



首页 → 学术文章 → 法律伦理

湛洪果：法律实证主义的功利主义自由观：从边沁到哈特

当一个人试图反驳功利原理时，他所用的理由实际上是从这个原理本身抽引出来的，虽然他对此浑然无知。

——边沁**

内容摘要：本文论述了人们通常忽视的法律实证主义的一个重要维度：功利主义的自由观。边沁、奥斯丁和哈特等实证法学家都秉持功利主义的自由立场，这一立场构成了他们的理论的基本关怀。本文在分析了功利主义的基本观念的基础上，论述了边沁运用功利原理对自然权利观念的反对，并探讨了哈特在新时代下对功利主义的捍卫以及他所提出的功利与权利相结合的思路。最后作者就功利主义为什么会与法律实证主义发生内在关联提出了一些看法，从而再次阐发了实证法学的基本思想。

关键词：功利主义 自由主义 自然权利法律实证主义

一、边沁对哈特影响的概述

在哈特于1968年退出牛津法理学教授职位后，他的学术精力基本转入了对边沁的研究。哈特之所以愿意充当边沁的“学术仆从”，理由主要有三：首先，哈特一直将边沁视为自己学术洞察的根源。边沁将“苍蝇般洞幽入微的眼睛”与“雄鹰般观其大略的眼睛”绝妙地结合起来，这一点与赫伯特长期坚持的学术取向不谋而合。边沁的苍蝇之眼强调分析的精确细致，而雄鹰之眼则彻底洞察了功利主义的关怀。其次，边沁研究领域广泛得令人吃惊，包括贫民救济、英国基督教及教会、模范监狱、节育、语法、逻辑、高利贷、各种经济问题，以及奴隶制、虐待动物；他还提出一整套的法律改革方案，特别是刑法和证据法改革方面的问题。[1]这一点也让哈特钦佩不已；第三，哈特在心理上对边沁的依赖。通过研究边沁，哈特既可以避免因为回应别人的批判带来的压力，又能从更具原创性的边沁身上找到自信，同时还能从边沁身上具有的一些怪癖中找到一种性格的投缘。他佩服边沁的平等天性及其鲜明的理性主义和反传统主义。[2]

从人生气质来看，边沁和哈特也具有一些类似之处：第一，他们从小都喜欢文学，这一点所赋予他们的是一种对于生活的敏感。但更重要的是，文学的感性并没有带入到他们的学术思考当中，而是内化为他们的实证主义法律观的深沉关怀。易言之，他们在充满人道主义的同时，更注重理论思考和分析的理性主义立场；第二，他们都崇尚真理，不大关心信仰问题。所以他们的关怀更是一种现实的和清醒的关怀。这让他们对于虚假伪善的东西有着天然的排斥；第三，他们都充满改革的热情、自信及希望。边沁的改革激情众所周知，哈特一生也都在身体力行地推动各种政治改革和辩论，包括参与同性恋辩论、在垄断与兼并委员会任职、对大学纪律事务做出调查报告等，他甚至认为只有深入参与这种实践才能体现自己的价值。需要注意的是，他们对于法律实践改革的热情与他们的冷静是相辅相成的。边沁对于法国革命的后果一直保持警醒，他奉行的更是一种尊重秩序的经验主义传统。哈特对于法律与道德关系的认识更说明他清醒认识到法律作为一种社会现象的限度所在。[3]

尽管如此，由于时代背景等因素，哈特和边沁在学术气质上还是有所不同。边沁所处的时代是一个对人类前景充满乐观的科学时代，所以他对改革的激情也不可避免地富于理想主义。边沁对人类联合体的不稳定性没有充分的估计，加上18世纪欧洲各国法典化运动的蓬勃兴起，所以他认为法典完整清晰后，就可以确定、迅速、简便地运用于实践和研究。边沁的著作也体现了这个时代的一切最突出的特征：“对未来的无限希望伴随着对过去的过分鄙视；过分宽厚的人道主义精神掺杂着人性的某种阴暗的看法；敢冒风险的科学精神中充满着嘴狂妄的武断作风；怪诞的学究气混合着最精明的常识。”[4]相反，在哈特所处的时代，人类刚经历过两次世界大战的灾难，人们对于人类的制度也在进行新的反省。虽然哈特在法学领域里也追求法律的普遍科学性，但这种追求所依赖的语言哲学资源及其所具有的描述性特征，已经表明他把法律作为一种社会现象来理解，他所坚持的法律与道德分离的命题不过是清醒认识到法律本身不可避免的局限而已。当然，认识到这种局限并不意味着丧失法律改革的努力。事实上，在哈特看来，正是在制度局限性下的努力才证明了人类通过法律规则创造文明秩序的价值。

就学术和智识而言，边沁对哈特的影响至少三个方面：一是实证主义的立场。大家知道，边沁和奥斯丁最早全面提出了实证主义

的基本立场和命题，比如追求法律科学的普遍性和自主性，提出了法律命令观以及法律与道德分离的命题等等。尽管哈特对法律命令论进行了全面抨击，但正如我们在别的地方指出，如果考虑到他们各自的时代背景及其针对对象，那么命令论和哈特的规则论其实都是实证主义法学自身追求法学普遍性的内在的必然构成部分，[5]两者并无根本矛盾；从另一个角度而言，一个人批判的越深的东西往往就是影响他最深的东西，所以哈特受边沁的实证主义基本观念的影响是巨大的，他所要做的就是要在新的历史形势下捍卫实证主义；二是法律实证主义的语言分析方法。边沁一直致力于破除法律的迷信，强调法律科学研究的精确性；他注重分类，也注意到语言本身的不完善性；虽然他也创造出一些术语，[6]但他努力的方向仍然是反对属加种差的定义法，而提出一种“释义法”（paraphrase），即在语词所处的句子中把握术语的含义。[7]哈特非常推崇边沁在语言分析方面的清晰，认为这是“错得明明白白”，[8]而边沁对定义法的反对更是投合哈特的胃口。尽管哈特在自己的分析中自觉运用了日常语言哲学的分析方法来描述法律现象，但他在这方面所受到的最初启发和“灵感之源”无疑来自边沁；三是边沁的功利主义思想以及在这种思想指导下的刑法立法及社会改革思想。哈特的改革实践我们前面也已经指出，而本文的任务就是要对边沁开创的法律实证主义的功利主义传统做一个梳理。值得注意的是，哈特写过一本专著《刑罚与责任》，其中彻底地运用了语言分析方法对于刑法领域的一些基本概念进行了廓清，也全面表达了哈特在刑事立法方面的功利主义观念。[9]这本著作的思路和边沁的《道德与立法原理导论》一书非常神似，也是边沁对哈特影响既深且巨的证明。

二 边沁的功利主义法律观

（一）边沁功利主义的提出

功利主义本身是一个源远流长的思潮。一如有论者指出，“尽管边沁发明了‘功利主义’（Utilitarianism）一词，但他并非这一学说的开创者，他自己也没有声称自己是这一学说的创始人。”[10]据边沁的研究者蒙塔古介绍，边沁在18岁大学毕业后便希望用某种通用的标准来衡量特定法律的价值，最后他从休谟那里找到了功利原理。此外，边沁的功利主义还直接受到贝卡利亚的启发，贝卡利亚在《犯罪与刑罚》导言中明确提出了立法的宗旨是“最大多数人的最大幸福”，而且说“如果人生的善与恶可以用一种数学方式来表达的话，那么良好的立法就是引导人们获得最大幸福和最小痛苦的艺术。”[11]所以，边沁并不是首先提出最大幸福原理的人。休谟将产生幸福的倾向取名为功利，并且指出人类社会的本能使人们在判断一种行为的功利时，不断要看它对于人们自身幸福的影响，而且要看它对于他人幸福的影响。边沁所做的就是将休谟的理论结合到贝卡利亚的“最大多数人的最大幸福”的公式中。在一本名为《政府论》的小册子中，作者普里斯特利将这个公式用于描绘政治制度的正当目标。1768年边沁看到了这本书。当他读到该书中的这句话时，他情不自禁地大喊“我发现了”，由此确定了自己对于公众道德问题和私人道德问题的判断原理。[12]不过哈特认为，尽管边沁倾向于低估自己在功利学说上的独创性，但他对功利主义的创新绝不仅仅体现在研究细节或提出计算方式，而且在于：边沁以前的功利主义，比如休谟，是用这一原理来证明惯例和习俗的合理性，而边沁则把功利原理作为批判现存法律制度及支持社会改革的准则。[13]从边沁的理论和实践来看，他也是最彻底的将功利主义“一以贯之”的人。[14]

