

基于领域性支配的保证人义务： 反思与重塑

张梓弦^{*}

内容提要 我国司法实务往往倾向于无条件认为,当行为人对特定空间领域有着实质性的支配权限时,其应对发生于该领域内的所有法益侵害事态担负保证人义务。但一方面,基于空间领域的权利属性而直接推导出国家给付职能的让渡并不可取;另一方面,空间领域封闭且排他的物理属性不能使之一概被视为在犯罪的具体因果流程中发挥了决定性作用。从消极义务的三重维度内涵出发,行为人因领域性支配而可能担负保证人义务的情形有二:其一,被支配的空间领域本为危险源或内含危险源的场合,行为人应确保自身管辖领域不外溢风险;其二,若被保护者所处空间不存在任意的脱离机制,进而导致其必须将自己的部分权利领域让渡至行为人处,并由此放弃自行保护措施以致防御能力大幅减退时,行为人应基于此让渡而履行尊重他人权利领域之不可侵性的义务。在此,“支配”仅为用以推断被害人之于行为人的权利让渡的下位素材,而非保证人义务的普适性法理基础。

关键词 领域性支配 保证人义务 危险源 权利让渡 不作为犯

目 次

- 一、两个悬而未决的问题:领域性支配的特质及义务边界
- 二、基于领域性支配的危险监督(犯罪阻止)义务
- 三、基于领域性支配的保护保证义务
- 四、结语

^{*} 北京大学法学院助理教授,法学博士。

一、两个悬而未决的问题：领域性支配的特质及义务边界

本来,第三人在自由意志支配下对他人的权利领域造成了侵犯,或他人法益在非基于介入因素而径自陷入濒危状态时,除非行为人与创设危险的第三人或被害法益之间具有特殊的身份关联,否则,刑法并不能强制行为人对此等风险负有连带责任。然而,当行为人对特定空间领域有着实质性的支配或管理权限(即领域性支配)时,我国司法实务往往倾向于无条件地认为其应对发生于该领域内的所有法益侵害事态担负保证人义务。

如案例1,鑫浪公司所属浴场员工丁某在谭某等另外五人的协助下,利用公司经营正规酒店浴场业务作掩护,在该浴场二楼设置暗门及房间,以供他人卖淫嫖娼。被告人杨新某系涉案浴场的实际经营支配者,从始至终未参与卖淫嫖娼活动等任何策划或实施,但在得知浴场被丁某等人用以违法行为后却置若罔闻。法院认为:“被告人杨新某知其经营的浴场内存在卖淫嫖娼活动,不仅怠于管理且放任违法行为发生,其行为已构成组织卖淫罪,且属不作为共同犯罪。”^①

案例2,被害人董某来到张某的住处并与之发生性关系,但约一分钟左右,董某因心脏病发作口吐白沫。在此情况下,张某虽为昏迷的董某服用过药物,但最终仍未采取进一步的救治及送医措施以致董某死亡。法院指出:“被害人因其与被告人张某发生性关系时心脏病发作而不省人事,被告人张某应当预见被害人得不到救治会产生死亡的后果而放任这种后果发生,在张某家中只有其与被害人的特定环境中,被告人张某负有救助义务。”^②

以上案例表明,司法实务认为,特定空间领域的支配或管理权限者除应担负“消除起始于该领域内的一切自设或他设风险”之义务外,另需担负对落入该领域内的脆弱法益施以适时救助之义务。然而,将如此严苛的负担横加于空间领域支配者,并不具备无可辩驳的正当性。为了缓解义务与自由之间的张力,我国学界在晚近十余年里逐渐放弃了曾一度被奉为圭臬的形式法义务论,继而试图经由“一元的支配概念”以赋予所有保证人类型普适性的法理基础。于是,“因果流程的排他性支配”或“引发结果之原因支配”等关键词一跃成为构建保证人义务理论的核心;在此立场下,部分学者也将领域性支配视为因支配而肯定保证人义务的诸多情形中的一例典型。^③

以往的学说虽不乏对领域性支配有所提点,但一个不容忽视的事实是,将支配概念作为普适性义务来源加以证成,并不意味着领域性支配在事实或规范层面定然与其他较易接纳的保证人类型共享同一底层逻辑。正如开篇所述,当行为人仅享有领域性支配,但与领域内实施犯行的第三人或遭受危殆化之法益主体间并无规范意义上的连接点时,

① 黑龙江省海倫市人民法院(2015)海刑初25号刑事附带民事判决书。

② 上海市闵行区人民法院(2018)沪0112刑初1136号刑事判决书。

③ 参见张明楷:《刑法学》(第6版上),法律出版社2021年版,第204页;周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2021年版,第112页;黎宏:《“见死不救”行为定性分析》,载《国家检察官学院学报》2011年第4期,第71页。

由作为事实状态的支配直接推导出义务的存在,显然有着莫大的逻辑飞跃。究其原因,学界现有的研究恐怕对如下两个方向性问题有所忽视:

其一,领域性支配区别于其他支配类型的特质是什么?为何基于此特质可直接产生相应的权利义务关系?从实然的角度而言,对于空间领域的支配往往仅意味着行为人对该领域内发生的法益侵害事态具有介入可能性(潜在的结果回避可能性),因而就阻止发生于领域内的第三人犯行或救助脆弱法益来说,支配这一事实状态所关涉的无外乎只是一个“能为”(Können)的视角,而并不意指行为人在此时必须介入其中履行“当为”(Sollen)之义务;^④即便行为人对相应领域有着独占性的支配权能,这无非也只能进一步表明,行为人系在法益侵害发生时于效率或道义层面最可能施救之人,并不代表他是于法律层面应当或必须施救之人。故在能为尚不足以必然地推导出当为的前提下,若要肯定基于领域性支配的保证人义务之成立,则必须对领域性支配是否另行具备超然于一般事实状态的特质等问题加以考察。在此,值得进一步思考的问题有二:(1)鉴于法秩序原本便赋予了住宅权人/领域支配权人在自身支配的领域内完全屏蔽一切外界干预而自由发展人格的权利,那么支配权人的义务负担是否由来于这一权利属性的反射效果?(2)与此同时,既然被私人独占性支配的空间有着足以隔绝一切外界干预的特质,这是否也意味着,空间领域的支配不仅仅有着停留于“为实施自我答责之举的第三人提供犯罪场所”这一维度的内涵,而是在此之上因其特质可另对犯行的实施有着进一步的促进或助推效果,从而导致第三人实施的犯罪亦可落入行为人的答责领域内?

其二,基于领域性支配的保证人义务之边界为何?一直以来,我国学界的目光主要聚焦于基于领域性支配的保证人义务证立,而对此义务类型的边界为何等问题鲜有问津。其结果便是,部分论者在义务来源等前提问题尚不明晰的情况下,便将若干并不恰当的限定标准嫁接至其中。如有论者指出,行为人对自己支配场所内的危险负有阻止义务,如演出场所管理者在他人表演淫秽节目时负有阻止义务,而出租车司机在男乘客强奸女乘客时不管不问可成立强奸罪的不作为共犯;但同时又认为,“他人的危险行为造成法益侵害时,由其本人承担刑事责任,但在他人不能控制危险或不可能承担刑事责任等情形下,行为人基于法律规定、职业或法律行为对他人负有监管等义务时,应要求行为人对他人的危险行为予以阻止”^⑤。可见,此观点一方面肯定了刑法原则上不要求行为人介入他人的意思自治而对具有完整答责能力之人的犯罪行为予以阻止,但另一方面却在领域支配这一特殊场景之中,肯定了支配者需对他人自我答责之犯罪行为的阻止义务。虽然论者将此情形下的义务边限定为“仅有该领域的支配者可以排除危险时(具有排他性),才能要求该领域的支配者履行义务”^⑥,可纵然如此,以“排他性要件”作为保证人义务的限制路径仍不能谓之成功。理由在于,倘若将“排他”的意涵理解为设定面

^④ Vgl. Nicolas Mähner, Zur Garantenstellung aus Verantwortung für Räume und Grundstücke, 2015, S.109f.

