

「構成要件」、「阻卻構成要件該當事由」和 「構成要件要素化違法要素」 暨三者間在法律適用上的層次判斷關係

鄭逸哲*

在「阻卻構成要件該當事由」側重尊重法益持有人的「處分權」的同時，「阻卻違法事由」乃著眼於確保整體法律秩序的「和諧性」。但前者屬「構成要件該當性」判斷層次的問題，其使「構成要件該當性」被否定；而後者乃在確定行為人具有「構成要件該當性」後，方得進行的判斷。

然而，現行刑法在某種考慮下，就若干犯罪行為，以將「違法要素」加以「構成要件要素化」的方式，將「違法性」判斷「提前」至「構成要件該當性」判斷階段進行。在此情況下，實質的「構成要件該當性」判斷和「違法性」判斷間的關係，是否會發生改變？究竟有何不得不的理由，必須規定「構成要件要素化違法要素」？如果，就一個具有「構成要件要素化違法要素」的「構成要件」，又存在著「阻卻構成要件該當事由」時，「構成要件」、「阻卻構成要件該當事由」和「構成要件要素化違法要素」三者間，在法律適用上，又存在著怎樣的互動關係？

以上諸問題，即是本文所要探究的。

一、何謂「阻卻構成要件該當事由」？

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

* 鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士，國立臺北大學法律系教授。

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——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，僅依刑法第三百五十四條的「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，應該如何調合呢？

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，依刑法第三百五十七條的規定，「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，並不必要是成文的，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。

二、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。

不僅「故意犯構成要件」，有可能具有法定的「阻卻構成要件該當事由」，「過失犯構成要件」亦有之——甚至，相對於「故意犯構成要件」，所有的「過失犯構成要件」，均具有法定的「阻卻構成要件該當事由」。

長期以來，我們一直認為「客觀不可避免性」屬「過失犯構成要件」的不成文「消極構成要件」，但它真的是不成文的嗎？抑或只是「隱性的」，但仍屬成文的「消極構成要件」呢？

刑法第十四條第一項的「過失」規定為：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失」。我們仔細再看一遍的話，此規定顯然「省略」了「過失」的事實對象。和「故意」一樣，若欠缺事實對象，我們根本無從開始討論行為人是否具有「過失」。那這個被「省略」的事實對象是什麼？

現在，幾乎無人否認在進行「過失犯構成要件」適用前，有所謂「前構成要件審查」的階段，而在這個「前構成要件審查」的階段中，我們主要處理二個問題：「事實實害結果的發生」和「刑法上存在處

罰過失犯的規定」。因而，——暫將「刑法上存在處罰過失犯的規定」擺到一邊——若未有「事實實害結果的發生」，則根本不必也不可以開始討論行為人是否具有「過失」。

因而，所謂「過失」，乃指對於「事實實害結果發生」的「過失」。依之，我們可以把第十四條第一項的「過失」規定「還原」為：「就具體實害結果的發生，行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失」。但所謂「能注意」的判斷標準是什麼呢？

如果說，是依行為人的「注意能力」為準，那麼，不就愈粗心大意的人，愈不可能具有「過失」；愈是細心仔細的人，愈可能犯「過失之罪」。這樣的判斷標準，根本不合理，而且荒謬。換言之，「過失」應僅依「應注意而不注意」而為判斷，所謂「能注意」根本不得納入判斷行為人是否具有「過失」判斷標準之中。

如此一來，第十四條第一項中的「能注意」究竟指什麼？其實，它是指：就「防止事實實害結果發生」的「能注意」。當我們不得以行為人的「注意能力」為準時，就只能就「一般人」的「注意能力」作為判斷標準。如果以「假想」的「一般人注意能力」為準，那不就是一種「純客觀」的判斷嗎？

如果，我們再把第十四條第一項中的「按其情節應注意（…），並能注意」抽出來觀察，是不是就是指「就事實實害結果的發生，如果一般人加以注意，就能夠防止其發生」。如果我們「簡潔」點講，是不是就是指「事實實害結果發生」的「客觀可避免性」。因此，我們可以很精確地將第十四條第一項規定「還原」為：「就具有『客觀可避免性』的具體事實實害結果的發生，行為人雖非故意，但按其情節應注意，而不注意者，為過失」。

如此看來，每一個「過失犯構成要件」均具有「阻卻構成要件該當事由」：「客觀不可避免性」；也就因此，所有「過失犯構成要件」

均具有「消極構成要件」：「客觀不可避免性」。而且，其即使是「隱而不顯」，存在於「字裡行間」，但仍屬「隱性」的成文「阻卻構成要件該當事由」，而非一般人所認為的屬不成文「阻卻構成要件該當事由」。

