

台湾法学研究
精要丛书

甘添贵
著

罪数理论之研究

 中国人民大学出版社

罪数理论之研究

作者：[日] 山口厚
译者：林山田

法律出版社

法律出版社

法律出版社

法律出版社

法律出版社

法律出版社

台湾法学研究
精要丛书

甘添贵
著

罪数理论之研究

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

罪数理论之研究/甘添贵著

北京: 中国人民大学出版社, 2008. 7

(台湾法学研究精要丛书)

ISBN 978-7-300-09436-6

I. 罪…

II. 甘…

III. 刑事犯罪—研究

IV. D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 092408 号

台湾法学研究精要丛书

罪数理论之研究

甘添贵 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北三河市新世纪印务有限公司

规 格 170mm×228mm 16 开本

版 次 2008 年 7 月第 1 版

印 张 12 插页 2

印 次 2008 年 7 月第 1 次印刷

字 数 212 000

定 价 26.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

台湾法学研究精要丛书

学术委员会

(以姓氏笔画为序)

王利明 甘添贵 石少侠 刘明祥

刘春田 曲新久 江平 江伟

许玉秀 张明楷 苏永钦 陈子平

陈兴良 林勋发 姜明安 崔建远

梁宇贤 黄立 曾世雄 谢在全

詹森林 赖源河

序

台湾法学研究精要丛书
罪数理论之研究

中国人民大学出版社推出的“台湾法学研究精要丛书”连续引入我国台湾地区法学领域的拔尖之作，在祖国大陆法学界产生了积极的学术影响。整套丛书开始出版的主要是民商法、行政法和诉讼法方面的著作，现在又要陆续推出刑法系列，这是令人欣慰的。

台湾地区的刑法学和大陆的刑法学之间存在密切联系。台湾的老一辈刑法学家韩忠谟教授等，都是在祖国大陆完成学业以后去台湾的，可以说是在台湾承续了自清末以降从大陆法学引入的刑法学传统。在大陆上个世纪80年代初开始恢复刑法学的学术研究的时候，又恰恰是台湾的刑法学著作起到了一定的启蒙作用。例如韩忠谟教授的《刑法原理》一书就以影印的方式在大陆出版，为我们当时了解刑法理论研究的世界现状打开了一扇学术的门窗。此后，随着大陆刑法学理论迅速发展，尤其是

大陆法学和英美法学的刑法学教科书和专著大量地翻译出版，台湾地区刑法学的学术影响力有所下降。但由于两岸之间人员交流、学术交流的日益增加与扩大，加上同种同文的优势，祖国大陆和台湾地区之间在刑法学术领域实质性交流更加深入，对于大陆刑法学理论研究的发展起到了积极的促进作用。

尽管目前两岸之间学术交流加强，我们也可以通过各种渠道获得台湾同行的刑法学著作，但对于更为广泛的刑法学教学科研人员，尤其是对那些在读的本科生、硕士生和博士生来说，获得第一手的台湾刑法学资料还是存在一定难度的。在这种情况下，中国人民大学出版社推出“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，可以说它是两岸刑事法学术交流领域的一大盛举。自上个世纪90年代以后，台湾地区的刑法学界逐渐完成了新老交替。老一辈刑法学者年事已高，有的已经过世，尽管其著作仍然对当下发生着学术影响力，但其人其作品慢慢地退出历史舞台，这是不可抗拒的自然现象。与此同时，一批中青年学者占据了刑法学术的舞台中心，成为学术中坚，正是这些学者及其作品成为目前主导台湾刑法学研究的力量。这些年来，祖国大陆出版机构也零星地出版过台湾刑法学者的著作，但尚无系统的出版规划。这次我们经过征求各方面的意见，向出版社推荐了一批在台湾刑法学界具有较大学术影响力的著作，纳入刑法系列。从第一批著作来看，主要有以下两种类型：一是刑法体系书，主要是指刑法教科书。台湾地区在2005年完成刑法修订以后，刑法教科书也随之完成了修订。在这种情况下，选择一些具有代表性的刑法教科书在大陆出版，可以作为教学参考之用。刑法体系书的体系性知识及叙述的特点，使大陆读者能够较为系统地了解台湾刑法学理论的全貌，因而必然会受到读者的欢迎。二是刑法论著，包括刑法论文集和专著。这是在某些刑法论题上进行深入研究的著作，可以展示刑法理论研究的深度。随着大陆对刑法理论研究的不断深入，台湾的刑法论著的出版必将提供某种借鉴。

