

# 刑法 罗盘

罗翔 著



盘点鲜活案例

讨论刑法世界的价值基础与人文精神

*The Spirit and  
Value of  
Criminal Law*

只有发现了  
自己的使命，  
我们才能超越  
虚无与虚荣的  
循环

写作的法律人好比铅笔

对于铅笔而言，最重要的是笔芯：良心是唯一不能从众之事

对于铅笔而言，字迹是可以被擦去的：我们的观点需要随时被纠正

对于铅笔而言，它会写到尽头：作者也要接受自己的有限性

# LUO'S CRIMINAL LAW COMPASS

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 刑法罗盘

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

刑法罗盘/罗翔著.—北京：中国法制出版社，2020.9

ISBN 978-7-5216-1260-8

I.①刑... II.①罗... III.①随笔-作品集-中国-当代 IV.①I267.1

中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第166476号

策划编辑：王熹（wx2015hi@sina.com）

责任编辑：王熹

封面设计：周黎明

刑法罗盘

XINGFA LUOPAN

著者/罗翔

插图/翟砚军

经销/新华书店

印刷/

开本/880毫米×1230毫米 32开

印张/10 字数/133千

版次/2020年9月第1版

2020年9月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-1260-8

定价：49.00元

北京西单横二条2号 邮政编码 100031 传真：010-66031119

网址：**http: //www.zgfzs.com**

编辑部电话：**010-66010493**

市场营销部电话：**010-66033393**  
**66033288**

邮购部电话：**010-**

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

## 代序：做法治的笨牛

在我所任教的学校有一座拓荒牛的雕像，学生们最常说的一句话就是“牛前见”。

每次看到这尊雕像，我就想起了历史上一位与牛有关的伟大哲人，他也与法律有着密切的关系。

这位哲人叫作托马斯·阿奎那（1225～1274年），经院主义哲学的代表人物。他有着葡萄酒桶般笨重的身材，步履缓慢，因此被比作一头牛。阿奎那上学时非常沉默，极少说话，有时会面无表情地发呆，神情恍惚。因此在外人看来他明显蠢笨，所以有“笨牛”的绰号。其实在智力方面，他一点都不笨。相反，他思维清晰，头脑敏捷。他说过他曾对一件事情极为感恩，那就是他理解了他所读过的每一页书。试问，有几个学者能够诚实地说出这种话语。

但是阿奎那在很多方面确实“蠢笨如牛”，死脑筋，不懂变通。

阿奎那出身望族，他的堂兄曾是神圣罗马帝国的皇帝。阿奎那在家排行老七，父亲兰德尔夫伯爵对这个寡言少语的木讷儿子期望不高，觉得他除了当个修士，不会有太大的成就。父亲将阿奎那送往一个有名的修道院，希望他能够成为修道院的院长，好与其家族地位相匹配。

但是有一天，年轻的阿奎那跑进父亲的城堡，平静地对父亲说，他决定做一名乞讨的托钵修士，成为新成立的多明我会中的一员，誓愿追求贫穷和简单的生活。父亲大动肝火，这也难怪，阿奎那的这个决定即便在当时看来，也是令人难以置信甚至骇人听闻。他坚持要做托钵修

士，不愿做普通的修士，不愿成为一名重要或杰出的修士，更不愿成为修道院的院长，他放弃了所有的雄心壮志，只愿成为层次最低的托钵修士。

当阿奎那和他的乞讨同行们前往巴黎时，路上却遭遇绑匪劫持。有谁会劫持一个以乞讨为生的修士呢？绑匪是他的两个哥哥，他们把阿奎那的修士袍撕成碎片，不容分辩地把阿奎那囚禁在城堡的高塔中。哥哥们无法理解弟弟的行为，认为他誓愿绝对贫穷是对家族荣耀和自身阶层的背叛。事实上，阿奎那的“离经叛道”之举严重伤害了整个家族的骄傲。

阿奎那平静地接受了被囚禁的事实，历史记载他在绝大多数的时候像一尊石像一样被抬来抬去。在被囚期间，只有一次他表达了自己的强烈愤怒。这似乎是他这一生第一次也是最后一次发怒。他的兄弟将一位妖娆的妓女带进他的房间，想用肉体的欲望让弟弟屈服，或者至少制造一些绯闻。用当时甚至今天的道德标准来看，兄弟们的行为是卑鄙下作的，难怪阿奎那会认为这是对自己的极大侮辱。哥哥当然也知道这样做是对弟弟的侮辱，因为他们觉得弟弟会因为肉欲而放弃自己所起的誓言。据说，当时身体笨拙的阿奎那从椅子上一跳而起，抄起火红的一块烙铁，像剑一样地挥舞起来。妓女尖叫着跑开了，认为自己见到一头疯牛。阿奎那把妓女赶出了房间，关上房门，按照当时特有的习俗，他用烧红的烙铁在门上烫出了一个黑色的大十字架，然后重新坐到书桌前。

