

回应“权利泛化”的挑战

陈 景 辉^{*}

摘要:权利泛化,通常被认为是关于权利重要性的一项合理指责。因为这会导致权利的“通货膨胀”或引发成本上的无力支持。但这两项指责因建立在对权利实践的误解之上,故很容易被驳回。不过,对权利泛化最重要的指责,是围绕权利的性质提出来的,即权利泛化可能危及对公共利益与共同善的追求。但如果承认权利与个人道德主体地位直接关联,那么权利就会对共同善或公共利益提出某些基本限制,而这些限制将消除对权利泛化的担心。因此,权利泛化不应当被视为一项对权利重要性的指责。

关键词:权利 权利泛化 道德权利 公共利益 共同善

至少在现代社会,人们经常会运用“权利陈述”来支持自己的主张或者对抗相反的要求和行动。无论权利最终的落脚点是权利人的利益还是自由,这都一概说明:拥有权利,通常应当被视为一件好事。之所以采取“通常”这个带有明显保留味道的陈述,是因为理论家一般同时还会认为:在某些条件下,拥有权利可能会成为一件坏事,或者至少是一件有缺陷的事情。无论怎样认识这些条件,“权利泛化”通常都被认为必然位列其中。^① 因此,如果权利泛化这项主张的确是成立的,那么它就同“权利的确是重要的(是好的)”这一主张,一起构成对权利之实践的全面理解,否则就有可能过分高估了权利的地位。本文将直面“权利泛化”这项关于权利重要性的挑战。

一、权利泛化的论证结构

为什么理论家会认为权利泛化是一项对权利重要性的挑战? 这项挑战的根据又在哪里? 显然,要想避免权利泛化是一项随意的、没有根据的指责,它就必须要可靠的、有根据的基础。在笔者看来,权利泛化这项指责,是依赖一个关于“权利实践”的事实描述,并以此为基础推衍出来的关于权利重要性的指责。也就是说,权利泛化这项主张,包含着描述性和规范性两个部分;相应的,这项指责的成立,一方面有赖于事实描述部分的准确性,另一方面有赖于规范判断部分的有效性。其中,笔者认为事实描述部分是准确的,因此笔者的回应主要在规范判断部分,但由于二者存在推论关系,因此本文的讨论仍先从事实描述部分开始。

在关于权利实践的现象描述上,存着一个关于权利泛化的事实,即权利主张在实践中以不可列举、层出不穷的方式频繁出现。它至少表现为4种具体样态:^②(1)人们在公共论辩中普遍而经常地使用权利主张,并且这种普遍而经常的使用还体现在,持有对立立场的各方均会援引权利主张。(2)权利在公共论辩中被如此频繁地使用,以至于权利的运用领域就等于公共论辩的领域,无论教育、医疗、环境、雇佣甚至国

^{*} 中国人民大学法学院教授

基金项目:国家社会科学基金项目(17VHJ008)、国家自然科学基金项目(11872077)

^① 参见汪太贤:《权利泛化与权利人的现代生存》,《法学研究》2014年第1期;陈林林:《反思中国法治进程中的权利泛化》,《法学研究》2014年第1期;等等。

^② 关于其中的前两种样态,see L. M. Sumner, The Moral Foundation of Rights, Oxford University Press, 1987, pp. 1-4.

际领域,只要你能想象得到的领域,就都可能成为权利得以适用的领域。(3)权利的内容是广泛而普遍的,即人们可以将“权利”指向任何类型的事物,无论是指向某些价值——我拥有自由权、生命权和尊严权,还是指向其他人的行动——我有权利要求你赔偿,也包括指向某些具体的事物——我有权利拥有一栋房子,等等。(4)权利还具有针对未来的开放性,某些今天尚无法被称为权利的事物,在未来某些条件的成就下,也会形成某项新的权利类型,如数据化时代的被遗忘权、删除权,等等。

以上这些具体的说明其实表达了一个描述意义的权利泛化现象,即权利主张在以不可列举、不可预测的方式发挥着作用:一方面,谁也不知道,身处公共论辩之中的人们,在何时以及何种情况下将自己的主张以“权利”的方式提出来;另一方面,也不知道何时突然就有了一项以权利为内容的立法,如2013年开始施行的《中华人民共和国老年人权益保障法》第18条之规定:“家庭成员应当关心老年人的精神需求,不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员,应当经常看望或者问候老年人”。可能正是这种不可预测性,挑战了理论家经常对(知识)确定性的追求,由此产生了相关的疑虑,以至于权利泛化由一项事实描述转换成为一项规范判断,即权利泛化是坏的。

