

[美] 乔尔·范伯格 著
方 泉 译

The Moral Limits

of

The Criminal Law

刑法的道德界限

(第三卷)

对自己的损害

Vol. 3 Harm to Self



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

〔美〕乔尔·范伯格 著
方 泉 译

The Moral Limits
Of
The Criminal Law

刑法的道德界限

（第三卷）

对自己的损害

Vol. 3 Harm to Self

 商务印书馆
The Commercial Press

2015年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法的道德界限·第3卷,对自己的损害/(美)范
伯格著;方泉译. —北京:商务印书馆,2015
ISBN 978-7-100-11026-6

I. ①刑… II. ①范… ②方… III. ①道德—关系—
刑事立法原则—研究 IV. ①D914.04②B82-051

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第011436号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

刑法的道德界限

第三卷

对自己的损害

〔美〕乔尔·范伯格 著

方泉 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-11026-6

2015年4月第1版 开本 787×960 1/16

2015年4月北京第1次印刷 印张 33 1/4

定价: 78.00元

Joel Feinberg

THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW

Volume Three

HARM TO SELF

Copyright © 1986 by Oxford University Press, Inc.

本书根据牛津大学出版社 1986 年版译出

仍献给贝蒂



《对自己的损害》是四卷本作品《刑法的道德界限》的第三卷。各卷书均已先后独立出版，相隔时间不长，后面的卷本中，均包含前卷的概要。第一卷《对他人的损害》讨论了损害的概念及其与利益、需求、伤害、冒犯、权利及同意的关系，将损害概念适用于诸如“道德损害”、“替代性损害”以及“死后损害”时的疑难情形，未能防止损害的实质，以及有关评估、比较损害和对损害归责等方面的问题。第二卷《对他人的冒犯》则讨论“冒犯”作为一种不同于损害的状态，其模式及内涵究竟如何。包括对冒犯性滋扰、深度冒犯行为（对尸体不敬、亵渎神圣标志、公开展示臭名昭著的纳粹党徽或三 K 党服饰），以及色情、淫秽和“脏话”的论述。第四卷《无害的不法行为》将中性客观地讨论各种被冠以“法律道德主义”名义的立场，即刑事禁止因其可以维护生活方式、推进真正的道德、防止以剥削不法获利、提升品位及完善个性等而具有正当性，即使在这些情形中并不存在适格的“被害人”。

第一、二卷概要

第一卷引出的是一个貌似简单实则宏大的问题：国家何以正当地将某种行为犯罪化？哲学家试图通过提出我所谓的“限制自由原则”（或同义的“强制正当化原则”）给予解答，即某种考量总是能够为刑事立法提供道德上的相关依据，即使其他依据可能更重要。《刑法的道德界限》各卷均对应一个主要的限制自由原则（参见本概要末尾列出的十条原则及其内涵）。防止对行为人以外的他人的损害总是支持设置国家强制的理由，这条原则我称之为“对他人的损害原则”（简称“损害原则”）。至少它的笼统表述几乎为所有学者接受。只有当我们考虑它是否如约翰·斯图尔特·密尔所宣称的那样，是唯一一条有效的限制自由原则时，争议才会产生。

其他三条“强制正当化原则”尤其获得了广泛支持。它们亦被认为（不总是被同一人认为）是支持刑事立法的有力理由：（1）有必要防止对他人的伤害或冒犯（与损伤或损害相对）（冒犯原则）；（2）有必要防止对行为者本人，而非“他人”的损害（法律家长主义）；

x (3) 有必要防止内在不道德行为，无论其是否具有对人的冒犯性和损害性（法律道德主义）。根据本书主题所阐明的观点，我所理解的“自由主义”认为，经适当澄清及限定的损害原则和冒犯原则即已穷尽所有刑事制裁的道德相关性理由。（“极端自由主义”反对冒犯原则，认为只有损害原则才是可以接受的理由。）我将直言我本人对自由主义的理解。

本书中的自由主义具有双重性。第一卷和第二卷提出对自由主义的限制自由原则的解释和界定，这对于确保由它们为本书观点背书十分必要（假定它们自始就为我们的观点背书）。假定损害原则和冒犯原则是正确的，我们要问，应如何理解这些原则呢？我们所说的关键词“损害”和“冒犯”到底是什么意思？这些笼统的原则如何应对实际立法中的复杂问题？第一卷和第二卷试图定义、解释、限制、修饰自由主义，以便最终我们可以说，这才是自由主义最具说服力的主张，既没有过分背离自由主义标签的传统用法，也没有背离过往自由主义者，如著名的约翰·斯图尔特·密尔的内在精神。第三卷和第四卷则着重于自由主义的第二重意义，通过驳斥为很多学者所主张的非自由主义原则（尤其是家长主义原则和道德主义原则），论证这些原则要成为完善的理论必须经过自由主义原则的补充。

