

[美] 乔尔·范伯格 著
方 泉 译

The Moral Limits
of
The Criminal Law

刑法的道德界限

(第二卷)

对他人的冒犯

Vol. 2 Offense to Others



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

THE MORAL LIMITS OF
THE CRIMINAL LAW

BY
J. G. CALVERT

THE MORAL LIMITS OF
THE CRIMINAL LAW

BY
J. G. CALVERT

THE MORAL LIMITS OF
THE CRIMINAL LAW

刑法的道德界限

【英】加尔文著
王成文译

对他人的冒犯

THE MORAL LIMITS OF
THE CRIMINAL LAW

中国政法大学出版社

〔美〕乔尔·范伯格 著
方 泉 译

The Moral Limits
of
The Criminal Law

刑法的道德界限

（第二卷）

对他人的冒犯

Vol. 2 Offense to Others

 商务印书馆
The Commercial Press

2014年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法的道德界限. 第2卷, 对他人的冒犯/(美)范伯格著;
方泉译. —北京: 商务印书馆, 2014
ISBN 978-7-100-10202-5

I. ①刑… II. ①范… ②方… III. ①道德—关系—
刑事立法原则—研究 IV. ①D914.04 ②B82-051

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

第二卷

对他人的冒犯

[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

北京市松源印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-10202-5

2014年9月第1版

开本 787×960 1/16

2014年9月北京第1次印刷

印张 26 $\frac{1}{2}$

定价: 62.00元

续卷说明

《对他人的冒犯》是《刑法的道德界限》四卷本中的第二卷。其他几卷书均将陆续独立出版，各卷本中，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；适用于损害概念，如“道德损害”、“替代性损害”以及“死后损害”时的疑难情形；未能防止损害的性质；以及有关评估、比较损害和对损害归责等方面的问题。为了深入论证，第三卷包括对个人自治的分析，对自愿为奴、其他不可撤销的承诺、危险药物、法律要求佩戴保护性头盔、自愿和同意的含义、主要的“减少自愿性的因素”——强迫、认识错误和能力限制——等问题的考量，最后一个问题则是绝症病人提出的死亡请求的自愿性问题。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，包括即使并不存在适格的被害人，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可具有正当性等诸多主张。

第一卷概要

第一卷引出的是一个貌似简单实则宏大的问题：国家可以正当地将何种行为犯罪化？哲学家试图通过提出我所谓的“限制自由原则”（或同等地，“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，是唯一一条有效的自由限制原则时，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。它们被认为（不总是被一人同时认为）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（法律家长主义原则）；

(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（法律道德主义原则）。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可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？这些笼统的原则如何面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退的“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。给出了极少见的“非损害性的不法行为”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，即不法行为对利益的阻退，或阻碍利益的不法行为。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“出生前损害”是否成立？首先我们能否说让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”也是损害（并且是严重损害）。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 C 的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？这些问题因其敏感而无法一语带过。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，就可以说他们在仍处于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，则人们也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他受到了不法对待，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，他应该不愿意这样吧。如果要以刑罚处罚将孩子以残疾状态带到人世的父母，而这种残疾状态比不来人世要强些，那就需要法律道德主义原则出面了，因为损害原则不会对这种刑罚处罚给予正当性的支持。

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
xii
责的未防止损害发生施以刑罚处罚？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。我反对所有这些论点，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”来指导立法者，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、整体损害、累积性损害等情形。我认为一些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，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法律不理琐事准则；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，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。

xiii 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。
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. 法律家长主义原则（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. 法律道德主义原则（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未造成损害，也未形成冒犯。

6. 说教式法律家长主义原则（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. 法律道德主义原则（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。 xiv
9. 获益的法律家长主义原则：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. 完美主义原则（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) 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（说教式利益原则），或者
 - (2) 能够为自由受限的行为人本人的人格提升带来利益（说教式获益的法律家长主义）。

如果将“带来利益”替换为“防止损害”，则原则 8、9 以及 10（2）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。