三、常見的不成文「阻卻構成要件該當事由」之一：「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，當推最常見的二種不成文「阻卻構成要件該當事由」：「阻卻構成要件該當同意」和「阻卻構成要件的可推測同意」。

之所以此二者最常見，而不是說不成文「阻卻構成要件該當事由」就只有這二種，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」和「阻卻構成要件的可推測同意」這二種類型，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」，一旦事實上有所「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	「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」		

		由」	
--	--	----	--

四、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，行為人並不必認識。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。

五、常見的不成文「阻卻構成要件該當事由」之二：「阻卻構成要件該當的可推測同意」——兼論「阻卻違法的可推測承諾」

依刑法第一條的規定，刑法就犯罪問題，採「行為時主義」，亦即犯罪是否成立，全視行為時的事實是否符合犯罪要件。依之，「阻卻犯罪事由」之有無，也以「行為時」為準——不論該「阻卻犯罪事由」是「阻卻構成要件該當事由」，或是「阻卻違法事由」，乃至於「阻卻有責性事由」。

如果對於事實的發生，被害人並不知情，嚴格來說，並無所謂是否「不違背被害人意思」的問題，除非被害人在事實發生前，即「不願」該事實的發生。

例如，你去上班，家中被闖空門，對這樣的事實，你事前即「不願」其發生。因而，竊盜行為人是在「違背被害人的意思」下為之，並無疑義。

然而，你是個自行車狂，現在手上有部「雞肋」，巴不得有人「偷」了它，你好順理成章，換部拉風的新車。於是，你不僅不怕被「偷」，反而任意將自行車擺放路邊，亦不加鎖，「誘」使人來「偷」。就算難以確定你是否「拋棄所有權」，但如果自行車被「偷」，在實質上，行為人和「無主物先占」也相去不遠。即使行為人的心態可議，但在存在「歡樂的被害人」下，去處罰行為人，也是件荒謬的事！

如前所述，行為人於「行為時」，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，並不必加以認識。不僅

如此，「衝突為法律之母」，在未有「衝突」的情況下，法律強行介入，只是徒增紛擾。

但此例，仍屬因為「客觀解除處罰條件」被實現，而不具有「竊盜構成要件該當性」的例子。

不過，即使發生「侵害」，但被害人不知情，即使「事後」知情，亦不致發生「衝突」時，法律也無介入的必要。一如本文再三強調的，法律僅應作為「定分止爭」的規範，不得變成製造無謂紛擾的亂源。

舉例來說，我請你於次日將「我的」這本書交給他，但當晚你翻閱這本書，深受吸引，不但大量劃重點，而且將這本厚達一千頁的書加以「肢解」，分成「上、中、下」三冊；但於次日，你到書店買了本同樣的新書，交到他手中。從第三百三十五條第一項的規定來看，你是實現「侵占構成要件」的「積極構成要件」的，而且不是在「不違背被害人的意思」下行之，因為我根本不知情，無從「同意」。如果，在「阻卻構成要件該當同意」之外，別無其他「消極構成要件」的存在，你是會具有「侵占構成要件該當性」的，而犯「侵占罪」。若果真這樣，一般人會覺得莫名其妙吧！因為他還是拿到同樣的書啊！而且，我即使「事後」才知情，也應該會覺得，「沒什麼大不了的」！就算於「行為時」知情，若不表「同意」，反而顯得我這個人「龜毛」，不是嗎？若法律強行介入，真以欠缺「阻卻構成要件該當同意」為由，拿「侵占罪」來辦你，連我都覺得匪夷所思。

在「行為時主義」的支配下，若不在「阻卻構成要件該當同意」外，再尋覓出存在而尚未被發現的「消極構成要件」，則將會出現，「無衝突，卻有法律」的怪異現象。於是，學理上伴隨著「阻卻構成要件該當同意」，又發展出另一「消極構成要件」：「阻卻構成要件該當的可推測同意」。

事實上，我們從「阻卻構成要件該當的可推測同意」，「溯源而

上」，可以一窺所有不成文「消極構成要件」的構成原理：「雖有侵害，但不致發生衝突時，法律即欠缺介入的正當性」。其實，這本來就是「刑法最後手段性」的固有內容。

因而，即使在事實上，行為人於「行為時」欠缺「阻卻構成要件該當同意」，但法益持有人，若於其「行為時」，應會給予「同意」時，雖然事實上不存在「同意」，但此「同意」具有「可推測性」，則行為人仍因「可推測的同意」作為「阻卻構成要件該當事由」，而不具有「構成要件該當性」。

