

# 自甘冒險而受法益侵害之 刑責歸屬問題

## ——以我國過失犯事例為素材<sup>\*</sup>

黃士軒<sup>\*\*</sup>

### 要 目

壹、前 言	三、值得進一步探討的理論問題
貳、我國實務的現況與課題	肆、解釋論上的可能思考方式
一、概 說	一、目前為止之考察所呈現的主要問題
二、各種實務事例類型考察	二、關於被害人從事冒險行為受侵害之歸責問題的其他思考面向
三、我國實務的特徵與值得進一步探討的理論問題	三、解釋論基本方向的探求
參、我國學說的現況與課題	四、解釋論的開展
一、通說——客觀歸責理論下的被害人自我負責原則	伍、結 論
二、以容許風險概念掌握被害人冒險行為的諸說	

投稿日期：109年05月03日；接受刊登日期：109年12月03日

\* 本文初稿曾發表於2019年11月17日在西北政法大學舉辦之「海峽兩岸暨第十三屆內地中青年刑法學者高級論壇」。感謝當日兩位評論人周漾沂教授與車浩教授提供的深入評論，以及現場的學界先進提供的寶貴意見，讓本文能更加充實。同時，也感謝兩位匿名審稿人提供各項寶貴的建議，讓本文能再提高完成度與可讀性。惟文責由筆者自負，乃屬當然。

\*\* 國立中正大學法律學系副教授，日本東京大學法學博士。

**關鍵字：**被害人自我冒險行為、阻卻違法、被害人自我負責原則、被害人同意或承諾、使法益陷入危險之自由、容許風險

# 中原財經法學

## 壹、前 言

被害人因為從事冒險行為致受損害的情形中，應如何判斷刑事責任歸屬是過失犯論的重要問題<sup>1</sup>，也是目前我國刑法學在歸責理論上的重點之一。並且，如後所述，在目前我國刑事實務中，與此一問題相關的事例，也已經有相當數量出現於過失犯領域。因此，此一問題的處理在實務實踐上也具有相當高度的重要性。

然而，如後所述，一方面在我國實務上，儘管在許多判決在進行判斷時，均可見採取客觀歸責理論中的被害人自我負責原則，但是除了判斷結論不一的現象存在、對於被害人從事危險行為時可能排除歸責或不法的實質理由也尚無較為充分的論述。除此之外，從被害人從事危險行為的態樣甚多，並且事實上隱含著與不同刑法理論領域的關連性來看，究竟被害人進行冒險行為的態樣在刑法理論中應如何定位？其有無獨立的內涵？若有，則其內涵為何？等問題，均有待進一步的探討。

另一方面，我國學說上的討論固然較為集中在阻卻歸責或阻卻不法的理論上，但是對於實務中呈現的上述理論問題，則較少受到關注。在此意義下，確認我國實務上被害人因為從事冒險行為致受損害的情形中，究竟大致有哪些態樣？法院的判斷如何？以及法院的判斷中隱含著與何種——客觀歸責理論以外的——刑法理論領域之關連？等問題，也尚待進一步釐清。倘若能從這些不同理論觀點檢討被害人因為從事冒險行為導致受到法益侵害時，可否排除犯罪成立？若可能，則其理論上的根據應如何架構並反映於要件等問題？應可期待同時對於刑法理論與實務的發展提供貢獻。

<sup>1</sup> 參照：田中優輝，被害者による危険の引受けについて（三），法學論叢，第174卷第1号，頁58（2013）。

基於上述的問題意識，本文將在以下的內容中，先以我國過失犯的刑事實務裁判為素材，確認我國實務的現況與課題（貳、），以及我國學說的現況與課題（參、）後，再進一步於我國刑法學乃至實務所呈現之不同面向的各種理論觀點之下，關於處理被害人因從事冒險行為致受損害的歸責問題，嘗試探求可能的解釋論基本方向（肆、），並於最後總結本文研究所得（伍、）<sup>2</sup>。

## 貳、我國實務的現況與課題

### 一、概 說

根據筆者的調查<sup>3</sup>，至少在最近的20年間，我國的實務已經

<sup>2</sup> 本文所探討的主題，亦即被害人從事冒險行為時，行為人的刑事責任是否可能受影響的問題，理論上並不限於過失犯，即使は被害人參與了行為人的故意犯罪行為的情況，也可能納入討論的範圍。不過，考慮到一、如後所述，我國的實務基本上幾乎都是在過失犯，或者包含過失的結果加重犯的情況，使用與此問題有關的被害人自我負責等概念；二、即使是以過失犯的實務事例為限度，我國學說對於實務的事例也還需全面地掌握，學說與實務之間有相當距離；三、從刑法解釋理論發展可能性的觀點來看，若以學說在此一問題所關注的案例所涉及的法益侵害多為生命（死亡）、身體受傷來看，所涉及的問題都圍繞我國刑法第275條或第282條的規定，但是由於在此二規定之下，被害人若基於自己意思參與行為人所為，帶有侵害生命或導致重傷之危險的故意行為，行為人即應成立此二條之罪而無法排除歸責，因此對於以被害人的冒險行為可阻卻犯罪成立之面向為重點的本文而言，這種故意犯類型的探討即較難發展出可深入論述的空間等各點，本文仍將先以過失犯領域為中心進行研究。至於故意犯的部分，僅在必要最小限度內做簡要說明，而留待日後再進一步研究。

<sup>3</sup> 本文以下所舉的實務事例，是筆者以「被害人」、「危險」、「自我負責」為關鍵字，使用法源法學資料檢索系統查詢我國各級法院之裁判書，再就查詢所得之資料中選擇事實關係與本文主題亦即被害人進行冒險行為後的歸責問題有關，且法院有表明其法律判斷之

散見以下各種被害人從事冒險行為受法益侵害的行為態樣：

第一，被害人自己進行危險性高的戲水行為；第二，被害人施用毒品行為；第三，被害人進行高危險性的飲酒行為；第四，被害人拒絕就醫的行為；第五，被害人進行救助他人的高危險避難行為；第六，被害人在高危險的工作場所未充分防護進行工作的情形；第七，被害人自己進行危險之道路交通違規行為的情形；第八，被害人同意搭乘飲酒後而有相當酒醉程度之人所駕駛的車輛的情形。

以下將先就上述各類的情形中，考察我國實務——不論最終結論上是否成立犯罪——對於被害人自我負責原則的運用情形，在掌握各種類型事實關係與法院之法律判斷後，再進一步分析、檢討我國實務現況下的特徵與課題。

## 二、各種實務事例類型考察

### （一）被害人進行違反工作安全相關規則的行為

#### 1. 否定適用被害人自我負責原則的事例

【事例1】臺灣嘉義地方法院98年度交訴字第30號刑事判決的事實關係如下：

A係嘉義縣甲鄉公所清潔隊員，平日從事駕駛垃圾車搭載清潔隊員清運垃圾之工作。2008年8月23日下午，A駕駛垃圾車，搭載清潔隊隊員X於嘉義縣甲鄉乙村進行垃圾清運作業，於同日17時48分左右，A與X完成垃圾收集前往下一個清運點時，A並未遵守垃圾車行駛中，應禁止作業人員攀附於車廂外且汽車行駛時車廂外不得載人之規定，未要求X於垃圾蒐集完畢後上車同坐於駕

---

理由者進一步蒐集所得。另外，因為本文所舉案例之案號均為民國紀年，所以為免重複，以下引用各裁判時，即不再加註「民國」。

駛室內，卻任由X便宜行事，攀附於垃圾車廂後方踏板上，致X於行車途中因攀附不慎失手自垃圾車跌落地面，因此造成X右側顱骨骨折合併硬膜外及硬膜下出血、右顳葉及頂葉腦挫傷出血，於同年9月6日不治死亡<sup>4</sup>。

就A違反規定讓X於垃圾車行駛時攀附站立在車廂外造成X摔落死亡之行為，是否可能成立行為時刑法第276條第2項的業務上過失致死罪的問題，A之辯護人主張應依被害人自我負責原則，不使自己便宜行事攀附車外的X之死亡結果歸責給A。

與此相對，法院持以下理由，一方面認為A的主張不可採，但另一方面仍認為本件A並不應負業務上過失致死的刑事責任。

首先，法院認為①A讓X攀附垃圾車的行為，違反隨車人員不得站立於垃圾車上以保護其安全的規則，且與X的死亡結果有相當因果關係；②從客觀歸責的觀點來看，前述A違反安全規定讓X在無安全防護設施的情況下攀附垃圾車外的行為，確實製造使X生命身體受侵害的法所不容許之風險，也實現於X死亡的具體結果中；③A係擔任駕駛，較隨車人員或乘客更有負擔維繫道路交通安全、順利運作之角色，且A本得隨時要求X遵守法規以避免本件事故發生，自然不能置身事外而僅由被害人自我負責。

其次，法院則認為考慮到④收運垃圾時的各種安全規則本身在各縣市原本即無統一標準；⑤收運垃圾時如果嚴格依照各種安全規則將導致垃圾收運時間延長，不僅對清潔隊員將成為負擔，對民眾也將造成不便；⑥垃圾車外供攀附處雖無安全防護但仍能提供確實支撐等情況下，A上述違反安全規定之行為欠缺期待可能性，而應認為無罪<sup>5</sup>。

<sup>4</sup> 參照：臺灣嘉義地方法院98年度交訴字第30號刑事判決。

<sup>5</sup> 參照：前揭註。

## 2. 肯定適用被害人自我負責原則的事例

【事例2】臺灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第96號刑事判決的事實關係如下：

A於甲公司任廠長，負責工廠現場指揮監督管理，且因A領有堆高機執照，平日均由A操作堆高機。A因發現固定式起重機（天車）不能移動，遂回報甲公司，甲公司並請X前來處理。2011年2月23日，X抵達甲公司後，為了要確認起重機故障之狀況，但因使用甲公司所有之活動式、組合式鷹架及安全梯過於費時，乃由A駕駛堆高機堆好棧板，並因X同意在沒有提供安全設備之情況下工作，遂讓X站在棧板上，後升高至定位，X說「好了」，即拉手煞車，關掉引擎之方式進行檢驗。X在為檢驗分別位於不同處之機器而移動的過程中，不慎由所站之堆疊棧板上墜落，撞及地面放置之覆蓋板水泥澆置模具而受頭部外傷且顱骨骨折，導致腦內出血、硬腦膜下血腫死亡<sup>6</sup>。

對此事實關係，就A無採取安全措施操作堆高機使X墜落死亡的行為是否成立行為時刑法第276條第2項之業務上過失致死罪<sup>7</sup>的問題，被告辯稱事實上是依照X所言操作，因此本件堆高機的操作是X所要求，自己並無過失。對於被告之抗辯，本件法院則基於以下理由不予採納，而肯定過失犯的成立。①肯定A身為廠長，負責該工作場所現場指揮監督而應盡防止結果發生的注意義

<sup>6</sup> 參照：臺灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第96號刑事判決。

<sup>7</sup> 2019年5月10日修正前的中華民國刑法第276條第2項規定如下：

「從事業務之人，因業務上之過失，犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。」

經修正後的同條現行規定則為：「因過失致人於死者，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。」本文以下內容中，在引用之事例為關於修法前的業務上過失致死罪的情形，因為考慮修法前後規定內容之變動，所以仍將於本文內註明業務上過失致死罪。

務；②本件並不存在無法架設安全設備後再進行作業的情事；③X並未同意放棄其生命法益，而任由A駕駛堆高機形成危險之作業場所；④X雖於同意後參與此一危險的維修起重機方式，且自己爬上離地約3.5公尺處進行維修作業的事實，固然可認為有自我負責原則的適用，亦即（楷體字為筆者所為）<sup>8</sup>「被害人對於其在高處，且無適當之安全設備之場所工作，將有墜落之高度風險有充分認知，且自甘冒險，被害人對於其因自高處墜落導致死亡結果，亦顯有過失。然被害人雖亦有過失，然此不能減免被告A應負之刑責。<sup>9</sup>」

**【事例3】臺灣高雄地方法院103年度聲判字第39號刑事裁定的事實關係**，依照本件有告訴權人提出之告訴意旨大致如下：

A係甲科技股份有限公司之員工，與操作員X共同為甲公司處理位在桃園縣之乙公司的廢水處理工作。2012年10月11日上午11時許，X進入乙公司廢水處之生物調整池檢修沈水馬達時，雖然該場所有缺氧危險，且空間有所侷限，但是A未將該作業風險告知被害人，未給予適當通風換氣、未設置測定空氣中氧氣與硫化氫等其他有害氣體濃度的必要儀器、未準備空氣呼吸器等呼吸防護具、救生索等裝備，即於同日上午11時20分打開生物調整池人孔護蓋後，讓X在未實施通風換氣，未確認池內硫化氫等有害氣體濃度是否在容許濃度以下，亦未使用空氣呼吸器等呼吸防護具之狀況下，持扳手進入池內。其後X因吸入池中化學液，造成缺氧昏厥，但是A並未即時出手救助，而是外求援，延遲救援時間，致X因缺氧性腦病變致中毒性休克並多重器官衰竭，經送醫

<sup>8</sup> 本文以下所引用之實務裁判或學說內容中之楷體，均為筆者所加。

<sup>9</sup> 參照：前揭註6。與本件相類似的判決，例如：臺灣嘉義地方法院103年度勞安訴字第2號刑事判決。

救治後不治死亡<sup>10</sup>。

上述事實經檢察官對A為不起訴處分，且經上級檢察署駁回告訴人之再議，而本件法院也持以下理由，駁回告訴人所提出之交付審判聲請。亦即，①在不作為犯的觀點下，本件A雖非本件危險場所的管理監督者，但仍可基於A與X在本件行為時是共同集體工作及互相協助關係，認為其為危險共同體，因此應認為A是X法益的保證人；但是，考慮到②危險共同體中的行為人，其作為義務並不包含排除事前危險；③本件A與X因受訓過程中均未曾受要求穿戴安全裝置，並不知道攜帶氧氣罩等措施應強制採取；④X在作業過程中曾從生物調整池出來表達身體不適，A有勸阻X但X仍回到池中繼續作業；⑤A與X為平等的同事關係，並非上下級，依自我負責原則，可認為在此時可解除A居於保證人地位之可歸責性<sup>11</sup>。

## （二）被害人進行高危險遊樂行為

### 1. 被害人施用毒品行為

#### （1）否定適用被害人自我負責原則的事例

【事例4】臺灣高等法院106年度上訴字第1905號刑事判決的事實關係如下：

B於2016年12月2日下午5時4分許，至臺北市「W飯店」訂房入住2502號房，並與其友人C、D等人飲酒聚會後，再一同前往B所登記租用之房間。B等人將含有甲基安非他命及數種第三級毒品成分之各種「軟糖」及「梅片」、「愷他命」偽藥等物開毒品派對，並且將上述含有毒品成分之物放於房內桌上，讓參與此一派對之人任意施用。B、C、D除先後聯絡傳播小姐X1、X2、

<sup>10</sup> 參照：臺灣高雄地方法院103年度聲判字第39號刑事裁定。

<sup>11</sup> 參照：前揭註。

X3、X4、X5、X6至現場玩樂助興外，也透過A提供毒咖啡，無償轉讓予在場之人施用。B等人並於房內毒品短少時透過管道補充。至同年月6日凌晨3時53分許，B未退房而暫時離去，C、D則仍續留房內以上開方式玩樂。同日下午2時許，X4因混合施用上述開毒藥而感身體不適，並出現眼神渙散、語無倫次、撞牆、過度興奮、乃至最終在房內昏睡等異狀，C、D在場目睹，而B也經在場之X2以通信軟體通知而知悉。但是B、C、D並未因此停止派對，且於同日晚間9時12分許，再次補充現場之毒品供人無償使用。同年月7日凌晨4時許，X5因連日來混合施用上述多種毒藥，而出現反覆穿脫衣服、神智不清等異狀，C、D目睹此情，但是未立即將X5送醫急救，卻於同日上午7時許聯絡密醫E到場，要求E為X5施打俗稱「排毒針」之點滴（內含食鹽水、複合維他命B、新俾爾寧等物），然X5身體狀況持續惡化，出現意識不清、呼吸聲異常、大小便失禁等情，始由現場之A於同日上午近10時許陪同背負X5之C，搭乘計程車至醫院急救。X5於同日中午12時許，再經轉送規模較大之醫院急救，但仍於當晚7時7分許，因混合藥物中毒引發中毒性休克併橫紋肌溶解症、終致多重器官衰竭而不治死亡<sup>12</sup>。

就B、C、D等人轉讓毒品給X5，使X5因施用毒品死亡的行為是否成立藥事法第83條第2項前段轉讓偽藥或禁藥致人於死罪<sup>13</sup>的問題，被告B、C、D均主張其等均未強迫X5使用毒品，因此

<sup>12</sup> 參照：臺灣高等法院106年度上訴字第1905號刑事判決。

<sup>13</sup> 藥事法第83條第1項與第2項之規定內容如下：

「明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五千萬元以下罰金。（第1項）犯前項之罪，因而致人於死者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金；致重傷者，處三年以上十二年以下有期徒刑，得併科新臺幣七千五百萬元以下罰金。（第2項）」

