

風險承擔作為阻卻不法事由*

—— 重構容許風險的實質理由

周漾沂**

目 次

壹、問題提出	一、從相互承認關係導出風險承擔概念
貳、檢視容許風險的各種證立觀點	二、個人自由為風險評價基礎
一、以描述性概念作為容許之理由	三、以「信賴」作為中介概念？
二、以規範性觀點證立之容許風險	四、風險承擔範圍之確定
三、小結	五、風險承擔之適用前提
參、風險承擔作為風險容許之理由	肆、結論

* 投稿日：2012年12月11日；接受刊登日：2013年9月27日。〔責任校對：簡蔓婷、王芊茵〕。

本文初稿曾發表於2012年11月17日舉行之「府城刑事法論壇」，感謝王效文教授、李佳玟教授、徐育安教授、許澤天教授、許華偉檢察官惠賜寶貴意見。此外亦感謝兩位匿名審查委員以及中研院法律所出版委員會的修正建議，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。

摘 要

本文的目的，在於以風險承擔概念取代傳統的容許風險概念。關於風險容許的理由，古典學說多立基於純粹描述性觀點之上。至於近代社會相當或社會角色等理論，是來自於外部的、非刑法意義的規範性觀點。而最為流行的利益衡量模式，則主張允許將風險管轄強制移轉給被害人，忽視其為得以自我決定之法主體。作者試圖指出，在以自由為基礎的刑法觀之下，不法是對於他人現實存有的否認，此一否認具體呈現在迫使被害人接受損害風險，因此是被害人自願承擔風險，使得行為人創造的風險被容許。依此，在個別性社會交往活動，風險容許的範圍，等於當事人合意從事之社會交往活動的必然附帶風險範圍；在廣泛性社會交往活動，參與活動之行為即意味著承擔風險，承擔範圍則是事實上支配該活動之運作模式下的剩餘風險。在人的不法理論之下，行為人必須認知到被害人自由地承擔風險的事實，始能變更行為評價。而被害人必須具有風險判讀能力以及風險意識，才是「自由地」進入風險。

關鍵詞：容許風險、風險承擔、自陷風險、不法概念、阻卻不法事由。

“Assumption of Risk” as a Ground of Affirmative Defense:

Reconstructing the Basis of “Permitted Risk”

*Yang-Yi Chou**

Abstract

The goal of this article is to replace the concept “permitted risk” with the idea of “assumption of risk”. The ground of the “permitted risk”, according to common understanding, is based either on a purely descriptive perspective or on a normative perspective arising from contexts outside of criminal law. Also, the view of “weighing up interests” currently in vogue mandatorily allocates “permitted risk” to the victim, hence ignoring the status of the victim as a self-determining moral agent. In this article, the author tries to argue on the ground of liberal legal relationship that the existing risk is permitted, only if those under the risk would assume such risk on their own free will.

KEYWORDS: permitted risk, assumption of risk, acting at one’s own risk, wrong, grounds of affirmative defense.

* Assistant Professor, College of Law, National Taiwan University.

壹、問題提出

所謂容許風險 (erlaubtes Risiko)，按照一般看法，在現代犯罪階層體系中所扮演的是阻卻不法的角色¹。這樣的角色，特別顯現在當代盛行的客觀歸責理論所持的基本命題之中：只有當行為人創造了一個法不容許的風險，且此風險實現成法益侵害結果的時候，行為人才對整個犯罪事件負責²。因此，如果行為人所創造的是法所容許的風險，那麼即使侵害結果是此一風險的實現，行為人仍未實現不法。從此一角度來看，容許風險概念有限制行為人負責範圍的功能。一個人如果想要造成規範所拒斥的狀態，由於這個狀態永遠是在未來發生，因此他在當下只能透過支配自己的行為而造成此一狀態的發生傾向，亦即升高這個狀態產生的可能性而為之，而此一可能性的同義詞就是風險。然而，容許風險概念的運用卻導致，一個不論主觀上還是客觀上都具有侵害傾向的行為人不須承擔刑法上的責任。然而，問題就在於，為什麼一個已經創造侵害結果之可能性的行為人不應負責？如果行為人的行為是結果的原因，那麼為什麼還要進一步區分刑法上容許的原因以及不容許的原因？是基於什麼樣的基本考量而加入這個限制歸責的概念？

以客觀歸責論者所提出的典型教學案例，就可以清楚地突顯這樣的疑問。某甲慫恿某乙在雷雨交加之時出門散步，並期望某乙因

1 容許風險之概念史與在犯罪體系中的定位，概況參 *Wilhelm Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, 1974, S. 30 ff.; *Cornelius Prittwitz, Strafrecht und Risiko*, 1993, S. 272 ff. 須特別說明的是，本文的主要目的在於檢視容許風險的實質理由並提出個人看法，至於容許風險概念在犯罪體系中的定位，比如屬於阻卻歸責事由還是阻卻違法事由的問題，不在討論範圍之內。實際上，倘若沒有必要在不法階層中再作構成要件與違法性的區分，探討定位問題就會失去實益。觀念參柯耀程，*刑法概論*，頁207-210（2007年）；黃榮堅，*基礎刑法學（上）*，4版，頁181-185（2012年）。

2 參 *Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl.*, 2006 (1992), § 11 Rn. 47. 另詳參許玉秀，*檢驗客觀歸責的理論基礎——客觀歸責理論是什麼？*，收於：*主觀與客觀之間*，頁254-269（1997年）。

雷擊而死亡，某乙聽從建議，結果真的被雷擊中而死亡。相對於在家而言，於雷雨時出門，按照一般常識很難說沒有比較危險，讓他在這個時候出門，確實也升高了死亡的可能性，但是客觀歸責論者或採納容許風險概念者，卻直接認為某甲創造的風險在法律上並不重要（*rechtlich unerheblich*），因而屬於容許風險³。但是，倘若客觀上已經升高風險，主觀上也對此有認識和期望，那麼為什麼還不可歸責？尤其是不可歸責於行為人的結論，意味著被害人必須自行吸收此一風險，如此則是否未曾考慮被害人的感受？除此之外，從論者以容許風險作為確定過失犯不法之核心概念的主張之中，也可以發現同樣的根本問題。通常看法認為，過失犯所違反的客觀注意義務，實質上是一種風險規則，其設定是容許風險概念的體現⁴。比如在速限50公里的市區道路以時速45公里行車，由於在如此的時速之下，要使車輛停止仍需要一定的煞車距離，因而還是有煞車不及而撞傷他人的風險，但作為客觀注意義務來源的交通規則，既然表明了速限為50公里，那麼上述風險自然也會被劃歸為容許風險。可是，到底是憑藉什麼而認為該風險是應該被容許的？擔負實際損害的人，不是立法者或司法者，也不是刑法學者，而是真實地參與交通往來的行人和駕駛者，倘若不是他們自己願意經受風險，又有誰有權能取代他們決定風險歸屬？

基於對上述看似理所當然之事例的懷疑，本文將嘗試說明，所謂的容許風險毋寧只是在表達一個結論，至於風險會被容許的原

3 參Roxin (Fn. 2), § 11 Rn. 55. 須注意的是，Roxin在觀念上區分「無法律上重要性的風險」以及「有法律上重要性、但被容許的風險」，並將兩者置於「製造法不容許風險」（*Schaffung eines unerlaubten Risikos*）這個大標準之下。但對本文而言，此一區分僅具有技術意義，兩者都同樣可以追溯到一個統一的實質理由。

4 參林山田，*刑法通論*（下冊），增訂10版，頁178（2008年）；Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996 (1969), S. 579; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2008 (1994), § 17 Rn. 16; Roxin (Fn. 2), §24 Rn. 11; Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 28. Aufl., 2010, §15 Rn. 145.

因，則必須建立在某個實質觀點之上。而思考此一問題的方向是相當明確的，因為不管將容許風險當作阻卻違法事由還是阻卻歸責事由，「非容許風險」都是刑事不法的建構性要件，既然如此，則容許風險的問題就是刑法上不法概念的問題，只有一個從不法概念推導而出並因此能與其相容的觀點，才有權正當化一個本來就蘊含侵害傾向的行為模式。以下首先分析和批判學說曾提出的關於容許風險的實質理由。之後本文將指出，在自由法秩序之中，是風險所指向之人自願承擔風險，使創造風險的行為合法化⁵。在這個理解下，則必須進一步釐清，在原先認為得以成立容許風險的不同社會交往模式之下，要如何才能轉化詮釋為成立被害人承擔風險之結論。

貳、檢視容許風險的各種證立觀點

觀察容許風險概念的發展，將可發現有相當部分的說法，僅僅是未詳加證立地陳述應容許某些風險活動的結論，但對於哪些種類和程度的風險應該被容許，卻完全未提出實質的說明，亦即其僅採取一種描述性的觀點。而另外一部分的學說，儘管提出了容許風險的規範性判準，但卻是值得進一步商榷的。本文以下即將相關學說區分為描述性詮釋以及規範性詮釋兩個群組，逐一檢視其理論基礎。

5 必須特別強調，本文絕非主張風險承擔是「唯一」的阻卻不法事由或「最上位」的阻卻不法事由。比如在正當防衛情況中，儘管攻擊者不願承擔防衛者之防衛行為的風險，正當防衛無疑仍能阻卻不法。這表示，正當防衛的法理，不是直接從風險承擔理論導出，而是另有根據。然而，正當防衛及其他阻卻不法事由並非本文主題，需另以專文討論。

一、以描述性概念作為容許之理由

(一) 風險之不可避免性

關於刑法上容許風險的問題，很早就有學者意識到了，而且也嘗試說明其理論基礎。v. Bar就認為風險被容許的理由在於：在生活中某種程度風險的存在是不可避免的（Unvermeidbarkeit von Risiken）。人只要生活就一定會有行動，只要有行動就會有風險，風險是必然和行動連結在一起的，而要透過預防措施來對抗風險也不可能，因為如果要完全防止風險，最好的預防措施就是不從事附帶此一風險的行動，因此一旦決定從事某一行動，同時也表示承受了此一行動的可能負面結果⁶。比如只要開車上路，就一定有輪胎被路上尖銳物品刺穿而爆胎，並因此撞上他人的風險，除非不開車，否則這個風險永遠是不可避免的。

這個古典見解的問題是顯而易見的：從風險的不可避免性推導不出風險的容許性。風險是決定從事某一行動之後才會出現的，因而不可避免的風險之所以出現，是因為從事了一個必然會出現風險的行為。邏輯上並沒有不可避免的風險，如果開車有因爆胎而撞擊他人的風險，那麼要避免風險的最佳方式就是不要開車。而現在所處理的容許風險的問題正在於，到底某個創造風險的行為應否被容許，因此風險可否避免，其實是附帶風險之行為應否容許的結論，而不是先預設立場認為必須要從事某個行為，再說其附帶風險不可避免。所謂「生活中有許多風險不可避免」的說法，前提問題是我們講的是什麼樣的生活。一個風險愛好者的生活，他的生活中不可避免的（指向自己或他人的）風險，自然和風險趨避者的生活中不可避免的風險在種類和程度上有所不同。而刑法上容許風險判斷的

⁶ Carl Ludwig v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht: Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetz, 1907, S. 212 f.

作用，即在於決定一個公民可以過什麼樣的生活。如果刑法完全不容許車輛行進時爆胎的風險，就意味著開車這件事情將從人們的生活中被排除出去。因此，風險之不可避免性的論證，充其量只是抽象地指出，人只要生活下去就必然面臨風險，以及必然要容忍某種程度的風險，至於何時風險應該被容許，容許到什麼程度，則完全無法說明。

(二) 危險活動之社會必要性

基於類似的理由而無說服力的，是所謂危險活動之社會必要性 (*soziale Notwendigkeit riskanter Handlungen*) 的看法。按照此一看法，某些危險活動被容許的理由，來自於這些活動對於社會共同生活的必要性。例如工廠會排放廢氣、廢水等有害物質，這些物質在高濃度的情況下固然含有高度危險性，但在低濃度的時候也不能排除危險性的存在；又例如瓦斯、電力等能源的生成和運用，也附有一定程度的風險，比如至少有瓦斯中毒或者觸電等風險，然而儘管如此，卻沒有人會懷疑，科技在無可逆轉的發展之下，已經是整合在現代工業化社會之中不可或缺的一部分，是社會存續的實質基礎，因此人們必須和伴隨著工業化文明所產生的風險一起生活⁷。

然而，對此一見解的質疑在於，人們果真無可選擇地要和科技風險共存？在此刻所討論的問題上面，是否表示容許風險的決定，應無條件地反應社會發展現況？無庸懷疑的是，現代化程序一直在進行，科技也的確直線上升地進化，進化到其所伴隨的風險已經變形並擴大，成為所謂新型態的大風險 (*neuartige Großrisiken*)，而以全球性的威脅以及不可逆轉與補救的損害為其特徵⁸。在這樣的

7 此看法參 *Wiebke Schürer-Mohr*, *Erlaubte Risiken: Grundfragen des «erlaubten Risikos» im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, 1998, S. 72.

8 *Ulrich Beck*, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986, S. 25 ff., 28 f.

情況下，至少刑法理論對此並非麻木不仁，而是進入了一個反思的階段，這從刑法上新型態風險管制技術的發現，以及風險容許界限的重新劃定就可以得知。比如累積犯（Kumulationsdelikt）⁹作為一種抽象危險犯新的下位類型，並不是以禁止足以直接導致損害的風險為規範內容，而是只禁止一種微量風險創造，這種微量風險只有和與行為人無溝通可能性之他人的微量風險貢獻累加，才會成為有侵害適格的風險。姑且不論，以風險管制作為目的的刑法是否具有正當性，至少我們可以觀察到，刑法絕不是無條件妥協於科技文明的進展，並盲目於其所面臨的風險型態變換，而毋寧是使自己成為當代社會反思過程中的一個作用部分，作用方式是刑法自己決定什麼是應受規範調控的風險。刑法作為一種從「人」的觀點被證立的法律，同時也是人們表達自己對風險之態度的媒介，這個態度不但不會被現實狀況取代，反而是來自於對現實狀況的反動，並意圖使現實狀況與此態度相適應。因此，所謂風險之社會必要性，最多只是一種從描述性觀點出發的說法，並沒有給予容許風險概念任何理由。

（三）一般生活風險

關於容許風險，有一個簡單的說法是：只要是一般生活風險（allgemeines Lebensrisiko）就是容許風險，而若將風險升高到超過一般生活風險的程度，就是特別風險（Sonderisiko），因此屬於非容許風險。就如同前面提到的例子，促使他人在雷雨時出門散步，由於人們在雷雨時出門是相當正常的生活現象，因此被雷擊的風險會被歸於一般生活風險；又例如說服他人搭飛機出國旅遊，固然有令該人因墜機死亡的風險，但因為搭飛機本來就是正常生活的一部分，所以該風險也是一般生活風險，行為人由於沒有創造非容許風

⁹ Lothar Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, S. 389 (395); ders., Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), S. 697 (716).

險而欠缺行為不法，對於由容許風險所實現的結果也不用負責¹⁰。

所謂一般生活風險概念，其內涵在邏輯上只能從兩個方向來確定：如果不是只從純粹描述性的角度呈現社會生活的輪廓，就是要利用所謂「一般」的概念來切割區分正常／反常的社會生活。就第一個方向而言，不設限的結果是，只要是存在於這個世界上的風險就是一般生活風險。這種全稱命題，使得容許風險取決於欠缺任何規範性的判準，顯然和限制刑法上負責範圍的原意不相符合。就第二個方向而言，如果將風險劃歸於一般生活風險，就表示他人對於此一風險的創造不負刑法責任，結果是將風險歸屬於被害人自我負責範圍。然而，既然這種風險分配是刑法上的風險分配，就應該只有刑法才有權做出此一分配，指示哪一種風險屬於一般／特別風險，任何一個刑法以外的規範性觀點，都無權作此分配。更何況，實際上根本找不到一個能成為共識的社會觀點，以作為分配風險的普遍性標準，特別是因為不同個人對於風險的態度都不相同。比如，墜機風險果真屬於一般生活風險？如果是的話，就不會有人因為害怕飛機失事而不敢搭乘飛機，也不會有人為了出國旅遊而購買平安保險¹¹。這些作法，其實表示了墜機風險是有一點「特別」的風險。有關於此，問題出在所謂一般生活風險概念中的「生活」，所指涉的已不是每個真實存在的個人的生活，而是一個被虛擬在社會中生活的第三人的生活。也就是說，當運用此一概念的時候，是超出被風險及其實現所直接波及之具體被害人的個人態度，而決定什麼是生活風險。依照這個說法，騎機車上街的風險，會由於機車

10 *Georg Freund*, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, 2. Aufl., 2008 (1998), § 2 Rn. 13; *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2011 (1971), § 8 Rn. 28 ff.; *Roxin* (Fn. 2), § 11 Rn. 55 f.; *Hans-Joachim Rudolphi*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8. Aufl., 2012, Rn. 62 vor § 1; *Wolfgang Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, S. 141 f.

11 質疑參徐偉群，台灣刑法學的思索：四十年來台灣刑法學發展的回顧，臺大法學論叢，40卷特刊，頁1467（2011年）。

交通是一種普遍的現象，被定義成無重要性的風險，卻無視於明明有人因為機車的安全性較汽車為低，而選擇後者作為交通工具的事實。然而，到底是基於什麼理由，將可能為具體個人所拒斥的風險一概劃為容許風險，以及法律是否有權取代具體個人做此決定，從這個說法本身卻完全無法得出。

二、以規範性觀點證立之容許風險

(一) 社會相當性

具有主客觀侵害傾向的行為之所以被容許，一個可能的理由在於其屬於社會相當的行為。比如Welzel就認為，容許風險是社會相當性（Sozialadäquanz）的下位概念¹²。所謂社會相當的行為，按照Welzel的定義，是指一個完全在正常且隨著歷史而形成的社會共同生活秩序所提供之空間下的活動，因而此一活動會因其和社會生活的同一性，而被視為一個完全正常的行為¹³。舉例言之，駕駛動力交通機械是一個升高生活風險的行為，不論是對駕駛者本人或者其他交通參與者而言都是，但是動力交通，是隨著於社會中發生之科技發展過程而產生並呈現的，它不但從一開始到現在都現實存在於社會中，也一直在朝向未來持續運作，因而按照社會相當性的想法，即使參與交通行為提高了參與者之死傷風險，也因為動力交通是慣常社會生活的一部分而應被容許。

如此將社會相當之風險和容許風險劃上等號的想法，儘管在直覺上是有說服力的，但如果進一步思考，可以發現一個嚴重的問題，這個問題來自於實然與應然領域的邏輯上斷裂。社會相當性的基本想法在於，一個已被整合在現時社會生活之中的慣常活動，其風險在刑法上就應該被容許，同時也意味著此一慣常活動的進行能

12 Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491 (518).