（二）边沁在功利主义上的基本主张

整体而言，功利主义的理论由以下五个具有“家族相似”的特征构成，它们是福利论（welfarist）、后果论（consequentialist）、集合论（aggregative）、最大化论（maximising）以及普适论（universalist）。福利论是指功利主义的“效用”或“功利”相当于人类的福利（甚至包括动物福利），边沁和其他十八世纪的功利主义者喜欢用快乐和痛苦来解释福利。边沁眼中，效用、利益、好处、愉快、幸福等都是同样的意思。后果论主张行动的正当性在于它所预期的事态至少和在其他可选择行为所导致的事态一样好。后果论并不是说行为的正当性判准只是看其后果，而不看其动机或本身性质。集合论的功利主义认为有可能将每个人的功利集合成一种整体的全面的功利。功利从而被视为可以在不同个人之间分配的巨大的善。最大化论的基础是实践理性。如果人类福利是一个有价值的目标，那么一个人越为充分地促进它当然就越好。普适论是历史上功利主义的一个观点，如今已不大为功利主义者赞同。“最大多数人的最大幸福”可以被解释为，功利主义不但促进创造大量的幸福，而且要促进这些幸福最大范围地分配。传统上功利主义的仁慈是普遍的，“谁是我的邻居？”功利主义回答说“每个人都是”。[15]

边沁对功利主义的阐发也没有超越上述五个方面的内容，不过边沁在对功利原理的具体关照和强调也展现了自己的特色，可以将边沁的基本主张概括如下：

1、作为衡量标准的功利主义。“功利原理是指这样的原理：它按照看来势必增大或减小利益有关者之幸福的倾向，亦即促进或妨碍此种幸福的倾向，来赞成或非难任何一项行动。我说的是无论什么行动，因而不仅是私人的每项行动，而且是政府的每项措施。”[16]所以“最大多数人的最大幸福是正确与错误的衡量标准”，[17]“一个人对于一项符合功利原理的行动，总是可以说它是应当做的，或者至少可以说它不是不应当做的。”[18]边沁还明确指出，功利原理可以用来证明其他任何事物，但它本身无法被证明。[19]所以它虽然是基于人性的预设，但在边沁看来似乎是一种最现实不过的东西。

2、功利原理的计算。边沁的贡献主要是建立一种功利主义的计算快乐和痛苦的方法。他认为“最大多数人最大幸福”的立法追求

太模糊了。这种计算的尝试在边沁之前当然也有先行者，比如贝卡利亚，但边沁为功利计算提供了更精细的表格。[20]这是边沁的一贯努力，即“探求主观现象的量化尺度，因而也就是其‘科学’尺度。”[21]边沁为此依据强度、持续时间、确定性、邻近距离、丰度、纯度、广度等确定了快乐之值和痛苦之值，功利的估算就是用总体的快乐之值减去痛苦之值的结果。边沁同时还对快乐和痛苦进行了复杂分类，并指明影响快乐和痛苦敏感性的各种情况。[22]边沁所提出的功利计算当然受到各种攻击，但在我看来，这些攻击其实并没有抓住实质。首先是在具体情形中，总是需要依据功利原理进行必要的权衡，所以功利的“计算”是一个必不可少的标准；其次，即便边沁的计算和量化方式有问题，那也只是如何完善的问题，从边沁本身的理论出发，这种快乐幸福标准的量化恰好具有理论的一致性；第三，因此，如何具体计算上的争议并不能根本冲击功利主义的命题，功利的计算不过是追求法学之科学性的必要步骤而已。

3、功利主义与快乐主义。这一点与功利主义的计算方式密切相关，也触及到哈特所言的对功利主义的根本批判。也就是功利主义在计算幸福倾向，追求最大多数人的最大幸福时，是否能够做到保障“把人与人之间的差别当回事”。[23]但边沁认为，“人类身心的天然素质”决定了人会把功利原理作为唯一可接受的是非评判标准。而对功利总和的估算尽管可能导致牺牲个人幸福以确保其他人的更大幸福，但快乐主义保证在进行估算时，每一个人的快乐都会受到考虑和同等重视，即“人人价值平等，决无尊长显贵”。[24]边沁一再强调，“组成共同体的个人的幸福，或曰其快乐与安全，是立法者应当记住的目的，而且是唯一的目的。”[25]至于有人提出的“个人幸福与公共福利冲突时人们无法遵从功利原理”的质疑，哈特解释说，其实功利主义与快乐原理是有一致性的，因为一个有理智的人会认为，既然别人遵从功利原理符合他的个人利益，那么他本人也应当接受功利原理的强制性约束。所以边沁的功利原理是一种结果标准，它与快乐主义的结合恰好反映了一种个人主义的思想基础。“这种功利标准的检验将大量不公平和大量荒谬的东西一扫而空，其原因就是这种检验意味着承认每个公民的权利，并且承认立法中确实的实际目标。”[26]

4、功利主义与政治法律制度的安排。边沁的功利主义与自由政治哲学的勾连更体现在其政治法律安排的维度。在边沁看来，人类是受“快乐和痛苦”这两位自然主公的主宰的，功利原理承认这种被支配地位，并“把它当作旨在依靠理性和法律之手建造福乐大厦的制度的基础。”[27]所以，边沁认为无论私人伦理还是作为一般伦理的立法艺术都不是行为的标准，其功利主义的重点在于扩大立法者治理之下的社会共同体的幸福。[28]因此，“政府的业务在于通过赏罚来促进社会幸福。”[29]个人的行动需符合功利；政府的措施也要符合功利。这种标准要求立法者谋求最大多数人的幸福，而且应当一视同仁地为每个人谋求福利。[30]也只有这样，才能真正使法律变得理性，才能实现普遍的幸福。也正因为这种政治制度的安排，所以边沁才得出结论说：“权利是法律的创设物，也只能是法律的创设物。没有离开法律的权利；没有与法律相对的权利；没有先于法律的权利。”[31]有关功利主义与政治法律制度安排的关系，我们将在下面讨论奥斯丁对边沁功利主义的发展时进一步论述。

5、功利主义的批判性。基于边沁所做的社会改革，尤其是其大规模立法的理想大多没有实现的事实，有论者认为“功利原理的价值不在于创造方面，而在于批判方面。它的价值在于作为一种检验标准，而不在于作为一种胚芽。”功利主义之所以不能胜任建设性创造的任务，是因为立法者要想知道最大多数人最大幸福，是需要各方面的知识，而不是抽象推理的过程。边沁的幸福主要是18世纪中层英国阶层的幸福，“由于边沁关于幸福的观念并不必然是每个人所具有的观念，所以根据这种观念所提出的法律，便不能应用于每一个社会。”功利主义试图从超越时代和空间限制的抽象推理原则来制定一部法典，是完全行不通的。功利原理一旦纳入具体形式，就充满局限性、临时性、偶然性和武断性的东西。[32]边沁的功利主义的批判性当然还表现在其提出的法治政府之下善良公民的座右铭当中，即“严格地服从，自由地批判”，[33]需要注意的是，这种功利主义的批判正因为是功利主义式的，所以它也符合边沁的理性批判、反对无政府主义的一贯原则。

总之，我们可以用蒙塔古的概括来总结边沁在功利主义上的整体立场，这种立场注重的是功利主义的政治法律制度的安排对于个人利益和公共利益的实现途径：“他（边沁）对人性的理论可以归结为人性卑劣的部分远远多于高尚的部分。他认为人们只能追求自己的幸福，每个人自身的利益就是他一切努力的目的。如果说他期望有一种像‘千年太平盛世’的时代来临的话，那么他不是期望这种盛世从四海之内皆兄弟这类境界中产生出来，而是期望有一种巧妙的社会安排，使个人利益和公众利益相符合，然后产生千年太平盛世。”[34]