X5施用毒品死亡之結果，應屬被害人自我負責之範疇，不應歸責給B等人。

與此相對，本件法院則以：①本件被告B、C、D等人提供之各種毒品混用後造成之中毒現象為被害人死亡之原因；②接續數日轉讓內含上開多種毒品之藥物，客觀上確足致X5施用後發生死亡之結果；③在上述①與②的前提下，「就『客觀歸責理論』而言，X5之死亡結果與被告B、C、D之共同轉讓行為仍具有『常態關連性』」；④B、C、D等人在知悉X5出現上述嚴重不適症狀後，仍持續將現場之毒品轉讓予X5自行取用，可認為其等對X5之死亡結果有預見可能性等理由，肯定被告B、C、D等人共同成立上述藥事法第83條第2項前段轉讓偽藥或禁藥致人於死罪<sup>14</sup>。

**【事例5】臺灣高等法院106年度上訴字第195號刑事判決的事實關係如下：**

於2016年1月7日上午6時30分許，A與其女友X駕車至新北市甲汽車旅館105號房休息並施用海洛因。A明知X僅偶爾施用海洛因，並未上癮，且X有躁鬱症、心臟方面之健康問題與頭痛痼疾，身體狀況不佳而慣常服用鎮靜安眠藥物及其他治療藥物，且稍早也已經吞服數種其他藥物，仍將重量不詳且逾致死劑量之海洛因放置桌上，任由X自行取用，並另提供針筒1支，而無償轉讓禁藥海洛因予X，導致X自行施用超過致死劑量之海洛因。A於同日中午12時許察覺X身體狀況有異，乃將X送往乙醫院急救，惟X因過量使用海洛因，及混用多種鎮靜安眠藥物所致對海洛因之藥理加成作用，導致中毒性休克，經醫師急救無效而死亡<sup>15</sup>。

就A轉讓毒品給X，使X因施用毒品死亡的行為是否成立藥事

<sup>14</sup> 參照：前揭註12。

<sup>15</sup> 參照：臺灣高等法院106年度上訴字第195號刑事判決。

法第83條第2項前段轉讓偽藥或禁藥致人於死罪之問題，A抗辯主張：首先，基於（1）X之前也有數次吸毒經驗；（2）X自知自己罹有心臟疾病，亦未服用治療藥物，仍施打毒品；（3）被告不知X所使用之劑量等理由，本件X之死亡結果應由X自己負責。其次，被告並無醫學背景知識，在本件之前身邊也無人因吸毒死亡，因此其對X之死亡並無預見可能性<sup>16</sup>。

與此相對，本件法院並未採納被告的抗辯，以下述理由肯定被告之行為成立藥事法第83條第2項前段轉讓偽藥或禁藥致人於死罪。亦即，①A所提供之海洛因與X體內之他種藥物作用相加成後導致X死亡，可肯定其轉讓毒品行為與X因毒品作用死亡結果間的因果關係；②依通常經驗法則，在一般情形下，A之行為客觀上確足致X因施用海洛因而發生死亡結果，兩者間也有相當因果關係；③若從客觀歸責的觀點，A提供海洛因予被害人施用，即已對X製造可能因施用毒品中毒死亡此一法所不容許之風險，而X事後果因施用海洛因，致發生中毒性休克死亡，該結果之發生與被告轉讓禁藥行為顯然具有常態關連性；④A有吸食海洛因之成癮經驗，且對於X之宿疾與X非海洛因成癮者其海洛因耐受性低等事實有所認識，故對本件X死亡之結果應有預見可能性；⑤最後關於本件X死亡結果是否應認為由X自我負責之問題，則應認為（楷體字為筆者所加）<sup>17</sup>「被告就所轉讓予被害人之海洛因數量，實全然放任被害人恣意決定，並未有何實質上之拘束限制，且其將海洛因放置在桌上後，亦逕自進入浴室盥洗，其明知被害人並無海洛因施用習慣，就一次施用量為若干洵無經驗，竟洵無管控被害人實際取用數量之意欲與舉措，後再主動提供可資當場立即施用之器材針筒，終致被害人因其無限量之轉讓海

<sup>16</sup> 參照：前揭註。

<sup>17</sup> 本文以下引用之學說、實務之內容中如有楷體，均為筆者所加。

洛因、提供施用便利之行為，而取用超逾最低致死劑量之海洛因後死亡，被告自應就此結果負全部責任。<sup>18</sup>」

### （2）肯定適用被害人自我負責原則的事例

【事例6】臺灣彰化地方法院97年度訴字第1551號刑事判決的事實關係如下：

A於2008年3月21日，在其住處，以新台幣<sup>19</sup>1,000元之代價，販賣第一級毒品海洛因及提供注射針筒1支予酒醉且因毒癮發作而欲施用毒品之友人X。其後，X在A住處自行注射毒品至手臂血管，因過量之毒品注射引起休克，經第三人B至A住處發現X無反應而報警送醫後，X仍不治死亡<sup>20</sup>。

對上述事實關係，本件法院認為A販賣海洛因給X的行為成立毒品危害防制條例第4條第1項<sup>21</sup>的販賣第一級毒品罪。但是就A販賣毒品海洛因給X後，X施用從A取得之毒品而死亡之結果，是否可歸責於A而使A之行為另外成立過失致死罪的問題，法院則持下述理由，認為X的死亡結果不應歸責於A。亦即，①本件A提供給X的海洛因約僅50毫克，遠低於正常人的致死量<sup>22</sup>；②本件X並無對海洛因之耐受性低於一般人的情事；③X雖於酒後施用海洛因，但在A面前並無特別異樣；④本件毒品既經X向A購買且已經交付給X，則A就該毒品即無法監督支配，因此X自行選擇

<sup>18</sup> 參照：前揭註15。

<sup>19</sup> 本文以下內容中，如無特別說明，則貨幣單位為新台幣。

<sup>20</sup> 參照：臺灣彰化地方法院97年度訴字第1551號刑事判決。

<sup>21</sup> 海洛因為毒品危害防制條例第2條第1項第1款所定的第一級毒品。而同條例第4條第1項之規定內容為：「製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。」

<sup>22</sup> 本件判決指出：「正常人之海洛因一般劑量為每4小時施用5至10毫克（純品），其最低致死量為200毫克；若單次施用超過該劑量，即有致命之可能。」

施用後造成死亡結果發生，即屬於X應自我負責之範圍內的結果，從而此一結果也不在過失致死罪的構成要件效力範圍內；<sup>⑤</sup>從上述各點看來，X施用從A取得之海洛因後死亡，應認為是偶發意外，與A提供海洛因的行為無相當因果關係，不能歸責於A<sup>23</sup>。

## 2. 被害人進行高危險飲酒行為

【事例7】臺灣高等法院臺中分院100年度上易字第574號刑事判決的事實關係如下：

A、B、C、D、E等（以下稱A等5人）均為從出身金門之大學生，2008年11月14日晚上11時30分許，與被害人即大學生X女相約在甲大學宿舍前見面。A、B、C、D、E共同攜帶0.6公升裝、酒精濃度58%之金門高粱酒1瓶準時赴約。A等5人與X談天時，因X嚥A等5人所攜帶之高粱酒而稱酒味平淡，A等5人遂起鬨，與X約定，X若能一口氣喝光整瓶高粱酒，可得賞金600元，X允應後遂一口喝下三分之二瓶之高粱酒，此時X突然出現臉色發白、頭暈、站立不穩等狀態，A等5人等察覺有異，立刻交付約定之600元獎金予X以勸阻其繼續飲用。此時X因所飲之酒精尚未完全揮發而仍有意識，A等5人乃未在旁隨時照料或即時送醫救治，僅送X回到宿舍。然因男生無法進入女生宿舍，遂由X獨自進入電梯返回宿舍房內休息。X獨自返回宿舍並告知同寢室友Y有飲酒事實後，即趴睡於書桌前，其後因酒精中毒而呼吸衰竭死亡。嗣Y於翌日上午12時30分許，見X趴於書桌上而未理會多通電話鈴聲，而始報警而發現X已死亡<sup>24</sup>。

關於A等人提供0.6公升高粱酒並使X一口氣飲下約三分之二

<sup>23</sup> 參照：前揭註20。與本件相類似的事例，另可參照：臺灣嘉義地方法院103年度訴字第308號刑事判決。

<sup>24</sup> 參照：臺灣高等法院臺中分院100年度上易字第574號刑事判決。

的高粱酒之行為，是否構成過失致死罪的問題，A主張飲酒雖為A提議，但是在X喝酒前除有使X先以瓶蓋試喝外，X也說沒問題。除此之外，各被告均主張自己並無過失。

本件法院則持以下理由，一方面指出本件並無被害人自我負責原則之適用，另一方面則仍認為A、B、C、D、E不成立過失致死罪。

首先，法院認為形成刑法上歸責界限的被害人自我負責原則，係指行為人若參與他人故意自傷行為或同意他人之危害行為者，在被害人自我負責原則之範圍內，行為人不受歸責。在此原則下，「行為人唆使、促成或幫助被害人或與其相約共同從事可能危害自我的風險活動，只要被害人自我對活動風險有所充分認知且自甘冒險者，行為人亦不因過失而受歸責。」但是，考慮到①本件X先前並無曾飲用酒精濃度58%之金門高粱酒之經驗，也不知短時間內飲用高濃度酒精後可能產生的症狀；②A等5人並未在X飲酒前告知X如此飲酒後可能發生的情形等要素，應認為X並非在充分認知下，自願冒險飲用大量烈酒，因此本件並無自我負責原則的適用。

其次，法院認為因為③不論是行政院的宣導，或高粱酒廠的警示標語，均無法使人得知大量飲用高酒精濃度的酒類後可能因急性酒精中毒產生死亡危險，且④A等5人甫逾18歲，酒齡不長，所以應認為A等5人對於X因大量飲用上述高粱酒後死於急性酒精中毒的結果無預見可能性，從而否定過失致死罪之成立<sup>25</sup>。

### 3. 被害人進行高危險戲水行為

【事例8】臺灣高等法院90年度上易字第252號刑事判決的事實關係如下：

<sup>25</sup> 參照：前揭註。

A與X為男女朋友，1998年6月15日下午，A駕車載X出外遊玩，行經位於（改制前）桃園縣大園鄉之一處魚池旁時，A帶同X至魚池內搭乘竹筏遊玩，過程中A與已經飲酒之被害人X曾因重心不穩跌落池中，但在兩人均回到竹筏上後，X又再自己跳入水中游泳，最終X因不諳水性而溺斃<sup>26</sup>。

就X在池內溺斃之死亡結果，A帶X至魚池游泳的行為是否構成行為時刑法第276條第1項之過失致死罪的問題，法院基於以下理由，認為A之行為並不構成過失致死罪。亦即，①A帶X上竹筏遊玩之行為所製造的風險是具有社會相當性的一般生活風險；②X跳下竹筏游泳屬於超出生活經驗的反常因果歷程，即使A的行為與X之死亡結果有條件關係也不可將其歸責於A；③基於被害人自我負責的原則，被害人若有意識地投身風險導致侵害發生，原則上應由被害人負責，而經鑑定後本件被害人X體內的酒精濃度僅達到反應減慢程度，仍有自己意識，因此其跳下竹筏至魚池內游泳，是自發地介入先前被創出之危險，可基於被害人自我負責原則，將X之死亡結果認為應由X負責，不應歸責於A<sup>27</sup>。

### （三）被害人進行或參與危險的交通行為

#### 1. 被害人搭乘酒醉者所駕車輛致傷

【事例9】臺灣高雄地方法院92年度交易字第9號刑事判決的事實關係如下：

A自2002年11月11日21時許起，先後在數家餐飲店、KTV飲食喝酒後，雖已知自己反應減慢、感覺減低、思考及個性行為均受影響改變，並影響控制與反應能力，已無法安全駕駛動力交通工具，仍於同年月12日凌晨2時10分之聚會後，主動表示可搭載

<sup>26</sup> 參照：臺灣高等法院90年度上易字第252號刑事判決。

<sup>27</sup> 參照：前揭註。

同事X返家，X遂搭上A所駕駛之自用小客車。A於行經高雄市區內之路口時，因以時速70公里之速度高速行駛，致所駕駛之自小客車自後追撞前方不詳之拖板車尾而肇事，造成X受有頭部、前額與下頸之傷害以外，且因左眼外傷性視神經病變致受有毀敗左眼視能之重傷害<sup>28</sup>。

就本件A之行為是否成立刑法第284條第1項後段過失致重傷罪之問題，A抗辯主張依客觀歸責理論，對此種善意搭載行為，被搭載人X亦應對自己選擇被搭載之行為負責，基於這樣的自我負責原則，A應無可歸責性，從而不應成立過失致重傷罪。與此相對，本件法院則持以下理由，不採納A之抗辯。

首先，法院指出「所謂『自我負責』，係指損害的發生如果是因為被害人自己有意識投身進入的風險所實現的，那麼雖然第三人的行為和被害人的損害之間有因果關係，基於自我負責的原則及規範保護必要性的考量，其結果原則上應由被害人自我負責，對第三人而言，則就此結果欠缺可罰性。」

其次，法院認為考慮到①X雖明知A已經飲酒但仍同意搭乘A所駕駛之車輛，並非製造法不容許之風險；②過失致重傷罪之構成要件保護目的，是禁止過失行為致他人受重傷，而本件正是A以其過失行為肇事，其結果發生自然應歸責A，不可歸責於X<sup>29</sup>。

## 2. 被害人進行違反交通規則之駕駛行為

【事例10】臺灣苗栗地方法院105年度交訴字第47號刑事判決的事實關係如下：

A自2015年12月17日20時許起至同日23時許止，與友人一同飲用高粱酒約四分之三瓶後，又於翌日6時50分許，在體內酒精

<sup>28</sup> 參照：臺灣高雄地方法院92年度交易字第9號刑事判決。

<sup>29</sup> 參照：前揭註。

濃度超過法定標準的狀態下駕駛自用小客車上路，沿苗栗縣甲市山下產業道路由東往西方向行駛，行經同路段有號誌之交岔路口，欲左轉時，與闖紅燈且未減速進入同一路口之X所騎乘普通重型機車發生碰撞，X因而倒地受有外傷性脊髓損傷合併四肢癱瘓之重傷害<sup>30</sup>。

就本件A引酒後駕車與X相撞導致X受重傷害之行為，應否成立行為時刑法第284條第2項業務過失致重傷罪<sup>31</sup>的問題，法院持以下理由，否定重傷結果應歸責給A。亦即，①A於本件中，已位在路口中暫停等待，俟行進方向之紅燈時即欲左轉，可認為依照行為時台灣交通習慣已經取得路權，因此本件X應於停止線停止行進，等A轉彎通過再前行；②在此情況下，A當可信賴對向之X機車會依上述交通規則停止等待，因此A駛過該交岔路口中線後，自無從預見X之機車會突然駛入該交岔路口，也無充分時間採取適當的措施避免結果發生<sup>32</sup>。

#### （四）被害人從事高危險避難行為

**【事例11】臺灣高等法院高雄分院93年度上訴字第205號刑事判決的事實關係如下：**

A係經濟部工業局高雄甲1、甲2、甲3工業區聯合污水處理廠技工，擔任之業務為污水排放管理之工作。2002年8月10日上午，乙股份有限公司之組長X率Y、Z與另外2名人員在高雄市甲1工業區P1抽水站之一處匯流井內進行污水管線維修工程時，當時

<sup>30</sup> 參照：臺灣苗栗地方法院105年度交訴字第47號刑事判決。

<sup>31</sup> 2019年5月10日修正前的刑法第284條第2項規定之內容為：「從事業務之人，因業務上之過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金；致重傷者，處三年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。」

<sup>32</sup> 參照：前揭註30。

值班之A先配合施工將丙抽水站通往P1抽水站之出水閥關閉後，由X等人先進行通風作業，再以氣體偵測器測量抽水站匯流井內之空氣，並確認合乎安全作業後，開始施工。然Y疏未注意配戴空氣呼吸器及安全帶，即進入前開井內工作。同日下午3時20分許，A未確定該井內是否已無施工人員，即回丙抽水站將通往P1抽水站之出水閥打開，致污水經加壓沿管線排放，且送出大量有毒沼氣，使當時在該井內工作之Y緊急爬至離地面三分之一距離的爬梯處，即因吸入毒氣而昏眩墜落井內窒息。隨後下井欲救Y之Z也昏迷於井內。X見Y與Z昏迷井內後，即在疏未注意配戴呼吸設備的狀態下井搭救，但是亦因而昏迷窒息。最終，X與Y在送醫後不治死亡<sup>33</sup>。

本件被害人之中，本文主題有關者為X的部分。亦即，此處的問題是，A未確定該井內是否已無施工人員，即將水閥打開使含有大量沼氣之污水進入上述匯流井，導致已經出井之X為救助Y而再進入井內導致死亡的結果，是否成立行為時刑法第276條第2項業務上過失致死罪？對此問題，法院持以下的理由，認為A之行為對Y不成立業務上過失致死罪。

亦即，①本件A未確認井內有無工作人員之行為，雖然製造某程度之風險，但是X為了救人再進入井內的行為，則是超出生活經驗的反常因果歷程，使得X之死亡結果發生；②從客觀歸責之風險實現的被害人自我負責觀點來看，如被害人有意識地投入風險導致該風險實現，則結果應由被害人自己負責，而在本件中X見Y、Z先後昏迷倒地仍奮勇下井的行為，是明白意識到自己的行為將對自己法益造成之影響後仍自發介入風險的行為，因此應認為X的死亡結果基於自我負責原則，不應歸責給A；③刑法上過失致人於死的規範保護目的並非防止行為客體有意地自我冒險

