

# 一定条件下的见危不救 入刑研究

黎 宏<sup>\*</sup>

**摘 要** 尽管多数说认为,见危不救不能入刑,但其理由均不具有说服力。陌生人之间的见危不救之中,有“见义不为”型的见危不救和“举手不劳”型的见危不救之分。对自身或者第三人没有现实危险的救助他人生命的“举手不劳”型的“见危不救”,不仅不会给自己增加负担,而且还会救助刑法中最为重要的保护法益即他人生命,增加社会整体利益,属于己他两利的行为,无论在保护法益上还是在维持社会生活秩序的最低限度上,都有入刑的必要。这种行为入刑,属于没有风险的行为,不违背人性,与刑法义务道德化无关,既不会导致偶然责任,也不会违反刑法谦抑性原则。不仅如此,在本罪设立之后,还可将历来被作为作为犯处罚的部分见危不救行为吸收进来,使得有关不救助行为的处罚更加完善合理。

**关键词** 见危不救 见义不为 举手不劳 道德义务 不作为犯

## 引 言

刑法学中,见危不救能否入刑即便不是最让人纠结的问题,至少也是其中之一。现在,虽然多数人认为,刑法不能逼人行善,见危不救入罪的本质是将道德义务刑法化,因而对见危不

<sup>\*</sup> 清华大学法学院教授。本文系笔者承担的国家社科基金项目“不真正不作为犯之重构研究”(项目编号:15BFX084)、张明楷教授主持之国家社科基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”(项目编号:16ZDA060)的部分研究成果。

救人刑持十分审慎的态度,<sup>〔1〕</sup>但人们内心深处的焦虑和纠结并未因此消除。一有风吹草动,出现刺激人性中最为脆弱部分的敏感案件时,各种对见危不救所表现出来的关注、愤怒、无奈便奔涌而出、尽现无遗。<sup>〔2〕</sup>

见危不救应否入刑,既是对每个人心中道德的拷问,也是对国家社会治理的智慧的考验。一方面,在当今所谓“人心不古、世风日下”的转型时代,每个人都担心自己遭遇不测时无人出手相助,因而对他人的不幸遭遇表现出人性当中最为温暖、光辉的一面,对见危不救行为强烈谴责,并主张将其入刑;但另一方面,却又担心一旦入刑之后,包括自己在内的每个人从此便随时随地可能因为偶然的“邂逅”而成为罪犯,给自己的行动自由造成不便,因此,很多人在提到见危不救时义愤填膺,但在讲到对其如何处理时便闪烁其词、支支吾吾。这种犹豫不决和摇摆不定,使得有关机关左右为难。因为绝大多数人的反对,立法机关对见危不救入刑的问题十分慎重,虽然曾有人大代表提议“见危不救入刑”,<sup>〔3〕</sup>但迄今为止的十个“刑法修正案”中,却均未涉及这个问题。而司法机关在这个问题上却表现积极。他们在所谓不真正不作为犯理论的指导之下,以行为人和被害人之间具有某种身份、职责或者事实关系为由,广泛地以刑法中处罚最为严重的故意杀人罪对见危不救行为进行惩处。<sup>〔4〕</sup>这种相互矛盾的局面表明,见危不救是否入刑、如何入

〔1〕 其中的代表性文献有:叶慧娟:“刑法框架下见危不助犯罪化的具体考量”,《西南政法大学学报》2008年第2期,第71—82页;王振:“道德的救赎:‘见危不救’现象的刑法学检视”,《江西公安专科学校学报》2010年第2期,第24—30页;刘泉:“增设见危不救罪的冷思考”,《北京化工大学学报(社会科学版)》,2012年版第1期,第11—15页;梁文彩:“对‘见危不救’犯罪化的合理性质疑”,《甘肃政法学院学报》2013年第2期,第125—132页;桑本谦:“利他主义救助的法律干预”,《中国社会科学》2012年第10期,第123—140页;刘洋:“给‘见危不救’犯罪化一记响亮的耳光——走一条完整的道德入法路径”,《厦门大学法律评论》(总第28辑),厦门大学出版社2016年版,第123—127页。

〔2〕 远的就不说了,最近的一个例子就是发生在日本的江歌案。2016年11月3日就读于日本东京法政大学的中国留学生江歌被闺蜜刘某前男友陈某某用匕首杀害,2017年12月20日,日本东京法院以故意杀人罪和恐吓罪判处被告人陈某某有期徒刑20年。因为在江歌被害时,其闺蜜刘某就躲在宿舍门里面,有电话报警,但没有见义勇为,开门制止陈某某的暴行,因此,许多人强烈要求,对见死不救,危急时刻抛弃救了自己一命的刘某应当追究其刑事责任。见“江歌遇害案进展,若刘鑫见死不救属实,应当受到法律惩罚”。参见 <http://news.cngold.org/c/2017-11-14/c5468575.html>,最后访问日期:2018年2月15日。

〔3〕 据说,在2001年就有32位全国人大代表提出过“见危不救”入刑。另外,在广东,著名的“小悦悦事件”(2011年10月13日,2岁的小悦悦,本名王悦,在广东省佛山市广佛五金城相继被两车碾压,7分钟内,18名路人路过但都视而不见,漠然而去,最后一名拾荒阿姨陈贤妹上前施以援手,引发网友广泛热议。2011年10月21日,小悦悦经医院全力抢救无效,在零时32分离世。2011年10月23日,佛山当地280名市民聚集在事发地点悼念“小悦悦”,宣誓“不做冷漠佛山人”。2011年10月29日,小悦悦遗体在广州市殡仪馆火化,骨灰将被带回山东老家。2012年9月5日,肇事司机胡军被判犯过失致人死亡罪,判处有期徒刑3年6个月。)发生之后,广东省委政法委发布官方微博消息,征求民众对救济、奖惩机制方面的意见与建议,或考虑通过立法来惩罚见危不救。参见张素圈:“小悦悦之殇:佛山如何‘震后重建’?”,载《南方日报》2012年8月15日,第fc03版。

〔4〕 其中,以“宋福祥故意杀人案”为代表,参见中国高级法官培训中心、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(1996年刑事审判卷),中国人民大学出版社1997版,第34—37页。

刑,仍有进一步讨论的价值。

本文认为,将所有的见危不救行为一律入刑,确实有违反人性,额外增加公民负担之嫌。但是,从保护人的生命的角度而言,将不会过分增加公民负担的见危不救行为在一定条件下入刑,不仅不违反人性,反而可以增加社会总体利益,维持人们社会生活的秩序底线,消除见危不救行为在司法处理当中的尴尬。因此,符合一定条件的见危不救应当入刑。以下详细分析。

## 一、何谓“见危不救”

在我国,人们对见危不救是否应当入刑的态度之所以如此纠结,很大程度上是因为对所讨论的对象没有形成共识,都在自说自话。

很多人在提及见危不救时,均引用学者范忠信的说法,认为见危不救,泛指一切在他人处于危难时漠然处之,不予救助的态度或者行为。<sup>〔5〕</sup>应当说,正是这种对见危不救的宽泛理解,误导了我国学界有关见危不救问题的讨论。实际上,广义上的见危不救,至少包括以下两种情形:一是有特定关系的人之间的见危不救,如父母子女之间、夫妻、恋人之间的见危不救,由于自己的行为而使他人处于危险状态下的见危不救,就是此类;二是没有特定关系的人之间的见危不救,即陌生人之间的见危不救,就是此类。上述两种类型当中,前者属于刑法理论上所谓“不作为犯”的范畴,尽管在处罚根据和范围上还存在很大争议,但理论和实务都没有争议地认为其构成犯罪(确切地说,构成故意杀人罪),并不存在入刑问题。而存在争议的是后者,即陌生人之间的见危不救。<sup>〔6〕</sup>

实际上,陌生人之间的见危不救之中,还可再分为“见义勇为”型的见危不救和“举手不劳”型的“见危不救”。前者是指不与犯罪行为或者自然灾害奋力搏斗,就难以为遭遇犯罪、自然灾害、意外事故侵害的人提供帮助的见危不救行为。这种场合,要求行为人有比较大的付出,如奋不顾身、赴汤蹈火;后者是指不需要太费力气就能为遭遇犯罪、自然灾害、意外事故侵害的受害人提供救助而不为的见危不救行为。这种场合,并不要求行为人有太大付出,如对落水者扔一个救生圈或者向救生员打求救电话之类,对于行为人来说,此乃举手之劳。

从本文的立场来讲,“见义勇为”型的见危不救难以入刑。因为,其中所体现的道德要求超越了刑法的底线,有强人所难之嫌。众所周知,刑法是且也只能是最低限度的道德,而见义勇为并非最低限度的道德,其中所体现的是近乎宗教要求的“毫不利己、专门利人”的利他道德观,不仅超越了刑法的道德底线,也背离了最基本的人性。虽说在我们这个社会当中,政府一直在提倡、很多人也一直在追求“先人后己、无私奉献”的道德观,而且这种“善待他人”的道德观也能激发人们成为英雄和圣徒的至善热诚,但只要我们不否认持有“人不为己、天诛地灭”的价值观的人的存在,也不否认“成功基因的一个突出特性就是其无情的自私性,这种基因的自

