

# 風險變更之 結果客觀歸責

李聖傑\*

## 目次

- 壹、前言
- 貳、問題之提出
- 參、假設因果歷程
  - 一、假設因果歷程的考量於犯罪判斷體系中之定位
  - 二、結果原因與結果歸責之概念釐清
- 肆、風險變更
  - 一、一般學說
  - 二、跳脫阻卻違法的思惟
- 伍、結論

關鍵詞：風險變更，結果客觀歸責，假設因果關係，加強原則，風險修正，結果歸責，假設因果歷程。

---

\* 中原大學財經法律學系專任助理教授，德國雷根斯堡大學法學博士。本文承蒙兩位匿名審查人提供寶貴修正意見，謹此致謝。

## 壹、前言

結果客觀歸責 (objektive Zurechnung des Erfolges) 的探討，係以結果犯為對象，並在犯罪判斷體系之客觀構成要件的檢驗層級中，對於犯罪行為給予價值評價，探究其對於構成要件結果之發生是否具有客觀歸責要素。而所謂結果犯係指，刑法中犯罪之成立，以一定結果發生為必要的犯罪型態。自從德國刑法學者 Roxin 在西元一九七〇年發表客觀歸責學說 (Die Lehre der objektiven Zurechnung) 的理論以後，經過三十年來不斷的討論與補充，客觀歸責已經在德國刑法的通說中，成為評價結果犯的客觀構成要件之必要要素<sup>1</sup>。在這樣的犯罪判斷體系下，客觀歸責的概念被理解為一個以因果關係存在為前提<sup>2</sup>，且獨立於因果關係判斷之外，而來評價行為人所造成的結果，是否可以被當成行為人的「行為傑作」(Werk der Handlung)<sup>3</sup>，並加以歸責的客觀構成要件要素。至於在我國的刑法犯罪判斷體系，客觀歸責是否成為結果犯之必要構成要件要素，至今仍有爭議，但是透過國內文獻的介紹，所謂的客觀歸責學說在刑法學界已然不再陌生<sup>4</sup>。

客觀歸責學說在刑法犯罪判斷體系的功能，除了提供刑法規範的價值判斷之外，國內有學者將其定位為阻卻不法或阻卻構成要件

---

<sup>1</sup> 請參照 Jescheck in: LK, 11. Aufl. Vor. § 13, Rdnr. 53; Lenckner, in: Schöke/ Schröder, 25. Aufl. Vor. §§ 13ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, I, 3. Aufl. § 11, Rdnr. 1; Wessels/ Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 30. Aufl. Rdnr. 154.

<sup>2</sup> 在德國曾經有學者極力主張，以客觀歸責學說中的危險提高概念，替代犯罪體系中因果關係的判斷，參閱 Otto, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 417, 但未能為通說所接受。

<sup>3</sup> Vgl. Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. S. 45; Wessels/ Beulke, aaO. Rdnr. 178.

<sup>4</sup> 有關客觀歸責學說之介紹，參照許玉秀，《主觀與客觀之間》，頁 219-280，台北，自版，初版 (1997)；黃榮堅，《刑法問題與利益思考》，頁 152，台北，月旦，初版 (1995)。

該當的要素<sup>5</sup>。換句話說，客觀歸責學說是在刑法因果理論之外<sup>6</sup>，提供了一個評價標準，來認定行為與所造成的構成要件結果間之結果歸責，如若行為人所造成的構成要件結果，欠缺客觀歸責的要素，則雖然犯罪行為與結果間具有刑法上之因果關聯，該犯罪行為卻因阻卻構成要件事由的存在，而不具有構成要件該當性。

客觀歸責在刑法犯罪判斷體系中的定位，在德國刑法學界雖然已經被普遍的接受，然而其概念內涵及具體評價標準，卻至今未臻統一。一般來說，是以在構成要件結果中，（一）行為人的行為，是否製造了足以生構成要件該當結果之不被容許的風險，（二）該風險是否在構成要件中被實現，為評價標準<sup>7</sup>。在這樣的架構理解下，基本上，可以以廣義的風險關聯 (Risikozusammenhang im weitesten Sinne) 對所謂的客觀歸責，做一個概括性的概念表達，因為整個客觀歸責學說的基礎，就是在評價行為人的行為及其所造成構成要件結果的風險之「質」與「量」對法價值的破壞。

## 貳、問題之提出

如前言所述，今日的客觀歸責學說，實際上是在一個所謂「廣義的風險關聯」的概念下展開，並以風險關聯為上位概念，據此衍

---

<sup>5</sup> 在國內，有學者主張客觀歸責學說是限縮了不法構成要件的適用範圍，其內容是屬於阻卻不法的要件，參照黃榮堅，《刑罰的極限》，頁 148-149，台北，元照，初版（1999）。

<sup>6</sup> 儘管如此，國內仍有多數學者將客觀歸責學說認為是因果關係學說之一，參閱蔡墩銘，《刑法精義》，頁 122-126，台北，自版，初版（1999）。

<sup>7</sup> 參照黃榮堅，《刑罰的極限》，頁 141；Hoyer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Berlin 1996, S. 38ff。關於客觀歸責學說檢驗犯罪的標準，另有學者主張須加入構成要件效力範疇的探討，參照林東茂，〈從客觀歸責理論判斷交通事故的刑法責任〉，刑事法雜誌，第三十九卷第三期，頁 42-45；Roxin, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung* 政大法學評論，第五十期，頁 224。

