

學術專論

# 德國刑法問題研究

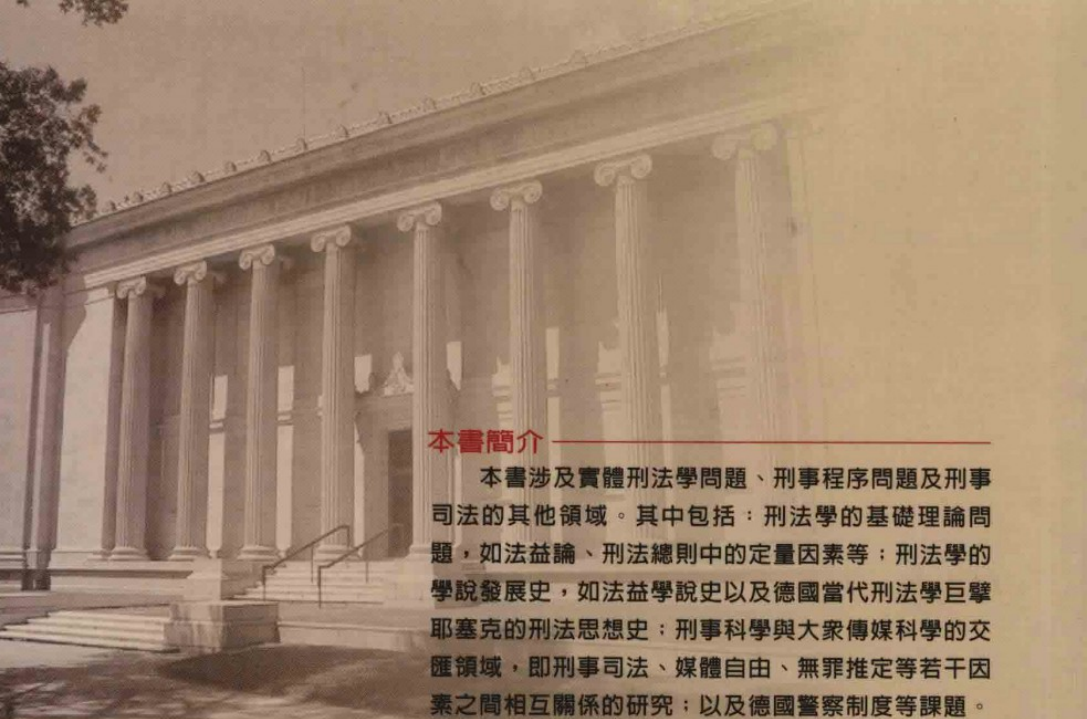
Vergleichende Forschung zu einigen  
Problemen des Strafrechts in  
Deutschland und China

熊琦著





更多法律电子书尽在 [docsriver.com](http://docsriver.com) 商家巨力书店



### 本書簡介

本書涉及實體刑法學問題、刑事程序問題及刑事司法的其他領域。其中包括：刑法學的基礎理論問題，如法益論、刑法總則中的定量因素等；刑法學的學說發展史，如法益學說史以及德國當代刑法學巨擘耶塞克的刑法思想史；刑事科學與大眾傳媒科學的交匯領域，即刑事司法、媒體自由、無罪推定等若干因素之間相互關係的研究；以及德國警察制度等課題。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏  
[www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)

ISBN 978-957-41-5970-3



9 789574 159703



5X004PA

定價：320元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：[www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)

# 德國刑法問題研究

熊 琦 著

元 照 出 版 公 司

國家圖書館出版品預行編目資料

德國刑法問題研究 / 熊琦著. -- 初版. -- 臺

北市 : 熊琦出版 : 元照總經銷, 2009.02

面 ; 公分

ISBN 978-957-41-5970-3 (平裝)

1. 刑法 2. 論述分析 3. 德國

585.943

97023176

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

# 德國刑法問題研究

5X004PA

2009年3月 初版第1刷

作者 熊琦

出版者 熊琦

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](http://www.angle.com.tw)

