



“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

北大刑法博士文丛(8) 陈兴良 总主编



BEIDA XINGFA BOSHI WENCONG

见危不助犯罪化的 边缘性审视

◎叶慧娟 著

JIANWEI BUZHU FANZUIHUA DE BIANYUANXING SHENSHI



中国人民公安大学出版社

北大刑法博士文丛 (8)

陈兴良 总主编

见危不助犯罪化的 边缘性审视

叶慧娟 著

中国政法大学公安大学出版
北京 100088
ISBN 7-309-05213-2
定价: 22.00元

中国人民公安大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

见危不助犯罪化的边缘性审视/叶慧娟著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007. 12

(北大刑法博士文丛; 8/陈兴良总主编)

ISBN 978-7-81109-954-6

I. 见… II. 叶… III. 刑事犯罪—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 200792 号

见危不助犯罪化的边缘性审视

JIANWEIBUZHU FANZUIHUA DE

BIANYUANXING SHENSHI

叶慧娟 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

经 销: 新华书店

邮政编码: 100038

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2008 年 1 月第 1 版

印 次: 2008 年 1 月第 1 次

印 张: 10.625

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 265 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978-7-81109-954-6/D·901

定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

总序

“北大刑法博士文丛”即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点的质量高低的重要指数。在这种情况下，在已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的“北大刑法博士文丛”是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博

士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是指标新立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我认为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面的感觉。表述是一种文字工夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述使你的观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中的佼佼者。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他（她）的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他（她）的最后一本，甚至是唯一的一本个人专著。因此，包含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事。对此，我是深有体会的。想到十多年前我出版个人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生们的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出

版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004年6月20日

序

2006年夏天，我的博士研究生叶慧娟最终完成了她的博士论文。一年后，这篇博士论文以《见危不助犯罪化的边缘性审视》专著的形式，作为陈兴良教授主编的北京大学刑法学博士文丛的一部分，由中国人民公安大学出版社出版，我由衷地感到高兴，在这里略述我对这本著作的看法。

对于见危不助犯罪化的研究，是近几年我们比较感兴趣的一个题目。无论是原来博士论文题目中的“刑法边缘”，还是作者更名后的选择性质问，其实都凸显了新形势下对于整个社会关于道德与法律，甚至更为宽泛的多个交叉领域的新思考。站在法律角度认识人和社会的关系，就不可避免地要从“边缘”看到更多的“中心”或社会本质，甚至要触及哲学层面，即生命的真义。因此，就不可避免地让人面对许多既定的事实提出内心思虑良久的本真的疑问。

为什么关注人和社会呢？为什么要提出我们的质问呢？记得20年前的此时，我正在美国做访问学者，首次接触到计算机犯罪，当时我感到新鲜，但更多的是震惊。马克思说过这么一句话：“工业较发达国家向工业较不发达国家所显示的，只是后者未来的景象。”那时候我憧憬着我们国家的未来是什么样，当然，我却怎么也没想到我国会发展得如此之快。从20世纪80年代的改革开放到迈入新世纪的经济崛起，我国的综合国力得到迅猛发展，人民生活得到极大的改善；当然，伴随而来的不尽如人意的现象亦随处可见，其中有令人心痛的人际关系冷

漠和这种冷漠带给社会群体的疏离感的日益严重。我们在社会的进步与退步之间迷惘徘徊，充满疑虑。

如果说经济学或现代科学发展的目的是如何让人致富的话，那么发展法学并不断地研究与求实的目的又是什么？——我想，最终是要探寻如何让人公平、正义地生活，这包括社会提供公平与正义的机制，每个人都被公平与正义地对待。富裕起来的人们生活在公平、正义的社会当中，那恐怕才是真正和谐社会的要求。如何使人们生活在公平、正义的社会当中，有许多问题要探讨，也有许多不同的角度。而对于见危不助的犯罪化研究，其主旨当是促进整个社会的伦理和正义。

中国古代常说“路见不平，拔刀相助”。在当代社会，我们不赞成“拔刀”，但“相助”却是我们中华民族的优良传统。是什么原因导致今天的人们如此冷漠？事实上，“见死不救”或“见危不助”并非中国特产，在国外也不罕见。“见危不助”是我们这个时代多次被提起的严峻话题，它具有强烈的道德谴责意味。如何解决这种以“见危不助”为标志的时代道德困境？诉诸法律——尤其是刑法，还是重建道德？这成了一个难以辩驳清楚的怪圈。就像一位德国学者说的，“当前的社会秩序将荡然无存，那样，人类将会付出更惨重的代价”。我们不想为此付出代价，但我们要通过什么途径来恢复甚或重构秩序？有很多人寄希望于法律，寄希望于刑法。但正像作者在文中以其细腻的文笔、缜密的思考、多视阈的观察所展示给我们的一样，“见危不助”行为是否应当被犯罪化，这并不是一个简单的判断。如果说法大于天，是挺立于整个社会体系之间的尺度，那么道德伦理就像水，在人们生活的每一个角落无边蔓延。在这天水之间，在法与道德的维度中，我们如何选择才能实现“秋水共长天一色”的和谐之境？老子说：上善若水。我了解的治学之道和法本身，都应当是坚挺而柔和的。“见危不助”，非个人之危；相助而不

