

不作为犯中支配理论的法教义学批判

徐万龙

【摘要】实际支配理论、排他性支配理论和领域支配是不作为犯教义学中欲使作为和不作为等置的保证人地位的法理基础。然而,这三种支配理论在概念和逻辑层面都存在疑问:在概念层面,这三种支配理论中的支配和作为犯中的支配在“支配程度”上有所不同,且实际支配理论中的支配与作为犯中的支配在“支配性质”上也并不一致;在逻辑层面,从支配中推导义务的思路错置了支配与义务的关系,两者至多只是伴随关系而不可能相互推导。因此,不作为犯中的支配理论无法成为保证人地位的法理基础。“领域支配”的确可以产生刑法上的作为义务,但须对它进行重新解释:“领域支配”所产生的是“交往安全义务”,此义务并不要求领域的支配者阻止领域内的犯罪行为、救助领域内的伤者,支配者只需确保自己所支配的领域不向外输出风险即可。

【关键词】不纯正不作为犯;实际支配理论;排他性支配理论;领域支配;交往安全义务

【作者简介】徐万龙(1991-),男,浙江义乌人,北京大学法学院刑法学专业博士生(北京 100871)。

【原文出处】《现代法学》(重庆),2019.3.195~209

【基金项目】国家留学基金委资助项目(201706010384)。

一般而言,不纯正不作为犯^①,就其存在论结构而言是不作为犯,在规范论上却是作为犯。正是“存在”与“规范”之间的紧张关系,使得客观构成要件符合性之解释成为不作为犯教义学(der Unterlassensdogmatik)的基本问题。为此,通说观点确立了“保证人地位”和“等价性”(Gleichwertigkeit)这两个要件^②,以期实现不作为和作为的等置(Gleichstellung)。若着眼于纯粹的事实因果,这一等置性问题(Gleichstellungsproblematik)根本得不到解决,因为作为可在自然的意义上引起结果的发生,而不作为中却不存在此种自然因果,这使得两者之间似乎并无共同之处^③。与此相对,以与结果归责关系密切的“支配”概念为基础,从规范和实质的角度探寻作为和不作为等置可能性的“支配理论”则颇有市场。虽然不同的支配理论在支配概念、法理基础和具体结论上都有

不小的差别,却拥有一套相同的理论逻辑,即“支配产生保证人义务,保证人义务可使作为和不作为等置”,而且在方法论上也皆偏向于存在论。笔者认为,支配理论在概念和逻辑两个层面都站不住脚,其非但不是不作为犯教义学的出路,反而正是使其走入“死胡同”的原因^④。

一、实际支配、排他性支配和领域支配

(一)实际支配理论的具体内容

实际支配理论由 Schünemann 教授首创,在所有的支配理论中可谓逻辑最为严密、论证最为透彻,也得到了 Roxin 教授的支持^⑤,是论证保证人地位法理基础的有力学说。

1. 实际支配理论的演绎逻辑

面对等置性问题, Schünemann 教授认为,作为和不作为既不完全相同,也非完全对立:完全相同的观

点在存在论上不可能成立,完全对立的观点只存在于“作为”和“这个作为的不作为”之间,而“作为”和“其他作为的不作为”则存在等置的可能^⑥。等置性的实质标准应是作为之可罚性的物本逻辑,Schünemann教授从结果犯的结果归责中推导出这种物本逻辑正是人的控制中心(das personale Steuerungszentrum)和身体活动之间的关系(Beziehung),而这一关系的本质正是“行为人对身体的完全控制”^⑦。在此基础上,Schünemann教授抽象出了等置二者的标准,即“对结果的原因有控制”(die Herrschaft über den Grund des Erfolgs)^⑧。在不作为犯中,“对结果的原因有支配”这一实质准则具体化为两种表现形式:“对结果的重要原因有支配”与“对法益无助状态的支配”。这两种支配形式与作为犯中“行为人对自身身体的支配”是同性质的支配^⑨。

2. 实际支配理论的支配概念

欲全面理解“实际支配理论”,应从“支配”概念着手。首先,这里的支配是指在不作为之前的事前支配。“此种支配可以说先前就确定了,因为侵害事件的来源或客体先前早已经受到控制,而且因为在由不作为为行为人所控制、完全被理解为具体的社会领域之中,受唾弃的事件必须被当成其意志的杰作。”^⑩按此观点,家庭医生放任病人病情恶化而死,归责的理由是无助的病人在病情恶化之前就处于家庭医生的控制之下;生产者在储存的氰化钠泄露之后,却未及时采取措施,归责的理由是生产者在泄露之前早已控制了作为危险品的氰化物。同时,Schünemann教授明确否认了不纯正不作为犯在不作为时存在透过积极地操控因果流程所展现出的现实犯罪支配^⑪。因此,支配只存在于不作为之前,而非不作为之时。这是“实际支配理论”与其他支配理论的重要区别。

其次,Schünemann教授强调“实际支配理论”中的支配是一种实际(现实)的支配。因为,行为人对自身身体的支配是一种实际、绝对的支配,与其“同性质的”保证人支配自然也应如此。就此而言,实际支配与“支配地位”并不相同。“支配地位”是指行为人根据制度或规范有支配的“权限”,例如,父母有权支

配未成年子女,而非指行为人实际控制了事件的流程。简言之,支配地位是“应然”,而实际支配是“实然”。实际支配理论认为,只有“实然”才是不作为犯的可罚性基础,“应然”只是伴随现象。例如,在电影院的父母对在家中睡觉的孩子负有保护义务,与由亲属关系产生的支配地位无关,而是因为“父母握有房间的钥匙,知道孩子的位置和家里的危险源”^⑫,从而具有事实性的、实际的保护性支配。除此之外,实际支配还要与“结果避免可能性”相区别。例如,侵入住宅者对于屋内生病昏迷的小孩,虽有客观的结果避免可能性,但却没有“支配意志”与“信赖行为”^{⑬⑭},因而不具有实际的保护性支配。亦即,实际支配的存在须以“支配意志”^⑮与特定社会关系中的“信赖行为”为前提。由“信赖行为”这一要件可知,“实际支配理论”也并不是和法律、社会地位等规范性要素完全无关,“法律上的指挥权不仅对自己本身,而且对作为实际支配的基础也是重要的”^{⑯⑰}。但是,实际支配绝不是单纯地从规范性要素中导出的,“毋宁说特别的社会地位是被他视为有关犯罪的违法性前提,然后在该违法性前提之下根据支配标准确定正犯范围”^⑱。所以,规范性要素只是支配存在的前提,具体、现实的事实情况才是判断支配有无的核心要素。

