

「欠缺同意」和「無故」不可混為一談 ——以刑法第三百五十九條構成要件的適用為例

鄭逸哲*

最高法院九八年度台上字第四五六二號刑事判決謂：「上訴人甲○○原為協旭公司之員工，負責機械繪圖工作，離職前，明知協旭公司所製作之「瓦楞紙機之設計圖樣」，著作權屬協旭公司，因負責協旭公司現場組裝工作之黃教來欲離職另組公司擬生產『瓦楞紙機』並承諾提供股份予上訴人，乃基於無故取得他人電腦電磁紀錄之犯意，利用職務之便，複製存檔於協旭公司電腦內之製造『瓦楞紙機之設計圖樣』，無故取得該圖樣之電磁紀錄，致生損害於協旭公司。嗣黃教來離職後，創設聖佑公司，上訴人乃與黃教來共同基於侵害著作權之犯意聯絡，擅自以重製之方法將其於在協旭公司取得之上開機械設計圖加以複製，並以該等設計圖製作機械販售，侵害協旭公司之著作權。一二審法院均認為上訴人犯刑法第三百五十九條無故取得他人電腦之電磁紀錄，致生損害於他人罪。上訴意旨略以，刑法第三百五十九條『無故』取得他人電腦之電磁紀錄罪，係以『無故』取得為犯罪構成要件，如非『無故』取得，即不該當犯罪構成要件，不能以該罪相繩。原判決既認上訴人係於在職期間，利用職務之便取得本件『瓦楞紙機之設計圖樣』，按上訴人在職期間乃機械製圖工程師，對於本件設計圖樣，因工作需要，隨時有權取得，應非『無故』取得，原審認定上訴人之行為構成刑法第三百五十九條無故取得他人電腦電磁紀錄之罪，尚有違誤云云。（…）查上訴人與黃教來謀定離職另創業後，於離職前取得本件圖樣，離職後持之作為與原雇主競業之用途，原判決已敘明認定上訴人『無故』取得之理由，並認上訴人此項『非無故』取得之辯解為不可採，核不違背經驗法則，於法即無不合。」

就此，即使如該院謂：「是否『無故』取得一節，屬事實審審認之職權」，但事實審適用法律是否正確，其似亦未予以質疑。因而，有詳加探究的必要：

一、現行刑法就犯罪採三階論立法結構

雖然，若干學者受到德國部分學說的影響，竭力鼓吹犯罪立法「應」採二階結構；然而，我國現行就犯罪立法，卻是不折不扣的三階論架構——亦即就犯罪，必須循序依行為是否具有「構成要件該當性」、「違法性」和「有責性」而為判斷。

其實，強烈主張二階論者，也不可能就所謂「不法構成要件」是否被實現的問題，進行「一階段」判斷！因為，「不法構成要件」其實是「不法的構成要件」的簡稱，即使判斷結果認為行為具有「不法的構成要件該當性」，事實上也必須先行判斷其具有「狹義構成要件該當性」，方才續以該「狹義構成要件該當行為」是否具有「不法性」的判斷；否則，「不法性」何以附麗？換言之，二階論在理論架構上，有心或無意將「實然」和「應然」的問題混為一談，模糊「事實判斷」和「價值判斷」的應有界限，實不足採。

更何況，司法所應適用的且有義務適用的是「現行刑法」，而非「德國學說」，因此，首先

* 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。

必須現行刑法就犯罪採三階論立法結構的。

舉例來說，行為人是否具有「殺人構成要件該當性」，只問其是否基於殺人故意，著手實行而驅動死亡因果進程，進而使被害人死亡。在此理解下，即使成立「正當防衛」而殺人者，還是「殺人」，還是具有「殺人構成要件該當性」；其之所以不犯罪，並非其「殺人」，並非其不具有「殺人構成要件該當行為」，而是因為其具有「阻卻違法事由」，而不具有「違法性」，而不犯罪。

二、現行刑法例外規定具有「構成要件要素化違法要素」的「廣義構成要件」

從三階論的角度來看，一般說來，「構成要件該當行為」罕見具有「阻卻違法事由」，因而一旦具有「構成要件該當性」，即推定該行為具有「違法性」，因而將「構成要件該當性」和「形式違法性」等同；而將「欠缺阻卻違法事由」和「（實質）違法性」作為同義。

