

## 权利优先性的困境及其解决

刘叶深

**内容提要:**权利优先性是指在政治实践推理中权利应该优先于社会总体的功利计算。信奉自由至上主义和自由平等主义的政治哲学家、法理学家广泛地分享这一理念,德沃金提出的“作为王牌的权利”观念是其最为著名的表述形式。权利优先性观念自诞生以来就伴随着争议,概括起来其面临着三个困境:权利依据之困、权利适用之困与紧急状态之困。为权利优先性命题作出辩护是可能的,前提是必须通过祛除对权利性质的一些误解,更新我们的权利观念。

**关键词:**权利优先性 功利主义 平等 紧急状态

刘叶深,北方工业大学文法学院副教授。

所谓权利优先性是指在实践推理中权利应该优先于总体的社会功利计算。这是一种关于权利在实践推理中地位的理论,德沃金提出的“作为王牌的权利”(rights as trumps)观念是其在法理学中最为著名、也最有争议的表述。<sup>[1]</sup>当然,这一观念被诸多迥异的自由主义者所广泛分享,主要是自由至上主义者和自由平等主义者。<sup>[2]</sup>但是这一观念自诞生以来就伴随着各种质疑,而且其中有些质疑似乎具有明显的论辩优势。总结起来,权利优先性理论遭遇到如下三个困境:一是权利相对于社会总体功利计算优先只是表象,因为很多权利得以确立的依据恰恰是社会功利的最大化,让权利在实践推理中具有优先性只是功利最大化的另外一种表现形式;二是即使权利可以建立在非功利主义的依据之上,权利在适用中也不是绝对的,随着社会情境的变迁,权利的具体实现形式也会随之调整,即权利会为重要的社会利益作出让步;三是在日常情况下权利无须作出让步,但权利在紧急

[1] 这一观点最早在《认真对待权利》这篇论文中(1970年)已经提出,该文收入同名的论文集中。“作为王牌的权利”这一表述则在1984年提出,See Ronald Dworkin, Rights as Trumps, in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984。

[2] 当代在哲学上对自由至上主义作出最有力辩护的是罗伯特·诺齐克(Robert Nozick), See Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell Publishers Ltd., 1974, pp. 30 - 33。自由平等主义的代表则是约翰·罗尔斯(John Rawls)和本文着重讨论的罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)。这一观念虽然由上述两类学者分享,但他们分别采取了迥异的根据来论证。本文给出的论证基本是属于自由平等主义类型的。

状态下必须合理地对社会危机作出让步,权利优先性在此情形下如何能够成立?这三个困境呈现出一种循序渐进的次序,从权利确立的依据到权利在普通情境下的适用,再到权利在特殊条件的适用,权利优先性在前一个困境中得到辩护马上就会遭遇下一个困境的围困。我们可以依次称这三个困境为:权利依据之困、权利适用之困与紧急状态之困。

本文试图回应这三个困境,为权利优先性命题作出辩护。做到这一点的前提是祛除一些对权利性质的误解,更新我们的权利观念。固守一种未加反思的权利观是上述困境具有表面论辩优势的根源所在,反思权利是什么,有助于驱散这些困境,并加深对权利优先性意义的理解。当然,针对三个困境的不同,权利观念的反思也有不同的侧重点。本文第一部分先概述德沃金“作为王牌的权利”这一权利优先性最具代表性的观点,作为讨论困境的基础;第二、三、四部分分别讨论三个困境,并提出三种更为深入理解权利性质的思路作为困境的解决方案。最后是一个对本文方法论的简短说明。

## 一 权利优先性的代表性观点

### (一)“权利作为王牌”的基本观点

德沃金是把权利放到政治实践推理当中来考虑其特殊作用的。任何政府行为或者政策的出台都需要理由的支持,通过这些理由我们可以判断政府的行为或政策的对错。理由是多种多样的,政府可能依据减少失业、保护文化遗产、净化道德环境等理由为其出台的政策与行为辩护,这些理由都是政府可以诉诸的有价值的社会目标。这些社会目标凭借其相对价值而相互竞争,支持或者反对某一政策。政府有义务追求相对来说最有价值的目标,但是,一旦权利出现,实践推理的理由结构将被改变。即使权利会伤害到上述政府可以合理追求的目标,它也必须得到优先保护,政府只能在保障权利之余尽最大努力去追求这些合理的目标。德沃金形象地说,权利就像扑克牌游戏中的王牌一样,它在政治实践推理当中挫败了总体的社会目标。<sup>[3]</sup> 在现代社会中,政府是追求这些社会目标的主要行动者,所以权利在一定意义上也被德沃金称为是“对抗政府的权利”。<sup>[4]</sup>

权利在实践推理中的上述地位决定了我们进行政治实践推理的模式。当不涉及权利问题、只处理各种社会目标时,政府可以平衡相互冲突的社会目标的各自份量与轻重缓急,以此来做出决定。我们可以称这种推理模式为“平衡模式”。一旦权利出场,因其具有优先性地位,“平衡模式”将不再适用,权利必须得到优先的考虑与保护。这种模式可以称之为“优先性模式”。<sup>[5]</sup> 从被牺牲的社会目标中,我们也可以看出一个尊重和保护权利的社会所付出的必要成本与代价。

[3] 当然,总体的社会目标不仅仅包括功利主义的社会功利最大化目标,为使主题集中,本文主要关注权利相对于社会功利最大化的优先性,而且这一论证也能够推广至许多其他总体性社会目标。

[4] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 190.

[5] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 197 - 204.

## (二) 几点说明

上面是对德沃金的权利优先性命题的简要概括,但在德沃金的具体论述中,该理论还有其复杂细微之处,下面逐一说明。

第一,权利优先性的目的是分析权利这一核心政治概念,而非统一“权利”一词的用法。德沃金称体现优先性的权利观念为“强”权利观,同时他也承认存在着“权利”一词的大量用法是“弱”的,例如,可以说人人拥有“获得幸福的权利”,这并没有犯语法上的错误,但实际上任何理性的社会都不能满足人人拥有幸福。<sup>[6]</sup>对这这句话的正确理解绝不是要求获得幸福的权利要优先于其他社会目标得到保障,它只是意味着“获得幸福对每个个体来说是很重要的”。

第二,权利的优先性是相对于社会总体目标的,但当权利与权利发生冲突的时候并不存在何者优先的问题。<sup>[7]</sup>当然这一区分也要细致分析才能做出判断。我们要判断两种权利是必然发生冲突,还是在某种社会总体目标约束下偶然发生冲突。一个人发表言论诽谤他人就是前者的范例,这里典型地存在着言论自由权与名誉权之间的冲突,这种冲突是必然的,且从一般层面来看两种权利都不具有优先性。而当在某种财政预算的约束下,公民的健康权和获得工作的权利不能同时得到充分满足的时候,这两种权利之间的冲突就不是必然的。只要扩大相关方面的投入,两种权利都能够得到合理的满足,两种权利间的冲突就消失了,从而转化成这两种权利与社会公共资金投入(社会目标)之间的冲突,在这场冲突中权利是具有优先性的。

