

权利的规范力：一个 对利益论的批判

陈景辉*

摘要 关于“权利到底在保护什么？”这个问题，通常存在两种答案：其一，权利保护了权利人的自由意志以及由此而来的选择自由，这是所谓的选择论或意志论；其二，权利保护了权利人的个人利益或者个体福祉，这就是权利的利益论。并且，理论家通常认为，利益论明显优于选择论。然而，由于权利在概念上的重要性在于，一项权利所拥有的规范力要明显超过该权利之内容所拥有的道德分量，因此以保护个人利益为中心的利​​益论，将无法匹配权利的规范力要求。虽然利益论的支持者将“共同善”当做补强权利规范力的策略，但由于共同善这个概念的核心要素必然是个人的自由意志或自治，于是这个策略存在蜕化为选择论的危险，而且它也难以匹配指向性义务的要求，因此这种经过补强的利益论仍然难以成立。

关键词 权利 选择论 利益论 共同善 指向性义务

引言

无论怎样来看待权利这件事，人们至少一开始都会同意：对个人而言，拥有权利基本上是件好事，这不但使得权利人的某些行动获得了特殊保护，而且如果各种政治、法律和社会制度未能满足权利的要求，那么这将是批评并迫使这些制度做出相应改变的恰当理由。显然，这是一种关于权利之功能的粗略说法。如果想要将这种粗略的说明精致化，那么就​​必须紧接着做进一步的追问：具备如上功能的权利，它到底在保护什么？一种备选的答案是，权利保护了权

* 中国人民大学法学院教授。本文系国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观的司法贯彻机制研究”（项目批准号：17VHJ008）、国家社科基金重大项目“马克思主义法学方法论研究”（项目批准号：11&ZD077）的阶段性成果。

利人的自由意志以及由此而来的选择自由,这是所谓的选择论或意志论(choice theory or will theory);另一种回答是,权利保护了权利人的利益或者福祉(will-being),这就是权利的利益论(interest theory)。

虽然选择论和利益论之间的争论已经持续了很多年,但目前一个通常的看法是,由于选择论是某种特殊类型的利益论,因此在说明效果上,利益论明显更具备普遍性,^[1]它可能是关于权利功能的较佳答案。在这篇文章中,我将挑战这种通常的看法。不过,我所采取的并不是“利益论无法说明涉及第三人利益的权利”这个传统做法,而是一个较新的批判策略:由于无法满足“匹配权利的规范力”(normative force)与“对应指向性义务”(directed duties)这两个权利的基本要求,利益论存在着致命的缺陷。

为了实现这个论证目标,在第一节中,我将详细说明选择论和利益论的具体主张以及各自的缺陷,并说明为什么有理由将选择论看作一种特殊的利益论;第二节将透过一个概念分析,来说明权利规范力的基本要求及其理由;第三节关注利益论与权利规范力存在的落差,以及两个比较容易驳回的补强策略;第四节和第五节将会集中讨论利益论最有力的补强策略——“共同善”的利益论,由于它因为规范力的问题存在着蜕化为选择论的危险(第四节),以及难以匹配指向性义务的要求(第五节),因此“共同善的利益论”仍然难以成立。

一、意志论与利益论的缠斗

文章将从“‘有权利’意味着什么”这件事情开始,来说明权利的一般功能。一个最符合直觉的看法是:“有权利”通常意味着,权利人可以在权利的范围內依照自己的意愿做出任意的行动选择。具体来说,这至少包括三件事:①权利人可以取消或放弃(waive)义务人对其负有的义务(这就相当于放弃权利),当然权利人也可以让它始终保持原貌;②在相关义务(可能)被违反时,权利人可以选择是否(借助相应机制)迫使该义务被落实(enforce);③对于因义务人违反义务所带来的损害或损失,权利人可以选择是否要求他赔偿。同时,由于以上三件事情是否实际发生,完全取决于权利人是否事实上做出相关选择,所以可以用一句话来总结这个特点:对权利人而言,“拥有权利”类似于“拥有一项小范围或小规模的主权”(small-scale sovereign)。^[2]这就是权利的选择理论的基本主张。

“有权利等于拥有小范围的主权”意味着,权利的功能,在于保护权利人在权利范围内的自由意志或者个人自治(personal autonomy);或者说,权利的功能,在于排除各种限制权利人进行自主选择的妨碍因素。即使特定选择对权利人来说,的确是不利的——例如放弃了对某项债务的追索,或者是不明智的——浪费自己的金钱,但只要该选择是权利人基于真实的意图做出的,那么由于这受到了权利的保护,因此其他主体——无论是政府、还是其他个人——都缺

[1] 例如 William A. Edmundson, *An Introduction to Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p.102.

[2] H.L.A. Hart, “Legal Right”, in his *Essays on Bentham*, Oxford: Oxford University Press, 1982, pp. 183-184.

乏正当的理由来阻止此类事情的发生。^{〔3〕}

然而,表面上看起来非常符合直觉的选择论,由于在权利和自由意志之间建立起概念上的联系,它就会遭遇两个与此有关的棘手麻烦:其一,在权利的类型上,权利人显然拥有某类“不可放弃的权利”(inalienability rights),例如我们拥有不被奴役的权利,即使权利人同意将自己卖做奴隶(enslaver),但这个权利始终还是存在。可是,这直接挑战了“小规模主权”的说法:如果权利人拥有完全自由的选择,那么他当然可以通过放弃权利的方式将自己卖做奴隶,也就不存在不可放弃的权利了;如果权利人不可以将自己卖做奴隶,那么虽然不可放弃的权利获得了证明,但权利是保护自由选择的说法就必须被放弃。^{〔4〕}其二,对于某些特殊主体而言——例如未成年人或者精神残障者,^{〔5〕}他们通常被认为有资格且事实上拥有权利,但是他们显然并不具备自主决定的能力和条件。如果承认这些主体的确是有权利的,那么选择论就会破产;如果坚持选择论,那么他们就必须被认为没有资格拥有权利,或者根本没有资格成为权利人。^{〔6〕}

或者这样说,表面上看起来符合“自由选择”这项直觉的选择论,其实挑战了另一项关于权利的直觉:权利人所拥有的权利类型在范围上非常广泛,它既包括可以自由选择的权利,也包括不可放弃的权利,更加包括那些不具备选择能力的主体所拥有的权利。因此,由于选择论严重限缩了权利的范围,它就面临着巨大的理论困境。于是,符合“范围广泛”这项直觉的利益论自然就会登场。

如果权利的范围是广泛的,那么在不可放弃的权利以及无选择能力者也拥有权利的背后,究竟存在什么共同的东西呢?最自然的说法是,有权利就意味着权利人的个人利益或者福祉(individual well-being or interest)受到了权利的特殊保护;或者说,由于权利的功能在于保护权利人的利益或者福祉,因此它就可以将选择论所遗漏的那两件不符合其基本主张、但涉及利益的事情包括进来。这是因为,一方面,对任何人而言,不被奴役、不被杀害、不受残忍对待(torture)都是不可放弃、也是不可被剥夺的重要利益,因此当然存在着豁免于当事人意志的不可放弃的权利;另一方面,虽然未成年人和精神病患不具备选择的能力,但是由于他们本身拥有重要的利益,因此他们当然是合格的权利主体,将这些主体排除于权利人范围的做法就是荒谬的。

但是,利益论满足“自主选择”这项直觉的要求吗?一个明显的反对意见是:自主选择中包括放弃权利的内容,如果权利意味着利益或者好处,那么放弃权利就等于放弃利益,于是权利为了保护利益这个理论,在表面上就无法匹配对权利的放弃。然而,这并不构成利益论的真正

〔3〕 不明智不等于道德上错误,因此这并不必然蕴含着“做道德上错误之事的权利”。相关讨论参见陈景辉:“存在做错事的权利吗?”,《法律科学》2018年第2期,第3—14页。

〔4〕 Neil MacCormick, “Rights in Legislation”, in P.M.S. Hacker & Joseph Raz (ed.), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford: Oxford University Press, 1977, pp.197—199.