定價 新臺幣 320 元

專線 (02)2375-6688

傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-5970-3



# 序

本書的作者是一個年青人，他從武漢大學取得法學學士學位，即負笈德國，獲海德堡大學法學碩士後，現為德國名校弗萊堡大學及世界著名的法學研究機構——馬·普外國國際刑法研究所的博士研究生。據我所知，作者在學習上是比較刻苦認真的，有很強的求知欲和理解能力。不僅如此，他最大的特點是「學而多問、問而多思、思而多寫」，善於在沉冗的書堆和枯燥的條文中，學習知識、思考問題、貫通融匯、創新有得。這本論文集，就是他學習期間的一些心得體會。

這個集子裏的大部分文章，作者在完稿後都曾送我看過，這次結集出版，又全部看了一遍。總的感覺，文章都是有感而發，主題突出，敘述充分，不論是四、五年前寫就的，還是新近才完成的；不論是評述性的，還是研究性的；不論是平實客觀一些的，還是涉及矛盾較深的，既有現實意義，又有一定的理論價值。誠如古人所云：「善待問者如撞鐘，叩之以小者則小鳴，叩之以大者則大鳴」。這裏包含兩層含意：一是首先要有「叩」，既理論學習要聯繫實際，只有聯繫實際，從實際出發，學才能有所「用」；二是「鳴大鳴小」，這取決於「叩」的力量，也就是學習的程度，學得深、學得多、學得好，則「叩」之有力，「鳴」自然會「響而亮」。作為一名還在學習法律的學生，能在學習的過程中寫出這些文章，其「大鳴」也好，「小鳴」也好，總是值得肯定，總是令人欣慰的。

本集中有些文章，還是具有一定深度和價值的。比如，關於法益之「益」的研究。法益是大陸法系刑法中最重要的概念之一，長期以來，都是中外刑法學者研究的一個重點。本篇在注重吸取當代研究的最新成果的同時，提出並運用法益「仿復數形態」、法益的「立場坐標系」等有所創新的形式作為解釋分析「益」的工具，從「益」的結構入手，提出了關於益的本質、性質等若干新的見解。我個人覺得，且不論這樣的研究其成果如何，但至少從目前看，這方面的研究還不多，而該篇也確有一定的深度和新意，值得關注。再如，論結果犯中的定量因素，作者是從中德比較法的視角，看中國刑法中一個體系化困境，提出了「在其他構成條件滿足的情況下，缺失犯罪結果將導致犯罪不成立還是犯罪未遂？中國刑法對作為構成條件的罪量因素與犯罪結果為何有根本性的不同對待」等問題，並以此為出發點，分析了中國刑法研究中存在的三個層次的矛盾。儘管此文所涉問題較為敏感，與人觀點相左較多，然所提問題之重要、所作分析之詳盡、所述觀點之能自圓其說，應該還是比較客觀和有價值的。這裏只是擇其要而述之，僅舉例說明。還有多篇，不僅理論上有一定創見，而且具有很強的現實意義，即使是介紹、敘述類的文字，作者也不是簡單的記述，首先注意了選題，其次在介紹中儘量做到系統、全面和完整，最後緊扣主題，聯繫實際進行了分析、評論和總結，也有一些不乏新意的有益見解。

我一直認為，做學問就要耐得住寂寞，非有「十年坐得板凳冷」的精神不可，研究法學尤其是研究刑事法律，比較枯燥，更需要坐得住、靜得下、學得進、黏得深。本書作者正青春年少，以這般年齡能好學、多思、善辨、勤寫，從做學問上來說，難能

可貴，是一個很好的開端，實在令人欣慰。岳飛有詞曰：「莫等閒白了少年頭，空悲切」，衷心希望作者以此書為新的起點，在法學研究上繼續努力，不斷進步。

馬克昌

二〇〇八年十二月



# 目 錄

序 ..... 馬克昌

## 第一部分：德國刑法學理論問題研究

- 論法益之「益」 ..... 1
- 論德語國家刑法理論體系中的定量因素 ..... 27
- 論結果犯中的定量因素——兼從一個中德比較法的觀點看中國刑法的一個體系化困境 ..... 63
- 德國與中國刑法總則中的法益比較淺論 ..... 101