最重要的是,在实际支配理论中,支配先于义务而存在,支配可产生保证人义务。Schünemann教授反对“义务只能产生于规范归属”^⑲的观点,主张“义务违反不过是支配的附带产品,有保护性支配才有刑法上的义务,否则就只是民法或者公法上的义务之违反”^⑳,换言之,在不作为犯领域,没有支配就没有义务。

(二)排他性支配理论

1. 事实上的排他性支配

为了弥补作为和不作为在存在论上的差别,西田典之教授提出,具有“排他性”性质的支配才可以实现作为与不作为的等置。西田典之教授的排他性支配理论包括两种支配类型:第一种类型是“事实上的排他性支配”,即不作为者基于自己的意思将导向结果的因果流程排他性地掌握在自己的手中;第二

种类型是“支配领域性”，即不作为者非基于自己的意思但客观上对因果流程存在排他性支配，此时不作为者必须负有社会生活上的持续性的保护义务、管理义务(例如，亲子、建筑物的所有人、管理人)，方才负有刑法上的保证人义务^[4]。鉴于“支配领域性”与“事实上的排他性支配”在构成上差别较大，本文会单独讨论领域支配的问题。

首先，所谓的“事实上的排他性支配”是一种事中的支配。与实际支配理论不同，它所支配的对象是“正在发生的、导向结果的因果流程”^{[4]94}。换言之，是不作为时的因果流程。例如，出租车司机不慎把人撞伤后逃逸，伤者因得不到救助而死亡。在此例中，行为人对伤者流血直至死亡的整个因果流程并无支配，因而不负有作为义务^[5]。但是，如果司机起初基于救人的意思将人背往医院，然中途又把人遗弃在路边任其流血直至死亡，那么，由于“基于救助的意思而接受保护”^[5]，司机便对整个因果流程具有支配，司机的不作为构成不作为的故意杀人。

其次，所谓的“事实上的排他性支配”也是一种实际的支配^[5]。一方面，西田典之教授的理论出发点便是尽可能地“从事实性要素”中寻找作为义务的依据，同时限制规范性要素的适用，以防止法与伦理的混淆；另一方面，西田典之教授明确地指出，规范性的支配无法实现作为与不作为的等置。例如，孩子溺水时，在有其他可能施加救助的人的情况下，父亲的保证人义务遭到否认。因为仅根据“父亲处于应当作为的地位”这一规范性要素是不能肯定父亲对结果具有支配的；而且就客观事实而言，孩子的生命并不当然地只依赖于父亲^{[5]217}。与此不同的是，在我国司法实践中，由于形式法义务论占据着通说地位，父子关系这一规范性要素的存在就足以肯定父亲的保证人地位；然而，值得注意的是，对夫妻之间的保证人义务，法院却通常要考虑事实性要素。在“宋福祥故意杀人案”中，妻子李某和被告人宋福祥因生活琐事争吵，在妻子李某寻找自缢用的绳索时，宋福祥不加劝阻，致使李某于当晚在自家门框上自缢身亡，该案的一、二审法院并没有直接根据夫妻关系肯定保证人义务的存在，而是特别指出了案发地点是“在

家中只有夫妻二人这样特定的环境中”，在此基础上救助义务方被肯定^[6]。而在“李银建故意杀人宣告无罪案”中，丈夫李银建和妻子肖某某在回家的途中发生争吵并大打出手，被行人劝阻后，李银建便自顾自地往家走，几分钟后，后面有人喊“李银建，你老婆投水了，快回来救人啊”，李银建不予理睬。在此案中，一审法院认为“被告人李银建与肖某某虽系夫妻关系，但认定李银建对肖某某跳水自杀负有特定的法律救助义务缺乏法律依据”，二审法院则认为“抗诉方从婚姻法对夫妻间扶养义务的规定推导出刑法上不作为故意杀人罪得以成立的救助义务的观点有悖于罪刑法定原则”^[6]。对比两案可知，在司法实践中，“案件发生的地点”以及“是否存在第三人救助的可能性”这两个事实性要素会影响对夫妻之间保证人义务的判断。

再次，所谓的“事实上的排他性支配”是一种“单独的”支配，亦即，结果是否发生由不作为者一人决定。而不作为者只能通过救援行为的采取与否来决定结果是否发生。因此，所谓的“排他性支配”就是指“只有不作为者能救助法益”，而且这种“只有不作为者能救助法益”的状况是基于不作为者自己的意思而产生的。关于事实上的排他性支配，西田典之教授所举的例子大都属于“保护义务的主动承担”^[6]。之所以“保护义务的主动承担”中存在事实上的排他性支配，以医生救助病人为例，是因为“在医生已经开始接受救助病人的场合，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受的医生了”^[6]。换言之，一旦行为人主动承担了救助义务，那么伤者获得其他人救助的可能性就被排除了，在这种情况下只有义务承担者才能救助法益，因而其对整个因果流程具有排他性支配^[6]。除了“保护义务的主动承担”之外，如若行为人基于“非救助的意思”所实施的行为客观上也排除了伤者受救助的可能，排他性支配也是成立的。例如，在“李某故意杀人案”^[6]中，项某某喝下农药之后走进恋人李某某的房间，李某某不但没有及时救助，反而一走了之，临走时还将房门锁上，在此例中，李某某的锁门行为排除了项某某受救助的可能，因而

其对因果流程具有排他性支配。总之,事实上的排他性支配成立的前提条件是,在因果流程开启之后,行为人基于自己的意思(救助意思或非救助意思)实施了客观上排除其他救助机会的行为。

2. 排他性支配设定

与西田典之教授的观点相似,黎宏教授也认为,“不真正不作为犯的作为义务的实质根据在于,行为人主动设定了对法益的排他性支配”^[6]。具体而言,这种排他性支配可以通过两种方式设定:第一种是通过中途介入的方式掌握因果流程;第二种是行为人亲自设定面向结果的危险,并对该危险的流向进行支配。前一种类型的排他性支配设定与西田典之教授的事实上的排他性支配并无差别,即只要行为人基于自己的意思实施了客观上排除其他救助机会的行为,保证人义务便存在。

第二种支配类型与先行行为非常相似,但是黎宏教授认为两者之间存在如下差别:行为人除了设定了面向法益侵害的因果关系之外(原因设定),还需要保证该原因按照行为人的预料在实害结果中顺利实现(原因支配)^[6]。例如,行为人不小心引起火灾,但放任不管,造成火灾,在此例中,行为人自己设定了火灾的起因(原因设定),同时在当时的情况下,“能够扑灭而不扑灭,却有意利用或者放任其发展,并最终造成人员伤亡”,黎宏教授据此主张行为人也对原因有支配,因而具有保证人义务^[9]。概而言之,只要行为人所设定的原因或者说所制造的客观风险在结果中实现了,原因设定和原因支配两个条件便同时满足了。

