

# 道德立法論與傷害原則之爭議—— 重新審視德夫林與赫特的辯論

關啟文

香港浸會大學  
宗教及哲學系  
教授

## 摘要

一場知名的辯論發生於1960年代的英國，德夫林（Patrick Devlin）法官支持道德立法論並反對傷害原則，但法律學者赫特（H. L. A. Hart）則堅決支持某種版本的傷害原則並反對道德立法論。這場辯論還在持續中，而且近年不少法律哲學家（如梅菲（Jeffrie Murphy））對傷害原則提出不少質疑。本研究將重新審視這場辯論，透過重新發掘德夫林較受忽略的論點和一些當代的哲學討論，本研究論證在道德立法論與傷害原則的辯論中，稍微占上風的應該是道德立法論。

關鍵詞：傷害原則、道德立法論、赫特、德夫林



通訊作者：關啟文，[kmkwan@hkbu.edu.hk](mailto:kmkwan@hkbu.edu.hk)

收稿日期：2023/12/13；修正日期：2024/01/25；接受日期：2024/03/13

[https://doi.org/10.6210/JNTNU.202403\\_69\(1\).0001](https://doi.org/10.6210/JNTNU.202403_69(1).0001)

## 壹、引言——爭議的重要性和主要的立場

### 一、如何界定「不受法律禁止的權利」？

人權的理念主要關注的是：我們應該有怎樣的自由或權利，而這些自由或權利的範圍應該延伸到那裡？自由的概念殊不簡單，可以有不同的詮釋，例如著名政治哲學家柏林（Isaiah Berlin）認為要區分積極自由（positive liberty）和消極自由（negative liberty），而後者指的是不受規限的自由。可以限制自由的不單是政府和法律，也可以是社會的道德或個人／團體的干預，但法律哲學家和政治哲學家特別關注的是「不受法律禁止的自由或權利」。不同哲學家對這權利的範圍應該較寬還是較窄，有甚為不同的意見。英國哲學家彌爾（John Stuart Mill）對這問題提出一個很有名的答案——傷害原則（harm principle），簡單而言，這是說：「只有當一個人的行為傷害到別人，他的行為才應該被法律規管」。若不符合傷害原則，法律的禁止就是不當的，是對「不受法律禁止的自由或權利」的侵害。大體而言，傾向自由主義的學者會擁護傷害原則，這理念也相當深入民心，不少大學生把傷害原則奉為金科玉律（但往往欠缺深刻的反思），但學術上傷害原則並非什麼定論。

例如一場知名的辯論發生於1960年代的英國，德夫林法官（Patrick Devlin）認為單純為道德而立法可以是合理的，並反對傷害原則，但法律學者赫特（H. L. A. Hart）則堅決支持（一種修改了的）傷害原則，而反對為道德立法。其實這場辯論還在持續中，而且近年無論是法律哲學家和政治哲學家，都已對傷害原則提出不少質疑。然而，華人學界對這些當代發展甚少討論。而且本研究發現，在西方雖然有大量評論德夫林與赫特之間辯論的論文和書籍，但對德夫林的認知，往往停留在他較早期的言論，卻基本上忽略了他很多回應批評者（如赫特）的論點。所以，本研究將重新審視這場辯論，介紹一些當代的討論，並重新發掘德夫林較受忽略但不可輕視的論點，從而促進更多人對傷害原則和道德立法等問題，做出更深刻的反思。

### 二、法律禁制的四種可能理由

當我們嘗試為法律禁制提供理據時，學者提出的理由主要有四種：

（一）以傷害為基礎的禁制（Harm-based Prohibition）：一條刑事法是合理的，若它能防止人們傷害其他人，例如對謀殺的禁制。

（二）冒犯原則（Offense Principle）：一條刑事法是合理的，若它能防止人們嚴重地冒犯他人，例如對在公共地方進行性行為的禁制。

（三）家長主義（Legal Paternalism）：一條刑事法是合理的，若它能防止人們傷害自

己，例如要求人們在駕駛電單車時一定要帶頭盔。

（四）道德立法論（**Legal Moralism**）：一條刑事法是合理的，若它能防止一些不道德的行為，例如禁止亂倫（縱使當事人是自願的）。這種做法有時被稱為「為道德立法」（**legislating morality**）。

先要澄清一點：本文對「道德」採取一種廣義的理解，是關乎什麼在道德上是對或錯的判斷，而不只是指性道德或一般被視為保守的道德規範。例如反對虐待動物或支持環保，都是一種道德判斷。無論是傷害原則或道德立法論，都對社會有深遠影響，所影響的範圍都遠超性道德。

### 三、有關法律禁制的不同哲學

在四種理由中，彌爾可能只接受理由（一），可稱為極端自由主義（**extreme liberalism**），這也是他有名的傷害原則：

人類能合理地干預他們任何一個成員行動的自由，只有當其目的是自我保護……在一個文明社群裡，使用權力去壓制任何一個成員的意志，唯一的正當目的就是防止其他人受到傷害。他自己的好處（無論是身體上或道德上）並非一個充足的理由，一個人被強逼去做或忍受某事情，無論是因為他這樣做會令他更好，或因為他這樣做會令他更快樂，或因為若他這樣做，其他人就會認為他是有智慧或是正確的，都是不對的。<sup>1</sup>

當然，彌爾的實際立場比這更為複雜，也可有不同詮釋，但這裡探討的傷害原則基本上指的就是以上版本。

按照這版本，保護自己免於受到傷害可以是法律禁制的正當理由，所以彌爾接受理由（一）。但若嚴格地理解「傷害」，冒犯算不上是一種直接的傷害，所以他不會接受理由（二）的冒犯原則。由於「為了你自己的好處」也不是好理由，所以彌爾也否定理由（三）的家長主義。當然，彌爾也不會接受理由（四）的道德立法論，因為社會道德的意見也不是法律禁制的正當理由。自由主義者通常強調要保存一種私領域，不讓公權力可以侵入，而在這個領域裡人們甚至有選擇不道德的自由。當然自由主義者並不一定全盤否定客觀道德的存在，他們或許也不鼓勵私人的不道德行為（彌爾本身可能是如此），但他們往往反對以法律禁制那些「無受害人的罪行」（**victimless crimes**），如色情和賣淫。道德立法論者則認為只是為了保護公眾道德，已為禁止色情和賣淫的法律提供足夠理由，這與自由主義者的立場南

<sup>1</sup> John Stuart Mill, *On Liberty* (Harmondsworth, UK: Penguin Books, 1985), 68.

轅北轍，事實上雙方也經常為這些議題爭辯。

費伯格（Joel Feinberg）提倡溫和的自由主義（Moderate Liberalism），他和其他自由主義者一樣接受理由（一）和反對理由（三）與理由（四），但他同時接受理由（二）。而另一些自由主義者（如赫特）接受理由（一）、理由（二）和理由（三），但仍然反對理由（四）。<sup>2</sup>德夫林作為保守主義（Conservatism）的代表，則似乎四種理由都接受。有關這四種立場的維護和辯論，參德沃金（Gerald Dworkin, 1994）的文集。<sup>3</sup>這場辯論對現代社會的氛圍和文化都異常重要，一般而言，亞洲文化較為保守，而西方文化較傾向自由主義，但隨著亞洲社會（如華人社會）邁向現代化，這些價值和文化的衝突和變革也在我們當中發生。我們應何去何從？應全盤西化還是保留較傳統的亞洲文化？我們實在要認真思考這些問題。

## 貳、德夫林與赫特的辯論

### 一、辯論的源起

一個最大爭議性的問題就是應否用法律去強制道德要求，亦即是問：道德立法論是否站得住腳？有關這問題最知名的辯論發生於1960年代的英國，德夫林法官支持道德立法論，而法律學者赫特（H. L. A. Hart）則堅決反對。在1957年9月，英國的沃芬頓委員會（Wolfenden Committee）發表了報告，建議把21歲以上成年人私下的同性性行為（肛交）非刑事化，<sup>4</sup>背後的理念就是反對道德立法論的自由主義（一）：「必須保留私人道德和不道德的領域」，而這「不是法律應過問的」。<sup>5</sup>

其實德夫林起初也是支持這種改革的，他那時完全接受「不受法律干預的私領域」的理念，<sup>6</sup>然而當他深入研究這問題時，他改變了主意，他特別受到史提芬（James Fitzjames Stephen）法官在1873年出版的《自由、平等、友愛》（*Liberty, Equality, Fraternity*）一書所影響。<sup>7</sup>在1959年，他在一個公開講座維護道德立法論，<sup>8</sup>這就引發爭議，不少人批評他，如赫特在1959年7月30日的《聆聽者》雜誌（*The Listener*）撰寫〈不道德與賣國〉（*Immorality*

<sup>2</sup> H. L. A. Hart, *Law, Liberty, and Morality* (New York, NY: Vintage Books, 1963).

