



作為減輕構成要件要素的「無效承諾」及其於醫療上例外作為阻卻違法事由要素

鄭逸哲*

一、前言

對於法益持有人允准他人對其法益加以攻擊的「處分」，在刑法上扮演如何的角色，大多側重於該「處分」作為「阻卻構成要件該當事由」（即所謂的「阻卻構成要件（該當）同意」）或作為「阻卻違法事由」（即所謂的「阻卻違法的承諾」），但對於既不得作為「阻卻構成要件該當事由」，又不得作為「阻卻違法事由」的「處分」，即使仍以「減輕構成要件要素」的面貌加以討論，但終究並非與「阻卻構成要件（該當）同意」和「阻卻違法的承諾」併列於「處分」下，作為「無效承諾」加以討論。

在此情況下，「無效承諾」不是僅侷限於作為「減輕構成要件要素」，就是作為「構成要件要素化罪責要素」而加以討論，因此，其「無效性」是否有所例外，或者此「無效」本身的概念，均無以進一步深究。尤其，於醫療上，對於身體現狀予以重大改變的「醫療行為」的病患「承諾」，似無從逕以之單獨作為施行「醫療行為」者的構成要件該當行為的「阻卻違法事由」，但若謂此「承諾」無以作為該構成要件該當行為的「阻卻違法事由」的基礎，似又違反人民的「法感情」，亦難為醫界所接受。

本文對此論證上的困境，嘗試提出解套方案。

二、「處分」和「處分權」

刑法上的「處分」，乃指法益持有人對他人攻擊其法益的「允准」。此屬事實面的問題，法益持有人對於其法益——無論生命法益、身體法益，抑或是自由法益、名譽法益或財產法益——，在事實上，均有「處分」的可能。

但有「處分」是一回事，是否有「處分權」又是另一回事。雖然於事實上，法益持有人得「承諾」行為人殺之或重傷害之，但刑法第二百七十五條第一項規定有「得其承諾而殺之構成要件」，而第二百八十二條則規定有「得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」。因而，即使事實上被害人有所「承諾」，但在法律上，顯然並不承認法益持有人就其「生命法益」和「重大身體法益」具有「處分權」。因此，即使法益持有人就其「生命法益」和「重大身體法益」於事實上加以「處分」，因其不具有「處分權」，而屬「無效處分」。

至於，法益持有人就「輕傷害程度範圍內的身體法益」，由於刑法第二百八十七條，將傷害罪規定為「告訴乃論」之罪，因而不得不謂此乃屬法律自我限制介入傷害事實，而體現出法益持有人就「輕傷害程度範圍內的身體法益」具有「處分權」。所以，法益持有人就「輕傷害程度範圍內的身體法益」於事實上加以「處分」，因其具有「處分權」，而屬「有效處分」。

* 鄭逸哲，國立臺北大學法律學系教授，德國慕尼黑大學法學博士。

基於法益的「位階性」，「輕重相舉」，既然法益持有人就「輕傷害程度範圍內的身體法益」於事實上加以「處分」，因其具有「處分權」，而屬「有效處分」；則法益持有人就「自由法益」、「名譽法益」或「財產法益」於事實上加以「處分」，亦因其具有「處分權」，而屬「有效處分」。

綜合上述，我們可以整理如下：

1. 法益持有人就其「生命法益」和「重大身體法益」並無「處分權」，即使其事實上有所「處分」，亦屬「無效處分」。
2. 法益持有人就其「輕傷害程度範圍內的身體法益」、「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」具有「處分權」，若其事實上有所「處分」，則屬「無效處分」。

三、法益持有人的「有效處分」的「效力」

迄今，刑法理論對於法益持有人的「有效處分」所具有的「效力」，大致已有共識，詳述如下：

1. 既屬「有效處分」，因而行為人若於具有法益持有人的「有效處分」下實現成文的「構成要件」，仍不應構成犯罪，亦即「有效處分」屬「阻卻犯罪事由」。
2. 但即使「有效處分」均屬「阻卻犯罪事由」，如何阻卻犯罪，則因法益持有人所「處分」的法益不同，而異其效力：法益持有人就其「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」的「有效處分」，具有阻卻「構成要件該當性」的效力，一般稱為「阻卻構成要件（該當）同意」；法益持有人就其「輕傷害程度範圍內的身體法益」的「有效處分」，具有阻卻「違法性」的效力，一般稱為「阻卻違法的承諾」。

