

道德权利理论与敲诈勒索罪的教义学限缩

庄绪龙*

摘要 当前关于敲诈勒索犯罪的司法认定逐渐呈现“口袋化”迹象。在敲诈勒索罪的限缩认定方面,权利基础理论提供了有效的思维工具,应作为司法裁判考量的重要因素。与司法机关承认法定权利、否定自然权利与敲诈勒索罪的内部关联立场不同的是,道德权利是否可以成为限缩敲诈勒索罪认定的根据,理论上存在重大争议。道德权利具备与法定权利同宗同源的权利属性,只不过未被制定法所明确列举载明而已。在经由道德权利主张继而限缩敲诈勒索罪的路径方面,应合理诠释侵权人因违反法定义务而负有“道德过错”与被侵权人遭受精神损害的条件设定。在此基础上,基于道德权利主张的前提,可以在行为性质、行为人非法占有目的、被害人交付财物的真实含义等视角对敲诈勒索罪的认定作教义学限缩,对存在道德权利基础的勒索取财行为,原则上应排除敲诈勒索罪的适用。上述出罪化立场,应遵循权利主张的个人属性立场,且以“一次性用尽”原则作为限制条件。

关键词 敲诈勒索罪 法定权利 道德权利 精神赔偿

引言

新近以来,社会公众对“陈某琳敲诈勒索著名演员吴某某 5100 万元(其中 3700 万元未遂)被判三缓三”以及“女辅警许某敲诈勒索公职人员获刑 13 年”等社会热点案件的普遍关注,重新引发了人们对敲诈勒索罪司法适用的关注。经由实践观察,司法实务中敲诈勒索罪的类型

* 苏州大学王健法学院副教授。本文系江苏省社会科学基金青年项目“非法集资刑事案件涉案财物处置问题研究”(项目编号:20FXC001)的阶段性研究成果。感谢陈珊珊副教授、崔志伟博士和田然博士的批评建议。

越来越多,入罪的理由也越来越多样化。近年来,因检举揭发公职人员失德违法犯罪、消费维权、新闻监督、上访、捉奸等为“胁迫”索财被作为犯罪处理的判例经常见诸媒体,这无疑需要反思。

比如,在敲诈勒索罪构成要件的具体判断中,何谓“对他人实施威胁或者恐吓”?权利或者利益遭受侵害后赔偿协商不成,权利人对其检举揭发,或者权利人事先告知侵权人,以其放弃举报的权利换取惩罚性赔偿等情形,是否就属于对他人实施了威胁或者恐吓?再如,何谓“对方产生恐惧心理”?如果双方就纠纷矛盾的解决方案达成协议(如放弃举报换取赔偿)后,又反悔报案的,是否能够认定为“产生恐惧心理”?事实上,在涉及敲诈勒索的案件中,有相当部分发生于双方就先前纠纷解决的方案磋商过程中,因赔偿义务人反悔所引发。对此,我国司法机关也予以承认。2013年4月27日,最高人民法院与最高人民检察院联合发布的《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条第二款规定,被害人对敲诈勒索的发生存在过错的,根据被害人过错程度和案件其他情况,可以对行为人酌情从宽处理;情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。

经由实践观察,在敲诈勒索犯罪案发的原因分析方面,相当数量的案件之所以案发,主要是因为当事双方事前存在侵权与索赔的民事纠纷,协商不成或者事后反悔导致。故而,在敲诈勒索罪的教义学解释和司法认定中,应纵览案件起因、权利基础、侵权行为与赔偿诉求以及磋商协议落实等系列环节,重视权利人或利益主张者因被侵权而索财的“因果性”,而非局限于财物被索取的“结果性”。亦即,事出是否“有因”以及该“因之属性”,应当成为敲诈勒索罪司法判断的重要组成部分。否则,形式化或者侧重于结果性的司法处理立场,势必将敲诈勒索罪推向“口袋罪”的深渊。本文将立足敲诈勒索罪司法实务现状,注重对敲诈勒索罪前因后果的综合考量,归纳其内在的权利基础及其类型,以期对敲诈勒索罪的准确科学裁断提供些许参考。

一、权利基础与敲诈勒索罪司法认定的立场与问题

作为侵犯财产权利的敲诈勒索罪,“以非法占有为目的”是不成文的构成要件要素。经由实践观察,在相当部分案件中,行为人都认为自己索财的行为存在“正当理由”,不应以犯罪论处。这里,行为人所主张的“正当理由”可以描述为存在某种类型的“权利基础”。在法理上,权利存在不同的种类,可以分为法律性权利、习俗性权利和道德性权利等类型。^{〔1〕}那么相应地,“权利基础”可以区分为法定权利基础、自然权利基础与道德权利基础等三类。对于上述三种类型的“权利基础”与刑法中敲诈勒索罪的认定,存在何种勾连关系,需要结合司法实践作系统的考察和归纳。

(一)肯定立场:承认法定权利与敲诈勒索的内部关联

目前,学界对于“事出有因”型敲诈勒索犯罪化问题的讨论,主要围绕债权私力救济、过度维权等存在“法定权利”基础的类型展开。就整体而言,对于敲诈勒索罪的认定,学界普遍认

〔1〕 参见(加拿大)L. M. 萨姆纳:《权利的道德基础》,李茂森译,中国人民大学出版社2011年版,第16页。

为,如果行为人“胁迫取财”的索赔主张存在法定的权利基础,通常不能对其做入罪化处理。换言之,法定权利基础是敲诈勒索罪司法认定中不可逾越的“权利障碍”。比如,张明楷认为,行为人以损害赔偿请求权为由索取财物,原则上不成立敲诈勒索罪。刑事司法机关应当妥善处置讨债、自力救济、职业打假等存在法定权利基础的维权行为,即使这些行为违反民法、行政法等法律的规定,存在不当、越权等情形,也不能轻易追究刑事责任。〔2〕

在德国刑法中,如果存在实体法支撑的索偿请求权,通常不能认定其取得财产利益的行为具有违法性,即便手段违法,也不能认定为构成敲诈勒索罪。〔3〕在日本刑法理论中,存在更为详细的类型区分。对于通过威胁、恐吓等方式取回原本归属自己的被盗财物以及债权人通过威胁、恐吓手段实现到期债权等情形,在理论上根据占有说、本权说等法益保护的立场,存在无罪说、胁迫罪说与敲诈勒索罪说等立场。但即便如此,无罪说仍然是一种有力学说。〔4〕在我国司法实践中,对于存在法定权利基础的敲诈勒索行为,目前也大多秉持这种“无罪化”立场。比如,在“郭利敲诈勒索”案中,被告人郭利因其女儿食用的奶粉中含有三聚氰胺,向经销商主张300万元的“精神赔偿”,最终经由一审、二审和两次再审,宣告郭利无罪。〔5〕

不过,对于行为人主张权利的手段超出必要限度或者索赔数额过巨等情形,是否将其作为犯罪处理,则存在不同意见。

“入罪说”立场认为,如果行为人以加害生命、身体、财产等相威胁的私力救济手段,主张超额索赔,“由于手段不具有正当性,且超出应当赔偿的范围,则应以敲诈勒索罪认定”。〔6〕“出罪说”立场主张,在内容不确定的债权中,财物数额的大小对于界定权利行使与敲诈勒索并无意义……以索赔内容以及标的额来定性索赔行为的性质明显欠缺妥当性。〔7〕“不能因为行为人提出了违背一般人常识的所谓‘天价’要求,就认定为敲诈勒索。”〔8〕“折中说”立场认为,存在法定权利基础的索赔诉求,数额问题双方完全可以进行协商,协议确定的赔偿金额无论是显著高于还是低于实际损失数额,只要是双方当时的真实意思表示,且没有侵害第三人的合法权益,均受法律保护。〔9〕应该说,“折中说”立场跳出了不当抑或超额维权入罪与否的一元思维模式,而是以双方的意思自治作为判断根据,即只要当事双方就赔偿数额达成协议,就应尊重其协议效力,即便事后被索赔方报案,也不能以犯罪论处。实际上,“折中说”立场也是“无罪论”的另外一种表达方式。由此而言,在不当抑或超额维权入罪与否的问题上,无罪化处理的倾向更为明显。