第三,德沃金区分了背景性道德权利(background rights)与制度化的权利(institutional rights),<sup>[8]</sup>他关于权利优先性的论述主要是适用于前者,但对后者也有启发意义。背景性道德权利讨论的是平等的个体能够向社会及其代表——政府提出什么样具有优先性的主张,而制度化权利则依赖于某一制度的规定与认可。法律权利就是制度化权利的范例,但法律权利所依赖的法律制度是“部分自治的”,<sup>[9]</sup>也就是说,在法律权利的解释与适用之中,道德权利和既有的制度结构都要发挥其作用。这里要强调的是,既有制度结构、内容对权利的优先性有一定的制约作用。例如:某一法律体系规定言论自由权行使需要提前获得政府的审批,而且政府经常根据维护社会秩序的理由不予批准,那么,在该法律体系内主张作为法律权利的言论自由权具有优先性是不太合理的。但是,这并没有否认该国公民仍然拥有作为道德权利的言论自由权,且在对该国法律的解释中,道德权利的主张会不断地渗透进来。

第四,权利优先性并不意味着权利是绝对的。在巨大的社会牺牲的情况下仍然坚持优先满足与保障权利,这样的具有绝对性的权利理论很难是合理的。德沃金本人并未坚持权利具有绝对性的观点。也许“作为王牌的权利”这一口号使人们容易误解他的本意。

[6] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 188 - 189.

[7] 但这并不否认权利优先性的讨论对权利冲突的解决也有启发性, See Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers 1981 - 1991*, Cambridge University Press, 1993, pp. 203 - 224。

[8] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 93.

[9] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 101 - 102.

其实德沃金在很多地方都强调,权利并不必然是绝对的,在紧急状态下<sup>[10]</sup>或者为了避免一场灾难,<sup>[11]</sup>权利都会做出让步。但他也正确地强调,这并不意味着权利可以向所有重大的社会总体目标让步。权利让步必须是在严格界定与控制的紧急状态中。德沃金并没有详述何为紧急状态、如何管控,也没有在理论上说明权利优先性理念是否与这种让步相协调,本文第四部分将试图对此给出解释。

## 二 权利确立的依据与功利计算

### (一) 功利主义作为权利确立的依据?

权利优先性遭遇的第一个困境是这样的:假如权利得以确立的依据是其有利于实现社会功利最大化,那么,权利优先于社会总体功利计算就不能成立了。因为权利本身并不代表一种不同的道德考量因素,只是某种社会总体功利计算的缩略表现形式。<sup>[12]</sup> 权利优先性命题要想摆脱权利依据之困只能证明,权利是不可能完全以社会总体功利计算为其依据的,换句话说,功利主义不可能合理地单独证明权利的存在。

不得不承认,功利主义作为权利确立的依据有其表面上的合理性。因为权利虽然以个人某重要利益作为内容,但权利之所以存在却可能是因其服务于更为广泛的利益。也就是说,对于某一权利来说,“作为权利内容的利益”和“作为权利依据的利益”是不同的。<sup>[13]</sup> 例如:某人拥有的言论自由权的内容是其“发表言论”所实现的个人利益(“作为权利内容的利益”),一旦该利益受损,他就可以正当主张权利,但是,授予给该主体以权利并不只是因为发表的言论对他来说有多重要,还因为广泛交流给整个社会带来了益处(“作为权利依据的利益”)——例如,言论能够监督政府,使其向民众负责。换句话说,权利得以确立的依据不限于狭隘的个人利益,这为社会总体目标作为权利的依据开放了一种可能性。

但是,社会功利最大化作为权利的依据却有着致命的缺陷,它不能说明权利所具有的特性。<sup>[14]</sup> 所谓权利的特性是指权利及其所对应的义务必然是存在于特定主体之间的。像债权这样的对人权是存在于债权人与债务人之间的;物权这样的对世权存在于特定的物权人与其他不特定的主体之间,而且一旦具体的法律事实出现,物权关系也会在更为特定的人之间建立起来。而这种特定关系的存在是源于先在的行为或者事件;签约的行为创设了债权—债务关系;生下孩子的行为创设了孩子的权利与父母的抚养义务;某人购得某物、取得其所有权的行为就建立起他与世界上其他人之间的特定的物权关系。至

[10] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 92.

[11] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 191 - 192.

[12] 托马斯·斯坎伦指出了这一困境并试图去解决它, See Thomas Scanlon, *The Difficulty of Tolerance*, Cambridge University Press, 2003, pp. 30 - 37.

[13] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, pp. 180 - 183. 我对拉兹的表述稍作了修改,拉兹的表述是权利拥有者的利益(interests of right-holders)和作为权利依据的利益(interests on which rights is based)。

[14] 参见[加]威尔·金里卡著:《当代政治哲学》,刘莘译,上海译文出版社2015年版,第29 - 34页。金里卡的表述是功利主义不能成功地说明“特殊关系”(special relations)中的权利义务现象。

少最为简单的行为功利主义很难说明这种权利的特性。功利主义关注的是社会功利最大化这一社会总体目标,只要该目标能够达成,没有必要关注由谁来采取行动促成该目标。只要债权人能实现自己的债权,是债务人还的钱,还是对这点钱毫不在乎的比尔·盖茨还的钱,对于功利主义来说,是没有任何区别的。所以,功利主义很难说明为什么在某一债权债务关系中,债务人是唯一适格的偿付债务的主体。缺乏权利的特性将会带来很多荒谬的推论。根据功利主义,当比尔·盖茨能够以更小的成本偿还债务的话,即使他不是债务人,债权人也有权利迫使其偿债,而真正的债务人反倒可以摆脱偿还的义务。这种权利观不但是违背直觉的,而且等于消灭了权利存在的必要性。

当然,上面讨论的是行为功利主义这一最简单的功利主义版本,但规则功利主义这种较为复杂的理论形式从根本上也不能摆脱上述质疑。我们仍以债权为例,规则功利主义可能辩护说,我们不需要逐个考察每个偿还债权的行为是否符合社会功利最大化,因为一事一议的方法耗费了太多的社会成本,反而通过制定统一规则,规定只有建立了特定债权债务关系的人才还有还债的义务,从总体上看这才是促进社会功利最大化的正确方式——因为某些情形下债务由比尔·盖茨来偿还反而更能促进社会功利最大化,但盖茨使得功利的增加没有一事一议损失的功利大。

规则功利主义的问题在于,第一,我们很难相信所有的权利都可以通过规则功利主义的方式来辩护,至少从此时起,功利主义负起要清理权利清单的任务,它要真正去证明我们现有的合理的权利都是符合规则功利主义的。第二,既然某些情况下由盖茨来还钱更符合社会功利最大化目标,为什么不能在规则中为盖茨情形设定例外呢?毕竟只为盖茨特设一个例外,并未造成一事一议的巨大成本。一个包含了这种例外的规则比不包含的规则更符合社会功利最大化的目标,但是这种安排肯定不符合我们根深蒂固的道德直觉与权利观念。第三,规则功利主义不能说明权利人主张的要义所在,债权人之所以让债务人偿债并不是如此做能够促进社会总体功利的最大化,而是因为债务人曾经向他做过承诺并因此建立了特定关系。所以,规则功利主义曲解了行动者行为的真实含义,至少它没有提供充分的理由来说明为什么债权人对自己债权的看法是混乱的。<sup>[15]</sup>

