

# 道德規範刑法化的界限 ——以《刑法典》第194條為視角

李寒霖\*

澳門《刑法典》第194條規定有幫助之不作為罪：

“一、在發生使他人生命、身體完整性或自由有危險之嚴重緊急狀況，尤其該狀況係由於禍事、意外、公共災難或公共危險之情況而造成時，不提供不論係親身作為或促成救援而排除危險之必需幫助者，處最高一年徒刑，或科最高一百二十日罰金。

二、如上款所指之情況，係由應當提供幫助而不提供之人所造成，該不作為者處最高二年徒刑，或科最高二百四十日罰金。

三、如提供幫助可能使該不作為者之生命、身體完整性或自由出現嚴重危險，又或基於其他重要理由，係不可要求該人提供此幫助，則幫助之不作為不予處罰。”

顯然，這一規範中包含了大量的倫理內容。然而，刑法立法的其中一個重要規則就是，為了避免刑法立法過度及不適當地干預市民社會，必須劃清犯罪與純粹違反道德兩者之間的界限，將純粹的道德違反行為排除於刑事範疇之外。<sup>1</sup>那麼，這一規則在《刑法典》第194條的立法中是否得到了遵守？刑法立法應該如何實現純粹違反道德行為的排除？本文將透過對相關司法見解與理論學說的分析，對這一問題展開研究。

---

\* 立法會法律顧問。

1. 這是一個重大課題，值得另行專門討論，本文限於篇幅不再展開。

## 一、葡國司法見解的規範解釋

葡國現行《刑法典》<sup>2</sup>第200條<sup>3</sup>與澳門《刑法典》第194條規定了同樣的幫助之不作為罪，行文並無任何分別。因此，葡國法院對於該條規定的適用和相應司法見解對於澳門《刑法典》第194條關於幫助之不作為罪規定的理解應該有所幫助。

在司法實踐中，幫助之不作為的規範多被適用於因危險駕駛車輛而導致傷害他人生命或者身體完整而後逃逸的犯罪，筆者查閱了近年來葡國波爾圖上訴法院的判決，發現幾乎所有經確定判決都屬於這一類別。本文下面選擇其中一個案例作為剖析對象。

2004年2月25日，波爾圖上訴法院作出一個裁判（案卷號0344756），所針對的是就VN Famalição地方法院所作出的一個裁判提起上訴的事宜。上訴法院的裁判所認定的事實是：2000年2月26日19時45分，在VN Famalição的206號國道上，被害人某某駕車駛往Gondifelos。在其前方出現一輛農用拖拉機，由被告人駕駛，拖帶一輛拖車，滿載草料，體積龐大，以至於從後方遠處看不到前面的拖拉機，該拖車也並未配備任何燈光。因此，直到距離拖車八米左右時，被害人才發現被告人駕駛的車輛，雖然其立即煞車，但還是撞上了被告人所駕駛的拖拉機的拖車，結果被害人後來被他人從其所駕駛的車輛內救出並送往醫院，住院六天，因傷而作了緊急外科手術。被告人當時完全知道其導致了事故，並且意識到這可能致使他人受到傷害，而實際上也確實造成了傷害，將他人的身體完整置於危險境地，然而，被告人還是立即逃離了現場，既不理會現場情況，也不採取救助措施。VN Famalição地方法院對於被告人以幫助之不作為行為的正犯判處了罰金刑。被告人上訴至波爾圖上訴法院，認為在本案中並不存在不法性，因為事故發生後隨即有人到達現場施救，被告人不必救援

---

2. 經9月4日第59/2007號法律修改過的葡國《刑法典》。

3. 幫助之不作為罪最初引入葡國刑法典是在1982年，為該法典中的第219條。經1995年的修改，變成第200條。以後該法典雖又經數次修改，卻再沒有變動過規定幫助之不作為罪的條款的排序，故至今仍為法典第200條。