〔2〕 张明楷:“妥善对待维权行为 避免助长违法犯罪”,《中国刑事法杂志》2020年第5期,第3页。

〔3〕 参见张明楷:《外国刑法纲要》,法律出版社2020年版,第569页。

〔4〕 参见(日)大谷实:《刑法各论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第267—268页;张明楷,同上注,第570页。

〔5〕 参见广东省潮安县人民法院(2009)安刑初字第492号刑事判决书、广东省潮州市中级人民法院(2010)潮中法刑一终字第17号刑事判决书、广东省潮州市中级人民法院(2010)潮中法刑终再字第1号刑事判决书与广东省高级人民法院(2015)粤高法审监再字第19号刑事判决书。

〔6〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第1334页。

〔7〕 参见陈兴良主编:《刑法各论精释》(上),人民法院出版社2015年版,第585页。

〔8〕 参见刘明祥:《财产罪专论》,中国人民大学出版社2019年版,第261页。

〔9〕 黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第310页。

(二)否定立场:排斥“自然权利”与敲诈勒索的因果关系

通常而言,赌债等自然债权以及超过诉讼时效的存有抗辩事由债权被统一称之为“不完全债权”。按照民法规定,自然债权的债权人虽可以向债务人请求履行,但欠缺法律上的强制效力,债权人不得藉由民事诉讼以及强制执行程序实现该债权。比如,甲乙打赌,甲欠乙赌债10万元。该10万元,对甲而言即为自然债务,而对乙而言可以称之为“自然权利”。司法实践中,对于该类法律虽承认但却不予保护的“自然权利”,债权人往往通过威胁、恐吓等手段逼迫自然债务人履行,对此是否构成敲诈勒索罪,我国刑法理论界的立场较为统一,即:既然高利贷、赌债等不受法律保护,就表明行为人的行为不是行使权利,故而在敲诈勒索罪的认定中就不存在违法阻却事由。^[10]在德日刑法中也大都认为,行为人通过威胁、恐吓手段主张届期且不存在抗辩事由债权时,才会被认为不具有不法意图。换言之,超出法定权利范围与程度的权利不被承认,如果行为人通过强力主张该不完全债权,仍可能被认为成立敲诈勒索罪。^[11]

笔者认为,即便赌债等自然债权抑或超过诉讼时效等不完全债权不受法律保护,但这只是民事法律关系的界定,是否可以毫无争议地作为敲诈勒索罪认定的事实基础,恐怕还存在讨论的空间。一方面,民事法律关系的认定与刑事犯罪构成并非一一对应关系,而存在“法域差异”。比如,行为人与数量众多的公民签订高利借款合同,在民法上完全可能合法,但在刑事上却涉嫌非法吸收公众存款罪;另一方面,从类比的视角看,行为人采用非法拘禁方式绑架他人,向被害人亲属主张赌债等自然债权,现有司法解释在绑架罪的认定上,仍然承认赌债等自然债权的事由,最终只将非法拘禁的手段单独剥离出来作为犯罪论处。在此前提下,按照“举重以明轻”的当然解释原理,在敲诈勒索罪中,行为人如若采用强力手段主张赌债等自然权利,欠缺违法性的结论可能更具合理性。值得注意的是,理论上也有观点指出,如果行为人主观上确信自己有权实现该不受法律保护的债权,且这种认识也未明显超过社会公众认可的程度,应按认识错误原理解决,可以阻却敲诈勒索的犯罪故意,进而可以出罪。^[12]

(三)矛盾立场:道德权利与敲诈勒索认定的实践争议

在敲诈勒索罪的整体认定中,与前述承认法定权利与否认自然权利不同,对于道德权利与敲诈勒索罪的关系,理论界与司法实务界存在不同认识,存在重大争议。理论上观点认为,阻却敲诈勒索罪违法性的民事权利行使,应该是法定的民事权利,或者具有民法根据的民事权利,而不是行为人自己主张的道德权利。比如,甲女因乙男与其分手,遂纠集多人对乙男进行威胁、恐吓,要求支付“青春损失费”,就不能阻却敲诈勒索罪认定中的违法性。^[13]还有观点认为,如果债权的合法性本身存疑,或者主张权利的方式违反社会通常观念,则可能被认定为犯罪。比如,甲因妻子与他人通奸,为索取奸夫先前承诺支付的5万元,带领亲友多人携带凶器前往乙家取财,应认定构成敲诈勒索罪。^[14]这里的疑问是,债权的合法性如何判断?主张非法定的道德权利(如女友向男友主张“青春损失费”或者本夫向奸夫索要“精神损失费”),

[10] 参见陈兴良,见前注[7],第583页;张明楷,见前注[6],第1334页;刘明祥,见前注[8],第260页。

[11] 参见大谷实,见前注[4],第268页。

[12] 参见刘明祥,见前注[8],第260页;陈兴良,见前注[7],第583页。

[13] 张明楷,见前注[6],第1333—1334页。

[14] 周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2021年版,第154页。

是否就一定是“违反社会通常观念”？这显然是一个需要在伦理层面廓清的前提性疑问。

需要关注的是,对于道德权利的主张,司法机关在敲诈勒索罪的认定中,存在正反两种不同面向的认识,这或许是“道德权利作为世界性难题”的集中表现。^{〔15〕}

其一,有的判例倾向于否定行为人主观上存在非法占有目的。比如,在“陈某敲诈勒索”案中,陈某通过殴打、威胁与其女朋友发生性关系且致其怀孕堕胎的孙某,要求其赔偿2万元。对此,司法机关认为,陈某主观上不存在敲诈勒索罪中的非法占有目的,其强力索财的行为系“事出有因”。^{〔16〕} 具有对比价值的是,在民事领域中,对于尚未被纳入制定法中的“道德权利”,司法实践中已有判例通过对人格尊严的扩大解释,以“贞操权”作为权利类型也作了肯定性判决。^{〔17〕}

其二,有的判例对行为人以所谓“精神损害”索赔的行为予以犯罪化处理。比如,在“刘四新敲诈勒索”案中,被告人刘四新在得知妻子被单位领导“性骚扰”后,对被害人实施殴打并以“精神损害”赔偿为由索要16万元。对此,被告人刘四新认为,其行为系“事出有因”的自力救济行为,主观上也没有非法占有目的,不符合敲诈勒索罪的构成要件。但法院却认为,即使被害人存在不当的侵权行为,其法律责任应当由司法机关裁定,而不能由被告人通过私力救济的方式主张。最终,刘四新因犯敲诈勒索罪被判处有期徒刑4年。^{〔18〕}

(四)小结:道德权利基础与敲诈勒索罪认定的研究命题

以非法占有为目的的敲诈勒索罪是刑法中的一种典型侵财型犯罪,但实践中不少案件却带有明显的“非典型”的特征。这主要表现在,一方面,行为人向被害人索取财物,即便被认定为“威胁或者恐吓”,但行为人主张索财往往存在客观真实的理由或者原因;另一方面,行为人索取财物的数额与其客观损失不相匹配或者无法具体裁断衡量。^{〔19〕} 比如,消费者因商品存在质量问题,向生产商或销售商主张远远超过其购买商品价格的“惩罚性赔偿”;又如,丈夫向与妻子存在婚外情的“奸夫”主张数额不菲的“精神损害赔偿金”。归纳而言,在敲诈勒索罪的司法认定中,“事出有因”型索财即是上述“非典型性”的主要缘由。在规范意义上分析,敲诈勒索罪认定中的“事出有因”,在本质上就是一种权利基础的表达。

经由上述考察,对于法定权利基础的权利类型,尽管理论上对于财产法益保护的占有说、本权说争议间接导致了私力实现债权、取回自有财物行为无罪与胁迫罪、敲诈勒索罪的属性争议,以及主张巨额索赔数额的罪与非罪主张彼此对立,但这都是在承认法定权利基础与敲诈勒索存在关联前提下的内部问题。事实上,在敲诈勒索罪“口袋化”演变的不良趋势上,法定权利基础已经成为敲诈勒索罪限缩的核心根据;对于自然权利基础的权利类型,尽管在刑民关系的不同法域以及举重以明轻解释立场下存在一定争议,但学界整体上的否

