

整体法秩序视野下 被害人自陷风险的理论重塑

陈璇*

内容提要：被害人自陷风险并不是一个仅涉及刑事可罚性的单纯部门法问题。以“仿共犯”模式为代表的单一刑法思维，一方面将“行为人—行为人”责任划分模式错误地套用于“行为人—被害人”责任分配问题，另一方面拘泥于被害人自陷风险在罪与非罪方面的功能，却忽视了其在初级规范层面的意义。被害人自陷风险问题的分析框架，由法律性质和法律责任两个层面构成。在法律性质层面，首先，从权利分配格局的视角出发，某些自陷风险的情形足以直接否定注意义务违反性；其次，在确定行为人违反了注意义务的情况下，需进一步考察能否根据被害人承诺例外地阻却过失行为的违法性。在法律责任层面，既可能因为“被害人过错”而降低甚至排除行为人的刑事可罚性，也可能借由“过失相抵”而减轻行为人的侵权损害赔偿赔偿责任。

关键词：被害人自陷风险 注意义务 被害人承诺 整体法秩序

一、问题的缘起

在刑法领域，通常以危险行为的操控者为标准，将被害人自陷风险划分为两类：一是被害人支配型的自陷风险（自己危险化的参与），即被害人自己实施了直接引起损害结果的行为，行为人只是对该行为发挥了促进、协助作用；二是行为人支配型的自陷风险（基于合意的他者危险化），即行为人实施了可能损害被害人法益的危险行为，被害人对该行为表示了同意。学界几乎无争议地认为，就前一种类型来说，损害结果应由被害人自我答责，而不可归责于行为人。对于后一种类型，则存在分歧意见：有的认为，只要引起损害结果发生的危险处在行为人的支配下，原则上一律不排除犯罪的成立；〔1〕有的则主张，在满足了自我答责要件的前提下，即便是行为人支配型的自陷风险，也同样能够产生排除犯罪性的法律效果。〔2〕

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。

本文系国家社科基金项目“风险社会背景下业务过失犯规制模式的体系化研究”（22BFX041）的阶段性成果。

〔1〕 参见张明楷：《刑法学中危险接受的法理》，《法学研究》2012年第5期，第177页，第188页。

〔2〕 参见冯军：《刑法中的自我答责》，《中国法学》2006年第3期，第102页；江溯：《过失犯中被害人自陷风险的体系性位置——以德国刑法判例为线索的考察》，《北大法律评论》第14卷第1辑，北京大学出版社2013年版，第142页；Roxin/Greco, Strafrecht AT, Bd. I, 5. Aufl., 2020, § 11 Rn. 123。

在民法领域，类似的问题通常是在“自甘风险”概念下进行讨论的。尽管民法典第1176条为自甘风险免责提供了明确的法律依据，但其仅适用于“具有一定风险的文体活动”，且免除的只是其他参加者的侵权责任，而不包括文体活动的经营者、管理者、组织者或者教育机构。至于该规定之外的自甘风险情形，多数民法学者主张不能简单采取“全有或全无”的归责模式，而只能根据过失相抵（或者与有过失）的规则决定减轻或者免除被告的赔偿责任。〔3〕从美国、德国侵权法的学说和判例看，法律对自甘风险的处理亦呈现出从被害人同意向与有过失、从单一的免责事由向免责或者减轻责任事由发展的趋势。〔4〕

总体上看，对于被害人自陷风险案件，刑法上认定被害人自我答责的标准比民法更为宽松。乍一看，这一差异似乎用民刑二法价值取向和目标定位上的区别就能予以解释，即刑法认定被害人自我答责（否定行为人归责）的范围之所以宽于民法，是因为刑法适用具有最后手段性，这就导致刑法对行为归责的认定理应比民法更为谨慎和克制。可是，这种单纯以部门法视角为出发点的解释是站不住脚的。首先，如果只是想被害人自陷风险案件中限制犯罪成立的范围，并非只有肯定被害人自我答责这一条途径。因为，否定被害人自我答责，并不意味着一定要肯定行为人承担刑事责任。即便刑法认定损害结果不能全部划归被害人自负其责，也完全可以从刑法的最后手段性出发认为，毕竟被害人犯有明显过错，导致行为人对损害结果的实际支配力相对较弱，行为人行为的法益侵害性整体上未达到要动用刑罚加以制裁的程度，故而应当排除犯罪的成立。其次，一国的法规范有初级规范和次级规范之分，〔5〕前者旨在为公民划定各自的权利空间；后者则旨在当初级规范确立的权利分配格局遭到破坏时，为其提供救济或者对破坏者实施制裁。刑法规范是典型的次级规范，它本身并不负责创设公民间的权利义务关系，而只是为既有的规范秩序提供保障。刑法学者在论证被害人自我答责时，不约而同地援用了公民在宪法上所享有的自我决定权。〔6〕自我决定权是贯通全体法秩序的基础性权利，如果说肯定被害人自我答责是出于对公民自由的尊重，那么该论据明显不处于次级规范层面，而处于初级规范层面。以自我决定权为基础而得出的被害人自我答责的结论，按理说应能一体适用于民法和刑法，为何二者在处理被害人自陷风险问题时存在前述明显差异？

从方法论上说，在被害人自陷风险的问题上，我国刑法学界以往的研究忽视了对初级规范问题与次级规范问题的区分，从而过早地将研究视野局限于刑法这一部门法领域，且拘泥于被害人自陷风险在界分罪与非罪方面的功能，而忽视了其在全体法秩序中的意义，这是理论上一系列弊病和困境的根源所在。有鉴于此，本文试图打破民刑二法之间的壁垒，站在整体法秩序的高度探求被害人自陷风险的规范本质，并在此基础上重构被害人自陷风险的分析框架。

〔3〕 参见黄薇：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社2020年版，第43页以下；程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第354页；王利明：《论比较过失》，《法律科学》2022年第2期，第9页。

〔4〕 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第228页；王利明：《论受害人自甘冒险》，《比较法研究》2019年第2期，第2页，第8页；Wagner, in: MK-BGB, 8. Aufl., 2020, § 823 Rn. 82。

〔5〕 Vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 112 ff; Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 308 ff.

〔6〕 参见前引〔2〕，冯军文，第99页以下；王海桥、马渊杰：《被害人自冒风险的刑事归责——论自我负责原则》，《中国刑事法杂志》2011年第1期，第7页；车浩：《自我决定权与刑法家长主义》，《中国法学》2012年第1期，第94页；马卫军：《被害人自我答责与过失犯》，《法学家》2013年第4期，第76页以下；蔡颖：《重构被害人自陷风险的法理基础》，《法制与社会发展》2020年第3期，第130页以下；前引〔2〕，Roxin/Greco书，第11节边码107。

二、单一刑法思维的反思与多层分析框架的搭建

（一）“仿共犯”的分析模式

当前刑法学界在被害人自陷风险问题上所采取的主流分析框架，几乎完全仿照共同犯罪的学理逻辑，紧紧围绕共犯从属性原理以及德国刑法第216条的规定这两个基点来展开。其一，德国刑法采取了区分制共犯体系，该法第26条、第27条、第29条明文确立了共犯的限制从属性原理。^{〔7〕}既然教唆犯和帮助犯的成立要求教唆、帮助所针对的必须是符合构成要件且违法的行为，那么由于被害人自危的举动本身并不符合任何犯罪的构成要件，怂恿、协助他人自危的举动也就不可能成立犯罪。其二，德国刑法对参与他人自杀、得同意杀人这两种情形作了区分。一方面，故意帮助他人自杀者，因缺少符合构成要件且违法的正犯行为而无罪。另一方面，根据德国刑法第216条的规定，即便他人事先表示了同意，行为人故意杀害他人的行为依然可罚。尽管这一规定是专为故意行为量身订造的，而参与他人自危的案件涉及的大都是过失行为，但“仿共犯”模式还是以德国刑法的上述区分为样板，移用了正犯与共犯的界分标准，根据事实支配将自陷风险案件划分为“参与他人自危”和“得同意的他危”这两种类型。首先，既然故意帮助他人自杀的行为不成立犯罪，举重以明轻，过失促进他人自杀以及过失促进他人自危就更不可能成立犯罪。其次，既然得同意杀人的行为依然可罚，对于得同意的他危情形，也就无法理所当然地排除结果归责。^{〔8〕}

“仿共犯”模式不仅为德国联邦最高法院和德国多数刑法学者所接受，^{〔9〕}近年来在我国刑法学界也产生了较大影响。^{〔10〕}有的学者虽然在说明被害人自陷风险排除归责的实质根据时并没有运用共犯的原理，但在具体判断中仍然采取了事实支配的标准。^{〔11〕}

（二）“仿共犯”模式的疑问

1. “行为人—行为人”责任划分模式不能套用于“行为人—被害人”责任分配问题

共同犯罪中的参与和被害人自陷风险中的“参与”，从现象层面看似都是多人共同作用于某个法益侵害事实，但二者在规范上却有着实质性差异。

第一，共同犯罪涉及的是他损行为，是在已经确定受损法益值得保护的前提下，解决如何在行为人之间合理划分刑事责任的问题；而被害人自陷风险涉及的是权利主体的自危行为，要解决的是被害人的法益是否以及在多大范围内值得保护的问题。当两名行为人共同支配了犯罪事实时，二人都要为损害结果承担正犯（共同正犯）之责；即便仅有一人支配犯罪事实，另一人只要对前者提供了协助，也同样要为结果承担责任，只是责任程度有所降低（帮助犯或

〔7〕 Vgl. Kindhäuser/Hilgendorf, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl., 2020, vor § 25–31 Rn. 17.