阿奎那所许下的三个誓愿——贫穷、独身与顺从，让他把低级的身体欲望所产生的能量，转化成高级的思想目标，在他看来，思考比喝酒更让人沉醉。正如切斯特顿在阿奎那的传记中描述的那样，“在他思想的熔炉中，欲望几乎退去”。<sup>[1]</sup>

阿奎那从不藐视身体的欲望，他对于物质生活也持积极肯定的态度。他甚至认为人的生活需要幽默，甚至需要一些恶作剧。如果说禁欲主义有悲观和乐观的区分，阿奎那显然属于后者。悲观主义的禁欲主义者因为对生活的憎恨而把自己折磨致死，其用意不是控制自然，而是尽可能地与自然作对。但是，乐观主义的禁欲主义从不放弃生活，但却因为某种更崇高的乐趣而能轻看今生。因为“今生活着的唯一的目的就是超越今生”。阿奎那是一位当之无愧的“圣徒”。切斯特顿说，“圣徒”跟普通人不一样的地方在于他愿意做一个普通人。“圣徒”早就超越了出人头地的愿望，正是这种不愿意出人头地的心态使他们卓尔不群。

六百年后的约翰·穆勒认为快乐有质和量的区别，越是体现人尊严的快乐越是能给人带来最大的快乐，我想其一定是从阿奎那的作品中汲取了灵感。阿奎那用对永恒的超验追求平息了斯多葛学派（德性主义）和伊壁鸠鲁学派（功利主义）的争论，也让后世的道德主义（如康德）和功利主义（如穆勒）可以走向合一——因着对永恒的盼望，人有力量坚守道德，因为这体现着人的尊严，也能给人带来最大的快乐。

所以C.S.路易斯说，世人的欲望经常不是太强，而是太弱了，我们是三心二意的受造物，当无限的快乐摆在我们面前，我们却在酒色名利中胡闹鬼混。我们就像无知的小孩，当有人为他提供了去海边度假的机会时，他却仍然想要不停地在贫民窟中玩泥巴，因为他无法想象在海边游玩意味着什么，我们太容易满足。

人们经常批判功利主义的结果导向，但是结果导向并不一定是错误的。C.S.路易斯说，有两种不同的结果导向：第一种是结果与事物之间没有自然的联系，它与该事物本应伴随的渴慕感无关。例如金钱与爱情，金钱并非爱情的自然结果，男人娶妻若只为对方的钱财，则是不道德的结果导向。第二种则是结果与事物之间存在自然的联系，如婚姻就

是真爱自然而然的結果，如果墜入愛河的男女雙方渴望結婚，這種結果導向當然是合理的。自然的結果並不僅僅是某種行為的添加物，行為走向完美本身就是自然的結果。

因此，根據行為本身的屬性去追求行為自然的結果既是道德的也是功利的，可謂道德的功利主義。如果法治是我們的志業，那麼我們應該根據法治的屬性來追求它自然的結果，而不能以法治之名追求其他的結果。從誕生之日，法治就是為了約束權力，法律人的使命不是為了權力的垂青，不是為了群眾的掌聲，更不是為了一己的虛榮。

阿奎那恢復了自然法的光彩，在他看來自然法有其獨立的地位，因為自然法是人類理智盡善盡美的結晶，它無限地接近永恆的神聖之法。人定法必須與自然法相一致，如果法律失去了公正，就不再是法律。凡違背自然法的法律皆非法律，而對於“惡法”人民沒有服從的義務。阿奎那用法律來尊重權威，但也用法律來保障權威不至淪為專制。法律並非權力任意操控的工具，它要追求永恆的公義，絕不能唯權力馬首是瞻。

阿奎那是一位前現代的哲人，但他也是一位現代性的思想家。切斯特頓說，所有嚮往良善之人都應該受到阿奎那的吸引，因為他的視野既是自由的，又是人文的。前者指向人的思想固有的自由，後者則強調人的身體固有的尊嚴。如果忽視這兩點，災難就不可避免。20世紀無數次戰爭與劫難一而再再而三地證明瞭這個論斷。