^⑤ 前注③,张明楷书,第199、204页。

^⑥ 前注③,张明楷书,第204页。

向侵害法益结果的因果流向后排除他人的介入可能性,^⑦便意味着,当保证人和法益侵害结果之间并未介入其他基于自由意志而可自我答责的第三人时,保证人的支配系“排他性”支配。但不难看出,这一将答责领域分配之视角融入其中的论断分明应指涉保证人的正犯性,而与其法理基础并未有直接的关联,即排除他人介入的归结应是行为人系“一次性的答责主体”,而非保证人地位本身的逻辑使然。因此,凭此混淆正犯性基准与可罚性基础的视角以期作为基于领域性支配的保证人义务之边界限制,难免有所牵强。

本文旨在回答上述两个问题。在方法论层面,笔者将逐次阐述开篇两则判例所分别映射出的危险监督义务及保护保证义务,并对领域性支配究竟是否具备可推导出相应义务的特质加以批判性诠释。在结论层面,笔者将表明,支配本身至多仅为用以推断义务生成的下位素材,真正决定义务成立的两个视角应是“行为人自身的管辖领域是否外溢风险”及“被害人是否以削减防御能力的方式而将部分权利领域让渡至行为人处”。

二、基于领域性支配的危险监督（犯罪阻止）义务

一般而言,倘若跳出事实的视角而深入至义务论维度,大体可以认为,可使他人负担义务的正当性依据往往源自以下两种情形:(1)个体基于理性的抉择而自愿许诺承担义务,此即“自我立法式的义务证成思路”;^⑧(2)法秩序赋予个体以利益的同时,而使之作为利益的对价所负担的义务^⑨。以领域内的危险监督(犯罪阻止)义务为例,在如案例1等并不存在直接被害人的场景中,显然无法径直通过路径(1)而在行为人和被保护者之间构建起关联性,并经由法益保护义务的确证而反向推知针对该法益的危险监督义务之存在。此时,若要回答“为何仅由空间场所内创设风险的自律第三人为事件负责尚不足够,还需另行筛选出领域支配者作为额外的答责之人”等问题,首先应检验是否存在以路径(2)为起点的义务确证可能性。

(一) 领域性支配的特质一：作为赋权之反射效果的义务负担

早期一种颇为流行的观点认为,既然公民得以在其权利空间内不受干扰地依自身意愿处分其权利,是以他必须独自承受权利空间内可能产生的各种意外风险为代价,^⑩那么基于领域性支配的危险监督(犯罪阻止)义务的正当化依据,便可能由来自于行为人因享有住宅权/空间支配权而生的反射效果^⑪。既然一国的宪法总是毫无例外地对住宅的平稳及不可侵性施以特别的保护,^⑫即便是公权力机关也仅在极端例外的情况下方能对发

⑦ 参见李晓龙:《论纯正不作为犯的等价性》,载《法律科学》2002年第2期,第52页。

⑧ 参见[德]沃尔夫冈·凯尔斯汀:《良好的自由秩序》,汤沛丰译,商务印书馆2020年版,第203页。

⑨ 参见[美]A.约翰·西蒙斯:《证成性与正当性》,毛兴贵、朱佳峰译,上海人民出版社2023年版,第45页。

⑩ 参见陈璇:《紧急权:体系建构与基本原理》,北京大学出版社2021年版,第16页。

⑪ Vgl. Siegfried Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, 1933, S.115f.

⑫ 如我国《宪法》第39条;日本《宪法》第35条:“……如无基于正当理由由签发并明示搜查地点和扣押物品之令状的情况下,任何人的住所、文书及财物均享有不受侵入、搜查和扣押的权利。”;德国《基本法》第13条:“(1)住所不得侵犯;(2)搜查唯法官命令,或直面紧迫危险时,由其他法定机关命令始得为之,其执行须依法定程序。”

生于特定领域内的犯罪情状加以干涉；因而作为这一权利赋予的反面，国家实为通过放弃对住宅等空间领域的干预可能性，以将空间领域内的秩序保障等任务让渡给相应的领域支配者，期待并信赖其可在（包括由自律第三人造成的）任一法益侵害事态发生时有所作为^⑬。基于此权利属性使然，既然任一空间领域的特质本即由填充该空间的客观事件及在空间内发生的人际关系所决定，而非仅停留在纯粹的物理之维，故毋宁认为，诸如私人住宅等即是法秩序为个体所分配的行使支配权的封闭答责空间，支配者也相应地在社会维度被委以于该封闭答责空间内确保“社会财”（Sozialgüter）免遭任意形态之危险侵蚀的社会职能。^⑭如此一来，领域性支配即是一个基于权利及义务的不可分性而得以自证的监督保证人类型。

上述观点不仅曾一度为德国联邦法院所采纳，^⑮近年来也为我国部分学者所附和^⑯。但细究其里，由空间领域的权利属性直接推导出无条件的危险监督义务并不足取。

第一，诚然，在大多场景中，住宅的确因其权利属性而足以形成一个封闭且排他的物理屏障。但如果认为住宅支配者必须在此屏障内基于国家的职能让渡而负有包括犯罪阻止在内的消除一切风险之义务，无疑是不当地将此时的支配者提升至“在特定领域内代行国家职能的私设警察（Privat-Polizist）”的地位。^⑰不难发现，前述论断所恪守的一个前提是，国家之所以会在这类情形中对自身的给付职能有所让渡，原因便肇始于私密空间领域可无差别地隔绝一切外部感知可能性，并由此妨碍救助性因果流程的介入。然而，如下情形便可构成这一说辞的反例：在部分人声鼎沸的居民区中，进入至他人住宅领域内的被保护者尚有极大可能性通过隔窗呼救或破门而出等方式寻求救助，但在深夜时分的荒郊野外，此时的救助可能性较之于前述居民区内的场景无疑会大幅骤降。^⑱两相比较可知，外部干预可能性的锐减并非是封闭性空间领域所独有的特质，这一经验层面的事实素材也难以被推而广之作为普适性的义务证成逻辑。

第二，即便个体因享有空间支配权而在民法中负有安全保障义务，也并不意味着由此可推导出刑法意义上的犯罪阻止义务。以“徐某等强奸案”（案例3）为例，徐某于某日将被害女性带至陈某住所内，当晚徐某对该女性行奸淫之事时，陈某却对此未加阻拦。法院指出：“本案义务来源的种类应属法律行为引起的作为义务，该法律行为是指在法律上能够产生一定权利及义务的行为，……被告人作为房间的提供者和管理者，对一定空间内具有安全保障义务，系民法上的义务体现；正是由于其未履行这项义务，才使刑法所保护的妇女性自由权受到侵害。”^⑲但是，且不论直接将私法义务转置为刑法中的保证

^⑬ Vgl. Holger Preisendanz, Strafrecht, 30. Aufl. 1978, S. 77.

^⑭ Vgl. Richard Bärwinkel, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968, S. 141-144.

^⑮ Vgl. BGH NJW 1966, 1763; BGHSt 27, 10.

^⑯ “房屋在物理上与外界隔离，……如在房屋内遭他人侵害，获取外界救助的可能性就比在公共场所小很多。”李世阳：《以不作为方式参与他人犯罪的责任归属》，载《法律科学》2023年第3期，第127页。

^⑰ Vgl. Wolfgang Naucke, Urteilsanmerkung, JR 1977, S. 292.