## 第二部分：德國刑法學發展史研究

- 論刑法法益學說在德國之歷史發展軌跡 ..... 143
- 德國法學家漢斯-海因里希·耶塞克的生平及其主要法學思想 ..... 165

## 第三部分：德國刑法邊緣學科問題研究

- 德國解決刑事司法與大眾傳媒間衝突的若干基本原則的理論探析——以德國聯邦憲法法院「萊巴赫訴訟案」為切入點的學理研究 ..... 207
- 中德兩國「無罪推定」原則與媒體報導間關係之研究 ..... 237

## 第四部分：德國刑事司法制度研究

- 論德國警察制度 ..... 271

## 第五部分：譯 作

- 911之後的德國安全立法——對遏制與預防跨國恐怖主義犯罪新發展的分析比較（作者：漢斯-約格·阿爾布萊希特）..... 293

## 後 記

# 德國刑法學理論問題研究

## 論法益之「益」

### 一、法益之「益」的語源學解釋及其在歷史演進中的涵義

法益概念誕生在德國。在德國刑法理論中，法益保護是刑法的根本任務，刑法正因為具有保護法益的性質，所以才合理、謙抑和經濟的<sup>1</sup>，因而可以說法益是德國犯罪論體系的「邏輯起點」，然而不但這個邏輯起點的定義至今從未統一過，對於其中的組成部分——「益」概念的爭論也從未平息。無論在法益概念的母國德國，還是在法益概念的（相對於中國而言）仲介國日本，或是在其引入國中國，「法益」均是一個合成詞（即德語辭彙學中所稱的複合詞），而且是由「法」和「益」兩個義素所構成的一個偏正關係（即德語辭彙學中所說的限定關係）的合成詞，這一點在德語、日語和漢語中完全一致。因此，從法益的語源來看，法益概念內部至少具有兩個相互牽制的因素：法的因素和益的因素，而這兩個因素都極富爭議，具有非常自由的解釋空間，從而成倍地加劇了法益概念整體的解釋難度。德文辭彙學認為，在限定關係的複合詞中，被限定者為基本詞，表達整個詞的語法特點及基礎意義<sup>2</sup>。既然「法益」亦屬此類名詞，那麼其中

<sup>1</sup> H. Radtke, in W. Joecks K. Miebach (Hrsg.) Muenchner Kommentar zum StGB Band 1, Verlag C. H. Beck Muenchen, 2003, S. 1464; R. Maurach H. Zipf, Strafrecht AT 1, Verlag C. F. Mueller, 8. Aufl., 1992, S. 266. 當然德國刑法並不僅僅將法益侵害視為犯罪的唯一本質，規範違反在一定程度上是和法益侵害結合起來的。從宏觀來看，一個（寬泛的）法益概念有可能在一定程度上包容規範違反說。參見M. Marx, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, 1972, Carl Heymanns Verlag, S. 7.

<sup>2</sup> 徐智兒編著，《德語辭彙學》，上海外語教育出版社，1997年，第47頁。

## 2 德國刑法問題研究

「益」的因素是整個法益概念的基石。只有解決了什麼是「法益」之「益」的問題，才能進一步探討什麼是「法益」。

法益一詞的德文原文為Rechtsgut，其中的被限定語素Gut即對應漢譯（或日譯）中的「益」字。Gut源自古日爾曼辭彙，作形容詞講時意為「好的，有用的」，和英文的good係同根詞。作為名詞，其在德文中的原義為占有物、財產、物品、家當等，也都是指的「有用之物」<sup>3</sup>，這亦是以Gut為詞根的詞族中較常出現的意義，顯然這說明Gut一詞與某種良性的價值直接相關<sup>4</sup>。法益（Rechtsgut）概念最初出現在德語文獻中，是由Birnbaum氏以「法的益（或譯「法的財」，rechtliches Gut）」的形式提出的。歷史之所以選擇了這個概念而拋棄Feuerbach所提出的「權利」說作為刑法的立論根基，其根本原因還是在於「益（Gut）」字針對「權利（Recht）」二字的若干更加優越的特性。首先，「益」是一個客體（Objekt），是「權利」的對象（Gegenstand）<sup>5</sup>。所以，相對於抽象的「權利」的不可損性（如遭受盜竊的失主，其財產權本身依然存在，並未因遭受盜竊而喪失，顯然用權利侵害無法解釋刑法所關心的受害物到底是什麼）而言，「益」作為權利的實體對象具有可受侵害的性質，進而為法益侵害理論鋪墊了道路。其次，「權利」一詞在刑法中的地位相對較模糊，外延籠統，不但不合刑法之法定主義的要求，亦容易造成學術理解上的理解不便<sup>6</sup>，相對而言，「益」作為一個確定的實體，明顯具有外延清晰，內涵確定的優勢。再次，「權利侵害」並非一個「天然的概念（natuerlicher Begriff）」，具有人為擬制色彩，相較之下，如前所