第一卷进而问道，本书中，我们应如何理解损害原则中的“损害”？首先，明确区分非规范意义上作为利益阻回的“损害”，以及规范意义上作为“不法行为”的损害，即对他人权利的侵犯。其次，给出了极少见的“非损害性不法行为”的例子，即不法行为并未阻碍遭受不法行为者利益的情形；以及更加常见的“非不法的损害行为”的例子，即损害但未侵犯权利的情形。此两者皆非损害原则中的“损害”，而是另两种内涵的重合部分，即不法行为造成的利益阻退及阻退利益的不法行为。第一章和第二章主要解决作为利益阻退的损害问

题，第三章更加详细地讨论作为对权利的侵犯的损害行为的特点。

第二章讨论适用损害概念的疑难情形：“道德损害”、“替代损害”、“死后损害”或“出生前的损害”是否成立？首先，我们能否说使一个人变得较之前更坏就是损害了他？柏拉图坚称，即使并未阻碍利益，“道德损害”就是损害（并且是严重损害）。但我们对损害的分析是反柏拉图主义的。一个人变“坏”并不一定情况就会变“糟”；除非他在其良好品格中存在某项先在利益，否则就不会受到“道德损害”。其次，我们能否通过损害第三人而损害某人？在这个问题上我的回答十分肯定。若 B 在 C 的福祉或品行中存在一项利益，A 若直接损害 C 或使 C 堕落，则 A 就对 B 造成了“替代性损害”。第三，某人的死亡或其死后发生的事件能否损害他本人？这些问题因极其敏感而无法一言带过。不过我的结论是，死亡对于死者来说可以是一个损害，因为他所有的死前利益均遭到彻底且不可逆的摧毁。若患者的“生存利益”在死后受到阻碍，死后损害也可能发生。在某人死后，生存利益的主体以及损害或好处的获益者就是死者死前本来拥有该利益的生者。死后时间不会回溯到较早的时间（可能应首先作此建议），但事件的发生可以使我们重新评价其终身福利，在合上其人生之书前进行修订。

至于出生前损害，我认为若胎儿（他们还不是人）最终出世后，因出生前遭受的损失而承受损害性后果，就可以说他们在子宫内时即已遭受损害。若不法行为人明知会在数月或数年后对某人造成损害，仍故意或过失地造成一个因果联系，则人们可以因为这种发生在他们受孕之前的不法行为遭到损害。我甚至认为在一些特定的罕见情形中，一个本可避免的受孕行为也会对人造成损害。不过，我并不认为，让某人降生人世的那个性行为可以直接对其造成损害，除非他注定以一种如此严重的残疾状态降生，以致他认为自己“生不如死”。如果

xi

父母在怀孩子的时候，知道或者应当知道孩子降生后的残疾状态不会特别严重，那么这孩子以后就不能说自己受到了不法对待，因为这次不当怀孕的唯一替代选择就是他根本不能来到人世，他应该不愿意如此吧。如果硬要以刑罚处罚将他以残疾状态带到人世的父母，而这种残疾状态总归比不来人世要强些，那就需要法律道德主义原则出面了，因为损害原则不会给予正当性的支持。

在第四章谈到的另一个分析上的问题是，损害原则是否支持对可责的未防止损害发生的人施以刑罚处罚？普通法传统中的一般观点均反对所谓“坏撒马利亚人法律”，即在法律道德主义下，要求人们承担“举手之劳”的救助义务。我反对所有这类观点，因为它们要么系统性地混淆了积极救助与恩赐好处的区别，要么就是对在合理救助与非合理救助之间的划线问题上过于斤斤计较。（类似的划线问题普遍存在于法律中，绝大多数都可以解决。）我认为，要求人们帮助防止损害有时正如以刑罚威慑要求人们不以积极行为造成损害一样合理。但困难的是，这一结论是否意味着背离了我们之前所限定的损害原则。我认为并非如此，部分原因在于不作为在某些情况下本身就可以造成损害。为了证明这个论点，我必须驳斥来自另一面的有力观点，在第四章的最后一部分我就是这么做的。