13 定義採自 Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969 (1940), S. 55 f.

夠被維持。然而問題是，究竟是以什麼實質判準決定某一行為屬於社會相當，Welzel未曾明白地闡述，到目前為止也並不清楚。所以至少就Welzel所提出結論式的定義來看，在邏輯上並無法阻擋人們將其理解為一種描述性觀點：一個社會習以為常的活動，也就只是真實地存在於這個社會中的活動而已。在這樣的情況下，很可能讓人存有社會慣常行為即等於刑法上容許行為的印象，但如此卻是一種以社會實然來決定法律應然的錯誤，結果是讓刑法的規範性完全向現實妥協。比如在一個毒品盛行的社會，年輕人在夜店轉讓毒品係屬常態，此一活動必然有其歷史背景，而且其在社會中的發生不但不曾停歇，也不能預期能夠停歇，但若以這是社會一般現象為由，將轉讓毒品所伴隨之生命風險直接歸於容許風險，則顯然不是一個可以令人接受的說法。

而如果所謂社會相當與否的判斷是根據評價性觀點，也就是以某個規範性標準來決定什麼是正常而被社會容許，什麼是反常而不被社會接受的，那麼問題就在於，到底是根據什麼樣的評價性觀點？社會相當論者的邏輯是以社會相當性當作限制可罰性事由，也就是先決定什麼行為屬於社會相當之後，刑法再無條件採納此一觀點，解除某一顯現出侵害結果關連之行為的負面評價，所以可以確定的是，這個觀點是來自於刑法自身評價觀點之外，是一個外部觀點。因而，此一外部評價觀點到底有什麼內容，是僅僅基於直覺還是有什麼合理依據，對於在此所關注的問題而言已不太重要，因為無論如何，刑法所作的正常／反常的判斷應該來自於刑法的規範性，而從社會角度所作的判斷則未必與此有關。某個從社會觀點被評價為無色彩的行為，在刑法之下可能會被染色；某個在刑法上屬於中性的行為，在社會上或許也會有負面意義。所謂社會，就是有複數的人際規範產生效力之處，而刑法當然也是社會中存在的人際規範之一，而且是一種基本的規範。由於任何一個社會中存在的人際規範，都有權從自己的觀點決定某一行為是否社會相當，所以若

要決定行為在刑法上是否被容許，那麼就必須由刑法自己來決定。因而社會相當與否，是受到刑法評價之後的結論，而不是支撐刑法評價的理由。

(二) 社會角色理論

關於社會相當性概念，或許可以有另外一種詮釋。按照Jakobs的看法，當一個行為，是行為人基於其在社會脈絡之下被界定的「角色」所為的時候，就應該阻斷刑法對於此一行為的負面評價，即使此一行為顯現出法益侵害關連性，放棄實行該行為可以避免法益侵害，仍然不是不法行為，換句話說，此一合乎社會角色內涵之行為，所蘊含的風險即為容許風險¹⁴。舉例言之，五金行老闆某甲，偶然聽到上門購買螺絲起子的某乙有關犯罪計畫的對話，卻還將螺絲起子賣給某乙，其後某乙果真持螺絲起子侵入住宅，某甲對此也不成立（幫助）犯罪，因為某甲賣螺絲起子的行為，只是符合一個五金行老闆之職業角色的行為，他不用管顧客某乙買了螺絲起子到底要去做什麼¹⁵。

這樣的看法，是和Jakobs建構整體刑法理論的基本構想有關的。作為其刑法理論演繹出發點的是「個人」（Person）概念。所謂個人，是指一個原先只受到生物性約制之個體（Individuum），與其他複數個體一同進入社會團體生活之後，受到各式各樣的義務所框架而形成的角色持有者（Rollenträger）¹⁶。換句話說，只要一個

14 基本構想見 *Günther Jakobs*, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, ZStW 89 (1977), S. 1 (18 ff.) (以下簡稱：*Jakobs*, Regreßverbot)；*ders.*, Beteiligung, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 561 (563 f.) (以下簡稱：*Jakobs*, Beteiligung) 另參考 *José Antonio Caro John*, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten - Regressverbot, 2007, S. 95 ff.; *Heiko Lesch*, Strafbare Beteiligung durch »berufstypisches« Verhalten?, JA 2001, S. 986 (989).

15 *Jakobs*, Regreßverbot (Fn. 14), S. 20.

16 *Günther Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und

個體進入社會，就是角色持有者，除了成為角色持有者之外，不可能以其它方式成為社會的一份子。每個角色持有者，都建立了以角色內容為範圍的期待，這個期待只會在有違反角色內容之行為的時候落空，並不會因為角色持有者認知到其合乎角色內容之行為可能導致侵害結果而落空，因為，行為期待不是關連到具體之人的具體行止，而是關連到抽象的社會角色。透過典型之社會角色的建立，同時也設置了標準化的行為模式，使得個人的負責範圍受到限制，而讓匿名的社會交往活動成為可能¹⁷。因此，只有當行為不會被包含在某一社會角色之內，而是在客觀認知或溝通上僅僅顯示出犯罪意義關連（*deliktischer Sinnbezug*），一定要被整合在犯罪計畫之中才有用處，並因此與規範所規劃之世界狀態無法相容、沒有其他詮釋可能性的時候，行為人才破壞了規範性期待並因而負刑法上的責任；相反的，行為若是中性（*neutral*）的，亦即屬於社會相當、而未顯現出特別犯罪意義關連的時候，就不負刑法上的責任¹⁸。

社會角色概念，其實在運作結果上和社會相當性概念沒有太大的差別，只是用稍微精確一點的內涵來取代後者。相較於後者直接從全社會的脈絡定義個別行為的相當性，前者先在全社會的脈絡之下定義某一角色的相當性，再使所有歸於此一角色的行為集中性化。而不同的地方則在於，*Jakobs*把前者的基本構想，在整體刑法理論的建構上全面化了。社會相當性原先只是一個具有局部作用的阻卻不法事由，對*Welzel*而言，刑法上的不法行為，仍然是一種直

„alteuropäischem“ Prinzipiendenken, *ZStW* 107 (1995), S. 843 (859); *ders.*, Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 2008 (1997), S. 37 f. (以下簡稱：*Jakobs*, Norm)；*Michael Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 40; *Heiko Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, S. 99 ff.

17 *Jakobs*, Norm (Fn. 16), S. 96.

18 *Jakobs*, Regreßverbot (Fn. 14), S. 21; *ders.*, Akzessorietät - Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, *GA* 1996, S. 253 (253 ff., 257 ff.); *ders.*, Beteiligung (Fn. 14), S. 565 f.; *Lesch* (Fn. 14), S. 991.

接破壞基本社會倫理價值並因而間接破壞法益的行為模式¹⁹，但Jakobs卻把社會相當性當作刑事不法行為的建構性基礎。也就是說，刑法行為規範的內容已經被完全抽空，而任由從任何角度產生評價意義、具有任何內容而在社會中產生實效的規範來填充。由於這些社會性規範的存否是隨時可變的，只要應該生成自然就會生成，已經生成就表示應該生成的²⁰，因而沒有什麼必要給予刑法規範內容一個恆定的特徵，如此則關於刑法規範的特徵，就只剩下從效力層次描述的可能，而這種從效力層次的描述，同樣也是所有社會性規範的抽象共同特徵：在被破壞時仍然繼續堅持自身的規範性期待（normative Erwartung）²¹。

我們直接檢視Jakobs提出的例子，就可以揭露其理論的問題所在。Jakobs特別強調，當五金行老闆將螺絲起子賣給行為人，但行為人卻將這個螺絲起子當作侵入住宅工具的時候，即使五金行老闆知情，他的販賣行為仍然不會讓社會失望，亦即人們對其行為的期待（Verhaltenserwartung）並不會因此而落空。就此一說法，相當值得懷疑的是，就算是從所謂社會的視角來看，對五金行老闆行為的期待，是否真的只關連到他職業上的角色而已²²？而他的行為所

19 Welzel (Fn. 13), S. 5.

20 參Georg W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1986, Vorrede, S. 24: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig“. 從Hegel的法哲學中可以發現Jakobs的刑法思想邏輯根源。須注意的是，本文採取的是一種內含Hegel辯證邏輯思想的詮釋。詳細地說，Jakobs將規範內容抽空，只保留規範框架，是意圖讓規範內容取決於具體的社會脈絡和體制，而社會脈絡和體制是隨著歷史辯證地自我運動發展的（dialektische Entwicklung）。因此作者對Jakobs的詮釋，絕非欠缺對Hegel事物發展邏輯認識下所謂「存在即為合理」的庸俗化理解。

21 Günther Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S. 3; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1991 (1983), 1/6（以下簡稱：Jakobs, Strafrecht）; ders., Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, ARSP Beiheft Nr. 74, 2000, S. 57 (58).

22 審稿委員之一質疑，Jakobs的角色持有者概念，是否可以和職業角色直接畫上等號。實際上，Jakobs的Person或Rollenträger是一種Hegel式的體制性概念。申

造成的法益侵害貢獻，是否真的不會造成對他的行為期待落空？至少對於同樣作為一個社會成員的本文作者而言，並不會無論如何都呆板地將對於五金行老闆的期待緊扣在職業角色之上，因為，一個理性客觀的旁觀者可以認知到，一個人的社會角色，是隨著其所身處的具體情境與脈絡而隨時變換的。而且，一個人也可能同時背負著許多角色，複數角色之間不一定有互斥的關係。五金行老闆除了是一個老闆之外，同時也是他妻子的丈夫，不能說因為他是一個老闆，就不能同時是一個丈夫。而他全心致力於工作，沒有辦法時常回家陪伴妻子，儘管符合他的職業角色內容，但顯然違反他在丈夫的角色之下應有的作為要求。基於同樣的道理，不能說他在做一個五金行老闆該做的事情，就一定不是在做一個犯罪者做的事情。販賣螺絲起子的行為，儘管沒有使得對其職業角色的行為期待落空，但如果此一行為具有指向他人的侵害意義，就不能排除使得對他身為一個（本文立場之下的）「個人」（Person）²³的行為期待落空。這種基於一個人身為個人而生的行為期待，才是刑法規範所要穩定的期待：人們有權期待，他人作為一個具有自由而能夠自我負責的理性者，會在社會交往活動之中承認所遭遇之他人的現實存在²⁴。所謂

言之，在Hegel法哲學中，法概念有三個環節：抽象法權（abstraktes Recht）、道德性（Moralität）和倫理性（Sittlichkeit），前兩者和Kant法理論實質上並沒有太大歧異，都是以抽象主體性作為討論核心。至於倫理性則是超越Kant的部分，Hegel批判Kant的理性主體性所能提供的正確性標準僅是抽象的、空洞的，並主張善（Gut）必須依托於外於主體存在的社會脈絡和體制才能實現。也就是說，Person或Rollenträger，是被現存社會脈絡和體制所框架出來的，人作為Person只要單純踐履其所位處之脈絡和體制的要求，其行為即為正確。如此則每個人的行動都有穩定的依循，對他人的行動也有穩定的期待，進而使流暢的人際交往成為可能。至於諸如五金行老闆、計程車司機等職業角色，即為身為五金行老闆或計程車司機之人所身處的具體社會脈絡和體制。Jakobs認為他們只要扮演好一個五金行老闆或計程車司機的角色，即可滿足規範上的要求，而不需要根據自己的特殊認知（Sonderwissen）而調整舉措。

23 本文採取的Person概念參Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1968, *Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre*, AB 22, 所指的是基於內在自由而具有主體性，並因此具有理性地為行為的能力，且具有為其行為負責之能力者。

24 觀念參Kant (Fn. 23), § B, AB 33.

「角色」(Rolle)，按照Luhmann的定義，是指所有期待(Erwartung)的集合，這些期待是在一個既存的社會中，與持有地位者之行為相連結的期待²⁵。作為一個社會中規範性期待之一的刑法，也有它自己所樹立的行為期待，以及其所欲賦予受規範者踐行的角色，至於職業上的角色及其行為期待，不但在邏輯上刑法不須與之同步化，甚至對刑法評價而言也不重要²⁶。因為，刑法的任務，不是要求公民做一個稱職的五金行老闆或者計程車司機等等，而毋寧是要求，不管一個人在社會上扮演什麼角色、在什麼情境或脈絡之下行事，都不要改變或忘記理性行事的原則。簡言之，刑法上的行為期待不是社會角色行為期待，而是理性(vernünftig)行為期待。當一個人有意從事一個足以侵越他人外在自由領域的行為，就是在主張一個非理性準則的普遍有效性，而使得理性行為期待落空。而在知情的情況下，將螺絲起子賣給有意以之侵入住宅行竊的人，正是一個這樣的非理性行為。

即使學說強調緊扣職業角色的作法，是著重行為在社會溝通上的客觀意義，然而要確定此一客觀意義，不代表只能觀察行為的客觀面。由於人類行為本來就是一個主客觀的綜合物，因此行為意義的觀察，必須針對包括主觀面與客觀面的行為整體，因而所謂從客觀角度的觀察，僅僅是指站在客觀第三人的角度，進行一種包括行為人主觀認知的行為意義詮釋²⁷。舉一個簡單的例子來說明：一個人深吸一口氣，若純粹從行為的客觀面來看，這個行為具有多重詮

25 Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl., 2008 (1972), S. 86.

26 類似批評參 Urs Kindhäuser, Zum sog. „unerlaubten“ Risiko, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010, S. 397 (410).

27 觀念詳參林東茂，刑事醫療過失探微——從一個案例說起，月旦法學雜誌，176期，頁271（2010年）。當然此處的批評是基於更深層的理解：既然具體社會脈絡和體制是外於主體而呈現出客觀性，那麼也可以了解，為何Jakobs認為行為人的主觀特殊認知並無法變更行為的客觀意義。至於作者對Jakobs的批評，之所以強調賦予行為意義的關鍵是行為主體的主觀認知，是因為認為正確性的判準及評價對象都只能從主體性中找尋。

釋可能性，可能是在深呼吸，也可能是在聞某種味道，在這個情況下，如果沒有考慮其主觀目的，並沒有辦法確定行為的意義。簡單的說，行為只是在概念上可以切割成主觀面與客觀面，但在存有構造上其實是統一而無法切割的。行為人主觀上對於行為意義的詮釋，並不會受到行為客觀面給出什麼印象而受到影響。基於以上所述，以社會角色作為風險容許與否的標準，並不可採。

(三) 行為自由論證

Jakobs在刑法總則教科書中，為了說明容許風險的理由而提到：如果不計代價地避免越多的期待落空的情況，那麼行為方式的選擇範圍就會越萎縮，而為了維持社會交往活動的多樣化，就必須忍受某程度上期待落空的可能性，而透過容許風險的概念，使得人們不須為特定結果負責，不但可以使他人的行為選擇範圍更豐富，也可以使自己可以選擇的行為數量更多²⁸。

這段敘述初步看來相當有說服力，也是可能為容許風險概念提供理由的說法。然而，這個說法的問題卻在於：首先，當我們說人們「期待落空」的時候，前提是人們允許期待什麼，而人們允許期待什麼，是行為在法律上容許與否的結果，而不是容許與否的理由。風險容許與否，是行為規範內容層次的問題；對他人之行為期待落空與否，是行為規範效力層次的問題。而行為期待，只有在行為規範的效力沒有透過制裁規範來確保的時候，也就是對行為規範的違反沒有以刑罰來回應的時候才會落空。因此，只有徹底地確保行為規範的效力，才能避免行為期待落空，而這和風險被容許的範圍大小並沒有關係。容許範圍比較小的時候，固然有其行為期待要被確保，而容許範圍比較大的時候，也有其行為期待要被確保。只是容許範圍越大的時候，可能被從事的行為種類也越多，那麼要被

²⁸ Jakobs, Strafrecht (Fn. 21), 7/35.

穩定的行為期待種類也越多，並不是說只要容許範圍越小或甚至什麼都不容許，行為期待就越穩定。例如一個容許運用動力交通工具的社會，運輸方式的選擇可能性一定會高於不容許的社會，而對應於容許決定的規範性期待也會隨之分殊化，比如就陸路交通而言有道路交通安全規則，就航空交通而言有飛航安全規則，但交通安全規則種類變多，不代表人們更容易違反交通安全規則。

其次，所謂使行為方式選擇變得豐富的說法，也可能成為容許風險的理由。這個說法預設的前提是，一個社會及其規範提供的行為選擇方式越多，就是一個越活絡的社會，否則人們就必須忍受僵化、呆板的社會型態²⁹。從這個角度來看，容許風險的理由，似乎在於擴張人們的一般行動自由。的確，當風險被容許時，創造風險的行為就是不被禁止的，而刑法不禁止的行為越多，人們得以從事的行為類型也越多。如果開車上路造成他人死傷的風險是被允許的，那麼確實每個人都可以選擇開車上街，因此每個人的行為方式選擇都增加了。基於同樣的邏輯，如果朝著他人開槍，造成他人死傷的風險是被允許的，那麼每個人也都可以選擇朝著他人開槍，因而每個人的行為方式選擇也都增加了。倘若所謂豐富行為方式選擇是一個有效的論證，那是否同樣也可以支撐開槍致死傷風險的容許性？顯然是不可以的。因為，刑法的作用，按照一般的看法，剛好就在於限制行為方式的選擇性，亦即抑制漫無界限的行動自由擴張³⁰。因此，所謂容許風險使得行動自由擴張，拒斥風險使得行動自由限縮的說法，根本只是從描述性觀點單純地表達刑法的作用而已，並沒有提出任何風險容許與否的規範性判準。

比如Jakobs所舉的例子：當街上的行人想要免於任何來自於動力交通工具的風險的時候，一個住在偏遠村莊的病患，就無法期待

²⁹ Jakobs, *Strafrecht* (Fn. 21), 7/35.

