

刑法競合論

柯耀程 / 著



元照出版

刑法競合論



柯耀程 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法競合論 / 柯耀程著.-- 初版.-- [嘉義縣
民雄鄉]：柯耀程出版；臺北市：元照總經
銷，2000[民 89]

面；公分

ISBN 957-744-334-6(精裝).

1. 刑法 - 哲學，原理

585.01

89017916

刑法競合論

2000 年 12 月 初版第 1 刷 2001 年 5 月 初版第 2 刷

作 者 柯耀程

出 版 者 柯耀程

總 經 銷 元照出版有限公司

100 台北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 500 元 (精裝)

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (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 957-744-334-6

序言

自羅馬法以降，對於刑法競合問題的認知，雖經學理不斷的探索，理論不斷更易，卻始終無法揭露其神秘的面紗，時至今日，對於競合問題的處理，仍舊停頓於叢林摸索，尋找出路的階段，此種難題，不論是向來以罪數論為核心的我國刑法學理，或是以競合結構探討的德國刑法皆然，難怪刑法競合論被譽為「令學者絕望，實務上無解」的問題。此種千回百轉仍回原點的窘境，遂不得不令人產生懷疑，是否對於競合問題的認知，學理在出發點時，就已經誤入歧途，導致對於整體問題的釐清，產生越釐越模糊，漸行漸遠的現象。因而觸發本書的構想者，並不在於果真能解決競合問題的諸多疑難雜症，而只是對於競合問題所造成學理的困窘，衍生出一點不服氣的懷疑而已，心想難道競合論果真是「山窮水盡疑無路」？不知能否期盼「柳暗花明又一村」？或許在競合論之中，存在著一種「橫看成嶺側成峰，遠近高低各不同」的迷惘表象，因而在思維的過程中，相當注意論述過程中，是否會發生「不識廬山真面目，只緣身在此山中」的錯誤。其實，對於競合論的思考，著實期待一種「行至水窮處，坐看雲起時」的豁然心境。為能從迷思中，探尋一條出路，本書整個處理競合問題的思維方式，乃從跳脫出既定模式，而從另一種方向，重新思考競合問題。

競合論問題，不脫刑法體系，但如何能使得檢討競合問題時，又能同時兼顧體系的一致性，是本書撰寫時的一種考驗，因而論述的切入點，乃置於競合論之定位，先確認競合論在刑法體系中的基本地位；再次分析競合論形成的結構，檢討德國行為單數的概念是否適當；進而分析各種競合類型的本然意義及形成範圍。在分析競合問題時，係跳脫出傳統的既有思考模式，藉助於方法學中規範形成的觀察，而從評價客體與客體評價的交叉思考，企圖重新釐清競合論的本然面貌。本書共分五編，其體系的安排，係從競合論定位著手，確認定位問題後，方得以檢討競合論本體所處理的基本問題，以便於尋求各種處理的原理原則；其次探討形成競合問題的基本條件，藉以理解競合論問題的結構關係；再者，分析真假競合的基本問題，從客體評

價及評價客體的思維中，反覆辯證，以釐清真假競合問題所在，最後闡述得以形成競合關係的具體型態，並進一步檢討各競合型態的本然意義，以及其特殊性結構，同時對於競合型態的存廢問題，重新思考。本書創作的意義，並非解決問題的野心，而只是作者自己的一種思維上探索而已。

或許是作者筆力單薄，可能會造成閱讀上的困擾，或許更因學養粗淺，所未竟者甚多，諸多的思考，仍待琢磨與沈澱。但本書所反應者，是作者這段時間對於競合問題自省的結果，是一種單純思維上的嘗試而已，不敢遽稱能解決任何問題，僅是一種思想互動的期待而已。

一本著作得以付梓，絕非一人之力，所能獨竟其功，本書的完成，如非內人之激勵，對於幼子全心照護，使我無後顧之慮，得以全心思考寫作，恐將完成無期；又如無助理劉明宜，以及法研所研究生陳俊偉、許宏仁、郭哲華和丁玉雯諸君悉心校對、辯證文義，殊難成書，再如無元照出版公司慨然義允，願為此輕薄之作編印經銷，本書亦難以問世。是以於我助力者多，我之能為者少，故見自己之渺小，於此謹致上感激之意。