<sup>3</sup> Gerald Dworkin, ed., *Morality, Harm, and the Law* (Boulder, CO: Westview Press, 1994).

<sup>4</sup> Wolfenden Committee, *Report of the Committee on Homosexual Offences & Prostitution* (London, UK: HMSO, 1957).

<sup>5</sup> Wolfenden Committee, *Report of the Committee on Homosexual Offences & Prostitution*, paragraph 61。英國在1967年通過了《性犯罪法案》（*Sexual Offences Act*），實現了這非刑事化的建議。

<sup>6</sup> Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (Oxford, UK: Oxford University Press, 1965), vi.

<sup>7</sup> 史提芬法官寫這本書，就是用來批評彌爾的傷害原則。Devlin, *The Enforcement of Morals*, vii; James Fitzjames Stephen, "The Doctrine of Liberty in Its Application to Morals," in *Morality, Harm, & the Law*, ed. Gerald Dworkin (Boulder, CO: Westview Press, 1994), 26-35.

<sup>8</sup> Devlin, *The Enforcement of Moral*.

and Treason) 一文，矛頭直指德夫林。後來赫特在1963年出版了一本小書去批評德夫林和道德立法論：《法律、自由與道德》(Law, Liberty, and Morality)。而德夫林的演講在1965年出版，在其前言和第五至七章也對批評者做出回應。<sup>9</sup>在第一至四章，德夫林也進一步說明他怎樣看法律與道德的關係，而把這觀點應用到不同的法律領域，如刑事法、合約法和婚姻法等。

德夫林並不認為所有法律都與道德有內在的關係，因為有些法律的目的主要是「達成一致性和方便」，如「限制（車輛）速度或防止堵塞公路的法律，就與道德無關」。<sup>10</sup>然而，刑事法則與道德有內在的關係，在這領域裡以法律強制道德是合理的（參第一章），在其他領域法律與道德的關係相當複雜，有時也較為間接，但某程度的關連也是存在的。「有些法律的部門包含的道德內容，比其他部門較多，但我不認為有一個英國法律的部門，是完全沒有道德內容的」。<sup>11</sup>總而言之，把法律與道德完全分家，是一種錯誤，在刑事法的領域尤其如此。

德夫林對彌爾的傷害原則提出很多反例，如安樂死、私下決鬥（dueling）、墮胎和亂倫，他認為一個公共的道德對社會是有必要的：社會「被共同的思想的無形紐帶連結在一起，假若這些紐帶過於鬆弛，社會成員就會漸行漸遠。共同的道德是這種束縛的一部分，而這束縛是社會存在的一部分代價；人類是需要社會的，所以也必須付出這代價」。<sup>12</sup>他甚至說：「當（社會）缺乏共同道德時，就會產生分解。歷史顯示，當道德紐帶開始鬆開時，往往是社會分解的第一個階段」。<sup>13</sup>這被稱為「社會分解論證」（social disintegration argument），這論證的涵義是：社會有權利維護其共同道德，所以「也有初步權利去以法律禁制不道德行為」。<sup>14</sup>

赫特不完全同意彌爾的傷害原則，但他堅決反對道德立法論，他認為道德並非一個無縫之網，而這一點能反駁德夫林的社會分解論證。這是因為當我們在某層面的道德帶來變革時，其實是可以保持其他層面的道德不變的，只要不摧毀整個共同道德，社會也不至於分解。此外，他強力維護私人（不）道德的領域，他指控德夫林的立場只會導致不寬容和大多數人的專政。<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*.

<sup>10</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 5.

<sup>11</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 43.另參第二至四章。

<sup>12</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 10.

<sup>13</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 13.

<sup>14</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 11.

<sup>15</sup> 赫特這方面的批評是不容忽視的，但他也對德夫林有一些誤解，可惜的是，因著篇幅所限，這方面的批評要另文處理了。H. L. A. Hart, "Immorality and Treason," in *The Philosophy of Law*, ed. R. M. Dworkin (Oxford, UK: Oxford University Press, 1977), 83-88.

## 二、這辯論的近期發展與重新評估

當自由主義者評論德夫林與赫特的辯論時，往往會輕率否定德夫林，並宣布赫特為勝方，但他們往往沒有仔細考慮德夫林的立場，所以會對其立場做出簡化，甚或有不少誤解，更很少檢視德夫林對批評者的反駁。當然，支持傷害原則的自由主義者也提出不少有分量的論據，特別是費伯格的一系列著作不容忽視——他以四大冊去探索刑法的道德限制（*The Moral Limits of the Criminal Law*），第一冊的主題是「傷害他人」（*Harm to Others*），<sup>16</sup>第二冊的主題是「冒犯他人」（*Offense to Others*），<sup>17</sup>第三冊則論及「傷害自己」（*Harm to Self*）<sup>18</sup>——這是回應家長主義，而第四冊回應道德立法論——「無傷害的錯事」（*Harmless Wrongdoing*）。<sup>19</sup>這四冊洋洋大觀，涵蓋面極廣，且基本上從自由主義出發，這顯示支持傷害原則的理據還是不可輕視的。然而，我在下面會指出費伯格故然為傷害原則提出很多支持，但他也在不知不覺中做出修正。

無論如何，德夫林與赫特的辯論在過去半世紀產生了傷害原則的支持者，與道德立法論的擁護者之間的長期爭論（但要強調，他們擁護的道德立法論與德夫林的版本未必完全一樣）。利池雅迪（Mario Ricciardi）是支持赫特一方的，但他也指出兩人的辯論的延伸「幾乎沒有停止過」，而且他承認自由主義的立場並未能達成「一個穩定的新道德共識」。相反地，「對法律與秩序的自由主義假設，有愈來愈響亮的批評」。<sup>20</sup>

學者持續地表達對這辯論的興趣，從巴斯森（Gregory Bassham）在2012年的文章可見一斑：〈為道德立法——五十年後為赫特與德夫林的辯論評分〉（*Legislating Morality: Scoring the Hart/Devlin Debate after Fifty Years*）。<sup>21</sup>他在這場辯論50年後重新做出評估，他已比一般自由主義者對德夫林有更多同情的理解，所以也給了德夫林一分，但他基本上是支持赫特，最後還是判赫特以2.5比1勝出。<sup>22</sup>但筆者將在後文指出他忽略了德夫林的一些論點。再者，近年有不少評論者較嚴肅看待德夫林的論據，有時認為在某些方面德夫林比赫特優勝。甚至

<sup>16</sup> Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume 1: Harm to Others) (New York, NY: Oxford University Press, 1987).

<sup>17</sup> Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume 2: Offense to Others) (New York, NY: Oxford University Press, 1988).

<sup>18</sup> Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume 3: Harm to Self) (New York, NY: Oxford University Press, 1989).

<sup>19</sup> Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume 4: Harmless Wrongdoing) (New York, NY: Oxford University Press, 1990).

<sup>20</sup> Mario Ricciardi, "Morality, Law and the Fair Distribution of Freedom," *Criminal Law & Philosophy* 7 (2013): 533.

<sup>21</sup> Gregory Bassham, "Legislating Morality: Scoring the Hart/Devlin Debate after Fifty Years," *An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law* 25, no. 2 (2012): 117-132.

<sup>22</sup> Bassham, "Legislating Morality: Scoring the Hart/Devlin Debate after Fifty Years," 130.

有一位法律哲學家的態度有180度的轉變——梅菲（Jeffrie G. Murphy），他在1966年的論文寫道：「任何企圖復興道德立法論的理論嘗試必然會失敗，所有道德立法論的實際應用應該被徹底消滅」。<sup>23</sup>但後來他承認，他自己這「法律哲學的論文不加批判地認同赫特（對道德立法論）的批評，和把這批評擴充（但卻思路不清）。這論文真的差勁得嚇人，我已不再把它放在我的履歷裡。……我仍然認為德夫林的觀點有不少錯誤，但我現在認為不能簡單地說他的觀點是危險和愚蠢，並因此不用考慮這觀點。」其實德夫林的觀點「包含了正面的洞見，而且……把關於刑事法的傳統自由主義理論當中的某些矛盾揭露出來」。<sup>24</sup>

梅菲指出了德夫林的一些缺點：「除非我們應用詮釋學的友愛原則（the principle of charity），德夫林的觀點的確很容易被取笑和否定，因為他的論點往往以極端的方式表達；若更謹慎地表達這些論點，它們也可能不無優點」。<sup>25</sup>然而他現在相信，若同情地理解並稍微修正德夫林的論點，他的立場或許是值得認真考慮的，他甚至認為某些保守主義的觀點未必完全錯誤，如性道德的自由化會導致不良的社會後果。<sup>26</sup>

