

# 敲诈悖论的意蕴及价值

单晓华

**【摘要】**我国通说从被害人处分自由的瑕疵去说明敲诈勒索罪的可罚性,敲诈悖论揭示了信息敲诈的犯罪化与自由主义者坚持的危害原则之间的深层冲突,该议题并未引起我国学者的重视。借鉴底线理论为胁迫和开价划定界限,只有使他人可期待的处境变差的威胁才能被贴上胁迫的标签。强自由主义逻辑下必然得出信息敲诈出罪化的结论,而道德主义和家长主义所主张的剥削原则能为信息敲诈的可罚性提供辩护。根据剥削原则,信息敲诈的可罚性在于敲诈者利用他人而不当获利。反思信息敲诈犯罪化的正当性时,对自由主义、道德主义和家长主义进行调和是必要且合理的。以曝光媒体、投诉等合法手段为威胁向商家索要财物的案件都不成立敲诈勒索罪。

**【关键词】**敲诈悖论;胁迫;危害原则;剥削原则

**【作者简介】**单晓华(1970-),女,辽宁抚顺人,法学博士,沈阳师范大学法学院教授,研究方向为刑法学(辽宁 沈阳 110034)。

**【原文出处】**《政法论丛》(济南),2020.4.138~148

**【基金项目】**辽宁省教育厅重点项目“敲诈勒索罪的理论反思与实务检讨”(WZD201901)、辽宁省社科规划基金重点项目“刑事司法宽容理性研究”(L15AFX004)的阶段性成果。

## 一、危害原则下的敲诈悖论

当下国内学界对敲诈勒索罪的研究集中在两类议题上:一是阐明敲诈勒索罪与抢劫罪、诈骗罪在构成要件上的异同;二是以消费者高额索赔案件为样本划定合法的权利行使与敲诈勒索罪之间的界限。总体而言,相较于诈骗罪和盗窃罪,敲诈勒索罪是作为一个较边缘化的罪名被讨论的。与此不同,英美学界对敲诈勒索的讨论兴趣则高涨得多,除了强奸罪和杀人罪,敲诈或许是最受热议的罪名了。<sup>[1]P596</sup>关于敲诈的讨论基本是围绕敲诈悖论展开的,而敲诈悖论是针对所谓信息敲诈(informational blackmail)提出的。信息敲诈是指以向第三人告知有损他人声誉或使他人陷入不利境地的信息为威胁的敲诈,如揭露他人犯罪或不道德之事,此类行为被各国刑法所

禁止。敲诈悖论的要旨如下:敲诈是由两部分行为构成的——索财与威胁。然而,任何人都有向他人索求财物的自由,正如乞丐向他人乞求财物是不受禁止的合法行为,与此同时,揭露他人犯罪或不道德之事也是法律所允许的。既然索求财物和揭露真相的威胁单独看来都是合法的,为什么它们结合在一起就变成了犯罪?<sup>[2]P25</sup>在英美学者看来,除非我们能说明这种化学变化的机制,否则,我们关于敲诈的惩罚直觉就难以得到理性的辩护。从实质上言,敲诈悖论之所以被如此重视,是因为对敲诈的处罚立场与自由主义者高举的危害原则之间存在难以调和的冲突:既然组成敲诈的两个行为都是无害的,对敲诈的处罚如何能够通过危害原则的检验?如果上述疑问得不到解答,一个以自由主义为基石的社会就理

应对敲诈采取放任态度。

人们或许会反驳:被威胁者遭受了财产损失,敲诈者当然实现了危害。自由主义者则会回应:被威胁者并无损失,因为他得到了对价——威胁者的沉默,既然威胁者的沉默并不违法,所谓的敲诈就与日常的合法交易没有区别,是国家权力不该干涉的自由空间。在自由主义者看来,“敲诈从他人那儿‘取财’跟面包师从顾客那儿‘取财’一样。无论在敲诈还是在卖面包的场合,发生的是买卖双方达成共识的自愿交易,而不是‘夺取’财物。”<sup>[13]P235</sup>事实上,当A交易给B的东西不合法、不道德时(如卖淫、包养),刑法尚不干预,为什么当A提供给B的东西是合法之物时(如不揭发奸情),反而构成犯罪?不少自由主义者认为,我们不可能提供合理的解释,因此对敲诈的去罪化是捍卫自由主义的唯一选项。诸多学者力图找到合法交易与信息敲诈在构造上的本质差异,但迄今尚未出现令人满意的理论。其实敲诈悖论的理论意义不在于该悖论的解决,而在于它为我们反思“胁迫”“自由”“同意”等刑法学中的基本范畴提供了一个很好的素材。遗憾的是,敲诈悖论的意蕴与价值并未引起我国学者足够的重视,这也导致我国通说对敲诈勒索罪的讨论难以触及问题的核心。鉴于此,本文试图以敲诈悖论的介述和分析为切入点,反思学界和实务界对敲诈勒索罪的不当解读。本文正是以“不给我钱,我就把你嫖娼的事告诉你妻子”这类信息敲诈为典型讨论敲诈悖论,我国司法实践中最常见的“不给钱就把产品质量问题曝光媒体”的案件同样属于此类信息敲诈。<sup>①</sup>如果说敲诈悖论的解决意味着信息敲诈的去罪化,那么,长久以来困扰学界和实务界的“正当维权与敲诈勒索的界限何在?”这一问题也就迎刃而解了。需要强调的是,“给我一万元,不然把你的店铺砸烂”这类威胁显然成立敲诈勒索罪,并不涉及任何悖论,因为砸店铺本身就是违法的恶害施加,此类敲诈并不在本文的讨论范围内。

敲诈者该罚的直觉是如此强烈,以至于包括诺奇克在内的许多自由主义者都在想方设法地证成这

一直觉。若要在坚持危害原则的前提下保证直觉不受动摇,就必须找到敲诈行为的危害所在,学者们破解敲诈悖论的各种尝试主要是沿着两条路径展开的。第一条路径试图对敲诈悖论的悖论性提出质疑,敲诈悖论是以索财行为与威胁之事均不具有违法性作为逻辑起点的,这一命题是质疑者指向的标靶。第二条路径抛弃了纯粹的自由主义立场,诉诸剥削原则去论证敲诈勒索的可罚性。在我国司法实务和理论研究中,同样能找到这两条思考路径的影子。在本文看来,第一条路径疑点重重,算不上成功之路,以此为支撑的裁判模式和理论见解均存在难以克服的缺陷。相较之下,第二条路径更具吸引力,但必须明确剥削原则背后的道德主义和家长主义考量的具体内容,方能揭示自由主义危害原则的不足,并为信息敲诈的犯罪化提供令人信服的辩护。

## 二、悖论性的质疑:理由与反驳

反对者对敲诈悖论的悖论性的质疑大致基于这样三类理由:第一类质疑指出敲诈是对自由意志的不当妨碍,胁迫的存在使得索财具有违法性;第二类质疑试图揭示敲诈行为的间接危害以说明其违法性;第三类质疑强调动机能够决定行为是否具有值得谴责的危害性。

