

薛 泰 成

德國刑法中 合法化事由的體系

薛 泰 成

德國刑法中 合法化事由的體系

國家圖書館出版品預行編目資料

德國刑法中合法化事由的體系：

薛泰成 著

第一版 2007 高雄市

薛泰成 發行 2007 (民96)

面：26 公分

參考書目：面

ISBN 978-957-41-4687-1 (平裝)

1. 刑法-總則(部分) 2. 德國

585.943

96013631

德國刑法中合法化事由的體系

著 作 人	薛泰成
著 作 權 人	薛泰成
發 行 人	薛泰成
電 話	(07) 333 - 6255
傳 真	(07) 333 - 3173
定 價	新台幣參佰捌拾元
出版時間	7.2007 (民國九十六年七月)
出版地點	高雄市
版 次	第一版

權利依法保留 禁止轉印複製

薛 泰 成

德國刑法中合法化事由的體系

德國哥廷根大學法學博士

高雄大學法律系助理教授

第 一 版

2 0 0 7

高 雄 市

薛 泰 成

德國刑法中合法化事由的體系

所有權利保留，無本書著作者明確之書面
許可，不准以各種機器或方法將本書內容
之全部，或部分為影印等各式之複製

前 言

在刑法中，一犯罪行為是否確定成立犯罪，必須經過一連串緊密的檢查步驟以爲驗斷。其之手續雖然甚爲雜集繁瑣，但其之目的卻是在於精確公正。所以要求如此，乃是因爲刑法係國家對於犯行人所施之最嚴厲的一種制裁手段。

作爲檢查內容的條件，通常可分就兩面言之，其中一面是，對於任何人適用的通用條件，即所謂的“三段論”之檢查條件，此等條件含有：1.行成要件符合（性）2.違法（性）3.罪（責）；其中他面爲，對於犯行人個人適用的個人適用條件，此等條件其即，4.其他可罰性情狀。

行成要件符合（性）是，那些具有建構某一犯罪型態的非法特徵之非法行為。在行成要件中含有一些正面的特徵，而合法化事由則描述其之反面的特徵。基此，行成要件具有創立非法的特徵，而合法化事由，則是含有排除非法的特徵。由此觀之，於整體的犯罪成立與否之判斷過程中，合法化事由乃扮演著一個篩選門戶的關鍵角色。從而，其在刑法的犯罪判斷上，即具有某種程度的重要性。

台灣刑法，理論的與實務的，對此部位之論述，除少數學習用書籍提列外，全數的看來，表態者非爲多有。是故，由此造成參考資材的缺乏，亦因而引致學習與研究的困難。

本書之內容，係依據現行通說的觀點，並根據德國現行法之規定，交織構架而爲書寫。其範圍除遍及在制定法中之各種法域外，並擴展達至自然法及習慣法的境界中。全書分成兩大部分，第一部分爲，合法化事由的基礎概念及其之理論模式；第二部分是，各個別合法化事由之介紹。

爲探究學理的確實，並基於尋求發誘之用意初衷，乃有本書之出。惟著者才殖淺薄，無惜寡陋，缺失誤置，自亦當有。期望賢能雅士，有以教之。

薛 泰 成 謹 誌

2006 於 高 雄 市

目 錄

- 一、內容概要
- 二、內容目錄
- 三、參考文獻目錄
- 四、縮略字目錄
- 五、本 文
- 六、詞彙目錄

內 容 概 要

第一部分	合法化事由的一般基礎	1
第一章	禁止規範與容許準則的關係	1
第二章	合法化事由的體系	4
第三章	合法化事由的來源與其之類型化	9
第四章	合法化事由的遇競	14
第五章	主觀的合法化要素	18
第六章	對合法化事由的錯誤認納	25
第二部分	各個別的合法化事由	27
第一章	在刑事實體法範圍中的合法化事由	27
第一節	緊急防衛（Notwehr）	27
	德國刑法典第三十二條（§32 StGB）	
第二節	（一般的）合法化的緊急狀況（「Allgemeiner」 rechtfertigender Notstand）	50
	德國刑法典第三十四條（§34 StGB）	
第三節	合理利益的代表（Wahrnehmung berechtigter Interessen）	62
	德國刑法典第一九三條（§193 StGB）	

