

學術專論

參與與競合

柯耀程 / 著

參與與競合



柯耀程 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

參與與競合 / 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, 2009.09

面 ; 公分

ISBN 978-957-41-6571-1 (平裝)

1. 刑法 2. 共犯

585.16

98014887

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

參與與競合

5D186PA

2009年10月 初版第1刷

作 者 柯耀程

出 版 者 柯耀程

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 420 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 978-957-41-6571-1

序

刑法參與論與競合論，向來都是學理爭議的核心，也是實務處理時最為困擾的問題。從結構的形象來看，參與論與競合論似乎是立於一種相對立的結構關係，參與的問題，主要檢討的問題，係數個行為人作用於一行為，從認定每一個人的參與角色，以確認參與類型，進而檢討每一個人的可罰性；而競合論者，乃是一個行為人為一個或數個犯罪行為，其均實現數個構成要件，在此一或數行為的數構成要件該當結構中，確認具體的刑罰效果。易言之，參與是數人的一行為實現一構成要件；競合則是一人的一或數行為，實現數構成要件。雖然參與與競合的結構，在形象上看似相對，但在體系的定位，以及所處理的問題，卻有所不同。參與主要係為確認行為的不法，以及可罰性的問題；而競合所處理者，則並非犯罪認定的問題，而是法律效果處理的問題。參與與競合的問題，在刑法的判斷上看似艱澀，但透過結構的剖析，以及基礎概念的掌握，其實二者都只是有些思維上的複雜而已，若能確認其定位及處理的核心理念，詮釋參與與競合的問題，應可駕輕就熟。

由於參與與競合的問題，不論在實務的具體運用上，或是在學理的理論詮釋上，都存在著相當多元性的形象，導致學習刑法時，常將其視為畏途，而且學理的論述，也常是眾說紛紜，令人不知所措，不知從何遵循？鑑於此故，月旦法學雜誌編輯群乃開闢專題講座及爭議問題的欄位，希望我能以基礎概念為論述重心，以深入淺出的方式，對於參與與競合作一番較為完整的基礎介紹，並將較具有爭議性的問題，加以詮釋與剖析，

前後共完成參與論基礎講座七講、競合論基礎講座四講，以及競合論爭議問題四講，從開始撰寫迄今，均已刊登完竣。元照出版公司建議我將此一系列論文，整編成書，在閱讀上較為完整，且能對於所處理問題，從上至下一氣呵成。在這樣的提議下，乃催生本書的問世。固然參與與競合的問題，並不能以簡單的七、八講，將其鉅細靡遺地交代清楚，但基礎理念與概念，乃至於對於問題的思維與辨正，大概都可以從中取得，對於基礎概念的建立，以及問題的釐清，應有或多或少的裨益。

本書的成形，係以基礎講座的論文為核心，經過微調與修改，整編成書。在成書的過程中，我的博士班學棣黃翰義與蕭龍吉悉心校對，並提出問題作為辨正，特此感謝。同時元照出版公司的編輯伙伴，更是催生本書的重要推手，於此併致謝忱。

柯耀程

2009.7.26

于嘉義

參與與競合

目 錄

序

第一單元 參與論

第一講 犯罪參與的基礎概念	1
第二講 參與結構與參與制度	27
第三講 共同正犯	47
第四講 間接正犯	69
第五講 共犯的形成基礎	89
第六講 共犯結構與類型	109
第七講 特殊參與關係的分析檢討	131

第二單元 競合論

第一講 競合論的基本前提	153
第二講 想像競合與牽連關係	177
第三講 實質競合與事後競合	199
第四講 連續關係與存廢	219

第三單元 競合論爭議問題

第一講 數罪併罰之更定其刑問題-----	239
第二講 廢除牽連規定的適用難題-----	259
第三講 連續關係規定廢除後之個案適用 難題-----	279
第四講 競合論相關概念之釐清-----	299