阿奎那所加入的修會是多明我會（拉丁名Ordo Dominicanorum，又譯為道明會），成立於1215年，在當時是一個非常“小眾”的修會。會士均披黑色斗篷，因此稱為“黑衣修士”。多明我會擅長心靈的慈善，比如向無知的人傳授知識。有這樣一個故事，據說當教宗指着金碧輝煌的教廷不無得意地說：“彼得再也不能說‘金銀我都没有了’。”多明我却直截

了当地回答说：“是啊，但现在他也不能对瘸子说‘起来行走了’。”<sup>[2]</sup>这个故事告诉我们，总有一些心灵的追求可以超越世俗权力的一切辉煌。

同样是1215年，英王约翰横征暴敛、穷兵黩武，侵夺贵族权利，贵族联合起来反抗。当贵族联军兵临城下，约翰王内外交困，被逼无奈，签署《大宪章》，宪章所体现的“王权有限”“法律至上”和保护公民权利的精神影响至今。

而在古老的神州，1215年，金朝中都北京被蒙古铁骑攻破。此年忽必烈诞生，偏安一隅的南宋王朝覆灭在即，中国历史迎来新一轮的治乱循环。皇权至高至上的理念从未受到挑战，它还将在相当长的时间以相似方式继续延续。

当下中国，法律人千千万万，精致的聪明人很多，研习法律大多只是以法律作为谋生发达的工具，而忘记了法治的限权本质。我也时常想让自己加入聪明者的阵营。但是，每当我看到学校中心的那尊拓荒牛的雕像，我就想起了不懂变通的“笨牛”阿奎那。

他的话语始终在我心中萦绕：

我们今生活着的唯一的目的就是超越今生。

---

[1] [英] 切斯特顿：《方济各传 阿奎那传》，王雪迎译，生活·读书·新知三联书店2016年版，第140页。

[2] “有一个人，生来是瘸腿的，天天被人抬来，放在殿的一个门口，那门名叫美门，要求进殿的人周济。他看见彼得、约翰将要进殿，就求他们周济。彼得、约翰定睛看他。彼得说：‘你看我们。’那人就留意看他们，指望得着什么。彼得说：‘金银我都没有，只把我所有的给你。我奉拿撒勒人耶稣基督的

名，叫你起来行走。’于是拉着他的右手扶他起来。他的脚和踝子骨立刻健壮了”。参见《使徒行传》3：2—7。

- 入罪之前
  - 使用“软暴力”就一定是黑社会吗？
  - 当“药神”触犯法益时
  - 谈谈“生产、销售假药罪”的门槛
  - 请注意《刑法》第一百四十九条
  - 走私普通货物、物品罪也应适用“初犯免责”条款
  - 现在，连气瓶也是枪了？
  - 警惕机械司法
  - 如何处理乘客与驾驶员互殴引发的惨案？
- “不等于不”
  - “不等于不”
  - 先强奸后恋爱，算强奸吗？
  - 聚众淫乱罪是不是管得太宽了？
  - 房思琪的失乐园
  - 走出盲山
  - 传播艾滋病算不算故意杀人？
  - 怎样区分强奸罪与猥亵儿童罪？
- “寻衅滋事”
  - 流氓罪为何消而不亡
  - 寻衅滋事罪应当废除
  - 再论寻衅滋事罪的废止
  - 为什么网络发帖不宜以寻衅滋事论处？
- 罗生门之判
  - 警察与律师
  - 对警权的滥用应当保持零容忍
  - 一个义人的结局

- 是孩童还是罪犯？
- 耽美写作与市场秩序
- 中国人域外犯罪，中国法律管不管？
- “996”、盲井与劳动光荣
- 如何理解妨害公务罪中的暴力与威胁？
- 极端案件与规则意识
- 非法放贷司法意见
- 律师、谎言和“套路贷”
- 从谣言中发现得失成败
- 你的权利
  - 主张权利，你怕了吗？
  - 你知道你的权利吗？
  - 耒阳故事
  - 为何维权沦为敲诈勒索
  - “小三”有权利索赔吗？
  - 威胁作证与律师伪证
  - 谁怕律师？
  - “宝马哥案”为什么适用特殊防卫原则
  - 刑讯逼供的追诉时效
  - 如何排除刑讯逼供的隐患？