显然,“权利泛化是坏的”这项指责过于笼统,理论家必须得详细说明它到底坏在哪里才行。具体来说,至少有以下4项具体指责:(1)权利泛化的“通货膨胀”命题,即权利泛化现象会引发权利的“通货膨胀”,以至于降低了权利的重要性。权利显然是公共议题中所运用的论证工具,但一个能证成所有问题的论证工具实际上什么都证成不了。因此,一旦权利主张被应用于公共议题的所有方面,它就不再被认真地看成是解决这些问题的工具了,于是最大的危险在于,权利由此不再有理由被认真对待。就像真正的通货膨胀一样,泛化的权利主张严重侵蚀了权利所拥有的论证力量。^①从另外的角度讲,如果对立双方都可以将自己的主张“打扮”成权利,那么就会出现抵消效应,于是权利主张就会丧失权利的外衣而单纯成为一项主张,继而权利主张也就变得不重要。例如,当记者侵犯某人的隐私时,其以“尊严(隐私)权”捍卫自己的利益、而记者以“新闻自由权”来主张对故事的报道,其中的权利现象就将出现抵消,最终会出现“尊严(隐私)”与“(新闻)自由”的对抗,而“这其中是否涉及权利”的问题,至少看起来是无关紧要的。(2)权利泛化会引发成本难题。这个问题可以被具体化为两个论证:其一,较为直觉的指责是,权利泛化会导致成本无敷支出的问题(“成本无敷”命题)。^②如果忽视权利“通货膨胀”的指责,承认这其中的确存在着权利,那么将会导致普遍的权利冲突现象,因为公共议题中的对立双方都持有自己的权利主张,由于权利概念本身所具有的正当性,一个看起来理想的做法,就是同时满足双方的权利主张。然而,受制于资源的有限性,任何政府或国家都不具备同时满足在所有公共议题上对立权利主张的能力,无论这个政府和国家有多强大、攫取税收的能力有多强。此时,只有三种结果:要么双方的权利主张都只能部分被满足,要么只能满足其中一方的要求,要么都不能被满足。无论最终出现哪个结果,都会得出一个关于权利的负面印象:由于无法同时满足冲突中的权利要求,至少总有一方的权利始终被侵害,以至于“有权利就等于被侵害”,因此致使有权利不再成为一件好事。其二,权利泛化的公共利益论证,即使忽略这个负面效应,权利泛化对成本或资源的过分要求,也会产生另一个严重的负面效应,即它会阻碍共同善或公共利益的落实。例如,建设铁路等公共设施将有助于交通便利和经济发展这样的共同善,但是相关土地权利人可能通过主张自己的权利阻碍类似公共设施的建设,要保护或尊重其权利,就可能要放弃对共同善的追求。(3)与前两项指责同时相关,权利泛化会赋予更大的国家权力。显然,权利主张越泛化,就越需要相应的国家权力的扩张以满足保护权利的要求;然而,这样一来,据说首先是用来对抗公权力或者政府权力的(个人)权利,非但没能获得对抗公权力的效果,反而成为国家或者政府肆意扩张自己权力的根据。(4)与第2项指责的后半部分(公共利益论证)相关,权利泛化会对道德体系造成严重侵蚀。由于权利主张本身具备当然的正当性,因此

^① See L. M. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, Oxford University Press, 1987, pp. 8—9. 在该书中,加拿大著名哲学家萨姆纳甚至由此认为,这是一种关于权利的虚无主义。

^② 关于后3项指责,参见陈林林:《反思中国法治进程中的权利泛化》,《法学研究》2014年第1期。

如果可以将任何主张都“打扮”成权利主张并因此拥有当然的正当性,那么权利人就会由此来对抗道德体系、尤其是忽视公共利益和利他义务的要求。例如,在主张对自己财产拥有权利的同时,权利人会拒绝“慈善义务”的道德要求,坐视身处困境的人而不理,这严重冲击了正常社会的道德观念,也不是一个正常的社群所应有的样子。

到此为止,一个关于权利泛化的事实描述,至少在表面上就被合理地转化为一项包含不同内容的规范判断,它被用来说明权利的缺点或不足。如果承认这其中的密切联系,那么看起来最正确的对待权利的态度应当是这样的:在肯定它的重要性的同时,不能过分高估它的重要性;或者说,权利是个重要性有限的事情,它在面对权利泛化时,权利人就必须退让,即使他还是拥有无可置疑的权利。但是,情形果然如此吗?

二、对权利泛化“通货膨胀”命题的反驳

权利泛化的事实部分与评价部分的区别,有点像素材与故事之间的区别,同样的素材可以讲出不同的故事。故事与故事之间不一定有竞争性,但是理论与理论之间则是有竞争性的。那个最终被认为是“对”的理论,除了要匹配素材的具体内容,本身也得是融贯的,更重要的是,它还得证明自己是最佳的。最佳与否的判断显然跟话题有关系,在本文中,最佳与否就要看能否完美地匹配权利的重要性这个话题。因此,从现在起,本文的任务就是讲述一个与权利泛化的事实部分匹配的关于权利重要性的“故事”。要想把这个“故事”讲圆、讲好,一些基本的区分就是必要的,而这些区分将会极大降低权利“通货膨胀”^①这个指责的力道,最终会使它不再成为一项关于权利重要性的挑战。

首先,即使人们在日常生活中经常会将自己的诉求表达成一项权利主张,以至于引发权利无所不在的泛化联想,但这其中仍然要区分真正的权利主张与虚假的权利主张。也就是说,即使一项有正当性根据的诉求也未必自然等同于一项权利主张。^② 例如,基于你过去一贯的品行,我有合理的道德根据主张你“不能为富不仁”,但这并不等于“我有权利要求你为富不仁”。简单说,存在着一系列值得追求的道德观念、美德和价值,它们是用来审视自己和评价他人的规范基础,权利只是其中之一。当然,权利本身所具有的某些规范性特点(这在后面会详细讨论),使得人们愿意将他们有道德基础的诉求表达为一项权利主张,但这样的做法并不是每次都能成功。因此,一个非常必要的工作,其实就是区分真正的与虚假的权利主张;并且,在这项作业完成之后,你将会发现权利主张的数量会有所减少。不过,也不要高估这项作业的意义,因为即便如此,权利主张普遍而广泛存在的现象也没有在“质”上被根本削弱,^③ 权利“通货膨胀”的指责其实仍然存在,所以这项区分工作其实也是识别权利的概念工作,将不再是本文的主要内容。