<sup>33</sup> 參照：臺灣高等法院高雄分院93年度上訴字第205號刑事判決。

導致死亡的結果，本件既然是X自行在未配戴裝備的情況下進入井中救人，其窒息死亡的結果即不在過失致死罪規範保護目的範圍內，不可歸責於A<sup>34</sup>。

### （五）被害人拒絕就醫

【事例12】臺灣高等法院臺中分院108年度原交上易字第2號刑事判決的事實關係如下：

A於2017年9月14日22時14分許，騎乘普通重型機車，沿臺中市北屯區松竹路三段由敦化路往崇德路右轉彎行駛，依當時天候、照明、路面狀況與有無障礙物、視野等條件來看，當時被告並無不能注意之情形。此時，X騎乘普通重型機車，沿松竹路三段由敦化路往崇德路方向行駛，行駛至松竹路三段與四平路口停等紅燈，待綠燈亮起，X起步行駛，A即由後駛至X左側，超越X機車後驟然右轉彎，X不及反應，兩車因而發生碰撞，致X人車倒地，受有左手、左外側腳踝及左足背擦傷、左側外傷性顱內出血等傷害。在醫護人員經指揮於同日22時38分許抵達現場，要將X送醫時，X拒絕送醫，並於現場員警製作完成道路交通事故談話紀錄表後，X即自行返家。A於翌日即9月15日9時許，主動致電X關心傷勢，X表示身體不適，A遂前往X之住處，以前開機車搭載X欲就醫，但在途中X呈現意識不清昏迷狀態，A急忙路邊停車後報警，於同日10時23分醫護人員許抵達現場並將X送往醫院急救，惟X仍於同年10月5日18時47分許，因車禍造成頭部外傷，導致顱內出血及腦損傷併發肺炎，最後因中樞神經性休克及呼吸衰竭而死亡<sup>35</sup>。

就本件A騎乘機車與X相撞後，導致X最終因此傷勢死亡的行

<sup>34</sup> 參照：前揭註。

<sup>35</sup> 此一事實關係引用自本件第一審判決即臺灣臺中地方法院107年度原交易字第48號刑事判決之事實欄內容。

為，是否成立行為時刑法第276條第2項的業務過失致死罪之問題，A主張因為本件X以清楚之意思拒絕就醫，所以相關症狀導致X死亡之風險是因X自我選擇之行為所維持，不應由A為此負刑事責任<sup>36</sup>。

與此相對，本件法院則持以下理由，不採A之抗辯。亦即，①本件X死亡之原因（頭部外傷，導致顱內出血及腦損傷併發肺炎，最後因中樞神經性休克及呼吸衰竭死亡）是A駕車行為撞傷所致；②X拒絕就醫，雖導致未能及時給予適當之醫療救治措施，而減少或避免傷勢惡化至死亡結果之發生，但是並非死亡之獨立原因；③X若及時送醫，其存活率之高低，就A之過失行為與X死亡間之因果關係均不生影響；④X「於救護人員到場時，拒絕就醫，雖喪失避免被害人死亡結果之機會，被害人此舉並非招致死亡結果之獨立原因，僅能謂被害人就自身死亡結果亦有過失」，但對A之過失行為與X之死亡結果間的因果關係仍不生影響<sup>37</sup>。

### 三、我國實務的特徵與值得進一步探討的理論問題

在以上的概觀後，大致可以掌握關於被害人自我負責之我國實務案例的特徵如下：

#### （一）我國實務的特徵

第一，首先，從上述的各種案例應可知，在法益侵害的因果歷程中有被害人所進行的冒險行為介於其中的情況，在我國並不算少見。並且，在過失犯（含加重結果犯）的領域，我國的實務也已經開始透過使用被害人自我負責的概念，檢討被害人的行為對於行為人的刑事責任可能發生如何的影響。

<sup>36</sup> 參照：臺灣高等法院臺中分院108年度原交上易字第2號刑事判決。

<sup>37</sup> 參照：前揭註。

第二，從已有不只一則法院裁判，且已有不只一所法院的裁判透過被害人自我負責的原則，否定被害人進行冒險行為後，所生的法益侵害結果可歸屬給行為人（上述【事例3】【事例6】【事例8】【事例10】【事例11】的判決）的事實，可知我國實務的基本立場應是認為當被害人進行冒險行為時，該冒險行為可能影響行為人先前所為的行為之刑事責任。

第三，從上述【事例1】【事例2】【事例5】【事例6】【事例7】【事例8】【事例9】【事例11】【事例12】的判決，在被害人進行冒險行為的情況中，明白地在判決內容中判斷有無被害人自我負責原則之適用，且認為此一原則是客觀歸責中關於構成要件保護範圍的問題可知，透過被害人自我負責的原則，將被害人從事的冒險行為定性為過失犯罪客觀歸責的下位類型之一，可認為是目前我國實務上有力的立場。

## （二）值得進一步探討的理論問題

然而，在上述特徵下，我國實務中的被害人自我負責原則之運用，在以下各點，仍有值得注意並進一步探討的理論問題。

第一，是在被害人從事冒險行為的情形，被害人自我負責原則的適用與過失犯成否之間的關係。

在採取客觀歸責理論的學說架構下，被害人自我負責原則的適用，可能排除行為人行為的客觀可歸責性，是我國刑法學界眾所周知的事實。倘若援用此一原則時，貫徹其理論立場，則在有被害人自我負責原則適用的過失犯事例中，即應該認為行為人的行為會因為欠缺客觀可歸責性而無法實現過失犯的構成要件，亦即不具備構成要件該當性，從而應得到犯罪不成立的結論。然而，本文上述所舉的實務事例中，例如在【事例2】【事例11】，法院雖肯定了被害人有過失的自我冒險行為，仍然肯定了

結果應歸責於被告的行為，從而肯定過失犯的成立。如此一來，究竟被害人自我負責原則的適用與過失犯的成立與否之間是否在學理上可認為有必然關係？即值得進一步檢討。

第二，倘若被害人自我負責原則是上述實務事例著重之處，那麼接著必須探討的，就是實務中可以否定過失犯成立之被害人自我負責原則的要件如何？的問題。

從上述【事例7】的判決否定被害人應自我負責時，提到被害人對其進行的危險行為的危險性並無正確認識；【事例8】的判決肯定被害人應自我負責時，提到被害人進行有風險的戲水行為是基於自己意識；【事例11】的判決肯定被害人應自我負責時，提到被害人入內救人時明白意識到自己的行為將對自己法益造成之影響來看，似可認為法院應是以被害人是否有正確地認識到危險作為判斷標準。亦即，被害人能夠正確認識到危險，再基於自己意思從事該危險行為，那麼就可認為有自我負責原則的適用。

然而，這樣的看法顯然無法說明為何上述【事例1】【事例2】的判決中指出被害人基於自己的意思從事危險的作業行為；

【事例4】【事例5】的判決中被害人均是出於自己意思施用毒品；【事例9】的判決明白指出被害人明確認識到行為人駕車時已經酒醉仍上車；【事例12】的判決明白指出被害人拒絕就醫是出於自己的意思，而在這些事例中行為人仍受歸責。

這樣的實務現象呈現的理論上問題是：首先，被害人進行危險行為時，自我負責原則的適用，是否只要被害人對危險有認識即可？倘若僅籠統地指出被害人對危險的認識之要件仍不充分，那麼在哪些情況中，還需要考慮哪些條件才能肯定或否定被害人自我負責原則的適用？

透過此一要件論的問題，可以導引出的更根本問題是，為何被害人進行冒險行為後，可以適用被害人自我負責的原則？並且，為何被害人需「負責」的時候，就可以排除行為人行為之刑事責任歸責？這樣的「被害人負責」在刑法理論上的意義為何？關於此一部分的問題，在我國的實務中並無明確的理論上說明。

第三，與上述第二點相關，同樣值得注意的是，被害人進行冒險行為而受到法益侵害的情形，究竟與哪些刑法上的理論領域有密切的關連？

關於此一問題，首先，上述【事例1】【事例4】【事例6】【事例8】【事例11】【事例12】的判決中，除了檢討被害人自我負責原則以外，也檢討的被害人所進行的冒險行為與結果發生之間的因果歷程相當性問題。這樣的法院實務顯示，被害人自己進行冒險行為的情況中，冒險行為的出現可能影響行為人之行為與法益侵害結果之間因果歷程的相當性。

其次，上述【事例3】的判決中，則可看到被害人應自我負責的行為發生了解除行為人在不作為犯之保證人地位的效果。倘若如此，考慮到行為人的作為義務也將因此受到限縮，則將會產生被害人自我負責原則為何可限定不真正不作為犯之作為義務的理論上問題？上述各判決中，檢討了被害人自我負責原則，但是卻認為被害人即使也有過失，但對行為人的注意義務不生影響的【事例2】的判決也可認為呈現了同様性質的理論問題。

再其次，同樣關於上述【事例3】的判決，若考慮到在不真正不作為犯的保證人地位是其行為人作為正犯必須具備的前提要件，那麼當被害人自我負責原則的適用結果導致了行為人之保證人地位被解除時，也同時表示其正犯的地位被解除。倘若如此，則這樣的實務判斷也顯示在理論上，被害人的自我冒險行為也與

決定究竟因果歷程中的各個參與者誰才是正犯的正犯性理論相關。

再者，從上述【事例7】的判決中，法院認為被害人對短時間飲用大量高粱酒可能導致急性酒精中毒死亡沒有充分正確的認知，因此其飲用高粱酒的行為並不適用被害人自我負責原則可知，至少在本件中，倘若被害人是清楚認知短時間大量飲用高粱酒後可能致死，那麼即有適用被害人自我負責原則的餘地。然而問題在於，倘若被害人的認識已經包含了可能發生死亡結果的高度可能，仍進行此一行為，則這樣的被害人冒險時的認識，實質上即與被害人同意或承諾受法益侵害的意思內容難以區別。倘若如此，那麼被害人自我負責原則的內容與被害人同意、承諾法益侵害的差異為何，也將成為問題。

最後，在上述【事例10】的判決中，儘管被害人進行的是進入路口不減速且闖紅燈的危險行為，但是在本件中法院則並未特別提及被害人自我負責原則，而是檢討了信賴原則有無適用。這樣的判決傾向，也顯示了被害人進行冒險行為的情況，可能觸發信賴原則的適用，使得過失犯的注意義務受到限定而排除犯罪成立。

倘若被害人進行冒險行為實質上可以在不同的領域透過各該領域中原本已經存在的刑法概念影響犯罪的成否，那麼值得進一步探討的理論問題即是，究竟在刑法理論中，被害人自我負責原則本身是否還有獨立的意義？此一理論問題的背景在於，倘若實質上被害人自我負責可依照事件類型的不同，各自分解為透過因果歷程相當性、作為義務或注意義務、正犯性、被害人同意、承諾，還有信賴原則等概念處理，那麼此一原則本身在刑法理論上獨立存在的意義為何？即必須重新檢討。

## 參、我國學說的現況與課題

在概觀上述我國實務狀況後，已經可知在目前我國實務的現況下，儘管可認為在被害人進行冒險行為的情況中，客觀歸責理論中的被害人自我負責原則的運用相當程度已經在我國法院實務逐漸生根。但是，從刑法理論的觀點來看，在一、被害人自我負責與過失犯成否之關係乃至可阻卻歸責的理由；二、被害人自我負責原則的要件乃至適用範圍如何，以及三、被害人自我負責與其他刑法理論領域之間的關係乃至於其獨立存在的意義等基本問題上，仍須進一步探討與釐清。

在此意義下，對於這些透過實務考察發掘的理論上問題，學說能否提供充分的因應，即成為值得檢驗的下一個問題。因此本文以下之內容即先以我國的學說現況作為對象加以考察，並進一步從理論的觀點確認我國學說的課題所在。

### 一、通說——客觀歸責理論下的被害人自我負責原則

目前我國多數的見解，是在三階層的犯罪論體系下，採取客觀歸責理論，並於肯定行為人的行為與結果之間的條件因果關係後，認為還需要進行客觀歸責的檢驗。而行為人之行為的客觀可歸責性的檢驗上，依照一般的理解，主要分成（一）製造法所不容許的風險、（二）風險實現於具體的法益侵害結果、（三）法益侵害結果發生於構成要件效力或射程範圍內等三部分<sup>38</sup>。至於

<sup>38</sup> 參照：柯耀程，客觀歸責，月旦法學教室，第24期，頁32-33（2004）；黃惠婷，職業風險的客觀歸責，台灣本土法學雜誌，第82期，頁282-284（2006）；林山田，刑法通論（上冊），頁224-231，自版，增訂10版（2008）；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁154-160，五南圖書出版股份有限公司，7版（2018）；林東茂，刑法總則，頁89-99，一品文化出版社（2018）；林書楷，刑法總則，頁85-102，五南圖書出版股份有限公司，4版（2018）；林鈺

被害人自行從事冒險行為的情況，採取客觀歸責理論的學說主要是在上述（三）即被害人因從事冒險行為所受的法益侵害結果，是否仍可認為在——行為人之行為所該當之特定的——構成要件效力或射程範圍內的脈絡下，檢討刑事責任歸屬。亦即，當有被害人自我負責原則之適用時，被害人從事冒險行為所受之損害即可認為是發生於被害人應負責之領域，即使可認為是行為人所為之行為製造的風險實現，也不應歸責於行為人<sup>39</sup>。

通說所針對的構成要件，主要是過失致死罪、過失致傷罪乃至於過失致重傷罪。而通說認為被害人的冒險行為之所以可以排除上述各罪歸責的理由，大致有以下幾點：

第一，當被害人甘冒法益侵害的危險，進行對生命或身體有危險性的行為時，這樣的自損行為即不在刑法上的過失致死罪、過失致傷乃至過失致重傷罪的構成要件保護效力的範圍內。因為這些犯罪所要保護的是人不因他人的侵害行為死亡或受傷，不是行為人基於自由意思進行的自殺或自傷行為<sup>40</sup>。

---

雄，新刑法總則，頁163-173，自版，7版（2019）；王皇玉，刑法總則，頁195-216，新學林出版股份有限公司，5版（2019）；許澤天，刑法總則，頁92-93，自版（2020）。另外關於客觀歸責的簡要介紹，也可參照：陳子平，刑法總論，頁174-182，自版，4版（2017）。另外，關於客觀歸責理論發展本身的先行研究，也可參照：許玉秀，檢驗客觀歸責的理論基礎——客觀歸責理論是什麼？（上），刑事法雜誌，第38卷第1期，頁30-62（1994）；許玉秀，檢驗客觀歸責的理論基礎——客觀歸責理論是什麼？（下），刑事法雜誌，第38卷第2期，頁61-86（1994）。

<sup>39</sup> 參照：林東茂，前揭註，頁97-98；張麗卿，前揭註，頁158-159；王皇玉，前揭註，頁208；林鈺雄，前揭註，頁172；許澤天，前揭註，頁92。相同旨趣，可參照：林書楷，前揭註，頁94-95。另外，林山田教授則是在風險實現的脈絡下檢驗被害人自我負責原則。參照：林山田，前揭註，頁228-229。

<sup>40</sup> 參照：林山田，前揭註38，頁229；林東茂，前揭註38，頁98；張

第二，被害人甘冒法益侵害的危險而為其行為，導致法益侵害發生時，因為是其行使自由的結果，並非對於被害人自由的不尊重或壓制，所以在這種情況造成被害人受損的行為人行為也非刑法要處罰的行為<sup>41</sup>。

第三，被害人甘冒法益侵害的危險而為其行為，即使受有損害也是被害人自主的展現，因此在這種情形下，行為人的行為僅是在促進實現被害人自主，亦即實現對被害人而言重大的利益，從而不能將法益侵害結果歸責於行為人<sup>42</sup>。

第四，在火災等災害發生的情況中，被害人倘若是負有救助義務的專業人士，那麼其冒險前往救援的行為，即使導致死亡或受傷結果發生，也是因為這種結果是產生於應由其專業承擔的事實，因此不能將法益侵害結果歸責於行為人<sup>43</sup>。

關於被害人自我負責原則的適用要件，通說之中則有學者指出，應該要在1.被害人有完全自我負責能力、2.被害人完全明瞭自己行為的意義與危險性、3.被害人出於自己的自由意思而做成決定之要件下，才能適用<sup>44</sup>。

在上述的理論構成下，通說在論及被害人進行冒險行為而受損害的歸責問題時，關注的具體態樣主要有以下幾種：

【例1】為了趕時間，A慇懃B穿越快車道，B就聽從A的建

---

麗卿，前揭註38，頁158；林書楷，前揭註38，頁95；林鈺雄，前揭註38，頁173；王皇玉，前揭註38，頁209。

<sup>41</sup> 參照：王皇玉，前揭註38，頁209。相同旨趣，參照：許澤天，前揭註38，頁92。

<sup>42</sup> 參照：王皇玉，前揭註38，頁209。

<sup>43</sup> 參照：張麗卿，前揭註38，頁159。

<sup>44</sup> 參照：林書楷，前揭註38，頁96。

議，穿越快車道，但不幸遭到汽車撞死<sup>45</sup>。

【例2】A與B相約飆車，但在飆車途中B即因車速過快翻車摔落車下受撞擊死亡<sup>46</sup>。

【例3】藥房老闆A雖然知道前來購買安眠藥的B很可能用所購得的藥品自殺，仍賣出B所要求的份量，B於其後即使用購自A的安眠藥自殺<sup>47</sup>。

【例4】A販賣海洛因給B，B於其後就因為吸食A所提供之海洛因過量死亡<sup>48</sup>。

【例5】B因為趕時間，遂強硬要求計程車司機A超速開車，A拗不過B，只好超速開車，但其後即發生車禍導致B受傷<sup>49</sup>。

【例6】A為HIV病毒帶原者，但其女友B在知悉此一事實後，仍要求與A不做任何保護措施性交，A拗不過B，遂與B性交<sup>50</sup>。

【例7】A要燒死C，對C家放火，最終除了燒死C外，也導致前來C家救助C的消防隊員B死亡<sup>51</sup>。

在上述的各種態樣中，通說的基本立場是認為上述【例1】至【例6】的被害人B必須對其死亡結果自我負責，因此行為人A既然不受歸責，也不負各例中相關的過失致死罪、過失致傷罪的