〔5〕 当然,这也蕴含着“选择论者否认动物权利”这个结论,因此如果动物权利的主张成立,那么选择论也会面对严峻的挑战。

〔6〕 Neil MacCormick, *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 1982, pp.154—166.

困扰,因为真正的关键在于,如果将“拥有自由选择的能力”视为一项重要的利益,那么“对权利的放弃”不过是这项利益的部分内容而已;或者这样说,允许权利人放弃权利的做法,应被看作是对权利人自主选择这项特殊利益的一种推进或促进。^{〔7〕}如果这个说法成立,那么利益论就可以在肯定不可放弃的权利与无选择能力者也拥有权利的同时,容纳选择论的所有主张。于是,相对于选择论而言,利益论就成为一项关于权利功能的更为普遍的说法。

这样一来,选择论就是一种相对于利益论的特殊命题:依照利益论的表述,由于选择论只重视自由选择,这相当于将自由选择看作是最重要的利益,因此它就成为一种特殊的利益论。这同时表明,利益论是一种包括了肯定自主选择之重要性的普遍性主张,它的普遍性就在于对所有类型的利益的保护。这种一般与特殊的关系,其实蕴含着一个对利益论的可能批评:如果因为某些原因,利益论必须得将自己限定为权利人的某种特殊利益,且该种利益必然会指向权利人的自由选择或者自治时,那么利益论就会滑向另一种形式的选择论。我将在第四节重新考虑这个批评思路。

现在,需要关注利益论面对的一个公认的困难:“有权利、但却无利益”与“有利益、但无权利”的情形。其中最具代表性的,是“第三人获益”的状况:^{〔8〕}假设张三雇了一名看护照顾年迈的父亲,显然张三是权利人、看护是义务人,张三的父亲是获益者。如果权利就是为了保护利益的,那么张三的父亲因为获得了利益(被照顾的好处),所以他理应是权利人;但情况显然并非如此,在以上这种权利关系中,只有张三本人、而非他的父亲,才是唯一的权利人。类似的状况,其实可以复杂化为其他几种具体的情形:第一,占据公职的人员因为该身份会获得某些权利——例如法官裁判案件的权利,但是他却跟其中涉及的利益没有关系;其二,在某种情况下,拥有权利看起来会获得好处,但事实上这却会引发很多的麻烦或坏处,例如李四是多子女中唯一获得继承权的,他因此有权利继承遗产,但却可能会因此造成兄弟姐妹之间的情感破裂,情感破裂当然是一种坏处;其三,某些事物拥有利益、但却无法拥有权利,例如给草坪定时浇水会有助于草坪的生长(草坪的利益),但却不会使得草坪成为权利主体。^{〔9〕}

然而,这些困扰着利益论的情形,却并不挑战选择论的看法:是由于张三、而非其父亲的选择,使得那个看护负担特定的义务;作出裁判的权利,是法官依照自己的看法在法律所规定的范围内做出的选择;即使继承遗产会引发情感破裂的后果,但李四依然可以选择拥有这项权利,当然也可以因此自主地决定放弃这项权利;草坪当然不具备选择的能力,所以它并不是合格的权利主体。

以上选择论和利益论所面对的各种艰难问题,已经折磨了理论家很长时间。一般来说,他

〔7〕 Gopal Sreenivasan, “A Hybrid Theory of Claim – Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.25, No.2, 2005, p.262.

〔8〕 H.L.A. Hart, “Are There any Natural Right?”, in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 81–82.

〔9〕 利益论者通常承认动物权利,但他们至少目前看起来,还不会接受“草坪的权利”或者“麦子的权利”之类的说法。

们都试图通过各种方式来修正各自的理论,以便可以同这些批评相容;^[10]当然,也有这样的努力,理论家试图发展出某些替代性的主张,以超越选择论和利益论的争论。^[11]在这篇文章,我不打算处理替代性主张的合理性,这需要专门的讨论;并且,如开始所言,我也不打算将第三人利益之类的批评,视为反对利益论的主轴,而是要从权利的规范力的角度来展现利益论以及后续补强策略的不足。按照这个思路,接下来就有一个关键问题需要面对:权利的规范力是什么意思?为什么这是一个重要的问题?它是权利观念必然蕴含的核心内容吗?下一节就来处理这些问题。

二、什么是权利的规范力?

权利的规范力,既是一个权利在概念上的要求,又是一个关于权利实践功能的说法。我将从权利的概念分析入手,这个分析集中讨论霍菲尔德意义上的“主张”(claim)类型的权利。之所以这样做,一方面是因为这是最典型的权利;另一方面是因为,在我看来,其他类型的权利——自由(特权)、权力、豁免——最终都会指向主张(权)。^[12]

在形式的意义上,主张(权)必然包括三个要素:权利人、义务人与权利的内容。其中,权利人就是权利的拥有者。在最一般的意义上,权利人通常是个人;如果你承认集体权利,那么权利人将会是特定团体、族群或者国家;如果你接着还承认动物的权利,那么动物也会是权利的主体。同时,由于主张(权)必然对应义务(duty),因此一旦存在一个权利,那么除了权利人之外,就存在另外与之对应的义务人,并且他所负担的义务是权利在实践上能否得以实现的保障。在内容上,权利人的权利或义务人的义务显然不能是空洞的,因为你不可能仅仅只是说“我有权利”,你至少还得说“我有关于 φ 的权利”或者“我有关于你做 φ 的权利”。其中的符号“ φ ”,就是权利的内容,当然这也是义务的内容。在这个意义上,权利和义务的内容是相同的,否则就会导致“我的权利”与“你的义务”之间的脱节,从而使得这其中的权利和义务分别指向两个不同的事情、而不是同一回事。^[13]此外,符号“ φ ”通常指的是特定的行动(action),它可能是积极的行动(做出特定行动),也可能是消极的行动(不得做出特定的行动),所以,一个完整的关于主张(权)的形式结构,就是如下这幅模样:“X拥有一项主张(权)”意味着,X作为权利人,X拥有一项“要求Y(作为义务人)做 φ ”的权利,或者义务人Y因此负担一项“做 φ ”的义务。

不知道读者是否注意到,我一直说刚才提供的是一项关于权利的“形式结构”的分析?这是什么意思呢?这意味着,如果将“Y负担做 φ 的义务”理解为“Y应当做 φ ”的话,那么这个现

[10] 比较有代表性的著作,参见 Matthew Kramer, N. E. Simmonds & Hillel Steine, *A Debate Over Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

[11] 相应讨论参见 Rowan Cruft, “Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?”, *Law and Philosophy*, Vol.23, No.4, 2004, pp. 347—397; Matthew Kramer & Hillel Steiner, “Theories of Rights: Is There a Third Way?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.27, No.2, 2007, pp. 281—310.

[12] 陈景辉:“权利和义务是对应的吗?”,《法制与社会发展》2014年第3期,第42页。

[13] Gopal Sreenivasan, “Duties and Their Direction”, *Ethics*, Vol.120, No.3, 2010, p.465.

