道德主义理论中的, 第 213—215 页

natural, 自然的, 第 195 页

in one-party cases(even), 单方情

形(平均), 第 393 页注释

a prima facie wrong, 表面不法, 第 215 页

schematic analysis of, 框架性分析, 第 198 页

second-party, 对方, 第 195—199 页

Coercive contracts, 强迫性合同, 第 250—254 页

Coercive effect, 强迫性效果, 第 80 页, 第 244 页, 第 247—248 页, 第 249 页, 第 254 页, 第 304 页

Coercive intent, 强迫性意图, 第 247—248 页, 第 249 页, 第 259 页,

Coercive mechanism, 强迫性机制, 第 247—248 页

Coercive offers, 强迫性要约, 第 197 页, 第 229—233 页, 第 254 页

compatibilist solution to paradox of, 协调方案的悖论, 第 232—234 页, 第 242 页, 第 243—244 页, 第 246 页, 第 248 页

freedom-enhancing, 拓展自由, 第 231—233 页, 第 235 页, 第 255—256 页

impure, 不纯正的, 第 239 页

Zimmerman solution to paradox of, 齐氏方案的悖论, 第 231—232 页, 第 242—245 页, 第 247—248 页

Coercive pressure, 强迫性压力, 第

116 页, 第 154 页, 第 157—158 页,
第 189 页, 第 192 页, 第 193—194 页,
第 235 页, 第 239—242 页, 第 255 页,
第 257—258 页, 第 311 页

alternative measures of, 替代措施, 第 203—210 页

coercive burden, total, 强迫性负
荷, 总和, 第 205—208 页, 第 237 页,
第 238 页, 第 234—242 页, 第 255 页

coercive force, 强迫作用力, 第
204—205 页, 第 237 页, 第 238 页,
第 239—241 页, 第 255 页

coercive minimum, 最小强迫值,
第 205—208 页, 第 237 页, 第 238 页,
第 239—242 页, 第 255 页

differential, 级差, 第 199 页, 第
200—203 页, 第 208—210 页, 第 234
页, 第 236 页, 第 238 页, 第 254 页

“negative,” “消极的”, 第 239—
241 页

threshold of, 阈值, 第 203 页
Coercive proposals, 强迫性提议, 第
204 页, 第 216—219 页, 第 255 页

double biconditional, 双重条件,
第 217 页

a function of polarity, 极值的功
能, 第 235—238 页

a function of proximity, 近似值
的功能, 第 235 页

preference affecting, 倾向性影
响, 第 216 页, 第 259 页

reciprocation conditions, 双条件,
第 216 页,

Cogan, Neil Howard, 考根, 尼尔·霍
华德, 第 376 页

Cohabitation, 同居, 第 266—267 页

“open and notorious,” “公开且
名声难听地”, 第 402 页注释

Cohen, Morris R. and Nagel, Ernest,
科恩, 莫里斯·R., 和纳格尔, 欧内斯
特, 第 397 页注释

Coke, Sir Edward, 科克, 爱德华爵
士, 第 334 页, 第 401 页注释

Coleman, Jules L., 科尔曼, 朱尔
斯·L., 第 399 页注释

Collective goods, 综合性福祉, 第
20 页

Collectivism, totalitarian, 集体主义,
极权主义, 第 47 页

Coma, 昏迷, 第 319 页

Commonwealth v. Donaghue, 肯塔基
州诉多纳休案, 第 400 页注释, 第 401
页注释

Community, 社区, 第 47 页

Commutation of sentences, 减刑, 第
218 页, 第 245 页

Competence, juridical, 能力, 司法上
的, 第 28—29 页

- Competence, legal, 能力, 法律上的, 第 319—320 页
- Competence, natural, 能力, 自然的
- relativist conception of, 相关概念, 第 29 页
 - threshold conception of, 阈值概念, 第 29—30 页
- Competitive game model, 竞赛模式, 第 279—281 页
- Compulsion, legal, 强制, 法律上的, 第 257 页
- Compulsion, 强制, proper, 适当的, 第 150—151 页, 第 153 页, 第 154 页, 第 189—193 页, 第 253 页, 第 298 页
- contrasted with coer, 与强迫对比, 第 191 页
 - natural, 自然的, 第 194 页
 - psychological, 心理学上的, 第 195 页
- Compulsive habits, non-neurotic, 强迫性习惯, 非官能症的, 第 166—170 页
- contrasted with compulsive needs, 与强迫性需求对比, 第 166 页
- Compulsiveness, neurotic, 强制性, 官能症的, 第 82 页, 第 162 页, 第 163 页, 第 164—166 页, 第 168 页, 第 171 页
- Compulsive pressure, 强制性压力, 第 156 页, 第 157 页, 第 189 页, 第 190—191 页, 第 213—214 页
- Concern for Dying, 关怀死亡, 第 368—369 页
- Consent, 同意, 第 10 页, 第 12 页, 第 13 页, 第 68 页, 第 99 页, 第 122—124 页, 第 149 页, 第 150 页, 第 172—188 页, 第 200 页, 第 331 页
- as act, 行为, 第 172 页
 - age of, 的年龄, 第 328 页, 第 329—331 页
 - as authorization, 授权, 第 173—177 页
 - conditional, 附条件的, 第 179 页
 - contrasted with promises, 与承诺对比, 第 178—180 页
 - counterfeits of, 虚假的, 第 181—186 页, 第 187—188 页
 - dispositional, 倾向的, 第 173—174 页, 第 181 页, 第 182 页, 第 186 页, 第 324 页
 - hypothetical rational, 假定理性的, 第 36 页, 第 184—186 页, 第 187 页, 第 324 页
 - implied, 暗示的, 第 180 页
 - as inferred psychological state, 作为推定的心理状态, 第 181 页, 第 187 页
 - informed, 知情的, 第 278 页, 第 293 页, 第 305—315 页
 - invalid, 无效的, 第 188 页, 第 197

页, 第 203 页, 第 230 页, 第 252 页
to manipulation, 对操控的, 第 67 页
to medical treatment, 对治疗的,
第 305—315 页
by mistake, 错误地, 第 273 页
as permission, 许可, 第 177 页
prior, 先于, 第 181—186 页
problematic, 疑问, 第 180—186 页
proxy, 代理, 第 185 页
retroactive, 反作用, 第 182 页
by silence, 默示, 第 183 页
strong and weak senses of , 强烈
意义和微弱意义, 第 97 页, 第 178—
179 页
to sexual relations, 对性关系的,
第 327 页, 第 329—331 页
subsequent, 结果, 第 182—187 页
tacit, 微妙的, 第 183 页, 第 184
页, 第 186 页, 第 282 页, 第 324 页
validity of, 的效力, 第 254—262 页
Contracts, 合同, 第 269—315 页, 另
见 Coercive contracts, Unconscionable
contracts, 强迫性合同, 无意识合同
of adhesion, 格式的, 第 250—
251 页
irrevocable, 不可撤销的, 第 71—
87 页, 第 386 页注释
law of, 法, 第 250 页, 第 274 页,
第 327—328 页

unenforceable, 非强制性的, 第
24 页
Copi, Irving M., 科皮, 欧文·M., 第
412 页注释
Coppage v. Kansas, 考佩吉诉堪萨斯
案, 第 397 页注释
Corbin, Arthur Linton, 科宾, 阿瑟·林
登, 第 408 页注释
Crick, Bernard, 克里克, 伯纳德, 第
382 页注释
Criminal liability, 刑事责任, 第 195—
196 页, 第 210—212 页, 第 253 页,
第 261 页, 第 262—268 页, 第 272 页,
第 274—275 页, 第 298 页, 第 302 页,
第 328—229 页, 第 335 —340 页, 第
409 页注释
Crump, Paul, 克朗普, 保罗, 第 85 页