## (二)平等的尊重与关怀:作为权利依据的背景性框架

功利主义不能合理地说明权利的特性,这却可能成为我们探寻权利确立依据的新契机。权利的特性所采取的视角与功利主义有着重要的不同。功利主义的着眼点是社会功利总和的最大化,社会功利在个人之间的分配只具有附属意义,权利主体的视角在这种理论中并没有给予应有的重视。而权利的特性则要求在特定的主体之间建立起权利义务关系,并且这种权利义务关系并不会因社会总体的功利计算而改变。个人依据其权利就可以给他人甚至整个社会施加义务,以满足其权利请求,无须担心其是否满足社会总体功利最大化;不在特定关系中的人也无须担心会被牵扯到某种负担义务的境况之内。因此,无论是对于权利人来说,还是对于特定关系之外的人来说,这都是一种对于个人生活特殊性的尊重——它允许你有序地安排自己的生活。因此权利特性只能通过个人应

[15] 上述三种批评参见[加]威尔·金里卡著:《当代政治哲学》,刘莘译,上海译文出版社2015年版,第37页。

该得到尊重而解释,它隐含了与功利主义迥异的一种个人视角。但值得注意的是,这里的个人并不是某些被挑选出来的人,所有适格的人都可以成为权利主体,这体现了一种平等的个人观念。正如德沃金所说,权利背后所隐含的理念是对每个人的平等尊重与关怀——每个人的人生都非常重要,且都同等重要。<sup>[16]</sup>

平等尊重与关怀的理念是非常抽象的,它需要在不同的语境下进一步丰富和发展,进而形成具体的平等观念。<sup>[17]</sup>例如:经过合理阐释的机会平等、资源平等这些具体的平等观念可以看作在某些领域或某个问题上给予每个人以平等尊重与关怀所要求的。权利也可以这样来看待。我们授予个人以权利就是对某些重要的个人利益给予特殊的保护,使其不随社会情境的变迁而减损,以此来实现对个人的平等尊重与关怀。当然,人人拥有的权利体系也要按照平等尊重与关怀的理念进行彼此协调,以在适用当中确定其具体含义。<sup>[18]</sup>

需要强调的是,平等的尊重与关怀只是权利依据中的要素之一,其发挥背景性框架的作用。权利的依据则是多元的,很多因素都可以在确立权利的过程中发挥自己的作用。这其中包括某种利益对于权利人是否重要、该种权利是否给他人带来较大的益处或者害处,社会总体功利计算也会在权利依据中占有一席之地。但是,我们与功利主义不同的是,所有这些因素都要在一个促进平等尊重与关怀的抽象框架下才能够获准进入权利的依据之中。背景性框架就像水渠一样,各种考量因素只有通过它才能够进入权利依据的田地。

### (三) 社会功利在背景性框架下发挥作用的方式

在平等的尊重与关怀这一背景性框架之下,各种因素如何发挥其作用,这是一个很大的题目。例如:个人的一些重要利益如何通过平等的尊重与关怀这一背景性框架达到协调一致,进而成为权利的依据?但是,我们这里只讨论与本文最为相关的问题——社会功利这一功利主义关注的要素是如何通过背景性框架进入权利依据的?这种“进入”会不会瓦解掉优先性命题,使权利蜕变为一种纯粹的功利计算?会不会使得政治实践推理重回平衡模式?

答案是否定的。因为背景性框架系统地“改造”了社会总体目标。为了说明这一点,我们首先要区分两个不同的权利观:功利主义导向的权利观与运用了功利计算的权利观。<sup>[19]</sup>前者是我们前面批评过的不合理的权利观;而后面这种权利观允许在对平等的尊重与关怀这一抽象理念进行具体化的过程中,运用功利计算。两种权利观并不等同,所以

[16] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 180. 德沃金认为这一原则可以作为各派都认可的共识基础。See Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, 2006, ch. 1.

[17] 关于抽象权利与具体权利的区别, See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 93 - 94.

[18] 约翰·罗尔斯也在这个意义上说基本自由只能被基本自由所限制,虽然他用的词汇不是权利, See John Rawls, *The Theory of Justice*, Harvard University Press, 1999, p. 178, pp. 214 - 215.

[19] 德沃金在《认真对待权利》的后记里虽未明确提出这一区分,但表达了相似的意思,参见[美]罗纳德·德沃金:《对批评的一个回应》(上),刘叶深译,《法哲学与法社会学论丛》2012年卷(总第17卷),法律出版社2012年版,第22页以下。

不存在瓦解权利优先性命题的危险。

为了形象地说明这一点,我们进行一个思想实验:假设一个山谷中世代代居住着一个村落,村民们被封闭在崇山峻岭之内,外出只能通过一个极其狭窄的峡谷。近些年,一位富翁在峡谷中购买土地,兴建了一幢别墅,使得本来狭窄的峡谷更为狭窄,交通便捷的硬化路面不可能在峡谷中建成了。假设现在摆在我们面前只有两个选择,一是村民们继续维持现在这种步行的出行方式,这样他们与外面日益发达的世界将更加隔膜起来;二是在协商不成的情况下,强制拆迁富翁的别墅,为道路兴建开辟空间,同时给富翁合理的补偿。富翁到底有没有权利保留其房屋呢?他可不可以以其房屋的所有权来对抗村民们及其背后的政府呢?这就涉及到财产所有权的依据是什么的问题了。

我们经常说,财产权包括占有、使用、收益、处分的权能,这似乎意味着强拆富翁的房屋肯定伤害了这些基本的权能,但是,民法中强调的这些权能只是权利一般具有的实现形式,不能推论出所有的实现形式都可以正当地属于财产权,例如,使用我的刀是对刀拥有的所有权的一个权能,但用刀去刺伤无辜的人这种使用方式不能被包括在对刀的财产所有权之中。必须根据权利的依据才能确定哪些“使用”属于所有权。那么财产权的依据是什么呢?这就涉及到平等尊重与关怀这一背景性框架以及财产领域中的一些知识与常识。

首先,进入财产权依据的是关于财产用途的知识:财产是满足人类的各种生活需求的基本手段,即财产作为罗尔斯意义上的一种基本善可以满足不同生活目标,<sup>[20]</sup>在这个意义上,财产是非常重要的,假如一个主体应该得到尊重与关怀的话,就应该用权利的形式来保障他拥有某种形式的财产。其次,进入权利依据的第二类知识是财产的相对稀缺性,即财产不能满足所有人的欲求,在财产有限的前提下,要想实现对每个人的平等尊重与关怀,在确立财产权时也要顾及到权利主体之外其他人重要的基本需求等正义要求,授予财产权的目的决不是一人独占、其他人饥寒交迫。<sup>[21]</sup>这两类同财产用途与特征有关的知识都是循着“平等的尊重与关怀”这一背景性框架进入了权利的依据之中的。<sup>[22]</sup>虽然这里初步确立的依据还比较抽象,但是在思考具体的财产权时已经具有一定的指导作用。

在我们的思想实验中,在决定富翁的房屋所有权是不是包含对抗村民与政府的权能时,我们要结合富翁与村民双方的利益和损失来决定,不参考这些作为权利依据的功利要素,我们无法确定富翁、村民有没有得到平等的尊重与关怀。(1)我们要衡量双方的利害得失。一方面,我们要计算富翁对其别墅的喜爱之情,也许这是合理的经济补偿无法弥补的,我们还要计算富翁有没有可能用补偿款找到类似的居住环境,以有效弥补其因拆迁失去的居住利益;另一方面,我们要衡量村民们仍然维持步行出行的方式所遭遇到的损失,他们无法与外界进行有效的交流、贸易,其后代也无法接受外界良好的教育等等。(2)我

[20] See John Rawls, *The Theory of Justice*, Harvard University Press, 1999, p. 178, pp. 78-81.

