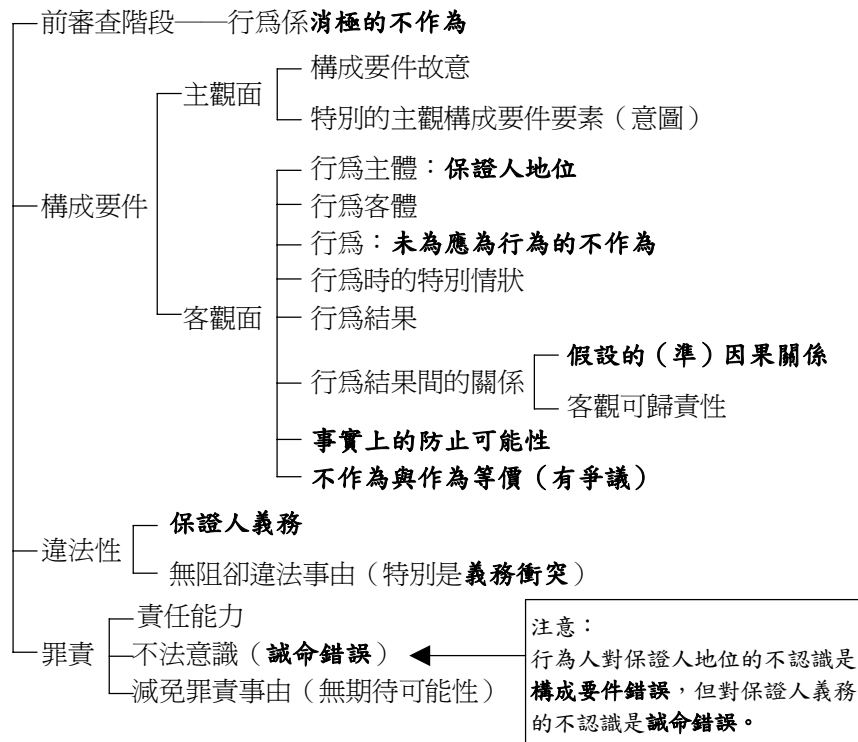


式，一個是**避免危險的發生**（＝賦予對危險源的監督義務），一個是**避免法益受侵害**（＝賦予保護法益的義務）。這就是通說建構保證人地位概念的兩種模式。

以下在不純正不作為犯的體系說明中，本書將保證人地位獨立於其他不法構成要件要素之外，在一開始時就通說的看法加以說明，再介紹國內特殊的見解，然後在就其他與作為犯不同的要素加以說明。首先我們照慣例，將體系圖先列出來。

《圖10-2》故意不純正不作為犯體系圖



壹、保證人地位

一、通說見解

保證人地位³⁶按照**功能說**（或稱**新保證人說**）的看法，依其實質的功能

³⁶ 稱保障人地位者，見陳子平，《刑法總論》，二版（2008,09），頁155。

內涵，將構成保證人地位的類型區分為兩大類，如下圖表所示³⁷：

《圖10-3》兩種保證人地位類型

	保護法益類型	監督危險源類型
圖示		
各種類型	依法令規定負有保護義務之人	危險物之持有（對物的監督）
	事實上的自願承擔	商品製造者（對物的監督）
	密切的共同生活關係	場所的持有
	危險共同體	對人的監督
	公務員或法人機關的成員	危險前行為（？）

亦有學者將保證人地位的類型分成「對一定法益具特別保護義務」及「一定危險狀態之導致者」³⁸，前者與上列圖表中「保護法益」的各種類型沒有太大的差異，主要的不同在於將「一定支配範圍具監督與管制義務者」（相當於上圖表中之場所的持有）置於保護法益類型之中；後者則相當於「危險前行為」。

以下我們就這兩種類型之下的細節再做說明：

³⁷ 主要參考：黃常仁，《刑法總論》，二版（2009,01），頁148-155；林山田，《刑法通論（下）》，十版（2008,01），頁250-258；林東茂，《刑法綜覽》，六版（2009,09），頁1-184-1-191；林鈺雄，《新刑法總則》，三版（2011,09），頁536-545；黃榮堅，〈論保證人地位〉，《刑罰的極限》，初版（1999,04），頁25-31；蘇俊雄，《刑法總論II》，修正再版（1998,12），頁561。

³⁸ 黃常仁，《刑法總論》，二版（2009,01），頁148-155。

（一）保護法益類型的保證人地位

具此等保證人地位之行爲人，對於特定法益負有避免侵害發生之義務，具體的分類如下：

1. 依法令規定負有保護義務之人

例如民法第1084條規定：「父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務」即爲適例。不過，依法令規定只是一種形式的說法，法令之所以設定行爲人負有特定義務，背後多有實質的理由，像是這裡所說的民法第1084條，真正實質的理由應該是下述2。