生其下位的歸責標準—風險製造 (Risikoschaffung)與風險實現 (Risikoverwirklichung)。風險關聯概念的提出，主要是在強調其於客觀構成要件中與因果關聯概念的相對性。當風險製造的規範評價，在相關文獻中被充分討論後，一般學者並且接受了一個基於風險製造的前提，所衍生出排除客觀構成要件合致的歸責判斷依據—單純的風險降低 (bloße Risikoverminderung)<sup>8</sup>。所謂「單純的風險降低」，係指行為人的行為，不但沒有製造足以生構成要件該當結果之風險，反而減輕或減緩了一個已經存在而且正在進行的構成要件結果之風險的發生，則行為人此一降低風險的行為，縱使與構成要件結果有因果關係，仍不具有客觀可歸責性。在單純的風險降低的應用，常以以下的案例來做說明：行為人甲為避免被害人乙為丙所丟擲的石頭直接打中頭部，乃以傷害乙肩膀之認知出手撥打石頭，乙的肩膀因此受到傷害。乙所受到的傷害，雖然是甲的行為所造成，但由於甲撥打石頭的行為，降低了一個正在發生的高度風險—乙的頭部可能為石頭所擊中，在客觀構成要件的檢驗中，則甲的行為即因欠缺客觀可歸責性，致使構成要件未能合致<sup>9</sup>。

相對於單純的風險降低已經成爲一個被多數刑法學者肯定爲客觀歸責學說所衍生出來排除客觀構成要件合致的評價判斷<sup>10</sup>，同樣以假設因果關係的存在爲先決條件的風險變更 (Risikomodifikation)之結果歸責，及其在犯罪判斷體系的定位，則在學說上仍有極大的爭議<sup>11</sup>。所謂風險變更，係指一個同樣的構成要件結果的形成，因爲透過行為人行爲之參與，而改變了風險發生的方式。舉例來說，

---

<sup>8</sup> 有關 bloße Risikoverminderung 與一般文獻所引述的 Risikoverringerng 的概念釐清，請參閱筆者之博士論文 *Objektive Zurechnung des Erfolgs bei bloßer Risikoverminderung oder Risikomodifikation*, S. 119-120.

<sup>9</sup> 參閱 Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in: *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen 1970, S. 136.

<sup>10</sup> 參閱 Lenckner, in: Schönke/ Schröder, Vor. §§ 13ff., Rdnr. 94.

<sup>11</sup> 參閱 Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. § 4, Rdnr. 56.

在高樓大火時，某甲爲了救出身陷火海的鄰居小孩，將小孩拋出高樓陽台，卻讓小孩墜樓致死，則甲的行爲在刑法中應如何評價。

### 參、假設因果歷程

在上述的案例中探究甲的行爲歸責時，首先被討論的是因果關係的成立。基於風險變更案例事實的特殊性，假設因果歷程(hypothetische Kausalität)的存在優先成爲案例處理的重心。因爲在所有有關風險變更的討論中，都以一個已經存在的假設因果爲前提，例如前述火災救小孩的案例，事實上小孩是因甲的行爲墜樓而死，但是如果沒有甲將小孩拋出高樓的行爲，該小孩依事後客觀的經驗判斷，有幾乎確定的可能性，會喪身火場。這一個事實上沒有發生的因果關係，就是討論風險變更之結果客觀歸責的先決條件。

#### 一、假設因果歷程的考量於犯罪判斷體系中之定位

依照學說通說及德國實務的一般看法，假設因果歷程的存在，基本上並不影響犯罪體系中因果關係的判斷<sup>12</sup>。關於原因行爲與構成要件結果的因果關聯認定，德國實務及通說至今仍以刑法因果理論中的條件理論來檢驗，按照條件理論的檢驗公式－原因行爲爲構成要件結果中不可想像其不存在的條件(conditio sine qua non)。但是在條件理論的適用過程中，如果一併考量了假設因果歷程的存在，顯然會發生 conditio sine qua non 之檢驗公式應用上的困難。因爲假設因果歷程的存在，排除了每一個被檢驗的行爲成爲結果原因的可能，更確切的說，每一個被檢驗的原因行爲，都將因假設因果的存在，而成爲在構成要件結果中，可以想像其不存在的條件。有鑒於此，條件理論的應用，原則上是排除假設因果歷程存在的考

---

<sup>12</sup> 參照 BGHSt 10, 369; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. § 4, Rdnr. 12.

量。例外的是，如果有幾近於確定的可能性證明，結果即使是在行為人進行符合義務行為的情況下也會發生，德國實務認為在此情形下，因果關聯並不成立<sup>13</sup>。之所以例外的將假設因果歷程的存在列為考量，並且排除行為與結果之因果關係，最主要是考慮到「結果發生的不可避免性」，因為不論行為人是否進行刑法所禁止的行為，結果都會發生。

將假設因果歷程的存在，定位在犯罪體系中因果關係的階層來探討，是否適當，在學說中是有爭議的。早在一九六一年，德國刑法學者 Arthur Kaufmann 便曾提出，不論假設因果歷程的存在，以什麼樣的程度或可能性牽涉結果的發生，其在犯罪體系中的定位，都不宜在因果關係的位階來討論。因為在因果關係的檢驗中，並不是以事件發生的可能性大小，來決定行為與結果間是否存在著因果關聯，而是以實際上事件發生後，行為與結果間具體關係的有或無來作判斷<sup>14</sup>。在如此的思考模式下，應該在因果關係的檢驗中被考量的是，如果行為人的行為被抽離時，結果是否發生，而不是加入一個事實上沒有發生的假設情狀，並以之斟酌行為與結果間的因果關聯。

## 二、結果原因與結果歸責之概念釐清

隨著客觀歸責學說的發展，結果原因 (Erfolgsverursachung) 與結果歸責 (Erfolgszurechnung) 之概念區分界線愈趨完整。在結果原因的概念闡釋中，主要是陳述犯罪行為的因果歷程，這是一個客觀事實的表達，而且是一個在行為與結果間不加入價值分析的本體論判斷。對於因果關係的存在判斷而言，我們要的是「有」或「無」，「是」或「否」的答案。然而在結果歸責中，則係對依賴

---

<sup>13</sup> 參照德國實務 RGSt 15, 151; BGHSt 11,1.