### (一)敲诈与自由意志——胁迫与开价的界限

有学者认为敲诈悖论根本算不上悖论,因为“正正得负”的情形在刑法中并不新鲜,醉酒驾驶就是其典型:饮酒而醉并不违法,驾驶亦不违法,但两者相加就是犯罪。<sup>[14]P55</sup>敲诈行为之所以可罚在于合法的威胁与合法的索财结合在一起就变成了对自由意志的非法强制,它是一种违背他人意愿的取财,这正是为什么各国刑法都把敲诈与盗窃、抢劫放在同一类罪名中。我国许多学者也主张:被敲诈者的自由意志虽未被完全压制但被不当限制了,这种自由意志被限制下的财产处分是有瑕疵的,敲诈行为的违法性正在于利用他人有瑕疵的同意而取财。<sup>[15]P269-270</sup>问题在于:瑕疵意味着什么?如果一个人因心理受到影响而不太情愿地选择妥协便意味着自由意志的瑕

疵,恐怕这种瑕疵是无法给敲诈勒索的可罚性提供证成的,因为这种瑕疵普遍存在于日常生活中的讨价还价。身不由己是生活的常态,心理压力的施加只有在极例外的情形下才会被视作对个人意志自由的侵犯。设想一个稀缺的技术人才向他的雇主说“给我加薪,否则我就跳槽到你的竞争对手那里。”无论那个雇主在选择加薪时多不情愿,也不该把雇员看作一个敲诈者。以所谓自由意志的瑕疵去论证敲诈的可罚性是出于对自由意志太过粗陋的理解,因为意志自由绝不等同于不受影响。简言之,“被敲诈者或许面临着艰难的选择,但这不必然意味着敲诈要比完全合法的经济往来给人们带来的艰难选择更具强制性。”<sup>[6]P1950</sup>

质疑者可能会提出这样的反驳:虽然心理影响的存在不必然意味着对自由意志的侵犯,然而,不同于请求加薪的雇员,敲诈者是通过胁迫使他人作出财产交付决定的,这种以胁迫制造的心理影响当然是对自由意志的不当侵犯。我国通说正是由此人手解释敲诈勒索的可罚性的。然而,许多学者对胁迫要件的强调是一种障眼法,因为他们把胁迫概念中的价值色彩抹去了。例如,我国通说就主张胁迫的成立不以恶害的实现本身具有违法性为前提,有学者在评议消费者索赔案件时甚至做出如下论断:“媒体由于传播信息的迅捷性、广泛性,一旦商家的商品缺陷或者服务劣质被公之于众,对其将带来极其不利的后果,甚至是毁灭性的打击。因此,向媒体公布会对相对方造成一定程度的精神强制,是一种胁迫行为。”<sup>[7]P68</sup>这种以纯粹心理影响去界定胁迫的心理说掩藏着对胁迫概念的误用,模糊了胁迫与开价的界限,使胁迫这一构成要件成了无用的摆设。

谈到胁迫,自然要从威胁入手。严格说来,胁迫与威胁的意义并不相同。胁迫的目的在于通过影响受威胁者以左右他的选择,而威胁则可能仅仅是为了让对方感到不安,它并不一定以“你不…我就…”的形式存在。姑且可以这样理解两者的关联:胁迫是以“你不…我就…”的形式出现的威胁。问题在于

“你不…我就…”这样的表达既可能是威胁,也可能是无可指责的开价。对店主说“不给钱,我就砸烂你的店铺”当然是威胁,对球迷说“不给我原价十倍的价钱,我就不把手中的限量版球鞋卖给你”无疑是开价。我们是依据什么把这两种结构相同的表达贴上不同的标签的呢?“不给钱,就把你嫖娼的事告诉你妻子”“不给钱,就把产品质量问题曝光给媒体”是与哪类表达同质呢?日常语言恐怕无法给我们提供什么帮助,因为日常语言并不太在意威胁与开价的精确划分,造成他人不快的表达常被冠以威胁之名。然而,敲诈勒索罪中的胁迫服务于特定的刑罚目的,为了明晰胁迫的内涵,我们必须要对威胁和开价的差异更加敏感。退一步言,即使我们对威胁采取日常语言的理解,也总要把威胁做好坏之分,因为坏的威胁才可能被称作胁迫。例如,雇主对雇员说“不把业绩提上去就开除你”。许多人会把它领会成一句威胁,但说它是胁迫则未免太过偏激。<sup>②</sup>现有通说的根本症结或许就在于太习惯于“自由”“威胁”“伤害”等概念的日常用法,却忘了日常语言的粗枝大叶不足以应对更深的理论思考。

为了区分威胁与开价,诺奇克提出的底线(baseline)理论最常被人们援引。根据底线理论,如果“你不……我就……”的提议使他人可期待的处境变差了,该提议就是威胁;如果“你不……我就……”的提议使他人可期待的处境变优或至少没有使他人的处境变差,该提议就是开价。<sup>[8]P24</sup>根据上述标准,将店主置于付钱或店铺被砸选择之中显然使他可期待的处境变差了,因为他可期待的处境是“既不给钱又保全店铺”。要球迷在支付十倍价款和放弃球鞋之间做出选择并没有使他的处境变差,因为他本来就不该期待“既不给钱又得到球鞋”。而上述选择给他提供了改善现有处境的机会,使他原有处境变佳了,即“通过付钱得到喜欢的球鞋”。威胁与开价的界限似乎得到了清晰的说明。然而,关于什么是可期待的处境,并不是没有争议的。设想,一位落水者的亲人向途经此处的渔夫求助,该渔夫提出:“不给我一万

元,我就不救他。”这句话是威胁还是开价?答案取决于我们如何界定落水者可期待的处境。人们可以不同的视角去理解可期待的内涵。从纯粹的经验视角或事态的自然走向来看,假设渔夫未途经此处,没有为财救人的意思,落水者就会溺亡,这样看来,渔夫是在开价,因为他至少让落水者有了一线生机。如果我们引入规范的视角,问题就变得复杂了。强调道义的人们大体会做如下推理:渔夫虽是陌生人,但伸出援手是其道德上的义务,故落水者可期待的处境是得到无条件的救助,因此,渔夫的话是威胁。道义标准本身是多元且模糊的,当我们在道德语境下谈论义务权利时,我们要把太多的事实和价值信念纳入评价系统中。例如,在A对B说“不给钱,就把你嫖娼之事告诉你妻子”时,若从道义的视角看,“B曾救过A的性命”“B的妻子是A的表亲”“B曾把A一样的丑事告诉给A的妻子”,这些事实似乎都与“B可期待的处境是什么”相关,问题变得相当复杂。一方面意图保全自由主义的危害原则,另一方面试图在胁迫的认定中引入道义标准,不是对敲诈悖论的解决,而是一种改头换面的敷衍。在自由主义视野下,理应参照法定的权利和义务去描述可期待的处境。简言之,“如果A有权做出这一提议,即使该提议会使B遭受巨大的心理压力且B除了同意外没有更理性的选择,A也没有强迫B。”<sup>[9]246</sup>陌生人既然没有救助的义务,落水者可期待的处境就不包括无偿的救助。同样,向媒体披露商家的不法既然是消费者的权利,商家可期待的处境也就不包括消费者的沉默。敲诈悖论指向的信息敲诈均应被归为开价,而非胁迫。从胁迫入手去解决敲诈悖论的尝试终会归于失败。<sup>③</sup>

