



《高大法學論叢》

第 14 卷第 2 期 (03/2019), 頁 255-306

# 論風險變更 (Risikomodifikation) 案例在 刑法歸責體系的定位 —以德國學說為評析中心

黃奕文\*

摘要

本文討論風險變更結果歸責的難題，在客觀歸責理論幾近蔚為通說後，學說上對於所謂的風險降低的案例，原則上大多認為於客觀構成要件解決；而對於風險變更或是風險替代的案例，則認為原則上於違法性解決，例外於不可抗力因素介入時，阻卻客觀構成要件該當。近年來，更有部分德國學者嘗試重新定義因果關係、構成要件結果或是積極引入假設因果關係等規範性的思

---

\* 政治大學法研所刑事法學組研究生。

本文作者誠摯感謝三位匿名審查人之諸多寶貴意見，使作者得以充實文中不足之處，惟文責當由作者本人自負。

投稿日期：03/27/2018；接受刊登日期：12/18/2018

責任校對：葉蕙禎

考，希望將所有風險降低或變更案例提前於構成要件解決，而不再落入違法性階層予以評價。

然而，以下本文將於討論以上學說趨勢後，嘗試反駁上述以假設因果關係重新定位風險變更案例的想法，本文將指出，無論是學說上提出的風險降低以及風險變更，其實它們涉及的都是二個不同風險的替換，而不是同一個風險的變化，是以，基於風險替換涉及法益大小比較的問題，應該全面於違法性階層加以解決。此不但具有學理上的討論價值，更重要的毋寧在於，本文之意見對於被害人的自我決定權和醫療刑法的病人自主，饒富法理上意義。是以，本文於討論完抽象的法理基礎後，便嘗試將觀察視角拉回醫療刑法上有關於風險變更的思考，於此，本文討論了我國醫療刑法上一個歷久不衰的爭議—告知後同意原則（**Informed Consent**），試圖由基礎理論落實至具體的實踐層次，示範本文提出標準之可操作性。

# **On the Location of Risiko Modifikation Case in the System of Criminal Liability**

## **-Focusing on German Theory**

Yi -Wen Huang<sup>\*\*</sup>

### **Abstract**

This article discusses the problem of risk changes, the theory of objective attribution almost universal, the doctrine of the so-called case of risk reduction, in principle, most of them considered in the objective elements of the solution; and for risk changes or risk alternatives case, Then it is considered that, in principle, when illegality is to be resolved, except when the force majeure is involved, the obstruction of the objective constitutional elements should be avoided. In recent years, some German scholars try to redefine causal relationships, the formation of the elements of the results or the positive introduction of hypothetical causal relationships and other normative thinking, hoping all the risk reduction or change cases in advance of the constituent elements to solve, and no longer fall under the law Class to be evaluated.

However, after discussing the above trend, this essay tries to disprove the above-mentioned idea of repositioning the case of risk change based on hypothetical causality. This article will point out

---

<sup>\*\*</sup> Postgraduate student of Chengchi University, major in criminal law.

that both the doctrine proposed risk reduction and risk change actually involve two The replacement of different risks, rather than the same change of risk, therefore, based on the risk of replacement involves the size of the legal benefit comparison, should be comprehensive in the illegitimate class to be resolved. This not only has the value of academic discussion, but more important rather, the opinion of this article is of great significance to the victim's self-determination and patient autonomy in medical criminal law. Therefore, after discussing the abstract legal basis, this article attempts to bring back the observational perspective to the medical criminal law. This article discusses a long-standing dispute in Taiwan's medical criminal law- Informed Consent. Try to implement the basic theory from the basic theory to the specific level of practice, and demonstrate the operability of the standard.

# 論風險變更 （Risikomodifikation）案例在 刑法歸責體系的定位

—以德國學說為評析中心

黃奕文

## 目錄

壹、問題提出

貳、德國學界對於風險變更結果歸責的處理模式介紹

一、多數意見：原則僅能阻卻違法；例外得以阻卻客觀歸責

二、Samson 的加強原則（Intensivierungsprinzip）：重新定義構成要件結果

三、Puppe 的意見：不具有因果關係

四、Kindhäuser：風險變更應於違法性處理

參、本文對於風險變更案例所認可的處理模式

一、不同意見之整理

二、基本質疑

三、對 Puppe 和 Samson 的反對意見

四、本文立場

肆、本文對實務可能產生的具體影響—以醫療案件為核心

一、緒說

二、告知後同意法則之實務與學說意見分析

伍、結論

關鍵詞：風險變更、緊急避難、推測承諾、義務衝突、告知後同意

Keywords: Risk Modification, emergency shelters, speculative commitments, obligations conflict, Informed Consent

## 壹、問題提出

1970 年，德國學者 Claus Roxin 彙整了自 Karl Larenz、Richard M. Honig 等學者的歸責概念，彙整出客觀歸責理論（objektive Zurechnungslehre）的體系<sup>1</sup>，而在我國留德學者於 80—90 年代的努力引介下，迄今於我國學界已然蔚為風潮，似乎有成為「學界通說」之勢<sup>2</sup>。客觀歸責理論擬處理之對象，早年

---

<sup>1</sup> Vgl. Claus Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970, S. 133 ff.

<sup>2</sup> 國內文獻闡述客觀歸責理論者，實屬汗牛充棟，可參見：許玉秀（1997），〈檢驗客觀歸責的理論基礎—客觀歸責理論是什麼？〉，《主觀與客觀之間》，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 0，頁 219-280，臺北：春風煦日論壇；許玉秀（2000），〈客觀歸責與因果關係〉，《刑法的問題與對策》，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 4，二版，頁 121-148，臺北：春風煦日論壇；許玉秀（2000），〈客觀歸責理論的回顧與前瞻—記一段我國刑法理論的繼受里程〉，韓忠謨法學教育基金會主編，《刑事思潮之奔騰：韓忠謨教授紀念論文集》，頁 75-125，台北：財團法人韓忠謨教授法學基金會；林山田（2008），《刑法通論（上）》，增訂十版，頁 224，臺北：作者自版；林東茂（2012），《刑法綜覽》，七版，頁 1-80，臺北：一品；林鈺雄（2014），《新刑法總則》，四版，頁 162-180，臺北：元照；張麗卿（2009），〈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〉，《法學新論》，13 期，頁 1-29；王皇玉（2012），〈醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起〉，《臺大法學論叢》，41 卷 2 期，頁 737-741；許恒達（2011），〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《臺大法學論叢》，40 卷 2 期，頁 707-788；李聖傑（2001），〈風險變更之結果客觀歸責〉，《中原財經法學》，7 期，頁 47-72。反對客觀歸責理論者參見：黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 339-355；周漾沂（2014），〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，43 卷 4 期，頁 1469-1524。德文文獻之整理請參見：Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Aufl., 2006, §11 Rn. 44 ff.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. AT, 5. Aufl., 1996, S. 277 ff.; Johannes Wessels/ Werner Beulke/ Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013, Rn. 176 ff.

雖有歧見，但已慢慢趨於一尊，大致上多數學者認為，客觀歸責理論係為了限縮因果關係的必要條件理論（*conditio-sine-quanon*）牽連過廣的缺陷，並對因果關係加以評價，係一「評價論」的範疇。然而，關於客觀歸責的細部問題和路線爭議，彼邦學者和我國學者則是意見紛陳，可以說迄今仍然未達到一致的共識。

此一分歧也體現在風險變更（*Risikomodifikation*）的結果客觀歸責中，按客觀歸責理論經過 Roxin 的細緻化後，大部分學者均接受風險製造（*Risikoschaffung*）和風險實現（*Risikoverwirklichung*）為其下位規則<sup>3</sup>，也多半認為單純的風險降低（*bloße Risikoverminderung*）<sup>4</sup>根本並非製造風險的行為，後者所指涉的如行為人基於傷害被害人之認知，撥開一顆即將擊中被害人頭部的巨石，導致被害人肩膀受傷害<sup>5</sup>。但是，在所謂的風險變更或稱風險變形的情況中，學說之間便產生了嚴重的分歧。所謂的風險變更或變形，所指涉的經典案例如【火災救嬰案】，在該案例當中，女嬰的父親為了避免其女兒遭到濃煙嗆死，而將其由二十層樓之高處丟下，最後該嬰兒死於墜樓。這種「墜樓」風險的創設，雖然導致了死亡結果的產生，然而，倘若我們回溯性的加以思考，也就是父親不對該女嬰做出拋出火場的決定時，女嬰有幾近確定的可能性會葬身於濃煙密布的屋內，在

---

<sup>3</sup> Wolfgang Frisch 教授反對將製造風險納入客觀歸責體系處理，蓋其認為客觀歸責涉及的毋寧是結果歸責的問題，而製造風險層次擬處理的多為行為合致性的議題，故其認為應以氏提出的構成要件行為理論加以處理。對此已見 Wolfgang Frisch 著，蔡聖偉譯（2011），〈客觀之結果歸責——結果歸責理論的發展、基本路線與未決之問題〉，《法學新論》，32 期，頁 42-43。

<sup>4</sup> 此翻譯參考李聖傑，同前註 2，頁 4 的用語。

<sup>5</sup> 案例參見 Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 53.



此一來，我們整個思考是否就必須轉彎呢？

對於【火災救嬰案】，我們可以發現風險變更的前提，是建立在所謂的假設因果流程（*hypothetische Kausalverläufe*）之上，關於假設因果流程在犯罪審查體系中的定位，法制史上素有爭論，德國現今通說認為，在結果原因與結果歸責分家後，結果原因涉及的是不牽涉價值判斷的、純粹邏輯學的思考；帶有價值判斷或評價色彩的討論已經挪移至結果歸責來做處理。故在結果原因的判斷上，德國通說和我國學者多半採取的是一種「具體結果」的條件理論，而認為即便是同一被害人死亡的結果，但只要是不同的死亡時點、死亡地點及死亡原因或方式，就是不同的具體結果<sup>6</sup>。從這裡我們可以得出，通說已經放棄在因果關係的判斷上置入假設性的因素，不過在歸責關聯的結果歸責檢驗中，我們可以發現，假設的合法替代行為（所謂的義務違反關聯性）仍然是過失犯結果歸責的檢驗重心，而其本質就在於假設因果流程的運用；而另外一個運用假設因果流程的便是本文要討論的風險變更的問題。在此我們可以得出，無論是客觀歸責理論中的製造風險層次（風險變更）或是實現風險層次（義務違反關聯性）都可能存在著假設因果流程的問題。

本文以下擬檢討的重點在於風險變更的結果歸責的檢驗。德國和我國學說對於風險變更的情形，是否得以排除結果歸責，有著令人眼花撩亂的意見。比較多數的看法認為<sup>7</sup>，從堅持行為規範和法益保護的立場出發，原則上風險變更是行為人創造了一個全新的風險，在堅持法益保護的思考下，應該不得排除客觀歸責，而原則上應該於違法性階層加以處理；也有認為，應該對因果關係的結果加以重新詮釋，而認為倘若該替代行為沒有使結果

---

<sup>6</sup> Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 13-14.

