

刑法

違法性理論

第二版

余振華 著



瑞興圖書

刑法違法性理論

第 二 版

余 振 華 著

瑞興圖書股份有限公司 印行

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法違法性理論 / 余振華著. --二版.--

[桃園縣龜山鄉] : 余振華出版 ;

臺北市 : 瑞興圖書總經銷, 2010.09

面 ; 公分

ISBN 978-957-41-7136-1 (精裝)

1. 刑法 2. 責任

585.14

99007073

刑法違法性理論

作 者 余振華

出 版 者 余振華

總 經 銷 瑞興圖書股份有限公司

104 台北市民生東路二段 147 巷 6 弄 25 號

電話：(02)2504-1866、(02)2505-6542

傳真：(02)2501-2049

定 價 新台幣 600 元

出版日期 2010 年 9 月二版一刷

ISBN 978-957-41-7136-1 版權所有•請勿侵害

本書如有缺頁、破損或倒裝，請寄回更換

第二版序

本書第一版係於 2001 年 3 月付梓，距今已近九個年頭，回顧本書出版之際，當時初衷僅在於將本人留學日本十餘年之所學奉獻於臺灣刑法學界與實務界之想法，經日本東北大學 阿部純二教授以及明治大學 川端 博教授兩位恩師之鼓勵與指導之下，遂大膽地將理念化為行動，將刑法學範疇中相當困難之違法性理論加以歸納及整理，而得以將本書問世。其後，在這段期間，本人經過不斷地省思與研究，發現在當時所撰寫之本書，內容中仍有些許論點之介紹尚未臻於完善，或有在語意上敘述表達不清楚之處，或有謬誤矛盾待釐清之點等等。緣此，藉由近九年來本人在中央警察大學專任教職、在輔仁、真理及開南等大學法律學系兼任教職以及在法務部司法官訓練所、警政署、國家文官培訓所等機關擔任講座期間之授課與研究，加上多次受邀於國內、大陸地區、日本等地舉辦之學術研討會上報告論文之經驗，特別係於 2005 年 9 月重回母校日本明治大學擔任客座教授、受聘參與法務部 2004 年間刑法總則修正會議及 2009 年 3 月迄今刑法分則修正會議等等機會，就教於刑法學界與實務界之先進前輩，有幸獲得相當多之不吝指教，著實領悟箇中諸多論點，在在地衝擊本人某些心中原有的想法與觀點，遂思忖擬再次以提筆方式與讀者分享學習心得。

至今約一年多前，本人即已開始著手於本書之增訂及校正等改版工作，惟於埋首改版工作之過程中，由於學校教學、法務部開會、國內外研討會論文發表、學會運作等等諸事繁忙，無形中時間被切割地相當零碎，復於2009年3月受命擔任台灣刑事法學會理事長之重責大任，更力感無暇進行此項改版工作。在本學期即將結束之際，深覺生命應該在每一個時間點留下痕跡，想起諸多先進前輩殷切叮嚀「切勿經常以繁忙為由…時間是自己找出來的…」之提醒，於是決定在今年學校寒假之始，整裝前往日本東京木場書齋，利用寒假進行此項工作，在夜以繼日及日以繼夜重複的埋首日子裡，總算能苦有所成，終於將本書第二版順利付梓。

本書第二版之呈現，係將第一版當中有關違法性之基礎理論、違法性之本質、正當防衛論之變遷、正當防衛權之社會倫理限制論、緊急避難之演進、誤想防衛之體系地位、偶然防衛之違法性等七大主題重新檢討訂正，並附上數則具體案例或實務所持立場之介紹，俾便讀者於閱讀時之思考與理解，另新增「得被害人承諾之行為評價」與「違法性認識與違法性錯誤」兩大章節，期使本書之內容更臻充實。其中有關「得被害人承諾之行為評價」一章，係屬於超法規阻卻違法事由中相當重要之課題，而關於「違法性認識與違法性錯誤」一章，雖與「誤想防衛」或「偶然防衛」之議題相類似，一般仍將其歸類於責任階層中加以討論，惟此課題實與違法性理論具有相當密切之關係，特別係與「故意」之內涵息息相關，故仍將其增列在本書之中，在此一併說明。