第四單元 競合相關問題

單一行為與案件單一性檢討-----	319
-------------------	-----

第一單元 參與論

第一講 犯罪參與的基礎概念

壹、引言

貳、行為人概念

一、限縮行為人概念

二、擴張行為人概念

參、參與理論

一、客觀及主觀理論之爭辯

（一）客觀理論

（二）主觀理論

（三）綜合理論

二、支配理論之詮釋

（一）行為支配

（二）意思支配

（三）功能性支配

肆、結語

壹、引言

刑法所規範的行為事實，最根本的情形，由一個行為人所為者，此種情形的規範適用判斷者，乃是一種單純構成要件適用的基礎問題。惟當一個行為事實的發生，並非僅由一個行為人所為，而是由數人共同的作用所形成時，就會產生刑法的參與問題。

由於參與問題係由數人共同作用於一行為事實，在刑法評價結構的判斷上，除須檢視該行為的可罰性形成關係之外，更須先理解數人如何作用於一行為的結構關係，進而判斷出該數作用於一行為之行為人的角色，以及其對於行為所應承擔的刑事責任。故而，刑法參與論的任務，主要就是為釐清參與的結構關係，亦即確認數人在一個行為事實中，到底是扮演著何種角色，而對於參與的角色，是否個別給予一定之概念定位，進而檢討不同參與角色之可罰性，以及法律效果形成的判斷關係。具體來說，參與論所要檢討的問題有二：1、參與角色的認定：多數行為人對於一個行為事實的參與關係，在參與的角色判斷上，到底是核心的角色？或是屬於周邊的角色？也就是一行為的參與人中，誰是正犯？誰是共犯？這是參與論中的核心問題，也就是參與角色的認定問題；2、各參與人的刑事責任：當個別參與人的參與型態被確認之後，對於不同參與角色的刑事責任認定，到底正犯的刑事責任如何？而共犯的刑事責任如何？亦即參與論的最終檢討問題，仍是在於確認行為人的刑事責任。

參與論既然是決定一行為事實中行為人的參與角色，以及其所應承擔的刑事責任問題，則核心的問題，乃在於什麼人才算是刑法所關注的行為人，其概念的界定應採取何種標準？蓋唯有先確認行為人的概念之後，進而檢視參與角色方有意義，倘若未先確認行為人的概念，直接即進入參與角色的認定，在思維上會有跳躍之嫌。故在探討參與關係之前，宜先對於刑法所關注的行為人概念，先予以釐清，有行為人概念的引導之後，確認刑法所要針對的行為主體，再對於參與角色的關係作分析，在邏輯上方得較為嚴謹。

貳、行為人概念

檢討行為人概念的意義，乃在於確認刑法所要加以評價與制裁的對象，唯有行為人概念清楚被界定之後，方能進一步探討參與論的結構關係，到底參與的結構，是採取單一主體的認知，或者是採取參與區分關係的判斷。真正將行為人的思維，導向界分選擇性的觀念者，應該推至 18 世紀時 Meister jun. 為始，其在檢討參與的角色區分問題時，將行為人在概念上作選擇上區分。Meister jun. 認為選擇認定行為人的概念者，不外二個，即：1、概念特定化的行為人概念 (*auctor in sesu speciali*)；2、概念普遍化的行為人概念 (*auctor in sesu generali*)。在這樣的概念區隔下，行為人在廣義的意義下，即對於行為事實之實現有所加功作用之人，皆屬之¹。在這樣

¹ Vgl. Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht 1985, S. 64.