象在逻辑上与“X拥有‘要求Y做 φ ’的权利”之间不存在必然的关系。这要么是因为“Y负担做 φ 的义务”（“Y应当做 φ ”）不必然对应“X拥有‘要求Y做 φ ’的权利”，这是第五节中关于指向性义务与非指向性义务之区别的问题，此处暂且搁置；要么是因为与权利对应的“Y负担做 φ 的义务”（“Y应当做 φ ”），还存在着权利之外的其他根据，这是本节讨论的重点，也是关于权利规范力的问题。

那么，“‘Y应当做 φ ’不必然以权利为根据”是什么意思呢？这通常意味着，“Y（是否）应当做 φ ”存在着独立于权利的“背景性理由”（background justification or reasons）；^[14]或者说，即使不存在着与之相关的“X拥有‘要求Y做 φ ’的权利”时，Y也会存在“（是否）应当做 φ ”的理由。例如，为人父母显然负担“抚养孩子”的义务，这个义务并不必然以“孩子拥有被抚养的权利”为条件，否则就无法说明为什么在没有权利观念的时候，还是存在着抚养子女长大的道德要求。此时对子女的抚养，要么是基于自然义务，就像动物也会抚养幼崽长大一样；要么是基于伦理或道德义务，没有尽到这个义务意味着在伦理或道德上的某种亏欠。同样的情形还有很多，我不在公共场所吸烟，不单纯是因为其他人拥有健康权，而是因为我的道德感赋予我这样的义务；我不杀人，不单纯是因为其他人拥有生命权，也是因为这是我的道德义务。如果假定法律权利这种制度化的权利（institutional right）也存在道德基础时，那么所有与法律权利对应的义务，其实将会存在着独立于法律权利的道德理由或者道德根据。^[15]

一旦分析推进到这一步，一个对权利现象的巨大威胁就出现了：既然Y存在着独立于权利的道德理由去做 φ ，那么权利现象就有可能是冗余的，因为它的存在并没有影响到“Y应当做 φ ”这件事情；简单说，此时“权利存在与否”这件事，并未在实践推理中制造出“实践上的差异”（practical difference）。必须注意，这个威胁首先是个概念上的挑战，如果不能成功的予以回应，那么权利这个概念将丧失存在的意义；与此同时，它也是个实践功能的挑战，既然在不涉及权利现象时也会负担特定义务，那么权利在实际上将丧失影响实践推理的能力，它就在说明或辩护“Y应当做 φ ”这件事情时失去了意义。要想同时回应这两个方面的批评，就必须得求助于“权利的规范力”这件事情。

所谓权利的规范力，最粗略的观念是说，权利拥有独立于道德理由的独特力量。具体来说，当出现“Y负担做 φ 的义务”或“Y应当做 φ ”这件事，如果它是一个跟权利无关的现象，那么这意味着存在一个或几个支持（或反对）“Y应当做 φ ”的独立的道德理由；如果这件事情与权利现象有关，那么这意味着除了独立的道德理由之外，还存在着由权利提供的独特规范力量来要求“Y应当做 φ ”。或者这样说，“Y负担做 φ 的义务”或“Y应当做 φ ”至少有两个平行的来源：其一，这是因为“X拥有相关权利”的结果；其二，这是因为存在着独立于权利的、关于“Y应当做 φ ”道德义务。

这个粗略的说法似乎说明了权利在概念上和实践上的重要性，但是由于权利的要求可能

[14] 为讨论的便利，我将这个背景性理由简化为道德理由。但即使是其他类型的理由，也不会影响到讨论的展开。

[15] 陈景辉：“法律权利的性质：它与道德权利必然相关吗？”，《浙江社会科学》2018年第10期，第4—12页。

与道德要求之间矛盾,如最终的结论是:义务人需要权衡权利这个理由与道德理由的分量来作出决定,那么就会经常产生因为道德理由而背离权利要求的情形。因此,这种平行来源的说法,仍然不能与权利的一般观念符合。那个观念经常表现为如下形式:在面对反对者有道德根据的不同意见时——例如我的债务人破产且有年幼的孩子等待抚养、但我仍然追债,“这是我的权利”这种看似简单粗暴的回答,通常都是结论性或终局性的(conclusive)。这一方面意味着,我不再想跟反对者进行关于实质理由的辩论;另一方面,更重要的是,我试图通过诉诸权利的方式,在相反的道德理由面前,来证明我的主张是正当的。因此,表面上看起来平行的两个来源,不可能是分别注入行为人理由权衡计算之中的加总关系,即行为人将道德提供的理由与权利提供的理由合并起来计算。这一方面是因为,如果理由本身就等于道德理由的话,^[16]那么权利在理由上就是空洞的;另一方面是因为,这很可能得出权利的分量被道德理由凌驾的结果,因此权利仍然是一个并不那么重要的规范性概念。

既然这里不是加总关系,并且还要承认权利的规范重要性,那么结论最终只能是这样的:权利作为一个独立于道德的理由,独自成为义务人需要贯彻特定义务的终极理由。因此,当权利人面对其他相冲突的道德理由时,就可以通过直接说“这是我的权利”而不是通过列举自己的要求有怎样强有力的道德理由,来主张自己的行动或要求应当受到保护。于是,权利就在与之相关的道德理由之外,提供了一种额外的保护力量。在现象上,这种额外的保护力量体现在两个方面:其一,它至少要有“经常排除相反道德理由”的能力,即使这个反对的道德理由本身的分量可能非常强;第二,即使存在着非常强的支持性道德理由,权利人依然可以将自己主张的正当化基础,建立在权利之上、而不是那个极强的道德理由之上。这两个部分,完整说明了权利所拥有的独特的规范力,我把它叫做权利的“受保护”(protected)的观念。^[17]

必须注意,受保护的观念至少存在两种理解的方式:一种较强的理解是,受保护的观念是绝对的,即只要它是权利,那么就意味着它“始终”能够排除相反的道德理由或者取代支持的道德理由;^[18]一种较弱的理解是,受保护的观念通常是成立的,即只要它是权利,那么这意味着它“通常”可以排除相反的道德理由或者取代支持的道德理由。至于哪种理解方式是对受保护观念的最佳主张,就不是这个概念讨论所能包含的部分了,它需要一个相当实质化的理由。受限于篇幅,此处只能提供一个权利实践上的可能反省:前一种理解方式会遇到“权利冲突”的严峻挑战,即在权利的实践中,权利冲突被认为是普遍存在的现象,这其中既包括权利之间的冲突,也包括权利与其他价值之间的冲突。^[19]显然,强的受保护观念只能容纳权利之间的冲突,而无法包括权利和其他价值之间的冲突,因为这种观念之下的权利,将会一概排除其他类型的价值,这可能与通常理解的权利实践不符。相应的,弱的受保护观念,却可以在一定程度上对权利与价值之间的冲突开放,因为单纯依据“权利通常能够排除其他价值”的看法,无法否

[16] 理论家的基本共识是:真正的行动理由只可能是道德理由。

[17] 受保护的观念以及进一步的区分,参见 William A. Edmundson, *supra* note 1, pp. 108—115.

[18] Francis Kamm, “Rights”, in Jules Coleman & Scott Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p.476.

[19] *Ibid.*, pp.488—513.

认其他价值在特定情形中可能凌驾于权利的结论。如果权利冲突、尤其是权利与其他价值的冲突是始终存在的，那么弱的受保护观念可能是更好的理解方式。

那么，如何面对我曾经表示认同的德沃金“作为王牌的权利”的看法呢？^{〔20〕} 德沃金说：“权利最好被理解为能够压倒政治决定某些背景性正当化根据的王牌，这个政治决定为作为整体的社群设定了一个目标。”^{〔21〕} 看起来，只有承认强的受保护观念，才能与这个作为王牌的权利主张保持一致。然而，这种看法可能过于简单，因为它依赖于某些关于权利的特定观点：如果德沃金所讨论的是一般意义上的权利，那么强的受保护观念才会成立；如果他的讨论应当被看做是关于个人权利、尤其是政治权利的讨论，那么由于政治权利的至关重要性，这种权利可能会具有强的受保护的效果，即政治权利能够排除跟它相反的道德理由。然而，必须注意，这种关于个人权利、尤其是政治权利的理解，是能够与弱的受保护的观念相容的，因为这只是关于政治权利这种特定权利类型的理解，而不是关于权利的一般性看法；也就是说，除了政治权利之外，其他类型的权利并不必然具备“王牌”的效果，于是权利并不必然能够取代或者排除其他道德理由，而只能是通常具备这样的规范力。因此，作为王牌的权利的说法，有可能并不真正困扰弱的受保护观念。