值得一提的是,有的国内学者虽然意识到开价与胁迫的区分对敲诈勒索罪的认定至关重要,却没关注过诺齐克、范伯格等学者关于开价与威胁的细致分析,以至于仍停留在形式的层面将恐惧心理充当开价与威胁的界线标准,实质上仍是将不情愿等同于不自由,是前述心理说的变形。例如,有学者指

出:“生活中也有许多谈条件的情形,例如甲对乙说:‘你不请我吃饭,我就将你逃课的事告诉班主任。’”<sup>[10]</sup>该论者之所以将甲的话理解为谈条件,理由是:“出价方不会以恶害为筹码,还价方也不会产生恐惧心理。”<sup>[10]</sup>当然,没人会认为甲构成敲诈勒索罪,但更合理的解释是:它包含的威胁和要求都太过轻微,不值得刑法的关注。这种对开价的误解最直接地表现在如下论述中:“甲乙捡到王某的身份证后,给王某打电话,索要300元,并称若不付钱就不还身份证。该行为不构成敲诈勒索,因为这种行为不会让人产生恐惧心理,属于生活中的谈条件行为。”<sup>[10]</sup>然而,我们要问的是:王某是否有权利期待甲或乙归还身份证(或者甲乙是否有义务归还王某的身份证)?如果答案是肯定的,甲乙的话就是一句威胁,而不是单纯的谈条件,至于甲乙的威胁是否达到了可罚程度另当别论。或许正是因为考虑以下几方面的因素,许多人才会认为甲乙的威胁不构成敲诈勒索:其一、甲乙仅仅是捡到身份证(而不是偷窃身份证后索要财物),因此王某最初的不利处境并不是甲乙造成的;其二、甲乙索要报酬的数额较小;其三、处罚这类行为或许导致许多人因无利可图而根本不去捡拾他人的遗失物,这在整体上反而不利于权利人寻回遗失物。如果我们把上述事实加以补充或改变,有罪的结论就呼之欲出了。设想王某将身份证遗失在公共场所或者某个王某通过回忆能够找到的地点,此时,若王某拒绝支付大额报酬,甲乙继续持有王某的身份证拒不归还,这显然会使王某可期待的处境变差,因为甲乙对身份证的继续持有会使其他人捡拾并归还身份证或王某自己寻回身份证的可能性变得微乎其微。即使王某不会因甲乙的话感到恐惧,他也会把甲乙的话看作一句威胁。简言之,并未引起听者恐惧的话同样可能是威胁,面对威胁无动于衷者大有人在。

## (二)敲诈的间接危害

既然敲诈行为对被敲诈者的危害难以得到说明,许多学者转而将敲诈可能引发的间接危害纳入

到考量之中。如诺齐克、波斯纳等人就主张敲诈行为是一种不经济的交易,会造成社会资源的浪费,因此,有必要动用刑罚加以禁止。

### 1. 敲诈与非生产性行为

诺奇克将没有使社会福利有任何增长的无意义的,甚至是浪费资源的交易视作非生产性行为,而敲诈系典型的非生产性行为,这就为刑罚的干预提供了理由。在诺奇克看来,“尽管人们为使敲诈者保持沉默而开价,并付钱给他,但是他保持沉默并不是一种生产性行为。如果敲诈者根本就不存在,从而也不能来威胁他们,其受害者们还是处于同样的境况。与假如他们根本就与你不发生任何关系相比,勒索者向你出售放弃对你的伤害,这不会使你的处境变得更好。”<sup>[11]P12</sup>然而,诺奇克关于敲诈是非生产性的论述有些太过武断。在许多情形下,与知情人直把秘密公开相比,被敲诈者的境遇的确变好了。在敲诈成功的案件中,敲诈者和被敲诈者都得到了他们想要的,前者获得了财物,后者保住了秘密,这可以说是双赢的局面。诺齐克之所以认为敲诈者没有使被敲诈者的处境变优,是因为他在假设敲诈者根本就不存在时事情会是什么样子。然而,这种假设是没有道理可言的,因为被敲诈者没有理由期待他的秘密不被人知晓。更为根本的是,即使敲诈是非生产性的,但这一特征能为刑罚的发动提供充分的理据吗?<sup>[12]P110</sup>用来限制刑罚权的危害原则并不关心社会福祉的增加,它只关心人们的利益是否遭受减损。无论如何,促使人们参与积极向上、互惠互利、生产性的活动并非现代刑法的目的。现代生活中有着太多非生产性行为,毁损自己财物、生产垃圾影片、浪费食物等都可以说是非生产性的,但恐怕没人会主张上述行为需要刑法的干预。诺奇克并未阐明为何在众多非生产性行为中,唯独敲诈需要被犯罪化。

### 2. 敲诈与第三人的利益

有学者从信息敲诈对被敲诈者之外的第三方利益侵害的角度解释其可罚性。依此观点,“敲诈者是

在用其他人的影响力或筹码进行谈判,从而为自己获取利益。”<sup>[13]</sup>被敲诈者是为了避免来自第三人的伤害而支付财物,敲诈者是通过牺牲本属于第三人的权利而获利。

该解释路径的疑问在于:既然敲诈者侵犯的是第三人的利益,如配偶对被敲诈者不忠行为的知情权,那么敲诈勒索就不再是针对被敲诈者的财产犯罪了,这显然与各国刑法对敲诈勒索罪的定位不符。把他人当做筹码这种比喻化的模糊说辞难免会导致怪诞的说理。例如,甲的老板有严重的种族歧视,乙便以向甲的老板披露甲有少数族裔血统为威胁向甲索要钱财。筹码理论会说甲的老板被利用了。然而,除了令人唾弃的种族歧视,甲的老板的哪项权利被利用、被牺牲了呢?<sup>[14]</sup>对筹码理论最根本的反驳在于:既然敲诈者本没有披露信息的义务,就谈不上对第三人权利的侵害,动用刑罚去禁止这种利用的道理何在?

### 3. 敲诈与诱发犯罪

有学者试图从敲诈具有诱发欺骗和其他不法行为的倾向去说明其可罚性。<sup>[15]</sup>具体而言,敲诈会令被敲诈者想法自救,而他自救的手段就可能包括杀人、自杀、诈骗或盗窃以满足敲诈者。<sup>[16]</sup>此外,敲诈行为会引发民众对自身隐私安全的担忧,这会使人人们在隐私保护上浪费大量精力和财力。

关注敲诈行为次生危害的解释路径同样经不住推敲:其一,人们的许多偏好(如炫富、性放纵)都可能促使人们去欺诈、盗窃或伤害他人,但这些诱发犯罪的偏好并不在刑法的视野内。事实上,没有证据表明敲诈会比其他诱因更容易诱发犯罪。范伯格之所以反对信息敲诈,正是考虑到所谓间接危害与收益的计算是不清楚的。<sup>[17]P246</sup>其二,敲诈悖论中的信息敲诈并不涉及对隐私的不当侵犯,如果敲诈者是通过违法途径获取他人秘密的,这种敲诈就包含对他人权利的侵害,处罚此类敲诈并不会触发敲诈悖论。因此,即使对信息敲诈去罪化,也不会削弱刑法对个人隐私的保护。此外,隐私的内涵是很模糊的,

