

【美】乔尔·范伯格 著

The Moral Limits

Of

The Criminal Law

刑法的道德界限

(第一卷)

对他人的损害

Vol. 1 Harm to Others



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

Vol. 1 *Harm to Others*

作者乔尔·范伯格（1926-2004）是美国当代著名法哲学家，长期在美国多所著名大学任教，他的著述颇多，在法哲学领域学术影响重大。

《哈佛法学评论》称他在“政治和社会哲学领域具有重大影响……实际上，在过去十五年里从事法学理论和道义责任理论写作的人都从他的身上获益巨大”。

《刑法的道德界限》（四卷本）（1984-1988）是范伯格最重要的、也是学术影响力最大的著述之一。基于刑法自由主义的立场，范伯格围绕着“损害”和“侵犯”这两个关键词阐述了刑事立法应有的道德界限，超出此，则会破坏刑法的正当性。

<http://www.cp.com>

ISBN 978-7-100-10134-9



9 787100 101349 >

定价：49.00 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

（第一卷）

对他人的损害

Vol. 1 Harm to Others



商务印书馆
The Commercial Press

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法的道德界限. 第1卷, 对他人的损害/(美)范
伯格著; 方泉译. —北京: 商务印书馆, 2013
ISBN 978-7-100-10134-9

I. ①刑… II. ①范… ②方… III. ①道德—关系—
刑事立法原则—研究 IV. ①D914.04 ②B82-051

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 166793 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

第一卷

对他人的损害

〔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

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-10134-9

2013年12月第1版

开本 787×960 1/16

2013年12月北京第1次印刷

印张 21 1/4

定价: 49.00 元

Joel Feinberg

THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW

Volume One

HARM TO OTHERS

Copyright © 1984 by Oxford University Press, Inc.

本书根据牛津大学出版社 1984 年版译出

献给贝蒂



《对他人的损害》是《刑法的道德界限》四卷本中的第一卷。第二卷《对他人的冒犯》将讨论冒犯行为、深度冒犯行为（如侮辱尸体、亵渎圣物，以及在公众场合展示令人憎恶的政治性标志，如纳粹卐字和三 K 党服饰），以及淫秽与色情行为。第三卷《对自己的损害》讨论法律家长主义、个人自治的本质，以及被害人同意的内涵。第四卷《无害的不法行为》讨论各种在“法律道德主义”名下无法区分的不同情形，包括主张刑事强制可以以保全生命、维系道德、防止通过剥削以获取不法所得等为根据——即使当中并不存在“被害人”亦无提升品位及完善人格等作用——被正当化。

本书各卷的写作始于本人参与的一项关于“无被害人犯罪”问题的四方合作研究工作。另外三位合作者皆是当时纽约大学法学院的著名教授。海曼·格罗斯（Hyman Gross）打算写一篇关于刑法如何发挥其功能的文章；格拉汉姆·休斯（Graham Hughes）计划写关于在美国宪法辖下犯罪化界限的文章；彼得·齐姆罗斯（Peter

Zimroth) 计划就犯罪化的附随成本写一篇社会学方面的论文。我的工作则是就这个问题的“哲学部分”写一篇短文。我答应他们我会在一个月左右的时间内完成任务。

viii 齐姆罗斯很快就完成了他那篇出色的文章。格罗斯则希望在动笔前先拜读休斯的大作，这是有道理的；而休斯也出于同样的道理，希望在他动笔前先看到我的文章。我的“短文”却越写越长，如果不甘心陷入空洞的自由主义口号和哲学上的老生常谈，我的文章看来就短不了。我很快就失望地发现，这个问题的所谓“哲学部分”本身就是一个完整的问题体系，且从未被系统阐述过。我已经深陷“泥潭”，这次合作就这样瓦解了。

现在，我已经认识到，犯罪化界限问题的道德部分正是这个问题最深刻也是最困难的部分。哲学家不仅要建立并适用原则，还要分析或区分概念。这项研究的每个主要部分都涉及既困难又关键的概念：损害、冒犯、自治和自愿，以及道德。每个核心概念都使分析论证陷入一个由相互关联的名词所编织的网：利益、不法、不作为、原因、自愿、合理性、理性、风险、剥削、强迫、欺诈、无行为能力、神经官能症、抑郁、选择、社区、社会变迁、人格。充分阐释其中任何一个概念往往正是所有其他概念得以明晰的前提。悲观主义者的观点可能有些道理，但只要走向光明存在可能，就应该以理性的顺序推进对这些主题的探讨，全部的研究应当形成适当的构架，首先讨论最重要的问题。我正是努力这样做的。

感谢格罗斯、休斯和齐姆罗斯，也要感谢伊丽莎白·西弗顿(Elizabeth Sifton)和维京出版社(Viking Press)，他们在我工作的前几个年头始终保持耐心，感谢人文科学和洛克菲勒基金会为之后的写作提供资助。本书的主要工作都是在学术假期的那一年里完成的，这要感谢亚利桑那大学的系主任保罗·罗森布拉特(Paul Rosenblatt)

先生。

在哲学上为我提供帮助的人实在太多了，无法在此一一致谢。我希望我在注释中都记得提及他们了。无论如何，他们心若有知，我希望他们都能感受到我的由衷谢意。我以前的同事约西亚·S. 卡尔贝里（Josiah S. Carberry）同样对本书作出贡献，他甚至可能会跑去控告我剽窃，由他去告吧，他赢不了。

乔尔·范伯格

图森，亚利桑那州

1983年6月

本卷的诸多部分——从某些片段到章中的主要节，均曾以论文的形式单独发表过。我很感谢出版者允许这些由他们持有版权的文章重新在此出版。第一章和第二章中的部分内容以“损害与利己”为题发表于 P.M.S. 哈克 (P.M.S. Hacker)、J. 拉兹 (J. Raz) 编：《法律、道德与社会：献给 H.L.A. 哈特的文集》(*Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*) (牛津：克拉伦登出版社，1977 年版)，第 289—308 页。第四章第一—三部分的缩略版发表于 1983 年 8 月 17 日在芬兰赫尔辛基举行的第 11 届世界法哲学与社会哲学大会上。大会论文集的编者特别安排重印。该论文同样也发表于《刑事司法伦理》(*Criminal Justice Ethics*) 第三卷第三期 (1984 年)。第五章第六部分的 3 个段落，摘自本人论文《自由表达观点的限制》(“Limits to the Free Expression of Opinion”)，载于乔尔·范伯格、海曼·格罗斯合编之《法哲学》(第 2 版) (贝尔蒙特，加州：沃兹沃斯出版公司，1980 年版) 第 196—197 页。第五章第七部分以“自

由利益在天秤上的位置”(“The Interest in Liberty on the Scales”)为题发表于阿尔文·I. 戈曼 (Alvin I. Goldman)、金在权 (Jaegwon Kim) 编:《价值与道德: 纪念威廉·K. 弗兰克纳、查尔斯·L. 史蒂文森、理查德·B. 布兰特文集》(*Values and Morals: Essays in Honor of William K. Frankena, Charles L. Stevenson, and Richard B. Brandt*), 第21—35页 (荷兰, 多德雷赫特: 莱德尔出版公司, 1978年版)。

目 录

导 论	/1
一、本书的基本论题	/1
二、道德合法性的概念	/4
三、限制自由原则的提出	/6
四、限制自由原则的一般内涵	/10
五、自由主义	/13
六、方法论	/16
七、基本犯罪和衍生犯罪	/20
八、刑法的替代选择	/23
九、怀疑主义	/27
第一章 损害与对利益的阻碍	/30
一、“损害”的含义	/30

二、福利性利益与隐性利益	/36
三、利益与需求	/38
四、损害、伤害及冒犯	/46
五、影响利益的行为或其他事实	
造成损害的方式	/53
六、利益网络的概念	/57
七、受法律保护的利益	/64
 第二章 疑难案例	 /68
一、道德损害	/68
二、利他性利益和替代性损害	/74
三、死亡和死后的损害	/85
四、生存利益	/89
五、生存利益的适格主体	/96
六、注定毁灭的利益与损害发生的时间	/100
七、对死后不法行为的说明	/102
八、出生与出生前损害	/104
 第三章 损害与不法侵犯	 /115
一、动词形式：损害与不法	/115
二、损害与损伤	/116
三、道义上的可责性	/118
四、损害即对权利的侵犯	/120
五、损害与同意：“愿者不受害”准则	/125
六、被害人的概念	/128
七、损害行为中的“因果关系要素”	/130

第四章 未防止损害发生	/138
一、随手施救与坏撒马利亚人	/138
二、积极救助中单方受益的困惑	/142
三、麦考利爵士的划线问题	/166
四、不作为及其他不行为	/176
五、施救的法律义务是否过度干涉自由?	/181
六、因果关系的道德意义	/184
七、不作为的结果	/191
八、原因上无关条件的排他性	/203
九、小结	/207
第五章 对损害的衡量与比较	/210
一、适用损害原则的调和性准则	/210
二、损害的大小	/211
三、损害的可能性	/213
四、整体损害	/217
五、统计歧视与损害净减	/222
六、损害的相对重要性	/226
七、自由利益在天平上的位置	/230
八、小结：对损害原则的限定	/239
第六章 公正地将损害归责	/244
一、竞争性利益	/244
二、对公共利益的损害	/248
三、累积性损害	/252

对他人的损害

四、环境污染：公共累积性损害的示例	/254
五、模仿性损害	/260
六、小结：对损害原则的特别限定	/273
注 释	/276
索 引	/313

一、本书的基本论题

本书试图为如下问题寻求一个一般性的、尽管十分复杂的解答，即“国家可以将何种行为正当地犯罪化？”¹此主题颇大，但相较于约翰·斯图尔特·密尔（J. S. Mill）的著作《论自由》所欲阐述的主题“社会对个人合法行使权力的本质及界限”而言，仍属细小。本书仅涉及国家通过刑法行使的那部分权力。与密尔不同，本书关注政治权力的行使，略去由私人交往、公众舆论或“习俗的暴政”等引发的对个人自由的干涉。此外，本书也忽略国家权力行使中较为平和的部分，如征税、宣传、颁发执照、选择性资助等，从而更加集中于对以刑罚处罚为威慑手段的禁止性规范的研究。本书的论题与密尔宏大主题的不同之处则在于，两者都旨在强调行使国家权力的合法性。

将本书的议题限定于此，部分源于方法论上的考虑。即使要对社会权力作出某种全面研究，一般也会首先从那些以相对强势且明显的形式对自由进行较大干涉的政治强制入手，然后再根据主要的研究结论，推至更为微妙的强制方式上。密尔本人未必赞同此种论证顺序，因为他只关心超政治形式的社会控制和超法律形式的政治控制。正如

- 4 C. L. 坦恩 (C. L. Ten) 所指出的那样,“对于密尔来说,非法律强制远比刑罚更加无处不在且更加暗藏杀机,因为这些强制手段‘侵入个人生活细节,奴役人们的灵魂,让人无处可逃’”。² 不论刑法内容如何,统一思想的社会压力仍会继续对个人选择产生影响,但这并不意味着刑法的规范命令对自由事业漠不关心。刑事立法一方面会加强社会强制力,另一方面也会形成自我约束力。为推行公共观点,刑罚处罚使非主流意见者陷入自由不保、前途黯淡的恐惧焦虑当中。仅凭刑罚就能给他们贴上来自社会最严厉的耻辱标记,彻底摧毁其人生、职业及家庭规划。这些法律干涉之所以得到我们的优先关注,不仅仅因为它们更加引人注目并更具理论可行性,还因为它们对个人利益所产生的巨大破坏。虑及犯罪化的固有成本,若某个特定禁止性规范超越了道德合法性的界限,则其本身就是一项严重的道德犯罪。

本书主题可以理解为向民主国家的理想立法机关提供立法依据。若立法机关要在道德为立法决策设置的界限内作出选择的话,我的目的与其说是列明立法机关在其明智而有效的刑法典中将会采纳的那些依据,倒不如说是论证它可以采纳的那些界限标准。这部四卷本的著作是对立法活动中道德约束的考量。因此,这是一部涉及应用道德哲学的作品,尽管会偶尔提及有关各类犯罪的理论,但并不为立法中的问题提供具体答案,而只试图提出一套连贯一致、言之成理的道德原则,引导立法者运用道德限制约束其立法选择。对于这些道德原则的利弊效用分析,必定影响立法者在本书提出的道德限制选项中作出选择,对此,本文不做探讨。在适当的界限内,立法者必须考虑选项的社会效用,及其对各类私人或公共利益、各类需求、压力,甚至所谓狭义上的“政治”要求(相互吹捧、互相妥协、偿还政治债务等)等方面可能造成的影响。但本书的基本要义却不在于讨论社会效用或实用智慧。我不是要为立法者于其可能的立法范围内,提出某

个貌似“好主意”的建议：本书探究的不是有用的政策，而是有效的原则。³

某个实际存在的法律系统，无论是美国还是其他国家的法律系统中的宪政问题亦非本书要旨。不过，既然我们的目的是要将正当的立法目的从不正当的立法目的中区分出来，我们的结论可能对法庭也是有用的：他们在审查法律条文是否正当时，肯定会用到这些原则。如果自然法学的一些说法可以适用于（比如）美国法律体系的话，那么，在这个法律体系中，一个道德上不正当的条文就不可能获得法律效力。由此，若本书是关乎道德哲学的，也就必然是关乎宪法的。但这一理解显然超出了我对本书的有关声明。本书面对的是理想的立法机关，而非理想的最高法院。我已准备好在开始论述前即假定：（1）一些合宪的法律条文未必在道德上正当，但其法律效力并不会因此有任何降低；（2）一些道德上正当的法律条文未必是合宪的。在我们（肯定是非常庞大）的法律体系中，无论法律效力和道德合法如何交叉重叠，它们确是相互区分、各自独立的两个概念。如果你的法理学知识让你认为合众国宪法包含（并未精确表述）全部正确的道德原则；同时，如果你接受本书对其中部分原则的阐述，那么，你可以将本书当作一本有用的宪法解释著作。但如果你认为法律是一回事，而道德是另一回事，并且认为在一个合宪有效的法律体系中，二者无需完全吻合，那么你至多可将本书作为对立法者的道德指引。简而言之，我们的研究力求在法哲学问题上保持中立。所论及者即使是极端宪法实证主义者亦应可相容。当然，如果哪位自然法学者认为本书可以用作开启隐藏在我们传统宪法字面下的那部“未明写的道德宪法”的钥匙的话，我也乐观其成。

即使是极端的实证法主义者也会同意，无论宪法在何处作此要求，法庭其实都在应用他们自己的道德标准，包括立法的合法性标准。

我认为，毋庸置疑的是，宪法的确为最高法院留出若干有限的道德空白由其审查。在我看来，在法律或解释原则方面留出的这些空白，就是让最高法院以其自有标准来解释何为“合理”或“不合理”的搜查或扣押，何为“酷刑”或“非酷刑”，何为“公正”或“不公正”的补偿、“过分”或“不过分”的罚金或保释金，何为“正当”程序或“平等”保护，以及（特别是）何为“合法的”、“受到强制性保护的”国家利益。无论如何，正是我秉持的某些司法审查就是道德审查的观点，鼓励我不时对最高法院关于风化和个人自由等问题的司法见解提出批评。

- 本书的各卷亦可被视为（听来有些冒昧）面向假想的立法会中理想的宪法立法者提出的见解。合乎理想道德的宪法的起草者们必将
- 6 以“国会不应制定具有……如此这般特性的法律”的格式，将本书有关道德合法性的理论撰写为宪法规定。可能他们会说明，以刑罚为后盾的禁止性法律必须具备合法的目的，如某某目的，也必须与该目的的实现实际相关，且不因过度而造成对自由不必要的限制，等等。如果这部理想的宪法纳入了立法合法性的正确原则，那么即使是自然法学家也可以接受其法律效力。而一旦这样的宪法生效，其包含的原则也会被实证主义者所接受（由于它的法律效力）。由这样的宪法建立的法律体系实际上必可将实证法学与自然法学的“承认规则”（法律条文效力的标准）协调起来，成为一种在法律上生效的自然法文件。

二、道德合法性的概念

本书预设一个基本的区分，即刑法条文分为依据有效的道德原则而“具合法性”的刑法条文，以及综合考量合法性及有用性、合理性、

经济性、民意等因素的“正当”的刑法条文。在此，本人无意对道德合法性进行深入的哲学分析，那样做既困难又牵扯精力，并且由于对这个概念大家都有直觉上的理解，因而也是不必要的。合法性的概念并非某种神秘哲学的发明，它存在于路人皆知的概念范围内。其日常用法示例如下：

设若我正沿着第五大道向北游逛，一个红头发的陌生人拦住我，要我说出正要去向何方。作为回应，我的第一个反应就是反问他，为什么他要知道这个。我会油然地感到奇怪，自然就礼貌而随和地问他，是否该就这个提问说出一个好的理由。但他粗鲁地打断我的询问，不由分说地命令我回答他的问题，否则就“有好瞧的”。我的情绪肯定也会立刻改变，我会说，“我去哪里是我的事，与你无关。我拒绝回答你，你不是我的主人，不是我的老爷，也不是警察，你没有任何直接或间接的权力这样对我，现在就请闪开去。”

如果那个陌生人不管怎样都坚持挡住我的去路，不让我继续北行，则他对我自由的干涉就是非法的、不适当的，或说是道德上不正当的。请注意，这些用词均非法律术语或政治术语。如果法律授权所有红头发的男人可以向所有秃顶的白人女性发问并予以强行管制，则这一授权在道德上就是非法的，规定该权力的条文，不论其法律或宪法属性如何，在道德上都是不正当的。同理可得，法律若以刑罚处罚为威胁，规定向北走是非法的，并将执行的权力授予警察而非平民，那么我们可能会抱怨，并无适当的理由说明行人行走的方向关国家什么事。即使宪法授权立法者制定如此法律，这法律也是错的，因为立法者是在以如此独断的方式执行其由宪法赋予的权力。仅当出于辩论的目的，我们可以向实证法主义者证明，这种情形将导致法律权威的暴政，直至司法亦失去道德正当性。不过本书并不讨论法律权威的问题。

三、限制自由原则的提出

若将“自由”简单地理解为法律强制的缺席，则本书各卷的基本问题即可统一表述为“个人自由的道德界限”。若一国制定一法律，以刑罚的痛苦为后盾，禁止公民为 X 行为，意即公民不能“自由地”实施 X 行为。相比此法产生前，公民有意为之时，刑罚的威胁将直接影响其内心动因，从而实际减少 X 行为的实施。我们可以想见，刑法典中规定的行为必定要么是（1）被要求的行为（义务）；要么是（2）单纯被允许的行为（我们“自由地”实施或尽量不实施的行为），或是（3）被禁止的行为（犯罪）。哪里没有强制性法律，哪里就有自由。因此，既然（1）和（3）在规定强制性威慑方面是类似的，则公民的自由圈与第（2）类对应。若法律要求我们为 X 行为（义务），则在刑罚的威慑下，我们必不能不去实施 X 行为；若法律禁止我们为 Y 行为，则法律以刑罚威胁要求我们不能为 Y 行为。本书的目的就是要划出支持公民自由诉求，让其从法律强制中脱身的道德底线。

在此构思下，即使在国家强制之外划定了适当的自由地带，它与来自其他个体的干涉之间仍无道德藩篱。说某人有自由实施 X 行为，即是说他无须就 X 行为负有法律义务。他既无义务为 X 行为，也无义务不为 X 行为。他可以为 X 行为，也可以不为 X 行为，全凭他高兴。但这并不是说就 X 行为而言，其他社会个体对他负有某种义务。在他选择为 X 行为时，可能某些人负有不干涉的义务，但并非仅因某人的自由状态就能够使他人产生不干涉的义务。只要可能，两人（或更多人）可以自由地做同一件事，哪怕在竞争状态下，最多只有一人能够得偿所愿。例如，A 和 B 都看到人行道上的百元钞票，此时，两人都有自由将其据为己有，但如果他们都想行使该自由，则只有那个

更快地跑到钞票处的人才能实现这个自由。

另一方面，我对自己口袋里的 100 元钱主张权利这件事则要严重得多，在我自由地选择占有与否时，他人负有不干涉的义务。我可以自由地按我所愿处分这钱，就此钱而言，没人拥有与我相同的自由。换言之，我对此钱享有请求权。一般而言，请求权指为实现本人的自由而要求他人承担的义务（通常为不干涉的义务）。

刑法不仅通过强加义务、给予自由来规范自由，同时也授予对抗他人的权利以保护权利的行使。某条法律要求人人都有义务（比如说）不袭击约翰·多伊（John Doe），这个一般性义务的好处就是加强了多伊的自由（他可以按其所愿来去自由），限制其他人恰是为保护他行使自由权利。但并非所有的法律责任均基于保护自由。刑法条文也可只规定人人都有义务实施 X 行为（例如每晚做祷告），这个义务并不能理解为不干涉另一方自由的义务。

将因强制性法律义务导致的不能为与其他原因下的不能为区分开来十分重要。某人不能实施的行为并不等于他没有自由实施该行为。在我们的日常行为中，除了以刑罚为威胁的禁止性法律规范外，还有许多其他的限制。我不会说俄语，也跳不了 7 英尺高，撰写不出核物理方面的著作，也生不出孩子。但并不能因此说我没有自由或权利做这些事。自由并非不存在任何限制或其他任何可以阻止我做某事的情形，而是指不存在某种特定的通过生效法令规定的限制。这一点看似文字上的吹毛求疵，实际上却能引出对重要性的评价判断。自由是一种具有极高价值的善，对于获得美好人生来说十分必要（参见第五章第七部分和第十九章第三部分）*，但它绝非唯一重要、因而也

* 《刑法的道德性》（四卷本）的章节排序是从第一卷起四卷连续排序，而不是每一卷重新排序。因此这里说的第十九章第三部分不在本卷，而是在第三卷中。——译者注

- 并非完备的善。在我们的自由国家里，穷人和富人同样拥有购买凯迪拉克汽车⁹的自由，但不同的是富人有两种善：自由和金钱，而穷人仅有自由。就取得车辆所有权而言，没有钱的自由和有钱而没有自由一样，都毫无用处。⁴同理可得，在生活的其他领域里，那些缺乏才能、知识、友谊或健康支撑的自由也毫无用处。即使是单纯法律上的善也绝非自由和请求权即可穷尽。订立契约，或是选择与任何同意方缔结婚姻，或是通过遗嘱、遗赠转移财产等法律能力，并不等同于自由（亦即这些权利并非不存在需要承担的责任），然而它们同样是值得珍视的法律途径（能力），足令人们为之战斗。

从来无人否认自由的必要性，因此很多研究相同论题的作者都认同某种“自由优先的假设”，这个假设要求立法者在其他条件相同的情况下，无论何时在面临对公民施加法律义务或让公民保有自由的两种选择时，应当将选择的自由留给个人；当然，这同时也容易导致对自由价值的过度评价。自由应当作为默认值，强制则永远需要其正当理由。我们可以将这条“假设”及其正当化理由称为“自由的假定情形”。我们不会为此驻笔不前（但可参见第五章第七部分，第十八章及第十九章第三至五部分），只一句足矣：一个被剥夺自由的人会觉得好像失去了属于人的固有的东西，若我们设身处地地想想，一定也会心有戚戚；其次，无论是个人还是社会，失去自由意味着失去处理无法预见的偶发事件所必须的灵活性和主动性；最后，自由公民通过不断地培养选择能力、决断能力以及预测责任的能力，更易成为能力十足而富于创造性的人。或许这些不言自明的常理，并未涉及自由的全部情形，但已足够得出自由优先的假设，并将论证的责任留给那些强制规范的鼓吹者，他们必须就各类特定情形，从问题的另一方面以更加充分的理由证明自由可以被忽视。

由此自然地提出了本书基本论题的另一种表达：何等事由能够

反驳此自由优先的假定？对此，我以所谓“限制自由原则”（亦即“强制合法性原则”）的形式予以解答。限制自由原则认为，即使存在更重要的事由，某个与道德相关的依据总是以某种形式支持刑事立法。依照这个思路，哲学家们提出了各种各样的限制自由原则，¹⁰ 它们互相区别、相互独立，但绝不彼此对立。其中，不只一条，甚至所有的原则都可能是正确的。而本书列出的内容彼此之间并不相互矛盾。

有必要指出，这些限制自由原则其实并未提出将国家强制合法化的充分必要条件。某个限制自由原则之所以并不提出此类充分条件，是因为在特定情形下，它所提出的相关依据的作用力往往无法与自由优先的常设假定相提并论。这个假定不仅以一般性的道德考量和实用考量作为支撑，⁵ 同时还可以在具体情形下，求诸犯罪化带来的直接或附生的实际成本作为反证。一项新的罪名可能滋生一系列问题：法庭设施问题、因更多职责而产生的各类警察机构、拥挤的监狱为专门滋生犯罪的有组织犯罪企图提供平台。⁶ 单是表明特定的刑法条文总有某个特定的道德依据，并不表明该道德依据对于手头的情形来说就一定具有充分的、结论性的作用。在特定的立法语境中，总有一些在其他角度看来同样重要的依据被忽视。此外，自由限制原则无意为刑法条文的正当化提出某个必要条件。任何限制自由原则都不去断言已有的其他原则的真伪，实际上，任何一条原则都不会宣称其他原则无效。也许不只一条强制合法化原则为某个犯罪化立法提出了同一条相关性依据，但没有一条原则可以提出一个对所有犯罪化的正当性来说均为必要的条件。简言之，各条限制自由原则都会提出一条相关的并有些作用的依据，来支持其提出的法律强制，尽管在特定情形下，该事由并不足以成为相关考量中决定性的、或者并不是唯一的选择。

四、限制自由原则的一般内涵

关于一级犯罪的禁止规范的正当性应该没有争议的。谋杀、强奸、严重的袭击及殴打行为，在文明世界的任何地方均被规定为犯罪（可能冠以其他名称），没有哪个理性的人会鼓吹将它们非犯罪化。与这些严重的“针对人身的犯罪”一样，很少受到争议的还有各类严重的“针对财产的犯罪”：抢劫、巨额盗窃以及其他涉及诈骗和侵占的罪行。此两类犯罪的共同要素是对个人和群体造成严重的损害后果。其他一些行为，如疏忽驾驶、疏忽令致命武器走火等，对它们的禁止是适当的，并非因为这些行为必定在每次情形里都造成损害，而是因为它们对他人造成了不合理的损害风险。

刑法典中还有一些犯罪也毋庸置疑，这些行为虽然很少对特定个人或群体造成明确的实质性损害，但它们被认为会对“公众”、“社会”、“国家”，对公共机构或部门，对邻里，对经济、气候或自然环境造成损害。此类犯罪中典型的罪名如伪造、走私、偷逃所得税、藐视法庭以及违反规划和反污染法令等。相对于对“个人”的损害，这些犯罪造成的是对“公众”的危害。而一般认为，公众正是藉由相互之间存在着复杂社会关系和法律关系的个人组成的。在某些公共危害情形中，如向城市给水系统投毒，或暗中破坏国家货币，行为对部分甚至全体公民造成的损害是直接且严重的。在另一些情形中，仅以偷税为例，它所造成的损害对于个人来说往往是模糊且不易察觉的。这种犯罪确实会削弱公共机构，而公共机构的健康发展与我们每个人的利益息息相关。如果此类行为因不受管束而泛滥起来，这些机构将被逐步摧毁而令我们共同遭受巨大损失。

从这些最明确的可以正当地予以犯罪化的情形中，我们可以归

纳出，国家可以合法地禁止那些造成严重个人损害、或引起此类损害的不合理风险，或是对重要的公共机构、单位造成损害的行为。简言之，若国家对个人行为的干涉对于防止该行为对被干涉者之外的各方造成损害或损害风险是合理必要的（即有合理根据表明其必要且有效），则该干涉在道德上即属正当。说得再明确一些：预防对行为人以外（个人的或公共的）各方造成损害或损害风险，永远都是法律强制的适当理由。我们从这些合法性最为确定的干涉情形中得出的这个原则，可以称之为“对他人的损害原则”或简称“损害原则”，这个原则作为其正当立法限制方面的道德指引，可以推荐给立法者。约翰·斯图尔特·密尔的一个著名观点是，损害原则对于确定干涉自由的立法来说是唯一有效的原则，因此不符合该原则要求的行为即不适于被犯罪化。不过，更好的建议是，我们不妨以更谨慎的方式首先阐明，损害原则是一项有效的立法原则（但不必定是唯一的原则），然后，将其假设性地逐个应用于疑难情形，以探明在何种程度上有必要对该原则进行修正补足，以具备充分的道德合法性。

12

对于本文的研究，损害原则是很好的起点，但在我们讨论的语境中，可能很难将其推进，因为我们的最后结论并非求诸于有关公共政策方面最为复杂的问题。此外，就目前的表述形式而言，该原则过于空泛而无实际用处。显然，并非所有对他人造成损害的行为均应被禁止，而仅只其中那些造成可避免的实质性危害的行为。既然法律强制对受其约束者的利益是有害的，因此，只有当强制是为预防对他人利益造成更严重危害时才是正当的（见第五章第二部分）。所以，损害原则必须尽量具体化，以便对“严重”程度作出区分；同时，如果可能，再提出如何根据其严重性将损害分类的方法。没有这些具体内容，损害原则很可能被用以论证国家可以毫无限制地干涉自由——因为说到底，人的任何行为在某种程度上对他人的权益来说都是有利有

弊，这样一来，似乎所有的行为都该由国家掌控了。

至此，尽管仍存顾虑，我们还是赞成防止损害发生的考量总能为支持法律强制的某种依据。对于密尔所持的更激进些的有关这一考量是唯一正当化依据的观点，在对其他同主题原则提出的各类依据逐一检视之前，无法予以评论。很多研究者认为，至少还有一些依据也同等重要。特别是其中有三项依据得到研究者的广泛认同，被认为（但不总是被同一研究者同时认可）是支持刑事立法的良好依据：（1）合理必要地防止对他人的伤害（参见第一章第四部分）及冒犯（与生理伤害或心理伤害相对）（冒犯原则）；（2）合理必要地防止对法律强制对象本人（而非“他人”）的损害（法律家长主义原则）；（3）合理必要地禁止固有的非道德行为，无论此行为是否对任何人造成损害或侵犯（法律道德主义原则）。一个非常有趣的（值得单独展开讨论）观点是，道德主义和家长主义在内容上互有交叉，二者均认为，一个好的限制某人自由的理由应当是合理必要地防止对其本人的道德损害（而非“生理的”或“财产的”损害）。这个观点提出了一个

13 有关禁止淫秽的基础理论，可称为道德上的家长主义原则（参见第二章第一部分和第十二章第二部分）。

上述之各限制自由原则，因其并不详列国家强制合法性的必要条件，所以并不相互排斥。它们在逻辑上是开放的，可以仅认定其中一条而反对所有其他原则（如密尔），或是同时认定两条或两条以上的原则，一并赞同所有这些原则也可，甚至全部加以否定也是可能的（像无政府主义者可能会做的那样）。我们的构想是，首先接受损害原则，然后对那些在应用该原则方面存有争议的犯罪进行研析，以判明损害原则是否需要一个或多个其他原则作为补充。

其他可选择的原则意味着有必要对目前处于论战中心的那些刑法条文进行有序的分类。如冒犯原则，可以为设立“道德罪行”提供支持，

包括公开猥亵行为、教唆行为、不雅的身体曝露、传播或贩卖淫秽物品、破坏宗教情感或爱国情感的行为及物品，以及对民族、种族的诽谤等。法律家长主义原则则支持对自伤、自杀、安乐死、醉酒、持有并使用精神药物以及各种形式的赌博处以刑罚制裁，维护那些以刑事制裁为后盾的行为准则，包括狩猎者须戴红帽、摩托车驾驶者应戴头盔、机动车驾驶者须系安全带、购买药品须持医生处方等，诸如此类。法律道德主义原则则已被证实可以通过刑法条文禁止异常性行为——同性性行为、婚外性行为以及足令立法者震动的性变态行为；哪怕某些行为只是私下发生在意思一致的成年人之间——通奸、重婚、隐秘的卖淫，以及现场色情表演，或是在自愿观看的观众面前自愿进行的血腥的角斗比赛。

有人认为，众多有争议的刑法条文不仅从这些供选原则中得到论证，同样亦可从损害原则中找到依据。淫秽活动、同性恋、服用禁药或是赌博也会通过一些微妙的、或不明显的、或间接的方式损害他人。这类观点已经引发大量混乱，以致几乎无法区分究竟哪些犯罪满足损害原则的要求，哪些犯罪又不符合这一原则。厘清这一混乱的唯一方法是对损害概念作细致分析，精确阐释损害原则应用于疑难案件时的边界条件。本卷的目的正是希望提供这一边界（更详尽的限制自由原则条目及其定义列于导论之后的第 26 页*）。

14

五、自由主义

“我想我们可以说，所谓自由主义者，即信仰自由的人，正如所谓裸体主义者，即信仰身体裸露的人。”⁷ 情况大致如此，不过自由主义者的信念可能只是停留在嘴边，也可能陷入狂热和极端。论及刑法的

* 此处页码指原文页码，即本书边码。——译者注

界限问题时所应用的自由主义要求承认所谓自由优先的假定，但即使只是最低程度上的应用，这一假定亦可能在一个极端上被认为极其有力并具有决定意义，而在另一极端上被认为毫无说服力，完全可以被大量既有的限制自由原则中的任何一条所替代。要使“自由主义者”一词在本文发挥作用，它须指那些对于自由抱有强烈信仰的人，他定会尽量限制受采纳的限制自由原则的数目，对试图无视自由优先假设的特别个案，他认定须由一条有效的限制自由原则发挥实质性的说明力，而不是仅仅在其中作为一个摆设。

我们已经看到，任何有理性的学者都不否认损害原则的意义，但自由主义者更属意尽可能就只以这一条原则设定全部界限，而否认其他原则为国家干涉提供依据的效用。不过，很多自由主义者不得不稍稍留出余地，承认冒犯原则（严格解释和限定的前提下）。甚至约翰·斯图尔特·密尔，在他断然宣称“对于文明社群中的任一成员，之所以能够正当地以威权否定其意志，唯一的目的就是防止对他人的损害”⁸这一论调之后，也在随后的章节中以冒犯原则作为补充，“……有很多行为，其直接损害仅及于行为者本人，因此不应由法律予以禁止，但此类行为若公开实施会破坏善良风气，则又可归属于损害他人的行为而可以正当地予以禁止。此类行为有伤体统，无须详述……”⁹当冒犯行为已十足惹人生厌，以致被冒犯者无处可逃时，就连自由主义者也会失去耐心，要求国家提供“保护”，刑法中有关骚扰的条文被广泛接受即是明证。如此（此点在第七章有详细论证），则我们可以将自由主义者关于本书主题的立场表述为在严格解释和
15 界定前提下的损害及冒犯原则，他们认为这两个原则即可穷尽刑事处罚的全部道德根据，至于家长主义和道德主义方面的考虑，在作为刑事立法的依据方面均毫无意义。

对“自由主义”作出如此界定，我必须坦承自己对自由主义者的

偏爱。我的确希望在这四卷本里尽可能地证明上述自由主义立场，即使不能说服持怀疑态度的读者承认自由主义为真理，哪怕仅仅说服他认识到，虽被冠以“自由主义”的名目，但本书界定的内涵却使其读来颇觉有些道理，就可算是我的一个成功了。我将以特定的方式对自由主义进行定义、解释及论证，可以说，最终由此得出的经过提炼的结论将使自由主义看来确如其断言的那样可信。即使是自由主义的反对者也能欣然感到，他所反对的这个理论并非仅仅是个“稻草人”或是匹“死马”。基于同一理由，本书将尽可能澄清源自密尔《论自由》一书中的传统自由主义理论，不是盲从于它的每一个见解和论点，而是重拾其长期以来依据各类疑难情形及批评不断作出修正并重新认可之后的那部分核心内容。本书阐明的经严格限定的观点对密尔自由主义的激励精神仍抱有最起码的忠实。

首先，我会尽量安抚不愿承认在损害原则之外存在任何其他令国家干涉合法化根据的那些坚定的“极端自由主义者”。在“假定”损害原则正确性的前提下，我的思路是，对所有其他限制自由原则适当采取自由主义的怀疑立场，尽可能地仅以损害原则论证下去，除非出现争议而非有补充性原则不可，即使如此，我仍会尽力精简此类原则的数目。我将首先审慎地提出，损害原则（从那些合法性最清楚不过的、得到直觉认可的犯罪化中导出）是一条（尽管不是必定唯一）有效的立法原则；然后，再逐案将论证转至疑难争议领域，以此阐明：若有，则在何种程度上，损害原则必须得到修正和补充以达致道德上的充足性。

此处理应提到目前流行的一种被冠以“放任自由主义”^{*}的思想

* 对 libertarianism 的翻译常见的有“极端自由主义”、“消极自由主义”、“放任自由主义”、“自由至上主义”等，以区别于 liberalism，后者一般译为“自由主义”，但若为与 libertarianism 相区别，有时被译为“古典自由主义”、“积极自由主义”等。根据上下文，本书将 libertarianism 译为“放任自由主义”，将 liberalism 译为“自由主义”。——译者注

流派。放任自由主义者在刑法的道德限制方面基本接受自由主义的观点，当然，这一点我们很欢迎。不过本书所论及的自由主义观点几乎毫不支持放任自由主义的其他核心理念。就我的理解而言，放任自由主义包含以下三点：自由放任的经济政策，孤立主义的对外政策，以及刑事处罚上的自由主义。这个三位一体的观点由持放任自由主义立场的凯托研究所（Cato Institute）的爱德华·H. 克兰三世（Edward H. Crane III）（并非正式地）简述为：“我知道为什么我们国家中的很多人看似立场保守，实则抱有放任自由主义的倾向，因为日渐成熟的民众反对社会领导者以权威的口气告诉他们，可以留下多少钱，该去哪里作战，以及应该过上什么样的性生活。”¹⁰ 自由主义者特别认同的是，国家不该试图决定我们可以拥有何种性生活。但军队征兵问题则要复杂得多，自由主义者并非不分情形地一律反对。毕竟，不服兵役有时会导致社会损害，国家有权防止此危害的发生，因而征兵能够得到损害原则的支持。其他有关对外事务及经济管理的问题与其说是原则问题，不如说是政策问题，就不在本书作为自由主义的内容提及了。至于征税（那些“告诉我们能留下多少钱”的法令规定），放任自由主义者的坚决反对只能让自由主义者感到惊讶，后者注意到因此而导致的巨大危害是税收来源消失，而首要问题是，个人收入及福利水平并非仅为个人努力的结果，更是社会条件的产物。¹¹

六、方法论

即使是对哲学研究不熟悉的读者也可能在某种程度上了解，这是一项“针对抽象概念”的工作。哲学并不深入到事实当中，比如讨论各类药物瘾癖、儿童色情的影响，或是不同型号车辆的安全带对人体提供的保护程度等。它并不为立法提供特定的具体建议。但无论

如何，它的目的仍是实用性的。若是看到在公共立法问题讨论的现阶段，绝大多数的严重困惑都出现在抽象层面上，则哲学研究的原则和概念是可以发挥实际作用的。所有的实用性论证就是将原则运用到事实当中，这些原则应予逐个归类并针对假定情形细致求证，使它们在特定个案中仍与我们的固有“直觉”，即我们内心的牢固信念相互兼容，彼此协调一致。但眼下这些仅有简单表述的原则看来仍不清楚，必须予以廓清，否则它们只能沦为华而不实、空洞无物的口号。

原则的空泛往往源于其核心概念的模糊，用以表达的术语对其内涵的界定过于简单。厘清概念是哲学论证过程中最为重要的部分。如果我们不倚重以下概念，就无法对刑法的道德限制进行任何讨论：损 17
害、好处、利益、需求、伤害、不当行为、行为、不作为、因果关系、侵犯、妨害、猥亵、辱骂、骚扰、自由、自治、自愿、同意、风险、合理性、理性、强制、胁迫及要求、群体、群体道德、操控、剥削、福利以及性格——仅列出其中一部分。所有这些以及其他更多的概念均在后文进行语境分析。

厘清概念与探求事实对于公共政策而言同等重要：任一点都极有必要，而彼此间又相互依赖。对于社会哲学家来说，事实的重要性不仅为了原则的适当应用，同时也是原则证明力的来源，因为如果在事实中对原则进行的假定性求证总是不能得出令人满意的个案结果，那么，原则本身在界定上就是不完全的，是需要修正的。哲学家的自身训练及其经验让他们在定义概念方面最在行，但涉及实证研究，就只能以合作者的精神，让位给从事社会科学研究的同行们了。

现以一例说明相互关联的概念研究与实证研究之间的不同特点。考虑一下本卷论题中的核心概念：损害。比方说我不会去阐明色情究竟在何种程度上造成损害，这个问题对于立法者而言至关重要，但那是留给那些设计调查问卷、进行数据统计或实验的研究者的。但我定

要提出一些社会学家很少考虑的问题：性格上的堕落，而非利益上受影响，是否算损害？间接感受到的“损害”是不是损害？人是否会因为自己的死，或死后发生的事受到损害？胎儿阶段或出生时是否会受到损害？不作为，或者仅仅是暗示，能否产生损害？人是否可以同意被害或者自愿被剥削而不被认为受到损害？在这些问题得到解答之前，我们无法准确把握“损害”概念，也无法解释关于损害的实证研究结果，更无法确信“损害原则”能够应用到立法实际中去。

专业的哲学家们也许会发现，这四卷本在方法上有着不同的路径。他们在本文找不到完整道德体系的踪迹，找不到对道德自原生至衍生的推演过程，也看不到那些不证自明的、或是从“人性”出发的终极原则、上帝的指令或是历史辩证法作为立论基础。猜想本书表述
18 的道德理论究竟是功利主义的、康德主义的、罗尔斯主义的或是任何其他流派的做法都是不明智的。在文中，我很自然地多次用到实践理论中出现的各种理性概念，从效率、实用，到公平、强制和人权。但我无意论证它们彼此间的原生和衍生关系，或者为它们的基本性质标明层级。我的有意忽略并非出自对“深层结构”理论的原则性反对（当然我得承认对它有一定的怀疑倾向），¹² 我不认为那个方法行不通，但它确非必要。在次一级的问题上取得进展并不必等待那些高一级的
问题都得到解决。

尽管本书宣布放弃更系统化的处理方法以使论证和说明成为可能，但其中仍会包含某种论证方法，不嫌夸张地说，就是令桑塔亚纳（Santayana）写道，除此之外，“伦理学中没有其他方法”的人身论证法。¹³ 此法在论证时直接指向对话者本人，借助他 / 她已经接受的看法。如果论证成功，则表明与相反立场相比，所论证的见解与读者已经抱有的全部信念之间更加协调一致；所以，如果读者要反对这个见解的话，就必须放弃其他一些他并不愿放弃的立场。这种论证试图向

读者证明，对某个命题的否定会合乎逻辑地使其他一些观点成为必要，而这些观点他自己接受起来会无比尴尬。几何学中的反证法对某个命题的论证，就是通过显示对该命题的否定就会导致一个假命题来完成。而伦理学中的人身论证法却仅仅表明，该命题对于读者来说已然被坚信为假。显然，这种“一致法”¹⁴要预先在论者和听者（读者）之间设定很多共同的理论基础。如果双方在重大道德问题上的见解毫无共通之处，就不可能通过求诸其“已有”的信仰去得出一致的结论。然而，我的假定是，我的绝大多数读者和我都拥有很多相同的价值标准和理想标准，如果他们看到，修正或放弃其中的一部分观点，可以使得另外一些更为基本的观点得到更强有力的支持，其内部也更加协调一致的话，他们应该也会愿意这样做。但是对于那些在道德信仰上与我完全矛盾的人——逻辑上可能存在，虽然可能性不大——而言，我也无话可说。“驳斥”顽固的法西斯主义者或说服假定怀疑者是否需要更深刻的理由属于道德认识论的问题，我并不否认其真实性和重要性，但本书并不讨论这个问题。

人身论证法可以包含很多技巧，有些很微妙，但统统都为人熟知且合乎情理。此处我仅列出本书中的三处内容作为示例。在第七章中，我试图以此对“极端自由主义者”说明国家在预防侵权行为中的利益。我做了一个假设，读者须想象自己是一名非常不情愿的巴士乘客。所有为侵犯原则的合法化所必须的条件俱在，我假定最诚实的读者会作出某种我希望看到的让步作为回应，这样他对这个故事的本能反应将更加自然地纳入他自己已有的见解范围。这个“论证”也可能不成功，但至少可以告诉那些固执的读者，继续坚持他之前的观点要付出一定的代价，这一点也许他之前并未意识到。在第十八、十九章中，我试图说服读者赞同我有关个人自治的见解，通过详尽的描绘，希望他能“认识到”这个见解实际上正建立在、或隐含于他自己的日

19

常生活态度当中。在第二十九章，我试图说服读者，“生活方式”的实质改变并非悲剧性的损失，我促使他反对“文化灭绝”的误导模式，而采纳更为恰当的生物进化和语言变迁的模式。这样，他就不会为失去始祖马或是伊特鲁斯坎人的语言而感到悲伤；顺理成章地，我会接着问道，既然如此，他又何须为“生活方式”的逐步变化而感到悲伤呢？再说一次，这种追问是直接针对个人的，而不是宣称已经“证明”了什么论断——那又有什么必要呢？

当然，人身论证法有其局限和危险。说服已经被说服的人似乎并无收获，但我希望能够做到更多：我希望能够说服一些至少在基本理论和基本态度上和我一致的读者，能在本书的某些问题上赞同一些原本与我不那么明确一致的论断。即使是那些“早已被说服”的读者，也可以从中找到一整套理论依据，对其之前已经认同的见解认识得更加清晰完备，那么，这也算是一个收获。更大的危险其实在于桑塔亚纳本人就罗素“一碰到实质伦理问题”就会使用的论证方法提出批评时所指出的，人身论证法所采取的形象描绘只会加剧读者的偏见，使其忽视其他可能，从而在其本已局限的经验里无法不偏不倚地听取意见。在这种情况下，论证的明显说服力恐怕仅仅只是想象中需要的结果。¹⁵这是对读者的预先警告。

七、基本犯罪和衍生犯罪

一些刑法条文的格式结构非常简单，即描述某种行为，将其置于某种禁令之下，并以刑罚处罚为后盾予以实施。禁止谋杀、殴打、强奸、盗窃、绑架、纵火、伪造、公开场合醉酒、公开猥亵、虐待以及其他诸多行为的法律均属此类直接禁止的条文。对违反此类条文的行为科处刑罚当然是“罚其不从”，但若说所有的刑罚都在处罚对法律的

不服从,则只是最直观的认识。刑法是针对一些更为基本的东西设立的,如杀人、殴打、强奸、窃取等行为。刑法禁止规范的全部目的皆在于阻止那些由其规定构成特征而为其所禁止的反社会行为。刑罚处罚在其他类违法行为中起到的作用较小且有所不同,有时它仅作为一种“后备惩罚”,在执行一些规定社会管理或社会控制手段¹⁶的法律时作为备用。例如,侵权法并非意在通过惩罚禁止反社会行为,它的目的在于通过强制赔偿,弥补由一方对另一方造成的损失。但如果法庭判令被告偿付原告损失,而被告却直接拒绝赔偿,则法庭的判决就需要以法律强制手段作为后盾。当事人虽不情愿,但不论其愿意与否都须进行赔偿,否则就会因藐视法庭受到处罚。在这种情况下,处罚并非针对之前比如说因疏忽而对原告造成的损失,而仅仅针对其不服从法庭权威。这类规范并不直接描述行为的构成特征,因为它们其实是为解决私人争议的公力手段,附带地维护法官的权威。因此,作为后盾的惩罚与其说是直接的规定,不如说是衍生的结果。对于侵权法而言,惩罚藐视法庭的行为并非其主要目的及存在理由,正如婚姻法的目的不在于防止通奸,但刑法中杀人罪条文的全部目的却正在于预防和惩罚非法剥夺他人生命的行为。若条文的目的属于此类,则行为即属为人熟知的十八世纪刑法学家眼中的“自然犯罪”;与之相对,若条文中附设的惩罚于防止该行为之外另有目的,则该犯罪行为就是所谓“法定犯罪”了。不论是否存在杀人罪的刑法条文,杀人总是不对的,但若社会不存在能够作出授权或豁免,并代表国家权威进行审判的法律组织(法院体系),就不会有人犯下藐视法庭的罪行。

除藐视法庭外,在“衍生的法定犯罪”中,还包括偷税、逃避兵役、无照行医、无医生处方发售处方药、无照驾驶、非法持有未经登记的枪支等,可能也包括作伪证、贪污、弃保潜逃及越狱行为。还有一些刑法条文,其目的虽属直接,却附设于某些具有一定“法定”性

- 21 的刑法条文之后，例如禁止伪造货币的条文意在防止制造假币，“简单明了”。这类条文是刑法的一部分，它显然并非仅仅为了维护那些由其他部门法律，如侵权法或行政法确立的法律权威而附设于此。但是，从“自然犯罪”到“法定犯罪”的衡量还有一个程度问题。与谋杀相比，伪造货币的行为更“法定”一些，因为杀人即使在没有政府和刑法的自然状态下也是不当的；相反，如果不存在官方通货的金融体系，就不会有伪造货币的罪行。与藐视法庭相比，伪造货币又更“自然”一些，因为仅以禁止该行为的刑法条文即可确定其构成特征，而对藐视法庭的处罚却只是为执行象征权力、定纷止争的判决所设的后盾，没有这些判决，就无法确定其成立。

本书的注意力将严格限定在“原生”犯罪的基本范畴之内。对此类犯罪而言，“刑罚是直接拿来适用的”，而不仅仅是“最后的方案”¹⁷；此时，刑罚的对象不是（或不仅仅是）单单对权威的不服从。为了维护那些出于犯罪化之外的目的（如补偿、证照管理、提高财政收入、招募军事人员等）而设立的法律机构的裁决，可以单独考虑其应处刑罚。若不作此限制，我们的讨论可能涵盖政治经济政策的全部领域。在非刑事立法中出现的作为威慑后盾的刑罚条款，就像硬币的另一面，承担该种刑事责任仅仅是有关机关的推定。既然为政府的计划或机构的运转而对任职官员进行授权，就必须维护他们的执行权威，实际上，得不到执行的权威等于没有权威。要确定因一项授权指令而“衍生”的刑事责任是否具有道德合法性，先要确定执行该权力的政府计划或机构本身是否正当。但若在此即行检讨有关税制、军队征兵、药品生产和药店经营管理、医药执业证照管理、机动车驾驶管理、枪支持有等法规制度的利弊的话，必将使本书离题万里。本书中最贴近衍生犯罪的内容在最末一章，那里我们会讨论个人是否可以为使他人受益而受到强制性干涉，但我们的重点不在于公共政策的正当性，

而在于从概念上区分“损害”与“无益”。

八、刑法的替代选择

22

对于任何防止某种社会的恶的刑法条文来说，要达到同样的目的而付出较小的代价，其实有很多替代的手段。例如，若有控告，则不是立即禁止有关行为，而是先授权法官宣布警告性禁制令或停止令，再由刑罚惩罚作为这些命令的后盾；或者，可以要求控诉一方正式提出诉请，由他们自己直接向刑事法庭提出指控以启动检控程序。前一方案给法官以自由裁量权评估指控个案，在进一步推进程序之前警告侵权者，其意图实施的行为或已经开始且仍在继续实施的行为将受到指控。后者则不给侵权者任何重新考虑的机会，但这样做的确通过公民提出控诉限制了起诉裁量权。

除了通过刑事法条以防止某种反社会行为之外，立法者也可借助于非刑罚的方法，通过吊销证照、撤销执业资格认证、否认合同效力、解除公职、停止政府津贴或财政资助、终止监护权等措施，使其丧失民事上的各种资格。严格说来，这些例子中的绝大多数措施与其说是干涉自由，不如说是剥夺法定权利。刑罚的功能并不在于强加痛苦，而是作为一般威慑以利官员法令的权威（例子中有一部分甚至不止于此，如撤回资助）。不过，从某种程度上说，这些处理方法仍极具惩罚性，旨在通过威慑以控制行为。另外一些措施尽管并未以刑罚为威慑，但确实干涉了“自由”（广义上说，若政府未设置这样或那样的障碍，则可有多种可能的选择）。立法机关有时以罚款来敦促生产者配备安全设施，也经常令其从市场召回缺陷产品而使厂家付出巨额代价，又或是通过提起民事诉讼对其课以新的责任。¹⁸还有一个措施可能使广义上的政治自由受到限制，即对诸如刑事诽谤、煽动骚乱等

犯罪施以“预先管制”作为刑罚替代措施。在这一体系下，作者可以“自由地”地按其所愿撰写任何文字，而不必担心因其写作的内容直接招致刑事责任。但问题是所有文字都必须经过政府审查委员会通过后方可出版，而此委员会作出的判令是以刑罚为后盾的。即使适用刑罚，也只是因为其对有效法令不予执行，而不是（直接地）因为文字表达的观点本身。（略有安慰！）预先管制体系是一个以限制自由的方法替代直接犯罪化的良好范例。与预先界定犯罪、然后指控犯行的常规程序相比，此替代方法更具压迫性。对煽动骚乱行为的刑事审判应保证被告人获得正当程序和公开审理的机会，以确定而公开的法令为必要，并由公诉方承担重大举证责任。预先审查则是更加有效（且更具压迫性）地抑制非主流言论的方法，因此，从某种程度上来说，是对自由的更大威胁。

无论如何，与主要替代措施相比，以刑事立法予以直接禁止的方法总体上说更重大且严厉，毕竟刑罚处罚（通常指监禁）与失去利益、增加税负、丧失各种民事资格等（第二十三章详述）相比，是更令人恐惧的恶，因而更具强制性。不过，社会控制等替代措施的存在，有时会使我论证原生犯罪化的界限问题增加难度。偶尔我也会反对（出于某种事实上的考量）将某种原始行为直接犯罪化，建议以其他方法控制该行为，而将刑罚作为间或适用的最后手段。当某个有效的限制自由原则看来能够同时适用于刑罚及其替代措施时，这种对比将引发一致性的问题。例如，我和迈克尔·贝尔斯（Michael Bayles）¹⁹的观点一致，认为对于不雅论坛（第八章第一部分），与其以直接的刑法禁止加以控制，不如采用禁制令的方法，尽管这两种措施均会剥夺在论坛任意张贴资料的自由。不过，后种方法须经受害人控告，法官方可通过自由心证决定是否允许张贴行为继续下去，刑罚仅当行为人藐视有关最终要求其移除张贴内容的命令时方为适用，而非针对不

雅张贴行为本身。试图张贴者会因此受到威慑,但不必冒受刑罚处罚的重大风险。因此,客观地说,自由裁量的禁制令方式具有较小的干涉性,但更加有效,也不易被滥用。

在其他一些情形中,如将某种并未违反政府管制措施(如征税)的行为(如吸烟)予以犯罪化时,问题更加严重。我反对将吸烟行为犯罪化,因为它仅能获得来自法律家长主义这一限制自由原则的支持,而这个原则我认为无效的。但我不反对对使用烟草的行为征税,尽管从某种程度上说其强制性仍显过度,且其理论基础仍来源于法律家长主义。毕竟,如果说持枪抢劫犯给出的是“要钱还是要命”的强制性要求,那么“要钱还是要烟”也具有类似的强制性,尽管程度上轻微得多。那么,对犯罪化与征税的不同理解应如何协调一致呢? 24

至少有两种途径可以将二者协调起来。首先,以刑法条文确立的法律强制不仅比税法案的强制严厉得多,且强制模式也存在显著不同。这既表现为强制种类不同,也表现为强制程度上的差别。典型的刑罚处罚是监禁,它不仅是对自由的严重剥夺,也作为一种非难谴责的标签,给人留下终身耻辱。²⁰罚金刑的不名誉感稍减,其强制性处于刑罚和税赋之间。然而,征税相比罚金要客观中性得多,它没有针对性和非难性,也没有谴责意义,更不会产生背负污名的羞耻。上述区别可以佐证这样一个观点,即刑事制裁是特别的例外,必须以限制自由原则为依据,且国家的其他强制手段已先行被那些极端假定情形推翻。可以设想国家采取某种强制手段来限制吸烟,该手段强制性威胁之大,虽不会招致刑罚处罚之污名,但其所包含的道德不法性却与将其犯罪化大体相当。不妨假设,法律规定允许吸烟,但条件是吸烟者每消费一条烟,就必须入伍服役一年,或者成为医学实验的对象。这类方法在强制程度上与单纯征税是不同的,它们分属不同的强制类别。

第二个途径是检讨与征税法案相关的各类基本理论。若征税针对的是某种被认为对行为者本人产生危险的行为，如吸烟，则理所当然要限制该类行为，这样做恰恰是为那些如无此种限制将实施该行为的人的利益考虑。若该行为造成的损害总体上将殃及公众，则这一限制足以将全部损害控制在社会能够承受的范围内，无论其原本的立法动机如何，在自由主义原则看来都是正当的。

这里存在一个与分配正义有关的问题。无论征税另有何种功能，它都可以增加用于政府开支的财政收入。既然我们一定需要这一收
25 入，立法者就必须决定通过何种方式增加这笔收入。如果立法者对于某种影响公众健康的消费行为征收非比例性的重税，实际上就表示立法者允许这种消费行为，但条件是实施该危险行为的人必须合理分担因此而产生的社会成本（生产力下降、医院设施、医疗护理的开支等）。在这种情况下，发挥效用的理论不是法律家长主义所说的“为吸烟者本人好而施以强制性压力”，而是国家告诉吸烟者，“如果你一定要吸烟的话，可以，但你必须合理承担你的行为对其余大众造成的间接损失”。尽管由吸烟者处征得的税金仍统一放入国库，但其效果等同于将此收入直接用于与吸烟行为相关的社会成本当中。毕竟，国家总的收入增多，用于特定领域的资金也会增多。此外，不吸烟者合乎比例地以较低的税率缴税，与吸烟者的税赋相比就是一种好处，可以劝导他们不去吸烟。既然既有的法律义务是所有公民都必须通过纳税来支持合法的政府运作，那么，对吸烟者征税与其说是一种威吓，不如说是一种劝导。反之，认为对吸烟者予以刑罚处罚就是对不吸烟者的“积极劝导”的看法就说不通了，因为不是每个公民都有服监禁刑的既有义务。

九、怀疑主义

认真探究本文主题的学者们往往强调问题的复杂性。密尔虽声称他通过论证“一个简单的原则”就已经为我们的问题作出了充分解答，然而，正如针对他的众多批评已经指出的那样，密尔赞成的或反对的原则都绝非简单或单一的。欧内斯特·内格尔（Ernest Nagel）在一篇重要的论文里²¹令人印象深刻地提到，原则的复杂性常常被听来简单的规则所遮蔽，他坚决摒弃对我们探讨的这一问题提出任何“批发式的答案”。“何等行为应该受到法律控制，何等行为应该受到法律制裁，这样的问题不存在一般性的答案，问题的解决只能通过个案逐个进行……”²²内格尔以极大的学术敏感就本主题撰写文章，除了他所揭示的结论之外，我对他的分析基本赞成。他的论点并不表示不存在一般性答案，而仅仅表明没有简单的答案。

内格尔提醒道，我们所认为的“损害性”冲突是指在决斗或争执中一人对另一人造成的身体伤害，并不包括在拳击比赛或正当防卫中的伤害行为，但其他国家对这些行为有不同方式的认定。显然，如果密尔的“单一原则”（损害原则）不打算将过多行为纳入应受刑罚处罚的损害当中，首先就必须对何为“对他人的损害或对他人的恶”作概念上的系统论述。相应地，这个思路“不可避免地需要引征一些精确性或综合性各不相同的道德及社会问题方面的论断——较密尔的有关论述更清楚明了。”²³内格尔在这一点上当然是正确的，我非常重视他的这个观点。因此，本书试图对其中至为关键的“损害”概念进行深入细致的分析：通过各种理论调整损害原则在实际案例中的应用；从道德立场分析对损害的同意；当损害无可避免时，对相互冲突的利益提出优先顺序，等等。最后，读者可能很难区分我的复杂结

论与内格尔对“一般性结论”可能性的否定，那么，如果经我修正的理论体系仍不能令人满意，则这几卷文字至少客观上是对内格尔怀疑主义的进一步佐证。

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。

2. 冒犯原则：总能提供很好的理由支持刑事禁止法。认为刑事立法对防止针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界定及修正后，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他人既未造成损害，也未形成冒犯。

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针对行为人本人的“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. 利他原则：总能为刑事禁止法提供道德上的相关根据。认为为了给他人带来好处，对行为的禁止可能是必要的。

9. 获益的法律家长主义：总能对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好处，禁止就可能是必要的。

10. 完美主义(道德利益理论)：对禁止性法律总能提供充分根据。认为对人格提升有益的禁止就可能是必要的。

(1) 说教式利他原则：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。

(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。

第一章

31 损害与对利益的阻碍

一、“损害”的含义

刑法并非是国家用以减少损害的主要手段，它最多不过是在与公共卫生部门、安全检查部门、设备维修养护部门、法规委员会等机构分担这一功能。但刑法系统却是防止人们受到故意或过失损害的基本设置。损害行为，而不只是损害事实，是刑法的直接调整对象。不过，从立法的角度考虑，损害事实因其在一定程度上决定了何种行为是损害行为，而适于成为禁止性立法的考察对象。损害行为，是指对人造成损害的行为。如果把该词稍加修改为损害性行为，则是指可能造成他人的受损状态或受损状况的行为。人的受损状态可能是，也可能不是损害性的，这取决于它能否引发进一步损害。一个起泡的手指可以勉强说是一个受损状态，但除非这个手指长在一位音乐会钢琴家或是一名棒球投球手的手上，否则就完全不能说是损害性的。无论如何，既然在解释何为一人对另一人的损害时必须提及损害，而在分析损害的意义（受损状态）时却可以不必提及作为原因的行为，因此，受损

状态看来是较损害行为更为基本的概念。

“损害”一词既空泛又模糊，如果我们希望损害原则发挥较好的效用，就必须更清楚地细化对损害（受损状态）的理解。从它简单的阐述来看，无须过多解释，损害原则是某个复杂表述的缩略形式，该表述包含各类道德判断、价值权衡以及其他一些内容。“损害”这个简单的词语恰好可以用来替代这一复杂表述。与其他简单词汇一样，它能够很好地表达出某种内在精神，但由于词义模糊，我们必须在它的通常含义中挑选出一个或多个含义服务于本文的规范目的；同时，由于其词义空泛，必须使其精确化——需要在一定程度上予以阐明，而非仅仅简单地将其现有用法再加浓缩。以本文的写作目的而言，我们不愿认定为损害的情形（如单相思）在其通常语义上却是损害的清楚例证；同样，我们可能认定为损害的情形（死亡可为一例），却在“损害”的一般语义范围之外。事实上，由于损害一词的通常语义空泛，在区分某些情形是有害还是无害时可能只需作简单判断，但面对重大事态时，理论家立刻想要通过定义的修正，使其具有更精确的内涵。不过，我们的目的不在于对我们用到的某个词语提出一个精确的词典式定义，因此，我们既可有意地不时调整其内涵的边界，同时仍忠实于该词惯常用法中的基本含义。 32

我们首先在首尾相关的三种意义上区分“损害”的内涵。第一种是延伸的或衍生的损害。提出它虽然只是为了将其排除，但这一排除十分重要。我是指几乎任何事物都可以说“受到损害”。猛击窗户这种恣意破坏的行为损害人们的财产，疏于照管损害花园，霜冻损害庄稼。很清楚，这是另一种意义上的损害：我们无法替窗户或番茄感到愤愤不平，也无法对它们表达同情。对于它们所受到的损害我们不如忽略，因为受到损害的是那些在该建筑或庄稼上享有利益的人，或者说那些将自己的福祉“投资于”相关物体的维护或生长上的人。就打

破窗户而言，破坏行为对建筑物所有人的利益造成损害，只是在延伸或衍生的意义上损害了窗户。

33 有人可能认为，在一个非衍生意义上，不关涉任何人利益的事物也可以受到损害。但此处的“损害”不如“毁坏”和“损坏”更加合适。罗热（Roget）列出一系列术语，诸如“残缺不全的”、“被割开的”、“被毁掉的”、“变质的”、“腐烂的”、“被切开的”、“被撕碎的”、“被扯烂的”、“被砍断的”、“被击碎的”、“碎裂的”、“破裂的”、“胀破的”、“裂开的”、“破损的”以及“烧焦的”。这些词可以直接用于事物本身，哪怕其中并不涉及人的利益。但我怀疑在这种情况下，我们能够在任何意义上说该事物受到“损害”。令人感兴趣的是，尽管可以被损坏或者被毁坏的事物远远多于可以被损害的事物，但也并非任何事物都可以被损坏或被毁坏。例如，“7”这个数字或万有引力定律不可能被损坏或者被毁坏。即使是平常如岩石这样的物体，也不是那种在通常状况下就可以被损坏或毁坏的，尽管它可以被割开、击碎或者砍裂。对于一块岩石来说，若要以被毁坏或被损坏来形容它，则这块岩石要么对某人具有价值（例如作为艺术品），要么原本它在某个大型建筑中具有某种功能而如今被损坏。机器或设备是此类事物的基本范例，它们可能因部分功能受损而停止“工作”或停止“正常运转”。零件或部件如何工作，机器设备也即如此工作（反之亦然）。因此，哪怕只是其中某一个零件的性能发生变化，这个复杂的零件综合体也无法继续正常运转，这就可以说因为零件的功能受损，机器被损坏了。（只是一块岩石的话，就不会有什么功能。当然，我们可以试想把岩石拿来用作建筑结构的支撑，那么如果它们被弄碎了或者裂了，也可以说是被损坏了）。但如果机器的正常运转并不涉及任何人的利益的话，那么它就只可能被毁坏，连衍生意义上的损害也谈不上。

第二个原生意义上的“损害”是第一种衍生意义上的损害的来

源,即对利益的阻挠、阻碍或者破坏。此处的“利益”(interest)显然非指该词可能更常用的含义:“借贷产生的利息”或“由注意力或好奇心产生的兴奋感”。不过,该词在一般商法意义上的内涵可以作为有用的模式用于理解当该词与损害发生联系时的含义。我所说的利益是指,若某人持有某公司的股票,他就在该公司存在利益。在这个意义上,若说我在艾派克斯化学品公司存在利益,就是说我为该公司的良好发展投下某种本钱(stake)。这一类利益都存在各种风险:“本钱”一词最初的字面意思就是指“参与打赌、比赛或博彩的某一方的投入,它能否保留、如何变化或归属取决于某些因素。”总体上说,某人在X中投入本钱(无论X是一间公司、一种职业还是任何有此“相关性因素”的事物),他能否获得收益有赖于X的情况。¹如果说我在艾派克斯化学品公司投入本钱,就是说该公司越是经营良好,我就能获得越多收益。收益可能多少不等,本钱也大小不一,这取决于我对它的投资金额。如果我只持少量股份,那么即使公司倒闭,我也不会太受其害。但如果我投入的本钱巨大(不仅指金钱上的),包括我职业上的未来发展、我全部财产的保全、国家的和平繁荣以及家人至爱的健康平安,那么这对我来说可就真是利益攸关了。

34

如果将人的利益看做一个多元综合体,由其投入本钱的诸多事物组成,那么,个人利益或自我利益(单数)则是由全部利益(复数)的一致向好所决定的。这些利益,或者更准确地说,这些利益所在的事物,就是这个人健康幸福的重要来源:它们的盛衰就是他的盛衰。推动它们的发展就是有利于他、符合他的利益;阻碍它们的发展就是有损于他、不符合他的利益。这些事项可能受到自然力或坏运气的阻碍,但对它们的“干涉”却只可能来源于人的疏失行为或任性妄为,要么是本人,要么是他人,包括单个人、群体或组织。仅当某利益因本人或他人的干涉受损时,才能说该利益的所有人受到了法律意义上

的损害（尽管地震或瘟疫通常也会给人造成巨大损害）。在这个意义上，一人损害了另一人，就是指前者通过干涉行为而有损于或阻碍后者的利益。紧接着（如我们会看到的），就是需要证实这一侵扰是否真的妨碍了某项利益，与未受此侵扰的本来情形相比，该利益的状态是否变糟了。

损害的第三种内涵其实很明确，它与第二种内涵密切相关但不完全一致。在损害原则的各种合理形式中，必须包含这种规范上的理解。在此意义上，A 损害了 B，意即 A 对 B 作出不法行为，或者 A 不法地对待 B。若某人以其无可辩驳（无正当事由或不可原谅）的行为侵犯了他人的权利，就可以说某人对他人作出不法行为。除非极个别的情形，所有这类行为均会干涉他人的利益，从而是损害性的（在我们前文已经阐明的意义上）。即使在那些除外的特别情形中，虽从利益平衡的角度而言，不法行为并非损害行为，但在某种程度上仍对超出平衡范围的各类利益造成损害。例如，所谓无害地经过他人的土地侵犯了土地所有者的财产权利，尽管该行为并未对土地造成损害，甚
35 或还对土地有利，但对该所有者而言，他还是受到了“不法”对待。法律承认由对土地的独占和专享而产生的财产利益，不论其价值几何，通行的确干涉了这项利益。所谓“无害”仅指该行为未损害任何其他利益，包括任何“有形的物质性利益”。还有一个疑难情形是：未能适当兑现承诺却侥幸地对被承诺者有利。此情形下，该不法行为侵犯了“被害者”的某种自由利益，即他本人以某种考虑预计未来，并通过选择决定未来走向的利益。如果该利益受到侵犯，他就受到了损害（如同被施以不法行为）。但在此情形中，他并无其他利益受损，甚至还得到了某些好处，因此综合来看，他其实受益了。很多诸如此类并非损害的不法行为均可照此理解。也许的确有某些不法行为可以通过利益衡量，不被认为是损害行为；但几乎所有不法行为都在一定

程度上存在损害。即使在某些最具说服力的反例中，不法行为还是会造成对自由利益的侵犯。

尽管几乎所有最狭义理解上的损害（不法行为）同时也是干涉利益意义上的损害，但不是所有对利益的妨碍都属不法行为，某些行为对利益的干涉是有理由的或者是正当的，或者其所干涉的利益并不包含他人的权利。不同人的利益之间往往存在不可避免的相互冲突，因此任何意在“将损害最小化”的法律系统都必须包含对不同种类利益的相对重要性的判断，然后方可宣布，某人为保护较低层级的利益而侵犯他人较高层级的利益的行为是“不法的”。不法行为即因侵犯了较高层级的利益而被认定为对利益的干涉。以优先权规则予以正当化的干涉行为不是不法行为，尽管它们引起了非规范意义上的单纯阻碍利益的损害。

损害（对利益的阻碍意义上的）中有一类行为不应被称作不法行为，即经被害人同意的损害，包括行为人加诸己身的损害或其可预期的风险，以及自愿由他人加诸己身的损害。如果我既未强制、逼迫，也未欺诈，而是说服你和我来一场公平赌局，你输了，尽管结果会令你因金钱利益受阻而受到损害，但我并未对你实施不法行为。即使行为往往会损害同意方的利益，损害原则在此并不支持将对同意行为的禁止正当化，因为禁止的目的仅应在于防止不法行为带来的损害。这就是为什么损害原则在适用于现实立法问题之前，需要有适当的理论、利益优先顺序以及正当原则等一整套内容作为补充。 36

法律评论者有时会建议法庭在非刑事案件中为非损害性的不法行为提供救济。如查尔斯·弗里德（Charles Fried）赞同对未能履行单方承诺予以处罚²，即使这种不履行除了令对方失望之外并未对对方利益造成任何实际影响。例如，玛丽指着橱窗对约翰说，她很想要那条价值1万美元的钻石项链。约翰马上回答说，“这条项链配你再

好不过，等我那笔钱一到手就给你买。”玛丽说，“哦，约翰，你不会改变主意吧？”“绝不，我发誓，星期一一定给你买下它。”设若约翰的确改变决定，那么玛丽受到损害了吗？她既没有为约翰的承诺给出任何交换条件，以致现在会失去它；也没有针对约翰的承诺实施任何回应行为。就那条项链的所有权而言，反正她之前就没有，现在也不会更坏。她不过是失望而已。但弗里德雄辩地认为玛丽遭受了不法对待。他认为，约翰通过自己的自治自由，先是制造了一个权利给玛丽，之后又侵犯了这个权利，该侵权行为（不法行为）的对象就应当获得法律（当然不涉及刑法）救济。

那么，本文所理解的损害，即损害原则中的“损害”究竟应作何解呢？既然我们已经将损害（对利益的阻碍）与不法行为（第三种意义上的“损害”）区分开来，并承认既存在极少数非损害性的不法行为，也存在寻常可见的正当的损害行为，那么，哪一种分类才能抓住限制自由原则中“损害”一词的准确内涵呢？无论合同法的正确政策为何，损害原则作为刑法道德界限的指引，并不要求为非损害性的不法行为承担刑事责任。更明显的是，损害原则不能令人信服地支持刑法禁止那些尽管造成损害却未侵犯任何权利的行为，例如，通过合法竞赛对他人利益的阻碍，或者“被害人”自愿同意承担的损害风险。“损害”一词作为损害原则中的专用术语，其内涵应当是含义二和含义三的交叉部分：不法行为对利益的阻碍，以及阻碍利益的不法行为，才是对损害的适当理解。本章下文及后续章节将着重探讨法律上的损害的两个要件之一：对利益的阻碍。

二、福利性利益与隐性利益

37 某项利益对于人的福祉的重要性可以通过两套标准衡量。根据

其中一个标准，在人的利益中，那些终极目标和远大抱负才是更重要的利益：诸如创作好的小说或文艺作品、解决重大科学难题、政治生涯再上台阶、家庭生活美满成功、在手工或运动中得到消遣、修建一所梦幻家园、推动社会正义、改善人类苦难以及养成美德等。但以另一个相对不同但同样有说服力的标准来看，人最重要的利益并不像上述内容那样宏大而令人印象深刻，而是几乎人人可及的达到那些终极目标的必要条件，无论该目标为何或最终能否达到。此类利益持续地体现在人生可预见的各阶段中，体现在人的生理健康和精神状态中，包括身体的完整和功能的正常；体现在没有痛苦和灾难，没有奇形怪状的残缺；体现在没有心智反常，精神稳定，没有无端的焦虑和怨恨，能够参与正常的社会交往，享受并维持与他人的友谊；体现在拥有最低限度以上的收入以保证衣食无忧，可以容忍的社会环境与自然环境，以及在干涉和强制之下保有的一定自由。这些利益是达成各类可能目标的条件，除极特别的情形之外，这些利益综合起来对于终极目标的达成十分必要。从某种意义上说，这些利益是人所具有的最为重要的利益，需要得到切实保护，因为没有这些利益的存在，也就没有人的存在。但从另一个角度说，它们又只是一些细小的好处，虽然必要但尚不足以带来美好人生。这些利益只是“美好人生的基本条件”，³绝非美好人生的全部。

这些最低限度的而非终极的利益可以被称为“福利性利益”。如果这些利益受阻或受损，人就会受到严重损害，如此一来，人的那些终极抱负也会随之受到破坏；反之，不能达到更高目标并不会在同等程度上对其整个利益网络造成损害。此外，如尼古拉斯·雷舍尔（Nicholas Rescher）所说，把福利性利益放在一起形成的链条，其强度由最薄弱环节决定。“很少有那样的平衡机制，一处缺陷能由另一处的优越来弥补，正如心脏血管特别健康并不能弥补肝脏功能的不

- 38 足。因此，加强福利的某个环节并不能消除其他环节的不足”。⁴ 总之，对于福利性利益的侵扰是一种极为严重的损害，但并非人可能遭受的唯一损害。

三、利益与需求

至此，我们在讨论损害时几乎没有出现争议性内容，但有关“利益”本质的几个问题却让哲学家们各执己见。其中一个争议是：我们能否在需求和欲望的术语范围内说明关于利益所必须说明的全部内容（见第二章第一部分）。人的利益和需要之间必定存在紧密联系。某人投入“本钱”就意味着在某个结果中存在利益，他在某事项中投入本钱后，或得或失取决于该事项，因此，如果说某人在 Y 中存在利益，却又否认他想要 Y 发生就太奇怪了。毕竟，这意味着他宁可失而不愿得，至少表面看来是极不合情理的。可以肯定的是，确实存在当事人不知自己利益何在的情形。此类情形下，若某人在 Y 中存在利益却不想要 Y 发生并不吊诡。真正吊诡的是，某人确信自己在 Y 中存在利益（本钱）却不想要 Y 发生。不过，某人可能会在义务或原则与实现自我利益之间挣扎，这种情形是有可能的。如果他自愿选择牺牲一己之利去做正确的事，那么他牺牲利益而选择责任其实正是他“真正想要的”，反之，他并不“真正想要”他确信于此间存在的那项利益。不过，将此种情形表述为两种欲求之间的冲突可能更合乎情理，即与利益相连的欲求被履行义务的欲求战胜，这样表述就没有什么难以理解的了。因此，我们可以合乎逻辑地得出结论：“琼斯相信他在 Y 中存在某项利益（本钱）”意即“琼斯在某种程度上想要 Y”。这意味着琼斯至少具备起码的理性。“在某种程度上”一词是必要的，可用于解释某种情形，如琼斯了解 Z 与 Y 相互冲突，而他想要 Z 超过