雖然有所「阻卻構成要件（該當）同意」和「阻卻違法的承諾」的區別，但應注意，這樣的「處分」，均僅在法益持有人的「處分範圍」內，方有阻卻犯罪的效力。若行為人於法益持有人的「處分範圍」外，對被害人的法益加以攻擊而實現構成要件，則仍不具有「阻卻犯罪事由」。例如，甲「允准」乙將其椅子燒燬，但乙擅自一併將之桌子燒掉，或丙「允准」丁為其於手臂上刺青一匹馬，但丁擅自於馬上又加了一隻猴子，變成「馬上封猴」。就前者，乙仍就燒燬桌子的部分，犯毀損罪；就後者，丁仍就刺上猴子的部分，犯傷害罪。

由此可見，法益持有人的「有效處分」，不僅有可能作為「阻卻犯罪事由」，甚至也有可能作為「局部阻卻犯罪事由」。因而，應以「處分範圍內的有效處分」來取代「有效處分」，方能對「處分」和「處分權」的關係，進行無漏的討論。

在「阻卻構成要件（該當）同意」和「阻卻違法的承諾」有所同的同時，亦有所異。先就「阻卻構成要件（該當）同意」加以說明：

1. 在法律上，由於「阻卻構成要件（該當）同意」通常並非為法律所實證規定，因而性質上屬「不成文的消極構成要件」；由於有利被告時，並無「罪刑法定主義」的適用，「阻卻構成要件（該當）同意」因「法理主義」的支持，亦成為「適格的法源」。由於其作為「消極構成要件」，若其亦告實現，即使行為人實現「整個」「成文的積極構成要件」，仍不具有「構成要件該當性」。
2. 然而，即使是「阻卻構成要件（該當）同意」，其阻卻「構成要件該當性」的效力，亦僅就特定構成要件而言。詳言之，就「這個」構成要件來說，「同一個」「同意」，屬「阻卻構成要件（該當）同意」，但就「那個」構成要件來說，「同一個」「同意」未必發生阻卻「構成要件該當性」的效力。舉例來說，甲得到十五歲人乙的「同意」而與之性交，甲自因此而不具有「強制性交構成要件該當性」；但此「同意」並無從阻卻第二百二十七



條第三項的「與十四歲以上未滿十六歲人（合意）性交構成要件該當性」。

相對於先就「阻卻構成要件（該當）同意」，「阻卻違法的承諾」則具有以下特性：

1. 「阻卻違法的承諾」和「阻卻構成要件（該當）同意」雖同屬「不成文的阻卻犯罪事由」，因而被稱為「超法規的阻卻違法承諾」，但既曰「阻卻違法的承諾」，則行為人必須先行具有「構成要件該當性」，否則根本沒有討論其是否具有「阻卻違法的承諾」的必要。而最特殊的一點，其他——無論成文的或「超法規」的——「阻卻違法事由」，並不限定僅就特定「構成要件該當行為」，而有其適用的餘地。但「阻卻違法的承諾」卻屬「傷害構成要件該當行為」的「專屬阻卻違法事由」；換言之，除「傷害構成要件該當行為」外，其他「構成要件該當行為」並不可能以之為由而阻卻違法。
2. 「阻卻構成要件（該當）同意」，有所阻卻「這個」構成要件的「構成要件該當性」，而不阻卻「那個」構成要件的「構成要件該當性」的情形；但由於「阻卻違法的承諾」屬「傷害構成要件該當行為」的「專屬阻卻違法事由」，一旦「阻卻違法的承諾」成立，行為人通常即不具「違法性」，而不犯傷害罪。但還是要注意，例如前述丁擅自為丙刺上猴子的部分，仍犯傷害罪，而出現「局部阻卻」的問題。

可見，同屬「有效處分」，何以一稱「同意」，一稱「承諾」，並非基於事實面均屬「處分」的考慮；而是基於其法律面分別具有阻卻「構成要件該當性」或具有阻卻「違法性」的效力，而別名之。

四、法益持有人的「無效處分」所具有的法律適用影響力

如前所述，法益持有人就其「生命法益」和「重大身體法益」並無「處分權」，即使其事實上有所「處分」，亦屬「無效處分」。但「無效」並非「無意義」，這種「無效承諾」，仍作為「減輕構成要件要素」。

