

【美】乔尔·范伯格 著

The Moral Limits

*of*

The Criminal Law

# 刑法的道德界限

(第一卷)

## 对他人的损害

*Vol. 1 Harm to Others*



商务印书馆  
The Commercial Press

创于1897

【美】乔尔·范伯格 著  
方泉 译

The Moral Limits  
*of*  
The Criminal Law

# 刑法的道德界限

(第一卷)

## 对他人的损害

*Vol. 1 Harm to Others*



商务印书馆  
The Commercial Press

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法的道德界限. 第1卷, 对他人的损害/(美)范  
伯格著; 方泉译. —北京: 商务印书馆, 2013  
ISBN 978-7-100-10134-9

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 166793 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

第一卷

对他人的损害

[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

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-10134-9

---

2013年12月第1版 开本 787×960 1/16

2013年12月北京第1次印刷 印张 21 1/4

定价: 49.00 元

Joel Feinberg

**THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW**

Volume One

**HARM TO OTHERS**

Copyright © 1984 by Oxford University Press, Inc.

本书根据牛津大学出版社 1984 年版译出

献给贝蒂



---

## 序 言

---

vii

《对他人的损害》是《刑法的道德界限》四卷本中的第一卷。第二卷《对他人的冒犯》将讨论冒犯行为、深度冒犯行为（如侮辱尸体、亵渎圣物，以及在公众场合展示令人憎恶的政治性标志，如纳粹卐字和三 K 党服饰），以及淫秽与色情行为。第三卷《对自己的损害》讨论法律家长主义、个人自治的本质，以及被害人同意的内涵。第四卷《无害的不法行为》讨论各种在“法律道德主义”名下无法区分的不同情形，包括主张刑事强制可以以保全生命、维系道德、防止通过剥削以获取不法所得等为根据——即使当中并不存在“被害人”亦无提升品位及完善人格等作用——被正当化。

本书各卷的写作始于本人参与的一项关于“无被害人犯罪”问题的四方合作研究工作。另外三位合作者皆是当时纽约大学法学院的著名教授。海曼·格罗斯（Hyman Gross）打算写一篇关于刑法如何发挥其功能的文章；格拉汉姆·休斯（Graham Hughes）计划写关于在美国宪法辖下犯罪化界限的文章；彼得·齐姆罗斯（Peter

Zimroth) 计划就犯罪化的附随成本写一篇社会学方面的论文。我的工作则是就这个问题的“哲学部分”写一篇短文。我答应他们我会一个月左右的时间内完成任务。

viii 齐姆罗斯很快就完成了他那篇出色的文章。格罗斯则希望在动笔前先拜读休斯的大作，这是有道理的；而休斯也出于同样的道理，希望在他动笔前先看到我的文章。我的“短文”却越写越长，如果不甘心陷入空洞的自由主义口号和哲学上的老生常谈，我的文章看来就短不了。我很快就失望地发现，这个问题的所谓“哲学部分”本身就是一个完整的问题体系，且从未被系统阐述过。我已经深陷“泥潭”，这次合作就这样瓦解了。

现在，我已经认识到，犯罪化界限问题的道德部分正是这个问题最深刻也是最困难的部分。哲学家不仅要建立并适用原则，还要分析或区分概念。这项研究的每个主要部分都涉及既困难又关键的概念：损害、冒犯、自治和自愿，以及道德。每个核心概念都使分析论证陷入一个由相互关联的名词所编织的网：利益、不法、不作为、原因、自愿、合理性、理性、风险、剥削、强迫、欺诈、无行为能力、神经官能症、抑郁、选择、社区、社会变迁、人格。充分阐释其中任何一个概念往往正是所有其他概念得以明晰的前提。悲观主义者的观点可能有些道理，但只要走向光明存在可能，就应该以理性的顺序推进对这些主题的探讨，全部的研究应当形成适当的构架，首先讨论最重要的问题。我正是努力这样做的。

感谢格罗斯、休斯和齐姆罗斯，也要感谢伊丽莎白·西弗顿(Elizabeth Sifton)和维京出版社(Viking Press)，他们在我工作的前几个年头始终保持耐心，感谢人文科学和洛克菲勒基金会为之后的写作提供资助。本书的主要工作都是在学术假期的那一年里完成的，这要感谢亚利桑那大学的系主任保罗·罗森布拉特(Paul Rosenblatt)

先生。

在哲学上为我提供帮助的人实在太多了，无法在此一一致谢。我希望我在注释中都记得提及他们了。无论如何，他们心若有知，我希望他们都能感受到我的由衷谢意。我以前的同事约西亚·S. 卡尔贝里（Josiah S. Carberry）同样对本书作出贡献，他甚至可能会跑去控告我剽窃，由他去告吧，他赢不了。