〔8〕 Vgl. Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, FS-Gallas, 1973, S. 243 ff.

〔9〕 Vgl. Dölling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, S. 77; Rudolphi, in: SK-StGB, 6. Aufl., 1997, vor § 1 Rn. 79 ff; Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 4 Rn. 87; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönlke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 15 Rn. 165; BGHSt 24, 342 ff; BGHSt 32, 262; BGH NSiZ 1985, 25.

〔10〕 参见陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2017年版，第327页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第241页；周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2021年版，第131页。

〔11〕 参见车浩：《过失犯中的被害人同意与被害人自陷风险》，《政治与法律》2014年第5期，第32页；王骏：《论被害人的自陷风险——以诈骗罪为中心》，《中国法学》2014年第5期，第166页；朱晓艳：《被害人自我答责的司法适用研究》，《政治与法律》2020年第9期，第150页以下。

者从犯)。可见,在参与者均为行为人的场合,一人支配了犯罪事实并不能成为免除其他参与者责任的理由。而在自陷风险的情形中,被害人参与损害的毕竟是自己而非他人的法益。所谓被害人自我答责,并不是要求被害人为损害结果承担刑事、行政或者民事责任,而是说被害人的法益在一定范围内失去了法律的保护。由国家对公民负有保护义务这一点所决定,法秩序原则上不能轻易撤回对被害人的保护,法律对被害人应抱有更为宽容的态度。然而,按照许多学者的看法,不仅被害人独享支配时应由被害人为结果独自答责,而且在被害人和行为人共享支配的情况下,也应当彻底免除行为人的责任。^[12] 这便意味着:同样都是共同支配损害事实的情况,当支配者均为行为人时,任何一方都应当一道承担正犯之责;可一旦支配分属于行为人和被害人,责任就全数落在了被害人一方。如此一来,被害人在法律上所享有的待遇居然还不如共同行为人,^[13] 这有失公平。

张明楷曾指出,在行为人和被害人共同支配损害行为的情形中,损害结果之所以只能由被害人自我负责,是因为:在共同正犯中,所有正犯都属于“被告人”;可是,在被害人自陷风险的场合,即使可以在一般意义上肯定被害人与被告人的共同行为导致了损害结果的发生,但被害人不是被告人,被害人的行为与其遭受的损害结果之间的因果关系,不可能成为他人行为与结果之间具有因果关系的理由,因而不可能适用“部分实行全部责任”的原理。^[14] 但问题在于:首先,在被害人无意放弃法益的情况下,为什么仅凭被害人参与支配损害行为这一点,就足以使其完全失去法律的保护?事实上,“部分实行全部责任”的原理仅适用于共同正犯,既然被害人自危本来就不属于共同正犯,那么就算能够确定此时无法适用该原理,也不意味着不能根据其他理由肯定对行为人的归责,更不意味着被害人的法益就此失去了值得保护性。其次,既然论者承认共同正犯的核心归责原理在被害人自陷风险的情形下遇到了不可逾越的适用障碍,这就恰恰说明,共犯人的归责与被害人自我答责本来就是性质完全不同的两个问题。换言之,“部分实行全部责任”的原理之所以在此无法适用,根本原因不在于该原理本身,而在于整个共同犯罪的分析框架本来就不适于处理被害人自陷风险问题。

第二,如果将被害人自我答责的成立标准完全依附于实定法关于共同犯罪以及杀人罪的规定,由此形成的处理方案在很大程度上就会欠缺普适性。因为,一旦将自陷风险和犯罪参与相绑定,犯罪参与体系因立法选择和理论争议而引发的问题,就必然会对自陷风险的理论构建带来连锁性的冲击。“正犯—共犯”的分析模式,是以德国刑法中的区分制共犯体系为基础发展起来的。既然孕育该理论的胚胎是一个高度地方化的制度,那么它能否适用于其他国家,就取决于该国是否同样奉行区分制共犯体系。然而,在我国,尽管主流观点认为立法者实质上承认了正犯和共犯的区分,却也不乏学者力主我国刑法采取的是单一正犯体系。^[15] 面对这样的状况,如果共犯体系之争一时难有定论,甚至假定立法者有朝一日明文否定了正犯和共犯的区分,难道学界在自陷风险的问题上就只能陷入束手无策的境地?

[12] Vgl. Duttge, Erfolgshaftung und Opferverhalten, FS-Otto, 2007, S. 246; Eisele, Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung, JuS 2012, S. 582; Kindhäuser, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 12 Rn. 64; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, vor § § 32 ff. Rn. 107.

[13] Vgl. Puppe, Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung - Teil 2, ZJS 2008, S. 605; Herzberg, Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers?, FS-Puppe, 2011, S. 499.

[14] 参见前引 [1], 张明楷文, 第 181 页。

[15] 参见江溯:《犯罪参与体系研究:以单一正犯体系为视角》,中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 242 页以下;刘明祥:《论中国特色的犯罪参与体系》,《中国法学》2013 年第 6 期,第 118 页以下。

2. 事实支配标准不能为自陷风险案件提供逻辑融贯、稳定可靠的解决方案

第一，以犯罪事实支配为标准对被害人自陷风险所作的类型划分，从事实现象的角度看或许有一定的启发意义，但其与规范判断之间却缺乏内在和必然的联系。罗克辛一方面坚持认为，将自陷风险案件区分为被害人支配和行为人支配这两种类型是完全必要的，理由是二者存在结构上的差异。在前者，被害人始终掌控着事件发展的主动权，他能够通过自己的行为随时调整冒险的方式和程度；在后者，被害人只是对他人实施的危险行为予以接受，其难以如前者那样根据自己的意愿随时变更或者打断危险事件的发展进程。所以，两种情形中被害人对于危险事件的预见和把控能力无法同日而语。^{〔16〕}但另一方面，他又提出，这两种自陷风险在最终的处理结论上并没有绝对无法逾越的界线。即便是行为人支配型的自陷风险，在同时满足以下三个条件的情况下，同样可以如被害人支配型的自陷风险那样产生完全免责的法律效果：（1）最终发生的损害结果必须是由被害人所冒风险发展而来的后果，而不能是这之外的其他风险所造成的后果；（2）被害人必须具备归责能力，他是基于自由意志作出了冒险的决定，而未受到行为人的胁迫；（3）被害人必须对所冒风险具有完整、全面的认知。^{〔17〕}

但是，如此论点难免令人产生以下疑问：首先，既然行为人支配型的自陷风险在某些情况下可以获得与被害人支配型的自陷风险完全相同的处理，那就说明这种二分法与归责判断的结论之间并无严格的对应关系，对归责判断具有决定性意义的并不是谁支配着危险事实，真正起关键作用的标准看来还在别处。其次，所谓满足三项条件就可以使“被害人相对较弱的结果避免能力获得补强”，^{〔18〕}从而产生被害人自我答责的法律效果，这种说法存在疑问。一则，当我们讨论自陷风险能否阻断结果归责时，就是以被害人自愿陷入某一险境为先决条件的，否则根本谈不上“自陷风险”。^{〔19〕}所以，损害结果不能是被害人同意接受范围以外其他危险所引发的后果，以及被害人必须是自由地作出冒险决定，这些都是待研究之问题本身的构成要件，而无法为问题的答案“排除归责”提供充足的规范依据。二则，被害人自我答责的成立当然要求被害人不能误解风险的性质和范围，但问题是被害人支配型的自陷风险要产生否定归责的效果，同样要满足这一条件，所以该条件同样无法对被害人较弱的结果避免能力起到补强作用。

第二，事实支配标准在许多情形下缺乏可操作性。在不少案件中，之所以比较容易辨别行为人、被害人究竟谁支配着损害行为，是因为双方行为的发生时间往往有着较为明显的先后之别，根据行为与损害结果的距离远近就能大致判断出谁对结果的作用力更直接、更大。^{〔20〕}例如，在司机应被害人要求醉酒驾驶的案件中，大多表现为被告人先提出要求坐上车，尔后醉酒的司机开始实施可能引起交通事故的危险驾驶行为，危险行为的支配者无疑是司机。然而，在有的情况下，行为人和被害人的行为几乎同时发生，二者对损害结果的作用力难分伯仲，这时事实支配标准就可能失灵。例如，被害人明知对方是艾滋病患者而与之发生性关系。既然病毒的传染是通过双方的性交行为发生的，那么这究竟是被害人支配型、还是行为人支配型的自陷风险？^{〔21〕}本

〔16〕 参见前引〔8〕，Roxin文，第250页。

〔17〕 参见前引〔2〕，Roxin/Greco书，第11节边码124。

〔18〕 Vgl. Roxin, Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, GA 2012, S. 664.

〔19〕 参见前引〔5〕，Murmann书，第424页。

〔20〕 Vgl. Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht - Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten, NSiZ 1992, S. 3.

〔21〕 参见前引〔2〕，江湖文，第141页；前引〔5〕，Frisch书，第171页；Puppe, Strafrecht AT, Bd. 1, 2002, § 6 Rn. 3.