如果说令人尴尬的爱好、道德上的过错也属于隐私的话,日常的八卦闲谈等也会引起许多人的不安,但这显然不能作为启动刑罚的理由。

### (三)动机与危害:双重效用原则的引入

有学者试图从主观意图、动机,而不是从客观效果去解读敲诈行为的性质,其中以博曼的动机理论最具影响力。博曼对敲诈的可罚性的解释以两个命题为基础:(1)动机是重要的,卑劣的动机会使行为具有应受谴责的恶害;(2)敲诈者的索财行为是其卑劣动机的可靠证据。<sup>[18]</sup>试举一例说明博曼动机理论的逻辑:A向B男的配偶C女告知B是同性恋,这种告知是对B男的伤害,但由于我们没法排除A是出于对C女的关心这种良善动机而行动的,故不能得出A对B实施了一种不被允许的伤害。然而,若A对B说“不给钱就把这事儿告诉你妻子”,就说明B会因这一告知而遭受不利正是A所希望的,如果A因B不满足其要求而告知C,他这么做就不是出于良善动机。简言之,A的敲诈印证了他的卑劣动机,而他告知的威胁也因卑劣动机的存在变成了一种不被允许的恶害。

博曼的论证是以双重效用原则(doctrine of double effect)为基底的。<sup>[19]P623</sup>双重效用原则的要旨在于:若某种恶害是实现更大的善的副产品,而行为人虽然预见了一种恶害,但他的意图在于实现更大的善,那么,这种本不被允许的恶害就是可以被正当化的。双重效用原则最早被托马斯·阿奎纳用来解释正当防卫的正当性,现在则常在医疗伦理、科技伦理等领域被援引。博曼的理论是双重效用原则的镜像:一个本被允许的行为会因为行为者意图的邪恶而变成不被允许的恶害。然而,双重效用原则在当代伦理学中不受欢迎,行为的可允许性与行为者的动机无关也是当今刑法学界的支配性见解。如斯坎伦所言:“如果我做行为P是可允许的(无论你是否喜欢),那么‘我做行为P是因为你不喜欢’的这一事实,并不能使我做这件事或告诉你我将做这件事成为不可允许的。”<sup>[19]P57</sup>设想一名患者必须接受截肢方能保

住性命,医生成功完成了手术,但医生实施该手术并非为了救死扶伤,而是因为看到患者被截肢后的惨状是他的变态嗜好,若动机像博曼所说那样会决定行为的可允许性,这场手术会因为医生的卑劣动机而成为恶行。同样,若某人使用了合法手段在商战中击败竞争对手,但他这么做并非出于盈利目的,而是为了让竞争对手破产后无比的痛苦,按照博曼的逻辑,虽然使竞争对手破产本身并不违法,但由于其动机在于伤害对手,其竞争行为就是可谴责的恶害施加。如斯坎伦指出的,将动机与行为的可允许性勾连起来是在混淆不同层面的道德评价,道德哲学中的诸多无谓争论正是源于这种混淆。<sup>[19]P2-3</sup>即使双重效用原则能够在道德哲学中争得一席之地,在罪与非罪的讨论中以动机的善恶作为思考的起点则难免会模糊道德与法律的界限,这正是自由主义者们极度反感的。此外,博曼关于“敲诈是对卑劣动机的充分证明”的论断也操之过急了。敲诈者的动机也不尽是单一的,“不给钱就曝光”的威胁并不总是邪恶动机的可靠证据。

博曼是在与权利无关、心理感受意义上谈及危害的。然而,如此宽泛地界定危害恰恰与密尔等人提出危害原则的初衷是相悖的。危害原则旨在最大限度地限制公权力对个人生活的干涉,但如果任何一个会让他人感到痛苦或利益受损的行为都被视作危害,危害原则也就形同虚设了,它甚至都没有办法把移情别恋排除在法律禁止的对象之外。在自由主义者的眼中,危害总是离不开权利的维度的。如密尔所言:“个人在追求一个合法目标时,必不可免地因而也就合法地要引起他人的痛苦或损失,或者截取他人有希望得到的好处。”<sup>[20]P112</sup>丑闻被曝光的明星无论会为此遭受多大的心理压力和经济损失,也不存在需要用公权力来禁止的危害,因为社会“并不承认他们在法律方面或道德方面享有免除这类痛苦的权利。”<sup>[20]P113</sup>总之,博曼的解释进路貌似在寻找危害,但他对危害内涵的界定以及对双重效用原则的承诺都是与自由主义传统格格不入的。

### 三、另辟蹊径——作为补充的剥削原则

如前文分析所示,在自由主义框架下,敲诈悖论至今是无解的。这说明过分强硬的自由主义是行不通的,我们必须在危害原则之外为刑罚提供根据。范伯格指出,利用剥削原则说明敲诈的可罚性,以补充危害原则的不足是一种可能的选择。剥削的形态各异,有的违反被剥削者的意志,有的则是在被剥削者的有效承诺下实现的。在后一种情形下,剥削不意味着对被剥削者的伤害,根据剥削原则,此类剥削的可谴责性在于不当的获利。与危害原则不同,剥削原则主张:对于某些并未伤害到他人的行为,不当的获利就足以作为刑罚提供理由。<sup>[17]P212</sup>在范伯格等人看来,信息敲诈恰恰就是这样一类剥削,如果说它是可罚的,其可罚性不在于被敲诈者遭受了损害,而在于敲诈者以剥削他人的方式获取了不正当的利益。如范伯格所言:自由主义者要么通过引入剥削原则解决敲诈悖论,要么得放弃对敲诈的处罚立场。<sup>[21]P85</sup>前一种选择意味着他默认了某种程度的法律道德主义,后一种选择意味着他必须向人们的常识宣战。

我国学者所提供的论证虽未直接引述剥削原则,却在实质上与剥削原则暗合。例如有学者指出:“揭发犯罪不是一种财产权利,当事人不可利用这种权利来谋取经济利益,这是在不合理地行使权力。”<sup>[22]</sup>换言之,与合法的交易不同,敲诈者是在用不可交易之物获利,因此是违法的。上述论证疑问在于:我们从来都不是总以财产权利去换取利益的,以友情、婚姻、性、无聊的八卦去换取经济利益的情形俯拾皆是,但它们都不是刑罚的对象。上述论断兜了一个圈子又回到了剥削原则,它反对的是不当地谋取经济利益。正由于此,索财行为的背后是否有权利基础一向是国内学界讨论的起点。我国学界对敲诈勒索罪的反思是由实务中层出不穷的维权索赔案件激发的。此类案件中,如果行为人享有确定的权利基础,自然不构成敲诈勒索罪,这是理论界与实务部门的共识。然而,对于所谓“过度维权”或“天价索赔”等权利基础不确定或明显超出权利基础索赔

的案件,司法机关尚未形成共识,学者之间也分歧较大,大体上有“一概无罪”与“部分有罪”两种立场。在本文看来,通行的见解与分析进路至少有以下三个方面的疑问:

其一,以向媒体曝光产品质量缺陷为要挟向商家索财为例,根据流行的见解,向媒体曝光的告知是否能够被评价为敲诈勒索罪中的胁迫取决于曝光的目的。如果其目的在于实现权利,就不存在胁迫;如果其目的在于索取本不应得的财物,该手段就属于胁迫。<sup>[23]</sup>然而,胁迫与非法占有目的本是敲诈勒索罪的两个相互独立的构成要件要素,胁迫在于对他人意志的不当压制,这种压制是否存在与胁迫者的目的无关,但在上述论者的逻辑中,胁迫成了依附于非法占有目的的要件。以盗用行为为例,盗用者虽无非法占有目的,但其行为在客观上同样侵犯了他人对物的合法占有,这与盗窃行为无异。正由于此,通说才会强调非法占有目的的出罪功能。既然在盗窃罪中“盗”的存在与目的无关,为什么在敲诈勒索罪中胁迫就要以非法占有目的为前提?