其次,如同刚才所讲,即使是真正的权利主张,在数量上也是巨大的,在范围上也是广泛而普遍的,于是权利“通货膨胀”的指责看起来依然成立。然而,一旦注意到“基础权利”与“衍生权利”的区分,这项指责的严重程度就会大幅度下降。此处所说的基础权利,并不是通常用来表达宪法权利的基本权利的含义,虽然二者还是有所交叉,^④ 它主要是用来说明这种权利并不是从其他权利中派生出来的,否则它就是衍生权利,而是存在自身独立的基础和根据。^⑤ 作为一项独特权利的基础权利,可能基于特定条件派生出衍生权利。这些条件,或者是因为能够与基础权利之间形成论证关系,如若能证明“土葬”与人格尊严之间的关系,就可能派生出“土葬权”这种“新型”衍生权利;或者是因为某些新的社会或者科技条件的成就而派生出

① 由于权利“通货膨胀”主要是个关于权利如何运用的实践命题而非权利性质如何的理论命题,因此本节讨论并不涉及权利的性质。

② See Alon Harel, What Demands are Rights? An Investigation into the Relations Between Rights and Reasons, 17 Oxford Journal of Legal Studies, 101—114 (1997).

③ 萨姆纳就是以这种方式回应权利的虚无主义。See L. M. Sumner, The Moral Foundation of Rights, Oxford University Press, 1987, pp. 10—11. 但在笔者看来,萨姆纳的这种回应是不够的。

④ 问题的关键在于,宪法之外的其他法律——主要是民法(私法)——所规定的权利,是否有独立的根据。

⑤ See Henry Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy, 2nd Edition, Princeton University Press, 1996, pp. 13—34.

来,如“被删除权”这种“新兴”的数据化权利,要么来自隐私权,要么来自财产权。^①

一旦注意到基础权利与衍生权利的区分,那么权利泛化或者权利“通货膨胀”之类的指责,就可以被区分为基础权利的泛化与衍生权利的泛化。很明显,基础权利的泛化,在事实层面就很难成立,因此它不太容易是一项有效的指责,原因在于,除了生命、自由、财产、尊严之类传统的基础权利,你很难想象还有哪些新型或新兴的基础权利。^② 因此,权利泛化或者权利“通货膨胀”之类的指责要想适当,一般只能指向衍生权利。然而,衍生权利的派生性,难道不是基本权利真正发挥作用的主要方式吗?不用说基本上可以称为良善的社会,即使是在一个只拥有基本秩序的社会中,也很难存在着直接对基础权利的普遍侵犯吧?因此,由于基础权利与衍生权利之间存在着合法性论证关系,因此衍生权利实际上“扮演”着基础权利实践功能的角色:由基础权利派生出来的衍生权利越多,基础权利获得保护的情况越理想;反之,越是指责衍生权利的多样性(泛化),其实在某种意义上就等于忽视了基础权利的重要性。当然,这个讨论要受制于前面的论证,即必须证明它是真正的衍生权利才行。

最后,在现象上,权利“通货膨胀”这个指责是跟繁多的权利类型密切联系在一起的。由于权利清单是无法穷尽列举的,因此权利类型就不可胜数,这可能因为权利“通货膨胀”造成权利的重要性反而下降。然而,一旦注意到权利的重要性不仅是个理论问题,而且是个实践问题,权利“通货膨胀”的指责就有可能被驳回。在理论上,学者得区分生命、自由、财产、尊严等传统的权利类型,也得区分个人信息权、被遗忘权等新的权利类型。这样的做法具有理论上的重要性,你必须在认识论的意义上,说清楚一种权利与另一种权利的区别和联系。然而,在真实的权利实践中,权利人并不是通过主张自己的生命权、自由权、财产权、个人信息权、被遗忘权的方式来捍卫自己的利益或保护自己的选择。在笔者看来,权利类型的区别主要具备的是理论上的意义,而实践中的意义非常有限。因此,即使由权利类型的不可穷尽可以合理地过渡到权利“通货膨胀”的指责,这一般也主要是个理论上的批评:它降低了权利“在概念上或理论上”的清晰性。

这是因为,在权利实践中,权利主张或者权利断言都可以被化约为两种基本形式:“A 有关于 φ 的权利”(A has a right to φ)与“A 有关于 B 做 φ 的权利”(A has a right that B φ)。^③ 很明显,A 是权利人,B 是义务人,而 φ 则是权利的内容,它既可以是特定的行动——你要还我钱,也可以是具体的事物——我的财产。显然,即使承认权利“通货膨胀”的指责具有实践意义,它针对的也是权利的内容而不是权利断言本身,因为权利断言只有这两种类型,而只有权利的内容才可能是普遍而广泛的。但是,在权利实践中真正重要的,是权利的内容?还是此处存在一项权利?显然是后者,因为当你主张“这(权利的内容)是我的”与主张“这(权利的内容)是我的权利”具备同等意义时,其实就是在反向证明权利断言本身是不重要的。因此,在实践中,权利断言其实可以被进一步化约为单一类型:“A 有……权利”。“这是我的权利”这一看起来断然性味道强烈的表达,其实才是权利运用的普遍情形,权利人只要能够真正主张“这是我的权利”,那么就会让另一方负担义务,或者对抗与之相反的举动。正是由于,只要能够祭出“这是我的权利”这枚“法宝”,主张者就可以获得相应的规范性结果,因此人们才那么渴望拥有权利。然而,刚才所说的这一切,都与权利的内容没有什么关系。简单说,在权利实践中,权利断言或者权利主张的运用是非常简单、直接的,它不可能是复杂多样的,因此并不会遭受权利“通货膨胀”的批评。换言之,这个批评即使有效,也是针对权利的内容而不是权利断言本身,然而其实践意义有限。

三、对权利泛化“成本无敷”命题的反驳

如果说权利“通货膨胀”主要是个实践命题,那么权利与成本或资源之间的关系就是一个兼具实践和理论双重属性的命题,对这个命题的完整回答,将不得不进入到关于权利性质的讨论中。这是因为,仔细

① 参见丁晓东:《什么是数据权利?——从欧洲〈一般数据保护条例〉看数据隐私的保护》,《华东政法大学学报》2018年第4期。

② 这同时意味着,所谓的新型权利或新兴权利,绝大多数并没有看起来那么新,因为它们通常是由基础权利派生出来的。

③ See Leif Wenar, The Nature of Rights, 33 Philosophy & Public Affairs, 225 (2005).