<sup>7</sup> 參見以下（貳、一）之說明。

變得更差時，那麼連因果關係都不具備<sup>8</sup>；Erich Samson 教授也於 1972 年提出加強原則（Intensivierungsprinzip），認為這種風險變更倘若沒有加速結果產生，則得以於構成要件的層次加以處理，毋庸落入違法性的討論<sup>9</sup>。本文以下將一一分析學者之間的不同見解，最後提出本文對於風險變更結果歸責認可的處理模式。必須要先予以說明的是，以下討論之基礎係建立在「將客觀歸責理論定位於構成要件階層」加以論述，至於文獻上有部分論者爭執是否應將客觀歸責理論之運用延伸至違法性階層，不在本文的討論範圍之列。

## 貳、德國學界對於風險變更結果歸責的處理模式介紹

### 一、多數意見：原則僅能阻卻違法；例外得以阻卻客觀歸責

關於風險變更的結果客觀歸責，德國學界比較多數的看法認為，在上開提及的【火災救嬰案】中，雖然因為行為人的介入導致原本構成要件結果的風險沒有發生，不過，行為人也因此創造了一個全新的風險，導致死亡結果仍然發生，此時依照 Roxin 等多數學者的意見，只能考慮適用德國刑法第 34 條之緊急避難（Notstand）或是推測的承諾（mutmaßliche Einwilligung）<sup>10</sup>。多數學者的意見主要是由法益保護作為出發點，例如 Roxin 指出，刑法規範的禁止或誡命規定，原則上不會因為結果的必然發生即放棄

---

<sup>8</sup> 參見以下（貳、三）之說明。

<sup>9</sup> Erich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 96 ff. zitiert nach: Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 61.

<sup>10</sup> Vgl. Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 54; Ebenso Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, a.a.O. (Fn. 2.), § 28 IV 2.

其本身的規範目的，進而放棄對於被害者的法益保護，此一討論已經涉及到阻卻違法緊急避難的評價範疇，並非客觀歸責所能夠承載，準以此言，原則上不得以假設的因果歷程排除歸責<sup>11</sup>。

然而，多數學說於大自然不可抗力介入時，認為可以例外地於構成要件排除行為人的歸責，學說多半舉【火車扳道工案】來說明。【火車扳道工案】的案例大致如下：一條鐵軌在某個位置分岔成兩股道，它們相互平行地往北延伸並貫穿一片開闊的山間峽谷。鐵軌分岔的道口是由一名扳道工 W 負責控制；因此，W 可以將從南面駛來的列車引至右軌道或左軌道上。每天的下午 5 點，由 L 駕駛的機動車都會駛過該岔道口，而 W 也總會將其引至左軌道上。一天，由於發生山崩，故兩條軌道均被滾下的碎石所覆蓋。W 一如既往地將機動車引向左軌道，致使 L 死於非命。但即使 L 在右軌道上行駛，他也極有可能仍然會罹難身亡<sup>12</sup>。在此一案例中，多數學者認為，應該例外排除此扳道工的歸責。依照他們的看法，主要理由一方面在於我們於「該行為對於保護客體的危害」以及「刑罰動用必要性」二方利益衡量後，認為此時基於刑法謙抑原則，應該沒有刑法介入的必要性；另一方面，從刑法規範的目的以及本質出發，在這種大自然不可抗力情形中，行為人的行為只是修正了結果發生的實際情形，並沒有加速構成要件結果的發生故行為人的行為並未動搖刑法規範的本質，故刑法並無出動干預的必要<sup>13</sup>。以下將詳細說明其理由。

Roxin 教授指出，從行為對保護客體的危害以及刑罰動用必

---

<sup>11</sup> 整理已見李聖傑，同前註 2，頁 8-9；許玉秀，〈檢驗客觀歸責的理論基礎—客觀歸責理論是什麼？〉，同前註 2，頁 256-257。

<sup>12</sup> 本文案例參考自 Urs Kindhäuser, Risikoerhöhung und Risikoverringerung, ZStW 2008, S. 499. 最早設計該案例者為 Erich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 98, zitiert nach: Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 61.

<sup>13</sup> 國內文獻參見李聖傑，同前註 2，頁 10。

要性二方利益衡量出發，行為人對於現有自然因果歷程的改變，並沒有改變結果發生的狀況，毋寧僅僅是修正了結果發生的歷程或是方式，從刑法規範的角度出發，法規範存在的目的是為了保護法益客體的狀態不會變得更差，然而，在上述的【火車扳道工案】中，事實上的狀況是，行為人的法益並沒有因為工人的指揮行為而變得更差，蓋倘今天其為一合乎義務的行為，結果依然會因為大自然的不可抗力因素而發生，準此，在扳道工案當中，應該例外得於客觀歸責排除該工人的責任<sup>14</sup>。

## 二、Samson 的加強原則（Intensivierungsprinzip）： 重新定義構成要件結果

Erich Samson 對於風險變更的結果客觀歸責，於 1972 年提出所謂的加強原則（Intensivierungsprinzip）加以說明。Samson 的加強原則的基本構想在於假設因果流程，氏認為，必須要重新定義所謂的構成要件「結果」，唯有在行為人的行為加速了結果的發生，或者是構成要件擬保護的法益狀態與介入假設因果歷程後相比，變得更差時，才能被認為是構成要件結果<sup>15</sup>。Samson 舉生命法益受侵害的死亡為例，傳統見解對於生命法益受侵害的定義係以特定人的死亡，作為構成要件的具體結果，但是 Samson 認為，人的生命終究會有終結的一天，有可能是因為年老、生病或重傷，此為一個既定而不會改變的事實，所以以死亡作為殺人罪的構成要件結果，並不恰當<sup>16</sup>。

是以，Samson 認為，在加強原則的運用下，對於生命法益受侵害必須要做二個時間點的思考，一為現實上發生的自然因果

---

<sup>14</sup> Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 62.

<sup>15</sup> Erich Samson, a.a.O. (Fn. 9.), S. 100. 轉引自：李聖傑，同前註 2，頁 17。

<sup>16</sup> Erich Samson, a.a.O. (Fn. 9.), S. 96 ff. 轉引自：李聖傑，同前註 2，頁 17。

流程，另一個為假設的因果流程，在實際上發生死亡結果的時間點與抽離了行為人的行為後，因為假設流程的存在而發生死亡的時間點，對照二者之後，氏以「縮減生命」定義為殺人罪的構成要件結果<sup>17</sup>。Samson 的意見認為，在【火車扳道工案】，考量假設的因果流程之後，扳道工人之引導行為並沒有加速死亡結果發生，所以客觀構成要件不該當<sup>18</sup>。Samson 以生命縮減來定義構成要件結果，只是作為前導性的導引案例，依照他的看法，加強原則得以適用於所有結果犯<sup>19</sup>。

關於 Samson 的加強原則，國內文獻中有學者對該理論提出相當詳盡的介紹與分析，並於基本立場上採取肯定的評價。學者指出，Samson 的加強原則並未否定行為與結果之間的因果關聯，而是在肯定行為與結果之間具有實際上的因果關聯後，進一步地對構成要件結果加以重新定義為「系爭行為加速了結果的發生」。更詳細地說，Samson 是於確定了因果關係後，再於構成要件結果加入規範性的評價，而納入假設性因果流程的思考<sup>20</sup>。學者認為，「就加強原則本身而言，它提供了存在假設因果關係時，從法益被侵害的程度和結果避免可能性出發，一個相當清楚的價值標準，不過，我們也必須坦承，在多數意見已經截然劃分結果原因和結果歸責後，結果原因涉及的是不牽涉價值判斷的本體論思考，但是加強原則在構成要件結果上，直接涉入了假設因果流程的價值性論斷，故可能會造成犯罪判斷體系階層上的混淆」<sup>21</sup>。

是以，學者指出，「在肯定加強原則帶給我們一個非常清楚

---

<sup>17</sup> Erich Samson, a.a.O. (Fn. 9.), S. 96 ff. 轉引自：李聖傑，同前註 2，頁 17。

<sup>18</sup> Erich Samson, a.a.O. (Fn. 9.), S. 98. zitiert nach: Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 61.

<sup>19</sup> Erich Samson, a.a.O. (Fn. 9.), S. 100. 轉引自：李聖傑，同前註 2，頁 18。

<sup>20</sup> 整理自：李聖傑，同前註 2，頁 19。

<sup>21</sup> 李聖傑，同前註 2，頁 20。

的規範價值衡量後，我們就有義務釐清它在犯罪判斷體系的定位。可茲思考的方向在於，加入所謂的風險關聯（Risikozusammenhang）上位概念，如此一來，既能維持結果原因為純粹本體論的判斷，又能妥適地於風險關聯部分，給予一個具體阻卻構成要件該當性的標準，不失為一個考量」<sup>22</sup>。

本文認為，Samson 加強原則基本上有二點值得思考的重點，其一為形式上的問題；其二則為本質上的問題。首先，形式上的問題係指我們究竟應於何一階層討論結果變化與法益侵害之間的關聯性，必須要認知的是，Samson 並非在結果歸責這個評價論階層才排除歸責，但也不若下述的 Puppe 直接排除現實上的因果關係，而是介於二者之間—排除構成要件結果，本文認為，要肯定此一命題，還是必須回到本質性的思考，申言之，加強原則本質上無疑是運用了假設的因果流程，而假設性因果流程乃一種規範性的歸責想像，蓋其不僅是考量實際上的因果流程，更強調假設事件與實際發生間的法益衡量。近年來，彼邦學者如 Frisch 的學生、阿根廷籍的 Sancinetti 更激進地強調，應該全面於客觀歸責理論採納假設因果關係，並提出傳輸原則（Übertragungsprinzip）判斷歸責與否<sup>23</sup>，Sancinetti 在文中舉出一【乘船案】如下：今天有某 B 擬登上某輪船，然而在登船之際卻因某 A 的過失傷害而住進醫院，而於 3 個月後不治身亡，事後證明某 B 擬乘坐之船在駛航後 2 天即遭遇海難，Sancinetti 認為，此時不應該歸責於某 A，因為第二個行為（某 B 擬登船是第一行為，某 A 過失傷害是第二行為）並沒有更加惡化法益

---

<sup>22</sup> 李聖傑，同前註 2，頁 20-21。

<sup>23</sup> Marcelo A. Sancinetti, Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie, ZStW 2008, S. 692 ff; ders., Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre, in: Pawlik/ Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, 2007, S. 583 ff.

狀態，故應逆轉歸咎於第一行為，Sancinetti 的傳輸原則，顯然是將現實上已經發生的實害和假設的因果流程作風險衡量的比較，在文獻上也有採取相類似看法者<sup>24</sup>。

然而，有疑問的是，倘若我們全面地於構成要件階層採納假設因果關係，必須回答的問題有：(一) 是否混淆了構成要件階層和違法性階層各自的任務，說得更清楚一點，構成要件階層的任務，多數認為並不涉入二個以上不同或相同法益的價值衡量，此毋寧應是違法性階層的任務；(二) 倘若完全接納假設因果關係，那麼結果歸責階層便成為純粹規範性的歸責理論，雖然並不能立即推論規範性歸責理論即為錯誤的思考，但事實與規範的區分，真的能夠如此截然切斷嗎？(三) 假設性的流程完全憑藉著虛擬的、客觀理性第三人的想像，無疑是無所依傍的浮萍，讓審判者於下論斷時處於一個假設的真空世界中，恐會有裁判不公正的產生。在筆者看來，如果以上三個質疑均能合理的被推翻，那麼，我們才能全面地接納假設的因果歷程。

### 三、Puppe 的意見：不具有因果關係

德國波昂大學退休教授 Ingeborg Puppe 指出，對於風險變更的客觀歸責問題，並非阻卻客觀歸責，亦非阻卻違法的問題，毋寧應認其欠缺因果關係。在此有必要先對 Puppe 對因果關係迥異於傳統通說的意見做說明。

通說對於因果關係與客觀歸責的界分標準在於，前者為一純粹事實面向而不摻雜評價色彩的自然律問題，而後者為規範評價

---

<sup>24</sup> Marcelo A. Sancinetti, *Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie*, ZStW 2008, S. 670; Ebenso Andreas Hoyer, *Überbedingte berbedingte erfolge*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 186 ff; ders., *Kausalität und/oder Risikoerhöhung*, in: Rogall/ Puppe/ Stein/ Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 103 f.