³⁰ 林東茂，*刑法綜覽*，7版，頁1-11（2012年）。

醫生仍會搭乘造成風險的車輛到來³¹。從答案來看，他似乎認為，讓偏遠地區的人有機會能夠受到醫療這件事，是比完全控制交通工具風險這件事情來得「重要」的，以致於要在面臨衝突的兩者選擇其一時，寧可放棄完全控制風險這件事情。既然他都已經做出了選擇，邏輯上也一定預設了一個決定兩者之中何者比較重要的觀點，使其傾向於選擇獲得醫療的可能性。不過，這個決定何者比較重要的觀點是什麼呢？這個觀點，無論如何不會來自於所謂擴張行為方式選擇，因為現在的關鍵正是在於，到底從什麼觀點決定刑法應該限制／開放什麼樣的行為方式，而這等同於從什麼觀點認為刑法應該容許／拒斥什麼樣的風險。如果是這樣，那Jakobs若不是沒有說出來這個觀點是什麼，就是已經隱含了一種利益衡量的觀點³²。然而，在他以具有社會性的個人（Person），而非只有生物性的個體（Individuum）作為演繹核心的刑法理論之中，卻又明確拒絕了以利益衡量來決定不法概念的自然主義方向³³。

（四）利益優位原則

有關風險容許與否的判斷，最為流行的是一種以利益衡量程序來決定的模式。Binding很早就提出了這種看法：一個行為在法律意義上越重要，在法律上得不加以拒斥的行為風險就越大，而一個行為在法律意義上越不重要，可允許的行為風險就越小³⁴。Engisch也認為，為了達成法秩序所允許的目的，可以容許創造風險，於此要考慮的，不只是所欲追求的目的以及可能造成之法益侵害的重要

31 Jakobs, Strafrecht (Fn. 21), 7/35.

32 如此的詮釋參黃榮堅，從容許風險概念看和平內亂罪，收於：刑法問題與利益思考，頁235（1998年）；Weyma Lübbe, Erlaubtes Risiko - Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschlussgrundes, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, 1998, S. 373 (380 f.).

33 Jakobs, Norm (Fn. 16), S. 28.

34 Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV: Die Fahrlässigkeit, 4. Aufl., 1965 (1920), S. 440.

性，還必須要綜合估算所追求之目的實現的可能性，以及冒險行為造成法益侵害的可能性³⁵。這種利益衡量模式，特別見於一般學說對於交通領域、能源領域和醫療領域等特殊危險領域的抽象容許判斷之中：在科學技術的最佳化應用之下，人們並沒有辦法完全避免損害結果的發生，然而如果人們鑒於這些危險領域的社會有益性以及其所提供的自由開展機會，而使得這些危險領域存在，那麼就不得不容忍某程度上的副作用，結果是不將在容許限度內發生的損害歸因於人，而歸因於該危險領域本身³⁶。

同樣的，利益衡量的思考，也被廣泛地應用於有關具體行為評價的不法歸責理論。學說多認為，不法行為的決定，所牽涉到的是潛在行為人一般行為自由與可能造成之法益侵害兩者之間的衡量問題。刑法上構成要件描述具有法益侵害傾向的行為，設定行為規範的內容，是對於一般行為自由的限制，因此在立法層次上構成要件的設置是衡量的結果。比如按照Frisch的觀點，特定行為的禁止，必須對於設置此禁止所欲達成的法益保護目的而言是適當且必要的，而且要保護的法益與受限制的自由之間要有相當關係，亦即前者必須優位於後者³⁷。Roxin也同樣地認為，行為容許與否的判斷基礎，是人們行動自由及與自由實現相連結的社會利益，和由此而生之必然風險之間的權衡³⁸。既然不法構成要件的設置是以利益衡

35 *Karl Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Neudruck der 4. Ausg. Berlin 1930, 1995, S. 288.

36 參林東茂，信賴原則的適用範疇與界限，收於：一個知識論上的刑法學思考，頁58-60（2007年）；張麗卿，客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響——兼評最高法院九十六年度台上字第五九九二號判決，收於：新刑法探索，頁406-407（2012年）；*Urs Kindhäuser*, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, GA 1994, S. 197 (218); *ders.* (Fn. 26), S. 403; *Manfred Maiwald*, Zum Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“, in: *Vogler* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 405 (412); *Andreas Hoyer*, Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung, ZStW 121 (2009), S. 860 (880).

37 *Frisch* (Fn. 10), S. 70.

38 *Claus Roxin*, Bemerkungen zum Regreßverbot, in: *Jescheck/Vogler* (Hrsg.),

量程序為據，那麼它的適用也不能跳脫這個精神，因為在抽象的立法層次存在的正當性理據，沒有理由不同樣地存在於具體的司法層次。因此按照這個邏輯，比如在決定一個行為是否為可以涵攝在刑法第271條之下的殺人行為的時候，就必須引入利益衡量的觀點，也就是說，創造生命法益風險，就成為一個被禁止的殺人行為而言還不充分，只有不容許的風險創造才是被禁止的殺人行為，而當創造該風險是為了滿足另一個具有優越性的相對利益，或者相對利益相較於生命而言雖然沒有優越性，但生命風險的升高程度微不足道，以致於依據利益與風險加乘後之結果的比較，仍然不足以令人放棄風險創造之時，就是一個被允許的風險創造行為³⁹。所以風險容許與否，是利益衡量後的結論。

依照這樣的看法，只要具有侵害傾向的行為可以實現優位相對利益，那麼行為所引致的風險就可以被容許。但是，如果進一步思考就可以發現：到底要怎麼確定，存在特定社會交往型態之社會中的利益總量，會比不存在特定社會交往型態之社會中的利益總量來的高？比如，容許汽機車動力交通的社會，真的是比不容許汽機車動力交通的社會來的「好」的社會？就此而言，馬上會面臨的困難是根本無從比較兩者。因為，目前的現實狀況就是人類使用汽機車來當作運輸工具，而我們也不可能將這個現實狀況從當代社會中抹去，然後再來比較，到底有汽機車交通的社會的好處是否大於沒有汽機車的社會⁴⁰。充其量也只能作一個思想上的實驗，去想像沒有汽機車的人類生活會不會和現在的狀況有所不同，究竟是更好還是更壞。因此，這個衡量程序所根據的事實資訊至少有一半是虛擬的，所以衡量結果最後也是基於直覺而來的，要以之作為規範性決定的基礎似非可靠。

Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S. 177 (187).

39 此一觀點的詳細說明參黃榮堅（註1），頁290-291。

40 類似批評Jakobs, Strafrecht (Fn. 21), 7/36.

除此之外，如果真的要堅持以利益作為典範，那麼所謂的利益衡量中的利益狀態，觀念上就不可能只關係到某一社會交往活動當下所涉及的利益狀態，而是關係到與該社會交往活動產生連結，並往未來放射出去的所有事件所涉及的利益狀態。例如一個存有汽機車交通的社會，也許表示人們可以縮短通勤時間並因此提早上班時間，那麼單就縮短通勤時間而言，人們似乎是享受到了好處，但是如果考慮到提早上班時間，甚至增加每日工時的效應，反而好像又額外增加了人們的痛苦。諸如此類因為交通型態而造成的人類生活改變不計其數，其中有的改變帶來快樂，有的改變帶來痛苦，有的快樂／痛苦發生在現在，有的快樂／痛苦發生在未來，因此總的來說，到底是快樂多還是痛苦多，並沒有辦法計算清楚。既然以利益最大化作為最高指導原則，那麼利益與不利益的綜合計算，就不應該只考慮到被預想的當下行為效應，而應該考慮到該行為所能導致的連鎖效應。但問題在於，人們根本沒有能力估算其行為的連鎖效應，因為進入其認知的資訊基礎，只限於在行為當下所能掌握者，所以基此所為的利害估算只是主觀的且片面的，對於利益最大化原則的達成而言似乎無能為力。

本文認為，以利益優位原則作為風險評價基礎，可以引發思考的更根本問題在於，作為利益衡量之對象的利益與相對利益，是分屬不同人所有。創造風險行為可能實現的利益侵害，是指被害人的利益侵害，而不是行為人的利益侵害；同一行為所可能實現的相對利益，是指行為人的利益，而不是被害人的利益。如果是這樣，那麼無法迴避的問題是：為什麼行為人有權為了滿足自己的利益，擅自和他人的利益狀態做出衡量，並以之決定其干預他人行為的容許性？這種不考慮利益歸屬主體意願的利益衡量，是一種效益主義式法概念的標準作法。效益主義式法概念決定行為法律上正確性的標準，是看這個行為所帶來的利益是否會大於不利益，當一個行為具有促進幸福（Glück）的傾向就是正確的，當一個行為有招致不幸

的傾向就是錯誤的，而所謂幸福，是指愉悅的感受（Lust）以及免於不悅的感受（Freisein von Unlust）⁴¹。而如果促進幸福是最高指導原則，那麼所有人類行為的價值都將取決於這個原則，因而關於人類行為的一般應然原則內容，就是利益的最大化以及不利益的最小化。在這個觀點之下，一個行為的意義，並不取決於行為本身的固有特質，而是取決於它的結果。如果把效益原則應用在法的領域，那麼法的最高也是唯一的目的，就是盡可能地滿足組成社會之成員的利益，刑法也因而是一種實現共同利益的工具。從效益原則的觀點，就可以讓人清楚地理解，為什麼在法的建構與適用之中引入利益衡量的觀點是必要的。由於沒有一個行為是只帶來利益，而不同時附帶不利益，因此關於什麼行為最終會被評價為促進效益的行為，必須分析它的各種正面效應與負面效應，當正面效應的總和大於負面效應的總合的時候，行為在法律上即屬正確。如此的衡量，在處理人與他人之間（interpersonal）關係的法領域中，並不是就指向於單一個人的福祉與惡害之間的衡量，而是指向於不同個人的福祉與惡害之間的衡量，特別是可就特定個人或群體的福祉，和針對其他個人或群體的惡害來綜合計算⁴²。基於此，處於個人法權領域（Rechtssphäre）之中的所有事態，隨時都處於一種得與他人的事態交互計算，並因而被做出取捨的狀態，所以所有歸屬於個人的權益，都顯現出某種程度的社會關連性（Sozialbezug），只要他人之權益具有凌駕性，就可以在彼此相互遭遇之時任意抑制甚至犧牲個人權益，也就是說，個人廣泛地負有為他人犧牲奉獻的義務。在社會關連性之下，該義務的形成與履行，並非出於義務承擔者的自主意願，而是來自於群體的強制。

41 *Jeremy Bentham*, Eine Einführung in die Prinzipien der Moral und der Gesetzgebung, in: Höffe (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik, 3. Aufl., 2003 (1975), S. 55 (56); *John Stuart Mill*, Utilitarismus, in: Höffe (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik, 3. Aufl., 2003 (1975), S. 85.

42 批評參 *Otfried Höffe*, Politische Gerechtigkeit, 1989, S. 75; *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979, S. 44.

藉由利益衡量而決定的實質不法概念，是浮動的且相對的，禁止某一行為所要維護的利益越小，或者從事該行為所能實現的利益越大，刑法就越不能禁止這個具有侵害傾向的行為。而容許風險概念作為不法建構原則，即為效益原則在刑法中的體現。行為人所欲實現目的與被害人法益之間的可衡量性，已經表示了兩者具有共通的計算基礎，也就是最終可以回歸到以愉悅／不悅來表示的利益／不利益⁴³。行為的容許性取決於實現之利益的優越與否，也顯示出刑法是一種實現特定利益設想的工具。但很清楚的是，在這個模式之下，風險所直接指向的被害人，就其可能的利益狀態變動卻沒有參與決定的權利，而是被強制地接受立法者所制定的風險分配計畫。在這個計畫之中，不但受衡量之利益以生命、身體、自由、隱私、名譽、財產的排序被設定成一個固定的價值位階關係，取代了個人的主觀任意排序可能，而且有關風險容忍程度，也以一個虛擬的「理性人」決定，替換了具體情境下真實的個人決定。

效益主義式的不法建構原則，並沒有充分考慮到，在以自由為基礎的刑法秩序之下，已預設了所有受規範者都是處於平等關係。所謂處於平等關係的意思是，每一個人基於其法主體性擁有專屬於他的外在自由領域（*äußere Freiheitssphäre*），在此一抽象領域中的具體事態，都是個人行使外在自由之後的結果，也是得以繼續供其支配管領的對象⁴⁴。既然此一領域專屬於個人所有，那麼任何對於此一領域中之事態的更動，都必須出自於個人的自由意願。簡單的說，外在自由領域是一個人現實存有的條件，而對此一領域的支配則是該人對於具體自我的形成。很清楚的是，如果承認人的主體地位，那麼就只有每個人自己才能決定要成為怎樣的自己，法不但沒有權力強制形成人的具體存有狀態，也不允許賦予某些人單向地決

43 參Mill (Fn. 41), S. 85 f.

44 觀念參Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1971, S. 195.

定他人具體存有狀態的特權。而以利益權衡思想所證立之容許風險，所指涉的剛好是後者的情況。比如，當我們說高污染產業由於能促進生活便利，因而其排放物所引致的人體健康風險是刑法上容許風險的時候，其實已無視於有人不願意以健康換取便利的事實。而很明顯的，這樣的作法將會使得法秩序所預設的平等關係產生傾斜。便利優於健康的想法，就如同健康優於便利的想法一樣，都是個別之人的具體想像，這些具體想像建構了外在事態與個人的意義連結，是個人的生活狀態形成的依據。但很顯然的，是某個人自己的生活狀態形成的依據，卻不一定是別人生活狀態形成的依據。所謂利益，究其實質，所指涉的就是這種具體想像⁴⁵。而某種社會交往活動被認為具有社會有益性，則表示社會上多數人共享此一活動具有正面意義的具體想像，相對於不抱有這種具體想像的少數人而言，具有權力上的優勢，因而掌握社會活動之價值的決定權。因此，得以導入利益衡量程序的利益衝突情境，實際上也不過是多數人強制少數人接受其關於生活狀態之具體想像的情境。再以現在處理的具體問題來說明：當我們說即使按照速限行車還是不能避免的風險是容許風險的時候，是從開車者之生活便利性的角度所作的主張，然而當下沒有因開車而受惠，但被風險所直接指涉的路上行人，卻以生命為代價被強迫接受了這樣的主張。在這樣的情境之下，應該做的並不是理所當然地要求少數人接受強制，反而是以詢問或以某種方式確認其意願。如果不是如此，就表示接受一種可以迫使他人接受非其所欲之具體生活型態的態度，當他人將這種態度也適用於自己，就同樣地摧毀了自己的生活狀態決定權利。

根據以上論述，關於容許風險的理由，利益優位原則並非本文所欲採取。在還沒有考慮受風險波及者之意願的情況下，所有被創造的風險都應該先被定義為非容許風險。

45 觀念參Hegel (Fn. 20), § 37.

三、小結

以上本文所檢視的以往各種學說，都是試圖用單一的、充分的實質理由，來說明風險為何以及在何種條件下可以被容許。從本文以上的析論可知，這些學說都沒有太大的說服力。就如本文所言，容許風險所表達的只是一個結論，必須以規範性的實質理由加以支撐。本文以下即嘗試建構這個實質理由，之後進而由理論層次推展到應用層次，闡明具體判斷容許風險的方式。

參、風險承擔作為風險容許之理由

一、從相互承認關係導出風險承擔概念

以下本文要證立的基本命題是：是被害人自願承擔風險，使得行為人所創造的風險成為容許風險。也就是說，行為人所創造的風險種類和範圍，和被害人承擔之風險的種類和範圍完全一致，可以讓風險創造行為不具有負面意義。設立此一命題所採取的視角，已經和傳統學說所採取者不同。以往通常是單一地從行為人的角度，觀察行為對於被設定為攻擊客體之法益是否具有作用，如果肯定具有作用，那麼再從某個價值觀點限縮該行為的非價判斷，而此一價值觀點，卻不是來自於以行為人意志與被害人意志為中心的內部關係。然而本文認為，這個限縮行為非價判斷的觀點，剛好必須來自這個內部關係，因為法益受損的是那個真實地被行為攻擊而受損的人，除了有切身利益關係的人之外，又有誰有權力提供決定行為評價的觀點⁴⁶？

46 這裡並不是指當事人可以取代裁判者進行評價工作，刑法評價永遠是裁判者從第三人的角度為之，只是說裁判者在進行風險評價之時所採取的觀點，應考慮具體被害人之意志對風險所賦予的意義。

這種從主體間相互（intersubjektiv）關係來決定行為評價的觀點並非憑空產生，而是從作為刑法理論演繹基礎的不法概念中推導出來的。按照本文的基本立場，刑事不法是指對於人際相互承認關係（interpersonales Anerkennungsverhältnis）的否認⁴⁷。實質的法是以對他人現實存有的承認為內容，也就是人在從事社會交往遭遇他人的時候，必須以他人是和自己一樣現實存在的法主體為前提，來形成自己交往行動的內容。這種對他人的抽象承認誠命，是人自己的理性（Vernunft）（藉由實踐方面的應用）所設立，而同時也是人的理性，建立人應該無條件受到他人承認的絕對性。至於實證刑法，並非創設相互承認關係，而只是將先於刑法存在的相互承認關係具體化、外部化。在此一理解之下，刑法上諸如生命、身體、行動自由、名譽及財產等個人法益，從潛在被害人的角度，所指的是使人的現實存有成為可能之外在自由領域的具體化條件，在這些條件之下，人們可以自由地形成自己的具體存有型態；從潛在行為人的角度，個人法益所指的是對他人的具體承認誠命，亦即人們透過實踐行動而為的承認，必須具體地指向他人的生命、身體、行動自由、名譽及財產等。依照上述理解，我們可以知道，刑法上的法／

