

[美] 乔尔·范伯格 著
方 泉 译

The Moral Limits

Of

The Criminal Law

刑法的道德界限

(第四卷)

无害的不法行为

Vol. 4 Harmless Wrongdoing



商务印书馆
The Commercial Press

Vol. 4 *Harmless Wrongdoing*

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

本书《无害的不法行为》是《刑法的道德界限》第四卷。本书提出的问题是，国家能否正当地将未实际损害他人的行为视为犯罪？为此，范伯格就社区中的个人权利、剥削行为、敲诈勒索及“不法”生育等几个至关重要的问题展开论述，对法律道德主义原则进行了周密而有力的反驳。

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

ISBN 978-7-100-11027-3



定 价：70.00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

（第四卷）

无害的不法行为

Vol. 4 Harmless Wrongdoing



商务印书馆
The Commercial Press

2015年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法的道德界限. 第4卷, 无害的不法行为 / (美)
范伯格著; 方泉译. — 北京: 商务印书馆, 2015
ISBN 978-7-100-11027-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 011435 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

第四卷

无害的不法行为

〔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

北京市松源印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-11027-3

2015年4月第1版

开本 787 × 960 1/16

2015年4月北京第1次印刷

印张 30¹/₄

定价: 70.00 元

《无害的不法行为》是四卷本作品《刑法的道德界限》的最后一卷。这几卷书均已陆续独立出版，各卷本中，均包含前卷的概要。第一卷《对他人的损害》讨论了损害的概念及其与利益、需求、伤害、冒犯、权利及同意的关系；适用于损害概念，如“道德损害”、“替代性损害”以及“死后损害”时的疑难情形；未能防止损害的性质；以及有关评估、比较损害和对损害归责等方面的问题。第二卷《对他人的冒犯》则讨论“冒犯”作为一种不同于损害的状态，其模式及内涵如何；冒犯性滋扰，深度冒犯行为（对尸体不敬，亵渎神圣标志，以及公开展示臭名昭著的纳粹党徽或三 K 党服饰）；色情，淫秽及“脏话”。第三卷《对自己的损害》讨论了法律家长主义，即认为国家可以只是“为了他们好”而合法地剥夺行为人的自由。为了深入论证，第三卷包括对个人自治的分析，对自愿为奴、其他不可撤销的承诺、危险药物、法律要求佩戴保护性头盔、自愿和同意的含义、主要的“减少自愿性的因素”——强迫、认识错误和能力限制——等的考量，最后一个问题则是绝症病人提出的死亡请求的自愿性问题。

第一、二、三卷概要

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

其他三条“强制正当化原则”尤其获得了广泛支持。它们亦被认为（不总是被同一人认为）是支持刑事立法的有力理由：（1）有必要防止对他人的伤害或冒犯（与损伤或损害相对）（冒犯原则）；（2）有必要防止对行为者本人，而非“他人”的损害（法律家长主义）；（3）有

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

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

第一卷进而问道，本书中，我们应如何理解损害原则中的“损害”？首先，明确区分非规范意义上作为利益阻回的“损害”，以及规范意义上作为“不法行为”的损害，即对他人权利的侵犯。给出了极少见的“非损害性不法行为”的例子，即不法行为并未阻碍遭受不法行为者利益的情形；以及更加常见的“非不法的损害行为”的例子，即损害但未侵犯权利的情形。此两者皆非损害原则中的“损害”，而是另两种内涵的重合部分，即不法行为造成的利益阻退及阻退利益的不法行为。第一章和第二章主要解决作为利益阻退的损害问题，第三章更加详细地讨论作为对权利的侵犯的损害行为的特点。

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

xi

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

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

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

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

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

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

xiii

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

个原则的共同作用得出结论。而在真正的疑难情形中，各个原则相互冲突，没有哪一个可以取得压倒性优势，例如某种行为具有中等程度的冒犯性和中等程度的不合理性，那就既没有直截了当的结论，也没有评价的替代方式。

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

单纯知晓所造成的冒犯，就要以刑法惩罚私下实施的无害行为。

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

xv

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

重要的区别。我的结论是，“无论允许和禁止之间的界限划在何处，两侧都有接近划线的情形。”

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

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

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

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

第三卷开篇第十七章首先提出了法律家长主义的定义，一个势必遭到自由主义者反对的限制自由原则：“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）xvii 的伤害可能是必要的。”继而将其区分为“硬家长主义”与“软家长主义”，前者认为可以正当地干涉涉已危险行为，即使行为人完全自愿；严格说来，后者并非家长主义立场，若非习惯，我们也可称后者为“软反家长主义”，它认为国家对危险的涉已行为的干涉仅当行为并非出于真实自愿时方为正当，或者暂时的干涉行为只是为了确认其自愿与否。

假设的案例中既有支持硬法律家长主义的情形，也有反对它的情形。支持它的事实是，很多法律似乎都包含硬家长主义理据，而当中至少有部分法律在我们绝大多数人看来是正当的。其次，若损害原则的道义基础在于减少对利益的损害，那它为何不能适用于减少对自己的损害呢？自我损害造成的伤害并不少。另一方面，有人会认为，毫无差别地适用（硬）法律家长主义将导致新的罪名，对冒险者施以刑罚处罚，强制谨慎，干涉无私的圣徒或英雄人物。此外，所有的家长主义式干涉都具有道德冒犯性，因为它们侵犯了个人自治领域，每一个拥有完全行为能力的负责任的成年人在这个领域里都拥有最高决

定权。反家长主义最有效的策略就是，首先要构建一个令人信服的个人自治定义，用以解释为何它是道德王牌的原因，进而考量那些具有表面说服力的家长主义式法律，逐个论证它们要么并不合理，要么其理据并非家长主义。后一个计划需要我以具有自由主义实质的“软家长主义”为替代方案，以说明那些表面看似家长主义式立法的合理性。

xviii 第十八章对个人自治概念进行了综合分析，一方面是自治能力，即实现个人自治的事实条件，而更重要的是，以政治国家类比个人自治的法律条件，说明在个人道德疆域内，对自我事务的管辖是绝对的。第十九章还讨论了一个问题，即个人自治的道德边界应划在何处。我认为，法律家长主义对这些边界的说明是不充分的，或者至少贬低了个人自治的价值，即仅仅视其为为了这个人好而进行自我决定的权利。对自由的干涉无论是基于为他好的名义，还是为了他的健康、他的财富，甚至他的未来选项（他的自由）——这些都是构成自我的要素——都构成对自治的侵犯。那么，国家何以正当地禁止某些看似不可接受的行为，如“自愿为奴”？对个人自治的真正尊重，就应该毫无限制地允许放弃生命、自由，甚至，如密尔所说，放弃自治本身，只要行为人皆出于充分自愿。既然如此，为何还要禁止奴隶合同生效呢？自由主义的一个原则是，对完全不可撤销的涉己行为，应适用最严格的自愿性测试，但那必定是烦琐而冗长的过程，假定有关证据并不确切，且属（奴隶合同）可推定为不自愿的情形，则国家可以逐案正当地认定其为不自愿。反对奴隶合同的另一类观点，如“公共指控”，仅以损害原则为理据，它和软家长主义相通，认为当第三方被迫以高昂的代价解救不情愿的奴隶或不忍目睹惨景时，需要法律给予保护。

第二十章“自愿与风险假设”对软家长主义立场有了更进一步的论证，这部分试图说明，对自我危害的风险行为进行保护性干涉对于尊重法律上的个人自治也具有重要意义。此类情形中，法律干涉的

合理性在于它对并非真实情愿的行为人的保护。这个论证特别仰赖自愿选择这个概念，实际上，本书的剩余部分都在将这个艰涩概念适用于各种立法问题。我认为自愿性是一个“多元概念”，取决于对环境性质的不同确认标准、投入的资本及其所要服务的道德或法律目的。本书主要关注的政治法律目的在于如何确定自我危害行为是否“足够自愿”而可以豁免干涉。当然，这只是目的之一，全部的论述还要求我们确认，在确定刑事责任、遗嘱的效力以及同意的效力等情形中，何等自愿程度即为“足够自愿”。

《对自己的损害》余下部分关注的都是各种自愿性判断迷局。依据软家长主义策略和理解其含义的一般方式，文章检视了各类“降低自愿性程度的因素”——强迫性作用力（第二十三、二十四章）、认识不足（第二十五章）以及行为能力不足（第二十六章），既应用于单方情形（第二十一章），也应用于双方情形，包括“同意和虚假同意”，参见第二十三至二十七章（对同意的分析则在第二十二章）。

xix

第二十七章“选择死亡”以一个特别的视角检视了自愿安乐死问题，尤其讨论了“可以理解的情绪低落”时的自愿性问题，认为在符合其他条件的情况下，情绪低落并不会影响选择的自愿性，哪怕是选择死亡的自愿性。只有一种推理——“第二十二条军规”——似乎才会导致相反的结论。在有关安乐死的道德许可性这个更宏观的问题上，在考虑了遗嘱和律师的作用之后，本章的结论是，保持现有绝对禁止立场的唯一可能理由是，有必要防止错误或滥用。若无此必要，则干涉自治者自我损害的自由并无适当的道德依据，即使自治者要放弃生命。

限制自由原则的定义

1. 损害原则：总能为刑事立法提供很好的理由。认为刑事立法可

能有效防止（消除、减少）对行为人（实施禁止行为的那个人）之外的其他人的损害；并且，可能找不到其他同样有效且价值成本更低的方法了。

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

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

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

xx 5. 法律道德主义（一般的狭义理解）：根据某行为固有的非道德性，对该行为的禁止在道德上是合法的，即使该行为对行为人或他人既没有造成损害，也没有形成冒犯。

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

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

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

9. 获益的法律家长主义：总能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利益，禁止就可能是必要的。

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

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

（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。

致 谢

xxi

本卷中多个部分，包括各章中的片段或主要的节，之前已以论文的形式单独发表过。我很感谢出版人允许我在此再次发表这些由他们拥有版权的文字。第二十八章第六、七部分，第二十九章第一部分包含拙文“法律道德主义和与人无涉的恶”（“Legal Moralism and Free-floating Evils”）中的部分内容，载《太平洋哲学季刊》，第61卷，第1/2期（1980年），第130—163页。该文重印于《哲学家年刊》（*The Philosopher's Annual*）第4卷，里奇维尤出版公司1981年版。第二十八章第八部分来自“不法人生与损害的反向事实要素”（“Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming”），载《社会哲学与政策》，第4卷（1986年），第145—178页。（该文正是对第一卷《对他人的损害》第一章有关损害的分析以及第二章第八部分有关出生与生前损害的论述的深化。）第二十九章是我早前一篇文章的扩展，“保护生活方式”（“Protecting a Way of Life”），载《绝对价值与寻求人类和平》（*Absolute Values and the Search for the Peace*

of Mankind), 第一卷, 纽约: 国际文化基金会出版社 1981 年版, 第 185—201 页。第二十九 A 章的主要部分曾以“自由主义、社区与传统”(“Liberalism, Community, and Tradition”)为题发表于“美国研究(京都)夏季论坛”的论文集(专家会议, 日本京都, 1987 年), 第 165—229 页。该文的缩略版发表于《修善》(Tikkun), 1988 年 5/6 月。(第二十九 A 章是本卷完成后添加的, 为了不影响后续章节的排列, 就采用了这个特别的编号。本章可视为第二十九章的附录。)第三十章第五至七部分则以“哈特-德夫林论战未涉及的碎片”(“Some Unswept Debris from the Hart-Devlin Debate”)为题, 发表于《合成》(Synthese), 1987 年 8 月, 第 249—275 页。第三十一章则是论文“非强迫性剥削”(“Noncoercive Exploitation”)的修订版, 最初发表于罗尔夫·萨特里厄斯主编之《家长主义》, 明尼阿波利斯: 明尼苏达大学出版社, 1983 年, 第 201—235 页。第三十二章第五、六部分发表于第二十届维特根斯坦国际研讨会(1987 年 8 月 9 日, 奥地利基尔希堡), 并以“敲诈的悖论”(“The Paradox of Blackmail”)为题发表于会议官方论文集和《比较法学》(Ratio Juris)第一卷(1988 年)。

本卷的写作极大地受益于本人在亚利桑那州立大学讲授的哲学研究生讲座上的具体讨论。我感谢班上所有优秀学生作出的贡献, 但我必须特别感谢的是戴维·吉尔(David Gill)和汤姆·塞纳(Tom Senor), 他们的评论使我在最后一分钟还在作出修改。其他对本卷写作有影响的人士包括基思·伯吉斯-杰克逊(Keith Burgess-Jackson)、罗伯特·肖普(Robert Schopp), 尤金·施洛斯伯格(Eugene Schlossberger)。我特别想感谢艾伦·布坎南(Allen Buchanan)在哲学上对我提出的宝贵批评, 以及对我四卷写作准备工作的始终支持。我还要感谢洛伊丝·戴(Lois Day)为第二卷、第

三卷和第四卷的手稿打字。她向我证明了，如果还有比一个优秀打字员更好的人，那就是除了作为一个优秀的打字员之外，还是一个优秀的秘书。我的妻子，贝蒂·范伯格（Betty Feinberg）对全部四卷手稿进行了仔细审阅，她的帮助大到无法形容。我将一千四百页的打印稿朗读给她听，她则逐字逐句检查。牛津大学出版社的苏珊·梅格斯（Susan Meigs）对第二卷至第四卷的编辑工作也是莫大的帮助，避免了作品文字上的错漏。最后，我必须提提乔赛亚·卡伯里（Josiah Carberry）教授，我刚得知他去世的消息。对于亡者，唯有赞美（*De mortuis nil nisi bonum*）。公平地说，他做得不像他自己认为的那么糟。

对题目的解释与对读者的提醒

xxvii

为了理解本卷的题目及其关注的主题，读者必须明白贯穿于四卷本中的“损害”的特定含义。第一卷第一章指出，“损害”一词既空泛又模糊，容易与其他概念纠缠，如一般意义上的“不法”。通常意义上，动词的损害即阻退他人的利益或反向作用于他人的利益。在这个意义上，名词的损害意即本人的利益因他人的行为受到反向作用的状态。在此，无论我们使用动词“损害”还是名词“损害”，都是指作为或不作为对利益的影响。更广义的损害统指利益受反向影响的状态，而无论其原因为何。就此广义概念而言，人们常常受到细菌、不可预见的纷争、他人善意行为及经本人同意的行为的损害。这些情形均为由并非不法行为造成的利益阻退或对利益的反向作用。对被害人而言，我们称之为“并非不法的损害行为”。

当我们以前段阐述的含义使用“损害”一词时，为了清楚起见，我们将其列为1号，例如，“B受到并非不法的损害₁”，或“A（善意地）损害₁了B，但并未不法侵害B”，或“A损害₁了B，同时也对B造成不法侵害。”在所有这些例子中，损害₁都指向某种反向影响利益的状态，而不论其原因，甚至当原因正是他人的作为或不作为时，我们对损害₁的判断也并不考虑这些行为的性质，而仅仅考虑利益受到影响本身。

xxviii

在第一卷第一章中，我将不法侵害他人或侵犯他人的权利作为另一意义上的“损害”。但或许已经有了太多不同的含义，要对比第一种（与利益相关的）损害与不法侵害，最好还是澄清一下，后者是不同的概念，虽然往往与前者纠缠不清。若无正当化事由而侵犯他人的权利，则一方对另一方的损害往往正是一方对另一方的不法侵害，此时，既损害₁了他人，同时也不法侵害了他人。但也存在大量“并非不法的损害₁”。例如，A在B的同意下，损害₁了B或者B自愿承担被损害₁的风险，或者损害₁发生于一场公平竞赛中。在这些情形中，B不能提出控诉，因为他的权利并未受到侵犯，尽管他的利益受到了损害₁。

还有一些不太常见的例子：不法侵害不是损害，或者用动词形式来说，被不法侵害的人没有被损害₁，即他的利益并未受到反向影响。有人不法地违背承诺，但受要约人却侥幸获得报偿，就是其中一例。在他人土地上穿行（侵犯他人财产权）却对他人的财产有利（提升其利益）则是另一个例子（第一卷第一章第34—36页）。

行为构成不法侵害有两种方式。一方面，我们可以说，A实施了不法行为，或者说他的行为是不法的，因为该行为不法侵犯了B（侵犯了B的权利）。在这种情况下，我们可以说B是A的被害人；另一方面，尽管并不存在受到不法侵犯的被害人，我们还是可以谴责A的行为是不法的。不法侵害以外的原因也可能令行为具有不法性（从道德哲学上说来是自相矛盾的），但很难举出例子。有些人可能会说，两个完全自愿的成年人发生同性性行为是不法的，因为这违反了《圣经》的诫谕，不过却无人有权提出控诉。不管怎样，这种在世俗看来不正当的行为并未影响任何人的利益，那么，（假定我们认定这行为不法）这就是一个无害的不法行为。若行为并未不法侵犯任何人，却属不法，那就是既无损害₁，也（怎么说好呢）无侵害的不法行为。

本卷中，我仍在特定技术层面上使用“损害”一词，即为了使损害原则更具说服力而特别设定的含义。这第二层意义上的“损害”我们可以标上数字2，作为损害₁与不法行为的交集（特定的不法行为）。A 损害₂B 是指他既损害₁B，也以此不法侵害了B。因此，损害₂包括同时构成不法侵害的损害₁，以及所有造成损害₁的不法侵害，更准确地说：

“A 损害₁B”意即“A 反向作用于 B 的利益”。

“A 损害₂B”意即“A 反向作用于 B 的利益，并以此不法侵害了 B（侵犯了 B 的权利）”。

因此，行为构成无害的不法侵害行为有两种方式。或者是未反向作用于任何人的利益的不法行为；或者是反向作用于他人利益但并未不法侵害他人行为。例如，因为他人自愿承担风险。

我还要指出此等定义在术语上的两个后果。首先，可能存在并非不法的损害₁，却不可能存在并非不法的损害₂。因为若行为未不法侵害他人，就不可能是损害₂，而顶多是损害₁。其次，与损害₂对应的只能是特定的“被害人”。在此意义上，仅当 A 损害₂B，B 方为 A 的被害人，即 B 的利益被阻退，且受到不法侵害。

本卷如前面各卷一样，我不会特意详细区分“损害”、“损害行为”、“无害”以及“造成损害的行为”。我会继续依据语境确定语义。希望读者和我一起思考本卷的主要问题：若行为并未损害₁任何人，或损害₁但未不法侵害，即未损害₂任何人，则国家能否依据行为的道德不法性将其犯罪化。

目 录

第二十八章 法律道德主义与

无人怨愤的恶 /1

一、广义的与狭义的（严格意义的）

法律道德主义 /1

二、纯正的与不纯正的法律道德主义 /6

三、道德主义与对他人的损害 /8

四、道德主义与对他人的冒犯 /13

五、道德主义与对自己的损害 /15

六、对恶的分类 /16

七、界限不明的恶 /19

八、关乎福利的无人怨愤的恶 /25

九、对公共损害与集体损害的一个注解 /32

十、小结与转折	/37
---------	-----

第二十九章 道德保守主义：

保留某种生活方式	/39
一、关于与人无涉的社会变迁的恶	/39
二、保守主义的主题	/43
三、不纯正道德保守主义：	
基于公平的保守主义观点	/51
四、不纯正道德保守主义：	
基于利益损害的保守主义观点	/56
五、纯正的道德保守主义：基于防止与人无涉的社会变迁的恶的保守主义观点	/66
六、对保守主义控诉的再思考	/69
七、作为界限不明的恶的文化变迁：	
一些具有误导性的模式	/72
八、“生活方式”	/78
九、小结：可控诉与不可控诉的道德	/81

第二十九 A 章 自治与社区 /83

一、表面上的冲突	/83
二、人的社会属性	/85
三、传统	/93
四、异化	/102
五、何为社区？	/106
六、成员属性的多重性	/110
七、自由社区的想法	/113

八、社区与自治之间仍存在紧张关系	/118
九、小结	/126

第三十章 严格意义上的道德主义：

推行真正的道德	/130
一、批判式道德与传统式道德	/130
二、严格意义上的纯正道德主义	/132
三、不纯正的严格道德主义：	
德夫林的社会解体理论	/140
四、我们所说的“道德”为何物	/149
五、德夫林的反击：量刑的道德性	/153
六、斯蒂芬的最初观点	/165
七、对无被害人不法行为的“报应”	/169
八、作为刑事辩护事由的同意	/175
九、小结	/184

第三十一章 有损害的剥削行为与

无损害的剥削行为	/188
一、剥削的含义	/188
二、剥削的要素（1）：	
利用他人的方式	/192
三、剥削的要素（2）：	
可利用的个性或处境	/194
四、剥削的要素（3）：	
得与失的再分配	/206
五、公平与不公	/214

六、小结：剥削的主要类型	/220
--------------	------

第三十二章 剥削原则：防止不法牟利 /228

一、法律强制	/228
--------	------

二、损害原则对剥削性犯罪的适用：

内幕交易和出售近亲属器官	/238
--------------	------

三、有偿算命	/243
--------	------

四、转卖门票	/250
--------	------

五、敲诈行为中的悖论	/257
------------	------

六、敲诈中的各类威胁：悖论之谜	/260
-----------------	------

七、敲诈中的各类要求：正当的敲诈	/279
------------------	------

八、小结	/295
------	------

第三十三章 法律完美主义与利益原则 /299

一、性格	/299
------	------

二、强迫他人养成美德	/304
------------	------

三、自动的善：斯金纳对密尔	/311
---------------	------

四、法律的教育功能	/318
-----------	------

五、解读有关刑罚的德育理论	/325
---------------	------

六、题外话：伦理相对主义	/329
--------------	------

七、再论损害与无利益	/337
------------	------

八、有条件地接受强迫性规则：

简论集体之善	/342
--------	------

结 论 /345

一、对自由主义作最有力的论证	/345
----------------	------

二、迟来的再定义	/348
三、顽固的反例（1）：	
帕菲特提出的不当孕育的婴儿	/352
四、顽固的反例（2）：	
克里斯托尔提出的角斗竞赛	/356
五、关于何为反例的困惑	/359
六、自由主义与教条主义	/361
注 释	/367
索 引	/424

第二十八章

法律道德主义与无人怨愤的恶

3

一、广义的与狭义的（严格意义的）法律道德主义

如我们所见，自由主义者在将限制自由原则限定于损害原则及冒犯原则时，认为保护自由的、明知的、具有完全行为能力的人免受其自愿行为所导致的损害结果并非限制个人自由的合理依据。易言之，我所说的“自由主义”反对将所谓“法律家长主义原则”合法化。而自由主义立场同样反对以防止损害及冒犯以外的恶作为刑事禁止的理由。与此种自由主义立场相对的观点则可一般地表述为：“国家以刑事法律禁止造成损害或冒犯以外后果的行为可以具有道德合法性，若此等行为本身或其后果是某种恶。”这种观点与自由主义完全对立，但内容比较模糊，我们且称之为“广义的法律道德主义”。

按照以上的一般理解，法律道德主义囊括了众多与损害或冒犯无关而支持刑事禁止的理由。这些理由通常是指有必要（1）保持某种传统生活方式，（2）推行道德，（3）防止不法牟利，（4）完善人格。在缺少损害原则或冒犯原则所指向的对利益的损害或对情感的冒犯

4

时，所有这些理由都可能成为立法的依据。

不过，“法律道德主义”往往有更狭义的定义，仅指广义法律道德主义原则所囊括的众多与人无涉的理由当中的一部分。根据狭义理解，即所谓“狭义的法律道德主义原则”，这些与损害或冒犯无关的依据可以使刑事禁止具有合法性，“不道德”或“罪恶”的行为既可公开地以损害或冒犯的方式实施，也可以在获得同意的情况下（因此与损害或冒犯无关）私下或公开进行。根据此种狭义的法律道德主义，“国家以行为固有的非道德性对其予以刑事禁止可以具有道德合法性。”无损害或无冒犯（私下进行的）却不道德的行为（若有）当然属于在损害和冒犯之外能够造成上述“恶”的结果的那部分广义上的行为。我会尽力说明广义上与人无涉的恶包括很多类型（巨大的社会变化、同意受剥削以及人格堕落仅仅是其中最显见的例子），至少，当中的部分类型与“无害的不道德性”这个概念同样令人产生兴趣。正因如此，除非特别限定（主要在第三十章中），我在全部讨论中提到“法律道德主义”时都是指广义上的理解。

自由主义者将如何反驳法律道德主义呢？很多自由主义者都乐于与法律道德主义作战。¹他们会在对方阵营学者著作对法律道德主义的论证中寻找纰漏。这本身并不能证明自由主义的立场，但自由主义者可以说，推行国家强制的一方才应该承担证明责任。其实，“证明责任”这个词在由规则控制的竞赛、辩论、诉讼等活动范围以外的内涵并不明确。在上述背景之外，这个词一般仅指，存在一套“背景考虑”以支持、证明或赞成一方或另一方，原则上存在一方被驳倒的可能，而非事先即已存在结论性的说法。如果一系列的反驳都是失败的，那就可以说我们所设立的立场得到了加强；除非它被推翻，否则我们甚至就可以说它是对的。因此，当我们说举证责任应当由鼓吹刑事强制者承担，意即我们认为自由主义立场保护自由的表面证据成

立，如果某个法律将削减个人自由，我们就有理由反对这项法律。

但与此相对的立场或许也具有同等说服力，这会令举证责任转移而并不产生对一方或另一方的倾向。（这就好比在开场时就要决定一场“残疾人”板球赛的比分制，或者应该由哪个队开球。）这是一种什么样的情形呢？我想总的原则就是，在其他条件等同的情况下，防止恶总是对的，防止各种恶总是可以成为法律禁止的好的理由。这个观点看起来和另外一个观点具有同样的说服力，后者认为，防止某种特定的恶，即丧失自由，是反对法律强制的好理由。如果我们给法律道德主义立场再加上一句，即有些恶本身并非损害，亦不会导致损害或冒犯，如此，则如“比赛之初，双方起始分是相同的”，除非一方的论证较另一方更加有力。

自由主义者反对我们所说的法律道德主义，尽管并不情愿，但我们还是要给法律道德主义一个既定的论证。假定法律道德主义意即，若法律可以防止损害或冒犯以外的恶，则其可以作为支持法律的相关性理由，而若对恶，无论何种恶的防止可以在诉讼中作为禁止该行为的优势证据，则逻辑上说，以此定义的法律道德主义原则就是正确的。尽管恶这个词含义宽泛，但至少听起来，没有恶总是比较好的；恶的存在总令人纠结；阻止恶总能成为行动的理由，即使自由主义者也承认法律道德主义原则上可以作为限制自由原则。可一旦如此，则自由主义者如何自处呢？我认为，自由主义者只要在认同阻止恶可以作为立法理由的同时，仅将其作为支持的理由之一，而且是说服力不太强、因而无法与保护自由抗衡的理由之一，就可以保住他希望保护的东西。因此，自由主义者必须就道德主义者试图保护的每一类非损害性的恶进行论证，他必须随时准备承认当中的某些恶大于另一些恶，甚至可能成为刑事强制的理由。很多自由主义者干脆否认在损害和冒犯之外还存在其他恶，但这些自由主义者如果循着我所指出的路径，就

会坚称，即使存在这样的恶，它们和损害（甚）或冒犯相比，其重要性不过微乎其微。就特定立法而言，自由主义者尽管可能会作出些不情愿的让步，但还是会反对道德主义的立法。

对于阅读过第三卷关于个人自治部分的读者来说，我对法律家长主义的让步，以及我此处对法律道德主义的有限承认是可以理解的。不管怎样，自愿同意而造成伤害的冒险行为尽管并未造成狭义损害原则所指的损害（因为同意，所以不存在对被害者的不法侵害），但毕竟是利益的严重阻退，这种阻退尽管并非侵权损害，但本身也可以被视为某种恶。为什么阻止这种“与福利相关的无被害人的恶”（见第八章以下）不可以是刑事禁止的好理由呢？而我们可能也得承认，法律家长主义在不同的定义下也可以具有正确性，并足以成为支持强制立法的充分理由。这两个非自由主义限制自由原则有着势均力敌的说服力，应对二者一视同仁。不过，这算不上是对家长主义的让步，只要我们坚持，在发生冲突的时候，家长主义式理由的重要性永远都不能超越个人自治，则法律家长主义（如同法律道德主义）只在极其微弱的意义上可能为“真”。

到目前为止，法律家长主义和法律道德主义已经区分开来，我们没必要纠缠于此。当家长主义式干涉被自由主义式原则排除时，自愿冒险所承受的伤害在自由主义者看来根本不算恶。这是因为，作为一种“恶”，它必须与个人自治对比权衡，而与个人自治的绝对意义相比，它简直毫无“意义”。实际上，在通常的权衡中，个人自治并不能对抗特定的恶（参见第三卷，第93—94页），但它总能微妙地影响比较的结果，特别是对行为者本人而言，没有什么危险能够超越他在个人自治范围内决定自己命运的权利。

若法律道德主义者所列明的恶是无害的，则法律的干涉岂非对个人自治的侵犯？如果为了防止行为人生活方式的堕落、为了阻止行为

人无害地侵犯某种禁忌或其他侵犯道德却无害的行为（若有），而去限制她的自由，难道没有侵犯她的个人自治么？（参见第七、八章以下）问题是，如果我们对涉己与涉他行为的区分是模糊的，就无法确定这些恶是否属于个人自治范围。若 A 的行为威胁到 B 的利益，则 A 的行为肯定是“涉他的”，如果只威胁到 A 自己的利益，那么该行为就是“涉己的”。如果同时危及 A 和 B 的利益，则该行为既涉己，也涉他。但我们所说的不会损害任何利益，却又会造成某种不涉及人的客观恶行又是什么呢？可以有两种理解。我们可以说，任何不直接影响（损害）他人利益或情感的自愿行为都属于不可侵犯的自治范围。在这种情况下，任何为法律道德主义者所不齿的“无害的恶”都受到个人自治的保护，正如自治者实施的“对自己的损害”那样。在价值权衡中，这种无害的恶相对于个人自治而言毫无意义，无论是法律家长主义，还是法律道德主义都不能成为支持刑事立法的依据。此时，这两个非自由主义的限制自由原则处境相似，自由主义者完全能够将二者一起驳倒。

另一方面，对涉己与涉他的区分还可以有第二种理解。我们也可以说，不直接损害他人或自己利益的行为若造成损害以外的恶，就不再属于排他的个人自治范围（当然也不属于任何人的自治范围）。就第二种理解而言，这种行为并不受行为人个人自治的保护，而其造成无害之恶可以作为犯罪化的一个（相对微弱的）理由。按照这种理解，要求一个自治者必须“为了他好”而被迫选择某种行为是对自治者的贬低，而告诉自治者他可能因实施某种造成无害的恶的行为而受到法律干涉却并非对他的贬低。他可能会说，“怎样对我好是我自己的事，除非它直接影响他人的利益。但何为‘固有的恶’却不单单是我自己的事。”本章我们且采用第二种解释，以此消解法律道德主义和法律家长主义的等同性，从而令法律道德主义考量，而非法律家长

- 主义考量可能成为刑事禁止的依据。这个问题很难解决，但也不足挂齿，因为对忠实的自由主义者而言，任何情况下都不会接受法律道德主义考量作为刑事立法的依据。²

二、纯正的与不纯正的法律道德主义

无论法律道德主义者将犯罪化列入的恶为何者，若该恶仅指其本身的恶，而与其造成的损害或冒犯无关，则视其为恶的立场就是纯正道德主义的，其结论即为，对造成某种恶的行为的禁止仅因其对恶的防止即具有合法性。纯正法律道德主义者无须论证他希望通过刑法防止恶以免产生其他恶，也不必寻求超越行为本身恶的其他理由。另一方面，有些学者在论证中仍以个人或公共损害原则或冒犯原则为基本依据，但他们还是被称为道德主义者。例如，帕特里克·德夫林的社会解构理论（第三十章第三部分）以“推行道德”为基本理由，而在社会一致性理论中，则被表述为为着防止某种对公共利益的损害。因此，此种论证最终还是要寻求损害原则。正因如此，我们将德夫林的立场称作“不纯正法律道德主义”。同样，认为淫秽行为会造成性犯罪上升，而“无上装酒吧”、“成人书店”、“按摩女郎”和暗娼有损社区环境的主张，归根到底都是自由主义式的，当涉及立法禁止的论证时，还是会诉诸损害原则或是冒犯原则。这些观点都是“不纯正道德主义”的例子。它们与詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬（James Fitzjames Stephen）、威廉·伯克利（William Burkley）及欧文·克里斯托尔（Irving Kristol）所作的论证大相径庭，后者视这些恶为“性之恶”，即使无害，无冒犯，也必须予以禁止，因为既然这些恶本身是不道德的，社会就不应容忍这些行为。

纯正道德主义和不纯正道德主义的区分，以及广义道德主义与狭

义道德主义的区分相互交叉，即形成道德主义的四个类别。狭义的纯正道德主义认为，法律可以禁止和 / 或惩罚无害的（自愿或同意）且无冒犯的（未强迫非自愿观众）行为。其全部理由就在于为着消除或防止直觉的极端的恶，即使行为是与人无涉的。³这种道德主义是狭义的，因为当中所述之恶具有固有的非道德性，不同于另外一些恶，如社会巨变、非法牟利或人品堕落。这种道德主义是纯正的，因为它所要阻止的恶就是行为本身，而不是它造成社会损害或冒犯。

广义的纯正道德主义还可以作为防止固有非道德性以外的恶而进行犯罪化的理由。说它是纯正的道德主义立场是因为它只针对恶本身，而非恶对社会或个人造成损害，或对他人情感的冒犯。我们所说的“道德保守主义”（第二十九章）立场，认为即使是没有损害任何人或冒犯任何人的社会变化也是一种恶的观点亦属此类，而寻求社会公义的道德保守主义则属于不纯正道德主义，这种观点认为恪守传统的大多数在成为社会少数派的过程中受到“不法侵害”（相当于受到“损害”），或者说道德环境的转变令个人深受冒犯，作为地位不稳的少数派，他们失去了原本来自冒犯原则的保护。而被称作“道德环境主义”的道德主义立场则是纯正的，它认为道德环境正如自然环境那样容不得“污染”，即使人们已经对某种道德淡然处之而不会引起任何损害或冒犯，道德污染仍具有内在的不道德性。另一方面，若道德环境主义以淫秽场景对个人造成的冒犯为依据，则其道德主义立场就是“不纯正的”。

狭义的不纯正道德主义赞成为了防止“固有不道德性”而制定刑事法律，但并非针对单纯的恶，而是针对对参与者或旁观者造成负面影响的行为，这种行为长远看来会造成——可能是间接的——巨大影响。即使是这样的行为也未必具有损害性，但其所具有的总体影响表明它们并非“无被害人犯罪”。这种法律道德主义是狭义的，对行为

的犯罪化依据在于其内在非道德性，但它又是不纯正的，作为法律禁止的依据与其说是这个，不如说另一个可以为自由主义者接受的东西——间接损害。

最后，广义的不纯正道德主义赞成以刑法干涉防止与人无涉的恶，而非防止固有的非道德性，但最后给出的立法理由则是防止因该恶偶然地导致的损害或冒犯。例如，法律完美主义者（见第三十三章）担心人格堕落者可能对社会带来更大的损害，或者下降的社会品10 位会损及其个人利益（传播高尚艺术、音乐和文学作品）或文艺繁荣的公共利益，若他们赞同为此制定强制法律，则在广义上也可能被视为法律道德主义者，不过应是那种最终会寻求损害原则的不纯正道德主义者。

三、道德主义与对他人的损害

在讨论出自纯正道德主义者所指之与人无涉的恶之前，有必要明确我们的研究对象，特别是要确定本书前文所讨论的限制自由原则并未涵盖法律道德主义者试图消除的恶，否则，法律道德主义就是一个多余的原则了。从另一个角度来说，法律道德主义往往被认为在逻辑上可以满足任一限制自由原则的格式要求。无论是哪种情况，与人无涉的道德上的恶与损害（或冒犯）之间却难以做概念上的区别。不纯正法律道德主义者可能认为非道德性（或任何其他无涉的恶）与损害之间的因果联系是明确而不变的，因此，认同损害原则的人仅凭此即会赞同将任一真正的不道德行为（或任何其他真正的恶）犯罪化。而另一种更强烈的怀疑论观点若为真，将令道德上的恶与损害中间的联系更加密不可分。这种观点认为，道德上的恶（或者不止于此）与损害之间的联系并非因果联系，而是概念上的联系，即前者是后者概

念中的一部分。这一观点有不少依据，至少有四点值得我们考量。

区分损害与（其他）道德恶的第一种方法就是那被 J. S. 密尔（J. S. Mill）在《论自由》中批评得声名狼藉的“社会权利”理论。如密尔所讽刺的，这种理论可以推及的主张是，“……正因为每个个体都拥有绝对的社会权利，任何其他的个体都应实施其本应实施的行为；无论是谁，哪怕只是侵犯了我一点点社会权利，我也有权诉诸法律以平复我的怨愤。”⁴ 如果确实如此，按照密尔的推理，任何公民若其行为不符合道德要求，则等于侵犯了所有其他公民的道德权利（和利益），由此，即使我们这些人的利益丝毫未受到影响，甚至对该行为一无所知，我们大家也都是这个不法者的“被害人”。因此，那个私下酗酒的人、手淫者或想法邪恶的人不法侵犯了所有人（侵犯了我们要求他循规蹈矩的权利），我们每个人都享有提出诉讼的权利。根据我们的“社会权利”，所有不道德的行为都损害了他人，因此，不法行为中既不存在所谓“与人无涉的恶”，也不存在“无害的不道德行为”。不过，假定人人都享有这种“社会权利”显然是荒谬的，因为很难主张这种权利，也很难⁵ 有理有据地主张相应的利益。按照利益阻退来理解的“损害”，一个陌生人或邻居私下实施的不为人所知的行为根本不会造成损害，要主张相应的权利当然也就毫无根据。

在概念上区分损害和其他恶的第二种方式要有说服力得多。⁶ 实用主义关于正确行为标准的某些理论不仅认为不道德行为与损害行为之间存在事实上和偶然的一致性，即后者是前者的关联信号，更认为这种联系是必然的，因为对他人的损害正是确认行为不道德的根据，是“不法的本性”。这种理论乍看之下颇有道理，但有很多反例对其造成威胁。某些对个人自治的家长主义式干涉是不道德的，但从结果看却往往是有利无弊的。同样，承诺人在受约人死后违背“荒岛承诺”，或者老师为了让学生高兴而给了他不应获得的好分数，这些

11

行为往往受到道德评价，而非损害性评价。实用主义对这些反对声音的回应已是众所周知，此处我们不必回到那些古老的争执当中。他们的解决方法顶多影响了狭义道德主义（针对无害的不道德行为）的命运，而不会影响针对与人无涉的恶的广义法律道德主义（如邪恶想法、赞同不平等、文化灭绝、低劣品位）。实用主义对认为不道德行为无害的观点进行了反击，但这并不能影响一个简单的共识，即有些恶（而非行为）确实与损害无关。

第三种方式往往否认法律道德主义和损害原则能够分离，认为损害概念本身就是“包含道德且本质上有争议的”。⁷ 尼尔·麦考密克（Neil MacCormick）和欧内斯特·内格尔（Ernest Nagel）⁸ 是反对者的领军人物，我认为他们的论证前提是无懈可击的。他们指出，在运用任何损害概念之前，一个可以避免争论的道德决定是，我们该保护何种利益。有些利益不可避免会存在争议，要保护它们就必须排除与之对抗的利益。决定哪一个利益应受保护是一个依据价值和重要性作出的道德选择。不过，道德优先性的决定必须引入有关权利及应得的道德考量；从道德根据上说，这些评价在本质上都具有可争议性，在不同的社会有着不同的评价方式。损害原则保护所有权利益不受盗窃的损害，但是，如内格尔的观察，对于一桩盗窃案，我们总是会问，“从这个人那里拿走的那件物品是否‘真的’属于这个人”，⁹ 这个法律问题只能通过物权法解决，其实就是对何种所有权利益应受保护所作的道德决定，在不同的道德前提下，不同社会对此会作出不同决定。麦考密克总结道，“如果没有对合法利益的界定，损害原则将空洞无物。”¹⁰

所有这些论述都应予以认同。事实上，本书第一卷也强调了这些观点，且相关论述更加具体，这样做的主要目的就是为了给相对空泛而仅具形式的损害原则填入规范性内容。无论如何，没必要为着保持

道德价值中立而固守站不住脚的损害概念，并以此坚持损害原则（纳入某种道德性）与法律道德主义（纳入另一种道德性）的区分。经被害人同意法谚调和的损害原则保护个人自治，并因此彰显“尊重人”的道德价值立场；它纳入并非任意的利益排序原则以及公平竞争原则；“推行”保护个人达致圆满人生计划的道德原则。但还有其他的道德评价、其他的规范评价、其他的原则、其他的价值——有些根基牢固，有些不是——并不为损害原则所保护，因为它的目标仅在于尊重个人自治、保护人权，而非提供价值判断的全部标准。

我很愿意在此总结，“为损害原则认同的法律可能会与某些价值要求重合或交叉，但并非意在推行这些价值。立法者关注的不过是损害行为造成的损害，而非其不道德性……”¹¹ 毕竟，损害他人、在无正当事由的情况下侵犯他人道德权利的意图就是不道德的。因此，损害原则倒是在“推行”这个部分的公共道德，但只是为了防止损害和保护权利，而非（我们打算说）因其为道德，所以，这个打算得停止。麦考密克的论证是有力的，即使是单只建立在损害原则上的刑法（任何刑法都应当以损害原则为主要依据）也不单只为防止损害。在对个人的保护中，刑法也在建立防止损害和尊重自治的道德价值。因此，它的惩罚方法，刑罚，也在表达对造成损害的不法行为人的公共谴责和道德谴责。实际上，按我们的解释，任何限制自由原则都在推行某种道德价值。刑罚以其特定的形式，带有特定的象征意义和表达功能，刑事判决和刑罚处罚正是国家对某种道德作出的权威宣示。刑法甚至可以被理解为创造某种道德价值的工具。如麦考密克所说，“正因为它作为公共道德时表现出的象征性强制力，刑法通过具有象征意义的审判和处罚，在某种程度上也成为了公共道德的组成部分。”¹²

如同其他强制合法性原则，损害原则显然也是某种道德原则，其

13

目的在于通过刑法的道德确立形式进行道德价值判断。但这并不意味着损害原则允许刑法惩罚所有的不法行为，或者所有的恶。从定义上说，这个原则本质上比道德主义原则狭窄，并与之存在实质性对抗。我们的问题是，哪一种评价标准方可令刑法获得道德许可证，而不是为了推行这样或那样的价值立场去给刑法贴上许可证。我会在第三十章详细讨论损害原则与推行道德之间的关系。

第四种区分方式则首先承认，要界定恶，即便不是不可能的，也是很困难的。我特别想到的是，“不正当的剥削”其实并没有损害被害人，或者因为被剥削者的利益并未被阻退，或者因为被剥削者自愿同意受剥削，即符合被害人同意法谚的要求。某些边界情形是指，一般情况下行为是有害的，因此单是损害原则就可以为惩罚提供合法性依据，但在某些情形下却完全无害。“与人无涉”的恶或某些类型的诈骗就是如此。这些例子都属于不正当的剥削，即使当中没有损害任何人的利益。在协作的情形中，所有人都要各尽其责方可使大家均有所收获，但当中可能有人使诈，不尽义务，靠着别人各司其职而“白白”获利。我们会说，他“占了他们的便宜”。如果他的一些同伴也这么做，就会损害群体中所有成员的利益。但若无其他人如此行事，则损害效果就会微乎其微，被冲淡直至于无形。如果（只有）一个乘客逃票，其他乘客则在分担车资，反映到车主的票价上，因为那个人的逃票而造成的影响微不足道。其他人的怨愤并非利益受损，他们自愿放弃那份利益，亦非受到道德冒犯（他们受到的冒犯在于他们觉察到不法，但不法却并非因其受到冒犯），他们的怨愤仅仅在于被他人不正当地利用了他们的信任，他人因他们的容忍而获利。

因此，我们必须在通常类别中增加一类法律认可的恶（在损害和冒犯之外），即包含非法获利的不当剥削，这种剥削并未造成对他人的损害，因为对方自愿放弃获取对应所得（参见第一卷第六章第三部

分)。这个新的类别并不需要新的(“道德主义的”)原则。既然该不法行为一旦被广为实施即可造成损害,既然没有理由免除逃票者的一般性参与义务,损害原则即可作为禁止这些造成第三类恶的不法行为的正当性依据。

还有其他形式的取巧行为,单用损害原则会有些问题,因为这些行为造成的后果很难界定。泽诺·范德勒(Zeno Vendler)引述他在新泽西州帕丽萨德斯的公路浓雾中遇见的一个司机为例。当时,能见度极低,范德勒把车开得非常慢,小心地盯着车前灯发出的光束。突然,他从后视镜中看到一道闪光。一位司机将车停在路边,在黑暗中等待他通过,然后再打开前灯,重新上路,在浓雾中跟随范德勒的红色尾灯前行。这是最典型的寄生行为。范德勒得为两辆车的安全前行殚精竭虑,寄生者则不用费力气。寄生司机的行为当然是不公平的,不过他并未对范德勒造成任何损害。就算后面没有这位寄生者,范德勒还是得在浓雾中小心驾驶。我认为很难确认这种行为一旦广为实施会造成社会损害,且对这种行为的禁止是否可以通过损害原则获得合法性。不过它在个案看来的确是某种无害但多少应予道义谴责的行为,即某种“恶”。还有很多剥削情形不能为损害原则所涵盖(因为获得了被剥削者的同意),我们在第三十一章中详述。

四、道德主义与对他人的冒犯

15

另一种貌似合理的常见论调是,无法区分道德评价与他人不得不旁观或事后得知某行为所受到的冒犯,即行为对道德情感的冒犯(参见第二卷:第七章第四部分,第九章第二部分,以及第115页)。在这些情形中,我们哪怕是“想想”某种行为也会受到道德冒犯。如欧内斯特·内格尔所指出的,¹³认为这些行为应予禁止的观点是错误的。

因为这些行为所造成的被冒犯状态对于被冒犯者而言不过是某种不快的精神状态，而非足以被禁止的不道德性。一旦回到法律道德主义，就无法保证自由主义立场，此时，行为仅因其不道德而被认定造成冒犯，而非因其对获悉者造成的滋扰而被认定为不道德。

H. L. A. 哈特 (H. L. A. Hart) 曾暗示，冒犯原则可以解释刑法关于重婚罪的规定，这个规定“是为了保护人们因公开亵渎婚礼的行为而被冒犯的宗教情感。”按这种理解，他指出，“重婚者受到惩罚既非因其反宗教，亦非因其不道德，而是因其造成滋扰。法律关心的是他的公开行为所造成的冒犯，而非作为个人行为的不道德。”¹⁴ 但正如帕特里克·德夫林 (Patrick Devlin) 随后指出的，¹⁵ 重婚婚礼可以在地方法官办公室里私下进行，也可以只有一名牧师在场，但不管怎样都无法消减重婚行为的不法性。在德夫林的基础上，内格尔批评哈特“想要确认某个行为是否为滋扰 (冒犯) 简直是自寻烦恼，因为这个判断和道德判断完全是两回事。”¹⁶ 然后，他得出了正确的结论：“……有些行为被认为是对他人的滋扰不过是因为这些行为被认为是不道德的。相应地，若重婚行为作为某种滋扰而被认为是犯罪行为，那么，它受到惩罚就不是因为它被公众视为不道德行为，而是因为其他的原因。”¹⁷

其实，庸人自扰的正是内格尔，他认为判断行为是否属于滋扰与道德性判断是密不可分的。公开裸体、公开排泄、公开性交被绝大多数人认为是不道德的，但显然不是因为该类行为无论何时何地发生都是不道德的，而仅仅因为它们冒犯了旁观者，只有在造成冒犯的情况下，这些行为才是不道德的 (“不体面的”更合适些)；而它们之所以造成冒犯并非因其具有内在的不道德性。根据自由主义的冒犯原则就完全可以立法予以禁止，根本无须求助道德主义原则。这些例子推翻了那种认为冒犯原则在形式上与法律道德主义密不可分的观点。至于

重婚，自由主义者会同意德夫林和内格尔的观点，只有法律道德主义才能为刑法提供正当化依据，而他们反对道德主义，当然也就反对将重婚行为犯罪化。事实上我们对重婚行为的态度亦是如此（第三卷第二十四章第七部分）。

五、道德主义与对自己的损害

有人认为法律家长主义当中包含了道德主义的立场，保护个人免受自我伤害的法律本身就是道德法。哈特－德夫林论战中也提到了这一概念混淆的缘起。哈特承认（我想是不情愿的）20世纪的自由主义者可以容忍一定程度的人身家长主义。他写道，他并不反对保护个人免受（无意的）自我伤害的法律，事实上，他暗示“对谋杀或袭击行为排除被害人同意为免责事由的法律”¹⁸可能有其家长主义的目的。在这一点上，德夫林将哈特的观点摆在斜坡上并推了一把。首先他区分“人身家长主义”和“道德家长主义”（后者对应于我所称之为“道德上的法律家长主义”的限制自由原则。此处简称为“道德家长主义”）。前一种观点支持通过刑事禁止保护行为人不受身体伤害；后者则认为应当通过刑事禁止保护行为人不受“道德损害”。德夫林认为人身家长主义无法回避道德家长主义：“如果社会在一种刑事立法中存在利益，那在另一种情形中又当如何呢？换个角度说，如果我们足以照顾自己的道德，为什么就不能照顾自己的身体呢？”¹⁹一旦我们进入道德家长主义，我们几乎就已经停在滑向道德主义的坡上面了，因为

如果难以区分人身家长主义和道德家长主义，就无法区分道德家长主义和推行道德法。道德法，作为公共道德，是[道德

- 17 上的]家长主义的必要前提,否则就无法确定何为道德好处。如果社会为了某人的道德好处而强迫他实施某行为,社会就是在推行道德法;那么,社会为某人的好处行事,却并非为了推行[道德]法,这种区分就无法进行了。²⁰

这种论证很聪明,可能会让哈特后悔一开始对家长主义作出的妥协。但这种论证的弱点在于它不加区分地接受道德损害是“损害”,身体伤害也是损害,其实,后者的客体是人的身体,前者的客体则是人的品行。(参见第一卷第二章第一部分)身体伤害是对福利性利益的阻退,每个正常人都会在身体的健全机能中存在利益。不论在哪种情况下,人的身体机能不健全都会对他寻求个人好处造成障碍。而另一方面,对品行的损害却并不必定阻退其利益(尽管往往可能会这样,若此人不够狡猾),在并未阻退利益的情况下,除非认定此人于完美人品中存有某种先在利益(并不必定如此),否则就不存在损害。对个性的损害在不存在利益损害的情况下仅仅是某种“衍生意义上的”损害,我们在第一卷第一章第一部分中已经作出区分。这种情形是损害某人投入资本的物品,而并非损害这个人。

六、对恶的分类

视立法者可能采纳的限制自由原则,现在我们可以假设刑法试图消除或阻止的恶的种类。我们已经讨论的三种恶——损害、冒犯和不正当的剥削——可划为一类。不正当的剥削行为中有很多情形均可作为损害原则所涵盖,这种行为一旦被广为实施,其损害性后果可想而知。即使无法明确认定其后果是否有害,仍可以其与损害及冒犯所具有的同类性质而与这二者划归一类,即这三种恶都存在有权提出控诉

的被害人。即使没有发生利益阻退，人们往往还是能够合乎情理地主张自己受到了不法侵害（被占便宜）。我们现在必须提出的问题是，是否存在并未侵害特定个人因而无人怨愤的其他恶。它们与个人的需要、利益、应得、主张以及权利无关，这种恶“与任何人无涉”。那么，在何种情形下它们方可被称作“恶”呢？

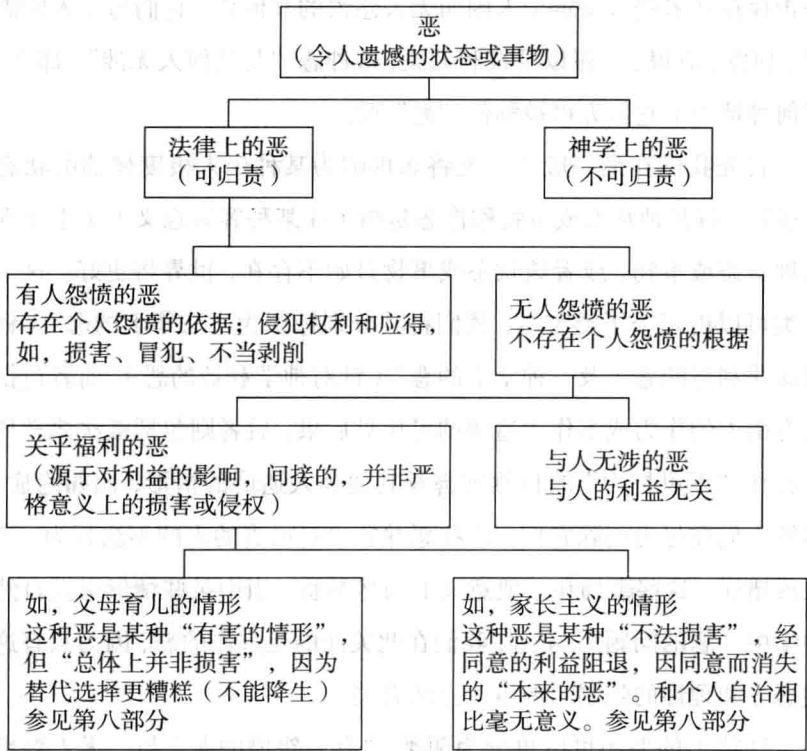
首先我们在最一般意义上将恶理解为某种令人极度懊恼的状态或事物。将某种状态或事物称作恶是指（在某种客观意义上）不出现该种状态或事物，或者该状态或事物自始不存在，世界将更好。这个大类可以由两个子类穷尽，我们将其分别标识为“法律上的恶”（针对法律利益的恶）及“神学上的恶”（针对神学利益的恶）。前者包括所有由人的作为或不作为造成的可预见后果。后者则包括被法律教科书称作“不可抗力”的自然灾害及其他令人遗憾的情形，比如绝症，尽管人们在尽力消除它们。这些恶并非出自可责的人的不法行为、漠视或错误。这些事物在一般意义上当然是恶。当中某些情形引发自然神学中“恶的问题”。不过，我们在此关注的是人作的恶，因为只有这类恶才和理性的强制（刑事）立法有关。

法律上的恶还可以再分为两类。“有人怨愤的恶”与“无人怨愤的恶”。前者由各种基于个人怨愤的法律上的恶组成，包括损害、冒犯和不当剥削。后者虽可归责于人，却并不存在抱有怨愤的被害人。

伯纳德·格特（Bernard Gert）曾为某种反对上述分类的观点辩护。他称“恶”和“损害”在本质上同义，很难想象不是恶的损害，或者没有损害的恶。可能是因为他对施加于人的恶，如刑罚的理解才导致他如此仓促定论。²¹ 不过，我们很快会看到，还有其他可归责的恶并未“施于”任何个人。格特的意思是，绝大多数恶，或具特别重要性的恶，可能就是损害，而所有损害实际上都是恶，至少都是“令人懊恼的”。但如果存在无人怨愤的恶（看来是可能的），那么并非所有

的恶都是损害，而实际上，有些恶既非损害、冒犯，亦非不正当的剥削。

表 28-1 恶的分类



将无人怨愤的恶区分为两类是有用的，即关乎福利的无人怨愤的恶及与人无涉的恶（参见表 28-1）。此时，分类表格中是否留白或样本类型为何我们暂且不问。一般意义上的关乎福利的无人怨愤的恶不能作为任何怨愤的根据，作为某种状态或事件，它的恶在于对个人利益的反向影响²²。最为人熟知的例子大约就是法律家长主义者试图阻止的情形——经被害人同意而阻退其利益，“被害人”的权利因此并未被不法侵犯——但也还有其他情形。因为父母的疏忽导致不当怀孕，先天残疾的婴儿来到人世，但只要残疾的程度不至于令人感到不如不来人世，就不应对他人怀有怨愤（参见第一卷第二章第八部分）。

19

他们本可以避免如此来到人世，但他们“总体上并未受到损害”。因其对利益的负面影响，损害性状态无论如何都是一种恶；它并非与利益、需要、欲求“无涉”。在侵权案件中常常可以找到类似的例子，被告的不法行为直接造成了原告的某种损害性状态，但在某些情况下，即使不存在被告的行为，这种损害性状态或更糟糕的结果还是会发生。在赶往机场的路上，因为出租车司机不小心与卡车相撞，身负重伤的乘客被救护车送往医院，结果误了飞机。不过，他要搭乘的飞机刚好发生引擎故障，起飞后不久就坠落，机上乘客全部身亡。出租车上的乘客虽然身受重伤，对比下来却是更好的结果，司机的疏忽倒比不发生疏忽好。当然，他身体受伤的事实的确是损害性状态，无论他是否有权就此提出诉讼，这种状态都是一种关乎福利利益的恶。²³而与人无涉的恶显然无法作为诉讼的理由，它们并未影响任何人的利益，但本质上仍属于恶。

我们所持有的自由主义立场不允许刑法禁止单纯的无人怨愤的恶，当然也包括与人无涉的恶。我们在第一部分看到自由主义必须对道德主义作出的妥协，防止恶，任何恶，都可以是刑事立法的某种理由，但无人怨愤的恶不在其列。自由主义者特别强调，与人无涉的恶永远不能与个人自由抗衡，尽管我们可以想象某些情况下两者的权重可能很接近（参见第二十九章第四部分）。但在绝大多数情况下，自由主义者在反对为防止关乎福利的恶而制定的刑事立法时，态度总得柔和些，尽管这种恶并不能成为怨愤或侵权的明确依据。我们将在第八部分讨论其中一个极端情形——产前伤害。

七、界限不明的恶

并非所有人都认为以下所列各项或绝大多数项是真正的恶。²⁴

甚至连我自己也不会这么说，但我认为（1）绝大多数读者承认至少当中某一项属于法律上的恶，（2）很难真正将列入的某项恶划为对个人的损害、冒犯或不当剥削。

- 21 1. 对禁忌的违反。据说所有已知的人类社会，无论原始形态或开化形态，都存在乱伦禁忌。在界定禁忌规则的过程中，人类学家认为，禁忌就是毫无例外地无条件禁止，违反禁忌不但无法被正当化，也无法寻求任何规范辩护（错误、被迫等）。禁忌的禁止是“无须任何理由的”。²⁵它是神圣不可侵犯的，个人感受到禁忌的约束并非源于任何理由，它本身就是最基本的、非衍生的理由。这并不是说禁忌的形成是没有理由的。兄妹乱伦会导致畸形后代；父母和孩子的乱伦不仅涉及对孩童的性侵犯，还会令被害人产生严重的心理创伤；这种行为一旦广为实施，必将摧毁传统社会结构。但乱伦禁忌并非仅为防止不正当或无益的结果。即使不是这些理由，这种行为也会强力扰乱我们的社会。毕竟，避孕或绝育可以避免生育上的灾难；私下进行性交亦可避免冒犯；成年人之间相互同意的乱伦关系也不涉及对儿童的性侵犯。按格雷厄姆·休斯（Graham Hughes）的说法：“若一个三十五岁的人和自己三十岁的妹妹决定上床，很难找到理由说这种行为是一种可恶的犯罪。”²⁶休斯的观点能够成立的一个理由（虽然并非他自己提出的理由）是，刑事制裁对于推行某种禁忌并非必要；犯罪数据显示并不存在大量的兄妹乱伦罪行。但将刑事司法搁置一旁，我们当中有多少人能够毫无感触地平静接受三十八岁的父亲与二十岁的女儿，或是（可能更让人难以想象）三十八岁的母亲与二十岁的儿子之间采取避孕措施且私下实施的性交行为呢？这种私下实施的行为被视为“恶”，并不是因为它们造成了损害或冒犯。

2. 传统意义上谨慎且无害的“不道德行为”。我认为通常能想到的所谓道德冒犯就是成年人私下自愿实施的行为，包括婚外性行为 and

同性性行为，或许也包括手淫。并不是很多心智成熟的人都视此类行为为“恶”，但必须指出，即使将这些行为视为恶，它们往往既不具有损害性，亦无冒犯性。而要在性行为以外找到这类恶的例子更是难上加难。试想某个家庭内部，没有为死者举行公开葬礼，也没有哀悼期，取而代之的是家人举行的一场秘密宴会，守在死者的尸体旁，喝着蒜汁蘑菇汤，而死者生前同意这么办。我们通常的道德当然会谴责这样的行为，但这种行为并未损害任何利益，亦未冒犯任何情感。

22

3. 宗教禁忌。另外一些约束来自宗教教义而非道德律令，或者说，按照道德立场来看，禁忌的依据仅仅出于宗教。同样地，宗教教义中有关严守安息日及着装简朴的规定并不会认定违反者“不道德”；违反者可能不是一个“好的虔敬派犹太信徒”或“好的蒙诺教派基督徒”，但即便如此，他们可能仍然是好人。即使按照神圣的宗教教义看来那是被禁止的行为，但该行为只是被规则禁止的行为，而非本来的恶。然而任何真正的犯罪都是某种恶。此时在我脑海中浮现的并非广为传播的公开越轨行为，尽管这种行为可能被视为对规范本身的威胁或对规范所确立的宗教生活方式的威胁，我想到的却是私下的违反行为——在家中偷偷食用猪肉，或者小酌私下里酿制的葡萄酒。有趣的是，我们认为这些行为是恶不过是因为它们违反了宗教教义，而对性行为的禁忌则被视为道德律令，而非宗教制裁。

4. 针对他人（或自己）的堕落行为。使一个人堕落，或者使他的品行产生瑕疵，或者怂恿他的蠢行并玩弄他的弱点当然是一种恶。通常说来，使人堕落会间接损害其利益，很多美德都是有用的财富，可以使人获得美誉和信任，帮助人自立于世。即使堕落并未造成损害，长远看来，坏的品行迟早会造成更大的损害。不过在某些情况下，间接损害被消除，堕落的人反倒发了财，其他人也不会因此而受

到影响（参见第一卷第二章第一部分）。在这种情况下，受到损害的仅仅是他的品行；令他成为一个较之前更坏的人。但除非好的品行中存有利益，否则这个人就不会因“损害行为”而受到损害，而他的品行只是在相对意义上被“损害”，这一点早前我们已讨论完毕（第一卷第一章第一部分）。你“损坏”已经被我丢弃的自行车是不会对我造成损害的，因为当中存有的利益已被一并放弃。如果没有人在这辆自行车中存有利益，那么，就算你把这辆自行车砸成碎片也不会损害任何人的利益。在损害的原初意义上，只有存在利益，才能造成损害，这当中排除了自然物、人造物、低等动物，甚至是一些有价值的财富，如身体、名声和品行。无论如何，坏的品行本身显然还是恶。

5. 邪恶的思想。盎格鲁-美利坚法系的一个令我们自豪的传统就是不愿意以刑罚处罚邪恶的思想。但法律评论家在解释这种传统时，却往往热衷于将这个问题推给对此特别强调的道德主义者，尤其是邪恶的意图，长久以来都被视为归责的基本要素，这个人的意图是邪恶的，所以这个人是邪恶的。即使这种邪恶的意图因为缺少时机或改变主意而未曾付诸行动，或者因为无力控制，使得真正付诸实施的行为较其原本意图实施的行为好些。阿贝拉德即以邪恶的意图定义罪行，并坚称所谓罪行就是抱有邪恶的意图，认同这种意图，并将其付诸实施。²⁷对罪行的这种解释是有说服力的，但并不能解释我所说的“一般意义上的恶”。当然，邪恶的意愿本身就是一种邪恶的事物，邪恶的态度、情感反应亦是如此。意图的存在对于精神状态的邪恶而言并非必要。试想，一个行为无可挑剔的人，正如康德所说的，除了尽义务，无意有任何所为，但她的“自然本性”是如此堕落，总是对他人遭受的损害幸灾乐祸，虽然她自己从不会损害他人——比如，她是一个卧病在床者的妻子，尽心尽力照顾丈夫到最后一刻，丈夫在痛苦

中死去之后，带着一种恶意的快感，她立刻跳起欢快的舞蹈。

6. 不洁的想法。道德主义者在使用这个提法时主要是指淫荡，或者沉浸于性幻想。阿贝拉德认为这类想法并无罪恶可言，它们与邪恶的意图或他所谓的“贪念”无关。²⁸ 不管怎么说，我想，他还是会认为，产生这种念头终归是件坏事，但不至于就此归责。道德主义者总是特别关注性的不洁，但却无法从概念上解释，为何每一种被禁止的行为不该有一个对应的“不洁想法”。以此，新皈依的穆斯林想着吃猪肉或喝酒，年轻些的想着在安息日打板球，这些想法我们都可以称之为“淫秽”。

7. 错误的认识。想想我们对过往的认识：对伯罗奔尼撒战争或对皇帝尼禄的看法。有些看法（当然我也不清楚究竟是哪些看法）可能错得离谱，早前观察和传播方面的错误导致的结果在今天看来都是大错特错。对古代某个人物的认识可能是错误的，也是不公平的。24 作为我们文明的记载，历史教科书中的某些记录被我们奉若神明。要是这些记录能更接近真实些，可靠些，我们的世界恐怕也会更好些（这是直觉主义者的老生常谈）。关乎真实人物及其作品的认识更能使人心生感触，纯粹主义者可能还会坚持，如果没有对大陆板块漂移、星球的起源，或上帝存在的错误认识，“世界也会变得更好些”。

8. 在野外肆意蹂躏小甲虫（青蛙、虫子、蜘蛛、野花）。在城市的居所中发现的小动物往往对人造成损害或冒犯，但在野外，它们却不会骚扰任何人。不过它们也可能间接对其他动物造成损害，包括人。成批杀死虫子，没有人会因为死了一只虫子而受到损害。可能虫子因为失去生命而受到损害。人和其他一些高等动物的夭折会损害其于生存中存有的利益。如果虫子也存有利益，那么与本能和习性相对，毫无疑问，生存肯定是利益之一，但我想，对一个认识能力如此低下的生物

谈及意愿、目标、计划或理想简直毫无道理。因此，我怀疑毫无理由地杀死它是否损害了它的利益，这是否算作某种令人遗憾的恶。²⁹

9. 一个物种的灭绝。数年以前，鸣鹤还剩下四十只，政府在民众的支持下，投入大量资金试图增加鸣鹤的数量，减缓灭绝的压力。这种努力可能也是为了防止对人类的间接损害，因为任何物种的消失都会对我们所依存的整个生态系统造成巨大影响。但某个物种的消失不是恶的全部，一个物种的消失也并不必定带来环境破坏。科罗拉多穴鱼已经在幽暗深穴的池水中生存了几百万年。它们所依存的那个小环境对整个大自然应该不会产生任何影响，但法院仍裁决禁止可能影响其生存环境的工程计划。回到鸣鹤的话题，鸣鹤数量的减少是由环境的被破坏造成的。在最近几十年里，鸣鹤的数量由四十万只减少到四十只。与此相比，从四十只降到零只似乎微不足道。对失去最后四十只鸣鹤，一些人会深感失望，而之所以产生这种感觉，可能是因为我们相信，鸣鹤的消失会造成我们所坚持的某些价值消失，让这些生存了百万年的鸣鹤在我们的眼皮底下消失，和碾死野外的甲虫一样可鄙或更甚，因为“眼睁睁地”看着一个物种消失是比弄死一只虫子更大的恶，是放大了无数倍的恶。³⁰

如果上述各种情形或其他情形（第二十九章继续）可以被视为与人无涉的恶，那么法律道德主义可以建立起一个基本框架，恶是我们反对的，如果刑事制裁有必要且能够有效地消除这些恶，就能够为相关的刑事立法提供依据，或者至少提出某种解释。若这种恶既非损害，亦非冒犯（准确地说，不属于“有人怨愤”一类），那么，法律道德主义最低限度可以有一席之地了。问题不复杂，但也不能简单化处理；不存在概念的纠缠，也非不能自圆其说。法律道德主义不必借用其他限制自由原则。这一点还是能够认可的。现在的问题是，法律道德主义获得的这一席之地是否足以令其成为犯罪化的

依据。无人怨愤的恶能在多大程度上抗衡个人自由？为了解决这个问题，我们必须进一步审视法律道德主义者提出的无人怨愤的恶的典型示例。

八、关乎福利的无人怨愤的恶

在回到无人怨愤的恶之前，我们先来看看这类恶的一个更重要的子类，即关乎福利的恶。这类恶也是一个大杂烩。首先，它们包括我们在第三卷讨论家长主义时提到的自愿承受的利益阻退。被害人未被不法侵害，因而不存在我们所说的损害原则中的损害。因此，持严格自由主义立场的人不会允许以刑法来阻止这类恶。但自愿承受的利益阻退（若非如此即为损害）多少有些令人遗憾；尽管 26 属于无人怨愤的类别，但还是恶。正因如此，有人认为自由主义亦应承认，防止这种恶应该算作刑事立法的依据，即使意义不大，也可以支持家长主义式立法。如我们之前展开的自由主义对家长主义的反驳（参见第三卷第一章第六部分），个人自治原则的王牌作用具有绝对意义，在立法者看来，经同意的利益阻退所包含的恶在个人自治面前不值一提。

另一类关乎福利的无人怨愤的恶则不同，即使是最固执的自由主义者也会有所留意。这类恶是受到负面影响的利益状态（损害性状态），它并非损害行为的结果，因为造成它的行为并不符合所谓“损害的反向事实测试”。我们所说的损害性情况是指人的伤残，这种情况显然会对个人的全部利益造成负面影响。另一方面，损害性情况亦可指损害行为造成的后果。³¹“反向事实测试”是指行为之成为针对利益的损害行为所必须满足的条件之一。³²在这个意义上，当且仅当以下情况，A才损害了B：

1. A 实施了行为（包括不作为及行为的衍生后果）
2. A 的行为对 B 造成不当风险，A 或者故意对 B 造成该等后果，或者因为疏忽或轻率而造成该等后果；且
3. A 的行为无辩护事由，即无免责事由或正当化事由；且
4. A 的行为是使 B 的自我利益受到负面影响（某种“损害性状况”）的原因，同时
5. 侵犯了 B 的权利，且
6. B 的个人利益状态较 A 实施行为前变差。

第六个条件就是“反向事实测试”。由于在某些边缘案例中很难符合这个条件，我们只能说在那些情形中，不法者（A）并未损害另一方（B）而令其陷入损害性状况。的确，在某些情形中，A 的不法行为并未造成 B 的损害性状况，即使 A 不实施该等行为，B 的状态仍会变差。例如因果关系的超定状态，出租车司机避免乘客遭遇坠机。³³ 不过我在此处援引的示例则是存在不合理风险时的不当怀

27 孕，这会给婴儿带来严重的损害性状态。为此，我们必须再次回到德里克·帕菲特（Derek Parfit）所说的假想示例³⁴（参见第一卷第 103 页）。

重述一遍帕菲特的故事。女人受到警告，患病期间怀孕的话，她的婴儿将有残疾。不管是出于故意还是不小心，她置警告于不顾，患病期间怀孕了。如果孩子的残疾程度严重到生不如死，那么他可以就其一生所受到的损害控告他的母亲。他对她当然存有道德上的怨愤。“要不是你行为不当”，他会说（或者由其律师代言），“我就不会这样降生，与其如此悲惨，我还不如不来人世。”根据反向事实测试，这个残疾的孩子的确受到损害：他的情况如此糟糕，以至于不来人世是更

好的选择。他的出生权在他降生的一刻被侵犯，他获得体面人生的最低条件也被毁掉。他的利益受到反向作用，他的权利受到不法侵害，他完完全全地受到损害，他的残疾状态就是一种被损害的状态，即作为损害行为后果的那种状态。

不过，在帕菲特的例子中，孩子的残疾程度并未严重到生不如死的境地。孩子不会后悔自己来到人世，他不过是少了一只胳膊（比如）——的确是严重的残疾，但不至于好过不来人世。因此，我们同样可以对这样的人生适用反向事实测试，结论将是，母亲并未损害孩子。对于孩子的降生，她有两个选择。一个选择如她所选，孩子带着残疾的胳膊降生。另一个选择则是，听从医嘱，孩子就根本不会降生。这个选择即使是在孩子看来也是更糟糕的情况。因此，母亲选择了在孩子看来更好的结果。因此，她并未损害孩子（至少根据反向事实测试是这样的结论）。所以，孩子的残疾状态并非被损害的状态，这种状态并非先前行为造成的损害后果。这种状态并非对孩子利益的反向影响，以后续结果看，这种状态亦显然并非被损害的状态。对此，我认为称之为损害性状态较被损害状态更加确切。

母亲是否因为使孩子以损害性状态（残疾）降生于世而不法侵害了孩子的权利呢？我认为只要孩子的残疾程度没有严重到令他生不如死，孩子对母亲就不应抱有怨愤。因为如果他主张母亲侵犯了他的权利，就意味着他希望法院判决母亲不要把他生下来；但如果她真那么做了，他也就不会来到人世，对他来说，这是更糟糕的结果。毫无疑问，母亲行为不当，但她的不当行为并未不法侵害任何人，或存在任何特定的被害人。她必须为她任性带来的恶负责，但不是因为损害了某人，或是侵犯了某人的权利负责。

如果我的观点是正确的，损害原则及其包含的“损害”概念不会支持刑法处罚帕菲特故事中的这位母亲。若不当行为造成的损害性状

态符合反向事实测试，即宁可不来人世，³⁵ 则损害原则即可支持有关刑法的正当性。试想一个邪恶的科学家试图通过对胚胎和婴儿的基因研究制造出一个超级物种或一个奴隶人种。他以添加化学试剂的精子和卵子培育试管婴儿，然后将其植入某个自愿受孕者。这个婴儿毫无获得正常人生的可能，但科学家却说要尊重它们的“生命权”，一直观察它们直到它们出世。或许已知罪名已经包含了类似的行为，否则，某个谨慎定义“不法生育罪”的提案可能已经在等待通过。还好，目前似乎尚无此需要。

如果婴儿的残疾状态并未糟糕到生不如死，则损害原则就不会支持“禁止不法生育”的刑事法律。在这种情况下，法律所要防止的恶是无人怨愤的恶，这就超出了自由主义支持的范围。这样的法律设置的是某种无被害人的罪行，其合法性根据就变成即使没有损害任何人、没有侵犯任何人的权利也要受到刑罚惩罚。（这其实正是非自由主义的“严格的法律道德主义”立场。）

严重的出生残疾包含的恶与人的福祉、幸福紧密相连，自由主义者对自由的尊重会受到人道主义的牵制，这种牵制是一种约束而非辅助。如果“疏忽怀孕”普遍出现，残疾婴儿大量增加，自由主义者的良心上也会觉得设置“无被害人罪名”并无不公。在杰拉尔德·德沃金的一个例子中，假定当气压降到 X 值以下，生出的婴儿就会带有严重残疾，这种残疾比兔唇、畸形足或上肢萎缩严重得多，但也不至于生不如死。假设每一间卧室都装有气压计，一旦气压达到危险点，所有的电台电视台都会反复广播。法律若禁止此时进行无安全措施性交，似乎就正是无被害人的罪名，因为在这种条件下降生的孩子并不能对他们粗心放纵的父母抱有怨愤。但如果没有这样的法律，一些令世界变差的恶就难以避免。当然，有人会说（类似自由主义者的口吻），防止不必要的痛苦亦可作为刑事立法正当化的一个理由。不过，

我们可以想象，一个孩子很庆幸父母冒着巨大的风险孕育了他。他不会为自己的残疾感到欣喜，但也绝不后悔降生，他不觉得自己是一个“受害者”，他会觉得父母被看成罪犯是不公平的。

为了进一步加强刑事立法的合法性原则，我们将“不当怀孕”的例子设定为出于故意、恶意或变态心理的情形，而非疏忽大意的情形。在进行这一假设之前，我们必须注意到两种不同情形在道德意义上的不同，以及或许不是那么明显的概念意义上的不同，一种情形是女人在怀孕后服用药物，导致婴儿处于被损害状态，另一种情形是女人先服用药物，然后在怀孕的危险期间，与人性交并怀孕。如果女人在明知其副作用的情况下，在怀孕期间服用镇静剂，几个月后出生的婴儿就是她的被害人。在这个案件中，反向事实测试并不能得出明确的结论。他的母亲如果没有服用药物，他的情况可能会更糟。我们来对比粗心的司机撞倒孕妇，使得几个月后出生的婴儿带有残疾的情况。因为讨论的是刑事责任，我们假设母亲的错误远非粗心。她故意伤害胎儿是为了以后孩子完全依赖她的时间比正常孩子更久，或者，更坏的情形是，她希望在孩子的绝望和痛苦中寻找变态的快感。此时，这位母亲和犯罪分子毫无二致。以她和她的被害人的情况看，责令她承担刑事责任毫无不当。 30

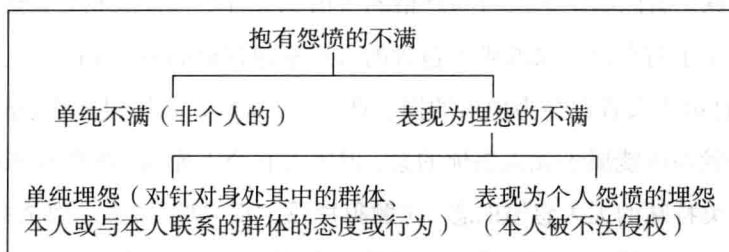
但现在我们把这个示例稍作改动。假定母亲在决定怀孕时已长期服用某种危险药物，再假定服药的结果是孕育的孩子都会残疾。明知这些情况，母亲还是决定怀孕，因为她希望有一个身处痛苦而不得不完全依赖她的孩子让自己开心。她和另外那个版本中的女人一样，都负有道德责任，但她并未损害她的孩子，因为如果她相反行事，孩子根本不能降生，这不符合对损害的反向事实测试，因而不存在适格的被害人。支持将其犯罪化的人可能会辩说，两种情形仅仅存在服用药物及怀孕的先后次序的不同，这种不同不足以在道德层面上造成如

此重大的差别，即有无刑事责任的差别。如果刑事禁止在一种情形中是正当的，那么在另一种情形中也具有同等的正当性，无论其有无适格被害人存在。

当然，反对将本节模拟示例中的行为犯罪化的理由也很充分。在气压计的示例中，犯罪化并非必要，因为即使国家不以刑法进行威慑，人们也会非常注意避免生育出残疾婴儿。为了一己私欲或变态心理孕育残疾婴儿的情形少之又少，有更经济的方法可以阻止而不必动用刑法。但这种观点忽略了一点。示例并未显示，在某些可以想象的情形中，刑罚处罚是合理的公共对策。而这些例子，或许不够真实，但也可以说明在某些情形中，针对无被害人行为的犯罪化原则上也可能是正当的，哪怕整体权衡下来仍不具正当性。

31 在假定的家长示例中，严格自由主义因为拒绝对无被害人行为的犯罪化而略显尴尬，有人可能会为此辩说，帕菲特所讨论的这类极端的恶其实属于有人怨愤的恶。自由主义者可能会坚称，在这些情形中，存在被害人，他的权利被侵犯，他对行为人有权抱有怨愤。我认为可以接受这种说法中的自由主义部分，而非这种说法的全部。实际上，正因为残疾的孩子和不法者之间存在特殊的道德关系，所以他对她抱有负面的感受是适当的，也是可以理解的。我认为形容这种态度最恰当的词是“埋怨”。因为认识到某人被他人不法侵犯而产生的那种道德义愤和一般的埋怨并不相同，前者觉察到权利被侵犯，而埋怨则不必如此。埋怨并不导致罪责、指控或其他法律程序。“抱有怨愤”是一个模糊的表达，可能会混淆埋怨与另一种受到不法侵犯后的感受。当然，在我们所称的“埋怨”中存在某种主观上不满的意味，但我们并不会对所有令我们不满的事物都感到怨恨。不过，当为我们所不满的某种态度或行为的对象包括我们自己、指向我们自己或可能和我们发生联系时，就足以产生埋怨了（见表 28-2）。

表 28-2 不满的类型



前文故事中的残疾孩子迟早会埋怨生父生母，这并非因为母亲的行为不法侵犯了他的权利，令他不如不来人世，而是因为自己的父母简直就是恶棍，对人可能遭受的痛苦漠然视之，使身有残疾的人降生于世并非出于任何人道的原因。孩子认识到自己是遭受痛苦的人当中的一员，这些人因为父母的错误而以残疾之身降生，他们埋怨的正是父母令人生恶的冷漠态度。正是从这个角度看来，这种埋怨是主观的、“个人的”。这种感受正如一个黑人看到一个偏执者，这个人从未侵犯过任何一个黑人的权利，但他的行为表明，他总是愿意看到白人比黑人生活得更好。观看白人拳击手对黑人拳击手比赛的电视转播时，他总是为白人呐喊助威；对白人慈善机构他总是慷慨解囊，但对黑人慈善机构却从来不一文。因为并未侵权，这个白人对黑人的态度本身不会使这个黑人对他抱有个人怨愤，但这个黑人，作为被轻视价值群体中的一员，对这个白人心生埋怨是有理由的，也是可以理解的。

32

简言之，不当孕育残疾儿的行为中毫无疑问包含了巨大的恶（即使不当怀孕发生在造成怀孕危险的事实之后而非之前）。我已经论证了，这种恶，除非因被广为实施而形成公共损害，就应被归入“无人怨愤的恶”，因为其中并无特定被害人有权主张自己被不法侵权。尽管属于无人怨愤的恶，但这种恶仍具有重大的道德意义，值得自由主

义者关注。这种恶并不能构成个人怨愤，却并非与人的利益及福祉毫无关联。就此制定刑法将与严格的自由主义合法性标准相去甚远，但也不至于与自由主义原则中包含的人道精神背道而驰。在刑事立法之外，自由主义者也会为他人的损害性状态，哪怕并非被损害状态战斗。这种状态可能属于无人怨愤的恶，但因为它令人痛苦，所以应当被视为一类特殊的无人怨愤的恶，比触犯禁忌、“反自然”交配、虐杀虫子、亵渎古人、思想邪恶，甚至无后果的物种灭绝具有更强烈的道德意义。在立法范围内，它们具有无人怨愤的恶所能够具有的最大道德意义，甚至对于某些自由主义者来说，当其他条件等同时，足以令相关刑事立法具有正当性。我认为不应指责这种主张是自由主义的临时破例（不当意义上的）。这种情况确属例外，但另一方面说来，情况的确很特殊，且不太可能重复发生。对那些承受残疾痛苦的人来说，他们的状态并非与利益“无涉”，尽管看似既未发生利益阻退，亦未构成侵权。我认为，单纯作为恶，因为造成了本可避免的未经同意的痛苦，

33 无人怨愤的恶确有其道德意义，这是其他无人怨愤的恶所不具备的。自由主义应当对这个特例让步。这只是一种让步，而非对基本立场的违背。

九、对公共损害与集体损害的一个注解

我们必须将有人怨愤的恶与无人怨愤的恶区分得更加明确，方可令人信服地区分各类不同的“公共损害”（参见第一卷第 63—64 页以及第 221—225 页），如逃税、作伪证或藐视法庭。否认禁止这类行为的刑事立法的正当性是荒谬的。但将正当的犯罪化局限于防止有人怨愤的恶的自由主义者需要有所调整，在这些公共损害中可能看不到个人怨愤。其次，并非每每有人造成公共损害时，我们每个人都

有权主张受到不法侵犯。某个我不认识的人在法庭上作伪证，或者逃税，或者在我看不到的地方乱丢垃圾，我若要对这些行为主张自己的权利受到不法侵犯，表面上看，似乎没什么道理。他的行为看来并未对我的个人利益，或者其他任何个人的利益造成直接损害。我们说起“公众”被损害，似乎这个“公众”是某个拥有超级利益的超人。当然不存在什么超人，公众利益是众多个体相互独立又相互聚集的利益，通过社会结构的有效运转组成的，公共损害行为会对这种相互聚集的利益造成阻退或威胁。肯定存在一些个人怨愤可以第一人称复数提出主张。一旦发生公共损害，被不法侵犯的是我们，公共怨愤就是我们的怨愤。因为我们作为一个群体抱有怨愤，因此我作为个人也抱有个人怨愤，我的怨愤是集体主张的一部分。不过，这种损害可以是一种包含怨愤的严重的恶，因为对公众集体的不法侵害比当中每个个体承受的那部分侵害要严重得多。

在此极易陷入误区。若某个公众机构在运行中因某个不法行为而受到微小的损害或损害威胁，我们不能因此认为，这个公民被损害了一点，那个公民也被损害了一点，然后所有这些微小的损害加起来就是对我们的巨大损害。公共损害不是如此累加的结果，同样也不会因为被个体分担而冲淡。如果实际损害或损害威胁是微小的，则公共损害就是微小的，如果是巨大的，则无论由多少人分担，公共损害也是巨大的。以下两个要素是相互独立变化的：（1）对机构功能的实际损害程度或损害威胁程度的大小，及（2）每个个体于该机构正常运转中所包含的利益大小以及损害造成的利益阻退的严重性。若被广泛共有的利益很重要，但损害微乎其微，则被分担的损害也微乎其微。若损坏严重，且利益重大，则造成的社会损害也就很严重，在极端情形中，损害可能严重到我们社会的所有成员都能以第一人称主张个人怨愤。如果共有的利益在绝大多数人看来都很微小（如馆藏丰富的图

书馆)，而不法行为造成的损坏或威胁非常轻微，则公共损害也相对轻微。最后，若共有利益较小，但损害很严重（到处纵火焚烧公共图书馆），那么，公共损害也是严重的，绝大多数人都会很自然地以第一人称提出个人怨愤。不管是哪种情形，单单因为被分担或共享并不能使公共损害倍增或倍增。必须强调的是，如果针对承载共有利益的事物的损害或损害威胁不大，则对利益所有者的损害亦不大，不论这利益的共有的人数有多少。

当然，在某些公共损害的情形中，个人受到的影响可能更直接。你乱丢垃圾的地方可能会减少让我计划去那里野营的吸引力；你作伪证可能对我不公；你逃税可能导致某些直接惠及于我的公共服务被取消。在另一些情形中，为刑法所禁止的不当滥用公共信用或他人自律的行为即使并未对个人造成直接损害，却仍可令人抱有怨愤。你因为作假逃税而发财，其他人明明同样有作假的机会和能力，却没有这么做。虽然没有直接对个人侵权，公共损害却依然存在。损害是针对我们的，我们（集体地）有权提出控诉，尽管按照损害程度和利益的重要性看来，每个人受到的不法侵害甚微。或许仅当我们集体寻求某个代言人提出控诉，我们的怨愤方得为人所知，但即使没有任何人能够适当地以个人名义表达，怨愤仍是真实存在的。

在上述示例当中，公共利益在某种程度上是由个人利益构成的，即使个人无法针对公共损害就自己在公共利益中的份额提出控诉。在
35 很多情况下，个人怨愤都无法适当表达，例如，因疏忽而造成十亿美元的经济损失及十人死亡，此时，有人作为直接的受害者。作为纳税人，我不敢说我就是那个被侵权方，但作为成百上千万的被浪费了税款的纳税人之一，我是有权抱有怨愤的。另一个例子是，每当有女性遭受强奸，其他女性也同样受到不法侵犯，她们的行动受到安全上的限制，这就是对她们权利的侵犯。但伤害发生以后，被害人以外的其

他女性提出怨愤似乎并不妥当。在这种情形下，共有的利益被阻退，的确形成共有的怨愤，但同感怨愤的其他人若提出控诉，只会令人误会她就是那个受到直接伤害的被害人。

如杰拉德·波斯特玛（Gerald Postema）的有力论述³⁶：有些“集体恶”和上文讨论的“公共损害”不同，区别在于它们并非源于相互独立的个人利益，而是有着某种逻辑上的优先性。与这种恶相对的是“集体善”，波斯特玛将其主要特点分列如下：

1. 集体善基于共同的定义、理解和评价，不在于其聚合性，而在于共识性和相互依赖性。
2. 集体善关乎价值观和生活方式，不是你的，也不是我的，而是我们的价值观和生活方式。
3. 集体善不包含（或不产生）个人好处或利益，个人好处或利益却是达致集体善的必要条件。
4. 集体善关乎我们的生活方式，我作为集体的一员，作为我们之一，也把它作为我自己的价值。³⁷

在一个完美的社区中，任何个人的好处都不能完全脱离共同的好处，反之，个人的好处很大程度上源于共同的好处，任何对集体善的阻退，都会对每个人分享的利益造成损害。每个人都有自己特定的利益，每个人也都是他人的利益所在。每个社区的成员都如此定义集体利益，人人之间都相互依赖。波斯特玛的例子中提到保留自然保护区、我们的全部文化遗产以及在城市建设公园和纪念馆所包含的集体善。在这类善当中所包含的利益为很多人共有，它和我们前文提到的由绝大多数人共有的“公共善”相对，后者是指我们在一些公共机构，如法院 36 和政府机构中存有的利益。这些机构“用来满足[社会]成员[相互

独立]的各种不同利益”。³⁸ 另一方面,“集体善”(按波斯特玛的解释)可以优先于个人利益,而在典型情形中,每个人都因对其他人同等利益的认知而产生某个利益。

公众(及“公共善”)与社区(及“集体善”)的区分可以小结如下。公众是一种事实上的人的集合,其成员的利益刚好聚合在同一客体或对象上。这些公共利益的客体被评价为保护或提升每个个人利益的途径,但后者是独立于、服务于这些公共机构之外的。而社区(参见下文第二十九A章)则是存有相互依赖的利益的人的集合,保留或扩展共有“财产”本身就是这个集合的目的。个人的善无法优先或独立于这个集合之外。集体利益包含着社区价值体系中个人同等的善(参见第一卷第二章第二部分),每个人都在其中投入了自己的好处,只有获得集体善,才会有个人的好处。正是这种集体善使得社区成为社区,同时,也是社区成员之间的联系成就了集体善。正因如此,为集体善而奋斗并非单纯的付出,它本身就是集体合作的形式,“是对善的追求,也是善的组成要素。因为协作本身就是一个稳定的集体对共同目标的表达。”³⁹ 就某些利益而言,一个群体不可能同时既是公众又是社区的说法是毫无道理的,同样,一些重要的机构可以是同一群人的公共利益和集体利益的共同客体。但按照这样的理解,有些机构(如邮局)只属于公共善,却并非集体善。作为公众和社群的同一批人,在某种程度上对共有物的评价可能并不相同。

那么,“集体损害”究竟损害了谁?被害人绝非有血有肉的人以外的物体。波斯特玛暗示,承受损害的是“作为社区成员,有着共同希望的生活方式、生活目标的全部个体”。他还说道,“这样,我们就可以说,个人在避免产生集体恶当中存有直接的个人利益,他们作为

37 积极的参与者,遵守传统,参与活动,认定自己是社区的一员。”⁴⁰ 一旦有人违背了社区传统、玷污了社区的象征性纪念物,或者破坏了城

市（我们的城市）的传统建筑格式，符合波斯特玛描述的社区成员就会主张，他被不法侵犯 / 损害了。如果不法者反问他，“关你何事？我并未直接损害你。”他就可以回答，他在保护他的（我们的）社区传统中存有利益，等同于⁴¹一个人，如母亲，在另一个人，如成年的孩子身上存有的福祉，如果孩子被损害了，母亲当然也会受到损害。

当然，波斯特玛必须承认的是，一个人就某个“集体损害”提出控诉有点奇怪（有点不合适或不好说），但他坚持，这种控诉是适当的，只要这个人的主张是为着整个社区提出（以第一人称复数）。这并不意味着“这个人在某种意义上被赋予特别的权利，可以求得特别的救济。”⁴² 不管二者有多大差别，公共损害（如对政府机构）和集体损害在这一点上是相同的。不论针对哪种损害，绝大多数人在提出控诉时只能代表更广大集体的利益。二者的区别在于，就集体损害提出控诉的人的怨愤更明确，因为他可以主张在集体善中存有等同的个人利益，集体善作为相互依赖的个人的善的集合，个人利益是其组成部分，而非仅仅作为达致集体善的路径。

波斯特玛对集体损害的分析不会迫使自由主义者抛弃损害原则和冒犯原则的排他性地位。当然，也不会令自由主义者对广义或狭义的法律道德主义的态度变得友善些。但这种分析的确会引发法律道德主义者乐于见到的“颜色不纯的损害原则外衣”。⁴³ 易言之，扩充我们所理解的“损害”和我们所理解的“不法侵害”，进而认可集体损害，可能会导致“广义的不纯正法律道德主义”的某些版本，而这却是坚守个人自治的自由主义者坚决反对的。

十、小结与转折

法律道德主义的一个极端示例能够证明我们所定义的这个限制

38 自由原则是正确的。既然恶的内涵是令人遗憾的、并应尽量防止其发生的事物，那似乎就意味着防止恶，任何恶，都是设置刑事禁止的某种理由，哪怕只是很薄弱的理由。如果存在某些真正的恶，似乎也的确存在这样的恶，它们既非损害亦非冒犯，那么阻止这些恶就是进行刑事制裁的一个尽管薄弱但的确相关的理由。然而，自由主义者并未败北，他可以辩说，这只能证明法律道德主义在技术上的正确性，或者在抽象意义上的正确性，而事实上，无人怨愤的恶决不能（或几乎不可能）成为取代个人自治的充分理由。这种应变姿态从字面上看似有所背离，实际并未破坏自由主义的初衷和精神。

本章有关恶的分类在不同角度给自由主义带来压力。首先，自由主义者在某些边缘案例中（可能生育残疾婴儿的不当怀孕）可能会被迫承认防止关乎福祉的无人怨愤的恶，刑事立法是正当的，但对于单纯无人怨愤的恶，他仍会坚定地反对刑事立法。其次，自由主义者将不得不承认，在某些情形中（如集体损害），看似无人怨愤的恶，甚至与人无涉的恶当中可能存有真正的个人利益需要刑法的保护。因此，他必定严正强调其自由主义立场，因为“广义的不纯正法律道德主义”对他而言同样面目可憎。第三，我们要承认某种可能，即使是与他人无涉的，在某些情况下也会为犯罪化提供不算特别薄弱的依据。至于这依据有多大作用，是否足以决定性地支持犯罪化，还有待我们对法律道德主义者最常援引的无人怨愤的恶的进一步分析。

下一章，我将把与他人无涉的恶延展到某一类恶，这类恶被我所称之为“道德保守主义”的立场认为足以施加刑事制裁，亦即社会变迁中包含的固有的恶。后面的章节，我们的注意力会转到“无害的不道德行为”的恶，即在未不当损害他人的前提下不当牟利，亦即人格堕落。

第二十九章

道德保守主义：保留某种生活方式

39

一、关于与人无涉的社会变迁的恶

很多“保守”者愿意以刑法阻止越轨行为或异常行为，无论其是否具有损害性或冒犯性，他们的论调其实也是纯正法律道德主义的一种形式，可称之为“道德保守主义”。¹若某个限制自由原则认为，为防止群体生活方式发生巨变，应当施以法律强制的话，我就会给这个原则贴上道德保守主义的标签。巨大的或“本质上的”社会变迁对于纯正道德保守主义者而言本身就是一种恶，无论其对个人利益或情感有何影响，这种恶非常严重，足以正当地以刑法加以预防。

令人奇怪的是，对“道德冒犯”、审查的争论倾向采取法律强制的动机与其说是为了恪守道德真理，不如说是因为害怕改变。道德保守主义往往由此类争论引发。甚至阿亚拉图·霍梅尼（他可能愿意找到更多的绝对理由）也反复以保留伊斯兰文化传统的需要推行严厉的刑罚。他的目的在于防止传统生活方式受到西方生活方式的“腐朽影响”。²但霍梅尼并不鼓吹西方国家也应严厉制裁酗酒、跳舞或女性

在公共场合暴露脖子。“我们有权保护我们的习惯 [他会说], 你们也有权保护你们的习惯。”道德保守主义可能还会说, 无论何种情况, 无论何为真正的道德, 甚或无论何为最自然理性的生活方式, 唯一的目的是保护现有的生活方式。之所以要保护群体道德是因为这道德正是这个群体的道德, 而不是因为这道德 (必定) 是所有人眼中最正确的道德。

最困扰保守主义者的社会变迁的恶似乎是物种灭绝 (参见第二十八章第七部分 “与人无涉的恶” 中的第九项)。文化变迁在保守主义者看来同样是一种令人遗憾的 “灭绝”。下面我们继续列出与人无涉的恶, 但会专注于有关社会巨变的恶。

10. 民族或文化种群的消失。消灭族群的一个方法就是种族屠杀, 杀死某个族群的全体成员, 事实上, 人类可以用这种方法消灭整个生物种群。这将造成极大损害, 无论是对被害人的直接损害, 还是对其他人的间接损害, 所以它当然不是 “无害的恶”。另一种更人道些的方法则是文化同化。在纪元的第一个千年, 中国的犹太族群被 “温柔地杀死”。中国人热情友好地欢迎犹太人, 无差别地对待他们, 中国的犹太人在和中国人的通婚过程中, 消失得无影无踪。同化的过程有时是自发甚至自愿进行的, 一个族群若是忽视自己的语言和习俗, 采用邻居的语言和习俗, 将逐步丧失本族群原本的属性, 而在这个过程中甚至没人受到直接损害。苏美尔人、迦太基人和印加人被武力征服, 然后痛苦地被强加以异族的语言、宗教和文化, 而威尔士人、布列塔尼人和路易斯安那州的阿卡迪亚人则以更安静且不那么具有 “损害性” 的方式退出了人类历史舞台。并非只有这些族群的现代成员认为这种恶原本是可以避免的。

帕特里克·德夫林爵士提醒我们, 区分文化同化的 “恶” (如果这就是某种恶) 与文化瓦解的恶很重要 (参见下文第三十章第三、四

部分)。德夫林显然认为,当成员之间的联系纽带断裂,当被外部力量武装政府,族群的道德网络与集体忠诚度会被削弱,“法律和秩序瘫痪而逐步走向无政府主义”,³个人从质疑部分道德开始,直至质疑道德的全部,于是,族群分崩。这种瓦解对个人当然极其有害,他们与其他成员之间的联系被撕裂,但在某种进化过程中出现的文化身份认同的消失则可能毫无损害。

41

11. 道德和美学氛围,或主流“生活方式”的巨变。习惯、风俗和行为的变换有很多形式,商业活动集中或分散于邻里,建筑物的装饰或保留,人们的服饰、言谈、玩笑、娱乐、对情感的表达、保留或忽视宗教、求爱方式以及对子女的教育——这样或那样的文化变化在 20 世纪的社会里持续且快速地发生着,除非有道德或法律的约束力加以阻止。如果变化得太快,年纪较大的社会成员会感到虽身处自己的社区,却像是个陌生人,虽身在自己的国家,却像是个外国人,寂寞、孤独、远离主流。基本生活环境、日常生活氛围、社会生活的“调调”在一代人中间可能发生巨大变化,以至于个人深感社区已经完全不同,一双缀有红色羊毛补丁的蓝色棉袜最终可能变成完全不同的一双袜子,材质不同,颜色不同。这也是一种文化消失。

人们往往更倾向于认为自己的族群没有发生改变,尽管他们所谓的“生活方式”其实已经彻底改变。新英格兰新教徒族群仍然存在,但处罚渎神行为的法律已不复存在。人人都和渎神者呼吸着同样的空气,以前虔诚的鼻孔闻得到渎神者发出的臭气,现在简直毫无察觉。在南方,异族通婚不再是犯罪,异族夫妇可以在公开场合现身。多处出现推行“保护传统威尔士礼拜日”的强制性法律,⁴禁止养猪或食用不洁食物,延缓 60 年代开始的由短裤、比基尼至透视装代表的裸露风潮,甚至禁止现代舞、现代艺术和爵士乐。⁵《公平权利修正案》遭到强力抵制,特别是在正统教派较多的那几个州中更是如此,他们

认为性别地位的调整会对其主流生活方式带来巨大冲击。所谓“道德法典”只涉及生活方式的一小部分，但同样会对文化变化产生作用，比如，异族通婚越来越普遍，甚至被主流标准接受。并非所有生活方式的改变都是负面的，很多改变都是为了呼应个人或人与人之间的需要。但也不应由此推论，所有的变化都必须是好的，如果是坏的，无论其造成损害与否，都应视其为恶。

42 12. 较低的礼仪标准，不体面行为的散播。去过世界各地旅行的人都知道，各国的公共礼仪标准往往各不相同。纽约、伦敦和东京是规模相当的现代动感都市，但伦敦和东京的市民在公共场合表达礼貌和歉意的方式却大相径庭，同样友好的纽约人显得更咄咄逼人、心直口快。对不同国家的人的习俗反应的相对评价仍有很大的空间。礼仪规范很像交通规则。重要的是，要设定这样的规则，且人人都以相似的方式理解并遵守这些规则。不同地方的不同规则的运行效果可能不同，这没法说明理由。伦敦人可能会觉得纽约简直乱得一团糟，但纽约人因为知道其他人会同样行事，所以不觉得有什么问题。而有些社会可能过于谨慎守礼，一句直白的话也会表达得非常委婉。这很大程度上是习惯的问题。但相对性是有限度的，必须承认，某些最重要的礼仪标准是绝对真理。一个尊老的社会肯定比一个轻慢老人的社会（或许老人们并不感到痛苦，因为这种态度在他们所处的社会是传统的、预料中的）更值得称道。在过于守礼和过于随便之间必定可以找到最佳状态——至少有一个相对适中的范围。我们的礼仪标准可能会朝着某个较差的方向渐变——这种变化将有损我们面对陌生人时的礼节。如果这种变化既未被觉察，亦不令人懊恼，那人们很快就会接受它，并认为没有损害发生。无论如何，这种变化都是不好的。

13. 一般意义上的丑陋、令人沮丧的乏味等。何者令人愉悦关乎

个人口味，但个人口味有时依赖于客观评价标准。对纽约布鲁克斯区的负面评价不同于不喜欢吃布鲁塞尔芽甘蓝。某个地区的“调调”或“氛围”不仅来自于该地区的设计、装饰和建筑，还源于街道的清洁度、空气的清新度、空间感或拥挤程度、和谐或杂乱、气味和噪声、路人的外在气质和精神状态、地区的标志和符号、地区的色彩、活力和情调。有些社区外观和气质兼优，会设置地区规章以保护该地区的吸引力：南塔基特岛上只允许建造传统式样的建筑。如果这座可爱的小岛上充斥着艳俗的现代摩天楼，虽然不是某个个人的损失，但的确是某种“损失”。

43

二、保守主义的主题

我们要更加仔细地讨论作为与人无涉的恶的社会变迁，因为法律道德主义者往往（令人惊讶的是他们的确如此）以此证明防止这些恶的必要，他们要捍卫哈特所称之“保守主义主题”，⁶这是一般道德保守主义立场的一个变种，但也可能是这个立场最有说服力的形式。我们在此将其定义为之前提及的“道德保守主义”。这个理论认为，为了防止社会传统生活方式发生巨变而制定的强制性法律是正当的。它引发的问题是，刑法正当的根据是否指该等变化本身即为恶，抑或是该等变化导致的恶果。保守主义立场往往要借助其他限制自由原则，在某种程度上说，它是“不纯正”的。

保守主义理论往往易与其他除了“推进道德”之外别无目的的立场混淆，甚至持此理论的人也会发生这种混淆。推行道德法典（而非整个生活方式）的精神压力理论和社会解体理论就是其中的例子，这两个理论认为容忍无害的不道德行为会造成间接损害后果。前者的前提是，即使是私下实施的反传统道德行为也是对他人的精神健康的威

胁；后者的前提更令人生疑，即违反传统道德将威胁到每一个人，使社会瓦解，并最终走向无政府主义。心灵创伤达到一定严重程度也是个人损害，无政府主义状态亦是损害，任何接受实证主义前提的自由主义者亦应认为私下实施的不道德行为造成的间接损害可作为以刑法禁止不道德行为的依据。

第三种观点认为，以法律推行道德习俗的立场直接或间接源于冒犯原则，而对于私下实施的不道德行为，这种观点认为它迟早会造成直接冒犯，因而反对对其免责（以此得出的结论当然和借助损害原则的观点一样，是不纯正的）。若此种“不道德行为”广为发生，
44 迟早会被他人察觉而令一般人震惊或恶心。如果同性性行为达到10%，允许同性性行为（仅为私下实施的）的结果正如将灰尘藏在地毯下，地毯看上去会凸凹不平，这种情况如同灰尘本身，会对观者造成冒犯（或差不多程度）。这种观点背后还隐藏着一个实证主义的假定前提，若此前提为真，则自由主义者至少要承认刑事立法具有相关性理由。

第四种推行道德的观点更易与纯正的道德保守主义混淆，因为纯正保守主义并不借助损害原则或冒犯原则，即我所说的“严格意义上的纯正法律道德主义”，详见第三十章。按照这种理论，某些行为，即使是私下实施的或是无害的，单凭其固有的不道德性，亦属应为刑法禁止的恶。这种观点倒也简明扼要：一个前提，一个结论。詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬对这种纯正道德主义立场作出的最为雄辩的表述被广为引用：“有些行为是如此邪恶又令人恶心，以至于……[保护其他人]，必须不惜任何代价惩罚不法行为者，以免他人效法。”⁷ 斯蒂芬的观点很容易与“保守主义理论”混淆，但它的确与之不同。他认为某些行为具有固有的不道德性，即使它们是在私下实施的，亦对他人无害。保守主义则认为，是社会变迁，而非不道德，被认作与

人无涉的恶，是“生活方式”，而非公民个人的利益和情感，需要刑法的保护。

需要反复说明的是，群体的道德法典只是这个群体“生活方式”的一部分，并非保守主义者试图维护的全部目标。对于作为生活方式核心要素的其他部分，保守主义者亦会持同样的立场。但似乎没有其他要素比道德法典更为核心，它具有当然的优先性，全体成员对它的理解亦应一致。我想哈特早已就这一反驳作出区分，即区分“最低道德”，亦即“为任何人类社会的存续所必需的限制和禁止”，⁸与对社会的存续具有独特作用但并非必需的规则。最低道德包括禁止暴力、谋杀、撒谎和欺骗，这些规则在任何群体的生活方式中均为核心要素。但最低道德规则均源于损害原则，从未有人暗示不需要以法律推行这些规则。引起争论的都是其他道德内容，无论其能否防止损害，它们都在群体道德法典中留有一席之地。 45

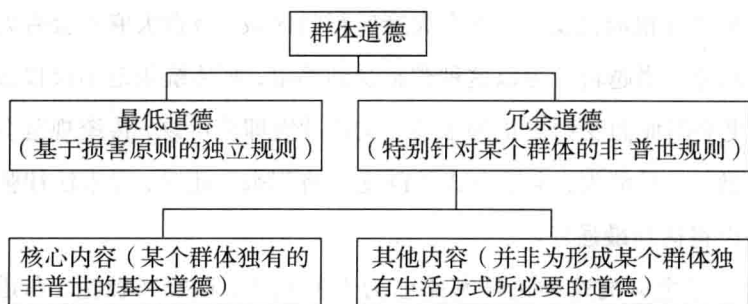
在这些冗余的道德规则中，可以确定出一个“中心”。有些规则是“构成生活方式的普遍性和独特性的核心规则”，有些规则则不是。⁹哈特又说，这些规则“并不一定包括形形色色的社会法典”，即使其他社会并非如此，在我们社会中处于“核心”的规则仍应是一夫一妻制。按照哈特的说法，“这是我们对家庭生活定义的核心”，“这种制度一旦消失将给社会带来巨大改变，毫不夸张地说，甚至会根本改变人类社会的属性。”¹⁰毫无疑问，哈特所认同的处于我们道德法典核心位置的规则还包括禁止一妻多夫制、一夫多妻制和通奸行为，但一些不会威胁一夫一妻制的性行为也被划入被禁之列，例如人兽交、手淫（直到最近）、类似试婚的乱交。此外，某些处于核心地带的规则、标准根本不属于道德范畴：包括有关服饰的标准、宗教仪式、典礼、节日、使用通用语言、爱国主义纪念等。极端意义上的“生活方式”其实是一个空泛的概念，却曾被赋予最精确的含义，甚至包括“美式生