[21] 连洛克在确立财产权时都对这一要求有所顾虑,参见[英]约翰·洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2007年版,第18页。

[22] 关于经验知识进入权利依据的重要性的强调,See Thomas Scanlon, *The Difficulty of Tolerance*, Cambridge University Press, 2003, p. 35.

们要研究一下采取哪些衡量的方法。一种衡量的方法是比较富翁的得失与某一个具有代表性的村民的得失,另外一种方法是衡量富翁的得失与所有村民得失的总和。采取第二种方法<sup>[23]</sup>我们极有可能得出很不利于富翁的结论,富翁为了对其住宅的眷恋而妨碍了世代代居住于此的人的诸般基本利益,这很难说得上是对村民的尊重,特别是富翁的住房假如是可以补偿款寻找到替代物的情况下。假如采取第一种方法,得出不利于富翁的结论基本上是肯定的。因为有时尊重要求不仅仅考虑对某一个人的影响,也要考虑受到你影响者的数量。<sup>[24]</sup>

比较双方的利害得失,这看上去很像功利主义的演算方式。但是所有这些推演都是在平等的尊重与关怀的框架下进行的,我们并不是单纯地比较双方的利害得失,也并非以利害得失加总作为最终标准,而是要考虑该利益对于某一方是否重要、因此利益拥有者是否得到了我们的尊重。它与纯粹的功利主义计算有着很大的区别:(1)功利主义不会考虑某一利益对于富翁有多重要的问题,他们只会考虑该利益与相对的其他利益比较起来是否更为重要的问题。所以,在权利优先性命题看来,作为一种利益,房屋和生命是完全不同的,后者对于富翁这个个体来说是极端重要的,在任何巨大利益面前,富翁的生命也不能被无辜地剥夺;(2)这个道理也适用于村民,权利优先性命题会缜密地考虑村民们继续延续传统的出行方式会损失哪些根本利益,而不是单纯比较村民们从强拆中获得的快感是不是大于富翁从豪宅中获得的快乐。所以权利优先性命题决不会赞同因为“仇富”而强拆富翁的别墅,即使村民从中获得的快感远远大于富翁拥有房屋的快乐。所以,可以看出,功利计算确实会进入权利的依据当中,但是它们采取的形式,因平等的尊重与关怀这一背景性框架,与功利主义推理已经大相径庭。

在这个意义上,权利并不是“自然的”、事先确定好的,不存在所谓的自然权利。<sup>[25]</sup>权利是需要根据各种利害得失来划定的,这不可避免会涉及到功利计算。但这并不会倒向功利主义,因为功利在权利依据中发挥作用的方式与功利主义是迥异的。认识到这一点需要抛弃一种僵化的权利观点,即权利要么是与社会功利计算完全脱离、自在自为地存在着,要么是功利主义功利最大化信条的产物。正确的权利观念完全可以安全地走在第三条道路上。

### 三 权利适用与权利限制

#### (一) 适用之困

即使在确立权利的依据上可以抵御功利主义的责难,权利优先性理论又会面临适用

[23] 此种衡量方法, See Judith Jarvis Thomson, A Defense of Abortion, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, no. 1 (Fall 1971), pp. 47 - 66。另参见[美]托马斯·内格尔著:《平等与偏倚性》,谭安奎译,商务印书馆2016年版,第74页。

[24] 参见[美]罗纳德·德沃金:《对批评的一个回应》(上),刘叶深译,《法哲学与法社会学论丛》2012年卷(总第17卷),法律出版社2012年版,第21页。

[25] 这也是功利主义对自然权利的批评,但权利优先性是可以避开这一批评的。关于边沁的批评, See Jeremy Waldron (ed.), *Nonsense upon Stilts*, Methuen, 1987, pp. 7 - 25。



之困。这种对权利优先性的质疑是这样的：即使权利的依据不是社会功利最大化，但权利并不是绝对的，权利在适用的过程中必须与重要的社会利益相权衡，必要时权利必须向重要的社会利益作出让步。换句话说，相对于“重要社会利益”这样的总体性社会目标，权利并不具有优先性可言，至少这种优先性不是权利的本质属性。

适用之困看上去有其合理性，因为它可以得到很多例证的支持。具体如下：

第一，某些法律条文就表达了这样的含义。例如：我国宪法第 51 条规定，“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”分析这一条文，我们可以看到，这是关于权利适用的规定，它为权利的适用划定了界限，其中之一就是“国家的、社会的、集体的利益”可以作为权利的限制。当然，宪法第五十一条并没有说，这些“利益”相对于权利具有优先性，但它也似乎瓦解了权利的优先性。

第二，权利的具体实现形式总是随着时代的变化而变化。这些变化是如何发生的呢？权利如果具有优先性，它应该能够超越各种阶段所追求的社会目标，因此应该能够保持一种权利内容的稳定性。随时代而沉浮的权利很难让人相信能够实现其优先性的允诺。

第三，在很多个案当中，我们都会看到，权利并非绝对，它经常被重要的社会利益所限制。例如：某城市举办国际大型体育活动，地铁上的安检措施就会比平时繁复得多，人们出行的权利就会受限。再如：一个人在坐满人的电影院里谎称高喊“着火了”，容易引发踩踏惨剧，这个人虽然拥有言论自由权，但是此时此刻，他的言论自由权必须受到限制，让位于更为重大的社会利益——即其他观众的生命财产利益。

## （二）望文生义的权利观与真正的权利观

在对适用之困作出回应之前，我们先区分两种不同的权利观，作为下一步讨论的准备。望文生义的权利观念认为，权利名称的词义可以划定权利适用的具体范围，也就是说，在适用中权利的具体表现形式是由词语的约定俗成用法来决定的。例如：欲知言论自由权的适用范围就要探究“言论”这一词语在不同的境况下所形成的语义共识。当然，语义本身也是较为复杂的，随着时代的发展会有所变化，但相对来说语义还是具有一定的稳定性，每个社会都会编纂词典，也记录下词语的通行用法。所以，简单来说，在望文生义的权利观下，权利适用所受到的限制可以通过语言学的方法得到解决。

真正的权利观<sup>[26]</sup>认为语言虽然在权利范围的确定当中有其份量，但更为重要的不是语言用法，而是权利依据当中蕴含的核心价值。<sup>[27]</sup> 毕竟确定权利在适用中的范围及其所受到的限制是政治学家与法学家的任务，而非语言学家的任务。当然，某一权利依据体现的核心价值是什么，即使在专业人群体当中也是有分歧的，这种分歧与各自的理论立

[26] 虽然卡尔·威尔曼(Carl Wellman)也提出了“真正的权利”这一表述，但本文的用法与威尔曼基本不同。参见[美]卡尔·威尔曼著：《真正的权利》，刘振宇等译，商务印书馆 2015 年版。

[27] 这一想法可以在罗尔斯那里发现踪迹，他就是借助基本自由的核心价值来协调各个基本自由之间的关系的，See Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, pp. 340 - 342. 沃尔德伦在解释权利之间的冲突时也发展出类似的方法，See Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers 1981 - 1991*, Cambridge University Press, 1993, pp. 220 - 224.