刑法學理論範疇浩瀚，而本人學識能力有限，雖已竭盡心思將全書內容仔細校正與補充，卻仍不免掛一漏萬之情形，盼讀者於開卷閱讀之餘，若發現有疑問或誤謬之處，或許係因本人之疏忽，仍期不吝賜教，本人自當悉心受教。爾後，自當秉持一如初衷之研究精神，持續努力於刑法學之鑽研，提出更多研究學習成果，就教於刑法學各先進，並冀望能對刑法學未來之發展奉獻一己棉薄之力。筆末，謹以萬分感恩之心，感謝法源資訊股份有限公司吳紹興董事長暨公司全體同仁協助本書順利出版。

余振華 謹誌

於東京木場書齋

2010年2月冬雪

甘 序

振華兄自日本學成返國後，即在警大法律學系擔任有關刑法課程之教席，因家裡瑣事胥由其賢內助江玉女女士全權料理，加以小孩均已長大成人，在完全沒有後顧之憂的情形下，課餘之暇，幾乎每天皆蟄居於學校研究室，孜孜於刑法理論的研究，生活極為單純。

佛家談禪，禪字乃由左示右單所組成，其意涵即為單純之表示，意即凡事單純，始能發現自我，也才可無憂無慮，自由自在。在與振華兄交往的數年中，雖從未聽聞其宗教信仰，但其所表現出來的日常生活種種，卻深符合禪道，始終將其心境保持在平靜的狀態。所謂「水流任意境常靜，花落雖頻意自閒」，即為其生活的寫照。

振華兄在短短數年裡，能將刑法學理上甚為重要的一部分，亦即違法性的理論，研究得極為透徹，且解析分明，說理深入，委實令人敬佩。在本書中，不僅對於違法性本質之法理，析精闡微，甚且旁及正當防衛以及緊急避難之演進與變遷；尤其對於誤想防衛與偶然防衛問題，更不憚詞費加以有系統地解說。相信本書之出版，對於有志研習刑法理論者，必定會有相當的助益。

學術研究者，在其研究的生涯裡，將所獲心得著書立說，實為責無旁貸的事。在刑法學領域，我個人一直以為，刑法的理論

或學說，均無法脫離時空而存在。時代不停地遞嬗，環境不斷地更易，刑法的思想或理念，亦隨之變動而推陳出新。今日的通說或為明日的新說取代，個人現在的看法亦可能為將來的觀念推翻。今是昨非的現象，亦如個人人生觀的變易，實頗平常而不足為奇。

曾經聽人說過這麼一句話：我們的心就像湖泊一樣，只有保持在平靜的狀態，才可以看見湖裡的東西。因此，書中論點之對錯，或許並不是那麼重要，所該注意的是，投石入湖，在一陣的漣漪過後，所看到的或所領悟的到底是什麼！

甘添貴 謹序

於挹翠山莊半半齋

2001年3月6日

初版序

一九八七年秋末，毅然離開工作多年之實務機關，帶著幾本泛黃刑法書籍負笈東瀛，以三十五歲之齡遠離家鄉進入日本國立東北大學法學部攻讀刑法學。十年後，帶著一紙明治大學法學博士學位證書回到睽違已久的家鄉，附隨帶回國之行李乃箱箱笨重之刑法書籍，然內心卻充滿不虛此行之喜悅。回首前塵往事，多少日子以來，孤獨於燈盞下，為報告、為論文而焚膏繼晷之異國求學生涯，終於能劃下一個完美的句點。

一九九八年八月僥倖獲聘進入中央警察大學法律學系擔任刑法教席至今三年以來，每講授於大學部及研究所學生之際，針對許多刑法問題之講解及研討，一次又一次地反覆思忖，委實釐清許多糾結不清之刑法概念及爭議論點，重新邁向學術研究之另一個階段。凡此種種對於問題之思考與理解，必須歸功於留日十年間熱心指導我碩士論文之阿部純二教授以及指導我博士論文之川端博教授，對於此兩位刑法大師之啟迪與教誨，深感師恩浩蕩無以回報，謹以回國三年研究心得匯集而成之本書，獻給兩位愛護我並照顧我的恩師。