的問題，因此二者係互不干涉的獨立領域。然而 Puppe 反對這種區分，她認為，在客觀歸責理論的檢驗上，仍然要依附於事實的認識上，因為沒有事實內容的規範評價是沒有任何意義的。客觀歸責理論所要求的不受容許風險與實現風險之間，抑或是規範保護關聯其實都是一種因果律的檢驗<sup>25</sup>。Puppe 首先反對通說所支持的具體結果理論，她認為，具體結果理論蘊含著一種預先評價的前提假設，蓋通說認為，如果一個條件具有因果關係，那麼便可以認為這個條件對於結果的具體化是有意義的，而加入對於具體化的描述之中，反之則否。Puppe 認為這種具體化蘊含了一種語言描述的恣意操控可能，更是把結論當成前提的倒果為因<sup>26</sup>。

Puppe 在教科書指出，具體結果的條件理論的適用，會取決於我們對於結果描述精細度的高低。她在 2002 年的刑法總則教科書中以帝國法院真實案例【塵衣幫助案】<sup>27</sup>作為教科書之開場案例。本案涉及幫助犯因果關係的問題：被告被指控提供 K 一件藍色的、沾滿灰塵的襯衫，使 K 要伏擊被害人 P 時難以察覺，被告後來被帝國法院認構成傷害罪的幫助犯，蓋法院認為幫助行為僅須促進結果發生即可，而不需要因果關係存在<sup>28</sup>。相較於帝國法院的說法認為因果關係於本案中無關緊要，Mezger 對該判決表示了反對立場，Mezger 早在 1949 年即認為，帝國法院忽視幫助犯的因果關聯是有疑問的，本案中，行為人提供該沾滿灰塵的襯衫無疑是具體結果的一部分，故不應忽略因果關係之檢驗而以促進

---

<sup>25</sup> Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Band 1 (以下簡稱:AT), 2002, §2 Rn. 1. 在 2015 年的文章中，Puppe 重申了此一看法，vgl. Ingeborg Puppe, *Das System der objektiven Zurechnung*, GA 2015, S. 203 ff.

<sup>26</sup> Ingeborg Puppe, Ebd. AT, §1 Rn. 1 ff.; *dies.*, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, ZStW 92 (1980), S. 872 ff., 878ff.

<sup>27</sup> RGSt 8, 267

<sup>28</sup> Puppe, a.a.O. AT (Fn. 25.), §1 Rn. 1.



公式為之。相對於此，Puppe 認為，【塵衣幫助案】中，倘若採取通說之具體結果理論來決定幫助犯的因果關係，其關鍵便會在於我們如何描述「構成要件結果」。如果該件沾滿灰塵的襯衣係傷害罪構成要件結果描述的一部分時，那麼該襯衫的顏色也就會決定該結果之描述。在具體示範上，穿上白襯衫與藍色外衣毆打被害人與穿上深藍色的襯衫與灰色外衣毆打被害人的傷害結果是迥然有別的<sup>29</sup>。這種構成要件的具體結果的描述將取決於法官心中對於該事實的假設，是開啟恣意審判和裁判不公正的一大成因<sup>30</sup>。

Puppe 認為，真正要處理好因果關係的問題，必須重新思考何謂「構成要件結果」，應該避免如上述通說之具體結果理論，產生先射箭再畫靶以及恣意描繪結果的謬誤。她認為我們應該回到構成要件本身出發，來定義所謂的構成要件結果<sup>31</sup>。氏於書中指出，構成要件結果是對於法益客體 (Rechtsgutobjekts) 的不利益變動 (原文: Ein Erfolg ist die i.S. des jeweils geschützten Rechtsguts (Interesses) nachteilige Veränderung an einem Rechtsgutobjekt)<sup>32</sup>，而非法益客體本身。申言之，法益客體存在本身並不是構成要件結果的一部分，故並不需要將其納入因果關係的檢驗當中。例如遭到謀殺的被害人，其母親生下他的行為；醫生拯救被害人的行為或是加害人毀損花瓶前，「為該花瓶上色之畫家」的上色行為，在 Puppe 的眼裡均不具有因果關係，因為他們均無造成法益客體的不利益變動。學說上雖然有認為這些行為可以用不被禁止的行為 (Verhalten nicht verboten) 或是不具備社會相當性，但 Puppe 認為這些說法是不必要且多餘的，因

---

<sup>29</sup> Puppe, a.a.O. AT (Fn. 25.), §1 Rn. 4.

<sup>30</sup> 同樣認為具體化的結果無意義者 vgl. Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1. Aufl., 1989, S. 91.

<sup>31</sup> Ingeborg Puppe, a.a.O. AT (Fn. 25.), §1 Rn. 10 ff.

<sup>32</sup> Ingeborg Puppe, a.a.O. AT (Fn. 25.), §1 Rn. 12.

為重點毋寧應置於法益結果的變化，而不是法益客體本身<sup>33</sup>。

從這個觀點進一步衍伸，Puppe 認為構成要件結果原則上是可以被量化的結果（quantifizierbare Erfolge）。她區分了三種情形（一）變化量增加的情形（二）變化量減少（三）不可量化的情形。例如 Roxin 所舉的德國刑法第 313 條【決水案】的例子，行為人倒了一桶水到已經氾濫的洪水中<sup>34</sup>。通說認為在【決水案】當中，按照條件理論的檢驗可以認為該行為人具有因果關係，而是在客觀歸責理論中以各種方式排除歸責：Roxin 認為並沒有製造法律所不容許的風險<sup>35</sup>；Maurach/Zipf 認為此行為不具有社會相當性<sup>36</sup>；而 Jakobs 則認為此並無造成規範信賴的落空<sup>37</sup>。Puppe 則認為上面三種說法都是建立在承認具體結果理論後，所得出有問題的解釋，問題實際上並非客觀歸責的範疇，毋寧應在於構成要件結果的重塑。Puppe 提出了一個判斷構成要件結果的公式：「如果沒有行為人之行為，可量化結果之一部分是可以說明因果關係時，那麼我們就不應該將整個結果歸咎於行為人」<sup>38</sup>。從這個公式出發，【決水案】中的行為人傾倒一桶水到氾濫的河水當中，其行為與「其所傾倒的水量」之間有因果關係，但是如果沒有行為人傾倒的行為，可量化結果的另一部分（氾濫河水的部分）便得以說明與最終決水罪構成要件結果間的因果關係，我們在此就不能夠將結果歸咎給倒水之行為人。而在風險降低的情形中，Puppe 也不認為該情形存有刑法意義上的因果，蓋由其出發

---

<sup>33</sup> Ingeborg Puppe, a.a.O. AT (Fn. 25.), §1 Rn. 14.

<sup>34</sup> Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 55.

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> Reinhart Maurach/ Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 7. Aufl., 1989, §18 Rn. 30 f.

<sup>37</sup> Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, §7 Rn. 15.

<sup>38</sup> Ingeborg Puppe, a.a.O. AT (Fn. 25.), §1 Rn. 21.

點—法益客體的不利益變動—去思考，在風險降低的案例中根本不存在不利益的變動，故其不認為此時存在一構成要件結果，而非如客觀歸責理論者所言，在結果原因階層承認其具有因果關係，在結果歸責階層方認其非製造風險，排除歸責關聯。

總結上述，Puppe 和通說對於因果關係有著截然不同的思考<sup>39</sup>，她的結果定義是一種被價值規範處理過的客體<sup>40</sup>，申言之，多數學說認為結果原因是不涉入價值判斷的檢驗過程，然而 Puppe 打從一開始就反對此項前提，而將 Kant 的名言：「沒有概念的直觀是盲目的，沒有內容的思想是空洞的」奉為圭臬，認為事實和規範無法截然二分，也不應該二分，毋寧應彼此交互對照才有意義。不過，Puppe 並非反對客觀歸責理論，氏反對的僅是通說不嚴格定義構成要件結果，而將所有問題一律丟到容許風險來做思考。

本文認為，Puppe 的對於構成要件結果的思考，確實值得我

---

<sup>39</sup> 另外，Puppe 除了構成要件結果和通說有著不同的思考外，她對於原因（條件）的要求也和傳統必要條件理論不同。關於 Puppe 的思考脈絡，參見 Ingeborg Puppe, a.a.O. AT (Fn. 25.), §2 Rn. 68 ff; dies., in: Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch 5. Aufl., 2017, Vor §13 Rn. 109-110; dies., Alternative Kausalität und notwendige Bedingung, ZIS 2012, S. 267 f; dies., Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel, GA 2010, S. 555 ff. 國內文獻參見李聖傑（2002），〈因果關係判斷在刑法中的思考〉，《中原財經法學》，8 期，頁 141-144；李聖傑（2007），〈因果關聯的發展在實務實踐的光與影〉，《台灣本土法學雜誌》，101 期，頁 173；蔡聖偉（2013），〈論幫助行為之因果關係〉，《政大法學評論》，134 期，頁 32-33（和註 100）；徐育安（2015），〈不作為犯之因果關係〉，公益信託東吳法學基金主編，《不作為犯的現況與難題》，頁 179，臺北：元照。

<sup>40</sup> 李聖傑，同前註 2，頁 13；Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 22. 不過和 Puppe 採取相同見解的 Kindhäuser 反駁 Roxin 認為她／他們係對於因果關係為規範化 (Normativierung)，Kindhäuser 指出此處僅對於純粹「經驗上因果」分析所涉及對象進行確定，對此參見 Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 483 (Fn. 11.).

們進一步反思何謂刑法上有意義或應該被處理的結果，但是不容否認的是，其處理模式也打破了德國現行通說對結果原因和結果歸責的體系思維。在這裡我們可以思索的是，規範評價和事實究竟能否截然二分？筆者坦承，要截然劃分無疑是有困難的，而哲學史上 David Hume 對於規範和價值的二分，也早已遭到許多質疑，故 Puppe 的理論確實帶給吾人深刻的反思。不過回到風險變更結果歸責的思考，關鍵的重點無非在於，這種涉及變更或替代的假設流程的問題是否適合在構成要件階層討論，又或如下述 Kindhäuser 教授的意見，認為此並非構成要件的問題，而係一純粹的阻卻違法緊急避難、義務衝突或推測承諾的議題，惟有釐清此一前提，Puppe 的構成要件結果理論才会有顯而易見的優勢。

#### 四、Kindhäuser：風險變更應於違法性處理

##### （一）對於【風險降低】迥異於通說的看法

Kindhäuser 在【風險降低】以及【風險變更】的處理上，和多數客觀歸責理論論者有著不同的思考。首先是風險降低的情形，通說接納 Roxin 的說法，認為這裏並無製造或升高一不受容許的風險，但 Kindhäuser 認為毋寧應該分為三種情況來加以討論。首先，第一種情形是「真正風險降低」的情況，例如氏於文中指出的【出水口案】，倘若今天某甲將出水口堵住而降低了洪水的規模，Kindhäuser 和 Puppe 的思考方向一致，認為此並不涉及的歸責關聯的規範評價，而是不具有構成要件結果。Kindhäuser 肯定 Puppe 對於因果關係的定義，亦認為構成要件結果必須造成法益負價值的變動，而在【出水口案】中某甲排除了部分的風險因素，其不具因果關係，也就毋庸去論究客觀上是否得以排除歸責<sup>41</sup>。

---

<sup>41</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 491.