# 入罪之前

## 使用“软暴力”就一定是黑社会吗？

2019年4月9日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》（以下简称《“软暴力”意见》）开始施行，其对于“软暴力”进行了明确的定义，这无疑是非常必要的。

根据《“软暴力”意见》，“软暴力”是指行为人为谋取不法利益或形成非法影响，对他人或者在有关场所进行滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等，足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制，或者足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全，影响正常生活、工作、生产、经营的违法犯罪手段。

“软暴力”可能涉嫌强迫交易、寻衅滋事、敲诈勒索等诸多犯罪，对于这些犯罪行为，如果符合《刑法》规定，自然应当定罪处罚。但是，“软暴力”只是司法解释所提出的一个概念，它并非刑法上的法律概念。而司法解释只能对《刑法》规定进行说明，不能创造新的法律规范。因此，“软暴力”构成何罪，依然要取决于《刑法》本身的规定。不能先给行为人套上一顶“软暴力”的帽子，然后因为这顶帽子就随意契合某种犯罪的构成要件。

比如，《“软暴力”意见》认为：“软暴力”手段属于《刑法》第二百九十四条第五款第三项“黑社会性质组织行为特征”以及“恶势力”概念中的“其他手段”。不过在认定“软暴力”是否是黑社会性质组织中的“其他手段”时，仍然要根据《刑法》规定来进行甄别。

《刑法》关于黑社会性质组织行为规定的特征包括，“以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众”。这里的“其他手段”作为一种兜底条款，必须和暴力、威胁具有等价值性。换言之，“软暴力”必须以暴力作为后盾，一种没有暴力后盾的“软暴力”无论如何也不是暴力，否则就是对词语的歪曲和玩弄。

这就是为什么最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》特别指出，黑社会性质组织实施的违法犯罪活动包括非暴力性的违法犯罪活动，但暴力或以暴力相威胁始终是黑社会性质组织实施违法犯罪活动的基本手段，并随时可能付诸实施。

当前，一个突出的问题是，通过“软暴力”方法限制人身自由索取债务经常以非法拘禁罪追究刑事责任，而因行为人构成非法拘禁罪，其组织就又被定性为恶势力组织。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》规定，恶势力必须要在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动。“多次实施违法犯罪活动”至少应包括一次犯罪行为。因此，如何准确认定“软暴力”和非法拘禁罪的关系，就成为当前扫黑除恶专项斗争工作中一个突出的问题。

《刑法》第二百三十八条规定了非法拘禁罪，它是指非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的行为。

根据这个条文，非法拘禁罪有三个最基本的特征，非法性、剥夺性、持续性。

首先是非法性，通过合法方法剥夺他人人身自由不构成犯罪，比如

警察依法执行公务而拘留他人。但如果没有法律依据，非法逮捕、拘留自然构成犯罪。

其次是剥夺性，非法拘禁必须剥夺人身自由，而非限制人身自由。《刑法》对于剥夺和限制人身自由有明确的区分，比如《刑法》第二百四十四条强迫劳动罪就使用了限制人身自由的表述（以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动的……）。

剥夺人身自由既包括直接剥夺，也包括间接剥夺。前者如捆绑他人，后者如将他人关在房间中。但无论如何，都必须拘束他人的人身自由。如果他人的人身自由只是受到限制，并未完全拘束，自然不构成非法拘禁罪。比如贴身型讨债，债务人走到哪儿就被跟到哪儿——虽然可以去想去的任何地方，但行为人像苍蝇一样跟着。这种限制人身自由的方法就不具备剥夺性。

对于人身自由剥夺的形式可以是有形剥夺，也可以是无形剥夺，比如在妇女洗澡时将其衣服拿走，又如在他人家门口放置毒蛇猛兽。对这种无形剥夺的判断必须根据被害人所属的一般人的标准来衡量其活动自由是否完全受限。如某人戏弄智障人士，在其站立部位画了一个圈，告知被害人不能走出该圈，否则就会被雷电劈死。智障人士信以为真，足足站立一天之久。从智障人士所属的群体出发，他不敢走出圈合情合理，所以也可以理解为无形剥夺。又如采取威胁方法，让人不敢出门，担心出门会被殴打，这自然也能认定为非法拘禁。但如果仅仅是采取贴身跟随的方式，是无法被认定为剥夺人身自由的。

最后是持续性，非法拘禁罪是一种继续犯，必须要持续一定的时间。《“软暴力”意见》指出：有组织地多次短时间非法拘禁他人的，应当认定为《刑法》第二百三十八条规定的“以其他方法非法剥夺他人人

