

多样性的内在价值和工具价值及相关冲突的解决： 一些哲学和法律的思考

易显河*

内容提要:本文介绍作为两套基本价值的内在价值和工具价值,分析多样性的内在价值和工具价值在国内法和国际法的体现,进而论述社会中与多样性有关的这些价值之间的矛盾或冲突。要解决这些争端,需要在相同类型的价值之间或不同类型的价值之间作出选择。一个理性的人和整个社会很有可能在两个工具价值之间选择更有效的一个,在两个内在价值或在内在价值和工具价值之间选择更重要的一个。虽然很少有明确的分析和论证,这种选择在法律中可以得到体现。有必要以更直接的方式来更明确和更好地分析和处理这种冲突。

主题词:多样性 内在价值 工具价值 价值冲突 宪法 国际法

在本文中,笔者将尝试强调世界存在的两套基本价值,即内在价值和工具价值,并以一种或多或少具有印象派的方式说明在与多样性有关的事物中,这些价值是如何体现出来的。笔者还将说明,如何可以把一般的矛盾和与多样性特别有关的矛盾看作是这些价值之间的矛盾。本文只是一个尝试,目的是为了揭示合理看待和解释世界的一些默认方式或框架,并归纳问题到一定程度,以便以一种更好的方式进行检验、分析和解释。这样一来,笔者希望有助于加深我们对多样性的理解、提高相关决策的质量、并最终能稍微促进多样性。

一、内在价值和工具价值:两套基本价值

也许,人们会认为,在讨论这个思想时,我们基本上不需要有任何脚注。也许,人们甚至可能会说,这个思想的表述本身就是陈词滥调。这个思想基本上是这样的:对于这个世界上几乎任何事物或现象来说,人们可以发现这个思想,并把它解构为两套价值:内在价值和工具价值。对于人类来说,这也是如此。我们将会看到,每一套价值都以一种独特的方式展现着它的可贵之处。通常,“内在”(intrinsic)的同义词是“固有”(inherent)。本文将基本上使用“内在”这个词,因为“固有”这个词有时含义显得过于丰富。

工具价值是指对于其他事物来说仅仅作为一种工具的那种价值——这同样也是陈词滥调。例如,我们想要一美元,不是为了永远持有它,而是为了用它来购买一杯咖啡。对于我们来说,这张美元只是为了获取咖啡的一种工具。另一方面,内在价值本身是一种最终值。例如,我们的经历对于我们来说是一种内在价值:它是独一无二的,是我们以及我们人格的一部分。就此为止。如果不坚持要用某种特定的措辞来界定这些术语,人们一般可以这样认为:“内在好之物不是派生出来之好;它本身就是好。如果不是内在好之物,而是外在好之物,那么它就是派生出来之好;它之所以是好的,不是因为自己本身(就它的外在价值而言)就是好,而是因为其他事物之好,且它以某种方式与该其他事物有关而好。”^①

* 武汉大学国际法研究所首席专家,教育部长江学者特聘教授。此文根据作者英文版论文, Sienho Yee, *The Intrinsic and Instrumental Values of Diversity: Some Philosophical and Legal Considerations*, in: Sienho Yee & Jacques - Yvan Morin (eds), *Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney* (Martinus Nijhoff 2009), 207 - 226 翻译修改而成,作者特此向 Martinus Nijhoff 鸣谢。中文版主要由中国政法大学的朱利江翻译,笔者校对和修改。本文为笔者主持的国家社科基金重大项目“中国在解决重大国际争端和全球性问题中的建设性作用研究”(08&ZD055)的成果之一。

^① 参见 *Intrinsic vs. Extrinsic Value*, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/entries/value-intrinsic-extrinsic/#WhaIntVal>).

一般说来,这两套价值可以在同一事物中存在:独立评估时,一套价值可以是内在的价值;而对于另一套内在价值而言,它可能是一个工具。从这个意义上说,这两套价值传递着人们看待价值和世界的方式。取决于看世界的视角和取向,人们可能看到其中一套价值。

显然,如果把某套价值看作是一套工具价值,那么它所产生的后果与把它看作是一套内在价值所产生的后果大相径庭。例如,就像康德(Kant)所教导的,^②如果我们认为自己很特殊,那么我们(或者人类)就会把自己看得最高,而不是把自己看作是为了实现社区、国家、社会、或者甚至上帝的荣耀的一种工具个体。如果我们只是社区、国家、社会、或者某宗教团体中的一个工具成员,那么我们将为了社区、国家、社会、或者上帝的利益而牺牲我们自己。当然,与真理更加接近的是这样一种立场,即:两套价值可以在我们中间共存;而且,其中一套价值还可以影响或促进另一套价值。当它们的确发生冲突时,何套价值应当优先是一个长期的话题。