〔15〕 (美)R.B.布兰特:“道德权利的概念及其功能”,程立显译,《哲学译丛》1991年第3期,第35页。

〔16〕 参见于浩:“如何判断‘事出有因’型敲诈勒索案件中行为人的主观目的”,《中国检察官》2010年第1期,第40页。

〔17〕 参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民一(民)终字第2315号民事判决书。

〔18〕 参见刘立军、陈磊:“北大刑法学博士‘勒索’隐情披露——妻子两年间遭领导性骚扰丈夫索要16万元精神损失费”,载《法治日报》2011年1月4日,第6版。

〔19〕 参见宋继圣:“‘事出有因’型敲诈勒索罪中的主观占有目的”,《人民检察》2014年第9期,第67页。

定立场也已经成为司法裁判的基本指引;但对于道德权利基础的权利类型,理论讨论中的立场观点较为原则甚或模糊,司法实践更是混乱不堪,“类案不类判”现象比较普遍。有鉴于此,本文重点就道德权利基础与敲诈勒索罪的内在关联展开研究,以期对敲诈勒索犯罪司法实务的科学处理提供些许助益。

二、法规范视野中的道德权利理论及其司法考量

(一)道德权利的权利属性

权利是法律制度的奠基性概念,也是法学研究领域的基石。可以毫不夸张地认为,法律是权利之子,法学是权利之学。但何谓权利?古今中外的哲学家、法学家对此并未形成统一立场,相反却呈现出“百家争鸣”态势:自然法学派、经验主义学派、实证主义学派、社会法学派等对“权利”概念及其类型甚至指涉均有立场和主张。即便在同一学派内部,也存在不同的流派。比如,在自然法学派,又分为柏拉图主义、亚里士多德主义、托马斯主义、康德哲学、功利主义等诸多支流。^[20]我国学者张文显曾对权利理论作了较为全面的总结。他考察归纳后指出,关于权利的学说,主要存在资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范说与选择说等八种立场。^[21]

在分析各学派立场观点的基础上可以发现,即便各学派所阐释的权利理论各有侧重,但却暗含内在价值趋同的理论旨趣,大都承认这样一种立场,即:权利是自由人格保障的内在驱动力。例如,黑格尔(G. W. F. Hegel)就曾强调,使自身成为自身对象的意志,是一切权利的基础……人格包含着权利能力。所以,法的命令就是,“成为一个人,并尊敬他人为人”。^[22]哈特(H. L. A. Hart)也认为,拥有权利,就意味着个人“拥有一种在法律上被尊重的自由选择”。^[23]罗斯(W. D. Rose)也指出,权利的实存并不是依赖于对它的承认,而是依赖于所讨论的人追求一种为共同体的所有公民所共有的目的的力量。^[24]可以认为,在自由人格养成与维系的目的论立场,权利基础成为人们自由意志的守护神。

如前文指出的那样,在类型区分视角,权利可分为法律的、习俗的、道德的等具体类型。就目前而言,法定权利以及习俗权利的地位以及实践价值已经被我国制定法所明确,成为人们诉求主张的基础以及司法裁判的根据。例如,我国《民法典》第10条就对法定权利和习俗权利的法律地位作了明确规定,即“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗”。不仅如此,《民法典》对合同签订与履行、相邻关系、法定孳息取得、承诺方式等方面还专门强调“习惯”“公序良俗”或者“交易习惯”等习俗性权利作为法定权利的补

[20] (英)亚历山大·布罗迪编:《剑桥指南:苏格兰启蒙运动》,贾宁译,浙江大学出版社2010年版,第205页。

[21] 参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学2001年版,第300—309页。

[22] 参见(德)黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第46页。

[23] H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 188.

[24] (英)戴维·罗斯:《正当与善》,林南译,上海译文出版社2008年版,第109页。

充性地位。至于道德权利,在我国《民法典》并无专门体现。^[25]那么,在法秩序的视野内,是否存在道德权利?道德权利是否具备权利的基本属性?这不仅关系公民利益的全方位保护,也是落实“国家尊重和保障人权”宪法要求的重要命题。

其实,在哲学抑或法哲学视域,“道德权利”概念已经被证立且普遍承认。一般认为,所谓“道德权利”,主要是指在道义上得以合理证明的世俗权利。^[26]穆勒认为,道德权利就是社会的道德准则(若非法律准则的话)应该提供保护使个人得以占有的东西。^[27]在根本上,不管是法定权利还是习俗权利抑或是道德权利,都是人类社会所认同的文明类型,都蕴含着对真善美的向往和追求。与法定权利和习俗权利的规范价值一样,世俗的道德权利也具有规范力量,作用于共同的社会道德框架。在渊源上,法定权利与习俗权利的源头即为道德权利,社会中每个人所拥有的权利,在本质上都是一种道德权利。一种权利之所以被认为正当,是因为它合乎道德。^[28]在自然法视角,法律的道德性是其底色。^[29]只不过,法定权利与习俗权利被制定法所列举,且存在国家强制力后盾保障。萨姆纳(Leonard Wayne Sumner)认为,任何特定的权利能否在现实社会中存在,只能取决于实际的道德论证理论。^[30]我国学者也指出,人类个体的权利是基于他的道德身份获得的,相互尊重与维护平等权利,首先是一个道德上的问题。^[31]道德权利是一种先于并独立于国家法律而发出的对人们的普遍期待。^[32]在价值与功能方面,道德权利都会假定善的概念,他们与权利持有者和义务承担者相关。^[33]此言谓之,作为社会中的人,彼此之间作为权利者和义务者,彼此享有道德权利且互负道德义务,通过道德规束实现共同善的目标。上述经典论断足以说明,道德权利具有权利的基本属性,也是权利体系的重要组成部分。即便其具有广泛性、模糊性等特点,也未被制定法所列举并以国家强制力作为保障,但其作为公民利益保护以及社会秩序引导的规范价值,不能被忽视。

(二)道德权利主张的条件设定与判断

在逻辑上,既然我们强调道德权利的权利属性,主张道德权利被侵犯时给予救济,那么在范畴抑或类型上,道德权利有无明确的边界?对此问题,可能无法回答。毕竟,道德权利及其诉求的模糊性和延展性,弥散在社会生活中的方方面面,这或许是道德权利之所以未被制定法所列举的现实阻力。但笔者认为,对于道德权利的主张,即便在微观上不能像法定权利那样具体准确描述其请求权基础与内涵外延,但可以在宏观或者中观视角,对道德权利的主张设置相

[25] 不过,我国《民法典》对于经营活动、不当得利以及人体基因、胚胎科研等方面规定了“道德义务”。比如,第八十六条规定,营利法人从事经营活动,应当遵守商业道德,维护交易安全,接受政府和社会的监督,承担社会责任;第一千零九条规定,从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动,应当遵守法律、行政法规和国家有关规定,不得危害人体健康,不得违背伦理道德,不得损害公共利益。

[26] 参见萨姆纳,见前注[1],第150页。

[27] 参见布兰特,见前注[15],第32页。

[28] 程燎原、王人博:《权利论》,广西师范大学出版社2014年版,第327页。

[29] 参见(美)富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第113页。

[30] 参见萨姆纳,见前注[1],第134页。

[31] 黄裕生:《权利的形而上学》,商务印书馆2019年版,第25页。

[32] 罗翔:“法益理论的检讨性反思”,《中国刑事法杂志》2018年第2期,第56页。

[33] 参见(美)卡尔·威尔曼:《真正的权利》,刘振宇等译,商务印书馆2015年版,第226页。

应的条件。换言之,即便我们不能准确框定道德权利的类型,但可以描述道德权利主张的条件,即凡是在满足相关条件的前提下,均可考虑“拟制性的推定为道德权利”。

1. 侵权人因违反法定义务而负有“道德过错”

不管是民法上的权利主张还是刑法中犯罪的认定,侵权人主观上具有过错或者行为人主观上存在故意、过失的罪过,几乎是必然的要求,这也是主客观相统一原则的基本立场。当然,我国《民法典》就产品缺陷、高度危险作业、环境污染以及饲养动物致人损害等领域也规定了无过错归责原则,但这仅仅是在公平原则基础上对特殊侵权领域的例外性规定,在整体上并未否认对侵权行为归责的过错原则。故而,在道德权利主张视域,显然也应当以过错原则为基础。不过,在道德权利主张的法律关系中,侵权人的主观过错并非是直接侵害法定权利前提下的“法定过错”,而应是一种因违反法定义务而负有的“道德过错”。