来，按照德国联邦最高法院一贯的立场，被害人支配型的自陷风险以被害人独自操控危险事实为要件，由于本案行为人和被害人共同支配了性交这一行为，故只能认为该情形属于行为人支配型的自陷风险。^[22]然而，德国巴伐利亚州高等法院却认为，既然被害人一方也分担了对危险行为的支配，那么还是应当将其认定为被害人支配型的自陷风险。^[23]

3. “举重以明轻”的推论存在逻辑上的断裂

要适用“举重以明轻”这一推论方法，前提是推论涉及的两种情形具有明确的轻重关系。具体到自陷风险案件，行为人行为的不法和责任同时受制于行为人和被害人两方面的因素，而且二者的作用方向截然相反：行为人对损害结果所持的态度越积极，行为的不法和责任程度就越高；被害人对损害结果的接受度越高，则说明损害结果中应由被害人自负其责的部分越大，行为人行为的不法程度也就越低。因此，从故意帮助他人自杀的行为无罪，的确可以推论出过失促进他人自杀的行为同样无罪。然而，从故意帮助他人自杀的行为无罪，却无法顺理成章地推论出过失促进他人自危的行为亦无罪。因为，过失促进行为本身固然轻于故意帮助行为，但自杀意味着被害人明确放弃自己的生命法益，而自陷风险的被害人只是甘愿承受危险却无舍弃生命之意，所以，在过失促进他人自危的情形中，被害人自我答责的程度轻于故意帮助他人自杀的情形。^[24]这就导致过失促进他人自危情形下因被害人自我答责而降低的不法部分，反而不及故意帮助他人自杀的情形。可见，对于这两种情形来说，各自都有不法和责任的加分项，也都有不法和责任的减分项。这样一来，就无法断言何者为重、何种为轻。

归根结底，共同犯罪学说与被害人自陷风险理论要解决的其实是两个完全不同的问题。前者关注的只是次级规范层面的刑事责任问题；后者涉及的却是一个超越了具体部门法、需要立足初级规范层面才能回答的问题，即当行为人和被害人共同引发法益损害时，行为人的举动是否逾越了行动自由的边界，以及被害人在多大范围内仍然享有法律的保护。换言之，一旦承认被害人应当为结果自我负责，其效果绝不仅仅是行为人的行为不构成犯罪，而是行为人的行为根本就不为法律所禁止。刑法只是整个法律体系中的末端治理手段，故单一刑法思维难以切中被害人自陷风险问题的本质，它将一个原本应由全体法秩序统筹把握、分层解决的问题窄化成了纯粹部门法（刑法）问题。

（三）多层分析框架的搭建

重构被害人自陷风险的分析框架，需要将法律性质和法律责任这两个问题区分开来。

1. 法律性质判断

首先应从权利分配格局的视角出发，探讨被害人自陷风险在哪些情形下会直接影响行为的“合法/违法”判断。这里可以分为初始判断和修正判断两个阶段：（1）根据初始的权利分配格局，损害他人法益的行为是否受到法律的禁止；（2）法律会针对某些特殊情形设置正当防卫、被害人承诺等事由，对初始的权利分配格局加以修正，从而使得在前一阶段受到禁止的行为个别地获得容许，最终归于合法。

当法律要求公民不得故意侵犯他人法益时，这不过是权利空间分配以及自由平等原则的应

[22] Vgl. BGHSt 19, 135 (139) NJW 1965, 699; BGHSt 49, 34 (39) NJW 2004, 1054; BGHSt 53, 55 (60) NJW 2009, 1156; 前引 [18], Roxin 文, 第 659 页。

[23] Vgl. BayObLG, NJW 1990, 132.

[24] 参见前引 [6], 蔡颖文, 第 147 页; Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 53; Puppe, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, FS-Androulakis, 2003, S. 561.

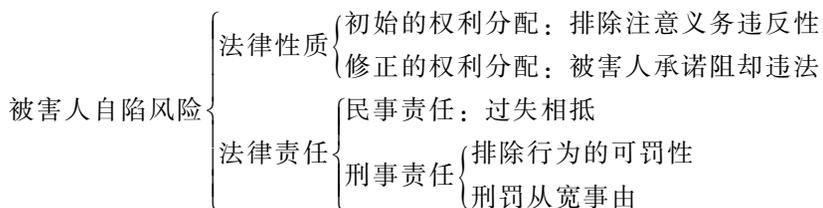
有之义和当然结论，而不会给公民的行动自由带来任何额外的限制。可是，一旦法律在此之外还要求公民必须确保自身的规范遵守能力不发生下降，那就意味着公民不仅要做到“害人之心不可有”，还要腾出一定精力、牺牲部分自由，小心保持和维护其注意能力。随着现代社会日益复杂多变，人的时间和精力也变得愈加稀缺，而一旦涉及对稀缺资源的分配，就不能不对分配所涉及的各个需求方进行掂量和比较。^[25]人在保障基本安全的同时，还要留有足够的注意力去追求更加美好的生活、推动社会的发展进步。所以，法律不可能要求公民把全部精力都投放到避免他人法益受损上，法律必须考虑究竟由谁承担谨慎小心的义务才能以最小的成本、最高的效率实现法益保护，^[26]才能以相对理想的方式兼顾安全与自由。由此决定，在确定注意义务的内容和范围时，不可避免地要对各方面的利弊得失加以平衡和协调，并在行为人、被害人以及社会之间进行合理的风险分配。

可见，被害人应在多大范围内承担自行管控风险的责任，本就是法律设置注意义务时必须考虑的关键因素。如果在设置注意义务之始，通过利益权衡可以确定相关风险本来就应当划归被害人管辖，那便说明法律并不要求行为人投入精力去注意和避免该风险，其行为也不会违反注意义务。于是，被害人自陷风险在一定情况下就具有了限定注意义务范围的功能。反之，如果认定被害人自陷风险的事实不能影响注意义务违反性的成立，那就说明在初始权利分配的阶段应当认定行为人的行为违反了行为规范。接着需要进一步判断，能否根据被害人承诺改变初始权利分配阶段对行为性质所下的结论，从而使行为个别地获得法律的容许。无论是因为被害人对风险自我答责而否定行为的注意义务违反性，还是因为成立被害人承诺而阻却行为的违法性，最终的结论都是该行为不为法秩序所禁止，行为人无需为损害结果承担法律责任。

2. 法律责任判断

如果认定行为人实施的是违法的过失侵害行为，就需要进一步确定行为人法律责任的形式和大小。就民事责任而言，根据民法典第1173条的规定以及过失相抵的原理，被害人自陷风险的事实可以成为确定行为人侵权损害赔偿额度的一个考量因素。就刑事责任而言：（1）尽管被害人自陷风险的事实不能从根本上否定行为的违法性，但是结合刑法的最后手段性、一般预防的必要性等原理，有可能将一部分介入了被害人自陷风险因素的过失行为排除在犯罪圈之外。（2）在确认过失行为成立犯罪的情况下，被害人自陷风险可以成为减轻行为人刑事责任的一个理由。

综上所述，放在整个法律体系中加以考察，被害人自陷风险实际上具有不同层次的法律意义，涉及注意义务违反性、被害人承诺以及法律责任的量定等不同性质的问题。对此，可用下图加以概括。



[25] 参见陈璇：《标准人的心素与注意义务的边界——与“杨存贵交通肇事案”二审裁定书展开的学术对话》，《清华法学》2020年第6期，第85页。

[26] 参见桑本谦：《“法律人思维”是怎样形成的——一个生态竞争的视角》，载苏力主编：《法律和社会科学》第13卷，法律出版社2014年版，第7页，第20页。

三、内含于注意义务中的被害人自陷风险

有相当一部分风险原本就不处在行为人应当预见和注意的事项范围之内，而应当交由被害人自我管控，即便行为人在可预见的情况下参与制造了该风险，也根本没有违反注意义务。

（一）从自我决定权不能直达自我答责

不少学者在阐释被害人自陷风险排除结果归责的实质根据时，习惯于援引法哲学上的自我决定权思想：既然法律承认被害人具有独立的法律人格，被害人的尊严就与被害人的责任不可分离，所以，被害人享有自我决定陷入险境的权利和被害人对危险的自我答责，实际上就是一体两面的关系。^[27]不过，以自我决定权为前提并不能当然推导出自我答责的结论，这中间缺失了论证环节。因为，虽然公民对自己的生活享有决定权，被害人也的确自愿置身于危险之中，但是既然国家对公民负有保护义务，那被害人凭什么不能“双重获益”，既享有冒险的自由，又享有法律对其涉险法益的保护？例如，乙是一名外卖骑手，每天都要骑着摩托车频繁穿梭于城市的各个角落；他的朋友甲明知这一情况，却因商场失意烦闷不已而拨打乙的手机与之畅聊，导致乙在驾驶过程中因接听手机而不慎车翻人亡（外卖骑手接听手机案）。是否在驾车时接听电话，的确属于乙个人可以决定的事项。但是，为什么一旦乙行使自我决定权接听了电话，由此产生的交通事故风险就应当完全由乙自行承担？为什么不能认为，乙一方面有权决定冒险，另一方面，当危险转为实害时，乙也有权要求甲对其承担侵权损害赔偿赔偿责任，甚至要求追究甲的刑事责任？事实上，随着个人主义和自由放任思想不再占据绝对主导地位，侵权法理论意识到，尽管被害人自愿承受了风险，但既然损害的发生违背了他的意愿，国家就不能轻易放弃对冒险者的保护，所谓“尊重意思自治”或者“尊重受害人的自我处分权”并不足以构成完全免除行为人责任的充分理由。^[28]