（三）奥斯丁对边沁的功利主义的深化

在这里，我们还有必要对奥斯丁的功利主义思想做些介绍，理由在于，奥斯丁和边沁已经被公认为早期法律实证主义的最重要的代表。他们的法律思想有着根本的一致性。由于边沁的关注面广泛，再加上其文风晦涩，所以他对法律实证主义的影响没有奥斯丁来得那么直接。更重要的是，奥斯丁对于功利主义的论述，既不象密尔那样充满反叛精神，又对边沁的功利原理与法律的关系作出了更为深入的理论阐发，所以了解奥斯丁的相关思想，既有助于理解边沁的功利主义，又能为我们后来叙述哈特对功利主义的捍卫做进一步的铺垫。

奥斯丁注意到了功利计算本身是复杂的，他举例说明行为本身的有害有益与后果的有害有益之间没有必然关系。比如一个穷人从富豪堆积如山的财富中仅仅偷窃了九牛一毛，其行为并没造成有害后果，甚至积极促进了善，因为效果是财富的适当分配。但如果偷窃成为普遍，那就是有害的了，因为它动摇了财产所有权不可侵犯的安全需要。所以，奥斯丁结论是，功利主义的计算不关心个体的功利，而是普遍功利，“如果人们普遍地从事一类行为，或者普遍地克制或摒弃一类行为，那么这将对一般性的幸福或善，产生什么样的可能结

果？”相反，具体的惩罚带来了（至少对于被处罚者）恶的后果，但整体社会制度的惩罚是有用的，甚至是慈善表现。[35]所以，奥斯丁的关注主要还是功利主义的政治制度的安排的问题，是一个整体性问题，一如他所说：“政府应当为之存在的最终缘由，或者最终目的，在于最大限度地促进公共的福祉。”[36]由此需要质疑的是，这样的立足点是否意味着否认个人自由和价值。在我看来，虽然奥斯丁宣称功利主义不关心个体功利，但这并不意味着其制度安排会否认个体、牺牲个体。原因是，功利主义的重点在于如果每个人在做每件事情，都要权衡是否应当做或不做，以与功利保持一致，并且还要对各种善恶幸福痛苦按不同程度和长远与否进行排序。这样做，允许个人思考的时间和精力都是有限的。这样的结果更符合功利，更可能牺牲他人。所以需要制度安排。而且，在奥斯丁和功利主义看来，之所以功利原则会导致好的结果，是因为人们都与功利为指导，才能开诚布公。支持政府的一方会尊重反对行动，而反对政府者会认为现实秩序的价值，而不会简单采取暴力或革命。所以功利主义恰好是尊重个人基础上的“求同存异”。[37]

所以奥斯丁和边沁一样，认为功利主义的政治安排表明，神圣的不可剥夺的价值其实是没有什么价值可言的，因为其中没有什么真实意义，我们无法检验其中的具体内容。[38]“功利，仅仅是在最终的意义上，成为了我们行为的尺度。在日常个别活动的意义上，功利并不是我们行为的尺度。功利，是我们行为所须遵守的规则的直接标准。但是，它却不是我们具体个人行为的直接标准。我们的规则，的确是功利为圭臬的。我们的行动，则是以规则作为准则的。”[39]奥斯丁的这一论述是相当具有策略的，他在捍卫功利主义的同时，也强调了政治法律制度安排的重要性。既然功利原理是通过规则来实现的，那么比较和精确计算幸福痛苦必要性的看法，其实是攻击错了方向。因为“在准备一个行为或不为一个行为之前，设想和比较行为的结果，显然是多余的，甚至是有害无利的。”[40]更重要的是，这种观念恰好与实证主义对于法律和道德关系分离的要求是一致的，易言之，人们在具体遵循规则时，不一定会用功利原则，而是有各种动机，包括道德感觉、利益权衡、传统压力等，奥斯丁尤其指出法律权威与“科学”权威的关系：“许多实际上被遵守、被尊重的行为规则，是由最有知识、最有修养的人，在权威、示范或信仰的基础上，加以推行的。”[41]

三 边沁对于自然权利的批判

以上我们概括了边沁的功利主义的基本理念。不过在哈特眼中，边沁的这种功利主义如果要与法律实证主义的立场产生勾连，就必须承担起理论批判和理论论证的任务。也就是说，通过运用功利主义的原理来批判自然法学说，以论证实证法学的合理性。所以，我们才能理解为什么哈特在自己的相关论文中，对于边沁的功利主义的关心主要在于边沁是如何批判自然权利观的。所以我们对于边沁批判自然权利的重述也就是以哈特的评论为依据的。

哈特从边沁的功利主义中，看到了它与自由主义的某种内在关联。易言之，哈特在论证自由主义的内在理据时，遵循的是功利主义的路线。这种路线既不是求诸自我尊严和宽容待人等内在的道德要求，因为自由主义面对的毕竟是有着喜怒哀乐和七情六欲的并不完美的普罗大众；它也不是求诸外在的天赋权利或者神圣的上帝命令，因为自由主义关心的毕竟是一种世俗的安排，它不关心虚幻的基础或个人的超脱与拯救问题；同时，这种路线也不是纯粹与制度和权力联姻，因为自由主义的身体实践并不意味着对于既定权力的服从，它更意味着在既定政治框架内争取自由的努力。所以功利主义的自由路线试图通过“最大多数人的最大幸福”的公式把自由的要求和实现自由的方式较好地结合起来，从而为自由主义提供一种可靠的基础。哈特对于功利主义自由观的正面解读主要体现在“1776—1976：哲学视域里的法律”和“功利主义与自然权利”、“自然权利：边沁和约翰·斯图亚特·密尔”等文章中。哈特在其中论述了边沁和密尔等功利主义哲学家的自由主义立场。而边沁对于自然权利的批判的主要文献是《答美国国会宣言》和《无政府主义的谬论》。

美国的独立宣言和法国的人权宣言宣称人们拥有天赋的不可剥夺的自然权利，但在边沁看来，这种主张不过是一种虚幻的教条，它不符合政治法律制度的现实。在政府的统治中，要行使某种权利就必然意味着要牺牲其他的权利，不存在什么天赋的不可剥夺的权利，“如果追寻幸福的权利是一项不可剥夺的权利，那么为什么要禁止盗贼通过盗窃来实现这种权利呢？为什么要禁止谋杀者通过谋杀、叛逆者通过叛逆来实现这种权利呢？”[42]边沁因而认为自然权利学说有两个重大缺陷：首先，人们拥有非实在法的权利以反对和批判实在法，这一观念是巨大的概念混乱。其次，它是一种“政治谬论”，是政治辩论和政治思维败坏的根源，特别是当它体现在人权宣言或其他限制立法机构或政府行动的基本法中的时候。[43]边沁经常主张“权利和法律权利是一回事”，[44]没有法律的权利就如同“没有父亲的孩子”一样，是一种矛盾说法。不过更多的时候，边沁认为权利和法律权利的分离会导致标准缺失（*criterionlessness*），即导致权利概念失去了任何识别和适用的标准，从而陷入绝望的不确定性。标准的缺失致使政治论辩要么恶化，要么永无休止，因为谁都可以诉诸天赋人权来反驳别人。[45]所以边沁总结认为：

政府之所以存在于人们中间，并非由于那些人们拥有先于政府并且由政府加以保护的权力，而是若没有政府与法律的话，人们将无任何权利可言，并且一无所有。对好政府的检测标准不在于自然权利，而是被统治者的总幸福。[46]

边沁对功利主义的维护和对自然权利的攻击是非常理性的。他意识到政府运用法律所为的各种邪恶，也知道在特定情形下不服从法律是正当的。但边沁认为，当法律制度生效运作时，不能简单地因为承认特定法律会导致邪恶就得出结论说不服从法律可以自动地正当化，似乎邪恶就是无效的原因。因此，人权宣言将政府不应当做什么置换为政府不能做什么，更容易导致骚乱和无序，因为它使人们不用计算从承认特定法律邪恶到认识该法律无效的各种后果，就简单地采取了否定的一步。[47]所以自然权利学说要么是胡言乱语和为恶势