但應注意，若被害人明白不予「同意」，即無「阻卻構成要件該當的可推測同意」適用的餘地。即使行為人誤以為有所「同意」，充其量只是基於「有利」被告的「類推適用」，而非即「阻卻構成要件該當的可推測同意」的適用。

和「阻卻構成要件該當同意」一樣，「阻卻構成要件該當的可推測同意」的適用範圍，限於自由法益、名譽法益和財產法益。而且僅在其所「可推測」的範圍內，方具有「阻卻構成要件該當」的效力；若逾越「可推測」的範圍，就該部分，則仍屬具有「構成要件該當性」。

最要注意的是：由於「行為時」，被害人並不知情，「可推測性」並不以被害人的實際「意思」為準，也不可能以之為準；而是進行一種「假設判斷」：如果被害人於「行為時」知情，會如「一般人」般予以「同意」。質言之，在進行「可推測性」判斷時，我們根本不考慮被害人，而是採「一般人」的標準。

由於「行為時主義」，我們一以「行為時」作為判斷的範圍，因而，即使「事後」知情的被害人不表「同意」，亦不影響「可推測的同意」作為「阻卻構成要件該當事由」。

茲將「阻卻構成要件該當同意」和「阻卻構成要件該當的可推測同意」間的異同，製作比較圖表如下：

	阻卻構成要件該當同意	阻卻構成要件該當的可推測同意
適用的法益範圍	自由法益、名譽法益和財產法益	
積極構成要件被實現嗎？	實現	實現
違背被害人的意思嗎？	不違背	根本無此問題
被害人有同意嗎？	有	無
若被害人知情，會同意嗎？	根本無此問題	依一般人的標準，應會同意
若被害人事後知情，不表同意，會影響其阻卻構成要件該當的效力嗎？	根本無此問題	不會

至於在學說上，將「阻卻構成要件該當的可推測同意」區分為「欠缺利益類型」和「無因管理類型」，充其量只是在進一步說明，何以「雖有侵害，但不致發生衝突」，也就是說，只不過在論證「阻卻構成要件該當的可推測同意」並非基於單一的理由而符合不成文「消極構成要件」的構成原理。但也因此，這樣的分類方式，是否窮盡所有類型，或宜採保留的態度。

至於相對於「阻卻違法的承諾」，學說上亦發展出來所謂的「阻卻違法的可推測承諾」——時間上，甚至早於「阻卻構成要件該當的可推測同意」。但由於其幾乎均會和其他成文的「阻卻違法事由」發生競合現象，從實務的角度來看，存在的意義，並不是太大。

例如，因開車撞樹昏迷，而被緊急送到急診室的甲，對之，醫生

乙進行緊急傷口縫合手術，避免繼續失血。在此情況下，乙具有「傷害構成要件該當行為」，亦可以「阻卻違法的緊急避難」為由，而阻卻其「違法性」，而不犯罪。但在搶救成功後，乙卻在甲口袋中發現「遺書」，換言之，甲並非發生「意外」，而是蓄意自殺。因而，乙的「傷害構成要件該當行為」是在不知「違背被害人的意思」下行之，但依「一般人」的標準，乙仍具有「阻卻違法的可推測承諾」，而阻卻其「傷害構成要件該當行為」的「違法性」。只不過，已具有成文的「阻卻違法事由」「阻卻違法的緊急避難」，是否有必要再另行訴諸不成文的「阻卻違法事由」「阻卻違法的可推測承諾」，令人懷疑，似乎有點多此一舉！

六、「刑法上有意義的行為」和「阻卻構成要件該當事由」

如前所述，除了成文的「阻卻構成要件該當事由」，乃基於立法者的一定考量外，所有不成文「消極構成要件」的構成原理乃為：「雖有侵害，但不致發生衝突時，法律即欠缺介入的正當性」。

所應注意的是，是否發生「衝突」，並不屬於「刑法上有意義的行為」的判斷範圍。「刑法上有意義的行為」的判斷，僅止於客觀上是否發生「侵害」或「危險」。這裡的「侵害」和「危險」均屬「前構成要件」的「純事實」——不帶任何「價值判斷」的——概念，僅屬於「將來」導致「衝突」的「必要條件」，但非「充分條件」。

再回到我們先前舉過的例子：我「請」你替我燒椅子，把那張椅子搞成「廢物」！「我『請』你」這部分的資訊，完全無關「刑法上有意義的行為」判斷，因為，你以「燒」的「事實行為」「侵害」我的「財產」，就確定你具有「刑法上有意義的行為」了！甚至，你也因具有「毀損故意」和「毀損行為」，也造成了「毀損結果」，而實現了第三百五十四條所規定的「毀損構成要件」的「積極構成要件」，