D

Daredeviltry, 鲁莽, 第 154 页, 第 168 页
Davidson, Donald, 戴维森, 唐纳德,
第 389 页注释, 第 392—393 页注释
Deas v. State, 迪斯诉州案, 第 408 页
注释
Debtors' prisons, 将借款人关进监狱,
第 289 页
Deeb, Gary, 迪希, 加里, 第 156—
157 页, 第 394 页注释
Defacto and de jure secses of liberty,
freedom, and autonomy, 自由权、自

由和自治的事实含义和法律含义, 第 65 页

Deliberately chosen actions. 目的行为, 参见 Voluntariness, full, 自愿性, 充分 Demands, 要求, 第 198—199 页

Depression, 抑郁, 第 117 页, 第 320 页, 第 321 页, 第 343 页

acute and chronic, 急性的和慢性的, 第 412 页注释

clinical, 诊断上的, 第 355—358 页

disphoric mood in, 焦虑情绪, 第 355 页

disproportionate, 失调的, 第 357 页

distortion by, 扭曲, 第 358 页

distraction by, 分散注意力, 第 358 页

endogenous, 内源性的, 第 355—357 页, 第 411 页注释

reactive, 反应性的, 第 355—357 页, 第 411 页注释

realistic, 现实的, 第 356—362 页

understandable, 可理解的, 第 354—362 页

Derangement, 精神错乱, 第 6 页, 第 12 页, 第 107—108 页, 第 112 页, 第 126 页, 第 186 页, 第 318 页, 第 320 页

Dershowitz, Alan M., 德肖维茨, 艾伦·M., 第 376 页

Devlin, Patrick, 德夫林, 帕特里克,

第 91 页, 第 265 页, 第 375 页注释, 第 402 页注释

Devolution, 退化, 第 47—48 页

Dignity, alien, 尊严, 相异的, 第 94—97 页

Dignity, personal, 尊严, 个人的, 第 37 页, 第 354 页

Disclosure, duty of, 披露, 义务, 第 269 页, 第 271 页, 第 274—277 页, 第 306—315 页

standards of, 标准, 第 306—310 页

waivers of, 豁免, 第 310 页

Don Moran v. People, 唐·莫兰诉人民案, 第 406 页注释

Douglas, Justice William, 道格拉斯, 威廉大法官, 第 88—89 页, 第 91 页

Drug sales, 毒品销售, 第 9 页, 第 172 页

Drugs, psychotropic, 精神药物, 第 67 页

Drug use, 使用毒品, 第 9 页, 第 12 页, 第 14 页, 第 102 页, 第 127—134 页, 第 144 页, 第 321 页, 第 332 页, 另见 Heroin, Marijuana, Opium, 海洛因, 大麻, 鸦片

Drunkenness, 醉态, 第 105 页, 第 325 页, 第 327 页, 另见 Intoxication, 酗酒

Drunkometer tests, 酒精含量测试, 第

339—340 页,第 409 页注释

Dueling, 决斗,第 9 页,第 18—20 页,
第 172 页,第 175 页

Duggan, Timothy and Gert, Bernard,
达根,蒂莫西,和格特,伯纳德,第
380 页注释

Dupery, 诈骗,第 289 页

Durable power of attorney, 代理权的
持久性,第 372 页

Duress, 监禁,第 152 页,第 396—397
页注释

Durkheim, Emile, 涂尔干,埃米尔,
第 42 页,第 382 页注释

Dworkin, Gerald, 德沃金,杰拉德,
第 9 页,第 10 页,第 17—19 页,第
38 页,第 92 页,第 94 页,第 135—
136 页,第 138—141 页,第 183 页,
第 377 页注释,第 378 页注释,第 380
页注释,第 381 页注释,第 382 页注
释,第 386 页注释,第 388 页注释,第
392 页注释,第 393 页注释,第 396 页
注释

E

Eisenstadt, v. Baird, 艾森施塔特诉贝
尔德案,第 90 页,第 387 页注释

Embezzlement, 贪污,参见 Theft, 财
产犯罪

Emerson, Ralph Waldo, 爱默生,拉尔
夫·沃尔多,第 42 页,第 382 页注释

Emerson, Thomas I., 爱默生,托马
斯·I.,第 387 页注释

Emotions, 情绪,第 321 页

Enticement, 唆使,第 189 页,第
233—242 页,第 256 页,第 263 页

Equity hearings, 听证,第 132 页,第
175 页

Euphoria, 欣快症,第 133 页,第 321 页
effect on voluntariness, 对自愿性
的影响,第 366 页

Euthanasia, 安乐死,第 9 页,第 77 页,
第 79 页,第 93 页,第 94 页,第 102
页,第 177 页,第 263 页,第 410—
411 页注释,另见 Mercy killing, 善心
杀人

active, 积极的,第 347—351 页,
第 353 页,第 374 页,第 367 页,第
369 页

involuntary, 不自愿,第 345 页

Nazi's distortion of, 纳粹的歪
曲,第 345—346 页

nonvoluntary, 非自愿,第 345 页

passive, 消极的,第 367—369 页

paternalistic, 家长主义式的,第
345 页,第 410 页注释

voluntary, 自愿,第 344—347 页
Euthanasia Bill of 1969 (Great Britain),
1969 年《安乐死法案》(大不列颠),
第 167—168 页

Everhardt v. City of New Orleans, 艾弗哈特诉新奥尔良市案, 第 392 页注释
 Expectability, norm of, 期待可能性, 规范, 第 219—228 页

moral propriety test of normal expectability, 对期待可能性的道德测试, 第 219 页, 第 221 页, 第 223 页, 第 225 页, 第 228 页

statistical test of normal expectability, 对期待可能性的统计测试, 第 219 页, 第 220—221 页, 第 223 页, 第 224—226 页, 第 246 页, 第 398 页注释

tailored and untailored, 定型的与未定型的, 第 220 页

talis qualis test of normal expectability, 对期待可能性的本来测试, 第 219—221 页, 第 221—223 页, 第 225—228 页

Zimmerman test of normal expectability, 对期待可能性的齐氏测试, 第 220 页, 第 224—227 页

Experiments on prisons, 对囚犯做实验, See Prison experiments, 参见监狱实验

Exploitation, 剥削, 第 81 页, 第 197 页, 第 231 页, 第 242 页, 第 245—249 页, 第 250 页, 第 252 页, 第 255 页, 第 261 页, 第 314 页, 第 332 页,

第 401 页注释

Exploitation principle, 剥削原则, 第 81 页

Extortion, 敲诈勒索, 第 264—265 页, 第 267—268 页, 第 301 页, 第 401 页注释

F

Faden, Ruth R., 法登, 鲁思·R., 第 407 页注释

Faithful expression criterion of voluntariness, 自愿性的真实表达原则, 第 93 页, 第 108 页, 第 109 页, 第 112—113 页, 第 117 页