身自由”。非法拘禁他人三次以上、每次持续时间在四小时以上，或者非法拘禁他人累计时间在十二小时以上的，应当以非法拘禁罪定罪处罚。然而，2006年《最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》认为，国家机关工作人员利用职权非法拘禁，符合非法剥夺他人人身自由二十四小时以上或非法拘禁3人次以上等情况的才应予立案。

两个司法解释的矛盾之处在于，对于国家机关工作人员，非法拘禁罪的立案标准仿佛更高，而针对普通民众，入罪门槛则显得更低。

刑法中一个基本解释技巧是“当然解释”，入罪时举轻以明重，出罪时举重以明轻。既然国家机关工作人员未达二十四小时的非法拘禁可以出罪，那么普通民众非法拘禁他人未达二十四小时更应该出罪。

因此，对于《“软暴力”意见》的规定，笔者的理解是，这里所说的“十二小时”必须限定为“有组织地多次短时间非法拘禁他人的”，只有当这种非法拘禁属于组织行为，才能适用“十二小时”这个标准。

法律的重要功能在于维护社会秩序，因此打击黑恶势力犯罪是完全必要的，对于符合《刑法》规定的软暴力也应当予以打击。但是，秩序的维护者如果不受到法律的约束，也可能异化为新的破坏秩序的力量。司法裁判需要坚持法律效果和社会效果的统一，不能为了短期的社会效果而违背法律规定。因此《刑法》始终要坚守“罪刑法定”原则，在惩罚犯罪和保障人权这两个价值中取得平衡。无论如何也不能为了政策目标而突破《刑法》的必要限制。

托克维尔警告我们，民主制度的一个悖论就是多数的暴政。对抗这种民主弊病最有效的武器就是法律界。

“法学家秘而不宣地用他们的贵族习性去对抗民主的本能，用他们

对古老事物的崇敬去对抗民主对新鲜事物的热爱，用他们的谨慎观点去对抗民主的好大喜功，用他们对规范的爱好去对抗民主对制度的轻视，用他们处事沉着的习惯去对抗民主的急躁。”<sup>[1]</sup>

这句话值得法律人深思。

“千里之堤，毁于蚁穴”，罪刑法定原则的一个小小漏洞可能造成法治大坝坍塌的灾难性后果。

---

<sup>[1]</sup> [法] 托克维尔：《论美国的民主（上）》，董果良译，商务印书馆1997年版，第309页。

## 当“药神”触犯法益时

2018年，影片《我不是药神》火了，现实主义题材的电影总能激起人们的共鸣与思考。

艺术来源于生活，但会滤掉一些残酷。

按照法律技术主义的思维，对于如影片中的违法携带境外药品入境行为认定为犯罪，没有丝毫问题。我国《刑法》不仅有走私普通货物、物品罪，还有作为兜底的走私国家禁止进出口的货物、物品罪，法网严密，疏而不漏。

值得警惕的是，主流的刑法理论似乎也为类似案件提供了强大的理论支持。这种理论就是深受实证主义法学影响的法益理论。这种学说认为：侵犯法益是犯罪的本质，如果行为没有侵犯法益，那就不是犯罪。

然而，什么是法益呢？法益论者认为，法益就是法律所保护的生活利益，这种生活利益包括个人的生命、身体、自由、名誉、财产等利益，以及建立在个人利益基础之上因而可以还原为个人利益的国家利益和社会利益。

但为什么法律要保护这些生活利益呢？理由是因为这些生活利益很重要。

0哪些生活利益很重要呢？答案是那些法律所选择保护的。

这是一种典型的循环论证。

它的潜台词可能是：既然是法律规定的，何必像小孩子一样打破砂

锅问到底，法律不是嘲笑的对象。

然而，如果不在法益理论中引入伦理道德的思考，这种理论很容易将刑法沦为纯粹的工具。法益概念本是功利主义哲学的产物，奉行最大多数的最大福利。法益论者认为，超个人的法益如社会利益、国家利益只要能够满足最大多数的最大福利，就有保护的必要。但是，最大多数的最大福利让少数人的权利几乎没有容身之处。在这个社会中，需要去境外买药的人毕竟还是少数。