即使如此，但——例如——檢院執行「強制處分」時，在客觀上亦具有「剝奪他人行動自由構成要件該當性」、「強制構成要件該當性」、「侵入住宅構成要件該當性」或「搜索構成要件該當性」，但絕大部分情況下，該等行為難謂具有「違法性」，否則司法人員幾乎天天人人都具有「犯罪嫌疑」了！因而，現行刑法其實並不是規定「剝奪他人行動自由構成要件」、「強制構成要件」、「侵入住宅構成要件」和「搜索構成要件」，而是「非法剝奪他人行動自由構成要件」、「非法強制構成要件」、「無故侵入住宅構成要件該當性」和「不依法令搜索構成要件」。

就此，是否「非法」、「無故」或「不依法令」，其實均不屬於「事實判斷」，而是屬於「價值判斷」的問題，純就理論來說，本不該規定入構成要件。但由於——例如——公務人員行使公權力必須以強制力為後盾，因而不同於——例如——「殺人構成要件該當行為」，罕見具有「阻卻違法事由」；毋寧，「剝奪他人行動自由構成要件該當行為」、「強制構成要件該當行為」、「侵入住宅構成要件該當行為」和「搜索構成要件該當行為」，具有「阻卻違法事由」者，並不罕見，乃至於稀鬆平常。

甚至更精確講，並非基於刑法立法本身的必要性，而是鑒於刑事訴訟法於偵審犯罪時，對於常具有「阻卻違法事由」的「構成要件該當行為」，加以「提醒」，故而將——例如——刑法第三〇二條、第三〇四條、第三〇六條和第三〇七條，例外地於「構成要件」外，附加本質屬「違法要素」的「非法」、「無故」或「不依法令」要素。

由於這些「違法要素」規定於刑法分則本應僅規成「構成要件」的領域，而呈現「構成要件要素」的外觀，因此我們將之稱為「構成要件要素化違法要素」——質言之，在形式上其屬「構成要件要素」，但實質上仍屬「違法要素」。

要特別注意的是，適用這樣具有「構成要件要素化違法要素」的「構成要件」時，在實質上，仍必須嚴格區分「構成要件該當判斷」和「違法判斷」，並不可能二步併成一步走。例如，逮捕現行犯，並隨即扭送警局者，其僅具有一個狹義的「剝奪他人行動自由構成要件該當行為」，但卻必動用二個「阻卻違法事由」，方能論證「構成要件要素化違法要素」「非法」未被實現。因為，「逮捕事實」本身，是依刑事訴訟法第八八條的規定而屬「依法律之行為」；但由於「剝奪他人行動自由構成要件」屬「繼續構成要件」，行為人就「既遂」後的置被害人於自己實力支配之下的「繼續狀態」，必須另訴諸刑事訴訟法第九二條第一項的「無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察」規定，就此「繼續狀態」部分，亦具有「依法律之行為」的「阻卻違法事由」，方使這「一個」「狹義剝奪他人行動自由構成要件該當行為」全然不具違法性，而使「構成要件要素化違法要素」「非法」未被實現，而不具有「非法剝奪他



人行動自由構成要件該當性」，而不犯罪。

由是觀之，「非法」、「無故」或「不依法令」等「構成要件要素化違法要素」，其實構成「同事異名」，因為均指「欠缺阻卻違法事由」。

另應注意：判斷是否該當具有「構成要件要素化違法要素」的「構成要件」，由於就「構成要件要素化違法要素」是否被實現亦進行判斷，所以「（阻卻）違法判斷」也「構成要件該當判斷化」——亦即將「（阻卻）違法判斷」在形式上「提前」於「構成要件該當判斷」階段完成，因而在形式上已不復存在「獨立」的「（阻卻）違法判斷」階段。

三、「阻卻構成要件該當事由」作為消極構成要件

通常，我們使用「構成要件」這個用語時，是專指實定刑法於刑法分則上，抽象加以規定的「行為形式」；而且，這種規定是「不利被告」的。因為，這樣被規定的「行為形式」，原則上是法律所禁止的；除非另有「阻卻犯罪事由」的介入，不然就導致「可罰性」的產生。