<sup>3</sup> 原文為Besitz, Eigentum, Sachen, Habseligkeiten, 見德國Wahrig大辭典, Mosaik Verlag, 1986, S. 594.

<sup>4</sup> 與此相映證的觀點參見G. Jakobs, Strafrecht AT, Verlag Walter de Gruyter, 2. Aufl., 1993, S. 39; 張明楷, 《法益初論》, 中國政法大學出版社, 2003年, 第20-21頁。

<sup>5</sup> P. Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, Helbing & Lichtenhahn, 1962, S. 20.

<sup>6</sup> J. M. F. Birnbaum, Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zu Begriff des Verbrechens mit besonderer Ruecksicht auf den Begriff der Ehrenkraenkung, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge Bd. 15, 1834, S. 149 ff.

述，Gut一詞的語源即有財產、家當之義，故「益侵害（或財侵害）」的概念直接指向「人」或「物」，自然而直接地與生活經驗的邏輯相符，惟其如此，法益概念才能為守法者所理解，否則刑法無法起到阻嚇的效果<sup>7</sup>。Birnbäum提出的「益」侵害說終究占了上風，替代了Feuerbach等人所提倡的「權利」侵害說，為日後「法益」概念全面登上歷史舞臺鋪平了道路。

從「法益」一詞德文的語源學分析以及法益學說史對「法益」和「權利」二概念的揚棄過程中可以看出，「法益」之「益」具有如下的性質：(一)「益」是客觀存在，而不是抽象觀念。這既可從德文-Gut詞根的語義得到印證，又能從Birnbäum及後世法學家對「益」概念之揚棄的理由中得到印證。(二)「益」是可受實際侵害之物，不是純理論之概念。這是相對於「權利」概念的重大區別，也是「益」概念之所以能立足的根本要義。(三)「益」與某種良性價值相關，是某種有用之物。

而在Rechtsgut一詞傳入東瀛後，日本法學家選用了「法益」一詞來翻譯，雖屬對應精巧，然而卻產生一個容易讓人誤解的地方：即容易將「益」片面地理解為「利益」。一些較為權威的辭典亦持此說：如日本《廣辭苑》將「法益」解釋為「依據法律所保護的利益」<sup>8</sup>，日本《新法律學辭典》將「法益」解釋為「對社會生活上的利益加以法律保護」<sup>9</sup>。中國學者在研究相關問題的時候，顯然注意到了「益」的涵義之複雜性，避免將「益」與「利益」劃等號，如楊春洗、苗生民先生在《論刑法法益》中，即將法益定義為「受法律保護的利益和價值」<sup>10</sup>。不過，正如該文的英文關鍵字部分將「法益」翻譯為「legal interest」（實際上德文的Rechtsgut尚無學界公認的英譯，德國郎氏法

<sup>7</sup> G. Fiolka, Das Rechtsgut, Bd. 1, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 2006, S. 16.