的概念影響下，直到 1929 年德國刑法學者 Zimmer，乃正式以「限縮行為人概念 (restriktiver Täterbegriff)」與「擴張行為人概念 (extensiver Täterbegriff)」作為篩選行為人的基礎認知概念²。

在這二個行為人概念出現後，到底刑法是要以限縮的認知來界定行為人？或是根本不須限定行為人的概念，來理解刑法的參與關係？從此參與關係的基礎，乃游移在這二個行為人概念之間。選擇不同的行為人概念，作為認定參與關係的基礎，其所得出來的參與角色結果，或會有所不同，但這並不是必然的推論，並非從限制行為人概念之下，就會得出正犯與共犯區分的結果，而從擴張行為人概念之下，就必然僅有單一正犯的概念。當然可以理解的是，當選擇限縮行為人概念，作為參與關係認定的基本概念時，如對於參與型態要加以區分，自然就會發生區分時的辯證關係，這樣的辯證關係，乃促成為界分參與型態的參與理論，日漸蓬勃發展，在客觀及主觀理論的辯證，乃熱烈展開，迄今仍能感受到理論爭辯熱度的餘溫。

刑法學理發展至今，對於刑法篩選行為人的依據，亦即行為人概念的認定者，都從「限縮行為人概念」與「擴張行為人概念」，作雙向性辯證之單一選擇，亦即在二者間擇其一，作為行為人判定的基礎。基本上，界分行為人概念，是一種雙向

² So Zimmer, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (1929), S. 39ff., 41, 45.

性概念的思維，是一種選擇可能性的概念提示，其思維的基礎在於「刑法所評價的行為人，是否要限定一定的範圍？」，在這樣的命題下，有「要或不要」二種思考的方向，倘若「要」限制行為人的範圍，則所得出來的行為人概念，乃是從具有條件限制的思考方向，來界定行為人的概念；倘若所採取的觀念，是「不要」限制行為人的概念，則對於行為人的認定，僅需限定一定的判斷關係，只要在此一關係之下者，皆得被視為行為人，「限縮行為人概念」與「擴張行為人概念」，乃是從這樣的思維之下，所得出來的產物³，茲先將二概念分述之：

一、限縮行為人概念

限縮行為人概念的思維主軸，乃在於刑法所欲加以評價的

-
- 3 行為人概念本是作為界定刑法評價對象的基礎，本質上也可以是為一種概念界分的方法，莫怪乎 Roxin 在其參與論鉅著「正犯與事實支配（Täterschaft und Tatherrschaft — Habilitationsschrift 1962）」一書中，即先將行為人概念，作為論文詮釋的方法，其從概念出發，先確認「行為人」到底應該是客觀存在的認知？或者是屬於評價的本質關係，唯有先確認行為人的概念之後，檢討正犯的形成，方有邏輯思維上的意義。Roxin 在方法上選擇分析三種行為人的概念，即 1、因果行為人見解（kausale Täterlehren）；2、目的論的行為人說法（teleologische Täterlehren）；3、實體論的行為人見解（ontologische Täterlehren），其得出作為論述基礎的行為人意義者，乃將行為人認定為「含有意義性與目的性思維方式的綜合體」，且行為人是行為事實發生的核心形象。Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 4~32。

行為人，在概念上應加以限制，亦即對於一定行為之人，要成為刑法上的行為人，必須「要」有一定條件的限制。行為人既是行為事實發生的主體，而行為事實是建構刑法可罰性評價的基礎，行為人在界定時，其限制的依據，也應該以規範作為界定的基礎，亦即行為人概念的限制，應該以構成要件作為規範的界限，倘若行為落入構成要件的範圍內，則為該構成要件實現之人，乃屬於刑法所要評價的行為人；反之，如行為並未落入構成要件之中，或是根本無法導致構成要件被實現，則非屬於行為人概念的範圍。在這樣的概念下，正犯或是共犯，都是屬於行為人，只是其參與的關係有所不同而已，二者都是促使構成要件實現的主體，所差異者，僅在於正犯者，係屬於直接（或基於共同作用，乃至具有控制性）而造成構成要件實現之人；而共犯者，雖非因其行為直接涉入構成要件之實現，但構成要件所以被實現，終究是其行為作用所致，必須注意者，乃在非構成要件直接實現之行為，其與構成要件實現行為間的連帶關係（這是所謂從屬性關係認定的由來），故不論正犯或是共犯，二者皆屬於行為人的概念。倘若將共犯排除在行為人概念之外，則將其納入參與型態，或是對其所為之處罰，都將在概念上失其附麗⁴。