(三) 领域支配

部分学者认为,因果流程的发生领域也会影响保证人地位的成立。张明楷教授认为,如果法益的危险发生在行为人支配的领域内,同时此时只有该领域的支配者才能排除危险(具有排他性),那么行为人就具有保证人义务^[7]。具体而言,行为人对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险具有阻止义务。既要救助闯入或者由他人带入到自己支配领域的伤者^[8],又有义务阻止发生在自己支配领域内的犯罪行为(例如组织卖淫的行为、强奸)^[8]。与之相似,西田典

之教授的“支配领域性”也主张,建筑物的所有人、管理人虽然对建筑物内所发生的危险不具有支配意思,但客观上对其具有排他性支配时,所有人、管理人具有阻止危险的义务。

二、概念层面的质疑:支配概念的恣意性

上述支配理论对支配概念的界定虽有所不同,但皆都主张根据自身理论所确定的支配与作为犯中的支配具有相同性质^[2]、相同效果^[6],可使作为与不作为被等价值看待^[4]。然而,笔者认为,上述三种支配理论中的支配与作为犯中的支配有明显差别。

(一) 支配程度的不同

行为人对于利益侵害事实发生与否的支配程度是影响归责轻重的重要因素^[8]。实际支配理论亦对“支配程度”做出了明确限定:保证人对结果原因的支配要与作为犯中行为人“对身体的支配”在强度上“具有可相比较的意志力”^{[12]656},也就是说,保证人支配必须如作为犯对身体的支配一样,是“实际的支配”。

然而,一些学者认为,不作为犯中不存在“实际的支配”,而只有“拟制的支配”。许玉秀教授指出,“在不作为犯中,这种支配流程是透过‘如果干预,则几乎可以完全确定能排除侵害’这个最大概率性公式拟制出来的,这种所谓基于保证人地位的支配,无论如何都是一种拟制的支配,而不是实际的支配。”^{[11]593}何庆仁副教授也持同样的观点,认为“根据存在论的视角,犯罪支配是行为人切切实实地支配着自己的身体去作为,而保护性支配只是一种假设性,行为人其实可能什么都没支配。”^{[13]67}

以上批评误解了Schünemann教授的支配概念。因为,实际支配理论中的支配对象并非“不作为时的因果流程”,而是存在于“因果流程之前”的结果之原因。例如,牵着猛犬外出散步的饲主,在猛犬撕咬行人时未加以阻止,实际支配理论认为这之中存在着支配;但支配的存在不是因为“如果饲主加以阻止,就能近乎确定地排除侵害”,而是由于饲主在侵害发生之前就支配着猛犬。饲主对猛犬的事前支配的确是一种实际的支配。所以,从因果流程的拟制性不能径直推出保证人支配的拟制性。

但是,支配即使是“事前的”,依然可能不是“实际”的。这一点在“对法益无助状态的支配”中表现得尤为清楚。虽然被害人的法益依赖于保证人的保护,但被害人毕竟是独立自主的个体,保证人的支配常常存在着时间与空间上的障碍,支配的程度无法与“人对自己身体的支配”相提并论。例如, Schünemann 教授认为,在电影院的父母因为“握有房间的钥匙,知道孩子的位置和家里的危险源”,而对孩子的脆弱法益有事实性的支配。但是,“握有房间的钥匙,知道孩子的位置和家里的危险源”都只是支配的前提条件,其所证明的只是“支配的可能性”,行为人在客观上对孩子的脆弱法益并没有任何实际的支配。再如,实际支配理论主张,生产者对产品的检验具有技术、信息、知识上的优势,消费者对生产者也有相应的信赖,所以生产者对消费者具有事实性的保护支配,由此产生了危险产品的召回义务^{[2]654}。然而,消费者的信赖与知识上的优势,“都仅能说明这里存在着接管的可能性和优势,却不能说明这里存在着一种现实的接管”^[9]。除了上述两例,“对法益无助状态的支配”的典型范例还有“病人与外科医生”“保姆与婴儿”与“业余登山者与登山向导”^{[2]665}。在这些例子中,支配的确立也都与“优势的知识”“特别的地位”有关。所以,“对法益无助状态的支配”这一支配形式只是“支配可能性”而已,没有达到“实际支配”的程度。其实,若是严格贯彻“保证人的支配强度必须与作为犯对身体的支配相当”这一要求,那么“在他所举的例子当中,只有一种,就是怀孕的母亲对胎儿的支配,这种支配包含在人对自己身体的支配当中,的确是现实的支配。”^[10]

与实际支配理论不同,排他性支配理论中的支配是事中的支配,其支配的对象是因果流程。然而,这种支配也只是支配可能性而已。如上文所述,排他性支配是指“只有不作为者能救助法益”,但所谓的“能救助法益”只是一种救助法益的可能性和对因果流程的操纵可能性,意指如果行为人采取救助行为,法益损害就可避免。这一点并不会因为“只有”行为人能救助法益和主观的支配意思而发生改变;相反,在作为犯中,行为人对因果流程投入了真实的

能量,是实实在在地操纵着因果流程。因此,不作为犯中的支配只是一种“假设性的支配”。以排他性支配为前提的领域支配和排他性支配设定说的第一种支配类型也存在同样的问题。

排他性支配设定说的第二种类型主张,行为人引起了指向结果的原因时,仅是原因设定;而当行为人所设定的原因按照行为人的预料在实害结果中顺利实现时,才存在原因支配。亦即,当制造的风险在结果中实现时,支配才成立。然而,笔者认为,支配只可能存在于原因设定即风险制造阶段,且其存在与否和后续的风险实现阶段毫无关联。因为当行为制造了风险之后,因果流程就完全脱离了行为人的控制,风险或者原因最终能否在结果中实现具有一定的偶然性。

(二)支配性质的不同

实际支配理论对“支配的性质”也做出了明确的限定:支配是存在论意义上的支配,而非规范论立场的支配地位或支配义务^{[1]597}。作为一个能统摄“义务犯”与“支配犯”的支配概念,被这样限定,自然饱受质疑。Roxin 教授批评实际支配理论对“一般犯罪意义上的犯罪支配和规范性的保护支配、事件支配、构造支配或者关系支配等之间的区别视而不见。”^[8]许玉秀教授也认为, Schünemann 的支配概念“半是存在的,半是规范的”^{[1]594}。廖北海博士更是直接将实际支配理论定性为“规范的犯罪事实支配理论”^[11], 与 Roxin 的犯罪事实支配理论相区别。