第一卷的最后两章（第五、六章）试图确定“调和性准则”以指导立法者，将损害原则适用于特定复杂的实际情形。至此，该原则的内容仍非常抽象，以致若无进一步说明，就无法将其运用于微小损害、中等可能的损害、必须以损害另一个不兼容利益为代价方可防止的利益损害、结构冲突性损害、模仿性损害、集体损害以及累积性损害等情形。我认为不同类型的补充性准则有助于损害原则在上述困难情形中的适用，这等于在损害原则的骨架间填充规范性的血肉。这些补充性说明有很多不同的形式。有些本身就是道德原则和公正法则；有些

可用于概率和风险评估；有些则是经验法则，如解决微小损害问题的琐事准则；还有一些用来区分利益的大小，以比较冲突性损害的相对“重要性”，直至将“自由利益”放在衡量的天平一侧。还有一些制度性的实用规则，则用以解决集体损害和累积性损害问题，以避免出现一律允许或一律禁止这两种极端情形。在加入这些调和性准则之后，损害原则变得不那么抽象，但同时它也失去了其结构简单、规范中立的形象。

第二卷开篇即讨论了“冒犯”的含义。和“损害”一词一样，“冒犯”也有广义和狭义之分，前者包括任何或所有令人不快的精神状态，后者则仅指由不法行为造成的前述状态。仅有后者——不法冒犯——方属我们所说的冒犯原则。第七章提出的问题是，我们是否可以就某些本身无害但却令人非常不快的体验，要求法律以另一人的自由为代价给我们提供保护。对这个问题的肯定回答并非提出证据，而是要读者假设自己必须面对一系列情形（“A 在公共汽车上”）。

xiii

第八章使用了滋扰法律的模式，主要借用了侵权法，暗示将冒犯原则适用于恶心而无害的行为时，应有所调和，在权衡测试中，应以对被冒犯方造成的不便的严重性，对抗冒犯方行为的合理性。冒犯的严重性由以下几点决定：（1）恶心行为的强度和持久性，以及行为对一般人造成的恶心程度；（2）不情愿面对的人要避免恶心行为的便利程度；（3）目击者是否自愿承担被冒犯的风险。这些因素要和另一组决定冒犯方行为合理性的因素对抗：（1）行为对行为人的个人重要性，以及行为的社会重要性；（2）变更行为的时间、地点以减少冒犯性的可行性；以及（3）行为动机的卑劣性程度。就行为的合理性和冒犯的严重性，并没有什么简单的权衡公式。有些简单的情形，很容易根据一两个标准确定结论。例如，在完全自愿同意的情况下，人是不可能被冒犯的，“同意”原则（人在同意的情况下不可能被不法侵

犯)即可排除其他结论。在某些情况下,即使没有这样的原则,也可以通过几个原则的共同作用得出结论。而在真正的疑难情形中,各个原则相互冲突,没有哪一个可以取得压倒性优势,例如某种行为具有中等程度的冒犯性和中等程度的不合理性,那就既没有直截了当的结论,也没有评价的替代方式。

第九章首先感谢滋扰法律,它是理解“深度冒犯”的不完全模式。这种感受不同于单纯滋扰,而是无限接近于某种深切的、令人震撼的、严重的感受,甚至被冒犯人并非冒犯行为的直接对象,却仍能因为仅仅想到在某处私下发生着某些行为而产生这种感受。其次,深度冒犯行为不仅仅因为它冒犯了某个人而被认定为不法,其冒犯性在于行为的整个场景都是不法的。深度冒犯是一种体验,因此可以完全是非个人的。被冒犯者并不认为自己是某个并未亲见的毁损国旗、不敬死者或亵渎宗教标志行为的被害人,因此,他并非仅仅为着自己感到怨愤(被不法侵犯)。第九章继续为自由主义者提出那著名的“单纯知晓问题”。若某些人希望受到保护,以免受在单纯知晓的情况下,或者行为发生于某个旁人看不到的地方时受到深度冒犯,则自由主义原则是否支持以刑罚禁止私下的(无人目击)无害行为?我认为,即使有权衡测试,自由主义者仍无法获得完全的保证。我观察到,在无人目击行为产生深度冒犯的情形中,被冒犯者并不需要“保护”。他的怨愤是非个人的,并不能代表他自己。他对他所认为的不法行为感到愤怒,但他本人却并未受到行为的不法侵犯(这正是确定他所遭受的只是“深度冒犯”的原因之一)。冒犯行为是不法的,且是被冒犯精神状态的原因,但这仍不足以说明它就是自由主义的冒犯原则所称之“不法冒犯”。造成冒犯的行为不仅仅是不法行为,还必须是对被冒犯者的不法侵权行为,简言之,行为侵犯了被冒犯者的合法权利。若以他的愤怒作为对冒犯者采取刑事强制措施的理由,却正是自由主义者所反