比如,在恋爱或同居关系中,甲男要求与乙女分手,以结婚为目的的乙女自认为在这段关系中投入的感情较多,要求甲男支付“青春损失费”。在此案中,对于甲男的分手要求,乙女有无要求甲男支付“青春损失费”的权利基础?对于上述问题,在既往的司法裁判中,有司法机关将其作为“风俗习惯上认可但法律上并不认可的债”。^[34]笔者认为,上述案件中的“青春损失费”主张,法定的财产权抑或人格权侵害及其请求权基础并不能准确涵摄,而应该归属于道德权利的研究范畴。在道德权利视域,是否支持该主张,应考察侵权人有无“道德过错”。

在“道德过错”的标准判断上,笔者主张:以侵权人是否违反法定义务而对他人制造道德上的伤害为根据。如果侵权人客观上存在违反法定义务的情形,且因此而负有道德上的过错,则应承认被侵权一方道德权利主张的正当诉求;反之则不能认可。比如,在上述“青春损失费”案中,如果甲男仅以伪装身份、虚构财产情况或者其他非法律明确禁止的诱导、误导性因素而与不知情的乙女“自由恋爱”,则并不属于违反法定禁止性规定情形,由此所衍生的结果并不属于因违反法定义务而衍生的“道德过错”,只能被视为一种生活意义上的纯粹道德义务违反;反之,如果甲男隐瞒其已婚事实而与乙女“自由恋爱”,显然就不再是纯粹的道德义务违反,而是违反“禁止有配偶者与他人同居”甚或“一夫一妻制”的法定婚姻制度。^[35]由此,对于甲男的行为,其不仅在制定法上对其配偶存在明确的法定过错(根据我国《民法典》第1091条,如双方因此而离婚,甲男应对其妻承担法定的损害赔偿),而且对乙女负有因违反法定义务而衍生的“道德过错”,乙女亦享有向甲男主张精神损害赔偿的“道德权利”。

这里需要着重说明的是,本文之所以将“道德过错”限定于法定义务违反前提下,主要是因为纯粹的道德义务具有性质模糊性、范围广泛性等特点。甚至,有些当事人认为对方存在道德过错的行为,在社会公众看来并非如此。比如,甲男乙女在交往期间,甲男移情别恋与丙女恋爱,向乙女提出分手。此时,甲男的行为在道德上是否属于过错,是否对乙女负有赔偿的道德义务,显然是见仁见智的模糊性问题。由此,本文在界定道德权利主张的基本条件方面,将道德过错严格定在“因违反法定义务而衍生的道德过错”,以强化道德权利范畴的明确性和清晰度。

2. 被侵权人遭受精神损害

法定权利被侵害后,被侵权人寻求权利救济的请求权基础通常比较明确。在道德权利主

[34] 参见上海市第一中级人民法院(2009)沪一中刑初175号刑事判决书。

[35] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编解读》,中国法制出版社2020年版,第17页。

张的视域,其请求权基础为何?这也是值得思考的问题。

笔者主张,道德权利主张的请求权基础应当归属于精神损害的范畴。这是因为,在道德权利主张的背后,通常对应着被侵权人的情感伤害。当然,在我国《民法典》中,也规定了精神损害赔偿的内容,但却存在特定的前提性要件,即精神损害赔偿请求权必须以侵害人身权益或者具有人身意义的特定之物,以及因违约而损害他人人格权的情形。换言之,在法定权利主张的视野,我国《民法典》关于精神损害赔偿的请求权基础存在特定的依附性,与人身权益、特定之物无关的精神侵害以及非因违约损害他人人格权的情形,精神损害赔偿均无法定的请求权基础。笔者认为,我国《民法典》关于精神损害赔偿的限定,为道德权利的主张预留了空间。具体而言,在制定法明确将精神损害赔偿限定在人身权益侵害以及因违约损害人格的情形外,对于其他领域、类型的精神损害赔偿诉求,可以通过道德权利理论的救济路径展开。

比如,在“刘四新敲诈勒索”案中,刘四新向性骚扰其妻子的领导提出赔偿要求,虽不属于制定法明确的精神损害赔偿类型,但完全可以考虑道德权利主张的路径实现。再以“捉奸索赔”案为例分析,结论可能更为信服。司法实践中,不少司法机关对于“捉奸索赔”行为,大都认为构成敲诈勒索罪。^[36]对此,笔者认为这明显忽视了“捉奸索赔”之于婚姻权以及配偶权的道德权利主张诉求。一般认为,婚姻权是个人自治权保护下的基本自由之一。^[37]在婚姻权与配偶权视野下,配偶是性活动合法性的条件。夫妻之外的不合法性活动,被视为“以肮脏的方式从自己的污秽中获得快感”。^[38]当丈夫与其他女人发生性关系时,妻子则会疯狂。^[39]反之,亦更甚。在我国古代,妇人犯奸是不可容忍的罪行,属七出之列。元代以后,法律赋予本夫捉奸且对奸夫奸妇施以私刑的自由。^[40]不仅如此,法律在赋予本夫以私刑惩罚通奸男女时,还允许对其进行侮辱。比如,我国古代对妇女通奸行为有“去衣受刑”的规定(《元史·刑法志三·奸非》)。不仅在我国古代如此,在古罗马时期,同样存在类似的规定。“那些可以杀死奸夫的人,可以合法的对其进行侮辱。”^[41]在耶林看来,通奸之所以成为允许私刑抑或索赔的根据,主要是因为侵权人的道德过错行为对被侵权人所造成道德痛苦,完全不亚于肉体痛苦。^[42]在遭受痛苦的困境下,但凡有反抗意识的人往往会滋生复仇怨念。维多利亚时代著名法官 J. F. 斯蒂芬(J. F. Stephen)是复仇理论的代表人物,其指出“复仇之于刑罚正如性欲之于婚姻”。^[43]这里或许可以类比说明,在遭受他人强加的精神痛苦时,复仇欲望或许就是不可避免的社会心理现象。由此也就不难解释,在道德权利主张的根据上,被侵权人遭受精神

[36] 参见周玉文、王超才:“强行索取通奸私了赔偿款行为的定性”,《中国检察官》2012年第7期,第79页。

[37] (美)阿兰·艾德斯、克里斯托弗·N.梅:《美国宪法个人权利案例与解析》,项焱译,商务印书馆2014年版,第100页。

[38] 参见(法)米歇尔·福柯:《性经验史》(第三卷),余碧平译,上海人民出版社2016年版,第165页。

[39] 同上注,第170页。

[40] 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2010年版,第131页。

[41] 优士丁尼:《学说汇纂》(第48卷),薛军译,中国政法大学出版社2005年版,第89页。

[42] 参见(德)耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,商务印书馆2016年版,第19页。

[43] 参见(美)哈伯特·L.帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第37页。

损害是人们普遍理解认同的理由。

(三)道德权利主张在司法裁判中的必要性考量

由上所述,道德权利虽然完全具备权利的基本属性,但毕竟是游离于制定法之外的世俗规范,且不为国家强制力作为后盾予以保障。在此背景下,道德权利是否应当作为司法工作的裁判指引抑或补充因素,需要在理论上予以回应。

亚里士多德曾指出,法律是“没有情欲的明智”,从法律的普遍性和超然性角度看,有时法律可能在个别情形下体现不完全的正义。^[44]笔者认为,这种“不完全正义”假设主要是针对立法的滞后性与局限性而言展开,并非是一种法律适用的宿命论。相反,司法过程的正义诉求完全可以作为立法局限的必要补充,因为“人类的良知与实际的需求,是法的最终源泉”。^[45]耶林曾严厉的批评道,“在我眼里,那种完全不顾其裁判所带来之结果,并且将责任完全推给立法者,而仅对法典的条文进行机械适用的法官,其实不能被称为法官,他只是司法机器中一个无感情、死板的齿轮……世界不是被抽象的规则统治,而应被人格统治”。^[46]拉伦茨也认为,法律只界定一般的框架,在个案中法官必须另为评价以填补框架的空隙。^[47]故而,在现代法治发达国家,法官通常被要求寻找一种符合“人民合理感情”的更好解决方案。^[48]德沃金关于司法裁判中的实质正义观立场,提出了“背景性权利”概念,其认为,有些法律原则、道德理念等虽不直接进入司法裁判,但却是裁判的背景性价值和知识体系,这些原则并不关注任何法条的直接适用,但却是法条适用的最高指引。^[49]