活”的典型标志：棒球和苹果派。

持保守主义立场的学者沃尔特·伯恩斯（Walter Berns）¹¹和亚历山大·比克尔（Alexander Bickell）¹²赞成以法律推行道德规范并不是因为他们认为罪恶受到惩罚，不道德就会消失（按斯蒂芬的模式），而是因为他们认为法律可以消除对我们传统生活方式的“道德环境”的威胁。他们的目标是那些针对自愿听众/观众的脏话、黄书和色情表演。他们的论证形式早已在论证禁止酗酒、赌博、软性药物、甚至是现代舞和现代艺术当中被使用过。取得禁酒成功的禁欲运动只有部分目的在于防止酗酒造成的损害，而论证的形式并非典型的家长主义。其主要目标之一在于纠正已偏离该运动所代表的传统规范的当下风潮，一方面是随意大口喝酒的城乡中产者，另一方面是身为天主教徒和路德教徒的移民工人，在社交中喝啤酒或威士忌是他们的民族习惯。约瑟夫·古斯菲尔德（Joseph Gusfield）写道，

饮酒问题……因异教徒和天主教徒、城市居民和乡村居民、本地人和移民、中产者和低阶层者之间存在的种种冲突而增添了政治意义……当饮酒者作为群体掌握了社会及政治权力，且他们的习惯和信仰否认禁酒规范的意义[这些规范构成了早前多数人的主流生活方式]，要求禁酒的呼声就会高涨。在1840年间，不售酒的小店和啤酒屋[毫无疑问]是德国人和爱尔兰人主要的消闲场所……并不存在以禁酒规范归责的传统。到1850年间，饮酒问题反映了当时的文化冲突，禁酒运动在当地保守运动中找到了政治意义上的盟友……在改革移民文化和大量移民涌入美国之际，禁酒运动进入全盛期……针对饮酒问题的纠偏过程与其说是社会控制的需要，不如说源于主流文化的力量。¹³

表 29-1 群体道德分类



正统教派地区的社群反对饮酒的规范可能被视为某种道德规范，我承认有时很难区分道德规范与非道德规范，特别是饮酒问题所涉及的冗余道德规范。（在“最低道德”范围内，区分毫无困难。“不杀人”，“不欺骗”都是核心道德规则。）但如果说禁酒规范处在“道德规范”边缘，那么，禁欲主义者提出的很多其他规范则不是：“1920年代，禁欲组织对禁酒以外的其他问题亦给予关注……淫秽文学、现代舞和爵士乐。”¹⁴ 谴责随地排便、异族通婚、渎神、蓝调布鲁斯（被称为“种族音乐”）等，鼓吹立法禁止这些行为以防止文化腐蚀的声音，谁没听过呢？

只为保留某种传统生活方式而并不能防止损害的道德和非道德规范其实并不会因任何不墨守成规的行为受到威胁。古斯菲尔德告诉我们，并未质疑规范合法性的越轨者因为道德薄弱而违反规范的行为并不会威胁这个规范的存在，且这个违反者并非不能悔改。即使越轨者有意为之且毫无悔意，也不会对道德规范造成威胁。他既未诋毁现有规范，亦未鼓吹他自己尊崇的规范。相反，除了他的内心信用，他无愧于任何规范，也不值得效法。按古斯菲尔德的说法，真正的威胁来自所谓“敌意越轨者”：他自认行为适当，否认公共规范的合法性。这种态度在“商业犯罪”中尤为明显——赌博、卖淫、吸毒——认为接受这些行为乃是对买家的经济支持。¹⁵ 中产主妇听到洗衣妇们谈

论赌博的输赢会觉得赌钱是一种亚文化，低阶层的人们则视其为福音与精神食粮而接受它。而在大麻盛行的区域，吸食大麻不会有太大的罪恶感。当越轨行为以这种逻辑受到尊重，则传统规范不仅仅被违反，更会因此而受到真正的威胁。文化冲突即将出现，传统规范会变得松散，一旦消失，生活方式的巨变终将到来。此时，寻求法律强制的呼声将达到最强音。

保守主义的这种论证套路已为人所熟知，在媒体社论、布道和“给编辑的信”中经常出现，学术观点对立的学者在对其各自叙述时，都并不特别认可。举个例子：罗纳德·德沃金认为德夫林的观点是，
48 以法律推行道德（亦即禁止“不道德的行为”，即使行为无害且私下实施）的正当性源于“多数人为防止社会环境改变而维护自身道德信仰的权利”。¹⁶ 然后，他论道，多数人对性变态行为，如同性性行为的态度并不是道德信仰，而是偏见、神经过敏、缺乏理性地人云亦云。如果这种态度真的基于理性的道德确信并符合普世原则，那么，他就不会反对制定强制法律，即使无须防止损害或冒犯。“德夫林的错误不在于他重视群体道德，而是他对群体道德的界定。”¹⁷ 实际上，德沃金本人在理论上也是某种法律道德主义者：在他看来，被某个社区公认的道德信条认定为不法正是行为被禁止的充分相关理由，即使该行为既无害，亦无冒犯性。按照德沃金的观点，即使私下实施该等行为，亦可作为与人无涉的恶由国家强制禁止。这一观点与其说类似保守主义理论，不如说更类似严格意义上的纯正道德主义，但与斯蒂芬的观点不同，后者认为行为的固有邪恶就是被禁止的充分理由，德沃金则认为应以某个公认的道德信条确认其邪恶，这个条件恐怕更容易满足。

但不管怎样，无论是德沃金的观点，抑或被归为德夫林的观点都属于保守主义理论。保守主义者既不会因他不曾亲见的行为所冒犯，也不认为成年人私下自愿实施的行为会侵犯他人。但他坚称，这

种越轨行为改变了“他的”社会，令他在自己的社区成为异类。与他发生日常生活联系的人可能对他重视的东西抱有不同的态度和意见。现在，他已无法像以前那样和他们相处。他们反过来会怀疑他不属于他们这个群体，给他冷眼或漠视。无论如何，一旦涉及同性恋或“性变态”，人们得比从前更小心地揣摩其他人究竟是这些行为的反对者还是捍卫者。如果法律以冒犯原则予以禁止，有些人就不会堂而皇之地公开其越轨行为，但还是能看到剧院张贴着语气隐晦的 X 级电影海报，书店和图书馆也会展示更多的性主题书籍。某个伴随性变化亦无可避免，即人们——特别是年轻人——的谈话方式。对城里的年轻人来说，冒犯性词语已失去其冒犯性，过去很少在公共场合谈论的话题现在变得稀松平常。呼吸的空气不同了，人们很容易察觉出文化垃圾和道德污染的暗喻。最令人沮丧的是，人们感到自己对孩子的影响力迅速下滑，传递传统价值观的努力全是白费。沃尔特·伯恩斯的悲叹令人印象深刻：

49

……不幸的是，在当前的思想氛围中，教育已毫无指望。试想家长希望孩子明白不好的那个脏字的意思是交配，这一点也不比让那个家长明白这个脏字根本没什么意思容易。后者不得不接受反科学的证据，前者则必须克服通用用法与暗喻的角力……现在，形势变化得很快，那个脏字——在拥趸嘴里的意思更“真实”——被毫无隐晦地说出来，已经没有什么不当的意思。家长的努力归于失败，因为他希望教给自己孩子的教训在他的社会里已经无须再教——无论是从法律上、从语言上，还是从教育上都已如此。¹⁸

因此，到最后，上了年纪的保守者感到不仅在自己的社区已成为异类，

在自己的家里也成了一个陌生人。

罗纳德·德沃金并不愿意表示自己的态度并非真正的道德信条。他可能很乐于承认，一些社区的风俗、习惯、传统，行为规范和礼仪标准和他所欣赏的社区相去甚远，但这些规范同样是理性的，愿意的话，也可以说是“道德的”。但这不是问题的所在。他可能会说，我们自己的传统由祖先世代代传下来，任由它们像在暴风雨中坍塌的庙宇那样湮灭是对祖先的背叛。一旦发生了新的巨变，老的规范将一去不返，他还会说，这是和物种灭绝同样的恶。

还有最后一个苦涩的说法是，“所发生的这一切从来没有我和我商量过”，他抱怨道，“老的生活方式是去是留，我没能投上一票。事实上，谁有机会选择呢？随着反对意见的增加和负面情绪的积累，占据绝大多数的我们，只能无助地寻求法律的卫护，警惕变化的发生。”“这并非充分的回答”，保守主义哲学家说道，“除非绝大多数人认同，否则社会习惯并不会发生变化。社会腐化通过媒介和强制力起作用并不受任何意识设计的控制。”¹⁹道德环境的深切变化不能简单地被视为恶，它更是不公，是对“多数人防止他们反对的社会变化的权利”的侵犯。保守主义理论以此找到一个新的论证源泉，即某种道德多数主义。社会变化可以被视为与人无涉的恶，即使如此，却仍非国家动用刑法予以禁止的依据，倒不如说因为这种变化违背了大多数人的意愿，所以本来就是不法的。雷蒙德·加斯蒂尔（Raymond Gastil）简单地将多数主义用于“道德推行”。他将道德环境比作公园，“每个人的好恶都各不相同，只能按照多数人的想法去做决定。”²⁰我想，很多保守主义者的胃口都不会太大。考虑到大家的态度从前是一致的，现在却有些动摇，他们可能会主张，法律保护只限于道德规则的核心内容，这些内容不仅简单多数派支持，更几乎是全部公民共同的忠实信条。

三、不纯正道德保守主义：基于公平的保守主义观点

认为应以法律保护传统道德的保守主义理论至少有三种形式，其中，两种是“不纯正保守主义”，它们归根到底并非寻求社会变化固有的恶为依据，另一种则是“纯正”保守主义，它最终以社会变迁属与人无涉的恶为依据。（当然，学者们大可将它们引上殊途同归之路。）支持道德保守主义的一种不纯正方式是寻求多数人的权利以阻止他们不愿看到的对传统生活方式的改变。这种论调我们在前面第二部分粗略地描述过，它从不公出发，认为在未取得绝大多数成员（或接近多数）同意的情况下改变一个社区的道德环境是不公平的。按照这种观点，如果这些变化被视为恶，即是有人怨愤的恶，被侵害者有权就他们受到的不公对待提出控诉。这种“不纯正”主张道德保守主义原则的立场希望通过法律强制推行道德，并以此作为损害原则所指之利益阻退的补充要素。据此，不悦的多数派中，很多人或绝大多数人都在传统生活方式中存有真正的利益，并关乎其个人福祉。因此，放
51
弃这些生活方式，无论这一过程或急或缓，都会造成利益的阻退。正是依据这种不公正性及其造成的损害，以刑法禁止这种变化就是正当的。这一观点只是部分借助了道德保守主义的支持。最终的依据仍是损害原则。（下文第四部分将讨论这种不纯正的道德保守主义立场。）保守主义论调的第三种形式则不着眼于公平或多数人的权利，也未提及对他人的直接损害，而是在一般意义上鼓吹道德主义原则，认为防止此等与人无涉的恶本身就是法律强制的充分理由。群体传统生活方式发生极端的不受欢迎的变化即被视为该类恶，国家有权以刑法加以阻止。

对这些论调我们该如何回应呢？我认为，以公平说事的提法本身

就有缺陷，它甚至可以用于证明禁止那些保守主义欢迎的行为，最终走到自身的反面。首先，加斯蒂尔所作的“公共广场”的比喻经不起时间的检验。你显然无法在一个小小的广场上同时举办音乐会、印度教静坐、嘉年华、六日自行车赛、公共舞会以及通行汽车，在如此拥挤的情况下允许何种活动举行是公共政策的问题，可以通过民主程序听取大多数人的意见。但即使是一个小小的广场，也有足够的空间容纳各种思想、信仰和态度。天主教并不比异教占用更多空间，共和党不比民主党占用更多空间，黑人也不比白人占用更多空间。既然我们完全可以包容宗教、政治和伦理方面，乃至任何方面的多元主义，为何不能包容道德多元主义呢？为什么一定要投票决定应否同等对待同性恋和异性恋，荡妇和处女，偷偷看色情书刊、吸食大麻、赌博的人和研习《圣经》、吸食雪茄、玩围棋的人？（记住，具有冒犯性的公开行为可以通过自由主义原则说明刑事立法的合法性。）沃尔特·巴内特（Walter Barnett）批评保守主义立场的理论前提缺乏说服力，即“两个或以上的道德规范无法在同一社会中共存”，²¹ 他们甚至都不愿提及政治、意识形态、伦理、美学、语言学等方面的对比。巴内特尤其批评德夫林关于任何社会都必须在一夫一妻制和多配偶制之间作出选择的观点。为何这两种制度不能在同一社会中共存？他问，他认为“看不出二者存在任何不可调和的对抗性”。²² 其实“任何社会都可以同时存在这两种制度供公民选择”，²³ 而不是只有一个选择。

我们得提醒自己，这种提醒我们得贯穿全书始终，即我们这里讨论的并非公开展示的冒犯行为，或迫使不情愿的心怀反感的观者受到滋扰的行为，而仅指私下自愿实施的有关行为，或在有限的公开场合面向自愿观众实施的有关行为。由此，我们对道德多元主义的最初疑惑将一扫而空。一个同时居住着自由主义者、异教徒、罗马希腊天主教徒、改革派和正统派犹太人、穆斯林、佛教徒、无神论者和中立派

的社区也可以是和谐有序而适于任何人居住的。常常被令他不以为然的宗教活动打扰的人可能并不同意。但他也得承认，如果别人的宗教活动仅限于在他们自己的教堂中实施的话，那就是他们自己的事，并不妨碍彼此间的友好相处。那么，我们在想到同性恋者、“变态”、随地排便和酗酒者时为什么不能抱有同样的心态呢？如果为了避免看到那些令他不快的行为会对他造成极大不便，他会被冒犯，但如果行为都是私下实施的，或者是在各自的集会场所进行的，就不会对我们的社区联系造成任何影响，我们公共广场也就不会像加斯蒂尔的设想那样拥挤不堪。

即使我们承认（当然我们并不应如此）“公共广场”的比喻是恰当的，也并不能自动得出多数人原则就是决定谁可以入主公园的唯一合法程序的结论。通过自由选举产生的公园委员会的官员当然有权依据一般政策决定禁止军乐团、摩托车甚至自行车进入，或者划出特定地块和特定时段专供举行音乐会或自行车通行，但禁止骑马、玩球或不戴口罩的狗入内。不过，如果在论证当中引入权利，则多数人程序就会有所局限。公园委员会不能以性别、长幼、肤色、社会主义者或经济保守主义者之别来解决这个问题，多数人或其代言人都无权以该种方式作出决定。那么，面对地位等同的各种性取向及阅读口味，多数人如何正当地作出决定呢？

最后，多数主义论调还有另一个令后院起火之处。如果我们接受政治比喻，就要严肃对待。民主理论认为，仅当少数派可以自由地变成多数派时，多数派程序方可获得道德正当性。加斯蒂尔本人也观察到，“个人争取成为多数派的权利既是多数派的权利，也是少数派的权利，这种权利使得两方的权利都有意义”。²⁴ 试图成为多数派需要努力说服他人加入，但对于已经被规定为犯罪的行为，赞成它们的人显然没有这个机会。素食主义者在选举中失利显示他们是少数派，但

这并不会令素食行为受到法律禁止，组织的领袖被投入监狱。那么，这个比喻如何延及（比如）同性恋行为呢？（实际上，这个比喻并不总是被保守主义者提出，它从一开始就存在瑕疵。“道德少数派”并不必定希望说服多数派改变他们的生活方式，而不过是想说服多数派允许他们和平自处。）

无论道德保守主义采用何种公平原则论证禁止少数派生活方式的正当性，他们都无法解释为何该原则不能同时以公平说明扫除极权主义限制的公平性。如果按保守主义立场说明推行道德一致性是公正的，为何不能以此证明宗教信仰也该一致？当然，随着时间的推移，信仰摇摆者在保守主义者眼里，并不比虔诚信仰者眼中的异教徒和亵渎圣物者更面目可憎。当我们将道德法典中对应普世最低道德的核心部分（禁止暴力、强迫和欺骗）减去之后，剩下的内容中没有什么比宗教信仰更有资格界定我们的社区，它可以保证我们和祖先是同质的。因此，保留某种生活方式的论调更应从宗教信仰的不一致入手。实际上，这和以法律禁止宗教异端的观点如出一辙，而那个观点在各教派之间互不容忍的战争爆发后一两个世纪就已经被历史抛弃了。

此外，禁止某种不被认同的行为与禁止鼓吹这种行为，或是禁止鼓吹允许这种行为或将这种行为合法化之间的界限一旦被混淆，保守主义的立场就更无法成立。禁止某种不道德行为，但不禁止对这种行为的鼓吹，这种禁止的根据就不是保守主义。报纸的文章鼓吹吸食大麻要比一百个年轻人一齐在广场上吸食大麻，或一千个年轻人悄悄躲在某个地方吸食大麻能造成更大威胁，正如某个知名的心理学家或人类学家撰文为通奸行为的合理性辩护要比一千个通奸行为对禁止通奸的规范造成的威胁更大。

54 需要再次追问，保守主义如何基于公正的理由证明禁止异见者发型、蓄须或着装的法律具有正当性呢？这些公开偏离主流标准的行为

难道不是和偏离主流标准的态度、口味、性习惯以及私下里的阅读和娱乐偏好一样，并未威胁那些规范吗？

在这些讨论中纳入公众性考量是应该的，但这似乎与保守主义立场貌合神离。我们假定人性多种多样，各不相同，易言之，普通人在基本倾向和情感需求方面存在很大的道德差异，其中只有一部分人性，也是最共通的那部分人性能够满足保守主义的条件，但那对其他人来说，却正是某种不公，某种如同种族歧视般的偏见。假定绝大多数人穿九号鞋，而法律禁止制造其他尺码的鞋，这对那些脚更大一些或更小一些的人来说难道不就是不公吗？密尔就“生活实验”所作的论述正是部分地基于实证主义考量，即使他本人持反对态度。一个年轻人总是要尝试各种生活方式，并最后找到最适合自己个性特色的那种生活方式，剥夺这种选择的可能对他来说是不公平的。

用鞋号做比喻不总是适当的。我必须承认，在这个领域中，并非所有因素都具有相关性。我虽然并不乐见达尔文主义的胜利，但自由主义的确接纳人的某些性格和生活模式。我并不想说我愿意看到存在某些只看色情书刊的社区，但我不能理解在这方面和我持同一立场的保守主义者为何总是假定，在公平之战中，较优的价值总是不可避免地成为弱势一方，总是那些他们愿意相信的价值需要以国家的铁腕予以保护。他们真的相信色情文学会让人们忘记莎士比亚，或者几乎所有人都喜欢看以流水线方式生产出的故事，而不喜欢索尔·贝洛楼的小说，或亨利·基辛格和大卫·斯托克曼的政治回忆录吗？（哪个出版社曾经给一个色情作者预支过两百万美元的酬劳呢？）

我不愿见到这个国家充斥着色情文学或其他糟糕的文学作品（从文学角度看很糟糕）的读者。非黑即白的小说自有其烂俗的套路——“好人-坏人”、西方人、情感脆弱的鼻涕虫、哥特式的罗曼史——喜欢这种小说的人往往在生活中没有独立判断能力。他们很容

易受到鼓吹者和政客的操弄，正如他们受那些蹩脚作家的蛊惑一样，他们对文学和对生活的反应都像是不经大脑的应声虫。他们在生活中无法体验与他人交往的细微差别，正如阅读色情文学上瘾也表明他们无法处理真正的恋爱。学校里阅读优秀文学作品的课程的正当性首先在于它们通过阅读各种不同的人性，扩展我们对“不同人的理想、期待……和体验”的洞察力。²⁵ 滥竽充数的烂俗之作所起的作用却刚好相反。习惯性阅读色情文学对感受力和判断力产生的负面影响是禁止的理由，因此也是禁止所有伪文学作品的正当理由。对感受力的正确培育是强制性的，但仅对儿童有效。对成年人的教育虽然永远都不算晚，但要对他们进行强制确实晚矣。

回到公平的问题上，两种生活方式之间如何公平交战？没有法律对此作出规定；没有什么“道德宪法”规定允许何种说服方式；也不存在类似司法程序的什么书面条文。但如果在文化变化中提及公平，我认为只能从文化本身的优劣而非其结果来判断。要想公平地改革我们的道德环境，就必须准备好公开地说明自己的异见，准备好参加辩论、说服、提出理由，同时静静地、有尊严地以自己认可的方式生活，既不去损害他人，也不因他人感到被冒犯。另一方面，抛弃辩论，而改为宣传、强迫和欺骗，就是不正当的方式。后者令竞争不再公平，当然，使用国家强制力以这种或那种方式影响道德信仰也是不公平的。（宗教信仰在同一社会中的多元存在就是一个好的模式。）双方均无优先权的竞赛就是公平的；而裁判无论偏袒哪一方都是不公平的。

四、不纯正道德保守主义：基于利益损害的保守主义观点

在那篇影响深远的文章中，密尔写道，“很多人认为，凡是他不赞
56 成的行为都会伤害他的情感，都会对他们造成伤害……”²⁶ 因为不赞

成或者“不喜欢”某种行为，就认为即使是陌生人私下实施该行为也会对他造成个人伤害或“不法侵犯”的主张当然是荒谬的。但本部分将展示这种“不纯正”道德保守主义者在那想象中的怨愤找到了一个挺有说服力的理由。他们声称，私下实施的令他们不快的行为对他们造成了不法侵犯，因为他们被损害了，他们在某个（和谐一致的）社区生活的利益被阻退，在这个社区中，人们都不以那种方式行事，即使是私下实施的也不行。他们认为，基于损害原则，阻止这种损害的发生，可以使禁止该等行为的刑法具有正当性。如果有人认为邻居的宗教信仰或道德信条和他不一致损害了他居住在该社区的利益，作为自由主义者，对此我能说些什么呢？

对于以损害原则证明保守主义的做法，我的回应可以追溯到本书第一卷的内容。²⁷ 在该卷中，我认为损害某个人就是阻退他的利益，侵犯他的权利。对利益的内涵作了部分分析，我将个人利益界定为“他个人好处中不可或缺的要害”。简言之，符合他的利益，就是对他有好处，进而提升他更长远的利益。存有利益，就是投入在某些结果中，亦即若在个人好处中有投入，就要承担个人利益被阻退的风险。我还认为，²⁸ 一个人可能不仅只在他本人未来状态（富有、知识渊博、纯善、有力）及达致该状态的路径中（金钱、健康、自我控制）存有利益，也在特定他人的福祉或灾祸中存有“涉他利益”（“替代性利益”），还有一些利益存在于一些与他人无涉的事实中，如政治胜利、发现了某种疾病的治愈方法、天文知识的拓展、修建一座教堂，这些本身就是他们的期待，而不仅仅作为达致长远涉己利益的途径。（后面一类利益往往是“集体型的”，群体中的每个人都有着同样的利益。）我认为，在对涉他利益的损害中，无论是替代型，还是相对无涉个人型，它们不仅存在，尤其是替代利益，是普遍存在的。特别是以关爱投入在他人福祉上的利益。家长就在孩子的福祉中存有非常重要

的个人利益，无论孩子受到怎样的损害，家长亦同样会受到损害。²⁹

57 但此时，斜坡效应开始产生。假定家长在孩子的成就中存有类似“替代利益”的东西，但不能简单地说家长在孩子的好处中存有利益，而是说孩子达致某个特定目标，如成为医生或修女，家长在这当中存有利益。我们可以想象，家长梦想子女成为医生，他生孩子的唯一目的就是希望培养出一名医生，从孩子年幼时，他就试图在孩子身上实现自己的野心，并将其视为自己人生的最终目标，为此，他投入全部积蓄和全部希望，期待天遂人愿。显然，他为孩子成为医生投入巨大资本，按照本书的定义，那个目标就是他的利益。孩子如果拒绝成为医生并成为一个诗人或浪荡子，这位家长要是读到本书就会明白，自己被孩子损害了。此时，若国家以法律强迫孩子以保护家长不受损害就太荒谬了，但按照损害原则，家长的确有提出控诉以获得保护的表面依据。

第二个斜坡更加危险。特伦斯·特鲁夫尤梦想成立一个禁欲主义者的社区。二十年来，他和同有此志者心无旁骛地努力了二十年，买了一块荒地，把物资搬到这个乌托邦，建造了一座教堂和一些简朴的屋子。二十多年过去了，先驱者已经发展成为一个二万人同心同德的政府，拥有市议会、学校和警察局。但没有那些受到憎恶的东西，如电视机、电影院、摇滚乐、烈酒等。特伦斯对此既满意又自豪。他的人生完满了，他的目标实现了，他达致了自己的好处。

此时，第二代的一个成员，一个叫法利·费尔约的人偷偷地在自己的小屋里阅读爱情小说，有时还会喝上一两罐啤酒，用小收音机听听流行音乐（当然音量开得很低）。他被镇上的长者警告，不能再继续如此。但他却对他们恭敬而坚决地说，他的娱乐活动是私下进行的，不会伤害也不会直接冒犯邻居们。他在结束时引用了托马斯·杰斐逊（Thomas Jefferson）的话，“无论我的邻居说存在五个上帝，还

是根本没有上帝，都不会伤害我。因为他的说法既没有偷去我的钱袋，也没有弄断我的腿。”³⁰ 特伦斯深受打击，他重申，作为大多数人中的一员，他受到了字面意义上的损害，因为他们作为某个特定社区存在的终极利益被阻退。引用范伯格而非杰斐逊的话，他请求市议会制定刑法禁止个人拥有或使用小说、啤酒和收音机。

在写作《对他人的损害》时，我曾说过，任何类似特伦斯这样提出刑事强制的主张都会引出冒犯原则，甚至某种形式的法律道德主义原则。我并不认为所谓“推行道德”的支持者会以微妙或间接的方式寻求损害原则的支持。若如此，我一定会尽力将其对我所坚持的自由主义的损害控制到最低，我会在“适用损害原则时辅以调和性法谚”，希望诉诸损害原则的情形只能被局限于利益受损的通常情况。在这些情形中，保护某类利益的法律必定会对与之冲突的利益造成阻退。我的问题是两重的：如何限定调和法谚以使其胜任辅助性功能，以及如何反驳认为这些法谚只能做些修补工作的批评。

在粗略描述了相互冲突的利益之后，³¹ 我的结论是引入如下调和法谚，对无法忍受原本空泛的损害原则的立法加以指引：“若存在某种相反相关的利益，而法律对此保持沉默，则该利益必定会在某种程度上被阻退，而若法律保护另一个，那么这一个同样也会被阻退，则立法者只能保护重要的那一个。考虑利益的相对重要性时需要注意三个方面：（1）它们对拥有者是否‘至关重要’；（2）它们受其他利益的影响程度如何；（3）它们的内在道德性如何。”我们先假设特伦斯一类人的利益以及费尔约一类人的利益对他们各自都具有“至关重要”的意义。其次，关于与其他利益的相关性，我们可以看看在这两类相互冲突的利益中还有多少人存有个人利益。这个测试用来确认利益的集中程度，我们完全可以想象这个测试并不具有确定性。最后，我将“内在道德特质”的测试局限在极端而非典型情形中（若

有),在这种情形中“所有合乎理性的人”都在虐待和变态行为中存有一定利益,且较任何其他潜在冲突的利益“不那么值得保护”。我愿意假定眼前的这个示例中,特鲁夫尤和费尔约的利益都不属变态之列。

若要在此适用损害原则,我们还需要对相互冲突的利益类型的相对“重要性”作第四种测试,倾向于自由主义的人要做到立场一致,就会在补充测试中多少有些倾向于认为费尔约的利益高于特鲁夫尤的利益,尽管特鲁夫尤的理由和社区更多的成员相一致。我们首先要明确,特鲁夫尤的利益是涉他的,而费尔约的利益是涉己的(第一卷第70—79页),一般而言,涉己利益的重要性均大于涉他利益。急于就此做决定会造成荒唐的结果,若A的全部涉己经济利益与B同等关键的符合公共精神的利益相互冲突,A的利益就会自动优先于B的利益。我们还要将涉己利益和涉他利益做进一步分类,进而决定费尔约和特鲁夫尤的利益究竟属于哪一类。至少,我们应当将自私的涉己利益的重要性打些折扣——即那些以牺牲他人利益换取的个人好处(参见第一卷第73—74页)。当然,不解决某些问题是无法对二人的利益是否自私作出预判的。或许更好的假设是,二者均不自私。这使我们可以保留二者冲突势均力敌的最初印象,但我们希望在重要利益的清单中排除那些对他人的痛苦表现出贪婪或冷酷态度的利益。

费尔约于喝啤酒、看小说和听流行音乐中,或者更一般地说,于他自己的生活方式中存有的利益毫无疑问属于涉己利益。没有人住在孤岛上(包括费尔约),为实现这种生活方式,产生了某种功能性利益,即他人的不干涉甚至是主动配合。他人必须继续生产收音机、啤酒、创作小说等。费尔约在与他人分享欢乐时还会产生某种半衍生半原发的社会性利益。无论怎样,费尔约的利益明确无误地属于某种具排他性的个人利益,某种长远利益,而特鲁夫尤的利益则并非如此。涉他利益顶多是一种功能性的利益。

相对而言，特鲁夫尤的利益是一种涉他利益，存在于他人，包括费尔约的生活方式当中。但单凭其作为涉他利益并不会令特鲁夫尤的利益的重要性次于费尔约的利益。并且，涉他利益只是某种分类的结果。A 在 B 的行为中存有涉他利益的方式有两种。第一种被我在第一卷中称为“替代利益”，即 B 的福祉就是该利益本身（如关爱）或者 B 的灾祸就是该利益本身（如恶毒的怨恨）。从我们的论证目的出发，坏心肠的利益应予排除，替代利益应当是善的。（坏心肠利益的“重要性”显然应当在“固有道德性”测试中被打折扣。）第二种情况是指 A 在 B 的某种状态或条件中，而非 B 达致个人利益中存有涉他利益。A 在 B 身上存有的理由既不关乎 B 的欲求为何，亦不关乎 B 的利益何在，A 于 B 的遭遇中存有的利益是独立的（替代）或衍生的（功能性的）。我们可以确定，A 于 B 的生活方式中存有的长远利益是外部利益，且往往与 B 的个人利益发生冲突。³²我想，即使不是自由主义者也会同意，一般而言，个人利益比外部利益更重要，更值得法律去保护。³³

在前面的例子中，父亲于孩子成为医生中存有的外部利益，与儿子按自己的想法生活之间存在冲突是一回事，而父亲于孩子的方式中存有的利益与儿子的利益产生冲突则是另一回事。两者都是利益，同样作为拥有者福祉的组成部分；甚至可以说二者因相同的巨大投入，都具有至关重要的意义；并且都是善的利益。不过，如果我们必须从中选出更重要的那个利益，我会选择儿子的利益，因为它是一种个人利益，而非外部利益。儿子于如何生活中存有的利益比父亲于他人如何生活中存有的理由更重要，在同等条件下，儿子的利益在于他自己，而非别人的生活。我不认为这个判断并不是特别为着消除损害原则对以法律推行传统道德或正统教派的支持。相反，我倒觉得这可能是赞成或反对以法律推行道德的人都同意的结论，如我们在第三

卷的假设，至少他们都是赞成个人自治的。对相互冲突的利益比较其
61 相对重要性，这符合密尔在评论那些认为他人私下实施的令其不满的
行为会对其造成伤害的人时所表现出的直觉判断力：

……对于已见[活动或价值]的感觉和被冒犯[或外部利益
受损]的感觉，正如小偷希望窃得钱袋和钱袋主人希望不被偷，
二者间均毫无共通之处。³⁴

对于认同法律上的个人自治的人（应该是我们当中的绝大多数人）而言，他自己才是人生的“正牌主人”，他人于他的私人生活中存有的利益，哪怕比那个小偷的利益要体面得多，相对来说也并不重要。

特鲁夫尤和费尔约之间的冲突可能比家长和孩子之间的冲突更难厘清，但我还是认为可以采用相同的解决之道。相互冲突的利益同样有价值、同样关键、同样出于善意。但费尔约的利益是单纯的个人利益，要界定这个利益无须涉及他人。唯一暗含的条件是他人不干涉。特鲁夫尤的利益则需要他所在社区的其他人私下不能实施某些行为、不能私下欣赏或娱乐。他的外部利益在于他人以某种方式生活，并选择与费尔约于私人生活中存有的个人利益相冲突的价值观。如果两个人的利益都在于其中的某个人如何生活，那么，仅仅关乎自己生活的那个利益更加重要。我认为，否定这个结论，就是否定长期以来为哲学家们歌颂的个人自治，很大程度上与政治争论有关。我知道，在某些边缘案例中很难准确区分个人利益和外部利益，但调和法谚可以尽量关紧损害原则的大门，以免被非自由主义的法律强制轻易攻破城门。³⁵

简言之，于他人生活中存有的利益为“外部”利益，例如他人抱有“正确的价值观”。他人“不正确的行为”即使是私下实施，且未

对任何人造成直接反作用，亦会造成“损害”，即对利益的反作用和阻退。但这样的法律强制会阻退持异见的另一方所存有的、较一方外部利益更重要的利益，在追求利益的过程中，异见本身不会对一方造成不法侵犯，而一方亦不会受到包含利益阻退和权力侵害意义上的损害。因此，损害原则在此情形下不会支持以刑法“推行道德”。

这个粗略的论证遭到尤金·施洛斯伯格（Eugene Schlossberger）教授的反对，他的论证³⁶值得关注，促使我们的阐述更加明确。施洛斯伯格认为，个人利益并非总是比相对的外部利益更重要。首先，他提出，某些非个人的外部利益（施洛斯伯格称之为“顺应世界的需求”）对个人具有重大意义。实际上，我们最重要的涉己需求“最终取决于我们希望这世界在普世价值的基础上以何等面目出现”。“例如，我希望发表一篇创新的论文，这取决于我对世间万物的认知和理解。要是我不想令知识前沿后退，拓展我的哲学知识就被包含在我在哲学中存有的实际利益。”简言之，我的最长远的重要个人利益（参见第一卷第一章第四至六部分），往往需要以“衡量我所参与的这个世界”的普世价值标准为前提。但施洛斯伯格过于谨慎了，他并不认为每一个涉己的重要愿望都应以某个顺应世界的特定愿望为前提，他认为，“为了使利益的重要性达到应受法律保护的程度……至少当中某些利益应属顺应世界的利益”。没有这些利益，我们就像“向日葵跟着太阳”，只能按此种而非彼种方式行事。

在说明了顺应世界的利益的重要性之后，施洛斯伯格总结道，“只要这世界是一个在道德上可以接受的世界，填饱肚子就是我的一个合法利益（无论能否称之为利益）。”这个结论为说明一种情形（可接受的行为与他人的感受）而设立了另一个前提（知识前沿的扩展）。前者，作为某种“外部”利益，似乎比后者更易与他人的个人自治形成冲突。但施洛斯伯格接着列举了其他的相互冲突的个人利益，他认为

这些利益的重要性无法与它们可能会与之产生冲突的一些“顺应世界的利益”相提并论。一个例子是，某人于手淫中存有的“利益”与不希望这世界上存在手淫行为的人的利益之间的冲突。施洛斯伯格想象了这样一个情形。A 希望通过法律阻止 B 手淫，阻止 B 按己意生活，但同样地，“B 手淫也是阻止 A 按己意生活”。对于个人利益在同
63 等条件下较外部利益更重要的主张来说，这似乎是一个反例。施洛斯伯格的其他示例如下：

假设犹太教法士以不可辩驳的理由证明吃猪肉的的确是
不对的，他还认为 C [私下] 吃腌火腿的行为毁了他生活在神圣世界的愿望。现在，C 接受了法士的说法，他同意吃猪肉是不道德的，阻止了他人对某种重要的善的追求，亦即生活在一个神圣的世界里。C 说，“可我却喜欢腌火腿的味道，我是不道德的，这太糟糕了。”

这又是一个削足适履的（生编硬造的）例子。对这两方而言，个人“利益”（或片刻愉悦）并不那么重要，并不只是“个人的”，更是自我放纵的。在吃腌火腿的例子中，首先承认某种“不道德”。这些例子和密尔所举的宗教盲从者的例子形成了多么强烈的对比啊！“不同宗教信仰的双方以自己的虔诚指责对方不尊重自己的宗教情感。”³⁷ 密尔的例子中，相互冲突的是双方等等的宗教信仰利益，以及双方希望这个世界统一信仰自己的宗教的外部利益（面向世界的利益），这些利益在重要性和善方面是等等的，而其中一个是个人的利益，另一个是外部利益。在这类例子中，既然无法保护到两个利益，就只能在尊重个人自治的前提下，以个人利益为重。

但如果冲突一方是施洛斯伯格所称之为“面向世界的利益”，另一

方是不以某种更高的非个人原则或道德承诺为前提的自我放纵的利益，我们又该如何判断呢？我的利益是能够随时喝上一瓶啤酒，但如果这个利益和多数清教徒希望禁酒的利益相冲突，该如何判断呢？清教徒的利益本是个人利益，但也形成了一个同等重要的面向世界的利益，即无论他是否生存于其中，他都希望看到一个禁酒的世界。我喝啤酒的利益似乎无法和这样一个利益相提并论。但在对比同等重要和善的利益时，道德歧视是不适当的。只要利益是“善的”，即它并未亵渎或变态地令他人痛苦，或损害他人的长远目标（参见第一卷第五章第六部分），那么在立法权衡时，对利益进一步区分其道德重要性是毫无意义的。如果仅仅因为喝啤酒（或手淫、吃腌火腿）是自我放任的行为，哪怕它在道德上是善的，我们就拒绝保护的话，那么我们同样也会拒绝保护清教徒希望他人都不要喝酒的利益（或者施洛斯伯格例子中不希望他人手淫者或是那个法师的利益），因为也可以把后者看作爱管闲事者或无理取闹者的利益，很难理解要求社会纯洁无比的愿望可以重要到成为某个并非不体面的个人利益的组成部分。点评完成后，双方都必须承认，道德上令人赞叹的动机与道德上令人抗拒的动机之间，个人愿望与外部愿望之间，相互交错，就各类善的外部利益和个人利益，我们无法对所有情形的立法权重作“一般化”或“大致”处理。

64

个人利益的额外权重并非源于涉己利益有着内在的道德优先性，而是源于个人自治对涉己领域的保护。喝啤酒者的“利益”（如果爱喝一口可被称作利益的话）因包含一般的个人自由，亦即自己决定喝不喝酒、喝什么酒的自由，其重要性进一步加强。正如施洛斯伯格所暗示的，我们大可以假定，存在一个尊重每个人个人自治的社会正是他的“面向世界的利益”，这个利益也是一个个人利益，即生活在自由社区，在这样的社区中，人人都希望建立一个尊重个人自治的传统，

多元化蔚然成风。将所有这些都考虑在内的话，喝啤酒者的利益当然更重要。³⁸

五、纯正的道德保守主义：基于防止与人无涉的社会变迁的恶的保守主义观点

大力呼吁保护社区传统生活方式，甚至必要时不惜施以法律强制的人往往需要诉诸（如第四部分）他自己和他的邻居于保守旧的生活方式中存有的涉他利益，或者，他也可能要诉诸一个广为人知的论断，即改变即使不是损害，也是一种恶。他很可能不会作这种区分，即使存在区分，他也会认为太空泛而无法适用于眼前的情形。保留传统生活方式作为某种长远利益或中心目标，在绝大多数情形中，人们理应在当中投入巨大的希望和期待，甚至是努力和献身（参见第一卷第一章第三部分）。否则，改变的发生只会令他们失望，而不至于损害他们的福祉。毋庸置疑，这种“投入”很难达到，除了那些以激情鼓励自己而真正奉献一生的工作者（第四部分中基要主义的先行者们），绝大多数道德保守主义者都是以防止大面积出现无人无涉的社会变革的恶为依据。

民主社会的文化变迁似乎往往顶多是某种与人无涉的恶。因此我们可以在本节作此假设。不过，与人无涉的恶不会招致个人怨愤或个人权利侵犯。当然，在某些情况下，一个人可以以强力阻止另一个人损害第三人。因此，若为保护他人的权利不受不法侵犯，则强力不必以个人怨愤为正当化前提。但面对一个与人无涉的恶，没有人需要“保护”，也没有人有权提出个人怨愤的指控。因此，为了避免文化变迁而保护这种被预先设定的利益，并不能以保护个人免受损害、滋扰或不当剥削为由，而只能以必须阻止与人无涉的恶的论调为依据。

针对这种保护主义论调，自由主义有三个方面的回应。首先，文化变迁或许根本不是恶。并非所有的变化都是变坏。显然，生活方式往往是朝着好的方向变化的。现在我们还有多少人怀念禁欲主义和种族隔离主义时代呢？不过，那些变化在当时来说是极其深刻而具革命性的，正如最悲观的保守主义者在现今所作的某些预见那样。我们提及的保守主义立场并不认为某种特定生活方式是最理性的，而是说传统文化的巨变是恶，即使这种变化是某种进步。德夫林爵士认为，一个社会的基本规范发生巨变是糟糕的。瑟洛（Thurlow）爵士，一位19世纪的英国大臣也持有这个观点，他对一群寻求法律权利的宗教异见者说，“先生，我以上帝的名义反对你们。我喜欢现有的宗教，如果你们这些家伙也能有这样的宗教信仰，那我会很高兴。”³⁹很显然，只有如此这般的宗教信仰，而不是任何其他的宗教教义，才是瑟洛爵士“乐于见到的”。欧内斯特·范登哈格（Ernest Van den Haag）在一段鼓吹保守主义的论述中也对文化变迁表达了类似立场：

每个社区都有权保护为大家共享的重要价值。在印度，我会投票禁止杀牛；在以色列，我会投票禁止养猪、杀猪。在美国，66
既然性沉默是传统文化的中心价值；我就会投票保护社区保持性沉默传统的权利。⁴⁰

怀着事后诸葛的宽容，我愿意在很微弱的程度上认同保守主义的立场，但这是为了以其矛攻其盾。应当允许在巨变中有所失（代价或“恶”）。不论如何，社会巨变总体上仍可能是巨大的进步。在其他条件等同的情况下，可能我们会为纯洁的生活方式不再而懊恼，为南方的生活方式随风飘逝而感叹，或者为维多利亚时代的双重标准被清除而怅然。但，“其他条件”并不等同。压抑、剥削和伪善，这些都是大

恶，我们在为保守主义者叹息的同时，不能不承认，消除这些大恶的重要性远远超过我们失去的那些东西。眼下我们面对的冲突或许尚难定论，但历史告诉我们，历史的变迁并不会被刑法阻止。

自由主义的第二条回应是，对于总体上属于恶的社会变化，阻止它们亦不必动用刑法。即使没有国家帮忙，我们当中的绝大多数人仍可享受自由竞争的生活方式带来的巨大好处。⁴¹ 遵从传统规范的社会压力是很难抗拒的，而规范本身也很难被侵蚀。即使是那些并不具有规范形式的禁忌，如母子乱伦，因其自身的约束力，几乎不可能大范围出现。因此，刑法是不必要的。

第三种回应理论上或许是最重要的。即使某种社会变化总体上是恶，即使有必要通过刑法加以阻止，这种刑法仍是不正当的。在我们可以想到的所有情形中，法律强制都是不正当的，不仅因为我们在第三部分中提到的不公平性，更具普遍意义的理由是，阻止与人无涉的恶永远都不能成为侵犯有血有肉的人的利益之充分依据。这并不是说防止与人无涉的恶是毫无意义的。防止与人无涉的恶并非简单地不具有道德相关性，相反，它还是有一定意义的，只不过与某些理由相比只能被拒绝。此处的“某些理由”具有更重要的一般性意义。阻止非个人的与人无涉的恶无法与保护个人自由相提并论，不能因此侵犯特定个人的利益。这好比说，男人总体上比女人重，但在特定情况下，某个女人可能比某个男人重。又比如，人比老鼠重，但也不排除在极其特别情况下，一只硕鼠可能比某个婴儿重。总之，即使某个与人无涉的恶是真正的恶，是大恶，我们还是要说，在刑法强制问题上，防止与人无涉的恶不是好的理由。

若某人的重要利益被损害，或者因不便回避而产生巨大不快，他就被侵权了，他有权控诉，主张自己的怨愤，他是不法行为的被害人，可以要求保护，他的损失理应得到赔偿。但对于一个无人怨愤的恶，

没有人有权提出控诉。成年兄妹自愿上床，谁的权利被侵犯了呢？一个成年人躲在自己的小屋里阅读色情报刊，这有什么不公呢？有人没去参加宗教仪式，有人看到别人痛苦就会产生变态的满足感，这里，谁是被害人呢？人们普遍对一些古代君主抱有错误的认识，谁需要从中获得保护呢？科罗拉多穴鱼灭绝后，谁该获得赔偿呢？另一方面，我们每个人的“自由利益”都会因刑法而受到不同程度的侵害，特定的个人将因强制性干涉，甚至刑罚处罚而受到损害。要以有必要防止与人无涉的恶而将如此明显的损害正当化，无异于暗示，损害个人的恶倒小于无人受害的恶，后者不过是世界整个净价值的减少——在我看来，此等论调及其被用于“推行道德”的论证有悖常理，根本不能成立。

以消除社会变迁的恶为由损害个人自由的论调还有着某种特定的冒犯性。这种论调公然违背了我们对个人自治的理解。我按己意实施了既未损害亦未冒犯他人的行为，却要因此受到刑罚处罚及其带来的公开羞辱，而理由不过是说我的行为微妙地改变了其他人生活于其中的道德环境，接受这样的命令完全是对我个人自治的侮辱。无论个人自治的内涵为何，个人对其行为、活动、信仰和爱好的想法都不应是他人“环境”的组成部分。要是我的邻居有权要求我按他的喜好思考、感受及实施私下行为，那我还有何个人自治可言？以个人自治限制那些以他人目标利益者的自由并无冒犯性；为了保护他人而“利用”他人的做法没有冒犯性，但若目的不在此，就有些令人生厌了。

68

六、对保守主义控诉的再思考

认为应由法律强制禁止社会巨变的保守主义立场还有两条防线：它可以否认社会巨变是与人无涉的恶，或者，可以承认社会变迁是与

人无涉的恶，但属于巨恶，在与个人自由的权衡中是权重更大的理由。论证第一条防线不需要以损害原则和冒犯原则取代道德主义原则，这些保守主义者可以声称，在损害、冒犯和不当剥削之外，个人怨愤还可以有其他依据。我承认，我不明白利益未被阻退、好好生活着的这个人，何以有权对在他的“社会环境”中以他不同意的方式生活着的人们抱有个人怨愤。他可以抗议，一种生活方式的消失对世界是一个损失，但这只是抱怨，而非怨愤。将其类比于某个物种的灭绝也是站不住脚的。倒不如类比为新物种的产生，可是，这当中，有谁被不法侵犯了呢？

69 认为损害之外也有权怨愤的说法认为，在特定传统生活方式中长大的人对生活的全部信仰都建立在旧有方式的延续上。一旦出现巨变，他们的心理上并没有充分的准备，眼见在走下坡路的年龄却高处不胜寒，这不仅令他们失望，也让他们感觉到被背叛的苦涩。

这类示例中的怨愤可以理解，即使当事人无法证明发生了损害或冒犯。可以理解是一回事，但这是正当的吗？我认为不是。没有任何人曾与这样一些人签署过“社会合同”，或者曾宣誓，甚至哪怕只是非正式的承诺，保证不会有任何改变。如果当事人仍以意识形态为由，那只能说他们正是自己所坚持的保守主义的被害人。

在损害或冒犯之外想象出的怨愤还有另一种解释，乍看之下有些说服力，实则经不起推敲。保守主义者的解释可能如下：我承认，个人或自愿群体私下实施的不道德行为不会对我造成个人损害，而既然我并未亲见该等行为，按照损害原则的限定的可能情形，我也未曾被冒犯。我所担心的是，未来当这种行为越来越普遍，也越来越为人们所接受时，我会受到冒犯。但我未来彼时受到的冒犯只在此时被冒犯原则认作是冒犯，而到未来彼时，越轨行为已经为人所接受、甚至尊重，该行为也就不能满足适用冒犯原则的条件。并且，冒犯的程度也

不那么大，不会令大多数人或接近多数人，甚至“随机的任何人”⁴²心生厌恶或愤慨。越轨的少数人就会公开行事，而如我的众人，虽然技术上看仍属多数，却不得不目睹该等行为的实施。同性恋者会公开在街上手挽手散步、接吻、在公园的长椅上举止亲昵，每家药店或超市都出售色情杂志，这些冒犯性的改变随处可见可闻，对我们造成持续的骚扰。到那时，可别再说什么“与人无涉的恶”，我们实实在在地受到个人冒犯，却再也无法以冒犯原则受到保护。此时，当我们抱怨“道德环境”被污染，我们不单指那些暗中发生的不体面的行为，而是在日常世界中发生的令人恶心的改变。

对于这种哀叹的第一个反应是想要安慰他们一下。可以容忍私下实施的行为并不意味着公开实施时不会造成冒犯，即使该等行为已经获得道德上的接受。我们每个人在卫生间或卧室里都有裸体的时候，但我们并不容忍在公共场合裸体。夫妻之间的性行为绝非不道德，但大家都无法接受夫妻在大街上性交。如果自由能够获胜，则同性恋行为必定会更公开，同性恋者可能会像异性恋者一样在公开场合出现。但有什么依据断定他们日后会超越今天我们给同性恋设下的限制而不会给公众造成冒犯呢？允许开设妓院、色情电影院、成人书店等并不意味着可以随意拉客、大肆广告，将宁静的社区变得艳俗丑陋而不受任何处罚。即使这些都发生了，我们还是要对担心的保守主义者说，不能保证他所害怕的变化不会对他造成影响，但过往那些关于“没品位”、“丑陋”、“艳俗”或“廉价”的标准不是亦已自行消逝。

针对保守主义的这种“怨愤”，最好办法就是同意他们的担心是有道理的，但敦促他们以非刑罚的方式保护自己的品位和标准。将这种哀叹作为刑罚的依据有些奇怪，即使这种依据存在实证主义前提。既然他们接受了本书第一卷和第二卷中提到的以法谚调和的损害原则和冒犯原则，那么，只要他们明白这些原则的效用，之后就不应像

个事后诸葛那样置身事外。现在他要证明的是法律道德主义，给出的理由却是说冒犯原则不能保护他。在他承认冒犯原则的合理性之后，这样做是毫无道理的。用一个不恰当的类似，在认同棒球比赛规则的公平性之后，却以该规则会导致有实力的对方球队获胜为由，要求对规则“重新考虑”。更近似的例子是，接受损害原则后，认为某种现在被禁止的行为终有一日不再有损害性，因而现在就应允许这种行为。这恰可与保守主义者的论调进行类比，他们接受冒犯原则，但当他们意识到现在因冒犯性而被禁止的行为终有一日会因为冒犯性消失而不再被禁止，就反对冒犯原则。对此，可以反问，如果终将被允许，那为何不现在就允许呢？保守主义者恐怕只能回答说，即使行为的冒犯性不足以被刑法禁止，但对他们来说，的确有很大的冒犯性。

71 七、作为界限不明的恶的文化变迁：一些具有误导性的模式

保守主义者的最后一种论调可能是最难评价的。持这一论调的保守主义者完全接受本书至此的结论（真不可思议！）。他同意，多数主义不能成为推行道德的依据，基于公平的论调也好不了多少；他同意（追随施洛斯伯格），在反对社会变迁中即使存有利益，在其他条件等同的情况下，那利益也不比与之相对的个人利益更重要；他同意，私下自愿实施的不道德行为顶多是与人无涉的恶，不会侵犯任何人（即使有人的利益被阻退），并进一步同意，阻止这类恶的必要性小于满足个人怨愤的必要性；最后，他同意，与人无涉的恶本身不能成为个人怨愤的依据。他的最后立场必定是，某些（非典型的）与人无涉的恶是如此巨大，在某些情形中，防止这类恶比保护个人自由更加重要。保守主义者在这一点上所能做的就是举出栩栩如生而有说服力的示例，让这种重要性不证自明。不幸的是，他们能举出的最有力

的例子要么是情绪化的，要么是有误导性的，将文化变迁比作物种灭绝或种族屠杀。这不过是因为保守主义者总是试图混淆社会变迁的本质，令他们举出的严重社会变迁的恶具有某种初始的作用力。

保守主义的总结是不客观的，针对（1）技术变革，（2）异族文化影响的非地理性隔绝，及（3）不存在专制控制的情况，文化的发生始终表现为一个自然的持续变化过程。任何“生活方式”（这个措辞或许不太准确）在这个过程中都无法独善其身，万年不变。对此，道德保守主义者要么矢口否认，要么视而不见。他将存在于特定时段的自己的生活方式视为集体财富和珍贵遗产，和其他有价值的事物（艺术品或国家公园）一样，要求被保留并获得“保护”。一想到这项财富消失，他就心烦意乱。就好像想到冰川国家公园失去森林，或者世界失去鲸鱼或大象，人类失去中国人、英国人或法国人。这些想法令人同情，但若要以此推行强制性法律，那么，他们对社会变迁的错 72
误解释以及他们使用的错误类比都会令这同情大打折扣。

在论证道德保守主义的过程中最常见的错误被称为“里普·范温克尔的梦”。和我们大家一样，保守主义者每天有 1/3 的时间在睡觉，而不是一次睡 20 年；在这个期间，他忍受着反复出现的噩梦，担心自己一觉醒来，整个社会满是陌生的异族，穿着奇装异服，说着粗俗不堪的话语，公然实施不体面但无害的娱乐活动。他的噩梦是文化灭绝突然出现；这是恐龙（或者现今受到生存威胁的物种）灭绝的模式，是针对塔斯马尼亚人或犹太人的种族屠杀。他认为，生活方式也有被毁灭的可能，可以保护个人自由，可以将暴力和诈骗犯罪列在刑法惩罚之首，但不应无视文化毁灭的危险。

不过，文化变化总是自然发生的，逐步变化是典型形态。保守主义者的类比完全无视于此。种族屠杀发生相对迅速，且具有巨大的损害性，是消除某个文化族群的邪恶方式。更常见的则是某种非暴力的

同化过程，如中国人对境内犹太人的同化，或者是某种自然发展的过程，如撒克逊人变成英国人的过程既不突然，也未损害任何人。⁴³

即使社会变化是以这种渐进方式发生的，且当中的所有环节都是自愿的，因而个人并未承受损害或痛苦，保守主义者仍能找出一种被一般化的社会损害或“对制度的损害”。后者措辞模棱两可，往往带来诡辩。我们可以这样理解制度受到的“损害”，制度服务于人的需要，现在需要发生改变，制度的功能因此受损，进而个人也会受损。但保守主义者对于这个概念的理解还有一层含义。他认为，即使不谈进一步导致的对人的损害，单是对制度受损就可以提出怨愤。如我们所谈（第一卷第一章第一、四部分），存在可被损害利益的人，才可能存在“被损害”或“受益”的状态，才可能存在让我们感到遗憾或关心、满意或嫉妒的对象。当我们说到石头或自行车这样的非生物物体，或者制度这样的抽象存在受到损害，实际上是拥有这些对象物的人被损害。当道德保守主义者悲叹社会惯例或制度受到损害时，他不得不接受的推论则是，并没有个人利益受到损害。他不过是就惯例本身被恶造成的损失而怨愤，而并不关乎任何个人利益。

常常有人声称，色情杂志、变态性行为等因削弱社会制度的价值而造成巨大的公共损害，比如“损害家庭”。但即使我们现在所理解的家庭未来会消失，即使这是恶，也不能以此得出转变过程对个人造成损害的结论。以物种或文化族群的灭绝作类比是有用的。毕竟，让某个物种以自然进化的方式在若干世纪后成为新的不同的物种，这种“摧毁”方式与以短时间内杀死该物种的全部成员的方式摧毁某个物种在道德层面上是截然不同的。家庭，和其他社会组织一样，都在向着新的方向发生变化。如果变化的各个环节都出于自愿，就不存在未经同意的损害及非个人的怨愤，即使见证者可能会为着逝去的旧传统及他们所珍视的价值流下乡愁般的泪水。

实际上，家庭的变化就发生在当下。法律规定了程序，在法律面前没必要冒险。法律为未婚同居的男女规定了新的权利、义务、责任和免责事由，也为他们的子女制定了新的法律。由于离婚变得容易，性角色也在发生变化，未婚同居作为家庭的另一种形式或未来的形式，已经越来越趋近它要取代的传统家庭模式。明日复明日，每天都是熟悉的，但如果像里普·范温克尔大睡一觉醒来，就会认为发生了一场革命。但那些日日醒来的人可能甚至未曾察觉有何不同，我们会乐于见到满足我们需要的新制度，为我们提供新的选择。

还有一点也很有用。试想一个多元化社会中，如果某个族群的出生率更高，经过一个多世纪，这个族群的人口将更多，在该社会中产生的影响也会更大。可能导致整个社会的人口组成及一般价值观发生巨变，在某些人看来这种改变令他们不快，但这损害了谁呢？谁能主张个人怨愤呢？另一方面，现在如果即以强力干涉，却会令众生受害。⁴⁴

生活方式急剧的革命性改变必将造成社会紊乱、心灵创伤、情感疏离等后果，但自然而然的社会变化却并非急剧发生的。更确切的类比是好比一个早前的物种进化为一个新的物种——原始马进化为马——或者，某种语言的持续变化直至消亡。伊特鲁利亚语言现在已无人知晓，它融入已“死去”的拉丁语，而拉丁语则在经年累月的变化中，逐步变为法语、西班牙语、葡萄牙语、意大利语和罗马尼亚语。现在有谁会为着拉丁语或古代撒克逊口音的消失而流下一滴眼泪呢？⁴⁵在这个历史进程中，又有谁被突然间剥夺了母语而无法与他人交流呢？

听听语言学家的描述——

单词来来去去……最自由变化的部分……往往成为“俚语”。即使那些古板而高贵的单词不断产生又不断消逝，它们仍

留在文学作品中，显示它们曾经存在。有些单词似乎比其他的单词存在得更短暂，但这毫无不道德可言。即使最为人熟知、使用率最高的单词，因而被认为最恒久的单词，以千年的跨度来看，也不过只有 20% 的存活率。⁴⁶

据此，以五千年计，任一自然语言的全部单词都会改变。某个民族生活方式的核心元素（假定该民族一直以“不变的”状态存在。可能性值得怀疑），他的传统语言行将消失，取而代之的是一种完全不同的新的语言。如果这一切是在一夜之间发生的，这种变化足以令整个社区崩溃，但如果有一个长期的变化过程，那就只有少数学究——“语言保护主义者”——才会注意到这种变化。在长时间里发生了成千上万如此微小的构成性变化，如果不是具备有用性，这些变化是不会发生的。当然，并非所有的变化都是好的变化，但有害的变化或造成不便的变化往往经不起时间的检验。

差不多在整个 18 世纪里，绝大多数语言学家和评论家都学到了这个教训。在不知疲倦的乔纳森·斯威夫特（Jonathan Swift）的带领下，英国评论家前赴后继地主张一劳永逸地“固定语言”的必要性，以使英语在外国语言的影响下不受丝毫影响。很多鼓吹者以法语模式立论。“很奇怪，”一位那一时期的历史学家写道，“17 世纪末 18 世纪初，一些活跃在不同领域的名人无视历史，坚信能够遏制一个活的语言的兴衰。”⁴⁷ 实际上，丹尼尔·笛福（Daniel Defoe）也在著作中赞成某个英国学术团体（关于计划的论文，1696—1697）鼓吹以刑法“保护”语言的立场：“该学术团体 [学会] 的声誉足以对生活方式和语言作出评论，未经其授权，谁也不能生造单词。习惯用法自有其来源，它是现今单词的最高权威。生造的词找不到来源和构成，造词和伪造货币一样，都是犯罪行为。”⁴⁸ 幸运的是，笛福说了不算。我

们的日常用语还是不太规整，改变词法也不会被逮捕，再过几个世纪，英语将变得如此不同，以致笛福可能也会见面不识，但笛福未必会感到沮丧或绝望。⁴⁹

道德保守主义者可能会说，语言的变化是必须容忍的，因为事实已经证明，阻止这种变化的尝试总是搬石头砸自己的脚。但道德变化就是另一回事了。你愿意看到我们都进入一个“进化”（他可能更愿意用“腐化”或“堕落”）为满是同性恋的世界吗？自由主义者能对这种可能保持镇定吗？回答这些问题时，我们首先要问保守主义者的问题是，这一切是否明天就发生。（我一早醒来，慢慢发现，一天之内，我竟然已经是这个世界上最后一个异性恋者。）今天不施加刑罚处罚，明天并不会发生这样的结果。不过，如果国会通过法律保护同性恋者的民事权利（类似保护黑人的法律），某些变化可能会以较快的速度发生，估计会有 10% 的人出轨，出现“关于同性恋的研究项目”、有关同性恋史的课程、同性恋俱乐部、协会和政治团体。但这不过为我们揭示了曾经矢口否认的真相。这又会造成何种可怕的社会后果呢？歇斯底里的保守主义者可能会说，对同性恋的尊重会威胁男女组成家庭的联系，并最终影响人类的繁衍能力，“甚至可以设想（约翰·博斯韦尔语），只要可以选择，所有人都会变成同性恋。”⁵⁰

不过，保守主义者不必那么天真。他应该以实实在在的例子向我们展示同性恋在不远的将来对我们社会的影响，那时，我们将无法就此提出控诉。我们生活方式发生这种根本变化难道不是某种固有的恶吗？趁现在还有机会，就应该阻止，即使不涉及任何个人的利益。人人都只顾自己找乐子而不传宗接代，未来会出现一个人人皆是同性恋的社会，这种想象真是荒谬。赋予平等的权利并不会导致现实危险。⁷⁶ 三种可能的基本个人联系是男女、男男和女女。没人再去试图掩盖同性恋关系，社会也不会给他们贴标签。这三种关系的区别正如我们在

宗教多元化社会中看到的天主教徒、异教徒和犹太教徒那样。没有人认为他们的不同有何不妥，一两个世纪以后，我们对此将视若无睹，正如约翰·博斯韦尔所说的，古希腊人并不认为同性恋需要一个名词、一个肮脏的名字来指称。⁵¹

对性越轨行为的主流态度（自发的非理性的厌恶、偏见及严重的焦虑感）一旦消失，将是一个巨变，因为这个变化，“我们可以毫不夸张地说，我们的生活方式被根本改变”，变成另一种生活方式。当然，仅当此种改变在一夜间发生时，我们才能有此定论。如果改变是循序渐进发生的，经历了整整一代人甚至几代人，见证变化的我们恐怕更愿意说，尽管经历了变化，但我们的生活方式仍得以保留。变化的持续性越久，我们越不会感到本质变化的发生。同样地，变化的程度越小，我们也越是会觉得没有什么变化发生。但有两个原则，变化的持续性较变化程度更重要。所以我们说，经历了八百年的变化，英语“还是英语”，而葡萄牙语从西班牙语中分离出来，成为一门独立的语言，这种变化可能在程度上并不大，但却显得更加突然。如果原始马能够记录下进化过程，现代马也会认为自己和祖先一样，并未发生变化。⁵²但是，我们将共同点所剩无几的两个事物说成是同一事物也好，说成是不同的事物也好，有何意义呢？同样，我们说“生活方式”进入了一个新的阶段也好，说它取代了之前的生活方式，是一个全新的生活方式也好，又有何意义呢？道德层面的重要区分不在于本质上的或表面上的改变，而在于改变的持续性和突然性。后者往往是“恶”，但前者根本不是“恶”。

八、“生活方式”

犯罪化的社会代价足以令我们冷静下来，我们要问道德保守主义

者，一个社会的传统“生活方式”值得以如此代价予以保护吗？“生活方式”一词是修辞学上的一般术语，而非社会科学的发明，后者既包括空泛的“文化”、“习俗”等，也包括意义更明确的“宗教”、“道德”、“技术”等。另一方面，“生活方式”一般包括一国文化中所有的重要元素，并从中挑选出一部分用于激发情感、唤起忠诚。因此，所谓美国式生活（和国旗、国歌具有同样功能）曾被认为应包括棒球和苹果派。拉塞尔·巴克（Russell Barker）对这个词的理解则是一所漂亮的独栋房子，“位于镇上的林荫道旁，这是1938年《周六晚报》的封面上描画的。”⁵³房前有一条门廊，全家人可以坐在那里，拿着高脚杯，喝一口自家制的柠檬水。这家的女儿就在门廊上和“邻居家的男孩”拥吻，或者，她更愿意把他带到厨房去听他的甜言蜜语，而不是容忍他“放肆”。当然，这个画面未必符合1938年或任一年份全美家庭的真实面貌，但对那些生活在贫民窟或布满沙尘的农场里的家庭而言，这正是他们期待的生活方式，是他们的“美国梦”。

理论上说，以法律“保护”类似棒球和苹果派这类微小但牵动情感的元素并非不可能。可以设想，对业余足球球员收取特别资格费，对足球收取更高的税，甚至当足球普及到某种对棒球造成威胁的程度时，将踢足球犯罪化。或者控制希腊千层酥的生产销售，防止它们威胁到节日里美国人餐桌上的水果派或南瓜派。实际上，保守主义者并未鼓吹通过法律强制保护烹调、运动、民俗、竞赛、音乐等方面的主流口味，但这些事物都在发生变化，都在吸收外国元素，但只有那些守旧者才会意识到这种变化的发生。如果没有法律强制，这些才真的是“生活方式”的变化。

“生活方式”一词内涵空泛，往往着重于激发情感的琐事，如用于食物和娱乐方面更易为人理解。它其实是某种集合物，当中某些元素较另一些更重要，只有极少数具有本质意义。如果认为烹调方式和运

78 动方式过于琐细而无须法律保护，那么保护宗教也没那么重要（在美国和其他一些西方国家）。宗教信仰包含着个人愿意为之献身的教义。事实上，历史上发生的血腥而无果的宗教战争和宗教迫害除了造成无数亡灵外，别无意义。现代国家的缔造者因此决定，彻底割裂宗教和强制的纽带，因此，各个不同教派的虔诚信徒——过去会因为各自的教堂开战——现在同在一个社区相安无事，并且在生活方式的其他方面保持一致。

在某个民族的文化习俗中，处于强制下的极端元素和处于强制外的其他元素之间形成一个波段。哪个才是典型的“生活方式”呢？女人是留在家中操持家务还是和男人一样奋战职场？孩子是应该早点参加工作还是应该延长受教育时间，成年以后再去工作？丈夫们晚上是应该和全家一起守在钢琴和电视机旁还是到酒馆度过“男人们的时光”？未婚即发生关系还是同居后再发生关系，还是都不能发生关系？人们的日常行为各不相同，但“官方”的自我形象和理想则往往整齐划一。生活方式的其他元素还包括主流的规范和礼仪（学生能否对老师直呼其名？）、说话的方式和规则、服装的样式和着装的规则（男人在高级餐馆是否应当系领结？女人是否能穿家居裤进教堂？）、传统和惯例、历史、国旗和国歌。

主流生活方式和人们对运动及食物的选择一样琐细，以其作为法律保护的对象是荒唐可笑的。1982年递交给美国国会的《家庭保护法案》就是如此。法案试图禁止“未能反映‘传统家庭性角色’的课本或其他资料动用联邦基金：即爸爸去上班，妈妈待在家里操持家务；允许学校委员会禁止男女混杂运动或参加任何学校活动，包括日常的数学课、科学课、职业教育课、家庭经济课等”⁵⁴；法案试图强化家长在家庭中的权威，要求各州无视《防止虐待儿童联邦法案》和《儿童待遇法案》的规定，以及禁止虐待配偶的相关指南，还试图模糊

联邦法律对虐童行为的定义。除了犯罪数据外，道德保守主义似乎正是法案最好的依据，鼓吹者认为保护“家庭价值”和传统方式不被改变的需要甚于防止个人损害的需要。

当然，一个社会的生活方式就是这个社会的主流道德，这可能正是保守主义的立法者声称要以诸如“家庭保护法”等方式加以保护的。他们坚称，和棒球或苹果派不同，道德无小事，实际上它是被称为“生活方式”的那个集合体中最核心、最本质的要素。我们同意，在任何群体的道德中，必然有一部分具有首要的重要性，否则，这个社会将陷入无政府主义，这部分道德需要给予支持、证明及刑法上的保障。正是这部分道德（哈特所称之“最低道德”）使得群体不仅仅是个体的集合，更是一个社会、一个社区。但最低道德却并非使得某个社区具有个性特点，使之在生活方式和其他传统上与其他社区区分开来的原因。如果将最低道德作为各种不同社区的共同点，但道德保守主义者要“保护”的却不仅是最低道德，更是他认为彰显自己所在社区个性特征的那些道德规则。他认为，保持这种个性特征足以成为法律禁止的理由，甚至不惜动用刑法。

九、小结：可控诉与不可控诉的道德

我们所说的道德主要由保护个人利益不受损害及保护个人权利不受侵犯的规则组成。个人有权要求其他人尊重其隐私、尊严和个人自治；当他身处危险时有权获得救助；不受任意的强制或强迫的伤害或冒犯。我们甚至有权要求我们的邻居不要实施滋扰行为，这类行为虽然不会造成直接损害，却令我们不快。只要这些规则被违反，就有人有权提出怨愤，要求救济或赔偿。

另一方面，我们所说的道德当中还包括防止恶的规则，这些恶不

以任何人的怨愤为基础。没有人有权提出控诉，或者为他人提出代理控诉，例如有人心存恶念（却无意实施行为）或错误的信仰，或是没有履行自己的宗教义务。如果这些行为都是恶，它们也是“与人无涉的”恶，不会引起任何个人怨愤。与人无涉的恶不会损害任何人；不会造成伤害、冒犯或不快；它们亦不会引起任何形式的不公。它们至多会令敏感的旁观者懊恼。用法律强制的铁腕阻止它们只会造成痛苦和伤害，而不会对任何人有好处。正因如此，对绝大多数与人无涉的恶采取强制手段在道德上是不正当的。

道德保守主义者所害怕的社会变化是这类无人怨愤的恶当中最主要的形式。早期撒克逊语言的消逝（它有着多么强烈的诗歌意味啊）就是这样的恶，在它消逝的整个过程中，没有人受到损害。进化为现代人的南方古猿的消失是如此；众多日耳曼人和凯尔特人部落融入现代欧罗巴人种的过程，以及他们的宗教融入基督教的过程是如此；新英格兰的乡村生活方式、南北战争前美国南部的种植园生活，以及维多利亚时代对性礼仪的双重标准的消失过程亦是如此。

最后，必须要区分由变好或变坏认定的恶，与以转变的速度和方式认定的恶，后者不考虑变化的起点至终点的相对价值几何。在社会变化问题上，保守主义者并不认为某种生活方式较其他生活方式具有内在的优越性，他们认为，无论改变何种传统文化，都是恶，即使从其他角度来看该变化是某种进步。我们的回应（针对该论点）是，任何极端的文化变化都会带来一些损失。但我们仍坚持认为，社会巨变有可能是大好事，即使要付出某些代价。即使是巨变，代价却未必是巨恶，这类似语言的自然发展或某个生物物种的进化，而非瞬间发生的对人种或教派的暴力毁灭，或过度猎杀。既然无人有权对非暴力改变主张个人怨愤，那么，提前对“生活方式的崩溃”洒泪就不是道德主义或人道主义的表现，而是神经过敏。

第二十九 A 章

自治与社区

81

一、表面上的冲突

保守主义者普遍认为，自由主义者特别重视的个人自治与我们绝大多数人不愿舍弃的某些社区价值无法共处。他们坚称，自由主义者决不妥协的态度将付出巨大代价。我不否认在二者间存在着一定程度的紧张关系，但我认为可以证明自由主义付出的代价并不像表面上看到的那么大。简言之，我会努力证明，自由主义在倡导个人自治的同时，亦已充分认识到人类生活中社区的核心且不可或缺的重要意义。

首先要作出否认。本书捍卫的是狭义的自由主义——针对刑法的设立范围——而本章中反对自由主义的观点绝大多数针对的是更广义上的“自由主义”，逻辑上我认可的并非后者。不过，狭义的自由主义和广义的自由主义之间不单单是语言学上的偶然联系或感觉上的联系。从历史上看，狭义的自由主义并未从广义的自由主义理论中分离出去。即使缺少逻辑上的承继关系，持狭义自由主义立场的学者

往往也支持广义自由主义的某些内容，对此，读者可能先是怀疑而后释然。但现代自由主义者，尤其是以自由主义限定立法范围的学者，
82 没有理由一定要追随现在已看似不足甚至荒谬的传统理论——关于人性、动机的古典理论，以及对社会本质和社会群体相互间联系的过时论调。

古典自由主义理论因其内容空泛又富有弹性，成为传统自由主义最具吸引力的部分。当中不仅包括自由和平等，就算没有别的，至少还包括友爱。自由主义者都知道，要摆平自由和平等的关系已经很难，何况还要协调个人自治与代表“友爱”的一系列价值之间的关系。这些价值在广义上包括成员精神、忠诚、协作、公民精神、公众参与及虔敬。¹（不应将其定义为人与人之间亲密无间、相互关爱，那样一来，就如詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬一样，将其曲解为某种不适当的社会理想。）²

广义自由主义理论的内部紧张不仅被描述为自由和友爱之间的冲突，也可以用另一种术语描述为个人自治与社区之间、“个人主义”和“团体主义”之间的冲突。这种冲突不单是自由主义的内部紧张，也是相对立的理论之间交战的核心冲突，争论却令人困惑，因为争论双方在很大程度上观点重叠，区别只是各自的着重点不同而已，正如在解释人的行为时出现的“人性”与“教养”之争。一方往往将另一方的观点极端化，以便己方的观点在与某种谬论的对比中成为唯一的选择而最终获胜。“个人主义”认为每个人都是一个原子或小岛，其个性的养成是自足自治的，与社会群体无关，如果将个人主义定义为如此荒谬的内容，那么，团体主义当然就是不二选择。事实上，“个人主义”和“团体主义”孰是孰非，取决于要解决什么样的问题。问题很多，可能这个理论可以解决这些问题，而另一个理论可以解决另外一些问题。在某些具有误导性的问题上，个人主义和团体主义甚至可以

同时成为答案。

本章尝试的主题是，在绝大多数情形中，个人自治与社区之间看似冲突，实则能很好地共处，但在极少数不能共处的情形中，自治优先并非没有说服力。团体主义者批评自由主义理论在传递社区的重要形式上至少存在五种不可调和的矛盾。我会在之后的若干小节中分述其中的三个，剩下的在其他部分讨论。对自由主义的第一个反驳是，预设了一个不充分的个人主义的人性概念，无法与人的社会属性共存。这将在第二部分讨论。第二个反驳类似第一个，指责自由主义没有充分重视人生忠于传统的价值，亦即团体的时间维度。这在第三部分讨论。第三个指责仍类似第一个，自由主义忽视了个人归属团体的需要，这个需要不能满足的话，将造成严重的社会疏离，结果就是进入一个彻彻底底的自由社会。这在第四部分讨论。其余两个反驳是，市民道德和公众精神与自由主义强调的自治和自我实现无法共处（散见本章及第三十三章），以及自由主义无法解释麦迪逊（Madison）所说的“本地精神”（散见本书）。

83

二、人的社会属性

为了消除可能的误解，自由主义者首先应承认，社区对人性及个人福祉的基石作用（参见第三卷第十八章，第46—47页），无论是否对“人性”还有任何其他理解，人本质上是社会的产物。他生在一个家庭，这个家庭属于某个部落或更大的政治社区，每个社区都有自己的过往历史，作为这个更大的群体的一员，社区的语言造就了他对世界的最初概念，社会习俗界定了他在社区的角色地位，他一开始就有了某种成员感和归宿感。如阿拉斯代尔·麦金太尔（Alasdair MacIntyre）所说，他发现自己所“陷入”的文化环境并非出于自己的

设计，“亦未经过自己的同意”，它就这么出现在他的眼前。³一旦有了自我意识，他就会看到，自己的身份已经被这个社区或群体决定了。他可以设定自己的目标，但在社区习俗的背景下，只有那些没有叛逆性的目标才能为人所理解。他最初的目标、价值观、认知等都是社会决定的，成年以后即便他特意改变，社区亦仍起到决定性的作用。为了适应社区，一个复杂的现代社区甚至会给他提供反传统主义的传统。

84 在所有文化人造物中，没有什么比语言对我们的个性塑造更具核心意义。我们来到人世，就一定要学习语言，我们的“语言社区”为我们提供了精神层面的社会习俗，这些是我们“一边吃奶”一边学习的。在笛卡尔时代，人们普遍认为人先会思考，然后才能学习语言，语言就像一辆透明大车，帮助我们将自己的想法传递给别人。但自查尔斯·S. 皮尔斯（Charles S. Pierce）和路德维希·维特根斯坦（Ludwig Wittgenstein）之后，⁴更普遍的观点则认为语言是“一种必要的公共机能，通过语言，人类塑造自我并组成社会……共同的习惯、行为、反应和人际交往是……我们精神层面自我描述的全部基础。语言首先是公共的，深植于我们的共同所为。”⁵简言之，个人既是语言传统的产物，也是语言的使用者和主人，语言的使用总是以某种群体习俗为预设背景的。

以此，认为个人成长及其社会化先于社会群体、个人可以脱离社区生存、个人能够自己创造语言，并从一张白纸开始形成传统的观点是荒谬的。我认为，这是毫无争议的。有问题的是，自由主义者所说的，个人有权在自己的适当领域中实现自治的主张是否包含此等谬论。（第三卷第十九章对“个人自治”有详述。）假设自由主义者放弃个人主义的冗余部分、认可人的社会属性，他还是可以坚持他理论的核心部分，即在私人领域有权自治的主张，这种假设并非不能成立。

后文我正是这么做的，我会论证人性的团体主义概念与个人自治是可以相容的。

团体主义者反对的个人主义有两种形式。第一种是关于个人与社会群体地位的本体论，第二种是有关人性本质要素的心理学理论。团体主义者对个人主义本体论的反驳是，这种理论将社会群体简单地视为个人的集合，类似随机聚集在地铁车厢中的人群，群体什么也不是，就是这个人加上那个人，并由此认为个人对群体有着“逻辑上的优先地位”。个人的确可以离开随机聚合的群体，但这些聚合体却无法离开个人，因为群体所有的不过是一个人，除去个人，群体里什么也没有。这种有趣的解释可能只对单纯的人群聚合体有意义，但对复杂群体、社区、机构、组织、教会、俱乐部、单位、街区、非正式社团等来说，这种认识就太肤浅了。当然，这些团体都是由个人组成的，没有他们就没有团体。但他们所在的团体却不仅仅是人群——而是彼此间存在复杂联系的人群，是有着共同目标和价值观的人群，是以情感和忠诚连结在一起的人群，是按照人所共知的规则习惯各尽其职、分担责任、享受权利的人群。如果按个人主义者所说的那样，个体是社区的组成“部分”，那么，团体显然不仅仅是这些部分的和。

85

团体主义者有时会在另一个极端上犯下更加复杂的错误。造成这种错误的原因可能是因为团体主义者头脑中并未清除个人主义，他们只是把个人主义“踢上楼了”。这个错误源于这样的认识，即团体不仅仅是一个个有着血肉之躯的个体的集合，更是某个有着自我躯体和自我意识的超级个体，当中的官员、代表或普通人的权利和义务都是不可削减的。社区有时被称作享有权利的“组织”，一些人是它的大脑，一些人是它的四肢，还有一些人是它的腰。社区中的个人就像人体细胞那样新陈代谢，组织令个人得以生存，组织自身也有其独立的事业。

在某种程度上，个人主义本体论就是以常识反驳不太现实的组织论，正如团体主义不过是以常识反驳天真地将所有团体均视为人群聚合体的观点。这两个常识并非不能共处，我敢说，二者都是对的。⁶人在本质上是社会的，社区因个体相互联系而形成，它们本身并不会变成一个超人。人是社会的人，离开人与他人的联系（成员资格、归属、忠诚、地位、文化传承等），我们无法想象人是什么。另一方面，社会团体就是个人的集合，但不仅仅是一个聚合体，⁷而是以复杂的、有时有层级体系的关系聚合在一起的群体。如果将个人和团体过于对立，要么认为个人是自足的、“逻辑优先的”，要么认为团体是一个道德组织体，这种分析都是先天不足的。

86 有关人性的最极端的个人主义理论认为，个人就是贫血的、“瘦小”而“虚无”的自我，可以离开培育他、为他树立目标、养成忠诚性格的社团，离群索居，这种观点也正为团体主义所反对。一般而言，团体主义的批评包含了一个个人“身份”概念——不是那个困扰历代哲学家的形而上学的概念——而是社会学家用以描述个人自我认识的概念。“身份”这个概念的用法是多变的，在这个意义上至少有两种用法。第一种用法是作为综合概念，包含了被个人认为真的全部自我描述，至少是其自我概念中的重要部分。人的全部身份认识可以包括女人、母亲、意裔美国人、罗马天主教徒、自由主义者、红头发的人、矮个子、聪明人、饱含深情的女儿、舞者、制陶工人。另一种认识更狭义也更具明确规范性：角色、忠诚、承诺、地位或用来描述自我的其他核心概念，是对“自我形象”和“自我定义”最重要的要素。（显然，对人的综合意义上的界定和规范意义上的界定之间的区别是模糊的，只是程度问题，取决于自我描述的序列。）

如果问一个牧师，他是什么人，他可能会坚定地回答，他首先是一个虔诚的罗马天主教徒。可能在说了很多之后才会提及自己来自一

个意大利族群，但这只是一个偶然提及的事实，对他来说并不重要。与之相比，一个意大利餐馆老板可能会首先提到自己是意裔，他倒觉得自己的“信仰”不过是随遇而安，是他的族群带给他的一部分，但绝不是他个人身份中最重要的部分。他住在纽约州和新泽西州交界靠新泽西一侧的地方，这也是事实，但他不会将其视为自我身份中的重要元素，除非他是“泽西岛的爱国者”，因为这将是他和邻居们的不同之处。

迈克尔·J. 桑德尔（Michael J. Sandel）在他那部最近引起反响的著作中，强烈主张社区忠诚在“身份”中的核心地位——“我们承受的条件和承诺合在一起就是对我们的定义”。⁸ 桑德尔是一个出色的学者，有关人的社会属性的论述很有说服力，他写道，以对社区的忠诚“生活着”，是我们理解自我不可或缺的一部分——作为这段历史的承载者，作为这个家庭或社区或国家或民族的一员，作为革命的女儿，作为共和国的公民……如果一个人缺少这些身份，就无法想象一个自由而理性的人，他只是一个没有人性、没有道德底线的空壳。⁹ 至此，桑德尔的观点都是有道理的。但他随后说道，“自由主义者”在逻辑上否认这些显而易见的真理。我认为他的这个说法并不能成立。

87

作为桑德尔反对的首要目标，“自由主义者”的学说源于康德和罗尔斯。康德认为人“本身”是不可知的，是一个“没有性格”的自我。康德对人的这种抽象定义是为了对比他所说的“实证意义的自我”，人的性格在这世界中养成，我们可以直接观察到。康德并不是要否定，我们有着实证意义上的自我、成员资格和社会角色对于人的“身份”至关重要，他的形而上的推测并非人性的一部分。同样地，桑德尔批评罗尔斯（他最习惯攻击的目标）所说的“义务论上的自我是单薄的”，这个抽象的自利的理性选择者躲在无知的面纱后，罗尔斯以他对公正原则的理解，说明人的目的性极强。但罗尔斯将方法

论上的抽象置于无知的面纱后，只是某种具有启发性的方法，而非对人性的“自我写照”。他将公平原则描述为“理性”不过是以之作为某种形象的解释方法。事实上，缺少桑德尔特别重视的那些目标和条件，人是无法存在的，但罗尔斯的本意并非设想一个缺少此等忠诚或倾向的选择者，只不过这个选择者在怀有敌意时并不知道自己该忠实或倾向于何方。认为这种无知在心理学上并不可能的人忽视了一个问题，对传统社会契约论的批评即是如此，该理论的基础正是那无法被证明在历史上确实存在过的原始契约，或者就像《格列佛游记》的评论家说的，他简直一个字也不信。

实际上，作为一个自由主义者，他既不必是康德主义者，也不必是罗尔斯主义者。桑德尔暗示，所有形式的自由主义都有着共同的不足之处，这些不足之处的根源是相同的。和自由主义立场相比，他更赞成“公民身份和社区主张应有更充分表达”的观点。¹⁰他提到，这个观点恰恰是团体主义立场的批评者提出的，

和现代自由主义者不同，他们支持公益政治。跟随亚里士多德，他们认为，如果不考虑公共目标和结果，就无法将政治举措正当化，同样，不考虑我们作为公民和公共生活的参与者，我们就无法界定我们自己。¹¹

再说一次，我不明白，为什么要认定自由主义者在逻辑上会排除
88 “公益”价值，或者排除将其作为参与集体的个人共同追求的目标。其次，既然我们大家都是某些“共同生活”的参与者，那就没有必要存在一个完全重合的共同目标。对某些人而言，“共同生活”的基本内容就是邻里社区，而在另一些人看来，则是家庭。还有一些人可能是科学团体、黑人团体、同性恋团体、教会或者“无神论者团体”。当然，

他们都是美国人（或法国人等），都是诚实公民，但他们的忠诚度取决于彼此间的相互尊重和他们国家的投入，在这个国家里，各种各样的社会群体不受限制地生长。此处之“公益”和自由主义的多元化传统并无二致。多元化的最大敌人之一是主流社区吞并弱小社区，并以本社区狭隘的价值观和传统作为全国性的价值观和传统。

桑德尔指出，自由主义者和团体主义者有时会就相同的政策给出不同的理由，例如，“自由主义者赞成公共教育，希望教育学生未来成为自治者，能够自我选择目标并自主地追求这些目标……团体主义者也支持公共教育，但他们希望教育学生未来成为良好公民，能够为公共目标作出贡献”。¹²再说一次，这种认识是错误的。首先，自由主义是关于国家权力界限的理论，而非有关儿童教育内容的理论。很多美德必须从孩童时培育，成人时就很难强迫他学习了。其次，尽管自由主义者确实希望所有的孩子都能培养理性能力以便进行自我管理，并有能力“选择自己的人生目标”，但他也会敦促教育令孩子们明白，公益亦应成为他们的“人生目标”之一。我认为，艾米·古特曼也有同样的观点。她认为，自由主义者的“公正感”，即在和谐的多元化社会里，人人都享有平等的机会，也是人的自我“身份”的一部分：“我承诺平等地对待他人，亦尊重他人的宗教信仰自由，正如作为犹太人是我个人身份的重要部分，我会和我的家人、朋友一起过逾越节。”¹³古特曼所说的自由主义者的公平感也体现在关注所有社区的公平善（亦是公平追求该善）上。桑德尔所说的，自由主义者不支持公益政治，似乎没有看到这一点。他甚至可能说自由主义者对公益自有其特定的理解，即以相互尊重和兄弟般的忠诚传统连结在一起的多元群体和谐共生。

桑德尔关于公益乃独立于社会正义之外的观点并不可取。如果 89
最具综合性的公益由各组成社群的好处构成，则各社群在追求自身好

处时就应有所限制，除非所有社群的目标完全和谐一致。布莱恩·巴里（Brian Barry）很好地说明了这一点：“一个理论，只要没有简单到‘我的计划是好是坏’或‘我的国家是好是坏’，就要准备好适用某种外部标准来检验作为个人身份要素的对承诺的追求……桑德尔的观点应该倒过来。正是在‘奉献给城市、国家、正当或信念’最鼓动人心之时，正义对追求活动的限制才是必要的。”¹⁴“公益”对政治活动是如此重要，无论是自由主义者还是团体主义者都要提及，这正是为何不应将公益理解为独立于正义以外的事物，而应视其为自由主义最重要价值之一的原因。

简言之，自由主义者虽致力于个人自治，却并未排除他在政治论证问题上对公益的依赖，亦不会以各社区的好处来解释公益，每个群体都应受到正义和公平原则的约束。损害各社区的利益最终会损害其个体成员的利益，但当中的某些利益是波斯特玛所说的“集体利益”（第二十八章第九部分），亦即群体中有自我认同感的全体成员共同的、相互联系的利益。其次，自由主义者从来也不会无视人的社会属性及群体成员资格对我们所有人的重要意义。他会像密尔那样坚持（参见第三卷第十九章第二部分），个人的自我实现是对个人的善，个人自治是获得这个善的必要条件。但他必须承认一个显而易见的事实，我们在这个过程中自我实现的东西，绝大部分都深植于我们的社区，也是社区首先为我们实施自治行为以实现个人自治创造了条件。¹⁵社区的某些部分塑造我们的个性，使我们成为我们，如我们的家庭和国家，这些不是我们选择的结果，而是先辈的努力得来的。虽然我们骨子里由社区而来，但自我却是自由的，能够作出随后的选择，自由地进行个人自治，作出新的承诺，并为自己的身份带来新的结果。自我创造（参见第三卷第十八章第三部分，第33—36页）在社区创造的框架内是可能的，即使这种自我创造力本身也是社会的产物。我们无法从

零开始，彻底重建自我，也不能拉着自己的头发把自己提起，但在面对当下时——这也是社区的产物，能够通过个人自治改变人生轨迹。谁都不是万能王，但谁都不容轻视。

三、传统

自由主义往往不强调传统的价值，因此，必须在此详加解释，并明确自由主义应当坚持的立场。我已经认同社区成员资格在个人事务中的基础地位以及我们每个人都有在社区生活的自发冲动。在各种社区中，最重要的或许就是那些联系紧密、持续长久的社区——“记忆之区”，如罗伯特·贝拉（Robert N. Bellah）及其赞同者¹⁶所称呼的那样，这些社区由过去构成，这种结构使他们无法忘记过去。据贝拉的说法，维持过去的主要方式是社区“经常讲以往的故事，有既定的叙事”，传奇和历史故事使它们区别于其他社区，不断强化本社区的理想目标。群体的故事往往由英雄事迹的传说构成，传达出本社区对个性和美德的定义，或者，“是一些令群体痛苦的回忆，这些故事往往比成功的故事更能强化本社区的特征”。¹⁷以种族形成的社区即属此类回忆型社区，宗教社区亦是。“每周或按本社区年历不断往复地讲故事，讲述他们自己是何人，讲述本社区的英雄烈士。”¹⁸在既定的叙事中，英雄或烈士的真正血统并不重要。欧洲人并不是《圣经》故事中那些伟大人物的后代，但他们对共同宗教传统的遵从形成了某种必要“精神纽带”。同样，国家将公民团结在一起的记忆纽带中的人物不必是他们真实的祖先。

回忆型社区不仅仅依靠既定叙事，贝拉和他的赞同者认为还有“承诺……礼仪、美学的、伦理的……习惯，它们以忠诚和义务的形式维系着社区的存在”。¹⁹典礼、庆祝、假日、哀悼、公开朗读、重建标

志物等正式活动都有助于维持联系、保留传统。

- 91 家庭群体很难成为“回忆型社区”。王朝可能是家庭传统的例外，但他们只是家庭中的一类。对于众多普通家庭来说，对过去的怀念总是短暂的；几代人的聚集并不稳定；成员各处分散，逐渐淡漠。“家庭也可以像社区一样，回忆过去，跟孩子们说父母及祖父母的故事，怀抱对未来的希望——若无社区的大背景，家庭亦难以维持。当历史和希望都被忘却，社区仅仅意味着人群的聚集，社区就崩溃了……”²⁰维持单独的家庭叙事的一个重要困难在于，每代人都通过婚姻融入其他家庭，每次婚姻都会产生新的家庭叙事，原先的各自家庭叙事就被淡忘了。单一家庭传统很快就消失，特别是当新的家庭不能很好地融合之前各自的家庭叙事时更是如此。随着后代的延续，这种双倍的淡忘一遍遍地重复发生，而家庭中没有机构组织，缺少官员出来维持秩序并保留档案。不过，还是没有理由否认，一代、两代或三代的家庭传统真实，历史简单，往往仍是“[短期]记忆型社区”。

一旦我们搁置相对明确的情形——教会、族群、国家、家庭——“记忆型社区”和“传统”这两个概念就会显得空泛。例如，有“学术传统”（亚里士多德主义、实证主义）和某学派的“传统”（“心理学上传统的假设是……”），文化传统和制度传统（如，普通法传统、美国的戏剧表演艺术传统），体制类型的传统（“传统的西方大学授予学位时，要在典礼上穿戴各专业特有的学位服和学位帽”）和特定制度类型的传统（“我们大学的传统是要求学生去古老乡村教堂举办的典礼时穿着蓝色服装”）。²¹而传统当中还有传统（新教和天主教都属于基督教传统，但又有各自不同的传统）。甲、乙、丙都以美国传统为荣，但甲和乙以劳工运动的传统为荣，而丙，作为公司总裁，则以通用汽车公司的传统为荣。甲比丙更自然地接近乙，但因为他和丙都是天主教徒，在这方面他又更接近丙。我们在不同传统中分分合合。在现

代大国中，最大的社区其实就是各种子社区组成的复杂结合体，这些子社区都有各自的传统和“既定叙事”。无论我们意识到与否，我们都身在传统之中，并以传统解读这个世界。如贝拉等人所说，“别无容身之处。”²²但是，在现代多元化社会里，我们发现需要以多种不同的传统解读自己的人生，甚至包括我们并不认同的那些传统。即使在所有为我们认同的子社区中都有我们的身影，我们还是像跑在不同轨道上的列车。

绝大多数社会学家都喜欢将现代社会的多元性比喻为地质现象。传统中暴露在外岩层可以在很多地方见到。宗教改革时代（福音派教会）和启蒙时代（A.C.L.U.），在同一座峭壁上既可以看到13世纪的经院哲学，也可以看到19世纪的浪漫主义。主流传统并不会消亡，它们不过是变成非主流，独行其道罢了。岩石山倾斜了，所有的岩层都暴露在外。“我们的传统”就是由不同传统组成的传统，一个多元混合体，正是这种混杂为表面岩层及其生长的土壤提供了坚实基础。

在某个特定的社会中，某些传统机构的存在是因为有那么一些人愿意通过这些机构连结在一起。在某个极端上类似在超市选购商品。传统陈列着，我们选择最适合自己口味的那些。还有其他一些传统，我们一降生就身在其中，当我们意识到的时候，这些传统早已深入我们的身心。后者对社会生活的影响正是阿拉斯代尔·麦金太尔在他的研究中特别强调的。²³

按照麦金太尔的说法，自我源于他所在的团体，既定叙事从他出生、成长到死亡，从头到尾伴随着他。人生就是叙事，背景就是他所说的“环境”——一种体制、一种习惯，或“一种人物圈子”。²⁴（注意，麦金太尔用的是单数，暗示某种联系紧密的环境。）“但我所理解的背景最核心的内容是，它有一部历史，这个历史是群体中所有个

人历史的背景，没有这个环境及其随时间发生的变化，任何个人的历史……都无法想象。”²⁵ 要充分理解这一点，需要我们将情节置于特定的叙事历史中，包括个人的历史和环境的历史。个人生活叙事应被
93 纳入更大的制度过程，如果不将人生作为背景历史的一部分，我们真的没法解读人生。“我所说的历史，是戏剧式的叙事，剧中的人物同时也是编剧。人物不会无中生有，他们被安插在剧本里，故事的开头已经被前面出场的人物定好了。”²⁶

麦金太尔还用这个比喻说明古代斯多葛派哲学家爱比克泰德（Epictetus）的生活方式。²⁷ “我们登上并非由我们设计的舞台，扮演并非由我们设计的角色。”²⁸ 麦金太尔还用这个比喻描述类似古代斯多葛派的态度，即我们责任由我们承担的角色决定。他们想说的实际是，这个角色的义务构成了这个角色。父亲就是应该承担……义务的男人，士兵就是应该承担……义务的人等。我们要做的不是挑选角色，而是把自己的角色演好。但那是爱比克泰德的观点。麦金太尔是这样说的：

要是我能回答“我的故事是什么，我所处的背景有什么样的故事？”我就能回答：“我该做什么？”我们来到人类社会，带着与生俱来的性格——角色，进入已经写就的剧本——我们必须了解剧本，才能理解别人对我们的态度以及我们对他人的反应……我决不能仅凭个人追求利益、展现德行。我是别人的子女、表弟、叔叔，我是某个城市的居民，某个职业的从业者，我属于某个氏族、部落、国家。我的利益就是我们这些角色所处环境的利益。我继承了我的家庭、城市、部落、国家的历史，继承了债务、遗产、期待和责任。这些构成了我的人生，是我的道德起点，体现了我的人生独有的道德性。²⁹

麦金太尔所作的戏剧比喻很恰当。³⁰ 在 20 世纪里,道德中心和角色分配都易被夸大。我常常徒劳无功地向学生证明斯多葛派有关“我的角色和义务”立场的合理性。他们可以理解的是,作为子女,他们对自己的父母有义务,通过契约,对自己的配偶、拍档、雇主等有义务,对自己的承诺有义务。但他们不认为人对自己的“角色”没有选择余地,不认为当自然自我的义务和既定角色的义务发生冲突时,总是应当服从角色义务。当然,在现代民族国家中,与人作为男人或女人、儿子或女儿的身份不会改变不同,人的角色不会固定为农夫、士兵、母亲、教师或流浪汉。我们不再通过父母的地位及其留下的遗产“揭示”我们在世间的位置。现代青年的典型问题是在多种选择中确定某个目标。在这一点上,旧式社会有很大不同:如艾伦·瑞安(Alan Ryan)写道,“奥德修斯可不能宣称自己不爱打仗,而更适合做喜剧演员。”³¹ 现代学生更难接受的还有希腊神话中,总是将两难悲剧描述为不同角色的同样重要的义务相互冲突的情况,而不是“单纯的良知行为”(现代术语)和角色义务之间的冲突,即一边是“良知”、“正直”和“怜悯”,另一边是角色义务。根据瑞安的说法,希腊人“讲述的都是决定的、角色实现的活动,而非个人实现这个角色的计划,即使他的计划和角色设定恰好重合。”³² 94

将麦金太尔判定为单纯的斯多葛派未免失之偏颇,因为他更复杂的论述是亚里士多德主义的。但这些情况告诉我们,在适用于现代社会时,他的真实想法很容易被扭曲。调整好着重点对于在各种“相互交融”的子社区³³ 并存的现代社会中生活的角色有更大意义,而这些子社区处在家庭至种族或族群或国家之间。我们必须站在更靠近家庭一侧的位置,这里的子社区都是范围较小的相对无体制机构的群体,如邻里联合会、本地教会、学会、俱乐部、学校、校友会、娱乐团体、政治“组织”和党派等。这些群体对于现代社会的个人交际生活来说

具有重要作用，与麦金太尔所说的“被设定好的角色”相比，人们更愿意接受这些群体的成员资格、联系。以人的社会属性而言，如果不是义务或债务的来源，则它们正是我们的“善”的基础。当然，麦金太尔既提到了家庭和国家，也提到了职业和行业，但后者并不想作为儿子或女儿或某国公民那样，不是为我们事先设定的角色。

95 在现代社会，要回答“我该做什么？”并不必须先考虑“我是谁，我被设定的角色是什么？我的背景故事是什么”在很多人生的十字路口，我们仅当作出行动的决定后，才会发现“自己是谁”。作为新教教徒，我应该和这个天主教女孩结婚并改信她的宗教吗？作为身在明尼苏达州的一个失业的铁矿主，我该去南部在计算机行业里找份工作吗？要是我这么做，是否意味着我抛弃了自己的社区呢？是否意味着我离开自己的父母呢？这些问题需要理性分析，而不应从某个预设的义务中寻找答案，因为我们不清楚自己被设定的“义务”究竟为何。不管怎样，我们的社会再也不会回到麦金太尔所说的社会了，“在一个设定好角色地位的既定性极高的社会里，每个人都有一个既定的角色”，³⁴ 每个人都很明确自己的身份。当问题变成选择角色、追求目标时，我们要做的就不只是考虑自己是谁了。

麦金太尔有关从亲缘关系和公民身份中继承角色的说法非常正确。我怀疑角色和个人利益之间的联系是否如他所说的那样紧密，³⁵ 但我认为，我们必须向他承认，我们通过继承获得的内在固定角色的确随附了“各种债务、遗产、期待和责任。”麦金太尔在解读对过往暴行的集体责任时，这一观点的作用被发挥得淋漓尽致。他谴责“现代美国人拒绝为黑奴制度负任何责任的态度，这些人总说什么‘我可没拥有过一个奴隶’……”，“英国人则说，‘我从没侵犯过爱尔兰，为什么要把以往的历史栽在我头上？’”，以及“年轻的德国人认为，只要出生在1945年以后，纳粹对犹太人的暴行就和他没有丝毫关系。”他

认为，这些言论“表现了同样的态度，即自我可以和它的社会历史角色分离。”³⁶

对此，我认为，应该说自我是多重的，某些自我可以剥离，而另一些自我是无法剥离的。更重要的是，历史角色也是多重的，某些令自我更难以剥离。新教教徒可以变成天主教徒，农场主家的第四代可能会离开故土，成为一名计算机工程师。有一点麦金太尔说得很对，等到个人对这世界有了成人意识，那时想不做美国人、英国人或德国人可就太晚了。要想在某个方面脱离群体，就得否定个人身份中其他自我身份的重要标志。彻底断绝关系的做法即使是可能的，也是极其困难的。³⁷ 这是非常艰难的，不是靠放弃本国祖先（比如）以剥削奴隶而获得的利益就可以完成的，需要放弃作为某个群体成员的资格，而这个群体和另一个群体之间存在某种道德关系。这个群体的所作所为，作为群体，在整体上承担责任，而这种责任被分配给所有成员，世代相传，正如国债那样世代相传，即使举债的那代人已经逝去。因此，麦金太尔总结道，“我是谁，是我继承了什么的核心内容，特定的过往仍被包含于当下。我发现自己就是历史的一部分，我喜欢与否，我意识到与否，我承认与否，都不能否认自己就是传统的承载者。”³⁸ 96

话题可能扯远了。德国青年否认作为德国文化中的特有内容，选择成为一个无传统的德国人。而一个身处特定道德关系当中的德国犹太人可能是一个无神论者，无论愿不愿意，他也不是传统的“承受者”。实际上，每个人都是一个持续向前的超世代的社区、一个准司法体的成员，在集体性方面好比一个团队或一间公司，无论成员是否乐意，都会将它的债务分配给所有成员。

非洲黑人被卖到美国为奴当然不是我的错。我不会为那些早生我很多年的黑奴所承受的痛苦，或者为现在的黑人因早期的状况而承

受余害去谴责谁。当然，我也不对这些历史悲剧负有罪责。错误、指责和罪责在缺少实际侵害行为和故意时是不能传递的。³⁹但麦金太尔说得对：我也不能完全逃避责任。我和早期的奴隶主穿着同样的“制服”。我们的“队伍”经历岁月直到今天，我仍（不可磨灭地）是它的一部分，我继承了它的历史并融入其中。我不是要谴责我们，但作为一个群体，我们的确应该受到谴责。因此，对黑人的某些道德态度对我来说是很恰当的：在某些尴尬的场合，有必要作出保证，某种发自内心的悔意——感同身受的自责——一种羞耻感。为自己的祖先感到羞愧并不比为自己的祖先、国民等感到自豪更不理性——正是他们给我们确定了自然身份，否则，将是另外一些人确定我们的自然身份。当他人的行为以某种方式映射到我们身上，我们就会为他人感到羞愧或自豪。虽然早在我们出生前就已经发生，但我们的政府是以我们的

97 名义犯下当年暴行的（麦金太尔例子中的美国人、英国人和德国人就是如此）；即使到今天，那些暴行仍以我们的名义发生，这个名字伴随着历史的记录，将一直跟随着我们。即使我们个人没有错，我们个人不必为此承担罪责，但耻辱却一直在那里。

不可否认的是，我们不可避免地一定程度上从我们的群体继承了过往的角色，这些角色随附了债务或义务给我们，它们会成为我们个性特征中的固定组成。麦金太尔说，这些观点“在现代个人主义者看来似乎有些异类，甚至感到震惊。因为个人主义者认为我的选择就是我。”⁴⁰其实，只有极端狭隘的个人主义者才会这么想，而这种个人主义并不为自由主义者认同。我们要牢记，自由主义的主题是对国家权力的限制或国家权力的边界。尽管如此，对麦金太尔的观点做些调整还是可行的。自由主义坚称，在个人自治领域，个人有权管理自我，但这并不是说个人能够在所有的选择上都能够得偿所愿，或者说，个人可以脱离目标和承诺，或者说，我们可以脱离

自己的皮囊。我们的自我身份多多少少如麦金太尔所说，但这些自我同样也是权利主体和人生决定者。自由主义者对传统的看法是，国家应该将社区传统丢开，不要以强力限制或约束它，而应由社区自己解决自己的历史问题，记录自己的故事，找到自己的发展模式，自己去和异见者或改革者辩论。这不仅体现了国家的正当角色，也是发展传统的最好方式。

麦金太尔本人很赞同后面这个观点。他的一篇文章解释了他对传统不同于保守主义者的理解，约翰·斯图尔特·密尔要是看到这篇文章一定会很开心：

这些学者一般都跟随伯克的方法，以原因对比传统，以冲突对比传统的稳定性。但这两种对比都是混乱的。因为所有的推理都是在某种传统思考模式下进行的，超越批评，设定迄今为止在那种传统中被推理出的所有界限。这 and 现代物理学以及中世纪逻辑学一样正确。若传统的状态良好，对利益的认识就是，追求这个利益正是该传统的意义和目标所在。

因此，若某个机构——大学、农场或医院——是某种传统规则的继承者，它的存续将一直伴随着持续性的争论，大学应该是怎样的，好的农作应该是怎样的，好药应该是怎样的。传统，在面临存续危机时，总是包含着持续性的冲突。当传统已经成为伯克式的，它一定垂死或已经死去了。⁴¹

同样的观点，密尔也曾一遍又一遍地叙述过。⁴² 当传统要依靠严密监控才能防止改变时，它已经在正统地位上僵化，它对个人的重要意义已被扼杀。挚爱传统的人们将会跟随麦金太尔，转而和密尔式的自由主义者站在一起。

四、异化

我们的时代（已经讨论了一个多世纪了）典型的社会弊病是传统社区崩溃，及其导致的人与人之间的普遍性疏远或“疏离”。该词已经成为神学作品中描述人的环境条件的常见术语，⁴³ 卡尔·马克思（Karl Marx）用它描述深陷资本主义困境中的工人，他们“和自己的劳动产品之间是不相容的”。⁴⁴ 社会学家往往在更广义层面上用它描述个人焦躁不安的孤独感，任何个人在被取消群体的成员资格后都会有这种感觉。交流、归属、“被界定”、被接受、具有群体成员资格并在群体中取得某种地位是人的本能需要。如果确如桑德尔和麦金太尔所论证的那样，我们的身份感主要源于我们所处的社区及我们的成员资格，那么，一旦我们的社会联系被切断，我们的身份就是狭小或“空虚的”，其后果就不仅仅是疏远或沮丧，而是人格解体。

有人说“对家庭生活的需要”加上“待在家里的需要”就是我们的社会动力。⁴⁵ 试想一个来自中西部乡村的青年人，离开他的家人、邻居、俱乐部、教会，去纽约寻找梦想。在纽约，他发现四周全是陌生人，有着各种肤色和口音，有很多群体，但没有一个对他发出邀请，他无处可去，哪里都找不到家的感觉、被接受的感觉，找不到归宿感和安全感。当然，纽约没那么差，到时我们这位孤独的访客就会找到和他有类似想法的成员组成的群体，热情地接受他的加入。但他还是被沉重的孤独感压迫着，即使能偶尔遇上几个热情友好的人，也无法抚慰他的情感，因为他需要的是一个（或两三个）有一定组织性的群体。如果因为种种原因，他无法找到这样的群体，那么他的疏离感就会更加严重，直至某种极限，他将不得不自杀。⁴⁶

流行文化中出现了一种对小镇的怀旧风。与早前文学作品暴露并谴责“小镇民众”冷漠伪善的写作风格形成对比。与小镇青年在大城市找不到家的感觉相比，早前的文学作品则描述了敏感的年轻人在家乡感受到的令人窒息的压力，他们的个性被群体性压制，创造力被“羊群效应”磨平，隐私则被那些爱管闲事的人侵犯。

对家庭、邻里、小镇这类小型社区的看法似乎有两种。一个理想化的自给自足的小世界，有人说它安逸，有人则说它令人窒息，而一个更大的世界，有人说它疏离，有人却说它没有压力。我们可以谴责小群体要求整齐划一的压力，忠诚的成员都是没有头脑的应声虫，也可以赞扬它们是消除孤独感、局外感的庇护所。我们可以高举自治、自由和个人主义的标语，也可以高举社区、友情和公民美德的大旗。对于“我们这个时代最大的恶”，我们既可以说是疏离，也可以说是社会压力。但正如很多其他令我们迷惑的主题一样，这种对照是错误的。显然有两种情况会错过目标。人要么付出个体性的代价，在群体中像羊群一样被同化，要么保持独立，像原子或孤岛，付出归宿和“回家”的代价（托克维尔同样强调的危险）。⁴⁷ 但没有理由认为这两者是不可避免的，我们必须在这两者中择一轻害。在同化和隔绝之外，还有一种选择是将个人整合到与他意气相投的群体中，他既不会被抑制，也不会被疏离，除非他愿意，他仍可以保持他的正直和自由。