梅菲承認：他「對彌爾的傷害原則愈來愈有懷疑……當我們嘗試理性地思考合法的國家強制時，我們需要評估國家想限制的那種特定自由……的重要性。但彌爾的傷害原則不容許我們這樣做，因為它論及自由和強制時都是用非常廣泛的概念。」其實就算是「彌爾也不相信所有（種類的）自由都有同等的（價值）……有些自由（如言論自由）比很多其他自由都重要得多……若某種自由不是那麼重要，……那我看不到任何理由去說：國家在限制這種自由時，必須證明有傷害；例如證明有冒犯就可能足夠」。<sup>27</sup>

他甚至從德夫林獲得啟發，去批評德沃金（Ronald M. Dworkin）提出的政府中立論：「這種自由主義的論證可能最終是與兩個大多數（縱使不是所有）自由主義者擁抱的價值有矛盾：<sup>28</sup>基本權利的憲法主義（*fundamental rights constitutionalism*）和量刑上的品格報應論（*character retributivism in criminal sentencing*）」。<sup>29</sup>

另一個學者利思（Steven Lecce）認為「德夫林的民主論證逼使赫特面對一個可能有嚴重後果的矛盾，因為這論證建基於自由主義者都接受的價值——平等」。所以「我們有好理由重新檢視這場經典的辯論」。<sup>30</sup>或許「赫特對社會分解論證的反駁很有說服力，但面對德夫

<sup>23</sup> Jeffrie G. Murphy, "Another Look at Legal Moralism," *Ethics* 77, no. 1 (1966): 54.

<sup>24</sup> Jeffrie G. Murphy, "Legal Moralism and Retribution Revisited," *Proceedings & Addresses of the American Philosophical Association* 80, no. 2 (2006): 46-47.

<sup>25</sup> Murphy, "Legal Moralism and Retribution Revisited," 47.

<sup>26</sup> Murphy, "Legal Moralism and Retribution Revisited," 47-48.

<sup>27</sup> 梅菲指出，彌爾很詳細地為言論自由的重要性提出辯護，很沒有為其他較瑣碎的自由這樣做，這反映他也看到不同類別的自由的重要性也不同。Murphy, "Legal Moralism and Retribution Revisited," 48.

<sup>28</sup> Murphy, "Legal Moralism and Retribution Revisited," 48.

<sup>29</sup> Murphy, "Legal Moralism and Retribution Revisited," 49.

<sup>30</sup> Steven Lecce, "The Clapham Omnibus Revisited: Liberalism against Democracy?," *Contemporary Political*

林的民主論證則不那麼令人滿意，而赫特大體上忽略了這民主論證」。<sup>31</sup>

亞里臣（Richard J. Arneson）本身是自由主義者，他同意赫特是「一個真正出色的法律理論家」。但他認為他的「*Law, Liberty and Morality*並非他最佳的著作之一……赫特反對他們（德夫林與史提芬）的一些論點相當優勝」，但赫特卻看不到彌爾有關法律禁制的限制的立場「某程度是難以維護的」。<sup>32</sup>亞里臣承認有關道德立法論的學術評價，「陪審團尚未有結論」。<sup>33</sup>學者批評德夫林時，往往聚焦於他的社會分解論證，筆者也同意這論證是有弱點的，但德夫林也提出很多批評傷害原則的論證，這些論證不容忽視（甚或一定程度成功），上面學者指出赫特其實較忽視這方面的論證，德夫林在這層面的貢獻是應該被肯定的。

堅恩（Peter Cane）認為赫特與德夫林的辯論的起點圍繞著性道德和同性戀，但這「在當時和現在都扭曲和窒礙了這場辯論……去確立法律的界線，更好的方法是開放地評估支持和反對法律規管的理由，而不是去發展傷害原則」。<sup>34</sup>一般而言，堅恩支持的是德夫林而不是赫特，他認為赫特對德夫林的一些批評其實「是非常弱」。<sup>35</sup>雖然很多評論者認為赫特贏了這場辯論，但堅恩認為這些「勝利」終究是名過於實。<sup>36</sup>

### 三、道德立法論的當代支持者

其實為數不少的當代哲學家願意維護某版本的道德立法論——雖然這仍然不是流行的立場，一個重要例子是佐治（Robert P. George），他以整本書為道德立法論辯護，並仔細回應了不少自由主義者的批評。<sup>37</sup>但在1990年代，除了佐治以外，支持道德立法論的哲學家實在不多，但步入二十一世紀，似乎愈來愈多人更同情德夫林的立場，而且也有一個反思傷害原則的浪潮。

除了亞歷山大（Larry Alexander）之外，索思亞（Danny Scoccia）也提倡一種純粹的道德立法論，<sup>38</sup>而窩爾（Steven Wall）反對那些「由赫特到費伯格到德沃金的自由主義者」對道德立法論的批評。<sup>39</sup>他嘗試論證，「我們有理由先假定，刑事法的一個正當功能就是去強制有批判性的道德（critical morality），這包括與防止傷害或不尊重他人無關的批判性道

*Theory* 2 (2003): 89.

<sup>31</sup> Lecce, "The Clapham Omnibus Revisited: Liberalism against Democracy," 91.

<sup>32</sup> Richard J. Arneson, "The Enforcement of Morals Revisited," *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013): 435.

<sup>33</sup> Arneson, "The Enforcement of Morals Revisited," 435.

<sup>34</sup> Peter Cane, "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate," *The Journal of Ethics* 10 (2006): 26.

<sup>35</sup> Cane, "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate," 26, note 29.

<sup>36</sup> Cane, "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate," 31.

<sup>37</sup> Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality* (Oxford, UK: Clarendon, 1993).

<sup>38</sup> Danny Scoccia, "In Defense of 'Pure' Legal Moralism," *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013): 513-530.

<sup>39</sup> Steven Wall, "Enforcing Morality," *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013): 471.

德」。<sup>40</sup>特別是當「法律（包括刑事法）被用於培養一個促進自我尊重和良好品格的道德環境時」，這是原則上合理的。<sup>41</sup>他坦承，他「明確站於德夫林一方」。<sup>42</sup>

另一個法律哲學家多夫（R. A. Duff）也提倡一種溫和的道德立法論，這更多的是程序上而不是理論上的。這提醒我們，在徹底取消道德立法論前，我們要考慮道德立法論的當代版本，它們都已超越德夫林的版本。多夫並沒有提倡「一個統攝性原則……——這可提供實質的普遍標準以決定哪些類別的行為是原則上可刑事化的。」因為他認為「這種原則的追尋……是註定失敗的。……『哪些類別的行為應構成公共錯誤』這問題，應是留給公眾做政治審議的事情」。<sup>43</sup>

在這個審議過程中，當然要考慮傷害的問題，但「在其他案例，傷害在我們的起點上並不占據那麼中心的位置：打動我們的是某種行為的錯誤性特質」，而「不是可能有的傷害性後果」。<sup>44</sup>例子包括一些極端的色情物品——它「為了（某些人的）性滿足，繪形繪聲地描述某性別或族群的屈辱或折磨」。種族侮辱、拋擲侏儒的遊戲、虐待動物是其他例子。簡而言之，「我們毋需接受（傷害原則）的限制」。<sup>45</sup>

以上持續在當代發生的爭論顯示，現在就是重新批判地反思傷害原則和道德立法論的時候了！<sup>46</sup>

## 參、基本問題——「傷害」這概念的含糊性

### 一、自由主義的兩難——「傷害」應該狹義地還是寬鬆地理解呢？

彌爾認為他的傷害原則相當簡單，但事實上「傷害」這概念就殊不簡單，如德沃金是自由主義的知名捍衛者，但他也指出「傷害」這概念的不確定性——它可以被嚴謹地理解，也可以被寬鬆地詮釋。若我們寬鬆地理解「傷害」，保守主義者可以使用這概念去支持他們的社會政策——但這些都是彌爾反對的。德沃金認為德夫林的社會分解論證肯定是錯誤的，但「任何大社會族群的新穎性實踐或宗教實踐都會產生廣泛的社會後果，而這會改變每個人都要存活於其中的社會環境，那些不接受這些改變的人肯定會認為他們受到傷害」——若「傷

<sup>40</sup> Wall, "Enforcing Morality," 455.

<sup>41</sup> Wall, "Enforcing Morality," 465.

<sup>42</sup> Wall, "Enforcing Morality," 470.

<sup>43</sup> R. A. Duff, "Towards a Modest Legal Moralism," *Criminal Law and Philosophy* 8 (2014): 232-233.

<sup>44</sup> Duff, "Towards a Modest Legal Moralism," 232-233.

<sup>45</sup> Duff, "Towards a Modest Legal Moralism," 232.