以助受害人脫離身體完整性受到傷害的危險，並認為事故的責任也不在於被告人。

上訴法院認為，本案要解決的問題並不是判定被告人或者被害人誰對事故有責，也不是判定被告人的責任是大於還是小於被害人。而事實上，被告人也是僅以幫助之不作為被控訴和被判處。

根據葡國《刑法典》第200條之規定，幫助之不作為分兩種情形，第一種情形是，在發生使他人生命、身體完整性或自由有危險之嚴重緊急狀況，尤其是該狀況係由禍事、意外、公共災難或公共危險之情況而造成時，不提供不論係親身作為或促成救援而排除危險之必需幫助。第二種情況是，前述情況是由應當提供幫助而不提供之人所造成。

上訴法院認為，具體就前述第二種情況而言，使他人生命、身體完整性或自由有危險之嚴重緊急狀況是由有幫助義務者所造成，也就是說，行為人單獨或者與被害人一道參與了引起該狀況（事故、禍事或者災難）的過程，因此產生了提供幫助的義務，而不論行為人本身是否有過錯。葡國最高法院司法見解認為，在交通事故當中，即使在被告人被免於指控為非自願的侵害身體罪的正犯，且經確認事故責任在於被害人的情況下，仍可以確定成立一種加重的幫助之不作為。<sup>4</sup>

據此，上訴法院的結論是，判斷是誰違反了規範、是誰實施了犯罪、行為人對於事故是否沒有責任，這些並無關緊要。換言之，即使是對於事故並無責任的當事人甚至是第三人，只要其符合其他的前提，也可能成為幫助之不作為罪的正犯。可以肯定，對於事故有責並非刑法典第200條的構成要素。上訴法院同時指出，即使是需要幫助者為事故的唯一責任者，幫助的義務仍然存在。

綜上所述，司法見解事實上將幫助之不作為的構成劃分為兩個不同層級：第一級，對於事故有責任但卻不提供受害人所急需的幫助；第二級，參與了引起事故的過程、但對於事故的發生並無任何責任者不提供受害人所急需的幫助。並且，司法見解明確肯定，不論對於事故有無責任，幫助的義務始終存在。

---

4. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça CJSIII tom0III.p .263.

那麼，是否存在第三級形式的幫助之不作為呢？

上述司法見解雖然澄清了即使於事故無責任，亦存在幫助的作為義務這一問題，但是，其論述的前提似乎僅僅局限於“行為人單獨或者與被害人一道參與了引起該狀況（事故、禍事或者災難）的過程”這樣一種情形。也就是說，行為人無論如何都必須與引起事故的原因有關，然後才會產生幫助之義務。

固然，得出這一結論更為符合相關案件的事實，也並無技術上的不妥，但是，卻由此帶出另外一個話題：除了上述兩級責任形式之外，是否尚存在這樣一種幫助之不作為，即對於事故的發生既無任何責任，也並未參與引起該事故的過程者不提供受害人所急需的幫助？如果按照前述分類標準，這應該是第三級形式的幫助之不作為。

本文認為，該第三級形式的幫助之不作為恰恰是立法者苦心構思的一種犯罪，正是這一形式的犯罪，成為了葡國《刑法典》第200條即澳門《刑法典》第194條所規定的幫助之不作為罪的基礎形式。

## 二、關於法律義務的若干學說

傳統刑法理論學說認為，刑法以處罰作為形式的犯罪為常態，以處罰不作為形式的犯罪作為補充。不作為形式的犯罪的設定必須具有一定的必要前提，即將不作為等同於作為必須有一定的理由。在一般意義上，只有那些威脅到社會關係安寧的不作為形式的行為才能夠與積極的作為相等同。<sup>5</sup>但是，具體將某些不作為在刑法意義上等同於作為仍然需要特定的條件。Eduardo Correia先生指出，不作為應僅限於那些負有法律上的特殊義務、從而將其置於一個保障者的地位、負有責任避免產生某種情景者。而且他強調認為，只有在這些限制內，該措施才不會是不確定的或者是任意的。<sup>6</sup>

5. [葡] Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Volume I, Almedina, p.302.