对的法律道德主义原则的实质立场。自由主义者不会赞同，为了防止单纯知晓所造成的冒犯，就要以刑法惩罚私下实施的无害行为。

第十章转至淫秽。它也具有某种冒犯性，但与“深度冒犯性”不同，它是行为对象的感受。本章主要探讨“淫秽”的“评价意义”，它被使用时，表现的是某种负面评价。后续部分则讨论了“淫秽”的两种主要含义。（“淫秽”的这两种非评价性含义包括在美国的一般法律用语中，即作为“色情”的形式符号，以及对不礼貌用语的传统标签。）在一般评价意义上称某事物淫秽，即指该事物极其粗鄙，正如“有趣”一词一般被用来描述某种赞赏的反应。另一方面，“色情”则是一个单纯的描绘性词语，指用来激起读者或观众性欲的与性有关的文字或图片。如果不加区别地混用“淫秽”和“色情”二词，必然会带来任何或所有色情物是否就是淫秽物的问题。

xv

第十一章“色情与淫秽”对比了色情作品与文学戏剧艺术，承认可能存在某些色情的图片艺术、诗歌及（有些困难）音乐，解释了为何性（与之相关的任何事物）可能是淫秽的，并总结了“女权主义者”对色情作品的反对理由。和对色情物的传统反对立场不同，特别是与那些借助法律道德主义和道德家长主义作为立法理由的立场不同，近期的女权主义论点要么通过实证数据适用损害原则，要么适用冒犯原则，但不是为着防止一般“滋扰”，而是为了防止类似美国纳粹分子对斯考基犹太人造成的深度冒犯，或是三 K 党游行对黑人造成的深度冒犯。与损害原则有关的两个传统法律立场认为色情物是对女性的侮辱，以及色情物会怂恿犯罪（强奸）行为。我认为，侮辱一论（“色情物贬损女性”）是不可靠的，怂恿犯罪的论点则是可行的，这使得自由主义式的立法仍向刑事法律敞开大门（损害原则）：既有实证数据，也表达了对性暴力犯罪的因果关系解释的质疑。关于深度冒犯的观点更有意思，以现有的证据，几乎可以接受它，但我最终只

能拒绝这个论点，因为在色情冒犯与其他深度冒犯情形之间存在细微但重要的区别。我的结论是，“无论允许和禁止之间的界限划在何处，两侧都有接近划线的情形”。

第十二章回到有关色情物的道德和法律性质这类更传统的讨论中。这类讨论出现在视其为对女性的冒犯和危险的观点之前。本章尤其详细地讨论了有别于自由主义的另一种选择，这种选择是当时美国法庭针对淫秽案件的主流立场。在对从西科林案到罗思案，再到巴黎成人影院案的所有判决进行系统批判后，本章的结论是，“若色情物既非滋扰，亦（必须加上）非对女性安全的威胁，就不关国家的事。”

最后四章（第十三至十六章）则讨论淫秽文字——即所谓“脏字”。我认为，这些文字的主要功能就是冒犯，但就其基本功能而言，淫秽文字还具有某些有用的高级衍生功能，这使得淫秽文字在我们语言中消失将令人遗憾。这些文字之所以能够产生即时的冒犯效果，完全是因为它们违反了对某些发音或记号的禁忌。为了藐视说话的禁忌，我们强化语气，提醒别人注意我们的言行，以便凸显我们对规范本身、听者或言谈主题的不敬，这转而使我们能够达到深刻表达、抗拒召唤、抑制痛苦和战胜恐惧、打破虔敬、加强揶揄或侮辱性语气、挑衅、反抗或制造“笑果”等衍生性目的。承认淫秽文字的主要功能和即时功能是打破一般禁忌将导致“淫秽悖论”。以功利主义眼光来看，首先要有禁忌，才会有对禁忌的违反，才会达到这些“衍生性”目的。但如果我们都这样理解的话，悖论就产生了，因为我们都不会认真对待这些禁忌，它们的“魔力”就会消失；那些衍生性目的也就无法达到了。在第十五章“淫秽文字与社会政策”中，我试图解决，或者至少软化这个悖论。我反对那种试图以使用委婉语或过度使用的方式排除淫秽文字的人。在第十六章“淫秽文字与法律”中，我区分