祖国大陆和台湾地区具有相同的法律文化渊源。这是在刑法学术交流上的优势。但也不可否认，经过五十多年的文化隔绝，两岸刑法学术话语之间已经产生了较大的区隔。例如大陆在1949年以后引入苏俄刑法学，尤其是作为刑法基本理论框架的犯罪构成体系，它是苏俄式的，沿用至今。台湾刑法学则以德、日的犯罪论体系作为刑法知识的基本逻辑结构。在这种情况下，两岸的刑法学术话语存在相当程度上的不对接，这也增加了刑法学术交流的困难。这些年来，祖国大陆刑法学界还在引入和借鉴德、日的犯罪论体系，对苏俄刑法学的犯罪构成体系进行反思与重构。就我个人认为，祖国大陆的刑法学面对着“拨乱反正”、知识转型的重大课题。唯有完成这一刑法知识的转型，祖国大陆的刑法学理论研究才能融入大陆法系的刑法学术传统之中，刑法学的理论格局也将为之发生巨变。在

这样一个刑法知识转型的历史性时刻，我们刑法学人应当具有开拓的学术眼界、广阔的学术胸怀，为推进并完成这一刑法知识的转型而付出一己之力。在这样一个背景之下，台湾刑法著作在祖国大陆的出版，是具有独特作用的。大陆法学的刑法学术传统经过台湾地区刑法学者的长期努力，深深地打上了中华文化的印记，这对于亟待引入大陆法学刑法学术传统的祖国大陆来说，无疑具有直接的借鉴意义。

我曾于1999年8月和2007年5月两度到访台湾，参访了台湾大学、东海大学、东吴大学、辅仁大学等高校，拜访过老一辈学者蔡墩铭教授，也与陈子平教授等中年学者长期交往，保持了深厚的友情。这次出版的“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，是这个系列的第一批书，我相信还会有更多的著作纳入到这个书系，与祖国大陆的读者见面。

是为序。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2008年3月23日

自序

台湾法学研究精要丛书
罪数理论之研究

行为人实施某个犯罪事实后，法院于审判上适用法律时，须先确定行为人到底犯了什么罪？犯了哪几个罪？如果是犯了数个罪时，这几个罪究竟要如何处罚？这些问题，归根结底，均脱不了两大命题：一个是在犯罪成立的阶段，行为人所违犯的犯罪到底是一个罪抑或是数个罪？另一个是在犯罪处罚的阶段，对于已经成立的数个犯罪，究竟应如何予以处罚？为了解决这两大命题所建立的理论，在日本学界，大抵把它称为罪数论；在德国学界，则普遍叫做犯罪竞合论。不管是称为罪数论也好，叫做犯罪竞合论也罢，目的都是在处理上面所说的两大命题。德、日学界对此项理论的用语，虽有不同，但是深究其内容，其实并无多大差异。这种情形，正如同刑法这一部法律的名称，英美法系大都把它称为犯罪法，欧陆法系则把它叫做刑（罚）法，用语亦不太相同，

但是在内容上则均在处理犯罪与刑罚两大命题。所以，不管是把它称为罪数论或者是犯罪竞合论，只是使用习惯上的不同，如果花时间斤斤计较哪个名称比较妥当，不但毫无意义，而且也有点无聊。