三、个人利益可能与权利的规范力匹配吗？

如果以上的讨论大致是成立的，那么就可以说明“为什么拥有权利是件好事”。虽然个人可能拥有支持某些主张的道德理由且它们的力度非常强，但“这同时也是权利的要求”所具备的独特规范力，使得他可以更有根据、也更加理直气壮的提出自己的要求。形象一点说，日常生活中的个人，就像战场上持有武器相互对射的战士；而一旦他成为权利人，那么他立刻就拥有了权利提供给他的一件防弹衣，通常能够在保障他不被对方轻易射杀的时候，更有可能射杀那些未受权利这件防弹衣保护的对手。于是，接下来的难题就变成：权利的规范力或者权利这种独特的重要性从哪里来？权利究竟在保护什么？从总体上讲，选择论的回答简单又自然、且不会面对严重的挑战，但利益论的回答将会变得步履维艰、困难重重。

选择论给出的答案是，权利的规范力来自于个人自治或者自由意志。显然，个人自治具有毋庸置疑的正当性，因为它为个人提供了自我塑造的可能，从而使得我正在过的那个生活成为“我的”生活，于是我才有了与“尽力过好”相关联的诸种道德责任。因此，为了保障个人自治的最终落实，就必须划出特定的行动范围，以留待个人的自由选择，而这个被划定的领域，就是权利领域。由于个人自治是如此重要，于是那些非基于个人自治的决定，就被排除在这个领域之外，即使这些决定背后存在非常强的背景性理由时，一般也应当如此，因为一旦由于背景性理由的力量而刺穿这个被划定的领域，那么个人自治就必然受到伤害。

当然，我可能因为个人自治而决定施加某种自我限制，但是这并不意味着你或者公共机构

〔20〕 陈景辉：“比例原则的普遍化与基本权利的性质”，《中国法学》2017年第5期，第299—300页。

〔21〕 Ronald Dworkin, “Rights as Trumps”, in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984, p.153.

可以基于这种可能性,就直接为我或者其他入创设相应的限制,这样的做法仍然应当被视为对个人自治的侵犯。甚至,即使对我来说价值较低或者比较不重要的事物,如果它是我的权利对象,那么我对它的拥有也会获得基于个人自治所提供的特殊保护,它不能够因为较低的价值就被轻易夺走。就像如下这个还会反复用到的例子所展示的那样:^[22]我有一件老旧的衬衫基本不会再穿着了,它对我也不具备特殊的意义(例如不是特定人士送给我的礼物),而且我还是一个非常慷慨的人,愿意同其他人分享我的事物;尽管如此,但只要我没有明确表示愿意将这件衬衫送人,即使其他人对这件衬衫再有需要,也不能因此就将它从我这里拿走。这就是权利实践的真实情形,这也是个人自治对于权利所提供的独特规范力的再明显不过的例证。

如果说选择论能够非常容易的同权利的规范力匹配,那么利益论呢?它能够满足受保护观念的要求吗?在利益论看来,权利的规范力来自于个人利益。某人的个人利益,通常指的就是对他来说那些好的东西。当然,这些好并不必然对他人是好的,也不必然对某个事业而言是好的,而只是使得他的生活成为“内在的好”(intrinsic good)的那些东西。然而,一旦如此理解利益论,它立刻就会遇到一个难题:权利的这种独特的重要性(权利的规范力)与权利人个人利益的重要性之间很难说有直接的关联,因为权利的重要性经常超过它所保护的利益的重要性。^[23]就像刚才衬衫的例子所展示的那样:那件衬衫所涉及的利益显然是非常轻微的,因此仅就利益本身的重要性而言,它实在不值得给予任何特殊的保护;然而,一旦承认我拥有关于衬衫的权利,这意味着即使这个利益是轻微的,但是权利将会禁止那些有正当理由的侵害。简单说,如果我拥有这件衬衫的权力的分量或者重要性,就有来自于关于衬衫的那个利益,那么这个权利就无法获得与之匹配的规范力。这表明:如果权利就是在保护个人的利益,那么个人的利益的重要性必须匹配权利所提供的重要性,否则就会出现利益与权利在规范力上的落差,从而为利益论制造巨大的困难。

因此,要想在坚持利益论的同时,保持它与权利的规范力之间的匹配,就必须寻找跟个人相关的其他类型的利益。那么,什么样的利益能够用来弥补这个鸿沟呢?要想回答这个问题,首先需要从个人利益的失败之处学到一些经验。在我看来,个人利益的失败之处在于,看起来是权利根据的个人利益,实际上原本就是权利内容的背景性理由之一。请回想第二节的讨论,其中的结论是:权利的重要性并不来自与其内容相关的背景性理由,而是有独立且足够重要的来源。如果利益论指向的就是个人利益,那么一个人在进行行动选择时必然进行个人利益上的权衡,因此权利就无法提供独立于个人利益的独特保护,所以它就无法与权利的规范力保持一致。

不过,这个回答会引发一个难题:选择论所指向的个人自治是不是个人利益的组成部分?如果是,那么选择论也将无法匹配权利的规范力;如果不是,它就不会遇到这个问题的挑战。但为什么不是呢?尤其是第一节最后,我承认选择论是利益论的特殊情形,由此可以合理的推断出我认同“个人自治也是一种利益”的结论。关键之处在于,承认个人自治是一种利益,不

[22] 这个例子改编自 Raz 如下作品, Joseph Raz, “Rights and Individual Well-Being”, in his *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p.46.

[23] Ibid., p.46.

等于说个人自治是一种“个人利益”。就像接下来的讨论将要看到的那样：作为一种指向个人利益的二阶价值，^[24]个人自治虽然以“个人”为名、也通常由个人行使，但是它却是一种典型的“共同善”，而不能被视为个人利益本身。因此，即使啃老族会认为个人自治明显有碍于他的啃老大业，因而并非他的“个人利益”的合理组成部分，但他不能因此就否认个人自治对他而言依然是一种至关重要的利益，个人自治依然具备重要的道德价值。

刚才的讨论所表明的经验是：要想匹配权利的规范力，利益论必须将权利的根据系于个人利益之外的其他价值，并且，这些价值还得证明它是一种与个人利益有关，但通常并不成为背景性理由的其他类型的利益。必须注意，此时，利益论面对的权利规范力的挑战，与它所面对的第三人利益的挑战就汇合在一起。如果能够找到一个这样的利益类型，那么就可以同时回应规范力和第三人利益的双重挑战，利益论当然就是最佳的权利理论了。

目前可能有三种不同的回应方式，本节将用来讨论更容易被驳回的前两种：第一种可能的做法是这样的，将利益论当中的“利益”作最广泛的理解，使得它能够将第三人利益（以及其他可能的利益）包含进来，^[25]并且与权利人的利益一起，来实现同权利规范力的匹配。克莱默提供了一个“两步走”的方案：第一步，他首先通过将权利严格限定为主张（权），进而将法官这些人所拥有的“角色权利”排出权利的范围，因为这是权力（power）、而不是主张；^[26]而且，这样的做法，其实同时也排除了草坪利益所带来的挑战，因为草坪显然并不拥有提出主张的能力。现在，利益论只剩下了两个困境：第三人利益与权利可能引发不利后果，所以在第二步中，他进一步将“个人利益”松绑为对个人“一般而言是有利的”（generally advantageous），^[27]这种比较宽松的“个人利益”的概念，至少表面上能够与剩下的两个缺陷相容。

然而，克莱默这种广泛的理解方式，仍然会遇到一些难以回应的困难：其一，它会引发一些荒谬的结果。例如，无法否认有时父母对于子女婚姻的安排，可能更有利于婚姻生活的幸福，并且子女婚姻幸福对父母来说一般也是有利的，那么是不是因为“这既对子女来说一般是有利的、也对父母来说是有利的”，于是父母就拥有了一项“安排子女婚姻”的权利、子女同时有一项“要求父母安排婚姻”的权利？^[28]或者，能不能因为一般来说债权人囚禁债务人有利于债务的偿还，债权人就拥有一项“囚禁债务人”的权利？^[29]其二，更麻烦的是，即使忽略这些荒谬的结果，松绑对利益定义的做法，也很难与权利的规范力保持一致。这是因为，这些“一般而言”的利益，仍然会是行动者在权衡时的背景性理由，还是无法匹配权利的规范力要求。例如，

[24] Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p.20.