当然，个人的需要和脾性各不相同，某个社区可能对这个人来说令人窒息，但对另一个人来说却正是他所求。此外，即使群体之间也各不相同，这个群体会扼杀众人，但另一个群体却一点也不会。这个家庭看起来很沉闷，另一个则很冷漠。这两种适应不良的问题可以用同一个方法解决。社会应该包容各种各样的子社区，以满足各种各样的需求和口味，我们的政治经济组成应当鼓励这种发展，有目的地制定相应的政策。与其建立一个强硬的、综合的、意识形态整齐划一的

社区，以便在公民的日常生活中发挥主导作用，倒不如拥有满足各色人等需要的特色丰富的子社区更重要。在多元化社会中，对一个统一的意识形态的心理需要可以通过建立一个自由主义状态来满足，即相互包容并尊重他人权利的信条。这个信条如美国的经验所示，反而可以激发这个国家的传统和英雄故事。

真正的对立并非存在于不同立场的个人或社区之间，而是支持多元子社区共存与支持一个统一的、综合的、公共的社区之间的对立，即个人组成的小群体与大写的社会之间的对立，后者具备小的社区所不具备的全部功能，一个超级家庭、超级教会、超级团体，主流的传统就是那唯一的传统，人人都没有头脑，却也各安其所。

很多社会评论家都曾提到集权主义。20 世纪典型的独裁政体往往产生于社会联系崩溃和疏离感普遍之时，其发生路径有两种。首先，如果我们当中的绝大多数人都陷入人格崩溃而急于找到“归宿”，我们就会成为“失去面孔的众生”，准备接受一个超级社区的操控。如果社会中缺少足够的子社区，对成员资格的强烈渴望会令人自然地走进由全权政府搭建的畜栏，因为只有这样，个人才能找到他所需要的社会集体感和归属感。集权主义对异见者的反应，不是像自由主义者必然会建议的那样，恢复多元形态，平衡各类团体，而是以一个整齐划一的状态加以解决。罗伯特·尼斯比特（Robert Nisbet）描述了这个结果：

新的秩序就是一个绝对而彻底的政治社区。作为社区，它排除了可能与新秩序形成竞争的所有形式的成员资格和身份。为了体现绝对性，它坚持所有思想、信仰、成员权都应限于此社区结构内……这个集权国家的历史身份并非源于某个人、某个集团或某个阶级的绝对权威；而是源于这个行政国家的组织结构

无限延伸到社会生活的各个领域，这些领域先前是由多元的社团分别占领的……⁴⁸

集权主义成功的另一种途径与多元化和私人机构的平衡崩溃有关。社会关系始于家庭及“因共同的兴趣和文化需求组成的非正式小型团体”。⁴⁹以人的社会属性而言，如我们所说，社团交流对个人的福祉而言至关重要。但尼斯比特告诉我们，社团的数量在不断扩展至更大的社会团体、教会、商会、劳工联合会、大学和行业协会。这些对个人而言都极其关键，“其中任何一个都可能对成员形成全面控制。”⁵⁰在一个不稳定的体系中，某一个社团可能会逐渐壮大，直至吞并对手，断绝其他机构产生的可能，使得少数派的需求无法得到满足。很快，一个全权机构将吞噬整个国家，并延伸到公民日常生活的各个领域。伊朗或许就是这样一种模式。

无论集权主义威胁到谁，防止的办法是培育“一大批社会中间力量和多元化的‘私人自治体’……”⁵¹当疏离感普遍出现并成为威胁时，弥补的办法就是为公民提供大量机会，令他们“归属”最适合的“精神家园”。如果威胁主要源于一个超强的“私人自治体”，补救的办法就是检验并平衡各类社团。桑德尔等人认为以国家权力建立传统是防止集权主义的最好办法的观点是有误导性的。他认为“生活方式混乱、根基松动、传统不再最易导致不容异见”⁵²，这一点他可能是对的。但要在众多传统中确立一个也是不正常的，因为要确立一个传统，势必会削弱其他，剥夺很多人寻找归宿的机会，结果会造成更多的疏离感。另一方面，如果人人都被纳入主流传统，就会产生出现伊朗模式的危险，随时都会摧毁那些不太壮大的社会中间力量。最稳定也是最公平的做法就是建立一个发展多元化、尊重差别、尊重权利的社会。

101

五、何为社区？

“社区”一词很流行，现在被随处使用，为明确起见，首先还是应该给它一个相对狭义的定义。我们听说过（英语使用者的）“言论社区”、“大学社区”、（民族的）“欧洲社区”、“执法者社区”（可不是“罪犯社区”）、“同性恋社区”、“黑人社区”、“数学社区”、“科学社区”、
102 “商业社区”、“天主教社区”、“街坊社区”（区别于邻里）、“退休者社区”等。首先要解释的是，在这些用法当中，共同点是什么，或者说相互之间存在哪些重要的交集，为什么要将某些用法排除在外。

我认为可以从程度上理解“社区”概念：不同的社会团体作为社区存在程度上的差异，或者，如果大家不反对，即是“社区性”程度不同。我们先从相对严格的定义入手，然后推及在社区性程度上类似这个“标准社区”的各种社会团体。这样，我们将可以避开讨论一个社会团体需要具备哪些特征方可称为社区的麻烦。同时也可以解释，为何我们不愿将某些社会团体贴上社区的标签。

我们可以从罗伯特·贝拉提出的一个相对正式的社区定义入手：“社区由相互间存有社会依赖关系的人群一起组成，他们共同参与讨论及决定，遵守相同的规则[认为对自己有好处]，社区由这些规则界定，亦是这些规则的环境背景。这种社区的形成不会太快。它总是有一段发展历史，这段历史以及对这段历史的回忆也是社区的一部分。”⁵³ 注意，如果群体没有一段长长的历史（如家庭），其社区性程度就没有到达百分之百。同样地，社会依赖关系亦可令群体更趋近社区，可令一些群体较另一些群体更趋近社区。在大型社区，共同决策往往不易达到，但在这方面做得不够的群体可以在其他方面补足。商事协会衡量活动的唯一价值标准是利润，而缺少贝拉所说的“规则”

(或“承诺的规则”)。但某些商事组织把自己的活动视为某种“事业”,是本质上有价值的活动,这样一来,他们的组织可能更趋近于社区,尽管他们还是为着赚钱而活动的。

贝拉等人将他们提出的社区的严格概念与另一个被他们称作“生活方式飞地”的概念进行对比,他们将后者定义如下:“某个生活方式飞地的成员通过共同的服装、消费和休闲活动等表明他们的身份,并以此区别于按其他方式生活的群体。一开始,他们彼此间并无社会依赖关系,也不共同参与政治活动,也没有共同的历史回忆。不过,当这些开始出现,这块飞地也就开始成为社区。美国有很多被称作社区的群体实际上是狭义社区和生活方式飞地的混合体。”⁵⁴典型的生活方式飞地如(所谓)“退休者社区”和“青年文化社区”。退休者社区的成员除了在消费和娱乐方面同样便利且口味相近之外,相互之间并不存在太多的共同之处。打桥牌或高尔夫球并非他们的“事业”,或某种工作形式。他们仅仅是某种“方式”的一部分——愉快的生活方式,但也没什么意义。贝拉认为很多退休者像是收到(美国式的)“爱邻居”的指令。他们“认为,他们关爱身边和谐相处的邻居和他们飞地里的其他成员就是完成责任,不用理会喧嚣而悲惨的外部世界。”⁵⁵在这块飞地上,没有得失,没有共同的事业或共同的目标。从更大的目标上说,飞地的“成员们”(如果可以这样称呼)一起自私自利,而非协作努力。与其说它是社区,不如说是一些舒舒服服地集中于一处的人群。

“社区性”还有一个特征未被贝拉提及。一个社会群体需要怎样的组织性方可成为社区。毫无疑问,认为组织性(有程度之分)是社区的充分或必要条件的观点有些过头,但组织性有助于引出社区的另外一个特点。美国哲学学会设有总部、办公室、预算、章程,它的一项功能就是加强美国哲学教授之间的联系,以便形成一个类似社区的组织。组织者就是社区的奠基者和建设者。组织的一个特点是设有一

名“发言人”——以组织的名义发言的工作人员。反过来，一个组织往往以它所代表的社区的名义发言。个人或者是社区的成员，或者是组织的成员，或者两者都是。有时，一个社区中的组织水平很低；所谓规则不过是一些习俗或松散的惯例，没有正式的章程、预算或办公人员。不过它还是可以作为一个社区而存在，因为尽管它的组织性不够，但它满足作为社区的其他原则，很多成员，甚至所有成员都可以以社区的名义发言。

如我所说，有执法者社区，但没有罪犯社区。为何如此？答案很简单，因为犯罪人群体是单独行动的个人或小群体的简单相加。它们不像警察部门那样有组织，也没有正式发言人。他们更类似音乐爱好者、宠物狗主或集邮爱好者，各自做着同样的事情，而不像教会会众、学会或警察部门。另一方面，黑手党倒是具备社区的很多特点，不过黑手党存在的理由就是搜刮钱财，因此，贝拉不愿对它们使用“规则”一词。

104 篮球校队不能称作社区则有别的原因，即使在某些方面它的社区性程度很高。它给成员归属感，尽管只是一个共同的爱好将他们连结在一起，却在一定范围内造就了非常紧密的相互联系和最高的忠诚度——人人为我、我为人人。但篮球校队并非严格意义上的社区，因为成员各自的人称相互交融的程度非常有限。相比之下，一对拥有长久而幸福婚姻的夫妇却几乎共度一生。它的“成员”之间有着最强韧的纽带——爱和感情、共同的财产、共同的价值观、共同的责任、共同的经历和共同的朋友。不过，婚姻太过美满反倒不能成为两个人的社区，因为社区的成员必须具有一定程度的独立性。

更普遍的观点则是由亚里士多德提出的。在他对城邦的讨论中，城邦是包含各种社会群体的社区，亚里士多德强调，社区是包含多元的联合体，共同的价值、信仰和兴趣使他们紧密地联结在一起，但同时要求成员仍相互独立。成员们在某些问题上采取共同的立场，但在

某些问题上则无此必要（亚里士多德批评柏拉图对保护者的共同性要求太多），⁵⁶ 因为是“各有不同但彼此尊重的人和睦相处”，⁵⁷ 而非不同的人变成一个人。亚里士多德的意思就是我们所说的个人一体化概念，即处于同化和隔绝这两个极端之间的中间路径。

现在我们小结一下社会群体因社区性不足而不能成为贝拉所说的严格意义上的社区的各种情形：

1. 组织存续时间短（如临时委员会）。
2. 成员之间的联系过于狭窄，只占据人生的很少部分（如校队）。
3. 共同点过于宽泛，只是具有最低限度的共同性。（这正是为何没有“女性社区”或“男性社区”——但可以有“女权主义者社区”。）
4. 共同的兴趣、目标、价值非常薄弱，很难保持成员的忠诚度（如高中生校友会）。
5. 未能形成传统，缺少信仰或信条。
6. 无共同信仰、理性或价值作为基础（如生活方式飞地）。 105
7. 缺少组织和适当的“发言人”（如“罪犯社区”）。
8. 联系过于紧密（如婚姻极其美满的夫妇）。

某个社会群体可能符合其中某些特点，却又不符合另外一些特点，因此可以称之为“准社区”。

狭义社区概念对某些理论很重要，尤其是在对疏离的理解上，但广义些的社区概念也同样重要，特别是在政治稳定性的问题上。根据狭义的社区概念，绝大多数人都只是少数几个社区的成员——或者是教会、大学（对大学教授而言），或者是慈善团体、政治团队和业余合

唱团。但在比较广义些的社区概念里，我们可以同时是很多社区的成员——教会分会，邻里自卫协会，单一政治或道德行动团体（美国公民自由联盟、生育计划协会、生命权协会、美国防止虐畜协会、女性天主教徒禁欲联盟、全国步枪协会），大学同学会，娱乐协会（渔猎协会、园艺俱乐部、音乐团体），行业协会和分会（美国律师协会、法学和心理学学会），劳工联盟的地区分支，慈善协会，小型团体和全国性大型协会，族群团体。在多元化社会里，这个清单会很长很长。按照贝拉的定义，我们会发现当中很多群体是“不完全的”或“准”社区，或者只是广义上的社区。这无关紧要。重要的是，它距离自由主义者所认同的公平社会有多大距离，在那样的社会里，群体多多益善，允许它们自生自灭，它们的成员或热情高涨，或索然无味，无论怎样，外界都不会以任何形式加以干涉。

六、成员属性的多重性

106 社会并不像旧式个人主义者所说的那样，由单个的原子或孤岛组成。但它也不是我们一开始暗示的，由岛上一簇簇的人群或随波逐流的“分子”组成。要保护并进一步联合作为子社区的小群体，就需要大型社区满足我们找到归属的需要，否则按照贝拉对社区的严格定义，我们和身属其他子社区的其他公民之间的联系将十分脆弱。大型综合社区，无论是否有政治性，如都市，或者更大型的“私人自治体”，如全国性的行业或宗教协会，都不属于严格意义上的社区，但它们往往是社区的社区，如罗马教会，它是众多各地方教会社区及教会赞助者的组织，而 A.F.L.-C.I.O 也由数以百计的“地方组织”组成。我们已经说明，要防止集权主义，就要有众多多元组织的存在。本节，我们将看到，大型组织以及其他不能被称作“完全社区”的群体，有

助于联合分散的子群体，也有助于建立以网状纽带连结而成的一个综合性社区。

为什么一定要有一些主流的大型社区？特别是，为什么需要一个全国性的超级社区？在这件事情上我们似乎没得选择。一开始，我们就被放在一起，两亿三千万人，便捷的交通，单一语言的交流，使我们成为事实上的联盟。在很大程度上，我们彼此需要，为了经济上的合作和危机时的互助，除了我们在狭义社区内的成员之外，还要算上其他人。我要和陌生人打很多交道，如果陌生人无法获得我的信任，就会出现著名的霍布斯所描述的自然状态。其次，“团结就是力量”，力量就是安全。在这些显而易见的需要之外，还有很多需要不易为人察觉。学者所说的“疏离”可以通过接受小型社区加以缓解，但如果他的信任、同伴感和共同的目标价值都受到本地群体成员的限制，日日相见的其他群体的人们都对他侧目，他的精神状态就会崩溃，无论我们称其为“疏离”或者别的术语。不变的爱国心，没有大国沙文主义或好战思想，这才是人性的真正需要。

建立并加强全国性综合社区的一个方法（或许是一个不可或缺的方法）就是确立一个人人接受的意识形态，设定一个人人宣誓效忠的理想，一个充满英雄和苦难回忆的传统。我将在下节讨论这种社区形式的建立。本节我们探讨一个私人联盟的健康网络，包括被严格定义视为“类似社区”的群体，像个人一样联合起来。联合的另一个路 107
径是体制分割或传统遏制。新教和天主教分离开来，新教教徒中的自由主义者从保守主义者分离开来，高级教会和低级教会分离开来。行业协会分为更为专业的学会。美国哲学学会现已分为几十个专攻哲学中不同领域的学会，一部分仍在其羽翼下，另一部分则已成为它的“竞争对手”。但这种分支化仍包含着联合。社区又包含社区，形成新的社区，无论是母社区，还是分裂出来的子社区，都忠于同样的理念。

天主教和新教，说到底，都属于基督教，它们共同的信念甚于将它们分离开来的区别。犹太人和基督教徒都有着“犹太教和基督教传统”，这为形成新的社区奠定了基础。

通过地方多元社区建立更大社区的一个更有趣的路径则是，在自由主义社会普遍存在成员资格的交叉的现象。两个人可能在一些重要方面是相同的，在另一些方面则不同，他们的需要有些是互补的，有些是接近的，有些是相互冲突的，有些则是利益一致的，有些相互促进，有些相互对立，同样，他们的智力、理想和信念也是如此。因此，你所在组织的某个成员可能不喜欢你参加的其他组织，他可能在某个问题上是你的同盟，但在另一问题上却是你的敌人。但他只是一个人，不是两个人，也不是更多人，所以你总有方法去解决和他的关系问题。你肯定和他有着某种程度的共同点，至少你会尊重他，因为至少在某一个组织里，你们是同盟者。

在一个开放的多元化社会里，充满众多子社区、准社区、类社区组织，人人都是参与者。⁵⁸ 如果每个人都是很多社区的成员，这种成员资格的交叉将被放大。自然的多元化需要和态度总会在某种程度上联合起来，又在某种程度上各自分离。我们在一个群体的一个问题上赞成他们，又在另一些问题上视其为陌生人，甚至对手。但，再说一遍，他只是一个人，他和你之间的全部多元联系就是如此，而这个人也是某个首要群体的公民。

为了更好地进行论证，设计一个成员资格的交叉模型可能有用。假定有十个组织对人们开放：它们分别是美国自由公民联盟（A.C.L.U.）、生命权利协会、音乐欣赏协会、美国防止虐畜协会（A.S.P.C.A.）、女性天主教徒禁欲联盟、自愿慈善协会、商务会所、野外协会、历史保护学会和公民发展协会（创立者的游说团体）。成员对组织设定的目标基本认同，但他们对于其他组织，还是可以保持高

度多元性和随机性。这样一来，禁欲组织中可能既有爱动物的成员，也有讨厌动物的成员，A.S.P.C.A. 中可能既有饮酒者，也有戒酒者。我们追踪十位公民的成员资格情况，每个人都是五个组织的成员。如表 29A-1 所示。

表 29A-1 交叉的成员资格

109

A.C. L.U.	生命权 利协会	音乐欣 赏协会	A.S.P. C.A.	女性天主 教徒禁欲 联盟	自愿慈 善协会	商务 会所	野外 协会	历史保 护学会	公民发 展协会
阿贝尔 贝克尔 查尔斯 道克 厄尔利 其他人	贝克尔 福克斯 金贝尔 汉普 艾伦 其他人	阿贝尔 查尔斯 道克 厄尔利 琼斯 其他人	阿贝尔 贝克尔 伊尔利 福克斯 琼斯 其他人	查尔斯 道克 金贝尔 汉普 琼斯 其他人	阿贝尔 厄尔利 福克斯 金贝尔 艾伦 其他人	道克 金贝尔 汉普 福克斯 艾伦 其他人	贝克尔 查尔斯 道克 福克斯 艾伦 其他人	贝克尔 查尔斯 汉普 艾伦 琼斯 其他人	阿贝尔 厄尔利 金贝尔 汉普 琼斯 其他人

这十人中，绝大部分都和其他人一起拥有多个成员资格，而绝大部分成员资格都有两至三次重复出现。这些交叉的成员资格将这些群体集合在一起，编织成一个更接近社区的组织，这些交叉的部分都参与将绳拧成网。群体之间的纽带就像蛛丝，“是丝线和结头组成的工艺品”，而非钢圈，但总归聊胜于无，能够保证首要社区不会因最小的压力分崩离析。对于一个群体的成员，其他群体看起来也没那么陌生，拥有交叉成员资格的人能够养成尊重他人的习惯，培养解决冲突或妥协的技能。群体成员学习尊重局外的其他人；因为他们知道，在另外某个组织里，他可能又会成为局内人。

七、自由社区的想法

对全国性社区的描述与其说是一个由千百万相互独立的“原子”

或“随波逐流的分子”的集合，不如说是一个由私人联盟组成的巨大网络。个人组成的组织严密的群体就是“分子”组成的基本稳定（或许应该是“不太稳定”）的社会实体。尽管有用，但尚不足以使个人结成⁹¹¹一个满足每个人需要的综合性社区。某个被公认的意识形态是必要的，它能提供一整天全国性目标和理想，以及某种集体性的“利益观”。在这一点上，人道主义者认为，自由主义无法提出一个必要的意识形态，因为它在人的善问题上持有中立立场。根据自由主义立场，国家的角色是保护个人追求善的权利，无论个人是独立的，或是和他人相互联系的，都不应受到不正当的干涉。建立一套教条，或藐视一种信仰，以强制性法律规范个人的品位，或者禁止表达非主流观点，¹¹⁰这些做法在自由主义立场看来应当都是国家权力的滥用和职权的僭越。但如果自由主义不同意理念冲突双方中的任一方，则争论还将继续，无法提出一个必要的同意立场，社会只能呈现彼此间联系脆弱的“分子”集合状态，而无法成为一个联系紧密的稳定的联盟。

自由主义者可以回答，他的教条的确包含某种统一的“利益观”，理想的善是某种社会性的善，是个人如何共同生活的方式。它对个体性的善的定义是抽象而多变的。个人的善包含了人性的实现，既然人性是多元的，那么，人生的自我实现也就因人而异，还是留给个人及他们所属群体自行解决。对多元化的保护本身就是一种社区利益，这也是为什么说组合性的证券投资是谨慎的投资方式，或者杂交的物种不容易灭绝。

人道主义者对此会有三种回应。首先，他会说，自由主义者对（社会性的）善的中立立场会令个人分散而非聚集，因此，根本不能成为有效的社区建设者。自由主义者可能会说，他们建立了更多的社区，小型社区，成员依靠相互容忍和尊重。理解和容忍的纽带使得这些小型子社区连接在一起，成为一个全国性的社区。这样，门诺派村

庄和嬉皮士团体都是全国性社区的组成部分，他们可以为其他人的权利奉献己力，而又能相安无事地自行发展。但如果我们都是门诺派教徒，或者都是嬉皮士，都是马克思列宁主义者，都是清教徒，都是神秘主义者，不是可以建立一个联系更加紧密的统一大社区吗？在某种程度上说，这是真的。但亚里士多德的观点恰好可以在此拿来一用：群体如果过于统一，反而不能成为社区。合并的两个公司不能成为这两个公司的社区。社区最低限度应当满足的一个人性基本需要是，“相互区分但互补的人们和谐相处。”在自由主义者看来，社区就是各存己见的人们相互尊重，和谐相处。⁵⁹

其次，人道主义者可能会说，自由主义者所说的社会性的善是空泛的。尊重他人的权利是好，但这不应被视为善的全部。如果人人都要克制，不去干涉他人的权利，那么我们就其实什么事情也做不了。如果唯一的道德信条就是，不当干涉他人自由是错的，那么，没人知道究竟应当怎样生活才是对的。但自由主义者认为，他的理论并不是要提供良好人生的全部指引。它只回答一个问题，即国家权力的正当范围何在。它不提供完全道德手册，而只提出国家行使的权力原则。而它亦不必定限制国家发挥其功能。自由主义国家会不断通过公共教育系统，培养公民对权利的尊重，灌输对这个尊重个人自由的国家的自豪感，形成英雄已死的传统，敦促公共服务、公共慈善和相互协作——这些都是自由主义者始终珍视的美德。指责自由主义立场空泛，不仅仅是说自由主义不让政府发挥职能，更是认为自由主义（始终）不能令政府发挥功能。但政府强制的限度并没有这些内涵。我们可以通过政府的良性鼓励，用法律上的自治作出道德承诺，主动选择帮助他人。个人权利的安全并不必然导致自私自利或反社会的个性。简言之，自由主义的意识形态并不空泛，而自有其形式，它的框架可以纳入人道主义者最珍视的社会理想。

人道主义者现在可能承认，自由主义的意识形态既不离心，也不空泛，但可能是不完全的。他可能还是会抱怨，自由主义的意识形态不足以构建一个强有力的全国性社区。他可能会指出，在历史上的某时某地，爱国者将自己的生命奉献给了他们的上帝、他们的国王，或者他们的国家，然后问道，同样的奉献会出现在一个由权利组成的抽象体系中吗？在这个问题上，空谈不如实证。自由主义的雄辩没有诗意，却很激昂，很难三言两语道尽。伯利克里的悼词和林肯在葛底斯堡的演说都不及莎士比亚笔下亨利五世在亚金科特的演讲（希望激起同志情谊、自豪、名誉和荣耀）更加雄辩，但重读后者时，很多人都扫兴地快要闭上眼睛。但伏尔泰的那句自由主义口号——“我不同意你所说的，但我誓死捍卫你说话的权利”，以及约翰·斯图尔特·密尔在《论自由》中对多元化的褒扬却能激起真正的热情。我认为，毫无疑问，人们可能会，事实上也正是为更加雄辩的自由主义立场而感动，为兄弟情和社群而感动。美国式的爱国主义可能包含很多元素，包括对国土和祖先的热爱，这些元素包含着他国祖先所不知的对自由的感激和对美国式体制下的宪法权利的自豪。当他们说“我自豪，我是一个美国人”（或一个英国人等），有多少人是在为身处这人人皆可自由追求人生梦想的体系，身处这百花齐放的国度而感到自豪！

在自由主义式的权利体系，公民的真心投入可以从两个方面加强国家的社区感。每个人都意识到应当尊重他人的权利，因此，每个人既是权利人，又是潜在的原告。在此之上，每个人都应像尊重（并非法律意义上）自己的兄弟、同志、伙伴一样尊重他人，因为对方反过来会尊重他的权利。每个人都视他人为平等互惠的自愿参与者。“无论如何，我都会尊重你的权利”，一个人会对另一个人（任何一人）说，但“我不仅视你为权利人，更视你为和我分享共同利益的人，分享某种令人羡慕的社会性美德的人，我欢迎你，对你有‘家人的感

觉’，你是‘我们中的一员’，是我们这些人（尊重权利的人）中的一员。”因此，社会性利益的最高层含义就是真诚的手足情谊。

本节我已经就自由主义不能提出一个统一的、建设性的社区意识形态的观点作出反驳。当然，我们不能证明，只有自由主义意识形态能建立或促进社区繁荣。尤其是在更小的也更同质的团体中，曾有一些统一社区和强大的民族是高度非自由主义的。与其证明自由主义是唯一正确之选（这个任务不轻），不如试着反驳那些认为自由主义不足的言论。自由主义和社区是相容的，但仅仅如此吗？从内部逻辑上说，这句话可能真的就是二者关系的全部。不太可能证明自由主义较其他非自由主义立场具有固有的道德优先性。但从实证上说，在我们特定的历史背景下，我想可以得出的结论远比那句话要多得多。我们这样具有历史性的社会，很大程度上说是一次次无果的宗教战争和政治角斗的产物，人口众多而多元，无法弥合彼此的不同而只能选择容忍，没有别的意识形态能够做到如此，没有别的意识形态能够中立地面对各不相同的本质，一个有倾向性的国家反而更容易造成分裂。⁶⁰

不过，人道主义可能会指向一个更完全意义的宇宙取向，即非自由主义意识形态会产生离群的人。奥克塔维奥·帕斯（Octavio Paz）是希望在政治意识形态中寻找更大安慰的拉丁美洲和欧洲学者的典型代表，他的某些评论有关个人在更大的秩序体中的位置。他在近期著作《反射》⁶¹中评论美国的传奇历史，就是将“终结性问题”——“人生及其意义的问题”归于“个人自治”。自由主义者、极其美式的娜奥米·布利文（Naomi Bliven）回应说：“我无法想象任何其他制度，当然不是那些刺探我思想的政府。”⁶²这个评论表达了对倾向性意识形态的深刻敌意和怀疑，这在一个为正统思想和政府功能之外的人提供庇护所的国家再自然不过了。布利文看到帕斯对这个问题的进

一步评论后，思考了更多，但她的回应还是充满自由主义的冲动：

[帕斯]认为……缺少一个单一的主流信仰，缺少一个全国性的历史目标，会使我们很难说清，从集体的角度看，我们的行为所为何来——我们是什么。我不敢肯定在一个文化中是否能够轻易地总结出它的优势。我想，我们还有另一种作为美国人的方式。我的学校记忆暗示，作为一个美国人，就意味着我不属于任何有着共同信仰和目标的集体，而只是某种人——一种不畏惧权势的人。⁶³

通过政治意识形态建立全国性社区的一个路径是确定全国性活动的目标为何，集体信仰或预设目标所表达的那个终点。另一个路径同样有效（在已经呈现多元化状态的社会中甚至更加有效），如布利文所提醒的，即推崇自由主义美德（尊重人权、思想开放、不谄上傲下），这不会给我们带来某个集体任务，但会为我们提供人人各自追寻目标的实质支撑。

八、社区与自治之间仍存在紧张关系

不应轻易认定个人主义自治与社区之间存在冲突，冲突其实存在于个人行为与公众态度之间。例如，琼斯私下阅读色情小说的权利与“一般美国人”的“性含蓄传统”。后者是一个综合性群体，尽管有这方面的主流倾向，但人员混杂，来自异见子社区的成员和来自其他子社区的主流人群可以相安无事。在这种情境中提到“社区”是有误导性的，即使没有损害或直接冒犯，激起众怒也是限制或侵犯自治的理由。毋庸多言，自由主义者不会被这个理由“打动”，也不会认同二者

间存在冲突。他可能会觉得单纯法律道德主义者的解释倒稍好些，即个人的该等行为本身是某种与人无涉的恶，没有这种行为的发生，这世界会更好些。即使的确如此，只要个人自治受到尊重，这也不能成为法律强制的决定性因素。

当“社区”规模更小或更明确，或者异见者对社区成员造成“集体性损害”时（参见第二十八章第九部分），情况就发生变化。即使如此，哪怕自由主义者已感觉到当中的利益冲突，他仍会站在个人一边，因为对个人自治的干涉是比这个人对其他成员造成的集体性损害更严重的损害（参见第二十九章第四部分）。但人道主义者很快就指出，冲突既真实又迫近的反例同样存在，此时，偏向社区的决定应该不会激怒自由主义者。

不能总是由自由主义者出面抱怨，比如，以限制性约定在居民小区推行统一装饰标准，某些业主不许按自己的喜好装修，另一些业主则被迫修建草坪或粉刷房子。这些冲突很自然地理解为个人利益与个人认同或不认同的集体利益之间的对立。立法者和司法者必须谨慎地平衡这二者的利益，并考虑“损害的严重性”、“冒犯的可避免性”以及其他因素。例如，拒不服从合约的业主在签订合约前是否充分理解合约的内容，是否出于自愿，如果他选择不加入，除了留在此地是否有其他选择。⁶⁴ 此情形中甚少存在某种法定的美学上的与人无涉的恶需要防止（导致这个地方的某种传统样式消失），即使存在（第二十九章南塔基特的例子），也只是需要考虑的因素之一。

不过，有些极端的人道主义者将在街区推行美学标准的模式推及至推行各种传统规则或信条的情形。我认为，罗杰·斯格鲁顿（Roger Scruton）在这段黑格尔式的文章中表达的就是这个观点：

……长久以来，人们认为，某人不能自由地处理自己的房

115 子，不仅仅因为他的某些处理方式直接“损害”了邻居，[假设斯格鲁顿所说的损害是指房产贬值。]也可能是因为未能获得当局的许可而无法拆除、改建甚至重新装修他的房子。之所以如此可能完全出于美学的原因，是本地的特点问题，“传统式的外观”——简言之，是公众对他的房子的外观的期待……美学在计划中的优先性有着巨大的影响力。它表明以法律推行视觉延续性并无其他正当性理由，这个理由不是为着实现个人自由，而是对社会意识的表达……⁶⁵

以强制力推行邻里守则的依据还有一个不算太模糊的解释，这种解释更靠近自由主义立场，认为以国家权力约束个人权利是为了保护大家的共同利益。每个人都同意将自己的房屋保留为传统样式，得到的保证是，其他人都会这么做。这不仅保证每个人的房子都有较高的价值（这个利益是独立的），还能保护某种相互依赖的利益，某种源于成员资格的利益。推行这种约定有其政策上的原因，除非这种约定不合情理地排外（如族群内部的约定），或者对事先不愿加入的业主执行事后法，或者当异见者遭受损害时，他获得的补偿与其他人的获益不成比例（强制性的涂料中含有令业主生病的成分，而要另建新屋对业主来说代价过高）。

邻居们为了保护他们的利益，有权“要求某个人的房子外观应当如何如何”，但并不能由此推出，邻居们“有权要求某个人应当如何生活，私下应当如何行为，应当有何信仰”。邻居们在这些问题上当然也可能存在某种集体性利益，但如我们所述（第二十九章第四部分），对这种利益的损害，无论这个集体人数如何众多，都不会比被强迫者所遭受的损害更严重。一般而言，集体性利益（在损害原则下）不过和其他利益一样，在权衡的时候需要慎重考虑。在斯格鲁顿看来，国

家有权就社会意识先发制人，个人权利此时根本不应成为问题。即使承认绝大多数人的群体传统的重要性，亦无必要以某种确定的方式选择其中一边。集体性利益也是个人的重要利益，是好事。但和个人利益相比，提升集体利益在某些情况下代价极高。

在这类冲突将要发生之时，认为双方毫无共同之处的假设是一个巨大的错误。这种肤浅的“二元论”错误由艾米·古特曼（Amy Gutman）在批评人道主义时所揭露。她提醒我们，“求诸自由主义政策是为了协调而非抑制为美好人生所必要的众多重要元素。”¹¹⁶她提到自由主义在这方面的成功，例如，通过许可证制度允许开设成人书店（自由主义者和色情书读者都会点头），同时限制开设地点和营业方式（保护传统式街区）（参见第二卷第八章第二部分）。这样，个人在本地街区并不受他不喜欢的改变的影响，而生活在该街区的异见者也可以获得那些不受欢迎的书刊，两全其美。这并非以强力推行综合性社区——城市或民族——的愿望。

当然，有些冲突的弥合比成人书店的例子难得多。个人的利益本身也会和身处复杂联系网络中的其他人的利益发生冲突。有时，“关联性利益”并非“集体性利益”，而是那些趋同的个人利益的集合，如年长者希望所在社区安静祥和，他们往往倾向于禁止在小区饲养宠物。仅仅趋近的利益不会像集体性利益那样引起人道主义者的关注，如保留教会的传统仪式，但自由主义者并不会这样区分衡量。不过，即使在自由主义者看来，禁止饲养宠物也可能是正当的，他也可能就禁止带小孩的家庭生活在特定社区的法律的正当性有不同的判断，此时，家庭成员的利益远高于宠物饲养者的利益。个人与邻居间的利益冲突还存在更难以抉择的情形。街坊组织有时还会入禀法院要求颁布禁止令，因为并无限制性约定在先，所以并不能根据某人建造了一栋非传统建筑而要求其承担违约责任，不过他们认为，仅凭该建筑对社

区遗产造成的冒犯，就应当被禁止。或者，应向立法机构建议禁止某种式样的建筑，或者通过社区保护条例授权某个委员会以授予或撤销建筑许可。

117 无论立法机制如何，保护街坊社区传统的问题是复杂的，尤其当这些社区交错缠绕，成员遍布市井街区。当传统与某个地方有关，那往往难以法律——尤其是刑法——推行街坊社区的想法，而不践踏外人的利益。要么是个人权利，要么是“社区价值”。自由主义社会的法律总是支持“身处局外”的个人，但这对社区（相互交叉融合）而言并不必定是悲剧。往往可以做到，在忍受轻微不便的同时，以非强制手段保护社区传统。

《纽约时报》的记者 J. 安东尼·卢卡斯（J. Anthony Lukas）提供了一个应时的例子。他仔细考察了马萨诸塞州位于波士顿郊区的查尔斯顿，其主要人口是爱尔兰裔美国人。他发现这个过度发育的街区是研究美国社会道德分裂的样本，一边是“平等”价值（即我所说的自治，人人都平等地享有权利和自由），一边是“社区”——“温暖、亲密、舒适的家，教会，酒馆，以及像心中家园的街坊”。⁶⁷ 在美国历史的很多不同的时间和地点，都更倾向保护个人权利，但也不是出现社区至上的情形。卢卡斯给出了后者的几个例子：

马萨诸塞州的温斯洛普有着高度的共同性，这源于那个“契约”，即一批批定居者和上帝之间的约定。通过加入这个集体，清教徒不仅接受了一个神和一个宗教，还接受了一个政体、一部法律和一种忠诚。这个小镇无法容忍多元：萨德伯里通过法律禁止“那些不适合我们的行为”；戴德罕禁止“不同的见解”。

在我们现代人看来，这个情形相当丑陋，既狭隘又偏执。卢卡斯

提醒我们，“注意，社区应该控制它们的发展——即使以局外人为代价——这其实一种源远流长的美国价值。”

由于美洲殖民地的环境是这样，居留者形成一群群小型且相对自给自足的农场社区，清教徒的规则尽管是非自由主义的，却也是合情合理的。价值观不同的外来者没有理由加入，本社区的异见者也完全可以离开，搬到其他未开垦的土地上。对那些愿意留下的人来说，自治和社区之间没什么区别，因为和其他人有着共同的社区价值，所以，一个人自由地进行个人自治与提升社区价值是相互映照的。实现自我管理的那个“自我”身份同时也表现为对社区的忠诚。当然，这种情况不会持续很久。经济社会愈来愈复杂化和专门化，移民潮汹涌而至，打破了原本的宁静。开始，导致刚性自律的清教徒社区崩塌的压力来自全国性政府。讽刺的是，全国性宪法及其最早修正案在推行个人权利时反倒令社区更强大，不过此处指广义的而非狭义的社区。它使得各种不同的社区连结为一个更强大更统一的全国性社区。削弱了原本可以保持子社区多元化特征的居民排外性，各类群体本身则在对权利的共同尊重之下联结得更加紧密。不断增加的共同经历和经济独立性，连同这种共同的纽带，造就了更加团结的“美国人民”，尽管来自不同文化背景的千百万移民涌来，使得人口结构更加复杂。经过长久的发展，早期地方自治主义的理念仍然存在并不断发展。按照托克维尔的说法，“地方自治”和“国家保护个人权利”是“美国两个相互独立政治系统模式”的两大基础，直至南北战争期间，二者发展为不可调和的冲突。 118

自由主义者总是鼓励发展私人联合体，无论大小，包括街坊社区。基于人的社会属性，自治的个人总是希望和同道者一起追求目标的实现，而在提升群体计划的同时，达致自我实现。但社区保护和发展并不必定陷入和个人权利的冲突。谨慎计划和灵活操作往往可以弥合这

些价值，当冲突似乎不可调和时（如南北战争期间，地方自治与解放奴隶之间的冲突），保护个人权利则是决定性的因素。

在当下及可预见的将来，地方社区并不会遭受地理上的孤立（有一些例外，如阿米什人的农场和大型黑人聚集区）。它们往往分散或隐没在城市之间，人口也不稳定。当黑人、西班牙裔美国人以及其他族群不断涌入时，一个爱尔兰裔美国人如何才能保住他的传统型社区呢？他可以加入爱尔兰文化组织和俱乐部，甚至长途驱车参加集会。他能找到一家爱尔兰小酒馆，里面满是爱尔兰裔美国人，有他的亲戚朋友，尽管周边已经不再是单纯的爱尔兰地区。至于新来者，他可以组织起新的交叉型社区，招纳在本地区存有共同利益的人加入，正如
119 他总是很乐意在非爱尔兰教会中所做的那样。并非所有社区都要求成员来自同一地区或要求邻里同质。

但以美国的近代史来看，这种紧张仍然存在。当人口结构发生变化，街坊学校的教育也会发生变化。孩子的同伴可能来自不同文化背景，不同的口音、不同的礼仪、不同的关注点，以及不同的生活方式，都会使孩子受到影响。在一个持自由主义立场的州里，法律明文规定对个人自治权利的基本保护，这种紧张关系只能通过社区内部的自愿行动加以控制。只要怀着良好真诚的愿望，个人权利和社区价值就可以得兼，而后者已不直接与地域相关。变化的速度会被放慢，以便各不相同的群体能够相互吸收特点，致力于族群传统的私人协会可以在异质街区中不断发展壮大。著名的“熔炉说”就是一个不幸的例子。当社区逐渐统一，保留个性的个人要尊重他人，并和他人发生各种联系。结果，不断壮大的就是亚里士多德主义所说的“相互区别又彼此互补的人和谐共处”的社区。一个新的街坊社区出现，覆盖了原先那两个互不相同的社区。更大的地方性社区直至全国性社区也是这样不断整合统一。

期待社区整合的过程总是如此平顺就太天真了。更多的情况是，外来者的涌入不受控制，变化既猛烈又突然，空气中弥漫着危险。本地群体的善意被战斗或逃离的本能取代。显然，这正是卢卡斯描述的情形，种族公平和街坊自治的矛盾“发展到极其危险的程度……正是因为……二者并非在对与错之间进行选择，也不是在独裁制度与良好政策之间作出选择，而是在相互冲突的价值之间作出选择，甚至是在对与对之间作出选择。”在卢卡斯所说的冲突中，或者在其他一些选择困境中（如事实上的种族隔离对公共汽车乘坐规则），他觉得两边都可能正确的观点毫无疑问是合理的。双方可能都有主张的利益，都应受到道义上的尊重。但令我困惑的是，相互冲突的价值是截然不同而无法对比的，还是总是具有完全等同的说服力呢？社区的主张就是同样希望保留体现自己组织价值的人的共同主张。也可以被视为个人自治的集体表达，因为每个人都有权自主“选择自己的生活环境”，具体说，即和其他同道中人生活在某种环境里。个人对种族公正的主张，有时似乎与他人的社区权利发生冲突，也应被视为某种群体（或子群体）权利，因为个人（如桑德尔和麦金太尔始终提醒我们的）身处群体当中，很难想象他能脱离群体。 120

其次，两相冲突的价值具有完全等同说服力的情况几乎不太可能。说这是“真正的悲剧”有点夸张。若一个群体的合法利益和他人的基本权利发生冲突，总是应当判定基本权利一方获胜。在南北战争中这一点就非常清楚，一个建立在黑奴基础上的传统生活方式不可能在道义上占上风。一个传统被终结，社区要从头开始，这的确令人遗憾，但毫无疑问，这样的社区被摧毁，与黑奴制度相比，对个人自治的侵犯还是较轻的。南方人仍是南方人，但一个更大的社区，国家，却比以前任何时候都更加强大。

在公立学校中实施事实上的种族隔离政策是对公平机会的阻碍，

甚至是对基本权利的侵犯，但其严重性远远比不上黑奴制度。另一方面，它对群体利益的支撑作用也远不及黑奴制度对南方农场的支撑作用。只要能够对新来者展现热诚的欢迎和协作的愿望，即使没有共同的地域，族群社区最宝贵的特点仍可得以保留。要以社区的荣耀之名证明一个“或战或逃”的政策，正如以敌对为“手足情”，以冷眼和排外为“友爱”或“公民精神”那样是奥威尔式的含糊其词。说到底，“捍卫邻里”的最佳方式就是设立有关邻里关系的政策。

九、小结

如果自由主义的内涵是社区价值并非人自我身份的核心元素，社区仅仅是人群的聚合体，社区生活并不形成传统，远离社区并不会造成疏离或其他严重后果，那么，自由主义理论是站不住脚的。自由主义者并不否认以前自由主义的确曾包含过这些观点。但以其规范性的陈述，没有理由继续背负这样的包袱。在坚持认为个人的自我管理权利十分重要，但个人同时也是社会性存在方面，在坚持认为个人在社区中拥有的与其他成员共有的更重要利益方面，自由主义者并不比人道主义者逊色。他的社区成员资格，他的既定角色，他的群体忠诚感是他之成为他的重要因素。因此，更通常的说法是，它们是他个性的一部分，是决定他人生的“真我”。他所继承的这些因素永不消失。他一来到人世，这些因素就已经固定下来。而从另一个角度说，这种“固定”伴随他的一生。在现代社会，他的职业或交易、他的政治取向，甚至他的宗教信仰都可以由他自己选择。他的人性决定了他对成为社区一员的基本需要，他继承得来的东西使他有着自己的倾向和脾性，但他还得靠自己实现自我。他的努力奋斗总是在社区大背景下，和他人协力进行的。

自由主义者注定要保护个人的行动自由，使个人能够自主决定人生，选择道德信仰，因此，自由主义者同样也会坚定支持小型子社区的发展繁荣。政治国家侵占了这些“相互联系的组织”的基本功能，将它们吞并，或者禁止个人相互发生联系，那它就已经践踏了个人自由中最重要的部分，这正是自由主义者一直警告我们的可怕后果。个人应当保留自由的自治领域以便按己愿行事（参见第三卷第十九章第一部分），这意味着个人组成的社区也应当有按己愿展开活动的自由。只要存在非主流少数派的个人，就一定有非主流的社区，他们会结成同盟，身处主流之外。

自由主义者也会强调个人在需要、脾性方面存在巨大差别。在过度紧密的群体中，强制力对某些人更危险，而对离群索居的人来说，疏离感则更危险。这就是说，社会群体数量越多、接受度越高、越开放，对个人越好。

不过，如杰拉德·波斯特玛指出的，认为所有组织——尤其是那些被称为社区的组织——都能满足独立个体的先在利益和需求，因为个人就是为着这个目标集中到这些组织中去的看法是错误的。⁶⁸实际上，很多时候都是社区优先，以获得集体性利益，后者是果，而非先决条件。这一点特别适用于家庭、种群、民族，以及个人生于斯长于斯的社区。对此类社区的依附是个人自我界定的重要组成部分，因此，意在保护个人利益的政治国家也是在保护身在组织中的个人的集体性利益。

122

自由主义国家的很多实际问题源于被启蒙自由主义予以高度评价的团体利益与其成员个人利益之间形成的表面冲突。当真正的利益冲突发生，利益权衡的两难就会出现。平衡这些道德冲突需要存在大量不同的团体或组成不同团体的机会。个人很难彻底脱离他所在的纵横交错的子社区网络，面对禁止他违反其所在社区的要求，放弃异见

或搬离社区都不可能，因为那将使得他的其他联系纽带统统断裂。国家要禁止他继续其越轨行为以推行社区的规则，是很难以损害原则或冒犯原则为直接依据的。此时，社区肯定会说，越轨者的行为损害了社区，或者说他的异见生活方式是某种与人无涉的恶，国家有权予以禁止。后者较前者更常出现。本书所说的自由主义不会接受后面这个理由，因为自由主义的一个既定前提是，与人无涉的恶（假定此处就是这种恶）不如损害那样严重，当然，自由主义也不会接受前者，因为对个人利益的损害大于对单纯外部利益的损害（参见第二十九章第四部分）。无论如何，社区发言人无权主张，社区其他成员因这种异见行为受到了任何方式的损害。他们只能说，这种行为为本社区甚至更大社区中的大多数人所不满。但在没有造成损害或冒犯的情况下，仅仅因为 B 不喜欢，A 就不能实施某行为，这是毫无道理的。将不受欢迎的行为犯罪化并无正当性依据。

- 社区利益和局外者的个人利益之间的冲突，原则上与个人之间的冲突并无二致。社区利益是一种很重要的利益，它们有很大的权重。
- 123 但很多时候，占据地域或成员整齐划一并非保留社区的实质条件，外来者的利益可以通过很小的代价得以保护，而社区利益则不应以最大限度衡量。若该外来者利益是某种基本利益，如平等的受教育权或迁徙权，作为基本权利，则无论与何种社区利益冲突，这些利益都应当无条件优先。

现代社会中，生活在私人团体组成的网络中对个人而言非常重要，如果缺少其他社会纽带，包括他在团体内部与他人的纽带以及团体之间的纽带，他们的安宁和稳定很难保证，他们被这些团体带入一个统一的全国性社区，以免成为孤单漂流的“分子”。这种联合体部分由同属一个母群体的子群体间的“兄弟情谊”构成，部分由随机重叠的成员资格构成。但充分的统一可能还需要更多的连结纽带。对某

个共同的意识形态的一般性忠诚也是需要的，这要辅以围绕此意识形态所产生的传统典范和传奇故事。自由主义和其他意识形态一样——尤其在以多元化人口组成的现代复杂社会中，有能力，甚至可以说比其他意识形态更有能力，造就这种联合体。

一、批判式道德与传统式道德

和道德保守主义不同，严格的法律道德主义者以道德本身为目的，而不仅仅因为道德在群体传统生活方式中的核心地位。他希望以法律推行的道德必须是真正的道德，是作为“事物本性的一部分”的关键的、理性的、正确的首要原则的集合。真正的道德提供判断社会真实制度的原则标准，包括其惯例式道德——特定社会形成的规范和原则。某个规则、标准或习惯做法是某个群体道德的组成部分并非以刑法推广它的充分理由，关于这一点，除非它同时也是一个正确的道德规则，能够满足超文化要求的关键标准。如果该规则确实满足这一条件，那么，以法律推行它的理由还是非常充分的。

即使是自由主义者也可以成为一个“严格意义上的法律道德主义者”，假定他认为不存在或可能不存在无害的不法行为。因为如果所有的不法行为都会对利益造成损害或威胁，并侵犯他人的权利，那么，何为“真正不道德”与何为自由主义立场的“损害性”是完全等

同的。此处只提一位杰出学者的见解。安东尼·伍兹利在大胆断言“[真正]道德的问题是有关行为人以某种行为造成损害或损害风险，或意图损害某人的问题”时，¹提到了完全等同说。既然伍兹利否认 [真正] 不道德不会造成损害或损害风险，他进一步断定不道德行为不应“被先验地排除在法律禁止之外”²也就不足为奇了。吊诡的是，这个结论看上去有些类似严格法律道德主义者的立场。如果我们在严格法律道德主义的定义中增加一条原则，即某种“自然”而正确的标准决定了无害的不道德行为的存在，即可起到澄清的作用。伍兹利的观点并不满足那个条件，我们暂且将其剔除出去。另一方面，我并愿承认，某些行为因为被所谓“正确的”原则批评，就会涉及或造成恶——“与人无涉的恶”，尽管它们并未损害特定个人（作为对群体的恶，又远不及真正有人怨愤的恶那般重要）。我们理解严格道德主义者的这一观点，但我们也要否定其认为无人怨愤的恶可以正当地被刑法禁止的观点。

严格法律道德主义者对无人怨愤的恶的评价严重得多。（奇怪的是，某些被他们视为最严重的样本，如性偏差行为，在自由主义者看来却根本不足为怪，远非“真正的不道德”行为。）严格道德主义者眼中的真正不道德行为，无论是否私下实施或是否无害，是指那些臭名昭著又令人作呕的恶行，该等行为的恶本身就是法律禁止的依据。如我们所见，论证非常简单，一个前提一个结论。该等行为本身是不道德的，因此即使是私下实施或无害的，亦应受到禁止。

更多的时候，严格道德主义还采用刑法的报应主义理论。刑法不仅应防止真正不道德行为，包括与人无涉的恶，而且，真正不道德本身就是行为人接受刑罚处罚的依据，即使行为并无被害人。由此，严格道德主义的全部理论包括三点：（1）真正道德上的恶，即使与人无涉，亦可由刑法予以禁止；（2）更严重的道德恶往往是与人无涉的；

(3) 使道德不法者受到处罚就是目的,即使他们的行为并未对任何人造成不法侵犯。

我们所定义的严格法律道德主义和伯特兰·罗素(Bertrand Russell)所说的“清教徒主义”十分接近——

126 我们可以将清教徒定义为持有这种观点的人,即认为某些行为,即使对他人并未造成任何可见的损害,内在也是罪恶的。作为恶,当然应该尽可能由最有效的方式——刑法——予以禁止……这种观点是值得尊重的古老习俗;实际上,或许它就是刑法产生的起因。但最初它和某种功利主义的立法基础一致,后者相信,犯罪会激起上帝对容忍这种行为的群体发怒,所以,犯罪具有社会损害性……但时至今日,即使是清教徒也不再认同这个观点了……禁止性法律只能以报应理论解释其正当性,即某种恶,即使未伤害任何他人,因其道德败坏令人发指,足以令我们有义务将刑罚施与行为人。³

如伯特兰·罗素所说的,清教徒们认为应当禁止无害的不道德行为的立场现在已经变身为更加纯正的严格道德主义。一开始,无害的不道德行为之所以须被禁止、惩罚不仅因为它们是真的不道德行为,还因为,按照索多姆和格莫拉的前例,它们会危及社区。可到晚近时,却往往根本不以社会性危害为理由,而只是严格道德主义的自我论证。

二、严格意义上的纯正道德主义

纯正的严格道德主义最典型的论证是某种臆想式的应用。严格

道德主义者必须找到真实的行为或事物状态，不仅“性本恶”（参见第二十八章第六部分），且以“自然”标准可判断其为道德上的恶，且为与人无涉的恶，这不是因为它具有损害性（自由主义的观点）、冒犯性、不公正的剥削性，而是因为它彻头彻尾的恶。如果真的存在这种行为，那么，自由主义者自然会为反对刑罚的态度感到尴尬，因此，示例具有检验的作用。实际上，从技术上说，这种论证方法在论述族群问题上能够发挥一定作用（参见第一卷，导言第六部分）。这种策略要求严格道德主义者提出一些有说服力的（或许并不典型）与人无涉的道德恶，这种恶是如此严重，以致读者认为防止这种恶的必要性超过保护个人自由的需要。所有的法律道德主义者能做的就是拿出真实而有说服力的例子，有针对性地提醒读者，他及他的同道者非常重视的基本道德原则。被公认的理由的“相关程度”并不足以作为论据。更准确地说，自由主义理论认为自愿同意的、由成人私下实施的无害交易中所包含的恶不可能严重到足以使强制禁止具有正当性，法律道德主义者则对此提出反例。

我们还是从自由主义的标准示例——色情电影和脱衣舞表演说起。试想这些娱乐活动的广告都非常直白，一方面，它没有挑逗性，不会冒犯路人；另一方面，它没有掩盖表演的性质，不会使不想观看此类表演的观众误入其内。再进一步设想，未成年人不得入内。由此，对观众来说，既没有强迫，也没有欺骗，去观看表演的人都是自愿而为，他们完全知晓自己进去的目的。没有人能够抱怨自己被所看到的表演损害或冒犯。除非认为这类表演本身是一种与人无涉的恶，否则要以法律强制禁止是毫无依据的。 127

疑神疑鬼的法律道德主义者现在肯定会开始改变假设前提，直至自由主义者感到局促不安。例如，他要我们想想，自愿观众看到舞台上露骨的性行为，甚至是“鸡奸或其他性偏差行为”时兴奋的模样，

以及窥淫癖看到性交真人秀时的快感。好吧，自由主义者说，这些当然是堕落的、极不体面的。考虑到这一点，国家应当确保，除了观众，表演者也是自愿参与的。但为何制作人与表演者之间的合同往往通过自愿检测呢？毫无疑问，这种表演工作是令人不快的。除非是为了钱，人们才会愿意做这样的工作。性表演比挖矿更糟糕吗？可能是。但一周公开表演不雅行为能获利一万美元，这难道不是应该由表演者作出的自由选择吗？如果我们认为他本人比任何人都明白自己的好处何在，那么，阻止他就是一种家长主义式的做法。自由主义不会为这种阻止提供任何正当化依据。这可能并不会令自由主义者（太过）尴尬，但后面还有别的反例等着他。

某些变态表演是专门提供给有施虐或受虐性倾向的自愿观众的。威廉·小伯克利（William Buckley Jr.）的论述如下：

128 个人是否有权接受被虐？从杂志架上的垃圾中我们就会发现，某些人真的有这方面的口味。我们设想一部非百老汇的戏剧是一部 SM 作品，当中女主角被鞭打——鞭子是真的、女人是真的、流的血也是真的——为了那些堕落的口味。有人觉得 ACLU 会为制片人的权利辩护，并认为，我们无权干涉他人想办法找乐子。

反对的观点是，社区有权界定堕落，继而禁止堕落。其次，社区有权关注自身是否因堕落行为而劣化。⁴

社区有权界定并禁止堕落的观点，正是道德主义理论视堕落为固有的恶的结果。社区有权注意是否“被劣化”则是反对损害原则的人常常提出的观点，他们认为，从实证主义考虑，粗俗者更可能实施损害行为，所以应当将此作为考虑的要素之一。某种堕落的替代性兴奋并非道德主义者在令人作呕的私下欢愉方面找出的唯一例子。职业拳

击赛是另一个例子。某些自由主义者本身也站在指责者的行列。在弗雷泽对阿里的一场血战结束后,《纽约时报》旋即发表了一篇社论,要求废除职业拳击赛。⁵编辑收到了很多愤怒的信件指责《纽约时报》,其中一封信件的内容显然正是我们熟知的自由主义立场:

阿里和弗雷泽之战是他们双方的自愿选择。他们当中没有任何一人抱怨被迫受到残忍堕落的对待。花钱看比赛的人也是自愿观战,他们希望比赛能值回票价……这场对决有何不道德之处?没有任何人的权利受到侵犯。不喜欢职业拳击比赛的人完全可以不去观赛。

……在你的评论中提到的,过去文明程度一直在下滑的观点完全没有事实依据。罗马时代参与残酷比赛、日日挣扎在死亡边缘的那些选手,是没有自由选择权的非自由人……⁶

这封信的自由主义作者驳斥了法律道德主义的最后一个真实反例。欧文·克里斯托尔提醒我们考虑在扬基体育场为自愿观赛的成年观众举办角斗比赛的可能性,获得高额报酬的角斗士们自愿承担伤残风险。这个例子不算太牵强。我们可以想象,通过闭路电视直播,推广商可以为胜者提供两千万美元的奖金,败者也可以拿到一千万美元。自由主义只能以损害原则和冒犯原则为干涉自由的依据,此时,我们如何既不抛弃自由主义立场,亦可设立法律禁止呢?克里斯托尔坚信,此时,自由主义受阻于这个巨大的与人无涉的恶,就算被批评伪善,也只能支持强制立法:

我可能还是用这个词……“伪善”。因为事实很简单,没有人是完全意义上的自由主义者。我们都相信,当局出面限制个人

或群体的“自我表达”是有些道理的，即使表达的形式是有美感的，即使这种有些美感的表达只介于自愿的成人之间。只要剧本需要，剧作家或戏剧导演可能会在我们这个疯狂的世界中找到一个愿意在舞台上表演自杀的人。我们不会允许这样的事情发生——我们同样也不会允许在舞台上表演真实的虐待行为，即使被害人是一个自愿的受虐狂。我觉得一个人不论有多么强烈的自由主义精神，也不会允许在扬基体育场举办那种曾发生在古罗马角斗场上的角斗比赛——即使参与者均出于自愿。⁷

角斗表演的例子乍看之下符合论证逻辑。几乎人人都认为，这种残酷的比赛是一种恶，绝大多数人也愿意承认，根据被害人同意法谚，这是一种与人无涉的恶，没有被不法侵害的被害人。其次，在这种恶的多重面孔中，有一张是道义上的恶。数以千计的观众见证杀戮以获取快感，这当然是一种道德上的恶。他们自愿观看的是某种不道德的淫秽景观，尤其当他们一边观看，一边发出嗜血般的尖叫和替代的参与感时，更是如此。如果我们视“不道德”为行为，那么这种不道德行为是多重的复合体。推广者因其对赛事的安排、宣传广告、售卖门票而不道德，参赛者因其自愿参与而不道德，数以百万计的自愿观众也同样有罪。⁸ 如果所有这些人的道德堕落可以集合在一起，就又增加了一个巨大的社会性的恶。不过，既然无人对此抱有被不法侵害的怨愤，和最初的判断一样，这仍是某种与人无涉的恶。

在决定远离伪善的自由主义者看来，克里斯托尔的例子至少可以有三种明确的回应。第一，克里斯托尔在判断真实的“意愿”和“自愿同意”的问题上过于自信了。损害的风险越高，自愿性的标准也将越严（参见第三卷第二十章第五部分）。当涉及人的生命，就应适用最严格的标准，因为生命对于个人而言显然具有极高的价值，这与身

患绝症的人试图自杀的情形是不同的。或许，如我们所见，根据自由主义原则，国家有权要求对自愿参与者进行精神病鉴定、多方求证、设置冷静期等，之后方可认定其是否充分自愿。克里斯托尔对确定公开自杀行为的“自愿性”仅以“我们这个疯狂的社会”一言带过，并未注意到如果一方是“疯狂的”，则合同根本不能成立。在损害原则看来，剥削一个疯子无异于谋杀。另一方面，我们必须承认，面对山呼海啸的观众和两千万美元的奖金，一个自信而孔武有力的角斗士不必陷入“疯狂”也会冒险参赛。尽管仍可假设，这样一个人并未充分理解自己的所作所为，并未在选择时不受任何外力影响，但这些假设原则上均可被推翻，在某些情况下，这种推翻甚至可以轻易做到。自由主义的后面两个回应更切中要害。 130

我们同意法律道德主义者所说的，即使完全自愿，这种比赛也是一种“恶”，我们同意的理由并非指失败者所遭受的身体伤害，甚至“令利益崩溃的”死亡。可能有人认为，这种结果之为“恶”，是因为任何人以这种方式受伤都是令人懊恼的，但只要我们还坚持个人自治的绝对优先性（参见第三卷第十九章），这种恶就永远比不上（甚至被排除在外）承担风险的自愿性。法律道德主义者提出的这种恶并非指任何人受到损害（受伤并被不法侵害），因为并没有人受伤，甚至也没有人被不法侵犯，“否则就会发生的恶”因为各方的同意而消失，因此，如果同意被撤销，就可能出现这个更大的恶。对失败者的致命伤害是“恶”（令人懊恼的状态），但他有冒险的绝对权利。我们在此再明确一下，以免走到家长主义的道路上。承认存在“恶”使得自由主义的处境更加艰难，这显然是一种与人无涉的恶，不直接与人的利益或情感相关。这个恶包括数以百万计的观众从残忍血腥中获得的快感，以及有人从中获取暴利（参见第三十二章）。严格道德主义认为，尽管无人遭受不法侵害，无人有权提出控诉，但没有这样的恶，这

世界会更好。

对伪善的指责格外敏感的自由主义者只能回应如下。角斗比赛和“自愿”受虐都是法律道德主义者能够想象出的最极端的与人无涉的恶的例子。发生的可能性几乎没有，至少在可预见的将来就是如此。不过，它们似乎的确是恶的有说服力的例子。一个自由主义者可能会视此等示例为“吃撑了的老鼠”比饥饿的人更重要的情形（参见第二十八章第八部分）。在他看来，防止这种情形的必要性可能是试图以法律禁止与人无涉的恶最重要的理由了。他还会承认，有关国家强制能否正当地禁止这类行为的问题很难，承认这一点并非伪善或善变。即使是最严重的与人无涉的恶，自由主义者也还是对以国家强制力予以禁止的做法感到犹豫，原因就是看不出这种恶不法侵犯了谁。无论如何，他还是认为两方的权重很接近。但通常引起各方争议的真实情形包括色情电影、下流场所、淫秽书刊、同性恋、卖淫、赌博、软性毒品等，这些至多是非常轻微的与人无涉的恶，或者根本不算恶。自由主义者可以继续反对对它们的法律禁止，同时承认，伯克利和克里斯托尔举出的不太可能的假设示例完全是另一回事。最不会受到伪善或善变指责的自由主义立场是，防止与人无涉的恶是与法律强制相关的理由，但一般是较次要的理由，除非达到极大值——只能在想象的情形中实现，否则无法对抗个人自由。

在前段论述中，面对克里斯托尔那惟妙惟肖的反例，为了竭力避免受到伪善的指责，自由主义立场似乎出现了某种令人不快的后撤。不过，一旦确定了这个立场，在凭直觉判断这个示例时，最好仔细审视人物和团体的复杂性。我们所回应的情形究竟如何导出克里斯托尔的结论？我认为，不可避免而未经同意的间接损害是我们带给这个示例的噩梦。我们只能将这个示例设定在一个遍地流氓的社会，他们愿意看到别人受苦，角斗比赛显示并强化他们的冷酷无情。想到这样的

画面，我们没法不害怕，因为他们中的任何一人似乎都很危险，而他们这样的人如果成百上千万地聚集在一起，将多么令人恐怖。如果不是不可能，很难想象普遍出现的冷酷无情仍旧仅仅被视为不造成任何个人或社会损害的道德偏差。我们当然会很快（非常快地）走到克里斯托尔的行列，热情地接受他对角斗比赛的判断，即那是一个巨大的恶，同时不加鉴别地认为这个恶是与人无涉的。

在克里斯托尔的故事里，参与者的不道德行为与禁忌违反者或其他无害的不法行为者不同，后者可以断然斥责我们的干涉，声明他们的所作所为不关我们的事。我们对这个故事的直接反应中都会包括一个元素，即当中的不法行为和“不法感觉”强烈地威胁到人的基本利益，当然，这就关乎所有人的事了。我曾坚持认为（第一卷，第 65—70 页，第三十三章）道德堕落并非设置刑法预防的相关理由，但当这种道德堕落涉及他人的痛苦，则也延及他人的利益，此时，这种道德堕落行为就不仅仅是完全涉己的了。我们在此并非仅仅“揣测”行为危及他人，而是它们可能造成的明确现实的危险。认为血腥的伤害和屠杀可以令人如此兴奋享受，以致成千上万的人愿意买票观看，这种情况当然可以被理解为，这成千上万的凶残之徒随时会给某些人（身份尚不明确）造成现实危险。实际上，在克里斯托尔的角斗士例子中，单靠禁止这种表演以阻止损害恐怕已经太迟。制片人如果要在给选手支付 3000 万美元之外还可盈利，那么除了扬基体育场的七万名观众之外，还要有足够多的电视观众，那么，既然我们已经成为一个凶残的民族，法律强制顶多只能表面上延缓这种凶残的蔓延。

克里斯托尔对上述观点可能会说，“我写的这个故事是为了说明我的观点。在我看来，这些爱看血腥场面的观众并不会对他人造成危险。他们不会伤害或杀害他人。或许，给他们一个发泄激情的渠道反而会降低他们的人身危险性。”无论如何，他可能还会说，这些观众

的行为和动机类似那个照顾残疾丈夫的尽责妻子，她暗地里很享受看到丈夫的痛苦，但她并未造成丈夫的痛苦（第二十八章，第 23 页），或者是那个总是褒扬白人贬低黑人，却从不侵犯黑人权利的人（第二十八章，第 32 页），据此，观众对他人是无害的。他们均为自愿观看，角斗士均为自愿参加，没有任何第三方受到威胁或直接冒犯，因此，无人对此抱有怨愤。不过，它当然还是一个道德上的大恶，以别人的痛苦获得快感尽管是无人怨愤的恶，但刑法禁止仍是正当的。

- 虽然克里斯托尔愿意这样认为，但持自由主义立场的读者会说：
- 133 “我绝不会这样解释你的故事。实际上，一个以他人的痛苦为乐的人不可能不比其他他人更危险，出现成千上万对血腥如痴如醉的观众而不对其他人造成任何威胁，这是绝不可能的。或许你要求我们想象的事情根本就不可能发生，但没关系，我同意，如此整齐划一的人群反应至少在逻辑上是可能的。因此，尽管举这个例子。但我的问题是，你所说的直觉反应，即角斗士表演是一个超过个人自治的大恶，现在反而被削弱了。我还是可以承认，一个人从别人的痛苦中寻找快乐是与人无涉的恶，但现在我不认为这和法律有任何关系。”有关与人无涉的恶的这个例子更加纯正，但提高纯正度的代价是直觉说服力的减弱。克里斯托尔没法像开始时那样自信满满（也见第 328—331 页）。

三、不纯正的严格道德主义：德夫林的社会解体理论

很少有人持纯正严格法律道德主义的立场。似乎只有像伯克利和克里斯托尔这样的学者才会以其为理论前提，另外，在詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬一些短小精悍的文章中也能看到它的身影，此外，我不知道还有哪位有代表性的学者对其做过系统阐述。但令人非常惊讶的是，这种几近罕见的法律道德主义立场却被认为是自由主义最难

对付的敌手。法律道德主义阵营中更知名的学者似乎更倾向于“非纯正”的立场，求诸此等无害的不道德行为造成的间接后果——对公共福祉的影响以及对人类更长远的利益和情感的影响。这些学者所持之法律道德主义在我们看来是“严格的”，因为他们所关注的与人无涉的恶就是不道德性。在他们看来，即使撇开偶然出现或者根本不会出现的间接损害性后果不谈，不道德行为仍是某种与人无涉的恶。

不过，当道德乃指其所在社会的传统道德时，无论其与“作为人性一部分”的真正的道德是否吻合，这些学者的道德主义立场往往不能将这种严格性贯穿始终。20世纪最著名也是最有影响力的法律道德主义者帕特里克·德夫林就是如此。就其意图推行的道德，德夫林不能坚持始终如一的立场，无论是否传统道德，均非与人无涉，德夫林的理论最终求诸社会解体这种损害，真正与人无涉的恶并非真正的不道德行为，但社会传统生活方式的巨变却正源于道德的变化。就前者而言，德夫林的立场指向公共损害原则，与自由主义相符。就后者而言，德夫林作为法律道德主义者，试图维护传统规则。无论在哪个情形中，都不是“严格意义上的”道德主义⁹。如果德夫林希望维护的是“真正的道德”，也可以说他是一个“严格的”道德主义者，但却不是“纯正的”道德主义者。 134

德夫林 1958 年在英国社会科学院所作的著名的麦卡比法理学演讲¹⁰，是对以约翰·沃尔芬登爵士（Sir John Wolfenden）为主席的同性恋违法行为委员会提出的那份报告的回应。1954 年，该委员会受国会指派，对当时英国有关同性恋和卖淫行为的法律进行评估，并就法律的修改提出建议。沃尔芬登的报告原原本本地采用了密尔式的自由主义立场：“法律本身并无义务[功能]针对不道德行为……它只能用于规范侵犯公共秩序、体面或暴露于一般公众的危害或冒犯行为……”¹¹一开始，德夫林爵士和任何自由主义者一样，对这份报告表示欢迎。“如

我所说，亦如我所认同的，这份报告[与法理学]的唯一相关论述是，有某种私人道德领域是与法律无关的，犯罪与罪恶是有区别的。”¹² 不过，很快，德夫林话锋一转，在这次著名演讲中提出自己的保留意见。

德夫林首先质疑沃尔芬登报告中反复提及的“私人道德”一词。例如，报告总结道，“除非社会意图通过法律将犯罪圈和罪恶圈重叠，否则，一般而言，私人道德和不道德领域不与法律相干。这样说并非要鼓励或容忍私人不道德行为。”¹³ 该报告所称之“私人道德和不道德领域”可能是指涉己行为领域，这类行为不直接影响他人的利益或情感，行为人可以自己作出道德判断，尽管这种判断可能与其所在社区的主流标准（“公共道德”）相背离。德夫林和这份报告对“罪恶”的理解均应指侵犯主流道德却并未损害或冒犯他人的行为。德夫林在演讲的前部即承认，他“觉得犯罪和罪恶的彻底分离……可能无益于道德法律，对犯罪分子也将是灾难性的。”¹⁴ 对“私人道德”的不同保护领域开始显现出无政府主义态势和威胁相关公共道德的危险性。他坚称，道德是社会的基石，要以另一个基石取代现有基石势必带来整个社会结构的崩塌：

在英国，我们信守基督教关于婚姻的教义，因此，一夫一妻制成为我们的道德原则。基督教式的婚姻亦成为家庭生活的基石和我们社会结构的一部分……因为基督教的存在，我们的社会成为现在这个样子，现状的维持正在于这个原则已成为我们居所的一部分，要移除这个原则，房子一定会塌。¹⁵

德夫林就对沃尔芬登报告的质疑提出三个问题。第一个问题是：“社会是否有权通过对道德问题的评价？易言之，是否应该存在公共道德，或者，道德是否可由私人评价？”¹⁶ 第一个问题在用词上真是

大错特错。显然，社会有权“通过”对某些道德问题的判断。没有哪个自由主义者否认，对道德问题中的涉他部分，社会应当作出评价、灌输甚至强制执行，对暴力和诈骗的谴责绝不应被削弱。问题不在于社会能否就道德问题作出评价，而在于哪些道德问题才与社会相干；不在于道德问题是否只属个人评价，而在于它们是否只能归属个人评价。

开篇就提错了问题，德夫林继续给出他那著名的结论：

……社会是一个秉持各种见解的社区；没有对政治、道德、伦理的共同见解，社会就无法存在。我们每个人都有对善恶的见解；这些见解不可能与我们所生活的社会截然分离。如果大家想要建立的社会里不存在对善恶的共同见解，这个社会一定无法建立起来；如果曾经作为社会基础的共识消失了，这个社会同样也会瓦解。因为社会并非靠物理力量集合在一起；共识才是将社会联结在一起的那个看不见的纽带。如果这个纽带太过松垮，成员就将四处散开。共同的道德就是联结纽带的一部分。这个纽带是社会要付出的部分代价。人类需要社会，就必须付出这个代价。¹⁷

如果这段论述所指向的问题没有因“绝对”和“从未”、“有时”和“总是”的混淆而具有误导性，那么，这段论述就是通过歪曲对方论点的手法驳斥对方。社会是一个秉持各种见解的社区；缺少共同道德信仰的一群人不过是一个集合，而非社会或社区。但这并不意味着，要成为一个社会，这群人所有的道德信仰都是共同的。公共道德是必须的，但德夫林并未证明，我们对涉他道德行为的共同确信（哈特所说的最低道德）尚不满足这个条件。没有任何共识，我们当然无法生活

136

在一起，但反过来说，就所有问题达成共识却并非必要。自由主义的观点认为，在最低道德上必须取得共识，但在涉己道德问题上则非必要，德夫林的论述显然不是这个意思。

德夫林的第二个问题更有意思：“如果社会有权决定对道德问题的评价，”他问道，“那么，它是否有权动用法律强制？”¹⁸他对这个问题的回答为他带来作为法律道德主义主要倡导者的名声；包括他饱受争议（我想，公平地说，应该是令他声誉受损）的社会解体理论，他将“私人道德”类比为政治背叛，以及他对社会道德评价的确定原则。德夫林认为，缺少现有“公共道德”（而非任何公共道德），社会将会解体，因此，社会有权以强制性法律保全现有主流道德（而非其中毫无争议的“最低道德”）的各个部分，“正如它拿起法律武器保卫所有为它的存在所必须的东西”。¹⁹此处是德夫林第一次使用这个政治类比，他宣称“对社会而言，获得公认的道德和获得公认的政府一样必要。”²⁰实际上，如果真的可以类比，那也是现行道德（超出最低道德）与某种政权的类比，而非现行道德与国家本身的类比。若无某种政权，我们就无法作为某个社会一起生活，而不是说，若无此种政权，我们就无法一起生活。

不管怎样，德夫林的这个错误被揭示之后，他的论证就开始走下坡路了。下一个是“私人道德行为”（如自愿成年人私下实施的同性恋行为）与政治背叛的类比。如果基本政治体制被颠覆，政府已将不复存在，我们将成为乌合之众，进入无政府状态，很容易被外敌征服。如果我们的道德也遭到这样的命运，对我们所在的社会亦将造成灾难性的后果。在社会解体的危机远未到来之前，即可正当地设立法律强制，因为“历史表明，道德纽带松弛正是社会解体的第一步……”²¹因此，“对恶行的压制和对颠覆行为的压制一样，都是法律的分内事；
137 如果能够界定颠覆行为，当然也就能界定私人道德行为”。²²德夫林

所说的“恶行”是指违反主流“公共道德”的行为，即使行为是自愿的、无害的、私密的，且无冒犯的。

那么，该如何界定“公共道德”呢？它当然不是全体公民的一致看法，这样要求太高。另一方面，它至少应该是多数人的看法。德夫林试图在“理性人”、路人（“克拉彭巴士上的某个人”）或“正人君子”的法律标准中找到一个中间标准。凡是足够多的正直的普通人一致同意的道德判断，无论内容为何，均可视之为这个社会的“道德”。实际上，德夫林（有多严肃？）对社会道德判断的界定标准一如对刑事被告是否有罪的判断标准：“……社会的道德判断就是随机选出的十二个人经过商讨后得出的一致结论。”²³

不过，仅仅理性人一致表示不喜欢某种行为还不够，还要有“某种想要斥责的感觉”。“无法容忍、厌恶、恶心……是站在道德法律背后的力量，实际上……如果并无类似感觉，那么社会一方的力量还不足以剥夺个人的选择自由。”²⁴我们并不清楚，德夫林所说的“普通人”或“正直的人”只是随机抽取的（当然排除犯罪人、同性恋者和浪荡子），还是被确定有正直品格的人；但不管怎样，如果这个人一想到那些行为就感到恶心，他当然就会站在社区道德的一边说话：

例如，人们普遍对同性恋行为感到厌恶。我们首先要求自己的是，冷静客观地看待这种行为，无论我们是否视其为令人厌恶的恶行，即使没人看见，也会造成冒犯。如果我们所生活的社会中存在这种真实而普遍的感受，我不认为我们的社会无权禁止这种行为。²⁵

德夫林的法律道德主义立场有多“严格”尚无法定论。实际上，从他的论述中很难判断他的基本立场究竟是严格的道德主义或道德

保守主义，还是担心公共损害的发生。尤其很难说清他所说的“道德”是现有道德，还是某种更权威的、以事物本性为其原则的真正道德。我认为，确切的解读取决于他是侧重于普通人的一般性，并以他们的反感为判断标准；还是侧重于正直而值得尊敬的巴士乘客的理性（“正直”）。如果侧重于一般性，我们就得考虑，在社会中随机选取的任何一人对某种行为将有何种感受或评价，那么，我们最多可以看看社区中是否存在某种道德认同，这将指导我们（正如人类学家）描述出这个群体的主流道德或现有（传统的、流行的、活跃的）道德。但现有道德的内容将随社区或民族的不同而发生变化，这种认同并不足以证明这个意见一致的评价是真正（客观的、超越文化的、理性的、批判性的）道德的一部分。或许，德夫林希望由法律推行的只是现行道德，无论其是否属于真正道德。另一方面，他常常以“道德法”指称现行道德，有时他在界定普通人和理性人时会显示出相当大的排他性。

假定德夫林强调的是“坐在陪审席上的人”的“理性”，他似乎就会滑向严格道德主义而求诸真正道德，还有什么能像对真正道德的赞同那样，是比某个正直理性的人的谴责和愤怒更好的测试呢？其次，如果我们要严格地以挑选陪审员的程序作为类比，就不应仅仅随机地选取一个人了事。要排除那些正直度令人怀疑的人——犯罪人、有偏见的人、考虑不周的人。在一桩普通案件中，陪审员必须是一个合乎理性的人，但这种合乎理性的程度并不必须比最低要求高出多少。可能有人会说，要是我们想从陪审员的一致裁判中得出真正道德的话，恐怕就得对陪审员有更高的要求。

对德夫林来说，更困难的一个问题（他倒是从未提出过）是，我们是否应当将那些本就实施该等行为的人排除在陪审团之外。要是不想找麻烦的话，我们是不是先得确定，同性恋者既非“普通人”、“合

乎理性的人”，亦非“正直的人”？如果不是这样，那么我们又如何能够得出一致的结论，即同性恋行为是“令人无法忍受的、令人厌恶的、恶心的”。按金赛报告中有关百分之十的男性都是同性恋者的估计，德夫林的克拉彭巴士上或许就有几个同性恋者。如果百分之十这个数据是准确的，那么在陪审团中，将至少有一个陪审员就是同性恋者。

对德夫林观点的确认还取决于他强调的是普通理性人所作的针对性评价及其伴随性的偶然情绪，还是这个人的厌恶及愤慨之情。如果是后者，德夫林似乎是在援引冒犯原则的那个“单纯想到”版本（参见第二卷第九章第三部分），再求诸“道德”已非必要。奇怪的是，139 德夫林认为几乎每个人都会对某种行为存在抵触情绪，一想到某时某地该等行为或许正在发生就会产生强烈反感，以致需要法律的“保护”。当然，我们早前的结论（第二卷第 33—34 页）可能更接近真理，即此时若要适用冒犯原则，应要求该人对特定行为具有病态过敏性。

以德夫林在其著名论文中捍卫的观点，其实很难界定其为严格道德主义抑或广义道德主义。可以将德夫林视为严格道德主义者，但根据他清楚无误的“不纯正”道德主义论调，若将其界定为严格道德主义者，我们就需要明确，对他而言，何等行为为“固有的不道德行为”。毕竟，如果他的观点确实属于“严格意义上的不纯正道德主义立场”，那么，其欲予以犯罪化的行为即应为固有的不道德行为。但它本身不是行为被犯罪化的理由，而只是某个原则上为自由主义者接受的理由，即行为的间接损害性，特别是它对社会稳定的威胁。德夫林在适用损害原则时，并不认为行为对被害人造成了直接损害，而是因削弱道德一致性造成了社会性损害（即使行为“无害”，亦已侵害到这种一致性！）。在德夫林看来，某些行为即使并未直接损害或冒犯任何人，但作为“固有的不道德行为”，亦应受到道德谴责。因此，行

为并非因其造成损害或冒犯后果而被认作不道德，亦非因其造成集体愤慨和厌恶，一致性只是用以确定其不道德性的测试标准——界定何种行为为不道德行为——而非使其成为不道德行为的原因，即真正使其具有不道德性的特质。外部因素无法令其具有不法性，行为的不法性在于其自身。无论如何，因为这些行为是某种一致态度的对象就必须为法律所禁止，但这不是为着防止任何直接造成的不法损害，而仅仅是为着推行这种一致性。这种一致性是将我们联结为一个社区的一部分纽带，一旦这纽带断裂，我们都不能幸免。对德夫林理论的这种解读应该是某种法律道德主义立场，它既是严格意义上的，也是不纯正的。不道德行为不直接损害任何人却为法律所禁止，这只是因为不禁止的话，就会间接造成社会性损害。这些行为之所以被界定为“不道德”，不是因为它们具有损害性，而是因为它们削弱了社会一致性，后者使得对它们的禁止正当化。纯正的严格立场的道德主义者则认为，行为的内在不道德性足以作为刑罚禁止的依据。要达到这一步，德夫林还需要更多的理由。

德夫林对第三个，也是最后一个问题的讨论更多地表现了他作为自由主义者的一面。他问，社会应该使用刑法禁止所有的不道德行为，还是仅仅一部分不道德行为；“如果只是一部分，那么，划分的原则是什么？”²⁶ 德夫林断言，行为的固有不道德性是法律禁止的一个好的相关理由，要使刑罚正当化，还需要另一方面的权衡反对立法的理由。即使某个人的行为“在所有正直者看来都是不道德的”，这个人也有权要求不受刑罚处罚。如果刑罚处罚否定的是他的良知行为，那将是非常重要的反对理由。而法律的推行必将导致对隐私的侵犯普遍化，这同样是很重要的反对理由。并且，一般而言，自由往往要求道德主义的理由必须达到极其充分的程度，这样一来，就其特定的法律评价，德夫林反对严重侵犯自由的立场是贯穿始终的。所有这些缓

解但并未抹杀他提出的别具特色的限制自由原则：如果可以设想某些行为会激起每个正常理性人的厌恶和反感，即使只是私下发生在自愿成年人之间，也会被人们视为不道德行为，则防止这些行为是刑事禁止的好的、相关的理由。

四、我们所说的“道德”为何物？

德夫林爵士是一位出色的法官，一位值得尊敬的、具有影响力的公众人物，因此，被激怒的自由主义者必须再打起精神来合力还击。他们还击的主要目标之一是德夫林对“道德”本性的理解，即在他看来，国家有推行道德的表面权力。H. L. A. 哈特毫不留情地讽刺道，“对他[德夫林]来说，只要是克拉彭巴士上的某位乘客一想到某种行为就感到恶心，那么，这种行为就是不道德的。”²⁷ 如果道德实质如此，哈特问，那么，侵犯隐私还需要什么理由，只是为了维护那令人无从信服的感觉，甚或根本就没有理由？德夫林的观点应是，仅仅因为正常的“合乎理性的”（令人尊敬的？）人对古怪的老女人（那些“老巫婆”）、异族通婚、通奸感到强烈的愤慨、难以容忍、恶心——无 141
论何时何地曾经或现在有这种感觉——我们就可以正当地以刑法予以禁止。

当然，德夫林可以用“不纯正”予以辩驳，即使他的理解“针对所有的道德”，而这道德正是将我们粘连为社会的胶水，对它的削弱就如同背叛或颠覆，将威胁我们社区的生存。他可能会说，即使是像南非那样的种族社会，其现有道德是邪恶的种族主义，国家亦有权保护这种道德以免社会解体，正如防止外侵以保护国家疆土。但哈特对这些毫不买账。他认为，“哪怕对同性恋行为的反感再强烈，但要说到两个成年人私下实施同性恋行为时的感觉在强度和效果上类似想

到颠覆或叛国行为，那可真是太可笑了。”²⁸私下实施的“不道德行为”（如果可以这么说）不包含任何背叛的意味。同性恋者事先并未按照邻居情不自禁的、非理性的感觉起誓，要控制自己的行为，因此，这和背叛毫无可比性。至于背叛的效果，唯一可比拟的是，私下的不道德行为可能会间接地改变容忍度，直至改变道德。这种改变本身需要推倒整个道德结构，这个结构是彼此依赖的组合，改变一个领域，如对同性恋的态度，就不可能不改变另一个领域，如对谋杀、伤害、强奸和盗窃的态度——但这是极其荒谬的。²⁹

德夫林求诸传统（流行的、现有的）道德作为刑法推行的正当对象亦无济于事，如果所有这种道德都由缺乏理性支持的主流感受构成的话。要令人信服地从“X 是不道德的”推导出“X 应为犯罪”，应当由某个批判性的、客观的道德原则判定其“不道德性”。否则，这种“不道德”往往可能只是因为该行为违反了某个群体完全错误甚至邪恶的主流道德。毫不矛盾地说，某个群体的传统道德在某些方面本身可能就是不道德的。

当然，德夫林的观点或许并非严格意义上的，除非他暗中持有某种道德认识论，将我们对真正道德的认识建立在所有理性人的自发感受的基础上。就这个观点，道德原则的依据可能是一回事，而如何得知则是另一回事。如此，则我们确定真正道德的唯一途径就是确定所有理性人的自发感受。真正感受并不能使这些原则为真，而只是测试原则真伪的一个可靠参数（石蕊测试）。如果德夫林的意思就是如此，
142 那他将面对极其荒谬的结果，异族通婚在美国南部和今天的南方是真正不道德的，烧死女巫在殖民时期的马萨诸塞州也是符合真正道德要求的。要避免这种荒谬的结论，他只能将“陪审团”中的理性人限制为合乎道德资质的人，排除那些种族主义者或意图烧死女巫的人，因为这些人不够“理性”。这当然会成为一个恶名昭著的循环论证。如

果德夫林要想避免这种循环，就必须提供界定合乎理性者的明确标准，这些人能够超出个人的好恶对行为作出评价。

另一个自由主义批评者，罗纳德·德沃金已将反击目标锁定在德夫林对道德的定义上。德沃金并不反对通过法律推行真正的道德确信，他反对将道德理解为单纯自发产生的感觉，他指出，德夫林所称之“道德”并非道德确信的集合，亦非某种真实的“道德立场”，德沃金的批评指明了被德夫林忽视了的一个基本区分：

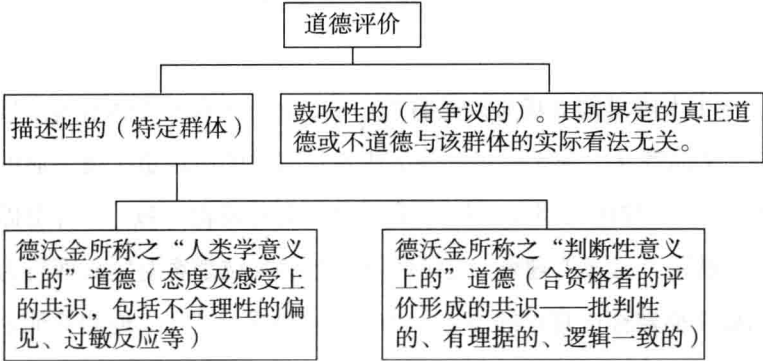
我们有时提到某个群体的“道德”、“道德性”或“道德信仰”时，是在人类学意义上，指称该群体对人的行为、本质和目标所表现出的态度。在这个意义上，我们说纳粹德国的道德是建立在非理性或偏见的基础上的。但我们还可以在判断性意义上使用这些术语，尤其是“道德立场”和“道德确信”，以区别于有偏见的、文饰化的、个人口味的、武断的立场等。³⁰

一个人的道德立场必须是有理由的，而不仅仅是个人偏见、过敏反应、文饰解释（毫无事实依据）或者是权威的应声虫（或邻居的应声虫）。这些理由应当是他始终秉持的一整套逻辑一致、综合全面的原则。从这个意义上理解，克拉彭巴士上的某位乘客对同性恋行为的反感就不能被称作真正的道德立场。在人类学意义上，他和其他令人尊敬的人同样抱有的这种反感可能正是群体道德的一部分，但从判断性上看，它并非“社区道德共性”的一部分。如果它是，那当然更有价值，但我无法认同德沃金的假设，即如果它是，就应无条件地以法律予以推行，即使它谴责的是无害的不法行为。

德沃金的区分与我们前文对传统道德和真正道德的区分之间有何关联？当有人要作出客观的道德评价，或者要提出一个正确的道

德原则时，他的主张本质上都是会有争议的。这种主张被一些人称作“规定性的”，以区别于“描述性的”立场。另一方面，若要主张某个特定群体的传统道德评价（排除个人口味），那么他就像一个人类学家作为旁观者单纯地描述而非鼓吹某种文化事实那样，描述这个群体的现有道德或公共意见。但人类学家亦可发现，他所要描述的“道德”现象是多元的。一方面，他会描述如德沃金所称之“人类学意义上的”群体道德，即这个群体对各种行为的一致态度、感受和评价，包括仅仅是偏见、人云亦云、神经过敏或文饰解释之类的感受；他也可以探究——此时他的探究是描述性的——这个群体“在判断性意义上的道德”，从批判的、合理的、逻辑一致的角度上看，是合格者的实质评价所达成的共识（毫无用处的词！），亦是受到理性共识支持的现有道德。这些区分列表如下。

表 30-1 不同意义上的“道德”



144 “人类学上的”道德规则和惯例如果恰好与真正道德的内容重合，则这个意义上的道德评价也可能为真。同样地，判断性意义上的道德评价和道德规范如果恰好与真正道德的规范不一致，尽管它们有理有据，也可能为假。不过，我们可以认为判断性评价为真的概率更大，既然是判断性的，就是被普遍认同的——不能保证其为真，但为真的

可能性更大。如果德夫林鼓吹反对同性恋行为（比如），并给出令人信服的理由判定，该行为即使无害并私下实施，仍为真正不道德行为，那么，他就能够为刑法禁止提出最充分的道德理由，且他的论点亦可展开为某种限制自由原则，即严格意义上的道德主义。不管怎样，这种观点是不能说服自由主义者的，即使他们可以接受论证的前提，也无法认同人们对于自己反感的道德行为希望、需要或者有权要求“获得保护”，哪怕这些行为是固有的不道德行为。当然，这种观点还是有些许说服力的。如果德夫林先不去对我们社会中的判断性道德评价作出精确描述，即同性恋行为即使私下自愿实施，亦是不道德的，那它就不足以成为要求法律禁止的理由，因为谁都可以一边承认评价共识是真实的、判断性的，一边否认同性恋行为是真正的不道德行为。不过，这个论点倒是可以作为法律禁止的一个理由，一个微弱的衍生理由，它会稀释严格的道德主义原则，造成的效果就是，一个判断性的共识即使不能作为原因，也可以作为该行为真正不道德的证据。但德夫林没做到这一步（德沃金的批评至少是公正的），他主张法律禁止时，直接求诸某种偏见和反感构成的共识，而这种共识是完全没有证明力的。

五、德夫林的反击：量刑的道德性

1963年，H. L. A. 哈特出版了他早年在斯坦福大学主讲的《哈利-坎普讲座》³¹。当中，他扩大了对德夫林的批评，并进一步发展了自己的自由主义立场。之后在1965年，作为对哈特的回应，德夫林出版了《道德与法律》一书，书中包括他早前的演讲，并在脚注中标明哈特的批评，还有六篇新作更深入地阐释他的立场。在这本书中，145德夫林保留了对其立场的定义式表述，并将早年的演讲冠以“对道德

的法律强制”的标题。

二十年后的读者会对德夫林这部著作的前后不一感到奇怪。一方面，他就哈特的批评所作出的回应软弱无力、敷衍了事；另一方面，在反击哈特时则斗志激昂。今天的绝大多数读者可能都认为德夫林的社会解体理论无药可救，包括他所作的政治颠覆和背叛的类比，他对主流道德的定义和对主流道德判断的确认方式，以及他对自然道德变化空间的吝惜。但他对自由主义的某些反驳是有些说服力的，即自由主义的非道德理论无法说明却又不愿改变现有刑法的某些特征。这类论点值得注意。

德夫林认为，哈特不能说明，为何除强奸和盗窃之外，对所有有被害人的犯罪均排除被害人同意为抗辩事由——自由主义者希望保持这种排除——亦不能说明某些犯罪的持续性（重婚罪是他最常提到的），这些犯罪中的自由主义理据并不明显。既然我们早前已经讨论过这些问题（作为抗辩事由的被害人同意参见第三卷第二十三至二十七章，重婚罪参见第二十八章第四部分以及第三卷第二十四章第七部分），我们很愿意在本章对这些问题做一个小结（第八部分）。本节，我们先将注意力集中到德夫林此类论点中最细微的部分，这部分论点哈特本人也曾在1873年詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬对密尔的攻击中发现过。³² 其观点如下：自由主义者不允许刑事立法中包含“对道德的推行”之类的要素。对他而言，刑法的唯一功能就是防止公共或私下的损害或滋扰。如此看来，他亦不会允许任何防止损害（或冒犯）以外的其他因素影响对不同犯罪予以不同刑罚的决定，或者影响对不同犯罪人在不同情形下实施同一犯罪的处罚决定。但就我们的惯例而言，这惯例恐怕自由主义者也无意改变，在刑罚处罚中，我们总是对道义可责性（施蒂芬用的词是“邪恶程度”）越大的人处罚越重，对道义可责性越小的人处罚越轻，这种惯例的前提绝非刑法仅以防止损害行为为目的。如果刑法立法者丝毫不考虑道德不法，那么，

法官就不应在损害程度以外考虑道德，处罚的唯一考量就是，他偷的钱越多，造成的损害就越严重。

哈特在这个问题上的回应篇幅不是很大，或许因为他对此并不太在意。他承认“违法行为的道德性区别应当反映在刑罚处罚的不同尺度上”。³³但他否认这说明刑法的全部目的并不仅在防止危害社会的行为，而应代之以“非难较大的邪恶”（斯蒂芬说的是谴责不道德行为³⁴）。哈特认为，斯蒂芬的不当结论源于“他未能看到‘何种行为方可被正当地处以刑罚？’以及‘对不同的犯罪行为应当如何处罚？’这两个问题是相互区别、相互独立的。”³⁵他说，正因为这两个问题在逻辑上是相互独立的，自由主义者“可以一方面坚持某个刑罚体系的唯一正当性理由在于防止损害，只有损害行为方能受刑罚处罚，另一方面认同，对这些行为的处罚存在量的问题，不同犯罪行为的相对道德恶性可以作为决定刑罚轻重的决定因素之一。”³⁶

无须赘言，哈特所称之某个刑罚体系的正当性问题与特定个案中刑罚处罚的轻重问题是相互区分且相互独立的观点，即可否定斯蒂芬观点所隐含的前提，但德夫林并不以为意，对他来说，两个问题并非相互独立。并且，“这两个问题不过为了方便起见才分开表述，它们就是一个问题：‘刑罚处罚何以正当？’他继续说道，法律必须有正当性，没有任何法律与人的道德无关，正是这一点，允许法律就某个人的不道德处罚他。”³⁷“密尔的理论是被阉割的理论”，德夫林总结道，“如果说它只适用于立法，而不适用于司法。”³⁸自由主义者现在面临两难：要么赞成立法禁止“无害的不法行为”，要么赞成道德可责性程度可以哪怕是部分地决定刑罚的轻重。

我认为，自由主义者可以避开这个陷阱，我也很愿意在此阐述避开的方法。有两条路径：第一条在哈特的草草回应中已有暗示，我会在本节论述；第二条路径需要更多的界定，但若第一个已经充足，第

二个就无甚必要了。

对任何以规则构建的社会惯例或体制，我们都可以问“其目的何在”。这个问题的意思不是问它是如何运作的，而是问它应当发挥何等功能，它应该达到何种目的方为正当。接着哈特早前的工作³⁹，我们将这个适当的目标签为规则的“正当化目标”。如果不参考诸如培养良好品格、进行道德指引、解决道德冲突、忏悔等道德功能，我们往往无法确定某个制度的正当化目标为何。在其他社会制度中，婚姻法庭、教会、学校等往往更需要全面阐释其道德功能。而其他与规则有关的领域，如运动比赛、剧院、医药、学术和制造企业等，其正当化目标则与道德功能无关。这些领域的规则并非为着培养人格、劝诫、谴责、教化或解决道德困境等。不过，即使规则本身并无明确的道德根据，它也不会和道德规则毫不相干。道德上的正当目的绝不会包含于某种不道德的运行模式当中。

看看有组织的足球运动。它的正当化目标是什么呢？可以想见，对这个问题的完整回答应该包括提供练习、锻炼身体、协同奋进、团结友爱，吸引并娱乐观众。当然，或许有人也认为还包括锤炼品格，这倒是可以视之为某种道德功能，但足球锻炼的是勇气、竞争意识、合作、耐心，这些或许并不能明确地归入美德（从圣徒式的自我否定和谨慎诚实，到良好的幽默感、爽朗的个性⁴⁰和迷人的气质，都可以被纳入“道德”的各种美德。由此也可看出，“道德”这个词是多么模糊而有弹性）。绝大多数大学球员或职业球员都不会对足球不能使他们变成更好的人感到愤然和失望。我们完全可以认定，足球的正当化目标无须涉及道德术语。但足球总是由一套程序规则规范的，否则它就会变成乌合之众的暴力行径，而非竞技运动。这套规则禁止踢、铲、拳击等动作，因这些动作得益的一方将被剥夺好处并受到相应的处罚。不过，裁判需要判断这是无心之失还是恶意为之？是区区小事还

是严重犯规？根据犯规的严重程度，更严重的犯规将导致队员被罚出场外，在一定时间内不得参加比赛。对轻微犯规则往往以警告了事。如果规则和裁判不能作出这类区分，对于球员而言显然是不公平的。

无论规则为何，亦无论规则的目的为何，它的运行往往既存在道德路径，亦有非道德路径。哲学的正当化目标是探求抽象问题的真理，达致更清晰、更富有洞见、更具理解力的境界。它的目的并不在于劝诫美德、惩罚罪行，或非难邪恶。一个哲学家如果在研究中剽窃他人成果，或进行人身攻击或使用诡辩术，我们可以说他的研究是不公平的、不道德的。这种错误行径违反了程序公正的规则。一间公司的正当化目标就是提供顾客所需的商品或服务，为职员提供就业，为老板获取利润。此处不必提及判断性的道德修饰词。不过，即使只是单纯追求经济目的，方式却可能是道德或不道德的，不正当竞争、虚假广告、价格垄断、同行公价、打压工会或逃税等行为都违反了行业道德规则。

由此我们可以将某个制度的一般性正当目标与规范其行为的程序公正规则区分开来。即使前者不包含道德元素，后者也可以涉及重要的道德目的，并因此在利益的公平竞争中导致奖惩或赔偿等后果。将此区分适用于刑法，我们首先得寻求的是整个规则体系的正当化目标，包括为禁止某些行为的立法权、警察权、起诉权，为依法进行审理、判决、处罚、上诉、监禁、假释等设立的制度。自由主义者会说，所有这些制度的正当化目标就是防止对私人或公众的损害，同时，保证这些制度运作的规则亦应处处公正。要公正地处罚被告人，要求量刑时应考虑两点：不法者的责任程度，以及由行为的动机及背景确定的可非难性程度。

首先考虑责任。无论刑法禁止何等行为，如果被告人并未实施该等行为，则判处被告人有罪当然是不公正的（可能是他人所为，可能根本并非人为）。另一方面，若某人冷静而故意地实施法律禁止的行为，该行为完全可以归责于他，则判他有罪并无不公。若任其逍遥法

外，而由别人承担责任，则是对其他人的不公。不过，若行为人确有所为，但是出于疏忽大意、偶然性或条件反射，那也不能说他实施了该行为。一个语法上别扭但概念上正确的说法是，行为是他所为，但“行为性”程度却并不充足，或者说，行为只能部分地而非全部地被视
149 为他之所为。⁴¹ 在这种情况下，某些处罚可能是正当的（由他全身而退的确是对其人的不公），但如果和那些为行为负全责的人处罚相同，就是对他的不公。实际上，他们的行为并不相同（完全意义上）。

刑罚的轻重应对应于不法者对行为的责任程度。若不法者实施行为并非出于偶然、无认识、疏忽等，他就应对自己的行为负全责，尽管如此，考虑到他的行为动机或背景，他的可责性可能较轻。对动机的描述可能已被排除在庭审之外，因为陪审团的唯一任务是判断行为人实施该禁止行为是否出于故意，但法官在量刑时却往往要考虑这类因素。两个杀人行为可能都属于一级谋杀，同样存在故意，同样出于预谋，但其中一个是对面饱受病痛折磨的老年残疾人的要求，出于仁慈之念杀人，另一个则出于恶意或贪婪。二者的行为都违反了法律，不法者有同等罪过。但对那个可责性较轻的人处以和那个邪恶的人同等刑罚是不公正的，因为对相对不同的情形处以同样的刑罚是不公正的（按照亚里士多德的形式正义原则）。

在适用（亚里士多德的）形式正义原则时，道德可责性为何是其中一个“相关”特性？因为这一相关性正对应于刑罚的一个本质功能，作为表达公众谴责的象征性工具，刑罚当然就是被谴责者的耻辱。⁴² 如果刑罚处罚的目的部分在于表达社会对犯罪人的道德谴责，那么，在可行的范围内，谴责的轻重程度（通过施加惩罚的轻重象征性地表现出来）应当与犯罪人因其犯罪行为的可非难性相对应。不过，法官不可将犯罪人的可非难性作为刑罚轻重的唯一依据，因为刑罚还有其他社会功能，尤其是威慑功能，需要法官在判决时加以考虑；

不管怎样，若只关注特定不法者行为动机的道德状态，又会模糊刑罚对某种行为的一般性否定，该特定不法者的行为只是这类行为的一个例子。刑罚谴责的是犯罪，而非仅仅为实施犯罪的犯罪人，行为和为人一样，都应受到谴责。即使行为人的动机完全出于善意而不应受到非难，对他有意实施的行为，社区的道德评价亦可以认其为不法而表示对行为的谴责。不过，在其他情况等同的条件下，具有较小可非难性的犯罪行为反而比可非难性较大的犯罪行为受到更重的处罚是不公正的。公正就是不同案件不同处罚，还有什么比道德可非难性更 150 关乎刑罚所体现的道德谴责程度呢？

我仍认为，自由主义者会认同这样的解释，即使如此一来，特定的道德目的就被排除在他所理解的刑法体系的正当化目标之外。他会承认，也必须承认，刑法作为一个过程，本质上就是某种复杂的“道德机器”。嫌疑人从一端进入这个过程，一路上他有脱身的各种可能，当然也可能最终出现在另一端，法官通过庄严的宣判给他贴上道德耻辱的标签，并处之以刑罚。进入这个过程“原材料”被分为两类，一类全身而退，回到原先的生活，一类则被宣判、被处罚，接受道德谴责。通过这个过程，这个体系的最终目标就是减少对个人及对公众的损害，但这架道德机器的运作模式必须是公正的，否则就是对其内在目标自挖墙脚，通过标签机器，若对可非难性较小的行为处以比可非难性更大的行为更重的处罚，则等于自我拆台，这种价值判断上的混淆将妨碍这架机器发挥显示非难程度的功能。

即使是那些不涉及道德机器的制度性规则，也必须遵守公正的程序，以免造成不良后果。例如，职业资格考试（律师考试、医学考试、注册会计师考试等）的目标在于将应试者分为两类：一类被授予资格进入职场，一类则被淘汰。在某些情况下，（例如公共会计师考试）所有应试者，无论是否通过考试，均可获得一个分数等级，对任何一

位应试者都不存在道德评价，无论是具体的还是象征性的。在这个层面上，我们可以将这个测试机制视为“非道德的”。但如果采用的程序总是通过那些考试不合格者，淘汰那些合格者，或者给那些专业较差者更高的分数等级，那么，这种程序就是不公正的。按照考试的性质和目标，知识和技能才是公正原则的“相关”要素，在这些方面条件相同的人如果受到不同的对待，或者在这些方面条件不同的人却得到相同的结果，当然是不公正的。⁴³ 受规则控制的制度就应如此，即使他们的最终正当化目标只涉及专业，而不与道德相干。刑法的实现过程与专业资格考试的最大不同不仅在于前者的正当化目标中包含道德元素，更在于其过程本身也包含了道德评价。“这就是那复杂的道德机器，”法学家说道，“现在，我们到底为什么要开动它呢？”如果这是个自由主义者，他就会回答，“我们通过它产生的威慑，仅仅是为了防止个人对他人实施损害或冒犯行为。”这个答案并不荒谬。

简言之：由规则控制的制度或机制自有其正当化目标和特定的实现过程（“机器”）。两者之一或两者都可能与道德相关或完全无关。无论是哪种情形，制度的运作都必须以公正的规则展开，否则，对其他参与者是不公平的，同时也会妨碍其自身目标的实现。程序性规则的公正性部分取决于它和亚里士多德原则的一致程度，即同案同判，不同的案件根据其相异程度处以不同的判决。为实现公平原则的目的而提出的“相关性”特点是由，至少部分是由程序的控制功能决定的——这部“机器”的预期（设计）任务。如果功能具有道德属性（给可非难行为贴标签），则可非难性就是相关的，否则就不相关。但这些道德考量的相关性作为公正程序的结果，要求所有制度，包括道德制度或其他制度，必须具有某种终极道德性正当化目标，而非仅将其作为必然结果。刑法制度，无论是否设定有道德上的正当化目标，都须以某种内在的道德（评价性的）程序组成，这种程序结合了形式

正义原则，体现了量刑过程中对可非难性的考量。

表 30-2 制度性规则的公正性

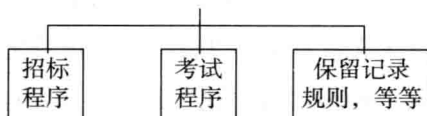
152

全国会计系统

1. 终极的正当化目标

力求将财务记录效率和准确率最大化

2. 程序组成



(通过程序，给参与者贴上“有资格”或“无资格”的标签，但不做任何道德评价。程序的内在目标：根据表现为技能评分。)

3. 有关程序公正的规则

(适用亚里士多德的形式正义。为此，“相关内容”包括认知、技能、财会技巧。由此，在一个更大的体系内，程序的目标或功能——决定是否适格——为决定何者与实现此正义“相关”。)

刑法体系

1. 终极的正当化目标

力求将施与他人的不法损害（包括“公共损害”）最小化

2. 程序组成



(此程序用以决定是否处罚，若处罚，则如何处罚。刑罚通过判决及“深入身心”的处罚，给被判决者贴上道德标签。程序的内在目标：根据表现谴责其有关罪或宣布其无罪。)

3. 有关程序公正的规则

(适用亚里士多德的形式正义。为此，“相关内容”包括责任的程序、可非难的程度。由此，程序的目标或功能为决定何者与实现正义“相关”。)

我相信，上述粗略论述在自由主义者看来是正确而富有实效的，但要回答斯蒂芬-德夫林的观点，上述论述却并非必要，因为还有一个更直接的回答就在嘴边。如我们所见，即使刑法的正当化目标是非道德的，要求其运行规则符合公平原则也是应该的。因此，认为自由主义者所理解的刑法的正当化目标是非道德的，这完全是对自由主义者的误读。⁴⁴ 自由主义的限制自由原则显然有其道德属性的一面。在自由主义者看来，刑法制度的正当化目标不仅仅是为着使利益阻退意义上的损害最小化。如果他的观点如此，则他与法律家长主义者不应争拗。实际上，他的原则认为仅当有必要阻止不法地损害（或冒犯）那些未同意者、非自愿承受者时，如果行为既无正当化事由，亦无免责事由，方可允许处以刑罚处罚。他坚持认为，刑法必须服务于某个深刻的道德目的，以及保护个人的道德权利不受侵犯。

但这并不是说，因为刑罚的唯一合法性目的是道德层面的，则作为犯罪化的依据，所有道德层面的目的都具有同等的正当性，或者说就都是正当的。“只有道德考量”并不意味着“所有道德考量”。如果我的理解是正确的，那么，自由主义者的观点可以表述为：

1. 刑法的全部正当化目标均由道德考量组成。

但这并不意味着他认同：

2. 所有道德考量都是刑法正当化目标的一部分。

我们可以以同样的逻辑进行反驳，因为自由主义者相信所有的狗都是动物，他就必须相信所有的动物都是狗。即使自由主义者认为刑法的正当性目标整体上就是某种道德目标，他还是可以认定，“不道德行为”并非刑事立法的适当对象。