<sup>14</sup> Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 208.

現有的因果法則所得到的結果原因作評價判斷<sup>15</sup>，是一種規範價值的表達。在這裡要特別強調的是，結果歸責所處理的已經不是因果關係的問題，而是判斷結果原因在現行刑法的目的期待下是否可以加以歸責，是屬於一種規範的價值評價。

結果原因與結果歸責之概念分離，是客觀歸責學說據以發展的重要基本原則，在客觀歸責學說逐漸被學界接受的今日，這樣的觀念釐清也成為客觀歸責學說的特色。在假設因果歷程考量的討論中，更可以突顯出這一個特色的存在價值。事實上，我們必須承認，隨著假設因果發生的可能性之高低不同，社會價值對於結果的非難，也會跟著受到影響，尤其是在即使行為人不違背義務，同樣的結果也有幾近確定的可能性會發生的情形。關於這種法感(Rechtsgefühl)的擺盪，顯然不能被定位在因果關係的位階來討論，而是應該歸屬於歸責性的研究範疇。

#### 肆、風險變更

在明確了假設因果歷程的考量於犯罪體系的定位後，我們繼續來檢驗，假設因果歷程的存在與風險變更的關聯性，並進一步討論，究竟在斟酌假設因果歷程存在時，哪些是可以排除風險變更的結果客觀歸責，及其理由。

基本上，在所有有關風險變更的案例討論中，都是以假設因果的存在為先決條件。這些假設因果歷程的介入，來自於各種形形色色的原因，有些是因為大自然力量的介入所造成，例如在被害人遭受行為人遠距離狙擊而死亡的同時，發生土石流，同村的其他居民亦皆因土石流滅頂致死。又有些是加入第三人的行為考量，例如因為行為人故意或過失的行為，造成一個正赴刑場的死刑犯的死亡，在探究行為人的刑責時，若加入劊子手（第三人）的執刑考量，我

---

<sup>15</sup> 所謂現有的因果法則，在刑法上依現行通說係指，以經驗法則為基礎，而依據等價理論推演的模式。

們可以確定，即使沒有行為人的行為，幾乎在同一個時間點，會有同樣的結果產生。甚或有些假設因果是加入了被害人本身的行為來考慮，因為被害人的某些個人的因素介入，使得結果在抽離行為人的行為考量時，也會發生，只不過是以另一形態出現，例如前述高樓大火將小孩拋出高樓陽台，卻讓小孩墜樓致死的例子中，可能火災是由被害人玩火所造成。在上述的許多例子中，行為與結果間不只是在條件理論的判斷下，具有因果關聯，即便以相當因果理論來檢驗，也都存在有因果關係。但是該結果是否因此可以被當成行為人的「行為傑作」，而歸責於行為人，則存在著很大的討論空間。

### 一、一般學說

#### (一) 原則上不排除結果客觀歸責

關於風險變更的結果歸責，一般學者通說認為，在風險變更的案例中，雖然行為人的行為介入，使得原本構成要件結果的風險沒有發生，但是行為人的行為卻也因此製造了一個全新的、獨立的，並且導致同一構成要件結果發生的風險，在這樣的情形下，行為人的行為應該被評價為：製造了足以生構成要件該當結果之不被容許的風險，而且該風險在構成要件中被實現了。換句話說，行為人關於風險變更的行為，對於構成要件結果之發生是具有客觀可歸責，而不能阻卻構成要件該當<sup>16</sup>。但是在一定條件下，行為人的行為或許可以以緊急避難或者推定的被害人的承諾 (mutmaßliche Einwilligung) 來阻卻違法。

---

<sup>16</sup> 參閱 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 11, Rdnr. 48; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, § 28, IV, 2; Kinderhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2000, 11.11; Lenckner, in: Schönke/ Schröder, Vor. §§ 13ff., Rdnr. 94; Otto, NTW 1980, 422; Puppe, ZStW 92 (1980), 885; Wessels/ Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Rdnr. 195.



基本上，一般學者之所以在風險變更的案例中，沒有在客觀構成要件中，排除行為人行為的客觀歸責因素，是以法益保護的觀念作為考量的出發點。多數學者認為，刑法規範的誡命或禁止規定，並不因為所要保護的法益已經瀕臨無法拯救而失效。也就是說，如果我們認為某一法益的保護是屬於刑法規範所必須含括的範圍，那麼我們不能因為結果的必然發生，而放棄對該特定法益的保護，或者認為刑法的規範因此失去存在的意義。除此之外，在刑法的價值判斷上，一般學者並且認為，以刑法規範而言，很難有想像空間去認定社會價值的共識能夠接受，所謂以行為人所製造的風險來與行為人所改變的已經存在的風險相抵銷的概念。因此，只要行為人的行為製造了一個全新、獨立而且導致同一構成要件結果發生的風險，原則上，該假設因果歷程的存在並不能在風險變更的案例中，排除行為人行為的客觀可歸責性。但是這樣的評價判斷並非完全沒有例外，有部份學者認為，如果假設因果歷程是自然力量的介入，行為人的行為僅只修正了一個已經存在的自然因果發生的歷程，而沒有使得所要保護的法益的情況變得更差，則可以排除客觀歸責的要素，而阻卻構成要件該當<sup>17</sup>。

### （二）對現有自然因果歷程的改變，例外排除結果客觀歸責

上述所謂對現有自然因果歷程的改變，係指如果抽離行為人的行為時，相同的結果也會因為大自然事件的介入而發生，行為人變更的只是構成要件結果風險發生的方式。為了對這樣的情況作更清楚的分析，大部份的刑法學者都以德國刑法學者 Samson 所設計了的案例作為討論：有一台列車因為軌道轉軌器管制員甲的疏忽，在叉路時轉往右軌道行駛，並在右軌道上撞上因山崩而塌落的岩石，

---

<sup>17</sup> 參閱 Lenckner, in: Schönke/ Schröder, Vor. §§ 13ff., Rdnr. 98; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 11, Rdnr. 55; Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I, Vor § 1, Rdnr. 59f.; 2; Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Rdnr. 228f.