就我国司法生态和裁判可接受性的司法实践而论,相较于形式正义的一元立场,笔者更倾向于实质正义的二元立场。^[50]具体而言,恭行天理,执法原情,注重公道、同情、忍让、妥协、仁爱等伦理价值的整体考量及动态调适,应该成为司法裁判过程中的普遍价值认同。^[51]这是因为,法律是社会产物,不能像分析学派那样将法律看成一种孤立的存在,而忽略其与社会的关系。法与风俗习惯密切相关,它维护现存的制度和道德、伦理等价值观念。^[52]当前,我国大力推行的二十四字核心价值观正成为我国国家治理、社会发展和个人进步的共同遵循,毫无疑问也应当成为司法裁判的价值指引。在本质上,道德权利所蕴含的实质正义立场,在某种意义上也与核心价值观立场相互对应,这当然应该成为司法裁判的重要价值考量。在此基础上,对于逐渐呈显“口袋罪”倾向的敲诈勒索罪的司法认定,经由道德权利基础

[44] 参见(美)埃德加·博登海默:《法理学》,潘汉典译,法律出版社2015年版,第39页。

[45] 参见耶林,见前注[42],第62页。

[46] 参见耶林,见前注[42],第81页。

[47] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第2页。

[48] 参见(意)皮埃罗·卡拉曼德雷:“法官与历史学家”,唐波涛译,《苏州大学学报(法学版)》2020年第4期,第155页。

[49] 参见博登海默,见前注[44],第39页。

[50] 参见李树民:“裁判职责的元点:一元论还是二元论”,《华东政法大学学报》2019年第4期,第124页。

[51] 参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社2009年版,第3—26页;梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社1997年版,第300页。

[52] 瞿同祖,见前注[40],导论部分。

理论的匡正,可以作为司法裁判价值考量的正当根据。否则敲诈勒索罪的司法裁判,极有可能将会滑入忽视法益保护机能而只崇尚形式逻辑的“象征性司法”泥沼。^[53]

三、道德权利理论与敲诈勒索罪的教义学限缩

道德权利虽未被制定法所列举载明,无法像法定权利一样成为国家强制力保障的权利类型,但其所蕴含的道德力量却无法被忽视。笔者认为,在道德权利救济的视野内,虽然无法直接以道德权利遭遇侵害为由向法院提起权利救济诉请,但至少可以将其作为关联法律行为性质判断的重要影响要素。在敲诈勒索罪的司法认定中,不少被告人大多以“事出有因”为由抗辩,主张不够成犯罪。在规范分析的视角,引发敲诈勒索行为的“事出有因”,可以描述为存在道德权利基础。本部分拟结合上述关于道德权利理论的分析立场,就当前司法实践中逐渐呈显“口袋罪”苗头的敲诈勒索罪的认定,在教义学视角尝试作限缩性分析。

(一)行为视角:恶害胁迫与恐惧心理的机理探析

通常认为,敲诈勒索罪(既遂)的基本结构是:对他人实施威胁恐吓行为→对方产生恐惧心理→对方基于恐惧心理处分财产→行为人或第三者取得财产→被害人遭受财产损失。^[54]在财产犯罪细化分类的刑法体系中,罪名的认定大都取决于行为的手段和性质。敲诈勒索罪的司法认定,行为人客观上所实施的胁迫行为以及被害人由此产生的恐惧心理,是判断的关键。有学者指出,判断恐吓行为是否使被害人产生恐惧感,是本罪犯罪成立与犯罪形态判断的重要根据。^[55]就敲诈勒索罪而言,行为手段主要是指以恶害相通告的“胁迫”行为。“胁迫”的方式,包括尚未压制被害人反抗的轻微暴力手段,也包括以暴力相威胁或者以揭发隐私、损害名誉等情形。不管何种“胁迫”方式,最终目的都是为了使被害人产生“心理恐惧”。

这里,需要讨论的是:“以恶害相通告”类型的胁迫行为,是否应作形式化的理解?其与被害人产生的“心理恐惧”之间,是否应存在社会相当性意义上的实质关系?在文义解释视角,“恶害”通常是指“恶意加害”。在因果关系上,唯有“恶意加害”才能引起被害人的“心理恐惧”。但是,这里的“恶意加害”应如何理解?是否只要在形式上存在诸如以轻微暴力相威胁或者以揭发隐私、毁人名誉的行为,就可以认定为是以“恶害相通告”,进而顺理成章的引起被害人的“恐惧心理”?在以往的研究中,对此问题并未明确展开。目前,理论上关于敲诈勒索罪“被害人恐惧心理”要素的必要性,虽占据主流立场,但也有观点提出了质疑,认为“被害人产生恐惧心理,并非是敲诈勒索罪的必备要素”。^[56]

笔者认为,对此应当坚持实质解释而作严格的限缩,而不能以形式化的标准而作泛化的理解。比如,甲在某知名超市花10元购买了一袋过期食品,随后向超市主张赔偿其10

[53] 参见陈金林:“象征性刑事立法:概念、范围及其应对”,《苏州大学学报(法学版)》2021年第4期,第110页。

[54] 张明楷,见前注[6],第1329页。

[55] 参见周光权,见前注[14],第152页。

[56] 蔡桂生:“敲诈勒索罪中‘被害人恐惧必要说’之证伪及其出路”,《苏州大学学报(法学版)》2019年第4期,第87页。

万元,否则就向媒体曝光其出售过期食品的“丑闻”。在该例中,甲索赔的数额远远超出其实际损失,其行为在形式上显然属于“以恶害相通告”。但不管是刑法理论还是司法实务,对此大都认为是消费领域的“过度维权”,而非敲诈勒索犯罪。^[57]这是因为,在本质上甲的过度维权索赔行为,并非是“恶害”,充其量是“只害不恶”。具体而言,甲以向媒体曝光方式主张超市赔偿巨额财产的行为,虽带有“害”的结果属性,但其背后存在消费者维权的正当权利基础,即便超额维权也不能绝对地评价为“恶”。这也就意味着,在敲诈勒索罪认定的过程中,“以恶害相通告”的胁迫行为,应当充分考量行为时是否有权利基础的实质立场,而非只在形式上就事论事地泛化认定。

在教义学分析视角,敲诈勒索罪中被害人产生“恐惧心理”的原因,只能来自于行为人以恶害相通告的“胁迫”。并且,这里的“恶害”只宜解释为毫无权利基础的“又恶又害”,而不能是存在权利基础前提下的“只害不恶”。笔者主张,在承认权利基础与敲诈勒索存在勾连关系的前提下,敲诈勒索罪中被害人产生“恐惧心理”的原因,只能是来自于行为人单方施加的“胁迫压力”,而不包括被害人存在过错而行为人据此享有权利基础的双方博弈。换言之,被害人如果存在法定的或者道德上的过错,而行为人据此享有法定的或者道德上的权利,即便行为人以“胁迫”的方式向被害人提出赔偿诉求,也不能就此认为被害人产生了刑法意义上的“心理恐惧”。事实上,此时行为人实施的“胁迫”行为,与其说是“以恶害相通告”,不如界定为双方对被害人法定或道德过错的“处置性协商”。

比如,本夫向奸夫主张精神损害赔偿,否则将向奸夫单位告发。此时,本夫的“告发索财”行为,在形式上虽然属于“以恶害相通告”,但在本质上却是对其道德权利的“转换性主张”;奸夫“赔钱私了”的结果,或许并非是因产生“心理恐惧”的结果,更多地是对自己先前道德过错的“善后性处置”。由此可见,对于存在权利基础的敲诈勒索案件,尤其是存在道德权利的情形下,对于敲诈勒索罪中“行为”要素的认定,需要认真考察“恶害胁迫”与“恐惧心理”的内在机理,而不宜作抽象性的泛化解释。事实上,在夹杂道德权利基础的敲诈勒索案件中,行为人提出只“害”不“恶”要求的情形比比皆是,这与敲诈勒索罪规范意义上的恶害通告、威胁、胁迫等要素显然并不处于同一位阶的评价体系,对此应当予以理性对待和区分。