本书的内容，大部分均曾发表于台湾地区各大法学杂志，只是都是片断的、零碎的。为了让它们有一个完整的面貌，最近花了一些时间重新整理，并且把它们串联起来，作一个比较有系统的介绍。在本土的刑法学尚未建立之前，台湾地区所有的刑法理论，几乎都是承袭自德国或日本而来。因此，留学德国的学术工作者，固执地只介绍德国的刑法理论；负笈日本的学术工作者，则一味地阐述日本的刑法学说。长期下来，研究刑法学的学界人士，似乎多多少少带有“偏执狂”的倾向，一切都自以为是，很难接受别人的意见。怪不得有其他法学领域的学术工作者，曾经讥讽刑事法学界普遍弥漫着肃杀之气，你争我斗，互不相让。其实，个人一直认为任何学问，如果把它比喻为一个圆，一个人穷其终生，无论如何日以继晷的努力，也不管有多高的聪明与智慧，所捕获的，也不过是圆中一个小角里的数粒泥沙或几颗珍珠而已。剩下的一大片领域，无论所藏的是泥沙或珠宝，还是有待后人不断的挖掘与探索。所以，对我们周遭的一切，不妨尽量谦虚为怀，勇于放下。过分的主观，常是你我所不自知的通病。人的心，就像一个天秤，很容易随着自己对人、对事或对物的好恶而偏斜。一个人如果能学习让自己的心尽量“归零”，不知会有多好！

岁月实在不饶人，转眼之间，已经步入头发斑白，齿牙动摇的人生阶段，不禁使人感叹“路已近时翻觉远，人因垂老渐知秋”。这本书里所说的一切，是个人研究刑法学多年来的一些心得，对于里面的一些说法或主张，只是提供给有兴趣钻研刑法学的人或从事司法实务工作者作为思考的参考而已。如果你赞成书中的某些论点，就把它当作是将来深入研究的一个起点；如果你反对书中的一些说法，也不用嗤之以鼻，笑一笑也就过去了。人生已经够苦了，能够有机会笑一下，也是件好事。

甘添贵谨序

2006年3月15日于挹翠山庄半半斋

目 录

第一章	罪数之基本理论	1
第一节	罪数论概说	1
第一款	罪数论之概念	1
第二款	罪数论之体系 地位	3
第三款	罪数论之机能	4
第二节	罪数判断之原则与 体系	5
第一款	罪数判断之原则	5
第二款	罪数判断之体系	7
第三节	罪数之种类	10
第二章	认识上之罪数	12
第一节	概说	12
第二节	认识上罪数之判断 ...	13
第一款	判断之对象	13
第二款	判断之标准	13
第三款	判断之方法	13

	第四款 判断之结果	14
第三章	评价上之罪数	16
	第一节 评价上罪数之原理	16
	第一款 概说	16
	第二款 罪数评价之基准	17
	第二节 评价一罪之类型	27
	第一款 概说	27
	第二款 单纯一罪	27
	第三款 包括一罪	28
	第四款 法条竞合	44
第四章	科刑上罪数	104
	第一节 概说	104
	第二节 科刑上罪数之实质根据	105
	第一款 科刑一罪之实质根据	105
	第二款 狭义数罪并罚之实质根据	107
	第三节 科刑一罪之类型	109
	第一款 科刑一罪之概念	109
	第二款 想象竞合犯	109
	第三款 牵连犯	121
	第四款 连续犯	126
	第五款 科刑一罪之效果	159
	第四节 狭义数罪并罚	165
	第一款 狭义数罪并罚之概念	165
	第二款 狭义数罪并罚之处理原则	166
	第三款 狭义数罪并罚与执行刑之加重与并科	170
第五章	共犯与罪数	174
	第一节 共同正犯之罪数	174
	第一款 共同正犯之犯罪个数	174
	第二款 共同正犯之犯罪竞合	175
	第二节 狭义共犯之罪数	177
	第一款 教唆犯与帮助犯之犯罪个数	177
	第二款 教唆犯或帮助犯之犯罪形态	178
	第三款 教唆犯与帮助犯之犯罪竞合	180