然而事後證明，即使列車駛在預定的左邊的軌道上，也會有相同的結果發生，因為左邊的軌道也因山崩而遭到落石堵塞<sup>18</sup>。關於此一對現有自然因果歷程修正之典型的風險變更案例之結果歸責評價，多數學者排除了構成要件結果中，對於甲的客觀可歸責性。對於行為人改變現有自然因果歷程的相關案例中，學者們之所以例外的排除了行為人行為的結果客觀歸責，而阻卻構成要件的該當性，我們可以歸納出兩方面的主要思考基礎。一方面是以行為對保護客體的危害與刑罰之必要性間之比例衡量當作出發點的考量，另一方面則是從刑法規範的意義來探討。

從行為對保護客體的危害與發動對行為人刑罰之必要性的權衡出發，有學者認為，行為人對現有自然因果歷程的改變，並沒有改變結果發生的狀況，只是修正了構成要件結果中風險發生的歷程或方式，如果從刑法的規範是為了保護法益之客體的狀態的角度來觀察，其實所要保護的法益狀態並沒有因為加入行為人的行為，而變的更差，事實上是，即使行為人所為的行為，是合乎義務規範的行為，同樣的結果也會因為自然事件的存在而發生。換句話說，若是衡量法益客體之狀態變化及考慮到刑法謙抑思想與刑罰之必要性，則行為人的行為並沒有「真正」危及法益保護而逾越刑法的行為規範。因此，在這裡必須排除對該行為的客觀歸責，而阻卻構成要件該當<sup>19</sup>。

再者，若是從刑法規範的意義來探討，同樣也可以得到排除客觀歸責的結論。在這一方面首先要面對的問題是，就抽象概念而言，究竟是否在個別之刑法的構成要件所涉及的保護客體中，存在著一個被犯罪行為侵害的客體，其法益價值的完整性可以完全不受外力干預，而且能夠在抽離犯罪行為的參與後，仍然能夠被十分完善的保護。如果這個命題的答案是否定的，那麼當行為人的行為並

---

<sup>18</sup> Samson, *Hypothetische Kausalverläufe*, S. 98.

<sup>19</sup> 參閱 Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 11, Rdnr. 55.

沒有加速或者是擴大結果的發生，而只是修正了自然因果發生的歷程時，那麼該行為是不應該在刑法規範上被加以處罰或認為其具有客觀可歸責性。因為刑法規範的功能首在法益的保護，當法益的狀態絲毫沒有因為行為人的行為介入而變差時，刑法的目的並沒有受到動搖，此時對於具體結果的發生，若專就刑法對行為的規範價值判斷而言，應該排除客觀歸責<sup>20</sup>。

### （三）小結

關於風險變更的歸責評價，德國大部分客觀歸責學說的追隨者，以法益保護的觀念，作為考量其結果歸責的主要出發點，認為對於行為人風險變更的行為而言，原則上無法從客觀歸責學說的歸責判斷標準，來排除其結果客觀歸責，因此基本上不能阻卻該行為對於結果發生的不法構成要件該當，只有當行為人的行為對於構成要件結果發生，僅是關於既存的自然因果歷程的修正，才可以例外的排除該行為的結果客觀歸責，而阻卻構成要件該當性。

事實上，如果針對風險變更的案例事實，以大部分學者這樣一個「原則肯定，例外排除其結果歸責」的方向，進行檢驗性的思考，我們將會很容易的發現，對於行為人風險變更的行為，當我們強調以法益保護，作為評價風險變更之結果歸責的重點思考時，實際上反而存在著對法益保護矛盾的思惟。進一步而言，在結果事實中我們所迫切期待的保護法益的現象，往往因為這一個目的性的考量，反而使得法益不可避免的受到侵害。例如前述高樓大火中救小孩的例子，行為人雖然在將小孩拋出火場時，得以預見小孩子極有可能墜樓致死，但是行為人變更危險發生方式的行為，從法益保護的角度來看，不但不應該被禁止，甚至應該是被鼓勵的。若是以行為人的行為，仍會造成結果的發生，而禁止行為人其他可能降低結果危險的行為，無異違背了法益保護的思惟。基本上，如果不考慮

---

<sup>20</sup> 參閱 Rudolphi, in: SK StGB I, Vor § 1, Rdnr. 60.

風險變更背後所存在的假設因果歷程這一客觀事實，而一昧的將風險變更的結果歸責評價，停留在固有的客觀歸責學說所架構出來的制式標準思考—風險製造與風險實現，仍然以所謂不容許的風險與構成要件結果發生之常態關聯為評價判斷，則顯然無法自圓其說，何以在當行為人的行為僅是對現有自然因果歷程的改變時，例外的排除該行為的結果客觀歸責。

#### (四) 另類解讀—從刑法主觀主義的出發

對於行為人對現有自然因果歷程的改變，德國尚有其他學者以刑法理論中的主觀主義為出發點，來說明該行為不具有構成要件該當性。

Frisch 認為，基於行為人對現有自然因果歷程的改變之案例事實的特殊性，往往使得刑法價值維護的功效沒有辦法彰顯<sup>21</sup>。因為在一般結果犯的討論中，刑法的社會教育價值，是以對造成結果的特定行為之非難為基礎，如果沒有行為人違背規範義務的行為，相同的結果也會在大自然力量的介入下而發生，則顯然刑法維護社會價值的功能，在這種情況下，並沒有得以發揮。因此，對於有這樣因果歷程考量的結果歸責，在判斷該結果歸責時必需同時注意到結果先決的合理性(Ratio des Erfolgserfordernisses)。也就是說，如果把行為人的行為和其他沒有造成結果的行為相比較，若是行為人的行為顯然在事實上破壞了法秩序的和平，那麼社會價值就不應該忽視而容認這樣一個侵害法律安定性的行為繼續存在<sup>22</sup>。與 Frisch 類似的觀點，我們還可以在 Jakobs 所謂「禁止干預」的概念裏看到<sup>23</sup>，在 Jakobs 關於「禁止干預」的概念闡述中認為，刑罰之所以給予行為人行為的負價值判斷，並不是因為一個現有的法益由於行為

<sup>21</sup> 參閱 Frisch, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, S. 567.

