

春風煦日論壇－刑事法叢書系列 7

專題論著 3

Spring Breeze and Balmy Sun Forum – the Contemporary Criminal Law Series 7

Monograph 3

法益理論的憲法基礎

*Die verfassungsrechtlichen Grundlagen
der Rechtsgutstheorie*

鍾宏彬 著

Hung-Ping Chung



2012

臺北 (Taipei)

法益理論的憲法基礎

*Die verfassungsrechtlichen Grundlagen
der Rechtsgutstheorie*

鍾宏彬 著

Hung-Ping Chung

春風煦日論壇－刑事法叢書系列 7 專題論著 3

Spring Breeze and Balmy Sun Forum –
the Contemporary Criminal Law Series 7 Monograph 3

法益理論的憲法基礎

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Rechtsgutstheorie

國家圖書館出版品預行編目 (CIP) 資料

法益理論的憲法基礎 / 鍾宏彬著.

-- 初版 -- 臺北市：春風煦日學術基金, 2012.04

338+XXIV 面；17 x 23 公分.

-- (春風煦日論壇. 刑事法叢書系列；7) (專題論著；3)

ISBN 978-986-80676-3-9 (平裝)

1.刑法 2.憲法 3.文集

585.07

100021014

作 者：鍾宏彬

出 版 者：公益信託春風煦日學術基金

編輯排版：春風煦日編輯小組

初版一刷：2012 年 4 月

總 經 銷：元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址：www.angle.com.tw

專 線：(02)2375-6688

傳 真：(02)2331-8496

郵政劃撥：19246890 元照出版有限公司

定 價：新臺幣 500 元整

© 版權所有，翻印必究

本書如有缺頁、破損、裝訂錯誤，請寄回更換

春風煦日論壇—

刑事法叢書系列 7 專題論著 3

Spring Breeze and Balmy Sun Forum –

the Contemporary Criminal Law Series 7 Monograph 3

拓荒的日子，時時要對抗洪水猛獸、冰霜雪雨，特別渴望春風煦日；在學術的園地，坦率而不倦的對話，是讓學術幼苗欣欣向榮的春風煦日。

During exploration, fierce floods, savage beasts, and snowstorms are constantly faced, so spring breeze and balmy sun are especially longed for. In the academic world, outspoken and tireless dialogues are the spring breeze and balmy sun that help academic buds thrive.

出版序

許玉秀

想要研究德國的法益理論，不能不看這一本關於法益理論的經典之作：Knut Amelung教授的博士論文兼教授升等論文《法益保護與對社會的保護》(Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972)；想要撰寫關於法益理論的專論，沒看完這本書，根本不該動筆。但是要看完這本書，處理裡面所呈現的觀點到一定的程度，十分不容易。2002 年以後，必須進一步處理的文獻，增加這本書：Roland Hefendehl教授的教授升等論文《刑法中的集體法益》(Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002)。

宏彬自動自發地讀完第一本書，相當澈底地處理從當中所解讀出來的觀點，並且提出相當成熟的研究心得；對於第二本書，也完整地處理了其中的核心觀點。不管是理論的分析、觀點的論述、文字的表達，都十分流暢清晰，整本論文更是幾乎找不到錯別字。論文撰寫期間，我們透過電子郵件進行幾次的意見交換，然後就是一年後針對論文草稿進行部分結構的調整。換句話說，宏彬的論文，幾乎完全靠自己獨力完成，我因此知道，得天下英才而教之，意思就是老師可以受學生庇蔭。

這本論文雖然不是我在政治大學法學院服務期間所指導完成的最後一本論文，但宏彬卻是我指導碩士論文的最後一位學生。宏彬以他的天分和努力，就法益理論，在刑事法、甚至憲法領域，為台灣留下一份十分珍貴的學術資產，也為我在政治大學法學院的學術生涯，劃下一個圓滿的句點。我為自己的一段教學生涯感謝他，也為在政治大學法學院創立的春風煦日論壇感謝他。

宏彬已經開始在德國柏林洪堡大學 (Humboldt-Universität zu Berlin) 修習博士學位，如果秉持一貫追根究底的學習態度，一定會發現既有的不足，能夠以欣喜的態度，面對自己的不足，就不會驚慌，只要不驚慌，不

僅能複製過去美好的寫作經驗，而且必定會有超越的驚喜。我深深期待、也相信宏彬能再完成一本精彩的學位論文。

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '許' (Xu), '玉' (Yu), and '秀' (Xiao), written in a cursive style.