<sup>45</sup> 本例是參照：林山田，前揭註38，頁229修改而成。

<sup>46</sup> 本例是參照：林鈺雄，前揭註38，頁163。

<sup>47</sup> 本例是參照：王皇玉，前揭註38，頁209。

<sup>48</sup> 本例是參照：林鈺雄，前揭註38，頁162；林書楷，前揭註38，頁96；王皇玉，前揭註38，頁209。

<sup>49</sup> 本例是參照：張麗卿，前揭註38，頁158。

<sup>50</sup> 本例是參照：王皇玉，前揭註38，頁209。

<sup>51</sup> 本例是參照：黃惠婷，前揭註38，頁280。

刑事責任<sup>52</sup>。至於【例7】因此這種冒險導致死亡或受傷的情況，也因為其發生於被害人專業領域內，所以並不在過失致死或過失致傷的構成要件效力範圍內<sup>53</sup>。

## 二、以容許風險概念掌握被害人冒險行為的諸說

相對於通說將被害人自我負責原則置於客觀歸責理論的構成要件效力範圍下，並檢討被害人從事冒險行為導致受生命或身體法益侵害時，行為人是否可歸責的問題，我國少數的有力見解則不相同，主張在容許風險的脈絡下加以檢討，或以容許風險來理解被害人冒險行為的內涵<sup>54</sup>。在我國，這種主張同時可見於通說的三階層犯罪論體系，以及少數說的二階層犯罪論體系。如果細究採取此種立場的學說，主要有以下三種：

第一，我國的刑法學界有學者與通說相同，採取三階層的犯罪論體系，並於構成要件該當性的判斷層次檢驗客觀歸責理論，不過，在上述（一）製造法所不容許的風險、（二）風險實現於具體的法益侵害結果、（三）法益侵害結果發生於構成要件效力或射程範圍內的三部分中，於（一）製造法所不容許的風險的脈絡下，檢驗被害人從事冒險行為的歸責問題<sup>55</sup>。

<sup>52</sup> 參照：林山田，前揭註38，頁229；林書楷，前揭註38，頁96；王皇玉，前揭註38，頁209；林鈺雄，前揭註38，頁173。

<sup>53</sup> 參照：黃惠婷，前揭註38，頁283；張麗卿，前揭註38，頁159。

<sup>54</sup> 參照：許澤天，刑總要論，頁97，自版，2版（2009）（在此需補充說明的是，此為許澤天教授所採之舊說，目前許教授之新說則基本上與通說相同）；黃榮堅，基礎刑法學（上），頁314、318，元照出版有限公司，4版（2012）；周漾沂，風險承擔作為阻卻不法事由——重構容許風險的實質理由，中研院法學期刊，第14期，頁197-198（2014）。

<sup>55</sup> 參照：許澤天，前揭註。另外，許澤天教授雖於同書99頁指出被害人自我負責也可能排除風險實現，但是觀其所舉的例子是身為鋼琴家的被害人被行為人砍傷後，因無法再彈琴而自殺的情況，即與本

第二，也有與通說不同，採取二階層的犯罪論體系，且在客觀面的歸責問題上，僅採取條件說而不採取客觀歸責理論<sup>56</sup>，但是在不法層次的檢討中，另以容許風險的觀點掌握被害人進行冒險行為自我危害的情況者<sup>57</sup>。

第三，也有同樣不以三階層犯罪論體系為前提<sup>58</sup>，並且從作為主體的各個個人間的相互承認出發，將被害人進行危險行為所生之危險可認為是容許風險的理由，求諸於被害人承擔風險，亦即被害人所承擔的風險，即是法所容許的風險，因此可阻卻不法者<sup>59</sup>。

上述三種學說當中，第一說在同樣與通說採取三階層的判斷構造與客觀歸責理論的前提下，將被害人從事冒險行為的情形定位在容許風險脈絡下之理論上根據，未必清楚。

至於同樣不以通說的三階層判斷構造為前提的上述第二與第三說，就透過容許風險概念掌握被害人從事冒險行為的刑事責任歸屬問題之點，所提出的理論上理由主要有以下幾點：

第一，通說所採取的被害人自我負責原則本身並沒有實質的內涵，僅是經過判斷的結論<sup>60</sup>，因此最終還是需要透過容許風險這種實質觀點來掌握其內容<sup>61</sup>。

第二，在被害人從事冒險行為導致發生法益侵害的情形中，

---

文所關心的被害人從事冒險行為的情形不同，並且應也無礙本文在論及被害人從事冒險行為後的歸責判斷應如何在體系上定位的問題時，將許教授所採之舊說分類於容許風險說。

<sup>56</sup> 參照：黃榮堅，前揭註54，頁339-355。

<sup>57</sup> 參照：黃榮堅，前揭註54。

<sup>58</sup> 參照：周漾沂，前揭註54，頁172之註1。

<sup>59</sup> 參照：周漾沂，前揭註54，頁196-198、203、206。

<sup>60</sup> 參照：黃榮堅，前揭註54，頁311。

<sup>61</sup> 參照：黃榮堅，前揭註54，頁314。

被害人選擇的自我危害行為是其實現個人自主的行為，是人性尊嚴的基本內容<sup>62</sup>。

第三，倘若能從刑法上不法的本質是在於否認人際間相互承認關係的觀點出發<sup>63</sup>，那麼不法的肯定與否定，都將受到作為法主體的被害人本身的自由之限制。亦即，在個別的情況中，當行為人所創造的風險是被害人願意接受的風險時，則這種風險就是容許風險<sup>64</sup>。

若依照此種立場，那麼當被害人進行冒險行為且願意接受行為之結果時，行為人的行為所製造的風險即為法所容許的風險，因此行為人即不必對被害人所受的法益侵害結果負刑事責任。並且，只要能認為是被害人實現自我的冒險行為，不論其內容從第三人看來是否合理，均應可以排除歸責<sup>65</sup>。

另外，在要件上，上述第一說指出1.被害人要具備同意風險的能力（因此幼童或因精神障礙疾病導致無法正確認識者即無承擔風險的能力）<sup>66</sup>。而上述第二說與第三說除了1.被害人同意風險能力的要件外<sup>67</sup>，同時也要求2.被害人對於風險要有充分的認識<sup>68</sup>，以及3.行為人必須要認知被害人承擔風險進行冒險行為一事且基於此一認知而行動<sup>69</sup>。

62 參照：黃榮堅，前揭註54，頁315。

63 參照：周漾沂，前揭註54，頁196。

64 參照：周漾沂，前揭註54，頁198。

65 參照：黃榮堅，前揭註54，頁315；周漾沂，前揭註54，頁201。

66 參照：許澤天，前揭註54，頁97。

67 參照：黃榮堅，前揭註54，頁321；周漾沂，前揭註54，頁230。

68 參照：黃榮堅，前揭註54，頁321；周漾沂，前揭註54，頁230-231。

69 參照：黃榮堅，前揭註54，頁321；周漾沂，前揭註54，頁231-232。

在被害人從事冒險行為的情形中，上述容許風險概念實際的適用範圍上，第一說的開展較少。而第二說與第三說在主張的同時做了較多論述。因此，在此先透過第二與第三說的說明，掌握這樣的見解下被害人從事冒險行為受損害時的歸責範圍。

若採取上述第二說或第三說的見解，而以上述通說主要關注的【例1】至【例7】來看，首先，關於被害人使用安眠藥的【例3】，在此說見解下，倘若如何服藥是被害人B自己作主，那麼即使B因此死亡，仍然是B的自我選擇，因此A對B的死亡無須負責<sup>70</sup>。同樣的想法倘若貫徹，那麼在上述【例2】【例4】【例6】的情況，則在（1）有認識能力之被害人，（2）基於正確認識，進行超速飆車、施用毒品、與HIV感染者進行無保護性交等行為還能稱得上其自我選擇，且（3）行為人對此事實也有認識的限度內，行為人A也不需為B之死亡負責。

其次，關於被害人要求行為人進行超速駕駛行為的上述【例5】的情形，此說則認為，因為B要求A進行的超速行為並非不計代價全力超速，而是在能控制不要肇事的範圍內超速，並且A仍需在顧及生命與身體的情況下開車，所以司機A不能免責<sup>71</sup>。

另外，關於身為消防隊員的被害人因救助而再進入火場的上述【例7】情形應如何解決的問題，此說雖然沒有直接表示見解，但如依照上述的要件，倘若可認定A放火時並無對於被害人自願冒險進行救助行為的認識，A即不能免責。若貫徹這樣的理論，則不論B的身分是否為消防隊員，均應得到相同的結論<sup>72</sup>。

<sup>70</sup> 參照：黃榮堅，前揭註54，頁321。

<sup>71</sup> 參照：黃榮堅，前揭註54，頁320；周漾沂，前揭註54，頁211。

<sup>72</sup> 參照：黃榮堅，前揭註54，頁317-318、321。

### 三、值得進一步探討的理論問題

#### (一) 我國學說的現況歸納

透過上述對我國學說的現況觀察，大致可知目前我國學說現況如下：

第一，我國學說的主流是採取客觀歸責理論，透過被害人自我負責的原則，在客觀歸責檢驗中的構成要件效力或射程範圍領域，處理被害人因自我冒險行為而受損害的情況。

第二，少數說則是透過容許風險的概念來處理被害人因自我冒險行為而受損害的情況。

第三，通說與少數說在肯定被害人自我負責的理由上，均有提及對於被害人的自主的尊重。

第四，在要件上，通說與少數說在1.被害人有負責能力，2.被害人對於危險有正確、充分認識的部分相同。但是，通說在上述1.、2.之外，另外主張了3.被害人的意思決定出於自由意思之要件，而相較於通說，少數說則是在1.、2.的要件之外，進一步主張3.行為人需認識被害人是基於自己的充分認識行使自由意思而負風險。

第五，關於被害人進行冒險行為受侵害時，行為人行為應受處罰之範圍，通說在上述【例1】至【例7】的情況中，原則上均認為可以透過被害人自我負責原則阻卻歸責。少數說儘管在【例2】【例3】【例4】【例6】的處理與通說相同，認為行為人不需負責，但是在【例5】中，考慮到行為人所為的行為超越了被害人認識的危險之程度，【例7】中，則是在考慮到行為人不認識被害人的行動的情形中，其所為的侵害行為與被害人從事的冒險行為之間未必有關連，因此兩例均認為行為人仍需對被害人所受

的法益侵害結果負責。

## (二) 值得進一步探討的理論問題

在上述的我國學說現況下，可認為在以下各點仍有需要進一步探討的問題。

第一，是關於被害人自我負責原則，乃至以被害人透過冒險行為承擔危險為內容的容許風險在刑法理論中性質為何的問題。

從上述通說與少數說均將被害人對危險的正確認識作為要件可知，此一要件事實上是此一阻卻歸責（通說）或不法（少數說）事由的核心。這樣的理論構成，應是考慮到在被害人認識到法益侵害危險可能發生，但仍冒險時，即可認為被害人是自願承擔風險<sup>73</sup>。倘若考慮到承擔的風險內容包含著法益侵害的結果，那麼這樣的論證實質上即是以被害人對於可能發生的法益侵害風險的承擔，來推論被害人對於最終法益侵害結果有同意或承諾<sup>74</sup>。

但是問題在於，首先，如此一來事實上被害人進行冒險行為的情況中，被害人承擔風險或者自我負責的概念，與被害人承諾的概念是否還可以區別？特別是概念上，對於還沒發生結果的危險的同意、承諾，與對於實害結果的同意承諾是否同一，並非沒有疑問<sup>75</sup>。理由在於，在被害人對於最終的法益侵害結果有同意、承諾時，被害人基本上同意接受該結果的發生，因此刑法上

<sup>73</sup> 參照：周漾沂，前揭註54，頁206-207。

<sup>74</sup> 例如，周漾沂，前揭註54，頁229。周教授在此即認為，被害人承諾的特徵，就是在被害人所欲實現的社會交往活動就是使其承擔的風險實現之點。因此邏輯上，承諾可以認為是被包含在風險承擔的概念中。

<sup>75</sup> 參照：黃榮堅，前揭註54，頁313。

才認為對被害人法益的保護欠缺必要性<sup>76</sup>，但在被害人進行冒險行為時，事實上結果尚未發生，難以認為被害人同意接受<sup>77</sup>。

其次，倘若被害人對危險的承擔可理解為推認被害人同意、承諾的要件，且被害人從事冒險行為的情況中，可以透過上述要件認定其承擔危險排除歸責，則為何在內容上——從尚未發生具體結果而仍屬於危險階段的觀點來看——比起對具體法益侵害結果的同意、承諾要稀薄的被害人的危險承擔，同樣可以具有阻卻犯罪成立的效力，即成為問題。

更進一步的問題是，倘若認為透過被害人的冒險行為所為的危險承擔中，因為包含著對於將來可能發生的法益侵害結果的認識，所以可以在該結果發生時排除歸責或不法，那麼在理論上這種認識，事實上就是被害人同意、承諾本身。在此限度內，事實上透過被害人同意、承諾的理論，在個別構成要件要素的涵攝或阻卻違法性的領域阻卻犯罪成立即為已足<sup>78</sup>，但是如此一來，上述通說所採的被害人自我負責原則與被害人承擔風險的原理，在刑法解釋論上有無獨立存在的意義，即成為問題。亦即，為何需

<sup>76</sup> 參照：陳子平，前揭註38，頁298；內藤謙，刑法講義總論（中），頁577，有斐閣（1986）。

<sup>77</sup> 參照：塩谷毅，自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について（二），立命館法学，第247号，頁372（1996）；山口厚，被害者による危険の引受と過失犯処罰，研修，第599号，頁4（1998）；深町晋也，危險引受け論について，本郷法政紀要，第9号，頁122（2000）；島田聰一郎，被害者による危険引受，收錄於クローズアップ刑法總論，頁139，成文堂（2003）。

<sup>78</sup> 參照：島田聰一郎，前揭註，頁139；西田典之等（深町晋也執筆），注釈刑法第1卷，頁374，有斐閣（2010）；大塚仁等（古田佑紀、渡辺咲子執筆），大コンメンタール刑法第2卷，頁450，青林書院，3版（2016）；安達光治，被害者の危険引受け——客観的帰属論の立場からの問題解決，刑法雜誌，第57卷第1号，頁83（2017）。

要在向來的刑法學之中已經於構成要件要素的涵攝或於違法性層次檢討的阻卻違法事由以外，再另外於構成要件該當性的檢驗層次就實質上相同內涵的事項加以檢討，理由即不清楚。

產生此一理論問題的原因，應是在於，被害人作出從事冒險行為的決定的事實，究竟還原到刑法的解釋論時有如何的意義，還欠缺在理論上充分的檢討。而這樣的問題，對於我國通說，以及與以容許風險概念掌握被害人冒險行為的學說都同樣存在。亦即，對於我國通說而言，固然上述我國通說在論及被害人自我負責原則時，均認為此一原則可在客觀上排除歸責的理由在於對個人自主或自由意思之實現的尊重。但是，雖然對於個人自由意思或自主的尊重，是現代刑事法制序乃至整體法秩序的重要出發點之一，然而正是因為這種一般而普遍的性質並非具體地針對特定的刑法領域，所以僅援用對於個人自由意思或自主的尊重這種一般性論述，也難以直接推導出在被害人從事冒險行為的領域中應與刑法基本原理的哪一方面發生關連。也因此，僅以個人自主的尊重，難以直接建立與我國學說於前述內容所舉出的各要件間的關連。

另一方面，對於我國的少數說，亦即以容許風險概念掌握被害人冒險行為的學說而言，除了以對個人自主或自由意思之實現的尊重作為排除歸責的理由部分，與上述通說有一樣的問題以外，即使是更進一步以人與人之間的相互承認關係作為基礎的學說（上述參、二、所舉學說中的第三說），也同樣可能面對為何被害人接受冒險行為時，即可以排除歸責在理論上仍需說明的疑問。

理由在於，固然依照少數說架構犯罪論判斷時所依據的——以行為人與被害人之間作為社會成員的彼此相互承認為前提的——基礎理論，在這樣的理論前提下以被害人對於危險的同意或

承諾為理由，可以排除歸責。然而，即使如此，從本文前述內容可知，一方面即使是採取容許風險說，也並非所有的見解均採取這樣的基礎前提；另一方面，更為根本的問題是，依照這樣的基礎理論，在考慮到採取此說的學者也與我國刑法學的一般認識相同，同意法益保護仍為刑法的目的<sup>79</sup>，即不得不進一步探討究竟被害人基於同意從事冒險行為時，對法益的保護有何意義的問題。