第二種情形涉及到的是假想的風險，Kindhäuser 評論了由 Sancinetti 提出的案例。Sancinetti 在 Jakobs 的祝壽論文集提出【樑柱案】，該案例事實如下：在一個工地上，起重機正在為了建造一棟大廈的屋頂而運樑柱。工人某 A 偶然發現，樑柱已從起重機上脫落，並且據他估算，將砸向工人 B；於是，A 向 B 呼喊，要他儘快朝向某個方向逃離，B 也跑開了，但樑柱卻正好往 B 奔跑的方向墜落並擊中了 B<sup>42</sup>。Sancinetti 提出了以下論點：如果相較於 B 於被呼喊前所處的位置，B 在其意圖跑向的位置被樑柱擊中的風險要低一些，那麼雖然 A 呼喊的行為與死亡結果發生之間有條件因果關係，但由於他降低了死亡結果出現的風險，所以不能將結果歸責於他。

Kindhäuser 對於【樑柱案】中以客觀歸責排除某 A 的責任並不贊同，並認為 Sancinetti 在本案中混淆了「實際上的風險」和「對實際風險的認識可能性」，而誤將「假設的風險降低」當作「實際上的風險降低」。他認為，實際上而言，A 呼叫的行為與 B 死亡結果發生之間有條件因果關係，又於受到各種條件決定的世界上，吾人要考量的毋寧僅是實際上發生的情形，從實際上的風險觀察之，A 呼叫的行為不會是降低風險，反倒是製造並升高了風險<sup>43</sup>。其次，對於實際風險的認識可能性而言，可能有三種不同的態樣：第一種是具備了準確判斷事實所必須之所有知識的「世界精神」，不過 Hegel 所稱的世界精神僅為一種理想，實際上很難存在一類「預測」與「現實發生」能夠完全吻合的人物，故對於解決問題並無助益<sup>44</sup>；第二種態樣是具有專業知識的從業人員，他於文中指出判斷的爭議：暫且不論專業人士也可能會犯

---

<sup>42</sup> Marcelo A. Sancinetti, Jakobs-FS, a.a.O. (Fn. 23.), S. 583, 594 f.

<sup>43</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 492.

<sup>44</sup> *Id.*

錯，更大的難題毋寧在於時間點的取捨，蓋於【樑柱案】當中，專家在 30 公尺的高處所做出的判斷和落下至 10 公尺處所做出的判斷，無疑也會有相當的落差<sup>45</sup>；然而，此一討論於本案當中可以說是無用武之地，蓋本案並不存在任何的專家意見，僅為一工人所為的呼喊，Kindhäuser 認為，本案涉及的是因果流程的認識的問題（第三種態樣），客觀上而言雖造成一個死亡結果，但主觀上 A 縱使對於實際上的危險做出一個錯誤的估算，其也不具備有故意，蓋其係以援救的意思而呼喊使 B 前往樑柱掉落處，此時僅得考慮 A 本身對該現實存在的情勢所為之判斷是否有注意義務違反性和預見可能性，若為否定，則排除其歸責<sup>46</sup>。由此可知，Kindhäuser 認為此種假想風險的案例，重點不在於客觀歸責，反而應以主觀歸責檢視之。

第三種情形涉及到的是「損害替換」的情形，以教科書中常舉的【落石案】為例，行為人 A 將飛向被害人 B 頭部的石塊打偏，導致被害人的其他部位受傷，事後證明倘若未將該石塊打偏，被害人 B 有近乎確定的可能性會一命嗚呼的案例。【落石案】的處理方式，依照客觀歸責理論集大成者 Roxin 的看法，此一行為使被害人的法益所處情況獲得改善，其係自始未製造不受容許的風險，應當排除客觀歸責<sup>47</sup>。然而他在文中對這種意見表示了懷疑，氏以【落石案】的變形案例出發：今天假設在案例中石塊本來是飛向被害人的一隻眼睛，營救者將該石塊打偏使其擊中了被害人的左手，致其左手的一根手指長期無法活動。在一般情況下，失去眼睛所帶來的痛苦遠大於失去一個手指頭，所以被害人通常也會心存感謝地同意行為人對法益侵害過程進行這種改

---

<sup>45</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 492 f.

<sup>46</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 493 f.

<sup>47</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 494.

變。然而，倘若被害人是一名職業鋼琴師，那麼該結論是否仍然正確就值得質疑了。而且如果事實證明，行為人對被害人所具有的這種特殊情況有特殊認知，那麼這種質疑就會變得更為明顯<sup>48</sup>。在該類案件中，行為真的沒有符合傷害罪的客觀構成要件嗎？

除此之外，Kindhäuser 再舉一例表明立場，今天倘若行為人 A 將飛向被害人 B 頭部的石塊打偏，而傷害到一旁的 C 導致 C 半身癱瘓，此時我們毫無疑問會認為 A 對於路人 C 該當了傷害罪的構成要件，充其量只能以緊急避難阻卻違法，那麼何以在法益主體同一時卻又做出不同的思考，而認為後者不該當傷害罪的客觀構成要件呢？這明顯是有問題的<sup>49</sup>。他指出，多數意見混淆了風險降低和損害估計（損害計算）二個不同的命題，是以，其認為上開的【落石案】中，A 對於石塊沒有砸中 B 的頭部是欠缺因果關係的「真正風險降低」，但是對於石塊砸中其他部位的行為符合傷害罪之客觀構成要件，僅能於違法性階層進行損害的計算<sup>50</sup>。接下來，他開始論證可能的解決途徑：氏認為在涉及二個不同的法益持有者時，適用緊急避難；而涉及同一法益持有者（例如【落石案】及其變形案例）的利益而言，則不適用客觀的評價標準，毋寧應轉而考量法益持有者的主體地位，而適用推測的承諾<sup>51</sup>。是以，從此看法出發，對於鋼琴師推落石塊的案例不但符合傷害罪之構成要件，也無法以推測的承諾加以阻卻違法<sup>52</sup>。Kindhäuser 指出，多數客觀歸責論者在【落石案】中以客觀歸責排除行為人的責任，然而又於本文開頭所示之【火災救嬰案】以推測的承諾阻卻違法，是一種評價失衡和錯誤，蓋二者其實都涉

---

<sup>48</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 494.

<sup>49</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 495.

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 496 f.

<sup>52</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 497.

及中斷某一因果流程並製造另一新風險，二者的差別僅在於文字遊戲而已<sup>53</sup>。

最後，Kindhäuser 認為，其見解非僅具有釋義學上的意義，在真實案件中也會產生迥然不同的結論，通說完全於客觀歸責理論解決風險降低問題，其實忽略了被害人的自主決定權，這體現在通說於違反被害人意志而施行醫療救助行為，導致風險降低的處理結果，多數意見認為該情形得以排除歸責，但他以其自身觀點出發，首先認為不能阻卻構成要件該當性，進而認為毋寧應考量病患本身之意思，倘誤判其意思，則不得以推測的承諾阻卻違法<sup>54</sup>。

## （二）對於【風險變更】的看法

接下來要探討的所謂的結果同一性（Erfolgsidentität）的風險變更的案例，Kindhäuser 舉【火車扳道工案】為例，早期的釋義學者嘗試由因果關係解決此一問題，不過在具體結果條件理論拒斥假設因果流程之後，這種方案已經失去了支持意見，雖然，Puppe 認為涉及相同結果的行為，邏輯上應該沒有造成法益負價值的變動而阻卻因果關係成立，但 Kindhäuser 認為 Puppe 在本案中運用了假設因果流程來判斷因果關係成立與否，並不足採<sup>55</sup>。而客觀歸責理論者則以行為當下未升高死亡風險來解釋此一問題（如 Sancinetti、Roxin），不過 Kindhäuser 認為他們混淆了判斷法益損害的標準以及法益大小衡量的標準，本案涉及的毋寧是後者的情形<sup>56</sup>，而後者恰好是違法性階層應該討論的議題。

Kindhäuser 認為，倘若我們以風險升高與否判斷本案，那麼

---

<sup>53</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 497 f.

<sup>54</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 498.

<sup>55</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 500.

<sup>56</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 500 f.



在下列改編的扳道工人案就會得出不甚合理的結論：倘若今天工人將機動車牽引至左邊山崩的軌道時，右邊山壁是沒有崩塌的，然而在放行後瞬間右邊山壁又再次因山崩而掩埋，此時依照客觀歸責理論論者以「行為當時」(ex ante) 判斷，工人無疑是升高了 100% 風險的蓋然性，而毫無疑問成立過失致人於死罪。然而，實際上原始的案例和改編過後的案例並沒有實際上的區別，二者都製造了同樣巨大的死亡風險，這會導致工人的刑事責任取決於行為當下虛擬的「客觀理性第三人」預測準確與否，氏認為，客觀歸責論者虛擬一個客觀理性第三人來評斷責任，是對於責任原則的公然違背，實不足以採。

那麼，這類結果同一性的案例類型究竟應如何處理呢？Kindhäuser 認為不能如客觀歸責理論論者的處理模式，蓋他們一方面於因果關係判斷時拒絕納入假設的因果流程，而採取具體結果的條件理論；然而，另一方面，他們在歸責階層以「無風險升高」排除扳道工人的歸責，事實上無疑是運用了責任填充的因果關係 (haftungsausfüllende Kausalität)，該理論實際上也是一種假設的因果流程，故並不足採。Kindhäuser 認為此處可以考慮阻卻違法的規範衝突 (Normenkollision)，也就是說，為了避免死亡結果出現而不應去扳道的【不作為義務】，與為了防止 L 的死亡而應該將機動車引到右軌道的【作為義務】在此發生了競合<sup>57</sup>。不過，Kindhäuser 其實在文章的結論裡，並沒有很明確地提供操作過後的結論，氏只是一再強調，這個問題不能簡單地以風險升高回答<sup>58</sup>。

---

<sup>57</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 502 f.

<sup>58</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 503.