6. 前引Eduardo Correia, p.303.

因此，法律義務就成為構成不作為的必要條件，或者說，法律上的作為義務是產生不作為責任的前提。澳門《刑法典》第9條將這一要求明確規定下來，該條第1款規定，如一法定罪狀包含一定結果在內，則事實不僅包括可適當產生該結果之作為，亦包括可適當防止該結果發生之不作為，從而將不作為納入刑法的規範範疇。但是，該條第2款隨後又對於不作為責任的前提加以了限定，即以不作為實現一結果，僅於不作為者在法律上負有必須親身防止該結果發生之義務時，方予處罰。

傳統理論認為，法律義務具有三個來源：法律、合同以及行為人的先前介入行為（*ingerência*）或者先行（*preterintencional*）行為。

最為經常被作為法律來源的義務的例子，如父母親對於子女負有法律上的保護義務，在子女處於生命受到危及的情況下，比如遭到謀殺，父母親就有義務將其送至醫院救治，以避免死亡結果的發生。法律義務被認為是來自刑法以外的其他法律的規定。<sup>7</sup>

關於合同義務，可以給出的例子比如某人依合同警衛一個企業的設施，在發生偷盜的情況下，如果無需冒很大風險就能夠阻止竊賊偷盜物品，而此人並未加以阻止，則對於該盜竊，此人負有不作為的責任。合同義務被認為間接源自法律。<sup>8</sup>

至於第三種義務來源，即先行行為可以給出的例子，如A擦槍走火誤傷到B，因此A有法律責任送B去醫院，或者呼叫救護車，否則，如果證明A並未採取任何救護措施，結果導致B死亡，則A就要對B的死亡負責。“先前介入行為包括任何一種這樣的情形：某人造成了一種危險狀況，因此，其就有責任避免這種危險變為對權利的真正損害，而造成的危險可以是非法的，也可以是合法的。”<sup>9</sup>先行行為雖然並未明文規定於法律當中，但是卻內在地蘊含著法律的邏輯，並因此而成為作為義務的來源之一。<sup>10</sup>

7. [葡] Tereza Pizarro Beleza, *Direito Penal*, aafdl, volume 2, p.537.

8. 前引Tereza Pizarro Beleza, p.538.

9. 前引Tereza Pizarro Beleza, p.540.

10. 作為法律義務來源之一的先行行為所產生的義務與《刑法典》第194條第2款所規定的義務具有共性，如何理清這兩者之間的關係，本文將在隨後涉及這一問題。

似乎除了上述三種來源之外，不存在其他任何依據將不作為入罪，而這三種來源所產生的義務均被一般性理解為法律上的義務。

### 三、一般救助義務的創設

然而，將法律義務作為不作為刑事責任的唯一前提這一傳統學說，最終還是受到了挑戰，有學者質疑：這一法律、合同、先行介入行為的古老的說法是否應該被擴大，或者被取替？有力的例證比如一個成年人經過一個湖，看到一個孩子跌入水中，這個人是唯一的在場者，他只需伸出手將孩子拉出水面，但是，他沒有這樣做，結果，孩子死掉了。能說由於沒有法律上的行動義務這個人就不承擔任何刑事責任嗎？這種人與受託照管孩子的人有什麼嚴格的區別？<sup>11</sup>

正是基於這樣的質疑，以1966年刑法典草案分則部份第277條為基礎，參考了德國刑法典第250條c)項與法國刑法典第63條，葡國1982年刑法典第219條（即現行葡國刑法典第200條）創設了幫助之不作為罪。這一條文體現了一種社會互助的義務。該義務的構成是，在他人基本利益處於危險的情況下，臨近者應當提供幫助。<sup>12</sup>在特定情況下，為了一定的法益，也可以接受這樣一種行為義務，即使該義務並未由法律明文規定，這是社會互助共存本身的要求。<sup>13</sup>