当一个工具的目的得以实现时,工具价值就不存在了。也就是说,工具价值存在的理由就不再存在了,工具价值就不应当再继续存在了。相比之下,内在价值,也就是说本身是个终极,可能不会作为一套价值而不存在,尽管笔者不太确定是否可以说永远这样。因此,如果我们能够在—个事物或现象中找到内在价值,那么该事物或现象就有更美好和更悠久的历史。

也许,正是因为这种以及其他的原因,有人注意到:“内在价值……优位于外在价值。后者是前者的派生形式或体现,需要基于前者对后者作出解释。正是因为这个原因,哲学家们尤其倾向于关注内在价值。”^③在这篇短文中,笔者希望能够说明,政治领导人和法律决策者也以这种方式看待这个世界。至少在国际领域,他们已经从某种程度上优先看待内在价值,尽管方式还不是很理想。

二、多样性的内在价值和工具价值

多样性是今天世界的一个现象。它既具有内在价值,也具有工具价值。我们可以识别这些价值。以一种有意识的、也许是不完整的方式,可以做出一个粗笔的分析如下:一方面,一般说来,多样性本身可以作为一套内在价值。它本身是美好的。它是如此显赫、富足和特殊。我们就是喜欢它。它是我们的一部分。它组成社会。另一方面,多样性还是促进社会更好的一个工具,我们都理解这种更好的社会可以通过各种方式实现。有时,多样性还被国际法的同一个文件认为具有上述两套价值。

这种分析在任何关于多样性及其相关制度的辩论中都有所体现。有时,它是故意明确体现出来的。有时,它并非如此,但一个客观的观察者可以把分析合理解释成这样。在大多数情况下,决策者并没有进行明确分析,无论是基于什么理由。在国内法和国际法中,都可以找到说明。

(一)国内法的说明:关于倾斜措施(affirmative action^④)的争议

通常,国内法的一般分析不会从对内在价值和工具价值的明文分析入手。每一个问题最终都会从宪法的角度得到评估。就像伦奎斯特(Rehnquist)所说的,当一个民主社会

通过一部宪法,并把捍卫个人自由的措施写进该部宪法时,这些措施的确以一种一般化了的道德正确或善良得到呈现。它们获得社会的一般接受,并不是因为任何内在价值或某人关于自然正义独一无二的原始想法,而仅仅是因为它们已经被人民规定进了宪法而已。^⑤

这种看法也同样应用到多样性这个特定的问题。这看来解释了为什么美国的宪法争论中禁止声称单一多样性是一种内在价值且追求实现这种价值的任何明确尝试。然而,以默示的方式分析工具价值,即便没有明确提到这种分析方式,在判例中却是明摆着的。

一个有启发的例子是美国的大学给予那些“处在劣势的”少数族裔的申请人的政策倾斜。通常说来,这

^② 参见:Kant, *The Groundwork of the Metaphysics of Morals* (1785);关于对人性的分析,参见有关对该词条的解释:Stanford Encyclopedia of Philosophy (<http://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/#HumFor>).

^③ 参见:Stanford Encyclopedia of Philosophy,前注①。

^④ 作者注:对“affirmative action”可能有不同翻译,如“支持行为”、“肯定性行为”等等。“倾斜措施”这词最确切地表现英文原意。

^⑤ William H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 29 *Harvard J. of Law and Public Policy* (2006) (reprinting an earliest article), 401, 412.

种申请能够得到某种程度的优待,因此申请人比普通的申请者更有机会进入学校学习。这等于是适用了种族分类的方法,因此产生了种族歧视或被一些称为“逆向歧视”(reverse discrimination)的诉讼。作为被告的大学通常都会提出各种目的或利益为它们的政策辩解。根据美国宪法,大学据说“在实现学校学生多样性方面具有重大利益”,^⑥或者,就像有时用另外一种说法,但实际上是同义的是,“确保学校在学生多样性带来的教育好处方面具有重大利益”。^⑦ 为了保持那种重大利益,大学可以适用经严格界定的政策倾斜。^⑧

美国案例中并没有主张单一的多样性是内在价值的明确尝试。美国最近的判例法,包括“巴基案”(Bakke)和“格鲁特案”(Grutter),都禁止追求实现这种单一的多样性。^⑨ 这些判例认为,尝试确保在某个学校具有一定明确数量的某个种族或族裔的学生这种做法是违反平等保护条款的,因此是违宪的。^⑩

然而,这些判例的确进行了工具价值的分析,尽管没有明确宣称。“重大利益”、或者说“在实现学校学生多样性”、^⑪或者“确保学校在学生多样性带来的教育好处”^⑫这种定性体现了法院的这种工具论视角。在“巴基案”中,鲍威尔(Powell)大法官意见(不一定代表法院的意见)中的某些措辞触及及以《第一修正案》为基础的学术自由一部分的多样性。这种措辞很容易被夸大作为一种“内在价值”之谈,^⑬因为《第一修正案》中的价值通常或至少有时被认为是内在价值。然而,鲍威尔大法官看来想的是工具价值:他头脑中的《第一修正案》是工具论的《第一修正案》。他追求的是“思想的强大交流”、“高等教育的质量”、更美好的“国家未来”,多样性被认为是促进这些的。^⑭