〔5〕 参见范忠信:“‘见死必救’立法是在‘责众’吗”,载《长江日报》2005年2月3日,第011版。

〔6〕 参见刘泉,见前注〔1〕,第11页;梁文彩,见前注〔1〕,第125页。

私性通常会导致个体行为的自私性”〔7〕的结论,就应当意识到,不能将“善待他人”作为构成刑法基本内容的最低限度的道德对待,也不能悖逆人与生俱来的“自私性”而强人所难。毕竟,我们生活的现实社会是由骨子里带有“基因的自私性”的人所组成,是由各种不同价值观、道德观的人所组成,因此作为对所有社会成员都适用的最大公约数的刑法规定即道德底线,原则上只能是“勿害他人”,而不是“毫不利己、专门利人”。

但是,“举手不劳”型的见危不救,则可以考虑入刑。首先,即便说人生来自私(因为“自私基因”在作祟),“然而我们也会看到,基因为了更有效地达到其自私的目的,在某些情况下,也会滋长一种有限的利他主义”。〔8〕换言之,即便是迫不得已,但“有限的利他主义”即一定条件下的“善待他人”还是可能的;其次,人尽管在本质上是自私的,但人要生存下来,就必须“以群的联合力量和集体力量来弥补个体自卫能力的不足”,〔9〕和其他人结成一定的共同体。换言之,个人只有和他人结为共同体,才能保证自己的生存和发展,实现自己利益的最大化,而这种和他人结成共同体的举动,实际上就能成就某种意义上的“利他”。从此意义上看,只要我们不是像鲁滨逊一样生活在孤岛上,就只能选择主观上尽管是为自己,但客观上却有利于他人的相互合作的生活方式;最后,从人性和道义的角度看,倘若要入刑的话,也只能是“不费吹灰之力”“举手之劳”程度的、不给自己增加额外负担的见危不救。将这种程度的救助入刑的话,会有以下益处:因为不会给自己增加过多负担和麻烦,因而不会和人类骨子里自带的自私本性冲突,相反地,还能满足救助人的自私愿望——自己在将来万一遭遇不测时,他人也不得不出手相助。因此,该种意义上的见危相救是一种己他两利的选择,是一种给个人利益极多而损害极少的选择,从道义的角度来看,当然也是一种最佳的道德。〔10〕如果说法律是“社会工程”或者“社会控制”手段,有效的法律控制,必须得到道德、教育等的充分支持,〔11〕国家可以选择某种道德并将其上升为法律规定的話,笔者认为,这种己他两利型的道德观值得提倡,而违反这种观念以及程度的“见危不救”可以入刑。

这一点,从国外的相关讨论中也能看出。如在英美法中,《圣经》中所述的“好心的撒玛利亚人”往往被作为“见义勇为者”“乐施好善的人”“好心人”的代名词。理论上,依据施救者救助方式和救助对象的不同,“撒玛利亚人”通常被分为两种:一种是“好(积极的)撒玛利亚人”,即《圣经》故事中为陌生人包扎伤口、把他弄到一家旅店,帮陌生人预付账单,并向其提供其他帮助和照顾的那个人。这种类型的“撒玛利亚人”大致相当于我国通常所称的“见义勇为者”;二是“坏(消极的)撒玛利亚人”,即像《圣经》故事里的那个祭司和利未人一样,对落入险境的陌生

〔7〕 (英)理查德·道金斯:《自私的基因》,卢允中、张岱云、陈复加、罗小舟译,中信出版社2012年版,第3页。

〔8〕 同上注,第3页。

〔9〕 《马克思恩格斯选集》(第四卷),中央编译局编译,人民出版社1995年版,第30、31页。

〔10〕 关于“己他两利”的道德观之论述,参见王海明:“道德的优劣之辨——国民总体道德培养方法(3)”,《玉溪师范学院学报》2010年第9期,第1—7页;杨卉:“利己?利他?——作为纯粹利己与纯粹利他交集的己他两利主义”,《理论月刊》2010年第8期,第82—84页。

〔11〕 参见(美)罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2017年版,第11页。

人视而不见,从其旁边走过而不提供任何帮助的人。<sup>[12]</sup> 美国学者范伯格对“坏撒玛利亚人”做了进一步的描述,说其具有以下五个特征:①属于与遇险者无任何“特殊关系”的陌生人;②未对遇险者所面临的潜在危险提出警告、实施救助、寻求帮助、通知警察,以防止进一步的伤害;③上述行为的实施不会对其本人或者其他入造成不合理的损失和风险;④导致遇险者遭受损害,或者加重损害的结果;⑤综上所述,不作为者即为“坏人”(道义上可责)。<sup>[13]</sup> 但是,范伯格在上述两种分类之外,还提出了第三种分类,即“基本正派的撒玛利亚人”,即向遇险者提供最低限度帮助的陌生人。他以举例的方式对所谓“基本正派的撒玛利亚人”进行说明。如看见孩子在泳池中的边缘挣扎,便放下手中的水杯,从躺椅上起身(或者孩子距离自己很近,行为入甚至不用从椅子上站起来,就可以一只手完成这些动作)将孩子拉上岸的在泳池边晒太阳的人。他说,在《圣经》故事中,假如撒玛利亚人只是安慰了伤者,并将其伤情向有关机关报告,有这个举动就足够了。在我们这个时代,报警、叫救护车、为保护他人设置安全装置、向他人警示潜在的入,或通过举手之劳救他人于危难,都属于这类行为。<sup>[14]</sup> 范伯格认为,助人不要求达到“好撒马利亚人”的程度,只要达到“基本正派的撒玛利亚人”的程度就可以了。因为,正义仅仅要求达到“基本正派”的程度即可,应当入刑的仅限于极小的一部分,即“坏撒玛利亚人”,而《圣经》中的撒玛利亚人实际上是一个绝佳的撒玛利亚人。<sup>[15]</sup>

弄清这一点非常重要。在我国,人们在讨论见危不救是否应当入刑时,反对意见通常会提到,社会之所以缺少见危相助,是因为很多时候施救者要对其行为支付高昂的成本。如因为救助而受伤却得不到适当的补偿,“流血又流泪”,让大家普遍觉得“救人有风险,出手需谨慎”。<sup>[16]</sup> 但是,这种需要行为人流血流泪的救助行为并非本文主张入刑的“见危不救”。本文所讨论的“见危不救”以“救助行为并不会影响到救助者本人或者其他第三人的权益”为前提,简单地说,就是轻而易举的“见危相救”,而要求施救者“流血流泪”的“见义勇为”显然不在其中。

## 二、“见危不救”可以入刑

但是,即便是上述意义上的“见危不救”,多数人还是认为其不应当入刑。主要理由为:一是这种做法本质上是将“道德义务刑法化”,会使该规定成为披着刑法外衣的道德强制和道德暴力,难以得到社会的普遍认同;二是存在主体难以确定、认定标准模糊、取证困难等实际问

[12] 杨立新、王毅纯:“我国善意救助者法的立法与司法”,《求是学刊》2013年第3期,第76页;唐嫣:“以‘撒玛利亚人法’视角探讨解除公民‘施救顾虑’”,《池州学院学报》2013年第5期,第54页;李昊:“论英美法上的好撒玛利亚人”,《华东政法大学学报》2014年第4期,第58页。

[13] 参见(美)乔尔·范伯格:《刑法的道德界限:对他人的损害》(第一卷),方泉译,商务印书馆2013年版,第138—139页。

[14] 参见同上注,第148页、182页。

[15] 参见范伯格,见前注[13],第147页。

[16] 参见刘泉,见前注[1],第11页;唐嫣,见前注[12],第54页。



题,不具有可操作性;三是不符合刑法的谦抑性;四是有风险。<sup>[17]</sup>但笔者认为,这些反对意见都值得商榷。

### (一)见危不救入刑是“道德义务刑法化”吗?

有人认为,刑法的道德底线是“损他”即“损害他人”,而见危不救入刑意味着必须“利他”。不损己的“利他”虽然不是最为高尚的道德要求,却也同样不是道德底线,因而不能被刑法化。<sup>[18]</sup>

应当说,上述见解虽有一定道理,但并非绝对,没有商量余地。一方面,不“损害他人”的行为被刑法化的场合,在现代各国刑法中已不鲜见。如当今各国刑法当中广泛存在的有关赌博与博彩的犯罪、有关礼拜场所与坟墓的犯罪、有关组织和协助组织卖淫的犯罪,实际上都是没有“被害人的犯罪”,刑法之所以将其规定为犯罪,实际上是为了维持性生活、经济生活以及宗教生活中的社会风俗、习惯,其中均具有强制维持一定社会伦理与道德的一面。<sup>[19]</sup>从比较法的角度来看,虽然大陆法系的国家多规定有见危不救罪,而英美法系则奉行“少管闲事”、不将见危不救入刑,但近年来,这种情况也在发生变化。在美国,截止到2009年,至少有10个州制定了法律,要求在一定条件下,若某人处于危险境地时,人们负有通知执法机关或者寻求帮助的义务,违反该义务的,会受到刑事处罚。<sup>[20]</sup>