但是，該第219條（即澳門《刑法典》第194條）顯然與同一法典第10條第2款（即澳門《刑法典》第9條第2款）的規定相背離。問題是，這兩個條款之間究竟是一種什麼關係？澳門《刑法典》第9條第2款的規定對於第194條的規定是否構成約束？

關於這兩個條款的解釋存在一些疑問，特別是關於第194條第1款所設定的幫助義務是否就是第9條第2款所要求不作為者本人的法律義務，這是一個棘手的問題。根據Figueiredo Dias教授的觀點，《刑法典》第194條所規定的是一種純粹的不作為，其中並不存在具有罪狀意

11. 前引Tereza Pizarro Beleza, p.547-548.

12. [葡] Manuel Simas Santos, CÒDIGO PENAL, notas de trabalho, Porto Editora, p.235.

13. 前引 Eduardo Correia, p.305.

義的結果，相應地也就不存在行為是否具有產生結果的相當性問題。他以這樣一個例子來說明第9條與第194條之間的關係，一個自行車運動員撞到了一個行人，導致其輕微擦傷，在此情況下，該運動員並未因其先行的介入行為而變得有義務保證其不會因傷口感染或者血友病而死亡。因此，不能根據第9條之規定因該人的意外死亡而對於該運動員予以處罰。但是，如果該運動員對於受害者不提供必要的救助以使其脫離身體完整性所受的危險，而且提供救助對其自身並無任何風險，則對於行為人應當根據第194條之規定，確切些說是第2款之規定加以處罰。<sup>14</sup>

本文認同，《刑法典》第9條第2款確實以“結果”作為構成該條所規定的不作為的要件，而第194條則不要求任何結果的出現，只要存在“有危險的嚴重緊急狀況”即滿足客觀要件。因此，第9條所規定的為非純粹的不作為犯罪，而第194條則為純粹的不作為犯罪。也可以說，二者所處理的是犯罪的兩個不同階段，如果以產生結果為標準來劃綫，前者處理之後的情形，而後者處理之前的情形。因此，前述這兩個條款之間是一種並行的關係，各自有其適用對象，不應予以混淆。<sup>15</sup>

事實上，幫助之不作為規範的立法者的目的恰恰為了填補第9條第2款所遺留下來的空間，因而設置了一個不同的機制。第194條所考慮的情形是，由於不存在法律義務，會導致異常和不公平的免罪——

14. 見Figueiredo Dias教授對於葡國最高法院1982年4月28日裁判所作註釋，載於RLJ第116號,p.56。該教授所討論的是葡國1982年刑法典第219條與第10條之間的關係，這兩個條文分別對應於澳門《刑法典》第194條與第9條，因此，本文將該教授的討論直接轉用於對澳門《刑法典》的這兩個條文的探討。

15. 這一點對於因先行行為而產生義務的情況特別具有意義。事實上，一個先行行為可能不論是置於第194條第2款下還是第9條第2款下均符合各自的規範要求，這表明這兩個規範的構成呈現出極為近似的外觀形式。葡國司法見解中，這兩個條款可以被同時適用於同一事實。例如，葡國最高法院就曾有裁判認為，在行為人故意傷害他人身體或健康而過失導致其死亡的情況下，該行為人不僅成為因結果而加重的傷害他人身體或健康罪的正犯，而且也成為幫助之不作為罪的正犯，因為其造成了對被害人生命的危險狀態。在此情況下，雖然行為人並無殺害被害人的故意，而是過失引至其死亡，但是，該行為人也負有救助的義務，將因其先前的危險行為而造成的危險排除。據此，最高法院認為，這是一種真正的競合。（ac.STJ de 7 de Março de 1990,Proc.040419）可見，非純粹的不作為與純粹的不作為之間並非水火不容的關係，而是可以同時存在，只不過各自需要考慮的要素並不相同：前者要考慮行為結果，後者只考慮危險狀態。