要说明禁止被害人“双重获益”的实质理由，必须深入到法律规制之成本收益的权衡中来。本来，国家在尊重公民自我决定权的同时，也有责任尽可能为其安全提供充分保障。然而，任何安全保障措施都不可避免会对社会发展、行为人乃至被害人自身的行动自由造成一定的妨碍。一旦被害人的“双重获益”将产生社会无法容忍的治理成本，国家就不得不调整规制策略，将一部分危险防范责任转移给权利主体自己去承担，这使得权利主体在行使自我决定权和要求第三人负责之间只能择其一，而不可二者兼得。可见，自我决定权只有与法律规制的利弊权衡相结合，才能真正切中自我答责的实质。

（二）自我答责与注意义务的利益权衡

任何一项注意义务的设定，在关注法益保护有效性的同时，还必须考虑到它给行为人和被害人可能带来的不利后果。

1. 从行为人一方看，注意义务的设定应当避免基本社会生活的停摆

随着现代社会的分工愈加细化、运行节奏日益加快，人与人之间的依存度在不断提高，个人行为与他人安全的关联度也随之增大。公民日常生活、工作中的一个平常举动，都有可能与

[27] 参见前引〔2〕，冯军文，第100页；前引〔11〕，王骏文，第169页，第173页。

[28] 参见前引〔4〕，王利明文，第2页；曹权之：《民法典“自甘风险”条文研究》，《东方法学》2021年第4期，第126页；Schiemann, in: Staudiger Kommentar BGB, 15. Aufl., 2017, § 254 Rn. 66; Oetker, in: MK-BGB, 9. Aufl., 2022, § 254 Rn. 65。

他人的安危发生联系。如果要完全杜绝这其中的任何风险,则无异于使公民寸步难行,无异于强行让社会生活陷于停顿。以前述“外卖骑手接听手机案”为例,任何一个具有基本生活经验的人都知道,在车辆行驶过程中通电话会导致司机注意力分散从而诱发交通事故。假如法律为保障行车安全而发布一项命令,要求任何公民只有在确保对方并未处于驾驶车辆状态的情况下才能与之通话,就意味着在每一次拨通他人手机号码前,都要小心翼翼通过各种途径查证确认对方是否正在驾驶车辆。这将导致人们在从事日常通讯活动时不得不花费相当的额外的人力、财力和时间成本,现代通讯技术带来的便利也将随之化为乌有。

按照法社会学中的系统理论,一个稳定的人类社会是以人们具有稳定的行动预期为前提的。由社会的人际互动结构所决定,一个人在决定自己如何行动时,总是要预先考虑其他人将怎样行动。所以,在欠缺稳定预期的情况下,人们不得不耗费大量时间和精力对各种行动可能性及其风险进行估算,这就会给人们带来过于沉重的认知负担。^[29]一个社会只有建立起相互间的信任,才可能最大限度地降低人们在交往中的认知负担与防护成本,从而在形成秩序的同时焕发出勃勃生机。社会信任的建立表现为两个方面:(1)任何公民都可以信任自己的权利不会受到他人的恣意干涉和损害,从而无需为防备他人而惶惶不可终日;(2)任何公民也可以信任,每个权利主体都能妥当管理好那些应由其自行管控的风险,从而无需因过度担忧他人的安危而在行使自由时畏首畏尾、裹足不前。

因此,并非一切可预见的风险都足以证成公民的注意义务。法律的制度设计应当使社会成员相信:对风险的防控不是由他一人,而是由行为人、被害人和社会分工合作、各司其职来实现的;一旦风险进入权利主体的管辖范围,自己就无需再为权利主体的安危绷紧注意和防范的那根神经,而是可以放心大胆地将相应的时间和精力投放到其他事项上。

2. 从被害人一方看,注意义务的设定应当防止被保护者落入监控的牢笼

法律通过禁令斩断一切可能给被害人带来风险的源头,看似实现了对被害人的周全保护,但实际上也给被害人造成了不可忽视的损害,因为这将导致被害人处于他人的严格监护之下,^[30]从而丧失了选择多元生活方式的自由。仍以“外卖骑手接听手机案”为例,假如法律要求公民在与他人通电话前都必须履行确保对方并未处于驾驶车辆状态的注意义务,行为人就势必要采取各种手段介入对方的私人空间。比如,甲要么通过乙的亲人、同事打探乙的行踪,要么不得不要求乙事先出具一份精确到分钟的日常作息安排表,以便其选择恰当时段与之通话。这实际上使得乙的个人生活完全处在他人的掌控和监视之下。本来,社会中的个体都拥有选择自身生活方式的空间,社会也应该由丰富多彩的生活方式所构成。可是,在现代社会,多元生活方式的实现不仅取决于个人的意志和行动,也离不开其他社会成员的支持、协助与配合。一旦法律对任何有可能给他人生命、健康带来风险的行为都一概加以禁止,那就意味着受到保护的法益主体只能按照国家监护者的安排过着万无一失却单调划一的生活,从而失去了自主选择其他生活方式的可能。

因此,尽管被害人的生命、健康安全是极为重大的利益,但如果对某些危险行为的禁止不仅会严重损害行为人的行动自由,也会对被害人自身的选择自由造成无法忍受的妨害,^[31]那

[29] 参见[德]卢曼:《信任:一个社会复杂性的简化机制》,瞿铁鹏、李强译,上海人民出版社2005年版,第3页以下。

[30] Vgl. Puppe, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäter bei Selbstgefährdung des Verletzten, GA 2009, S. 494.

[31] Vgl. Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht—2. Teil—Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten, NSiZ 1992, S. 63.

就说明对行为人课以注意义务的做法将给社会带来难以承受的负担。与此同时，如果发现被害人本人对于发生在个人空间内的危险具备充分的认知和管控能力，由被害人自行担负防范风险的责任，既能有效降低危险，又能使行为人和被害人的行动自由不受限制，那么，将部分风险交由被害人管辖，使行为人无需再为预防该风险而操心劳神，就是一种成本最低而效率较高的规制方式。例如，在“外卖骑手接听手机案”中，乙对自己的生活和工作安排享有自我决定权，他比任何人都能更快速、准确地判断什么时候通话才不会危及行车安全。于是，法律就有必要将这部分风险的管控责任划归给乙，从而免除甲的注意义务，使其无需谨慎斟酌和选择通话时机。至于怎样确保驾驶过程中不分散精力，则应当交由骑手乙自己去决定和负责。所以，一旦乙自愿在驾车时接听电话，该风险从一开始就不属于甲应予注意的事项，甲实施的完全是处于其自由空间之内的合法举动。这就是足以排除行为人注意义务的被害人自陷风险。

（三）注意义务判断中自我答责的成立要件

被害人自陷风险要从根本上排除行为人的注意义务违反性，需要满足两个要件。

首先，需通过个案利益权衡来确定注意义务的内容和范围。在一些技术性较强的危险领域，国家在对行动自由和法益安全加以协调的基础上制定了成文性的注意规范，将典型的疏忽行为明确列为禁止对象，以督促行为主体在从事相关活动时必须将自身能力维持在为避免法益受损所必要的水平之上。一旦行为人违反了这些规范，就只能认定他违反了注意义务，即便被害人对该行为甘愿接受，也不能否认在初始权利分配的层面该行为创设了法所不容许的风险。至于在修正的权利分配层面能否例外地阻却违法，要进一步考察是否成立被害人承诺。例如，当被害人明知驾驶者酒驾、疲劳驾驶、超速驾驶而仍然自愿同乘时，由于道路交通安全法及其实施条例为保障行车安全设立了诸如禁止酒驾之类旨在维护司机驾驶能力的注意规范，被害人自甘冒险的事实就不能对注意义务的内容产生影响，故司机实施的依然是违反了注意义务的过失行为。

其次，将回避风险的责任交由被害人承担能更好兼顾法益保护与行动自由。注意义务中利益权衡的具体判断，需分两步进行：（1）为有效防止结果发生，需要行为人予以多大程度的注意、采取何种防范措施。（2）假如将这种谨慎态度和防范措施普遍化为法律上的注意义务，是否会给行动自由以及社会发展带来不可承受的负担。

从实践看，自陷风险导致行为人不负有注意义务的情形主要有以下两类。

第一，为避免过分介入个人空间而由被害人自担风险。行为人为被害人提供了某种产品或服务，且行为人已经就风险向被害人作了充分说明和告知，当被害人利用该产品或服务自陷风险的活动发生在较封闭的个人生活领域，第三人介入其私密空间就无法有效防止风险时，综合考虑排除风险成本和个人生活自由，往往难以要求行为人为消除该危险而承担注意义务。