只不過因是「我『請』你」而「不違背被害人的意思」而行之，因而不致造成「衝突」，所以你亦實現「消極構成要件」「阻卻構成要件該當同意」，而不具有「毀損構成要件該當性」。

許多刑法初學者，往往搞不清，「刑法上有意義的行為」中的「侵害」屬不帶任何「價值判斷」的「純事實」概念，將被害人主觀的「不受侵害感」作為應屬客觀的「侵害」判斷標準，而將屬「前構成要件」判斷的「刑法上有意義的行為」判斷，與屬「阻卻構成要件該當」判斷的「消極構成要件實現」相混淆。

其實這種「好讀書，不求甚解」的不良習性，也頻頻出現在所謂「資深法律人」身上，往往以「反正沒差」或「搞那麼精確，有何意義」——甚至「我不用看，也知你要說什麼」為由，來掩飾自己的無知和貧乏。有樣學樣，諸多初學者非但不知戮力於紮實基本功力，反而狂妄自大，動輒批評求實務本。文風衰敗至此，國運堪慮！

七、「構成要件要素化違法要素」

「構成要件該當性」有個同義字叫「形式的違法性」，之所以如此，乃因為從「統計」上，「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」，就極有可能成立犯罪，僅在「例外」的情況下，因「阻卻違法事由」和「阻卻有責性事由」的介入，而不犯罪。因而，行為人一旦具有「構成要件該當性」，即「推定」其具有「違法性」，而以證明其具有「阻卻違法事由」的方式「舉證推翻」其「形式的違法性」。

上述的說法，整體來說，不算過分，但細分不同的「構成要件」，卻有若干「構成要件」的「構成要件該當行為」，在相當大的比例上，反倒是具有「阻卻違法事由」；亦即其「阻卻違法事由」的出現，甚至非但不是「例外」，反而是「常態」。

舉例來說，依刑事訴訟法實施「強制處分」，為執行「傳喚」、「拘提」、「逮捕」、「羈押」、「扣押」和「搜索」時，不必仰賴符合刑法上「強制」、「剝奪他人行動自由」、「侵入住宅」和「搜索」的行為嗎？但是，——如前所述——，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，如果逕「強制」、「剝奪他人行動自由」、「侵入住宅」和「搜索」而規定「構成要件」，那麼，檢察官也不必再另行辦案了，光身邊的檢察人員的例行工作內容，就讓他偵查不完了！甚至，他自己不也變成「現行犯」了？

嚴格說來，現行刑法上，根本不存在「強制構成要件」、「剝奪他人行動自由構成要件」、「侵入住宅構成要件」和「搜索構成要件」，而是「非法強制構成要件」、「非法剝奪他人行動自由構成要件」、「無故侵入住宅構成要件」和「不依法令搜索構成要件」。

之所以如此，就是因為諸如「強制」、「剝奪他人行動自由」、「侵入住宅」和「搜索」之類的行為，不似「竊盜構成要件該當行為」和「殺人構成要件該當行為」般罕見「阻卻違法事由」，反而屢見不鮮。因而，——或許是基於刑事訴訟法的考慮——，不宜若其他「構成要件」的「構成要件該當性」，將之與「形式違法性」立即劃上等號，而「提醒」務必審查其「違法性」——即「實質違法性」之有無。

於是，「非法」也好，「無故」也罷，「不依法令」也一樣，被規定入「構成要件」之中，而成為「強制構成要件」、「剝奪他人行動自由構成要件」、「侵入住宅構成要件」和「搜索構成要件」的「限制適用事由」。

不過，「非法」、「無故」和「不依法令」，很顯然並非屬「中立」而無「價值判斷」的「純事實」概念；而是屬於「違法性」的問題。但這種實質上屬於「違法要素」的東西，卻又是在形式上以「構成要件要素」的姿態出現在刑法條文上——亦即其雖具有「構成要件要素」

的形式，但卻具有「違法要素」的實質，因而，我們將之稱為「構成要件要素化違法要素」。

然而，即使「違法要素」以「構成要件要素」的形式進入「構成要件」，但終究還是「違法要素」，在真正的「構成要件」（或稱狹義的「構成要件」）內部，還是由「積極構成要件」和「消極構成要件」兩相對峙，「構成要件要素化違法要素」並無置喙的餘地。也就是說，即使一個「構成要件」具有「構成要件要素化違法要素」，其「（真正的／狹義的）構成要件該當性」和「違法性」問題，也不會因此而發生混淆，也不可以混淆。