申言之，依照此一學說，因為在法益侵害發生時，除了1.事實上他人的法益狀態發生變更，2.規範上也表示行為人否認被害人與被害人法益的關係而為法所不許<sup>80</sup>，所以當被害人同意承擔風險而進行冒險行為時，2.的部分即欠缺法所不許的性質而成為容許的風險。然而，這樣的論述能成立的重要前提，應是3.被害人的法益受到刑法規範的保護，在這樣的前提存在時，才能談法所容許或不容許的問題。倘若如此，那麼當被害人基於自己意思從事冒險行為受行為人侵害法益時，除了與上述2.的部分有關的面向外，倘若要認為此時的被害人所冒的是「法所容許」的風險，即必須說明從規範的觀點，被害人承擔風險前、後，被害人的法益與刑法給予該法益之保護的保護關係上，有無變化的問題。上述以人與人之間的相互承認為基礎的刑法理論，在肯定被

<sup>79</sup> 在此可附帶補充的是，採取此說的學者對於法益概念的內涵，則是基於多數人的外在自由領域並存與相互承認為內容的所謂「實質的法」概念，從法主體性作為法益核心的觀點，架構保護法益的概念，並認為法益的定義上，對法益主體而言是取得外部自由的條件，而法益的侵害則是從法益主體之間的相互關係來理解，亦即對於他人的法益的否認，以致侵害他人的外部自由領域。關於此部分的說明，可參照：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，第41卷第3期，頁1016-1030、1042-1043（2012）。

<sup>80</sup> 參照：周漾沂，前揭註54，頁196-197。

害人承擔風險可於客觀上排除歸責時，僅處理了2.的問題，而未充分處理3.的問題。因此，關於「被害人從事冒險行為的事實，究竟還原到刑法的解釋論時有如何的意義？」的問題，即使依照上述我國少數的有力見解，也仍然需要進一步在理論上做更充分的檢討。

第二，通說與少數說在具體的處罰範圍上，在認為被害人從事吸食毒品之類的危險行為時（例如上述【例2】【例3】【例4】【例6】的情況），排除歸責或不法之點，通說與少數說大致相同。但是在通說認為可以排除歸責的【例5】，少數說則認為無法排除不法。少數說認為無法排除不法的理由，在於被害人認識乃至同意承擔的危險範圍僅在不發生車禍的危險，因此行為人之行為所造成的結果是超過被害人認識乃至同意承擔的危險程度。但是，倘若從理論的一貫性來看，考慮到被害人自主決定的尊重是被害人自我負責原則或其承擔危險可以排除歸責或不法的基礎，則若要貫徹這種立場，即應肯定即使是在【例5】的情況，只要能肯定被害人對於危險有清楚的認識，在其他要件也具備時，仍應肯定可能排除歸責或不法<sup>81</sup>。

另外，在通說認為可能排除歸責的【例7】，少數說也認為無法排除不法。並且，少數說更進一步將這種思考適用於即使從事危險救助行為的被害人是一般人，且對其從事救助之目的並無任何限制（可以為了救助生命，可以為了貪圖財產不被燒燬）的情況<sup>82</sup>。然而，倘若被害人從事冒險行為之所以可以排除歸責或不法的重點在被害人從事冒險行為時，被害人對於危險的判斷，且考慮到被害人對於危險的判斷在性質上是一種客觀上存在的事

<sup>81</sup> 參照：田中優輝，被害者の同意論から見た危険引受け論，刑法雜誌，第57卷第1号，頁106（2017）。

<sup>82</sup> 參照：黃榮堅，前揭註54，頁317。

實，則這樣的論理中，似無法直接推導得出在要件上必然需包含「行為人製造風險時是否有將被害人承擔風險納入視野」這種主觀要素的結論。在此意義上，則少數說是否確實有貫徹其重視被害人自主決定的基本立場，也並非自明。上述兩說在處罰範圍的差異，也顯示了對於能夠在處罰範圍上發揮影響的要件設定，還有進一步檢討的空間。

第三，本文雖以過失犯為主要的主題，但是在被害人有意識地接近危險之點有附帶關連的，是通說與少數說的論述中，其所著重的對象規範是刑法上的過失致死、過失致傷、與過失致重傷的基本規定，並且以被害人有意識地從事自我殺害或自損（自傷）行為作為探討排除歸責的出發點。這點，從關於上述【例1】的解決上，我國通說的學說中，有認為因為過失致死與殺人罪的規定，是在防止殺害他人的行為，而非自殺行為，所以被害人冒險穿越快車道的自殺行為即不在此二規定的構成要件效力範圍內，亦可窺知<sup>83</sup>。這樣的論述傾向的背後所隱含的思考面向可能是：亦即當有其他獨立的構成要件處罰對於被害人自殺或自傷行為的加功，例如我國刑法第275條的加功自殺罪與第282條的規定時，也無法排除歸責<sup>84</sup>。如此一來，一旦認為被害人承擔危險或對危險自我負責，與被害人同意、承諾有同質性，那麼當無法將這種冒險行為解釋為不在此二規定的效力範圍外時<sup>85</sup>，則實質上是讓行為人可能受到法定刑更重的規定處罰<sup>86</sup>。

<sup>83</sup> 參照：林山田，前揭註38，頁229。

<sup>84</sup> 參照：林山田，前揭註38，頁230之註42；林鈺雄，前揭註38，頁173。

<sup>85</sup> 關於此點，採取通說的學者也已經指出。參照：林鈺雄，前揭註38，頁173。

<sup>86</sup> 當然，在學理上也有批判認為刑法第275條與第282條是應該廢除的錯誤立法（參照：周漾沂，前揭註54，頁232-233）。問題是，既

並且，倘若實質上被害人即使從事對於生命或身體法益的冒險行為，而行為人在認識被害人從事冒險行為後，侵害被害人的生命或——達到重傷程度的——重大身體法益時，行為人仍然需受到上述刑法第275條或第282條的處罰，這樣的處理也暗示了過失犯領域用以排除行為人歸責的理由，反而成為在故意犯罪中，生命與身體的法益無法被法益主體處分的佐證<sup>87</sup>。如此一來，這樣的解釋上結論與上述我國通說、有力少數說的基本立場，亦即對於人之自由或尊嚴的尊重是否一致，也將成為我國學說在以我國刑法條文為前提的解釋論上應考慮的課題。

## 肆、解釋論上的可能思考方式

### 一、目前為止之考察所呈現的主要問題

從本文目前為止所進行的考察，可以發現關於被害人從事冒險行為而受法益侵害的情況中，我國實務與學說主要呈現了以下的幾個問題：

第一，關於被害人從事冒險行為受損害時可排除行為人歸責或不法的解釋論途徑，我國最近實務的有力趨勢與學說通說求諸客觀歸責理論下的被害人自我負責原則排除行為人之歸責，而少數說則從被害人承擔風險的角度，透過容許風險的概念排除行為人之歸責。但是，如前所述，一方面實務並未指出被害人自我負責原則的理論上根據乃至應採取這種原則的理由，另一方面倘若如通說與少數說一般，將其求諸於對於被害人自主的尊重，則其

---

然是解釋論的問題，即不得不以現存的條文為前提，批判條文是立法錯誤且應廢除也僅能在立法論層次發揮作用，無法直接影響解釋論。

<sup>87</sup> 這樣的指摘，亦可參照：塙谷毅，前揭註77，頁377-379；深町晋也，前揭註77，頁125。

與被害人同意、承諾之間，即不易區別。

並且，儘管我國的學說多數均將尊重被害人的自由意思決定或自主當作可排除歸責的重要根據，但是這樣的一般性原理，還無法認為已經充分還原至具體的刑法理論，從而也還無法充分說明為何被害人進行冒險行為時即可能排除歸責。

除此之外，一方面少數說在具體的案例處理中未必貫徹此一立場，另一方面通說雖然較為一貫地在比較廣泛的範圍內排除歸責。但是從上述我國實務的考察也可得知，事實上也有經驗上可認為當事人對於自己的行為帶有的危險與其程度有相當程度正確的認識，但是仍不排除行為人的歸責的情況，例如本文前述貳、二、的實務【事例1】【事例2】【事例4】。更進一步，本文前述貳、二、的實務【事例12】的情況中，被害人的行為是拒絕就醫，而從其所受的傷除頭部外傷外，主要是頭部內顱內出血及腦損傷來看，被害人對於自己拒絕就醫時所負的風險未必有正確的認識。但是倘若能接受假設被害人的決定包含著「不論我的傷勢或結果如何，總之我不要就醫」的內容，亦即拒絕認識並評估風險，但仍執意進行有風險的行為時，這種危險行為仍應該認為是被害人基於自主所做的決定。在此意義下，即使採取通說的見解，也無法充分說明我國實務的現況，或對我國實務的處理是否妥當提供指引。這除了顯示了我國學說與實務兩者之間有相當的差距外，也表示在刑法解釋論上，即使以對被害人自主的尊重作為根據，也必須再進一步檢討此一根據還原至刑法理論時具有如何的意義而可以支撐排除歸責乃至否定犯罪成立的結論。

第二，通說與少數說的討論，基本上在體系上限於構成要件該當性層次或不法層次，並且集中在客觀歸責中的被害人自我負責原則或排除不法的容許風險領域。但是如本文前述對實務的觀察可知，被害人進行冒險行為而受損害的歸責問題涉及的刑法理

論領域，事實上還可能包含因果歷程相當性、作為義務或注意義務、正犯性、被害人同意、承諾，還有信賴原則等概念。倘若如此，則從理論的觀點，要如通說或少數說所主張，透過被害人自主的尊重這種單一的原理說明被害人從事危險行為時的阻卻歸責或排除不法，是否有可能？如有可能，則其能與其他刑法理論領域相區別的固有射程範圍如何？等問題，即需要重新檢討。此一問題的反面，也顯示有必要進一步在被害人同意、承諾之外，從上述其他刑法理論領域探討被害人從事冒險行為時的刑事責任判斷應如何進行。

第三，在具體的適用範圍上，通說與少數說討論排除歸責或不法所針對的規範主要是過失致死、過失致傷等犯罪，但是從實務的觀察也可得知，在通說、少數說也當成說明實例的被害人吸毒過量死亡的情況，實務中常成為問題的並不是過失致死罪而是藥事法上的轉讓禁藥偽藥致人於死罪。在此意義下，學說能否提供實務的歸責判斷充分的支援，亦將成為問題。究竟具體而言實務的處罰範圍有無可能合理地說明，同時也將成為實務在實踐上，以及學理發展上的問題。

上述的三點中，第一點與第二點隱含的共通理論意義在於被害人因從事冒險行為所受損害的刑事責任歸屬問題，需要在客觀歸責或相關的歸責理論以外，進行更多面向的檢討。藉由這種不以客觀歸責為理論前提的檢討，才能確認究竟被害人從事冒險行為承擔危險本身是否在刑法理論上有獨立的意義。而第三點在理論上的意義則在於，被害人因從事冒險行為所受損害的刑事責任歸屬問題在具體的處罰範圍界定上，也還需要更細緻地針對不同的類型加以處理。

考慮到上述第三點的處理，因為需要面對涉及甚廣的實務問題，所以其解決即需以上述第一點與第二點上的檢討為前提。因

此，以下先就學理上已經可見的各種可能的主要思考面向加以考察，再進一步檢討解釋時可能採取的基本觀點，並且再嘗試適用於說明我國實例的處理。

## 二、關於被害人從事冒險行爲受侵害之歸責問題的其他思考面向

### (一) 從因果歷程相當性觀點出發的途徑

如上述本文肆、一、所指出的，倘若欲在不取徑於客觀歸責理論的本文前提下，處理被害人從事冒險行為受侵害時的刑事歸責問題，則在學理上以及本文前述我國實務事例中呈現的可能途徑之一，即是在相當因果關係的架構下，從因果歷程發展的觀點出發，觀察被害人從事的冒險行為<sup>88</sup>。

目前在我國刑法學界常見的教科書中受到介紹的相當因果關係，主要有1.主觀說、2.客觀說以及3.折衷說<sup>89</sup>。1.主觀說的主張要點，是認為（1）判斷因果歷程相當性的基礎事實，應以行為人於行為時所認識之事實為限，再以（2）是否通常有此環境與

<sup>88</sup> 在此必須說明的是，在今日的刑法理論發展下，相當因果關係的定性上，基本上是一種歸責的判斷，並非事實上的因果關係判斷本身。這點，從仍有相當人數的論者採取相當因果關係說的日本刑法學界，也將相當因果關係的判斷認為是肯定條件關係後的結果歸屬判斷即可窺知。參照：內藤謙，刑法講義總論（上），頁267，有斐閣（1983）；佐伯仁志，因果關係（2），收錄於刑法總論の考え方・楽しみ方，頁63，有斐閣（2013）；井田良，講義刑法學・總論，頁132-133，有斐閣，2版（2018）。

另外，關於結果原因與結果歸責區分的我國文獻，則可參照：李聖傑，風險變更之結果客觀歸責，中原財經法學，第7期，頁53-54（2001）。

<sup>89</sup> 參照：周治平，刑法總論，頁121，自版，5版（1972）；韓忠謨，刑法原理，頁124，韓聯甲出版，再版（1997）；蔡墩銘，刑法精義，頁124，自版，2版（2005）。另外關於德國刑法學上的相當因果關係的簡要介紹，可參照：王皇玉，前揭註38，頁187-189。

行為即可發生同一結果的標準進行相當性判斷；2.客觀說的主張要點，則是認為（1）判斷因果歷程相當性的基礎事實，應納入行為當時已存在的一切事實，再以（2）是否通常有此環境與行為即可發生同一結果的標準進行相當性判斷；3.折衷說的主張要點，則是認為（1）判斷因果歷程相當性的基礎事實，應以行為當時一般人所可能得知的事實為限，但若行為人較一般人有特殊認知之事實時，則也考慮行為人特殊認知之事實，再以（2）是否通常有此環境與行為即可發生同一結果的標準進行相當性判斷<sup>90</sup>。

然而，關於上述三說，也各有理論上的疑問：1.主觀說將應客觀判斷的因果關係與行為人的主觀混同，並不妥當<sup>91</sup>；2.客觀說的論述中，區別了行為之前與行為時存在的事實，以及行為後所生的事實，而將後者排除於判斷基礎事實之中，然而這樣的區別標準並非自明，且若貫徹客觀說之立場，應不分行為前後的事實，均納入判斷基礎事實之中始為妥當<sup>92</sup>；3.折衷說的論述中，一方面「一般人」的標準並不清楚，另一方面為何應客觀地判斷的客觀面歸屬問題需考慮行為人主觀面的根據也不清楚<sup>93</sup>。

因為上述各說均有理論上的疑問，所以上述三說已較少受到

<sup>90</sup> 參照：韓忠謨，前揭註，頁124-125。

<sup>91</sup> 參照：佐伯仁志，前揭註88，頁63。

<sup>92</sup> 參照：佐伯仁志，前揭註88，頁64。以探討刑法上歸責時常見的事例，亦即行為人A劃傷有血友病的被害人X，導致X因出血不止死亡的情形中，血友病的存在一方面可理解為是X天生所帶有的疾病，先於A之行為存在，而可於相當性判斷中納入考慮，但是與此相對，若是著眼於血友病對X的生命發生致命作用的時間點是後於A劃傷X，那麼也可以基於這樣的考慮將血友病的存在排除於相當性的基礎事實外。也因此，依照客觀說，對於應用以判斷相當性的基礎事實的範圍，也將產生難以明確界定的問題。

<sup>93</sup> 參照：佐伯仁志，前揭註88，頁65-66。

支持。在現代的刑法學理中<sup>94</sup>，更進一步地在相當因果關係的因果歷程相當性判斷上，有較為細緻的發展。此種相當性判斷的手法，主要是在確認了因果關係存在後，再將作為歸責判斷的相當因果關係加以檢驗。關於判斷相當性的基礎事實（上述（1）的部分），此說則無特別的限制，亦即可將因果歷程中——不分行為前後、也不分是否一般人均可能認識或僅有行為人始能特別認識的——所有客觀上存在的事實，均納入判斷基礎事實中<sup>95</sup>。至於判斷因果歷程的相當性的架構，則分為①行為的類型性危險（實行行為性或廣義的相當性）的確認與②行為後因果歷程發展相當性的檢驗（狹義的相當性）<sup>96</sup>。而當行為人行為後到結果發生間有介入情事發生時，在②的部分，則進一步可透過（A）介入事實的作用貢獻程度高低，以及（B）介入事實發生的異常性高低來判斷相當性，亦即在（A）確認介入事實作用貢獻度高，且（B）介入事實發生的異常性也高時，即可認為因果歷程不具相當性，而排除介入前的行為人之結果歸屬<sup>97</sup>。

若從這種由現代刑法學再發展的相當因果關係檢驗架構來觀察被害人的冒險行為，應可認為通常被害人的冒險行為是在行為人行為後，結果發生前介入因果歷程的行為。在此意義下，不論是依照如同上述我國實務中<sup>98</sup>還受到提及的相當因果關係理論的

<sup>94</sup> 相當因果關係理論的主要的發展，主要可見於日本刑法學。

<sup>95</sup> 參照：佐伯仁志，因果關係論，收錄於理論刑法學の最前線，頁16，岩波書店（2001）。

<sup>96</sup> 參照：內藤謙，前揭註88，頁284。

<sup>97</sup> 參照：佐伯仁志，前揭註88，頁69-71。另外我國關於相當因果關係理論的介紹，可參照：陳子平，前揭註38，頁171-174；井田良著（林琬珊譯），日本因果關係論的現狀——從相當因果關係說到危險現實化說，月旦法學雜誌，第276期，頁221-233（2018）。