想要 Y。

利益和欲求的更多冲突存在于对“X 符合琼斯的利益”这个词组的分析当中。此处我们首先要区分两个表述：(1)“X 有助于琼斯的某项特定利益”，如金钱的累积或艺术上的成就；(2)“X 有助于琼斯的自我利益”，即他作为一个整体的全部利益。与第(1)项表述类似的是我们之前提到的“琼斯在 Y 中存在利益”。X 可能确实符合琼斯的某项利益，但琼斯却不想要它。例如，X 是苦味的药物，可以促进 39 琼斯的健康，但琼斯很讨厌它的味道而拒绝服用。X 实际上可以促进琼斯在 Y 中的利益，但琼斯却不想要它，这要么是因为他不相信 X 可以促进 Y，要么是因为他不相信自己在 Y 中存在利益（Y 是他的某一项利益）。另一方面，他可能在某种程度上想要 X，因为他相信 X 可以促进他在 Y 中的利益，他没有选择 X 或者是因为他认为 X 会妨碍他所认可的另一项更重要的利益 Z，或者是因为 X 不符合他的个人道德准则。不论是哪种原因，都存在一个需求上的冲突，抑制了他对 X 的欲望。他最终没选择 X，可能是因为他觉得 X 过于令人生厌、味道恐怖奇怪（若 X 是指那味苦药）。在这种情况下，并不存在利益上的冲突，而只是促进利益的欲望与单纯的害怕厌恶之间的冲突（这是典型的理性与“盲目情绪”之间的冲突）。因为缺乏对 X 的需要和欲望（哪怕是微弱的），上述情形中缺少对 X 可以促进 Y 中的利益的确信。不过，很清楚的是，某人可能因为忽视了 X 与 Y 的联系，或者因为忽视了 Y 对他某项利益的作用而不想要 X；也可能因为存在其他的需要、原则或激情的强烈冲突，他即使想要 X 也可能不去选择 X。

对第(2)项“X 符合琼斯的自我利益”的分析更复杂些，它与“需要”的联系也更抽象。首先，我们可以说这个表述意味着 X 在某种程度上有助于琼斯的总体利益（他投入本钱的诸个事项）。我们已

经表示，这反过来意味着 X 有助于琼斯各项利益的一致向好（此处用“向好”较“实现”更适当，后者暗指美好人生的所有目标最终永久性地达成，且不存在任何未实现的人生抱负）。正是在这一点上，我们的分析开始发生困难。何种情形算是“一致向好”？这里必须区分三种情况。第一种情况（也是最有意义、最难分析的情况，我们放在最后展开讨论）是 X 通过程度相同或不同地促进琼斯的各项利益来推动其利益“一致向好”。第二种情况是 X 促进琼斯的某项特定利益 Y，或者同属一类的整体利益，但并不影响他的其他利益。第三种情况是，X 促进琼斯的某些利益，但妨碍了他的另一些利益，不过从某种程度而言，受到推动的这些利益较受到阻碍的利益更为优先，结果，整体上可以说琼斯获得了净利益。

40 上述第三种情况仅适用于相互对比的利益之间优先顺序明确，从而可以对它们进行权衡的情形。有很多寻常可见的例子符合这个条件，但也有许多同样常见的情况并不符合。最简单的例子是同种利益间的选择，如财产收益。假设 X 可以使琼斯从此处获得 2000 美元的收入，但同时会使其在彼处损失 1000 美元，直观地看，X 显然会使琼斯获得收益。同样，X 可以帮助肥胖者减肥，但同时会损害他的“健康利益”，比如可能会导致他几个星期的失眠，但权衡下来，获益还是抵得上损失的。即使是不同种类的利益也能作出取舍。独自前往欧洲做数月研究工作对于一名教授来说可能是职业生涯的难得机遇，但同时却可能带来家庭关系的紧张。“家庭利益”的损害也许以后可以修补，但同样的职业机遇却可能不会再有，如此一来，经过计算后，他会认为此次离家对他的整体利益是有好处的。另一方面，如果琼斯在两个人——如他妻子和他女儿身上存在同样的利益，而 X 将导致一人（任何一人）死亡而一人富有，他会觉得结果对他无益。总体而言，如果 X 推动他在 Y 中的利益，却会对他在 Z 中的利益造成无法

接受的损失，则 X 并不符合其总体利益。

如果 X 在推动琼斯的某些利益的同时并不影响他的其他利益（如上述第二种情况），当然就没有问题。X 代表了单纯获益而没有损失，“和谐”即指不存在冲突。但要如何才能使得 X 对琼斯的全部利益皆有促进呢（前述第一种情况）？至少有三种途径可以使之成为可能。第一种情况是，X 直接地一致地促进其利益，这要么通过调整各项利益间的相互冲突程度；要么通过调整整个外部环境，以使更多之前相互冲突的利益可以共同向好。当某人的一项利益在 Y，而另一项利益却恰与 Y 相反时，两项利益间的冲突最为严重，两者不可能同时受到促进。处于这种情况下的不幸者只能陷入个人利益缺失的境地当中。若要避免受损，只能通过从相互冲突的两项或其中一项利益中“撤回投资”求得心理平衡，但相应的利益也就丧失了。更常见而不那么极端的情形则是，某人的两项利益之间形成对某个有限的促进资源的“竞争”，即 Y 中的利益与 Z 中的利益形成的态势是：如果不阻碍 Z 就无法促进 Y，换句话说，能够促进 Y 又不损及 Z 的 X 条件短缺，甚至完全不存在。在这种短缺完全无法修复的情形下，要避免整体自我利益受损，只能通过调整或者“消除”相互竞争的利益中的一项。但在促进一致向好的条件短缺可以被修复的情况下，补救的办法就是 41

尽量调整造成这一冲突的客观环境本身。

促进个人整体利益的第二种策略是有意制造出所谓与他已有的某些利益相互“竞争”的新利益。可以试想某种心理学上的类比：谨慎的投资者往往通过“分散投资”或“平衡投资组合”的方式来防范最可能威胁其利益的偶发事件，从而保护其整体（财产性）利益。如果把所有的鸡蛋都放在同一个篮子里，那么一次灾难就足以将它们全部摧毁，因此，谨慎的做法是要有多个篮子。要合理安排个人利益，使得当某些利益受损时另一些利益必然受益，或是某些利益受益必

然使另一些利益受损，从而对个人利益进行保护性分散。这样就可以确保这些利益不会一同降至某个水平以下，即使同样可以预期的代价是，这些利益也不会一同提升至某个水平以上。所谓谨慎远非唯一实用的利己品行，其目的在于通过防止各单项利益降低到可实现的最低限度以下，从而保护整个个人利益。对于一个个人利益得到最大实现的幸福安康的人来说，他会注意同等地促进（并非仅仅保护）某些利益，而最明智的方式莫过于预设损害和挫折的重大风险。

促进个人整体利益的第三种方式就是通过调和策略制造出或促成一个一般化的途径，推进其长远利益。对于我们社会当中绝大多数正常人来说，任何可以促进其身体健康、经济富足、精神稳定、政治自由等“福利性利益”的因素，无论为何，都有利于其各项长远利益的发展。事实上，最重要的一般性途径不仅影响到眼前实际利益的实现，而且影响到那些目前人们甚至还毫不觉察、但日后必定包含利益于其中的各类未来目标的实现。

与这三种促进人们利益的途径相对应的是三种损害利益，包括损害个人的情形。对个人利益的“干涉”包括：（1）调整某项利益使其与其他利益形成冲突或竞争，或者改变环境，使得可以共同促进两项或多项相互竞争利益的有限资源更加匮乏；（2）降低或取消对利益的
42 保护性分散；（3）直接损害某项福利性利益（如健康利益或者财产利益），使个人丧失促进各类外部利益的可能。

至此，对于“X符合琼斯的利益”的分析无需借助“需求”一词。我们看到人们总是（或至少在某种程度上）想要那些他们认为存在利益的事物，这正符合人最起码的理性。但就福利性利益来说，我们一般认为，无论在何种情况下，无论人们的确信及需求是什么，能够促进福利性利益的事物对人们就是有益的。例如人的健康实际上就是一项利益，哪怕他有相反的错误认识，哪怕他不想要健康的身体和旺

盛的精力，而希望自己患病并继续恶化。针对这项特定利益，可能存在利益与欲望两者间的呼应，但前者的存在并不依赖于或来源于后者的存在。

不过，福利性利益之成为利益，B 因其通常作为某种一般性的、必不可少的途径，对其他长远利益起到促进作用。关于“需求”一词在分析利益时所起的作用，将在后文论及“更长远利益”的性质时再行展开论述。针对这些利益，“需求”将起到实质性作用，因为很难解释为什么一个人对某种进展并无需求和目标，却会为这一进展投入本钱。如果我对事业发展、获得政治权力、修建梦幻家园都毫无渴求，我怎么会认为自己在这些事物中存在利益呢？我又怎么会在这些赖其产生得失的事物中投入本钱呢？不论我是否想要，健康对我而言都是有益的，但对于其他一些更长远的利益来说，我在其中包含利益是因为至少我希望它们实现，而不是相反。在这些情形中，如果需求改变了，利益也会改变。

另一方面，需求，哪怕是强烈的欲望也不足以带来利益。板球迷约翰·多伊渴望道奇队在锦标赛中获胜。不过，单就其愿望本身并不足以表明约翰在道奇队获胜这一结果中存在利益。当然，如果他用全部身家投注道奇队获胜，那么当中就有他的重大利益。另一方面，道奇队球员理查德·罗却在道奇队获胜中存在重大个人利益，包括随之而来的分享成功的荣耀、奖金、锦标、邀请等。我认为，在某种意义上，如果满足某条件与否能够决定某人之“得”或“失”的话，则他一定对该条件抱有强烈的渴望。作为某种愉悦的精神状态，满足感本身就是一种回报或“得”（虽然满足感并非随着欲望的实现而自动产生），而强烈的失望就是一种“失”。此处的引号必不可少。对于我们的论述目的非常重要的是，既须将因遭受个人损失而产生的“失望”与导致此失望情绪的“失”区分开来；也须将导致满足感之“得”与

因个人之“得”而产生的满足感区分开来。以引号标注的“得”和“失”与利益或损害之间没有任何必然或直接的联系。我们在没有遭受损害的情况下，也常会感到很失望、不满、甚至沮丧。

很少有球迷会就赛季结果投下如此重注，以致如果球队输掉比赛就会遭受个人损害（不过也不难想象会有此类极端情形出现），也很少有人在满足感或是失望感的避免当中存在利益。我们的利益或欲望总是指向外部事物而非内在精神状态。无论是说我们为 Y 的出现投入本钱，还是说我们希望 Y 的出现，我们的利益和欲望的对象只能是 Y，而不是因 Y 的出现而带来的满足感或失望感的避免。这些精神状态是某些利益或欲望的对象，后者产生于对 Y 的利益和欲望，而非其本身。如果我们在 Y 中投入的本钱或对 Y 的欲望既真实又强烈，则我们对精神状态方面的任何利己考量都将相形见绌。吊诡的是，这种兴奋的精神状态却恰恰因为我们只把达成 Y 作为当务之急而忽视精神状态才得以产生。总体上说，促进 Y 的欲望或带来的利益并不包含藉由 Y 产生精神状态上的满足感或失望感的避免带来的利益。存在利益的是 Y 本身，而非失望感的避免。

人的一些最强烈的愿望并不适合作为最长远利益的基础（如突然非常想吃冰淇淋蛋筒），因为这些愿望与人们更长远目标之间并无联系，它们不够稳定持久，因而无法成为任何投入的本钱。此类愿望的破灭可能会导致我们复杂的利益之网有所动摇，但每一根网线都还在维系着。我们的信心是坚定的，我们可能感到一些失望，但只要利益不受影响，就意味着没有受到损害。

44 那么，到底是何种需求，其自身就能够在某些结果中产生利益呢？对此，只能谨慎地在心理学意义上予以一般性解释。人人各不相同，某些异于寻常的人可以进行心理投入，而其他人则可能无法做到。因此在列出这些造就利益的需求的一般特征时，必须避免暗示其必要

性。一般而言，产生利益的各种需求的特征可以列出如下。首先，此类需求一般与现实希望或期待相关。仅仅是一个理想化的愿望或者幻想则不属此列。不能去火星旅行或是不能永生，是不会给人造成损害的。其次，需求必须是为了、或者至少部分程度上是为了其渴求对象本身的发展，而不仅仅是为了以此促进其他的先在利益。如果对某种事物的愿望完全是为了达到赚钱的目的，那么该事物就是符合其利益的愿望，但这不是因为他对它的欲望，而是因为这种欲望促进了他的某些先在利益。

再次，尽管不尽然，但我们所说的需求如果是那些最长远的利益，即所谓终极利益的基础的话，就应当努力予以推进，尤其是抱有这一需求者本人。尽管存在例外，能够作为终极利益基础的需求，一般来说决非单纯的愿望，而是精神目标或精神对象（道奇队球迷如果在并无作用的鼓掌喝彩之外，还做了些事帮助球队获胜的话，也可算作对球队投入本钱）。我可以因本人的事业发展获得利益，也可以因他人的事业发展获得利益。但如果他人的发展关乎我的终极利益，则通常我定能提供某种帮助。如果他学会单簧管对我存在终极利益，那么必会存在让我辅助他的方法，哪怕只是间接的方法。我无法代他学会单簧管，并且自己也不是一名单簧管演奏家，无法教他如何演奏。这种情况下，说我的目标就是他学会单簧管恐怕有些言过其实，但我可以找到帮助他的方式，例如给他打气或替他出钱，这样我的“目标”即是尽我所能帮助他达成他的目标。如果没有这种与个人努力的联系，将简单的需求变成目标，就不会存在所谓为获得“收益”作出的“投入”。这种联系的重要性在于，我们所说的投入能力是一种心理学上的概括，而非概念上的解析。我觉得，恐怕只有那些具备超常心理素质的道奇队球迷，才能在愿望得偿时创造出自己的终极利益，尽管他们对于获胜本身无能为力。

45 这种需求可以造就相对远期的利益，它们不仅仅是当下的愿望，如“去电影院开心一下”⁵，即使仅仅是满足感或失望感的避免也可以创造“利益”。但如我们所见，某个相对基本且稳定的愿望的满足，可以通过个人的努力合理地予以期待并给予影响，将这种愿望称作一般目的、一般目标或一般对象比较恰当。这种远期利益不仅对所有合理手段（符合该利益）赋予最终价值，更是促进与之相连的其他各类长远利益的有效途径。对绝大多数人来说，不存在所谓“终极的终极”利益，达成这些利益就是人类存在的“全部及终点”。我们的终极利益可以被系统地描述为如 C. L. 史蒂文森所称之为“核心目标”，它们（不止一个）是实现其他各种终极利益的路径。我们所说的那些更重要的（也即终极意义上的）目标符合史蒂文森对“核心目标”的定义：“即某终极利益对于达成其他各种终极利益来说是如此不可或缺，以至于反过来若并无其他方式达致该利益，则该利益将失去支配价值”。⁶ 由此，建造一间梦幻家园可以招待宾客、满足个人研究和自我愉悦的需求、让自我陷入几个钟头的美妙遐想等；获得政治权力则能促进内心坚持的信念和政策；解决科学难题除了获得个人荣耀之外，更可推动知识和技术的发展。

四、损害、伤害及冒犯

不是所有我们不喜欢的、反感的、试图避免的事物都对我们有害。吃一道做得很糟糕的菜当然令人不悦，但只要菜没有烧焦，吃下去对我们的身体也无害。还有很多其他类似体验，例如观看一场差劲的演出，或是受到粗暴的评论，这些经历让我们感到痛苦、被冒犯或被激怒，但并未损及我们的利益。我们会在一段时间内产生上述感受，但之后它们就消失了，我们的整体利益仍然完好如初。精神上的

不快状态五花八门，包括感官上的不快（如恶臭或噪声引起的）、片刻的失望和幻灭感、自尊心受伤、情感受伤、怒火腾起、震惊、惊吓、恶心、沮丧、无端的烦躁、强烈的厌倦、震怒、尴尬、负疚感和羞耻感、生理痛楚（在相对可忍受的限度之内）、身体不适，凡此等等。除下文提到的例外情形，避免上述各类感受本身并不存在焦点目标所包含的那些利益。⁷ 与各种快感一样，人们经历的各种不快既不会促进利益也不会阻碍利益。正因如此，无需将其归为损害。

46

不过，如果这些不快的感受十分强烈持久，或者它们持续地或不定期地反复发生，那么它们可能就会与利益发生联系。摩擦产生的噪声或恶臭仅仅因感官上的不快而不由自主地感到恼怒，这既非损害，也非损伤，但如果噪声或恶臭整夜不断让人彻夜难眠，导致第二天无法正常工作，那么，它们就侵犯了人们的利益。同样地，被当众冒犯或被羞辱通常会带来短暂的刺痛，我们哀叹，心里一阵阵难过，但之后，我们的利益仍完好无缺，我们会继续工作。不过，如果这一经历非常严重持久，或者常常反复发生，则由此导致的精神痛苦会造成强迫症或精神疾病，那么，损害就产生了。

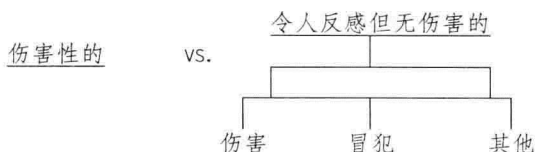
令人不快但并不必然带来损害的经历可以分为两类：伤害，以及冒犯。当然，最常见的伤害是生理上的痛苦，这种生理痛苦与“精神痛苦”之间泾渭分明，尽管后者在隐喻的说法上也可以用“伤害”来表述。精神状态受到侵犯若与生理上受到侵犯作比较，则后者指各类无痛苦感的生理不适。生理痛苦包括由割伤、挫伤、伤口感染、肌肉痉挛、动脉曲张、胸闷等造成的剧痛、阵痛、疼痛、刺痛、缝合伤口痛、颈肌疼痛及震痛等。与之大致类比的是各种形式的精神痛苦（它们同样造成“伤害”）：“受伤的”情感、苦恼、极度失望、悔恨、失落、悲痛、“心痛”及灰心丧气。无痛苦的生理不适包括作呕（似乎比“痛苦”更糟糕，但严格说来并非“伤害”）、瘙痒、眩晕、

紧张、过动、疲劳、失眠、寒冷、虚弱、僵硬、过热或过冷以及其他不适。针对我们的论述，可以将其与生理痛苦放在一起，作为生理不适的形式。与之类比的各種无痛苦的心理不适，因其包含充分的利益而須另外单独列出，称为“被冒犯状态”。与其生理方面的对应物一样，它們形形色色各不相同，虽遭人反感却一律不造成伤害。此类常見精神状态有些在前文中已经提及：包括感官上的不快、惡心、震惊感、愤怒、沮丧、焦虑、尴尬、羞耻感、负疚感、厌倦感以及各种尚可控制的气恼和恐惧。

伤害和冒犯之间的区分在某种程度上是有些主观的，基于一些抽象的类比，然后将彼此迥异的情况在同一标签下捏合在一起，这往往会引发语言学上的巨大困难。例如，焦虑，严格说来并非某种受冒犯的状态，但它又确非某种必然具有损害性的状态，放到任一分类中都不完全合适。另外，至少有一种厌倦感——自在独处的那种——完全不属于通常意义上受冒犯的状态，它本身既无损害也无痛苦，但的确是令人不快的状态。

绝大多数语言学上的困难是可以消除的，我们可以将严格狭义上“受冒犯”的精神状态与那些令人反感但无伤害的精神状态作出区分，后者混杂了各种广义上易引发歧义的“被冒犯状态”。我们的区分参见表1，或见表2。“其他”类包括焦虑、尴尬、羞耻、失望、沮丧、疲倦以及其他因他人的行为而可能产生的不快。

表 1



十分严重,并且,或者表现为之前或当前的损害症状(如胳膊疼痛可能是骨折的症状和结果),或者会造成结果性损害(如精神崩溃)。

必须强调的是,在上述原则下,某个伤害可能并非损害,因而不能依据损害原则对其施以预防性强制干预,但它总归是一种恶,在某些情况下,非常严重的恶需要依据其他自由限制原则对其施以强制干预。我们可将冒犯原则解释为:授权以法律强制手段防止最广义上的“冒犯”,包括狭义的冒犯(如憎恶、厌恶)、伤害(如“无害的”阵痛、剧痛),以及“其他”(如羞耻感和尴尬)。如果“狭义的冒犯”(例如由淫秽招贴和种族中伤引发的)可以通过刑法受到适当处罚,则任何无法归入损害类的严重痛苦亦同样可被制止。

- 49 有理由认为,长期的令人难以忍受的强烈痛苦本身就是某种“受损状态”,这是因为不同于与其他利益的联系,我们在避免该类痛苦中均具有某种并非完全工具主义上的基本利益(将该利益视为人生中占据支配地位的终极目标或焦点利益又稍嫌牵强),易言之,不论是否属于“损害性状态”,遭受强烈痛苦就是一种“受损状态”。我们可以想象(不多见),强烈痛苦并不必定对身心造成损害,受害人此后完全有能力如常行动。例如,A强行对B断续施以较大强度和频率的电击,给B造成很大痛苦,但这些电击处于未损害B的利益的阈值之内,没有造成损伤。如此折磨几日后,A给B服用一种消除其全部痛苦记忆的药片。抛开纯粹概念上的纠缠,可能有人要问,B是受到损害还是仅仅受到“伤害”?我们还是要回到概念问题上:不存在单纯的“伤害”!强烈的痛苦和严重损害一样,都是大恶,哪怕它并未妨碍任何利益。根据广义的冒犯原则(或法律道德主义原则),恶意施加强烈痛苦于他人的行为应当受到处罚。无论如何,合乎情理的观点是:不应通过施加痛苦来促进正常人的长远利益,即使这种痛苦的经历并不会对其他利益造成损害。承受前述假想例子中所描述的

折磨虽然并非某种损害性状态，却正是损害的某种形态。

在为“受冒犯的或其他令人不快的”状态归类时，除一处明显的区别之外，可以比照我们对“伤害”的讨论方式进行。那种认为不受冒犯的状态对绝大多数人来说意味着某种单独的、非工具主义的利益的说法是站不住脚的；而严重的受冒犯状态将导致损害的说法也是靠不住的。更普遍存在的是可以忍受的普通伤害和被冒犯的心理状态（哪怕很严重），如普通伤害，它们有时是之前发生的或正在发生的损害的症状或结果，更往往引发之后的损害，但它们本身并非损害。例如，被激怒的病人会产生暴乱或暴力行为。精神上受到强烈冒犯的状态可能导致被害人精神失常或心智迷失，从而消耗其利益，对其造成损害。但除非这些普通的伤害和冒犯行为达到一定的严重程度从而影响了其他利益，如健康或平和利益，否则，它们就不能被称作为损害。根据本文所理解的损害原则，动用刑法去禁止这些行为是不正当的。

有一类被冒犯状态可能无法满足这个要求，即因单纯得知他人私下正在实施或可能要实施的不受处罚的不道德行为而产生的震惊感和失望感（参见第八章第一部分）。我认为，可以想象，这些行为可能会使道德感十分细致的人精神崩溃；但在此情况下，更宜将这种崩溃的结果归因于其情感的过度脆弱，而非上述行为。如果打喷嚏可以导致玻璃碎裂，那么我们只能怪玻璃的强度太差，而不会责怪喷嚏。总体说来，损害原则的应用要求确定稳定的内涵（参见第五章第一部分）。法律强制保护的是正常而积极的个人利益；比方说，一个喷嚏都可以吹得倒的人，不能要求政府干预他人实施通常无害的作为。他只能就对任何身处其位的人都会造成损害的行为寻求法律保护，否则，就只能自己寻求其他非强制手段。

在结束这个主题之前，我必须进一步强调，可能某些人，实际上也的确存在这类人，将避免受到伤害、避免失望感以及避免被冒犯等

作为最重要的核心利益。古代伊壁鸠鲁派道德哲学家甚至提出，这就是人生最高、最现实的理想。他们倡导说，人生虽不在享乐，但亦至少应减少、直至消除痛苦和纷乱的情感。这些哲学家们若果真照此教义实施，那他们确实会因远离伤害和冒犯而拥有一些原生的长远利益。对于一部分人来说，这些教义吁求的最伟大之处在于，他们了解那些巨大的痛苦，无论来自疾病、绝望，还是狂热的情感，他们深切地感受到，只有消除这些极端痛楚方为值得珍惜的人生的真理。被极度痛苦缠身的人为了让痛苦远去可能愿意做任何事。若能摆脱痛苦，能够有任何其他选择看来都是幸事。可以理解但也有些奇怪的说法却是，对于难以忍受的痛苦的任何替代性选择都是大善，避免最坏情况发生本身就是可能发生的最好的情况。健全人生（没有残疾的痛苦）的至关重要的必要条件，是否就是美好人生的充分条件？这个问题仍令人困惑。这个困惑在一个不该有的判断下更加难解，这个判断认为：与难以忍受的痛苦相比，可以忍受的替代选择对于美好人生来说也是不能忍受的。易言之，从人的最高目标来说，即使是短暂而温和的伤害或冒犯也应当避免，与其说是为避免它们带来残疾，不如说是要避免它们内在的伤害、冒犯的本性。⁸

对于每个人的利益网络而言，消除可能致残的痛苦是一种福利性利益，但这就如同但求呼吸氧气及其他福利性利益一样，既卑微又空洞。根据损害原则，法律会像保护其他人一样保护伊壁鸠鲁派人士不受那些无可原谅的行为带来的严重痛苦，这种痛苦往往会破坏人的基本福利性（有益的）利益，缺少这些基本利益，个人的基本核心利益就会随时遭受极端破坏。不过，几乎很难保护伊壁鸠鲁派人士不受因微小伤害或冒犯而引发的痛苦，这些伤害或冒犯不会导致身体残疾，尽管它们对他们而言是损害性的，且直接破坏了其所认定的核心利益：永远不受伤害、不受刺激及不被冒犯。但为着保护他们而对这

类行为制定强制手段是不正当的，这并非因为他们的目标不是实际利益，也不是因为微小的伤害、刺激、侵犯对他们没有造成真正的损害，而是因为在根据一般人标准制定的法律看来，这些行为没有对利益造成损害，或者说这些行为造成的损害反不如因限制他人自由造成的损害更严重。伊壁鸠鲁派自我特设的利益，就如同其他利益一样，值得尊重，在用以比较损害“严重程度”的立法尺度方面有一定的意义（参见第五章第六部分），但从自身效力出发，刑法条文只能使用一般性术语，这些术语不应无明确内涵或不加界定，以便适用于个性化损害的全部范围。此外，如果伊壁鸠鲁派人士确信自己的信仰，他就已经取得了自律的免疫力。他不会让自己受到他人不当对待的伤害，特别是他人实施的非犯罪行为的伤害。总之，依据损害原则制定的刑法典只能用于保护符合一般人标准的利益。

五、影响利益的行为或其他事实造成损害的方式

读者可能已经注意到用以描述损害性行为对利益影响方式的众多术语。前文已经提及，行为（以及不时发生的事实）通过（1）侵犯、（2）侵扰、（3）削弱、（4）阻退、（5）剥夺、（6）阻挠、（7）妨碍，以及（8）注定毁灭的方式损害人们的利益。这些影响利益的词汇并非完全的同义词，有必要进行检验以期寻找出更恰当的用语。

“侵犯”（violate）一词用于狭义上的损害行为，此处“损害”应理解为损害原则中的损害（前述第一章第一部分）。此意义上的损害有两个要件我们须进一步厘清：其一是对被害人权利的侵犯（对他实施了不当行为）；其二是对利益的负面影响。“侵犯”一词暗含不法的意味，但对于我们理解针对利益产生的影响的性质而言并无用益。无论如何，将其用于描述不法损害行为是不适当的，而它在解释

52

什么是对利益的损害性影响方面也不具备分析力。自然事件，如火灾和地震导致的损害是单纯对利益的影响，只有“人”的不法行为才会“侵犯”利益。严格说来，当被害人的利益遭受不当损失时，受到侵犯的是被害人的权利，如我们所述（第一章第一部分），即使利益未受损害，权利也可能已受到侵犯。

从好的方面来说，“侵扰利益”往往用于法律语境。事实上，在法学著作中，法律上的损害通常被定义为“对受法律保护的利益的侵扰”，显然这是“对法律权利的侵犯”的另一种表述，区别在于前者强调权利之下所保护的是某种利益。这个法律术语缺少适当的宾语，但在用来解释对利益造成的特定损害性影响时，可以作为“侵犯”的宾语的主语。约翰·克莱尼希（John Kleinig）指出，“侵扰”与另外两个与之关系密切的词：“侵越”及“干涉”，“显然旨在揭示人在其中的作用”。⁹ 穿越（通常是恶意地）他人的地界，侵入他人的领地都是“侵扰”。不法地进入他人正当的自治范围就是“侵犯”了他人的自治，即侵害了他人的自决权（参见第十八章第五部分，第十九章）。但在某些情况下，这些情况可能并不常见，侵扰行为尽管对另一方实施的行为不当，但并未对对方的利益造成任何损害。在此情形中，行为的“侵扰性”并不必然使其具有损害性或损伤性。克莱尼希提供了一个巧妙的示例：

设若一个小孩 X 被诱拐，但旋即获救。当时我们可以说，“X 被发现时安然无恙”，隐含的意思是 X 没有身体损伤。之后，我们还可以说，“X 在此过程中没有受到损害”，这句话至少暗含“X 没有遭受心理创伤”的意思。作为一个小孩，我们可以假设此次被诱拐并未导致对 X 的任何重大人生计划造成阻碍。如果我们简单地认为损害就是对福利性利益的侵扰，那么，显然 X 因

被诱拐而受到损害。但损害往往并非仅为单纯的侵扰，它还包含着“削弱”。¹⁰

克莱尼希继续说道，对事物的削弱，“就是使之变糟或恶化。”但严格地说，损害性事实对利益的损害并非如此。并不是“利益”本身“变糟”，而是被害人的整个处境变糟或恶化，其间，利益受到影响的方式仍有待进一步廓清。“削弱”一词的更常见用法是指才能或能力的减弱或无法发挥作用。胳膊断了意即胳膊损伤了，那么这只胳膊就暂时丧失了人所必需的有效功能，因为这一损伤，这个人的福利性利益也就受到了损害。功能的损伤不是利益受损的唯一原因，但确是阻碍福利性利益最常见的形式，同时，也可能是人遭受最严重损害的示范性特征。

第（4）至（7）这几个术语之间只存在细小差别，可以将其作为一组词予以分析。我认为，这些术语最适于解释事实如何通过损害个人而影响其利益的过程。所有这些词都包含了一种方向性的隐喻。“阻退”利益即使利益发展进程倒退，将利益反向推至其发展的起点。自目标一侧看去，利益的实现进程发生倒退或陷入较之前糟糕的境地。“剥夺”利益即使利益完全丧失，通过剥夺利益推进或实现的必要条件而终局性地、无可挽回地阻止利益的实现。例如，死亡即可一劳永逸地阻止某些利益的实现（参见第二章第三部分）。“阻挠”（或“阻挡”、“阻挫”）利益未必使利益发展进程倒退，但能使之停止下来，并形成利益的对立面，至少在当下阻止利益的推进或提升。“妨碍”利益未必使利益发展进程倒退或停止，但使之减缓，或受到干扰或迟滞。所有这些概念的共同点在于，它们均以某个起点或“基准线”为基础衡量各自的进退。利益的一般内容比起账簿或银行户口而言更加模糊，但理论上它也可以按图表方式形成一条曲线，沿着 X 轴与 Y 轴的

正方向（向上）或负方向（向下）移动，向上代表“得”或条件改善，向下代表“失”或条件恶化。¹¹

54 受事实（事件）影响趋好或恶化的利益在该事件发生前，已经形成自身运动的方向和动量。若曲线当前点已行至图中最高处，则能够将曲线保持在该位置的事件对利益就有保护或维持作用，因而可以认作是有利因素。如果某事件使曲线的上升势头减弱，即使没有使曲线下降或反转，影响亦不算严重，也仍是损害性的。如果处于正方向区域内高点位置的曲线下降少许，但尚未将曲线拖至中心线以下位置，则尽管并未使利益呈现“受损状态”，但造成这一下降的原因就可以说损害了利益。我们一直在讨论的“损害”显然是一种相对的概念：人是否受到损害取决于之前的状态，并以此作为参照判断情况是有所提升还是有所退步。不过，另一个非相对性的概念正等在一边，随时准备取代前者。这个概念认为，只有当曲线位于中心线以下，才可以说损害发生了，进入了“受损状况”。¹² 由此，某人的利益，如充足的食物供应，在图表底部附近徘徊，此时，哪怕是一粒面包屑也会让曲线向上移动；但是，如果不能使曲线升至消除营养不良的位置（中心线），那么就不能说这粒面包屑带来了多大好处；如果不能使曲线升至避免饿死的位置附近，那这粒面包屑根本就谈不上是任何好处。之前利益状态的位置、运动方向、动量等对于衡量损害或利益的影响是非常复杂的。尤其在图表的极点位置（顶部或底部），相关事件对利益会产生特殊的影响。以金钱逐步降低的边际效用为例：与百万富翁相比，一分钱对不名一文的人来说，好处要大得多（以他目前的状况衡量）；从只名一文的人手里拿走这一分钱对他来说是一个灾难，而从百万富翁的手里拿走同样的钱根本不会引起他的注意。这些难题在经济学领域里已经够复杂，而当它们涉及美好人生问题时更是无解。对于有关日常自我利益的概念，我们仍旧只是粗略模糊地依据于经济

学上的分析。除非一些哲学问题的探讨提出要求，否则试图在此将概念的内涵进一步细化只能导致毫无结果地偏离主题。我们将在第四章回到利益图表上来。届时，我们将不可避免地面临区分损害与单纯非利益的挑战。

最后一个损害方式是“注定毁灭”利益，即预先决定对利益的剥夺。一旦某人在一个既定目标中投入足够的本钱，当中就具有他的内在利益，如果他不知道这个利益的存在，而另一方破坏了（或将要破坏）实现该利益的必要条件，那么，从那一刻起，当事人的希望和努力必将白费。本来追求或希望某个对于利益至关重要的结果发生，但如果这些追求或努力必将无法实现，那么从一开始就注定了败局。知道他人的利益注定被毁的旁观者可能认为他已经处于受损害的境况当中，但除非数年以后利益真的被毁，这种预估并不能得到证实。将精力白白地倾注到注定失败的事业当中，知情的旁观者不仅为将要发生的，也为已经发生的一切感到遗憾。如果把钱定期存入一家必定会倒闭的银行，那么，不等银行最终倒闭，存款人就已经在自我损害了。我们也可以说，某人驾车前往机场，去搭乘一架将于起飞后不久坠毁的飞机，那么在驾车途中，他已处于被损害的状态中。如果我们了解他正在做的事，哪怕他自己当下尚且不知其中的损害所在，我们也会认为这个可怜的家伙，正急急慌慌地自寻死路，那可不是什么好地方。注定毁掉的利益还会在第二章第六部分述及死亡的损害性质时作进一步讨论。¹³

六、利益网络的概念

对人的利益进行分类的方法数不胜数，包括根据长远性、最低限度、综合程度，实现模式、被侵犯模式，利己或利他以及其他一些标

准。在这些分类标准中，有几个是程度上的区分，这种区分可以为衡量相应损害的严重程度或“重要性”提供有用的标准。

以长远性和最低限度为例。如前文所述，一定的内在性、稳定性和持续性是利益得以存在的必要因素，仅仅是一个“瞬间欲求”，哪怕它真实强烈，却并不包含某种利益。炎热的夏日，手边已有充足的冰水，却突然想吃冰激凌甜筒，这并不表示冰激凌在此时“符合我的利益”。说某事物“符合我的利益”是指该事物可以增强我实现内在需求的能力和可能性，这些内在需求正是利益——我已投入本钱的事物的发展目标——的基础。在布莱恩·巴里的示例中提到：我很想看电影，我可能会去电影院好好开心一下，“但去电影院是否就‘符合我的利益’吗？我们可以想象以下情形的确可能存在：即一些内在目的会因为我去了电影院而得以实现，比方说我的文化品位给雇主留下印象，让他决定给我[提薪]”。¹⁴但通常情况下，看电影所能取得的全部收获不过是愉快的享受罢了。“去看电影……既不符合人们的利益，也不阻碍人们的利益。”¹⁵瞬间需求的满足，仅当它可以提升包含利益的其他内在目标时方符合人的利益。

在另一个极端上，由于各种原因，最内在的综合目标必须被排除在利益的范围之外。有理由认为，所有正常理性的人都渴望自己能够获得终极的善（内在的），或是其他愿望作为一个整体得到和谐一致的实现，或是获得健康幸福，但这些抽象的目标很少作为特定的目标进行有意识地设定，即使当我们确实深谋远虑地将其设为特定目标，亦无必要认定我们在其中存有利益。人们很少直接去追寻幸福，这可以理解为人们在追求其他事物时就是在间接地追寻这一“内在终点”。安东尼·肯尼（Anthony Kenny）这样解释其中的区别：“如果幸福被认为是支配性终点，那么它就应该是某个主要愿望的目标：例如金钱，例如哲学。如果它被认为是一个全面终点，那么渴求幸福就

是希望众多单独的愿望能够有序而一致地实现。”¹⁶说我们在作为全面终点的幸福中存在利益，就是说我们在所有的利益中存在利益，或者提升所有的利益就是符合我们的利益，它们是完全等价的表述，没有新的启发性意义。另一方面，可以理解的是，极个别的人确实是在作为支配性终点——同等层次的主要利益中的一种——的幸福中存在利益。如此定位的幸福可以理解为享乐主义者的观点。正如某些贪婪吝啬的人把拥有尽量多的财富作为终极目标，那些精于计算的享乐主义者则将享受愉悦的感觉作为主要目标，而把不能带来欢快或安详的事物看得毫无价值。想想看，快乐的精神状态对我们所有人来说是多么令人渴望，而令人惊讶的却是只有那么少的人（如果有的话）将对这种精神状态的培育视为一个有意识的主导目标。

若将瞬间需求以及全面终点排除在利益目标的范围之外，剩下的就是长久地处于中间范围的利益。按照其长远性由低到高的顺序，可将其分为三类：第一类，即时需求。通常状况下，与想吃冰淇淋甜筒或看电影之类的愿望不同，此类需求的实现，对于促进更长远目标而言，或者是其路径，或者是其必要条件。在特定时间内进行身体锻炼或者减少油腻的甜点摄入是符合人的利益的，锻炼或节食能够促进确定无疑地包含在其健康当中的利益。同样地，视情况而言，早睡或反过来工作到很晚但可以获得超时的工作酬劳，都可能符合人们的利益。通常来说，工作超时、锻炼身体等诸如此类的活动本身并不包含任何特定利益，但这些活动却完全符合我们的利益，因为它们可以促进那些更一般化、更稳定持久的必定包含利益的目标，如健康、收入保证等。我们可以将此类需求称之为“工具性需求”。

57

第二类为前文已述及之福利性利益。这些利益之基础需求的本质特性，在于其作为利益的最低限度。最一般而言，福利性利益是我们获得或维持生理或心理健康、物质来源、经济财产以及政治自由的

最低水平的利益，它对于我们有可能达到更高的善或幸福等更长远目标来说极其必要。此处所述之“个人福利”是达到终极健康不可或缺的必要条件，但却绝非其充分条件。如果缺少这些条件，人们就无法达到那些目标，但如果仅仅是这些条件，也不足以达到这些目标。另一方面，除面包外一无所有的话，人可能活不下去，但如果连面包也没了的话，人就完全没法生存。

与众多基本的福利性利益相对应的可能是有些人有，而有些人没有的终极利益，是指在福利要素已达到基本限度之后，将其提升至很高水平时所体现的利益。繁盛丰足类似福利性利益，因为后者体现在拥有足够的金钱以维持体面的生活，因此，在一个不同的分类体系中，二者均可被归入经济利益，但于丰足中包含的利益在经济充裕程度方面当然有利于福利性利益，其本身绝非福利性利益。同样的，身强体壮、保持运动员状态的利益和但求无病无灾的福利性利益同为生理利益，但亦绝非福利性利益。

小结一下，福利性利益具有最低限度性、稳定性、持续性等特征。如前文所述，它们彼此关联，其强度由当中最薄弱一环决定。如果罹患绝症，即使拿来全世界的钱也毫无帮助；如果身陷囹圄或贫困，即使身体再强壮也无所补益。最后，福利性利益的价值初看之下在于其完全的工具性，但这并不是说它对于其他目标的实现一定有效，而是说它是当中不可或缺的必要条件。

在这个问题上，我们必须稍作停留。确实存在某些生物，如动物或婴儿，它们并不存在比福利更长远的利益。比如对某些动物来说，应该不会有超出求生这一朴素愿望之外的“更高的善”，但它们必定需要福利性利益。食物来源没有消失或遭到毁坏、未被寄生虫损害体力、未被微生物引起感染以及天敌不能靠近等都是它们的利益所在。一些福利性利益彼此关联，实现其中某个利益可以促进另一个利益的

实现。公狮不让食腐野兽靠近它的猎杀物是为了保证食物能够保存下来供狮群慢慢食用。但不好确定的是，对于狮子的任何单个福利性利益，或是它们福利性利益的整体的追求，是为了促进其作为自身终极目标的长远利益。因为如果福利性利益是“完全工具性”的，狮子的表面利益除了自身外别无目标，那么，它的福利性利益似乎也就算不上真正的利益，亦即动物自身并不存在任何“善”或福利可被促进或损害。两个世纪以前，这个结论恐怕对绝大多数人来说都是顺耳的，今天听来却反而从合理变得荒谬了。

事实上，与人的所谓“福利”——而非人所特有的建立在长远目的及核心目标基础上的美好人生——相对应的是，如今我们往往认为，动物（至少是能够存在有意识的需求和目的的“比较高级的”动物）也具有它们自己特有的“善”。如果的确如此，则可以得出，它们具有的那些福利性利益可能并非完全工具性的。甚至对某些人——特定时空下绝大多数人——来说，其最高的“善”也不过由福利构成。对于艰难岁月中的心灵来说，仅仅是活着，一天一天地活下来，就是十足的成功。在艰难的条件下找到生存的基本方法是对耐力和才智的挑战，小小的成功也会带来人类特有的自豪感。对这些不幸的（至少在我们看来是不幸的）人来说，福利本身就是美好人生，而并非只具有“完全工具性”的价值，但对他人而言，对同样需求的投入却只是更长远利益的基础。

还有一些方法可以使使我们摆脱困境，但此处暂不展开论述。一些 59
更高级别的动物，例如灵长目动物，可能应该有一些天然的长远利益，尽管这些利益相对于人的标准而言尚属初级，包括形成族群等级、聚集雌性成员、保护新成员等，某些物种（如狼、鹅）还会组建“家庭”。即使是等级稍低的动物，尽管不能说存在上述情形，但也会存在一种实现族群继承生物特性的自然利益，¹⁷ 即在促进福利性利益的过

程中（而非“通过”促进福利性利益）获得的利益。对于这些物种来说，其进化程度足以使其产生有意识的需求和目标，但尚不足以使其存在长远利益，它们的终极完善仅仅包含做到“自然而然”的事，得到一个正常的生命历程，即使所有“自然产生”的事物都指向对福利性利益的追寻。它们并非有意识地通过追求福利性利益达致终极完善的实现，而是说它们追求福利的过程就是在获得福利的实现。

总之，福利性利益的特点在于其工具性，尽管在例外的情况下，或是对于一些动物来说，它的价值显然不止于此，福利性利益（字面上看就是包含在活着、没病，且保证基本物质来源等状态中包含的利益）也可以如其他终极利益那般终极。在这些情形中，我们可以一边否认某个利益的价值在于它对其他长远利益的工具性，最大限度地承认它对其他福利性利益的工具价值，一边认定该利益即福利性利益。通常情况下，尽管福利性利益的固有价值并非如此明确，但无论如何它仍对其所有者存在如此价值。为了确定此说法是否针对每个人都正确，人们可以进行一项心理实验，问问自己，如果不存在其他更内在的利益，将会如何评价福利性利益（字面定义）。对这个思辨的假设问题的回答隐含了人们当下所拥有的那些利益的本质价值核心。

第三类利益造就需求与长远目标，即与我们所谓的核心目标相联系。需求的数量和类型彼此间虽存在诸多重合之处，但因人而异。毋庸置疑，对它们的分类势必存在大量纵横交错、相互重叠的情况。有些是福利性利益的最低条件作向上延伸，有些与福利性利益种类不同；有些是“经济的”或“政治的”或“生理的”或“教育的”需求。有些目标在于占有和积累；另一些则在于个人成就、权力或荣耀。绝大多数需求是利己的，也有一些是利他的，或是以公共利益为指向的。利己利益中，有些只限于自身，有些则在于以自我为中心与他人建立

60 的联系。所有这些需求的共同点在于，它们的目标就是（至少部分

是)其本身。这些目标与我们的主要目标同样“长远”,其价值绝非全然在于其工具性。并且,对它们当中的绝大多数来说,其价值亦非完全内在。就全部个人需求与利益之网而言,它们的推进或实现一直会产生各种各样的益处。这样,若我们在 Y 中包含某项内在利益,那么 Y 就是我们的利益,Y 的实现将同时促进其他长远利益的实现(同时会带来一种未必与利益相关的即时的满足感和愉悦感)。

表 3 列出了上述三类需求,以及各自的说明示例。

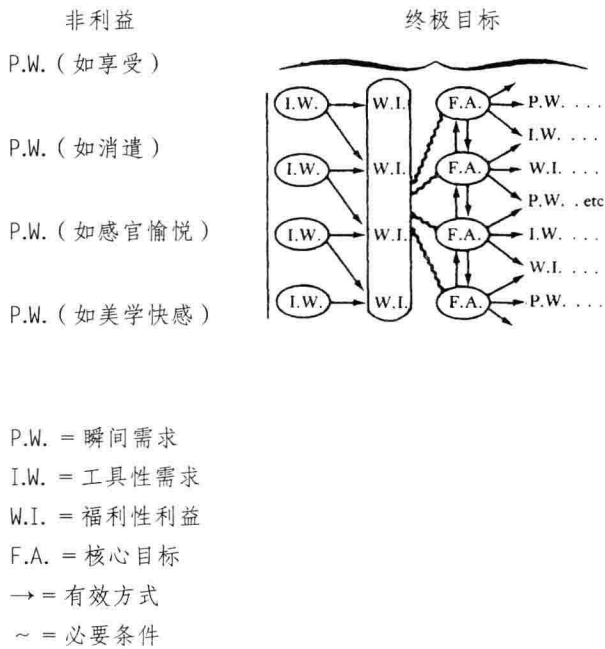
表 3			
瞬间需求	工具性需求	福利性利益	核心目标
吃冰淇淋甜筒	减少甜点摄入	身体健康精力充沛	修建梦幻家园
看电影	锻炼身体	无强迫症的痛苦	写书
	开始存钱	无异形的身体残缺	赢得名声和荣耀
	早睡	智力正常	获得政治权力
	超时工作	情绪稳定	获得宗教的神圣感
		经济来源充足	推动正义
		环境可以忍受	解决科学难题
		基本的政治自由	供养家庭
			悠闲

我们可以根据相关长远性将利益(及某些非利益)分类,绘图见表 4。

该图显示了人类特有利益的网络结构,并勾勒出利益和需求之间的联系。图中并未包括那些不能作为对象物的长远利益,它们无法藉由个人努力予以推进,所以,它们既非核心目标,亦非福利性利益。

当然，核心目标肯定是人的利益，但正如图中所显示的，它们的推进也促进了其他利益，包括其他核心目标（及其他需求），因此它们也是符合人的利益的。如果我们在图中添加一些标志标明其持续性特征，包括核心利益即自我发展，以及规律性地从既有利益中产生的新利益与其源头一并和谐发展，我们即可合理精确地描绘出何为人的幸福，这幸福是绝大多数身处寻常境况的理性人最长远的内在终点。

表 4



七、受法律保护的利益

法理学家往往以不同方式对受法律保护的利益予以分类。通常的分类包括“人身利益”（无损害性的身体接触且无此类担忧、身体

自由不受限制、无情绪崩溃)、“财产利益”(排他地享有及占有土地及动产并维护其良好状态)、“名誉利益”、“家庭关系利益”(家庭稳定、婚姻忠诚)、“个人自由利益”(独处时不受外界侵扰,未经允许不得披露个人私密),以及其他利益。上述利益并非全由刑法予以保护,某些利益是以法律规定的国家意志强制补偿对其造成的损害加以保护的。这些利益当中绝大多数都是至关重要的福利性利益。遭受身体或精神上的损害,制造新的威胁或危险导致安全性降低,人身自由因绑架或错误关押受到限制,生活资料因盗窃、抢劫或诈骗而减少:凡此种种,都是通过攻击必要的福利性利益,破坏个人的美好生活。 62

绝大多数包含着美好人生最重要元素的长远利益并不直接受法律保护。对于重要科学发现、有价值的艺术作品创作或其他个人成就,法律只是通过保护其间最核心的福利性利益来对它们予以保护。设若我已经拥有生命、健康、经济上的保障、自由和安全,那么法律就没有什么可以为我做的了,其余部分完全取决于我自己。尽管我的最高利益是财富的增长,或是用这些钱购买游艇或梦幻宅邸,法律却只是通过保护我不受入户盗窃或诈骗侵害来间接地保护这些最高利益,法律无法保护我不受错误的投资建议、固执己见、来自他人不可预见的因素、个人勤奋才智不足等因素的损害。如果我的老板因为低估了我的工作实效而给我减薪,这个举动显然会损害我的内在利益,但法律在这种情况下无法在不过分干涉我老板自由(最重要的一项福利性利益)的前提下对我提供保护。同样地,我们也许在培养子女道德素质的过程中投入很多期待和愿景,以致子女未来的个人完善也成为我们的一项利益(参见第二章第二部分)。这种利他的长远利益也可以受到保护,比如免遭绑架、教唆、洗脑和奴役,但其余的安排——包括对学校、社区、道德榜样有意识地选择——则取决于我本人(或者靠碰运气)。法律不能为保护我而干涉那些个性及生活方式

不符合我要求的人，以致不正当地侵犯这些人的自由。总体说来，那些以侵犯我福利性利益以外的方式侵犯我长远利益的人，要么只是简单地在行使其自由而不应受到道德责难；要么，虽需加以责难，但其行为方式轻微，并未构成任何由法律规范加以阻止的事实。

法律不愿对长远利益加以直接保护，但有一类明显的例外，即由最低限度福利的衍生要素组成的长远目标。物质财富是最好的例子。有关入室盗窃的法律不仅保护一般人免于因此导致财政崩溃，也保护那些把一千块钱看得比孩子眼中的一分钱还不如的百万富翁。想要根据损害的实际严重程度来确定不同程度的保护可能存在很多现实的困难。并且，在其他一些例子中，保护有钱人不受小偷小摸的法律并不影响人们的日常生活自由。更进一步地说，法律不仅保护百万富翁们吝啬、自大的长远利益，也保护他们的自由（决定如何花费积攒的财富的自由所包含的利益）与安全（其福利性利益可能因对财富利益的干涉行为而受到威胁，尤其当此干涉行为带有外在强制力，或可能经常性地反复发生）。此外，对任何人财产利益的侵犯都将威胁到财产的一般安全性以及经济往来的有序性和可预测性，这些因素对于每个人来说，无论多么微小，都是某种利益。

最后，这个观点暗示了，对于利益和关联性的损害还有其他的
63 分类方式。至此，我们仅讨论了单个人的利益，包括利己和利他的利益。而另外一些属于大规模群体、机构及公司企业的利益则以大范围的共享为特征，它们往往受到刑法的保护。这些利益有时被称为“公共利益”，但这个概念因为过于模糊而无法即时采用（可参见第六章第二部分）。马上可以想到的有两组利益：第一组利益对个人极其重要，拥有它们就可以获得个人福利的要件，这些利益被如此广泛地共享，以致可以说它们就属于整体社群。最典型的包括和平、公共卫生、安全而不受外敌入侵、经济运行良好等。第二组利益往往用于政府而

非社群。政府利益是指“在政府管理活动中产生的利益”，¹⁸如征税、侨民登记、征兵、海关检验、组织审判和法庭听证、监狱管理等；侵犯该等利益即为“应判监禁处罚的犯罪行为”，如税务诈骗、不登记、作伪证、对行政人员行贿以及越狱等。一如社群利益，对政府利益的分析最终仍落实到公民个人，但某个特定政府利益的维持或推进对于任何特定公民的个人自治可能影响甚微。我并不会因某起藐视法庭或偷税的行为受到严重损害，但若此类行为蔓延开来，公共健康和经济繁荣将不再可能，那时，政府的管理行为对我的福祉就极其必要了。在公共水源投毒侵犯了社群利益，同时也直接损害到我；但向政府人员行贿对我的损害就显得间接而又遥远，不过，这样的行为一旦危及政府系统的正常有效运行，就会衍生出直接损害，因为我们都在其中包含利益。

64

第二章

65 疑难案例

一、道德损害

按照损害原则，所谓“A 损害 B”的严格含义应为：（1）A 阻退了 B 的利益；且（2）A 是以侵犯 B 的权利的方式阻退了 B 的利益。我们在第一章就“何为 B 的利益受到阻退”（这是完整意义上的“损害”的第一要素）所做的分析，在适用于一般标准的损害情形时并无问题；但当针对其中某些边界情形时，上述分析就如同“损害”一词的通常用法那样，包含着极大的模糊性，并导致相似的问题。对于这些情形，我们只能通过限制条件来修正我们的分析。因为当某个概念被用于如此重要的规范领域时，是不允许其如此模糊、空泛的。在限制的过程中也不能完全陷入武断，甚至不以普通语法予以清楚表达，如果那样，我们会发现自己正在预判式地以“自由”来为国家干预的合法性进行辩护，这只能引发怀疑和谬误。在其他一些疑难情形中，我们的分析将以清楚的示例区分“损害”与“非损害”，但在通常表述中，此类情形并非如此混乱，以致出现根本性矛盾。一般而言，存

疑情形是否为“损害”取决于我们对情况的初始分类，继而提炼出我们的原则。那些终将认同这一理论的人此时已经受到影响，并以相同的方式对这些情况归类；而另一些同等程度上受“他们”默认理论影响的人，则会以另一种方式看待这些情况。 66

第二个难题是一个古老的争论，即是否存在纯粹的道德伤害？没有什么理论比如下学说更接近苏格拉底、柏拉图和斯多葛派的教义。这个学说认为，道德低下的人格本身就是一种相对独立于对利益所有者的影响的损害。在这个问题上，根据对“利益的阻碍”所做的分析，我们非常清楚，若某个恶棍在拥有完善人格上并不存在长远利益，且完善人格亦不符合此类人的利益，那么人格上的堕落对于这个人来说并不形成损害（在此请原谅我对柏拉图等人的不敬）。哪怕他变得更坏，他的情况也不必定变得更糟。

当然，柏拉图对此有一套详尽的理论支持他的观点。他在《理想国》一书中所做的就是用政治术语解释人类心理。人的思想是如此地受其本性的驱使，以致“灵魂的一部分”就意味着对其他部分的掌控。正是理性的自然运转（或者我们可以称之为“意识”）给人以正确的掌控，正如心脏的自然运转为人输送血液，当某个身体组织僭取了另一身体组织的功能，或当某个较低级的精神领域僭取了控制领域的权威，那么，一方面整个身体的运作，以及另一方面精神上的和谐就都远离了良好状态，人也就无法正常运转。这种受损的情形确切而言就是疾病，无论是生理上的还是精神上的，毫无疑问，疾病就是一种损害。¹

所谓道德沦丧就是疾患，因而其本身对于“道德病态”的人来说就是损害性的观点，是智慧历史上的伟大思想，尽管道德沦丧本身可能导致灾祸（鉴于其混乱的类别），但同样也可以启发灵感。然而，我们此处的重点在于，柏拉图设立这个理论的目的是为论证他在《理

想国》中必须论证的论题所设定的特定情形。苏格拉底从不怀疑，对于坏蛋来说，他的坏绝非有利可图。第一卷末尾提出的问题实际上就是：“这何以可能？”但所谓“坏蛋必定处于受损境地”以及“他们不可能真正地逃脱”的观点并非我们展开讨论的预设前提。因此，柏拉图的天才理论，尽管的确可以解释他所设定的情形，对我们的问题却几乎没有说服力。²

当然，柏拉图主义者可以回应说，既然我的损害理论也不过在论证我所设定的情形，则对他而言亦自无中肯之处。对此我只能反驳说，此处所设定的关键情形本来就比柏拉图设定的相反情形更有说服力，且不会产生诸多问题。如果一个毫无悔意的坏蛋看起来过得很滋润，那也就没有理由假定他不是这样。因此我“假定”他实际上从他的坏中获益，并试着更新我的损害 / 利益理论以确认此种表象。柏拉图以一个同样有力的断言开始，只不过他的断言指向道德相对其他事物的终极优先性。他认为坏人感到痛苦，理由就在于他认为那是不可忍受的，可实际上那个坏人并不会这么认为。柏拉图更新了他的理论，但不是“保留”上述表象，而是通过解释消解这些表象。

这些分歧可以用更加现代的争论来表述：在对损害的分析中所采用的利益概念是否应作为一个“关乎需求”的整体概念加以详解？或者这一分析是否遗漏了一些重要的内容？“关乎需求”的标签来自布莱恩·巴里（Brian Barry），³他将这个标签与他提出的“关乎理想”的概念及原则进行对比。如果某个概念可以完全根据“人们恰好存在的需求”加以分析，则该概念就是“关乎需求”的，反之，如果必须设立一个最理想或最好的参照目标，作为人们应有的需求，无论他们是否已经具有这些需求，那么该概念就是“关乎理想”的。说 X 对琼斯来说符合他的利益，就是说 X 增加了琼斯的机会，或者“将他带到一个更好的境地”以实现他的各种长远需求，无论在未知的将来这

些长远需求是否真的能够实现。⁴ 针对那些由道德主义者设立的惯常情形, 当人们的需求不符合其利益, 或是当他不需某个符合其利益的事物时, 巴里遵循他的定义总结道, “区分……并不在于‘满足需求’与‘不满足需求’, 而在于是‘现在满足需求’还是‘以后满足需求’”。⁵

“关乎理想”理论认为, 所谓符合某人的终极利益, 不仅要满足他的需求和目标, 还应提升他的品位、细化他的感性、敏锐他的判断力及增强他的正义感(这些往往被认为更加重要), 简言之, 使之成为更好的人。以此来看, 人不仅会在健康、收入、抱负等方面受到损害, 也会在性格上受到损害。人的终极完善不仅是指拥有所需, 还要(可能也是更重要的)成为一个优秀的人, 无论他的需求为何。我们不仅可以通过贬低或污蔑使某人成为较之前更糟的人, 并且, 以这个观点来看, 我们还对他施加了严重伤害, 哪怕他的全部利益都已经实现。苏格拉底和斯多葛派走得更远, 他们甚至认为只有“道德损害”才是唯一的真正损害。埃皮克提图(Epictetus)对于仅由低下人格形成的“损害”是如此地强调, 以至于他认为道德低下的人实施犯罪不应当施加刑罚处罚。因为他认为这些人仅仅作这样一种人存在着, 就已经是足够的惩罚了。

68

两种利益观之间的争议在某种程度上说是纯学术的, 这是因为绝大多数的“优秀”往往都能促进基于需求的利益。如通常情况那样, 若先有对“优秀”的渴望, 那么达到“优秀”就是对需求的满足, 即若没有这样的渴望, 个人的优秀也往往关联性地有益于其他需求的实现。但与柏拉图以及其他许多古代先贤们的观点相反, 优秀和幸福并不必然总是相互一致, 道德败坏的人可以幸福, 优秀的人可能遭遇惨境, 这些都不无可能。对于后两者情形, 什么才是真正对人有好处的问题仍有可争论的空间。尤其是关于一个自甘堕落的人变得好些是否

符合其利益的问题，哲学家们的观点并不一致。即使当大家都认同败坏的人格得以提升是值得欢迎的好事，这个争论却仍能继续。“值得欢迎”，是的；“一件好事”，没错；但符合他的利益吗？那就是另一回事了。

我认为“关乎理想”理论的论证来源就是证据。我们很少有人希望和那些被我们认为有道德瑕疵的人互换位置，无论他们是多么不在意。以埃皮克提图的观点，很容易理解和同情道德低下的犯罪人。即使他可以逃脱刑罚，我们也不想成为他。事实上，即使他因犯罪而富有，也不会为此受到悔恨的折磨。我们都不希望自甘粗俗、自甘无趣、自甘愚昧。我们随时准备着牺牲大量的其他需求，以避免出现这些方面的污点。但这些之所以被视为理所当然，无非是因为我们已经根据自己的标准确立了对人格完善的渴望。正因为我们有这样的需求，我们才认为人格完善是符合我们利益的，或者至少是无害的。不预设这些需求，人格完善对我们就毫无利益可言，当然，除了可以因优秀人格而受人欢迎及取得物质成功所获得的幸福感（当然并非总是可以）而间接受益之外。同样地，将我们所说的理想化美德强加于不认同此的自甘堕落的人，是不符合其利益的，除非我们所说的是节俭、谨慎、勤奋等可以有助于满足其他终极需求的美德。这个人冷血、刻薄、粗俗、贪婪且自负，在不诚实和狂妄之外，这人的聪明劲儿可以让他做上一件物质意义上的“好事”，但要求他变得热心、细致、高雅、慷慨、不那么狡黠、有洞见、得体、正直、明智，却并不符合他的利益。我们肯定不愿和他换位，因为这样做对我们因需求而投入本钱的优秀人格来说是不利的。我们认为在通常情况下，变坏只能让我们失去，无论它下一步会使我们的利益得或者失，这种变化本身就是一个损失。

“关乎理想”理论的盲从者总是让他们的例证停留在抚养孩子问题上。当然，我们不仅要把孩子们教育成能善于实现需求的人，更希

望他们首先抱有正确的需求，并能在正确的需求中形成个性。斯坦利·本（Stanley Benn）主张，对于孩子来说，在他形成好的个性之前，我们首先应当从“将他教育成某类人”开始，才是对孩子有利的。“他的渴求应当在此之外”，本写道，“因为问题常常在于他是否受到鼓励去确立一些得到认可而非得不到认可的渴求。阻止他满足某些渴求其实是在挽救他，以免他成为习惯性产生错误渴求的那种人，这对于孩子来说是有益的。”⁶本的例证支持了一个重要的观点，但却不是他声称要确立的观点。进行道德教育的重点在于，不仅仅是从孩子的现状或者他们的未来出发为孩子的利益服务，也不仅仅是促进他们的所得、收益或好处，以及他们的幸福或美好人生。更重要的应该是引导孩子，通过创造新的需求，通过追求个人完善来寻找他的幸福：让他在人格完善方面投入本钱。重视良好个性的家长会希望他的孩子在当中存有利益，使孩子所追求的自身利益当中必然包括对个性美德的追求和培养。将善作为人生终极利益之一的影响是，如果不关注个性的善，就不可能达致幸福。因此，远在表明“好的个性即使无法促进需求的满足，亦仍符合个人利益”的观点之前，本的示例就已经说明，仅当此人于良好人格中存在某种基于需求的利益时，我们才能说良好的人格符合此人的利益。

“关乎需求”理论的一个优势在于，它使我们所有人都能够更加坚定地赞赏优秀的人格。即使它无法推进人的自我利益，拥有良好的个性也是好事，毕竟自我利益并非一切。坚持“符合某人的利益就是对他有好处”的观点无助于厘清问题；同样，认为“某人的恶必定有损于他”的观点也毫无意义。自甘堕落的道德败坏者就是一个不合格的范例，他的败坏并未对他造成损害。他虽然邪恶却过得不错，他的邪恶个性没有影响他的安逸生活。埃皮克提图对他的“怜悯”放错了地方。恶本身即是惩罚，正如善本是就是奖赏，这个说法仅仅对那些

70 认同“向善之中包含价值”的人才成立。

坚持这样区分“何为完善”以及“何为安好”不仅有用，且具有道德意义。这样一来，我们就不至于好像真的相信生活安好就等于完善的人生。重要的是，不仅要做一个幸福满足的人，还要成为一个好人。这就是为什么我们要训练孩子通过寻求良善个性来获得一部分的幸福。这样，我们才能确保他们相信，只有成为好人，才能感到完全的幸福。

因此，仅当某人在向善当中预设了利益，道德上的败坏才会使他成为较之前糟糕的人，才可能对他造成损害（实际上他的道德败坏可能不会损害任何人，如果他的变坏并不会对任何人构成危险）。对一个未经教化的孩子来说，假设他可以通过一些有效的资源寻求他的利益，那么，道德败坏或道德漠视并未直接损害他，但对于在他的道德成长中倾注大量期待的家长来说，却完全可能形成真正的损害。

二、利他性利益和替代性损害

这将很自然地把我们带到有关因他人产生的需求以及为并非利己的利益担保的论题。某人因他人的安好产生利益通常有两种方式。一方面，A 需要依赖于 B 的帮助方可推进自己的利益，如果 B 的利益降低，B 对 A 的帮助力也就降低。在此情形下，提升 B 的利益就是间接地提升其对 A 的帮助力。因此，推进 B 的利益符合 A 的利益。在此类情形的极端例子中，若 A 完全依赖于 B 的支持，只要 B 的个人利益实现，则对 A 的帮助就能确保继续，B 的安好就是 A 的某项福利性利益，该利益（如他的健康）的进展可以提升其终极利益的整体运转，无论其终极利益为何，对 A 实现美好人生都极其必要。

另一方面，C 在 D 的美好人生中投入了强烈、持久、稳定的本

钱，以致他本人就在其中包含了个人利益。因此，这也成为他的长远利益或核心目标。这种情形通常可以与对陌生人自发产生的同情、怜悯、怜惜等现象做对比。出自天生而来的正直和怜悯，A 可能因眼见 B（陌生人）遭受痛苦而非常难过，A 可能会尽其所能帮助 B。但对 B 已经产生的损害，如被奔跑的人或摩托车驾驶者撞到，并不同时对 A 形成损害。A 的利益并未因 B 受损害而受到侵害；A 仅仅是由 B 体会到一些感同身受的不快，这几乎不会给 A 的利益带来影响。我所想到的自发产生的利他利益的情形是，C 在 D 的安好中存在一项持久而非偶发的“说说就算”的需求。同时，他希望 D 好，并非仅为推进造就 D 个人安好的那些长远目标要素，更是为了自己的个人安好。当然，这样的例子很少，但并不比不带利益目的的爱更加少见。事实上，有一种“爱”（《新约》作者们所说的“无私的爱”）可以通过纯粹利他利益的存在加以说明。拉尔夫·巴顿·佩里（Ralph Barton Perry）曾经将这种“爱”定义为以他人利益的促进而存在的利益。⁷若 C 于 D 的个人利益中存在这一“爱”的利益，则对 D 的直接损害就等于是间接地损害 C。难道有人会认为一个爱孩子的家长不会因为某人导致自己的孩子变成残废（或者如之前的例子，孩子被教坏）而受到损害？或者认为一个深爱对方的妻子或丈夫不会因为某人造成自己的配偶陷入绝望的境地而受到损害？

前个段落对两种情况的区分所形成的界限在某种程度上是人为造成的结果。这种区分想象起来足够清晰，但在现实生活中，心理要素很少能够如此泾渭分明。我们从自身出发所渴求的很多事物同时也是达致其他渴求的途径。对孩子的损害本身可能就是为爱他的家长的直接损害，因为这侵犯了家长某种“纯粹”利他的利益，但同时它可能也会间接地损害家长的多种利己利益，导致家长钱财的消耗、时间和精力上的负担以及精神上的紧张不安。同样地，当配偶陷入绝望，这

71

不仅损害了另一方关于配偶健康的利他利益，也剥夺了他 / 她本应获得的一个快乐的配偶应当给予的扶助及欢愉。

72 爱的利益往往和工具性的、实质性的利己利益纠缠在一起，以致很多研究者会忽略前者，甚至否认它们在这些情形中的存在。另一些人则以显然愤世嫉俗的态度断定，根本不存在纯粹的利他利益，因为人的本性就是如此，没有人“真正地关心”他人的安好，除非它影响到自己的利己利益。照此看来，所有于他人的安好中包含的利益都属于前述第一种分类。心理利己主义的这一极端形式不仅排除了无私心的爱，也排除了有私心的同情与怜悯。这种利己主义观点永远都无法说服那些深切感受到自己自发产生对他人的爱的人们，因此这个观点的拥护者必须将听众列为自我欺骗者。由于人的此类单纯动机尚未得到审慎证实，因此，利己主义理论作为实证心理学并不应被简单地加以排斥，尽管支持其立场的哲学论证一直处于混乱状态。

不过，还是有一些为人熟知的明显的利他利益，解释的责任应由利己主义者承担。常见的例子就是所谓共同利益，无论是设定的还是意外导致的，独立的个人因为彼此间如此紧密相关，以致他们分享某个整体。当各方为情势所致（或所迫）一致行动，一起分担失败的风险，分享不可分的成功果实时，即是此类“人人为我，我为人人”的共同利益之所在。⁸ 无论有关此问题的最终真理为何，常识告诉我们，存在共同的或相互依赖的利益的人们有时会因指向某个共同目标或彼此间的相互关爱而联系得更加紧密。当出现这样的情形，如在婚姻或家庭成员中所看到的那样，一人在另一人的安好中获得的不仅仅是工具性利益，更是一种持久的长远目标或核心目标。因此，他人的幸福，部分来说是其本人的利益终点，部分来说也是他人达致幸福终点的途径。

尽管这些研究为人熟知，一些能力出众的哲学家仍旧选择将纯

粹的利他需求同与之相对的关乎己欲的利益截然分离开来。这些学者并不必然否定纯粹利他需求的存在，例如布莱恩·巴里承认，在某些时候，我们中的某些人会自发地如同自我期待那样，希望他人获得满足长远需求的机遇。实际上，他还认为某些人在某些时间甚至自愿降低自我需求得到满足的机会，以换取他人满足需求的机会。但对于后者，巴里坚持认为应当理解为我们已将原则置于利益之上。⁹ 巴里考虑的情形似乎应是：人们出于一种正义、或是基于关乎理想化的理由、或是出于慈善的目的，而自愿为他人牺牲自己的利益。从这一点看他是对的，但他没有考虑前文述及的那些情形，如帮助他人，这并非完全的牺牲，而是因为另一方利益的推进可以直接促进自身的利他利益。

我认为，那些将利他需求从对自我利益的分析中排除出去的研究者的理论动机非常清楚，也应当予以尊重。他们只是想以最简单的方式走出语言学上的泥潭。他们唯恐因认可纯粹的利他目标为个人自我利益的要素而导致各类耸人听闻的情形。他们担心不得不接受，当琼斯为了他所支持的政党的事业，或是为了孩子的学业、或者为让他的病妻有最好的医生治疗而拿出他的最后一分钱时，也“只是”（这是个似是而非的词）在推动自己的利益，因而只能认为他的行为是“自私的”，毕竟，这样做是为了他自己的利益。另一个不那么吊诡的观点则从根本上否认这符合行为者的利益，换句话说，琼斯这么做只是出于良心、出于原则，或是出于慈善，其实这是违背他的利益的。毕竟，他的行为总不能同时既无利益目的，又是利己的；既是无私的，又能促进其利益。 73

不过，有一个间接的、效果却更好的方法可以走出语言学上的这一混乱。先审慎考虑无私行为、无利害关系行为的确切内涵，循着这一路线，进而评估无私或无利害关系行为在不影响行为者除因他人而

得益之外的其他利益的情况下，何以能够最终符合其个人利益？因他人的幸福而产生利益的人，他的个人安好有赖于他人利益的推进，这样的人并不是自私者的合适范例。自私者是指那些对他人的利益毫不在意，在追求自我利益的过程中牺牲或者漠视他人利益的人。这与通过促进他人利益以追求自我利益的人大相径庭。关爱的家长或配偶以及热心公益人士并未将自己的利益与他的孩子 / 配偶或同伴的利益分离开来。分清利益所属并不能表明他们的自私，却恰恰显示了他们是如此无私。当然，在他们追求包含特定他人（如子女）利益的自身利益的过程中，若牺牲了另外一些他人（如邻居的孩子）利益，那么，也可以指责他们是自私的。事实上，这样一来的好处是，我们的观点（与巴里的观点相反）就能够解释为什么后一种行为是自私的。在巴里的论证中，无论是希望我的孩子安好，还是希望我邻居的孩子安好，都不是我的自我利益，因此，当我以其他人的利益为代价推动这些人的利益时，既不符合也不违背我的利益，在这种情况下，我的行为可能既奇怪且不当，但并不特别自私。这个结论看来显然是错误的：以他人的利益为代价换取自己心爱的人的利益当然是自私的，也是不正当的。

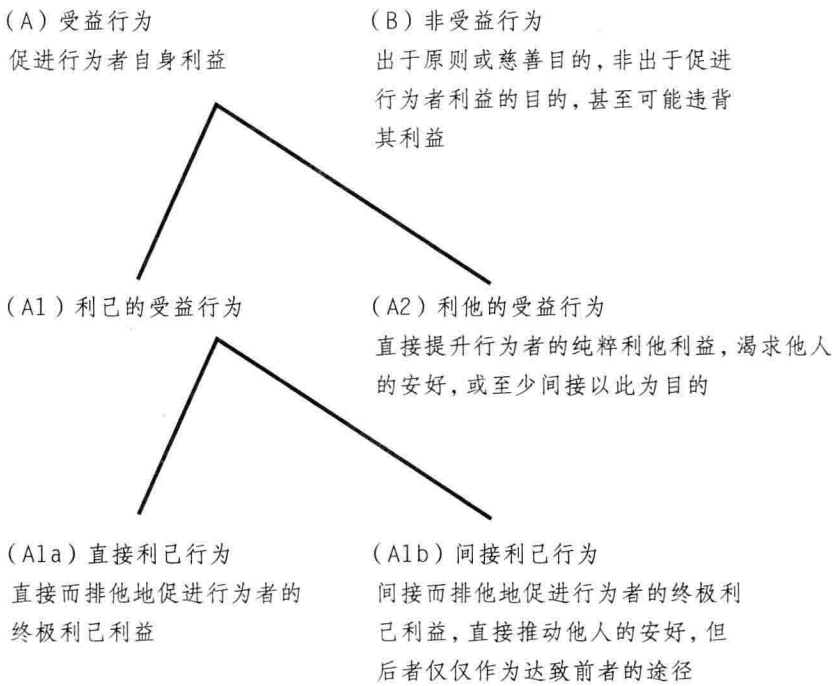
在我看来，在利己行为、自私行为、无私行为和无利害关系行为之间建立联系的最好方法即如图示的两个分类，并在各自分类下再分类（见表 1）。

表中的基本分类是第一行中的受益行为与非受益行为，尤其是巴里所关注的，良心行为或慈善行为基本上不符合行为者的利益。受益行为进而可分为利己的受益行为和利他的受益行为。当然，从论证目的出发，我们将此类中形形色色的行为再以不同方式细分，但目前来说，将这些行为区分为相互排斥且彼此穷尽的类别非常有用。利己的受益行为一类进一步分为直接利己和间接利己两个分支。直接利己行为（A1a）中，如未婚的屋主努力扩大他的财产，从中获得更多的

自豪和快乐，并有助于他在处于上升期的市场中非比例性地增加其售价。此人即在物质财产、职业进取和资本积累方面推动了单纯利己的自我长远利益。而非直接利己行为（A1b）可以从赌徒的故事中找到例子。A 和 B 下注 50,000 美元，赌 C 将从重疾中康复。那么，C 的健康就影响 A 的利益，A 即在 C 的康复中投入本钱（字面意义）。为了保住本钱，A 不遗余力地推动 C 的康复，例如自己花钱买最好的药，尽其所能找最好的护理。他像爱人或圣徒那样热心于 C 的健康，但 C 的健康作为他的直接目的，仅仅是他获得自身利己利益的途径罢了。