另一方面,不少主张“损害他人”是刑法的道德底线的人,在“见危不救”的问题上相当犹豫,甚至前后矛盾。如强烈主张刑法的道德底线是“损害他人”<sup>[21]</sup>的英国功利主义哲学家密尔就认为,不去防止祸害的行为,例外的场合下,也要责成行为人对此负责。所谓例外的场合,就是“假如出力去拯救一个人的生命,挺身保护一个遭受虐待而无力自卫的人,等等”。<sup>[22]</sup>美国法理学者博登海默虽然同意“在那些已经成为法律一部分的道德原则与那些仍处于法律范围之外的道德原则之间有一条不易确定的分界线”,但他也认为,“也许在将来的某个时候随着其他国家的发展,帮助处于严重危难中的人的义务,会在某些适当的限制范围内从普通的道德领域转入强制性的法律领域”。<sup>[23]</sup>而美国当代自由主义的法学家范伯格则更明白地支持见危不救入刑。他说:

毋庸置疑,作为严格的道义,且这道义此时此地要求我们应当同甘共苦,那么,如果遇险者正处于失去生命或者遭受严重身体创伤的极度险境下;如果因对危险者承担先在在责

[17] 参见梁文彩,见前注[1],第126页;蔡英:“见危不救犯罪化之合理性质疑”,《贵州警官职业学院学报》2008年第3期,第51页。

[18] 参见梁文彩,见前注[1],第127页。

[19] 参见(日)西田典之:《日本刑法各论》(第6版),王昭武、刘明译,法律出版社2013年版,第405页。

[20] 参见李昊,见前注[12],第61页。

[21] 参见(英)约翰·密尔:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版,第10页。

[22] 同上注,第11页。

[23] (美)博登海默:《法理学——法律哲学和法学方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第376页。

任或者义务的人不愿且不能实施救助,或者即使做了也帮不上什么忙;如果这撒玛利亚人知道,自己有能力也有合理可能这样做,且这样做不会给自己或者他人带来不合理的风险,则道义上就要求一个基本正派的撒玛利亚人上前向对方提供帮助。此外,对应于这一“要求”的正是遇险者或者撒玛利亚人救助的完全权利。这个权利意味着,如果撒玛利亚人不提供帮助,遇险者提出责难是可以理解的。因此,如果所有这些条件都具备,而撒玛利亚人什么都没做,那么就是对救助行为的不作为,它既具有损害性,也具有不法性。当我们考虑正当地将导致损害的不法行为予以犯罪化的损害原则时,如果找不到进一步的反驳理由,那么,坏撒玛利亚人法律在道德上就具有合法性。<sup>[24]</sup>

笔者之所以在此不厌其烦大段引用以上西方学者的见解,无非是想说明,被我国学者奉为圭臬,用来证明“见危不救”不能入刑的西方学者当中,见解也并不一致。特别是,提倡刑法干涉的道德界限是“损害他人”的密尔还是一个功利主义者,其将是否“增进最大多数人的最大幸福”作为衡量道德优劣高下的标准。按照功利主义的理解,保障经济、文化产业、人际交往、法、政治的存在发展,增进全社会和每个人的利益总量——亦即道德给予每个人的利与害之比值——便是评价一切道德优劣之标准。<sup>[25]</sup>在不给自己增添太多负担的场合下,救助他人,于人于己,都有好处,即可以增加多数人的幸福。从此意义上讲,见危施救是道德行为;相反地,不给自己任何减损的见危不救,因为不符合“增进最大多数人的最大幸福”的判断标准,所以是不道德。从此意义上讲,就提倡“侵害原则”的密尔而言,在“见危不救”是否入刑的问题上,其立场是前后矛盾的,甚至可以说,从其功利主义的立场来看,入刑更为合理。

从本文的立场来看,从道德角度来谈见危不救应否入刑,可能存在方法论上的问题。正如我国学者苏力所言,现实中的绝大多数人都是不带贬义的机会主义者。他们在某些社会环境下的行为似乎符合某些道德原则或者信条,但这并不意味着这一刻他们道德水平高,或是他们头脑中有什么坚定的道德信念或准则,而仅仅因为这种行为方式对他们的生存更为有利、有效。<sup>[26]</sup>此言不虚。只要我们看看现实生活以及有关文学作品就能明白。一些德行高尚的人也有道义上难以启齿的时候,相反地,一些罪盈满贯的恶棍也有良心发现的时候。如此说来,以道义为标准来探讨见危不救行为是否应当入刑,并没有道理。

## (二)见危不救入刑“不具有可操作性”吗?

反对见危不救入刑的一个更具说服力的理由是,即便见危不救入刑,也存在“主体确定难、定罪标准含糊、取证难”等问题,不具有可操作性。<sup>[27]</sup>这也是美国很多州没有设立本罪的重要理由。波斯纳法官在解释拒绝救助者的行为尽管不道德,但却没有受到惩罚时也是这样认

[24] 范伯格,见前注[13],第181页。

[25] 参见王海明:“道德的优劣之辨——国民总体品德培养方法”,《玉溪师范学院学报》2010年第9期,第2页。

[26] 参见苏力:《制度是如何形成的》(修订版),北京大学出版社2007年版,第61页。

[27] 参见郭晓楠:“见危不救罪的立法分析与可行性研究”,《法制与社会》2013年第7期,第232页;刘洋,见前注[1],第125页。

为的。他说：

不惩罚他(不救助者——笔者注)有各种实际的原因：这种案件很罕见。非专业救助者常常会把事情弄得更糟。惩罚不救助者会使人们躲避本来他有可能救助的场景。很难辨识在什么情况下救人不会给救助者本人带来危险。把救人定为法律责任会不利于利他主义的救助，因为它使救助者更难被人们承认是利他主义者(人们会认为他救人是为了避免法律责任)；而获得这种承认，是利他行为的一个重要动机。无论好坏，这些不把不救人视为犯罪的理由都不触及行为是否道德的问题。<sup>[28]</sup>

从波斯纳法官的描述来看，见危不救与其说是一个道德问题，倒不如说是一个现实问题。就现实问题而言，中美之间尽管在若干细节上存在差异，但有一点是相同的，即见危不救即便入刑，在实践当中也很难操作。这一点，似乎也能找到材料加以证明。据说，美国佛蒙特州和明尼苏达州制定的《善行法》很少适用，它们通常为公民和立法者所忽略。<sup>[29]</sup>

但是，从本文的立场来看，以“定罪标准模糊、不具有可操作性”为由来否定一个尚未出世的犯罪，有强词夺理、本末倒置的嫌疑。因为，见危不救罪的条文尚未制定出来，何来“定罪标准模糊”的问题呢？更为严重的是，照此标准，且不说我国刑法中以“情节严重”“情节恶劣”为构成要件的犯罪存在此类问题，就连刑法中最为常见的故意杀人罪(《刑法》第232条)也难以幸免。因为，其中作为犯罪对象的“人”从何时起算(出生的标准)、作为犯罪行为的“杀”的形态如何认定(是否包括不作为)、作为既遂要件的“死亡”标准为何(是否包括脑死亡在内)，都存在非常不同的理解。按照反对意见所谓的“定罪标准模糊”，会导致“不具有可操作性”的标准，则故意杀人罪首先就要从刑法典当中加以剔除。因此，即便说定罪标准模糊是理由，但也只是一个美国式的理由而已，<sup>[30]</sup>但在我国却不一定如此。我国不仅没有“法条规定不明确，就违宪无效”的判例，而且，还有专门用以解决此类问题的司法解释制度以及指导案例制度。

其实，就见危不救案件而言，成为争议问题的，必然是“见危不救”的行为人已经大致确定、见危不救的事实已经被固定之后的场合。有人遇到天灾人祸而倒地死亡，事后没有证据显示旁边有人经过而未伸出援手，或者摄像头显示有人经过，但图像模糊，无法固定具体行为人的时候，这种“见危不救”行为无论如何是不能进入到刑事诉讼程序中来的。何来犯罪主体难以确定之类的问题呢？因此，那种以“惩罚见危不救，首要的障碍是很难发现违法者。绝大多数见危不救者都能成功逃脱法律制裁，而不会留下任何蛛丝马迹”<sup>[31]</sup>为由反对见危不救入刑的

[28] (美)理查德·A·波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第145—146页。

[29] 参见李昊，见前注[12]，第61页。但是，在德国情况恰好相反，根据《刑法》第323c条审理的案件则不少。据有关资料介绍，德国近十年来每年根据该条而审判的刑事案件在220—280件之间，其中，2010年德国全年度根据该条而审判的案件有250件，其中有69件被作有罪判决。参见王钰：“论德国刑法典中的‘不实施救助’罪”，《贵州警官职业学院学报》2012年第3期，第38页。