47 此概念之提出參Rainer Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 202. 援引者參Wolfgang Frisch, *Straftat und Straftatsystem*, in: Wolter/Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, S. 135 (146); Uwe Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, S. 196 ff. 從法哲學角度的概念詳盡證立以及其與刑法上法益的關係，參周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，*臺大法學論叢*，41卷3期，頁994以下（2012年）。此處限於討論主題，僅能在本文問題脈絡下敘述必要部分，但並不表示此一理論的基礎有所欠缺。從以上刑法學文獻即可得知，此概念有其固有意涵，而非如同其字面所顯示的具有任意詮釋可能性。此外更須特別強調，本文絕非在邏輯上否定學說關於容許風險所採取的利益衡量立場，也不是否定在利益衡量理論下，從抽象共同主觀的角度將整個社會視為「單一人的整體」的觀點。作者只是嘗試從以自由作為典範的哲學立場，表述一個不同於往常理解的理論。具體的說，自由主義法理論的立場，僅將社會理解為具體個別主觀的集合，而不欲接受超越個人而建立的整體性。在此與其說是理論對錯或優劣的問題，毋寧說是基本哲學出發點的不同，導致對人、社會與國家之間關係的理解差異，最終影響刑法理論的建構方向。

不法，即表示以實踐行動在法益事務上對他人的承認／否認。

然而，所謂承認／否認，畢竟只顯現出抽象意涵，必須回答的問題是，行為人做出的行為要有什麼樣的特徵，才叫作對於他人的承認／否認？由於承認是指向他人的現實存在，表示歸屬於他人的法益事務，不能單純地被當作可計劃且可支配的環境因素，而是要被預設為受他人行使外在自由加以支配後不可任意更動的結果狀態。而如果試圖更動受他人支配後的法益事務結果狀態，那麼就等於不承認他人的支配權利（Recht），也同時否定他人是一個可以行使外在自由的法主體，因而就實現了不法（Unrecht）。所謂試圖更動該結果狀態的意思是，以此一狀態可計劃且可支配為前提，而透過行為創造使該狀態產生變動的可能性。換句話說，就是創造針對他人法益的侵害風險⁴⁸。

從以上論述可以知道，在以法主體相互關係為基礎的刑事不法概念之中，不法的成立與否，會受到法主體本身之自由的限制。既然如此，那麼由此可以進一步得出的觀點是，不管是被害人還是行為人的主觀態度，都會影響對行為人之行為的評價。被害人如果接受關於己身法益事務狀態的變動，而行為人也認知到被害人接受此一變動，那麼行為人所為者就不是不法；被害人如果不接受關於己身法益事務狀態的變動，而行為人也認知到被害人不接受此一變動，那麼行為人所為者就是不法。簡單的說，被害人的態度以及行為人對被害人態度的認知，是建構行為非價（Handlungsunwert）的理由。依照這樣的邏輯，有關風險容許與否的判斷就很清楚了。行為人所創造的風險，是被害人不願意接受的風險，行為人所創造者

48 以上學理論述看似抽象冷硬，但其意涵是相當貼合我們真實經驗的：生活中人與人之間衝突和不愉快的來源，通常是來自於他人對我們的不尊重，也就是他人做一些會影響我們的事情的時候，沒有先問過我們的意思，比如亂動我們在書桌上的東西，或將我們的祕密洩漏給別人等。也因此，我們會說別人做了「不對的事情」。而在刑法上不對的事情，就是所謂刑事不法。

就是法不容許的風險；行為人所創造的風險，是被害人願意接受的風險，行為人所創造者就是法所容許的風險。因此也可以說，風險的意義和評價是個別化的，或者更生動的說法，是所謂「客製化」(customized)的，取決於具體行為人和具體被害人之間的共識。

二、個人自由為風險評價基礎

(一) 實現自由之合作互動為容許行為

這樣的看法，是從一個規範性的不法概念演繹出來的結果，同時也表達了一種堅持個人自由的具體態度。在作為法之實質內涵的相互承認關係之中，每一個人都應該被他人承認為自由的人。當我們說一個人是自由的人，就表示他可以任意地規劃自己的生活，只要他不因此干涉他人的生活。Mill著名的侵害原則(Harm Principle)告訴我們，一個人的自由只終止於侵害他人之時，倘若所涉及的僅僅是他自己，那麼他是完全不受限制的⁴⁹。在這個自由範圍之內，人有權基於任何動機形成任何行為決定。這意味著，人可以任意決定其藉由行為所欲達成之目的結果狀態的價值，以及可能因此發生之附帶結果狀態的負面價值，並且分別計算目的結果狀態以及附帶結果狀態發生的可能性，綜合評估之後做出行為決定。目的結果狀態的高正面價值與高發生可能性，使人傾向於做出肯定行為的決定，而附帶結果狀態的高負面價值與高發生可能性，使人傾向於做出否定行為的決定。這樣按照人自己的想像而為行為的模式，就是一個人的基本生活模式⁵⁰。比如一個學生在期末考試前一天不想讀書，但是想到如果不讀書無法通過考試，導致下學期必須重修，而若偷懶的話只能獲得一天的短暫快樂，因此兩相權衡之下還是決定讀書。

49 John Stuart Mill, *Über die Freiheit*, 2008, S. 16 f.

50 Kant (Fn. 23), AB 1, 2: „Das Vermögen eines Wesens, seinen Vorstellungen gemäß zu handeln, heißt das Leben“.

就這樣的生活基本決定模式而言，可以確定的有兩件事：首先，作為權衡對象的目的結果狀態以及附帶結果狀態，都必須只能發生於行動者自身的利害關係範圍，而不能發生於他人的利害關係範圍。換句話說，行動者不能以表彰自己利益的目的結果狀態，和表彰他人不利益的附帶結果狀態進行衡量，也不能以表彰他人不利益的目的結果狀態，和表彰自己利益的附帶結果狀態進行衡量。簡言之，利益衡量只能閉鎖於個人領域而為之，不能觸及他人領域⁵¹。理由在於，表彰不利益的結果狀態是個人生活成本，而個人生活成本當然基本上要由個人自己完全承擔，不能由他人承擔。其次，決定目的結果狀態和附帶結果狀態的價值觀點，以及兩者之間的價值位階關係，都是取決於個人的主觀決定。因為，一個人作為現實存續於這個世界的生物，只要他想維持自己的存續，就必須改變外在世界的狀態，使其與自己的內在狀態相適應，由於他要維持的是他自己的存續，因此就只能由他自己來決定，什麼對於他的存續來說是重要的。在這樣的觀點之下，就可以理解在不同個人之間必然產生差異性的緣由。既然每個人的內在狀態都不相同，因此其所選取用以與內在狀態相適應的外在世界狀態也必然不相同。

按照上述的基本模式生活的人們，大多時候所作的行為決定是「理性」(rational)的，例如為了促進健康而從事慢跑運動，或為了獲取工作的體力而進食。然而有時候人也會作出一些「非理性」的行為決定。例如一個極為熱衷慢跑運動的人，在颱風天無視狂風暴雨還是出門慢跑；又或者一個在「吃到飽」餐廳用餐的顧客，儘管已經十分飽足，仍然不顧已經在抗議的腸胃猛將食物往嘴裡塞。這些行為是非理性的行為，並不是從行為人自己的觀點來講的，而是從第三人的觀點來講的，因為一個所謂「理性」的第三人，並不會

51 再度強調，如果論者抱持著一種社會為共同主觀角度下之「單一人的整體」，那麼人際界線即不復存在，跨越他人領域的利益衡量當然沒有疑問。對照於本文的看法，只有基本立場不同的問題，而沒有對錯的問題。

採取和行為人相同的行為選擇，也就是說，第三人關於目的結果狀態和附帶結果狀態的價值高低設定，和行為人並不相同。在這樣的情況下，我們儘管有權從自己的角度說他不理性，但卻無權從他的角度說他不理性。一個人願意承擔颱風天出門的生命風險，以維持訓練的進行，就表示對他當下的生活來說，紀律是比安全重要的；一個吃到飽餐廳的顧客之所以在吃飽後還一直吃，也許是因為就他那時的需要而言，吃的舒適不如吃的夠本。他人覺得安全比紀律重要，或是舒適比夠本重要，那是他人對於生活狀態的具體想像，是這些事件對於他人當下生命的意義之所在，而不是對於該人當下生命的意義之所在。某一種具體想像會被認為是理性的，也並不是因為它本質上真的比較理性，而只是因為大多數人關於同一事件都作出相同的具體想像。而之所以如此，是因為人們作為同一種類的生物，必然共享著一些基本特質，這些特質使得大多數人在某一具體情境之下，會傾向作出相同的行動選擇。比如颱風天不冒著生命危險出門跑步這件事情，是一般人類趨吉避凶的生物性使然。然而，這樣的行為決定，仍然是屬於每個個人的具體選擇。不能因為有多數人分別地做出了相同的選擇，造成了這種選擇是所有人之共識的假象，就藉由理性／非理性的區分以排除少數人的選擇權利。

一個人作出不管是一般人觀點之下的理性或非理性的行為決定，無非都是為了實現自己認為高價值的結果狀態，而經受自己認為低價值之附帶結果狀態的風險。此一風險可能只來自於自然環境，也可能來自於他人的行為。比如某甲決定單獨攀登高山，那麼這時候就和別人沒有關係，是某甲自己進入了一個由自然環境所生的風險。然而如果某甲由於對路徑不熟悉，必須依靠專業導遊才有辦法登山，因此專業導遊某乙應其要求而陪同登山，在這樣的情況下，某乙藉由行為創造了一個針對某甲的風險。根據以上的論述，如果我們肯定，一個人有為了實現其心中所設定的高價值目的狀態，而陷入附帶結果狀態發生風險的權利，那麼這樣的肯定，不

應該因為風險是單純來自於自然環境，或者來自於他人行為而有所差異。甚至，也不應因為他人建構風險情境的行為是否符合刑法構成要件的現象描述而有所差異。很清楚的是，直接阻止某甲登山，不使其進入風險情境，是妨礙某甲的自我實現，而以刑法禁止嚮導某乙陪同某甲登山，讓某甲因此無法登山，也同樣是妨礙某甲的自我實現。因此，如果單從行為人創造風險的角度來看，行為人和被害人之間的關係似乎是侵害關係，然而這種關係只是表象的侵害關係，觀察雙方的行為互動，就可以知道實際上是一種合作關係。在這個合作關係中，行為人之所以採取形成某一風險情境的行為，是為了協助被害人實現其自我生活規劃。既然此一行為符合被害人的意願，那麼行為人就是基於對於被害人的承認而形成其社會行動。刑事不法的實質內涵，在於行為人藉由侵入被害人的外在自由領域而否認被害人為現實存在的法主體。上述行為並非侵入被害人的外在自由領域，而是被整合進被害人外在自由的行使之中，因此是基於對被害人之承認的合法行為。

被害人利用行為人創造風險行為自我實現的行為決定，有可能是一個一般人看起來理性的行為決定，也有可能是一般人看起來非理性的行為決定。比如在正常天候之下，要求登山嚮導帶領自己登山，此舉固然帶有一定程度的風險，但一般人還是廣泛地認可此一冒險行為。然而，如果是在強烈颱風來襲時作此要求，儘管同樣是冒險行為，但風險已被升高到一般人不能接受的程度。按照一般學說的邏輯，前例中嚮導是理性冒險，所以是容許風險；後例中嚮導則屬非理性冒險，所以是非容許風險，至於被害人自己進入風險的事實，行為人最多只能主張自我負責原則（*Verantwortungsprinzip; das Prinzip der Selbstverantwortung*）排除結果歸責⁵²。然而若按照

52 Harro Otto, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004 (1976), § 6 Rn. 49; ders., Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.),

本文的看法，在這兩種情況，嚮導所創造的風險都因被害人風險自我承擔而成為容許風險。只是在前一種情況，本文拒絕了往常效益主義式的詮釋進路，將視角從所謂客觀的、一般人觀點下的衡量計算程序，移轉到主觀的、被害人個人觀點下的衡量計算程序，儘管針對此一情況，兩個不同程序的衡量計算結果偶然地取得一致，以致本文關於容許與否的判斷也和學說一致，但背後的理論基礎卻完全相異。同樣的理論邏輯，也適用於第二種情況。在這個情況下，客觀的衡量計算程序得出的結果，和主觀的衡量計算程序得出的結果出現歧異，剛好反應出個別理論採取的不同想法。

然而，一般學說也不是完全忽視被害人在不法概念中所扮演的角色，只不過是採取一種建立負責範圍（*Verantwortungsbereich*）的想法，亦即劃分專屬於行為人、被害人以及第三人的負責範圍，當被害人自由地進入風險的時候，侵害結果就落在被害人的負責範圍，切斷行為人對結果的負責關係。關於此，在本文論述脈絡中，可以提出的質疑在於：既然承認了被害人自我負責思想在不法層次上有所作用，那麼為什麼只能在決定結果歸責的時候產生作用，不能在決定行為不法的時候產生作用？更何況，為什麼在行為不法的層次，採取的是一種效益主義式的決定原則，卻又在結果不法的層次，採納與其不相容的、以自由理念為基礎的個人負責思想？在這裡顯然出現了理論邏輯斷裂。從本文的角度，被害人自主進入風險，所變更的不僅僅是侵害結果的歸屬，而也包括風險本身的評價。當風險創造行為不具有侵害意義，風險實現後的結果就再也不是侵害結果了。

Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S. 157 (157); *Theodor Lenckner*, Technische Norm und Fahrlässigkeit, in: Bockelmann (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 490 (506); *Theodor Lenckner/Jörg Eisele*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vor §§ 13 ff. Rn. 101/101a; *Heribert Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 1, 6; *Susanne Walther*, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991, S. 78 ff.

倘若我們將視野放大，那麼就可以理解，全社會的各種人際交往活動，其實都適用本文所提出的風險決定模式。因為，每一個社會交往活動，都毫無例外地附帶風險，而每一個參與社會交往活動的人，也都必定會進入風險。就算是在所有駕駛都遵守行車速限的高速公路上開車，也還存有受到偶然地爆胎的其他車輛撞擊的可能。因為在容許風險的決定上採取利益衡量模式，才會使被害人自陷風險的情況顯得違反常態，而需要在刑法上針對此一情況建立特殊的規範問題領域。若是採取本文的模式，那麼在所有自願性人際交往活動之中的每一個參與者其實都是自陷風險，因為，沒有一個交往活動是零風險，而為了使其社會交往活動的參與成為可能，參與者也必須承擔風險。基於此，我們就可以找到一個詮釋容許風險概念的基本原則：風險自我承擔⁵³。

(二) 強制他人承擔風險為非容許行為

既然基於對他人的承認，創造他人所願承擔的風險為合法，那麼不法就是對於他人的否認，這種否認的具體作法，則是創造一個他人不願承擔的風險。最基本的例子：某甲基於讓仇人某乙死亡的意思，朝著某乙開槍，某甲知道某乙既不要死亡，也不是要冒著生命風險從事什麼活動，因此，某甲開槍是強加某乙所不願意承擔的生命風險在某乙身上，所創造者是非容許風險。某乙死亡的風險，為某甲實現自我生活規劃的成本，將某甲的行為認定為不法行為，表示此一成本應由某甲自己支出。其他的例子，比如（著手）偷竊他人的皮包，是強制他人接受財產損失的風險；朝著他人車窗丟擲石塊，也是強制他人接受財產損失的風險；（著手）以鐵鍊網

53 *Preuß* (Fn. 1), S. 144 ff. 也認為被害人自我負責地進入風險可以導致風險被容許的結果。不過，*Preuß*是直接將民法上的自陷危險行動（*Handeln auf eigene Gefahr*）概念引進刑法，只將其當作調節過失犯中注意義務的觀點，而不是如同本文一般從實質不法概念推導出風險承擔概念，並使其作為一般性的阻卻不法事由。

綁他人限制其行動，則是強制他人接受行動自由受限的風險。所有不法行為的共同特徵，都是強制他人承擔非屬他人生活成本的法益風險。而這樣的強制，表示對於他人法主體性的否認，也就是對於人際相互承認關係的否認。

不允許強制他人承受風險，表示風險是專屬於創造者的事務，關於此，我們可以稱為「風險自我管轄原則」。按照此一原則，每一個人就其社會行動所附帶的風險，基本上應該由自己管轄，亦即該風險之創造及其實現，全屬行動者應該處理並負責的事務，他人既無權利，也無義務承擔此一事務，因而不但針對他人法益之風險的創造是一種無權干涉行為（Unrecht），而且若該風險實現為侵害結果，這個結果是落在行動者的負責範圍（Verantwortungsbereich），而非他人的負責範圍。此一原則的理由在於：當我們肯定每個人都是自由人的時候，也就是肯定了其以行動實踐生活規劃的權利，然而此一行動並非只會產生正面效應，也會附帶負面效應，特別是在一個與他人一起生活的世界，這個負面效應時常會以他人法益風險的形式而呈現，因而如果我們肯定，當負面效應發生在行動者個人利害關係範圍的時候，是行動者自己不得不負擔的生活成本，那麼當負面效應發生在他人利害關係範圍的時候，也同樣應該是行動者要負擔的生活成本⁵⁴。風險和自由是不可分的，而很清楚的是，一個想要享受自由的人，必然也要負擔其成本。是行為人自己進入了一個產生利益衝突，並且必須權衡取捨雙方利益來解決的情境，而之所以會進入這種情境，是行為人為了實現自我生活規劃，單向地擴張其自由領域直到觸及他人的自由領域。在這樣的情況下，他人既然沒有因其自我實現而受益，就沒有讓他人承擔相對應之成本的

54 或有論者主張，嚮導協助登山客於颱風天進入管制區登山，將會導致國家救助而產生高額成本，因此嚮導的行為不應被容許。然而，按照風險自我管轄原則，適當的處理方式並非將嚮導的行為定義為非容許行為，而是使由包括嚮導和登山客的自陷風險者自己負擔救助成本。嚮導行為在刑法上的容許性，完全是基於（登山客之）個人法益的角度，至於產生社會成本則是另外一個問題。

道理。以利益優位原則支撐風險的容許性，表達了一種風險強制移轉的想法，然而在以自由為基礎的法秩序之中，沒有人有義務承擔他人創造的風險，因而也沒有人有權強制移轉風險。唯一的例外是，被風險波及者自願承擔了風險。

關於本文主張的判斷邏輯，藉由以下的經典案例，更可以精確地說明。某甲為了繼承其叔父某乙的遺產，基於使某乙被雷擊而死的意思，慫恿某乙在雷雨交加時到森林裡去散步，結果某乙真的被雷擊致死。如眾所周知的，按照客觀歸責論者的看法，某乙被雷擊致死的機率微乎其微，因此某甲此時並未製造具有法律上重要性的風險，亦即其所創造者是容許風險。反對客觀歸責理論者，特別是目的行為論（*finale Handlungslehre*）者的說法，會認為某甲之所以不負刑事責任，和行為的客觀面無關，而是由於某甲主觀上欠缺構成要件故意，因為，某甲認知到某乙被雷擊而死的機率實在過低，他的心態充其量只能叫作希望（*Hoffnung*），不是以對真實事件之影響可能性為前提的故意⁵⁵。這兩種說法，不論是著重行為的主觀面還是客觀面，所關注的最終都可以回歸到統計學上的結果發生機率高低，亦即當結果發生機率過低的時候，就不會產生規範上的意義，當結果發生機率高到一定程度的時候，就會產生規範上的意義。

然而本文認為，刑法的規範性，不能取決於只具有統計學上意義的事實性描述，而是來自於人際相互關係。具體言之，將侵害結果發生的機率提升到99%、51%、1%，還是0.00001%，對於具有刑

⁵⁵ *Welzel* (Fn.13), S. 66; *Paul Bockelmann/Klaus Volk*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 1987 (1973), S. 65; *Hans-Joachim Hirsch*, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in: *Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln* (Hrsg.), *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, S. 399 (405 f.); *Armin Kaufmann*, „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?, in: *Vogler* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, 1985, S. 251 (266 f.).