然而，在歷史上很長一段時間，我們幾乎只專注於將「阻卻違法事由」和「阻卻有責性事由」作為「阻卻犯罪事由」，卻將最常見的「阻卻犯罪事由」「阻卻構成要件該當事由」給忽略了一一或者，更精確說，在刑法理論架構上給忽略了，因為在實務上，一旦具有「阻卻構成要件該當事由」，幾乎「自動」被排除在犯罪嫌疑之外。

舉例來說，明明就是好好的一張椅子，我就是看它不順眼，就請你把它劈成柴燒了！你雖然這樣做了，但你覺得好可惜！因為，你覺得好好的東西被搞成「廢物」了！因而，你是有「毀損故意」，有「毀損行為」，也造成了「毀損結果」。但你有沒有「毀損構成要件該當性」呢？如果，僅依刑法第三五四條的「毀損構成要件」規定，似乎很難說沒有！但如果說有，似乎又完全背離人民的「法感情」。此間的衝突，應該如何調和呢？

如果說，替你找個「阻卻違法事由」，好像是不錯的辦法；但是，如果考慮到——一般說來——，檢察官開始偵查的犯罪嫌疑標準，原則上是以「構成要件該當性」為準的，那麼，檢察官要不要開始偵查呢？或許你會說，依刑法第三五七條的規定，「毀損罪」屬「告訴乃論」之罪，我就不要提出告訴就好了！但萬一我提出告訴呢？檢察官還要不要開始偵查呢？更何況，法律可沒有明文規定，就「告訴乃論」之罪，沒有告訴人，檢察官即不得開始偵查，充其量只是檢察官「起訴要件」不完備，不得起訴罷了！甚至，我叫你燒，而你正在燒那把椅子，但有莫名其妙的第三人，說你具有「毀損構成要件該當性」，要拿你當「現行犯」加以逮捕呢？

因而，我們有必要對於「構成要件該當性」的成立，在一定範圍內加以限制。免得法律非但未成為「定分止爭」的規範，反而變成製造無謂紛擾的亂源。

至少就刑法理論，我們在「構成要件該當性」判斷階段，必須架構出合理限制「構成要件該當性」的事由，而阻卻「構成要件該當性」的成立，這種事由，就是「阻卻構成要件該當事由」。

「構成要件」是「不利」被告的，反之，「阻卻構成要件該當事由」是「有利」被告的；因而，前者受到「罪刑法定主義」的限制，而必須是成文的，但後者，只要在法理上成立，並不一定是成文的，也就是說，不成文的也行。

在此理解下，我們可以將成文的「構成要件」稱為「積極構成要件」，而將「阻卻構成要件該當事由」稱為「消極構成要件」。只當「積極構成要件」所有的要素「均」被實現，且「消極構成要件」所有的要素「均」不被實現時，「構成要件該當性」方才成立。

四、法定的「阻卻構成要件該當事由」

如前所述，「阻卻構成要件該當事由」並不受到「罪刑法定主義」的限制，而是採「法理主義」。但這不表示說，「阻卻構成要件該當事由」一定是不成文的，而是也有成文的。事實上，在現行刑法中，立法者也制定有成文的「阻卻構成要件該當事由」規定，例如，刑法第三百十條第三項。也就是說，「一個」「誹謗構成要件」，並非單獨規定於第三百十條第一項。

或許基於立法技術的考慮，現行刑法將「整個」「誹謗構成要件」，一剖為二加以規定：於第三百十條第一項規定其「積極構成要件」——在我們加以「標準化」後可以「還原」——為：「意圖散布於眾，而基於誹謗故意，以指摘或傳述事的行為，致他人名譽法益陷於受損的具體危險」；在此同時，又於第三百十條第三項規定其「消極構成要件」為「指摘或傳述之事具『公益相關性』且『能證真性』」。因而，必須將第三百十條第一項和第三項，我們才可以看到「誹謗構成要件」的「全貌」為：「除事關公益且能證真外，意圖散布於眾，而基於誹謗故意，以指摘或傳述事的行為，致他人名譽法益陷於受損的具體危險」。

因而，即使行為人使其「積極構成要件」全部實現，但因「事關公益且能證真」亦被實現——注意，即使「事關公益」被實現，但「能證真」未被實現；或者「能證真」被實現，而「事關公益」未被實現；二者仍均屬「事關公益且能證真」未被實現——，則因其「消極構成要件」亦被實現，而不具有「構成要件該當性」。