[25] 一个较早的努力，将“个人利益”定义为“对权利人而言‘通常来说是个利益’（normally an advantage）”。参见 Neil MacCormick, *supra* note 4, p. 202.

[26] Matthew Kramer, “Rights Without Trimmings”, in Matthew Kramer, N. E. Simmonds & Hillel Steiner, *A Debate Over Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp.9-14.

[27] *Ibid.*, p.96.

[28] Leif Wenar, “The Nature of Claim-Right”, *Ethics*, Vol.123, No. 2, 2013, p.205.

[29] 这个缺陷，其实来自于“一般而言有利”的表述本身不清楚，以至于它存在将“侵犯权利有可能对权利人更有利”之类情形包含进来的可能性。

我并不介意别人拿走对我无特殊意义的老旧衬衫,并且你在未经我许可时将它拿给需要的人,并宣称这来自于我的慷慨,你的这个做法的确对我(的名声)来说是有利的,是不是就可以拿走它? 立足于“一般而言对我有利”的权利,还能保护我对这件衬衫的所有权吗? 显然缺乏有效的保护,因为权利实践的一般情形是:不能拿走,那是我的权利。必须注意,此时我并不是说“你因此有拿走我的衬衫的权利”,而是“我对衬衫的权利”能不能拥有对抗基于“一般而言对我有利”的理由的侵犯;也就是说,如果此时我还是能主张自己的权利,那么权利所能提供的力量就将超过“一般而言对我有利”这件事情,“一般而言对我有利”就无法等同于权利的规范力。

另一个回答可能最为简便:如果权利的规范力,不仅来自于权利人的个人利益,还来自于第三人利益的话,那么看起来这两个难题就可以同时得到回答。问题是,这有可能吗? 这当然有可能。在权利的实践中,父母显然拥有很多关于子女的权利,并且这些权利的确是为了保护子女的利益;婚姻的双方也拥有很多关于对方的权利,并且这些权利的落实,同时也会有助于对方利益的实现;或者从义务的角度来看,义务人通过义务的落实来服务于权利人的个人利益,进而实现服务于第三人利益的目标。因此,一旦将第三人利益与个人利益合并计算,它的分量将明显超过单纯的个人利益,于是权利的规范力所需要的强度,就可能重新被利益论所满足。

然而,这个做法至少有两个缺陷:第一,像拉兹说的那样,这种情形都只是关于“依赖关系(dependent relations)”的例子,^[30]它对于那些明显并非依赖关系的权利现象,无法给出合理的说明,因此它的说明范围相当有限。^[31]例如我对那件老旧衬衫的权利,就不是涉及依赖关系的权利现象,而且我作为权利人于此并不存在值得额外保护的利益,但权利的独特规范力仍然存在。当然,也可以采取放宽依赖关系的内容的做法,认为我和任意他人之间都存在着或近或远、或直接或间接的关系,但是这样的做法太过一般化了,毕竟你不可能将每个人都视同自己的家人或者朋友。^[32]第二,即使忽略刚才的论证,这也会导致权利的工具化结果,也就是说,权利人的权利变成保护第三人利益的工具,这显然在一般意义上贬低了权利的重要性。权利或者权利的规范力之所以值得重视,是因为它不但强调了权利的重要性,而且也同时说明了它所拥有的独特的重要性,即权利拥有超过权利人之利益的重要性。然而,如果权利只不过是实现某些目的(例如第三人利益)的工具,那么至少跟那些目的相比,权利的重要性就会大打折扣。

四、“共同善”能够拯救利益论吗?

值得提醒的是:刚才对“一般而言有利”与“有利于第三人利益”的批判其实都是不彻底的,

[30] Joseph Raz, *supra* note 22, p.51.

[31] 所以,这个做法即使成立,也无法回应利益论面对的其他几个缺陷:权利可能引发不利的后果、作为权力的“角色权利”与草坪的利益,所以它只是缩小、而不是彻底弥合利益论与权利规范力之间的落差。

[32] 如果这种一般化处理被限定在特定社群成员之间,那么它就转变成接下来所要讨论的公共善的回应方式了。

一旦做出某些修正,它们是有可能完美匹配权利的规范力。如果“一般而言有利”并非从权利人的角度而言的,而是某种具备客观性的“一般而言有利”且权利人也被牵涉其中,那么这种说法就重新有可能成立;如果有理由认为特定社群的成员之间存在一项共同的事业,那么某种特殊依赖关系依然可以建立起来,此时权利人的利益与第三人的利益就有可能被合并为一个单一的利益,那么权利就拥有了超出个人利益的重要性。这表明,一般而言有利于第三人利益的补救措施,只不过是某种彻底补救措施的中间形态。所以,其中的关键问题是:这种彻底的补救措施是什么?它最终能否成功?

拉兹给出了这种补救措施的一般性主张:借助个人权利对于“共同善或公共善”的服务,使得权利的重要性超过个人利益的重要性,进而实现利益论与权利的规范力的匹配。具体来说,首先,一个社群当中明显存在着某种“共同善”(common good)。这种善,并不是社群成员个体善(利益)的总和,而是一种无冲突的、非排斥的、也非排他的普遍服务于人的那种善;并且,一个人的享有,并不会减少他人的享有,因此是社群所有成员都享用的善。这种善,既可能是物质化的,例如清洁的水、空气以及安全的食品;也可能是价值性的,例如“免于恐惧”的安全与“免于匮乏”的生活富足。其次,表面上服务于个人利益的权利,实际上是通过对个人利益的保护,最终实现服务于共同善的目的。^[33]因此,对每个人享有的“食品安全”权利的保障,最终将会促进作为共同善的整个社群的食品安全;对每个人人身安全和思想自由的保障,将有助于塑造一个免于恐惧的社群,如此等等。最后,一旦将共同善的观念纳入到权利的基础当中,或者说,个人权利最终是为了保障共同善,那么是共同善将会成为权利规范力的根据,并且以此为基础的权利将会获得超出个人利益的分量,从而实现利益论与权利规范力之间的最终匹配。^[34]

必须承认,这种基于共同善的权利观念,具备强大的说明力。它成功的回应了为什么在个人利益上轻微的权利需要获得远超过其重要性的保护,因为权利的真正价值是对社群成员共同善的服务;也是因为权利在保护共同善上的巨大贡献,因此存在着诸多的理由将共同善视为权利根据的一个部分,并且是决定权利分量的核心要素。^[35]于是,那些在个人利益上轻微的权利,由于同样会促进共同善,因而值得额外的保护。同时,这种说法也能说明权利冲突的情形:由于权利是最终服务于公共善的、而不是为了服务于个人利益(或个人福祉),那么为了保护公共善,就有可能牺牲很多个人的福祉。^[36]于是,个人权利就不会始终凌驾于集体目标之上,如果这个集体目标代表的是共同善的话。在这里,拉兹明显不同意德沃金关于“作为王牌的权利”的看法。但是,他也能将作为王牌的权利的某些部分包括进来:基于纯粹的集体利益或者社群多数人的利益,无法获得压倒个人权利的效果,因为这两种利益并不必然代表着共同善的要求;但这并不是因为德沃金所主张的那样,是因为个人权利始终具备压倒集体利益或

[33] 尤其是公民权利与政治权利最为典型,但是其他类型的个人权利也会如此,就像一会儿将要讨论到的一样,所有的个人权利都不可避免的与自治这个共同善关联在一起。

[34] Joseph Raz, *supra* note 22, pp. 52—55.

[35] Joseph Raz, *supra* note 22, pp. 54—55.

[36] Joseph Raz, *supra* note 22, pp. 52—53.