利辩护的托辞，要么是危险的无政府主义。[48]

以边沁的功利主义来检视，美国宪法序言的表述其实已经背离了独立宣言中的那种以自然法为基础的自由主义观。该序言规定，宪法的目的是“树立正义、奠定国内治安，筹设公共国防、增进全民福利，并谋求永久自由生活”，政府的主要目标因而不再是维持普遍的个人权利，而是增加公共福利的最大化和国家的整体利益。[49]哈特注意到边沁对于自然权利进行如此激烈批判的背景，那就是边沁看到了法国雅各宾派的革命恐怖，他重新思考了民主的问题，学会了以悲观的视角来看待所有的政府，他认为作为少数人的统治者所控制的政府如同强盗，会为了追求自身利益而不惜损害被统治的大多数人的利益。所以，民主和自由并非奠定于虚幻的人权之上，而是奠基于功利主义的坚实基础之上，[50]功利主义所寻求的是毋宁一种现实的政治自由，它关心的是自由的实现，而不是自由的口号。

四 功利主义所面临的批判以及哈特对功利主义的捍卫

不过，即使边沁运用功利主义的原理批判了自然权利学说，功利主义本身也同样面临各种批判。这些批判归结为一点，就是功利主义背离了自由主义的立场，认为功利主义会损害而不是促进自由，因为功利主义“拿人与人之间的差别不当回事”，它往往在追求普遍福利的过程中牺牲了重要的个人自由尊严；功利主义从而也就没有对人与人的价值一视同仁，而只是把人视为“工具性”的关注；另外，功利主义在实践层面对于幸福和痛苦如何“计算”上所存在的诸多问题也会使自由的实现模糊不清。[51]如果这些问题不予廓清，也就没法说明功利主义与自由主义的内在关联。哈特正是面对这些挑战和质疑，对功利主义进行了很好的捍卫，并在这个过程中发展出一种独特而又有限的功利主义观。这一捍卫最集中地体现在“在功利与权利之间”一文中。在这篇文章里，哈特分别回应了自由主义的右派和左派对功利主义的攻击。这两派的代表人物分别是诺齐克和德沃金。

（一）哈特对诺齐克批判的回应

在诺齐克看来，功利主义忽视了人与人之间的区别在道德上的重要性。所以需要有一套被严格限制的由近乎绝对的个人权利构成的道德基石；而合法政府只能承担守夜人的角色。[52]但哈特严肃指出，诺齐克的论证基础至为薄弱，这不仅因为别的批评家所说的“没有论据能够表明人类有诺齐克归于他们身上的那些很少但非常重要的权利”，更是因为诺齐克对政府守夜人的定位本身就有问题。认为政府积极承担职能就会牺牲别人的福利，这其实是一种虚构的两难处境：为实现社会幸福而超越守夜人角色并不意味着会把个人当作一种工具而牺牲。哈特认为，对自由的限制有着具体区别，严格意义的功利主义限制属于人的生活意义可以容忍的范围，为了拯救其他人免于更大痛苦而减少另一个人的收入与为同样目的杀人是不同的；向一个人征税与让另外一个人强制劳动也不一样的，因为征税并没有妨碍这个人决定是否工作和干何种工作的权利。哈特由此质问道：“当成本小于需要满足的要求以及那些被征税者所提供的财政资源时，为什么基本权利不能包括缓解急迫的需要或痛苦，或者基于教育以及技巧等积极协助呢？为何财产权若要具有道德合法性，就必须拥有绝对的、永久的、排他的、可继承的以及不可修改的特征，从而使得积极协助等没有存在的空间？”[53]哈特指出功利主义是有着具体的限制条件的，这些限制条件恰好是注意了人类个体道德重要性的结果，相反，诺齐克的主张倒是没能注意到人类个体的道德重要性。所以诺齐克的那种具有最高价值的不受限制的基本权利和自由归根到底是虚幻的，不符合现实中通过功利主义的安排实现自由的制度现实。

（二）德沃金对功利主义的质疑及其哈特的反驳

（1）德沃金对功利主义的批判

哈特对于诺齐克的反驳基本上还算比较轻松顺利。他所遇到的更大挑战来自德沃金对功利主义的质疑。我们在此重点讨论的也是哈特对德沃金批判的回应。[54]德沃金一方面承认，功利主义在促进社会的某些集体目标时不仅不反对，而且还体现了对个人权利的平等尊重和关怀，这是功利主义具有感召力的来源，因为功利主义正确地看到限制和妥协在实现自由方面的重要意义：法律的限制或许会削减人们的自由，但它们并没有夺走人们有权享受的任何东西。但正因为德沃金的对功利主义的这种深刻认识，使得他对功利主义的反驳显得更有力量。他并没有像诺齐克那样，划定一些基本的不可侵犯的自由，他说，我们认为的一些基本自由如政治自由，对于大批普通男女来说，失去它并不是令人心痛的事情。所以他要为自由寻找另一种根据，那就是“政府必须不仅仅关心和尊重人民，而且必须平等地关心和尊重人民。它千万不要根据由于某些人值得更多地关注从而授予其更多的权利这一理由而不平等地分配利益和机会。”[55]

所以，如何平等对待个人就成为德沃金反驳功利主义的基本依据。德沃金提出了社会境况改善的标准。他举了两个案例。一是1945年德克萨斯大学法学院没有录取一个黑人；另一个是1971年华盛顿大学法学院拒绝录取一个成绩合格的犹太人，而录取了没有达到分数线的人。第一个案例涉及种族隔离；第二个案例涉及“反向歧视”。德沃金区分了两类不同权利：第一类是对某些机会、资源或义务进行平等分配的权利，比如投票权平等；第二类是作为一个平等的人而受到平等对待的权利，比如两个孩子，一个快要病死，另一个的病也使人难受，这时候的紧急药品当然应当给第一个孩子。假如要靠投掷硬币来决定谁来吃药，那就没有表现出平等的关怀。[56]那么，从社会境况的改善来看，有两种标准，一是功利意义上的，一是理想意义上的。功利意义是指尽管在制度安排中导致个人福利下降，但社会整体福利得到了改善；理想意义是指无论集体福利是否得到改善，但社会本身因为这种安排变得更公平了。从德沃金所举的两个例子来

看，德克萨斯大学的种族隔离做法仅仅具有功利意义的辩护理由，即白人可能更智慧，所以不招收黑人可以促进社区商业利益、减少教育成本等，但无法提出一种理想意义的辩护；相反，华盛顿大学的做法使黑人律师增加，有利于减少种族冲突，从而改善社区每个成员的福利；或者，即使这种做法对社会福利没有影响，它也会使社会更平等、更公平。[57]德沃金由此提出了反驳功利主义的第一个具体理由，即功利主义无法满足社会理想意义上的社会情境的改善，没能把社会所有的成员当作平等的个人来尊重和对待。从这一理论出发，德沃金也找到了反驳功利主义的现实的、而非虚幻道德的理由：我们在一般意义上承认功利主义对于维护自由制度的好处，但功利主义并不能提供那些利益将要被牺牲的人在牺牲自己利益时的决定和声音。

在此基础上，德沃金的驳斥进一步针对功利主义的计算方法上：人们在衡量快乐和痛苦时，有着两种偏好：即内在偏好（为个人的选择）和外任偏好（为他人的选择）。内在偏好说明个人自己的利益和机会，但外任偏好则会忽视和不尊重别人受到平等关怀与尊重的权利：比如某些社会成员之所以不赞成同性恋，并不仅是希望自己不沉迷于这种活动（比如受到同性恋骚扰），这是一种内在偏好；他们更多的是希望别人也不要这么做（即使别人私下的同性恋并没有侵犯他的生活），这就是因为担心社会变糟而反对同性恋的外任偏好，它的满足同样能实现个人的快乐。但如果在计算功利时把这种外任偏好考虑进去，就会造成不合理地牺牲他人福利，因为这恰好说明社会在藐视和不正当对待那些对某种生活形式渴望的人们。更何况“个人选择和外部选择往往是不可分割地结合在一起的”，[58]这就造成政治程序无法排除这种外任选择，所以功利主义在这个意义上是与自由主义相冲突的。用德沃金的话说，如果把内在偏好和外任偏好结合起来，那么功利主义观的平等特征就“堕落了”。[59]德沃金由此挖掘出上面所说的种族歧视之所以无法实现理想意义的社会改善的根源：那是因为歧视黑人的录取政策极大地依赖于那些基于外任偏好的选择。[60]