按照澳門《刑法典》第9條第2款的規定，如果不存在法律上的義務，就排除行為人行為的可罰性。<sup>16</sup>因此，幫助之不作為罪的設定，目的就是在第9條第2款的規定所限定的法律義務（包括法律明文規定的義務、因合同而產生的義務以及因先前的介入行為所產生的義務）之外創設一個一般性的義務，從而促使生活在社會中的全體公民都承擔起一種互相救助的責任。

那麼，究竟是否存在前述第三級形式的幫助之不作為？第194條第1款的規範內容可給出肯定的回答。根據Figueiredo Dias教授的觀點，第194條第1款所羅列的幾種危險狀況既可以是自然造成的，也可以是人為造成的。<sup>17</sup>顯然，自然產生的各種禍事、災難等排除了人為因素，因而也就談不到行為人參與引起的問題。換言之，即使在這種情況下，立法者也認為存在一種一般的救助義務。

而在人為的情況下，司法見解也確認，即使在需要幫助者自願引發事故的情況下，比如自殺，幫助的義務也仍然存在。<sup>18</sup>

因此，可以合乎邏輯地得出結論：確實存在第三級形式的幫助之不作為責任，即對於事故的發生既無任何責任，也並未參與引起該事故的過程，但是仍然有責任提供必需的幫助。

值得強調的是，雖然第194條第2款規定了危險係由應當提供幫助而不提供之人所造成的情況，但是，真正處於該條核心與基礎地位的是第1款的規定。正如上文所指出的，該款的立法用意是創設一種對於任何人均適用的一般性義務，即使這個人既不是事故的責任者，也並未參與引起該事故。而第2款的邏輯則是，既然連前述的與事無關者都負有這樣一種救助義務，就更不要說參與了引起事故的過程，或者對於事故有責任的人。因此，在這種情況下的不救助行為的法律後果要重於第1款的法律後果。

---

16. 前引 Manuel Simas Santos, p.235。同樣，學者在這裡所指的是葡國刑法典，為了方便起見，本文直接轉用於澳門《刑法典》的相應條款的探討。

17. [葡]Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do CÓDIGO PENAL*, tomo I, coimbra editora, p.849.

18. 前引2004年2月25日第0344756號裁判，以及ac.RP de 25 de Fervereiro de 2004; CJ, XXIX, tomo 1, 219。



然而，儘管《刑法典》第194條第1款將因禍事、意外、公共災難或公共危險之情況而造成的嚴重緊急狀況列為幫助之不作為的客觀條件，但是這並不真正意味著任何人在任何情況下都可以成為該犯罪的主體。Eduardo Correia先生指出，任何一個目睹他人窒息的人可以去援救，但是如果他不去援救，窒息者死亡，不能對其以窒息者死亡而歸責。同樣，如果某人看到發生火災，雖然他可以去報警或者去滅火，但他並未這樣做，對該人也不能因其不作為而導致對其歸責。<sup>19</sup>Taipa de Carvalho先生也認為，並不是任何人都有法律義務去援救一個在公園湖中溺水而有生命危險的小孩。<sup>20</sup>司法見解則確認，只有那些“直接獲悉”危險狀態者有義務提供幫助<sup>21</sup>。

所以，一方面，《刑法典》第194條第1款確實設定了一種一般性義務，但另一方面，並非任何人都必然會成為該義務的實際主體。或者可以說，並不是所有不提供幫助者均須承擔相應的刑事責任。要對不提供幫助者追究刑事責任，尚需限定其他的客觀要件，比如行為人直接知悉並在場或最為臨近出事地點等等，這樣，就將該條款的適用框定在一個合理的範圍之內，而不會無限度擴張，以至於造成不應有的滋擾。