(二)“行为人”视角:非法占有目的与赔偿对价的话语转换

目的是一切法律的创造者,也是一切犯罪的制造者。非法占有目的,在经济犯罪和财产犯罪中通常被视为主观的超过要素,虽然其通常不属于构成要件要素的范畴,但在犯罪认定中却占据举足轻重的地位。理论上,关于非法占有目的的内涵及内容,存在多种解释立场。就整体而言,刑法理论关于非法占有目的的释义主要存在三种立场。其一,排除权利者意思说,认为非法占有目的是排除所有权人所有而自己作为财物的所有者而行动的意思;其二,利用处分意思说,认为非法占有目的是指按照财物本来的用途予以利用和处分的意思;其三,折中说,认为非法占有目的是排除权利者对财物的占有,把他人财物作为自己

[57] 参见孙万怀:“敲诈勒索罪中的目的与手段的组合性质”,《人民检察》2009年第5期,第21页;蔡桂生:“合理行使权利与敲诈勒索罪的区分”,《国家检察官学院学报》2018年第2期,第28页;熊琦:“敲诈勒索罪中的逻辑‘悖论’研究”,《中国刑事法杂志》2020年第5期,第57页。

的所有物,并按照其本来的经济价值进行利用和处分的意思。^[58]事实上,上述各学说对于纯粹取得型财产犯罪并无实质区分,但对于取得型财产犯罪与使用型、破坏型财产犯罪的区分可能存有鉴别价值。但在本质上,不管是何种学说,财产犯罪中的“非法占有目的”都带有“永久性剥夺他人财产”的根本属性。

敲诈勒索罪作为典型的交付型财产犯罪,在行为人视角,“永久性剥夺他人财产”的非法占有目的是本罪司法认定的核心根据。反过来讲,如果行为人主观上不存在“永久性剥夺他人财产”的非法占有目的,则本罪的认定就应格外慎重。在本文的研究视域,如果存在特定的权利基础,行为人通过“胁迫”手段向被害人主张索赔的情形,到底是以非法占有为目的的敲诈勒索犯罪,还是主张权利救济的私力行为,值得反思。笔者认为,在财产犯罪非法占有目的的解释上,“永久性剥夺他人财产”的本质在于“无中生有”,即将原本不属于自己的财产通过盗窃、诈骗、抢劫、敲诈勒索等手段将他人所占有的财物“归为己有”。换言之,行为人“永久性剥夺他人财产”的行为与结果,无任何正当性基础,完全是非法占有目的支配下的财产犯罪行为。与此相对应,如果行为人“永久性剥夺他人财产”并非“无中生有”,而是振振有词地宣称为了弥补权利损失的对价,在财产犯罪评价的实务判断中,应当引起充分重视。

如前所述,在消费者权益保护领域,行为人主张远超实际损失数额的赔偿诉求,虽然过度维权甚或“无理取闹”,但却存在法定权利主张的“正当理由”,并非是“无中生有”。同样道理,在承认道德权利的权利属性基础上,虽然我们不能直接以道德权利损害与救济为由提起诉讼,但在与道德权利相关联的敲诈勒索犯罪案件中,道德权利损害及其权利主张的理由,应该可以作为权利人(行为人)出罪的根据。

再以前述所举“捉奸索赔”案为例分析。福柯认为,通奸行为,通常被认为是针对丈夫权利的伤害……由通奸所产生的诱骗与损失是两个男人之间的事。^[59]故而,在“捉奸索赔”案中,本夫向奸夫主张精神损害赔偿,显然存在道德权利基础的支撑,并非“无中生有”,而是“事出有因”。范伯格(Joel Feinberg)也指出,以揭发通奸为依据的威胁,宣布其为道德合法行为,存在较强的说服力。^[60]由此,在诸如“捉奸索赔”等牵涉道德权利主张的案件裁判中,即便行为人向被害人提出了一定数额的索赔要求,也应当首先考虑道德权利基础上的私力救济属性,而非贸然认定其主观上存在“非法占有目的”进而认定成立财产犯罪。1972年发生于英国的“莱蒙波特案”,被告威胁与妻子存在奸情的甲,如甲愿意支付其250英镑,他就可以“视而不见”,否则就向甲的妻子和单位告发。最终,法院根据《财产犯罪法》作出判决:“权利主张是否合理应根据行为人主观上是否真诚地认为可以主张这种权利”,进而宣告被告人无罪。^[61]在该案中,法院显然对于被告“胁迫取财”的权利根据作了正向的承认。我国颁布的一些规范性文件中也存在类似的根据。2001年2月26日最高人民法院通过的《关于确定民事侵权精神损害

[58] 参见张明楷,见前注[3],第502—507页;参见刘明祥,见前注[8],第26—27页。

[59] 参见福柯,见前注[38],第166页。

[60] 参见(美)乔尔·范伯格:《刑法的道德界限》(第四卷),方泉译,商务印书馆2015年版,第284页。

[61] A. T. H. Smith, *Property Offences*, London: Sweet & Maxwell, 1994, p. 438.

赔偿责任若干问题的解释》第1条第二款也明确规定：“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”

在本质上，在关涉道德权利损害的语境下，行为人所提出的索赔要求，在承认道德权利基础的前提下，更多的是一种民事上侵权与赔偿意义上的对价关系，而非无中生有的“非法占有目的”。一言以蔽之，在道德权利主张的视野下，行为人客观上的“胁迫索财”行为，我们应在财产犯罪“非法占有目的”与权利主张基础上的赔偿对价之间，实现彻底的思维调整和话语转换。

（三）被害人视角：“交付财物”的真实含义

在财产犯罪中，被害人遭受财产损失，不仅是犯罪构成要件的组成要素，也是决定案件案发的关键原因。司法实践中，绝大多数经济犯罪、财产犯罪案件的案发，是因为被害人认为其遭遇犯罪迫害且造成财产损失而报案。在被害人视角，由于缺乏专业知识，他们对于何谓犯罪可能并不清楚，但对于遭受无理由的财产损失则是“切肤之痛”，报案的动机不仅在于要求司法机关惩治犯罪，而且还对司法机关的“追赃挽损”工作抱以强烈期待。^{〔62〕}这是因为，现代社会普遍认为“财产是一种凝固的自由”。^{〔63〕}人的自由意志不是绝对精神的存在，而往往需要一定的物质基础作为支撑，财产对于人的意志自由及其实现近乎是一种奠基性的存在。^{〔64〕}由此，在财产犯罪中，被害人遭遇财产损失且要求司法机关在惩治犯罪的基础上及时“追赃挽损”，几乎是不言而喻的事情。

然而，在被害人存在道德过错的情形下，行为人以精神损害赔偿为由主张一定数额的财产，此时被害人的真实意志是什么？这显然是一个值得思考的问题。试想一下，被害人的行为在道德上如果存在过错，且对行为人造成精神伤害的情况下，势必会留有一些把柄在行为人手中。通常而言，这种具有道德过错属性的把柄对于被害人而言是绝对不愿意公开的，否则其名誉、地位、隐私等都可能受到影响。在这种“自知理亏”“做贼心虚”的认知基础上，被害人通过物质补偿方式消弭潜在风险的动力不但真实充分，且“花钱消灾”的思维动力往往也比较强劲，这是一种极其正常的社会心理。笔者认为，基于尊重社会经验与生活常识的基本前提，在道德权利基础上的敲诈勒索行为评价中，作为敲诈勒索构成要件要素之一的“被害人交付财物”，其真实含义应解释为：当事人双方之间就道德上过错处置与道德权利主张所达成的民事私法自治意义上的“妥协性合意”。那么，这种基于道德过错处置抑或道德权利主张的“交付财物”事实，在本质上就是双方民事主体在私法自治意义上的真实意思表示，而并不是刑法中因胁迫产生恐惧心理进而交付财物且遭受财产损失的逻辑表达。

（四）小结

人是意志和观念的产物，人们因自我意志主导的交往行为而具备承担责任的基础。刑法

〔62〕 参见庄绪龙：“集资犯罪追赃挽损的‘法益恢复’方案”，《政治与法律》2021年第9期，第40页。

〔63〕 Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, S. 18, Rn. 29.