75

表 1



与之相反，受益行为中（A2）类的自发利他行为，其目的在于提

升他人的完善，至少部分是以此为目的的。例如在孩子的安好中存在利益的家长，其行为源于对孩子的爱，而非出自任何偶发的由孩子对其利他（或利己）利益贡献的协助。如果家长穷其一生的积蓄来培养或保护他的孩子，他的行为就属于受益行为中的利他行为。这类行为出于多种理由，但在心理利己主义者和布莱恩·巴里看来是不存在的。利己主义者否认存在任何自发的利他行为（也即内心受以促进或延迟他人的安好为目标的驱动）；巴里则否认存在任何可以受益的利他行为。但如果任何人确实“真正地关心”另一个人的损益，且不仅仅视之为获得自身利益的途径，而是至少部分地是为他人利益着想，那么利己主义者就是错的。如果任何人在另一个人的幸福中存在自发产生的利益——独立的长远利益，而非完全因其对其他长远利益的帮助力——这样，他本人的得失即直接依赖于另一个人的境遇，则巴里的观点也是错误的。

表1使我们可以区分“无利害关系行为”的几种含义以及两种自私行为。无利害关系行为可以模糊地定义为并非仅为推动行为者利益而实施的行为。¹⁰一类无利害关系行为由表中第二类行为组成：既非为利他，也非为利己或推进行为者的任何利益。这些行为或出自良知，或出自正义感，或出自慈善心，或来自做善事的冲动，这些行为常常带有明确的期许而违背行为者自己的利益。另一类无利害关系行为需要面对更严格的检测。这类行为的实施既非为推进行为者的自身利益，也非为公正地以第三方为代价使另一方得益，因为行为者的自身利益并不以任何形式包含于其中。法官作出中立无私的判决就是
76 这种无利害关系行为。“无利害关系”一词所包含的多种相互关联的内容应予很好地使用。第三类含义（表中暗示的）标示得不很明晰，其实是通常用法之外的某种延伸，对此，我还不能肯定，不过，无论其称谓如何，它代表了一个重要类别，有必要将其与其他类别加以区

分。我是指受益行为（A2）中的利他行为，这些行为的实施完全出自帮助他人的愿望，而他人的安好正是行为者安好的要素。如果某人以自我牺牲或其他“无私”的方式推进心爱的人的福祉，认为此行为是“无利害关系行为”则可能导致误解，因为行为者在其中存在自身的利益，甚至是一个非常重要的长远利益。但否认此行为是“无利害关系行为”同样会导致误解，因为他心爱的人的福祉就是他的目标，他的行为中可能并无“个人好处”，他的动机中也没有自我利益的迹象。在极端的例子中，他甚至可能牺牲自己的全部利益以换取他“投入”所有利益的另一个人的福祉或某种信仰。对于此类行为，歧义最少的说法应当是，它不是最通常意义上的无利害关系行为，但在另一种较不常见的意义上，可以认为是无利害关系行为。无论何种情形，极端的心理利己主义者都否认存在任何种类的无利害关系行为，有时他们会说，所有的自愿行为都是“自私的”。

无论为何，自私行为都是存在道德缺陷的。一个自私行为者会为了追求自己的利益（或是为了满足片刻的欲望和需求）不当地以他人的利益为代价。当然，有时对追求自我利益时以他人为代价的行为也无可指责，例如，合法的或不可避免的竞争状况。仅当对自我利益的追求在当下已超出其正当合理界限时，才可以说行为是自私的。

更常见的自私行为是受益行为中利己行为（A1a 和 A1b）的一部分。父亲拒绝为孩子作任何超出其最低需求的花费，把自己穿剩的衣服给孩子，不给孩子买新衣服，却给自己买酒喝，从某种程度上说，这就是自私的。但如我们所见，受益行为中非标准形态的利他行为（A2）也可能是自私行为，如在孩子的成长中存在自发的独立利益（利他利益）的一位家长，不正当地以邻居的孩子为代价追求该利益。我们可能不愿将后一行为称为任何意义上的“无利害关系行为”，因为认为某项行为既是“无利害关系的”又是自私的观点让人无法接

受。因此，我不得不将之前有关受益行为的判断修正为：它可以是某种“特定含义”的无利害关系行为，即（1）实施该行为的目的在于促进另一方的福祉；（2）但并非仅仅作为促进行为者利己利益的途径；（3）而且并非不当地以第三方为代价促进行为者于另一方福祉中存在的利他利益（第三个条件要求无利害关系行为不应属于第二种自私行为，实际上就是对之前定义的修正）。

至此，自私行为可以定义为行为者为了追求自我利益不当地牺牲或漠视他人利益的行为。自私行为的两种主要类型是表中 A1 类描述的近似反义，以及 A2 类描述的近似反义（以我们所见，B 类中道德缺陷的示例不应认为是“自私的”）。我认为，最好是将“自私”和“无私”定义为逻辑上的对称词，而非一对矛盾物。显然，存在大量形形色色的行为，它们既非自私的，也非无私的。无私行为可以定义为行为者为了追求他人的利益（或是为了满足他们片刻的欲望和需求），正当地牺牲自我利益或令人赞赏地忽略其自我利益（欲望或需求）。¹¹ 既非自私也非无私的中间类型的自愿行为，既包括行为者为追求其自身的利己需求或利益（A1）以无害的（并无不当的、无可谴责的、未给他人造成不便的）方式实施的行为，也包括行为者并非出于任何形式的利己动机而实施的行为，如不认识争议双方中任何一方的裁判者作出的裁判。

即使在非受益行为（表中 B 类）中也存在可责的负面示例，但这些行为的特征并非“自私”。例如，一个固执冷酷而又令人难以忍受的人会完全脱离原则行事；另外一些人则刻板地按照自己错误或混乱的意识行事；还有人不公正地、不谨慎地以自发的热情行事。所有这些存在道德缺陷的行为都可能违背行为者的利益，但却都是行为者选择的结果。他们是可责的，却并非自私的。

根据我们之前对“损害”所下的定义，表中任一行为只要对利

益造成阻退，就是对利益所有者的损害。任何侵扰他人受益行为的作为、不作为或规则，都因阻碍他人的利益而造成对他人的损害。但这一定义是否意味着针对 B 类非受益行为中的自愿行为所进行的侵扰就不是损害呢？乍看似乎有些道理。既然出自良知和怜悯的行为并非为其自身利益，那么对这些行为的干涉就不会侵犯利益，从定义上看，也就未造成对他人的损害。进而，如果这样的干涉刚好阻止某人实施违背其利益的行为，实际就是在保护他的利益，因此对他是有益的。然而，任何对自愿行为的干涉，哪怕该行为是非受益行为，也是对其自由利益的侵犯，在这个意义上对其就是有害的。如果说上述案例造成的损害过小，不足以提出排除干涉的有力请求，那么自由主义者就只能从损害原则中撤出，去寻找更具防卫性的立场。我将带着同情之心，在本书第三卷中论证这一立场，并确立该立场的基础原则，即对行为者自治权的侵犯（见第十八章第五部分及第十九章）是严重的不法行为，即使这种侵犯仅造成微小的损害，甚至总体上有助于行为者的利益。如我们会看到的那样，这一论证的进展在于对我们之前定义的单纯非补充性损害原则的某种自由主义的背离（尽管只是很小的一步）。成熟的自由主义观点应当是，要么为了防止 A 对 B 的不法损害，要么在极少数无害的不法情形下（如 A 阻挠 B 为了帮助 C 而自愿实施的自我牺牲行为）为了防止 A 侵犯 B 的自治权利，国家方可干涉 A 对 B 的行为。

由于存在无限往复的可能，有关替代性损害的分析将产生进一步的问题。设若 A 和 B 彼此相爱，C 损害了 A，实际上也就阻碍了 B 在 A 身上的利他利益，这反过来又影响到 A 在 B 身上的利他利益，那么他就受到了进一步的损害，这个情况又进一步损害了 B，如此往复无限。¹² 这种过于精确的考量会拖累我们对这个问题的阐释。试想上述提及的每一轮新的损害（无限的损害！）都是新鲜的、较上一轮

而言同等的、甚至更大的损害。事实上，这种回响效应更类似于由一个单独声源激发出的不断推进的一系列回声；又如人物看着镜面，看到自己正看着镜面时的谜图：镜中影像中的镜中影像……直至无限；也如画家画中的自己正在画自己……，等等。C 损害 A，的确也就损害了 B，不是损害 B 的全部利益，而是他于 A 的安好中包含的利益。对 B 造成的次生损害并非如对 A 的损害一样大，除非 B 在 A 的安好中投入了她的全部福祉、她的唯一终极核心利益、乃至不可或缺的福利性利益。即使 B 因 A 受到损害而受到同样的损害，A 于 B 的安好中包含的利益所受的衍生损害，并不像对 A 整体利益网络的原生损害那样大，因为它仅仅阻碍了他的某一项长远利益，损害也仅就该项利益那么大。反过来，回转至 A 的次生损害实际上就是对 B 的往复损害，但也不如原生损害那样大。渐次减弱的回声就是这样，经过若干次的往复回转，逐渐消失的损害将是如此之微，以致从实证角度来看，它们已经完全消失。¹³

然而，若 A 的全部安好被投入 B 的安好，而 B 的全部安好也投入到 A 的安好当中，则不可避免地存在一个悖论。（与此类似的是伦理学利他主义中的悖论：为他人作出自我牺牲成为人人需要遵守的强制性道德法则！）在这种情况下，对 A 的损害实际上等同于对 B 的损害，反过来，又对 A 造成新的且大小未减弱的损害，然后又再对 B 造成损害，等等。此悖论可以另一方式提出：我们可以想见，A 首先被损害的唯一途径就是损害 B，但 B 受到损害的唯一途径就是损害 A，凡此等等。这似乎可以推导出，对任何一方的损害都不可能发生！这个结论当然很荒谬，只能表明完全的、互等的、排他的利他性自我利益是无法取得逻辑一致的，而不是说替代性损害在概念上缺乏逻辑一致性。

三、死亡和死后的损害

人能否因自己的死亡而受到损害？一方面，我们肯定会毫不犹豫地回答，“当然”。我们认为，谋杀一个人就是对他施以一般而言人所能遭受的最严重的损害。另一方面，片刻的反思会让我们犹豫起来。常识提醒我们，要让某人受到损害，他在当下必须是存在的，但死亡（真正的完全的死亡，而非神学教义中的“表面死亡”）是人存在于世的终点，是虚无状态的第一时刻，既无法损害也无法获得。因此，与前一个观点相反，另一种观点认为，死亡并非损害。日常用语可能对两边的观点都有所支持，哲学家们也分列两边展开日益激烈的争论。如果他们的分歧在于对先在理论一般性思考（即“常识”）的表述不同，则问题可能永远得不到解决，因为这个问题本来就无法确定。¹⁴ 那样的话，我们的任务将变成，为支持那呼之欲出的有关损害的一般性理论，需要进行更加精密的一般性思考，并尽可能为此找到最好理由。

首先应考虑不支持将死亡作为一种损害的反例。即使是一般用语也能给出反例。若谋杀者被问到是否损害了被害人，他可能会回答：“损害他？当然没有，我直接就杀了他！”被害人的哀悼者也会感到，要将他们心爱的人的死视为一种损害（对被害人），似乎也很难用语言描述出来。被害人的死似乎不仅仅只是一种他所处的“受损状态”，当然也不是“损害性状态”；对他而言，这根本就不是什么“状态”，而就是他的完全终结。普通用语的格式本来就不统一，反对将死亡视作损害的主要依据并非来自日常用语，而是基于一个简单有力的论点：没有主体受到损害，就没有损害。死亡发生，主体毁灭，当然也就排除了发生损害的可能性。尽管其论点可以成立，但这一说法会导

80

致误解，它暗示死亡对主体有所作为，因此，主体和死亡在一段时间内共存。事实上，死亡是被确定为主体不存在的第一时刻，¹⁵ 因此，它并不能与将死之人共存足够的时间，以致对其产生直接的损害作用。

假设一个有关死亡作用的最单纯情形，并排除所有干扰性的无关损害。一个正值盛年的女人，正在实行诸多计划和事业。某日，她在熟睡时被不知名的袭击者用枪击中头部，身后并无家人或密友哀悼她。她死前从未意识到自己竟会身处险境，当然也远未料到自己会遭受致命袭击，她就这样在片刻间丧了命。直至她被击中的前一刻，她都未受任何损害；而到了死亡的那一刻，即凶手扣动扳机后一秒钟，她就死了。就在此刻，在死前大约 1 秒半钟时，可以说她身处“受损害状态”。但至于死亡本身，人们可能会赞同古代伊壁鸠鲁派的说法：“人若在即无死亡；死亡即人已不在”。

反对将死亡视为损害的有力观点正反映了其在另一问题上的立场，即通常被称为“主体难题”的立场。就像一块经历暴风雨冲刷的岩石，面对各类相互对立的观点，它坚定己见，维护并重申，没有可以加诸损害的主体，就没有损害。¹⁶ 其实，这一观点的首要问题就在于它试图说明太多的问题。毕竟古代伊壁鸠鲁派并不斤斤计较“损害”一词的确切含义，他们只是利用主体问题来笼统地论证，死亡对于任何死去的人来说都不是任何一种恶，因此没有什么好害怕或后悔的。这个结论普遍被认为是吊诡的。¹⁷

支持将死亡视为某种损害的情形也很容易找到。首先，日常语言同样为这一方观点提供了些许支持。一些包含此方观点的习语说起来是那样自然且不可避免，使得这个观点看来的确有些道理（至少有类比的意义）。例如，我们有时会说某人被杀即“他的生命被剥夺”，或者本可以享受的更多时间的幸福被剥夺。另一方面，死亡对于不治的

病患来说，却是“解脱”，一旦那天到来，“死亡是再好不过了”，因为“生命对他们而言已经毫无用处”。在意外中死亡的人常常用损失方面的词汇去描述：“暴风雨中有数百人失去生命”。当然，我们可以避免使用上述用语，仅仅谈论这个人的消失是好是坏，而不论对他的损害或惠利，因为不存在作为损及或惠及的主体。然而，这一语言学上的严格限制将使我们无法找到适当有效的比喻。

对死亡即损害的观点的主要支持并非来自日常用语，而是出自前文分析“损害即对利益的阻碍”时已经提出的论证：既然不死的状态包含了一般性利益，那么死亡当然意味着某种损害。对于我们当中的绝大多数人而言，生命持续过程中的绝大多数时刻显然都是符合我们的利益的，正因如此，生命的突然消失作为对利益的终结，当然就是一种损害。（此处暂时搁置一个疑虑：这是对谁的损害？）回到熟睡中的被害人遭到谋杀而即刻死亡的案例。在扳机扣动前的一秒钟里，对于被害人来说（对于写到这儿的作者和读到这儿的读者来说也是一样），延续的生命中包含了她的利益。事实上，没有任何事物比死亡更让一个正常人（健康状况良好，生活条件尚可）畏惧，这一畏惧在绝大多数情形下既合理又无法避免，因为除非我们的生命可以继续，否则我们就没有任何机会达致作为人生终极利益根基的种种目标。其中的某些目标也许可以在我们死后由他人达致，尤其是指向公众的或是利他的目标。但我们的绝大多数利益不应仅仅要求结果的出现，更应要求结果由我们自己实现，或者即使不能由我们自己实现，也应当为我们实现。我要写一本好书或是创作一件漂亮的艺术作品，其中包含的我的利益是无法完全通过别人完成这样的作品得以实现的。我的利益不仅仅体现于这些作品的存在本身，更应当体现在由我把它们创作出来。同样地，我想建造梦幻家园，或者希望获得安全闲适，这些目标不会因为存在这样的房子或是存在安全闲适就能实现，而仅当我

82 本人享用这房子或闲适时方为实现。避免死亡是我们的最高福利性利益，是构成我们个人福祉的全部（至少是绝大多数）终极利益得以发展的不可或缺的条件。死亡一方面几乎毫无意义，另一方面又极其重要。除去它所支持的利益，其本身毫无价值；但除非生命得以保护，否则，人的任何终极利益都无法推进。某人若被一击毙命，他全部的自我利益就化为乌有：他正在实现的计划和事业，他的长期目标，他对自我实现和人生快乐所抱有的最热切希望，通通都在转瞬间消逝。

如果是因死亡而受阻的先在利益令我们将死亡描述为某种损害的话（尽管已不存在主体），那么同样地，某些先在利益也促使我们将后文论及的某些情形视为死后损害。相应地，如果因主体的缺席（甚至假设先在利益的目标设在死后）而无法将死亡视为损害，则死后损害的概念也同样会被排除。死亡及死后的情形同时存在于不再为主体的时间段内。如果因主体缺席就排除对死后损害的论证，那么，既然死亡和死后的情形都是身后事，将死亡视为损害的论述也必定会被排除（这个结论有点不好消化）。无论死亡还是死后发生的情况，要么同样视为损害，要么都不视为损害。¹⁸（以下将详述死后损害）

有一种情形可以同时说明，死亡（从来）不是损害，以及死亡是对生时利益的终结。这使得死亡成为论证“损害即对利益的阻止或终结”的难题。理论上竭力保留损害即阻碍利益理论的学者在这个问题上只有两条路可选：要么将损害的内涵加以拓展，使其在广义上可以将死亡纳入损害的范畴；要么寻求“主体问题”的解决之道，说明人是如何在其不复存在之后受到损害。两样都做不到的话，就必须对损害原则加以修改或补足，使之更适于作为一条限制性的自由主义原则。其实，通过简单修正该原则的结构就可以做到这一点，这样，该原则仍适于作为限制自由的相关依据，即有必要防止对他人造成损害或死亡（意即二者非同一事物）。这一修正的代价是必须抛弃有关

“损害即对利益的阻碍”的论证（这一论证一直非常有用），认为在对死亡的避免中包含利益，但这一修正意味着死亡并非损害。

为了理论上的经济性，将“损害”的内涵拓展至包含死亡在内的做法需要对日常用语进行一个可以理解的细小变通，可能类似于将鲸鱼及海豹排除在“鱼”的范围之外那样，尽管按照以往的一般说法，它们就叫“鱼”。毕竟，如果我们能推翻最初的表象，论证将更加清晰。有关损害性死亡及死后事件方面的确存在一个具有说服力的主题。尽管有些吊诡，但即使不以生存或永生作为前提，我们仍可找到某种方式去理解死亡，以便为有关“死亡在某些时候对死者具损害性”的说法提供论据，此为以下第四、五部分所提出的主张。 83

诚然，死亡并不总是必然成为对死者的损害。身处绝望或痛苦疾病中的人，本来就对所有的终极利益都已“撤销投入”，所以也就无可所失，巨大痛苦和厌倦的终结却是“所得”，此时，死亡就是赐福。对于已经退休的耄耋老人，死亡即使不是热切期盼的结果，至少并非悲剧。为他的死哀悼的人们并不认为他们在哀悼死者本人，而是慰问死者尚存的（若有）家人至爱，或者仅仅因尸首而激起哀伤。相较之下，如果一个精力充沛的年轻人死去，与因此而遭受丧亲之痛的人们相比，我们悼念的主要对象则是死者本人。这一观察为我们寻找本论题的解决之道提供了动力。

四、生存利益

我要建议的是，我们可以认为人的某些利益只存在于其生时，正如某些债务或债券在于其财产，若因死亡或死后事件使这些利益不能实现，我们即可认为这个人被损害了。我不愿进一步说，这些利益本身就是“损害的主体”，¹⁹ 因为这是对本体论荒谬的物化，即每项

利益都是一个享有权利的“小”人。欧内斯特·帕特里奇（Ernest Partridge）对此观点不以为然是可以理解的，他的观点很有道理，“但显然就‘利益本身’一词，他[范伯格]并非意指不归属任何人的利益。”²⁰所有的利益都是这些人或者那些人的利益，而人的生存利益就是指属于我们、能够通过姓名加以识别的那个人的利益。他在这刻的确死了，但这并不能阻止我们以现在时态提及他的利益，只要这些利益还可能被阻碍或得以实现，正如我们可以提及他尚未履行的债权债务，只要它们还能够被履行。这个人生之书即使在他死后的一段时间内并未合上。

- 84 即使是帕特里奇，在提到对阿尔弗雷德·诺贝尔（Alfred Nobel）遗愿的假设性侵犯时，也感到有些为难，他提到“与晚年诺贝尔的愿望相反”，²¹暗示现在所做的可能影响（“与之相反”）诺贝尔当年的愿望。一些无时态意义的愿望在语法习惯上是用现在时表达的，即使现在已无阿尔弗雷德·诺贝尔这个人。遗愿的条件现仍“存在”并仍然有效，这些条件使得诺贝尔彼时的愿望仍可以现在时态表达。这并不意味着这些遗愿以某种形而上的状态存在于某种永恒的思想中，或是保留在腐尸的头颅里等等。对于生存利益也可做类似评论。在进入第五部分的主体问题之前，我在这里试图更详尽地解释何者为生存利益。

“生存利益”被阻碍或被破坏是什么意思呢？这个问题的答案取决于我们如何理解“利益受损”和“利益进展”这两个概念。如前文所述，就长远利益直至终极目标或核心目标而言，利益就是源于需求并与需求相关的“本钱”。现在，我们可以将 W. D. 罗斯（W. D. Ross）对“需求的实现”及“需求的满足”的区分运用到对上述需求的分析中。²²需求的实现仅指被渴求的这一需要的客观存在；而需求的满足则是一种心满意足的愉悦体验，通常发生在渴求者相信其渴望

已被满足时的精神层面。若某一需求的客体未能产生，即可说该需求没有实现或受到阻碍；而当渴求者知道他的愿望受到阻碍，其精神上的体验被称为“沮丧”或“失望”。众所周知的是，欲求的实现未必带来满足感。最令人沮丧的情形就是在我们得偿所愿后却发现结果令人失望时产生的幻灭感。若欲求本身是轻率而欠考虑的，这种幻灭感是可以理解的。其他情况则是，最初的愿望经历了反复仔细的考量，但实现之后却并无愉悦感可言。实际上，主观满足感的产生是一种非常偶然的不确定现象。当我们实现目标时，有时不但没有感到太多的愉悦，反而感到疲惫和哀伤，或是一种空虚的感觉。可能有些人因为其秉性如此而以这种并非兴奋的方式面对他们的成功，不过，即使是这种情况，再次检验那已经实现却未带来满足感的目标时就会发现，其中既无隐含的缺陷，亦无后悔的理由，总之，不会产生幻灭感。人们不仅会实现愿望却不感到满足，也会在愿望并未真正实现时感到满足，后者仅当人们误以为其愿望已经实现的情况下才会发生。同样，类似于“满足感”的精神上的愉悦状态也可以通过药物、催眠或其他 85 与先在需求无关的控制力产生。

类似地，人的需求受到阻碍时并不一定产生沮丧或失望感，而当需求已经实现时却可能很不高兴。这些反面的例子和正面的例子之间很好地相辅相成。需求原本未经慎思，则不能实现也不会导致失望。在此情形下，需求可以在理性的重新评估之下得到顺利调整。当然，幻灭感也不会出现。对一个秉性平和或持斯多葛派哲学观的人来说，一个完全原生的经过深思熟虑的目标即使未能实现也未必会造成精神上的痛苦。不快未必来自欲求受阻，同样，实现欲求也未必导致满足。挫折感和失望感可能来自错误地认为需求受阻，或者来自药品或其他控制力。

有鉴于此，对利益的损害应以对目标的客观阻碍及对愿望的客观

阻止、而非以主观因素予以定义为好；同样，利益的扩展或推进最好也应以慎思的需求得以客观实现、而非以主观的愉悦状态加以定义为佳。我想绝大多数人都同意，重要的是获得人之所需，即使如此并未带来愉悦。²³ 通常因需求的满足而产生的愉悦是很好的“彩头”，但我们努力的目标是于外部世界中实现我们的需求，而非为获得某种精神状态。其实，如果情况并非如此，就无法解释当满足的快感袭来时的感觉，我们感到满足是因为我们认为自己的愿望实现了。如果所求的目标对我们的价值，仅在于其作为达致内心愉悦状态的手段，那么这种满足的喜悦之情根本就不会产生。

核心目标的客体是利益的基础，如同任何需求的客体一样，目标的客体当然不仅仅是满足或快感，利益的消失也不等同于失望或沮丧。因此，死亡可以是对死者利益的阻碍，也意味着绝大多数自我利益的整体丧失，尽管因为死去，他已感受不到痛苦。

我认为，这一点也有助于解释为什么一个年轻力盛的人“被死亡夺走”，我们哀悼其本人，而非仅仅为那些他爱的人或依赖他的人感到难过。我们哀悼他本人是因为他还有诸多利益未能实现。我们认为这个人将他的全部精力和希望投入到这个世界，现在却失去所有。我们看到，他的生命作为整体已不如他若仍存活于世时应当呈现的
86 状况。在某些特殊情况下，死亡不仅以此种全然“消极的”方式造成损害，从而阻止人们在有生之年的安好中所包含的利益开花结果；同时也会造成直接的“积极”损害，消除或终止那些已经实现的重要利益。在这类情形下，死亡直接导致对生存利益的损害，而这种损害本来是可以避免的。²⁴

因为个人利益的客体作为被需要或作为目标的事件往往发生于个人即时经验之外的未来某个时间，因此，个人安好或损害的范围必定较其主观经验更宽，较其生理生命更长。死亡的那一刻即为生理生

命终结的界限，但死亡本身就是规划未来利益的个人生命中的一个重要事件。当死亡终结了某项利益，损害即归于那个不再存在的人，像之前那样成为他的“道德资产”。

和死亡同时消失的利益是那些不再受到死后事件有利或有害影响的利益。这当中包括了四种在绝大多数人生中都存在的利己利益，例如，基于对个人成就和个人享受的渴求产生的利益，以及基于“自我提升”需求的利益，即若“他将永存于世”所产生的需求，²⁵ 例如渴望成为某一类自我，或者渴望自尊。相比而言，其他的利己需求更像是利他需求或公益需求，可以在抱有这些需求的人死后获得实现或被终结。我是指人的那些处于与他人联系之中的需求，即“核心还是在于自我……对于与我发生联系的他人而言仅为客体或其他要素。”²⁶ 这些欲求“以自我为中心”，包括渴望在他人面前表现或展示自己，成为他人爱戴或尊敬的对象，等等；特别是希望保持良好声誉的愿望，如渴望社会政治领域的成功，或是渴望所爱的人一切顺利，都可以在某种意义上视作死亡之前的生时利益的基础，它们可以因死后事件得以推进或遭受损害。无论如何，对这类利益的实现或阻止均可能发生，虽然就满足感或失望感而言为时已晚。

以上论述有自相矛盾之处，但仍可驳斥某个肯定会被提出的反对意见。有人可能要问：一个人如何能被自己不可能知道的事物损害？死者永远不会有意识，因此（可以这么说）他们不可能了解此时发生的事情。但是，只要考虑一下，活着的人的各种利益完全可以在他们毫不知情的情况下受到侵犯，我们即可证明这个观点运用了一个错误的前提。此类利益中有很多都是所谓“所有权利益”，这个用词所包含的理性尚可商榷，如土地所有者的利益在于对其土地的排他性占有及使用，此利益可能被并无损害恶意的侵入者所侵犯，该侵入者未经观察就踏入口；或是法律上所称的“家庭关系利益”，因配偶与情

87

人的秘密性行为受到侵犯。后一种利益是配偶的排他性的爱，这一说法因其暗示对方的感情为财产而受到些批评。但没人会据此否定个人的良好声誉包含利益，这可能是纯粹利己利益中能够说明本文当下论证目的的最好例证。如果有人在一群我渴望并珍视其好评的人当中散播对我的中伤之辞，那么，由于我的良好声誉中包含的利益受损，我当然也就受到了伤害，即使我从未得知此事的发生。我相信，在我的良好声誉中除了避免情感伤害的利益、尴尬的感觉以及经济上的损失之外，还具有此项利益，而该利益可以在我毫不知情的情况下受到严重损害。

遭到诋毁的人若死去，情况将会如何变化？若人在生前可以受到损害而不必知情，那么，死后又何必定要知情呢？设若有人在我死后伪造文书，颇具说服力地证明我生前是个好色之徒、奸夫、剽窃者，并将这些“信息”向大众广为传播，其中包括我的遗孀、孩子以及生前的同事、朋友。那么，我因谣言而受到损害这一点还有什么可怀疑的吗？在我死时所享有的“自我中心利益”受到家人朋友的持续关注，在此例中，这个利益并非因我的死亡本身而受到阻止，而是因我身后发生的事情受到影响。同样地，在我死后，我倾注于我的孩子的安好之中的利他利益可能因他人推翻我的遗嘱，或者因小偷、骗子骗走我继承人所继承的遗产而被毁灭或损害。上述情形均不会令我尴尬或沮丧，因为死去的人是没有感觉的，但所有这些情形都会因导致我投入巨大本钱的目标被迫未能实现而损害我的利益。

无论是生前还是死后，对于我们所有人就命运的巨大起伏所承担的责任，希腊人做了很好的阐释。亚里士多德在《尼各马可伦理学》中用了整章的篇幅论述一条在当时就很古老的谚语，即“死前没有幸运儿”，梭伦对此也有贡献。²⁷ 这条黑色谚语的另一种说法是“只有
88 当一个人死了，才不会被诡谲的命运之箭射中。”在他死去的前一天，

他的利益仍可能被全盘抹杀，他的人生也会就此毁掉。但正如亚里士多德敏锐地观察到的（他将此点归于大众的智慧），某些个人利益甚至在死后也不能得以保全，几十年过去，我们仍无法断定他是否幸运；“因为人们普遍相信死去的人同样有着好运或者厄运——名誉或者不名誉，子孙后代的繁衍或者丧失——仿佛他仍在人世一般，只不过他对发生的一切并不知情也毫无感觉罢了”。²⁸

三种假设情形可以说明亚里士多德提到的“普遍信仰”，部分死后损害情形可以由此得以说明。

例 A．某女投入三十年的人生去推进以某项巨大事业为形式的理想和宏愿。她建立了一个研究所，专心致力于推进这一目标和事业，为了她所坚信的对社会完善的推动，也为了她自己的荣耀。在她死前一个月，她倾入毕生心力的机构瓦解毁灭，以致她的这个“希望帝国”完全崩塌，而她个人也因此蒙羞。但她却未曾知悉这令人伤心的真相，她的朋友们不愿看到失望将她击倒，隐瞒并虚构了事实。最终，她快乐地死去。

例 B．事实部分同例 A，但该女包含了巨大利益于内的研究所保存完好，并蓬勃发展，直至其死去。但一个月之后开始垮下来，一年之内，研究所完全倒闭，与此同时，她本人及她的毕生事业均名誉扫地。

例 C．事实部分同例 B，但该女死后所发生的其财富减少、事业崩溃另有原因。在她生前，一群人恶意合谋在她面前大许诺言，但却在她死后故意违背这些诺言。出于报复、恶意、

嫉妒的动机，他们散播有关她本人及她的研究所的损害性谣言，披露其秘密计划，转而背叛她的信任，直至将其利益摧毁殆尽。

如果说在例 A 中，尽管该女从未获知这些噩耗，但若说她的利益已遭受惨痛损害，应当不会引起过多质疑。

89 例 B 中，同样的利益在同等程度上被损害，而该女对那些噩耗同样一无所知，因为她已死去，死人当然听不见任何消息。在例 A 和例 B 中，似乎不存在明显的区别，除去在例 B 中看来并无承受损害的主体。在损害发生之时，她已死去（或见第五部分）。然而，如我们已见，在某种意义上，她的某些利益在她死后得以保留，而这些利益，亦如所有利益一样，是因被阻止或未被实现而受到损害，而非因主观上的失望受到损害。如果说此点尚无说服力的话，那么还可以通过例 C 得到进一步论证。在例 C 中，该女并非仅仅受到损害（姑且假定她受到损害），她还被欺骗、遭背叛、受冤屈。当某个承诺者食言，就有人受到不当对待，这个人如果不是接受诺言者又能是谁呢？当秘密被泄露，就有人遭背叛，这个人如果不是秘密的所有者又能是谁呢？当名誉遭到恶意抹黑，有人因此而名誉扫地，这个人如果不是被中伤者又能是谁呢？如果当我们论及死者遭受不公对待时可以没有“主体问题”，那么，何以当我们论及死者遭受损害问题时就一定要有主体存在呢？其实损害才是不法对待的核心要素。

五、生存利益的适格主体

至此，将死亡及死后事件视为损害的论证动机已经明确，但核心问题仍未解决。生存利益如同那些被死亡在一瞬间“扑哧”一声带走

的利益一样，一定不是这个人就是那个人的利益。如果它们属于某个现已死去的人，那我们就要面对一个无法解决的问题：说明一个单纯的物理存在物——深埋地下的那具正在腐烂的尸体——能有什么基于需求的利益。如果它们本属于某个活着的人，他现在死了，那么就要说明他的命运如何转而如他死前那样可能变好或变糟。相反地，如果利益本身可以独立存在，并作为损害的唯一主体，则该利益要么根本不属于任何人（帕特里奇讥讽的观点），要么属于某种绝对精神，婉转些说，后者只是一种无用的形而上学的假定。

我所支持的观点是，因某人死亡之时或死亡之后发生的事件受到损害的²⁹利益属于之前活着的那个人，只不过他已不在我们身边；这些利益并非属于他死后留下的腐尸（后者看来当然是完全荒谬的）。如乔治·皮切尔（George Pitcher）指出的那样（出自他的一篇重要文章²⁹，此处我将着重逐步加以引用），有两种不同的方式描述死人：（1）90 “作为人生的某个阶段加以描述——如，在世时”，或（2）“作为目前的某种状态加以描述，死亡——可能正在坟墓中腐烂”。皮切尔称第一种方式为“在某人死后对他的生前描述”，称第二种方式为“在某人死后对他的死后描述”。³⁰所有“活着的人”不仅被加以种种描述，至其死后也可能受到不当对待，如遭到背叛、背信、谣言中伤等等诸如此类；但一个“死后的人”却绝不会受到不当对待。（如何能对一具尸体背信？或通过不实之词使一具尸体受到不当对待？）死后的人不可能被损害，如前文所述（第一章第一部分），某个“单纯的物体”是不能因其自身而受到直接损害的，只能在某种“衍生的意义上”受到损害。有问题的一类行为是在死后损害生前的人的行为。皮切尔认为，问题是，是否存在“某人死后发生的事件损害他死之前的那个‘活着的人’”。³¹对此，得出一个肯定答案的主要障碍在于，这个问题显然包含了“死后损害”的溯及力，“若某个不幸的死后事件

发生，那么首先损害的是‘生前的那个人’”，³² 尽管他在死时尚未受到损害。皮切尔很明智地否定了这个暗示。

“溯及力”一词与它试图澄清的概念一样，甚至更令人困惑并充满矛盾，我们不如听从皮切尔的劝告放弃这个概念。我们特别要避免溯及力的这种用法，即认为死后发生的损害性事件与较早前发生的据说是针对死前的人的损害之间是一种回溯的因果联系。死后损害不大可能通过这种方式形成，所幸也没有必要这样做。若心怀恶意的 A 在 B 死后六个月时毁掉了 B 的毕生事业，则此举并不能对六个月前在世的 B 造成任何影响。死后损害的概念，按照皮切尔的观点，不会导致令人误解的画面，如某个有着空间距离的损害性事件（如某人心爱的儿子在环游世界的途中，在澳大利亚发生的一起坠机事件中丧生）不会导致一个科学上不能接受的结论，即远距离的即时因果联系（如皮切尔所说，“飞机失事发出无限迅速的可怕之波，使父亲的超自然状态瞬间消失”）。³³ 在他儿子死去的那一刻，父亲于儿子安好中所存有的利他利益完全地、不可逆地遭到毁灭，尽管那时他还毫不知情，但他事实上已经处于受损状态。但事故本身并不会无视已知的物理学定律，就这样自己散播出去，在发生的瞬间给父亲重重一击。之所以不能得出这一令人无法接受的结论，原因就在于坠机和损害之间的联系绝非物理学上的因果关系。同样地，死后损害不会发生回溯的因果联

91 系，因为它们同样未处于物理学的因果联系之中。

一旦我们否定了物理因果联系的模式，就没有理由期待替代性损害或死后损害中包含任何与常识相悖的溯及因素。在皮切尔的论述中，损害性死后事件的发生“确会致使”死之前的那个人受到损害，该事件在某种意义上应为死前损害的发生“承担责任”。但皮切尔随即指出，“确会致使”及“承担责任”既不包含溯及力，也没有任何神秘性可言。死前的人无论是否知情，作为将被摧毁的那些利益的主

体，他都会受到损害。但这并不能“回溯地证明”，作为注定毁灭的利益主体，他活着的时候即已处于受损状态。当然，我们对受损主体感到的遗憾之情却是回溯性的，亦符合常理。如果我们在他死前即已知悉他投入毕生心血的事业注定随他而去，我们当时就会为他感到难过，正如我们之后为他“回溯性”地感到难过一样。但无论此间的因果关系如何表述，这种因果关系都是不能回溯的。史密斯死后发生的事件当即引发了一些后果，到此为止，仅此而已，并无矛盾。如今，鉴于那些当即被引发的后果，可以说史密斯在死前即已处于受损状态。死前的史密斯受到损害这一事实并非突然“成真”，而是我们此时才看出原来一直就是如此——从史密斯对其事业投入本钱使之成为自己的一项利益之时起，他就已注定会输。为论证“非神秘性”以及“确会致使”与“承担责任”的含义，皮切尔提出了自己的例证，本文引用如下：“如果这个世界将于罗纳德·里根之后的下一任总统任期内被炸成碎片，那么，现在于里根的任期内，上述情况确会致使（为此承担责任）里根成为美国的倒数第二任总统。”³⁴ 同样地，我在人寿保险公司为我的至爱亲人投保，但该公司却在我死后五分钟即发生财政危机，未来数年，确会导致我于孩子的安全之中存有的现时利益受到损害，因此，尽管我并不知情，我本人也已受到损害。当那一刻来临，我的朋友不仅会为我的孩子感到难过，同样，尽管我已去世，他们也会为我本人感到难过。如果这个论点正确，则此论证中并无吊诡之处，正如我为一个在世的朋友感到难过，因为他的妻子不爱他，对他不忠，尽管他为婚姻的安好投入颇多；又如我为另一个朋友感到难过，因为他心爱的女儿不久将死于一种罕见的疾病，尽管他目前尚不知情。³⁵

92 六、注定毁灭的利益与损害发生的时间

那么，通过以上论述初步勾勒出的死后损害理论如何说明死亡本身的损害性呢？绝大多数悬而未决的困难及疑惑主要与损害发生的时间有关，我们同意不对这个问题寻求较主体问题更精确的答案。首先要考虑的是如何确定“死后损害”的时间。由死后事件“引起”的对死前之人的损害状态究竟应自何时算起？我认为最好的回答是：“在他死之前，就在此人为未来的某个结果投入如此之大以致其成为他的某项利益的那一刻起。”从那一刻起（我们现在知道）他就在玩一场必输无疑的游戏，将自己福祉中的某项实质要素投注在注定毁灭的事情上。当然，此处所说的损害未必是净损害，其他同等重要的利益可能正顺利发展，在他死前还有许多其他利益已经实现，但仅就此项重要利益而言，它即将遭到毁灭（意即注定毁灭），因此他已经处于受损状态。

将此模式应用于与死亡本身的损害相关的时间问题时更需慎重。我们现在可以说直接因自己的死亡而受到损害的（往往）正是之前活着的这个人。那么，他的受损状态究竟始于何时？假设并非在死亡那一刻，因为那一刻他就终止了存在。那么我们仍可延用损害性死后事件的论证模式，认为受损状态始于他首次获得那些将被死亡摧毁的利益之时。其中首要的利益就是活着本身包含的至关重要的福利性利益。但这项利益须以他的众多其他利益为先决条件，只有在他获得其他那些利益之时，才能“获得”这项利益。由此，若他将于 t 时死去，则他在 t 时之前的全部人生中都处于某种受损状态——这个结论初看起来没什么说服力。

我认为，部分损害与净损害（损害的平衡值）之间的区分是有关

时间难题的关键。如果约翰将于三十岁生日那天成为一场致命事故中的受害者,那么,自他获得任何利益之时起(可能是很多年前),他就至少已处于部分受损状态中了。尤其当某些利益本身需要三十年以上的时间推进方可实现或满足,则自他争取这些利益之时起即已处于部分受损状态。但他仍有三十年的时间可以推动、促进、实现其他一些利益,以获得持续不断的益处。他因能够实现这些利益而得益,亦因不能(结果就是如此)实现另外一些需要更多在世时间方可实现的利益而受损。如果将利益限制在特定个人的安好范围内的话,则某人夭亡的损害性大小取决于他夭亡时的年龄。有一条日积月累的常识可为我们所用:“人生就是一场悲剧”。几乎人人在死时都会有一些利益因其死亡而被毁灭。同时,因为死亡的不可避免性,我们所有人都在生时就因那些注定毁灭、继而生成损害的利益(参见第一章注释13),而在我们一开始争取获得它们之时即处于部分受损状态。但总体看来,一个在三十岁就要死去的人的受损状态只能在一岁到三十岁之间寻求平衡,而一个在八十岁死去的人的受损状态可以在一岁到八十岁之间寻求平衡,因而前者较后者的受损程度更加严重。这是因为后者较前者而言,死亡本身毁掉的利益较少,尤其是毁掉的重要利益较少。因此,我们还可以借用另外一句常识性箴言,“年少者的死亡比年老者的死亡更可悲。”在其他因素同等的情况下,长命当然比短命更有利(更少弊)。

93

至此,我们可以就死亡及死后事件的损害性作一小结。鉴于某人生时的利益因为自己的死亡完全地、不可逆地丧失,死亡对死去的人而言,当然是某种损害。死亡损害的主体是之前活着的那个人,他的利益瞬间消失。某人的死亡事实“确会致使”他的某些生前利益受到损害,尽管他对即将到来的死亡一无所知。只有当一个人没有任何目标、任何利益可被阻碍时,死亡才不会对他造成损害,实际上,这样

的人甚至因其死亡而在总体上成为其生存利益。某人死后仍得以“保留”的利益是指那些仍可能因死后发生的时间而受到阻碍或推进的长远利益，包括他的公益利益或利他利益，也包括以他在他人心目中的个人形象形成的“自我中心”利益。病人的生存利益因其死亡而受到阻碍，此时即发生了死后损害。生存利益的主体及某人死后影响其利益的利害关系主体，正是原先存有这些利益的那个生者。死后事件不会溯及至一个较早时间产生影响，但这些事件的发生会让我们调整对死者早前安好状态的评价，在合上其人生之书前修订其中的记录。

94 七、对死后不法行为的说明

欧内斯特·帕特里奇依据死者不再存在，且不存在的事物是不可能受到不法对待的观点，不仅否认死者会受到损害，还否认死者会受到不法对待、遭遇背叛或不公。尽管他也坚持，³⁶ 诋毁、欺骗或背信死者是不对的，不应对待死者任意妄为，但他仍认为，应正确理解对于现已死去的人所负有的责任，这一责任并不意味着死者有何对世权可被侵犯。一些有关他人的惯例——立遗嘱、签订保险合同、许诺、说出真相——对很多人来说，包括现仍在世的我们来说，维护这些惯例对我们有利；而当设立对死者的责任的规范缺席时，这些惯例就会瓦解，并对我们造成巨大损失。如果人人都可以中伤死者毁其清誉，则我们何以珍藏对此人的记忆？如果人人都不接受为死者保留清白的义务，那么，我们当中关心自己身后给他人留下何种记忆的人，在世时就会真切地体会到这种不安全感。如果不能相信保险公司会信守与病患生时签订的合同，在身后偿付适当的保险金，则购买人身保险也就毫无意义。缺乏这种信任，人身保险公司也将被迫关张大吉，而关心抚养后代的人们将毫无安全感，我们的后人只好自食其力。如

果缺少公认的义务，不能按照死者生前留给我们的指示去分配遗产的话，立遗嘱的行为也就毫无意义，对我们有价值的东西都将被剥夺。应当以适当的方式对待死者，因为我们有义务这样做，设定这一义务的规则包含了对所有生者来说都十分有用的行为惯例。背弃这些义务的行为往往会造成损害——不是对已经死去的人的损害（帕特里奇认为这是不可能发生的）——而是造成公共损害，这种损害会削弱服务于生者利益的公共惯例的有效性。

规则功利主义者提出的这类为人熟知的观点³⁷确实道出了我们对于死者应承担之义务的真理，这是确定无疑的，但他们却未能给出真理的全部内容。当我们作为承诺者、传话者、保险提供者以及遗嘱执行者时，为我们设定义务的规则也正以同样的名义授予作为接受承诺者、被议论者、保险购买者，以及指示的发出者以权利。这些权利于其拥有者死后可能因不法行为者违背其义务而受到侵犯。此处所论之义务须有对应的权利主张者。例如，某项承诺对接受者产生的义务，明显区别于其对所有其他人产生的模糊而空泛的义务，而所有其他人均于保护承诺的一般信任感中存有利益。对此义务的违反将导致权利所有人（或权利主张者）明确而强烈的不满，这种不满并非完全源于更广泛社会大众的认为“我们的惯例”已经遭到削弱或受到威胁。实际上，在某些情况下，这种违反如果是秘密的，可能就不会产生如此广泛性的后果，但对于行为对象而言，这种不法却是清楚明白的。惯例可能已经或并未受到威胁，而仅有权利人本人遭到背弃。

95

一旦被承诺者去世，其生时遭背弃的情况作为被承诺者遭受的严重不法状态即时终止，而仅仅成为散布开来的公共损害，这一观点是荒谬的。一旦我们重新认识到遭受背叛的一方是现在虽已死去、但生前却处于信任状态的那个人，所有可能扭曲此问题的具有诱惑力的论据即刻烟消云散。我们无需以一个荒谬的论据来避免更荒谬的

结论，即遭受不法行为的一方是埋在地下的尸体，或是浮在空气里的某个利益。

八、出生与出生前损害

毋庸置疑，自受孕到出生期间，甚至是受孕之前，存在因生前原因导致的对人的损害。出生本身能否成为对婴儿的某种损害，这个问题更困难些；而导致怀孕的性行为能否成为对受孕胎儿的损害，则是所有问题中最难的一个。我们首先从最容易的情形开始，再由易及难。

胎儿与偶然损害。如果只是为了理论上的便利，我们先假设，人的生命历程自出生开始。那就可以将有关生前损害的第一个问题表述如下：某个生物能否因发生在其生物学受孕时起至出生时（人生在世的起点）的事件受到损害呢？对于很多读者来说，将人生的起点界定于其生物发展过程中如此晚的时间点是很没有说服力的，这些读者可以以生前这段时期中他们自认的人生起点取代“出生”一词。例如，他们可能听从 L. W. 萨姆纳（L. W. Sumner）的“适中理论”，将人生的起点置于产生感知力的初始时间，即怀孕后的第二个三个月间；³⁸或者根据更“保守”的理论，将起点置于更早些时候。这些读者应当将“出生”一词代之以我们问题中的术语“人生历程开始的时刻”。对这些读者来说，我们的问题即为，孕育中的受精卵或胎儿能否因那一刻之前发生的事而在他们的生理生长期受到损害？如果读者认为人生始于受孕的那一刻，则对这位读者而言，我们问题中提到的期间即被缩短至逐渐消失的点，他可以直接进入下一个问题，因为他必定认为胎儿，自其存在之时起的任一阶段，都可称作为人，当然也就可能在任一阶段受到损害。对此疑难问题，我在此不就人生的起点

发表看法，因为从这个问题中得不到任何回报，但我必须表明，那种认为刚刚受精的卵子就已经是人的观点，让我颇为震动，我认为那是毫无道理的。³⁹

鉴于存在可预见的孩童期利益，在某人出生之前，或是受孕后尚未开始其人生之前，即可造成对他的损害。不过，出生前的胎儿，若假定其尚无实质性利益，则对于此种状态中的他也就无可损害。但如果假定胎儿即将出生（或仍在腹中孕育），我们即可将法律所称之“未来利益”归于它，这些利益可能因发生在这潜在的人尚未成为真正的人之前的行为而受到损害。⁴⁰ 一个疏忽大意的摩托车手撞倒一名孕妇，造成对胎儿的伤害，致其出生时身体畸形或患有先天性疾病。婴儿出生之后就会拥有行动自如及健康的实质福利性利益，但这项利益从一开始即已受损（亦即注定被毁）。因为早前一个摩托车手的疏忽大意，导致的结果是，这个孩子在其开始真正人生之前的某个时间点即处于受损状态，并在以后的某个时间形成损害。摩托车手的过失驾驶使得一个将于几个月后降生的人的状态较若非此情况下降生的人糟糕许多。要是这摩托车手没有过失驾驶，这个孩子在降生时就会毫发无损。

不过，很重要的是应注意到，在所有这些损害潜在利益的情形中，孩子终究还是从子宫中生了出来。胎儿的死，因其尚无任何真正的利益可言，对它是不会造成损害的，并且，因为它死去时，尚无任何“潜在利益”成为实质利益，则对于这两种利益，损害都无法发生。不能因可以将某些利益视为某人的身后物，就以同样模式将某项“潜在利益”视为某人的生前物，因为出生之前的“潜在利益”在出生之前并非真正的利益，而死去的人留下的利益却是真正的利益，可以在其死后的一段时间内持续存在。我们可以为本应实现但却未能实现的利益唏嘘，但为那些可能成真却从未存在过的利益难

97 过就完全是另一回事了。

受孕前实施的损害。试想有一个极坏的犯罪人，他想通过炸毁学校校舍使小学生们死亡或伤残。他将一个爆炸力很强的炸弹藏在幼儿园的壁橱里，并设置了一个六年后引爆的定时装置。六年以后，炸弹爆炸了，将很多五岁的孩子炸死或炸残。显然，这些孩子遭到爆炸的损害；同样明显的是，正是六年以前，即在孩子们甚至尚未受孕的时候发生的那个坏蛋的恶行损害了他们。如果罪犯认为当他实施据称最终导致损害的那个行为时，孩子们尚不存在，并以此作为依据否认其行为对孩子们造成损害，我们就可以回答说，他的行为启动了因果联系并导致损害的发生，且行为时对此后将要发生的损害后果抱有直接故意的心态，因此，仅凭常识即可确定该行为就是损害的原因。因发生在孩子们受孕之前的行为而造成损害的例子在法律上并不鲜见。某制药公司在婴儿受孕前六个月的配药存在疏失，婴儿的母亲吃药后损害了受精卵，而胎儿还是存活下来并被产下，则制药公司将在十五个月之后为这孩子承担后果。或者试想一下，母亲因输血患上梅毒，一年以后，她怀孕了，她的孩子一出生就患上梅毒。西德的一个真实案例甚至认定婴儿可以因两年前他根本尚未出生时，医院为母亲输血发生的疏忽而遭受损害。⁴¹

“损害性人生。”生孩子本身并非孕妇控制下的一个自愿委托行为，孕妇并非直至最后一分钟都可以改变主意。最多可以将其理解为发生在较早阶段的某个自愿忽略行为的结果，在较早阶段，孩子的父母有机会堕胎，或通过其他方式结束受孕。如果说堕胎失败可以理解是对新生儿造成损害的原因（见第四章第七部分），那么这一损害包含哪些内容呢？

在过去二十年里，有关出生时引起的新生儿损害赔偿案件在全世界范围内猛增，并因此提出一项新的诉因——“损害性人生”。这些案

件败诉的比胜诉的多得多，但在父母对孩子的监护责任受到愈来愈多法律审查的情况下，在堕胎现已得到法律许可的情况下，胜诉案件的数目正在持续增加。因出生本身而导致的损害是指胎儿以严重缺陷来到人世，有时是生理上的缺陷（先天性疾病或遗传性肢体变形或残损），有时是法律上的缺陷（非法出生的）。将这些状态视为有害的应该没什么困难。对于法律或公共政策来说，难题更多地出现在归罪和因果关系问题上，而非确定结果状态的性质问题上。假定所论及的婴儿显然处于应称为“受损的”或（更明确些）“有害的”状态，问题就在于他人的作为或不作为是否即为造成损害的原因。不过，眼下还是让我们先在损害状态本身的性质问题上多停留一会儿。

伴随着受损的视力、听力、发音能力和精神状态来到人世，也即带着某种缺陷来到人世对孩子的现实利益来说的确是有害的。在某些时空领域内，非法出生也是一种严重的法律及社会缺陷。设若某个孩子是非婚生育的（即某种社会缺陷），母亲在怀孕的第一个月患上了德国麻疹（风疹），假设孩子的生身父母完全了解这些缺陷情况，也完全有机会进行安全合法的堕胎，然而他们却让这次怀孕继续下去，结果孩子以严重的生理及社会缺陷出生。对于这对父母来说，为了他们的孩子，唯一可能的办法就是选择堕胎让孩子不要来到人世。因此有关他们的决定是否让孩子的情况较他们不做决定更糟的问题就变成孩子“如果不出生是否更好”的问题，这个问题对于很多人，包括一些主审法官来说，却毫无意义。

如果出生引起的“损害”相对较小，如畸形足或兔唇，这当然也是一种残缺，但总体上很难视为损害，理性的人都不会认为这种情况还不如不出生。摆在我们面前的问题看来应该是：与排他性地选择干脆不出生相比，遗传状态若是如此严重的缺陷，是否也应当视为某种净损害，或者总体上的损害。毫无疑问，在很多情况下，婴儿出生时

的状态注定他的未来利益将被悉数摧毁，因此当他一来到人世，他即已处于我们通常所称的损害性状态（见第一章第五部分）。但仍有问题亟待解决：这种损害要有多严重才能成为比不来人世更糟糕的“最坏情况”？

99 注定毁灭的利益肯定都是那些基本利益，例如拥有完好无损的器官所包含的福利性利益，对于生存于世及推进任何长远利益都极为必要。这些利益的注定丧失剥夺了孩子们的所谓出生权利（注意对出生权利的一种新解释：如果你缺少本应拥有的出生权利，那么你的出生就是对你的不法对待）。由此，如果为一个孩子未来利益的最终实现而必须具备的条件在其出生之前即遭摧毁，则他的权利（他的现时权利）亦即遭到侵犯。此外，如果在孩子出生之前，我们已知其为实现绝大多数基本利益所必须具备的条件已经被毁，却还是决定让这个孩子降临人世，我们就是其权利的侵犯者。需要重复的是，并非新生儿的所有利益都应当或可以得到亲权法律的保护，能够受到保护的仅仅是那些最基本的利益，这些利益的满足对于获得一个体面人生来说不可或缺。国家不能保证所有公民（甚至不是很多公民）都能避免在人生这场赌博中的种种厄运。正如某个持怀疑主义立场的上诉法庭所说的那样：“在此种情况下而非彼种情况下出生，或者是由此对父母而非由彼对父母生出，均非可诉的、属法庭审理范围的不法行为。”⁴² 另一方面，遭受严重的精神障碍、先天性梅毒、失明、失聪、毒瘾、永久性瘫痪或大小便失禁、最低营养不良，以及财产被剥夺至低于合理的最低限度时，人生将不可避免地陷入潦倒不堪的境地，这可不应仅仅归结为“运气不好”。如同在一副做过手脚的纸牌中抽出一张牌，这不是“游戏”而是一场“骗局”。

我们可以初步总结出，某些遗传性疾病的严重性足以毁掉一个孩子最基本的未来利益。带着这些缺陷降生的孩子所处的状态，要

不是因为它并不像标准的损害那样，是对现有状态的恶化，而是其本身就是出生者的初始状态，我们就会毫不犹豫地称之为“受损状态”。无论我们能否称其受到损害，并将损害归罪于其父母或他人未能实施堕胎以阻止胎儿继续发育（此论题我们转入下文论述），以充分理由认为，他在如此状态下降临人生即是受到不法对待（某种损害性状态，即使不是严格意义上的“受损”状态）。当然，人可能在不受损害的情况下受到不法对待（参见第一章第一部分，有各种示例），可以责难 A 将 B 以某种初始化的损害性状态带到人世，但这和 A 损害 B 是两回事，后者如前文所述（第一章第五部分），是指使某人的原先状态恶化，或者至少是指其状态较没有这种损害更糟。如果 A 将 B 流产，B 也不会好到哪里去，因为 B 根本就不会存在。不存在不应被认为是 B 可以进入的一个更好状态，因为如此一来 B 根本没有任何状态可言。因此，尽管他使 B 受到不法对待，让 100 已经处于有害状态——极其严重的不可恢复的有害状态中的 B 降临人世，但 A 似乎并未损害 B。得出此结论的有害出生及受孕的“主体问题”，将在下一节中通过“威廉斯诉纽约州”的民事案件得到戏剧化地论证。⁴³

“不法受孕”。尽管这个概念还包括另外一种形式的法律行为，不法受孕意指认定堕胎为非法的前提下“不法生命”的来源。当时在 1965 年，因纽约州立精神病院疏于管理，一名女婴起诉纽约州并请求损害赔偿。女婴的母亲，州立机构的一名精神病患者，遭到一名护理人员性侵害，导致原告女婴出生时即为畸形足，且有一位智障母亲。该案指控纽约州因疏忽而未能保护该名母亲免遭强暴，初审胜诉，但在上诉审中被驳回。初审期间，原告提出的诉请包括她“已被剥夺的财产权；被剥夺的正常童年和家庭生活，被剥夺了正常的父母关爱、支持和养育；被贴上非法出生的标签，总体上受到巨大伤害，从而提

出损害赔偿总额为 100,000 美元。”从哲学观点来看，如果将从母亲那里传来的遗传性精神障碍，以及可能因遗传导致的持续性痛苦且难以治愈的情况纳入的话，这份账单将更令人感兴趣。如果是这样的话（虚拟语气），原告律师可能在驳斥所谓这一新型诉讼案件将鼓励婴儿因各类遗传性疾病指控父母的观点时更加有力。⁴⁴

初审法官在此案受审时的唯一保留意见是：当时没有此类案件的明确先例，同时认为，侵权行为可以“伴随受孕自动施与某人”的看法有些站不住脚。⁴⁵他对上述两点并未过于执着，但恰是第二点使原告在上诉审中败诉。上诉法庭以多数意见判定，婴儿并不拥有需救济的权利，“驳回认为州对于尚未孕育的人具有责任的观点”。如果我的上述描绘无误，那么，我认为法庭的立场操之过急。在我看来，州并不对处于形而上的中间状态而等待出生的那个影影绰绰的生物负有义务，而是对那位母亲负有保护她不受侵袭的义务，违反这一义务的结果就是，另一个人，即她女儿的权利，如绝大多数随出生而定的生前权利，被侵犯了。或者州的责任可以更恰当地描述为对任何可能
101 因其处置受到影响的人的关心义务，类似于罐装婴儿食品的生产商对所有其产品的最终消费者的义务，包括对尚未出生的、甚至尚未受孕的孩子的义务。

在独立发表的赞同意见中，肯尼斯·基廷（Kenneth Keating）法官为驳回婴儿的诉请找到另一条依据：

在侵权案件中，损害赔偿金的判罚应基于原告若未被被告施以该致害行为的状态与目前原告所处状态之间的比较。本案中，针对原告诉求的赔偿金必须做一个决定：不出世或无生命是否优于被苦难伴随的私生子的出生。我们无法作出选择。⁴⁶

在侵权案件中（或是其他程度、其他种类的侵权案件中），基于假设性地比较原告受损害后的状况与他未受被告故意或过失不当行为损害的状况以评估损害赔偿金，从法律上说也许是可行的；当然这种比较不可能早到怀孕那一刻，也就是对本文所说的损害发生的那一刻作出比较，因为这样一来我们就必须考虑原告如果并未受孕而本该身处的“状态”，这显然是一个自相矛盾的说法。在此类案件中，损害赔偿金的评估只能通过其他方式进行；但即使评估只是基于主观判断，也比什么赔偿都没有更符合正义。无论如何，将损害赔偿的问题搁在一边，指控不法行为者侵犯未出生者的权利，其依据并不在于在那万劫不复的地狱，鬼魂被拖着揉着踢入母亲的子宫，然后来到世间托生为人。说到“不出生的权利”，其实是某个颇具说服力的道德要求的简单表述，即除非保证孩子获得个人安好的最低条件，对孩子某些基本的“未来利益”予以事先保护，使得至少在某种意义上未来实现利益的可能性依然存在，否则不应该让孩子来到人世。如果一个孩子在这些要求不能满足的情况下被带到人世，他就受到了不法对待，但这并不能在任何形而上的解释上或者其他任何意义上得出“如果他从未出生的话对他会更好些”的结论。

总而言之，那些不幸婴儿的受损状况正是致使他们被孕育的行为的结果，若该行为属于过度疏忽或其他的不法行为，那我们该如何描述这些婴儿的状态呢？以某种程度的自信，我得出以下两项结论：

102

1. 例如，尽管明知存在遗传性畸形的风险仍不当怀孕的情况。

即使 B 来到人世不可能度过一个“值得的人生”，A 与 / 或 C（生父母）并未损害 B（产下的婴儿）。B 在极度有害的情况下出生，但严格说来，这并非受损状态，因为它不是一个先在的损害行为的结果。受到损害是指较未受损害前陷入更差的境地（情况“变糟”），但如果过失行为并未发生，B 根本

就不存在。创造初始状态的行为并非使先在状态变糟的行为；因此，无论它多么有害，都不是损害行为。

2. 设若 A 与 / 或 C 的不法行为对 B 造成极其严重的后果，直至其人生毫无生存价值，即使严格说来该行为并未损害 B，亦终究使 B 受到不法对待。在这种情况下，B 来到人世时，其最基本的“出生权利”已被侵犯，他自然会对他的父母产生一种道德怨恨。父母的辩解则是，对于如此有害的存在，唯一的选择就是不存在，他们不如禁欲。婴儿可能反驳说，即使对 B 来说未必是“更好”的状况，不存在倒是更好的选择，他可能还会加上一句，任何理性生物都会宁愿选择不存在，也不愿以他的状态存活于世。

狭义上的损害要求利益被阻退及权利被侵害，不法怀孕行为并未造成损害，因此，损害原则不允许对“不法怀孕”施以刑事责任。（尽管对于损害或不法对待性伴侣或第三方的性行为可以施以刑罚处罚）。但在导致严重遗传疾病的情况下，婴儿的权利受到侵犯，没有理由不让不法行为的始作俑者（或其他不当帮凶——医生⁴⁷、制药公司、传播性病的性伴侣等）对孩子承担损害赔偿的民事责任。只要婴儿的代理人能够作出令人信服的论证，证明不出生倒要比如此残缺地存活更好，孩子就可以对于那些让他来到人世的责任人抱有道德怨恨，尽管这些人确实并未通过破坏他的先在状况损害他。毕竟，谁都不希望自己来到世上却觉得自己“最好没出生”。

- 不过，我们尚未考虑将损害概念适用于最疑难的情况：交往中的
- 103 严重过失行为导致一个有着普通缺陷的孩子出生，这个缺陷阻碍了他的某项利益，但并未使他的个人净利益受损到让他宁可不在人世的程度。在这种情况下，如德雷克·帕尔菲特（Derek Parfit）首次指出的那样，⁴⁸ 孩子对家长不应怨恨，他既未受到他们的损害，也未受到他

们的不法对待，即使他们的确对他的缺陷状态负有责任。

帕尔菲特给我们的示例是，设若某女受到医生的警告，服用某种药物时应在一个月内停止性行为，直至痊愈，否则将导致其孕育的孩子出生时生理异常（如手臂萎缩）。尽管如此，要么出于有意的变态心理，要么是无意的疏忽，她忽略了医生的指示，结果怀了孩子，孩子出生时生理异常。此处，帕尔菲特要求我们做一个合理的假设，即孩子的遗传性残疾虽说是件坏事，但尚未严重到使其人生失去生存意义的地步。他绝不会后悔自己的出生，但懊恼自己出生时有一只萎缩的手臂。现在，如果孩子已经长大，向母亲抱怨她不负责任的行为损害了他，或者是不法对待他，或者说对他不公平，她就可以按以下方式回答以解除他的怨恨：“对于你的出生，我有两种选择，一个是我所做的，让你带着一只萎缩的胳膊降生；另一个是听从医生的指示，那将导致你根本不会来到人世。你如果承认你很高兴来到人世，那么你就应该对我所做的感到高兴（虽然不至于感激）。”我认可这位母亲的回答，尽管这并不能解除她的责任，也足以说明她的孩子并未因她的不当行为受到损害，因为损害应当是使被损害人较未受损害时的境况变糟，而此处并不满足这一条件。手臂的萎缩状态毋庸置疑是一个恶的状态，对孩子来说是一个缺陷。但孩子却不应对任何人抱有道义上的怨恨。示例中的不当行为人应为其不当地将此恶带到世间而受到指责，却无须因对他人的损害负责。

帕尔菲特示例中的事实不允许孩子提出民事诉讼，因为他的权利并未受到道义上的不法行为的侵犯，经过行为导致其带有缺陷地出生，却既未损害他，也未不法对待他。损害原则也不允许法律起诉父母。这样的法律只能依据法律道德主义原则的论证而具有道德合法性。如果自由主义者认为这是反直觉的，他最好求助于修正损害原则，使其作为施加刑事制裁的依据，即刑事制裁不仅出于防止人们不

对他人的损害

法损害他人的需要，也为防止人们不法地将他人以有害的（有缺陷的）初始状态带到人世。不过，在仔细考虑之后，我不认为这一修正有明显的必要。

一、动词形式：损害与不法

至此，我们所讨论的损害是以主格形式表达的“某项损害”，我们关注的主要是作为名词的“损害”所指称的某人的情况或状态，意即某人的利益受不利影响所导致的状态。不过，利益受阻退仅为损害原则中狭义损害的要素之一。在此意义上，如前所述（第一章第一部分），损害即利益被不法地阻退，副词（指“不法”地）所修饰的形容词本身也是动词的被动式（指“被阻退”）。在此特定意义上，损害由妨碍、阻挠、削弱、剥夺利益等行为造成，且该等行为皆属不法。因此我们所说的（不法的）损害，其完整的词形变化应当包括：某人对被害人实施的行为，该损害行为致使被害人的利益受到阻退。由此，说到“损害”时，我们是指 A 通过阻退 B 的利益而对 B 造成的影响。照此分析，A 损害 B，即指：

1. A 实施行为（“行为”的含义很广，包括不作为，此问题留待第四章讨论）；

2. A 行为时抱有引起不利后果或类似后果的意图, 或对该后果存在过失或疏忽, 以有瑕疵或错误的方式对 B 造成风险;
3. A 的行为方式具有道义可责性, 即无免责事由或正当化事由;
4. A 的行为是导致 B 的利益受到阻退的原因;
5. A 的行为是对 B 的权利的侵犯。

简言之, 损害即 A 不法对待 B (由第 1、2、3、5 项定义) 并阻退 B 的利益 (第 4 项)。

二、损害与损伤

有时, 相关意义上的损害可以与伤害做比照或由损伤来确认。我们往往认为损伤特指人身伤害——骨折、肌肉拉伤、“内伤”等。据此, 损伤也是一种损害。通常意义上, 除非是打比方, 我们不会说人们因为利益的损害而受到损伤, 而是说因生理健康或是身体完整性的损害而受到损伤。例如心理休克是一种类似于生理创伤的损害, 尽管并无语言学上的关联, 也可以称之为“损伤”。(内科医生在治疗一个眩晕状态的士兵时, 会更倾向于说“他没有受伤, 只是休克了。”) 与生理伤口的类比关系越松散, “损伤”一词的不恰当性也就越严重。¹ 某人可能受到小偷的损害 (在经济利益方面), 但我们不会说他因失去钱财而被“损伤”。还有一些与生理损伤相去更远的例子, 如职场上未获晋升, 或是未能赢得选举, 或是文稿遭到出版商的拒绝等, 这些对其利益显然都是损害性的, 但却并非损伤。

美国法学会的学者们撰写的《侵权法重述》(*Restatement of the Law of Torts*)² 对损害与损伤之间的区别理解得很到位, 但却刚好将两者的定义倒了个个儿。在以下引述中, 我已经将他们使用“损伤”的地方全部替换为“损害”, 而所有他们使用“损害”的地方全部替

换为“损伤”，我认为这样一来，才说得通：

全文出现的所有“损害”……是指侵犯受法律保护的利益的事实……它与“损伤”存在以下不同：“损伤”是指存在有形的、物质上的损害。损害最通常的形式是有体的损伤；但即使没有损伤，也可能存在损害。因此，如果未经授权，任何侵入他人所有土地的行为都是损害，都可以成为诉讼的理由，即使侵入行为是有益的，或者侵入持续的时间极其短暂，以致并未对享有土地的益处造成任何可感知的侵扰。³

《侵权法重述》一书的作者们并未声称要在通常用法中作精确阐述，他们不是辞典编纂者。其实，如果他们把两个词反过来用的话，107则他们所限定的“损伤”及“损害”的含义非但不太可能引起误解，反而会更有用处。他们举出的擅闯他人土地的例子就非常有用。擅闯者侵犯了土地所有者“于其对该土地独占的使用权和所有权中包含”的利益。技术上说，依前文所论证的在某种特殊意义上的损害，当擅闯者在他人的土地上踏出其无声的、未被察觉的一步，即侵犯了他人的利益，这一侵犯阻碍了某项利益，亦即在此程度上损害了利益所有者，即使它并未损害任何其他利益，甚至可能总体上是有益于他人的。不过，这种损害绝不会“损伤”任何人。

《侵权法重述》中的反转用法其实可以在现代英语里“损害”一词的发展史中找到线索。与“损害”一词几个世纪以来均意味着“损失”、“损坏”、“缺失”不同，几个世纪以来，“损伤”（Injury）原本均意味着对他人权利的不当对待或侵犯，或是某种不公。（“Injury”源于拉丁语“injuria”，意思是“不公的”或“不当的”。）在这些术语所经历的几个世纪以来的政治法律理论意义上，人可以遭受并非“损

伤”的损害，例如，不可预见事故，一次不幸的商业投资，合法的拳击比赛中作为允许的身体接触的击拳，以及法律惩罚。⁴ 损伤可理解为某一类损害。在传统法理学的用法中（现已不通用），损伤是对权利的侵犯，通常会导致刑事或民事责任，或者至少，权利人“在道义上有权提出诉求”。“损伤”的古法意义与“仅为损害”意义之间的区分，要比其现代意义上的区分更加重要；后者将对身体或健康的特别损害与一般意义上对利益的阻碍截然分开。因此，这一区分应当予以保留并为其“穿上现代服装”：将那些损害但并未不当对待某人的政策、行为、疏失，与损害且不当对待他的政策、行为、疏失区分开来。现在，我们就来细心检视这一区分，丢开“损伤”一词，先来做些其他工作。

三、道义上的可责性

108 若某人 A 不公正地对 B，即可称 A 不法对待 B。更准确地说，A 作为或不作为时抱有对 B 的利益造成不利后果的意图，或对产生该后果的风险存在过失或疏忽，A 的行为就具有道义可归责性：B 被阻退的利益有权获得尊重。在此对分析法理学和哲学心理学著作中有关行为、目的、犯罪故意、疏忽、轻率的鸿篇讨论再作添加并无意义，⁵ 我们可以将有关被害人权利的讨论延至下节。眼下的当务之急是解释在何种情况下，损害者的作为或不作为是可责的，即“具有道义上的可归责性”。

我以“可责行为”为统称术语指称无充分正当事由或免责事由的作为或不作为。正当事由或免责事由之间的区分源于对刑法的注释，用以标示两类使被告人得以免除责任（或减轻责任）的合法抗辩，尽管被告人承认其行为符合法律规定的要件，且实际侵犯了被害

人的权利或受保护的利益。提出免责事由意即承认某人的行为“并非善举，但若认定其为坏事，又不够公允准确”⁶，毫无疑问，他做了这事，但只是他的行为而已，对某个不幸事件的发生承认所为而否认责任。提出免责事由可以通过以各类副词或副词性词组修饰其行为的方式，对应法律上的抗辩。是我做的，但行为是意外地、错误地、无意地、受胁迫地、无恶意的疏忽地、处于婴儿期、处于疯狂或因愤怒暂时失去理智状态下、处于受药物或催眠控制下的无罪过状态、梦游时、癫痫发作时实施的，等等。另一方面，提出正当化辩护则承认行为负责，但认为“无论是一般而言，还是仅就该场合下的特定情形，该行为是好的，正确的或合理的，或者是法律允许的”。⁷某人可能会说，“我做得都对，我不得不这样来保护自己或我的家人或我的财产不受损害的威胁”，或者说，“我所做的或任其发生的行为绝非恶。在不幸的情形中，有人的利益会遭到损害，但我只是尽可能地合理行事罢了”。

有关适当的合法抗辩及其在日常生活中的对应情形的实质，在此无需着墨更多，我们的目的是构建原则，以决定干涉公民自由的法律如何才能具有道德合法性。无论我们采用哪个原则决定何种行为可以正当地以刑罚威慑予以禁止，毫无疑问，只有那些没有充分理由却主动违反法律的人——只有其损害性行为是不可免责的、也不可正当化的那些人——才应受到控诉和惩罚。对那些人真正可以说，损害的产生“就是他们的错”，只有他们才应“为此负责”，因为他们没有可以脱身的“抗辩”。存在免责事由或正当化事由的不法行为根本就不是不法行为，既然不是不法行为，当然也就不是“损害行为”，尽管其行为可能已经造成严重的损害后果。

一个更加困难的问题涉及另一因素，它总是在某人不法对待另一个人，即侵犯被害人权利时显现出来。我们已经对损害原则进行限

定，即不法行为是唯一能够以正当的法律强制施以预防的损害性行为。⁸ 这一限制仍不能为对不法行为施以的法律强制提供充足理由，因为国家在克制以刑法阻止那些相对无害的甚或幸而有益的不当行为时，也会将强制力从各类非不法行为造成的损害中撤走。对损害原则的这一重新解释将走进死胡同，除非我们找到利益的一个新的根据，即人具有某种不受他人侵犯的权利。然而，权利的内涵一向以含糊不清、模棱两可而为人所共知。

四、损害即对权利的侵犯

一般而言，权利是个人通过任一或两者皆有的方式提出的有效请求。一方面，人的某些权利是向特定人作出请求，如协助、偿还债务、赔偿损失等等；或者向所有人——“整个世界”——提出请求，不要干涉他的个人事务。另一方面，个人也可以向国家提出请求，不仅包括特别服务、承诺的赔偿以及不干涉私人事务（这些请求与他向他人提出的请求类似），还包括要求国家确保他向其他公民提出的有效请求得以执行。当然，向国家提出的执行请求必须以向他人先行提出国家应予执行的请求为前提，但并非所有向他人提出的请求都能以向国家提出的执行请求为后盾。例如，不受到粗鲁对待的权利是不受法律保护。但绝大多数的权利是可以提出这种双重请求的，请求他人及请求国家制止他人对我的干涉，或者以刑罚处罚为威慑，保护我免受他人的不法干涉。我不被人揍鼻子的合法权利就具有这种双重请求的特点：它既可以请求所有其他公民，也可以要求国家提供保护。实际上，有些权利是对国家的请求权，例如，让国税局退回我多交的所得税款的执行请求在法庭上是有效的。所有此类双重请求均为法律权利。一些合理请求，如不受他人粗鲁对待的请求，或要求国家避免其

成为令人不满的立法获得通过的被害者，这些请求权并不能同时合法有效地要求国家的强制执行，因而往往被称为纯粹道德权利。道德权利具有合理的根据，求诸被请求者的良心及公众舆论。如果请求权为法律认可，则它们既是道德权利，也是法律权利。如果法律所支持的请求权纯属臆断而毫无根据（如，奴隶主殴打并令奴隶挨饿的权利），则这样的请求权仅仅只是法律权利。

如我们之后会看到的，道德权利的产生背景，而非前提，是这样或那样的法律规定。例如，国家依照法律程序设定某个合作规则，如靠右行驶，则每个驾驶者均有一项道德及法律权利，要求其他驾驶者不要靠左行驶。有时，立法者必须平衡相互冲突的个人利益，即须为这些利益的重要性排序。只有这样，若 A 为了保护自己“较次重要的利益”而阻碍了 B “较为重要的利益”，方可认定为是对 B 的不法侵害，侵犯了 B 的道德权利（参见第五章第六部分）。同样地，只有在合法设立的资源配置系统确定了工业排放的预期“合理分担”的背景下，才可以断定 A 侵犯了 B 获得无污染空气的道德权利（参见第六章第四部分）。不过，在更加典型的刑事制裁背景下，我们知道，个人遭受的不法侵害往往是独立于法律给予他的任何其他状态的。即使在上述例外情况下，那些被认定的道德权利即使并未被直接给予刑事制裁保护，也还是为随后的刑事立法提供了背景。将这些官方认定解释为对法律权利的宣告是非常具有误导性的；但作为法律上的认定，它们还是为道德及法律权利的设定提供了可能。