[30] 因为，在美国，法条规定的明确性是判定某一法律规定是否违宪无效的重要标准。

[31] 桑本谦，见前注[1]，第128页。



见解,实际上是论者的臆想,并非一个真实的问题。

同样,以“取证难”为由否定“见危不救”入刑的观点也很让人惊讶。“取证难”是几乎所有刑事案件(不仅仅是见危不救案件)都面临的难题。如交通肇事罪的场合,由于具有事故过程一次发生、取证时间紧迫、取证现场开放车流量大、环境恶劣等特点,并且发生事故的车辆因为碰撞、刮擦、侧翻、爆炸、起火以及在施救过程中难以避免的破坏等因素,使得交通事故案件的取证具有一定难度,但立法者并没有因为这种原因而在刑法当中设立“交通肇事罪”;同样,贿赂犯罪的场合,由于双方当事人都有可能受到刑法追究,因此难以取得口供;同时,该种犯罪发生时往往只有双方当事人在场,场所还隐蔽,一般不会留下影像资料,其取证难度也是可想而知,但从未见有人因此而提出要废除贿赂犯罪。因此,在刑法中的众多犯罪都存在取证难的问题的时候,独以其为反对将“见危不救”入刑的理由,有些让人莫名其妙。

在将“不具有可操作性”作为反对见危不救入刑理由的场合,以下两点值得倾听:

一是不救者众多的场合,该如何处理?这是个很有中国特色的问题,因为我国的司法习惯是“法不责众”。一个人闯红灯横穿马路的场合,若不巧被交警抓住的话,可能要被处罚;但凑足了一撮人,大摇大摆地集体闯红灯过马路的场合,即便被交警发现,基本上也不会有什么事情。背后支持这种“中国式过马路”的逻辑的,就是所谓法不责众的心理。这种情形在刑法当中也有体现。一、两个人强取他人财物的场合,每个人都要构成抢夺罪(《刑法》第267条);但三人以上因为偶然事件聚集在一起,公然夺取数额较大的财物归各自占有的场合,法律只处罚其中的首要分子和积极参加者(《刑法》第268条),而其他的人则无关其事。二、两个国家工作人员利用职务之便,盗窃、侵吞、骗取公共财物时,每个人都是贪污(《刑法》第382条);三人以上换个形式以单位名义集体私分国有资产的场合,则只对其中直接负责的主管人员和其他直接责任人员追责(《刑法》第396条)。但在国外刑法中则不太可能存在此类问题。如前所述,波斯纳法官在讲述见危不救在美国的司法实务中可能遇到的问题时,并没有提到这一点——尽管在美国也不能排除类似问题的存在。

但是,“法不责众”的做法尽管现实存在,但并不合理。法律对所有的人一视同仁,只是人在法律适用过程中,进行了选择性区分。“法不责众”并不是法律本身的原则规定,而是人在法律适用时的执行问题,其实是“人不责众”。既然如此,则如何解决“不救助者众”的问题就不是一个立法问题,而是一个司法问题,因此,将其作为反对见危不救入刑的理由,没有道理。在刑法理论上,行为人人数的多寡并不影响行为是否违法,也不影响行为人责任的大小。人数众多的见危不救,只要符合具体犯罪的构成要件,就应当毫无例外地构成该罪。如在德国埃森市就发生过这样一起案件。一家银行的自动取款机前,一名80多岁的老人在提款时突然休克,昏倒在地。前后有4名顾客经过该老人身边,但都没有施救。有的甚至从倒地的老者身上跨过,到自动取款机前提款。20分钟后,终于等来了第五位顾客的报警求助。但由于耽误太久,老人最终不治身亡。该市警方认为事态严重,性质恶劣,决定立即追捕这4名见死不救的旁观

者,起诉他们违反《德国刑法》第 323c 条(见危不救罪)。<sup>[32]</sup>

其实,不救助者众的场合,最终也不一定要追究众人的刑事责任。因为,构成犯罪除了要求行为违法之外,还要求行为人对自已的不救助行为具有可谴责性即主观责任。如就在我国经常被作为不救者众、难以逐一追究责任的例子而列举的“小悦悦事件”来说,有人提出来,如果从小悦悦身边经过的 18 个人中的某个人或者某些人说,当他们经过车祸现场时,误以为孩子已经死了,怎么办?<sup>[33]</sup> 笔者认为,如果行为人所描述的事实能够确实让人产生这种认识的话,就只能认定不救者因为没有故意而不构成犯罪。因为,见危不救罪成立的条件是被害人还活着,只是面临生命或者身体的紧迫危险而已(如果被害人已死或者必死无疑,则救助也没有意义)。行为人产生“被害人已经死亡”的错误,属于刑法理论上的事实认识错误,排除行为人的故意。还有,如果有人说,案发当时正在下雨,天色阴沉,自己路过时没有看见被害人。怎么办? 这种情况下,如果确有证据证明,行为人在路过时确实如此的话,也只能免除行为人的责任。因为,行为人对有人躺在地上需要救助的事实没有认识时,还是没有故意。或许还有人说,由于事故发生在闹市,旁边有很多人,自己以为他们当中有人是被害人的亲戚或者肇事者,相信他们会出手相救,因而自己匆匆而过,没有伸出援手。<sup>[34]</sup> 笔者认为,如果当时的情况确实能够让人产生这样的合理推测的话,从期待可能性的角度来看,行为人也可能被免责。<sup>[35]</sup> 当然,也许还有人会说,事发当时自己尽管有心救助,但没有救助能力,亲自动手的话,只会使孩子的情况更为糟糕。笔者认为,在有些极端的场合,这或许是一个很好的辩护理由。因为,见危不救罪是真正不作为犯,其成立的前提是行为人“有能力救助而不救”。但就小悦悦事件而言,这种辩护理由不能成立。因为,此时的救助并不要求行为人亲自动手,只要其向有关机关报告或者拦住过往车辆就足够了。总之,就违法不救助者人数众多的案件而言,经过责任层次的过滤之后,最终被作为有罪处理的恐怕不一定有想象的那么多。

二是危险事实的偶然性以及践行救助义务的有限性。有人认为,成立见危不救罪的前提是“不相关的他人陷入紧急危险事态”。但这种情形的发生次数极少、地域极为分散、频率极为偶然,将其作为认定犯罪的前提,具有追究行为人偶然责任之嫌。<sup>[36]</sup> 不仅如此,因为担心被追究法律责任,潜在的救助者可能会躲避其原本可以施救的某个场景(如身体健壮的游泳者会

[32] 参见李忠东:“扬善惩恶的‘好撒玛利亚人法’”,《检察风云》2017 年第 7 期,第 54 页。实际上,在我国,对于人数众多的案件,一律都加以处理的情形也不少,只是新闻报道不多而已。如甘肃榆中曾发生一起集体哄抢案。一辆满载着橘子的大卡车转弯时不幸侧翻,散落的数万斤橘子遭附近村民哄抢。案发后,当地警方通过辨认网上流传的照片、视频,走访当地居民方式,确定徐某等 34 名村民参与了聚众哄抢,均已违反《治安管理处罚法》。之后,警方分别视其情节和悔改表现,全部进行处理。参见赵志峰:“甘肃榆中哄抢橘子处理 34 人”,载《法制日报》2014 年 1 月 13 日,第 8 版。

[33] 因为从录像上看,小悦悦遭两次碾压之后,身体一动未动,因此不排除行为当时具有这种可能性。

[34] 参见刘洋,见前注[1],第 116 页。

[35] 但从网上公布的“小悦悦事件”经过的视频资料来看,这种可能性不大。

[36] 参见刘洋,见前注[1],第 116 页。

远离拥挤的海滩),<sup>[37]</sup>导致被害人陷入更加孤立无援的境地。

但是,从本文的角度来看,作为本罪成立前提的“不相关的他人陷入紧急危险事态”的发生尽管具有偶然性,但其也难以成为反对见危不救入刑的理由。在我国的刑事法律当中,因为偶然的原因而承担某种义务,不履行该种义务就要承担某种不利后果的规定,并非绝无仅有。如我国《刑事诉讼法》第48条规定,“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务”。《刑事诉讼法》第188条规定:“证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证的,予以训诫,情节严重的,经院长批准,处以十日以下的拘留。”这就意味着,证人,即便是非常偶然的原因而知道案件情况的人(如恰好经过案发现场而亲眼目睹犯罪过程,或者碰巧听人说起过与案件相关的情况,甚至能够作为犯罪证据的书证经过某种途径,碰巧辗转到了自己的手中),也有义务到法庭上作证;拒不履行该义务的场合,会遭受剥夺人身自由的不利后果。证人拒不作证的场合尚且如此,见危不救的场合为何不能受到一定的惩罚呢?因此,以危险事实的偶然性为由,反对见危不救入刑,从现有的法律制度的规定来看,理由并不充分。

实际上,每个人来到这世界上,在享受社会给自己提供便利的同时,也必须承担一定的义务和责任。证人,即便是很不情愿地不幸成为该角色的人,其之所以被要求出庭作证,并不是因为其和案件当事人之间存在某种身份、职责关系,也不是其引起了刑事案件,而是因为其恰好就是这样的社会的一个成员。按照易延友教授的见解,证人作证义务的理论基础是社会契约论。社会契约论要求每一个人基于自身的安全而为他人利益作出牺牲,唯此,才能保证司法为了每一个人的利益而良好运转。<sup>[38]</sup>确实如此。因为,刑事诉讼的结果直接关系到公民个人的生命、自由、财产等切身利益。证人拒不作证会导致误判,难以发现犯罪的真实过程,可能导致无罪的人被判有罪、有罪的人被判无罪、轻罪重判或者重罪轻判的结果,从而直接侵害公民的生命、自由、财产等切身利益。因此,从保护公民的生命、自由、财产等切身利益的角度出发,即便是因为偶然因素而成为证人的人,也赋予其作证义务,如此才能保证社会共同体的正常运行,保证公民个人的切身利益。由此类推,既然偶然了解案件事实的人,都有为保护他人的生命、自由、财产等利益免受不当侵害的危险而为素不相识的人作证的义务,则同样由于偶然原因而见到他人生命处于紧迫的危险之中的人,为何就不能有义务救人一把呢?