#### 四、刑法所要求的幫助義務的限度

將幫助之不作為設定為犯罪顯然具有相當的道德含義，其所預設的問題是，當他人有難時是否應當以刑法要求提供必要的救助？而更為關鍵的問題是刑法能夠要求人們提供什麼樣的救助？

從純粹道德意味上，首先必須肯定人的自保意識，換言之，每一個體的生命與身體完整性都具有同等的價值，因此，首先保全自身的生命與身體完整性既是人本能的選擇，也符合最基本的生存法則，所以也就符合基本的道德規範。<sup>22</sup>也就是說，如果要將一個人自身的利

19. 前引Eduardo Correia, p.303.

20. [葡] Américo A.Taipa de Carvalho, *Direito Penal*, Volume II, Porto, p.426.

21. ac.RP de 18 de Outubro de 2000;CJ,XXV,tomo 4, 58.

22. 單純從道德意義上說，保全自己的利益毫無問題，而在無害他人利益的前提下自願損害自己的利益也並不存在問題，以此為立法倫理基礎，自殺、自傷、自殘的行為（完全不假於人手，否則幫助者仍應承擔責任）在刑法上並不給與否定評價。

益與他人利益作比較，則兩者並無高下之分。最為理想的舉止狀態是，既能利己、也能利人。而既損己又損人的舉止違背基本的生活法則，因此，絕少會有人作出如此選擇，即使是出現，也多半出於認識錯誤，或者說本意是為利己而損人，或是為利人而損己，但結果卻於人於己兩皆損。但在這種情況下，由於損害他人利益，刑法具有了可能介入的理由。極為違背道德的行為是損人利己，在這種情況下，利己是以損害他人利益作為代價，顯然破壞社會倫常，因而刑法也具有可能介入的正當理由。最後一種假定的情形是損己利人，或者說是捨己救人，該行為以自己的失去來換取他人的獲得。行為人作出的也是自願放棄自身利益或者自願使自身利益受損的行為，但原因卻並非出於為自己，而是為了他人。換言之，行為人在自身利益和他人利益之間作出比較後，選擇了後者。這種行為看起來似乎有悖於常理，實則體現了人類最為美好的精神境界。

從以上所列舉的數種情形來看，只要不損害他人利益，保全自身利益與捨己救人同樣符合道德準則。比如，甲眼看乙要被急駛而來的汽車撞倒，甲可以上前將乙推開，但是，他自己可能因此被車撞倒，在這種情況下，甲未上前推開乙，結果乙被車撞死，甲則保全了自身的生命。在這種情況下，甲的“不作為”不具有可譴責性，相反，甲維護自身生命的舉動不違反基本的人倫意識。相反，如果甲上前相救，結果被車撞倒並死亡，換來乙的生存，甲的行為也符合道德，並值得頌揚。但是，顯然，英勇救人而獻身的舉動絕非社會中人人都能夠做到。

上述兩個論斷之間看似自相矛盾，然而，恰恰體現了刑法將首先是一個不道德的行為犯罪化的基本要求，那就是必須區分基本層次的道德與超越層次的道德。

所謂基本層次是促使和維持社會有序化的層次，這一層次的道德對於維持社會的常態和基本的秩序必不可少，用哈特的話說就是“社會生活必需的最低限度的道德”<sup>23</sup>，用魏德士的話說就是“對一切市民都有效的道德的最低限度”<sup>24</sup>，博登海默則將這個層次的道德歸為