詳言之，若行為人基於法益持有人欠缺「處分權」的「無效承諾」而攻擊其「生命法益」和「重大身體法益」，則不再適用「殺人構成要件」或「重傷害構成要件」這二個「基本構成要件」，而改適用規定於刑法第二百七十五條第一項的「得其承諾而殺之構成要件」，或規定於第二百八十二條的「得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」這二個「減輕構成要件」。

除此之外，因「無效承諾」僅作為「減輕構成要件要素」，行為人因而適用「減輕構成要件」而具有「構成要件該當性」是一回事；至於該「減輕構成要件」的「構成要件該當行為」是否具有「阻卻違法事由」又是另一回事。換言之，一個「構成要件該當行為」不得以被害人的「承諾」作為「阻卻違法事由」，並不等於因該「承諾」的「無效性」，而封殺其「減輕構成要件」的「構成要件該當行為」具有其他的「阻卻違法事由」的可能性。舉例來說，甲和乙一起至野外踏青，甲意外被劇毒蛇咬傷手臂，若不「壯士斷腕」，甲勢必小命不保，乙在甲的「無效承諾」下，揮開山刀斬斷甲的一肢，乙因而具有「得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當行為」，但乙即使不得因甲之「承諾」而「阻卻違法」，但仍因「阻卻違法的為第三人緊急避難」成立，而不具「違法性」。

可見，「承諾」的「無效性」，由此角度來看，僅屬犯罪的「中間判斷」，而非「最後判斷」。

五、法益持有人有所「處分」下的刑法適用示範——「有效處分」和「無效處分」的刑法角色再刻劃

綜合上述，在確定具有「處分」事實前提下，我們就必須再進一步探討被害人是否具有「處

分權」，若其具有「處分權」，則屬「有效處分」，但也因此有必要其屬「阻卻構成要件（該當）同意」或「阻卻違法的承諾」。若被害人的「處分」欠缺「處分權」，則屬「無效處分」，但仍有其意義，仍作為「減輕構成要件要素」，行為人不再適用「基本構成要件」，而改適用「減輕構成要件」而具有「構成要件該當性」。

在這樣的理解下，本文想藉用以下的實例，使讀者對於「處分」對刑法適用的影響，有更清楚的認識，也藉以對「有效處分」和「無效處分」的刑法角色再刻劃：

甲為「被虐殺狂」，經由網路認識「虐殺狂」乙。乙依甲的設計，先行將甲綑綁在鐵床上，然後以蠟燭對甲全身狂滴，至甲亢奮而精神恍惚時，再以塑膠袋套在甲的頭上，並以橡皮筋束在甲脖子上，將塑膠袋封口，使甲窒息死亡。問：本案如何論處？

就本案，乙分別以「綑綁」、「滴蠟」和「使窒息」，分別攻擊事實上甲有所「處分」的「自由法益」、「輕傷害程度範圍內的身體法益」和「生命法益」。由於法益持有人對其「自由法益」和「輕傷害程度範圍內的身體法益」具有「處分權」，故就前二者，屬甲的「有效處分」；而法益持有人對其「生命法益」並不具有「處分權」，故就最後者，屬甲的「無效處分」。分述如下：

乙將甲綑綁在鐵床上，當然全然實現了刑法第三百零二條的「非法剝奪他人行動自由構成要件」中的「狹義構成要件」「剝奪他人行動自由構成要件」，雖然如此，但由於甲對其「自由法益」具有「處分權」，且乙是在甲的「處分範圍」內攻擊其自由法益，因而「不成文的消極構成要件」「阻卻構成要件（該當）同意」亦告實現，因而乙仍不因將甲綑綁在鐵床上而具有「狹義的」「剝奪他人行動自由構成要件該當性」。

由於已確定乙不具有「狹義的」「剝奪他人行動自由構成要件該當性」，自無必要也不應該就「非法剝奪他人行動自由構成要件」中的「構成要件要素化違法要素」「非法」是否被實現加以判斷，因為「非法」固然以「構成要件要素」的面貌出現，但終究其實質上屬「違法要素」，換言之，此「非法」要素是否被實現的判斷，實質上屬「違法性」的判斷。既然乙已不確定不具有「狹義的」「剝奪他人行動自由構成要件該當性」，即不得再有所謂實質的「違法性」判斷。故乙不具有「狹義的」「剝奪他人行動自由構成要件該當性」，即當然不具有「非法剝奪他人行動自由構成要件該當性」，而不犯罪。