损害原则经修正后，强调法律强制仅当为预防作为不法侵害的损害行为为必要时方具正当性，这样一来，我们必须小心，不要将不法侵害等同于对法律权利的侵犯，因为那样一来，我们会跌入以下命题的怪圈：

1. 我们无从知晓刑法究竟应该阻止何种损害，除非我们清楚哪

些不可免责的损害行为属于不法侵害。

2. 我们无从知晓何种损害属于不法侵害，除非我们知道哪些损害是人们有法律权利可以抗衡不受侵犯的，或者同样地，哪些利益是人们享有法律权利而不受侵犯的。（这是一个错误的前提。）
3. 但既然法律权利是既可有效对抗所有他人，亦可要求国家保护的请求权，我们将无从知晓哪些损害是人们因其法律权利而不应遭受的，除非我们知道哪些利益是可以有效请求国家提供保护的（通过刑法）。

这又会将我们带到第 1 个问题并形成封闭的循环。我们最初的考察是要知道哪些利益可以受到刑法的有效保护，而我们所知道的就是，我们无法知道哪些损害可以通过法律强制予以适当保护，除非我们知道哪些损害可以通过法律强制予以适当保护。不完成这个任务，我们就没法开始。

如果我们将“不法侵害”代之以“损害”，那么，在我们所修正的损害原则中，就必须将不法侵害视为对纯粹道德权利的侵犯，后者即先于或独立于对国家执行请求的对其他所有人的请求权。这样，我们的研究就能避开上述怪圈，当然，还是会遇到别的麻烦。首先，现在要解决关于“道德权利”的理论，它是独立于并且先于法律的，这个概念使人强烈地回想起许多哲学家并不以为然的“自然权利”的教义。⁹即使并无困难（很多哲学家就并不觉得有什么麻烦），这也给我们增加了负担，要避免乏味，就需要将利益中以道德请求权为依据要求他人尊重并不予干涉的那部分利益与其他利益区分开来。反过来，这个工作需要预设一个相对完整的道德体系。

没有什么比这个任务更费人心力了。那些在道德上极不名誉的利益可以从道德请求权的依据中直接剔除。如果利益本身引起痛苦

或苦难，则这样的利益亦不能作为对他人请求的依据。那些残忍的、酷虐的利益，病态的利益，变态的、令人作呕的利益，如果的确存在这样的利益的话，也应将其断然逐出法庭。没人有权要求保护这样的“利益”。这样，我们就可以简单地宣布，任何利益（已经剔除了恶心而变态的利益）都是要求他人尊重并不予干涉的请求权的依据。然后就可以说，对他人利益（当然是排除了恶心的变态的利益之后）的任何不可免责的干涉就是对他的不法侵害，也就是损害。 112

如我们所见（第一章第七部分），很多长远利益仅会受到间接侵害。损害他人某项长远利益的一般方式是干涉某项福利性利益，及对于任何其他利益推进来说是必不可少的基本条件的那些利益。福利性利益最易成为向他人提出道德请求权的依据。就生命、基本健康、经济充足、政治自由等利益，我们每个人都有相应的道德权利。但如果某个长远利益是可以被直接侵犯的，另一方的确以不可免责的方式这样做了，那么同样是不法侵害。至少有一类长远利益可能受到直接侵害：它们由福利性利益延伸出来的最低层级的利益组成。

福利性利益是对他人提出有效请求权的最佳（*par excellence*）依据（道德权利）。它们是合理归属的合理利益，在立法者眼中，即使不是全世界的人都毫无例外，至少对一般人来说都是如此。和我们的一般理解不同，那些神秘的苦修者在身体健康中不存在利益；那些快乐的流浪者和游民，或是托钵行僧在经济富足中不存在利益；那些被洗脑的顺民们在政治自由中也没有利益。甚至有些人其余生在医院、收容所等任何地方都不存在利益。但假定任何情况下任何人都存在上述利益是绝对合理的，法律，必须以抽象语言而非复杂文字进行描述，必须保护不名一文者免遭盗窃，保护绝望者不被谋杀。此外，为了使刑法的基本规定一般化，法律不仅保护拥有应予保护的福利性利益的绝大多数人，也应保护没有这些利益的异类人士，因为如果我们在行

为之之前有权判断当前情形是否存在某项福利性利益的话，那将使所有人都不再安全。如果刑法只禁止对不存在健康利益的苦修者以外的人进行袭击和殴打，只禁止对不存在财产利益的流浪汉以外的人实施盗窃，只禁止对不存在生命利益的绝望者以外的人实施谋杀的话，它将
113 鼓励不法侵害的实施。但假定福利性利益总是存在的最重要的考虑其实是作为福利性利益的选择自由，没有比这更具一般性的利益了，即使另一个福利性利益消失，它也依然存在。例如，谋杀绝望者的行为剥夺了绝望者做决定的自由，什么时候死，怎么死都是他的自由权利；同样，在其他例子中，殴打者和窃贼剥夺了那些异类被害人在特定情形下进行自我抉择的权利，每时每刻，无论他们是认可还是否定自己的生命策略，他们要如何认识及处分自己的利益是他们的权利。

当存在冲突性利益时，往往会产生干涉权利与道德可责之间的关系问题（在第五章第六部分和第六章第一部分中详述）。如果阿贝尔不可免责地干涉了非变态者贝克尔的任何一般性利益，他就不法侵害了贝克尔。但假定情况是这样的，若阿贝尔不损害贝克尔在 X 中的利益，他本人在 Y 中的利益就会受到损害。若 Y 类的利益较 X 类利益更重要，阿贝尔认为干涉贝克尔的利益具有道德合法性的想法就合乎情理。如果他的确是正当的，那么他的行为就不是不可免责的，贝克尔虽然受到损害，但并未受到阿贝尔的不法侵害。如果阿贝尔侵犯贝克尔在 Y 中的利益是为了保护查利在 Z 中更重要的利益，结果也是一样的。显然，如果立法者以我们修正后的损害原则为指导，即仅有不法侵害才能造成损害，那他们必须找到方法，将各类利益按照其重要性排列顺序。（我们将在第五章回到这个问题上来。）

阿贝尔和贝克尔寻求的利益可能同属一类或同等重要，且若要实现他们各自的利益就必须以损害对方利益为代价。他们都爱上了卡梅莉亚，在各自的利益网络中，和她结婚是一项重要的核心目标，但只

有一人能娶到她。同样地，他们可能同时申请仅招聘一人的职位，遭到拒绝的申请者将就此陷入贫困和绝望。在这些无法避免的竞争中获胜的那个人的获益正以另一个人被损害为代价，但我们不能说他不法侵害了另一个人，除非他作弊，或通过不可免责地侵犯对手的福利性利益的方式获胜。再次重申，经过修正的损害原则必须由其他原则补足，以便在合法对抗中，将正当竞争与恶意竞争区分开来，将正当策略与不正当策略区分开来（参见第六章第一部分）。这个论题过于宏大，三言两语无法交代清楚，但至少有一个原则是显而易见的。“选手”不能试图通过直接伤害对手的福利性利益来击败对方。那句“在爱情和战争中人人平等”的格言可能有些道理，但为了追求一位女士而猛踢对手的下腹使之淘汰出局可不是什么“公平之道”。在一场公平竞赛中，失利者可能不可避免地遭受损害，但如果他的福利性利益因遭到袭击而受损，则他不仅受到损害，而且还遭到双重不法侵害：其福利性利益受到不可免责的侵犯这一点侵害了他，其长远利益被人以卑鄙的手段剥夺这一点又一次侵害了他，当然，也都损害了他。

114

五、损害与同意：“愿者不受害”准则

115

毫无疑问，一个人既可能因自己实施的完全自愿、利己的行为受到损害，也可能因经其完全同意的他人行为受到损害。某人甚至可能渴望受到损害，同意他人的行为恰恰是因为他相信该行为对自己有损害。（试想：一个深感内疚的人陷入自我痛恨，想要通过自我惩罚寻求解脱。）当然，人们可能怀疑是否会有任何正常人或有理智的人心存此愿，而视被损害的愿望为某种病症，并以此减低其自愿程度，继而认定同意无效。不过，还有其他一些有说服力的例子，人们自愿同意明显对自己有极大损害风险（在某些情况下风险高到几乎成为确定）

的行为（包括他们自己）。女性接受性行为可能导致怀孕；吸烟者往往罹患肺癌；角子机耍玩者和其他成瘾的赌徒常常落得一文不名。

更令人感兴趣的问题是，人们是否可能因其完全同意的行为而被不法侵害。一条法律格言从反面回答了这个问题：愿者不受害（*Volenti non fit injuria*）。这条古老的格言来自罗马法，至今，在所有现代法律体系中仍占据中心地位。¹⁰ 有关这一格言的最早争论出现在亚里士多德的《尼各马可伦理学》一书。¹¹ 按照亚里士多德的说法，一个人不法侵害另一人，意即主动将损害加诸其身。若此损害并非强迫的结果，且于完全知晓所有相关情形的情况下实施，包括知晓此行为与其承受者愿望相反的事实，则此损害的施加是被害人自愿的。而一个人不可能同意受到他人的不法侵害，因为若如此，意即同意受到违背自己愿望的对待，这是荒谬的。¹²

“愿者不受害”在常识中可以获得大量证实。我们往往不希望某人先是允许我们做某事，事后却以受伤或愤慨的语气抱怨我们那样做了。“人们不能在放弃权利后又抱怨权利受到了侵犯。”¹³ 在某种意义上，对某种行为的许可使其成为该行为的一方，因此，任何随之而来的抱怨肯定至少部分地指向他自己。在某种情况下，即使我实际上已经同意该行为的实施，我似乎仍保有某种抱怨他人损害行为的道德权利。例如，另一个人可能比我更有经验和知识，他先是求得我的同意，然后却占了我的便宜。然而，在正常情况下，这是作为自由人应当自己负责的风险。比方说，我很笨，和一个占有信息远胜自己的人打赌，
116 结果我输了，那么这是因为我的愚蠢，我所抱怨的更应当是自己，而非机会主义的对方。（但可参见第三十一章对剥削的论述）

在另一种情况下，甚至一个理智的人也会强烈倾向于抱怨他人经自己同意的损害行为。某人所知的信息对我而言并非遥不可及——他可能假定我没有这信息，或按照常理认为我不会掌握该信息，结果我

被他“占了便宜”。但此类例证并不总能作为同意准则的证否依据，相反，它们往往被用来质疑“同意”的原发性或有效性。我们越是赞成同意准则，就越需要在认定同意的自愿性上采用更高的标准。仅当自愿者的同意出于完全的自愿时，同意准则方可在排除指责的事由上具有最强的说服力。仅当某人具备行为能力且无行为障碍时，亦即就相关事实既未受到威胁、误导或欺骗，也未被某种难以察觉的条件影响所操纵时，他的同意方可被认定为完全出于自愿。此处需要强调两点：强迫及欺诈将使同意无效，即使这“强迫”极为隐蔽难辨。

密尔就损害原则在此问题上如何释义没有遗留首尾（参见第十九章第五部分）。他认为，仅有对损害的预防才能使得强制正当化，就此必要内涵而言，人们同意的就不是“损害”。由这些前提导出，没有人能够正当地干涉一个理性的成年人自愿实施仅损害其本人的行为（因为这一损害并非“不法”），同时也无法正当地阻止某人实施损害另一人的行为，只要后者在自由且知情的情况下同意且自愿承担损害自己的风险。当然，若该被同意行为看来是如此公然地损害，以致没有任何理性的人竟会同意这样的损害，那么，可以合理地假定同意者并不理智，他的同意也因此是无效的。这使得我们能够依据经同意原则补足的损害原则，干涉他的自由。但如果认定使同意无效的不理智或无行为能力情形的唯一证据就是被同意行为本身的公然损害性，而同意者并不具备任何其他无行为能力或非自愿的独立判断依据的话，就无法形成证明链使同意无效。在某些情况下，如果我们说“同意这样的事，他肯定是疯了”，就是由该同意的性质推导出同意者的疯狂，进而由同意者陷入疯狂状态的“既成事实”推导出该同意的疯狂。这就造成在并无充分理由的情况下，认定某人无行为能力。然而，¹¹⁷ 我们仍然要为强制性干涉辩护，根据就是，即使是理智的成年人，有时也需要受到保护，免受自己愚蠢之举的后果所害（无论他们愿不愿

意),但这样一来就抛弃了我之前解释的损害原则,即损害原则仅适用于作为不法侵害的那些损害。以此论证强制干涉的实施,暗示了国家与受到强制的个人之间的关系,在很多重要方面正类似于家长和孩子之间的关系。为密尔所憎恶的这一论证模式,有一个并非完全中立的名称“家长主义”。我将在第三卷中详细讨论支持或反对法律家长主义的各种情形。

六、被害人的概念

英语中的“被害人”(Victim)一词源自拉丁语 *victima*,意即“在宗教仪式中作为神的祭品而被宰杀的人或牲畜”。¹⁴ 因此,该词在词组“献祭的牺牲品”(sacrificial victim)中的含义就是其他衍生义的原义。我们并不清楚,在古代它是否意味着作为神的祭品的人必定因其角色的选择而受到不法侵犯甚至损害。事实上,在阿兹特克人当中,只有那些最勇敢的战士和最美丽的少女才被认为适于安抚神灵,因此被挑选为献祭的牺牲品想必被视为无上的荣誉(若非此事包含荣誉,其中一些人肯定会认为,活下去应该更好些)。

根据《牛津英语辞典》(*Oxford English Dictionary*),“《圣经》兰斯(Rhemish)译本的翻译者是最早将该词作为英语随意使用的人,对它的一般性使用仅可回溯至十七世纪末叶”。不久之后,该词衍生出另外两种或两组含义。它可以指承受了各种巨大不幸的人(并非仅指死亡或身体损伤),无论是因为遭受他人残酷的或暴虐的对待,还是任何其他艰难境遇。由此,我们既可以说纳粹主义者的被害人,也可以说地震、战争、抑郁症、瘟疫中的被害人,甚至可以说品位、生活方式变化及思想运动的被害人。并且,我们还会逗趣地、讽刺地说某人是他们自己愚蠢、疏忽或狂热的“被害人”。在最常见的用法中,被

害人是指因各种原因承受各种损害的人，其中并不包含给予安抚的意义（及由此而来的所谓“荣耀”），也不存在无可辩护的作用（及由此产生的“不法”）。

不过，很多字典还列出该词的第三种独立含义，“因被骗而遭受损害的人，受骗者”。在这一含义中，“被害人”遭受的损害总是指对他的侵权行为，某种特定的不法行为，即欺诈。“被害”（在相关词组中）就是被欺瞒、被诈骗、被利用，简言之，被侵权。正是在这个意义上，人们不可能成为自我损害行为的被害者（意即人们不能使自己“被害”），人们也不可能因他人实施的经由本人完全同意的行为而被害。 118

至此，“被害人”一词的各种含义已罗列清楚，论战迄今，除了那些搁置于经验事实层面的原生分歧外，对有关某类犯罪是否“无被害人”问题的毫无结果的论争再作深入讨论并无意义。在第一种含义中，除了杀死生物（动物或人）作为对神灵的献祭，所有的犯罪都是“无被害人的”。在第二种含义中，只有那些未经同意且未损害任何人的行为才是无被害人的。如果隐秘的、不被察觉的自淫行为被认为有罪，那么这些行为就是无被害人的犯罪（除非在罕见的医学情形中，自淫行为直接对犯罪人造成损害）。在“被害人”的第二种含义中，人可能成为自己的被害人；因此，某个仅损害犯罪人本人的犯罪行为并非无被害人的犯罪。同样地，在第二种含义中，人可能成为经其完全同意的他人行为的被害人（即遭受损害）。因此，如果两个人自愿但非法地设立赌局，而其中一人输了，则在此意义上，他们两人均有罪，且并非无被害人的犯罪。在第三种含义中，仅损害犯罪人自己的犯罪，以及仅损害全然自愿甘冒风险的人的犯罪行为，均为单纯无犯罪人的犯罪，因为尽管在任何一种情况中都可能有人遭受损害，但却并没有人遭到欺骗。在“被害人”的第三种含义中，人不可能成为被

害人，除非他遭到不法侵害。除非有其他说明，此含义中的“被害人”可扩展至指向遭受所有未经同意的利益损害的人，而非仅指遭受“欺骗”的人，此即本书所使用的含义。¹⁵

七、损害行为中的“因果关系要素”

为解释狭义上的特定损害，我们已经列出损害人（行为、过失、不可免责）及被害人（利益被阻碍）方面的构成要素，但为周全起见，还需要在此两者之间建立联系。有关原因和结果的用语，设若只在不超过其日常用语含义内使用，如此类表达：“发生对 B 的损害是因为 A 的行为”，“B 的损害归因于 A 的行为”，“A 行为的结果是 B 遭受损害”，“A 之所为的结果使 B 遭受损害”等等，则此间的必要联系即称之为“因果关系”。很难具体解释这些大致同义的词组的内涵，而这些语言的适用却引发了一些众所周知的“疑难案例”。在制定刑法条文的过程中，立法者在很大程度上已经使用了这些日常的因果关系习语，而将其在疑难案例中的适用工作丢给法庭以及影响法庭的法律评论家。因此，对于主要为解决立法者而非法庭困境的本书来说，若再去分析法律中使用的因果关系习语，将会导致歧义。毕竟，在“何种行为应为法律所禁止”的问题（本书的问题）与“如何确认被控者应当就违反法律承担责任”的问题之间存在明显区分。后者，而非前者，需要检讨行为与随之而来的损害之间的因果联系。实际上，在法庭听证中，刑事案件对此种因果联系的要求较之民事案件为低，即使并不存在实际损害后果，被告亦往往因故意、企图或严重疏忽地实施损害等不法行为承担刑事责任；而在侵权法中，承担责任意味着给付补偿，如果并未造成实际损害，也就无需补偿。

我们不应被拖入有关法律上的因果关系的冗长讨论，因此，除非

有必要解决某些一般性问题（即使是立法者也会感兴趣），例如不作为能否导致损害（第四章第七、八部分），以及仅仅作作为对过于敏感的另一方的一般行为，能否被认定为损害后果的原因行为。除去这些一般性问题，我们对因果联系的关注应当严格限制在探寻法律上的因果关系的主要疑难，以及用以解决这些疑难的主要方法的范围内。

“若明显同时存在损害结果和不法侵害，法律往往必须认定该损害是否应归因于该不法行为。”¹⁶ 传统模式提供了两个测定方法：不法侵害行为必须是损害产生的原发性原因要素（条件、要件），且必须为特定的、实质性的（重要的、直接的、决定性的）原因性促成因素。在法庭的传统用语中，行为必须既是损害结果的“事实原因”，也是损害的“可能原因”。一方面，我已表明倾向于在损害的产生过程中使用“某个原因要素”（无论原因力多么微小）一词；另一方面，某个特定的原因要素可能正是造成损害后果的原因。¹⁷ 法学家往往利用损害任一先在的原因性必要条件来确定原因要素，称之为损害的“若非原因”（*conditio sine qua non*），即若非存在这个条件，损害就120 不会发生。这个简单易行的判断方法旋即出现困难，因为这个方法似乎允许法官和责任判断者搜寻无限的过往事件，“若非”这些事件，损害就不会发生，至少，在对损害的那个原因的最终筛选中，甚至会追溯到被告祖父母的相关行为。

在必要条件中确定因果联系的相关要素时还会遇到更大的难题。例如，在同时或共同起作用的原因中，任一原因都不是损害结果的必要条件，在此情形下，单单另一原因本身即已充足，但两者又显然均为“原因要素”。因此，“两人同时开火射出一粒子弹并射中被害人头部，或同时手持点燃的蜡烛走近泄漏的燃气……确定作为必要条件的原因将使任一行为均不得成为原因”（造成结果性损害的那个原因）。¹⁸ “事后的附加原因”也存在同样的问题，如“一座即将倾倒在

大海中的海滩房屋被 [纵火犯] 一把火烧毁”，或“A 将 B 自某建筑物上推下，B 肯定会摔死，但在 B 下落的过程中 C 开枪打死了 B”。¹⁹ 试想，纵火犯的行为对房子的毁损并非必要，因为 5 分钟之后房子总归要毁掉，而杀手的射击行为对于 B 的死亡也非必要，因为可以试想 5 秒钟之后，B 反正也会死亡。不过，显然两者至少均应作为损害产生的原因性相关要素。对必要条件理论而言，更困难的问题是“附加的抵消原因”，这个问题由 J. A. 麦克拉福林 (J. A. McLaughlin) 以一个假设性的例子加以有趣的描述²⁰，我将其意译如下：

C 为穿越撒哈拉沙漠的旅行作准备。A 恨 C，在 C 出发的前一晚将毒药放入 C 的水容器中，意在致 C 于死地。与之相对独立地，B 也恨 C，B 暗中将水倒出，意在使 C 在沙漠中渴死。C 踏上旅程，并死于口渴。那么是谁的行为导致了损害后果呢？

无论作任何判断，常识首先会认定其中任一或两个行为为死亡的原因，但必要条件理论却使得任一行为都不是因果性相关要素，因为另一行为在任一情况下均非充足，毫无疑问，A 及 B 都可以否认其行为是造成可怜的老 C 死亡的那个原因（尽管他们都可能被认定有谋杀 C 的企图）。

- 121 毋庸置疑，因果相关性的“若非”理论可以经充分而适当的修正后予以保留。在同时原因的案例中，“要么作为必要条件，要么在没有其他条件足以造成既定后果的情况下成为必要条件”²¹，我们可将其中任一事件作为损害产生的原因要素。在附加原因的案例中，如果能够确定损害的过程及时间（如在时间 t 渴死而非在时间 $t-n$ 被毒死），我们就能确定题中的某一事件是损害的必要条件。但哈特 (Hart) 和奥诺雷 (Honoré) 认为，对于一整套相连并存的充分条件

来说,若要以各自的原因力确定其因果相关性的方法一并取代必要条件理论,也并不那么令人意外。我认为他们的建议是有说服力的,但在此深究下去并无意义。

在法学作者中更具根本性的争论是,如何在被认定为因果要素的杂乱事件中找出损害的原因。从相反的角度来说,即如何找出不法侵害行为的结果²²。某个行为可能在空间上对远距离事物产生放射式的影响,也可能在时间的长廊里反复回响几个世纪。这个世界可能会因这个行为、而不是另一个行为的实施,以无穷无尽的方式发生改变。不过,很清楚的是,并非所有这些未来的影响都能作为结果归因于所述行为,除非行为本身就是所有先在事件的结果,若非如此,则该行为不会被实施。为了达到诸如归咎责任之类的实际目的而进行的单个因果关系的判断,必然要求将来自过去和将来的无穷尽的因果关系链条截然切断。损害行为中的原因要素是一个特定的事件:“法律寻找的不是远因,而是近(似)因”(In jure non remota causa sed proxima spectatur)。

法律中的“近似因”问题就是在无数作为原发性原因要素的先在事件(很多但非全数皆为“若非原因”)中,选出造成某项损害的那个原因;或者,从另一个方向说,从某个侵权行为导致的无限结果中,找出那些可以归因于该行为的事件作为其结果。这个问题在法庭上最常见的表现方式为:“假定存在第三方因素,则某损害是否为某不法行为的结果。”²³ 第三方因素往往是指某个潜在的意外因素或介入事件,或由第三方引发的不法行为。随之而来的困惑并不一定出现在法庭上,但在法学论证中往往充斥着假设案例的典型情形:

1. “A 击打 B 意图杀死 B, 但仅使 B 下颚脱臼。载 B 去医院的救护车被雷电击中, B 死了。则 A 的行为是否造成 B 的死亡?” 122

[或：B 的死亡是否为 A 的不法行为的结果？]

2. “A 击打 B，但并不想杀死 B。但由于 B 患有血友病，而打人者并不知晓，B 因伤口流血而亡。则 A 的行为是否造成 B 的死亡？[或：B 的死亡是否为 A 的不法行为的结果？]
3. “A 向 B 射击，意图杀死 B。B 未受致命伤，但因医院实施麻醉疏忽大意而死亡。则 A 的行为是否造成 B 的死亡？[或：B 的死亡是否为 A 的不法行为的结果？]”²⁴
4. 列车长疏忽大意将一名乘客遗漏在距离车站半英里处。该乘客在轨道附近被树林中的流浪者奸杀（地处臭名昭著的犯罪高发地区）。列车方面的疏忽大意是否造成该乘客死亡？或者，她的死是否为列车长疏忽行为的结果？²⁵

相当明显地，A 在前三个例子中的行为，以及列车长在第四个例子中的行为，在对 B 的损害的产生上均为原发性原因要素。事实上，每个行为都是损害的必要条件或“若非原因”。但是，在各个案例中均有“第三方要素”介入其中，其自身即为造成损害结果的直接必要条件。尽管存在潜在条件或介入因素（也是原发性原因要素或“若非原因”）的原因力，法庭要决定的是，在何种情况下，对被认作其结果的损害来说，A 的原因力是充足的、实质性的；以及在何种条件下，介入因素即是“原因”，从而将 A 从后果的原因性责任中解脱出来。对于这些问题的法律探讨经历了数个阶段。最初，人们借助晦涩的形而上学，讨论不同原因要素的相对“力量”，只有其中更有力的要素方为原因或近因。之后，对形而上学产生了怀疑主义反应，学者们论及，在多个合乎资格的原因要素中（往往被认为是“若非原因”）作出选择，是一种“隐藏在事实发现名义下的政策选择”。²⁶ 原因，就法律目的而言，是无限条件中的某一项事件，若非其存在，损害就不会

发生，施之以公共压力再合适不过。说得更直白些，实施原因要素行为的人最适于受到惩罚或强制以给予补偿。

此时，另一种反应随之发生，研究者们因因果关系的常用概念中包含的“常识原则”抛弃了怀疑主义理论。哈特和奥诺雷并不否认政策考虑的作用，但那是他们对日常因果关系概念所设定的狭义内涵上作出的解释。他们的分析特别突出两条原则：（1）单个原因判断将原因的位置从其他事件的一般过程中分离出来；（2）若某介入原因是一个自由决意的（完全自愿）人的行为，那么，它就切断了在较早原因要素与损害之间本可保持的因果联系。一个更考究的理论则以风险概念解释对原因的选择：X 是 A 的不法行为（疏忽或故意）的结果，当且仅当其为风险（对应于其意图）实现的结果，则 A 的行为就是可以归责的。如此，则在例 2 中，A 不当地制造了 B 遭受常规身体损伤的风险，而造成该损伤符合其意图；他也可能过失地制造了一个较其实际意图更加严重的身体损伤风险，例如下颌骨折或脑震荡，但流血而亡并非该风险的结果。因此 A 的不法行为并非 B 死亡的原因。显然，该原则在适用于其他假设情形时要求作出更多的区分及说明，以便在事实发生之后，判明某个过失或故意的行为制造出何种风险及应当“预见”何种危险。有趣的是，我们注意到，哈特和奥诺雷的自愿介入原则将使得例 4 中乘客的死亡成为流浪汉不法行为的排他性结果，而风险预见理论则可能将结果（也？）归因于列车方面的疏忽。123

人们无法不怀疑所有近因理论都是在“挑选要素”，如赫伯特·莫里斯（Herbert Morris）所指出的，“所有这些要素都只在某些案例判断原因的过程中具有相关性，但没有任何一种要素对所有情形均一概适用。”²⁷ 如果可能，我们亦无需在此力求评价这些法律上的因果关系理论。本文的目的仅在于勾勒出应当解决的问题及其一般解决路径。就我们的目的而言，从此类探讨中得到的主要教训之一是：

当原因和结果的“撞球式”概念被视为将特定损害归因于特定不法行为的模式时，无论是在法庭上，还是在日常实际判断中，其误导性将非常之大。在撞球桌上，当白球撞向位置固定的红球时，通过撞击作用，它将自身的动量传给后者，“迫使”其以一定速度朝一定方向运动。红球获得动量的“原因”就是恰在之前、或同时发生的某个事件（撞击）发生的作用。我们知道红球的动量源于第一个事件（propter 124 hoc）而非仅仅发生于第一个事件之后（post hoc），因为各种实验都证实了对此类事件之间常态关系的归纳。归纳法在原因调查中也有作用，但它们仅仅确认某个条件是产生进一步条件的原发性原因要素，而就我们的实际目的而言，它未必是那个不可或缺的原因。

从众多原因要素中挑选出一个确认为损害的原因，或是从众多被引发的后果中挑选出一个作为该行为的结果，将使我们陷入（依各理论而定）诸如公共政策的公正与效率、不法者的不法本质、预见能力、风险范围、正常模式与异常偏离、人为介入的自愿性以及更多的议题当中。这些额外的论题不会困扰科学家，根据各类自然规律，他们尝试对事件的正常过程作“因果解释”，如各种各样的潮汐，因此，科学家的工作无法成为理解联系行为与结果的特定要素判断的良好示范。

由于以上原因，我们必须反对以下教条：只有事件方可成为原因，原因必定在其结果发生之后或同时发生，原因是最终将力传导给结果的运动物体，诸如此类。一旦我们通过观察和常见归纳法，确认某特定行为是某些损害产生的一个偶然相关要素，那么，无论是从本文的实际目的出发，还是从“常识因果原则”出发，我们的任务就是要确定它是否具备进一步成为条件的“重要性”。如威廉·德雷（William Dray）所说，归纳法调查确定“条件对事件的重要性”，反之，引其为原因即表明它“对调查者的重要性”。²⁸而调查者的目的

会引导他挑选出恰在结果之前发生或在足够早时间里发生的某个事件、某个动作、某个潜在条件、某个不作为或作为以认作是原因。正如哈特和奥诺雷所论述的那样：

……就常识、也就法律来说，原因并非仅限于那些通常被称为事件的事物。原因可能是作为、事件、状态、不作为、条件缺失……[如：]“火灾的原因是将一个燃着的烟头扔进废纸筐”[作为]。“工人受伤的原因是主输送管倒塌”[事件]。“事故的原因是道路结冰”[状态]。“事故的原因是信号员未发出信号”[不作为]。“印度饥荒的原因是少雨”[条件缺失]。“印度饥荒的原因是政府未能准备出充足的储粮”[行为未能达到目标]。²⁹

尽管我一直并不赞赏撞球模式，但有理由给它以优先地位，同时不给那些偏离很远的条件冠以原因和结果的称呼。这种情况下，在讨论“损害行为的原因要素”时，我们应当丢掉所有有关原因和结果的注解，转而称之为“将结果归因于行为”（或过错、疏忽、缺失、状态、不作为等）。不过，在实用论证中，对作为损害原因的行为的注解已经获得充分确认，在此不必将其丢弃。我们可以对撞球模式表示出足够的敬意，但只提“原因和结果”，而不说“原因和后果”。毕竟，是行为的结果，而不仅仅只是随机产生的后果，才是我们必须“面对”的议题。

第四章

126

未防止损害发生

一、随手施救与坏撒马利亚人

在《圣经》寓言里¹，好撒马利亚人是指某人偶遇遭受暴力犯罪的被害人——一个对他来说完全陌生的人——“垂死”地倒在路边，此人没有像稍早时途经此地的一位祭司和一个利未人那样摆出“事不关己”的态度从路的另一侧走过去，而是为陌生人包扎伤口，把他弄到一间旅店，帮他预付了账单，还向他提供帮助和照顾。我们反过来所称之“坏撒马利亚人”是指那些看到陌生人陷入险境，就像这圣经故事里的那个祭司和那个利未人那样，不提供救助的人。说得更确切些，坏撒马利亚人就是：

（1）与遇险者无任何“特殊关系”的陌生人；

（2）未对遇险者提出潜在危险的警告、实施救助、寻求帮助、通知警察、防止进一步伤害等；

（3）上述行为的实施不会对其本人或他人造成不合理的损失和风险；

(4) 导致遇险者遭受损害,或加重损害的结果;

(5) 综上所述原因,不作为者即为“坏人”(道义上可责)。

在由坏撒马利亚人产生的法律政策问题中,我们的中心问题是,法律对于未能防止他人遭受损害的人施以刑事制裁是否正当。

在欧洲国家中,葡萄牙是第一个于十九世纪中叶即已制定有关坏撒马利亚人刑事法律的国家。一百年以后,“随手施救”的法律责任已被十五个欧洲国家的刑法典所确认。²与此形成强烈对比的是,英语国家仍对欧洲国家的一致行动避而远之。它们的普通法从未要求不施救者在侵权法或刑法中承担责任(除存在特定法律救助义务的情况外,例如受雇的救生员救助在其工作范围内的海滩上游泳者的义务),在并无例外的情况下,英国、美国、加拿大以及澳大利亚的制定法均对坏撒马利亚人吝于施刑而采取容忍的态度,直到最近美国明尼苏达州引入此法。此前,美国唯一一个制定欧洲式坏撒马利亚人刑法条文的州是佛蒙特州,其刑法典规定,“明知他人受到严重身体伤害,在不会给自己招致危险或恐慌的情况下,或在不妨碍对第三方重要义务的情况下,应当对他人提供合理的救助,除非已有其他人提供了合理救助和照顾。”³即使是佛蒙特州的法律,对坏撒马利亚人的处罚也不过点到为止,仅将其认定为轻罪,科处 100 美元的罚金。与法国的法律相比,后者对违反者的处刑最高达 5 年监禁。⁴

普通法传统甚至对不道德的损害性不作为也不予惩罚,如恶意地不去警告盲人其面前有个敞开的下水道口,不去把一位昏睡的醉酒者的脑袋从一摊水洼中扶起,站在桥上却不向溺水者扔下一根绳子,看到树林中一个小孩徘徊迷路却不去施救甚至哪怕只是报警,等等。不单是不作为,而且还抱有恶意的坏撒马利亚人就这样逃脱了法律责任,英语国家不但拒绝以刑罚处罚他们,甚至也不要求他们对未被施救者承担损害赔偿赔偿责任。

本章我们的关注点其实是两个问题：一方面，我们须要判断，是那十五个或更多的欧洲国家设定施救法律义务的做法、还是普通法国家不设定义务的做法更具有道德合法性；另一方面，我们须要判断损害原则如何适用于失于防止损害的行为。这两个问题紧密相连。我们希望通过损害原则的限定，使其精确地概括出对道德合法性（导论，第六部分）自发的基本信仰，这就要求我们对坏撒马利亚人的道德合法性作出认定，并以此作为理解并进一步明确损害原则内涵的128 指导。但这个顺序也可以按相反的方向进行。在完善损害原则的可信度，包括进行必要界定和检测之后，我们将其应用于不当地疏于施救的问题当中，无论情况如何，再据此解决问题。

我们在“导论”部分对损害原则的最初界定是相对模糊宽泛的。它将“防止损害”作为犯罪化的立法目的，显然，这就既赞成有关禁止（积极地）引起对他人损害的立法，也赞成有关要求防止对他人损害的立法，因为此两类立法均意在“防止（对行为人之外的人造成）损害”。不过，第三章列出了一个有关不当损害的“详细列表”，意即损害原则中的损害仅指不当行为的后果。据此，确切地说法律条文应当仅指禁止损害他人，或禁止对他人造成损害。若如此，则正如许多哲学家所称，对他人失于施救并非损害他人或对他人造成损害，那么，我们要么认定，除法律道德主义外，坏撒马利亚人立法无法得到任何自由限制原则的支持，从而缺少自由主义的证明；要么就得对损害原则补充一个附加自由限制条款，认为相关刑事立法理由充分，因为有必要既防止人们的相互损害行为，也（不同地）防止他们能够防止的损害发生。这个附加条款将导致立法者通过施加刑罚强调施救的义务，哪怕概念分析最后得出的结论是：该等不作为并未造成、而仅是容忍了损害的发生。如果我们采用后种表述，加上新的自由限制条款，我们就可以为坏撒马利亚人立法的道德合法性进行辩护；不过不

是依据第三章中严格限制的损害原则，而是更多地依据于新扩展原则的基本内涵，这个新原则在其他议题上却可能导致不应出现的情形。

我的直觉是，坏撒马利亚人立法原则上具备道德合法性，尽管在适用中可能存在实际难题。因此，如果损害原则不能对其“盖章认可”，我们就不得不对这个原则作出修补（或是异曲同工地，增添附加条款），使得刑法不仅要求不实施损害行为，也要求防止损害的发生，不论采取何种方式，允许损害发生与造成损害发生都应当受到刑罚处罚。不过我们尚不能决定增补是否必要，这取决于允许损害发生本身在某些情况下是否即是实施损害行为或造成损害发生的一种方式（第六至八部分）。如果疏于防止损害发生的行为正是随后损害发生的原因，那么，即使在严格限制的损害原则下，它也可以被正当地予以制裁，即坏撒马利亚人立法无需损害原则作任何修补。另一方面，允许损害发生并不能导致损害行为的实施或损害的发生，那么国家若要取得相关立法的正当性就需要为损害原则增补一个特殊条款。

在必要的情况下，于损害原则内增补允许（未能防止）损害发生的内容至少在形式上并不会对道德评价造成困难。毫无疑问，防止造成损害是刑法的法律功能，严格说来，禁止人们容忍损害的发生亦与之一致，也是为了防止损害的发生。无论是表达简单的损害原则还是经过修补的损害原则，正是这一共同目标形成了坏撒马利亚人法律道德合法性的前提。就方法论而言，直至或除非找到反驳它的首要理由，我们必须承认这个前提。首先应就不法引起与不法未防止之间作出所谓决定性的道德区分。如果确实存在某种极其重要的区分，因其具备多种道德重要性而必须予以详述，则我们将试图在那些为普通法国家容忍坏撒马利亚人的法律传统辩护的作品中，寻找相关的解释；继而搞清楚这些作者何以如此先知先觉，且为何如此坚持己见。

毫不令人惊讶的是，反对坏撒马利亚人立法的论点一般都鼓吹个人主义的自由主义理想，并主张自由是盎格鲁-撒克逊普通法的“火种”。在施救法律义务的主要对手与他们的自由主义批评之间存在共同基础，这就使得当中存在的分歧既可能导致两败俱伤，也可能使问题得到理性的解决。反对坏撒马利亚人法条的共同论点至少有四种：

1. 强制行善说。坏撒马利亚人法条是对道德怜悯的强制，对善行的立法化，这抹杀了损害与不利益之间，以及义务与分外事之间的区别。
2. 划线说。若在某些情形下对公众设定一般性施救义务，将无法原则性地划分对身边无预见性紧急状况的救助与对饥饿中的穷人或远方需救助者的救助。对于后者，救助他们只能以极端不便、不公的牺牲或不合情理的风险为代价。
3. 过度干涉自由说。从最本质意义上说，确定实施救助的法律义务较要求不损害他人的法律义务是对自由更严重的干涉。
4. 因果关系说。

(1) 严格因果关系要求：“引起”与“单纯容忍发生”之间存在清楚的概念性区分，因此，只有积极作为可以引起损害，而不作为至多只是允许损害发生；

(2) 道德重要性理论：在要求人们仅对其引起的损害承担责任当中存在某种特殊的严格的道德界限。

这些观点无一能够说服我，尽管它们所强调的前提——自由和自治的价值，我本人也非常重视。现在我们就来逐一检视这些观点。

二、积极救助中单方受益的困惑

第一种观点将积极救助视为所谓单方受益行为，（在我看来）这

是一个非常容易犯的错误。积极救助几乎无须行为人作出任何努力或产生任何危险，且救助对于遇险者的获救而言是必要的：这些情况对于持上述观点的作者来说都无关紧要。既然救助是积极的，则无论存在何种可能，这些人都会坚持认为，这就是在提供一种无偿利益，因此不能以义务、哪怕只是道德义务的形式作出要求。这一困惑以多种相互关联的形式出现，但所有的形式均源于不加批判地接受了那个似乎不言自明的道理，即失于防止损害的发生“仅仅是未能使被害人受益”。⁵ 因此，杰弗里·G. 墨菲（Jeffrie G. Murphy）写道（选择了可能情形之一）：

即使在没有侵犯他人任何权利的情况下，仍然可能面临道德缺失。例如，我坐在游泳池边的长椅上，一个孩子（不是我自己的孩子）在距离我座位几英尺远的地方溺水。我注意到了他，也明白我要去救他的话，就应该立即放下杯子，弯下腰，用树干够到他，把他拉上岸（孩子很轻，我甚至不用从椅子上站起来，就可以一只手完成这些动作）。如果我没去救他，我并没有侵犯任何权利（陌生人并不享有被我救助的权利），但这仍然会使我成为一条道德上的鼻涕虫而让正派人士避之不及。⁶

从更纯粹的自然法角度上看，这些论调让我非常困惑，墨菲例子中的孩子对于长椅上的人具有道德请求权，长椅上的人无视于此即侵犯了孩子的获救权，孩子的父母不仅有正当理由痛斥此人，认定他道德低下，对他避而不见；同样，他们对此人也有合法的个人控诉权利，131不论是以孩子的名义，还是以他们自己的名义。

在上述引言中，墨菲没有对其就溺水孩子的案例作出的令人惊讶的解释进行论证。但由于他的论调完全符合持同样观点的作者们的惯

例，其不言自明的论证即为：除去特定的道德关系，我们对他人没有道德请求权，当然也就不会受到损害；我们自他人处获得的任何主动帮助都是某种积极“利益”，而利益，相对于无损害来说，是不能作为权利向陌生人提出请求的。可是，在墨菲的例子中，必得列为“纯粹利益”的却是孩子的生命。

当然，在某些情况下，某人以极糟糕的方式对待他人，虽显示其道德低下，但并未侵犯他人的权利。但此类例子中即使是那些最清楚不过的情形也不能作为墨菲案例的示范。一个熟人请我花上一整天的时间帮他粉刷房屋（我作为一个退休的粉刷匠，有技术，也有大把的空闲时间，他问问又有何妨？），我却立刻用粗暴、斥责的方式一口回绝了他。这样可能显得我不是一个道德上的完人，请求帮忙的人（虽然他也同样不是个道德上的完人）可能会和社会上的其他人一样对我做此判断，但他却不能对我提出控诉，因为他并不拥有获得我帮助的权利。他对我所提出的请求实际上是让我给他提供一个慷慨的好处。然而，那个泳池里的孩子并非寻求“慷慨的好处”，而只是希望逃脱灭顶之灾。

也许墨菲和其他人受到某种误导，即落难中的人在寻求他人帮助时都被描述为“恳求”而不是请求或命令，在获救之后他们会千恩万谢，甚至给予报酬。这些事实其实也可以另作与获救权利相符的解释。一个快要淹死的人是没有心情摆出道德和权力上的高姿态并一本正经地提出求救要求的。面对迫近的危险，请求帮助是正常的生物反应，之后表达温存的谢意，以及在情感冲动之下给予回报也都是如此。在典型的拯救情节中，权利几乎不为人所察觉，只有在受到侵害时才更凸显出来。

墨菲有关坏撒马利亚人的论断受到兰斯·K. 斯戴尔（Lance K. Stell）的支持，斯戴尔声称，获救权利的支持者混淆了对正义的要求

和对善心的要求：

在“好撒马利亚人”寓言中，通往耶利哥路上的那个人，惨遭贼人殴打、抢掠的毒手，被丢在一旁等死，此时不公正（对权利的侵犯）即已发生。随后路过的祭司和利未人当然是不道德的，但他们的不道德并不构成对伤者权利的侵犯。他们的道德缺陷在于缺乏好意或善心（人们对于那些祈祷上帝之爱的人必定抱有这样的期待）。同样，伤者也无权要求获得好撒马利亚人的救助。这种救助反映了兄弟之爱的真谛——尽管正义并无此项要求，但仍愿意以热情回应他人的需求。（回想一下，这个寓言被设定在问题“谁是我的邻居”之下，而非问及“怎样才是对他人的权利的尊重”。）我试图论证的观点已由约翰·斯图尔特·密尔作出了清楚表达，他将完全义务和不完全义务严格区分开来。“完全义务的责任以某（些）人拥有的权利为依据；不完全义务的责任的根据则在于不产生任何权利的道德义务。我认为可以看到，这一区分和正义与其他道德义务之间的区分完全吻合。”⁷

在我的反驳中，我所做的是对事物更本质的考量。我同意斯戴尔所说的，使祭司与利未人对伤者见死不救的是他们的道德缺陷，缺乏好意、善心、热情以及兄弟之爱。但无论用怎样的道德缺陷去解释他们的不作为，都必须认定：他们未能履行责任，以及伤者的权利被侵犯。如果数月后康复的伤者（已经得知他们对自己的所作所为）遇到这个祭司或利未人，他可以愤慨地表达对他们的怨恨，控诉他们的不法对待。侵权者若明知地侵犯他人的权利，则其行为，无论作为或不作为，均能表现其不当的性格缺陷（缺乏良知和责任感）。但对此种行为在道德评价上的超定性，往往也是一种缺乏情感、怜悯和慈悲的

表现。这些美德的缺失实在再明显不过，我们之后应在对行为者不当行为的论述中加以特别强调。但不管怎样，我们都应确认，被害人的权利遭到侵犯，而正是那可谴责的冷酷之人，因为缺乏慈悲实施了侵权行为。

在说明好撒马利亚人寓言的含义时，斯戴尔还有另一个选择（本人不才，不敢自称权威）。为什么律法师会问耶稣，“谁是我的邻居”，可能是因为在通常的狭义理解当中，从经常性接触及共同利益的角度出发，邻居是指那个和我们有着某种特殊道德关系的人。特殊关系就会产生特殊义务及相互期待。如果朋友及二十年的隔壁邻居要搬走了，那么我就该给他们举办一个欢送会，但这并不表示我该给任何地方的任何要改变居住地的人举办欢送会。这种慷慨的高姿态还是由他们的邻居来做比较合适。同样，如果邻居过来借一瓶糖，我就该笑着拿给他，但这肯定不是说我要把自己家变成卖糖的铺子，好供给任何地方的任何不巧用光自家食糖的主妇们。借糖和举行欢送会作为我们义务的例子，仅只针对严格狭义上的邻居而言，由相邻关系的一般义务合理衍生而来，这种相邻关系要求那些共居一地的人们自愿友好相处、合作并互相帮助。

因此，耶稣以“邻居”一词来构建其最基本的道德教义让律法师感到困惑。在某种程度上将相邻关系的模式作为对他人行为的指导，“像爱自己那样爱邻居”就是在此范围内的一条普遍规则。因此，律法师问题的实质是，他想知道从何种角度，能使他人成为自己的邻居。作为对该问题的回答，对耶稣寓言的一种解释可以是，在某种基本层面上，狭义的邻居之间的“特殊关系义务”，与任何生命轨迹在其中一人身陷险境时产生交会的两人之间存在的道德关系是一样的。就救助遇险者来说，任何刚好发现自己身处其境的人——任何碰巧身处遇险者附近、或“伸手可及地带”徘徊的人，都是他的“邻居”，都负有

相互扶助、相互期待的义务和请求权。(相比之下,如果我在远方城市旅行期间,碰到一户人家搬出他们的居所,我不会突然就有了一个为他们在彼时彼地举办欢送会的义务。)

当然,《圣经》中的撒马利亚人远不止做到“像邻居一般”,他超出地履行了义务。即使他少做许多,伤者也不会抱怨他。权利毋宁说是最低请求。但若是像那个祭司或利未人那样什么都不做的话,就根本没有满足这个最低请求。如朱迪丝·汤姆森(Judith Thomson)指出的那样,有基本正派的撒马利亚人、好撒马利亚人、很好的撒马利亚人,以及绝佳的撒马利亚人。⁸《圣经》中的撒马利亚人实际上是一个绝佳的撒马利亚人。正义仅仅要求达到“基本正派”的程度即可。当然,怀有更多的慈悲可以促使人们做得更多。

参考密尔关于不完全义务的理论,斯戴尔关于好撒马利亚人的论调会进一步造成困惑。显然,密尔关于“不完全义务的责任”模式即指我们对于慈善事业奉献的责任,因为这是他提出的第一个也是唯一一个此类示例。实际上,他对“不完全义务的责任”的定义正是以“作出慈善贡献的责任”的特征为根据的:即“尽管作为是义务,但在慈善或怜悯的情形中,作为的场合却可由我们选择,实际上并不要求我们对任何特定人,或在任何特定时间为之。”⁹尽管人们的需要超出了我力所能及的帮助,资金需求也超出了我力所能及的程度,但慈善的义务只要求我做合理程度的贡献,并在合乎要求的受者当中做我认为合适的分配。这其实等于说,有些人会得不到我的帮助,虽然他们可能本应得到我的帮助。¹⁰如果他们的需求相等,而我的能力不足以惠及他们所有人,那就意味着没人有权得到我的帮助,尽管我有义务尽我所能帮助他们。简言之,我的义务之所以是“不完全”的,完全出于操作上的原因,因为无法在向我求助的人当中确定受助者,这是一个协调方面的问题,通过在类似情况的捐助者中设立特定规则的

134

协作计划就能够解决。不过在墨菲溺水儿童的案例及好撒马利亚人的寓言中,并不存在上述情形,其紧迫性清楚明了,就在眼前,能够提供的援助也并不需要与另一求助者分享。没有理由认为施救者的责任是在同等需要的求助者中作出选择,因为此时近旁没有其他需求如此紧迫地要求关注和帮助。在密尔看来,此行为并非“出于慈善的奉献”,也没有理由应视之为“不完全义务”。

在作出结论之前,我们先考察基本正派撒马利亚人的例子,在墨菲所说的泳池案例中,假设那人把溺水的孩子拉上岸,或者在圣经故事中,假设撒马利亚人只是安慰了伤者,并将其伤情向某机构报告(在我们的时代,“打电话叫救护车”应该就是此类必要的报告)。为简单起见,我们先来认真考虑一下各类学者(并非总是同一学者)以普通法传统对此类行为作出的描述中相互重叠的部分,即(1)“单纯”利益的恩赐;(2)无偿的帮助;(3)履行一般慈善性不完全义务;(4)针对某个人的特定义务,但这个人并无受益的权利;(5)作为分外承担的行为。我认为所有这些描述对于基本正派撒马利亚人式的干预行为而言都是错误的形容,但发生最根本性错误的恐怕还是(1),在适用“利于”概念时,在损害与不利益之间,以及在利于与仅仅不损害之间的微妙区分方面都发生了错误。

- 135 恩赐利益。若 A 所处情形可以在某时对 B 的利益有好或坏的影响,他可以被动地不去作为,或是主动地加以干涉以便如其所愿地对 B 实现该影响。普通法中的被告往往将此两种差别(主动还是被动,以及影响还是无影响)作同等延展:A 可以通过主动干涉提及或利于 B,但若其被动地不作为,则无论怎样他都不会对 B 的利益产生影响。若在彼时彼地 A 放弃从好的方面影响 B 的利益的时机,则他仅仅是未能利于 B(这并不意味着“他也未能损害 B”的成立)。如果 B 的利益遭受 A 本可防止的阻碍,那么 A 仅可被控以未能利于 B(此处

“利于”为一般意义上的概念，指从好的方面影响他人的利益，或是促进利益，或是防止利益受到阻碍）。那么，在可予施救的情形中，作为意味着利益，而不作为意味着不利益。A 除非有所作为，否则他并不会损害 B（如将 B 的头按到水里）。说到类似墨菲游泳池的案例时，詹姆斯·巴尔·埃姆斯（James Barr Ames）（作于 1908 年）阐述了传统的解释：

……尽管他不愿施救的行为令人反感，但他对此危险情形决不存在责任；他并未增加危险，只不过未能对一个陌生人施与利益。在今天的法律看来，在此类案件中不存在法律义务，无论是刑事上的还是民事上的义务。法律并不强制人与人之间主动施善。不做一个好撒马利亚人全凭个人的良心。¹¹

这一观点主要来自托马斯·巴宾顿·麦考利（Thomas Babington Macaulay），他于 1937 年写道：

实际上我们最最乐见的，是人不仅止于不去做损害邻居的事，而更应主动地为邻居服务。不过，一般说来，刑法肯定只需满足于禁止人们作出积极的损害行为，而培养人们行善精神的事则应由公共舆论以及道德或宗教上的导师们。¹²

在此类情形下，那个撒马利亚人 A 施救与否，决定了 B 的利益是否保持原状（即他落此惨境之前），或是遭到重大阻碍。不过埃姆斯主张，积极干预对 B 有利，意味着这能促进 B 的利益达到较之前更好的状态，因此 B 就获得了横财式的净利益，所有这些，都来自 A 大方的慷慨之举。正是从这一点看来，这情形就好比 A 在街上走到一个陌

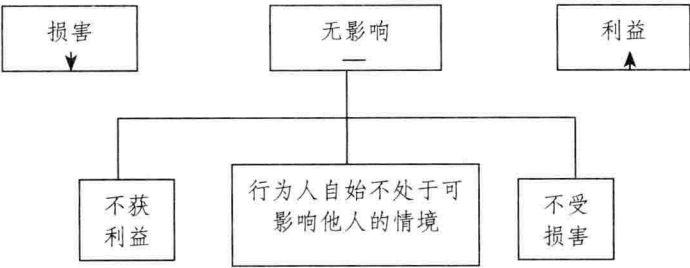
生人面前，递给他 100 块钱的钞票一样！同样地，麦考利认为施救如同“主动服务”或“积极行善”，意味着主动干预以挽救他人的利益，正因其“主动性”而成为某种“服务”，就像是一件意料之外的礼物，
136 有助于促使他人的利益提升至较原先更好的状态。

这里还是有些不对头。原因必定在于，利于他人一词显然有不止一层含义。捍卫普通法的法学家们往往在一般意义上适用该词，用指任一或所有使他人利益向好的行为方式：包括超越现有条件提升该利益、超越正常条件提升该利益、防止该利益往糟于现状的方向发展、防止该利益出现较正常状态为差的情形等。相应地，损害在一般意义上是指反向地影响一方的利益状态，包括阻止其发展，使其较即时状态或正常状态发生倒退。所有这些概念可以比作数学坐标以及测量用的“原点”或基准线。（参见第一章第五部分）。搭救一个溺水的人实际上就是一般意义上的“利于”他，因为与相反或中立立场相比，这是对其利益好的影响：防止他的利益曲线从正常状态的基准线，或是即时状态的测量点处急剧下降。

此种“一般意义上的”用法带来的麻烦是，它会引起某种别具诱惑力的不确定性的危险。既然一般意义上的“利于”是如此明显地适用，那么就很容易滑入“利于”的某个不那么明显适用的特定含义中。施救者正面影响遇险者利益的事实，并不意味着他之“利于”他，即是使其利益曲线提升到图中高于标明其落水前状态的基准线位置之上。只有“利于”的后一种含义才支持将施救进一步描述为怜悯的慷慨，即“主动服务”、“积极行善”等，或对被救一方来说其影响为“获利”、“收益”，或“好处”。“利于”他人在后一种含义上，往往超出了义务的范围，它合乎我们的道德理想，却并非为我们的道德律令所要求。鼓吹坏撒马利亚人立法的自由主义者仅当“利于”一词限于此确切含义时，才同意麦考利的观点，即国家强制绝不能用于迫使人们

利于他人。但他应当坚持的是，对落水孩子的轻松施救却并非这个意义上的“单纯利于”行为。只有当向好地影响孩子的利益，特别是防止其利益从正常基准急速滑落，方为一般意义上的“利于”。这相对飞来横财而言，完全是另一回事。

各种意义上的“损害”及“利益”之间的细微差别，及其相互之间关系的差别往往令这些概念纠缠不清，现以一系列图表示意其不断增加的复杂性。图表 1 和图表 2 区分“利益”和“损害”之所指，137 其中“利益”和“损害”仅指他人受影响的状态和条件。图表 3 区分“有利于”和“有损于”作为动词的含义，即相较基准线或相对点位而言，致使他人受影响后之状态变化。图表 4 中区分“有利于”和“有损于”的更深层含义，即不仅基于对受方造成的状态变化，还基于是否存在造成此种变化的先在义务。

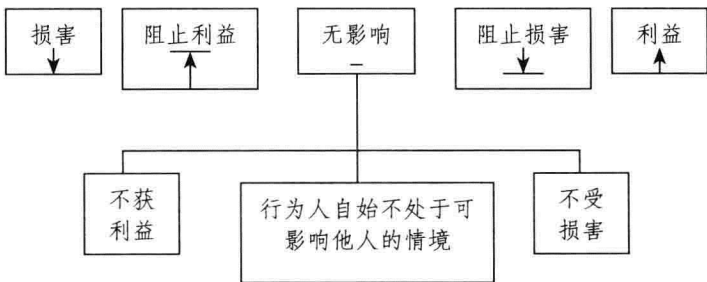


图表 1 粗略区分某人行行为对他人利益的可能影响。箭头朝下表示负面影响，箭头朝上表示正面影响。

图表 1 开始切入利益和损害概念的表层，认为有影响力的行为可以损害或利于他人，同时，任何无作为（仅仅“不使他人受影响”）均不会对他人的利益产生影响。A 所处位置可以利于 B，他虽未采取该利于行为，但他并未损害 B。对其无作为的唯一可能分类是“无影响”。表 1 区分出此三类，意在使其相互排斥且彼此穷尽。“利益”和“损害”均可在我们前述所谓一般意义上使用，指行为人的行为对他

人利益产生的任何正面或负面的影响。这意味着无论某人如何作为，对他人的影响总不过是或有害，或有利，或中立无涉。

138 表 2 对表 1 的复杂化在于引入对他人产生正面或负面影响的来源，以及通过行为者的干预可能产生的防止作用。干预行为的效果即通过切断、介入或干扰事件（或第三方行为）的发生，使他人利益保持原状，不使其利益受到促进或阻退。在表 3 中我们会看到这些概念的另一层含义，即阻止利益的干涉行为是有害的，阻止损害的干涉行为是有利的，尽管它们均使利益曲线保持在相同的位置，较初始位置既不升高，也不降低。



图表 2 继续列出某人的行为对他人利益的可能影响。箭头朝下表示负面影响，截住朝上箭头的短线表示对因其他原因引起的利益曲线上升的阻止。截住朝下箭头的短线表示对因其他原因引起的利益曲线下落的阻止。箭头朝上表示正面影响。

现在我们引入“正常基准线”概念，在利益图表中表示某人利益线通常位置的那个点位，或指利益线在当下事件开始前一段时间的点位。表 3 中的区分较表 1 和表 2 更为细致有用。如我们所见，很多普通法传统作者的一个基本错误就在于，他们由施救意图即为试图“有利于_G”身处险境一方这一事实，推断出这就是试图“有利于₂”他。因此，以刑罚威胁要求予以施救，即是强迫人们为他人无偿提供好处（可以这么说），这当然很荒谬。但实际上，随手施救示例中所指的是

“有利于₁”，因此，对施救行为的要求并非迫使人们过度慷慨。显然，能够逃命并不会使他的状态较生命受到威胁之前更好些。

表 3 “有利于”和“有损于”的含义。分别对对应行为者的行为对他人利益曲线的影
响模式及程度

“有利于”他人的一般意义

有利于₆= 对他人利益产生积极影响，包括有利于₁及有利于₂，也包括防止因 139
其他事件引起的损害。

“有利于”他人的特定含义

有利于₁= 推动他人下降的利益曲线重新升向（或升至）其正常基准线位置。
（如，回升至正常状态）或组织其下降到基准线以下。

有利于₂= 提升他人利益曲线至超越正常基准线的点位（如在正常状态的点位
之上）。从净受益、净利润或净得好处的意义上，对他产生某种利益。

“有损于”他人的一般意义

有损于₆= 对他人利益产生负面影响，包括有损于₁及有损于₂，也包括阻止（如
通过阻碍、干涉、干扰等）源于其他事件的利益的发生。

“有损于”他人的特定含义

有损于₁= 将他人提升中的利益曲线阻退至正常基准线（如回到正常状态），或
防止其升至基准线以上。

有损于₂= 将他人的利益曲线阻退至低于正常基准线的点位（如在正常状态的
点位之下）。在净损的意义上，对他造成某种损害。

无偿的好处。那些认为举手施救就是恩赐利益的人有时也会说，基本正派的撒马利亚人并无道德义务表现出最低限度的正派，他们的随手施救实际上是类似好处或礼物那样的免费服务。这两个错误互不相关，而且并非所有犯了其中一个错误的学者也会同时犯另一个错。不过，那些的确同时犯了这两个错误的人往往拿第二个论断作为第一个论断的理由，因此，看清其中的逻辑很有导向意义。损害和不利利益之间的区分在极端案例中是足够清楚的：被抢即遭受损害；不给礼

物，或是给一个毫无价值的小玩意儿只能说是不利益。不过，当我们离开这些例子，区分可能会变得十分棘手，使问题复杂化的因素之一是行为者与受影响一方之间关系的实质。尤其有一个问题非常关键：

140 双方之间的关系是否即为其相互之间道义权利及责任的基础？

现今受到普遍认同的是，没有什么能像利益及相互间毫无道德联系的情形那样，将人与人之间如此广泛地区分开来，“人人皆兄弟”，即使只是个比喻的说法，也还是夸张了些。即使是敌对军队中的士兵，一心要消灭对方，也无论如何都会对对方的人性显示些许尊重。即便在此种极端情形下，也有义务做到如不虐待、不残忍。不过，对他人的义务和责任在很大程度上源于某种特定关系及先在的合意。债务人对债主的责任并不表示他对人人都有此责任；同样地，父母与子女之间、丈夫与妻子之间、雇主与雇员之间、执政者与被统治者之间的道德关系都不同于任意两个陌生人之间的关系。

这些特定或一般的道德关系对我们的损害、利益概念有很大影响。如果本节的论点正确，那么，一个善泳者在桥上坐视桥下一个陌生人溺水，就是以其不作为实施了一个损害，一个严重的损害；之所以这样说，不仅因为无论何种原因引起的死亡在我们看来都是一种损害，更因为受害者有权获得陌生人的救助，陌生人必须承担救助他的责任。在损害如此危重的情况下，仅仅是作为人类集体的一个成员，就足以成为责任的根据。

现在再考虑一个案例：已被判决的凶手临刑前求饶的诉请被执法者驳回。这可以解释为执法者通过不作为“不给予某项利益”。但对囚犯造成“损害”的原因是他自己的罪行及因此而来的判决，而非执法者的任何作为或不作为。至少，造成现状的部分原因在于，执法者并无义务救回该囚犯，该囚犯也无权利要求仁慈。仁慈是一种自由地施与，是“超越义务”的，就像一份好处或是一件礼物。我们现在

有了“利益”的第三个特定含义。某人“有利于”他人是指，（1）将其利益恢复或保持在正常状态；（2）使其利益曲线提升至适当设定的基准线之上（此时，利益是收益或利润），或者（3）无偿给予（恩惠或仁慈的行为）以对其利益产生向好影响（此时为一般意义的利益）。

表 4 与无偿行为有关的“有利于”及“有损于”的含义

有利于₃ = 无偿给予他人利益以良性影响，包括阻止及避免损害（如，现实的仁慈、神圣的恩惠、豁免债务、给予礼物、好处等）。阻止损害发生者有权可以自由决定不阻止，任由损害发生或允许损害发生，则避免损害就是一种有利₃。 141

有损于₃ = 无偿给他人利益以负面影响，包括阻止及避免利益（如无端击打、窃取）。

必须说明，表 4 暗含了损害与利益的某种明显的不对称性。对被判刑的谋杀者豁免其死刑的执法者本来是有权将他处死的。他可以自由地选择不行使这个权利，在利益的第三种含义中，凶手即由此获得利益。但如果执法者转而选择不使该项利益发生，这也是他的权利，却并未损害该囚犯，因为凶手的利益曲线并未受到影响。

显示仁慈是关于利于某人、以避免其利益曲线下降至更低点的一个很好示例。而在同样情况下不予施惠却并非（进一步）损害。这些正是坏撒马利亚人法条正反两方就对溺水者举手施救情形归结出的两点特征。然而，不予恩惠几乎不能作为一个模式，用以解释坏撒马利亚人未对身处紧迫而危重险境者施以援手的情形。行方便和给礼物同样不是有说服力的模式（除非其确信并不存在施救的道德义务）。不过，当我们逐步改变示例，降低遭受损害的严重程度或可能性，恩赐模式即开始产生说服力。陌生人在他人人身受到死亡威胁时有一个明确的施与援手的道义责任，或者在发现他人受到攻击时通知警察或

救护车（如著名的基蒂·基诺维斯案 [Kitty Genovese case] 那样）的义务，但如果仅是看到一个陌生人因为割伤了手指而感到行动不便，那么他就没有那样严格的义务，甚至也没有义务跑到街角的药店为这陌生人买片创可贴。（当然，汤姆森会说，这样做是多么高贵的举动）。此外，若陌生人遭受的是经济损失之类的非生理损害，就更没有理由
142 施以救助义务了。赛马中赌输者的一脸沮丧可能会让人看了心痛，这时若慷慨地为此人补上损失该是件多么巨大的慷慨之举啊，但这既不是需要承担的义务，也不是一项可以主张的权利（在受者一方）。不管人们如何行善，甚至在没有义务的情况下行善，都应被视为一种赠与——一件礼物，或是一个好处。在这个意义上，极度受损情形中的受益人获得的就是利益的恩赐，尽管若无此恩赐，受益人将继续身处险境。

无偿利益行为与非无偿利益行为之间的区分会介入到我们所作的其他区分。一方可能会在没有行为义务时对另一方实施利益行为，既有利于₁对方，也有利于₂对方。如果我在街头给一个并无需要的陌生人一百元钱，则我通过有利行为₂而有利于₁他。我的施与将他的利益曲线提升到之前相对点位之上。如果我把钱给了刚在赛马中输钱的陌生人，则我以有利行为₁而有利于₃他。我的赠与仅将其利益曲线拉回适当的初始相对点位，而并未给其带来进一步的利润。不过，若我有向这些人偿付上述钱数的义务，则我的给付就不再是赠与，而是偿还债务、履行承诺等等，对他们来说也根本不是什么利益，尽管可能会被作为有利于₂（我的责任是给付我刚刚售出给他的彩票所赢得的钱）、或是有利于₁（我的责任是还债，对方的资产不过是回到他给我借贷之前的点位）而接受下来。

不愿相信那些关于歧义性词语有“多种含义”的巧舌如簧的法哲学家们则将损害和利益的各种区分纳入一个统一的表述。无论是哪

种讨论方式,我们都可以说,有两类因素决定了 A 对 B 实施的行为究竟是有损于还是有利于 B:(1) 该行为对 B 的利益曲线的影响;(2) A 作为时,是否对 B 负有作为的义务。重点在于因素(2)影响到对因素(1)的决定。如果并无救助义务,我们即可使用不同的基准线来衡量利益和损害。在择一的术语“含义”中,我们使用一个不同的方法来区分有利于₁与有利于₂以及有损于₁与有损于₂,这有赖于 A 的行为是否为赠与。(在统一表述中,有利于₁并非真正的利益,而有损于₁也不是真正的损害。)

那么,义务存在与否如何决定该使用哪条基准线,以决定对受助者的正面影响究竟是有利于₁,还是仅仅是有利于₂呢(或是在统一表述中,用以决定这一收获是否是一项真正的利益)?无偿救助是有利于₂,因为对受助者利益的正面影响应当以提供救助之时受助者的利益状态为基准线进行衡量。仁慈的陌生人派给赌输者的赠与可能会被视为“白花花的收益”,但实际上只是未给予的利润,尽管这仅仅将他的利益曲线带回到那天开始时的点位。不过,在此情况下,他的恩主确实将他输钱之时的利益曲线提升上来,该行为既是赠与,以该点为衡量就是适当的。如果行为者负有实施此救助的义务,则适当的基准线就应该是受益人较早前的“通常”点位(如在赛马开始前,或以我们较早提到的那个案例,在那人落水前)。如果 A 使得 B 的利益曲线上升到较早前正常点位之上,就可以说 A 对 B 实施了有利行为₂,因为只是将其拉回初始点位,所以 A 既有损于₂B,亦未对有利于₂B。 143

只要存在救助 B 的义务,不对 B 施救而使其回到初始状态就是有害于₂B。若执法者 A 赦免 B 的死刑,因为他本无义务如此,则我们衡量 B 的受益状态就得从执法者的赦免生效之时开始。正常来说,死刑会被执行,现在却没有——显然是一个好的改变。或者,我们也可以说,对刑罚的赦免并未提升囚犯的状况;而只是避免其恶化而已。

不过，重点是，执法者在并无义务如此行为的情况下，通过阻止囚犯的情况恶化，而恩赐地有利于₂囚犯。但 A 对溺水者 B 的举手之劳却因 A 负有如此行为的义务而并未将 B 的状态提升至其基准线之上，反而只是将其利益曲线回复到基准线位置。因此对 B 来说，这不是“净得的收益”——不是净利润。仅当将利益广义地理解为损害被阻止时，方可说 B “受益”了。

不完全义务。在此没有必要重复我们较早前关于那个奇怪论调的讨论，即基本正派撒马利亚人的救助行为只是在履行缺少相应权利主张的“不完全义务”。简单地将其适用于墨菲泳池案例就可以看出这个论调是多么站不住脚。密尔所说的“不完全义务”是一种不是针对特定人，而是针对全体适格（值得帮，也需要帮）受益者中彼此分离的任意个体的义务。我的义务在于要么施与这些人，要么施与那些人。泳池边的那个人救助溺水者的义务却并不适合与一般意义的慈善义务相提并论。这并不像是救助义务人在海上只有一艘小小的救生艇，他有义务从下沉的船上挑出尽可能多的乘客上来——不是这个人就是那个人，但未必就是此时眼前特定的某个人。在密尔看来，仅当
144 需要救助的人多于可以有效帮助的人时，某项义务方成为不确定的，或是“不完全”的，而这种情况绝对是在墨菲案例之外的，在所有涉及坏撒马利亚人法条的情形时都是如此。

如果在墨菲案例中加入更多的需救助者，我们还是会遇到一个更严重的问题。假定泳池里有两个溺水儿童，一个在距离池边人右方 20 米处，一个在距离池边人左方 20 米处，那么，情况很清楚，如果池边人往任一方向紧跑几步，就可以轻易地救出一个孩子，但却没有足够的时间救起两个。（我们可以假设池边人不会游泳或者浮水）。现在池边人的义务就有些类似于施与仁慈的“不完全义务”了。既然池边人只可救出一个而不是两个孩子，那么也就是说，其中任何一个孩子

都无权主张，自己就是那个应当获救的人。如果这个人仍然是原本墨菲案例中的那个无赖，他既然不愿救本来那一个孩子，当然也不会更愿意救出两个落水孩子中的一个，而只是任由两个孩子都淹死。如果这人有法哲学头脑，那么他就会在之后的抗辩中提出，虽然他缺心少肺，没有履行“不完全义务”，当然显得道德水准很低，但他并未侵犯任何人的权利，没有人被不当侵权，没有人有权对他提出主张。正因如此，他还会说，他不能因此受到处罚，即使我们假定，在之前的案例中，他无视那仅有的一个落水儿童应当受到处罚。总结一下这个吊诡的说法，只要假设游泳池中的溺水孩子数目越多，池边人的抗辩就会越有说服力，因为那样的话，就会变成没有人有权要求获得他的救助。

这些结论本身的吊诡令人难以接受，即使对自由主义者而言也并非定论，因为这似乎在迫使其接受一个捏合了三个互不一致说法的“三位一体”的观点：

1. 刑法仅当为保护个人权利时方为合法，不存在无被害人犯罪；
2. 墨菲案例中的池边人在出现两个或两个以上溺水儿童时，仍应承担刑事责任；
3. 但这个池边人却没有侵犯任何人的权利。

放弃说法 1 我就无法跳出这个迷局，因为那将意味着完全放弃作为本书意图捍卫的自由主义，以及有关损害作为对利益侵权式阻碍的认知。说法 2 同样难以割舍。既然我要表明，当仅有一名落水儿童时，池边人应当承担刑事责任；那么为了保持立场一致，我就不能认为当有两个或以上孩子落水而他本来可以救出一个时，他却可以免责。我想设定此法律责任的法条是有些道理的，因为它能够消除对利益的阻退，即在此类案例中防止可能获救的生命的损失。但这一合法性可能会受到坏撒马利亚人的挑战，他会声称在他的犯罪行为中并不存在确定的受害者，因为任一孩子都没有道义上的权利要求他施救（说法

3)。对这一抗辩的回答实际上可以是，至少有一个孩子的权利因为池边人的有意疏于作为而受到了侵犯。现在的问题就变成要给这些权利找到有说服力的依据。

一个可能的说法是，每个孩子都有对抗池边人的权利，他应当在合理风险的范围内，尽可能多救出几个。在这种情况下，每个孩子都有获得救助的权利，池边人应当救出他们当中的这个或是那个。因此，既然池边人完全没有去做到这些，他就同时侵犯了两个孩子的权利，即使我们甚至假定他连一个孩子也救不出。这个观点有个颇为奇怪的结论：如果池边人救出了其中一个孩子，那么他也就履行了对另一个孩子的道义责任，他对一个孩子的责任，通过救出另一个孩子而得以全部履行。

另一个解释则是，每个孩子都有获救的权利，不是从池边人的施救意图考察，而是从受到等同考量的角度出发，这样，如果他一个都不救，就侵犯了这个权利。这个观点同样有为难之处，即在完全不考虑任一需救助方的情况下，池边人绝对等同地考虑两方；此外，如果一个孩子是男孩，另一个是女孩，或者一个是白人小孩，另一个是黑人小孩，又如果假定是另一个池边人，他只能救出一个，却不能同时救出两个，那么，作出的选择就会基于其种族或性别的偏见，也就更不清楚，未获救的孩子的权利是否受到侵犯，尤其当我们在案例中再加上一条：以这个池边人的能力，本可以救出两个孩子。不完全义务的责任概念即包含着义务一方在合理范围内应尽可能救出最多的孩子，但到底选择去救谁，却是他自己的自由决定。不管怎样，对原本案例中那个池边人的道义指控，并非因为他没有给两个孩子以平等的机会，而是因为他根本就没有给任何一个孩子机会。正因如此，可以说任何一个孩子都有同样的权利控诉这个人。

最后一个解释就是，孩子们被侵犯的权利并非由任一孩子对抗池

边人的权利组成，而是只有一个孩子的权利因池边人的不作为而受到侵犯，但无法说出究竟是哪一个孩子。这个观点避免了连带权利理论的奇怪结论，即池边人如果救了一个孩子，就履行了对另一个孩子的责任。现在我们可以说换个说法，即如果他救出一个孩子，他就实现了那孩子请求他的权利，同时也没有侵犯或实现另一个孩子的权利，因为另一个孩子（我们现在知道是哪一个了）没有任何可以对抗他的权利，对于这个孩子，池边人也就不承担任何责任。至此，对同时有两个落水孩子时各方权利义务的第三个解释取得了一些进展，但如同另外两个解释一样，这第三个解释也引发了新的难题。其中一个明显的缺陷就是，若当落难人的数目超出其救助能力时，尽管我们可以说他至少对其中的一名死者负有责任，我们却说不出遭到坏撒马利亚人侵权的被害人究竟是谁。

在某种程度上说，当遇险者的数目超出了可以施救的能力时，这个“缺陷”对我们如何看待未被救助者的冤屈方面带来适当的便利。若有 1000 名乘客落水身处险境，只能救出一位（狭小的救生艇只能再容纳一个人），而船主宁愿一个也不救，则这 1000 个人（或是他们幸存的亲人）的冤屈将被大大地冲淡。就这一理论而言，这 1000 个人里，只有一个人有权要求船主的救助，亦即如果船主想要救出一个人而本该挑中的那个人，当然，我们并不知道这人是谁。但在等死的人当中成为那被挑中的人的概率是 1 比 1000。悲恸的亲人们因此相信，只有 1 比 1000 的机会要求船主对其亲人的死承担责任，他们也就相应地减少对船主的怨恨。另一方面，落水儿童的两家父母心中的怨愤就会强烈得多。因为池边人对他们孩子的死承担责任的概率是一半对一半。无论是哪个案例，就上述假定的事实而言，尽管就指控的确定性来说，被害人的名字无法确定，法律都将依据被告不是对这个孩子就是对那个孩子的死负有责任的可能性接近百分之百，而对那

坏撒马利亚人作“不作为杀人”之类的指控。

对于未被救助者权利的第三种解释中存在更严重的漏洞：在两个孩子的案例中，它似乎暗指，即使这两个落水孩子的情况不存在任何道义性的事实差别，也只有一个孩子（我们不知道是哪一个）有权
147 获得池边人的救助。这个结论看来违反了权利归属的理性，尤其是违反了为恰当适用伦理术语所必须满足的所谓伴随性条件。权利和伦理学谓据说都是伴随性的，这意味着它们的存在源于其他特性：我们享有权利的事实根据在于我们具备另外一些特性。由此推知，如果我们缺少产生权利的特性，我们就没有这项权利，如果我们恰好与其他人同样具备此特性，就不应在权利方面有别于其他人。在此意义上，没有伴随性，权利一词将难逃任意性的厄运。