23. 張文顯：《二十世紀西方法哲學思想研究》，法律出版社，1997年，第430頁。

24. [德]魏德士著，丁曉春、吳越譯：《法理學》，法律出版社，2005年5月，第180頁。

“社會有序化的基本要求類別”，他指出，“它們對於有效地履行一個有組織的社會必須承擔的任務來講，被認為是必不可少的、必要的或極為可欲的。”<sup>25</sup>在這個層次裏，生命、身體完整性、人格尊嚴、人身自由和財產自由等等，都可以合理地構成社會秩序的基本要素。這些價值觀所提出的都是一些具體的行為要求，比如“不能殺人”，“不能傷人”，“不能侮辱人”，“不能囚禁他人”，“不能偷盜他人財物”，失去這些規範的束縛，社會秩序是不可想像的。因而這些規範所保護的要素也必然合理地構成道德所應該保護的最基本層次的價值。對這些價值的維護沒有退後的餘地，相應的侵害行為屬於“是可忍，孰不可忍”。對這些價值的當然尊重，是不分婦孺、不分長幼、不分個性修養、不分受教育程度高低的最為普適的觀念，因而，也是社會最起碼的道德觀念。正是在這個層面裏，刑法規範與道德規範發生了重合。也就是說，刑法所關注和保護的，恰恰是基本層次的道德所宣導和維護的社會的基本價值。耶林內克曾提出過一個著名的公式，即法律是“最低的道德要求”，因此，刑法應該保護的是“社會規範的基本價值”。<sup>26</sup>因此，有必要以刑法保護社會生活的基本條件，如果某一道德上可譴責的行為對於這些基本條件造成社會危害，就有必要將該行為予以犯罪化。但也必須強調，在確定某行為的社會危害性之前，必須確認該行為所侵害的是否為社會的基本價值，必須考慮哪些是社會的基本價值，為此，必須謹慎考量所有的社會利益及其對一個社會的價值度，以準確判定其是否屬於社會基本價值層次。這些價值已經不僅僅屬於道德的維度。事實上，這種不道德的行為已經侵犯了法益，因此，應該予以犯罪化。

這已經不是一個單純的理念，實際上正如上文所指出的，諸如對於生命、身體完整性、人身自由和財產自由等等基本價值，早已完成了從道德規範到刑法規範的演變。除了這些之外，還有一些道德違反行為也被納入刑法的規範範圍，如公開侮辱他人的宗教信仰、擾亂死

---

25. [美] E·博登海默著，鄧正來譯：《法理學法律哲學與法律方法》，中國政法大學出版社，2004年1月修訂版，第391頁。

26. [德]岡特·施特拉騰韋特及洛塔爾·庫倫著，楊萌譯：《刑法總論I-犯罪論》，法律出版社，2006年2月，第28頁。

者安寧、亂倫、露陰等行為，這些行為表面上看起來似乎沒那麼嚴重的社會後果，但它們確實“破壞了法律的安寧，而沒有這種安寧，一個自由的社會制度是不可能存在的。”<sup>27</sup>

與基本層次的道德相對應的是所謂超越層次的道德。這個層次的道德規則所提出的，是超越物質的精神要求，其目的是提高人類的生存品質，引導和規勸人們去尋求生活中的真、善、美。這些規範“包括那些極有助於提高生活品質和增進人與人之間的緊密聯繫的原則，但是這些原則對人們提出的要求則遠遠超過了那種被認為是維持社會生活的必要條件所必需的要求。”<sup>28</sup>

人與動物的最大區別就在於，人既是物質的也是非物質的，非物質的世界多元而又沒有劃一的世界觀。比如慷慨和仁慈，有人會認為施捨錢物給乞丐是一種善行，而有人會認為不捨與錢物以促使其自立是一種更大的善行。人的精神世界當然也有高下之分，有的人品性高尚，心胸開闊，樂觀達然；有的人品格卑微，度量狹窄，悲觀戚然。正是由於精神領域的多樣性，社會對於某些“不齒”的行為的反映通常是抨擊和反對與寬容和忍讓共存。正是這個層次的道德，使刑法規範與道德規範完全區分開來。