其二,一种颇具影响力的观点认为:权利基础与手段间是否有内在的关联同样会影响胁迫的判断。例如,消费者为迫使商家及时赔偿他因产品质量问题而遭受的损失,以举报商家偷税漏税为要挟。强调手段与权利基础的关联性的学者倾向于得出这样的判断:即使消费者有索赔的权利基础,但由于消费者所威胁之事与权利基础无关,该行为仍可能被评价为敲诈勒索。<sup>[24]P584</sup>在本文看来,此类观点之所以对权利行使的方式作出各种限制,是因为它对胁迫采取了日常语义层面的较为宽泛理解。为了照顾结论的可接受性,只好把权利行使作为违法阻却事由看待,因此以所谓关联性对权利行使的边界加以限定。然而,如同前文分析所示,如果我们在规范层面上界定胁迫,上述行为根本没有办法通过构成要件阶段的检验,无须考虑阻却事由。

其三,许多学者认为,在消费者索赔这类权利内容不确定的案件中,无需过问行为人主张的数额是

否能得到法律的支持,只要其索赔事出有因,原则上就应否认非法占有目的的存在。<sup>[24]P585</sup>④然而,如果行为人基于不确定的债权或明显超出债权额度去盗窃债务人财产又该如何认定?恐怕鲜有学者会否定非法占有目的的存在。原因显而易见:如果不确定的债权或任意数额的债权都可作为否定盗窃罪成立的理由,盗窃罪对财产秩序的保护无疑是空谈。上述论者之所以对敲诈勒索罪中的非法占有目的的认定更加谨慎,终究是因为敲诈勒索罪的可罚性在于不当获利,而盗窃罪的可罚性则在于对合法占有的侵犯。然而,既然敲诈勒索的可罚性不在于对财产的侵犯,非法占有目的本来就不应成为该罪的构成要件。

总之,在通行的分析模式下,“权利基础”“非法占有目的”“胁迫”三者相互定义,彼此限制,不当地纠缠在一起。从根本上言,通说的根本症结在于:一方面暗中从剥削原则出发看待敲诈的违法性,另一方面却又抓住胁迫这一要件不放。如果严格遵循剥削原则,敲诈的实行行为就是利用,而非胁迫。然而,剥削原则的支持者必须回应如下疑问:如果交易的内容是相同的,交易由谁先提出为什么是重要的?这正是所谓敲诈的第二悖论。<sup>[25]</sup>从剥削原则出发,我们很容易滑向这样的结论:敲诈的实质是利用他人的不利地位而获利,即使某人因恐惧秘密被公开而主动提出支付赔偿,财物的接受者也是在利用他人的不利地位,只要他的披露是支付者恐惧的来源。<sup>⑤</sup>简言之,第二悖论旨在说明:既然对剥削原则的接受意味着胁迫将不再是敲诈勒索罪的构成,那么,封口费是由谁先提出的就会变得无关紧要了。例如,当A得知B知晓自己的丑事后主动找到B并提出封口费,B本无敲诈意思但得知A的来意后欣然接受了。根据剥削原则,既然B是在利用他人的道德软弱而不当获利,就意味着存在剥削。反对者或许会回应:如果财物给付是由封口者提出的,就意味着他的意愿是自由的,因此并未被剥削。然而,剥削原则就是要摆脱自由概念的纠缠,它把目光集中在道

义上可谴责的利用行为上,即使被敲诈者并未真正丧失意志自由,当敲诈者利用他人的过错、懦弱、无能等人性中最普遍的瑕疵而为自己获利时,有理由以强力禁止这种冲击最基本正义观的不义行为。

剥削原则对敲诈悖论的破解是以牺牲危害原则为代价的。当然,在剥削原则的支持者看来,危害原则的绝对性本来就是可质疑的,如有学者所言:“我们可以承认‘在其他领域有做错事的权利’(right to do wrong),但也相信行为的‘纯粹不道德性’使之进入刑法的合理调整范围,这并不矛盾。”<sup>[26]</sup>然而,对剥削原则的引入会引来这样的担心:一旦对无危害行为的犯罪化也能得到证成,法律与道德的界线难免要重归混沌,常与道德主义携手同行的家长主义也会大行其道,这必然会侵蚀个人自主的空间。在利用人性弱点、乘人之危已成为商业盈利和人际交往诀窍的当今社会,以剥削原则建构起来的敲诈勒索罪恐怕会把刑罚的触角伸的太远。敲诈悖论的令人头痛之处就在于:我们很难在敲诈和那些看起来再正常不过的社会实践(如讨价还价、谈判协商)之间找出构造上的差异,如果“敲诈者当罚”的直觉是对的,似乎意味着那些与敲诈有着同样构造的社会实践也理应被视作犯罪,但这在绝大多数人看来是难以接受的。如果说利用他人的恐惧而不当获利是应受处罚的剥削,那么利用他人的爱心、情感的不当获利理应更具可罚性。如此一来,声称要把笼中小狗送去屠宰而迫使爱狗人士以异常高价收购的狗贩子也难免会被认定为敲诈者,会有哪位学者和法官愿意接受这样的结论呢?毕竟卑鄙小人与罪犯是两个截然不同的标签。

#### 四、走向调和:重估道德主义、家长主义与自由主义的关系

敲诈悖论的魅力根植于自由主义传统,它之所以能引起法学家、政治学家、伦理学家以及经济学家们的共同兴趣,正是因为它凸显了“敲诈者当罚”的普遍且强烈直觉与自由主义者信奉的危害原则之间难以消弭的冲突。有人绞尽脑汁地找寻信息敲诈中

的危害,有人则借敲诈悖论重申自由主义的正统,赞成去罪化的立场。从自由主义者在解决敲诈悖论时遭遇的窘境可以看出,法益或危害从来都不是刑法教义的唯一支柱。如有学者所言:“纯粹古典自由主义的刑法从来没有存在过”,<sup>[27]P23-24</sup>德日、英美等国无一例外地对信息敲诈持可罚态度足以说明这一点。