我宁可选择对第一种说法做些调整，承认所有的遇险者对人手不足的救助者都有请求权。对于这些请求，墨菲案例中的池边人只承担不完全责任，亦即道义上只是要求他尽可能多地救出遇险者。如果他尽了最大努力，救出一个，另一个淹死了，那么他并未侵犯另一个的权利，因为落水孩子对他的请求权只是让其尽其可能地救人，而这个请求已经得到回应。如果他坐视两个都淹死，那么他就会因为没有给任何一人幸免的机会而侵犯了两个孩子的权利。

那么他的被害人究竟是哪一个呢？我认为，答案即是，两个孩子都有因其不作为而受到侵犯的对抗他的权利，但他的被害人是被侵权一方，即若非其不作为而本该获救的那一方。可是我们仍然不知道这一方是谁，但这并不会得出此为“无被害人犯罪”的结论，因为我们确实知道，被害人不是孩子 A，就是孩子 B，那就一定有一个被害人，尽管他的名字没法确定。需要强调的是，另一个溺水孩子没有的权利，这个被害人也没有。这个解决方案并未违反伴随性理论。两个孩子被同等地侵犯了权利，而被害人是因池边人的不当不作为而死的那

个人。池边人因为无视孩子对抗他的权利，而对这个或那个孩子构成谋杀。再比方说仍是这令人不快的场景，池边人有点运气，其不作为的结果是只有一个孩子溺死，那么这个孩子就有充分的理由指控池边人的谋杀行为。

就因未履行不完全义务而被侵犯的权利而言，无论我的这个观点还有多少存疑之处，相较墨菲教授和斯戴尔教授提出的道义上自相矛盾的论点来说都是微不足道的，他们认为，即使那个坏撒马利亚人在本可轻易救出一个孩子时却一个都不救，也没有任何一个溺水孩子的权利被侵犯。因此，总而言之，当某人身处救援人手不足的情况下，在那些同等需要救助的人中，救出某些而不是另一些人以履行其不完全义务，则他并未侵犯任何人的权利，不管他的选择程序是多么武断。148
但如果在这种情况下他干脆一个人都不救的话，他就需要承担责任，因为他至少侵犯了一些人的权利，并且——按照我们选取的理论——是所有因此而遭受损害的适格受助者的权利。

无请求权时的完全义务。密尔所说的不完全义务的两个典型特征是：没有确定的受益人，以及受益人没有相应的受益权利。究竟哪一个是其本质特征，抑或两者都是？如果这个本质特征是缺少该义务可以指向的那个人可以确定，那么就可能存在某种完全义务（有完全确定的受益人），其所指向的特定人却并不能转而主张自己的权利。某些（不是所有）因向第三方受益人许诺而产生的责任就可能归入此类。约翰尼可能向他的母亲保证，他见到老师琼斯太太的时候会微笑。他因此就对某个特定的受者，琼斯太太，产生了一个照承诺行事的责任，但这个对其母亲许下的诺言并不会给琼斯太太任何权利要求约翰尼见到她时微笑。或者，约翰尼的母亲可以行使其作为家长的权威，命令约翰尼对琼斯太太微笑，这就对约翰尼施加了一项针对确定第三方的“遵守义务”，但琼斯太太却不能把强求他的服从作为自己的

权利。举个简单点的例子，想象一个圣徒般的英雄人物，或是出自其个人理想，或是出自其自我赋予的人生使命，或是出自最令人心悦诚服的得体感，或是来自上帝的感召，他认为自己负有特别的责任，这责任要求他“在（他所认定的）他人的权利范围内恩泽他人”。¹³ 我们可以将此入作为自我中心的道德主义者排除掉，却不能指摘其中存在概念性错误。帮助他人的责任并非逻辑地对应于受助者有受到救助的权利，这个说法毫不矛盾。最后，我要提到有关“位高责重”的问题，在这里，责任被归于高贵者，甚至他们那微不足道的下属，仅仅因为这些责任附着于高贵者占据的地位，就是（如我们今日所说）“理所应当”的。可是，在封建制度下，主人对他们的仆人是负有责任的，但仆人却并不能因此主张他们的权利。

我想，一个哲学家可能会声称，这些责任中的任一种或是全部，都可以作为理解池边人救助落水孩子责任的模板，或者作为理解撒马利亚人救助遭到殴打者责任的模板。哲学家什么都可能提出，却没有一个结论性的方式可以反驳，对应他人施救道义责任，落水的孩子，
149 或是那个伤者并不享有获得救助的道义上的权利。不过，有一个简单的现象学测试，显示所有这些模式都无法应用于孩子和伤者的情形。我们认为旁观者在这种情况下应当施以援手，实际上他们也必须施以援手，那么我们是否也认为，若旁观者未履行义务，遇险者对他的道义责难就是适当的？或者说我们只是批评这个旁观者道德水准低下，并且认为，他的这个缺陷与他拒绝救助的那个人并无关联，因为那个人没有权利提出诉请。假设 A 自负、傲慢、愚蠢、智力低下且毫无想象力，可这些对 B 又如何呢？对 B 来说 A 只是一个陌生人，一个被动的旁观者。B 可以对 A 作出些负面评价，避免与其相交，但他有什么权利可以对 A 的这些不是提出诉请呢？当然没有。这也说明他无权要求 A 在这些方面改善为一个更好的人：那是 A 自己的事，与 B 无关。

但可以理解并相信的是，落水孩子的家长定会感到愤慨，而我们在设身处地之下，也会同样义愤。如果我们认为坏撒马利亚人的不作为责任如同高贵者的责任的话，我们就不会觉得他们孩子的权利受到了侵犯。但显然我们并不会那么想，怨愤的基本感受及其固有含义不支持这样的看法。

份外行为。如果不是因为某位受人尊敬的学者最近似乎声称，坏撒马利亚人法条就是要求所有人，包括“最低体面”人承担施救义务，几乎没有必要去否认那个奇怪的观点，即池边人和撒马利亚人不管怎样都没有义务施与救助，如果他们救助的话，就是在实施“份外行为”。在一篇颇有影响的文章中，理查德·爱泼斯坦（Richard Epstein）指出，“最传统的道德体系”使“被要求的行为”与“所谓超出责任要求的行为”之间相互区别。他接着论证道，“如果这一区分被认为是普通道义的一部分，那么支持传统普通法中好撒马利亚人法条的观点就是，这能比其他可能的选择更好地做到，将第一等行为从第二等行为中划掉。”¹⁴公平地说，爱泼斯坦论点的主要意思是，就坏撒玛利亚人进行立法将是一个容易打滑的斜坡，一旦我们踏上这个斜坡，哪怕只是就我们已经讨论清楚的随手施救行为立法，也很难避免使原本真正的份外行为滑入“义务行为”的范围。（我们将在下一节讨论这种观点）。无论如何，指出立法之路究竟是否“打滑”很重要，因为初始提出的基本正派撒玛利亚人的行为绝非份外行为。

一般有两种方式解释“份外”的含义，一个较具体，另一个则较抽象。在具体层面上，份外行为往往比受义务要求的行为更难达到，它们“高于且超越了责任”。诸如圣徒或英雄们所做的“功德性的、异常危险的非义务行为”¹⁵。基本正派者的施救行为，从定义上说，并非此意义上的份外行为。打电话叫辆救护车，或是伸手将一名小童拉出水池，这些行为都没有什么风险可言。在抽象意义上，份外行为是

指“若作为则受到赞誉，若不作为也无人谴责”的行为。¹⁶而由此出发，诸如墨菲泳池案例中的举手施救行为并不构成份外行为，因为人人（包括墨菲）都会谴责那个不作为的人。事实上，尽管爱泼斯坦坚决反对法律上的强制，但他也承认，“未能对需要的人施以援手……会受到道德谴责”。¹⁷

三、麦考利爵士的划线问题

因此，认为此类积极救助行为是“单纯的利益赠与”（此处的“利益”既非利润，亦非帮忙），或是慷慨的、慈善的份外行为的观点是毫无说服力的。限定词“此类”非常重要。反对加上该词的观点暗示，即使某些救助行为可能是单方受益的，但作为积极救助行为，这种单方性并不彻底。如果认为所有“此类”行为都是单纯的利益赠与或帮忙，那么如我们所见，即使是最低限度的正派行为也会被认作分外的赠与，而这是不对的。通过视“救助行为”（任一及所有救助行为）为无故恩赐行为，并将反对坏撒玛利亚人法律的观点建立在纯粹概念分析上的论证就会完全失败。

更有说服力的观点认为，欧洲立法所要求的基本正派撒玛利亚人的行为是与遇险者获得救助的道德权利相关的道德义务，但这个观点仍认为，如果不同时要求人们在其他情况下实施道义责任以上或超越道义责任的行为，原则上就不可能制定出强制要求履行此道德义务的法律。根据这一观点，无法以非人为的方式划分及确认界限。任何为强制基本正派撒马利亚人施救行为的立法都不可避免地会在某些情形下强制要求实施“很好”及“绝佳撒玛利亚人的行为”。如此一来，法律就在强制人们按照圣徒般英雄式的最高道德理想生活，而不是仅仅履行对于基本正派人士而言义不容辞的义务以防止损害发生即可。

同时，理想因缺少对真正英雄的适度赞誉而被贬低，法律却因强加非强制性义务而被削弱。简言之，这个打滑的斜坡将把我们引入法律道德主义。

151

这一观点并不适用对著名的斜坡理论的实证主义解释（参见第二十七章第一部分）。问题并不在于，若通过法律要求最低限度撒玛利亚人行为，则贪嗜权力的、持法律道德主义立场的立法者们就会一脚踏入，早晚会将其他更为严苛的法律强加于我们。相反，这个观点建立在对斜坡理论的类似逻辑学的解释上。它所针对的困境并非政治状态，而是概念本身。这个观点认为，无法制定出一部针对最低限度行为的法律，能够清楚地区分可予正当强制的道德义务与受到不当强制的施与义务——缺乏人为的约定就无计可施。爱泼斯坦则以更为谨慎的方式提出这一观点。他并未将此困境判定为“逻辑上的”，而且他也从未声称原则上的解决之道毫无可能，但他确实认为是某种立法困境。按照滑坡理论，他认为这个困难是无法克服的：“一旦我们认定这是法律责任或普通法责任，个人即应在某些情况下为了他人的排他性利益实施损害自己的行为，这就很难以个人自由为社会交往设立原则化界限。”¹⁸

就坏撒玛利亚人法律的划线问题作出经典论述的是麦考利爵士，作为印度刑法典修订委员会的成员，1837年他在为此项委任工作所写的附注中讨论了这个问题。¹⁹ 麦考利开篇就问，什么样的不作为是可罚的，若它们也造成同样的后果，正如积极的作为造成损害的后果而可罚那样。他很明智地决定从一开始就将问题中立化，既反对认为所有此类不作为均为可罚的观点，也反对认为任何不作为均不可罚的观点。他的问题就是要在有害的不作为与无害的不作为之间划出界限。他把界限最终划在英美法系一直划线的地方，结果使“撒玛利亚人”，那些身处对遇险者可以施以援手境地的人，在他人与其并无“特

“特殊关系”时可以免除责任。²⁰

麦考利的方法是就未能防止损害列出可罚与不可罚的明确情形，然后从这些情形中抽象出绝对的区分原则。可罚不作为的明确情形包括狱卒不向囚犯提供饭食，致使囚犯死在监室；护士故意不将由其护理的婴儿从跌落的水缸里抱出而任其死亡。同样明确的是，在另一方面，某人不能因拒绝向乞丐施舍而被指控谋杀；（在麦考利的著名例子152 子里）一名外科大夫“不应因为拒绝从加尔各答跑到密拉特实施手术就被控以谋杀，哪怕可以断定，此人是全印度唯一一名能够实施该手术的医生，且若不进行手术，病人就会死去”。²⁰

那么，囚犯被饿死及婴儿被疏于照顾的案例与拒绝乞丐及不做外科手术的案例之间有何不同，使得前者可罚而后者不可罚呢？狱卒肩负法律义务，即其工作职责之所在，要为囚犯提供饭食；职业护士则应当依合约照顾受护理人；相反，没有任何法律要求人们供养饥饿的乞丐，或是乘坐长途火车穿越整个次大陆去为一个素不相识的病人实施手术。由此，麦考利的结论是，有害的不作为应当受到和与之对应的有害的作为同样形式的处罚，“假定这些不作为源于不法”。²¹ 这个公式初看似为循环论证，即应当被认定为违反法律的不作为行为，仅指那些已经违反法律的情形。但麦考利并非此意。他的意思是有害的不作为应当被确认为犯罪，仅当其违反法律义务，包括那些由非刑事立法设定的义务，如提供适当照顾以履行合同或义务，若违反则为民事案件，或受到劝戒，或被剥夺财产，或其他法律赔偿。这些相异的法律义务的共同来源是不作为者与受害人之间先在的某种特殊关系。他们应当是主人与仆人的关系，行为者与代理人的关系，承诺者与受诺者的关系，雇主与雇员的关系，小贩与购买者的关系，销售员与顾客的关系，护士与病人的关系，救生员与泳客的关系，承运人与乘客的关系，旅店老板与住客的关系，看护士与受托儿的关系，狱卒

与囚犯的关系，危险宠物 / 器具的主人与因该宠物 / 器具遇险者的关系，等等。麦考利总结道，若不作为者对于伤者来说仅仅是个陌生人（“撒玛利亚人”），他们之间没有先在的合同、特定的状态或工作产生相应的救助义务，则该不作为者既不承担任何民事责任，也不承担任何刑事责任，例如：

A 没有告诉 Z，河水已经涨潮，Z 不能安全地趟过河去，而这个不作为导致 Z 的死亡。如果 A 是接受授权委托，警告旅行者不要趟水过河的人，那么这就是谋杀。如果 A 是和 Z 有引路合同的向导，这也是谋杀。如果对 A 而言，Z 除了要求他本诸人性之外并无其他权利主张，那么这就不是谋杀。²²

麦考利并未解释缘何于立法中，仅仅基于“一般人性”的要求不能，或不该作为某种提供救助的实际义务的来源。无关路人 A 任由 Z 自赴死路却可全身而退，为什么？因为法律不认为他负有施救义务。153 法律是否应当规定基于一般人性产生的义务却正是问题的关键所在。

麦考利对自己的划线方式也不尽满意，但他认为，为扩张不作为者的刑事责任而做的进一步努力会产生更多违反直觉的结果。“无论界限划在何处，我们都会担心，它会将某些我们试图排除的情形包括在内，同时也可能会将某些我们试图纳入的情形排除在外。”²³ 麦考利还是确信，他划出的界限，比起十九世纪美国人爱德华·利文斯顿（Edward Livingston）在为路易斯安那草拟的法典中提出的界限更有说服力。²⁴ 利文斯顿的公式对 20 世纪欧洲采用的坏撒玛利亚人法律有着巨大影响。他认为，任何人，无论与遇险者有无特殊关系，若提供施救行为不会为其带来个人危险或金钱损失的话，都应就未能挽救遇险者承担刑事责任。麦考利提出两点反对。利文斯顿的公式对于某

些人，如加尔各答的外科医生来说，不当地扩张了他们的义务。那个医生要忍受极大的不便和时间上的损失，即使他可以获得“手术费用，因此去一趟的话他是有所得的”。利文斯顿的公式中或许还应当包括“极大的不便”，与个人危险及金钱损失一起作为免责的根据。但仍会导致拥有巨大财富的人在“拒绝拿出一文小钱救一个独身一人毫无威胁的乞丐一命”时对法网无可防范。因此，利文斯顿的原则过于严苛。但麦考利的第二点反对意见在一定范围内又显得过于宽纵了。某些人应当为其疏于救助而受到谋杀的指控，尽管这样做会给他们带来个人危险、金钱损失或巨大不便。这些有责的不施救者，准确地说是指那些据其与遇险者之间的合同或特定关系而承担特定法律义务的人。即使用尽最后一分钱，父母也必须为他们的婴儿提供食物；在另一个例子中，“护士受雇照顾一个患有传染疾病的人，若要履行护理职责，当然存在被传染的风险，但如果她将病人丢在一边，放任其死去，我们就应当视其为凶手”。²⁵

我想将麦考利与利文斯顿论证中较好的部分结合起来或许能取得某些进展。这需要我们（1）放弃列出明确排除情形的企图，而代之以对施救者不存在不合理的威胁、损失或不便等；以及（2）通过要求履行更大的义务，并承担更重的处罚，以增加特定关系的重要性，
154 尤其当遇险一方有赖于该特定关系以获得对方救助时更是如此。由此，若旅行者 Z 被向导抛弃，守河人也不闻不问，一位路人未警告 Z，河水涨得太多而不能淌过，那么，尽管对于 Z 来说，他只是一个陌生人，这路人也可能因其不作为而受到处罚；但未尽职守的向导或守河人则因其承担的特定义务及其与 Z 的特定关系而应受到更重的处罚，甚至可能被控谋杀。他们不仅仅违反了通常意义上由人性产生的义务，还违反了其应承担的特定义务，该特定义务使得他们成为遇险者唯一的信任和依靠。他们先是自愿接受了这样的义务，然后形成了这

种后来被他们自己侵犯的信任关系。

麦考利定会坚决反对我的第一个建议，即将某个包含“不合理的”、“过度的”之类用语的模糊标准用于不作为的刑事法律中，以取代对损失、威胁和不便作精确计算的公制标准。同时这也将我们带到麦考利论点的关键之处，并形成两难的局面。两难境地的第一个难，也是更危险的牛角尖，是原则上不可能存在精确的原则。尽管有所界定，但它们还是无法使对所有情形的认定均符合我们宽严适当的直觉。还有一个难——两难境地的另一个牛角尖——就是“不合理”之类的模糊术语（我认为麦考利，肯定还包括爱泼斯坦都会这么说），允许检控官和陪审团毫无负担地，实际上也毫无原则地，在决定某个不作为时判定其为犯罪行为。麦考利承认自己划分的界限存在不足，正如反映在案件公正判决上的不足，但他仍坚持认为，最好还是保留这个界限，排除所有与受害人没有特殊关系的人的施救义务。一旦我们打开撒玛利亚人的责任之门，划线问题就远非困难，而是不可能，并且也无法找到一个客观标准，确保不是所有损害性的不作为者都要承担责任，包括拒绝向乞丐施舍的人和不便旅行的外科医生。

麦考利回到趟水过河的案例，说明其中心意图在于一旦我们认可对撒玛利亚人不作为的刑事责任，精确划线即为不可能：

毫无疑问，只有一个极度卑劣的人才会容忍另一个人淹死，尽管他只消一句话就以避免此事发生。但如果我们惩罚了这样的人，我们还可以惩罚什么样的人呢？法律还会要求人们尽多大的努力？如果一个人没有在孟加拉五月正午的阳光里走上 50 码 155 远去提醒一个旅行者不要淌过涨水的河，这个人是否就成了凶手呢？如果他没走 100 码呢？——如果他没走 1 英里呢？——如果他没走 10 英里呢？究竟他要忍受的麻烦和不便能够精确到什

么程度呢？一个向导本应尽可能安全地引导旅行者，向导与陌生人之间的区别泾渭分明。但一个陌生人没有喊上一声来救人一命，另一个陌生人没有跑过一英里来救人一命，他们两者之间的区分可就没那么清楚了。²⁶

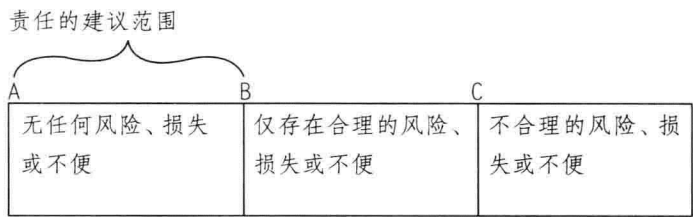
麦考利两难中的第一个牛角尖确实顶伤了坏撒玛利亚人法律，将其拖入一个类似的困境。如果要求一个走上一步就能提醒旅行者的人承担责任是合理的话，那么走两步当然也是合理的要求。一步和两步之间的道德区分是如此微不足道，以致若指控一个未能走上一步的坏撒玛利亚人谋杀，却放掉另一个未能走上两步的人的做法就会造成不一致。而两步和三步之间的区别同样微小，若在两步处划线显然是不合理的。同样地，三步和四步之间，二十九步和三十步之间，或者九百九十九步和一千步之间也相差甚微。因此这条线也就无处可划，如此论证下去，承担责任和免除责任之间的区别就无法进行人为划分了。

显然，论证中又出了什么问题。在谱线上相邻的两个区域之间可能并不存在道德上的区别，但相去遥远的两个区域间却存在清楚的区分。将一个未能走出两步的坏撒玛利亚人免责，而指控另一个未能走出一歩的人的做法的确存在不一致，但指控一个未能走出五步的人，而免除另一个没有跑上两英里路的人的责任就没有什么不一致了。所以，明显好的撒玛利亚人与明显坏的撒玛利亚人之间的界限并不模糊。

解决麦考利难题的一个方法是，谨慎地扩张坏撒马利亚人的责任，即仅当他们提出警告、救助、报告或营救并不存在任何风险以及任何损失时（佛蒙特州的法律显然采用了这种方法），甚至，还有什么呢，不存在任何不便时（见表5），就可以指控墨菲案例中的池边人，以及水晶般清楚的类似情形，而排除其他所有人的责任。我们可

以惩罚最糟糕的坏撒玛利亚人，而不必要求其他人都被拿来按照某个有说服力的合理行为的最低标准加以衡量。这样可能仍有失察之处，但至少既消除了麦考利划线理论的危险，也不必采用他过于严格的测试标准。

表 5 撒玛利亚人为损害性不作为承担的责任：第一方案



还有一个更好的方案如表 6 所示，将假定情形划分为三个板块：

(1) 有机会施救，且不存在任何不合理的风险、损失或不便的清楚情形；

(2) 有机会施救，但对施救者或他人显然存在不合理的风险、损失或不便的情形；

(3) 处于此两极之间无人地带的各种不确定情形。

谨慎起见，我们可能不会要求中间部分的任何人承担责任，并把线划在点 B 处。这将保证所有明确无误地应当承担责任的人承担其责任，而将所有并非明确无误地须承担责任的人排除在外——既包括那些明白无误地无须承担责任的人，也包括那些不作为责任不确定的人。

在淌河案例中，可能这一点是指从旅行者的位置出发喊声所及的范围。当然，在某个具体案例中可能很难决定点 B 的确切位置，点 B 与线上除点 B 外某处的连线只是一个人为的位置，点在别处也可以连线。而严谨制定的法律就会留给陪审团决定合理的怀疑从何处开始。无论如何，我们的传统限制着陪审团在任何合理怀疑被排除之前作出有罪判决，因此由陪审团决定这一点的位置并非没有先例。这样解决麦考利难题有两个显著优点：其一，它可以让某些极坏的撒玛利亚人承担刑事责任，如果适用麦考利的测试方法或是佛蒙特州法律的测试

156

方法的话，这些人都能逃脱罪责；其二，它可以避免荒谬的判决，即仅仅因为相邻两点之间不存在道德差别，因而相去甚远的两点之间也不存在道德差别。墨菲案例中的池边人，以及其他距离泳池近在咫尺的人均应因其未能救出那个孩子而受到惩罚，相反，远在 100 至 200 码处的人们则不必受罚。

表 6 撒玛利亚人为损害性不作为承担的责任：优选方案

责任的建议范围

A	B	C	D
确定不存在不合理风险、损失或不便（包括不存在任何风险、损失或不便的情形）	风险、损失或不便的合理性不确定或存在争议	确定存在不合理的风险、损失或不便	

我对麦考利难题的解决建议（非常小心地）抓住了其中的第二
157 只角，而将坏撒玛利亚人法律中相对模糊的措辞交由陪审团，应用合
理危险、依据损失及不便的标准作出决定。民事诉讼中的陪审团长
期受到信任，他们逐案确定，就不作为案件中被告是否履行“合理注
意义务”作出判决。即使在刑事法律中，如托马斯·格雷（Thomas
Grey）指出的，²⁷ 陪审团传统上被赋予这样的职责，例如，他们被授
权决定被告是否受到过“常人”难以忍受的挑衅，或者一个承认杀人的
凶手声称出于正当防卫，那么他是否做到尽可能合理地退让（十
步？五十码？两英里？），进行致命的还击仅仅因为在当时的情况下
他有理由相信，较小的反抗将不足以保护自己。格雷问道，这些关于
合理性的判决不正是对程度的判断吗？不正是对“某人该在正午的
日头下走多远去搭救另一个人”的判断吗？²⁸ 至于检察官可能出现

失控的危险，恶意指控正派但非英雄式的撒玛利亚人，我认为我所提出的对不合理风险标准的解释应当可以构成阻止这种危险的防线。检察官不会对明知陪审团不会判定有罪的不施救者提出控告。在不施救的案件中，如果陪审团认为施救者的个人危险已经达到临界点，并非达到真正的不合理，而是对不合理产生第一丝怀疑，他们就会按照指导宣告被告无罪。检控方可以期待的有罪判决仅可能是，要求实施作为所产生的危险的合理性并未受到丝毫不确定迹象的干扰。²⁹

在结束对麦考利难题的讨论之前，我们应当考虑他所赞同的不可罚不作为的类型之一：拒绝掏钱给饥饿的乞丐。³⁰当然，他的写作背景是 1837 年的印度，这些例子对于某些像我们这样生活在 20 世纪富裕国家的人来说，肯定不像对他们而言那般寻常。在麦考利生活的印度，一个在当地生活的英国人可能在每个街角都会遇到成群的乞丐，每年有数以千计的乞丐死于营养不良或饥饿。如果认为一个富人每次遇到一个乞丐，都有责任给出小小施舍救其一命的话，那就太荒谬了。这种施救行为是不能与将小孩拉出水池的行为相提并论的，这样一次性消解其中的风险，不可避免的损害其实早已注定。即使果真有这样的施舍，也只能视为仁慈的赐予，它既非出自行为人义务的召唤，也非出自受者权利的要求。这种行为可能更适于被理解为出自不完全义务的慈善行为，既然不可能帮助所有人，那就帮助其中的部分人。理论上可以通过刑罚处罚为威慑，要求人人都必须按照与其支付能力适当的程度捐出其收入的固定比例给这些或那些乞丐，或者捐给这个或那个慈善机构，但其中的行政复杂性将达到惊人的程度。哪怕只是提一下，问题也将极其繁多，但最重要的还是协调问题。众多的乞丐还是会挨饿，因为他们当中的任何一个都无权要求任一特定的捐助者，在混乱中，一些乞丐恐怕会被忽略，而幸运的话，接受者将从数量巨大的捐助者中收集捐赠，其中的奸佞之徒可能获得巨大财富。

158

任何讲求实际、立场中立的人都会反对建立这样一个“不完全义务”体系，但一个仁慈的人，仍期待建立某种替代的协作系统，将挨饿者作为一个群体，由另一个富裕群体进行救助，受助者不会不当致富，捐献者的付出也不会失去正当比例。现代国家的福利系统正是这样一个体系，通过有支付能力的人缴纳税款，来维持贫困者的最低收入。现在，在任何情况下，都没有人因为不向乞丐直接施舍导致乞丐送命而受到指控，人人都能提出的免责事由是，国家救助乞丐的钱来自税收，而人人都已按照适当份额缴纳了税款。对麦考利来说，任何无关的撒玛利亚人都无须承担掏钱救助挨饿者的义务，但现在，人人都有这个一般义务，经由一种协调好的方式承担，即通过纳税支持福利系统，这个义务的合理性已未再遭到严厉质疑了。³¹

159 另一方面，人生的变数和不可预测的紧急情况往往要求投入时间和精力甚于金钱，偶然路过的人并不会因国家福利系统的存在而免责。欧内斯特·温利伯（Ernest Weinrib）写道，“迫在眉睫的危险往往无法获得适当社会机构的救助……此外，确定某个特定的人接受救助并不存在不公正的问题[救助者的责任即是“完全的”和确定的]，举手施救对于偶然经过者来说并非不公正的负担。”³² 因此，一方面通过国家财税制度解决贫困者的挨饿问题，一方面为坏撒玛利亚人立法辩解并不矛盾。

四、不作为及其他不行为

麦考利将自己的议题设定为有关损害性不作为的可罚性问题。这个公式假设（1）该不作为可能是损害性的，或造成损害后果；及（2）麦考利并非指不行为的所有情形，而仅将相对狭义范围内的不行为称为“不作为”。后面一点似乎暗示了围绕麦考利文章的另一条路

径。可能有人认为，坏撒玛利亚人根本不是不作为者，而仅是不行为者，所以，不能就不当归责于他们的“损害性不作为”处罚他们。在这一点上，不作为是指有义务做却没有做，该义务仅当与遇险者存在特定关系时才存在。坏撒玛利亚人和遇险者之间并无特定关系，不存在救助的义务。因此，尽管他没有救助对方，但说他的行为是不作为却是错的。因为没有做他本无义务做的事惩罚他，就如同惩罚其他千千万万没有救助那个人的人一样，是不公正的。这种论点的关键在于其前提是否正确，即不作为必须以存在源于某种特定关系的义务为前提。我们将看到，认为不作为须以不作为义务为前提的观点非常接近，却并非真理。认为除了先行合意行为及所处位置关系之外不存在义务来源的观点才是最具争议的，不加论证地假设这样的观点其实是避实就虚。

“A 疏于实施 X 行为（如救助 B）”应作何解？作出完整回答的首要条件应当是：

（一）A 确实没有实施 X 行为。

这并不能将 A 从其他人中分离出来。贝克在亚特兰大的海边因无人理会他的呼救声而溺死。这件事无论对于那时正在旧金山酒店 160 里睡觉的查尔斯，还是当值的救生员唐纳德，或是二十英尺外的游泳冠军阿贝尔来说，都同样是客观存在。但如果我们说查尔斯疏于、没注意、没能、不愿或拒绝搭救贝克，甚至说他逃避或者放弃搭救贝克，那肯定是错的。因此，我们的分析必须增加另一个条件：

（二）A 有合理机会实施 X 行为。

新的条件极具实质性地限缩了不作为的认定范围。这就将在旧金山睡觉的查尔斯，以及几乎所有其他人都排除在外。这个条件的表述中采用的“合理”一词可以用来暗示，在对自己或他人不造成不合理风险或损失，或在不对自己造成不合理不便（时间或精力的花费）

的情况下，A 本来能够提供有效的帮助。不过，在贝克溺死在亚特兰大海边的案例中，二十英尺处的乔治不像查尔斯，他完全有机会游过去帮助贝克，他没有这么做是因为他不会游泳。为了把乔治也从不作为者中排除出去，我们还需要第三个条件：

（三）A 有能力实施 X 行为。

仅有条件（一）至条件（三），也无法将倒霉的赫伯特排除出去，他没有意识到自己身边恰好有一个带绳的救生圈。他有机会把这个充了气的筏子丢出去搭救贝克，而且他的确有做到这一点，但，哎呀，他就是没看到近在咫尺的这个东西。既然我们不能说赫伯特疏于救助贝克，我们就必须再加一条：

（四）A 相信，至少很有可能相信，有人处于危险中，而自己有足够的能力及合理的机会救出此人。

为了表明条件（一）至（四）合起来仍有不足，我们来看一个不那么戏剧化的关于花园变化的案例。假设 B 拥有一所带花园的房子。他外出度假一个月，在此期间他将房子租给 A。A 同意照看房子，特别是答应给花浇水。因此，A 由于其特定的身份（承租人）以及与 B 的关系（承诺人），就产生了浇花的义务。当然，他有能力也有条件这样做，而且他也知道，这样做并不会给自己带来不合理的风险和损失。但他还是没有这样做，所有的花都干死了。我们可以得出结论，A 疏

161 于（逃避，未能）给花浇水，在无所作为中，他任由花干死。

话说至此已经非常清楚，但不妨再考虑一下住在街口尽头的邻居 C。他看见花没被浇水，他也有能力和可能给它们浇水，他知道这样做不会给自己带来不合理的风险或损失（可能会有小小的不便）。但他和 B 之间并无明显相关的特定关系（只是街口下头的邻居），也没有对 B 做过任何承诺，因此，他没有浇花的义务。我们当然想说，尽管 C 确实没有给花浇水，但这并不意味着 C 疏于浇水（尽管他可能

也放弃这样做，即一闪念想到这件事，但决定不去做）。那么我们就可以合乎情理的加入第五个条件，要求 A 有实施 X 行为的先在义务，这义务或是源于其特定身份、职责或与 B 的关系，或是源于与 B 之间的合约。但这又显得有些仓促，因为这些义务并非总能作为必要条件，尽管它们往往组成一系列条件，导致将不行为归入不作为。我愿意建议，对总是必要的第五个条件的完整叙述可以通过转折连词作以下表达：

（五）在该情形下，若存在以下任一条件，则认为可以在某种程度上合理地期待 A 实施 X 行为：

（1）A 或处于 A 位置的人通常都会实施 X 行为；³³

（2）A 因为其职责、特定的社会身份，或其与 B 的特定关系，有实施 X 行为的特定义务；

（3）A 因为与 B 之间的先在合约或承诺，而对 B 有实施 X 行为的道德义务；

（4）处于 A 位置的人因为其他原因产生的道德义务而应当实施 X 行为。³⁴

假设，按照惯例，A 每天早上都会把报童丢放在路边的报纸拿进屋里，但某天早上的晚些时候，A 的邻居却看到报纸还在路边，这邻居可能就会怀疑，A 是不是不会把报纸拿进去（他出门旅行了？），或者不能把报纸拿进去（他病了？），或者不知道报纸已经到了（在草坪那边看不到？），或者 A 只不过因为某些原因而放弃把报纸拿进去。如果 A 认定报纸的内容很无聊，或者是不是该由别的什么人来分担拿报纸的工作，或者他想向邻居证明他不是一个如其所料的呆板的人，那么，我们就可以称其有意不把报纸拿进屋，尽管他也没有任何责任或义务要这么做。这只是对其行为的合理期待或预测。他也没有把邻居，B 女士的报纸拿回去，但既然这么做不是他的习惯，也

不是他的责任，那么就没有理由期待他这样做。因而，也就不能说他有意不把邻居的报纸拿进去。另一方面，如果他一直习惯于把 B 女士的报纸放到她家门前，而单单是在这个早晨没有这么做，我们就可以说他不给她帮这个忙是不作为。因此，应当将条件（1）纳入我们的定义。

在存在一定的能力和可能（因此就是“放弃”）的情况下，对于特定身份和关系的责任或义务无所作为，是不行为成为不作为的另外途径。这些都已众所周知而无需讨论。但如果没有有效的道德规则或适合的道德原则要求 A 负有帮助 B 的原生道义义务，或者 A 和 B 绝对不会产生任何特殊联系，那么，只是一个旁观者，完完全全的陌生人，应当承担扶助另一个人的义务么？尽管在很多情况下，旁观者并无责任提供帮助，但某些路人却因其所处的特定位置，而确实有提供救助的义务。实际上还有更典型的情形。救生员有责任救助落水的泳者，除非他能被看出正心不在焉或是玩忽职守，其他的旁观者并无责任施救。同样地，房客有责任为 B 的花浇水，邻居却不必这么做。如果有一条撒玛利亚人式的道德义务要求提供扶助，我认为那应该仅指遇险者处于极危重险境的情况——生命或身体面临紧迫的危险——而不是较小的损害或不便；其次，无人应基于特定关系的责任提供扶助。若存在基于特定关系的责任或义务，而又有人准备承担，那就不会再要求撒玛利亚人做些什么了。

有人可能会提出，从语言学的用法出发，没有特定身份、处境、机构或关系，就没有责任（准确地说）；没有先在的自愿合约或承诺，就没有义务。实际上，日常用法也支持这个观点。³⁵但我们要避免因提及“道德要求”而带来的困境，严格意义上，或是狭义地说，“道德要求”既非“责任”，亦非“义务”，但我们却应当完全遵从它。³⁶（或者，如前所说，我们可以将此类要求看成是源于“人性”这种非特定

关系的责任。)

有关撒玛利亚人式“道德要求”的余下争论只好全凭直觉了。毋庸置疑,作为严格的道义,且这道义此时此地要求我们应当同甘共苦,那么,如果遇险者正处于失去生命或遭受严重身体创伤的极度险境下;如果因对遇险者承担先在责任或义务的人不愿且不能实施救助,或者即使做了也帮不上什么忙;如果这撒玛利亚人知道,自己有能力也有合理可能这样做,且这样做不会给自己或他人带来不合理的风险,则道义上就要求一个基本正派的撒玛利亚人上前向对方提供帮助。此外,对应于这一“要求”的正是遇险者获得撒玛利亚人救助的完全权利,这个权利意味着,如果撒玛利亚人不提供救助,遇险者提出责难是可以理解的。因此,如果所有这些条件均具备,而撒玛利亚人什么都没做,那么就是对救助行为的不作为。那个习惯拿报纸的人不拿报纸的不作为只是令人惊讶,撒玛利亚人的不作为则属于麦考利问题的范围,它既具损害性,也具不法性。当我们考虑正当地将导致损害的不法行为予以犯罪化的损害原则时,如果找不到进一步的反驳理由,那么,坏撒玛利亚人法律在道德上具有合法性。 163

五、施救的法律义务是否过度干涉自由?

但还是有其他的反对意见。反对坏撒玛利亚人法律的一种观点从一开始就承认,防止对他人的损害是此类国家干涉自由的法律规定禁止有害行为的充分理由。但这种观点坚称,施加强制行为义务的法律较单纯禁止的法律是对自由的更大干涉,进而认为,若使相关立法正当化,要求作为的理由必须较禁止作为的理由相对更充足些。这种观点的最极端形式认为,不存在特定关系而要求履行救助他人的一般义务的理由绝不可能与他们因此对自由产生的严重干涉相提并论。

积极义务——如报警、叫救护车、为保护他人设置安全设施、向他人警示潜在的危险，或通过举手之劳救他人于危难——在本质上是否比禁止性规定更加严重地干涉了个人自由呢？显然不是。有些积极义务可能极具干涉性，但有些却几乎毫无干涉性。有些禁止性规定可能极其沉重，但另外一些却并非如此。对于这些区别来说，重要的是法律要求是“积极的”还是“禁止性的”之外的其他因素。如果法律要求医生横穿全国去医治病人，这样的要求就是极具干涉性的，但法律如果要求附近的路人警示一位即将踩进打开的下水道口的盲人，只不过是一句话的事，根本不会影响他的其他选择。同样地，禁止在校区内驾车时速超过 10 英里当然要比限速 50 英里对个人自由的限制严格得多（当然这是对的）。因此，如果要比较作为义务要求（如缴税或救助刑事被害人）与禁止性规定（如不许离开住宅或不许超速）的限制程度的话，就是要找出哪一个比另一个更限制自由，这并不取决于该规定是积极的还是禁止性的，而取决于它对个人选择的限制（参见第五章第七部分）。对自由的限制程度往往是大致相等的，正如托马斯·格雷语带夸张地暗示：“是让你在看到他人身处危险时打电话报警更剥夺你的自由呢？还是叫你红灯时不许右转更剥夺你的自由呢？”³⁷

无论如何，认为坏撒玛利亚人法律较一般的刑事禁止规范更具侵略性的抱怨是有些道理的，因为它要求我们预见法律义务突然降临的情形，这将削弱我们对自我事务的控制力。想想有多容易，如果不存在这些不可预知的救助陌生人的义务，我们只需一心追求纯属个人的生活目标，同时也能让我们保住干净的道德记录。只要我们抑制并彻底放弃自己去侵犯、殴打、抢劫、盗窃、诈骗、强奸或杀害他人的想法，那么，剩下的事情就相当容易了。有些强制性义务的预见性是相对的，像纳税、付租金等，只要预留出这些支出，我们就可以一心

一意地过着“自扫门前雪”的个人生活，永远不用担心实施了不法行为，不用随时听候他人召唤，不会无心地落入烦心的责任或是惩罚性的义务当中。人们可以履行自己应尽的公民义务和社区责任，避免因“特定关系”产生的纠葛，尊重最低限度的道德要求，然后即可自行其是，绘画，作诗，收集绳子，或者做其他什么事情都好。然而，有了坏撒玛利亚人法律，人们可能永远都无法知道什么时候一些新的、不可预测的义务就会落到自己头上。法律责任成为人们无法控制的东西，坏运气随时可能毁掉一切。³⁸

因此，毋庸置疑的是，从对预见程度的削弱和人们对自己生活的控制力方面来看，在同等情况下，即使与最具惩罚性的刑法规范比较，坏撒玛利亚人法律的确是对自由的更大干涉。正因如此，在权衡的另一面就要求它只能适用于特别重大的情形，以实现最充分的正义。为防止损害而需付出的对自由的侵犯，必须能合乎比例地防止更大的损害才具有正当性。实际上绝大多数欧式法律正是如此。例如佛蒙特州 165 的法律将此责任限定在需救助一方“遭受极其严重的生理损害”的情况下。这样，法律就可以表明对那些运气不太好的撒玛利亚人的关切，这些人无意撞到的法律义务并非其个人行为所致，当然会颇为怨愤地抗议，“为什么是我？”然而，在刑事法律的运作体系中，甚至在适用那些作为各类不具争议性市民义务的威慑性惩罚措施时，都不可能完全排除运气的因素。“就是运气不好，”伍兹利（Woozley）承认，“你自己没什么错，你发现自己落入无可选择的境地，如果不想面临指控，就只能有所行动。但这并不比一个因为偶然目击了犯罪事实而收到传票要去法庭作证的人运气更坏；或者也不比一个刚好在错误的时间年满十八岁，倒不会面临指控，而是被裹挟到战争中的年轻人运气更坏”。³⁹不可预测的道德义务的“不公平性”对我们来说其实是日常经验的一部分。我们觉得落入此等义务被剥夺了自主，但其

实这仅仅是另一个无可避免的“生活事实”。兰得斯曼（Landesman）补充说，“那种认为除非自愿或同意，我们就无需承担道德义务的观点是对道德生活过度狭隘的理解”。⁴⁰ 必须救助陌生人于并非自己造成的危难之中的法律义务，本身就是对我们非自愿承担的道德义务的实现。较其他此类道德义务而言，对于这些义务，我们无须更加大惊小怪。不过，坏撒玛利亚人法律并不会因此成为令自由主义者深恶痛绝的“对道德执法”，因为这些所谓被执行的道德义务在逻辑上对应于遇险者获得救助的道德权利。无论如何，这法律并未制造出“无被害人的犯罪”。

六、因果关系的道德意义

反对撒玛利亚人法律的最终结论是最难以反驳的。它包含两点主张：关于第一点我们到第七部分再行深究，它主张，如果损害的风险或由第三方造成，或出于“意外”，则未能防止损害并非造成损害的原因。疏于防止某个自然事件或任由第三方引起的因果历程产生损害性结局的人可以视其为“容许”⁴¹ 损害发生，但其本人并未造成这个损害，在任何情形下都不能称其为“原因”。我们且称此种论点为“有限的因果关系主张”。对第二点，我们将即刻展开研析，它主
166 张，在制造损害和容许损害发生之间存在道德意义上的重大差别，此道德意义非常重要，既可以据此要求那些故意造成损害的人承担刑事责任，也可以据此免除那些有能力防止却疏于防止损害发生的人承担刑事责任。我们称第二点主张为“道德重要性主张”。

针对有关坏撒玛利亚人法律的争论，如果我们反对“道德重要性主张”，那么“有限的因果关系主张”尚可讨论。这些法律既非禁止杀人，一般的法律自会禁止，也非禁止制造严重的生理损害。它们禁止

的不过是未阻止死亡以及其他严重的损害。灌输了损害原则精神的刑法典为何不该惩罚那些未阻止损害发生的人，如同惩罚那些引起损害的人（甚至假定这种差别是无法弥合的）？至少在起初笼统构建时，法条由向遇险者提供救助、强制的法律义务等内容组成，但这义务的依据在于对损害的预防——这一立法目的因为损害原则而具有正当性。（见导论，第 11 页。）根据限制自由原则，总能成为支持相关刑事立法的理由是，有必要防止对行为者以外的人造成损害，要防止对他人的损害，既可以禁止损害行为，也可以命令实施救助行为，即阻止某个已经开始的过程继续下去，这个过程显然将给他人造成损害。无论被禁止的是作为还是不作为，目的就在于防止损害的发生。另一方面，如果在制造损害和未阻止损害（允许损害发生）之间存在重大道德差异，那么，我们可以有很好的理由重新建构损害原则，将其限定在造成损害的行为上应用。如此一来，认定不阻止损害的行为本身是否是损害发生的原因将变得无比重要，有限因果关系的观点就是假设性的了。

暂且假定某人引发的某个因果历程，除非被截断，将直接导致一个损害性后果，从而对他人造成损害；另一个人因未能阻断某个已经发生的因果历程，从而“容许”或者失于防止损害的发生，那么，究竟是说 A 对 B 造成损害，还是说 A 轻易就可以做到却失于防止对 B 的损害，这里有什么道德意义上的差异呢？通常而言，当某人决定去制造损害时，其主观目的和动机是邪恶的；相反，失于防止损害的发生却往往只出于疏忽或恐惧，可谴责性相对较低，或者说是另一种可谴责性。但如果除了一个是制造损害、另一个是听任同等损害结果发生之外，要对比的作为和不作为均出于相同目的或动机，且所有其他道德相关因素均等同，则问题就复杂了。在制造或不加阻止的损害后果极其严重的例子中，若阻止后果发生只需举手之劳，则在其他道德

相关要素等同的情况下，我们只能得出这样的结论，即二者之间并不存在道德差别，或者即使存在道德差别，也并无法律意义。托马斯·格雷给出了这样的例子：

B 心脏病发作，拿到药瓶就可以得救。那么以下情形区别何在？
(1) A 将药瓶推出 B 能够到的范围以外；或 (2) B 刚好够不到药瓶，A 可以轻易地将药瓶递给 B，但 A 没有这么做。此情形中的道德相关要素不就是 A 的心态和结果吗？在这两种情况下，相同的是：A 想 B 死，而 B 确实死了。唯一的区别是，在 (1) 中，B 要实施小小的作为以达到 B 死亡的结果；而在 (2) 中，A 动也不动就可以实现心愿。这难道是道德意义上的区别吗？⁴²

就算承认在 (1) 中 A 引起 B 的死亡，而在 (2) 中，A 仅仅是放任 B 死亡，我们也不能说明为何这种区别在此能据以对 A 进行某种相关的道德判断。杰弗瑞·墨菲的故事（见第二章）中，池边人没有将溺水的孩子拖出泳池，若较之以同样的情形下，这个人心不在焉将孩子推下泳池，假定这两个例子中池边人的动机是相同的，前者则是“道德对称”更纯粹的例子。

然而，在另一类例子中，“道德对称原则”⁴³ 却没那么有效。在海迪·玛尔姆 (Heidi Malm) 描述的情形中，“阻止损害需要很大的努力或者冒很大的风险，足以使‘失于救助’行为正当化，但不足以使同等情况下造成同等损害的行为正当化”：

对我身体健康的风险可以使我不捐肾来保你活命的行为正当化，但如果是我需要你的肾，为避免自己遭受同等的健康风险而杀死你的行为却无法被正当化。或者，另一个例子是，假定改变计划

而不去杀人要花去我 1000 美元,我认为,对本人利益产生的风险并不能豁免不应致人死亡的法律义务。但如果为了救一条命(这条命危在旦夕且并非我的过错)而要花去我同样的钱,那么对我本人利益产生的风险足以豁免我阻止损害发生的义务……在同等情形下,如果制造损害和失于阻止损害发生之间不存在道德差别,那么,我们就应当对上述两两对应的情形作出允许或不允许的相同判断。⁴⁴

玛尔姆曾指出,若干预所包含的气力和风险远高于最低限度,那么在不制造损害的义务与阻止已发生的损害性进程的义务之间将存在某种明显的非对称性。这种非对称性为道德哲学家们进行解释带来挑战。玛尔姆自己的观点是,这种存在于我们的态度和实践中的非对称性由于“社会加诸个人自治之上的价值”而被正当化。她还说,这种价值可以解释“为什么要求人们牺牲自我最紧要的人生目标或利益去阻止某个潜在的责任并不在他们的损害的发生是不公平的”。⁴⁵然而,其中所包含的对自治的解释,可能已经假定了一个尚待解释的极端非对称情形。为什么要求人们“牺牲自我最紧要的人生目标或利益”以避免他人遭受损害(如被杀)并非对其个人自治的侵犯?

无论如何,我们所考虑的坏撒玛利亚人法律仅适用于需要阻止的损害极大(“极其严重的生理损害”)而需要的气力和风险极小(“并非不合情理”)的情形。它们并不要求人们以“最重要的人生目标或利益”承担风险。针对这些案例,道德对称原则似乎无懈可击。在这些案例中,尝试出手相助、打电话报警或者招来救护车的义务,与同样情况下不能以自己的行为直接给他人制造损害的义务之间对应得严丝合缝。如果在这些案例中,无论损害是被制造的,还是仅仅未能阻止其发生,在道德上并无二致,那么,在坏撒玛利亚人法律所约束

的情形中，不阻止本身能否成为损害的原因的问题即使可以解决，也变得毫无实际意义了。

不过，在适用于需要远高于最低限度的气力和风险的案例时，玛尔姆关于非对称性的表述还有待解释。毋庸置疑，在某些案例中，尽管它们不属坏撒玛利亚人法律的范围，“但避免夺走生命的义务较之挽救生命的义务更大，即使所费气力和内心动机是一样的，”⁴⁶ 并且，“我们觉得有义务尽一切可能避免杀人，但并不认为存在与此等等的救人义务。”⁴⁷ 如果我们受到损害只是一种可能，而遇险者却必死无疑，又比如，我们只是费些气力，或是些许不便和花费，尽管这些花费较大，但遇险者遭受的损害极其严重，我们为什么不应“尽一切可能”去救他呢？毕竟其他因素是等同的，如果选择杀死他，就必须承受所有的牺牲。甚至最低限度的坏撒玛利亚人法律也能在这些问题上单独被正当化，这些问题需要我们的关注。我们应当试图与之妥协，部分原因169 原因在于其内在利益，部分原因则在于它们提出的某种可能性，即对必须承受的风险、代价或不便的“不合理性”，陪审团应当采用比我的建议更加严格的检验方法。（前文第三部分）

与风险超出最低限度的救助义务相比，不损害的义务是否更具说服力在道德层面上仍不确定，除非对这对义务之间“积极”与“消极”的区分本身赋予道德意义。⁴⁸ 这将使得某两类义务之间表面上的人为区分成为某种道德终极，而无法作出更具本质性的区分。一般性义务的意义就在于要求避免对他人造成这样或那样的损害，在此前提下，这种比较更靠不住。

消极义务之优于积极义务源于二者间更深层次的区别，追溯这一区别是一件颇为复杂的事情，这里只能作简单描述。消极义务具有一般优先性的一个内在原因是，在完全相同的设定情形下（“你要尽你所能救助所有需要救助的人”），积极义务将导致无法解决的协调性

问题。无论是积极的还是消极的道德义务，均源于“道德规则”，正如所有条文式规则那样，在其范围和功能上都是社会性的。规则将社会责任分配给个人承担。其所施加的义务正是我们作为社会共同体的一员所应缴纳的“会费”。人们被委以承担特定责任或从事授权性任务的工作、角色及职务。公共道德并非仅指所有自治个体道德之和的总称，本质上更表现为个体为达致共同目标的协力之道。在某些情况下，在分担义务和责任的公共体系之外谈论何为个体责任是毫无意义的。“份额”（share）一词本身就意味着某个协作团体的一部分。不参照其他人承担的同等义务，就无法确定个人应当承担的公平份额，与其就这样坐等结果取得平衡，不如部分地依据他人所承担义务的性质和范围来决定个人所应承担的义务。个人的义务内容往往不是在绝缘的真空条件下决定的，它本质上更依赖于全体成员认同的协作惯例。“我应当在马路的哪一侧行驶呢？”要回答这个问题，只能看其他驾车人都同意在哪一侧行驶。

对公民施加某些重要的消极义务通常以简单而非正式的方式进行，其间无需挑起困难的协作和动机的问题。正如特拉梅尔（Trammel）所指出的，消极义务（如，不要杀人）能够得到绝对履行，因为这样的义务很少要求我们特别费力或是作出重大牺牲。“要求我们必须全力以赴才能不去杀人的情况真是少之又少。”⁴⁹ 这样，我们每个 170
人都能自动承担这一绝对的道德义务——“切勿杀人”。另一方面，原则上我们必须和其他公民商议一个适当的规则，哪怕是道德规则，来指引我们所承担的积极救助义务，因为向所有需要者施救的个体义务无法得到完全的履行。如果其他人不做同等努力，对于那些主动这样做的人来说是不公平的；不同于任何其他已知的“份额”义务或特定责任，如果每个人都试图主动履行此种义务，社会必将陷入一片混乱。

的确，每个人都有义务尽己所能不去杀人，但却没有对应的义务

要求人们尽一切可能救助他人。这一道德上的自明之理却可能极具误导性。为何我不将阻止损害的义务尽我所能地无限扩大，部分原因在于社会共同体已经预先将这个义务以相等份额分配给其他个体。作为整体，阻止对个体造成严重损害的努力几乎没有限度。假定一个小孩掉到井里，我只是一个旁观者，并非孩子家里的亲戚，我只是那些跑到现场围观但却胆小的人群中的一员。除了消极合作和不干涉之外，对我不应该施加什么义务，但这部分是因为我已交出救助行动所需成本的本人“份额”。实际的救助工作应当由政府当局指定的义务人或有关特别关系的各方当事人完成。他们是社会整体付诸行动的执行者，我们所有人都（在理论上）同等贡献了自己的份额。作为整体，我们认为孩子的生命是极其宝贵的，甚至是无价的，应当不遗余力地去挽救。但如果简单笼统地要求我们每个人必须尽己所能最大限度地防止损害发生，必将导致杂乱无章的一片混乱。此类责任体系对社会来说无异于自拆台脚，无论是责任的分担，还是救助的获得，不公将无处不在。进而，这还会鼓励那些过分热心的人对于以其他形式存在的损害性错误进行过度干涉。

- 当发现火灾时，我们每个人都有义务立刻报告消防部门。此外，我们并无积极义务要去亲身对抗烈焰。那是由我们出钱资助的训练有素的专业人员去承担的特殊责任。我们有义务报告而没有义务救火的原因并不仅仅在于作为的最低限度要求此一时彼一时，更因为如果事先通过责任的份额和特定任务的指派，将扑灭火灾的严格社会责任予以分担，就能使其得到最有效也最公平的履行。施救的积极义务的严肃性和重要性与禁止损害的消极义务相比丝毫不差。不过，与后者不同的是，积极义务必须分割开来，按份分配，且（通常）由适当的专业人员实施。这样，沉重的负担也许并非总能公平地压在所有人的肩上，但由社会整体性地承担还是更加公正有效。
- 171

不过，除上述情形外，仍有一类积极救助义务无法通过机构组织或特别指派得以履行，即突发的或无法预见的危险来临而需即时救助的情形，旁观者既可直接施以“举手之劳”，也可以报警通知抢险专业人士。这种积极义务，正如相对的消极义务一样，可以在不引起额外风险的情况下得到完全履行。毕竟，公民报告火警的义务是社会消防体系中最重要的一环。即使对撒玛利亚人也可以作此要求，履行义务的负担并不沉重，相反，不作为却会带来灾难性的后果。

七、不作为的结果

因此我并不认同所谓“道德重要性主张”。若仅仅要求撒玛利亚人做最低限度的努力，那么，在其他因素（目的、动机）相同的前提下，任由遇险者遭受严重损害与以直接作为造成损害之间并不存在道德重要性上的差别。即使某些情形下要求超过最低限度努力的作为，这种道德对应性依然存在。可以想象在某些紧急情况下，程序导致相应机构不能立即投入行动，即使只是发出警报也困难重重。如果一个撒玛利亚人撞见此种情形，那么，他提供适当救助的义务正如他不应造成相应损害的义务一样严格——不管怎么说，作为后果的损害的“原因”是其随后的不作为。比方说，他看到一名身受重伤的登山者独自身处偏远山区，他至少该有责任通知相关机构，即使这要花掉他数小时的时间折回。这种义务的承担很少落到一人肩上，其分派也不会引起协作问题，它们绝不像专职搜寻遇险者并提供帮助的义务那样毫无限制。那种“义务”（除非是某人的本职工作）不在于其“积极性”本身，而是如我们所见，社会协作问题将使得对它的平均分派变得荒谬无比。⁵⁰

172

如果我对道德重要性主张的反对正确的话，那么常被用来作为补

充的有限因果关系主张仍有待证实，我们甚至可以对其不予评论。某人任由损害发生对另一方来说是不法的，在某些情况下将招致刑事责任的承担，即使我们不能说他损害了对方，或因为他的不作为对方造成损害。在这些情形中，仅仅不去阻止就足够了，起因上的区别（若有）并不具有道德重要性。不过，我还是建议检视有限因果关系主张，有两点理由：其一，当坏撒玛利亚人法律的正当性有赖于有限因果关系要求时，我对道德重要性要求的反对就可能是错的；其二，消极因果关系要求本身很重要。

当损害发生后，A 不阻止对 B 的损害是否可以被称作 B 的损害的原因？如果不阻止也可以成为原因，那么首先必须是不作为（见前文第四部分）。如果 A 没有机会、能力或意识去阻止损害，或者期待或要求 A 这么做是不近情理的，那么，将 B 的损害后果归因于 A 的不阻止就是荒谬的。我们可以将问题重新组织如下：不作为是否可以成为损害的原因？如果可以，在什么情况下可以？我们还应在一开始就点明，要回答某个不行为是否属于不作为，就要回答该不行为者是否有作为的道德义务。如果他没有作为的道德义务，他的不行为就不属于不作为，而依据我们刚刚建立的原则，他的不行为就不应成为其后所产生损害的原因。因此，我们往往必须先知道不救助者是否有救助的义务（或其他“道德义务”），然后才能判断他是否因不作为造成损害（假定可能），顺序不能相反。⁵¹

因果关系习语的惯性。不作为的因果关系状态显得捉摸不定，不仅因为将行为连接至随后损害的习语大量存在，还因为这些习语的适当用法存在令人困惑的转换，尽管从某种意义上说，它们均为因果关系习语。待我们逐一应用于如下标准情形中：或由意外，或由第三人的故意行为引起了某个因果历程，以致若非有人出手阻止，必将发展为对 B 的损害后果，而只有 A，一个无关的“撒玛利亚”旁观者，恰

身处其地可以出手阻止。假定不会游泳的 B 自桥上跌落河中。(或者将情景变换为一个穷凶极恶的第三人 C 将其推落后逃离。) A 刚好站在桥上,救生圈仅在一步之遥,他完全可以抓住附绳将救生圈抛给 B。而在现场方圆数里之内没有其他人。A 却是个愤世者,一般而言,他乐于看到别人死去,但他特别憎恨 B,特别希望看到 B 溺死,于是他踱步离开,留下 B 自己听天由命。如果我们假定 A 违反了救助 B 的道德义务(或其他“义务”),就可以认定他在那个情形下失于救助是一种不作为,随之也就可以探寻 B 的死是否可以归因于这一不作为。这个问题可以用如下习语表述为:(1) B 死亡是否是 A 不作为的“后果”或“结果”? (2) A 不作为是否是 B 死亡的“原因”或“原因性要素”? (3) A 不作为是不是 B 死亡的原因? (4) 是 A (因其失于防止)造成 B 死亡吗? (5) 是 A 溺死了 B 吗?

原因与结果。不作为引起后果听起来比不作为引起后果要更加自然些。假定恰在 B 坠河之后, A 把救生圈抛给他,彼时彼地的确他就不会淹死;而如果 A 不把救生圈扔给他,彼时彼地他就会淹死。结果如何完全在于 A,他掌控着 B 的生死。无论他如何选择,都将为 B 带来一个重要后果。如果他行动了,其结果是 B 得以逃生;如果不采取行动,其结果是 B 溺死。若假定没有其他方法可以救 B,那么 B 的性命就取决于 A 的决定。A 决定不动,结果 B 死了。在既定情形中, A 的干预对于 B 的生存来说是必要的,足以决定 B 的生死。A 的不作为从另一方面来说,是 B 得以逃生的一个“若非”要素,即为 B 溺死的必要条件。所以若说 A 在此“掌控”,即 A “有能力”决定 B 的生死,逻辑上完全可以说:若有任何结果发生,那是因为 A 让它发生。A 的不作为,连同其他情况一起,足以致使 B 溺死。它充足了全部所需条件,若非这些条件就不能充分地导致结果。

然而,在充分性要求方面仍充满争议。其他条件本身就可以充分

地导致溺死结果，不作为并未真正落井下石。若 A 并不在场，仅凭那些条件同样可以导致那个结果。由此，任何属于 A 的行为均不能纳入共同作用并导致 B 死亡后果的一整套充分条件中，既然即使 A 不在场，仅凭其他条件就足以导致 B 的死亡，那么属于 A 的任何行为都对这一后果毫无意义。

174 作为回应，必须承认若 A 不在现场，其他条件本就已可充分地导致 B 的死亡。但 A 恰恰在场，且有能力阻止结果的发生，无论其决定如何，其他条件已不足以导致 B 被溺死的结果。因此，A 决定不出手相助对于其他条件达致充分在当时来说就是必要的了。在此，如果他作出相反的决定，则其他条件就不会导致结果的发生。如果他的不施救决定对于溺死情形的发生是必要的，那么缺少了它，其他条件就不具有充分性了。只有当加上 A 的消极决定，其他条件方可形成共同作用的整体。无论如何，所有这些都暗含了这样的表述：B 死亡是 A 不施救的结果，这个判断通过常识就可以得出。其中包含的原则是：当某人有能力通过某种方式影响事件发展时，事件最终所受到的那种影响正是其能力以该种方式发挥作用的结果。

原因性要素。彻底解释事物的由来总会提及众多促成因素，是它们共同作用才产生这需要解释的结果。其中有些“原因上的相关因素”属于先在的常态因素（如，空气中有氧气）；有些则是先在的非常态因素（如，实验室里装有可燃性气体）；有些可能是工作上的疏漏（如没有锁实验室的门），还有些属于突发事件（如，非法进入者擦燃火柴）。示例中的结果都是爆炸，但是是什么原因造成的呢？上述每个因素都是促成因素。有时我们可以说它们各自都是原因之一，而它们各自作用的总和就是那个原因。另一方面，有时我们认为被引入“原因”的“原因之一”其本身就是充分重要的。很多原因性要素都是结果的必要条件。有些显而易见且在此后并无证实的必要（如

氧气的存在)；有些则至关重要(划着的火柴，未锁的门，爆炸性气体溢出到房间)。但某些原因性要素并非必要条件。(见第三章第七部分)同时发生的事件，均对某结果具有充分性，对结果的发生皆非必要，却均“在原因上相关”。同样地，“事后条件”也在原因上相关却非必要：“A给了B一剂致命毒药，但B在毒性发作前被C开枪击毙；A点火要烧掉B的房子，但洪水冲出被C破坏的堤坝，冲熄了火却冲垮了B的房子。”⁵²另一方面，很多必要条件并非原因上的相关要素。

哈特和奥诺雷提到，那些单纯的“分析性联系”仅在逻辑上必要而非原因上必要——“没结婚的女人永远都不会成为寡妇”⁵³——以及“偶然性联系”(驾驶者若不超速行驶，就不会在那一刻行至那个位置，而那个位置在那一刻恰好有棵大树倒下来砸到他的车。对于这个事故来说，超速行驶确实是必要条件，但却不属于原因上的相关要素)。但用以解释时间的原因上的相关因素常常会 and 原因上的必要条件发生实质性重合。即使对于古代历史来说，解释随后事件时找到的原因性要素往往归因为原因上的必要条件。尤里乌斯·恺撒未能征服德意志人的一个原因据说是新教徒改革运动。但当时间间隔较久时，相关性也就不再那么明显，要依赖于所谓事件及年代的前后顺序才能形成的联系很容易让人怀疑。

就A在桥上对与落水的B相关的事件历程有着排他的控制力而言，A有意识地选择不干预对于描述该情形中B的死亡情况来说当然是一个重要因素。设若他有能力阻止结果的发生，他不为B考虑而不去阻止这一点在导致B死亡的一系列要素中就扮演了重要作用。因果关系暗示的是积极而非消极干预，虽然我们不好断定这就是原因作用，但至少可以断定，A的不作为与其他原因性因素——如跌落情况、水深、水流的方向和速度、B不会游泳——一起，导致了B的死亡。简言之，A的不作为即使不是损害的“原因”，也至少是“原

因之一”。(毕竟,“结果”是B死了。)

A的不作为在其拥有排他控制力时,对于B的死亡就是一个原因上的必要条件。就这一点而言,在彼时或之前它就像成千上万的他人的成千上万个不作为一样,缺少它们,损害就不会发生。但在这个例子里,却只有A的不作为可以被描述为未能救起溺水者B的不作为。因此,将其,也仅将其列为原因上的因素并非武断之举。假设将情形改变一下,A并非单独在场,而只是十二个无关人士中的一员,所有这些人当时都处在可以抛出救生圈的位置,但所有人都有意地不这样做。我认为在这种情况下,我们就可以将这十二个人的不作为都视作这起悲剧在原因上的相关因素,尽管其中的任一不作为都不能成为“原因”。为简便起见,我们可以说,就救助落水者而言,这群人的共同不作为,或其中任意一人的不作为都是落水者死亡的“原因之一”。事实上,这就是产生损害的最关键要素。在此情况下,仍可将A的不作为视为损害的必要条件。若非该不作为,损害就不会发生。当然,对其他每个人的不作为,以及这群人的集体不作为都可以照此认定。按照假设的跌落情形、河水的情况、其他十一人的不作为,假定这些情况都存在——A的不作为对于引起B的死亡仍具有充分性。

原因筛选。我们往往不愿进行复杂的原因解释——要提及大量“原因上的相关因素”。不过对于道德判断,出于特定目的,或为纾解极其复杂的认知困境,我们需要将某个原因上的要素(或少量的原因要素)从其余因素中分离出来,引以为所论事件的“原因”。在此之前,我先将原因上的筛选过程详述如下:

原因上的筛选是指在不同实际目的及认知关切点的指引下,将我们最感兴趣的特定原因要素挑选出来。这些目的或关切点为勾画出进行原因过滤的“检视背景”提供了方便之路。主

要可分为解释性筛选和非解释性筛选。解释性筛选的情形中往往存在极其特殊的认知困境。某个令人惊异的非常事件的发生，偏离了人们通常理解的正常发展历程。一个戒酒主义者酩酊大醉，一个酗酒者却节制有度；一个守时者迟到，一个拖拖拉拉的人却来早了；旱季下了雨，雨季却没雨。违反常规有时会让我们失望，我们想要知道这是哪里出了问题。但有时这种意外却令人惊喜，或者更多的时候只是让我们好奇。我们要问这意外事件源于何因，希望获得解释，找出那个通常存在而这次缺失的因素，或者通常没有而这次却出现的因素，正是它导致了不同的结果。解释性的情形就是一反常规；解释性判断就是找出与之有关的另一种偏离。

这类结果的一个原因性条件往往是人的错误举动。即使就单纯解释性目的而言，人的错误举动较其他事件来说更令人感兴趣；但也要明白情况并非总是如此。人的错误举止往往不在正常的事件历程范围内，比如说玩忽职守就是原因筛选中的一个主要候选因素，作为某些令人困惑的违反常规的一个原因上的必要条件，其本身就偏离了事物的正常发展历程。但如果弗拉维的错误举动是持续不变的，且提图斯完全了解，那么，在需要解释某个令人不快事件的由来时就不能简单地将弗拉维的习惯性疏失或惯常的玩忽职守视为“原因”以减缓提图斯的困境：提图斯想要知道的是这次究竟是什么样的新状况导致不同的结果；提及某个即使没有令人不快后果发生也一直存在的原因要素是毫无帮助的。

177

并非所有原因上的解释都需要进行原因上的筛选。尤其当我们困惑于“事物的正常历程”本身，并希望搞清楚其发生的一般规律时（潮汐是如何产生的？为什么放开的物体会下落？为

什么花儿只在春天开放？），简单的筛选是无法解决问题的。在这些情况下，我们需要详尽地描述事件的不同状态并援用各种自然规律。同样，并非所有原因筛选都是解释性的。有时人们在理解事物的发生由来方面并不存在鸿沟，不过他还是会找那个“真正的”或者“最重要的”原因。非解释性筛选是指就单纯满足好奇心之外的目的进行的筛选。人们总是挑选最易操控的原因性因素。如果该类事件是损害性的，工程师和其他实际操作者可能关心如何减少此类事件的发生，以避免检修工作，或者如果事件是有益的话就使之更多地出现。无论是哪种情形，他们寻找“原因”是要找到可以掌握并操纵的那些控制（科林伍德语）⁵⁴ 该类事件的原因要素。筛选原因的另一个实用目的就是确定责任，即当所有主要的原因要素均非人的行为时（往往出现在农业、医药业或工程领域），面对损害，人们往往“责怪”虫害、病毒或机械故障，在此使用“责怪”一词当然是拟人的用法。

总而言之，原因上的筛选可以划分为解释性的和非解释性的两种立场，后者可以分别纳入所谓“工程的”和“规则的”立场。解释性筛选以个人理解，在事件的正常发展历程中，或是迄今未知的联系中，将非常态干涉因素分离出来。这样做正是要消除困惑，挑选最能照亮事理的原因要素。因此，我们可以将用于解释性筛选的原则称作“灯塔原则”。而所谓“工程学立场”原因筛选的目的是为了便于对未来事件的操控，即要找出最有效且最经济的原因要素。因此，用于非解释性筛选的原则可称之为“把手原则”。单纯为归责而进行的原因筛选就是在适当的原因要素上钉上责怪的标签，以便之后作宣告或其他目的之用。由此挑选出的某个原因要素或是人的作为，或是错误的“污点式”不作为。因此，归责为目的的原因筛选原则可以称作“污点原则”。所以，当我们

寻找“原因”时，我们要找的就是“灯塔”、“把手”或“污点”。⁵⁵

我认为没有理由改变对原因筛选的这种认识，既可以将其适用于“原因”的挑选，也可以在某种程度上用于确认“原因上的候选因素”本身。何为某种结果的“原因”取决于其相关程度。照亮这个人思路的要素未必能同样启迪另一个人，满足这个实用目的的“把手”未必能够178 满足另一个目的。很多单纯的原因要素并不能够满足人们的复杂目的而成为“灯塔”、“把手”或是“污点”，对于原因上的筛选——真正相关的原因要素——来说，它们只能算是不大可靠但也合乎资格的候选者而已，在解释问题或是用于实践时，存在着某些也许并非确实存在但可以想到的不足。某个先在的条件对遥远的人产生不了如此作用，这样的条件甚至连“原因之一”都算不上，因此也就无法具备等待筛选以成为“原因”的候选资格。比如，铁轨上没有恐龙的事实应是巴黎至里昂火车快线首次通车顺利的条件，但它却并非此项盛事的“原因之一”，这不仅在其显然无助于任何真实的研究，还因为我们无法想象任何人既能认同对此事件作此解释，同时还相信在现代法国的铁路上会有恐龙咆哮。此外，恐龙的确已经不存在了，我们没法使之再生，它们的缺席并不能成为“把手”式的要素，以便理论上我们用以引起、防止或者控制未来铁路事故的发生。

现在让我们再回到溺水者 B 的悲剧上来。如果有人问什么是 B 死亡的“原因”，假设提问者与所发生的事毫不相干，我们且找一个可以照亮他思路的原因要素。我们可以说，“死亡的原因是溺水”。“哦，这我是知道的”，他可能回答，“我只是不明白这一切是怎么发生的，既然 B 不会游泳，他就不该冒险下水。”“他滑了一下才跌落水中的”，我们就加上一句，“那才是他死亡的原因”。另一个人可能知道，在那个地方人人都会游泳。那么，当他问起 B 死亡的原因时，我们就

要特别提到 B 恰恰不会游泳这一点，以解除他的困惑。立法者和安全检视员寻找的则是“把手式”的原因要素。他们希望防止今后发生同类事件。他们通过调查，总结判断，认为造成这一悲惨事件的原因在于桥面很滑，或是缺少护墙或栏杆。另一个人则了解救生圈和绳索都放在显眼的位置，他会问：“桥上有那么多人，为什么 B 没有被救上来呢？”我们就告诉他，桥上只有 A，但他不想救 B。我们的询问者就将 A 的不作为看成“原因”。这样的筛选同样可以满足一个关心归责问题的询问者，在所有的原因要素中，A 的不作为是最能满足污点原则的。在所有的追问中，没有唯一正确的原因要素。被某个追问者接受的要素只是解决了他的困惑，或满足了他的实用目的（立法的、安全设施的、归责的目的）。在现实情况中，几乎没有一种筛选提到河的深度、水流的强度等，所有这些都被认定已为人所知，因此也就无需揭示，或在实用的操控之外。

对人的不作为进行原因筛选的另一个示例更具说服力。假定 B 因患普通呼吸道细菌感染送医，几天后死在病床上。那么，他死亡的原因是什么呢？医生检查后的诊断是死于肺结核。事实的确如此，而这只能够满足对病因怀有好奇的人。但还有一些人仍会困惑不解。通常来说，病人因为患上呼吸道感染入院，很少会死于肺结核，这次事件为何不同呢？是什么样的非常原因造成了这个非常结果？病理学上的诊断对此无能为力，检查结果同样也无法满足有实用目的的人。如果其中涉及人为错误，该怪谁呢？（谁的疏忽或错误才是那个“原因”呢？）应当消除什么样的原因要素才可以在未来避免这种惨剧的发生呢？进一步的调查显示：B 一入院就分派给 A 医生诊治，A 认为 B 是自己的宿敌和老对手，于是违反常规不给 B 做抗生素治疗，B 的情况每况愈下，而 A 医生却故意不给 B 开处方药物，结果 B 死了。（A 医生对此感到高兴。）A 当然不算撒玛利亚人。作为 B 的医生，

他与 B 之间存在特定的道德关系，有义务努力治疗 B。因此，即使没有坏撒玛利亚人法律，A 仍有可能承担刑事责任。但我们的问题并非如此；A 的不作为是否可被称作“原因”是一个单纯的概念性问题。不管出于何种目的，我们是应该坚持认为 B 死亡的原因是疾病，A 只不过是任由其发生而已？还是该说 A 的“容任”本身就是“原因”？在所有的原因要素中，既然只有 A 可能提供合适的治疗，作为医生，他的义务要求他这样做，则 A 的容任就是唯一存在的不作为。整个事件中，可以解释为何成千上万的人都能康复，唯独 B 却死于非命的那个非常要素就只能是 A 的不作为了。只有它才能解释此事为何不同寻常，成为解开困惑的关键一环，只有它才存有“污点”，只有它才是防止此类事件再度发生的最具效力的“把手”。因此不论从哪种要求出发，它就是“原因”。

引起即是使之发生。前三类习语的一般用法在特定情形中适用于不作为是可行的，尽管不能否认存在某种紧张。不过，当我们说到使役动词“引起”时，这种紧张就变得巨大了。一个人怎能在完全不实施任何行为的情况下引起另一个人的死亡呢？一个医生怎能仅仅因为漠视就让他的病人患上肺结核呢？他怎能仅凭袖手旁观就置人于死地呢？这些质问是有道理的，因为在动词“引起”与主动行为，特别是与对客体的操控之间早已建立被普遍接受的联系。通过推、拉、扭、撕扯、击打等行为使对象物进入“运动状态”是所有人脑子里固有的因果关系模式。不过，这一物理作用模式并不适用于那些引发事件的更复杂的过程，例如关闭电路、引发化学反应，或是提供心理动因等，在这些情形中并不存在对物体明显的推挤动作。但即使就这些更为复杂的过程而言，如马克斯·布莱克（Max Black）所说，“我们继续对简单些的初始情形建立不同于标准样本的事实描述模型，而在适用于简单情形时则借助文字上的比喻”。⁵⁶

要将人们把化学物质放入沸水中（相对于推、拉等动作），或者按下按钮（哪怕是轻轻地按）接通电路，或对他人讲出包含威胁、鼓动、提醒或命令意味的话语等描述为“使事件发生”，在文字上并不存在紧张。但对于“除了任由事物在无外在干涉的情况下发生之外什么也没做”的情况，还是不能直接描述为“使事件发生”。使役动词要求的动作可以是极小的，甚至并不与动态物体发生接触，但它必须包含某种身体举动，哪怕仅仅是说一个字。有时候我们并非特意使其发生，但我们的确让其发生了，有时我们是看着它们发生，或是盼其发生，但若“让其发生”仅指失于阻止，那么，这与更简单的“使其发生”及“迫其发生”模式之间的区别就太明显了，很多人都不愿对其使用“引起”这个词。若歹毒的 A 想“让 B 死于糖尿病”，未将 B 本应拿到的胰岛素交给 B，尽管 A 处心积虑要“确保”B 死，我们还是不能说 A 引起 B 的死亡。我们只能代之以其他的因果关系用语：A 的不当不作为是 B 死亡的“原因”，或者说 A 未将胰岛素交给 B 的不作为，其“结果”是 B 死亡。