^⑱ 松尾誠紀「不作為による共犯の限定化について」北大法学論集 53 卷 6 号（2003 年）1809 頁参照。

^⑲ 上海市奉贤区人民法院（2011）奉刑初 879 号刑事判决书。

人义务所可能招致的形式法义务论回潮之嫌,一方面,就危险监督这一层面而言,当空间场所本身并非如下文所述的固有危险源时,民法中安全保障义务的射程并不能及于第三人基于自由意志的故意侵权;^{②①}另一方面,在涉第三人侵权的事例中,我国《民法典》第1198条第2款规定场所管理者至多对此仅承担补充责任,^{②②}而施害的第三人方为终局性的侵权责任人^{②③}。在此意义上,将一个本为贯彻侵权法的预防功能而承担补充责任之人径直升格为刑法意义上的不作为共犯,显然有失妥当。

第三,倘若将自律第三人通过实施犯罪而创设出的风险管控也纳入支配者的义务射程内,即意味着支配者所享有的空间支配权虽徒有主观权利之名,但实为如双亲之于子女的亲权那般,系时刻与义务相绑定的“义务性权利”(Pflichtrecht)。^{②④}但与之相对,宪法对于住宅不可侵性的规定却是一个不折不扣的“防御权”(Abwehrrecht),^{②⑤}即法秩序仅仅是通过宪法而对个体的住宅设置了“免受任何人侵犯”的保护底线。故此,为何在领域性支配这一特殊的场景下,本来的防御权却可摇身变为义务性权利,这显然难以自圆其说。^{②⑥}在这个意义上,住宅权于宪法中的确证仅意味着公民皆负有“不得肆意侵入他人住宅”这一原初的消极义务,而与空间领域内的保证人义务确证并无关联。

(二) 领域性支配的特质二：空间领域因其性质或状态而可被视为危险源

有鉴于上述疑点的存在,即便是大多支持将支配概念作为保证人义务的普适性法理基础的学者,也在后来对前述解释路径的发展有所克制和反思。这一反思的结果便是,部分学者转而将视角回归至危险监督义务的初始逻辑,并依此认为,既然危险监督义务的底层内涵在于“不得由自身管辖领域外溢任意形态之风险”,由此便可将领域支配者的义务负担限缩为如下两种情形:第一,行为人所支配的空间场所本为危险源或内含危险源;第二,行为人所支配的空间场所本身虽并不内含危险源,但该场所因其性质或状态而对领域内第三人的犯罪实施有决定性的引发或促进作用,因而可被视为危险源。

按照传统观点,前述第一种情形即揭示了既往不作为犯教学体系中最为典型的危险监督义务类型。例如,若行为人所管辖的领域是诸如大型冷藏库、内含有毒性/腐蚀性的气体/液体等工厂生产车间之情形下,行为人务必确保并无无辜第三人的法益涉入其中而因该领域所固有的风险遭到侵蚀。同样,当行为人所管辖的空间本身并非固有的危险源,但如房顶易坠的瓦片有随时下落而伤及领域内无辜第三人的风险时,则房主理应对

^{②①} 参见洪国盛:《论第三人行为与违反安全保障义务的责任承担》,载《法学》2020年第9期,第120页。实务中也存在否定场所支配者对“饭店内消费人员的故意伤害行为”担负安全保障义务的判例。参见黑龙江省林甸县人民法院(2019)黑0623刑初51号刑事附带民事判决书。

^{②②} 更何况,从《侵权责任法》到《民法典》,我国向来是将安全保障义务的主体限定为如开篇案例1所示“经营场所、公共场所的经营管理者”,这一规则能否无条件适用至案例3等私人住宅的情形,也有待斟酌。

^{②③} 参见程啸:《侵权责任法教程》(第4版),中国人民大学2020年版,第218页。

^{②④} 在双亲之于子女的亲权中,双亲享有的任一权限都与子女的福祉贯彻这一积极义务相对应,从而为子女发展为独立之人格体奠定基础,此曰“义务性权利”。Vgl. Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band.10, 9.Aufl. 2024, § 1626 Rn.7.

^{②⑤} 参见张翔:《基本权利的受益权功能与国家的给付义务》,载《中国法学》2006年第1期,第34页。

^{②⑥} Vgl. Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S.362.

此内含的风险予以彻底消除。^{②6}在这个意义上,上述第一种情形并不存在超越素来理论范畴的独特之处,与其说此时的行为人因支配了空间领域而成为危险监督义务负担者,毋宁说空间场所于此不过是行为人所管辖的危险源之具象化。

与之相对,前述第二种情形则是学界后续理论发展及反思的产物。以许内曼为代表的部分固守一元支配概念的论者指出,既然使不作为犯得以与作为犯相等置的核心要因在于,不作为亦应如作为那般对引发结果的原因有着现实性支配,那么若将此基准移至领域性支配的场景,一个合理的界定标准便是,仅当“住宅等空间并非只是偶然地沦为犯罪发生的场所,而是因其特性在犯罪的具体因果流程中发挥了决定性的功用时”,方可在结果原因支配的语境下肯定领域支配者的危险监督义务。以此为前提,当被害人试图于公寓内躲避凶手的追杀,但却因房主先前紧锁了前门而被阻挡时,锁闭的公寓即可视为支配者管辖范围内的危险源,故可由此致生支配者于危险发生时的封锁解除义务。但除却上述历来被归为安全保障义务的情形外,“如组织家庭聚会的房主看到可疑的客人顺手牵羊拿走他人钱包,或试图拽下其他客人脖颈上的珍珠项链时,该房主或因保持沉默而危及他作为一个体面主人的声誉,但却决不会因此身陷囹圄,理由恰在于,此时的空间场所无非只是一个偶然的事发现场,碰巧涉身于此的房主与该事件的关联度绝不会强于任何邻近的第三人”。^{②7}

较之前一论证路径,上述观点因结果原因支配说在不作为犯领域的壮大而获得了更多支持。除许内曼列举的个别事例外,另有学者进一步提炼此规则,并指出“若他人支配的空间被用作罪犯的藏身之处、犯罪活动的集结地或赃物存置处”^{②8},或“住宅的布局为不法侵害者攻击他人提供了便利(如将地下室改建为外部无法感知的隔音地牢),或致使被害人实施防御或退出空间的难度加剧”^{②9}等情形,亦可遵照此观点而肯定犯罪阻止义务的存在。在此背景下,德国联邦法院也自20世纪80年代起一改往日立场,将“空间领域因其性质或状态而可被视为危险源”作为标准推而广之,并据此在“房主夫妇在数名男性将一名女性带至自己的屋内施暴后却未能阻止”“被告人并未劝阻同居者在自己的房屋内为进行毒品交易而对毒品进行分割、称重、保管等行为”“被告人在知情后仍未对盗窃犯将窃得的机动车放置于自家车库内的行为加以制止”等事例中,否定了住宅之于相关犯罪而言除作为事发现场外的积极意义,继而否定了保证人义务的成立。^{③0}对此,我国同样有学者在文献中援用了此立场,^{③1}我国司法实务中也出现了部分遵照“空间场所在部分场景下可因其性质而可被视为促进他人犯罪实施的危险源”这一底层思路

②6 这也是可正确援引前述安全保障义务加以说理的典型。此外,如被害人误将自己禁闭于他人住宅的地下室且无法向外求救时,自房主知情起,其理应负有释放被害人的义务。理由在于,此时封闭空间之于被害人的拘禁效果而言本就是一个危险源,危险监督义务的负担则是源于空间的封闭属性使然。

②7 Vgl. Bernd Schünemann (Fn.25), S.361f.

②8 Hans-Heinrich Jescheck, in: Leipziger Kommentar StGB, 10.Aufl. 1985, § 13 Rn.44.

②9 Thomas Weigend, in: Leipziger Kommentar StGB, 13.Aufl. 2020, § 13 Rn.52.

③0 Vgl. BGHSt 30, 391; BGH NJW 1993, 76; BGH wistra 1993, 59.