例如“燃气爆炸案”：2008年底，鸿泰燃气公司根据协议给原告刘某安装了天然气设备。2010年刘某新建住房，燃气公司将原燃气管线移到现住房处，并于2010年5月安装了滴式自动加臭装置，并安排专门人员进行定时加臭。2013年7月28日早上6时许，刘某在位于一楼的厨房点火时发生燃气爆炸，致其身上多处烧伤。法院事后向县规划建设局调取了事故调查报告，对事故直接原因分析如下：（1）燃气系统无泄漏，排除系统泄漏可能，泄露原因可能为灶具阀门泄漏或者灶具连接软管脱落；（2）燃气聚集到一定浓度后达到爆炸极限，此时刘某走入室内，打火形成点火源，点燃室内燃气引发爆炸。根据现场情况及对周围邻居的询问，

事故间接原因是居民燃气安全意识不足，厨房燃气管线存在私拉乱接、一管多头现象。^[32]天然气是易燃易爆商品，经营者对燃气的运输和使用当然负有一定的注意义务。本案中，燃气公司一方面已保证输气管线无破损和漏气，并通过天然气加臭处理确保燃气泄露时能及时引起用户警觉；另一方面，通过定期宣传和检查，使用户了解安全保障方面的注意事项。但是，由于受害者刘某家燃气灶具接口处漏气，同时家中因未安装防护栏而门窗紧闭，导致屋内燃气大量聚集达到一定浓度后遇火源发生爆炸。假如在被告已采取的措施基础上进一步提高注意义务标准，要求被告切实防止本案的爆炸事故，那就意味着燃气公司需每日派员进入千万用户家中，仔细排查灶具接口以及屋内通风情况。这不仅会迫使燃气经营者背负难以计数的人力和财力成本，导致燃气供应事业的生存和发展空间大大萎缩，也会使消费者不得不忍受安检人员对其个人生活空间的持久监视。

在上述情形中，直接引起损害结果的危险事件发生在被害人私人生活领域，要求行为人彻底将危险掐灭在源头，不仅将导致行为人经营商品或服务的活动因成本过高而难以为继，也会使得被害人的个人生活处在他人的严密监视之下。相对于给行为人课以这种注意义务所付出的沉重代价，被害人对其居住空间最为熟悉，能够以极低的成本便捷及时地消除危险源。例如，燃气用户自己就可以较为方便地检查灶具连接管是否脱落、室内通风状况是否良好，并且在发现室内有异味时立即停止使用燃气。既然行为人要耗费九牛二虎之力才能排除危险，而被害人只需举手之劳就能确保自身安全，法律就有理由对风险防范责任作如下分配：（1）行为人应当在生产、运送、安装环节确保提供的商品和服务不存在足以危及用户安全的瑕疵，并且通过警示、说明等方式将使用中可能存在的危险事项提前告知被害人；（2）被害人在使用商品或者接受服务的过程中，应当承担起回避常规危险的责任。因此，在“燃气爆炸案”中，防止燃气聚集并爆炸本不属于行为人应予注意的事项，其完全处于应由被害人管辖的范围之内，故行为人并未违反注意义务。

第二，为避免压抑竞技体育活动而由被害人自担风险。竞技体育活动中的自甘风险，归根结底也是注意义务的问题。就足球、篮球、橄榄球等项目而言，身体伤害风险本身就是赛事的内在组成部分。所以，如果想要使竞技体育具备足够的观赏性，就必须让参赛者从严苛的注意义务约束中解放出来，使其将更多的注意力投放到追求更高的技巧、更快的速度以及更强的力量比拼上，不必时时处处为避免伤及其他选手而畏首畏尾。只要行为人遵守了以保障运动员基本安全为目的的比赛规则，他为赢得比赛而实施的竞技行为就没有违反任何注意义务，由此产生的伤亡风险也只能归入受害者自我负责的范围。

基于以上分析，可以对民法典第1176条关于自甘风险的规定重新加以审视。首先，该条似乎将竞技体育中的自甘风险看成一种单纯免除侵权责任的事由。因为，按照该条规定，如果受害者自愿参加具有一定风险的文体活动，只有当其他参加者对损害具有故意或者重大过失时，其他参加者才需要承担侵权责任。换言之，如果行为人只是存在一般过失，则依然可以免责。这一规定将需要承担侵权责任的过失限定为重大过失，据说是考虑到竞技活动的参与者在进行激烈身体对抗或者在尝试较高难度的技术动作时，无法精确控制每一个动作，如果用一般理性人的标准去分析竞技行为，很可能会得出参与者对损害的发生具有过失的结论。^[33]但问

[32] 参见四川省盐亭县人民法院（2014）盐民初字第2148号民事判决书。

[33] 参见邹海林、朱广新主编：《民法典评注·侵权责任编》，中国法制出版社2020年版，第129页。

题在于，注意义务的内容从来就不取决于某个超脱具体生活场景的抽象“一般理性人”，它必须结合行为人所处的特定时空范围以及专业领域才能确定下来。如上所述，只要国家奉行鼓励、发展竞技体育的政策，由竞技体育固有的对抗性所决定，法律就有必要给参与者预留出比一般情况下更为宽松的自由空间，特许其将更多的注意力从避免他人受损转移到挑战极限、超越自我之上。因此，竞技体育的特殊政策考量应当早在认定行为法律性质的阶段，也就是在确定注意义务的过程中就发挥作用，而不是仅仅反映在末端的法律责任判断中。用于判断竞技体育领域内注意义务的“标准人”，并不是泛化的“一般理性人”，而是置身于特定体育赛事的理性参与者。如果某种损伤风险是为维持比赛竞技性和对抗性所难以避免的，参与者不承担法律责任的根据就不在于他对损害存在过失但该过失并不严重故而可以免责，而在于他根本不存在过失，^[34] 其行为始终没有逾越法律容许的边界。其次，民法学通说认为，既然民法典只是规定了文体活动中的自甘风险能够免责，其他情形下的自甘风险就只能适用民法典第 1173 条关于过失相抵的规定，结合案件具体情况来确定行为人的责任。^[35] 可是，文体活动中的自甘风险之所以能够免责，其实质根据是行为没有违反注意义务。结合前述分析可以发现，基于利益权衡将部分风险归入被害人的管辖范围，从而否定行为人负有注意义务，这种情况绝非为竞技体育活动所独有。所以，即便对于竞技体育活动以外的自甘风险情形，也完全可以借助注意义务的具体判断来认定被害人自我答责。唯有在确定行为人违反了注意义务的情况下，才有适用过失相抵规则量定责任程度的空间。由此可见，在相当程度上，民法典第 1176 条只是一项发挥提示作用的注意规定，即便没有该规定，也完全可以根据注意义务的一般原理得出相应结论。

需要强调的是，行为是否违反注意义务，并不取决于究竟是行为人还是被害人支配着因果流程，也不是一切单纯给被害人自危提供条件或者支持的行为都一概能够得到法律的容许。

例如“尼龙绳吊人案”：2005 年 6 月，被告人田玉富与其妻康某某为违法生育第三胎而被本县板栗树乡计划生育工作人员带至县计划生育技术指导站实施结扎手术。6 月 25 日上午 11 时许，被告人田玉富为使其妻逃避结扎手术，对计生工作人员谎称其妻要到指导站住院部三楼厕所洗澡。在厕所里，被告人田玉富先用手掰开木窗户，然后用事先准备好的尼龙绳系在其妻胸前，企图用绳子将其妻从厕所窗户吊下去使其逃跑。由于绳子中途断裂，康某某从三楼摔下后当场死亡。^[36] 不论是被害人抓住绳子将其妻从窗户吊下去（行为人支配着因果流程），还是被告人提供绳索，由其妻将绳子一头固定在水管上自行往下吊（被害人支配着因果流程），关键问题都在于应当首先从行为是否违反注意义务去审视被害人自陷风险的事实。本案中，假定有效防止结果发生，一是可以完全禁止被告人协助将其妻吊下楼，二是可以要求被告人事先仔细检查确保绳索足够结实，能够承受康某某的体重。即使将这种要求普遍化为法律上的注意义务，至多也只是使人们失去了以异常方式离开多层建筑物的机会，而不会对行动自由以及社会发展带来难以容忍的阻碍。可见，为保全生命、健康而设置相应的注意义务，其可能付出的代价处在可接受的范围之内。因此，即便康某某本人支配了危险事实，也不能否认田玉富的行为违反了注意义务。当然，在肯定该结果可归责于被告人的情况下，其对因果流程的操控力

[34] See James M. Underwood, *Tort Law: Principles in Practice*, Wolters Kluwer, 2018, p. 395.