场、价值立场有着密切的相关性。权利优先论者与其批评者可能对权利的核心价值有着不同的看法。这种担忧有其道理,但有夸大之嫌。毕竟权利为何物不是哲学家在斗室中冥想的产物,而是在某一政治社群中提出的具有说服力的政治主张。权利依据体现的核心价值必须要对该社群的权利实践作出合理的阐释,<sup>[28]</sup>这种政治实践为权利依据中的核心价值奠定了一个共识平台,也对价值分歧有着约束作用。<sup>[29]</sup>这一价值的共识平台虽然不能精准地决定每个个案中权利的具体形式,但其对权利范围的划定有着指导意义,要么它能够排除某些明显不符合核心价值的权利表现形式,要么它能够针对权利范围的论辩划定方向。

两种权利观划定的权利范围有时有着极为明显的差异。在某些情况下,望文生义的权利范围要大于真正的权利,例如:望文生义的财产权意味着关于财产的一系列权能,包括占有、使用、收益、处分,这些权能都是和语言中形成的关于财产的正常使用方式相关联的。但是,通过反思财产权的核心价值,真正的权利并不会把上述所有财产权的权能都包含到权利的范围中来,因为(例如)富翁关于其房屋的占有方式可能恰恰与财产权依据中的核心价值相冲突(参见上一部分的讨论)。在另外一些情况下,望文生义的权利范围要小于真正的权利,例如,在日常语言用法中,“言论”(speech)一词仅指代口头表达、文字表达,但行为明显不属于“语言”的范畴,“言论”和“行为”两个词语还是有着较为清晰的界限的,但是言论自由权一般会包括很多具有表达性的行为,<sup>[30]</sup>其理由在于:在体现言论自由权依据中的核心价值方面,这些“行为”和“言论”并没有本质的差别。

两种权利观哪一种更合理呢?我认为,望文生义的权利观有着明显的缺陷。<sup>[31]</sup>(1)在该种权利观下,各种具体权利形式之间并没有共通的价值,仅仅通过词语的用法松散地联系在一起,这与我们的权利实践有着明显的差别。我们在论证某一新颖的权利形式时,并不是把它当作词语的一种崭新用法,新奇、有趣与流行并不能创设权利,而是把它看作权利依据中蕴含的核心价值在新条件下的必然要求,我们总是通过援引先例以及其它既往实践,重新诠释权利依据中核心价值的方法把新权利整合进权利体系中去,让权利体系更加完整全面地体现该核心价值。(2)这种权利观与权利在当代政治社会中获得的尊崇地位是无法相符的。我们很难想象我们把一些偶然松散的词语用法写进各国宪法、各种宣言,把它们作为论证政府合法性的基础,也很难想象我们在为一些带有任意性色彩的词语用法而斗争。<sup>[32]</sup>欲证明为什么权利如此被推崇,只能诉诸于权利依据蕴含的核心价值。

### (三)解适用之困:以言论自由为例

有了上面的理论准备,我们将看到权利在适用当中,真正的权利并不会向社会利益让

[28] 参见[美]迈克尔·沃尔泽著:《阐释与社会批判》,任辉献、段鸣玉译,译林出版社2010年版,第一章。

[29] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp.90-96.

[30] 例如,美国宪法中对焚烧国旗的行为作为言论自由权的具体权利形式而保护。See *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397 (1989).

[31] 德沃金针对法律实证主义提出的“语义之刺”可以看作对“法律”这一概念的类似批评,See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp.45-46.

[32] 参见[德]鲁道夫·冯·耶林著:《为权利而斗争》,郑永流译,法律出版社2012年版。

步,其优先性不会被伤及;而貌似在某些个案中会向更大的社会利益让步的权利,是源于我们运用权利概念时混淆地使用了望文生义的权利观而产生的一种错觉。为了具体起见,下面我以言论自由权为例来说明这一点。

从真正的权利观出发,我们需要探究权利依据当中蕴含的核心价值,并结合具体语境对其进行合理的阐释,才能最终确定权利的具体形态。言论自由权依据中的核心价值一般认为有工具性价值(instrumental values)与构成性价值(constitutive values)两类。<sup>[33]</sup>所谓工具性价值,即作为手段,权利有助于达到某一有价值的社会目标,言论自由权的工具性价值突出体现在其能够通过广开言路促进真理的形成。“自由的思想市场”是这一价值较为形象化的说法。<sup>[34]</sup>所谓构成性价值,即权利本身的行使就具有其自身的价值与目的,不需要其促成的其他有价值的目标的证成。通常得到强调的构成性价值分别是政治参与的价值与自我表达的价值。前者主要表现为与政治事务、公共事务相关的言论,通过该种言论,权利人能在政治运作过程中发挥自己一份平等的力量,反过来说,一个不顾及其政治权力所影响之对象的意见的政府没有给予公民平等的尊重与关怀。后者主要表现为个人观念的表达,并通过此种表达实现吸引同道,彼此交流,孕育思想并将其表达出来尽可能地获得更多人的认同,对于个人人格的完整有着极为重要的意义。当然,正如上一部分所论证的,这三种价值都是通过平等尊重与关怀的背景下框架得以进入权利的依据的。

从上述三种言论自由的核心价值中,我们可以得出以下几个结论:

#### 1. 言论自由权中的“言论”必须能够传达思想

无论是要求促进真理的产生与分享,还是通过言论作为平等的主体来参与政治过程,或者作为个人表达的一种形式,言论自由中的言论不仅仅是“说话”,而是表达一种思想。这里的“思想”一词并不意味着言论自由权不保障那些不成体系的想法,或者要求言论自由权拥有者只能像哲学家那样系统表述自己的观点才能得到保护。这里的“思想”只要求其能够传达一些想法即可,无论该想法有多朴素与原始。清楚了这一点,我们就会很合理地把很多言论排除到言论自由的保护范围之外。例如:对他人赤裸裸的谩骂、毫无剧情的色情作品就是典型的不能传达思想的言论。<sup>[35]</sup>罗尔斯称将这些“言论”排除出言论自由权范围之外的合理现象为权利的“自我限制”<sup>[36]</sup>。

[33] See Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Oxford University Press, 1996, pp. 199 - 201.

[34] 这里需要说明的是,一个社会能够分享真理是一种社会总体性目标,为了追求该目标并非必然要采取权利的形式,有时采取政策的形式也可以部分地奏效。按照政策的方式,也许不需要所有人都能够自由地发言,就足以促成真理的形成与分享。但一旦这种社会总体性目标作为权利的依据,必须要通过平等的尊重与关怀这一背景性框架的整合,出于对所有主体的平等尊重与关怀,每个人就都要享有言论自由权。关于分配性目标也可以作为集体目标来追求,See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 91。

[35] 罗伯特·波斯特对此持否定态度,参见[美]罗伯特·波斯特著:《宪法的领域:民主、共同体与管理》,毕洪海译,北京大学出版社2012年版,第151页。值得注意的是德沃金认为,公民拥有消费色情作品的权利,但他认为通过言论自由很难证成这一权利,他转而诉诸于伦理独立的权利。所以,本文举言论自由权为例来说明硬色情作品称不上言论,与德沃金的整个理论并不矛盾。See Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, pp. 335 - 372.

[36] See Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, p. 341.