在此意義下，所謂「構成要件該當性」，乃指「積極構成要件」被實現；「且」，「消極構成要件」「未」被實現。

五、最常見的不成文「阻卻構成要件該當事由」：「阻卻構成要件該當同意」——兼論「阻卻違法的承諾」

除了成文的「阻卻構成要件該當事由」，真正使「積極構成要件」的適用受到限縮，而使刑法的可罰性範圍不致氾濫的，當推最常見的不成文「阻卻構成要件該當事由」：「阻卻構成要件該當同意」。

之所以此者最常見，而不是說不成文「阻卻構成要件該當事由」就只有這種，乃因為刑法承認，在一定範圍內，法益持有人對自己的法益具有「處分權」；換言之，當「法益持有人對其法益進行有權處分」作為「消極構成要件」的構成原理時，我們並沒有把握，迄今發現的「阻卻構成要件該當同意」這種類型，是否已經窮盡其類型，因而保守點說為妙。

刑法所要保護的法益有五種：生命法益、身體法益、自由法益、名譽法益和財產法益五種。但刑法拒絕承認，法益持有人對自己的生命法益和重傷害程度以上的身體法益具有「處分權」。然而，即使於刑法承認法益持有人具有「處分權」的範圍內，其效力也不同。話說從頭：

所謂「處分」，在刑法上，其含義和民法上的大異其趣，是指：他人對法益持有人的法益進行攻擊並「不違背法益持有人的意思」。所以，法益持有人並不必有任何作為。是否「不違背法益持有人的意思」，是個事實問題，不涉及任何價值判斷。在事實上，對所有的法益，法益持有人均得「不反對」他人的攻擊而有「處分」。

然而，有「處分」是一回事，有沒有「處分權」又是另一回事。亦即，「處分」可分為「有處分權的處分」和「無處分權的處分」二種。有「處分權」而為「處分」，會使行為人具有「阻卻犯罪事由」，亦即「有處分權的處分」具有「阻卻犯罪」的效力；無「處分權」而為「處分」，並無從使行為人具有「阻卻犯罪事由」，亦即「無處分權的處分」並不具有「阻卻犯罪」的效力，但無此效力，並不等於在刑法上無意義。

刑法第二百七十五條第一項和第二百八十二條前段，分別規定有「加工自殺構成要件」和「加

工成重傷構成要件」，此二個構成要件，和第二百七十一條第一項的「殺人構成要件」，以及第二百七十八條第一項的「重傷害構成要件」，均以攻擊被害人的生命法益或重傷害程度以上的身體法益的行為為其「構成要件行為」。其所不同者，乃在於：就前二者，「不違背法益持有人的意思」；而於後二者，「違背法益持有人的意思」。

由此看來，「不違背法益持有人的意思」乃作為「殺人構成要件」和「重傷害構成要件」的「減輕構成要件要素」，而使「加工自殺構成要件」和「加工成重傷構成要件」，分別之於「殺人構成要件」和「重傷害構成要件」作為「減輕構成要件」。

當「不違背法益持有人的意思」僅作為「殺人構成要件」和「重傷害構成要件」的「減輕構成要件要素」，以及「加工自殺構成要件」和「加工成重傷構成要件」作為其「減輕構成要件」；則「不違背法益持有人的意思」並不阻卻行為人犯罪，即被害人雖事實上「處分」其生命法益或重傷害程度以上的身體法益，但行為人仍犯罪，只不過得以「不違背法益持有人的意思」作為「強制減輕刑罰事由」。質言之，生命法益和重傷害程度以上的身體法益的法益持有人對之的「處分」，屬「無處分權的處分」，因而「無效」，但「無效」並非無意義，而是以之作為「減輕構成要件要素」，行為人不再適用作為「普通構成要件」的「殺人構成要件」和「重傷害構成要件」，而改適用作為「減輕構成要件」的「加工自殺構成要件」和「加工成重傷構成要件」。

至於對輕傷害程度內的身體法益、自由法益、名譽法益和財產法益，刑法承認法益持有人的「處分權」，一旦事實上有「處分」，即發生「阻卻犯罪」的效力；也就是說，法益持有人的「有處分權的處分」屬「阻卻犯罪事由」。