False pretense, 虚假陈述, 第 287—291 页, 第 293 页, 第 297—298 页, 第 301—302 页, 第 303—305 页, 第 405 页注释, 第 406 页注释

False promises, 虚假承诺, 第 287—291 页, 第 301 页, 第 302—303 页, 第 405 页注释

Faust legend, 浮士德, 第 74 页

Feinberg, Joel, 范伯格, 乔尔, 第 114 页, 第 377 页注释, 第 379 页注释, 第 382 页注释, 第 383 页注释, 第 387 页注释, 第 391 页注释, 第 395 页注释, 第 396 页注释, 第 408 页注释, 第 410 页注释

Fish, Albert, 菲什, 阿尔伯特, 第 391 页注释

Fist fights, 打斗, 第 172 页, 第 177 页

Flew, Antony, 弗鲁, 安东尼, 第 410—411 页注释

Foot, Philippa, 富特, 菲利普, 第 345 页, 第 410 页注释

Force, spectrum of, 作用力, 幅度, 第 189—195 页

Forestalling, crime of, 垄断, 犯罪, 第 264 页

Forgery, 伪造, 第 292 页, 第 406 页注释

Fornication, 乱伦, 第 91 页, 第 402 页注释

Fourteenth amendment, 第十四修正案, 第 387 页注释, 第 388 页注释

Fourth amendment, 第四修正案, 第 281—282 页

Frankfurt, Harry G., 法兰克福, 哈里·G., 第 146—147 页, 第 151 页, 第 380 页注释, 第 385 页注释, 第 393 页注释, 第 394 页注释, 第 398 页注释

Frankfurter, Justice Felix, 法兰克福特, 菲利克斯大法官, 第 252—254 页, 第 400 页注释

Fraud, 欺诈, 第 82 页, 第 152 页, 第 153 页, 第 162 页, 第 255 页, 第 265—266 页 (fraudulent marriages, 欺诈婚姻), 第 269—270 页, 第 272 页, 第 275—277 页, 第 285—291 页,

第 301—305 页

in the factum, 事实陈述上的, 第 273 页, 第 291—300 页, 第 301—305 页, 第 405 页注释

in the inducement, 怂恿, 第 273 页, 第 291—300 页, 第 301—305 页

Freedom, 自由

of action, 行为的, 第 64 页

on balance, 平衡, 第 230 页

of choice, 选择的, 第 64 页

de facto, 事实上的, 第 62—68 页, 第 75 页, 第 76 页, 第 78 页, 第 84 页

distinguished from liberty, 与自由权相区别, 第 63—64 页

forcing into, 迫使, 第 69 页

maximization, 最大化, 第 76 页

one good among others, 善之一, 第 65 页, 第 75 页

as open options, 开放选项, 第 64 页, 第 68—69 页, 第 379 页注释

sexual, 性的, 第 93 页

trading for other goods, 换取其他好处, 第 68—69 页

value of, 的价值, 第 65 页, 第 385 页注释

of the will, 意志的, 第 64 页, 第 385 页注释

Free speech, 言论自由, 第 88 页

Freud, Sigmund, 弗洛伊德, 西格蒙

德, 第 152 页

Frohman A., 弗洛曼, A., 第 411 页
注释

G

Gambling, 赌博, 第 102 页, 第 144 页, 第 172 页, 第 277—278 页

compulsive, 被迫的, 第 168 页

Garland, Michael, 加兰德, 迈克尔, 第 412 页注释

Garrison thresholds, 边界地带, 第 21—23 页, 第 133 页, 第 142 页

Gret, Bernard and Culver, Charles, 格特, 伯纳德, 和卡尔佛, 查尔斯, 第 7 页, 第 377—379 页注释

Gifford-Jones, W., 吉福德 - 琼斯, W., 第 392 页注释

Gifis, Steven, 吉菲斯, 斯蒂芬, 第 327 页, 第 402 页注释, 第 404 页注释, 第 407 页注释, 第 408 页注释

Gifts, 天赋, 第 198 页, 第 258 页
drunken, 醉酒, 第 337—340 页

Gillespie, R. D., 吉莱斯皮, R. D., 第 355 页, 第 411 页注释

Gillmore, Gary, 吉尔摩, 加里, 第 391 页注释

Glasser, William, 格拉瑟, 威廉, 第 395 页注释

Glover, Jonathan, 格洛弗, 乔纳森, 第 380 页注释, 第 384 页注释, 第 410

页注释

Goldberg, Justice Arthur, 戈德堡, 阿瑟大法官, 第 89 页, 第 91 页, 第 387 页注释

Greenawalt, Kent, 格里纳沃尔特, 肯特, 第 148 页, 第 391 页注释, 第 394 页注释

Greenberg, Samuel I., 格林伯格, 塞缪尔·I., 第 395 页注释

Grey, Thomas C., 格雷, 托马斯·C., 第 388 页

Griswold v. Connecticut, 格里斯沃尔德诉康涅狄格州案, 第 87—90 页, 第 91 页, 第 138 页, 第 387 页注释, 第 388 页注释

Gross, Hyman, 格罗斯, 海曼, 第 394 页注释

Gross sexual imposition, crime of, 严重性强迫, 犯罪, 第 297—298 页, 第 303 页, 第 336 页, 第 409 页注释

defined, 定义为, 第 406 页注释

Grudge fight, 互殴, 参见 *Fist fights*, 打斗

Guardianship, 监护权, 第 325—326 页, 第 373 页

H

Habeus corpus, writ of, 人身保护令, 令状, 第 349 页, 第 352 页

Haksar, Vinit, 哈克萨尔, 维尼特, 第

398 页注释

Hang-gliding, 滑翔, 第 144 页, 第 154 页, 第 155 页

Hard anti-paternalism, 硬反家长主义, 第 15 页, 第 130 页

Hard paternalism, 硬家长主义, 第 119 页, 第 174 页, 第 186 页, 第 331 页, 第 345 页

Harlan, Justice John M., 哈伦, 约翰·M. 大法官, 第 91—92 页, 第 388 页注释

Harm, 损害, 第 329 页, 第 332 页, 第 404 页注释

contrasted with nonbenefit, 和利益对比, 第 304—305 页

direct and certain versus risked, 直接而当然的对有风险的, 第 101 页, 第 144 页

directly self-inflicted versus other-inflicted, 直接涉己的对直接涉他的, 第 99 页, 第 143 页,

in rape, 强奸带来的, 第 289—300 页

as simple damage to interest, 单纯对利益的损害, 第 10—11 页

as wrongful injury, 不法伤害, 第 10—11 页

Harm principle, 损害原则, 第 21—23 页, 第 56 页, 第 81 页, 第 238 页

Harris, C. Edwin, Jr., 哈里斯, C. 小埃德温, 第 137 页, 第 378 页注释, 第 393 页注释

Harris v. Mcrae, 哈里斯诉麦克雷案, 第 399 页注释

Hart, H. L. A., 哈特, H. L. A., 第 4 页, 第 265 页, 第 375 页注释, 第 402 页注释, 第 403 页注释

and Honoré, A. M., 奥诺雷, A. M., 第 390—391 页注释

Hegel, Georg, 黑格尔, 格奥尔格, 第 57 页

Held, Virginia, 海尔德, 弗吉尼亚, 第 398 页注释

Heller, Joseph, 海勒, 约瑟夫, 第 412 页注释

Hellman, Arthur D., 赫尔曼, 阿瑟, D., 第 377 页注释

Helvetius, Claude Adrien, 爱尔维修, 克劳德·阿德里安, 第 385 页注释

Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 亨宁森诉布鲁姆菲尔德汽车公司案, 第 251 页, 第 262 页, 第 399 页注释