## 2. 某些种类的言论将得到着重的保护

根据言论自由权的三种核心价值,我们可以看到,有些类型的言论对核心价值的实现能够扮演更为重要的角色,它们将得到着重的保护。第一种就是与科学、艺术等学科相关的作品,它们与真理形成、分享最为相关,特别是学科建制内的言论保护。<sup>[37]</sup>第二种是政治言论以及与公共事务相关的政治言论,其中包括对政治人物、公众人物尖刻的批评,这是公民参与政治过程、影响政府决策的重要手段。<sup>[38]</sup>第三种是富有争议性的伦理观点的表达,这些言论即使在没有实质性地伤及他人的时候也容易被多数所压制,通过言论自由权对它们的保护最能够凸显言论自由权的第三种核心价值。<sup>[39]</sup>

有了上述的理论准备,我们可以评价一下电影院中谎报起火的案例。在电影院中高声谎报的“着火了”这句话本身并没有传达什么思想,甚至谎报者的目的并不是传达一个信息,他在明知的认知状态下虚构了一个信息,其目的不是传达信息,而是推动某种事情(惨剧)的发生。这就像一句赤裸裸的骂人的话,骂人者的意图并不是真的认为对方符合其所骂的内容,而是让对方难堪。因此,我们禁止在电影院中谎报起火以及禁止骂人并不是因为言论自由遇到重大的社会利益而作出让步,而是这些虽然在语义上可以被认定的“言论”,并非属于言论自由的保护范围,并非言论自由权的应有之义。认为权利作出让步的人在这里不知不觉地接受了望文生义的权利观,认为“言论”一词语义范围内的东西一旦受到限制,言论自由权本身就受到了限制。当然,这些行为造成的损害也是我们禁止它们的理由,没有任何损害而干涉公民的自由是不正当的。但是,我们这里分析的是言论自由有没有作出让步的问题,关注的重点应该集中于言论自由权到底有没有如此过分的要求(可以谎报起火),以及这些要求真的符合该权利依据中的核心价值,因而我们为其让步感到惋惜吗?答案显然是否定的。

作为对比,我们假想另外一个案例。<sup>[40]</sup>某人在公开场合发表批评政府发动战争的行为,极易引发听众的社会骚乱。政府如想制止该社会骚乱,要出动大批的警力、耗费大量成本。禁止言论当然是成本最小的办法,但是政府可以这样做吗?我们在这里首先要分析在公开场所发表反战言论是什么性质的、它是否服务于权利依据中的核心价值。反战言论是典型的政治言论,发表其政治观点是公民参与政治过程、影响政府的重要途径,所以该言论在言论自由权保护的范围之内。政府只能出动大批警力维持秩序,同时允许公民发表其刺激性言论。所以,并不是因为广场上即将发生的社会骚乱的损失很小(显然不小),言论自由权在这里不需要让步,而是因为权利相对于总体社会功利具有优先性,权利不能让步。而电影院案例中言论自由根本没有出场,不存在让步的问题。

[37] 参见[美]罗伯特·波斯特的《民主、专业知识与学术自由》,左亦鲁译,中国政法大学出版社2012年版,第61页以下。

[38] 参见[美]亚历山大·米克尔约翰著:《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社2003年版,第22-40页。

[39] See Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Oxford University Press, 1996, ch. 9.

[40] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 193 - 197.

## 四 紧急状态与权利限制

按照真正的权利观,权利依据所体现的核心价值所划定的权利范围是不需要因更大的社会利益损失而让步的。这是权利优先性的典型表现。但是,为权利优先性辩护的罗尔斯和德沃金都承认,在某些情况下,权利的核心价值也必须被放弃。德沃金称这些情况为“特定事实而形成的紧急政策”<sup>[41]</sup>“一场灾难”<sup>[42]</sup>“危险状态”,<sup>[43]</sup>罗尔斯称其为“真正的宪法危机”。<sup>[44]</sup>虽然名称不同,但两人对此有着大致相同的判断:一是紧急状态(state of emergency)并不同于日常政治,有其特殊性;二是紧急状态下权利的让步并不意味着其立场倒向功利主义。但是,比较遗憾的是,德沃金对紧急状态中的权利问题只是一语带过,罗尔斯自己也说其“没有提供系统的解释”。<sup>[45]</sup>所以,摆在我们面前有三个问题:(1)紧急状态应该如何界定,以区别于日常政治?(2)紧急状态下权利虽然让步,但是否还能保持一种对权利的足够尊重?(3)紧急状态下权利的让步是不是瓦解了权利优先性?下面我们将依次讨论这三个问题。

### (一) 紧急状态与权利让步的合理性

紧急状态是主权统治的实效性(effective sovereignty of state)遭到严重威胁、使用普通法律手段已经不能有效实施统治的状态。<sup>[46]</sup>在此状态下,政府将不能实施有效的统治,社会秩序、权利保障、公共福利的实现则都随之岌岌可危。这种关于紧急状态的界定集中于“主权的有效统治”,主权的统治在不同的情况下会由不同的主体来行使,在联邦制国家中某个州可能就会陷入紧急状态,这里危及的就是分享主权的州政府。

值得注意的是,这种界定并没有以重大社会利益损失为紧急状态的要素。假如以重大利益损失来界定紧急状态,那么此处的“重大”将成为聚讼纷纭的关键点。关于“重大”可能出现三种界定:(1)“重大”意味着紧急状态下的损失大于停止实施相关权利的损失。这将意味着权利在日常情况下也不具有优先性,其立场等于回到了我们前面批评过的功利主义。(2)“重大”不仅是大于停止实施权利的损失,而是“远远大于”。但“远远大于”需要大到什么程度呢?此种界定实质上没有提供任何标准,它虽然不同意功利主义,但缺乏标准与功利主义划定界限。(3)“重大”不仅意味着紧急状态下社会利益损失大于停止实施权利的损失,而且会对政治统治实效性造成伤害。这种界定真正与功利主义划开了界限,因为它不仅执着于比较损害的大小,而是引入了损害政治统治实效性这一标准。一般来说,紧急状态的出现可能会造成重大社会利益损失,但是并非所有的重大利益损失都意味着进入了紧急状态,有了政治统治实效性这一标准,这可以很好地防止紧急状态混淆

[41] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 92.

[42] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 191.

[43] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 201.

[44] See Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, pp. 353 - 354.

[45] See Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, p. 355.

[46] See Bruce Ackerman, *Before The Next Attack*, Yale University Press, 2006, pp. 42 - 43.