<sup>46</sup> 羅秉祥在1997年已對這些議題和這場辯論做出很好的介紹和提出精闢的分析。羅秉祥，〈自由社會的道德底線〉（香港：基道出版社，1997）。

害」被寬鬆地理解。<sup>47</sup>

所以自由主義者面對一個兩難題：如何能「設定『傷害』的定義以不計算這些廣泛的社會後果，但同時又不會禁止自由主義者喜愛的諸多社會立法。很多自由主義者論證……私立學校應該被取締，因為它們製造的社會分化對整體社會是有害的……若我們說『傷害』……局限於對特定人士毫無爭議的傷害，那彌爾的原則並不容許我們取締私立學校。假若我們採取『傷害』的較寬鬆定義，那按照這定義容許菁英主義教育的社會後果可算作傷害，但容許性開放的社會後果也同樣可算作傷害。」但這不是自由主義者想見到的結果。<sup>48</sup>

總結而言，自由主義者的兩難是：若「傷害」的概念太寬鬆，他們需要接納很多他們不願接納的法例（如限制性開放）；若「傷害」的概念太嚴謹，他們需要否定很多他們希望採納的法例（如限制私立學校）。事實上，很多廣為接納的法例（支持者包括很多自由主義者）不能通過（嚴謹地理解的）傷害原則的測試：「我們維護不少經濟立法時，理據並非是它防止了對特定人士的直接傷害，而是因為它能創造一個使整體社會繁盛的經濟環境。例如反壟斷法……又如限制生產或發展稀有資源的法例……支持各種社會立法（如改進種族關係的法例）的理據也往往相仿，一些審美性法例（如禁止有歷史意義的建築物的業主去破壞或改變那些建築物）訴諸的理據，則是保護整體社群的環境或文化」。<sup>49</sup>顯而易見，這些法例都是建基於各種價值，而不是直接的傷害。<sup>50</sup>

面對以上困難，德沃金的建議是：「或許我們應該放棄去試圖區分哪些行為會產生傷害，而哪些不會；我們做出的區分應該是基本自由與一般自由的區分：前者永遠不能削減，除非為了防止對特定人士的直接且嚴重傷害；而後者則可以限制，縱使只是為了使（公眾）福利整體上獲益，事實上我們已經常這樣做」。<sup>51</sup>但自由主義者仍然要面對一些問題：他們「仍然需要證明，為何選擇一己性伴侶的自由和選擇閱讀什麼的自由是基本自由，而如何做生意或如何使用自己的財產則不是」。<sup>52</sup>這個問題未必不能解決，但當然所需的理論工作還有不少。

<sup>47</sup> R. M. Dworkin, "Introduction," in *The Philosophy of Law*, ed. R. M. Dworkin (Oxford, UK: Oxford University Press, 1977), 10.

<sup>48</sup> 外審委員提出一個好例子：他指出按照狹義的傷害原則，吸食大麻在多國或美國某些州是合法的，但不能忽略「量變引起質變的問題」，一旦吸食過多大麻，人們容易有怪異行為舉止，並「成為社區之頭痛人物」，及破壞「社群倫常」。所以，若寬鬆地理解「傷害」，吸食大麻也會帶來廣義的禍害，所以也不見得不能規管。Dworkin, "Introduction," 10.

<sup>49</sup> Dworkin, "Introduction," 10.

<sup>50</sup> 外審委員提出另一個好例子：例如偷拍未必帶來直接和明顯的傷害（狹義的傷害），但往往帶來廣義上的傷害，如「精神上的損失」，所以不少當代自由主義者也支持規管偷拍。然而問題是他們往往在反對一些「保守」法例時就採用狹義的傷害原則去提出反對意見，這可是雙重標準。另一評審員則提到規管種族歧視和性騷擾的法例，這些例子引伸的問題與上相仿，不再贅述。

<sup>51</sup> Dworkin, "Introduction," 10-11.

<sup>52</sup> Dworkin, "Introduction," 11.

若我們看彌爾的原著，「傷害」的概念是較傾向嚴謹的詮釋，他提到只影響自己的行為時，他提到「直接和首先」的影響。<sup>53</sup>他提到傷害時，強調的是那些「對自己以外特定可指明的個體可覺察的傷害。」<sup>54</sup>這也是說：他原初的傷害原則所關注的只是對特定個體直接的傷害，而不包括間接或遙遠的傷害，亦不考慮一些指不出特定受害者的廣義傷害（如文化的改變）。假若我們能證明喝酒是導致家暴的一個因素，但能用這原因禁止人喝酒嗎？若按照原初的傷害原則是不能的：「這裡的傷害與我們想禁制的行為之間的因果關係過於遙遠，由喝酒到錯誤的暴力行為之間的因果鏈，有很多連接項，……由於喝酒與家暴的因果關係是複雜、間接和遙遠的，按照傷害原則喝酒仍然是受保護的行為。」<sup>55</sup>換言之，按照原初傷害原則的嚴謹理解，家暴這種遙遠和不確定的影響算不上是「傷害」。

另一個問題是：不是所有產生傷害的行為都應被懲罰的，例如一個女孩拒絕一男生的表白，肯定對男生產生傷害！但能立法禁止女孩拒絕求愛嗎？當然不能，因為女孩有這種權利。又如一個富翁賣掉手上一間公司的所有股票，也可能對不少股東帶來傷害（經濟損失），但這些傷害也不能構成禁止股票買賣的充足理據。結論是：其實傷害本身不構成法律禁制的充足理由，關鍵是縱使是產生傷害的行為，也只有當這些行為在道德上是不能接受時，那傷害才能為法律禁制提供充足理由。所以從一開始，「『傷害』這概念已滲透了價值，和假設了關於合法利益的理論。」因為只有當合法利益受損時，才算傷害原則中的傷害。所以，「對（刑事）法的限制的清楚思考而言，「傷害」的概念是不需要的，在分析上是多餘的妨礙。」<sup>56</sup>

華巴頓（Nigel Warburton）也承認這問題：「一個行動產生傷害這事實本身，不足以合理化國家的干預，有很多案例牽涉合法的競爭（legitimate competition），在這競爭中失敗的肯定受到傷害。彌爾也提到自由貿易和有競爭性的競賽。」然而華巴頓想淡化這問題：他的「傷害原則不是用來合理化在這些案例的干預，按照對《論自由》的最合理詮釋，彌爾想說的只是：一個行為產生傷害，是干預的必須條件。」<sup>57</sup>然而，這所謂「最合理詮釋」其實與一般文化中對傷害原則的理解相去甚遠。若傷害只是干預的必須條件，那還需什麼條件才充以令干預合法呢？其實他提到「合法的競爭」，也指向其他要考慮的條件就是行為是否有道德合法性，但自由主義者原本是希望用傷害原則取代道德的考慮，能為法律禁制提供充足的指引。但現在「傷害」這概念本身似乎卻已離不開道德的考慮，不然不足以解答「應立法與否」的問題。這就與德沃金和堅恩等的結論吻合：或許執迷於區分產生或不產生傷害的行為

<sup>53</sup> Mill, *On Liberty*, chapter 1, paragraph 12.

<sup>54</sup> Mill, *On Liberty*, chapter 4, paragraph 11.

<sup>55</sup> Arneson, "The Enforcement of Morals Revisited," 448.

<sup>56</sup> Cane, "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate," 36.

<sup>57</sup> Nigel Warburton, *Freedom: An Introduction with Readings* (London, UK: Routledge, 2001), 50.

之分，從一開始就已進入誤區？

## 二、費伯格對傷害原則的重構

為了解決以上問題，費伯格在重構傷害原則時，把「傷害」定義為「錯誤地損害別人的利益」（*wrongful setback of interests*），<sup>58</sup>傷害本身指「嚴重地損害一個體的合法……利益。」<sup>59</sup>而利益指一些我們要實現自己目的不可或缺的工具，如生命、健康、基本的理性能力、情緒穩定、經濟無憂、人身自由等。<sup>60</sup>費伯格認為利益與渴求是不同的，而傷害也不能簡單地等同不快的感覺、失望、厭惡、苦悶或尷尬。<sup>61</sup>這些區分是用以預防保守主義者濫用傷害原則，費伯格也接受自願原則（*volenti principle*）：一些自願接受的傷害不算真正的傷害，費伯格說：「若一些傷害的風險是（我們）自願承擔的，那自由主義者會把這些傷害當作『根本沒有傷害』。」<sup>62</sup>

再者，費伯格認為「促進別人的福利」並非法律禁制的合理理據。<sup>63</sup>他也拒絕接受「道德傷害」（*moral harm*）的概念：「在道德上敗壞一個人（令一個人成為道德上更差勁的人），並不能傷害他，除非他之前已有興趣成為道德上善的人。……所以，對一個品格未成形的孩童而言，在道德上敗壞或忽略他並非直接傷害他，只要他仍然有資源去有效地追求自己的利益。」<sup>64</sup>總結而言，「費伯格的指導性理念，按照傷害原則，一些行為值得刑事法關注，只有當這些是加於受害人的錯誤行為——而它們損害了受害人的合法利益。」<sup>65</sup>

總結而言，要計算的「傷害」是指「錯誤地帶來合法利益的損害」——但「錯誤」與「合法」都是道德概念。因此，費伯格對傷害原則的重構顯示在考慮法律禁制時，道德考慮是難以避免的，費伯格只是把這些考慮隱藏在「傷害」的定義裡。再者，縱使做出這些修改，費伯格為了回應一些反例（如商業化的格鬥至死的比賽），到最後把傷害原則修改到一個地步，甚再要接納一種最低度的道德立法論——這已與彌爾原初的傷害原則相去甚遠了！達瑪（Gerald J. Postema）博士就認為費伯格最終同意了德夫林：縱使是不帶來傷害的道德考慮，也「不能完全被排除，或許到最後德夫林也是對的。」<sup>66</sup>無論如何，費伯格仍然堅持傷

<sup>58</sup> Joel Feinberg, "Harm and Self-interest," in *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, eds. P. M. S. Hacker and Joseph Raz (Oxford, UK: Clarendon Press, 1977), 285.