Hentoff, Nat, 亨托夫, 纳特, 第 403 页注释

Heroes, Interference with, 英雄, 干涉, 第 24 页

Heroin, 海洛因, 第 23 页, 第 120—121 页

- High speeding driving, 高速驾驶, 第 102 页, 第 105 页
- Highwire acrobatics, 高空走钢索, 第 144 页
- Hobbes, Thomas, 霍布斯, 托马斯, 第 48 页, 第 17 页, 第 218 页, 第 226 页, 第 229 页, 第 233 页, 第 243 页, 第 245 页, 第 246 页, 第 395 页注释, 第 398 页注释
- Hodson, John, 霍德森, 约翰, 第 71—72 页, 第 378 页注释, 第 386 页
- Hoffa v. United States*, 霍法诉合众国案, 第 403 页注释
- Holmes, Justice Oliver Wendell, Jr., 霍姆斯, 奥利弗·小温德尔大法官, 第 253 页, 第 400 页注释
- Homer, 荷马, 第 386 页注释
- Homosexuality, 同性恋, 第 17 页, 第 71 页, 第 90 页, 第 91 页, 第 93 页
- Horney, Karen, 霍尼, 卡伦, 第 163—168 页, 第 395 页注释
- Hospers, John, 霍斯珀斯, 约翰, 第 394 页注释
- Hume, David, 休谟, 大卫, 第 41—42 页, 第 46 页, 第 110 页, 第 214—215 页, 第 382 页注释, 第 397 页注释
- Hypoxia, 缺氧, 第 362—365 页
- I
- Ignorance, 疏忽, 第 152 页, 第 159—162 页, 第 269 页, 另见 Mistake, 错误
- Illness, pain, and distracting emotion, 疾病, 痛苦, 情绪紊乱, 第 340—343 页
- Immaturity, 未成年, 参见 Children, 儿童
- Impairment, 残疾, 第 311 页, 第 316—343 页
 permanent, 永久性的, 第 318 页
 temporary, 暂时性的, 第 321—322 页
- Implicit rationales of statutes, 模糊的立法理据, 第 21 页
- Incapacity, 无行为能力
 Alternating, 改变的, 第 320 页
 classification of forms of, 形式的分类, 第 316—322 页
 sources of, 的原因, 第 317 页
 as voluntariness-reducing factor, 作为降低自愿性的因素, 第 316—343 页
- Incest, 昆虫, 第 92 页
- Incompetence, 能力不足, 第 318 页, 第 321 页, 另见 Competence legal, 法律能力, 第 322 页, 第 373 页
- Independece, moral, 独立, 道德的, 第 39—40 页
- Individualism, atomic, 个人主义, 微型的, 第 46—47 页
- Individuality, 个性, 第 258 页

Inducement beliefs, 诱因下的认识,
第 274 页, 第 277 页, 第 280 页

Inducement set, 诱因体系, 第 307 页
(defined 界定的)

Infancy, 婴儿, 参见 Children, 儿童

Ingrossing, crime of, 囤积, 犯罪, 第
264 页

Inhibition, 禁止, 第 164 页

Initiative, 最初的, 第 42—43 页, 第
99 页, 第 263 页, 第 337—340 页

In re Quinlan, 昆兰案, 第 322—324
页, 第 407 页注释

Insurance, 保险, 第 139 页, 第 141 页

Integrity, 正直, 第 40 页, 第 45—46 页

Intoxication, 酗酒, 第 332—340 页,
参见 Drunkenness, 醉酒

as aggravation, 恶化, 第 324 页

as “artificial voluntarily contracted
madness,” “自愿进入的疯狂状态”,
第 333 页

as excuse, 辩护事由, 第 333—
335 页

voluntary and involuntary, 自愿
与不自愿, 第 333 页, 第 335 页, 第
408 页注释

Irrevocability, 不可撤销性, 第 81—87
页, 第 120—121 页, 第 143 页

Ism word, 以“主义”结尾的词, 第 7
页, 第 376 页注释

J

Jackson, Justice Robert H., 杰克逊,
罗伯特·H. 大法官, 第 376 页注释

James, William, 詹姆斯, 威廉, 第
382 页

Jehovah's Witnesses, 耶和华的证词,
第 181 页, 第 374 页

Johnson v. State, 约翰逊诉州案, 第
406 页注释

Jurisdiction, concept of, 管辖权, 概
念, 第 29 页, 第 49 页

Juvenility, 青少年, 参见 Children,
儿童

K

Kadish, S. H. and Paulsen M. G., 卡
迪什, S. H., 保尔森, M. G., 第 286
页, 第 404 页注释

Kamisar, Yale, 卡密萨, 耶尔, 第
369—370 页, 第 373—374 页, 第 409
页注释, 第 410 页注释, 第 411 页注
释, 第 412 页注释

Kant, Immanuel, 康德, 伊曼努尔,
第 35—36 页, 第 37 页, 第 38 页, 第
45 页, 第 94—97 页 (animadversions,
非难), 第 212 页, 第 260 页, 第 381
页注释, 第 388—389 页注释, 第 389
页注释

Kardener, S. H., 卡兹奈尔, S. H.,
第 406 页注释

Katzner, Louis, 兹奈尔, 路易斯, 第 305—308 页, 第 406 页注释

Kelsen, Hans, 凯尔森, 汉斯, 第 28—29 页, 第 379 页注释, 第 380 页注释

Kleining, John, 克莱尼希, 约翰, 第 8 页, 第 135—136 页, 第 139 页, 第 173 页, 第 178 页, 第 184 页, 第 375 页注释, 第 384 页注释, 第 386 页注释, 第 392 页注释, 第 393 页注释, 第 395 页注释

Klerman, Gerald L., 克莱尔曼, 杰拉德·L., 第 411 页注释

Konvitz, Milton R., 康维奇, 米尔顿·R., 第 387 页注释

Kotulak, Ronald, 考图拉克, 罗纳德, 第 392 页注释

Kronman, Anthony, 克隆曼, 安东尼, 第 276 页, 第 279—280 页, 第 402—403 页注释

Kuflik, Arthur, 库弗里克, 阿瑟, 第 386 页注释

L

Laing, R. D., 莱恩, R. D., 第 395 页

Larceny, 盗窃, 参见 Theft, 财产犯罪

Lebacqz, Karen, 勒巴茨, 卡伦, 第 371—372 页, 第 412 页注释

Legal moralism, 法律道德主义, 第 80 页, 第 172 页, 第 249 页, 第 267 页

Lewis, C. S., 刘易斯, C. S., 第 379 页注释

Lewis, Steve, 刘易斯, 史蒂夫, 第 156—159 页

Liberalism, 自由主义, 第 3 页, 第 47 页, 第 71 页, 第 77 页, 第 90 页, 第 92 页, 第 126 页, 第 133 页, 第 141 页, 第 174 页, 第 265 页, 第 268 页