其實，由現行刑法「例外」規定具有「構成要件要素化違法要素」的「構成要件」來看，現行刑法是基於「三階論」的結構，而非所謂「二階論」的。若逕以「二階論」的主張來認識現行刑法，顯然並不恰當。

八、「構成要件」、「阻卻構成要件該當事由」和「構成要件要素化違法要素」三者間在法律適用上的層次判斷關係

「構成要件該當性」判斷的判斷對象是「刑法上有意義的行為」；「違法性」判斷的判斷對象是「構成要件該當行為」。「構成要件該當性」的存在，乃進行「違法性」判斷的必要前提。這樣的理解，相信一般人均不感到陌生。然而，是否真的有能力「實踐」，那就是另一回事了！

我們先來看一個例子：因土石流，一隻台灣黑熊受驚而跑下山，甲被其追趕，不得已只好闖入無人在家的乙宅躲藏，因而撿回一命！如果，這成為一道刑法實例題，如何處理呢？

作者的經驗，十之八九都以甲的「侵入住宅構成要件該當行為」，因具有「阻卻違法的緊急避難」的「阻卻違法事由」，因而不犯「侵

入住宅罪」。但這樣的答案是全然錯誤的！

刑法第三百零六條第一項所規定的，不是「侵入住宅構成要件」，而是具有「構成要件要素化違法要素」的「無故侵入住宅構成要件」。或許，第三百零六條第一項所規定的「構成要件」，在實務上不甚重要；但作為澄清「構成要件」、「阻卻構成要件該當事由」和「構成要件要素化違法要素」三個概念，以及對三者間在法律適用上的層次判斷關係來說，卻具有高度意義。

「無故侵入住宅構成要件」的「無故」，與第三百零二條第一項的「非法剝奪他人行動自由構成要件」和第三百零四條第一項的「非法強制構成要件」的「非法」，均屬「構成要件要素化違法要素」，即使用語不同，但均應理解為「欠缺阻卻違法事由」。即使因為其以「構成要件要素」的形式進入「構成要件」，使「違法性」判斷，在形式上必須提前至「構成要件該當性」判斷階段進行。但——如前所述——，「違法要素」終究還是「違法要素」，在真正的「構成要件」（或稱狹義的「構成要件」）內部，還是由「積極構成要件」和「消極構成要件」兩相對峙，「構成要件要素化違法要素」並無置喙的餘地。也就是說，即使一個「構成要件」具有「構成要件要素化違法要素」，其「（真正的／狹義的）構成要件該當性」和「違法性」問題，也不會因此而發生混淆，必須先確定具有真正的（或稱狹義的）「構成要件該當性」後，才有可能必要進行「構成要件要素化違法要素」是否被實現的判斷。簡言之，一旦欠缺真正的（或稱狹義的）「構成要件該當性」，根本不得進行「構成要件要素化違法要素」是否被實現的判斷。

就「無故侵入住宅構成要件」的真正的（或稱狹義的）「構成要件」部分——即「侵入住宅」的部分，其實又可再細分為「積極構成要件」和「消極構成要件」二個部分：「入住宅」屬其「積極構成要件」

件」，而「不侵」為其「消極構成要件」。質言之，其實傳統上，將「侵入行為」作為「無故侵入住宅構成要件」的「構成要件行為」，並不是精確的理解。若不先確定有「入」，根本就討論不到「侵或不侵」的問題。

但「不侵」即使屬「消極構成要件」，屬成文的「消極構成要件」，但並未窮盡「無故侵入住宅構成要件」的「阻卻構成要件該當事由」。如前所述，對於法益持有人的自由法益加以攻擊，若「不違背被害人的意思」，自屬具有「阻卻構成要件該當事由」，但若被害不知情，實難謂「違背或不違背」的問題；於此，既難曰「侵」，亦難說是「不侵」，顯然實定規定有所漏洞。毋寧必須將「不侵」脫離其文義的限制，而理解為：「不違背被害人的意思或具有其他阻卻構成要件該當事由」。但由於就自由法益，「不違背被害人的意思」就是一種「阻卻構成要件該當事由」，因而「不侵」根本就是指「具有阻卻構成要件該當事由」，而「不違背被害人的意思」成為其例示規定。

綜合上述，我們可以將「無故侵入住宅構成要件」最精確「還原」為：「欠缺阻卻違法事由而無故，卻在欠缺阻卻構成要件該當事由的『侵』之情況下，進入他人住宅、建築物或附連圍繞的土地或船艦」。