<sup>59</sup> Gerald J. Postema, "Politics is about Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals," *Legal Theory* 11, no. 3 (2005): 306. 粗體為筆者所加。

<sup>60</sup> Feinberg, "Harm and Self-interest," 286.

<sup>61</sup> Feinberg, "Harm and Self-interest," 286, note 4.

<sup>62</sup> Postema, "Politics is about Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals," 306.

<sup>63</sup> Arneson, "The Enforcement of Morals Revisited," 440.

<sup>64</sup> Feinberg, "Harm and Self-interest," 290.

<sup>65</sup> Postema, "Politics is about Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals," 298.

<sup>66</sup> Postema, "Politics is about Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals," 303.

害或冒犯是必須考慮的因素，我們在下面批判地檢視這觀點。

## 肆、反對傷害原則的論證和自由主義者的回應

### 一、基於量刑上的品格報應論的論證

最早提出這種論證的是史提芬法官，德夫林受其啟發，也使用類此論證反駁傷害原則，他認為自由主義者必須解釋「在評估刑罰時道德所擔任的角色，……大部分刑事法是針對一些罪行——它們既違反了道德律，也產生了對他人的身體或財產的傷害。」<sup>67</sup>他也指出，一個罪行的道德嚴重性往往被視作更重刑罰的理由，所以看來刑事法的目的不單是防止傷害：「若立法的理據純粹是防止傷害，那罪犯也必須按照這理由受懲罰。……刑罰的輕重應該是按照『防止他重犯和阻嚇他人犯這罪行』的方向而決定，罪犯的道德罪咎不應該是法律應關注的事情。」<sup>68</sup>但事實上，「法律的實踐並非如此，道德罪咎的程度並非決定量刑輕重度的唯一因素，但我們普遍地認為這是非常重要的因素之一。」首先，在刑事法例中罪行的嚴重程度與道德考慮是分不開的。第二，我們在量刑時會「考慮這罪行進行時的方式有多惡毒，例如偷竊罪的刑罰並非只是考慮被偷金錢的數量。」<sup>69</sup>

赫特認為德夫林的論證犯了邏輯謬誤，因為他「看不到『什麼行為能合理地受懲罰？』和『我們應該有多嚴厲地懲罰不同的罪行？』，其實是不同和獨立的問題。有很多理由可解釋為何我們希望罪行在法律上的嚴重性（以懲罰的輕重去度量），與一般人對其惡毒性的估計不會產生矛盾。……從簡單的功利主義理據看，這種衝突是不好的：它可能混淆我們的道德判斷，或令法律失去尊重。」<sup>70</sup>這裡的要點是：可被法律禁制的原則與量刑的原則是兩種可區分開來的原則，不應混為一談。

然而德夫林認為赫特的想法是不公允的：「一個為了某目的賦予公職人員或法官的權力，必不能用於其他目的——這原理深深植根於英國法律，不然就是權力的濫用。……縱使一個欺騙的行為或許牽涉通姦，但若法官為了這通姦行為而增加刑罰，卻是不對的。」<sup>71</sup>德夫林也不贊同赫特對兩種問題或原則的區分：「它們並非獨立的問題……（它們）都是同一個問題：……『懲罰的量刑的理據是什麼？』這理據必須建基於法律，假若一條法律的目的從來與人的道德無關，但我們卻是為了他的不道德而懲罰他，這是不可能的。」<sup>72</sup>

<sup>67</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 128.

<sup>68</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 128-129.

<sup>69</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 129.

<sup>70</sup> Hart, *Law, Liberty and Morality*, 36-37.

<sup>71</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 129.

<sup>72</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 130.

至於赫特提出的解釋，德夫林認為若可加於量刑，也應可同樣加於立法的原因上。以禁制同性戀性行為的法律為例，若把其廢除，不同樣「可能混淆我們的道德判斷，或令法律失去尊重」嗎？但赫特卻不接受這些可以成為反對同性性行為非刑事化的理由！他似乎有雙重標準，德夫林認為他若前後一致，也不應該那麼堅定反對道德立法論。<sup>73</sup>當巴斯森評估他們在這議題上的辯論時，他斷言「德夫林訴諸刑罰的道德等級的論據失敗了」，<sup>74</sup>但奇怪的是他根本沒有提到德夫林對赫特的回應，他也完全忽略了梅菲在2006年維護德夫林的論文。我不能肯定原因為何，但這反映了我之前提到的那種輕視德夫林的態度，也因此忽略了德夫林的一些重要論據。

事實上，梅菲把德夫林以上的論證進一步發展，他首先提到史提芬法官原初的論證：「所有法官在酌量刑事判刑時，都大有可能把個人的道德敗壞視作增加量刑的理由，而提個人德行……視作減少量刑的理由。……史提芬論證，假若道德敗壞能合法地在量刑的層面上受懲罰，那判斷某行為是邪惡的，也肯定能合法地視作是否從開始就刑事化該行為的適切理由」。<sup>75</sup>梅菲認同這論證，且指出：「之前的『好行為』（如光榮的軍隊服務）有時會導致量刑減低，而之前的『壞行為』……則有時會導致更嚴厲的量刑。……為過錯表達懊悔……或不表達懊悔可能成為決定刑期長短的重要因素；甚或在死刑的案例，這可成為罪犯是生或死的關鍵。」<sup>76</sup>

梅菲認為是赫特而不是德夫林犯了邏輯謬誤，<sup>77</sup>他認同史提芬法官的論證「與傷害原則的最終評估是相關的，……他的論證應該嚴肅地考慮，而不是草率地排除——但這正是赫特所做的。」<sup>78</sup>梅菲也進一步發展這論證，他指出懲罰的嚴重程度與自由被剝奪的程度成正比：「被處決肯定是國家對自由最嚴厲的干預，……被監禁20年而不是10年是對自由更大的剝奪……肯定的是，在更嚴厲的判刑中自由的額外損失（甚或生命的損失）的理由，不能充分地以傷害原則解釋，所以按照彌爾的原則，這（更嚴厲的判刑）明顯是不合理的。」<sup>79</sup>但按照廣為接納的法律實踐和常識，基於道德因素而判更嚴厲的刑罰是合理的，所以這可以反過來論證傷害原則的不合理。

梅菲繼續：「若然如此，我們可以合理地提問：假若這樣限制自由在這層面是容許的，那為何同樣的理由（道德理由）在考慮立法與否的層面就不容許呢？」他認為赫特把兩種問

<sup>73</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 131.

<sup>74</sup> Bassham, "Legislating Morality: Scoring the Hart-Devlin Debate after Fifty Years," 128.

<sup>75</sup> Jeffrie G. Murphy, "A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality," *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013): 420.

<sup>76</sup> Murphy, "A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality," 422.

<sup>77</sup> Murphy, "A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality," 421.

<sup>78</sup> Murphy, "A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality," 424.

<sup>79</sup> Murphy, "A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality," 422.