另外，何谓“最大多数”“最大福利”，这种无比抽象的概念在现实中可能会成为少数人谋取私利的托词，“最大多数”可能为少数人所代表。

因此，不难想象为什么法益论者那么容易倒向国家权威主义，为实然法提供全面的辩护。法益学说的开创者德国刑法学家宾丁就认为毁灭没有生存价值的人的生命是合法的，这种法益理论也就不可避免成为纳粹德国屠杀精神病人和犹太人的学术帮凶。正如有学者所批评的，“在保护法益的外表下，其实包藏着以国家之价值观压抑社会价值观之事实，强调刑法应保护法益而不过问社会伦理，反而造成国家价值凌驾社会伦理之吊诡。”<sup>[1]</sup>

法益概念必须受到道德规范的纠偏，才能避免刑法沦为纯粹的国家工具。人性的不完美决定了人所组成的任何机构、社会、国家都存在不完美的可能。因此，实然法并非尽善尽美，它至少应当接受在一定历史时期为人们所普遍遵循的道德规范的检视。如果一种所谓的法益概念缺乏道德规范的支撑，甚至明显违背道德规范，那这种法益就是不恰当的。

法益论者会反驳说：现代社会价值多元，刑法不应将民众束缚于一

定的伦理秩序内，否则就是在用法的名义推广自己的价值观。

然而，多元社会就没有必须坚守的价值吗？是道德规范，还是法益理论更容易以法的名义强行推广自己的价值观？

现代社会的确是一个价值多元的时代，但任何时代都有一些必须坚守的基本价值。一如英国剧作家切斯特顿所说：一个开放的社会和一张开着的嘴巴一样，它在合上的时候要咬住某种扎扎实实的东西。难道我们可以说，“不得随意杀人”“不得随意强暴”等价值立场也可动摇吗？难怪有人说，如果没有绝对的对与错，那么食人也只是一种口味问题。

人们很容易把价值观与偏见等同起来，但两者有云泥之别。每个人都有自己的前见，这种前见其实就是一种价值观，有价值观并不可耻，可耻的是不愿意倾听他人的观点，也拒绝通过他人的观点来修正自己的价值观。

偏见的人无法容忍也不愿意倾听他人的观点，那些以为没有什么是绝对的对，也没有什么是绝对的错的人不也持有一种绝对的价值观（即无绝对对错的绝对价值观）吗？只是持有这种价值观的人通常都自以为优越，无法容忍质疑，以至沦为偏见。

其实，法益理论更容易假借最大多数人的最大幸福推行自己的价值观，成为权力的工具。在法益论者看来，所有的案件，都应该根据立法者在法律中所规定的利益进行“客观的”分析权衡。但是，如果离开道德规范的指导，立法者的这种决定有什么正当性可言？国家并非尽善尽美，立法者也不是全然无错。

如果说坚持一种为社会公众所普遍遵循的道德规范是强行推广价值观，那法益论者所说的撇开道德规范，倡导一种与道德规范无关的价值

立场，这种法律不更是在强迫人们接受一种价值观吗？

因此，无论是刑事立法、司法还是行刑活动，具体的执行者都必须服从朴素的道德规范。当然，人的局限性决定他的判断必然是有不足的，但是对于任何一种个案，司法官员都必须按照平素所培养起来的良知，根据一定社会所普遍遵循的道德规范来解决所担当的事件。