1. 事實上的自願承擔

即行爲人自願承擔保護法益之義務，諸如：褓姆對於所照顧的幼兒、救生員對於泳客、醫護人員對於病患等等。多數學者以自願承擔保護義務稱呼此種類型³⁹。早期此等類型多以契約爲認定有無保證人地位的標準，不過這樣的說法使得保證人地位成立與否取決於民法上的契約是否有效，惟民法上關於契約是否有效成立的認定標準，旨在保護交易安全以及不具完全行爲能力之人，以此與保護法益無涉之條件，作爲決定保證人地位有無的依據，現已爲學說所揚棄不採，而改採**事實上**是否自願承擔作爲判斷標準。例如未成年之人倘能認識擔任褓姆必須保護照顧他人所託之幼童，此際可認定爲具有承擔之能力，所爲事實上之自願承擔義務，即可產生保證人地位，至於其間契約有效與否，則非所問。

2. 密切的共同生活關係

若與他人共營生活，則彼此間即存有**信賴**的關係。因此，學說上咸認爲諸如配偶、父母子女、兄弟姐妹、同居人間，皆彼此互負有保護法益類型的保證人地位。請注意，這裡所謂的密切共同生活必須是成員彼此間組成生活共同的團體，因此並非形式上具有前述的關係就會產生保證人地位，像是老死不相往來的分居夫妻、爭財產而分家的兄弟之間，即不具保證人地位。

3. 危險共同體

共難團體成員間互負保證人地位的理由與前述3.相仿，都是基於彼此間

³⁹ 如：林山田，《刑法通論（下）》，十版（2008,01），頁251；林東茂，《刑法綜覽》，六版（2009,09），頁1-185；林鈺雄，《新刑法總則》，三版（2011,09），頁538-539；黃榮堅，〈論保證人地位〉，《刑罰的極限》，初版（1999,04），頁27。

的**信賴與互助**。像是登山隊、探險隊等等。按照多數學說的看法，臨時性的遊戲團體、一同飲酒、吸毒的豬朋狗友雖然也是聚在一起弄險，但並不是這裡所謂的危險共同體⁴⁰。如果按照這樣的看法，飆車團體亦非屬之。

有必要進一步說明的是**非法**的危險共同體，像是強盜集團的成員間是否互負保護之義務。學者有認為，如果犯罪團體的成員互有保證人地位，將使其組織更為穩固，反而對社會大眾不利，因此應予以否定⁴¹。



作者叮嚀

對於3.以及4.的類型，筆者自己的看法是：這兩種種情形應該可以歸類為前述1. 事實上的自願承擔的下位概念。至少我們可以這樣說：當行為人與被害人具有一定程度的共同生活關係時，有時在判斷有無保證人地位時仍有一定程度的疑義，像是一起蹲苦牢的難友、同病房的病友、同住宿舍的樓友、一起蹲在亭仔腳的街友……他們在生活上的接觸可能比親人還頻繁，但這樣的關係未必是出於自願，對於他方也未必承擔保護之義務，自然也就不具有保證人地位⁴²。因此實質上的判斷還是應該以共同生活或共難團體的成員間有無事實上的自願承擔為斷。