笔者认为, Schünemann 教授的确未曾放弃,也不能放弃用规范的要素来架构保证人支配。因为,“对脆弱法益的支配”与“对危险源的支配”,都以“特别的社会地位”为前提。例如,父亲邀请无家可归的同事长期在家居住,两人都“手握房间的钥匙,知道孩子的位置和家里的危险源”,并且同事与孩子的关系也亲密无间;两人在主观(都有支配意愿)与客观上都没有任何差别。如果支配真是一个规范无涉的概念,那么在父亲与同事各自有无支配的问题上,结论应该完全相同。但是,实际支配理论仅肯定了父亲对孩子的脆弱法益有事前的支配,而认为同事对孩子的脆弱法益只有单纯的结果避免可能性。由此可

知,“特别的社会地位”能决定支配的有无,应是支配的构成要件之一。

Schünemann教授并不否认保护性支配产生自特定生活领域中的特别社会地位^{[3]65},但却拒绝将其纳入支配的构成要件之中,并强调支配的有无只取决于存在论上的两个条件:“事实性控制”与“主观意愿”^{[3]66}。然而,当实际支配理论遭到批判时,又时常搬出由“特定社会地位”产生的“信赖行动”^⑧来解围。其实,保证人支配就是指具有“特定社会地位”的行为人在“支配意愿”之下,对脆弱法益或危险源有“具体、现实的控制”。Schünemann教授一定要将“规范性要素”从支配的构成要件中驱逐,以维持其学术立场,的确是站不住脚的。

总而言之,实际支配理论、排他性支配理论和领域支配中的支配都只是一种“支配可能性”,并未达到作为犯“实际的”或者“事实的”的支配程度;实际支配理论中支配的“支配性质”也不是纯粹存在论意义上的支配,而是同时包含了“规范要素”和“存在要素”。因此,支配理论中的支配概念是恣意的。

三、逻辑层面的批判:支配与义务关系的错置

模糊的概念背后往往是不甚严密的逻辑。支配理论的整体思路是从“支配”中推导“义务”,其中包含着数处逻辑谬误,亟待厘清。

(一)逻辑跳跃——从“义务违反”到“义务证立”

在作为犯中,行为人对结果原因的支配,之所以能成为刑法归责的基础,“乃是因为他不被准予操控该因果流程,而他之所以不被准予操控因果流程,是因为他被赋予不侵害法益的义务”^{[10]334}。换言之,作为犯中的支配,是因其违反了不作为义务,才成为归责基础的。并且不作为义务来源于人类和平共存这一法的根本目的,而不是来源于行为人透过个人意志对其身体动作的支配。所以,在作为犯中,支配是“后于”义务的,它是“义务违反”的标志,而非义务的来源。

在不作为犯中,支配理论却将“义务”与“支配”的关系彻底反转,由“没有支配就没有破坏义务”,变成了“没有支配就没有义务”,使支配概念从作为“义务违反”要件的层次,跨越到作为“义务证立”的层

次^[12]。令人不解的是,相同性质的支配,为何能在作为犯与不作为犯中扮演完全相反的角色?这无非是因为在类比不作为犯与作为犯的过程中发生了“逻辑跳跃”。

(二)逻辑矛盾——从“权力”中推导“义务”

“支配”纯粹是一个权力概念,赋予一个人权力,即是赋予他做事的可能性,有权力的人,可以自由选择如何行使权力、是否行使权力^{[11]728}。权力与“自由”挂钩,有权力的人拥有的是“行动自由”。而反观义务的本质,正好相反,是“行动不自由”,我们说一个人有义务,意即他必须行为,如果不为,会产生制裁效果^{[10]227}。如果径直从“支配”中推导“义务”,则无异于从“权力的自由”中推出“义务的不自由”。但是,“自由”与“不自由”是A与非A的关系,不能在同一层次共存,也不可以相互推导。所以,“因为你有权力(自由),因此你有义务(不自由),是一个不能存在的逻辑矛盾”^{[11]728}。

而且,根据上述支配理论,支配应是一个纯粹事实性的描述概念。而保证人义务是一个“规范性的陈述”,所要问的是“谁应该保证法益不受侵害”^{[10]334}。如果从支配这一描述性概念出发,求取义务这一规范性概念,就犯了从“实然”导出“应然”的自然主义谬误。

(三)逻辑纠偏——支配与义务关系的厘清

既然支配不能推导出义务,那么两者究竟是什么关系呢?如果这里的支配指的是“纯粹事实性的支配概念”,那么支配与义务不存在任何关联。因为,“义务并不是根据事实产生于任何经验的存在,而是产生于规范的分配。”^{[11]150}例如,排他性支配即“只有行为人能救助法益”,绝对不可能推导出“行为人应当救助法益”,因为“只有你能做,不意味着你就应该做”。

而如果是“规范性的支配概念”,即“支配地位”或“支配权能”,那么支配与义务的关系就不再是“支配与义务无关,义务也与支配无关”^{[11]51}。支配权能与支配地位,讨论的是谁有权支配的问题。这一问题的答案同样不能从事实性要素中推出,而只能规范地确定。因为,谁事实上有支配,并不代表他有权

支配。能决定行为人是否有权支配的应当是“规范性关系”^{[12]217}。每一个“规范性关系”的存在都有其特定的任务。例如,法律上医生与病人之间规范性关系的存在,是为了完成保障病人健康的任务。为了实现这一任务,“规范性关系”必须赋予医生一定的权力,让他有权根据自己的知识对病人进行检查与治疗;与此同时,“规范性关系”也必须科处医生“尽心对病人进行检查与治疗”的义务,如此才能确保任务的实现。由此可见,规范性关系中的一方不但享有决定另一方状态的权能,也负有形成另一方状态的义务;而权能与义务,都是由这个规范性关系产生的两个相互独立的功能^{[12]217}。因而,支配与义务之间“并非处于上下层次之间的推导关系,而是平行地处于某一个规范性关系之下的同一层次。”^{[12]217}也就是说,支配与义务是“规范性关系”的两面,两者只是一种伴随关系,而不可能相互推导。

与上述观点稍有不同,何庆仁副教授认为,“社会地位只能产生义务,而不能成为支配的根据”,因为,“一个事先形塑好的社会领域和其他社会领域一样,只是提供了支配可能发生的场所,而不是支配可能发生的依据。”^{[13]65}笔者认为,这一说法有待商榷。处于某一“社会地位”意味着行为人背负着“规范性关系”所赋予的完成某一任务的“义务”。所以,从“社会地位”中推导出“义务”的存在的确是顺理成章的。但是,为了使人们完成他们的义务,必须同时赋予他们一些权力^[13]。譬如,让某人负责修理某个部门的机器,为了让他完成任务,则必须赋予自由进出该部门以及使用工具的自由(权力)^{[11]728}。可见,义务的履行总是以一定的权力为基础,两者都由社会地位决定。所以,社会地位也是“权力”与“义务”的综合体,并非仅与义务相连,它也是支配的依据。