危，不危则若水。作者从道德、法律、社会等多个角度进行了广阔而又深入的分析与探讨，我想，并非仅只是在追寻一种现实的具体解决方案，在这种探寻中，也许暗含了人类社会的一种理想。

可以说，这是有关这个研究方向的第一本专著，在纷纭的争论思辨当中，它将凭借什么脱颖而出？与其宽广独特的视角切入、丰富多样的资料占有等特点相比，我想，这本著作最大的特点在于它很好地体现了作者对整个社会的关注和浓厚的人文情怀。很多人都在研究法律，但并不是所有的人都有一种发自内心、交融于行的人文情怀。从作者创作的整个过程，从她理性却又饱含热情的文字当中，我看到了这种宝贵的情怀。正是这一点，使得她的著作在阅读时更能触动我们跟她一起思考这个还没有定论的问题，不停地发出我们内心的疑问。

我与此书的作者在北大相处三年有余，习称她小叶。小叶治学严谨且善于思考，聪明好学富于正义感。平日里更像个乖巧的孩子，一起聊天、散步——笔到此处，想起她也已为人师、教书育人；她现在华东理工大学所做的一切，或许正是我在北大过去所做的——平凡、自然之事，也是她在将来一直会做下去的事情。不过，依其潜力，小叶肯定会有所作为的。

值其第一本专著出版之际，谨以为贺。

是为序！

刘守芬

2007年7月18日于北京博雅西园

“十一五”国家重点图书出版规划项目

《中国法律适用文库》

编辑出版工作委员会

主 任 周佩荣

副主任 陈学礼 杨玉生

委 员 (以姓氏笔画为序)

王宏勇 孙 静 陈 华

张 强 赵学颖 姚燕生

目 录

绪 论	1
一、研究对象的框定——一个简要的切入	1
二、研究内容的阐释——对本书立场的几点说明	6
三、相关理论前提——简要的回顾与梳理	10
四、本书研究框架与方法——刑法边缘的思索	20
第一章 见危不助概念解析	26
一、见危不助主体范围的划定	28
二、见危不助的行为指向——“危”	30
三、见危不助与见义勇为——对上一部分的补充说明	40
四、见危不助的类型划分	49
第二章 见危不助罪相关立法及其犯罪化的争议	55
一、中外关于见危不助罪的立法情况简介与分析	56
二、立法应当何去何从——关于见危不助犯罪化的争议	71
第三章 道德与法律关系视野中的见危不助犯罪化探析	98
一、道德：不可定义的存在	98
二、行为规范——道德与法律关系的单维考察	102
三、刑法视野中的道德解读	115

四、见危不助的道德归属及其犯罪化·····	123
第四章 见危不助犯罪化的社会与规范基础	
研究（一）·····	147
一、见危不助犯罪化制约因素之一：社会因素·····	148
二、见危不助犯罪化制约因素之二：心理机制·····	166
三、刑事社会政策与见危不助犯罪化·····	176
四、结语·····	187
第五章 见危不助犯罪化的社会与规范基础	
研究（二）·····	189
一、社会连带思想与见危不助规制方式的法律选择·····	190
二、见义勇为与法律规范——见危不助的反面切入·····	198
三、刑法谦抑观念下对见危不助犯罪化的进一步断想·····	222
第六章 刑法框架下见危不助犯罪化的具体考量 ·····	231
一、见危不助犯罪化的法益判断·····	232
二、见危不助刑事立法与风险转嫁·····	239
三、见危不助刑事立法在司法上的可能后果·····	246
四、见危不助刑事立法与公民守法·····	258
第七章 关于见危不助犯罪化的限定性思考 ·····	265
一、特殊情形下的见危不助及其法律适用解析·····	266
二、前述刑法适用根据缺失或不当的原因分析·····	283
三、特定主体见危不助犯罪化的立法建议·····	290
参考文献 ·····	303
附录：国外有关见危不助罪的立法规定（补充） ·····	321
写在后面的话 ·····	325