我们将这一点再讨论得深入些。自由主义者并不鼓吹，对行为予以犯罪化仅因其对他人利益的反作用，那样一来，刑法也会禁止那些经被

害人同意的危险行为。可予犯罪化的行为最低限度应具有损害性，但这还不够，它还应具有不法性。某些行为是道德不法的，但却并未不法侵害他人，即未侵犯他人的权利。即使的确存在这样的行为，但既然它们并未侵害任何人，它们是无“被害人”的，则无人可对不法行为人为表达个人怨愤。对于自由主义者而言，和他的道德评论不同，他不会赞同将该等行为犯罪化，⁴⁵即使行为具有道德不法性，他也不会赞同法律道德主义者的观点。在自由主义者看来，此等行为的不道德性并不能为犯罪化的正当性提供充足依据。唯一的正当性依据当然是某种道德依据，亦即保护道德权利；但并非每一个道德考量都可以作为犯罪化的正当性依据。对自由主义者来说，这意味着，刑法的目的并非为着推行“此等道德”，但从保护他人权利的层面上看，当中包含的道德我称之为“怨愤道德”。 154

我们现在可以直截了当地回应德夫林的观点，即“法律不可能一方面与人的道德无关，一方面却惩罚人的不道德行为。”自由主义者并非敦促立法者远离“个人道德”。实际上，刑法关注的东西必定包括人的道德。但法律关注的内容却不必全是道德，只关注侵犯他人权利这部分道德内容就可以了。一个人的信仰和欲望在道德上可能是可非难的，包括他对禁忌的违反、他的个人品位、他无害的剥削及其实实施的其他与人无涉的恶，但对这些行为的道德评价与刑法无关。

不过，要保持内在逻辑一致，自由主义者必须向德夫林作出重要声明。若他认同按照可非难性（与可责性相对）的程度决定刑罚的轻重，则他必须小心，不让那些在立法层面曾被他排除出去的各种可非难性在司法层面偷偷从后门溜进来。无论在哪个层面，道德可非难性都与损害－危害、侵犯权利相关，都应通过个人怨愤、道德谴责的方式进行处理。无论在哪个层面上，对道德可非难性的确认都必须遵循

排除无人怨愤的原则。

例如，市政规章规定，对违反规则横穿马路者处以“100 美元以下的罚款及 30 日以下监禁。”约翰·道受到指控，他为着赶去看牙医，横穿马路——动机倒是善意的。他被处以 10 美元的罚款，然后被释放。理查德·罗却“心思邪恶”，他为了跟上一位漂亮女士去跟她调情而横穿马路。法官对他处以 100 美元的罚款和 30 天监禁。那么，尽管二人横穿马路的行为均非意在损害他人，一个人却因为心思邪恶而比另一“动机单纯”的人遭受更严重的处罚。⁴⁶当然，自由主义者会谴责这种量刑方法，正如他同样会谴责将“调情”犯罪化的法律。这个行为既不能被犯罪化，亦不应成为量刑轻重有别的依据，亦即，无论在立法还是司法层面，法律均不应推行无人怨愤的道德。德夫林坚持认为，立法和司法应当在这方面保持统一的立场，至少在这一点上他是对的。自由主义者如果一方面鼓吹将邪恶动机作为构成犯罪的加重要件，一方面反对在立法中将邪恶行为作为单独的罪名，那他的立场就无法做到前后一致。但自由主义者一
155 方面赞同将恶意或残忍（当然其道德可非难性源于它们对他人造成损害）作为加重刑罚的要件，一方面认同较轻的情节可以减轻责任，这并非前后不一。

自由主义者还必须承认，刑事程序本身有着内在的道德属性（相对于非道德属性）——巨大的道德机器在其产品上贴上标签，在那些作为“嫌疑犯”从机器的一端进去，并在另一端作为犯罪人出来的人身上，将否定的道德评价深深“嵌入”他们的血肉。自由主义者对这台道德机器要提出的问题是：“什么样的行为才能使人成为送入这台机器的原材料？”他的答案则是：“只有那些侵犯他人权利的行为”。毫无疑问，他也认为法律可能“推行道德”。问题是法律适于推行何种道德（或道德的哪个部分）？他认为刑法只能推行“包含个人怨

愤的道德”。要使这个答案具有说服力，他必须将刑事责任限定为应予谴责的行为，而刑罚本身就表达了这种谴责，尽管并非令人受到道德谴责的行为都应当承担刑事责任。但这并未背离自由主义者赋予整个刑法体系的道德目标（保护权利），并以之作为量刑时对责任程度及可非难性的道德考量。如我们所见，即使不存在终极道德目标，如哲学讨论、商业经营、足球比赛等，也需要在寻求其非道德目标的过程中加诸程序性规则，违反这些规则将影响量刑的轻重。如果法律允许这种量刑方式，则自由主义者赋予刑罚的道德目标会更多。在这种道德目标下（保护权利），即使是德夫林爵士也不得不同意，这个目标与量刑中的道德因素之间并无冲突。更准确地说，同时承认以下两点并无不妥：

1. 法律仅应禁止侵犯或危及他人权利的行为，

- 且

2. 法律在程序上应当尊重被告人的权利。

六、斯蒂芬的最初观点

现在回到詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬最初的观点，他提出了不少有趣的议题，至少有一个议题在哈特－德夫林论战中并未得到解决。他告诉我们，刑事立法的目的在于支持所在社区的全部道德体系——在一个外壳内，按照社区的普遍标准，抑恶扬善。至少原则上立法者既会利用刑法提升以尊重并促进他人权利为内容的美德，也会利用刑法提升以防止侵害他人的与人无涉的恶为内容的美德。斯蒂芬急于向我们保证，刑法不应被用于推行贞操，或“因为背信或忘恩而惩罚某个人”，⁴⁷不是因为这些做法是对法律的滥用，而是因为这些做法成本高昂、效率低下，且会对正当化目标的实现产生负面影响。

“这类指控太过空泛……难以证实……或证伪。并且，对这类行为进行调查以施加刑罚处罚的成本极高。”⁴⁸ 斯蒂芬认为，这种实用主义考量是“反对将恶视为犯罪的综合性理由”。⁴⁹

不过，若某个恶，如不贞，“以令所有人感到可怕的形式实施”时，情况则刚好相反。⁵⁰ 斯蒂芬此处所指行为非因其侵犯权利的损害性，而因其令人反感的固有属性而使人普遍感到厌恶，即使它们并未直接作用于他人。斯蒂芬认为，如果这些与人无涉的恶足够强烈，那么，无论惩罚的成本如何高昂，都无关紧要。原因为何？斯蒂芬说，部分原因在于防止损害并非犯罪化的唯一依据。法律存在的意义在于它部分地满足了“某种仇恨感——称作复仇、怨愤等——正常的头脑会被此类行为激起的反应。”⁵¹ 因此，斯蒂芬援引犯罪行为为例，凡可缓解行为可非难性（或许更合适的词是令人憎恶性）的因素，即可减轻刑罚处罚，而若我们量刑的唯一目的只是阻吓损害性行为，则这些因素本应令处罚加重。如果我们希望处罚的轻重应符合我们的憎恶感，则若行为人屈服于诱惑而犯罪，处罚即应减轻（至少不应加重），但如果我们的目的仅在于阻吓他人，则行为人受到的诱惑越强烈，为了威慑他人，处罚亦应越重。⁵²

157 现在，我很肯定，如果我们的唯一目的就是阻吓他人，则我们对个案的处罚会更重，且不会考虑行为人的可非难性程度。不过，我会以不同于斯蒂芬的方式表述。我要说，这只是众多以程序性规则约束正当化目标实现的例子中的一个。我并不否认，任何刑法制度的正当化目标与其程序性规则之间都存在某种紧张，而这种紧张又会限制程序本身。（或许在其他的例子，如足球比赛中，会有所不同，后者的公正性规则更能直接地促进正当化目标的实现。）这种紧张给自由主义者和斯蒂芬、德夫林们各自有关法律界限的观点同时提出了难题。如果两方都认为，刑罚机器于其内在目标之外并不存在任何其他终极性

正当化目标的话，则问题立即不存在，因为除了根据情节宣布被告人有罪或无罪之外，刑法无其他目标，而刑罚的轻重完全取决于被告人的可非难性以及“类似案件”中被告人的可谴责性。例如，若道的犯罪行为 and 罗的犯罪行为道德属性并无不同，罗被判处一年监禁，那么，道亦应被判处一年监禁，无论二者实施的行为是否日益普遍，是否有越来越多的人跃跃欲试。

但是，自由主义者和斯蒂芬都认为，除此之外，刑罚有着某种正当化目标。自由主义者认为刑法的终极目标在于将对个人和公众的不法损害行为减到最低。斯蒂芬和德夫林还加上内在仇恨性或不道德性的行为，无论行为是否损害或冒犯了他人。两方都认为，刑法制度的终极目的在于，通过直接处罚和间接威慑，减少某种行为的发生。在这个层面上，两方观点的不同之处仅在于，何种行为方适于以法律强制的方式予以阻止。

假定约翰·道实施的某种行为，因日渐频发而被禁止。面对犯罪行为愈演愈烈，无论是自由主义者还是法律道德主义者都不会反对，允许法官依规则加重对行为的处罚，以便加强刑罚的威慑力。当然，两方也都会敦促法官在加重刑罚时设立合理的处罚上限。例如，谁都不会赞同对非法泊车者处以绞刑。但亦都不会受阻于德夫林理论，可以通过紧急立法或司法判决，将处罚从现有的 25 美元增加到 100 美元以缓解交通困境（判罚应为“100 美元以下”）。根据规范这部道德机器运作的程序正义规则，对道处以较罗更重的刑法是不公正的，因为二者在道德相关性方面并无二致。或许，法官应该对道说，“尽管昨天罗仅被处以 25 美元的罚金，而今天你实施了同样的行为却被处以 100 美元的罚金，但这是你罪有应得。因为眼下正处于此等犯罪愈演愈烈之时，额外的 75 美元不是为了处罚你，而是为了阻吓其他人。”我很怀疑这番说辞能否令这倒霉蛋感觉好受些，但多少可以使处罚的

加重部分显得不那么武断。

我并非试图解决阻吓与处罚间的紧张关系，任何理论，只要认为刑法的正当化目标在于阻吓某种行为，且其运作程序包含固有的道德属性，就必然要面对这种紧张关系。我在此强调的仅是，这个问题，无论是对于斯蒂芬和德夫林，还是对于密尔和哈特，都同等程度地存在。自由主义者认为法律的目的在于阻吓其他不法损害行为。法律道德主义者则通过法律阻吓即使是私下自愿实施的不道德行为。一个希望阻止有怨愤的恶行，另一个则希望阻止无人怨愤的恶行。两者的核心都在于阻吓，而在量刑过程中，阻吓的目的就会与程序公正发生冲突。

令我产生兴趣的是，斯蒂芬的立场存在悖论。对他而言，刑法的终极正当化目标是两重的：尽量减少有仇恨感的恶行，无论其是否具有损害性，同时纾解对不法行为人的憎恶感。他不反对设立无被害人犯罪，主要因为（如果我的理解正确的话）此等立法可以平复普通人自然产生的憎恶感和复仇心。但如果行为根本没有被害人，则谁是那个想要复仇的人呢？我将这个问题留至本章下一部分，并将这个问题抽象化，不仅讨论复仇的问题，更覆盖有关报应主义的内容。我要检视的问题是，报应的概念，无论以何种形式出现，能否适用于解释对无被害人犯罪的刑罚？如果“报应”在此并无意义，那么，法律道德主义必然会和报应主义的刑罚理论发生冲突，前者认为可以惩罚无害的不法行为；后者却认为，只有报应，才是正当的刑罚。⁵³

当然，对于这个冲突，法律道德主义者可能会回应说，“报应主义理论更糟”，正如报应主义者会回应，“法律道德主义更糟”。我没法打破这个僵局。但此等僵局若的确存在，就是对斯蒂芬论证的有力反驳。不少法律道德主义者同时也是报应主义者，这种不相容性对他们

并无益处。

七、对无被害人不法行为的“报应”

“报应”一词在道德哲学家那里有诸多不同的含义，但其原义是，为不法行为造成的伤害“付出代价”，或者“报复”前来复仇的被害人及其亲属，从而引发血族复仇。在最早期的道德概念和法律制度中，处罚和赔偿是被混用的，即使在我们今天的用语中，这种混淆依然存在，我们说不法者为其犯罪行为“付出代价”，或是说（不同但相关意义上）被害人通过转而损害加害者“报复不法者”。恢复道德平衡的最初用法和“清账”没有不同，迄今，它仍是对一般刑罚概念的根隐喻。

根据这段历史，我们就可以理解，字典往往将“报应”定义为“作为代价而给予的东西”，“代价”即“作为平衡，对施与行为者、承受痛苦者的回报”。⁵⁴“报应”一词，因其固有的回报隐喻，伴随着诸多意义相近并相互定义的术语，包括“报酬”（适当的回报）、“报复”（对不法行为的回应）、“报仇”（对损害或损失的报复）、“回报”（善意的报答）及“复仇”（报复以达至“平衡”）。如果不法者的行为完全涉己，则谁有资格要求对行为人施以报复呢？如果他人的邪念或私下的恶习并不会造成个人怨愤，则谁有权要求以他人的痛苦获得自己的“满足”呢？人的恶行该“还之以”多大的痛苦？谁能和完全涉己行为的实施者“打个平手”？哪怕只是象征意义上或替代意义上的。在“报应”的早期含义中包含了商业回报的隐喻，但对没有被害人的不法行为施加报应并无意义。从逻辑上看，报应的最初含义应该只能适合于作为对“有人怨愤的该”的回应。只有抱有怨恨的人方能“平复怨恨”（通过剥夺不法行为人，而非通过补

偿被害人)。

被冠以“报应主义”之名的刑罚学理论赋予“报应”一词各种新的技术性含义，但这些含义只是貌似原义，实则已严重背离原义。对于普通人而言，“报应”意味着“报复”。法律上的惩罚往往被理解为国家代表犯罪被害人对不法者施加报复，以免私人报复或发生决斗的危险。而报复则被认为是心理学术语，用以描述被害人看到犯罪人被施以刑罚时的痛苦而产生的“满足感”或某种复仇的快感。这种幸灾乐祸的心理对于某些道德哲学家是冒犯性的，他们的原则认为，看到别人的痛苦而感到快乐是不对的，而很多被称为“报应主义者”的人（如康德和黑格尔）也都尽量避开这种观点。这些非为报仇的报应主义者认为刑罚（在某种程度上）是正当的报应，他们坚称，刑罚处罚是冷静而理性地（而非充满愤怒地）表达某种道德评价，其基本正当性“在于实施违法行为就应受到惩罚，惩罚并非为着随后产生的好处。”⁵⁵ 罚当其罪（“相当性”）的道德概念于是取代了声名狼藉的报仇概念。报应作为“应当的承受”转而被报应主义哲学家们作出多种解读，其中一些内容适用于普通犯罪行为（有被害人）时，乍看之下颇有说服力。但在面对“无害的恶行”或与人无涉的恶时，却没有哪种解释比复仇更有说服力。

或许，非报仇型报应主义（若可如此说）最初的说服力源于其声称要将分配正义原则适用于犯罪和刑罚。⁵⁶ 对于犯罪被害人或其近亲属，或者无利害关系的旁观者来说，眼见犯罪人享有犯罪的非法成果却逍遥法外，而那遭受侵害的被害人却已死亡、伤残或一贫如洗，这些是令他们无法容忍的。即使是那些早已放弃复仇观念的开明人士也无法容忍此等状况的存在，之所以无法忍受是因为这种状况是不公平的，“犯罪人活得滋润自在……被害人却已经死去或正承受痛苦。”⁵⁷

好人比坏人更无法获得幸福，无论原因为何，都违反了分配正义原则，何况这种不一致是坏人对好人作恶的结果，激起的愤怒更被放大无数倍。对不法者的刑罚处罚有助于平复这种不公。在最糟糕的案件中，道德平衡已无法恢复。被害人若已死亡，就再也无法复生，若他遭受痛苦折磨，那么这种痛苦也不会好似从未发生。在很多情况下，伤者往往无法复原或不能受到补偿，或者因为无法补偿，或者因为损害本质上不具备道德可补偿性。无论如何，从分配正义的角度看，对不法者的惩罚（及官方的道德谴责），至多能够缓解不法者与被害人之间的不公状态。但需要再次指出的是，正如哈特所说，⁵⁸若不法行为无被害人，则分配正义的概念不再适用于对报应概念的解读。 161

针对无害的不法行为，报应主义理论还有一个更具说服力的适用途径，即惩罚该等行为的“违法性”。即使是违反完全涉己的道德规则，行为人也是在藐视规则制定者，单为这个，他也必须“付出代价”。须得有人需要这种报应。既然没有人受到损害，或许只有规则制定者方能主张行为人是罪有应得。但制定规则的当局必定被违反者“不法侵害”或“损害”吗？如果是指政法当局，则答案应该为否。犯罪人伤害被害人并造成损害，但立法者并不应因行为人对法律的违反而对他抱有个人怨愤。他们的权利并未受到侵犯。主审法官面对眼前的犯罪人必定义正辞严，但他们决不能将自己放在被害人一方，并代表被害人表示愤慨。既然行为无被害人，他们又如何能够主张个人怨愤？如果立法者和法官可以主张自己因不法行为而受到侵犯，那么可能只有完全私下实施的无害行为方属与他人无涉的行为，因为如果总有这样的被害人存在，那实际上，根本没有任何行为可被称作“无被害人的犯罪”。

我们需要再次提醒自己，我们现在讨论的无被害人的不道德行为

的种类是——私下实施的恶行、私密的想法、无损他人利益的道德堕落、对已逝者的亵渎、私下亵渎尸体或圣物、成人间的通奸、在野外捏死一只甲虫、自愿参观淫秽表演或角斗表演等。在将这些行为犯罪
162 化之前，需要明确的是，他们“违反”的是何等要求或规则？如果行为是真正的恶，那么，它们违反的是道德规则，真正道德的规则。并非所有道德哲学家都会进而论证，所有有效的规则都源于某种权威性的个人立法者。道德规则自有其权威性所在，如同逻辑规则或数学定律，与究竟语出何人无关。有些人否认道德规则的自治性（在此意义上），于是接近匿名式地认定道德规则的制定者是上帝。在这种观点看来，道德规则之所以有效，是因为它们经由上帝之口，而非以其他方式得出。那么，能否对我们所讨论的这类“无被害人的不道德行为”制造出一个上帝之外的合适的被害人呢？如果可以，或许作为报应的处罚还能说得通——为了平复不法者与规则制定者之间的不公。

即使存在一般的理论假设，至少还有两个质疑的理由。我们可以问，为何对当局的不服从会损害或侵犯当局的成员？前文已见，权力机构的命令未获遵守，法官和立法者个人并不能对此主张个人怨愤。那么，对于最高的道德规则制定者，情况又有何不同呢？比较好的回答可能是，上帝与个人之间的关系，比政治当局与公民之间的关系更加亲密，更类似家长和子女之间的关系。不过，要是强尼不听父母的话，偷偷从小伙伴比利那里拿走了糖果，那么，直接受害的是比利，强尼的父母当然会生气，会失望，但他们能够主张那原本侵害比利的行为侵害了他们自己吗？虽然不是非常清楚，但答案或许取决于他们对强尼行为的理解，强尼是出于对比利的嫉妒、贪婪、恶意而偷拿了糖果，而并非有意违反他们定下的规矩，还是故意反抗他们的权威，是一种挑衅式的叛逆，刻意以此疏远父母。无论是否存在被害人，并非

每一个道德不法行为都应被视为对权威的挑衅和反叛，尽管对不服从的某种范式解读说这就是撒旦降临。⁵⁹我想，尽管其中并不涉及利益，但上帝对撒旦的每一次惩罚都可以被视为撒旦就侵害上帝行为付出的报应式“代价”。这并不仅在于撒旦行为的不服从性，更在于行为本身就是撒旦对上帝权威的藐视，甚至是挑战。⁶⁰

即使我们将每一个私下实施的无被害人的不道德行为都视为对上帝的直接侵犯，因而惩罚就是以上帝之名的“报应”，但以如此世俗的政治国家来代表上帝恐怕太没道理，也毫无正当性可言。既然上帝对于人类的权威具有如此强烈的个人意味，则他给予的“报应”亦应如此。不仅是政治领导人无权代上帝发话，即使声称自己是上帝的工具也是天大的牛皮，更别说是某种无耻的篡位。即使上帝要对所有违背其意旨而私下实施行为施加“报应”，他也自有其治人之道。人间的刑法简直毫无必要。 163

暂且搁置学理不提，适用于单纯无被害人不法行为的报应概念还有其他一些未被曲解的含义，但适用时却存在逻辑不一致的问题。我想到了多种不同的刑罚恢复道德理论——这些理论并不要求涉及犯罪的人相互间存在道德关系，一部分依赖于商业“回报”模式：黑格尔的刑罚理论是对不法者的“否定”，可以擦去或消除道德记录；⁶¹ G. E. 穆尔的“组织联合体”理论则认为，这一系列事件（包括不法行为及其后的处罚）的内在价值并非各部分的相加之和，⁶²而在美学的角度看，道德恶与为此应承受的痛苦存在固有的“相当性”。

持上述观点的人往往认为，将痛苦施加给不法者“本身并非善”，但他们又指出，对某个行为的评价不应简单地“就事论事”，而应考虑行为发生的背景和事件发生的场合。悲伤“本身亦并非善”，但作为对他人承受痛苦的反应，却是适当的；开心“本身”当然是某种好

的心理状态，但如果是对他人的痛苦感到开心，则是不适当的。正如在美学眼光看来，橘红色的衬衣配“艳粉色”裤子也是不合适的。同样，“分开看，不法者的道德恶和刑罚造成的痛苦都是恶，但在两者间建立的联系却是某种本质上的善或方法上的善”。⁶³ 这种说法是有道理的（也许类比不尽恰当）。由此，非报仇型、非商业回报型报应主义者会认为，故意施加痛苦既非本质善，亦非方法善，但却能够成为善的要素。或许，这么说太武断，所有报应主义者都需要建立起某种复杂的逻辑，用以说明施加刑罚，因此给不法者带来的痛苦，却可以成为善。⁶⁴

这些报应主义理论的展开需要借助道德或审美直觉上的类比——橘红色和艳粉色不匹配、贝多芬第五交响曲的最后一个音符对之前的旋律而言绝对必要（极其“恰当”）、开心和痛苦在道德上不匹配、得知他人的痛苦应当产生的反应是同情等。如果有人问我们如何知道这些，我们只能回答，每个人都是这样的看法。我们当中的一些人，绝不可能是所有人，会对某种主张存疑，犯罪的恶是“一望而知”的，对凶残成性的谋杀者科以刑罚是必要的。尽管当中存在道德陷阱，这种观点似乎与复仇欲望之间存在可疑的联系。如我们早前的讨论，其他观点可能会通过将报应定义为对分配正义的回应，以获得立论的基础。但若我们将此种美学模式的报应主义适用于无害的不法行为人时，其理论说服力旋即消失。几乎没有人认为这种结论是“一望而知”的：无害的不法行为人所作的恶，加上刑罚给他造成的痛苦的总价值，比二者中的任一部分更高。很多人都会说，自愿参演者的下流演出令那些自愿观看淫秽表演的人沉浸在性兴奋当中，但如果对这些人科处刑罚，那么情况只会变得更糟。我要说，既然没有被害人，我很怀疑，无害行为的道德恶足以抵消失去自由的恶。无论读者的直觉判断如何，他或许都会同意，刑罚的内在相当性相比

之下要弱得多。

最后，我还是觉得，最好不将斯蒂芬视为任何类型的报应主义者，尽管他也提及“报复”这类的词语。斯蒂芬并不认为刑罚是对无害不法行为人的回报，是为了和他扯平，或是任何传统意义上的回复道德上的平衡状态。此类报应性概念均要求不法行为存在被害人。斯蒂芬认为鸡奸行为令人憎恶，以刑罚表达对该等行为的敌意是他们罪有应得。这种仇恨其实不需要某种报应性的情绪。从怨愤的角度看，这根本不是仇恨，不是代表被害人表达的仇恨。这里的仇恨是指正常思维的人对内在可憎的行为自然产生的反应。类似于一想到“反自然的性行为”，或一想到吃“恶心”的食物就会产生的厌恶和反感之情。但真正的仇恨是另一回事。斯蒂芬的错误提醒自由主义者必须明确其政治立场中的道德假设，即除非有人损害或不法侵害他人，否则不应仇恨任何人。我想，绝大多数“思维正常”的人，无论是不是自由主义者，都不会犯这个错误。

165

总结一下，面对斯蒂芬和德夫林提出的对量刑的道德考量，自由主义将刑法限制在防止损害性不法行为及推行“怨愤道德”的范围内的观点是站得住脚的，而斯蒂芬关于无被害人犯罪的正当性论证基于对与人无涉的恶的“报应”，倒是站不住脚的。

八、作为刑事辩护事由的同意

如前文所及（第五部分），德夫林的另一个观点是自由主义存在逻辑不一致的问题。自由主义者认为，一方的自愿同意可以避免造成“被害人”，并可作为刑事犯罪指控的免责事由。当然，这是因为自由主义接受同意法谚作为损害原则的调和。我们当今的刑法允许同意作为对强奸、拘禁、各种财产犯罪（抢劫、盗窃、贪污等）犯罪指控的

免责事由,但其他犯罪并不能因同意而获得类似的免责。因此,袭击、殴打、⁶⁵故意伤害以及各种形式的杀人行为都不能因为“被害人”完全自愿而被免责。当然,这最多表明,我们当今的刑法并非以自由主义的原则为唯一依据,而不能证明,刑法不应该以自由主义原则为唯一依据。自由主义者当然可以保持逻辑一致,充分有效的同意应该作为所有个人针对个人的犯罪行为的辩护事由,包括殴打、伤害和谋杀,因为他坚信(更自信),只要合作双方均属充分自愿,除了合作双方的利益,任何他人的利益都不会有直接的或实质上的影响,则任何合作行为都不应被视为犯罪(这种立场不认为鸡奸、乱伦、成人通奸、卖淫、互殴等行为是犯罪)。德夫林很精明地将反驳的对象锁定在某些自由主义者身上,这些人希望既能保持刑法的自由主义边界,同时亦认可现有刑法对同意作为免责事由的限制。德夫林对这些人的攻击还是颇有道理的。

166 如我们所见(第二十八章第五部分),哈特对这种观点的回应是,排除同意作为殴打、伤害及杀人行为免责事由的传统并非出自法律道德主义,而是出自“人身家长主义”。这种说法至少可以部分地驳斥德夫林关于这种传统来自法律道德主义的论述,但却不能驳斥其对自由主义的攻击,因为,自由主义,至少是我所理解的自由主义,既反对道德主义,也反对家长主义。哈特对德夫林的回应是无力的,因为他并未明确,法律排除同意作为殴打、伤害及杀人行为的免责事由的原因是(1)无论本人是否在意,犯罪行为对他造成的损害都是坏事(家长主义),还是(2)杀人、殴打、伤害是内在的不道德行为,无论这种行为总体上对受者是否有益(道德主义)。和哈特相反,我认为,从立法动机考量,道德重建(2)恐怕是更确切的理由,尽管,毫无疑问,家长主义式的考量也起了很大的作用。至少,道德主义的考量似乎更适用于常见的安乐死案件,因为在这类案件中,

死亡显然是符合“被害人”利益的，且他的同意显然也是自愿的。如果承认这两点，却仍坚持不应允许安乐死，那么，唯一的依据应该就是“不杀人”这句道德戒令，这句话只能归于道德主义立场，而非家长主义或者理性。其次，在自愿合作的情形中，道德主义的立场似乎更具恢复性。成年兄妹间的乱伦对合作双方均无损害，在适当避孕的情况下亦不会危及第三人；在保持私密的情况下，亦不会对他入造成冒犯。则将此行为犯罪化的唯一依据只能是那句“这样做本来就是错的”。

自由主义者原则上应该这样回应德夫林，他坚信，为使自由主义理论保持一致，同意理应作为所有犯罪行为的免责事由，但在某些情况下，他也得不情愿地反对将此免责事由任意适用。我们已经论证，重婚和高利贷行为在双方自愿同意的情况下不是犯罪（第三卷第二十四章第七部分），但决斗（第一卷第六章第一部分）和奴役（第三卷第十九章第五、六部分）则因为自愿性问题无法解决而应予禁止，另外，还有一些表面自愿行为亦应予禁止，以保护第三方不受损害或冒犯。逻辑一致性要求自由主义者无论是赞成还是反对将同意作为某些类型犯罪的免责事由时，均以自由主义原则为依据（保护第三方的利益，或怀疑自愿性程度）。

对德夫林就排除同意作为免责事由所作的论述进行回应是无法一言蔽之的，相反，需要对所有双方犯罪行为进行系统调查，逐个适用自由主义原则。此处无法完成这一艰巨的任务（不过，在涉及各具体的传统犯罪时，这个任务在很大程度上已于本书各处零散完成）。对同意在某些具有代表性的犯罪行为中的作用的粗略调查，顺次排列如下，以表明完成这个艰巨的任务对于自由主义者来说并非毫无希望。首先，同意可以作为免责事由的犯罪包括：

强奸（第三卷第二十五章第七部分）。强奸造成的损害在于违背

被害人意愿，以强制或胁迫的方式实施性行为。如果不存在强制或胁迫，代之以你情我愿，当然就不存在损害。正因如此，真实自愿的同意可以使行为正当。

财产犯罪（第三卷第二十五章第六部分）。所有财产犯罪的损害均在于其违背所有权人的意志，非法转移他人的财产。如果财产转移已经主人同意，则为合法交易或赠予。自由交易和赠予均不具有损害性，因此均非犯罪。自愿同意完全可以使之成为正当行为。

非法拘禁（详见第三卷第十九章第七部分）。如果获得被禁闭人的同意，且此同意可以撤销，则禁闭往往并非不法。“如果一个农夫在去集市前，把妻子捆在床上，不管出于何种原因，只要妻子自愿要求他这样做，那么他的行为就不构成非法拘禁。”⁶⁶（不过，如果这种同意是不可撤销的，或者在一定时段内是不可撤销的，则不可作为农夫禁闭妻子一个月甚至一年的免责事由。）

在普通法中，绑架行为即使不要求赎金也构成犯罪。单纯（不勒赎）绑架被界定为“强制男人、女人或儿童离开自己的国家，并送至另一个国家。”⁶⁷（在美国早期的法律中，只要运出州界即满足要件。）单纯绑架最常见的形式是“出海”，即违背他人的意志，将其劫掠到船上做苦役。如果船长后来被指控绑架而受审，他肯定会以同意作为辩护事由，因为单纯绑架的损害完全在于被迫在另一个地方生活、工作。如果水手自愿同意他的新工作条款（只要航行未
168 结束，这同意就不可撤销），那么他雇用这位水手其实并未造成任何损害。

明白无误的犯罪就是这么多，现在我们要面对更有争议的犯罪类型。

杀人。杀人造成的损害在于被害人不复存在。不过，在某些情

况下，死亡与其说是一种损害，不如说更是一种解脱。一个人很可能觉得自己的存在是个错误，无论情况如何，我们都可以想象，死亡请求可能完全是自愿且理性的，在这种情况下，“杀手”并未“侵害”“被害人”。我们以此与强奸、财产犯罪、非法拘禁进行对比。杀人的损害应在于违背被害人意愿而剥夺其生命。如果存在真实的（未被胁迫的、完全知情的）自愿同意，那么，这种损害就不存在。因此，原则上说，自由主义者赞同，即使是杀人，同意亦可作为辩护事由。持传统限制立场的人会说，这种对比是不合适的，因为这两种犯罪所造成的损害是不可比的。如果强奸行为并非不自愿，则被害人也好，损害也好，统统都不存在，这种情况下发生的性行为当然不是恶，也不会造成任何损害。但抛开自愿赴死的意愿（甚至是渴求），剩下的就是死亡，而死亡本身就是恶。自由主义者对此的回答是，不应单凭死亡“本身”作出评价，而应联系死者生前的处境再作评价，在某些情况下，和难以忍受的痛苦或残疾相比，死亡倒是更好结局。

先假设我们收回同意作为杀人指控的辩护事由（如詹姆斯·雷切尔所说——第三卷第二十七章第二部分），再假定若无其他事由，所有杀人者均可使用一个新的辩护事由（正如在没有其他事由时，精神疾病往往被用作辩护事由那样）。或许，以这个新事由脱罪的人越来越多，简直和以其他辩护事由脱罪的人一样多，那么，这是否会鼓励心存恶意的杀手，为了将自己塑造成仁慈医生的形象，事先操弄被害人以获得他们的同意。反过来，这种情形又会削弱有关杀人的法律的威慑力，对犹豫不决的第三人造成损害（摧毁），这些人本来不会遇害。在此类说辞（以及其他各种确认杀人是否获得同意的“现实困难”）的基础上，⁶⁸自由主义者仍可一方面赞成维持现状，169 一方面并不影响他的一致立场。重要的是，这种论述是自由主义式

的，而非道德主义或家长主义式的理论，因为它的底线在于保护第三方的利益。

当然，另一方面，有人可能会说，如果同意不能作为强奸指控的辩护事由，强奸罪成立的判决可能会多很多，将打击男性寻求婚外性行为的意愿，同时可极大地增强有关强奸罪法律的威慑力。如此，则强奸犯罪的数量会下降，强奸行为的诸多潜在被害人将逃脱厄运。从损害预防上说，这当然使得，但却令个人失去了选择自由、对亲密交往的信任以及其他有价值的东西。自由主义者可能会说，因为同意不能作为杀人的免责事由，现在是在付出同样的、甚至更痛苦的代价。问题是，只要存在某种辩护事由，被告人就会尽力伪造这个事由，进而削弱法律的威慑力，但为平衡相互冲突的各方利益，这只是代价之一。在这个层面上，我们的立法用意不必涉及损害原则以外的其他限制自由原则。

联系到雷切尔所论之“最低方案”（第三卷第二十七章第二部分），自由主义者可能会提出我们曾论及的那种现实反对。对那些怀有怜悯之心的人道杀手而言，要使自己脱罪，就必须承担证明“被害人”自愿的风险。更好的方法或许是提供一个授权程序，首先获得对方的同意，这样，人道杀手即可在官方许可的前提下杀人（或者由专业人士代为实施），以将其承担的风险最小化，从而使刑法摆脱这个难题。（过去就曾将婚姻类比为实施性行为的官方许可，和伴侣的性行为因事先获得官方许可而正当化，也就不存在“强奸”中的“同意”问题了。）仅需强调一点，自由主义者为了理论的前后一致，可以就安乐死提出同样的方案，以便为刑事诉讼省却这个麻烦，同时亦可避免刑罚威慑力被削弱。而黑社会杀手、强盗、酒吧里打架、寻仇的，以及其他“普通杀人者”当然不能照此事先获得官方的杀人许可。

伤害。美国绝大多数州都有禁止故意伤害的法律，即故意且恶意致人伤残。致人伤残，即对被害人造成身体组织或器官上的永久残疾（如失去一只胳膊、腿、眼睛或睾丸）或伤害被害人（使其失明）。1670年，约翰·考文垂爵士在国会辩论中发表了令人憎恶的言论，他的政敌其后撕裂了他的鼻子作为报复，这种行为并不构成“故意伤害”，因为并未造成考文垂永久残疾。国会很快通过了“考文垂法案”，将范围扩大到毁容，如失去耳朵或鼻子等。

将同意排除在故意伤害的辩护事由之外，其理由至少部分是家长主义式的，因为恶意致人伤残或毁容绝不可能是件好事，无论本人意愿如何，看起来应该就是如此。英国普通法对伤害的定义包含了立法的动机原理，道理很简单，当中不涉及仁慈、家长主义或其他因素：根据英国普通法，伤害是指“在打斗中，或者出于自卫，或者为激怒对方，恶意剥夺他人的肢体，以削弱他人的生理能力。”⁶⁹因此，伤害的实质是使“他人的战斗力减弱”（对“国王的军队”而言）。⁷⁰禁止伤害行为意在保护公民不受公共损害，通过保护国王的战斗力不被削弱而保护国民的公共利益不被阻退。

要求被伤害的人确实很怪，但这样做总是有着各种动机。自愿如此确实古怪，但或许在普通法的早期，一个常见的动机就是逃避兵役——和战争的残酷相比，这个选择并不算特别不理性。如果A付钱给B，一个外科医生，要求B割去自己的一只胳膊以逃避兵役，B就成为欺诈国家的参与者，毫无疑问，A的同意并不能令其免责。1604年，著名的莱特案也涉及欺诈，⁷¹该案中，“为了不去工作且行乞方便”，“一个健壮的恶棍”要求同伴砍掉他的左手，同样，此处的同意也不能使他的同伴免责。现代社会中，人们往往为了获取保险金而要求他人伤害自己，和早期的欺诈案例相比，原则上并无不同。对伤害的同意无论是可以理解的，还是不名誉的，损害原则对于这些案件都

完全可以解决。

但对少数案件，损害原则的适用并不确定，继续排除同意作为辩护事由则可能出于家长主义式的考量。很难理解此类情形中的同意，所以对自愿性的怀疑会比较强烈。无论如何，自由主义者出于对个人自治的尊重而允许同意作为辩护事由，当然要对自愿性标准持有较为严格的标准。

除了保险诈骗类的例子，出于可以理解的动机而自愿接受伤害的例子通常涉及人体器官移植。

杰西·杜克米尼尔 (Jesse Dukeminier) 给了一些例子：

在一些国家，人的器官不能在其有生之年发生转移，因此活着的人是不允许赠送或出售自己的器官的。在意大利，该等禁令始于 1930 年发生的一个事件，当时，一个富翁向一个拿波里青年买下一只睾丸，并请外科医生为他做了移植手术。公众愤怒的结果是通过了一部法律，禁止在移植会造成永久性残疾的情况下，活人出售或赠予自己的器官。但 1967 年，意大利的这部法律被修改为允许活人之间移植肾脏……[美国] 刑法的限制是，当事人具备作出有效同意的能力，且手术不会令他 [在医学上] 获益……在某些情形中……器官移植即使获得了捐献者的同意，仍可能构成侵犯人身罪或故意伤害罪。⁷²

德夫林可能会抓住其中某些案例来为难自由主义者，因为法律禁止（在他看来）是有道理的，并且当中并不涉及第三方的利益。但这并不妨碍我坚持在第三卷、第四卷中表达的立场，即在不涉及第三方利益的情况下，自治者可以自由地处分自己的身体，并严格评判自愿性程度。一旦发现自残或同意接受伤害的动机不明或不可理解，那么

非自愿预设就会非常强烈。不过，出于仁慈（甘冒牺牲自我的风险去挽救他人的生命）或其他人道目的的动机则是可以理解的。对一个甘愿自我牺牲的人追究刑事责任似乎有些愚蠢。就人道情形而言，即使是那个拿自己的睾丸换钱的拿破里青年也有权这样做（而他的外科大夫朋友也有权帮助他得偿所愿），当然，前提是假设他和那个富翁之间的协议不存在任何胁迫或“不人道”的因素。（参见第三卷第二十四章第五部分）

殴打。在一场正规拳击比赛中，拳击手一拳打在对方脸上并不构成殴打罪，因为事先对方已自愿同意承担挨揍的风险。因此，至少在这种情形中，同意可以令行为人免于承担殴打罪的刑事责任。（同意接受外科手术是另一个例子。）即使在完全非正规的打斗中，如果双方出于友好地比试身手的想法，双方都无意伤害对方，那么，挨些拳脚也没有关系。若因此而受到侵犯人身或殴打的指控，被告人完全能够以双方自愿及友好比试为辩护事由。如果有意伤害对方，或者不顾对方可能受伤的风险，凶狠地出拳，法律就没那么仁慈了。如果这种打斗发生在公共场合，打斗双方都会构成普通法中的扰乱治安罪，该罪的实质是滋事或令公众感到恐慌（“在公共场合打斗会令人感到恐惧”）。⁷³ 对方的同意显然不能成为扰乱罪指控的辩护事由，而自由主义对这种排除同样可以作出明确的解释，这种合作行为可造成真正的公共损害（令第三方身处险境），或至少会造成对这种损害的忧惧。损害原则（就前一种情形）和冒犯原则（就后一种情形）足以证明该罪的正当性。

在某些情况下，双方同意的打斗（可能一方提出挑战，另一方接受挑战）却会排除同意作为辩护事由。此时，法谚可以作出解释，“一个巴掌拍不响”，易言之，任何一方的同意都是之后产生的社会损害后果的必要条件，因此，任何一方都不能以对方的同意作为脱罪的理

由。还有一些情形是，一方是挑起者，另一方只为自保。那么，如果另一方事先未曾以侮辱性的言行相激，即可以自卫（不同于同意）为辩护事由。若其中一方仅为自卫，就谈不上互殴，也就不存在扰乱罪名，攻击一方如果不能有效证明对方“同意”如此，就要承担侵犯人身或殴打的罪名。

至此，自由主义完全可以说明传统殴打罪名的依据。更困难的情形则是，打斗是真正的互殴，双方完全明白损害和被损害的风险，双方都愤然拔拳相向，但整个过程是远离公众而在私下发生的。禁止该等行为的法律要么出于家长主义，要么出于道德主义，要么两者兼而有之。但对于排除同意为辩护事由，自由主义也有话可说——假定存在此等事实前提（详见第一卷第六章第一、二部分）。他们会给出类似将传统决斗非法化的理由，决斗也属于此类斗殴，当然更正式、更刻意，也更致命。首先，在一些讲究男子气概的社区（工人阶层的荣誉字典），拒绝应战是失面子的事，因此同意应战的自愿性很值得怀疑。更重要的是，在人际交往中，保持文明化的约束是某种社会性利益，以维持个人安全，免受忧惧感的折磨，并将遭受个人伤害的风险降到最低。如果法律不表明反对暴力的态度——哪怕是自愿的互殴——这些社会性利益就会被阻退，从而导致社会性损害的后果。自由主义者如果坚持防止这些公共损害，就应该在此保持一致的立场。

九、小结

严格的法律道德主义或者狭义上的法律道德主义认为，仅因行为是不道德的，刑法即可正当地禁止该种行为。并非任何与人无涉的恶均可，必须是道德上的恶，即对道德规则的违反。我们所称之

“道德”，是指“真正的道德”——一套同等地适用于所有民族或社区的理性规范，包括评价某时某地曾经的传统规范的标准——否则，我们就会将我们所处社区当下的传统规范视为道德。如果严格道德主义者所指的道德是传统道德，他很快就无法立论，因为传统道德中并无他希望尊重的内容。现有规则往往是荒谬的、残忍的，甚至不公的。因此，我们必须确认，严格道德主义者试图推行的是真正道德。如果严格道德主义者所持的立场仅此而已，则一些自由主义者也会赞同他们的观点（因为有些自由主义者认为防止损害是推行真正道德的原动力），但在严格道德主义那里，有些真正的道德上的恶并非有人怨愤的恶，只是单纯的恶，而无论其是否对他人造成损害或冒犯。最后，严格道德主义者往往认为，某些违反真正道德的行为即使无害，却因其特别邪恶，本身即可作为刑罚正当化的依据。

狭义上的单纯道德理论的鼓吹者并不认为，法律禁止能够避免他所谴责的道德恶造成其他糟糕的后果，他反而全凭直觉作出判断，他从“X是一种道德上的无人怨愤的恶”中推导出“刑法可以正当地禁止X”。这种“单纯的”（一步到位）论证，尤其是在诸如扬基运动场角斗表演之类活灵活现的假设情形的佐证下，是自由主义者最难对付的观点，因为他必须承认，这类恶是真正的恶、可憎的恶，并且是无人怨愤的恶。自由主义者得承认，防止此类恶也是必须考虑的因素，同时他还要坚持，这个因素无法与个人自由相提并论，并且没有任何人有权就该等恶提出“获得保护”的请求。

严格道德主义的非纯正形式为禁止与人无涉的不道德行为提供了额外的理由，包括若不禁止将造成社会性损害（如，削弱社交纽带）。当出现此种论调时，这种立场还算不算严格的道德主义立场倒有些不清楚了（如德夫林爵士所论述的那样）。尽管他不断重复使用

“罪恶”和“道德法”，但他所力主推行的道德却似乎刚好是社区的现有规则，而他作为理论前提的基本原则却是公共损害原则和道德保守主义原则。

德夫林的论述中最令人印象深刻的部分是，他放弃捍卫自己的立场，转而攻击对他的自由主义批评存在前后不一致的情况。他就量刑中的道德等级展开的论述虽然很难对付，却是失败的，因为他没有认识到（1）某个制度性规则的正当化目标可能是非道德的，但却依某种正当程序展开运作；（2）刑法会采用某种具内在道德性的“机制”，其运作模式就是作出具有象征意义的道德谴责，并以刑罚“烙入骨髓”；但并非立法者以任何方式履行职责都是正当的；及（3）刑法制度的正当化目标或许包括保护公民不受损害性侵犯的道德内容，但这并不妨碍刑法不以推行无人怨愤的道德为目标。詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬的论述则是另外一个难题。他援引了刑罚报应理论，却无法说清报应如何适用于无被害人的犯罪。既然刑法报应理论是所谓“严格道德主义”的第三种定义，可见，严格道德主义的全部内涵是相互矛盾的。如果将报应主义的定义和另外两种定义分离，则在斯蒂芬和其他一些学者那里，道德主义和报应主义似乎就无法共存。最后，德夫林指责自由主义者在排除同意作为某些犯罪的辩护事由问题上立场前后不一，这种指责对某些自由主义者或许成立，但对另一些自由主义者却并不有效，这些自由主义者认为，除非损及第三人的利益，或者很难判断当事人的自愿性程度，否则，同意应作为所有犯罪的辩护事由。这种自由主义立场是前后一致的。

我们随后要转去另一类与人无涉的恶，以及某个可能的道德主义立场的限制自由原则，该等原则支持刑法禁止此类无害的恶。没有哪个知名的学者曾提及这种原则，但它似乎是法律道德主义的另一种有

说服力的形式（所以值得关注）。我所说的这种可能的原则是指，刑法可以正当地禁止的与人无涉的恶是通常被称作“剥削”的行为，它们被视为恶不仅仅因为其有时可能会造成不法损害，更由于它们会产生非法收益。

第三十一章

176 有损害的剥削行为与无损害的剥削行为

一、剥削的含义

剥削是一种恶，且往往并非与人无涉。它常有损于被剥削者的利益。剥削者通过胁迫、欺骗或利用被剥削者的个人缺陷实施剥削，在这类情况下，被剥削并非自愿同意的行为，因而是有害的，是对被剥削者的不法侵犯。但剥削还有一个易被忽视的情况，即在某些情况下，被剥削者完全自愿同意，而他的利益亦不会受到损害。此时，被剥削者并未遭受不法损失，所以其个人并不抱有怨愤。如果此等剥削行为被视为道德恶，那也应属与人无涉的恶，支持禁止该等剥削行为的应为某种严格道德主义。我们将此限制自由原则（按照“损害原则”和“冒犯原则”的模式）称作剥削原则。在我看来，它较其他形式的法律道德主义更易为我们所接受，当然，我们在接受时必须非常慎重。在本章深入阐释剥削的概念之后，我们将在第三十二章展开讨论。

“剥削”一词总是包含不被允许的贬义，从这种理解出发，剥削

不仅仅是一种恶，更是一种道德恶，是一种不公。贬义的剥削往往被用来描述两个或两个以上的个人或群体之间的关系，在更复杂的形式中（将在下文第三部分讨论），它甚至会出现现在三方或四方关系中。¹⁷⁷而在非贬义层面上，“剥削”一词往往用于指利用机会或资源，而非利用人，比如人充分挖掘自己的才能，或最大限度地利用某种状态。一般来说，对物的剥削仅指对它的使用，而非浪费它、利用它。即使在此等非贬义的意义，剥削者往往还是人；疾病、泥石流或者风暴从来都不会剥削任何事物。我们此处要讨论的剥削仅指人与人之间的关系，即剥削者和被剥削者均为人。若以剥削描述某种关系，则往往是贬义的。因此，剥削某人一般是指利用他人为自己的利益服务，无论是否对他人造成不法侵害，在某种程度上都是不法的、可责的。

还有一个重要的区分就是，A 剥削 B，和 A 对 B 的某种特性或处境 F 的“剥削”是两回事。¹ 剥削 F 可以完全是非贬义的，如某个电影导演“剥削”某个演员的某种特性，激发出他所扮演角色的热情，但这位导演并未“剥削”这个演员。人的某种特性或处境可能被剥削，但并不必定剥削到他本人。布鲁斯·兰德斯曼就所谓剥削型电影这样说道，“这些电影利用了观者的粗俗和偏见，但……要说电影因此而剥削了观众，似乎又有点过火。”² 我认为，兰德斯曼是对的，观众完全自愿的参与往往并不违反他们自己的利益、判断和良心，影片不过是迎合了他们的道德弱点。我们往往会谴责电影在恶意地利用粗俗，即使当中并未剥削任何人，但在我们看来，从他人的不幸中赚取的利润就是某种具有冒犯性的不法收益。即使单是利用某人的特性或处境，如果利用不当，也会成为贬义的令人反感的剥削，而剥削的对象往往是人，但也可能是人的特性或处境。

当然，剥削的典型案件往往正是胁迫的典型案件。尽管二者在概念上大相径庭，但在实际适用中却往往相互重叠。A 的提议如果限制

或关闭了 B 的选项，就会对 B 形成胁迫，同样，这个例子也可以解读为，A 为了自己的利益，剥削了 B 的弱点。要确定 A 是否胁迫了 B，要看 A 的行为对 B 的选项造成的影响。对 A 的利益（他的利润或收益）的可预期的影响则与随后的剥削问题无关。如果我们以 A 通过与 B 的关系获得的利润来定义剥削，则剥削并不必定包含胁迫。实际上，有四种可能：

1. 如果 A 的提议可以强制 B 的行为，并因此获益，则 A 的行为既具有强迫性，也具有剥削性。
2. A 利用 B 的特性或处境，或者获得 B 的同意，或者根本无须 B 的参与，从而获益，则 A 的行为只具有剥削性，不具有强迫性。³
- 3.（更可疑）A 的行为可能不具有剥削性，但具有强迫性。可能的示例是，警察 A 对躲藏的凶手 B 喊话，让他举手投降，否则就开火。这是适当而正当地强迫，但却基本没有剥削性，在此情形中，警察“利用”了 B 的弱势处境。这是某种利用型的机会主义，但并非对人的剥削，亦毫无可责之处。
4. 在通常的商事交易中，买卖双方都有收益（而非一方付出代价）。A 的行为既无剥削性，亦无强迫性。

本章我们主要讨论非强迫性的剥削行为，其他三种类型只在需要比较时再提及。

一般而言，人与人之间的剥削往往是指一方（A）通过与另一方（B）的关系获得利润，A 多多少少要“利用”B 的某些特性，或者某种处境。剥削行为具有强迫性，B 被利用的特性往往是指他缺乏与 A 匹敌的优势，如在交易中，A 站在比较优势的位置。在马克思主义的经济学理论中，“剥削”是一个技术性词汇，⁴是指某种强迫性的过程，即资本家以最低工资雇用工人，工人要想不挨饿，就没有其他选择。工人的劳动力创造的全部财富（“剩余价值”）到了雇主手里。

当然,在这种情形中,优势地位以强力迫使工人签订不公平的合约,工人作出的同意显然并非出于充分自愿。⁵但正如约翰·克莱尼希(John Kleinig)所注意到的,还有另一些剥削并未侵犯被剥削方的自治权——

食客可能剥削了他人的善心;儿童剥削了父母的爱;男人剥削了女人的不安全感;广告公司剥削了公众的轻信;政客剥削了民主的恐惧心理。很难说这些剥削情形中包含强迫。倒不如说,为了确保自己的利益,一方操弄了另一方的某些特性。⁶

关键词“操弄”其实含义模糊。手腕熟练的剥削者剥削他人时就好像钢琴家“操弄”他的钢琴。A 可能会在事后对 B 说:“你就是你[慷慨、关爱、不安、轻信、恐惧],这些可不是我造成的,我也没有施加任何压力。我确实利用它获得利润。但你也没什么好抱怨的。你至多不过是嫉妒我有所得。但我并未强迫你做任何事;我只是利用了。” 179

在一人(B)受到另一人(A)的剥削的所有情形中,剥削可以是强制性的,也可以是非强制性的,A 不过是将 B 的某些特性转化成对他有利的东西,从而获取利润。这种特性容易被强迫或被欺骗,也可以是其他弱点,甚至也可能是某种力量。可以是某种特性,也可以是某种境况。可以是某种状态或者某种情形、某种美德或者某种缺点、某种能力或者某种无能。无论怎样,必要的内容就是,A 利用了这一点并获得收益。B 往往有所是,但也不总是这样。关键的问题在于,因为 B 的某种情形被 A 所利用,A 获得收益。为了进一步阐述问题,我们认为所有的剥削都应考虑三个要素:

1. A 如何利用 B;

2. A 利用了 B 的什么；
3. 对得失分配有何影响。

此外，剥削（贬义上的）被预设为不公的（“不当利用他人”），因此应当受到批评。

二、剥削的要素（1）：利用他人的方式

第一个要素是克莱尼希所说的“操弄”别人，亦可说是“利用”别人，或者在某些情况下，“耍弄”别人。如果我们将剥削定义为“操弄”，将很难对此再作哲学上的深入阐释，因为很多词典都将“操弄”定义为非强迫性的剥削，这种定义的内涵范围太过狭小。（韦氏词典上说，操弄，就是“以技巧的、不公的、狡猾的手段进行控制，特别是为了自己获益”。）其次，对某些类型的非强迫性剥削来说，操弄这种干预形式似乎过于积极。剥削者（A）使用被动性的技巧，按照 B 的
180 愿望实施行为，并因此获益，他利用了 B 的贪婪或愚蠢，但并不存在任何“操弄”。实际上，一开始他就是回应的角色，反而是 B 挑起事端。非操弄性的剥削可以发生在竞赛性或非竞赛性的背景之下。因此，对于 B 的建议，A 说：“你真的想赌 1000 块在台球（金罗美或一对一篮球等）上赢我吗？好的，我很高兴拿走你的钱，我只是‘利用了你的愚蠢’”。假设 A 完全不是虚张声势地开玩笑，他的自信是有根据的，再假设 A 没有使诈，故意误导 B 低估他的水平，而 B 也不存在此类影响下的错误认识。B 此前从未失手过，但那只是因为他从未遇到过 A 这样水平的对手。他年轻、好胜——这些都是 A 可以利用的特性——但他并未受到任何强制，他完全知道自己在冒险。

非竞赛性背景下的同等示例如下。B 是一个职业乞丐，他认为少一只胳膊将有助于提升他的业绩。于是，他给 A 一千美元，要求 A 砍

下他那只健康的胳膊。A 答道,“我认为你的价值观扭曲了。你怎能认为,乞讨到更多的钱财比一只健康的左臂更重要?不过,这是你的胳膊,如果你愿意让我利用你的愚蠢,那么,我愿意为你效劳。”然后他就照做了。⁷

当然,可能有人认为,在两种情形中,B 的允诺都出于无知,因此,他的同意并非充分自愿。在第一个例子中,B 坚信自己会赢,事实证明他是错的,因此,他的无知降低了他的自愿性程度。而在第二个例子中,也可能有人 would 认为,B 错误地认为,他讨得更多的钱,可以补偿他失去的胳膊,但事实上,我们假定,后来他追悔莫及。对于就第一个例子中的无知(或错误认识)所提出的观点,如果无知可以如此有力地作为非自愿的条件,那么恐怕没有任何技巧性的比赛可以确定双方均出于充分自愿。当然,B 对比赛结果的预计或预测被证明是错的,但他相信自己会赢(假定双方技巧不相上下、竞争激烈,加上一点运气)——易言之,他相信自己有机会赢——即使失败,这也不算什么错误认识。而他愿意承担失利的风险或许在谨慎的朋友或旁观者看来不太合理(他们绝对不会冒这种风险),但他并未丧失理性,因此,不应影响他的自愿性。第二个例子也大致如此。B 相信他不会为自己今天的选择感到后悔,但在别人眼里,他的选择是错的,也是不合情理的。但问题是,他承担风险是为了未来有所得,谁也不能确定未来;如果对承担风险并未丧失理性(如我们所假定的),就没有理由否认,他的行为完全出于自愿。 181

B 自愿承担风险的事实,并不能自动免去 A 就 B 被损害的后果承担任何责任。“这些都是 B 自找的,我不过是他实现愿望的被动工具”,A 如果这样回答,那多少有些虚伪。因为,如克莱尼希所指出的,A 主动选择或同意成为 B 的工具,因此,就不能逃避因自己的自由选择而产生的责任。克莱尼希的观点我们会在第三十二章详述,他的意

思是，剥削他人的冲动或愚蠢是错误的，即使因为当事人事先同意而并未侵犯他人的权利，所以，行为并未侵害他人，亦非对他人的不公。说它是错误的，是因为行为人 A 有足够的理由相信，这可能会阻退 B 的利益，为了自己的收益，他故意选择成为损害（利益阻退）他人的工具，尽管他人无权提出怨愤，他也不应该这么做。

非强迫性“利用”或“操弄”他人的更积极形式包含形形色色的排除强迫或误导的操弄技巧。A 可以劝导、恭维、乞求或恳请；可以诱惑、暗示，可以拿责任、同情心、友情或贪婪为说辞，他察觉到对方的个性会屈服于此。如果他因此劝服对方表示同意，那么，对方亦不能抱怨自己受到强迫或掉入陷阱。毕竟，是他本人那有缺陷但完全自治的自我最终作出的同意决定，既无外力，亦无欺骗。

三、剥削的要素（2）：可利用的个性或处境

接下来我们将注意力由 A 转至 B，即他被 A 利用的个性或处境。只要符合剥削者的要求，任何个性或处境都可以成为被利用的对象。可利用的个性包括美德（优点）和缺点，涉己和涉他的，也包括持续性较短的精神状态，无论是否与内在个性有关，诸如特定的悲喜或爱恨情绪。A 可以利用 B 的一些涉他的性格缺点，如贪婪、邪恶、嫉妒等。A 甚至也可以利用 B 的涉己的美德，如虚张声势以利用他的谨慎，在比赛中发起挑战，而 A 知道自己赢不了，却要给第三人以无比勇气或自信的印象。B 如果拒绝挑战，A 即达到目的。B 的涉他美德，特别是——他不愿欺骗、不愿随波逐流，或不愿违背诺言，慷慨而愿意相信他人——都成了他的弱点。实际上，A 只要掌握了 B 的任何个性或处境，都会使 B 的决定成为可预测的内容，而被对方琢磨透了以后，他的可预测性就是他的弱点。通过利用他对 B 的个性及处

境的了解，A 不必用强或使诈，就可以从 B 那里获得他想要的反应。他知道，B 非常善良，相信他会做好自己的本分，于是，A 就可以不做足自己的工作份额。或者，他知道 B 狂妄自大，愿意在一处不公平的较量中下注，于是他就安排这样的比赛，充实自己的荷包。

涉他的道德缺点。在非强制性、非欺诈性剥削中，利用他人的性格弱点恐怕是可责性最小的一种剥削。即使带有欺诈性而须承担责任，也可以作为减轻情节。试想所谓“自信心游戏”。这类骗子把戏利用人的弱点，以欺骗和误导将对方带入陷阱。有时会令被害人遭受极大损害，行骗者简直就是毫无人心的恶棍，应予严惩。但若被害人遭到利用的个性本身就是某个道德瑕疵，惩罚就应减轻，特别是当这个道德瑕疵是涉他的，如残忍、贪婪，被害人等于自己提着炸药包，尽管那个把炸药包递给他的骗子确属不法。恶作剧之所以好笑的一个原因就是利用了对方的弱点，如伦敦办公室那个神经过敏的员工对自己小圆礼帽保护过度的故事。每天他都觉得自己的脑袋在慢慢变大，实际上是那些促狭同事每天用一顶样式相同但尺寸渐次缩小的帽子替换原先的帽子，只是帽子边上总写着他的名字和相同的尺寸。尽管这是某种欺骗的手法，而被捉弄者亦非自愿，但行为几乎不会造成实际损害（当然引起了不断加深的焦虑），而他那被利用的个性的确不太讨喜。如果我们对这个示例加上捉弄者会获得利润，并减去其中要诈的部分，这个恶作剧就变成某种非强迫性剥削行为，但它还是会逗乐观者，并使观者对剥削者的反感发生变化。

非强迫性、非欺骗性且非操弄性的例子可以参见一则新闻报道。故事中的剥削者看似完全无辜，因为为他所用的“被害人”的个性都属于涉他的缺点。根据报道，一间意大利工程公司似乎“剥削”了利比亚独裁者卡扎菲，利用一个恶意的利比亚计划获取利润，结果是卡扎菲买单。

卡扎菲最近要建起一座 187 英里长的高墙，以便将他的国家和埃及隔开。他计划招募数以千计的肯尼亚人来修建这座北非的“法提赫防线”，以抵御埃及的进攻。工程师们私下说卡扎菲真是个傻瓜，沙漠风暴会使地基发生位移，要在移动的沙子上修建城墙真是愚蠢之举——“但他们很乐意挣到他的钱”。⁸

如果工程公司的这番话被卡扎菲知道（不只是“私下说”），而卡扎菲愿意按照个人意志，而非专家建议，一定要冒如此不合情理的风险，那么，他的“同意”在很大程度上是自愿的，而这间意大利公司亦不会受到诈骗的指控。可能还是有人会指责这间公司不当剥削卡扎菲，但事实上修建城墙不过是卡扎菲对外政策的一部分，除此之外，包括他在全世界范围内展开的暗杀行动⁹等，都令人憎恶。利用他人的邪恶，甚至进而获利，就像利用他人的道德瑕疵恶作剧一样，会令我们莞尔一笑。¹⁰

美德，良知和信任。如果被利用的品行是某种美德，情况就会刚好相反。一个吃白食的人利用尽责的劳动者或守法的付款人获利，虽然付款并非必要，却因为他们的美德而使骗子获利。A 在电话付费单上做手脚或许并不会对他人造成损害，因为电话公司的损失会因均摊到所有用户头上而被稀释。逃缴费用利用了电话公司对用户的信任，以及其他诚实付费用户的合作。如第五部分我们将会讨论的，这类欺诈一般均被视为不公利用的典型示例。

A 和 B 是好朋友，A 有时会利用和 B 的友情。当他将一件麻烦的差事交给 B 时，完全相信 B 肯定会做好这件事，如果不是因为友情，他一定被指不公地利用了自己的朋友。或许他已经请求帮忙，并且说如果反过来，他一定会答应下来。对 B 的美德的利用——友好的

善意、忠诚和信任——我们会觉得他只是为了自己方便，而在道德上类似于欺诈或吃白食。另一方面，若 A 只是利用和 B 之间的友谊，但并未对 B 造成不合理的负担或不便，则 A “对 B 的友谊的剥削”就是不可责的。B（或他的影响力）已经成为 A 的工具，但 B 并不觉得自己被不当利用。借出自己的影响力并不会使他有所损失，他可能反而会对 A 说“这才是朋友之道。”

不幸的或不快的情境。出版商 A 利用了一位寡妇的不幸（吸引公众同情的眼光），或者，马戏团班主展示一个残疾者严重变形的身体赚钱，都很令人恶心。在这些例子中，不幸的情境比受到利用的个性更加糟糕，即使获得当事人的同意，结果在道德上仍是丑陋的，因为一个人的获利是建立在另一人的痛苦之上的，而非减轻这种痛苦。如果这种利用带有强迫性，则造成的道德反感更甚。例如，马戏团班主通过一些安排，使得这个残疾人觉得除此之外没有其他工作可做，否则他就会永久失业。剥削者都是机会主义者；他们利用并非他们刻意造成的处境以获取好处。另一方面，强迫者却不仅仅是这种处境的发现者和对机会的利用者。（强迫者的模式是，枪手用武器作为威慑，提出一个威胁条件，从而形成一种被剥削的情境。）通过提出“强迫性要约”，从他人的不幸处境中获利的技巧就从典型剥削者的机会主义，变成典型强迫者的操纵性干预（第三卷第二十四章）。显然，强迫性要约人利用自己的优势地位和被害人的极度渴求以达到目的，但当中涉及的交易却并非我们所关注的非强迫性剥削。

利用他人的不幸处境进行非强迫性剥削往往被称作榨取。当一波犯罪浪潮袭来之时，商家就会出来，他们利用业主的焦虑，出售各种保护性装置或服务，在客观恶上，获得善（利益）。这种榨取如果是空手套白狼，即为某种可责的剥削行为。如果它是以某种合理的价格提供有用的服务，那么，即使这样利用机会赚取利润，也并非剥削；

但如果只是疯狂地出售他人不需要的、昂贵的设施，尽管并不肯定存在侵权，但也是通过利用某种负面精神状态的方式实施的剥削行为。

185 现在来讨论一下当年好莱坞米高梅电影公司宣布计划根据“约克郡开膛手”事件拍摄一部电影时引起的骚乱，这个杀手在五年里杀死了十三个女性。电影公司受到利兹市工党议员的强烈谴责，“用别人的悲剧榨取钱财……”，而《伦敦新标准》的社论则认为：“吸血鬼靠吸取别人的血养肥自己。米高梅公司打算利用一个让北部女性惊恐万状的恶魔，塑造出一个‘当代杀手’形象，以取悦那些追求恐怖刺激为乐且随时会成为下一个恶魔的观众。”¹⁰ 需要再次明确的是，如果这家好莱坞电影公司并非利用发生在他人身上的悲剧空手套白狼的话，那么，尽管他们是机会主义者，却并不应受到指控。如果电影的品质很高，能够触动观众更高层次的情感，传递正面的道德信息，那么结果就是有价值的。但如果影片只是为了以最方便赚钱的方式，迎合大众嗜血的口味，就只能是“无价值产出”的拍摄。而令人反感的“榨取钱财”的行为主要就是通过后一种方式实施的。一方以另一方的个人悲剧为内容写书、拍电影，以迎合（无价值产出）其他人的恶劣品位或不良嗜好，就是对另一方的榨取。

如果这种迎合还带有愤世嫉俗的姿态将更令人反感。我们可以来分享一下杰克·洛尔对电影《学校风云》（*The Class of 1984*）的愤慨：“这真是我们这个时代最肮脏的电影，它假装对我们的校园暴力十分忧惧，但实际上却在以某种冷血的愤世嫉俗的立场通过暴力挣钱，这比暴力本身还要糟糕。”¹¹ 相比之下，利用一张反映1980年在罗马发生的试图刺杀教皇事件的照片赚钱却毫无“迎合性”。头脑敏锐的职业新闻摄影师刚好目睹了那次事件，并以一张精准而生动的照片捕捉下当时的场面。他迅速将自己的照片以高价卖给新闻机构“挣了一笔钱”。如果仅仅以他利用不幸事件赚钱为由指控他，他就可以

回答，他之所以获得回报，是因为他的照片为全世界记录了一个重要历史事件，具有报道价值。

更不幸的处境：因绝望而产生的轻信。另一个更贴切的例子是利用双方行为中一方的不幸处境。每年都有约 70000 美国人得知自己身患癌症，其中相当大一部分人将因此失去生命。医生告诉这些病人，尽管症状会得到控制，发病过程可以减缓，但要想治愈是不可能的。毫无疑问，数以千计的绝症病人看到治愈方法的广告时，无论有无成功的机会，都愿意去碰碰运气。毕竟，他们已经没有什么可失去的。所以毫不奇怪，总有些人在推广一些未经证实的“奇药”，他们正是利用了病人的绝望来牟利。有一种在科学上声名狼藉却又相当流行的药物是苦杏仁苷（也被称为维他命 B-17），一种杏仁的提取物。美国食品及药物管理局以及多家私人实验室曾在动物身上做过测试，结果不能证明该种药物的有效性。很多癌症医疗专家都认为推广这种药物的人是江湖骗子。因为疗效未经证实，食品及药物管理局拒绝发出使用许可。但这个决定却被已经发展成为具有一定影响力的游说团体群起而攻之，五年内即有 23 个州将对苦杏仁苷销售和使用合法化。 186

即使假定（的确尚不能肯定）苦杏仁苷对治疗癌症并无用处，自由主义者仍可为该等立法提供理由。如果合法使用要求有医生的处方，那就意味着不太可能造成损害（或对身体造成这样或那样的显著影响）。立法者可以要求在包装瓶上标明警告的字样（如，“卫生部认为，该药物对癌症的疗效未获证明”），厘清可能的误传，确保使用者是“自愿的”。限制对绝症患者开苦杏仁苷处方。若某个垂死的病人为了抓住最后的机会，一定要相信这个药物，那么，没有人能够以家长主义的方式剥夺他最后的希望。当然疾病还是会夺去这个希望。“既然政府已经点头，那么这种产品的纯度就有了保证，泛滥的苦杏仁苷黑市——货值数百万美元——也会最终崩溃，而这个秘方亦会

在传统药物以外给绝症病人带来希望。”¹² 1977年,《新英格兰医药杂志》的主编以自由主义立场赞成将该种无效药物的使用合法化,他说:“如果有哪个身患绝症的病人跑来对我说,他想去寺庙求神拜佛[希望能够出现奇迹],我也绝不会反对。”¹³

反对立法的主要考虑就是剥削。药品公司、药商、医生将因此获得巨额的合法商业利润。这些利润显然来自消费者,反正药物无毒,他们尽可以花钱保住求生的希望——这种交换在我们看来似乎并不
187 合算,但在他们看来却很合理。其他人则因为一些人的悲惨绝望而获得好处,仅仅因为别人的不幸,他们就能赚到钱。无论最终是否具有正当性,家长主义会认为这冒犯了正直的旁观者。想到身体强健者利用无助的绝望者赚钱,这确实让人不大舒服。

“人性的弱点。”另一类在道德上可疑的剥削情形是道德弱点,往往是涉己的性格缺陷,导致这个人违背自己的利益、判断力或良知而行为。A利用B的道德弱点,故意给他诱惑,然后从中牟利。德夫林曾说,“所有性不道德行为都利用了人性的弱点”,¹⁴并在批评《沃尔芬登报告》时就这一观点提出种种佐证。后者在论述英国“拉皮条”罪名的章节中写道:

在我们看来,将拉皮条的行为视为剥削行为的观点太过简单化了。这些人看似剥削了妓女和嫖客之间的复杂关系;其实,被剥削的是人性的弱点,这种弱点导致嫖客需要妓女,而妓女满足这种需求。更直接的方法……并非剥削的唯一途径,而这种犯罪之所以一直存在,在很大程度上源于刺激这种需求,以保留犯罪土壤……目前,娱乐节目中充满暗示性的角色和低劣的广告,出售色情文学、避孕用具和“春药”(往往在一家店铺同时有售),还有刺激淫欲的酒精饮料,所有这些都在刺激皮肉生意,并

从中牟利……¹⁵

我想德夫林和《沃尔芬登报告》的作者之所以将买春视为“人性的弱点”，是因为他们都认为这种行为是和嫖客的利益、谨慎判断、良知相对立的；嫖客往往是因为受到皮条客的引诱和蛊惑才去嫖娼的。不过，在另外一些文章中，德夫林似乎更加强调，放荡的性行为冲动就是人性的一个弱点，即使它对行为人毫无害处（除开他或她会受到刑事指控），也不和行为人的良知相抵触。这个更加强硬也更令人不解的主张赢得了美国《模范刑法典》作者们的同情，至少，在一段时间里，也获得了美国最高法院多数大法官的赞同（他们受《模范刑法典》的影响很大）。路易斯·B. 施瓦茨（Louis B. Schwartz）教授，《模范刑法典》的作者之一，写道，法典中有关反淫秽的条款并非意在 188 任何“淫秽的罪恶”，而认其为某种“应予禁止的经济活动形式——对受色情物品刺激而普遍存在的人性弱点的商业压榨”。¹⁶ 如施瓦茨进而指出的，对淫秽的刑事禁止实际上属于“规范不公平商业活动或竞争性活动的条款”。

正如必须禁止商人利用人们爱赌博的弱点出售商品，亦应禁止出售有关书籍、电影或商业展览，防止他们利用人们希望窥探帘子后头的心理赚钱，这种心理几乎是人人都有的人性弱点。¹⁷

在合众国诉金兹伯格（*United States v. Kinsberg*）一案中¹⁸，大法官布伦南正是引用这段文字，判决金兹伯格侵犯了联邦反淫秽法律。激起大法官及其部分同僚愤慨的不是淫秽物品被生产、被销售、被享用（法官们在这方面都没有太假正经），而是“这下流的生

意……迎合了消费者在性欲方面的兴趣”。¹⁹既然没有论证此处的性欲兴趣乃某种人性弱点，那么，使用“迎合”一词当然就会惹来麻烦。我们满足人们的愿望，我们满足他们的需求，只有对于人们的弱点、缺陷和愚蠢，我们才可以说“迎合”。实际上，迎合可以定义为通过提供他人所需服务，非强迫性剥削他人的道德缺陷，即使这种服务违反他人的利益或良知。上述法学家们说到“人性的弱点”，因为这个用语比“道德弱点”的语气缓和些，并且，他们的关注点并非惩戒弱势一方，而是谴责利用他们赚钱的剥削者。

可能有人质疑性欲是否为人性的弱点，但毫无疑问的是，所有的癖癖都是某种道德弱点，会令有癖癖者特别容易受到他人的剥削。但这种剥削我想不能说是自愿接受的；对癖癖的剥削方式又是另一种“强制性要约”。²⁰“给我一美元，我就给你倒杯酒，”对一个口袋里只有最后一美元的酗酒者说上这样一句，或许会令这个酗酒者别无选择而只能乖乖奉上那最后一美元，这种强制性源于他本人的癖癖甚于外部威胁。常常受到非强迫性剥削的另一个人性的弱点是，知道没有胜算却坚持要赌，即使赢钱的机会甚微，但为了感受某种赌局的刺激性也仍然要赌。老虎机在内华达州到处都是，其实就是利用了这方面的人性弱点。几乎不会有太多人真的对它形成癖癖，甚至有些人能时不时赢些钱，但统计数字却表明，长期看去，只有极少数的人可以赢，机器才是赢家。正是那些善于“玩弄”路人的癖性，在人们“脆弱的片刻”干扰他们作出正确判断的人，榨取了钞票。

恶名：更多的三方案例。还有一种易被利用的弱点就是坏名声，或者某种令他人感兴趣的状态。如我们所见，对这种状态的利用往往涉及三方甚至多方。在这类情形中，受到主要剥削的一方，其个性或处境和另一方（其他多方）不同，尽管后者也被剥削者“利用”。诺曼·梅勒（Norman Mailer）的著作《刽子手之歌》²¹是根据加里·吉

尔摩的“真实人生创作的小说”，这个犹他州杀手一心求死的故事就是绝好的剥削对象。梅勒著作的第一部主要记述了吉尔摩的生活、爱情和罪行，大部分文字都源于他本人的录音或信件。“小说”的第二部介绍了“文学上的趁火打劫者”利用吉尔摩的故事大赚其钱的情况。戴安娜·约翰逊的评论认为，梅勒的著作既在写作上很成功，又避免了剥削他人的道德污点——

……现在，得知吉尔摩拒绝对自己的死刑判决提出上诉，成群结队的人们都觉得能够从中捞一笔，如果他被执行死刑，一定能赚大钱。于是，记者、电视人、电影人、媒体律师、商人纷纷闯入忧伤而惊恐的普罗沃人的生活，这些人当中有他们听说过的名字（戴维·苏斯金、路易斯·尼泽尔），也有从未听说过的人（劳伦斯·希勒）[梅勒的搭档]……一旦你发现希勒成为第二部书的主角，你就明白，为何梅勒以置身事外的方式写作。对可怜的犯人及其亲属剥削到了如此骇人的地步，以致最终产品——你正阅读着的这部作品——的作者肯定会看起来很无辜，他似乎从未提笔落字，更别提他一开始就挣了五十万。而“就像一只吃腐肉的秃鹫”，希勒才是那个坏家伙……²²

新闻记者为了赚钱，向消费者出售让人感兴趣的事件内幕或恶名昭彰者的真实故事，这些行为为何在我们看来是“骇人”的呢？毕竟，作者并未置身事中，他们只是以某种有组织的、令人感兴趣的方式报道已经发生的事实，向自愿的甚至是渴求的消费者按价出售这些报道而已。这当中，没有人上当受骗或是受到强迫，甚至他们的动机也未必包含操弄性。但最后的结果是，作者们赚了钱，而被利用者则已死去、受人唾弃或生活尽毁；仅仅因为个人悲剧，有人就可以因此而赚

钱。易言之，尽管作者并非始作俑者，却像食腐肉的秃鹫那样，利用了他人的悲惨遭遇。

食腐肉的秃鹫自有其用处。那为何用来修饰人就成为某种令人惊骇的象征符号呢？或许是因为谁都不愿意别人拿自己的不幸赚钱，特别是那些偶然性的不幸遭遇，他们和死亡或缴税不同，往往只发生在倒霉的人身上。医生当然是靠别人生病为生，但他们的职能是医治或预防疾病，而非单单为着在病人身上赚钱。²³ 梅勒和希勒没有为吉尔摩和他的家人做过什么，²⁴ 当然，他们也没有对吉尔摩及其家人做过什么，梅勒和希勒只是发现了他们、利用了他们，然后离开了他们，这种利用并未改变吉尔摩及其家人的人生。如果梅勒和希勒想要摆脱剥削他人的指控，就只能回应说，他们制作的书和电视节目提供了很有价值的公共服务，他们更像是那个拍下教皇被刺场面的记者，而不是那个将约克郡杀手的故事拍成电影的制作人。情况可能相近，但这本书本身揭示了，即使结果并非剥削，其动机却往往是剥削性的。

四方情形：花花公子插页。“剥削”一词仍有些常见用法很难分析。三方剥削的另一些情形特别令人困惑。例如，女权主义者常常抱怨一些杂志，如《花花公子》的裸体女模插页是“对女性的剥削”（不仅仅剥削了某种人性）。此处的剥削一方当然是出版商。他就此赚取的利润肯定远高于他付给模特的酬劳。而提供利润的则是读者（或窥淫狂），主要是男性，他们愿意为了看到那些图片付钱。如果我们同意德夫林爵士、施瓦茨教授和布伦南大法官的意见，将这些男性读者的低劣品位视为某种“人性的弱点”，则出版商正是通过利用这些弱点赚钱，即他利用这些男性读者的好色赚钱。

但这个过程如何使女性也被剥削到呢？当中唯一直接涉及的女性是那位模特，当然，通常说来，受雇者总是处于合约中的弱势一方，
191 如果出版商给付的酬劳不足，当然就是对模特的压榨。这种“利用”

是马克思所说的（强制性）剥削。但事实上，女权主义者的意见并非如此，因为模特们工作几个小时就可以赚取四位数的酬劳，即使这一行里往往有很多为求上位而愿意“被剥削”的后继者。裸模所受的利用不过和所有那些在性格或技能上让别人觉得有利可图的人受到的“剥削”一样，是良性的。出版商利用了模特的吸引力，但如果模特完全自愿，也收到了合理酬劳，那么，她就不是剥削的牺牲品，在其他条件等同的情况下，对她并无不公。

显然，如果有女性受到了剥削，那一定不是这个搔首弄姿的模特。一些并未直接参与此事的女性，却因为她们和那个模特拥有可令他人获利的某些共同特质而感觉受到剥削，她们自身的性别魅力被廉价化了，而这是对她们的羞辱。这当然是件坏事，特别是当我们认为好色男们暴露了一个“人性的弱点”，但它也延展了“剥削”一词的含义，使之超越了通常的用法。最大限度地说，《花花公子》的插页可能是对女性的贬低，但它并未剥削女性。

对主流用法的更优解释是艾伦·布坎南提出的。²⁵在他看来，裸体图片中包含的剥削要素在因果关系上并不是间接的。插页通过传播女性作为性玩偶的形象，刺激了某种男性更直接剥削女性的氛围。因此，图片会直接导致女性形象概念化，并使某些对女性的剥削成为可能。因此，这种剥削涉及四方：出版商、模特、其他女性（被害人）、其他男性（直接剥削者）。由此看来，出版商和模特都是间接剥削者。

其他四方情形：里根经济学成为《新闻周刊》的封面。剥削性的新闻主义常常改变四方间的道德关系，《花花公子》的例子并非这方面不寻常的示例。在某些例子中，没有人受到直接剥削，尽管个人性格或处境受到不法利用，被侵害一方却并非个性或处境被剥削一方操弄的人。例如，在一封1982年写给《新闻周刊》主编的信中²⁶，共和党议员罗伯特·迈克尔（Robert Michael）提到，《新闻周刊》的封面

主题为里根经济学，而画面是一个贫穷、笨拙、瘦小的女孩。迈克尔认为，这张封面是剥削性的，“……好莱坞利用这种小孩子的形象去博取观众情感呼应的做法或许让人觉得可以接受，但享有盛誉的新闻工作者却不应沉迷于迎合读者的情感。”

我们假设要论证迈克尔论点是正确的。就我们的概念化框架而言，它意味着什么？这个事件中包含四方：（1）剥削者（《新闻周刊》），（2）其“一般性回应”受到迎合或被“利用”者（众多读者），（3）眼神忧伤的那个孩子也受到了剥削，（4）形象负面的里根的经济政策。读者所受的剥削和那孩子所受到的剥削含义是否相同？或许我们可以说，这些读者本人并未被剥削，他们那庸俗而肤浅的情感才是被利用的对象（这也够糟的了）。同样地，我们也可以说，那孩子本身并未受到剥削（因为她并未受到强迫、欺骗或损害，甚至，可能像《花花公子》的模特一样，她拿到了酬劳），受到利用的是她的“状态”。即使如此，《新闻周刊》的错误仍应受到批评，这种错误并非对他人权利的侵犯，而是利用另一方的处境赚取利润。（封面故事的确可以帮助《新闻周刊》大卖。）若后文不再讨论四方情形，这个示例我们且留在此处。该实例中唯一有权主张被侵权的一方是里根主义者。尽管他们并未被剥削，却是这剥削的受害者。当然，只能在最微弱的含义上说，他们受到了“剥削”。而正是在此意义上，剥削的受害者，必定是（虽然是很微弱意义上的）剥削的对象。

四、剥削的要素（3）：得与失的再分配

剥削的第三个要素是相关各方利益和损害的再分配。就这个要素而言，其本质特征在于剥削者是受益者。剥削的一般贬义用法是指一方（A）对另一方（B）的性格或处境的不法利用。这个过程可能

会以多种方式影响 B 的利益,但如果 A 未曾获益,这个过程就不能被称作剥削。这个要求有时可能会出现例外,并因而总体上被弱化。A 可能会因为剥削 B 获得巨额“收益”,但随即将这些所得捐赠给慈善机构。显然,为了适于这种情形,“受益”这个词应该更广义一些,或者是他本人获利,或者是他选择的某个人或某个事业受益。为了保留“受益”这个条件,我们只能适当扩展这个词的含义,使之既包括严格意义上的收益,亦包括实现其目的、目标、愿望,包括出于利他或良心的愿望。此外,“受益”可以不是净收益,同时或许也会有所失。好莱坞电影制作公司老板要求小明星和他睡觉,作为给她试镜机会的条件,即使最后这位老板因此而感染了梅毒,他仍是一个剥削者。暂时的小便宜长久看来未必总是收益。

尽管一般说来在剥削中(可责意义上的),B 不会因为 A 的利用而受益。但以 B 不受益作为构成剥削的条件似乎太苛刻。B 也有可能受益,但和利用他的剥削者 A 的收益相比是不成比例的。(美国的大学据说常常剥削那些从犹太人区招来的学生运动员,但这也给这些学生四年的打球机会,而且还能有一点收入。不过这是因为大学从中获利甚巨,而运动员的收益根本不值一提。)赫伯特·莫里斯(Herbert Morris)就被剥削者获益的情形给出了另一个例子。²⁷他假设 A 剥削 B 以获得巨额利润,之后他为 B 建立了一份信托基金。为了处理这个例子,我们必须弱化初始条件。我们一般不认为被剥削者可以从中获利,除非剥削者能够获得多得多的巨额收益,或者这种收益源于剥削者家长主义式的返还。对于后者,B 可能会抱怨,A 不当利用了他,但又将非法所得还给了他。返还并不能否定剥削已经发生,但却可以消除或减少剥削行为的可责性。不过,在莫里斯的例子中,并不能确切地说存在“返还”,因为是 A,而非 B,选择以剥削 B 的钱为 B 建立基金,因此,B 并不能按照自己的意愿使用这笔钱。显然,尽管

A 显示了家长主义式的慷慨，但 B 还是被剥削了。

在非贬义的一般层面上，医生“剥削”病人，因为他们以对方的不幸处境赚钱。但他们是通过帮助另一方而获得收益的，并且，除非费用达到剥削程度，否则，病人就不能抱怨自己受到剥削。当然，在刚刚碰到一个不幸的患者时，医生不应该就此贪心地预见自己的收益，他的全部心思应当放在医治病人上，他的动机应是人道主义的同情心。即使遇见满心贪念又唯利是图的医生，只要收费合理、治疗有效，病人就不能指控他存在剥削行为。至多，我们可以说，医生的动机或意图是“具有剥削性的”——他所贪图的是他的本来应得。即使如此，他的行为并非对病人的剥削，因而亦非可责，而可责性方为病人提出控诉的基础。

另一方面，如果 A 的利用使得 B 的利益受到反向影响（即“被损害”的意味），那么，这种利用就是剥削性的。此时，我们可以说，剥削不仅使 A 有所得，同时亦使 B 有所失。我们甚至可以说，B 就是 A 剥削行为的“受害者”。但如果剥削是非强迫性但有损害性的（造成 B 利益的阻退）——如果 A 取得 B 的自愿同意，但其行为对 B 而言却是“损害性的”——那么，随后的利益阻退对 B 则并非不公。对他来说，这并非不正当；他亦无权怨愤；行为并未对他造成不法侵犯。不过，行为却会贬低他；使他在世人面前不太自在（可能不是很准确）；所以终归还是令他有所失。在这种情况下，剥削者或许无须对他负责；但如克莱尼希提醒我们的，他或许该对第三方或是自己的良心负责，或者应当受到负面的评价。

或许最令人产生哲学兴趣的剥削模式是，从得失分配上看，A 利用 B 的某种性格或处境为自己牟利，但 B 既未受损，亦未得利。A 的行为既未帮到 B，亦未令 B 有所损失，但显然，他利用了 B，此处利用一词甚至可以包含强烈的贬义。这种剥削模式中最为人熟知的两种情

形是，寄生以及不那么具有代表性的不当牟利。

寄生。非强迫性的剥削者往往都是寄生者；他们通过依附于他人而存活，并不必定伤害宿主，宿主的行为可以附带让他们获利（想想芝诺·范德勒所说的雾中驾驶的例子，第二十八章第14页）。字典里对食客的解释暗示他们可能是受邀的客人（“经常出现在富人的餐桌上，因为溜须拍马而受邀”），此处，主人完全是自愿的，他不介意自己被利用。实际上，他也反过来利用这位拍马屁者，被利用不仅是经同意的，也是相互的。如果这种关系可以是双方皆有收获，对双方而言都有好处，则并不类似生物界寄生虫和宿主的关系，而是两种不同的生物以互利的关系共存。对于这类情形，我们一般不会使用“剥削”一词，除非一方所利用的另一方的性格是某种缺陷、弱点，或者另一方的代价是接受鞭打或性虐待。爱听奉承话本身既是性格瑕疵，也是某种人性弱点；因此，对于某个酬劳颇丰的寄生马屁精，我们可以称之为剥削者。有偿拍马屁者并无任何产出，他依赖主人的虚荣心而活，却不能贡献任何实质性成果，正如毒品提供者依赖吸毒者的毒瘾，并以不断提供毒品强化这种瘾癖。

195

很难想象相互剥削的情形，但个人之间有很多关系类似这种情形。即使是最为人熟知的情形，放在剥削模式中结构也会很复杂：B对A的行为可称为“剥削”，除非A亦同样对待B；反之，A对B的行为亦可被称为“剥削”。或可区分为以下两种“个人共生”情形：

（1）单链情形。A利用B的性格F，对B构成剥削。基于这个行为即部分类似的过程，A的性格G亦为B利用，因此B也剥削了A。此处，个人剥削（与不法利用他人性格或处境相对）被消除，还是认为此处根本不存在剥削为妙。可能的例子是，大学部门从某个少数民族群中雇佣了一个不合格的指导老师，以安抚积极行动的官员，这是对这个人“利用”，并损害了他或她的自尊。受雇的指导老师完全

清楚自己并不具备合格的能力，但还是接受了这份工作，他同样也在利用这个部门，以获得眼前的好处。同样的交易中——一方推荐另一方接受——双方的行为都是“剥削性的”。

（2）双链情形。A 实施行为 X 以剥削 B，A 实施行为的同时，B 以独立无关的 Y 行为剥削 A。在这种情形中，如果任何一方的“收益”是财物上的，则收益可能是不均等的，一方剥削另一方的程度即超过自己受到剥削的程度；若“收益”是相等的，则“剥削”亦不存在。因此，如果 A 利用 B 好色，向他出售色情物品并赚取 100 美元，而 B 则利用 A 轻信将苦杏仁苷出售给 A 并赚取 100 美元，那么，这桩交易就会成为一次普通的买卖，不存在不当所得。但如果收益不可折算成
196 金额，且行为不具相关性，则此种相互剥削关系还应包括其他含义。A 先生利用 A 太太的信任发生婚外情，而 A 太太则利用 A 先生懒得记账，大肆花费他们的积蓄。双方对对方的剥削是相互独立、毫无关联的。

寄生虫式的获利者是最典型的非强制性剥削者，他或者经“宿主”的同意，或者，更通常的情况是，不违背宿主的意愿行事。后者中，宿主要么疏忽了，要么根本不在意，因为剥削行为对他而言既无损害，亦无好处。梅勒 - 希勒对吉尔摩家人的利用就类似于这种剥削模式。一般而言，只要 A 依附于某种有利可图的社会关系的薄弱环节，利用 B 的生活中发生的事件获取利益，即属此类，这种剥削并未夺取 B 的收益，或使 B 遭受损失。这与普通商业行为相对，若此种获利方式应被谴责为剥削，其部分原因在于 B 为 A 所利用的个性或处境的特点使然。如果这些个性是类似合作性、诚信等道德美德，或无辜的个人弱点，或悲惨的个人境遇，那么就可以说，利用者为一己私利“剥削”他人，但如果这些个性属于涉他性的道德缺陷，或者这些处境是常见的或欢乐的情形，则“剥削”一词就显得过于苛刻了。即

使被利用的个性或处境不太合适，但只要利用者并非为己牟利，而是为提供某些有价值的公共服务，如信息、教育或就业提升，则他们的利用亦不应被谴责为剥削。但如果唯一的“收益”虽非利用者获利，而是（比如）为了满足第三方的不良品位，则即使被利用者并未受到不法侵害（未受个人剥削），寄生者的收益亦属不当。

不当牟利。剥削的收益往往源于有意的利用。例如，在单纯寄生情形中，剥削者故意利用了对方的处境。而在其他情形中，剥削者的收益来自无功受禄而又拒绝返还。后者包括法律中提及的“不当得利”的情形。若 A 接受某种利益（绝大多数情况下来自 B，原告）即可“得利”。如果 B “多此一举”地将利益给予 A，则 A 并无日后返还的义务。比如，某间公司将货物发给未曾订货的人，则该公司无权起诉收货人并要求其付账或返还货物。同样，赠予者即使在赠送礼物之后改变心意，亦无权起诉要求返还。这些法律规则是对道德直觉的准确反映，是具有社会实用意义的政策。如果一个精明热情的书商给我寄来一本 20 美元的书，并附上了一张账单，我留下书并无视那张账单的做法并无不当之处。谁也不能说我为了一己私利，“剥削”了这位书商，被我利用的这位书商的性格不过是贪婪、过分殷勤或爱骗人。如果我留下这本书，“始作俑者是他”。是他想要剥削我——利用我的粗心、轻信或其他弱点——却反而害了他自己。其次，如果不是有这样对过分殷勤给出的好处不必返还的规则存在，我可能就会被无数不请自来的货物淹没，并要疲于应付所有发货者的返还要求。当然，刑法不必对过分殷勤的给予行为做更多规定。只需规定不必返还就足以挡开那些令人生厌的商业行为，“保护个人不受强加利益带来的困扰。”²⁸

若利益赠予并非如此“过分殷勤”所致，则法庭将裁定将利益返还给不知情的给予者，其所依据的理论为，若 A 坚持保留所获利益，

则是对对方某种弱点、无心之错或坏运气的利用。如果 B 不小心多还了钱给 A，A 明知如此，还是收下了多给的钱，此时，可以说 A 利用 B 的错误“剥削了” B。

在绝大多数情况下，B 不仅因 A 的不当获利而受损，且其所受损失等于 A 的收益。例如，B 因为多还了钱给 A 而遭受的损失正等于 A 的收益，债务人 B 发生了“事实错误”，“如果允许受偿者保留对方多还的那部分钱，且不允许偿还者要求对方返还多给的那部分钱，则对偿还者来说是不公平的。”²⁹ 但 A 的收益和 B 的受损之间并不构成不当获利的必然关系，有很多有意思的情形，A 不当获利，B 却并未受到损失，或受到的损失较小，此时，对 B 而言仍为不公。在这些情形中，B 对 A 的诉求与其说是“返还”，不如说是赔偿损失。丹·多布斯（Dan Dobbs）清楚地解释了返还不当获利与损害赔偿之间的区分：

损害赔偿是对被害人的补偿，理论上说，是对其损失的赔偿。另一方面，返还主张则并非对被害人的补偿，而是强制被告交出他不当拥有的利益。³⁰（斜体字）

198 某个人占有了原告丢失的价值五千美元的船只，并在市场上以一个好价钱，比如说一万美元，将船卖给他人，多布斯认为这样的被告是“一个故意为之的不法者”。³¹

原告丢失了一艘价值五千美元的船，他本可以在市场上卖得这个价钱，也可以在市场上以这个价钱换一只船。如果他没有受到特定损害，对他的损害赔偿就是五千美元，因为这个数字就是他的损失，可以完全地补偿他。但这个道德败坏的被告却以市

场价格的两倍价钱卖掉了这只船，无论是出于运气，或是他善于讲价，或是遇到了特别的买主，被告的所得均源于侵权[不当占有]。如果被告的侵权所得是不正当的，他的收益就应当被剥夺。而有关返还的法律将强制他这样做。在这种情况下，原告倒是获得了意外之财，但这种规则是合理的，它可以防止类似被告所实施的不当得利的发生。³²（斜体字）

在多布斯的例子中，被告走进自己布下的陷阱，法律要求他交出利用原告而获得的不法收益在道德上将形成令人愉悦的效果。原告反过来“剥削了”被告并拿到“意外之财”，此时原告利用了被告的个性和处境，即他的道德缺陷和不法所为，进而从不法者身上获利。被告想要从原告身上获利的计划反过来使原告从被告人身上获得了利润。

无论我们所说的“不当获利”是律师口中的法律词汇，还是道德意义上的用语，我们都必须注意，不当获利往往是一种被动收益，而非主动求之。这种得利更像是天上掉下来的馅饼，而不是通过盗窃、抢劫或诈骗得来的好处。例如，某个作家将字迹潦草的手稿交给他低薪雇来的毫无经验的打字员，要求她尽快认真仔细地完成打字工作。打字员收下手稿并接受了作家的要求。两天以后，令作家倍感震惊的是，打字员整整提前一周就完成了工作，更让他吃惊的是，她的工作堪称完美，是应该付给最高薪酬的专业水平。作家现在会觉得，如果不多给些钱，就剥削了（不当利用了）她的工作热情。当然，如果他不多付些钱给她，她亦不会因此受到侵犯（或损害），并且也无权就此提出控诉。如果说她付出的劳动和收入不成比例，那是她自己的原因，不能怪那位作家。不过，这种情形类似具有道德强制性的“小费”。因为她已经事先同意了薪酬，作家不多给些钱亦无不当，但即使

她的同意是自愿的，她的所得确实是“不公的”。法律如何纠正此种不公呢？和多还钱的情形不同，此处的收益是不能收回的，因此，返还是不可能的。如果法律强制作家给付超出之前双方同意数额的薪酬，不仅是对合同的干涉，亦是对不正当商业活动中“无偿赠予”的变相鼓励。

五、公平与不公

单纯“利用”他人以获利与“剥削”他人之间到底有何不同？简单说来，答案就是，剥削当中的不法要素将其与一般利用行为区分开来。但更加困难的是如何界定不法性的本质特征，本文此处无法完全解决这个问题。在某些情况下，不法性与被剥削方受到的不公对待，或是因未经同意而显不公的对待看来是一致的。而在另一些情形中，不公刚好是剥削行为的后果，如兰德斯曼暗示的那样³³，尽管导致剥削性对待的不法行为在性质上大相径庭，根本与之后的得失形成的不公无关。而在某些剥削情形中，无论由始至终，或是由表及里（经过同意，但确有不公），都不存在对被剥削者的不公。对后者，兰德斯曼给出了两个颇具说服力的例子。某些电影可耻地利用了观众的低下品位和粗俗品行，不过他们对观众投其所好给出的是合理的价格，所以，对那些观众来说并无不公。尽管若非观众同意，电影制作人就有不公之嫌，似乎电影的供应对观众存在表面不公，而这种不公因观众的同意而消失。这类似于轻率的挑战、愚蠢的截肢请求，或是过分热情的打字员。同样，寄生剥削者并非以强迫或欺骗的方式利用对方的不幸榨取利润，他的所得必然令人产生某种道德反感，但认为这种“利用”对方不幸的行为的不法性在于其不公，则并无说服力。

或许“不公”还有更广义的内涵，针对被不当对待者形成的不公只是其中的含义之一。因此，我们所说的“不公”是指，一方利用另一方的不幸，或者利用另一方的偏见或粗劣榨取钱财，即使不当所得既非不公，亦非因未取得被剥削方同意而显得不公。另一方面，通过利用他人的轻信、涉己的愚蠢、鲁莽、固执或道德弱点而获得的收益，不但属于广义上的不公，也属于狭义上的不公（或是未经同意而造成的不公）。在作出此等否定声明后，我打算继续讨论剥削与不公的关系，特别是对被剥削者形成狭义不公的情形。³⁴

那么，如何区分单纯使他人为我所用与不公地“利用”他人呢？针对这个问题，在考虑到各种条件的情况下，即使是公平地利用他人，在道德评价上亦未必为正当。我们说利用是公平的，仅指被利用者无权提出怨愤。他人对他的利用或因其他原因而不法，但不会因他的权利受到侵犯而不法。其次，A对B的利用可能对B不公，但这种利用是A不得已而为之的最小的恶，则总体上看，亦不存在不公。人人都认为应当赞成公正，反对不公，但总体上的正当性与公正有时并不能严格对应。在这个不完美的世界里，它们也是难以兼得的。

即使不像总体正当性和总体不正当性那样繁杂，公正与不公的本义已很复杂。同一个行为，在某种角度看是公正的，在另一种角度看则是不公的，或者对某些人来说是公正的，而对另一些人而言则是不公的。我们所说的（不公的）剥削，是指“为获利而利用他人，总体上对被剥削者是不公的；或者，另据一些导致不公的特性，即使他人同意，亦为对其不公。”

要认定某个情形是不公的剥削，或是根据相关要素对其做道德评价时，我们必须确定：

1. A对B的利用是否为一己之利，及

2. 若 B 并未同意, 则 A 的利用是否对 B 的不公, 及

3. 若 B 表示同意, 则若非该同意, A 对 B 的利用是否对 B 的不公。

如果对 (1), 以及对 (2) 或 (3) 中任一题的回答是肯定的, 即可认定该情形为剥削。但我们还得面对另一个问题:

201 4. 假定 A 剥削了 B, 则他如此做是否不公?

若对 (3) 的回答是肯定的, 则属经同意的剥削, 这样, 还有另外一个问题:

5. 即使 B 自愿接受该等行为, A 还是应因其剥削行为而受到道德谴责吗? 易言之, 即使总体上对 B 并无不公, A 对 B 的利用仍属道德不法吗 (或其本身即为“不公”)?