4. 公務員或法人機關的成員

此處的重點在於這些人員在特定範圍內負有特別的保護義務，像是條伯伯是人民的褓姆、消防隊員要救災等等，這類的公務員在其**職務範圍**之內，即具有保證人地位。

（二）監督危險源類型

具此等保證人地位之行為人，對於特定危險源負有監督之義務，也就是說，行為人必須防止特定危險源對他人法益造成侵害。在此類型之下，學者間進一步的分類方式大致如下：

1. 危險物的持有

即因危險物之持有而產生對該危險物品的監督義務⁴³，典型的例子像是

⁴⁰ 僅參見林山田，《刑法通論（下）》，十版（2008,01），頁253；林鈺雄，《新刑法總則》，三版（2011,09），頁538。

⁴¹ 林東茂，《刑法綜覽》，六版（2009,09），頁1-189。

⁴² 類似見解：林東茂，《刑法綜覽》，六版（2009,09），頁1-188-1-189。

⁴³ 實務見解如《30上1148例》：「因自己行為致有發生一定結果之危險者，應負防止其發生之義務，刑法第十五條第二項定有明文。設置電網既足使人發生觸電之危險，不

養狗的人要避免狗咬人、設置看板的人要避免其掉落、車主不應將車輛借給不能安全駕駛的人。

需要注意的是，危險源的監督義務必須侷限於該危險源所致的危險種類，如果行為人持有之物僅是偶然提供他人犯罪的機會，物主並不須對此負責，如下例所示⁴⁴：



• 《案例10-10》 •

甲宅的圍牆遭乙噴上侮辱丙的字樣，懶得理會的甲並不會構成以不作为方式犯公然侮辱罪。

2. 商品製造者

商品製造者對其產品負有預防發生損害的義務。常見的情形像是汽車製造商對於設計上的瑕疵負有召回改善的義務，藥商對於有問題的藥劑負有回收的義務等。也就是說對於有危害法益的產品，製造者具有監督危險源類型的保證人地位。

值得注意的是，如果他人利用產品為媒介來遂行故意犯罪時（如千面人在飲料下毒勒索製造商），隱匿相關訊息之製造商雖不能完全免除其保證人地位，但具體負責範圍多大，則尚有爭議⁴⁵。

3. 場所持有者

場所持有者對於該**場所本身**可能造成法益受侵害的危險，是屬於前述1.的保證人地位類型，例如房東未修繕樓梯導致房客受傷。這裡要說的保證人地位，是場所持有人對於在該空間範圍之內可能發生之法益侵害具有防止的義務，也就是持有者對自己支配領域之危險來源的控制義務，例如酒館老闆未阻止酒客間的傷害行為，即屬違反此等義務。請注意此兩者的不同。

構成的理由在於**私人生活領域的自治**，也就是說，在私人生活領域

能謂非與該項法條所載之情形相當。上訴人為綜理某廠事務之人，就該廠設置之電網，本應隨時注意防止其危險之發生，乃於其電門之損壞，漫不注意修理，以致發生觸電致死情形，顯係於防止危險之義務有所懈怠，自難辭過失致人於死之罪責。」

⁴⁴ 林鈺雄，《新刑法總則》，三版（2011,09），頁540。

⁴⁵ 林鈺雄，《新刑法總則》，三版（2011,09），頁545。

中，國家的管理行為，可能因為隱私權的因素或因為時效上的因素而難以介入，因此在個別的生活共同體當中，其成員在一定的範圍內，必須維持其秩序。要注意的是，持有者並非對於其所持有的場所裡的任何法益侵害都有防止義務，而是以持有者對於第三人所製造的**信賴**為要件。例如闖空門的竊賊與屋主間即不具此等信賴關係，因此對於在侵入住宅時受傷的小偷，屋主並非居於保證人地位⁴⁶。

4. 對人的監督

人本身也是一種危險源，例如小孩子會咬人、瘋子會攻擊人、變態會亂摸人……。因此，法律上有義務監督及控制他人行為者，必須防止被監督人的行為侵害法益⁴⁷。此類的保證人地位多半存在於基於**權勢關係**或**特別權力關係**而管護他人之人身上，尤其是具有**緊密控制關係**的情形，像是獄卒要防止受刑人凌虐其他受刑人、精神病院管理者必須避免病患攻擊其他法益等。但如果是一般的雇傭關係，由於不具有這種緊密控制關係，因此並非居於保證人地位，像是雇主對傭人；又如夫妻彼此間，亦無此等防止對方犯罪之義務⁴⁸。

5. 危險前行為⁴⁹

此一類型謂是最具爭議性的保證人地位類型（筆者認為，多數學說將之置於監督危險源的類型來討論，也是一件很詭異的事），簡單地說，行為人因為自己的行為導致其他法益陷於危險之中時，即負有防止侵害結果發生的義務。例如，車禍造成他人生命垂危之駕駛，應將受傷之人送醫急救。關於危險前行為的保證人地位類型詳細的介紹，請參見下述二、的說明。

⁴⁶ 黃榮堅，〈論保證人地位〉，《刑罰的極限》，初版（1999,04），頁30-31。

⁴⁷ 黃榮堅，〈論保證人地位〉，《刑罰的極限》，初版（1999,04），頁31。

⁴⁸ 林鈺雄，《新刑法總則》，三版（2011,09），頁541。

⁴⁹ 實務見解可參照《29上1689例》：「上訴人將紅信水銀投入飯鍋內，如其犯意僅在毒殺其夫某甲一人，而於乙、丙先後喫食此飯時，雖在場知悉，因恐被人發覺不敢加以防止，即係另一犯意，以消極行為構成連續殺人罪，應與毒殺某甲之行為併合處罰。」