绪 论

一、研究对象的框定——一个简要的切入

人是一种感性的存在。尽管“理性”从造物的角度赋予其高迈于其他任何物种的优越与荣耀，但人始终摆脱不了情感的左右。人在自然属性之外同时还具有社会性，其情感同样也具有社会性。这不单是指由于人在社会中的存在及其社会的经历和体验，其情感经常产生于某种具体社会情景从而具有社会性，更根本的意义在于个体与其他社会成员之间存在信息传递、价值共享、情感感染的过程。这一过程像导体传导电、水扩散涟漪一样，在相当的社会范围内，将个体行为变成群体行为，把个体的感受和判断变成社会的感受和判断；当个体的情感被打上社会群体的情感烙印时，这种情感常常超出个体的局限，成为具有社会性、群体性的情感反映。某种包含了个体情感的个体现象经过这种影响和传递，变成积聚了社会情感的社会现象，引起人们的关注和思索。在社会行为所承载的各种情感当中，缺乏安全和信赖的感觉在社会成员中最易传递和扩散，而不满和愤懑最容易在人群当中获得同感。这些由无数个体发出的基于某种信仰、观念的情感信息交叠在一起，通过对它的表达和倾诉，形成一种被称为“公共舆论”的东西，具有左右人们思维和视线的巨大力量。有时它能指引正确的方向，有时却会遮蔽人的眼睛；有时它能澄清混浊的事实，有时却会背离事情的真相。这种社会情感在张金柱、刘涌案件中所起的作用，使人们在事件结束之后很长时间内

仍然忍不住叹息和追问。在一波社会情感随着事件的沉寂而趋于平复的同时，社会生活的潮水又悄悄涌动凝聚于另一社会现象中的另一波社会情感。而见危不助事件由于其近些年在社会上的频频发生而成为新一波社会情感反应的焦点对象之一。

见危不助罪在很多欧洲国家的刑法典中都有规定，英美法系一向对此持否定态度，但20世纪中叶以后，美国一些州，虽然是少数，也开始用刑法手段干预不予救助的行为。在人大代表于1999年全国人大第九届四次会议上提议刑法增设“见危不助罪”之前，就已经有学者注意到了国外立法上“见危不助”一类罪名的规定，并呼吁中国立法做相同的反应。立法意向的提出引发了学术界对该问题广泛的学理探讨。但在尘埃落定之前，中国民众要求规制此类行为的社会情感似乎在一定程度上已经先期地契合了这一意向。在这一过程中，很难说是学者的态度引导了民众，还是学者响应了民众的呼声。但中国民众对该问题的确表现出极大的热情：随便点击一个网页，登录一个论坛，翻阅一份报纸，你会发现各阶层民众不同程度地参与了对这一现象的评判。对这些恶性事件的声讨和挞伐，对人性冷漠的质疑和谴责，连带着对社会道德状况的批判，作为一种基于现实生活体验的朴素认知与判断的结果，一时间，要求见危不助犯罪化成为社会情感的主流声音。但是，在犯罪化的呼声之外，也有部分群体——包括学者和民众——提出了不同的看法和主张。他们谨慎地思索着下面这些问题：法律和道德的关系究竟是什么？道德义务法律化需要的仅仅是在法律与道德之间进行抉择和取舍吗？决定我们选择刑法手段保护不同社会价值的基准又是什么？刑法谦抑的精神对道德义务刑法化的态度究竟如何？是否刑法规定了见危不助罪，就能对一些现实存在的困惑给出一个妥善的交代？公众的纷纭观点，学者的仁智之争，任何一个试图对此作出回答的人都必须正视这交融了多样社会情感的繁杂现实。

充溢着社会情感的公共舆论影响甚至决定了社会立法的进程。戴雪早在 20 世纪之初就已经对此作过精彩阐述：“在任何特定的时期，都存在着由各种各样的信仰、观念、情感，已经确立下来的原则或者牢牢根植于人们心中的成见所组成的整体，上述的这些因素共同构成了一个特定时代的公共舆论，我们也可以将之称为统治性的或支配性的舆论潮流，并且，只要我们回想一下最近的这三个或者四个世纪，特别是 19 世纪以来所发生的事情，就会发现，这种统治性舆论潮流的影响已经在英国——如果我们放宽眼界来看待这个问题的话——直接或间接地决定了立法的过程。”^①狄骥在认同这一点的同时，指出：“我还可以再补充一点，如果舆论是立法过程中的重要因素，那么它只有在人们认为一条确定的规则已经经过某种社会同意而确立下来的前提下，才可能发挥这样的作用。换言之，只有在那些形成公共舆论的个人思想中确实具有法律观念的前提下，公共舆论才能发挥参与立法的作用。”^②任何社会及其社会成员都有对发生于其中的社会现象进行自由评价和判断的权利，这是一个民主与自由社会的表征。但是，正因为这种评价和判断的开放性，其更多的时候是以一种随意的而不是负责任的态度被表达出来。而且“个人思想具有法律观念”对于特定社会中的公民而言，是一个相当高的要求。一个其成员“思想具有法律观念”的社会，必定是一个相当成熟、稳健的社会。很遗憾，中国当前还不是这样的社会。任何一个希望思考这种舆论、情感现象的人——不单是