乔尔·范伯格

图森，亚利桑那州

1983年6月



---

## 致 谢

---

ix

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。第一章和第二章中的部分内容以“损害与利己”为题发表于 P.M.S. 哈克 (P.M.S. Hacker)、J. 拉兹 (J. Raz) 编：《法律、道德与社会：献给 H.L.A. 哈特的文集》(*Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*) (牛津：克拉伦登出版社，1977 年版)，第 289—308 页。第四章第一—三部分的缩略版发表于 1983 年 8 月 17 日在芬兰赫尔辛基举行的第 11 届世界法哲学与社会哲学大会上。大会论文集的编者特别安排重印。该论文同样也发表于《刑事司法伦理》(*Criminal Justice Ethics*) 第三卷第三期 (1984 年)。第五章第六部分的 3 个段落，摘自本人论文《自由表达观点的限制》(“Limits to the Free Expression of Opinion”)，载于乔尔·范伯格、海曼·格罗斯合编之《法哲学》(第 2 版) (贝尔蒙特，加州：沃兹沃斯出版公司，1980 年版) 第 196—197 页。第五章第七部分以“自

由利益在天秤上的位置” (“The Interest in Liberty on the Scales”) 为题发表于阿尔文·I. 戈曼 (Alvin I. Goldman)、金在权 (Jaegwon Kim) 编:《价值与道德: 纪念威廉·K. 弗兰克纳、查尔斯·L. 史蒂文森、理查德·B. 布兰特文集》( *Values and Morals: Essays in Honor of William K. Frankena, Charles L. Stevenson, and Richard B. Brandt* ), 第 21—35 页 (荷兰, 多德雷赫特: 莱德尔出版公司, 1978 年版)。

---

## 目 录

---

导 论	/1
一、本书的基本论题	/1
二、道德合法性的概念	/4
三、限制自由原则的提出	/6
四、限制自由原则的一般内涵	/10
五、自由主义	/13
六、方法论	/16
七、基本犯罪和衍生犯罪	/20
八、刑法的替代选择	/23
九、怀疑主义	/27
第一章 损害与对利益的阻碍	/30
一、“损害”的含义	/30

二、福利性利益与隐性利益	/36
三、利益与需求	/38
四、损害、伤害及冒犯	/46
五、影响利益的行为或其他事实	
造成损害的方式	/53
六、利益网络的概念	/57
七、受法律保护的利益	/64
第二章 疑难案例	/68
一、道德损害	/68
二、利他性利益和替代性损害	/74
三、死亡和死后的损害	/85
四、生存利益	/89
五、生存利益的适格主体	/96
六、注定毁灭的利益与损害发生的时间	/100
七、对死后不法行为的说明	/102
八、出生与出生前损害	/104
第三章 损害与不法侵犯	/115
一、动词形式：损害与不法	/115
二、损害与损伤	/116
三、道义上的可责性	/118
四、损害即对权利的侵犯	/120
五、损害与同意：“愿者不受害”准则	/125
六、被害人的概念	/128
七、损害行为中的“因果关系要素”	/130

第四章 未防止损害发生	/138
一、随手施救与坏撒马利亚人	/138
二、积极救助中单方受益的困惑	/142
三、麦考利爵士的划线问题	/166
四、不作为及其他不行为	/176
五、施救的法律义务是否过度干涉自由?	/181
六、因果关系的道德意义	/184
七、不作为的结果	/191
八、原因上无关条件的排他性	/203
九、小结	/207
第五章 对损害的衡量与比较	/210
一、适用损害原则的调和性准则	/210
二、损害的大小	/211
三、损害的可能性	/213
四、整体损害	/217
五、统计歧视与损害净减	/222
六、损害的相对重要性	/226
七、自由利益在天平上的位置	/230
八、小结：对损害原则的限定	/239
第六章 公正地将损害归责	/244
一、竞争性利益	/244
二、对公共利益的损害	/248
三、累积性损害	/252

对他人的损害

四、环境污染：公共累积性损害的示例	/254
五、模仿性损害	/260
六、小结：对损害原则的特别限定	/273
注 释	/276
索 引	/313

## 一、本书的基本论题

本书试图为如下问题寻求一个一般性的、尽管十分复杂的解答，即“国家可以将何种行为正当地犯罪化？”<sup>1</sup>此主题颇大，但相较于约翰·斯图尔特·密尔（J. S. Mill）的著作《论自由》所欲阐述的主题“社会对个人合法行使权力的本质及界限”而言，仍属细小。本书仅涉及国家通过刑法行使的那部分权力。与密尔不同，本书关注政治权力的行使，略去由私人交往、公众舆论或“习俗的暴政”等引发的对个人自由的干涉。此外，本书也忽略国家权力行使中较为平和的部分，如征税、宣传、颁发执照、选择性资助等，从而更加集中于对以刑罚处罚为威慑手段的禁止性规范的研究。本书的论题与密尔宏大主题的不同之处则在于，两者都旨在强调行使国家权力的合法性。