法上重要性之主觀風險或客觀風險的判斷都沒有意義。比較高的機率，不是一定能使風險成為刑法所拒斥的風險，比較低的機率，也不是一定不能使風險成為刑法所拒斥的風險。關鍵毋寧在於，該風險是否為被害人所欲承擔。不管是高度風險還是低度風險，多麼高度的風險或者多麼低度的風險，只要是被害人不欲承擔的風險，就是非容許風險，是被害人所欲承擔的風險，就是容許風險。在以上的例子，按照本文的見解，如果要說行為人所創造者是容許風險，理由不是因為被雷擊的風險極低，而是因為某甲慫恿某乙的行為，是在某乙能完全自我決定的情況下為之，因此某甲認知到慫恿行為所創造的風險，不管如何都一定要經過被害人的自願承擔才有可能實現，因此他的行為是基於對某乙的承認而為之，並非不法行為。至於在另外一個類似但有些微不同的案例，運用本文的見解就會有不同的結果。某甲知道某國連續發生多起隨機劫殺外國旅客案，還鼓勵不知情的某乙到那裡旅遊，結果某乙果真被劫殺而死⁵⁶。關於這個案例，客觀歸責論者仍然認為某甲所創造的風險微不足道，不是刑法所要禁止的風險。本文則認為，此例的事實特徵和上例不同。某乙欠缺作為風險判斷基礎的事實資訊，因此某乙也無自願承擔風險可言，某甲為鼓勵行為時也知道某乙不知風險存在，此外無任何跡象顯示某乙就算知道也願承擔風險，反而一般人獲知時還會打消旅遊念頭，所以某甲所創造的風險為非容許風險。

在此，還可以較深入探討的問題是，什麼叫作「自願」承擔風險？將以上案例變化一下：假設行為人以強暴脅迫的方式，命被害人在大雷雨時外出，此時是否一定不是自願承擔風險？就此不可一概而論。這時候必須看，被害人不願出門是基於什麼原因，如果只是單純不願忍受雷雨中出門的不便，而非考量可能被雷擊中的風險（通常一般人不會有如此考量），那麼這時候行為人強制行為的意

56 案例參Claus Roxin著，許玉秀譯，客觀歸責理論，政大法學評論，50期，頁12-13（1994年）。

義，就只有指向對於一般行動自由的限制（成立強制罪），而非生命風險的施加（不成立殺人罪）。反之，如果被害人果真因為害怕被雷擊中而不敢出門，那麼行為人的強制行為就同時具備兩個面向的侵害意義。我們再變化一下例子：假設雇主令百般不願之員工在大雷雨時出外送貨，員工只是害怕被解僱而忍受雷擊風險外出，此時員工是否仍為自願承擔風險？關於此，必須先確定，所謂自願／非自願，並不等於甘願／不甘願。一個行動決定，本來就是在評估可能會帶來的正面效應和負面效應之後而被做出，一旦做出，表示行動者願意為了達成正面效應而忍耐負面效應。因此，所謂「不甘願」，僅僅是指貼附在必須忍耐之負面效應上的片面情緒，並非最終行為決定的意願。在此認識之下，問題將回歸到施加什麼性質和程度的負面效應，始能被詮釋為強制，而使最終行為決定成為非自願。而這又牽涉到強制概念的一般理論，極為複雜，限於主題和篇幅，於此無法詳盡探討，尚待另文處理。

風險承擔既然是阻卻不法事由，那麼不但會在客觀不法層面產生作用，當然也會在主觀不法層面產生作用。在人的不法理論（*personale Unrechtslehre*）⁵⁷之下，刑法規範不但是由人自身來證立，而且只能由人本身來遵守或違反。亦即，人要遵守規範，必須透過自己的意念控制行為來遵守，要違反規範，也必須是透過自己的意念控制行為來違反。而當人的意念產生行為侵害意義的認知（所謂故意），或者有能力但卻沒有產生侵害意義的認知（所謂過失），並按照其認知或應有之認知從事適於實現規範所拒斥之侵害狀態的行為的時候，就是規範的違反。有侵害意義的認知，或者有能力產生侵害意義的認知，就表示有能力不實現規範所拒斥的侵害狀態而不違反規範，而此一能力，是科以刑法義務的前提⁵⁸。但現

57 基本觀念參 *Welzel* (Fn. 13), S. 62: „Unrecht ist täterbezogenes, personales Handlungsunrecht“（不法是與行為人相關聯的、人的行為不法）。

58 觀念參黃榮堅（註1），頁391。

在的問題是，行為人要認知到或應認知到其行為有什麼樣的特徵，才具有主觀不法？

從本文對以上案例的解說，就可以得知，要成立主觀不法，行為人所認知者或所應認知者，是其行為所創造的風險並非被害人願意承擔的風險。因此，行為人主觀所認知到的風險，在統計數字上是高或低並不是重點⁵⁹，按照所謂「一般經驗」是否足以實現侵害結果也不是關鍵。因為，行為人認知到行為有高度風險卻還為行為，不一定是基於對於他人的否認為之，認知到行為只有低度風險而為行為，也不一定是基於對他人的承認為之。至於一般人是否認為某一行為創造的風險足以實現侵害結果，也不一定完全反映出個案中行為人承認／否認被害人的事實。到底是承認還是否認的判斷，最後還是要回歸到風險所直接針對之具體被害人的意願。基於這個觀點，當為了判斷主觀不法而需確認行為人心理狀態的時候，就再也不必確認其所認知的風險高低，只需確認他對被害人是否願意承擔風險的認知。因而，自然無須面對諸如「認知到侵害結果實現可能性到底要多高，才叫做有故意？」的無解問題。

三、以「信賴」作為中介概念？

學說上有採取和本文相類似的基本方向，在不法概念的問題上從對人際相互關係的觀察出發，然而卻導出和本文不同的結論者。例如Zaczyk⁶⁰認為，如果被害人在法律上允許信賴他人會透過合乎義務的行為來支配控管會導致損害的因果流程，那麼此時就不是被害人自我危害，而是他人的危害。如果是自我危害，那麼還要進一

59 Heribert Schumann/Antje Schumann, Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?, in: Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 551. 比喻的說法：中樂透頭彩的人，也是「故意地」贏得彩金。

60 以下參Rainer Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 56.

步檢驗，被害人是否在法律上允許信賴行為人不會開啟讓被害人自我危害的可能性。例如乘客要求計程車司機開快車，就必須先確定乘客是否允許信賴司機會控管由此而生的風險，如果司機一開始就指出整個事件的不可支配性而拒絕開快車，那麼乘客還作如此要求就是自我危害。此外，還必須看乘客是否允許信賴司機在其催促之下仍會阻擋風險情境的產生，假如採取肯定的看法，就表示司機負有在乘客不理性的狀況下，保護他免於自己的傷害的特別義務，但司機顯然沒有這種特別義務，所以此時存在一個被害人應該完全負責的自我危害。*Schürer-Mohr*⁶¹在基本觀念上援引*Zaczyk*的看法，並將其適用在容許風險的問題之上，他認為如果行為人以某一行為破壞了其和被害人之間的關係，亦即透過該行為使得被害人法益的存續取決於偶然的因素，以致於被害人無法自力適應並克服此一行為，而且被害人因此在法律上允許信賴此一行為不會發生的話，那麼儘管被害人是自己進入他人創造的風險，也不能因此否定行為人的負責關係。在這樣的情形下，被害人在法律上還是允許信賴，行為人會藉由合義務的行為來支配可能造成侵害的因果流程。例如為了滑雪而登山的人，在專業嚮導的帶領之下進入具有雪崩危險的山區，這個時候登山者允許信賴，嚮導會盡其所能的迴避存有高度雪崩危險的斜坡處，而如果登山者由於嚮導的疏忽而偏離了預定的路徑，進入危險地區並不幸地遭遇雪崩，那麼就不能以登山者自願進入有雪崩危險的山區為由，排除嚮導的刑事責任。然而，如果嚮導是因為登山者的催促而走入危險區域，而且已經和登山者說明這個舉動的危險性，那麼登山者在法律上就不允許信賴嚮導會控管雪崩的風險。

上述見解，儘管是以人際相互關係作為行為容許性的思考基礎，並在不法的決定上，正確地考慮被害人與行為人之間互動的事

61 以下參*Schürer-Mohr* (Fn. 7), S. 140 f.

實，然而在推論過程中卻很突兀地採用了「信賴」作為中介概念。顯而易見的，此處所謂的信賴不可能是一個事實性概念，亦即信賴與否不能完全取決於被害人真實的心理狀態。例如乘客某甲為了趕上飛機，頻頻催促計程車司機某乙在國道上以超過時速180公里的速度行車，並不斷要求某乙超車且蛇行，這時候難道某甲還可以信賴某乙會支配控管風險而使結果不致發生？在某乙並非專業賽車手的情況下，這種信賴顯然淪於盲目。刑法的規範性判斷不但不應取決於此一盲目的信賴，而且從更根本的角度而言，規範性也不應妥協於被害人的心理事實，毋寧心理事實是受到規範評價的對象。因此，如果此一信賴概念要有意義，就必須是一種規範性的信賴（normatives Vertrauen）。規範性信賴，所指的是被害人被允許信賴某一行為或狀態的產生，也就是被害人有權利信賴。既然是被害人被允許信賴，那麼邏輯上就不是被害人自己恣意決定信賴與否以及信賴什麼。然而問題是，是誰賦予被害人這樣的權利？是刑法上的不法概念決定被害人的信賴與否以及信賴什麼。刑法藉由特定理性判準決定什麼是不法／合法行為，正是這樣的決定，讓所有的潛在被害人有權利相信，他在社會交往活動中會被他人藉由合法行為理性地對待。因此，所謂規範性信賴，邏輯上是不法概念的反射，是以不法概念的內容已經確定為前提，而不是決定不法概念的理由。而現在所要處理的容許風險的問題，剛好是不法概念的問題，亦即創造非容許風險的行為才是不法行為。既然如此，那又怎麼能用實際上是非法概念之反射的規範性信賴概念，來決定什麼是容許風險？這樣的看法顯然有循環論證的嫌疑。

站在本文的立場，若要從人際相互關係的角度理解不法內涵，那麼容許風險的理由就只有一個，亦即被害人風險自我承擔。只有被害人承擔的風險，且同時是行為人認知到被害人已經承擔的風險，才是行為人無須管轄的風險。否則，風險就屬於行為人管轄，此時才存在被害人得主張有權信賴行為人會妥適地控管風險的前

提。以學說所提出的例子來說明：乘客為了趕飛機叫司機開快車，在沒有特別表示要開多快的情況下，一般人不至於要求司機開到車輛幾近無任何控制可能性的速度，以致於對任何非預期狀況都無法應付的程度，因此乘客當下所承擔的風險，應該只是一般合理超速範圍下的風險，此時乘客當然得以信賴司機不會超過這個合理超速的範圍，而使車輛處於幾乎無法控制的狀況。這裡的信賴，只是風險被容許的反射結果。而嚮導由於疏忽而偏離了預定路線，進入了有高度雪崩危險的斜坡區域，他之所以仍要擔負刑事責任，並不是因為登山者有權信賴他不會出錯，而是因為登山者決定參加行程時所自願承擔的風險，本來就不包括導遊偏離路線這種異常狀況下的風險，而在決定要共同登山之時，嚮導和登山者之間（不管明示或者默示）所形成的共識也不包括此一風險，因而嚮導偏離路線所創造的風險並非登山者所承擔，屬於非容許風險。

四、風險承擔範圍之確定

藉由上述的討論，我們可以發現，僅指明容許風險的實質理由是被害人風險自我承擔，對於具體事實情境中風險容許與否的判斷，仍然是不充分的。就如以上所討論的兩個案例所示，要求超速的乘客，並不是要承擔當下所有與超速相關連的風險，自己進入有雪崩可能之山區之登山客，也不是要承擔山區裡面一切的雪崩風險。因為，承擔風險的目的，畢竟是在實現社會交往活動本身，附隨的風險只是為此不能不負擔的成本，而一個人通常不可能不計成本地去達成某一目的，因此就有必要去探究，到底被害人為了實現其所欲的社會交往活動，應該付出多少成本，而不能將不應由被害人負擔的成本，也一概地算在他頭上。然而，在計算成本之前，要先確定的前提問題卻是，如何才能說一個人已經願意付出此一成本。亦即，只有當被害人參與了某種社會交往活動的時候，才進入為了實現此一活動而必須擔負相關風險的情境。根據以上的理解，接下來要處理的問題是：首先，在什麼樣的情況和條件下，才可以

說被害人承擔了風險？而且，在什麼樣的情況和條件之下，被害人風險承擔會讓行為人創造的風險成為容許風險？其次，如果不是某一社會交往活動附帶的所有種類以及程度的風險都應被容許，那麼到底是什麼種類以及程度的風險應該被容許？

(一) 區分社會交往活動型態下的詮釋

就第一個問題，可以思考的方向，在於先確定被害人所參與的社會交往活動型態。關於此，可進一步區分兩種型態，亦即「個別性社會交往活動」以及「廣泛性社會交往活動」。所謂個別性社會交往活動，是指參與該活動的當事人具有直接溝通可能性且有必要直接溝通的社會交往活動；相對的，所謂廣泛性社會交往活動，是指參與該活動的當事人沒有直接溝通可能性或者沒有必要直接溝通的社會交往活動。個別性社會交往活動的型態、內容與意義，通常是具有溝通可能性之當事人所賦予並直接形成。至於廣泛性社會交往活動，則已有被預設的型態、內容與意義，而這是在隨著歷史進行而變動的社會中自然形成的。人們必須承認廣泛性社會交往活動之型態、內容與意義的既存性，才能以一種「參與並加以利用」的方式踐行此一活動。關於這兩種型態下的風險管轄詮釋，以下可以舉例說明：

就個別性社會交往活動而言，例如一個不熟悉路徑的登山者，要求嚮導陪同其登山，由於登山活動本身就附有一定程度的風險，因此登山者向嚮導表達陪同登山的要求，就等於向嚮導表示概括地承擔相關風險，而嚮導因此知道登山者願意承擔風險，帶領登山者上山之行為所創造的風險，就因其承擔而被容許。簡言之，在雙方有直接溝通可能性的情況下，風險管轄透過雙方合意而移轉。而這樣的風險管轄合意移轉，並不會因為當事人是否「理性」而有不同。比如登山者在強烈颱風來襲時執意要求嚮導陪同登山，而嚮導竟然也答應陪同，那麼此時後者創造的相對高度風險，也因雙方合

意移轉管轄給登山者而被容許。

就廣泛性社會交往活動而言，例如一般針對容許風險概念所舉出的典型例子，亦即動力機械交通所造成的風險。這又可以細分為兩個層次：第一個層次所涉及的，是動力交通工具使用的抽象容許性，比如只要開車上街就會對他人造成一定程度的風險，但通常認為這種風險是容許風險，所以還是可以開車上街；第二個層次所涉及的，是動力交通工具使用的具體容許性，比如開車遵守法定速限，所創造的風險就是容許風險，而逾越法定速限就是非容許風險。一般看法認為，動力機械交通的抽象容許性，是來自於它的社會有益性，也就是在利益權衡之下，我們選擇一個人人可以開車、搭車的生活型態。至於它的具體容許性，則必須考慮到個別交通行為所涉及的利害關係，在權衡便利性與危險性之後，訂出一個適當的行車速限作為風險容許的界限。以上傳統刑法學說的說法，看起來是合理且清楚的，但就如同之前敘述過的，這樣的說法卻是植基於效益主義式的構想。而本文既然在基本思考上拒絕了效益主義的進路，那麼針對以上情況，就不可能採取相同的詮釋方式。然而問題是，究竟要如何以被害人風險承擔的概念來詮釋？有關於此，也必須分別從抽象容許性與具體容許性的角度來論述。