[35] 参见韩煦：《自甘风险规则：规范分析与司法适用》，《人民司法·应用》2020 年第 31 期，第 50 页；前引〔3〕，程啸书，第 354 页。

[36] 参见湖南省麻阳苗族自治县人民法院（2005）麻刑初字第 111 号刑事判决书。

大小会对法律责任的具体形式和程度产生影响。

四、隶属于被害人承诺的被害人自陷风险

一旦确定行为人违反了注意义务,在初始的权利分配阶段,就可以认定行为人以法所禁止的方式侵入了被害人的权利空间。如果被害人自愿置身于行为人创设的风险之中,就需要在修正的权利分配阶段进一步考察,能否因为被害人承诺而例外地排除该过失行为的违法性。

(一) 被害人承诺的对象: 危险行为

要成立阻却违法的被害人承诺,是仅要求被害人对行为表示同意即可,还是要求被害人必须对行为和结果均表示同意?对此,学界素来存在行为说和结果说的对立。二者的分歧集中体现在被害人自陷风险的问题上,因为学者们历来认为,当被害人自甘冒险时,他愿意接受的只是危险活动本身,而不包括危险活动所造成的实害结果。^[37]行为说主张,既然只要被害人自愿接受了危险行为,即便他对结果表示反对,也不影响被害人承诺的成立,那么在被害人单纯自陷风险的情况下,完全可以根据被害人承诺排除行为的违法性。^[38]结果说则认为,在自陷风险的场合,被害人并未放弃法益,故完全不存在成立被害人承诺的余地。^[39]在笔者看来,行为说与结果说之争的实际意义可能是有限的。事实上,即便站在结果说的立场,只要被害人是在对危险有正确认知的情况下对行为表示了同意,该同意的效力就必然延及行为危险性最终得以实现的结局,即结果。理由如下:

第一,无论是孤立的行为还是孤立的结果,都无法成为不法的组成部分,只有当某种行为具备了引起损害结果发生的现实危险性时,它才能够成立行为无价值;同样,只有当某个损害结果是行为危险性合乎规律发展而来的结局时,它才有资格被评价为结果无价值。所以,法益侵害的危险性是联结、贯通行为无价值与结果无价值的桥梁。当被害人对结果表示同意时,由于危险行为就是孕育该结果的内在根据,故被害人也必然愿意接受危险行为。同样,所谓对行为的同意,不能理解为只是对某种身体动静的接受,它是指对行为包含的实质危险性的同意。所以,当被害人对行为表示同意时,必须预设一个前提,即被害人对行为的危险性有完整和充分的认知,并在此基础上决定接受该危险。在此前提下,被害人对于由该危险合乎规律地实现而带来的结果也只能是持肯定态度。假如被害人真的不愿意看到结果出现,那就说明他对于包含着催生该结果之动因的危险行为本身也是持排斥态度。换言之,只要被害人对危险事实的认识是正确的,行为无价值与结果无价值以法益侵害危险为桥梁而实现的一致性,就必然反映在被害人的主观层面。于是,对行为的同意就意味着对结果的同意。

第二,单纯以保护个人法益为目的的注意规范,其在个案中的效力可以因为被害人的自我决定而发生改变。有学者提出:即便被害人同意接受危险行为,也不能取消行为无价值,因为行

[37] 参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下卷,焦美华译,法律出版社2004年版,第604页;朱岩:《侵权责任法通论·总论》,法律出版社2011年版,第503页;前引[10],张明楷书,第304页。

[38] 参见黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第159页;前引[6],蔡颖文,第142页以下;Murmman, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl., 2022, § 25 Rn. 139; Frister, Strafrecht AT, 10. Aufl., 2023, 15/13。

[39] 参见前引[4],王泽鉴书,第228页;前引[3],程啸书,第353页;前引[10],张明楷书,第298页;前引[11],车浩文,第32页以下;Rönnau, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2006, vor § 32 Rn. 164 f; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, vor § § 32 ff. Rn. 102; Duttge, in: MK-StGB, 4. Aufl., 2020, § 15 Rn. 200 f; 前引[2], Roxin/Greco书,第11节边码121。

为无价值是以行为规范为基础的,而行为规范是一体适用于全体国民的普遍行动准则,它不会因为个别法益主体的意志而归于失效。〔40〕这种看法需进一步斟酌。从公民间平等的法律关系看,当法律禁止甲侵犯乙的利益时,就意味着甲对乙负有尊重其权利地位的义务。不过,乙一方面享有要求甲尊重其法律地位的权利,另一方面也可以根据本人意愿免除甲的这项义务,〔41〕容许甲进入自己的权利空间、损害自己的某些法益。既然甲、乙已经就双方权利义务关系的变更达成了合意,法秩序就应当尊重这种变更,没有必要坚持按照变更前的初始权利分配格局而将甲的行为认定为不法,更没有必要动用刑罚对其加以制裁。当然,也有学者提出,个别的被害人无权直接免除行为人在刑法上负有的义务。〔42〕但是,持这种观点的学者也承认:当刑法上的行为规范禁止行为人实施侵害行为,而被害人却同意其实施该行为时,刑法规范的普遍效力就与具体被害人的个人偏好发生了冲突。毕竟,刑法上行为规范存在的意义并不在于规范本身,也不在于某种抽象的价值,而在于保障具体法益的安全,所以,只有当行为规范所秉持的价值判断与具体法益主体的个人意志不相违背时,规范才适宜产生效力。因此,只要不涉及公共利益,国家就应当为被害人承诺赋予在个案中取消行为规范效力的功能。〔43〕

由此可见,不论是从“公民—公民”的关系、还是从“公民—国家”的关系看,都能够说明,只要承认行为规范的终极目的是保护法益,规范的效力就可能随着法益保护之实际需要的变化而更易,其完全可能出于对被害人决定的尊重而主动离场。具体到过失犯领域,只要确定注意义务的目的是保护个人法益,具体被害人的决定自然能够在个案中取消注意规范的效力,从而使行为不再具有规范违反性和行为无价值。

(二) 被害人承诺的限制:超个人的注意义务

尽管被害人承诺能够取消行为规范的效力,但这仅限于以个人可处分的法益为保护对象的行为规范。所以,自陷风险能否成立被害人承诺,首先取决于行为所触犯之注意义务的保护对象究竟是什么。假如某一注意规范在保护个人法益之外还试图维护某种超个人的利益,被害人的承诺就无法取消相应过失行为的违法性。这主要包括两种情况:

1. 以公共法益为保护对象的注意义务

某些过失行为,尽管其最终引发的损害结果落在了具体的被害人头上,但它触犯的注意规范却旨在维护不特定多数人的法益。最典型者莫过于交通肇事行为所违反的注意规范。以同乘者怂恿醉酒司机驾驶汽车的情形为例,由于禁止醉酒驾驶这一注意规范的保护对象是道路交通安全领域的公共安全,所以违反该注意规范所产生的风险不仅指向同乘者,也指向其他不特定的公共交通参与者,后者的人身安全明显不能为被害人的承诺所覆盖。于是,同乘者自甘冒险的事实并不能否定行为无价值的存在。

不过,具体到司法实践,还需要区分不同情况:(1)如果醉酒驾驶仅导致同乘者死亡,那就意味着在行为创设的两种危险中,只有针对同乘者的危险得到了实现;假如满足被害人承诺的其他要件,则该结果可以得到正当化。由于过失犯罪和侵权损害赔偿责任的成立均以存在

〔40〕 Vgl. Weigend, Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), S. 70 (Fn. 91); 前引〔18〕, Roxin 文, 第 661 页以下。

〔41〕 Vgl. Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, FS-Dreher, 1977, S. 197 f.

〔42〕 参见前引〔12〕, Kindhäuser 书, 第 12 节边码 5。

〔43〕 Vgl. Kindhäuser, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, GA 2010, S. 502 ff.

结果无价值为前提,故无法追究司机交通肇事罪的刑事责任或者民事损害赔偿赔偿责任。与此同时,由于针对其他公共交通参与者的危险仍然具有违法性,故可以追究司机的行政责任或者危险驾驶罪的刑事责任。(2)如果醉酒驾驶行为除了导致同乘者死亡外,还损害了其他公共交通参与者的生命或者健康,那么由于后者并未对醉酒驾驶行为表示同意,故为成立交通肇事罪以及侵权责任所需的行为无价值与结果无价值均已具备。

2. 具有家长主义性质的注意义务

在现代法治社会中,法律承认个人拥有独立的自治空间,但与此同时,基于保障基本人权、规避重大风险的考虑,国家也会对个人的自我决定权施加适度的家长主义干预。^[44]由于某些注意义务带有家长主义的性质,所以即便是被害人基于自愿的承诺也无法在个案中取消该义务的效力。但需要注意的是,虽然注意义务旨在保护生命或者重大身体健康,但这并不能当然地使该义务具有家长主义的属性。

尽管我国刑法并未像德国刑法第216条那样规定得同意(受托)杀人罪,但通说也认为被害人对自己生命的承诺无效,即使被害人基于真实意愿请求行为人杀死自己,行为人的故意杀人行为依然具有违法性。^[45]这表明,尽管个体对自己的生命仍然享有自我决定权,但国家从家长主义出发对生命自决权进行了一定程度的干预,使得公民行使该权利的方式仅限于自行了断生命,而不包括任何借助第三人的自由行为来剥夺自己生命的情形。

现在的问题是:法律对公民生命自决权所施加的这种限制,是否也适用于过失致人死亡的情形。或者说,当被害人对第三人的过失行为表示同意并因此丧命时,该承诺是否也自始无效。笔者的回答是否定的。^[46]这是因为:家长主义意味着对公民自由的干预,而干预不可避免会产生一定的社会成本,所以国家在设立家长主义的法律干预时,必须有重大而充分的理据,并且应当将公民自由所受的限制减少到最低限度。^[47]国家是否应当以家长的姿态介入公民的自由空间,这不仅取决于危险所针对的法益的类别和重要性,还取决于行为以何种方式、何种程度对法益造成了危险。只有当行为将以难以逆转或者补救的方式给重大法益造成严重威胁时,法律才有必要对被害人的决定自由加以干涉。国家之所以对生命自决权有所限制,不仅是因为生命乃社会共同体以及一切基本权利的存在前提,还因为故意杀人是有意违反杀人禁令的举动,无论是主观上对死亡结果的放任甚至追求态度,还是客观上引起死亡结果的高度盖然性,都说明该行为方式具有剥夺他人生命的严重危险。假如故意杀人行为只要事先得到被害人的授权或者同意,便可像损害其他个人法益的情形那样得到合法化,那就可能在全社会形成轻视生命的风气,从而导致生命权保障体系的基础遭到冲击。然而,如前所述,过失致死行为是行为人因违反能力维持规范而间接引起死亡结果的情形。由于过失行为缺少以死亡结果为目标的内驱动力,结果出现与否更多地受制于各种偶然因素,^[48]所以过失致死行为违反行为规范的程度以及引起死亡的可能性都远远低于故意杀人行为。加之过失致死行为在许多情况下与