第四節	允許妊娠中斷的理由 (=法律承認的墮胎之症狀) (Indikation beim Schwangerschaftsabbruch) 德國刑法典第二一八 a 條 (§218a StGB)	67
第二章	在民事實體法範圍中的合法化事由	72
第一節	緊急防衛 (Notwehr) 德國民法典第二二七條 (§227 BGB)	73
第二節	防禦性的緊急狀況 (Defensiver Notstand) 德國民法典第二二八條 (§228 BGB)	73
第三節	攻擊性的緊急狀況 (Aggressiver Notstand) 德國民法典第九〇四條 (§904 BGB)	76
第四節	自我救助 (Selbsthilfe) 德國民法典第二二九條以下 (§§229 ff. BGB)	79
第五節	占有保護 (Besitzschutz) 德國民法典第八五九條 (§859 BGB)	81
第三章	在程序法範圍中的合法化事由	83
第一節	暫時性的逮捕 (Vorläufige Festnahme) 德國刑事訴訟法第一二七條第一項、第二項 (§127 I、II StPO)	84
第二節	試驗性的血液抽取 (Blutprobenentnahme) 德國刑事訴訟法第八十一 a 條第一項、第二款 (§81a I 2 StPO)	87
第三節	羈押與搜索 (Verhaftung und Durchsuchung) 德國刑事訴訟法第一一二條以下 (§§112 ff. StPO) 德國刑事訴訟法第一〇二條以下 (§§102 ff. StPO)	89
第四節	扣押 (Beschlagnahme) 德國刑事訴訟法第九十四條以下 (§§94 ff. StPO)	94
第五節	對債務人財物的扣押 (Pfändung beim Schuldner) 德國民事訴訟法第八〇八條 (§808 ZPO)	97

第四章 習慣法上所承認，由判例與學說所發展而出的 合法化事由	100
第一節 同意 (Einwilligung)	101
第二節 揣測的同意 (Mutmaßliche Einwilligung)	102
第三節 合法化的義務衝突 (Rechtfertigende Pflichtenkollision)	112
第四節 社會相當 (Sozialadäquanz) 與容許的風險 (Erlaubtes Risiko)	117
第五節 懲罰權 (Züchtigungsrecht)	120
第五章 超肯定法 (Überpositives Recht) (自然法)	125
國家的緊急防衛 (Staatsnotwehr)	125
第六章 存在於其他法律範圍中的合法化事由	127
第一節 約束 (使承擔責任) 的命令 (Der bindende Befehl) 德國軍刑法第五條、第二十二條 (§§5、22 WStG)	127
第二節 政治上的反抗權 (Das politische Widerstandsrecht) 德國基本法第二十條第四項 (Art. 20 IV GG)	129
第三節 緊急防衛，合法化的緊急狀況 (Notwehr, rechtfertigender Notstand) 德國秩序違反法第一十五條、第一十六條 (§§15、16 OWiG)	133

內 容 目 錄

第一部分	合法化事由的一般基礎	1
第一章	禁止規範與容許準則的關係	1
一、	一般情況	1
二、	行成要件符合行態的合法化之事由	2
三、	行成要件與合法化理由的關係	3
第二章	合法化事由的體系	4
一、	一元的與多元的理論	4
二、	合法化事由的效力範圍	6
三、	合法化事由無一個鎖閉的目錄	8
第三章	合法化事由的來源與其之類型化	9
一、	違法（性）的一位之概念	9
二、	合法化事由無限定數額	11
三、	刑事法律（條）的保證作用	13
第四章	合法化事由的遇競	14
第五章	主觀的合法化要素	18
一、	合法化事由的客觀條件	18
二、	犯行人爲犯犯行時不知有一客觀存在的合法化情況	21
三、	合法化事由的客觀條件之認真檢查	23