本卷的诸多部分——从某些片段到章中的主要节，均曾以论文的形式单独发表过。我很感谢出版者允许这些由他们持有版权的文章重新在此出版。第七、八章中的几个段落出自拙文“对迈克尔·贝尔斯的回应”，载于诺曼·S. 凯尔、托马斯·K. 特莱劳根合编的《法与道德问题》(*Issues in Law and Morality*) (克利夫兰：凯斯西储大学出版社，1973年版)第111—126页。第九章第五、六部分的主要内容初次发表于拙文“情感与现实中的多愁善感”(“Sentiment and Sentimentality”)，载于《美国哲学协会论文集和演讲集》(*Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*)第56卷第1期(1982年9月)。第十章源于本人1979年在堪萨斯大学的林德利讲座，1980年以“淫秽的含义”(“The Idea of the Obscene”)为题由堪萨斯大学哲学系出版。第十一章第一至六部分以“淫秽、色情与艺术：分门别类”为题，发表于布尔顿·M. 雷泽尔(Burton M. Leiser)主编之《当代价值冲突》

(*Comtemporary Value Conflicts*) (纽约：麦克米伦出版社，1981年版)第237—254页。第十二章的主体部分发表于题为“色情与刑法”一文中，载于《匹兹堡大学法律评论》第40卷(1979年)。第十六章曾出现于“淫秽文字与法律”一文中，载于《哲学与法律》第2卷(1983年)。

目 录

第七章 冒犯性的滋扰行为	/1
一、不承担责任：轻微冒犯无伤大雅	/1
二、滋扰法律的制定模式	/5
三、乘坐巴士	/11
四、“冒犯”的模式和含义	/15
五、冒犯与隐私的关系	/24
第八章 对冒犯原则的调和	/28
一、权衡：冒犯的严重程度	/28
二、权衡：冒犯行为的合理性	/41
三、权衡后的解读	/49
四、文化变迁和早期牺牲品	/52
五、结论	/54

第九章 深度冒犯	/55
一、滋扰模式的限制	/55
二、深度冒犯的独有特征	/63
三、再次回到“单纯意识”问题	/67
四、单纯意识问题的解决	/72
五、虐待尸体	/79
六、道德情感、道德敏感和道德神经质	/86
七、斯考基的纳粹分子	/95
八、小结	/103
第十章 淫秽的含义	/107
一、批判意义上的“淫秽”	/107
二、禁止淫秽的两个相互冲突的理论	/108
三、对淫秽物品或行为的分析	/113
四、“淫秽”的起源：粗鄙	/119
五、“淫秽”的词源：肮脏	/124
六、淫秽的范围：扩展适用的线索	/128
七、对淫秽的另一种理解： 戴维·A.J. 理查兹的观点	/134
八、小结：淫秽物品或行为的 一般特点	/136
第十一章 淫秽与色情	/140
一、色情必定淫秽吗？	/140
二、色情描写与文学戏剧艺术	/142

三、艺术性的色情：电影《艾曼纽》	/147
四、色情图片艺术、诗歌、音乐	/149
五、色情能够成为艺术吗？问题的 最低关联性	/150
六、（所有的）性何以淫秽？	/152
七、反对色情的女权主义观点 ³²	/157
八、暴力色情，男性崇拜，以及对 女性的损害	/162
九、暴力色情与深度冒犯	/174
第十二章 色情与宪法	/182
一、冒犯原则和美国宪法 第一修正案	/182
二、对判决方案的批评：西科林案 与罗思案	/188
三、对判决方案的批评：从罗思案 到巴黎成人影院案	/196
四、回到起点：布伦南大法官的忠告	/206
第十三章 淫秽文字及其功能（一）	/208
一、禁忌文字的分类	/208
二、亵渎类字眼	/210
三、粗鄙类字眼	/224
四、淫秽文字的衍生用法 （一）：粗鄙	/228

五、淫秽文字的衍生用法（二）： 生动的描述、强化，以及渲染	/230
六、淫秽文字的衍生用法（三）： 表达强烈的情感	/232
第十四章 淫秽文字及其功能（二）	/240
一、淫秽文字的衍生用法（四）： 咒骂与挑衅	/240
二、咒骂的用处	/244
三、关于挑衅文字的理论及其不足	/249
四、淫秽文字对咒骂的有限效用	/260
五、淫秽文字的衍生用法（五）： 淫秽幽默和“黄色笑话”	/261
六、淫秽文字对淫秽幽默的有限作用	/269
第十五章 淫秽文字与社会政策	/275
一、语境与悖论	/275
二、区分再区分：委婉语 - 粗鄙语对 赞赏语 - 反感语	/277
三、对过度委婉语的反应	/281
四、消除淫秽文字的两种策略	/286
五、对不洁思想的分析	/295
六、淫秽文字被保留的可能	/297