于日常政治中重大社会利益损失,也拒绝了纯粹的功利主义式的利益衡量。综合这三种对“重大”的界定,前两种因其明显的缺陷而无法获得认同,第三种对于“重大”的界定实质上诉诸于政治统治实效性标准,这也正是我们给出的界定。

我们下面分别列举几种情形,以判定其是否属于紧急状态。

第一,外敌入侵。这是主权统治实效性遭遇严重威胁的典型情况。当然,不是所有的外敌入侵即使国家陷入紧急状态,也要具体考察外敌入侵的程度。另外值得注意的是,外敌入侵是区别于宣战状态的,在海外开辟战场并不会导致本国主权统治实效性的瓦解。

第二,恐怖袭击。与外敌入侵不同,恐怖袭击并不是直接摧毁对方的政府,但其也会瓦解被袭击国的主权统治实效性,只不过它摧毁主权统治实效性的方式是通过多次的恐怖袭击,让被袭击国的民众已经不相信自己的政府能够使其免于下一次袭击了,伴随对政府信心的丧失,政府颁布的法律、下达的指令也会普遍不被遵守。<sup>[47]</sup>

第三,国内骚乱。不仅国外的影响会造成紧急状态,国内骚乱也会使政府陷入瘫痪。国内骚乱带来紧急状态的原理与恐怖袭击很类似,国内骚乱尽管不是针对政府的反抗,但也会因骚乱的逐步升级、造成的损失日益扩大,而让民众对政府能够克服危难的能力有所怀疑。当人人开始自保,甚至不惜侵犯他人的权利之时,社会骚乱就危及了主权统治的实效性。例如,某国爆发大规模传染病,假如政府不能有效控制疾病的蔓延,民众就会逐步失去对政府的信任而各行其是。<sup>[48]</sup>

第四,普通犯罪。普通犯罪很难造成紧急状态:首先,与外部入侵和来自国外的恐怖袭击不同,普通犯罪并不是想动摇其所在国的主权统治;其次,与国内骚乱不同,一般普通犯罪都是局部性的、在政府掌控之下的,即使是大型的集团犯罪也通常如此。诸如贩毒、走私这样的严重犯罪行为虽然也会造成重要社会利益的损失,但因其没有危及主权统治的实效性,一般不会使国家陷入紧急状态。

本文的任务不是关注紧急状态的界定与法理,而是关注为什么紧急状态可以合理地要求权利依据所体现的核心价值作出让步。道理在于:保护某些权利在紧急状态下会极大地妨碍延续或者恢复主权统治的实效性,甚至会使其成为不可能。阿克曼系统阐述了犯罪嫌疑人的权利在重大恐怖袭击期间对主权的有效统治造成的障碍。<sup>[49]</sup> 恐怖袭击发生后,民众之间蔓延着对下一次袭击的恐惧和对政府的维持秩序能力的不信任,此时恐怖主义者也会有更大的动力去发动又一次袭击,一旦成功,其对政权统治实效性的摧毁是加倍的。与此同时,普通的刑事侦查手段对于预防恐怖袭击来说捉襟见肘:特别是根据羁押期限的法定限制,警察只能把没有掌握确凿证据的犯罪嫌疑人到期予以释放。而法律又不允许的“拉网式围捕”(dragnets),即在法定羁押期限之上,控制涉嫌掌握恐怖袭击信息者的人身自由。但这种手段能有效切断恐怖袭击的信息链,遏制二次袭击的发生。当然,很明显,“拉网式围捕”也会将很多无辜者围捕进去。基于人身保护令的一系列基本权利

[47] See Bruce Ackerman, *Before The Next Attack*, Yale University Press, 2006, pp. 44 - 47.

[48] See Bruce Ackerman, *Before The Next Attack*, Yale University Press, 2006, pp. 51 - 54.

[49] See Bruce Ackerman, *Before The Next Attack*, Yale University Press, 2006, pp. 44 - 47.

将使得该种方式是不合法的。假如你认同在“非典”时期对人身自由的特殊限制是合理的,那么在严重的恐怖袭击发生后采用行之有效的“拉网式围捕”也同样是合理的。毕竟,我们的权利法案“并非一纸自杀契约”。<sup>[50]</sup>

这里有两点需要说明:

第一,并非每种权利都会妨碍紧急状态下主权统治的实效性。哪种权利会危及主权统治的实效性需要具体结合政府所面对的境况、可采用的替代性手段、公民权利被侵害的程度等多种要素来决定,不能一概而论。有些种类的权利很难想象其会加剧紧急状态的窘境,我们一般会把其排除到可以正当予以限制的范围之外。言论自由权等政治权利就是如此。罗尔斯认为,美国的历史上还没有出现过通过压制言论能够避免或者改善紧急状态的时刻。<sup>[51]</sup> 阿克曼也认为,在紧急状态下政治权利是不能被限制的,因为它们是对紧急状态所采取措施之合理性进行评估的最为重要的途径。<sup>[52]</sup>

第二,紧急状态经常被误用。指出紧急状态下限制权利的合理性并不意味着认可所有历史上发生过的紧急状态。政府总是愿意夸大紧急状态的危害。在紧急状态下,政府的权力受限更小,这是政府最为自由的时刻,它想尽量维持这种状态。<sup>[53]</sup> 美国内战时期林肯总统废止人身保护令、“二战”期间罗斯福总统下令强制迁徙西海岸的日裔美国人,这些措施可能都无法通过理性的检验。当然我们并不是以事后诸葛亮的姿态去强求政府,而是质疑政府当时是否别无选择、政府采取的措施是否符合比例原则。

## (二) 紧急状态下对权利的保护

鉴于紧急状态存在较高的滥用风险,在制度层面上对紧急状态下政府能够采取的措施及其程序作出明确的限定是十分必要的。这些限制包括:

### 1. 由行政机关与立法机关分享开启紧急状态的权力

反恐的任务一般主要由行政机关来推动,但宣布进入紧急状态必须经过立法机关的讨论与认可。立法机关中的专门委员会必须担负起实质性考查的任务,并向立法机关提出报告。<sup>[54]</sup>

### 2. 紧急状态的延期需要特殊程序

鉴于政府有滥用紧急状态权力的风险,延期与宣布进入紧急状态应该采取不同的程序。例如:阿克曼建议采取逐步增加的多数决机制,即每一次延期都需要立法机关更大比例的多数同意,才能够获得延期。这样少数人、特别是那些权利遭到限制的少数人将逐步会在立法决策中发挥越来越大的否决作用。<sup>[55]</sup>

[50] 相似的观点参见[美]理查德·波斯纳著:《并非自杀契约:国家紧急状态时期的宪法》,苏力译,北京大学出版社2010年版,第39-52页。

[51] See Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, p. 355.

[52] See Bruce Ackerman, *Before The Next Attack*, Yale University Press, 2006, pp. 93-96.

[53] 对美国911恐怖袭击之后小布什政府反恐措施反应过度的批评, See Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, 2006, ch. 2.

[54] See Bruce Ackerman, *Before The Next Attack*, Yale University Press, 2006, pp. 91-93.

[55] See Bruce Ackerman, *Before The Next Attack*, Yale University Press, 2006, pp. 80-83.