- 181 引起是使之发生的确定模式。我们现在要从之前的起点行至因果关系用语谱系的另一端。毫无疑问，因果关系用语不太适用于不作为。我们可以这样说，A 没有向 B 抛出救生圈，其后果就是 B 死了。同样，我们也可以说 A 的不作为是 B 死亡的一个原因要素，甚至，在某些研究中，可以说那就是 B 死亡的“原因”。然而，我们恐怕还是不能说，A 引起 B 的死亡（水流因素恐怕更具作用力）。说 A 杀死了 B（引起 B 的死亡）更是夸张的说法，这等于说他“无异于一个谋杀者”，这也是真的，尽管他并没有实施字面上的“杀”（引起、导致或迫使其死亡），而仅仅“盼着死亡发生”。但有件事 A 的确没有做，那就是把 B 拖入水中。同样，医院里的那个 A 尽管盼着他的病人死于感染，但并非是他让病人感染了细菌。更具体的使役动词不仅意味着

某人主动引起（使、逼迫、控制等）某事发生，还包括他通过一种直接且确定的方式实施——前者是迫使溺水者沉入水下，后者则是摧毁他的肺。前者情形中，A 根本就没有入水，后者情况下，A 也没有接触病人的肺。他的不作为也许是死亡的促成原因，甚至是最关键的原因，他也许并不比一个直接杀人的凶手好多少，但他既非推人下水者，也非感染性细菌。应用使役动词就把因果关系用语的范围扯得太远了。

八、原因上无关条件的排他性

在近期发表的一篇论文中，埃里克·麦克教授从多个角度坚决驳斥不阻止可被视为原因的观点。我认为，他构建理论的主要难点在于“无法回避对这个断言的认同，即若某行为（或事件）本来可以阻止 Y 发生的话，则该行为（或事件）无论以何种方式缺席都是结果 Y 的一个原因”。⁵⁷ 经我严格限制的不行为均为不作为在原因上的相关要素，而麦克选择的显然是特定的或是人为的要素。此外，他倒是正确地指出了“消极因果关系支持者”（如本人）均将未发生的本可阻止结果产生的自然事件也视为原因上的相关要素。“不下雨是庄稼歉收的原因之一”就是一个例子。麦克要求我们必须找出一个原则性的方式，将用以解释某个结果的原因上的相关要素从无限的无实效事件中分离出来，这些无实效事件一旦出现就可以阻止结果发生。当然，我们 182

不希望这样谈到卡特总统胜选的原因：“例如，布朗没能刺杀卡特，卡特没有自杀，卡特没有在公众面前殴打自己的妻子，公众不相信卡特会殴打他的妻子，太阳系 1937 年没有爆炸，银河系 1936 年没有崩溃，等等。”⁵⁸ 我们已经表明，并非每一个在先的原因条件都能通过传递关系成为某个结果的原因要素，但为了回应麦克的挑战，我们必须提出更加仔细的排除原则。

我们将原因条件分为四类，包括原因上相关的条件和原因上无关的条件，然后这两类各自再内部划分为真实的条件和虚假的条件两部分。我们来逐个分析行为、无行为，事件、无实效事件。不管我们研究哪一个类别，我们都要注意某些反复出现的情况：先在条件在以下情形中并非原因：（1）它们与结果之间的联系不能反映出那些可以将该类结果与该类条件联系起来的普遍规律和自然法则（主要适用于行为和事件）；或者（2）这种联系太微不足道，太显而易见，太遥不可及，以致无法向需要厘清的困惑照射亮光，或提供实用的把手，或为道德检视揭示污点所在（这主要适用于不行为和无实效事件）。

行为。A 推了 B，B 当时站在冰面上，因此倒地。若非这推的行为，若非这冰，若非 B 失去平衡，B 就不会摔倒。A 推 B 的行为只是造成结果的条件之一；同时，它也是一个原因上的相关要素，因为我们了解联系此类事件（行为）与此类后果的一般有效规则。推就会倒；若非这一推，则倒地就不会发生；因此推就是倒地的原因之一。

我再借用一下哈特与奥诺雷的那个对比性的例子。驾驶者 A，“之前有超速行为，无论他在发生事故那一刻没有超速，还是恰在事故发生那一刻超速，都无关紧要”。⁵⁹ 当他驶至马路的某个位置时（现在正谨慎驾驶），一棵大树倒下，砸中他的车顶并导致一场事故，使乘客 B 受伤。A 之前的超速行为就是事故的一个先在条件，因为“如果他之前没有超速驾驶，那么他的车就不会在那一刻位于事发现场，当然也就不会有这场事故发生”。⁶⁰ 但显然，之前的超速行为并非事故发生的
183 原因要素，因为任何行驶速度与老树折倒之间均不存在一般性的因果联系，尽管“超速驾驶往往被认为就是事故的‘原因’或‘原因之一’；例如，超速很容易让司机逐渐失去控制，然后导致撞车……。在此情形中，如果司机没有超速驾驶，事故就不会发生。此外，只要按照事物发生的先后顺序一步一步回溯，就可以在各类事件之间建立

一般性联系，尽管我们无法穷尽所有的限制条件，这种联系可以由宽泛的概括性语言表述出来，并在其他的时间、地点对其他情形发挥解释作用。”⁶¹

约翰和玛丽·多伊在他们的女儿格温德琳三岁时从丹佛搬到洛杉矶。十五年后，她遇见了乔治——高中同班的男孩；他们坠入爱河，结婚，生育后代，埃尔伯特和埃丽卡。要不是他父母数年前搬来此地，格温德琳就不会嫁给乔治（她根本不会遇见他）。此外，埃尔伯特和埃丽卡也就不会降临人世，因此也就不会在几年之后到伊科诺米蒂先生的杂货店里偷糖吃。他们最初搬到洛杉矶来，尽管是多年以后发生事件的条件，但相互之间只存在偶然联系。但我们不妨假设埃尔伯特和埃丽卡偷窃的行为来自某种性格缺陷，而如果不是因为格温德琳和乔治对他们没有进行如厕训练，他们就不会形成这种缺陷。在某些心理学家看来，如果此类事件之间存在有效的因果规律的话，那么，如厕训练就不仅仅是一个先在条件，而是一个原因要素，即使结果多年以后才发生。此外，不难理解这一条件是照亮认知困境的“灯塔”，为实用情形提供有效解决问题的“把手”，并可为归责揭示“污点”。

无行为。麦克就卡特总统选举后的消极因素所举的例子实际上正是不属于原因的条件的例子。这些条件不能取得作为原因的地位，尽管我们确实可以在未刺杀、不殴打妻子与胜选之间找到可靠的一般联系。人们当然不会投票给死去的或者在公共场合殴打妻子的候选人，所以它们之间只是偶然联系。要解释他们失败的真正原因就必须依据背景因素，即以原因上的筛选为特征的那类因素。事实上，这些条件对卡特胜选所解释的那部分本来就不会有人感到困惑。如果在竞

184

“原因”)。同样,如果没有任何理由怀疑卡特曾经殴打妻子,那么,尽管如果卡特的确殴打了妻子的话他就不会当选,但这个条件还是不能作为解释他当选的因素。仅当卡特不殴打妻子是殴打妻子的“不作为”时,这个条件才能具备因果关系性质。

事件。一场风暴造成 B 的谷仓坍塌。如果不是这阵风谷仓就不会倒,因此这阵风就是一个“必不可少的条件”。此外,事件的先后顺序反映出在一定速度的风与某类建筑物倒塌之间存在稳定的一般联系,因此这个条件也是一个原因要素,即使不是“把手”或“污点”,也是灯塔式的要素,能被用来说明问题。

与之相比,如果场景仍设定为同样的风暴,因为损失过大,主人修复不起,于是他们卖掉了农场,从衣阿华州搬到洛杉矶,在那里,他们的女儿在十五年以后遇到邻近的男孩并与他相爱,和他结婚,并在加利福尼亚生儿育女。如果不是早年那场怪风,所有这些都不会发生,但衣阿华的那场风暴并非造成此后无穷无尽的连串事件发生的原因,尽管它是一个先在的条件。它无法解释农场主的孙子们在学校拿到好成绩或坏成绩;也不能在风暴与恋爱婚姻之间建立一般性的联系。

无实效事件。为了说明无实效事件既可以是随后结果的条件,也可以作为随后结果的原因,我们再次提到,如果不是因为雨量较往年出乎意料地减少,随后的饥荒就不会发生。假定按通常可期待的雨量,谷物能够丰收,就不会出现大面积的食物短缺,因此,没有降雨就是饥荒的条件。并且,干旱和饥荒之间的联系所显示的连接此类无实效事件的规律广为人知,“可以同样应用于其他时间地点的其他场合”。此外,在这个例子中,将缺少雨水挑选出来是有解释力的,因为大量降水原本是“合理期待”。某个可以期待发生的事件却没有发生,这个情况解释了为何某个意料之外的非常态结果发生了。在这一点

上,没有降雨可以类比为属于不作为的不行为。

与之相比,没有理由期待银河系会在1937年爆炸,因此,这个事件完全不能类比为不作为。不仅因为它对卡特胜选的结果毫无解释力,同时也无法对卡特当选一事中可能出现的困惑投射光亮。作为1937年之后发生的所有人类事件的先在条件,它并不能解释任何特定事件。即使对于那些预计世界末日在1937年到来的人来说,地球爆炸没有发生这件事并不能让他对于为何是卡特而非福特当选这个问题更明白些。天文上的无实效事件与不同类型政治候选人或党派的相对受欢迎程度之间并不存在为人所知的一般联系。

麦克反对消极因果关系的论点在论及人的不作为情形时,必须依赖于他所断言的:如果“未向史密斯施救”是其溺毙的原因之一的话,那么“任何本可阻止史密斯死亡结果发生的行为(或事件)的缺席都和其他导致死亡的原因一样重要”。⁶²即使只是对原因上的相关理论做最简略的概括也仍可显示,消极因果关系概念必将由此陷入一片混乱。

九、小结

在本章提出的所有问题当中,有两个主要问题:(1)坏撒玛利亚人法律是否具有道德合法性?(2)为了证明其合法性,我们应否借助法律道德主义原则、损害原则或其他原则?我已经非常肯定地回答了第一个问题,并在回应第二个问题时认为,坏撒玛利亚人法律和损害原则可以并行不悖。

对坏撒玛利亚人法律推定其合法性源于在合理代价下避免个人利益损害的社会重要性,以及遇险者有权要求有能力者在无不合理风险、成本或障碍情况下施救这一道德要求的合理性。主要论点的另一

面经研究审度后也被认为是必要的。坏撒玛利亚人法律并非硬要某个不幸的人将一笔钱财（纯利益）赠予他人；它们不制造礼物和恩惠的施与者；也不强求人们贡献慈善（如承担道德义务）；更不强加那些所谓高贵者的义务，这种义务与其受益人的权利之间不相对称。进一步说，要在惹上小小（“合理的”）麻烦的法律救助义务与那些不求道德对价、非属分内的道义义务之间作出有效的原则性区分是不可能的。最后，即使我们必须承认，较之典型的刑事禁止而言，刑事法律对实施救助行为的要求的确削弱了人们对自身事务的控制力，但对自由的这些干预很容易通过将我们有义务阻止的损害限定在重伤或死亡范围内予以平衡。

186 坏撒玛利亚人法律可以通过两条途径与损害原则取得一致。如果我们采用对损害原则最初的、有些模糊的解释，则它对坏撒玛利亚人法律的认可是显而易见的。无论是禁止人们引起损害的法律，还是要求人们防止损害发生的法律，根据它们的内在逻辑，特别是就其合法性受初始损害原则支持的内容来说，二者都要求避免损害发生。另一方面，在第二、三章详解损害概念时，我们已经阐明，损害作为利益倒退的一种状态，是对他人实施不法（侵权）行为的产物。如果不阻止不能成为原因的话，那么未获救助者的利益倒退就不是该不作为的“产物”。如果不作为并不引起损害，则经过修正的损害原则并不支持对不作为的禁止。这样，要协调重新具体化的损害原则与坏撒玛利亚人法律之间的关系，就必须证明不作为在某些情况下确实能够引起损害，我在第七、八部分试图完成这个工作。从道德立场出发，这一工作其实并不重要，因为引起损害和不阻止损害之间的区别就算难以消弭，也没有特别重大的道德意义。我在第七、八部分的论证虽不成功，却是道德上可接受的结果，我们构建了一个扩张的限制自由原则：禁止人们损害（造成损害）他人，或者让他们以合理的努力防止

他人受到损害都是必要的，永远都是支持刑事立法的最好理由。很清楚，损害与未阻止损害之间并无重大道德意义的区别，特别是坏撒玛利亚人法律所指向的情形，在这类情形中，只需要最低限度的努力，而其目的、动机、损害程度都与积极因果关系的情形相互对应。如果要求较多的努力和较高的风险，则阻止损害的积极义务的严格性就较对应的消极义务大大下降，不过，我已经作出论证，这是因为社会协作的复杂性升高，而不是由于主动行为与被动行为在内在道德重要性上的区别所致。

一、适用损害原则的调和性准则

损害原则若按前文所示之表述将毫无争议。没人否认，提出一项刑事强制需要某种道德上的依据，而一旦强制生效，就能防止义务人之外各方的利益受到损害。既然这个原则已经表明，就法律强制力的正当化而言，它既非必要条件也非充分条件（见概述第三部分），那么，当它面对一些尴尬的反例时就不会过于窘迫。不过，无论损害原则这种圆滑的表述具有多大的说服力，在实际应用中并不能直接对立法决策进行指引。立法者不仅要决定“应否”采纳这种无功无过的损害原则，还要决定在轻微的伤害、可能的伤害、合理及不合理风险下的伤害、综合伤害、可以阻止却须以过分损害其他利益为代价的伤害、结构性冲突的伤害、累积伤害、模拟的伤害等情形中“如何”适用这个原则。简单表述的伤害原则对于这些问题的解决无能为力，必定需要借助其他补充原则，其中包含一些引发争议的道德论及公正准则。

为将某个限制自由原则适用于各类具体及不确定的情形，且以公正作为指示道德界碑的标杆，我将“调和准则”作为概括性术语使用，以便之后将内涵（此处为“损害”的内涵）进一步具体化，作为将某个限制自由原则适用于各不相同且无法确定的情境时的指引。在五花八门的准则中，某些准则关注受规范限制的各方，以便公平地估算出应归责于各方行为的损害或危险，或在不归责的情况下如何公平地限制各方行为；另外一些准则关注被危及的受法律保护的利益，直接评估其范围及重要性程度，并对这些利益进行比较，继而与义务人的利益进行比较。本章及下一章会讨论这两类准则。这两章计划提出应对不确定情况的策略，即如何在棘手的情形中适用损害原则。这定可使那近乎空洞的指导原则内容更加具体些、方向更加明确，从而有助于理想的立法者。 188

二、损害的大小

利益总是因人而异，人们的防范心和弱点亦各不相同。某些利益因为十分罕见且异乎寻常而只为很少人拥有。其他一些利益则常见到普遍的程度，尽管如此，并不存在哪一项利益是人人共有的，即使是延续生命的福利性利益。相对而言，刑法却简单得多，它将一般性规则适用于每个人，各不相同的利益均受统一规范的保护。要解决问题，首先就要设定一个“一般人”，他的“一般利益”应受保护而不被侵害。尽管因“假定”人人都拥有同样的利益而设置统一的不干预义务会稍稍有损公正，但这样的法律在便利性和明确性上均大为改善。一般人的利益当然包括一般的福利性利益，如生命延续、身体健康、经济充足及政治自由的利益。因此，法律可做一般化规定：至少对这些利益的损害应予制止。

但对于损害原则来说，究竟损害该有多大才能以法律强制的方式予以防止？当然，这并不是说上述行为必须引起“真正”的损害，而不仅仅是被激怒、引起不便、造成精神伤害或被滋扰。不过，仅仅是最低限度而未达到损害程度的利益干扰确非法律强制的适当对象，合理的损害原则必须将其排除在外。比如，没有人会严肃地建议，对父
189 母、配偶、老师或他人时常恶语相向的行为应受刑罚惩罚，即使这种无礼已经不止“伤害感情”，对方因沮丧、生气导致身体不适而无法集中注意力，更间接损害了个人效率利益。同样，恶作剧聚会的主人们在毫不疑心（未开车）的宾客饮料里倒入太多杜松子酒，也不会有人鼓吹须将他们投入监狱，即使由此产生的宿醉足以让这些“受害者”牺牲第二天的有效工作。正如古老法谚所说的那样，“法律不理琐事”（*De minimis non curat lex*）。

为什么必须将对利益的轻微损害排除在法律保护的范围之外？琐事法谚其实正源于损害原则本身：对轻微滋扰进行干涉带来的损害大于它所保护的利益，其原理源自损害原则的本来精神。就此而言，损害原则源于一个更普遍的功利主义道德哲学，这种道德哲学责令所有人，无论是普通公民还是立法者，都应将利益最大化、损害最小化。琐事法谚就是从这里找到了再清楚不过的立论依据。但功利主义道德哲学并不涉及如何分配利弊，这也是它的一个显著的功能性弱点。若纯粹以功利主义来解释琐事法谚，则 A 危及 B 的损害必须比国家强制干涉 A 所引起的损害大，否则，强制干涉总体上造成的损害反而会大于它要保护的利益。以这种方式适用损害原则并不能让我们时时满意。如果 B 完全无辜，A 打算以相对轻微的方式对他施加侵害，若仅因为强制力在这种情况下对 A 的利益而言较 A 的行为对 B 的利益造成的损害更具“损害性”，¹ 就不以刑事惩罚阻吓 A 的话，那就不合情理了。例如，假定 A 合法地向 B 讨还 10000 美元，但须有稍稍行动，

包括使劲踢 B 的小腿肚。他这样做的话，B 的腿会受小伤，可能还会痛苦地瘸腿一周的时间。如果法律不允许 A 踢 B，则 A 在此情况下将蒙受比 B 的踢伤更大的损失（失去 10000 美元）。但如果 A 只是把无辜的 B 当作某种工具，对 B 就太不公平了，这样的行为是不能在道德上免责的。（见第三章第三部分）。在其他条件相同的情况下，侵权者的利益不比无辜受害者的利益更值得保护——这可不是功利主义所认为的公正。

即使这样做在理论上不具有道德正当性，法律强制不用于防止轻微损害还有一个更普遍的理由：即使优先考虑受害者的利益，这样的立法仍很可能造成侵权者受到的损害与他们的罪过及其可能造成的损害之间不成比例的情况。此外，比起相关行为造成的损害，对自由的干涉往往会对受害者本人造成更多的间接损害。例如，要使惩罚无礼行为的法律行之有效，必定需要某种秘密“道德警察”，这本身就是对人际关系的荼毒。强制力的使用，无论是直接的强制还是刑罚的威慑，皆非可予稳定控制及精确度量的精密“社会工程仪”，用它来防止那些有时只是因情感伤害引起的损害，无异于用大棒打蚊子。 190

三、损害的可能性

损害原则的法律适用还须就受一般威胁行为影响而由法律保护的一般利益形成一般性实用规则。要保护一般利益免受损害，就必须禁止可能侵害它们的行为，但损害发生的可能性须有多大才能使刑事处罚具有正当性呢？这个问题并不适用于绝大多数被刑法禁止的损害行为，因为它们的损害性后果是即时且确定的。例如，用子弹上膛的枪瞄准附近的某人然后扣动扳机，假定该人具有一般的福利利益，这样做肯定会对他造成损害。从另一个极端说，我们并不能保证某种

行为绝不会造成任何损害，例如，走到街角的杂货店买东西。在这危险的世界里，我们不能以如此高度信心对事物作乐观期待。立法者关心的当然是处于这两类极端之间的情形。

简单地以某个行为“很有可能”引起损害后果为依据，将刑事强制正当化是不可行的。如果损害巨大，即使实际发生的可能性很小也必须加以防止。正因如此，国家可以正当地禁止公民随意对空中射击。尽管射出的子弹以足够的速度击中无辜目标并对其造成损害的可能性很小，但还是有发生这种情况的可能，而这种情况一旦发生，结果将极其严重，我们必须消除其发生的任何可能。同样，尽管发生损害事故的可能性也很小，国家禁止驾驶者在多车道州际公路上时速超过 55 英里的规定仍是正当的。相反，如果损害相对轻微（尽管超过

191 琐事法谚所提及的损害），为避免过度使用刑事强制，冒一点实际风险还是值得的，当然我们也不能甘冒超过 50% 的可能。损害的大小和可能性之间的反向变化关系可以用一个简明的判断表达：损害发生的可能性越大，可以进行刑事强制的损害就越轻微；损害越严重，可以进行刑事强制的损害发生的可能性就越低。

对立法者来说，重要的既不单是损害的大小，也不单指损害发生的可能性，而是指二者的结合，即“风险”。风险程度随损害大小及损害发生可能性的变化而变化，它才是采用损害原则的立法者最该关心的概念。不过，立法者在评估允许某个风险行为的合理性时，还应考虑的第三个关键要素就是那个对行为人自己、对直接相对人、对全体社会制造风险的行为的独立价值。向空中随意射击的行为几乎毫无“价值”：可能行为人自己能够获得小小的快感，如果他是那种很古怪的人，就是喜欢这么做；或是因为弹药的交易而小小获利。与这些微不足道的价值相反，立法者需要平衡的是一个实际风险，它的可能性虽低，但损害却很严重，因此，天平上的标尺肯定会明显远离对自由

的保障。另一方面,火速将重患送到医院的社会价值很高,必须冒更高的风险(当然也不是去冒无限的风险),允许救护车的车速较普通车辆快。总之,行为的社会价值越高,法律允许的损害风险(本身还包含可能性和大小)就可以越大。

任何一种自发行为对于实施者来说总可以归结出某种价值。因此,任何一种法律禁止均应要求损害发生的可能性大于“遥不可及的”程度。若行为所包含的个人利益可藉由公共利益得到有力加强,则若要避免法律强制对无辜利益造成的损害比它要防止的损害更大,就必须采用十分严格的可能性标准。若该“危险”行为具有关键的公共重要性,如言论和写作中的表达自由,立法者就应当在法律中规定一些“明确即时的风险测试”供法庭使用,以保障宪法第一修正案中规定的权利。将社会危害最小化的要求为是否应将表达观点的行为犯罪化而进行的明确即时的危险测试提供了基本原理,同样亦可推及至其他具有类似社会价值的行为。这个原理简述如下:在对有关公共政策的任何信息、或对任何有关公共政策本该如何的观点的披露和传播当中,包含着一个公共利益,该公共利益可以实质性地强化个人利益。国家一般性地(对其绝大多数公民个人)忽视这种利益而带来的危险总是巨大的。有人认为,国家安全利益比言论自由所包含的公共利益更重要,²但只有在国家安全真正受到威胁时才能这样考虑。不考虑任何个人权利,单从言论自由本身来看,仅仅因为公共安全可能受到影响就牺牲言论自由实属蠢举。当然,公共危险越是确定、迫切,公共安全利益在天秤上的位置就越重要,直至危险达到明确且即时爆发的程度,就足以使整个天平倒向它那一边了。³

立法表述应简明扼要的另一个结果就是,受到各种一般行为影响的人们总是被假定具有一般性弱点。即使对那些异乎寻常不易受伤的人,法律也施与如其他普通人同等程度的保护。因此,即使是某个 90

磅的瘦子徒劳无功地殴打一个强壮的巨人，也要受到法律的惩罚。禁止该行为的法律是及于所有人的，除了考虑一般利益的存在，法律中并无所谓袭击者和被袭击者身高和力量的规定可供参阅。

对于过度脆弱的人来说，问题更困难些。存在罕见弱点的人应当受到刑法的保护，以免受到故意的恶毒攻击，但他们不能总是要求政府为了保护他们而禁止他人实施通常无害的行为。一个罕见的对盐极度过敏的人应当受到保护，防止他人出于伤害的目的在他的食物中秘密放盐而造成损害；正如我们这些人也应当受到保护，防止敌人在我们的食物中投放砷或汞。也许他该为自己罕见的弱点贴上容易辨认的标签，就像盲人手执白色竹杖那样，法律就可以禁止他人故意向他或其他相同体质的人提供含盐食物。也许只有这样，立法者在对特殊
193 体质的人做特殊考虑时不必以（或少以）牺牲其他人的利益为代价。当然，这样的人并不能要求法律规定，任何人只要提供含盐的食物就构成犯罪。他可以要求刑法的保护，不受损害普通人利益的行为的损害，至于他所需要的进一步保护，只能通过他自己——当然，法律总得允许他自我救济——以非强制的方式实现了。

这同样适用于民法对受滋扰利益的保护。法律只能保护异常脆弱体质的人免受故意恶行的侵扰。如果某人因正常且无过错的日常工作行为造成损害，而该工作具有社会价值（至少非负价值），且对正常体质的人来说是完全无害的，则原告既不能要求被告赔偿损失，也不能获得其他强制救济。在 1888 年马萨诸塞州的罗杰斯诉埃利奥特案中（*Rogers v. Elliot*），⁴ 法庭的裁决很典型，法庭驳回患有癫痫的原告的诉求，认为“不能仅仅因为造成一个癫痫患者发生惊厥就将教堂钟声认定为滋扰”。（当然，如果敲响教堂钟声的行为造成这个村子绝大多数人都发生惊厥，那一定会被所有法庭禁止）。体质异常的人应当受到刑法和 / 或民法的保护，但只限于那些并无好意，特别针对

并利用他们的异常体质侵扰他们的恶意的行为。如果埃利奥特先生追踪整个新英格兰，就是为了要敲钟给罗杰斯先生听的话，依据调和后的损害原则，法律肯定会对他施以处罚。

四、整体损害

预估可能发生的损害时碰到的最大难题其实是另一类问题。在具体案例中，一般的有害行为本身有时其实无害。在这种情况下，一律禁止尽管（可能）会消除或减少一般性损害，却要以阻止无害或有益行为作为代价。从预防损害的立场看，在一律禁止中可能存在净值，但在选择性地允许或禁止方案中，却可能有更大的收益，它可以在不限制无害行为的基础上减少一般损害。如果根本没人饮酒的话，饮用酒精饮料的习惯反而可能产生更大损害。在所有的致命交通事故中，一半以上是由于司机醉酒驾驶造成的。但如果只是简单地禁酒，194数百万计的人会因此被剥夺完全无辜且无害的乐趣。实际上，很多酒精饮料的使用者只是为了给聚会适度地提升愉悦的放松感以纾缓压力，并不因此给自己或他人造成一点儿危险。同样，如果全国都禁用枪支，成千上万的意外或故意造成的重伤和死亡事件就不会发生，但一些生活在异常危险状态中的人有理由要求通过私人武器保护自己，其中一些人我们完全可以相信他们不会借此伤害他人。如果国家禁止这些人拥有武器，实际上就是在告诉这些人，不允许他们做无害的事，仅仅因为不相信其他人在拥有武器时不会引起严重损害。

总体上说，这些问题不太可能找到令人满意的解决办法，但至少可以为坚持调和式损害原则的立法者指出一个清晰的方向。在一律允许和一律禁止的进退维谷之间还有另一个选择，即国家特许授权制度。只有那些获得驾驶资格的人才能开车，由一个客观的、国家主办

的考试决定是否授予特许资格，并发放可被吊销的证照。枪支持有资格无须通过此类考试获得，但仍要依据某种可信的客观标准作出判断后才能授予。同样，使用和持有精神饮料的“资格”也不是通过考试获得的，要根据年龄和行为能力进行判断，而这种许可也可因滥用被撤销。

不幸的是，所有的执照发放系统都需要付出社会成本，很多执照可能被滥用，有时亦难以避免在决定授予“资格”时的主观性。但不管怎样，这仍值得立法者在面对“可能但不必然有害”（“总体损害”）的行为时加以考虑；另两个方案——容忍可防止的严重损害，或对无危害行为强加禁止——的接受度往往更低。

另外两个授权方案也很有特色，尽管二者之间的区别基本上只是程度问题。第一个方案近乎一律禁止，主要规范那些有内在危险的行为，例如实施手术或运输弹药，只向少数人发放特殊执照。第二个方案近乎一律允许，向很多人发放可撤销的许可，只要求具备最基本资格，如年龄或居民资格以及基本的实际行为能力，通过吊销执照控制错误的滥用。最为人熟知的例子就是发放车辆驾驶证照。（由于曾经有过颁布禁酒令的恐怖经历，美国拒绝对饮酒适用哪怕是这种并不严格的方案。）

证照方案在以下情形中将更加行之有效：除了可以证明自己的特定需要和特殊能力的少数人之外，对所有人都禁止某种可能危险的行为（如禁止持有武器）。警察是当然的例外，任何人拥有常规武器均可推定其违法，除非他出示证照。在能够得到有效执行的前提下，原则上说，在比较宽松的方案里，被排除的少数人经常受益于因大多数人广泛使用该受限对象而产生的伴随效用，相比起来，将武器限制在获得许可的少数人手里更容易些。例如，除了少数人外，绝大多数人都有资格持有并使用酒精饮料，这就很难保证这些酒精不会跑到没

有资格的人手里。就目前的方案来看，大一点的十几岁少年经常可以从和他们仍保持密切联系且刚刚获得饮酒资格的年轻成年人那里获得酒精饮料或啤酒。

在更严格些的证照制度中，很多损害都可以被预见并被防止，国家不会给人们在被吊销证照前有一次滥用的机会。对那些确实具有内在危险的行为适用更加严格的法律限制时，不应采纳这句谚语：“每条狗都至少有咬一口的权利”。我个人认为，武器弹药是有内在危险的，而酒精饮料则不太有“内在”危险。一把上膛的手枪总有开火的时候，一旦开火，就会有人受到严重伤害甚至被杀死。酒瓶却不像手枪那样能够瞬间“开火”，即使以特殊方式使用（如大口痛饮）也没有那样的爆发性，能够产生让人立即消失的危险。毕竟，枪的主要目的就是用来伤人。

此外，一般而言，如果允许房主以自己的方式防止犯罪的话，很多地方（也许不是其他）的警察工作起来会更困难。设置警察机构的目的是为了提供比自我救济更有效的保护方式。进一步说，尽管大多数枪支握在非犯罪人而非那些随时伺机实施抢劫和夜盗行为的人手里，但仅仅是数以百万计的未注册手枪的存在，就是对我们所有人造成最严重伤害的威胁。尽管有些犯罪人因为私人枪支而受到阻吓或被抓获，但仍有很多无辜的人遭到意外枪击，孩子因为玩耍父母的枪支走火身亡，酒吧里大脑发热的老主顾因为敏感的自尊心而在不断升级的争吵中被杀，夫妻因为家庭内部意见不一而丧命，等等。正因如此，损害原则包含的立场是反对将枪支持有合法化的。但面对警察下班、居住地点偏远危险的情况，持有大量现金的银行职员及运钞车工作人员经过训练能够控制枪支的使用，他们以及其他一些人就可以被授予持有枪支的特殊许可，这并不会削弱禁止性法律的一般保护效力。

当然，我们也可以允许达到一定年龄或有一定行为能力的人拥有枪支，一旦有人被证实犯下重罪或实施其他滥用行为，就撤销许可，如同我们几乎允许所有人驾驶车辆一样。这个方案比一律允许政策稍稍严格一点，不会让许可遍布全美每个角落。这个倾向于允许的证照制度（与前一段论述的方案相比）要付出的代价包括：更多故意的、冲动的、以及非犯罪人的过失杀人，诱使可能数量上减少的抢劫者和夜盗者自己也拿起武器“先开枪再说”。开枪将更加频繁；更多的无辜路人受害；杀人会变成对侮辱进行报复以及解决琐事的手段。好处则是那些害怕遭受夜盗的屋主们和害怕遭到抢劫、强奸的守法路人们的安全感可能稍有提高。⁵ 相反的政策则是，除了特定的少数人之外拒绝向其他人发放许可，如此一来，很多人必须忍受的那种危险程度可能会稍有升高，这些人可能感到被剥夺了在不伤害他人的情况下进行自我保护的权利。理性的人能够忍受这种加大的危险，因为那些不那么负责的人——其他人——不应被相信能够安全地使用防卫性武器。这样的限制有些不公平，但另外那个方案也不公平，因为有更多的死亡发生。对某人（中立的人）而言，无论是在一场由轻微的交通事故引发的争吵中丧命，还是被一个合法拥有枪支的精神病人开枪打死都很不公平。只有在一个既将死伤降到最低，又允许合理自我保护的制度中，才能实现真正的公平，这要求在发放证照时已有某种程度的预见，但这在实践中却是不可能的。

对禁止持有枪支的特许制度涉及损害净减与义务方公平承担责
197 任之间的冲突，是法律政策中最富戏剧性也最具争议性的范例。诸多实例表明，没有任何一种证照制度可以避免“好坏不分”的局面。这既是因为所有区分责任人和非责任人的办法均有其内在误差；也由于其间行政构架的复杂性。试以一律禁止而非特许制度为例。联邦法律要求制药公司投放市场的药物均应装入容器内，容器的盖子必须让

儿童很难打开。这意味着没有孩子的成年人若夜半时分需要服用阿司匹林,就得先摸索到他们的眼镜,然后睡眼惺忪地和那桀骜难驯的瓶盖斗争得怒火冲天。不过,据估计,自1976年法律生效至1981年间,每年大约有200个孩子的生命因为这条法律而得救。很多成年人都认为,即使特许制度不被采用,和损害的净减效应相比,他们的不便仍是合理的代价。

对那种本应允许绝大多数人而只禁止少数人实施的行为来说,要设计出一套行之有效的许可制度往往更加困难。这些行为本身对他人而言并不危险(如携带装填弹药的武器),之所以在总体上被认为是危险的,是因为有少数人会滥用这个自由。这一点和我之前述及的情形相反,在那里,我假定持有枪支具有内在危险性,应予禁止而只对值得信任且有特殊需要的少数人予以特许。饮酒也是相对宽松的许可制度的一个很好示例,它与持有枪支的行为之间仅有程度之别。目前,很多州的法律认为饮酒总体上具有社会危害性,但要求的唯一“证照”就是一张显示年龄的出生证件。相应地,大量不负责任的成年饮酒者(尽管相对全部饮酒者来说只是一小部分)却常常因为醉酒而制造事端、犯下罪行。假设各州向所有达到合法年龄且具备行为能力的人发放饮酒许可证,并保留一旦遭到滥用就吊销证照的权力,我们很难想象,政府部门能够以敏锐、灵活的方式运用这一权力,既不主观臆断也不滥用。在对公共安全不产生任何危险的情况下(如,加入某党派或拒绝发誓),就不应拒绝发放驾驶证或其他许可。不发饮酒许可恐怕比将被否决者三振出局的诱惑更大。 198

当然,要避免决定时的主观性,一个办法就是干脆不由人来做决定,代之以在法律中直接规定明确客观的条件。但这个办法的危险更大,它让整个许可制度毫无灵活性(许可制度的初衷)可言。例如,没有什么比一份重罪判决更“客观”的了,但如果仅仅因为一份判决

就剥夺其证照许可，则无异于在他已经受到的处罚上再加一份处罚，而这份处罚无论与他先前的犯罪故意还是与他的危险性之间都没有明确的因果联系。最适于以法律的明确规定自动取消其饮酒资格的应当是那些形成顽固的心理依赖和生理瘾癖的人，他们饮酒时毫无控制力和责任感。但恰恰是这类人，法律对他们毫无阻吓的威慑力，立法者也许想干脆一脚把他们踢进监狱，但这又恰恰是最不经济的解决之道。

还有一些许可技巧可以在有限的领域为解决问题提供便利，尽管可能会在其他方面磕磕碰碰，但至少不会处于这样的进退两难之间。例如，经验表明，在可以对酒驾者吊销执照的情况下，发放驾驶执照比授予饮酒许可更容易解决；在对持续或间隔数小时连续将酒卖给明显醉酒的人或未成年人的行为可被吊销执照的情况下，许可售酒比许可饮酒更容易解决。要找到替代一律允许或一律禁止的方案是一个需要想象力和耐心的技术问题。仅当这个问题缺乏任何实际解决的可能时，立法者才能以损害原则将一律禁止的方案正当化。我们所考虑的一般情形显示，对于坚持损害原则的立法者来说，他们的任务并非总是简单地对比损害发生的相对可能性，而在一律允许和一律禁止之间，让可能性成为决定的标准。不论何种版本的损害原则都不认为也不允许以刚性的机械方法作为增加说服力的依据。

199 五、统计歧视与损害净减

在支持自动剥夺资格的依据中产生了特殊的问题：若某个群体具有某种统计上的特性，则该群体的任一成员是否一定具有该特性呢？统计学原理常被应用于保险公司或诸如此类的公司中，这些企业知道如何让概率作为利润的指导。实际上，国家发放证照许可也是某种保险，前提条件就是相互区分的保险费方案。例如，很多交通事故

保险公司要求年轻男性比年轻女性缴纳更多的保险费，25岁以下的人比25岁以上的人缴纳更多的保险费，皆因统计数据表明，前一类人比后一类人发生事故的概率更高。同样，养老保险公司向退休男性派发的年金高于向退休女性派发的年金，因为统计数据表明女性比男性活得更久，尽管并非每一个退休女性都比每一个退休男性更长寿。如果国家强制此种汽车保险，就是支持对年轻人，尤其是对年轻男性的这种统计歧视；如果国家机关与歧视性年金公司独家签订其职员退休计划，就是支持对老年女性的这种歧视性待遇。

偏见作为一种不公，字面意思是“预先的判断”，从行为上说，就是在没有任何直接证据证明的情况下，仅凭某个人人共有的间接证据，将某种特性归结到某人身上。偏见有时难以避免，例如在保险业务中就是如此，但在特定个案中就显得极不公平，尤其是对那些看上去具有实际上却并不具备某类特性的人来说更是如此。在偏见可以避免的情形中，刑罚不但不是可以被正当化的“必要的恶”，而且根本就没有正当性可言。

即使在涉及生命的某些领域，如保险业务中（它不剥夺自由，只是让生活成本稍微提高），主观歧视亦不能避免，但若立法者将许可制度中的资格条件通过刑事制裁的方式加以推行，歧视就可以避免了。单纯的统计可以用于支持全面禁止使用酒精饮料，其依据是饮酒者作为一个群体，比非饮酒者群体制造了更多的损害性事故。假定有足够的执行力（这个假定在20世纪20年代就崩溃了），只要一律禁止，严重死伤的数目可能极其显著地下降。这种极端法律的正当性在美国尚未定论，因为一般人都相信，除非付出难以接受的社会成本，这样的法律其实是无法执行的。

不过，我们现在还可以听到同样的论调，即剥夺18岁至21岁的人饮酒的权利，尽管从其他方面来看，他们享有完全的公民权利义务。

还有一些有力的观点反对这种做法，任何一个 19 岁的年轻人都能将这些观点令人信服地背诵如流。尤其是关于不公平、不一视同仁的指责很容易产生。18 岁到 21 岁的人无论是战争期间还是和平期间都足以应征入伍，却被剥夺了最简单也是最基本的喝杯啤酒的乐趣。他们足够成熟去投票、缴税、结婚生子，却不能在午餐前来杯鸡尾酒，他们还是被其余的成人世界当成孩子。另一方面，将这个群体完全排除在合法饮酒的范围外却有着无可辩驳的理由：的确可以减少交通事故引起的死伤人数。⁶

对统计上的损害有一个有力的反驳。可以理解，国家的立法者不愿放过每年挽救数以百计生命的机会。但是，立法者在讨论这类问题时显然不能一直统计下去，哪怕他们对损害原则的忠诚完全一致且毫无保留。假定将饮酒的合法年龄从 18 岁、19 岁提高到 21 岁，这当然能挽救相当数量的人的生命。可以想象，如果深究下去，又有数据显示下一个最严重的酒驾记录是由 21 岁至 24 岁的这群人制造的，接下来则是 55 岁至 58 岁这个群体。如果剥夺这些人的饮酒资格，又将有更多的人获救——假定人数等同于剥夺 18 岁至 21 岁的人饮酒资格所挽救的人的数目。（同样的理由可以支持继续剥夺比如说 25 岁以上人群的饮酒资格）。或者，有统计数字表明，美国人里印第安人、爱尔兰裔和俄罗斯裔的人比其他种族有更高比率的酒精滥用行为。即使假定统计数字表明，剥夺这些人的饮酒资格，每年可以挽救 100 人的生命，这种歧视性立法也必将引得群情激奋，对此种法律实施的抗议肯定会达到暴力的程度。

上述示例中的统计歧视尽管会减少损害的发生，却显然并不正当。理由很清楚，被统计群体的成员与上述示例的特定行为之间的相互联系，并不意味着该群体中的每一个成员都与该行为之间存在因果联系。仅仅因为某人是某个统计上的危险群体的一员，就怀疑他可能

具有与危险存在因果联系的特性。然而，古稀之龄并不必然表示他们每个人（甚至也不表示他们当中的绝大多数人）都是危险的驾驶者。那些例外的个体之所以危险并不是因为他们的年龄，而是因为他们的身体条件，这往往但并不总是由于年老引起的。同样，暗示美国印第安人、爱尔兰裔人和俄罗斯裔人与醉酒倾向之间存在因果联系的法律也是不正当的，即使研究表明存在所谓嗜酒基因，且在那些种族身上该基因比其他种族更常见。当然，如果可以通过实验确定这些基因的存在，那么，无论带有这种损害性（对他人的损害性）醉酒癖基因的人是否属于那个种族，剥夺他们饮酒的权利就没那么不公平了。

同样，剥夺癫痫患者，至少是那些突发性癫痫患者驾驶车辆或者操作重型机械的权利亦并无不公平。但如果有证据表明，美国人中只有百分之一的人患有癫痫，但有百分之八的鲁里坦尼亚裔美国人患有癫痫，则以此通过法律剥夺所有鲁里坦尼亚裔美国人的驾驶执照就是不公平的。这样的法律不仅是不公平的，从损害原则的立场出发，也是不必要的。如果法律不分种族直接剥夺所有癫痫患者的驾车资格，同样也可以减少损害的发生。第一要义是，无论何时，若立法者意欲依据群体与危险倾向之间的统计联系剥夺许可资格，它首先必须尽可能找到该危险倾向与该群体的常见特性之间的因果联系，无论该特性还会出现在哪类群体中，直接针对那个特性进行立法即可。只有当这种分离术失效时，统计上的差别对待才可能作为一个选择；即使如此，除非属于极端情形，否则，它那可以减少损害的光环也无法掩盖 202 它令人侧目的不公。

因此，既然所有的考虑均已涉及，我想作个结论，各州立法机关所考虑的提案，即取消 18 岁至 21 岁的人的饮酒资格的提案应予驳回。年龄歧视不像基于其他主观因素，如种族、性别、伦理、宗教信仰等引起的歧视那样有着更为强烈的个人针对性。实际上，在某种意

义上，年龄歧视甚至不那么有“歧视性”。除了那些早年夭折的人，人人都会在某个时间进入某个年龄。假定（*ex hypothesi*）这是一项持久性政策，既然所有人都会在他们生命的某个时间来到 18 岁，那么，歧视 18 岁到 21 岁的人其实就是歧视所有人。当然，同等地歧视所有人，也就根本不是歧视了。（只有那些长到 18 岁，但永远都到不了 21 岁的人才会抱怨他们被剥夺了饮酒的权利，从当下看，那的确是歧视，但他们只是很少的、通常也无法鉴别的一部分人。）另一方面却不能说，每个人都将平等地在某个时间成为黑人、女人、爱尔兰人、无神论者等，因此，种族、伦理、性别和宗教信仰歧视才是真正的歧视，相反，年龄歧视并非真正的歧视。正因如此，将某个年龄阶段的成年人集体排除在某种许可之外的做法，其合法性至少是可以讨论的，立法者首先应当穷尽所有其他方案，特别是尝试在不考虑年龄的情况下，当某种特性与某种危险倾向之间存在因果联系时，以有效测试确定该特性是否存在的方案，然后方可有所行动。

六、损害的相对重要性

目前我们所界定的损害原则在无需指引的情形中为立法者提供了一个确定无疑的方向。他明白法律应当禁止杀人、伤害、抢劫、诈骗；同时，法律应当允许步行、阅读、交谈和进餐，损害原则为这些条款提供了明确无误的理据。杀人、伤害等行为会给被害人造成损害，（损害原则告诉立法者）这个事实就是禁止它们的最好理由。既然找不到同样有力的理由为允许这类显而易见的损害行为提供证明，那么，最合理的结论就是禁止这些行为。另一方面，步行、阅读等行为一般不会引起损害，因此损害原则不会为禁止它们提供依据。既然从其他角度无法得出禁止它们的明确理由，那么，最合理的结论就是允

许这些行为。

对于需要救急的立法者来说，损害原则只会令他失望，它只是一个空洞的公式。对立法者而言，真正困难的情形都有一个共同的形式：某类行为往往会对相对人造成损害，但禁止该行为会让那些在该行为中包含利益的人受到损害，对自由（甚至是杀人的自由）的约束不仅在某些微不足道的方面对受约束者造成“仅此而已”（*pro tanto*）的损害，更令其他实质利益也一并受到妨碍。在所有这类情形中，阻止 A 损害 B 在 Y 中包含的利益，将损害 A 在 X 中的利益（如同他在自由中的一般利益，或同样价值的东西）。因此立法者必须决定，B 在 Y 中的利益是否比 A 在 X 中的利益更加重要——是否更值得保护（暂将风险程度问题放在一边）。而且，立法者不仅仅只是考虑具体的 A 或者 B 的情况，还要考虑到类似 A 的一类人或类似 B 的一类人，即一般 A 和一般 B 的情况。目前界定的损害原则告诉立法者，保护 B 的利益不受损害是禁止 A 的最好理由，但它能说的也就这么多了。它不会告诉立法者，这个理由和另一个显而易见的理由相比究竟好在哪里，使得法律可以允许 A 毫无约束地寻求他的利益：因为这另一个理由也源于将损害最小化的要求。为了让谨遵损害原则的立法者找到一个充分的理由赞成或反对为此类困境制定法律，他必须找到方法比较相互冲突的利益的相对重要性。⁷

我们无法制定一个详尽的手册为所有的人类利益标明“重量”，各种可能的行为或活动对它们的促进或阻扰的程度都可能因客观存在的概率或然性而被打上折扣。草拟法律永远无法像做烩菜那样对着菜谱逐条照搬。最后还是要靠立法者本人，而不是靠那些似是而非的公式和“办法”去比较相互冲突的利益，并判断哪个更重要。我们在此仅讨论立法者完成这项工作的一般路径，包括利益哪些方面的“参数”是相关的，什么样的“利益权衡”必须纳入考虑当中。

对立法者来说,典型的困境涉及一些人的积极利益(我们且如此称呼),如来去自由、畅所欲言、千方百计以达目的等;与另一些人的
204 消极利益,如不受攻击、安享平静、保守秘密等之间存在的冲突。总而言之,我们在参与各类活动及为所欲为中包含一系列积极利益,也在独处或“事不关己”中包含一系列消极利益。

在报纸报道新闻的利益与个人不愿为人所知的利益之间,或者更通俗地说,在公众好奇心与个人隐私权之间存在的冲突就是其中一个典型但不唯一的例子,这当中,损害原则需要以利益平衡的环节作为补充。在毁坏名誉的民事案件中,要求真相的公共利益与原告保持良好名声的利益之间往往存在冲突;在滋扰案件中,原告在自己的土地上享受宁静生活的利益,与被告修猪圈,或养一条狂吠不止的狗,或是建一处小型锅炉厂的利益之间存在冲突;在郊区,居民们享受宁静的利益与摩托车手找到便捷通道的利益之间存在冲突;公共汽车和火车上,一名乘客希望保持安静且不受无聊打扰的利益与另一名乘客收听便携式收音机的“利益”(如果达到这个程度的话),或是与另两个邻近的乘客之间声音虽低但无聊透顶的交谈之间存在冲突。原则指导我们要将损害最小化,但却无法告诉我们,法律是否或者应当如何处理这些冲突。

当然,在其他条件等同的情况下,我们应优先保护确定受损的利益,而非仅凭猜测确定损害的利益;更重要的是我们应阻止对某个利益的整体损害,而不是阻止对另一个利益的轻微损害。损害就是利益受阻,阻碍当然有程度轻重之别,但当不同的利益受到同等的侵害时,哪个损害更大呢?当然,那将取决于究竟哪一种利益更重要。要决定重要性,立法者至少应从三个方面考虑利益的区别:(1)“致命性”,(2)它们受其他利益——公共利益或个人利益——的强化程度,以及(3)内在道德性。对利益的这些相关特性我们简单解释如下(第四点

留到第四卷第 29 章第四部分)。

有些利益看起来更重要是因为与对另一些利益的损害相比,对它们的损害会对个人(或者可能是社群)利益的整体系统造成更大的损害,正如损害人的心脏或大脑会比对其他不太致命的器官作“同等程度”的损害引起的健康危险更大。因此,一般人在 X 中包含的利益可能比他在 Y 中包含的利益更重要,或者打比方说,前者在其整个利益系统中比 Y 利益更“致命”。人的福利性利益是最为关键的利益,当然具有同样的“致命性”。如果某人利益系统中的某个高“致命性”利益与另一个人利益系统中相对不那么“致命”的利益之间发生冲突,就可以认为前者比后者更加重要。法庭可以据此判定(仅举一例),被强奸者不公开身份的比报纸读者了解每日新闻的所有细节的利益更加重要。 205

判断哪个利益更“致命”并非易事,尤其当我们必须考虑不同类型的“一般人”的利益系统时更是如此,即使我们可以解决这个问题,还是存在其他复杂情形。利益总是堆积一处或相互重叠。作为身居郊区的学者,在我的利益系统中,当然是平和宁静比摩托车手高速、刺激、经济的交通利益更加重要,但除此之外,还存在车手的雇主希望工人迅速到达工厂的利益;社区(包括我本人)经济受益于工厂经营的利益;摩托车制造厂商获取利润的利益;警察及其他人(包括我本人)为青少年过于旺盛的精力找到一个相对无害的发泄方法的利益,以及立法者不自找麻烦的利益。可能再也找不到像我所在的这个宁静社区这样集中了如此多利益(个人的和公共的)的地方了。因此,与我的个人利益相比,摩托车手的利益对社区利益系统来说是更主要的因素,尽管我们也应考虑,他们制造的噪音在一些爱好宁静的外来人士看来,影响了物业的价值及社区的吸引力,这些人本打算搬来往并为本社区贡献他们的才智。这个问题因其复杂性作为最后也是

最困难的问题来讨论。

最后一个因素将使平衡利益的两难任务更加复杂。利益不仅因其受到的损害程度、重要性或“致命性”、或受其他利益支持的程度不同而相互区分，还在于其道德性质上的区别（见第三章第四部分）。这个因素并不总起作用，因为并无足够的依据可以将所有应受保护的
206 正常利益按照某个客观的道德标尺逐个排资论辈。但在某些极端的情形中，所有正常的人都认同，除了与其他利益的联系，某些利益根本不值得保护。了解碧姬·巴铎*婚姻生活（是在法国发生的一起敏感的官司）的亲密细节对于那些道德低下的偷窥癖者来说就是利益；性虐狂希望让他人遭受痛苦折磨是他变态可怖的利益。对公众利益而言，鼓励这些激发上述利益⁸的性格缺陷恐怕没有引导意义。即使这些个人恶习具有某种社会利益，基于其内在的无价值，还是有理由反对保护这种带来祸患的利益。理解、判断、知悉新闻事件的利益在其重要性上可能超过个人不愿为人知晓其隐私的利益，而那些除了对变态及神经过敏者之外并无说服力的照片和描述却毫无道德“分量”。

七、自由利益在天平上的位置

当利益平衡问题论及自由利益时，就会出现两个相伴相生的问题。无论何时，若某人在X中的利益受阻，假定这是由于法律禁止实施、追求、占有X造成的，则自由利益也随之受阻，易言之，在选择实施、追求、占有X与否当中即已包含利益。一般而言，在某种法律强制的情形中，我们可以说自由选择的利益有多重要，对这一一般利益造成了多大侵害。解决后面这个问题的先决条件是我们能够对自由

* 法国女星。——译者注

消减的“多”或“少”进行合理的量化描述。

如果个人自由已被冷酷无情的极权主义国家彻底剥夺，绝大多数人连经济收入和身体健康都已被摧毁，那就谈不上要追寻什么代表福祉的长远利益。正因如此，自由利益应被视为一项基本的福利性利益。如果某个行为被视为非法，所有公民至少在某个方面的自由被剥夺：即没人可以自由地实施该行为。但这并不是说，个人的自由利益因该项法律禁止而受到的损害比经济富足的福利性利益因新税种而受到的损害更大。如我们所见，除非越过某个最低忍受限度，这些福利性利益不会受到侵犯。与某些人认为钱越多越好的利益类比，也许存在一种非福利性的、没有最低限度的自由利益，但“守自由奴”的模糊形象足以削弱这个比喻。拥有尽可能多金钱（或自由）的利益与拥有足够的金钱（或自由）以获得体面生活的利益相比，侵犯前者的损害性要小得多，相应地，在利益天平上的分量也轻得多。 207

人们在超过必要值的更多的钱或自由当中存在某种衍生利益，当保证未来基本生活条件的福利性利益遭到侵害时，它就像是一个“减震垫”。因此，某人的所有物（金钱、自由或健康）越是接近最低限，剥夺行为对他的损害性就越强。所有的福利性利益都存在这种类似金钱的边际效应。权衡利益的立法者重视保护所有的合法利益，包括所有的自由利益，但和对福利性自由利益起减震作用的防卫性利益相比，立法者更该偏重福利性利益本身。同样，与超过最低限度的自由，即“自由越多越好”的利益相比，更应偏重保证最低限度的自由利益。

从假定一般人均应拥有政治自由利益出发，长期存在一个反对所有犯罪化建议的假设。不过，这个假设的合理性不仅因自由利益的类型（福利性的、防卫性的、累积性的）不同而变化，还因受相关立法损害的程度不同而不同。对自由利益的侵犯如同对金钱利益的侵犯一

样都存在程度问题，尽管我们缺少像“美元”、“英镑”、“法郎”这样明确分割的固定单位将其测量出来。自由利益——和我们可以自由或不自由地行事当中包含的其他利益相比——是指在我们有尽可能多的选择去作为、不作为或持有当中所包含的利益。对于某行为 X，我享有开放性的选择：我可以实施 X 行为，也可以实施非 X 行为（即不做 X 行为），总之，做不做 X 行为完全取决于我的个人意愿。如果允许我实施 X 行为，但不允许我实施非 X 行为，则实施 X 行为并非我的自由，因为如果 X 行为是允许我实施的唯一行为的话，实际上我是被迫实施 X 行为。当然，所谓被迫，就是对自由的反对。保有自由就是保有行为的各种可能，可能的选择越多，自由度就越大。某些刑事法律比其他法律剥夺了我们更多的选择，但以赛亚·伯林（Isaiah Berlin）提醒我们，“行为的各种可能之间并非互不关联而像苹果那样
208 可以全面清点”，⁹ 不像先令和便士（我们可以加上）那样可以准确地计数。清点和估算选项“简直再印象派不过了，”¹⁰ 收集对人的印象有或好或坏的方法，有些人的印象比另一些人的印象更清晰。

我们可以把生活看作由纵横交错、布满岔道的铁轨组成的迷宫。若哪个道岔没锁死，就既可能通往这条道，也可能通往另一条道，这就是“开放式选项”；而某个位置的道岔已经锁死，那么那个选项就“关闭”了。当我们轧轧作响地在迷宫的轨道上缓缓行驶时，其他人正忙着锁住或打开道岔，也即忙着打开或关闭选项，增加或减少我们继续前行的各种可能。一些扳道者就是立法者、警察和法官，他们被授权设置道岔的状态；另一些扳道者则在夜间非法操作，改变白天经授权作出的设置。当然，这个模型比较简单化，在真实世界里，“轨道”和“道岔”不会标示得如此明确；但它给我们一个印象，即为何某些被关闭的选项比起其他选项来说是对自由更大的约束。扳道者将某个道岔锁死，迫使我们或继续直行、或停车、或等候指令。我们不能转

到另一条轨道上向不同于之前的方向前进。在道岔锁死之前，我们原本可以选择继续直行或转到新的轨道上行驶，但现在，后面这个选项关闭了。如果不让我们通行的那条轨道很短，只连接一条侧线，并且很快就会到达终点——一个小村庄，则我们的自由没有太多的减少。虽然我们没有去往某个特定站点的自由，但整个轨道系统还有众多的可能摆在我们面前。另一方面，如果关闭的道岔使我们无法到达某条主干线，且该线路连接着众多道岔，并导向不同方向的支线，那么，我们的自由就遭受了严重的剥夺，我们不仅不能在此点转向，还失去了在后面那条主干线及其支线上出现的众多选择。在这种情况下，一个被锁住的道岔关闭了后面线路上的数十个选项。导向更多选项的那些选项可称之为“繁衍”选项；那些相对没有繁衍力的可称之为“有限”选项。在其他条件等同的情况下，关闭繁衍选项比关闭有限选项是对自由的更大约束，关闭越多的繁衍选项，对一般性的自由利益的损害就越大。

铁轨模型在很多方面来说都很不充分。它只是对我们所认识的自由历程作出的一种大致的艺术处理，很难将其应用于表达自由或“被动自由”，如独处的自由等。此外，在充分考虑由“选项”一词所指代的选择的整体复杂性之前，它还需要进行很多复杂化处理。自由者往往面临“做 X 还是不做 X”的选择，投不投票，买不买车，出门旅游还是留在家里。即使是更加复杂的决定都可以纳入这个逻辑格式。该格式本身给人的感觉是多面的：投票给 A、B、C 还是 D？买福特、雪佛兰、日产、大众还是雷诺？去英格兰、法国、荷兰、瑞典、西班牙还是意大利旅游？嫁给汤姆、迪克、海利还是……？我们的选项就好比给音叉调音，音叉的基点上有问题比单个齿尖上有问题给自由造成的约束更大。其他选项是拆分替代选择的组合而非给出单个可能。如果拦路抢劫的贼人用枪指着你的腰问“要钱还是要命”，他给

出的选项一个是交钱还是不交钱，另一个是要活还是要死，但他关闭了“既要钱也要命”的选项——这才是真正的繁衍选项。

我认为，关于自由的“开放式选项”理论比它的主要对手，即自由是指对自由意志，无论其内容为何，不加妨碍的理论更合理。假定马丁·许兹维特（Martin Chuzzlewit）发现自己所在轨道上的所有道岔都关闭了，而在他身后，其他列车正在同一轨道上向同一方向驶来，那么，他别无选择，只能继续向前直行直到终点 D。根据“开放式选项”理论，这显然是一个完全失去自由的范例：他的所有选项都被关闭，没有其他的替代选择，他只能被迫驶向 D。但如果假定到达 D 正是许兹维特的人生最高理想，是他的最终意愿，在这个例子中，他显然得偿所愿。那么这是否影响到对上述情形中有关自由的描述？按照自由就是想做的事的观点——古代斯多葛派、伊壁鸠鲁派以及很多现代学者都赞成这个理论，许兹维特在这种情况下正享受着最完美的自由，因为他做到了他想做的事，尽管他别无选择。可是，这个理论模糊了自由和强制之间的界限，在这个极端的例子中倒是区分了两者，且无法达成一致。

常识也给“开放选项”理论提出难题。对自由的这种阐释带来的问题是，既然它和我们的实际愿望并无直接联系，那么为什么我们要赋予自由如此高的价值。假定汤姆·平奇的人生最高愿望（还是在铁
210 轨模型的语境中）是到达终点 E，这个站点位于一条小支线尽头的一个货栈侧线上。继续假定火车开往该路线的道岔在入口处被锁死，并且，这个道岔是全部轨道系统中唯一被锁死的道岔。对这位沮丧的旅客来说，他可以自由地去往他最想到达的地点之外的任何地方，这一点或许是个小小的安慰。开放选项理论要解释的是为什么许兹维特，这个除了他最想做的事之外什么都不能做的人，失去了某个宝贵的东西；而平奇，这个除了他最想做的事之外什么都可以做的人，却拥有

某个宝贵的东西（他的自由）。

想要接受这个挑战的学者有两个行动方案。第一个方案是妥协，在开放选项理论中纳入其他要素（伯林显然就是这么做的）。伯林在一个修正性的脚注中谈到，某人在某时所享有的自由总量，既是其开放式选项的数量和繁衍力的综合体，也是“其所身处的社会及一般感受赋予各选项的价值”¹¹的综合体。如果我们接受伯林的观点，将得出奇怪的结论。许兹维特，无论他愿望如何，都只能去往D。假定无论在许兹维特看来，还是在“他所身处的社会”看来，D都是一个美好的终点，但他仍是不自由的。我看不出D的吸引力对许兹维特是否有去那里的自由有何关联。如果许兹维特别无选择只能去D，结论就是他被迫地、不情不愿地去往D。毫无疑问，他的处境让他很高兴，但这只能说明他很愿意做他被迫做的事并满足于他的不自由，这是我们观察已久且了解已久的经验事实。至于沮丧的旅者平奇，伯林的观点将带走他最后一点安慰。如果他想去的站点无论在他还是在他所处社会的“一般感受”看来都是个令人向往的地方，那么，即使他在轨道系统中四处走动的选项几乎都是开放的，他也还是不那么自由。也许事实上他并不比许兹维特更自由，或者更不自由，这很难确定，因为伯林将选项的数量和价值都作为决定自由的因素，却没有为我们提供任何做重要性比较的线索。即使社会总体上不认同平奇对其终点的评价（平奇也许期待这与他的自由问题无关），即使他达致愿望的障碍不仅单一有限，而且没有很大的负价值，社会仍将告诉他，不管他多么沮丧，他是“真正自由的”。

211

关于自由价值的另一种令人信服的论证同样坚定但更低调。正如伯林在其主要著作中多次提到的那样，自由是一个有着实实在在价值的东西，但并不是唯一有价值的东西，尤其当自由与幸福或意愿等被绝大多数人赋予很高价值的其他状态相比时更是如此。许兹维特可

能对毫无其他可能的情况满心欢喜；对他来说，与自由却不满足的状态相比，得偿所愿而不自由其实再好不过了。我们也可以理解，平奇也许愿意用大把不必要的自由去换取他需要的愿望。但这些例子并不表示“真正的自由就是满足”，或者强迫和自由可以协调一致（在强迫可以带来满足的情况下），而是表示自由是一回事，满足是另一回事，它们都很有价值，但有时彼此冲突而不可兼得。¹²

那么，自由利益的基础到底是什么？如果除了自由我们什么都可以得到、其他所有利益都蒸蒸日上，那么，“没得选择”为何仍事关重大呢？在我们于自由中包含的众多利益中，最低限度自由的利益也许最能说明问题。如果人完全没有选择，如果人们在任何时间实施的任何行为都是他们唯一被允许实施的行为，如果他们可能选择的其他愿望都完全被压制或被熄灭，假定因为有了英明的设定，他们还是获得了有价值的东西，可是，他们的成就得不到赞美或指责，无论是前瞻还是回顾，他们都不比机器人更能对自己的生命负责，就像前文比喻中的火车，必须按照“既定的道道儿”前行。他们无法培养和追求新的利益，也无法在新的、合乎心意的轨道上追寻既有的利益，他们没有打开生命岔道的钥匙，也无法走出自己狭窄的轨道。只有很少一部分终极利益能与允许范围一致。培养与个人性格气质或习性爱好相一致的新利益的想法变得毫无意义。事实上，任何重大改变，包括想法上、目的上、规划上、愿望上的任何改变都毫无意义，因为他们缺乏自由处理的灵活性，要调整方向必定因既有藩篱而归于失败。自我监控和自我批评的能力对人性如此重要，但在他们那里只能干涸枯萎，不再发挥任何作用。尽管他们还是会获得全部满足，却无法将其视为人的幸福。

我们当中绝大多数人都在中庸的既定轨道上生活，那些在福利性自由利益之外享受巨量选择的利益对我们来说不那么急迫。我可以

改变愿望或野心而并无外在障碍阻止我的新追求，但如果这种改变的可能性完全为零的话，这样的自由并不能给我多大安慰。可是，想到万一我本人或我的环境有所改变时，这世界不会阻止我，这仍是非常鼓舞人心的。替代选项的可能带来的“呼吸空间”也是一种很重要的安全利益。

自由利益的另一个来源正与安全有关。享受开放的选择在很多人看来有其本来价值，就如同享受令人愉悦的自然和社会环境一样。这当中有着某种象征意义：图书馆的书远多于我们要读的；博物馆的展览远多于我们要看的；餐馆提供的菜式远多过我们最想点的。能够进行选择总是好事，尽管有人在没有这些选择的情况下也能获得满足。替代的选项不仅确保人们应付愿望发生变化的可能，还能够让人欣赏世上无尽选择的丰富多样，并由此构成一个让人愉悦的生存环境。

对性格尚未完全成型的年轻人来说，或者对那些年龄再大些但行事并未定规的人来说，自由利益的主要基础在于体验各类生活的必要性，在众多可能的生活累积中找到最适合其理想、习性和愿望的模式。对这些人来说，开放的选项比奢华更重要。而对另一些人来说，超出必要和安全之外累积开放式选项本身就是某种日后利益之所在，对它的综合促进包含了个人福祉的某种焦点目标。对某些人来说，累积的自由利益和其他人眼里优美的环境、超出基本需要的健康体魄、巨大的财富和权力具有同样的地位和价值。

在做结论之前，应当在此强调自由利益的两个要点。第一个要点是，自由利益并非仅指由我们能或不能自由实施的行为当中包含的先在利益所衍生的利益。摩托车手快捷省钱地赶去上班当中包含的利益

213

与其能够选择上班的方式当中包含的利益不是一回事。身居郊外的学者在社区的祥和宁静中包含的利益与其能够选择展开研究的地点当中包含的利益也不是一回事。在我们“计量”或“平衡”摩托车手与

学者之间相互冲突的利益时，当然要将速度、经济和宁静等因素直接、完全地纳入考虑，但对他们应受尊重的自由利益亦应选择考量。某人的利益尽管被立法者或法院驳回，在眼下这个案子里，他的某个选项已被正式关闭，但他仍保留了其他方面的自由。值得尊敬的自由利益被赋予的价值是各方提出的利益总量中的一部分，该价值与对方的自由利益相比是更大还是更小取决于各自繁衍力的大小。¹³ 刑事条款有时侵犯了我们在被禁止行为中包含的利益，尽管并非往往如此，因为我们当中绝大多数人在那些行为中自始不存在利益，但开放选项的利益是一个相对独立的价值，它总是受到犯罪化某种程度的影响，哪怕当中并无实际利益存在。除非被刑事法律关闭的选项具有衍生力而使这一事实具有较高的道德重要性，否则这一事实并无道德意义。

自由利益的第二个要点源于这样一个事实：选项既可能被个人的不法行为关闭，也可能被立法者的权威法令以及警察、法庭和监狱关闭。刑法保护利益，包括保护拥有开放选项的利益不受他人侵犯。深思熟虑的刑事立法者总是要在减少 A 项政治自由与扩大 B 项实际（*de facto*）自由之间“盘算”一番。如果依照损害原则将该项法律正当化，则绝大多数人在实际自由中的所得应当总是足以补偿因该禁止而损失的自由。

因为立法者在禁止或不许可某种行为时想到的通常都是自由之外的其他利益，所以很难找到明确的例子表明，作为平衡，刑法能够扩大自由。当然，最清楚的例子就是法律禁止非法禁锢、绑架、劫持、强制扣留以及其他违背被害人意愿直接侵犯被害人自由的行为。例如，某人被非法锁在一个房间里，如同侧线上的一列火车，连接的唯

214 一道岔被锁住而无法进入主干道网络，这被关闭的选项极具繁衍力。另一方面，无论背景环境表明那个“非法禁锢者”的自由利益有多大，该利益都不会在立法天平上发挥任何作用，因为法律因禁止非法

禁锢而关闭的选项，除非极端情形外¹⁴，其繁衍力都不如受保护的选项大。

很多刑事禁止主要用来保护生命、肢体、健康、财产、隐私等利益，偶尔也保护自由。这些条文往往可以在它们对自由的净扩张中找到其正当性，其实，单是对其他自由的保护已足够从损害原则中找到其正当化的依据。例如，法律禁止强奸，是为了防止女性遭受精神创伤和生理伤害，这些足以说明其正当性，同时也保护了哪怕是最小程度的自由利益。法律对绝大多数成年男性关闭了一个相对不那么有衍生力的选项，同时并未剥夺女性的任何自由。¹⁵它保护了所有女性不受损害性、创伤性身体接触的侵犯的利益（从这个法律的逻辑上说，这是比自由大得多的独立价值），并且保证她们各种具有较强衍生力的利益不因他人非法行为而关闭。所有女性的衍生性选项均受到保护而不必以牺牲其他自由为代价；而众多男性不过被关闭了一个小小的有限选项——显然只是自由的净增。不过，从自由的立场看，刑事立法并不总能“盘算”得这么好。¹⁶无论如何，当利益发生冲突时，优先考虑的总是其他受影响的利益而非自由。

八、小结：对损害原则的限定

损害原则初看似乎为立法者提供了一个直白无误的指引。实际上，为理解损害，我们设置的模型是折断的骨头和被偷的钱包，我们可以保留那个图景，将损害视为一个简单、确定甚至纯粹的经验概念。本章及之前章节中的分析揭示出损害是一个非常复杂的概念，隐藏着很多规范性特征，部分原因在于，损害原则在没有补充性原则（或调和性法谚）的情况下，无法令人信服地广泛适用于各种情况，其中的一些补充性原则源于独立的道德原则。现将我在本章及前面各章中提

到的对“损害”的限定，以及指导损害原则适用于特殊情况的补充性原则小结如下。第六章对此将作进一步总结。

1. 损害原则中所使用的“损害”一词是指利益的受阻状态，该状态是他人实施不法作为或不作为的结果。这种解释将正当行为或免责行为造成的利益阻碍（并非不法的“损害”）排除在外。确切地说，损害由道义上可责的行为造成，它不仅使被害人的利益受挫，也侵害了他的权利。反过来，权利是针对他人行为的合法主张，权利所支持的一系列理由为主张提供依据。何种考虑可以成为主张的适当理据仍有规范上的讨论空间，但我已总结过（除了以下第2点提到的例外），任何利益，就其本身而论，已经包含了某种适当的理由（之一）支持针对他人提出的主张。主张若合法，就是一项权利，其理据不仅仅是相关的、有说服力的，更是决定性的。
2. 如果存在某种邪恶的利益，或是本性败坏的、变态的利益（是否有这样的利益暂且存疑），那么这些利益就是一般化的例外。所有的利益都可以为要求他人不加干涉或提供扶助的主张提供充分的理由。因此，对某个邪恶歹毒的利益的阻碍不能算做损害原则中所说的“损害”，“损害”的技术性内涵进一步缩窄。
3. 当B自愿同意A实施阻碍他某项利益的行为，或自愿接受A的行为对其某项利益造成负面影响的风险，A的行为就并非“不可免责”，B的同意给A提供了一条正当化理由。B的同意是对自己权利的放弃，即使A的行为给B造成损害（即利益受挫），亦并未侵犯B，不应被视为损害原则中特定意义上的“损害”。“愿者不受害”是适用损害原则时的

一条调和性法谚。

4. 即使对“损害”作广义上的非技术性理解,也不应将转瞬即逝的失望、轻微的身心“伤害”以及各式令人不快的精神状态,包括不同形式的不快、焦虑、厌烦的情绪视为损害,因为广义的损害是指对利益的阻碍,而在避免所有上述状态当 216 中(往往)并不包含利益。(虽然他们不算损害,但并不必定妨碍我们将其视为损害以外的另一种恶。)
5. 轻微或细小的损害尽管其程度轻微、不值一提,但仍是损害,但如果低于某个最低限,则出于损害原则的本来目的,就不能再视其为损害了。对琐事进行法律干预往往会造成比想要阻止的损害更大的损害,不仅对被干预者本人,甚至对无辜的被害人的利益(在我们的立法计算中,必须优先考量的利益)和各种第三方的利益都造成损害。“法律不理琐事”(De minimis non curat lex)也是适用损害原则时的一个调和性法谚,我们把它理解为无辜的利益优先于微小的利益。
6. 在某些情况下,损害发生与否并非确定的结果,易言之,某种行为既非绝对无害,亦非直接、必然有害,我们只能说,它会制造某种程度的危险。此时,信守损害原则的立法者必须尽可能运用各种不同的经验法则:
 - (1) 可能的损害“分量”越重,禁止性法律的正当性所需的损害发生的可能性就越低,以便发挥法律的威慑作用;
 - (2) 损害发生的“可能性”越高,正当化强制所需的损害强度就越小;
 - (3) 损害的风险度越高,其中包括损害强度和可能性,就越无法合理接受这一风险;
 - (4) 危险行为的价值(用处)越大,无论是对行为者还是对

他人，产生损害后果的风险就越可以合理接受，对极具价值的行为，任何风险都是合理的，除非危险已经达到清楚、确定的程度。

(5) 损害（危险）的风险越合理，造成该损害的行为就越不应加以禁止。

7. 出于难以避免的实际原因，面对伤害的过度脆弱的人受一般规则的保护与正常承受力的人完全相同。
8. 对损害的承受能力异常的人不能要求国家为了保护他们，动用刑法禁止他人实施有力而通常无害的活动。在不造成重大不便的前提下，其他人可以在那些方面作出调整，以避免伤害有身体弱点的人，如果这些人容易辨认的话（如盲人），法律就可以正当地要求他人那么做。不管怎样，法律应当保护易受伤害的人不受不必要的、恶意行为对其弱点的攻击。
9. 若整体损害由涉及某个一般的危险活动的人不均等地造成，一律允许的方案无法防止损害，而一律禁止的方案又会同时阻碍无害的、有利的以及有害的情形，立法者应试图通过一个选择性许可系统规范此类活动，仅当许可制度失效时才能采用一律禁止的方案。如果可行，法律应当依据道德重要性的不同，对涉及该活动进行区别对待，这也是适用损害原则时的一条调和性准则。
10. 当不同种类的利益相互冲突时，法律若不干预，则一个利益将受到某种程度的阻碍；反之，如果法律出手保护这个利益，则另一个利益将受到同等程度的阻碍，立法必须保护的是更重要的利益。比较相互冲突的利益的相对重要性包括三个不同方面的综合考量：

- (1) 在利益所有人的利益系统中，它们有多“致命”；
- (2) 它们能在多大程度上通过其他个人或公共利益得以加强；
- (3) 它们的内在道德性。

11. 既然对自由利益的侵犯也是损害，那么，所有的法律禁止，因其对选择的限制，都造成了某种令立法者在权衡时必须考虑的损害。仅当有必要阻止对承受上述行为的被害人造成更大的损害时，法律对公民自由利益的干预方可通过损害原则予以正当化。仅当经过慎重考虑的立法仍会侵犯自由时，自由利益才能在计算中发挥作用。被关闭的选项衍生力越强，对自由的侵犯就越强，因此，在其他条件同等的情况下，因直接关闭某个繁衍选项而间接关闭诸多关键选项的法律，比仅仅关闭一个有限选项的法律更难予以正当化，对后者利益的侵犯只是“小害”。被法律强制严重阻碍的利益往往不是一般性的自由利益。

一、竞争性利益

这世界充斥着这样的情形：一方的利益要想有所促进，只能以另一方的利益为代价，反之亦然；或者——更令人不快的是——一方的利益要避免受到损害或阻碍，只能由其以某种行为损害另一方的利益，反之亦然。当调停利益冲突的那只“看不见的手”缺席时，对生产者来说是好事，对消费者而言可能就是坏事；对农场主来说是好事，对农场工人而言可能就是坏事。按照解决冲突的通常程序，支持一方主张的投票、裁定或判决必定损害另一方。在物件或用具短缺的情况下，一方若不首先剥夺另一方之所需，即损害另一方的利益，就无法获得自己的份额。重新设置失效机制或是解除短缺状况可以解决此类冲突中的一部分；另一部分正如围绕同一位女士的所有求婚者之间的冲突那样无法解决，这正是人的本性。