至于说人们因为害怕承担责任而远离事故现场,让被害人陷入更加不利地位的见解,则更是一种没有根据的揣测。这一点,从现实生活当中,罕见有人因为害怕不幸成为某个刑事案件的证人而回避正常生活的情形——如待在家里不出门,或者有意不去或者绕开一些所谓容易发生是非的场所——就能看出。实际上,我们每个人会因为害怕成为刑事案件中的证人而不上学,不去商场购物、电影院看电影、运动场看比赛吗?这些事实,只要稍微换位思考一下,把别人观点中的那个人换为自己,就会明白。

[37] 参见桑本谦,见前注[1],第130页。

[38] 参见易延友:“公众有权获得任何人的证言”,《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第5期,第164—165页。

### (三)见危不救入刑“违反刑法谦抑性”吗?

反对见危不救入刑的人认为,对现实生活中的危害行为,应先使用民法等进行调整,只有当民法等都已竭尽所能、穷尽一切措施仍无效时才应动用刑法,这是刑法谦抑性的要求。见危不救入刑,违反了刑法谦抑性原则的要求。<sup>[39]</sup>

这种过于抽象的说理也同样难以服人。因为,谦抑性原则本身的伸缩性很大,何种行为入刑违反谦抑性原则,何种行为入刑符合谦抑性原则,仅凭理念难以说清,只能依据入刑前后的效果对比来显示。入刑后形势明显好转的话,可以说原有的手段已不足以应付该危害行为,入刑不违反谦抑性原则,反之,则有违反谦抑性原则之嫌。对此,我们可以醉驾入刑为例进行说明。醉驾行为在入刑之初存在巨大争议。不少人认为,刑法具有谦抑性,对于任何违法行为,如果行政手段能够产生应有效果,就没有必要将其规定在刑法之中。我国已经有完整的惩治醉驾的行政处罚体系,没有必要将其规定为犯罪,因此反对将醉驾入刑。<sup>[40]</sup>但是,有关资料显示,“醉驾入刑”五年来(迄至2016年),全国因酒驾醉驾导致的交通事故起数、死亡人数与法律实施前五年相比分别下降了18%、18.3%。<sup>[41]</sup>换言之,醉驾入刑之后,形势明显好转。这不正表明原有的行政处罚手段对醉驾已经无能为力了吗?在这种情形下,再批评说醉驾入刑违反刑法谦抑性原则恐怕就不合适了。

依据上述标准,我们可以对我国现有的有关见危不救的民法、行政法规定进行考察,并据此对见危不救入刑是否违反谦抑性原则的问题进行推断。

首先,可以肯定的是,各地的《见义勇为人员奖励和保护条例》对于抑制本文所说的见危不救现象力不从心。因为,从各个省、自治区、直辖市的相关地方性法规的内容来看,其所针对的都是见义勇为,而不是见危不救。所谓见义勇为,与“见危相助”不是一个概念,其是“指为保护国家、集体利益或者他人的人身、财产安全,不顾个人安危,与正在发生的违法犯罪作斗争或者抢险救灾的行为”(《北京市见义勇为人员奖励和保护条例》第2条)。<sup>[42]</sup>对一般人而言,见义

[39] 参见梁文彩,见前注[1],第128页;蔡英,见前注[17],第52—53页。

[40] 参见王政勋:“危险驾驶罪的理论错误与现实危险”,《法学论坛》2011年第3期,第31—32页;邓崇专:“‘醉驾入刑’之必要性再审视——基于实证分析的初步回应”,《河北学刊》2011年第5期,第152—155页;李波:“醉驾入刑的实践困境阐释”,《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2012年第5期,第109—112页。

[41] 参见 <https://weibo.com/ttarticle/p/show?id=2309403980868636044152>,最后访问日期:2018年2月20日。

[42] 如北京市在2000年4月就颁布了《北京市见义勇为人员奖励和保护条例》,其中规定,对见义勇为人员应当保护奖励。具体来说,对见义勇为人员的事迹要宣传;对事迹突出者,要给予荣誉称号;对被授予荣誉称号的见义勇为人员,给予物质奖励;救治见义勇为负伤人员的费用,从所在工作单位或者见义勇为基金中暂付;紧急情况下,由医疗机构垫付;因见义勇为而致残或者牺牲的,其伤残待遇或者抚恤按照国家有关因公(工)死亡规定办理;见义勇为人员及其家属因见义勇为受到打击报复,人身、财产安全受到威胁,公安机关应当采取有效措施予以保护。上海市2016年7月29日通过的《上海市急救医疗服务条例》第42条还规定,市民发现需要急救的患者,应当立即拨打“120”专线电话进行急救呼叫;也可以自行展开急救;紧急现场救护行为受法律保护,对患者造成损害的,依法不承担法律责任。



勇为是需要付出一定代价的行为,是一种超出常人要求的美德,而非作为社会共同体的一员应尽的义务。一般人为或者不为悉听尊便。为的话,就是需要宣传的英雄,可以得到条例中所规定的各种奖励;不为的话,也无关紧要,并不会给自己带来任何不利。这种缺乏强制性要求的地方行政法规,当然不会对见危不救现象有任何实质性影响了。

其次,民法规定的效果也相当有限。我国迄今为止的民事法律中,涉及陌生人之间的帮助的民事责任问题,主要有以下几方面:一是行为人有权请求受益人偿还支出费用。这主要规定在《民法通则》(1987年1月1日生效)第93条、《民法总则》(2017年10月1日生效)第121条之中。按照这些规定,提供帮助人有权请求受益人支付帮助行为产生的必要费用;二是行为人有权请求因为帮助他人所造成的损失。其规定在《民法通则》第109条、《民法总则》第183条、《侵权责任法》第23条之中。按照这些规定,为他人提供帮助而受损的,该损失由侵权人承担,受益人可以给予适当补偿;三是帮助行为造成的受助人损害的,救助人不承担民事责任。其规定在《民法总则》第184条之中。从上述规定来看,可以说民法的相关条文都是针对帮助人弥补损失而进行的规定。其实质内容就是,不让救助者在经济上受损。但是,经济上受损的帮助行为也多半是见义勇为,而不是本文所说的见危不救。换言之,民法的上述规定均为事后平衡责任、填补损失的规定,并不具有要求他人见危相助的效果。

最后,《治安管理处罚法》中的处罚难以对本文所说的“见危不救”行为进行妥当评价。刘仁文教授也主张对见危不救行为应当加以处罚,但他认为应通过完善《治安管理处罚法》等途径来加以解决。<sup>[43]</sup>如果说,仅仅对“见危不救”行为进行处罚的话,这种见解或许有其道理。因为,我国《治安管理处罚法》中予以罚款、拘留等行政处罚的,基本上仅限于危害社会的行为,而不要求具体的危害结果。但本文主张入刑的“见危不救”,如后所述,以“造成他人死亡结果”为成立要件,换言之,本文所述的不是一般的见危不救,而是引起了“死亡”后果的见危不救。这种见危不救显然超出了《治安管理处罚法》的处罚范围。这一点,只要看看《治安管理处罚法》第42、43、44、45条中有关危害人身的违法行为的描述及其处罚,就能清楚。

在上述情况下,以违反谦抑性为由,主张使用民法、行政法的手段来抑制或者处罚见危不救,是否能够有效,值得怀疑。这或许就是见危不救的现象屡见不鲜,时常见诸报端,而提倡见危不救入刑的声音不绝于耳、随处可见的原因。

笔者认为,提倡见危不救入刑不仅不违反刑法的谦抑性原则,而且还能形成一种更加有效的奖惩机制。即见危不救的话,就要受到刑法的处罚;相反地,见危相助的话,不仅不会受到刑法处罚,还有可能被作为见义勇为而受到奖励。这种“奖罚结合”的双重机制,或许比民法、行政法规中单纯的鼓励、奖励政策更为有效。

#### (四)见危不救入刑“有风险”吗?

反对意见还认为,由于社会保障制度的缺失,见危不救行为存在诸多风险:如救助者被救助对象拖住不放、加以讹诈,或者报警者事后遭到报复,其人身安全难以保障。这些都是风险。