## 參、本文對於風險變更案例所認可的處理模式

### 一、不同意見之整理

以上討論了德國學界關於風險變更結果歸責的不同意見，我們可以歸納出，學說上的爭議軸線在於究竟是否應於構成要件階層考量、接納假設因果流程的問題，再精確一點說，亦即構成要件階層是否容許法律適用者做法益衡量的估算；在構成要件解決說的細節部分，又可以分為結果原因處理說的 Puppe 和（原則）結果歸責處理說；而 Samson 雖然認為風險變更案例符合結果原因的評價，然其則以重新定義過的構成要件結果作為其加強原則的核心思考；而 Sancinetti 則是更為全面性地、於結果歸責層次接納假設因果關係，而採取規範性結果歸責的思考。相較於此，部分學者如 Kindhäuser 原則上反對構成要件解決說，而認為風險變更應該在違法性階層解決，而認為其見解不僅具釋義學上的意義，更對實際上解決問題會產生迥然不同的結論。

### 二、基本質疑

本文認為，對於風險降低或是風險變更的案例類型，除了 Puppe 提出的【出水口案】屬於真正風險降低的案例，且不涉及損害替換的假設因果流程外（蓋將出水口堵住並未製造風險），其餘的案例類型應該都是涉及二個風險替換的法益侵害估算。學說上雖然有指出，在【火車扳道工案】涉及的並非如 Kindhäuser 所言係二個風險替換的情形，反而是同一風險內的變更（Variationen innerhalb eines Risikos），後者並非假設因果關係的情形，蓋其僅僅涉及的是「同一風險」內部具體型態的變化，和

假設的因果流程無涉<sup>59</sup>；Roxin 也支持同一風險與不同風險的區分，例如在【火車扳道工案】中倘若左邊軌道並不存在落石堆，反而是有人開槍射擊該機動車，這種案例才是所謂的風險替代，蓋此處涉及到二個不同的風險，若如原始案例般結果發生的具體形態同一的情況，則並非風險替代<sup>60</sup>。不過，筆者認為此應該並非有效的區分，首先，吾人可以對於【火車扳道工案】做出修正：倘若今天並非左右二邊的軌道均有坍塌的落石堆，而是左邊軌道放置有致命的炸藥，那麼也僅僅是對於死亡結果發生的具體形態有所差異的同一（死亡）風險內的變形，然而，為何在後者得據以排除行為人的責任，而前者僅能阻卻違法？這裏無疑存在者一個難以理解的盲點和謎團。本文認為，客觀歸責理論論者的這種區分應該是無意義且具有誤導性的，原因應該是來自於其設例，倘若我們稍稍更動一下案例，這種區分便失其效力了。另外，比較多數的看法認為在大自然介入時得以阻卻歸責，這種「原則—例外」的區分的標準何在？對於法益侵害結果的變動，該風險來源究竟是人為或是大自然所為真的可以導出刑法上的不同評價嗎？本文認為並不具有說服力。

對於風險降低或是風險變更的思考，本文認為，我們必須要先確認的是，無論是前者或後者，涉及的其實都是二個風險的衡量，例如【落石案】存在著致死的死亡風險以及將落石滾落至肩膀的重傷害風險，此無疑是以一個較小的（不受容許）的重傷害風險來替代原本的死亡風險，是以，在筆者看來，客觀歸責理論逕以行為人並無製造不受容許的風險來排除責任，無疑是迴避了此處存在了一個另外的風險，而對該風險排斥而不論，在客觀歸責理論論者的眼中，或許此一（較小）風險於目的理性刑事政策上

---

<sup>59</sup> Günther Jakobs, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, 1. Aufl., 2012, S. 41.

<sup>60</sup> Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 2.), §11 Rn. 59.

根本不具重要性，然而此一價值判斷是否過於絕對，而忽略了被害人一方的參與，導致判斷上過度傾向共同客觀的評價呢？恐怕值得再詳加考慮，蓋客觀歸責理論者於製造風險層次，僅以客觀理性第三人視角，考慮並衡量行為人一造所製造之風險，逕予排斥一般人所認為較不重要或較微小的風險，然而此於特別情形下（例如上開鋼琴師手指的案件）造成相對人法益保護封鎖作用甚鉅，尤甚者，何以於製造風險層次僅考量共同客觀的觀點，卻又於被害人自我負責層次，標準一轉又再次衡量被害人的個別主觀，除了前後標準不一致外，被害人自我負責層次之功能亦大幅削減，蓋許多「所謂的風險降低」早已於第一層次（製造風險層次）、在沒有衡量被害人自主觀點下被排除歸責，根本無從進入第二或第三層次的討論。是以，本文認為，必須納入相對人之觀點出發，無論是【火車扳道工案】、【落石案】或是【火災救嬰案】中的行為人，其製造並實現了非容許風險，故均具備客觀構成要件該當性，這是應該要先予以澄清的部分；而更為艱深的難題在於，被害人自陷風險或自我負責/參與他人的自傷是否應獨立於風險製造和實現，成為一個獨立的審查步驟？此涉及到容許風險的核心思考，亦即是否應完全遵循多數意見而認為，容許風險/非容許風險僅僅涉及客觀上利益衡量，而完全不考慮被害人一方的自主觀點，而應於構成要件效力範圍再納入衡量，如此前後不一是否已造成思考體系斷裂，恐亟待釐清<sup>61</sup>。

---

<sup>61</sup> 更深入且反對通說之論證已見，周濛沂（2014），〈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》，14期，頁201-203。在此一個衍伸性的問題在於，被害人自陷風險（或參與他人的自傷）和得被害人同意／承諾是否為同一件事，而認為後者得以完全被前者所涵蓋？本文初步看法認為，二者阻卻不法的實質理由有所出入，雖然二者某種層面上都涉及被害人的自我決定，然而，在前者的情形，在學者的舉例中（例如暴風雨中要求船隻出航而身亡、具有豐富經驗之賽車手指示行為人以從未運用過之技術高速行

### 三、對 Puppe 和 Samson 的反對意見

據此，吾人對於 Puppe 以因果關係（結果原因）來排除行為人的責任，便應該是不適切的想法。首先，雖然筆者對於規範與事實是否能夠截然二分，也就是結果原因和結果歸責是否應涇渭分明，抱持質疑的看法，但此仍然無法化解其於構成要件處理法益變動大小的問題，其本質上也是不當的運用假設因果關係來處理問題，為本文所不採。另外值得討論的是 Samson 教授的加強原則，Samson 也是於構成要件處理風險變更的問題，本文認為，首先值得商榷的是，何謂「系爭行為加速了結果的發生」，如果今天有一個極端案例如下：某甲正準備掏槍殺害某丙，此時，某甲的妻子某乙突然從一旁出現，吆喝道：「趕快下手吧！不過先讓她嘗嘗生不如死的滋味，先強姦後再槍殺吧」。倘若依照加強原則的推行，無論如何某丙都會死，惟今天某乙並未加速某丙的死亡進程，反而延後了丙的死亡時間點，此時依照加強原則的看法，似乎得以排除某乙的刑事責任；又或是如醫生因為故意或重大疏誤而未切除病患的腫瘤，然而事後判斷因為送醫診療而得以多活一星期，如此一來，是否即得以排除該醫師之責任呢？因此，在筆者看來，倘若未對於加強原則做出適切的限縮，那麼對於法益保護恐生漏洞，對於規範效力之維護也會有相當的減損。另外，對於加強原則的適用，本文認為其亦為假設因果流程直接運用在構成要件上，除了混淆了犯罪判斷體系的前後順序

---

駛，導致事故身亡）通常是被害人相信行為人的能力，也預期法益侵害結果不會發生的情形，涉及的偏向行為不法、容許風險層面的問題；相較於此，得被害人同意或承諾的情形，放棄法益之被害人不但要求行為人從事行為，也希望並容認結果之發生，涉及的偏向結果歸責層面的問題，基本上二者仍應做出區辨，至於同意或承諾是否應該二分，而分別屬於不同階層，則是另一層面的問題。對此議題採取相同看法者 vgl. Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 25.), § 6 Rn. 4.

外，也由於假設因果關係的運用，可能不當的使行為人脫免刑事制裁，有造成裁判無法公正的疑慮。

#### 四、本文立場

綜合上述，筆者不支持在構成要件階層處理風險變更的案例，毋寧應在違法性階層考量其刑事責任的減免。雖然學說上有認為，在違法性層次上也是運用假設因果關係來解決問題，申言之，例如在阻卻違法事由中之緊急避難，涉及的係運用避難行為造成的損害和固有損害的比較，本質上無疑也是一種假設性的思考，故在犯罪審查體系中並不排斥假設因果關係的運用<sup>62</sup>。對於此點，本文認為，違法性的任務和構成要件的任務有別，並非違法性層次使用假設性法益大小的評斷，即表示構成要件層次也可以全面地使用。例如我國刑法第 24 條規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」條文並非一概寬認假設性的思考，蓋原則上必須係別無他法且不得已的情形下，方得進入利益衡量的假設性判斷，立法者在假設性判斷的前提上設下了嚴格的限制，況且避難行為過當者是無法阻卻違法的，這些嚴格性的要求並不見於支持假設因果關係論者之論證，對此觀點，無從得知假設因果關係論者之看法為何；其次，本文認為，違法性階層展開利益衡量的前提，正好就是承認現實上的結果歸責，沒有對現實上的法益侵害結果做歸責評價，違法性階層根本無從檢驗、審查，故論者的論證恐怕是一種倒果為因的論據；最後，緊急避難除了嚴格要求「不得已」的要件之外，還有避難行為人的主觀意思的要求，然而，假設因果關係或支持加強原則論

---

<sup>62</sup> Marcelo A. Sancinetti, *Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie*, a.a.O. (Fn. 23.), S. 665.

者是在客觀構成要件或客觀歸責層面論述法益高低判斷的問題，毋庸評斷主觀意思，兩相比較，失之均衡甚明。

據此，以下將揚棄於客觀構成要件處理風險降低和風險變更之例，改於違法性階層檢驗之：首先是被通說歸類為風險降低的【落石案】，本文認為，倘若涉及到二個法益持有者的情形，此時應該適用刑法第 24 條緊急避難阻卻違法；而倘若是同一法益持有者，僅為身體部位的變更之案例，則得以考慮推測的承諾阻卻違法<sup>63</sup>，當然，此時倘行為人誤判被害人的承諾意思則無法阻卻違法，或能依照容許構成要件錯誤理論的多數看法，成立過失致傷害罪<sup>64</sup>。基本上，本文認為，在此必須要思考的關鍵是，各個不同阻卻違法事由的適用上區分，而擬正確地適用就必須回溯至法理基礎的討論，惟本文宥於篇幅所限，無法上溯至法理基礎和法哲學層次的討論。於違反被害人意願的風險變更案件中，可能涉及到的阻卻違法事由包含緊急避難、推測的承諾和義務衝突。對於此盤根錯節的難題，首先本文認為，阻卻違法緊急避難和推測承諾的區分在於法益持有主體是否同一，前者是一種效益主義式的實證規定，申言之，在現行實證法（刑法第 24 條）下，立法者明白地規範於一定緊急事態下，行為人得以採取避難行為，犧牲 A 法益以保全 B 法益，是一種社會互助、社會保險的概念<sup>65</sup>，此時被害人（被避難者）本身的自主意願並非考量重點，考量的毋寧是社會整體利益的衡平，而涉及到法益主體不同一時，方有以客觀理性第三人觀點，做出利益大小的比較；相反地，在法益持有主體屬於同一人的情形，此時的思考進路便不再

---

<sup>63</sup> 林東茂（2008），〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，157 期，頁 63-65。

<sup>64</sup> 參林東茂，同前註，頁 65。

<sup>65</sup> 王效文（2008），〈刑法上阻卻違法緊急避難的哲學基礎〉，《政治與社會哲學評論》，26 期，頁 196。

是社會整體利益的衡平，而是考量到法益被犧牲者的自主意願，蓋對於法益大小的偏好，客觀第三人是無法越俎代庖替被犧牲者決定，且若誤判被犧牲者之意願無法阻卻違法，相較於前者，後者的要件無疑是較嚴格的。另外必須注意的是，推測承諾按本文意見，是一種補充性的阻卻違法事由，質言之，推測承諾是建構於假設的被害人意願上，而被害人自主意願的判定永遠應依附於主體上，是一種無法即時得知被害人真正意願時，方能使用的阻卻違法事由，據此，推測承諾不但僅適用於法益持有主體屬於同一人之情形，更重要的關鍵無非在於，行為人是否於客觀事態上，已窮盡一切得到被害人真摯承諾之可能，在別無他法且不得已之態樣下犧牲其法益。值得討論的是，此處是否有法益高低層級的比較？本文傾向採取否定見解，蓋本文認為，推測承諾是得被害人承諾的補充條款，並非互斥條款，故應回歸得被害人承諾的基本思考，亦即除了生命法益和重大身體法益之外，均得以作為處分的對象，而緊急避難則依照多數意見，除了生命之間無法為利益衡量之比較外，其他情形需犧牲之法益「相等或低於」保全之法益方足當之，和推測承諾於要件上有所不同。