德沃金的批判还有另外一点，那就是功利主义本身的局限性。德沃金指出功利意义上的权利只是一些弱的意义上的权利，比如我没有在某大街上开车北上的权利，因为那是一条单行线。政府这样做只需说它符合普遍利益就合理正当了。但是，还有一项权利是强意义上的权利，即言论自由，即使政府认为限制言论自由符合功利理由，也不能限制。所以这是反功利的权利。当然，对于个体而言，交通法规所施加的限制对大多数人来说比对言论自由的限制更为敏感。所以，德沃金的结论是，无论是普遍自由观还是功利主义自由观都是有缺陷的，都虚构了自由和其他价值的冲突，所以需要为自由寻找新的基础，那就是他始终强调的以平等尊重个人为基础的自由观。[61]

哈特也看到，事实上，德沃金对于功利主义的批判比这要复杂得多。但无论如何，在哈特看来，德沃金的主张仅仅抓住了“平等地关心和尊重个人”这个并不玄妙的、虚幻的、也不是道德色彩极浓的命题。德沃金认为，并没有绝对高于一切的自由，相反，自由主义的核心就在于，在具体捍卫每一项自由的过程中，都要做到平等尊重社会中的不同群体。而功利主义由于把外任偏好也计算在内，所以无法实现社会平等意义上的境况改善，从而也无法平等对待人们的自由。哈特认识到德沃金在批判功利主义时的高明之处，因为他部分承认了功利主义的平等性，但又指出了这种原理本身的局限性，也就是说，他认为由于外任偏好而腐化的功利主义并不能以平等的关怀与尊重来对待所有的人。[62]

（2）哈特对德沃金的批判的反驳

那么，当外任偏好被纳入功利主义的计算方式是否就意味着不能平等待人呢？哈特对此进行了反驳。哈特认为，德沃金从“给人们以平等关怀和尊重”的观念中索取太多，德沃金的指责体现在民主投票和裁决程序中就是由于外任偏好而“重复计算”的问题，但这恰好是功利主义的基本原则“每个人的价值都是一，也没有人的价值超过一”所坚决排斥的。一个被剥夺了信仰自由或教育权利的人要想受到平等对待，不是依靠什么特定的自由权利，而是使他们获得和别人一样多的选择与投票的权利。更严重的是，德沃金在指责外任偏好没有平等对待受害者时，他并没有将对别人有利的外任偏好与对别人有害的外任偏好区分开来。还是举同性恋的例子。德沃金只注意到因为反感同性恋的外任偏好而投票的人，但他没有注意到，同性恋之所以获得越来越多的自由，还有着许多异性恋者基于无私的外任偏好而支持同性恋的原因。所以这样的指责是缺乏精确性的。[63]

哈特指出，德沃金的主要错误在于他混淆了“对自由的拒绝”与“对平等关怀与尊重的拒绝”之间的差别。一个人的确会因为功利主义的裁决或投票程序而丧失某些自由，但其自由受挫的原因并不是由于他的自由或主张更卑贱，而是因为他的选择或投票在与其他人同等地位的人相衡量是，数量上被超过。所以哈特指出：

在那有些人被民主投票剥夺其所追求的自由的地方，如果在运作公平的民主政体中，他们就能够在公共讨论中继续发挥他们的意见，并且努力改变反对者的思想。……不可能把每一个基于外任偏好并且通过民主投票所做的对自由的剥夺，都解释为这样一个判断：那些受挫的少数人是卑贱的，他们不值得、也没有资格受到平等的关怀与尊重并受到平等对待。真正的情况并非如此……投票体制或功利主义程序上的公正能够平等地衡量票数与选择，但在特定社会条件下社会体制的实际运作中，并不能保证满足所有公正的诉求。[64]

我们可以发现，哈特在驳斥德沃金的同时，也承认功利主义本身的缺陷和不足，从而间接驳斥了德沃金从“平等关怀”中索取太多。承认这一点不过是表明，对于自由的实现而言，没有什么终极的甚至一元的解决方式。功利主义即使没有外任偏好的问题，个人的内在偏好也可能产生偏狭粗鄙的结果，比如为了内在的安全会剥夺言论自由。但这种缺陷其实是尊重现实制度的自由主义所不可避免的，而

这种缺陷恰好也是德沃金版本的自由主义进路所无法克服的，换言之，当德沃金否定了功利主义的平等性时，他并没有真正提供一种可靠的程序性的东西来担保他所追求的“平等关怀”。所以哈特指出，“对自由的捍卫必须从平等之外寻找依据”。[65]哈特对功利主义的认识和他对法律的认识其实是一致的。在哈特将法律作为一种社会现象来描述时，他的“法律与道德分离”的实证主义立场实际上承认了法律本身的无奈和局限。同样，在维护功利主义的同时，哈特也认识到功利主义本身的不足。这种认识并没有否定功利主义为人类选择自由时所提供的一种可靠的制度安排和程序保障。而自由的价值往往就是在承认现实制度之缺陷和时代背景之局限的情境下做出选择的努力。也正是在这个意义上，哈特提出了功利主义和某些“反功利主义的”权利相结合的思路。哈特注意到了如今政治、道德和法律哲学正在发生的重大变化，即从功利主义到基本人权的转化，但他强调，无论如何，试图回避或否定功利主义而提出某种新的权利观都是不可能成功的。[66]

五 功利与权利的结合：一种发展的路向？

我们已经讨论了哈特对于功利主义的基本捍卫以及他在此基础上提出的“功利与权利”相结合，以弥补功利主义之不足的思路。接下来我们的问题就是：这种新的思路是哈特首先提出来的吗？哈特是否最早意识到功利主义本身的不足？在哈特以前的那些功利主义思想家是否已经认识到了这一点并且提出了一些解答的思路？只有对这方面有一个基本认识，我们才能衡量哈特对功利主义到底有什么新的发展。我们的结论是，哈特在新的时代背景下虽然对于功利和权利的结合予以明确化，但他并没有作出实质性的创新。

（一）边沁对功利与权利的认识

前面我们主要论述了边沁对于自然权利观的反驳，他认为不存在什么天赋的、普遍的、不可剥夺的权利，并证明了这种观念在理论上的混乱以及在实践中的荒谬。边沁之所以强调法律之下的权利，强调功利主义的政治法律制度对于人们的权利和自由的安排，是因为他看到了革命所造成的无政府的恐怖，他希望社会处于一种公共安宁的状态。但是，尽管边沁是功利主义理论的最为彻底和一贯的倡导者和践行者，但他并没有认为功利主义是一切政治生活和私人生活的完全的指导标准，也就是说，他没有一概反对所有的非法律的权利。虽然边沁在他的论述中笼统地主张不存在“非法律的权利”（non-legal rights），但他攻击的这种“非法律权利”主要是自然权利，即人们拥有的普遍权利学说，也就是权利不依赖于任何社会传统，而仅仅是基于人的本性的学说。所以，边沁虽然反对自然权利学说，但同时也承认道德义务与权利的存在，比如在私人契约中，承诺的行动就构建了某种权利，这种权利也由非正式的社会制裁来支持。总之，边沁也承认功利之外的那些建立在强制性社会习俗和“实在道德”基础之上的“非法律的权利”，因为这些权利可以由人们的自愿行动创造或消灭。[67]