〔64〕 参见(英)F.A.哈耶克：《致命的自负》，冯克利、胡晋华等译，中国社会科学出版社2000年版，第33页。

主客观相统一原则也要求,人的行为成立犯罪必须具有客观不法与主观有责的双重属性。在敲诈勒索罪的司法认定中,行为人实施胁迫行为进而引起被害人恐惧心理并交付财物的结果,在客观上抑或形式上虽然符合该罪的构成要件要素,但在主观责任方面,上述客观行为与结果是否能够被评价为犯罪,还需要进一步考察。

一方面,行为人客观上实施的勒索取财行为,有无“非法占有目的”的条件性支撑,是本罪主观方面认定的核心根据。通常而言,非法占有目的是敲诈勒索罪认定中的主观的超过要素,是主观方面实质考察的因素。在缺乏权利基础对应的案件中,行为人“无事生非”型的勒索取财当然可以评价为非法占有目的,但与此相对应,存在法定权利抑或道德权利基础事实的情形,行为人经由勒索行为所实现的“取财”结果,是否能够评价为存在“非法占有目的”,应慎重考量。即便该权利基础不能直接评价为刑法中的财产,但至少是一种“利益”,这在德日刑法中关于敲诈勒索罪的认知中,已经得到承认。^[65]戴维·莱昂斯(David Lyons)指出,权利所有者会“要求尊重他们的权利,并向那些要侵犯他们的人们发出挑战”。^[66]笔者认为,在存在权利基础的事实前提下,不管是法定权利还是本文所着重论证的道德权利,行为人向被害人所提的索赔要求,在本质上更多的是一种侵权与赔偿视角下带有纠纷解决性质的私力救济,而非财产犯罪。

另一方面,在勒索取财非法占有目的否认的基础上,我们可以反向思考权利基础下敲诈勒索罪客观方面的非罪化属性。在逻辑上,既然承认权利基础与勒索取财之间的事实因果关联,即勒索取财系“事出有因”而非“无中生有”,在此基础上“非法占有目的”要素,就无法被有效证成。由此反推,先前行为人“以恶害相通告”的胁迫,由于缺乏非法占有目的的主观因子,也就无法被评价为侵害财产法益的危害行为。事实上,在实质解释立场,基于权利基础的事实前提,行为人客观上实施的所谓“以恶害相通告”的胁迫行为,并不能令被害人产生刑法上的恐惧心理。相反,被害人“自愿交付财物”也并不是为了满足行为人勒索取财的犯罪目的,而是对自己先前存在法定或道德过错的心理救赎。

归纳而言,在敲诈勒索罪的司法认定中,应当充分注意案件发生的因果事实关系,坚持实质化的区别标准,不宜仅在形式上抽象且宽泛地评价胁迫、恐惧心理、交付财物等具体案件事实的构成要素。在法理上,司法判断应当充分体现“从经验到规则”的思维转换过程。^[67]基于道德权利基础理论,被害人违反法定义务负有“道德过错”,进而对他人造成精神损害,他人以此为由通过所谓“胁迫”方式主张索赔,与规范解释视角下敲诈勒索罪构成要件要素存在本质差异,应该作无罪化处理。^[68]

[65] 参见车浩:“占有不是财产犯罪的法益”,《法律科学》2015年第3期,第123页。

[66] David Lyons, “Human Rights and the General Welfare”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 6, No. 2, 1977, pp. 127.

[67] 参见周永坤:“现代司法形式主义的奠基者——纪念霍姆斯大法官诞辰180周年”,《苏州大学学报(法学版)》2021年第1期,第35页。

[68] 当然,行为人的“胁迫”行为本身如果触犯其他罪名,如故意伤害罪、非法拘禁罪等,则可单独构成其他犯罪。

四、道德权利基础与敲诈勒索出罪的条件限制

在整体上,基于道德权利的理论基础,笔者主张在敲诈勒索罪构成要件要素的解释认定上,原则上应作限缩性甚或出罪化认定。对于恶害胁迫与恐惧心理的内在机理探析、非法占有目的与赔偿对价的话语转换以及被害人交付财物的真实含义等具体要素,应充分考量道德权利基础的事实前提。当然,基于道德权利基础勒索取财行为的出罪化立场,也不应绝对化,也需要作一定的条件限定。

(一)道德权利的个人属性与代理赋权

1.道德权利的个人属性

在权利基础立场分析框架下,行为人客观上实施的勒索财物行为之所以能够出罪,其主要根据是被害人先前的不当行为侵犯了行为人的合法权益。范伯格认为,基于道德权利基础索要债务,在道德上是正当的,在法律上亦应是,在本质上这应属于“正当的敲诈”。〔69〕这是因为,在此种情形下,因道德权利主张而勒索取财,本身既未违反刑法或民法,亦无恶意而不属侵权法下的不法行为。此言谓之,基于权利基础的“敲诈取财”,本身存在正当的权利基础,不管是制定法所明确的法定权利,还是理论上普遍承认的道德权利,都可以作为索赔请求权的实质根据。当然,由于道德权利尚未被制定法所明确规定,目前通过法定救济方式直接向人民法院提起诉讼要求赔偿的主张,即便在诸如上文所举例的“贞操权案”中得到司法机关的支持,但毕竟这是司法裁判者通过创设法律上没有规定的权利类型所实现,在理论上可能面临法官造法抑或权利爆炸的质疑。〔70〕但即便如此,在权利主张与实现的方式上,道德权利虽然无法进入统一化的司法救济渠道被普遍承认,但却无法否定其权利属性的底色。

在教义学分析视角,行为人基于道德权利基础通过胁迫手段向被害人主张一定数额的财物,不管是在行为本身的性质层面,还是在被害人交付财物的真实含义侧面,都无法直接得出构成敲诈勒索罪的结论。这是因为,行为人通过胁迫手段取财的行为,在本质上是对其利益遭受损失的一种自力救济。如果行为人利益未受损,他自然没有主张赔偿的积极权利。〔71〕换言之,行为人遭受利益损失,包括道德权利基础层面的精神损害,是行为人得以通过胁迫手段取财而不构成敲诈勒索罪的核心根据。

这里需要着重强调的是,道德权利在本质上是一种侧重于精神层面的抽象价值,存在较为明显的个体属性。如果脱离权利的个体属性,而以与自己不直接相关的理由,通过所谓揭发举报的“权利”为由主张“封口费”,显然不属于这里的道德权利主张。其实,这种裹挟与己毫不相干的举报权、揭发权,但自我利益并未遭受任何损伤,抑或并未遭受直接损伤,在本质上或许就是范伯格所归纳的“机会型敲诈”和“经营性敲诈”。〔72〕对此,显然符合敲诈勒索罪的构成要

〔69〕 参见范伯格,见前注〔60〕,第297页。

〔70〕 参见方新军:《侵权责任利益保护的解释论》,法律出版社2021年版,第183页。

〔71〕 参见罗翔,见前注〔32〕,第61页。

〔72〕 参见范伯格,见前注〔60〕,第272页。

件,应当以犯罪处理。比如,商店的保安恐吓被抓住的小偷,如果不给其“封口费”,就将其交给警察,发现银行客户的信息以及逃税事实的行为人恐吓银行,如果不高价收购自己获取的材料,就转交给政府,如此等等,均成立敲诈勒索罪。^[73]

2. 道德权利主张的代理赋权

笔者主张,依据道德权利基础勒索取财出罪的情形,应限定为行为人本人因被害人的道德过错而遭受精神损害的情形。换言之,只有本人遭受精神损害时,勒索取财行为才可能被排除在敲诈勒索罪的认定之外。但是,实践中因他人违反法定义务而衍生道德过错而遭受精神损害的本人,并不都能通过自己的个人能力向侵权者主张权利,此时其是否有权寻求代理人?比如,甲得知前妻乙被丙强奸,遂找到丙对其责骂,并威胁其支付5万元精神赔偿金,否则就将此事闹到丙家并报警处理。最终,丙基于“恐惧心理”交给甲2万元现金并出具3万元欠条。甲将该现金与欠条均交给了乙。^[74]对于此案,甲的行为是否构成敲诈勒索罪?这显然也值得探讨。

