

滿寬文教基金會法學叢書（一）

罪數理論之研究



甘添貴 著



D917/32

2006

罪數理論之研究



甘添貴 著

輔仁大學法律學系教授

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

罪數理論之研究 / 甘添貴作. -- 初版. -- [臺北縣新莊市] : 甘添貴出版 ; 臺北市 : 元照總經銷, 2006[民 95]
面 : 公分

ISBN 957-41-3463-6 (精裝)

1. 罪數論

585.17

95002629

ISBN: 9789574134632

人民幣价: 250

罪數理論之研究

56WND02501

2006 年 4 月 初版第 1 刷

作 者 甘添貴
出 版 者 甘添貴
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
定 價 新臺幣 400 元
訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890
訂購傳真 (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 957-41-3463-6

自序

行為人實施某個犯罪事實後，法院於審判上適用法律時，須先確定行為人到底犯了什麼罪？犯了哪幾個罪？如果是犯了數個罪時，這幾個罪究竟要如何處罰？這些問題，歸根結底，均脫不了兩大命題：一個是在犯罪成立的階段，行為人所違犯的犯罪到底是一個罪抑或是數個罪？另一個是在犯罪處罰的階段，對於已經成立的數個犯罪，究竟應如何予以處罰？為了解決這兩大命題所建立的理論，在日本學界，大抵把它稱為罪數論；在德國學界，則普遍叫做犯罪競合論。不管是稱為罪數論也好，叫做犯罪競合論也罷，目的都是在處理上面所說的兩大命題。德、日學界對此項理論的用語，雖有不同，但是深究其內容，其實並無多大差異。這種情形，正如同刑法這一部法律的名稱，英美法系大都把它稱為犯罪法，歐陸法系則把它叫做刑（罰）法，用語亦不太相同，但是在內容上則均在處理犯罪與刑罰兩大命題。所以，不管是把它稱為罪數論或者是犯罪競合論，祇是使用習慣上的不同，如果花時間斤斤計較哪個名稱比較妥當，不但毫無意義，而且也有點無聊。

本書的內容，大部分均曾發表於國內各大法學雜誌，祇是都是片斷的、零碎的。為了讓它們有一個完整的面貌，最近花了一些時間重新整理，並且把它們串聯起來，作一個比較有系統的介紹。在本土的刑法學尚未建立之前，國內所有的刑法理論，幾乎都是承襲自德國或日本而來。因此，留學德國的學術工作者，固執地祇介紹德國的刑法理論；負笈日本的學術工作

者，則一味地闡述日本的刑法學說。長期下來，研究刑法學的學界人士，似乎多多少少帶有「偏執狂」的傾向，一切都自以為是，很難接受別人的意見。怪不得有其他法學領域的學術工作者，曾經譏諷刑事法學界普遍瀰漫著肅殺之氣，你爭我鬥，互不相讓。其實，個人一直認為任何學問，如果把它譬喻為一個圓，一個人窮其終生，無論如何日以繼晷的努力，也不管有多高的聰明與智慧，所擄獲的，也不過是圓中一個小角裡的數粒泥沙或幾顆珍珠而已。剩下的一大片領域，無論所藏的是泥沙或珠寶，還是有待後人不斷的挖掘與探索。所以，對我們周遭的一切，不妨儘量謙虛為懷，勇於放下。過分的主觀，常是我所不自知的通病。人的心，就像一個天秤，很容易隨著自己對人、對事或對物的好惡而偏斜。一個人如果能學習讓自己的心儘量「歸零」，不知會有多好！

歲月實在不饒人，轉眼之間，已經步入頭髮斑白，齒牙動搖的人生階段，不禁使人感嘆「路已近時翻覺遠，人因垂老漸知秋」。這本書裡所說的一切，是個人研究刑法學多年來的一些心得，對於裡面的一些說法或主張，祇是提供給有興趣鑽研刑法學的人或從事司法實務工作者作為思考的參考而已。如果你贊成書中的某些論點，就把它當作是將來深入研究的一個起點；如果你反對書中的一些說法，也不用嗤之以鼻，笑一笑也就過去了。人生已經夠苦了，能夠有機會笑一下，也是件好事。

甘添貴 謹序

2006年3月15日於挹翠山莊半半齋

目 錄

自 序

第一章 罪數之基本理論

第一節 罪數論概說	3
第一款 罪數論之概念	3
第二款 罪數論之體系地位	5
第三款 罪數論之機能	7
第二節 罪數判斷之原則與體系	9
第一款 罪數判斷之原則	9
第二款 罪數判斷之體系	12
第三節 罪數之種類	17