<sup>98</sup> 參照：本文前述貳、【事例1】【事例4】【事例6】【事例8】【事例11】【事例12】的判決。

觀點，或學說與實務均有採用的客觀歸責理論的觀點，倘若被害人的冒險行為已經影響了因果歷程的相當性，或者已經可認為導致以反常的因果歷程實現風險，即可認為行為人不受歸責。

在學理上，以上述最近的相當因果關係理論為基礎，而受到矚目的主張是認為，在現代的高度複雜化社會生活中，固然有多種的危險存在，但是仍必須將被害人的自我保護作為此一社會生活的前提，並據以建立社會上的各種制度。因此，對於具備自我保護能力的人，社會期待其發揮保護自己的能力與迴避危險的能力<sup>99</sup>。因此，當被害人對於某一危險可能產生的結果有所認識，且無實現該結果之意思時，即應期待被害人採取迴避損害的措施<sup>100</sup>。從而，當被害人對於危險可能產生的結果有認識，且無實現結果之意思，卻不採取避免結果的措施，導致原本對被害人而言低度的危險發生了法益侵害結果時，即可在法規範的觀點認為這是一種異常的因果歷程<sup>101</sup>。

在這樣的見解下歸責的具體範圍主要如下：

第一，當被害人（例如因為酒精或藥物的影響）無法行使其迴避侵害能力時，即使被害人自願從事冒險行為，仍然不影響因果歷程的相當性，因此行為人仍可歸責。例如本文上述參、一、中所舉【例2】的情形中，若被害人B處於因酒醉而影響控制能力的情形，即無法認為其受期待避免危險<sup>102</sup>。又例如上述參、一、中所舉【例4】的情形中，倘若被害人B已經有高度的毒癮，則因

<sup>99</sup> 參照：島田聰一郎，前揭註77，頁150。

<sup>100</sup> 此說之所以要限於被害人有認識危險的情況，是因為倘若連被害人無認識時也僅因其有能力即期待其迴避危險，則將導致被害人無時無刻都要注意危險迴避，將有導致國民的自由與社會生活大幅萎縮之虞。參照：島田聰一郎，前揭註77，頁151。

<sup>101</sup> 參照：島田聰一郎，前揭註77，頁150。

<sup>102</sup> 參照：島田聰一郎，前揭註77，頁155。

為難以排除攝取過量的危險，所以仍應肯定因果關係的相當性<sup>103</sup>。

第二，當被害人現實上並無任何迴避手段時，例如【例8】B搭乘酒醉之A所駕駛的車輛的情形，也無法否定歸責<sup>104</sup>。

第三，行為人的行為為被害人從事冒險行為提供高度動機的情況，例如上述參、一、中所舉【例7】的情形，考慮到被害人如為一般人，事實上可能會因輕忽火災本身的嚴重性而進入火場救人，被害人如為消防隊員，仍然可能因為強烈責任感而進入火場救人，因此這種情況中應認為被害人欠缺對危險的正確認識，因此仍應肯定歸責<sup>105</sup>。

第四，被害人基於對相對人即行為人的信賴而不為迴避侵害措施的情形，例如【例9】自認為老饕的食客B對於河豚料理廚師A，堅持要求提供一般均知道有毒的河豚肝臟料理，並在吃完後死亡的情況，即應可認為被害人是信賴有經過專業廚師處理過的河豚應該不會有問題，因此食用河豚料理，從而仍不應該排除因果關係的相當性，而肯定結果歸屬於行為人<sup>106</sup>。

## （二）從過失犯注意義務觀點出發的途徑

最近在學理上，也有見解透過援用信賴原則的思考<sup>107</sup>，主張經驗法則上，被害人作為法益主體，在無特別情事下，應有保全自己法益的本能。因此可認為，經驗法則上，當作為法益主體的

<sup>103</sup> 參照：島田聰一郎，前揭註77，頁156。

<sup>104</sup> 參照：島田聰一郎，前揭註77，頁155。

<sup>105</sup> 參照：島田聰一郎，前揭註77，頁157。

<sup>106</sup> 參照：島田聰一郎，前揭註77，頁157。此例是實際發生於日本實務，並成為日本最高裁判所判例的「坂東三津五郎事件」（最決昭和55（1980）年4月18日刑集34卷3号149頁）。在本例中日本最高裁判所肯定提供河豚的廚師應負過失犯的刑事責任。

<sup>107</sup> 參照：深町晋也，前揭註77，頁138-139。

被害人認識危險時，即有發動自我保全本能的契機，因此應會採取迴避危險的措施<sup>108</sup>。而當被害人自己以冒險行為打破這樣的經驗法則時，既然並非通常的現象，即可認為對於行為人而言，這種偏離經驗法則的事實具體來講僅有較低的預見可能性，從而也降低過失犯成立所需的注意義務的程度<sup>109</sup>。

與上述（一）的部分提到的學說相較，在此的學說見解同樣提到被害人在認識結果發生之危險時，可採取迴避措施。但是，上述（一）部分提到的學說認為這種被害人有認識危險時採取迴避措施是規範的期待，而此處的學說，則認為其僅是經驗法則上的推認，並非法規範的期待，因此其發生影響的領域是在過失犯的預見可能性，並非相當因果關係。所以這樣定性的理由，主要則是因為此說認為被害人在規範上並無一般性的自我保護義務<sup>110</sup>。

在這樣的見解下歸責的具體範圍主要如下：

第一，被害人比起行為人具有充分的知識或經驗迴避侵害的情況，例如【例10】在汽車駕訓班的公路駕駛課程中，與尚未取得駕照僅在練習階段的學員A同乘的教練B，因為給A的指示錯誤，導致發生車禍，而B因此死亡的情況中，考慮到B比起A有更豐富的駕駛經驗，其給予的指示可信賴為妥當，並且一般而言B也可能透過在副駕駛座踩煞車讓車子停止等要素，即可認為B的行為是打破對於上述法益主體自我保全的信賴，因此其死亡結果對A而言即無預見可能性，從而否定A應負過失致死的刑事責任<sup>111</sup>。

<sup>108</sup> 參照：深町晋也，前揭註77，頁140-141。

<sup>109</sup> 參照：深町晋也，前揭註77，頁139。

<sup>110</sup> 參照：深町晋也，前揭註77，頁140。

<sup>111</sup> 參照：深町晋也，前揭註77，頁142。

第二，與此相對，在本文上述肆、二、（一）的【例9】中，即應認為本件被害人認識的是自己食用經過安全處理過的河豚，因此被害人並無採取自我保全措施以迴避危險的契機，從而其死亡結果應可歸責於廚師A<sup>112</sup>。同樣的道理應可認為也適用於本文上述參、一、的【例5】與本文上述肆、二、（一）的【例8】。

第三，行為人雖比被害人更有能力迴避侵害，但被害人不遵循行為人所給予的指示時，例如病患不依照醫師指示服用有高度副作用的藥品，導致受傷或死亡的情形中，也應認為並無法益主體自我保全的經驗法則可供信賴，從而應否定行為人的預見可能性<sup>113</sup>。

第四，當被害人從事的行為是有高度危險，例如對於生命有危險的救火行為的情形，應認為有被害人不會從事對生命有危險的行為之經驗法則的適用。不過，例如在本文上述參、一、的【例7】的情形中，假設進入火場為救助的被害人為了救助火場內之子女時，其基於親子關係救助本能可能超越自保本能，因此應認為這種被害人不進行危及生命之救助行為的經驗法則不適用，從而仍肯定歸責<sup>114</sup>。

另外需補充的是，這種縮減注意義務的論理，事實上對於不真正不作為犯的作為義務也應有適用的餘地。其理由在於，一方面此處過失犯的注意義務是以保護法益，迴避法益侵害為內涵，而不真正不作為犯的作為義務也是以保護法益，迴避法益受侵害為內涵；另一方面，特別是在過失的不真正不作為犯之情形中，

---

<sup>112</sup> 參照：深町晋也，前揭註77，頁142-143。

<sup>113</sup> 參照：深町晋也，前揭註77，頁144。

<sup>114</sup> 參照：深町晋也，前揭註77，頁145。

兩者之內容實質上具有同一性<sup>115</sup>，因此在理論上，可認為這種縮減注意義務的論理對不真正不作為犯應也有適用的餘地。

### （三）從正犯性觀點出發的途徑

除了上述兩種學說外，也有學說從整個法益侵害實現的過程中，誰應作為正犯為法益侵害結果負責的觀點，來處理被害人因從事冒險行為受侵害的歸責問題。

這種學說的出發點是認為社會中的各個成員作為可負責任的人格，有其固有的負責領域，因此一方面每一個個人不能侵害或干涉他人法益，另一方面作為法益主體也有保持自己法益的固有責任。這種不使法益受侵害的第一次管轄，即是由法益主體所有<sup>116</sup>。因此，在被害人與行為人的行為共同使法益侵害發生時，倘若能認為被害人才是實現法益侵害的中心角色，則應認為被害人才是承擔法益侵害的正犯責任之人，先前的行為人至多只能認為應負共犯責任之人<sup>117</sup>。而在過失犯的情形，行為人僅就其過失行為負共犯責任，因此在過失的共犯不罰的前提下，即不成立犯罪。

另外在基於自我負責的正犯性認定上，採取此說的學說見解中，也進一步區分1.行為人是參與被害人以自己行為造成自己法益侵害的「參與他人（被害人）自陷危險」類型，以及2.行為人是基於與被害人的合意而下手侵害被害人法益的「基於合意由他

<sup>115</sup> 參照：橋爪隆，刑法總論の悩みどころ（第7回）過失犯の構造について，法学教室，第409号，頁117（2014）。

<sup>116</sup> 參照：塩谷毅，自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について（四・完），立命館法学，第251号，頁91（1997）；松宮孝明，「被害者の自己答責性」と過失正犯，收錄於過失犯論の現代的課題，頁254，成文堂（2004）；安達光治，前揭註78，頁88-90。

<sup>117</sup> 參照：塩谷毅，前揭註，頁91-92。

人製造危險」類型，在前者的情形，原則上推定被害人有正犯性，排除行為人的歸責，但在後者的情形，原則上肯定歸責，僅在被害人就法益侵害結果的實現表現出與行為人相同的積極性才認為其有（可類比間接正犯的）正犯性<sup>118</sup>。

此說關於可認為被害人自我負責，應負正犯責任的前提要件大致如下：

第一，被害人必須完全地認識行為的危險性，以及行為將與

<sup>118</sup> 參照：塙谷毅，前揭註116，頁93。可附帶一提的是，這樣的分類也是源自於德國刑法學中常見的分類，德國刑法學中，也有有力見解認為基於合意由他人製造危險的情形，原則上不排除歸責，僅在一、陷於危險之人與行為人對於危險有相同程度的預見；二、侵害係由被害人所承擔的危險所生之結果；三、被害人方面無其他附加的錯誤；四、陷於危險的被害人與行為人就其等共同的行為應負同等的責任時，可認為此種情況可與由被害人以自己行為自陷風險的情形在價值上相同，而排除歸責（此部分的詳細介紹，可參照：塙谷毅，自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について（三），立命館法学，第248号，頁648-650（1996））。

不過，儘管從德國刑法解釋論的角度而言，上述的分類饒富趣味，但是這種學理上分類的前提，事實上是德國刑法的規定。亦即因為德國刑法典的規定下，僅在同法第216條規定了受囑託殺人的類型，而自殺的參與僅有同法第217條所處罰的業務上幫助自殺行為，一般的自殺參與並無處罰明文（參照：何賴傑等審譯、李聖傑等編譯、王士帆等譯，德國刑法典，頁357，元照出版有限公司，2版（2019）），所以才能將被害人是否自陷風險作為分類的標準。相對於此，以我國刑法第275條為例，同條不僅處罰受囑託殺人的情形，也處罰以教唆或幫助行為參與自殺的情形。也因此，上述從德國刑法典的規定出發的分類，對於我國刑法解釋而言並無法適用。在此意義下，此部分的外國法學內容即與以我國法解釋論為中心的本文問題意識關連較為薄弱（對於同樣有幫助教唆自殺與受囑託殺人之處罰的日本刑法，也有有力的見解指出上述源自於德國法規定的分類對日本刑法的解釋實益有限。參照：深町晋也，前揭註77，頁123）。從而，本文僅能於此一腳註內簡要介紹上述內容，而不再進一步深入探討。

特定結果相連結的可能性<sup>119</sup>。

第二，被害人需具備正確認識、評價行為的危險性與結果發生可能性的能力，亦即自我負責能力<sup>120</sup>。

第三，被害人對於結果發生需表現出與行為人相同的積極態度<sup>121</sup>。

在這樣的見解下歸責的具體範圍主要如下：

第一，對於被害人自陷危險的類型，例如上述在本文上述肆、二、（一）的【例9】中，考慮到被害人與行為人有顧客及餐廳的社會關係，則應認為不否定歸責。因為餐廳並不因為顧客向其點菜即可免除其對顧客飲食之安全乃至健康的注意義務<sup>122</sup>。

第二，在被害人因冒險為救助行為受法益侵害的情形，例如上述參一、中所舉【例7】的情形，倘若進行救助行為的人為專業的消防隊員，在風險評估無誤的限度內，考慮到進入火場救援正是其職務上義務的內容，則應認為消防隊員就自己所為的冒險救助行為有自我負責性，從而行為人不必再為消防隊員所受的法益侵害負過失犯的刑事責任<sup>123</sup>。

第三，在行為人基於合意對被害人進行危險行為的情形，例如在【例11】B強烈要求A為自己施打大量海洛因，A拗不過B的請求，為B施打後，B因中毒症狀而死亡的情況中，即應認為對B的死亡結果而言，被害人B自己才是具有自我答責性的正犯，從

<sup>119</sup> 參照：塩谷毅，前揭註116，頁92。

<sup>120</sup> 參照：塩谷毅，前揭註116，頁93。

<sup>121</sup> 參照：塩谷毅，前揭註116，頁93。

<sup>122</sup> 參照：安達光治，前揭註78，頁94。

<sup>123</sup> 參照：安達光治，前揭註78，頁95-96。

而應排除A的刑事責任<sup>124</sup>。但是，在【例12】A與C相約飆車，B因想要尋求刺激，乃搭乘A所駕駛的車輛，但飆車途中，因車速過快，A的車子翻覆後導致B死亡的情況中，則因為認為B的生命完全掌握在A的手中，因此B死亡的結果仍應歸屬於A<sup>125</sup>。

### 三、解釋論基本方向的探求

#### (一) 檢討

在上述考察後，筆者將進一步嘗試檢討，在包含我國通說、少數說與上述其他各種觀點的處理中，較為值得作為解釋論出發點的立場為何。

在此先依序釐清，值得作為被害人因從事冒險行為受侵害的歸責問題中，「行為人免責根據的內涵為何？」的問題，其次則嘗試掌握其體系上的定位。

首先，從上述的考察可知，關於被害人從事冒險行為受損害的情況中，關於免責的主張，學理上至少有：1.客觀歸責下的被害人自我負責原則、2.將被害人承擔之風險作為容許風險的處理、3.透過否定因果歷程常態性達到免責、4.透過援用信賴原則的思考方式降低注意義務，以及5.透過基於自我負責性的概念使被害人負正犯責任，使行為人負（不罰的）共犯責任等五種處理方式。

不過，如前所述，因為我國學說所主張的1.、2.的處理方式上，均是將排除歸責的原因求諸於被害人對危險的同意後，對危險所生結果亦有同意或承諾之點，在實質內容上，難以與被害人同意、承諾區別，所以將使被害人從事危險行為的事實在排除歸

<sup>124</sup> 參照：安達光治，前揭註78，頁97。

<sup>125</sup> 參照：安達光治，前揭註78，頁96-97。這樣的處理對本文上述參、一、【例5】的情況也有適用。

責或不法上失去獨自的意義。並且，從刑法理論而言，為何行為人承擔風險就能夠排除歸責的理論上根據，也還未充分釐清。也因此，對於本文而言，在此尚難直接採取我國較為主流的歸責學說。

另一方面，上述3.的處理方式有以下的問題：

第一，此說的前提在於其認為被害人認識危險時從事迴避結果發生的措施是一種規範上的期待。然而，此一被害人自我保護乃至維持法益的義務之根據何在並不清楚，且將導致被害人在認識危險時，減少處分法益的行動自由<sup>126</sup>。

第二，即使在相當因果關係的判斷上，被害人有不採取迴避法益侵害行為的介入情形，但是在理論上，只要被害人不採取措施僅是基於過失，而不是基於故意或重大的過失時，也不應該影響具體的因果歷程之相當性<sup>127</sup>，然而在這種見解下，將導致相當性被過度否定<sup>128</sup>，從法益保護的觀點來看是否妥當，也有疑問。

第三，倘若貫徹此說，既然被害人已經在規範上一般性地被期待要採取迴避法益的措施，則其只要不為迴避措施，即可——在客觀上——認為是「異常」。倘若如此，既然僅考慮客觀上被害人不為迴避侵害的措施即可，則為何此說在要件上也需要求被害人主觀上認識法益侵害的危險，即有疑問<sup>129</sup>。

<sup>126</sup> 參照：小林憲太郎，被害者の自己保護義務と結果の帰責——危険の引き受けと被害者の素因を中心に，立教法学，第66号，頁53（2004）。