在2003年美国最高法院审理的“格鲁特案”^⑮中,这种工具论的分析得到了强化。在该案件中,为了招到关键数量的处于劣势的少数族裔学生,密歇根大学法学院适用了细微调整的政策倾斜。最高法院支持鲍威尔大法官以前的分析,并维持这种政策。法院认为,密歇根大学法学院在实现学生多样性和从这种多样性学生中获得产生的教育好处方面具有重大利益。如果鲍威尔大法官之前基本上意在宪法《第一修正案》中的价值,那么审理“格鲁特案”的法院以广泛得多的含义解释“教育好处”,因此对工具论的分析明确得多:

这些好处是重大的。就像地区法院强调的,密歇根大学法学院录取学生的政策促进了“种族间的理解”,有助于消除种族偏见,并且“使[学生们]更好理解不同种族的人”。[……]这些好处是“重要而值得肯定的”,因为当学生们具有“最大可能的多样背景时”,“课堂讨论将会更加活泼、更富有精神,而且更具有启发性和趣味性”。

[……]法学院的“法庭之友”进一步支持法学院存在重大利益的诉讼请求,他们陈述了学生多样性产生的教育好处。除了在审判时作为证据向法院提交的专家研究和报告之外,大量研究表明,学生的多样性提高了学习的成果,而且“使学生更好准备日益多样性的工作和社会,更好使他们准备成为专业人才”。[……]这些好处不是理论上的,而是实实在在的,就像美国主要的商业人士明确指出的,在今天日益全球化的市场

⑥ Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306 (2003), 328.

⑦ 539 U. S. ,333.

⑧ 参见:Regents of the University of California v. Bakke, 438 U. S. 265 (1978); Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306 (2003).

⑨ Grutter, 539 U. S. , 330.

⑩ 笔者将在日后回答“作为内在价值的多样性”这个观点在美国宪法(尽管有现行的判例法)或《消除一切形式种族歧视国际公约》(http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm; GA Res 2106 (XX), 21 Dec. 1965)中是否具有影响的问题。

⑪ Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306 (2003), 328.

⑫ 539 U. S. ,333.

⑬ 有一位评论者看来正在做这件事情,但是他也是很快转向这种分析的工具论部分:“鲍威尔大法官把多样性看作是对教育过程本身具有内在价值的。他把多样性看作是‘高等教育质量’的基础,因为教育是一个启蒙的实践,是一个‘思索、试验和创造’的实践,而这种实践通过具有不同生活经验的人们之间的争论可以激发‘思想的强大交流’。鲍威尔大法官认为,多样性对于促进这种教育过程是非常必要的。” Robert C. Post, Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts and Law, 117 Harvard LR (2003), 4, at 59-60(里面的引用被省略)。从这里可以看出,这位评论者到底是在作内在价值分析还是工具价值分析并不清楚。

⑭ Bakke,438 U. S. ,312-313.

⑮ Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306 (2003).

需要的技能只能通过接触广泛多样性的人民、文化、思想和观点才能得以发展。[……]更重要的是,美国军方的高层退伍官员和文职领导人声称,“从[他们]几十年的经验来看”,“非常合格的、具有种族多样性的军团……对于军队履行保卫国家安全这个主要使命的能力来说是基本的。”^⑥

从这种讨论中可以清楚发现,法院为有关政策倾斜辩解的理由是工具论的。因此,法院的分析将遇到与工具价值分析有关的通常问题。例如,当实现了教育好处时(不包括仅仅具有多样性的学生),该政策就不会有任何地位了。的确,法院自己宣布:“我们预计,从现在开始25年后,对于促进今天认同的利益来说,采取种族优惠将不再有必要”。^⑦现在,这当然是如意算盘。人们担心的是:(一)如果25年还不够,那么将会发生什么;(二)如果列出的好处已经实现,但实际上仍然没有实现多样性,那么法院现在所“预计”的是否会成为那时的法律的要求?^⑧

(二)一些国际法的说明

也许,与国内法的情况作某种比较,就会发现,在各种国际文件中都能找到明确基于对内在价值和工具价值分析的各种声称和(或)主张。这也许是因为,从现代国际法一开始,哲学家和哲学思考就一直对国际法产生更为强大的影响。格老秀斯既是一位哲学家,又是一位国际法的实践者。现代的人权运动就是从一些起草《世界人权宣言》的哲学家开始的。^⑨显然,因为这个原因,在国际法的辩论中总是充满着哲学的表述。