第一章 罪数之基本理论

第一节 罪数论概说

第一款 罪数论之概念

刑法为保护法益之安全，以维人类共同生活之目的，对于刑罚法规之制定，力求其周密，并就法益之性质，分别厘定各种犯罪类型。各罪之间，既各独立，又多互为联属。其罪与罪间之关系，究应如何予以厘清与妥适地适用？尤其，特别刑法与附属刑法，为数甚伙，彼等与普通刑法间之关系又如何予以正确地辨明与适用？不但影响当事人之权益至巨，且每为适用刑法者抑或学习刑法者倍觉困扰之所在。历来学说或实务，对于罪数问题，大皆直接遽下判断，鲜少说明其法理之所在。

行为人实施某个犯罪事实后，拟进一步加以处罚时，须先确定该行为人究竟触犯何种罪名？触犯一个或数个何种罪名？而后始能决定应如何予以处罚。如果行为人仅触犯一个罪名，则仅依该罪名所预定之法定刑加以适当量处即可；如果行为人所触犯者为数个罪名，则须依“刑法”总则第七章“数罪并罚”之规定予以论罪科刑。可见行为人所触犯之犯罪，究为一罪或数罪，其在刑法上所发生之法律效果，相差甚大。因此，行为人实施某个犯罪事实后，法院于裁判时，须先就行为人所触犯之犯罪，究为一罪抑或数罪，先予确定。如其所犯之罪，仅为一罪，则仅依该罪论罪科刑已足；如系数罪，且均在裁判确定前所犯者，则须适用“刑法”第 50 条规定加以并合处罚。

所谓罪数，即指犯罪之个数，亦即行为人所触犯之犯罪究系一罪抑或数罪。而针对被告具体之犯罪行为事实，探讨其犯罪之个数，究为一罪或数罪；如系数罪时，应如何加以处罚之理论，即所谓罪数论。

首先，就犯罪个数之认定而言，由于刑法分则所规定各个犯罪之构成要件，系以“一人一罪既遂”为原则而制定。因而，形式上一个行为实现一个犯罪构成要件时，为一罪；数个行为实现数个各自独立之犯罪构成要件时，为数罪。唯实际上犯罪之态样，形形色色，颇为错综复杂。有一个行为而实现数个犯罪构成要件者，亦有数个行为而实现一个犯罪构成要件者；且刑罚法规所规定之各个犯罪构成要件，有抽象地包括数次之实现行为者，亦有同时保护数个法益之安全者；同时，各个犯罪构成要件之间，并非均处于排他之关系，往往具有重复或交错之复杂关系存在。因此，犯罪个数之认定，困扰滋生，不论学术界抑或实务界，一直处于意见纷纭，莫衷一是之窘境。

其次，就犯罪行为之处罚而论，依罪刑法定原则，无犯罪，固无刑罚，唯有犯罪时，应如何处以刑罚？亦为刑事政策上，颇为难解之课题。一般而言，“一罪一罚，数罪数罚”，固符合正义应报之要求；唯依现行法规定，纵仅成立一罪，未必当然处罚，例如，“刑法”第 288 条第 3 项、第 275 条第 3 项、第 324 条第 1 项、第 338 条、第 343 条、第 351 条等规定之情形是；而且，数罪亦未必数罚，例如，“刑法”第 50 条至第 56 条所定之狭义数罪并罚、想象竞合犯、牵连犯及连续犯等情形是。

职是，在犯罪行为事实之评价上，犯罪成立之个数应如何判别，以及对应一罪或数罪之法律效果应如何处断等问题，实为罪数论根本问题之所在。

唯罪数论，既为探讨犯罪之个数或单复之理论，正确言之，并非探讨已经成立之犯罪的个数，而系探讨成立一个具体之犯罪，抑或成立数个具体犯罪之理论。因此，罪数论，乃系具体犯罪成立阶段之问题。至对于已经成立之数个具体