至於乙對甲全身狂滴蠟燭的部分，顯然因而具有「傷害構成要件該當行為」，但其於乙「承諾範圍」內為之，且被害人就其「輕傷害程度範圍內的身體法益」具有「處分權」，而屬「有效處分」，故乙的「傷害構成要件該當行為」，因「超法規的阻卻違法承諾」成立，不具「違法性」，而不犯傷害罪。

就乙使甲窒息死亡的部分，雖於甲有所「處分」的情況下為之，但由於甲對其「生命法益」並無「處分權」，屬「無效處分」，但此「無效處分」仍屬「減輕構成要件要素」，故乙雖然已實現「殺人構成要件」，但因「減輕構成要件要素」「無效承諾」亦告實現，也同時實現「得其承諾而殺之構成要件」，基於「法條競合」，乙不再適用「基本構成要件」「殺人構成要件」，而改適用「減輕構成要件」「得其承諾而殺之構成要件」而具有「構成要件該當性」，而犯得其承諾而殺之罪。

綜合上述，本案的題解，建議如下：

1. 將甲綑綁在鐵床上的部分：

- ① 依刑法第三百零二條第一項的規定和阻卻構成要件（該當）同意理論，行為人雖然實現成文的狹義剝奪他人自由構成要件，但是不成文的消極構成要件「阻卻構成要件（該當）同



意」亦告實現，仍不具有狹義的剝奪他人行動自由構成要件該當性，亦毋庸經構成要件要素化違法要素「非法」是否實現判斷，即已確定其不具有非法剝奪他人行動自由構成要件該當性，而不犯非法剝奪他人行動自由罪。

② 本文中，行為人乙雖然將甲綑綁在鐵床上而實現成文的狹義剝奪他人自由構成要件，但是被害人甲對其自由法益具有處分權，且乙於其處分範圍內為之，不成文的消極構成要件「阻卻構成要件（該當）同意」亦告實現。

③ 故乙仍不具有狹義的剝奪他人行動自由構成要件該當性，亦毋庸經構成要件要素化違法要素「非法」是否實現判斷，即已確定其不具有非法剝奪他人行動自由構成要件該當性，而不犯非法剝奪他人行動自由罪。

2. 對甲全身狂滴蠟燭的部分：

① 乙所具有的構成要件該當性：

乙對甲身狂滴蠟燭而實現傷害構成要件，而具有傷害構成要件該當性。

② 乙的傷害構成要件該當行為所具有的阻卻違法事由：

a. 依阻卻違法的承諾理論，法益持有人對其輕傷害程度範圍內的身體法益具有分權，行為人於其處分範圍內，雖然以傷害構成要件該當行為侵害之，但因超法規阻卻違法事由「阻卻違法的承諾」成立，而不具違法性，而不犯傷害罪。

b. 本文中，法益持有人甲對其輕傷害程度範圍內的身體法益具有處分權，行為人乙於其處分範圍內，雖然以對之全身狂滴蠟燭的傷害構成要件該當行為侵害之，但因超法規阻卻違法事由「阻卻違法的承諾」成立，而不具違法性。

c. 故乙不犯傷害罪。

3. 使甲窒息死亡的部分：

① 依法條競合理論，行為人雖然實現殺人構成要件，但減輕構成要件要素「無效的承諾」亦告實現，則不再適用作為「基本構成要件」的殺人構成要件，而改適用作為「減輕構成要件」的得其承諾而殺之構成要件而具有構成要件該當性，而犯減輕的得其承諾而殺之罪。

② 本文中，行為人乙雖然使甲窒息死亡而實現殺人構成要件，但因得到被害人甲無處分權的承諾而殺之，減輕構成要件要素「無效的承諾」亦告實現。

③ 故乙不再適用作為「基本構成要件」的殺人構成要件，而改適用作為「減輕構成要件」的得其承諾而殺之構成要件而具有構成要件該當性，而犯減輕的得其承諾而殺之罪。

六、所謂「無效承諾」，應指「單獨不足以作為阻卻犯事由」的「承諾」

一般說來，對於非關醫療領域的重大身體法益「承諾」問題，依「無效的承諾」來處理，行為人並不具有「重傷害罪」，而犯減輕的「得其承諾傷害之使之成重傷害罪」，並無問題。然而，於醫療領域，尤其重大手術，均涉及重大身體法益的「攻擊」，即使得到病患的「承諾」而為之，仍不得以之作為「阻卻違法事由」。