在国际人权法中,哲学的影响尤其明显。《世界人权宣言》^⑩在序言中宣布:“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础”。这一宣言在《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)^⑪和《经济、社会和文化权利国际公约》(ICESCR)^⑫中得到重申。这两个国际公约在各自的序言中都承认“这些权利是源于人身的固有尊严”。而且,他们还规定了关于内在权利的一些特定条款,例如《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款(生命权)和《经济、社会和文化权利国际公约》第25条(享有和利用自然资源的权利)。最后,《维也纳宣言和行动纲领》^⑬承认并肯定“一切人权都源于人与生俱来的尊严和价值”。由于明确提到了“与生俱来”[即“固有的”——译者注]这个概念和术语,《维也纳宣言和行动纲领》把在以前承认人的固有尊严的人权文件中默示的意念揭示出来。工具价值的分析更加容易找到,人们可以在《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》中找到各种例子,例如前者的第4条第1款和后者的第13条。

就多样性问题而言,一些文件表明,它们承认事物或现象的内在价值和工具价值,以及两者间的差异。有三个文件特别处理的是多样性问题,可以用来很好地说明这一点。

联合国教科文组织(UNESCO)的《文化多样性宣言》[下称“《宣言》”]^⑭和《保护和促进文化表现形式多样性公约》[下称“《公约》”]^⑮都规定有一个条款,宣称文化多样性是人类共同遗产。《宣言》第1条承认:

文化在不同的时代和不同的地方具有各种不同的表现形式。这种多样性的具体表现是构成人类的各群体和各社会的特性所具有的独特性和多样化。文化多样性是交流、革新和创作的源泉,对人类来讲就像生物

^⑥ 539 U. S. ,330 -331(里面的引用被省略)。

^⑦ 539 U. S. ,343。

^⑧ 似乎现在正在进行“成绩最好的10%的学生”这种试验,以便实现与政策倾斜相同的目标。在那个试验中,在任何一个特定的州,每个高中成绩最好的10%的学生将被录取。这看来更加公正。由于从种族方面来看,高中学生人数不是平均分布的,因此有些高中可能集中了某个特定少数民族裔的学生。从每个高中录取成绩最好的10%的学生就可能实现得到各个种族群体学生中成绩最好的10%的学生。

^⑨ 参见:Mary Ann Glendon, A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights (2001)。另见:Christopher McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, 19 EJIL (2008), 655。

^⑩ [Http://www.un.org/Overview/rights.html](http://www.un.org/Overview/rights.html)。

^⑪ [Http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)。

^⑫ [Http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_icescr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_icescr.htm)。

^⑬ [Http://www2.ohchr.org/english/law/vienna.htm](http://www2.ohchr.org/english/law/vienna.htm)。

^⑭ [Http://www2.ohchr.org/english/law/diversity.htm](http://www2.ohchr.org/english/law/diversity.htm)。

^⑮ [Http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=33232&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=33232&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)。

多样性对维持生物平衡那样必不可少。从这个意义上讲,文化多样性是人类共同遗产,应当从当代人和子孙后代的利益考虑予以承认和肯定。

这是对文化多样性的内在或固有价值承认,虽然没有用到这些措辞。

《宣言》第3条进一步承认了文化多样性作为发展的一个要素的工具价值,即:“文化多样性增加了每个人的选择机会;它是发展的源泉之一,它不仅是促进经济增长的因素,而且还是享有令人满意的智力、情感、道德精神生活的手段。”而且,《宣言》第7条承认“每项创作都来源于有关的文化传统”。

同样,联合国教科文组织《公约》在序言中确认“文化多样性是人类的一项基本特性”,并承认“文化多样性是人类共同遗产,应当为了全人类的利益对其加以珍爱和维护”。《公约》还在序言中描述了文化多样性的工具价值,即是“各社区、各民族和各国可持续发展的一股主要推动力”,“对于地方、国家和国际层面的和平与安全是不可或缺的”,并且颂扬“文化多样性对充分实现《世界人权宣言》和其他公认的文书主张的人权和基本自由所具有的重要意义”。

还有一个用到这种分析的文件是《生物多样性公约》。^⑤该公约的缔约方宣布:它们意识到“生物多样性的内在价值,和生物多样性及其组成部分的生态、遗传、社会、经济、科学、教育、文化、娱乐和美学价值”,以及“生物多样性对进化和保持生物圈的生命维持系统的重要性”,并注意到“保护和持久使用生物多样性必将增强国家间的友好关系,并有助于实现人类和平”。该公约明确使用了“内在价值”这个术语以及诸如“重要性”和“终必增强”之类的表述,明确遵循了内在或工具价值的分析方法。

虽然这是明白无疑的,但正如下面要讨论的,这些文件所使用的分析方法却并不是完美的。^⑥虽然此分析框架的构成部分是明显的,但看来并没有一条清晰的主线把那些内容按照合适的顺序连接起来。并没有明确说明承认内在价值将产生何种影响。决策将充满不确定性和互相矛盾的需求。

三、“价值之间的冲突”:一些试探性的观察

就像上面讨论所整理的,这个世界上的每一个事物和现象,包括多样性在内,都可以通过内在价值和工具价值的视角来看待。然而,到目前为止,这个视角却非常模糊,因为都以一种不完整的方法在讨论许多问题,或者甚至根本没有明确进行讨论。