依之，我們回頭來處理「甲入乙宅」這件事，題解參考如下：

1. 依刑法第三百零六條第一項的規定和法理，「無故侵入住宅罪」的規定「原貌」應為：欠缺阻卻違法事由而無故，卻在欠缺阻卻構成要件該當事由的『侵』之情況下，進入他人住宅、建築物或附連圍繞的土地或船艦者，犯無故侵入住宅罪。
2. 本案，甲雖進入他人乙住宅，但卻具有「阻卻構成要件該當事由」：「阻卻構成要件該當的可推測同意」而未「侵」，因為：
 - ① 依學理，對自由法益、名譽法益以及財產法益，法益持有人

具有處分權，行為人事實上未基於有處分權之被害人的侵害同意而侵害之，但一般人遭逢被害人同樣的狀況時，通常會予以行為人和被害人受侵害同樣範圍的同意時，其行為因不成文的阻卻構成要件該當事由「阻卻構成要件該當的可推測同意」成立，而不具有構成要件該當性。即使事後被害人不予同意，並不影響其構成要件該當性被阻卻。

② 本案中，行為人甲事實上未基於有處分權之被害人乙的侵害同意，即進入乙宅而侵害其自由法益，但一般人遭逢被害人乙同樣的狀況時，通常會予以被熊追的行為人甲和被害人乙受侵害同樣範圍的同意而使之躲藏，其行為因不成文的阻卻構成要件該當事由「阻卻構成要件該當的可推測同意」成立，而不具有構成要件該當性。即使事後被害人不予同意，並不影響其構成要件該當性被阻卻。

③ 故甲的進入行為，因不成文的阻卻構成要件該當事由「阻卻構成要件該當的可推測同意」成立，而不具有第三百零六條第一項的狹義構成要件的構成要件該當性。

3. 故甲不犯無故侵入住宅罪。至於構成要件要素化違法要素「無故」是否被實現，根本無討論的可能，因為甲既已不具有「構成要件該當性」，何來「違法性」的討論？

由這個題解參考，我們可以很清楚看出，一般人常犯的錯誤，就是未將「構成要件該當性」判斷階段所應完成的所有判斷一一完成，就「跳躍」進入根本無從進入的「違法性」判斷階段。

或許，會有人有疑問，如此一來，是否因為「阻卻構成要件該當事由」的存在，而架空了所有「阻卻違法事由」的判斷可能性的必要性；但答案是否定的！

我們把這個例子，稍改一下而變成：因土石流，一隻台灣黑熊受驚而跑下山，甲被其追趕，不得已只好不顧乙的反對而硬闖入乙宅躲藏，因而撿回一命！

在此情況下，甲不僅「違背被害人的意思」，也無從適用「阻卻構成要件該當的可推測同意」，因為——如前所述——，若被害人明白不予「同意」，即無「阻卻構成要件該當的可推測同意」適用的餘地。然而，甲還是不犯「無故侵入住宅罪」，題解如下：

1. 依刑法第三百零六條第一項的規定和法理，「無故侵入住宅罪」的規定「原貌」應為：欠缺阻卻違法事由而無故，卻在欠缺阻卻構成要件該當事由的『侵』之情況下，進入他人住宅、建築物或附連圍繞的土地或船艦者，犯無故侵入住宅罪。
2. 本案，甲不僅進入他人乙住宅，且「不顧乙的反對」而「違背被害人的意思」，並欠缺其他的阻卻構成要件該當事由，而具有第三百零六條第一項的狹義構成要件該當性，即使如此，構成要件要素化違法要素「無故」仍未被實現，因為：
 - ① 依刑法第二十四條第一項的規定和法益權衡理論，行為人出於為自己或為第三人避難的意思，為拯救現在陷入緊急危險之法益，在別無他法的不得已情況下，以構成要件該當行為攻擊並非不法引起該法益陷入危險之人的法益，嘗試保全該陷入危險之較高法益，符合法益權衡原則，成立阻卻違法的緊急避難，阻卻該構成要件該當行為的違法性。
 - ② 本案中，行為人甲出於為自己避難的意思，為拯救現在因被熊追而陷入緊急危險之生命法益，在別無他法的不得已情況下，以狹義的侵入住宅構成要件該當行為攻擊並非不法引起該法益陷入危險之人乙的自由法益，嘗試保全該陷入危險之

較高生命法益，符合法益權衡原則。

- ③ 故甲成立阻卻違法的緊急避難，阻卻該狹義的侵入住宅構成要件該當行為的違法性。

3. 故甲不犯無故侵入住宅罪。

從這個題解的結構形式，我們可以看出：是在一個大的三段論法的「小前提」中又插入一個小的三段論法。其實，這也就具體表現出何謂一個具有「構成要件要素化違法要素」的「構成要件」，因為「違法要素」以「構成要件要素」的形式進入「構成要件」，使「違法性」判斷，在形式上必須提前至「構成要件該當性」判斷階段進行。在此同時，我們還是以插入大型的三段論法的「小前提」中的那個小的三段論法來單獨處理「違法性」判斷的問題，畢竟，「違法要素」終究還是「違法要素」，不得和「構成要件該當性」判斷相混淆。也最要注意的是：我們是在確定具有真正的（或稱狹義的）「構成要件該當性」後，才開始進行「構成要件要素化違法要素」是否被實現的判斷。