柯耀程 謹識

於 2000 年初冬

刑法競合論

總目錄

緒論	1
第一編 競合論概說	7
第一章 競合論基本結構	8
第二章 競合論定位	18
第三章 競合論法律效果處理方法	29
第四章 競合論的本質	43
第二編 競合論前提之確認	61
第一章 行爲單複數與犯罪單複數	62
第二章 犯罪單複數的確認及作用	65
第三章 行爲單複數概念的定位	76
第四章 行爲單數與行爲複數	78
第五章 評釋	91
第三編 假性競合與真實競合	105
第一章 概說	106
第二章 假性競合	108
第三章 誤用假性競合概念問題	192
第四章 真實競合	199
第四編 真實競合型態	207

第一章 概說	208
第二章 想像競合	210
第三章 牽連關係	231
第四章 實質競合	277
第五章 事後競合	296
第五編 連續關係	303
第一章 概說	304
第二章 連續關係概念	305
第三章 認定連續關係的理論爭議	315
第四章 連續關係成立要件	324
第五章 連續關係主觀要件之爭議	330
第六章 連續關係存廢之爭議	335
第七章 過失連續關係評析	353
第八章 連續關係適用之限制	357
第九章 結語	364

刑法競合論

目錄細目

緒論	1
第一編 競合論概說	7
第一章 競合論基本結構	8
第一節 結構型態	12
第二節 行為數與罪數	14
第三節 真、假競合	17
第二章 競合論定位	18
第一節 定位於犯罪行為論	20
第二節 定位於法律效果論	22
第三節 定位於刑罰裁量論	25
第四節 定位問題評析	27
第三章 競合論法律效果處理方法	29
第一節 前提概念	30
第二節 制度差異	32
第三節 法律效果區分原則	33
第一項 累罰原則	33
第二項 併罰原則	34
第三項 吸收原則	36

第四項 限制加重原則	37
第五項 結合刑原則	38
第四節 單一刑原則	40
第五節 結語	42
第四章 競合論的本質	43
第一節 規範實現的複數關係	45
第二節 方法論之基礎	47
第一項 規範形成關係	48
第二項 存在與當為的關聯性	50
第三項 行為與構成要件關係	51
第二編 競合論前提之確認	61
第一章 行為單複數與犯罪單複數	62
第二章 犯罪單複數的確認及作用	65
第一節 犯罪單複數的認定標準	67
第二節 犯罪單複數在競合論之作用	75
第三章 行為單複數概念的定位	76
第四章 行為單數與行為複數	78
第一節 競合論之行為單數概念	79
第二節 行為單數類型	80
第一項 自然意義下的一行為	80
第二項 自然的行為單數	80
第三項 構成要件的行為單數	84
第四項 法的行為單數	86
第五項 小結	87

第三節 行爲複數	88
第五章 評釋	91
第一節 行爲單數概念的重新界定	92
第一項 確認評價客體與客體評價關係	93
第二項 行爲單數與行爲概念之分析	95
第二節 法的行爲單數之矛盾	98
第一項 行爲複數與犯罪複數的本質	98
第二項 法律效果的擬制單一處理	100
第三節 統一刑法之行爲概念	101
第一項 存在與規範的釐清	101
第二項 行爲單數概念的重新認定	102
第三項 整合一致性的行爲概念	103
第三編 假性競合與真實競合	105
第一章 概說	106
第二章 假性競合	108
第一節 假性競合的概念	109
第二節 規範結構關係	111
第一項 存在與當爲分析	114
第二項 行爲與構成要件關係	115
第三節 構成要件體系之結構	123
第一項 異質關係	127
第二項 交集關係	128
第三項 內含關係	130
第四項 簡評	132
第四節 假性競合之基本性質分析	134
第一項 基本前提分析	139

第二項 假性競合的結構	48
第三項 規範適用問題	155
第五節 形成假性競合關係	160
第一項 通說見解與批判	161
一、特別關係	163
二、補充關係	167
三、吸收關係	171
四、與罰行為	174
第二項 小結	182
第六節 假性競合之重新思維	184
第七節 假性競合的法律效果	186
第一項 單一構成要件法律效果	189
第二項 採結合刑模式之謬誤	191
第三章 誤用假性競合概念問題	192
第一節 特別法與普通法之適用	194
第一項 特別法與普通法關係之形成	194
第二項 規範同一性關係	196
第二節 不生法律競合問題	197
第四章 真實競合	199
第一節 基本前提	200
第二節 真實競合的本體問題	202
第三節 複數規範形成與評價同一性	203
第四編 真實競合型態	207
第一章 概說	208
第二章 想像競合	210
第一節 想像競合的本質爭議	212