<sup>22</sup> 參閱 Frisch, aaO. S. 567f.

<sup>23</sup> 參閱 Jakobs, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, S. 61f.

人的行為受到侵害，而是因為行為人的行為衝擊了「法益不得侵犯」的禁忌。

在對風險變更的處理與學者通說不一致的另類嘗試中，更有學者以特有的結果定義作檢驗，並依此不認為在行為人對現有自然因果歷程的改變中存在有刑法意義的結果<sup>24</sup>。在這方面的嘗試，尤以 Puppe 為代表。Puppe 從被價值規範處理過的構成要件結果的定義出發認為，在刑法意義規範下的原因行為與行為結果必需存在著使法益狀態負向改變的現象<sup>25</sup>，而在行為人對現有自然因果歷程的改變的相關事實中，並不存在有這樣定義下的因果關聯。更確切的說，對於自然事件在因果歷程的介入，Puppe 不將之認定為因果關聯之假設的替代原因，而是把它定位為行為人原因行為之因果檢驗的先置條件<sup>26</sup>，並據以導引出下述的結論：行為人對現有自然因果歷程改變所致的結果，根本不能將之定義為刑法上構成要件的不法結果，遑論行為與結果間的因果關係，行為人的行為因為結果的不存在，應該被論以不具有構成要件該當的評價。

#### （五）評論—不參與價值判斷之因果關聯檢驗

在檢驗行為人的行為與結果間是否具有因果關聯時，首先必需注意到結果在具體事件中的定位。如果我們接受了客觀歸責學說在犯罪判斷體系中，對於結果原因與結果歸責之概念區分的設計，則所謂具體事件中結果的存在，應該是以經驗的本體論為出發，而建立起來的一個不涉及規範價值的客觀事實判斷。從這樣的角度來思考，除非我們確實能夠認定，原因行為所要判斷之結果的原因行為，在風險變更的事件過程中，不論是從結果發生的樣態、方式，

<sup>24</sup> 參閱 Puppe, der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 883ff.; Sofos, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 105f.

<sup>25</sup> 參閱 Puppe, aaO. ZStW 92 (1980), 880.

<sup>26</sup> 參閱 Puppe, in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vor. § 13, Rdnr. 103.

或者發生的時間，甚至地點，都完全與事實所產生的具體結果無關，否則我們很難去主張行為人的行為不屬於具體結果原因的一部分。同樣的，我們也很難堅持，這一個顯然是由於行為人的行為介入，而且經過經驗法則判斷所導引出的「結果」，不屬於刑法上判斷原因與結果間之因果關聯的那一個「結果」。事實上，刑法構成要件中關於客觀構成要件要素裏的結果概念，只是犯罪判斷體系中眾多要素的一個，對於結果概念的闡釋，我們除了一些完全沒有刑法意義的狀態之外（例如病人因為病入膏肓不治而亡等沒有刑法意義的外界變動），不妨從寬認定其概念範疇，而無須在因果關係的檢驗甚或結果的定義，加入過度的規範或價值判斷。對於行為人行為的進一步的檢驗，原則上應該可以留待犯罪體系中其他更精緻的判斷層次來過濾。由此觀之，Puppe 嘗試以特有的結果定義，解決行為人對現有自然因果歷程的改變的問題，相較於一般學者的處理，並沒有顯而易見的優勢。

另一方面，Frisch 以結果的合理性來重新思考行為人的行為是否在事實上破壞了法秩序的維護，也不是完全沒有問題。首先，Frisch 在探討結果先決的適當性時，仍然是以行為人若為規範該當的行為，其結果的可避免性為考量前提<sup>27</sup>，也就是說，如若結果根本是在進行符合法規的行為也確定無法避免時，即便按照 Frisch 的看法，該結果也是不能歸責於行為人的。我們可以發現，在這裡無可避免的又重新涉及了行為風險的量化問題，在這個架構下的討論，基本上，Frisch 並沒有出跳脫出客觀歸責學說的大框框。因為在客觀歸責學說中有關風險實現的要件，已經有學者認為必需一併考量規範的保護目的，以及進行符合義務規範的行為時，其結果的可避免性<sup>28</sup>。

---

<sup>27</sup> 參閱 Frisch, aaO. S. 530f.

<sup>28</sup> 參閱林山田，《刑法通論》（上冊），頁 196-199，台北，自版，增訂 7 版（2000）。

其次，Frisch 以義務危害 (Pflichtverletzung) 的概念，評價行為人的行為對法律安定性的破壞。這種將行為人行為潛伏危險性的防制當作是刑法之刑罰主要目的的觀念及出發點，無異是所謂「一般預防主義」精神的典型表現。按一般預防主義係以處罰犯罪來嚇阻將來同樣犯罪的發生<sup>29</sup>，並認為刑罰具有威嚇社會大眾，進而預防犯罪的功能，其理論主要是建立在刑罰威嚇思想的基礎上。惟刑罰理論在刑法的發展中，自來一直存在著絕對理論與相對理論的爭議<sup>30</sup>，這種涉及應報與預防兩大刑罰基本思維的衝突，在刑法近代發展上終於經由統一刑罰理論 (Vereinigungstheorie)<sup>31</sup> 的出現，使得刑罰理論思維的衝突得以獲得調合，而其爭議也漸漸落幕，而此一帶有強烈折衷色彩的統一刑罰理論並因此成為現代刑法思潮的主流，且透過刑法的規定實證化<sup>32</sup>。在此時，衡量行為人改變現有自然因果歷程的行為，是否還如 Frisch 一味專注於行為人行為侵害法律安定性的抽象思考，而不去考量該行為對結果發生的事實風險，顯然仍存在著很大的討論空間。