第六章 對合法化事由的錯誤認納	25
一、 客觀的與主觀的合法化要素之一致	25
二、 過失	26
第二部分 各個別的合法化事由	27
第一章 在刑事實體法範圍中的合法化事由	27
第一節 緊急防衛 (§32 StGB)	27
一、 緊急防衛 (§32 II, 1. Alt. StGB)	27
一). 現在違法的攻擊之條件	27
(一). 必須有攻擊存在	27
(二). 根據通說攻擊僅出於一個人	28
(三). 攻擊必須是客觀的違法的	30
(四). 攻擊非必須是絕對的主動的作為，無作為亦是可能的	33
(五). 攻擊必須朝向防衛者或第三人的法益	35
1. 所有的個人的法益均無受限而可為防衛	36
2. 尚非澄清明朗的防衛能力	38
(六). 攻擊必須是現時的	39
二). 防衛的必要性與允許性	42
(一). 防衛的必要性	42
(二). 防衛的允許性	43
二、 緊急救助 (§32 II, 2. Alt. StGB)	46
三、 緊急防衛的逾越與錯誤認的緊急防衛	48
第二節 (一般的) 合法化的緊急狀況 (§34 StGB)	50
一、 一般的情況與應用範圍	50
一). 緊急狀況的情狀	51
二). 財產斟酌 (=利益考慮)	53

三). 手段等的相當性	56
(一). 對於忍受危險的過求可能性 (Zumutbarkeit), 犯行人並無合法化的緊急狀況	57
(二). 犯行人自己可譴責的導致或同為肇因緊急狀況的情勢	58
(三). 如經緊急狀況行為, 受害者之重要的基本權, 會受到打擊時, 則手段即不適當	58
四). 防衛意思 (拯救意思)	59
(一). 合法化的緊急狀況要求拯救或防衛意思	59
(二). 犯行人符合義務的檢驗並非是主觀的 合法化之先決條件	60
二、 合法化的緊急狀況中緊急救助的容許	60
三、 錯認的緊急狀況與緊急狀況的逾越	61
四、 德國刑法典第三十四條 (§34 StGB) 對於危險出自一個 人, 該危險卻不許, 以緊急防衛對付的情況之可應用性	61
第三節 合理利益的代表 (§193 StGB)	62
一、 德國刑法典第一百九十三條 (§193 StGB) 的應用範圍	62
二、 德國刑法典第一百九十三條 (§193 StGB) 中的 各個別情況	64
一). 對於科學上、藝術上的成就或職業上的成果 所作指摘性的判斷是合理的	64
二). 對於實行或防衛權利的含侮辱成份之言詞 也可能是合理的	65
三). 上司對其下屬之責備與訓斥	66
四). 德國刑法典第一百九十三條 (§193 StGB) 的 主要應用範圍	66
第四節 允許妊娠中斷的理由 (=法律承認的墮胎之症狀) (§218a StGB)	67

一、	§218a StGB 描述不能根據 §218 StGB 刑罰的條件	67
二、	某一特定墮胎理由的存在作為不足之合法化條件	68
一).	墮胎必須由醫生進行	68
二).	懷孕者對於手術的同意 (§218a I, Nr. 1 StGB)	69
三).	醫生施行手術時必須知悉客觀的合法墮胎症之條件	69
三、	根據 §218a StGB 的各個別合法之墮胎症狀	69
一).	醫學上的合法之墮胎症 (§218a I, Nr. 2 StGB)	70
二).	胚胎畸形病態變化的合法之墮胎症 (§218a II, Nr. 1 StGB)	70
三).	犯罪學上的合法之墮胎症 (§218a II, Nr. 2 StGB)	70
四).	危急狀態的合法之墮胎症 (§218a II, Nr. 3 StGB)	71
第二章	在民事實體法範圍中的合法化事由	72
第一節	緊急防衛 (§227 BGB)	73
第二節	防禦性的緊急狀況 (§228 BGB)	73
一、	§228 BGB 的先決條件	73
一).	防止物的損壞或毀滅之危險的必要性	73
二).	危險必須存在	74
三).	危險必須出自一個在緊急狀況被損壞或被毀滅之物	74
四).	根據 §228 BGB 對他人之物產生影響	74
五).	危險與損害的比例符合	74
六).	根據 §228 BGB 並不以犯行人自己招致危險 之情況為條件	74
七).	防禦意思必須存在	75
二、	財物侵害的非法性	75
三、	在錯認緊急狀況所為犯之犯行根據 §228 BGB 的合法化	75
四、	舉證負擔 (在民事訴訟程序)	76