第二章 認識上之罪數

第一節 概 說	23
第二節 認識上罪數之判斷	23
第一款 判斷之對象	23
第二款 判斷之標準	24
第三款 判斷之方法	24
第四款 判斷之結果	25

第三章 評價上之罪數

第一節 評價上罪數之原理.....	31
第一款 概 說.....	31
第二款 罪數評價之基準.....	32
第一項 客觀理論.....	32
第二項 主觀理論.....	34
第三項 折衷理論.....	35
第四項 本書見解.....	37
第二節 評價一罪之類型.....	49
第一款 概 說.....	49
第二款 單純一罪.....	50
第三款 包括一罪.....	50
第一項 包括一罪之概念.....	50
第二項 包括一罪之本質.....	52
第三項 包括一罪與法條競合.....	56
第四項 包括一罪之成立要件.....	58
第五項 包括一罪之成立形態.....	61
第四款 法條競合.....	77
第一項 法條競合之概念.....	77
第二項 法條競合之本質.....	96
第三項 法條競合之處理模式.....	113
第四項 法條競合之效果.....	168

第四章 科刑上罪數

第一節 概 說.....	179
第二節 科刑上罪數之實質根據.....	179

第一款 科刑一罪之實質根據	179
第一項 自犯罪論之立場觀察	180
第二項 自刑罰論之立場觀察	181
第三項 本書見解.....	182
第二款 狹義數罪併罰之實質根據	184
第三節 科刑一罪之類型	187
第一款 科刑一罪之概念.....	187
第二款 想像競合犯.....	187
第一項 想像競合犯之概念	187
第二項 想像競合犯「一行爲」之涵義	190
第三項 特殊問題之檢討.....	203
第三款 牽連犯.....	207
第一項 牽連犯之概念.....	207
第二項 牽連犯之法益個數	208
第三項 牽連犯之行爲個數	209
第四項 牽連關係之認定.....	211
第四款 連續犯.....	215
第一項 連續犯在我國法制上之沿革與觀念之變遷	215
第二項 連續犯在我國法制上之演變	225
第三項 目前實務態度之檢討	259
第四項 從歷史觀重新省思連續犯之實然與應然	269
第五款 科刑一罪之效果.....	271
第一項 處斷刑之性質.....	271
第二項 處斷刑之決定.....	275
第四節 狹義數罪併罰.....	281
第一款 狹義數罪併罰之概念	281
第二款 狹義數罪併罰之處理原則	283

第一項 狹義數罪併罰之處斷方式.....	283
第二項 狹義數罪併罰與執行刑之吸收.....	285
第三款 狹義數罪併罰與執行刑之加重與併科.....	289
第一項 狹義數罪併罰與執行刑之加重.....	289
第二項 狹義數罪併罰與執行刑之併科.....	293

第五章 共犯與罪數

第一節 共同正犯之罪數.....	299
第一款 共同正犯之犯罪個數.....	299
第二款 共同正犯之犯罪競合.....	300
第二節 狹義共犯之罪數.....	304
第一款 教唆犯與幫助犯之犯罪個數.....	304
第二款 教唆犯或幫助犯之犯罪形態.....	305
第三款 教唆犯與幫助犯之犯罪競合.....	309

第一章

罪數之基本理論

第一節 罪數論概說

第一款 罪數論之概念

第二款 罪數論之體系地位

第三款 罪數論之機能

第二節 罪數判斷之原則與體系

第一款 罪數判斷之原則

第二款 罪數判斷之體系

第三節 罪數之種類

第一節 罪數論概說

第一款 罪數論之概念

刑法為保護法益之安全，以維人類共同生活之目的，對於刑罰法規之制定，力求其周密，並就法益之性質，分別釐定各種犯罪類型。各罪之間，既各獨立，又多互為聯屬。其罪與罪間之關係，究應如何予以釐清與妥適地適用？尤其，特別刑法與附屬刑法，為數甚夥，彼等與普通刑法間之關係又如何予以正確地辨明與適用？不但影響當事人之權益至鉅，且每為適用刑法者抑或學習刑法者倍覺困擾之所在。歷來學說或實務，對於罪數問題，大皆直接遽下判斷，鮮少說明其法理之所在。