③1 参见姚诗:《不真正不作为犯的边界》,载《法学研究》2018年第4期,第117页。

而作出判断的判例。如“顾某某等强奸案”（案例4）中，被告人将被害人接回自己住处，但当晚在知晓其他同案犯在房屋内对被害人实施强奸后却听之任之未加阻拦。法院指出：“被告人张某为被害人提供住宿，客观上为同案犯实施犯罪提供了便利条件，致使他人的强奸行为得以顺利实施，构成不作为的强奸共犯。”^{③②}但是，这一认定思路不无问题。

首先，空间场所何时可成为促进他人犯罪的危险源的标准不明。例如，当被害人于住宅内直面来自他人的生命威胁而惶恐不安高声呼救，但却因该住宅的隔音玻璃而导致其声音无法传至室外时，依前述观点，此时的隔音玻璃无疑也成了促进犯行实施的危险要因。再如，在部分规定了堕胎罪的国家，若认为堕胎者于私人住宅内可肆意使用下水管道以悄然完成堕胎行为，由此便可将住宅评价为“可为第三人滥用以掩盖罪责的场所”，因而也可成为犯行实施中的决定性一环。但显而易见的是，任一公共场所的隔音玻璃或公共卫生间的下水道皆可有助于不法侵害者或堕胎者完成其犯行，这一并不为私密支配空间所独有的特质也明显无益于后续说理。^{③③}在这个意义上，“特别的性质或状态”在绝大多数场合只是对私密空间领域本即封闭且排他这一物理属性之描述的同义反复。如果将前述观点贯彻到极致，那么任一场所乃至其内置设施皆有可能依不同的观察视角而被评价为危险源，这并不妥当。

其次，如此肆意地认定危险源及其监督义务势必招致的另一个后果是，支配者为避免领域内可能存在的若干法益侵害风险而付出的努力，与因切实保护法益而可能收获的积极回报相比完全无法合乎比例。已如前述，既然从不同的观察视角而言，任何事物都可能成为任一形式的犯罪或其他危及法益之举止的组成部分（如桌上锋利的铅笔、花园里的梯子等），那么在此局面下，个体为彻底顾全法益的安危便只得从四面八方封闭自己的管辖领域，并拒斥任何人对之有所“接近”；因为，他总会因担心不特定的第三人会以犯罪的方式滥用其管辖领域或领域内原本无害之物”而畏首畏尾。借用弗洛伊德所言，这无疑是扭曲了作为法律制度基础的“人类图景”（Menschenbild）；于此，“不信任”反而被提升为了一种社群内的固有原则，任何领域支配者也会因怀疑进入自身权利领域的第三人可能是“潜在的犯罪人”而被大幅挤压自由空间，^{③④}但这恰恰与素来所强调的“任何人均在一般情况下可信赖他人不会故意犯罪”这一信赖原则相悖。

综上所述，除前文所列空间场所本为危险源或内含危险源等设例外，领域支配者原则上并不负有无条件的危险监督（犯罪阻止）义务，故前述案例1、案例3及案例4中的杨新某、陈某和张某尚无因疏于阻止犯罪而被问责之虞。另鉴于案例1不存在直接的被害人，因此亦无法从被告人与被害人之间的法益关联等角度出发论之以罪。至于案例3及案例4，若试图从危险监督义务外另行肯定两名被告人的不作为犯罪责，则有必要继续探讨的是，行为人自发接纳被害人至自身的支配领域是否就意味着，这一举止即为其自

③② 浙江省海盐县人民法院（2018）浙0424刑初346号刑事判决书。

③③ Vgl. Christoph Landscheidt, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, 1985, S.97.

③④ Vgl. Georg Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S.228.

愿无条件地担负发生于该领域内的脆弱法益救助义务之表征。这便涉及本部分开始处提及的义务证成路径(1)——“保护功能的自愿承担”。

三、基于领域性支配的保护保证义务

(一) 分析路径的构建一：极端自由主义视野下的保护功能自愿承担

长久以来,我国学界对于保护功能的自愿承担这一义务来源类型言之甚少,但梳理晚近的研究仍可发现,一种试图摆脱单纯的支配概念并仰仗“极端自由主义”以为保护保证人义务提供法理依据的思想正逐渐浮出水面。此阵营的学者所遵循的一个基本前提是,在任一法秩序中,公民所背负的初始义务仅为“不得伤害他人”(neminem laedere)。这一消极义务(不作为义务)仅能通过禁止规范的方式得以彰显,故与作为命令规范的不作为犯义务来源问题无涉;而保护保证人地位的廓清无外乎是在解决“何时能够允许在公民与生俱来的原初义务上例外地对其课以积极救助义务”的问题。在此立场下,鉴于刑法是以自我责任原则及人格的自律性为根基、以连带责任为例外,而积极义务的承认恰恰意味着对行为人课以连带责任进而对其自由予以大幅制约;因此,若坚持自我责任原则及个体的自律性,遂应承认的是,只有责任的连带性乃源于行为人的自律选择时,方能在例外情形下附加积极义务于行为人,保证人地位也只可于此情形中证立。进而言之,不法的内涵即为关涉他人人格形成的选择可能性之侵犯,而法秩序所保护的自由也应是人格体的理性抉择可能性本身。^{③⑤}

依此立场,前述危险监督义务及素来颇具争议的先行行为型保证人义务的底层逻辑既然皆为“不得由自身管辖领域外溢任意形态之风险”,故理应归为消极义务的范畴而在自由主义的保证人观念下并无容身之所。^{③⑥}但与之相对,大多以往被认可的保护保证人类型仍可在此路径下寻得其理论依归:一方面,父母选择赋予孩子生命的行为本为双方审慎自我答责的行为结果,夫妻关系的身份契约缔结同样也是基于双方的自律选择,因而可肯定配偶/亲子间的连带性保护乃基于自律的理性抉择,此即积极义务的原始取得;另一方面,行为人同样可基于合意而自愿承受风险管辖之负担,保姆被委任照管婴儿等情形便该当此例,此即积极义务的继受取得。

对此,后一类型的义务继受取得正是本文的关切所在,此阵营的学者也特别就此指出:“自愿”当为移转风险管辖的充要条件,只需继受承担者存在一个超然于单纯邀约的“接受风险管辖之交付的举止”(如双方约定并切实开启具有风险的环岛互助骑行),或当某社会交往活动的实际运作模式已预设了某种程度的风险连带性而合意的双方自愿涉身其中时(如泳池救生员之于泳客),即可肯定其中积极义务的成立。以此推及领域性支配,鉴于“一旦房主允许他人进入房屋,在房主与进入者之间即产生了关于领域内

^{③⑤} 参见周漾沂:《重新建构刑法上保证人地位的法理基础》,载《台大法学论丛》2014年第1期,第223页。

^{③⑥} 参见前注^{③⑤},周漾沂文,第257页。

安全事项上的信息不对称,因此经允许进入他人房屋的人就处于相对脆弱的、需由房主提供保护措施处境”^{③7}。在此意义上,行为人自愿接纳他人至自身支配的空间即可视为移转风险管辖的外在表征,^{③8}前述案例2、案例3及案例4中的被害人也在这一观点下有被评价为“被保护者”而使空间支配者负担积极义务的余地。但是,无论是立论前提抑或适用标准,这一观点均不乏可推敲之处。

第一,自我立法式的义务证成逻辑并不具有普遍的正当性。如前所述,本阵营的学者认为缔结婚姻关系和夫妻选择赋予孩子生命皆为双方基于审慎、自律的选择结果,故绕过了既往所述“制度管辖”等逻辑而直接认可了配偶及亲子间的积极义务承担。但一方面,自愿选择赋予孩子生命实际上并不等同于自愿接受对被赋予的生命施以保护,不难看出,极端自由主义论者在此有着明显的概念偷换;另一方面,无法排除的一种情形是,现实生活中存在大量“赋予孩童生命却未必是基于自愿而是纯属意外”的情形,非出于本意的非婚分娩便为其例。但即便在此情形下,法秩序仍会一如既往地将生父母筛选为相应的保证人,此时的理由势必无法仅通过基于理性自愿的义务抉择一笔带过。