本書係繼一九九九年十一月譯著「刑法總論二十五講」以來，累積留學及教學經驗彙整所思而成之第二本刑法論文專書。構思以「刑法違法性理論」為題者，乃基於回國三年來先後在中央警

察大學法律學系、法律學研究所以及國家安全局等實務機關講授刑法總則、刑法分則、比較刑法及刑事法專題研究等課程外，並連續兩年獲行政院國家科學委員會專題研究補助，得以有機會潛心於刑法爭論問題之研究後，深深體悟違法性判斷在刑法理論上之重要性，其間有鑑於我國刑法學者對於違法性實質之問題著墨不多，因此亟思引進德國與日本在刑法違法性理論之研究成果，此即本書書名產生之緣由。

本書內容主要係以德日兩國違法性理論中之「形式違法性論」與「實質違法性論」、「主觀違法性論」與「客觀違法性論」、「行為無價值論」與「結果無價值論」乃至於最近之「人的不法論」與「物的不法論」等對立概念為基礎，針對阻卻違法事由類型中最重要之「正當防衛」及「緊急避難」等問題深入探討，藉以確立阻卻違法性之界限與範圍，並針對阻卻違法事由產生主客觀錯誤之「誤想防衛」與「偶然防衛」等問題，論述其可罰性之存否。有關違法性理論之涵括內容，當然不僅僅限於上述問題，本書所論及者或僅為冰山一角，然獻曝之誠，希冀在學術研究、實務造法及立法參考之際，產生拋磚引玉之效果。

本書初稿完成之際，曾就教於輔仁大學 甘添貴教授，獲得甘教授甚多指正與鼓勵，並與台北大學法學博士候選人江舜明、王乃彥及警察大學研究生張容瑞等學棣反覆推敲與檢討，特別係張容瑞學棣刑法學養俱豐、概念清晰、做事精確，對於本書之定稿及編排著力匪淺；警察大學法學碩士林添進、康順興、黃啟逢

及張旭龍、警察大學八十八年度研究生莫慧玲、施桑白、葉益發及胡清竣等學棟費心校稿，備極辛勞；從比較刑法課程乃至於國科會專題研究，熱心參與討論之研究所諸學棟給予我許多批評與指教，在此一併致上謝忱。

此外，本書撰寫期間，有幸獲日本廣島大學名譽教授 森下忠博士遠自日本寄來「緊急避難の研究」及「緊急避難の比較法の考察」兩本大作，對於本書內容充實甚多，盛情可感，而本書得以順利付梓，尚必須感謝多年來極為關愛我的法源資訊股份有限公司董事長吳紹興先生以及元照出版公司出版組全體同仁全力支持與配合。總之，沒有多數人之支持與鼓勵，本書無法順利完成，對於本書出版之助力者，謹致十二萬分之謝意。筆末，謹以最虔誠之心，敬祈 法學先進賢達不吝賜教及指正。