者多数利益的力量,这是其背后服务的共同善所造成的自然结果。^[37]

然而,这种共同善的权利观还是会面对一些严厉的批评。^[38]先来看一个并不那么致命的反驳:就像将第三人利益纳入其中的做法一样,这种权利观将个人作为权利人的地位工具化了,以至于贬低了权利的重要性。^[39]这涉及到对公共善与个人权利之间关系的两种不同的看法:第一种看法是,个人权利因为满足了对于公共善的保障,因此它具备额外的重要性;第二种看法是,共同善是个人权利的结构要素,因此它具备额外的重要性。先来看第一种看法,它实际上意味着公共善处于个人权利的范围之外,以外在于权利的形式来赋予权利所需要的规范力。然而,这个做法使得个人权利完全变成了服务于共同善的工具;如果没有跟这个目的相联系,那么不但权利的重要性极为轻微,甚至几乎不存在权利的观念了。此时只能说,当且仅当个人权利与共同善关联时,它才具备重要性;或者说,如果无法与共同善关联,就根本看不到权利存在的必要性了。

第二种看法可能回避第一种看法所引发的批评,因为它实际主张的是,个人利益和共同善共同构成了个人权利的根据。但是这种看法存在的问题是:个人利益这个部分的重要性几乎不存在了;或者说,就得问这样的问题:是否存在跟共同善无关的个人利益?如果答案是不存在的话,那么这明显反直觉;如果答案是“是”的话,就会遇到接下来的问题:是否存在只保护个人利益的权利?再次的,否定的答案仍然是反直觉的,所以肯定的答案就是必然的结果。就像假设我发明了一种能够针对某种癌症的疫苗,是我、而不是其他人直接从这项发明中获利,因为这首先是我的个人利益,所以我拥有与此关联的个人权利。显然,此时我即使收取并不十分高昂的专利使用费,也将会在一般意义上损害共同善——它阻碍了癌症患者以最便捷的方式获得治疗的共同利益,那么我的个人利益还值得保护吗?一个可能的回应是:透过对我的专利利益的保护,将会促进专业人士更好的展开研究,这最终会服务于“我们的生活”这种共同善。但是,这并不是故事的完整内容,毕竟还是存在着损害个人利益但却能够极大促进共同善的情形,也就是说,对于共同善的促进并不必然要去保护相关联的个人利益。此时,往往那些个人利益或者至少其中某部分的个人利益,还是能够被事实上视为一种权利,就像确凿无疑的恐怖分子对他戴的那块表还是拥有财产权。

或许刚才的批判,因为会纠缠于个人权利、个人利益与共同善之间的复杂关系,所以显得不那么致命。但是接下来的批评,我认为是足够致命的、虽然未必彻底。这个批评就是:假设承认共同善的权利观的确是成立的,但是它会退化为类似于选择论的特殊利益论,因为共同善无法脱离个人自治或者自由意志而得以成立。具体来说,之所以利益论被认为是最恰当的权利功能理论,是因为如果能够将选择论中的个人自治视为一种利益,那么利益论就能够在包括选择论所有主张的同时,还能说明选择论面对的所有困难情形。因此,在利益论看来,并不是因为选择论说错了什么而应当被抛弃,而是因为存在说明范围更广的理论,所以应当被后者替

[37] Joseph Raz, *supra* note 22, p. 53.

[38] 我将忽略以“存在多种共同善且相互冲突”的情形展开的批判,主要是因为,共同善本身就是一个非常薄的概念,而且理论上存在将各种具体共同善包括在内的最薄的共同善的概念。这种批评参见朱振:“共同善权利观的力度与限度”,《法学家》2018年第2期,第39—40页。

[39] Gopal Sreenivasan, *supra* note 7, pp.266—267.

代。换句话说,要想保持利益论的普遍说服力,那么就必须使得它能够包括个人自治在内的各种利益都包括进来。表面上看来,共同善的权利观的确能够将个人自治包括进来,因为个人自治至少是一种类型的共同善,因为你对个人自治的享有并不减少他人对个人自治的享有;第三人的利益也能够被包括进来,因为对你的个人利益和第三人利益的保护也会促进共同善的实现;法官的作为权力的“角色权利”,也将成为这种说法的组成部分,因为这些角色权利的运用同样将会促进共同善。^[40]

然而,就像第一个反对意见暗示的那样,一旦考虑到冲突的情形,最终还会是共同善本身,而不是个人自治、个人利益或者第三人利益,才能够成为权利的根据。因此,共同善的权利观仍然会成为一种特殊的利益论,即建立在共同善这种利益基础之上的权利观。这样的看法好像也没什么问题,但是一旦考虑到共同善的概念,那么它就可能会遇到这样的难题:是否存在跟个人自治无关的共同善?如果存在,且同时存在与个人自治有关的共同善,那么选择论就将被这种特殊的利益论所取代。如果相反,共同善的概念必然以个人自治为要素,那么共同善的权利观就不再是利益论的特殊类型,而是彻头彻底的选择论;也就是说,随着共同善权利观获胜的,不再是利益论、而是选择论,这会使得拉兹一直以来的利益论立场变得自我溃败。

这就需要仔细反省公共善与个人自治之间的关系。在拉兹看来,权利所服务的公共善,特指自由民主社会中存在的“自由—民主文化”(liberal—democratic culture)。其中的基本逻辑是:个人的福祉(personal well—being)^[41]取决于个人“能否成功实现有价值的目标”。^[42]这些目标的“价值”,至少部分来自于目标本身所拥有独立的价值;^[43]能否“成功”实现,则依赖于社会形式(social forms),因为这些社会形式既对目标本身作出了限制,且某些完备的目标需要相应社会形式的存在。^[44]因此,自由民主社会作为一种社会形式,它的存在、尤其是其中的“自由—民主文化”的存在,^[45]就会使得该社会的每一位成员,都有机会成功实现有价值的目标(个人福祉),并且,社群成员对有价值的目标的追求并不是相互排斥的,所以这一定是一种公共善。

这些基本的勾画,看起来匹配刚才的所有讨论,即只有当个人权利促进了这种“自由—民主文化”的公共善时,它才能够获得超出个人利益的重要性,才能实现与权利规范力要求的匹配。然而,这个勾画忽视了目标之价值的另一个来源,即个人自治。也就是说,一个目标之所以是有价值的,除了它本身就是有价值的之外,还来自于它是个人自主选择的结果。^[46]成为医生与成为教授本身都是有价值的,但是对我来说,成为一名教授的价值,除了来自于其自身,

[40] 这同时也能说明为什么草坪没有权利,因为共同善是一个跟人的地位有关的概念,而草坪显然不拥有这样的地位。

[41] 由于“福祉”必然是一种“善(good)”,因此“个人福祉”就是“个人的善”。

[42] Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p.298.

[43] Ibid., pp.300—305.

[44] Joseph Raz, supra note 42, pp.310—312.

[45] 对于这种公共善的观念的详细批评,参见 Roger Crisp, “Raz on Well—Being”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.17, No. 3, 1997, pp. 499—515.

[46] Joseph Raz, supra note 42, pp. 390—395.