行為人實施某個犯罪事實後，擬進一步加以處罰時，須先確定該行為人究竟觸犯何種罪名？觸犯一個或數個何種罪名？而後始能決定應如何予以處罰。如果行為人僅觸犯一個罪名，則僅依該罪名所預定之法定刑加以適當量處即可；如果行為人所觸犯者為數個罪名，則須依刑法總則第七章「數罪併罰」之規定予以論罪科刑。可見行為人所觸犯之犯罪，究為一罪或數罪，其在刑法上所發生之法律效果，相差甚大。因此，行為人實施某個犯罪事實後，法院於裁判時，須先就行為人所觸犯之犯罪，究為一罪抑或數罪，先予確定。如其所犯之罪，僅為一罪，則僅依該罪論罪科刑已足；如係數罪，且均在裁判確定前所犯者，則須適用刑法第50條規定加以併合處罰。

所謂罪數，即指犯罪之個數，亦即行為人所觸犯之犯罪究係一罪抑或數罪。而針對被告具體之犯罪行為事實，探討其犯罪之

4 罪數理論之研究

個數，究爲一罪或數罪；如係數罪時，應如何加以處罰之理論，即所謂罪數論。

首先，就犯罪個數之認定而言，由於刑法分則所規定各個犯罪之構成要件，係以「一人一罪既遂」爲原則而制定。因而，形式上一個行爲實現一個犯罪構成要件時，爲一罪；數個行爲實現數個各自獨立之犯罪構成要件時，爲數罪。惟實際上犯罪之態樣，形形色色，頗爲錯綜複雜。有一個行爲而實現數個犯罪構成要件者，亦有數個行爲而實現一個犯罪構成要件者；且刑罰法規所規定之各個犯罪構成要件，有抽象地包括數次之實現行爲者，亦有同時保護數個法益之安全者；同時，各個犯罪構成要件之間，並非均處於排他之關係，往往具有重複或交錯之複雜關係存在。因此，犯罪個數之認定，困擾滋生，不論學術界抑或實務界，一直處於意見紛紜，莫衷一是之窘境。

其次，就犯罪行爲之處罰而論，依罪刑法定原則，無犯罪，固無刑罰，惟有犯罪時，應如何處以刑罰？亦爲刑事政策上，頗爲難解之課題。一般而言，「一罪一罰，數罪數罰」，固符合正義應報之要求；惟依現行法規定，縱僅成立一罪，未必當然處罰，例如，刑法第288條第3項、第275條第3項、第324條第1項、第338條、第343條、第351條等規定之情形是；而且，數罪亦未必數罰，例如，刑法第50條至第56條所定之狹義數罪併罰、想像競合犯、牽連犯及連續犯等情形是。

職是，在犯罪行爲事實之評價上，犯罪成立之個數應如何判別，以及對應一罪或數罪之法律效果應如何處斷等問題，實爲罪數論根本問題之所在。

惟罪數論，既為探討犯罪之個數或單複之理論，正確言之，並非探討已經成立之犯罪的個數，而係探討成立一個具體之犯罪，抑或成立數個具體犯罪之理論。因此，罪數論，乃係具體犯罪成立階段之問題。至對於已經成立之數個具體犯罪之關係，如何予以處理，則非罪數論之問題，而係犯罪競合論之問題，乃係對於已經成立之數個具體之犯罪，應對之如何予以科刑之問題。

因此，有關探討犯罪之個數及其如何處罰之理論，在日本學界，大皆稱其為罪數論；在德國學界，則普遍名為犯罪競合論。惟實際上，德、日學界對此理論之用語，雖有差異，究其內容，並無多大差別。蓋無論稱為罪數論抑或名為犯罪競合論，均涵括處理二個問題：一、在犯罪成立階段，被告所犯之罪究屬一罪抑或數罪？二、在犯罪處罰階段，對於已成立之數個犯罪，究應如何予以處罰？職是，對於有關探討犯罪之個數及其如何處罰之理論，本書仍將其稱為罪數論。

第二款 罪數論之體系地位

探討對於具體犯罪事實，在刑法適用之評價上，應成立一罪或數罪，其法律效果又應如何處斷之「罪數論」，其在刑法理論體系上之地位為何？學界看法，並非完全一致。有謂應屬於犯罪論之領域；有認應歸於刑罰論之範疇；亦有持二元論之見解，認為判斷犯罪個數之部分應屬犯罪論領域，而確定數罪後在法律效果上應如何科刑處斷部分，則屬刑罰論之範疇。

一、犯罪論

主張屬於犯罪論者，認為一罪或數罪之分別，含有犯罪之道

義及法律的本質存在。科刑之輕重或手續上之處理，固與一罪、數罪具有關係，且須斟酌目的論之思考，惟此爲其第二義；決定犯罪之個數，仍須以刑法之根本主義爲依歸，並非便宜或合目的性之問題¹。