第二,“消极义务无法创设出命令规范”的前提存疑。如上所述,极端自由主义的论理方式直接导致危险监督及先行行为这两种已司空见惯的义务来源被归为消极义务的论证范畴,从而被彻底逐出保证人义务的体系外。但需注意,此阵营的论者们却未彻底排除这两种情形的可罚性,他们转而认为,以往观点所认同的危险监督义务等事例应以作为犯论处;至于先行行为的场合,禁止规范仅通过惩罚先前行为本身的方式便可完成它的使命,故后续一切以“不作为”为名的处罚均是游离于规范射程外的多余之举。^{③9}前者如,甲将盆栽置于阳台,但在台风将至时明知此盆栽可能跌落却未移置他处,后果真因台风吹落盆栽而重伤路人时(案例5),持极端自由主义观的论者指出,鉴于作为本不限于积极的身体举动,而是可涵摄从最初危险创设直至行为人具有结果回避可能性的最终时点的一系列过程,故此过程可被整体评价为“一个作为”,^{④0}因而认定本案中甲成立作为的故意伤害亦不违背“故意与行为同时存在原则”。后者如,甲于施工作业时过失重伤乙,在仍有救助可能性的情况下逃离现场以致乙死亡时(案例6),对甲论以过失致人死亡即可完成此时的罪责评价。

然而,一方面,如果案例5中足以肯定行为的一体化评价,那么依同样的理据,案例6理应也存在将由肇事时点直至最终能够回避被害人死亡之时点的一系列过程认定为“一个作为”的评价余地,但这一解决方式却遭到了包括前述自由主义论者在内的大多数学者的拒绝。^{④1}所以,在行为评价层面,前述论证实则区别对待了理应同等对待的危险监督和先行行为,因而难免存疑。另一方面,案例5中的甲于放置盆栽这一危险创设阶段

^{③7} 前注^{①6},李世阳文,第127页。

^{③8} 参见前注^{③5},周漾沂文,第249页。

^{③9} 参见周啸天:《保证人地位事实论的重构与应用》,载《中外法学》2021年第2期,第415页。

^{④0} 参见前注^{③5},周漾沂文,第259页。

^{④1} 参见姚诗:《先前行为保证人地位的理论根据》,载《清华法学》2014年第5期,第172页。

并不具备故意或过失,但在后续产生故意的时点却可依行为的一体化评价进而成立故意的作为犯;但在危险创设系基于过失行为的案例6中,行为人反而最终仅能以过失犯论处。是故,基于过失而创设危险的行为人甚至要比因无过失而创设危险的行为人获得更为轻缓的罪责评价,这一轻重倒错的局面自然有违常理。可见,若将消极义务违反一律评价为作为而彻底放逐出保证人地位的话语体系,则一方面或有歪曲行为主义原则的风险,另一方面也会导致司法者丧失通过作为可能性或保证人地位来限制处罚权的可能。因此,一个更为妥适的结论只能是,消极义务也可创设出命令规范。

第三,将“自愿”作为积极义务继受取得的唯一充要条件不无争议。照此立场,一个徒步旅行者在人迹罕至的郊外偶遇一名昏迷的事故受害者,继而通过致电寻医等举动表达了救助意愿,并通过接手照料等方式致使“风险管辖移转”时(案例7),遂可认定其于彼时的保护功能自愿承担。但尽管如此,若他后续并未一以贯之地履行救助承诺或履行并不适时而导致伤者不幸身亡,那么依其保护保证义务的存在而论之以不作为犯未免过于严苛。如此便意味着,从一开始就一概拒绝提供帮助的徒步旅行者反而相较于承诺提供帮助的慈悲者而言处境更优,最初出于善意之人反而最终遭遇了更为偏颇的对待。这种仅仅因为某人的行为值得称赞,便使其承担更多以至于必须负责到底的立场,逻辑上难言自洽。^④因此,“自愿”本身即便可作为积极义务负担的必要条件,但绝不可视为是充分条件。

第四,空间领域内的正当防卫事例无法得以妥善诠释。如应房主邀约而赶赴其家中参加私人宴会的A和B因席间言语冲突大为不悦,A先行对B实施不法侵害而B旋即通过正当防卫伤及A时(案例8),既然领域支配者对来客的自愿接纳可导致其须对来客所遭遇的一切法益侵害事态有所介入,则此时的支配者无疑会被要求对负伤的不法侵害者A再度施以适时的救助。^⑤但是,当防卫手段本为必要且适格时,由于肆意扩张自身行动余地而侵犯他人权利领域的乃是最初的不法侵害之人,防卫者不过只是代替不法侵害者以履行“保证自己的自由行使不得侵害他人权利领域”的尊重义务,因此由防卫而生的损害后果则终局性地落入不法侵害者的答责空间,故必要且适格的防卫手段原则上并不会使得防卫人背负后续的救助义务。^⑥如果此时坚持极端自由主义观,则会导致如下两个不甚妥适的结果:(1)当正当防卫发生于空间领域内时,手段适格的防卫者虽不承担对不法侵害者的救助义务,但法秩序却有失妥当地另行筛选出领域支配者以责令其回避此本应落入不法侵害者答责空间内的结果;这样一来,防卫者的行动自由反而就此沦为了领域支配者所背负的代价。(2)当正当防卫发生于空间领域外时,便会因领域支配者的不复存在而不再有人为之担负额外的保证义务;如此一来,防卫状况发生于领域内还是领域外就产生了令人费解的差异。

^④ Vgl. Walter Stree, Garantenpflicht kraft Übernahme, FS-H. Mayer, 1966, S.155f.

^⑤ 德日均有学者基于领域性(排他)支配而认可了这一点。Vgl. Hermann Blei, Urteilsanmerkung, JA 1977, S.138; 佐伯仁志「防衛行為後の法益侵害防止義務」研修577号(1996年)10頁参照。

^⑥ 参见赵雪爽:《论防卫人的救助义务》,载《法学研究》2023年第2期,第114页。

（二）分析路径的构建二：权利领域的附条件让渡

1. 前提视角：消极义务的重重维度内涵

由上可见,极端自由主义论者之所以误将“领域支配者对来客的自愿接纳”作为积极义务的释明素材,原因在于,其主张只有折射为命令规范的积极义务才可导出保证人地位,而消极义务的厘定在这一问题上始终未发挥任何功用,因此才费尽周章地在自我立法式的义务论证路径中往复不前。既然如此,为破解这一困局,有必要着重探讨的另一深层次问题便是,消极义务的真实内涵果真穷尽于以“不得侵害他人”为内容的不作为义务维度了吗?

从结论上来说,上述狭隘的极端自由主义论理方式肇端于对康德式法权概念的执着,因此并未考虑到除“自愿”这一要件外是否还可能存在其他可用以框定保护义务边界的视角。一如康德所言,法权是那些使任何人的自由意志按照一条普遍的自由法则可以和其他人自由意志相协调的条件总合。^{④⑤}在此意义上,任何自由的施展均不得以侵蚀他人自由为前提,而这正是康德语境下公民所背负的原初消极义务的全部内涵之所在,也是法律所能够用以规训公民而对之附加的不作为义务。^{④⑥}与此同时,基于连带而生的积极作为义务是使自己面向“他人福祉”的义务,这与旨在维护各方平等程度之自由的法律义务并不兼容。所以当不存在个体的“自我立法”时,便只得在道德义务的语境下有其自证空间。因此,这样的思路一方面导致不同义务类型只得对应固化的举止样态(消极义务对应不为一定行为,积极义务对应当为一定行为);另一方面则会导致,部分康德主义者往往不假思索地主张,积极义务相比消极义务定会对行为人造成更为严苛的负担。^{④⑦}

然而,就命令规范相较禁止规范对公民自由的限制更为严苛这一命题而言,诚如范伯格的指摘,在禁止外出或禁止驾驶机动车时超过一定的速度等关涉禁止规范的场域中,公民所担负的自由限制相较于“引发事故后呼叫救护车”等命令规范而言却有过之而无不及。^{④⑧}至于积极/消极义务与作为/不作为逐一对应的必然性,又如帕夫利克(Pawlik)批判的那般,康德在排斥将积极义务升格为法律义务时却并未将其立场贯彻始终。如在康德的构想下,由自然状态转向公民状态乃是公民个体的核心义务,^{④⑨}但这一核心义务显然包括了积极的举动以及当为一定行为的要求。此外,在契约关系中,一方当事人可通过契约缔结而获得他人对自己为特定之给付的约束,继而通过扩大自身行为力(Handlungsmächtigkeit)的方式而相应地缩减约束方的自由领域,即他人以财产减损的方式换取“我的富有”(locupletior)。^{⑤⑩}当约束者对另一方当事人不履行给付而违反

^{④⑤} 参见〔德〕康德：《道德形而上学》，张荣、李秋零译，中国人民大学出版社2013年版，第28页。

^{④⑥} 参见前注^{④⑤}，沃尔夫冈·凯尔斯汀书，第200页。

^{④⑦} Vgl. Kurt Seelmann / Daniela Demko, Rechtsphilosophie, 7. Aufl. 2019, § 3 Rn.28.