了“说出即冒犯”、冒犯性滋扰和骚扰。使用了前卷提出的原则后，我的结论是，在适当调和的前提下，冒犯原则并不能支持禁止在公共场合说脏话，即使它们是被有意用来制造冒犯。以淫秽文字持续轰炸造成的冒犯性滋扰可以被正当地禁止，但仅限于造成滋扰的情形。本章得出自由主义立场反对对电台和电视台进行语言管制，亦反对 FCC 诉太平洋基金会案中的法庭多数意见。

第二卷的主要目的是阐释冒犯原则，以便说明防止无害的冒犯也可以作为刑法的正当性立法原则，为适用冒犯原则提出一整套调和法谚和权衡测试，以最大限度地减少其被滥用的可能。

限制自由原则的定义

1. 损害原则：总能为刑事立法提供很好的理由。认为刑事立法可能有效防止（消除、减少）对行为人（实施禁止行为的那个人）之外的其他人的损害；并且，可能找不到其他同样有效且价值成本更低的方法了。 xvii

2. 冒犯原则：总能提供很好的理由支持刑事禁止法案。认为刑事立法对防止对行为人之外的其他人的严重冒犯往往是必要的，并且可能是结束该冒犯的有效途径。

3. 自由主义的立场（有关刑法的道德界限方面）：损害原则和冒犯原则，经适当地界定及修正，二者即可穷尽刑事禁止的全部正当根据。（极端的自由主义立场认为仅有损害原则是适当的……）

4. 法律家长主义（一种受自由主义立场排拒的观点）：总是为刑事禁止提供充分理由。认为刑事立法对防止对行为人本人（生理的、心理的或者经济上的）的损害可能是必要的。

5. 法律道德主义（一般的狭义理解）：根据某行为固有的非道德

性，对该行为的禁止在道德上是合法的，即使该行为对行为人或其他人既没有造成损害，也没有形成冒犯。

6. 说教式法律家长主义（家长主义和道德主义藉由一个含糊的概念“道德损害”结合起来）：总是为刑事禁止的议案提供充分的理由。认为刑事禁止对防止对行为人本人的“道德损害（相对于生理上的、心理上的或是经济上的损害）”往往是必要的。（道德损害意即“因人格受到损害”，“而成为一个更坏的人”，与身体、精神或财产上的损害相对。）

7. 法律道德主义（广义）：由于某些行为包含或引起其他的（“不确定的”）恶，则国家禁止这些未对任何人造成损害或冒犯的行为可以具有道德合法性。

8. 利益原则：总能为刑事禁止法案提供道德上的相关根据。认为为了给他人带来利益，对行为的禁止可能是必要的。

9. 获益的法律家长主义：总能对刑事禁止提供道德上的相关根据。认为如果能够为行为人本人带来利益，禁止就可能是必要的。

10. 完美主义（道德利益主义）：对禁止的议案总能提供充分根据。认为对人格提升有益的禁止就可能是必要的——

（1）说教式利益原则：对普通大众或受到限制的行为人之外的他人的人格提升有益，或者

xviii

（2）说教式获益的法律家长主义：能够为自由受限的行为人本人的人格提升带来利益。

如果将“带来利益”替换为“防止损害”，原则8、9以及10（2）即分别与损害原则、法律家长主义及说教式法律家长主义高度类似。

致 谢

xix

本卷的多个部分，从片段到主要章节，均作为独立文章发表过。我很感谢出版者允许我重新发表这些由他们拥有版权的文字。尽管我的论文“法律家长主义”（“Legal Paternalism”）几乎已经重写（原载《加拿大哲学杂志》，第1卷，1971年第1期），但其中仍有些段落以最初版本出现在第十七、十九和二十章。第十八章的最后一段和第十九章的主体部分均源于本人在圣母院大学法学院一年一度的公民自由讲座上的讲话，我去讲的那次是在1982年。讲座文稿以“自治、管理与隐私：宪法中的道德理想”为题，发表于《圣母院大学法律评论》（*The Notre Dame Law Review*）第58卷（1983年）。第二十五章第七部分原本题为“被害人的辩护事由：因欺骗而表示的同意”，发表于《伦理学》第6卷（1986年）。

1984年的夏天，我有幸得到了国家人文科学基金的资助，为学院教师举办了一次夏季论坛。十二位富有天才的哲学家对这部手稿进行了全面而严肃的讨论。我很感谢他们每个人富有意义的建议，我要特