总而言之,事实性的支配与义务之间毫无关联,而规范性的支配与义务之间只是伴随关系。支配与义务之间不存在相互推导的可能。不作为犯中的支配理论在逻辑上站不住脚。

四、“领域支配”的重新解释

笔者认为,“领域支配”的确可以产生作为义务,但支配理论因在概念和逻辑层面存在疑问而无法成

为其法理基础,因此这种保证人类型需要被重新解释。

(一)领域支配者对领域内的犯罪行为没有阻止义务

张明楷教授认为,领域的支配者对发生在自己所支配的领域内的犯罪行为(例如组织卖淫的行为、强奸)具有阻止义务。然而,根据自我答责原则(das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit)和回溯禁止理论(Regressverbot),对于“人”这一危险源(personale Gefahrenquellen),领域支配者原则上无需作为监管人为其负责^⑤。因为,一般而言,一个理智正常的成年人完全可以自负其责,法秩序无需安排他人监督和控制其行为,故而,在作为犯和不作为犯中,任何人都没有义务阻止第三人实施违法的,尤其是故意的行为^⑥,且这一点并不会因为处于他人的领域中就会有所改变^⑦;如果行为人实施了犯罪行为,那么阻止犯罪行为的实施应是国家的专属义务,普通公民并不会因为支配着犯罪所发生的领域就接管了此项义务^⑧。有观点主张,由于国家机关阻止犯罪实施的可能性在住宅中被限制了,故作为补偿,住宅的支配者应当负有阻止他人犯罪的义务^⑨。这种“补偿”逻辑站不住脚。由于住宅不受侵犯的权利,国家阻止住宅内的犯罪是会变得相对困难,但这正是“住宅不受侵犯”实现其目标即“住宅安宁”的必要成本。权利都是有成本的,而这些成本通常无需由权利的拥有者来补偿,因为这些权利为社会所带来的收益远大于成本^⑩。

与本文的观点相似,德国刑法的通说观点也承认,单纯的领域所有者的身份,还不足以证成其负有阻止犯罪的义务^⑪。但是,当犯罪所发生的领域由于其布置、性质和位置有利于第三人犯罪的实施时,部分学者主张,领域的所有者,对于第三人正在实施的犯罪行为,有阻止义务^⑫。可是,到底何谓领域的性质和位置、布置有利于犯罪的实施呢?墙壁的隔音效果特别好,致使被害人的求救声只能微弱地传到外面;富豪喜欢幽静,便买了山间别墅,别墅的位置使得被绑架到此的受害人没有逃跑可能性;宅男痴迷于密室逃脱,便将自己的房子改装成迷宫,此布置

使得居于其中的受害者难分左右。上述案例中的领域是否都有利于犯罪的实施,进而所有者应负犯罪阻止义务?若果真如此,那么安装隔音效果较好的墙壁、购买偏僻位置的别墅以及根据自己的喜好布置房子这些完全合法、正当及属日常生活的行为都会使行为主体面临着双重风险,即“对抗犯罪的风险”和“不对抗则构成犯罪的风险”,这意味着,“合法”的行为也可能负担“不法”的责任,这委实让人难以接受。因为,“法律不应要求行为人为一个本身(在行为当时来看)没有任何问题的行为承担责任,包括作为与不作为的责任。”^[14]而且,住宅、酒店、商店、汽车等并非法律禁止一般人随意使用的危险品(例如枪支、毒药),其他人未经同意擅自利用他人的此类物品实施犯罪的,物品的持有者并不负有阻止犯罪的保证人义务^③。

所以,无论犯罪发生的领域是否利于第三人的犯罪,领域的支配者,对于领域内第三人的犯罪行为,都不负有阻止义务^④。

据此,在“冷漠的哥”案中,出租车司机李某某对发生在后座上的强奸行为并无阻止义务,其之所以构成犯罪,是因为“绕道行驶”行为给强奸行为的实施提供了便利,从而以作为的方式构成强奸罪的帮助犯^⑤。

(二)领域支配者对领域内的伤者没有救助义务

与领域支配相关的另一个问题是,领域支配者对进入到其所支配之领域的伤者,是否有救助义务。如前所述,张明楷教授和西田典之教授皆主张,只要行为人对领域具有排他性支配,无论伤者是闯入、由他人带入或者经同意进入这一领域之后才受伤,支配者都具有救助义务。

笔者认为,救助义务是不存在的。首先,对未经同意闯入他人领域的伤者,领域支配者并无救助义务。肯定者之所以主张救助义务的存在,理由是在此种情况下领域支配者存在排他性支配即只有领域支配者才能救助法益。然而问题是,“为什么只有我能救助法益时,我就必须救助法益呢?”而且,即使伤者在他人所支配的领域内获得救助的机会真的减少了^⑥,也是他自己闯入所致,是伤者“自陷风险”,领域

支配者无需为此负责。

其次,对经同意或者邀请进入领域之后在领域内受伤的伤者,领域支配者也没有救助义务。关于这一点,理论上有一些争议。有观点主张,如果同居者或者客人基于房主的同意或者邀请进入到房屋里,除了客人自陷风险或者仅遭受轻微犯罪之害的之外,房主具有救助法益的保护型保证人地位(Beschützerгарantenstellung)。理由是,此时客人或者同居者会信赖在房主的支配领域内(Herrschaftbereich)存在严重的危险时,房主会给予帮助^⑦。德国贼窝案(Räuberhöhle-fall)的判决就体现了此种思想:在该案中,房主同意65岁的K在自己家住宿一晚。午后,房主、K和另一名客人S在客厅里开怀畅饮,K喝醉后便在沙发上睡着了,S见状就从K的夹克里取走了存折,并用力殴打K的脸部,迫使其说出存折密码,在整个过程中,房主就站在一旁看着。联邦最高法院认为房主有义务阻止指向客人的侵害,理由正是“谁基于房东的邀请而进入他人的房屋,谁就允许信赖,在发生严重危险时,房东会在其支配领域内帮助自己”^⑧。然而,“信赖关系的建立,需要信赖的基础,能提供有效的信赖基础的,是法律上的要求或禁止,应该是有法律义务才能产生信赖,而不是有信赖才有法律义务。”^{[17]26}所以,从所谓的“信赖”中直接推导出保证人义务犯了因果颠倒的逻辑错误。再者,信赖的内容能否包含“给予帮助”也存在疑问。一般而言,刑法上人和人之间的基本义务是“不得伤害他人”的消极义务,相互之间的合理信赖是“他人不会伤害我”,而“给予帮助”已经超出了消极义务的范围,其正当性有待主张者进一步证明。笔者认为,单单同意或者邀请他人进入自己支配的领域,并不会增加领域支配者与客人之间的社会连带性,客人对领域支配者的信任,以房屋为例,应仅仅限于“房屋自身不存在危险”^⑨。