同样，一如前面的分析指出，如果边沁的功利主义只是一种终极标准，它必须依托政治法律制度的安排的话，那么，边沁也在实质上承认了功利原理本身与法律权利之间的互补性。正如哈特所述，尽管边沁称功利原理为“正确与错误的尺度”，并且认为它构成了判断任何社会中法律与传统道德的标准，但他显然不认为义务或责任（密尔和他都将这两者等同）是由功利原理产生的。对于边沁来说，一个人拥有行动义务的必要条件是如果不如此行为就会遭受痛苦的可能性。在法律义务情况下，这种受苦是由官员根据法律而施加的法律惩罚；在道德义务情形下，受苦的形式是自发的、大众的或道德的制裁。法律和道德义务的内容在文明社会中可以和功利原理的需求一致，而立法者和道德教化者的任务是确保两者尽可能一致，以形成经由法律和理性之手所创造的幸福大厦。但是，这种一致性毕竟是偶然的，而且通常不易发现，因此法律和道德义务会和功利需求发生冲突。[68]

（二）密尔的功利主义与权利观

密尔在“功利主义”的开头阐述的是比较纯粹的边沁学说：“最大幸福原理主张，行动的正确与其促进幸福的倾向相应；其错误又与其产生不幸的倾向相应。幸福就是意欲的愉快和没有痛苦，而不幸就是痛苦和愉快的匮乏。”[69]他还写道：“愉快和免于痛苦是唯一值得追求的目标，而且，……所有值得追求的事务……要么其本身是愉快的而值得追求，要么其能作为促进愉快和避免痛苦的手段。”[70]但是与边沁不同，密尔认为快乐可以根据质的因素和量的因素予以分类。他解释道：“功利原理同样承认这一事实，某些种类的愉快比其他种类的愉快更值得追求，更有价值。在评价其他事物的时候，质和量一样要受到同样的考虑，因此，如果单纯依据量的标准来评价愉快，将是很荒唐的。”[71]密尔对高级的快乐和低级快乐进行了区分，他认为一个适当而令人满意的人生因此必须包括“精神的愉悦，感情和想象的愉快、道德感的愉快”，它们作为快乐比那些纯粹的感觉快乐具有更高的价值。[72]

密尔由此对边沁的功利主义思想进行了重大发展，他不仅在功利的计算方式上引入了“质”的标准，而且他也拒绝所谓的“抽象权利”，并且在边沁的模糊承认的基础上明确表示存在基本的道德权利，“他认为在拒绝传统的抽象权利和自然权利学说的同时，也可以得出结论说，有些道德权利是所有人都拥有的，用以保护他们的最为重要的个人利益……对于密尔来说，这些权利并非人的或神的造物，它们独立于社会或习俗的承认，它们适应于人类本性的某些特征。”[73]密尔认为道德权利与功利主义的政治道德之间没有冲突，甚至本身就是功利的一个部分。他说正义和对基本权利的尊重是“我们存在的根基”，“人类良好生存的基本要素”。[74]不过，尽管密尔承认人们拥有某些应当得到法律或舆论等力量保护的的权利，但他对于何以人们应当拥有这种权利所给出的是普遍功利的理由。密尔将这种

权利视为特殊的功利。基本权利时常对他人构成消极限制，即不得进行某些伤害性行为，所以具有功利优先性。哈特对于密尔的异议是，密尔在注意到基本权利不同于功利的特殊性的同时，却将其视为一种特定功利，从而构成了整体福利“最大化”的一个部分。这种观点是含混的。在哈特看来，功利和权利必须区分开来，它们具有不同的价值，只有这样，两者才有结合的必要和可能。[75]

但是，虽然哈特认为密尔所主张的基本权利和功利原理之间没有冲突的观点是错误的，但仍然值得认真对待。在我看来，这样的解读的一个最大价值就是进一步认识到功利原理本身的适用范围。这一点在密尔的理论体系中已经体现出来。易言之，密尔在继承边沁的功利主义的同时，也因为注意到功利之外的权利的存在而背离了功利主义本身。这方面的典型表现就是他对代议制政府的阐发以及他的自由主义理念。从民主普选的理由看，密尔认为主要不是功利的理由，而是因为可以使人们通过“参与政治决策而发展自己独特的运思能力、选择能力与自我指导能力”；而就人们的自由而言，密尔主张只有当个人行为对他人有伤害时，才能对个人自由予以干涉。[76]总之，密尔的功利与权利的观念德沃金进行了很好的总结：

边沁和密尔的父亲……都认为，政治上的独立性可以通过广泛分配的选举权和其他政治自由也就是民主制度而得到充分的保障。密尔认为独立性是平等的深层含义；他声称，个人的独立性不仅受到无视其平等声音的政治决策过程的威胁，而且还受到否定其应受平等尊重的政治决定的威胁。承认和保护共同利益的法律，像禁止暴力和垄断的法律并部队任何阶级和个人施加伤害，但是，那些其唯一根据是某人没有能力决定他自己有什么权利而限制该人的法律则严重地伤害了这个人，因为这些法律把这个人置于在思想上和道德上依附于构成多数的英国国教徒的地位中，并且剥夺了曾经授予他的独立性。密尔坚持道德概念，如尊严、个性和侵犯的政治意义。他试图使政治理论接受，并作为自由主义的基本词汇加以使用的，正是这些复杂的观念而不是简单的许可观念。[77]

（三）哈特的功利与权利结合的思想：未竟事业

前文已经指出，哈特在批判诺齐克和德沃金时表明，即使在目前的时代背景下我们对权利理论的需求迫在眉睫，因为“基本人权的观念已经深深的影响了我们这个时代的外交风格、道德模式以及政治理念”，[78]但是，新的权利理论必须在结合功利主义的基础之上才能确立。纵观《法理学和哲学论文集》全书，哈特始终沿着边沁和密尔的路子，对功利主义的自由主义观进行阐释和捍卫。在这个基础上，他认为自由和权利的“真理”不可能通过逃避功利主义的缺陷而实现，相反，必须在坚持功利主义的同时，补充一些“反功利主义的权利”，以弥补功利主义的缺陷，并在功利和权利之间寻找一种调和。从另一个角度而言，哈特对于功利主义解读的侧重点——对自然权利的批判——就已经证明他把功利与权利的结合作为发展功利主义的一个基本方向。遗憾的是，哈特没能在论文集中深入阐明这种功利和权利结合的具体主张。这可能也是哈特再也无法提出“原创性”主张的一个表现。正如妮可拉·莱西指出：哈特“认真思考了这个问题，可是他从来没有完全解决这个问题，而他对于如何在多元政治哲学中调和功利与权利的主张，仍然停留在批判而非建设性阐释的层面……（在此之后，哈特）对于法哲学和政治哲学的贡献也就宣告完成。”[79]

不过，尽管如此，我们从哈特开辟的“功利与权利结合”的路向中仍然可以依稀看到哈特的自由主义思路，这种思路从他于富勒辩论时就体现出来了，那就是：任何建立在权利和功利基础上的自由都不需要寻找先验的、道德的或外在的基础，自由的基础就在法律本身。我们不是没有意识到自由对于政治制度与权力的依赖以及政治制度与权力反过来可能对自由造成的侵害，但正因如此，在任何时候，哪怕是最危机和最非常的时期，如纳粹审判，我们也要坚持在功利主义基础上发展起来的对于人类幸福的考量，并坚持在制度的规则性的框架内解决人类所面临的难题。自由从来不是回避缺陷和困境，这是一种自由的现实，也是一种现实的自由。明白这一点，我们才能理解作为实证法学家的哈特积极参与各种社会政策辩论（包括同性恋改革、包括德国战后审判、包括刑事司法政策等等）的改革的热情。他的努力获得了实际的成效，而他在这种努力过程中所进行的各种理性思考就活生生地体现在《法理学和哲学论文集》当中。通过这本著作，我们亲切地看到了一个饱满的哈特，一个在冷静分析中对生活充满虔诚热爱的哈特。

当然，哈特的这一思路也会带来一个法律实证主义必须面对的问题，那就是当我们权利纳入实证主义的理论体系时，是否意味着要容纳某些基本的道德与自由，这样一来，功利和权利的结合如何与法律实证主义的基本命题“法律与道德相分离”进行协调，就成为一个必须考虑的问题。由于哈特并没有为我们提供功利和权利如何结合的实质性方案，所以我们对这个问题的讨论也就无法展开了。