要将剥削和单纯利用彻底区分开, 需要依据以上列出的剥削的主要结构性要素及其相互间的联系和变化, 方可作出回答。怎样利用或“耍弄”他人的个性或处境 (前述第二部分) 即是对他人的不公呢? A 所利用的哪些个性或处境会令他的行为构成对 B 的不公呢? 如何改变双方之间的得失状态 (前述第四部分) 方为剥削性的行为呢? 如果缺乏一套完整的规范道德理论, 准确地回答这些问题几乎是不可能的。但我们还是可以说, 若 A 与 B 的关系中存在某些要素, 则行为即属不公剥削, 若不存在这些要素, 则他们之间就并非是不公正的剥削关系。尽管这种方法不能为我们提供一个类似石蕊试纸那样的充分或必要条件的框架, 却为我们全面分析剥削行为提供了一个有用的起点。

先考虑第一个要素, A 对 B 的处境的利用。强迫性利用当然是不公的, 对“被害人”来说它是不利的, 将使同意无效 (往往如此), 是 A 为一己私利对 B 施加的损害。不过, 如果 A 的操弄比较巧妙, 则不会抵消 B 的自愿同意, 总体上亦非不公。但既然 A 因利用而获利是上述操弄的结果, 则对 B 而言, 仍是不公的。此类操弄包括以

诱惑、欺骗、暗示、贿赂、怂恿、乞求、哭泣、恭维等，但不包含威胁或强迫（这将使同意自始无效）。这些技巧不完全是欺骗，但都利用了被害人的弱点。它们调动出此人的小人之心而非那个更好的自己，但这个小人也是此人真实的自我。它们想说，就此人的小人之心而言，针对被害人的行为——并未违背其意愿——与其“更好的判断力”相抵触。如果这种操弄持续时间长、强度大、情感成分浓烈，此人可以抱怨自己的同意并非完全出于自愿，因为当时他的判断力受到干扰，或者说当时他的理性控制力消失。但如果上述操弄只是直接利用了他的贪婪浅薄，而并未损伤他的行为能力，则这些抱怨是没用的。 202

钓鱼式利用往往并非不公，A 在 B 受诱惑的范围内架起钓竿，吸引 B 自愿同意某个计划，最终导致 A 以 B 为代价获利。A 可能以向 B 提出要约而开始整个计划，B 并未受到操弄，自愿接受这个计划。如果是 B 挑头，而 A 不过是被动回应，如我们之前提过的技能比赛挑战，但这仍属于需要 B 的同意方非属不公的情形，A 的行为是对 B 的剥削。不过，由于总体上该同意并非不公，剥削者的身份取决于多种背景因素——要全面考虑道德评价应当涉及的所有隐含问题。

要判断 A 利用 B 获利的行为是否（不公）剥削的第二个要素是被 A 利用的 B 的境遇的性质。若是利用社会美德（特别是守法、诚实、勤劳、合作、友好或良知）、不幸或人性的弱点，则 A 的利用就是不公正的。实际上，在所有情形中最为明确的不公是 A 以欺骗的手段获得 B 的信任，并因此取得不当所得。

对不幸或不快境遇的不当利用未必包含特别的不公正，但无论是哪种情形，都会因为包含不当所得而冒犯旁观者的道德感，类似于对不公的感受。欺骗情形中的可恶之处部分在于，A 的道德缺陷

是因为和 B 及他人的道德优于他而显露出来的。并令道德世界反转：不值得信任的人获得奖赏，而诚实者却受到惩罚（或者至少一无所获）。与此对应，A 因为，且仅仅因为 B 的不幸而获利。A 雇用不幸的 B，利用他的畸形外表进行马戏表演，这本身未必损害了 B，³⁵ 但他的确利用了 B 的不幸牟取利益。和欺骗相比，这是另一种不同的道德寄生虫，虽然没那么恶心，但显然对社会无益，并且也冒犯了道德情感。

若被利用的是所谓“人性的弱点”，当中也有同样的对应性。皮条客了却顾客之所想，使其屈从于自己的欲望，顾客就不应有所怨愤。若真有所怨愤，也不可同诚实守法公民被他人不当利用后所抱有的怨愤相提并论，哪怕这个倒霉蛋被他人谋取了利益。不过，A 的牟利还是冒犯了道德情感，即使当中并不存在实质不公，而不过是 B 的淫邪、贪食、变态、好奇、多情、嫉妒或偏见造成的结果。这当中提到的弱点都是“污点”，利用这些污点挣来的钱当然也是脏的，这些缺点的存在令人遗憾，利用这些缺点挣来的钱则令人加倍遗憾。利用这些人的低劣品位等于四脚爬地地跟随他们，对道德情感的冒犯比其利用的这些污点更甚。从某种意义上说。这种可谴责的剥削行为是不正义的，尽管对那些“被害人”而言似乎并无不公。

在我们已经讨论过的所有类型的剥削行为中，构成冒犯的要素并非 B 遭受损失，而是 A 的牟利。我们并不为 B 多付电话账单感到愤慨，但 A 却不劳而获。A 接到天上掉下的馅饼比 B 被剥夺财产（这和 A 的行为并无太大关联）更令我们生气；皮条客寄生于他人比嫖客的低劣行为更冒犯我们的道德情感。在两种对应中都存在令人遗憾之处，都有人不劳而获。

若是另一个人的道德瑕疵或不当财富被利用，情况则会发生反转。一个剥削者因为自己的无德、冷酷或贪婪反而被人算计，这在道

德层面似乎挺让人感到愉悦，而被利用者（B）反过来利用了那原本的剥削者（A）的不法行为，则没有那么大的冒犯性。反过来，如果B不劳而获，则A反过来聪明地利用B的好运气也不会太过冒犯我们。因为在这类情形中，不仅并无不公，且并无不当，或者说，若有不当，也微不足道。

就一人利用另一人中存在的公正或不公正应予考虑的最后一系列要素是双方得失平衡的影响。A利用B而得益对B而言当然是有所失——严格意义上的“付出代价”——这当然是不公正的。有趣的情形则是，A对B的处境的利用，对B既无有利之处，亦无损害之处，但严格说来，也可以说让B“付出代价”。这种情形与损害性的情形相比，没有那么不公。不过，若A“寄生食利”并未与B分享，或是不公的分享，或者，在其他条件等同的情况下，A不当致富，则即使未造成损害，A的行为仍属不公的剥削行为。

本节所论之“不公倾向性格”总结列于下表：

表 31-1 具有不公倾向的性格小结

从公平的立场出发：

1. 取决于另一方如何被利用：强迫和欺骗比操弄更恶；操弄比直接提议更恶；直接提议比“钓鱼”更恶，“钓鱼”比接受意外要约更恶。
2. 取决于被利用的个性或处境为何：利用他人的信任或美德最为不公；利用他人的不幸或性格弱点也是不公的，即使因为他人同意而在总体上并无不公；利用他人冷酷、贪婪的道德瑕疵或意外财运的不公程度低些，在极端情形中，甚至并无不公，亦无不当。
3. 取决于得失的情况：
 - （1）若A和B都获利，则谁的获利更多，谁的行为就更具剥削性；
 - （2）若B有所损失，则损失越大，在其他条件等同的情况下，受到的剥削就越严重；
 - （3）若B不得不失，则A的获利越多，剥削性越强。

六、小结：剥削的主要类型

现在该总结一下有关剥削行为论述的要点，以为我们的分析划出主线，并将可责的剥削行为的主要类型列出来，无论其是否具有损害性（或不法性）。下一章我们则会讨论法律在防止或处罚剥削行为中的作用。剥削行为或者无损害性，或者经对方同意，或者两个条件兼具，因此属无人怨愤或与人无涉的恶。首先将我们对剥削概念的分析总结如下。

- 205
1. A 只是简单地利用了 B 的品性或处境，他既未损害 B，亦未不法对待 B。有时对这种情形也可以说“剥削”了他人的品性或处境，但此处的“剥削”并无贬义，或者也可以换成另一个说法“利用了一下”。并非所有的利用都是不法的，在这些情形中，A 对 B 的性格或处境的“剥削”并不可责，他其实并未剥削 B 本人。
 2. 另一方面，在某些例子中，A，不法地利用了 B 的品性或处境，即是完全贬义上的“利用”。对此类行为，我们将其区分为两类情形：
 - （1）通过不当剥削 B 的品性或处境，A 剥削了 B 本人。这并非单是利用 B 的性格；而是通过对性格的不当利用，不法侵犯了 B，这正是 B 抱有个人怨愤的根据。
 - （2）通过不当剥削 B 的品性或处境，A 实施了恶行，并应予归责，但他利用的并非 B 本人，而只是 B 的品性。B 本人并未受到不法侵犯，因而无权表示怨愤。并且这个子类还可细分为：（i）A 的剥削行为未直接不法侵害任何人，属与人无涉的恶，但因为他获取非法所得而产生了

某种不当，即使此非法所得对被利用者或任何第三方而言并无不公。利用他人的坏运气，或通过拉皮条、无害的寄生行为不劳而获的情形均属此类；或 (ii) A 对 B 的品性及处境的利用尽管对 B 并无不公，却对某个第三方（或第四方）造成不公，尽管该第三方本人并未受到剥削（除了极微弱意义上的权利被侵犯，如“利用”对方的轻信）。这种非典型情形即如之前提到的《新闻周刊》封面故事的例子。

3. 若 B 同意 A 的行为，则 A 的行为对 B 并无不公（即使因为 A 有非法收益而产生某种不当）。不管怎样，A 的行为（接受馈赠、伤害）虽则如此，但若非 B 的同意，行为总体上对 B 还是有所不公，还是可以被视为个人剥削（剥削 B 本人），尽管 B 并无权提出怨愤，但 A 可能还是应被归责。此类经同意的个人剥削行为并未对 B 造成不法侵犯（根据同意法谚）；因而亦不会造成损害原则中所要求的不法损害。其间造成的恶，包括 A 的不当所得和 B 的利益阻退，均为无人怨愤的恶。

列出主要的不法剥削行为后，我们即可据此得出结论。剥削性行为可以通过多种纵横交错的方式进行分类：根据利用的方式，根据利用的品性处境，根据得失影响等，毫无疑问，一定还有很多可以作为分类依据的标准。以下类别中可能包含来自不同分类标准得出的类别；我无意作出完美的概念分类，但这些类别都对我们理解剥削关系的内在特性具有测试功能，对下章讨论刑法的作用亦非常有用。

1. 强制、欺骗或操弄行为能力不完全者。未经他人同意利用他人获取利益有很多令人不齿的方式。它们侵犯了对方的自由利益，也往

往侵犯了对方其他重大利益。它们以被剥削者为代价，不法地推进剥削者的利益，这就不但是利用被害人的处境和品性，对被害人本人而言也是剥削性的（完全贬义上的）。被害人受到剥削的是他对他人的信任，以及相对弱势的地位。这些恶绝非与人无涉，它们都有其被害人，被害人都有权抱有怨愤。

2. 不平等竞赛。A 诱惑 B 参与一场不平等的竞赛或一个毫无获胜机会的赌局，或者在完全了解自己优势的情况下接受由 B 自己提出的轻率挑战，他利用了（为己所用）B 的天真、不慎或冲动。如果要 A 为其行为负责（因为案情不够具体，所以这一点尚不能肯定），那么，他对 B 的这些性格的利用即具有剥削性（贬义），但既然 B 是自愿同意参加竞赛，所以，他并未受到不法侵犯，而“只是因自己的失败而被损害了”（他的利益被阻退，但他的权利并未受到侵犯）。³⁶他可能在此情形中受到剥削，但总体上却未受到不公对待。结果的不当并不存在对应的怨愤，简言之，由于 A 的不法所得，这就是一个无人怨愤的恶。但如果 A 并无过错（或许 B 就该得到教训），那么，这就不是任何意义上的不法剥削。

207 3. 与人无涉的欺骗。在禁区驾车，或不买火车票，或在电话账单上作假，A 通过此类行为之所以能够获益，皆因其他人的信赖守序。尽管他人的利益并未因 A 的欺骗出现明显的被阻退情况，但他人皆可抱怨被 A 不法利用了（剥削）。被 A 利用的品性是良知和信任——正常的涉他道德——而通过利用这些品性，A 剥削了这些品性的持有者本人。他的不法所得是一个恶，且绝非无人怨愤的恶，因为其他人都信赖人人皆诚实守信，A 的行为正不法侵犯了这些人的权利。

4. 受操弄的馈赠。慈善——利他、慷慨、和善、仁慈、友好、仁爱——这些涉他的美德和信任、尽责一样，都是人的优秀品格。但它

们却可能与剥削发生不一样的联系。例如，最令一个充满爱心的配偶感到满足的就是毫无保留地服务于伴侣。毫无保留地帮助他人就是他喜欢做的事。若他的伴侣利用了他的这一品性，对他提出诸多不合情理的要求，他也丝毫都不会有被利用的感觉。他既未受到不法侵犯，也未遭到损害，但他的妻子确实因为自私而对他剥削到了极点。同样地，寄生者仰赖他人的慷慨赠予，利用朋友的忠诚，榨干友谊的最后一滴油水，这些行为都没有不法侵犯任何人，但不管怎么说，这种利用是不当的。并且，这种不当在于无人有失而有人有不法所得。这种状态是剥削造成的与人无涉的恶的另一个样本。

5. 作茧自缚。A 利用 B 的贪婪、不诚实、冷酷等诸如此类的道德缺陷致使 B 有所失，而 A 有所得，而这样的结果不是由于暴力或欺骗，而是由于被害人自己的参与配合，这个同意的“被害人”并未受到不法侵犯，他本人亦未受到任何不法剥削。此外，对他的品性的剥削仅为不可归责的单纯利用，并未造成与人无涉的不当结果。在此情况下，好处源于恶，这恐怕并不会冒犯我们的道德情感，反而会让我们感到宽心。即使在利用中包含了口是心非，如电影《骗中骗》（*The Sting*）中所描述的那样，对被害人的不法侵犯恐怕也难以确定，当然，我们要小心，当中可能的确构成剥削，但仍应坚持，对邪恶之人的邪恶品性的利用绝非令人产生严重反感的那类剥削。

6. 趁人之危，空手套白狼。趁人之危在道德上令人反感之处源于这种观点，即某人通过一个客观上的恶为自己求得好处，他为某种恶的发生投入赌注，并乐观其成。恶的状态可以被分为多种类型，但我们关注的主要目标是他人的坏运气或不幸处境。若 A 利用 B 对自己所患绝症的焦虑，向他兜售苦杏仁苷，或是利用 B 的悲惨遭遇拍摄了一部“刺激性”的电影，则 A 即不当利用（即剥削）了 B 的不幸处

境。另一方面，如果他利用他人的不幸，以出售某种控制癌症症状的有效药物，或以某个悲剧为题材拍摄电影或书籍而大赚了一笔，则 A 对该处境的利用并不具有剥削性——至少不至于给 B 以怨愤的权利。A 的获利或许畸多，在此，可以说他在某种程度上不法利用了 B 的不幸。但如果他并非造成该不幸的原因（如癌症），或者他并未明确地加剧 B 的心理创伤，可能就不应说他侵犯了 B 的权利，甚至剥削了他，而只能说他在某种程度上获得不当收益。如果 A 将过多的收益捐给慈善事业，将使道德在总体上得以平复，但 B 并不能有所抱怨。即使行为具有剥削性，通常仍属与人无涉的恶，是某种不当，但并非对 B 的不公。

7. 拉皮条。原指满足他人的愿望、品位或癖好。潘达罗思（Pandarus）是第一个皮条客，在乔叟的作品《特洛伊罗思与克丽西达》中，他是特洛伊罗思和克丽西达之间的牵线人，“皮条客”（panderer）即源于他的名字，意即两个私通者之间的牵线人；“拉皮条”则意指为迎合某种淫欲或“道德弱点”，为他人提供性伴侣。今天，该词不单指迎合他人的道德弱点，更包括多种人性瑕疵，并对之加以利用。剥削者可以迎合他人的贪婪、粗俗、淫邪、偏见或偏执，这些都可以为他所用。拉皮条也是利用某种恶的状态白拿好处的形式。皮条客通常都会满足他人之所想。他当然不公对待了他们，他想方设法取悦令他们毫无廉耻或悔意的品性，所以说，他并未剥削他们本人，但他的确剥削了（可责的）他们那有瑕疵的品性，如此得来的利润当属不当——但最多只是某种与人无涉的恶，除非对第三方造成了直接损害。如果政治参选人 A 通过迎合抱有偏见的选民而赢得选举，则他并未不法侵犯这些选民，却因为不法利用了选民的偏见而不法侵犯了 C——他的竞选对手，并对民主进程造成了偶然性损害。

迎合“人性弱点”的情形应单独列出。这个软弱的人并不真的想要皮条客诱惑他做的行为，但他屈从于诱惑而未选择洁身自好。皮条客并不关心他的“洁身自好”，他利用的是他那不太谨慎的欲望和已经崩坏的品位；这恰是我们称之为“拉皮条”的缘由。不过，另一方 B 不能主张皮条客 A 侵犯了他的权利。如果 B 事后追悔，他只能责怪他自己，因为皮条客既未强迫他，亦未诱骗他。A 在此利用了已知的 B 的弱点，他利用了这些弱点，但并未剥削 B 本人，他的所得是不当的，但对 B 却并无不公。再说一次，剥削是一种与人无涉的恶，其恶正在于不法收益。 209

8. 无害的寄生行为。通常而言，A 寄生于 B，以及 A 的所得本会归属 B，因此，A 的所得即是 B 的所失。在共生状态的寄生情形中，A 用以所得的共生关系对 B 也有益，因此双向均不存在剥削，除非一方的所得和另一方的差距达到不成比例的程度。A 的所得既未损及 B，亦未利及 B 的例子很少。最接近的假设情形是，车手 A 在大雾中跟着前面车手 B 的红色尾灯前行（第二十八章第三部分）。前面的那个车手并未受到 A 的损害，即使 A 不出现，B 的情况也不会更好。不过，此处虽不存在对其利益的损害，B 还是会感到被人利用了。除了不存在欺骗的成分，这个例子并不太符合我们前文讨论的“无害的”与人无涉的情形。火车乘客都有守信购票的信赖默契，车手都有不占用紧急停车带的信赖默契。或许在雾天行车的例子中也存在同样的默契，但那是什么样的默契还很难说清。车手 B 不太会觉得 A 骗了自己，或利用了自己守信的良知，他不过是觉得 A 利用自己的小心驾驶得了好处。在欺骗和机会主义者节省劳力之间可能有一条线，若真的有这么一条线，就应该将 A 利用 B 与 A 利用了 B 的日常行为之间区分开来。后者，即使是恶，也是与人无涉的，对 B 并未直接造成不公，也未影响到 B 的利益。

无害寄生的更常见情形是指寄生者通过宿主的日常活动的副产品获取暴利。这些例子将在第三十二章展开讨论，A 没有侵犯 B 的权利，亦未阻退 B 的利益，但自己获利颇丰，这种情形冒犯了一个中立旁观者的道德情感。若 A 的牟利技巧不能产生任何真正的社会价值，或只能产生微不足道的社会价值，则作为与人无涉的恶，当中的不当性可能更强。八卦写手 A 为迎合他人粗俗的好奇心，报道名人们的日常活动就是此类无社会产出的寄生行为，但他并未侵犯名人的权利，亦未不公对待他们。

9. 消极的不当致富。无论是 A 有意不返还 B 还债时无意中多偿
210 还的部分，还是 A 拒绝向那位勤勉有加的打字员支付更多的薪酬，都是剥削行为。从道德立场来看，拒绝返还多余部分的行为与欺骗并无二致——从 B 那里骗得更多的钱。不过唯一的区别也非常重要：A 既未预谋骗局，亦未就非法获利采取任何作为。不过，尽管 A 的行为既无预谋，亦具消极性，其“致富”状态却显然是不当的；这侵犯了 B 的权利，是对他的不公对待。这并非与人无涉的恶。另一方面，打字员对雇主的怨愤（若有）却没那么直接。她自愿接受与 A 的合约，A 不过是坚持了已有的约定。在 A 的不当收益中，她本人并未受到不法对待，就我们所理解的争议而言，此例中包含的与人无涉的恶，其实质完全在于 A 的不法所得。

简言之，不当收益显然是某种与人无涉的恶，包括可能自愿但不公平的竞赛、受人操弄的（但属自愿）馈赠、利用他人的不幸赚钱、迎合他人粗劣的品性或“人性弱点”、无害的寄生行为以及（某些）不当致富行为。因为此恶中包含不当（不法所得），可以被视为某种道德上的恶，也是某种与人无涉的恶。在此，根据严格意义上的法律道德主义，防止不当牟利是以刑法禁止剥削行为——无论是否不当地引起损害——的一个相关的好理由。鉴于另一个更寻常意义上的严格

道德主义并不为我们接受，这在第三十章已有论述，我们最好还是给眼前这个原则一个不同的名称——剥削原则——并将其解释为，不当剥削行为所制造的与人无涉的恶罪证确凿，应予犯罪化。这个原则是法律道德主义的最后一点希望。

第三十二章

211 剥削原则：防止不法牟利

一、法律强制

法律能够对剥削行为做点什么呢？这个问题总体来说还算容易。若 A 的剥削行为会妨碍 B 的利益，且未经 B 的同意，则可依据损害原则加以刑罚处罚。若依损害原则可使处罚正当化，则该行为不仅具有剥削性，更具有损害性。单是损害原则即可处理绝大多数以强迫或欺骗实施的剥削行为，因为在这些情形中，行为未经被害人同意而对其造成损害，或使其处于遭受损害的危险当中。

损害原则同样可以应对第三十一章论及之欺骗或与人无涉的情形。骗子不公地利用守法者的遵从获利，他或许并未直接损害到任何人，但一旦其行为普遍发生，则会造成重大后果，使社会行之有效的制度遭受严重威胁。与该等行为相关的规则是为了防止此类欺骗行为造成此等后果，保护我们免遭重大的社会性损害。

上述内容留下两个麻烦的类别：（1）A 的行为既剥削了 B，又阻退了 B 的利益，却是经过 B 的自愿同意而实施的，及（2）A 的行为

剥削了 B, 但并未阻退 B 的利益 (无论是否经 B 的自愿同意而实施)。我们之前定义的损害原则解释不了前一种情形, 因为该原则已经同意法谚调和, 因而 “经同意的损害” 并非真正的损害。若此等行为被刑法禁止, 则其要么依据家长主义原则——为保护 B 不受其自愿同意行为的损害——要么依据自我剥削是一种足够严重的恶, 应以刑法予以禁止, 尽管其经被害人同意而并未侵犯被害人的权利。如我们所见, 此等经同意的剥削行为可能包含不公, 但因为存在被害人的同意, 其并未对被害人本人造成真正的不公。但即使总体上对 B 并无不公 (因为 B 的同意), 就 A 看来, 这仍属不公。¹ 因此, 有人可能会说, 为了防止不当所得, 即使未必存在不当损失 (或损害原则中之 “损害”), 亦可使刑罚具正当性。在此, 可使刑罚正当化的原则既非损害原则, 亦非法律家长主义, 而是某种法律道德主义, 即使被害人并未被不法侵犯, 为防止不道德的收益, 仍可动用刑罚。

以如此阐释的剥削原则将对情形 (1) 的法律强制正当化的观点肯定无法得到自由主义者的赞同, 后者完全反对会引发 “家长主义后门” 而贬低个人自治价值的硬家长主义立场。若 B 自愿向 A 发出挑战, 邀他参与一场不公平的竞赛 (参见第三十一章), 而 A 利用了他, 在比赛中获胜并将 B 的钱 “赢走”, 则 B 既然同意了被剥削, 他的利益虽受到阻退, 却并不能受到损害原则的保护, 因为 A 的不当所得并未侵犯他的权利。A 实施并未侵犯 B 的权利的 X 行为令 B 的利益受阻, 则 A 的所得具有剥削性, 若 A 因为 X 行为而受到处罚, 则这种处罚实质上是在阻止 B 按其所想自由行事。自由主义者可能会问, 法律为何要干涉 B 的个人自治 (尽管禁止和处罚的威胁仅及于 A), 难道不是基于家长主义的立场吗? 并且, 在与第三方无涉的情况下, 个人自治作为终极通行证, 法律的干涉必须要有足够的理由。实际上也正是这个理由, 在此情形中的法律强制正如在其他情形中一样, 是不正

当的。

第二个麻烦的类别显然更需要某种道德主义原则的加入方可使对此类行为的法律强制正当化，因为这个类别当中包括 A 在未损害 B 的情况下不法获利的情形。被剥削者不仅未受到侵犯，且未遭受任何事实上的损失，他的利益并不比未受 A 剥削时的情况更糟。无论如何，若法律要禁止（或使其行为无可能发生）A 的行为，则其依据只能是认为自我剥削行为是一个应予禁止的恶，和防止未经同意的损害一样，防止不当所得也是刑法的目的之一。

确保对不当获利（自我剥削）行为的刑事处罚具正当性的原则可以称作“剥削原则”，即使该行为并未造成任何不公损失（损害）。这个原则可以如此表述：它总是刑事禁止的好理由，以防止不当获利，即使该不法获利并未造成不公损失。此原则显然是某种单纯的法律道德主义，因为其目标仅为防止某种无人怨愤的恶，且并不在于防止衍生性的损害。同时，它也是狭义的法律道德主义，因为它意图阻止的是不道德情形（非正义的）。不过，它并非狭义的道德主义的最彻底形式，只能针对不当剥削行为，并不能将所有的不道德行为均予犯罪化。作为我们展开讨论的预先步骤，将剥削原则和法律道德主义原则其他名声不太好的版本区分开来十分重要，同时还要明确，当它被用以支持表面看来属家长主义立场的立法，则它通常就是一个合法性原则。最后，自由主义者当然反对仅仅用以防止“无害剥削”的立法，因为该等行为中的不法只是某种无人怨愤的，甚至是与人无涉的恶。但他可能也得承认，在某些情况下，与其他与人无涉的恶相比，该等行为的确更值得加以立法考量。

约翰·克莱尼希指出，在一些法域，单方涉己犯罪行为与经同意的双方犯罪行为之间区分严格。在单方情形中，法律看似采取了反对家长主义的立场，但在双方情形中，虽经一方同意，其同意仍不能作

为另一方免责的事由。“因此，在某些地方，自杀和自杀未遂被非犯罪化了，但帮助或怂恿自杀的行为仍是犯罪。同样地，持有或吸食少量大麻的行为已属合法，但贩卖毒品仍是犯罪。”² 克莱尼希指出，有时，在对此种对应情形作出的官方解释中包括对取证困难或 [双方情形中] 难以确定一方的同意是否知情且充分自愿等的“实用主义考量”。

³ 当然，在全面解释当中自然要纳入实用主义考量，但很难理解为何确定同意的自愿性也属于这种实用主义考量。同意行为的自愿性为何比其他行为，如自杀或吸烟的自愿性更难判断呢？克莱尼希认为解释不应仅止于此，他还觉得，与防止提议者的剥削行为或其他不法行为相比，官方解释并不太关心防止对自愿行为人或同意者的损害，他的这些怀疑是对的。但若提议者自己并未会，例如，提议的内容仅仅出于同情和慈善（安乐死），则刑法禁止的对象可就不是为着防止剥削了。 214

在我看来，将剥削行为单独列为刑法禁止的对象至少在一点上有说服力，尽管，如下文我会论及的那样，这种说服力极其微弱，几乎不能与保护自由的价值相提并论。但若既不存在不法损害，亦不存在不法所得（剥削），我觉得就不应该存在犯罪化的任何依据。若 A 有理由相信他向 B 提供大麻只是为了帮 B 一个忙，那么，他并未为自己求取好处，所以他的行为并非剥削。而若 B 未受强迫或欺骗，交易是在 B 的请求下发生的，或者虽是由 A 首先提出，但交易是在 B 的同意下发生的，则根据同意法谚，B 对 A 不能抱有个人怨愤。即使大麻最终对 B 的健康造成生理损害，A 的行为亦未侵犯 B。在此例中并不涉及第三方的利益，若 B 的同意不能阻止对 A 的处罚，即是对 B 进行自由交易的个人自治的干涉。惩罚 A 甚于 B 似乎有些本末倒置。

我不太肯定克莱尼希会否同意这个判断。他并不认为，B 同意（或要求）A 的行为就意味着 A 只是执行 B 的意志的工具。既然 A 并不必须照 B 的要求行事，B 的要求当然就不能免除 A 对后果的全部

责任。不过，由此，克莱尼希的结论却是，“B 对 A 行为的同意并未改变 A 行为的实质。”⁴在我看来，这未免有些言过其实。当然，每个人都应当为自己自愿实施的行为负责，每个人最低限度上都会反思自己的行为。既然答应了对 B 的行为，A 就该接受道德评价，而这将记录在他个人的荣辱簿上，或毁或誉，或对或错，或好或坏。但这并不意味着，应该由 A 为 B 承担损害性后果的责任，而对 B 的评价却丝毫无损，那本是经 B 同意了，A 并未考虑自己的个人利益，且 B 是在知情的情况下自愿提出的请求。若法律惩罚 A，就只能依据家长主义的理据：为“保护”B 不受自己自愿选择行为的损害。经同意法谚调和的损害原则并不会对这一犯罪化立法提供正当化依据，而不经同意

215 法谚调和的损害原则就只能落入法律家长主义的圈子。无论家长主义在防止剥削行为方面有多大的说服力，都不包括此种无个人收益的行为。若 A 受到处罚，即是禁止自治者对风险的自由选择，哪怕并非不合常理的风险。

不过，若 A 的行为的剥削性加剧，犯罪化理据中的道德主义元素就会更有道理些。克莱尼希主要关注的是 A 对 B 受到损害（或承受损害风险）的可能性判断与 B 自己的判断大相径庭的情形。B 主动提议交易，愿意承担损害风险，A 却知道 B 对风险的预设是愚蠢而冲动的。不过既然这桩买卖自己可以获利，于是 A 就答应下来以“赢走 B 的钱”。他的预期随后得以证实；在这桩买卖中，他利用 B 的轻率获利。B 的利益受到损害，但 B 并不能抱怨 A 侵犯了他的权利，因为 B 预先同意了 A 的行为，当中既无强迫，亦无欺骗。不过，克莱尼希并不愿放走不法获利的 A。A 应受到责难；即使已经 B 的同意，只要能够避免实施该等行为，他就无权损害 B 的利益。因此，尽管 B 无权抱怨 A 的行为，我们这些无关者仍可谴责 A 利用了 B 的愚蠢，道德记录员会记录下他的不法行为。如克莱尼希所说的，“他人的愚蠢是他必须忍受而

非利用的对象，发生的损害后果不应由他人一肩承担。”⁵

我们同意克莱尼希对 A 的道德评价，但不同意由法律干涉上述情形中的 A 和 B。对 A 应作出否定的道德评价，但同样，第三方出手阻止 A 对 B 的行为也是对 B 个人自治的不尊重。

A 和 B 之间的交易有三个变量、八种情形，其中，仅有四种是矛盾而令人感兴趣的。变量为（1）B 的利益是否受到损害，（2）B 是否自愿同意接受 A 的行为，（3）A 是否因自己的行为获利。八种不同情形如下：

1. B 的利益受损，B 同意，A 获利；
2. B 的利益受损，B 同意，A 未获利；
3. B 的利益受损，B 未同意，A 获利；
4. B 的利益受损，B 未同意，A 未获利；
5. B 的利益未受损，B 同意，A 获利；
6. B 的利益未受损，B 同意，A 未获利；
7. B 的利益未受损，B 未同意，A 获利；
8. B 的利益未受损，B 未同意，A 未获利。

216

情形 3 和 4 均为 A 不法损害 B，无论 A 是否获利，损害原则均可将刑事处罚正当化，当中不存在争议，因此可以从以下的讨论中排除出去。同样地，也可以将情形 6 和 8 排除出去。在这两种情形中，A 的行为有助于 B 的利益，或与 B 的利益无关，且他自己并不会因此获利。他在无涉利益的情况下，在征得 B 同意的情况（“你愿意接受吗？”）送给 B 一个礼物，或者在 B 不知情的情况下，匿名向 B 的账户打款。这两者情形都是善意的，与法律无关。自然，谁都不会认为应该将献殷勤的行为规定为犯罪。

我们已经讨论过其余四个有争议的情形。在第三十一章里，我们论述了剥削行为中往往包含不公。此处我们简要地考虑一下，这四种

情形当中，是否有需要刑法出手的情形。我们的讨论绝非结论性的，每个类别我们只列出典型情形，但不管怎样，这总是一个开始。

我们已经看过第一类情形，在竞赛或赌局中那个冲动的挑战者（或应战者）。A 利用 B 的轻率和自大获利，B 则遭受损失。A 对 B 的利用是否可责取决于我们如何添加此情形中的细节。当然，克莱尼希要求归责于剥削者的立场有时是正当的。若 A 利用了 B 的一个可以理解但并不值得同情的弱点，则归责于 A 往往是适当的。但“人性的弱点”实在可以有太多解释。在德夫林－施瓦茨的用法中，它指某种普遍性的倾向，因背离自我控制标准而激起人们较为低级的品位。但在前例中，B 的自大既非普遍性的弱点，亦非不可避免的弱点；它只是 B 的品性，是他个人的性格特征。事实上，这是某种涉己的性格缺陷——简言之，就是不够审慎。若我们禁止他人利用 B 的这一性格特征，长久看来，反而消除了 B 改掉这个毛病的所有可能。A 并非仅仅“赢了 B 的钱”，他还给了 B 一个有用的教训。作为结果，B 的自大以后可能会有所收敛。

217 第二类的情形包括，经 B 的同意，A 的行为损害了 B，尽管当初 B 同意的时候，A 并不认为 B 接受了一个不合情理的风险。A 的行为乃应 B 之请求（如帮助自杀），或者本是 A 自己提出的（向 B 提供大麻），但当初他并未想要获利，最终亦未实际获利。在这种情形中，并未对“被害人”造成不法损害，因此，损害原则不会支持对行为的犯罪化，而针对剥削行为的道德主义原则也没有什么说服力，因为当中既无不法损失，亦无不法获利，所以根本不是剥削。

情形 5 和 7 往往是指 A 有过多收益，即使并未因此而使 B 有所失。获利可能源于经 B 同意的一桩交易（情形 5），即拉皮条或消极获利的行为，或者源于 B 同意而非要求的行为，甚至也包括 B 拒绝同意的情形（也见于情形 7）。我们再来看一下拉皮条的行为，它利用的

是卖淫或阅读、观看色情内容被公众，甚至包括当事人自己所不齿这一点。但这些行为在自愿的前提下，并未损害任何人的利益，但却可以为拉皮条者带来丰厚利润。此类交易中的卖方被视为利用了人性的弱点，但我们必须指出，被利用者的品性不同于类似自大之类的性格瑕疵。或许它只是某种粗俗的恶劣品位，而并非某种性格瑕疵。严格说来，以此获利并未损害任何人的利益，“此类行为冒犯了大众所持有的对人性的美好设想；这才是它受到谴责的原因。”⁶ 并且眼看着有人因此发财，那些情感细腻的人更是倍受冒犯。

我对这种恶心亦是心有同感，但我并不认为有任何理由将此种恶感变成法律强制的依据。此类观点会导致对个人生活的重大干涉。毕竟，我们看到有人因为看了剥削性的电影而杀人是会感到被冒犯的，这当中不仅迎合了他人的低俗品位，还强化了这种品位，甚或将该种品位变得更加低劣；或者看到有人大量生产昂贵的化妆品、八卦杂志或星象图等而大赚其钱也会感到被冒犯，这当中则利用了诸如虚弱、变态的好奇心以及迷信等人性弱点。还有一些迎合者则是迎合我们的多愁善感、无名怒火或祈愿。事实上，迎合“人性弱点”或许正是人类最为蓬勃的产业。要提升人们的品位、促进理性思考，消除这些恶或许比一律犯罪化更经济。

被动地不当获利，如我们早前示例的那个作家从过于勤勉的打字员身上获取的收益（第三十一章第四部分），正属于第（5）类情形。²¹⁸ 打字员的利益并未因作家不愿多给奖励而受到损害，更不必说打字员因为作家严守合约条款而受到不法侵犯，不过，他从过于殷勤的打字员身上得到的收益是不当的，因而是对她的利用。但不管怎样，法律不能要求作家返还不当所得，否则就会鼓励人们以献殷勤的伎俩从并不情愿的“受益者”身上获取利润。如果说要求返还的法律在此处出现有些不知趣，那么，刑法就更是如此了。没有人会认为，应当对严

守法律条款的当事人施以刑罚处罚。否则这对于合同的约束力来说就太讽刺了。

第7类中的示例更难找到。在此我们肯定会想到，A获得一己之利后，B并未发现自己的状况有任何损益，但A的确是在未经同意的情况下利用了B的某种状态。这种情形并非总是单纯的不劳而获的寄生行为，因为还涉及获利的第三方——读者和电影观众。我已经描述过符合情形7的梅勒-希勒利用吉尔摩个人悲剧的情形，不过这当中存在其他一些因素，使得该情形并不单纯——被利用的品性包括极其惨烈的道德缺陷，被利用的背景则包括极度的不幸与痛苦。因此，不如用一次假设的例子来说明更好些。

假定一个和梅勒有着同样天赋的作家写了一本书，讲述了一个孤独的英雄为了达到某个重大目标，排除万难、艰苦奋斗的辉煌人生。作家赚得盆满钵满，却不愿分一个子儿给那位孤胆英雄。那位英雄并未受到任何侵犯，没有任何人向他背信，他也未受到任何损害。他的情况一如既往，没变好，也没有变糟，但作家的确利用了他并发了财。任何敏感的旁观者都会觉得这有些不对，但单纯设置法律赔偿并不能解决问题。我们可以允许提起赔偿请求诉讼，但如果打算平复被破坏的道德平衡，而不是使道德秩序更加失衡，就必须遵守小说本身的规则。圣徒和英雄都有权要求赔偿，这取决于他们的道德完美程度，而有新闻价值的罪犯们当然不该因为他们过往的犯罪劣迹而获得回报。不是因为德性完美或天良丧尽而具有新闻价值的当事人能够获得多少回报有赖于作者的诚意。因为好运气而具有新闻价值的人则不应因

219 作家将他们有趣的故事变成文学作品而再（狠狠）赚公众一笔。自己的悲惨遭遇被用来迎合公众的人应该获得更慷慨些的回报。最后，这样的规则及其不可避免的滥用对公共利益并无好处，还不如建立一个体现分配正义的制度，按照“善有善报、恶有恶报”的原则，每个人

都能直接分到一块饼。

最后一点。我们的讨论强烈地暗示了禁止非强制且无害的剥削行为的依据并非法律家长主义，而是法律道德主义，当中包含着的理由比诸多学者已经提出的理由更加多样。如我们所见，法律道德主义是一系列的正当化考量，包括“以法律推行道德”的必要及保护传统生活方式的必要，以防止具内在不道德性的事物，及既未损害他人、亦未侵犯他人的固有的恶。基于所谓“完美主义”，道德主义的某种形式往往被用于说明法律可以正当地禁止经同意的剥削行为（参见第三十三章）。目的是为了提升和保护某种理想的德性，即使这种美德与人的利益无关，也不涉及任何人的利益得失。R. M. 黑尔（R. M. Hare）在讨论“一个漂亮女孩在脱衣舞俱乐部靠给一群中年生意人表演脱衣舞挣钱的行为是不是错的”问题时，描述了这种观点。⁷他提醒我们，得失、利害或利用与否的问题与此类道德评价并无太大关联：

……称此类表演是不道德的，并不是因为它们影响了他人的利益，各人各得其所，没有任何人的利益受到损害。不如用“劣化”一词更适合。它可以为我们解决眼前的道德问题提供线索。这不是利益问题，而是完美问题。此类行为冒犯了很多人对人类完美德性抱有的理想，因此，他们才会谴责它。⁸

认为保护德性理想是以法律禁止无害行为的正当化依据的立场，当然就是某种形式的法律道德主义。如果认为 A 向 B 无偿提供大麻的行为是非法的，或者完全出于仁慈之心帮助 B 自杀的行为是非法的，或者为迎合 B 的“弱点”，无偿向其提供色情作品的行为是非法的，那么，就是赞同法律道德主义的立场。在这些判断背后隐藏的原

则具有某种正当化功能，意在完美人性、培育美德、提升品位。在古代，这个原则本不证自明，但现代自由主义者却对它很反感。

道德主义的第二种形式建立在前一种形式上，但只严格适用于经同意的剥削行为，即 A 利用 B 的某种状态，但并未不法侵犯 B 或阻退 B 的利益（寄生情形），或已经 B 的同意（拉皮条）。根据此种法律道德主义，法律有权禁止的非损害性的恶是不当获利，严格说来，即造成另一方损失的不当获利，易言之，因他人的不当损失而获利。根据此种立场，自甘堕落者已是糟糕透顶，但以此获利的人却更坏一筹。在恶中求利，即使并非损害，亦足以正当地被犯罪化。若说第一种形式的法律道德主义所反对的是德性被劣化，那么第二种形式的法律道德主义所反对的则是某种不当，亦即恶的直接结果居然是某人获利。

我认同某些自愿交易的确使人堕落，而使人堕落本身就是一种恶，即使它是“非损害性的”，利用恶获利则是更大的恶。但这些恶均不必定损害他人或侵犯他人的权利，亦无人有权提出怨愤。在极端案件中，可以要求剥削者返还不法所得，以平复分配正义，但若赔偿不可操作，行为并未不法侵害任何特定人，则该恶就是“与人无涉的”。在某种意义上，它们虽“不当”，却并非对任何人的不公。这种“与人无涉”的特性使得对于这类行为施以刑罚处罚的立场十分可疑。除非针对严重的损害和不法行为，刑法这种不加区分的严重干涉往往只能造成较其试图防止的恶更大的恶。

二、损害原则对剥削性犯罪的适用：内幕交易和出售近亲属器官

不管怎样，我们的制定法中仍有一些常见犯罪很难解释，它们没有适格的“被害人”，只是用以防止不当获利。对于这些犯罪，剥削原

则可以建立部分或一整套论证。对此，自由主义者须得找出或构建有力的自由主义论证，或者证明此刑事处罚不具有道德合法性。

还有一些更为典型的刑事禁止会引起对剥削原则的怀疑，包括各种异常交易，如出售近亲属尸身的器官（白手获利），或是在股票市场进行证券“内幕交易”（不公利用）——这些不当的获利行为（可以论证）并不总是存在明确的被害人。并且，如我们所见（第二卷第183—184页，即后文第三十一章第187—188页），德夫林爵士和施瓦茨教授试图推动将迎合人性弱点的拉皮条行为犯罪化，如出售色情物品即为某种不公的商业行为（不当获利），即使交易双方纯属自愿且未造成损害。实际上，在立法者中似乎存在某种不可否认的倾向，即“行为一旦商业化，即可不受自由原则涵盖，而必须接受公共规则的约束。”⁹

确定防止剥削的法律禁止时，部分问题源于这样一个事实，即绝大多数法条均存在多种论证（第三卷第十七章第四部分），既然防止社会性损害往往至少是立法者的部分动机，则很难说防止剥削的道理也蕴含其中。在很多情况下，立法者恐怕都会在想到那些令人不齿的不当获利时感到备受冒犯，他们怕是很高兴有机会“狠狠教训那些人一下”，但若非当中有防止社会性损害的必要，则他们未必会通过该类立法（虽然这会令他们不开心）。有两个示例可以说明这种可能性。

内幕交易是指“依据不为公众所知的信息进行证券交易……该等信息涉及影响公司股票表现的关键内容，且尚未向公众披露。”¹⁰若一家公司的经理（或秘书）私下得知公司将于不久之后与另一家公司签订并购协议，他可以想见，一旦并购协议对外公布，公司的股价将直线上升。他可以此时以低价买入股票，并待股票价格上涨后售出，因为这个秘密信息，他就可以毫发无损地大发横财。内幕交易在

民事和刑事上均属违法行为，根据一些学者的观点，这种行为类似“抢劫”。¹¹一方面此等行为对其他投资者不公，缺少这样的信息就不可能有同等获利，而更为不公的是，其他知晓内幕信息者宁可没有这笔外财，也不愿背信，在个案中很难确定谁因为这种获利而受到损害，抢劫的比喻因而有些牵强附会。当然，内幕交易更像是“玩牌时给牌做记号”，¹²只不过在玩牌当中，这种行为一定会使其他玩家遭受损失（不仅仅是没法赢牌）。内幕交易和其他“无害的背信行为”有更多类似之处，例如，为了避开堵塞，在紧急停车带行驶，¹³以及一个人获利仅仅是因为其他人都格外守信（第一卷第六章第三部分，第四卷第二十八章第六部分）。无论如何，此等不公的利用行为一旦为大众效仿，将对所有人造成灾难性后果。“内幕交易……威胁到国内外的工业防线。S.E.C. 非常担心的是，一旦足够多的人都在牌上做记号，诚实守信的投资者就不会参加游戏了。”¹⁴对于内幕交易行为的犯罪化并不必得由剥削原则出场，损害原则已经足够用了。

法律禁止“无害的剥削行为”的另一种表面示例是禁止出卖（特别是由近亲属出卖）可供移植的重要人体器官，即毫不耽搁地从一个新死之人的身体里取走器官，并移植到一个急需此器官的病人身上。交易方式可能有两种（与捐赠相对），病人在死前订好合约，或是病人死后由其近亲属签订合约，若该等近亲属有权继承其身体。绝大多数美国的州法律都允许这两种交易，但有些州则禁止其中一种而允许另一种，只有马萨诸塞州对两种方式均予禁止。杰西·杜克米尼尔总结了1970年代的情形：

几乎所有州的法律都允许将尸体的全部或部分用于医疗科学。几乎没有哪部法律禁止出售行为。特拉华州、夏威夷州、内

华达州、纽约州和俄克拉荷马州的法律都未曾规定给提供者以酬劳，但它们都不禁止由近亲属出售器官……而对由近亲属出售尸体较由其本人出售尸体似乎持更反对的态度，但马萨诸塞州和佐治亚州均禁止此类买卖。¹⁵

为何杜克米尼尔坚称由近亲属出售的行为似乎（至少一开始是）比由死者本人出售的行为遭到更多的“反对”呢？当时他还只是一个病人，或者还处于身体健康、神志清楚的状态。杜克米尼尔可能也会质疑，为何财产权的优先性依器官与人的关系而定，而不是由国家、社区或医院来定。但他并未说出这些疑虑。他进而作出政策方面的论证（寻求防止损害的目的），以支持对近亲属出售行为的法律禁止。他介绍了一些政策考量，并将其运用于一个表面论证，即对该等售卖行为的禁止源于“该等行为着实令人生厌”。¹⁶ 因此，我们也在将问题重述一次：近亲属售卖尸体的行为为何“令人生厌”？若死者本人未留下任何遗愿，或者他事先已表示同意，且若该近亲属在死者去世后对尸身有财产权，则这种行为的“令人生厌”之处并不在于其侵犯了某一方的权利。托马斯·格雷认为，令人生厌另有其因。他问道，这是否“类似名人死后，他的亲属把他的故事卖给八卦杂志”。¹⁷ 在我看来，“那事儿”不过和我们之前标签为“空手套白狼”的行为如出一辙（第三十一章第三、六部分），属于不当剥削的基本类型，因此应予负面的道德评价，不过，仅仅因为这个是不足以使刑法凌驾于个人自由之上的。

不过，杜克米尼尔并不认为那令人生厌的白拿行为本身就足以作为以刑法禁止近亲属出售器官的充分理由。他转而声称，允许该等行为将会对医疗行为造成严重的损害性后果：

撇开此种行为令人生厌不谈，允许近亲属出售器官将导致病人产生极大的焦虑和恐惧，他会担心医生和亲属因此就不会尽力挽救他的生命。这种行为似乎不大会引发谋杀……器官只有在人死后迅速被移植方可有用。允许亲属出售器官很可能会导致死者的愿望不会得到尊重……此外，若出售行为为法律所允许，亲属的捐赠行为将减少。如果一次成交，下次亲属会索取更多，如果要求不被满足，就不能获得他们的同意。若最终导致器官捐赠的数量下降，则本可用于别处的医疗资源只能用于购买器官，以保证移植得以继续。¹⁸

杜克米尼尔的论证包含两个论点。允许近亲属出售器官将导致死者的遗愿不被执行（例如，死者生前并不希望自己的肚子被剖开），且近亲属出售器官的情形一旦蔓延开来，将会提高医疗成本，降低救助效率。这种出售行为将导致违背死者遗愿的情形增多，能救回的生命却在减少，两者都是损害原则所指的损害性后果（两者在某种程度上有交叉）。两个理由都希望提醒自由主义的立法者，虽然他们打算忽略出售行为的可厌之处而偏向保护个人自由，但对损害原则直接提出的理据却不能毫不为之所动。可是，除了马萨诸塞州和佐治亚州之外，各州的立法者（按 1970 年）并不理会上述有关令人生厌及损害性后果这两点理由。不论马萨诸塞州和佐治亚州的真正立法理由为何（两州的立法者肯定也是意见不一），它们的立法中肯定存在损害原则的理据，尽管在很多情况下，那未必是他们的理据。

依据剥削原则的原理，更明确的例子或许包括卖淫（拉皮条）和贩卖，而非持有或吸食软性毒品的行为。在检视三个更有意思的犯罪——算命、倒卖票证和敲诈勒索之后，我们即可得出本章的结论。

三、有偿算命

收钱算命在很多地方都为市政法规所禁止。我们不妨以非自由主义的理据（家长主义或剥削原则）说明此种行为为何被视为常见的犯罪。若算命者 A 利用 B 的迷信赚他的钱，或许有人认为，这是因为 B 自愿承担了风险，类似满怀希望的赌徒却输了钱的情形，所以本该允许人们犯傻（假定 B 完全理解自己的风险，且并不存在精神障碍或其他无行为能力的情况）。接着，法律干涉迷信者或轻率的冒险者，是为了阻止他的轻率和迷信（家长主义），或者是为了阻止另一方利用他的自愿蠢行获取“令人反感”的利润（剥削原则）。在算命和赌博的情形中，B 均遭受损失，但这种损失并非不法侵害的结果（在两种情形中，B 均为自愿同意）；因此，损害原则无法将禁止该等行为的刑法正当化。既然我们已经阐述了反对法律家长主义的立场，那么，似乎只剩下剥削原则可以为刑法的正当性提供依据了。

若 B（在算命的情形中）按 A 的瞎话或预言行事，他可能遭受的损失更甚于在赌场中玩轮盘赌的赌徒。后者或许有 40% 或以上的概率赢钱，但单靠杯子里的茶叶或水晶球预见未来的成功概率恐怕要远低于这个数字。实际上，若 B 按 A 的瞎话行事，A 的获利可能还会加倍。B 不仅要支付算命的费用，或许，我们且假设一下，还会在一匹失利的赛马或一只跌价的股票上投入本钱。但想想看，若预言或建议是由算命者免费提供的，A 并无所获，则 A 的行为并非剥削。这桩交易或许只是一个恶作剧，但因为当中并不存在“不法获利”，则在绝大多数地方都不会将其视为犯罪。由此可见，对收费算命行为犯罪化的实质目标更在于不当所得，而非不公损失——为着防止人们在此类行为中获利，反之，若并未获利（没有收费），则行为虽则有害，但

尚属合法。正因如此，或许将该行为犯罪化的依据只能是剥削原则。

禁止收费算命行为的立法者或许有其他理据。他坚称，无论收不收取费用，两种情形中都造成了损害（不法造成损失）或威胁，不过前者因为存在不法收益而更显不公，更应予以犯罪化，当然，损害性也是必要条件。他还认为，惹人反感的不仅仅是那不法收益，更是以他人的损失为代价赚取不法收益。他会提醒我们，若坚持损害原则，即使是禁止无偿算命行为的刑法亦可被正当化，或者更准确地说，尽管存在诸多实际操作方面的考量，造成上述后果之恶行仍是犯罪化的好的相关理由。在收费的情形中，不法收益的相关性本身即属“实际考量”。若我们持未修饰的损害原则，就会认为使天平倒向犯罪化一边的并非不法收益的道德缺陷，而是不法者的不良动机及被害人对他的善意信赖；只有这样，方可找到确凿证据，由于不法者虚构事实，被害人的同意并非充分自愿；只有这样，刑法方可发挥阻吓功能，降低算命行为带来的损害。损害性的算命行为很少不是为了赚钱，而若非为着赚钱，也很难说这种行为具有损害性，因此（他继续论证），法律不必顾及极少发生的不收费的算命行为。

226 在无偿算命的情形中，往往有证据证明行为人心存恶意，希望看到被害人遭受损害后果，对此类情形，或许侵权诉讼即可提供有效救济，而与其试图减少的损害相比，刑事诉讼的实际成本或许更高。自由主义的立法者或许会辩称，阻吓即可，刑法的威慑对象是那些最可能侵犯权利、造成损害的行为人——寻求个人不法收益的行为人。这样，单凭损害原则即可解释为何无偿算命合法，而收费算命却是犯罪的原因了。

不过，若无法律家长主义或法律道德主义的掺和，损害原则还是无法说明禁止收费算命行为的刑法是正当的。要证明存在为损害原则所必须的损害，行为人必须既阻退了被害人的利益，又不法侵犯了被

害人的权利。但若“被害人”已自愿同意行为人的行为，则他并未受到不法侵犯，尽管他的利益的确被阻退。绝大多数的理性人在找人算命的时候都不仅仅为着满足好奇心或是为了心里高兴。他们明知或许仍会失望，正如他们在其他形式的商业娱乐活动中感到失望一样。但收费的低廉使得他们愿意冒险；若最终失望，他们就不会重复同样的错误，无论如何，他们的好奇心将会得到满足。这些人其实并未因此遭到不法侵犯，而利益的阻退——损害原则的另一要素——也微乎其微，损失的不过是算命费。如果发生更大的损失，如投注在一匹失利的赛马上，或是错向某个女人求婚，通常“合乎理性”的人都会责怪自己太过迷信，而不会指责算命者实施了欺诈。他若要对算命者提出刑事指控，就如同向八卦杂志的出版者、提供幸运饼干的中餐馆或“最佳赛马”的推荐者提出刑事指控一样愚蠢。

加利福尼亚州的很多社区都禁止被规定于阿祖萨城市条例中的这些收费行为：“星象、占卜、茶叶卜卦、纸牌卜卦、通灵眼、水晶球卜卦、占卦、催眠术、魔术、灵媒、巫术、手相术、骨相术或读心术”，¹⁹认为此等收费算命行为“本质上就是欺诈”，因此不属加州宪法有关表达自由的保护范围（第1、2条）。显然，在通过这些法规时，阿祖萨市议会并未考虑我们之前提到的合法娱乐和好奇心的例子。指责廉价的、娱乐型的算命行为为“本质上的欺诈行为”并无多大意义，正如谴责同类的写小说、表演魔术或提供幸运饼干等行为。立法者的脑子里对顾客完全抱有另一种想法，这个人焦虑地关切未来命运，准备付一大笔钱找到答案。要准确区分这两类情形中付钱者的动机并不太容易，但判断收费高低却很容易。花上两美元、五美元，甚至十美元和几分钟的时间，听一个吉普赛人看着水晶球唠叨几句，这对很多人来说都负担得起，但肯定没人会花上五百美元、一千美元甚至是终生积蓄而只是为着满足一下“好奇心”。特别郑重其事的顾客

227

认为，他所购买的是非常有价值的东西，是所谓命数，若如此，立法者就应该保护他不受欺诈者的操弄。

若阿祖萨市法规中列出的行为的确具有“内在欺诈性”，那么，毫不疑心的顾客被夺去了钱财（他们傻傻地付了钱），他们错误地期待算命者将自己未来的真实命运说给自己听。这种情况类似行为人明知是假货，仍通过虚假表述将其售出。这种行为不法侵犯了顾客，并拿走了顾客的钱，若他再轻信一点儿，说不定还会去错下赌注，从而蒙受更大的损失。由此看来，该等行为的确是“内在欺诈性的”，损害原则可以将刑法正当化。若算命行为并无欺诈性，就只能以法律家长主义或剥削原则将刑事禁止正当化。

那么，算命行为的确具有“内在欺诈性”吗？加州最高法院斯坦利·莫斯克（Stanley Mosk）大法官在心灵心理学真理教会诉阿祖萨市案判决中提出了不同意见。²⁰ 该案中，法庭推翻了禁止有偿算命的市政条例，该条例罗列了上述十六种算命行为，从星象术到读心术“或类似行为”。这种列举无疑使该条例过于宽泛，从而给莫斯克法官以口实，判定其违反加州宪法，“读心术”在《圣经》里就有，“催眠术”则已用于心理治疗，“魔术”亦是戏院中常见的演出，预言则是宗教仪式的元素。若该条例不是如此罗列，而是采用更谨慎的立法语言，则情况又将如何呢？如将“魔术”、“读心术”或“催眠术”删去，而主要针对通过水晶球、茶叶、手相或其他“超自然的方式”进行算命的行为，并具体描述该等行为的共同属性，这样的话，该条例能够，
228 或应该通过议会审议吗？

阿祖萨市认为该条例并未妨碍表达自由，因为它所禁止的算命行为仅限于收费的情形，是针对商业行为方属有效的规定。但法庭毫不困难地证明，表达（任何形式的信息交流）即使涉及钱财，也并不会失去法律的保护。“我们应当记住，托马斯·潘恩的小册子并非免费

发放……在表达自由方面，宪法一视同仁，而非仅视其是否付费。”²¹ 没有付钱的倒是原告本人，法蒂玛·斯蒂芬斯，心灵心理科学教堂的受命教长，教堂的执照本是为着开展宗教活动和宗教咨询（考量之一），结果，市府发现她却在收费帮人看手相，于是撤回了执照。“斯蒂芬斯声称她必须要向看手相的人收费，因为那是她的生活来源。”²² 此案中，并不清楚她的顾客是否抱有神圣的心愿，或者单只为了娱乐，是否为了获得重大的预言或建议，甚至是心灵的指引；也不清楚他们支付的是代币还是真金白银。

此处涉及的宪法性问题并非表达自由是否失去宪法保护，而是算命是否属于宪法第一修正案中所指的表达（如挑衅性字眼、淫秽、堕落、诱惑性的文字）。阿祖萨市的律师坚称，算命的确是一种表达，但属于欺诈性虚假陈述。他们援引加州的一个先例，²³ 进而论证道，“条例的内容并不必限于真正抱有欺诈意图的情形。认定有偿算命行为具有欺诈性属于市政警察及市议会的权限范围，以通过条例保护轻信者、迷信者或毫无警惕心的人。”这正是对阿祖萨市立场的准确总结。任何听从“具内在欺骗性”语言的人都受到了不法侵犯，如果他再为此付费，利益被阻却，结果当然就是受到了损害。

这种论证的麻烦在于，若对说话者的内心确信及行为意图一概不问，就很难说某种言论是“内在的”谎言。莫斯克大法官援引了加州民法典对欺诈行为的定义（部分），“某人就客观上不属实，且自己亦不相信的内容对他人提出建议。”²⁴ 并指出，至少在民事案件中，预测未来的行为是不可诉的，除非说话者明知语言的内容不靠谱。对于提
229
议者相信自己说的内容，但掺和了虚假表述的行为，法律若将其犯罪化也还是管得太宽。莫斯克认为，很多甚至绝大多数算命者的确存有欺骗之心，但阿祖萨市的法规不仅将该等行为人收入囊中，还会连带上其他一些善意的算命师。（莫斯克有些迷惑，他将此类善意算命者

与经济学家、投资顾问、预测赛果的作者以及其他作出预测的人士相提并论。预测未来命运的算命行为与基于实证方法进行的容许误差的预测行为可是两回事，后者的结论是赛果或股市行情。)

既然存在善意算命师，那么如何方可既保护自由表达的宪法权利，又能防止人们免受欺诈行为的损害呢？幸运的是，莫斯克法官总结道，无须什么市政条例禁止算命行为，因为法律保护已经存在：

刑法典第 332 节规定，“任何人……意图通过算命、诡计或其他方式……骗取他人财物，即以财产犯罪处罚。”这条法律即可既保护人们免受欺诈性算命行为的损害，亦允许善意者替人算命。²⁵

莫斯克暗示，刑法关于欺诈罪的规定足以解决对算命行为的认定，但卢卡斯法官却在该案的反对意见中认为“这是不对的”。首先，对欺诈意图的证明责任应由公诉方承担，要达到超出合理怀疑的证明标准并非易事。其次，也是更重要的一点，“和禁止该等行为不同，刑法只能在事后[算命一事]发动，且欺诈已被揭露。”²⁶此时，骗子早已远走高飞，而被害人则往往是些老人，他们要么对法律一无所知，要么因为太过尴尬而不愿报告当局。想想算命者对南加州的退休老人的无情掠夺，这些老人“往往是最易上当”也最穷困的群体，卢卡斯法官认为，莫斯克法官描述的“善意的预言者诚心诚意地预言，然后收费”²⁷的场景简直是太天真了。

针对阿祖萨案的上述解决方案，一个是批评它范围太宽，将善意行为与非善意行为相提并论，从而侵犯了前者的言论表达自由；另一个则不足以保护轻信者。还有什么方法可以避开这些问题吗？我倒是能试着提出两个建议。法律应当认识到，在为了取乐而满足好奇心的

顾客与郑重其事前来预测未来并赖以行事的顾客之间，总归应该有所区分。可能法律没办法界定这一区分，但显然，诈骗犯总是寻找特别容易上当的被害人，然后狠敲一笔（对他们来说简直是灾难性的）；而单纯为了娱乐的算命师则总是面对大众，以相对低廉的收费，提供类似嘉年华或慈善活动的服务，因此，法律即可关注收费的金额，确定一个上限，一旦超过此数，即可推定其具有欺诈意图。

第二个建议则是为着避免某种两难局面，一方面规定的范围过宽，但反过来又会显得“过于天真”。用词精准的法规绝不会提到魔术、读心术之类的行为，而只会提到看手相、茶叶占卜、水晶球占卜等行为，避免以列举式穷尽该等行为。“算命”作为一个类名称。为了给所谓“善意预言者”提供一定的保护，这些人确信自己有“看见”未来的超自然能力，可以用“预设的欺骗性”而非“内在欺骗性”描述之。如卢卡斯法官所说，“我们[预先判定]可以关注的事实是，这些行为一般都是，当然或许并不全是用来骗钱的。”²⁸ 我的建议是，允许立法者按推定“关注”该等事实。实际效果就是，公诉人证明欺诈意图的举证责任变成由被告人证明自己乃出于善意和确信的辩护事由。

在离开这个话题之前，我们还得关注另一个问题。卢卡斯法官宣称，“正如社区为着保护居民免受贪婪之害而制定禁止赌博的条例，阿祖萨市也可以为着保护居民免受轻信之害而制定禁止算命的条例。”²⁹ 这段话大致暗示了两类法律皆有其法律家长主义理据。对此，自由主义者会让我们仔细检视“贪婪”和“轻信”这两个词。自由主义者会任人赌博，只要他们完全理解自己所承担的风险（参见第三卷第二十章），正如他们有自由从事商业交易，只要他们的行为不存在错误认识或其他破坏自愿性的因素（如低能）。误解如何破坏自愿合

231

纳的小说《马甸村》中找到的：“法兰·斯诺普斯愿意借出一美元，是为了换取今后每周都能收到五分钱，收一辈子。”阿尼森推测“那个倒霉蛋是有小学程度的数学知识的，但此时却没能用上。”³⁰ 同样，人们可能知道赌局不靠谱，却在赢钱的概率计算上犯下愚蠢的错误。禁止赌博的条例是为了保护赌徒不受赌局机关之害，也是为了保证行为人为人承担风险时完全自愿且知情，即使其所承担的风险“不合情理”。无论风险是否值得获取那可能的收益，法律都会允许赌徒自行作出决定。因为此时并不属于要“保护其免受贪婪之害”的情形。

轻信则是另一回事。禁止算命的法条应该保护的是那些听到花言巧语就会相信那些一般人肯定不会相信的事物的人，他们还会愿意为此付上一大笔钱。保护人们免受“轻信”之害，就是要保护人们避免受骗上当。这类似于禁止赌博的法条是为了保护赌徒免受他们不了解其机关的赌局之害（如斯诺普斯的债主就没太明白还款条款的意思），而非禁止赌徒自愿冒险寻求收益的行为。若赌徒完全了解其行为的性质，自由主义的立法者不会理会他还会怎样轻率地推进“自己的贪婪”——至少在这一点上他的轻率可能会损害他人的利益。

四、转卖门票

查克和汉克都是城里棒球队的球迷，多少年来，球队首次打进世界系列赛。和成千上万的市民一样，他俩也希望能够看上一场比赛，但如果能赚到足够的钱，他们宁可不看比赛，也愿意把票卖掉。赛事组织宣称，周一早上开始售票，先到先得，票价是平时的两倍，每人限购两张。查克和汉克早上4点就起床，一小时以后，他们排在了等候队伍的前列。一个小时以后，售票处开始售票，一小时后，早上八点，他俩以20美元的价格买到两张票。比赛的日子近了，社区里热情

日益高涨，数百名未能购得球票的球迷聚集在体育场外，希望能够有机会买到票，但此时票已售完。查克和汉克毫不困难地就以 100 美元将他们的票卖给了千恩万谢的球迷。他们利用了球迷的热情，把握机会，轻松赚得 320 美元。

在这个交易中，谁被不法侵犯了呢？棒球队的老板？售票公司？很难看出他们的利益遭到阻退。他们以定价售完球票，票价是他们自己定下的，即使没有这些“黄牛党”，他们的利润也不会更多。他们或许会抱怨，黄牛党们像是寄生虫，利用了他们的经营、管理、投资和英明决策，这种获利是“不当的”，不过，他们没有遭受任何不公损失，正因如此，也就很难说他们有权对黄牛党抱有怨愤。在某种意义上也可以是他们“被利用”了，但他们真的不是被害人。

或许买票者被黄牛不法侵害了，但似乎并非如此。即使价格炒得如此之高，能够买到票还是让他们欢天喜地。正如黄牛党宁可卖票赚钱，购票者则宁可花钱买票。因此，双方都对交易心安理得。不过，这种交易还是存在剥削性的（并非强迫性的或无意识的），正如沙漠中水井的主人向快要渴死的迷路远足者收取一杯水一百美元的高价（第三卷）。不过，这两种情形之间也存在不可类比性。一般人都需要水，获得水对人而言是关键的福利性利益；没有水，人会被渴死。而即使是最狂热的球迷，只要他们还是正常人，就不会在看世界系列赛当中存在关键的福利性利益（第一卷第一章第一至七部分）。如果看不到球赛，他们会失望，会沮丧，但绝不会被损害。黄牛党以高价向他们出售球票时，并未以非经同意的理由损害威胁他们，因此并非刑事上的剥削行为。或许这就是为何一些法官宣称，和出售牛奶不同（打比方），“牛奶对公共利益至关重要”，出售娱乐性球票——无公共利益，而只涉及需要和欲望——并不涉及公共利益，因此无须纳入“警察权限范围内”。³¹

最后,有两种方式可以论证转卖球票侵犯了一般公众的利益或是特定第三方的利益。在某些情况下,转卖戏剧或比赛的门票会造成一些地方人群聚集,喧闹混乱,比如在节目或赛事当天的剧院或运动场外,往往造成公共滋扰。因此,各类城镇条例限制转卖门票的时间、
233 地点,以便更好地“规范街道和人行道的使用,防止占用街道,制造噪音。”³²但这并不意味着无条件禁止转卖门票,因为这种行为并未对法律制度造成任何基础性的麻烦。

有关转卖门票的行为对第三方造成侵害的论证更加微妙,即法律允许转卖门票将使得公众或球迷的同等购票机会被剥夺。查克和汉克在队伍中的那两个位子本来也可能是布克和里克的,查克和汉克拿到票几个小时后,布克和里克刚刚排到却被告知票已售完。布克和里克如果是一般理性人,当然会耸耸肩膀,将此情形归于“运气不好”,或者会责怪排在队伍前面的人。但若事后他们得知查克和汉克把票卖给了售票当日起晚了两个有钱佬,他们很可能会义愤填膺。愿意早起,克服不便来买票的人无可争辩地应当享有购票的优先权(“先到先得”很公平,每个人的购票机会都是均等的)。现在,因为有钱,不必辛苦就可以买到票,这当然是不公平的,这些人把自己排除在机会均等的购票限制之外,仅仅因为他们更有钱。

我认为,上述论证的确有些道理。但若在其他情形中将自愿付款排除出相关条件却很难保证逻辑一致。例如,球队老板认为到时公众必定陷入狂热,于是他们一开始就将球票定价为100美元。当然,这样一来,老板们必得承担风险,万一球票卖不出,损失将更大,但这属于正常的商业风险。(黄牛党也有这样的风险。)如果立法者基于“均等的购票机会”认为,一方面应将转卖行为认定为犯罪,另一方面,他就会发现,很难解释为何法律不处罚制定高票价者,票价一高,富人因为有钱,买票(或其他奢侈品)将更有优势。更有说服力的论证

则是，在取得日用必需品方面，如牛奶和药品，富人不应享有任何优势，但若是娱乐、比赛等更为奢侈的消费对象，我想，就不必视其为必需品了。³³ 234

查克和汉克的转卖行为或许对第三方造成了某种说不清道不明的侵害，若要坚持我们的基本经济体制，这种不公就无法消除。我们不能只为一部分经济活动的主体开脱责任，而不为另一部分人着想，这肯定会带来糟糕的后果。无论如何，此种“侵害”并非构成真正损害的要素，因为构成损害的另一个必要条件或许并不存在：花费了时间和精力查克和里克根本想不到有谁会因为他们的转卖行为而被阻退了利益（当然，沮丧是有的）。

最后一个可能的论点就是，查克和汉克的行为本身是无害的，正如“无害的不当行为”，它们利用了其他人对规矩的遵从，如果人人都这么做的话，后果肯定将是损害性的。实际上，如我们以下所述，若转售者（票务经纪公司）在规模和数量上已能与原始出售者抗衡，国家就应该通过许可制度规范经纪公司的行为，以防止欺诈和冲突。如果到达那个临界点，“要是人人都有着同等机会、渴望及对获利的期待，人人都想像查克和汉克那样做该怎么办？”对这个问题的回答可以是，那时的情况和此时并无不同，因为并没有那么多人和查克及汉克的想法一样。禁止性的法条并不必要。

那么，自由主义者可以论证应当将转卖行为合法化吗？首先得进行一些区分。第一个要区分的是小范围的、偶发的单个交易行为和以商业模式运作的情形。禁止第一类行为（类似查克和汉克的行为）恐怕不大可能获得自由主义原则的首肯，尽管这还要看具体的条文内容以及法条所针对的恶。自由主义原则和合众国宪法均要求禁止性立法只能指向特定的恶，某个恶与救济方案之间应存在合乎情理的联系，且该救济方案非属过度。法庭上常被提及的适度的恶包括对公共健

康、道德（自由主义未必同意）或安全的负面影响。很难证明查克和汉克的行为中包含这些恶，或者一个针对更宽泛的恶的法条能够正当
235 地适用于他们的行为。³⁴ 不过，仍有很多州法典或市政条例规定，禁止“任何人”以高于原票价的行为转卖门票，无论“行为的方式或规模如何”。³⁵ 在一些案件中，对零星交易行为的指控所包含的不当之处，已经使法庭数次驳回公诉人对法条的解释，认为这违背了法庭的良知和自然正义。³⁶

有时，禁止倒卖行为的条例仅禁止“无照”倒卖行为。例如，过去旧金山的一项条例称，“任何人……若无票证贩卖执照，在售票处……以外的市区或乡村出售旧金山任何一家剧院或任何娱乐活动的门票，均属非法，”并明确规定该执照费用为每月 300 美元，任何意图转手门票者应事先到公安部门申领执照。在 1920 年的一桩案子中，³⁷ 法庭推翻了一份判决，认为警察的行为是对自由的不当干涉，“当中并不涉及任何对公共健康、道德或安全的合理考量……”对不当行为发出证照的制度本身就是对自由的侵犯，除非涉及适当考量，否则即为无效。

法庭认为旧金山市政条例的规定过于宽泛，对所有售卖行为不加区分，既不考虑行为方式的不同，亦未考虑售卖规模的不同。旧金山市之后考虑了法庭的意见，对条例进行了修订。在其后的一个案件中，³⁸ 在前案中被推翻判决的同一被告人又被逮捕并受到指控，这次指控的依据是已经修订的条例。法庭再次拒绝认同条例，但承认修订后的条例较原先的版本有所改善，不同在于“修改之前的条例认为，在未取得售票证照的情况下，任何……售票行为皆为不法……现在，同样情况下，只有以商业模式转卖门票的行为方属不法。”³⁹ 当然，仅仅在零星出售与以商业模式出售之间划线并不能解决问题。在边缘案例中，无论依据他的售票数量、持续性和频率是否可以确定其实施的

是商业模式的售票行为，无论他是否有固定的办公地点，无论他是否为业务做广告，疑罪从无的利益应归于被告人。他的“买卖”可能没有名字，但只要他出售了上百张门票，每天或者只是每个周末都卖票，有固定的工作地点，向外派发宣传单，那么，他其实就是在从事商业行为。他和查克及汉克实施的那种偶然转卖行为有着本质区别。 236

无条件禁止所有转卖获利行为是不合情理的，既不符合损害原则的要求，亦违反宪法的规定，而无条件地禁止所有无证转卖获利行为同样是不合理的。但要求经纪公司申领证照的规定是合法的，只要申领费用不过高，随之征收的税金也未超过管理活动的成本，如调查和执行活动。（某些法律要求“保护公众”。）申领证照意味着要照章行事，以保护公众不受类似欺诈、虚假陈述、共谋（和球队老板）、垄断、歧视、敲诈（有时）等“滥用”或“掠夺”行为之害，尽管最后一种行为中，要价未必高出市场价，除了涉及致命需求，在其他商业背景下或许并不会被认为是滥用。

自由主义者或许会在此提问，既然“敲诈性价格”本身并不算滥用，那为何商业经纪公司较零星转卖行为更易出现滥用？在1950年宾夕法尼亚州的一桩案子中，⁴⁰“法庭认为，由常识可知，经纪公司通过和组织者的关系，往往能够获得位置最好的甚至是全部门票，以此形成‘垄断’，而这正是法律试图救济的情形。”⁴¹若无此类法规，票务经纪和组织者就能掌控所有的位子，并且把门票在手里倒来倒去，增加欺骗性，方便好友、亲戚和特殊的顾客，甚至在购买能力之外增加其他歧视性条件，如种族或性别歧视。在某些商业活动中，给出较高的价格是合法的，但接受贿赂，在固定价格之外搞秘密例外就是滥用行为。经纪公司很容易牵涉到这类行为，接受“回扣”的剧院经理会报之以更多的门票选择，被蒙蔽的公众却无从知晓门票原本的价格。此时，经纪公司不但不是要提供方便的服务，使观众可以以组

237 织者提出的价格购得门票，相反，如果管理不严，经纪人往往会将票价提得更高，以补上他秘密提供给组织者的贿赂。如果顾客情愿费事跑到组织者的售票处购票，他很可能被告知没有好位置了，或者根本没有票了。这种操弄行为的不法之处主要在于一切都是暗箱操作。

尽管有必要防止欺诈或敲诈，但这并不意味着法律应当确定票价的上限，除非相关的活动或服务极为重要。世界系列赛的门票定价100美元并不会损害公共健康、公共道德、公共安全或公共福祉。（并且，毫无疑问这将引发公众对主办方的敌意，甚至抵制购票，从而使定价得以重新调整。）同样，经纪公司撇开主办方的定价，冒险提价的行为也不会带来恐慌性的后果。法律最好还是应作相应规范，例如要求提前公告、确定票价上限，一旦定价，在特定期间不得改动等，如此，则娱乐公司或票务经纪公司的行为并不会比零星的个人转卖行为更具不法性。即如一份法庭判决所说，若不涉及公共福祉，票价控制。

是对个人权利任意且不合理的干涉。出售戏票的票务经纪公司经营的买卖并不比转手粮食、食品的商业公司更不道德，也不会对公共利益造成更大伤害。如果消费者不满意价格，并不必被迫购买……⁴²

简言之，我们的结论是，这些立法是不正当的：（1）禁止零星发生的门票转卖；同样不正当的是（2）禁止所有无证倒卖；（当然，若已申领证照，行为就不会被称为“倒卖”，而被称为“票务经纪”。）进而，（3）无论有无证照，对票务经纪行为一律禁止，及拒绝颁发证照，禁止所有牟利性转卖行为。另一方面，我们亦已得出结论，依据自由主义立场，具有正当性的是（4）禁止无证从事票务经纪行为，

及要求政府规范票务经纪公司的业务行为，以保护公众免受欺诈或其他诡计之害，包括对票价进行恶意暗箱操作。

根据多年来上诉法院的判决内容，对宪法的解释已形成某种格式，即“……以任何合法职业谋生、进行合法交易的权利[‘影响到公共利益时’]应受政府证照许可制度的限制，证照由警察机关颁发，特别当某种职业行为涉及一般福祉时，更有保护公众免受疏忽、无行为能力或欺诈行为之害。”⁴³ 打气和理发一般不需要证照许可，因为这两种行为都不需要专业知识，也没有特别危险，至少理发不会引发特别严重的损害。一般性处罚条例足以保护“公众”免受危险理发师之害，因此不必就理发特别立法，只要有相应的服务和公道的价格即可。绝大多数美国的立法者和法庭在关注票务经纪行为时，都认为它们与理发之类的行为在这些方面截然不同，需要更严格的监管，不是因为存在行为能力不足的危险，而是因为存在欺诈的危险。若这种事实认定是对的，则损害原则可以支持申领证照的规定。

即刻认可此种判断非常重要，正当的法律目的不在于惩治商业投机行为，而在于防止欺诈性、剥削性及无良的利用行为，这种行为和抢劫行为一样具有损害性，根据损害原则，要么依据刑事法律，要么依据行政法律，应予禁止。转卖门票行为中存在的剥削性要素尚不能确定是否不公（第三十一章第五部分），且其间往往伴随可疑的商业操作，因此，认为若无不法获利就不能规范该等行为的观点是没有说服力的。法律关注欺诈或敲诈就是因为它们往往会造成损失。

五、敲诈行为中的悖论

若不细加检视，往往会认为敲诈当然是犯罪，因为该行为损害并不法侵犯了被害人。不过，今天我们的刑法典中所定义的敲诈行为却

很难以损害原则支持对它的禁止。至少第一眼看去，更清楚的是，对敲诈行为的犯罪化更满足剥削原则或某种形式的法律道德主义的要求。（维多利亚时代的小说里出现的众多恶名昭著的业务人员正是文学作品中最肮脏透顶的形象。）⁴⁴ 在特别恶劣的情形中，敲诈者通过
239 利用他人而牟取暴利。敲诈者是不劳而获的寄生虫，他制造了一个之前并不存在的危险。他的机会主义行事之道可以抑制犯罪或其他不法行为的实施（或者至少使得不法者更小心），但他不过是威胁要“摘取他人的果实”。⁴⁵ 在最糟糕的案例中，敲诈者无情地利用被害人的弱点，大肆掠夺他人的财物。很多人可能认为，这是一种与人无涉的恶，行为人不过是靠他人犯罪行为或不法行为的副产品发了财。但他通过他人的不法行为空手套白狼，他的所得当然是不当的。

为什么不法行为的实施者侵犯了他人，但当自己成为被敲诈者时却未必受到不法侵害呢？在敲诈者威胁公布令其尴尬，甚至损害其利益的信息之下，他选择交钱给敲诈者并非出于充分自愿。问题在于，威胁的强迫性是否足以使其同意失效。比如威胁要杀死他就可以使同意失效，或者即使处于受迫之下，但仍有足够的自愿程度，这将成为敲诈者的辩护理由。（散见第三卷第二章各处。）将敲诈者的威胁和足以消除自愿性的抢劫威胁放在一起比较，就会发现两种间存在显著区别。敲诈者威胁的内容是他原本有权做的事情，他不过是将被害人的真实信息告知利害第三方，这是他的表达自由。另一方面，抢劫犯为劫取钱财所发出的威胁却是实施犯罪行为，即当场使用暴力伤害或杀死被害人，抢劫犯并无道德权利或法律权利这样做；敲诈勒索者（其他类型的敲诈勒索者）则以未来发生的损害为威胁，或是损害身体，或是损害第三方、损害财产，甚至通过不实指控损害被害人的名誉，所有这些行为均为刑法或其他法律所禁止。抢劫犯或其他类型的勒索者威胁的内容是他们无权实施的行为，给了钱，他们就不实施该等行

为；而敲诈者威胁的内容正是他有权实施的行为，给了钱，他就不会实施该等行为。

一个复杂的事实是，敲诈者威胁实施的行为和无条件实施该等行为的威胁均属合法，但若要求以钱换取他不实施该等行为就是非法的了，这个事实被称为“敲诈行为的悖论”。⁴⁶ 按照詹姆斯·林格伦（James Lindgren）的看法，“问题的核心在于两个相互独立的行为都以道德权利和法律权利为前提，但结合起来却会构成一个道德不法行为。”例如，“我威胁说，要是不给我一个工作，我就把一桩婚外情说出去……我当然有权找工作，但如果我把这些权利结合起来，却构成敲诈。”不过，“若这个人的目的——找工作——和他的方法——威胁泄密——均为合法，”林格伦问道，“为何结合在一起就构成不法呢？”⁴⁷ 法律道德主义者已经用剥削原则为林格伦准备好了答案。他会说，两个合法的部分加起来却不合法的原因在于，两者的结合产生了一个新的要素，不法所得。“被害人”受到的不法侵犯并不比他在—桩要价过高、条件苛刻的买卖中受到的不法侵犯更大。尽管受到胁迫，但他的同意仍属正常范围，并不能成为指控敲诈者侵害他的理由。但两个合法元素结合起来的化学反应造就了属于寄生虫的不法所得，法律对此不应容忍。敲诈者 A 要求对方给钱，然后不做他本来有权做的事（揭露 B），但这样一来，他就因获得不法收益而非损害或不法侵犯 B 而应受刑罚处罚。 240

因此，剥削原则为禁止敲诈的法律提供了理据，而自由主义者手中经修饰的损害原则只能面对“似是而非”的局面。如果自由主义者无法通过损害原则为这个悖论问题找到解决方案，就无法使刑法在整体上贯彻统一立场。因此，他要么接受剥削原则，但其中包含的法律道德主义会令他反感；要么放弃本部分最初的假设，即敲诈行为属于犯罪这一深入人心的结论。避开两难的最好办法莫若先作区分。我们

还是先区分“敲诈”行为的不同法律意义、敲诈者的不同类型，以及威胁和要求的不同内容。我们将会发现，其中只有某些敲诈行为具有“吊诡性”，而无悖论的敲诈行为均如常识告诉我们的那样，应予犯罪化。那时，自由主义者就可以毫无尴尬地鼓吹将其中一些敲诈行为非犯罪化，并以相同的理据禁止另一些敲诈行为。在试图解决敲诈行为的悖论难题之前，我们先在强迫地图上确定敲诈行为的位置。

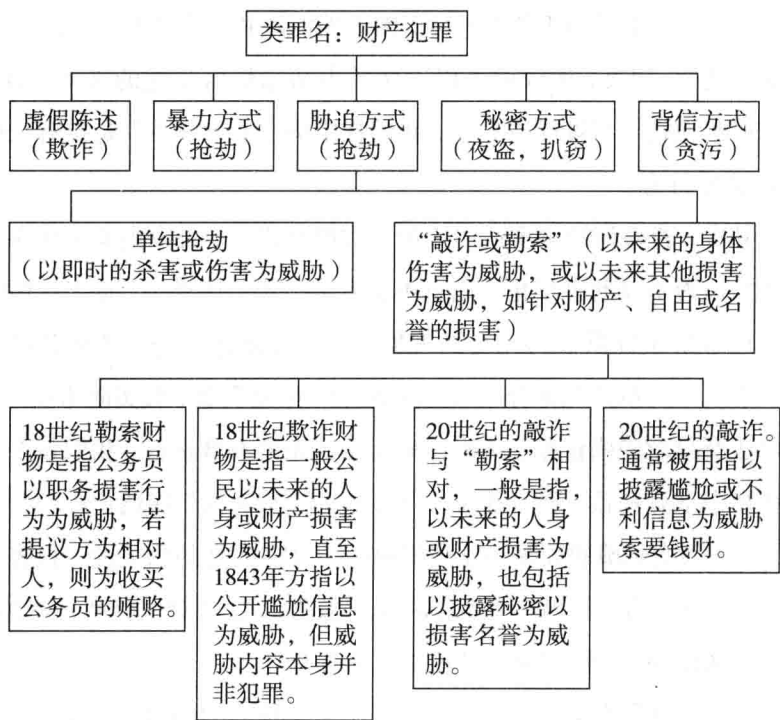
六、敲诈中的各类威胁：悖论之谜

241 尽管曾经指向不同的犯罪行为，“敲诈”和“勒索”在法律中往往可以互换使用。正因如此，近期的成文法往往避免使用这两个词，而代之以各类财产犯罪或刑事胁迫。在一般用语中，敲诈往往是不法胁迫行为中的一类，即以披露被害人的有关信息为威胁，要求对方给予财物或便利，该信息令被害人感到尴尬，他很想保住这个秘密。以某个秘密实施敲诈——即通常我们理解的敲诈——和法律中“勒索”一词所指向的各类不法胁迫有所不同，后者以未来对被害人的人身或财产造成损害为威胁，或以诬告为威胁——这些行为本身就是非法的。（“勒索”更古老的含义是指对行使职权的官员，如警察或税务员发出的威胁；参见第三卷第二十四章第七部分）以秘密为威胁提出的敲诈往往，但并非总是，要求“封口费”，因此，敲诈的通常模式就是以向特定第三方或公众披露尴尬的不利信息为威胁索取财物。

敲诈一般被划归针对财产的犯罪，是财产犯罪的一种方式。表32-1揭示了敲诈在各类财产犯罪中的位置及其与其他胁迫类财产犯罪的关系。注意，财产犯罪是最广义的类罪名；抢劫是其中一个子类，以暴力或胁迫的方式进行，当以胁迫方式进行时，抢劫即包括恐吓或“敲诈勒索”之类的罪行（此处同属术语之间可以互换）；而敲诈和

勒索（其他方式）在很多方面都存在区别，最常见的也是最有用的区分就是将敲诈标签为“以秘密实施的敲诈”。后文即在此意义上展开论述。

表 32-1 敲诈在各类犯罪中的位置



第一类，以揭露犯罪行为为威胁。第一类威胁是向警察（真的）揭露被敲诈者曾经实施的犯罪行为，敲诈者有实物或言辞证据可供告发。这是敲诈行为的一种特别类型，和仅仅威胁披露令人尴尬的事情存在重大区别，敲诈者其实不仅仅是有权告发，他更有义务这么做（即无权不这么做），如果保持沉默，就违反了这个义务。和其他公民一样，他有义务与警察合作，执行法律，这个义务是对我们所有人承

担的，我们都是敲诈犯罪的潜在被害人。没有人有权因一己之利而不去承担此义务，甚至仅仅提议不这么做（这种提议包含了犯罪意图，本身就应受刑罚处罚）。⁴⁸ 既然敲诈者有义务报案，他就不能主张，他向对方提出的以钱财换取封口的提议只是一桩寻常的交易。“敲诈行为的悖论”并不适用于他的行为，因为他的威胁内容并非“他有权实施的行为”。相反，他说他可以不做的事情却恰恰是他的义务所在；他“根本无权”不履行该义务。我们规定的“有权做 X”是指有权做或不做 X 行为。

其次，若敲诈悖论不适用于第一类敲诈内容，自由主义者在支持对此类行为予以刑事禁止方面就不会有进一步的困难了，损害原则可以为刑事禁止提供极为充足的理据。第一类敲诈行为将造成公共损害（第二十八章第九部分），如藐视法庭、贿赂警察、收买陪审员、干扰司法及故意隐瞒证据，妨碍刑事司法体系的有效运行，我们每个人都在当中享有利益。而对那位并非无辜的“被害人”偶然造成的“损害”——因遭到威胁而被勒索的财物——并非此处的相关性“损害”。在公众看来，第一类敲诈者既损害了“被害人”，又对他有利，使他能够逃脱法律制裁，他们的交易只对公众有害。

当然，向警察报案的义务还有一个义务性质的问题。在我们的社会制度下，该等义务是否应由刑法为威慑尚不肯定。普通法上有一个罪名“窝藏重罪犯人”，是指明知是犯罪的人而不向有关部门报告。珀金斯的报告称，“现代法律趋向于忽视这个罪名”，⁴⁹ 并引用了一个典型的排除观点：“普通法中窝藏重罪犯人的罪名与美国刑法及程序法不符，本州[密歇根]不再将其纳入成文法罪名。”⁵⁰ 按照珀金斯所言，即使是仍规定有窝藏重罪犯人罪名的成文法，“其行文中‘窝藏’一词已指不仅要求包括知情不报的事实，还要有切实的窝藏行为。”⁵¹ 普通法中还有一个罪名“重罪私了罪”可以施加报案义务（不仅仅是

不“窝藏”),是指接受钱财而私下承诺不去“告发”的行为,即明知他人实施犯罪行为而不提出指控。私了是指在法庭外私下解决刑事犯罪,不过,解决刑事案件,而非仅仅民事事务的,只能是国家。早前的法律对于第三方能否构成该罪尚且存疑,但现代刑法的规定十分清楚,除了被害人,第三方亦可构成此罪。⁵²若并无报案义务在先,则第一类敲诈行为也会陷入悖论迷局,接受钱财而不告发他人的罪行不过是接受报酬不去做他有权做的事(无法律义务不去做),即不去报案。

部分地源于上述困境,最近有两位自由主义学者,沃尔特·布洛克和戴维·戈登却论证说,根本不存在任何意义上的报案义务,在敲诈行为和私了行为之间建立犯罪化的联系将使刑法无法协调一致。不过,他们的观点有点过头,他们认为,不仅法律事实上没有(从来没有)设定过报案义务,而且从道德合法性上说,法律亦不应设定该等义务:“正如法律不应强制人们争做好撒玛利亚人,它亦不应强制人们向当局报告他所知晓的犯罪行为。这或许是高于义务的行为,但并非义务行为本身。”⁵³作为回应,我要指出,首先,即使刑法典中并未设定向当局报告罪案的义务,或者并未设定在无不合理风险的情形下做好撒玛利亚人的义务,这也并不意味着这些义务的设定存在内在的原则性障碍。美国的一些州和大陆法国家制定有“坏撒玛利亚人”法律,私了罪亦远非无人关注。此外,认为该等法律存在不当或道德不当的观点,认为我们本不应有义务救助他人、报告罪案的观点,都是站不住脚的。(在第一卷第四章,我特别以自由主义的立场论述了坏撒玛利亚人法律的正当性。)事实上,窝藏重罪犯罪名逐渐被废弃的原因,并不在于其道德不合法性,而很可能是因为司法操作的实际困难,尤其是害怕被黑社会报复。

无论如何,即使在刑法或民事责任的要求上均无告发罪案的法定

义务，都不意味着我们可以说第一类行为不过是拿到报酬后不做自己本来就有权不做的事。因为我们的政治制度本身不仅包含刑法和民法，还包括宪法和传统，它们都为我们设定了公民义务，因公民身份而必定产生的义务，⁵⁴ 即配合国家执法，尽管这个义务未必特别由民法或刑法规定出来。认为除非存在刑罚处罚的规定，否则，公民在道
245 德上是自由的，是否配合国家执法“全凭他愿意”，这样的说法是对民主制度的误解。要求报案是我们的法律制度设定的一项公民义务，我们可以为此找到很多依据，尽管一些敲诈法条规定的只是禁止接受报酬后做刑法未明确禁止的行为。

第二类，威胁揭露被害人曾经参与或仍在参与的暗中交易，该交易虽为合法，却近乎旁门左道。第二类敲诈威胁针对的是不够磊落的行为，一旦为公众知悉，将有损“被害人”的名声。被敲诈者的名声不错，私下里却是一名登徒子。如果被公众，包括他未来的行动目标知道他的本来面目，那么日后他再有所行动恐怕就没那么容易得手了；或者被敲诈者是个商人，他向不知情的顾客高价出售货物，其生意手法算不上欺诈（若如此，当然就是犯罪行为了），却有些见不得人；或者被敲诈者是个医生，在坦承自己无能为力之前，总让病人做些不必要的检查，以收取高昂的费用。对于此类不当行为，法律并未提供救济，而是交给市场调整。毕竟，名声坏了，生意也就差了。

从道德层面上说，知悉暗中交易的人有权，亦有义务向公众发出警告。这种义务类似政治体制所设立的向警察报告罪案的公民义务，当然，这种义务仅仅是道德层面的，并无准官方性质，亦无法律认可。至少，公民有权披露偷奸耍滑的非犯罪行为，披不披露由他自己决定。不设定法律义务的理由是，很难区分出于公德心的披露与出于义务的披露。其次，披露此类行为是有危险的，尽管不像披露犯罪行为那样危险。不管怎样，披露不法行为当然对社会有利，也是应当做

的事情。若当中存在的个人风险微乎其微，则拿钱而封口的强制者就是可责的。

尽管对第二类欺诈行为的犯罪化缺乏道德上的正当性依据，但还是可以勉强跨过那个悖论迷局。第二类威胁与第一类威胁在这一点上的区别虽然细微，却十分关键。法律制度微妙地设立了报告罪案的公民义务，即使在实践中并未对不履行该义务规定惩罚，却并未设定报告合法却不当行为的义务。相反，法律认为，披露那些不体面的合法行为是一项权利（自由），报告与否全凭当事人自愿，当然，报告的内容得是真实的。因此，要将第二类敲诈行为犯罪化，就等于禁止人们以他们原本就有权做的事为威胁而索要钱财，即揭发行为不当的真相。为了保证刑法的一致性，要么，须将威胁披露的行为单独认定为不法，即敲诈威胁的前提为不法，如此，除非收到封口费，否则威胁进行披露的行为即可毫不矛盾地被禁止；要么，须将披露行为继续认定为合法行为（自由表达的一种有效形式），如此，敲诈行为即可毫不矛盾地被允许。易言之，若将披露行为单独认定为不法，就可禁止此类敲诈行为，此时，敲诈行为是指威胁做不法行为以索取钱财。我们无法仅凭自由主义原则即对第二类行为犯罪化，因为该等行为并未不法损害任何人，实际上，或许它还可能作为警告，防止某些潜在的被害人受到损害。因此，仅基于自由主义原则，我们尚不能决定惩罚第二类敲诈行为。 246

有意思的是，若第二类敲诈行为合法，则是对不法行为的某种阻吓——警告系统的作用将被削弱，因为偷奸耍滑者可以暗中买通揭发者，但另一种阻吓形式却加强了，因为旁门左道者都不愿跟别人分享利润，被敲诈者吸金。所以，社会损害和得益的比较总体上很难计算得清。剩下主要的也是唯一的犯罪化理由只能由剥削原则提供，但即使是剥削原则也不如在其他情形下有力，我们已经论述（第

三十一章第六部分),“利用邪恶者的邪恶进行的剥削并不那么严重且令人反感。”

在表 32-2 中的所有情形中, A 对 B 的提议内容即可被视为有条件的威胁,亦可被视为有条件的要约。作为要约,它强调对 B 相对有益或有利的內容。表中详列了第一类敲诈和第二类敲诈的主要区别。

表 32-2 对前两类敲诈行为的小结和结论

枪手案(刑事胁迫)

1. A 威胁 B 交出钱财,否则就开枪。
2. A 提议,若 B 交出钱财,就不开枪。

此处, A 以不做他本无权做的事为条件索要钱财。他威胁要做的事是非法的。他提议的内容却是他的义务。禁止此类行为并无悖论障碍。

保护奸猾者(勒索)

1. A 以未来的损害威胁 B,除非 B 此刻给钱(或一直给钱)。
2. A 提议,若 B 现在给钱,就不施加未来的损害。

此处, A 以不做他本无权做的事为条件索要钱财。他威胁要做的事是不法的,他有关不损害他人财产的提议则是他的法律义务。禁止此类行为并无悖论障碍。

第一类敲诈(“知情不报”)

1. A 威胁向警察报告 B 的罪行,除非 B 给钱。
2. A 提议,若 B 给钱,就不去告发 B 的罪行。

此处, A 以不做他本有法律义务做的事为条件索要钱财。他的“威胁”却是他的法律义务(或公民义务)。他提议的内容与法律相悖。禁止此类行为并无悖论障碍。

第二类敲诈(“悖论迷局”)

1. A 威胁向公众揭发一件有损 B 的事,除非 B 给钱。
2. A 提议,若 B 给钱,就不向公众揭发一件有损 B 的事。

此处, A 以不做某件他有权做的事为条件(法律上说,他可以揭发,也可以不揭发)。他的威胁和要约均为法律所许可。禁止此类行为存在悖论障碍。

除了可能的例外,同性恋、婚外情恐怕是最常见的敲诈威胁。至

少在我们现时社会里，很难确知揭发通奸行为是属于第一类威胁还是属于第二类威胁。在很多法域，通奸不再是犯罪，处罚该等行为的立法已不再有效。威胁披露婚外情当然不属于第一类威胁。披露婚外情并不总是对社会有益，或者，对被揭发者或其配偶的损害是值得的，甚至是适当的，这些对于披露者而言是很难事先确知的。当然，在绝大多数情况下，通奸都是一种违背忠诚义务的背叛行为或“欺骗行为”。在此，配偶受到了不法侵犯，即使他们因为粗心、不知情而并无因欺骗而受损的感觉。它的确总是构成表面不法，但当中往往还牵扯很多具道德相关性的微妙因素，使得局外人很难确定表面不法与这些微妙因素之间的权衡关系。即使情况看上去简单明了，揭发婚外情仍可能有很高的道德风险。因此，不能简单地将揭发通奸行为放在第二类威胁当中，当然，在确知当事人的动机及处境的情况下，如此分类亦非不可。

在维多利亚时代和爱德华时代的英格兰，以性丑闻进行敲诈简直是一项产业，⁵⁵ 敲诈者最属意的威胁就是发表令人尴尬的事实，毁掉被敲诈者的名誉，特别是在他的同侪、生意往来者当中毁掉他的名誉，这是最能损害或摧毁他的方式。今天，至少在美国，社会地位的观念已经弱化，人们（或许除了野心勃勃的政客）不会再因为其性生活或背叛婚姻等个人信息被公开而毁掉人生。实际上，在维多利亚时代的英格兰，备受尊敬的阶级的体面是如此脆弱，以致有太多原因可以毁掉名誉，这也是当时敲诈盛行的原因。敲诈行为的出现本身就是文化失范的一个标志：因诸多情感投资而过于关切“好名声”直至讲究到细枝末节的地步。打击敲诈行为的一个有效方法是从经济上，而非从刑法上，削弱对名声关切的范围和程度。在当今时代，敲诈者最常用的威胁仍是婚外情，当事人背叛的不是整个世界（别人也就可以漠不关心）而只是受骗的配偶，婚外情带来的耻辱越大，就越易成为敲诈

者的威胁。

以婚外情实施敲诈的行为是否构成犯罪？我倾向于从自由这方面的利益考虑问题。此处的疑惑是婚外情是否属于第二类威胁，而这源于对各方当事人先在的道德权利及道德义务的分配。有一种观点值得关注，即所有以婚外情实施的敲诈均为不道德行为，它们必定侵犯了某人的权利。这个观点一开始就说，被骗的配偶要么有权知道实情，要么无权知道实情。如果他有权知晓，则第三方就有义务将这个不幸的消息告诉他，若第三方为了钱财而隐瞒了这个消息，当然就侵犯了这位配偶的权利。若配偶无权知晓，则一旦敲诈者失败并公布了消息，就会侵犯通奸者的隐私权。若敲诈者有义务通知这位丈夫（本例），就没有义务为那位妻子保密，反之亦然。因此，一旦他开始敲诈，就必定会违背对一人或另一人的义务。于是，得出前述结论。但这个观点的前提是假的。第三方可能既无义务通知，亦无义务不通知。可能存在“道德风险”，但说不说全在他。没有哪部法律既要求他披露，又禁止他披露（以撒玛利亚人的救助义务为类比有些勉强）。因此，敲诈者既然享有道德权利，那么，行使权利当然就是合法的，通知或不通知都是他的权利。当然，即使是意图将此类敲诈行为犯罪化的人也不会认为应当将通知受背叛配偶的行为单独定罪；或事先将其设定为法律义务。不能两头都占上。要么敲诈者有通知义务（或不通知的义务，随他们怎么说），此时，禁止他以此为威胁进行敲诈在逻辑上是一致的；要么敲诈者没有通知或不通知的义务，此时，禁止他以本属权利范围内的行为为威胁进行敲诈在逻辑上就不通了。我的结论是，以婚外情进行敲诈的行为不应被犯罪化（因为我们不能确定其是否确属第二类威胁）。

第三类，威胁披露的信息是合法且适当的行为，行为虽非不体面，但一旦公布却会损害当事人的名誉。第三类威胁的内容多种多

样，披露的信息本不应令被害人感到羞耻，如成年后尿床，一个南方白人有一个黑人祖母，一个敏感者长期接受心理治疗，一个受人尊敬的人是同性恋。（某些婚外情亦可属此类，但因为外人很难完全知情，所以很难做道德判断。）在维多利亚时代，可以列入第三类的品性或行为数不胜数，我觉得，这本身仍是文化失范的一个标志——对名声过度关切。⁵⁶

一般而言，第三方或大众了解第三类行为并非对他们的保护。否则，知情者就有披露的道德义务。披露只会引起尴尬或伤害，并未“保护”任何人（知道你尿床对我有何保护意义呢？）或许有些人会出于某些考虑以这个“缺点”为由，降低对他人的评价，但这些考虑当中肯定不包括对他人造成危险或冒犯。因此，没有任何理由可以说明应当将披露该等信息设定为道德义务。实际上，反而有足够的理由设定不披露该等行为的道德义务，即无权披露该等信息。因此，至少从道德层面上说，人们不应以其无权实施的行为为威胁索要钱财。 250

不过，从法律层面上看，情况还不十分明朗。欺诈行为的悖论迷局在此隐隐浮现。刑法并未单独设立披露或不披露第三类信息的义务。涉及刑法时，个人可以自由决定是否披露，毫无疑问，情况亦本应如此。在此，类比报告罪案的情形，就披露或不披露设定“公民义务”也不太说得通。若就此等私人信息存在公民义务，就得要找到私法上的渊源。侵权法虽无刑罚为威慑，也是可以设定义务的。例如，关于疏忽的法律设定了注意义务——法律义务，违反即应承担民事上的法律责任。个人“无权”疏忽、诽谤或滋扰。若在侵权法中可以找到类似义务，禁止个人揭露第三类私人信息——即使并不会真的有害名声——那么，第三类敲诈行为即变成以实施行为人无权实施的行为为威胁索要钱财，这样一来，将其犯罪化就没什么问题了。但我们在

有关诽谤的民事法律中找不到这样一个义务，构成诽谤的信息内容是不实的，因而是可责的，而第三类威胁的内容完全属实。我认为，最可能找到该等义务的法律是有关隐私的侵权法律。

“侵犯隐私”是一个宽泛的用语，至少涉及四类各不相同的侵权行为，⁵⁷ 但与我们的讨论最相关的一类显然是披露原告的私人信息，“即使内容真实而非属诽谤。”⁵⁸ 此处的披露是向公众披露，而非私下里披露，⁵⁹ 向通奸者的配偶披露当然也在法律保护范围内，但就第三类敲诈行为而言，显然是指向更大范围的听众公布。法律还有一个要求是，“公众并不在知晓该等信息中存在正当利益”，⁶⁰ 这个要求可以使第三类威胁与第二类威胁分离开来。第三个要求是，“披露的信息对于拥有正常情感的理性人来说具有极大的冒犯性。”⁶¹ 我认为这是假定原告对于他人知晓信息后的想法并非神经过敏，当他得知信息已被“披露”后的不安反应是完全可以理解的。他可能会感到极度尴尬，或者担心对未来的社交生活有害，哪怕实际上这并未损害他的名声（一个理性人是不会就此看低他的。）

我们现在可以开始解开笼罩在第三类威胁上的悖论迷云。若对事实的披露会导致承担侵犯隐私的民事责任，则尽管并无刑事处罚，该等行为显然亦为法律所不允许。⁶²（刑法不出声不意味着在其他法律领域亦可为所欲为。）第三类威胁大部分都属于侵犯隐私的行为，即法律禁止的行为，因此第三类敲诈即使以做其无权做的事为威胁索要钱财，易言之，以做他有义务不做的事为威胁索要钱财。所以，对这些行为予以刑事禁止并无吊诡之处。实际上，如果刑法允许以侵犯隐私勒索钱财的话反倒有问题，因为此时法律等于允许 A 以不做某事为条件向 B 索要钱财，而若他真的做了，B 还可以把钱要回来（赔偿）。

不过，至此尚不足以令非犯罪化的鼓吹者满意。他可能会承认，

完全允许第三类敲诈行为对于设定侵犯隐私的民事责任的法律体系而言的确不太恰当。但他们可能会支持，在完全允许和一律犯罪化之间还有一条中间道路可行，即以侵权赔偿作为救济。他对于通过刑法禁止以刑法上许可的行为为威胁索要钱财仍心存疑虑，所以想出这么个明智的方案。他坚持，对于以民事上禁止的行为作出的威胁，最好还是以“民事禁止”来解决为妙。

我同意这一方案更利落，也更有对称性，但并非更具一致性。我们且先停一下，看看这个方案的效果如何。敲诈行为的被害人已经对敲诈者提出了一个民事诉讼，现在再多出一个民事敲诈案件，似乎有些多余，除非是为了施加惩罚性赔偿。敲诈者 A 对 B 说，“我将公开 X，除非你给我 1 万美元。” B 可以回答说，“我希望能花钱保住 X 这个秘密，但我更愿意看到隐私和钱财得兼。因此，我不会给你钱，反 252 过来，我倒是要威胁你，如果你公布 X，我就去诉你侵犯隐私，要你赔偿 1 万美元，另外，我还会就你意图敲诈的行为提起诉讼，再要求 1 万美元作为惩罚性赔偿。”有一件事 B 未必即刻就做，即在消息未披露之前单独就敲诈行为提起损害赔偿诉讼，否则，反而平白披露了自己的秘密。另一方面，隐私诉讼也得等到披露之后方可进行。在欺诈侵权诉讼中同样存在欺诈刑事诉讼中会碰到的问题。被害人在两种诉讼中都必须提起告诉，他可能会担心诉讼的进行将使自己的秘密公诸天下。民事诉讼在某些情况下还是有好处的，可以为他的尴尬提供金钱上的补偿，只不过对方未必有足够的钱让他达到这个目的。

无论我们觉得这种新的民事诉讼有多大的好处，它仍不能成为不将敲诈行为犯罪化的充分理由，理论上说，被害人的权利可以通过两者或之一获得保护。若敲诈者以实施某个为法律（仅侵权法）所禁止的行为索要钱财，他的行为就是勒索性的，亦即以威胁做其无权做的事为胁迫，迫使被害人交出财物。这是意图实施财产犯罪（通过勒索

的方式), 视其为犯罪行为并无“吊诡之处”。

在此, 心存疑虑的读者可能会倾向于承认我已解决第三类情形中的悖论问题, 但只不过是有一个新的悖论取代了前一个悖论。敲诈行为的传统悖论是指三个要素及其相互之间的紧张关系(用“不协调”恐怕又过于严重了些):

1. S 在法律上有权做 X。
2. S 在法律上有权就做 X 提出一个无条件的威胁。
3. S 若以不做 X 向他人索取财物, 即构成犯罪。

现在, 如汤姆·赛诺所说, 我为了解决上述矛盾, 首先提出条件 1 为假。他接着问, 但为何以下三者之间的关系就不是一个悖论呢?