首先是從抽象容許性的角度。的確，一般而言，人們或許會認為一個有動力機械交通運輸的社會優於沒有的社會，因為人們早已習慣如此快速且方便的運輸型態，實在沒有辦法想像再回到已成為歷史的過去。然而，這種社會交往活動型態的存在，相對於它的不存在，卻未必真的表彰著什麼利益⁶²。姑且不論到底是從什麼角度決定利益或不利益，也姑且不論每個人的利益想像是否相同，與其說交通運輸型態的轉變是被利益考量所驅動，毋寧應該說是隨著人類歷史進展而形成。就如同Jakobs所指出的，某些被容許的社會活

62 參前述貳、二、(四)。

動其實是歷史上流傳下來，並且因此就被人們接受而成為社會相當的⁶³。按照本文的看法，這樣的說法僅管是基於適切的觀察角度，然而就社會活動之正當性問題，還需要更充分的說明。上述說法無非是主張，某種社會活動的歷史性，得以省去證立該活動存在的正當性，亦即當某種社會活動型態已經被容許而出現，這個社會活動就成為歷史的一部分，而似乎沒有理由不被繼續容許下去。但是這樣的看法，卻沒有將參與及推動歷史的主角，也就是「人」考慮進去。我們不能忽略，如果不是人們有意推動運輸技術進展，這個世界上不會有汽機車，如果不是人們有意使用汽機車來運輸，就不會有汽機車交通。若要說汽機車交通是歷史上所流傳下來，並一直延續到現在，那麼也是人們普遍地習於進行此一活動，而沒有表達反對意願的結果。假如有一天人們不再從事這種活動，那麼它自然也就消失於這個世界上。因此，動力機械交通活動的存在，以及相對應之抽象風險的承擔，是當下在社會中的人們選擇下的結論。簡言之，人們對於某一（類）體制的承認，是該（類）體制存續的建構性條件，正當性基礎仍在於人的自由。

從具體容許性的角度，關鍵問題則在於：應該如何去解釋，當交通參與者已經遵守交通規則，比如遵守法定速限而行車，那麼剩餘的風險就會被其他交通參與者自願承擔，並因此成為容許風險？這個問題的困難來自於，在交通領域中風險創造者與風險所指涉者是隨機地相遇，並沒有事前直接就風險管轄形成共識的可能性。當一個人為了趕時間而在路上奔跑，不顧眼前的紅燈而強行穿越路口的時候，他又怎麼知道是那一輛車將會撞到他？如果不知道，那又怎麼說他自願承擔了撞到他那輛車的駕駛所創造的風險？廣泛性社會交往活動，並不像個別性社會交往活動一樣，明確地存在一個被

63 *Jakobs, Strafrecht* (Fn. 21), 7/36. 提及所謂歷史性的正當性（*historische Legitimation*），並指出並不是歷史正當化了某種活動的風險，而是人們對某一活動的存在達成共識，讓人感覺正當性問題早已解決了。

害人和行為人之間的互動關係，也不存在一個得以使雙方透過直接溝通移轉風險的情境。一個人開車上街，他通常就只是為自己開車上街而已，也許他要去上班，或者出去辦事，很難說他要為可能被撞擊的用路人達成什麼樣的目的；而對於被風險所籠罩的用路人而言，滿街的往來車輛也只是單純的環境威脅而已，要怎麼說他已經承擔了這樣的風險？

在這樣的情況下，若要說雙方得以形成共識，邏輯上可能的途徑，是透過一個得以連結雙方認知與意願的中介者。雖然沒有經過直接意思交換，但透過此一中介者作為外在導引提供者，使得一方受到外在導引而建立的認知，由於他方認知到外在導引提供者的存在，而成為他方可以認知的對象。具體地說，交通領域是一個按照穩定模式運作的人類生活領域，此一領域受到具有普遍適用性的規則支配而運作，參與此一領域的人，都必須透過符合規則的行動來建構這個領域，如果參與者的行動並不符合規則，那麼其行動就並非建構，而是破壞這個領域，最後的結果將是導致領域瓦解。基於此，參與者不但可以預期其他參與者也會同樣按照規則行動，也可以預期，其他參與者會預期自己會按照對於合乎規則行動的預期而行動。市區道路行車速限為50公里的規則，讓所有的駕駛者都在時速50公里以下行車，因此用路人既能預期，可能遭遇的駕駛者不會逾越50公里的速限，也同時能預期，駕駛者會預期用路人會有駕駛者不超過速限50公里的預期。簡言之，某一交通參與者，進入了必須要認同運作規則才能參與的交通領域，就表示已經認同了運作規則，也認知到其他參與者也認同了運作規則。藉此，儘管沒有直接溝通可能性，所有參與者的認知與意願也可以達到合致。既然已經認同了運作的規則，那麼參與者所能拒絕的，只有規則被違反之後的失望風險，而不能拒絕規則被遵守之下的剩餘風險。亦即，認同運作規則意味著承擔剩餘風險。唯一能拒絕剩餘風險的方式，就是

不要參與交通領域⁶⁴。用一個簡單的例子說明：穿越路口的行人知道紅燈停綠燈行的交通規則，行經路口的駕駛者也知道相同的規則，因此行人所未承擔的風險，是駕駛者不守交通規則闖紅燈造成的風險，而駕駛者也知道行人並未承擔他不守交通規則闖紅燈的風險，因而闖紅燈創造的風險是非容許風險。而行人所承擔的風險，是駕駛者遵守交通規則於綠燈時通行的風險，駕駛者也認知到行人已承擔此一風險，所以行人在己方紅燈時強行穿越路口，被依綠燈指示直接通行而不及煞車的車輛所撞擊的風險，屬於容許風險。

依照本文以上的理解，並不是因為交通規則的設置，而決定了風險在刑法上容許與否，亦即，交通規則在刑法上的意義，並非用以分配法益風險的風險規則。交通規則只是一個事實上支配交通領域運作的規則，是人們以同意依循交通規則為前提的參與行為，才使符合規則下的剩餘風險被容許。多數學說認為，成文化的交通規則對應於過失犯中的客觀注意義務⁶⁵，一旦違反交通規則，就是違反客觀注意義務而創造了法不容許的風險，因而實現了過失犯的行為不法。根據這樣的看法，包括交通規則在內的其他專門領域的安全規則，都會被整合在刑法的效力理由之中，也就是說，如果刑法的目的，如同一般認為的在於避免法益侵害，那麼以這些安全規則的違反作為過失犯行為不法的所在，在邏輯上會推論出，這些安全規則的目的也在於避免刑法上的法益侵害⁶⁶。不過，這類安全規則

64 或有質疑，在類如動力交通領域等廣泛性社會交往活動，人們根本不可能不承擔風險，即使有人極力反對動力交通且不願承擔其風險，也不可能使動力交通風險成為不容許之風險。這樣的看法，其實揭露了一種人生的無奈：人的自由，本來就是在有限選擇之下的選擇可能，沒有辦法無限制地要求環境或他人配合自己。一個生活在一出門就是動力交通領域的人，他只有出門和不出門兩種選擇，一旦選擇了出門，即使他嘴巴再怎麼說不願意，他的行動決定表示他最終還是承擔了風險。簡單的說，他的「不願意」，僅僅是內心的片面情緒而已，在規範上並不重要。

65 林山田（註4），頁180。

66 此立場上的一貫論述詳參許玉秀，探索過失犯的構造——行為人能力的定位，收於：主觀與客觀之間，頁200（1997年）。

畢竟是刑法以外的規範，因而以上看法可以引發的思考是，刑法規範和刑法外的規範如何有整合可能性？刑法規範本身有其效力理由，而刑法以外的安全規則作為規範，也必然有其效力理由，邏輯上似乎不可能使刑法規範效力的貫徹，取決於刑法以外規範之效力的貫徹。從刑法規範的角度，受規範者只負有遵守刑法規範的義務，從刑法以外規範的角度，受規範者只負有遵守該刑法以外規範的義務，違反刑法以外規範不必然就違反刑法規範，而違反刑法規範也不必然就違反刑法以外規範⁶⁷。因此，如果刑法規範要援引其他規範，唯一的途徑是將其整合在刑法規範自身的效力理由之中。

基於本文的觀點，安全規則對於刑事不法的決定若有其意義，那麼就不可能是從其效力（*Geltung*）的層面整合進刑法之中，而是從其實效性（*Wirksamkeit*）⁶⁸的層面。具體言之，按照紅綠燈指示而行車之交通規則的存在，意義在於表徵所有交通參與者事實上都認同並遵守此一規則的事實，而這樣的事實，反映出交通參與者所自願承擔的風險範圍，以及其所認知到其他參與者所自願承擔的風險範圍。一個在綠燈時通行的駕駛，可以認知到紅燈方的行人實際上會遵守燈號指示而停止，也因而認知到行人承擔了他按照綠燈指示通行的風險。根據這樣的理解，在廣泛性社會交往活動中，過失犯的行為不法不在於違反注意規則本身，而在於透過忽視注意規則實際上被遵守的事實，同時無視於交通參與者是基於此一事實產生風險承擔認知，因而創造了一個該領域之參與者不願承擔的風險。轉換視角之後，注意規則本身並不是決定風險「應該」由誰承擔的依據，即使這些注意規則的目的本來就在於決定風險的歸屬，在刑法中也沒有加以採納的空間。在刑法上，決定風險應該由誰承擔的依據，仍舊是具體被害人的意願。在廣泛性社會交往活動中，

67 參黃榮堅（註1），頁388-389。

68 區分效力與實效性參Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960 (1934), S. 10.

注意規則的存在及其實效性只具有表徵作用⁶⁹，是用來推定被害人主觀意願的外在事實因素。

由此首先可以得出的觀點是，在一個交通安全規則幾乎都在其所欲規範的情境下被遵守的社會中，人們參與道路交通時所認識且接受的事實情況及風險狀態，就幾乎完全等於規範效力所預設的事實情況及風險狀態。相對的，在一個交通安全規則實際上都不被遵守的社會，人們所認識且接受的事實情況及風險狀態，就不一定等於規範效力所預設的事實情況及風險狀態。其次，即使在一個交通安全規則大致被遵守的社會，參與者所認識並接受的事實情況及風險狀態，仍然不是百分之百和交通安全規則所預設者相對應。因為，道路交通情境是變化萬千的，但交通規則只是針對一般情況而設置，因而參與者事實上仍會按照具體情況決定應採取的舉措，並不會呆板地遵守規則。因此，交通領域中產生實效性的實際運作模式，時常和成文化交通規則有所出入。既然如此，那麼判斷具體參與者的風險承擔認知，仍然是依據具有實效性的實際運作模式，而不是成文化交通規則，只是大多時候所面臨的是一般情況，所以成文化交通規則實際上都會被遵守，因而成為具有實效性的規則。

例如，行人某甲在紅燈時試圖違規穿越馬路，他先觀察路口情況，發覺儘管遠處有一輛車疾駛而來，然而判斷駕駛一定可以發現有人闖紅燈，以這麼遠的距離來看，駕駛也絕對有辦法閃避或煞車，而且按照某甲的認知，在這種情況下一般駕駛也是會如此作，因此某甲就毅然穿越馬路。這時候，駕駛某乙如果發現某甲闖紅燈，而且也來的及閃避或煞車，但卻還是按照綠燈指示穿越路口，以致直接撞死某甲，就不能主張某甲自願承擔風險。理由在於，在這種情況下，實際上並沒有人會直接撞上去，亦即，此時具有實效性的實際運作模式，並非按照紅綠燈指示行車，而是閃避或煞車，

69 觀念參黃榮堅(註1)，頁382。

因而某乙可以認知到的狀況是，某甲並未承擔某乙不顧一切地按照綠燈指示行車的風險，若某乙執意這樣做，所創造者就是非容許風險。又例如，在強烈颱風來臨之時，某甲在高速公路上開車，由於狂風豪雨及路面積水，所以某甲並未遵守時速60公里的國道最低速限，而是和所有其他駕駛人一樣，以時速30公里左右的速度緩慢前進。這時候，包括某甲在內的所有駕駛人所為者，是按照國道交通中具有實效性的實際運作模式，假如某甲堅持要以時速60公里以上行車，所創造者反而屬於非容許風險，因為其他的駕駛人所承擔的風險，已隨著被實際踐行之規律的轉換而有所變動。

其實，不管我們有沒有意識到，一般日常生活本身就是廣泛性社會交往活動。例如，某甲開啟客廳裡的除濕機，然後進入房間睡覺，這麼一個再普通不過的事實，也是具有刑法評價意義的活動，因為某甲也許造成了針對其他家庭成員某乙的風險，或者造成了針對鄰居某丙的風險。事實上，只要讓除濕機運作，就會有因機件故障而引起火災的風險。然而，「人可以在家裡自由使用電器」這件事情，是被人們所認同的（不成文）生活模式，而且也是在人們的認知裡面，事實上為包括自己在內的所有人實際踐行的生活模式。就算是某乙並未和某甲商量過電器使用事宜，就算某丙根本不知道某甲在隔壁使用除濕機，我們也可以說，某乙和某丙自願承擔了某甲正常使用電器下的風險。因為，只要某乙和某丙同意參與一個和他人有所交集的居家生活領域，就必然已認知並接受他人可以在家自由使用電器的事實。某甲也同樣可以認識到，他人就像自己一樣地認知並接受自己在家使用電器的事實。因此，某甲所創造的風險，是被某乙和某丙所自願承擔的容許風險。當然，以上論述是基於所謂「一般情況」，至於在特殊情況下的風險，就逾越了某乙和某丙的承擔範圍。比如，某甲使用除濕機時，將它和電視、熱水瓶和電風扇等電器插在同一條延長線上，導致電線過載引發火災，此

時某甲所創造的風險，則屬於非容許風險⁷⁰。很清楚的是，事實上人們幾乎不會以如此不安全的方式使用電器，因而一般人也因此不會認知和接受他人這樣使用電器。又比如某乙和某甲明確表示，由於聽到除濕機自燃的新聞，不願意某甲在家冒險使用除濕機，也是屬於此處的特殊情況⁷¹。

藉由以上的論述，我們就可以為學說經常使用的「一般生活風險」概念找到一個適當的詮釋。如前所述，所謂「一般生活風險就等同於容許風險」的看法，在論述上是不充分的。按照本文的看法，一般生活風險，所指的是在廣泛性社會交往活動中具有實效性之運作模式下的剩餘風險。之所以是「一般生活」，是因為所指涉的是一些既存的生活形式，由於這些生活形式是既存的，因而廣泛地被人們在存有共識的情況下加以實踐。至於涉入其中的人們是有意識還是無意識的，是由於符合自己利益還是單純因為未經反思的習慣，都不是重要的。重要的是，這些生活形式具有既定的、貫穿所有個人的一般性意義。共同參與廣泛性社會交往活動的多數人之

70 類似實例參臺灣板橋地方法院101年度易字第742號刑事判決。

71 審稿委員之一擔憂，本文的主張會對潛在行為人的行動自由造成過多的限制。就此而言，必須強調的是，人們在大多數的生活時間，是處在廣泛性社會交往活動之中，這個領域有其事實上的運作模式，由於人們自願參與了廣泛性社會交往活動，就必須接受其事實上運作模式，因而即使他主張不願承擔相關風險，也是一種無效的主張，並不會影響此活動中的其他參與者。此外，在當事人有直接溝通可能性的情況，由於多數人皆共享近乎相同的理性與生物性特質，所以對於風險的感受不至於有太多變異，從而事實上不會經常出現風險感受特異的情況，並因而侷限他人的行動自由。況且，刑法上還有主觀犯罪構成要件，行為人要認識（故意）或至少有能力認識而未認識（過失）其行為創造了他人不願承擔的風險，才具有行為不法（本文參、五、（三）參照）。因為大多數人都是一般人，對於風險感受不會有太大差異，所以一個人在社會上遭遇風險感受特異者的時候，即使客觀上創造了其不願承擔的風險，通常也會因為主觀上欠缺故意或過失而不具備不法。因此，所有人作為潛在的行為人，根本無須擔心自己行為的評價會被他人恣意變更，也不用因此盡可能限縮自己的自由。審稿委員擔憂的情形，或許不會存在。然而，若真的出現風險感受特異的情況，就足以顯現本文主張的實益：刑法沒有權力透過禁止他人的協助冒險行為，來限制風險愛好者的行動自由；刑法也負有義務透過禁止他人的創造風險行為，來維護風險趨避者的抽象法權地位。

間，並不需要經過特別的溝通協商，也不需要透過事實上的同意，就已相互承擔了實踐某些既存生活形式的附帶風險。既然是「一般生活」，就意味著我會如此生活，你和他也會如此生活，而我們選擇了共同生活，就表示願意為彼此經受一般生活風險。

(二) 因承擔而容許之風險範圍

接下來要處理的問題是，在某一社會交往活動中，什麼範圍之內的風險會被容許？對此也許可以很簡單的回答：被害人自我承擔之範圍的風險。可是，此一問題的困難，剛好就在於如何確定在具體個案中被害人承擔了多少風險。有關於此，可以先確定的是，如果要實現某一社會交往活動，就毫無例外地要承擔風險。因此，儘管一個人的心理上不願接受風險，甚至說詞上也拒絕接受風險，但是透過他自己衡量利弊之後的參與活動決定，就知道他同時也決定承擔了風險。在這樣的基本認識之下，就可以稍微具體地確定承擔風險範圍。亦即，被害人所承擔者，是屬於其所同意參與的社會交往活動之必然成本部分的風險。基於此，首先可以排除逾越被害人同意參與之社會交往活動內容範圍的風險。例如前面提到登山滑雪的例子，登山者同意參與的活動內容，是嚮導按照相對安全的預定路線帶領登山活動，而不包括偏離預定路線的情況，因此登山者所承擔者是在預定路線所遭遇的風險，所未承擔者是在非預定路線產生的風險。由此可知，單純和某一社會交往活動的參與行為具有因果上聯繫的風險情境範圍，並不等於被害人自願承擔的範圍。