如果从这样一个视角看待这个世界,那么这个社会中的许多问题可以看成这些价值之间的矛盾或冲突。解决这些争端的方法将是相同类型的价值之间的选择(某个内在价值与其他内在价值之间,或者某个工具价值与其他工具价值之间),或不同类型的价值之间的选择(内在价值与工具价值之间)。大致说来,^⑦在通常情况下,一个理性的人很有可能在两个工具价值之间选择更有效的一个,在两个内在价值或在内在价值和工具价值之间选择更重要的一个。而且,如果内在价值和工具价值同样重要,或者稍微比工具价值不太重要一点,在后面两种情形中,人们会优先选择内在价值。^⑧然而,整个社会极有可能选择那个被认为更加重要的价值,这通常是以一种没有细微差别的方式、在没有从明确的内在价值对工具价值的分析得到好处的情况下进行的。这种选择在法律中可以得到体现。在下面的观察中,笔者将尝试通过那些容易发现的例子揭示这种分析,先是在更加一般的和不具有多样性的情形中,然后再针对多样性的事项。

(一)不涉及多样性问题的说明

一个不涉及多样性问题真实的例子是在纽约布朗克斯(Bronx)发生的“迪亚罗”案(Diallo)。^⑨该案件很有可能受到多样性考虑的影响(至少从背景来说),但可以把它作为一个一般案件分析,因为并没有人特意对基于种族偏见而对陪审团的不偏不倚性提出质疑。迪亚罗先生是一位年轻的非洲移民,他在1999年2月4日夜里回到自己住的楼房。在那天深夜大约12点40分,四名纽约警察穿着便服在该楼房的门廊处靠近

^⑤ <http://www.cbd.int/convention/convention.shtml>.

^⑥ 人们希望最近通过的联合国《土著人民权利的宣言》(A/RES/61/295, <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/drip.html>)能够给我们提供另外一个分析内在价值和工具价值的理想例子。该宣言的文本并不是这样一个模范。

^⑦ 本文不可能尝试有效、全面地解决这些争端,这个任务将在以后进行或留给其他思想者完成。

^⑧ 参见对该词条的解释:Stanford Encyclopedia of Philosophy, 前注③。

^⑨ Jane Fritsch, The Overview: 4 Officers in Diallo Shooting Are Acquitted of All Charges, NY Times, 26 Feb. 2000 (<http://partners.nytimes.com/library/national/regional/022600ny-diallo.html>).

迪亚罗先生。当他在往里面撤退时,四名警察朝里面开了41枪,并击中了他19次。这些警察都是白人,他们以为他身上有枪。实际上,那是他的一个钱包。在随后的指控中,由4名黑人和8名白人组成的陪审团判决这些警察无罪,因为在陪审团看来,这些警察[行为人]采取的行为并不是不合理的。因此,行为人在合理进行正当防卫。在陪审团看来,虽然行为人的行为实际上错了,但为了社会,他们当时有理由相信这是正当的。

我们没有看到陪审团对这种行为的任何明确解释,但它可以按照下列方式得到解释:虽然这种错误的正当防卫造成迪亚罗先生的死亡,但是这对于社会的生存来说是正当的,而且是必要的(至少对于布朗克斯社区来说是这样的)。也就是说,为了社会的利益,迪亚罗先生的死亡是可以接受的。这里显然出现了价值之间的两套冲突:一套是在作为内在价值的迪亚罗先生的生命和作为工具价值的他的死亡对社会的好处,还有一套是作为内在价值的他的生命与作为内在价值的社会的(最终)生存。显然,迪亚罗先生的生命具有的内在价值没有他的死亡对于社会的工具价值或社会的生存的内在价值那么重要。这表明,在关键时刻,即使是一个标榜人权、自由或自由主义的资本主义或自由社会(纽约),也是为了自己的利益而不惜牺牲个人的生命,^⑩尽管人们可能不太想要这样看待这些事情。

在国际法中,并不缺乏此类价值的冲突以及这种冲突的解决。在人权法中,人们可以发现许多价值冲突的解决或者彼此的妥协。《公民权利和政治权利国际公约》的一些条款(例如,第12、18、19、21和22条)对权利的详细表述总是存在一些例外。我们可以把它们称之为“条款内的例外”。如果有关权利可以被视为内在价值,对于为了维护社会而起到工具价值作用的限制来说,这些内在价值是无法进行对抗的。其中一个例子是第18条第3款规定的一个例外,即:“表示自己的宗教或信仰的自由,仅只受法律所规定的以及为保障公共安全、秩序、卫生或道德、或他人的基本权利和自由所必需的限制”。

而且,《公民权利和政治权利国际公约》第4条还规定了一个“一般的例外”。根据该条第1款的规定,“国家的生命”被认为是一个比许多人权的内在价值还要重要的价值;或者,剥夺许多权利所产生的工具价值比这些权利的内在价值来说要重要得多。该条款规定:

在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时,本公约缔约国得采取措施克减其在本公约下所承担的义务,但克减的程度以紧急情势所严格需要者为限,此等措施并不得与它根据国际法所负有的其他义务相矛盾,且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。

对于有些权利来说,这种算计是不适用的。根据第4条第2款的规定,“不得根据本规定而克减第6条、第7条、第8条(第1款和第2款)、第11条、第15条、第16条和第18条。”上述所列出的这些权利及其具有的内在价值,被认为是比剥夺它们所具有的工具价值还要重要。也许,人们不能说,缔约国已经刻意作出决定,要让这些权利所具有的内在价值优于“国家的生命”所具有的内在价值。相反,所作出的决定极有可能是,享受这些条款规定的权利并不是对“国家的生命”的威胁;或者说,剥夺这些权利不会减少或消除这种威胁(如果的确存在的话)。

(二) 涉及多样性的说明

同样,关于多样性的许多争议都可以被视为内在价值与工具价值之间的冲突。最终作出的选择可能是让一种价值优于另外一种价值,以此来得到合理解决。然而,决策者也许并没有通过这种视角来看待事物。

^⑩ 在“巴克诉贝尔案”(Buck v. Bell, 274 U. S. 200, 207 (1927))中,小奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)大法官实际上以一种更加极端的措辞表达此意。该案件确认了州实行的对智力迟钝的人(如果其第三代仍然有这种状况)进行绝育的政策。他说:“我们已经不止一次地看到,公共福利可能要求最好的公民献身。如果它不能要求那些消耗国家资源的人(他们通常不会感到如此)作出这些不大的牺牲,以便防止弱智泛滥,那就是很奇怪的事情。对于全世界来说,与其等待这些人的子孙因为犯罪而被执行死刑,或者因为低能而被饿死,还不如由社会阻止那些显然有问题的人延续他们的后代,这将更好。支撑强制接种疫苗的原则适用范围可以包括切断她们的输卵管。……三代都出现低能就足够了。”274 US 200 (1927), 207(里面的引用被省略)。巴特勒(Butler)大法官表示反对,但没有写下少数意见,274 U. S. 208。虽然这样一个案件在今天审理的话可能会有不同的判决,但Holmes给出的推理仍然可能有支配的力量。纽约市与迪亚罗家人之间后来在庭外达成解决方案,由纽约市赔偿了300万美元(参见:<http://www.nytimes.com/2004/01/06/nyregion/06CND-DIAL.html>),不过这并没有对从刑法角度的分析产生任何改变。而且,从来没有人承认犯错。

或者说，如果他们的确是那样，那么他们所看到的画面并不是完整的，或者说甚至是断章取义的。

在国内法中，一个明显的例子就是美国最高法院审理的“格鲁特案”(Grutter)。就像前面说明的，法院明确承认多样性具有的工具价值，因此它最终作出的决定是让一种价值(按照法院的看法，就是工具价值)优于另外一种价值(即格鲁特具有的不受歧视的内在价值)。无论法院想如何解释它作出的决定，从必然的逻辑可推测到，它一定已经是这样决定的。

然而，在这个案件以及类似案件中，法院决策的方式看来是不要让两套价值发生明显冲突，而是问：“多样性是否是可以为挑选公立大学入学申请者时严格考虑种族辩解的一种重大利益？”^②分析和回答这个问题的方式是：质疑者，即格鲁特，似乎已经从案情中消失了，好像为了获得各种教育好处而成为工具的重大利益成了某种不可抗力，使讨论其他权利和利益显得徒劳。从必然的逻辑可推测到，法院仍然认为工具价值(即多样性是一种实现教育好处的方式)要优于内在价值(即不得受到歧视)。

作为胜过对权利的平等保护的“法宝”，这样一种政府利益和(或)教育好处看来并不是基于《宪法》的文本依据，而是法院自己采取的一套宪法理论。人们也无法为“多样性”本身找到《宪法》的文本依据。就像伦奎斯特注意到的，一般认为，在宪法案件的决策中，宪法权利，而不是内在价值，是处于优先的。^③因此，人们只能把多样性放到一项已经确定的宪法权利中，以便使多样性成为否定受到平等保护的权利的正当理由。看来，这就是鲍威尔大法官在“巴基案”中的意见的推理，他在该意见的分析中的确注意到了这种价值的冲突，或者说，可以从他选择使用“利益”这个措辞认为他把这称为是利益的冲突。但是，他并没有把此种推理进行到底。他说：

申请人[加利福尼亚大学的董事会]主张，它的大学必须有权挑选那些可以最大程度促进“思想强大交流”的学生。在提出这种主张中，申请人援引了一套[与受到平等保护的权力相]抗衡的宪法利益，即基于《第一修正案》的利益。根据这种观点，必须认为，申请人想要实现一个目标，而这个目标对于履行它的职责来说是至关重要的。^④