第三節 攻擊性的緊急狀況 (§904 BGB)	76
一、一般情況與應用範圍	76
二、 §904 BGB 之條件	77
一). 一個被保護的法益存有一現時存在的危險	77
二). 對於現在的危險之避開產生影響	78
三). 比例符合原則	78
四). 主觀的合法化要素	79
三、 影響者的舉證負擔 (在民事訴訟程序)	79
第四節 自我救助 (§§229 ff. BGB)	79
一、一般情況與應用範圍	79
二、 自我救助根據 §229 BGB 的條件	80
三、 作為自我救助的方法等根據 §229 BGB 可有三種辦法	81
第五節 占有保護 (§859 BGB)	81
一、 占有防衛 (§859 I BGB)	81
二、 占有取回 (§859 II BGB)	82
第三章 在程序法範圍中的合法化事由	83
第一節 暫時性的逮捕 (§127 I、II StPO)	84
一、 任何人可為暫時性的逮捕	85
二、 檢察官與警察的暫時性之逮捕權	87
第二節 試驗性的血液抽取 (§81a I 2 StPO)	87
一、 血液抽取試驗是身體的侵犯	87
二、 血液抽取試驗的權利之條件	88

第三節 羈押 (§§112 ff. StPO) 與搜索 (§§102 ff. StPO)	89
一、 羈押 (§§112 ff. StPO)	89
一). 羈押的實質條件	89
(一). 重大的犯行懷疑之存在	90
(二). 有一個法律上的羈押事由之存在	90
1. 逃跑 (§112 II, Nr. 1 StPO)	90
2. 逃跑的危險 (§112 II, Nr. 2 StPO)	91
3. 使案件昏暗的危險之虞 (§112 II, Nr. 3 StPO)	91
(三). 比例符合原則的維護	91
二). 羈押的形式條件	91
二、 搜索 (§§102 ff. StPO)	92
一). 依照 §§102 ff. StPO，根據 Art. 2, 13 GG	
對基本權利的限制	92
二). 搜索的目的	92
三). 搜索命令的條件	92
四). 搜索的對象	93
(一). 表示空間的住宅	93
(二). 對犯罪嫌疑人個人的搜索不包括身體的檢查	93
(三). 犯罪嫌疑人所屬之物	93
五). 搜索是對受害人（被搜者）人格權的嚴重之侵犯	93
第四節 扣押 (§§94 ff. StPO)	94
一、 一般情況與應用範圍	94
二、 作為證據方法的物件 (§94 I StPO)	94
一). 物件	94
二). 證據方法	95
三). 物件的潛在隱含之證據意義	95
四). 證據對象（物件）對於檢查之意義	95
三、 駕駛證件（執照） (§94 III StPO)	96
四、 非正式扣押的物件保管之條件	96

五、 扣押	97
一). 比例符合原則	97
二). 根據 §97 StPO 的扣押之禁止	97
第五節 對債務人財物的扣押 (§808 ZPO)	97
一、 §808 ZPO 的應用範圍	97
二、 在債務人管領中之物	98
一). 在一個人管領下之物件	98
二). 家長作為所有的物之單獨管領人	99
三). 夫妻的管領比例	99
四). 老闆（企業主）作為企業所屬之物的單獨管領人	99
五). 法人經由其之機關為事實的支配	99
六). 債務人與一個第三人的共同管領	99
三、 財物扣押的必要性	100
一). 事實的力量經由法院的執行者而達到	100
二). 作為佔有的第二個重要的要求	100
三). 在債務人管領下物的續行存留	100
四、 法院執行人員基於公務地位（身份）的佔有	100
第四章 習慣法上所承認，由判決與學說所發展而出的 合法化事由	100
第一節 同意（Einwilligung）	101
一、 同意在刑法中根據通說的意義	101
二、 讚同（Einverständnis）	101
三、 合法化的同意在法條上並無規定，但卻是 法律所承認的	102
一). 受害人對於法益的可支配使用性	103
二). 受害人的同意之有效性	103