[44] 参见前引[6],车浩文,第101页。

[45] 参见前引[10],张明楷书,第1109页;高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第462页。

[46] 主张该承诺无效的观点,参见黎宏:《过失犯研究》,载刘明祥主编:《过失犯研究——以交通过失和医疗过失为中心》,北京大学出版社2010年版,第29页;前引[9],Dölling文,第88页,第90页。

[47] 参见黄文艺:《作为一种法律干预模式的家长主义》,《法学研究》2010年第5期,第13页。

[48] 参见前引[12],Eisele文,第584页。

合法的自由行使行为也仅有一步之遥，国家就更没有必要在过失造成死亡风险的情形下也对公民的生命自决权施加过多限制。因此，对于过失致人重伤以及死亡的行为，存在着根据被害人承诺排除违法性的可能。

在实践中，家长主义性质的注意义务有两种典型的表现形式：

第一，禁止向他人提供毒品以及吸毒场所的注意义务，具有干预吸毒者自我决定权的属性。当行为人向自愿吸毒的被害人提供毒品或者吸毒场所，导致被害人因过量吸食毒品而死亡时，行为人在成立毒品犯罪（如非法提供麻醉药品、精神药品罪，容留他人吸毒罪）之外，是否还成立过失致人死亡罪？例如，2019年2月7日凌晨2时许，被告人童兵在自己承租的廉租房内，向刘某提供毒品及吸毒工具，并与被害人刘某一起吸食毒品麻果、冰毒及注射海洛因。之后刘某出现昏迷不醒、呼吸微弱等情况，被告人童兵自行对刘某采取了注射盐水、心肺复苏等救治措施，在刘某依然未醒的情况下，未及时送至医院进行抢救，导致其死亡。^[49]

对于这类案件，中外刑事司法实践存在不同做法。从我国的判例看，有的法院以行为人能够预见到吸毒会损害他人身体健康为由肯定过失致人死亡罪的成立；^[50]有的法院则认为死亡结果只能评价为容留他人吸毒罪的一个情节，不宜单独成立过失致人死亡罪。^[51]在德国，有的判例借助共犯从属性原理，认为仅仅为吸毒者自危提供便利条件者不成立过失致人死亡罪；^[52]但也有判例认为，考虑到德国麻醉剂法（BtMG）中的罪刑规范所保护的并不是个人，而是公众健康，所以在这类案件中应当对被害人答责加以限制，从而就死亡结果追究行为人的刑事责任。^[53]

笔者认为，禁止向吸毒者提供毒品、吸毒场所的法律义务，虽然是为了保护公民的生命和身体健康，但它具有家长主义的属性。因为，毒品不仅会给人体带来严重损伤，而且会形成较为强烈的瘾癖，导致吸毒者即使没有受到外来的欺骗或者胁迫，即使深知自身健康的极端重要性，也难以抵挡毒瘾的诱惑而断然放弃吸毒。如果国家对此放任不管，吸毒势必会成为一种生活方式在全社会蔓延，这不仅会给个人的根本利益造成难以挽回的损害，^[54]而且会危及公众身心健康。因此，国家有必要适度介入公民的自由空间，纵然违背被害人的意愿，法律也要坚决阻断被害人从第三人处获得吸毒工具和条件的渠道。这样一来，不得向他人提供毒品或者吸毒场所这一注意义务，就不能因为被害人的承诺而归于失效。

第二，企业雇佣领域是现代法律制度对被害人的冒险决定权加以限制的源头之一。^[55]当雇主要求雇员从事危险作业时，从形式上看雇员或许并未受到强迫，其对违章作业的危险性也有清楚的认知。一般来说，为追求更好的生活或者更高的社会地位而给某人带来的心理压力，并不足以影响其接受风险的自愿性。但是，在市场经济条件下，雇员不可避免面临着就业和生存压力，所以雇主和雇员的议价能力和谈判地位实际上是不平等的。^[56]为了充分保障劳动者

[49] 参见湖北省武汉市青山区人民法院（2019）鄂0107刑初455号刑事判决书。

[50] 同上。

[51] 参见广西壮族自治区金秀瑶族自治县人民法院（2020）桂1324刑初1号刑事附带民事判决书。

[52] Vgl. BGHSt 32, 262; BGH NJW 1985, 691; BGH NSiZ 1985; BGH NJW 2000, 2286; BGH NSiZ 2001, 205.

[53] Vgl. BGHSt 37, 179.

[54] 参见[美]范伯格：《刑法的道德界限（第3卷：对自己的损害）》，方泉译，商务印书馆2015年版，第131页。

[55] 参见前引[28]，曹权之文，第126页；Keith N. Hylton, *Tort Law: A Modern Perspective*, Cambridge University Press, 2016, pp. 159-163.

[56] See Fleming James Jr., *Assumption of Risk*, 61 *Yale Law Journal* 154-155 (1952).

的利益、维护社会公平，法律有必要对雇主课以具有家长主义性质的注意义务，使得雇主即便在雇员自愿从事危险作业的情况下，也同样需要履行对于雇员人身安全的谨慎保护职责。

这一点在我国现行法律中已有体现。例如，在2020年之前，针对雇主要求雇员从事危险作业的情形，我国刑法第134条只处罚“强令他人违章冒险作业”的行为；2015年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条列举了“强令他人违章冒险作业”的几类情形，包括利用职权强制违章作业，采取威逼、胁迫、恐吓等手段强制违章作业，故意掩盖事故隐患组织他人违章作业等，都是以违背职工意愿为前提的。但是，刑法修正案（十一）在刑法第134条第2款中增加了“明知存在重大事故隐患而不排除，仍冒险组织作业”的规定。这一修正正是考虑到，仅靠“强令他人违章冒险作业”的规定，难以妥善应对一线作业人员真实自愿冒险作业的现象。^[57]这说明，只要雇主违反了对于职工的安全保障义务，即便职工是在对事故隐患有认知的情况下自愿冒险作业，这种同意也不能排除相应过失行为的违法性。

（三）被害人承诺的认定：危险的同一性判断

如前所述，只要被害人自愿接受行为的危险性，即足以成立被害人承诺，但前提是被害人必须对行为的危险性具有完整和正确的认知，即被害人接受的危险与最终实现的危险具有同一性。引起损害结果发生的危险，往往有一个从抽象到具体的发展过程；为了有效保障被害人的安全，法律既要在后端对迫在眉睫的危险严加遏制，又要在前端对“起于青萍之末”的风险做到防微杜渐，所以法律可能针对危险的不同发展阶段设置多种注意义务。我们一方面需要弄清被害人同意撤销的究竟是何种内容的注意义务，另一方面要确定造成损害结果的具体危险是什么。只有当二者具有同一性时，也就是只有当被害人同意撤销的注意义务就是以防范引起结果发生的特定危险为其目的时，才能认定被害人对危险表示了同意。

然而，经常讨论的危险接受案件，大多缺少这种同一性。例如，当被害人明知司机违反了相应交通法规而仍然同意搭乘车辆时，被害人并非毫无根据地将自己的生命安全托付给违章驾驶者。尽管驾驶者没有拿到驾照或者事先喝了酒，但被害人因与驾驶者相识，对其酒量和车技抱有十足信心，所以才认为饮酒并不会妨碍其娴熟驾车，也期待驾驶者会小心谨慎保证行车安全。于是，如果驾驶者在行驶过程中失去了正确操作的能力，或者违反了谨慎驾驶的义务（如超速驾驶、驾驶时玩手机等），由此产生的事故风险自然与被害人的意愿背道而驰，而不再属于被害人同意接受的风险。总而言之，在这类案件中，行为人同意接受的只是行为的抽象危险性，而不是现实引起结果发生的具体危险性，被害人接受的危险与最终实现的危险缺少同一性。

不过，在缺乏危险的同一性的情况下，还有一个问题需要探讨：即便无法成立被害人承诺，但被害人毕竟是因为自身的疏忽才对危险发生了误判，那么该失误所引发的损害后果是否应由被害人自行承担。有学者提出：尽管从事实上看，被害人对引起结果发生的具体危险并未表示同意，但从规范上分析，一方面被害人对危险的误判乃是自身过错所致，另一方面被害人之所以接受危险行为，往往是因为他能够从危险行为中获益。根据风险与收益对等的原则，法律不应允许被害人只享受危险行为给自己带来的好处，却不承担由此可能产生的代价。所以，即便引起实害结果发生的具体危险与被害人的意愿相违背，法律也应当将该结果视为被害人必