當然，於病患「承諾」下的重大手術，施行手術者所具有的「得其承諾傷害之使之成重傷構成要件該當行為」，即使不得以該病患的「承諾」作為「阻卻違法事由」，但也不排除其具有另外的「阻卻違法事由」的可能性！例如，施行「緊急手術」，則往往因「阻卻違法的為第三人緊急避難」成立，其構成要件該當行為即不具違法性——而且，被害人的「承諾」，並非「阻卻違法的為第三人緊急避難」的成立要素，因此，於施行「緊急手術」時，法益持有人對其重大身體

法益的「處分無效性」和「阻卻違法的為第三人緊急避難」尚能「和平共存」。

然而，若非施行「緊急手術」，例如還能「排時間才動的重大手術」時，是否能以「阻卻違法的為第三人緊急避難」作為「阻卻違法事由」，似有疑義。當然我們可以就醫療領域，「放鬆」「緊急性」的認定標準，而使於病患「承諾」下的「排時間」重大手術，施行手術者所具有的「得其承諾傷害之使之成重傷構成要件該當行為」，亦以「阻卻違法的為第三人緊急避難」作為其「阻卻違法事由」，而因此，於施行「排時間」重大手術時，法益持有人對其重大身體法益的「處分無效性」和「阻卻違法的為第三人緊急避難」亦能「和平共存」。

但是，法益持有人對其重大身體法益的「處分無效性」和「阻卻違法的為第三人緊急避難」能「和平共存」，並不能解決法益持有人對其重大身體法益的「處分無效性」和醫療法第六十三條規定的「正面衝突」。

醫療法第六十三條規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限…」若該「同意」涉及病患的重大身體法益，而又非於其所謂「情況緊急」下施行手術，則施行手術者所具有的「得其承諾傷害之使之成重傷構成要件該當行為」，亦難以「阻卻違法的為第三人緊急避難」作為其「阻卻違法事由」，而必須以其屬符合醫療法第六十三條規定的「依法律之行為」作為「阻卻違法事由」。但此時會出現一個怪異現象，病患的「同意」若屬「無效承諾」，則這個「依法律之行為」不就基於「無效承諾」嗎？這是悖理的！

所以，病患的「同意」必須是「有效承諾」，因而在法律上不可能將法益持有人對其「生命法益」和「重大身體法益」的「處分」，一律定位為「無效承諾」，而必須例外承認其屬「有效承諾」。

但即使例外承認法益持有人對其「生命法益」和「重大身體法益」的「處分」其屬「有效承諾」，並不等於承認其單獨即足以作為「阻卻違法事由」。事實上，除非基於醫療目的，根本難以想像例外承認法益持有人對其「生命法益」和「重大身體法益」的「處分權」，但即使如此，僅有這樣的「有效承諾」，也尚不足以單獨構成「阻卻違法事由」，必須同時符合其他的法律要件要求。質言之，這種例外的「有效承諾」僅作為一個「阻卻違法事由」的「要素」，而非一種「阻卻違法事由」。

在此理解下，我們可以更精確，所謂「無效承諾」的「無效」，並非指「絕對無效」，而是指「單獨不足以作為阻卻犯事由」意義下的「無效」。

七、法律別有規定時，法益持有人對其「生命法益」和「重大身體法益」的「處分」例外同時作為「減輕構成要件要素」暨「阻卻違法事由要素」——代結論

過去，我們一向認為「減輕構成要件要素」實質上屬「責任要素」，然而我們由前述的例子中，依醫療法第六十三條的規定，而基於病患「同意」所施行的重大手術，施行者因病患的「有效承諾」，不僅不再適用「重傷害構成要件」，而改適用減輕的「得其承諾傷害之使之成重傷構成要件」，而且該同一病患的「有效承諾」亦使醫療法第六十三條規定中的病患「同意」——若該條所規定的其他要件亦告實現——，則該「得其承諾傷害之使之成重傷構成要件該當行為」屬「依法律之行為」，而不具「違法性」，而不犯罪。

所以，我們說：法律別有規定時，法益持有人對其「生命法益」和「重大身體法益」的「處分」例外同時作為「減輕構成要件要素」暨「阻卻違法事由要素」。