^{④⑧} 参见〔美〕乔尔·范伯格：《刑法的道德界限：对他人的损害》，方泉译，商务印书馆2013年版，第182页。

^{④⑨} 参见前注^{④⑤}，康德书，第103页。

^{⑤⑩} 参见前注^{④⑤}，康德书，第67页。

契约义务时,便意味着约束者对另一方当事人造成了损害,而这恰恰与直接侵夺对方财产并无二致。在这点上,遵守契约的义务和违反契约后承担损害赔偿的义务皆可消融于“尊重他者所有”这一义务负担之下,而二者却均应归为消极义务,即便其常常可由积极的作为而得以履行。最后,在论及父母与子女间的积极保护义务时,为缓和其与法律义务间的龃龉,康德也不得不承认,父母乃通过生育这一先前行为而在未获得某一人格(孩子)的同意时,便专横地将其置于这个世界并使之陷入与生俱来的脆弱且无保护状态中,因而父母务必担负为使该人格满足于自身现状而努力的积极义务。^{⑤1}但不难发现的是,在被康德主义者归为消极义务范畴的先行行为型保证人事例中,其特征同样是以“行为人通过先前行为而导致本可享受相对无危险状态的主体陷入危险”为前提,^{⑤2}可为何在他们的笔下,这一观念可用以例外肯认父母与子女间的积极义务,却不能作为先行行为等消极义务亦可创设命令规范的理由,实有疑问。

于是,后来的学者开始反思积极/消极义务与作为/不作为义务严格对应的必然性,而这一反思的契机则如弗里斯所言,“由于在康德看来,任意个体的自由应被限制在与所有人的自由相一致的限度;如此,法律学说就沦为了权利限制的学说,人们不得不为之附加一个实质的法权学说本身”^{⑤3}。顺应这一思路,黑格尔随后在批判康德的法权概念时纠正到,抽象法不仅关乎自由界域的划定,而且关乎自由本身,即法律本就是“自由意志的定在”^{⑤4}。在这个点上,法秩序并非旨在限制公民自由,反而是为实现人格的自由发展而赋予公民以广泛的行动余地(Handlungsspielraum);公民个体于法秩序中同样并非单纯屈从于禁令而瞻前顾后,而是可径自承担划定自身行动余地之“边界”的角色。^{⑤5}换言之,作为自由本身的抽象法规定乃创设了一种被许可的自由权能,在此范围内,人们可任意选择其施展权能的行为方式。^{⑤6}而法秩序给予个体以尽可能广泛的人格发展余地的唯一对价,便是要求行为人合理组织自身权利领域,并注意确保和维持本应归属于其他个体的行动余地及权利空间,从而“莫使他人的境况相比与自己相遇前更糟”^{⑤7}。在这一语境下,消极义务的真实内涵便可被消融至“成为一个人,并尊重他人为人”这一“尊重命题”之下,^{⑤8}即“不得侵害他人”这一不作为义务仅为消极义务的诸多面向之一,其本质内容应界定为“通过合理组织自身权利领域的方式而维持并尊重他人权利领域的不可侵性”^{⑤9}。据此,消极义务(或称尊重义务)也可由此基本命题继而推导出如下三重内涵:

⑤1 参见前注④,康德书,第74页。

⑤2 Vgl. Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S.164f.

⑤3 Jacob Friedrich Fries, Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung, 1803, S.25.

⑤4 [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第36页。

⑤5 Vgl. Lothar Phillips, Der Handlungsspielraum, 1974, S.132.

⑤6 参见何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年,第148页。

⑤7 Günther Jakobs, “Tatsächliche” Garantieübernahme?, FS-Faria Costa, 2020, S.246.

⑤8 参见前注⑤4,黑格尔书,第47页。

⑤9 山下裕樹「遺棄罪の諸概念の内容について(1)」關西大學法學論集67卷5号(2018年)1024頁。

（1）不得侵犯 / 干涉他人的权利领域

维持和尊重他人权利领域不可侵性的诸多方式中，自然包括了从一开始就不实施侵犯他人权利领域的禁止性约束。此即对应通常的作为犯，如不得杀人、抢劫等，兹不赘言。

（2）既已外溢风险后的原状恢复

既然个体在社会中绝非总是处于与世隔绝的状态，因此在这样一种个体间的自由界域呈网状交叠的秩序下，维持和尊重他人权利领域之不可侵性的要求便同时还包括：“当他人的权利领域因一个可归责于行为人的方式遭遇侵害时，行为人就有必要通过进一步的举动以使之恢复至原初的无损状态，藉此确保和维持他人权利领域的不可侵性以示尊重”^{⑥0}。行为人未组织好自身管辖领域而外溢风险并侵蚀他人权利领域的情形皆属于此，这包括疏于监管危险源而向外输出了风险，也包括行为人通过危险前行为向外输出风险而侵蚀了被害人的权利领域。此时，行为人理应担负对外溢风险加以中和的义务，由此确保他人权利领域与自身交汇时仍可得以维系衡平。

（3）基于权利领域让渡的尊重义务

在社会交往惯例中，个体常常会将自己权利领域中的某一部分让渡给他人，使得这一部分权利领域的照管完全依从于其他人的组织。行为人全面接受了他人对于自身权利领域的让渡就同时意味着，他人会在行为人接受让渡后仰赖行为人代替自己组织好那一部分领域，继而放弃自行对之施加额外保护或自甘保护措施被剥夺，而行为人则应取而代之以担负填补防御措施的消极义务。^{⑥1}所以，在行为人接受他人权利领域的让渡后，就不存在一个可肆意从接受让渡的机制中退出的可能选项。因为一旦肆意退出就意味着行为人做出了一个和起初接受让渡相悖的举止，以违背禁反言原理的方式，致使他人本已放弃自行保护且已让渡出的那一部分权利领域重新暴露于保护缺失的危险状态下，同样有损他人权利领域的不可侵性。^{⑥2}于此，不妨思索如下案例：患者甲因颅内出血入院治疗，但其本人与其子皆信奉某自称能以手掌输送能量的方式治愈病症的宗教领袖乙，便由其子寻至乙处洽谈治疗一事；待乙指令后，甲之子将病情已相对稳定且被主治医生告知务必静养的甲从医院带至某毫无医疗保护措施的宾馆，由乙在房间内独自清场治疗，后甲因未得到必要的保护身亡（案例9）。^{⑥3}根据本案中的双方合意，患者甲在入院后即刻将关涉自己身体健康和生命存续等部分的权利领域让渡给乙，后者通过明示或默示的接管行为事实上接受了患者的权利领域让渡后，就意味着前者同时会放弃原本业已存在且行之有效的自我保护措施。反而观之，通过接受他人让渡的权利领域以导致他人放弃对这一部分领域的自我防御，实为间接创设出他人权利领域可能被侵蚀的风险；只不过与先行行为不同的是，此种风险并非由行为人直接通过肆意扩张自身的行动余地所创设，而是由被害人通过让渡权利领域而放弃自我防御所间接导致。是故，此时接受让渡

^{⑥0} Günther Jakobs, Negative Pflichten, FS-Strangas, 2017, S.255.

^{⑥1} Vgl. Johannes Wessels / Helmut Satzger / Werner Beulke, Strafrecht, AT, 50.Aufl. 2020, § 19 Rn.1182.