其次，【火災救嬰案】和【落石案】的處理模式不應該如多數意見所言，對二者做出相異的評價，蓋二者均涉及到風險替代的問題，而此處亦為同一法益持有者的情形，故援用上述本文之評價基準，應該回到推測的承諾加以處理，在【落石案】中，若誤判無法阻卻違法（例如於鋼琴師的案例中），充其量只能於罪責層次為期待可能性減輕的評價。比較棘手的問題毋寧在於【火災救嬰案】中的無行為能力人，若嬰兒根本不具承諾能力時，推測承諾之理論是否還有適用的可能？由於此議題牽涉到更上位



的，有關承諾和同意區辨的問題，本文暫不述及<sup>66</sup>；不過，除了推測承諾之外，可能的思考方向在於義務衝突，【火車扳道工案】亦然，尤其後者既無法適用一般緊急避難規則（涉及同一法益持有主體<sup>67</sup>），更不可能適用推測的承諾（機動車司機在一般情形之下不可能同意赴死），故義務衝突便成了必須思考的進路。

本文認為，【火災救嬰案】和【火車扳道工案】的情形，亦並非傳統學者所指涉的義務衝突的情形，蓋二件案例均僅涉及一個法益持有者，反之傳統的案例則不然，另外更關鍵的不同在於，比較多數的看法認為，義務衝突僅適用於二作為義務衝突之範疇，在不作為義務和作為義務衝突時，原則上要適用我國刑法第 24 條或德國刑法第 34 條之阻卻違法之緊急避難<sup>68</sup>。然而，本文認為，此一意見忽略了一個關鍵重點，亦即在法益主體同一的情形，依照多數意見的看法是無從依緊急避難阻卻違法的，那麼如果今天亦不存在承諾，或根本不可能依照推測承諾阻卻違法（例如【火災救嬰案】和【火車扳道工案】）時，一概封鎖檢驗

---

<sup>66</sup> 對此議題的詳細解說，參見林道（2015），〈推測承諾法理解析與建構〉，頁 34-37，國立政治大學法律學研究所碩士論文。本文認為，無行為能力人的承諾或同意應為無效，蓋本文認為，無論是同意或承諾，涉及的都是自願承擔風險，故原則上都應該由主體自我處分，不可轉交於其他法主體行使，尤其在涉及生命法益時更為明顯，故在【火災救嬰案】中該嬰兒不具承諾能力，故無從適用「被害人承諾」或補充被害人承諾之「推測承諾」，僅能考慮義務衝突或其他阻卻違法事由的適用可能。

<sup>67</sup> 這是學說上的多數看法，整理 vgl. Jürgen Wolter, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007, Vor §13 Rn. 93.

<sup>68</sup> 許澤天（1996），〈義務衝突之研究—利益衡量與阻卻違法：期待可能與責任〉，《刑事法雜誌》，40 卷 3 期，頁 60；Volker Erb, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2017, §34 Rn. 40；Ulfrid Neumann, in: Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, §34 Rn. 126.

義務衝突的可能性，是否合理，值得商榷<sup>69</sup>。

準以此言，依本文看法，在上述二件案例中，均為「等價」的義務衝突，故結論上似乎得以阻卻違法。Kindhäuser 在文章當中指出，雖有認為不作為義務優先於作為義務，故首先應履行不作為義務方得以阻卻違法（若依此一看法，扳道工人並未履行不作為義務而無法阻卻不法），但是這種意見似也僅適用在具有二個法益持有者的案例中，是否在【火車扳道工案】中可以援用，頗值檢討<sup>70</sup>。本文認為，無論是涉及同一法益持有主體的義務衝突，抑或涉及多數法益持有者的義務衝突，不作為義務和作為義務並無高低之分，而去除了多數意見對於義務高低的要件，剩下的重點毋寧只在於「法益等價與否」的判斷，蓋倘若我們認為不作為義務有優先性，那麼便是公然肯定不作為和作為的不等價性，然而，此一命題和多數意見對於作為犯與不作為犯之等價性即是背道而馳。準以此言，無論是【火災救嬰案】或【火車扳道工案】需要考量的重點只有法益等價與否，而於二案中，其所涉及的均為生命法益和生命法益之衝突，依照本文之看法，得以阻卻違法。

## 肆、本文對實務可能產生的具體影響—以醫療案件為核心

### 一、緒說

對於風險變更的結果客觀歸責案例，乍看之下對於我國實務並無太多影響，蓋我國實務自最高法院 76 年臺上 192 號判例以

---

<sup>69</sup> 曾淑瑜（1998），〈論義務衝突〉，《法令月刊》，49 卷 7 期，頁 24，即不限於二作為義務，其認為證言義務和保密義務二者亦可成立義務衝突。

<sup>70</sup> Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 12.), S. 502-503.

降，通行的看法是採取相當因果關係理論檢驗犯罪的歸責，而非採取客觀歸責理論。但是只要仔細地思考便可得知，風險降低/變更的基本思考在於引入一種價值判斷，進而導出行為人所從事之行為究竟是容許／非容許風險，故只要面對犯罪風險的衡量時，無論採取的是相當因果理論也好，客觀歸責理論也罷，均可能面臨到相關爭議。一個經常在實務和學說產生的爭議在於，專斷醫療 (eigenmächtige Heilbehandlung) 的刑事責任爭議<sup>71</sup>，此議題連帶涉及到是否應承認告知後同意原則<sup>72</sup>和假設承諾 (hypothetische Einwilligung)<sup>73</sup>的醫療刑法難題。申言之，今天倘若某病患因車禍導致嚴重內傷 (A 固有風險)，在昏迷中被緊急送往醫院後，醫師認為必須緊急切除某器官 (B 新生風險)，便於不經該病患承諾即逕將該器官予以切除，而導致感染併發症

---

<sup>71</sup> 德國文獻上關於專斷醫療的指引和討論，vgl. Albin Eser/ Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 223 Rn. 52-52a ; Hans-Ullrich Paeffgen/ Martin Böse, in: Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 223 Rn. 12, 26 ; 國內文獻參見薛智仁 (2018), 〈專斷醫療之刑事責任〉, 陳子平教授榮退論文集編輯委員會主編, 《法學與風範：陳子平教授榮退論文集》, 頁 281-310 ; 張麗卿 (2017), 〈放棄醫療或專斷醫療〉, 《月旦醫事法報告》, 3 期, 頁 139-142 ; 張麗卿 (2015), 〈醫療常規與專斷醫療的刑法容許性—評析拒絕輸血案〉, 《台灣法學雜誌》, 272 期, 頁 15-32 ; 甘添貴 (2008), 〈醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任〉, 《月旦法學雜誌》, 157 期, 頁 31-44 ; 林東茂 (2008), 〈專斷醫療的刑法問題〉, 《月旦法學教室》, 67 期, 頁 16-17。

<sup>72</sup> 又稱為充分說明與同意原則、IC 原則 (Informed Consent 之縮寫), 文獻上已累積至一定數量的討論, 屬於專斷醫療下最為關鍵的核心議題, 相關文獻以下將有說明。

<sup>73</sup> 德國文獻介紹 vgl. Thomas Rönnau, Grundwissen-Strafrecht: Die hypothetische Einwilligung, JuS 2014, S. 885; Martin Böse, Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung, ZIS 2016, S. 495-497 ; 國內文獻介紹參 Wolfgang Mitsch 著, 古承宗譯 (2007), 〈醫療刑法的「假設同意」〉, 《世新法學》, 4 期, 頁 1-23 ; 林東茂, 同前註 63, 頁 65 ; 薛智仁, 同前註 71, 頁 298-307。

死亡；抑或是患者本已患有神經病變（A 固有風險），醫師在沒有經過患者同意亦無說明藥物之副作用，即逕自將原處方更改為另一種具較高風險的管制藥品（B 風險），導致患者身亡的案例<sup>74</sup>，均與風險變更的結果歸責有密切關係，蓋倘若我們於風險變更結果歸責採取阻卻構成要件該當性的假設因果關係理論，抑或是加強原則，那麼便會傾向認為若醫師並未使整個結果變得更差時，此時傷害罪構成要件不該當，遑論將其入罪；相反地，若吾人採取的是偏向病患自主權、自我決定權的尊重，那麼恐怕思考上便會截然不同，而不會一味地偏向效益主義、結果取向的思維，而這正是以上討論之抽象理論運用到實際案例的意義<sup>75</sup>。

我國學者和醫師前輩多有對告知後同意和專斷醫療作出詳盡地分析，不過大多是直接由體系定位加以檢討，較欠缺由基礎上位價值判斷導引至具體案例之思考<sup>76</sup>。以下本文將由上開對風險

---

<sup>74</sup> 最高法院 101 年台上字第 2637 號判決及歷審判決參照。以下將會對本判決作分析。

<sup>75</sup> 匿名審查意見指出：「作者主張從專斷醫療的問題討論風險變更。因專斷醫療的問題核心，並不是生病／未盡說明的新風險，而是該未盡說明的新風險與死亡結果之間的關聯性，生病的既有風險實際上在後者關聯性之間的角色，相對有限，不論接不接納未盡說明義務的損害歸責，論理上似乎不會因為被害人本身的既有風險，就改寫此種未盡說明義務的可歸責性。所以結論導出：這屬於推測承諾的問題。然而，這種結論與作者設定的問題無關，推測承諾概念的擴大適用，將使得刑法的歸責全面性地建立在司法權力者而非法益持有人的價值判斷，請作者再加以澄清。」本文認為，專斷醫療的問題點除了在於未盡說明的新風險與死亡結果之間的關聯性之外，更重要的前提毋寧在於專斷本身在刑法歸責體系下的評價，無論在我國或德國，為數眾多的討論聚焦在專斷醫療之行為是否該當傷害構成要件，而該意見的重心便在於醫師是否製造了非容許風險，由通行的客觀歸責理論觀察，屬於風險製造的層面，故本文認為，專斷醫療的刑法議題，並不僅僅在「未盡說明的新風險與死亡結果之間關聯性」之風險關聯（風險實現）層次而已，在此說明。從此亦可得出，論述上並不應忽視既有風險的存在，而也不會因此導出一概以推測承諾做為司法裁判者獨斷理由之結論。

<sup>76</sup> 由客觀歸責容許風險實質理由出發而立場一貫討論本議題者，參周漾沂，同前

變更結果歸責的思考出發，首先說明何謂告知後同意法則，緊接著評析我國實務和學說對於告知後同意法則的意見，並對專斷醫療之刑事責任提出本文之看法，而對於爭論甚大的假設承諾問題，本文限於篇幅，僅能於以下相關處扼要說明。

## 二、告知後同意法則之實務與學說意見分析

對於風險變更結果歸責的討論中，實務上經常發生的案件為違反告知後同意 (Informed Consent) 的例子 (或有翻譯為充分說明與同意<sup>77</sup>)。質言之，病患本身已經存有一固有風險來到行為人所處之醫院擬尋求救治，然而行為人卻在沒有出充分告知病患診治風險的情形下，貿然地逕替病患選擇並進行醫療行為，而病患則於非自主的情形下進入了另一個風險。未踐行告知後同意法則，屬於專斷醫療的一環，學者之間對於告知後同意的定義和遣詞雖有些微出入，但大多數認為係醫師對病患詳細地說明其病況，並且針對該病況擬進行之醫療處置給予充分之風險資訊，而病患在經過充分理解後做出承諾醫師的處置方式，那麼此時醫師所為之行為就無不法性。告知後同意原則的背景和規範基礎，在於風險社會下的專業分工和病患自主權之尊重。實務上也於判決中寫道：「按醫療因屬高度專業，診治病人向來倚賴醫師之專斷，惟醫療所生之危險，均由患者最終承受，是以侵入性之檢查或治療，不可無視於病患自律性之判斷，而有『告知同意』法則之立法，以維護病人之醫療自主權」(最高法院 101 年台上第 2637 號判決)。對於告知後同意原則的適用範圍和適用對象，並非本文的討論重點，本文關心的毋寧在於，透過檢驗我國最高