固然，在實質上，「告訴乃論」的規定屬刑事訴訟法的規定，但刑法於第二百八十七條，將「傷害罪」和「過失傷害罪」均規定為「告訴乃論之罪」，從刑事訴訟法的角度來看，實乃賦予被害人「消極司法權」——即被害人得「限制」國家的干預；於是，衍生其實體法上的重大意義：若非法益持有人對其輕傷害程度內的身體法益具有「處分權」，何以國家司法權繫於被害人的意志，而得任其左右？如此，不難看出，刑法其實是「默示」承認法益持有人對其輕傷害程度內的身體法益具有「處分權」的。

舉重以明輕，「違背法益持有人的意思」而侵害其輕傷害程度內的身體法益，「事前」並未行使其「處分權」的被害人尚得以「不提出告訴」的方式，而限制國家的「事後」干預，若其「事前」行使「處分權」予以「允許」，國家權力自更不得介入。否則，行為人基於被害人的「權利」行使，而所為的行為，竟屬違法，豈不悖理？

因而，「被害人的承諾」——最精確的說法，「被害人對其輕傷害程度內的身體法益的侵害承諾」——自屬「阻卻違法事由」。雖然刑法並未如「正當防衛」和「阻卻違法的緊急避難」等，將「被害人的承諾」直接規定為「阻卻違法事由」，但——如前所述——，既然刑法「默示」承認法益持有人對其輕傷害程度內的身體法益具有「處分權」，則不能不將之理解為：存在於「字裡行間」的「隱性」規定。但通說，卻認為其屬「超法規的阻卻違法事由」。無論如何，「被害人的承諾」屬「阻卻違法事由」，已無爭議。

但應注意，和其他「阻卻違法事由」——不管成文的，或不成文的；無論是顯性的，或是隱性的——，「被害人的承諾」是唯一一種「特定構成要件」的「構成要件該當行為」的「專屬阻卻違法事由」。例如，「正當防衛」可作為「毀損構成要件該當行為」、「傷害構成要件該當行為」、「殺人構成要件該當行為」…等等的「阻卻違法事由」，但「被害人的承諾」就只能想像其作為「傷害構成要件該當行為」的「阻卻違法事由」，而別無其他。一句話：「被害人的承諾」僅有可能作為「傷害構成要件該當行為」的「阻卻違法事由」。但別忘了！要先具有「構成要件

該當行為」，才有可能討論「違法性」的問題，「違法性」的判斷對象乃「構成要件該當行為」。「傷害構成要件該當行為」的「違法性」，雖得因「被害人的承諾」被阻卻，但其行為人仍具有「構成要件該當性」。

此外，「被害人的承諾」作為「傷害構成要件該當行為」的「阻卻違法事由」，僅在其「承諾的範圍內」，有其效力；若行為人逾越「承諾的範圍」而傷害之，就逾越的部分，法益持有人並未行使其「有處分權的處分」，行為人就此部分的「傷害構成要件該當行為」仍具有「違法性」。

從「法益位階」的排列來看，刑法既已「默示」承認法益持有人對其輕傷害程度內的身體法益具有「處分權」，舉重以明輕，則亦「默示」承認法益持有人對其自由法益、名譽法益和財產法益具有「處分權」。因而，一旦法益持有人事實上對之有所「處分」，即發生「阻卻犯罪」的效力；也就是說，於此，法益持有人的「有處分權的處分」屬「阻卻犯罪事由」。但這樣的「阻卻犯罪事由」，也是「阻卻違法的承諾」嗎？答案是否定的！

對於輕傷害程度內的身體法益加以攻擊，有其特殊性。從第二百七十七條第二項所規定的「傷害而過失致重傷構成要件」和「傷害而過失致死構成要件」來看，對於同一「行為客體」的輕傷害程度內的身體法益加以攻擊，即使在法益持有人「事先」行使「處分權」予以「允許」下為之，仍有「層升發展」的危險——就是有可能，由輕傷害程度「量變」為重傷害程度，甚至由傷害「質變」為死亡。但是，對於自由法益、名譽法益和財產法益加以攻擊，若於法益持有人「事先」行使「處分權」予以「允許」下為之，即使亦有「發展」的危險，但終究不是「層升發展」，而是「平面延伸」；也就是說，充其量範圍由「小」到「大」，只有「量變」，而無「質變」。