題區分的嘗試是不成功的。<sup>80</sup>另外兩位學者在這問題上也支持德夫林而非赫特，亞歷山大指出：「假若某程度的刑罰已足以達成阻嚇的目的，但按照報應論（retributivism）我們應加於罪犯更嚴厲的刑罰，那因著『這是罪犯應得的』理由去把額外的刑罰加於罪犯，看來就是一種道德立法論。」<sup>81</sup>堅恩也有類似意見：「赫特沒有提供任何理由，去支持我們應該把刑事法這樣分割」——分割為立法的原則與量刑的原則，也沒有解釋為何量刑的原則不能為何立法這問題提供亮光。<sup>82</sup>

當然，以上論證並非絕對不能反駁的，因為自由主義者仍然可以堅持傷害原則就是絕對真理，所以若某種法律實踐與之不符，那只代表那種法律實踐是錯的、且需要改革。所以，或許我們從今開始，不應再把道德罪咎等因素當作量刑的因素，縱使為法律實踐帶來翻天覆地的改變也在所不惜。單從邏輯而言這種回應是可能的，但有多合理呢？我們真的有好理由進行這樣巨大的改革嗎？我們要指出，自由主義者從來沒有為傷害原則提出任何絕對或先驗的證明，大家都同意以傷害為本的禁制大體是可以的（但上面已指出這點也牽涉複雜問題），但要證明只有傷害是唯一的原因，卻相當困難。費伯格也明白這點：「大多數作者都同意……防止傷害是刑事法和民事法中強制部分的合理目標，但當然，究竟這是否強制性法律唯一正當的關注？誰人的傷害應當被考慮？當發生衝突時，哪些類型的傷害有優先性呢？——對這些問題的答案卻存在很大的分歧。」<sup>83</sup>

那應如何解決這些分歧呢？在法律哲學的爭議性課題上，我們認為一個合理的理論要符合一個標準，就是能大體上解釋一些廣為接納、並被不同文化視為合理的法律實踐。當然，對現時實踐的批評、甚或推翻都是可能的，但這樣做也需要好的論證支持。在科學哲學的發展上，我們也可看到科學哲學與科學實踐類似的辯證關係。如庫恩（Thomas Kuhn）與勞頓（Larry Laudan）等歷史主義者堅持我們不能單從先驗原則去發展一套科學哲學的準則，而罔顧科學家的實踐（實證主義者之前就是這樣做）。有些時候，我們要從科學家群體實際上如何選擇科學理論的實踐中，歸納出選擇科學理論的合理標準，但另外有些時候我們要用已接受的科學理論判準去評估科學家群體的實踐，這兩方面的判斷要以辯證的方式整合。

因此，一股腦兒堅持一種超高的標準（如要有邏輯上不能錯的證明），從而判定所有科學實踐都是非理性的，是行不通的。縱使沒這麼極端——假若某標準的涵義是絕大部分科學理論都是非理性的，那這標準本身也需要強有力的論證去支持。同樣道理，若按照某種嚴格

<sup>80</sup> Murphy, "A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality," 423.

<sup>81</sup> Larry Alexander, "Plastic Trees and Gladiators: Liberalism and Aesthetic Regulation," *Legal Theory* 16, no. 2 (2010): 79.

<sup>82</sup> 布林克（David O. Brink）也支持一種弱的報應論——道德上錯誤的行為，為責怪與懲罰提供初步理由；而這又為法律規管提供初步理由。David O. Brink, "Retributivism and Legal Moralism," *Ratio Juris* 25, no. 4 (2012): 496-512; Cane, "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate," 32.

<sup>83</sup> Feinberg, "Harm and Self-interest," 285.

的法律理論（如傷害原則），大部分的法律實踐都成為非理性的，那我們應反過來質疑傷害原則，並要求其支持者為傷害原則提供強有力的論證——但似這些論證並不存在。我認為德夫林或史提芬法官等採取的就是以上的進路，如赫特指出，他們是熟練的「律師，在刑事法的行政上很有經驗，他們那種觀點在英（美）的律師中仍然是相當普遍的。」<sup>84</sup>很自然地，作為法官，他們對法律的實踐非常尊重；相對而言，傷害原則的支持者更多是採取較先驗進路的哲學家。

有些自由主義者不全盤否定以上進路，但他們會嘗試為自由的剝奪與道德考慮的相關性，提供其他解釋。然而我們看到赫特提出的另類解釋有欠說服力，或許其他的解釋仍然是有可能的，但最少初步看來，梅菲的論證相當有力。總結而言，從量刑的道德考量去批評傷害原則這論證，是不能輕視的。

## 二、自由的價值等級論證

梅菲還有一個反對傷害原則的論證：「若我們純從字面理解彌爾的傷害原則，……那我們就應把『按照我們願望在那裡停泊車輛的自由』的重要性，等同言論自由和宗教自由的重要性，並因此在限制這兩種自由之前，都必須要求證明（不限制就會）對他人有傷害。但這是荒謬的，因為前一種自由幾乎是瑣碎的，但後者的自由卻有首要的重要性。……彌爾認為所有自由都有一些重要性，所以在限制縱然是瑣碎的自由前，他大有可能會要求國家最少提供某些好理由，但他肯定不會要求這種理由必須像防止傷害別人那麼強大。……一個城市的政府不能單單因著遊客的不滿，就禁制所有的政治集會；但他們肯定能因著這原因禁止車輛停泊在某些街道。」<sup>85</sup>

梅菲也指出，美國憲法（或其他人權文獻）把基本自由與其他非基本自由區分開來，但當然這種區分是建基於道德價值。就著非基本自由而言，限制其的理由是較易找到的。彌爾的傷害原則的問題是過於抽象和普遍，把所有種類的自由都混為一談，也因此它並沒有「產生建設性的討論。」<sup>86</sup>所以梅菲認為在考慮法律禁制的問題時，我們要訴諸道德價值去區分不同種類的自由——但這樣做卻是傷害原則所不容許的。再者，當我們考慮以法律禁制那些非基本自由時，防止傷害很可能並非必不可少的理由，這也是說一種普遍的傷害原則是不對的。

## 三、從冒犯原則到道德立法論

費伯格承認國家能合理地懲罰某些冒犯性行為，假若這些行為令人厭惡，並且是別人難

<sup>84</sup> Hart, *Law, Liberty and Morality*, 17.

<sup>85</sup> Murphy, "A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality," 426.

<sup>86</sup> Murphy, "A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality," 432.

以迴避的，所產生的冒犯是嚴重的、廣泛的，也並非短暫的。然而大部分冒犯性行為都牽涉「因著違反規範而引起的憤怒——這行為有冒犯性，正是因為人們認為它是不道德的。……如費伯格承認，單單知道某些行為存在就能產生冒犯，人們並不需直接知覺到這些行為……一旦傷害原則被延伸到非知覺冒犯的案例，它就會演變成一種道德立法論。」<sup>87</sup>

例如「格鬥士比賽、獸交和吃死屍不是因著被觀察時產生冒犯，才成為錯誤。……相反，它們被觀察時產生冒犯，是因為人們相信它們是錯誤的。……一旦（自由主義者）把冒犯性行為的刑事化合理化，他或許已把遊戲的勝利拱手相讓給……道德立法論者。」<sup>88</sup>

#### 四、由家長主義到道德立法論

德夫林有以下論證支持道德立法論：他首先指出「刑事法從來沒有容許受害人的同意作為抗辯理由。」例如，縱使被殺害者是同意被謀殺的，這也不能成為抗辯謀殺的指控的理由，其他身體傷害罪也相仿。但「假若法律存在的目的只是保護個體，那實在沒有理由當他不希望有這種保護時，我們還是要把這法律強加於他。」唯一的解釋就是道德立法論：違反刑事法「就是冒犯整體社會，……若一個謀殺犯只是因著受害人的同意（甚或請求）才犯事，那他對其他人應該不構成威嚇；然而他仍然對社會賴之而建立的偉大道德原則之一構成威嚇——這就是生命的神聖原則。……社會要求人們遵守某些行為準則或道德原則，若違反這些原則，不單是對受害人的侵犯，也是對整體社會的侵犯。」<sup>89</sup>

當然，赫特會說道德立法論並非唯一的解釋，他或許認為這規則「完全可理解為一種家長主義，用以保護個體免受自己的傷害。」<sup>90</sup>他其實認為彌爾「對家長主義的抗議，我們現在看起來實在是過於激烈。」<sup>91</sup>他也批評彌爾反對家長主義的知識論論證：「認為個體對他們自己的利益有最佳的認知這信念，現已廣泛地衰退。」彌爾過分賦予平均的個體「中年男人的心理結構——他的欲望相對是固定的，不易被外在影響人工地刺激，他們知道自己渴望什麼，和什麼東西能給予他們滿足與快樂，當能力容許時他們也會追求這些事物。」<sup>92</sup>

德夫林其實可以承認赫特的解釋不無可能，但卻可質疑其合理性。他也提出這問題：「若彌爾對家長主義的立場是明顯錯誤的，那為何相信他對道德立法論的立場卻是正確的呢？」<sup>93</sup>他接著論證赫特的回應是不滿意的，因為對家長主義的接納可能會導致道德立法論的接納。他首先區分兩種家長主義：（一）只關乎身體的家長主義；（二）完整的家長主

<sup>87</sup> Alexander, "Plastic Trees and Gladiators: Liberalism and Aesthetic Regulation," 78.

<sup>88</sup> Alexander, "Plastic Trees and Gladiators: Liberalism and Aesthetic Regulation," 85.

<sup>89</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 6-7.

<sup>90</sup> Hart, *Law, Liberty, and Morality*, 31.

<sup>91</sup> Hart, *Law, Liberty, and Morality*, 32.

<sup>92</sup> Hart, *Law, Liberty, and Morality*, 32-33.

