

刑事法判解

構成要件同意與阻卻違法承諾的差異

臺灣彰化地方法院101年度侵訴字第90號刑事判決

【實務選擇題】

犯罪的構成必須符合「構成要件該當性」、「違法性」及「有責性」始成立犯罪。其中，若具備阻卻違法事由者，則法律效果可能減輕或不罰。下列那一情境可能「不」構成阻卻違法事由？

- (A) 司馬光砸破水缸解救掉進水缸的小孩
- (B) 依上級長官命令向投標廠商收取賄賂
- (C) 警察依法逮捕現行犯限制其人身自由
- (D) 醫生取得本人或家屬同意為病人開刀

答案：B

【裁判要旨】

A女事前同意類似「A女若喝輸（即酒醉）時，可與被告睡覺（發生性關係）」之約定，雖與公序良俗相違背，惟妨害性自主罪章所保護者乃被害人之性自主決定自由，並非社會善良風俗，故妨害性自主罪並非侵害社會法益之犯罪。而自由法益持有人本可處分自己之性自主決定權，行為人基於有處分權被害人的侵害同意，在被害人同意範圍內，其行為因不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」成立，而不具構成要件該當性（鄭逸哲教授，《刑法初探》，頁136，100年9月5版）。況所有無愛情關係男女間經同意之性交或猥褻，不免與公序良俗有關，此觀經常至夜店找尋一夜情者，有雙方清醒時互相藉慰發生性關係者；亦有彼此明示或默示同意雙方喝酒，一方喝醉後，未醉之一方，可將泥醉者帶出場發生性關係者。上揭陌生男女間合意清醒時發生性關係；或一方同意泥醉不省人事時，發生性關係之合意或同意，均與公序良俗相違背，惟其等既自願捨棄法律對個人性自主決定權之保護，則不論該等行為是否符合傳統道德禮教之公序良俗觀念，均應認已存在有效之阻卻構成要件同意。從而，A女事前同意類似「A女若喝輸（即酒醉）時，可與被告睡覺（發生性關係之意）」之約定，嗣被告於A女喝醉處於泥醉，不知或不能抗拒狀態，對A女為性交行為，即與刑法第225條構成要件

不符。

【爭點說明】

被害人自願讓行為人對自己為構成要件該當行為，這種「自願」若定位在構成要件階層稱之為同意，定位在違法性階層則稱作承諾，因此構成要件同意與（超法定的）阻卻違法承諾雖然外觀類似，但階層定位卻不相同。若將被害人的自願定位成構成要件同意，表示該類法益侵害特別重視被害人的意願（＝以被害人的意願作為法益侵害的典型），這種情況涉及到刑法分則各類犯罪的要件設計，某些犯罪從文字上就可以看出這種傾向，惟某些犯罪則必須透過解釋途徑方可知悉。分類上有下述可能：

- 一、以構成要件同意作為入罪要件（類型一）：某些構成要件以被害人的同意為成立要件，如欠缺此等同意則構成要件不該當，例如：加工自殺罪（§275）與加工自傷罪（§282），雖然法條文字是「得其『承諾』而殺（傷害）之」，仍無減其構成要件同意之本質。此外，詐欺罪（§339）必須相對人陷於錯誤而自願為處分行為，亦屬構成要件同意。這類入罪化的構成要件同意已經形成法益侵害的典型模式，乃建構不法內涵所不可或缺的要件，因此具備同意而構成要件該當後，亦不能在違法性階層內又主張被害人承諾阻卻違法，否則無疑是評價矛盾。
- 二、以構成要件同意作為除罪要件（類型二）：與類型一相反的是，某些構成要件以未得被害人之同意為成立要件，若得被害人同意則構成要件不該當，典型如強制性交罪（§221），必須違反被害人為性行為之意願方可該當，倘若「被害人」有與「行為人」性交之意願，那根本就不會落入本罪的適用範疇，自然也沒有法益侵害可言。同樣的情形還有略誘罪（§241），以違反被誘人意思之手段作為構成要件行為，倘若被誘人同意則自始無本罪適用餘地。此外，解釋上私行拘禁罪（§302）、強制罪（§304）與侵入住居罪（§306）也歸屬本類型。
- 三、以阻卻違法承諾作為除罪要件（類型三）：承諾得以阻卻違法的法理在於被害人最大利益的考量以及其自我決定權，亦即被害人在自我衡量之下，選擇接受法益侵害以換取對自己而言更大的利益，例如：選擇接受動手術以換取未來的身體健康。其容許要件有被害人對法益具有處分權、被害人有承諾能力、被害人出於自由意志、被害人於事前明示承諾、行為人對被害人之承諾有所認識。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

四、小結：至於所謂「推測承諾」是在無法取得被害人事實上承諾的前提下，衡量客觀情況可推測被害人若知悉相關情事也會予以承諾，因此行為人得據此超法定阻卻違法事由阻卻違法。如前所述，推測承諾其實是對於法益持有者真意的可能性判斷，因此至少基礎內涵上須具備與「得被害人承諾之行為」等同的除罪要件，如被害人對法益有處分權與承諾能力。此外，由於推測承諾僅屬行為人的自我臆測，帶有相當程度的誤判風險，學說上普遍認同推測承諾只享有補充性，亦即在有取得事實承諾的可能性時，無由適用推測承諾，且當被害人事前已明示拒絕承諾時，也無法主張推測承諾從事後推翻。最後，基於對被害人自主決定權的尊重，無論是何種推測承諾類型，探討時都必須竭盡所能地先探求被害人真意，例如：有無被害人所遺留的線索、過去相類似的經驗等等。

【相關法條】

刑法第23條、第24條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！