此外，人際間的日常生活交往與生活互動，在很大比例上，法益持有人是以自由法益、名譽法益和財產法益被攻擊而「得利」。舉例來說，搭公車或捷運，若不被封閉在車廂內而「喪失」自己的自由法益，如何通勤？近親密友，亦常以客觀上不雅的綽號互稱，雖因而「喪失」自己的名譽法益，但不也因此，獲得更「有利」的人際互動嗎？若不出資找人來拆掉既有的裝潢，花錢請人來「攻擊」自己的財產法益，如何有更舒適的家居？凡此種種，均在說明，若「不違背法益持有人的意思」，國家其實並無必要過度介入，否則市民自由非但未得到更大保障，反而時感莫名其妙地被無謂限制，乃至於被剝奪。

在此情況下，若「不違背被害人的意思」而攻擊被害人的自由法益、名譽法益和財產法益，國家實無必要介入，畢竟不宜賦予國家過大的權限來決定何謂「有利」或「不利」市民，否則不再是「自由國家」，反而變成「父權國家」。

因而，若「不違背被害人的意思」而攻擊被害人的自由法益、名譽法益和財產法益，通說以「欠缺保護必要性」為由，否定行為的「犯罪性」。但這種「欠缺保護必要性」的用語，還是太封建，毋寧以「欠缺介入正當性」取代之，較為適切。一來，因為著眼於市民自由的保障；二來，也對立法者所創設的「構成要件」的適用範圍加以限制，提出更強有力的論據。

既然立法權也是國家權力的一種，自不得恣意侵害市民的自由，若立法者所創設的「構成要件」，用語過於空泛，或說不夠明確，我們自得對其適用範圍，進行「合憲性」的限縮。當我們是對立法者所創設的「構成要件」，以「不違背被害人的意思」加以限縮其適用範圍，則一旦「不違背被害人的意思」，行為人即不具有「構成要件該當性」。因而，對自由法益、名譽法益和財產法益進行攻擊，即使其實現「積極構成要件」，亦仍因「消極構成要件」「不違背被害人的意思」亦告實現，而不具有「構成要件該當性」。

職是之故，對其自由法益、名譽法益和財產法益加以攻擊，但「不違背被害人的意思」，在學說上稱為「阻卻構成要件該當同意」。



當然，一如於「阻卻違法的承諾」，「阻卻構成要件該當同意」作為「消極構成要件」，僅在法益持有人「同意的範圍內」，有其阻卻「構成要件該當性」的效力；若行為人逾越「同意的範圍」而侵害之，就逾越的部分，法益持有人並未行使其「有處分權的處分」，行為人就此部分，仍具有「構成要件該當性」。

有別於「阻卻違法的承諾」，行為人雖不具有「違法性」，但仍具有「傷害構成要件該當性」；但一旦具有「阻卻構成要件該當同意」，行為人已不具有「構成要件該當性」，根本不得進一步討論其「違法性」。

要提醒的是：不要將刑法上的「同意」和「承諾」用語，和民法上的相混淆，其均是指「不違背被害人的意思」，在此範圍內，其屬同義字；只不過為了區別，其具有「阻卻構成要件該當性」，或是具有「阻卻違法性」的效力，而分別以「同意」和「承諾」名之。

為便利讀者釐清概念，茲將「處分」和「處分權」，與「減輕構成要件要素」、「阻卻違法的承諾」和「阻卻構成要件該當同意」間的關係，整理為以下圖表：

	生命 法益	身體法益		自由 法益	名譽 法益	財產 法益
		重傷以上	輕傷以內			
事實上，有處分可能嗎？	有	有	有	有	有	有
法益持有人，有處分權嗎？	無	無	有	有	有	有
處分有阻卻犯罪的效力嗎？	無	無	有	有	有	有
「有效」，又有何效？ 「有意義」，又有何意義？	「無處分權的處分」作為「減輕構成要件要素」		阻卻違法的承諾	阻卻構成要件該當同意		
備 註	適用「減輕構成要件」，不再適用「普通構成要件」		傷害構成要件該當行為的「專屬阻卻違法事由」	「阻卻構成要件該當同意」屬「消極構成要件」，即使行為人實現「積極構成要件」，仍不具有「構成要件該當性」		