---

註 61，頁 225-229。

<sup>77</sup> 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 228。

法院和學者對於告知後同意的判決意見勾勒出我國對此議題的定位（究竟應如何／於何階層方能免除醫師的刑事責任），並體系一貫地將本文之理論基礎運用到具體個案的檢驗中，如此一來方不致使抽象地理論討論形成空中樓閣，亦不會僅止於具體個案式地解決現有問題，而忽略了背後理論的批判和導引作用。

對於實務引入告知後同意原則，可能產生二種衝突情境，而該衝突情境究竟應如何妥適地處理，便是學說上容有爭議之處。其一為行為人之行為符合了醫療常規或醫術準則，但卻沒有事前踐行告知後同意之程序即貿然為醫療行為的情形（情形一）；其二則是雖然行為人形式上已經踐行充分告知後同意程序，然而在事實上從事醫療業務上卻違反醫術準則之情形（情形二），此時究應優先考量者為何呢？實務上曾在最高法院 94 年度台上第 2676 號判決指出：「醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權…（中略）…於此，醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務；又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。」指出了告知義務是實質上予以認定，而非形式上有簽名即可免除注意義務。

另外更新的判決如最高法院 101 年台上第 2637 號判決指出：「……我國醫師法第十二條之一固規定醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。醫療法第八十一條亦有醫療機構診治病人時，應為告知之類似規定。上開醫事審議委員會依被告自承於診療過程未為上開告知，認有未善盡告知之疏失等語。被告未依規定為告知，固然侵害病人之醫療自主權，但醫療自主權之侵害，非屬醫師過失責任之必然。蓋以醫療過失繫於診斷與治療過程有

無遵循醫療準則為斷。醫師於診療過程中，如未遵循醫療準則致生死傷之結果，事先縱已踐行告知同意程序，亦無以阻卻違法。反之，如醫師事先未踐行告知同意法則，但對於醫療行為已善盡其注意之義務，仍難謂與病人之死傷結果，有必然之因果關係。觀乎醫事審議委員會意見迭次陳稱：史蒂文強森症候群，其症候之發生應與特殊體質有關，無法預防，亦無法藉由檢查而預測；告知並無法避免史蒂文強森症候群之發生等語。史蒂文強森症候群既無法預防、預測，自無從苛責被告善盡告知之責。告知既無助於危害之防止，或影響危害之發生，自與被害人所患史蒂文強森症候間，無必然之因果關係，難責被告負過失責任。以上已據原判決於理由欄敘述明確，檢察官認被告未踐行告知義務而有疏失，自屬誤會。又被告行為時醫療法第四十六條（即現行醫療法第六十三條）明定：醫院實施「手術」時，始有「告知同意」法則之適用，但如情況緊急，不在此限。被告行為後於九十三年四月二十八日修正公布同法第六十四條只在於規範「侵入性檢查或治療」始有該法則之適用。本件被告只在開立藥方，並無進行「手術」或其他侵入性之檢查、治療，無上開法則之適用，不得以法律未規定之事由，規範被告之行為。」

本件判決引發了學說上眾多的討論，而本文關心的重點在於法院實務對於告知後同意原則的看法，從判決當中我們似乎可以得出下列結論，亦即行為人（醫師）縱使踐行了告知義務卻沒有遵守向來之醫療準則，法院認為仍違反注意義務而無從阻卻違法；而行為人雖然違背了告知義務但遵守醫療準則而為診治行為，此時仍難謂與死傷之結果之間具有因果關係。學說上對於告知後同意原則的運用，有類似實務見解者，而認為告知義務並非屬於刑法上的義務，蓋醫療行為之適法性並不應該取決於告知與否，毋寧在於醫師有無採取適當的醫療措施，白話言之，「確保

病患的病況不致惡化」才是最高指導原理，若無採取適當的醫療措施方屬違背刑法上之義務，在利益衡量的觀點下也才能納入非容許風險之範疇<sup>78</sup>。對此，此說論者也肯定最高法院 101 年台上第 2637 號判決，而認為最高法院改採「醫療行為之刑事過失責任判斷全然與病患或其家屬同意無涉」的立場，不可不謂係重大突破，雖然該判決整體論述仍有瑕疵，但就此部分仍相當值得讚賞<sup>79</sup>。但也有學說認為，前說論者對於生命價值的重視、對於醫師在醫療上專業的尊重相當值得傾聽，然而，在許多的醫療事件中，根據醫師的判斷是有利於病患之健康，就在未獲得病患的同意下實施侵襲性的醫療措施，其結果即便是屬於成功的治療，卻也導致病患承受極大的身心痛苦，更誇張言之，倘若醫師認為對病患有利而罔顧病患強烈的反對為醫療行為，此時是否也能主張業務上正當行為而阻卻違法？質言之，病患自我決定的意思（自我決定權）是否可以完全加以漠視？毋寧值得懷疑<sup>80</sup>。

本文認為，最高法院對於告知後同意原則的具體適用，其實對於被害人自主決定權並沒有納入考慮，進一步言之，法院實務於適用上縱使抽離了告知後同意原則，仍然可以無礙地進行刑法上注意義務違反性的非難評價，那麼告知後同意原則便成為無關

---

<sup>78</sup> 盧映潔、梁興禮（2018），〈告知同意法則與醫療刑事過失責任之關連探討—我國實務判決之發展與評析〉，《月旦裁判時報》，69 期，頁 102、106；盧映潔、高忠漢、朱振國（2008），〈病患同意與醫師過失責任之辯證—評台北地方法院九一年訴字第 730 號判決〉，《台灣法學雜誌》，112 期，頁 45 以下；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 147 以下。

<sup>79</sup> 鄭逸哲（2015），〈醫療行為之刑事過失責任判斷與病患或其家屬之同意無涉—評析最高法院一〇一年台上字第 2637 號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，240 期，頁 17。

<sup>80</sup> 觀念參陳子平（2010），〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下）〉，《月旦法學雜誌》，179 期，頁 266。



緊要的要件。學說上也有認為，最高法院是由利益衡量觀點出發，將醫療行為之利益與不利益綜合予以考量，如果得出的是正面的結果，便是可以被容許的風險，而醫療常規或醫療準則為衡量過後所得出的正面結果，是以，在邏輯上不需要再納入「病人意願」予以評估，後者也不會影響本來衡量過後之結論<sup>81</sup>。從判決中首先分析得出，踐行告知義務卻沒有遵守向來之醫療準則，法院認為違反注意義務而無從阻卻違法，或許可以從反面推知，法院對於告知後同意的體系定位於「阻卻違法」一節（蓋踐行告知義務且遵守醫療準則便得以阻卻違法），近似於學說上所謂有效的承諾。

對於實務之論述，本文認為其見解值得商榷，蓋告知後同意法則依照該院 94 年度台上第 2676 號判決已經闡明，必須實質上已予說明為必要，既然已為實質上為有效之說明，在現行法下，除非有刑法第 275 條加工自殺罪（或第 282 條加工致重傷罪）具有法律家長主義式立法的情形外，對於此種實質有效之說明並不能課予醫師刑責，蓋此時被害人有權處分其非重大身體法益，其在瞭解治療之後果和副作用後，已經自我評估且承擔風險，故雖然醫師已製造傷害罪之非容許風險，但仍得依「被害人有效之承諾」阻卻違法。本文認為，法院對於醫師之醫療上注意義務的判斷，必須要受到被害人是否已經有效知悉該治療行為和其治療之後果、副作用，並是否出於「自願」處分己身之身體法益所牽制，若為肯定，此時則不能如上開實務見解般，將醫師課以刑事責任。

其次討論情形一，也就是判決中所言：「如醫師事先未踐行告知同意法則，但對於醫療行為已善盡其注意之義務，仍難謂與

---

<sup>81</sup> 周濛沂，同前註 61，頁 226-227。

病人之死傷結果，有必然之因果關係」的情形，此一情形和本文討論議題有著更為密切之關聯，蓋醫師於沒有經過病患同意或承諾下，逕以一個全新的風險加諸於該病患上，完全契合風險降低或風險變更案例的情形，對此，本文認為法院的意見已架空告知同意法則最核心的價值—病人身體自主決定權，而完全建構在醫師之注意義務上，而認為倘若醫師完全遵循醫療準則實施醫療行為，縱完全未告知患者而恣意為之，也不得認為其違背注意義務而具有因果關係（按：此處應為廣義的因果關係；或學者肯認的客觀歸責），在本文的論述下，會得出和法院結論迥然相異的看法，而認為醫師已經製造了一個非容許風險，且造成患者死亡結果，故也實現了非容許風險<sup>82</sup>，在沒有被害人之有效承諾下，此時得以考慮的解套途徑為推測承諾或義務衝突等超法規阻卻違法事由，而無法適用刑法第 24 條之緊急避難，蓋本文認為緊急避難是一種社會連帶義務的刑法實證化，並不適用在同一法益持有者的情形，後者基於當事人之自主意願，應落入推測承諾或義務

---

<sup>82</sup> 此處涉及了刑法基本理論和醫療刑法基本思考的問題，前者即為本文之重點—風險降低或變更究竟是否係製造非容許風險，本文採取肯定的看法，已如前述；另外一個相關之重點則是醫療刑法上極為重要的問題，即醫療行為是否需檢驗傷害罪構成要件的討論，宥於本文篇幅和討論主題所限，不擬深論之，但仍可以扼要表示本文立場：德國學說和部分我國學說認為，醫療行為並不該當刑法上傷害構成要件，而對於專斷醫療或可以強制或妨害自由構成要件，然而，德國實務上則持相反看法，認為醫療行為該當刑法上傷害構成要件，只是為了避免醫師過度遭到刑事制裁，引進了民事法上之假設承諾（*hypothetische Einwilligung*）來限縮醫師的責任。本文認為，醫療行為完全符合刑法上傷害罪的構成要件，這不是來自於價值衡量的結論，而是一貫地由本文所持風險降低或變更均為新風險的製造，且對病患所為的侵入行為亦符合傷害罪中破壞身體完整性的要求（本文不採治療後觀察說，蓋犯罪行為永遠應扣緊犯罪時點做判斷），而醫師是否得以阻卻違法或得以運用假設承諾／推測承諾排除責任，則是另外一個層面的問題，不容許混為一談。如果我們對於刑法基本體系有所堅持和信仰，那麼就不會允許法律適用者在遇到特定的職業或議題上，便大幅挪動判斷標準，如此反而可能適得其反，造成更多社會衝突。

衝突之框架內加以檢驗。另外，對於醫療行為是否得以運用業務上正當行為加以阻卻違法？本文初步認為，刑法第 22 條的業務上正當行為，是無法孤立地逕予以適用的，質言之，從事業務之行為人是否為一正當之行為，是無法單單由該法條得出，必須透過檢驗行為人是否已經踐行醫師之注意義務和充分告知義務而定，倘若醫師均合乎前開義務，方能謂其行為係正當行為，由此也可以觀察到，其實業務上正當行為的檢驗重心，和本文以上對於「告知後同意法則」之審查以及法院本須檢驗之醫師注意義務完全重疊，故於法律適用上，我國刑法第 22 條似乎為一宣示意義大於實質意義的條文，當然，細膩的論證無法於本文論及，只能待來日另為文討論之<sup>83</sup>。