## 二、跳脫阻卻違法的思惟

相對於一般學者認為，行為人變更風險的行為，原則上無法排除客觀歸責，而只能在違法性的層次，以所謂的緊急避難或推定的被害人承諾來阻卻違法，卻有少數學者極力主張在此跳脫阻卻違法的思惟，直接在構成要件的層級中處理風險變更之結果歸責。

### (一) 行為欠缺結果無價值－Arthur Kaufmann

<sup>29</sup> 參閱蘇俊雄，《刑法通論 I》，頁 144，台北，自版，修訂再版 (1988)。

<sup>30</sup> 關於國內學者對刑罰作用之思考，參閱黃榮堅，《刑罰的極限》之序言。

<sup>31</sup> 在此沿用蘇俊雄的譯辭，參閱其前揭書，頁 146

<sup>32</sup> 參閱 Wessels/ Beulke, aaO. Rdnr. 12a; Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. S. 235f.

Arthur Kaufmann 在風險變更的相關案例研究中認為，如果客觀事實明白顯示，因為有外力的介入，使得同樣的結果在行為人進行符合規範的行為也會發生時，則該造成結果的行為，不具有行為的結果無價值<sup>33</sup>，也就是說，該行為在價值判斷上並沒有侵害或危害到保護的客體。Arthur Kaufmann 認為，由於假設因果關係的存在，行為客體的價值無可避免的會隨著結果發生的可能性而減損，甚至沒有價值<sup>34</sup>。因為，行為人的行為在此時所牽動的是，一個在本質上即帶有不完整價值的行為客體。Arthur Kaufmann 這樣的思考，基本上是架構在有假設的因果關係存在時，民法對於侵害行為之損害賠償評價的基礎上<sup>35</sup>。

關於民法侵害行為與侵害結果間之因果關係的認定，學者通說是以相當因果理論為標準，所謂相當因果理論是根據生活經驗法則的可能性，來判斷結果條件是否成為結果原因<sup>36</sup>。其中對於假設因果關係存在的考量，在相當因果理論的應用上，顯然並沒有出現如條件理論適用時的尷尬情況<sup>37</sup>。事實上，以相當因果理論的思維來考量假設因果關係的存在，進而以行為人的行為對法益價值的破壞，認定損害賠償的評價，就行為客體的利益狀態而言，的確是將假設因果關係作為價值判斷的衡量因素，必須討論的只是，在刑法上是否適合民法相關概念的直接應用。

## (二) 加強原則—Samson

Samson 的加強原則 (Intensivierungsprinzip) 主要是為了解決有假設因果歷程存在時，刑法對造成結果之行為人行為的評價。由於

---

<sup>33</sup> 參閱 Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 228 及 S.230.

<sup>34</sup> 參閱 Arthur Kaufmann, aaO. S. 227.

<sup>35</sup> 參閱 Arthur Kaufmann, aaO. S. 216ff.

<sup>36</sup> 參閱林山田，前揭書，頁 191；黃立，《民法債編總論》，頁 265-272，台北，自版，二版（1999）。

<sup>37</sup> 參照本文，叁，一。



風險變更係以假設因果關係存在為先決條件，Samson 的加強原則也相對的成為探討風險變更之結果歸責時，不可忽視的理論發展。在風險變更的歸責認定，加強原則直接在構成要件的層級中，排除行為人行為之客觀構成要件合致性。加強原則認為，如果事件的背後存在著假設的因果歷程，則在判斷行為人的行為是否為構成要件結果的原因時，必須在構成要件結果的定義作適當的修正。經修正的構成要件結果定義係指，只有當行為人的行為加速了結果的發生，或者使得刑法所欲保護的法益狀態與介入假設因果關係比較後，變得更差，才可以被認定為刑法上的構成要件結果<sup>38</sup>。換句話說，在加入假設因果歷程的判斷後，如果行為人沒有改變保護法益的狀態，則儘管行為人的行為依照刑法因果理論的判斷是造成結果的原因，此一結果亦因行為人的行為沒有擴大或加速其發生，在加強原則的適用下，不得逕自解釋為構成要件結果。Samson 並以對生命法益侵害之死亡結果的認定，作進一步具體的闡釋。Samson 認為在傳統見解中對生命法益侵害的定義，係以特定人的死亡，認定為具體構成要件結果的發生。然而凡是人總是會死是一個可以確定而且不會改變的事實，即使沒有行為人的行為，行為客體也會因重病、意外甚至老化，導致死亡的現象產生，因此以人類的死亡，作為侵害生命法益之構成要件結果的定義，並不適當。在加強原則的應用中，對侵害生命法益的行為評價，如果考量了假設因果關係存在的情況，則會產生兩個死亡的時間點（事實上具體發生的死亡時間點與抽離行為人的行為時，因假設因果關係存在，而將發生的死亡時間點）可以對照比較，對應這兩個時間點後，Samson 以縮減生命(*Lebensverkürzung*)的概念來定義侵害生命法益的構成要件結果。也就是說，只有當行為人進行縮減被害人生命的行為，此一生命縮減的現象呈現，才可以作為對生命法益侵害之構成要件結果

---

<sup>38</sup> 參閱 Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, S. 100.