^{⑥2} 島田聡一郎「不作為犯」法学教室 263号（2002年）117頁参照。

^{⑥3} 最高裁判所 2005年7月4日決定，最高裁判所刑事判例集 59卷6号403頁参照。

的乙并无法肆意退出独善其身,进而导致本已放弃自我保护的被害人的那一部分权利领域再度陷入脆弱且危险的处境下,因为,这显然也同样违反了维持和尊重他人权利领域不可侵性的义务。

2. 理论推演:空间场所内基于权利领域让渡的保护保证义务

综上所述,在“自愿”或“信赖”等空泛的关键词之上,唯有附加“被害人因放弃或自甘削减自我保护措施而导致的防御能力显著减退”这一条件后,才能认为自愿接纳被害人至自身管辖领域的行为人应取而代之担负填补防御措施的消极义务。因此,在空间领域本身并非危险源,且行为人并未经由空间领域而向外输出风险时,前述消极义务的第三重维度内涵恰能为本文的议题提供一个可靠的说理。依照这一思路,对可能导致领域支配者背负保证义务的情形及其边界可作如下阐述:

(1) 基于信赖或因空间封闭性而导致的防御措施懈怠,并不等于防御能力的显著减退

如果在领域性支配的场景中考察“被害人因放弃或自甘削减自我保护措施而导致的防御能力显著减退”,可能会有观点认为,既然诸如私人住宅等空间领域足以屏蔽外部第三人的干预可能性,那么进入该空间领域便直接意味着,来客或将依赖私人住宅的安保措施及隔绝效果,而对自己的人身及财产安危不加管理,因此也可谓陷入了防御能力显著减退的状态。^{⑥4}果真如此,前述极端自由主义论者将房主对来客的自愿接纳视为保护义务承担的充要条件的论证路径似乎仍然可行。但需澄清的是,“防御措施的懈怠/弛缓”和“防御能力的减退”之间并不能画等号,前者是由空间领域封闭且排他的物理属性所生的折射效果,而后者才是可归因于领域支配者的事件。即便来客进入私人住宅后因对房屋的安保措施有所信赖而怠于预置面面俱到的防御措施,但其仍保有完好无缺的防御能力。在必要时,其仍可通过致电、呼救、逃离或适时反击等措施来实现对自己人身及财产的保护。在这个意义上,具有完整答责能力的自律主体原则上不会因进入特定空间而导致防御能力减退,其与领域内的其他人均各司其职、自负其责,领域支配者也不会因自愿接纳来客而即刻无条件地担负保护义务。

然而,可能存在的一个例外是,若个体所处空间并不存在任意的脱离机制,且该空间领域的封闭属性得依支配者的操纵而随意变更,进而导致进入空间的个体必须将自己的部分权利领域让渡至支配者处,并由此大幅放弃自行保护措施以至防御能力显著减退时,支配者应基于此让渡而履行尊重他人权利领域之不可侵性的义务。以“李某甲强奸案”为例,出租车司机李某甲在运送被害女性及李某乙的途中,后排乘客李某乙临时起意对被害女性实施强奸,但李某甲却对此未加劝阻,反而遵循李某乙的指示绕道行驶促成强奸的实施(案例10)。^{⑥5}由于在本案封闭行驶中的出租车内,被害女性只得在狭窄的后排空间施展极为有限的防御措施,即便此时可通过致电、呼救的方式寻

^{⑥4} Vgl. Nicolas Mähner (Fn.4), S.212.

^{⑥5} 参见鹿轩:《出租机构成强奸共犯》,载《检察日报》2011年5月25日,第7版。

求外部的帮助,可但凡出租车司机仍在操控整个行驶过程,上述防御措施也都可轻而易举地被其规避(如刻意开往荒无人烟的小路、加速驶离可能求得帮助的场所);此时的被害女性显然也无法在车辆高速行驶的过程中忽视自身生命安危而随意跳车脱离险境。就此而言,出租车司机与被害女性在就运输事项达成合意时,若尚不存在其他可用以反证权利领域的让渡和接管不存在的事实,便意味着司机应允将被害女性安全送至目的地即是一个通过明示或默示接管行为以致其防御能力大幅减退的情形,前者于此时应对后者履行保护义务。

(2) 当被害人防御能力的显著减退归因于其自身、支配者外的第三人或其他事件时,领域支配者并无额外的义务负担

经由上文的论证,另可知晓的一个有关消极义务的特征在于:消极义务同样具有一身专属性,无论是行为人通过肆意扩张自身原初的行动余地而侵蚀他人的权利领域,还是行为人因使他人削减防御能力并放弃自我保全措施的方式而依存于己,这一因享有自由所可能产生的负面后果都必须归因于行为人且不得肆意转嫁给任意第三人。^{⑥6}这就为领域性支配场景下的义务论证提出了另一个要求:既然消极义务的负担皆需归因于行为人的某种组织自身权利领域的并不妥当的自由行为,那么领域性支配场景下的被害人防御能力显著减退同样必须归因于行为人对于他者权利让渡的接管行为。反之,如果领域内被害人的防御能力减退肇因于其自陷风险的自损行为(如纯粹出于本意的自杀),或具有完整答责能力的自律第三人创设风险而导致被害人丧失自我保全能力(如第三人对被害人实施犯罪),再或被害人在无任何介入因素的情况下径自陷入毫无防御的法益濒危状态(如被害人疾病发作)时,领域支配者并不为此担负保护义务。

以此为前提,回顾前文案例7及案例9可以发现,即便认可案例7中的被害人彼时处于无法主动获取任何救助的防御能力显著减弱状态,但这一状态却来源于先前其所遭遇的事故而非由行为人的接管行为所致;相比之下,案例9中原本已通过就医等自我保全措施而处于生命体征平稳状态的甲,却在乙的接管指令下放弃了自我保护措施而将关涉身体健康及生命存续的部分权利领域全然让渡给了乙,并任由接管照料后的乙在医疗设备缺失的空间内独自诊疗。因此,案例7中的善良接管者并不会因自愿行为而背负无妄之负担,案例9中的领域支配者乙却应基于此让渡而履行尊重他人权利领域之不可侵性的义务。除此之外,又如案例3及案例4等情形中,既然被害人因被强制而丧失防御能力以至于无法脱离空间系归因于实施强奸行为的第三人,^{⑥7}最终的法益侵害结果回避义务则终局性地落入第三人的答责空间内,法秩序无需再额外筛选出领域支配者而为这

^{⑥6} 参见张梓弦:《先行行为型保证人义务的法理基础及射程厘定》,载《法学》2023年第6期,第64页。当然,第三人可再度通过接管权利领域的让渡而担负新的消极义务,但这并不意味着初始消极义务已彻底灭失。Vgl. Michael Jasch, Übernahme von Garantenpflichten aus Ingerenz?, NStZ 2005, S.13.