① Deslandres:《法律与公共舆论》，转引自〔法〕莱昂·狄骥：《公法的变迁 法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社、春风文艺出版社 1999 年版，第 72~73 页。

② 〔法〕莱昂·狄骥：《公法的变迁 法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社、春风文艺出版社 1999 年版，第 73 页。

刑法学家，因为研究社会现象，即使是一个犯罪现象或犯罪化的问题，也绝不是刑法学家的独断事业——占据他的大脑的不应是涌动的原初的社会情感，而是在了解、分享了这种社会情感之后超越他的理性的思考。

哲学家赵汀阳曾经说过：“我们可以愤愤不平地批评生活，却不可以愤愤不平地思考生活。”^① 法律的评价不同于日常生活中的道德判断和舆论评判。就以义务性规范和否定性评价为主的刑法而言，其主要内容是设定人们禁为或必为的义务以及违反义务的刑罚后果。每一项刑事义务的设定都是对人们行为自由的限制。自由是一种价值。因此，对公民自由的任何刑法限制，都需要得到“证成”，即说明限制自由的理由和条件。这种“证成”，在普通民众那里是粗糙的道德意识和法律观念，甚至是经验左右的情感判断，但在法学家那里，则需要借助合理的立法理论与刑法理念作更为全面、深入的思考和论证。刑法究竟根据什么将某种行为犯罪化并予以刑事惩罚？这不仅是每个民主国家的立法者所面临的棘手问题，同时也是法律哲学家们在思考的问题。有目的性的研究不同于自由评议。无论是法哲学家还是立法者，作为社会成员之一，他们分享着其他社会成员的价值判断和社会情感。但当上升到法的层面上寻求对某种社会问题的深度理解和解决途径的时候，他们必须避免“情感逻辑”倾向对自己的控制。如果自始至终抱着对某种社会现象的义愤或情感冲动来开展研究，并把这种情感注入思维逻辑和判断过程之中，就会给被研究的客体蒙上过多的情感色彩，减弱理性与科学的成分，从而掩盖客体的真实面目。在犯罪化的问题上，任何结论和决定都不是人主观自由的任意产物。不单单是立法者需要像马克思说的那样“把自己看做一个自然科学家”，不是制定法律，也不是发明法

^① 赵汀阳：《人之常情》，辽宁人民出版社1998年版，第6页。

律，而是“把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中”^①，研究者也要探寻那些可以从社会成员共享的具体的社会精神关系中抽象出来，并能表现在法律之中的内在规律。那么，事件与情感之外或背后的实际的不法行为态势、民族文化传统、社会文明程度、经济发展秩序等各种因素便都应该被纳入我们的视阈。

欧洲国家关于见危不助罪的立法例，固然可以为我们将此类行为犯罪化提供现实有力的支持和借鉴的范本，但一项法律规定产生背后的事实与蕴涵将远远超出条文字句本身所能传达的信息。为什么欧洲国家率先开始规定该罪？它诞生的背景、价值选择的基础是什么？法条中隐藏了怎样一种精神和理念？为什么一向持否定意见的英美法系态度开始有所松动，但这种松动又是那样有限？我们无法单单从法条本身获得答案。但是，笔者注意到，在对见危不助犯罪化进行研究的过程中，很多学者对这些背景并无充分的了解，对国外的相关立法资料、研讨情况几乎没有任何归纳整理与介绍分析，只是把翻译过来的国外刑法典中的相关法条直接拿来作自己立论的根基，然后便自说自话。由于每个国家的历史文化背景、现实状况都不一样，共同的价值取向和情感倾向并不能消弭这些差异；任何一项立法也不都是纯粹人类情感的产物，必定要在公众舆论和社会情感之外进行其他方面的衡量和权度。而这种研究模式由于缺少了以横向了解为基础的比较和反思，在自己立场的论证上便显得有些底气不足。而另一部分学者则把问题的焦点放在中国的道德状况上，认为见危不助就是一个道德问题，“道德沦丧”成为探讨的背景和基调，由此来论证见危不助犯罪化的必然。但“见危不助”的犯罪化并不单单

^① 郭立新：《刑法立法正当性研究》，中国检察出版社2005年版，第81页。