2011 (100) .10.10

推薦序

李震山

有幸參與鍾宏彬先生碩士論文口試，拜讀其《法益理論的憲法基礎》大作，並於口試問答中，進一步瞭解該論文可貴之處。三位口試委員不謀而合的給該論文罕見的高分，有機會將受到高評價的專業論文推薦出版，以饗讀者，自是樂意為之。

在憲法上欲尋得刑法法益理論的基礎，誠屬不易。因為該兩學術領域皆有豐富內涵，演進上各有不同時空背景，在動態發展中欲覓得交錯點，需要敏銳而有自信的觀察。又刑法理論先於成文憲法而發展，憲法形成的基底亦非一日造成，作者就該兩領域初步沉澱而又未被時代所拋棄的部分，相互攀引爬梳，考其交互影響，相當費心。儘管大作將之限於德國視野，從而限制了研究範圍，但要將兩者關係安排妥適提出合理結論，就需有初生之犢的勇氣。僅此，該論文就有值得一窺究竟的價值。

為了尋得憲法與刑法法益理論匯流脈絡，作者在指導教授的提示下，已就德國近兩百多年來關於法益理論的重要專論，作合理輪廓介述，其不僅是釋義學的陳列，尚有哲學、政治史的關懷，且及於德國聯邦憲法法院相關判決之析論。就所整理出可供法益論述的憲法脈絡部分，對有意就此方面為後續研究者，既可發揮墊腳石功能，亦具備敲門磚的功用。當研究累積到有一定共識後，亦可於未來作為檢證我國理論與實務，特別是司法法院大法官釋字中相關問題之分析，裨益法治健全發展。

誠如作者於文末所指出：「法益概念若不甘於僅是遵從立法者的指示，而是想要反過來有指導、約束立法者的力量，它就不能只做個釋義學概念，而必須承認自己帶有政治色彩，是刑事政策概念。當代唯一有拘束力的政治思想，就是憲政理念。法益概念提出的任何命題，都必須在憲法上有立足點，才可能發揮自由主義的功能，也才不會只是天馬行空的口

號。」現代民主法治國家除行政法與憲法有融為一體之現象外，刑事法領域甚至民事法領域，願意親近憲法，作為源頭活水充實憲法，進而接受憲法支配，厚實憲政基礎，是個人所最樂見，而這本著作正積極體現這層意義，乃願重申樂為推薦該論文出版之旨意。

推薦人



2009 年 10 月 30 日

推薦序

陳志輝

毫無疑問，這是一本近年來難得一見、優異的碩士學位論文。

刑法課堂上，有學生曾經提問：「每一項刑罰制裁規範背後都各有其保護的法益，無論是個人法益或是集體法益。然而法益概念並非明文地規定在刑法規範中，我們為何要保障一個如此不明確的抽象概念呢？如此抽象的法益概念是否能在憲法中找到根據？」。這個不簡單、實屬困難的疑問，在這本傑出的專論中，可以一一獲得解答。

作者擁有極為優異的德文文獻閱讀能力，藉助 *Amelung* 的專論，極為敏銳地揉合憲政思想史和法益釋義學史兩種不同的觀察角度，勾勒出法益理論的發展。從論文的第二章起至第五章，作者以非常流暢的文筆，搭配不同時期的政治思想背景，分析早期至近代法益理論之發展：從起自啟蒙自由主義時期的根源發展、*Feuerbach* 承接啟蒙思想主導制訂出一部影響後來德國 1871 年帝國刑法典的 1813 年巴伐利亞王國刑法典，一直至復辟時期 *Birnbaum* 嘗試從超實證角度建立自然的犯罪概念，為法益理論發展的最初階段，勾勒出清楚的輪廓；進入形式法治國時期，則分析 *Binding* 創設的法益概念、*Liszt* 的法益理論利益說，以及其他同時期學者對利益理論的解讀，接續開展出深受新康德主義影響的威瑪共和時期刑法法益理論；緊接著論述法益概念在納粹時期所面臨的巨大挑戰，甚至有被連根拔除的危機，由 *Schaffstein* 和 *Dahm* 引發對法益概念的全面檢討，*Hellmuth Mayer* 接棒以行為的意義挑戰純粹從結果面向來討論的法益侵害理論，一直到破除前人區分規範效力和法益盲點的 *Welzel* 所提出的真實法益學說，為二次戰前的法益理論發展做了精確的詮釋；戰後法益概念的重建，則從 *Herbert Jäger*, *Sax*, *Roxin*, *Rudolphi*, *Otto*, *Marx* 和 *Lampe* 等學者的著