<sup>8</sup> 《廣辭苑》，上海外語教育出版社，2006年第五版，第2424頁。

<sup>9</sup> 我妻榮編，《新法律學辭典》（漢語版），中國政法大學出版社，1991年，第864頁。

<sup>10</sup> 楊春洗、苗生民，《論刑法法益》，北京大學學報（哲學社會科學版）1996年第六期。誠然，該文作者正確地將法益從「利益」的狹隘空間中解放了出來，但「利益和價值」也不能涵蓋「法益」之「益」的全部內涵。

律英語辭典將其翻譯為 *legally protected interest/object of legal protection/legal rights*<sup>11</sup>，等於是多種對立觀點的雜糅），法益的「利益」屬性仍然根深蒂固。

將法益之「益」理解為「利益」，可追溯至另一位德國法學家 *v. Liszt*。氏將法益歸結為「生活利益 (*Lebensinteresse*)」、「人的利益 (*menschliche Interessen*)」<sup>12</sup>，此即「利益說」。將「益」解釋為「利益」，既可以規避「權利」概念的模糊不清，又簡明易懂，更由於「利益」的前實定法之個性（氏認為利益來源於生活，是「生活創造了利益，而不是利益創造生活」<sup>13</sup>，此即認為法益不是立法者的創造，而必須在法律之外的生活中去尋求），而能將界定作用 (*Grenzfunktion*) 賦予法益，確乎具有一定優越性。尤其當代刑法學在定義「損害」時，往往以「利益」為著眼點<sup>14</sup>，而這恰好切合「益」概念的「可侵害性」；但法益之「益」是否全等於「利益」呢？

從歷史角度看，即使是 *v. Liszt* 自身也未完全將法益之「益」與「利益」完全等同起來。在進一步解釋什麼是「利益」的問題中，氏引入了「價值 (*Wert*)」的概念，將利益解釋為一種「特定的變化的發生與不發生對於涉及者的價值」，因此「益 (*Gut*)」則又成了「這種特定變化所對其具有意義之物」<sup>15</sup>，可見在深入解釋利益概念的情況下，*v. Liszt* 爲了避免邏輯上循環論證的窘境，不得不引入一個新概念—價值，而這個新概念卻實際上打破了「法益 = 利益」的等式，因爲利益已然成爲某種價值，而法益之「益」卻是這種價值所針對的物，因而法益之「益」必然不可能爲利益，否則即違反形式邏輯的同一律。

<sup>11</sup> Langenscheidt Alpmann, *Fachwoerterbuch Kompakt Recht Englisch*, Langenscheidt Alpmann, 2006, S. 538.

<sup>12</sup> F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Verlag de Gruyter Berlin, 1919, S. 4 ff.

<sup>13</sup> F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Verlag de Gruyter Berlin, 1919, S. 4 ff.

<sup>14</sup> A. von Hirsch, *Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle*, in R. Hefendehl etc. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Verlag Nomos, 2003, S. 16.

<sup>15</sup> 轉引自 G. Fiolka, *Das Rechtsgut*, Bd. 1, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 2006, S. 42.

所以，由法益之「益」的語源學解釋及歷史發展脈絡來看，所謂「益」應是可受實際侵害的某種具有良性價值的實體，它既不是純概念，也不是權利本身，也不是與「價值」全然脫離之物；而且這種實體並不如其在漢語或日語中字面所暗示的那樣，完全等同於「利益」。

## 二、法益之「益」的內部結構：雙軌的實部與雙層次的虛部

刑法界對法益概念，尤其是對法益之「益」的性質的判定，至少有客體（Objekt）、狀態（Zustand）、價值（Wert）、利益（Interesse）、功能單元（Funktionseinheit）、規範（Norm）、規範運行效力（Normgeltung）等論，眾說紛紜，未有定論；但從上文分析可知，「益」是一個複合概念，它至少有三層涵義，並且具有存在與價值兩個內部層次，如果以數學中的「複數」概念類比，則「益」所具有的價值或功能即為虛部，而其存在的基底（Substrat）即實部。二者如同數學中的「複數」概念的實部與虛部那樣呈有機結合的狀態。既然弄清「益」字在刑法學中的意味是進一步弄清「法益」概念本質的前提，那麼有必要將法益之「益」作一個刑法學視野中的解剖。

### （一）法益之「益」的實部：雙軌制的法益觀

「益」的實部，可以表述為「對象物（Gegenstand）」<sup>16</sup>。為「對象物」下一個面面俱到的定義是哲學的任務，刑法學所關心的是對象物的「實質性」或「實際存在的客體性」，也就是說「對象物」作為法益之「益」的實部，必須是某種實質上的存在物（das Seiende），並與「純邏輯量（rein logische Grosse）」等精神化的概

<sup>16</sup> K. Amelung, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsguterschutz, in R. Hefendehl etc. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Verlag Nomos, 2003, S. 155; M. Marx, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, 1972, Carl Heymanns Verlag, S. 9, S. 62.