1. 根据刑法, S 有权做 X。
2. 根据刑法, S 有权就做 X 提出一个无条件的威胁。
3. 若 S 以不做 X 向他人索要财物, 即构成犯罪。

这是原先那个悖论的重现, 似乎可使有关侵权责任的观点过关。当然, 这令整个法律制度显出一处不谐, 但此不谐处的范围收窄了, 253 仅限于刑法。

不过, 没有理由将我们的关注点收窄。通过说明刑法不过是更大范围法律制度的一部分, 以解释第三类敲诈行为在刑法中的表面异常状态。更大范围的法律制度的协调一致则需要各部门法律各司其职。赛诺的第二个三角关系的确是个悖论, 因为第一条显然和第三条相悖。刑法允许 S 侵犯他人隐私, 却又禁止他以该等自由索要钱财。可是, 所谓刑法的许可不过是因为民法上已经为他设定不应实施该等行为的义务, 并以承担民事责任而非刑事制裁为后果。之所以如此设定是为了法律适用的实际便利。重要的是“法律”并未许可 S 做 X, 反而设定了不能实施 X 的义务, 出于政策上的考虑, 选择以非刑事方式执行该义务。剩下的一个问题则是, 不同处罚方式各有其适用范围,

为何侵犯隐私的行为仅为侵权，而以此进行敲诈的行为却是犯罪？这是问题，而非“悖论”。

无论赛诺提出的第二个三角关系看似如何吊诡，一旦我们只考虑损坏名誉而非侵犯隐私，悖论就会消失。请看以下条件：

1. 根据刑法，S 有权对他人说出对 Y 不利的不实信息。
2. 根据刑法，S 有权就对他人说出对 Y 不利的不实信息提出无条件的威胁。
3. 若 S 以不对他人说出对 Y 不利的不实信息索要钱财，即构成犯罪。

没有人会否认以发出中伤（损害性的不实信息）威胁索要钱财的行为是犯罪（下文第五类敲诈）。但上述内容因为条件 1 的存在，看起来也有些异常。条件 1 说的是中伤他人是一项独立的法律权利。但这一权利不过是对整个法律制度产生了一叶障目式的错觉。实际上，我们的法律制度根本没有设立中伤的权利，而是在侵权法中明确设定了不应中伤的法律义务。刑法没有设立该等义务并不意味着该等义务就不会出现在其他法律中，或者说刑法不出声，就是对某种行为的默许，它不过意味着对该等义务的强制是通过民事机制，而非刑事机制（出于理论上的实用考虑）实现的。 254

第四类是威胁披露一个更生者过去的错误。此类威胁通常包括披露被害人过去曾参加过有种族歧视的政党，或是披露被害人的前科，或是披露被害人十多岁时曾生下过一个私生子并交给他人收养。这些例子在某些方面和第三类威胁有着重要的共同之处。信息的披露不仅会令被害人尴尬，更会有损他在某个圈子里的名誉，进而以某种方式损害其利益。若此人已经痛改前非，重新做人，就不应该以她的过去损害现在的她；她已经付出了代价，个人记录已经干净了。不过，披露的威胁可能迫使她掏钱让敲诈者收声。敲诈者会辩称，其所威胁

的内容并非不法。他似乎的确在法律上有权决定是否披露。如果披露，他并不需承担刑事责任，因为他说的都是真的，他亦无须为此承担诽谤的民事责任。因为他披露的均为已公开信息（你大可以去查），涉及的是公共信息而非个人信息，他亦无须为此承担侵犯隐私的法律义务。但在自由主义者看来，对于此等道德不法行为，还是应当设立民事救济，然后他就可以在不受欺诈行为悖论的阻碍之下，论证应将第四类行为犯罪化。为了避开悖论，肯定有人会说，要么认定第四类敲诈行为合法（因为他威胁要做的事是合法的），要么就将威胁披露的行为单独设定为违法，此处是指违反侵权法。坚持要将第四类行为犯罪化的自由主义者势必要论证应当为防止恶意披露（并非为着适当的公共目的）在侵权法上设立一个法律义务。

这样的侵权法当然不是什么新主张。诽谤指控中的被告人往往以内容的真实性作为辩护，多年来，为了保护更生人，学者们试图对此进行限制，以防止恶意的损害性披露。在早前的一篇文章中，我诚心诚意地总结了有关对“恶意真实披露”进行救济的论证，并对其效果表现了过高的乐观态度：

在美国很多州，若因出版中伤性文字而受到指控，在缺乏适当的社会目的时，真实性就是被告人的“最完美辩护”。有人可能会问，情况为何如此。难道说“真实性”中包含的利益如此巨大，以致总能压过个人在其名誉中包含的利益吗？我想，给出肯定的答案恐怕需要详细的论证。

就真实性辩护事由而言，历史上绝大多数在法庭上行之有效的理据其实都经不住推敲。我想它们都只针对以下这类案件。一个纽约女孩在一个充满犯罪和腐败的环境里，为了满足毒瘾而做了妓女。经过一段服刑生活，她决定重新做人，远赴美国西部

重新开始生活。她嫁给了一个体面的年轻人，成为居民和教区事务的领头人，建立了一个幸福的大家庭。二十年后，对她极为嫉妒的邻居知道了她的过去，于是将她的过去详详细细地写出来，并张贴在社区给所有人看。结果，她的“朋友”和伙伴开始冷落她，要求她辞去教区领袖的职务；长舌妇们日夜不停地嚼她的舌根；她的财物和邮件上出现淫秽文字。她不敢控诉她的邻居，因为邻居说的句句是实。她真的被侵犯了，可她找不到法律救济。

针对这个案子，有关真实性辩护的重要理据都不能令人信服。有人认为，中伤行为的真正不法之处在于通过虚假表述欺骗了公众，因此，若无虚假陈述，就无伤害——似乎对那更生人的伤害就一笔勾销了。这种观点认为，更生人就该被揭露是因为他们向公众隐瞒了过去，因而欺骗了公众。若此种“欺骗”是可责的，那么所有形式的“掩盖真相”也都应该是可责的，从化妆品到百叶窗！还有人认为，原告品行不端，法庭根本就不该支持他。相关的一个论调是，“如果坏名声是自己的品性和行为造成的，就不该有什么好抱怨的”。⁶³这两种观点对那些冥顽不灵的坏蛋固然有效，但对已经改过自新的人来说，对于败坏的品行已经不会重现的人来说，却是不公平的，令他们痛苦的。他的“不道德”早已离开公众的视线而被埋在个人心底。不能因为败坏一个人名誉的事情是真实的，就认为这个人“活该”。

最有说服力的一个论证是认为这是出于某种重大的公共利益考虑。有人认为，迟早暴露的结果对于不法行为人而言，可能具有与刑事处罚同等的阻吓效果。这个观点认为，来自社会的惩罚是正当的，这种惩罚可能比可以消除前科的刑罚更加残酷。还有人则认为披露过去的性格缺陷或罪恶有助于通过警告行为不检点的危险者以保护社区的安全。哈珀和詹姆斯对这个观点作

了很好的表述（但并非赞同）：“……社会合意是一个抽象的东西，允许个人自由地向社区中的反社会成员发出警告，警告者唯一的风险就是有关信息可能是虚假的。”⁶⁴（布莱克斯通走得更远，他肯定，被告人若可证明他的中伤之词皆属真实，则其披露行为等于是公共服务，值得公众的认同。）⁶⁵如果将当事人限定为有公德心的爆料者和具有社会危险性的原告，那么上述论调是合理的；但若只是恶意而无聊地披露当事人过往的错行、与道德无关的失败，或者纯属隐私的不露痕迹的“道德”瑕疵，那么，这个论调就毫无说服力了。

“真相”，这个闪闪发光的抽象名词究竟有多重要？一般而言，真相是一个伟大而高贵的目标，是比所有个人感受都更加重要的公共财富；但某个特定个人的真相或许就没这么高的价值了。当名声中包含的个人利益超过真相中包含的被稀释的公共利益时（毫无疑问，这种情形时时都可能出现），即使在有关真相的利益方面付出些代价，我们还是应该保护个人利益。和其他事物一样，真相并非无价之宝。美国已有越来越多的州修正了真相辩护事由的作用，它只能适用于出于善意发表贬低性文字的情形，或确有必要维护公共利益的情形，或者两者情形兼备之时（在某些情况下）。这种改变是应当欢迎的。⁶⁶

我在这篇文章中表示的欢迎态度其实有些为时过早，从实践层面看，我所描述的变化其实很难实现，但从道德立场上看，这种改变应该是可取的。一旦发生这种改变，第四类敲诈者就不能再以自己威胁要做的是自己有法律权利实施的行为来为自己辩护，因为新的法律将为他设定须承担民事责任的法律义务，防止他进行恶意披露。若他恶意披露的唯一目的是为了向不情愿的被害人索要财物，则单是这一点

就可以证明他的恶意；若因被害人拒绝给钱而揭露损害性真相，亦正可说明其行为的可责性。

第五类是威胁以各种不实之词提出控告。若 A 以告发 B 是共产主义者为威胁向 B 索要钱财，且此告发内容完全建立在伪造的虚假证据之上，则认定 A 的行为为犯罪并无吊诡之处。如果读者担心这个结论靠不住，不妨查看一下敲诈诉讼的历史，就会发现第五类威胁占据了历史的主体，甚至是最常见的敲诈罪行。在英国刑法发展的一个阶段，抢劫作为死罪，是指以实施暴力为威胁劫取财物的行为。这个规定被认为有很多漏洞，于是在 18 世纪，威胁的种类被扩充，直至纳入带领暴徒毁坏被害人的房屋和指控被害人鸡奸（无论真假）。后者是第一种对“性格”（名声）的威胁，被列为财产犯罪的一种手段，也是唯一一种可被判处死刑的用以勒索的手段。在维多利亚时代，欺诈进入全盛期，最常见的犯罪形式（此时改名为敲诈或“恶意索要财物”）包括以伪造或虚假的证据诬告被害人有“鸡奸行为”。以下示例很典型：

257

1895 年 5 月 7 日，伦敦万宝龙大街警局内，一个理发师回忆自己走进伦敦牛津市场的洗手间，当时他和一个 17 岁左右的年轻人一起走出来，随后发生的事可以在《泰晤士报》上读到：

年轻人：“能给我买杯喝的吗，先生？”

理发师：“爱喝酒的小子！为什么我要请你啊？你从哪儿来？”

年轻人：“我现在没工作，苦得要命。”

理发师说他想摆脱这个男孩，但两个男人走过来抓住他的胳膊，说他们是警探，要把他带到警局去。他回答说，“我会去的，不过到底为什么？”他们不怀好意地回答，“就是奥斯卡·王尔

德干的勾当啊。”然后他们转过脸去问那个男孩，“他在洗手间里对你做了什么？”男孩哭了起来，并说道，“我给你们五先令，放我走吧。”最后他承认理发师的确“在洗手间和他做了些什么”。此时，警探们表现出不太想把理发师带走的意思，“你可是社会上的体面人，我并不想把你扯到这种事情上。”他们一直走着，两个警探一边一个地抓住他的胳膊，问他，“你打算怎么解决这事儿？”作为守法公民，这个理发师说他没想要如何解决，只想先去警察局再说。于是他们说道，“先生，我们给你指条明路，你还是私了的好。”

此时，被害人才意识到，这两人根本不是什么警探，于是向两个路人呼救，敲诈者于是逃走了。他们后来被抓捕归案，受到恶意勒索钱财的指控。⁶⁷

这种典型的勒索计划包含的威胁不只是公布信息。还包括诬告、伪证、诈骗、冒充警察。事实上，这是一个精心设计的骗局。这类案件中根本不存在悖论。即使没有出现上述示例中如此精心的设计，第五类敲诈被犯罪化也是毫无问题的。人们无权诬告他人犯罪。这样做本身就是犯罪。人们亦无权公布涉及他人合法行为或不良性格的不实指责。对第五类敲诈行为的犯罪化并不意味着禁止以发表自由言论为威胁向他人索要钱财。因此，该犯罪化并不存在悖论，而既然该等被禁止行为既侵犯了被害人的权利，亦阻退其利益，则以自由主义立场看，此犯罪化具有道德合法性。

简言之，我在本节的论证是，为了保证刑法的整体一致性，仅有第二类敲诈可被合法化，该类威胁是为着警告公众不受合法但偷奸耍滑的交易所害。将披露行为单独犯罪化亦可保持刑法的一致性，但这并不能得到损害原则的支持，更不用说亦与宪法第一修正案的要求不

符。另外四类敲诈行为均意图以勒索性的威胁迫使他人付钱，他们威胁要做的事要么违反刑法，要么违反民法，或者为某种法律原则所禁止。当然，此五个类别的划分并不那么明确，若无进一步限定，很多情形都难以分门别类。对立法者而言，这五个类别的划分并非实际操作模式，但它的确粗略地解释了解决敲诈悖论问题的原则方案，而不必求诸剥削原则及其处罚不法获利行为的理据，亦不必得将敲诈行为全盘非犯罪化。

七、敲诈中的各类要求：正当的敲诈

至此，我们讨论的敲诈行为所提出的要求均为索取封口费，在此条件下，我们有充分的理由将关注点放在刑事勒索上。但如果不去讨论敲诈行为除了披露信息还有其他类威胁，除了索要封口费还有其他类要求，除了碰碰运气还有其他方式就结束讨论的话，我们的论证将具有误导性。忽略对这方面内容的进一步讨论将使读者对敲诈行为留下一个扭曲的简单化印象，尤其是使读者无法注意到司法实践中被告人提出的诸多免责事由，毕竟使用胁迫手段在标准情形中是应受谴责的。

本书关注的问题是：立法者设定何种犯罪是道德合法的？而非：在全盘考虑之下，立法者应该设立哪些罪名？而我想要给出的答案是：只有造成损害或冒犯的行为，且该犯罪化不会给一部自由主义刑法典带来不谐之处（例如，不存在敲诈悖论）。如此，敲诈行为所包含的道德迷局将使我们要么承认一个充足的法条应当包含一系列正当事由，要么认为列明所有可以接受的正当事由是不必要的麻烦。那样一来，法律将显得非常啰嗦而不宜执行，而过于依赖法庭和陪审团的决定将使法律显得太过空洞且不可预测。那样的话，立法者在给各类

敲诈行为立法时，须得平衡各类正当事由，即使如此制定出的法律不是那么不可操作，而犯罪化亦是建立在自由主义原则的基础上的。

除了揭露信息，敲诈行为可以采用的威胁方式数不胜数，其中部分显然不合法，有些倒不是。其中典型的方式并不为法律所禁止，如威胁降职、解雇或考试不及格，比如“按时上班，否则就炒了你，”或者“下次好好考，否则就给你不及格。”要求，威胁，威胁要实施的行为，各自都是合法的，而合在一起也是可以接受的。另一方面，“和我睡觉，否则我就给你降职”，以及“给我 100 美元，否则我就给你不及格”，这些均为滥用职权的行为，应予禁止。但这些情形中并无以威胁进行勒索或侵犯权利的行为，要求的内容一直如此，若非以此威胁为胁迫，要求的内容其实是法律允许的，或者只是小小的威胁，如“和我睡觉，否则我就不给你端来咖啡”或“我就不喜欢你了”。显然，无论胁迫性威胁是否足够严重，足够不法，具有勒索性既是威胁的本性及程度的功能所在，亦是要求的本性及程度的功能所在，而非抽离出一个、只考虑另一个的结果。

在某些范例中，即包含滥用职权的情形中，用以支持个人要求的威胁本身就是可责的。公务人员不应涉及某些交易，当他以手中的职权换取私人收益时，就侵犯了公众的信任。工会领袖威胁发起罢工，除非雇主私下里给他些好处，这种行为不仅侵犯了雇主的权利（他的“被害人”），还侵犯了他所代表的公会成员的权利，他背叛了这些人的信任，并以某种方式攫取了他们的合法收益。按林格伦的话说，“敲诈就是以别人的力量或筹码讨价还价。”⁶⁸

260 现在我们把注意力从威胁转向滥用职权，法律总是认定其勒索性的行为在哲学层面的困难较小，如使用暴力获取财物的行为，我们且略去不谈，仅讨论披露秘密信息的威胁。在此讨论具有不同道德意义的各类要求时，我们将威胁变量设定为常量，即披露信息。我们将各

类要求分为两类，一类是被许可的要求，一类是不被许可的要求。例如，“要求”的是（这种要求可能只是一个简单的要求，不论发出任何威胁都有可能获得满足）钱财、工作、帮忙、还钱，这些都是被许可的要求，若为此类要求提出威胁，且威胁非属不法（如暴力），则在道德上是许可的。另一方面，需要（要求）的若是军事秘密就是不被许可的，即使威胁的方式属合法，或者根本不是威胁，而以酬劳利诱，如贿赂。敲诈行为的要求多种多样，但或许以下粗略的分类是有用的。

A. 索要财物或个人好处。此类要求本身是被许可的，但如我们在第六部分中所述，作为后盾的威胁或者是被许可的，或者是不被许可的，或者是合法的，或者是非法的，还可分为以下子类。

1. 封口费。“除非你给我 1000 美元，否则我就揭露你的秘密。”这是刑事敲诈行为的典型模式，除去以下第 2 子类的威胁，其余均应予禁止。
2. 其他酬劳好处。“让我担任所里的合伙人，否则我就说出咱们俩昨晚一起过夜的事。”
3. 提升地位或权力。“提升我为办公室经理，否则我就说出……”
4. 第三方利益。“给我的侄子升职，否则……”

B. 要求实施不被许可的行为。某些行为无论在何种情况下发生均为不法，但若在严重威胁下实施，不法性就会减弱，若威胁已属极端，则行为人甚至可得免责，但单独看威胁的内容，往往是“不被许可的”。此类被要求的行为往往是非法的。

1. 要求他人实施犯罪行为。包括以威胁要求他人杀人、伤害、殴打、强奸、抢劫，以及（更典型的）泄露秘密，包括向境外政府代理人提供军事秘密。
2. 要求他人不履行对第三方的义务。被敲诈者因被信任而成为某个领导的代理人，或者作为国家公务人员，对其代表的对象

负有义务。若敲诈者要求他实施与其职责不符的行为，则该行为是“不被许可的”。这与工会领袖的示例相反相成，工会领袖作为工人的代表，威胁（或提议）作出与其忠实谈判职责不符的行为。按我们此处示例对应而言，即是雇主威胁工会领袖，若不同意谈判中的一些不利条款，就将工会领袖的艳照交给媒体。同样的例子是，刑事被告人要求证人不要提供不利证词，否则就会披露他的秘密。后者的对应情形则是，被告人提出同样的要求（但没有威胁，所以只能说是“请求”），并以1万美元作为诱惑。为何一个情形（贿赂）和另一个情形（敲诈勒索）同样不法呢？二者的一个区别是，一旦贿赂成功，双方的行为均属不法，而在敲诈案件中，因受到威胁而为不法行为者，其罪责应轻于敲诈勒索者，因为他是在被胁迫的情况下实施不法行为的，而胁迫即可减轻罪责。可怜的被胁迫者同样比受贿者轻微，因为利诱并非减轻罪责的理由，（从道德层面上说）甚至会加重罪责。最后，将一例中的行贿者和另一例中的敲诈者相比，我们肯定会发现，二者的罪行同样严重，尽管敲诈者的罪责似乎更严重些许，因为他依赖强力（勒索），对被害人的利用更甚。

3. 要求不该得的荣誉或特权。敲诈的学生要求老师给他超出应得的高分，敲诈的工人要求雇主给他本不能胜任的职位，敲诈者要求被害人自己说并不属实的好话，这些行为本身都是不被许可的，即使并无损害性，但对第三方来说都是不公平的。即使威胁的内容不足挂齿（威胁要离开），整个敲诈行为却是不正当的。尽管从原则上说，是否犯罪化取决于威胁的内容，但我们须得记着，损害原则受“法律不理琐事”法谚的调和，即“法律不关心琐碎的事情”（第一卷，第189—190页）。需

要提醒的是，老师也可能受到威胁，给学生以其应得的分数，而非有偏见的较低分数，或者雇主也可能被威胁给雇员本可胜任的工作，而非较低的职位，或者任何人可能被威胁说出真实的信息而非谎言。这些威胁的内容完全是被许可的，任何以之为后盾的威胁若本身并非不法，则敲诈行为并无不当。当然，若以杀死老师全家为威胁，当然就是不法行为了。但如果只是威胁披露真实的信息，则该等敲诈行为至多为侵权法所禁止（第3、4类威胁），因为正当防卫并非民事责任过错的抗辩事由。

C. 正当的敲诈要求。还有一些以披露信息为威胁提出的要求是正当的。此类情形中，绝大多数的威胁—要求都是正当的，尽管从形式上看符合构成敲诈犯罪的条件。合理的示例如下：

1. 微不足道的要求。“我要揭发你的秘密，除非你请我吃饭”、“除非你帮我修改文章”、“除非你对我客气些”、“除非你帮我一个忙”、“除非你帮我办件事”。所有这些要求都是被许可的，甚至根本不具有命令性。如果这些要求仅以微不足道的披露为威胁（“我就告诉你妈妈你昨晚喝醉了”），那根本就不应视其为强迫。若这些要求以告发罪案为威胁，就是不正当的行为，这不是因为对直接被害人的不公，而是因为行为人违背了对大众的一项公民义务。“对我客气些，否则我就告诉你的老板，你是个同性恋”，这个威胁则基于不同的理由超出了正当范围。这个要求不具有命令性，但威胁却并非没有胁迫性。道德正当性不仅取决于（1）要求本身的被许可程度，（2）威胁本身的被许可程度，还取决于（3）要求的命令性程度和（4）威胁的胁迫性程度。若要求的命令性相对轻微，则“敲诈”即使不算正当，至少亦不足以构成不法。在某些情况下，若被害人B常

常被要求者 A 弄得不开心，那只能说，A 有些影响力，若因此造成 B 的小小焦虑，那也只能说他是自寻烦恼。

2. 改善的要求。A 对 B 说，“我知道你过去总是利用在外出差的时间寻花问柳，而且我可以肯定，你的妻子如果知道真相绝不会和你继续过下去。现在，她完全信任你。可怜的人，你在利用她。所以，除非你今后痛改前非，否则我就告诉她。”A 不一定是爱多管闲事的人，他可能是 B 的配偶的好朋友，同时也非常尊重 B 的隐私，不愿意为此造成不必要的麻烦。他希望过去的就过去，除非有必要用来防止未来的劣行。他并未为自己要求什么，只是为了保护一个无辜的人。至少我们应该认为这行为在道德上是正当的，而若认为这是一起犯罪行为，那真就令人不齿了。

上述示例是为着保护他人，接着我们补充一个类似的示例，来自第六类自我防卫中以揭发通奸行为为威胁的例子，宣布其为道德合法行为有着更大的说服力。俄勒冈最高法院判决中提出的一个假设情形是，A 威胁 B：“如果你还继续和我的妻子发生性关系，我就告诉你的妻子。”⁶⁹

3. 答应不披露而要求公道的赔偿。这类情形不太显著，可能需要立法者更加费心地斟酌敲诈法条中对正当化事由的措辞。但本类别的行为尽管形式上看是敲诈，但实际上往往是道德上合法的行为，甚至是对“被害人”的慈善之举。杰弗里·墨菲（Jeffrie Murphy）给出了一个例子：

我拥有、出版、编辑一本丑闻杂志。你的照片就放在我的桌上。我准备发表出去。此时可能你愿意付的钱比我发行杂志赚的钱更多，于是我找到你，并对你提议：“我愿意以 500 美元将这些

照片卖给你。”假定你很有钱，500 美元对你而言虽然也是一个损失，但绝非难事——实际上，你要是考虑一下自己的处境（被揭发或失去 500 美元），就会对有机会以这个价钱买回照片感到高兴。⁷⁰

另一个例子来自詹姆斯·林格伦，尽管论点不同，却是相关的：“想想……传记作家或回忆录作家以不出版损害名誉的书而求财。发表出来当然是作者的合法行为，但以不发表毁坏某人名誉的书而求财就是敲诈。”⁷¹我们来给林格伦的例子稍加润色，设想传记作家花费数月时间研究并写作了一个损害性的章节，然后对即将因该章节的内容受到损害的那个人物产生忧虑和同情，他思前想后，联系了那个人，提议对方付给适当酬劳，以补偿他数月来为这项工作付出的劳动，他将做相应处理，但之后的书可能就赚不到本应赚到的利润了。如果说他的这种行为是道德不法的，那我们根本就找不到不法行为的“被害人”。

假定情况相反，B 找到出版商 A，对他说，“我知道你手头有些资料打算出版，这是你的权利，但如果你这么做，将损害我的婚姻和我的家庭。我现在非常懊悔。请让我给你 500 美元，或者你认为合理的补偿，我想从你手里把这些对我不利的资料买回来。”这个提议从法律上说并非“贿赂”，因为 A 并非公务人员，且即使真的出现交易，亦是双方自愿，并不会引发 A 或 B 承担任何刑事责任。我们不禁想问，同样的交易，因 A 的慷慨之心而提出与因 B 的负疚焦虑而提出，为何产生不同的法律后果。

4. 主张权利的要求。沮丧的债权人（A）终于对拖延的债务人（B）失去了耐心并对他说：“如果你下月内还不还钱的话，我就会把你的秘密告诉利害关系方。”这种情况表面上看完全符合以披露信息

为威胁索要钱财的敲诈行为，威胁的是披露信息，索要的是钱财。当然，不同的是，索要的钱财本来就该归还给索要者。他不过是要回他应得的东西，并没有出于恶意以披露信息为要挟，意图得到额外的利益。当然，某些威胁即使支持的是合法的要求，亦应予以禁止。你不能开枪指着别人让他还钱，或者以纵火或绑架为威胁主张自己的权利。钱是你的，但这并不意味着你可以“使用任何必要手段”。另一方面，披露真实信息的威胁亦看似正当。我在第六部分论述过，第二类威胁应当为法律所允许，即使索要钱财是行为人的唯一动机。但即使是第三、四类威胁，若出于恶意索要钱财亦当属不法，但若仅要求返
265 还合法债务，则当属合法。

美国的一些州有关敲诈的法律排除了“主张权利”等情形。这些情形下允许威胁者以“他坚信他应该获得该等财物”为辩护事由。而在其他一些法域，则并不允许此类辩护。⁷²《模范刑法典》中“勒索财物的财产犯罪”一节规定，“若要求的赔偿与被告人将要披露的情形所造成的损害相关，则受到指控时可以此作为辩护事由”⁷³斜体字部分的内容比很多州的规定范围更小，因为威胁的内容必须与要求者受到的侵害有关。如此，则敲诈者不能说“还我钱，否则我就向别人揭发你通奸（或是同性恋）”，但他可以说“还我钱，否则我就揭发你是个赖账的，这样会毁了你的名誉和信用。”我认为在某些情况下，即使威胁披露的力度更强些，且与其自身遭受侵害的相关性更弱些，也可以被视为合法的赔偿请求，例如，“还我钱，否则我就把你说你老板坏话的录音带交给他。”

《模范刑法典》中的另一节规定了另一种与“勒索财物的财产犯罪”类似的罪行，该规定的目标不在于索要钱财，而在于索要或转移财物以外的其他行为。该罪被称作“刑事胁迫”，是指以威胁提出非财物要求，“（1）实施犯罪行为，或（2）告发他人的罪行，或（3）披

露他人的秘密以损害其信誉……”。但条文又说，“就（2）或（3）受到的指控……若行为人相信指控或秘密是真的，……且其目的仅在于迫使他人实施与受指控情境合理相关的行为……以避免出现更多的不当行径和不法后果，避免他人承担不应承担的责任，则被告人可以提出辩护。”⁷⁴ 辩护事由的范围很宽，足以使说出“别再和我老婆睡觉了，否则我就告诉你老婆”的人脱罪，但根据斜体字部分，却不能使说出“遵守诺言，帮我找份工作，否则我就向你老婆揭发你的通奸行为”的人脱罪，第二类威胁可能不应被犯罪化，即使被犯罪化，至少亦可因要求的性质而被减轻罪责。《模范刑法典》亦不会认为“别再和我老婆睡觉，否则我就告诉你的老板，你挪用了他的资金”是无罪的。再次，即使威胁披露的内容与要求并不相干，要求的合法性亦可使敲诈行为正当。在我看来，这种观点是值得讨论的。最后，陪审团应有可能在听完被告人的辩护事由后作出如此判断。另一方面，《模范刑法典》将所有与要求无关的威胁统统排除出辩护事由的范围。这似乎太严苛了。

266

5. 其他善意的、公道的或有公德心的要求，且并非为着要求者的个人收益。自由主义者，埃里克·麦克（Eric Mack）教授为此类别提供了很多例子，以论证对敲诈行为的非犯罪化。⁷⁵ 尽管麦克并不同意披露信息式的敲诈行为应被禁止，但我可以肯定，他会认同，法律应当为他试图展示的情形设定辩护事由。麦克的例子使我们想象，我们能够避免一些极度有害或 / 且极为邪恶的，但刚好合法的行为，就是因为对打算实施者作出了披露秘密的威胁：“想象一下，你只要威胁去揭发他，就可以阻止一个工厂主为了满足摧毁的快感而烧掉厂房的计划。”在这个例子中，和麦克提到的其他例子类似，威胁者是出于公德心的第三方或是工厂的工人，并不会带来不同。后者可以提出类似自卫的辩护，前者则是为了防卫他人。无论哪种情形，威胁者都不

是为了给自己牟取利益（净收益）。

267 麦克的假设例子是正当威胁行为的很好示范，他还有其他有说服力的例子。⁷⁶但我们可能很快就会顺坡而下。如果我们要以为刑事敲诈条文设定例外的形式，为麦克描述的这类情形提供正当化事由，那么，另一个“悖论”就等在不远处。一方面，法律允许工厂主的这种不负责任，但另一方面也例外地允许以威胁的方式阻止他。法律禁止我以枪杀你的妻子、烧掉你的车子或伤害你的孙子为威胁，要求你做我希望你做的事，我却可以合法地以做某些事为威胁，阻止你枪杀我的妻子、烧掉我的车子或伤害我的孙子，或其他具有一定严重性的犯罪行为。⁷⁷但我不能以威胁阻止你做合法的事情。这种“正当化事由”似乎有些不对，因为它将使法律陷入尴尬境地：一方面（为了犯罪化）忽视或容忍一件不幸的事情（如工厂主烧毁厂房），另一方面（为了给犯罪行为找到辩护事由）却又特别重视或无法容忍这件事。

这个悖论的解决方案必须注意道德比例性。从道德层面上说，勒索行为，如同所有不法胁迫一样，一般而言是不法的，因为它使得被害人只能有两个选项，而这两个选项看来对被害人都有害。即使他选择轻害，他仍受到损害。如果表面不法的胁迫总体上是正当的，那必定是因为否则被胁迫者可能会遭受更大的恶害。其他的道德考量超过了当中的不法性。无论是法律上还是道德上，若对某个人或（其他人）财产的暴力威胁是正当的，则只能是为着防止来自另一方的暴力。暴力的不法性太强，不会弱于为阻止暴力而实施的行为，因此，后者的损害性不足以被视为犯罪。不过，揭露秘密比暴力的不法性弱，甚至在很多情况下是合法的，如果是为了阻止不法性相同甚至更强的不法行为，包括并未被犯罪化的行为，则威胁者可以提出辩护。我威胁揭露你是同性恋的秘密，是为了阻止你杀死你的邻居，而不是为了阻止你对邻居不礼貌的行为，那么，我的威胁就是正当的。在敏

感的道德天平上，你的计划是摧毁工厂，即使因为损害的是你的工厂而不为刑法所禁止，其目的亦更类似杀死邻居而非对邻居不礼貌，尽管你的行为并非犯罪。或许陪审员可以回答这个问题。

揭露他人秘密的威胁若是为了迫使他向柬埔寨救援计划捐款，以帮助成千上万的难民脱离苦难和死亡（麦克的另一个正当威胁的例子），将使情况变得更加微妙。即使是为了这种有意义的目的，也不能采取其他威胁方式（暴力）。那么，若以比较严重但尚未至暴力程度的威胁，如损害性的揭发，以阻止更重大的损害发生，如大规模的饥荒，这样的做法是合法的吗？这种方法的危险是会诱使我们为了解决道德问题而增加数字，牺牲一个无辜者的利益以拯救更多陷入危境的人，后者的险境是其他原因造成的，而非我们意图牺牲掉的那个人造成的。慈善情形中敲诈行为的道德正当性不是一群合乎理性的陪审员可以匿名解决的。若敲诈性威胁是为了阻止被敲诈者意图造成的合乎比例的或更大的损害，而眼前并非这种情形，即使造成损害的行为本身并非犯罪。

6. 反敲诈。关于针对人身或财产的暴力威胁及敲诈在抢劫或勒索中使用的刑事威胁有一种类比。假定 A 以伤害 C——B 的孩子或配偶为威胁，向 B 提出一个不利要求。B 反过来威胁道，别伤害 C（这个要求本应是被许可的），否则我就反过来伤害 D（A 的孩子或配偶）。B 的警告中的威胁是针对 D 实施犯罪行为，但 B 威胁是他的确立，尽管若他真的实施该等行为，当然是不法的。此威胁是为着正当地防止某个不法行为，以保护自己或他人的利益。威胁不成后，若真的实施该等行为，则并非针对行为人的防卫当属不法（尽管可以理解）。与此类对应的披露信息的敲诈模式则是，B 威胁那个威胁他的人 A：若你披露有关我的信息 X，我就披露有关你的信息 Y。这个威胁当然具有勒索性，但是可以被免责的。但这个类比在某个方面存在有趣的

不同之处。若 B 的反威胁失败，没有能够阻止 A 揭露那令他尴尬或受损的信息，则 B 为了自卫，反过来披露令 A 感到尴尬或受损的信息就是合法的。

269 我们对以披露信息为威胁的各类要求得出的结论似乎可以给这些威胁予以道德上或法律上的免责事由。现在，我们可以为本节作出结论，有两种披露信息的威胁有影响作用，两种不同的敲诈技术也与披露信息的威胁的正当性程度或道德意义相关。

A. 以披露无关第三方的信息为威胁。我认为至少从法律上看来，这种行为是不正当的，因为 A 要求 B 给封口费，否则就披露 B 的不利信息，这显然违反了有关敲诈罪行的法条。另一方面，若 A 要求 B 给封口费，否则就披露有关乔治·华盛顿的不利信息，这即使形式上违反了制定法，它却具有道德正当性，且也应该是合法的。（A 是一个历史学家，而 B 是狂热崇拜华盛顿的门外汉。）因为这在法律中常常出现，就产生了一个划线问题。这个第三方究竟得与 B 的关系有多密切，才能使仅仅披露信息就令 B 感受到法律意义上的胁迫或被勒索？问题的解决可能需要用到胁迫的“客观标准”，即在 B 的处境下，何者方能迫使一个典型的“理性人”选择给钱（参见第三卷，第 210—212 页）。我们有把握说的只能是，B 和第三方的关系越远，披露第三方的敲诈行为就越可能被正当化（或罪责越轻）。那些情感异常而自愿献身的人只能自求多福，有时候，最好的办法就是心肠硬一点。

有趣的是，历史学家 A 如果找到证据可以证明，华盛顿其实对玛莎既残忍又不忠，但看到 B 那样动情，就悲伤地撤回了打算发表这些证据的计划，那当然不构成犯罪。但若他从 B 那里拿了钱，则他的体贴就有些让人怀疑，他似乎不过是个唯利是图的人。两者间的另一个不同是，A 以敲诈获利，因此并非自愿撤回发表计划。对于所有人而

言，结果就是，A，B，华盛顿的名声，历史记录——仍保持原有状态。要为敲诈案件设立免责事由，就只能是为了防止不法所得。但对于处罚机会主义的历史学家这样的大事来说，这个理由未免太微不足道。A 的行为唯一而明确的被害人是历史学家及其他在准确的历史记录中存有利益的第三方，但那个利益即使在自由主义立场看来的确值得 270 保护，也会因为被过度稀释而不能成为犯罪化的个人或社会理由。

B. 扣留有益信息的威胁。“系谱学家有时会在讲价时向预期客户扣留有利信息。”⁷⁸ 成功的系谱学家 A，发现了 B 的祖先曾搭乘过五月花号的证据。这个信息一旦公开，将会大大提高 B 在一群名门势利眼心目中的地位。A 知道这对 B 意味着什么，就像一个精明的商人，他决定坐地起价。若 A 给这个信息定价过高，对他并没有好处，因为这个信息只会惠及一人，若对方拒绝付钱，这个信息就失去市场，再也找不到其他顾客。因此，B 也有可供自我保护的筹码可供讨价还价，而系谱学家给出的要求严格说来也不算胁迫，正如在沙漠中，以 100 美元将一杯水卖给一个口渴的人一样。事实上，对法律标准中的一般“理性人”来说，失去名望地位与其说是对关键利益的损害，不如说只是没能得到利益。

其他有利信息则未必能如此合法地被扣留，若隐瞒该信息将会严重损害相关人的利益，则相关人甚至可以提起诉讼申请法庭命令强制公开信息。例如，A 有证据可以证明 B 并未实施其受到指控或已被宣判的罪行。则 A 威胁的事情就是非法的，以及妨碍司法，因此他就不能合法地实施他威胁要实施的行为（隐藏除罪证据）。那可不只是“扣留讨喜的消息”，而是以不作为损害他人的利益（参见第一卷，第 171—181 页）。

更困难的情形是，A 有证据证明令 C 获得诺贝尔奖的工作都是由 B 完成的。A 要求 B 给钱作为公布相关证据的条件并不符合披露

信息敲诈的定义，或绝大多数成文法中规定的“以勒索方式实施的财产犯罪”，⁷⁹ 不过，它倒也不是道德上正当的行为。它属于我们曾经考虑过的技术上非法而道德上正当的敲诈要求的镜像类型。在本例中，要说这道德不当而法律上无辜的行为在法律上不可免责，应由刑法予以禁止，那么，即使无侵权诉讼补偿隐瞒信息造成的损害，至少应有民事责任要求其公布信息。不过，若某人并未直接损害他人名誉，只是未公布使他人获得应有名声的信息（他是目击证人，只有他才能提供证词），则根据损害原则，很难证明刑法可以正当地惩罚此人。或许，这个漏洞就是我们为了保护个人自由而关上法律道德主义之门的代价。未能利于他人，正如无礼这种“单纯的道德”冒犯，并非法律干涉的充分理由，或许这些情形要求我们扩大“损害”的内涵，将不利益亦纳入其中。

我认为，解决此问题最好的自由主义方案就是严格区分扣留利益前提与扣留“利益”，如同扣留人们已有的“信用”，并就主张法律保护一方的角度，将后者区分为损害、冒犯和“剥削性不公对待”。从道德上说，某人未能获得他应得的名声正如被他人窃取或骗取其（合法）财产那样，或者，更准确地说，正如被剥夺了应有的东西那样。若视名声为“财产”，那么，根据损害原则，原则上亦应保护其免受信息扣留之害。扣留信息的行为并非无被害人的不法行为，亦即并非与人无涉的恶。

原则上说，将扣留有益信息的行为视为敲诈并予以犯罪化是道德合法的。但若民事救济可行的话，法律就不必走这么远。通过法庭命令公布证据或许是对个人自由最经济的干涉。不论怎样，刑法的道德合法性并不会被“敲诈悖论”所掩盖。如果（我相信）确有（或应当有）某个民法条文（以民事责任的方式）“禁止”隐瞒，那么，A并非仅仅威胁做他有权（或应当有权）做的事情。以不做他本有义

务做的事情为威胁索要钱财，这种“反向敲诈者”其实就是在以实施非法行为为威胁勒索钱财，尽管这种行为并非刑事犯罪。我并不支持将此种行为列为犯罪，不是因为担心道德合法性，而是因为不实用也不必要。

C. 机会型敲诈与经营性敲诈。“1930年2月4日，一个当班工人看到毗连建筑物里一位牧师的”不雅姿势，于是他立刻“抓住这个来钱的机会”，威胁说，除非给钱，否则他就会揭发他与另一个牧师的不体面行为，“毁了他的教职，让大家知道他是怎样一个品性不端的人。”⁸⁰ 这个典型的机会性敲诈行为显然只是行为人偶一为之，且手法业余。尽管“他看上去不像一个犯罪人，倒更像一个笨蛋”，没有犯罪前科，是个勤勤恳恳的工人，他还是被判处十年徒刑（没提那位牧师的结局）。可以说，这是之前第2类威胁的示例（第六部分），不该直接被认定为犯罪。 272

与此相区别的是赫普沃思所谓之“经营性敲诈”和我再予细分的“商业性研究”与“参与性敲诈”。⁸¹ 经营性敲诈者以敲诈为生。他的工作包括列出计划、对有弱点人群的系统性研究、以并未侵犯隐私权的渠道获取信息（窥视、闯入、电话录音、电子干扰等），或者还包含伪造、欺骗、操弄，甚至故意设下陷阱等做法。被害人受到诱惑而为不法行为（即使警察为了抓捕真正的罪犯也不能用这个手法），被他抓个正着，然后以披露为威胁索要封口费。“或许最为人熟知的版本就是‘仙人跳’，毫不知情的男人被诱惑进一个性关系，却‘突然被撞破’，一个颓丧的丈夫过来要封口费。”⁸² 经营性敲诈者总会设置骗局。他们要么设计好日后用以勒索的行为，要么以触犯刑法或应承担民事责任的方式捅破它。按照损害原则的要求，这种行为当然应予犯罪化，且不存在敲诈悖论，因为该行为既包含欺诈和诱骗，还包括非法搜集信息的行为。

D. 一次性敲诈与重复性敲诈。一次性敲诈者为被害人提供一劳永逸的方案。他一次性收取现金，将有关信息卖给被害人，之后就不再联系。若他手里拿的是照片，就将底片和所有冲洗出的照片全部卖出；若他手里拿的是录音带，他就将母带卖出，手里不留拷贝；若他手里拿的是信件，他就交出原件和所有复印件。但有时他卖出的是他的沉默，内容则是公开渠道可以搜到的；有时他私下保留备份，并对被害人撒谎说他已经销毁了全部复本。无论何种情况，他并未阻断自己对被害人的敲诈力，之后还将不断提出新的要求。被害人第一被敲诈者骗了之后，就会有第二次，之后就只能全凭敲诈者发慈悲了。在文学作品和现实生活中那些著名的被害人在遭遇重复性敲诈时，总会面临两难。他们或许会一直给钱，直到破产；或者他们会用威灵顿公爵的话吓唬敲诈者。当时，公爵的情妇威胁要公布他的日记和信件，公爵则说，“公布的话你就完蛋了！”杀死敲诈者，或许就能一了百了。

当然，唯一可以接受的选择就是模仿威灵顿公爵。在某些情形中，一次性敲诈行为可被正当化，而重复敲诈行为则被犯罪化，或者在某些情形中，一次性敲诈行为也被犯罪化，但重复敲诈则会被加重处罚，这样处理的原因之一是为了给重复敲诈行为的被害人以反敲诈的筹码。被害人可以说“公布吧，那样你就完蛋了”，并指出，一旦秘密公布，敲诈者等于杀死了一只会下金蛋的鹅。他再也无法从被害人这里拿到钱，等于放弃了那个值钱的秘密，此外，他自己倒被人发现是个敲诈者，被害人也没什么可再被要挟的了，一定会把他送进警察局。

重复敲诈者受到加重处罚的另一个原因则是因为他们是撒谎者、虚假承诺者、背信者，他们是骗子，没有（根本无意）遵守交易条款，即使这个交易本身看似不法。若 A 同意以 500 美元永远守口如瓶，然

后，违背诺言，回来又找被害人要了 500 美元，那么他其实就已经将合约价款提升到了 1000 美元，这个价钱或许 B 一开始根本就不会接受。B 没有得到他付钱购买的东西，并且明白了再也别想在 A 那里得到安宁，但此时已经太迟。如果再次付钱就等于再次受骗，永远也拿不到想要的东西。他此时已别无选择，只能放弃拿回之前的付款，学着威灵顿公爵的样儿。

不过，还有一个原因也可能被用来解释对重复敲诈者加重处罚的做法，但这个原因经不起细细推敲。若将重复敲诈视为严重犯罪——处罚很重，足以阻吓某些重复敲诈者——动杀机的被害人数量会减少，杀人案件也会下降。除去可疑的事实部分，这个论点似乎包含了很多刑事立法中都存在的一个困难，即惩罚一方行为（如自由表达）的原因是它可能引发他人自愿地实施犯罪，如模仿犯罪（第一卷，第 232—242 页），或者刺激对行为人的暴力行为，或者偶然性引发其他针对第三方的犯罪行为（第二卷，第 155 页）。若敲诈行为本身的不法性足以支持对其犯罪化，且其会引发损害，甚至是对不法行为人本人的损害，是可以作为加重处罚的依据。但若敲诈交易在道德上并未失当，且行为无害，则其具有重复性而可能导致后续损害的特点并非 274 对其犯罪化或加重处罚的充分理由，因为这如同因为言论会导致对言论者的损害而处罚言论者一样。对重复敲诈者加重处罚的最好理由应该是其行为包含了欺诈，且如此处罚可以给被害人更多的反制筹码。

八、小结

有一类犯罪会给自由主义带来一种特殊的问题。至少某些行为的犯罪化初看应属常识，即使它们看似并未损害被害人，即并未以不法侵害行为损害他人的利益。此类行为的特点在于不法收益，这种收

益对被害人而言并非不公，因为即使有人的利益因此受到阻退，却也是事先经其自愿同意了。这些行为要么似乎不应承担刑责，要么只能以剥削原则作为犯罪化的根据，而该原则作为法律道德主义的一种形式，与自由主义是不相符的。

自由主义者在面对上述问题时可以有几种选择：（1）他可以主张，如果换一个角度，上述行为实际上以侵犯权利的方式损害了利益。例如，我们讨论过，内幕交易造成了轻微的公共损害，威胁到金融体制的一般信赖原则，而近亲属售卖器官的行为则会使医疗费用上涨，降低对未来病患的治疗效率。（2）他也可以咬紧牙关，坚持对这些行为非犯罪化的观点，这些行为只不过看似可依常识作为犯罪化的根据。这种方案通常需要对现有法律动点手术，在现有地毯封锁式的犯罪化立法中找出一些行为予以非犯罪化。我们讨论过的以娱乐为目的或是收费低廉的算命行为应当被许可，而抱有欺骗意图、收费高昂的算命行为则可被视为欺诈类的财产犯罪。同样地，偶尔转卖门票的行为应当被允许，而对商业行为，则应通过证照颁发制度保护公众不受欺诈或共谋之害。现在很多禁止算命和转卖门票的法律都过于宽泛，

275 仅仅因为都有同样的名称，就将无害行为和有害行为一并处罚。

（3）当然，若（1）和（2）都不可接受，自由主义者还可以干脆放弃自由主义立场，转而采纳剥削原则作为犯罪化的根据。貌似最适于以此予以犯罪化的行为是敲诈，即以实施其有权实施的行为为威胁提出其本可合法提出的要求的行为可以构成犯罪，除非被害人自愿给予。既然威胁行为（如披露真实信息）对被害人的不法性尚不足以被自由主义刑法典规定为犯罪，则若“被害人”不实施为自由主义刑法典许可的行为，以致敲诈者威胁要实施的合法行为又如何足以不法侵害被害人呢？剥削原则的鼓吹者可以提供最简明的解释。他认为，剥削原则的基础并非为着防止“被害人”遭受所有不

法损失，而是为着防止出现道德失当的“不法获利”，即使并不存在受损的被害人，敲诈者获得不当收益，或者如寄生虫般不劳而获的情形亦是与人无涉的恶。

我已试图寻找替代法律道德主义解释的自由主义理据，即结合方案（1）和（2）。在我们对敲诈行为的讨论中，最基本的问题是对“第二类”信息敲诈的非犯罪化——以揭露被害人曾经涉及，且还在涉及的合法但偷奸耍滑的交易手段为威胁，提出法律许可的要求。讨论这个问题的唯一原因就是为了慎重对待“敲诈悖论”问题。我不认为一部首尾一致的自由主义刑法典（当然也就排除了剥削原则）可以禁止人们提议不做他们有法律权利（而无法律义务）做的事。我的建议所产生的作用很快将被另外一些论点冲淡，即认为以另外四类信息披露为威胁的敲诈均应予以犯罪化。我支持这种保守性的建议，因为该等威胁皆为做法律不允许的事，要么违反刑法，要么违反民法，或是违反某种法律原则。此外，所有包含虚假表述、陷阱设计、非法获取信息、经营性敲诈、重复勒索的信息敲诈行为——敲诈行为中最卑鄙下流的手法——均可以损害原则予以刑事禁止，即使只是第二类披露的威胁，基于自由主义立场可予犯罪化的行为仅指按常识认为最 276 应予以犯罪化的行为。

敲诈行为的道德问题非常复杂，如果刑法典真的将其中一些行为犯罪化而不禁止另外一些，并对已经犯罪化的情形设立一整套免责事由，我们也都不必大惊小怪，哪怕索要钱财的敲诈行为因其威胁和要求均无不当，等于是索要债务等主张正当权利的行为而在道德上是（法律上亦应是）正当的。“主张权利”作为辩护事由并不会引起悖论，而应当被认可，因为此处威胁支持的是一个合法正当的要求，且（除非属第1类——威胁告发罪案）本身既未违反刑法或民法，亦无恶意而不属侵权法下的不法行为。还有一些特殊的情形，行为人提出

不发表按正常情况本可发表的内容，以换取合理的补偿费用。此处，陪审团有权考虑免责事由是否得当。若并非索要钱财，则可能存在更多的免责事由。此外，在诸如道德意义相对微弱的要求，发出一定的披露威胁要求对方改过，要求对方放弃计划以免对他人造成更大的损害或更大的威胁，以及要求他人停止敲诈威胁者（反敲诈）等情形中，信息敲诈行为原本皆具勒索性，但在上述情况下，均有合法的免责事由。但对于以信息披露为威胁索要封口费，并以专业诈骗手法设置圈套或侵犯他人隐私的方式实施的敲诈行为，自由主义刑法典会和其他立场的刑法典一样以刑罚处罚之。

一、性格

根据我所称之“法律完美主义”的限制自由原则，刑法的目标应是完善公民的性格及提升公民的品位。因此，完美主义者声称，使公民成为更好的人总是支持刑事禁止的一个好的相关理由。

更广义上的政治教义则是，国家的功能或原则性的任务，就是提高和加强可以回溯至柏拉图和亚里士多德时期的传统美德。¹ 这个一般意义上的政治教义有时会引发歧义而被标签为“保守主义”，直到今天都还在流行，反映在仍有很多作家认为政治的中心目标在于“共和式的美德”、“传统的礼仪”和“生活质量”。乔治·威尔（George Will）在“追求幸福与其他冷静思考”一文中的观点被罗纳德·德沃金恰当地重述如下：“按照威尔的观点，保守主义的实质在于：政府的工作就是要限定、达致并保护社会和公共美德，一个社会应该拥有强烈而明确的共识，知道什么样的人生和历史是有价值的，什么不是。”² 威尔本人则是这样说的：

男人和女人只是生物学事实。女士和绅士——公民——则是社会的造物，是政治艺术的作品。他们承载了明智法律和传统礼仪中蕴含着的文化。我们有权以社会中的人群的品格评价这个社会。国家方得存在，灵魂方得安放……³

我想自由主义者会认为，人生的某些形式——决定性格的部分——的确较另一些形式更高级。⁴不可否认的是，国家可以适当地通过公立学校、艺术和科学机构、对先进模范的奖励等方式试着提升公共美德，提高社会整体道德。不过，法律完美主义的不同之处却是，它将此作为刑法制度的目标，而在自由主义者看来，刑法并非使人向善的适当或有效的方法。

我们该如何理解人的性格，何为最重要的人性美德？我认为最好先给性格下一个最宽泛的定义，包括“道德”“礼貌”等。即使是如此宽泛的定义，人的性格还是可以与生理健康区分开来，无论肌肉如何发达、跑步的速度如何快，都与性格无关。我们还要排除后天习得的技巧或天赋，如木匠手艺、绘画或证明定理的能力。因此，性格是一个综合性术语，是一整套有关行为和感觉的要素，如果这些要素是值得赞美的，那么我们就称其为美德或优点（可以互换），若总体上是为我们所反对的，我们就称之为缺点或性格缺陷。（我不会用“邪恶”一词。）当我们说到某人的性格时，就是在说一整套包含这些赞美或反对的要素。没有哪个人的性格是完美无缺的，我们说一个人性格好，是指他的优点超过了缺点。

性格上的优点和缺点可以分成很多类别。最简单（尽管很简单）也最有用的分类是大卫·休谟作出的，他将美德分为四类：对他人有用（有助于他人），对自己有用，令他人愉悦（取悦），令自己愉悦。⁵

缺点也相应地分为四类：对他人或自己有损害性或冒犯性（使人不悦）的行为或感觉。休谟或其他人在分类上的主要问题在于很多美德并非只能被归入这四类中的一类。不过，用休谟的框架可以很方便地表现出人性优点和缺点的丰富状态，以及它们相互之间的细微差别和重叠。这首先表现在英语词汇的一个实质性部分，数以千计的单词都用来描述性格优点或缺点；其中很多词只能用来描述某一类人（如 279 只能用来描述女人、战士、医护人员等）或特定环境中的人（商人、病人、掌握权力的人）；且当中只有一部分可以在狭义的“道德”意义上描述具有道德美德或缺陷的优点或缺点，而描述缺点的词远多于描述优点的词，这正如亚里士多德指出的，失败有很多方式，成功的方式却只有一种。

先来看有助于他人的优点：值得信任、诚实、有责任心、有良心、老实、正直、廉洁、明智、公正、善于合作、关心他人、有爱心、热心、仁慈、慷慨、灵敏、勇敢、坚定。取悦他人的优点则包括：斯文、聪明、幽默、有活力、关切他人、有型、优雅、细致、敏感、迷人、自然、周到和容忍。（休谟认为还有“礼貌”“谦逊”和“体面”。）对自己有用的优点则是自我控制、自知之明、谨慎、勤奋、有勇气，明智和决断。悦己的优点包括上述已提及的特点，还包括洁净（又脏又臭又痒的感觉肯定是令人不快的）、好脾气、自信、自控和轻松愉快。对优点的其他分类均因其内在价值，很难像休谟的分类这样既简单又实用。尤其有两类，一类包括判断力、品位、洞察力和远见，可以归入上述四类中的任何一类，即使不适合归入任何一类，也不影响它们作为优点存在；还有一类则不仅可“悦人”，更令人崇拜，如宽宏大量、高屋建瓴、风趣幽默、不卑不亢、高贵大方。

而在负面一侧，对他人有损的性格包括懦弱、不可靠、爱骗人、爱撒谎、不诚实（有关财产）、不值得信任、心存偏见、对他人的痛苦

漠不关心、冷酷、残忍、自私、野蛮、凶残、无情、莽撞、小心眼、记恨等。描述对他人有冒犯性的性格也有几百个单词，以下为其中的典型示例：粗糙、不雅、心思肮脏、油腔滑调、谄媚、过于严肃、以自我为中心、挑剔、阴郁、怠慢、偏见、冷淡、自负、伪善、假装虔诚、假正经、自以为是、卖弄学问、爱管闲事、嫉妒、妒忌、爱出风头、神经过敏、卑鄙、爱喧哗、爱尖叫、邋遢、势利及无礼。对自己有害的性格包括冲动、轻率、不慎、缺乏自信、低贱（容易被人当成擦鞋垫）、自欺欺人、耿耿于怀、轻信、贪吃、懒惰、粗心、一点就着。最后，不能悦己的性格（同样亦是不能悦人的）包括嫉妒、过于怨恨、不能原谅、不洁净、神经质、胆小怕事、缺乏自信、脾气暴躁。还有一些缺点很难分类，如缺乏自我尊重、无正义感、是非不分、毫无远见、品位低劣及判断力不足。

以这些内容，很难对两个或多个人的性格进行比较评价。当中存在很多不对应性，因此无法比较。若道和罗在其他方面都相同，但有一点区别，而道在那一点上比罗强，我们就说总体上道的性格比罗好。如果道和罗在大多数方面都差不多，在某六个方面道比罗强，在另六个方面罗比道强，或者道在某一类性格要素方面比罗强，而罗在另一类性格要素方面比道强，那就很难比较了。唯一的判断只能说，道在某些方面的性格比罗好，而罗在另一些方面的性格比道好，他们是两种类型的人。如果必须一较高低，打分就得依评价的目的而定：我们是为自己的房子找一个房客，还是准备邀请某人参加鸡尾酒会？我们是打算喜欢、崇拜还是信任一个人？当然，某些品性比另外一些品性更重要，这可以提高可比性。道不爱说话、情绪不稳、脾气暴躁，但他有荣誉感且值得信任，而罗，虽然很迷人、聪明、爱自己的家人，却冷酷、多疑，对竞争对手毫不留情，如果我们要找一个更好的人，我们就应该给道打更高的分数。感觉上美德的底线——不骗人、不打

人、不杀人——都非常重要——人如果没有这些要素就会成为魔鬼，无论他多么有活力、机灵、整洁、好脾气都无济于事。但如我们将在第二部分中所述，如果他冷淡、麻木不仁、缺乏爱心，除了上述底线不愿多做一点事，那么，即使他守住这些底线，也不能使他成为一个受人欢迎的人。

关于性格的最后一点内容是传递性。我们应注意到，在单个模式上，作为社会理想，个性完美这个词是空洞的。作为由劳动者组成的复杂经济体，功能性社会既需要散播美德，也需要多元化。如果只推崇某种单一的完美模式，社会的诸多复杂功能就难以完成。阿西西的圣弗朗西斯最适合某些人生道路，弗朗西斯式的某些善心对我们都好，但弗朗西斯本人却可能因而成为一个穷困的步兵军官或一名屠夫。巴顿将军的性格中如果多些柔软的成分，可能就无法成就他作为军中领袖的威名。实际上，某些具有独立社会意义的优点——商人、外科大夫、将军等的性格——可能正与另一些缺点相连，正如“硬币的两面”。优点的副产品可能就是一个缺点。商人爱管闲事对他的生意和顾客可能有用，但也使他同时成为一个令人厌烦的朋友或邻居。冷酷而刚毅的大夫可以通过技术挽救很多生命，他的这个优点使他成为一个好大夫，但也会使他在日常生活中缺乏自然温情，而无法成为一个好的丈夫、家长或朋友。专心研究的科学家全身心投入自己的科研，或许能取得造福人类的成果，却也可能“没有时间”关切他人的现实具体问题。以自我为中心的人一心只关注自己的工作。谁会觉得亚里士多德笔下那个宽宏大量的人很讨喜呢？一般而言，个体的邪恶（以18世纪道德学家的口吻）反而可能是公共美德。若人性完美的单一概念可以适用或趋近于每个人，我们可能有不那么爱帮忙的商人、技术不那么好的大夫、不那么专心投入的科学家和不那么雷厉风行的将军。当我们需要朋友的时候，我们不会总拿着某个专业领域的标准

进行衡量。

关于性格我们已经说了很多，足以说明这个概念的复杂性以及提升性格的微妙性，现在的问题是，强制力和惩罚的威慑在改善性格方面能够发挥何等作用。

二、强迫他人养成美德

思虑周到的法律完美主义者并不鼓吹以法律强制培养个性优点。以惩罚为威慑强迫人们变得更加睿智、有型、正直或幽默，这听来有些荒谬。他们所认为的性格优点是那些道德上的美德，当然，亦非道德美德的全部。慷慨、关心他人、宽宏大量、富有勇气，这些可能凭着警察的罚单或服刑的威胁就可以培养出来。正直（忠于原则和理想——参见第三卷，第40页、第45—46页）往往使道德高尚者藐视法律。美德往往并不由条件性的限制构成，而是基于正确的理由以正确的方式行为或感受，⁶ 试图以恐吓的方式谆谆教导美德太荒谬了：“要真心关爱他人，否则……”，“要有勇气，否则我就揍你。”被这种方法培养出的优点恐怕只有一种，简单地服从，其实恐怕这根本算不上是美德。

美德的子类中最可能由法律强制培育的就是我们之前提过的伦理底线：不杀人、不伤人、不强奸、不偷窃或者不诈骗，一个人只要不冷酷（但不一定善良），且诚实（但不一定有良心），就应该做到。当然，刑法保证人们不对他人使用暴力或进行重大诈骗的功能极其重要，但一个人仅仅不冷酷，仅仅守规矩，只能算是糟糕的性格——甚至是道德上很糟糕的性格——乔治·威尔这个完美主义者会对着这样的人扼腕长叹人心不古。

约翰·密尔对与“最低优点”对应的且为法律强制的“负面道

德部分”有很好的描述（他讨论了基督伦理被腐化的形式）：

它的理想化状态是负面的而非正面的，是消极的而非积极的，是合法的而非高贵的，是不作恶而非多行善，它的戒令（据说）是“不要做”而非“应该做”。它对好色很恐惧，崇拜禁欲主义，然后逐步妥协，变成崇拜法律。它对天堂不存希望，对地狱不存恐惧，对获得美德人生失去动力：它远远落后于古人，德性充满自私，对他人利益的责任感被切断，除非是为了自我利益，才会顾及他人。这就是被动服从的基本教条……⁷

被动而节制地合法行事符合道德底线，却根本不是完美人性的典范，除非还有其他非经强制获得的美德，这个人的性格才可能让他自豪。如果他为自己辩护说，“至少我不是个杀人犯”（带着明显的自豪感），一定会遭到众人的耻笑。⁸

D. H. 劳伦斯（D. H. Lawrence）的小说《儿子和情人》写到英国一个挖矿小镇上丑陋的人际关系。人物之一，矿主莫莱尔先生是一个最不合格的、不知道关心人的丈夫，他的妻子长期饱受折磨。伯纳德·梅约以他的伦理观，引用劳伦斯对准备丧事过程的描述，对于那句“这个人试图说服自己，道德义务就是道德的全部”评价得很是恰当： 283

他和莫莱尔夫人的亲戚，那些上等人，一起坐在厨房里，他一边哭一边诉说她是一个多么好的伴侣，他是如何为了她做任何事——任何事。他把这辈子都用来尽力为她做事，没为自己做什么。她走了，但他已经为她尽己所能。他用白手绢擦了擦眼角，反复地说，他什么都没为自己做过，他这辈子都在尽力为她做事。

他就是这样打发掉她的。他从未发自内心地想到过她，什么事他都不会往心里去。⁹

莫莱尔没有犯罪，他的行为无论如何也不构成犯罪，他没有杀死自己的妻子，没有殴打过她或欺骗过她，也没有从她那儿偷过东西。他自欺欺人地说“他从未为自己做过什么”。如果刑法培育了这种“美德”，恐怕也不是什么值得夸耀的事。

或许不使用暴力，最低限度地不冷酷，且“诚实”如莫莱尔般的人就是刑法，单靠它自己，所能培育出的最优秀的人了。但能够指望它做到这一步吗？刑法如何能培养出具有最低“美德”（说这是优秀品德不觉得讽刺吗），即不杀人、不伤人、不诈骗、不抢劫的人呢？这里，我要用到我作为道德主体的亲身经验，检视一些体验性资料。我觉得有一种难以缓解的抑制机制让我不去杀人，即使我很恨这个人。（或许我和很多“过分文明化”的现代人有着同样的内心抑制。对参加越战的美军步兵的一项调查现实，有 50% 的人说，他们看到敌军时，即使有军人的义务提醒他们，也还是很难对对方扣动扳机。）我可以肯定，我永远都不会为了利益、复仇、嫉妒或其他动机杀人（除非可能是出于仁慈）。我还有另一个内心抑制，在任何情况下，绝不殴打女人——任何女人。但在读者打算给我颁授奖章之前，我必须承认，我其实别无选择。这些抑制很早即已深植我心——父母、家庭和朋友的影响——形成了天然的品性，也使我能够将心比心。刑法可能与此有些关联，但绝不能夸大它的阻吓作用。当然，我也很少乱停车，但我必须承认，我不愿违反交通法规基本上是因为我害怕受罚，尽管处罚可能并不严重。我对不乱停车并不存在什么“难以缓解的内心抑制”。（要是那样的话，我倒可能是个更好的人。）有一件事情必须明确：我不是因为害怕受到惩罚才不去杀人、

强奸的。

不管怎样，“法律的最高权威”有助于将此种抑制植入我心并不断予以强化。我很清楚地知道，社会对于此类最严重的犯罪行为抱有怎样的严肃态度。我能感觉到围绕着“谋杀”这个法律术语的氛围所散发出的无法抗拒的情感强制力。我看到，每当杀人的报道传来，人们无不沉默而恐惧，当行凶者受到指控或审判时，我也看到（或者是通过书本、电影或电视节目）法庭内的独特仪式——在严正的谴责下，丑行被揭露，行为人被处以极刑。或许权威正是如此发生内化——政治、宗教甚至家长的权威——一开始就在培养我的内心抑制。这些和单纯地因为害怕受罚而不杀人完全是两回事。我从未想过刑法是对我个人的威胁。但我也不能因此接受对我美德的奖赏。对于德性而言，还需要比这种内心抑制多得多的东西。更微妙的德性不是靠外力植入的，而是通过言传身教，这些均非刑法力所能及。（参见以下第四部分有关法律作为德育工具的内容。）

如果我们认同刑法至少在植入“最低美德”，如不杀人和不强奸方面具有一定的作用，而对于更难以培养（更细致复杂）的德性则无能为力，那么，法律完美主义最多只能证明，刑法可以就它有能力培养或加强的德性制定规则。它只能就不实施暴力行为和不欺骗等内容设立禁止性义务，其目的不在于保护被害人免受该等行为的损害，而是为了培养公民具有最低德性。该等禁止性规定与未加修饰的损害原则高度重合，只针对一人对另一人实施的不可容忍的恶行，而不及至更高层次的道德内容。偶尔它也会禁止各类不同形式的公共损害——但那不是为着保护公共利益（自由主义者所想的那样），而是为了培育公民的公德心和公平心。刑法的惩罚性和归责功能能否培育此类公德尚不肯定，而法律完美主义者恐怕也找不到理由将具有公共损害性的行为犯罪化，当然，除非他接受损害原则。为损害原则支持

285 的对某些行为的犯罪化可能为完美主义（单凭它）所反对，但另一方面，凡是可以为完美主义支持的犯罪化，必定为未经限定的损害原则所支持，除非另有怪事发生，即单靠刑法就可以将肉身凡胎培养得德才兼备，使盲人重见光明，使冷漠的心关爱他人。若非如此，则既然已有损害原则在先，法律完美主义对立法并无任何额外的实际用处。实际上，为了给我们都认同的刑事立法提供道德保证，它总得不时地借用损害原则以求自圆其说。

对于法律完美主义原则和损害原则同时证明其犯罪化道德合法性的行为而言，其目的是为了让人更优秀，还是为了保护他人免受损害又有何区别呢？我认为，区别还是很大的。首先，在此种语境中，完美主义者提供的理由在极端情形中包含了道德家长主义（参见“限制自由原则的定义”）。完美主义的依据在于，刑事禁止可以提升一个被限制自由者的人格，因此它总可以为刑事立法的合法性提供支持。和更为实用且经济的家长主义不同，后者认为限制个人自由的依据在于防止其本人受到损害（即其本人利益被阻退），这个原则的道德主义形式则认为，限制个人自由的依据在于使其“受益”（无论他本人怎么看），亦即受益于性格的改善。国家并非告诉他，处罚他是为了保护他人不受损害，亦非为了保护他自己不受损害，而是“为了他自己好”。如果说侵犯个人自治、限制人身自由是为了保护他本人的利益（如我在第三卷中所论），那等于是贬低他的个人自治，强迫他接受我们所认定的好处。此外，既然我们有理由怀疑，坏的道德性格未必是某种损害，那么，我们也同样有理由怀疑，好的德性未必是某种利益。

法律完美主义者为何不能同时采纳损害原则，以便在论证对暴力行为或诈骗行为犯罪化的正当性时，可以有双重理据，但这个问题是没有答案的。若如此，则法律完美主义者理想中的立法者就会告诉公

民，他之所以不得实施该等反社会行为，是因为那样做既会污损他的德性，又会对他人造成损害，而非仅以前者为理由。他会说两个理由的说服力相等，防止损害的原因伴随完美主义的理据。但若任一原因即为充足理据，那为何不舍弃那个有损个人自治的理据呢？那样，我们就可以在限制一个人的自由时，体现出对其个人自治和个人体面的尊重。国家在使立法正当化时竟有如此巨大的差异。 286

其次，若刑法的目的仅为使人变好，那么，它也可能产生反作用，使人变坏，或者至少使人变得不那么好。从道德意义上说，服从、尊重法律、恐惧法律或真心关切他人并尊重他人的权利，是迥异的做法。若刑法真有教化作用，则强调个人美德的重要性可以一方面使公民成为良心上的卫道士而自豪，另一方面却对他人漠不关心。这当然是自相矛盾的，那样的公民并非有德之人。我认为，真正的德性在于对行为限制的合理性的深刻理解，真心地认同该等限制，而非仅仅出于害怕受罚或渴望获得人们的尊敬。

消解美德而防止损害最极端的例子是古代的斯多葛派。斯多葛派将个人美德置于所有的个人好处之上。实际上，对斯多葛派而言，除此之外别无其他好处、其他追求目标或其他值得关注的东西。外部力量非一己之力所能及；对其他事物投入期待和努力，最后只会得到沮丧和失望。他唯一能掌控的就是为履行自己的义务尽心尽力，而那正是其个人美德之所在。因此，斯多葛派并非为了行善（止恶）而有德性，相反，他们行善是为了有德性。履行义务为的是使自己尽善尽美，而使自己尽善尽美就是他们的最终目标。如果一个斯多葛派的丈夫有一个重病的妻子，那么他会不知疲倦地尽到做丈夫的义务直到最后，照顾她，安抚她，慰藉她。他这样殚精竭虑不是因为对她的感情，¹⁰ 他唯一关心的不过是自己的德性。伯特兰·罗素曾经嘲讽斯多葛派的伦理观就像一个核桃壳：“这些东西是

一般世俗认为的善，但这是错的；真正的善应当是一种为别人取得这些世俗的善的意愿。”¹¹

287 我认为，斯多葛派的基本错误并非过分强调个人德性的重要性，而是他们对德性所采取的以义务为中心的解读。如果一个人除了自己的德性之外不关心任何事，我们将这样的人视为有德性的人简直毫无意义。斯多葛派对真正美德的伪造还是会引导他作出和具有真正美德的人完全相同的行为，不过，后者关心的并非自己的德性。他们的区别在于，斯多葛派是在做戏，而真心关切他人的人却更在意德性行为的效果。斯多葛派不能很好地解释，为何只有义务，如照顾卧床病妻的义务，而非她的健康或疾病、痛苦或平静、生或死，才是他最关注的东西。¹²

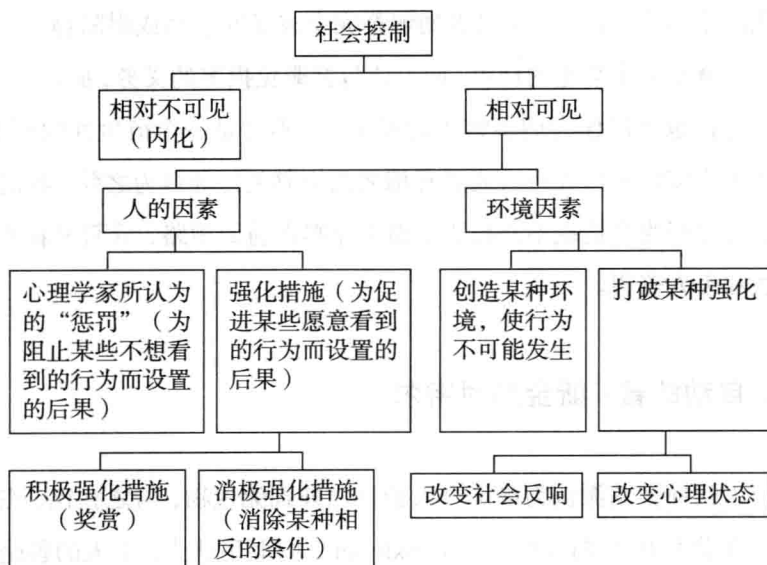
法律完美主义者倒也没那么极端地认为美德之外（或者除了他自己的美德之外）别无有价值的东西，防止损害也是有价值的。但他的理论似乎将我们的法律义务建立在义务对美德的引导力，而非对利益的保护上。而针对为何某些行为应当被设定为义务的问题，他们无法提出令人信服的解释。罗素的话或许可以重述为：“防止损害是一般世俗所认为的善，但这是错的，真正的善应当是一种为别人取得世俗的善的意愿。正因如此，我们应该通过法律强制防止对他人的损害。”这种重述对法律完美主义者并不太公平，因为他可以回答，防止损害就是真正的善，而个人德性则是另一个真正的善——这个善正是设立相应法律义务的理由。这个说法倒还不像斯多葛派的理论那般吊诡，但它确乎要告诉公民，国家眼里真正重要的善是个人美德，而非防止对他人的损害，它才是限制自由的理据。如果人们信以为真，那么，富有德性的人只会越来越少，而非越来越多，因为认为自己的德性比他人的权利更重要可不是有德性的表现。只关心自己的德性就是最高的德性，这还真是说不过去。另一方面，若损害原则亦为法律完

美主义者所取，那么就会有两个理由来说明对暴力行为和诈骗行为犯罪化的正当性，而完美主义者的解释完全成了冗余物或附随物。若防止损害就是刑事禁止的理由，而美德包括避免损害的义务，那么当然，提升德性也可以作为刑事禁止的理由，但不过是一个衍生性的理由。在知道应该禁止何等行为或者有德之人应避免何等行为之前，我们得知道何等行为会造成不法损害。损害原则在前面领路，后面跟着的是刑法和个人美德。

三、自动的善：斯金纳对密尔

古代斯多葛派认为除了个人德性之外别无他物，与之相比，杰出的心理学家 B. F. 斯金纳 (B. F. Skinner) 则似乎认为，个人的善毫无意义。他写道，“公共政策的问题就是诱使人们不必变好，而只需行为规矩即可”，¹³ 他的成果在于对此二者的区分非常充分。（一个人的行为有多好在很大程度上取决于他的行为对他人利益的作用；一个人的善则取决于他的动机和对行为的理解。机器人可以“行为得当”，却不必有什么好的性格。）另一方面，约翰·斯图尔特·密尔的立场则处于斯多葛派和斯金纳的行为主义之间的中间位置，认为行为会受到性格的影响，但同时仍给刑法设置自由主义的边界。他有一段著名的话写道，“真正重要的不仅仅是人们做了什么，而是做这件事的是什么人。”¹⁴ 好德性是如何影响一个自由主义者的，密尔就是一个好例子，甚至是最好的例子。密尔坚称，完善德性绝非刑法的工作，但他也不相信有什么“无意识的善”是与人的内心毫无关联的。在进一步详解其观点之前，我们将其与斯金纳的主要观点做一个对比是很有用的（和斯多葛派的比较已经在第二部分做过）。

表 33-1 斯金纳在《超越自由和尊严》中所述之社会控制模式



289 就人的行为而言, 至少, 斯金纳如同绝大多数心理学家那样, 是个决定论者。他认为, 原则上人的所有行为都可以由心理学原理加以解释, 都是对一定刺激作出的一定反应。其结论就是, 人的行为可以被掌握该等原理或控制该等刺激的人所控制。这看上去并非毫无道理。实际上, 这是很多科研工作的前提, 在很多社会学家看来, 这个结论没什么问题。研究者花费大量精力确定, 人的行为在多大程度上取决于先天 (遗传), 在多大程度上取决于后天 (环境), 他们绝不会认为行为竟然可能不由这两个因素决定, 但“自律者”的确与先天和后天无关。对于寻找行为因果律的决定论的心理学家而言, 非决定论是彻头彻尾的神秘论。

在斯金纳看来, 人的所有行为在某种程度上都是“受控的”, 要么受控于先天, 这从人性上看是随机的, 要么受控于社会。社会控制可以是间接的、不为人注意的, 如来自家长、老师或者内化为良心的某种“律令”或“超我”。在某种意义上, 权威“仍有控制力”, 但他

并非发出外化的命令；而是被人的自我所吸收、内化。我认为，斯金纳会认为有良心的人不是真正自由的人，因为他不能违背良知行事，而外部的声音仍在“控制着”他。但若良心已经成为他的一部分，无论他是怎么做到的，我认为此时就不能说这个人行事时是被迫的。这种“道德强迫”和真正的自我决定是不能区分开来的，即使那个决定性的自我最初是外部因素塑造的产物。真正的强迫只能由自我之外的外力施加，只能源于“外因”而非“内因”。一个人的自我道德确信若已主宰他的行为，他就可以像马丁·路德说的那样，“我站在此地；我别无选择”。¹⁵ 即使存在决定论的假设，他还是可以无限接近于一个自由的人。

社会控制则往往更加直接且相对明显。这种更易见的控制既可以

可以直接加诸个人，亦可直接加诸个人所生存的环境。加诸个人时，可以直接表现为外部的作用力，也可以通过强迫、劝说或诱惑等方式，作用于其内心动机。这些技巧包括对动机的“消极强化”，即设立“令人反感的威胁”，比如刑罚；也包括针对动机的“积极强化”，即提供“回报”。个人一旦领会到，反社会行为会以反向威胁受到打击，而顺应社会的行为会以承诺的回报受到鼓励，则之后，无论是通过心理暗示（引诱），或是通过加强“惯性”，都能使其更愿意规规矩矩行事。犯罪化就是一种仅以“胁迫”作为手段的社会控制体系。斯金纳从不说刑事程序的好话，他认为刑事程序是低效、无用且冷酷的手法。他更倾向于积极强化的模式，却也没能提出具体的刑罚替代方案，这或许是因为他认为刑法作为社会救济方式并不适用，而未必表示他认同古人（尤其是柏拉图主义者和斯多葛派）有关必须为了成为好人而付出代价的观点。

斯金纳认为社会控制手段与其直接作用于人的动机，不如作用于人的环境。（尽管持物质行为主义立场，斯金纳有时是在广义上使用

“环境”一词的，甚至包括身体、大脑等围绕在决策自我周围的所有物件。)作用于此广义环境的社会控制手段可以创造出一个使特定行为无法产生的环境。这些手段可以降低甚至消除该等行为的发生概率。因此，若要禁酒，就将酒精类饮料从社会上完全铲除。监禁刑则施用于那些不受控制而恶性十足的罪犯。(他们即使想攻击他人，也无人可攻击。)而通过改善公共巴士公司的售票系统，也可以使财产犯罪降到最低。巴士不设找数，司机就不必随身带钱，也不会被小偷盯上，乘客则直接将钱币投入司机无法打开的钱箱。如此一来，抢劫犯一夜之间就会消失无踪，刑罚当然也就不必实施了。有很多以“环境设计”消除犯罪行为滋生的例子，通过关闭实施反社会行为的选项(很小的代价)，扬善惩恶。若照此可消除所有的犯罪环境，结构复杂的恶和刑罚都将消失，追悔莫及的情形也不再出现。老一套的刑罚体系本就极不可靠，更会造就痛苦，若也随之消失，斯金纳可一点也不会感到遗憾。

另一个社会控制的环境设计方法则是“消除[有害]行为发生的偶然性”。¹⁶比如，小孩喜欢乱发脾气，我们既不要责骂他，也不必同情他，我们只要不理他就行了。这个办法可以减少孩子未来再发脾气的次数，因为社会反应往往具有强化功能。更积极的方式则是对升华行为和取代行为报以积极的回应以强化它们。例如，有组织的运动会可以刺激求胜欲望，我们对运动成绩的反应将强化运动员的动机，减弱产生反社会冲动的可能。这些方法可以减少(或调整)实施不良行为的内心需要，而非提供实施该等行为的机会。

对于以上方法均无效的极端情形，社会控制可以通过“改变生理状况”以消除其实施不良行为的能力(不仅仅是生理需要或环境机会)。荷尔蒙可以用于“治疗”性侵犯者；精神外科治疗可以使暴力倾向者更温顺；胃口抑制剂可以控制过量进食等。这些方法有时因引起不可预见的副作用而不得不放弃，而某些用以减少反社会行为的环

境设计方法也会碰到类似的实际困难。“这些问题本质上都是可以解决的，建设这样一个世界是可能的，在这个世界里，应受刑罚处罚的行为很少或从不发生。我们试图建设的这个世界，可以解决在那些不能惩罚的人，如婴儿、智障者或精神病患者等身上碰到的问题，如果还可以适用于每个人，那该能够节约多少时间和精力。”¹⁷ 尤其是我们不必对某些麻烦制造者施以惩罚的恐吓，或者以对他们的惩罚，包括处以极刑的惩罚，如绞刑、毒气刑、枪毙或电椅刑，而以此来威慑并约束另外一些人。

斯金纳所设想的世界有一个最大的不利条件，并被他视之为敌人；“对自由和尊严的推崇”一旦具有决定意义，就只能推导出“自动的善”。如果个人除了被允许的事之外什么也不能做，那么他即使那样做了，也非他本意。若他无人可攻击，那么，他不因没有攻击任何人而受到称许；如果他根本不可能拿到酒精饮料，那么，他不因滴酒不沾而受到称许；如果巴士司机不携带任何现金，那么，他不因没有抢劫巴士司机而受到称许；如果因为雌性荷尔蒙而降低了他的性欲，或者胃口抑制剂消减了他的食欲，那么他不实施性侵犯或不过量进食亦都并非他的本意。他在这些方面的善是自动产生的，并非真正的人格之善。如果他不因其行为而受到惩罚或谴责，因为他别无选择只能那么做，那么这恐怕只能反映出他既缺少自由，亦毫无自尊。

但斯金纳仍坚称，自由和尊严的价值往往被高估了，为了换取人们免受攻击和伤害的安全以及避免不人道的报应刑这个更大的善，牺牲它们是相对合理的代价。在这方面，他在 19 世纪的科学哲学家们那里找到支持。T. H. 赫胥黎显然更倾向于“自动的善”：“若有某种较为强大的力量提议，会像闹钟每天叫我起床那样，时时告诉我何为真理，何为正确，我愿意立刻接受它的要约。”¹⁸ 斯金纳显然也会接受这个要约（或许他更愿意作为那个提出要约的人！），但可能不像

赫胥黎那样热情高涨。他坚信，他所设想的世界“因为太过完美以致无人需要向善”（T. S. 埃利奥特语）¹⁹，但这并非这个世界的致命缺陷，虽然的确是缺陷之一。斯金纳承认，“当然，如果一个人只是自动向善，就有理由调低对他的评价，因为他的确没那么好。”²⁰ 在一个毫无危险的世界里，他不必，亦不会勇敢。在一个不需要体力劳动者的世界里，他再也不必勤劳。在一个“医药可以减轻痛苦”的世界里，他再也不必坚忍。很多优秀的品格都会消失，因为它们不再有任何功能，很多美德也会变得机械而失真。从某个方面看，这世界消失了，它永久地消除了“惩罚性的环境”，消除了暴力和欺骗。当然，仍有一些美德以完全真实的状态继续存在。

在斯金纳的论述中，有一个前提不甚明了，即刑法至少在一定程度上与他反对的“自由与尊严”方案相一致。如果我的理解是准确的，他之所以提出这个前提，只是为着反对他的对手。他承认他提出的硬决定论当中暗含着，我们永远都无法逃脱这样或那样的社会控制，因此，我们也就不应因我们的所为而受到谴责或称许，因此，任何个人“尊严”都是虚幻。不管怎样，他就是要告诉对手：我们假定，处于刑法威胁之下的个人还是有选择。根据这个前提，尽管设定威胁的法律具有强迫性，但依其行事的个人仍因其具有一定的选择性而应受到些许称许，因为法律毕竟不同于物理力量的限制，他允许个人选择遵守以免受不利后果，或者选择违反，甘冒受罚之险。他告诉我们，斯金纳的敌人的确由此假设，正因如此而倾向于刑罚方法，而非斯金纳推荐的替代方案。但斯金纳的回应强调的是，若仅当继续威胁并惩罚反社会行为时，自由和尊严方有可能，那对自由和尊严来说是更糟糕的情形，它们根本不值得如此。简言之，斯金纳反对将法律完美主义锁住、存起并打包。考虑到刑罚那自以为是的冷酷、无效的威胁，以及它未能阻止的犯罪行为造成的损失，以刑罚体系造就的人格本身

并不能为犯罪化提供理据。当然，如果因为存在选择自由而对守法者加以称许，对违法者加以谴责，并且认为他们的人格将进一步堕落，那么，“究竟何种刑罚方为道德合法？”对于这个问题，斯金纳的回答将是，“没有”。

和斯金纳不同，约翰·斯图尔特·密尔不接受仅仅是自动的善。对他来说，重要的不仅是人们做了什么，更是这样做的是何等人。密尔的观点首先是反对我前文述及的斯金纳的“不言自明的假设”。以不利后果为威胁的刑罚当然具有强迫性，而且往往是实质性的强迫，但它并非仅仅给人们留下遵守或违反这两个选择。斯金纳的假设并无多少说服力，它等于在说，枪手发出的“要钱还是要命”的威胁给你一个自由选择。真正的区别仅在于，枪手已经出现在射程范围内，他的威胁（如果他不是在哄骗你）更无法逃避。刑罚的威胁应归于斯金纳所称之环境控制，而不是和环境控制对立起来。它们并不总会使人们失去选择不法行为的自由，但与人们可以完全自由地实施该等行为的情形相比，它们的确会使人们选择实施该等行为的可能性变得很小。而对在法律强迫之下实施善行而言，我们并不会得到真正的称许，因为别无选择，我们的善仅仅是“自动的”。如果说在有完全选择自由的情况下我们仍会选择实施该等善行，那将反映出规范已经内化于我们的内心，这正是管制的理想状态，这种善当然胜于自动的善。因此，刑事禁止并不会对获得好的个性、美德和称许产生任何建设性作用。实际上，它们还可能具有反作用，仅仅造就自动的善，而非对正确行为的理性选择、富有同情的关切、对社会的合作态度，以及尊重他人的权利等真正的美德。

这并不意味着密尔会和斯金纳一样，当然是基于相反的理由，完全排除刑法体系。他仍是基于防止严重的个人或公共损害的需要，对限制自由的刑法予以正当化。这只意味着密尔和斯金纳一样，当然仍

是基于相反的理由，反对法律完美主义。和斯金纳不同，密尔认为，性格的完善非常有价值——甚至是一种中心价值。但这并不能成为限制自由的理由，要想人性美德不受约束而自由发展，自由是绝对的必要条件。性格的完善不关刑法的事。从这个层面看来，刑法本身并非善，而是一种恶，但它是防止对他人损害的必要方法，此时，损害较对自由的限制是更大的恶。

斯金纳推崇的方法对自由的限制在严重程度各不相同，衡量时的权重当然也应相互区别。若它们产生的剥夺感较轻，且和刑罚方法同样有效，那密尔就没有理由不加入斯金纳的阵营。在巴士投币系统排除抢劫的情形中，尽管适用刑罚的可能性被最小化，但刑罚只是被补足而非被取代。在强制心理治疗的情形中，个人自治受到的侵犯较刑罚更为极端。当然，若是在充分知情且完全自愿的情况下进行的，此类“心理改善”方法也可以被自由主义立场认可其正当性。（参见有关行为控制的论述，第三卷第十九章，第 66—68 页）

密尔并非不看重优秀品格，只是他更看重个人自由。这正是他以完全不同于斯金纳的理由反对法律完美主义的原因。若有人问密尔，为何自由如此重要，他并不会回答说，自由是比个人美德更高级且与个人美德无关的东西。没有自由，我们能够期待的最高级的人不过是服从规则的机器人，不能理解责任的意义，不能作出细微的区分，没有同情心，也不知道尊重他人的权利。即使人们在刑罚之下能够避免“自动的善”，那也绝非刑罚的成果。优秀的人格绝非源于造就僵化服从的道德恐吓，而只能源于道德教化，而这并非刑罚之所能。

四、法律的教育功能

一些法律完美主义者认为，与上述论点相反，若要公民在自动守

法、被动抑制及僵化的服从之外具备美德，刑法本身可以发挥某种教化功能。²¹我们都认同，刑罚可以告诉人们，何种行为被允许，何种行为被禁止，即使有时人们令人意外地忘记或不知道这些内容，刑罚的象征性总可以传达出社区的谴责，并将这种谴责归于犯罪人并“烙在他的脑海中”。此外，法官在宣判时，也可借机训诫和教诲。富于想象力的法官可能会绕开监狱系统，根据罪犯对被害人造成的伤害，为其量身定做某种惩罚，让他“尝尝厉害”。若干年以前，新英格兰的一位法官面对一群十多岁的少年，他们向行驶的火车丢掷石块、砸破车窗并砸伤一些乘客的眼睛。法官判决他们两个星期待在一家眼科医院中，他们被蒙住双眼，并要在刑期结束后写一篇题为“失明是何种感觉”的文章。这种经验使少年们非常懊悔，他们在刑期结束后成为较之前人格得以改善的人。即使那些被判入狱的人在服刑期间也有机会与一些“正直者”面谈交流，此时，刑罚（服刑）是一回事，“教育”则是另一回事，后者在罪犯服刑期间作为刑罚的一个辅助手段，可以改善罪犯的人格，但它本身并非刑罚的一部分（后面将详述此点，第301—305页）。不管怎样，对服刑者进行道德开导收效甚微是司空见惯的事，绝大多数服刑者在道德上要么毫无改善，要么较服刑前更糟。除了刑法体系发挥的一些偶然性作用，它似乎并不能使人格提升，后者既为密尔所珍视，亦是法律完美主义者的犯罪化依据。

要真正提升人格，我认为应该至少要做到以下几点：（1）让他知道正确的行为何以正确；（2）让他关切，而非漠不关心他人的利益和权利，尊重他人的自治，正如他希望他人尊重他的自治那样；（3）让他感受，而非无视他人的需要和期待；（4）让他习惯于独立思考，不只是像个机器人那样实施善行，以及（5）让他知道，道德美德的核心在于智慧美德，要能够在同中辨异、异中求同，能够预测未来的结果，尤其是具备亚里士多德提到的睿智（实践智慧）。刑法哪能做到

296 所有这些，或者哪怕是当中一些呢？如果大多数的服从仅仅是屈从于刑罚威胁而不敢实施被禁止的行为，不服从的少数被施以刑罚处罚，那么，这些如何能成为新设刑事禁止以提升个人道德的理由呢？

为了更好地理解法律完美主义者的计划，我们就以他们最支持的刑事禁止，尤其是为其他限制自由原则不支持的那些刑事禁止出发。我们要找到法律完美主义原则与损害原则发生分歧的情形，或者被法律完美主义者视为分歧的情形。看看在这些情形中，如何仅以法律完美主义证明犯罪化的正当性。浮现在脑海中的有两种相对不同的态度。第一种态度是赞成对未能施救、辅助或保护他人的行为犯罪化。这要求人们更积极地参与他人事务，展示美德，而非仅仅做到自扫门前雪或不伤害他人。另一个态度则截然不同。制定刑法是为了保护纯真的守法者不被腐蚀或遭受某种“道德损害”而变坏²²，即使对其利益并无不利后果。这种态度则相对消极。在此，鼓吹犯罪化的依据并非为了使人变好，而是为了防止人变坏。（技术上说，后者并非法律完美主义者的立场，而是衍生于“道德家长主义”。参见“限制自由原则的定义”，前文，第 xix—xx 页。）

最近在一本法律期刊中发表的一篇颇有洞见的文章就是持第一种立场。作者基思·伯吉斯-杰克逊将其立场表述如下：“[本文]尤其认为，某个刑事立法——要求人们在必要时伸出援手的坏撒玛利亚人法律——单凭对公民道德的有益教化即可被正当化”（着重号）。²³我并不怀疑，愿意忍受不便甚至甘冒风险帮助有需要者的人将获得道德提升。若将未能救助他人的行为犯罪化的理由仅是道德提升，那么，自由主义者并未支持坏撒玛利亚人法律依据。因此，在讨论坏撒玛利亚人问题时（第一卷第四章），我揭示了损害原则的确可以支持此等立法。我在彼处论证了，若不存在不合理之风险，则获救其实是一项道德权利，救助行为是为着防止伤者的利益受到损害，而非仅

仅是对伤者的馈赠，而未能救助这一不作为本身造成的损害可以被伤者控诉。坏撒玛利亚人立法的目的是为了伤者的利益，而非为了提升救助者的道德。 297

但刑罚的威胁如何提升人们的道德品性呢？在对那个将要救助者的以下论述中似乎存在某种悖论：“学着多关切他人的安全，少一些私心，否则，法律将通过惩罚你阻退你的利益。”这种法律的目的直接在于被惩罚者的利益，但方式却很奇怪，是让他少些关心自己的利益。这似乎意味着，若坏撒玛利亚人法律是一个道德教化的有效工具，它必定附带了某些补充信息，即解释帮助遇险者实际上是某种道德义务，帮助的意愿实际上是某种美德。在个人主义的世界里，人们可能并未完全意识到这些真理，对他们来说，上述信息像是新知。或许法律可以在序文中清楚而令人信服地解释一下其所设定的法律义务的理由。即使法律可以有力地证明其道德教化内容，但对公众来说，仍然存在实际操作方面的问题，即公众如何了解、学习、讨论并认真对待该等法律。伯吉斯－杰克逊承认，“法律要教化公众，须得公众了解法律”，他于是建议“应以公共开支向公众提供法律文本，然后定期测验，并将其作为取得其他权利的条件，如申请驾照。公民如不能理解法律背后的含义或依据，将不能取得相关证照。”²⁴（他并未说明如何测验，是写一篇文章，还是解答对错题或多项选择题，或者是不是应该考虑一下，那些天生不擅长道德哲学的人被剥夺获得驾照的情形是否不公。）

即使该等法律的道德理据充分有力，且经广泛宣传，但在该等法律试图劝说的各方与受到该等法律禁止及惩罚的各方之间仍存在某种紧张关系。一方会说：“我们肯定，若你是理性的，必定能看到这个新的法律义务所包含的必要性和理据，你的理性认识将提升你的道德水准，你的行为也会相应改善。”但另一方会接着说，“正因为我们对

此充满期盼，我们必须警告你，如果你不遵守这个命令，我们就会将你投入监牢好好干上六个月的苦役。”严格说来，这两方之间并无悖论或矛盾，但从心理学上说，二者却是各执一词。红脸白脸的转换会使本就疑心的读者觉得，这种论述整体上都是建立在强制力的威胁之上的：“照我说的做，否则，我就揍你。”我觉得不如将这些功能加以区分，在刑事立法和执法机构之外设立一个德育部门。问题的关键在于，以惩罚为威慑设定禁止是一回事，为其正当性发行教育手册是另一回事。当然，后者可以被视为某种教化功能（尽管我们会怀疑，政府的官僚机构仅仅依靠发布政府文件就可改善公民道德的能力），但刑罚威胁本身并无教化功能。通过恐吓使人履行义务并不会提升这个人的道德，当然，为着防止损害，刑罚自有其价值。

按照法律完美主义者的方式重构坏撒玛利亚人法律的理据还存在一个困难。既然该等法律的全部目的就在于提升道德，那为何只要求人们在不存在“不合理风险”时帮助他人，不如干脆要求公民自我牺牲？毕竟，一个人越是如圣徒或英雄一般，就越应受到道德赞誉。此等立法显然会存在操作上的困难，包括个人动机和社会协作方面的问题，但按照法律完美主义看来，该等立法原则上是正当的，操作上的困难不妨搁在一边，那么，既然完美主义总可以为刑事立法提供理据，其目的在于提升道德品性，还有什么比超越道德义务的自我牺牲的英雄主义精神更值得赞扬呢？

法律完美主义在这个问题上可能会跟随亚里士多德²⁵提出抗议，有勇气比无关动机偶尔表现出的勇气要好得多。亚里士多德教导说，一般而言，偶然表现出的善行应与出自德性的善行区分开来，或者，至少应与一个具备美德和动机的人实施的类似行为区分开来，它们的不同在于习惯性。法律惩罚可以使人甘冒风险，不顾个人安危地帮助遇险者，但如果他仅仅是因为害怕惩罚，则他的行为就并非英雄行为，

后者应是“出自美德的、明知且自我选择的结果”。强制力本身不会使人成为英雄；它只是使他在两害中取其轻——救助的风险和受罚的风险。我认为，这样的回答非常合理，但并不应只被完美主义者适用于英雄主义的极端情形，而应等地地适用于坏撒玛利亚人法律涉及的各类情形。在罚金或徒刑的威慑下向溺水者扔出一个救生圈的自私者，并未冒任何风险，他们不太可能因此而具备亚里士多德所说的德性。

299

完美主义的反对者对坏撒玛利亚人提供的最有力理由是，在极端情形中表现出的其实是家长主义。普通的道德家长主义已经足够糟糕，它认为品性堕落是某种损害——“道德损害”——因此，出于家长主义立场，国家应干预自愿行为，防止人们自我损害。伯吉斯提出的法律完美主义显然比这种立场走得更远。它认为，家长主义式干涉不仅是为了防止个人的自我损害，更要强迫他（教会他）持某种应有的态度，以有利于他。易言之，强迫性法律不仅可以防止行为人品性的恶化（防止道德损害的法律家长主义），还可以推进行为人的道德提升（获得道德利益的法律家长主义）。若如我所论（第三卷第十九、二十章），为了防止个人受到生理损害而限制其自由是对其自治的不可正当化的干涉，那么，为着防止个人受到道德损害（这根本就不是针对其利益的真正损害）而限制其自由的做法就更不应被正当化。但若为防止自我道德损害的法律强制是对个人自治不可正当化的干涉，则为着提升行为人道徳上的善的强制立法就更不应被正当化。若个人拥有真正的自治权，则在无任何人利益受损的情况下，以法律威胁迫使个人提升个性的做法当然不具有道德合法性。

法律完美主义者或许会回应，坏撒玛利亚人法律也保护他人的利益，并因此以损害原则为他所推崇的法律提供理据。如此，他手里就有了两个理据，一个由损害原则支持，另一个则由法律完美主义阐释；

一个尊重个人自治，另一个则完全无视个人自治。与支持一个而反对另一个的学者相比，他说什么都是理。若法律生效，就能既消除损害，又提升道德。被提升的品性需要适当的动机，刑罚无法作出保证，但通过长时间的习惯和期待，是可以获得这项边缘利益的。

法律完美主义对刑法的支持更常见于另一类立法，禁止色情的法律是其中最典型的一类。完美主义者在此对刑法正当性的论证很难以某个“宣教示例”或大量发行的“教育”手册表现出来。以坏撒玛利亚人法律为例，完美主义者设立了一个对他人的义务，当中包含着某种涉他美德，如果拥有这种涉他美德，人们就会变成更好的人，最后，造就此等道德利益正是设定该等义务的理由。但就色情问题而言，论证就只能关乎涉己义务，因为法律针对的是个人内在的好色之心，即使所涉行为完全为私下实施且不涉及他人。“你不能看这些东西，它们会使你的品性变坏，相信我们，我们是知道的。”

实际上，阅读色情作品的习惯与阅读假正经的作品一样，都不会引起加强累积反应。我们不能因此而对个人的文雅、修养、观察力、敏锐性等有所期待。仅仅靠禁止没有营养的经验并不能对人的精神层面提供滋养，只有在启发和激励下自发而真诚地作为才是品性的表现。禁止不能促进美德和情感的作品（如色情作品）比要求作品提升道德更容易，最主要是因为国家不能强迫个人从他并不欣赏的东西中获益。通过设立坏撒玛利亚人法律，国家可以强迫实施善行（无论其对个人品性的影响如何），但以法律禁止色情作品，国家既不能造就善行，亦不能提升品性。²⁶充斥色情的“邪恶”内容完全可以被不包含色情却同样“邪恶”的内容取代。如果他一开始就不能认同这个说法，那么，就刑事禁止进行说教的文章如何能够劝服色情作品的读者，他被剥夺阅读其喜爱作品的权利却是为了他好？再天花乱坠的论证也只是在回避问题的实质，一开始就有必要显示，淫荡的思想是内在

的恶，不可能属于一个品格优秀的人。还有一些观点认为，虚幻的色情描述会使人们对现实生活中的性经验和性行为产生错误认识，积极的缓解方法应该是性教育或好的（真实的）有关性的文学作品，在防止自我损害方面，它们比刑罚威胁更有效，也更经济。

五、解读有关刑罚的德育理论

除了伯吉斯－杰克逊的文章之外，最近，对犯罪化——尤其是阻吓威胁的要素——是否可以提升被威胁者道德品质的问题，很少看到具体的讨论。不过，有关切实的刑罚（与作为威慑的刑罚相对）的正当性主要在于其作为德育工具的理论则一直层出不穷，捍卫者也辈有人出。或许，在 20 世纪哲学中最容易理解的论述当属 J. E. 麦克塔加特²⁷、赫伯特·莫里斯²⁸、罗伯特·诺茨克²⁹和简·汉普顿³⁰，但我此处仅限于讨论汉普顿教授的文章。在她看来，刑罚“传递出的道德信息意在教育受罚者和其他公民，何为违法行为的非道德性……”³¹她胸有成竹地论道，宣教并非刑罚的全部意义，却是刑罚的本质特征及其正当性的依据（寻求其正当化时）。“刑罚”，她补充道，“[也]像是电网”，隔离出禁区：

想想动物试图离开牧场，却一头撞上电网所得到的教训。通过对痛苦的体验，多次遭遇电网之后，它就知道该离电网远点，老老实实在牧场里。人待在同样的牧场中时，也会获取同样的信息，得到同样的教训——“如果你不想痛苦，就不要试图越过电网所框定的界限。”但是，和牧场中的动物不同，人会去思考电网设在那里的原因，会去厘清其自由边界设在彼处的道理。³²

这个例子将汉普顿的想法表达得很清晰。和黑格尔一样，³³她希望能够将刑罚之于人的作用与惩罚之于接受驯化的狗的作用区分开来，刑罚改变反社会行为的方式应与自由和尊严相一致，并以此（至少在部分范围内）被正当化。

汉普顿的刑罚理论并不特别关乎刑法的道德界限，也不与自由主义反对完美主义作为一项限制自由原则的立场相关。她的理论告诉我们，使用刑罚（按照斯金纳的理解，即附加了指导个人理性和自由意志的“道德信息”的不利后果）作为禁止的后盾为何是正当的，而并未告诉我们，何等禁止方为正当。相对而言，本书的问题并非（或者并非仅仅是）为何汉普顿的电网可以通电，而是为何电网可以设置在那里。可以理解的是，汉普顿以严重痛苦将其理论分别与我所称之法律完美主义及她所称之“国家家长主义”区分开来。家长主义（作为一项限制自由原则）的反对者“反对国家通过法律限制人们的涉己行为（与对他人的行为相对）。他们并非反对，国家在个人违反法律（禁止损害他人）之后对个人进行处罚，对犯罪人是希望善，而非恶。”³⁴汉普顿告诉我们，“什么样的内容应当成为法律？”或者“立法的适当范围何在？”之类的问题，“教育理论给不了答案，因为这类理论总是认为，刑罚出现在违法之后，并不会论及实质法律强制的伦理依据。”³⁵当然，这意味着，尽管汉普顿的理论表面上看和完美主义一致，但针对的却是逻辑上完全不同的问题，在这一点上，反对完美主义的自由主义者并不反对汉普顿的理论。

实际上，还有一种观点认为，刑罚的德育理论本身就包含了否定法律完美主义的前提，或者，至少否定了完美主义可以在不借助损害原则的情况下，单独为犯罪化提供正当性依据的观点。在汉普顿的牧场比喻中，人知道了电网是通了电的，但他和动物不同的是，“会去思考电网设在彼处的原因……并将为何要对自由设限的问题理论化。”

但假定唯一的答案是“使你成为更好的人；这就是原因。”并且，假定服刑者被告知，电网划定禁区并无其他理由，也不去进一步解释为何进入该等区域就不能做一个好人，只不过因为在国家的眼里，不愿进入该等禁区的人就是具有美德的人。若进入禁区即会损害他人并侵犯他人的权利，那么，国家即可就教化问题回应说，“你不可以进入禁区，因为那样一来，你就会变坏，变坏的原因是你损害了他人的利益，国家理想中具有优秀品格的人是不会故意地损害他人的。”道德的教诲皆指承受损害的恶以及尊重权利的重要性，此时，个人美德是次一等的东西。但若被禁止的行为并不会造成对他人的损害，那么，仅以其使行为人堕落而加以谴责将变成无本之木。即使行为的确会造成对他人的损害，但这并未被视为犯罪化的理据，犯罪化的唯一理据是该行为与美德不符，那么，国家就会陷入罗素所嘲讽的斯多葛派立场当中。这似乎就是在说，“这种状态，正如不受损害的自由，是一般世俗认为的善，但这是错的；德性是一种真实而可用的善，是为了他人取得这些世俗的善。”汉普顿的刑罚理论至少也反对法律完美主义，甚至预设了这种对严格意义的完美主义的反对，后者认为，仅凭完美主义，而不借助于损害原则，即可为犯罪化提供理由。

303

即使自由主义者不反对刑罚德育理论，仍有必要仔细检审，因为法律完美主义往往无孔不入。他们总在宣传，刑法对于守法者而言是一种道德利益，因为未违反刑法，他们成了更好的人，对于违法者也是一种道德利益，只要他们愿意接受。后者涉及对刑罚的德育分析，对我来说还有些模糊不清。其论证似乎是，刑罚不仅告诉受罚者，其实施的行为是为法律所禁止的（以痛苦告诉他“不行！”），还传递出“一个教化信息”³⁶，即他的行为是不道德的，正因如此而被禁止。如果他听进去了，学了这个教训，他的品性就会得到提升，这本身就对他有益，而无关他的利益状态。道德信息的效用

“是包含在刑罚内的”。³⁷

上述理据最令我困惑的是，德育如何“包含于刑罚内”？显然，包含法律惩罚的制度确实能够象征性地传递某种内在信息。我本人也认为，刑罚是表达社区谴责和否定评价的传统方式。³⁸但我并不明白，严正谴责本身何以有教育功能，它如何令服刑者明白他之前并不明白的事，即他的行为不仅违法，而且不道德，以及为何行为违法即具有不道德性。因为刑罚具有强迫性，使得道德学家有机会以理性的方法（与汉普顿、黑格尔和密尔讨厌的方法相对）对犯人进行教导和劝说。但需要再次强调的是，严格意义上的刑罚与服刑期间针对犯人的补充措施是相互区别的。严格说来，作为犯罪行为的官方报应，刑罚就是对罪犯施加的痛苦和剥夺，及以此表达的谴责。如果以此种定义理解刑罚，则汉普顿的问题就要解释，为何对罪犯施加的痛苦和剥夺本身能够对犯人进行道德教化。

此外，狭义的“刑罚”还涉及诸多问题。J. D. 马博特在他 1939 年发表的著名文章中对“刑罚”有极好的阐述。他认为，对刑罚而言，
304 阻吓和改善都是“外部性问题”，并非刑罚的实质内容和正当性依据。

事实上，惩罚某人，且正当地惩罚某人，既可能震慑他人，亦可改善被惩罚者，若此等目的皆可达致，则国家当然会变好。但改善和阻吓都只是刑罚的身外物，而非刑罚的内在根据……监狱机关可以通过行刑使犯人身心向善，但它们并不能确保这种成效。而即便未能取得任何成效，刑罚也是也仍是正当的。一些道德学家看出此点，于是将对阻吓或改善的“额外”安排排除出去。他们说，发挥改善和阻吓功能的正是刑罚本身。但我认为，刑罚本身既不能改善犯罪人，亦不能阻吓任何人[只有宣传才会产生阻吓作用]。只有“额外”的手段才能达致此等结果……³⁹

如果马博特是对的，那么，汉普顿就会面临两难：她要么坚守广义的“刑罚”概念，即包含马博特所称之“额外”内容，要么就必须更有说服力地解释，狭义的刑罚本身，在无其他教化手段的辅助下，即可提升人的品性。

汉普顿似乎更倾向于后者，她将法律惩罚与母亲对女儿的责罚相比，母亲不仅仅是为了让女儿今后知道如何躲避责罚，更是“通过说服她来达到阻吓的目的……告诉她，那个行为是错的，所以才不被允许。”⁴⁰或许家长的巴掌能够给小孩子一个教训，因为小孩子总是将父母视为道德权威。（妈妈既然发这么大火，那我一定是做错了。）可是，成年公民并不这么看待国家，至少在民主国家中是如此，因此，当德育理论家认为监禁是“说服”罪犯认同其行为的非道德性的方式时，读者可能却颇觉怀疑。在黑社会的字典里，枪就是“劝告者”，将巴掌视为“劝告”或“教育”也是同样的语言模式。

狭义的刑罚对于那些已经对自己的罪行幡然悔悟的人是有用的。当他步入监舍时，他的忏悔是真心的，对他而言，接受刑罚处罚在心理上实际就是在赎罪、净化、重生。就那些寻求赎罪的人而言，刑罚的道德改善理论有一点道理。但还有很多其他的罪犯并不等着要赎罪，他们要么是狂热的信仰犯，要么是精于计算的冒险者，对于输掉赌局，他们毫无悔意，要么为输掉阶级战争（他们是这样看的）而愠怒，还有些犯人则是反社会人格。⁴¹通过剥夺自由对这些人施加痛苦对保护他人是必要的，但其效果往往是加强他们对社会的仇视，或者使他们明白，下次再做的时候得更小心些——这哪里有什么“道德信息”啊！

六、题外话：伦理相对主义

伦理相对主义的表面说服力更强些，但总体上对道德哲学家并无

裨益。不过，自由主义者反对法律道德主义的立场时，有时似乎正是以相对主义为前提，一些反对者往往以此攻击自由主义的论证。我能想到一些不够成熟的自由主义者在反对法律道德主义时，往往会恼怒地加上一句——“谁能告诉我们何为符合道德，或者何为德性呢？一帮人会这么说，另一帮人会那么说。”自由主义者更明白伦理相对主义——或者至少是一种彻底的伦理相对主义，因为他自己的理论正是某种推崇特定价值的绝对主义。若他的论点在某些地方设定伦理相对主义，而在另一些地方反对伦理相对主义，就等于坐在火药桶上了。迈克尔·桑德尔对此种危险描述得惟妙惟肖，当然，他本人绝非自由主义者的盟友：

相对主义往往是提出问题，而非提出主张。（“谁来决定？”）但对自由主义者所捍卫的价值也可以问一个问题。容忍、自由和公正都是价值，如果不主张捍卫任何价值，当然也就无法捍卫这些价值。因此，以所有的价值都是主观的来论证自由主义的价值是错误的。以相对主义捍卫自由主义是毫无意义的。⁴²

自由主义者最好还是接受桑德尔的建议，在使用相对主义这把双刃剑时应当格外小心。不过，若为保护某些具有冲突性的“道德”而采取相对主义立场的自由主义者也不必害怕自己的论证逻辑前后不一，只要将自由主义政治道德的基本原则理解为某种客观真理即可。桑德尔将伦理相对主义理解为有关“价值”的立场。可以涉及部分、绝大部分甚至所有价值，这取决于其立场的彻底性。毕竟，价值多种多样，包括理想、德性、义务、爱好等涉己或涉他价值，根据社会“最低道德”及其“道德冗余物”以及“核心”规则的外围规则设定的义务（参见第二十九章第二部分），直接涉己或涉他的德性以及有助防

止损害的德性（第一部分），个人及外在倾向（参见第二十九章第四部分），道德及美学等非道德价值，等等。因此，在某些价值上表现出相对主义，而对另一些则不，这其实不存在任何矛盾之处。对于最低道德义务及其衍生的优缺点采取绝对主义的立场，而对其余道德义务采取相对主义的立场至少从表面上看是有说服力的。对于残酷、虚伪、欺骗的不法性，对于禁止杀人、伤害、诈骗和盗窃的做法，的确存在某种超越文化的统一认识；同时，对于饮食禁忌、性行为以及其他一些有时被列为“道德”的价值，则往往见仁见智。当然，观点多元并不意味着真理也是多元的，即使是存在争议性的价值（与道德底线无关）也可能是客观的。认为某些价值是客观的，某些价值是传统的或习惯性的，这种态度并无任何即时可见的逻辑不一致。

乍看之下，自由主义认同一个观点，虽然并非其要义，即某些“道德”虽各有其目标原则，但较其他道德更接近于客观真理。即使如此（这是自由主义者回应桑德尔引文的第二部分内容），法律干涉并不意在推行实名“更真理”的确信或行为。自由主义者的不干涉立场直接源于自由主义政治道德中的绝对内容：“容忍、自由和公正”。而客观正确性（自由主义者可能但不必定承认）并不意味着可以被强制推行——至少需要有损害原则的支持。

能否断言（除去某些鼓吹者的轻率修辞）自由主义的某些教义或论点包含了伦理相对主义的“预设”？在直接检视这个问题之前，问问到底何为理论相对主义是很有用的。它声称是关乎“所有道德”的理论，既然“道德”是指各种行为及人格规范，那么，绝大多数伦理相对主义者必定会认为一些道德是相对的，而另一些道德是绝对的。若我们将相对主义视为权衡后的偏向主张，倒是一种中立的看法。而在它逻辑上的反面，伦理绝对主义则是某种极端的立场。相对主义认为某些道德规范是相对的，绝对主义则说所有的道德规范都是

绝对的。或许最好的确定方法就是，若某种道德理论对规范的理解是相对的，我们就说它是相对主义的理论；若对规范的理解是绝对的，我们就说它是绝对主义的理论。由此，所谓对规范的解释是相对主义的，即指对规范及包含于礼仪规矩和积极法规中的美德的理解模式是相对主义的；所谓对规范的解释是绝对主义的，即指类似对自然法和数学定理的恒定理解模式。

在某些文化中，饭后打一个响亮的饱嗝是一种礼貌，但在绝大多数文化中，这样做都不礼貌。在某些国家，堕胎、赌场博彩或者马路右侧行驶是非法的，但在另一些国家则不是。我们可以理性地争论，何种习俗和法律更明智、更有用、更好或更坏，我们不能因为在很多地方那是更好的礼仪习惯，就称之为更好的礼仪习惯，在鲁里坦尼亚王国，饭后打饱嗝真的很不礼貌。我们也不能因为在英格兰靠右驾驶是违法的，就不顾所在地法律，称靠右行驶就是非法的。相反，若在某个群体中，规则允许或要求打嗝，那么，在这个群体中，打嗝就是好的。若某国规定应靠左行驶，则这个规则作为该国的法律，无所谓好坏。要说某个行为是好的或合法的，必须明确其所在人群或所在国家，否则，就只能被视为一种缺省语，而非完全意义上的评论。我们可能会问，“好的礼貌，由谁判断？根据何种规范判断？”或者“在哪个法域中为合法？”伦理相对主义者主张，就道德规范（或者说某些道德规范）而言亦是如此。他坚称，由科学揭示的自然规律，无论何地都同为真理，无论由何人评论亦同为真理。人的某种决定、行为、设定，哪怕出自如科学家般的高端人士，亦不能影响自然律的真实性。自然律并非任何内心确信，而是与内心确信无关的真理。万有引力定律不会在一些地方有效，而在另外一些地方失效。无论哪个社群一致否定，物体之间的引力与物体的质量成正比，与物体之间距离的平方成反比，都是大错特错的认识。

根据伦理相对主义者的观点，道德规则（绝大多数或其中一些道德规则）是指礼仪规矩和法律规范，而非自然规律。若有某个部落认为，撒酒疯和遗弃年老的父母是美德，那么，在那个部落里，该等行为在道德上就是正确的，尽管在其他地方它们往往是错误的。与之相对，绝对主义者则认为，该等行为无论在什么地方都是错误的，不管有没有人告诉我们，行为人这样做被其所在社群中被广泛认为是 308 对的。

在此，我不想反驳极端的伦理绝对主义，尽管在我看来，它在道德规则方面犯了一个明显的错误。道德规则谴责对他人的不当对待，对他人关键利益的侵犯，以及各种冷酷、虚伪或欺骗性的行为。我在此想要论证的是，反对相对主义的人仍可保持前后一致的自由主义立场。当我们离开底线道德规则及其所包含的最低道德，开始考虑更为积极的美德、作为群体成员的合作及公平竞争的义务时，我认为相对主义就是适用的，即使有一些道德的确符合相对主义的考量，如宗教义务及虔诚的德性，自由主义者既不必感到尴尬，亦不应因此受到攻击。⁴³

那么，何种传统自由主义立场包含了相对主义的内容呢？在密尔讨论损害性问题时，尤其是对身体健康及经济利益的损害时，他特意使用了客观性的语言。在反对以实用性判断为依据对身体、心理或经济上的自我损害行为进行家长主义式干涉时，密尔写道，“……反对干涉单纯个人行为的最有力论点是，一旦干涉，就是在错误的领域进行的错误干涉。”⁴⁴ 另一方面，密尔承认，公共舆论在判断行为造成对他人利益的伤害后果方面往往是对的。因为作为公众的成员，每个人都会受到该等行为的影响，每个人要判断的是他自己的利益何在，以及为何他人的某种行为会影响到自己的利益。在需要判断涉己行为的作用时，他必须就“对他人，何者为好，何者为坏”给出个人意见。要

回答身体、心理或经济方面的损害问题已经很难，而“对个性的损害”问题更是难上加难，在（“道德”）损害的构成要素和判断方面的预设共识很少，因为这须得在因果关系等实用问题之外寻求答案。