二、刑罰論

主張刑罰論者，則認爲一罪或數罪之區別，以目的之多樣化爲前提，犯罪概念無法一元或一義地加以決定；行爲之單複，亦與基於犯罪觀之行爲概念無關，而應以其與既判力之關係，依政策限定之刑罰權的個數爲其指標²。

三、本書見解

犯罪論，係在探討抽象之犯罪本質及犯罪成立要件等議題之理論；刑罰論，則在探討抽象之刑罰目的及刑罰種類等議題之理論。而罪數論，則係在探討具體之犯罪行爲事實，在刑法評價上，應成立一罪或數罪，其法律效果又應如何處斷之理論。換言之，罪數論係以犯罪論與刑罰論爲其前提，而展開對具體犯罪行爲事實進行評價之理論，二者之關係，猶如法律適用與法律解釋之關係。因此，逕認罪數論係屬犯罪論之領域，或係刑罰論之範疇，均非屬確論。

如前所述，罪數論，其內容涵括二個問題：(一)在犯罪成立

¹ 小野清一郎，「犯罪の單複と構成要件」，同氏著，「犯罪構成要件の理論」，頁336、382。

² 村崎精一，「一罪と數罪」，刑法講座第4卷，頁179以下。

階段，被告所犯之罪，究屬一罪抑或數罪？(二)在犯罪處罰階段，對於已成立之數個犯罪，究應如何予以處罰？因此，在犯罪成立階段，被告所犯之罪究屬一罪抑或數罪，實與犯罪之本質互為關連；而犯罪之本質，則屬於犯罪論之問題，自應於犯罪論之體系中予以探討。至在犯罪處罰階段，對於已成立之數個犯罪，究應如何予以處罰，則與刑罰之本質及目的，息息相關；而刑罰之本質及目的，係屬於刑罰論之問題，理應於刑罰論之範疇中予以處理³。

質而言之，行為人為一定行為而實現某犯罪事實後，判斷行為人所實現之犯罪事實，究屬一罪或數罪，應自犯罪之本質理論加以觀察，始能得其真諦。故罪數論，實屬犯罪論領域應予探討之問題。惟判斷行為人成立一罪或數罪之作用，乃在於如何予以適當地處罰，始能達防衛社會，遏止犯罪之目的。此際即應自刑罰之本質或目的之理論著眼，始克有濟。

因此，罪數論之體系地位，係以犯罪論與刑罰論為評價前提，而探討如何對具體行為事實進行刑法評價之刑法適用論之理論；簡言之，罪數論係將犯罪論與刑罰論予以具體運用之理論。

第三款 罪數論之機能

一、實體法上之機能

罪數，乃犯罪之個數，亦即行為人所犯為一罪或數罪，在刑

³ 中山善房，「觀念的競合における『一個の行為』について」，刑法雜誌第21卷第2号，頁138-139。

法及訴訟法上，均有其重要之意義存在。

刑法分則各個法條所規定之犯罪與刑罰，均係就一個犯罪之構成要件及其法定刑而為規定。例如，刑法第210條規定：「偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」即係針對一個偽造變造私文書罪所規定之法定刑。如有二個偽變造私文書罪同時裁判時，依刑法第50條及第51條第5款之規定，得處十年以下有期徒刑。蓋法院就被告所犯一個偽變造私文書處罰時，得在五年以下之法定刑內宣告適當之徒刑；處罰二個偽變造私文書時，即得在十年以下之處斷刑內宣告適當之徒刑。因而，數罪同時裁判，依狹義數罪併罰之規定，原則上其刑罰即因此而加重。故行為人所犯為一罪或數罪，在科刑上之處理方式及處罰輕重，顯有不同。

二、訴訟法上之機能

在訴訟法上，屬於一罪範圍之犯罪事實，在起訴狀內僅記載其一部者，依刑事訴訟法第267條「公訴不可分原則」之規定，其全部犯罪事實，即視為均已起訴。如檢察官就未起訴部分在同一法院重行起訴者，依刑事訴訟法第303條第2款規定，即應諭知不受理判決。蓋一個犯罪事實，僅發生一個國家刑罰權，自不許其分割而數次予以起訴及裁判。

再者，設構成一罪犯罪事實之一部業經判決，並經確定而生既判力，則與其立於一罪關係之其他犯罪事實，亦為既判力效力之所及。如就其餘犯罪事實再行起訴者，依刑事訴訟法第302條