在该案中,甲乙已经离婚,在法律上甲并无权利单独向丙主张精神损害赔偿。但本案中,甲向丙勒索取财的目的不是为自己牟利的“经营性敲诈”,其将现金与欠条均交予乙,此时甲的角色在性质上可以比拟为乙的代理人。如上所述,在本人因他人的道德过错而遭受精神损害时,无法通过法定方式寻求救济,又不能通过自己的能力主张权利的情形,在司法实践中客观存在。对此,是否应考虑赋予道德权利主体寻求代理人的权利呢?笔者认为,在本质上,道德权利本身带有权利属性,应比照法定权利救济的精神处理,即应当赋予其求助代理人代为主张道德权利的权能。换言之,即便代理人不是道德权利主张者本人,其代为“勒索取财”的行为,也不应当被视为刑法中的敲诈勒索犯罪。当然,如果代理人将勒索取得的财物全部或者部分截留,则应对其截留部分纳入敲诈勒索罪的司法认定,因为这已经属于范伯格所指出的“经营性敲诈”的范畴。^[75]

(二) 道德权利主张的“一次性用尽”原则

司法实践中,基于道德权利的事实基础,行为人向被害人勒索取财的行为,即便数额较大,通常也不会“案发”。这是因为,被害人先前实施的行为,通常是因为违反法定义务且对于行为人负有道德过错。比如,被害人与行为人妻子通奸,或者被害人调戏骚扰行为人的妻子等情形,即为此类。在这种事实基础上,被害人“自知理亏”,在行为人通过“胁迫”手段向其提出索要财物诉求时,被害人基于先前法定义务违反对他人造成情感伤害的明确认知,往往在行为人提出损害赔偿诉求时真心实意地“花钱消灾”,甚至在行为人提出赔偿前主动要求通过物质补偿的方式换取行为人的谅解。

司法实践中,基于道德权利主张的勒索取财行为“案发”,通常存在两种情形。其一,在单次勒索取财时,行为人提出了被害人难以接受的数额,协商不成而案发;其二,行为人在首次顺

[73] 参见王钢:《德国判例刑法分则》,北京大学出版社2016年版,第295—296页。

[74] 参见窦丰:“为被强奸者私下索要赔偿是否构成敲诈勒索罪”,《中国检察官》2007年第9期,第65页。

[75] 如果权利人与代理人事前协商,将敲诈取得的部分财产作为对价支付给代理人,此时也不应该对权利人与代理人过多苛责,不应以犯罪处理。在本质上,这种利益分配仍然属于道德权利主张的内部范畴。

利取得被害人交付的财物后“欲壑难填”，将被害人作为“免费提款机”，事后多次向其提出索赔要求，被害人难以承受而案发。对于上述两种实际案发的情形，应该如何取舍和考量？显然需要在类型化分析的基础上予以回应。

笔者主张，对于第一种情形，不论行为人提出多少索赔数额，均属于道德权利主张的范畴，并未超出精神损害的赔偿“射程”。这是因为，一方面，精神损害赔偿本身就带有模糊性，索赔数额多寡也无标准，需要双方“讨价还价”式的协商；另一方面，即便双方协商不成，被害人完全可以拒绝行为人提出的索赔数额，而不能武断地将因协商不成引发的“报案”，就认定为敲诈勒索犯罪。一言以蔽之，基于道德权利主张的精神损害赔偿，双方就索赔数额即便存在不可调和的诉求落差，但这仍然属于权利主张的内部范畴，协商不成抑或交易失败并不意味着敲诈勒索犯罪的成立。

对于第二种情形，则应当考虑敲诈勒索罪成立的可能。事实上，在道德权利主张与损害赔偿的语境下，“一次性敲诈”往往可以为被害人提供一种“一劳永逸”的解决方案。如果被害人第一次被敲诈后还会有第二次，或者是否还存在第二次第三次，全凭敲诈者的慈悲，这对于被害人而言显然是带上了提心吊胆的“紧箍咒”，这无疑是不正当的。范伯格认为，一次敲诈行为可以被正当化，而重复敲诈行为则具备犯罪化的属性。重复敲诈犯罪化的原因是，“他们是撒慌者、虚假承诺者，背信者，他们是骗子，根本无意遵守交易条款”。^[76] 笔者主张，与法定权利一样，道德权利的主张也应当遵循“一次性用尽”原则，而不能裹挟道德权利的模糊性特点，以被害人存在难以启齿的道德过错对其进行重复主张索赔。否则，自第二次起，勒索取财的数额应当累计为敲诈勒索罪的犯罪数额。

五、结 语

基于类型区分视角，根据财产犯罪的发生背景，大致可以划分为“事出有因”和“事出无因”两种情形。经由司法实践归纳，“事出有因”型财产犯罪，大多是社会关系的反应，也是人际交往活动在财产领域的投射。这种社会关系抑或人际交往活动与财产的投射关系，在敲诈勒索罪中尤为明显。与其他财产犯罪的单向属性不同，在相当部分敲诈勒索行为发生过程中，呈现出明显的双向属性特征。行为人之所以选择通过威胁、胁迫方式向被害人主张财产诉求，在很大程度上是因为被害人先前的不法或过错，对行为人负有法定或者道德上的义务。即便我国刑法学界的主流学说主张刑法保护的是法益而非伦理道德，但背离伦理道德的法益是否绝对值得保护而充斥伦理道德成分的利益类型是否就不值得刑法保护，仍然值得反思。^[77]

就整体而言，目前我国司法机关对于敲诈勒索罪的认定，处于一种相对形式化的扩张运动状态，入罪的主要根据通常是在形式化的角度考察胁迫、交付财物等构成要件要素，这显然带

[76] 参见范伯格，见前注[60]，第294页。

[77] 参见张明楷：“行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷”，《中国社会科学》2009年第1期，第100页。

有机械司法的痕迹。“佛家只说家常话”，法理也应如此，法理也要生活化、家常化。^{〔78〕} 同样道理，在敲诈勒索罪的司法裁判中，唯有将表面的“胁迫取财”与深层的权利基础结合起来，才能作出更具司法智慧的判决。

本文主张，在承认权利基础理论前提下，尤其是在承认道德权利基础理论的基础上，关于敲诈勒索罪的司法认定，对于表现于外的行为人“胁迫”取财以及“被害人”交付财物等要素的认定，应当以更为开放的实质正义立场作为评价的标准，强调道德权利的权利属性对于敲诈勒索罪的消融价值。事实上，基于权利基础的所谓“敲诈勒索”，在本质上更多的是双方当事人之间带有交易属性的妥协活动。笔者认为，对此带有强烈私人属性抑或隐私色彩的妥协活动及其协议成果，刑法不宜也不应强力介入。当然，如若权利主张者违背双方协商的内容以及“一劳永逸”的解决方案，即违反“一次用尽性”原则，那么双方之间的协议便宣告破产，自第二次起，权利主张者的索财主张便失去了权利基础的支撑，而带有非法占有的嫌疑，此时刑法以敲诈勒索罪为名介入便有了充分的根据和理由。

Abstract: China's current judicial identification of the crime of extortion is gradually turning into a catch-all crime, which shall be treated with vigilance. In terms of the limitation and determination of extortion, the basic theory of rights provides an effective analytical framework and should be considered as an important factor in judicial judgment. Different from the internal relationship between the judicial organs' recognition of legal rights, denial of natural rights and the crime of extortion, whether moral rights can become the basis for the determination of the crime of extortion is a major controversy in theory. In fact, moral rights have the right attribute of the same origin as legal rights, but they have not been clearly identified in the statute. In terms of the path of limiting the crime of extortion through the claim of moral rights, we should reasonably interpret the conditions for the infringer to bear "moral fault" and the infringed to suffer mental damage due to the violation of legal obligations. On this basis, based on the premise of moral right claim, we can come to a more stringent interpretation on the identification of the crime of extortion from the perspectives of the nature of the behavior, the purpose of the perpetrator's illegal possession, and the true meaning of the victim's delivery of property. This means that the application of the crime of extortion should be excluded in principle. Of course, such decriminalization should follow the personal attribute position of the claim, and take the principle of "one-time exhaustion" as the restrictive condition.

Key Words: Crime of Extortion; Legal Rights; Moral Rights; Emotional Distress Compensation

(责任编辑:车 浩)

〔78〕 邱本：“发现法理的方法”，《苏州大学学报（法学版）》2021年第1期，第53页。