⁴ 學理在詮釋限縮行為人概念時，常將共犯（教唆及幫助犯）排除在行為人概念之外，而不認定其為行為人，這顯然係誤解行為人概念與正犯概念所致。倘若共犯不是行為人，則其根本無由成為刑法評價的對象，畢竟其不是行為主體；另外對於不是行為人之人的處罰，站在法定原則的要求下，不論是刑罰擴張事由的說法，或是獨立處罰的說法，

惟界定行為人概念之後，如何對於行為人加以評價，乃至如何賦予一定的法律效果，則是行為人概念外的另一個思考環節。基本上，直接造成構成要件實現之人，因其在構成要件的内容中，已經對其可罰性之反應，作明確的規範，亦即構成要件的法律效果，僅是對於直接實現構成要件之人，所為之規定。易言之，構成要件所定處罰基礎的法律效果，係針對直接實現構成要件之正犯行為而定，對於非直接實現，卻是促成構成要件實現的行為人之行為，並無法律效果的存在，故而，對於非直接實現構成要件之行為人，其評價的可罰性反應者，乃必須加以創設。蓋在法定原則的基礎下，構成要件內之行為人，其所為之行為，本有法定之刑罰法律效果，但如行為人所為者，非屬構成要件之行為，卻有促使構成要件實現之人，其處罰的依據，本不在構成要件中，如欲對其加以處罰，顯然必須將刑罰從構成要件內擴張到構成要件外，故在限縮行為人概念下，對於共犯之處罰是一種「刑罰的擴張事由（Strafausdehnungsgründe）」。⁹畢竟共犯之行為，在客觀的形象上，並非構成要件之行為，其行為本屬於構成要件之外者，而構成要件外之行為，本就有評價上的疑慮問題存在，如確認構成要件外之行為與構成要件行為間，具有關連性時，法

都有恣意之嫌，難以符合法定原則之規範。故認知上，必須先將正犯與共犯立於行為人概念之下，則對於參與關係的區分，以及刑罰的正當性，方得以得到支撐。學理見解參見林山田，刑法通論（下），9版，21頁以下；Jeschck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., S. 648ff.；Samson-SK, Rn. 3, 4 zu § 25；Schönke/Schröder/Cramer, Rn. 6~9 vor §25。

律效果也無法直接適用到構成要件以外之行為，故而僅能創設刑罰擴張適用的規定，刑法第 29 條及第 30 條之處罰規定，即是此種刑罰擴張適用事由的法定授權規定。

二、擴張行為人概念

所謂擴張行為人概念的意義者，乃指對於一定法秩序所不允許，而應受嚴重非難的行為事實發生，其所有參與之人，本於因果關係的觀察，舉凡對行為事實實現有所作用之人，一律視為行為人。其概念思維的基礎，則在於行為人不須加以限制，只要在因果關係的觀察下，對於行為事實之實現，具有加功作用之人，皆屬行為人之概念，亦即行為人在概念的界定上，「不要」加以限制，只要合於條件理論的認定關係者，都是行為人。在這樣的行為人概念下，對於行為人的認定，主要係從造成犯罪事實的因果關係來判斷，其不受到犯罪成立的規範之限制，刑法的規範對其僅是佐證的關係而已，亦即刑法規範僅是對一定發生的事實，作是否成立犯罪的判斷而已，是否屬於行為人並不受到刑法規範的限制，故概念上，「擴張行為人概念」或許可以稱之為「未限制之行為人概念」。

而在對於行為人處罰的判斷上，因行為人並未加以限制，只要在犯罪事實發生的因果關係上成立者，都是行為人，故其處罰原則上也應該是相同的，畢竟不論核心行為之行為人，或是附帶效應行為之行為人，都是適格之行為主體，其所不同的僅在於對犯罪事實形成的加功程度差異而已。至於是否在處罰上，要依加功程度的差異，而作不同處罰之處理？則係權衡上