總之，「（積極）構成要件」、「消極構成要件」（即「阻卻構成要件該當事由」）和「構成要件要素化違法要素」，在形式上雖均屬「構成要件」的一部分，但三者間在法律適用上，必須依序有層次地進行，不可躁進，不得跳躍：「（積極）構成要件」未被實現，即已確定行為人不具有「構成要件該當性」，不得再進行「消極構成要件」是否被實現的判斷；真正的（或稱狹義的）「構成要件該當性」不存在，不得進行「構成要件要素化違法要素」是否被實現的判斷。

行文至此，雖然似乎可以收尾，但還是要提醒讀者，過度迷戀已有的「確信」，會導致思考的「墮落」。如果面對這個問題：「逮捕現行犯，為何不犯罪？」十之八九的人會說：「其屬依法律的行為，所以不犯罪」？但精確嗎？必然嗎？什麼是行為人的「構成要件該當行

為」呢？「依法律」又是依什麼法律呢？為什麼「屬依法律的行為，就不犯罪」呢？一定是因為「屬依法律的行為」而不犯罪嗎？似乎未必！

法律和法學上有許多用語並不精確！刑事訴訟法上的「強制處分」，一定具有「強制」嗎？舉例來說，刑事訴訟法第九十條和第一百三十二條分別規定為：「被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕…」和「抗拒搜索者，得用強制力搜索之…」。

由此看來，若被告「不抗拒」，根本不生用「強制力」的問題。所以，「強制處分」並非指「以強制而執行的處分」，毋寧是指「以強制力為後盾而執行的處分」。

在此情況下，關於現行犯的逮捕，我們真的會進入所謂「依法律之行為」的判斷嗎？答案是：有時會！但有時不會！

先看個例子：甲向前逮捕現行犯乙，乙雖抗拒，但甲還是成功將其捕獲，並立即扭送警局法辦。就此例，題解如下：

1. 依刑法第三百零二條第一項的規定，欠缺阻卻違法事由而非法，卻基於剝奪他人行動自由的故意，以剝奪他人行動自由的行為，置其意思被違背的被害人於自己實力支配之下者，犯非法剝奪他人行動自由罪。
2. 本案，基於剝奪他人行動自由的故意，甲進行逮捕而有剝奪他人乙行動自由的行為，置抗拒其逮捕而其意思被違背的被害人乙於自己實力支配之下，而具有第三百零二條第一項的狹義構成要件該當性，即使如此，構成要件要素化違法要素「非法」，仍未被實現，因為：
 - ❶ 依刑法第二十一條的規定，構成要件該當行為，若屬依法律之行為，不具違法性。

- ② 本案中，行為人甲的狹義剝奪他人行動自由構成要件該當行為，就其「逮捕現行犯乙」的部分，因刑事訴訟法第八十八條第一項規定：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之」；而就其將乙「扭送警局」的部分，因屬「無偵查權限之人」的甲，依刑事訴訟法第九十二條第一項的規定，將「逮捕的現行犯」乙「即送交司法警察官或司法警察」。
- ③ 故甲的狹義剝奪他人行動自由構成要件該當行為，因為前後二個「依法律之行為」的阻卻違法事由「接力」，而全然不具違法性。
3. 故甲不具有刑法第三百零二條第一項的構成要件該當性，而不犯非法剝奪他人行動自由罪。

由這個案例題解，即使如一般刑法教科書的「籠統」說明：依刑事訴訟法第八十八條第一項的規定，逮捕現行犯，「其屬依法律的行為，所以不犯罪」；但「剝奪他人行動自由」屬「繼續犯」，即使其至「逮捕」而「既遂」部分具有「阻卻違法事由」，但其「繼續狀態」的部分，何以不具「違法性」，根本未加以說明。從刑法角度來說，根本未將問題處理完畢。