Liberty, 自由, 第 76 页

autonomous forfeitures of, 放弃自治的, 第 68—70 页

distinguished from freedom, 区别于事实上的自由, 第 63—64 页

Life decisions, basic, 人生决定, 基本的, 第 54 页, 第 90 页, 第 92 页, 第 93 页, 第 265—266 页

Living will, 生前遗嘱, 第 181 页, 第 324 页, 第 367—372 页, 第 373 页, 第 412 页注释

Locke, John, 洛克, 约翰, 第 183 页, 第 396 页注释

Loth, David and Ernst, Morris L., 洛思, 戴维和厄恩斯特, 莫里斯·L., 第 383 页注释

Lotus eating, 醉生梦死, 第 23 页

Loving v. Virginia, 洛文诉弗吉尼亚案, 第 90 页, 第 387 页注释

Luck, 卢克, 第 31 页

Lyons, Daniel, 莱昂斯, 丹尼尔, 第

222 页, 第 225 页, 第 398 页注释

M

Mailer, Norman, 梅勒, 诺曼, 第 391 页注释

Majority, age of, 多数人, 年龄, 第 326—327 页

Manipulation, 操控, 第 65—68 页, 第 189 页, 第 198 页, 第 232 页, 第 245 页, 第 248 页, 第 344 页

Marijuana, 大麻, 第 17 页

home grown, 在家种植, 第 154 页, 第 155 页, 第 160 页, 第 168 页

medical risks, 医疗风险, 第 160—161 页

Marriage decisions, 结婚决定, 参见 Life decisions, basic, 人生决定, 基本的

Marshall, Justice Thurgood, 马歇尔, 瑟古德大法官, 第 399 页注释

Martyrs, interference with, 自我牺牲, 干涉, 第 24 页

Martin, Judge Boyce, 马丁, 博伊斯法官, 第 282 页

Maugham, W. Somerset, 莫恩, W. 萨默赛特, 第 390 页注释

Mayhem, 故意伤害, 第 102 页

surgical, 外科手术, 第 102 页, 第 393 页注释

Mentorism, 良师益友, 第 375 页注释

Mercy killing, 善心杀人, 参见 Euthanasia,

安乐死

Mercy killing plea as defense to homicide, 善心杀人作为谋杀罪的辩护事由, 第 348—351 页

Mill, John Stuart, 密尔, 约翰·斯图尔特, 第 3 页, 第 12 页, 第 14 页, 第 22 页, 第 56 页, 第 57 页, 第 58 页, 第 60 页, 第 68 页, 第 69 页, 第 71 页, 第 75 页 (on slavery, 关于奴隶问题), 第 76 页, 第 77 页, 第 78 页, 第 80 页, 第 82 页, 第 90 页 (constitutional status of his principle of liberty, 其自由原则的宪法性地位), 第 93 页, 第 124—225 页 (the unsafe bridge example, 危桥示例), 第 126 页, 第 130 页, 第 135 页, 第 375 页注释, 第 379 页注释, 第 383 页注释, 第 384 页注释 (his “moral muscles” argument, 其“道德肌肉”理论), 第 385 页注释, 第 386 页注释, 第 391 页注释

Miller, Judge A. C., 米勒, A. C. 法官, 第 138 页

Miller v. California, 米勒诉加利福尼亚州案, 第 388 页注释

Milo, Ronald D., 米罗, 罗纳德·D., 第 363—364 页, 第 389 页注释

Mistake, 错误, 第 255 页, 第 269—315 页

about background facts, 对背景

事实的,第 273—277 页

in comprehension, 理解上的,第 309—310 页,第 325 页

of fact, 事实的,第 128—134 页,第 152 页,第 153 页,第 159—162 页,第 164 页

about future occurrences, 对未来的,第 277—280 页

honest, 无心的,第 152 页,第 270 页,第 273 页

in understanding what is being agreed to, 在理解同意的内容上的,第 270—273 页

in values, 价值上的,第 62 页,第 128—129 页

Model Penal Code, 《模范刑法典》,第 266 页,第 267 页,第 288 页,第 289 页,第 297—298 页,第 300 页,第 336 页,第 394 页注释,第 402 页注释,第 405 页注释,第 406 页注释,第 409 页注释

Moods, 情绪,第 321 页

Alternating, 交替的,第 362—367 页

Moore v. East Cleveland, 穆尔诉东克利夫兰案,第 90 页,第 388 页注释

Moral fanaticism, 道德狂热,第 46 页

Mormons, 摩门教徒,第 78 页,第 266 页

Moskowitz, Joel S., 莫斯科维茨,乔尔·S.,第 376 页

Motorcycle helmets, 摩托车头盔,第 93 页,第 134—142 页

Motorcycle leaping, 摩托车跨越,第 144 页,第 156—158 页

Mountain climbing, 登山,第 102 页

Murphy, Jeffie G., 墨菲,杰佛里·G.,第 196 页,第 214—215 页,第 249 页,第 250 页,第 264 页,第 397 页注释,第 398 页注释,第 399 页注释,第 400 页注释

Murray, John Edward, Jr., 默里,约翰·小爱德华,第 399 页注释

N

NAACP v. Alabama, NAACP 诉亚拉巴马州案,第 387 页注释

Natanson v. Kiline, 纳坦森诉克兰案,第 412 页注释

Necessity justification in law, 紧急避险,第 151 页

Negligence, 疏忽,第 170 页,第 334 页

Neurosis, 神经官能症,第 152 页,第 162 页,第 171 页,第 307 页

Nicholi, Armand M., 尼克利,阿尔蒙德·M.,第 406 页注释

Nichols v. State, 尼克尔斯诉州案,第 409 页注释

Nonvoluntariness, presumption of, 非自愿性, 假设, 第 124—127 页, 第 175 页

Nozick, Robert, 诺茨克, 罗伯特, 第 217 页, 第 220 页, 第 221 页, 第 223 页, 第 225 页, 第 229 页, 第 245 页, 第 246 页, 第 262 页, 第 394 页注释, 第 397 页注释, 第 398 页注释