的問題，乃至於要以加功程度作不同參與角色的區分，也未嘗不可，其所以不同於「限縮行為人概念」者，僅在於區分的依據不同而已，在限制行為人概念下，區分參與型態的基礎，可以以構成要件作為界限，可以將構成要件以內之行為人，稱之為正犯，而構成要件以外之行為人，稱之為共犯，或者是其他名稱，如附屬犯或是從犯，這只是名稱用語習慣性的問題，通念將其以共犯名之；而在擴張行為人概念下，如要再行區分參與型態，則其區分的標準，無法以構成要件作區隔，但總可以以加功程度之高低作為區分，其可將加功程度高者，視為核心行為人，而稱之為正犯；對於加功程度較輕者，也未嘗不可以共犯稱之。對於加功程度較輕之人的處罰，或許可以不同於加功程度較重者，這樣的處罰差異性，或許也能以「正犯之處罰」與「共犯之處罰」來區隔，惟因擴張行為人概念下，本不須對於行為人作嚴格的限定，只要合於因果加功關係者，都屬於行為人，在處罰的基礎上，同為行為人，處罰應該也是一樣的。惟如對於加功程度輕者，也作較輕之處罰，此時刑罰是屬於被減輕的情況，因此在擴張行為人概念下，如其也在參與類型上作區分，而對於加功程度較輕者，稱之為共犯，則對於共犯之處罰輕於正犯處罰的情況，應稱之為「刑罰減輕事由」而非「刑罰限制事由」⁵，畢竟同屬行為人，在處罰的基礎是一樣的，

5 學理上都習慣將擴張行為人概念下，對於共犯處罰的規定，稱之為「刑罰限制事由」，本書不作如此之解讀，蓋一方面如學理將擴張行為人概念，認定為不區隔參與型態的行為人概念，則何來共犯的問題；另一方面，擴張行為人概念下，所有加功之人都是行為人，其刑罰的作用，應該都是立於同一基礎，其本來就有處罰，只是對於加功程度輕

刑罰並非專為處罰共犯而設，其僅是在既有的處罰基礎上，對於加功程度較輕之人（共犯），作較輕處罰之處理，故宜稱為刑罰減輕事由。

而從參與型態區分與否的觀點來看，採取何種行為人概念，與是否區分參與型態，並無一定之必然性關係。在限制行為人概念下，可以作正犯與共犯的區分，當然也可以不作正犯與共犯之參與型態區隔，例如奧地利刑法屬於受法定原則拘束者，其具有明確之法定化構成要件，但卻不作參與型態的區分，逕自採取單一正犯的處理方式，以免除參與形態區分的困擾；同樣地，在擴張行為人概念下，也可以區分正犯與共犯的參與型態，非必然在擴張行為人概念下，即不能有共犯的類型存在，倘若有此種偏執的看法，則「在擴張行為人概念下，對共犯之處罰，是一種刑罰限縮事由」的命題，將不復成立，蓋既無共犯型態，何來對之處罰，更何來「刑罰限縮事由」呢？故而，行為人概念與參與型態的區分制或單一制，並非必然性之關係⁶。即使確認所採用的行為人概念之後，如對於參與的

微者，作較輕微之刑罰處罰而已，故刑罰並未被限縮，自不宜將共犯之處罰，稱之為「刑罰限縮（或限制）事由」。學理通念的說法，參見林山田，前揭書，23頁；Jeschck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., S. 650。

⁶ 通常認為區分制係源自限縮行為人概念（restriktiver Täterbegriff），而單一制係源於擴張行為人概念（extensiver Täterbegriff），此種說法並不正確。蓋擴張行為人概念下，亦可採行區分正犯與共犯之體制，所不同於限縮行為人概念者，僅係所用以詮釋的理論不同而已。此外，限縮行為人概念亦不必然係源自客觀