六 余论：实证法学的功利主义自由观

从以上的分析可以看出，哈特一生虽然都在与不同的思想家进行论战，他对边沁和奥斯丁的法律命令观也进行了激烈的批判，但他对边沁和奥斯丁所持的功利主义思想并没有提出什么实质性的批判。他为这一思潮所做事情的就是在新的时代背景下重新阐发、进行捍卫，并从事一些修补性的工作。事实上，无论边沁、奥斯丁还是哈特，包括哈特以后的法律实证主义者，基本都奉行功利主义的思想。既然如此，哈特对于功利主义之所以没有提出反对意见，他的功利与权利的结合之所以没有铺演为具体的理论，就不仅仅是没有创新能力的原因，更重要的原因恐怕还在于他本来就始终把功利主义作为支撑法律实证主义之理论体系的基础。从前面的分析看出，尽管功利主义受到各种批判，其“最大幸福”原理被认为是与自由主义所秉持的尊重个人价值的观念相冲突，但是，从功利主义的内在立场、初衷以及理论逻辑来看，功利主义与自由主义之间具有相当紧密的内在的勾连，而英美的自由主义政治实践也的确是沿着功利主义的路子发展的。因

此我们可以把法律实证主义的这种功利主义立场称为其“自由主义底色”，再进而言之，实证法学其实就是一种自由主义的法学。这样的概括当然符合以边沁和哈特为代表的法律实证主义者在推动法律社会改革时的各种身体力行的实践。也正如哈特为这种立场辩护时指出：“有人发现功利主义的政治与道德见识是比较简单的一种，但我们不应该误将这种简单当成了肤浅；也不要忘了与其他思想家的深奥相比，他们的简单是如何地有益。”[80]

于是，留给我们的疑问就是：既然法律实证主义的一个核心命题是价值的不可知论，也就是说，不应当承认在法律之外有什么必然的支撑价值，法律与这些价值之间只具有偶然的关联，但为什么法律实证主义和功利主义的联系还如此紧密呢？功利主义的标准是基于人性趋利避害的预设，比如边沁就旗帜鲜明地认为，人类是自私的生物，其被自己的对快乐的希望所驱使，在追求自身目标时进行冷酷的算计，[81]而这种预设本身也是一种价值判断的结果，因此，功利主义是否意味着已经认可了某种价值的优先地位呢？当这种理论和法律实证主义发生勾连时，是不是会颠覆法律实证主义的根本命题呢？所有这些有关法律实证主义的功利主义维度的问题，很少有人进行专门的挖掘和深入研究，本文在对实证法学与功利主义的关系进行梳理的基础上，试图回答一下这些问题。

我们已经提到，边沁曾经苦苦寻找某种衡量和判断特定法律的价值。他后来承认，当他读了休谟《人性论》中有关“一切善德的基础蕴藏在功利之中”的部分时，“顿时感到眼睛被擦亮了”。[82]追究起来，边沁之所以一下就接受了功利主义的理念，除了这种表面的个人因素之外，还与当时的时代风气有关，正如蒙塔古指出：“在18世纪，最活跃的时代本性是反抗神学的专制与反对社会的不公平。因此，流行的道德理论，用最粗浅的方式来说，就是主张人有权在现世享乐的权力以及每个人都有权以同等的机会享乐。这一道理在边沁那里就是理所当然的了。”[83]作为相信社会进步，志在社会改革的积极人士，边沁当然需要某种指导性的原理作为“批判制度的充分而有力的指南”，[84]边沁拒绝了自然权利，也不会依赖于神学主张，所以他最终找到了功利主义这一理论武器，以把所有制度的正义与否置于功利的检验之下。更值得注意的是，我们发现，边沁虽然也从实证主义的立场对主权者的法律进行研究，但他的侧重点显然在立法设计的方面，作为一种立法的制度安排而言，没有具体的思想指导显然是不可能的。

到了哈特这里，虽然他的法律实证主义不再关注立法设计的问题，而致力于描述一种普遍的规则性的法律，甚至深入到司法自由裁量的层面，但是，一方面，哈特也热衷于参与社会改革，改革自然也需要一种指导思想，所以哈特在批判自然法学的同时，也会走到和自己的先行者边沁及奥斯丁同样的功利主义的道路上来；另一方面，如果我们明白，在思想史上，从来就不存在没有立场的理论的话，我们对于法律实证主义的功利主义基础就会有更为同情的理解。一如哈特认为边沁和奥斯丁并非冷冰冰的隔岸观火者那样，作为分析实证法学在二十世纪的杰出代表，哈特相信在各种事实的背后“寄存着我们巨大的思维结构、行为准则以及社会生活”[85]，因此法律实证主义的科学性和中立性，主要就体现在通过客观的描述和对法律语词的廓清来把握现代法律现象中蕴涵的自由主义的精髓。易言之，法律实证主义的分析技术后面离不开某种观念的支撑。更重要的时，如果法律实证主义要想避免小事清醒、大事糊涂；零售理智、批发疯狂；[86]见树不见林；只重技术等不当指责，从而真正做到“苍蝇之眼”和“雄鹰之眼”的结合，那它就必须依托某种具有价值倾向性的立场。所以实证主义找到了功利主义这一思想，也是其理论的必然，功利主义也构成了对于主权者意志（在边沁和奥斯丁时代）及新的以规则为主导的法律意识形态（在哈特时代）的一种必要的限制。

在这个意义上，法律实证主义是一种承认制度之局限性、奉行中庸之道，从而反对极端化（观念的极端或技术的极端）的理论。法律实证主义以功利主义的自由观为指导，与它在描述法律现象时采取的客观分析的进路并不矛盾。套用边沁反对“非法律的权利”的说法，法律实证主义并非反对一切价值，它只是反对虚幻的价值；法律实证主义并非没有社会的关怀，它只是希望这种关怀是在对法律现象的性质、作用及局限有着清醒认识之后才自然生发出来的关怀。当然，就像哈特认识到他所处的时代要求功利和权利相结合的趋势一样，法律实证主义在如何实现将功利主义和实证分析很好地结合起来的道路上，还有许多问题需要解决，以避免这两者成为两张皮。在这方面，我认为法律实证主义者将功利主义定位为“为政治法律制度的安排提供指导”是准确的，因为功利主义毕竟只是我们行动的最终尺度，在具体的生活中，我们所依赖的还是在功利指导下的法律规则。对于永远处于具体的时空、知识和理性等限制条件下的人类来说，遵循规则或许就是最符合功利的选择。这或许就是法律实证主义最根本的立场。

* 作者系北京大学博士，西北政法学院教师。电邮垂询：chg21sx@sina.com。本文载于《法律科学》2006年第4期。

** 边沁著：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2000年版，第60页。

[1] See H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press 1982, pp. 1-7.

[2] 以上所述有关哈特对边沁痴迷的主要理由的概括，参见Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: the Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004, pp. 297-299.

[3] 以上概括基于我对相关文献的阅读，主要包括：蒙塔古：“编者导言”，载于《政府片论》，沈叔平等译，商务印书馆1995年版；韦恩·莫里森：“斯密、边沁和密尔：法律的功利主义基础的早期发展”，见《法理学：从古希腊到后现代》，李桂林、李清伟、侯健、郑云端译，武汉大学出版社2003年版，第八章；Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart*。

[4] 蒙塔古：“编者导言”，载于《政府片论》，第58页。

[5] 参见我所写的：“从命令论到规则论：哈特与奥斯丁之间的一桩公案”（未刊稿）。

[6] 比如行善（agatho-poietic）、公物管理（demosio-tamieutic）、助长民智（epistemo-threptic）等。参见《道德与立法原理导论》，第327-328页。

[7] 参见《政府片论》，第229页以及我的文章：“在迷惑与清醒之间徘徊：边沁的法律语言观及其对立法科学化的追求”，载于葛洪义主编：《法律方法与法律思维》（第二辑），中国政法大学出版社2003年版。

[8] 哈特：“实证主义与法律和道德的分离”，见于《法理学与哲学论文集》，支振锋译，法律出版社2005年版，第56页。

[9] 英文原著为：*Punishment and Responsibility* (Oxford: Clarendon Press 1968)，中译本为《惩罚与责任》，王勇、张志铭、方蕾译，华夏出版社1989年版。

[10] Geoffrey Scarre: *Utilitarianism*, Routledge, 1996, p. 4.