Nussbaum, Martha, 努斯鲍姆, 玛莎, 第 380 页注释

O

Obsessions, 强迫症, 第 162 页, 第 343 页

Odysseus at the mast, 桅杆上的奥德修斯, 第 83 页, 第 109 页

Offense principle, 冒犯原则, 第 56 页

Offers, 要约, 第 217—219 页, 第 229 页, 第 231 页, 第 244 页, Coercive offers, 另见强迫性要约

Open options, 开放选项, 第 64 页

Opium, 鸦片, 第 23 页

P

Packer, Herbert, 帕克, 赫伯特, 第 394 页注释

Pains, 痛楚, 第 321 页

Paralysis, 瘫痪, 第 319 页

Parens patriae doctrine of, 国家监护原则, 第 6 页, 第 325 页

Parfit, Derek, 帕菲特, 德里克, 第

86—87 页

Paris Adult Theatre, I v. Slaton, 巴黎成人影院诉斯莱顿案, 第 388 页注释

Paternalism, 家长主义, 第 3—26 页

active and passive, 积极的和消极的, 第 8 页

benefit-preventing, 防止利益, 第 8 页

definition of as a liberty-limiting principle, 作为限制自由原则的概念, 第 4 页

direct and indirect, 直接的和间接的, 第 9—10 页

hard and soft, 硬的和软的, 第 12—16 页, 第 61 页

harm-preventing, 防止损害, 第 8 页

legal, 法律的, 第 7 页, 第 8 页, 第 5 页, 第 61 页, 第 71 页, 第 98 页, 第 249 页

meanings of, 的含义, 第 3—8 页

mixed and unmixed, 混合的和非混合的, 第 8 页, 第 16—17 页

noncoercive, 非强迫性的, 第 7 页

presumptive cases for and against, 支持和反对的假设情形, 第 23 页, 第 25 页

presumptively blamable, 假定应受指责的, 第 4—5 页

presumptively nonblamable, 假定

不应受指责的,第5—6页,第21页
 Paternalistic homicides, 家长主义式谋杀,第410页注释

People v. Ashley, 人民诉阿什利案,第289—290页,第405页注释

People v. Penman, 人民诉彭曼案,第408页注释

Perkins, Rollin M., 珀金斯, 罗林·M.,第291—295页,第330页,第334页,第405页注释,第406页注释,第408页注释,第409页注释

Perry, Ralph Barton, 佩里, 拉尔夫·巴顿,第383页

Personal identity, 个人身份,第84页,第86页

Phobias, 恐惧症,第162页,第163页

Pittacus, law of, 庇塔库斯的法律,第334页

Plato, 柏拉图,第40页,第41页,第57页,第382页注释

Plea bargaining, 辩诉交易,第250页

Peo v. Ullman, 波诉厄尔曼案,第91—92页

Polygamy, 多配偶制,第78页,第266页

Pornography, 色情,第92页

Price tags, fictitious, 价签,虚构的,第202—203页,第240页,第255—256页

Prison death-requests, 服刑者的死亡请求,第351页,第411页注释

Prison experiments, 监狱试验,第122页,第218页,第250页,第259—262页,第400页注释

Privacy, constitutional, 隐私,宪法的,第87—94页

as autonomy, 个人自治,第87—88页,第89—90页,第91页

everyday sense of, 日常的,第89页,第91页

marital, 婚姻,第89页

Privilege to intervene, 干涉的优先权,第195—196页

Prostitution, 卖淫,第9页,第81页,第172页,第295页

Proxy decision making, 代为决定,第322—326页,第346—347页,第373页

Psychic costs, 心理代价,第139—141页

Psychoanalysis, 心理分析,第296页,第406页注释

Psychosis, 精神病,第355页,第412页注释,另见 Derangement, 精神错乱

Public charge argument, 公共指控的依据,第81—82页,第139—141页

Puffery, 夸大其词,第405页注释

Pure food and drug laws, 《纯正食品与药物法案》,第21页

Q

Quinlan, Karen Ann, 昆兰, 卡伦·安, 第 29 页, 第 322—324 页, 第 326 页, 第 371—371 页

R

Rachels, James, 雷切尔, 詹姆斯, 第 347—351 页, 第 353 页, 第 411 页注释
Ramsay, Paul, 拉姆齐, 保罗, 第 96 页, 第 389 页注释

Rape, 强奸, 第 173 页, 第 182 页, 第 242 页, 第 253 页, 第 293 页, 第 294—299 页, 第 303—305 页, 第 329—331 页, 第 406 页注释

Statutory, 制定法, 第 172 页, 第 176 页, 第 330 页

Rationality, 理性, 第 106 页

contrasted with reasonableness, 与合理性对比, 第 106—113 页

economic, 经济上的, 第 109—113 页, 第 114 页

of persons and actions, 人的和行为的, 第 106—108 页

Rawls, John, 罗尔斯, 约翰, 第 36 页, 第 45 页, 第 110 页, 第 184—186 页, 第 381 页注释, 第 389 页注释, 第 396 页注释

Real will theory, 真实意愿理论, 第 185 页

Reasonable and unreasonable risks, 合

理的与不合理的风险, 第 101 页, 第 119 页

five elements, 五个要素, 第 102—103 页

voluntariness of, 自愿性, 第 106—113 页

Red dye no. 2, 二号红色素, 第 21 页

Rees, J. C., 里斯, J. C., 第 388 页注释

Regan, Donald, 里根, 唐纳德, 第 84—85 页, 第 86 页, 第 386 页注释

Regina v. Martin, 雷吉娜诉马丁案, 第 408 页注释

Regina v. Prince, 雷吉娜诉普林斯案, 第 395 页注释

Regrating, 倒卖, 参见 Ingrossing, crime of, 囤积, 犯罪

Respect for persons, 尊重人, 第 96—97 页

Responsibility, 责任, 第 43—44 页, 第 83 页, 第 129 页, 第 158 页, 第 170 页, 第 173 页, 第 176 页, 第 178 页, 第 209 页, 第 259 页, 第 286—287 页, 第 329 页

Restitution, 返还财物, 第 198 页, 第 212 页

Retardation, 智障, 第 319 页

Rex v. Goodhall, 雷克斯诉古德霍尔案, 第 405 页注释

Rex v. Jones, 雷克斯诉琼斯案, 第 404

页注释

Riesman, David, 里斯曼, 戴维, 第 33 页, 第 380 页注释

Rights, 权利

contrasted with one's good, 与好处对比, 第 75 页

discretionary, 自由裁量, 第 53—54 页, 第 88 页, 第 89 页

natural, 自然的, 第 75 页

offshore fishing, 近海捕鱼, 第 54 页

penumbral, 死后的, 第 88 页

positive and negative, 积极的和消极的, 第 53 页

of self-determination, 自我决定的, 第 57—62 页

sovereign, 管理, 第 75 页

to dispose of one's own lot in life, 自我安排人生事务, 第 75 页

Risk, 风险, 第 101—104 页, 另见 Reasonable and unreasonable risks, 合理与不合理风险

assumptions of, 预设, 第 98—142 页, 第 261 页, 第 277—278 页, 第 280—285 页, 第 291 页, 第 295 页, 第 333 页, 第 335 页