^{⑥7} 或许有人认为,案例10中的法益侵害同样源于第三人的侵权行为,似乎此时可排除李某甲的义务负担。但与案例3及案例4不同的是,该案被害人系与司机李某甲先行达成合意而让渡出了运输途中关涉身体安全的权利领域,而李某乙的强奸行为则发生于李某甲代替被害女性担负填补防御措施的消极义务之后,因此被害女性的防御能力缺失仍归因于李某甲,其保护义务无法就此免除。

一已被分配给第三人的负面结果担责^⑧。再如案例2的场景中,当被害人董某知晓自己患有心脏病,且可随时通过离开住所、回避激烈的肢体接触、服用药品等防御措施而缓解现状时,其本是在防御能力并无任何衰减的情况下突发疾病,故此欠缺防御能力的法益濒危状态并非起因于张某。因此,即便特定房间内仅有张某与董某二人,空间领域的独占性/排他性也至多只可佐证前者具有潜在的结果回避可能性,而与义务的证立无关。

至于被害人于空间场所内自杀的情形,我国司法实务亦有肯定领域支配者的保护义务的倾向。以“宋某某故意杀人案”为例,宋某某与自杀者系夫妻关系,一审法院指出,“在家中只有夫妻二人这样的特定环境中,被告人宋某某负有特定义务”^⑨。这也被部分学者认为是在夫妻关系或生活共同体等事实素材外,因领域性支配而肯定配偶一方须对自杀的另一方负有保护义务的旁证。^⑩诚然,或许会有人针对本案指出,即便认为被害人丧失防御能力的契机是由来于其自身的自杀举动,但至少配偶之间的保护保证人地位却是一种恒常性的制度要求,是一种无需任何人、事、物的先决条件而直接从外部强加于其身的要求。^⑪因此,有鉴于配偶之间的保护保证人地位具有无媒介性及一身专属性,其中一方的保证人地位便并不会因另一方实施自杀行为这一先决条件而有任何的减损。但是,这一观点不当混同了本隶属不同体系位阶的保证人地位和保证人义务。保证人地位作为引发保证人义务的事实性基础,是不作为犯的规范构成要件要素之一,其确证由来于行为人和法益主体于社会维度下的特殊毗邻关系(besonderes soziales Näheverhältnis),因而方可独立于具体的危险情势而恒常性地存在。^⑫与之相对,保证人义务却并非构成要件要素,而是一种整体的犯行评价要素,^⑬法秩序仅在被保护者直面猝不及防的危险情势时责令保证人采取积极行动以避免结果发生,并在必要时对身居保证人之位者的不予救助作出反价值判断。据此,保证人地位的存在与否指涉的是不作为犯于事实层面的可罚性基础,其关乎如何从不特定多数具有潜在的结果回避可能性之人中筛选出特定的“应回避结果者”作为归责主体;而保证人义务的内容界定及其履行原则上指涉的是具体的答责领域分配,其关乎的是个案之中的具体归责判断及相关不作为的违法性判断。这就意味着,由紧密生活共同体而塑造的诸如夫妻/亲子等身份纽带只能推导出二者之间的保证人地位,而保证人义务的履行命令却总是依附于客观的危险情势是否发生。即便认为保证人地位的存在并不会因配偶其中一方自杀而即刻归于灭失,但脱生于保证人地位的作为、不作为或容忍义务,只有在被保护者并无能力确保自身免于危险时才会触发;^⑭可显然,在被保护者基于自主决定而主动实施自杀行为的情形下,这一前提并无法

⑧ 倘若空间支配者在第三人实施犯罪时,通过持续封锁空间或伫立于出口处阻碍逃离等方式介入其中,则因中断救助性因果流程而直接承担作为的帮助犯之罪责。

⑨ 河南省南阳市人民法院(1994)南刑初264号刑事判决书。

⑩ 参见吕翰岳:《作为与不作为之区分的目的理性思考》,载《环球法律评论》2017年第4期,第94页。

⑪ 参见前注⑤,何庆仁书,第191页。

⑫ Vgl. Tobias Ceffinato, Die Beendigung von Garantenstellungen, NSTZ 2021, S.66.

⑬ 参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第238页。

⑭ Vgl. Ingeborg Puppe, Strafrecht, AT, 3.Aufl. 2016, § 12 Rn.19.

得以满足,故被害人对于自身权益的自由处分,也应终局性地落入其自身的答责空间内。因此,对自杀这一举动,即便在道德层面有着极强的可悲悯之处,却不能成为限制领域支配者自由的理由。

(3) 基于权利让渡而生的保护义务,并不使得领域支配者此时必须担负正犯的罪责

需进一步说明的是,即便领域支配者基于被害人的权利领域让渡而立于保护保证人的地位,但此身份的存在至多只可奠定其义务违反行为的可罚性,而并不直接意味着支配者必须为之担负正犯的罪责。此时,需额外根据行为人所触犯的系纯粹结果犯抑或举止关联犯来审视此时是否存在“等价性判断”的介入空间。^⑤前者意指,结果惹起本就表征了构成要件全部不法内涵的犯罪(如杀人、伤害、毁坏财物);后者意指,某类罪名的不法内涵除结果惹起外,另取决于构成要件中特定的举止描述所传递出的举止不法(如强奸、诈骗)。^⑥换言之,在肯定了领域支配者的保护保证人地位后,若其被动介入的是如强奸等举止关联犯,则需另行判断不作为者的不闻不问是否在语义上或社会通常观念中等价于立法者在举止关联犯的举止描述中所传递出的举止不法。若答案是否定的,便应承认相应不作为在该举止所直指的不法内涵层面有所缺失,因而仅残存(片面)帮助犯的角色定位而退居于可对其进行举止归责的作为者(正犯)之后。

仍以案例10为例,强奸罪是典型的举止关联犯,而司机李某甲的不闻不问无论是在语义层面还是在社会观念层面均无法契合本罪构成要件所描述的“性行为/奸淫行为”这一举止不法。因此,李某甲仅残存帮助犯的角色定位而退居于可对其进行举止归责的作为者(正犯,即李某乙)之后。^⑦与此同时,案例10中尚存在李某甲通过绕路开车而促成强奸这一“作为因素”,因此本案实为“作为的帮助”与“不作为的帮助”的竞合,又因二者竞合时后者退居于前者之后,故最终李某甲成立作为的强奸罪帮助犯。

四、结 语

基于领域性支配的保证人义务问题虽潜藏于整个保证人义务体系下的一隅,但对之深层次的理论根基加以反思和重塑,也可为我国后续不作为犯的研究提供启示价值。就领域性支配的整体认定倾向而言,当行为人对特定空间领域有着实质性的支配权限时,其并不应对发生于该领域内的所有法益侵害事态担负无条件的保证人义务。是故,我国司法实务历来的倾向亟待扭转。而就潜藏于领域性支配这一表象下的法理根基而言,行为人因领域性支配而可能担负保证人义务的情形仅有两种:(1)被支配的空间领域本为危险源或内含危险源的场合,行为人应确保自身管辖领域不外溢风险;(2)若被保护者

^⑤ 在这个点上,认为所有不作为犯皆为纯粹义务犯的“原则正犯说”并不可取。

^⑥ 参见张梓弦:《牵连犯的概念保留与范围确定——以〈刑法〉第229条第2款之修正为契机》,载《法学》2021年第11期,第80页。

^⑦ 参见张梓弦:《不作为犯等价性要件的学理检视》,载《中外法学》2022年第5期,第1339页。

所处空间不存在任意的脱离机制,进而导致其必须将自己的部分权利领域让渡至行为人处,并由此放弃自行保护措施以至防御能力大幅减退时,行为人应基于此让渡而履行尊重他人权利领域之不可侵性的义务。但不言而喻的是,这一结论的得出由来于对消极义务三重维度内涵的推演。此时,“支配”仅为用以推断被害人之于行为人的权利让渡的下位素材,而非保证人义务的普适性法理基础。

Abstract: In China's judicial practice, it is often unconditionally considered that when the perpetrator has substantial domination over a specific spatial domain, he should assume the obligation of a guarantor for all incidents of legal interest infringement occurring in that domain. On the one hand, it is not desirable to directly deduce the transfer of the state's payment function on the basis of the right attributes of the spatial domain; on the other hand, the closed and exclusive physical attributes of the spatial domain do not allow it to be seen as playing a decisive role in the specific causal process of the crime. Starting from the three-dimensional connotation of negative obligations, there are two situations in which the perpetrator may be subject to the obligation of a guarantor due to domination of the domain. Firstly, where the dominated spatial domain is a source of danger, the perpetrator should ensure that there is no risk of spillover in the domain of his own jurisdiction. Secondly, if the protected person is in a space where there is no mechanism for arbitrary detachment, which makes it necessary for him to cede part of his rights to the perpetrator, thereby abandoning his own measures of protection to the extent that his ability to defend himself is substantially diminished, the perpetrator should fulfill the obligation to respect the inviolability of the others' rights. In this context, 'domination' is only a substratum from which to infer an assignment of the victim's rights to the perpetrator, rather than a universal juridical basis for the guarantor's obligations.

(责任编辑:王 楷)