## 伍、結論

綜合以上的討論，本文對於風險變更的結果客觀歸責，已經勾勒出一個較為清晰的圖像，以下將簡要地總結本文之研究成果：

（一）對於風險變更的結果客觀歸責，學說上有著不同的思考方向，傳統的客觀歸責理論對於風險的改變可以分為風險降低和風險變更，前者直接在客觀歸責阻卻不法，後者原則上僅能於違法性階層處理，例外在大自然介入的情形阻卻構成要件該當性。另外，學者也更細緻化地進一步區分「同一風險內的變更」和「二個風險的變更」，而認為唯有後者是真正的風險變更，應於違法性處理。

（二）相較於此，有學者跳脫違法性階層來思考，認為得以在構成要件中納入假設因果的檢驗，這部分的努力已見 Puppe、Samson 和 Sancinetti 的證立，但是，重新定義因果關係或是構成

---

<sup>83</sup> 結論上相同，參見薛智仁，同前註 71，頁 308-309。

要件結果雖然不失為一個方向，然而他們必須回應的質疑在於假設因果歷程造成的裁判不公正性，和混淆犯罪判斷體系的盲點，尤其是加強原則雖然提供了一個直接於構成要件排除歸責的可能性，但是我們也不得不承認其過度寬厚行為人和造成法益保護漏洞的可能。

（三）Kindhäuser 教授對風險變更的看法則是對上述意見的反動，氏於風險降低的意見上認為，真正的風險降低阻卻客觀歸責，假想的風險降低則阻卻主觀歸責，和多數意見不同的是，對於【落石案】的處理模式 Kindhäuser 認為這是違法性的議題，倘涉及二個不同法益持有主體的情形，則應該適用緊急避難；而倘涉及同一法主體則應適用推測的承諾。最後則是結果同一性的風險變更案例，Kindhäuser 教授於結論上認為不應單單以風險降低解決，毋寧應於違法性作利益衡量（義務衝突）的評價。

（四）本文認為，必須要先確定的是，除了本文提及的【真正風險降低】外，無論是學說提及的風險降低或是變更案例，涉及的其實都是二個風險大小的衡量，故應於違法性階層解決。以學說提出的案例為例，【落石案】中，本文認為，倘若涉及到二個法益持有者的情形，此時應該適用刑法第 24 條阻卻違法；而倘若是同一法益持有者，僅為身體部位的變更之案例，則得以考慮推測的承諾阻卻違法，當然，此時倘行為人誤判被害人的承諾則無法阻卻違法，或能依照容許構成要件錯誤理論的多數看法，成立過失致傷害罪。而【火災救嬰案】和【火車扳道工案】必須思考義務衝突的解釋取徑，通說區分不作為義務和作為義務，但本文認為義務衝突只需考慮的是法益的位階，如果法益不等價，則高度法益作為優先拯救對象；若法益等價（均為生命法益）則得以阻卻違法。此一見解無論法益持有主體僅有一人或是具有多人的情形，均不影響結論的判斷。

(五) 最後是本文之判斷標準運用於具體實務案件的影響，在醫療案件涉及「告知後同意」原則時，實務見解和部分我國學者認為，醫療行為乃為爭取病患最佳利益，故縱使未予以充分說明與告知可能的後果，倘若醫師執行業務時完全遵循醫療準則或醫療常規而為診治行為，則不可遽認醫師違反注意義務，而得以排除刑事責任；相反地，倘已為風險告知，惟醫師卻未遵循醫療準則而為診療，此時仍可能構成業務過失致傷／致死罪；惟由風險變更的結果客觀歸責思考脈絡出發，本文認為，告知後同意原則便是風險變更理論的實踐，依照本文看法，被害人自主和主體意願是不可放棄的基本原則，故對於未充分告知且得病患同意醫療後果和副作用的醫師，縱使其行為完全遵循醫療準則，其無法阻卻客觀歸責，充其量僅能考慮推測承諾或義務衝突阻卻違法；相對地，對於已充分告知且得病患同意醫療後果和副作用的醫師，縱使其違背了客觀醫療準則，除非有實定法無法放棄法益的情形（我國刑法第 275／282 條），醫師仍然得以阻卻違法。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- Wolfgang Frisch 著，蔡聖偉譯（2011）。〈客觀之結果歸責—結果歸責理論的發展、基本路線與未決之問題〉，《法學新論》，32期，頁1-44。
- Wolfgang Mitsch 著，古承宗譯（2007）。〈醫療刑法的「假設同意」〉，《世新法學》，4期，頁1-23。
- 王皇玉（2012）。〈醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起〉，《臺大法學論叢》，41卷2期，頁725-793。
- 王效文（2008）。〈刑法上阻卻違法緊急避難的哲學基礎〉，《政治與社會哲學評論》，26期，頁155-214。
- 甘添貴（2008）。〈醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任〉，《月旦法學雜誌》，157期，頁31-44。
- 李聖傑（2007）。〈因果關聯的發展在實務實踐的光與影〉，《台灣本土法學雜誌》，101期，頁161-174。
- 李聖傑（2002）。〈因果關係判斷在刑法中的思考〉，《中原財經法學》，8期，頁117-146。
- 李聖傑（2001）。〈風險變更之結果客觀歸責〉，《中原財經法學》，7期，頁47-72。
- 林山田（2008）。《刑法通論（上）》，增訂十版。臺北：自版。
- 林東茂（2012）。《刑法綜覽》，七版。臺北：一品。
- 林東茂（2008）。〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，157期，頁45-70。
- 林鈺雄（2014）。《新刑法總則》，四版。臺北：元照。
- 林道（2015）。《推測承諾法理解析與建構》，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

- 周漾沂 (2014)。〈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》，頁 169-243。
- 周漾沂 (2014)。〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，43 卷 4 期，頁 1469-1524。
- 徐育安 (2015)。〈不作為犯之因果關係〉，公益信託東吳法學基金主編，《不作為犯的現況與難題》，頁 160-180。臺北：元照。
- 許玉秀 (1997)。《主觀與客觀之間》。臺北：春風煦日論壇刑事法叢書系列 0。
- 許玉秀 (2000)。《刑法的問題與對策》，二版。臺北：春風煦日論壇刑事法叢書系列 4。
- 許玉秀 (2000)。〈客觀歸責理論的回顧與前瞻—記一段我國刑法理論的繼受里程〉，韓忠謨法學教育基金會主編，《刑事思潮之奔騰：韓忠謨教授紀念論文集》，頁 75-125。臺北：財團法人韓忠謨教授法學基金會。
- 許恆達 (2011)。〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《臺大法學論叢》，40 卷 2 期，頁 707-788。
- 許澤天 (1996)。〈義務衝突之研究—利益衡量與阻卻違法；期待可能與責任〉，《刑事法雜誌》，40 卷 3 期，頁 55-79。
- 盧映潔、高忠漢、朱振國 (2008)。〈病患同意與醫師過失責任之辯證—評台北地方法院九一年訴字第七三 0 號判決〉，《台灣法學雜誌》，112 期，頁 37-56。
- 盧映潔、梁興禮 (2018)。〈告知同意法則與醫療刑事過失責任之關連探討—我國實務判決之發展與評析〉，《月旦裁判時報》，69 期，頁 90-107。
- 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。
- 陳子平(2010)。〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(下)〉，《月旦法學雜誌》，179期，頁248-271。
- 張麗卿(2009)。〈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〉，《法學新論》，13期，頁1-29。
- 張麗卿(2015)。〈醫療常規與專斷醫療的刑法容許性－評析拒絕輸血案〉，《台灣法學雜誌》，272期，頁15-32。
- 張麗卿(2017)。〈放棄醫療或專斷醫療〉，《月旦醫事法報告》，3期，頁139-142。
- 黃榮堅(2012)。《基礎刑法學(上)》，四版。臺北：元照。
- 曾淑瑜(1998)。〈論義務衝突〉，《法令月刊》，49卷7期，頁22-26。
- 蔡聖偉(2013)。〈論幫助行為之因果關係〉，《政大法學評論》，134期，頁173-227。
- 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。
- 鄭逸哲(2015)。〈醫療行為之刑事過失責任判斷與病患或其家屬之同意無涉－評析最高法院一〇一年台上字第二六三七號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，240期，頁5-18。
- 薛智仁(2018)。〈專斷醫療之刑事責任〉，陳子平教授榮退論文集編輯委員會主編，《法學與風範：陳子平教授榮退論文集》，頁281-310。臺北：元照。

## 二、德文部分

- Böse, Martin (2016). Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis



- von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung, ZIS, S. 495-504.
- Erb, Volker (2017). Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl.
- Eser, Albin/ Sternberg-Lieben, Detlev (2014). In: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl.
- Hoyer, Andreas (2004). Kausalität und/oder Risikoerhöhung, in: Klaus Rogall/ Ingeborg Puppe/ Ulrich Stein/ Jürgen Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, S. 95-106, München.
- Hoyer, Andreas (2007). Überbedingte berbedingte erfolge, in: Michael Pawlik/Rainer Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, S. 175-188, Köln.
- Jakobs, Günther (1991). Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin.
- Jakobs, Günther (2012). System der Strafrechtlichen Zurechnung, 1. Aufl., Frankfurt am Main.
- Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas (1996). Lehrbuch des Strafrechts. AT, 5. Aufl., Berlin.
- Kindhäuser, Urs (1989). Gefährdung als Straftat, 1. Aufl., Frankfurt am Main.
- Kindhäuser, Urs (2008). Risikoerhöhung und Risikoverringerung, ZStW, S. 481-503.
- Maurach, Reinhart/ Zipf, Heinz (1989). Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 7. Aufl., Heidelberg.
- Neumann, Ulfrid (2017). In: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl.
- Sancinetti, Marcelo A. (2008). Hypothetische Kausalverläufe und die

- Differenztheorie, ZStW, S. 661-703.
- Sancinetti, Marcelo A. (2007). Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre, in: Michael Pawlik/Rainer Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, S. 583-600, Köln.
- Paeffgen, Hans-Ullrich / Böse, Martin (2017). In: Urs Kindhäuser/ Ulfrid Neumann/ Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl.
- Puppe, Ingeborg (2012). Alternative Kausalität und notwendige Bedingung, ZIS, S. 267-270.
- Puppe, Ingeborg (1980). Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW, S. 863-911.
- Puppe, Ingeborg (2015). Das System der objektiven Zurechnung, GA, S. 203-218.
- Puppe, Ingeborg (2010). Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel, GA, S. 551-570.
- Puppe, Ingeborg (2017). In: Urs Kindhäuser/ Ulfrid Neumann/ Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl.
- Puppe, Ingeborg (2002). Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Band 1., Baden-Baden.
- Rönnau, Thomas (2014). Grundwissen-Strafrecht: Die hypothetische Einwilligung, JuS, S. 882-885.
- Roxin, Claus (1970). Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, S. 133-150, Göttingen.
- Roxin, Claus (2006). Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen

Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Aufl., München.

Wessels, Johannes/ Beulke, Werner/ Satzger, Helmut (2013). Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., Heidelberg.

Wolter, Jürgen (2007). In: Heinrich Wilhelm Laufhütte/ Ruth Rissing-van Saan/ Klaus Tiedemann, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007.

