

重新建構刑法上保證人地位的法理基礎*

周漾沂**

〈摘要〉

本文的目的，在於重新建構保證人地位的法理基礎，並據此得出具有刑法上適格的保證人地位事由。以往學說所採取的支配、信賴或期待概念，都是屬於形成保證人地位之規範性關係的反射結果，並無法提供具有建構作用的判準。相對於此，本文從刑法義務型態出發，區分消極義務（不侵害義務）／積極義務（協助義務），並認為保證人地位的問題，即是刑法應在何種範圍上承認積極義務的問題。刑法承認廣泛性消極義務，並沒有什麼疑問；一個以個人自由與權利為核心的實質不法概念，所要求的不外乎禁止侵害他人。然而積極義務，原則上難以整合在上述法概念之中，因為，強制公民承擔他人風險之社會連帶性，其結果是對於個人自由與權利的侵害。在此理解下，本文提出「自由法秩序之補充性扶助體制」以及「風險管轄合意移轉」兩個和實質不法概念有相容性的保證人地位。前者的作用，在於防止個人因自我負責能力欠缺所可能導致的生存機會喪失；後者則是承認個人之間得透過自由意願建立局部風險連帶性，用以實現個人所欲之社會交往活動。這兩種保證人地位，不但不會侵害個人自由與權利，反而對於其實現具有護衛性作

* 本文為國科會專題研究計畫NSC 101-2410-H-002-036-之相關研究成果。感謝兩位匿名審稿委員的深入評論，使作者能補充本文欠缺之處。

** 國立臺灣大學法律學院助理教授；德國波昂大學法學博士。E-mail: yangyichou@ntu.edu.tw。

- 投稿日：08/20/2013；接受刊登日：10/28/2013。
- 責任校對：王柏硯、張雅馨、陳瑩恬。
- DOI:10.6199/NTULJ.2014.43.01.04

用。至於危險控管型的保證人地位，則由於行為人所違反者係消極義務，而落入作為犯的範疇之中，因此不具有保證人地位適格。

關鍵詞：不作為犯、保證人地位、作為義務、不法概念、社會連帶性