本文依据上述观点来分析“徐汉坤等强奸案”^⑩。2011年6月2日上午,被告人徐汉坤将被害人陈某带至本市奉贤区柘林镇胡桥村窑桥318号被告人陈玉松的暂住地。当天晚上11时许,被告人徐汉坤采用打耳光、按压身体等手段强行与被害人陈某

发生性关系。其间,被害人陈某反抗并多次向同一房间内睡在另一张床上的房主陈玉松求救,房主陈玉松仅对徐汉坤进行一般言词劝阻,之后即对徐汉坤继续实施的强奸行为听之任之,最终强奸行为得逞。一审法院认为,房主陈玉松在自己房间内留宿被害人,作为房间提供者,房主陈玉松负有相应的安全保障义务;作为被告人徐汉坤的长辈亲属(陈玉松是徐汉坤的姨父),被告人陈玉松负有约束晚辈不当行为的责任。笔者认为,此判决不妥当。一方面,房主陈玉松对于房间内的犯罪行为没有阻止义务,判决书中所谓的“约束晚辈不当行为的责任”也仅是道德上的义务;另一方面,作为房间的提供者,房主陈玉松确负有安全保障义务,但是此种义务的内容仅限于确保自己的房屋自身不存在危险,其并没有义务救助因他人犯罪行为而陷入险境的被害人陈某。所以,房主陈玉松的不作为并不构成犯罪。

(三)领域支配所能产生的仅是交往安全义务

综上所述,对领域的支配(包括排他性和非排他性支配)既不能产生对脆弱法益的救助义务^④,也不能产生一般的犯罪阻止义务(allgemeine Straftatenverbinderungspflicht),其所能生成的只可能是交往安全义务(Verkehrssicherungspflicht)^⑤。

所谓的交往安全义务是指,“如果自己的支配领域内存在危险源(像经营危险设施、驾驶机动车或者豢养猛兽),则必须加以控制,并保证这种危险源不会向外输出伤害性的影响。”^⑥例如,房屋主人看到松动的瓦片要及时加固,司机看到前方行人要及时刹车,主人看到宠物狗扑向他人时要及时制止。交往安全义务的正当性与必要性受到学界广泛的承认,其与先行行为、负责第三人的违法行为(Verantwortung für rechtswidriges Verhalten Dritter)并列为三大监督型保证人地位(Überwachungsgarantenstellung)。

仍存在争议的是交往安全义务的具体内容。有学者主张,交往安全义务仅限于维持好自己所支配的领域,监管领域内的危险源确保其不向外输出危险;而一旦潜在危险不慎演变为实际伤害,交往安全义务并不要求支配者救助伤者^⑦。例如,房主看到松

动的瓦片有义务及时加固;但是如果松动的瓦片已经掉落砸伤了行人,房主并无救助伤者的保证人义务^⑧。而有的学者认为,交往安全义务不仅包括维持好自己所支配的领域、控制潜在的危险源,同时也包括在危险实现为结果之后或者说因果流程离开自己的组织领域甚至已经到达伤者的组织领域之后继续救助伤者^⑨。例如,司机有义务避让行人以免自己所支配的物品对其造成伤害,而如果真的造成伤害,司机也有义务救助伤者。可见,两种观点的分歧在于:交往安全义务的内容是否包含事后的救助义务。

笔者认为,交往安全义务的内容仅限于消除所支配领域内危险源的危险即安全保障义务(Sicherungspflicht),而不包括事后的救助义务(Rettungspflicht)^⑩。交往安全义务的基础是作为结果归责一般原则的支配思维:由于存在“对危险领域的支配”(die Herrschaft über einen Gefahrenbereich),“不得伤害他人”的消极义务要求支配者采取所有的措施,使其所支配的领域从损害的因果流程中脱身^⑪。然而,当领域的危险已经演变为具体的损害结果时,这一事实不再被交往安全义务的保护目的包含在内。“对于这个进一步的因果流程(伤害进一步损害受害者的身体,威胁他的生命和健康),这个对于伤害刚开始时非常重要的支配领域已经不再有任何的作用了。”^⑫此时,行为人对危险领域的支配已变成过去的支配,而“只有一个现存且指向未来的对结果发生原因的支配,才能用来论证归责的合理性”^⑬,也就是说,只有对结果的原因存在现时的支配,消极义务方会要求支配者控制风险;同时行为人对结果的现时原因即“受害者的虚弱”也没有支配,所以行为人的不救助并不违反消极义务的要求。因此,交往安全义务并不包含事后的救助义务。

本文第三部分批判了从“支配”中推导“义务”的逻辑,而在交往安全义务这一问题上却同意“领域支配”可以产生“义务”,似有自相矛盾之嫌。其实,交往安全义务的理论逻辑并非“支配”产生“义务”,而是“义务”产生“义务”。其法理基础也非支配,而是消极义务:由于不得伤害他人的“消极义务”的存在,支配着危险领域的人要确保自身领域不向外输出风

险,因而负有为一定行为的“作为义务”来消除领域自身的危险。“交往安全义务”正是从“消极义务”中推导出来的,而不是由领域支配直接产生的。

在“陈某某故意伤害案”^①中,如果我们将“交往安全义务”考虑进来,该案会有不同的结论。2014年12月23日,被害人陈××与其男朋友陈某某在因打麻将发生矛盾后回到二人暂住的出租屋内,陈某某取出一桶存放于家中装满汽油的5L色拉油桶准备下楼给摩托车加油,在取油过程中不慎将汽油桶掉在了床上,陈某某因此被陈××数落,陈某某遂拿起油桶向陈××上身泼洒汽油,后陈某某准备出门做饭,刚走到门口处便听到屋内轰的一声,随后陈××上身着火往外跑,陈某某见状使用双手扒陈××上身着火的衣服,扒了两次未能扒下,火势越来越大,陈某某在明知家中仍有汽油及一罐液化气等易燃易爆品的情况下,并没有继续抢救、呼救或拨打求救电话报警,而是迅速逃离现场,并于当晚租车逃回其老家湖北省十堰市藏匿。后在闻讯赶来的邻居及消防人员的救助下,陈××身上及家中的火被扑灭,随后陈××被送往晋煤集团总医院,经抢救无效死亡。在本案中,二审法院仅讨论了陈某某“泼洒汽油”的行为,认为陈某某构成以作为方式实施的故意伤害罪。然而,在本案中,被告人陈某某的家中有汽油、液化气等危险物品,其有义务确保自己所支配领域内的危险物品不向外输出风险:既不能向同居者陈××输出风险,也不能向公共领域输出风险。被告人陈某某在没有尽力消除危险的情况下逃跑,已经违背了交往安全义务,其不作为应另外构成不作为的故意伤害罪和不作为的放火罪^②。