[43] 参见刘仁文:“对‘见危不救’要否入罪的思考”,《法学杂志》2013年第4期,第26页以下。

这些风险不消除,却以刑事手段要求人们见危救助,是强人所难。<sup>〔44〕</sup>

确实,此言不虚。上述所言都是在现实生活中出现过的事实,多少会让一般人在见危相助时三思而行。毕竟,现实生活中的多数人并不是英雄或者圣徒,在具体生活经验中,大家都熟稔“多一事不如少一事”“事不关己、高高挂起”的生存法则中的含义。但是,总体上讲,上述“有风险”的情形都是比较罕见的(否则不会被作为新闻出现在媒体上),而且在当今《民法总则》中规定“见义勇为一律不担责”,从源头上强化了对见义勇为者的保护;审判实践也开始秉承这种意旨,在具体判决当中善待见义勇为者<sup>〔45〕</sup>的大背景之下,“正能胜邪、邪不压正”的社会氛围开始形成,行善者被救助者“反咬一口”的可能性应当越来越小了。而且,在设立本罪之后,还可以形成一种倒逼机制,迫使有关机关和医疗机构一道参与到见危相救或者见义勇为的事业中来。既然连普通公民都有义务救人于水火之中,则以救死扶伤为天职的医疗机构和以为百姓服务为职责的国家机关工作人员就更有义务匡扶正义、弘扬正气。如此说来,见危不救入刑或许就是改变我国当前“各人自扫门前雪,莫管他人瓦上霜”的冷漠世态的一个良好契机。

当然,如果就危险发生当时的各种情形来看,一般人确实有强烈的恐惧感,害怕被讹诈、被报复,想救而不敢救助,最终引起了结果的话,可以依据期待可能性的原则,减轻或者免除其见危不救者的刑事责任。

### 三、“见危不救”如何入刑?

如前所述,近代刑法处罚的道德底线是损害他人,因此,近代刑法中所规定的犯罪基本上是为作为犯,而不作为犯即不损害他人也要受罚的只限于例外的情形。见危相救,作为不作为犯之一,尽管是维持人类社会秩序底线,保护他人生命法益的必要行为,但总归是给一般人增添

〔44〕 参见何向东:“见危相救有风险,见死不救慎入刑”,载《检察日报》2007年4月25日,第006版。

〔45〕 2017年1月9日,唐山居民朱振彪驾车追赶肇事逃逸的骑摩托车男子,逃逸者逃到路边一个村庄之后弃车,进入一户人家并手提菜刀出来,继续徒步逃跑到一铁轨边徘徊。此时,从远处驶来一列火车,撞上前站在两轨之间的逃逸者,致其身亡。随后其家属索赔60余万元。该案2018年2月12日在河北省滦南县人民法院公开审理。法院一审判决驳回死者家属的诉求,认定朱振彪的追赶行为与死者撞上火车的结果不具有法律上的因果关系。朱振彪的行为不具有违法性,且属于见义勇为行为。媒体认为,这一判决“让见义勇为更有底气”。参见史洪举:“追逃逸者致死案 让见义勇为更有底气”,载《北京青年报》2018年2月14日,第A02版。另外,2017年5月,河南郑州的杨帆因在电梯内劝阻一老人吸烟,双方发生争论。争执后数分钟,老人突发心脏病,经抢救无效去世。老人家属随后将杨帆告上法庭。一审判决认为杨帆的行为与老人死亡间并无必然因果关系,但根据损害发生的实际情况和公平原则,向老人家属补偿1.5万元。但该案二审撤销了原一审判决,并驳回原告的诉讼请求,认为劝阻吸烟者无过错,无需承担侵权责任。法院还认为,杨帆在电梯里劝阻吸烟合法正当,是自觉维护社会公共秩序和公共利益的行为,一审判决判令杨帆分担损失,让正当行使劝阻吸烟权利的公民承担补偿责任,将会挫伤公民依法维护社会公共利益的积极性,既是对社会公共利益的损害,也与民法的立法宗旨相悖,不利于促进社会文明,不利于引导公众共同创造良好的公共环境。因此,法院纠正了一审判决判令杨帆补偿1.5万元的错误。参见史洪举:“‘电梯劝烟猝死案’改判 让仗义执言者更有底气说‘不’”,载《人民法院报》2018年1月25日,第002版。

额外负担的行为,因此,其入刑的条件必须非常严格。按照笔者的设想,见危不救罪的罪状及法定刑如下:

能够救助他人避免或者减轻正在发生的生命危险,且这种救助对行为人自身或者第三人没有现实危险而不提供,造成他人死亡结果的,处拘役或者管制;

具有身份、职务要求而不救助,或者因为自己的原因致使被害人处于危险状态而不救助的,处五年以下有期徒刑。

以下,对上述条文的内容进行简要说明:

一是保护法益。关于见危不救罪的保护法益,从比较法的角度来看,代表性见解有两种:一是公共安全说。以德国为代表。德国刑法将见危不救罪规定在刑法分则第28章“危害公共安全的犯罪”(第323c条)之中,并且将发生“意外事件、公共危险、紧急状态”作为本罪的成立前提。因此,所有特定陷入紧急状态中的法益,包括生命、身体、自由和财产,甚至一定条件下的公共法益,都成为本罪保护的具体对象。<sup>[46]</sup>二是人身权利说。以法国为代表。法国刑法在第223-6条和第223-7条中分别规定有,不阻止针对他人人身犯罪的“不阻止犯罪罪”,对处于危难中的人不提供帮助的“见危不救罪”,不阻止能够对他人人身安全带来危险的灾害的“不抗灾罪”,它们均是保护他人人身安全的犯罪。<sup>[47]</sup>

从本文的角度来看,法国的做法值得我们借鉴。因为,公共安全属于超越个人利益的抽象法益,将其作为本罪保护法益的话,则会正中批判意见所谓“见危不救罪是将道德义务刑法化”的下怀,甚至还会不当扩大本罪的成立范围。相反地,生命是公民最基本的保护利益,是行使其他一切权利的客观基础和前提。现代刑法尽管认可社会秩序、公共安全等系统的存在价值,但该系统本身不能独自发展。系统说到底还是为了具体个人的生存、向上而存在的,离开了个人,其没有独立存在的社会价值。当个人利益为人造的系统所湮灭的时候,作为近代国家支撑的人权和民主主义的理念就会大幅后退,国家、社会也就失去了其存在的意义。因此,本文所设想的见危不救罪的保护法益,是并且也只能是公民的人身权利,更具体地说,是公民的生命。这样,本罪的存在位置就只能在我国刑法分则第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章之中,最好放在第235条和第236条之间。

二是存在前提。按照本文的设想,本罪的存在前提是他人面临“正在发生的生命危险”。之所以做如此限定,是基于两方面的理由:一是还是强调见危不救罪的保护法益是刑法中最为重要的法益即人的生命(包括危及生命的身体安全)。之所以加上“正在发生的危险”的要件,主要是强调必须救助的紧迫性,从而加重生命法益的要保护性的分量;二是基于例外性的考虑。因为见危不救罪总的来说是给一般人增加了一个额外负担(尽管是必要的),属于例外规

[46] 参见王钰,见前注[29],第34页。但也有人认为,德国刑法中的见危不救罪的保护法益是“相互救助以保全群体”的制度性期待。参见贾健:“法益还是规范:见危不助究竟侵害了什么?——以德国刑法典第323条C为基点”,《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2012年第2期,第208页以下。

[47] 参见叶名怡:“法国法上的见义勇为”,《华东政法大学学报》2014年第4期,第23页。

定,因此在其成立范围上,必须加以适当限定。在做限定时,可以参照刑法中作为例外规定的“正当防卫”和“紧急避险”的相关内容。“正当防卫”和“紧急避险”尽管是法律赋予公民的权利,但毕竟还是有违反“现代社会不准也没有必要让公民个人自力解决冲突和纠纷”的刑罚权国家独占原则之嫌,因此,其只能作为一种例外,有限度地允许。允许的限度,按照刑法规定,就是行为人面临“正在进行的不法侵害”(正当防卫)、“正在发生的危险”(紧急避险)。见危不救入刑的场合,也必须强调他人正面临危及生命的危险,本人无力自救,相关国家机关也来不及甚至不可能救助。这样,就出现了例外地只能依靠距离其最近的其他人的情形。

关于本罪前提的具体内容,也有必要说明:首先,面临危险的必须是活人(自然人)。胎儿或者动物面临危险,不受本条保护。但是,即将出生的胎儿却可以作为人看待。在孕妇临产而行为人拒不提供接生、报警、叫救护车或者寻求医生帮助等时,可以考虑成立本罪。其次,危险来源不限,既可以是天灾,也可以是人祸。在属于人祸的场合,常见的是被害人自己或者第三人所导致。如被害人不小心掉进池塘溺水、驾车时因为走神而翻车、遭遇犯罪侵害等,都属于此类情形。可能有争议的是,被害人自杀的场合,其他人见危不救的,是否构成本罪。本文认为,也要构成。因为,虽说“同意无侵害”,个人有权处分自己的个人利益,但生命并不在同意或者说个人可以处分的个人利益的范围之内。<sup>[48]</sup> 同样,在危险来自于施救者自身的场合,如过失伤人之后,见危不救的,是否构成本罪?笔者认为,不能构成。过失轻伤他人之后不救助,导致他人死亡的,构成过失致人死亡罪(《刑法》第233条);导致他人重伤的,构成过失致人重伤罪(《刑法》第235条)。过失轻伤他人之后,拒不救助,被害人被其他人救助而止于轻伤场合的,行为人不构成犯罪。最后,危险必须达到正在发生的程度。所谓正在发生,包括危险即将发生、正在发生并且尚未结束的情形在内。如盲人即将掉入马路边的水塘、小孩正在水中挣扎、被害人因为车祸而倒在地上等,都是如此。危险正在发生,意味着救助必须立即介入救助。如果救助过程中,被害人死亡,则意味着紧迫危险消失,行为人可以放弃救助。