分析“权利与成本”之间的问题,它其实提出了两种性质不同的挑战:(1)“成本无敷”命题,即权利泛化将会引发成本上的难以为继。如果承认或者规定了过多的权利,那么由于权利的落实需要成本上的依据,因此将会导致这些已经被肯定的权利无法全部被实现,纵使这些权利都具有某种法律或者道德上的基础。简单说,这是一种由权利泛化所引发的“权利无法被落实”的指责(不现实的指责),但它并未挑战“这些权利有理由被肯定”这个部分。(2)权利泛化还会引发对其他的可能是更重要的共同善的侵害,因为成本或者各种资源是给定的,在这个条件的限制下,权利泛化将会褫夺对共同善的保护和追求,因此这些权利从一开始就不应当被肯定下来,或者只能在满足共同善的前提下才能被肯定。显然,这种指责所关心的,并不是被肯定的权利是否能够落实这个现实性的问题,而是这些内容究竟应不应当被认可为权利这一规范性问题。本节将用来处理前一个“成本无敷”命题,而公共利益论证问题留待后两节来处理。

一个显而易见的常识是:在特定时空条件下,一个社群中的各种资源都是被给定的,因此尽管某些目标值得追求,但如果无法匹配给定的资源,那么这些目标的追求就会存在问题。回到权利的话题中,同理,权利一旦泛化,超出一个社群或国家的资源承受能力,那么即使肯定了这些权利,也由于它们不具备落实的可能性,因此“被规定下来”这项事实反而削弱了权利的重要性。这样的指责难道不是合理的吗?又有什么理由反对呢?如果将这项指责限定在“法律权利”这件事情上,那么笔者部分同意、部分反对这项指责的有效性;但是,如果回到“道德权利”这件事情上,那么笔者看不到这项指责成立的基础。

受制于篇幅和主题,也是为了讨论的方便,这里先假定两项主张:其一,道德权利与法律权利是两项不同的权利,即被实在法体系认可的权利是法律权利,而不具备这个特点的权利是道德权利;其二,法律权利是以道德权利为根据的,因此权利才具备评价和批评法体系(也包括其他社会制度)的能力。^①由这两项主张可以看到(实在)法体系与权利的两种关系:法律权利的落实与法体系对道德权利的落实。前者意味着:事实上存在一项“法律”权利,且法体系因为“它被规定下来”的事实而必须落实其要求;后者表明:虽然此时不存在一项“法律权利”,但存在一项相关的道德权利,并且由于实践上的重要性,因此法体系有重要的理由来落实^②它的要求。下面这个“同性婚姻”的例子,可以很好地说明这些区分:如果一个实在法体系承认同性婚姻也是婚姻的一个类型,那么国民将拥有“同性结婚”的法律权利;如果该法体系只承认“同性伴侣”但不承认同性婚姻,那么国民将不拥有该项法律权利,而只可能拥有同性婚姻的道德权利。^③

显然,成本问题或者资源问题,主要是同法体系的“强制执行”问题联系在一起的。因此,一个法体系如果规定了过多的、无法为资源所承受的法律权利(权利泛化),那么至少看起来,这就变成了一件坏事,就像法律中规定“国民有住房权”的例子一样,这个权利即使被规定下来,也不具备强制执行的可能性;或者,即使该国举全国之力落实了对这个法律权利的承诺,该做法也会造成对其他法律权利的严重亏欠。权利泛化的主张者,通常就是以这种方式来批评“福利权”作为一种法律权利的地位,甚至也是反对我国劳动合同法对劳工权益进行保障的理由。

这是个复杂的问题。此处先提出一个相对简单的反驳:法律权利的强制执行与成本的不匹配,是否否认存在该项法律权利的合理理由吗?在笔者看来,这个主张过分依赖直觉了。显然,在现在这个时代,任何国家的法体系都会承认国民享有生命权,这一点毋庸置疑。然而,要想真正落实这项法律权利,是任何社群的给定资源都无法做到的:一方面,这需要雇佣无数的警察和安装无数的摄像头,需要采取消灭任何可能会对生命造成危险的手段,这显然是任何社群都无法承受的,并且这些举措本身也可能面临正当性上的困难;另一方面,即使事实上可以做到,难道这不会导致对其他权利——如受教育权——的无力保护吗?难道不会对其他法律权利——如人身自由和隐私权——造成侵害吗?根据同样的理由,生命权作为一种法律权利,显然也将陷入权利泛化的困境中。然而,那些支持者却不会承认生命权、人身自由之类的权利,

① 参见陈景辉:《法律权利性质:它与道德权利必然相关吗?》,《浙江社会科学》2018年第10期。

② “落实”这个表达过于日常化了,后面的讨论将它替换为“强制执行”这个词。

③ 承认同性伴侣,早期可能来自“同性婚姻”在道德上(而不是法律上)的正当性,后期一定会过渡为承认国民拥有“同性结婚”的道德权利;否则,法律上同性婚姻的权利就是不可想象的。

是权利泛化所要针对的对象,这个论证不是自我溃败的吗?总之,如果权利泛化的成本指责成立,那么每个人都拥有的生命、自由、财产之类的绝对权利,将会陷入到这个指责的困境中。