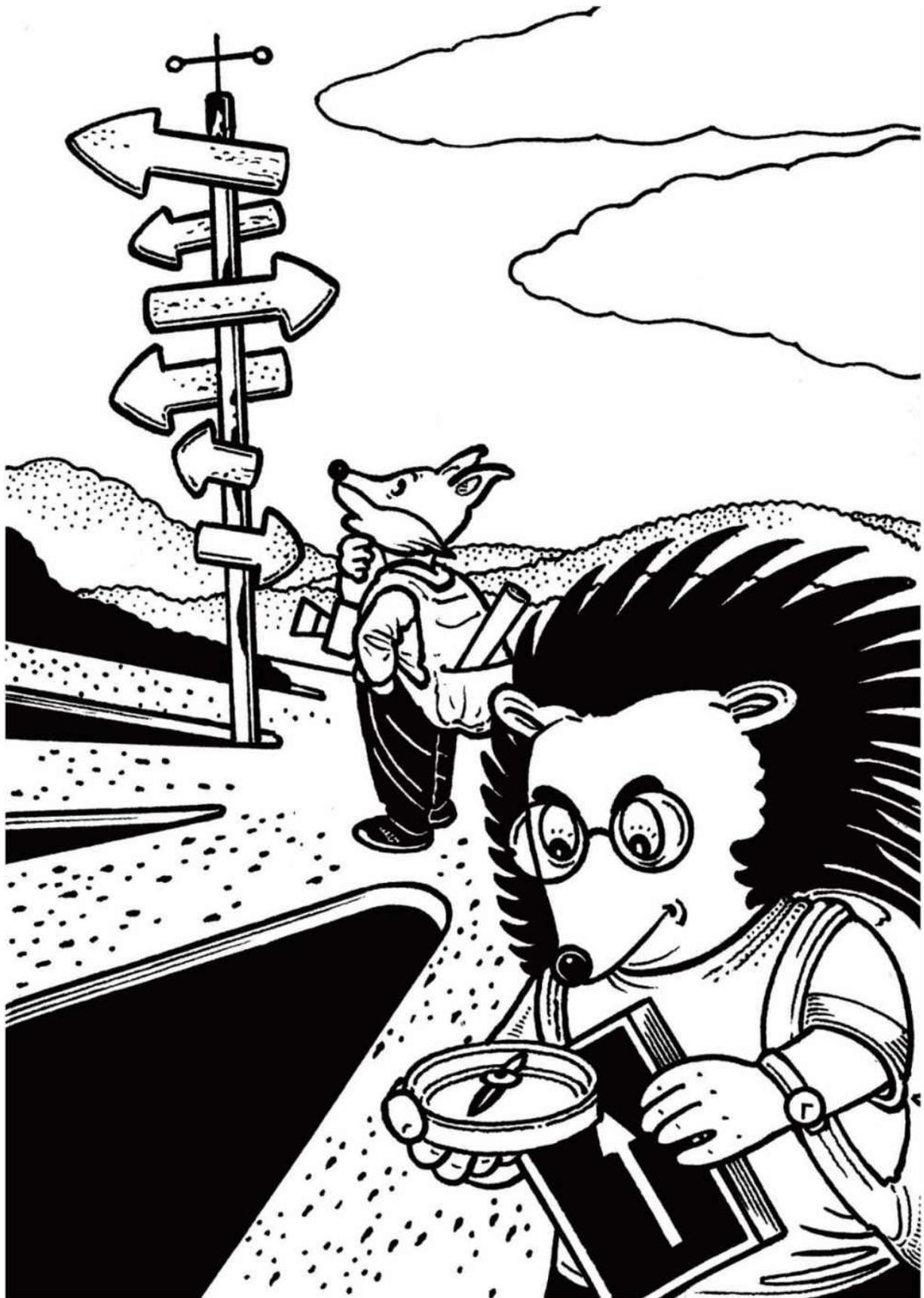
人们很容易在自己所坚守的立场上附着不着边际的价值，但我们必须警惕人类的理性是有限的，人类所搭建的任何理论高塔都可能是随时倾覆的巴别塔。以赛亚·伯林将思想家分为刺猬与狐狸两种，刺猬之道，一以贯之，是为一元主义，而狐狸则圆滑狡诈，可谓为多元主义。一元主义，黑白分明，立场鲜明，试图以一个理论一个体系囊括世间万象。不幸的是，这种立场曾经给人类带来无数的浩劫。

一元化的思维很容易满足人类的智性追求，但生活并不是书斋中的智力游戏，它必须体察民众的疾苦哀乐。

这就是为什么有越来越多的刑法学者开始走出一元化理论的桎梏，尝试接受并不完美的二元化思维。他们并不完全否定法益概念，只是反对忽视道德规则的法益观。在二元论看来，法益概念离不开道德规范。

首先，伦理道德为法益权衡提供指引。

法益理论认为，当保全利益优越于侵害法益之时，行为整体上就是正当的。然而，如何进行利益权衡，如果不根据伦理道德，法益论往往无法得出答案。



## 刺猬与狐狸

在著名的米丽雷特号事件<sup>[2]</sup>中，为了三人的生命牺牲一人能否成立紧急避险？如果不考虑伦理，仅从价值量化的比较上看，收益大于成本，当然成立紧急避险。还有人甚至认为，此案是-1大于-4，如果不牺牲一个人的话，死的不是三人，而是全部四人。

法益论者也许会说，任何人的生命都是无价的，因此此案是无价与无价的对比，不存在优越利益，但为什么生命无价？这不正是尊重生命这种最基本的道德规范的体现吗？脱离这种道德规范的指引，人当然可以量化比较。