总而言之,与领域支配有关的是交往安全义务,其并不要求领域的支配者阻止领域内的犯罪行为、救助领域内的伤者,支配者只需确保自己所支配的领域不向外输出风险即可。

五、结语

在不作为犯教义学中,普遍的共识是,不作为须先与作为等置方才有可能和作为适用同一构成要件,否则便有违反罪刑法定原则之嫌。不作为犯中的支配理论的初衷在于填补不作为与作为之间的结

构差异,使不作为能如作为一般积极地侵害法益,从而实现两者的等置。遗憾的是,支配理论在概念和逻辑层面都存在疑问,无法成为保证人地位的法理基础。其所欲证成的“保护义务的主动承担”和“领域支配”这两种保证人类型可通过“以同意为基础的契约型角色义务”及“交往安全义务”得到重新解释。

面对支配理论的失败,值得我们反思的是“等置性”要件本身:不与作为相等置的不作为真的不能与其适用同一法条、构成同一罪名吗?基于自由主义的立场,通说观点主张刑法中的罪名或者法条是以作为犯为原型设立的,因此与罪名或者法条相对应的只是作为犯的构成要件,如果不作为想要满足作为犯的构成要件,自然须与作为等置。然而,非自由主义的立场也不完全和刑法相斥,是否有可能存在一种非自由主义的法理基础,可以证成一个刑法条文中同时含有“作为的构成要件”与“不作为的构成要件”呢^③?若其果真存在,不作为就无需再与作为等置了,因为不作为所符合的不再是“作为的构成要件”,而是“不作为的构成要件”。或许,这一想法可为不作为犯教义学提供新的思路。

注释:

①本文主题仅关涉不纯正不作为犯,为行文简洁,有时会将“不纯正不作为犯”简称为“不作为犯”。

②“保证人地位”所实现的是“行为等价”(Handlungsäquivalenz),“等价性”要件所实现的是“行为模式的等价性”,即模式等价(Modaliätenäquivalenz)。第二个标准只有在“定式犯罪”(如诈骗罪)中才有适用余地,于非定式的结果犯中则无需考虑。所以,在结果犯中,讨论等置性问题,就是在讨论保证人地位问题。(参见:Wessels, Beulke, Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015, §19 Rn. 1028f; Kinderhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, §36 Rn. 2/3.)有学者将这两个要件统称为“双重等价性标准”,参见:蔡圣伟.刑法问题研究(一)[M].台北:元照出版社,2008:198-199。

③参见:Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 234.

④黎宏教授认为:“在我国刑法学中,不真正不作为犯的研究似乎走进了一个死胡同”,并认为支配理论是不作为犯教

义学的出路。(参见:黎宏.排他支配设定:不真正不作为犯论的困境与出路[J].中外法学,2014(6).)

⑤参见:Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003, §32, Rn. 17ff.

⑥参见:Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 235.

⑦参见:Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 235.

⑧参见:Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 236.

⑨参见:Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 294. Roxin 教授亦持相同的观点,参见:Claus Roxin, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Allgemein Teil des Strafrechts, München 1998, S. 208-209.

⑩参见:Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 346.

⑪因为“支配意志”的存在,“犯罪事实支配理论”要求共犯成立以故意为前提。若同样将“支配意志”作为“实际支配”成立的一个条件,是否会如共犯一样,只能成立“故意的”不纯正不作为犯,值得进一步研究。

⑫参见:Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 743.

⑬西田典之教授对先行行为这一保证人类型持怀疑的态度。(参见:西田典之.日本刑法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2007:93;西田典之.共犯理论的展开[M].江溯,李世阳,译.北京:中国法制出版社,2017:165,210-211.)

⑭该案一审判决书,河南省南阳市人民法院(1994)南刑初字第264号;二审裁定书,河南省南阳市中级人民法院(1995)南刑终字第002号。

⑮该案一审判判决书:重庆市万州区人民法院(2002)万刑初字第606号;二审裁定书:重庆市第二中级人民法院(2003)渝二中刑一抗字第4号。

⑯例如,根据契约而接受养育婴儿的,将伤者搬到自己的车内的。(参见:西田典之.共犯理论的展开[M].江溯,李世阳,译.北京:中国法制出版社,2017:206.)西田典之教授也明确表示基本支持“作为义务的产生应限于接受了保护责任之时”的观点。

⑰英美刑法中对保护义务的主动承担的法理解读,也存在相似观点。(参见:Andrew Ashworth. Positive Obligations in Criminal Law[M]. Hart Publishing Ltd, 2013: 52.)

⑱具体案情,参见:岳耀勇.见死不救罪责难逃——金华首

例不作为故意杀人案终审判决[N].检察日报,2000-05-09(1).

⑲再如,行为人不小心中他人关在图书馆(原因支配),其手上有钥匙,能够轻易地打开门锁,但却不为该行为,导致了他被关一天一夜,黎宏教授据此认为存在原因支配,行为人应当成立不作为的非法拘禁。(参见:黎宏.排他支配设定:不真正不作为犯论的困境与出路[J].中外法学,2014(6):1589.)

⑳典型案例:洪某驾驶出租车在大街上揽客,何某将一大量失血并已昏迷的老人抱上车,说是自己撞的,要求洪某驱车前往医院救助。当车驾驶10分钟后,何某要求停车,找借口离开。洪某等候30分钟,见已经到了深夜,就怀疑何某已经逃逸,便将重伤老人弃于大街上,老人最终失血过多死亡。张明楷教授认为在肇事者下车后,受伤者存在于司机独立支配的领域,司机具有救助义务。(参见:张明楷.刑法格言的展开[M].北京:北京大学出版社,2013:223.)

㉑典型案例:出租车司机李某带两名乘客到火车站,途中乘客李某强奸了另一名乘客,李某竟坐视不管,既未停车也未报警。

㉒参见:Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 235.

㉓参见:Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 724 f.

㉔在实际支配理论备受批判的两个案例中, Schünemann 教授都用“信赖行动”这一规范性要素来解围。(参见:许迺曼.德国不作为犯法理的现况[G]//陈志辉,译.许玉秀,陈志辉.不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑.台北:新学林出版股份有限公司,2006:654,662.)

㉕参见:Wessels, Beulke, Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015, §19 Rn. 1014.

㉖参见:Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil: Band 2 sonderformen des Verbrechens, 1. Aufl., 2005, §47, Rn. 18f.

㉗参见:Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991, 29/37a.

㉘参见:Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003, §32, Rn. 121.

㉙参见:Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 362. 参见:Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2008, §18, Rn. 112.