还来自于“这是我的选择”这个部分。因此,自治这个部分,除了要求我拥有选择的能力之外,还需要我所在的社会(形式)能够提供足够充分的选项(options),且该社会还得拥有使得我所选择的有价值的目标得以实现的相应制度。因此,自治与社会形式之间的关系,并不是单向限定的,它至少是双向的:社会形式(以及相应的社会制度)确保了我的选择和使它得以实现的条件,而我的选择本身也要求那个社会形式必须是自由民主的。于是,刚才所勾画的故事,就不再是个人权利必须通过促进公共善来获得辩护,反而是个人权利所确保的自治或者自由选择是那个“公共善”得以成为公共善的条件;^[47]换言之,如果一个社会形式不能确保足够充分的选项,那么它就不能被称为“公共善”。

或许,我应该用个例子来将这些抽象的讨论具体化。假设一个社会形式只允许并确保其成员在私人事务上的成功,而不允许在公共事务上的成功。例如,我作为寒门子弟,可以选择成为一个农民、商人、手工业者、或许还有其他私人的选项,并有社会形式保障我的成功,但是我不能成为官员、教授这样地位较高等级阶层的一员。这还是一个具备公共善属性的社会吗?如果是的话,那么哪个社会不具备这样的色彩呢?公共善这个价值或者概念还有存在的意义吗?它还能够被视为一种道德—政治理想吗?反过来讲,如果我在一个社会中,拥有(除了生理和自然条件限制之外的)充分选项,并且这些选项受制于我的自主以及由此而来的个人权利的保障,那么这个社会才能说是一个拥有公共善的社会吧?如果的确是如此,那么个人权利的基础就是个人自治,此时权利的功能就在于保护这种自治,而一个承认每个成员都拥有这种权利的社会,才能够创造和承认足够充分的选项,因此才能被认为是一个拥有公共善性质的社会。所以,并非权利的规范力来自于公共善,反而是对权利的肯定、也就是对自治的肯定,最终定义了公共善。

五、利益论能够满足指向性义务的要求吗?

我一再强调:刚才这个批评是“足够致命的、虽然未必彻底”,这是什么意思呢?这并不是说,我认为刚才给出的理由的分量是不充分的,而是说存在另外一种概念式的、釜底抽薪的批判策略,它的采取将会导致彻底化的批判效果:它意味着,将权利的规范力与公共善连在一起的做法,从一开始就是错误的。这个策略,就是第二节中被有意遗漏的一个关于权利的概念要素,即权利(主张)必然存在一个与之对应的义务,我称之为“指向性义务”。简单说,由于以公共善为基础的利益论,无法匹配指向性义务的要求,因此它在概念上就是不成立。

现在请回想那个概念分析:“X拥有一项主张(权)”意味着,X作为权利人,拥有一项“要求Y(作为义务人)做 φ ”的权利,或者义务人Y因此负担一项“做 φ ”的义务。由于此处的权利和义务之间存在对应关系,因此“X拥有一项‘要求Y做 φ ’的主张(权)”意味着“Y因此负担一项‘做 φ ’的义务”。这一方面表明,权利以及与之对应的义务,通常是由特定主体拥有或负担的,无论这个主体是特定个人、特定团体还是特定国家;另一方面表明,“X拥有一项‘要求Y做 φ ’

[47] 这个区别来自于 Joseph Chan, “Raz on Liberal Rights and Common Goods”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.15, No.1, 1995, pp. 18—19.

的主张(权)”与“Y 负担一项‘做 φ ’的义务”之间是相互蕴含的,^[48]即如果“Y 负担一项‘做 φ ’的义务”并不蕴含“X 拥有一项‘要求 Y 做 φ ’的主张(权)”,那么 Y 所负担的做 φ 的“义务”,就是一项与权利现象无关的义务。

后一方面在概念上极为重要:如果这其中涉及了权利现象,那么 Y 作为义务人不但负担一项“应当‘做 φ ’的义务”,并且它还必然是一项指向权利人 X 的特殊义务。^[49]例如,我向你借了 500 块钱,于是我负担一项“还 500 块钱”的义务,并且这是一项指向你的义务,一旦我将这笔钱给了你之外的其他人,如果这并未经你同意的话,那么那项义务就并没有被履行。相应的,即使在不涉及权利现象时,Y 也有可能负担一项“应当‘做 φ ’的义务”。例如,在发生自然灾害的时候,我作为一个收入还算不错的社群成员,负担了一项“捐款给灾区民众”的道德义务且对我而言这项义务的内容是 500 块。此时,你虽然是一个确定无疑的灾区民众且急需 500 块来买食品,但是我“捐款 500 块”的道德义务,并不是指向你或者其他任何具体的灾区民众,并且你或其他人并不因此拥有一项要求我向你或其他人给付 500 块的权利。^[50]正是由于其中存在着是否指向权利人的区别,因此前一种义务就被叫做指向性义务,后一种义务就是非指向性义务(undirected duties)。

权利现象必然涉及指向性义务这一点,展现出权利在概念上蕴含的一个重要特点:当义务人违反非指向性义务时,如果这是一种道德义务的话——例如我以某种方式虐待(无主)动物,那么我就在道德上犯了错,但这并不是一项跟被虐待的动物相关联的道德错误,此时我就是简单的“犯了(道德)错”。然而,一旦义务人违反了指向性义务,那么此时我所犯的错就是指向权利人的,^[51]并因此而成为一项道德错误;此时,不但我违反义务的行动是错的,而且我的错误之处就在于侵害了权利人的权利。^[52]换句话说,即使我违反义务的行为本身就是错误的,但“这侵害了权利人的权利”这件事情本身还是一项单独的错误;尽管存在我的行为本身至少与道德不矛盾的可能,但是“侵害权利”本身的单独错误并没有因此而受任何影响。例如,我欠你的钱且你欠另一人同样数目的钱,而他正因为孩子重病急需用钱且你拒绝还钱,我就将欠你的钱直接还给他。这个做法在道德上是否有所亏欠姑且不论,但“我未还钱给你”本身就因为侵害了你的权利,所以必然是错误的。^[53]相应的,一旦违反了指向性义务,那么权利人就因此可以要求道歉与赔偿;但违反了非指向性义务,在违反义务和道歉与赔偿之间,却不存在上述概念上如此紧密的关联,^[54]所以你不能因为我没有给你捐款 500 块,就要求我就此道歉

[48] 此处的“相互蕴含”,指的是权利和义务在概念上的关联,它并不挑战“权利是义务之根据”或“义务是权利之根据”之类的规范性主张。

[49] Hillel Steiner, “Directed Duties and Inalienable Rights”, *Ethics*, Vol.123, No.2, 2013, p.232.

[50] 或许更简单的例子是:我作为一个道德主体自然拥有一项“不当虐待动物”的义务,但这项义务并不指向任何特定的个体,它是一项一般性义务。

[51] Rowan Cruft, “Introduction (of Symposium on Rights and the Direction of Duties)”, *Ethics*, Vol. 123, No.2, 2013, p.195.

[52] Francis Kamm, *supra* note 18, p.477.

[53] 至于此时我到底是犯了两个错误——未遵守自己的承诺与侵害你的权利,还是一个错误——侵害你的权利,并不是文章的重点,姑且存而不论。

[54] Rowan Cruft, *supra* note 51, p. 196.

或者赔偿。

当进一步追问,那个违反指向性义务的错误,其性质到底是什么的时候,选择论和非公共善的利益论分别给出了如下的回答:在选择论看来,即使你违反义务的行动本身可能在道德上没什么瑕疵,但是因为这侵害了“我的”个人自治,所以一定是一种针对我的错误;相应的,在这种利益论看来,你的行动因为侵害了“我的”个人利益,所以一定是一种针对我的错误。因此,它们都满足指向性义务的基本要求,所以它们都是关于权利、而不是(非指向性)义务的理论。由此,也可以发现,那些试图将第三人利益引入的作法,将会导致违反指向性义务的错误:此时,这个义务不但指向权利人、也指向非权利人的第三人,但是这显然不符合指向性义务的要求。比较而言,那些试图放宽个人利益的作法,却有可能匹配指向性义务的要求;换句话说,它并不是因为违反指向性义务的要求而不成立,而是因为第三节提到的那些理由而不成立。

但共同善的利益论呢?它能匹配指向性义务的要求吗?这就需要考察以下关于共同善利益论的三个命题:命题1——共同善的利益论所针对的仍然是个人的权利,即虽然权利的规范力来自于共同善,但此时仍然是特定个人、而不是那个拥有共同善的社群本身,才是权利的真正拥有者或权利人。命题2——“X拥有一项‘要求Y做 φ ’的权利”这件事情,必须通过权利对于共同善的促进,来获得超出X之个人利益的分量,这也才能与权利的规范力要求相匹配。命题3——依照权利和义务的相关性,“X拥有一项‘要求Y做 φ ’的权利”等同于“Y负担一项‘做 φ ’的义务”,且Y的这项义务是指向性的——它指向X的权利。