的定義<sup>39</sup>。關於死亡結果的定義，在加強原則的闡釋中，Samson以兩個死亡時間點來對照比較，只是作為加強原則應用的範例引導。原則上，Samson認為，在其他結果犯之構成要件結果定義，均可以以加強原則來解釋<sup>40</sup>。

關於風險變更的評價，如依加強原則的思惟來檢驗，則因行為人僅是修正風險發生的方式，而沒有加速結果的形成或使得法益保護的狀態變差，不成為該當客觀構成要件的結果，換句話說，該行為人之風險變更的行為，在犯罪判斷體系中因欠缺構成要件該當性，不構成犯罪。

### （三）評論—以加強原則為結果歸責之判斷標準

Arthur Kaufmann 和 Samson 對風險變更行為的評價，都是在客觀構成要件階層的檢驗中，以結果發生的可能程度所衝擊法益保護的價值判斷，排除所謂風險變更之行為的構成要件該當性，其皆不認為風險變更的行為構成犯罪。其中 Arthur Kaufmann 直接借用了民法關於假設因果關係存在的思考概念，認為在風險變更中行為人所侵害的是一個性質上具有價值減損本質的法益，並據此導引出風險變更的行為不具有結果無價值的結論。但是，對於民法價值減損概念的運用，Arthur Kaufmann 顯然忽視了民法與刑法間法律性質的差異。就民、刑法而言，不論在法律正義意旨的發揚或是終極價值理念的實現，二者都有很大的不同。關於正義性的闡釋，一般學者沿用希臘先哲亞里斯多德對於正義的分類，認為刑法實現的是公法精神所追求的「分配的正義」(austeilende Gerechtigkeit)，是基於比例平衡的原理，尋求國家統治權力與個人自由或者團體與團體成員之利益的合理分配。而在民法則是要求「平均的正義」(ausgleichende Gerechtigkeit)之實現，平均的正義是基於嚴格平等

<sup>39</sup> 參閱 Samson, aaO. S. 96ff; ders. Strafrecht I, 7. Aufl. S. 24f.

<sup>40</sup> 參閱 Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, S. 100.

的原理，確定個人與個人間的利益與不利益之應得分<sup>41</sup>，更確切的說，在民法中關於正義的實踐與闡釋，可以以算術的分擔，定其各自法價值間之衡平請求。這一個帶有相抵概念色彩的思惟邏輯，顯然無法被利用在刑法中關於法益維護的原理，因為不論從功能性或目的性來觀察，民法與刑法都存在著極大的差異，以民法的推演而謂刑法上行爲人風險變更的行爲，不具有行爲之結果無價值，其不適切，可得而知。

另外，在加強原則的闡釋中，因為行爲人風險變更的行爲，沒有使得法益保護的狀態變的更差，Samson 因此不認爲行爲人行爲所導致的結果，具有刑法上構成要件結果之定義。事實上，就加強原則的應用而言，不論行爲人的行爲所造成的結果，是否爲構成要件結果的定義所含攝，Samson 都沒有在風險變更的歸責判斷中，否認行爲人行爲與結果間之實際的因果關係的存在。在行爲與結果間具體之實際的因果關聯與構成要件結果定義的連結中，就 Samson 的推論邏輯而言，將使得行爲與結果間之因果關係存在的判斷，成爲評價構成要件結果的先決要件，因為只有當行爲人的行爲與其所造成的結果間具有因果關聯，始可進一步判斷該結果是否被定義爲構成要件結果。如此一來，這一個定義過的構成要件該當結果，所涉及的就不只是純客觀的事實因果判斷，而是含有結果歸責內涵的價值判斷。

按客觀歸責學說發展至今，在相關學者的大力推動下，基本上，在客觀構成要件中嚴格區分結果原因與結果歸責的體系，已經被多數學者所接受。其中結果原因所涉及的是，行爲與結果間之具體因果關聯是否存在的判斷，是沒有加入規範評價的客觀事實判斷，而結果歸責則是在肯定了行爲與結果間之因果關聯後，進一步

---

<sup>41</sup> 參閱洪遜欣，《法理學》，頁 275-277，台北，自版，初版(1986)；韓忠謀，《刑法原理》，頁 7，台北，自版，增訂 15 版(1982)；蘇俊雄，前揭書，頁 12，注釋 22。

來探究該結果是否可歸責於行為人之規範的價值判斷。就上述學者通說的體系應用而言，Samson 的加強理論顯然在適用上出現了對規範價值思考在犯罪判斷體系中之定位衝突。因為加強理論雖然沒有在行為與結果間之因果關聯的判斷中，加入假設因果關係存在的考量而影響行為與具體結果間因果關聯的判斷，但其有關構成要件結果的定義闡釋，則無可避免的必須參與假設因果關係的評價，而在行為人所造成的結果是否定義為構成要件結果的判斷中，直接涉入規範價值的裁量。

我們必須承認，加強理論的評價邏輯，的確在構成要件的檢驗中，對於行為與結果間存在著假設的因果關係時，從法益被侵害的程度及結果發生的避免可能性出發，給予構成要件中刑法價值一個極為清楚的判斷標準。就假設因果關係的存在在刑法上參與考量的適當性及規範價值判斷標準的明確性而言，加強理論確實提供了其他學者所沒有給予的思惟。但是，我們也不能忽視加強理論所造成犯罪體系混淆的缺點。如果我們肯定而且接受，加強理論的適用的確在規範價值中呈現了一個較為客觀具體的標準這樣的命題，那麼接下來的必要思考，就是如何在犯罪判斷體系中為該原則找出合適的定位。

客觀歸責學說發展至今，就行為人行為所造成的結果，是否可視為行為人的傑作並加以歸責之標準，在學說上仍未能有一致的看法，這一種以客觀歸責學說為出發，所衍生而成的下位歸責標準的爭議，也直接影響到該學說被實務使用及接受的意願。事實上，在客觀歸責學說的所衍生之歸責標準的相關討論中，已經有學者概括的以「風險關聯」(Risikozusammenhang)來作為結果歸責考量的上位概念<sup>42</sup>，此時如果可以以加強原則的思惟，作為存在假設因果關

---

<sup>42</sup> Burgstaller, Erfolgzurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, in: Festschrift für Has-Heirich Jescheck zum 70, S. 362.