另一方面，被害人也不得主張，他所承擔的風險範圍，少於其所同意參與之社會交往活動內容所必然附帶的風險範圍。嚮導如果按照預定路線而行，結果遭遇雪崩，登山者不幸罹難，那麼這時候就不能說被害人不願承擔此一風險，因而追究嚮導的刑事責任。從事後的角度，如果法益侵害結果已現實地發生，那麼對於被害人而言，當然是絕對不願意接受的情況。然而，被害人風險承擔的概

念，正好並非從事後的觀點回溯觀察行為的作用，而是從事前的觀點決定行為的評價。相當清楚的道理是，不可能一方面承認被害人從事冒險行為實現生活規劃的權利，另一方面又認為他無須擔負作為生活成本的風險。除此之外，如果允許被害人不承擔風險，因而必須禁止形成協助被害人自我實現之情境的創造風險行為，那麼同時也就剝奪了人們利用他人行為從事冒險活動，以實現生活規劃的權利。由於登山者在預定路線遭遇雪崩而死，而以刑法處罰一個完全合乎常規的嚮導，結果將是以後完全沒有嚮導願意帶人登山，實際上也就表示完全禁止登山嚮導這個行業。此處所謂「社會交往活動所必然附帶的風險」，我們也不妨稱為社會交往活動的「典型風險」。

與以上針對個別性社會交往活動類似的論述邏輯，「典型風險」的概念也適用於廣泛性社會交往活動。在此以道路交通領域為例。首先，人們同意參與道路交通領域，所同意的內容是事實上支配交通領域的運作模式，因此不能以比如「只要上街就有被車撞的風險」這樣的說法，將風險承擔的範圍擴張到一切可能遭遇的交通事故。亦即，並不是和參與交通行為有因果聯繫的任何風險情境都是承擔的範圍。例如，儘管我們知道天天都有人闖紅燈，也知道時常有人因為闖紅燈而受害，但被闖紅燈的車輛撞擊的風險，並不是遵守號誌之行人所承擔的範圍。其次，參與者所承擔的範圍，也不少於按照事實上支配交通領域之運作模式所必然附帶的風險。參與者同意參與交通領域時，就一定要承擔此種風險。例如，無視紅燈闖越馬路，因而被當下無迴避可能之綠燈方來車撞傷的行人，並不能主張他並未承擔此一風險。因為，既然行人知道，所有交通參與者實際上都會遵守交通號誌而為舉措，也包括當下綠燈方的車輛駕駛，行人卻還是強行闖越，就表示自行承擔了風險。理由一方面在於，承擔此一限度內的風險，本來就是個人利用道路交通領域達成運輸目的的成本，除非完全不利用才能獲得百分之百的安全；另一

方面，以行人未承擔風險為由，禁止綠燈方車輛按照（事實上被遵守的）規則通行的行為，將會使得交通參與者無所適從，直接導致道路交通領域的瓦解，因為，此一領域作為具有類體制型態的廣泛性社會交往活動，本來就和其依循穩定規律的功能性運作具有同一性。然而，道路交通領域功能性運作的維持，其實還不是最重要的考量。此一領域瓦解的結果，實際上是包括該違規行人在內的所有人都無法利用此一領域，因而否認了透過利用該領域實現生活規劃者的個人自由。

在學說和實務經常使用容許風險概念的運動領域，也可適用風險承擔下的「典型風險」概念。在沒有特別約定的情況下，運動行為之典型風險的範圍，是事實上支配該運動項目之運作模式的剩餘風險範圍。例如，在棒球運動之中，投手是朝著本壘板投過去，打擊者就站在本壘板旁邊打擊，而投手實際上不可能百分之百精準地投到自己設定的位置，所以不小心投出觸身球的情況屬於常態。不管是投手或者打擊者，既然都知道有觸身球的可能性，還參與此一運動，就表示投手認知到打擊者已承擔觸身球風險，因此投手所創造的風險為容許風險。當然，按照棒球規則，觸身球是不被允許的，否則也不會有將打者保送上一壘的制裁。不過，這樣的規則是棒球運動的應然規則，而不是刑法的應然規則，並不能直接以棒球運動規則，當作刑法上的風險分配規則。亦即，不能以「犯規」為由，認定投出觸身球的行為是創造非容許風險。

比較會產生問題的，是故意觸身球的情形，此時是否仍屬容許風險？判斷的基準，仍然是事實上支配某一運動項目的運作模式。投手會投出故意觸身球，有不同的原因。比如在一般棒球比賽中，球員多有比分大幅領先時不盜壘的默契，如果違反此一默契，教練多會指示己方投手投出故意觸身球以為「報復」。就此而言，儘管並不合乎成文棒球規則，但應該屬於棒球運動中實際上被踐行的運作模式，參與者也可認知到這個運作模式的實效性。然而，假如沒

有以上情況，或沒有其他為球員普遍認知的引發故意觸身球的原因（比如己方打者遭受到惡意觸身球），只是比如看對方打者不順眼而以快速球攻擊對方，那麼自然超出對方打者的預期風險範圍，屬於非容許風險。

我國實務在有關運動傷害的問題上，也提及了風險承擔的概念。比如有實務見解認為，「一般社會上從事競技、運動之人，確實可能因運動者本身、其他從事運動之人、場地等因素，伴隨程度不一之危險存在，而在合理之範圍內，應係從事該項運動所應容忍、承擔之風險。⁷²」儘管此一敘述提到了風險承擔的字眼，然而按照其邏輯，似乎並不是由於運動參與者承擔了風險，才使得風險被容許，而是先從某一觀點決定運動所伴隨的風險是否「合理」，若屬合理則參與者即有容忍及承擔的義務。簡言之，風險承擔是容許風險的結果，而非理由。不同於此，另有實務見解認為，「承認『可容許危險』為一項『超法規阻卻違法事由』，乃基於參賽者認識此一活動之危險性，且同意依比賽，在一般危險情況下對身體或生命產生之危害，除非有違背比賽規則之例外狀況發生，否則參賽者之傷害行為不具有違法性。⁷³」儘管這個看法並未從更根本的層次說明，為何參與者認識危險並同意比賽，就可以使運動傷害風險成為容許風險，但至少在結論上趨近於本文所主張的看法。在運動風險承擔的情況，確認事實上支配運動進行之運作模式（而不是「比賽規則」！）下的合理風險仍屬必要，因為此一合理風險，是從事運動者決定參與運動時所自願承擔的風險範圍。不過，既然背後的原理是當事人的自由，那麼就存有當事人合意變更運作模式，以及相對應之風險容許範圍的可能。例如在業餘足球比賽中，兩隊球員約定可以用直接踢踹對方腿部的方式截球，此時容許風險的範圍自然較正規足球比賽為寬。

72 臺灣高等法院100年度上易字第1201號刑事判決。

73 臺灣高等法院高雄分院98年度上易字第306號刑事判決。

(三) 以醫療領域為例——兼論「告知後同意」之刑法上意義

以下以具有高度爭議性的醫療領域為例，說明如何運用風險承擔概念來確定容許風險的範圍。在最抽象的層次上⁷⁴，醫療行為之合法性判斷的核心問題在於：到底是因為醫療行為所創造的風險屬於（一般意義上的）容許風險，還是因為醫療行為所創造的風險是被病患所自願承擔，才使得行為並非不法？此一問題，反映出所謂「告知後同意」（informed consent）的刑法上意義與效果。所謂告知後同意，是指醫師應該對病人詳細說明其病況，並且就針對其病況的醫療處置給予充分的事實及風險資訊，如果病人在充分接收到資訊之後同意醫師所建議的處置方式，那麼就可阻卻醫師所為處置的非價性⁷⁵。此一概念的引入，使得對醫療行為的評價基準及結果產生了衝突。具體而言，會產生衝突的事實情況有二：其一是醫療人員的處置符合醫療常規，但卻沒有和病患事先說明此一處置的風險並得其同意；其二是相反的情況，醫療人員的處置並不符合醫療常規，但卻有事先說明處置的風險而且已得其同意。

就第一種衝突情況，假如評價基準完全建立在醫療常規之上，那麼醫療人員所為若完全符合醫療常規，就履行了客觀注意義務，倘若仍然發生不利病患的後果，即屬於容許風險的實現。由此可以導出的結論似乎是，醫療行為永遠不需要考慮病人的意願，醫師可以完全依照其專業知識獨斷專行。例如，病人某甲接受醫師某乙的心導管檢查手術，之後某甲由於合併症急性心肌梗塞而死亡，如果事前某乙依專業判斷認為心導管檢查確有必要，而且其實施也完全按照常規，那麼即使沒有充分告知某甲或其法定代理人相關風險，某甲的死亡仍屬於容許風險的實現⁷⁶。有實務見解是採取此一立場

74 限於主題及篇幅，本文就醫療風險問題只能作抽象的討論。

75 概念說明參陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（上），月旦法學雜誌，178期，頁228（2010年）。

76 此案例參最高法院94年度台上第2676號刑事判決。

者，認為病人就算並未被告知醫療行為的風險而無從承擔風險，也不會影響行為的刑法上非價判斷，因為，醫療行為是否合法，是單純取決於是否符合醫療常規，「蓋醫療既係以人體治療、矯正、預防或保健為直接目的之行為，乃取向於患者利益之過程，自不能以醫師完全未為說明或說明不完全其處置暨後效，即遽認其所行之醫療行為具反社會性格。換言之，說明告知義務之未踐行，並不能直接反應或導致醫療行為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價為犯罪行為之可能。⁷⁷」學者也有採取相同看法的，認為決定醫療行為適法性的關鍵在於利益衡量，亦即所追求的利益是否大於所造成的身體傷害，因而醫師是否採取適當的醫療措施才是決定刑法上義務違反與否的重點，只有適當的醫療措施才可以控制醫療風險，並實現所欲追求的利益，至於有沒有告知病人風險，或病人是否同意風險，並無法改變風險是否實現，因此告知義務並非刑法上義務⁷⁸。

如此完全拒絕告知後同意的見解，在以利益衡量作為容許風險理由的看法之下，其實是相當一貫的。這個看法的特徵，剛好就是不考慮具體病人的意願，只要將醫療行為的利益、不利益以及兩者發生可能性綜合計算比較之後，得出的是正面的結果，該行為就應該被容許。而在這種看法下，醫療常規的作用，是在現今醫療技術所能達到的程度上，界定醫師達成有益的醫療目的，亦即改善病人健康時的應有作為，同時也在於界定防免附隨風險的措施，抑止不

77 參臺灣嘉義地方法院92年度自字第20號刑事判決。

78 參盧映潔、高忠漢、朱振國，病患同意與醫師刑事過失責任之辯正——評台北地方法院九一年訴字第七三〇號判決，台灣法學雜誌，112期，頁45-46（2008年）；盧映潔，病患自主權與醫師刑事過失責任——最高法院九四年台上字第二六七六號、九五年台上字第三四七六號判決之批判，台灣法學雜誌，101期，頁125（2007年）。理論一貫地反對告知後同意原則者，也可參鄭逸哲，「告知後同意原則」不適用於「醫療刑法」領域，軍法專刊，58卷2期，頁147以下（2012年）。

正確的醫療行為以保護病人⁷⁹。如果醫療行為符合防免風險措施的要求，那麼就表示，附隨風險已經被控制在不足以令人放棄該醫療行為的程度，也就是該醫療行為在利益衡量程序的計算結果為正面結果。這個結果既然早已是正面結果，在邏輯上，就不需要為了達到正面結果而額外加入其他利益考量。因此，即使將病人的意願理解為所謂「自主利益」，並加入受衡量的利益中，也不會改變風險被容許的結論。

應用風險承擔概念，則可以得到另一個完全一貫的論述。若採取本文的看法，一個行為是合法／不法，等同於對被害人的承認／否認行為，而此又等同於行為人認知到被害人承擔／未承擔風險。這個原則既然是決定刑事不法行為的一般性原則，那麼就適用於所有人類生活領域，當然也包括醫療領域。按照此一原則，在醫療領域之中，醫療人員所為者，只有在認知病人承擔醫療行為之風險的前提下，所創造的風險才是容許風險。以心導管檢查手術案為例，即使醫師採取手術的時機和方式完全符合醫療常規，並不代表病患自願承擔了手術的併發症風險。併發症風險的承擔，是以病患認知到該風險作為前提，因此醫師必須要先充分告知風險，並得其同意而施行手術，所創造的併發症風險才因其承擔而成為容許風險。藉由這樣的理解，醫療領域中的告知後同意概念，即可在刑法理論上找到一個位置，亦即，告知後同意是使風險自我承擔成為可能的要件⁸⁰。事實上，不光是在醫療領域，在人類所有的生活領域，都有告知後同意概念的運用問題。因為，不法行為的共同特徵就是強加風險於他人，利用他人不知風險的情況施加風險，也是強加風險於

79 參王皇玉，再論整型美容、醫療過失與信賴原則——評台北地方法院91年度訴字第730號判決，收於：刑法上的生命、死亡與醫療，頁231（2012年）；林萍章，醫療常規與刑事責任——評最高法院九十六年度台上字第三〇八四號刑事判決，月旦法學雜誌，175期，頁237（2009年）。

80 告知在刑法上的意義是為了取得有效應允，參林東茂，醫療上病患承諾的刑法問題，月旦法學雜誌，157期，頁62（2008年）。

他人，而告知後同意，正是解除行為不法性質的一般方式。醫療活動由於其高度專業性，從業人員與利用者之間存有嚴重的資訊落差，而且兩者之間也毫無困難地存在直接溝通的可能性，因此醫療領域，並不能被視為如同交通領域般的廣泛性社會交往活動。簡單的說，在大街上，人們可以很容易地認知到速限50公里的號誌所顯現出的風險意義，但在醫院裡，人們卻通常無法認知在電腦斷層攝影之前，醫師注射顯影劑在自己身上的風險意義。因此，醫療容許風險的範圍，就是醫師所告知並受到病患同意之處置的必然附帶風險範圍，由於醫師一般都是依照醫療常規而為醫療行為，所以最後即為遵守醫療常規的剩餘風險範圍。然而醫師告知後病患若不同意，即使醫師的處置符合醫療常規，仍然屬於非容許風險。

同樣的道理，在第二種衝突情況，儘管醫師所做的醫療行為並未遵守一般準則，或者不適於達成醫療的目的，然而病患卻充分理解並接受風險，甚至是病患自己要求醫師從事不合常規行為，該行為還是屬於合法行為⁸¹。例如，到私人醫美診所進行削骨手術的某甲，為了避免留下紀錄，不願意在手術前填寫個人資料，因而並未透露他曾對於麻醉藥有過敏反應，在此一情況下，醫師某乙告知某甲全身麻醉有死亡風險，但某甲仍然拒絕透露任何資訊，因此某乙沒有確認某甲的過敏史就進行全身麻醉，結果某甲果真由於過敏反應而死亡。在這個例子裡面，某甲是為了保護隱私，在充分理解風險的情況下自陷風險，某乙也是在知道某甲充分理解風險的情況下，為了讓某甲能夠保護其隱私，創造某甲為此所欲承擔的風險。至於某乙違反醫療規則，對於其行為在刑法上的評價並無影響。違反醫療規則使行為產生負面評價，是針對某甲身為一個醫師的角色來講的，而在刑法上給予行為負面評價，是針對某甲身為一個自我負責的理性者來講的。醫師的義務是遵守醫療規則行事，而一個理

81 不同見解參王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，收於：刑法上的生命、死亡與醫療，頁180（2012年）。

性者的義務則是承認他人的現實存在，兩者之間並無必然的關連。因此，在這種情況，容許風險的範圍也是病患所承擔的風險範圍，但這個風險範圍是由病患自己劃定，而不等同於遵守醫療常規之剩餘風險範圍。

五、風險承擔之適用前提

既然被害人自願承擔風險是風險被容許的理由，那麼什麼叫作「自願」承擔風險，就是一個關鍵的問題，因為這個問題決定了風險的承擔是否有效。前面已經提到過，容許風險概念是植基於對被害人自由的承認，因此，被害人自願承擔風險，換句話說，就是被害人「自由地」進入風險情境。那麼，如何才是自由地進入風險情境？

(一) 風險承擔能力

關於此，我們可以直接援引阻卻違法承諾中承諾能力（*Einwilligungsfähigkeit*）的概念。理由在於，按照本文的理解，被害人承諾只是被害人風險承擔的一種特殊型態而已。在被害人承諾的情況，例如某甲要求某乙往自己臉上打一拳，某乙照做，導致某甲受傷，這時候某乙的行為，意義是在實現某甲的自由意願，因此某甲與某乙之間在現象上雖然是侵害關係，但實際上卻是合作關係，亦即「某乙毆打某甲」是兩人合意實施的社會交往活動。其中，某甲為了實現自己所欲的社會交往活動（挨打），當然有承擔風險，也就是身體完整性受損的風險。相較於一般風險承擔的情形，被害人承諾情形的特徵在於，其所欲實現的社會交往活動，剛好就是使其所承擔的風險實現。所以在邏輯上，與其說風險承擔是承諾的派生問題⁸²，還不如說承諾可以被包括在風險承擔的概念之

⁸² *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), S. 590 f. 認為對「風險」的承諾也可以成立阻卻違法的承諾，顯然認為風險承擔是被害人承諾的下位類型；*Jakobs, Strafrecht* (Fn.