犯罪之关系，如何予以处理，则非罪数论之问题，而系犯罪竞合论之问题，乃系对于已经成立之数个具体之犯罪，应对之如何予以科刑之问题。

因此，有关探讨犯罪之个数及其如何处罚之理论，在日本学界，大皆称其为罪数论；在德国学界，则普遍名为犯罪竞合论。唯实际上，德、日学界对此理论之用语，虽有差异，究其内容，并无多大差别。盖无论称为罪数论抑或名为犯罪竞合论，均涵括处理二个问题：一、在犯罪成立阶段，被告所犯之罪究属一罪抑或数罪？二、在犯罪处罚阶段，对于已成立之数个犯罪，究应如何予以处罚？职是，对于有关探讨犯罪之个数及其如何处罚之理论，本书仍将其称为罪数论。

第二款 罪数论之体系地位

探讨对于具体犯罪事实，在刑法适用之评价上，应成立一罪或数罪，其法律效果又应如何处断之“罪数论”，其在刑法理论体系上之地位为何？学界看法，并非完全一致。有谓应属于犯罪论之领域；有认应归于刑罚论之范畴；亦有持二元论之见解，认为判断犯罪个数之部分应属犯罪论领域，而确定数罪后在法律效果上应如何科刑处断部分，则属刑罚论之范畴。

一、犯罪论

主张属于犯罪论者，认为一罪或数罪之分别，含有犯罪之道义及法律的本质存在。科刑之轻重或手续上之处理，固与一罪、数罪具有关系，且须斟酌目的论之思考，唯此为其第二义；决定犯罪之个数，仍须以刑法之根本主义为依归，并非便宜或合目的性之问题。¹

二、刑罚论

主张刑罚论者，则认为一罪或数罪之区别，以目的之多样化为前提，犯罪概念无法一元或一义地加以决定；行为之单复，亦与基于犯罪观之行为概念无关，而应以其与既判力之关系，依政策限定之刑罚权的个数为其指标。²

三、本书见解

犯罪论，系在探讨抽象之犯罪本质及犯罪成立要件等议题之理论；刑罚论，则在探讨抽象之刑罚目的及刑罚种类等议题之理论。而罪数论，则系在探讨具体之犯罪行为事实，在刑法评价上，应成立一罪或数罪，其法律效果又应如何处断之理论。换言之，罪数论系以犯罪论与刑罚论为其前提，而展开对具体犯罪行为事实进行评价之理论，二者之关系，犹如法律适用与法律解释之关系。因此，径

1 小野清一郎，“犯罪の单复と构成要件”，同氏著，“犯罪构成要件の理论”，336、382页。

2 村崎精一，“一罪と数罪”，刑法讲座第4卷，179页以下。

认罪数论系属犯罪论之领域，或系刑罚论之范畴，均非属确论。

如前所述，罪数论，其内容涵括二个问题：（一）在犯罪成立阶段，被告所犯之罪，究属一罪抑或数罪？（二）在犯罪处罚阶段，对于已成立之数个犯罪，究应如何予以处罚？因此，在犯罪成立阶段，被告所犯之罪究属一罪抑或数罪，实与犯罪之本质互为关连；而犯罪之本质，则属于犯罪论之问题，自应于犯罪论之体系中予以探讨。至在犯罪处罚阶段，对于已成立之数个犯罪，究应如何予以处罚，则与刑罚之本质及目的，息息相关；而刑罚之本质及目的，系属于刑罚论之问题，理应于刑罚论之范畴中予以处理。³

质而言之，行为人为一定行为而实现某犯罪事实后，判断行为人所实现之犯罪事实，究属一罪或数罪，应自犯罪之本质理论加以观察，始能得其真谛。故罪数论，实属犯罪论领域应予探讨之问题。唯判断行为人成立一罪或数罪之作用，乃在于如何予以适当地处罚，始能达防卫社会，遏止犯罪之目的。此际即应自刑罚之本质或目的之理论着眼，始克有济。