一方的利益要避免被损害，只能以另一方受损为代价，不同人之间的利益若以此种方式彼此相关，即可称之为“竞争性利益”。某些

竞争性利益所指向的特定目标，原则上可以在不损害他人的前提下达到，那么，这些利益之间只具有偶然竞争性。人们总可以想出办法解决某种短缺，或让对手消失，或在付出极小代价的情况下相互妥协。在前述示例中，摩托车手和身居郊区的学者之间的利益冲突就属于这种偶然的竞争性利益。双方都可以接受一定的规则，如允许摩托车于特定时段在本区通行，或摩托车必须减低噪声等。另一方面，另一些利益的竞争性则强得多。这些利益的目标本质上是与他人相关的某个特定位置，较他人更优先、优胜、有优势才是其意义所在，而不仅仅只是利益发展过程中偶然产生的副产品。很多有着极高竞争意识的人认为，其终极目标或中心目标利益就在于他们在某些方面比别人更优越。例如，在打网球当中可以通过不同的方式获得利益。有人试图通过打网球促进自己健康上的福利性利益，或者只是为了培养一门特殊的才艺（如跳芭蕾或是绘画的才艺）。但如果某人打网球主要是为了赢取奖杯、奖金以及比他人更高的排位，那么这种利益就是具有内在竞争性（而不是偶然竞争性）的利益。内在竞争性利益作为利益的一个类别，其显著特征在于，从其本质出发，必定使某些利益受挫（即“受损”）。正如网球比赛必定有输球者，只要选手的利益在于“赢”，就必定有某些利益受损。

当然，按照我们特别界定的“损害”内涵，一个人的利益受到阻碍并不意味着他一定受到损害。令人信服的损害原则认为，仅当利益拥有者所受到的阻碍来自不法的作为或不作为，即该阻碍行为既非正当亦不可免责时，才是我们所说的利益受损。没有人主张，基于双方自愿进行的网球比赛中的胜者击败对手是对对方的不法侵犯；也没有人认为，相爱的人结婚是对失败的求婚者的不法侵犯。正如密尔所说：

无论谁在竞争激烈的职业中或是在选拔考试中取得成功，无论谁在追求同一目标的对抗中获得胜利，都是在对手的损失中，在对手的徒劳和失望中收获利益。但作为得到认同的事实，这对人类的一般性利益有好处，人们应当追求自己的目标，不应因这样的结果灰心丧气。易言之，社会认为，失望的选手并不享有豁免这结局的法律或道德上的权利……¹

220

总之，并非所有的竞争性阻碍都是损害性的。

事实上，只有当竞争本身具有道德非法性，或者通过不公的方式——诈骗、背信或暴力——击败对手时，击败对方才是一种损害。根据损害原则，国家此时要做的就是尽可能禁止非法比赛，制定控制比赛的程序性规则。什么样的比赛形式才是“合法”的呢？我们的脑海里立刻会浮现出很多清楚的例子。首先要提到的是自然的、也是必然的竞争关系。用密尔的话说，不仅仅来自“坏的社会制度”——这些制度存续期间不可避免地引起的“利益对抗”，还包括“在任何制度下都无法避免的利益对抗”。其次是一些人为的竞赛情形，基于那些可能存在或不存在缺陷的制度中的社会惯例及规则结构，选手完全自愿参赛，每个选手都完整准确地了解比赛的风险，且不受任何外在压力或操控。如我们所述，自愿同意的情况下不存在被侵害。某人可能要在比赛中承受失败的结果，可能这结果严重阻退了他的利益，但既然他事先已经自愿同意这个风险，那么他的损失就不是损害，因为损害原则已接纳“愿者不受害”法谚的调和。职业拳击手在一场惨败后，可能要承受其内在竞争性利益，以及健康、财富利益上不可修复的损害，但这些影响都不是侵害，除非拳击比赛本身就是非法的，或者该场比赛是在不公正、非自愿的情况下进行的，或者对手在比赛中使诈（如，在拳击手套中藏了一块石头）。

在密尔看来，如果比赛是“可以避免的”，或者如果（1）比赛过于组织化，实际上不可能确保或证实参赛者对重大风险的真实自愿的同意；或（2）总体上必定会对第三人的利益或公共利益造成损害，那么，这种比赛就是非法的。

符合上述两个条件的非法比赛有一个具有示范意义的例子——决斗。从经修正的损害原则初看起来，它不应被禁止。在几个世纪里规范着这一贵族式活动的古老决斗守则中，一方若公开侮辱另一方的“荣誉”，就可能受到对方的武器挑战。挑战的接受方可以“选择”接受或拒绝。如果接受挑战，他就接受了或者杀人、伤害他人，或者被杀（或受伤）的结果。如果他拒绝挑战，他将在自己的社交圈中颜面 221 扫地。（挑战者的）一个主动行为给对方施加了一个无法逃避的两难选择：要么是杀人或被杀，要么接受耻辱。在这种情况下，接受挑战者并非毫无压力地、完全自愿地接受风险。决斗的社会惯例，严格说来，并不合法，因为它迫使人们进入致命的风险，真实的同意其实是不可能的，至少是不确定的。

即使在某些情况下存在双方真正同意的决斗，从其他角度也可以找到反对决斗惯例的有力道德依据。杀人是严重的道德事件，没有哪个社会，即使价值体系各异，会对这一行为漠不关心。当然，历史上看，决斗只发生在少数人当中，但如果允许它发生在一个民主国家，并使之成为让所有人受侮辱后获得“满足”的合法解决方法，人人都会希望丧钟敲得越响越好，这必将使社会的一般福祉受到影响。每次决斗都会有一名决斗者身亡或伤残，留下他的妻子儿女需要帮助，那些爱他的人的利他利益都将受到直接损害；他的工作搭档、和他有合约的人、隶属他的部下的经济利益或业务利益也将受到间接损害；原本顺利进行的公共事务也将被中断。此外，如果决斗成为一般惯例，人性的恶将被激发，对生命的尊重将会降低；因为担心致命的冲突，

社会上有效的竞争将不再出现；恃强凌弱者将危及所有社会交往；普遍的不安全感势必增加。这些结果将损害每个人的利益（可能击剑教练、犯罪集团成员以及妄想狂患者除外）。简言之，即使充满仇恨的敌对双方完全真实地同意决斗，这种“合约”对公共利益仍是极其不利的；同时，也找不到一个切实可行的例外许可制度，能够做到既不主观，也没有潜在的滥用可能。²

二、对公共利益的损害

普通人之间类似决斗的行为——通过拳头的较量平息一场争吵，也会产生大致相同的问题。这种可疑的做法虽未经编纂形成细致完整的“决斗法典”，但其中的一般要点皆已众所周知。酒吧间的争执会以一句极不友好的“出去解决”而告终。如果之后两个对手到一个没人看见的地方解决他们的牢骚，他们就不必受到打架闹事或骚扰公众的指控。至少在某些明确的情形中，他们当中的任一方均可被认为是自愿接受受到伤害的风险，同时也默认在击打对方时不应超过确定胜局所需要的程度。拒绝对打的邀请可能会在熟人面前丢脸，但总体上的耻辱远不如一个贵族拒绝决斗的挑战那样会毁掉人生。打架当然会造成生理伤害——皮肤撕裂、青肿、骨折——但这些远不会导致死亡或残疾。将这种行为犯罪化等于告诉成年人，不允许他们实施双方同意的利己行为。如果损害原则要将对这类行为的刑事禁止正当化，就必须证明它可以防止对公共利益的损害。

问题是，“公共利益”是一个极其抽象的概念，无法清楚地适用于“自愿斗殴”这类不太明确的情形。鼓吹法律强制的人总是试图利用“公共利益”的弹性扩张损害原则的内涵，使对不赞成的行为的刑事禁止正当化。然而，这些行为看上去对行为人之外的人无害，因此，

立法者应谨慎从事。当然，决定和斗殴之间的区分主要在程度之别。两者中，社会惯例都对要决定是否接受邀请的一方施加压力，但这种压力在决斗的情形中更加确定也更加严重。即使再怎么自愿，这两类行为反过来都会影响公共利益，包括对公共事务的顺利进行、降低生产旷工率（受伤会引起旷工）、无拘无束的社会交往（不用担心流氓恶棍），以及一般的社会安全带来影响。对立法者而言，问题非常实际：这些受损的利益是否能够达到某种程度，使之足以抵消国家干预对双方自由利益的损害？当然，立法者的问题也并非完全是经验的，他还必须理解那个难以言传的不属于任何特定个人的“公共利益”，直至可以界定所有可能涉及的公共利益，以及当有所涉及时能够找到其意义来源。

什么是公共利益？什么样的损害是公共损害？一般而言，存在两个密切相关的定义。根据第一个定义，“公共利益”就是为大量的难以计数的个人所拥有的某种特定利益的总和。这些利益作为整体并不必定属于每个人，却可以不加区分地属于任何人。这些利益并非全部 223 基于某个相同的目标 X——也可能是类似 X 的目标，琼斯可以在自己的 X 中存有一项利益，史密斯也有他自己在 X 中的利益，几乎在公众中随机抽取的任何人都在自己的 X 中存有利益。公共损害是指被一般危险活动引起的、并非指名道姓地危及特定个人的、但几乎每一个恰好身处该地的人都会遭受的危害。这些活动所制造的危险涉及社群的全体成员，或者用边沁的话说，就是“涉及无法指定的、社区全体成员的全体大众，但没有哪个特定个人显得比另一个人遭受的损害更大”。³ 被投入某个城市供应用水中的毒药就可以造成这个意义上的公共损害，它并不必定使城市中的每个人都受害，但对所有人都形成一种“共同危险”，且对大量无法计数的人造成实际损害，在警告散播开来之前饮水的这些受害人无法被预先确定（边沁的用词是

“无法指定”)。放置在曼哈顿中央车站的大型炸弹因威胁到“全体公众”，亦属“公共损害”。

根据第二个定义，公共利益是“共同”的、被广泛分享的特定利益。共同利益是指所有人或绝大多数人在同一或极其类似的事物中包含的利益，该利益并非个人在自己的X中拥有的利益，而是每个人在同一或类似X中包含的利益。几乎人人都在经济繁荣中，即在避免衰退或通货膨胀中存在利益。几乎人人都在防止“公共灾难”中包含利益，如萧条、战争、瘟疫、饥荒、干旱、放射性环境污染、骚乱、犯罪高峰、社会仇恨、四处弥漫的失信和粗暴无礼。戏剧性较小但同样真实的是，在公共服务的维护中几乎人人都有利益存在：垃圾清理（即使是不产生垃圾的人也在他人的垃圾被清理中包含利益）、街道照明、电力供应、电话及邮政服务、警察治安等。这些服务的崩溃同样会造成第二种意义上的公共损害：对某个几乎人人都有利益的损害。

当然，并非所有人都在同等程度上分享某个共同利益。也许人人都毫无例外地在避免经济衰退、痛苦弥漫和政治动荡中存有利益，但衰退并非对每个人都造成同等的艰难，甚至对某些行业还会带来好处。面包商能够卖出更多的面包，因为人们买不起更好更贵的食物，他们在衰退中获得的利润不亚于军火商在战争期间获得的利润。当然，即使是面包商，作为普通公民，他们同样有受到歹徒或独裁政府威胁的顾虑，作为抱有完全利他的挂念之情的朋友、爱人或是爱国者，他们同样分享着避免衰退的共同利益。即使假定在总体上，通过利润获得的经济利益在面包商的个人净利益，较其在社会和谐和政治稳定中的共享利益而言是更大的组成单元，时事造就了他的特殊利益，但共享利益仍是他的利益所在。

因此，总体上首先要将某人作为不同社会角色时的“单元利益”

与其“总体利益”区分开来。和公共利益,以及避免衰退、瘟疫、战争等灾难的利益等相比,被更广泛共享的利益是“单元利益”,这不禁让人怀疑是否存在被每个人共享的“总和利益”。布莱恩·巴里很好地解释了这一区分,尽管用词不同:

……当人以不同的角色身份受某项政策的影响时,该政策对他的影响可能也会多种多样。作为驾驶者,更严格的限速规定当然不符合他的利益,但作为行人就符合他的利益;对于原材料进口商,关税越高越不符合他的利益,但作为要和国外对手竞争的销售商来说,却是有利的;凡此种种。因此,我认为应当将个人作为某 Φ (即某种特定身份) 的利益与他在某项政策中的总体净得利益(即他以其各种身份产生的全部正的及负的影响,经计算后的总体结果)区分开来。⁴

最大可能的公共利益是指人人无一例外共享的某个总和利益:某种一般性的总体净得利益。其实也可能存在一般性的单元利益:人人(即使有待证实)都是行人,因此都包含作为行人的利益。某些总体利益接近一般性,还有很多则是近似接近这个条件,如避免巨大骚乱和瘟疫的利益。

针对卢梭有关在禁止杀人、殴打、盗窃的法律当中存在一般性净利益的观点,有人反驳说,这些法律不可能是那些杀人者、殴打者、窃贼的利益所在。这完全曲解了卢梭的意思。应当全面看待这类法律。不仅作为犯罪人,也作为个人,法律如同保护其他人那样也保护他不受他人犯罪行为的侵犯,这符合犯罪人的利益,而一旦他们选择违反法律,当然就是另一回事了。因此,对人身及财产的保护符合几乎所有人的、同样也包括犯罪人的净利益,否则人生就会变成霍布斯

所描述的所有人反对所有人的战争：“卑鄙、残忍且短暂”。如巴里指出的那样：

卢梭并不否认，违反某项法律可能符合你的利益，使作为社会成员的你受益；他所说的只是投票赞成该法律符合你的利益，如果你投票赞成对某种罪行施以刑罚处罚，则若日后在某个特定案例中某个一般性法律适用于你，你也别去抱怨。⁵

一些事务状态大致符合公共——“共同的”（总体净值）利益，包括维护法与秩序以及避免衰退和瘟疫。另一个需要回答的问题是，为何在面对其他利益时，希望将损害最小化的法律制度要对被广泛共享的利益赋予如此高的重要性，甚至优先权？在讨论共同利益时无法回避的一些例子至少可以部分地回答这个问题。事实上，很多共享净利益恰恰是分享者的利益网络中最为攸关的利益，因而在道德评议中占有最重要的位置。假定在我们状若法老坟墓的金字塔式的利益网络中，以某个人人都有的净利益作为一个被一般性拥有但相对不太重要的净利益的示例，可事实上，我们却找不到这样一种一般性利益。我们能够列出的最明确的共同利益的例子是另外一种不同的、更加“致命”的利益。公共利益的重要性同时也源于其社会影响力。对于一个被广泛共享的净利益，某个行为对拥有该利益的人虽只造成很小程度的损害，但却因其几乎对每个人都造成一定损害，其重要性亦即倍增。

三、累积性损害

不要将其与“总体损害”混淆（见第五章第四部分）。很多看起来违反公共利益的行为或做法若单个实施并不会或几乎不会对公共

利益造成损害。若在全国范围内一年仅发生一起“自愿斗殴”的情况，则它对公共利益的影响几乎不值一提，即使双方最后需要入院治疗，但对公共事务的顺利进行、旷工率及社会的一般安全都没有影响。当然，总是有人会问：“要是人人都这么做呢？”如果人人都用拳头“解决”侮辱和争端，对公共利益的影响当然就会显著改变。但对这一问题最直接的反驳也很有力：即使法律允许，也不是“人人”都会 226 以这种方式解决问题。事实上，我们可以想象最合法无害的行为，如走到邻近的杂货店买东西，如果所有人都去这家商店买东西，那里势必会陷入一片混乱。因此，用这个理由反对该行为的实施是很不充分的，尤其当我们可以合理地确信不仅不是“人人”，甚至不是很多人会这么做，就更不能以此为理由将这一行为犯罪化了。在适用损害原则时，若要考虑禁止某种行为，立法者就必须了解（他们有机会、也有能力了解）人们的一般行为方式。如果并无足够多的人实施该行为以致改变对公共利益的影响，允许这些行为的实施就不会导致损害，即使这种行为一旦被广泛实施的确将是灾难性的。

不过，问题没这么简单。立法者不仅要考虑在法律允许的情况下有多少人不会实施某个行为，还要考虑他们为什么不实施这个行为。某些行为若被广泛实施就会产生社会危害性，若少数人实施就没什么影响，不过，没有多少人仅仅因为被允许就想要这么做，这么做并不符合他们的利益。损害原则并未给对这些行为的禁止提供保证。另一方面，某些行为对每个人来说都有利，但如果人人都做就会造成损害，如果只是少数人做就无害；但即使行为被允许，也没有太多人去做，因为很多人都会因为感到良心不安或违背公民精神而不做这些利己的事。就此情况而言，很多人只是出于更高尚的动机而愿意牺牲一己之利，不去实施被法律允许的行为，所以该行为才会“无害”。如果立法者在应用损害原则时体会到其中的正义感，就不应允许实施该行为。

想象某个国家（不像美国这样）的税法不以刑事处罚为威慑，公民可以随心选择缴纳还是不缴纳建议额度的税费，但 99% 的人都选择自愿缴纳。在这片假想的幸福土地上，只有 1% 的人选择当寄生虫当然不会造成什么损害。可是，如果有相当多的人（还不是所有人）选择不交税，必然就会造成社会性的损害后果，在这种情况下，临界数字还没达到，毕竟还有很多很配合且具公民精神的人。在这样的社会里，要将“逃税”行为犯罪化就并非因其造成公共损害，而仅仅因为在相信其他人诚信的前提下，那些逃税者不当地利用了他人自我牺牲的美德。

四、环境污染：公共累积性损害的示例

除了前面已经讨论的例子，立法者在起草为减少或防止损害的法律前计算损害时，还有两个问题需要确定。归责上的晦涩复杂往往（也有一些例外）对民法（损害赔偿案件）以及行政法（执法部门）来说是个问题，而不会首先成为刑法的问题，尽管刑事制裁是使命令得以执行的保证（见导论第七部分）。不过，即使只是因为它们对损害行为的概念提供了富有挑战性的困难案例而对刑事立法理论极其重要，我们也应当在此将其纳入考虑。我是指为向大气和水中排放工业污染物设置标准，以及“模仿犯罪”的问题，即模仿某个在电视或动画片上被广泛传播的犯罪模式。

有人可能会直接指出，污染空气或水是有害的，这威胁到非常重要的公共利益，因此，必须立即公布法律，任何人污染空气或水的行为都构成重罪，处 1 年以上监禁并处 10000 元罚金。损害原则支持这样的立法吗？它的确满足损害原则要求的后一项条件：以阻止损害发生的需要作为禁止性法律依据。但从立法者要解决紧迫的公共问

题的立场出发，这个条件完全不值一提，或是太细小而等于没有。显然，若立即关闭所有向大气排放有害气体或向地下水源排放化学物质的工业设施，或者全面禁止所有汽油动力的机动车辆，将会引起严重的公共紊乱。通过生硬且剧烈的措施抗击一种损害却以导致众多其他损害为副产品，这并不符合损害原则的精神。为解决这个复杂的问题，直接将刑事制裁作为首先适用的招数，即使不能说具有社会损害性，也显得太过粗暴。实际上，根据损害原则的精神，立法者必定要问的一个问题是：为了尽力将公共损害最小化，在效率、平等和公正 228 的限度内，应当设计什么样的规范性制度？

其次，因为归责的困难，刑事法律若过于简单则无法确认其造成的侵犯。空气和水污染是累积性污染的范式。如果整个加利福尼亚州只允许一辆汽车行驶，则其排放的有害气体将很快消散，对大气产生的损害几乎不值一提。一百辆车也许开始威胁到空气质量，但也还远不足以达到损害性的临界点。但在介于微量排放与数以百万没有催化剂转换器的车辆排放之间，一定存在损害的起点。同样，在水库的公共饮水中滴入几盎司致命毒药氰化钾并不会造成损害，但氰化钾若达到临界数量（是一个令人惊讶的巨大数目），就将是致命的。当某人（或公司）向空气中排放一定量的二氧化硫，尽管未达到损害的起点，但他已在损害的方向上轻微地增加了危险性化学物质的浓度，在这个意义上，他的行为是“损害性”的（见第一章第五部分和第四章第二部分），但那并非指导立法者的损害原则中的“损害”，因此，它不能为禁止必要的无害行为，如驾车和开设石油燃料的发电厂，提供一个全面的“理由”。

不过，当该种气体在空气中已经达到相当浓度，假定某些人（或公司）继续排放等量的相同气体，使浓度上升到造成真正损害的警戒线以上。这人是否即已违反禁止“污染空气”的法律（假定这已规定

在刑法当中)？这个问题引出了一系列的归责难题。确实，气体浓度水平因为他的行为上升到允许的程度以上，但这主要是因为另有无数排放者已经各自排放了一定量的气体，很多人都比这位不幸的被告的排放量大得多，却因社会影响较小而引起较少关注。“明明其他很多人起着更坏的作用，为什么偏偏挑出我们这些对于损害性累积只起到这么小作用的人作为被告？”愤愤不平的替罪羊可能要问，“我并没有损害公共利益，其他人才是真正的罪犯。”然而，其他人在为自己辩护时也会使用同样的论据。我们必须承认，最后的损害结果并非由任何个人独立造成。无法说清是哪个特定人的排放造成了损害，而仅
229 仅简单地告诉立法者必须制定法律防止个人损害他人，对于困惑中的他们没有任何帮助。(当然，在起点线以上，之后所有的排放都引起损害，浓度越来越高会造成越来越大的损害，在达到某个更高的警戒线时，情况将糟糕透顶，以致无法变得更糟。对于死人来说，“过度杀死”不比“杀死”更糟。)

这些立法问题有一个共同模式。在每个案例中：(1) 由于众人共同且连续的“贡献”，损害的警戒线被接近、到达或超越；(2) 这些“贡献”数量不等，关联程度和社会价值不同；(3) 就污染的损害而言，任一“贡献”本身都是无害的，直至其将环境条件推近损害的临界点；(4) 当累积突破损害的临界线，就构成公共损害，阻碍人人共享的重要净利益；(5) 绝大多数对污染有所“贡献”的行为在其他角度看是有益的，如果对它们一律禁止，则作为整体，对公共利益的总和损害将等同或超过它们原本造成的损害。⁶立法者的问题就是要控制排放，使化学性累积保持在损害临界线以下，尽管存在令人遗憾的排放副作用，但对有社会价值的行为尽可能不予禁止。一个满意的解决之道并不是像禁止杀人和盗窃那样简单的刑事禁止，而应是一个精巧的规范制度，由授权的国家机关管理，进行认证、撤回或吊销许可，

按照规则推动公平和效率。⁷ 刑法的作用是保障性的：为执行权威命令提供后备性惩罚。

对于此类规范制度，我们的关切点在于理解它们在解释关键习语“A 损害 B”中的作用。通过损害原则将禁止正当化，仅当为阻止 A（受规范方）损害 B（B 可以是任何个人利益、全体人员的利益或者为某“公众”共同享有的利益）时，禁止方为必要。当法律希望阻止一个公共累积性损害，如污染，它就必须清楚地知道如何描述损害公共利益的那个行为，并且，它能够禁止的也仅是那个行为而已。若立法者无法知道、也无从决定究竟是哪些行为对损害有责，他就无法制定出一部不空洞、不主观、不笨拙的理想法律。若无法说清该由哪些行为对损害负责，就无法在立法之前决定哪些行为因其造成损害后果而应被禁止。在这种情况下，损害原则将毫无用处。

230

我的观点是，只有改变对规范系统的上述背景理解，对公共累积性损害的个人归责才可能合理。说 A 损害了公共利益是指 A 的不法行为对公共利益造成阻碍。在工业污染问题中，“不法”必须由公正有效地依法实施许可制度的执法机关裁定为非法。在此，不存在所谓不法的优先标准。驾车、发电、冶炼等行为本身并不存在内在的不法性或对权利的侵犯。这些行为之所以可能受到谴责是因为它们违反了某个授权制度授予的有限许可。更抽象的问题是——立法者有无权力禁止（如）炼铜？——未经补充的损害原则只能给出一个毫无用处的回答，“是的，但仅当炼铜造成损害时。”我们如何证明炼铜的行为造成损害呢？只有一个确定方法，即其向大气排放的特定气体或物质是否超出法律允许的排放份额。而只有通过一个真正行之有效的许可制度，我们才能知道“允许的排放份额”是多少。

1970 年，美国国会通过《清洁空气法修正案》，第一次授权环境保护署（Environmental Protection Agency，简称 EPA）就七种污

染物制定大气排放的全国统一标准。⁸ 这些标准为各地区就每种污染物制定了统一的最大排放量。因此，按照 EPA 特聘专家的决定，这些标准确定了公共损害临界线。按照经济学家和立法建议者喜欢的用词，它们为某种污染物的总体浓度设立了不允许超过的“天花板”。在五十个州的各个受约束地区中大气污染浓度尚未突破天花板的地区，EPA 有一个“防止重大恶化”（Prevention of significant deterioration，简称 PSD）的检测项目，用以确保“天花板”永远不被突破。⁹ 现在，法律要求各州制定实施细则保护“天花板”，以规范未来的经济发展，并建设技术性减排设施等。在这些要求下，该评定系统的关键词是“PSD 增量”，即（大致说来）在某个时间法律所允许的气体浓度的总体增量。该增量大致为“基础线上的污染浓度”与“天花板”之间的差值。当然，基础线（有人更爱用“浮标”）因当地额定排放量而异。因此，PSD 有效增量是指“浮动的基础线和当地 PSD 天花板之间的差值”。¹⁰ 刘易斯·康特尼克（Lewis Kontnik）解释道：

增加对当地空气污染排放会“消耗”PSD 增量，因新的排放造成的大气有害气体浓度上升使有效增量减少。相反，当地排放的减少可以降低浮动基础线，即可增加有效的 PSD 增量。易言之，降低当地排放可以“释放”增量。出现这种情况时，法案允许排放减少及其对某种气体排放增量的“释放”，这个“释放”可以在附近地区用于“补偿”另一种气体排放。¹¹

各州的实施细则要解决的问题是，如何在考虑新的污染源时制定允许的有效增量，包括比较各污染源的（如）二氧化硫排放量，如一座巨型工业烟囱以及 60000 辆汽车。

在此,我们无力解决那些纷乱的技术问题,而只能考虑道德问题。我们应该简单审视某个“增量许可机制”当中包含的目标冲突。康特尼克将其分为三类:效率、平等和灵活性。即使简单分析这些分类下的特定目标也能够揭示其内部或两两之间发生的冲突。在“效率”要求下,执法机关必须考虑净生产率(“增量分配中产生的商品和服务的价值总量”)、增加就业、刺激税收、扩大投资以及将环境污染降到最低。在“平等”要求下,执法机关必须平衡地区和本地的优先性,包括关心街区群体、市镇规划者以及其他“利益群体”,对竞争各方给予公平对待(等同考量)。“现有各污染源希望继续或增加其现有空气污染排放率,并希望获得不同于新到本地区落户者的待遇,”但是,“即使存在一个令人满意的法律将各污染源分门别类,一视同仁的机制总比区别对待的机制更好。”¹²在“灵活性”要求下,必须考虑政治上的可能与危险,以及机制本身在法律上、行政上以及技术上的代价。要许可机制同时具备确定性(可预见性)和灵活性,就必须格外小心。

确定性和可预见性对于允许有益的商业及社区规划十分重要,环境法规中的不确定性被反复用来作为无法进行新的工业投资的主要理由之一。不够灵活的机制可能使工业无法符合未来的发展需求。例如,对 PSD 增量的剧烈消耗将提高暂停建设新发电厂的可能性。实际上,环保主义者和发展鼓吹者都认为,不灵活的机制将会导致对整个 PSD 计划的放弃。因此,任何可以接受的许可机制必须将确定性和灵活性结合起来。¹³ 232

各州的执行计划可能采纳不同的配额机制,或者为尽可能达致效率、平等与灵活性的有机结合而将几种机制综合起来。简单的乐透就

是这样一种机制；而“早鸟先食”则是另一种规则。“专用增量市场配给”和“土地使用细节计划”又是另一类。简而言之，对污染的累积性公共损害问题的合理立法应当考虑制定政策的全部理由：环境保护的价值、经济发展、地区公平、对竞争性利益的同等考量、正义准则、行政成本、既有灵活性又有可预见性，等等，还有市场机制多元化的鼓吹者和长期政府计划的支持者之间的争执。目前的进展距离制定出“乱丢杂物罚款 100 元”那样简单的刑事禁止还很遥远。损害原则为试图解决空气和水污染多维问题的立法者提供合法化依据，但若缺乏适当补充，光是那个原始的损害原则是无法提供决策指导的。

五、模仿性损害

在归责问题上，同样困难的是：某个貌似无辜的行为是他人实施严重损害性犯罪行为的“若非理由”。（某个现有条件要成为真正的原因要素，应既非仅有分析性联系，亦非偶然性巧合。见第三章第七部分，第四章第八部分。我在本章的讨论皆假定其符合这些要求）。例如向数以百万的观众通过电视播放的虚构剧目或电影，有时会让人们产生稀奇古怪的犯罪念头，当然，有些人绝不会实施电视描述的行为。若剧本描述一些精心设计的施虐狂向他人实施损害行为的模式，就会存在被模仿的危险；同样，还有一些令人困扰的例子则是导致轻率模仿的人们和无知的孩子自伤。例如在 1979 年播放描述美国士兵和越南人通过俄罗斯转盘游戏赌钱的战争电影《捕鹿者》之后的两年内，在通过影碟或电视观看过这部电影的观众当中，因私下玩俄罗斯转盘导致 28 起枪击事件，其中 25 人死亡。“反对电视暴力全国同盟”主席托马斯·拉德基（Thomas Radecki）博士指出，“在汽车、玩具、医药以及其他产品导致众多死亡事件发生之前，就应当由国家尽早召回”。¹⁴

(就在芝加哥的两位男性因为在家中玩俄罗斯转盘而丧生的事件发生前两天,拉德基博士曾试图建议一家芝加哥电视台删去俄罗斯转盘的场景,但没有成功。)假定事件中的这些成年人事先明知风险且完全自愿,损害原则就不能扩展到站在劝阻电影播放这边,即使假定观看电影就是受害者甘冒风险的原因。反过来,若被建议(被引起)的行为是人们在缺乏完全的理性选择能力的情况下实施的,如情绪激愤、受到损伤或不够成熟,就必须承认,法律家长主义(第十七章)能够将阻止自愿的自我侵害行为正当化。(见第二十六章)。在巴塞罗那,一名8岁的女孩“在告诉伙伴她是超人之后”从二楼跃下,结果摔伤(她之前看过那部电影)。¹⁵

正常人不会仅仅因为看过电视剧就变成施虐狂,但那些本已具有施虐倾向的人在某个电视剧中发现了一些被描绘得惟妙惟肖的令人难以想象的残忍行为,却会模仿它们攻击现实生活中的受害者。同样地,人们并不会因为看了一部电影就成为强迫性精神病患者,但对已经有精神病症状的人来说可能会暗示一种特别的冲动。近期报纸上载有这两方面的例子。1974年,一群犯罪分子抢劫了犹他州奥格登市的一家商店,杀死了他们碰到的所有人。当然,这丝毫不能责怪电影编剧。不过,这宗犯罪的特别之处在于五名受害者的被害方式。“16岁的科特尼·奈斯比特口喷鲜血,因为他被那些从未谋面的刽子手们绑起来并被塞住嘴;其他四人死在地下室,在枪击之前,他们被逼喝下‘通乐’*。这些是歹徒们从克林特·伊斯特伍德的一部电影中学来的。”¹⁶

强迫症患者模仿犯罪最著名的例子是约翰·W.辛克利刺杀里根总统未遂事件。辛克利看了十五遍《出租车司机》(*Taxi Driver*)并

* 一种洗涤剂。——译者注

受到强烈刺激。渐渐地，他“认为自己就是那个跟踪总统候选人的电影主角，认为这部电影就是说给他本人听的。”辛克利枪击总统（他说）是为了赢得他从未谋面的女演员朱迪·福斯特的爱和尊重。¹⁷福斯特在电影《出租车司机》中担任女配角。

1981年的一部电影《夜鹰》（Night-hawks）又令人恐惧地回想起电影《出租车司机》。该电影的宣传口号是“有个人可以让整个世界向他低头，只有另一个人能够阻止他”。影片描述了一个肆无忌惮又心机缜密的恐怖分子。据我所知，尚未出现像辛克利那样的人模仿影片的情节，但它是那种“可以刺激最邪恶的沃特·米蒂式白日梦”的电影，¹⁸我们不妨假定在数百万的观众中有少数受到暗示的强迫症患者。罗伯特·哈奇准确地描述了那些试图成为模仿者的人的特点，即其危险的本性：

我并不是说我们的时代是唯一的暴力时代，十七世纪的伦敦可不是“亚登森林”（The Forest of Arden）。但毫无感觉的凶手们的产生——对谋杀者产生强烈感受——却拉响了警报。据说那些人通常是游荡在他们荒凉国土上的一群没有着落的年轻人。如果事实证明他们也是受到关于自大狂谋杀的电影的吸引才这样做的，那我也会毫不惊讶。《夜鹰》的危险既不清楚也非现实，因此只能由它去了。但这并不是说……它不播放我们不会更安全。

19

1977年，在旧金山附近的海滩边，一名九岁的女孩受到一群十几岁少年的袭击。她受到非人的摧残，怪异残忍的手法，恰恰是袭击者们不久之前看过的NBC电视台播放的剧目中描述的手法，这绝不可能仅仅是巧合。女孩控告NBC公司因疏忽造成她最终受害的风险。

法庭拒绝陪审团审理，并作出有利于被告公司的判决。上诉法庭推翻了初审判决，并要求重新审理，但案子最终仍然败诉。

案件事实参见奥利维亚（未成年人）诉 NBC 广播公司案（*Olivia N., a minor v. National Broadcasting Co., Inc.*），²⁰ 法官克里斯蒂安（Christian）在上诉听证中总结如下：

上诉人要求被上诉人损害赔偿，上诉人受到一些未成年人的不法伤害，这些未成年人的行为是在观看电视剧《与生俱来的纯真》（“Born Innocent”）中的某个残忍场景后受到刺激而实施的。电视剧的主题是州立收容所对一个未成年女孩的损害性影响，她受州政府的监护。电影中有一个场景是年轻的女孩走进社区浴室洗澡，她脱下衣服走进浴池，洗了一会儿。突然，水停了，她的脸上露出一丝惊恐，四个未成年女孩站在她的四周。一个女孩扛着“马桶塞子”，在她身边挥舞着。四个女孩一起对她施暴，235 将她摔在地板上。这些大一点的女孩强行将她的腿拉开，此时画面中的年轻女孩腰部以上赤裸，一边挣扎着。然后出现的画面是，挥舞马桶塞子的女孩握着塞子的手柄做用力抽插的动作，直到另一个女孩说，“可以了”。最后，年轻女孩光着身子在地板上啜泣着。

……案件是九岁的上诉人在旧金山的海滩上受到若干未成年人的袭击，这些未成年人在违背对方意愿的情况下袭击了上诉人及其他未成年女孩，用一个瓶子“模拟强奸”了被害人。上诉指控袭击者收看过“与生俱来的纯真”中的“模拟强奸”场景，且该场景“使他们决定”要对一名未成年女孩实施同样的行为。²¹

这些令人恐怖的案例大都有着共同的形式：A 制作并向公众播

放一部剧目，该剧目的情节暗示 B 对某些被害人施暴；结果 B 施暴损害了 C。一个有力的背景原因是若非 B 收看了该剧目，他就不会在特定时间对特定被害人施以特定的损害。现在我们可以就此类案件提出四个问题：

1. 这些事实是否表明 A 损害了 C？
2. 如果是，则在损害原则下，这种间接损害是否构成将 A 的行为为犯罪化的理由？
3. 如果是，这样的理由是否可以作为犯罪化的充足理由？
4. 这样的原因（如果它确属原因的话）是否可以作为民事责任、事先审查或其他法律控制（像“召回”录像带或剧本且禁止重播等）的充分原因？

对第一个问题答“否”可以有一个简单方法加以论证，但这却是我们所反对的。很多人会认为损害 C 的不是 A，该损害应当归责给 B，他才是直接造成伤害的人。A 甚至不知道被害人的存在，其本人亦未出现在犯罪现场。其次，即使是 A 无意中将犯罪的念头“放到”B 的意识里，B 也是按自己的自由意志实施了犯罪行为，他并非迫于压力或受骗上当才那样做。认为 A 的电影吸引了行为人的观点仅仅因为行为人早已有意如此行事，而 A 不能为 B 的人格缺陷承担责任。行为完全归于 B，他必须为此承担责任。

至此，“简单”论证是有说服力的。毫无疑问，就我们假设的事实
236 前提而言，B 必须为 C 遭受的损害承担责任。但问题是 B 的毋庸置疑的责任，是否引出将损害归责于 A 的问题。“简单论证”用假定的完全自愿行为的责任人（B）切断了之前另一方（A）的行为与损害后果之间的因果联系。²² 根据这一论证，将 B 挂上因果关系的钩子就可以将 A 挤下这个钩子。如果将对 C 的损害归责于 B，就不能再归责于 A，即使若非 A 之前的行为，损害就不会发生。如我们所见，适用

于类似俄罗斯转盘那样完全害己的例子时，如此考虑是合理的。如果假定输掉的一方自愿接受向自己开枪的风险，那就只能说，他自己损害了自己。电影制作者至多被指责利用了他的弱点（见第三十一章和第三十二章），而不是损害了他。问题是这个简单的理由能否适用于第三方受到的损害。

没有什么可以证明奥利维亚的袭击者实施行为时存在任何不自愿的情形。就这一点来说，在奥利维亚诉 NBC 案中受到指控的事实与扎莫拉诉佛罗里达州案（*Zamora v. Florida*）²³ 中被告受指控的行为大相径庭。罗尼·扎莫拉被控一级谋杀、夜盗以及携带武器抢劫。法庭不允许就电视暴力对年轻观众，尤其是对扎莫拉这样的“反社会”观众的影响进行心理测试。而辩方认为，扎莫拉患有“被动性潜在电视醉态”，在实施相关行为时精神失常。由于辩方引用的心理学理论过于可疑，以致无法说服陪审团（法官很担心这一点，甚至不允许对陪审团作相关阐述）。但若果真如此，结论就是扎莫拉不应对自己承认的损害承担责任，损害应归责于电视节目制作者，尽管他们并非有意引起这样的结果。在“简单”理论中，一旦扎莫拉不在归责的钩子上，就再次为先前行为人空出了有责的位子，其先前行为作为最终结果的若非原因，再次回到钩子上。若事实正如扎莫拉指责的那样（没多少说服力），犯罪的因果关系就是一种多米诺骨牌效应：B 被电视麻醉，A 无意中成为以他人为工具制造损害的原因，如同 A 撞到 B，无意中将 B 撞下阳台，而 B 落在不幸的 C 身上，致 C 受损。因为 B 的“行为”完全是无意识的，损害即回溯至 A。同样，A 在 B 的饮料中投入药物，B 受到药物驱使向 C 施暴的情形亦可作此判断。B 237

脱离归责之钩使我们可以将 A 再钩上来。

“简单理论”忽视了一种可能性，即钩子上可以同时容纳 A 和 B，因为在某些案例中，确实是 A 导致 B 的损害行为，而 B 的行为又确

实完全自愿。若如此,则 A 和 B 都可能应为 C 的损害负责(尽管承担责任的方式和程度未必相同),即损害可以同时归责于他们两者的行为。在这些案例中存在一种恶意的招数,即无论是 A 或 B 都以对方的责任作为自己免责的辩护事由。在此暂无可能讨论这些过于复杂的归责路径,²⁴ 只能指出,很难否认其中存在道德上及概念上的相关性,即在正常背景条件下,若非 A 的行为, C 的伤害也许不会发生,正是 A 的行为使得事情在发生与否之间发生变化。同样的事实在某些情况下却几乎不存在道德上的相关性,如 A 完全无过错,损害他人,尤其是损害 C 非其所愿,他不知亦无从知晓自己的行为会给他人造成不合理的损害风险。在极端情况下,如果他有意或因重大过失引起对 C 的损害(或者即使不是针对 C 个人,也是针对与 C 类似的陌生人),则 A 与 C 的损害后果之间存在的遥远的因果联系可能包含重大的道德相关性。假定 A 是一个种族主义者,他制作了一部电视剧,为白人暴民打上光环,而将黑人受害者描述为二等公民,如同昔日对黑人的恐怖统治重现。可以预见的是,几百个早已有此倾向的人绑架并折磨黑人,而这让 A 很高兴。A 利用了 B 们作为多米诺骨牌——仅仅是他用来制造损害的工具——但他们都是完全自由的骨牌,带着 A 放入他们各自意识中的想法自由行事。在这种情况下, A 的过错非常显著,他引起他人的自愿行为无论是否进一步造成损害,他都应当对损害承担共同责任。

奥利维亚诉 NBC 的案子之所以会输,是因为原告不能证明电视为单纯娱乐目的描述的行为煽动或鼓励了暴力行为。²⁵ 没有这种鼓动, A 与损害之间的因果联系就是无意识的,这就缺少了对刑法而言非常重要的一个构成条件,也使判决缺乏认定 A 损害 C 的重要理由。仅当 A 的不法(不法的、不可免责的)行为是造成 B 损害的原因时, A 损害 B 的说法方可成立。行为若只是阻退某个利益的先在原因条件是不够的,只有加上恶意或对“若非原因”的预见,因果联系才能

得以充足。同样地，如果我们加上对不合理潜在风险的漠视（轻率）或对不合理风险应当预见但却忽视（疏忽）的心态，则因果联系也可以充足。即使 A 的行为是 C 损害的一个若非原因，但 A 行为时对结果的损害既非故意、明知、轻率，亦非疏忽，就不能说 A 损害了 C（按照损害原则要求的含义）。在很多模仿性损害案例中，电影制作人的过失最多只是疏忽。能够合理提出的指控往往是他应当预见一些不安分的人可能自愿实施损害他人的行为，无论事实上他知道与否。但除非这种疏忽非常重大——巨大且明显的风险就在眼前——就不必证明这种麻木不仁或漠不关心的道德可谴责性，否则，适用道德谴责和惩罚的刑法就不应出现。在这种情况下，还是可以说 A 损害了 C，对 C 而言，适当的救济是获得侵权损害赔偿。²⁶

还有另一个理由反对对被模仿剧目的制作者，包括那些因轻率或疏忽而借第三方观众的自愿行为损害被害人的制作者提出刑事指控。这个理由与其说是道德上的，不如说是经验的，它是提供给立法者而非法学家的：换句话说，认为该剧目是损害的一个“若非原因”的说法其实很难成立，倒不如说制作者存在某种过错。对奥利维亚实施“模拟强奸”的青少年们显然原本并非天使，一部电视剧不可能在瞬间就使他们完全堕落。他们在收看节目时已经抱有残忍的倾向，制作者无须为这些倾向负责。如果他们从未收看这个节目，也许他们那天不会（谁知道呢？）以那种方式伤害奥利维亚；也许他们还是会以某种不那么具有模仿性的可怕方式伤害她；那天他们伤害的也许是另一个人——一个小男孩；也许他们那天根本就不会伤害任何人，但可能在之后的某一天伤害奥利维亚或其他人。只有两点是最可能发生的：（1）长远看，即使他们没看那部电视剧，他们也会造成类似残忍暴力程度的损害；（2）他们如果没有看那部电视剧，就不会在彼时以彼种方式对被害人造成这一损害。从某种意义上说，将损害归责于

制作者是错误的，即使时间、方式和方向都指向这个特定被害人而非他人。损害赔偿案件的背景与此不同，指控 NBC 使原本可能对某人，
239 如对道造成的损害，变成对奥利维亚造成损害；或者原本可能是某种不同于“模拟强奸”形式的损害，如用球棒击打或向眼睛泼洒酸性物质；或者使原本在某个时间发生的损害，如周二下午，改在另一个时间发生，如周六早上（这些非现实的推测毫不确定）！如果这些分析都是真的，那么，要说奥利维亚对 NBC 抱有怨恨，道则应当对 NBC 抱有感激之情了。

很难说某个真实的受害者承受的损害仅仅是从另外一个人身上转移到她这里的（相对于一个本来就不会另外发生在任何人身上的损害），正如上述并未发生的那些推测也都不太可能成立。但假定 C 的损害虽直接由 B 造成，却是 A 的一条建议引发的结果，则该损害实际上仅仅是“转嫁的损害”，对于法律责任而言这意味着什么呢？我认为这对于 A 是否应当对 C 的损害承担民事上的赔偿责任问题毫无影响。如果对被害人的损害是总归会有人承受的损害，则 A，那被告行为的（部分）结果就是对她的损害，而她就是应获赔偿的那个人。刑事责任的问题更加困难，因为在刑事审判中，被告人不仅仅面对特定被害人的个人怨恨，他还受到来自整个社会的谴责，正式指控他的是国家。在刑事背景下，如果即使没有 A，B 也会对 C 造成同样的损害，A 的作用只是使损害由未知的 D 转移（社会所得）到不幸的 C 身上（反平衡的社会所失），则在被害人 C 的个人怨恨之外或之上，社会对 A 的怨恨并不是那么清楚。

还有很多其他的理由说明为何立法者，即使是那些赞成损害原则的立法者，也应当对以刑事立法制裁造成“间接因果关系”损害的电影制作人的做法保持警惕。如果我们（如美国宪法那样）认为自由表达（不仅仅是观点的表达，还包括戏剧和美学作品）的利益具有特别

价值及优先的合法性，则我们也应当如美国法院那样，反对任何对表达的法律限制，除非刚好属于例外情形——淫秽、毁坏名誉和煽动等。如果我们希望避免对作者和制作人造成广泛的恐怖统治，避免打击实验性的尝试、给创意泼冷水，及以类似方式埋没社会在自由表达中包含的至关重要的利益，就不应将“危险的暗示”列入此类例外情形。 240

即使我们不接受对艺术作品的绝对豁免，还是有有力的实际理由反对以刑法控制电影作品的间接损害：原因上的联系十分可疑，风险评估亦难确定，无法作为如刑事责任这般严重制裁的依据。肯特·格里纳沃尔特（Kent Greenawalt）将这些实际困难简明地总结如下：

即使我们撇开表达的特殊价值不谈，亦可展开实际论证，反对任何对说话者施加责任的规范，即使他们因轻率或疏忽制造了一个他人可能犯罪的风险。和更加普通的案例，如无目标射出的散弹进入一个亮灯的屋子击中房主的情况相比，确定言论制造的风险以便决定其是否为损害发生的原因更加困难。（格里纳沃尔特使用“言论”作为“表达”的衍生词，足以将电影戏剧和文学作品包括进来）有人强烈质疑陪审团评价风险和实质结果的能力，尤其当陪审团的成员对其中的观点并不认同时……

……无论如何，既然对疏忽的惩罚应尽量节制，强烈建议刑罚一般情况下应回避对说话者的处罚，即使说话者无意中引发了听众故意的不法行为。撇开表达的特殊价值不谈，惩罚因轻率引发犯罪的讲话者是可以的，只要对风险和原因的证明都毫无破绽……²⁷

格里纳沃尔特没有提到电影制作者有意引发观众实施犯罪的特例，如我们前述关于虐待、折磨黑人的戏剧，其目的在于向缺乏控制

力的观众暗示为非作歹的模式。在某种程度上,对于陪审团来说,故意比轻率或疏忽更容易判断,因为陪审团不必评估风险的合理性或决定被告人是否“应该知道”。如果可以通过证人证明制作者向他人表达过自己的意图,就可以作为清楚地说明其犯罪故意的证据。如果暴力事件即时发生,而这种行为已经多年未曾发生,其中的因果联系亦不言自明。不过,电影剧本导致故意损害结果的情形少之又少,而犯罪故意的证据更难找到。而只要理论上存在受到指控的可能性,就仍是投向创作群体的一道寒光。并且,应当记住,惩罚只有针对直接且主要的犯罪人,严厉的制裁才是有效的。

241 以上论述同样反对因戏剧性暗示的“间接原因”导致损害的赔偿责任,但无论如何,我认为驳回侵权诉讼的案件并无太大说服力。毕竟,数以百万的观众收看电视剧可以为电视公司创造巨额利润,而被强奸、折磨、枪击的受害者却要自己承担损失并承受痛苦。至少,正义的其中一个动力在于,应当通过某种制度,将无辜受害人遭受的损失转移到更有能力的承担者肩上,即因引发损害发生的行为而获利的一方。如果我们要求这些案件具备侵权责任过失,那么,因为前面提到的证据的模糊性,判决可能会因被告人仅仅存在疏忽而认定原告不能胜诉。这种困难会使此类案件的很多原告败诉,因为制作人对他人的存心轻率或损害故意很难确定,但在极少数案例中,若有清楚的证据证明其对已知风险抱有故意或轻率的心态,则原告在以过错为要件的传统民事诉讼中就能有更大把握胜诉,部分原因在于证据更清楚,部分则因为从道德上说,对他人的恶意和轻率是较疏忽更可谴责的主观心态。有一种观点认为,这些案子并不要求证明存在主观过错,制作公司应当就其剧目导致的全部损害提前承担责任。理由是,从一个服务大众的一般行为中获利的各方应该对任何由他们引发的对公众成员造成的严重损害负责,并应将这种赔偿责任纳入一般业务

开支预算。一方面是完全无过错的暴力行为的被害人，另一方面是盈利的制作人，让后者支付若非其盈利活动就不会发生的伤害的费用是公平的。²⁸（当然，实际费用可能由推广机构、广告赞助商及保险公司共同分摊。）这样的制度不要求过错的证明，只需要因果关系的证明——这就已经够困难的了。

这种“严格责任”制度可能对模仿性损害不会有很大的实际意义，因为要证明因果关系其实很困难。我想，对因果关系条件最清楚的证据就是观看电影与实施损害行为之间的联系，如二者之间存在短暂的时间差，模仿的犯罪行为来自某部特定的小说，戏剧、电影、文学作品的描述不太常见，且不太可能发生在现实生活中等，如此，则这一巧合就是因果联系的重要环境证据。不必证明其中的可预见性和可预测性，因为它们均与过错有关。行为人若没有看过制作者的节目，本来可能不会对这个被害人以这种寻常或怪异的方式造成损害，但既然这更难予以证明，那么，制作者也许仅需就超出原本期待的损害增量承担责任。（商店劫匪如果没看过克林特·伊斯特伍德的电影，可能就不会强迫被害人吞下通乐，但不管怎样这些人都会实施抢劫，只不过会省略掉这残忍的“增量”。遭到枪击的被害人如果活了下来，就可以针对通乐造成的伤害向电影制作者请求赔偿。）从损害作为利益阻退的意义上说，被害人遭受的这一额外伤害显然是损害，但就本文所限定的损害——由于损害行为造成的利益阻退——而言，它还能被称作损害吗？这些伤害由犯罪人的损害行为造成，而我们现在谈论的是针对制作者的民事诉讼，如果制作者的行为并无过错（假定），那么他并未损害被害人，即使他的无过错行为确是造成被害人利益阻退的原因之一。对他来说，损害仅仅是法律上的推定，事实上，以我们所说的损害原则是不能归责于他的。损害原则是确定刑事责任的原则，而此处并不存在刑法问题。损害原则并不认同刑法中以刑罚处

罚为威慑的严格责任，因为如此一来，就等于允许对未对任何人实施（不法）损害的人处以刑罚处罚。不过我还是要将侵害公共福利的行为排除在上述判断之外，例如，要求某些商品，如牛奶制造商保证产品安全，因为这对于公共健康与安全至关重要，一旦发现杂质，无须证明其过错即可处以罚款。这种处罚并无真正的刑罚所包含的道德谴责的象征意义，因此这类法条不应被归入刑法的一部分。²⁹

无论如何，我们此处讨论的这类政策决定大多涉及利益平衡及效益评估。在立法者那里，这些都是备受争论的经验性事务和公开的问题。同样，认为应当授权执法部门在获得证据证明产品损害之后将影片“召回”的观点也是对的，但是，再强调一次，这种证据往往很难具有足够的证明力，这使得相关部门很少能够行使这一权力。即使在大多数时间里这制度只能弃之不用，可一旦行使，其效用还是会被因此而对表达自由造成的危险抵消。

243 现将对本节开头提出的关于模仿性损害的四个问题的回答总结如下：（1）假定 A 以某种过错方式制作了包含危险暗示的剧目（或者他故意要造成损害，或者他明知地、轻率地或疏忽地造成损害），那么，其产品就是一个“若非”事实，若非该事实，对 C 的损害就不会发生（非属巧合）。按照损害原则所指之“损害行为”，不能否定 A 损害 C*。（2）因此，将制作包含危险暗示的电影和节目的行为犯罪化的理由之一就是，有必要阻止藉由可预见的模仿行为实施的间接损害。（3）无论如何，因为存在各种严重的现实困难，这个理由可能永远不足以成为犯罪化的根据。立法天平上另一端的理由将会使其失衡。（4）同样出于权衡的考虑，可能存在比防止损害更重要的理由。它反对限制危险电影，反对要求间接损害者承担民事损害赔偿赔偿责任。但反

* 原版本此处为“B”，但根据上下文，此处应为“C”。——译者注

对通过侵权诉讼请求赔偿的理由绝对不像反对刑事制裁的理由那样确定无疑，一个颇有道理的正义论观点甚至要求整个电影业就模仿性损害承担某种严格责任。此种制度仍然要求在电影传播与损害之间存在某种因果联系，这不容易证明，因为在很多情况下不法行为者本来就会制造损害，电影的示范仅仅决定了损害的方式和时间。即使无须证明过错，因果关系的难题也会使得要求赔偿的案子很少能够胜诉。一方可能是另一方自愿行为的原因之一，从而与另一方一起为第三方的损害后果承担责任，但要证明这个事实，证据往往都不太明确。

六、小结：对损害原则的特别限定

现在我们可以将对损害行为概念的严格解释以及适用损害原则的调和性法谚总结如下，上接第五章：

12. 对竞争性利益的阻碍并非损害，除非这种阻碍是不法的：

- (1) 以不法方式实施（作弊、强迫或欺诈），或
- (2) 并非自愿同意接受竞争性风险，或
- (3) 竞争形式本身不合法。

在密尔看来，若竞争是“可以避免的”，且 / 或

- (1) 竞争的形式设计很难保证或无法确认对严重风险的自愿同 244
意，或
- (2) 必定对第三方或公众利益造成损害。

那么，竞争就是不合法的。

13. 在累积性损害的情形中，临界线以下发生的单个事实虽然无害，但总体效果可能是损害性的，立法者应当就人们实施特定行为的意愿搜集最有效的实用信息。如果事实上愿意实施该行为

的人数在导致损害的临界线以下，即可允许实施该行为，除非所有人都在该行为中包含利益。虽然有足够的人出于道德约束或公民精神不实施该行为而不致引起公共损害，但行为之所以“无害”仅仅是因为不公平的自我牺牲，那么，该行为就应予以禁止。避免累积性损害不应依赖于美德者较自私者作出更多的牺牲与克制，这是适用损害原则的一条限制性法谚。

14. 污染源之类对公共利益的威胁是难以计数的人们程度不一的系列“贡献”综合作用的结果，单个行为本身是“无害”的，但它使得环境质量向损害临界线更靠近了，而其中很多行为在其他方面却是有益的，因此对这些活动一律禁止往往和一律许可一样具有损害性。简单的损害原则对这个问题束手无策，但它却认可建立一项执法制度找到对损害性活动（如过度排放）归责的途径，进而以刑事制裁作为支持行政命令的后盾。要认定某个造成公共累积性损害的行为“不法”，必须证明其违反了有效的特许配额制度。没有这种制度，将累积性损害归责于个体各方将欠缺客观的方法。随后的执法系统则必须平衡效率、公平以及灵活性等价值。优先性的确定必须以事关决策的全部相关理由作为依据。

15. 若 A 向公众播放了一部虚构的剧目，情节暗示 B 可以对某个被害人施加损害，仅仅因为这样，B 自动去损害 C，假定 A 的剧目是损害的一个“若非”原因，且 A 在制作该节目时存在过错，即他或者故意要引起损害，或者明知地、轻率地或疏忽地引起损害，则该损害不仅归责于 B，也归责于 A。不过，即使 A 的行为的损害性是判定刑事责任的一个理由，但由于另一方面存在着对抗性的现实原因，这个理由恐怕永远无法得以充足。反过来，原则上说，A 的行为的有害性是判定其就 C 的损失承担民

事责任的根据。

无论如何，在此小结及前章中提到的所有限定条件并非均已得到确定无疑的论证支持。在某些情形中，应用损害原则的立法者可以适用不同的调和法谚以更好地表达他们的道德立场。但他们必得用到一些补充性原则，否则的话，损害原则就是一副空皮囊，在发挥作用之前，只能等待规范性内容的支持。当然，并非任何规范性内容都能言之成理，只有与损害原则的内在精神协调一致，方可对损害原则实现预期的改造效果。现在在读者看来，损害原则的全部内涵已较其原始框架中的含义丰富了许多。但无论损害原则已如何为其他附加原则所补充，无论损害原则已如何由概念性分析被彻底改造及界定，亦无论指导损害原则适用的一整套调和性法谚如何复杂，它仍不足以将对他人的冒犯、对行为人自己的损害或对内在不道德行为的刑事禁止正当化。损害原则可以有一定的弹性，但还无法延伸到那么远的范围。

导论

1 约翰·斯图尔特·密尔：《论自由》，第一章，第1段。

2 C. L. 坦恩 (C. L. Ten)：《密尔论自由》(*Mill On Liberty*) (牛津：克拉伦登出版社，1980年版)，第2页。引文摘自密尔《论自由》第一章第五段。托克维尔认为，在压制非主流意见方面，哪怕是欧洲最专制体制下的残酷刑罚，也不及美国的社会控制力更加有效，提出此种意见的人虽然并不会遭受宗教火刑的危险，但肯定会在无休止的社会谴责中身败名裂。参见《论美国的民主》(*Democracy in America*) (纽约：Vintage Books，1945年版)，第1卷，第273—274页。

3 有关“原则”与“政策”的区分，参见罗纳德·德沃金 (Ronald Dworkin)：《认真对待权利》(*Taking Rights Seriously*) (剑桥，马萨诸塞州：哈佛大学出版社，1977年版)，第22—28、71—80、90—100页。

4 在很多情况下，因法律空白而获得的自由，在遭受他人干涉时并不能得到请求权的保护，那么这个自由等于是“无用的”。国家

允许我自由地用口袋里的 100 元钱买我想买的东西,这当然很好,但如果他人同样可以自由地将我的钱夺走还能逍遥法外,那么我的自由的存在价值也就消失殆尽。在下文论述中(第十九章第三部分),我们可以这样表述:某人有法律上的自由依己所愿消费 100 元钱(法律允许他这样做),却没有事实上的自由这样做(其他人可以阻止他这样做)。当然,即使他既有法律上的自由,也有事实上的自由,也仍会有其他原因使其无法实现这个自由,例如由于疾病或昏迷。

5 有关自由优先假定的道德及一般实用主义的论证可参见密尔在《论自由》第三章中的经典表述。

6 参见桑福德·卡迪什(Sanford Kadish):“过度犯罪化的危机”(“The Crisis of Overcriminalization”),载 *Annals* 157 (1967), 第 374 页以下。 247

7 莫里斯·克兰斯顿(Maurice Cranston):《自由:一个新分析》(*Freedom: A New Analysis*)(伦敦:Longmans, Green, & Co., 1953 年版),第 65 页。

8 密尔:《论自由》,第一章,第 9 段。

9 同前注,第五章,第 7 段。

10 转引自约翰·A. 詹金斯(John A. Jenkins):“自由的思想者”(“Free Thinkers”),载 *T. W. A. Ambassador*, 1980 年 3 月,第 54 页。

11 密尔对此点有详述。参见密尔:《政治经济学原理》(*Principles of Political Economy*),载 F. E. 米耐卡(F. E. Mineka)、D. N. 林德利(D. N. Lindley)主编:《密尔全集》(*Collected Works*)(多伦多:多伦多大学出版社,1972 年版),第 31—44 页;另参见 L. T. 霍布豪斯(L. T. Hobhouse):《社会正义的要素》(*The Elements of Social Justice*)(伦敦:George Allen & Unwin, 1922 年版),第

161—163 页；以及弗雷德·R. 伯杰 (Fred R. Berger):《密尔的实体正义原则:与诺茨克的比较》(“Mill’s Substantive Principles of Justice :A Comparison with Nozick”),载《美国哲学季刊》(*American Philosophical Quarterly*),第 19 卷(1982 年),第 372—380 页。

12 参见笔者对约翰·罗尔斯的两篇评论:“正义、公平与理性”(“Justice, Fairness, and Rationality”),载《耶鲁法律杂志》(*Yale Law Journal*),第 81 卷(1972 年),第 1004—1031 页;以及“非理想化世界中的义务与责任”(“Duty and Obligation in the Non-Ideal World”),载《哲学杂志》,第 70 卷(1973 年),第 263—275 页。其中的某些论点赞同罗尔斯所称“直觉主义”的观点,即同一层次的基本道德原则具有不可约的相对多元性。

13 乔治·桑塔亚纳:《教义之风》(*Winds of Doctrine*)(纽约:Charles Scribner’s Sons, 1913 年版),第 147 页。

14 有关伦理学“一致法”更详尽有力的论述参见笔者的“正义、公平与理性”一文,同前注 12,第 1018—1021 页;A. C. 尤因(A. C. Ewing):《伦理学》(*Ethics*)(纽约:麦克米伦出版社,1953 年版),第 1—15 页;乔纳森·格洛弗(Jonathan Glover):《造成死亡与挽救生命》(*Causing Death and Saving Lives*)(哈蒙斯沃斯,米德尔塞克斯:企鹅出版公司,1977 年版),第 22—38 页;以及约翰·罗尔斯在《正义论》(剑桥,马萨诸塞州:哈佛大学出版社,1971 年版)中特别提到的“反射式平衡”,第 17—22 页。

15 在这篇被桑塔亚纳批评的文章里,罗素以柏拉图时代的论证方式反对享乐主义:

“例如,为表明善不等于愉快,他(罗素)公开宣称只要诉诸‘人人都赞同的伦理判断’即可。他实际是在重复柏拉图所说

的，牡蛎的一生，无知却幸福。试想一下这种毫无思想的愉悦，随你想象它有多浓烈或是多长久，你会选择这种幸福吗？它是你所认为的善吗？这里，希望英国的读者们也像当时那些羞愧的希腊年轻人一样，回答‘不’！这也是一种‘人身论证法’（伦理学里也不会有其他论点了），但给出既定答案的人绝非因为此答案是不证自明的，而是因为他就是这样一种人。想到自己等同一只牡蛎让他震惊。不变的愉快感，缺少记忆和反应，没有令人厌倦的专制形象的混杂感受，只有那些求仙问道的神秘主义者，那些尸位素餐的人，以及牡蛎才会将此认作为善。

如此彻底的享乐主义实在是非人的；它损害了传统上的进取心，根本不可能成为政治生活或艺术生活的基础，是为全体人类所反对的。我们的人性不能摒弃这个世界可去追寻的那些不应等闲视之的善。人们永不满足地以追求纯粹愉悦为目标，这目标不可能实现，因为它是人们想象中的需求，更因为这主宰人们的想象恰是人类独有的。”（《教义之风》，第147—148页）

16 关于“法律手段”（以刑罚为威吓的手段仅是其中之一）的分类问题，参见罗伯特·S. 萨默斯（Robert S. Summers）：“法律的技术因素”（“The Technique Element in Law”），载《加利福尼亚法律评论》（*California Law Review*），第59卷（1971年），第733—751页；以及迈克尔·D. 贝尔斯（Michael D. Bayles）：《立法原则》（*Principles of Legislation*）（底特律：韦恩州立大学出版社，1978年版），第66—70页。

17 贝尔斯，前注书，第70页。

18 侵权案件中，在适用补偿性赔偿的同时判罚“惩罚性赔偿”，是一种既可避免刑事程序的限制，又可达致刑法目的的混合手段。虽然这种手段往往缺乏确定性标准及存在被滥用的可能，但它在某些案件中的确填补了刑法缺少弹性的不足。以下报道中的案件即为一例：

“亚利桑那州，佛罗伦斯。皮诺县法官 E. D. 麦克布赖德（E. D. McBryde）作出判决，一名来自塔克森的妇女被判获 110 万美元赔偿，而被指控强奸她的犯罪人则被判缓刑而获释。

丹尼丝·莫罗尼（Denise Moroney）由乔吉姆·杰克·桑切斯处获赔 10 万美元的补偿性赔偿和 100 万美元的惩罚性赔偿，后者当时因涉嫌另一桩强奸案以重罪逮捕而未能出庭……

1978 年 11 月，一个佛罗伦斯陪审团认定，桑切斯在涉嫌于当年 5 月 27 日强奸莫罗尼的指控中有罪……根据辩护听证程序中桑切斯一方的证据展示，主审法官……判决桑切斯 5 年缓刑。

莫罗尼，27 岁，于去年 6 月对桑切斯提出性侵犯的民事诉讼。她在起诉书中写道，‘无论如何应该有点惩罚，如果这些家伙个个知道自己可以逍遥法外，那么又如何制止他们继续这样做呢？’

……自莫罗尼被袭后一直为她提供咨询辅导的两名证人证明，一直以来，莫罗尼的情绪十分低落，失眠，无食欲，无法控制地陷入长时间的哭泣。他们还证明莫罗尼十分担心她女儿的安全，由于这次事件，她和她的女儿需要更多的辅导。

麦克布赖德法官作出判决后，莫罗尼说她并未期待能拿到全部赔偿……。默卡尔多（莫罗尼的律师）认为，拿到赔偿的确是个问题，但桑切斯有些财产，而且终生都有义务赔偿。‘类似此案的惩罚性赔偿责任即使申请破产程序也不能豁免……破产程序是为了给那些情有可原的人们一个重新出发的机会——而这却是惩罚性的结果。’”（《亚利桑那每日星报》[*Arizona Daily Star*]，1980 年 1 月 9 日）

19 迈克尔·D. 贝尔斯：“评论”，载诺曼·凯尔、托马斯·特莱洛根编：《法律与道德问题》（*Issues in Law and Morality*）（克利夫兰：

凯斯西储大学出版社, 1973 年版), 第 122—125 页。

20 参见笔者论文“刑罚的表现功能”(“The Expressive Function of Punishment”), 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 95—118 页。

21 欧内斯特·内格尔:“道德的法律强制”(“The Enforcement of Morals”), 载《人文主义者》(*Humanist*) (1968 年 5/6 月期), 第 18—27 页。重印于保罗·库尔兹 (Paul Kurtz) 编:《当代社会的道德问题》(*Moral Problems in Contemporary Society*) (恩格尔伍德·克利夫斯, 新泽西: Prentice-Hall, 1969 年版), 第 143 页以下。另见马丁·P. 戈尔丁 (Martin P. Golding):《法哲学》(*Phylosophy of Law*) (恩格尔伍德·克利夫斯, 新泽西: Prentice-Hall, 1975 年版), 第 64—68 页。戈尔丁的结论是,“对于法律而言不存在理论边界”(第 67 页)。

22 内格尔, 前注书, 第 27 页。

23 同前注, 第 22 页。

第一章 损害与对利益的阻碍

1 严格说来, 这是循环定义, 因为人们在判断自己于某项事物 249 中“得失”几何之前, 须得知道自己的利益何在, 反之亦然。但即便只是循环定义, 作为该待定义词语的同等表达, 亦可产生实际效用, 从好的方面说更易操作, 或者更具暗示性或延展性。例如“本钱”一词, 直觉上很形象地表明了利益和风险之间的联系。

2 查尔斯·弗里德:《合同承诺》(*Contract as Promise*) (剑桥, 马萨诸塞州: 哈佛大学出版社, 1981 年版), 第 37 页。示例是我本人的手笔, 并非引自弗里德的著作。与弗里德观点相反的论述

参见 P. S. 阿提亚 (P. S. Atiya):《承诺、道德和法律》(*Promises, Morals, and Law*) (牛津: 克拉伦登出版社, 1981 年版), 第 212—215 页。

3 尼古拉斯·雷舍尔 (Nicholas Rescher):《福利: 哲学视角中的社会问题》(*Welfare: The Social Issues in Philosophical Perspective*) (匹兹堡: 匹兹堡大学出版社, 1972 年版), 第 6 页。

4 同前注, 第 5 页。

5 布莱恩·巴里 (Brian Barry):《政治观点》(*Political Argument*) (伦敦: Routledge & Kegan Paul; 纽约: Humanities Press, 1965 年版), 第 183 页。

6 C. L. 史蒂文森 (C. L. Stevenson):《伦理学与语言》(*Ethics and Language*) (纽哈文: 耶鲁大学出版社, 1944 年版), 第 203 页。由于人们可能会有不止一个核心目标, 史蒂文森的定义应作如下修正: “……如无其他方式达致这个或者那个核心目标, 则该目标就不具有支配性价值。”

7 在这一点上, 我之前的著述有误。参见本人《社会哲学》(*Social Philosophy*) (恩格尔伍德·克利夫斯, 新泽西: Prentice-Hall, 1973 年版), 第 27—28 页。

8 就此处速写式的描绘, 约翰·克莱尼希 (John Kleinig) 曾向我指出, 在伊壁鸠鲁派看来, 如果无其他利益存在的话, 自杀行为是在回归理性, 是一种消除痛苦和情感波折的切实途径。似乎可以就此得出结论, 除非伊壁鸠鲁派认为没有痛苦或情感波折本身就是一种消极幸福, 仅凭其本身就值得经历, 正是在此意义上他们成其为伊壁鸠鲁派。参见西塞罗的评论:《论善与恶的定义》(*De Finibus Bonorum et Malorum*), H. 雷克汉姆译 (剑桥, 马萨诸塞州: 哈佛大学出版社, 1961 年版), 第 2 卷。

9 约翰·克莱尼希：“犯罪和损害的概念”（“Crime and the Concept of Harm”），载《美国哲学季刊》，第15卷（1978年），第32页。

10 同前注。

11 “恶化”一词的使用是有限制条件的。并非每个使人“恶化”的事物都会造成损害，而仅是指那些针对其利益令其“恶化”的事物。人可能轻微地被惹恼、被冒犯、感到厌烦，甚至在一定程度上受到伤害，而利益却并未受到影响。这种情形下，在某种意义上，人的确较之前状态有所“恶化”，但利益却并未受到损害。

12 当人们的财产利益接近“图中高点”时，若其位置下降少许，当问起人们的利益是否因此受损，对此，他可能会回答，“不，没有受损；我可以轻松地承受。”此处使用的是一个非相对性的“损害”概念，人们能够“承受”的损失是指尚不足以导致其利益进入受损害的状态，而只是影响（消极影响）了利益的进展方向。

13 当然，正如其他损害行为，这可能对于所有摧毁利益的行为都适用，即它们都存在当下的决定因素，但并不能因此认为，任何利益之被摧毁都是本文意义上的“注定的”。就所有未来将被摧毁的现存利益而言，只有其中一部分利益，无论其所有者怎么做，都从一开始就注定被毁。更准确地说，对于这些注定被摧毁的利益，其所有者要么无能为力，要么没有合理的可能去做些什么，或者确实没有理由去做些什么来阻止它们的毁灭。例如，驾车去机场搭乘一架注定坠毁的飞机的那个人可以掉头回家以躲避坠机，如果他有理由怀疑这架飞机存在性能故障的话，他就会这么做。但他没有这样的理由，以他的情况而言，他不可能有任何途径了解这方面的理由。这样，尽管他其实可以做到避免其悲剧命运，但他却不可能这样做。因此，他的命运已经注定。同样情形下，一个已经罹患绝症的人命运也可能已经注

定,他没有任何办法可以使自己免于一死,尽管他非常清楚此状况也非常渴望治愈。不过,在其他一些例子中,利益虽将要被毁,但若人们有能力、有机会也完全有理由采取一定的步骤避免的话,结果就不会发生。这就可以通俗地解释为什么当那些并非注定被毁的利益遭到摧毁之后,人们对因此而来的损害感到非常痛苦的原因。

14 巴里,前注书(参见注释5),第183页。

15 同前注。

16 安东尼·肯尼(Anthony Kenny):“幸福”,载《亚里士多德学会会志》(*Proceedings of the Aristotelian Society*),第66期(1965—66年),第93—102页。重印于乔尔·范伯格编:《道德概念》(*Moral Concepts*)(牛津:牛津大学出版社,1969年版),第48页。

17 此观点的进一步论述参见本人论文“荒唐的自我实现”(“Absurd Self-fulfillment”),载彼得·范·因瓦根编:《时间和原因:献给理查德·泰勒的论文集》(*Time and Causes, Essays Presented to Richard Taylor*)(多德雷赫特,荷兰:莱德尔出版公司,1980年版),第255—281页。事实上,在避免强烈煎熬的痛苦状态方面,较高等级的动物和人类存在相同的内在利益,因此,在此类表述中,无论是否存在危害性,都是指“受损害状态”。

18 海曼·格罗斯(Hyman Gross):《刑事司法理论》(*Theory of Criminal Justice*)(纽约:牛津大学出版社,1979年版),第120页。

第二章 疑难案例

1 “如此看来,美德就是心灵的健康、美好、安逸,而邪恶就是疾病、扭曲、孱弱。”参见柏拉图:《理想国》,弗朗西斯·康福德(Francis Cornford)译(伦敦:牛津大学出版社,1941年版),第143

页。

2 有关柏拉图此见解的更详尽探讨, 参见 H. A. 普里查德 (H.A.Prichard):《义务与利益》(*Duty and Interest*) (牛津: 克拉伦登出版社, 1928 年版), 特别参见第 4—25 页。

3 布莱恩·巴里:《政治观点》, 第 183 页。

4 同前注, 第 178—186 页。因此, 这个观点意味着符合某人利益的事物并不能为他带来一蹴而就的完全满足。参见托马斯·霍布斯:“……生命之幸并非精神上感到满足的片刻安宁。道德哲学家著作中所说的‘终局’(Finis Ultimus)或‘最高奖赏’(Summum Bonum)其实并不存在。如果一个人的愿望已经到了终点, 那么他就无法继续生存下去, 除非他仍能保持那种感觉和想象。幸福是愿望持续的过程, 从一个目标走向另一个目标; 前一个愿望的实现不过是实现后一个愿望的途径。真义就在于: 人的愿望的客体并非仅只一次的、一刻的欢愉, 而是努力实现下一个愿望的整个过程。”参见《利维坦》(1651 年版), 第一册, 第二章第二段。

5 巴里, 前注 3 引书, 第 185 页。

6 S. I. 本 (S. I. Ben): “政治学中的‘利益’”(“‘Interests’ in Politics”), 载《亚里士多德学会会志》, 第 60 期 (1960 年), 第 130—131 页。

7 拉尔夫·巴顿·佩里 (Ralph Barton Perry):《价值的一般理论》(*General Theory of Value*) (纽约: Longmans, Green, & Co., 1926 年版), 第 672 页。他的确切表述是, “……因另一个人的利益得到满足而产生的受到偏爱的利益”。

8 参见拙文“集体责任”(“Collective Responsibility”), 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 233—241 页。

9 巴里,前注3引书,第77页。

10 参见《韦氏新国际词典》(*Webster's New International Dictionary*)(1954年第2版):“不受关乎个人好处的影响……”,以及《牛津英语词典》(*Oxford English Dictionary*):“不受个人利益的影响”。

11 两种非自私行为的区分可以依据表中所设分类:B类行为和A2类行为并未不法地以第三方的利益(或偶然的需要)为代价,或是可责地忽视第三方的利益(或偶然的需要)。

12 正是迈克尔·贝尔斯让我第一次意识到了这个困难。

13 尽管往复的替代性损害并不受任何度量限制,但仍可以数学上的联系进行类比: $1 + 1/2 + 1/4 + 1/8 + 1/16 + \dots$,总和无限接近“2”,但决到不了“3”或更大的数值(比无限值小得多)。

14 理解此种不确定性的可能模式见于W. D. 福尔克(W. D. Falk)的另一文本。提及特殊道德及其能否应用于完全利己行为上的争论时,福尔克解释说,通常的观点往往这样说,而冲突性思维往往那样说。“这种分歧显示了问题的辩证逻辑,即来回摇摆于两种相对立的观点之间。这种两面性可能是由道德概念本身的一个缝隙造成的。这个概念也许可以在争论中得以发展,或者与通常看法仅仅部分重叠,而非完全重合。”参见W. D. 福尔克:“道德,自我与他人”(“Morality, Self, and Others”),载范伯格主编:《原因与责任》(*Reason and Responsibility*)(贝尔蒙德,加利福尼亚:瓦兹沃斯出版公司,1981年第5版),第52页。

15 参见芭芭拉·利文布克(Barbara Levenbook):“死后损害”,载《伦理学》(*Ethics*),第94卷(1984年)。

16 参见欧内斯特·帕特里奇(Ernest Partridge):“死后利益与死后尊重”,载《伦理学》,第91卷(1981年),第243—264页。在

对我之前有关死亡有害性论点的全力反驳中，此技巧得到有力使用。另见玛丽·马瑟希尔（Mary Mothersill）对托马斯·内格尔毫不留情的批评，见于她的论文“死亡”，载詹姆斯·雷切尔主编：《道德问题》（*Moral Problems*）（纽约：Harper & Row，1971年第1版），第372—383页。

17 参见伊壁鸠鲁：《给莫诺瑟斯的信》（*Letter to Menoeceus*），载西里尔·贝利主编：《伊壁鸠鲁：现存文稿》（*Epicurus : The Extant Remains*）（牛津：牛津大学出版社，1926年版）。有关解决伊壁鸠鲁派矛盾观点的巧思妙论，可参见托马斯·内格尔：“死亡”，载于其所著《道德问题》（*Moral Questions*）（剑桥：剑桥大学出版社，1979年版），第1—10页；以及哈里·D. 西尔弗斯坦（Harry D. Silverstein）：“死亡之恶”（“The Evil of Death”），载《哲学杂志》（*Journal of Philosophy*），第77卷（1980年），第401—424页。内格尔的观点特别影响到我本人的观点。

18 利文布克（注释15）在此点上有极具说服力的论证。

19 参见我的论文“损害与自我利益”（“Harm and Self-Interest”），载P. M. S. 哈克尔、J. 拉兹主编：《法律、道德与社会》（*Law, Morality and Society*）（牛津：克拉伦登出版社，1977年版），第308页。

20 帕特里奇，同前书（注16），第246页。

21 同前书，第260页。

22 W. D. 罗斯（W. D. Ross）：《伦理学基础》（*Foundations of Ethics*）（牛津：克拉伦登出版社，1939年版），第300页。

23 如果推至所需即会带来真正失望感的情形，则这个判断似乎过于武断。德雷克·帕菲特（Derek Parfit）曾提醒我区分以下两种情形：一种情形是需求的实现不可能产生满足感，因为这个人正处

于无法获知其需求已经实现的情况下；另一种情形是需求的实现能够带来满足感，但事实却并非如此。在前一种情况下，所有人都会同意，重要的是我们想要发生的事情发生了（我们的愿望即得以实现）。但在后一种情况下，如果人们知道或满心期待，需要的实现不仅“不会带来欢愉”，还可能真的导致失望，则如帕菲特指出的，“得偿所愿”是否如此重要就不是很清楚了。不过，值得怀疑的是，在这种情形下，需求是否还能存在。

24 据我所知，对“积极损害性”死亡的最形象文字来自查尔斯·狄更斯所著《远大前程》第五十三章（企鹅公司版第436页）中，皮普在落入邪恶的奥立克手中时对死后情况的预想。在一个偏僻的沼泽地，奥立克打算杀死皮普，并把尸体投入石灰窑烧掉。“我要把你的尸体丢进石灰窑”，他说，“我不会让你身上的一片布、或者你身上的一根骨头留在人世……人们爱怎么猜就怎么猜，他们绝不会知道真相。”皮普的反应说明了一切：“我的脑子转得出奇的快，想到了我死后的所有结果。艾斯黛拉的父亲肯定以为我抛弃了他，他会被抓，到死都会诅咒我。甚至赫伯特也会怀疑我，他看到我给他留下的信，却发现事实上我只在哈维仙小姐家门前待了一会儿；乔和比蒂永远也不会知道我对那晚是多么抱歉。没人知道我所承受的痛苦，我怀有怎样的真意，以及我走过的整个历程。迫近的死亡非常可怕，但比死亡更可怕的是死后遭人误解的恐怖。我的思维是如此迅速，似乎看到自己被后辈鄙视——艾斯黛拉的孩子以及她的孩子的孩子——与此同时，那个恶棍[奥立克]还在喋喋不休。”

25 C. D. 布罗德（C. D. Broad）：“利己主义：一种人性动机的理论”（“Egoism as a Theory of Human Motives”），载《伦理学与哲学史》（*Ethics and the History of Philosophy*）（伦敦：Routledge & Kegan Paul, 1952年版），第220页。

26 同前书,第 221 页。

27 亚里士多德:《尼各马可伦理学》,J. A. K. 托马斯译(巴尔的摩:企鹅出版公司,1953 年版),第 1 卷第 10 章。

28 同前书,第 1 章。不过,亚里士多德在该章的基本关注点并非要表明,某人的利益可能在死后受到影响,而是认为无论是死前还是死后的安好,都不会被突如其来的事件完全摧毁,至多在一定程度上产生瑕疵。有关死后遗留的利益,他干脆认为毫无讨论的必要。 253

29 乔治·皮彻(George Pitcher):“死者的不幸”(“The Misfortunes of the Dead”),即将刊登于《美国哲学季刊》。

30 同前注。

31 同前注。

32 同前注。

33 同前注。

34 同前注。

35 在最后这个例子中,皮彻可能会认为,关爱儿子的父亲已经因儿子无可挽回的离世而受到损害,这与他是否得知这一事实关系不大。参见他自己提出的伯克利主教儿子的示例。

36 本段剩下的问题即小结有关“死后利益与死后尊重”部分的论证(见注释 16)。

37 参见拙文“实用主义的形式与限制”(“Poshumous Interests and Posthumous Respect”),载《哲学评论》(*Philosophical Review*),第 76 卷(1967 年):第 368—381 页。我提出类似以上简述的“实然功利主义”观点,以反驳“应然功利主义”的观点以及“普遍化”的观点。

38 L. W. 萨姆纳(L. W. Sumner):《堕胎与道德理论》(*Abortion and Moral Theory*)(普林斯顿,纽约:普林斯顿大学出版

社, 1981 年版), 第 143—154 页。

39 参见拙文“堕胎”(“Abortion”), 载汤姆·里甘(Tom Regan)主编:《法律与死亡问题》(*Matters of Life and Death*)(纽约:兰登书屋, 1979 年版), 第 182—217 页。

40 针对胎儿“未来利益”的法律权利往往被称为“不确定权利”或者“由出生确定的权利”。例如, 胎儿的财产权利是对其未来利益提供的法律保护, 自其出生方能确定, 如果胎儿在出生前即死去, 则这项权利也就不复存在。如科克所说, “法律往往出于对其出生的现实期待来考虑对他的保护。”(引自威廉·萨蒙德:《法理学》第 12 版, 伦敦: Sweet & Maxwell, 1966 年版, 第 303 页) 但这与承认实际出生的权利是两回事。试想孩子即将出生, 法律似乎在说, 他在出生后即将获得的种种利益必须受到法律的保护, 以免其受到可能在他们出生前即已蒙受的侵害。更详尽的讨论参见拙文“存在出生权吗?” (“Is There a Right To Be Born”), 载乔尔·范伯格:《权利、正义及自由的边界》(*Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*)(普林斯顿, 纽约:普林斯顿大学出版社, 1980 年版), 第 207—220 页。

41 参见德国联邦法院: Bundesgericht, 20. XII. 195a, 载《法律人报》(*Juristenzeitung*), 1953 年版, 第 307 页。有关讨论参见 G. 泰德斯奇(G. Tedeschi): “‘不法人生’的侵权责任”, 载《以色列法律评论》(*Israel Law Review*), 第 1 卷(1966 年 10 月): 第 513—538 页。

42 *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849.