作，予以深入分析。一氣呵成的文筆，搭配作者提醒當時所處特殊的政治背景，讓讀者對於法益理論在刑法釋義學的發展有更深刻的理解。

第六章與論文主題緊密結合，檢驗歷來的法益理論是否可能在憲法上找到根據，受憲法支持，並由此產生拘束立法者的力量？並藉助男同性性行為案、大麻案和兄妹和姦案三則德國憲法法院判決，檢測法益理論拘束立法者的能力。

論文的第七章則藉助 Hefendehl 於 2002 年的專論《刑法中的集體法益》，嘗試對集體法益進行有體系的論述，以答覆法益理論如何因應時代潮流，參與國家為實現社會國原則所產生的新任務。論文的最後一章，作者並非單純把各章的結論重行謄錄一次，而是很體貼讀者地，為這本閱讀上稍有難度的專論寫了一章閱讀時的「使用說明書」。

從以上對作者於這本專論各章節所做的努力，可以得知，這絕對是一項非常困難的任務，本人很高興見證這件傑出作品的誕生與出版，對於日後我國對此項議題有興趣進一步研究者，這本著作會是目前最重要的一本中文專論。

陳志輝

自序

本書微幅修改自國立政治大學法律學系於2009年審查通過的碩士論文《法益理論的憲法基礎》，在出版前的這段時間，文獻盡力更新至2010年8月，若有疏漏尚請海涵。

關於內容：若要迅速取得各章簡介和重點，建議先閱讀1. 兩篇《推薦序》，2. 《第八章第四節 結論的結論》。

要提醒的是：本書雖以《法益理論》為題，但讀者不會在書中得到類似自然法那樣恆久不變、絕對正確的法益定義或清單，而是將法益理論的發展當作最佳樣本來藉題發揮，因為法益雖是現代刑法學最基礎的概念，卻也是最具爭議、最眾說紛紜的概念之一。主軸毋寧是刑法學方法論如何於各個時代中受政治、時代思潮的影響，最終映像到法益概念的定義裡（第二至五章）；當然對今日最重要的，是民主憲政對法益概念的影響（第六章）；處理完前面這些很政治的部分之後，瀏覽式地列出法益概念於當代釋義學中的應用、潛在議題（第七章）；最後則將全書中錯綜複雜的政治和刑法學相互關係，概要地再說成一段故事（第八章）。

作為一本正式出版的專論，本應製作關鍵詞索引附於書末，但由於【詳目】中各章、節、項、款的標題，就已詳細提示若要研究法益理論時不可不注意的人物、時代、理論或概念名稱及其精要，兩篇推薦序更是比自己寫的摘要還直指核心。我也曾數次嘗試再做一份關鍵詞索引，結果發現只是畫蛇添足，因此最後省略之。

碩士畢業後，匆匆抱著不知天高地厚的勇氣負笈德國，一年多來深感我國與德國在刑法學進展上的差距豈止一個世代。竭力追趕之際，原先雄心壯志要給本書添加的章節，例如第六章和第八章多次預留伏筆的「刑法上的感受保護」，以及其實只對集體法益理論做了摘要、尚待補完分析的第七章，都變得無暇亦無餘力續筆，甚感遺憾與慚愧。另外，寫作過程就

已知與法益理論密切相關的「行為類型之研究」(其重要性見第七章第二節)，或者在結論章最尾端所預測的、標題也許可與本論文對仗之「罪責原則的憲法基礎」，則期待更多有志者協力完成這幅巨大的拼圖¹。簡陋小書，惟願能在法益理論方面忠實傳遞德國學理，俾使我國引用時不生重大誤解，更願我一磚一瓦地砌上仍極為不足的能力，早日以所學貢獻社會。