我国语境下,学者们在限制刑法不当扩张的努力中习惯于求助危害原则或法益概念,不乏学者表现出将危害原则绝对化,彻底拒斥道德主义和家长主义的强自由主义倾向。在本文看来,奉自由主义原则至上的立场是在刻意屏蔽中国社会、法律文化的特性,其针对具体问题的主张也难免沦为精致的空谈。就中国社会而言,强调个人自治的绝对优越地位、对道德保持政治中立的自由主义既与我国的法律文化传统不符,也与马克思主义对法律本质的揭示不符,是不可取的。国内学界没有自觉到敲诈悖论的重要意蕴恰恰证明了强自由主义并不在我们的文化基因中。我们应当承认,与自由主义相竞争的道德主义、家长主义理念始终在我们的法律文化中扮演着不可忽视的角色。刑法理论和实践若要得到国民的道德认同,就必须给道德主义和家长主义适当的生存空间。

剥削原则的法律道德主义渊源显而易见,但在本文看来,家长主义同样能为剥削原则提供辩护。简单说来,所谓家长主义以“为你好”去说明刑法干涉的正当性,在涉及赌博、毒品、淫秽等罪名时,家长主义式的论证常被人援引,此外,家长主义也能在自杀、自伤的承诺问题上得出更符合国民情感的结论,而这些议题让危害原则显得捉襟见肘。像密尔那样反对任何形式家长主义作风的强自由主义者将自治视作最优越的价值,个人的选择只要是出于自愿,即使他的选择在理智的旁观者看来糟糕透顶,也不可用作“为他好”这一借口进行干涉,否则就是在侵犯自治,例如,密尔甚至会反对禁止鸦片出口的法令,理由是这类禁令“侵犯了购买者的自由”。<sup>[20]P114</sup>然而,当代自由主义者对家长主义大多采取了比较缓和、

暧昧的态度,包括哈特在内的自由主义者强调,自由主义并不天然地拒斥家长主义,并进而主张一种弱自由主义。<sup>[28]P31</sup>弱自由主义对自治的内涵和人性的特征采取了有别于密尔的理解,每个人不总是自己利益的最佳判断者,人们难免被无知遮蔽、被不理智的情绪主宰,当其选择并非真正自治甚至会损害其自治能力时,来自外界的强行干预就是必要的。当然,在思考这种干涉是否正当时,还要考虑到意图保护的福祉的重要性、干预的成本、错误判断、权力滥用的风险等因素,才能确保干预符合比例原则。此外,家长主义式的刑法干预并不仅仅表现为对自损者的处罚,它还表现为对自损者承诺效力的否定,例如,自杀不是犯罪,但对自杀的协助或所谓得承诺的杀人仍是犯罪,为了减少不理智自损,立法者会考虑处罚为非理性的自损提供机会之人。就敲诈而言,一方面,如果说真正的自治以理性为前提,那么,在惶恐不安支配下的决策就难言真正的自治;另一方面,即使以钱买沉默可以称得上是自愿,但它仍在实质上有损自治,意味着被敲诈者对敲诈者意志的屈服,如果被敲诈者习惯于这种逃避过错的决策方式,终会给自己带来不利,使自己陷入更大的不自由之中。站在家长主义立场,处罚信息敲诈正是为了实质的自治(理性的决策)而限制形式上的自治(对开价的接受)。

家长主义者仍要回答如下问题:为什么不把这种家长主义的干预推广到那些人们在经济、社交活动中司空见惯的剥削、乘人之危的情形中呢?在本文看来,诸多利用优势地位攫取利益的行为例如雇主压缩雇员福利,大企业以低价收购竞争对手等,都可能引来人们的道德厌恶。然而,一概处罚此类行为很可能弊大于利,因为若要在每个具体的场合辨明开价的善恶并不现实,即使可能,也成本过高,且难免成为公权力不当侵入私人空间的借口。许多恶是与竞争、逐利等当下社会实现发展、创新、社会再分配所仰赖的要素相生相随的,当这类恶所服务的政治经济制度尚未消失前,这些恶就不能、也不该被

驱逐,这也与马克思主义唯物史观相符。简言之,与其他类型的剥削相比,敲诈的恶并无特别之处,只不过它不会在作恶的同时带来什么益处,处罚它没什么副作用罢了。<sup>[29]P49</sup>既然社会经济的发展尚未能提供消除一切形式剥削的现实条件,我们就只能容忍诸多使人异化的剥削手段,但毕竟处罚信息敲诈是我们力所能及之事。剥削原则能得到道德主义、家长主义的双重辩护,与自由主义者在危害概念上兜圈子相较,剥削原则对信息敲诈可罚性的回答更具吸引力。

总之,考虑到结论的可接受性,就信息敲诈而言,危害原则的全盘去罪化太具颠覆性,剥削原则的道德主义、家长主义色彩又太浓,有被滥用进而不当扩张犯罪边界的风险,故将它们相结合的多元论是唯一可行的出路。既然“敲诈者当罚”是由道德直觉支撑的,就有必要找出敲诈引来我们道德厌恶的原因。只有当信息敲诈会引起人们普遍、强烈的道德厌恶,且刑法的干预对被敲诈者人格尊严的保护必不可少之时,作为剥削的信息敲诈才值得刑法关心。关于敲诈,普世的道德直觉的深层动因在于:每个人都难免有无害于他人的特殊癖好以及道德上的过犯,而被人抓住把柄是每个人避之不及的。简言之,我们对敲诈者的义愤是出于对被敲诈者的共情。为在自由主义、道德主义和家长主义的考量间寻求平衡,如下折中方案或许是妥当的:一方面,若行为人的手段不属于胁迫,原则上应否定敲诈勒索罪的成立;另一方面,若行为能唤起一般人对自己陷入类似窘境的担忧并引起一般人对被索财者遭受不公剥削的强烈共情时,可以例外地援引剥削原则得出有罪结论,这意味着胁迫并非所有类型敲诈勒索所必备的要件。如果非要坚持敲诈勒索以胁迫的存在为前提,就有必要以共情为基础判断可期待的处境。像“不给我钱,我就把你嫖娼的事告诉你妻子”这样的告知是能够引起人们对嫖娼者的共情的,而奸夫被受辱的丈夫告知“不给钱,就把你通奸之事告诉你妻子”则似乎难以引起这种共情。如果行为人

的告知涉及对他人隐私的侵犯或者获取他人秘密的方式是违法的,其行为就理应被评价为胁迫,成立敲诈勒索罪。根据本文的主张,当告知的对象系商家、机构这类非人格的存在时,这种共情显然是缺失的,“免受索财”就不是其“可期待的处境”。这也正是为什么多数学者会为因向商家索赔而被追究刑事责任的消费者鸣不公。简言之,在消费者索赔案件中,只要行为人的威胁本身不属于规范意义上的危害,例如曝光媒体、投诉等,无需考察是否存在权利基础,应一概否定敲诈勒索罪的成立。有学者曾以向污染企业索取财物为例指出:“如果行为人并非受污染影响的居民,而只是偶然发现企业排污事实的第三者,则其以向媒体公开相威胁而向企业索取钱财的,有成立敲诈勒索罪的余地。”<sup>[24]P584</sup>在本文看来,行为人的威胁(向媒体公开)并无违法性且很难想象普通国民会以“不公”描述该企业的境遇。此外,与自然人不同,在现代市场经济中,企业、机构等组织所做出的决策并不直接地受到某个人的情绪主宰,不承载涉及人格尊严的信息,它们的决策被天然地假定为符合理性原则,即使因选择错误而遭受损失,也不该成为家长主义关怀的对象,否则市场机制所预定的优胜劣汰的游戏规则就会落空。<sup>⑥</sup>由此可见,在上述案件中,即便行为人并无所谓权利基础,也理应排斥敲诈勒索罪的成立。如此这般,当下热议的“正当维权与敲诈勒索的界限何在?”将不再成为问题,学者们也无需耗费心神为这种区分提出五花八门的标准和牵强附会的说理了。