第一項 單數理論	212
第二項 複數理論	215
第三項 評析	218
第二節 想像競合的前提要件	220
第一項 單一行爲	221
第二項 複數構成要件實現	225
第三節 想像競合之法律效果	229
第三章 牽連關係	231
第一節 基本概念	232
第一項 牽連關係之結構	233
第二項 牽連關係之基礎	233
第二節 牽連關係之形成	239
第一項 目的一手段結構	239
第二項 判斷標準之爭議	241
一、客觀說	241
二、主觀說	242
三、主、客觀說	244
四、評述	244
第三節 牽連關係的重新思考	247
第一項 牽連關係正當性之思考	248
第二項 規範保留之認定	250
第四節 牽連關係型態之重新建構	252
第一項 從主觀認定的牽連型態	252
第二項 從客觀判斷的牽連型態	253
一、繼續犯的牽連關係	254
二、行爲手段所形成的牽連關係	255
三、不一致結果加重類型的牽連關係	257
第五節 結論	259
第一項 牽連關係重新架構	259

第二項 牽連關係之基本型態	260
第三項 必然結果的適用問題	261
第六節 涵攝效應問題	264
第一項 涵攝效應概念可能存在範圍	267
第二項 涵攝效應形成的演變	269
第三項 除攝之趨勢	271
第四項 評釋	273
第四章 實質競合	277
第一節 實質競合前提要件	280
第一項 行為複數	281
第二項 犯罪複數	283
第三項 裁判同一性	285
第二節 整體刑形成	287
第一項 整體刑的樣態	289
一、強制整體生命刑	289
二、強制整體自由刑	290
三、強制整體罰金刑	291
四、選擇性整體刑	292
第二項 整體刑形成方法	293
一、同類刑罰之形成原則	294
二、不同刑罰之形成原則	296
第五章 事後競合	296
第一節 概說	297
第二節 事後整體刑形成之條件	298
第三節 已執行刑問題之處理	300
第五編 連續關係	303
第一章 概說	304

第二章 連續關係概念	305
第一節 連續關係意義	306
第二節 連續關係存在理由	307
第三節 連續關係判斷標準	312
第三章 認定連續關係的理論爭議	315
第一節 主觀理論	315
第二節 主、客觀理論	317
第三節 客觀理論	318
第四節 評述	323
第四章 連續關係成立要件	324
第一節 客觀要件	325
第一項 行為形式同類性	325
第二項 行為連續性	328
第三項 法益侵害同類性	329
第二節 主觀要件	330
第五章 連續關係主觀要件之爭議	330
第一節 整體故意	330
第二節 概括犯意	332
第三節 連續故意	333
第四節 評述	334
第六章 連續關係存廢之爭議	335
第一節 連續關係存廢根本問題	337
第二節 否定連續關係之見解	340
第一項 立法的恣意	341
第二項 行為刑法與罪責原則之違反	342
第三項 背離平等原則	343

第四項 不合理的判決確定力效應	344
第三節 肯定連續關係之見解	346
第一項 訴訟經濟考量	346
第二項 行為人人格的一致性	348
第三項 罪刑政策上的考量	350
第四節 評述	352
第七章 過失連續關係評析	353
第一節 罪責的考量	354
第二節 法律適用一致性考量	356
第八章 連續關係適用之限制	357
第一節 主觀要件之限制	358
第二節 客觀要件之限制	359
第一項 行為形式之限制	359
第二項 一身專屬性法益侵害之限制	361
第三節 評釋	363
第九章 結語	364

緒論

刑法競合論 (Konkurrenzlehre)¹ 問題，是一個相當古老的問題，早在羅馬法時代即已存在，然而，經過悠久歷史的發展，非但未能解除其帶有相當神秘色彩的面紗，反而使得競合論問題更形複雜難解，終究使得競合問題之理解與處理，成為學理上無奈的痛，亦成為實務上深怕碰觸的傷痕²。更因此使得競合論在刑法範疇中，成為最複雜且棘手難纏的領域。其所涉及的問題，不論是在定位上，具有相當之爭議性，究竟競合問題應定位在犯罪行為論中？或是法律效果論中？還是定位在刑罰裁量之中？各種見解幾近紛紜³。而且在形成競合