### 3. 政治自由权不得废止

言论自由权等一系列的政治自由权是评判进而遏制紧急状态权力的重要途径,因此即使在紧急状态下,对于政府政策的评论也不能废止。

### 4. 补偿受限权利

紧急状态之中或者之后对受限权利人给予的补偿有两种:一是提高在受限期间的待遇,即应该保障受限权利人的生活水准,并使其在外观上与罪犯区别开;二是给予事后的经济补偿。阿克曼建议给予因“拉网式围捕”人身自由受限的权利人以每天 500 美元的高额补偿。这种补偿有着奇妙的制约权力作用,政府在限制权利时会更为谨慎,也会尽快开展调查核实,将没有必要羁押的人予以释放。<sup>[56]</sup>

### (三) 紧急状态挑战了权利的优先性了吗?

我们看到,紧急状态不同于日常政治。在日常政治中,权利依据体现的核心价值及其所划定的权利具体形态并不会因为更大的社会利益而让步,除非我们接受了一种不尽合理的望文生义的权利观及其派生出的错误印象。但在紧急状态下,权利依据体现的核心价值却作出了实质性的让步,在没有确凿证据的情况下就限制涉嫌了解恐怖袭击信息者的人身自由,在“非典”肆虐时期限制疑似病毒感染者所在社区中所有人的自由,这些都是典型情况。所以,似乎接受了紧急状态下权利让步的合理性,那么就不能合理地坚持权利优先性。真的是这样吗?我们需要细致地辨析:

#### 1. 并非因较大社会利益而让步

在紧急状态下,权利的核心价值确实做出了让步,但这种让步并不等同于权利所保护的利益向较大社会利益的让步。在紧急状态下,考虑权利的让步问题,我们也并不是着眼于(例如)恐怖袭击带来的社会利益损失是否大于犯罪嫌疑人权利遭到侵犯的损失,而是着眼于政权统治的实效是否会被破坏。当然,政权统治实效性被破坏往往伴随着巨大社会利益的损失,但两者并不等同。换句话说,即使我们接受紧急状态下的权利让步,我们也没有接受政治实践推理中的平衡模式。在日常政治中,我们为降低刑侦的成本而刑讯犯罪嫌疑人肯定是不正当的,也就是说,即使能保证较大社会利益(节约用于刑侦的税款)也不能要求犯罪嫌疑人的基本权利作出让步。很多社会利益的损失并不会危及政权统治的实效性,例如:毒品犯罪就给社会利益造成很大的损失,但它一般不会危及政权统治,我们没有必要在此情况下要求权利作出让步。

#### 2. 紧急状态下保护权利的措施:并不仅仅是平衡

我们还要看到,社会功利最大化原则很难说明紧急状态下采取的一系列权利保护措施,因为它们都不是基于利益的衡量计算的。例如:严格限制紧急状态宣布权、逐渐增加多数票比例的延期程序、高额的对权利受限者的补偿,所有这些措施都是出自对权利人的尊重,假如为了社会功利最大化,许多这些措施都可以省去。逐渐增加表决票数机制也许会延误反恐的时机,高额补偿可能导致政府放掉一些疑似掌握恐怖信息者、只能聚焦于一些有重大嫌疑的人身上,从总体社会功利计算来看,这么做实在是得不偿失。权利优先性

[56] See Bruce Ackerman, *Before The Next Attack*, Yale University Press, 2006, pp. 54 - 56.



意味着权利能够抵御社会总体的功利计算,在这个意义上,紧急状态下的权利并没有完全丧失其优先性,反而在上述制度细节中体现了权利的珍贵以及人类为这种珍贵要付出的代价。

### 3. 更新权利观念:为更好地保护权利而让步

假如不是让步于更大的社会利益,为了政权统治的实效性而限制权利依据所体现的核心价值到底意味着什么呢?我认为,最合理的解释就是,由于在现代社会中对于保护权利来说,国家政权是最重要的维护权利机制,紧急状态下,权利不得不做出的让步,其直接目的是保护权利的维护机制,根本目的仍然是保护权利体系本身。约翰·罗尔斯在《正义论》曾经提出过一种情形来支持基本自由为什么可以被限制。<sup>[57]</sup>他设想各城邦交战时按照惯例都不带回战俘,而是就地处决,现在各城邦之间达成协议,同意把战俘带回城邦作奴隶。罗尔斯认为,这是一种制度上的进步,在这种条件下奴隶制是允许的,如果这种情况下仍顽固地反对奴隶制,则导致更为严重的对基本自由的侵害。当然,奴隶制能够让战俘获得与自由公民频繁接触的机会,这也增大了制度再进一步改进的可能性,因此交换战俘的制度是更好的制度。罗尔斯说,“当欲把一个较不幸运的社会改造成一个人人都能充分享受基本自由的社会所必须时,就要放弃这些自由中的一部分。”<sup>[58]</sup>罗尔斯这个例子带有很强的假设性,他没有进一步描绘出当时各城邦除了奴隶制是否还有其他对待战俘的选择,也没有说明是什么样的奴隶制,所以我们几乎很难赞同他对奴隶制的接受。但是,罗尔斯的意思是清楚的,接受奴隶制并不是因为奴隶制在经济上更有利,也不是因为人分三六九等这样的善观念,而是因为这是保护战俘基本自由征程中的必要一步。其最终目的仍然是为了保护基本自由。虽然在奴隶制问题上有不清晰之嫌,但罗尔斯这个思想对于我们当下的紧急状态的情形很有说服力。紧急状态下权利作出让步并非为了权利之外的社会目标,而是为了保护权利本身,这是走向更充分享受权利社会的“必要一步”。由此,我们就可以理解“权利法案并非一纸自杀契约”这句话,特别是其中“自杀”一词的含义。避免极大损害政权统治的实效性,其最终目的是为了 avoid 丧失保护权利最为重要的手段,是为了防止权利的“自杀”(权利杀死了权利)。在这个意义上,紧急状态下权利作出的让步可以理解为:权利为保存其自身而被限制与调整,在这个意义上,这并没有瓦解权利的优先性,特别是权利相对于总体的社会功利的优先性。

上述辩护假如是有道理的,主要是因为它依赖了一种更为丰富的权利观。权利不是其名称根据语言惯例而确定下来的东西,也不完全是法律规定或者判例决定的其所表现出来的诸种权能,权利还包含着这些关于权利的各种实践所蕴含着的核心价值,这些核心价值有待于处于不同时代的人们不断重新阐释;在阐释的过程中,我们还要考虑这些核心价值与权利保护机制之间的相互依存关系,特别是在当代社会中与国家政权这一最为重要权利保护机制之间的依存关系。在这种权利观的关照下,我们也许可以得出结论,在紧急状态下权利的优先性并没有丧失,权利仅仅是因其自身原因而被调整。

[57] See John Rawls, *The Theory of Justice*, Harvard University Press, 1999, p. 218.

[58] John Rawls, *The Theory of Justice*, Harvard University Press, 1999, p. 217.

## 五 结语：关于方法

最后对于本文讨论问题的方法做个简要说明。本文以权利的特异性、真正的权利观以及包含保护机制的权利观为途径,分别回应了权利优先性命题面临的三个困境。有人可能认为,这些回应的成功是建立在假设前提之上的。这种论证如何去说服那些不认为权利具有特异性,或者不认可我们权利观的人呢?我的回答是,我们可能无法找到不依赖任何前提的论证,论证的合理性并不来自于其本身就是第一原理,而是在于这些前提是不是能够阐明并在道德上证立我们大部分的权利实践,也在于这些前提及其结论能否使我们的权利实践在道德上更有说服力。所以,先不要去质疑这些前提来自哪里,而是应该切身地想想,放弃这些前提,我们将会否认多少合理的权利实践,或者会推论出一种多么极端的权利理论及其实践。

[本文为国家社科基金青年项目“当代权利理论研究”(13CFX003)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] Priority of rights means that rights should take precedence over social utility calculation in political reasoning. This idea is widely shared by liberal egalitarian political philosophers and jurists, and Dworkin's "rights as trumps" is its most famous form of expression. Rights priority faces three dilemmas: namely the dilemma of the basis of rights, the dilemma of the application of rights and the dilemma of the state of emergency. It is possible to justify the claim of the priority of rights, provided that the misunderstandings of the nature of rights are dispelled and the concept of rights renewed.

---

---

(责任编辑:支振锋)