念區別開，它必須具有通過其「有形特徵」或「內在意義單元」而與外界事物相區別的可界定的特性，因此「對象物」不僅包括「有體物」，也包括「無形物」，只要這種「無形物」具有上述的實質性、存在性與客體性。從這個意義來說，法益之「益」的實部，絕不僅僅侷限於人們看得見摸得著的物理學意義上的物體，亦能與非物質之益（如知識產權）相融甚洽。將「對象物」侷限於「有體物」，進而將建立在實部、虛部二分基礎之上的實質法益觀理解為純「實證主義」、「自然主義」的觀點，是一種誤解<sup>17</sup>。強調「益」的實質性，是爲了讓法益概念具有清晰的可界定性，故承認法益之「益」的實部，並不排斥「精神」、「觀念」、「價值」等概念。

從此可以看出，「益」的實部所涵蓋的範圍早已超出「益」在德語語源中的原初意味，因爲它既包含有體物，也包含精神價值，同樣也包含行爲及規範。而這一切之間本身存在著衝突，因爲主張「益」爲價值或利益者，往往不贊同「益」爲狀態或規範效力者。爲了將這些內容順暢地納入「益」的範疇，「益」的實部必須具有一個合理的內部架構。而Welzel所提出的「行爲無價值論」爲完善「益」的實部的架構做出了開創性的貢獻。Welzel的法益論以目的行爲論爲基礎，引入了「行爲不法」的理念，從而將「結果無價值（Erfolgsunrecht）」的對象——即「實情價值（Sachverhaltswerte）」與制裁規範所保護的對象——即行爲所影響的「狀態」，相區別開來<sup>18</sup>。這一區別對於法益論而言意義重大，因爲前者雖然是站在「結果無價值」背後的實際之物，但是由刑法間接保護的；而後者是由刑法直接保護的某種狀態，且與「行爲」更直接地相關。因此，Welzel氏的法益論爲「益」的內涵引入了雙軌制的理解可能：即一方面是「結果無價值」的身後物，一方面則是「行爲」所影響的「規範有效」之「效果」，這一立論有效地將「狀態說」、「利益說」等對立觀點融合起來，所以Welzel氏關於法益之「益」的雙軌理論至今仍爲

<sup>17</sup> P. Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, Helbing & Lichtenhahn, 1962, S. 95 ff.

<sup>18</sup> H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 509 ff.



德國刑法學界所繼受。有學者認為Welzel的觀點實質上站在法益侵害說的對立面<sup>19</sup>，這樣的看法尚值得商榷。因為Welzel（恰恰與某些學者的誤解相反）從未放棄過「結果無價值」與法益之間的聯繫，也從未主張將法益侵害完全建立在「行為無價值」之上<sup>20</sup>，他所作的只是將「行為無價值」與法益做了超越實態層次的聯繫，從而將法益之「益」的概念立體化了。本文認為將行為無價值引入法益是一項合理的創舉，它與法益侵害說並沒有本質的矛盾。

不僅Welzel的觀點支持法益之「益」的雙軌化，即以Binding等人的規範論來看，也可得出類似的觀點。從宏觀上說，法益侵害是對行為規範效力（Verhaltensnorm）的威脅，如「不可殺人」為行為規範，則由殺人行為而引起的使他人喪失生命之結果即為違反行為規範所造成的行為無價值，而此行為無價值之對象物——人的生命，就是法益，保護這種法益的手段就是「行為規範」本身。然而，若以規範論為出發點，在同樣一例中受損之法益並非僅僅為人的生命。「人的生命不可非法剝奪」這一規範本身的「效力（Geltung）」或「運行效果」同樣因為犯罪行為而打了折扣。所以，如果將行為規範的「效力」視作一種社會「機制（Institution）」，那麼它本身也是一種法益，而保護這種法益的手段則是「制裁規範（Sanktionsnorm）」<sup>21</sup>。