就“对个性的损害”而言，耐心不足的自由主义者往往放弃密尔的客观性用语，转而求诸相对主义者提出的问题：“不管怎样，谁来确定对他人的道德利益或道德损害呢？将对利益的损害先放一边，谁来确定何等行为是展现优秀品格的美德行为，何等行为是展现恶劣品格的道德瑕疵行为呢？”在存在误差的危险而无法确定事实的情况下，
309 很难判断何为对他人生理上或心理上的损害；更难的则是（相对主义的自由主义者这么认为）在无法确定事实的情况下，却必得确定何者为道德提升，何者为道德堕落，例如，比较宗派主义者和自由主义者的生活方式，或者比较穆斯林和基督徒的饮食习惯。我们可以说，在穆斯林团体中，吃猪肉是错的（不礼貌的），但在基督徒那里却并非如此，任何一个做法都不是绝对错误的，不能在不考虑特定社区的规则和传统的情况下，判定某个做法在所有的社群中都是错的。我们问“谁来判定何种行为真为正确？”，我们的意思是“没有人能断言，某个行为为真，即可不顾及当地习俗而在所有社会群体中均为真。”另一方面，我们比较两个社群，在一个社群中，暴力备受赞誉，冷酷被视为美德，而在另一个社群里，暴力备受谴责，冷酷被视为严重的道德缺陷，但自由主义者却会加入绝对主义者的阵营，认为冷酷无论在何地均为不道德行为，哪怕当地习俗并不这么认为。所以，“道德”究竟是相对的还是绝对的，恐怕取决于对道德的理解，即我们所指的是跨文化的内在核心原则，还是由特定社群的当地规则所限定的内容。自由主义和相对主义的联系，正可将自由主义与道德完美主义及其他法律道德主义区分开来，后者总会涉及是否应以法律强制推行本地宗派主义式的“道德”。

就以法律推行于社群规范的论争而言，伦理相对主义是一个题外话。自由主义者不需要论证，这些规范仅以礼仪规则或交通规则的方式与群体行为有关，并以此反对法律强制。他们只需要坚持约翰·斯图尔特·密尔所论证的伦理分歧，而不必像一些天真的相对主义者那样，勉强将事实多元推导至伦理多元（伦理真理的多元化）。他们要坚持的是，合乎理性的人在有关各种宗派主义式规范的正确性认识上各不相同，无论原则上有无统一的可能，这种不同的状态都是顽固存在的。这一事实并非表明，如相对主义者合乎逻辑地认为的那样，任何一方（双方）都不对；亦非表明不存在“问题的事实”，即没有理由支持其中一方而不支持另外一方。但它的确表明，限制强制力，尤其是法律强制力作为解决问题的手段总是明智而正当的，因为法律强制力是政治多数派所握有的强力的表现。当我们认可多数派的国家强制力的道德合法性时，尤其是认可其干涉并未侵犯他人权利的个人自治行为时，这本身就是不公平的；（这正是密尔所强调的。）我们并不知道，何等价值当以普世真理之名得到法律的强制推行；有时，分明错误的价值被奉上神龛，指明错误的异见者却被投入牢狱。不那么糟糕的情况则是，明明只是一个“相对真理”，国家却拿它当做绝对真理，以法律强制推行。自由主义中的绝对主义政治道德坚称，无论怎样，对异见者施以惩罚都是绝对错误的。以下为各种情形的示例。

法律完美主义者有时会反对将安乐死合法化，因为勇于承受痛苦就是一种美德，一死了之会妨碍此等美德和品性的提升。在面对人生中各种艰难无助的困境时，坚忍的确是一种美德。但我所提到的法律完美主义者的这个论点却包含着对美德的误解。不断忍受痛苦，坚强自己的意志，只是为着继续毫无目标地忍受痛苦，这并非美德。在此，强迫人们培养德性其实就是以被强迫者的痛苦为代价，推行某种客观错误的价值。

要举出一个将相对美德作为绝对价值加以推行的例子，就得回到欧洲殖民地时期的非洲，在那里，少数人认为的美德却要强行在多数人当中推行，并冠之以“道德提升”的美名（按照推行者的异族标准）。欧洲人将上进、勤勉、节约视为最高美德，而他们试图推行的对象则是身处集体责任体系中的当地人。他们适应自己的环境，在前工业化时代的农村经济中，这是他们得以生存的保障。根据巴兹尔·戴维森的描述，普通的非洲人

……没有积蓄的热情。欧洲移民刚到非洲时，最大的抱怨就是，这些“野蛮人”面对金钱的奖赏毫无反应——他们拒绝金钱不仅仅因为他们对货币不熟悉，不知道拿着有何用处，更重要的原因则是他们不知道仅仅为自己或自己的家庭而活有何意义。在另一种传统中生长的欧洲移民则认为，这等“固执的懒汉”活该受到诅咒。

新教徒和天主教徒就是这样的看法，而清教徒说得最为清楚。“流水不腐”，理查德·斯蒂尔在1684年出版的《商人的呼召》中写道，“最好应打败身体，让它始终处于劳作的呼召下，而不应因骄奢成为弃儿。”此类观点为之后的法律强制戴上了道德面具。在说到1894年自己起草的格伦·格雷法案时——对南非的非洲人征收年税，迫使他们离开家园，像欧洲人那样挣工资过活——西塞尔·罗兹的评论非常典型。他告诉开普省的议会，“你将[使非洲人]改掉懒惰的毛病：你能教会他们勤于劳作，为国家的繁荣作出自己的贡献；让他们回报我们这英明的政府。”穿过此类意见的疯狂声浪，经年之后，征服和“托管”等笨拙的压制方法已经过去，晚近时期，人们开始追问其正确性何在。⁴⁵

法律完美主义并非时时都会被滥用至此。但长远看来,若不能以损害原则和冒犯原则获得正当性理据,自以为是地强推美德的政策很可能造成灾难性后果。这种可能性会进一步削弱完美主义对法律强制的合法性论证,甚至根本无法提出主张。

七、再论损害与无利益

我所定义的狭义法律完美主义是一种利益理论。对自由的限制因对被强制者或第三方人格提升上的积极利益而具有正当性。这一理论主要有两种形式,一种是极端家长主义在道德主义立场中的对应物,另一个则是损害原则在道德主义立场中的对应物。家长主义版本告诉公民,国家正当地动用强制力不仅是为了防止(道德)损害,而且还是为了他自身的积极(道德)好处。利益原则则是损害原则在道德主义立场中的类似物——道德上有利于他人的原则——认为,若强制 A 在道德或其他方面有益于他人,或者是特定第三方,如 B 或 C,或者是一般大众,则该强制就是正当的。除在间接层面之外(第一卷第四章),我们尚未一般性地讨论过利益理论。人们更熟知的利益是指生理、心理及经济上的利益,或是将一般福利利益提升至更高层次的利益,或是实现更多的特定目标利益。为着完善利益理论,眼下这个理论还值得讨论一下,不过这方面的讨论很快会涉及政治理论问题,那时我们就不必跟进了。

输送利益的法律家长主义(定义表,第 xx 页原则 9)显然是比为防止损害的法律家长主义(定义表,第 xix 页原则 4)更为极端的版本。若我们在第三卷中反对法律家长主义的论述是有说服力的,那么,对极端法律家长主义的反驳就更不在话下。易言之,即使是为着防止损害(利益的阻退),限制个人自由也不具有道德合法性,那么, 312

为着给他利益而限制其自由当然就更难自圆其说。基于同样的原因，我们不能回避讨论一般性的利他原则，因为我们并未反对其温和版本，损害他人原则。我们已经论证，防止对他人的损害是法律强制的一个好的理由，或许，我们事先所能知道的就是，积极地利及他人也是法律强制的一个好的理由，亦即使他们超越初始状态或正常状态的水平。或许我们不仅应该给他人以“利益”，否则，对他人即有损害性（他们需要）；而且还应给予更进一步的利益（适当意义上），否则，对他们并无损害性（他们不需要）。这就是本节我们可能得出的结论。

能自然想到的有关天上掉馅饼的利益输送示例绝大多数都是金钱方面的，而认为这些应该是道德义务而非法律义务的想法似乎有些荒谬。若我随机走到一个穿着体面的路人面前，给他“一些好处”（除了钱或值钱的东西，还能是什么呢？），比如 100 美元，我的行为似乎毫无意义。我的善举并不能给我善名，我没有义务给钱，他也没有权利收钱。他既非“该得资助的贫苦人士”，我的捐赠亦非慈善之举或履行“慈善义务”；相反，这不过就是一个单纯的慷慨之举，我随机发出的礼物，对那个路人而言纯属天上掉下的馅饼。说我是自愿为之似乎有些荒谬，若说法律强制我为之当然更荒诞不经。

自由主义者在仅承认损害原则和冒犯原则的同时，还有一个传统的有力论证即是，不应将强迫施惠的法律正当化，亦即不仅仅要求不损害，还要求给出好处。政府对大功率望远镜的补贴只有极少数人需要，这些人对宇宙抱有强烈的好奇心，对所有人而言，这种资助算是慷慨，却非必要。对人人都应对戏剧公司、交响乐队、人文艺术直至深奥难懂而“毫不实用”的科学研究提供资助的要求也可以作出同样的评论。和人人交钱给警察部门以保护众人不受损害的义务相比，这种要求似乎不那么公平。

詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬 1873 年反对密尔时就是这个论调。说到我给出的这些政府强制资助的例子时，他写道，

这些情形没有一个能以常用的语言说清……它们是为着防止对他人造成损害。每一种情形中的强制都是为了实现执行者所认定的好目标，每一种情形都……受到密尔先生所持原则的谴责。实际上，如他所述，该原则……谴责……未经纳税人同意的抽税行为，除非……[其目的是为着防止对他人的损害]……强迫不情愿的人资助大英博物馆和宗教审判一样，都是对密尔原则的严重违反。不过，他本人倒并未在意或有所坚持，而我也说不出更多来……⁴⁶ 313

斯蒂芬提出的问题当然并非仅是为着将对大英博物馆的资助正当化，而是为着将税收制度正当化。另一方面，本书的问题则是要将另外一类限制自由的立法，亦即设立罪名的立法正当化。税收制度制造的唯一罪行就是逃税（广义上包括骗税）。损害原则可以证明该罪名的正当性。若不设立逃税罪，就没有有效方法可以获得公共财政开支，至少其中的某些开支是人人皆有需要的（法庭、警察、军队、社会保险等），还有一些则是部分人需要的。因此，对该罪名的正当化不存在不可克服的障碍。斯蒂芬就税收制度提出的一般性问题将我们带入之前尚未涉足的政治理论领域，当然，我们也不会在这个方向上着墨过多。一般而言，那个问题是，如何使有关以公共财政开支计划的立法正当化，包括该等计划如何列入财政，谁该纳税以及如何纳税等。和决定何种行为应以刑罚为威慑予以禁止的问题相比，这些问题更加复杂，我们还是不要指望凭着“某个单一原则”就可以给出答案。

斯蒂芬认为会给密尔带来问题的税收法案可以将绝大多数公民

分为四种类型：（1）无立法，则利益会受负面影响的公民；（2）有立法则受益，无立法则受损的公民；（3）利益不受立法直接影响而“漠不关心”的公民；以及（4）有立法则直接受损的公民（假定属于第（4）类的公民很多）。若纳税法案通过，所有纳税人都会遭受金钱利益上的损失，第（3）类和第（4）类人将遭受净损。若立法者承诺的
314 利益少于因征税造成的损害，那么，第（2）类中的一些人也会遭受净损，而预期的利益超过支付成本的另一些人则是净利益获得者。第（1）类的全部成员——通常是很少的人——都将是净利益获得者，他们获得了为防止受损而需要的东西，而提供保护的代价却由大众分担，这将使他们因付出金钱而造成的损害被稀释到他们认为合理的程度。

斯蒂芬忽略的重要一点是，总有一些人是属于第（1）类的。如
果大英博物馆得不到财政支持，他们的利益就会遭到阻退，而绝大多数人纳税都是被迫的，即使有一天大英博物馆消失，他们也不会受损。但对于直接依靠博物馆文献资料的学者而言，没有这些资料将阻退其最重要的个人利益。这个事实本身并不能自动使对他人征税的规定正当化，但它可以表明，支持大英博物馆的立法就是向一些人征税可以防止对另一些人造成损害，以及，向一些人征税可以给另外一些人（第（2）类人）提供好处。

还有一点也很重要，那些不会因大英博物馆的倒闭而受损的人，可能会因为其他领域缺乏财政支持而受损——削弱对视觉艺术、理论研究的资助或不再对教会免税（间接资助）。这意味着应该对整个制度加以正当化，而对各个具体领域的资助则是自然的结果。若整个制度是公正的，那么，即使对某些领域的资助会令一些人成为净受损者，这些人也可以忍受，只要在另外一些领域中他们有公平的机会成为净获益者。几乎人人都认为，这种动态利益系统比其他一些臃肿笨拙的制度更好，例如，总是要求全体一致性的制度。

至于政治制度，要说的内容很多，因为正当化的主题是规则和习惯的复杂综合体，此外还有众多细小要素和副产品。这个复杂综合体的部分要素是民选立法机构，以多数原则推进程序，制定法律以限制权力、禁止或规范行为、征收财政及确定财政开支计划，这又会涉及另一些法律设定的程序和权力。这个体系代表了一般公民和群体的利益和期待。如此一来，某个公民虽然在某个计划中作为少数派不过是被迫交钱，但他完全有可能在另一个计划中作为多数派而受益。不同的计划有其不同的被保护者、受益者以及漠不关心者，每个计划都意味着（可以期待的）“一些人赢、一些人输”，没有人会觉得自己完全被忽视了。每个财政开支计划都有其合法性（尽管具体到个案，它们未必尽善尽美），作为合法程序的结果，它们具有道德合法性，如果没有这一整套复杂的制度，那么，每个人都可能成为净受损者。这就是以法律强制公民就特定计划付钱的正当性所在，如对大英博物馆的财政支持，尽管一些公民未必情愿，也未必因此受益。公民付了钱，就有机会获益，他们不会总是赢，但他们也可以就其终极利益免受损害而获益，尽管他们的终极利益未必是很多人的共同利益。 315

如斯蒂芬所理解的，以他人的损失为代价而获益并非法律强制具有正当性的实质理据。利他原则是一个愚蠢的原则。若某个显然并不愚蠢的法律强制只能以这个原则作为正当化依据，那也是因为有另一个更复杂细致的理据藏在背后。这些理据表明，整体公众及制度实用性在某些情况下允许向一些人征税，以“利于”另一些人。此时，并非“利他”原则为逃税罪行提供正当性依据，因为若逃税不是犯罪的话，这个利益系统就无法运作，那意味着极大的公共损害。将未能向税收基金缴纳应当承担的税额认定为犯罪并非偶然的做法；不存在因为未能缴税支持大英博物馆而构成犯罪的道理，那样的话，为逃税罪提供正当性理据的就只能是利他原则了。

这个政治制度容许法律强制未受益者为保护或 / 且利于他人付钱，要对其合法性理据进行详尽而精准的描述已经超出了本书的范围。但我还是愿意简单勾勒一下此合法性理据的某种形式。正当性理据的补充模式可以采用集体行为理论中的一些新技巧。⁴⁷ 如果不愿交钱的人被豁免，那么其他人分摊的份额将上升，这又会使更多的人不愿交钱，于是份额进一步上升，如此等等。公民们都会发现，他们付钱，其他人也付钱，一旦人数足够多，单个人的份额就会下降到合理程度，这符合他们的个人利益。但若预期的合作缺乏保障，一旦很多人不参加，就会导致参加者负担过重。那样，立法就会失效，不仅会剥夺那些本来心甘情愿缴税的人获得并非必需的利益，还会使那些有着真实需求的人的利益被阻退。即使因为多数人的参加而使得份额处于尚可接受的程度，却也无法将没交钱者排除到受益的范围之外。⁴⁸ 那些让他人付出代价而搭便车的人，可以白白地分享利益。这些我们熟知的困境及其他一些类似的复杂局面给出了有力的理据，强迫性规则对每个人来说都是某种初始利益，在各个特定领域，总有大多数人可以花公共奖池中的钱，而这些钱也有持异见的少数派的贡献。

八、有条件地接受强迫性规则：简论集体之善

在很多情况下，表面上的自我牺牲其实对群体的每个成员都有好处，前提是多数或者所有人都这么认为。在最简单的情形中，协调一致本身就是一种集体好处。在马路的哪一侧行驶最好有一个有约束力的惯例，否则对谁都不好，若人人都同意靠右行驶，那也就意味着大家都相信其他人都靠右行驶。有规则总比没有规则强。立法者以刑罚为威慑制定的合作规则是正当的，前提是所有的人都自愿同意遵守这个规则，而如果某个人定会这么做（实际上是规则确保他这么做），

那么其他人也都会照做。该等规则的理据源于损害原则，尽管这个原则适用于合作规则时，不像适用于其他立法时那样直接，因为此时最大的损害是没有规则的杂乱无章，而非某个单独的损害性状况（如骨折）。

另一种情形是，强制性规则的主要理据在于使每个人都确信其他人也会同样行事，此时，损害的产生不仅仅因为缺乏合作。试举一例，非刑法，而是某个个人组织，如国际奥委会或其他国际运动组织制定的有关体能运动的规则，如标枪、摔跤或举重的规则。内容是是否应该禁止使用类固醇药物以增强体力。运动员可能会解释如下：我在其中存有两项重大利益：（1）公平地赢得奖牌的竞争利益，以及（2）健康。一位权威人士写道：“美国运动医学学院和其他医学团体警告使用药物具有严重的副作用，至少在高剂量使用的情况下会导致对肝的损伤、动脉粥样硬化、高血压，甚至降低男性的精子活性。”⁴⁹若所有的运动员都使用类固醇，那么，我要么选择危害自己的健康，要么失去公平竞争的机会。总之，我要么会这样受损，要么会那样受损。而禁止性规则将使我避免受到这样的损害，符合我的利益，同时也符合我的对手的利益，因为如此一来，我们都可以既保住健康，又不必害怕在竞争中处于不利境地。既然它可以保护所有参与者的利益，那么，依据损害原则，这样的禁止性规定就是正当的，它所要求的行为表面上看是某种自我牺牲，但却能确保大家都遵守同样的规则，因而最符合我的利益。我和我的竞争对手都愿意看到这样的规则，亦都乐于遵守这样的规则。

强制性规则通过以后，就不需要再表达新的同意。它就是“白纸黑字”了。新加入的运动员不必正式表示同意，也不会有人因此质疑规则的正当性。运动员发出的同意并非（或者不仅仅是）假定的理性同意，而是说，只要他们是理性的，就会同意。（第三卷，第184—186

页),但可以假设,如果真的被问及,他们会表示同意,因为我们假定他们都是合乎理性的人。这并非未经同意强加注意义务的家长主义式做法,其合法性在于它所防止的损害,不必承受身体痛苦以避免不利的竞争位置,这是竞争双方都不愿面对的。在此并未加入新的非自由主义的合法性原则,不过是损害原则以某种更复杂的方式为此强制性规则重构了正当性理据。若无此强制性规则,情况会变得很糟。就像霍布斯描述的自然状态下的居民,每个运动员都不得不伤害自己的身体,出于自卫,其他人也都会伤害他们的身体。每个人都成为其他人的强迫者。以制裁为威慑禁止使用类固醇的规则可以使所有受制于它的人都被解放。该等规则因防止每个人被迫施加于他人的损害而具有正当性。这种正当化解释当然是自由主义式的,它既非家长主义,亦非道德主义。

结 论

一、对自由主义作最有力的论证

如此长篇幅的书应该有一个简短些的结论。就分布于四卷本中的各子主题论证分别进行总结似乎并不明智。本书对诸多问题进行策略性分类后，将其置于组织化的一般性框架中，使之成为一个整体。对其中很多问题的分析论证，在此哪怕只作简略重复亦无必要，例如“道德损害”、死亡损害、“不法生育”诉讼、坏撒玛利亚人法律、环境损害、模仿犯罪、冒犯性滋扰、对尸体的不当处理、器官移植政策、“单纯知晓”问题、“斯考基式”的表达自由案件、色情、“挑衅性文字”、广播节目中的淫秽语言、个人自治与家长主义、合理风险、危险药物、强制佩戴保护性头盔、神经官能症、强迫力、欺诈、自愿与醉酒、自愿与抑郁、自愿安乐死、生前遗嘱、集体损害、文化变迁、文化变迁的语言及进化模式、社区、传统、异化、道德的内涵、报应刑、剥削、转卖门票、敲诈、个性的内涵、伦理相对主义及其他问题。我希望细心的读者可以很容易地找到这些子主题，本书虽是个整体，但读者亦可对这些子主题单独阅读及评价，它们当中至少应该有一部分是对的。我希望这本书不仅仅被视为相互关联的论文的松散集合。贯穿全

319 书的意图是使自由主义成为刑法道德界限的可靠依据。

尽管详述至此，有关问题仍未有清晰的答案，即本书所理解的自由主义是否正确。我已尽最大努力修饰它、界定它，面对温和的“反驳”护卫它，以规范补充其内容，以法谚调和其适用，为它定义新的构成术语，承认明显的例外，让它身段柔软地嵌入似已无法调和的情形，辩证地发挥它的作用。四卷书的论证是一个曲折的过程，要避免不可预见的障碍，调整前进的方向，抛弃不必要的负累，在百转千回之后凭着司南的指示回到既定的航线。疲惫不堪的自由主义读者自然明白，自由主义已伤痕累累，就像伏尔泰笔下的天真汉，不断遭遇土耳其强盗和各种陷阱。对此，作者实有同感。

自由主义的确有几处毋庸置疑的软肋，正因如此，我不可能宣称自由主义就是真理，或者——正如我——宣称法律家长主义和法律道德主义是谬误。与之相反，我试图找出传统自由主义最为核心的教义，选取其中合理的或者具有替代性的内容，形成最具说服力的自由主义。相对松散且处处软肋的理论使我无法像密尔在《论自由》中那样断言，它就是“那个唯一的原则”，我们需要一个更为复杂的解读。不必对此大惊小怪，因为与之相对立的那些限制自由原则，个个貌似有理，且拥有众多睿智而体面的拥趸。在反驳这些原则时，我总会时时提醒自己，这些原则当中均可能包含合理内核，而若仅仅采纳损害原则和冒犯原则，我们的理论将碰到极大的困难。每当我非得作出妥协，对我的自由主义理论进行修补时，都会尽量使这种修改不致走得太远，若非如此小心，我的理论很难说还能被标签为自由主义。（最后，如果最终出炉的理论仍被称作“自由主义”，则自由主义的定义本身也得作出相应修改。参见以下第二部分。）

前文中种种支持自由主义的努力通常以增补条款的方式进行，亦即加入原本没有的内容。例如，将法律上的个人自治解释为某种绝对

的个人管理权,以免自由主义受到潜在的攻击,如法律家长主义会说,“自由”只是价值之一,在合理评估行为对个人好处的情况下,可以被其他价值“超越”。如果不采用如此强硬的定义,我担心自由主义只能坐以待毙。这个结论也可以被视为本书的核心主题之一。它对判断自由主义是否为真理究竟有多么重要?显然,它并不会直接给出答案。它只是表明,若缺少自治理论,则无论何种版本的自由主义都有所不足,在其他条件等同的情况下,包含了此等自治概念的自由主义比未包含此内容的自由主义更可能自足自治。

换句话说,我试图在本书中告诉那些可能会成为自由主义者的读者,要获得自由主义对他的承诺,他的理论需要付出哪些“代价”。如果将自治解释为个人主权不对他的胃口,并希望处处规避,那他可能就得向法律家长主义交出些地盘。同样地,我曾论及(前文,第55—62页),“若两人每人都在如何度过人生中存有利益,则于生命中存有的利益更重要。”这部分是因为这个结论与个人主权概念最协调,部分是因为,若无“重要性”准则作为补充,自由主义者极易被打上“不纯正道德保守主义者”的标签。在此再次强调,我的意思并非说自由主义是不证自明的真理,没有这些补充,自由主义将极易受到攻击,我认为可以在保持自由主义的立场的前提下,容忍非自由主义的法律。对于相互冲突的损害的相对重要性判断,自由主义者不会上钩,但面对拼死反对,他们不得不作出决断,其所信仰的理论体系是否代价过高,以致不能使它试图提供的保护正当化。若代价超出极限,则我们于日常生活中所理解的自由主义将不得不被抛弃,而社区对“无害的私人行为”的禁止肯定会在某种情况下被视为正当。另一方面,若代价不算太高,则以其“语言上和历史上的适当性”,就重要性提出的准则仍属于被称作“自由主义”的最具说服力的真理。

二、迟来的再定义

在建成“最具说服力的自由主义”之前，还有最后一个进程上的调整。按照我们现在的立场，严格定义的自由主义本身不仅没有说服力，甚至显然是谬误！要弥补这种尴尬，不是继续证明那些明显的谬误具有说服力，而是应重新调整概念系统，使自由主义重新成为值得信任的理论。我所认为最有力的那个理论是否适于被称作“自由主义”的问题并不有趣。毕竟，“自由主义”不过是个名字。其次，无论我们对这个理论的论证多么精确，仅仅依据其名字，无法填补那宽阔的留白。“自由主义”，我在第一卷写道，“就是要保证支持自由”。（第14页）但这种假设的程度究竟应多强烈呢？“在一个极端上，它总是具有决定性，而在另一端，它可能被无数限制自由原则所凌驾。”在进一步的界定下，自由主义其实就是程度问题，它取决于自由主义者认为有什么样的理由可以超过自由。自由在决定的天平上权重几何？需要何等价值方可超过自由？任何自由主义者都会说，和其他考量相比，自由有着“实质价值”，但究竟价值几何，在没有更准确的度量方式之前，自由主义者内部仍有争论的余地。因此，“自由主义”仍很抽象，它意味着将自由作较高层次的衡量。人人（几乎）都“信”自由，但到底该信到什么程度、爱到什么程度才能成为一个自由主义者呢？

我很快就会回答第一卷导论中提出的那个问题（第14—15页）。作为一个自由主义者，他对自由的评价必须远高于那些反对自愿受损或“无害的不道德行为”的人：“我们根据本书的主题定义自由主义的立场，即经过澄清和限定后的损害原则和冒犯原则已可穷尽刑事禁止正当性的全部理据。家长主义和道德主义考量在刑事立法方面毫无意义。”到第四卷，这个定义显然是指非常热爱自由的人才能成

为“自由主义者”，但这种表述因过于极端而不具有“论证力”。我在给各种限制自由原则下定义时，总是小心避开充分必要条件方面的用语，而代之以“总可以成为相关理由”。因此，我所定义的自由主义是指，为了防止明显的恶（自愿受损、与人无涉的恶，如无害的不道德行为，以及不公收益），这些恶并非怨愤的依据，从技术上说是“无害的”，也是无关的，完全不应成为刑事禁止的理由。但这种立场显然过于极端。防止恶的必要性至少应该被视为某种理由，在权衡的天平上有着某种权重，尽管可能只有很轻的分量，但不能说它在任何情况下都像眼球的颜色那样毫无分量。当然，这种妥协是很轻微的，只是修正某个不足的定义，并未对实质内容造成任何明显的改变。但它却立即将我们的注意力转移到一个重要问题上：防止何等恶方为刑事禁止的好理由？回应这个问题时，自由主义者会想让自己的立场更坚定些。 322

在对作为理据的限制自由原则进行定义时，我们可以在六个变量中进行选择。第一是时间形态方面的限定词：总是，从不，有时。第二是一致性方面的不同程度：相关（最低权重），好（实质性意义），充分（决定性意义）。所有主要的强迫－正当化原则（损害原则和冒犯原则，法律家长主义，法律道德主义）及其子原则（如道德保守主义，严格道德主义，剥削原则，法律完美主义）所陈述的理由至少得是有时相关的。不过现在我可以这样说，所有这些理由总是相关的，不过往往只有很微弱的相关性。

反对家长主义的论证可能看似是这种一般性描述的例外。我们已经在涉己行为范围内赋予个人自治以绝对的重要性（王牌效应），这意味着在权衡的天平上，避免个人伤害，包括自愿受损，都毫无意义。我认为，要说清这个问题，最好这样表述，即个人自治并非某种利益，它不会因为和另一个利益相冲突而必须放在天平上权衡。自治根本就

不该被放在利益权衡的天平上。不逾越个人自治的边界是立法者的绝对义务。就一般的利益来“权衡”此义务，劳伦特·弗兰茨（Laurent B. Frantz）有类似的评论：“一个人对新汽车的需要只能和其他希望花钱买车的人的需要抗衡，而绝不能和‘不许盗窃’相抗衡。”¹不过，自愿受伤、死亡、被打断脊背、心碎等都是某种恶，即使因其不存在侵权而无人怨愤，防止恶是行为的相关理由。这一点不应否认。问题是，这个理由在面对个人自治这个处理涉己事务的绝对“王牌”原则时，只能“忽略不计”。如果不是太认真的话，也可以用数字类比来帮助说明。一般的数字，甚至是很大的数字，在无穷大面前只能视为零。

防止恶总是刑事禁止的相关理由，但仅仅相关并无意义，除非是实质上的或者是强烈的相关性，方可成为一个不会被忽略不计的“好理由”。防止对他人的损害总是刑事禁止的好理由。总是自由主义的核心内容，也是“道德常识”。当需要防止的损害足够严重，满足各种调和法谚，且司法成本合理，那么，防止对他人的损害就不但是一个好理由，而且是决定性的理由。我们说到损害原则或冒犯原则时，说它们总能为刑事禁止提供相关理由、好理由，且常常是决定性的理由。如果总是将对自由的干涉作为反对法律强制的好理由（支持自由的前提就是这个意思），那么，在自由主义者看来，防止对他人的损害总体上是一个非常好的理由。另一方面，按照之前的解释，为了防止行为入自己利益被阻退也应该是一个相关理由，但若要干涉完全自愿的行为，却绝非一个好理由，因为此时它突破了行为入自我管理的界限，侵犯了他的个人自治，而非仅仅侵犯了他的自由。

最后，那些“无人怨愤的恶”未侵犯任何人的权利，且 / 或未阻退任何利益，但既然它们是恶（在某种意义上），防止它们总是刑事禁止的一个相关理由。但这种恶，尤其是与人无涉的恶，绝不会——或者几乎不可能——成为好理由，更不太可能成为决定性的理由。“几

乎不可能”、“不太可能”等限定词反映出心软的自由主义者在面对法律道德主义者提出的强力反证时（在以下第三、四部分提及），不可避免会陷入摇摆。至少目前，我们可以小心地将自由主义立场定义为，防止损害和冒犯是设定刑事禁止最好的，也是仅有的能够超越自由的理据。简言之，它们是仅有的总能证明犯罪化正当性的好理由。其他原则至多有时（偶尔）为犯罪化给出好理由，还得取决于如何界定无人怨愤的恶，为防止何种危害等要素。实际上，到目前为止，就无人怨愤的恶（既无损害亦无冒犯，亦无任何侵权）给出的示例都非常严重，以致连自由主义者（若他敏感而诚实）都同意，防止它们是犯罪化的好理由，而在极端情形中，甚至是非常好的理由。不过要说明的是，按上述定义理解的自由主义，即使作出此等妥协，亦不会令立场前后不一。 324

如果我们将法律道德主义按照类似其他限制自由原则的格式重新定义，则我们的论证前后逻辑将更加一致。按前面各卷的定义格式，开头都是“它总是支持刑事禁止的好理由……”，而法律道德主义的定义，无论是狭义的还是广义的，开头的是“国家基于此而禁止特定行为的做法可能在道德上是合法的……”。按照这些定义，“谨慎的自由主义者”已准备好承认，在极端情形中，某些道德主义的考量（无害的不道德行为）可能成为刑事禁止的好理由，但这只能说明他根本不是合格的自由主义者，因为他们既主张某些道德主义考量可以成为好理由，又声称只有损害和冒犯原则才能成为好理由（自由主义的定义），二者是矛盾的。若我们重新界定法律道德主义，使它与其他限制自由原则的定义格式一致，矛盾即会消失。现在，法律道德主义的定义是，防止为人怨愤的恶或无害的不道德行为总是支持犯罪化的好理由。谨慎的自由主义者即使承认法律道德主义考量偶尔可以作为犯罪化的好理由，仍会觉得这样的定义太过强烈。此时，他可以保持

他的自由主义立场，仍坚持仅有损害和冒犯原则的考量才能总是成为犯罪化的好理由。²

我们现在可以区分开谨慎的自由主义者和强硬的自由主义者，前者认为，仅有损害原则和冒犯原则方可给犯罪化提供好的且往往是决定性的理由，同时，他们也承认，法律道德主义有时（偶尔）也可以提出好的理由。另一方面，强硬的自由主义者则坚称，损害原则和冒犯原则不仅总是给出好理由，且往往是决定性的理由，并且，只有这两个原则能够提供好的或决定性的理由（其他理由当然也可以是相关的）。（这种区分和我们之前就极端自由主义和温和自由主义作出的区分并不等同，前者只承认损害原则，后者则兼采损害原则和冒犯原则。）强硬自由主义是我在本书一开始捍卫的立场，而谨慎自由主义则是我们必须作出的退让，因为法律道德主义者提出的某些示例实在难以解决。

325 三、顽固的反例（1）：帕菲特提出的不当孕育的婴儿

我在各类假设示例中的斗争贯穿本书始终，那些支持自由主义立场的，我必要捍卫，那些反对的，我也必要驳斥。在第二卷中，示例是我自己提出的，我试图通过它们表明，损害原则并不足以解释所有的刑事立法，但这些立法确是正当的，于是我以冒犯原则作为补充。在第三卷和第四卷中，在纳入自由主义所能纳入的各个限制自由原则之后，我成了辩护方，并从自由主义的对手那里拿来示例。我和几乎所有的反例搏斗，试图说明在这些反例中并不需要非自由主义原则的理据。这些反例均未能说明犯罪化的必要，包括禁止无人怨愤的行为是正当的，应以刑法维持传统生活方式，不当获利行为即使无被害人亦应被犯罪化，应当禁止阻碍成年人提升品位和品性的行为。

反例中给我带来最大麻烦的是“具有福利相关性的无人怨愤的恶”，包括自愿冒险导致的死亡或生理伤害（第三卷），以及使“被害人”避免更糟糕后果的伤害行为，后者总体上并未阻退“被害人”的利益，因此他们并未受到侵犯（第二十八章第八部分）。总的来说，反驳其他类无人怨愤的恶要容易些，亦即与人无涉的恶。尽管有关无害的恶的某些示例像一只“硕鼠”（前文，第 67 页），防止它应该是刑事禁止的好理由，但即使此时，我仍怀疑这个好理由能否好到足以限制自由的程度。

在与福利相关的无人怨愤的恶的反例中，最困难的情形要数“帕菲特婴儿的问题”（前文，第 27—33 页）。在这个故事最戏剧化的版本中，一对夫妇在服药的情况下故意怀孕，明知胎儿出生后会带有不可治愈的残疾——当然，也没严重到使孩子觉得不如不降生为好——其实等一个月再怀孕就可以生出健全的孩子。孩子以一种损害性（残疾）状态降生，但他的父母并未损害他，因为若非如此，他根本就不会出生（按照道德要求）。从理性上说，他还是愿意降生的，即使带着残缺降生，也比没有生命好。并且，他的父母亦未侵犯他的权利，因为他并不能有更好的选择。因此，他们对他们不应抱有怨愤。家长“必须受到谴责是因为给这个世界造成了这样一个恶，而不是因为损害他人或者侵犯了他人的权利。”（第 28 页）不过，当他长到懂事的年纪时，对父母产生激愤之情也是可以理解的。 326

面对帕菲特婴儿问题，自由主义者有三个选项。第一，他可以扩张怨愤的内涵，使其包含某人（“被害人”？）对恶意的偶然性恩主所抱有的可以理解的激愤之情，哪怕总体上他并未受到那个恶人的损害或不法侵犯。我的确认为（第 31 页），孩子对父母的不满是不可避免且可以理解的，因为当中包含了某种“个人”的东西，可以将这种不满称之为“激愤”。但在个人意识中，激愤和个人怨愤的感觉往往

容易发生混淆，实际上，它们的内涵互不相同，帕菲特婴儿很难让中立的外人相信，在若非如此，他并无更好选择的情况下，父母的行为使他受到了损害和不法侵犯，或者受到了利用。因此，要将“恶意怀孕”认定为犯罪，只能借助损害原则以外的依据，假定依据道德主义原则，那么，即使没有特定的被害人，将某种不法行径犯罪化也是正当的。

自由主义者的第二个选项就是强硬地坚持既有立场。若他采取这种态度，他就会认定，损害原则不能为“恶意”（或疏忽）怀孕行为的犯罪化提供理据。但他会补充一句——“那好，损害原则在其他情形中适用得很好，我仍认为损害原则是正确的，这种情况下的犯罪化，即禁止总体未造成损害的单纯不道德行为，是不正当的。”这种强硬立场当然最简单易行，但清醒的我并不会这么做。我赞同大多数人对这个问题的“直觉”，即将制造某种本可避免的痛楚的行为犯罪化是正当的。（即使存在这样的问题需要解决，也可能并不存在此等立法的现实需要，且反对它的现实理由非常充分，但这是另一回事。）

327 第三个选项实际上正是我的选择，即将帕菲特婴儿的问题作为自由主义立场的例外。诸如帕菲特婴儿这类恶意或疏忽怀孕的情形原则上可由刑法作出规定，尽管并不存在损害原则所要求的损害发生。自由主义仍可毫无例外地适用于出生后的世界，但对于以作为或不作为的形式导致新生命降生的行为，仅以法律道德主义为理据，也可以说明相关刑事立法是正当的。

这个解决方案并不利落，却是最合乎我们直觉的方案。自由主义作出这一仅有例外，也可能会导致在缺乏逻辑基础的情况下为图方便而屡屡远离原则。为了某个难啃的特例而改变一般性做法，并不总令人反感。再来看一个更为清晰的不当例外。墨尔本的科学家们经过试验得出结论，在C状态下，电子以X的方式活动。但在本多拉进行的

同样试验并未得出同样结果。于是，大无畏的科学家们修补了一下原先的理论，认为电子在状态 C 下以 X 的方式活动，除了在本多拉。当然，这当然不能令人满意，既然存在这个实实在在的例外，那么，如果电子在本多拉不能以 X 的方式活动，它也就不能在其他任何地方以 X 的方式活动。亦即，我们假定，本多拉并无特别之处，不会对电子的活动造成特别影响，我们认为，犯错的物理学家并未解释本多拉的任何特别之处。不过，“损害性怀孕”的特别之处或许令我们相信，它不可能在别处重复发生。使人降生恰恰是为了有害于人，这种例子应该绝无仅有，而以根本不能出生作损害性的比较，这种例子亦应绝无仅有。毫无疑问，这些都要求我们给予特殊考量。³

我在第二十八章总结了对帕菲特婴儿问题的结论，我虽不情不愿地在字面上离开了自由主义，却并未远离它的内在精神。这个评价还需要多做些解释。自由主义损害原则的特别之处在于，它是一个人道的原则。对人的利益的负效应将对人追求完满造成障碍；尤其对福利性利益的阻退，更会给个人带来痛苦和悲惨境遇。任何人都不应毫无约束地损害他人；同样，任何人也不应严重伤害自己，除非是其自治范围内的自愿行为。自由主义作为一项针对国家强制的正当性政策，虽然它反对家长主义式的干涉，却不能对人生的苦难视而不见。实际上，广义上的自由主义本来就认同以法律之外的努力缓解人的痛苦，哪怕这种痛苦是其本人自愿性的结果。只要自治不在议题中，自由主义精神中的人道主义元素就会浮现。就不当孕育的婴儿问题而言，婴儿的自治并不在议题中。并非婴儿自己决定降生于世的，他们并未同意冒险出生（如塞缪尔·巴特勒在《乌有乡》中描述的婴儿那样），他们只是降生到人间受苦。自由主义的字面含义不允许就其父母实施的不法行为施加刑事责任，但从自由主义的内在精神上看，只有对个人自治的尊重才能限制人道主义，如果有人带着与生俱来的残疾降

328

生于世，那么，以刑法禁止相关的孕育行为并未违反自由主义的内在精神。此种情形中，尊重自治并非必要，实际上，没有什么条件会要求法律无视人的痛苦。

四、顽固的反例（2）：克里斯托尔提出的角斗竞赛

在与人无涉的恶方面，给我带来最大麻烦的反例是欧文·克里斯托尔提出的角斗竞赛（第128—133页）。在第三十章中我曾讨论过这个反例，我的反应游走于谨慎自由主义和强硬自由主义之间。特别是在面对单纯与人无涉的恶的犯罪化问题时，我执意坚持强硬的自由主义立场，而使我摇摆不定正是这个精巧示例的成功之处。毕竟，面对单纯的与人无涉的恶，没人需要保护。这种恶既未侵犯任何人的权利，亦未在利益持有者并非自愿的情况下造成任何利益阻退。若该“恶”确为恶，那么，它的出现是令人遗憾的，没有它的世界会更好，可这些并不意味着有人有权对其抱有个人怨愤（个人的感受）。例如，你动动心思，并不会使我获得一项权利。那是你的事，不与任何人相干。不管我同不同意你的想法，我都未曾受到损害，当然，你也（必定）未受到任何损害。或许，最好你别动那点心思，你会为之感到懊恼，但既然没人因为你而情况变糟，为何要制定法律呢（这是自然要问的问题）？

329 不过，克里斯托尔的例子并不单纯。他的意思是，自愿加入、观看的比赛是一个与人无涉的恶。成千上万的观众为血腥的格斗、肉体的痛楚和残酷的场景叫好，单看大众的这种粗俗而不当的反应，实在是令人非常遗憾，想想就让人反感。但如果既不曾允许儿童观看，且参与者和观众均出于自愿，那究竟有谁需要获得保护呢？对于我们这些持反对态度的人，那些观众或许会齐声说，“这可不关你们的事。”

如果这个与人无涉的恶（观众表现出的在道德上不当的反应）只是远远地在一边发生，考虑到这些，略感尴尬的自由主义者可能还会坚持某种强硬立场。他可能会承认，如此多的人做出如此极端的扭曲反应的确值得考虑，但他可能还是会否认，在自愿选择及对“他人”无害的前提下，这种恶不具有应受刑罚处罚的实质分量，并最终强硬地坚持，法律不应该干涉，这个反例不具有推翻自由主义原则的力量。

这种与人无涉的恶并非孤例。这个故事由头至尾都充斥着令人不安的危险。读者可以想象，兴奋的乌合之众看了冒险挣钱的选手的血腥表演之后会产生饥渴感，他们的嗜血性如何得以限制或把控？我们认为这种人可能很享受这种过程，很难想象，我们会在竞技场之外相信这样一个“爱好者”。敏感的读者想到这里就会觉得既不安又恶心，他觉得“应该有法律予以制止”时，想到的就是损害原则。如果有人反对他的意见，认为这些自愿的观众不过是到竞技场暂时发泄一下，以减少现实生活中使用暴力的可能，他可能会回答，不是因为这种竞赛无伤大雅而不必禁止，而是这种竞赛根本远非“无伤大雅”。

从另一个角度看，克里斯托尔的例子也不单纯。它不仅令人想到损害原则，还会自然引入法律家长主义，刺激家长主义者以此捍卫其立场。这个故事中的恶不仅包括与人无涉的道德恶，即观众的反应及对低劣人性的迎合，还包括与福利相关的与人无涉的恶，即角斗士们遭受的身体伤害。按照家长主义的立场，这个例子还存在其他作用力。其论证形式与第三卷（第71—81页）中自愿为奴的示例类似，330而强硬的自由主义者也会给予一贯的回应。原则上，角斗士有权冒险，如果他们真心愿意如此，但此时，自由主义中的人道主义要素又会跳出来，自由主义者一定会问：“他们真的知道自己在做什么吗？”最后，他认为不需要家长主义立场——对自愿性的怀疑和对防止公共危险的要求——亦可禁止此等竞赛。

在论及观众之前，有必要先分析一下，一个可以战死的竞赛如何能够合法化。国家可以设立一个许可证程序，以确保参与者的自愿性，保护无辜者不受直接损害。一开始，刑法不必出手，刑罚作为威慑，只针对那些未获许可仍组织竞技的人。组织者在申请中所陈述的竞技目的既不是为着选手的荣誉，就像决斗那样；亦不是为着使选手摆脱痛苦，就像安乐死那样。角斗的目的是为了确定一位选手的统治地位，是为了宣传最强大的选手，是为了迎合观众寻找刺激的兽性。若比赛就是为了达到这些目的，且勉强还算是比赛（而不是公开行凶），就应该设置中立而公平的比赛规则，角斗士双方均应事先明白这些规则，且这些规则为绝大多数观众所认可。没有这样的规则，比赛就会成为被提前赦免的谋杀。对于签约的选手和许可机关而言也是如此，在给观众以足够兴奋感的前提下，受规则控制的竞赛可以持续到比赛一方明显占优势时结束。由一个许可机构选派的中立裁判来宣布比赛停止。这对角斗士来说当然很有吸引力，并且，观众的兴奋程度不会降低，组织者的利润和选手的报酬也不会减少。对于观众来说，或许还更有吸引力，因为比赛的场面可能不至于太过震撼而令人毛骨悚然。比赛激发的不仅仅是本能的刺激感，更可观赏竞技技巧和策略。比赛的刺激性并未减少，而且与拿着棍棒对打的场面相比，更有趣味。实际上，如果不许使用武器，比赛会更有效，且会持续更久。正如色情片，拍得越细致，给观众的感觉越刺激；表演者慢慢地挑逗观众，比一上来就毫无节制地脱个精光更有效。因此，角斗比赛的破坏性越弱，刺激性反而越强。

- 331 假定提纯后的比赛更具合理性，特别是角斗士的风险会变小，但此时又会出现一个问题，即如果角斗士充分自愿地坚持要求使用武器并战死为止又当如何。不合理性和不自愿性当然是两回事，但极度不合理往往可以在很大程度上推定不自愿性，国家甚至可以基于现实理

由确认推定的内容。(比较第三卷第 79—80 页有关自愿为奴的例子。)而提纯后的比赛也可以减少造成损害的可能性,即使观众在日常生活中的同情心钝化、残忍心更尖利。简言之,这种安排对组织者、选手、观众都好,对作为守护者的国家也有好处,使得我们可以组织类似拳击、摔跤、击剑等比赛,而不是克里斯托尔所描述的残杀,即使自由主义承认,防止发生迎合性的剥削及目睹肉体伤残而不当欢呼的恶,多少还是有些道理。

五、关于何为反例的困惑

并非任何逻辑时空下都会出现自由主义理论(或者其他试图回答自由主义所提出的问题的理论)的反例。在这一点上,自由主义理论有别于其他哲学理论模式。哲学分析(定义)上的反例是指,在可能的逻辑时空里,满足定义的并非知识,或者处于该时空下的知识不能满足定义。这个不一致的时空是否真实、是否存在物理可能,甚至是否以科幻小说的描述为前提都无关紧要,如果它不能与定义相一致,却并非逻辑上的不一致,那就足以形成反例。因此,某些哲学辩论家或许会攻击,我所标签的“自由主义”对人性的假定与现实世界中的人性时时不同,在假定的世界里,人们愿意受苦,愿意自我牺牲,要么是单纯的天使,要么是彻头彻尾的恶魔,他们是像蚯蚓或者熊那样的独居动物,聚在一起无非为着交配或照顾一时无依的后代,他们像蚂蚁或者蜜蜂那样,只是社会组织的细胞。在这样的世界里,自由主义该是多么违反直觉啊!

我们认为人性是恒定的,我们可以在不同于一般世界的奇异文化中寻找反例,例如,将统治者视为上帝,人们就像蜜蜂离不开蜂王一样离不开他,或者是将最勇敢的勇士和最标致的少女作为祭品奉献

给索取无度的神灵，或者要求恪守孝道，绝对不能偏离祖辈的生活方式。当然，我们也可以将对真实人性的讨论范围限定在主流文化组织中，但允许在异常状态中搜寻反例，如饥荒、战乱、围城等，或者是资源奇缺而人口众多的主流文化地域，或者是一些曾属正常，现在却正消失的散落在丛林中的独立村庄，这些异常状态为新的移民创造了机会。自由主义适用于田园生活的说服力肯定会有所减弱。一个单一宗教社群的异见分子肯定会反对强制推行社区传统的非自由主义法律，但别人可能会告诉他，如果他不喜欢这里，大可以一走了之，到另一个更合他胃口的村子去，在那里，他完全可以期待不必承担沉重的物质代价或心理代价。（17 世纪的美国很符合此种描述。参见第二十九 A 章，第 117—118 页。）

何等情形方为自由主义的反例，对于这个问题并没有统一的、一般化的答案。它完全取决于自由主义者要用自由主义原则解决什么样的问题。他欲证明的自然、文化、环境的可替代性越强，论证的难度就越大；而论证的难度越大，就越容易成为反例。此外，在我看来，越易成为反例，说服力当然也就越弱，而我的目标是通过定义一个最具说服力的自由主义以便成为“自由主义者”，所以最好还是限于自由主义的狭义范围内，只回答较明确的问题。本书的基本问题是：在一个主要居民乃我辈（“我辈”当然包括我们所有人，包括第三世界国家）的世界里，作为现代社会的当然主流，一个民主制下的立法机构，通过的何等刑事立法才是道德合法的（原则上正当的）。本书欲为由此等立法机构制定的刑事法律找到判定其道德合法性的一般原则。这种原则在霍布斯描述的自然状态或牧歌田园中，肯定没有说服力。逻辑上可能的世界里，人可以有四个头和尾巴，并且在工厂中生产婴儿，要问自由主义在这样的世界里是否有说服力是没有任何意义的。最可能造成相关反例的前提世界只能在本书所针对的基本问题范

围内，我们提出原则，是为了适用于我们这些凡夫俗子所生活的技术世界，这个世界包括贫穷和富贵，包括多元的文化。

六、自由主义与教条主义

如果仅仅适用于尊重多元的社会，如美国或绝大多数“第一世界国家”，自由主义会更有说服力，也更容易界定。哪怕没有这个限定条件，在这些地方出现的反例恰恰是最有力的反证，因为这等于是在自由主义的老家攻破了自由主义，因为在这些地方，自由主义本来应该是最没有弱点的。其实，限定于这些社会中的自由主义反而是最低调的。更有雄心的自由主义往往出现在单一传统的社会，小的如孟诺教派的小村庄或少数民族地区，大的如瑞典或日本这种人种单一的国家，或是如爱尔兰、伊朗这种单一宗教的国家。我们试图将目前所定义的自由主义适用于这些社会，而这些国家大多使用刑罚（或很愿意使用刑罚）惩罚异见者，以保护其传统生活方式，且这种做法是受到社会普遍支持的。如果我们希望论证前后一致，就必须尝试着将自由主义适用于上述社会。只有这样，才能避免我们的教义仅适用于有限的范围，而若适用范围越来越小，原则也将萎缩无力直至消失。

那些将自由主义者限定适用于现代工业国家的多元文化社会的人，往往基于自由主义或准自由主义的立场将这种限定正当化。这些最为谦抑的自由主义者主要有三个论证特点：自由主义容忍的观点，对“文化帝国主义”的谴责，以及适用密尔最为人所知的个人多元社会。我们且逐个道来。对文化差异的容忍当然是自由主义的传统特征。如我们所见（第三十三章，第305—311页），自由主义者不必将自己的容忍延展至怀疑论的相对主义。不存在任何理由可以说明，一种文化较其他文化更为优越，尽管仅从部分角度看来，这种相对性是

334 有道理的。自由主义需要坚持的仅是，相对判断原则上是可能的，实际上却是非常困难的，于是他提出一个有用的警告，“我们的道德认知是很脆弱的，在将自己的道德认知强加于人时，需要特别小心。”⁴ 正如我们期待第三世界的狂热者能够认识到我们的理性，我们允许男人和女人穿戴各类服饰、吃各种食物，在各种教堂中信仰各自的宗教，甚至不信宗教，我们也应该认识到他们以法律强制推行某种服饰（尤其是对女性）、某种宗教，甚至某种礼拜方式中包含的理性。我们这些自由主义者解放了“我们的”女性；他们却将女人包裹起来、隔离起来。我们有权享受放纵不羁的生活，他们却有权固守传统。他们并未批评我们，我们也该投桃报李。自由主义从表面上得证。

谦抑的自由主义者往往以相互尊重和容忍指责自由主义，认为自由主义对第三世界国家以法律推行传统的批评是另一种形式的文化帝国主义，诸如输出电视节目、肥皂剧、豪车、摇滚乐，或是派出基督教的传教士。这些强推手段是对经济优越性的滥用，是不尊重本地文化的表现。

最后，一些“具有容忍精神的自由主义者”甚至引用密尔就“生活实验”提出的令人印象深刻的论点——但有些扭曲——来证明，世界范围内的多元不仅限于宗教和文化，也包括政治制度和经济制度。密尔原本支持的是一国之内的异见个体组成群体进行实验，⁵ 而非政治国家在政制上的不一致。他认为容忍诸如社会主义分子组成的乌托邦公社、东方神秘的生活方式、宗教村落、天体营等社会实验有三点理由。首先，允许个体多方实验，可以使他发现何种生活方式对他有好处，找到最适合他的生活方式，亦即最能完满他的人性的生活方式。第二，为群体组织提供多种选择形式，可以让旁观者看到他们的成败——这类教训对我们所有人都有价值。第三，这些实验创造了一个丰富而和谐的多元社会，这本身就是有益且令人愉快的。从我们的

社会观而言，这正如一个谨慎投资者的组合型投资，或者为保护物种不被传染病波及而修建的多元基因池。若在一国之内容忍多种生活方式和社会组织形式能够产生此等好处，为何在适用于世界范围内的各个民族国家中时却不能产生同等价值呢？若自由主义支持一国之内 335 的个人，为何不同等地支持同一世界之内的国家呢？容忍型的自由主义允许每个国家以自己的方式寻求他们的集体善，认为允许尝试不同道路对大家都好，既可创造令人愉悦的多元化状态，避免一潭死水，还可确保整个世界社区——“人类”——不会将所有的鸡蛋放在同一个篮子中，避免发生灾难性后果。约翰·斯图尔特·密尔若果真是这个意思，他必定希望在这个世界上一些国家按照他本人的自由主义原则组织政府，另一些国家则谨遵列宁、墨索里尼和霍梅尼的教导，而非所有的国家均应遵循密尔的原则。简言之，他会同意将自由主义原则视为“参与实验”的选项之一。

对于这些自由主义者提出的上述观点，我们该作何等回应呢？我们在第三卷中论证的有关个人自治的教义正是自由主义的实质，而这个实质内容不允许仅仅将自由主义作为“参与实验”的选项之一，而牺牲个人自治作为政治实验的对象，正如未经个人同意将其作为医学实验的对象那样。本书持有更为严格的自由主义原则要求，个人行为的权利是政府以法律（我们的主语）或司法机制约束个人行为的绝对道德限制。若我们美国人受到个人自治——自我决定的自然权利——的护佑（或诅咒），为何伊朗人不该如此呢？难道美国人（以及英国人、法国人、德国人、日本人等）是上帝特选的子民么？相反，第三卷（第 47—71 页）中有关法律自治权的起源的理论向我们作出了绝对的承诺，所有个体都享有此等基本权利，任何国家，若以非自由主义立场的刑法压制少数人的选择，禁止哪怕并无被害人的异见行为，都是对这些基本权利的侵犯，无论这个国家的政治、法律传统

为何。人们应当有权自由地在爱尔兰做一名无神论者，在以色列吃猪肉，在伊朗不佩戴面纱。少数派的人数越少，越不受保护，法律对个人自治的侵害就越严重。其实，即使没有法律强制，少数派所承受的社会压力已经可想而知了。如果国家再在这原本就远非势均力敌的对抗中插上一手，就只能被视为粗暴之举了。

对于有人声称西方人权活动家以摇滚乐或肥皂剧传递自由主义信息的行为才是真正的粗暴之举，自由主义者早已准备好回答。这种行为丝毫没有减损对一国文化传统、民族音乐、宗教信仰、家庭组织、
336 婚丧礼仪及传统节日的尊重之意。同时，自由主义者也同样尊重其国民的个人自治、谴责政治压制。若一些“花朵”是自由主义政府，另一些“花朵”却恐吓、压制个人，即使后者在这些国家确属传统上的政治体制，我们亦不应将这种状态称作“百花齐放”。更强硬的自由主义者势必会发现，他那有心容忍的表亲对待第三世界国家的神权政体正抱有这种姑息的态度。他认定，在我们的政治文化中存在人权，在他们的政治文化中则没有。托马斯·斯坎伦（Thomas M. Scanlon）就此批评道：

……这种观点将某种大一统归责于“他们”，但这实际上并不存在。“他们”据说和我们很不一样，生活在不同的规则下。这种刻板形象很少与事实相符，尤其是将侵犯人权归因于大一统更是毫无道理。这些[政府]行为的被害人一般都会心怀怨恨，该等行为在他们的国家里已司空见惯，但他们很少会认为他们的苦命是活该。⁶

在这个世界上，文化和政治传统往往因人群而异，这是好事，但这并不意味着人人都乐于受压制，或者都愿意忍受政府强制禁止他做

自己想做的事。

这个观点据说源自密尔，自由主义的理想主义者特别珍视主张多元化带来的好处。自由主义者认为，某些文化多元在其种类上是不受限制的，但政治体制的多元却必须受到限制，其原因正是反对限制其他领域多元化的依据。即使对可以接受的政制形式设定限制，仍然存在不同语言和文学、不同宗教、不同经济政治结构和不同文化类型。詹姆斯·尼克尔就这一点的论述相当准确：

我认为，文化多元具有很重要的价值，但这既非绝对，亦不应排除其他与人权相一致的改变。有人可能看到保留的价值，如保留印度的文化和宗教传统，但这并不应得出结论，印度的种姓制度也应该保留。文化和价值体系一般都包含很多要素，我们往往须得取其精华，去其糟粕——尤其是应当以保护人权为目的作出相应改变。政府的核心焦点正在于这些权利，却很少聚焦于文化的特质及其持久性。⁷

自由主义对整个世界最全面的设想不仅在于各个国家的多样性，更在于一国之内的多样性。但这种双重多元性（部分之内的多元与部分之间的多元）的妙处并不会因为主流政治道德的多元而被进一步拓展。社会主义国家和资本主义国家共存于同一世界是一种良性多元，即使这世界存在贫穷而单纯的人群和富裕而世故的人群之分，多少还是有些正面意义的。但如果在某些领域允许多元化，在另一些领域内则禁止，这可不是密尔希望见到的多元。同一个世界里，一半人是奴隶，另一半人则是自由人，这绝不是什么“多元的妙处”。 337

即使是大一统的文化也会存在某些自然分歧，这些分歧部分源于事物的本性。在我们辽阔而地形多变的疆土上，有着由多种原因造成

的多样多元。但坚称人只能以作为混合式政治群体成员的身份方可获得人权的观点则是一个严重的错误。较小的、也较简单的社群更需要获得人权的保护。多年以前，鲁思·贝内迪克特在研究四类相对简单的“原始文明”时指出，由于天性顺从，绝大多数人认同主流社会规范的主宰地位。这不是因为社会体制“反映出某种统一的睿智，”而是因为绝大多数人“都被注入到既定的社会模具中”，“他们并不都能顺时应势，潜在的秉性与这社会选定的行为方式恰能相投的那些人，才会格外幸运地受到青睐。”⁸而那些天性不幸不符合主流规范期待的人则被标签为“不合时宜”（或者更糟），尽管他们的性格可能符合在其他文化群体中占据主流的文化模式。在一个多元大国里，每个人都能够找到某个子社群，在那里他们能够获得尊重和尊严。但在一个摒弃子社群，而仅存单一主流个性模式的国家里，对少数派权利的认识将十分迫切。在阿亚图拉霍梅尼看来，异见分子是附着在政制躯体上的坏疽，必须予以清除。⁹但在自由主义者看来，每个不合时宜的人都是鲜活的血肉之躯，他们追求自己的人生目标对社会并无损害；他们不会像坏疽那样感染或癌变，他们是社会的美丽符号。

338 将贝内迪克特有关自然差异的论述搁在一边，不管怎样，多元化总是会推陈出新。很难隔绝外国的影响。这类影响通过贸易、电视或新媒体产生。人们要么墨守成规，要么就会求新求变。要将人们放在一个模子里总是困难重重。困惑的“容忍型自由主义者”所担心的是，要求对政治权利的限制也达到统一模式或许会令整个世界的多样性消失，但这种危险并不存在。

我的结论就是，无论是传统社会，还是现代多元社会，若承认在某些地方存在个人自治，那么，个人自治就应该无处不在。自由主义一直都非常宽容、谨慎，但在这个问题上，它必须勇敢地教条一次。

注 释

第二十八章 法律道德主义与无人怨愤的恶

1 具体示例可参见罗纳德·德沃金 (Ronald Dworkin): “德夫林爵士与对道德的法律强制” (“Lord Devlin and the Enforcement of Morals”), 载《耶鲁法律杂志》, 第 75 卷 (1966 年), 重印于德沃金:《认真对待权利》(*Taking Rights Seriously*), 第十章, 剑桥, 马萨诸塞州: 哈佛大学出版社, 1971 年版; H. L. 哈特 (H. L. Hart): “不道德与叛国罪” (“Immorality and Treason”), 载《倾听者》(*The Listener*), 1959 年 7 月 30 日, 重印于 R. A. 瓦瑟斯特罗姆编:《道德与法律》(*Morality and the Law*), 贝尔蒙特, 加州: 沃兹沃斯, 1971 年版, 第 49—54 页。

2 对涉己的恶与涉他的恶的第一种区分是, 先明确涉他的恶的定义, 涉己的恶仅仅依据涉他的恶作相对的定义。只要不属于涉他的恶, 就是涉己的恶, 这样的区分是可穷尽的。涉己的恶因此五花八门, 既包括对自己的损害 (危险), 也包括与人无涉的无害的恶。第二种区分方法则是首先定义涉己的恶, 涉他的恶则指非属涉己的恶, 此种区分也是穷尽的。此时, 涉他行为包括影响他人利益的行为以及各种

“与人无涉的恶”。就第一种区分而言，无害的恶并不涉他，因而属于涉己行为。在第二种区分中，无害的恶并不涉己，因而只能是涉他行为。就第一种区分而言，无害的恶受到个人自治的庇护，而在第二种区分中，它们无法得到此种庇护。

3 我用这个词组指称恶的状态，以区别于——即使没有——其可能与个人利益或被冒犯的精神状态之间的进一步联系。详述可见注释 6。

4 J. S. 密尔 (J. S. Mill):《论自由》(*On Liberty*), 第四章, 第 18 段。

340 5 为了避开密尔的攻击,“社会权利”理论有一个不那么极端而更具说服力的版本。它认为,某些人(通常是多数人)在某些情况下有权生活在某个社群中。这些人已在建设该社区的过程中为自己投入了太多期待、希望和努力,以至于维护社区就是他们的真正利益所在,异见分子即使仅在私下以某种不同于社区所期待的方式生活,也会阻退多数人的利益,对多数人造成损害。基于这种利益损害,多数人的权利亦受到侵犯。尤金·施洛斯伯格(Eugene Schlossberger)在其即将发表的“自由主义与对道德的法律强制”(“Liberalism and the Enforcement of Morality”)一文中,亦以更为圆滑的方式提出了类似观点。我在第二十八章第四部分将对这个问题做更细致的讨论。

6 参见安东尼·D. 伍兹利(Anthony D. Woosley):“法律与道德立法”(“Law and the Legislation of Morality”),载阿瑟·L. 卡普兰(Arthur L. Caplan)、丹尼尔·卡拉汉(Daniel Callahan)编:《艰难时代的伦理》(*Ethics in Hard Times*),纽约:Plenum,1981年版,第158页。

7 尼尔·麦考密克(Neil MacCormick):《法律权利与社会民主》(*Legal Right and Social Democracy*),牛津:克拉伦登出版社,

1982年版,第29页。

8 欧内斯特·内格尔(Ernest Nagel):“道德规则的实施”(“The Enforcement of Morals”),载《人道主义者》,1968年5/6月,第19—27页。

9 同前注,第22页。

10 麦考密克,前注(注释7),第30页。

11 同前注,第212页。引文是麦考密克对其所反对的观点的复述。

12 同前注,第34页。

13 内格尔,前注(注释8),第26页。

14 H. L. A. 哈特:《法律、自由与道德》(*Law, Liberty, and Morality*),斯坦福,加州:斯坦福大学出版社,1963年版,第41页。

15 帕特里克·德夫林(Patrick Devlin):《对道德的法律强制》(*The Enforcement of Morals*),伦敦:牛津大学出版社,1965年版,第138页。

16 内格尔,前注(注释8),第26页。

17 同前注。

18 哈特,前注(注释14),第32页。

19 德夫林,前注(注释15),第135—136页。

20 同前注,第136页。

21 伯纳德·格特(Bernard Gert):《道德规则》(*The Moral Rules*),纽约:Harper & Row,1973年版,第55页以后。

22 若非嫌其太过累赘,可将此子类恶命名为“反向影响与福利相关利益的无人怨愤的恶”,这样就能明确将不属于其中的某种无人怨愤的恶排除出去,即剥削者所获得的不法所得或不当利益,哪怕被剥削者并未遭受任何不法损失。参见下文第三十一章,第321—387页。

23 在拙文“不法人生与损害的反向事实要素”(“Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming”)中,我更加详尽地论述了生前损害和损害的一果多因问题,载《社会哲学与政策》(*Social Philosophy and Policy*),第4卷,1968年第1期,第145—178页。

24 本节的段落与拙文“法律道德主义与与人无涉的恶”(“Legal Moralism and Free-floating Evils”)相差无几,载《太平洋哲学季刊》(*Pacific Philosophical Quarterly*),第6卷,1980年第1/2期,第129—133页。

25 杰尔姆·诺伊(Jerome Neu):“乱伦错在何处”(“What is Wrong with Incest”),载《调查》(*Inquiry*),第19卷(1975年),第32页。

26 格拉汉姆·休斯(Graham Hughes):《法庭的良心:美国生活中的法律和道德》(*The Conscience of the Courts: Law and Morals in American Life*),花园城,纽约:Anchor Press/Doubleday,1975年版,第29页。

341 27 阿贝拉德(Abelard):《伦理学》(*Ethics*),J.拉姆齐·麦卡勒姆(J. Ramsay McCallum)译,牛津:Basil Blackwell,1935年版,第三章。

28 同前注。

29 对此问题的其他论证参见:A. M. 麦基弗(A. M. MacIver),“伦理学与甲壳虫”(“Ethics and the Beetle”),载《分析》(*Analysis*),第8卷(1948年),重印于朱迪丝·J. 汤姆森(Judith J. Thomson)、杰拉德·德沃金编:《伦理学》(*Ethics*),纽约:Harper & Row,1968年版。

30 参见拙文:“人的义务与动物的权利”(“Human Duties and Animal Rights”),载R. K. 莫里斯(R. K. Morris)、M. W. 福克斯(M. W. Fox)编:《第五日》(*The Fifth Day*),华盛顿特区:Acropolis

Books Ltd., 1978 年版, 第 67—68 页。重印于拙著《权利、公正及自由的边界》(*Right, 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 204—205 页。

31 很遗憾, 这个用法稍稍偏离了第一卷第一章第 49 页中的论述。

32 “被害人”亦因此有了特定的含义, 亦即当且仅当 A 在充分意义上损害了 B, B 方为被害人。

33 在拙文“不法人生与损害的反向事实要素”(前注 23) 中, 我在侵权责任的框架内, 就解决此等问题提出了若干建议。

34 德里克·帕菲特(Derek Parfit): “为孩子做到最好”(“On Doing the Best for Our Children”), 载 M. D. 贝尔斯(M. D. Bayles) 编:《伦理学与人口》(*Ethics and Population*), 剑桥, 马萨诸塞州: Schenkman, 1976 年版。

35 在拙文“不法人生与损害的反向事实要素”(前注 23) 中, 我更加详细地论述了, 在并不存在其他选项时, 如何确认何为理性选择。

36 参见他的一篇重要的评论文章, “集体恶、损害与法律”(“Collective Evils, Harms, and the Law”), 载《伦理学》, 第 97 卷(1987 年), 第 414—440 页。

37 同前注, 第 425—426 页。引文与原文稍有不同。

38 同前注, 第 423 页。

39 同前注, 第 424 页。

40 同前注, 第 435 页。

41 集体损害和替代损害之间仅仅是一个类比, 对后者的定义参见第一卷第二章第二部分。它们之间还是存在很重要的区别。若你损害了某种非人的事物, 我作为社区的一员, 和其他人一样, 在该事物当中存有独立且和他人共同的利益, 那么, 你就损害了我的集体利益。

而对我的个人损害部分来源于和我团结一致的他人也在承受同样的损害。另一方面，你损害了一个我在其安好中存有利益的人，亦即对我造成了替代损害。

42 杰拉德·波斯特玛 (Gerald Postema)，前注 (注释 35)，第 435 页。对替代损害也有类似结论。孩子被他人不法伤害，母亲并不能特别地或是排他地以她本人的名义提出控诉。(若孩子被杀，家长可以以其本人承受的“痛苦”提出赔偿诉讼请求。)

43 同前注，第 433 页注释。

第二十九章 道德保守主义：保留某种生活方式

1 不过，有不少学者虽然在某些方面是“道德保守主义者”，却也反对无被害人罪名，本书对这些人仍称之为“自由主义者”。例如，托马斯·阿奎那 (Thomas Aquinas)：《神学大全》(*Summa Theologica*)，载 A. C. 佩吉斯 (A. C. Pegis) 编：《所有的恶是否均应由人类的法律来压制？》(*Whether It Belongs to Human Law to*
342 *Repress All Vices?*)，第二卷，纽约：兰登书屋，1945 年版；以及迈克尔·奥克肖特 (Michael Oakshott)：“论保守” (“On Being Conservative”)，载《政治学中的理性主义及其他》(*Rationalism in Politics and Other Essays*)，伦敦：Methuen & Co.，1962 年，第 168—196 页。

2 以下内容节选自意大利记者奥丽娅娜·法拉齐 (Oriana Fallaci) 对霍梅尼 (Khomeini) 的采访实录，发表于《纽约时代杂志》(*New York Times Magazine*)，1979 年：

霍：……人民为伊斯兰而战。伊斯兰包括世间万物，包括在你们的世界里被称作自由、民主的东西。是的，伊斯兰统领一切，

伊斯兰囊括一切，伊斯兰就是一切。

法：……今天仍有人因为通奸、卖淫或同性恋而被枪决。枪杀一个可怜的妓女、一个对丈夫不忠的女人、一个爱着另一男人的男人，这样做对吗？

霍：如果你的手指上生了坏疽，你会怎么办？你是会任由这坏疽感染你的整只手，最后整个身体都布满坏疽，还是会切掉那个手指呢？给整个国家和人民带来威胁的东西必须像麦田中生长的杂草一样被拔去。我知道在有些社会中，允许女人满足并非其丈夫的男人的欲望，也允许男人去满足另一个男人的欲望。但我们所希望的社会……不能允许这些事情发生……

法：……女人不能和男人同校，或一起工作，或者也不能和男人一起去沙滩或游泳池。她们必须身着黑袍，可是，穿着黑袍怎么游泳呢？

霍：这不关你的事。我们的习俗与你们无关。如果你不喜欢伊斯兰服饰，没人强迫你穿……

3 引文摘自沃尔特·巴内特（Walter Barnett）的精彩文章“道德的堕落：色情委员会报告中的潜在议题”（“Corruption of Morals : The Underlying Issue of the Pornography Commission Report”），载《亚利桑那州立大学法律杂志》，第19卷，1971年第2期，第212页。在我看来，巴内特的文章是期刊文献中对法律道德主义最好的论述。另见其《自由与宪法》（*Freedom and the Constitution*），阿尔伯克基：新墨西哥大学出版社，1973年版。

4 巴兹尔·米切尔（Basil Mitchell）：《世俗社会中的法律、道德与宗教》（*Law, Morality, and Religion in a Secular Society*），伦敦：牛津大学出版社，1970年版，第34—35页。

5 参见约瑟夫·R. 古斯菲尔德（Joseph R. Gusfield）：“论立法

道德：认定越轨行为的象征性程序”（“On Legislating Morals：The Symbolic Process of Designating Deviance”），载《加利福尼亚法律评论》，第 56 卷（1968 年），第 69 页。

6 H. L. A. 哈特：“社会团结与推行道德”（“Social Solidarity and the Enforcement of Morality”），载《芝加哥大学法律评论》，第 35 卷（1967 年），第 2 页。

7 詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬（James Fitzjames Stephen）：《自由、平等与友爱》（*Freedom, Equality, and Fraternity*），剑桥：剑桥大学出版社，1967 年版，第 2 页。

8 H. L. A. 哈特，前注（注释 6），第 9 页。

9 同前注，第 10 页。

10 同前注。

11 沃尔特·伯恩斯（Walter Berns）：“审查的理由”（“The Case for Censorship”），载《公共利益》（*The Public Interest*），第 22 卷（1971 年），第 3—24 页。

343 12 亚历山大·毕克尔（Alexander Bickell）：“不同意见与相同意见”（“Dissenting and Concurring Opinion”），载《公共利益》，第 22 卷（1971 年），第 25—44 页。

13 约瑟夫·R. 古斯菲尔德，前注（注释 5），第 59 页、第 61—65 页、第 66 页。

14 同前注，第 69 页。

15 同前注。

16 罗纳德·德沃金：“德夫林爵士与对道德的法律强制”，载《认真对待权利》，剑桥，马萨诸塞州：哈佛大学出版社，1977 年版，第 242 页。

17 同前注。

18 伯恩斯,前注(注释11),第19—20页。

19 R. 德沃金,前注(注释16),第257页,德沃金在此强调的是德夫林,而非其本人的观点。

20 雷蒙德·D. 加斯蒂尔(Raymond D. Gastil):“以法律管制淫秽色情是多数人的道德权利”(“The Moral Right of the Majority to Restrict Obscenity and Pornography”),载《伦理学》,第86卷(1976年),第237页。

21 沃尔特·巴内特,前注(注释3),第215页。

22 同前注,第216页。

23 同前注。

24 雷蒙德·加斯蒂尔,前注(注释20),第232页。

25 C. J. 杜卡斯(C. J. Ducasse):《艺术、评论与你》(*Art, the Critics, and You*),纽约:Hafner,1948年版,第143页。另见I. A. 理查德(I. A. Richard)在其《文学评论的原则》(*The Principles of Literary Criticism*)第25章“诗之劣”中对“例行回应”的论述(第3版,纽约:Harcourt, Brace,1949年版,第201—206页)。

26 J. S. 密尔:《论自由》,第四章第12段。

27 第一卷第一章。

28 第一卷第二章第二部分。

29 以下九个段落的内容源于拙文“对他人的损害:第二次答辩”(“Harm to Others: A Rejoinder”),仅作些微修改,载《刑事司法伦理》(*Criminal Justice Ethics*),第5卷(1986年)。

30 托马斯·杰斐逊(Thomas Jefferson):《弗吉尼亚日记》(*Notes on the State of Virginia*),威廉·佩顿(William Peden)编,纽约:W. W. Norton,1955年版,第159页。

31 第一卷第五章第六部分,第202—206页。

32 罗纳德·德沃金在《认真对待权力》中对个人倾向于外部倾向进行了类似但并非完全相同的区分,前注(注释16),第234—238页。

33 不幸的是,我们在此受到术语纠缠的威胁。我早前用到“个人利益”时,是指下分为“涉己利益”和“涉他利益”的属标签。到目前为止,所有与“个人利益”相对的概念包括公共利益、国家利益、合作利益和集体利益。

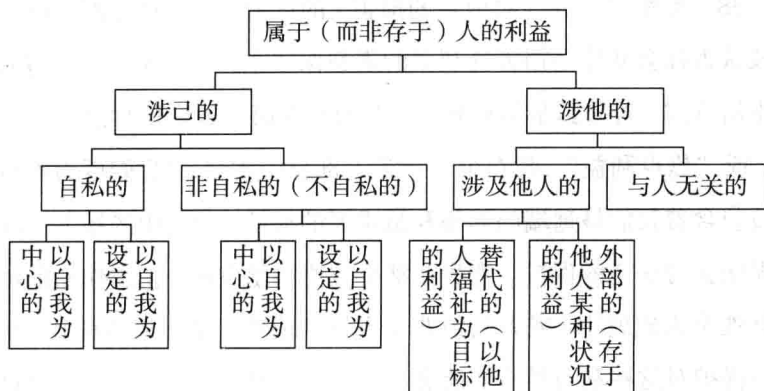
“涉己利益”包括自私的和不自私的利益,合理地和不合理地以他人为代价的利益。在每一类利益下,我们都可以将其再分为自我中心的理性利益,如受他人欢迎的利益,以及自我局限的利益,这种利益“仅当世界上只有他一个人时”(C. D. 布罗德语)方可实现,如作为某种自我的利益,自尊的利益,或者将个人幸福最大化的利益。参见布罗德(C. D. Broad):“作为人性动机理论的利己主义”(“Egoism as a Theory of Human Motives”),载其所著《伦理学与哲学史》(*Ethics and the History of Philosophy*),伦敦:Routledge & Kegan Paul, 1952年版,第220页。某些利益似乎介于完全涉己和完全涉他的利益之间,如存于孩子安好之中的替代利益,对本人有实质作用力(“本人”可以代入任何姓名),本人因为和另一人之间的父子关系而造成了此等利益,尽管该利益直接指向另一人(但他们之间存在这种关系),并非直接实现本人的利益。

在涉他利益中存在更复杂的术语混乱。若我们认为“涉他利益”仅指“非涉己”,则涉己和涉他利益之间的区分是穷尽的。但若我们认为“涉他利益”是指“涉及他人的利益”,则我们还需要增加一类利益,即“其产生或存续状态与人无涉的利益”。我认为,涉他利益确指“非涉己利益”。因此,涉他利益可以分为两类:“涉及他人的利益”和“与人无涉的利益”。如我们所见,“涉及他人的利益”还可分为“替代利益”和“外部利益”,只要愿意,我们还可以将替代利益再

分为善意利益和恶意利益。

“与人无涉的利益”又带来了新的问题，因为很难找到恰属此类的例子。我在科学知识的拓展中存有利益，但当我向科学作出贡献时，这种利益通常混杂着某个涉己利益。同样，特鲁夫尤生活于一个圣洁社会（假设这种社会存在）的利益可能混杂着某个个人利益，即他是这个社会的一员。但进一步的问题出现了，这种利益要求所有成员，包括费尔约，也要过这样的生活。后者即使源于某种“与人无涉的”利益，亦仍是某种外部利益。这一区分列于下表：

在文中对“个人利益”和“外部利益”的粗略区分中，个人利益包括非自私的自我中心利益、非自私的自我局限利益，以及（善意）替代利益。外部利益则在外部的涉及他人的利益。



34 J. S. 密尔：《论自由》，第四章第 12 段。

345

35 就利益重要性进行的个人外部测试的地位并不确定。要么它是和其他三个原则等第四个重要性原则，要么就是在其他三个原则都无法决定相互冲突的利益究竟哪个更重要时祭出的杀手锏。（在其他条件等同的情况下，应该就是这种情形。）汤姆·塞诺（Tom Senor）提出了另一个更有说服力的方案。他认为，个人外部测试应当优先于其他三个原则，由此，一个重要性较低的个人利益可能会显

得比那些与之冲突的重要性很高的外部利益更重要，更值得保护。我认为塞诺的建议较其他方案更好地保留了自由主义者的自然选择。我们可以想见，费尔约于喝啤酒中并不存在非常重要的利益（如果他希望的量达到利益的程度），而镇子上的老人们则于不饮啤酒的社会生活中存有很重要的利益。若个人外部原则仅可作为同等重要利益之间的决定性原则，或仅是与其他三个原则具有同等作用力的原则，那么，自由主义者试图在这种利益冲突中保护费尔约的愿望并不能确保其正当性。

36 引自一篇尚未发表的文章“自由主义与对道德的法律强制”。之后对施洛斯伯格的引文未单独注释，均出自此文。

37 J. S. 密尔：《论自由》，第四章，第 12 段。

38 提醒第一卷《对他人的损害》的读者，有一种理据可以用来反驳认为社会变化会损害其利益的道德保守主义者。他试图保留的旧有生活方式，若果真是某种利益，即为我第一卷中所称之“终极利益”或“焦点利益”。我在第一章第七部分中主张，“我们更为终极的利益包含着我们最远端的渴望和最重要的福祉，但其中的很大一部分都无法获得法律的保护。若我在某个重要科学发现、艺术作品的创作或其他个人成就中 [或者其他非个人性的成就] 存有某项利益，法律只是保护对这些利益具有实质意义的一些福利性利益。如果法律这样就可以保护我的生命、健康、经济充足、自由和安全，那么，就不应再要求法律……为我做到更多，其他的就得靠我自己了。”

39 转引自格拉汉姆·休斯：《法庭的良心：美国生活中的法律和道德》，花园城，纽约：Anchor Press/Doubleday，1975 年版，第 46—47 页。

40 欧内斯特·范登哈格（Ernest Van den Haag），载《纽约时报》，1976 年 11 月 21 日（周日），第 2 版，第 26 页。

41 即使是琐事，也往往包含着内在深层次的社会变化。对于新动向或新时尚的反对本身往往正是某种过度反应的敌意甚至暴力。最近的一篇杂志文章，朱莉·拉斯金（Julie Raskin）和卡洛琳·迈尔斯（Carolyn Males）：“慢跑者遭遇恐惧的考验”（“Some Joggers Run a Gauntlet of Fear”），载《美国大观》（*Parade*），1979年7月15日，以图表的方式详述了慢跑者在这种新的锻炼方式逐步成为美国生活中普遍而主流的一项标志运动的过程中所遭遇的种种骚扰。慢跑者报告说，袭击他们“仅仅因为他们跑步”：“造成像戴维·戈特利布那样严重伤害的例子很少，但全国有很多起报告称，慢跑者遭到攻击和嘲笑、被扔东西（酒瓶、罐头、樱桃榴弹、烂苹果、鸡蛋、奶昔、衣架），甚至有司机故意开车擦身而过。”这些袭击的动机都很复杂，但毫无疑问都包含着对新的例外行为的某种天然敌意，这些新的动向无疑对那些袭击者的自信或自我评价形成某种威胁。对很多人而言，新的东西自然就是异类的、恶意的、可鄙的。这种保守主义是毫无头脑的，其实，跟随风潮、追赶时髦的行为同样是毫无头脑的。如果采取比较温和的形式的话，它倒是存在某种调整社会变化的重要功能，可以迅速消解风潮，或者说，某种风潮定要经受此等考验，方有可能扩张为某种生活方式（慢跑显然就是如此）。风行一时的东西总是来来去去（或许是因为未能经受住保守主义的压力）。只有那些具备有用性（如慢跑）的东西，才能慢慢稳定下来成为长期存在的生活方式。 346

42 参见有关“冒犯程度的标准”的讨论，第二卷第八章第一部分。

43 若一国尚未准备好某种“自然”接纳方式之前即不加控制地接受移民则是另一回事。传统习俗、宗教、语言的改变都太过极端、太过突然且太具分裂性，基于这些理由及其造成的冒犯和损害，采取调控措施限制人潮是应当的。

44 戴维·吉尔（David Gill）曾提醒我，文化变化往往是一个

复杂的恶。他指出，假定将一些文化变化的情形置于一个波段，则一端是突然且纯属被动的文化消亡，而另一端则是逐步发展的与人无涉的恶。处于该两极之间的变化则是不那么极端、不那么持续平和、不那么突兀、不是完全主动或被动、不是完全受欢迎或障碍重重。这些变化皆指未受到强迫或强制的情形，因此它们并不对任何人构成可怨愤的恶，但吉尔暗示，相对突兀或比较极端的变化可能会造成各种无人怨愤的与福利利益相关的恶。为避免冗长的解释，我将文中的讨论限于突然消亡和逐步演进这两端之间的情形。

45 当然，学者们可能会感到遗憾，但这也向他们表明，若无此等语言进化，我们的文化可能还远未开化，很多源于古语的发音可能根本就不会出现。其次，如果有更多古代语言及其文学作品的详细记录能够保留下来，学术利益还可得到更大的满足，正如古生物学家找到骨骼化石后，就不会那么遗憾在非洲大草原上再也看不到始祖鸟一样。

46 H. A. 格利森 (H. A. Gleason):《描述性语言学概论》(*An Introduction to Description Linguistics*) 纽约: Herry Holt, 1955 年版, 第 6 页。

47 阿尔伯特·C. 鲍 (Albert C. Baugh):《英语的历史》(*History of the Language of English*), 纽约: Appleton-Century-Crofts, 1935 年版, 第 322 页。

48 笛福 (Defoe) 语, 转引自鲍, 前注 (注释 47), 第 328 页。

49 我们当中有些人对于诸如“终结”“期待”“神经兮兮”“放得开”等新词有着某种直觉上的愤愤之情, 这些人应该好好想想 18 世纪而被乔治·哈里斯 (George Harris) 和托马斯·坎贝尔 (Thomas Cambell) 痛斥的那些词, 它们包括“处理主题”“讲价”“补强”“染指”“灌输”“意旨”“主体事务”, 以及一些法语

外来语，如“浅褐色”（brunette）、“小卖部”（canteen）、“卡通”（cartoon）、“调情”（coquette）、“牙医”（dentist）以及“例行公事”（routine）。参见前注（注释 47）鲍书，第 356—357 页。

50 约翰·博斯韦尔（John Boswell）：《天主教、社会容忍与同性恋》（*Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality*），芝加哥：芝加哥大学出版社，1980 年版，第 8 页。

51 同前注，第 599 页，博斯韦尔在 1980 年 9 月 29 日的《新闻周刊》评论中写道，“他从纪元后最初的两百年的罗马开始研究城市社会，当时容许多元的宗教信仰，并以政治框架组织城市，性取向的多元化并未引发混乱。在罗马帝国早期，关于同性恋的文学作品风行一时，非同性恋的作家对同性恋问题态度坦诚且持中立的道德立场。尼禄皇帝先后和两个男人结婚，苏维托尼乌斯说，人们还开玩笑说，要是尼禄的父亲也娶这样的妻子，这世界可能会更美好些。”

52 我的观点是，我们不必哀叹祖先的消失，因为使他们“消失”的那些发生在他们身上的最大的特征变化，正是经过漫长历史时期而使他们变成我们的原因。对生理结构已臻精密的读者而言，必须确定两点。第一，生物进化并非持续而渐进的。在某些漫长的时期里，可能根本不发生任何变化，然后却突然开始，产生相对迅速的变化。这些变化之“迅速”，当然是生理学上的看法，而非一夜之间的变化。它们往往会在一个合理长度的世代更替中完成。其次，物种 B 由物种 A 进化而来，物种 A “消亡”或消失，这不过是一个或然性的事实。有时情况并非如此，物种 A 一分为二，一部分仍为 A，另一部分则变成 B。A 和 B 是共存的。或许现代智人从上一层祖先进化过来时并非如此，但那部分是因为我们自己将自己那适应性很强的表亲给灭绝了。有关达尔文进化论中人类进化过程的最近讨论，参见斯蒂芬·杰伊·古尔德（Stephen Jay Gould）：《自达尔文以来》（*Ever*

Since Darwin), 纽约: W. W. Norton, 1977 年版, 尤见于第二部分。

53 拉塞尔·贝克 (Russell Baker): “美国小姐与死后人生” (“Miss American and Life After Death”), 载《纽约时报》, 1980 年 9 月 2 日。

54 “我们所不需要的保护” (“Protections We Don’t Need”), 载《亚利桑那每日星报》, 1982 年 5 月 2 日 (周日)。

第二十九 A 章 自治与社区

1 例如, 乔治·桑塔亚那 (George Santayana) 将“孝敬”定义为“人们对其祖先抱有的恭敬依恋, 且此依恋之情伴随其人生……这些感觉是人性精神的来源和责任所在, 其功能在于传承和信任, 包含着感激与责任, 我们将这种情感称作孝敬。”参见乔治·桑塔亚那:《理性人生》(*The Life of Reason*), 纽约: Charles Scribner’s & Sons, 1954 年版, 第 258 页。桑塔亚那所说的孝敬是指存在于祖先和子孙后代之间的“友爱”, 令人想起伯克 (Burke) 对过去、现在和未来纽带的社会定义。

2 斯蒂芬写道, 高贵者并不接受他们无法回报的爱。他对卢梭
348 所宣称的人类之爱回应道, “把你的爱放在你那里, 别弄脏了我和我
的爱。”“希望从大众那里得到的不是爱”, 他接着说, “而是尊重和正
义”。参见 J. F. 斯蒂芬:《自由、平等与友爱》, 剑桥: 剑桥大学出版社,
1967 年版, 第 221 页。

3 阿拉斯代尔·麦金太尔 (Alasdair MacIntyre):《美德之后》(*After Virtue*), 圣母院, 印第安纳: 圣母院大学出版社, 1981 年版, 尤见于第 15 章。

4 路德维希·维特根斯坦 (Ludwig Wittgenstein):《哲学研究》

(*Philosophical Investigations*), 第一部分。

5 伊恩·哈金(Ian Hacking):“哲学家维特根斯坦”(“Wittgenstein the Psychologist”),载《纽约书评》,1982年4月1日,第42页。和所谓“语言个人主义”相去最远的态度就是维特根斯坦所提出的反对私人语言的著名观点。哈金将其总结如下(前注,第43页):“原则上不存在某种任何其他人无法企及的语言。没有哪种语言只为我的感受而存在。比如‘痛苦’这个词,并非首先以其命名为我们的某种感觉,然后再由我们告诉其他人。实际上,它被植入各类与受伤相关的事物……斯多葛派隐忍的痛苦被纳入其中,并通过口口相传的方式散播开来——伴随着面部肌肉抽搐,试图安慰被害人或缓解疼痛感。”

6 比较T. H. 格林(T. H. Green)关于一国之社群的论述,载于A. C. 布拉德利(A. C. Bradley)编:《伦理学导论》(*Prolegomena to Ethics*),牛津:克拉伦登出版社,1980年版,第193页:“‘国家只是个人的集合’的说法是荒谬的,不过此处强调的是‘只是’。其谬误在于它暗示个人可以独立于其所存在的国家而独善其身,保留各自的道德和精神特质……虽则如此,若无个人组成国家,国家亦无法真实存在……”

需要说明的是,社群主义者对“只是”的强调也可能引发同样的错误。例如,S. I. 本(S. I. Benn)和G. F. 高斯(G. F. Gaus)对社群主义的论述即为“社会是一个单一的整体,个人是其构成要素,每个人不过是各类社会关系的一环。”参见“公与私的自由主义概念”(“The Liberal Concept of the Public and Private”),载《社会生活中的公与私》(*Public and Private in Social Life*),纽约:圣马丁出版社,1983年版,第61页。当然,社群主义者可以坚持认为,社会是由彼此间存在各种社会关系的血肉之躯组成的。但认为人“只是环节”或

“构成要素”等逻辑抽象物的看法显然是不对的。

7 本和高斯：“例如，在一个集合体中，个人对自己作为社会一员的價值认识意味着什么？”参见前注（注释6），第48页。

8 迈克尔·J. 桑德尔（Michael J. Sandel）：《自由主义与正义的界限》（*Liberalism and the Limits of Justice*）剑桥：剑桥大学出版社，1982年版，第179页。

9 同前注。

10 迈克尔·J. 桑德尔：“道德与自由主义理想”（“Morality and the Liberal Ideal”），载《新共和》（*The New Republic*），1984年5月7日，第16页。该文是对桑德尔立场的清楚总结；亦见于桑德尔编：《自由主义及其批评》（*Liberalism and Its Critics*）的导言部分，无实质性修改（纽约：纽约大学出版社，1984年版）。

11 同前注。

349 12 同前注，第17页。

13 艾米·古特曼（Amy Gutmann）：“社群主义者对自由主义的批评”（“Communitarianism Critics of Liberalism”），载《哲学与公共事务》，第14卷（1985年），第311页注释。

14 布莱恩·巴里（Brian Barry），对桑德尔的评论，载《伦理学》，第94卷（1984年），第525页。

15 试对比，自由主义英雄约翰·杜威（John Dewey）在1930年为反对某种“衰老的个人主义”、支持同为自由主义立场的新个人主义时写道，“……个人的精神及道德构造，他们的渴望及目的的模式，都伴随着每一次的社会结构巨变而发生变化。那些没有社会联系，如家庭、经济、宗教、政治、艺术或教育方面联系的个人都是怪兽。很难想象这些社会联系仅仅停留于外部，而不反映到人的精神状态或性格当中，并成为个性的框架。”参见《新旧个人主义》

(*Individualism Old and New*), 纽约: Minton, Balch, and Company, 1930 年版, 第 81—82 页。

杜威显然同样是指“内部联系”——对“个性框架”打上烙印——桑德尔和其他学者所说的实质性“个性特征”——真实自我的一个基本要素。我认为, 这种对同一立场不同表述的现象会导致一个有趣的结果, 我“个性”(性格框架)的一部分就是真实的我, 可以受到局限、强制或胁迫(“外部”强制力), 但其本身并无限制力; 它是外部强迫而非内在约束的客体。(其他不那么核心, 从而对“个性”不那么具有实质影响的心理特质则可视之为“外因”, 它们是可以具有限制力的。)我们不能说“我受到自己个性的强制而做 X”。“逃离”所在群体在某种程度上其实和“逃离”真实自我一样毫无意义。

16 罗伯特·N. 贝拉(Robert N. Bellah)、理查德·马德森(Rechard M. Madsen)、威廉·M. 苏利文(William M. Sullivan)、安·斯威德勒(Ann Swidler)、斯蒂芬·M. 蒂普顿(Stephen M. Tipton): 《心的习惯: 美国生活中的个人主义与承诺》(*Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*), 伯克利: 加州大学出版社, 1985 年版, 第 153 页。

17 同前注。

18 同前注。

19 同前注, 第 154 页。

20 同前注。

21 在社群的记忆中, 传统必须与群体习俗区分开来。例如, 可能有人写道, 我们学院的传统是在开始毕业典礼之前必须得做祷告, 还有一个近年来形成的(可悲)习俗是开香槟。这种区分是模糊的, 并且, 很多传统都始于习俗(社会习惯), 当被神圣化之后, 逐渐成为

真正的传统。我认为，区分主要在于被接受和被认同的程度上，特别是看是否被那些特别重要的人、领袖、代言人、执政者等接受并认同。

22 罗伯特·N. 贝拉等，前注（注释16），第303页。

23 阿拉斯代尔·麦金太尔，前注（注释3）。很遗憾，此处篇幅有限，无法完整地展示麦金太尔丰富而细致的论述。

24 同前注，第192页。

25 同前注。

26 同前注，第200页。

27 参见爱比克泰德（Epictetus）：《沉思录》（*The Enrichment*），
350 XVII：“记住，你是一个演员，剧本由作者决定——剧集短，你的人生就短；剧集长，你的人生也长。随他高兴，让你成为穷人、跛子、统治者或公民，你去演好就行。这就是你的任务——演好给你的角色，至于选择，不关你的事。”

28 麦金太尔，前注（注释3），第199页。

29 同前注，第204—205页。

30 有关此比喻的微妙发展及其应用问题，参见艾伦·瑞安（Alan Ryan）那富有暗示的文章“私下的自我与公开的自我”（“Private Selves and Public Parts”），载S. I. 本、G. F. 高斯编：《社会生活中的公与私》，纽约：圣马丁出版社，1983年版，第135—154页。他特别善于论证角色扮演的限制问题。“对角色扮演的要求过于严苛”，他说，“事情反而无法完成。”他还指出，我们对隐私功能的现代表述正可保护我们免受过于严苛的要求：“尽管家庭也可以被视为‘公共场所’，我们在当中的角色是父亲、儿子等，但至少在我们的社会中，家庭也是私下住所，是我们可以卸去油彩、抱怨观众、担心表演等的后台。有他们相伴，我们才能休整一番，咀嚼之前的表演，相信如何提高演技，甚至重新思考我们打算投入的整出戏剧……”（第

151—152 页)。

31 艾伦·瑞安,前注(注释30),第137页。

32 同前注。

33 这是罗伯特·A. 尼斯比特(Robert A. Nisbet)提出的。参见其《社群与权力》(*Community and Power*), 纽约: 牛津大学出版社, 1962年版, 第70—74页。

34 麦金太尔,前注(注释3),第117页。

35 此点参见古特曼,前注(注释13),第316页。

36 麦金太尔,前注(注释3),第205页。

37 我对麦金太尔的唯一挑剔之处在于,他显然认为困难是逻辑上或概念上的。我认为,否认民族特性及其道德传承的负累是某种操作上的困难,当然,难度非常大,它更类似原地跳八英尺高,倒并非像揪住自己的鞋带把自己提起来“那么难”。

38 麦金太尔,前注(注释3),第206页。

39 参见拙文“集体责任”(“Collective Responsibility”),载《行为与责任》(*Doing and Deserving*), 普林斯顿, 纽约: 普林斯顿大学出版社, 1970年版, 第222—251页。

40 麦金太尔,前注(注释3),第205页。

41 同前注,第206页。

42 约翰·斯图尔特·密尔:《论自由》,第二章第19—36段,第三章第17—19段。

43 参见乔治·利希海姆(George Lichtheim):“异化”(“Alienation”),载《社会科学国际百科全书》(*International Encyclopedia of the Social Science*), 纽约: Macmillan and The Free Press, 1968年版, 第1卷, 第264页。

44 卡尔·马克思(Karl Marx):《1844年经济学哲学手稿》

(*Economic and Philosophic Manuscripts of 1844*), 纽约: International Publishers, 1964 年版, 第 108 页。

45 托尼·奥诺尔 (Tony Honoré): “人类社群与服从大多数原则” (“The Human Community and the Principles of Majority Rules”), 载尤金·卡曼卡 (Eugene Kamenka) 编:《作为社会典范的社群》(*Community as a Social Ideal*), 纽约: 圣马丁出版社, 1982 年版, 第 159 页。奥诺尔继续道, “但内部关系是相对的, 一个人在家里与家人、本镇人、本国人、贸易盟友之间的关系是各不相同的。他所属的群体对他而言是多方面的保障者, 他可以享受作为这个群体之成员的替代性自治, 并在成员和非成员, 即非家庭成员、非本镇人、非盟友或非本国人之间划出清晰的界限。和 19 世纪学者们的期待相比, 20 世纪
351 国家主义的力量表明, 对个人而言, 拥有某种相对的内部联系是多么重要, 即使是在一个巨大群体之中的联系……”

46 “自杀与一个社会的凝聚程度有关。因此, 涂尔干在研究中提出的观点已为众多研究者所证实, [个人主义式的] 异见者的自杀率更高, 如城市居民、工人、未婚者, 简言之, 即那些社会联系脆弱的人群。当个人只能向自我求助, 失去道德感及其与他人的社会联系, 就会产生焦虑和负疚的心理。自我毁灭成了唯一的出路。”参见罗伯特·A. 尼斯比特 (Robert A. Nisbet):《社区与力量》(*Community and Power*), 纽约: 牛津大学出版社, 1962 年版, 第 14—15 页。

47 阿里克西·德·托克维尔 (Alexis de Tocqueville):《论美国的民主》(*Democracy in America*), 乔治·劳伦斯 (George Lawrence) 译, 纽约: Doubleday Anchor Books, 1945 年版, 第 2 卷, 尤见于第 318 页。

48 尼斯比特, 前注 (注释 45), 第 204—205 页。

49 同前注, 第 268 页。

50 同前注,第 265 页。

51 同前注。

52 桑德尔,前注(注释 10),第 17 页。

53 贝拉等,前注(注释 16),第 333 页。

54 同前注,第 335 页。

55 同前注,第 179 页。

56 亚里士多德(Aristotle):《政治学》(*Politics*),1260b—1264b。在 1261b 中,亚里士多德的确做了极具非社群主义立场的保留,“若人人皆如此渴望自我满足,那么,集体性程度低些比高些更符合人们的愿望。”

57 卡尔·J. 弗里德里希(Karl J. Friedrich):“政治学和法哲学历史中的社群概念”(“The Concept of Community in the History of Political and Legal Philosophy”),载《规范(二):社群》(*Nomos II, Community*),纽约: The Liberal Arts Press, 1959 年版,第 5 页。

58 “美利坚合众国”,贝拉等告诉我们,“是一个参与者的国度。”参见前注(注释 16),第 167 页。自 1830 年托克维尔写出如下文字起,美国人在这方面并无多大变化:“各个年龄、各种生活状态、各种性情的美国人一直都在结社。当中不仅仅只是人人参与其中的商业社团或工业社团,还有成千上万种其他社团——宗教上的、道德上的、重要的、琐细的、宽泛的、具体的、巨大的、细微的……不论哪个领域,在法国,你会发现领头的是政府,在英国,你会发现领头的是大资本家,而在美国,你看到的永远是社团。”参见托克维尔,前注(注释 47),第 523 页,转引自贝拉等,前注书,第 167 页。

59 比较贝拉等(前注 16):“公共领域正是包容差别的共存体。”娜奥米·布利文(Naomi Bliven)在其“心灵的习性”(“The Habits of the Heart”)一文中未注出处而引用了这句话,载《纽约客》

(*The New Yorkers*), 1986年4月21日,第120页。

352 60 注意,约翰·罗尔斯对其自由主义意识形态的辩护:“关键在于:作为实证的政治问题,在现代民主国家里,没有哪个一般性的道德概念能够为正义概念提供为公众认同的基础。在这样一个国家里,社会和历史状态皆源于宗教改革后的宗教战争以及随后发展出的容忍原则,源于宪政政府的成长过程以及大工业市场经济体制。这些状态导致对某个行之有效的政治正义概念有如下要求:这个概念必须承认教义的多元、冲突的多元及其相互间的不可通约性,且这个概念应受到民主社会成员的良好认同。”参见约翰·罗尔斯(John Rawls):“正义即公平:政治学而非形而上学”(“Justice as Fairness: Political Not Metaphysical”),载《哲学与公共事务》,第14卷(1985年),第225页。

61 奥克塔维奥·帕斯(Octavio Paz):《地球,四个或五个世界:当代史反思》(*On Earth, Four or Five Worlds: Reflections on Contemporary History*),海伦·R.莱恩(Helen R. Lane)译,纽约:Harcourt, Brace, Jovanovich, 1985年版。这些注释所参见的文献均转引自娜奥米·布利文的评论文章,载《纽约客》,1986年2月3日,第134—138页。

62 同前注,第137页。

63 同前注。

64 在社区推行美学标准及他们如何应用的假想情形中,法庭所考虑因素的小结可参见F.帕特里克·哈伯德(F. Patrick Hubbard):“认真对待人:从司法管辖的角度看变动中的社区里发生的社会冲突”,载《辛辛那提大学法律评论》,第48卷(1979年),第15—41页。

65 罗杰·斯克鲁顿(Roger Scruton):《保守主义的含义》(*The*

Meaning of Conservatism), 哈尔蒙兹沃斯, 英格兰, 企鹅出版社, 1980 年版, 第 74 页。

66 古特曼, 前注 (注释 13), 第 318 页。

67 J. 安东尼·卢卡斯 (J. Anthony Lukas): “社区与冲突中的平等” (“Community and Equality in Conflict”), 载《纽约时报》, 1985 年 9 月 8 日。所有关于卢卡斯的引言均来自此文献并不再做进一步注释。他对查尔斯镇的研究著作现已发表, 《共同之处: 三个美国家庭的动荡十二年》 (*Common Ground: A Turbulent Decade in the Lives of Three American Families*), 纽约: 兰登书屋, 1986 年版。

68 杰拉尔德·波斯特玛: “集体恶、损害与法律”, 载《伦理学》, 第 97 卷 (1987 年), 第 419—429 页。

第三十章 严格意义上的道德主义: 推行真正的道德

1 安东尼·D. 伍兹利: “法律与道德立法”, 载亚瑟·L. 卡普兰、丹尼尔·卡拉汉编: 《艰难时代的伦理学》, 纽约: Plenum, 1981 年版, 第 158 页。

2 同前注。

3 伯特兰·罗素 (Bertrand Russell): 《怀疑论》 (*Skeptical Essays*), 伦敦: George Allen & Unwin, 1935 年版, 第 121—122 页。

4 威廉·F. 小伯克利 (William F. Buckley, Jr.): “为吉尔摩而死?” (“Death for Gilmore?”), 载《纽约邮报杂志》 (*New York Post Magazine*), 1976 年 12 月 7 日, 第 32 页。

5 《纽约时报》社论, 1971 年 3 月 10 日。

6 古尔迪普·S. 西都 (Gurdip S. Sidhu), 医学博士, 写给主编的信, 《纽约时报》, 1971 年 3 月 17 日。

7 欧文·克里斯托尔 (Irving Kristol): “色情、淫秽及为审查辩护” (“Pornography, Obscenity, and the Case for Censorship”), 载《纽约邮报杂志》, 1971 年 3 月 28 日。

8 角斗士比赛示例看似牵强而令人心生排斥, 但与美国真实存在的商业性有组织打斗相比并不更糟, 甚至在某些方面还好些。参见 “硬汉酒吧” (“The Tough-Guy Bars”), 载《新闻周刊》, 1981 年 4 月 6 日, 以及《纽约时报》社论 “硬汉相残” (“Macho Mayhem”), 1980 年 12 月 26 日, 完整摘录如下:

最近风行观看一种类似角斗士对抗的节目叫硬汉 (强人) 比赛。组织者在社区张贴广告, 寻求最彪悍、最狠毒的酒吧斗士和街头斗士, 为他们安排一场毫无限制的血腥打斗。

最具吸引力的就是鲜血。这并非发生在职业摔跤手之间的比赛, 或合法的拳击比赛。硬汉比赛销售的是未经训练的男人之间最原始的打斗 (也有女选手, 强女比赛), 相互打斗之鲜血横流, 甚至失去知觉。比赛往往是一边倒的, 年轻的揍倒年老的, 重量级的揍倒轻量级的, 肌肉男揍倒软弱无力的。据说有一位参赛者脑部严重受伤。

冷酷无情的组织者麻木不仁地赚到快钱的想法——可怜的选手出卖他们的体能, 最多能拿到 1000 美元——真令人寒心, 而现场更是不堪, 尤其当黑人被白人打倒在地时更会激起人群中的种族敌意。观众花 6 美元至 20 美元来看他们相互残杀, 有时还会按照设计亲自上阵。在一场这样的打斗中, 一位保安的头被打开了花。在罗马角斗场中, 观众有时可以要求赦免一个角斗士, 但在硬汉比赛中, 显然没有这样的仁慈。

9 *Webster's New Collegiate Dictionary* (Springfield, Mass.: G. C. Merriam Co., 1997) .