让《第一修正案》中的利益与受到平等保护的权力这个明显的内在价值进行竞争，与让各种教育好处与受到平等保护的权力进行竞争相比，看来是呈现了一场更好的战斗。与其让各种教育好处优于受到平等保护的权力，还不如让《第一修正案》中的利益优于受到平等保护的权力来得更加合理。看来，让某个内在价值优于另外一个内在价值要比让某个工具价值优于某个内在价值要显得更好。如果《第一修正案》中的利益可以被视为具有内在价值(可能不是鲍威尔大法官脑中的那个看法)，那么冲突就会变成两套内在价值之间的冲突。我们尚未知道，根据美国的法律，是否有一种合理的分析方法不需要套进《第一修正案》就可直接把多样性当作是一套内在价值，因此可以把在多样性和受到平等保护的权力或其他权利之间的冲突当作两套内在价值之间的冲突来解决。

在国际法中，有更好的机会把许多关于多样性的争议视为价值冲突进行分析，无论是内在价值还是工具价值。这是因为，许多国际法文件，正如前面讨论的，明确承认正在处理的某个事项存在内在价值和工具价值。这种明确承认是在明知有关价值的情况进行任何分析的出发点。这对于上面讨论的直接处理多样性的两个国际公约来说尤其如此。然而，人们不能夸大这种机会。虽然国际法可能具有很好的出发点，但是这种分析在何种程度上已经进行或在将来能否进行仍然是不清楚的。

就《生物多样性公约》来说，情况看来更好一些。^⑤首先，该公约在序言明确承认生物多样性的内在价值。那么很自然地，就像第1条规定的，它规定的内容是为了实现“保护生物多样性、持久使用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益”。但是，它规定的内容看来并没有给生物多样性非常明确的强势地位。该公约的宗旨必须在很大程度上需要依赖国内努力得以实现，而且受到国家主权利的限制(第3条)。大多数条款(例如第5-11条)规定了国家的义务，它们包括诸如“按照其特殊情况和能力”或

② Grutter, 539 US, 321.

③ 前注⑤。

④ Bakke, 438 US, 313.

⑤ [Http://www.cbd.int/convention/convention.shtml](http://www.cbd.int/convention/convention.shtml).

“尽可能并酌情”这样的措辞。这表明,决定要与国家能力相适应,因此当在其他各种价值与生物多样性这个内在价值之间在国内发生冲突时,其他各种价值应当优先。这显然是对不可避免的事物的顺从:国际法不能要求参加者从事不可能的行为。

然而,在国际背景中,当生物多样性遇到严重破坏或威胁时,该公约规定在最关键情况下,生物多样性应当优先。该公约第22条第1款规定:“本公约的规定不得影响任何缔约国在任何现有国际协定下的权利和义务,除非行使这些权利和义务将严重破坏或威胁生物多样性”。因此,该公约看来是说,有些破坏是可以的,但是不能允许有严重破坏。在这点上,生物多样性作为一套内在价值,是处在优先位置的。它的优位的基础就是可能造成的破坏的严重性。因此,内在价值是优先的,尽管有困难。

而联合国教科文组织的《文化表现形式多样性公约》看来不是很清楚。就像上面讨论的,该公约在序言中明确承认文化多样性是一种内在价值,并且旨在保护和促进这种价值。该公约第1条尤其规定:“本公约的目标是:(一)保护和促进文化表现形式的多样性;(二)以互利的方式为各种文化的繁荣发展和自由互动创造条件;……”第5条规定:“缔约方根据《联合国宪章》、国际法原则及国际公认的人权文书,重申拥有为实现本公约的宗旨而制定和实施其文化政策、采取措施以保护和促进文化表现形式多样性及加强国际合作的主权。”在某些情况下,缔约国可以采取特别措施保护第8条所规定的文化表达多样性。

因此,该公约的一般框架看来是“强大的国内措施、多样的文化”,基本上依赖缔约国的努力来实现该公约目的。当然,如果“强大的国内措施”没有与根据其他国际法产生的权利和义务产生冲突,也极有可能存在紧张关系。这方面最明显的是关于促进自由贸易和自由市场方面的条约。

从一般化的层面讲,这将出现文化多样性这个内在价值与诸如自由贸易这样的工具价值等其他价值之间的冲突。该公约的缔约国显然是意识到这种冲突的,因此决定在某些程度上给予文化多样性以优先地位。因此,该公约的序言声称“确信传递着文化特征、价值观和意义的文化活动、产品与服务具有经济和文化双重性质,故不应视为仅具商业价值”,并注意到“信息和传播技术飞速发展所推动的全球化进程为加强各种文化互动创造了前所未有的条件,但同时也对文化多样性构成挑战,尤其是可能在富国与穷国之间造成种种失衡”。

为了执行这种部署,该公约第20条的标题是“与其他条约的关系:相互支持,互为补充和不隶属”。它规定:

一、缔约方承认,他们应善意履行其在本公约及其为缔约方的其他所有条约中的义务。因此,在本公约不隶属于其它条约的情况下,

(一)缔约方应促使本公约与其为缔约方的其他条约相互支持;