至此，法益之「益」的實部的「雙軌制」已清晰地呈現在人們面前。「益」是由兩種不同保護機制構成的雙層面疊加複合的「對象物」：所謂法益之「益」，其本質一方面是由「行為規範」加以保護

<sup>19</sup> 張明楷，《法益初論》，中國政法大學出版社，2003年，第89-95頁；陳志龍，《法益與刑事立法》，臺灣大學法學叢書編輯委員會，1992年，第9頁；張明楷，《新刑法與法益侵害說》，法學研究，2002年第一期，第21-22頁。

<sup>20</sup> 與本文相似的觀點，如K. Amelung, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsguterschutz, in R. Hefendehl etc. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Verlag Nomos, 2003, S. 165; R. Maurach/H. Zipf, Strafrecht AT 1, Verlag C. F. Mueller, 8. Aufl., 1992, S. 266-267.

<sup>21</sup> G. Freund, in W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.) Muenchner Kommentar zum StGB Band 1, Verlag C. H. Beck Muenchen, 2003, S. 315; K. Amelung, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsguterschutz, in R. Hefendehl etc. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Verlag Nomos, 2003, S. 165-166.

的「實態物 (Tatsache)」，另一方面是由「制裁規範」加以保護的「機制」<sup>22</sup>。而這兩層次的連接點在於：「機制」本身是「行為規範」實行的運行效果。所以，「益」的本質是雙軌的，它既是結果不法之對象物，又是制裁規範之對象物；它既是某個實態，同時又是規範運行的狀態效果，因此它既是實質的，又是形式的；既是狀態，又是價值；既是具象，又是抽象。如果不承認「益」的雙軌性質，則又會將法益論引向死胡同。譬如，將「益」片面地和制裁規範所保護的機制等同起來，而拋棄其作為行為規範所保護的實態性質，則會導致法益概念的「精神化」<sup>23</sup>，而精神化的法益概念又面臨著欠缺「實際可損傷性」的老麻煩；反之，將「益」片面地和實態性質聯繫起來，棄卻其「機制」特性，則屬於所謂「經典的法益侵害說」<sup>24</sup>之範疇，在法益論的發展史上確曾長期占據過重要地位，但若時至今日仍侷限於這種理論，則又等於否定（或至少是忽略了）刑法的規範理論的基本原理及法益保護的社會功能，不僅不能與行為不法理論很好地融合，甚至連一些基本的質疑都無法在邏輯上自圓其說地回答，如為何刑法只關心被殺害的生命法益，而不關心自然死亡而損失的生命法益<sup>25</sup>？而這等於在開歷史的倒車。所以，本文認為，只有這種雙軌制才能夠較好地解決由來已久的法益論中抽象與具體、形式與實質、實體與精神、狀態與利益等等之爭。最後需要引起注意的是，本文所主張的「雙軌制」，意指犯罪行為「同時」侵犯兩種對象物而因此具有複合性質，而不是指刑法某條規定的罪侵犯實態物，又某條規定的罪侵犯機制這樣的情況，因為這其中的雙軌之間顯然不存在有機統一的

---

<sup>22</sup> K. Amelung, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsguterschutz, in R. Hefendehl etc. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Verlag Nomos, 2003, S. 165-166.

<sup>23</sup> K. Amelung, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsguterschutz, in R. Hefendehl etc. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Verlag Nomos, 2003, S. 173.

<sup>24</sup> 所謂「經典」與「非經典」的法益侵害說的劃分，參考K. Amelung, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsguterschutz, in R. Hefendehl etc. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Verlag Nomos, 2003, S. 180.

<sup>25</sup> G. Jakobs, Strafrecht AT, Verlag Walter de Gruyter, 2. Aufl., 1993, S. 38.