之所以要在法体系中规定某些权利,如生命权、自由权等,除了要获得法体系所保障的强制执行效果之外,其实还有某种“宣告性意义”。它至少表明,特定政府或者国家“承诺”:要对某件事情表达尊重,并将它作为公共行动的目标来看待,且同时赋予国民相应的批判理由和批评资格。因此,即使事实上不可能保障每个人的生命、自由、财产“绝对”不受侵犯,也必须在法体系中对其加以承认,因为这表明生命、自由、财产是必须被尊重的事项。能否被强制执行以及能够在何种程度上被强制执行,这些问题都不影响到“宣告性意义”的存在,也不影响到致力于追求“对这些内容的保护”这个目标的有效性,更加不影响以“未落实承诺”为理由的批评。^①反过来讲,如果出于强制执行上的理由而拒绝将这些权利作为法律的一部分规定下来,那么这难道不是国家或政府在摆脱自己的责任吗?当然,不能过分强调“宣告性意义”,强制执行这个部分仍然是法律权利至少同等重要的性质,但也不能因此就彻底否认法律权利的“宣告性意义”。

不过,这个推论仍然面对着权利泛化的第三个风险:这不是授予国家和政府更大的权力了吗?这不是使得它们更有合适的借口侵害权利了吗?同样明显的是,这个批评也建立在强制执行这个性质之上。如果注意到“宣告性意义”,那么这个指责将很难成立。更为重要的是,在面对国家或政府时,关于“积极权利”与“消极权利”的区分,将会在很大程度上削弱这个指责的力量。如果承认“权利是让另一方负担相关义务的根据”,^②那么不同于让对方负担作为义务的积极权利,消极权利意味着让对方负担不作为义务的消极义务。尤其是面对比较威权化的政府时,确立了消极权利,其实就是在限制政府所能做出行动的范围,而不是给予它们做出特定行动的理由和根据。当然,积极权利的确会要求政府做出特定的行动,这并不意味着政府可以在脱离这项权利的基础上做出某项行动,这是因为,该项权利的存在,同时也限制了政府行动的恣意展开。换言之,即使权利的确授予政府做某事的能力,也并不能够做出脱离权利之要求的恣意行动。显然,要想保护消极权利,除了不得做出某些行动之外,政府还得做出另外一些行动,来救济其他主体对于消极权利的侵害,这看起来也赋予政府做出某项行动的资格;同样的,此项行动的做出,仍然因为受制于消极权利的存在而不应当恣意展开。基于此,因权利对某些公共行为的要求而认为权利越多会导致政府活动范围越大、行动选择越恣意的批评,是一种根本脱离权利现象的说法;这其实反过来说明,要想限制公共行为恣意,不断主张权利才可能是最有效的方式。

四、对权利泛化之公共利益论证的道德反驳

逐一回应反对意见的论述方式,使得讨论不但显得非常琐碎,而且难以取得彻底击溃权利泛化这个指责的整体效果。此处需要直接处理权利的重要性问题了。如果在这件事情上取得成功,那么就有可能最终证明:权利泛化是个不必要的担心,甚至权利的重要性必然要求“权利泛化”。^③当然,权利的重要性不太容易被说明,好在有一种针锋相对的反对意见,对它的批评就成为论证权利重要性的背景,这就是建立在公共利益或共同善^④基础上的后果主义,其中的代表就是英国哲学家边沁的功利主义。笔者并不打算从整体上讨论功利主义或后果主义的优劣、对错;笔者所要做的是进行某些基础性的反省,然后看看权利的存在为什么是重要的。

如果同意美国哲学家罗尔斯的说法,将一个社群视为由一群人组成的联合体,那么这个社群就会成为这群人所共同从事的一项合作事业;之所以要进行社会合作,最重要的是因为它能够获得个人行动所无法

① 宪法中以“基本权利”来对人权内容加以肯定,就可以做如此理解。See James Griffin, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008, pp. 95—110.

② See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, p. 171.

③ 在展开具体论证之前,必须说明的是,所要讨论的是“道德权利”的重要性而不是法律权利的重要性,如果承认后者以前者为根据的话。这也是为什么笔者会部分同意权利泛化对法律权利之资源和成本的挑战,但仍然拒绝它对权利重要性的挑战的原因。

④ 为论证的需要,文中所称的“公共利益或共同善”被严格限定为排除道德权利或个人自治之后的概念。

获得的那些好处,并且这些好处是个人过上一种好的生活所必需的。^① 这些由社会合作所产生的好处,就是所谓的公共利益或共同善。由此出发,就会存在一种认为公共利益或者共同善本身具备正当性的道德理论,并且这是一种典型的后果主义的道德理论,边沁的“最大多数人的最大幸福”的功利主义就是其中最有力的代表。这套想法看起来非常可靠,因为其既符合直觉——人们通常就是这样权衡自己的行动,也是有根据的——痛苦和快乐都是可经验的感觉。而与之对立的想法,要么伪善——你自己不这样做却要求别人这样做,要么纯属胡扯——因而边沁说“自然权利本身就是胡说八道”。^② 显然,在这种道德理论的实践中,只有公共利益和共同善才是重要的,权利基本上退缩到法律领域,基于此边沁才只承认法律权利的存在。^③ 由于承认公共利益或共同善本身的道德意义,并且保护或追求公共利益通常是政府的职责,因此后果主义不再只是一套道德理论,同时也是一种“政治”哲学,它是政府辩护自己行动的根据,也是反对对立主张的理由。