即使我們「大而化之」，不去追究「繼續狀態」的部分為何欠缺「違法性」，但說逮捕現行犯，因「其屬依法律的行為，所以不犯罪」，也太武斷。

我們現在把例子改一下成為：甲向前逮捕現行犯乙，乙自知理虧，毫不抗拒，任由甲逮捕，並乖乖跟著甲上警局。對此，題解如下：

1. 依刑法第三百零二條第一項的規定，欠缺阻卻違法事由而非法，卻基於剝奪他人行動自由的故意，以剝奪他人行動自由的行為，

置其意思被違背的被害人於自己實力支配之下者，犯非法剝奪他人行動自由罪。

2. 本案，基於剝奪他人行動自由的故意，甲進行逮捕而有剝奪他人乙行動自由的行為，並置被害人乙於自己實力支配之下，然而甲仍不具有狹義的剝奪他人行動自由構成要件該當性，因為：

❶ 依學理，對於自由法益、名譽法益和財產法益，法益持有人具有處分權，行為人基於有處分權之被害人的侵害同意，在被害人同意範圍內，其行為因不成文的阻卻構成要件該當事由「阻卻構成要件同意」，而不具有構成要件該當性。

❷ 本案中，對於自由法益，法益持有人乙具有處分權，乙毫不抗拒逮捕並乖乖隨之至警局，而使行為人甲基於有處分權之被害人乙的侵害同意，且在被害人乙同意範圍內，侵害其自由法益。

❸ 故甲因不成文的阻卻構成要件該當事由「阻卻構成要件同意」，而不具有狹義的剝奪他人行動自由構成要件該當性。

3. 故甲不犯非法剝奪他人行動自由罪。至於構成要件要素化違法要素「無故」是否被實現，根本無討論的可能，因為甲既已不具有「構成要件該當性」，何來「違法性」的討論？

由這個案例題解，我們可以理解到，即使「（積極）構成要件」、「消極構成要件」（即「阻卻構成要件該當事由」）和「構成要件要素化違法要素」，在形式上雖均屬「構成要件」的一部分，但三者間在法律適用上，務必依序有層次地進行，不可躁進，不得跳躍：「（積極）構成要件」未被實現，即已確定行為人不具有「構成要件該當性」，不得再進行「消極構成要件」是否被實現的判斷；真正的（或稱狹義的）「構成要件該當性」不存在，不得進行「構成要件要素化違法要

素」是否被實現的判斷。若不依序有層次進行，將會造成處理問題上的致命性錯誤。

最後，要提醒一件事：雖然「構成要件要素化違法要素」會導致「違法性」的判斷提前至「構成要件該當性」判斷階段進行，但不表示，在任何情況下，所有的「阻卻違法事由」的有無判斷，一概提前至「構成要件該當性」判斷階段進行，端視刑法就「構成要件要素化違法要素」如何加以規定。

例如，「非法強制構成要件」、「非法剝奪他人行動自由構成要件」和「無故侵入住宅構成要件」，由於其「構成要件要素化違法要素」「非法」和「無故」，均指「欠缺阻卻違法事由」，因而所有的「阻卻違法事由」的有無判斷，一概提前至「構成要件該當性」判斷階段進行，因而在形式上，不再出現獨立的「違法性」判斷階段——但再強調一次，這只是在形式上如此；在「構成要件該當性」判斷階段內部，狹義的「構成要件該當性」判斷和「構成要件要素化違法要素」是否被實現判斷，仍然應依序進行。然而，由於以「不明確」的「非法」和「無故」加以規定，使得「強制構成要件該當行為」、「剝奪他人行動自由構成要件該當行為」和「侵入住宅構成要件該當行為」的所有「阻卻違法事由」均屬「成文的」，而不再有「超法規阻卻違法事由」。亦即，對其他「構成要件該當行為」屬「超法規阻卻違法事由」的，於此，均屬「成文的阻卻違法事由」。

與之相較，刑法第三百零七條的「不依法令搜索構成要件」，雖然也具有「構成要件要素化違法要素」，但其僅將規定於第二十一條第一項的「阻卻違法事由」「依法令之行為」的判斷提前至「構成要件該當性」判斷階段進行，因而，即使行為人具有「不依法令搜索構成要件該當性」，仍然必須就除「依法令之行為」外的「阻卻違法事由」有無進行判斷。換言之，就「不依法令搜索構成要件該當行為」，

在形式上，仍然獨立出現「違法性」判斷階段——此「違法性」判斷階段，以行為人不具有「依法令之行為」的「阻卻違法事由」，作為進行判斷的前提：刑法上存在將實質的「違法性」判斷，分割於「構成要件該當性」判斷和「違法性」判斷二階段進行的可能性！

從法律適用的角度來看，「構成要件要素化違法要素」使若干「構成要件該當行為」的「阻卻違法事由」均屬「成文的阻卻違法事由」，以及「違法性」判斷有可能分割成二階段進行，乃其最有趣的現象！