余振華 謹誌

於大崗誠園

2001年3月10日

作者簡介

余振華

學歷

一九八七年至一九九八年留學日本

日本國立東北大學法學碩士

日本明治大學法學博士

經歷

國家安全會議副研究員

中央警察大學法律學系暨法律學研究所專任副教授

輔仁大學財經法律學系暨法律學系兼任副教授

真理大學財經法律學系兼任副教授

台灣刑事法學會理事、常務理事

法務部司法官訓練所講座

司法官、律師、高考、警察特考、升官等考試等典試委員、命題委員、閱卷委員

日本明治大學客座教授

現職

中央警察大學法律學系暨法律學研究所專任教授

輔仁大學法律學系兼任教授

開南大學法律學系兼任教授

台灣刑事法學會理事長

著作

刑法違法性理論（初版）

刑法總論二十五講（譯）

集中講義 刑法總論（譯）

刑法深思・深思刑法

刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（共著）

共犯與身分（共著）

連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題（共著）

二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（共著）

刑法總則修正重點之理論與實務（共著）

目 錄

第二版序

甘 序

初版序

作者簡介

第一章 違法性之基礎理論·····	1
前言·····	3
第一節 違法性之基本法理·····	4
第一項 國家刑罰權之概念·····	4
第二項 國家刑罰權之基礎·····	6
第三項 國家刑罰權行使之界限·····	9
第二節 違法性判斷之理論·····	10
第一項 違法性判斷之意義·····	10
第二項 主觀違法性論之違法性判斷·····	14
第三項 行為無價值論之違法性判斷·····	34
第三節 阻卻違法事由之基本理念·····	45
第一項 阻卻違法事由之意義·····	45
第二項 阻卻違法事由之法理·····	46
第四節 阻卻違法事由之錯誤·····	53
第一項 阻卻違法事由錯誤之意義·····	53
第二項 阻卻違法性事由錯誤之學說現況·····	55
第五節 違法性判斷之確立·····	61

第二章 違法性之本質	67
案例思考	69
第一節 違法性之體系地位	69
第二節 形式違法性論與實質違法性論	72
第一項 違法性與違法行為之區別	72
第二項 形式違法性與實質違法性之意義	73
第三項 形式違法性與實質違法性之關係	74
第四項 違法性之實質內容	76
第三節 主觀違法性論與客觀違法性論	78
第一項 主觀違法性與客觀違法性之概念	78
第二項 評價規範與意思決定規範	79
第三項 違法性與有責性之關聯性	86
第四節 行為無價值論與結果無價值論	88
第一項 行為無價值與結果無價值之緣起	88
第二項 行為無價值與結果無價值之內容	89
第三項 行為無價值與社會相當性之關係	91
第四項 行為無價值與主觀客觀違法性之關係	92
第五節 案例之違法性判斷	93
第三章 正當防衛論之變遷	95
前言	97
第一節 歐陸正當防衛思想之形成及其演進	100
第一項 羅馬法	100
第二項 日耳曼法	101

第三項 繼受法及普通法	104
第四項 近代德國法	107
第二節 歐陸各國正當防衛之近代立法例	112
第一項 以「必要性」為要件者	113
第二項 以「相當性」為要件者	115
第三項 以「情況上相當性」為要件者	116
第四項 以「法益均衡性」為要件者	116
第三節 日本正當防衛論之演進	117
第一項 刑法上規定之緣起	117
第二項 正當防衛論之演進	118
第四節 我國正當防衛論之歸趨	130
第四章 正當防衛權之社會倫理限制論	133
案例思考	135
第一節 問題提起	135
第二節 正當防衛權之限制理論	138
第一項 正當防衛權限制理論之沿革	138
第二項 正當防衛權限制之法理依據	142
第三節 責任能力與正當防衛權之限制	151
第一項 無責任能力人之不法侵害	151
第二項 正當防衛之「不法」與行為無價值・結果無價值 ..	160
第三項 「不法」之判斷與行為無價值・結果無價值	163
第四項 「不法」之判斷與個人主義正當防衛之基礎	167
第四節 可歸責於己之不法侵害與正當防衛權之限制	168

第一項	挑撥行為之性質	168
第二項	可歸責於己之挑撥行為	170
第三項	挑撥行為具有過失或附條件故意	174
第四項	挑撥行為之相關問題	178
第五項	本書之立場	186
第五節	輕微之法益侵害與正當防衛權之限制	187
第一項	輕微之法益侵害與正當防衛權之限制	188
第二項	財產法益與正當防衛權之限制	189
第六節	具有保證人地位者之不法侵害與正當防衛權之限制	192
第一項	德國判例之評釋	192
第二項	具保證人地位者之不法侵害	194
第三項	本書之立場	195
第七節	社會倫理限制論之適用性	196
第五章	緊急避難之演進	203
案例思考		205
第一節	問題提起	205
第二節	歐陸法系緊急避難思想之萌芽	207
第一項	印度法	208
第二項	猶太法	209
第三項	希臘法	210
第四項	羅馬法	211
第五項	教會法	213
第六項	中世紀之德國法	215