(二)缔约方解释和实施其为缔约方的其他条约或承担其他国际义务时应考虑到本公约的相关规定。

二、本公约的任何规定不得解释为变更缔约方在其为缔约方的其他条约中的权利和义务。

从这个条款看不出文化多样性这个内在价值优于其他价值的程度。对该条款的解释将付出巨大力气,这只能等待将来的发展。第1款和第2款看来分别把我们带到不同的方向,让我们看上去认为该条约和其他有关条约或协定之间是一种平等的关系。唯一支持文化多样性的是缔约国促使相互支持以及考虑到本公约的相关规定;当然,这并没有强制要求产生某种结果。^⑤人们希望这种“过程的义务”能够产生有利于文化多样性的结果。

还可以提出对文化多样性更有利的观点。这个问题首先可以作为条约冲突的一个例子。结合《维也纳条约法公约》^⑥第30条陈述的规则,联合国教科文组织的《公约》第20条并没有明确赋予该《公约》或可能与之发生紧张关系的其他条约优先地位。这个问题还可以作为条约解释的一个例子。当联合国教科文组织的《公约》第20条和整个设计(在解释和适用该公约时,需要把该《公约》的明确目的,即支持文化多样性这个

^⑤ 关于详细情况,参见:Ivan Bernier, *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: A Cultural Instrument at the Junction of Law and Politics* (http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/carrefour-du-droit_eng.pdf) (May 2008), 21-23.

^⑥ 1155 U. N. T. S. 331; http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

内在价值,和它的序言作为上下文的一部分予以考虑)与要求缔约国考虑其他国际法规则和原则的其他条约以及《维也纳条约法公约》第30条和第31-32条结合时,可能使决策者具有足够的底气认为,作为内在价值的文化多样性要优于诸如自由贸易这样的其他价值。如果这些因素的确只呈现出需要平衡各种价值的情景时,就像联合国教科文组织的该《公约》本身所表达的,任何倾向于一般的内在价值或尤其是文化多样性这个特殊的内在价值的行为,都会有助于支持文化多样性。

这种争端可能在不久就提交给世界贸易组织的争端解决机构。世界贸易组织的协定看来是非常灵活的,完全有可能支持文化多样性。这可以通过下列方式实现:(一)认为世界贸易组织法已经规定了支持文化多样性的规则和原则;(二)把文化多样性当作是自由贸易的一个例外;或(三)使文化多样性优于自由贸易。看来,有理由经过对世界贸易组织协定和其他有关文件的解释对文化多样性要优于自由贸易保持谨慎乐观。确实,《关于争端解决规则与程序的谅解》要求对世界贸易组织协定的分类“依照解释国际公法的习惯法规则”。^③ 在一个涉及环境法的案件中,世界贸易组织的上诉机构看来已经进一步灵活解释世界贸易组织协定了。在“美国-虾”案(United States - Shrimp)中,它对“根据国际社会现在的关注”这个条约措辞作出了动态的解释。^④ 虽然该裁决的效力还不清楚,但人们不得不注意到从“依照国际公法的习惯法规则”向“根据国际社会现在的关注”的发展变化。人们不得不承认,国际社会现在的一个重大关注是文化多样性,就像联合国教科文组织的《公约》、其他诸如联合国教科文组织的《宣言》规定的国际规则和原则以及人权法阐明的那样。^⑤ 因此,从“美国-虾”案的做法走到得出支持文化多样性的结论的路途不远。^⑥

四、结论

社会已经意识到了多样性的内在价值和工具价值。当出现涉及多样性的价值之间的冲突时,社会通常把多样性放在最令人瞩目的位置。然而,社会到底是在倡导多样性的内在价值还是工具价值并不总是非常清楚。看来,非常有必要以更直接的方式来更明确和更佳地分析和处理这种冲突。这种更明确和更直接的分析将有助于集中精力,以便允许进行有意的、甚至是艰难的决策。看来,作为一套纯粹的内在价值,多样性及其此种地位产生的影响是一块等待开发和研究的处女地。进一步的研究将会影响这个社会把更重要的价值置于其他价值之上进行不懈努力。^⑦ 这会提高决策权行使的质量,当然,也会提高行使决策权产生的最终结果。

(责任编辑:黄德明)

^③ 世界贸易组织《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款。

^④ 世界贸易组织上诉机构, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 129.

^⑤ 关于对文化认同权的发人深思的阐释,参见: Antônio Augusto Cançado Trindade, The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights, in Sienho Yee & Jacques - Yvan Morin (eds.), Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney (2009), 477-499.

^⑥ 当然,笔者只是尝试为进一步分析强调了某些方向。

^⑦ 同样,这种研究还有助于启发对其他问题的研究,例如是否允许某些个人的权利(例如自决权)要优于其他人坚守他们的土地和国家认同的权利(例如在科索沃)。