然而,社会合作本身,除了公共利益或共同善之外,还有一个至少同样重要的事实性基础,即该社群是由每个独立的个体组成。这种独立,不仅体现为其中不存在人身依赖关系,否则就不是合作而是强制的体系;而且他们也因为自己拥有不同的观念和看法而得以区别于其他人,否则同意就变得不重要了。因此,如果一个理想的社会合作必然以“同意”为基础,那么除了公共利益或共同善之外,还必须尊重“个体的独立性或分离性”;也只有这样,独立的个人才会有意愿加入那个体系中。虽然在现实状况中,每个人自一出生就被安置在一个特定的社会合作的基本结构中,并且那个社会合作的主要制度决定了他处在一个什么样的特定位置,这看起来根本没有选择(意愿)的余地;但是,要想使得这个合作的体系致力于追求的目标是成为一个良善的社会,除了公共利益或共同善之外,“个人愿意加入其中”这个要素,仍然是对该合作体系的主要规范性要求之一。

必须注意,个人的独立性除了是个事实之外,还是个道德上的命题,因为承认个人的独立性拥有道德上的重要性,等于同时承认了一个人仅仅因为拥有“人的资格”这一点就值得被尊重,这最终等于承认了“人”作为道德主体的地位。因此,一旦人的道德主体地位不受质疑,那么就必須承认个人的独立性在道德上是重要的,于是任何社会合作形式都会面对一个关键性的内在紧张关系:在道德上,它是公共利益或共同善的道德正当性与个人的道德地位之间的矛盾;在政治上,它是代表公共利益的政府(公共政策的决定者)与作为权利主体的个人之间的矛盾。在英国法哲学家哈特看来,注意到“个人的独立性”在道德上的重要性,是对功利主义最有效的批评工具。功利主义的批评者因此提出一系列的追问:为了公共安全可不可以惩罚或折磨无辜的人?可不可以杀一个人来救更多的人?如此等等。^④ 于是,理论家不太可能同时主张公共利益与个人独立性都是重要的,很难将它们融贯地安排在同一个理论中。^⑤

论述至此,一个道德权利的概念呼之欲出:所谓道德权利,就是一个人仅仅因为“人的身份”所拥有的权利。由于人作为道德主体的地位这一点不容否认,因此道德权利必须得到认可,并且,由于这个权利不依赖任何其他条件,因此有时候也被叫做自然权利。但这仍然是个过快的结论:因为承认人的道德主体地位理论,仍然有可能否认存在道德权利的概念。这就是通常认为与后果主义对立的另一道德理论——道义论,它否定道德权利的一般理由在于:人的道德主体地位意味着人要受到道德律令的拘束——尤其是“绝对命令”,由于道德律令或绝对命令已经附加了各种道德义务,此时权利只能被化约为义务或权利只是义务所投射的影子,因此权利的存在就是冗余的。^⑥ 这表明,在人的道德主体地位与道德权利之间仍然存在论证上的缝隙,要想得出道德权利的概念,必须要附加新的论证。

① See John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 4.

② See H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982, p. 79.

③ See William A. Edmundson, *An Introduction to Rights*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2012, pp. 44—50.

④ See H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, pp. 199—201.

⑤ 英国哲学家密尔所支持的权利主张的伤害原则如何与功利主义的基本立场共处,就成为其理论要解决的一个巨大的难题。

⑥ See L. M. Sumner, *Rights*, in Hume LaFollette ed., *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, Blackwell Publishing, 2000, pp. 293—294.

一个有影响力的做法是进行如下思想实验:想象一个世界,除了没有道德权利的概念,其他和我们这个世界都一样,甚至其中的人们拥有更高的道德能力,那么这样一个世界究竟会缺少什么?显然,它会缺失由“主张”这种最严格意义上的权利而来的对于个人的尊重。^①为什么会如此呢?最重要的理由在于,并不是每项道德义务都蕴含着相应的道德权利,如我的助人为乐的义务并不蕴含你有要求我帮助你的权利;一项道德权利也并非与一项道德义务等值兑换,我有生命权与你不得杀人的道德义务之间并不是等同的关系,因此道德权利所蕴含的道德义务拥有一个非常重要的特点,它必然是指向性义务。也就是说,道德权利所蕴含的义务是指向权利人的,因此义务人对于该项义务的违反,不仅仅是一项错误,更关键的,它是一项指向权利的错误的,是针对权利人的错误。^②例如,即使我不拥有环境权,你破坏环境也仍然是一项错误,但这并不是针对我的错误,而是一项违反“不得破坏环境”这个道德原则的错误;相应的,你欠我钱不还,就不仅仅是一项违反“欠债还钱”的道德错误而已,它还是针对我这个债权人的错误。

在那个假想的世界中,所缺乏的正是跟指向性义务联系在一起的权利现象。指向性义务除了同非指向性义务一样是对义务人的某种拘束或要求之外,也具备非常独特的属性:由于违反该项义务是一种指向权利人的错误,如果权利人因为某些原因愿意减轻甚至放弃对这项错误的追究,那么这个决定就必然是有效的;否则,该项义务就不具备指向性的特点,就像即使我原谅了你对环境的破坏,也并没有影响到你破坏环境这个错误的性质和程度。这表明,指向性义务的性质在于,将某种选择的资格交到权利人手中,并且他的决定影响了这项义务的性质和程度。^③因此,只承认存在道德义务的假想世界,将会缺失由指向性义务而来的权利人的选择空间和选择能力。那么选择又意味着什么呢?它意味着,拥有权利是以一种独特的方式来表达对人的道德地位的尊重;尊重权利人的自由意志或者自主。