<sup>127</sup> 參照：佐伯仁志，被害者の同意とその周辺（2），收錄於刑法總論の考え方・楽しみ方，頁234，有斐閣（2013）。

<sup>128</sup> 參照：小林憲太郎，前揭註126。

<sup>129</sup> 參照：田中優輝，被害人による危険の引受けについて（一），法學論叢，第173卷第1号，頁57（2013）。

基於上述的理由，對於本文而言，在此也無法直接採取此說作為解釋論的基本方向。

其次，上述4.的處理方式有以下的問題：

第一，此說的前提也是認為被害人作為法益主體，在認識危險時會自我保全，從事迴避結果發生的措施，並以此作為經驗法則。然而，正是因為作為法益主體，所以有權利可以對其法益自由地加以處分或捨棄，例如被害人同意、承諾法益侵害即為一例。因此，為何可將法益主體就其法益可能選擇的各種處分中，選出自我保全作為經驗法則的根據，並不清楚。

第二，與上述的信賴原則有無根據的疑問相關，一旦認為法益主體會自我保全一事無法如此說所主張，成為廣為人接受的一般性經驗法則而受信賴，且過失犯之注意義務內容上，仍是重在以行為人盡注意義務的行為迴避法益侵害，被害人主觀是否有受害的意願即無法作為重要的考慮。倘若如此，一方面何時這種非一般性的自我保全經驗法則可適用，將成為問題以外，另一方面，倘若大多數的情形無法適用此一經驗法則，則事實上被害人從事冒險行為的事實本身，是否還能對過失犯的注意義務發揮限縮的效果，也將產生疑問。

最後，5.的處理方式，則有以下的問題：

第一，倘若採取過失犯不區分正犯、共犯的立場，即無法採取此種見解<sup>130</sup>。並且，即使理論上可能，但是，是否在過失犯採取區分正犯與共犯的立場，仍可能因論者而異，因此這樣的理論欠缺解釋論上的普遍性。

---

<sup>130</sup> 參照：松宮孝明，前揭註116，頁264；安達光治，前揭註78，頁88-89。

第二，倘若貫徹此說的見解，那麼只要能夠認為客觀上被害人比行為人更為積極地參與了法益侵害的實現，即可認為其應負正犯的責任。如此一來，在這種論理下即難以說明為何有必要將被害人主觀上對於法益侵害的危險有明確認識，以及對危險行為可能引起特定結果有明確認識作為要件<sup>131</sup>。

第三，與上述第二點相關，從理論的觀點來看，倘若中間的介入者對於法益侵害結果無所認識，在理論上要如何透過對於結果的自我負責作為原理，達到限制背後行為人的正犯性之目標，難以說明<sup>132</sup>。

第四，這樣的見解下，無法處理被害人的冒險行為與行為人的侵害行為在法益侵害上均有重要性，可認為兩者處於「共同正犯」式的關係時，應如何歸責的問題<sup>133</sup>。

基於上述的理由，對於本文而言，在此也無法直接採取此說作為解釋論的基本方向。

## (二) 解釋論的基本立場

### 1. 肇清被害人從事冒險行為的構造

考慮到在單獨透過援用因果歷程相當性的概念、援用過失犯的信賴原則、援用正犯性概念想要說明被害人從事冒險行為時可以阻卻歸責或排除不法，但仍有上述各種問題存在的情況下，本

<sup>131</sup> 參照：西田典之等（深町晋也執筆），前揭註78，頁375。

<sup>132</sup> 參照：山口厚，「危險の引受け」論再考，收錄於刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念，頁95-96，信山社（2003）。日本學者山口厚在此並進一步指出，要透過被害人對危險的認識限制先前的行為人之正犯性，在理論上需將過失犯理解為故意犯的危險犯，然而，這種對於過失犯的理解既然未受採取，則理論上以被害人對於危險的認識限制行為人的正犯性即難以說明。

<sup>133</sup> 參照：島田聰一郎，前揭註77，頁144；田中優輝，前揭註129，頁55。

文上述肆、二、所舉的各說也難以直接採取。另外一方面，從本文前述內容亦可知，倘若要避免如我國的通說與少數學說一般，使被害人從事冒險行為與被害人的同意或承諾難以區分，即需探求在理論上將被害人同意或承諾區隔的可能性。如此一來被害人同意從事冒險行為受損害的情形才能在刑法解釋論上成為有獨立意義的理論領域。

倘若如此，那麼在解釋論上的第一步，即應著重探討被害人同意從事冒險行為的情形，與被害人同意或承諾可相區別之處何在？的問題。關於此一問題，基於本文前述的考察，可以從以下的各點再進一步思考。

第一，考慮到：（1）我國通說與少數說均將對於被害人個人自主的尊重作為其主張的根據；（2）上述援用因果歷程相當性概念的見解，以及援用過失犯信賴原則的見解，將法益主體迴避侵害的行為納入理論構成的視野；（3）援用正犯性概念的見解也關注被害人作為法益主體的歸責與保持法益的固有責任，則應可認為，上述各說固然在解釋上著重不同面向，但是對被害人作為法益主體的關注，應該是各說的最大公約數。在此意義下，被害人作為法益的主體，有權利自由地利用其法益，即應該是處理被害人因從事冒險行為受法益侵害的刑事責任成否問題時，最基本的出發點。

第二，在被害人從事冒險行為受到法益侵害的情形中，被害人進行的行為並非直接處分法益的行為，而是以其法益冒險的行為。此一特徵反映了被害人進行冒險行為的情形，與被害人對法益侵害結果有同意或承諾的情形，在構造上並不相同。亦即，①當被害人的同意或承諾存在時，被害人不僅對於由行為人進行的法益侵害行為同意，對於具體的法益侵害結果亦有同意；然而在②被害人僅同意從事冒險行為時，則僅能認為對於由行為人進行

的法益侵害行為同意，但是對於具體的法益侵害結果則未必同意<sup>134</sup>。倘若具體地探究這兩種情形中被害人主觀面的意思內容，則應可認為，在上述①的情形中，被害人主觀面的意思包含：（A）同意有法益侵害危險的行為及（B）同意法益侵害結果發生於自己身上。

與此相對，在上述②的情形中，被害人主觀面的意思則可能包含：（A）同意有法益侵害危險的行為及（B）同意法益侵害結果發生於自己身上；或（A）同意有法益侵害危險的行為及（C）不同意法益侵害結果發生於自己身上。這點，從本文前述所舉的我國實務【事例1】中，被害人是因為過於費時而不遵守安全規定攀附垃圾車外，並非因為願意接受死亡結果而為之；【事例2】中，被害人也是因為欲省時間勞力，才在無安全措施下作業，並非因為願意接受死亡結果而為之；【事例4】中，被害人是因玩樂助興而施用毒品，並非因願意接受死亡結果所以施用毒品；【事例7】中，被害人是因為與友人打賭後欲賺取獎金而於短時間內喝下大量高粱酒，並非因為願意接受死亡結果而為之；【事例11】中，被害人是為了救出中毒的同事（為了求生）而在無安全防護下進入污水池，並非因為願意接受死亡結果而為之；【事例12】中被害人既然於拒絕就醫後又再因身體不適就醫，也可認為是並非接受死亡結果；其他事例中，法院均未明確認定被害人同意或承諾接受法益侵害結果等事實特徵窺知。

如此一來，考慮到①被害人同意或承諾的情況的構造（（A）+（B））與②被害人從事冒險行為受侵害的構造（（A）+（B）或（A）+（C），或甚至兩者同時存在）有相異之處，則在理論上，倘若要排除被害人從事冒險行為的刑事責任，應該考慮的途徑是將排除歸責的途徑求諸於被害人從事冒險

<sup>134</sup> 參照：山口厚，前揭註77。

行為本身<sup>135</sup>，而非採取將冒險行為作為推論被害人同意或承諾之徵兆的途徑。透過這樣的分析，應該可以相當程度釐清我國向來的通說與少數說較欠缺注意的構造差異。

## 2. 重新理解被害人從事冒險行為的刑法上意義 ——「使法益陷入危險之自由」

倘若將重點置於被害人的冒險行為本身，並且需從被害人作為法益主體而可自由利用或處分其法益的角度來理解，那麼關於此處被害人從事的冒險行為在刑法理論上的意義，即可能做出以下的理解：

當被害人進行冒險行為時，倘若如同上述學理與實務的考察一般，認為被害人的冒險行為可以排除行為人刑事責任，則在行為人的刑事責任被排除時，規範上即有刑法不需再進一步介入被害人所受的法益侵害之意義。關於此點，考慮到（1）刑法在一般情形下，均會保護被害人的法益；（2）在刑法理論中，被害人的角色除了在與行為人的關係上是行為客體外，在與法益的關係上也同時是法益主體；（3）如本文前述內容可知，行為人的行為本身不僅侵害法益，也不存在其他可能阻卻其成立犯罪的事由等各點，則被害人從事冒險行為排除對行為人的歸責時，實質上即有解除刑法對於被害人法益之保護的理論上意義<sup>136</sup>。也因此，被害人所以能夠解除刑法對其法益的保護的理論根據，即需求諸於其作為法益主體與其法益之間的關係。

若是進一步較為仔細地探討法益主體與法益的關係，邏輯上也至少可能有三種主要的型態：①法益主體保有法益（例如無自殺意思的人，或者一般人放置於家中的財物）、②法益主體透過

<sup>135</sup> 參照：山口厚，刑法總論，頁183，有斐閣，3版（2016）。

<sup>136</sup> 參照：深町晋也，前揭註77，頁137-138。

同意或承諾等意思表示處分（放棄）法益（例如就他人對自己的傷害行為承諾），以及③法益主體雖未處分（放棄）法益，但是將法益投入有風險的利用行為，藉以達到法益主體想達到的目的。與解除刑法對法益之保護有關，而需在本文探討的為②、③的情況。

一般而言，學說上大致認為②的情況中，被害人放棄法益的決定效果是可在規範上認為已經無需要保護的法益存在<sup>137</sup>，因此即使被害人的法益受到侵害，行為人的行為也不具有違法性。不過，從上述第二點的分析可知，③的情況在被害人並未放棄法益，僅是為了其他目的進行有風險的法益利用行為這點<sup>138</sup>，與②的情況有相當大的不同。倘若如此，那麼被害人從事冒險行為受法益侵害時，可解除刑法對於法益的保護，進而排除行為人之刑事責任的根據，即非被害人放棄法益，而是在被害人作為法益主體，透過其冒險行為，行使了學理上所稱的「使法益陷入危險之自由」<sup>139</sup>。

這種行使「使法益陷入危險之自由」的行為之所以可以排除刑事責任之成立，應從制度性的角度來加以理解。亦即，被害人能夠對其法益從事的任何行為，都應該可以認為應受法制度或規範的保障，即使是危險的行為，只要是基於被害人的自由的意思，也應該認為應能讓被害人保有從事的自由，對於規範而言即是正當的狀態<sup>140</sup>。這種將個人的自由行使作為制度性利益加以考慮的手法，事實上也已經可見於刑法解釋論，例如在正當防衛領

<sup>137</sup> 參照：陳子平，前揭註38，頁298。

<sup>138</sup> 如本文前述肆、三、（二）1.第二點所舉的我國實務事例中的被害人，均將冒險行為當手段，藉以達成其他目的，即為適例。

<sup>139</sup> 參照：山口厚，前揭註132，頁96-97；井田良，前揭註88，頁374。

<sup>140</sup> 參照：山口厚，前揭註132，頁97。

域，於考慮正當防衛行為之所以具有優越利益而可以阻卻違法的問題時，即有將受攻擊的防衛者行使其行動自由之「滯留現場的利益」納入考慮的有力學說主張<sup>141</sup>。將這種對於個人自由的行使認為是一種制度性利益的實益在於，這樣的法益利用自由下，個人可以透過充分自律的意思決定，形成自我發展實現的可能<sup>142</sup>。

倘若可接受被害人基於自主的意思決定，行使其「使法益陷入危險之自由」，可認為是有制度性利益的行為，且認為這種情況下有可能排除刑事責任，那麼對於所有由被害人的冒險行為所生之法益侵害結果，是否均應認為不成立犯罪？即是需下一個需探討的問題。

關於此一問題，若考慮到被害人衡量是否行使上述自由時，作為其判斷的基礎，一般而言應會將從事危險行為後有很高機率可能發生，且難以迴避的結果納入危險衡量之中，則這種情況下，即使這種有高度發生的可能性且難以迴避的結果發生，仍應該認為排除行為人的刑事責任<sup>143</sup>。至於未必當然會發生的結果，由於被害人對其未必能夠認識，自然無法納入被害人對於危險的認識中，因此當這種結果發生時，即無法排除行為人的刑事責任。當然，對於還可能透過行為人的行為迴避的侵害結果，也無法認為是難以避免的結果，從而也無法排除行為人的刑事責任<sup>144</sup>。

在上述的論理構造下，被害人從事冒險行為受法益侵害的情況中，如要以被害人行使其「使法益陷入危險之自由」，進行危險行為為理由，排除行為人的刑事責任，至少需要以（A）被害

<sup>141</sup> 參照：橋爪隆，正當防衛論の基礎，頁76，有斐閣（2007）。

<sup>142</sup> 前揭註，頁75。

<sup>143</sup> 參照：山口厚，前揭註132，頁97。

<sup>144</sup> 參照：山口厚，前揭註132，頁97。

人對風險有正確的認識<sup>145</sup>、（B）被害人所受的侵害結果需為其所從事的冒險行為所生之難以避免的結果、（C）被害人出於自由意思決定從事該危險行為為要件。（C）的要件，可以排除某些被害人因為受到行為人的壓迫，心理上受有強制的情形，而（A）、（B）的要件，則是作為行使關於其法益利用之自由的意思決定的重要前提，並且可以避免因倉促行事導致被害人冒險的情形亦排除行為人行為之違法性。

### 3. 被害人從事冒險行為作為阻卻犯罪成立事由的體系上定位

最後，考慮到被害人從事冒險行為受侵害的情形，行為人之刑事責任被排除，使犯罪不成立的理由若在於被害人行使「使法益陷入危險之自由」而解除刑法對於自己法益的保護，且考慮到如同本文前述三、（一）的理論檢討中，已確認這樣的法益利用並不適合在構成要件該當性層次中的相當因果關係脈絡下處理；且應與屬於構成要件該當性層次，但難以和被害人同意承諾相區別的被害人自我負責原則（我國通說）或容許風險說有所區隔；並且，也無法認為可透過減縮同屬於構成要件該當性層次的注意義務或作為義務來處理，再加上也不適於在正犯性的領域處理，那麼在理論上，應認為較為適於將此一問題定位於違法性層次，並將其作為——被害人的同意或承諾以外的——阻卻違法事由加以掌握。

理由在於，違法性的判斷中，透過利益衡量的阻卻違法基本架構<sup>146</sup>，有適於將被害人行使其「使法益陷入危險之自由」納入考慮的基礎。並且，被害人既然將對於有高度可能伴隨危險行為出現的結果納入行使「使法益陷入危險之自由」的考慮中，且也

<sup>145</sup> 參照：山口厚，前揭註132，頁97-98。

<sup>146</sup> 參照：內藤謙，前揭註76，頁315-317。

以此解除刑法對其法益的保護，則儘管在構造上不同，在規範上也可認為與被害人的同意或承諾有相同的價值而阻卻違法，應該也是解釋上可能的途徑。

不過，在此須再強調的是，即使認為被害人行使「使法益陷入危險之自由」的冒險行為可以阻卻違法，但是如前所述，在構造上，被害人從事冒險行為的情形仍與被害人對法益侵害結果的承諾不同，因此本文的立場與直接（或實質上）將兩者視為同一的學說立場仍不相同。

#### 四、解釋論的開展

基於上述本文的基本立場，若將此主張加以開展適用於本文中所舉的實務與學說中之具體案例，則大致可得到以下的具體適用範圍。

第一，在滿足本文上述肆、三、（二）2.所提到的（A）被害人對風險有正確的認識<sup>147</sup>、（B）被害人所受的侵害結果需為其所從事的冒險行為所生之難以避免的結果、（C）被害人出於自由意思的決定從事該危險行為之要件時，原則上即可認為被害人從事冒險行為受法益侵害的情況中，就其所生的損害，行為人的行為可阻卻違法而不成立犯罪。

以本文前述貳、所舉的實務事例而言：

【事例8】中的被害人，在已經落水後又爬上竹筏時，應可對有飲酒之自己再落水時的危險有所認識（上述要件（A）），且因自己已經酒醉，所以落水時將極可能發生溺水結果（上述要件（B）），但仍自行決定要從事進入水池中的行為（上述要件（C）），因此行為人帶被害人至魚池戲水的行為即無違法性而

---

<sup>147</sup> 參照：山口厚，前揭註132，頁97-98。

不成立刑法第276條第1項之過失致死罪。

【事例10】的被害人是機車騎士，考慮到交通上闖紅燈且未減速進入路口的行為有高度的事故危險性是交通經驗上的常識，應可認為被害人維持速度闖紅燈進入本件事故路口時，知悉自己的行為發生碰撞致死傷的危險（上述要件（A）），客觀上，在交叉路口闖紅燈進入且不減速，一般的道路情況下也是極有可能發生碰撞致死傷的危險（上述要件（B）），被害人仍決意冒險在未減速狀態下闖紅燈進入路口時（上述要件（C）），行為人開車進入路口的行為即無違法性而不成立刑法第284條第2項業務過失致重傷罪。

【事例11】的被害人已經擔任組長，可認為有相當經驗，且已經當場見到兩位同事吸入沼氣昏倒之事實，應可認為其對無充分裝備的狀態下進入匯流井的危險有正確認識（上述要件（A）），考慮到無充分裝備的另外兩名被害人已經先後昏倒，因此被害人在相同狀態下進入匯流井，將極可能發生昏迷窒息死亡的結果（上述要件（B）），但是被害人仍自行決定進入匯流井（上述要件（C）），因此行為人疏未確認匯流井內有無作業人員即打開污水開關的行為，即無違法性而不成立刑法第276條第2項業務上過失致死罪。