1 學理上稱競合論，常將之區分成真實競合 (wirkliche od. echte Konkurrenz) 與假象競合 (scheinbare od. unechte Konkurrenz)，其實在競合論中所處理的核心問題，應僅及於真實競合。至於假象競合 (有稱法律競合、有稱法規單一……) 其本質本非屬競合論的範圍，其在競合論中一併探討，主要係為凸顯真實競合的性質，對照成分較濃。本文所稱競合論者，僅止於真實競合之情況，並不包含假象競合問題。

2 早在本世紀初 (1901 年) 德國刑法學者 Höpfner 對於競合問題的前提結構，即失望地表示「那是無解的問題 (Lösung der Quadratur des Zirkels)」。
Vgl. Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen Bd. I 1901, S. 235, 246；而受到 v. Buri 在 1879 年所言「不可諱言地，競合論亟需加以修正」的推促下，Geerds 乃在 1961 年以「競合論 (Zur Lehre von Konkurrenz)」為名，發表其 Habilitationsschrift，企圖對於競合論問題，作一番全新的剖析 (此一論著迄今仍是研究競合問題經典之作)。然而，競合問題仍舊糾纏著刑法學理，仍舊是刑法大陸中的百慕達三角洲，依然是刑法領域中的危險叢林地帶。

3 關於競合論在刑法體系中的定位，有認為其所處理的問題，不外乎構成要件實現的問題，故而應定位在「犯罪行為論」中，亦即定位在行為可罰性的認定問題上。此種定位主張者，如 Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und

問題的判斷上，也是意見分歧，不僅是形成競合問題的前提，有所爭執，且對於競合問題的實質內容，也產生南轅北轍的看法。連帶地產生競合問題前提關係的質疑，究竟競合論所處理的問題，是「罪數」的問題，或是「行為數」的問題？此一前提之認定，亦因不同之法制結構，在認知上，出現完全迥異的情況。我國向來均將競合論問題，視為「罪數」決定的問題⁴，從而所發展出的架構，完全將問題的焦點，

künftigen Strafrecht, in: ZStW 75 (1963), S. 44; Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre 1968, S. 19ff.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT Bd. 2, S. 361; Stratenwerth, Strafrecht AT I, S. 311; 另有見解認為競合論應定位在「刑罰裁量論」，蓋其處理者，無非是刑罰量定的問題，如 Bruns, Das Recht der Strafzumessung², S. 4; Peters, Einheitsstrafe bei Verbrechensmehrheit, in: Kohlrausch-FS 1944, S. 206; 另外奧地利刑法因採「單一刑體系 (System der Einheitsstrafe)」，故其對於競合論之定位，傾向「刑罰裁量論」；此外，亦有學者認為競合論所處理者並非行為構成要件該當問題，而係以此作為前提，其所處理者，應為法律效果問題，故應定位在「法律效果論」方為恰當。例如 Geerds, Zur Lehre von Konkurrenz im Strafrecht 1961, S. 237ff.; Kühl, Das leidige Thema der Konkurrenzen, in: JA 1978, S. 477; 再者，亦有認為競合論同時具有「犯罪行為論」與「法律效果論」的「雙重地位 (Doppelstellung)」，如 Warda, Grundfragender strafrechtlichen Konkurrenzlehre, in: JuS 1964, S. 81; Blei, Strafrecht AT, S. 303ff.。如從競合論所處理的問題，及其為處理相關問題所發展出的方法，加以觀察，則應定位在「法律效果論」為當。

- 4 我國刑法處理競合問題的依據，在立法理由上，均係認定為「罪」之問題，在第七章規定中，即以「數罪併罰」為標題。其主要之立法理由沿革稱：「查第二次修正案謂原案本章名俱發罪，沿用舊律之名稱，但本章之規定，非限於數罪俱發，即數罪各別發覺，亦得適用。是以日本舊刑法名為數罪俱發，新刑法改為併合罪，然所謂併合罪，並非將數罪併合為一罪，其各罪仍獨立存在，不過併合處斷之耳。故本案改為併合論罪。」參照蔡墩銘主編，刑法暨特別法立法理由、判解決議、令函釋示、實務問題彙編（民刑事法規判解叢書 2），255 頁。