显然,体现了尊重个人自治或自主的道德权利,将会使每个人都具备自我塑造的机会;并且,由于每个个体持有的价值观念不同,因此道德权利将会肯定个人的差异性。这看起来会产生权利泛化所指责的第四个缺陷:道德权利可能诱使权利人罔顾公共利益和道德义务的要求,依据自己的自私判断恣意行事,这严重冲击了既有的道德体系。^④显然,如果承认个人的道德地位,也承认(来自道德律令的)非指向性义务与道德权利(指向性义务)一起构成道德的内容,那么这个指责就是不适当的。理由在于:冲击道德体系这个指责,只有在认为道德体系中只包括非指向性义务时才成立;也就是说,如果道德权利这个概念成立,那么对于道德权利的恰当运用就不会造成对道德体系的冲击,这反而是道德体系的要求。同时,这说明了为什么道德权利的概念不能被其他道德概念取代,因为那些道德概念基本上只能蕴含非指向性义务,它们在尊重人的道德主体地位的同时,并不必然赋予权利主体自治的能力;要想捍卫自治或者自主这个价值,道德权利的概念就是必须的。而这一点正是那个假想世界例子所带来的最重要的结论。

五、对权利泛化之公共利益论证的政治反驳

上文讨论的前提是承认人的道德主体的地位,由此推导出每个人都拥有值得被尊重的独立性进而个人的自由意志、自治或自主也必须被肯定,于是道德权利的概念应运而生。必须注意,这里仍有两个值得进一步讨论的问题:第一,人的道德主体地位,除了蕴含着个人的自治或自主价值之外,还意味着他必须要受到道德律令的拘束,这是他拥有道德重要性的重要基础。由此,引发了一个难题:是否存在着做道德上错误之事的道德权利?^⑤不过,这个问题与本文主题关联有限。第二,如上所述,社会合作涉及公共利益(共同善)与个人的独立性(道德权利)这两个部分,并且它们很难被同时安置在一个理论框架中,因此一定存在着“权利与善的冲突”。这个话题当然涉及权利泛化现象:如果过分主张权利,那么就会对共同善造成

① See Joel Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, 4 *The Journal of Value Inquiry*, 243—260 (1970).

② See Hillel Steiner, *Directed Duties and Inalienable Rights*, 123 *Ethics*, 232 (2013).

③ 即使承认存在不可放弃的权利,权利人也依然拥有某些选择的空间和可能。

④ 另一个缺陷是道德权利使得共识的获得变得越来越困难。这涉及对价值多元的看法,这个问题过于庞大,此处仅存而不论。

⑤ See Jeremy Waldron, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, 1993, pp. 63—87.

损害,这成为权利应受指责的理由。由于保护并落实公共利益或共同善通常都是政府(国家)的职责,因此这个话题就成为一个政治议题或者公共议题。此处就用来考察权利在公共论辩中的角色以及权利泛化为什么不是一个恰当的指责。

一旦道德权利建立在道德主体个人自治的基础上,权利的内容就必然包括一项选择的“自由”,即他可以在权利的基础上去做那些未被禁止的和不伤害他人的行动。这一点显而易见。此外,一般还会认为,权利当中还会包括一项“禁止干涉”的内容。然而,由于在道德领域内无法精确地区分批评与干涉,而一项基于权利的行动无法免于道德评价,因此这种说法存在问题。不过,这种说法仍然可以在公共论辩或者政治领域内成立,由于公共能力的存在,在那个领域中的干涉,就不仅是一种作为道德评价的批评,而且必然表现为动用公共力量的“强制性干涉”。因此,在笔者看来,权利“对抗干涉”的能力,是道德权利在政治领域中所拥有的独特效果,而不是它在道德领域中的效果。^①那么,即使承认存在做错事的权利,这也不是它作为道德权利本身所拥有的性质,而是它在政治领域中所拥有的独特的规范性效果。

这个结论在权利的概念理论中也呈现得非常明显。依据美国法学家霍菲尔德那套著名理论,^②就最严格意义的权利类型而言,权利人所拥有的“主张(权)”在公共论辩中,必然对应着政府负担的相应“义务”;同理,政府对义务的负担,又对应着政府没有“特权或自由”。^③然而,同样在权利的现象中,政府对于强制性干预的动用,一定属于单方意志改变规范关系的“权力”现象。因此,在权利的概念框架中,当面对权利人在某些事项上拥有“主张(权)”时,政府不可能既负担义务又拥有权力,继而仅从概念上就排除了作为权力的强制性干涉。

然而,除了基于“权力”之外,政府的强制性干涉还可能基于公共利益或共同善而动用。此时,就不能获得因无法与“主张(权)”同时存在而将强制性干涉作为“权力”排除掉的效果。如果还承认道德权利的重要性,那么一个常见的思路是讨论在特定情形下“个人自治”与“公共利益”哪个更值得保护的问题。于是,就会产生一种权衡性看法,并且一旦公共利益更值得保护,权利泛化就真的会变成一件坏事。美国法学家德沃金激烈反对这种权衡性的看法,他认为这严重挑战了权利的重要性。^④理由很简单,此时关于“个人自治”与“公共利益”哪个更值得保护的权衡,并不必然需要“权利”的参与。因此,即使政府以公共利益为由对权利进行强制性干涉,如果同时还承认权利的重要性,那么它也必然会带来某些独特的规范性效果。

那么,这个规范性效果是什么呢?德沃金采取了一个非常强的立场,他认为权利最好被理解为“王牌”,它能够压倒政治决定的某种正当性根据,即此时的政治决定就是在将社群视为一个整体的基础上所展现的特定目标。^⑤也就是说,在他看来,权利能够压倒将社群视为一个整体的公共利益判断,因而此处不存在权衡的可能,反而只有在权利之间发生冲突的时候,权衡方式才是妥当的。然而,这个主张的确可能过强了,所以出现了另一种较弱的立场,即权利的存在为基于公共利益的干涉设置了一个“论证门槛”。也就是说,“我拥有权利”这件事情本身,不但证明了我采取相关行动的正当性,而且也为强制性干涉设置了限定条件。除非干涉的正当根据强大到足以越过权利设置的这个“论证门槛”,否则干涉就是不正当的,这体现了权利所拥有的“规范力量”。^⑥当然,在某些极端情况下,公共利益的判断的确可能越过权利的“论证门槛”,使得正当干涉权利变得可能,如在自然灾害情况下救更多的人而不是更少的人就是道德上正当的做法。但除了这些紧急情况之外,对于权利的强制性干涉都会变得极为困难。因此,权利的重要性并没有在性质上被削弱,它只是在程度上没有达到“王牌”的地步而已。

① See H. L. A. Hart, Are There any Natural Rights?, in Jeremy Waldron ed., Theories of Rights, Oxford University Press, 1984, p. 77.