<sup>93</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 133.

義，身體和道德層面都涵蓋。<sup>94</sup>他然後提出這論證：

（一）身體福利和道德福利的截然二分是站不住腳的：「無論是在原則上或實踐上，都難以在立法控制個體的身體福利，和立法控制個體的道德福利之間，劃一條線。假若接受家長主義的原則，那沒有一個家庭的父親會滿足於照顧孩子的（身體）福利，卻讓孩子自己去發展其道德。假若社會應關注前者並為此立法，那為何不可也為後者立法呢？若我們已足夠地長大以致可照顧自己的道德發展，那為何不同樣可以照顧自己的身體呢？」<sup>95</sup>

（二）「假若難以在道德家長主義和身體家長主義之間劃線，也不可能在道德家長主義和道德立法論之間劃一條有意義的線。道德律，即是公共道德，對家長主義而言是必要的。……假若社會強逼一個人為了自己道德上的好處去做某事情，社會就是在為道德立法；去區分『社會是為了一個人自己的好處去立法』和『社會在為道德立法』，其實是一個沒有實質分別的區分。」<sup>96</sup>

總結而言，德夫林的論證如下：假若我們像赫特那樣接受身體家長主義，那很大可能我們也應接受道德家長主義——用法律要求市民去為自己道德上的好處而行事，這事實上就是為道德立法。結論是：「家長主義……必須……令全體道德成為法律所關注的對象。」<sup>97</sup>這是相當巧妙的論證，而亞里臣也支持類似論證（雖然稍有不同）：「赫特容許以家長主義為由去限制自由，這為道德立法論的維護者打開一條通道。」<sup>98</sup>例如當我們同意為了人們自己的好處禁制毒品時，這個理據或許能應用到大多數人。然而我們不能否定有些人其實可以從毒品得到好處，<sup>99</sup>那對這些人而言，家長主義不能為這法律提供好的理由。然而，當我們判斷這法律仍然是合理時，這就表示對共同善（common good）的肯定，並認為這種道德關注足以蓋過自由的關注——這也是一種道德立法論。

回到德夫林與赫特的辯論，赫特對以上論證可以有什麼回應呢？事實上他沒有做出具體回應，但筆者猜測他不會接納道德家長主義的合法性。他若接納道德家長主義，如德夫林所言，這「肯定對（彌爾的）整個原則帶來幾乎毀滅性的傷害。」<sup>100</sup>所以自由主義者應該會像費伯格那樣，拒絕接受「道德傷害」的概念。但德夫林訴諸一個家長的角度，本研究認為相當有說服力，假若一個父親對孩子身體上的需要照顧得無微不至，但卻完全忽略他品格或道德人格上的發展，我們都不會認為他是好父親。又假若一個父親知道孩子的朋友正在道德上腐蝕他的品格，如教導他不誠實、欺騙他人、無情無義、縱情酒色和有暴力傾向，卻仍無

<sup>94</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 134.

<sup>95</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 135-136.

<sup>96</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 136.

<sup>97</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 137.

<sup>98</sup> Arneson, "The Enforcement of Morals Revisited," 443.

<sup>99</sup> Arneson, "The Enforcement of Morals Revisited," 444.

<sup>100</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 135.

動於衷，誰不會感到義憤填膺呢？一個人格是整全的——其身體、社交、道德和靈性層面都是不能分割的，所以父親對孩子的道德發展的漠不關心，其實是值得道德立法論譴責的，因為當他孩子的朋友在傷害他時（對，是帶來道德傷害），他卻忘記了保護孩子免受傷害的責任！換句話說，他也在（間接地）傷害孩子。

費伯格嘗試否定「道德傷害」的客觀性，在上面的例子，假若孩子之前對成為好人沒有興趣，那他的朋友（和他父親）也沒有傷害他，但這說法明顯是違反直覺和常識的。當費伯格討論道德教育時，他認為道德教育的目標是「確保他們（孩子）不會感到完全快樂，除非他們成為良善的人。」<sup>101</sup>這種理解相當奇特，儼然我們想限制孩子獲得快樂的方法，家長或老師真的有這種目標嗎？筆者非常懷疑。窩爾指出除非我們接納道德相對主義，否則實在難以否定道德傷害的概念：「道德傷害的概念令我們感到可疑，只有當我們如費伯格一樣，有於對福利過於主觀的理解。……我會假設……有些美善客觀而言是有價值的，而當一個人活出道德上壞的人生，他就不能擁有這些美善。」<sup>102</sup>例如，「當一個人過於腐敗，不能對任何人忠誠，那他不能實現友誼的美善。……這令我們的人生貧乏——無論他是否關心他的品格或友誼的美善。」<sup>103</sup>筆者認為窩爾的解釋，相對費伯格的而言，更符合我們的道德實踐和教育。又如一外審學者指出，假如「納粹軍官要一位猶太母親在兩個女兒中選一位可免死，否則都一併送進毒氣室（此雖是電影情節，卻可概述現實上各種變形的罪惡的事），這實是一種邪惡（evil）的行為」，因為這迫使人做出有違人性的反人道罪惡行為，這明顯帶來嚴重的道德傷害。而且我們大多可同意，這種「道德傷害並不只是主觀的——這是儒家所見的『使人在道德性分上受傷害』。」我也同意評審的意見。

縱使我們認為道德傷害的概念是主觀的，我們仍然有理由相信在很多情況下，那父親是在傷害他的孩子，因為那孩子有很大可能之前對成為良善的人最少有一些興趣，費伯格也承認我們「經常之前就有成為卓越的欲望」<sup>104</sup>——這種卓越也應包含道德上的卓越吧？有兩個情況是例外：一，當孩子還是非常小，其性格完全還沒成形；二，孩子的品格已完全腐敗，連一丁點兒成為好人的興趣也熄滅了。但我認為這些情況並非經常發生，所以在現存人性和社會條件的限制下，道德傷害的可能性是非常真實的。縱使我們採納費伯格的主觀理解，我們仍然在大多數情況下，有避免孩子和市民道德上受傷害的責任。

德夫林也論證赫特的解釋並非最合理的解釋，以被虐狂為例，這應該是「一個人自願受攻擊的最常見例子」，而赫特的解釋是說：「我們應該在這事上干預，不是因為被虐狂是道

<sup>101</sup> Feinberg, "Harm and Self-interest," 290.

<sup>102</sup> Steven Wall, "Moral Environmentalism," in *Paternalism: Theory and Practice*, eds. Christian Coons and Michael Weber (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2013), 95.

<sup>103</sup> Wall, "Moral Environmentalism," 96.

<sup>104</sup> Feinberg, "Harm and Self-interest," 287.

德之惡，而是為了那人的最大利益，保護他免受身體的傷害。」但對德夫林而言，「這實在難以理解。」安樂死的例子也類似，「若說在這些情況沒有道德原則牽涉在內，一個自由國家的法律卻要告訴一個人什麼時候能死，什麼時候不能，而理由只是對其身體而非靈魂有家長般的關注，那這說法實在難以嚴肅地看待。」<sup>105</sup>德夫林的評論相當合理，也與後期的發展吻合。當公眾對虐待狂和安樂死道德上的反抗日漸衰弱，我們發現像《格雷的五十道陰影》（*Fifty Shades of Grey*）那稱宣揚虐徒——受虐狂（SM）的小說和電影大行其道，而自由主義者則努力爭取SM和安樂死的合法化，而其理據正正是性自由和死的權利，我們很少聽到自由主義者以家長主義的論據去維護以法律禁制安樂死或SM。以我看來，赫特所提出的解釋從來不是真誠的理由，只是嘗試反駁德夫林的說辭而已。

赫特對反家長主義的批評也可能產生反噬，他似乎真的不認同個體能宣稱自己必然是最瞭解自己需要的人，但德夫林打蛇隨棍上：「若我們沒有理由相信人們最能知道自己身體上的好處，那也沒有理由相信他們能（準確）判斷自己道德上的好處。」<sup>106</sup>赫特指出，妨礙我們準確明白自己好處的因素包括「追逐只是短暫的欲望」和「內在心理的強制性傾向」。<sup>107</sup>德夫林指出這些都是「道德的弱點」而不是身體的弱點，但同樣的理由也導致我們不能準確判斷自己道德上的好處。因此，「道德家長主義」和「身體家長主義」的區分是難以成立的。<sup>108</sup>結合以上關於量刑的論證，德夫林嘗試想像一個接受赫特觀點的法官，會如何為兩個犯了公眾猥褻罪的人判刑。他設想那法官會這樣宣判：「你們犯了法，這法律是為了你們自己的好處而訂立的……若只是考慮你們自己的好處，只要你們接受精神病治療，我應該只頒布具結令，但是……為了不混淆道德判斷和不令法律不受尊重，我判刑時會考慮你們行為在道德上的惡毒性，因此我判你們每個人入獄三個月。」<sup>109</sup>德夫林這段話，是以調刺的方式顯示赫特的答案最終是不融貫的，甚或有點滑稽！

## 伍、結論——道德立法論與東西方文化的對話

回顧德夫林與赫特的辯論，本研究不是說德夫林的論點無懈可擊，他的一些論證的確有弱點。然而，他的主要主張看來還未能說已被推翻，其實德夫林對赫特的多個批評已做出合理回應，但赫特卻沒有接著回應。德夫林也對赫特發出挑戰，要求他清楚說明他想如何修改彌爾的傷害原則，這說明應擁有「很高的準確度」，而且他也應說明他的原則對「同性戀以

<sup>105</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 135.