㉚Roxin 教授在讨论“一个没有违反义务而造成车祸的司机,是否具有保证人义务”这一问题时,指出“驾驶汽车不是借助特殊负担换来的奢侈,而是一种对于社会功能来说在今天不可缺少的运动方式。”(参见:Claus Roxin, Strafrecht Allgemei-

ner Teil Band II, München 2003, §32, Rn. 166.)同理,住宅安宁也不是借助特殊负担换来的奢侈,其对社会功能而言也是不可或缺的。

⑳这得到了理论界和实务界的普遍承认。(参见:Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003, §32, Rn. 120ff. BGHSt 30, 391.)

㉑参见:Wessels, Beulke, Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015, §19 Rn. 1014. 参见:Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 627.这也是德国联邦法院的观点, BGHSt 30, 391(396)。

㉒参见:Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991, 29/36a.

㉓参见:Georg. Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 1998, §6, Rn. 76; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003, §32, Rn. 120ff; Stratenwerth, Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat, 6. Auflage 2011, §13, Rn. 45; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991, 29/37.

㉔本案案情及判决参见:“冷漠的哥”坐视车内15岁少女被强暴获刑两年[EB/OL].[2017-03-24].<http://www.chinanews.com/fz/2011/05-20/3056640.shtml>.

㉕并且这一点通常而言是不成立的。Roxin教授指出,平均而言,一个在住宅、酒店中以及在地产上遭到侵害的被害人,相较于在大多数无人的公众场合,有更多的机会得到救助。(参见:Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003, §32, Rn. 121.)

㉖参见:Wessels, Beulke, Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015, §19 Rn. 1011; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2008, §18, Rn. 113.

㉗参见:Claus Roxin, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemein Teil des Strafrechts, München 1998, S. 147-148.

㉘而如果客人在进入房屋之后,因房屋自身的危险(如掉落的瓦片)而受伤的,领域支配者也不负救助义务,具体理由在下一部分中详述。如果领域支配者以救助的意思主动将需要帮助的人接到领域内,那么其是基于保护义务的主动承担而负有保证人义务,与领域支配无关。

㉙参见:(2011)奉刑初字第879号刑事判决书。

㉚参见:Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996,

S. 627.

㉛参见:Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991, 29/37a; Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 362.

㉜需要注意的是,在行为人所支配的物品给他人造成伤害之后,救助义务是否存在,这是另外一个问题。有的学者通过先行行为证立此时存在救助义务。而本文所讨论的仅仅是,通过交往安全义务能否推出事后救助义务的存在。

㉝参见:Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2008, §18, Rn. 111; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003, §32, Rn. 124.

㉞参见:Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 288f; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991, 29/38.

㉟关于安全保障义务(Sicherungspflicht)和救助义务(Rettungspflicht)区别的进一步论述,参见:Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991, 29/38.

㊱参见:Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S285, S288.

㊲参见:Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S290.

㊳参见:Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S289.

㊴参见:(2016)晋05刑终57号刑事判决书。

㊵至于本案应该以作为论处,还是以不作为论处,还需进一步讨论。这种作为在前(泼洒汽油),不作为在后(泼洒汽油引发火灾导致家里储存的汽油、液化气有着火、爆炸的风险,但却不消除自己领域内的风险),在理论上被称为“多重意义的行为”(mehrdeutiges Verhalten),有观点主张,此时积极的作为应处于优先地位,即应率先考虑以作为犯处罚。(参见:Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil: Band 2 sonderfomen des Verbrechen, 1. Auflage 2005, §45 Rn. 15; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003, §31, Rn. 177ff. Stratenwerth, Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat, 6. Auflage 2011, §13, Rn. 3.)然而,Kühl教授认为这种观点太机械了(zu schematisch); Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2008, §18, Rn 16. Wessels/Beulke/Satzger认为不同时依附着一个积极作为的不作为是不可想象的,上述作

为优先的观点将使不作为犯无法存在。(参见:Wessels, Beulke, Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015, §19 Rn. 987.)

⑤相类似的观点,参见:许玉秀.当代刑法思潮[M].北京:中国法制出版社,2005:747-748;松原芳博.刑法总论重要问题[M].王昭武,译.北京:中国政法大学出版社,2006:71.

参考文献:

[1]许玉秀.当代刑法思潮[M].北京:中国民主法制出版社,2005:589.

[2]许迺曼.德国不作为犯法理的现况[G]//陈志辉,译.许玉秀,陈志辉.不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑,台北:新学林出版股份有限公司,2006:656.

[3]何庆仁.义务犯研究[M].北京:中国人民大学出版社,2010:66.

[4]西田典之.日本刑法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2007:94.

[5]西田典之.共犯理论的展开[M].江溯,李世阳,译.北京:中国法制出版社,2017:215.

[6]黎宏.排他支配设定:不真正不作为犯论的困境与出路[J].中外法学,2014(6):1587.

[7]张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2011:159.

[8]蔡圣伟.刑法问题研究(一)[M].台北:元照出版社,2008:153.

[9]孙立红.规范性的事实支配与不真正不作为犯[G]//陈兴良.刑事法评论,北京:北京大学出版社,2015:103.

[10]许玉秀.主观与客观之间——主观理论与客观归责[M].北京:法律出版社,2008:316.

[11]廖北海.德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2011:147.

[12]周漾沂.重新建构刑法上保证人地位的法理基础[J].台大法学论丛,2014(1):216.

[13]京特·雅科布斯.规范·人格体·社会——法哲学前思[J].冯军,译.北京:法律出版社,2001:29.

[14]王莹.先行行为作为义务之理论谱系归整及其界定[J].中外法学,2013(2):335.

[15]乌尔斯·金德霍伊泽尔.刑法总论教科书[J].蔡桂生,译.北京:北京大学出版社,2015:376.

Legal Dogmatics Criticize of the Domination Theory in Omission Crime

Xu Wanlong

Abstract: Realistic domination theory, exclusive domination theory and field domination theory are the legal bases of the omission crime dogmatics. However, some doubts about them do exist conceptually and logically. Firstly, in concept, the dominations of them differ from the one in commission crime in the degree of domination. Moreover, the domination characters in the realistic domination theory disaccord with the domination characters in commission crime. Secondly, the idea that deducing the obligations from dominations fails to determine the relationship between dominations and obligations logically. The dominations and obligations are actually in following relationship and cannot be deduced from each other. Therefore, the domination theory of omission crime cannot be treated as the legal basis of the status of guarantor. Furthermore, although taking the initiative to undertake the protection obligations and field domination can infer the act obligations of criminal law, the obligations need to be reinterpreted. The obligations, which can be deduced from field domination, are the communication security obligations, which do not require the field dominator to prevent crimes and save the injured in the field. The only thing the dominators ought to do is preventing the risk to transfer outwards.

Key words: non-typical omission; realistic domination theory; exclusive domination theory; field domination theory; communication security obligations