显然,命题1是毋庸置疑的,关键是命题2和命题3,它们之间明显矛盾。不过在讨论这个矛盾之前,有一个反对意见需要考虑:两个命题在属性上的不同——命题2是规范性的且命题3是概念性的,导致它们之间根本就不可能发生矛盾。当然不能否认命题2具备规范性的色彩,即它是关于“共同善”这种特定价值的主张,但是如前所言,由于权利的规范力同时是一项概念上的要求,^[55]且这种利益论将它系于共同善这个价值,所以共同善利益论同时也会是一个概念性的命题。因此,即使这个命题在规范上是正确的,但是它可能由于同其他关于权利的概念性命题矛盾,因此就不再是一个关于权利问题的命题。^[56]

命题2和命题3的矛盾之处在于:如果“X拥有权利”这件事情的重要性,来自于权利对于共同善的促进,那么“Y负担一项的义务”就应当指向共同善、而不是X的权利;如果“Y负担一项义务”指向X的权利,那么Y即使同时负担一项关于共同善的义务,它也与“X的权利”没有必然的关联,因而共同善的利益论就必然错误。^[57]具体来说,如果个人利益和共同善共同构成了权利规范力的根据,那么义务人就同时存在两项义务:针对权利人的指向性义务与针对共同善的非指向性义务,这就与“义务在权利现象中是指向权利人的”这个要求不符;如果共同善单独构成了权利规范力的根据,那么义务人就只存在一项针对共同善的义务,且该义务并不

[55] 而“权利的规范力到达什么程度”则是一项纯粹的规范性主张,因此在第二节的最后,我才会说关于这个问题的“作为王牌的权利”的主张,与权利的规范力超出它所保护的利益的分量是相容的。

[56] 也就是说,你可以一边主张“个人权利与共同善存在紧密的关联”,另一边同时主张“但共同善并不是权利概念的成分”。

[57] 类似的分析参见 Simon Căbulea May, “Moral Status and the Direction of Duties”, *Ethics*, Vol. 123, No.1, 2012, pp. 125-128.

是指向性的，因为它并不指向权利人、而是指向共同善的。非常明显的，由于与共同善相关的义务，并不具备指向性的特点，因此它并不必然是一种与权利相关的现象。^[58]

可以用拉兹契约自由的例子来做具体的阐明。在他看来，个人所拥有的契约自由的权利，一方面使得他们的事务免受胁迫、欺骗、误解和贸易限制等等，另一方面也有助于“开放市场”的存在；并且，显然前者是一种个人利益，而后者是共同善。^[59]因此，一旦我和他人缔结一项契约，那么我作为义务人，我的义务不但指向契约的另一方，还涉及“开放市场”这项共同善。但我拥有一项关于“开放市场”的义务，并不蕴含着我就必然跟另外一方之间存在着契约关系，他并不因为这项义务的存在，就成为我的权利人。换言之，在我没有通过契约的方式负担一项义务且因此使得某人拥有相应的权利时，我依然负担“不破坏开放市场”的一般性义务，只要开放市场真的是一种共同善就足够了，因此这项关于开放市场的义务并不是指向性的。

“指向性义务与非指向性义务的两分”以及“只有指向性义务与权利现象有关”这两点，蕴含着一个非常重要的看法：我们的道德并不是像德沃金所言，是以权利为基础的（rights-based），^[60]在这一点上，我同意拉兹的看法，虽然我们在理由上仍有所区别。^[61]而且，这一点正好说明了权利的独特重要性：当存在非指向性义务时——例如不得杀人、不得欺骗、乐于助人、尊重他人等等，这些自然义务（natural duties）的存在，为我们之间的共同生存创造了基础性的条件；但仅有这些内容是不够的，它并不能保障这个生存就是共同生活（合作）在一起，它还需要一些关于共同生活的非指向性义务，例如那些针对特定合作事业的义务——关于秩序的义务或者满足分配正义之要求的义务；但这仍然不能保证这个共同生活就一定是好的，除非这个生活中还能够确保充分的个人生活的选项，并为个人的自由选择提供可能，并且以赋予权利的方式要求其他人和公共机构必须尊重，那些人和机构因此就负担了相应的指向性义务。而这后面一点，正是权利的重要性和意义之所在，因为它确保了自治的重要性，从而使得好的共同生活成为可能；但是，这并不意味着如同共同善的利益论所想的那样，是“好的共同生活”这个共同善塑造了自治或自主，真实的情况正好相反，是自治或自主塑造了好的共同生活这个共同善。

一旦认识到这一点，选择论就不会像看起来那样一击即溃。因为，将不得奴役他人视为个人负担的非指向性道德义务，将尊重并保护未成年人和精神残障者的利益视为非指向性道德义务，这样的做法并不存在实质的困难；而且，在实践功能上，它同样会使得侵害或忽视这些利益变得十分困难。也就是说，“我不奴役你”并不是因为你拥有“不被奴役”的不可放弃的权利，而是因为我负担了“不得奴役他人”的非指向性义务；我尊重未成年人和精神残障者的利益，并不是因为他们拥有相应的权利，而是因为我负担了“必须尊重此种利益”的非指向性义务。因此，至少在实践中，不将这两类通常视为权利的现象当作权利，并不必然会导致侵害他们

[58] 拉兹自己就说过：“共同善是一种特别重要的情形，即使其中的义务并不服务于任何人的权利，它依然是存在的。” Joseph Raz, “Liberating Duties”, in his *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p.35.

[59] Joseph Raz, *supra* note 22, pp. 53—54.

[60] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p.141.

[61] Joseph Raz, *supra* note 42, pp. 193—216.

的结果,所以它们对选择论的挑战就不像一开始那样严重。^{〔62〕}当然,是否认为他们此时拥有权利,还是这只是非指向性义务的保护对象,这中间还是会存在着不小的实践差距,也需要更为复杂的道德论证,但这些已经不是这篇文章有空间容纳的问题了。

六、结 论

在这篇文章,我通过讨论权利的规范力来反省选择论与利益论。由于权利的规范力要求超过了个人利益的重要性,因此利益论就必须采取某种方式来满足权利规范力的要求。一个最具有可能性的做法是,将个人权利与共同善联系起来,借助后者的道德力量来匹配权利的规范力要求。然而,文章的分析表明,这样的做法本身存在严重的缺陷:一方面,由于共同善不可能脱离个人自治来定义,因此它最终会退化为以个人自治紧密关联的特殊利益论,这会非常类似选择论的基本主张;另一方面,由于个人权利在概念上必然对应指向性义务,而共同善的利益论却会导致与共同善关联的非指向性义务,这无法匹配个人权利的概念要求。当然,这并不意味着因此选择论就是正确的。我的态度是谨慎的:由于表面上较优的利益论仍然需要一个回应这两个缺陷的补强论证,并且选择论的缺陷其实并没有想像的那样严峻,因此目前的利益论并没有明显的理论优势。

Abstract: There are two answers to what should be protected by rights. One is the choice theory or the will theory, which means that rights are there to protect the personal free-will or autonomy. The other is the interest theory, which means that rights are to protect personal interest. It is generally recognized that the interest theory is better. However, the conceptual importance of rights is the distinctly normative force of rights. That is to say that the moral weight of a rights goes beyond the moral weight of the content of the rights, and also beyond the moral weight of personal interest of the rights. Although Joseph Raz takes "common good" to defend the interest theory, it is unsuccessful because of two reasons: one is that the heart of common good is still personal free-will or autonomy and the other is that it does not fit with the directional duty of rights.

Key Words: Rights; Choice Theory; Interest Theory; Common Good; Directional Duties

(学术编辑:章永乐)
(技术编辑:范华瑶)

〔62〕当然,上述讨论只能得出这个非常弱的主张,因此要想全面辩护选择论的理论优势,还需要更为积极的某些实质主张的参与。