<sup>106</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 136.

<sup>107</sup> Hart, *Law, Liberty and Morality*, 33.

<sup>108</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 136.

<sup>109</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 137.

外的不道德行為」有什麼涵義，「這些問題是不能無限期地逃避的」，<sup>110</sup>本研究認為赫特或大多數自由主義者都沒有正視這挑戰，遑論提出滿意的答案。

當代的討論也顯示德夫林的一些論證可進一步發揮和維護，而傷害原則也面對愈來愈多的反例，「傷害」的概念仍然相當模糊。這種種問題，本研究希望在另一篇論文深入探討。堅恩評價這場辯論時也指出一些問題：「或多或少不願意批判性地檢視傷害原則……有傾向把『傷害』的概念不斷擴大以致斷裂，沒有認清法律的社會價值。」<sup>111</sup>他認為更好的進路是讓「傷害原則與……（用於實踐的）法律對話」。<sup>112</sup>在傷害原則與道德立法論這場角力中，我認為長遠的勝方可能是道德立法論。

假若道德立法論某程度上是可以維護的，這對東西方文化的交流也有深遠意義。一些嚮往西方自由主義的人往往不加思索就否定中國人對社會道德、禮教或禮樂的重視，但上面的討論顯示這些道德和價值的關注在當代自由社會裡也是不能忽略的。當然，本研究也不贊成不加批判就保留傳統的習俗和價值觀，如一外審委員指出，一些傳統風俗未必經得起時間之考驗，「如裹小腳、太監文化」等。本研究的結論只是說，正如傳統價值需要批判地檢視，新的價值觀也未必好，而「保守」的價值亦不見得不好。其實德夫林也同意傳統價值也可能需要改革，他所堅持的只是：我們要就著每個議題審慎地、批判地思考，再以民主的精神促進公民社會中充分的討論，才適宜去改變社會中重要的價值觀。

## 誌謝

感謝一外審委員的意見，啟發了這一段的討論。

---

<sup>110</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 137.

<sup>111</sup> Cane, "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate," 51.

<sup>112</sup> Cane, "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate," 50.

## 參考文獻

- 羅秉祥，〈自由社會的道德底線〉，香港：基道出版社，1997。
- Alexander, Larry. "Plastic Trees and Gladiators: Liberalism and Aesthetic Regulation." *Legal Theory* 16, no. 2 (2010): 77-90. <https://doi.org/10.1017/S1352325210000133>.
- Arneson, Richard J. "The Enforcement of Morals Revisited." *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013): 435-454. <https://doi.org/10.1017/S11572-013-0240-y>.
- Bassham, Gregory. "Legislating Morality: Scoring the Hart-Devlin Debate after Fifty Years." *An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law* 25, no. 2 (2012): 117-132. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2012.00506.x>.
- Brink, David O. "Retributivism and Legal Moralism." *Ratio Juris* 25, no. 4 (2012): 496-512. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2012.00524.x>.
- Cane, Peter. "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate." *The Journal of Ethics* 10 (2006): 21-51. <https://doi.org/10.1007/s16892-005-459-x>.
- Devlin, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1965.
- Duff, R. A. "Towards a Modest Legal Moralism." *Criminal Law and Philosophy* 8 (2014): 217-235. <https://doi.org/10.1007/s11572-012-9191-8>.
- Dworkin, Gerald, ed. *Morality, Harm, & the Law*. Boulder, CO: Westview Press, 1994.
- Dworkin, R. M. "Introduction." In *The Philosophy of Law*, edited by R. M. Dworkin, 1-16. Oxford, UK: Oxford University Press, 1977.
- Feinberg, Joel. "Harm & Self-interest." In *Law, Morality, & Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, edited by P. M. S. Hacker and Joseph Raz, 285-308. Oxford, UK: Clarendon Press, 1977.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume 3: Harm to Self). New York, NY: Oxford University Press, 1989. <https://doi.org/10.1093/0195059239.001.0001>.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume 1: Harm to Others). New York, NY: Oxford University Press, 1987. <https://doi.org/10.1093/0195046641.001.0001>.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume 2: Offense to Others). New York, NY: Oxford University Press, 1988. <https://doi.org/10.1093/0195052153.001.0001>.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume 4: Harmless Wrongdoing*. New York, NY: Oxford University Press, 1990. <https://doi.org/10.1093/0195064704.001.0001>.
- Feinberg, Joel. "Harmless Wrongdoing." In *Morality, Harm, and the Law*, edited by Gerald Dworkin, 49-59, Boulder, CO: Westview, 1994.

- George, Robert P. *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1993.
- Hart, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. New York, NY: Vintage Books, 1963.
- Hart, H. L. A. “Immorality and Treason.” In *The Philosophy of Law*, edited by R. M. Dworkin, 83-88. Oxford, UK: Oxford University Press, 1977.
- Lecce, Steven. “The Clapham Omnibus Revisited: Liberalism against Democracy.” *Contemporary Political Theory* 2 (2003): 89-108. <https://doi.org/10.1057/palgrave.cpt.9300051>.
- Mill, John Stuart. *On Liberty*. Harmondsworth, UK: Penguin Books, 1985.
- Murphy, Jeffrie G. “Another Look at Legal Moralism.” *Ethics* 77, no. 1 (1966): 50-56. <https://doi.org/10.1086/291611>
- Murphy, Jeffrie G. “Legal Moralism and Retribution Revisited.” *Proceedings & Addresses of the American Philosophical Association* 80, no. 2 (2006): 45-62.
- Murphy, Jeffrie G. “A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart’s *Law, Liberty, and Morality*.” *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013): 419-434. <https://doi.org/10.1007/s11572-013-9228-7>.
- Postema, Gerald J. “Politics is about the Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals.” *Legal Theory* 11, no. 3 (2005): 293-323. <https://doi.org/10.1017/S1352325205050160>.
- Ricciardi, Mario. “Morality, Law and the Fair Distribution of Freedom.” *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013): 531-548. <https://doi.org/10.1007/s11572-013-9243-8>.
- Scoccia, Danny. “In Defense of “Pure” Legal Moralism.” *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013): 513-530. <https://doi.org/10.1007/s11572-013-9239-4>.
- Stephen, James Fitzjames. “The Doctrine of Liberty in Its Application to Morals.” In *Morality, Harm, and the Law*, edited by Gerald Dworkin, 26-35. Boulder, CO: Westview, 1994.
- Wall, Steven. “Enforcing Morality.” *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013): 455-471. <https://doi.org/10.1007/s11572-013-9238-5>.
- Wall, Steven. “Moral Environmentalism.” In *Paternalism: Theory and Practice*, edited by Christian Coons and Michael Weber, 93-114. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2013. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139179003.006>.
- Warburton, Nigel. *Freedom: An Introduction with Readings*. London, UK: Routledge, 2001.
- Wolfenden Committee. *Report of the Committee on Homosexual Offences & Prostitution*. London, UK: HMSO, 1957.

# Exploring the Controversy between Legal Moralism and Harm Principle: Rethinking the Hart-Devlin Debate

Kai Man Kwan

Department of Religion & Philosophy  
Hong Kong Baptist University  
Professor

## Abstract

In the 1960s, Patrick Devlin and H. L. A. Hart famously debated the legal enforcement of morality (legal moralism), marking the start of subsequent debates between advocates of the harm principle and defenders of legal moralism. In the previous two decades, numerous scholars have revisited the Hart-Devlin debate, and some liberals, such as Jeffrie Murphy, have even come to doubt the harm principle. On the basis of the neglected arguments of Devlin and the work of contemporary philosophers, I argue that the application of some form of legal moralism provides slight advantages over the application of the harm principle.

**Keywords:** harm principle, legal moralism, H. L. A. Hart, Patrick Devlin

---

Corresponding Author: Kai Man Kwan, E-mail: [kmkwan@hkbu.edu.hk](mailto:kmkwan@hkbu.edu.hk)

Manuscript received: Dec. 13, 2023; Revised: Jan. 25, 2024; Accepted: Mar. 13, 2024

[https://doi.org/10.6210/JNTNU.202403\\_69\(1\).0001](https://doi.org/10.6210/JNTNU.202403_69(1).0001)