[11] 参见“编者导言”，《政府片论》，第29页。

[12] 参见“编者导言”，《政府片论》，第35—36页。

[13] 哈特：“导言”，《道德与立法原理导论》，第12页。

[14] 一则故事突出说明了边沁的特性。他临死前对守候的一位朋友说：“我感到我快要死了，我们要注意的是必须减少痛苦到最小限度。不要让任何仆人到房间里来，要让所有的青年人都走开。他们看到这种情景是很难受的；他们在这里也无济于事。我当然不能单独留在这里，你得留下来看着我，而且只要你一个人看着我。这样就可以使我们的痛苦尽可能减少到最小限度。”参见“编者导言”，《政府片论》，第16页。

[15] 以上概括参见Geoffrey Scarre: *Utilitarianism*, Routledge, 1996.pp. 4-26.

[16] 边沁：《道德与立法原理导论》，第58页。

[17] 边沁：《政府片论》，第92页。

[18] 边沁：《道德与立法原理导论》，第59页。

[19] 参见同上。

[20] 参见“编者导言”，《政府片论》，第37-38页。

[21] 哈特“导言”，《道德与立法原理导论》，第24页。

[22] 具体的复杂分析参见《道德与立法原理导论》第三、四、五、六章。

[23] 参见罗尔斯：《正义论》，英文版第27页，第187页等，转引自《法理学和哲学论文集》，第208页。

[24] 《边沁全集》，鲍林版，第3卷，第495页，转引自哈特：“导言”，《道德与立法原理导论》，第17页。以上及下面关于快乐

主义与功利原理的概述，同样参见哈特“导言”，《道德与立法原理导论》，第16-19页。

[25] 《道德与立法原理导论》，第81页。边沁在该书另一处也明确指出：“共同体是个虚构体，由那些被认为可以说构成其成员的个人组成。那么，共同体的利益是什么呢？是组成共同体的若干成员的利益总和。”见该书第58页。

[26] “编者导言”，《政府片论》，第45页。

[27] 《道德与立法原理导论》，第57页。

[28] 参见哈特“导言”，《道德与立法原理导论》，第21-22页。

[29] 《道德与立法原理导论》，第122页。

[30] “编者导言”，《政府片论》，第45页。

[31] Bentham, Works III p. 221. 转引自: Essays on Bentham, p. 82.

[32] 此处有关边沁功利主义的批判性的解读，均参见“编者导言”，《政府片论》，第44—46页。

[33] 边沁：《政府片论》，第99页。

[34] “编者导言”，《政府片论》，第20页。

[35] 以上例证及引述参见奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社2002年版，第49-51页。

[36] 奥斯丁：《法理学的范围》，第293页。奥斯丁在该书另一处进一步强调：“尽可能地增长人类的福祉或善，尽可能地增进一个具体社会的福祉，是主权者政府为之存在的首要目的，或者最终目的。”见该书第318页。

[37] 参见同上，第69页。

[38] 参见奥斯丁：《法理学的范围》，第70页。

[39] 同上，第60页。

[40] 同上，第62页。

[41] 同上，第77页。

[42] 出自边沁于1776年给林德的信件手稿，其主旨与《答美国国会宣言》是一致的，转引自《法理学与哲学论文集》，第158页和196页。

[43] See, Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill, in H. L. A. Hart, Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory, p. 80.

[44] Economic Writings I 334, 转引自: Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill, in Essays on Bentham, p. 82.

[45] See, Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill, p. 82.

[46] “功利主义与自然权利”，《法理学和哲学论文集》，第196页。

[47] See, Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill, in Essays on Bentham, pp. 80-82.

[48] “功利主义与自然权利”，《法理学和哲学论文集》，第196页。

[49] 参见“功利主义与自然权利”，《法理学与哲学论文集》，第198页。

[50] 参见“功利主义与自然权利”，《法理学与哲学论文集》，第199页。

[51] 我在这里只是简略概括了对于功利主义的主要批评。批评者们所指出的功利主义的缺陷，亦可参见哈特的概括，“在功利与权利之间”，《法理学与哲学论文集》，第214—216页。

[52] 参见“在功利与权利之间”，《法理学与哲学论文集》，第217页。关于诺齐克的思想，见其著的《无政府、国家与乌托邦》，何怀宏等译，中国社会科学出版社，1991年版。

[53] “在功利与权利之间”，《法理学与哲学论文集》，第221页。

[54] 我已经专文介绍过哈特与德沃金围绕承认规则的论战。所以在此对于他们的论战过程就不再作详细介绍了。本文立足点并不是哈特与德沃金之争，而只是从功利主义的整体论述中来分析德沃金和哈特的功利主义的争议。

[55] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第357页。

[56] 参见《认真对待权利》，第299-300页。

[57] 参见《认真对待权利》，第306-307页。

[58] 同上，第362页。

[59] 参见同上，第309页。

[60] 参见同上，第314页。

[61] 德沃金对于这两种自由观的批判分析，具体参见《认真对待权利》，第352-356页。

[62] 哈特：“在功利与权利之间”，《法理学和哲学论文集》，第225页。

[63] 以上驳斥参见“在功利与权利之间”，《法理学和哲学论文集》，第228-230页。

[64] “在功利与权利之间”，《法理学和哲学论文集》，第231页。

[65] “在功利与权利之间”，《法理学与哲学论文集》，第233页。

[66] 参见“在功利与权利之间”，《法理学与哲学论文集》，第235页。

[67] see, *Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill*, in *Essays on Bentham*, pp. 83-84.

[68] see, *Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill*, in *Essays on Bentham*, pp. 86-87.

[69] “Utilitarianism” (1861), reprinted in *Essays on Ethics, Religion and Society*, ed. J. M. Robson, *Collected Works*, vol. 10, Toronto: Toronto University Press, 1969. p. 210.

[70] *Ibid*, p. 210.

[71] *Ibid*, p. 211.

[72] See, Geoffrey Scarre: Utilitarianism, Routledge, 1996. p. 92.

[73] Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill, in Essays on Bentham, pp. 89-90.

[74] 参见“功利主义与自然权利”，《法理学和哲学论文集》，第202-203页。

[75] 参见“功利主义与自然权利”，《法理学和哲学论文集》，第204-205页。

[76] 有关密尔的自由主义与代议制思想，参见其著的《代议制政府》，汪宣译，商务印书馆1982年版和《论自由》，程崇华译，商务印书馆1959年版两书，这里的阐发主要是从它们与功利主义的关系这一不同的视角出发的。此处的简要阐述参见哈特“功利主义与自然权利”，《法理学和哲学论文集》，第207页。

[77] 德沃金：《认真对待权利》，第346页。

[78] 哈特：“功利主义与自然权利”，《法理学和哲学论文集》，第210页。

[79] Nicola Lacey, A Life of H. L. A. Hart: the Nightmare and the Noble Dream, Oxford University Press, 2004, p 3 26.

[80]“实证主义与法律和道德的分离”，《法理学和哲学论文集》，第59页。

[81] See, Geoffrey Scarre: Utilitarianism, Routledge, 1996. p. 88.

[82] 参见《政府片论》，第149页注释1。

[83] 参见“编者导言”，《政府片论》，第37页。

[84] 参见“编者导言”，《政府片论》，第33页。

[85] “实证主义与法律和道德的分离”，《法理学与哲学论文集》，第87页。

[86] 这里套用施特劳斯对当代自然权利论的批判的说法，但也可以用于对实证法学的指责。参见列奥·施特劳斯：《自然权利和历史》，彭刚译，三联书店2003年版，第4页。

来源:法律思想网