三是实行行为和结果。按照本文的设想,应当是“不提供救助”。首先,所谓救助,就是让法益向好的方向发展,或者阻止法益向更坏的方向发展。既包括如对处于险境中的被害人进行人工呼吸、包扎、搬离危险地带之类的自己亲自动手帮助被害人脱险的行为,也包括向有职责的机关电话报告、寻求帮助,向被害人投放救生器材或者指示救生方法,还包括如在公交车上发现有人携带管制刀具等凶器扒窃时,高喊“注意小偷”之类警告潜在行为人的行为在内。对处于险境中的人进行鼓励或者指导,强化其生存下去的意志或者信念,最终让其依照自己的努力度过难关的,也能认定为帮助。因此,就本文而言,见危不救罪中的“救助”范围极为广泛。这主要是考虑到,“救助”本身就是一种额外要求,如果再提出过高要求(如亲自动手实施人工呼吸或者下水打捞),则会让人望而生畏、退而止步、绕道而行,真的使本罪沦为一个空设条款;同时,本罪针对的对象是一般人,不宜对其提出过高要求。因为,现实生活中,“危险”的表现形式多样,很多场合下的危险,非专业人士难以处理,因此对一般人而言,只能提出最低程度的要

[48] 这样也能顺利地说明,为何有人要跳楼时,下方总有很多警察在铺设防护气垫等救生设备。



求,只要行举手之劳,向有关机关或者人士求助即可,而不做其他过分奢求。其次,见危不救必须造成他人伤亡的结果。这主要是考虑到,现实生活中能够发现并且引起大家关注的见危不救行为,基本上都是造成了“死亡结果”的场合;同时,也是基于刑罚处罚比例性要求的考虑。见危不救的场合,他人的死亡结果并非行为人的见危不救行为所引起的,而是先前存在的其他原因所引起的。不施救者只是没有阻止该因果发展过程而已。而阻止已经现实存在的因果进程,是对一般人提出的一种额外要求(义务),其根据是维持人类生活秩序的最低限度,其期待可能性比较低,因此,对其处罚也不能过于广泛。从此意义上讲,这里的“造成他人死亡结果”具有客观处罚条件的性质,目的是限定本罪的处罚范围。按照这种理解,尽管行为人没有提供帮助,但最后也没有“造成他人死亡结果”的话,行为人还是不能成立本罪。

四是主体,是一般主体,即年满16周岁、达到刑事责任年龄,具有正常的认识和理解能力的自然人。具有特定义务职责的人,当然能够构成本罪的主体,这是不用说的了。

五是主观要件,是故意,即对有人正面临危及生命的紧迫危险,自己能够提供帮助,且这种帮助对其自身或者第三人没有危险的事实有认识,却拒绝提供帮助。因此,在行为人对上述任何一种事实存在误认,如误以为不存在危及生命的紧迫危险,或者以为被害人已经死亡,自己施救也无济于事时,可以说行为人存在事实认识错误,排除其故意的存在。在以为对方是艾滋病患者,施救会给自己带来很大麻烦的场合,不能排除行为人的故意。因为这种场合,行为人完全可以向有关机关电话报警或者求助。“造成他人伤亡”因为是限定本罪处罚范围的客观处罚条件,因此,不在行为人的故意认识范围之内。

六是免责条件,即“能够救助”且“这种救助对其自身或者第三人没有现实危险”。因为本罪是对一般人所施加的额外负担,是一般人难免会从心理上抗拒、排斥的行为,为了将这种负担降低至对一般人生活没有太大影响的程度,同时也为了本罪不至于因为要求过高而成为空设条款,因此,依循各国惯例,本文也提出了上述免责条件。按照这种理解,在行为人不能提供帮助,或者尽管能够提供帮助,但“这种帮助能够对其自身或者第三人造成危险”的场合,可以免责。

在上述免责条件中,“能够救助”比较好理解。如亲自下水搭救落水者的场合,首先要求行为人自己水性要好,擅长游泳;赤手空拳制止手持凶器的罪犯以帮助受害人的场合,首先行为人必须有足够的能力和勇气。这些都是自然而然的要求。远在三千里之外,听说自己的朋友正被困在起火的房间的时候,除了电话报警之外,再提其他要求,便是“强人所难”。在妻子和母亲同时落水,但只能救助其中一人的场合,即便由于救助妻子而没有能够救助母亲,最终导致了母亲的溺亡,行为人也不构成本罪。因为,对一般人而言,同时救助两位落水者,也是“强人所难”。

困难的是“这种救助对其自身或者第三人没有现实危险”的判断。首先,这种判断到底是客观的事实判断还是行为人自己的主观判断,恐怕会引起争议。如果说是施救者的主观判断的话,则任何没有提供救助的人最终都会找到为自己开脱的理由。如在被告妇女明知自己的情夫在谋杀自己的丈夫,却没有阻止的案件中,妇女辩称是因为害怕情夫因此而离开自己。在

被告本人看来,这是自己不敢施救的充分理由。但是,法国的法院否定了这项辩护。因为,该理由过于单薄,本案中显然不存在针对行为人人身的现实危险。<sup>[49]</sup>由此可见,提供救助对其自身或者第三人有无“现实危险”,应当是一种客观的事实判断。<sup>[50]</sup>其次,危险必须达到“现实”的程度。理论上讲,不排除这样的情形存在:行为人见危施救,将被害人送往医院之后,有被被害人反咬一口进行讹诈勒索,或被医院要求垫付住院费用,从而孳生了莫名的麻烦或者危险,或者行为人在救人之后,申请见义勇为奖励金的时候,因为无法提供目击者的姓名或者提供其他有力证据,给自己增添了极大烦恼。漠然地讲,这些或许都是对行为人的现实不利,但正如通常认为,精神痛苦难以成为故意伤害罪中的“伤害”一样,上述烦恼以及不利都难以说是此处的“现实危险”。能够成为此处的“现实危险”的,只限于对自己或者和自己有关的第三人的生命、身体、财产、自由、名誉等方面的客观不利后果。

七是处罚。按照本文的设想,见危不救罪有两个法定刑幅度:一般情节的见危不救,造成他人死亡结果的,“处拘役或者管制”;二是特殊情节的见危不救,“处五年以下五年有期徒刑”。

之所以将“拘役或者管制”作为本罪的法定刑,主要是考虑到,一方面,他人的“死亡结果”不是由行为人的行为所引起的,同时,对一般人而言,见危施救的期待可能性比较低;另一方面,与本罪类似的“遗弃罪”(《刑法》第261条)中法定刑的下限为“拘役或者管制”。遗弃罪是行为人与被害人之间具有法定抚养义务的场合。具有法定抚养义务关系的人的处罚下限尚且如此,没有这种关系的人的场合,就更不能太高了。

但是,行为人和被害人之间具有“身份、职务”关系或者具有“因为自己的原因致使被害人处于危险状态”关系的场合,“处五年以下有期徒刑”。其中,所谓具有“身份、职务要求”,是指行为人与被害人之间具有夫妻、父母子女、恋人或者同居关系等;所谓“因为自己的原因致使被害人处于危险状态”的场合,是指理论上所谓的先行行为,即行为人自己的原因开启或者制造了某种可能损害他人的危险时,行为人便有义务阻止该危险变为现实结果,或者将其控制在最小限度之内。如卖淫嫖娼或者组团探险过程中,二人一旦进入偏僻之处,便形成一种互助共同体。发生危险时,一方失去另一方的救助,获救的可能性就极渺茫,因此,一方就有义务对另一方提供救助。这些情形下的不救助行为,在导致了他人死亡结果的场合,我国传统学说多以不真正不作为犯理论,将其直接认定为故意杀人罪。之所以如此,一是因为不救助者和被害人之间所存在的身份、职责关系和先行行为关系,使得他们之间的关系比陌生人更加紧密和稳定;和陌生人相比,具有这种关系的人更容易发现和制止被害人所面临的法益侵害;同时,社会一般人也认可这种关系,并且对该种关系形成的依赖关系予以认可,因而他人之间的不救助行

[49] 参见叶名怡,见前注[47],第25页。

[50] 这种判断,虽说一定程度上有强人所难之嫌,但也是迫不得已。正如疏忽大意的过失的场合,尽管行为人确实因为自己的能力问题而对“自己的行为会发生危害社会的结果”没有认识,但仍然要追究其过失犯罪的刑事责任一样,现代刑法当中,尽管要求严格遵循责任原则,但仍然保留有一些没有符合这一要求的结果责任的遗风。