至于前文提及的第二悖论,本文的回应如下:剥削之恶表现为对他人弱点、困境的利用,其实质在于利用者支配他人、使他人屈服于自己意志的意图和尝试,像康德所说的那样,把人“仅仅当作手段”。当A主动给知情者B封口费时,由于A的不利处境并非由B引起,B也本无支配A的意思和行动,单纯接受封口费的行为算不上严格意义的剥削,更不会引起普通人强烈的道德不满,道德主义和家长主义的考虑不足以为刑罚的发动提供根据。值得一提的是,

德国刑法第253条第2款特别规定只有敲诈行为具有可谴责性时才能肯定其违法性,而敲诈行为是否具有可谴责性要看它是否被社会伦理所容忍。<sup>[30]P295</sup>依此规定,被日常道德所容忍,甚至认可的开价行为,如要求涨薪否则辞职,要求加价否则不再续约等,都因不具备可谴责性而排除敲诈勒索罪的成立。如果说德国刑法关于敲诈勒索罪的规定与本文的思考有契合之处的话,这种共识即是:我们无法脱离道德语境对敲诈勒索罪的边界做出令人满意的划定。

### 结语

在面对信息敲诈所蕴含的敲诈悖论时,坚持危害原则优先性,乃至唯一性的自由主义者有两个选择:第一个选择是承认敲诈悖论不可解,唯有放弃有罪立场,主张信息敲诈的出罪化。这种选择与道德直觉相龃龉,也与各国的立法现状不符。这不意味着自由主义者的激进主张比立法者、普通人的看法高明,反而为“自由主义的危害原则无法充当限制自由的唯一根据”增添了有力的例证。相较之下,自由主义的信奉者更青睐第二个选择,即试图说明两个单独看起来无害的行为是如何发生化学反应产生危害的。这一尝试也算不上成功,它要么忽视了胁迫与开价的界线,要么过分依赖间接的、公共的、抽象的危害,将危害概念虚化,这种倾向本是自由主义者应极力避免的,否则无论他们怎样宣称自由主义与道德主义的界限,我们不会看到它们在实际问题的处理上有什么不同。在信息敲诈中,被敲诈者确实是在一种恐惧、不安、无奈的心态下交付财物的,这种不情愿很容易给人其财产处分自由被侵犯之感,但仅以此便肯定法益侵害的存在就太过草率,理由很简单:存在法益侵害必然意味着一个人的处境变差了。然而,如前文分析所示,信息敲诈中,敲诈者并没有使被敲诈者的处境变差(甚至可能使其处境变优了),因为他只是给被敲诈者提出了一个开价,而不是做出了胁迫。

实务界对诸多维权事件的入罪化处理提示我

们:无论是危害原则,还是法益概念,它们没能在实务中真正发挥人们所期待的限制犯罪化的功能。在此背景下,了解与反思敲诈悖论的意蕴具有不可忽视的理论价值。就长期受到“敲诈还是维权”这一问题困扰的司法实务而言,学者们在敲诈悖论标题下关于“胁迫”“同意”等概念的讨论若能得到重视,诸多不当的有罪判决就是可以避免的。本文对最具代表性的几种悖论解决方案进行了梳理和评析,迄今为止,没有哪一种说理能够在捍卫“敲诈者当罚”直觉的同时保证其他直觉不受挑战,试图用某种单一原则去论证信息敲诈的可罚性总会顾此失彼,自由主义回答的牵强无力再次证明当下刑法学者所反感的法律道德主义和家长主义仍有用武之地。

当代政治哲学语境下,自由主义、道德主义和家长主义都在试图为自由限制提供令人信服的原则,面对社会生活的多样性、复杂性,独尊一家的立场并不可取,强调价值中立的自由主义者是在无视如下事实:“道德不只是法的条件,也是法的目标:法为(当时)占统治地位的道德服务。”<sup>[31]P295</sup>与自由主义者的天真设想不同,在不道德与犯罪之间并不存在、也不该存在一条原则性的界线。在自由主义、道德主义和家长主义间进行调和是更务实的路径,没必要过分夸张它们之间的对立。当一个人做出非理性的选择将自己置于他人支配之下,从而在实质上严重损害尊严、自治时,家长主义式的干预不但是道德所要求的,也能得到自由主义者的赞成。就理论层面而言,少数强自由主义者的去罪化主张是在推行一种不合时宜的“自治”理念,它忽视了真正意义上的“自治”的实现同样依赖良善品性的塑造。从实际效果来看,去罪化的主张过分偏离国民的道德直觉,会导致国民对法律权威的不信任,进而削弱刑法的社会控制功能,不可能得到视“实用”为法律生命的立法者的认同。至少就信息敲诈而言,道德主义、家长主义所提供的回答更加坦诚、可信,认识到这一点对于司法者在实务中合理把握敲诈勒索罪的界线有极大的助益。

## 注释:

①应当指出的是,行为人若向无关的第三人披露这类信息,可能构成对隐私的不当侵犯,但他向妻子披露其丈夫的不忠则谈不上违法或不道德,完全是他的权利。此外,本文无意于深入讨论“你不给我钱,我就把你盗窃之事告诉警察”与“你不给我钱,我就把你嫖娼的事告诉你妻子”是否是同质的。本文仅围绕后一种类型的表述探讨敲诈悖论是考虑到有学者认为以揭发犯罪为要挟索取财物并不涉及敲诈悖论,理由在于:虽然刑法并没有给人们设置举报犯罪的义务,但这确实一项“公民义务”(civic duty),不履行此义务会损害公共利益,处罚此类敲诈能够得到危害原则的支持,故有别于典型的信息敲诈。See Joel Feinberg, *The Moral Limits of Criminal Law: Harmless Wrongdoing*, New York: Oxford University Press, 1988, pp. 245-249. 该主张没有回答的是:如果以揭发犯罪为威胁的敲诈的违法性在于违反举报犯罪的公民义务,那么,为什么只有在这种义务违反伴随着财产主张时才构成犯罪?既然敲诈者并不对被敲诈者负有任何义务,为什么敲诈勒索罪被视作对被敲诈者财产权的侵害而不是对公共利益的侵害?