10 帕特里克·德夫林：“对道德的法律强制”，1965年重印于《对道德的法律强制》，第一章“道德与刑法”（伦敦：牛津大学出版社，1965年版，第1—25页）。

11 《沃尔芬登报告》（*The Wolfenden Report*），纽约：Stein and Day，1963年版，第143页。

12 德夫林，前注（注释10），前言，第vi页。

13 《沃尔芬登报告》，前注（注释11），第224段。

14 德夫林，前注（注释10），第4页。

15 同前注，第69页。

16 同前注，第7页。

17 同前注，第10页。

18 同前注，第8页。

19 同前注，第11页。

20 同前注。

21 同前注，第13页。

22 同前注，第13—14页。

23 同前注，第15页。

24 同前注，第17页。

25 同前注。

26 同前注，第8页。

27 H. L. A. 哈特：“不道德与叛国罪”（“Immortality and Treason”），载《倾听者》，1959年7月30日。重印于理查德·A. 瓦瑟斯特罗姆（Richard A. Wasserstrom）编：《道德与法律》（*Morality and Law*），贝尔蒙特，加州：Wadsworth，1971年版。引言部分转引自瓦瑟斯特罗姆书，第54页。

28 同前注。第52—53页。

29 哈特认为,德夫林对主流道德的定义是“天衣无缝的网”。参见《法律、自由与道德》,斯坦福,加州:斯坦福大学出版社,1963年版,第51页。德夫林(前注10,第115页)回应说,“天衣无缝这个词作为比喻有些牵强,不过,我认为,对绝大多数人而言,道德就是一个信仰之网,而非一个个互不相干的信仰。”

30 罗纳德·德沃金:“德夫林爵士与对道德的法律强制”,载《耶鲁法律杂志》,第75卷(1968年)。重印于德沃金的《认真对待权力》,剑桥,马萨诸塞州:哈佛大学出版社,1977年版。引文源于后一文献,第248页。

31 H. L. A. 哈特:《法律、自由与道德》,前注(注释29)。

32 詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬:《自由、平等与友爱》,剑桥:剑桥大学出版社,1967年版,第152页以下。

33 哈特,前注(注释29),第36页。

34 斯蒂芬,前注(注释32),第152页。

35 哈特,前注(注释29),第37页。

36 同前注。

37 帕特里克·德夫林:“对道德的法律强制”,前注(注释10),第130页。

38 同前注,第131页。

39 H. L. A. 哈特:“刑罚原则绪论”(“Prolegomenon to the Principles of Punishment”),载其《刑罚与责任》(*Punishment and Responsibility*),纽约与牛津:牛津大学出版社,1968年版,尤见于第2—3页、第8—11页。

40 亚里士多德认为愉悦感和幽默感都是“美德”(罗思则将其译为“好脾气”和“机灵”)。参见《尼各马可伦理学》(*Nichomachean Ethics*),第四卷,第五章和第八章。

41 J. L. 奥斯丁 (J. L. Austin) 写道, 我们可以先承认某种行为 A 不好, 但接着又认为不该直截了当地说 “X 做了 A 行为”。他解释说, “我们可以说, 仅仅说 X (强调) 做了 A 行为是不公平的; 或许他是在某人的影响下或推动下这么做的。或者直接说他实施了这个行为也是不公平的, 或者事出偶然, 或者乃无心之失。而说他就只实施了 A 行为也是不恰当的——他其实做了很不一样的事, A 不过是意外产生的结果, 或者他本人是以完全不同的角度来看待 A 的……” 参见 J. L. 奥斯丁: “辩护事由” (“A Plea for Excuses”), 载其《哲学论文》(*Philosophical Papers*), 牛津: 克拉伦登出版社, 1961 年版, 第 124 页。

42 参见拙文“刑罚的表达功能”(“The Expressive Function of Punishment”), 载本人《行为与责任》, 普林斯顿, 纽约: 普林斯顿大学出版社, 1970 年版, 第 95—118 页。尼尔·麦考密克在其《法律权利与社会民主》中也强调了这一点(牛津: 克拉伦登出版社, 1982 年版, 第 30—34 页)。麦考密克借助刑罚的耻辱性, 提出了一个乍看之下和我相反的观点, 亦即“无论何种原则, 若允许国家诉诸刑罚, 必定亦许国家以法律推行道德价值。”(第 33 页)

43 对程序正义更彻底的考量必得作出更多区分, 也必得论及形式正义(亚里士多德主义)与所谓“实质正义”之间的相互作用。程序正义的要求不是仅以简单的亚里士多德主义公式即可穷尽。要是我们同案同判, 却又适用反转的序列: 最低分的放在最上端, 最高分的却没资格, 又会怎样呢? 并且, 形式原则可以通过一个极其严格的程序得以满足, 比如, 认为 99% 都不合格。

44 参见第二十八章第三部分。

45 我得再提一次, 这个一般分类的可能例外包括非自愿承受的痛苦或风险, 即我在第二十八章第六部分所称之“与福利相关的无人

怨愤的恶”。这些完全限于那种由不法作为或不作为引起的损害性状态，导致一方的孕育或出生处于某种损害性状态，但还是好过不出生。

46 更极端的示例会可能更有说服力。想想这样一条法律，因为脑子里想着好色苟且之事而“不小心乱穿马路”的行为，比因为脑子里想着形而上学之事而“不小心乱穿马路”的行为更具可罚性。

47 斯蒂芬，前注（注释 32），第 151 页。

48 同前注。

49 同前注。

50 同前注。斯蒂芬太细心了，没有在此处如此说，但他显然意指那些“非自然”的性犯罪，如鸡奸、兽奸、乱伦。

51 同前注。

52 斯蒂芬最著名的例子（前注 32，第 153 页）如下：

“法官的面前有两个罪犯，一个愚昧无知，受了他人的强烈诱惑，另一个受过教育，也有一定的社会地位，在犯罪时相对而言受到的诱惑较少。我敢打赌说，如果这个法官对二人的判决有所不同，那么，任何一个英国法官都会对第一个判得比另一个轻。”

斯蒂芬意在表明，若认为威慑是判决的基本决定性因素，则诱使犯罪是加重情形；而若认为可恨性与道德可责性都可以是决定性因素的话，就不会认为诱使犯罪属加重情形。但斯蒂芬继续假定，持报复刑－可责性立场的法学家认为，诱使犯罪不仅不属加重情形，反而是减轻情形，这个假设已超出其论证所需。因此，一个人在一般诱惑下实施了某个犯罪行为，比另一个人在强烈诱惑下实施同样犯罪行为（在斯蒂芬例子中就是那个搭档）更具可责性。这个说法并非斯蒂芬论证所需，也远没有论证力。若在斯蒂芬的例子中它似乎有点道理，那可能是因为其引入了某些外部元素，尤其是影响、无知、教

育、地位。在斯蒂芬的例子中，受到诱惑不大的一方就是本该更为明智的一方。

53 根据此种观点，刑法也可以具有威慑性，那倒是件好事，但威慑性本身决不能成为某个特定刑法的正当化理由。另一方面，刑罚作为报应刑而被正当化时，无所谓其是否具有威慑性。还应注意，此处是最微弱意义上的“报应刑”，可以仅指所有刑法学家均会认可的程序公正要求，若无法律罪责，就不应施加刑罚，刑罚的程度应当与可责性程度成正比，亦应按不可责程度相应减轻处罚，等等。在这种“报应”意义上，我们（几乎）都是报应刑论者。无论刑法目的为何，均应得以公正适用。但被标签为“报应主义”的理论则坚称，对不法者处以刑罚本身正是刑罚的目的所在（亦可减少不法行为被有样学样）。简言之，报应主义认为报应就是刑法正当性的依据，而不仅仅只是程序公正的衍生条件。 356

54 “*Webster's New Collegiate Dictionary*”.

55 A. C. 尤因 (A. C. Ewing):《刑罚的道德性》(*The Morality of Punishment*), 伦敦: Kegan Paul, 1929 年版, 第 13 页。

56 有关此类报应理论更详尽的论述，参见赫伯特·莫里斯 (Herbert Morris): “人与刑罚” (“Persons and Punishment”), 载《一元论者》(*The Monist*), 第 52 卷 (1968 年)。

57 H. L. A. 哈特:《法律、自由与道德》，前注 (注释 29)，第 60 页。

58 同前注。

59 传统上认为，撒旦本只是个下属，却妄图篡权夺位，把上司引入圈套。马洛 (Marlowe) 则认为，撒旦的罪在于他的“抱负和傲慢” (傲慢又给抱负加了些东西)。根据一些神父的说法，撒旦的原罪是“拒绝向白色大宝座鞠躬”，但另一些人却说，他根本就是想将宝座据为己有，自己端坐其上。在某些中世纪的传说里，撒旦夜晚陪

坐在上帝身边，上帝离开宝座一小会儿，撒旦，“被骄傲蒙住心，在那天堂宝座上坐下”（他的最大邪恶），“天使长米迦勒愤怒地扯着他的胳膊，最终将他赶出了天堂。”参见麦斯米兰·路德温（Maximilian Rudwin）：《传说和文学作品中的罪恶》（*The Devils in Legend and Literature*），芝加哥：Open Court Publishing Co.，1931年版，第一章。

60 我认为，天主教中有关罪（甚至是无被害人的罪）侵犯了上帝的教义的古典起源是圣安塞姆（St. Anselm）的《上帝为何化身为人？》（*Cur Deus Homo?*）。按照我所理解的安塞姆，所有的罪实际上都是指窃取了本属于上帝的东西，或者说都是人欠上帝的债，以及剥夺了上帝的应得之物。从定义上说，罪“不过就是没有偿还上帝。”这个债就是心中的公平和正直。“我们欠上帝一份荣誉之债，或者说上帝对我们的要求就是这些……未能偿还这份荣誉之债，就是对上帝的掠夺和羞辱；这就是罪。”参见《圣安塞姆：基本篇》（*Saint Anselm, Basic Writings*），S. N. 迪恩（S. N. Deane）译，拉萨尔，伊利诺伊州：Open Court Publishing Co.，1962年版，第十一章“何为罪，如何补偿”，第202页。也见托马斯·阿奎那：《神学大全》，伦敦：Burnes, Oates & Washbourne, Ltd.，第二版，第三编，QXII，第三篇，QXIII，第一至三篇，第205—233页。就这些文献，我得感谢雅各布·阿德勒（Jacob Adler）。

61 格奥尔格·威廉·弗里德里希·黑格尔（Georg Wilhelm Friedrich Hegel）：《权利哲学》（*The Philosophy of Right*），T. M. 诺克斯（T. M. Knox）译，牛津：牛津大学出版社，1942年版，第99、100节。

62 G. E. 穆尔（G. E. Moore）：《伦理学原则》（*Principia Ethica*），剑桥：剑桥大学出版社，1903年版，第1章D。

63 A. C. 尤因：《伦理学》，纽约：麦克米伦出版社，1953年版，

第 169—170 页。

64 还不清楚此种报应主义理论与伦理学中的一般性结果主义的理论是否一致。据此,刑罚可以因其某种结果而被正当化,亦即改变和过去某个事件(最初的不法行为)之间的道德关系。根据此种报应主义理论,使刑罚正当化的“结果”是某种“回溯性的结果”,这种结果可以在一定程度上改变过去。作为结果之一,刑罚被正当化的时间应回溯到过去的某个时间点,然后以眼下的刑罚为终点,这总体上总还是更好些。

65 “这并非为任何暴力行为辩护”,德夫林写道,“被害人认为,行为人所受到的惩罚是罚当其罪。”(《对道德的法律强制》,第 8 页)德夫林可能在此混淆了暴力行为和伤害行为。格拉汉姆·休斯修正道,“普通法对暴力行为的立场一般是,只要不存在特别严重的伤害后果,被害人的同意可以作为辩护事由。”参见“道德与刑法”(“Morals and the Criminal Law”),载《耶鲁法律杂志》,第 71 卷(1962 年),第 670 页。伤害则被定义为“非法向他人施加强制力”,而暴力则是“(1) 试图实施殴打行为,或(2) 某种不法行为,令被害人担心很快就会遭到伤害”,如持上膛的枪支进行威胁。一般而言,实施伤害行为必得实施暴力行为,但实施暴力行为未必会实施伤害行为。私下的扭打往往并非不法,只要双方都同意,且未发生严重伤害后果。参见罗林·M. 珀金斯(“Rollin M. Perkins”):《刑法》(*Criminal Law*),布鲁克林: The Foundation Press, 1957 年版,第 80、86 页。

66 珀金斯,前注(注释 65),第 131 页。

67 同前注,第 134 页。

68 参见格拉汉姆·休斯,前注(注释 63),第 669 页以下。

69 珀金斯,前注(注释 63),第 142 页。

70 前注,第 143 页。珀金斯引述布莱克斯通的权威表述,参见

《评论》(Commentaries), 第 205 卷。

71 参见 1 Coke on Littleton 194 (127a, 127b); 1 Hale PC 412。参见约翰·克莱尼希 (John Kleinig): “同意作为刑法中的抗辩事由”(“Consent as a Defense in Criminal Law”), 载《法哲学与社会哲学档案》(Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, ARSP), 维斯巴顿: Franz Steiner Verlag GMBH, 1979 年, 第 65 卷, 第 3 期, 第 335 页以下。

72 杰西·杜克米尼尔 (Jesse Dukeminier): “为移植提供器官”(“Supplying Organs for Transplantation”), 载《密歇根法律评论》, 第 81 卷 (1968 年)。

73 威廉·布莱克斯通爵士 (Sir William Blackmail): 《英国法评述》(Commentaries on the Laws of England), 第 4 卷, 第 145 页。

第三十一章 有损害的剥削行为与无损害的剥削行为

1 这个观点最初引起我注意的是布鲁斯·兰德斯曼 (Bruce Landesman) 就我的观点所写的未出版的一篇评论文章“非强迫性剥削”(“Noncoercive Exploitation”), 该文于 1980 年 9 月在明尼苏达州鲁特森举行的自由基金会关于家长主义的研讨会上提出。这两个区分相互交叉, 必定会形成四个相互区别的子类: (1) 令人恶化的剥削, (2) 未令人恶化的剥削, (3) 令人的品性和处境恶化的剥削, (4) 未令人的品性和处境恶化的剥削。但有一个类别是空白的, 因为不存在属于第 2 类的情形, 即不使人恶化的剥削。剥削他人至少具有表面不法性。

2 兰德斯曼, 前注。

3 若 A 利用因 C 造成的 B 的绝境, 对 B 提出一个在其处境下

无法拒绝的提议,那么,这一机会主义式的提议是(1)具有剥削性的,(2)具有强迫性的,但(3)并未使用典型的胁迫方法(并未以强制干涉关闭被害人的选项)。因为(2),我将其划入强迫性剥削,但因为(3),戴维·齐默尔曼称之为“非强迫性剥削”(参见第三卷第二十四章第三、四部分)。因此,我在本章有意讨论的是无论方法上还是结果上均明确不存在强迫性的剥削行为。

4 若需更详尽的论述,可参见理查德·J.阿尼森(Richard J. Arneson):“剥削错在何处?”(“What’s Wrong with Exploitation?”),载《伦理学》,第91卷(1981年),第201—227页;艾伦·E.布坎南(Allen E. Buchanan):《马克思与正义》(*Marx and Justice*),托托华,纽约:Rowman and Littlefield,1982年版,第3章;及G. A.科恩(G. A. Cohen):“卡尔·马克思与社会科学的衰落”(“Karl Marx and the Withering Away of Social Science”),载《哲学与公共事务》,第1卷(1972年),第182—203页。

5 对马克思的剥削理论,阿尼森这样总结道,“没有压迫,就没有剥削。”参见前注(注释2),第225页。

6 约翰·克莱尼希:“同意的伦理”(“The Ethics of Consent”),载《加拿大哲学杂志》(*Canadian Journal of Philosophy*),第11卷(1981年)。

7 这一假设中的事实非常近似R.诉赖特案(*R. v. Wright*),载1 Coke on Littleton 194(127a, 127b); 1 Hale PC 412。参见第二十三章第六部分。

8 《美国大观》(*Parade Magazine*),1980年6月29日。

9 这一点在1973年的一部电影《骗中骗》(*The Sting*)中得到了很好的说明,影片讲述了几个骗子利用凶残的黑帮分子的贪婪大赚其钱的故事。这个黑帮分子正是“罪有应得”——他也打算骗别

人——即使对他的掠夺也是欺诈性的，我们不会自然地以贬义的“剥削”来描述这件事。

更近期对这个普遍观点的说明是 1986 年马尼拉天主教区的红衣主教对菲律宾大选作出的被广为转述的道德评价。当时，在任总统费迪南德·马科斯的幕僚花了数百万美元“买选票”，被引用的主教的话是这样的，“只要人们凭着良心投票，接受贿赂就没有什么不对的。”显然，主教的目的在于鼓励那些已经收下马科斯的钱的选民，只要他们出自真心，仍可自由地遵循道义把票投给马科斯的对手。但还可能有另一种解释。有人可能认为，利用（剥削）马科斯的劣性获得收益在道德上是适当的。至少，没有人（当然不包括马科斯）会对此抱有个人的怨愤。

10 引自美联社的报道，伦敦，1980 年 12 月 24 日。

11 杰克·克罗尔（Jack Kroll），对《校园风云》（*The Class of 1984*）的评论，载《新闻周刊》，1982 年 8 月 30 日，第 61 页。

12 《时代周刊》（*Time Magazine*），1977 年 6 月 20 日，第 54 页。

359

13 同前注。

14 帕特里克·德夫林：“对道德的法律强制”，伦敦：牛津大学出版社，1965 年版，第 12 页。

15 《沃尔芬登报告：同性恋犯罪与卖淫问题委员会的报告》（*The Wolfenden Report : Report of The Committee on Homosexual offenses and Prostitution*），纽约：Stein and Day，1963 年版，第 163 页。

16 路易斯·B. 施瓦茨（Louis B. Schwartz）：“道德冒犯与模范刑法典”（“Morals Offenses and the Model Penal Code”），载《哥伦比亚法律评论》，第 63 卷（1963 年），重印于理查德·A. 瓦瑟斯特罗姆编：《道德与法律》，贝尔蒙德，加州：Wadsworth，1971 年版，第 96 页。

17 同前注,第 97 页。

18 383 U.S.463 (1966)。

19 同前注,第 467 页,引用罗思诉合众国案 (*Roth v. United States*), 354 U.S.476, 495—496 (1957) (沃伦首席大法官的赞成意见)。

20 哈里·法兰克福 (Harry Frankfurt) 对强迫性要约的此种解释进行了富有创见的拓展论述,参见“胁迫与道德责任”(“Coercion and Moral Responsibility”),载特德·杭德里克 (Ted Honderich) 编:《行为自由文集》(“*Essays on Freedom of Action*”),伦敦:Routledge and Kegan Paul,1973 年版。

21 诺曼·梅勒 (Norman Mailer):《刽子手之歌》(*The Executioner's Song*),波士顿:Little, Brown,1979 年版。

22 戴安娜·约翰逊 (Diane Johnson):“死亡待售”(“Death for Sale”),载《纽约书评》,第 26 卷 (1974 年 12 月 6 日),第 4 页。约翰逊的反应给我留下了深刻印象。梅勒将希勒描述成一个为其“秃鹫”名声所累的人。对他“利用”的利益非常敏感,受到良心的煎熬,坚决成为尽可能的“职业者”。不过,梅勒对希勒的态度有些矛盾,在读者看来,事实总是没有交代得很分明,按约翰逊说法,我们即使不认为它具有历史性,至少也可视其为引发巨大哲学兴趣的“假想示例”。无论希勒是不是一个剥削者,毫无疑问,那些出售观看行刑门票的人,那些拍卖吉尔摩服饰的人,那些出售吉尔摩的 T 恤衫的人是。

23 美国公众传统上对人寿保险销售员和从业者都有着某种成见,但对医生就没有这种成见。维维安娜·A. 罗特曼·泽利泽 (Viviana A. Rotman Zelizer) 解释了个中缘由:“要解释对保险销售的成见……离不开它与死亡的一般联系。正是这种联系的特质给它带来了坏名声。对人寿保险销售员直至从业者而言,死亡是一桩挣钱的买卖。和死亡方面的‘专业人士’,如医生、牧师等从事具有正当

性服务内容的人员不同，他们是死亡方面‘生意人’……无论其个人从业动机如何——无论是出于贪婪还是出于仁慈——专业是利他主义的制度化形式，而生意则是利己主义的制度化形式。救死扶伤与抚平哀恸比销售更神圣。”参见《道德与市场：美国人寿保险发展史》（*Morals and Markets : The Development of Life Insurance in the United States*），纽约：哥伦比亚大学出版社，1979年版，第135页。该书对美国公众的态度转换作出了启蒙式的社会学研究。

24 早在该书完成之前，就付给吉尔摩五万美元作为“独家权利”的报酬，另付两万五千美元给他备受惊扰的女友。

25 布坎南在自由基金会的研讨会的评论中提出此建议（鲁特森，明尼苏达：1980年9月）。

360 26 《新闻周刊》，1982年4月19日。

27 莫里斯在自由基金会的研讨会上提出这个问题（鲁特森，明尼苏达：1980年9月）。

28 美国法学会（American Law Institute）：《赔偿性法律重述》（*Restatement of the Law of Restitution*），1937年，第一章第2节。

29 同前注，第一章第1节，评论1。

30 丹·多布斯（Dan Dobbs）：《救济法》（*Law of Remedies*），1973年版，第224页。

31 同前注，第223页。

32 同前注，第224页。

33 布鲁斯·兰德斯曼，前注（注释1）。

34 康德作出了同样的区分，但使用了不同、甚至是相反的术语。他提出一个和我给出的最典型示例类似的假设情形，用以说明他所谓之“正义”和“公平”之间的区分。A同意为B的工作付给一定数额的年薪，但时间届满时，汇率发生了很大的变化。正义（以康德的理

解)并不要求A给出补偿,但公平却有这个要求。若A没有给出补偿,就是对B的剥削,由此,按康德的理解,并非所有剥削都是非正义的,若不公平就是某种不公正,那么,并非所有的不公正都是康德所说的不正义。(这些论点我得感谢艾伦·布坎南。)参见伊曼努尔·康德(Immanuel Kant):《正义的形而上学要素(第一部分,道德的形而上学)》(*The Metaphysical Elements of Justice, Part I of The Metaphysics of Morals*),约翰·拉德(John Ladd)译,印第安纳波利斯:Bobbs-Merrill,1965年版,第234段,第39—40页。康德以不同的术语作出了和我一致的区分。我以“不正义”为属,将其分为两种:不公正(包括被害人、怨愤和被侵犯的权利)和“其他不正义”。康德以“不公正”为属,将其分为两种,即他所谓之“不正义”(与我的“不公正”相对应)和“不公平”(至少部分对应于我的“其他不正义”)。

35 除非可避免的尊严损失也是一种“损害”,哪怕当事人并不在意自己的尊严,这种观点方可成立。无论是否具有损害性,尊严的丧失当然是一种恶,借着这个恶获取利润的行为就是此种剥削行为的不法性所在。

36 在第一卷《对他人的损害》第一章第一部分中,我区分了一般意义上的“损害”,大概意即“对利益的阻退”,以及出现在作为限制自由原则的损害原则中的“损害”。在整部作品中,后者的意思大致为“侵犯他人权利而造成的利益阻退”。因此,第二种“损害”是技术意义上的,它既包括一般意义上的损害,同时还侵犯了被损害方的权利。

第三十二章 剥削原则:防止不法牟利

1 就“他方的”权利,将正义分为行为人的品性和行为结果的有关论述,参见约瑟夫·皮珀(Josef Pieper):《正义》(*Justice*),伦

敦：Faber and Faber，1957 年版，第 13 页以下。

2 约翰·克莱尼希：“同意作为刑法中的抗辩事由”，载《法哲学与社会哲学档案》，维斯巴顿：Franz Steiner Verlag GMBH，1979 年，第 65 卷，第 3 期，第 340 页。

3 同前注。

4 同前注，第 344 页。

5 同前注。

6 R. M. 黑尔 (R. M. Hare)：《自由与理性》(*Freedom and Reason*)，牛津：克拉伦登出版社，1963 年版，第 147 页。

7 同前注。

361

8 同前注。

9 托马斯·C. 格雷 (Thomas C. Grey) 编：《对道德的法律强制》(*The Legal Enforcement of Morality*)，纽约：Alfred A. Knopf，1983 年版，第 141 页。

10 约翰·费德斯 (John Fedders)，转引自朱莉·科斯特里兹 (Julie Kosterlitz)：“托马斯·里德事件” (“The Thomas Reed Affair”)，载《同道》(*Common Cause*)，1983 年 1 月，第 21 页。

11 根据科斯特里兹 (注释 10) 的观点，这是美国证券与交易委员会主席约翰·费德斯 1981 年的观点，她引述道，“进行内幕交易的人就是贼。”参见前注。

12 科斯特里兹，前注 (引述一位未披露姓名的华尔街证券律师的话)。

13 该示例可具体化为：A，一位在交通阻塞中不够耐心的司机，将车开到高速公路右侧禁行的紧急停车带，超过了一长队被堵塞的守法司机所驾驶的车辆，包括 B。我们假定，愤愤不平的 B 并不会因为 A 的作弊行为而更晚到达目的地 (A 高速行驶几英里之后，就会右转

到另一路上,而不是在一个超前的位置回到原路),因此,B并不能主张他的利益受到损害,即使他被不当利用了,即A的不当收益仅仅因为路上的其他车手都非常诚信,没有作出同样的行为。

14 科斯特里兹,前注(注释10),第21页。

15 杰西·杜克米尼尔:“为移植提供器官”,载《密歇根法律评论》,第68卷(1970年),第811页,重印于托马斯·C.格雷编:《对法律的道德强制》,纽约:Alfred A. Knopf,1983年版,第141—144页。此处参考文献均来自格雷。

16 同前注,第143页。

17 格雷,前注(注释15),第141页。

18 杜克米尼尔,前注(注释15),第143—144页。

19 阿祖萨市政法典(Azusa Municipal Code, Azusa, California, sec.8.52.060)。

20 精神心理学真理教堂等诉阿祖萨市案(*Spiritual Psychic Science Church of Truth, Inc.et al. v. City of Azusa*), 217 Cal.Rptr.225 (Cal.1985)。

21 同前注,由莫斯克法官引自摩尔多克诉宾夕法尼亚州案(*Murdock v. Pennsylvania*, [1943]319 U.S.105, 111, 63, S.Ct.870, 874, 87 L.Ed.1292)。

22 精神心理学真理教堂等诉阿祖萨案,前注(注释20),第227页。

23 巴尔萨案(*In re Bartha*, 63 Cal. App.3d 584, 591, 135 Cal. Rptr.39)。引文即来自该案。

24 《加利福尼亚民法典》(California Civil Code),第1710节。

25 精神心理学真理教堂等诉阿祖萨案,前注(注释20),第235页。

26 同前注,第237页。

27 同前注。

28 同前注,第 236 页。

29 同前注,第 237 页。

30 理查德·J.阿尼森:“密尔对决家长主义”,载《伦理学》,第 90 卷(1980 年),第 486 页注释 25。

31 埃斯特尔诉伯明翰案(*Estell v. Birmingham*, 291 Ala 680, 286 So 2d 872, 81 ALR 3d 650)。其他州还有一些典型判例与阿拉巴马州最高法院的判决立场相异。

32 林恩·C.科布(Lynn C. Cobb):“注释:适用于转卖戏剧或比赛门票的州或本地法规的有效性”(“Annotation: Validity of State or Local Regulation Dealing with Resale of Tickets to Theatrical or Sporting Events”),载《美国法律精解》(*American Law Reports*),第三版,《案例与注释》(*Case and Annotations*),第 81 卷(1977 年),第 672 页。在人民代表兰格诉帕尔米特案(*People ex rel. Lange v. Palmittter* [1911]71 Misc. 158, 128 NYS 426, aff'd.144 App Div 984, 128 NYS 1140, aff'd 202 NY 608, 96 NE 1126)中,法庭赞成这一规定。持相反立场的则是另一桩案情类似的判例,人民诉范·王案(*People v. Van Wong* [1958]165 Cal App 2d Supp 821, 332 P2d 872)。

33 在此点及有关何为转卖、何为“影响公共利益”等抽象问题上,法庭之间存在广泛的不同意见。在人民诉约翰逊案中(*People v. Johnson*, [1967] 52 Misc 2d 1087, 278NYS 2d 80),法庭认为,规范转卖门票行为的法规的全部目的即在于“保护公共福利,推进艺术和戏剧的传播,使更多的人享受人生雅致的一面,而不只保留给极少数获益者”,正是这个目的使它具有合宪性。

34 例如,参见韦斯特版加州法典(刑法典,1986 年增补本)第 346 条和明尼苏达州法典(1964 年和 1986 年增补本)第 609、

805 条。其他州，包括亚利桑那州、密歇根州、纽约州、德克萨斯州和华盛顿州，都没有禁止倒票的法规。

35 林恩·C. 科布，前注（注释 32），第 680 页。

36 科布（前注，第 678 页）描述了这样一个案子：

在人民诉约翰逊案（*People v. Johnson*, [1967]52 Misc 2d 1087, 278 NYS 2d 80）中，被告人……被控违反规制转卖戏票行为的法规，她的确以每张 40 美元的价格售出了两张原价为 20 美元的戏票，法庭认为被告人无罪。被告人购买戏票原本是为了和关系疏远的丈夫重归于好。当她的丈夫拒绝了她以后，她也决定不去观看演出，并在本地报纸上刊登了一则出售戏票的小广告。结果，一个警察打电话给她，他和另一个警察前往被告人的住处，同意以每张 40 美元的价格买下门票，等到交易完成，警员们披露了自己的身份，并逮捕了被告人，指控她倒卖门票……并且，法庭还指出，法规本应适用于经营性的倒卖行为，法庭注意到“经营性”应当是大范围的交易，而非仅仅单次交易……法庭认为，按公诉人的说法，任何交易，哪怕是和亲朋好友之间的门票转手……无论有无获利，都违反该项法律。但这是令人无法接受的，是一种归谬法的逻辑 [公诉人的立场]。

37 *In Re Application of Dees* (1920) 46 Cal App, 656, 189, p.1050.

38 *In Re Application of Dees* (1920) 46 Cal App, 11, 194, p.717.

39 同前注。

40 布罗迪诉马歇尔案（*Brody v. Marshall*, [1950]71 Pa D&C 197）。

41 科布，前注（注释 32），第 677 页。

363 42 人民诉斯蒂尔案 (*People v. Steele*, 231 Ill.340, 83 N.E.239)。

43 科布, 前注(注释 32), 第 659 页, 科布此处引用了 51 Am Jur 2d, Licenses and Permits (证照与许可), 14。

44 例如查尔斯·狄更斯 (Charles Dickens) 的《荒凉山庄》(*Bleak House*)、乔治·艾略特 (George Eliot) 的《米德尔玛契》(*Middlemarch*) 和安东尼·塔罗洛普 (Anthony Trollope) 的《尤斯塔斯的钻石》(*The Eustace Diamonds*)。

45 沃尔特·布洛克 (Walter Block) 和戴维·戈登 (David Gordon): “勒索、敲诈与表达自由: 对波斯纳、爱泼斯坦、诺齐克和林格伦的回应” (“Blackmail, Extortion and Free Speech: A Reply to Posner, Epstein, Nozick, and Lindgren”), 载《洛杉矶罗亚拉法律评论》(*Loyola of Los Angeles Law Review*), 第 19 卷 (1985 年), 第 40 页。罗伯特·诺齐克 (Robert Nozick) 在《专制、国家与乌托邦》(*Anarchy, State, and Utopia*) 一文中强调勒索行为的寄生性, 纽约: Basic Books, 1974 年版, 第 85—86 页。尽管詹姆斯·林格伦 (James Lindgren) 在构建其有关勒索的理论时认为, 保护第三方的权利非常重要, 我认为, 他真正强调的重点在于勒索者的不当所得: “……若勒索者以损害但非犯罪行为为威胁时, 他……通过第三方的作用实现自己的利益。其行为之所以构成 [被禁止的] 敲诈, 在于他寄生于某个并未存有直接的实质性利益的实际或潜在的冲突, 可他有何权利在解决他人的诉求时牟利呢?” 参见詹姆斯·林格伦: “揭示敲诈悖论” (“Unraveling the Paradox of Blackmail”), 载《哥伦比亚法律评论》, 第 84 卷 (1984 年), 第 702 页。

46 在“敲诈” (“Blackmail”) 一文中, 格兰维尔·威廉斯 (Glanville Williams) 创设了这个词, 载《刑法评论》(*The Criminal Law Review*) (1954 年), 第 79—92 页、第 162—172 页、第 240—246

页。按照威廉斯的说法,所谓“悖论”,即指“两个分别在道义上和法律上的是,合在一起却成为一个在道义上和法律上的非”(第163页)。

47 林格伦,前注(注释45),第671页。

48 曼斯菲尔德爵士(Lord Mansfield)在说到类似的贿赂罪时宣称,“无论接受行为构成何罪,行贿都构成犯罪,二者相互对合,且……未遂也是犯罪,因为对于行贿一方而言,行为已实施完毕”。参见雷克斯诉沃恩案(*Rex v. Vaughan*, 4 Burr. 2494, 2500, 98 Eng. Rep. 308, 311, 1769)。若收到暗中刑事敲诈的一方提出花钱买得对方封口,则就这一约定而言,被敲诈者成为要约方。在一般人看来,从常识上说这就是行贿,因为他试图劝服某人违反诚信,尽管在法律上说,很多法域并不称其为“行贿罪”,因为另一方并非公务人员。很多法律都规定另一方的身份须为法官或税务人员等。所以,他并无报告,或至少不隐瞒的义务,但在不免除其义务的前提下,他的行为可以构成另一项罪名,如“重罪私了”。若如此,则贿赂他的那个秘密犯罪人即因“教唆”而构成犯罪。

49 罗林·M. 珀金斯:“刑法”,布鲁克林:Foundation Press, Inc., 1957年版,第563页。

50 人民诉莱夫科维茨案(*People v. Lefkovitz*), 294 Mich.263, 293 N.W.642(1940)。

51 珀金斯,前注(注释49),第563页注释。珀金斯援引了尼尔诉合众国案(*Neal v. United States*), 102 F.2d 643 (8th Cir.1939)。

52 参见 West's Ann. Cal.Pen.Code, 153:“若知晓某个真实存在的犯罪,却收钱……同意不提出指控,或隐匿罪证……”(加重号)。

53 布洛克和高登,前注(注释45),第40页注释9。

54 如所有对道德义务的分类,公民义务亦可表述为“作为——,本人有义务”。作为公民,本人有义务向警方报告罪案,当然,

364 这可能与“作为父亲或丈夫的义务”“作为天主教徒的义务”或“作为爱国者的义务”相互冲突。若陷入此等可悲的境地，将很难确知何者更重要，这在道义问题上司空见惯。有时，比较安全的说法是，作为公民的义务往往会被另一个更为迫切的道德义务压过。索福克勒斯（Sophocles）笔下的安提戈涅（Antigone）就是这么想的。

55 参见麦克·赫普沃思（Mike Hepworth）：《敲诈：日常生活的公开性和秘密性》（*Blackmail : Publicity and Secrecy in Everyday Life*），伦敦：Routledge & Kegan Paul，1975年版，尤见于第四章。

56 参见赫普沃思，前注（注释55），第70页，他认为，政府雇员易受到外国间谍的敲诈，很大程度上就是此种文化失序的结果：“……在某些情形中，与对某个特定爱国者披露其本来无害的偏好相比，泄露国家秘密对被害人而言更易接受。”

57 W.佩奇·基顿（W. Page Keeton）、丹·B.多布斯（Dan B. Dobbs）、罗伯特·E.基顿（Robert E. Keeton）、大卫·G.欧文（David G. Owen）编：《普罗瑟与基顿论侵权法》（*Prosser and Keeton on the Law of Torts*），第五版，圣保罗，明尼苏达州：West Publishing Co.，1984年版，第581页。

58 同前注，第856页。

59 桑提斯特班诉好年轮胎橡胶公司案（*Santiesteban v. Goodyear Tire and Rubber Co.*），5th Cir.，1962，306 F.2d 9。

60 基顿和普罗瑟，前注（注释57），第857页。

61 同前注。

62 对于坚持认为不应侵权法使用“不允许”“禁止”“要求”等字眼的读者来说，我只能在此重申我在别处已经阐述的立场：

我们的民法并未[特意]告诉我们，可以对我们的邻居施加有害的或有冒犯性的身体接触，或者诋毁他、偷听他说话、撞他

的车，除非我们事后给予赔偿。我认为，更接近真理的说法应当是，侵权法在禁止此等优化或令人恼怒的行为方面，并不比刑法弱。毕竟，我们确实会说到“民事处罚”，正如为推行法律义务就要设定刑事处罚。侵权法为我们设定了某种标准，甚至——在过失侵权的情况下——是合理注意标准。司法者在依据侵权法确定公民义务时，总会提到被告对原告“违反义务”是其承担民事责任的条件之一。此外，传统侵权诉讼中须判断过错，并最终认定应当为损害负责的一方。被告对原告的损害赔偿并非仅为其已消费利益的价格……同时也是作为违法者必须付出的代价，尽管其赔偿的对象是其不法行为的被害人，而非代表国家的某个权力机关。用“允许”来描述侵权法是不准确的，正如将刑罚视为某种[回报性的]授权许可费用也是不对的，这仅能表明对行为的不鼓励而非禁止。对两者的适当回应应是，按哈特的说法，法律规则就是“应予认真对待的……行为标准”（《法律的概念》，牛津，1961年版，第39页）。它们并非为各类允许的损害行为开出的价单。侵权者或许并不会被标签为罪犯，但他是不法者，而非消费者。

参见“对他人的损害：第二次答辩”（“Harm to Others: A Rejoinder”），载《刑事司法伦理》，第5卷，1986年版，第20页。

63 福勒·V.哈珀（Fowler V. Harper）、弗莱明·小詹姆斯（Fleming James, Jr.）：《侵权法》，波士顿：Little Brown and Co., 1956年版，第1卷，第416页。作者并未采纳这个观点。

365

64 同前注。

65 威廉·布莱克斯通（William Blackstone）：《英格兰法律述评》，第3卷，1765年重印，波士顿：Beacon Press，1962年版，第125页。

66 这段长引文出自拙文“自由表达观点的限制”(“Limits to the Free Expression of Opinion”),载J.范伯格、H.格罗斯(H. Gross)编:《法哲学》(*Philosophy of Law*),贝尔蒙特,加州:Wadsworth Publishing Co., 1975年版。在此书重印本(1986年版)中,此段引文见于第220—221页。

67 赫普沃思,前注(注释55),第37页。他转引自《伦敦时报》,1895年5月8日。

68 林格伦,前注(注释45),第702页。我认为,林格伦将其论点延及所有的信息敲诈行为,这反而削弱了其论点的说服力。他主张,所有的敲诈行为都在“讨价还价”,这是所有敲诈行为的不法之处。显然,他的理论并不适合信息敲诈行为中的第三类和第四类,但或许林格伦并不会将该等行为犯罪化。另一方面,他的理论更适于第二类敲诈行为,我不会将这类行为犯罪化,但他可能会。无论如何,他的理论忽略了对被敲诈者最主要也最直接的不法侵害,而只强调行为对第三方的衍生性损害。越是接近于对劳动力的压榨情形,他的理论就越有说服力,但很多信息类敲诈行为都和这种压榨模式相去甚远,即使是这种压榨模式,也不能完全忽略对被敲诈者(雇主)的不法侵害,尽管和对第三方(成员)的不法侵害相比不是那么显而易见。

69 俄勒冈州的强制性法律(Or. Rev. Stat. 163, 275, 1953)禁止“以披露罪行或秘密为威胁”迫使他人实施某种行为。它允许以狭义的“权利主张”作为辩护事由,仅当为索取合法债务时,方允许以披露作为威胁。俄勒冈州最高法院在州诉罗伯逊案(*State v. Robertson*, 649 P. 2d 569, 1953)中,宣布该法律违宪,因为它禁止引号中属合法的威胁行为。参见林格伦,前注(注释45),第678—679页。

70 杰佛瑞·G. 墨菲 (Jeffrie G. Murphy): “敲诈: 初步调查” (“Blackmail: A Preliminary Inquiry”), 载《一元论者》, 第 63 卷 (1980 年), 第 24—25 页。

71 林格伦, 前注 (注释 45), 第 683 页。

72 林格伦引述阿拉巴马州的一项法律 (Ala. Code 13-a-6-25 commentary, 1978) 时有两方面的特点, (1) 为第 1 类敲诈行为寻找正当化事由, 及 (2) 求诸起诉裁量权, 而非以权力保证免责: “就以指控他人犯罪为威胁的敲诈行为而言, 若敲诈人确信存在相关犯罪, 且被告人的唯一目的就是促使对方改邪归正, 则此种敲诈行为并不存在明确的免责事由, 只能交由起诉裁量权解决。”参见林格伦, 前注 (注释 45), 第 671—672 页注释。

73 《模范刑法典》, 第 223.4 条 (官方版本和修订评论, 1980 年)。

74 同前注, 第 212.5 条。

75 以下对麦克的引文不再单独注释。均出自其于 1980 年美国哲学协会有关敲诈行为的研讨会上提交的一篇未出版的文章。

76 “或者, 试想一方以法律许可的手段……获得了另一方应得的利益。那么, 本应获得利益的另一方为了换取等值的好处而敲诈一方的行为岂不该是道德合法的——尤其当 [非仅当] 另一方的行为不过是以其人之道还治其人之身……?” 366

77 发出一般性威胁 (防卫自己或防卫他人) 的行为可以被免责, 但真的实施被威胁的内容却不能被免责。即使你杀了我的妻子, 我也不能杀死你的妻子。那是报复行为, 而非防卫行为。

78 林格伦, 前注 (注释 45), 第 688 页。

79 《模范刑法典》在对敲诈类财产犯罪的定义中, 最贴近“隐匿好消息”的情形为第 6 段: “就他人的合法主张或辩护, 以证明或提供信息或隐匿证言或信息 [为威胁, 要求封口费]”。(着重号), 但认

为自己应得诺贝尔奖的主张却并非合法主张。

80 赫普沃思,前注(注释55),第67页。

81 同前注,第74—77页。“商业性研究”即通过搜寻数据库,找到因其过往行为而可下手敲诈的人。“参与性敲诈”则指在敲诈前,敲诈者与其被害人之间已经存在某种联系。

82 不过,我们可以想象,一个职业敲诈者不必有共犯,在无强制或欺诈的情况下诱使被害人,利用他们的弱点,如妓女或色情业者,威胁他们,如果不给钱,就披露相关信息。这逼近了自由主义者可以接受的底线,但还是可能功亏一篑,因为其被隐瞒的意图是“说出秘密……否则……”,这其实是口是心非,利用消费者不知情因而也是不自愿的同意,去支持其受到不法侵害的主张。

第三十三章 法律完美主义与利益原则

1 主要来源于柏拉图的《理想国》和《法律篇》,及亚里士多德的《尼各马可伦理学》和《政治学》。

2 罗纳德·德沃金:“灵魂之舟”(“Soulcraft”),载《纽约书评》,1978年10月12日,第18页。德沃金进一步指出,威尔的故事“强调了文明和礼仪的价值——他以一般性概念‘礼貌’称之——就其本意,而非作为最易使人类过上成功生活的条件。在政治的中心,它给予的并非为自由主义者所强调的权利和自治,而是义务和责任。”

3 乔治·F.威尔(George F. Will):《追求幸福及其他冷静思考》(*The Pursuit of Happiness and Other Sobering Thoughts*),纽约:Harper & Row,1978年版,导论部分,转引自德沃金前注书。

4 维尼特·哈克萨尔(Vinit Haksar)认为,此立场与基于权利的自由主义立场一致。参见《自由与完美主义》(*Freedom and*

Perfectionism), 纽约: 牛津大学出版社, 1979 年版。

5 大卫·休谟 (David Hume): 《道德原则研究》(*An Enquiry Concerning the Principles of Morals*), 1777 年初版。

6 亚里士多德: 《尼各马可伦理学》, 前注 (注释 1), 第二卷, 第四、六章。

7 约翰·斯图尔特·密尔: 《论自由》, 第二章, 第 34 段。

8 1986 年由戴维·马梅特 (David Mamet) 拍摄的电影《关于昨夜》(*About Last Night*) 源于剧本《芝加哥的性变态》(*Sexual Perversity in Chicago*), 讲述两个决定同居的未婚恋人一起走过他们从未体验过的经历。随着时间的推移, 争吵越来越频繁, 最终, 他们在经过一场相互责骂的争吵之后决定分开。特别是那位先生, 一直非常自私, 不愿对自己过往的生活方式作任何改变, 总是以自我为中心, 毫不合作, 也缺乏柔情。但他却仗着某一点大发议论。“自从我们在一起之后, 我再没有跟其他女人发生过关系”, 他说这话的时候分外骄傲。“好吧, 快给这个男人发个奖牌吧!” 女人嘲笑地答道。显然, 只在这方面保持清白实在算不上美德。

9 转引自伯纳德·梅奥 (Bernard Mayo) 的《伦理学与道德生命》(*Ethics and the Moral Life*), 伦敦: 麦克米伦与公司, 1958 年版, 第 208 页。

10 他可以擦干泪水, 因为这种表演就是他作为丈夫的任务, 也是他的义务。但爱比克泰德警告我们, “小心, 别在自己人面前哀伤过头。”(《沉思录》, 第十六章)

11 伯特兰·罗素: 《西方哲学史》, 纽约: Simon & Schuster, 1945 年版, 第 244 页。

12 他仅能指出, 这些行为都是作为“丈夫”这个角色的“职责描述”的一部分, 但他无法解释, 既然这些义务并无任何价值, 为何

免除这些义务却是重要的、具有约束力的责任。

13 B. F. 斯金纳 (B. F. Skinner):《超越自由与尊严》(*Beyond Freedom and Dignity*), 哈蒙兹沃斯, 米德尔塞克斯: 企鹅出版社, 1974 年版, 第 70 页。

14 J. S. 密尔, 前注 (注释 7), 第三章, 第 4 段。

15 马丁·路德 (Martin Luther), 在沃尔姆斯帝国议会上的演讲, 1521 年 4 月 18 日。“我就在此地, 我别无选择”被铭刻在沃尔姆斯的纪念碑上。

16 斯金纳, 前注 (注释 13), 第 68 页。

17 同前注, 第 68—69 页。

18 T. H. 赫胥黎 (T. H. Huxley):《方法与结果》(*Methods and Results*), 纽约: 麦克米伦出版社, 1893 年版, 第四章。

19 斯金纳, 前注 (注释 13), 第 69 页。对埃利奥特的引用没有注明出处。

20 可参见基思·伯吉斯-杰克逊 (Keith Burgess-Jackson): “坏撒玛利亚人主义与法律的教育功能” (“Bad Samaritanism and the Pedagogical Function of Law”), 载《刑事司法杂志》, 第 8 卷 (1985 年)。伯吉斯-杰克逊还引用了其他学者对刑法教育功能的论述: 亚里士多德在《尼各马可伦理学》中写道, “立法者通过塑造公民的行为习惯使之为善, 这是所有教育者的希望, 也是并无影响力的人的希望……” (罗斯译, 1980 年修订版, 第 29 页)。在亚里士多德的《政治学》中, 据译者欧内斯特·巴克的说法 (《亚里士多德的政治学》, 第 367 页), 他认为 “[法律] 管制具有道德目的, 它们 ‘意在使人善良正直’。”沃勒 (Waller) 在由 J. 拉特克里夫 (J. Ratcliffe) 主编的《好撒玛利亚人及其法律》(*The Good Samaritan and the Law*), 芝加哥大学出版社, 1966 年版, 第 141 页中也有所贡献。他写道, “刑法

具有强烈的教育功能，这在今天已成为普遍共识。它以其可怕的方式告诉社群明辨是非。”（当然，法官也总会告诉倒霉的罪犯，他们受到了正义的惩罚，“我希望这会给你一个教训”，但犯罪并不会给出这种教训，刑罚只会带来痛苦，并非人格的提升，或者教会人们明白何者为善。）在同一本书中，A. N. 奥诺尔（A. N. Honoré）写道，“法律规则作为道德义务的映射，具有教育功能。它们以某种虽非绝对正确却具权威性的方式，规定了共同道德的内容。”（第 240 页） 368

21 参见本人“刑罚的表达功能”，载《行为与责任》，普林斯顿，纽约：普林斯顿大学出版社，1970 年版，第 95—118 页。

22 我已在第一卷第二章第一部分对“道德损害”这个概念提出了反对意见。另见第二卷第十二章中反对道德家长主义的论述。

23 伯吉斯－杰克逊，前注（注释 20），第 3—4 页。不过，在用到“单凭”一词时，伯吉斯－杰克逊可能有些言过其实，在文中多处可以看到，为提升道德而支持对坏撒玛利亚人的处罚方面，他提出很多防止损害方面的依据，在别处（第 14—19 页），他甚至接受有利于他人的理由。

24 同前注，第 10 页注释 21。

25 尤见于《尼各马可伦理学》，第二卷，第一至四章各处。

26 当然，除非在阅读、观看色情作品与强奸等暴力行为之间具有显著的因果联系，否则，眼下就得回答一个实证性的问题，而举证责任显然在坚持认为存在此等联系的一方。参见第二卷第十一章第七至九部分。

27 J. E. 麦克塔加特（J. E. McTaggart）：“黑格尔的刑罚理论”（“Hegel’s Theory of Punishment”），载《国际伦理学杂志》（*International Journal of Ethics*），第 6 卷（1896 年），第 482—499 页。重印于 J. 范伯格、H. Grosz 编：《法哲学》，贝尔蒙特，加州：Wadsworth，1986 年第 3

版,第612—621页。

28 赫伯特·莫里斯:“刑罚的家长主义式理论”(“A Paternalistic Theory of Punishment”),载《美国哲学季刊》,第18卷(1981年)。

29 罗伯特·诺齐克:《哲学解释》(*Philosophical Explanation*),剑桥:哈佛大学出版社,1981年版,第363—397页。

30 简·汉普顿(Jean Hampton):“刑罚的道德教育理论”(The Moral Education Theory of Punishment),载《哲学与公共事务》,第13卷(1984年),第208—238页。

31 同前注,第216页。

32 同前注,第211—212页。

33 汉普顿援引格奥尔格·W.F.黑格尔:《权利哲学》(*Philosophy of Right*),T.M.诺克斯(T.M.Knox)译,牛津:牛津大学出版社,1942年版,第99段,第246页。

34 汉普顿,前注(注释30),第219页。

35 同前注,第212页。

36 同前注。

37 同前注。

38 “刑罚的表达功能”,载拙著《行为与责任》,普林斯顿,纽约:普林斯顿大学出版社,1970年版,第38—54页。

39 J.D.马博特(J.D.Mabbott):“刑罚”(“Punishment”),载《思想》(*Mind*),第48卷(1939年),第153页。马博特还提出了一个类比性的解释:“在机智和真实问题上也存在类似情形。如果你必须告诉你的朋友一件不好的事情,就得尽可能找一个他心情好的时间,并尽量不伤害他的感情,同时还得确保他明白你说的话。在这种情况下,不会有人说你先递去一根烟,或是之后道歉是掩饰实情,

没有理由这样说。你为了不伤害他的感情，所以没有说出实情，而你即使说出实情，还是可以避免伤害他的感情。”

40 汉普顿，前注（注释 30），第 218 页。

41 参见“犯罪、控制力及个别化处遇”（“Crime, Clutchability, and Individuated Treatment”），载拙著《行为与责任》，前注（注释 38），尤见于第 260—262 页。

369

42 迈克尔·J. 桑德尔（Michael J. Sandel）编：《自由主义及其批评》（*Liberalism and its Critics*），纽约：纽约大学出版社，1984 年版，导论，第 1 页。

43 即使是阿亚图拉·霍梅尼（Ayatolla Khomeini）这样热心以法律推行宗教习俗的人，似乎也对他所要推行的内容采用了相对性的表述。参见注释 29，第二十九章，第 343 页。

44 J. S. 密尔：《论自由》，第四章第 12 段。

45 巴兹尔·戴维森（Basil Davidson）：《非洲奴隶贸易：前殖民史（1450—1850）》（*The African Slave Trade : Precolonial History 1450-1850*），波士顿 / 多伦多：Little, Brown, and Co. Atlantic Monthly Press, 1961 年版，第 110 页。戴维森进一步描述在非洲体系内，“固执的懒散”是一种美德，合作而不竞争或占有则是其生活方式：

绝大多数非洲人，无论是偶然听说，还是被迫接触，都认为这种观点 [西塞尔·罗兹的观点] 是荒诞不经或莫名其妙的。绝大多数农民或牧民所在的社区都鲜有私有财产的观念，更别提私有企业了。“所有的土地均为部落所有，”夏培拉在提到南部非洲……说班图语的人时写道，“归属首领，首领作为部落的领袖管理整个部落……土地亦非他的私有财产……土地的自然资源——地球、水、木头、草、泥土、植物和果实——都是共同财产，决不能仅为个人所用。人们普遍认为，人对土地的权利仅仅

在于土地是其休养生息之所……”(第110—111页)

46 詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬:《自由、平等与友爱》,剑桥:剑桥大学出版社,1967年版,第61页。

47 参见拉塞尔·哈丁(Russell Hardin):《集体行为》(*Collective Action*),巴尔的摩:约翰·霍普金斯大学出版社,1982年版,尤见于第一至四章。

48 我认为类似的情形是经济学家对“公共的善”的定义。艾伦·布坎南认为这种善就是“满足如下条件的令人期待的情形:(1)为了达致善,需要全体或部分社区成员的努力;(2)每个成员都认为自己的贡献有某种代价;(3)这种善的达致,须对所有成员均有效,包括未作出贡献者(善是一并提供的);及(4)善一旦达致,不会将未作贡献者排除在外。”参见艾伦·布坎南:《伦理学、效率与市场》(*Ethics, Efficiency, and the Market*),托托华,纽约:Rowman & Allanheld,1985年版,第125页。

49 罗伯特·L.西蒙(Robert L. Simon):《运动与社会价值》(*Sports and Social Values*),恩格尔伍德·克利夫斯,纽约:Prentice-Hall,1985年版,第65页。

结 论

1 劳伦特·B.弗兰茨(Laurent B. Frantz):“平衡中的第一修正案”(“The First Amendment in the Balance”),载《耶鲁法律杂志》,370 第71卷(1962年),第1440页。

2 我从汤姆·赛诺(Tom Senor)在这一节提出的各种建议中获益良多,但他对未能解决的混淆之处毫无责任。

3 之前几乎所有段落均源于本人“不法人生与损害行为的反向

事实要素”一文，载《社会哲学与政策》，第4卷第1期（1986年），第145—178页。

4 詹姆斯·W. 尼克尔（James W. Nickel）：《使人权有意义》（*Making Sense of Human Rights*），伯克利：加州大学出版社，1987年版，第70页。

5 约翰·斯图尔特·密尔：《论自由》，第三章。

6 托马斯·M. 斯坎伦（Thomas M. Scanlon）：“中立地看待人权”（“Human Rights as a Neutral Concern”），载彼得·G. 布朗（Peter G. Brown）、道格拉斯·麦克林（Douglas MacLean）编：《人权与美国的对外政策》（*Human Rights and U.S. Foreign Policy*），列克星敦，马萨诸塞州：D. C. Heath，1979年版，第88页。转引自詹姆斯·W. 尼克尔：《使人权有意义》，前注（注释4），第72页。

7 尼克尔，前注（注释4），第79页。

8 鲁思·贝内迪克特（Ruth Benedict）：《文化的模式》（*Patterns of Culture*），纽约：Mentor Books，1946年版，第235页。

9 前文，第二十九章，注释2。

索引

(索引中的页码均为本书边码)

A

- Abelard, 阿贝拉德, 第 23 页, 第 341 页注释
- Acts of God, 不可抗力, 第 18 页
- Ad hoc* theory revision, 特别理论修补, 第 327 页
- Addicton, 瘾癖, 第 188 页
- Adler, Jacob, 阿德勒, 雅各布, 第 356 页注释
- Adultery, blackmail for, 通奸, 实施敲诈, 第 246—248 页
- Affray, 滋事, 第 172 页
- Africans, moral impositions on, 非洲人, 道德强迫, 第 310—311 页, 第 369 页注释
- Alienation, 异化, 第 98—101 页, 第 106 页, 第 120 页, 第 121 页
- American Philosophical Association, 美国哲学学会, 第 103 页
- Anabolic steroids, prohibition of, 类固醇, 禁用, 第 317 页
- Anselm, 安塞姆, 第 356 页注释
- Aquinas, St. Thomas, 阿奎那, 托马斯, 第 341—342 页注释
- Aristotle, 亚里士多德, 第 87 页, 第 94 页, 第 104 页, 第 110 页, 第 119 页, 第 149 页, 第 151 页, 第 277 页, 第 279 页, 第 281 页, 第 295 页, 第 298—299 页, 第 351 页注释, 第 354 页注释, 第 366 页注释, 第 367 页注释, 第 368 页注释
- Arneson Richard, 阿尼森, 理查德, 第 230 页, 第 358 页注释, 第 361 页注释
- Assault, 侵犯人身, 第 357 页注释
- Austin, J. L., 奥斯丁, J. L., 第 354 页注释
- Automatic goodness, 自动的善, 第 288 页, 第 291—294 页

Autonomy of morals, 道德自治, 第 162 页

Autonomy, personal, 自治, 个人的, 第 61 页, 第 68 页, 第 81—82 页, 第 113—120 页, 第 121 页, 第 130 页, 第 171 页, 第 286 页, 第 294 页, 第 295 页, 第 299 页, 第 309 页, 第 320 页, 第 322 页, 第 323 页, 第 335 页, 第 339 页注释

B

Bad Samaritan statutes, 坏撒玛利亚人法律, 第 244 页, 第 296—297 页, 第 299 页

Badger game, 仙人跳, 第 272 页

Baker, Russel, 贝克, 拉塞尔, 第 77 页, 第 347 页注释

Barker, Ernest, 巴克, 欧内斯特, 第 367 页注释

Barnett, Walter, 巴内特, 沃尔特, 第 51—52 页, 第 342 页注释, 第 343 页注释

Barry, Brian, 巴里, 布莱恩, 第 349 页注释

Battery, 殴打, 第 171—172 页, 第 357 页注释

Baugh, Albert C., 鲍, 阿尔伯特·C., 第 346 页注释

Beetles, wanton squashing, 小虫子, 随意碾压, 第 24 页

Belching, bad manners in Ruritania, 打嗝, 鲁里坦尼亚的不礼貌行为, 第 307 页

Bellah, Robert, *et al.*, 贝拉, 罗伯特, 第 102—105 页, 第 349 页注释, 第 351 页注释

Bellow, Saul, 贝洛, 索尔, 第 54 页

Benedict, Ruth, 贝内迪克特, 鲁思, 第 337 页, 第 370 页注释

Benefit principles, 利益原则, 第 311—316 页

Benn, S. I., and Gaus, G. F., 本, S. I., 和高斯, G. F., 第 348 页注释, 第 350 页注释

Berns, Walter, 伯恩斯, 沃尔特, 第 45 页, 第 49 页, 第 342 页注释

Bickell, Alexander, 毕克尔, 亚历山大, 第 45 页, 第 343 页注释

Bigamy, 重婚, 第 15 页, 第 166 页

Blackmail, 敲诈, 第 238—275 页

paradox of, 悖论, 第 238—240 页, 第 258 页, 第 271 页, 第 275 页

proposed tort, 被指控的侵权, 第 251—252 页

Blackmail, informational, types of activity threatened to be exposed, 敲诈, 威胁披露信息类, 第 241—258 页

to expose criminal wrongdoing, 披露犯罪行为, 第 241—245 页

to expose devious but legal activities, 披露有偏差但合法的行为, 第 245—249 页

to expose innocent activity deemed discreditable in some benighted group, 在愚民中披露有损形象的合法行为, 第 249—254 页

to make false accusations, 第 256—258 页

Blackmail, informational, types of demands in, 敲诈, 信息类, 要求的类型, 第 260—262 页

demands for pecuniary or personal advantage, 要求获得金钱或个人好处, 第 260—262 页

demands for undeserved honors or privileges, 要求不应得的荣誉或特权, 第 261—262 页

demands that one default on a duty owed to another, 要求不履行对第三方的应尽义务, 第 260 页

demands that one do what is independently criminal, 要求他人实施犯罪行为, 第 260 页

Blackmail, informational, types of plausibly justified demands, 敲诈, 信息类, 合理的正当化要求, 第 262—269 页, 第 276 页

benevolent, just, or public spirited

demands, 基于仁慈、正义和公民精神的要求, 第 266—268 页

counterblackmail, 反敲诈, 第 268—269 页

demands as claims of right, 主张权利, 第 264—266 页

demands for compensation for considerate offers not to publish, 补偿未能发表的损失, 第 263—264 页

demands for reform of blackmailee, 要求被敲诈者改过自新, 第 263 页

minor demands, 微不足道的要求, 第 262—263 页

Blackmail, informational, types of plausibly justified threats, 敲诈, 信息类, 合理的正当威胁的类别, 第 269—271 页, 第 276 页

to reveal information about unrelated third parties, 揭露无关第三方的信息, 第 269—270 页

to withhold favorable information, 扣留有利信息, 第 270—271 页

Blackmail, noninformational, some types of plausibly justified threats, 敲诈, 非信息类威胁, 第 259—260 页

to demote, fire, flunk, 降职, 解雇, 使不及格, 第 259 页

to misuse public trust for personal gain, 滥用公共信任, 获取个人私利,

第 259 页

Blackmail techniques, 敲诈技巧, 第 271—274 页, 第 276 页

opportunistic versus entrepreneurial, 机会型对经营型, 第 271—272 页

single-shot versus repetitive, 一次性对反复性, 第 272—274 页

Blackstone, Sir William, 布莱克斯通, 威廉爵士, 第 255 页, 第 357 页注释, 第 365 页注释

Bliven, Naomi, 布利文, 娜奥米, 第 113 页, 第 351 页注释, 第 352 页注释
“Bloated mouse” analogy, “硕鼠”比喻, 第 67 页, 第 130 页, 第 133 页

Block, Walter, and Gordon, David, 布洛克, 沃尔特和戈登, 戴维, 第 244 页, 第 363 页注释

Boswell, John, 博斯韦尔, 约翰, 第 75 页, 第 347 页注释

Boxing, 拳击, 第 171—172 页, 第 331 页

Brennan, Justice William, 布伦南, 威廉大法官, 第 188 页, 第 190—191 页

Bribery, 贿赂, 第 242 页, 第 243 页, 第 264 页, 第 363 页注释

Broad C. D., 布罗德, C. D., 第 343 页注释

Brody v. Marshall, 布罗迪诉马歇尔案, 第 362 页注释

Buchanan, Allen, 布坎南, 艾伦, 第

191 页, 第 358 页注释, 第 359 页注释, 第 360 页注释, 第 369 页注释

Buckley, William, 巴克利, 威廉, 第 8 页, 第 127—128 页, 第 131 页, 第 133 页, 第 352 页注释

Burden of proof, 举证责任, 第 4—5 页

Burgess-Jackson, Keith, 伯吉斯-杰克逊, 基思, 第 296—297 页, 第 299 页, 第 300 页, 第 367 页注释, 第 368 页注释

Burke, Edmund, 伯克, 埃德蒙, 第 97 页, 第 98 页, 第 347 页注释

Butler, Samuel, 巴特勒, 塞缪尔, 第 328 页

C

Cambell, Thomas, 坎贝尔, 托马斯, 第 347 页注释

Carrion birds, 秃鹫, 第 190 页, 第 359 页注释

Central core moral rules, 核心道德规则, 第 45 页

Character, 性格, 第 277—281 页

defined, 确定的, 第 278 页

improvement of as a benefit, 提升即利益, 第 285 页

virtues and flaws, 优点和缺点, 第 278—281 页

Charity, duty of, 仁慈, 义务, 第

312 页

Chastity, 贞洁, 第 156 页

Claim of right, an affirmative defense to blackmail, 权利主张, 对敲诈行为的辩护, 第 264—266 页

Clapham, omnibus, man on 克拉彭小巴上的乘客, 第 137—138 页, 第 140 页, 第 142 页

Coarsening effect, 劣化效应, 第 128 页, 第 331 页

Cobb, Lynn C., 科布, 林恩·C., 第 361—362 页注释

Coercion, 强迫, 第 239 页, 第 241 页, 第 281—287 页, 第 310—311 页, 参见剥削

Cohen, G. A., 科恩, G. A., 第 358 页注释

Collective action, theory, 集体行为, 理论, 第 315—317 页

Collective goods and evils 集体善与集体恶, 第 35 页, 第 316—317 页

Collective harms, 集体损害, 第 33—37 页, 第 38 页, 第 56 页, 第 114 页, 第 115 页, 第 341 页注释

Collective interests, 集体利益, 第 33—37 页, 第 89 页

Collective responsibility for past atrocities, 对过往暴行的集体责任, 第 95 页, 第 97 页

Collusion, 共谋, 第 236—237 页

Common good, 共同利益, 第 88—90 页, 第 115 页

Communitarianism, 社群主义, 第 81—123 页

contrast with individualism, 与个人主义对比, 第 82 页

contrast with traditional conservatism, 与传统保守主义对比, 第 97—98 页

its attack on the liberal conception of community, 对自由主义社区概念的攻击, 第 110—113 页

Community, 社区, 第 81—123 页, 第 139 页, 第 337 页

a concept subject to degrees, 有程度之分的概念, 第 102 页, 第 105 页, 第 106 页

a misleading way of invoking majority disapproval, 激起多数人反对的误导性方法, 第 113 页

and rights, 权利, 第 112 页
Aristotle's definition of, 亚里士多德的定义, 第 110 页

bedrock importance of, 基本的重要性, 第 83 页

contrasted with a public, 与公众对比, 第 35 页

contrasted with life-style enclaves,

与生活方式飞地对比, 第 102—103 页
 explained, 解释的, 第 101—105 页
 formal definition, 正式定义, 第 102 页

liberal, 自由主义者, 第 108—113 页
 of memory, 记忆的, 第 90—92 页
 overlapping memberships in, 成员资格的重叠, 第 105—108 页

perfect, 完美, 第 35 页, 第 102 页
 tensions with autonomy, 与自治的紧张关系, 第 81 页, 第 113—120 页

Compensation, 补偿, 第 197—199 页, 第 263—264 页, 第 341 页注释, 另见 Restitution, 恢复原状, 与补偿对比

Compounding a felony, 重罪私了, 第 243—244 页, 第 363 页注释

Confidence games, 自信心游戏, 第 182 页

Conscientiousness and freedom to do otherwise, 良心与行事自由, 第 289 页

Consent, 同意, 第 199—201 页, 第 202 页, 第 239 页, 第 274 页, 第 317 页

Conservatism, linguistic, 保守主义, 语言学的, 第 74 页, 第 346 页注释

Conservatism, moral, 保守主义, 道德的, 第 39—80 页, 第 78—79 页, 第 134 页, 第 137 页, 第 174 页

contrasted with other forms of moralism, 与其他形式的道德主义对

比, 第 43—50 页

definition, 定义, 第 43 页

impure, 不纯正, 第 55—64 页, 第 320 页

majoritarian case for 多数人主义的立场, 第 50—55 页

pure, 纯正, 第 64—68 页

Contempt of court, 法庭的谴责, 第 33 页, 第 243 页

Coordination problems, 合作的问题, 第 316—317 页

Counterexamples, what counts as, 反例, 重要的, 第 331—333 页

Counterfactual test for harming, 损害行为的反向事实测试, 第 26 页

Coventry, Sir John, 考文垂, 约翰爵士, 第 170 页

Cultural imperialism, 文化帝国主义, 第 333—334 页

D

Davidson, Basil, 戴维森, 巴斯尔, 第 310—311 页, 第 369 页注释

De minimis non curat lex, 法律不理琐事, 第 261 页

Defamation, civil law of, 侮辱, 民法, 第 250 页, 第 253 页, 第 254—256 页

Defoe, Daniel, 笛福, 丹尼尔, 第 74—75 页, 第 346 页注释

Degradation, 贬低, 第 191 页, 第

219—220 页

Determinism, 决定论, 第 289 页, 第 292 页

Devlin, Patrick, 德夫林, 帕特里克, 第 8 页, 第 15—17 页, 第 40 页, 第 47—48 页, 第 65 页, 第 133—155 页, 第 158 页, 第 15—67 页, 第 171 页, 第 174 页, 第 187 页, 第 190—191 页, 第 216 页, 第 221 页, 第 340 页注释, 第 353 页注释, 第 354 页注释, 第 357 页注释, 第 359 页注释

Dewey, John, 杜威, 约翰, 第 349 页注释

Dickens, Charles, 狄更斯, 查尔斯, 第 363 页注释

Disapproval, subvarieties of, 反对, 子类, 第 31 页

Diversity, cultural, 多元化, 文化的, 第 333—338 页

Dobbs, Dan, 多布斯, 丹, 第 197—199 页, 第 360 页注释

Ducasse, C. J., 杜卡斯, C. J., 第 343 页注释

Dueling, 决斗, 第 173 页

Dukeminier, Jesse, 杜克米尼尔, 杰西, 第 171 页, 第 222—224 页, 第 357 页注释, 第 361 页注释

Durkheim, Emile, 涂尔干, 埃米尔, 第 351 页注释

Duty to report crimes to the police, 向警方报案的义务, 第 243—245 页

Dworkin, Gerald, 德沃金, 杰拉尔德, 第 29 页

Dworkin, Ronald, 德沃金, 罗纳德, 第 47—48 页, 第 142—144 页, 第 277 页, 第 339 页注释, 第 343 页注释, 第 354 页注释, 第 366 页注释

E

Educative function of law, 法律的教育功能, 第 294—300 页

Eliot, George, 艾略特, 乔治, 第 363 页注释

Eliot, T. S., 埃利奥特, T. S., 第 292 页

Enforcement of morality, 对道德的强制, 第 124—175 页

Environmental engineering, 环境工程, 第 28—91 页

Epictetus, 爱比克泰德, 第 93 页, 第 349—350 页注释, 第 367 页注释

Equal Rights Amendment, 公平权利修正案, 第 41 页

Estell v. Birmingham, 埃斯特尔诉伯明翰案, 第 361 页注释

Ethical relativism, 伦理相对主义, 第 305—311 页, 第 333—334 页

Etiquette, 礼仪规则, 第 307 页

Euthanasia, 安乐死, 第 166 页

Evils, 恶, 第 17—33 页, 第 126 页, 第 323 页

definition, 定义, 第 18 页

taxonomy, 分类法, 第 17—20 页

Evolution, biological, 进化, 生物学的, 第 74—76 页, 另见 Linguistic evolution, 语言进化

Experiments in living, 生活实验, 第 324 页

Exploitation, 剥削, 第 154 页, 第 175 页, 第 176—210 页, 第 211—212 页

as petard-hoisting, 作茧自缚, 第 207 页

as unproductive cashing in, 空手套白狼, 第 184—185 页, 第 205 页, 第 207 页, 第 208 页, 第 221 页, 第 232 页

by accepting rash challenges, 接受鲁莽挑战, 第 180 页, 第 205 页, 第 206 页, 第 216 页

by manipulated benevolence, 操弄善心, 第 207 页

by pandering, 拉皮条, 第 188 页, 第 205 页, 第 216 页, 第 220 页, 第 221 页, 第 224 页

by unjust enrichment, 不当致富, 第 196—199 页, 第 209—210 页, 第 216 页, 第 219 页, 第 220 页

coercive and noncoercive, 强迫

性的与非强迫性的, 第 178 页, 第 201 页, 第 206 页, 第 358 页注释

concept of, 的概念, 第 176—179 页

contrasted with coercion, 与强迫对比, 第 184 页

contrasted with mere using, 与单纯利用对比, 第 199 页, 第 205 页

in Marxist sense, 马克思主义的定义, 第 178 页, 第 191 页

its redistribution of gains and losses, 得失再分配, 第 192—199 页, 第 203 页, 第 208 页

main categories, 主要类别, 第 206—210 页

manipulative and nonmanipulative, 操控式与非操控式, 第 179—180 页, 第 201—202 页, 第 206—207 页

mutual, 相互, 第 195—196 页

of addiction, 利用瘾癖, 第 189 页

of characteristics and circumstances, 利用性格与环境, 第 177 页, 第 205 页

of credulity, 利用轻信, 第 185—187 页

of friendship, 利用友情, 第 183—184 页

of human weakness, 利用人性弱点, 第 187—189 页, 第 203 页, 第 208—209 页, 第 216—217 页, 第 219

页,第221页

of moral virtues and trust, 利用美德与信任,第183—184页

of moral weakness, 利用道德弱点,第130页

of notoriety (three party), 利用名誉(三方),第189—192页

of other-regarding moral flaws, 利用涉他的道德瑕疵,第182—183页,第203页

of others' misfortune, 利用他人的坏运气,第184—185页,第202页,第207页

of others' undeserved good fortune, 利用他人不该得的好运,第203—204页

of others' vulnerability, 利用他人易受攻击处,第192页,第205页

of persons, 利用人,第177页,第205页,第357—358页注释

of lonely hero, 利用孤胆英雄,第218—219页

of women, 利用女性,第190—191页

parasitic, 寄生的,第14页,第187页,第194—196页,第202—203页,第205页,第208页,第218页,第219页,第220页,第238页,第240页

pejorative and nonpejorative sense,

贬义与非贬义上的,第176—177页,第193页,第205页,第357—358页注释

unfairness, 不公,第199—204页

Exploitation films, 剥削性电影,第177页,第199—200页

Exploitation principle, 剥削原则,第176页,第210页,第211—276页,第238页

defined, 定义的,第213页

Exploitative injustices, 剥削性不公,参见Freeloading,吃白食

External interests, 外部利益,第60页,第61页,第122页,第306页,第343页注释,第345页注释

Extinction, cultural, 消亡,文化,第40—41页,第80页

Extinction, linguistic, 消亡,语言,第74—75页

Extinction of biological species, 生物物种的消亡,第24—28页,第68页,第71页,第76页,第347页

Extortion, 压榨,第239页,第240页,第241页,第242页,第252页,第268页

Ewing, A. C., 尤因, A. C., 第356页注释

F

Fallaci, Oriana, 法拉奇, 奥丽亚娜, 第 342 页注释

False imprisonment, 非法拘禁, 第 167—168 页

Family group, 家族, 第 90 页, 第 117 页, 第 122 页, 第 135 页, 第 350 页注释

Family values, 家庭价值, 第 78—79 页

Faulkner, William, 福克纳, 威廉, 第 231 页

Fedders, John, 费德斯, 约翰, 第 361 页注释

Federal Child Abuse Prevention and Treatment Act, 防止虐待儿童联邦法案, 第 78 页

Feinburg, Joel, 范伯格, 乔尔, 第 340 页注释, 第 341 页注释, 第 350 页注释, 第 354 页注释, 第 357 页注释, 第 360 页注释, 第 364 页注释, 第 368 页注释, 第 370 页注释

Fortune cookies, 幸运饼干, 出售, 第 226—227 页

Fortunetelling, 算命, 第 224—231 页, 第 274 页

Francis of Assisi, 阿西西的弗朗西斯, 圣徒, 第 281 页

Frankfurt, Harry, 法兰克福, 哈利, 第 359 页注释

Fantz, Laurent, 弗兰茨, 劳伦特, 第

322 页, 第 369 页注释

Freedom and dignity as overrated values, 对自由和尊严的过高评价, 第 291—293 页

Free-floating evils, 与人无涉的恶, 第 4 页, 第 18—20 页, 第 122 页, 第 125 页, 第 128 页, 第 133 页, 第 323 页, 第 328—329 页

aesthetic, 美学的, 第 114—115 页

candidates for, 候选者, 第 20—25 页, 第 40—43 页

definition, 定义, 第 20 页

drastic social change as, 社会巨变, 第 39—43 页, 第 64—68 页, 第 71—80 页

exploitation as, 剥削, 第 204 页

liberal opposition to criminalizing of, 对犯罪化的自由主义式反对, 第 38 页, 第 79—80 页, 第 131 页

moral (injustice), 道德(不公), 第 126 页, 第 133 页, 第 173 页, 第 208 页, 第 210 页, 第 220 页

weight of prevention as a reason, 以预防作为理由, 第 66—67 页, 第 122—123 页

Freeloading, 吃白食, 第 13—14 页, 第 184 页, 第 202 页, 第 206 页, 第 211 页, 第 234 页, 第 316 页

Friedrich, Carl J., 弗里德里希, 卡

尔·J., 第 351 页注释

G

Gastil, Raymond, 加斯蒂尔, 雷蒙德, 第 50 页, 第 51 页, 第 52 页, 第 343 页注释

Genocide, 种族屠杀, 第 71 页, 第 72 页

Gert, Bernard, 格特, 伯纳德, 第 18 页, 第 340 页注释

Gill, David, 吉尔, 戴维, 第 346 页注释

Gilmore, Gary, 吉尔摩, 加里, 第 189—190 页, 第 196 页, 第 218 页, 第 359 页注释

Gladiatorial contests, 角斗士比赛, 第 128—133 页, 第 174 页, 第 328—331 页, 第 352 页注释, 第 353 页注释

Gleason, H. A., 格利森, H. A., 第 346 页注释

Grey, Thomas, C. 格雷, 托马斯·C., 第 361 页注释

Gould, Stephen Jay, 古德, 斯蒂芬·杰, 第 347 页注释

Gradation of punishments, argument from, 量刑, 论点, 第 144—165 页, 第 174 页

Green, T. H., 格林, T. H., 第 348 页注释

Grievance and non-grievance evils, 有人怨愤与无人怨愤的恶, 第 18 页, 第 67 页, 第 80 页, 第 158—159 页, 第

173 页, 第 204 页, 第 206 页

Grievance and non-grievance morality, 有人怨愤与无人怨愤的道德, 第 79—80 页, 第 154 页, 第 323—325 页

Guilt and shame, 罪责与羞耻, 第 95—97 页

Gullibility, 轻信, 第 230—231 页

Gusfield, Joseph, 古斯菲尔德, 约瑟夫, 第 46 页, 第 47 页, 第 342 页注释, 第 343 页注释

Gutmann, Amy, 古特曼, 埃米, 第 88 页, 第 115—116 页, 第 349 页注释, 第 350 页注释, 第 352 页注释

H

Hacking, Ian, 哈金, 伊恩, 第 348 页注释

Haksar, Vinit, 哈克萨尔, 维尼特, 第 366 页注释

Hampton, Jean, 汉普顿, 简, 第 301—305 页, 第 368 页注释

Hardin, Russell, 哈丁, 拉塞尔, 第 369 页注释

Hare, Richard M., 黑尔, 理查德·M., 第 217 页, 第 219 页

Harm to others, 对他人的损害, 第 10—14 页, 第 43 页, 第 124—126 页, 第 130 页, 第 134 页, 第 139—140 页, 第 148 页, 第 155 页, 第 169 页, 第 170 页, 第 172 页, 第 174 页,

- 第 205 页, 第 221—224 页, 第 226 页, 第 228 页, 第 238 页, 第 258 页, 第 274—276 页, 第 284—285 页, 第 302—303 页, 第 313 页, 第 329—330 页, 第 346 页注释, 第 360 页注释, 另见 Collective harms, 集体损害; Moral harm, 道德损害; Public harms, 公共损害
- Harm to self, 对自己的损害, 第 16—17 页, 第 171 页
- Harmed versus harmful conditions, 被损害对损害性状况, 第 26 页, 第 27 页, 第 32 页
- Harming, full definition, 损害, 完整定义, 第 26 页
- Harmless immoralities, 无害的不道德行为, 第 21—22 页, 第 125 页
- Harper, Fowler V., and James, Fleming, 哈珀, 福勒·V., 和詹姆斯, 弗莱明, 第 255 页, 第 364 页注释
- Harris George, 哈里斯, 乔治, 第 347 页注释
- Hart, H. L.A., 哈特, H. L. A., 第 15 页, 第 17 页, 第 43 页, 第 44 页, 第 45 页, 第 79 页, 第 136 页, 第 140 页, 第 141 页, 第 144—146 页, 第 155 页, 第 158 页, 第 165—166 页, 第 339 页注释, 第 340 页注释, 第 342 页注释, 第 353 页注释, 第 354 页注释, 第 356 页注释, 第 360 页注释, 第 364 页注释
- Hatred, 仇恨, 第 156 页, 第 158 页, 第 165 页
- Hegel, Georg, 黑格尔, 格奥尔格, 第 114 页, 第 163 页, 第 301 页, 第 303 页, 第 365 页注释, 第 368 页注释
- Hepworth, Mike, 赫普沃思, 麦克, 第 272 页, 第 364 页注释, 第 365 页注释, 第 366 页注释
- Hobbes, Thomas, 霍布斯, 托马斯, 第 106 页, 第 317 页, 第 332 页
- Homosexuality, 同性恋, 第 69 页, 第 75—76 页, 第 131 页, 第 134 页, 第 136 页, 第 137 页, 第 138 页, 第 141 页, 第 142 页, 第 164—165 页, 第 246 页, 第 257 页
- Honoré, Tony, 奥诺尔, 托尼, 第 350 页注释, 第 367—368 页注释
- Hubbard, F. Patrick, 哈巴德, F. 帕特里克, 第 352 页注释
- Hughes, Graham, 休斯, 格拉汉姆, 第 21 页, 第 340 页注释, 第 345 页注释, 第 357 页注释
- Hume, David, 休谟, 大卫, 第 278—280 页, 第 366 页注释
- Hush money, 封口费, 第 241 页
- Huxley, Thomas H., 赫胥黎, 托马斯·H., 第 292 页, 第 367 页注释

I

Ideals contrasted with interests, 理想与利益对比, 第 219—220 页

Importance of conflicting interest types, 相互冲突的利益类型的重要性, 第 58—60 页, 第 212 页, 第 345 页注释

Incest, 昆虫, 第 166 页

In Re Application of Dees, 关于委婉语的使用, 第 235—236 页, 第 362 页注释

In Re Bartha, 关于巴尔萨, 第 361 页注释

Individualism, 个人主义, 第 81—123 页
a psychological theory, 心理学理论, 第 85—86 页

an ontological theory, 形而上学, 第 84—85 页

compatibility with inheritance of group, 群体角色传承的一致性, 第 97 页

compatibility with communitarianism, 与社群主义的对比, 第 82 页
old and new, 旧与新 (杜威), 第 349 页注释

Insider trading, 内幕交易, 第 221—222 页, 第 274 页

Integration, a mean between isolation and assimilation, 整合, 隔离与同化的

中间道路, 第 99 页

J

Jefferson, Thomas, 杰斐逊, 托马斯, 第 57 页, 第 343 页注释

Jogging, hostility to, 慢跑, 敌意, 第 345—346 页注释

Johnson, Diane, 约翰逊, 戴安娜, 第 189—190 页, 第 359 页注释

K

Kant, Immanuel, 康德, 伊曼努尔, 第 23 页, 第 32—33 页, 第 87 页, 第 360 页注释

Keeton, W. Page, *et al.*, 基顿, W. 佩奇, 第 364 页注释

Khomeini, Ayatollah, 霍梅尼, 阿亚图拉, 第 39 页, 第 335 页, 第 337 页, 第 369 页注释

Kissinger, Henry, 基辛格, 亨利, 第 54 页

Kleinig, John, 克莱尼希, 约翰, 第 178—179 页, 第 180 页, 第 194 页, 第 213—216 页, 第 357 页注释, 第 358 页注释, 第 360 页注释

Kosterlitz, Julie, 科斯特里兹, 朱莉, 第 361 页注释

Kristol, Irving, 克里斯托尔, 欧文, 第 8 页, 第 128—133 页, 第 328—331 页, 第 352 页注释

Kroll, Jack, 克罗尔, 杰克, 第 185 页,

第 358 页注释

L

Laetrile, 苦杏仁苷, 第 186—187 页, 第 207 页

Landesman, Bruce, 兰德斯曼, 布鲁斯, 第 177 页, 第 199 页, 第 357 页注释, 第 358 页注释, 第 360 页

Lascivious jaywalking, 好色的横穿马路者, 第 355 页注释

Lawrence, D. H., 劳伦斯, D. H., 第 282—283 页

Legal moralism, 法律道德主义, 第 1—8 页, 第 176 页

broad sense, 广义, 第 219 页

broad versus narrow (strict) conceptions of, 广义对狭义的概念, 第 3—8 页

full definition of in narrow sense, 狭义的完整定义, 第 125 页

impure 不纯正的, 第 133—140 页

narrow (strict) version of, 狭义 (严格意义上的) 版本, 第 28 页, 第 24—75 页

pure, 纯正的, 第 126—137 页

pure contrasted with impure conceptions, 纯正概念与不纯正概念的对比, 第 8—14 页

Legal paternalism, 法律家长主义, 第 3 页, 第 19 页, 第 127 页, 第 130 页,

第 166 页, 第 17 页, 第 171 页, 第 215 页, 第 219 页, 第 224 页, 第 230 页, 第 301 页, 第 311 页, 第 317 页, 第 320 页, 第 322 页, 第 327—328 页, 第 329 页, 另见 Harm to self, 对自己的损害

Legal perfectionism, 法律完美主义, 第 9 页, 第 219—220 页, 第 277—311 页

Lenin, Vladimir, 列宁, 弗拉基米尔, 第 335 页

Liberalism, 自由主义, 第 3 页, 第 5—6 页, 第 20 页, 第 28 页, 第 32—33 页, 第 120—123 页, 第 234 页, 第 240 页

alleged hypocrisy of, 所谓虚伪, 第 128—133 页

and reconciliation politics, 协调政策, 第 115—116 页

animating spirit of, 激发精神, 第 38 页

attitudes toward tradition, 对传统的态度, 第 90 页

broad and narrow senses of, 广义与狭义, 第 81 页

cautious and bold, 细心与轻率, 第 324 页, 第 333—334 页

conception of community, 社区的概念, 第 108—113 页

concession to perfectionism, 对完美主义的让步, 第 278 页

exception for prenatal world, 产前三世界的例外, 第 327 页

extreme and moderate, 极端与温和, 第 324 页

ideals of, 理想, 第 82 页

not precluded from valuing public good, 在评价公共善时不被排除, 第 87—88 页

of narrow and broad scope, 狭义范围对广义范围, 第 332—333 页

options open to in respect to exploitation, 剥削情形中的开放选项, 第 274—276 页

redefined, 再定义, 第 321 页, 第 323 页

soft spots in the case for, 论证的软肋, 第 319—320 页

tolerant and dogmatic, 忍受与教条, 第 334 页, 第 335 页, 第 338 页

vagueness of, 模糊性, 第 321 页

Licensing of ticket brokers, 票务经纪的授权制度, 第 235—236 页, 第 238 页

Lichtheim, George, 利希海姆, 乔治, 第 350 页注释

Lincoln, Abraham, 林肯, 亚伯拉罕, 第 111 页

Lindgren, James, 林格伦, 詹姆斯, 第

239—240 页, 第 263—264 页, 第 363 页注释, 第 365 页注释

Linguistic conservatism, 语言学上的保守主义, 另见 Conservatism, Linguistic, 保守主义, 语言学的

Linguistic evolution, 语言进化, 第 74—75 页, 第 346—347 页注释

“Literary ambulance chasers”, “借着他人的不幸发财的人”, 第 189—190 页

Littering, 乱丢垃圾, 第 33 页, 第 34 页

Lucifer, 撒旦, 第 162 页, 第 356 页注释

Lucas, J. Anthony, 卢卡斯, J. 安东尼, 第 117—120 页, 第 352 页注释

Luther, Martin, 路德, 马丁, 第 289 页, 第 367 页注释

M

Mabbott, J. D., 马博特, J. D., 第 303—304 页, 第 368 页注释

MacCormick, Neil, 麦考密克, 尼尔, 第 11—12 页, 第 13 页, 第 340 页注释, 第 354 页注释

Machismo, 男子气概, 第 173 页, 第 353 页注释

MacIntyre, Alastair, 麦金太尔, 阿拉斯代尔, 第 83 页, 第 92—98 页, 第 120 页, 第 348 页注释, 第 349 页注释

MacIver, A. M., 麦基弗, A. M., 第 9 页, 第 341 页注释

Mack, Eric, 麦克, 埃里克, 第 266—

- 267 页, 第 268 页, 第 355 -356 页注释
- McTaggart, J. E., 麦塔加特, J. E., 第 301 页, 第 368 页注释
- Madison, James, 麦迪逊, 詹姆斯, 第 83 页
- Mailer, Norman, 梅勒, 诺曼, 第 189—190 页, 第 196 页, 第 218 页, 第 359 页注释
- Majority rule, 多数人原则, 第 314—315 页
- Malicious disclosure, proposed tort of, 恶意披露, 指控侵权, 第 354—356 页
- Malum prohibitum* and *malum in se*, 法律禁止的犯罪与本身邪恶的犯罪, 第 22 页
- Mamet, David, 马梅特, 戴维, 第 367 页注释
- Manipulation, 操控, 第 179 页
- Manners, lower standards of, 礼貌, 较低标准的, 第 42—43 页, 另见 Belching, Etiquette, 礼仪, 规则
- Mansfield, Lord William, 曼斯菲尔德, 威廉爵士, 第 363 页注释
- Marcos, Ferdinand, 马科斯, 费尔迪南, 第 358 页注释
- Marijuana smoking, 吸食大麻, 第 47 页, 第 53 页, 第 213 页, 第 224 页
- Marx, Karl, 马克思, 卡尔, 第 98 页, 第 178 页, 第 191 页, 第 350 页注释, 第 358 页注释
- Mayhem, 故意伤害, 第 170—171 页
- Mayo, Bernard, 梅奥, 伯纳德, 第 282—283 页, 第 367 页注释
- Melting pot, an unfortunate metaphor, 熔炉, 不幸的暗喻, 第 119 页
- Michel, Representative Robert, 迈克尔, 罗伯特代表, 第 192 页
- Mill, John Stuart, 密尔, 约翰·斯图尔特, 第 10 页, 第 54 页, 第 55—56 页, 第 60—61 页, 第 63 页, 第 89 页, 第 97 页, 第 98 页, 第 145 页, 第 146 页, 第 158 页, 第 282 页, 第 288 页, 第 293—294 页, 第 295 页, 第 303 页, 第 308 页, 第 309 页, 第 316 页, 第 333 页, 第 335 页, 第 336 页, 第 339 页注释, 第 340 页注释, 第 343 页注释, 第 345 页注释, 第 350 页注释, 第 366 页注释, 第 367 页注释, 第 369 页注释, 第 370 页注释
- Misprision of felony, 重罪私了, 第 243—244 页
- Mitchell, Basil, 米切尔, 巴斯尔, 第 342 页注释
- Monogamy, 一夫一妻制, 第 135 页
- Moore, G. E., 摩尔, G. E., 第 163 页, 第 356 页注释
- Moral and nonmoral norms, 道德与非道德规范, 第 46—47 页

Moral code, 道德法典, 第 41 页
Moral counseling in prisons, 对服刑
者的道德开导, 第 295 页
Moral environment, pollution of, 道
德环境, 污染, 第 60 页
Moral equilibrium, 道德平衡, 第 159
页, 第 162 页, 第 163 页
Moral harm, 道德损害, 第 17 页, 第
22—23 页, 第 296 页, 第 299 页, 第
308 页, 第 368 页注释
Moral law, 道德法, 第 138 页
Moral minimum rules, 最低道德规
则, 第 44 页, 第 46 页, 第 47 页, 第
79 页, 第 136 页, 第 305—306 页, 第
308 页
Moral minorities, 道德少数派, 第 53 页
Moral muscles, 道德肌肉, 第 310 页
Moral pluralism, 道德多元主义, 第
51—52 页
Moral proportionality, 道德比例, 第
267—268 页
Moral residuum, rules of, 道德冗余物,
规则中的, 第 45—46 页, 第 305 页
Moralism, 道德主义。另见 Legal
moralism, 法律道德主义
Morality 道德
 a seamless web, 严密的网, 第
354 页注释
 advocative and descriptive, 鼓吹

性的与描述性的, 第 143—144 页
 anthropological and discrimina-
tory, 人类学的与判断性的, 第 142—
144 页
 common, 共同的, 第 136 页
 conventional, 传统的, 第 124—126
页, 第 133 页, 第 141 页, 第 173 页
 critical (true), 批判的 (真实的),
第 124—126 页, 第 173 页
 grievance and non-grievance, 怨
愤与无怨愤, 第 79—80 页, 第 154 页
 meaning of, 的含义, 第 140—
144 页, 第 306—307 页
 of a group, subdivisions of, 群
体的, 子群体的, 第 46 页
 private and public, 私人的与公共
的, 第 134—137 页, 第 141 页
Morris, Herbert, 莫里斯, 赫伯特, 第
193 页, 第 301 页, 第 356 页注释, 第
359 页注释, 第 368 页注释
Mosk, Justice Stanley, 莫斯克, 斯坦
利大法官, 第 227 页, 第 228—229 页
Murder, 谋杀, 第 168—169 页, 第
273 页
Murdocj v. Pennsylvania, 默多克诉宾
夕法尼亚州案, 第 361 页注释
Murphy, Jeffrie G., 墨菲, 杰弗
里·G., 第 263 页, 第 365 页注释
Mussolini, Benito, 墨索里尼, 本尼

托, 第 335 页

N

Nagel, Ernest, 内格尔, 欧内斯特, 第 11—12 页, 第 15—16 页, 第 340 页注释
Neighborhoods, 邻里, 第 116—120 页

 ambience of, 外部, 第 42—43 页

Nero, Emperor, 尼禄, 皇帝, 第 347 页注释

Neu, Jerome, 诺伊, 杰尔姆, 第 340 页注释

Newsweek Reaganomics cover story, 《新闻周刊》以里根经济学为封面故事, 第 191—192 页, 第 205 页, 第 359 页注释

Next of kin organ sales, 近亲属出售器官, 第 222—224 页

Nickel, James, 尼克尔, 詹姆斯, 第 336 页, 第 370 页注释

Nisbet, Robert, 尼斯比特, 罗伯特, 第 100—101 页, 第 350 页注释, 第 351 页注释

Nozick, Robert, 诺齐克, 罗伯特, 第 301 页, 第 363 页注释, 第 368 页注释

O

Oakshott, Michael, 奥克肖特, 迈克尔, 第 342 页注释

Obstruction of justice, 妨碍公正, 第 243 页

Offense to others, 对他人的冒犯, 第

15—16 页, 第 43—44 页, 第 69—70 页, 第 138—139 页, 第 172 页

Officious and nonofficial benefits, 过分与非过分的利益, 第 196—197 页, 第 216 页

Ogling, discreet, 挑逗, 谨慎, 第 154 页

Organ sales, 出售器官, 第 171 页, 另见 Next of kin organ sales, 近亲属出售器官

Organic unities, theory of, 组织整体, 理论, 第 163 页

Orwell, George, 奥威尔, 乔治, 第 120 页

P

Paine, Thomas, 佩因, 托马斯, 第 228 页

Pandering, 拉皮条, 另见 Exploitation, 剥削

Parasitism, 寄生虫, 另见 Exploitation, 剥削

Parfit, Derek, 帕菲特, 德里克, 第 27 页, 第 30 页, 第 341 页注释

 his puzzle about the wrongly conceived baby, 其对不当出生婴儿的疑问, 第 27—33 页, 第 325—328 页

 liberals' three options for response to, 自由主义者回应的三种选择, 第 326 页

Paternalism, 家长主义, 另见 Legal paternalism, 法律家长主义

Patton, General George, 巴顿, 乔治将军, 第 281 页

Paz, Octavio, 帕斯, 奥克塔维奥, 第 112—113 页, 第 352 页注释

Peirce, Charles S., 皮尔斯, 查尔斯·S., 第 84 页

Penitence, 赎罪, 第 304 页

People ex rel. Lange v. Palmiter, 人民兰格诉帕尔米特案, 第 362 页注释

People v. Lefkowitz, 人民诉莱夫科维茨案, 第 363 页注释

People v. Steele, 人民诉斯蒂尔案, 第 362 页注释

People v. Van Wong, 人民诉范·王案, 第 362 页注释

Perfection, individual, emptiness of a social ideal, 完美, 个体的, 社会理想的空洞, 第 280—281 页

Pericles, 微粒, 第 111 页

Perjury, 伪证, 第 33 页

Perkins, Rollin M., 珀金斯, 罗林·M., 第 243 页, 第 357 页注释, 第 363 页注释

Personal identity, 个人身份, 第 86—87 页, 第 117 页, 第 120 页, 第 121 页, 第 122 页, 第 349 页注释

Personal interests, 个人利益, 第

60 页, 第 122 页, 另见 External interests, 外部利益

Pieper, Joseph, 皮珀, 约瑟夫, 第 360 页注释

Plato, 柏拉图, 第 104 页, 第 277 页, 第 290 页, 第 366 页注释

Playboy centerfolds, 花花公子插页, 第 190—191 页

Polis, 城邦, 第 104 页

Pornography, 色情, 第 116 页, 第 127 页, 第 187—188 页, 第 216 页, 第 219 页, 第 221 页, 第 299—300 页, 第 330 页, 第 366 页注释, 第 368 页

Postema, Gerald, 波斯特玛, 杰拉尔德, 第 35—36 页, 第 37 页, 第 89 页, 第 121 页, 第 341 页注释, 第 352 页注释

Practical jokes, 恶作剧, 第 183 页

Presumptive case for liberty, 以自由为前提, 第 4—5 页, 第 321—324 页

Privacy, 隐私, 第 140 页

Privacy invasion, tort of, 侵犯隐私, 侵权, 第 250—252 页, 第 254 页

Prohibition (of alcoholic beverages), 禁止(酒精饮料), 第 45 页, 第 47 页

Prostitution, 卖淫, 第 134 页, 第 187 页, 第 216 页, 第 224 页, 第 366 页注释

Pseudo-literature, 伪文学, 第 54—

55 页

Psychic aggression, 心理冲击, 第 41 页

Public education, aims of, 公共教育, 目标, 第 88 页, 第 110 页, 第 110—120 页

Public good, 公共善, 第 89 页, 第 369 页注释

Public harms, 公共损害, 第 33—37 页, 另见 Collective harms, 集体损害

Public interest, 公共利益, 第 34 页

Punishments, 刑罚, 第 12—13 页, 第 145—165 页, 第 297 页

constitutive procedures of, 宪法性程序, 第 147—152 页, 第 155 页, 第 174 页

deterrent effect of, 威慑功能, 第 149 页, 第 156—158 页, 第 168 页, 第 224 页, 第 255 页, 第 283—284 页, 第 304 页, 第 355—356 页注释

gradations of, 量刑, 第 145—146 页

justifying aim of, 正当目标, 第 146—147 页, 第 148—152 页, 第 157 页, 第 174 页, 第 356 页注释

moral education theory of, 道德教化理论, 第 300—305 页

“moral machinery” of, “道德机器”, 第 150—151 页, 第 155 页, 第 158 页, 第 174 页

procedural rule of fairness for, 程序公正, 第 147—152 页, 第 157 页, 第 174 页

symbolic force of, 象征作用, 第 13 页, 第 149 页, 第 174 页, 另见 Retributive theory of punishment, 报应刑理论

Puritanism, 清教徒主义, 第 125—126 页

Puritans, 清教徒, 第 117—118 页

Q

Qaddafi, Muammar, 卡扎菲, 穆阿迈尔, 第 183 页

R

Rachels, James, 雷切尔, 詹姆斯, 第 168—169 页

Racial segregation, *de facto*, 种族隔离, 事实上的, 第 119—120 页

Rape, 强奸, 第 167—168 页, 第 169 页, 第 368 页注释

Raskin, Julie, and Males, Carolyn, 拉斯金, 朱莉, 和迈尔斯, 卡罗琳, 第 345—346 页注释

Rawls, John, 罗尔斯, 约翰, 第 87 页, 第 351 页注释

Redefinitions, 再定义, 第 320—324 页

Reliance, conservative argument from, 依赖, 保守主义的理由, 第 68—69 页

Religious bigotry, 宗教盲从, 第 63 页

Resentment, 怨恨, 第 31—32 页, 第 156 页, 第 158 页, 第 325 页

Respect for persons, 对人的尊重, 第 12 页

Respectability, grotesque overevaluation, 尊重, 过度关切, 第 248—249 页

Restitution, contrasted with compensation, 恢复原状, 与补偿对比, 第 197—199 页, 第 218 页, 第 220 页, 第 265 页注释

Restrictive covenants, 限制性约定, 第 114 页

Retribution, 报应, 第 159—165 页
aesthetic models for, 美学模式, 第 163—164 页

as annulment, 否定, 第 163 页

as authoritative response to disobedience, 对不服从的官方反应, 第 161—163 页

as getting even, 平衡, 第 159 页

as intrinsic fittingness, 本质上的对应, 第 163 页

as paying back, 回报, 第 159 页

as rectification of distributive injustice, 对分配正义的矫正, 第 160—161 页, 第 164 页

as revenge, 报复, 第 160 页, 第 164 页

Retributive theory of punishment, 报

应刑理论, 第 125 页, 第 158 页, 第 159—165 页, 第 174 页, 第 356 页注释, 第 357 页注释

Revenge, 报复, 第 156 页, 第 158 页

Rex v. Vaughn, 雷克斯诉沃恩案, 第 363 页注释

Rhodes, Cecil, 罗德斯, 塞西尔, 第 310—311 页, 第 369 页注释

Richards, I. A., 理查兹, I. A., 第 343 页注释

Rights, human, 人权, 第 335 页, 第 337 页

Rip Van Winkle fantasy, 利普·温克尔的幻想, 第 72—73 页

Role choices, 角色选择, 第 95 页, 第 350 页注释

Roles “into which we have been drafted”, “我们已被设定”的角色, 第 93 页, 第 94 页, 第 97 页

Ross, W. D., 罗思, W. D., 第 354 页注释

Roth v. United States, 罗思诉合众国案, 第 359 页注释

Rotman-Zelizer, Viviana A., 罗特曼-泽利泽, 维维安娜·A., 第 359 页注释

Rousseau, Jean-Jacques, 卢梭, 让-雅克, 第 348 页

Rudwin, Maximilian, 路德温, 马克西米利安, 第 356 页注释

Russell, Bertrand, 罗素, 伯特兰, 第 125—126 页, 第 286 页, 第 287 页, 第 302 页, 第 352 页注释, 第 367 页注释

Ryan, Alan, 瑞安, 艾伦, 第 94 页, 第 350 页注释

S

Sadomasochism, 施虐受虐狂, 第 127—128 页

Sandel, Michael J., 桑德尔, 迈克尔·J., 第 86—90 页, 第 98 页, 第 120 页, 第 305 页, 第 306 页, 第 348 页注释, 第 349 页注释, 第 351 页注释, 第 369 页注释

Santayana, George, 桑塔亚那, 乔治, 第 347 页注释

Santiesteban v. Goodyear Tire and Rubber Co., 桑提斯特班诉好年轮胎橡胶公司案, 第 364 页注释

Scanlon, Thomas, 斯坎伦, 托马斯, 第 336 页, 第 370 页注释

Schiller, Lawrence, 希勒, 劳伦斯, 第 189—190 页, 第 196 页, 第 218 页, 第 359 页注释

Schlossberger, Eugene, 施洛斯伯格, 尤金, 第 62—64 页, 第 71 页, 第 340 页注释, 第 345 页注释

Schwartz, Louis B., 施瓦茨, 路易斯·B., 第 187—188 页, 第 190—191

页, 第 216 页, 第 221 页, 第 359 页注释

Scruton, Roger, 斯克鲁顿, 罗杰, 第 114—115 页, 第 352 页注释

Self and other regarding activity, 涉己与涉他活动, 第 7—8 页, 第 56 页, 第 59 页, 第 64 页, 第 136 页, 第 216 页, 第 308 页, 第 322 页, 第 339 页注释, 第 343—344 页注释

Self-fulfillment, 自我完善, 第 89—90 页, 第 334 页, 第 335 页, 第 337 页

Senor, Tom, 塞诺, 汤姆, 第 252—253 页, 第 345 页注释, 第 370 页注释

Sex crimes, 性犯罪, 第 291 页

Sex education, 性教育, 第 300 页

Shakespeare, William, 莎士比亚, 威廉, 第 54 页, 第 111 页

Sidhu, Gurdip S., 西都, 古尔迪普·S., 第 352 页注释

Simon, Robert L., 西蒙, 罗伯特·L., 第 369 页注释

Sin, 罪, 第 134—135 页, 第 187 页, 第 356 页注释

Sin, Cardinal (of Manila), 罪, 红衣主教(马尼拉), 第 358 页注释

Skinner, B. F., 斯金纳, B. F., 第 287—293 页, 第 294 页, 第 301 页, 第 367 页注释

Social change, evils of, 社会变迁, 恶,

第 39—80 页, 第 41 页, 第 71—80 页,
第 134 页, 第 346 页注释

Social disintegration, 社会解体, 第 41
页, 第 133—140 页, 第 145 页

“Social rights,” lampooned by Mill,
“社会权利”, 密尔讽刺的, 第 10—11
页, 第 68 页, 第 340 页注释

Sodom and Gomorrah, 索多姆与格莫
拉, 第 126 页

*Spiritual Psychic Science Church of
Truth v. City of Azusa*, 精神心理学真
理教堂诉阿祖萨市案, 第 227—231 页
State v. Robertson, 州诉罗伯逊案, 第
365 页注释

Steele, Richard, 斯蒂尔, 理查德, 第
310 页

Stephen, James Fitzjames, 斯蒂芬, 詹
姆斯·菲茨詹姆斯, 第 8 页, 第 44 页,
第 82 页, 第 133 页, 第 145—146 页,
第 151 页, 第 155—159 页, 第 174 页,
第 312—316 页, 第 342 页注释, 第
347—348 页注释, 第 354 页注释, 第
369 页注释

Stockman, David, 斯托克曼, 戴维,
第 54 页

Stoicism, 斯多葛派, 第 93 页, 第 94
页, 第 286—287 页, 第 290 页

Subcommunities, 子社群, 第 99—101 页

Subordination of jurors, 收买陪审员,

第 243 页

Subsidies, governmental, 政府津贴,
第 312—316 页

Subversive activities, 颠覆活动, 第
136—137 页, 第 141 页

Suetonious, 苏维托尼乌斯, 第 347 页
注释

Suicide, 自杀, 第 213 页, 第 351 页注释

Swift, Jonathan, 斯威夫特, 乔纳森,
第 74 页, 第 87 页

Symbiosis, 寄生现象, 第 194—195 页

T

Taboos, 禁忌, 第 20—21 页, 第 154
页, 第 306 页

Tax fraud, 骗税, 第 33 页, 第 34 页

Temptation, 引诱, 第 157 页, 第 355
页注释

The Sting, 骗中骗, 第 358 页注释

Theft, 盗窃, 第 167 页, 第 241 页,
第 242 页, 第 252 页

Thurlow, Edward, Lord, 瑟洛, 爱德
华爵士, 第 65 页

Ticket scalping, 倒卖门票, 第 231—
240 页, 第 274—275 页

Tocqueville, Alexis de, 托克维尔, 亚
里克斯·德, 第 99 页, 第 118 页, 第
351 页注释

Totalitarianism, 极权主义, 第 100—
101 页

Tough Guy contests, 硬汉比赛, 第 353 页注释

Tradition, 传统, 第 90—98 页, 第 120 页, 第 349 页注释

layers of 层次, 第 92 页

Treason, 叛国, 参见 Subversive activities, 颠覆活动

Trollope, Anthony, 塔罗洛普, 安东尼, 第 363 页注释

Truth defense to defamation, 对诽谤的事实辩护, 第 254—256 页

U

United States v. Ginzburg, 合众国诉金兹伯格案, 第 188 页

Unjust gain, 不当所得, 参见 Wrongful gain, 不法所得

Utilitarianism, 功利主义, 第 11 页, 第 54 页

V

Van den Haag, Ernest, 范登哈格, 欧内斯特, 第 65—66 页, 第 345 页注释

Vendler Zeno, 范德勒, 芝诺, 第 14 页, 第 194 页

Vicarious interests, 替代性利益, 第 56—57 页, 第 60 页, 第 341 页注释, 第 343—344 页注释

Victimless crimes, 无被害人犯罪, 第 28 页, 第 158 页, 第 159—165 页, 第 174 页

Virtue hoarders, 卫道士, 第 286 页

Virtues, 美德, 第 278—281 页

coercion to, 强迫, 第 281—287 页, 第 310—311 页

distinctively moral, 独特的道德, 第 281—284 页, 第 354 页注释

freedom a prerequisite for, 以自由为前提, 第 293 页

Hume's classification of, 休谟的分类, 第 278—280 页

minimal negative, 最低负面的, 第 282—285 页

"stubborn idleness", "固执的懒散", 第 369 页注释

Volenti non fit injuria, "有同意无被害"原则, 第 12 页, 第 129 页, 第 165 页, 第 205 页, 第 212 页, 第 214—215 页

Voltaire, 伏尔泰, 第 111 页

Voluntariness, 自愿性, 第 129 页, 第 166 页, 第 171 页, 第 173 页, 第 180—181 页, 第 213 页, 第 239 页, 第 311 页, 第 330 页, 第 331 页

W

Ways of life, 各种生活方式, 第 44—45 页, 第 76—80 页

"Weight" of reasons, 理由的"分量", 第 26 页, 第 32 页, 第 38 页, 第 63—64 页, 第 66—67 页, 第 71 页, 第 122—123 页, 第 126 页, 第 131 页,

第 321—324 页, 第 329 页

good enough (decisive weight),
足够好(决定性作用), 第 322 页

good (substantial weight), 好(实
质性作用), 第 322 页

relevant (at least minimal weight)
相关的(至少有最低作用), 第 322 页
Welfare-connected non-grievance
evils, 与福利相关的无人怨愤的恶,
第 6 页, 第 18 页, 第 25—33 页, 第
38 页, 第 325 页, 第 345 页注释, 第
355 页注释

Wellington, Arthur Wellesley, Duke
of, 威灵顿, 亚瑟·威尔斯利, 子爵,
第 272 页, 第 273 页

Whooping cranes, possible extinction
of, 鸣鹤, 可能灭绝的, 第 24 页

Will, George, 威尔, 乔治, 第 277—
278 页, 第 282 页, 第 366 页注释

Williams, Granville, 威廉斯, 格兰维
尔, 第 363 页注释

Winthrop, John, 温斯洛普, 约翰, 第
117 页

Wittgenstein, Ludwig, 维特根斯坦,
路德维希, 第 84 页, 第 348 页注释

Wolfenden, Sir John, 沃尔芬登, 约翰
爵士, 第 134—135 页, 第 187 页, 第
353 页注释, 第 359 页注释

Woolley, Anthony, 伍兹利, 安东尼,
第 124—125 页, 第 340 页注释, 第
352 页注释

World-oriented interests, 顺应世界的
利益, 第 62—64 页

Wright's Case, 赖特案, 第 170 页

Wrongful gain, 不法所得, 第 200 页,
第 206 页, 第 210 页, 第 212 页, 第
220 页, 第 221 页, 第 239 页, 第 240
页, 第 258 页, 第 269 页, 第 274 页,
第 363 页注释

Wrongful life, criminal, 不法人生, 犯
罪的, 第 28—29 页

Z

Zimmerman, David, 齐默尔曼, 戴
维, 第 358 页注释

Zoning restrictions, 范围限制, 第 42 页