刑法應該避開超越層次的道德，讓位給這個層次的道德去規範相應的行為。相關的例子有：成年人之間的同性戀、通姦、獸奸等。如果對這些違反道德的行為施以懲罰，那麼“限制的僅僅是個人的自由，但是，對於社會制度在功能方面的能力來說，不僅是多餘的，而且甚至是有害的。在這種情況下，刑事懲罰通過使融合在社會中的人蒙受恥辱的方法，就造成了不必要的社會衝突。”<sup>29</sup>刑法在這些道德問題上的退讓表明，相關的道德違反行為尚未達到侵害維持社會基本的生活條件的程度，因而刑法沒有必要介入，而保留給相關的道德規則去評價，這樣做反而會有利於社會的和諧。同時，這一方面是社會

---

27. Roxin,轉引自Maria da Conceição Ferreira da Cunha,Constituição e Crime,porto.1995. p150.

28. 前引E·博登海默，第391頁。

29. 〔德〕克勞斯·羅克辛著、王世洲譯：《德國刑法學·總論》第一卷，法律出版社，2005年5月，第15-16頁。

寬容精神在刑法立法中的延續，另一方面也體現了對人的另一價值的尊重，那就是自由。

最後必須指出的是，即使是基本層次的道德觀也僅能作為刑法立法的基礎，而不能直接代替刑法規範，這是由於道德與法律兩種不同規範的表述方式存在重大差別。<sup>30</sup>

就《刑法典》第194條而言，雖然該條款確實反映了一定程度的道德規範刑法化，但是由於其立法邏輯是僅對社會成員提出“無危險救助”的要求，也就是說，提供救助不應對救助者的生命、身體完整性或自由等出現嚴重危險，否則可以不提供救助，而這種情況下的不作為無需承擔刑事責任，可見，這一立法抉擇只維持在不得不得的限度之內。所以，這一法律要求並非一種超越性要求，而是一種基本要求，即在行為人不損害自身利益的情況下救助他人。所要求的僅僅是舉手之勞，可以想像，如果生活在社會中的成員連這一點都不能做到，那對於社會將會是致命的。因此，將該行為犯罪化具有相當普遍的社會意義，同時，也嚴守了刑法與道德之間的界限。也可以說，幫助之不作為罪的設定並不意味著立法者選擇了道德規範的泛刑法化道路。儘管犯罪的設定確實蘊涵著深厚的道德基礎，但並非任何道德規範都有必要轉化為刑法規範。<sup>31</sup>

30. 前引E·博登海默，第397頁。

31. 在本文的寫作中，也注意到我國內地人大層面曾經提出過設立見死不救罪的問題（見《100多人大代表建議增加見死不救罪》載於2001年3月9日檢察日報）。學者們近年來對於是否應該設立見死不救罪也展開了熱烈討論，發表了大量的文章，如張建軍：《我國刑法分則應增設不予救助罪》（蘭州交通大學學報第25卷第5期），方也媛：《見死不救犯罪化探析》（長春金融高等專科學校學報2007年第2期），楊娟：《關於不作為犯罪作為義務來源的幾點爭議》（理論觀察2005年第5期），李春斌等：《設立見死不救罪的冷思考》（甘肅政法成人教育學院學報2005年第2期），張東平：《見死不救犯罪化質疑》（河北工業大學成人教育學院學報2004年第4期），王懷章：《試論見死不救犯罪化》（青海社會科學2003年第5期），李健、任成璽：《道德義務不應成為我國不作為犯罪中作為義務的來源》（河南省政法管理幹部學院學報2001年第6期），汪力、鄒兵：《關於見死不救的法理學和刑法學思考》（西南師範大學學報2001年第6期），張永紅、吳方青：《見死不救犯罪化芻議》（新疆警官高等專科學校學報2006年第1期）等等。其中，既有支持設立見死不救罪者，也有反對者。本文基於上述邏輯，認為我國內地刑法中應當設立見死不救罪，但同時也同樣應當劃清基本層次的道德與超越層次道德界限，以避免刑法泛道德化。