②有人也许会说这是个警告,这涉及对威胁、警告和开价的更繁细的区分,本文无意在该议题上展开讨论。

③需要指出的是,在反复敲诈的场合,敲诈者再次利用同样的信息索取财物使被敲诈者的处境变差了,因此是一种胁迫。根据底线理论,既然敲诈者明示或者暗示了“给钱就不揭发”的承诺,这种承诺使得被敲诈者在支付封口费时合理期待他不会再因同一件事受到第二次敲诈,第二次敲诈显然使他可期待的处境变差了。此外,如果敲诈者故意设套或通过违法方式获取被敲诈者的隐私,例如,引诱被敲诈者实施性交易并偷拍或通过违法手段获取被敲诈者通话记录的,由于行为人的手段本身是对隐私的不当侵犯,故被敲诈者有权期待不陷入此种不利境地。在上述情形中,根据底线理论,同样可以认定胁迫的存在从而得出有罪结论。

④针锋相对的观点则认为:虽然权利内容不确定,但如果索赔数额远超法律可能支持的范围,就可以肯定非法占有目的的存在。折中的观点则认为:行为人在其依法有权获得的数额限度内不存在非法占有目的,但如果他的主张超出了他应得的数额,则对超出的部分成立敲诈勒索罪。参见叶良芳:《权利行使与敲诈勒索罪的界限》,《中国刑事法杂志》2007年第3期,第68页。折中的观点与《唐律疏议》关于恐吓取财犯罪的规定如出一辙。依照《唐律疏议》,“若为人所侵损,恐喝以求备偿,是有因缘之类者,非。”对此表述,《唐律疏议》又做了进一步的阐释:“假有甲为乙践踏田苗,遂恐

喝于乙,得倍苗之外,更取财者,为有损苗之由,不当恐喝之坐,苗外余物,即当‘非监临主司因事受财’,坐赃论科断。”钱大群:《唐律疏议新注》,南京师范大学出版社2007年版,第622-623页。

⑤例如,在奸夫因害怕奸情被披露而主动提出私了的案件中,有学者并不关注财物的给付是由谁提出的,而径直得出成立敲诈勒索罪的结论。参见周玉文、王超才:《强行索取通奸私了赔偿款行为的认定》,载《中国检察官》2012年第7期,第79页。

⑥在爱狗人士被迫从狗贩子手中高价收购小狗的案件中,爱狗人士的屈服是出于值得赞赏的慈悲之心,这不是一种人性的弱点,而是一种美德,他不是试图逃避自己的过错,而是为了实现善举,如果说他受到了狗贩子的剥削,对这种剥削的屈服也不包含着任何人格上的贬损,不是在损害自治,反而是在彰显自治,不存在家长主义干预的理由。

## 参考文献:

[1]Peter Westen. Why the Paradox of Blackmail is So Hard to Resolve[J]. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2012, 9: 585-636.

[2]Michael Clark. *Paradoxes from A to Z*(3rd edition)[M]. London and New York: Routledge, 2012.

[3]Walter Block. The Case for De-Criminalizing Blackmail: A Reply to Lindgren and Campbell[J]. *Western State University Law Review*, 1997, 24(2): 225-246.

[4]Michael Clark. There Is No Paradox of Blackmail[J]. *Analysis*, 1994, 54(1): 54-61.

[5]车浩. 抢劫罪与敲诈勒索罪之界分:基于被害人的处分自由[J]. *中国法学*, 2017, 6.

[6]Jennifer Gerarda Brown. Blackmail as Private Justice[J]. *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, 141(5):1935-1974.

[7]叶良芳. 权利行使与敲诈勒索罪的界限[J]. *中国刑事法杂志*, 2007, 3.

[8]Robert Nozick. *Socratic Puzzles*[M]. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

[9]Lawrence C. Becker, Charlotte B. Becker. *Encyclopedia of Ethics*[M]. New York and London: Routledge, 2001.

[10]柏浪涛、谷翔. 权利行使与敲诈勒索罪的界限[J]. *中国刑事法杂志*, 2007, 3.

[11][美]罗伯特·诺奇克. 无政府、国家和乌托邦[M]. 姚大志译. 北京:中国社会科学出版社, 2008.

- [12]Jeffrie G. Murphey. Retribution Reconsidered[M]. Springer Science +Business Media Dordrecht, 1992.
- [13]James Lindgren. Unraveling the Paradox of Blackmail[J]. Columbia Law Review, 1984, 84(3): 670-717.
- [14]Dan Fitzpatrick. The Philosophy of Blackmail: Indecent Offers or Coercive Proposals[J]. Journal of Social Philosophy, 2008, 29(1): 37-48.
- [15]Richard A. Epstein. Blackmail, Inc.[J]. The University of Chicago Law Review, 1983, 50(2): 553-566.
- [16]Henry E. Smith. Harm in Blackmail[J]. Northwestern University Law Review, 1997-1998,(92): 861-915.
- [17]Joel Feinberg. The Moral Limits of The Criminal Law: Harmless Wrongdoing[M]. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- [18]Mitchell N. Berman. The Evidentiary Theory of Blackmail: Taking Motive Seriously[J]. University of Chicago Law Review, 1998,(65): 795-878.
- [19][美]托马斯·斯坎伦. 道德之维: 可允许性、意义与谴责[M]. 朱慧玲译. 北京: 中国人民大学出版社, 2014.
- [20][英]约翰·密尔. 论自由[M]. 许宝骥译. 北京: 商务印书馆, 2005.
- [21]Joel Feinberg. The Paradox of Blackmail[J]. Ratio Juris, 1988,(1): 83-95.
- [22]蔡桂生. 合理行使权利与敲诈勒索罪的区分[J]. 国家检察官学院学报, 2018, 26(2).
- [23]于志刚. 关于消费者维权中敲诈勒索行为的研讨[J]. 中国检察官, 2006, 10.
- [24]陈兴良. 刑法各论精释[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015.
- [25]Kathryn H. Christopher. Toward a Resolution of Blackmail's Second Paradox[J]. Arizona State Law Journal, 2005, (37): 1127-1151.
- [26][美]杰拉德·德沃金. 德富林是对的: 法律与道德强制[J]. 厦门大学法律评论, 2019, 31.
- [27][德]埃里克·希尔根多夫. 德国刑法学: 从传统到现代[M]. 江溯译. 北京: 北京大学出版社, 2015.
- [28]H. L. A Hart. Law, Liberty and Morality[M]. Oxford, New York: Oxford University Press, 1963.
- [29]Saul Smilansky. Ten Moral Paradoxes[M]. Blackwell Publishing, 2007.
- [30]王钢. 德国刑法判例·分则[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016.
- [31][德]伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁小春, 吴越译. 北京: 法律出版社, 2003.

## On the Implications and Values of Paradox of Blackmail

Shan Xiaohua

**Abstract:** The prevailing theory relies on the concept of involuntariness to justify the punishment of blackmail. The discussions of the paradox of blackmail have uncovered the tension between the universal criminalization of blackmail and the Harm Principle upheld by the liberalists, which have not attracted attention from Chinese scholars. It is necessary to introduce the "baseline" theory to illustrate the boundary between "coercion" and "offer", according to which, only the threats which makes others worse off can be labeled as "coercion". For hard liberalism, the decriminalization of informational blackmail seems the only logical solution to the paradox. Meanwhile, the exploitation principle upheld by paternalism and moralism justifies the criminalization of informational blackmail. A comprising solution seems plausible. In cases where the customers demand excessive compensations from corporations with threats of exposing product quality problems to the media, the threat should be excluded from the range of the offence of blackmail.

**Key words:** paradox of blackmail; coercion; harm principle; exploitation principle