component value judgments in, 价值判断要素, 第 103—104 页

in marriage, 婚姻的, 第 285 页

objectively assessable components

of, 客观评价要素, 第 101—103 页

Robbespierre, Maximilian de, 罗伯斯庇尔, 马克西米连·德, 第 40 页

Roe v. Wade, 罗诉韦德案, 第 90 页, 第 388 页注释

Rousseau, Jean-Jacques, 卢梭, 让-雅克, 第 57 页, 第 69 页, 第 385 页注释

Royalty, Kenneth M., 罗亚蒂, 肯尼斯·M., 第 393 页注释

Russell, O. Ruth, 拉塞尔, O. 鲁思, 第 412 页注释

S

Sadism, 施虐狂, 第 72 页

Sartre, Jean-Paul, 萨特, 让-保罗, 第 34 页, 第 380 页注释

Satanic life principle, 罪恶的信条, 第 38 页

Schoeman, Ferdinand, 休曼, 费尔迪南, 第 281—285 页, 第 403 页注释, 第 404 页注释

Schoepenhauer, Arthur, 叔本华, 阿瑟, 第 64 页, 第 385 页注释

Shopp, Robert, 肖普, 罗伯特, 第 386 页注释, 第 411 页注释

Searles, H. F., 瑟尔斯, H. F., 第 406 页注释

Seat belts, 安全带, 第 54 页, 第 55 页

Self-and-other-regarding decisions, 涉己和涉他决定, 第 56 页, 第 93 页, 第

211 页, 第 255 页, 第 261 页, 第 390 页注释

Self-control, 自我控制, 第 40—42 页, 第 46 页

Self-creation, 自我创造, 第 33 页, 第 35 页

Self-deception, 自我欺骗, 第 166—171 页

Self-determination, 自我决定, 参见 Self-creation, 自我创造

Self-discipline, 自律, 参见 self-control, 自我控制

Self-fulfillment, 自我完善, 第 57—58 页

Self-identity, 自我认知, 参见 Individuality, 个性

Self-Legislation, 自我立法, 第 35—36 页, 第 45 页

Self-mayhem, 自我伤害, 参见 Self-mutilation, 自残

Self-made person, ideal of, 自我奋斗, 理想, 第 35 页

Self-mutilation, 自残, 第 9 页, 第 24 页, 第 100 页, 第 102 页, 第 126 页, 第 143—144 页, 第 145 页, 第 172 页

Self-possession, 自我占有, 第 32 页

Self-reliance, 自我依赖, 第 42 页, 第 46 页

Sexual founding, 爱抚, 第 330—332 页

Sexual intercourse, not involuntary

when passionate, 性行为, 冲动之下并非不自愿, 第 117 页

Sherwood v. Walker, 舍伍德诉沃克案, 第 402 页注释

Simmons, A. John, 西蒙斯, A. 约翰, 第 183 页, 第 396 页注释

Single-party cases, 单方情形, 第 9 页, 第 10 页, 第 143—171 页, 第 175 页

Slavery contracts, 奴役合同, 第 24 页, 第 59 页, 第 71—79 页, 第 385 页注释, 第 386 页注释

de facto, 事实上的, 第 72 页, 第 73 页

motives for, 动机, 第 73—75 页

rationales for nonenforcement of, 不具法律效力的依据, 第 79—81 页

Slippery slope arguments, 斜坡理论, 第 346—347 页

Social Darwinism, 社会达尔文主义, 第 287 页

Social security laws, 社会保险法律, 第 18 页

Sodomy, 乱伦, 第 17 页

Soft anti-paternalism, 软反家长主义, 第 15 页

Soft paternalism, 软家长主义, 第 12—16 页, 第 114 页, 第 118 页, 第 119 页, 第 138 页, 第 143 页, 第 144 页, 第 155 页, 第 157 页, 第 262 页,

第 324 页, 第 346 页, 第 353 页

not exactly a liberty-limiting principle, 并非严格意义上的限制自由原则, 第 14 页

not quite reducible to the harm principle, 并不能完全还原为损害原则, 第 13 页

Soft paternalist strategy, 软家长主义策略, 第 26 页, 第 61 页, 第 98—99 页, 第 154 页, 第 172—176 页, 第 231 页, 第 345 页

Sovereign person, 管理者, 第 48 页

Sovereignty, national, 管理权, 国家的, 第 52 页, 第 55 页, 第 56 页, 第 57 页, 第 68 页, 第 70 页, 第 93 页, 第 325 页, 第 379 页注释

contrasted with local autonomy, 与本地自治对比, 第 47—48 页

honored largely in the breach, 作为荣誉, 第 383 页注释

origin of, 源头, 第 382—383 页注释

within the state versus of the state, 国家内对国家的, 第 48 页,

Sovereignty, personal, 自我管理, 个人的, 第 49—51 页, 第 52—97 页, 第 136 页, 第 383 页注释, 另见

Autonomy, personal, 自治, 个人的

domain boundaries of, 的边界,

第 52—57 页

relation to personal good, 与个人好处的关系, 第 58—62 页

temporal boundaries of, 现时的边界, 第 181 页, 第 362 页,

Spartan-like regimes, 斯巴达式的城邦国家, 第 24—25 页, 第 77 页

Speculatortors, 观众, 第 277—278 页

Sports, dangerous, 运动, 危险的, 第 144 页

Stanley v. Georgia, 史坦利诉佐治亚州案, 第 90 页, 第 387 页注释

State v. Aaron, 州诉阿隆案, 第 408 页注释

State v. Betts, 州诉贝茨案, 第 392 页注释

State v. Eitel, 州诉埃特尔案, 第 392 页注释

State v. Ely, 州诉艾利案, 第 294 页

State v. Sankey, 州诉桑基案, 第 406 页注释

State v. Shurtliff, 州诉舒尔特利夫案, 第 406 页注释

State v. Smith, 州诉史密斯案, 第 408 页注释

State v. Yeargan, 州诉伊尔根案, 第 408 页注释

Stephen, James Fitzjames, 斯蒂芬, 詹姆斯·菲茨詹姆斯, 第 17 页, 第

377 页注释

Stevens, Justice John Paul, 斯蒂芬斯, 约翰·保罗大法官, 第 399 页注释

Stewart, Justice Potter, 斯图尔特, 波特大法官, 第 87—88 页, 第 282 页

Strict liability, 严格责任, 第 176 页

Suicide, 自杀, 第 9 页, 第 10 页, 第 24 页, 第 42 页, 第 77 页, 第 93 页, 第 99 页, 第 100 页, 第 102 页, 第 126 页, 第 344 页, 第 360 页

assistance in, 协助, 第 127 页, 第 172 页

attempts, 意图, 第 144—145 页, 第 393 页注释

crime of, 犯罪, 第 391 页注释

Kant's arguments against, 康德的反对理由, 第 94—96 页

Pacts, 约定, 第 79 页

Superintendant of Belchertown State School v. Saikewicz, 柏赤镇公立学校主管诉赛科维奇案, 第 322—324 页, 第 326 页, 第 407 页注释

T

Talis qualis judgments, 本来测试, 第 149—150 页, 第 209 页, 第 261—262 页

Ten, C. L., 坦, C.L., 第 384 页注释, 第 388 页注释

Terry, Henry T., 特里, 亨利·T., 第 389 页注释

"That's Incredible", "这是不可能的", 第 156—158 页

The Queen v. Flattery, 女王诉福莱特利案, 第 294 页

Theft, 财产犯罪, 第 267—268 页, 第 285—291 页, 第 298—299 页, 第 402 页注释, 第 405 页注释

consent as a defense to, 同意作为辩护事由, 第 337—340 页

by deceit, 以欺骗的方式, 第 285 页, 第 288 页, 第 289 页, 第 294 页, 第 405 页注释

by force or violence, 以暴力或强制的方式, 第 286 页

by fraud, 以欺诈的方式, 第 287 页, 第 405 页注释

of services, 对服务的, 第 295 页, 第 297 页, 第 402 页注释

by stealth, 秘密窃取方式, 第 287 页

by trick, 以诈骗的方式, 第 287 页, 第 405 页注释

Threats, 威胁, 193—194, 第 200 页, 第 217—219 页, 第 230 页, 第 232 页, 第 258 页

bluffing, 虚张声势, 第 301—302 页

credibility of, 信用, 第 198 页

distinguished from offers, 与要约相区别, 第 219—228 页

from nature, 本质, 第 193 页, 第

195 页

“noncoercive”, “非强迫性”, 第 259 页

Three-party cases, 三方情形, 第 149 页

Ticket scalping, 倒卖门票, 第 81 页

Titmuss, Richard, 蒂特马斯, 理查德, 第 399 页注释

Tolstoy, Leo, 托尔斯泰, 列夫, 第 380 页注释

Torts, law of, 侵权, 法律, 第 250 页, 第 252 页, 第 253 页

Twenty-sixth Amendment, 第二十六修正案, 第 327 页

Tow-party cases, 双方情形, 第 9 页, 第 145 页, 第 146 页, 第 148 页, 第 156 页, 第 172 页

U

Uncommon silliness, an insufficient ground for unconstitutionality, 非同寻常的愚蠢, 不足以成为违宪的理由, 第 88 页