因此，问题的关键绝非生命法益的比较，而是必须践行尊重生命的道德规范。如果你是那个被牺牲者，你是否愿意葬身他人腹中呢？“你希望别人怎么对你，你也要怎么对待别人”，这是普适的道德金律。人不能成为实现他人目的的纯粹工具，无论为了保障何种社会利益，无辜个体的生命都不能被剥夺。

其次，伦理道德为法益的放弃划定边界。

法益理论认为仅就个人法益而言，其分别归属于各个个人，因而在法益主体并不要求保护自己的法益时，刑法没有必要介入，这即所谓“被害人的同意”。然而，何种法益的放弃是法律尊重的，法益论者无力说明。

大部分学者认为对生命权不能随意处分，重大的身体健康权由于可能具有导致生命的危险，也不得处分。为什么生命权不能处分呢？法益论者的回应是生命权具有社会属性，是具有公共利益属性的个人利益，

同意者无权处分社会利益。然而，又有什么样的个人利益是没有社会属性的呢？为什么有些个人利益可以处分，有些个人利益却无法处分呢？法益论者可能会说，重要的个人利益不得处分，不重要的个人利益可以处分。重要与否的界限何在？这只能从道德规范的角度得到说明。只有当前道德规范所允许的放弃利益行为才能被接受。

在任何时代，法律都应将一些基本的核心价值（如尊重生命）牢牢刻在每个人的心中，不允许存在任何的例外。

最后，道德规范决定了法益的内涵。

法益是法律所保护的利益。然而，利益本身就是人为的模糊概念，它的内涵取决于道德规范，法益只是道德规范的表象。

无论是个人法益，还是超个人的法益，它都是道德规范的折射，如果一种法益的背后没有可以依托的道德规范，这种法益就不值得刑法保护。刑法之所以要保护生命权、身体健康权、财产权等各种个体法益，是因为这是道德规范的命令，是“你希望别人怎么对你，你也要怎么对待别人”的这种道德金律的必然结论。

这种二元论的通俗表达就是：

法益可以作为入罪的基础，但是伦理可以作为出罪的依据。

伦理道德限定了法益的惩罚范围。一种侵犯法益的行为并不一定是犯罪，但是一种伦理所容忍甚至鼓励的行为一定不是犯罪。

二元论的观点当然有法律依据，《刑法》第十三条对犯罪进行了定义，但同时规定了但书条款——“但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”

然而，司法机关很少直接运用这个但书条款作出无罪判决，更多地是需要等待最高司法机关所出台的司法解释。比如当不断涌现的销售海外代购药品的案件进入司法机关，2014年11月，终于出台了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》，该解释规定：“销售少量根据民间传统配方私自加工的药品，或者销售少量未经批准进口的国外、境外药品，没有造成他人伤害后果或者延误诊治，情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”可以想象，这个司法解释的背后是多少个体的悲情无奈。

对没有出具司法解释的案件，能否进行类似的处理呢？最高司法机关至今还没有出具走私罪的类似免责条款。作为法官，你是否有勇气在个案中根据具体情节直接作出无罪的决定呢？离开了道德规范所赋予的勇气与使命，有谁能够拥有强大的内心呢？

法律人不是法律机器人，我们需要有人的感觉，人的温度，也要接受人的局限。如果法律人无法从道德规范中去探究法条乃至法益的内涵，法律可能成为对民众苛刻的命令，司法则会沦为法律冰冷的机器，冷血也就会成为法律人的代名词。

---

[1] 余振华：《刑法违法性理论》，元照出版公司2001年版，第37页。

[2] 1884年一艘名叫米丽雷特号的轮船在暴风雨中沉没，四名船员，包括船长杜德利，大副史迪芬斯，船员布鲁克斯，杂役帕克，被迫逃到救生艇上。而此时的帕克由于不听劝告喝了海水，奄奄一息。四人在吃掉了救生艇上所有的食物后，已经有八天没有进食了。在漂泊19天后，杜德利船长，建议抽签，谁抽到，谁就会被杀，以拯救剩下的人。船员布鲁克斯则保持沉默。后来，船长杜德利决定将已经气若悬丝的帕克杀死，大副史迪芬斯表示同意，于是杜德利

将帕克杀死，没有丝毫反抗能力的帕克只能发出微弱的反抗声：“为什么是我”，三人靠帕克的血和肉存活下来，杜德利和布鲁克斯消耗了大部分人肉，史迪芬斯吃得很少。最后，在漂泊的第二十天，一艘德国轮船从旁边经过，三人获救。回到英国后，船长杜德利和大副史迪芬斯以谋杀罪被判有罪。