中，背後的法理，都是為了實現被害人的自由，而容許為了實現被害人自由而為之行為所附帶的風險。在本文的觀點之下，被害人承諾之所以可以阻卻不法，理由仍然是被害人承擔了風險，使得行為人創造的風險被容許。

一般學說認為，被害人承諾能力是指一種自然的認識和判斷能力，這種能力使得被害人可以認識和判斷他將會遭受之法益侵害的意義，以及行為人之行為對他可能造成的侵害作用⁸³。將這樣的定義應用在風險承擔概念之中，那麼被害人的風險承擔能力，是指被害人可以認識和判斷風險之存在以及風險實現後之侵害結果的心理能力。要求此一能力的存在，是很容易理解的，因為必須要具備這樣的心理能力，才存在認為一個人是自由人的前提。當我們說「人是自由的」的時候，意指他可以根據環境所給予的資訊，按照自己的意願做出行為決定，然而如果他欠缺資訊判讀能力，那麼他的行為決定，就會是根據並未被正確解讀的資訊基礎所做出來的，因而並非真正符合其主觀意願。例如五歲的某甲，要求他哥哥某乙，打開未連接使用的瓦斯桶開關，讓他聞聞瓦斯的味，這時候，某甲身為一個心智尚未成熟的幼童，根本沒有能力了解瓦斯的危險性，因此他不能為有效的風險承擔。

(二) 風險意識

除了上述抽象的環境資訊判讀能力，被害人還必須要有具體的環境資訊認知，才能說被害人的行為決定是出自於他自己。換句話說，被害人必須具有風險意識。既然被害人對風險的承擔，是使行為人所創造之風險被容許的理由，那麼被害人和行為人兩者所認識

21), 14/12. 提及所謂「非目的性承諾」(unfinale Einwilligung)，意指被害人不要侵害結果，而只想要可能會引發結果的侵害行為，或者只想要會帶來非所欲之侵害行為的社會交往活動，似乎也認為被害人承諾可以處理風險承擔的問題。

⁸³ 僅參Kühl (Fn. 4), § 9 Rn. 33.

的風險種類、範圍和高度，就必須完全對稱。而不對稱的情況，一般來說有兩種。一種是被害人毫無風險意識，但行為人卻有風險意識。例如某甲在某乙不知情的情況下，在某乙的飲料裡面投下足以致死的毒藥，某乙飲用後毒發身亡。另一種是被害人有風險意識，但是其意識所涵蓋的風險種類、範圍或高度，卻不及行為人認知者。例如某甲和某乙商借一台改裝車，準備和他人去賽車，然而，某乙知道此一車輛煞車系統有問題，在高速行駛之下可能會煞車失靈，但沒有事先告知某甲，因此儘管某甲知道賽車是冒險行為，然而卻不知道車子有安全性問題，因此他仍然欠缺充分的風險意識。不管在第一種還是在第二種情況，被害人和行為人之間都存有因資訊不對稱所導致的認知落差⁸⁴。藉此，就可以顯現出不法行為的一般性特徵：行為人所為者之所以是不法，正是因為他利用了因資訊不對稱而導致的認知落差，將風險強加於被害人身上。

(三) 行為人之認知

必須再度強調的是，既然評價的對象是行為人的行為，那麼被害人具有認識和判斷風險能力，且已充分認知風險的事實，本身還不足以影響行為的評價。行為人必須認知到此一事實，並基於此一認知而為行為，其所為者才是出於對被害人之承認的合法行為，否則的話仍然是不法行為。這樣的要求，在個別性社會交往活動是沒有問題的，因為行為人存有直接透過和被害人溝通而建立認知的可能性。比較可能會面臨問題的是廣泛性社會交往活動，由於在廣泛性社會交往活動之中，被害人和行為人沒有直接溝通可能性，或者沒有必要直接溝通，因此行為人通常無法認知到被害人的風險承擔能力和風險意識，那麼是否意味著，其行為永遠都是非容許風險？比如，一個在高速公路上開車的人，又怎麼知道其他有可能被其突

⁸⁴ 認知落差 (Wissengefälle) 概念參 *Ingeborg Puppe, Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 2000, S. 158.

發性爆胎所波及的駕駛們，都是具有風險認識與判斷能力的人？對於此，可以思考解答的方向在於，一個受到具有普遍適用性之運作模式支配的廣泛性社會交往活動，其運作規則，通常也包括了參與者必須具有從事活動的一般性能力。例如考領駕駛汽機車執照，按照道路交通安全規則，至少要18歲以上，而且無精神耗弱等心理缺陷⁸⁵。這樣的規則，如果從實效性的角度切入，表徵了幾乎所有道路使用者都具有從事道路交通能力，並同時具有承擔相關風險能力的事實。因此，除非存有建立特殊認知的事實狀況，否則廣泛性社會交往活動的參與者，得以主張他對於其他參與者具備風險承擔能力的認知。

(四) 實證法規範的封鎖作用？

有人可能會質疑，本文的看法沒有辦法說明刑法第275條加工自殺罪的存在基礎，甚至加工自殺罪的存在，可以反過來證明本文的主張並無理由，因為，在協助他人自殺的情形，被害人明明是自願承擔生命風險，創造風險者卻仍然要被處罰。關於此一質疑，在觀念上必須先確定的是，現在我們所做的是法理論述，而且是在實證法背後、得以支撐或推翻實證法的法理論述。因此，刑法上存有某一個與法理相左的規定，不可能是一個反過來修正法理的論據，反而該規定才是應該受到法理調整的對象。基於此，首先該懷疑的並非風險承擔理論本身，而是加工自殺罪的正當性。當然貫徹風險承擔理論的結果，應該是廢除加工自殺罪。此時我們要問的，是實證法基於什麼樣的考量，封鎖了風險承擔理論在加工自殺情況的適用。這雖然和本文主題有關，但已逸脫了本文所能處理的範圍。一方面是因為，加工自殺罪是一個刑法分則問題，而本文所處理的是總則問題；另一方面，此問題所涉及者實在過於複雜，須另闢專文討論。但以下仍可概略地說明。

⁸⁵ 參道路交通安全規則第61條、第64條。

第一個可能的考量是來自國家父權主義（staatlicher Paternalismus），也就是國家在某些條件之下，可以為了人民的福祉而透過法律手段強制取代其自主判斷⁸⁶。加工自殺罪的存在，表現出一種態度：生命是個人存有的基礎，具有最高的價值，因此必須與個人意志在觀念上分開，免於受到生命持有者自己的侵害。關於此，作者暫且提出兩個觀點。第一，上述想法的前提是法益概念和法益持有者概念的解離，然而在個人法益學說（personale Rechtsgutslehre）的觀點之下，個人法益必定內含持有者之自我決定（處分）權的觀念⁸⁷，除非我們可以接受，個人法益可以不關連到個人而成其為法益。第二，貫徹個人自由的結果，將是如同Mill所主張的極端反父權主義，亦即，國家可以勸告甚至懇求他的公民不要傷害自己，但沒有權力以強迫公民「去做一件事或忍耐一件事，僅由於這樣會讓他比較快樂，或因為別人認為這樣做比較聰明或正確」⁸⁸。

其次，也許加工自殺罪中蘊含了某些宗教信仰或道德觀念。但若有刑法的基本常識，就知道在現代世俗化的國家觀念底下，刑法的發動，是以存有妨害共同生活的社會損害性為前提，並不允許用來支撐宗教信仰或者道德觀念，因此也不能以「生命是神所賦予的，不屬於自己」、「自我毀滅是違反道德法則的」等說法來限制個人對於生命的安排⁸⁹。除此之外，可能的限制是所謂的善良風俗，

86 關於加工自殺罪（德國刑法相類似的規定為第216條「受要求而殺之」罪）與國家父權主義的關係，參Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann, „Indirekter“ Paternalismus im Strafrecht - am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 71 (71 ff.).

87 參陳志龍，法益與刑事立法，3版，頁160以下（1997年）。

88 Mill (Fn. 49) S. 16 f. 自由主義在刑法中的體現以及對父權主義的批判，參林東茂，刑事政策與自由主義，收於：一個知識論上的刑法學思考，頁372（2007年）。

89 Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 105.

就如同本文認為係風險承擔下位類型的被害人承諾，學說也多認為必須受到善良風俗的限制，例如對肢體切割、性虐待或其他危及生命之重傷害的承諾皆為無效⁹⁰。姑且不論，為何善良風俗是和法律平行的社會規範，卻還可以進入法律的評價之中，到最後，它可能僅僅是反映社會大眾對於殘忍事件的不快感受，同時投射出一般人所強烈拒斥的自我結局想像。換言之，是以法益持有者以外之多數人的感覺，來限制法益持有者自由的行使。而這正是從本文的立場認為值得商榷的。不過無論如何，關於被害人法益處分權的限制理由，是必須更細緻分析的獨立問題。

肆、結論

本文嘗試批判傳統容許風險理論，並提出風險承擔概念作為替代方案。

諸如風險之不可避免性、社會必要性或一般生活風險等概念，都是純粹的描述性概念，所蘊含的僅是容許風險的結論，而非容許風險的理由。

社會相當或社會角色的說法，問題在於源自非刑法意義的規範性觀點。刑法要穩定的行為期待是理性行為期待，而非歷史脈絡或職業角色下的行為期待。

以利益優位原則支撐風險容許性，表示得以將作為行為人生活成本的風險，強制移轉給無關之第三人管轄，無視於第三人為自由之法主體的事實。法的實質內涵為人際相互承認關係。因而，不法行為是對他人的否認，具體而言是創造他人所不願承受的損害風

⁹⁰ *Johannes Wessels/Werner Beulke*, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*, 42. Aufl., 2012 (1970), Rn. 377 f.

險。只有當所創造的風險是他人自願承擔的風險，該風險才是基於對他人之承認而創造的容許風險。

在個別性社會交往活動，風險容許的範圍，等同於當事人合意從事之活動的必然附帶風險範圍。在廣泛性社會交往活動，參與活動之行為即表示承擔風險，風險容許的範圍，則為事實上支配該活動之運作模式下的剩餘風險範圍。

風險承擔的成立要件，除了承擔者進入風險情境之外，尚須其具有風險判讀能力以及風險意識。在人的不法理論下，行為人必須對風險承擔之事實及其要件有所認知，才能阻卻行為不法。而實證法規定，對風險承擔理論並無封鎖作用。

參考文獻

1. 中文部分

- Claus Roxin著，許玉秀譯（1994），客觀歸責理論，政大法學評論，50期，頁11-38。[Roxin, Claus (1994), Die Lehre von der objektiven Zurechnung, Chengchi Law Review 50, S. 219-239.]
- 王皇玉（2012），論醫療行為與業務上之正當行為，收於：刑法上的生命、死亡與醫療，頁139-184，臺北：承法。
- （2012），再論整型美容、醫療過失與信賴原則——評台北地方法院91年度訴字第730號判決，收於：刑法上的生命、死亡與醫療，頁211-243，臺北：承法。
- 林山田（2008），刑法通論（下冊），增訂10版，臺北：元照。
- 林東茂（2007），信賴原則的適用範疇與界限，收於：一個知識論上的刑法學思考，頁58-64，臺北：五南。
- （2007），刑事政策與自由主義，收於：一個知識論上的刑法學思考，頁359-382，臺北：五南。
- （2008），醫療上病患承諾的刑法問題，月旦法學雜誌，157期，頁45-70。
- （2010），刑事醫療過失探微——從一個案例說起，月旦法學雜誌，176期，頁265-273。
- （2012），刑法綜覽，7版，臺北：一品。
- 林萍章（2009），醫療常規與刑事責任——評最高法院九十六年度台上字第三〇八四號刑事判決，月旦法學雜誌，175期，頁233-252。
- 周漾沂（2012），從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，臺大法學論叢，41卷3期，頁981-1053。
- 柯耀程（2007），刑法概論，臺北：元照。

- 徐偉群（2011），台灣刑法學的思索：四十年來台灣刑法學發展的回顧，臺大法學論叢，40卷特刊，頁1429-1498。
- 許玉秀（1997），探索過失犯的構造——行為人能力的定位，收於：主觀與客觀之間，頁179-218，臺北：自版。
- （1997），檢驗客觀歸責的理論基礎——客觀歸責理論是什麼？，收於：主觀與客觀之間，頁219-280，臺北：自版。
- 張麗卿（2012），客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響——兼評最高法院九十六年度台上字第五九九二號判決，收於：新刑法探索，臺北：元照。
- 陳子平（2010），醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（上），月旦法學雜誌，178期，頁227-245。
- 陳志龍（1997），法益與刑事立法，3版，臺北：自版。
- 黃榮堅（1998），從容許風險概念看和平內亂罪，收於：刑法問題與利益思考，頁231-254，臺北：元照。
- （2012），基礎刑法學（上），4版，臺北：元照。
- 鄭逸哲（2012），「告知後同意原則」不適用於「醫療刑法」領域，軍法專刊，58卷2期，頁146-153。
- 盧映潔（2007），病患自主權與醫師刑事過失責任——最高法院九十四年台上字第二六七六號、九十五年台上字第三四七六號判決之批判，台灣法學雜誌，101期，頁124-136。
- 盧映潔、高忠漢、朱振國（2008），病患同意與醫師刑事過失責任之辯正——評台北地方法院九一年訴字第七三〇號判決，台灣法學雜誌，112期，頁37-56。

2. 西文部分

- Bar, Carl Ludwig v. (1907), Gesetz und Schuld im Strafrecht: Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetz, Berlin: Guttentag.
- Beck, Ulrich (1986), Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere

- Moderne, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Bentham, Jeremy (2003), Eine Einführung in die Prinzipien der Moral und der Gesetzgebung, in: Höffe (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik (1975), 3. Aufl., Tübingen: Francke, S. 55-83.
- Binding, Karl (1965), Die Normen und ihre Übertretung (1920), Bd. IV: Die Fahrlässigkeit, 4. Aufl., Aalen: Scientia.
- Bockelmann, Paul/Volk, Klaus (1987), Strafrecht Allgemeiner Teil (1973), 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Caro John, José Antonio (2007), Das erlaubtes Kausieren verbotener Taten - Regressverbot, Baden-Baden: Nomos.
- Engisch, Karl (1995), Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Neudruck der 4. Ausg. Berlin 1930, Aalen: Scientia.
- Fichte, Johann Gottlieb (1971), Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Berlin: De Gruyter.
- Freund, Georg (2008), Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre (1998), 2. Aufl., Berlin: Springer.
- Frisch, Wolfgang (1988), Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg: C. F. Müller.
- (1996), Straftat und Straftatsystem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg: C. F. Müller, S. 135-210.
- Hegel, Georg W. F. (1986), Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hirsch, Andreas v./Neumann, Ulfrid (2010), „Indirekter“ Paternalismus im Strafrecht - am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden: Nomos, S. 71-98.
- Hirsch, Hans-Joachim (1988), Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik

- nach Welzel, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln (Hrsg.), Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln: Heymanns, S. 399-427.
- Höffe, Otfried (1989), Politische Gerechtigkeit, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hoyer, Andreas (2009), Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung, ZStW 121, S. 860-881.
- Jakobs, Günther (1976), Schuld und Prävention, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (1977), Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, ZStW 89, S. 1-35.
- (1991), Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (1983), 2. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- (1995), Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107, S. 843-876.
- (1996), Akzessorietät - Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA, S. 253-268.
- (2000), Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, ARSP Beiheft Nr. 74, Stuttgart: Steiner, S. 57-72.
- (2003), Beteiligung, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, S. 561-575.
- (2008), Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie (1997), 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas (1996), Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil (1969), 5. Aufl., Berlin: Duncker &

Humblot.

Kant, Immanuel (1968), *Die Metaphysik der Sitten*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Kaufmann, Armin (1985), „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?, in: Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, S. 251-271.

Kelsen, Hans (1960), *Reine Rechtslehre* (1934), 2. Aufl., Wien: Franz.

Kindhäuser, Urs (1994), Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, GA, S. 197-223.

——— (2010), Zum sog. „unerlaubten“ Risiko, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, S. 397-416.

Kühl, Kristian (2008), *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1994), 6. Aufl., München: Vahlen.

Kuhlen, Lothar (1986), Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA, S. 389-408.

——— (1993), Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105, S. 697-726.

Lenckner, Theodor (1969), Technische Norm und Fahrlässigkeit, in: Bockelmann (Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Klostermann, S. 490-508.

Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg (2010), in: Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 28. Aufl., München: C. H. Beck, Vor §§ 13 ff.

Lesch, Heiko (1999), *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln: Heymanns.

——— (2001), Strafbare Beteiligung durch »berufstypisches« Verhalten?, JA, S. 986-991.

Lübbe, Weyma (1998), Erlaubtes Risiko - Zur Legitimationsstruktur

- eines Zurechnungsausschließungsgrundes, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Baden-Baden: Nomos, S. 373-390.
- Luhmann, Niklas (2008), Rechtssoziologie (1972), 4. Aufl., Wiesbaden: VS.
- Mailwald, Manfred (1985), Zum Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin: De Gruyter, S. 405-425.
- Mill, John Stuart (2003), Utilitarismus, in: Höffe (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik (1975), 3. Aufl., Tübingen: Francke, S. 84-97.
- (2008), Über die Freiheit, Stuttgart: Reclam.
- Murmann, Uwe (2005), Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin: Springer.
- Otto, Harro (1989), Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin: De Gruyter, S. 157-175.
- (2004), Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre (1976), 7. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- Pawlik, Michael (1999), Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln: Heymanns.
- Preuß, Wilhelm (1974), Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, Berlin: Duncker & Humblot.
- Prittwitz, Cornelius (1993), Strafrecht und Risiko, Frankfurt am Main: Klostermann.
- Puppe, Ingeborg (2000), Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, Baden-Baden: Nomos.

- Rawls, John (1979), *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Roxin, Claus (1989), *Bemerkungen zum Regreßverbot*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, S. 177-200.
- (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1992), Bd. I, 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Rudolphi, Hans-Joachim (2012), in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8. Aufl., Frankfurt am Main: Luchterhand, vor § 1.
- Schumann, Heribert (1986), *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schumann, Heribert/Schumann, Antje (2007), *Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?*, in: Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, S. 543-560.
- Schürer-Mohr, Wiebke (1998), *Erlaubte Risiken: Grundfragen des «erlaubten Risikos» im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1971), 6. Aufl., München: Vahlen.
- Sternberg-Lieben, Detlev (1997), *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (2010), in: Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 28. Aufl., München: C. H. Beck, § 15.
- Walther, Susanne (1991), *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg: Max-Planck-Inst.

- Welzel, Hans (1939), Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, S. 491-566.
- (1969), Das Deutsche Strafrecht (1940), 11. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner (2012), Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau (1970), 42. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Wolter, Jürgen (Hrsg.) (2012), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., Frankfurt am Main: Luchterhand.
- Zaczyk, Rainer (1989), Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin: Duncker & Humblot.
- (1993), Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, Heidelberg: C. F. Müller.