六、行為人對「阻卻構成要件該當事由」的存在不必認識

另外，尤其要特別注意的是，對於「阻卻構成要件該當事由」的存在，行為人並不認識。亦即，「阻卻構成要件該當事由」在性質上，屬於「客觀解除處罰條件」。

如前所述，我們之所以需要「阻卻構成要件該當事由」的概念，乃因為我們有必要對於「構成要件該當性」的成立，在一定範圍內加以限制。免得法律非但未成為「定分止爭」的規範，反而變成製造無謂紛擾的亂源。但之所以反造成紛擾，除了立法者在全然「違憲」的情況下創設「構成要件」——例如，就欠缺「刑法上有意義的行為」加以創設「構成要件」而違背「刑法最後手段性」——外，大多是因為立法技術的問題，用語過於空泛而不夠明確，致使「構成要件」的適用範圍，有可能擴張至其所「不應」適用的範圍。但在此同時，該「構成要件」的適用範圍，也

不是全然有問題的。也就是說，對其適用範圍加以「合憲性」限縮後，該「限縮後的『構成要件』」的存在，不僅不再「違憲」，甚至有存在的必要——否則，將出現「立法漏洞」。

例如，——前面提出的例子——，我「請」你替我燒椅子，把那張椅子搞成「廢物」！你必須具有「毀損故意」，也必須有「毀損行為」，也造成了「毀損結果」。如果，僅依刑法第三百五十四條的「毀損構成要件」規定，似乎很難說你不具有「毀損構成要件該當性」；但說你具有「毀損構成要件該當性」，不僅完全背離人民的「法感情」，也對市民自由造成不當的限制。

因而，要掌握「阻卻構成要件該當事由」這樣的概念的產生，毋寧不是從所謂「欠缺保護必要性」著眼而加以觀察，而是從檢討立法者是否濫用或未妥善使用「構成要件創設權」的角度切入，方屬正確。

既然，我們是在檢討立法者是否濫用或未妥善使用「構成要件創設權」，則所從事的，乃屬針對國家權力的「制衡」。當屬「制衡原理」的適用時，則是以國家權力間的「制衡」，來完成保障市民自由的目的。而國家對市民自由的非法侵害，無論受侵害人是否有所認識，均予禁止，自不待言。

所以，行為人對「阻卻構成要件該當事由」的存在不必認識，即使於「行為時」也不必加以認識，但並不排除其有可能在事實上有所認識。既然如此，就「阻卻構成要件該當事由」，並無所謂涉及行為人「主觀」的問題，而純屬「客觀要件」；且從其使具有「積極構成要件該當性」的行為加以「除罪化」的角度來看，其性質乃屬「客觀解除處罰條件」。

行為人對「阻卻構成要件該當事由」的存在，於「行為時」也不必加以認識，而其所應認識者，乃為「法院」——乃不僅有義務適用「積極構成要件」，且有義務適用「消極構成要件」的「法院」。「法院」於就事實適用「構成要件」時，必須對「阻卻構成要件該當事由」是否存在，加以判斷。

相對於行為人對「阻卻構成要件該當事由」的存在，於「行為時」也不必加以認識，但對於「阻卻違法事由」的存在，其於「行為時」應加以認識。因為，於此，立法者所創設的「構成要件」，並無濫用或未妥善使用「構成要件創設權」的問題，而非屬國家權力的「制衡」問題；因而，問題轉入市民自由和權利的合理限制問題。尤其「權利不得濫用」，自羅馬法以來，即屬「帝王條款」，對此訓令，萬民自當永矢咸遵。若行為人不知「阻卻違法事由」乃涉及權利行使的問題，何來「濫用」與否的問題？因而，不同於「阻卻構成要件該當事由」的存在，對於「阻卻違法事由」的存在，行為人於「行為時」應加以認識。

綜合上述，行為人對於作為「阻卻構成要件該當事由」的「阻卻構成要件該當同意」的存在，於「行為時」不必加以認識。反之，對於作為「阻卻違法事由」的「阻卻違法承諾」的存在，行為人於「行為時」應加以認識。

七、刑法第三百五十九條構成要件的正確解讀

綜合上述，規定為「無故取得、刪除或變更他人電腦或其相關設備之電磁紀錄，致生損害於公眾或他人」的刑法第三百五十九條構成要件，由於其具有「違法要素」「無故」，故屬具有「構成要件要素化違法要素」的「構成要件」；而其所欲保護的法益，應屬財產法益，因而亦隱性具有不成文的「消極構成要件」「阻卻構成要件該當同意」。因此可將之「還原」為：「未經同意或逾越同意之範圍，取得、刪除或變更他人電腦或其相關設備之電磁紀錄，致生損害於公眾或他人，且欠缺阻卻違法事由而無故」。