将本书的议题限定于此，部分源于方法论上的考虑。即使要对社会权力作出某种全面研究，一般也会首先从那些以相对强势且明显的形式对自由进行较大干涉的政治强制入手，然后再根据主要的研究结论，推至更为微妙的强制方式上。密尔本人未必赞同此种论证顺序，因为他只关心超政治形式的社会控制和超法律形式的政治控制。正如

- 4 C. L. 坦恩 (C. L. Ten) 所指出的那样,“对于密尔来说,非法律强制远比刑罚更加无处不在且更加暗藏杀机,因为这些强制手段‘侵入个人生活细节,奴役人们的灵魂,让人无处可逃’”。<sup>2</sup> 不论刑法内容如何,统一思想的社会压力仍会继续对个人选择产生影响,但这并不意味着刑法的规范命令对自由事业漠不关心。刑事立法一方面会加强社会强制力,另一方面也会形成自我约束力。为推行公共观点,刑罚处罚使非主流意见者陷入自由不保、前途黯淡的恐惧焦虑当中。仅凭刑罚就能给他们贴上来自社会最严厉的耻辱标记,彻底摧毁其人生、职业及家庭规划。这些法律干涉之所以得到我们的优先关注,不仅仅因为它们更加引人注目并更具理论可行性,还因为它们对个人利益所产生的巨大破坏。虑及犯罪化的固有成本,若某个特定禁止性规范超越了道德合法性的界限,则其本身就是一项严重的道德犯罪。

本书主题可以理解为向民主国家的理想立法机关提供立法依据。若立法机关要在道德为立法决策设置的界限内作出选择的话,我的目的与其说是列明立法机关在其明智而有效的刑法典中将会采纳的那些依据,倒不如说是论证它可以采纳的那些界限标准。这部四卷本的著作是对立法活动中道德约束的考量。因此,这是一部涉及应用道德哲学的作品,尽管会偶尔提及有关各类犯罪的理论,但并不为立法中的问题提供具体答案,而只试图提出一套连贯一致、言之成理的道德原则,引导立法者运用道德限制约束其立法选择。对于这些道德原则的利弊效用分析,必定影响立法者在本书提出的道德限制选项中作出选择,对此,本文不做探讨。在适当的界限内,立法者必须考虑选项的社会效用,及其对各类私人或公共利益、各类需求、压力,甚至所谓狭义上的“政治”要求(相互吹捧、互相妥协、偿还政治债务等)等方面所可能造成的影响。但本书的基本要义却不在于讨论社会效用或实用智慧。我不是要为立法者于其可能的立法范围内,提出某



个貌似“好主意”的建议：本书探究的不是有用的政策，而是有效的原则。<sup>3</sup>

某个实际存在的法律系统，无论是美国还是其他国家的法律系统中的宪政问题亦非本书要旨。不过，既然我们的目的是要将正当的立法目的从不正当的立法目的中区分出来，我们的结论可能对法庭也是有用的：他们在审查法律条文是否正当时，肯定会用到这些原则。如果自然法学的一些说法可以适用于（比如）美国法律体系的话，那么，在这个法律体系中，一个道德上不正当的条文就不可能获得法律效力。由此，若本书是关乎道德哲学的，也就必然是关乎宪法的。但这一理解显然超出了我对本书的有关声明。本书面对的是理想的立法机关，而非理想的最高法院。我已准备好在开始论述前即假定：（1）一些合宪的法律条文未必在道德上正当，但其法律效力并不会因此有任何降低；（2）一些道德上正当的法律条文未必是合宪的。在我们（肯定是非常庞大）的法律体系中，无论法律效力和道德合法如何交叉重叠，它们确是相互区分、各自独立的两个概念。如果你的法理学知识让你认为合众国宪法包含（并未精确表述）全部正确的道德原则；同时，如果你接受本书对其中部分原则的阐述，那么，你可以将本书当作一本有用的宪法解释著作。但如果你认为法律是一回事，而道德是另一回事，并且认为在一个合宪有效的法律体系中，二者无需完全吻合，那么你至多可将本书作为对立法者的道德指引。简而言之，我们的研究力求在法哲学问题上保持中立。所论及者即使是极端宪法实证主义者亦应可相容。当然，如果哪位自然法学者认为本书可以用作开启隐藏在我们传统宪法字面下的那部“未明写的道德宪法”的钥匙的话，我也乐观其成。

即使是极端的实证法主义者也会同意，无论宪法在何处作此要求，法庭其实都在应用他们自己的道德标准，包括立法的合法性标准。