Unconscionable contracts, 昧良心的合约, 第 81 页, 第 249—253 页, 第 264 页, 第 265 页, 第 279 页, 第 400 页注释, 第 401 页注释

Unequal bargaining positions, 不平等的议价地位, 第 249—253 页, 第 264 页, 第 279—280 页

United States Supreme Court, 美国最

高法院, 第 87 页, 第 93 页, 第 252 页
United States v. Arthur Baldwin, 合众国诉阿瑟·鲍德温案, 第 281—285 页, 第 403 页注释

United States v. Bethlehem Steel Corporation, 合众国诉伯利恒钢铁公司案, 第 252 页, 第 399 页注释

Unwelcomeness of threatened consequences, 威胁后果的不受欢迎性, 第 198 页, 第 201—202 页, 第 204 页, 第 205 页, 第 207 页, 第 213 页

Usury, 高利贷, 第 9 页, 第 80 页, 第 172 页, 第 263—265 页, 第 279 页, 第 401 页注释

Utilitarianism, 功利主义, 第 75 页, 第 77 页, 第 280 页, 第 384 页注释, 第 410 页注释

V

VanDeVeer, Donald, 范德维尔, 唐纳德, 第 235 页, 第 395 页注释, 第 399 页注释

Volenti non fit injuria, 有同意无被害原则, 第 10 页, 第 11 页, 第 100 页, 第 173—177 页, 第 186 页, 第 197 页, 第 261 页

Voluntariness, 自愿性, 第 82—83 页, 第 112 页, 第 113—115 页, 第 121 页, 第 142 页, 第 244 页

in the circumstances, 在此环境

下, 第 122—123 页, 第 196 页, 第 262 页

contextual variation in standards for, 标准的背景改变, 第 121—123 页, 第 261—262 页, 第 284 页, 第 335 页, 第 338—339 页, 第 390—391 页注释

degree of, 的程度, 第 104 页, 第 255 页, 第 258 页, 第 300—305 页, 第 309 页

effect of depression on, 压力的影响, 第 351—367 页

effect of euphoria on, 欣快症的影响, 第 366 页

“enough” for a purpose, “足以” 达致某个目的, 第 105 页, 第 117—118 页, 第 146 页, 第 154 页, 第 155 页, 第 157 页, 第 158 页, 第 159—160 页, 第 170 页, 第 174—175 页, 第 178 页, 第 198 页, 第 200 页, 第 211 页, 第 212 页, 第 246 页, 第 253—254 页, 第 262—263 页, 第 274 页, 第 278 页, 第 280 页, 第 283 页, 第 304 页, 第 309 页, 第 311 页, 第 314 页, 第 315 页, 第 335 页, 第 339—340 页, 第 341 页

fallibility of tests of, 测试的不可靠性, 第 79—80 页, 第 174 页

full, 充分的, 第 104 页

involuntary extreme, 极端不自

愿, 第 104 页, 第 255—256 页, 第 340 页

of life requests comparted with death requests, 生的请求对比死的请求, 第 363 页

and nonvoluntariness, 非自愿性, 第 104 页, 第 124—127 页

perfect, 完美的, 第 113—117 页, 第 255 页

of reasonable and unreasonable risks, 合理和不合理的风险, 第 106—113 页

of release requests, 提出要求, 第 349 页

senses of, 含义, 第 207 页, 第 256 页

standards of, 标准, 第 114—115 页, 第 120 页, 第 126 页, 第 146 页

subjective and objective standards of, 主观和客观标准, 第 198 页, 第 200 页, 第 255 页, 第 259 页, 第 261 页

tailored and untailored standard of, 定型的和未定型的标准, 第 122—124 页, 第 149—150 页, 第 170 页, 第 209 页, 第 261—262 页

as unforced choice, 非受迫性选择, 第 207 页, 第 256—258 页

variable standards of, 可变的标准, 第 117—124 页

as willingness, 意愿, 第 207 页,
第 26—58 页

Voluntariness-reducing factors, 降低
自愿性程度的因素, 第 111 页, 第 146
页, 第 164 页, 第 170 页, 第 176 页,
第 188 页, 第 248 页, 第 254—255 页,
第 269 页, 第 311 页, 第 322 页

classified, 分类, 第 150—153 页

Voluntary army, 志愿军, 第 250 页

Von pufendorf, Samuel, 普芬道夫,
塞缪尔, 第 409—410 页

Von Wright, G. H., 冯赖特, G. H.,
第 390 页注释

Voting age, 选举年龄, 第 327 页

W

Waivers of right to information, 剥夺知
情权, 第 310—312 页, 第 407 页注释

Wallendas, Flying, 沃伦达斯, 弗莱
因, 第 168—169 页

Warnings, bluffing, 警告, 吓唬, 第
302 页

Warren, Chief Justice Earl, 沃伦, 厄
尔首席大法官, 第 91 页

Waterfall rafting, 瀑布漂流, 第 144 页,
第 153 页, 第 154 页

Water skiing, 滑水, 第 154 页

Wayne, John, 韦恩, 约翰, 第 22 页

Weakness of will, 意志薄弱, 第 109
页, 第 112 页

Weale, A., 威尔, A., 第 395 页注释

Wertheimer, Alan, 维特海默, 艾伦,
第 399 页注释

Weskin, Robert, 维斯金, 罗伯特, 第
349 页, 第 411 页注释

Wharton, Francis, 沃顿, 弗朗西斯,
第 288—289 页, 第 405 页注释

Whose Life is it Anyway?, 《生命究竟
属于谁? 》, 第 352—362 页

Wikler, Daniel, 维克勒, 丹尼尔, 第
29—30 页, 第 379 页注释

Wilkie, Wendell, 威尔基, 温德尔, 第
39 页

Williams, Glanville, 威廉姆斯, 格兰
维尔, 第 145 页, 第 391 页注释, 第
393 页注释

Willingness, degrees of, 意愿, 的程度,
第 297 页, 第 238 页, 第 257—258 页,
第 330—331 页, 第 335—337 页

Wilson, John, 威尔逊, 约翰, 第 394
页注释

Wolff, Robert Paul, 沃尔夫, 罗伯特·保
罗, 第 35—36 页, 第 381 页注释

Wuthering Heights, 《呼啸山庄》, 第
110 页