以本文前述參、及肆、二、所引用的學說舉例而言，例如上述【例2】中被害人進行高危險的飆車行為，若是在被害人正確認識高速飆車可能致死傷的危險（上述要件（A）），且客觀上被害人的車速也是極可能發生事故致死傷的結果（上述要件（B）），而仍自行決定與他人飆車（上述要件（C）），則行為人與被害人一同飆車的行為即無違法性而不成立過失致死的犯罪。

上述【例3】中，若被害人有服用安眠藥的習性，知悉過量用藥時可能產生生命危險（上述要件（A）），且客觀上使用該安眠藥過量時也極可能發生生命危險（上述要件（B）），而仍決定購買安眠藥並服用過量的劑量（上述要件（C）），即可認為行為人在察覺顧客可能有自殺意圖或傾向時仍販賣安眠藥的行為，即無違法性而不成立我國藥事法第83條第2項的轉讓藥品致死罪。

上述【例4】與【例11】中，倘若被害人有相當的吸食經驗，對施打過量海洛因後可能產生致命危險有正確認識（上述要件（A）），且客觀上施打過量海洛因也極有可能發生生命危險（上述要件（B）），而仍決定自行或讓人施打過量海洛因（上述要件（C）），即可認為行為人販賣海洛因予被害人的行為無違法性而不成立我國藥事法第83條第2項的轉讓藥品致死罪。

上述【例6】中，倘若被害人已經明確知悉行為人為HIV帶原者，且與HIV帶原者進行無保護之性交很有可能遭傳染HIV病毒（上述要件（A）），客觀上與HIV帶原者為無保護之性交也極有可能遭傳染HIV病毒（上述要件（B）），而仍決定要與行為人性交（上述要件（C）），即可認為行為人與被害人性交的行為無違法性而不成立重傷罪。

上述【例10】中，倘若身為教練的被害人知悉與尚未熟練之駕駛人一同上路，會產生與他人碰撞致死傷之危險（上述要件（A）），客觀上在駕駛技術尚未熟練時於道路上駕車行駛也極有可能發生碰撞導致死傷（上述要件（B）），而仍與行為人同行上路練習駕駛（上述要件（C）），即可認為學員於道路上駕車之行為無違法性而不成立過失致死罪。

上述【例7】中，倘若火勢已經有相當規模，而被害人對此

也有確認（上述要件（A）），客觀上進入火勢已具規模的火場極有可能發生死傷結果，（上述要件（B）），而仍決意進入火場（上述要件（C）），即可認為行為人放火或失火的行為除成立放火罪以外，因無違法性而不另成立過失致死的犯罪。

第二，在被害人未必能夠正確地評估危險時，即不具備上述要件（A），因此無法認為其所從事的冒險行為是其自由的行使，從而也應該認為其冒險行為無法阻卻違法。

以本文前述貳、所舉的實務事例而言，【事例4】中，考慮到死亡的被害人生前已經連續數日吸食行為人提供的數種毒品，且考慮到毒品成癮後的依賴，以及被害人死亡前毒品仍繼續對其身體與精神作用等事實，應難以認為其混和服用過量的毒品的行為是基於對危險的正確認識；【事例6】的被害人在酒醉且毒癮發作狀態下，即使是購買施用較少量的海洛因，但仍難以認為其購買海洛因後自行施打的行為，是基於對將毒品施打於當時之身體狀況後可能發生之危險的正確認識；【事例7】中，考慮到如判決所述，被害人既然不知短時間內大量飲用高濃度酒精即可能因酒精中毒致死，則難以認為其於短時間內喝下三分之二瓶0.6公升裝高粱酒的行為是基於對危險的正確認識；【事例12】中，考慮到被害人的頭部傷害有在其頭內者，因此難以認為其拒絕就醫的意思表示是清楚的認識到自己的傷勢及危險；【事例3】中，考慮到本件被害人在受訓過程中未曾受要求穿戴安全裝置，並不知道攜帶氧氣罩等措施應強制採取，則其返回繼續工作的行為也難以認為是基於對危險的正確認識，因此這樣的被害人冒險行為無法以被害人從事冒險行為作為理由阻卻違法。

以本文前述參、及肆、二、所引用的學說舉例而言，例如上述【例1】的被害人若僅因趕時間就穿越快車道，即難以斷定其必然是認識到有被撞死的危險仍進行違規行為；【例7】中的被

害人若僅因家人在起火的房子內，即進入火場救人，則也應認為是欠缺對於火勢所引發危險的正確認識，因此這樣的被害人冒險行為無法阻卻違法。

第三，在行為人應負的注意義務內容並不受被害人行動影響的情形，即使被害人基於正確的危險認識，且出於自己的意思從事上述的冒險行為，也不影響行為之違法性。

以本文前述貳、所舉的實務事例而言，例如【事例2】中，行為人所負的依照安全的工作規則的義務，即可認為是針對所有在該場所進行作業之人，並不考慮被害人是否自願冒險；【事例1】中，行為人所應遵循的垃圾車行駛的安全規範也是針對使用該車的全體清潔人員，並不考慮被害人是否自願攀附車外；【事例9】中，行為人安全駕駛確保乘客安全的義務，也是以全部的駕駛及乘車者為對象，也不考慮被害人是否願意冒險（即使被害人願意冒險仍應安全駕駛）。因此，在上述的事例中，即應該認為即使被害人基於正確的危險認識，且出於自己的意思從事上述的冒險行為，也無法排除行為人行為的違法性。

以本文前述參、及肆、二、所引用的學說舉例而言，例如上述【例8】與【例12】的情形，行為人安全駕駛確保乘客安全的義務內容與強度並不應認為會受乘客是否願意冒險影響；上述【例9】的情形，廚師安全衛生地料理食材，確保客人飲食安全衛生的義務與強度同樣不應認為會因客人自願冒險而受影響。因此，在上述各例中，即應該認為即使被害人基於正確的危險認識，且出於自己的意思從事上述的冒險行為，也無法排除行為人行為的違法性。

第四，在此必須補充的是，即使無法透過被害人進行冒險行

為的途徑阻卻違法，也未必當然就成立犯罪<sup>148</sup>。例如在本文前述貳、所舉的實務事例中，【事例1】雖否定被害人冒險行為對行為人刑責的影響，但是仍透過期待可能性的概念判決行為人無罪；【事例9】雖否定被害人冒險行為對行為人刑責的影響，但仍透過預見可能性的概念判決行為人等無罪。

## 伍、結論

本文以過失犯為素材，透過對於我國實務與學說的現況及問題加以考察並檢討分析，嘗試探求被害人因從事冒險行為所受侵害的刑事歸責問題。在此將本文上述研究內容之要點說明如下，作為總結：

第一，我國實務中已經可見相當的裁判處理了被害人因從事冒險行為所受侵害的刑事歸責問題，並且透過上述考察可知法院的有力趨勢是透過客觀歸責理論中的被害人自我負責原則加以處理。

然而，由於實務並未就其所採取的被害人自我負責原則加以闡述，且實際上實務的事例與被害人同意承諾的問題、行為人的注意義務或作為義務的問題，以及被害人是否為正犯的問題，均有關連，因此被害人自我負責的原則，乃至於被害人從事冒險行為時為何可阻卻歸責的問題是否有獨立的理論上意義，即成為問題。

第二，關於此一問題，我國學說目前的發展上，不論是在客觀歸責理論的被害人自我負責原則下，或者透過容許風險加以處理，大致上均以被害人自主決定的尊重作為重要的理由之一。然

<sup>148</sup> 參照：山口厚，前揭註132，頁98。

而這樣的見解在理論構造上將有不容易與被害人的同意或承諾加以區別的問題。一方面這樣的看法對於被害人從事冒險行為的事實上構造未必能充分掌握，一方面也可能導致與被害人同意、承諾無法區別而喪失獨立的理論上意義，從而在我國較為主流的學說脈絡下，對此問題的探討的實益即不易理解。

第三，學說與實務均指出被害人基於正確的危險認識進行冒險行為時，可能排除歸責或不法，但是在盡量不與被害人同意、承諾混同的考慮下，為何這樣的危險認識可以賦予被害人從事的冒險行為排除歸責的效力，即成為問題。

第四，透過本文的考察可知，不論採取透過否定因果歷程常態性達到免責、透過援用信賴原則的思考方式降低注意義務，以及透過基於自我負責的概念使被害人負正犯責任，使行為人負（不罰的）共犯責任的處理方式均有疑問，而無法直接採取。

第五，依照本文的檢討與分析，從被害人作為法益主體與其法益間的關係之觀點出發，可發現被害人進行冒險行為時，與被害人以同意承諾放棄法益時，儘管都有解除刑法對其法益之保護的效力，但是在被害人對於結果是否願意接受之點，即可發現兩者有不同的構造。並且，根據本文對我國實務事例的分析，可發現被害人從事冒險行為時，幾乎都是將冒險行為作為追求其他目的的手段，且考慮被害人作為法益主體本可對其法益自由地加以運用，則應認為被害人從事冒險行為可解除刑法對其法益保護的理由，在於被害人行使了「使法益陷入危險之自由」。本文認為，這種「使法益陷入危險之自由」，應作為制度性的利益加以掌握。被害人從事冒險行為如果具有行使「使法益陷入危險之自由」的意義，那麼其可具有使犯罪不成立的效果。並且，考慮到此種自由的行使適合透過違法性層次的利益衡量反映於刑法的犯罪成立判斷中，本文認為此一事由應在阻卻違法的層次加以定

性，將其作為被害人同意承諾以外的另一個不成文阻卻違法事由。

第六，在本文主張下，被害人倘若在（A）被害人對風險有正確的認識、（B）被害人所受的侵害結果需為其所從事的冒險行為所生之難以避免的結果、（C）被害人出於自由的意思決定從事該危險行為的要件下，其冒險行為即可對於該危險行為及可能伴隨的侵害結果發生排除犯罪成立的效果。

第七，若將這樣的理論構成適用於具體的事例，其範圍大致是：一、在滿足上述第六點所舉的要件時，原則上應即可認為被害人從事冒險行為受法益侵害的情況中，就其所生的損害，行為人的行為不具備違法性；二、在被害人未必能夠正確地評估危險時，即無法認為其所從事的冒險行為是其作為法益主體的自由的行使，因此無法解除刑法對於其法益的保護，從而應該認為其冒險行為無法阻卻行為人行為的違法性；三、在行為人應負的注意義務內容並不受被害人行動影響的情形，即使被害人基於正確的危險認識，且出於自己的意思從事上述的冒險行為，也無法阻卻行為人行為的違法性。

第八，當被害人從事的冒險行為無法排除歸責時，行為人也未必當然成立過失犯，仍需進一步檢討例如預見可能性或者期待可能性等犯罪成立的要件。

## 參考文獻

### 書 籍

- 王皇玉，刑法總則，新學林出版股份有限公司，5版（2019）。
- 何賴傑、林鈺雄審譯、李聖傑、潘怡宏編譯、王士帆、王玉全、王效文、古承宗、李聖傑、周漾沂、吳耀宗、徐育安、連孟琦、陳志輝、陳重言、許絲捷、許澤天、惲純良、潘怡宏、蔡聖偉譯、德國刑法典，元照出版有限公司，2版（2019）。
- 林山田，刑法通論（上冊），自版，增訂10版（2008）。
- 周治平，刑法總論，自版，5版（1972）。
- 林東茂，刑法總則，一品文化出版社（2018）。
- 林書楷，刑法總則，五南圖書出版股份有限公司，4版（2018）。
- 林鈺雄，新刑法總則，自版，7版（2019）。
- 陳子平，刑法總則，自版，4版（2017）。
- 許澤天，刑總要論，自版，2版（2009）。
- 許澤天，刑法總則，自版（2020）。
- 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南圖書出版股份有限公司，7版（2018）。
- 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版有限公司，4版（2012）。
- 蔡墩銘，刑法精義，自版，2版（2005）。
- 韓忠謨，刑法原理，韓聯甲出版，再版（1997）。
- 山口厚，刑法總論，有斐閣，3版（2016）。
- 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀編，大コメントタル刑法 第2卷，青林書院，3版（2016）。
- 井田良，講義刑法学・総論，有斐閣，2版（2018）。
- 内藤谦，刑法讲义总论（上），有斐阁（1983）。
- 内藤谦，刑法讲义总论（中），有斐阁（1986）。
- 西田典之、山口厚、佐伯仁志編，注釈刑法第1卷，有斐閣

(2010)。

►橋爪隆，正当防衛論の基礎，有斐閣（2007）。

## 期刊論文

- 井田良著（林琬珊譯），日本因果關係論的現狀——從相當因果關係說到危險現實化說，月旦法學雜誌，第276期，頁221-233（2018）。
- 李聖傑，風險變更之結果客觀歸責，中原財經法學，第7期，頁47-72（2001）。
- 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，第41卷第3期，頁981-1053（2012）。
- 周漾沂，風險承擔作為阻卻不法事由——重構容許風險的實質理由，中研院法學期刊，第14期，頁169-243（2014）。
- 柯耀程，客觀歸責，月旦法學教室，第24期，頁31-33（2004）。
- 許玉秀，檢驗客觀歸責的理論基礎——客觀歸責理論是什麼？（上），刑事法雜誌，第38卷第1期，頁30-62（1994）。
- 許玉秀，檢驗客觀歸責的理論基礎——客觀歸責理論是什麼？（下），刑事法雜誌，第38卷第2期，頁61-86（1994）。
- 黃惠婷，職業風險的客觀歸責，台灣本土法學雜誌，第82期，頁280-284（2006）。
- 山口厚，被害者による危険の引受けと過失犯処罰，研修，第599号，頁3-10（1998）。
- 小林憲太郎，被害者の自己保護義務と結果の帰責——危険の引き受けと被害者の素因を中心に，立教法学，第66号，頁47-66（2004）。
- 田中優輝，被害者による危険の引受けについて（一），法学論叢，第173卷第1号，頁48-68（2013）。
- 田中優輝，被害者による危険の引受けについて（三），法学論叢，第174卷第1号，頁57-80（2013）。
- 田中優輝，被害者の同意論から見た危険引受け論，刑法雜誌，第57卷第1号，頁99-114（2017）。

- 安達光治，被害者の危険引受け——客観的帰属論の立場からの問題解決，刑法雑誌，第57巻第1号，頁77-98（2017）。
- 深町晋也，危険引受け論について，本郷法政紀要，第9号，頁121-162（2000）。
- 塩谷毅，自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について（二），立命館法学，第247号，頁351-380（1996）。
- 塩谷毅，自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について（三），立命館法学，第248号，頁644-671（1996）。
- 塩谷毅，自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について（四・完），立命館法学，第251号，頁67-104（1997）。
- 橋爪隆，刑法総論の悩みどころ（第7回）過失犯の構造について，法学教室，第409号，頁110-124（2014）。

### 専書論文

- 山口厚，「危険の引受け」論再考，收錄於刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念，頁89-102，信山社（2003）。
- 佐伯仁志，因果關係論，收錄於理論刑法学の最前線，頁1-30，岩波書店（2001）。
- 佐伯仁志，因果關係（2），收錄於刑法総論の考え方・楽しみ方，頁60-79，有斐閣（2013）。
- 佐伯仁志，被害者の同意とその周辺（2），收錄於刑法総論の考え方・楽しみ方，頁223-235，有斐閣（2013）。
- 松宮孝明，「被害者の自己答責性」と過失正犯，收錄於過失犯論の現代的課題，頁245-264，成文堂（2004）。
- 島田聰一郎，被害者による危険引受，收錄於クローズアップ刑法総論，頁124-172，成文堂（2003）。

## 摘要

本文以我國實務事例為素材，探討被害人從事冒險行為受法益侵害時，如何判斷刑責是否歸屬於行為人的問題。本文發現使用客觀歸責理論的被害人自我負責原則，是我國實務最近的有力傾向。然而，除了此一原則本身與過失犯成否的關係並非自明，實務現狀也顯示此一問題與甚多其他刑法理論領域有關，與被害人同意或承諾也不易區別。其次，我國通說與少數說雖在要透過風險實現概念中的被害人自我負責原則或容許風險概念阻卻犯罪成立雖有不同，但在能否與被害人同意或承諾相區別及要件論設定上，仍均需再探討。其後，本文檢討有關的各解釋論面向後，主張被害人之冒險行為是行使「使法益陷入危險之自由」時，可解除刑法對其法益的保護，使行為人阻卻違法。亦即，本文將阻卻違法根據求諸被害人之冒險行為本身，同時在提出要件後，釐清此一阻卻違法事由的適用範圍。

## On Criminal Liability in Cases Where the Victim Has Engaged in Risky Behavior

Shih-Hsuan Huang

### Abstract

This article discusses criminal cases where victims engage in risky behavior and thereby compromise their own legal interests. We first scrutinize the judicial practice of Taiwanese courts and found that the principle of self-responsibility is applied in such cases. We note this practice raises many questions, including the difficulty of distinguishing this principle from the concept of victim's consent. Overall, we argue that the courts should apply a doctrine whereby a criminal conduct is considered justified when victims engage in risky behavior, since they have the freedom to jeopardize their own legal interests. This article also attempts to clarify the prerequisites and the scope of such a doctrine.

**Keywords:** victim's risky behavior, justification, doctrine of self-responsibility, victim's consent, freedom to jeopardize one's legal interest, allowed risk