② See Wesley Newcomb Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions as Applied Judicial Reasoning and Other Legal Essays, Yale University Press, 1919.

③ 同理,这又蕴涵着权利人不可能是“无权利(no-right)”,他拥有“主张(权)(claim)”。

④ See Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, 1977, pp. 197—204.

⑤ See Ronald Dworkin, Rights as Trumps, in Jeremy Waldron ed., Theories of Rights, Oxford University Press, 1984, p. 153.

⑥ See David Lyons, Utility and Rights, in Jeremy Waldron ed., Theories of Rights, Oxford University Press, 1984, pp. 114—115.

虽然一定存在着“王牌”和“论证门槛”哪个更好的论争,但是权利理论家都会同意,在政治领域面对强制性干涉时,权利必然拥有对抗干涉的能力,否则权利的存在就会变得毫不重要。除了用来对抗政府以公共利益或共同善的名义进行强制性干涉,道德权利的概念还被用来对抗另外一种干涉,即在合理分歧情况中的多数意见。当社群成员在某件事情上存在两种或者更多不同看法且每种看法都不拥有压倒反对意见的决定性正当理由时,此处就会出现“合理分歧”。例如,在同性恋者是否可以结婚这件事情上,明显存在着支持与反对两种意见,如果其中任何一种看法都无法凌驾于对立看法之上,就出现了合理分歧。面对这种情形,一个常见的决定策略通常是多数意见获胜。然而,这样的做法其实等于取消了少数意见的正当性,漠视了它背后的根据其实并不弱于多数意见这个事实。因此,为了保持对少数意见正当性根据的肯定和尊重,唯一合适的选择就是承认合理分歧中的少数意见受到权利的保护。之所以要这样做,是因为只有承认少数意见的权利属性,才能彻底避免多数意见仅仅因为“自己是多数意见”这个单一的事实就凌驾于少数意见之上。^① 也就是说,少数人因为合理分歧所获得的权利,抵消了“多数意见”所具备的效力,从而将分歧解决的焦点,从意见的少数与多数转移到这件事情本身性质的讨论上。于是,同性婚姻的反对方不能因为自己的看法属于多数意见,就直接否定同性恋者的婚姻权利;反而,他们应当将争论的重心集中在“婚姻的性质到底是什么”这件事情上;并且,除非在这件事情上获得压倒性的论证优势,否则唯一的做法就是承认同性婚姻权利的存在。

说清楚了这两件事情,就可以理解为什么在公共论辩中人们愿意普遍而频繁地动用权利断言? 因为只有这样做,才能够为政府的强制性干涉和多数意见的专横至少设置论证上的门槛,从而为独立的、作为道德主体的个人提供足够的保护。否则,那些无法为个人所对抗的力量,将会因为可以轻易摆脱权利规范力的限制,变成一种“纯粹暴力”的恣意行使,作为道德主体的个人由此不过是可以随意牺牲的炮灰罢了,个人的分离性与个人的道德重要性就成为一句空话。如果刚才这些讨论是成立的,那么表面上看起来泛化了的权利夸张行使方式,反而是对强制性干涉和多数(意见)暴政的强烈警醒,这非但不应当受到指责反而应当获得肯定和赞扬的掌声。这不就是权利这件事情的意义吗? 否则,我们干嘛要它呢?

六、结论:重申权利的重要性

据说,现在正处在一个“权利的时代”。但人们在接受权利的确重要这个看法之后,又不加反思地接受了“权利泛化”这个对权利重要性的指责。因此,一个艰难的问题就是:如何合理地同时安置权利(的重要性)与权利泛化这两件事情。本文尝试证明权利泛化并不是一项合理的指责。其中的部分原因,来自对权利现象的某些误解;但更加重要的原因,则来自对权利本身属性的不当判断,如果承认权利来自个人作为道德主体的地位,承认权利在公共论辩中所拥有的独特规范力,那么真正需要警惕的,就不再是权利的泛化,而是对个人道德主体地位的否定、是政府强制性干涉的粗暴行使、也是多数意见的蛮横无理。因此,作为致力于追求共同善的社会合作事业,不能只将公共利益和多数意见计算在内,个人所拥有的权利同样也应当被视为共同善的内容。^② 因此,本文一开始作为现象的权利泛化,应当被视为权利这种正当性效果的广泛且普遍的表达形式。正是在这个意义上,权利泛化不再是一项针对权利的指责,它反而应当被视为对权利理直气壮的行使,虽然权利泛化的确不是什么好词,但词义上的好与坏、褒义与贬义,最终还是取决于对权利的恰当认识。

责任编辑 王虹霞

① 这是为什么理论家虽然都同意民主在外观上是某种多数决原则但是还争论民主是否要满足其他条件的原因。See Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, 2006, pp. 127—159.

② See Joseph Chan, *Raz on Liberal Rights and Common Goods*, 15 *Oxford Journal of Legal Studies*, 18—19 (1995).