[57] 参见杨万明主编：《〈刑法修正案（十一）〉条文及配套〈罪名补充规定（七）〉理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第43页。

须自行支付的代价，从而取消对他的保护。〔58〕

然而，该观点在援用“成本—收益”原理时采取了纯粹经济学的视角，却没有从法治国的价值原则出发对“成本”的规范属性进行分析。“法无需向不法让步”不仅是一项适用于正当防卫制度的原则，也是整个法秩序的支柱之一。〔59〕它揭示出一个道理：所有公民都可以信任自己的合法权益不会遭受他人非法侵犯，也可以信赖法秩序会保护自己的合法权益免受不法侵害。不论这种信赖从社会的现实状况看是如何的天真和不切实际，法律都不应当报以嘲讽和讥笑，而应当尽其所能对该信赖予以保护。所以，任何公民都没有义务为防范他人的侵害而压缩自己在法律上享有的自由空间。既然法秩序旨在营造这样一种社会状态，即只要是在法律许可的范围内，公民尽可以无所顾虑地追逐自己想要的利益，那么每个法益主体就有权“两头占”，一方面通过合法途径谋求利益，另一方面无需花费成本对其他公民可能实施的不法侵害加以防备。由于遭遇他人的不法侵害并不是法治社会所容许的风险，所以从规范上看，在行使自由与遭受侵害之间并不是收益与成本的关系。当公民因疏于防护而受到他人不法侵害时，国家不能将该侵害看成是被害人在获取利益的同时必须付出的代价，并以此为由撤销对他的保护。在上述讨论的情形中，既然已经认定行为人违反了注意义务，那就说明由此产生的风险并非法律所容许，被害人本就既有权通过行为人的行为实现某种利益，也有权要求行为人履行注意义务。所以，危险行为造成的损害不能归为被害人必须自行承担的风险。

五、影响法律责任认定的被害人自陷风险

在确定行为人的行为已违反注意义务的前提下，只要被害人对引起结果发生的具体危险缺乏正确认知，就无法根据被害人承诺排除相应过失行为的违法性。不过，被害人因轻率而接受危险这一情节，虽然不能使法律完全撤销对他的保护，却可能减轻法律对他的保护力度。这时，被害人自陷风险的意义就从法律性质层面转入法律责任层面。就法律责任而言，既有可能因为“被害人过错”而降低甚至消除行为的刑事可罚性，也可能借由“过失相抵”而减轻行为人的侵权损害赔偿赔偿责任。

（一）自陷风险减轻法律责任的主要情形

并不是只要被害人自愿参与危险活动，就必然会减轻行为人的责任。因为，公民一般来说并不负有时刻小心保护自身法益的义务，〔60〕他通常可以合理信赖他人不会对自己实施违反注意义务的行为。〔61〕例如，进出公共场所是公民的自由，法律不能仅仅因为某公共场所可能发生故意或者过失的不法侵害就要求公民自行扣减该自由。所以，即便被害人明知某路段时常发生交通事故而执意前往，这种“自陷风险”也不会影响交通肇事者的法律责任。只有出现以下情形之一的，被害人的自陷风险才会产生减轻行为人法律责任的效果。

第一，被害人未履行特殊的自我保护责任。在某些危险作业领域，一旦发生事故往往会造

〔58〕 参见前引〔9〕，Dölling文，第84页；Rönnau, Grundwissen-Strafrecht: Einverständliche Fremdgefährdung, JuS 2019, S. 122。

〔59〕 Vgl. Roxin, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963), S. 564.

〔60〕 参见程啸：《论侵权行为法上的过失相抵制度》，载《清华法学》第6辑，清华大学出版社2005年版，第36页。

〔61〕 参见王利明：《侵权责任法研究》，中国人民大学出版社2016年版，第499页。

成极为严重、难以弥补的损害,为了最大限度地降低作业过程中因过失造成损害的几率,立法者或者相关行业专门制定了安全规范,既要求作业者谨慎防止加害他人法益,也要求作业者采取必要措施避免自身法益受损。这就说明,法秩序在安全守则规定的范围内,期待被害人与行为人一道承担起避免事故的责任。例如,按照道路交通安全法第51条的规定,机动车行驶时,驾驶人、乘坐人应当使用安全带,摩托车驾驶人和乘坐人应当佩戴安全头盔。又如,根据安全生产法第57条的规定,进入建筑工地的从业人员必须佩戴安全帽。当被害人因疏于采取这些措施而自陷风险时,法律对其法益的保护必要性会有所下降,从而可以减轻行为人的责任。

第二,被害人自陷风险的行为违反了法律规范。如果某种禁止规范不仅保护被害人的法益,还保护第三人的法益或者公共法益,那就说明被禁止的行为自始不属于公民合法的自由空间,公民只需遵守该规范就可以避免自己的法益受损。所以,当被害人以违反相应禁止规范的方式自陷风险时,其法益的值得保护性也会下降。例如,根据道路交通安全法第67条的规定,行人不得进入高速公路。该条的规范目的不仅是保护行人自身安全,也在于保障高速公路内车辆的行车安全,所以被害人违反该规范的事实情节能够减轻驾驶者的责任。

第三,被害人对行为人过失的形成起到了积极推动作用。除非法律有特别规定,公民并不负有审查他人行为是否违反注意义务的责任。因此,当他人过失实施了危险行为,被害人只是单纯地进入险境时,被害人法益的值得保护性并不会受到影响。但是,如果被害人以积极举动推动行为人形成了违反注意义务的决意,那就说明被害人本人对过失危险行为的发生贡献了不可缺少的力量,这一事实足以降低被害人法益在法律上的值得保护性。例如,当行为人在被害人的提议和劝说下醉酒驾驶时,被害人就对行为人过失的形成起到了积极推动作用。

(二) 自陷风险减轻法律责任的考量因素

行为人法律责任的减轻幅度,取决于行为人的不法和责任因被害人自陷风险而受到削弱的程度。不法下降的水平主要受制于被害人法益值得保护性的减损程度,其指标包括法律对自陷风险行为的评价以及被害人接受危险的范围;责任下降的程度则主要受制于被害人对行为人施加的影响力大小。具体来说,需要考虑以下因素:

第一,被害人违反的是自我保护义务还是一般的禁止性规范。即便法律在特殊领域内要求被害人需对自身利益加以照顾,但违反这种义务的行为并未侵害他人法益,因此不具有违法性,而只是使被害人遭受某种不利负担。与之相比,违反禁止性规范的冒险行为具有更高的道德非难性,往往会构成重大过失。^[62]于是,单纯违反自我保护义务对被害人法益值得保护性所造成的减损,总体上低于被害人以违法行为自陷风险的情形。

第二,被害人对行为人过失的形成施加了多大的影响力。如果被害人怂恿、催促甚至强令行为人违规冒险,那么与被害人和行为人共同协商后决定违规冒险的情形相比,一方面被害人对过失的形成起到了更大的作用,另一方面行为人受到的心理压力也明显更高。因此,前一情形中过失行为不法和责任的下降幅度都会大于后一情形。

第三,被害人对危险发展进程具有多大的支配力。尽管如前所述,事实支配并不是决定自我答责成立与否的关键因素,但被害人对危险进程的实际操控力度,却可以用来衡量被害人在多大范围内自愿接受了危险。

[62] 参见周晓晨:《过失相抵制度的重构——动态系统论的研究路径》,《清华法学》2016年第4期,第121页。

值得注意的是，在被害人自陷风险的情形下，过失行为完全可能因为不法和责任的大幅下降而丧失刑事可罚性。因为，过失行为所覆盖的毕竟是典型的规范违反行为（故意行为）与合法行为之间的过渡领域，对于这一领域，刑罚的介入应当更为谨慎，同时也有必要对其他预防手段给予更多的重视。根据2000年最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条的规定，在分清行为人和被害人事故责任的基础上，若发现行为人只负事故次要责任，则可以排除其构成交通肇事罪的可能。这一规定在一定程度上考虑到了被害人过错对交通肇事行为有无刑事可罚性的影响。有鉴于此，如果综合以上三项考量因素能够判定，被害人对行为人过失的形成起到了关键作用，而且被害人对危险行为具有较强的把控力，则可以否定相应过失行为的实质可罚性。

Abstract: Assumption of risk is not a purely branch-law issue that only involves criminal punishability. On the one hand, the unitary criminal law thinking represented by the “imitation accomplice” model mistakenly applies the “actor-actor” responsibility allocation model to the “actor-victim” responsibility allocation; and on the other hand, it restricts the function of the assumption of risk to distinguishing between crime and non-crime, but neglects its significance at the level of primary norms. The analytical framework for the issue of assumption of risk consists of two levels, i. e. , legal nature and legal responsibility. At the level of legal nature, firstly, from the perspective of the distribution pattern of rights, certain situations of assumption of risk are sufficient to directly negate the violation of the duty of care. Secondly, when it is determined that the perpetrator has violated the duty of care, further investigation is needed to determine whether the illegality of the negligent act can be exceptionally excluded based on the victim’s commitment. At the level of legal responsibility, it is possible to reduce or even exclude the criminal punishability of the act due to the “fault of the victim”, or to reduce the tort liability of the perpetrator for damages through the “counteracting of negligence”.

Key Words: assumption of risk, duty of care, victim’s commitment, overall legal order