因此，罪数论之体系地位，系以犯罪论与刑罚论为评价前提，而探讨如何对具体行为事实进行刑法评价之刑法适用论之理论；简言之，罪数论系将犯罪论与刑罚论予以具体运用之理论。

第三款 罪数论之机能

一、实体法上之机能

罪数，乃犯罪之个数，亦即行为人所犯为一罪或数罪，在刑法及诉讼法上，均有其重要之意义存在。

刑法分则各个法条所规定之犯罪与刑罚，均系就一个犯罪之构成要件及其法定刑而为规定。例如，“刑法”第210条规定：“伪造、变造私文书，足以生损害于公众或他人者，处五年以下有期徒刑。”即系针对一个伪造变造私文书罪所规定之法定刑。如有二个伪变造私文书罪同时裁判时，依“刑法”第50条及第51条第5款之规定，得处十年以下有期徒刑。盖法院就被告所犯一个伪变造私文书处罚时，得在五年以下之法定刑内宣告适当之徒刑；处罚二个伪变造私文书时，即得在十年以下之处断刑内宣告适当之徒刑。因而，数罪同时裁判，依狭义数罪并罚之规定，原则上其刑罚即因此而加重。故行为人所犯为一罪或数罪，在科刑上之处理方式及处罚轻重，显有不同。

3 中山善房，“观念的竞合における‘一个の行为’について”，刑法杂志第21卷第2号，138～139页。

二、诉讼法上之机能

在诉讼法上，属于一罪范围之犯罪事实，在起诉状内仅记载其一部者，依“刑事诉讼法”第267条“公诉不可分原则”之规定，其全部犯罪事实，即视为均已起诉。如检察官就未起诉部分在同一法院重行起诉者，依“刑事诉讼法”第303条第2款规定，即应谕知不受理判决。盖一个犯罪事实，仅发生一个“国家刑罚权”，自不许其分割而数次予以起诉及裁判。

再者，设构成一罪犯罪事实之一部业经判决，并经确定而生既判力，则与其立于一罪关系之其他犯罪事实，亦为既判力效力之所及。如就其余犯罪事实再行起诉者，依“刑事诉讼法”第302条第1款规定，自应谕知免诉之判决。⁴

职是，犯罪为一个或数个之问题，亦即罪数论，不仅涉及刑法上数罪并罚规定适用之有无，即在刑事诉讼法之领域内，有关公诉不可分原则及判决既判力之范围，亦具有深远之影响。

第二节 罪数判断之原则与体系

第一款 罪数判断之原则

在犯罪成立阶段，被告所犯之罪究属一罪抑或数罪，其判断原则，主要有二：即穷尽判断原则与禁止重复评价原则。兹略为说明如次：

一、穷尽判断原则

依权力分立之法理，立法者职司立法，而司法者则职司司法，已为现代民主法治社会所普遍承认。因此，立法者所制定之刑罚法规，司法者须受其拘束，且须对于法律进行符合法理之诠释，俾能适用于具体之犯罪事实。

立法者所制定之刑罚法规，目的在惩处犯罪，俾以维护社会秩序及保障国民人权。而刑罚法规上所拟惩罚之犯罪，因各种犯罪之类别不同，则各有其必备之构成要件。此等构成要件所含之要素，倘加以综合抽象观察，可分为主观要素与客观要素二类。司法者于依法裁判时，须就各个构成要件所含之主观及客观要素分别加以检验，如某犯罪构成要件之主观及客观要素，均已具备时，在犯罪成立之初步阶段，即应判断其成立各该犯罪。例如，放火烧毁现供他人居住之房屋，同时波及屋内家具时，因已具备“刑法”第173条第1项及第175条第1项放火

⁴ 伊达秋雄，“一罪と数罪の区别”，“刑法基本问题六〇讲”，258～260页。