係時判斷結果歸責的標準，則不但可以使得結果歸責的判斷有具體明確的依據，也不會再出現所謂以價值評價來判斷原因與結果之連鎖關聯的尷尬情況。因為在客觀構成要件中，因果關聯與風險關聯的嚴格的概念區分，已經使得行為對於結果發生之因果關係判斷與行為對於結果發生之歸責判斷得以分離。關於因果關聯的檢驗，可以由條件理論的適用得到明確的判斷，而在風險關聯的評價，則在風險變更中，可以以現實的因果發生歷程與既存卻沒有發生的假設因果歷程作為比較，如此在是否阻卻構成要件該當的歸責判斷上，儘管介入了價值評價，仍然可以有具體的依據。至於一般學者通說對於客觀歸責學說所普遍接受的風險製造與風險實現的概念內涵，是否也有加強原則的適用，不在本文討論的範圍。

## 伍、結論

風險變更之客觀歸責研究，是以假設因果歷程的存在為考量的出發點，對行為人僅是修正構成要件結果發生之風險方式的行為，從客觀構成要件要素中的檢驗，探究該行為人之行為是否具有客觀可歸責性。國內刑法學者對於客觀歸責學說，是否成為判斷結果犯之必要客觀構成要件要素，雖然仍有不同的意見，但是對於客觀歸責學說在客觀構成要件中，有關結果原因與結果歸責之區分，基本上並沒有太大的爭議。實際上，我們對於風險變更的歸責探討，首先要釐清的也是假設因果歷程存在的評價在犯罪判斷體系中的定位。一般來說，在刑法教科書或相關論著中，有關假設因果關係的描述，多半被定位在所謂不純正不作為犯中不作為與結果的因果關係判斷，也就是說，如果有幾近確定的可能性證明，行為人若為誠命規範所期待的一定行為，結果即不會發生，則認定該特定行為人的不作為與構成要件結果的發生，具有因果關係。在有進者，則多半只在刑法的因果理論中，對於條件理論之適用排除假設因果關係存在的考量，作一簡要說明。在客觀歸責學說出現後，假設因果關

係的存在，總算可以在結果原因與結果歸責之概念分離下，得以突顯其所特有的歸責判斷內涵，而在犯罪判斷體系中被定位在規範價值的範疇來討論。其中的進步，就假設因果關係的存在考量而言，確實達到釐清其在犯罪判斷體系之定位的目的。但是在風險變更的歸責探討中，刑法學者在介入假設因果的存在價值判斷後，我們發現往往因為各個學說不同思惟的出發與對保護法益不一樣程度之價值考量，對風險變更的結果是否可歸責於行為人，出現相當差距的爭議。

贊成客觀歸責學說的一般學者通說，在風險變更的客觀歸責評價上認為，行為人在修正風險發生方式的同時，基本上是另一種獨立而全新的構成要件結果風險的製造。這樣的行為，就現有客觀歸責學說的共識歸責判斷而言，仍應被評價為刑法上所不容許的風險製造，因為該行為人的行為顯然沒有降低構成要件結果發生的風險，觀諸風險製造之評價標準，即使以所謂利益與風險的比例衡量之抽象判斷，來檢視行為人對造成構成要件結果發生之變更風險的行為，也會因為行為人的行為只是修正風險進行方式的過程而沒有改變結果的發生，無法達成以行為所產生的利益與所製造的風險作適當的比例選取，而不能排除該行為之風險製造的歸責要素。此時如若該獨立而全新之不被容許風險的製造行為與構成要件結果的發生具有非偶然性，也就是常態式的因果關聯，則行為人關於風險變更的行為即具有風險製造與風險實現的歸責要素，而不能阻卻該行為之客觀構成要件的合致性。至於當行為人風險變更的行為，只是修正大自然力量對結果發生的方式，一般學說則以例外的情況，否定該行為人的行為客觀可歸責性。

對風險變更之客觀歸責的評價，Arthur Kaufmann 和 Samsom 都曾經試圖創造出一個不以例外情況來作思惟出發的判斷理論。然而 Kaufmann 只以結果發生的確實可能性，排除或減損了法益的保護價值，而得到風險變更之行為不具有結果無價值的結論，實屬過

於輕忽刑法本身所應該考慮的目的。就這方面而言，Samsom 的加強理論，的確修正了一般刑法學者在風險變更中，對假設因果歷程存在的規範價值探討的空白，並且就刑法對於行為存在假設因果關係的考量時，以行為是否加速或擴大結果的發生為評價判斷，提供了明確的歸責標準。必須特別注意的是，當加強原則只是被認定為結果構成要件之定義依據，則無可避免的必須在刑法的因果判斷層級中作行為的價值探討，這樣的體系混淆是應該被避免發生的。如果可以將加強原則定位在客觀歸責理論中關於廣義的風險關聯之概念的闡釋，對評價風險變更的客觀歸責而言，既可以使得結果歸責的判斷有具體的標準，也釐清假設因果關係在犯罪判斷體系的定位。

# 中原財經法學

## 摘要

客觀歸責學說在德國已經成為判斷結果犯的必要客觀構成要件要素，但其歸責內涵卻至今未能在學界有一致的標準。尤其是介入假設因果歷程的風險變更的行為，在評價其結果客觀歸責時，更是眾說紛紜。本文試圖在介紹一些有代表性的學說見解後，從刑法所具備的特有性質及其目的作基礎思考，並兼顧刑法犯罪判斷體系之明確性，以加強理論的應用，來闡明風險變更的結果客觀歸責。

# 中原財經法學