在此理解下，即使被害人未予同意或逾越其同意範圍，行為人取得、刪除或變更他人電腦或

其相關設備之電磁紀錄，致生損害於被害人，其也未必具有刑法第三百五十九條的「（廣義）構成要件該當性」。例如，行為人司法警察官依刑事訴訟法第一二八條和一二八條之二的規定，違背被害人的意思而於欠缺同意的情況下，搜索其電磁紀錄並取得之，行為人仍具有刑法第三百五十九條的「狹義構成要件該當性」，但由於其屬「依法律之行為」，而不具有刑法第三百五十九條的「廣義構成要件該當性」。

由是觀之，行為人是否具有刑法第三百五十九條的「狹義構成要件該當性」，取決於被害人的「同意」；必然於欠缺被害人的同意或逾越其同意的範圍，才有可能與必要就「構成要件要素化違法要素」「無故」是否被實現進行判斷，而此判斷乃就「阻卻違法事由」之有無進行判斷。

八、「欠缺同意」和「無故」不可混為一談——代結論

本案，無論上訴人的上訴意旨，或本判決，均將「欠缺同意」和「無故」混為一談。

上訴人主張「在職期間乃機械製圖工程師，對於本件設計圖樣，因工作需要，隨時有權取得，應非『無故』取得」，其實是指，其取得乃經被害人「同意」，因而已不具有刑法第三百五十九條的「狹義構成要件該當性」。在此情況下，何來「應非『無故』」的問題？

至於本判決謂：「惟查關於上訴人如何取得本件『瓦楞紙機之設計圖樣』，亦即，是否「無故」取得一節，屬事實審審認之職權，上訴人並未具體說明其合理使用之理由」。如果上訴人經被害人「同意」而取得，則即已確定不具有刑法第三百五十九條的「狹義構成要件該當性」，根本就不可能討論所謂是否「合理使用」。這裡所謂「上訴人並未具體說明其合理使用之理由」，精確來看，應是說「即使上訴人在職期間乃機械製圖工程師，對於設計圖樣，因工作需要，隨時有取得之必要，但上訴人並未具體說明其取得並未逾越被害人同意的範圍」，因而無以推翻其具有第三百五十九條的「狹義構成要件該當性」的認定。

該判決繼謂：「查上訴人與黃教來謀定離職另創業後，於離職前取得本件圖樣，離職後持之作為與原雇主競業之用途，原判決已敘明認定上訴人『無故』取得之理由，並認上訴人此項『非無故』取得之辯解為不可採，核不違背經驗法則，於法即無不合」。這部分恐怕才是在論證上訴人所具有的刑法第三百五十九條的「狹義構成要件該當行為」，並不具有「阻卻違法事由」而「無故」。

在「行為時主義」的支配下，若上訴人於取得時，已經被害人同意且未逾越其同意範圍，則在任何情況下，即已確定不可能具有刑法第三百五十九條的「狹義構成要件該當性」，遑論「無故」！即使行為人事後「離職後持之作為與原雇主競業之用途」而實現其他構成要件而犯他罪，終究與第三百五十九條的構成要件無關。所以，該判決所謂依「經驗法則」，用以判斷「上訴人與黃教來謀定離職另創業後，於離職前取得本件圖樣，離職後持之作為與原雇主競業之用途」者，實乃上訴人所具有的第三百五十九條的「狹義構成要件該當行為」，難謂具有「阻卻違法事由」。

整個來看，截至目前，對於「構成要件要素化違法要素」和不成文的「消極構成要件」「阻卻構成要件該當同意」的認識，普遍是欠缺與模糊的，因而，於法律適用時，顯得粗糙而欠缺細緻的論述層次。若不嚴格區分「欠缺同意」和「無故」，——至少——當刑法第三百六十三條規定第三百五十九條之故屬告訴乃論之罪，這僅能訴諸被害人對於其財產法益具有處分權，方才具有立法正當性，不可能及於「無故」；否則，不啻「法秩序」取決於個人意志而有寬嚴，斯屬悖理！