为,要受到更加强烈的谴责;二是因为我国刑法中没有“见危不救罪”。详言之,在我国,对见危不救行为的处理,呈现两个极端:一端是无罪,另一端是故意杀人罪。由此而导致的结果是,尽管原则上说刑法中没有规定见危不救,见危不救的行为不处罚,但实际上,则依据我国刑法之中并不存在的不作为犯的理论,极力扩张故意杀人罪的处罚范围。

但是,将具有身份、职责或者事实关系者之间的见危不救行为一概论以故意杀人罪,则有过分的嫌疑。故意杀人罪是结果犯,要求行为和结果之间必须有引起和被引起的关系,而夫妻之间因为吵架,妻子上吊,丈夫不予制止的场合,导致妻子死亡结果的原因,不是丈夫的不救助,而是妻子自己的上吊行为,丈夫的不救助只是为妻子之死提供了一个条件而已,这种情形和设定或者引起妻子自杀的因果关系的场合,存在巨大差别。如果说这种场合下,丈夫构成故意杀人罪,那么警察见到小偷而不制止就是盗窃、丈夫见到女儿面临性侵而不制止就是强奸、国家工作人员看到他人贪污而不制止就是贪污了。但这种观点显然是不符合我国刑法的相关规定的。因此,以故意杀人罪评价丈夫的不救助行为,只能说是没有“见危不救罪”情形下的无可奈何的选择,而不是一个妥当的选择。为了回避这种不妥,笔者便将上述情形下的见危不救也归在“见危不救罪”之内。<sup>[51]</sup>至于“五年以下有期徒刑”的设计,主要是为了和《刑法》第261条所规定的“遗弃罪”平衡。按照《刑法》第261条的规定,遗弃罪的场合,行为人和被害人之间具有扶养义务而拒绝扶养,且情节恶劣的,才“处五年以下有期徒刑、拘役或者管制”,那么不具有特定义务关系的人(如同居情侣、处于同一房间之内的嫖客和妓女)之间的拒绝救助行为,如何能判处比“五年有期徒刑”更高的刑罚呢?之所以没有像遗弃罪一样,将“管制、拘役”也列入法定刑当中,主要是考虑到“情节特别恶劣”的见危不救当中,还包括造成他人死亡的结果的情形在内,其显然要比“情节恶劣”的遗弃罪更为严重,因此不能评价过低。

一旦见危不救罪的成立范围扩张到了传统观点中被作为不真正不作为犯而处罚的故意杀人罪、故意伤害罪的程度,则故意杀人罪、故意伤害罪中还存在不真正不作为犯的形态吗?人们自然会提出这种疑问。答案是当然存在,只是其成立范围有限,具体来说,就是在行为人主动设定了对法益的排他性支配,消除了不作为和作为之间的结构性差异时,才能按照作为犯的条款处罚。这种对法益排他性支配的设定,既可以通过行为人中途介入面向结果的因果进程的方式,也可以表现为行为人制造并支配面向结果的潜在危险的方式。<sup>[52]</sup>按照这种理解,夫妻之间、恋人之间、父母子女的见危不救行为,不能适用不真正不作为犯原理,认定其构成故意杀人罪,而只有他人生命处于危险状态的时候,阻止他人救助,以致他人身亡的场合,或者在他人面临人身侵害而向行为人求助,行为人不仅不提供帮助,反而让被害人的处境更加不利的场

[51] 国外刑法当中,也有类似的规定方式。如《西班牙刑法》第195条、第196条,《法国刑法》第223—6条就是如此。其均将所有的见危不救行为归入一个单独的犯罪类型,并设置幅度比较宽广的法定刑。

[52] 参见黎宏:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第65页。

合,才有可能构成故意杀人。同样,医生单纯不履行“救死扶伤”义务致使病人死亡的场合,导致病人死亡的主要原因还是病人自身的疾病,而不是医生的不作为,因此,医生的不作为可以构成见危不救罪,却不能构成故意杀人罪。但是,在医生已经开始接手救治病人的场合,就意味着排除了其他人救助病人的可能性,病人的生死已经现实地依赖于具体接手的医生了。医生治疗中间放弃或者中止的行为,在排除了病人获得他人救助的可能性的具体条件下,比医生单纯的不接手治疗行为的危害性更大,足以被评价为剥夺病人生命的杀人行为。同样,行为人在交通肇事之后,仅仅是逃逸的场合,即便因逃逸致人死亡的,也不能构成故意杀人罪,<sup>[53]</sup>而只有在采取其他行为,使得被害人的处境更加危险,如将被害人带离事故现场隐藏或者遗弃,致使被害人无法得到救助而死亡的场合,才能以故意杀人罪定罪处罚。<sup>[54]</sup>

#### 四、结 语

伟大的社会法学家庞德在他那本著名的小册子《通过法律的社会控制》当中写道:“一种文明的理想、一种把人类力量尽可能扩张到最高程度的思想、一种为了人类目的的对外在自然界和内在本性进行最大限度控制的理想,必须承认两个因素来达到那种控制:一方面是自由的个人主动精神、个人自发的自我主张;另一方面是合作的、有秩序的、(如果你愿意这样说的话)组织起来的活动。”<sup>[55]</sup>在 17 至 19 世纪的田园牧歌时代,前者占支配地位,法律的目的就是“最充分地和最自由地”放任这种竞争性的活动,并以“最低限度的干涉来管理这种竞争”;<sup>[56]</sup>但是,进入 20 世纪之后,“合作的观念远比我们用以衡量事物的竞争性的自由自我主张的观念,更接近于今天的城市生活的现实情况”。<sup>[57]</sup>庞德还指出,如果我们想要保持对自然和本性的控制,使之前进并流传下去,那么对这两者就都不应该加以忽视。近代思潮的一个伟大成就就是使我们摆脱了 *unum necessarium*(唯一必要)的观念。我们不再相信,在人类生活的图景中,我们只能在个人行动自由和有组织合作中考虑其一。我们可以接受一个既容许有竞争也容许有合作的理想。<sup>[58]</sup>

在刑法领域当中,又何尝不是如此呢? 尽管人们基于自由主义的理念,将“损害他人”作为刑法处罚的底线——这是近代社会的一大重要成就,但在人类已经跨入竞争与合作并重的现

[53] 我国《刑法》第 133 条对这种情形,仍然规定为交通肇事罪,只是加重其处罚而已。

[54] 参见 2000 年 11 月 10 日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条。

[55] 庞德,见前注[11],第 78—79 页。

[56] 参见庞德,见前注[11],第 73 页。

[57] 庞德,见前注[11],第 78 页。

[58] 参见庞德,见前注[11],第 78—79 页。



代文明社会,在将“友善”作为社会主义核心价值观<sup>[59]</sup>的我国当今,基于合作的需要,<sup>[60]</sup>在不损害自己或者第三人利益的最小限度之内,对处于紧迫的致命危险之中的他人伸出援手,从而以最小的牺牲,换取对被救助者个人以及社会共同体的最大利益。如果说刑法规定的是最低限度的道德,则这种于己于人都有利的己他两利的道德应当成为竞争与合作并重时代的最低道德,应当入刑,其既是个人自身存在和发展的需要,也符合现代社会的道德要求。

**Abstract:** The prevailing opinion opposes the criminalization of the failure to render emergency aid. However, the arguments provided are not persuasive. The notion of failure to render emergency aid by a stranger contains two subordinate concepts, namely failure to stand out for justice and courage, and failure to provide a convenient assistance. The latter refers to the circumstance where the aider or any third party faces no real danger. To render aid in this condition does not burden the assistance provider; moreover, it promotes the utility of the whole society. In another word, it is a win-win deal. Considering the protection of legal interests and maintenance of the minimum scale of the public order, it is necessary to criminalize the failure to provide a convenient and reasonable assistance. This criminalization neither takes any risks nor violates the humanity, and it does not result in the moralization of legal duties. Besides, it causes no responsibility based on moral luck, nor contradicts the principle of subsidiarity of the criminal law. Furthermore, after the legislation of this offense, some omissions to effect an easy rescue, which have been traditionally punished as actions, can be covered by this clause, in order to rationalize the existing punishment of failure to render emergency aid.

**Key Words:** Failure to Render Emergency aid; Failure to Stand Out For Justice and Courage; Failure to Provide a Convenient Assistance; Moral Duty; Offense of Omission

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:邓卓行)

[59] 2012年11月,中共十八大报告明确提出“三个倡导”,即“倡导富强、民主、文明、和谐,倡导自由、平等、公正、法治,倡导爱国、敬业、诚信、友善,积极培育社会主义核心价值观”,这是对社会主义核心价值观的最新概括。其中,“友善”强调公民之间应互相尊重、互相关心、互相帮助,和睦友好,努力形成社会主义的新型人际关系。

[60] 本质上是基于自己利益的考虑。这一点,正如道金斯所说:“如果你和我一样希望为了共同的利益,建立一个人与人之间慷慨大度、相互无私合作的社会,……就让我们设法通过教育把慷慨大度和利他主义灌输到人们的头脑中去吧!因为我们生来是自私的,让我们懂得我们自私的基因居心何在。因为这样至少可以有机会去打乱它们的计划,而这是其他物种所从来未能希望做到的。”道金斯,见前注[7],第4页。