最後是一點情緒。去國懷鄉的生活難免低潮，難得返家，慨嘆滄桑之際，亦倍感親友師長全力相挺的溫馨。謹以此文獻給陪我一路走來的各位，詳細謝辭可酌參當年送藏政大圖書館的論文，更參照心中切切思念：

莊振益，鍾王素瓊，鍾瑞景，莊淑卿，鍾雅婷，鍾瑞寅；許玉秀，李震山，陳志輝，李聖傑，何賴傑，徐育安，陳正德，許芝薰；陳彥廷，黃新展，丁友珊，陳冠如，陳佩卿，廖怡清；林宜均，劉川豪，林虹翔；鍾葦怡，葉佳韻，吳嘉雯，洪麗雯，林宛怡，黃麗玲，林記弘，林昱廷，林明煌，吳梓榕，馮聖晏，陳柏良，洪兆承，戚本律，王士帆，何靜宜，彭文茂；林幸儀，洪敬庭，王冠儒，邱信揚，傅璿輝，徐孟彤，盧溎翔，黃常寧，賴嘉民，李欣卓，計曉昀，羅明陞，龔詩皓，陳桂芬，洪澤元，葉登科，邱珮琳，Isabella Rong；Tatjana Hörnle，Rolf Schlegel，後藤啟介…

以及特別獻給在我異鄉求學時辭世的

鍾天賜，莊王玉珠。

飛過人間的無常，才懂愛才是寶藏。

鍾宏林

2012.03.09 Berlin

¹ 不過許多方針性的基本理念，尤其關於罪責原則，已可見於許玉秀老師的新書（論正當法律程序原則，軍法專刊社，初版，2011，頁137）。又，2011年5月，大法官釋字第687號已明文承認罪責原則。德文較新的可參見Hörnle, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: FS-Tiedemann (2008). S. 325 ff.; dies., Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes, in: Eva Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat (2010), S. 105 ff.

簡 目

出版序.....	I
推薦序.....	III
推薦序.....	V
自序.....	VII
簡目.....	IX
詳目.....	XI
圖表目錄.....	XXI
縮語表.....	XXII
第一章 緒論.....	1
第一節 動機.....	1
第二節 研究範圍與各章主題.....	2
第三節 用語辨析.....	5
第二章 法益理論前史—從啟蒙到復辟時期.....	10
第一節 實質犯罪概念的啟蒙自由主義根源.....	10
第二節 Feuerbach以刑法釋義學承接啟蒙思想.....	17
第三節 復辟時期的實質犯罪概念.....	27
第四節 法益理論前史對於今日的意義.....	35
第三章 形式法治國的法益理論.....	37
第一節 今日的法益概念提出於德國第二帝國.....	37
第二節 威瑪共和與新康德主義法益理論.....	66
第四章 法益概念於納粹時期面臨的挑戰.....	92
第一節 納粹主義的政治與學術思想.....	93
第二節 法益侵害說存廢論戰.....	97
第三節 新黑格爾哲學與現象學影響下的法益理論.....	104
第五章 法益概念於基本法前期的重建（~1970年代刑法改革）....	119
第一節 基本法的基本精神.....	119

第二節 Jäger藉由風化罪展現的刑事政策嘗試	123
第三節 Sax和Roxin的基本法論證	140
第四節 其他從基本法展開論述的法益學說	147
第五節 法益理論在二戰後第一波刑法改革的成就	165
第六章 當代憲法理念中的刑法任務與法益保護.....	168
第一節 從國家任務而來的刑法任務	170
第二節 憲法上對法益的正面定義有限	175
第三節 憲法上對刑法任務的負面排除	189
第四節 小結—法益理論得證	225
第七章 刑法中的集體法益.....	227
第一節 國家任務變遷與法益的一元、二元之爭	227
第二節 集體法益的基本架構	249
第八章 結論.....	289
第一節 認識法益理論的兩大脈絡—憲政思想史與釋義學史	289
第二節 法益理論史前半段的成就與未解難題	289
第三節 當代實質法治國的法益理論	298
第四節 結論的結論	310
參考文獻.....	318
春風煦日論壇簡介.....	335