43 *Williams v. State of New York*, 46 Misc. 2d 824, 260 N.Y. S. 2d 953 (Ct. Claims, 1965); *reversed*, 25 A.D. 2d 906, 264 N.Y.S. 2d 786 (App. Div. 1966); *reversal affirmed*, 18 N.Y. 2d 481, 233 N.E. 2d 343 (1966) .

44 在塞佩达诉塞佩达 (*Zepeda v. Zepeda*) 一案 (前注 42) 中西尼·斯奎尔 (Sidney Squire) 法官的话引用如下:“困扰我们的是这个新型案件的性质,以及由此可能受到鼓动的其他类似诉讼。这种鼓动将蔓延至所有自认为在逆境下出生的人。有人可能因生为某种肤色而提出赔偿请求,另一个人则因为自己的种族提出诉讼;有人因为出生时患有遗传疾病而提出赔偿请求,另一个人则会因继承了家族的不良个性而提出赔偿请求,有人会因为降生于一个贫苦大家庭而提出诉讼,另一个则因为家长声名狼藉而提出诉讼……。” 254

45 我们已经论及,怀孕前或怀孕后以及出生前可能会受到影响。

46 肯尼斯·基廷法官的这段话参见威廉姆斯诉纽约州案 (*Williams v. State of New York*), 223 N. E. 2d 344。

47 格莱特曼诉科斯格罗夫案 (*Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22, 227 A. 2d 689), 这是一个典型案例,格莱特曼夫人(原告的母亲)在怀孕的第一个月感染了德国麻疹,但(据她说)科斯格罗夫医生告诉她,从技术上说,这对于她受孕的孩子没有风险。此案例为“不当出生”,而非“不当怀孕”,但从原告婴儿的角度而言,核心问题并无区别。

48 德雷克·帕菲特:“做对孩子最有利的事”(“On Doing the Best for Our Children”),载 M. D. 贝尔斯主编:《伦理学与人口》(*Ethics and Population*) (剑桥,马萨诸塞州:Schenkman, 1976 年版)。帕菲特在其另一篇文章中通过这个示例提出了另一个观点,以说明功利主义一个有说服力的观点,即不仅要谴责对特定人造成的损害,还要谴责对非人生物施加的恶。也可参见乔纳森·格洛弗 (Jonathan Glover):《导致死亡与挽救生命》(*Causing Death and Saving Lives*) (哈尔蒙兹沃斯,米德尔塞克斯:企鹅出版公司,1977

年版),第67—69页,以及迈克尔·D.贝尔斯:“对无认识者的损害”(“Harm to Unconceived”),载《哲学与公共事务》(*Philosophy and Public Affairs*),第5卷(1976年),第292—304页。我借用帕菲特的巧妙示例说明了本人的另一个观点,即我所谓的“无人怨恨的恶”(参见第二十八章第七、八部分)。

第三章 损害与不法侵犯

1 我们的确既可以说“受伤害的情感”也可以说“被损伤的情感”,这也许是为了强调折断的骨头与受伤的器官之间的类比性——它们都可以及时“痊愈”。同样的,无论哪种情形,我们的“伤口”(敏感部位)都会留疤。

2 美国法学会(American Law Institute):《侵权法重述》(*Restatement of the Law of Torts*)(圣保罗,明尼苏达:American Law Institute Publishers,1934年版)。

3 前注书,第一章第七部分“损伤”,评论a,第12页。

4 我听说古老的英国法认为,外科手术是“正当的严重身体伤害”,但我未能查证此说。

5 对此问题感兴趣的读者可先去查阅赫伯特·莫里斯(Herbert Morris)的《自由与责任:哲学与法律读本》(*Freedom and Responsibility: Readings in Philosophy and Law*)(斯坦福,加利福尼亚州:斯坦福大学出版社,1961年版)。

6 J. L. 奥斯丁(J. L. Austin):“寻求辩护事由”(“A Plea for Excuses”),载《亚里士多德学会会志》,第57卷(1956—57年),第1页。

7 同前注。

8 有理由相信,如果密尔对这个限定有充分理解的话,他是会赞同的。参见《论自由》,第五章第三段。

9 我是指那些所谓“法实证主义者”,最著名的杰里米·边沁(在《无政府主义的谬论》中)写道,“权利……是法律的孩子:实证的法律产生实证的权利;但虚幻的法律,由诗人、雄辩家以及道德和智慧毒药的贩卖者们发明想象出来的自然法,只能产生虚幻的权利,那是魔鬼的私生子……自然权利完全是鬼话:自然且绝对的权利,雄辩家的鬼话——踩着高跷的鬼话。”参见J. 鲍林(J. Bowring)编:《杰里米·边沁文集》(两卷本)(爱丁堡:1838—1843年),第2卷,第501—502、523页。

255

10 有关其在英国侵权法中的作用及历史,参见温菲尔德、戈洛维奇:《论侵权》(Winfield and Golowicz on Tort), W. V. H. 罗杰斯编(伦敦:Sweet and Maxwell, 1975年第10版),第614—616页。

11 亚里士多德:《尼各马可伦理学》,第五卷,第8、9、11章。

12 在W. D. 罗斯的英译本中(伦敦:牛津大学出版社,1925年版),亚里士多德粗略的论证中提到了某些自由,实际上他的结论是,没有人希望受到不公对待(第129页),“如果他把财产让与他人”,亦并非自愿不公地对待自己(不法侵害自己),“因为如此一来,相对于他的愿望,他并未承受痛苦,至多只是承受损害”(第130页)。

13 约翰·萨蒙德:《萨蒙德论法理学》(*Salmond on Jurisprudence*),格兰维尔·威廉姆斯编(伦敦:Sweet & Maxwell, 1957年第7版),第261页。

14 《韦氏美语世界词典》(*Webster's New World Dictionary of the American Language*)(1970年版)。

15 类似地,“损害”一词主要在狭义上使用,指对利益的不当阻碍,但有时也在意义清晰的语境中,用其更广义上的内涵,指无论是

否不当的对利益的阻碍。同样,“被害人”须与受到不法阻碍的利益相连,但也不时用以指向承受损害(利益阻碍)的人。

16 莫里斯,前注书(注释5),第282页。

17 参见论文“过失”(“Sua Culpa”),载拙著《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177—221页。哈特与A. M. 奥诺雷(A. M. Honoré)对“原因”与“条件”也作出同样的区分。参见他们的《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32—41页。

18 哈特和奥诺雷,前注书,第117页。

19 莫里斯,前注书(注释5),第284页。我改动了莫里斯的字母变量。

20 基于J. A. 麦克劳克林(J. A. McLaughlin):“近似原因”(“Proximate Cause”),载《哈佛法律评论》,第39卷(1925—26年),第149页。另见哈特、奥诺雷,前注书,第219页以下。

21 哈特、奥诺雷,前注书,第117页。

22 D. D. 拉斐尔(D. D. Raphael)明智地建议,“那些距离责任过于遥远的结果应当称之为‘后果’或‘影响’,而非‘结果’”,“正如距离原因过于遥远的条件应当称之为‘原因性要素’之类,而非原因。”我愿意追随他的建议。参见拉斐尔与A. N. 普赖尔(A. N. Prior)的座谈文本“行为的后果”(“The Consequences of Actions”),载《亚里士多德学会会志》增刊,第29卷(1956年),第91—115页。

23 哈特、奥诺雷,前注书,第127页。

24 这三个例子出自莫里斯,前注书(注释5),第285页。

25 这些情况与海因斯诉加雷特一案(*Hines v. Garrett*)极其类似,参见131 Va.125, 108 S.E. 690(1921)。铁路公司为这起刑事案件

承担民事责任。

26 莫里斯, 前注书 (注释 5), 第 284 页。

27 同前注。

28 威廉·德雷 (William Dray):《历史上的法律与解释》(*Laws and Explanation in History*) (伦敦: 牛津大学出版社, 1957 年版), 第 100 页。

29 H. L. A. 哈特、A. M. 奥诺雷:《法律中的因果关系》, 载《法律评论季刊》(*Law Quarterly Review*), 第 72 卷, 第 1 期 (1956 年), 256 重印于莫里斯书 (前注 5), 第 331 页。

第四章 未防止损害发生

1 《路加福音》, 10:25—37。

2 亚历山大·W. 路德辛斯基 (Aleksander W. Rudzinski): “救助义务: 一个比较分析” (“The Duty to Rescue: A Comparative Analysis”), 收录于詹姆斯·M. 拉特克里夫 (James M. Ratcliffe) 主编:《好撒玛利亚人与法律》(*The Good Samaritan and the Law*) (花园城, 纽约: Doubleday Anchor Books, 1966 年版), 第 92 页。名单上的国家包括葡萄牙 (1867 年), 荷兰 (1881 年), 意大利 (1889 年, 1930 年), 挪威 (1902 年), 俄罗斯 (1903—1917 年), 土耳其 (1926 年), 丹麦 (1930 年), 波兰 (1932 年), 德国 (1935 年, 1953 年), 罗马尼亚 (1938 年), 法国 (1941 年, 1945 年), 匈牙利 (1948 年, 1961 年), 捷克斯洛伐克 (1950 年), 比利时 (1961 年), 以及瑞典 (不同区域在不同时间)。芬兰于 1969 年也加入了这个行列。

3 Vt. Stat. Ann., tit. 12 § 519 (Supp. 1971) .

4 马克·A. 富兰克林 (Mark A. Franklin): “佛蒙特州要求施

救：评论”(“Vermont Requires Resue : A Comment”),载《斯坦福法律评论》，第51卷(1972年)，第59页，注释56，转引自安东尼·伍兹利(Anthony Woozley)：“救助义务：对刑事责任的一些想法”(“A Duty to Rescue:Some Thoughts on Criminal Liability”),载《弗吉尼亚法律评论》，第69卷(1983年)，第1273页。

5 弗朗西斯·H.波伦(Francis H. Bohlen)：“救助他人的道德义务是侵权责任的一项原则”(“The Moral Duty to Aid Others as a Principle of Tort Liability”),载《宾夕法尼亚大学法律评论》，第56卷(1908年)，第217页。

6 杰弗里·G.墨菲(Jeffrie G. Murphy)：“敲诈勒索：初步考察”(“Blackmail : A Preliminary Inquiry”),载《一元论者》(*The Monist*),第63卷第2期(1980年)，第168页，注释6。

7 兰斯·K.斯戴尔(Lance K. Stell)：“决斗与生命权”(“Dueling and the Right to Life”),载《伦理学》，第90卷(1979年)，第12页。密尔的话摘自《功利主义》(*Utilitarianism*)(纽约：Bobbs-Merrill, 1957年版)，第61页。

8 朱迪丝·汤姆森(Judith Thomson)：“为堕胎辩护”(“A Defense of Abortion”),载《哲学与公共事务》，第1卷第6期(1971年)，第62—64页。

9 密尔，前注文，第61页。

10 关于“应得的赏罚”与“应得的权利”之间的区别，本人在“正义与应得的赏罚”(“Justice and Personal Desert”)一文中有详细讨论。参见拙著《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55—87页。

11 詹姆斯·巴尔·埃姆斯(James Barr Ames)：“法律与道德”(“Law and Morals”),载《哈佛法律评论》，第22卷(1908年)，埃姆

斯在此鼓吹改变传统规则。

12 Lord Thomas Macaulay, “Notes on the Indian Penal Code”, in Works, 8 Vols. (New York: Longmans, Green and Co., 1987), Vol. 7, p.497.

13 H. B. 阿克顿 (H. B. Acton): “权利漫谈”, 载《亚里士多德学会会志》增刊, 第 24 卷 (1950 年), 第 107—108 页。另见本人“责任、权利与请求”(“Duties, Rights, and Claims”)一文, 载于拙著《正义与自由的边界》(普林斯顿, 新泽西: 普林斯顿大学出版社, 1980 年版), 第 130—142 页。

14 理查德·爱泼斯坦 (Richard Epstein): “严格责任理论”, 载《法律研究杂志》(*Journal of Legal Studies*), 第 2 卷 (1973 年), 第 200 页。

15 另见本人论文“分外事与规则”(“Supererogation 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 13 页。

16 亨利·西奇威克 (Henry Sidgwick): 《伦理学方法》(*Methods of Ethics*) (伦敦: 麦克米伦出版公司, 1963 年第 7 版), 第 219 页。参见罗德里克·奇泽姆 (Roderick Chisholm): “分外事与冒犯: 伦理学的概念性框架”(“Supererogation and Offence: A Conceptual Scheme for Ethics”), 载 *Ratio* 第 5 卷 (1963 年), 第 1—14 页。

17 爱泼斯坦, 前注书 (见注释 14), 第 201 页。

18 同前注书, 第 198 页。

19 麦考利, 前注书 (见注释 12)。

20 同前注书, 第 494 页。

21 同前注书, 第 495 页。

22 同前。

23 同前注书,第494页。

24 爱德华·利文斯顿:《犯罪与刑法法典》(*Code of Crime and Punishments*),载《全集》(*Complete Works*)(纽约:美国国家监狱协会,1873年版),第2卷,第126—127页。

25 麦考利,前注书(见注释12),第495页。

26 同前注书,第496—497页。

27 托马斯·C. 格雷:《道德的法律强制》(*The Legal Enforcement of Morality*)(纽约:兰登书屋,1983年版),第159—160页。

28 同前注书,第160页。

29 在好讼的二十世纪里,美国的好撒玛利亚人(尤其是医生)如果因疏忽而好心办坏事的话,风险之一就是可能承担民事责任。因此,坏撒玛利亚人的刑事法律不仅应设置施救的义务,同时还应规定对施救者民事责任的豁免,除非其存在重大过失。很多州已经通过这种方式豁免医生提供主动紧急救治时的民事责任。这种豁免在没有规定施救义务的情况下是好政策,而在有如此义务的情况下则是正义的要求。

30 麦考利对这些案子的态度与他在涉水过河案中的态度是一致的。“我们无法找到……划线的地方。如果富人拒绝施舍一个铜板去救乞丐的命就是杀人犯的话,那么,比乞丐情况好一点点的穷人如果没有邀请乞丐与他共进其辛苦挣得的晚餐,是不是也是杀人犯呢?再次,如果富人因为拒绝拿出一个铜板救乞丐一命就是杀人犯的话,那他拒绝拿出一千卢比救乞丐一命是否也算杀人犯呢?……合法与不法的不作为之间的区别也许是明白无误的;但一大笔钱和一小笔钱之间的区别却没这么简单,更不用说同样一笔钱对这个人来说数目

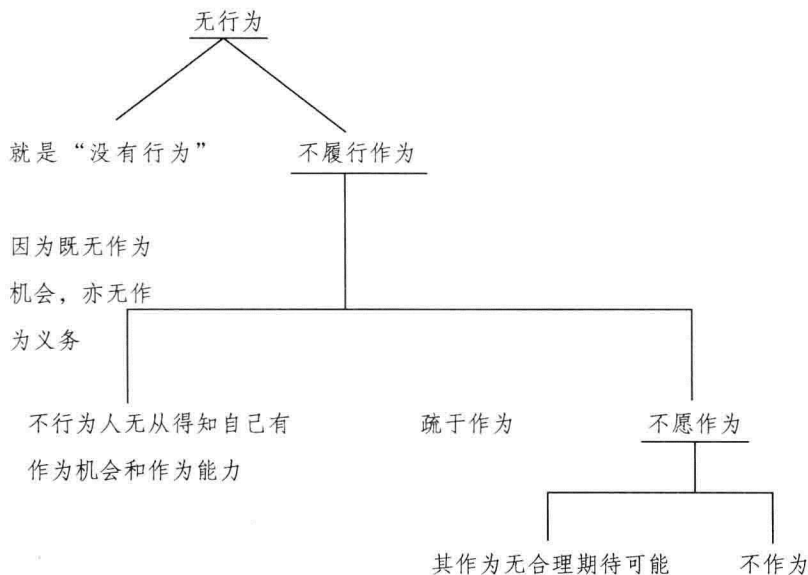
很小,对另一个人来说却很大。”参见前注书(见注释12),第496页。加上适当的道德前提,麦考利的论点可以转为现代福利国家在财政上实施累进所得税制的立场。

31 本段观点由格雷提出,参见前注书(见注释27),并由欧内斯特·J. 温利伯(Ernest J. Weinrib)进一步雄辩地论证,参见“承担救助义务的情形”(“The Case for a Duty to Rescue”),载《耶鲁法律杂志》(*Yale Law Journal*),第90卷(1980年),第291—292页。

32 温利伯,前注文,第292页。

33 参见埃里克·达西(Eric D’Arcy):《人的行为》(*Human Acts*)(牛津:克拉伦登出版社,1963年版),第43页以下。

34 我们现将“不行为”、“不履行作为”、“疏于作为”、“不愿作为”以及“不作为”区分如下。“无行为”是统称,其他则是更加细化的子概念。“不行为”既不是“不履行行为”、“疏于行为”、“不愿作为”,也不是“不作为”,因为该不行为人无机会亦/或无义务去有所作为。若该不行为人确实有机会及义务有所作为,而他却无所作为,因为他无从知道这种机会和义务,或者因为他疏于作为或不愿作为,则其“不行为”就成为“不履行作为”。若该不行为人有机会和能力作为,但他并不知道(但应当知道)这一点,或者知道这一点,但当时并未意识到自己有这个能力和机会——简直毫不知情,则其“不履行作为”即属“疏于作为”。若该不行为人有作为的机会和能力,且其明知这一点,但他却拒绝作为,则其“不履行作为”即属“不愿作为”。若其(1)“不愿作为”;且(2)满足任取其一的“合理期待”条件,则其“不行为”就是“不作为”。以上区分列图表如下:



35 参见理查德·B. 勃兰特 (Richard B. Brandt) 在其论文“责任与义务的概念”中富有争议的观点，载《思想》(*Mind*)，第 73 卷 (1964 年)，第 374—393 页。另见本人论文“分外事与规则” (注释 15)，以及约翰·罗尔斯：《正义论》(剑桥，马萨诸塞州：哈佛大学出版社，1971 年版)，第 113 页。

36 这应归功于布鲁斯·兰得斯曼未曾发表的关于伍兹利的评论 (见注释 4)。

37 格雷，前注书 (见注释 27)，第 163 页。

38 伊丽莎白·沃尔加斯特 (Elizabeth Wolgast) 抓住坏运气这一点为行为人喊冤，她将“不走运的坏撒玛利亚人”与“有计划的坏撒玛利亚人”区分开，后者是指利用自己的预见避免承担撒玛利亚人义务——“他耳朵里像是有耳机，一旦有人呼救，他就会在到达这个有需要的陌生人身旁之前掉头走开”。沃尔加斯特宁愿奖赏好 (最低体面) 撒玛利亚人，也不愿惩罚坏 (倒霉的) 撒玛利亚人，因为“我

们不该仅仅因为他们不会使诈，就把这些倒霉蛋投入监狱。”引文摘自她未发表的关于伍兹利的评论（见注释4）。

39 伍兹利，前注书（见注释4），第1300页。兰得斯曼为伍兹利的不可预见的法律义务清单中添加了一项：做陪审员的义务。参见前注书（见注释36）。

40 兰得斯曼，前注书。

41 伍兹利指出，与“引起发生”相比，“容任发生”可以指向两种截然不同的情形，一种是不作为，另一种是作为：“不设置任何障碍以阻止其发生，或是消除阻止其发生的障碍，都属于容任其发生。”参见伍兹利，前注书，第1295页。因此，医生不论是不给病危患者连接呼吸机（不作为），还是将其呼吸机切断（作为），都是容任病人的死亡。如果我们给后者贴上“任其死”而非“杀死”的标签，就意味着我们并不认其为不法。若切断连接的行为仅为对先前被阻断的因果历程的恢复，而非启动一个新的因果历程（如注射致命药物），且行为合法，则切断行为可认定为“容任死亡”。如果按伍兹利所说，行为“违背了父母或监护人的意愿”，或“由某个毫无授权的人员，如敌方人士，或医院的勤杂工实施”（第1297页），那么，该行为就是“杀死”，而非仅为“容任死亡”，即使这一行为并未引发一个全新的因果历程。

42 格雷，前注书（见注释27）。另见詹姆斯·雷切尔提出的著名例子，参见“积极安乐死与消极安乐死”（“Active and Passive Euthanasia”），载《新英格兰医学杂志》（*New England Journal of Medicine*），第292卷（1975年），第78—80页。以及迈克尔·图利：“堕胎与杀婴”（“Abortion and Infanticide”），载《哲学与公共事务》，第2卷（1972年），第58—60页。

43 该词出自图利书（见注释42）中提出的原则，即在引起因

果历程并导致对他人损害的“故意作为”与在损害结果发生前，虽然只需稍稍施力即可阻止却不去阻止该因果历程发展的“故意不作为”之间，“并不存在任何道德区别”（第 58 页）。

44 海迪·马尔姆（Heidi Malm）：《好撒玛利亚人法律与个人自治》（“Good Samaritan Laws and the Concept of Personal Sovereignty”），亚利桑那大学（手稿）（1983 年），第 11 页。

45 同上。

46 理查德·特拉梅尔（Richard Trammel）：“挽救生命与剥夺生命”（“Saving Life and Taking Life”），载邦尼·施泰因伯克编：《杀人与见死不救》（*Killing and Letting Die*）（Englewood Cliffs, N. J. : Prentice-Hall, 1980 年版），第 167 页。

47 同前注。

48 布鲁斯·拉塞尔（Bruce Russell）在其“论积极义务与消极义务的相对严格性”（“On the Relative Strictness of Negative and Positive Duties”）一文中提到的示例表明，当救助只需极少心力时，“积极性”与“消极性”的区分并无意义。该文载邦尼·施泰因伯克，前注书（见注释 46），第 226 页。失控列车的司机只有两种选择：或者任由列车按照既存行驶状态撞向被系于铁轨上的某人 A；或者改变方向驶往另一条轨道撞向被系于该轨道上的某人 B。如果消极义务较积极义务更加严格，则在其他条件等同的情况下，他就不能主动改变行驶方向至另一条轨道，因为如此一来即属“积极”作为（转方向盘或拉方向杆）并导致 B 的死亡。如果他不这么做，就其消极义务而言，他仅仅是“容任”A 死亡的发生，那将违反一个不那么严格的积极义务。但如拉塞尔总结的，“绝大多数人都认为无论司机采取哪种方案都是道德上的漠视”，冲突义务具有同等的严格性，即使二者的唯一区别是一个是积极的，另一个是消极的。

49 特拉梅尔,前注书(见注释46),第168页。

50 亦即将此社会责任全部等份地分配给每个人是不合理性的。强制人们爱自己邻居的观点还有另一种解释:每个人都对在自己社区内(邻里间)遇到的陷入重大险境的人负有重要责任,若在该区域
260
内没有其他人负有特定施救义务,这是一个特别有效的(因此也是“合理的”)协作方案。

51 在这一点上我同意J. L. 麦凯(J. L. Mackie)的观点。参见他“责任与语言”(“Responsibility and Language”)一文,载《澳大利亚哲学杂志》(*Australasian Journal of Philosophy*),第33卷(1955年),第152—153页。但不同意约翰·哈里斯的观点,参见他的“坏撒玛利亚人造成损害”(“Bad Samaritans Cause Harm”)一文,载《哲学季刊》(*Philosophical Quarterly*),第32卷(1982年4月),第60—69页。

52 哈特与奥诺雷:《法律中的因果关系》(牛津:克拉伦登出版社,1959年版),第118页。

53 同前注书,第108页。

54 R.G. 科林伍德(R. G. Collingwood):“论所谓因果关系概念”(“On the So-Called Idea of Causation”),载《亚里士多德学会会志》,第38卷(1938年),第89页。

55 乔尔·范伯格:“过失”,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202—205页。

56 马克斯·布莱克:“使某事发生”(“Making Something Happen”),载西尼·胡克编:《科学时代的决定论与自由》(*Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*), (纽约:纽约大学出版社,1958年版),第20页。

57 埃里克·麦克(Eric Mack):“坏撒玛利亚人与损害的因果

关系”(“Bad Samaritanism and the Causation of Harm”),载《哲学与公共事务》,第9卷(1980年),第241页。

58 同前注书,第244页。

59 哈特与奥诺雷,前注书(见注释52),第115页。

60 同前注。

61 同前注书,第114页。

62 麦克,前注书(见注释56),第243—244页。

第五章 对损害的衡量与比较

1 此处“损害性”一词在其一般通称意义上使用,以区别于第四章第二部分的特定含义。A的利益曲线在没有受到强制性阻碍的情况下本应上升的位置与因阻碍性强制导致在利益图表中的下降位置之间的差别,较B在没有A的计划性行动时的正常利益状况(比较的基准线)与因A的计划性行动导致的恶化状态之间的差距更为悬殊。

2 例如泽卡赖亚·查菲(Zechariah chafee):《美国的言论自由》(*Free Speech in the United States*)(剑桥,马萨诸塞州:哈佛大学出版社,1964年版)。

3 本段中,在测试明确且现实的危险时使用的“合理性”一词来自本人“自由表达观点的限制”(“Limits to the Free Expression of Opinion”)一文,载本人与H.格罗斯编:《法哲学》(*Philosophy of Law*)(贝尔蒙特,加利福尼亚州:Wadsworth,1980年第2版),第205—206页。

4 *Rogers v. Elliot*(罗杰斯诉埃利奥特),146 Mass. 349, 15 N. E. 768(1888)。

5 商人必须为自己的店铺留下大量现金，一方面为了好做生意，另一方面也能够更加严格的执照政策下较易获得营业许可。

6 越战期间，很多州将合法饮酒年龄降至 18 岁或 19 岁。其中，新泽西州的情况十分典型。自从该州将饮酒年龄降至 18 岁之后，被 18—20 岁驾驶者撞死的平均人数上升了 176%。现在，包括新泽西州在内，在二十世纪七十年代降低饮酒年龄的 25 个州中的 20 个州再次将饮酒年龄提高。密歇根大学交通研究所的亚历山大·C. 瓦格纳（Alexander C. Wagenaar）所作的有关此类立法对交通事故率的影响的统计研究最为完整且具有广泛影响。瓦格纳发现，自 1978 年密歇根州将饮酒年龄从 19 岁提高到 21 岁之后，18 岁至 20 岁的驾驶者事故率降低了 20%。参见塞缪尔·G. 弗里德曼（Samuel G. Freedman）：“提高饮酒年龄可以降低死亡率吗？”（“Will Raising the Drinking Age Lower the Death Rate”），载《纽约时报》，1982 年 12 月 23 日。 261

7 本部分我们所讨论的损害仅指对利益的阻退。完全意义上的损害的另一个要素，即被某些先在的道德原则认定为不法的行为，并不在讨论之列。因此，在确定不法性之前必须作出利益平衡。之后包含利益序位的立法即可设定合法与不法以完成认定。道德上的正当与不法是由法律规定的，而非先于法律的。

8 如果我们还记得第一、二章关于何为拥有利益（个人福祉的特别要件），以及利益和需求之间有何区别的分析，我们就必须警惕那些施虐的以及病态的“利益”。显然，这些施虐的、病态的古怪欲望与怀有此类欲望者本人的自我利益是相互矛盾的。但有多少人的需求之网是以给他人造成痛苦就是对自己的最终好处，就可以提升自己的福祉呢？当然，这个问题留待实证，但可以肯定的是这样的人应该没有多少。也许传说中的撒旦能算上一个。

9 以赛亚·伯林(Isaiah Berlin):“自由的两种含义”(“Two Concepts of Liberty”),载《自由四论》(*Four Essays on Liberty*)(伦敦:牛津大学出版社,1969年版),第130页注释。

10 同前注。

11 同前注书,第130页。我认为这个长篇注脚是对伯林在正文中所论证的观点的概括,我大致同意他的观点。

12 对自由本质的这一讨论在后面第十九章第三部分将继续扩充与深入。

13 严格地说,冲突性利益是指特定开放选项中的一方利益,以及另一特定开放选项中的另一方利益。这些利益作为“自由中的利益”,仅当其隶属“自由类”利益;与之相反的,则如“生命”、“财产”或“隐私”之类的利益。严格来讲,衍生性并非利益的属性,而是选项本身的性质。

14 在很多“极其特殊的例子”中,意图实施抓捕、禁锢、绑架或劫持行为的人之所以走上这穷途末路,是因为其自身的衍生性自由受到威胁,或是其自身不法行为造成的某种结果,如他不想因之前的犯罪遭到逮捕并最终被监禁。在其他一些极其例外的案子中,禁锢他人者可能基于某种“必要”的正当理由,或被迫选择较小的恶行,如在紧急情况下“借用”他人的汽车,导致车主至少是暂时性地陷入困境、寸步难行。“较小的恶行”侵犯的是衍生力较小的自由。

15 不过按照法律,妇女作为共犯亦可实施强奸,但正犯在法律
262 上必须为男性。这个问题对全文的观点无足轻重,一个注脚足矣。

16 例如,想想宵禁令,禁止未成年人购买酒精饮料或在售酒场所附近逗留的法律,以及禁止向自愿且渴求的成年人销售淫秽书籍或播放色情影片的法令,如果这些法律是正当的,那也是因为它们保护了自由之外的其他利益,因为它们打开的选项远不如被它们关闭的选

项那么多。

第六章 公正地将损害归责

1 约翰·斯图尔特·密尔：《论自由》，第五章第3段。

2 兰斯·K. 斯戴尔曾写过一篇精心论证的文章“决斗与生命权”（“Dueling and the Right to Life”）（载《伦理学》第90卷[1979年]，第7—26页），他认为，决斗并不比自愿安乐死或自杀更应被视作犯罪行为。面对斯戴尔的文章，我对决斗行为的简单驳斥似乎有些肤浅。但在第二十三章可以看到我对强制力作为减轻自愿程度的要素的详细论述，在第三十章第七部分可以看到我就同意作为刑事辩护事由的论述。斯戴尔认为，并非在每一个存在法律上的逻辑可能的决斗（“基于之前的某个协议，使用致命武器的二人之间的互斗行为”）情形中，双方的自愿都必定不够充分，这个观点是对的。而就完全自愿的决斗来说，其法律状态不应与自杀或自愿安乐死之间存在本质区别。但我认为，斯戴尔低估了“荣誉法典”以及社会名誉的主流标准对降低自愿程度的作用。我想在我们这个复杂的社会中，即使没有这样一本正式的法典，也绝不缺少这种强制性的影响。

我们不必回到中世纪的欧洲去寻找因社会压力而导致的决斗例子。在美洲南部安顿下来的苏格兰—爱尔兰移民就带来了他们自己的荣誉法典及其家族世仇和决斗的方式，以及他们“顽固的排他性和源自古代的古老习俗”（C. 范·伍德沃德语）。参见伯特伦·怀亚特-布朗（Bertram Wyatt-Brown）：《南方式荣誉：老牌南方地区的伦理与行为》（*Southern Honor: Ethics and Behavior in the Old World*）（纽约：牛津大学出版社，1982年版）。C. 范·伍德沃德（C. Vann Woodward）在评论中准确地描述了“法典”对自愿的强迫性影响

(载《纽约书评》1982年11月18日):“男性的自我在于建立‘男子气’、阳刚气和荣誉。拒绝打赌、饮酒或打斗意味着失去自尊和社会评价。在山地和偏僻地区,家族世仇十分普遍,决斗可以在更高的层阶上满足这些要求,尽管并未特别要求他们这样做。决斗,正如其他用以表现阳刚与暴力的仪式,并非个人主义的主张,而是对群体观点要求的回应,托克维尔哀叹这是美洲暴政的南方变种。在亲切友好、乐于交际的背后,在打猎、烧烤和充满欢乐的仪式背后,隐隐浮现着危险和无法自制的暴怒。”

3 杰里米·边沁:《道德与立法原理导论》(1789年版),J.H. 伯恩斯、H.L.A. 哈特编(University of London, Athlone Press, 1970年版),第十六章,第1、9节(第189页)。

263 4 布莱恩·巴里:《政治观点》(*Political Argument*)(伦敦:Routledge & Kegan Paul, 1965年版),第196页。

5 同前注书,第196页。

6 这第五个特点将此类损害与其他简单些的累积性损害区分开来,后者如乱丢垃圾造成的损害,可以通过简单地全面禁止即可。同样,主要是根据这第五个特点,污染的例子有别于累积性损害的著名示例是禁止踩踏公园草坪。在这个例子中,如果只有一个人通过捷径到达目的地而走在护理良好的草坪上,并不会对草坪造成损害,因此在总体上是正效应,但如果人人都可以自由地在草坪通行,结果就会给草坪带来损害。既然找不到行之有效的合理方案可以允许某些人而不是所有人踏上这片敏感区域,而个人失去这种通行自由只意味着小小的不便,我们当然就有足够的理由立法对通行予以全面禁止。显然,一般性的禁止较不加禁止更好。但在污染的例子中,全面禁止的社会成本和全面许可一样高昂,因此,我们必须找到一个行之有效的合理的中间路线。

7 参见肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义:一项初步的研究》(*Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*)(厄尔巴纳,伊利诺伊州:伊利诺伊大学出版社,1971年版),尤其见第四章“裁量之建构”。

8 1970年修正案中限制的七种污染源为:二氧化硫、特种材料、二氧化氮、无氧碳、光化学氧化剂(如臭氧)、非甲烷碳水化合物和铅。

9 污染控制问题并无种类之别,但在某些地区(“非境界地区”),当环境污染积聚至突破所设上限时,立法就困难多了。参见刘易斯·T.康特尼克(Lewis T. Kontnik)的评论“防止重大恶化的增量分配:如何决定谁可污染?”(“Comment. Increment Allocation Under Prevention of Significant Deterioration: How to Decide Who Is Allowed to Pollute”),载《西北法律评论》(*Northwestern Law Review*),第74卷(1980年2月),第936—969页。我在下文中很大程度上得益于康特尼克的文章。

10 同前注书,第941页。

11 同前。

12 同前注书,第949页。

13 同前注书,第947页。

14 参见合众国际社(UPI)1980年12月30日的报道,载《芝加哥论坛报》及其他报刊。

15 伯纳德·威廉斯(Bernard Williams)编:《淫秽与电影审查:威廉斯报告节略》(*Obscenity and Film Censorship: An Abridgement of the Williams Report*)(剑桥:剑桥大学出版社,1981年版),第65页。报告在第63—65页提及众多此类法律实例。

16 吉恩·莱昂斯(Gene Lyons)对加里·金德(Gary Kinder)所著《被害人》(*Victim*, Delacort, 1983)一书的评论,载《新闻周刊》(*Newsweek*),1982年9月13日,第81页。被评论的书从被害

人的角度描述了这次屠杀：“我们最初将这些被害人看作‘物体’，被救护车送到犹他州奥格登市一家急救室……只是医学抢救上的技术问题。一个中年妇女和一个十多岁的男孩头部中枪。妇女送来后很快就死了。男孩也被诊断为不治。医生们在是否对他施救上发生伦理方面的争论。除了颅内有一颗子弹，他的‘肺部的血喷出有三英尺高’。没人知道这是为什么。”当然，原因就是“通乐”。

264 17 玛丽莲·贝克 (Marilyn Beck):《亚利桑那每日星报》(*Arizona Daily Star*), 1982年5月22日。

18 罗伯特·哈奇 (Robert Hatch):《国家》(*The Nation*), 1981年5月9日, 第581页。

19 同前。

20 App. 141, Cal. Rptr. 511.

21 同前注书, 第512页。

22 参见 H.L.A. 哈特、A.M. 奥诺雷:《法律中的因果关系》(牛津:克拉伦登出版社, 1959年版), 第129—150页。

23 Fla. App., 361 So. 2d 776 (1978)。

24 参见我的论文:“引起自愿行为”(“Causing Voluntary Actions”), 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152—186页。

25 即使戏剧在某种程度上“鼓励”了这种行为, 也不应被排除在第一修正案的保护范围之外, 除非它的目的只在于煽动或制造即时的不法行为, 且完全能够煽动或制造这样的行为——最高法院在布兰登堡诉俄亥俄州案 (*Brandenburg v. Ohio*) 中提出的测试标准, 参见 395 U.S. 444, 447-448, 89 S. Ct. 1827 (1969)。

26 然而, 侵权赔偿并不适用于可怜的奥利维亚。损害她的这部电影作为艺术作品, 受到宪法第一修正案的保护, 它并不属于不受第

一修正案保护的色情、煽动、诽谤或诸如此类的言论表达。最高法院不允许下级法院在个案中为平衡因疏忽而对原告造成的损害，而不顾戏剧的美学价值或其他社会价值。一旦该剧被列入受保护一类，就应受到绝对保护（参见《纽约时报》公司诉苏利文 [New York Times Co. v. Sullivan], 376 U.S. 254-284, S. Ct. 710[1964]）。

27 肯特·格里纳沃尔特 (Kent Greenawalt): “言论与犯罪” (“Speech and Crime”), 载《美国律师协会基础研究杂志》(American Bar Foundation Research Journal), 1980 年第 4 期, 第 667—668 页。

28 最近有人提出类似的方案, 尽管并未明确贴上“严格责任”的标签, 这个方案认为应当由枪支制造商、销售商及零售商 (除销售给警察部门外) 对因枪支导致损害的犯罪及事故承担责任。要求销售商和制造商承担责任的原告律师往往从最广义的“产品责任”原则出发, 认为制造者应当为其产品“瑕疵” (关键词) 造成的损害负责。他们根据枪支的“固有危险”远大于其在个人适用中的社会效用即为“瑕疵”的说法, 认为工业被告们应当承担 (对结果的) 严格责任。他们在巴克诉鲁尔工程公司一案的判决 (Barker v. Lull Engineering Co., Cal. 537 P. 2d 443) 中找到依据: “若有争议的产品设计的益处不能远大于其固有危险所带来的风险……则产品就是有瑕疵的。”参见詹姆斯·波杰斯 (James Podgers): “手枪成为侵权律师的新目标” (“Handguns New Target for Tort Lawyers”), 载《美国律师协会杂志》(A.B.A. Journal), 第 67 卷 (1981 年 11 月), 第 1443—1444 页。对“瑕疵”的这一再度解释可能太具延展性, 但法律上的漏洞不应排除通过立法作出决定, 在不考虑是否存在过错的情况下要求整个行业承担严格责任, 这样做恐怕很难取得平衡, 但似乎表面上符合在刑法之外正当有效地减少损害的考虑。

29 此处可参见本人论文“集体责任” (“Collective Responsibility”),

对他人的损害

第 223—225 页, 以及“刑罚的表现功能”(“The Expressive Function of Punishment”)一文, 第 95—118 页, 两篇文章都收录于拙著《行为与责任》(见注释 24)。

索引

(索引中的页码均为本书边码)

A

Abuction, 绑架, 第 62 页, 第 213 页, 第 262 页注释

Acton, H.B., 阿克顿, H.B., 第 256 页注释

Agapé, 无私的爱, 第 71 页

Age discrimination, 年龄歧视, 第 202 页

Alcoholic beverages, 酒精饮料, 参见 Liquor 的用法

Ames, James Barr, 埃姆斯, 詹姆斯·巴尔, 第 135 页, 第 256 页注释

Animals, cruelty to, 虐畜, 第 20 页

Aristotle, 亚里士多德, 第 87—89 页, 第 115 页, 第 252—253 页注释, 第 255 页注释

Arson, 纵火, 第 20 页

Assault, 袭击, 第 10 页

Atiya, P.S., 阿提亚, P. S., 第 249 页注释

Austin, J.L., 奥斯丁, J. L., 第 254 页注释

Autonomy, 自治, 第 78 页, 第 168 页

B

Bad samaritan, 坏撒玛利亚人, 第 126—130 页

biblical model, 圣经模式, 第 132—133 页, 第 256 页注释

defined, 定义的, 第 126 页

Bad Samaritan statutes, 坏撒玛利亚人法律, 第 127—129 页, 第 150 页, 第 155 页, 第 164—165 页, 第 185—186 页

argument from causation against, 因果关系上的反对理由, 第 130 页, 第 165—186 页

enforced benevolence argument against, 强制行善说的反对理由, 第 129 页, 第 130—150 页

line-drawing argument against, 划线说的反对理由, 第 129 页, 第 151—159 页

undue interference with liberty argument against, 干涉说的反对理由, 第 129—130 页, 第 163—165 页

Bail-jumping, 弃保潜逃, 第 20 页

Bardot, Brigitte, 巴铎, 碧姬, 第 206 页

Bare knowledge, 单纯得知, 第 50 页

Barker v. Lull Engineering Co., 巴克诉鲁尔工程公司, 第 264 页注释

Barry, Brian, 布莱恩, 巴里, 第 55—56 页, 第 67 页, 第 72 页, 第 73 页, 第 74 页, 第 75 页, 第 224—225 页, 第 249 页注释, 第 250 页注释, 第 251 页注释, 第 263 页注释

Battery, 殴打, 第 10 页, 第 19 页, 第 112 页

Bayles, Michael D., 贝尔斯, 迈克尔·D., 第 248 页注释, 第 251 页注释, 第 254 页注释

Beck, Marilyn, 贝克, 玛丽莲, 第 264 页注释

Benefit, concept of, 利益, 概念, 第 135—143 页

Benn, Stanley, 本, 斯坦利, 第 69 页, 第 251 页注释

Bentham, Jeremy, 边沁, 杰里米, 第 254—255 页注释, 第 262 页注释

Berger, Fred R., 伯杰, 弗雷德·R., 第 247 页注释

Berlin, Isaiah, 伯林, 以赛亚, 第 207—208 页, 第 210—211 页, 第 261 页注释

Black, Max, 布莱克, 马克斯, 第 180 页, 第 260 页注释

Bohlen, Francis H., 波伦, 弗朗西斯·H., 第 256 页注释

Boxing, professional, 拳击, 职业的, 第 220 页

Brandenburg v. Ohio, 布兰登堡诉俄亥俄州, 第 264 页注释

Brandt, Richard B., 勃兰特, 理查德·B., 第 258 页注释

Bribery, 受贿, 第 20 页, 第 63 页, 第 64 页

Broad, C.D., 布罗德, C.D., 第 252 页注释

Burglary, 抢劫, 第 10 页

C

Causal citations, 原因筛选, 第 176—180 页

Causal idioms, continuum of, 因果关系习语, 惯性, 第 172—181 页

Causally irrelevant necessary conditions, 非相关的必要条件, 第 119—121 页, 第 181—186 页

- Causally necessary conditions, 因果关系的必要条件, 第 120—121 页, 第 175—176 页, 第 232 页, 第 244 页
- action as, 行为, 第 182—183 页
- events as, 事件, 第 184 页
- inactions as, 无行为, 第 183—184 页
- nonevents as, 无实效事件, 第 184—185 页
- Causally relevant factors, 因果关系的相关因素, 第 120—125 页, 第 174—176 页, 第 232 页, 第 237—238 页, 第 244 页
- Causation, 因果关系, 第 118—125 页, 第 171—186 页
- backward, 回溯, 第 90—91 页
- contrasted with allowing, 与容许对比, 第 128—129 页, 第 165 页, 第 179 页, 第 258—259 页注释
- Causation, 因果关系
- element in harming, 损害行为的构成要素, 第 118 页
- indirect, 间接的, 第 238—239 页, 第 241 页
- moral significance of, 道德重要性, 第 165—171 页
- proximate, 近似, 第 119—125 页
- Cause and consequence, 原因和结果, 第 125 页, 第 173—174 页
- Censorship, 审查, 第 22—23 页
- Chafee, Zechariah, 查菲, 泽卡赖亚, 第 260 页注释
- Chisholm, Roderick, 奇泽姆, 罗德里克, 第 256 页注释
- Cicero, 西塞罗, 第 249 页注释
- Civil liability, 民事责任, 参见 Torts, Law of, 侵权法
- Claim-right, 主张权利, 第 8 页
- Clean Air Act Amendments, 清洁空气法修正案, 第 230—232 页
- Coercion-legitimizing principles, 强制合法化原则, 参见 Liberty-limiting principles, 限制自由原则
- Coke, Sir Edward, 科克, 爱德华爵士, 第 253 页注释
- Collingwood, R.G., 科林伍德, R.G., 第 260 页注释
- Consent, 同意, 第 35—36 页, 第 115—117 页, 第 215 页
- Constitutional law, 宪法, 第 5 页
- Contempt of court, 藐视法庭, 第 11 页, 第 63 页
- Counterfeiting, 伪造, 第 11 页, 第 21 页
- Cranston, Maurice, 克兰斯顿, 莫里斯, 第 247 页注释
- Crimes, primary and derivative, 犯罪, 原生的和衍生的, 第 19—22 页

D

D'Arcy, Eric, 达西, 埃里克, 第 257 页注释

Davis, Kenneth Culp, 戴维斯, 肯尼斯·卡尔普, 第 263 页注释

De minimis non curat lex 法律不理琐事, 第 189—190 页, 第 216 页

De Tocqueville, 托克维尔, 第 246 页注释, 第 262 页注释

Death, 死亡, 第 79—83 页

Defamation, 毁坏名誉, 第 204 页, 第 239 页

Dickens, Charles, 狄更斯, 查尔斯, 第 252 页注释

Disappointment, 失望, 参见 Harm, 损害

Dray, William, 德莱, 威雷, 第 124 页, 第 255 页注释

Draft evasion, 逃避兵役, 第 20 页

Drinking age, 饮酒年龄, 第 200 页, 第 261 页注释, 第 262 页注释

Driving without license, 无照驾驶, 第 20 页

Drug-taking, 吸毒, 第 13 页

Drunkenness, public, 醉酒, 公开的, 第 20 页, 第 193—195 页

Dueling, 决斗, 第 220—221 页, 第 262 页注释

Duties, 义务

of imperfect obligation, 不完全义务, 第 133—134 页, 第 143 页, 第 145 页, 第 148 页, 第 158 页

to make easy rescue, 随手救助, 第 130—150 页

positive and negative, 积极的和消极的, 第 169—171 页

role in analysis of omissions, 不作为分析中义务的作用, 第 161—163 页

as shares of social responsibility, 作为社会责任的分担, 第 169—171 页, 第 259—260 页注释

without correlative rights, 无相对应的权利, 第 148 页

Dworkin, Ronald, 德沃金, 罗纳德, 第 246 页注释

E

Eastwood, Clint, 伊斯特伍德, 克林特, 第 233 页, 第 242 页

Egoism, psychological, 自我, 心理学的, 第 71—72 页

Ends, dominant and inclusive, 终点, 支配性的和内在的, 第 56 页, 第 61 页

Environmental pollution, 环境污染, 第 227—232 页, 第 244 页, 第 263 页注释

Environmental Protection Agency, 环境保护署, 第 230—232 页

Epictetus, 埃皮克提图, 第 67 页, 第

68 页, 第 69 页

Epicureans, 伊壁鸠鲁派, 第 50—51 页, 第 80 页, 第 209 页, 第 249 页

Epicurus, 伊壁鸠鲁, 第 251—252 页
注释

Epstein, Richard, 爱泼斯坦, 理查德, 第 149 页, 第 150 页, 第 151 页, 第 154 页, 第 256 页注释

Exploitation, 剥削, 第 116 页

Escape from prison, 越狱, 第 20 页, 第 63 页

Excuses, 辩护事由, 第 108 页

Ewing, A.C., 尤因, A. C., 第 247 页
注释

F

Falk, W.D., 福尔克, W. D., 第 251 页
注释

False imprisonment, 非法禁锢, 第 213 页

Feinberg, Joel, 范伯格, 乔尔, 第 248 页
注释, 第 249 页注释, 第 250 页注释, 第 251 页注释, 第 252 页注释, 第 253 页注释, 第 255 页注释, 第 256 页
注释, 第 260 页注释, 第 264 页注释

Firearm possession, unlicensed, 持有
武器, 未经许可, 第 20 页

Firearms, 武器, 参见 Gun control, 枪
支控制

Focal aims, 核心目标, 第 45 页, 第

59—60 页, 第 85 页, 第 249 页注释

Forgery, 伪造, 第 20 页

Foster, Jodie, 福斯特, 朱迪, 第 234 页

Franklin, Mark A., 富兰克林, 马克·A., 第 256 页注释

Fraud, 诈骗, 第 11 页, 第 62 页, 第 63 页, 第 243 页

Freedman, Samuel G., 弗里德曼, 塞缪尔·G., 第 261 页注释

Fried, Charles, 弗里德, 查尔斯, 第 36 页, 第 249 页注释

G

Gain and loss, 得与失, 第 42—43 页, 第 53 页, 第 135—143 页

Gambling, 赌博, 第 13 页

Genovese, Kitty, 基诺维斯, 基蒂, 第 141 页

Glover, Jonathan, 格洛弗, 乔纳森, 第 247 页注释, 第 254 页注释

Gloding, Martin D., 戈尔丁, 马丁·D., 第 248 页注释

Gratuitous benefits, 慷慨给予的利益, 第 138—143 页, 第 158 页, 第 185—186 页

Greenawalt, Kent, 格里纳沃尔特, 肯特, 第 240 页, 第 264 页注释

Grey, Thomas, 格雷, 托马斯, 第 157 页, 第 164 页, 第 167 页, 第 257 页注

释,第259页注释

Gross, Hyman, 格罗斯, 海曼, 第250页注释

Gun control, 枪支控制, 第194—197页, 第264页注释

H

Handgun possession, 持有手枪, 参见Gun control, 枪支控制

Happiness, 幸福, 第56页, 第61页

Harm, 损害

accumulative, 累积的, 第225—227页, 第244页

aggregative, 整体的, 第193—198页, 第217页

compared with injury, 与伤害对比, 第106—109页, 第254页注释

contingent on birth, 出生的偶然性, 第95页, 第253页注释

contrasted with disappointment, 与失望对比, 第43页, 第85页

contrasted with hurt, 与损伤对比, 第45页, 第59页, 第215页

contrasted with offense, 与冒犯对比, 第45—47页, 第49—51页

as damage, 损伤, 第32—33页
dating of, 的时间, 第92—94页
definitions of, 的定义, 第31—36页

and harming, 及损害行为, 第

105—106页

imitative, 模仿的, 第232—243页, 第244页

incremental, 增量的, 第242页
magnitude of, 的幅度, 第188—190页, 第16页

moral, 道德的, 第65—70页
posthumous, 死后的, 第83—93页
prenatal, 出生前的, 第95—97页, 第100—104页

private and public, 个人的和公共的, 第11页, 第63—64页, 第113—140页, 第221—225页, 第229页

probability of, 可能性, 第190—193页

produced before conception, 受孕前实施的, 第97页

relative importance of, 相对重要性, 第202—206页, 第217页

sense used in harm principle, 在损害原则中的含义, 第36页, 第105—106页, 第215页, 第219—220页, 第238页, 第255页注释

as set-back interest, 利益阻退, 第33—34页, 第77页, 第215页

statistical, 统计上的, 第200—202页

in transferred sense, 另一种意义上的, 第32页

- vicarious, 替代的, 第 70—79 页
- as wrong, 不法的, 第 33—34 页
- Harmed condition, 受损状态, 第 31 页, 第 54 页, 第 83 页, 第 99 页, 第 250 页注释
- Harmful birth, 损害性出生, 第 97—100 页, 第 253 页注释
- Harmful condition, 损害性状况, 第 31 页, 第 99 页
- Harming, 损害行为, 第 105—125 页, 第 128 页, 第 136 页, 第 227 页, 第 235 页
- causal component in, 原因要素, 第 118—125 页
- contrasted with injuring, 与伤害对比, 第 106—107 页
- definition of, 的定义, 第 105—106 页
- Harm principle 损害原则, 第 11 页, 第 48 页, 第 128—129 页, 第 186 页, 第 187—188 页, 第 202 页, 第 239 页
- restrictions on, 限制, 第 214—217 页, 第 243—245 页
- Harris, John, 哈里斯, 约翰, 第 260 页注释
- Hart, H.L.A. and Honoré, A.M., 哈特, H. L. A, 和奥诺雷, A. M., 第 123 页, 第 124 页, 第 182—183 页, 第 255 页注释, 第 256 页注释, 第 260 页注释, 第 264 页注释
- Hatch, Robert, 哈奇, 罗伯特, 第 234 页, 第 264 页注释
- Hijacking, 绑架, 第 213 页, 第 261 页注释
- Hinckley, John W., 辛克利, 约翰·W., 第 233 页
- Hines v. Garrett*, 海因斯诉加雷特, 第 255 页注释
- Hobbes, Thomas, 霍布斯, 托马斯, 第 225 页, 第 250 页注释, 第 251 页注释
- Hobhouse, L.T., 霍布豪斯, L. T., 第 247 页注释
- Homicide, 谋杀, 第 10 页, 第 19 页
- Homosexuality, 同性恋, 第 13 页
- Hurts, 伤害, 参见 Harm, contrasted with hurt, 损害, 与伤害对比
- I
- Imperfect obligation, 不完全义务, 参见 Duties, 义务
- In jure non remota causa sed proxima spectatur*, 法律寻找的不是远因, 而是近(似)因, 第 121 页
- Incitement, 煽动, 第 239 页
- Injuring, 损伤, 参见 Harming, 损害
- Interests, 利益, 第 33—34 页
- active and passive, 积极的和消极的, 第 203—204 页

of animals, 动物的, 第 58 页
in avoiding death, 避免死亡中的, 第 81—82 页
common, 共同的, 第 224 页
competitive, 竞争性的, 第 113—114 页, 第 218—221 页, 第 243 页
defeats of, 的剥夺, 第 51 页, 第 53 页
direction and momentum of movement, 运动的方向和动量, 第 53—54 页
in domestic relations, 家庭关系的, 第 61 页
doomings of, 注定的, 第 51 页, 第 54—55 页, 第 92—93 页, 第 96 页, 第 98 页, 第 249—250 页注释
of government, 政府的, 第 63 页
impairments of, 伤残, 第 51 页, 第 52—53 页
impedings of, 妨碍, 第 51 页, 第 53 页
inherent moral quality of, 内在道德性, 第 204 页, 第 205—206 页
invasions of, 侵犯, 第 51 页, 第 52—53 页, 第 113—114 页
legally protectible, 受法律保护的, 第 61—64 页
in liberty, 于自由中, 第 60 页, 第 78 页, 第 113 页, 第 206—214 页,

第 261 页注释
loving, 爱, 第 71 页
other-regarding, 涉他的, 第 76—79 页, 第 86—93 页
possessary, 所有权的, 第 87 页
potential, 潜在的, 第 96—97 页
in privacy, 于隐私中, 第 61 页, 第 204 页
of property, 财产的, 第 61 页
public, 公共的, 第 63—64 页, 第 113—114 页, 第 205 页
publicly oriented, 公益的, 第 86 页, 第 93 页
reenforcement of, 加强, 第 204—205 页, 第 217 页
in reputation, 于名誉中, 第 61 页, 第 87 页
sadistic and morbid, 虐待狂的, 变态的, 第 111—112 页, 第 113 页, 第 215 页, 第 260 页注释
self, 自我, 第 38 页, 第 39—42 页, 第 69 页, 第 73—75 页, 第 76 页
self-centered, 以自我为中心, 第 93 页
self-confined, 自我限定, 第 86 页
self-regarding, 涉己的, 第 70—79 页, 第 86 页, 第 93 页
setbacks to, 阻退, 第 33—34 页, 第 51 页, 第 53 页, 第 77 页

as stakes, 投下本钱, 第 33 页,
第 42 页, 第 44 页, 第 70 页, 第 73 页
of standard person, 一般人的,
第 188 页
surviving death, 逃生, 第 83—
91 页
thwartings of, 倒退, 第 51 页,
第 53 页
ulterior, 长远的, 第 47 页, 第 50
页, 第 55 页
violations of, 违反, 第 51—52 页
and wants, 及需求, 第 38—45
页, 第 56 页, 第 67—69 页
welfare, 福利, 第 37—38 页,
第 42 页, 第 57—59 页, 第 81 页, 第
112—113 页, 第 114 页, 第 188 页,
第 206 页, 第 207 页
Interest-balancing, 利益平衡, 第
203—206 页, 第 206—214 页, 第
242—243 页
Interest-curves, 利益曲线, 第 54 页,
第 136 页, 第 141 页, 第 249 页注释,
第 260 页注释
Interest networks, 利益网络, 第 55—
61 页
Investments, psychological, 投资, 心
理学上的, 参见 Interests as stakes, 利
益作为本钱

J

Jenkins, John A., 詹金斯, 约翰·A.,
第 247 页注释
Jesus, 耶稣, 第 132—133 页
Justifications, 正当性事由, 参见
Interests as stakes, 辩护事由

K

Kadish, Sanford, 卡迪什, 桑福德,
第 247 页注释
Keating, Kenneth, 基廷, 肯尼斯, 第
101 页, 第 254 页注释
Kenny, Anthony, 肯尼, 安东尼, 第
56 页, 第 250 页注释
Kidnapping, 绑架, 第 20 页, 第 62 页,
第 213 页, 第 261 页注释
Kinder, Gary, 金德, 加里, 第 263 页
注释

Kleinig, John, 克莱尼希, 约翰, 第
52—53 页, 第 249 页注释

Kontnik, Lewis, 康特尼克, 刘易斯,
第 231 页, 第 232 页, 第 263 页注释

L

Landesman, Bruce, 兰得斯曼, 布鲁
斯, 第 258 页注释

Larceny, 盗窃, 第 10 页, 第 62 页

Legal moralism, 法律道德主义, 第 12
页, 第 13 页

Legal paternalism, 法律家长主义, 第
12 页, 第 13 页, 第 117 页

Legal positivism, 法律实证主义, 第 7 页
Levenbook, Barbara, 利文布克, 芭芭拉, 第 251 页注释, 第 252 页注释
Lewdness, 猥亵, 第 13 页, 第 20 页
Liberalism, 自由主义, 第 14—16 页, 第 144 页

Contrasted with libertarianism, 与放任自由主义对比, 第 16—17 页
Libertarianism, 放任自由主义, 参见 Liberalism, 自由主义
Liberty, 自由, 第 7—9 页, 第 22 页, 第 163—165 页, 第 206—214 页, 第 246 页

as open options, 作为开放选项, 第 208—211 页, 第 217 页

presumption in favor of, 假定优先, 第 9 页, 第 14 页, 第 207 页

Liberty-limiting principles, 限制自由原则, 第 7—14 页

formal definitions of, 正式定义, 第 26—27 页

Licensure, systems of, 授权, 制度, 第 194—198 页, 第 217 页, 第 260 页注释

Line-drawing, 划线, 第 150—159 页

Liquor, use of, 酒精, 饮用, 第 193 页, 第 195—197 页, 第 200 页, 第 262 页注释

Littering, 乱丢垃圾, 第 263 页注释

Livingston, Edward, 利文斯顿, 爱德华, 第 153 页, 第 257 页注释

Loss, 损失, 参见 Gain and loss, 得与失

Lyons, Gene, 莱昂斯, 基恩, 第 263 页注释

M

Macaulay, Thomas Babington, 麦考利, 托马斯·巴宾顿, 第 135—143 页, 第 150—159 页, 第 256 页注释, 第 257 页注释

Mack, Eric, 麦克, 埃里克, 第 181 页, 第 182 页, 第 183 页, 第 185 页, 第 260 页注释

Mackie, J.L., 麦凯, J. L., 第 260 页注释

Mclaughlin, J.A., 麦克劳克林, J. A., 第 120 页, 第 255 页注释

Malm, Heidi, 马尔姆, 海迪, 第 167—168 页, 第 259 页注释

Masturbation, 手淫, 第 118 页

Mediating maxims, 调和性法谚, 第 187—217 页, 第 218—245 页

defined, 界定的, 第 187—188 页

summarized, 小结的, 第 214—217 页, 第 243—245 页

Medicine, practicing without license, 医疗, 无照行医, 第 20 页

Methodology, 方法论, 第 16—19 页

Mill, John Stuart, 密尔, 约翰·斯图

尔特,第3页,第4页,第11页,第12页,第14页,第15页,第25页,第115页,第116页,第133页,第143页,第144页,第219—220页,第243页,第246页注释,第247页注释,第254页注释,第256页注释,第262页注释

Moral indefensibility, 道义上的可责性,第107—109页,第215页

Moral legitimacy, 道德合法性,第6—7页

Moral relationships, special, 道德关系,特别的,第140页,第152—154页,第162页

Moral sickness, 道德病态,第66页

Moral symmetry principle, 道德对称原则,第167页

Moralism, 道德主义,参见 Legal Moralism, 法律道德主义

Moralistic paternalism, 道德家长主义,第13页

Mothersill, Mary, 马瑟希尔,玛丽,第251页注释

Murphy, Jeffrie G., 墨菲,杰弗里·G.,第130页,第131页,第134页,第143—144页,第147页,第150页,第167页,第256页注释

N

Nagel, Ernest, 内格尔,欧内斯特,

第25—26页,第248页注释

Nagel, Thomas, 内格尔,托马斯,第251页注释,第252页注释

Natural Law, 自然法,第5页

New York Times Co. v. Sullivan, 《纽约时报》公司诉苏利文,第264页注释

Nobel, Alfred, 诺贝尔,阿尔弗雷德,第84页

Noblesse oblige, 位高责重,第148—149页,第185—186页

O

Obscenity, 淫秽,第48页,第239页,第262页注释

Offended states of mind, 被冒犯的精神状态,第46—51页,第216页

Offense principle, 冒犯原则,第12页,第13页

Officious intermeddling, 过度干涉,第170页

Olivia N., a minor, v. National Broadcasting Co., Inc., 奥利维亚·N., 未成年人,诉国家广播公司,第234—235页,第236—239页,第264页注释

Omission, concept of, 不作为,概念,第159—163页,第175—176页,第257页注释

Omissions, consequences of, 不作为,结果,第171—186页

P

Pain, intolerably intense, 痛苦, 令人难以忍受的, 第 49 页, 第 250 页注释
Parfit, Derek, 帕菲特, 德里克, 第 103 页, 第 252 页注释, 第 254 页注释
Partridge, Ernest, 帕特里奇, 欧内斯特, 第 83 页, 第 84 页, 第 94 页, 第 251 页注释, 第 252 页注释
Parternalism, 参见 Legal paternalism, 家长主义, 参见法律家长主义
Perjury, 伪证, 第 20 页, 第 63 页
Perry, Ralph Barton, 佩里, 拉尔夫·巴顿, 第 71 页, 第 251 页注释
Pitcher, George, 皮彻, 乔治, 第 89—91 页, 第 253 页注释
Plato, 柏拉图, 第 66 页, 第 67 页, 第 250 页注释
Podgers, James, 波杰斯, 詹姆斯, 第 264 页注释
Pollution ceilings, 污染上限, 第 230—232 页
Pollution ordinances, 污染规定, 第 11 页
Pornography, 色情, 第 13 页
Power, political, 权力, 政治的, 第 3 页
Prescription drugs, 处方药, 第 20 页
Prichard, H.A., 普里查德, H. A., 第 250 页注释
Prior, A.N., 普赖尔, A. N. 第 255 页注释

Privacy, 隐私, 第 61 页, 第 204 页
Punitive damages, 惩罚性赔偿, 第 248 页注释
Promises, 承诺, 第 35 页, 第 36 页, 第 95 页
Public opinion, 公众舆论, 第 3 页

R

Rachels, James, 雷切尔, 詹姆斯, 第 259 页注释
Racial slurs, 种族歧视, 第 48 页
Radecki, Thomas, 拉德基, 托马斯, 第 233 页
Rape, 强奸, 第 10 页, 第 19 页, 第 214 页, 第 238—239 页, 第 241 页, 第 262 页注释
Raphael, D.D., 拉斐尔, D.D., 第 255 页注释
Rawls, John, 罗尔斯, 约翰, 第 247 页注释, 第 258 页注释
Rescher, Nicholas, 雷舍尔, 尼古拉斯, 第 37 页, 第 249 页注释
Restatement of the Law of Torts, 《侵权法重述》, 第 106—107 页, 第 254 页注释
Rights, 权利, 第 34 页, 第 36 页, 第 94—95 页, 第 99—100 页, 第 106 页, 第 108 页, 第 109 页, 第 114 页, 第 115 页, 第 144—145 页, 第 147—149 页, 第 163 页, 第 215 页, 第 254—

255 页注释

moral contrasted with legal, 道德权利, 与法律权利对比, 第 110—112 页

Risk, 风险, 第 191 页, 第 216 页, 第 240 页, 第 244 页, 第 249 页注释

Rogers v. Elliot, 罗杰斯诉埃利奥特, 第 193 页, 第 260 页注释

Rousseau, Jean-Jacques, 卢梭, 让—雅克, 第 224—225 页

Ross, W.D., 罗斯, W. D., 第 84 页, 第 255 页注释

Rudzinski, Aleksander W., 路德辛斯基, 亚历山大, W., 第 256 页注释

Russell, Bertrand, 罗素, 伯特兰, 第 19 页, 第 247 页注释

Russell, Bruce, 拉塞尔, 布鲁斯, 第 259 页注释

Russian roulette, 俄罗斯转盘, 第 233 页

S

Salmond, William, 萨蒙德, 威廉, 第 253 页注释, 第 255 页注释

Santayana, George, 桑塔亚纳, 乔治, 第 18 页, 第 19 页, 第 247 页注释

Satan, 撒旦, 第 261 页注释

Selfishness, 自私, 第 73—74 页, 第 76 页, 第 251 页注释

Sidgwick, Herry, 西奇威克, 亨利, 第 256 页注释

Silverstein, Harry D., 西尔弗斯坦, 哈里·D., 第 252 页注释

Skepticism, 怀疑主义, 第 25—26 页

Slippery slope, 斜坡, 第 149 页, 第 151 页

Smoking, 吸烟, 第 23—25 页

Smuggling, 走私, 第 11 页

Socrates, 苏格拉底, 第 66 页, 第 67 页

Squire, Sidney, 斯奎尔, 西尼, 第 253 页注释

Statistical discrimination to reduce net harm, 减少净损的统计学倾向, 第 199—202 页

Steinbock, Bonnie, 施泰因伯克, 邦尼, 第 259 页注释

Stelle, Lance K., 斯戴尔, 兰斯·K., 第 131 页, 第 132—134 页, 第 147 页, 第 256 页注释, 第 262 页注释

Stevenson, Charles L., 斯蒂文森, 查尔斯·L., 第 45 页, 第 249 页注释

Stoics, 斯多葛派, 第 66 页, 第 67 页, 第 209 页

Strict liability, 严格责任, 第 241—242 页, 第 264 页注释

Subject of death, problem of, 死亡的主体, 问题, 第 80 页, 第 82 页, 第 89—91 页, 第 149—150 页

Summers, Robert, S., 萨默斯, 罗伯特·S., 第 248 页注释

对他人的损害

Sumner, L.W., 萨姆纳, L. W., 第 95 页, 第 253 页注释

Supererogation, 分外事, 第 149—150 页, 第 185—186 页

Supervenience, 伴随性, 第 147 页

Supreme Court, 最高法院, 参见

United States Supreme Court, 美国最高法院

Susceptibility, abnormal, 脆弱的, 第 50 页, 第 192—193 页, 第 216 页

T

Tax evasion, 逃税, 第 11 页, 第 20 页, 第 63 页, 第 226—227 页

Taxation, 税制, 第 23—25 页

Taxi Driver, 《出租车司机》, 第 233—234 页

Tedeschi, G., 泰德斯奇, G., 第 253 页注释

Ten, C.L., 坦恩, C. L., 第 4 页, 第 246 页注释

The Deer Hunter, 《猎鹿者》, 第 233 页

Theft, 财产犯罪, 第 19 页

Thomson, Judith, 汤姆森, 朱迪丝, 第 133 页, 第 141 页, 第 256 页注释

Toolley, Michael, 图利, 迈克尔, 第 259 页注释

Torts, law of, 《侵权法》, 第 20 页, 第 119 页, 第 193 页, 第 194 页, 第

204 页, 第 235 页, 第 238 页, 第 239 页, 第 241 页, 第 243 页, 第 245 页, 第 257 页注释, 第 264 页注释

Trammel, Richard, 特拉梅尔, 理查德, 第 169—170 页, 第 259 页注释

U

United States Constitution, 《美国宪法》, 第 5 页

United States Supreme Court, 美国最高法院, 第 5 页

V

Victim, concept of, 被害人, 概念, 第 85 页, 第 117—118 页, 第 146—147 页

Volenti non fit injuria, 愿者不受害, 第 115—117 页, 第 215 页, 第 220 页

W

Wagenaar, Alexander C., 瓦格纳, 亚历山大·C., 第 261 页注释

Wants, 需求, 第 38—45 页

instrumental, 工具性的, 第 56—57 页

passing, 瞬间的, 第 55—56 页

fulfillment of, 满足, 第 84—86 页

satisfaction of, 满意, 第 84—85 页

Weinrib, Ernest J., 温利伯, 欧内斯特·J., 第 159 页, 第 257 页注释

Welfare interests, 福利性利益, 参见 Interests, 利益

Williams v. State of New York, 威廉斯
诉纽约州, 第 100 页, 第 253 页注释

Williams, Bernard, 威廉斯, 伯纳德,
第 263 页注释

Wolgast, Elizabeth, 沃尔加斯特, 伊
丽莎白, 第 258 页注释

Woodward, C.Vann, 伍德沃德,
C. 范, 第 262 页注释

Woozley, Anthony, 伍兹利, 安东尼,
第 165 页, 第 256 页注释, 第 258 页
注释, 第 259 页注释

Wrongful birth. 不当出生, 参见
Harmful birth, 损害性出生

Wrongful conception, 不法怀孕, 第
100—104 页

Wrongings, 不法行为, 第 34—36 页,
第 89 页, 第 105—108 页

Posthumous, 死后, 第 94—95 页

Wyatt-Brown, Bertram, 怀亚特 - 布
朗, 伯特伦, 第 262 页注释

Z

Zamora v. Florida, 扎莫拉诉佛罗里达
州, 第 236—237 页

Zepeda v. Zepeda, 塞佩达诉塞佩达,
第 253 页注释

Zoning ordinances, 规划法令, 第 11 页