詳 目

出版序.....	I
推薦序.....	III
推薦序.....	V
自序.....	VII
簡目.....	IX
詳目.....	XI
圖表目錄.....	XXI
縮語表.....	XXII
第一章 緒論.....	1
第一節 動機.....	1
第二節 研究範圍與各章主題.....	2
第三節 用語辨析.....	5
第一項 財（Gut）與法益（Rechtsgut）的關係.....	5
第二項 性交、性行為與和姦的差異.....	6
第三項 個人法益與超個人法益的同義詞.....	7
第二章 法益理論前史—從啟蒙到復辟時期.....	10
第一節 實質犯罪概念的啟蒙自由主義根源.....	10
第一項 啟蒙之前的神權思想.....	10
第二項 以社會契約論進行刑法的理性化.....	11
第三項 自由、權利、權利侵害、社會損害.....	13
第四項 主要影響於宗教犯罪與風化犯罪.....	14
第五項 刑事刑罰與警察刑罰的界線.....	15
第二節 <i>Feuerbach</i> 以刑法釋義學承接啟蒙思想.....	17
第一項 <i>Kant</i> （康德）哲學的影響.....	18
第二項 結合哲學、國家觀、法律觀的 <i>Feuerbach</i> 權利侵害說.....	19
第三項 <i>Feuerbach</i> 的宗教犯、風化犯、警察輕罪.....	21

第四項 評論.....	24
第三節 復辟時期的實質犯罪概念	27
第一項 社會契約的沒落.....	27
第二項 溫和實證主義對權利侵害說的批評.....	28
第三項 <i>Birnbaum</i> 的「財保護」與「財侵害」理論.....	29
第一款 實證的與自然的犯罪概念.....	29
第二款 從實證角度批判權利侵害說.....	30
第三款 從超實證角度建立自然的犯罪概念.....	31
第四項 評論.....	32
第一款 <i>Birnbaum</i> 是自由派或保守派？.....	32
第二款 潛在問題—實證主義化、非理性化、刑法道德化.....	34
第四節 法益理論前史對於今日的意義	35
第三章 形式法治國的法益理論.....	37
第一節 今日的法益概念提出於德國第二帝國	37
第一項 思想背景—形式法治國、法實證主義、自然主義	37
第二項 <i>Binding</i> 創設的法益概念	40
第一款 法益是健全共同生活的事實條件.....	40
第一目 形式的犯罪定義是違反規範的行為	40
第二目 實質的犯罪定義是侵害法益的行為	40
第三目 法益目錄	43
第四目 法益的詮釋功能	44
第二款 評論	45
第三項 <i>Liszt</i> 的法益理論利益說	47
第一款 <i>Jhering</i> 社會理論的影響	47
第二款 法益是法律所保護的人類生活利益.....	49
第一目 刑法的目的	49
第二目 法益於法律體系中的定位	50
第三目 法益定義—主體、客體、利益關係	51
第四目 法益的詮釋功能—實質違法性的提出	53

第三款 評論	54
第一目 利益概念的任意性—形式自由主義的薄弱約束力	55
第二目 法益的精神化—價值與存在應分立或結合？	57
第四項 同時期其他學者的理論	59
第一款 利益理論的發展	59
第二款 保護客體理論（狀態說）與行為客體概念的續造	62
1. 保護客體的定義	63
2. 行為客體與保護客體的區分和各自功能	64
3. 貢獻與缺陷	65
第二節 威瑪共和與新康德主義法益理論	66
第一項 思想背景—極端形式自由主義與價值相對論	66
第二項 西南德意志學派的人文科學研究方法與文化財概念	68
第一款 現實世界與理念世界	68
第二款 對現實世界的不同研究方法和研究對象	69
第三款 「文化財」概念	71
第四款 開啟法益理論的人文科學轉折第一階段	72
第三項 「目的論（teleologisch）」法益概念	73
第一款 Honig的理論介紹	73
第一目 法益概念的取得應採價值連結法	73
第二目 法益來自共同價值	74
第三目 「目的論」法益概念的詮釋能力	75
第二款 Schwinge的補充	77
第四項 以「文化財」為基礎的法益概念	78
第一款 法益的來源	78
第二款 法益的構造—小有歧異	80
第五項 對新康德主義法益學說的評論	81
第一款 「目的論」法益概念過度擴張與純形式化	81
第二款 「文化財」法益概念的去實質化與雙面手法	84
第三款 法益與實證法的關係，道德化與文化危機	88
第四款 小結	90