

刑法「法律競合」問題思辯

—法學方法的思考—（下）

柯耀程*

目 次

引 言	四、「法律競合」基本性質分析
一、「法律競合」基本概念	(一)評價客體與客體評價
二、規範形成關係	(二)法律競合的結構
(一)存在與當為	(三)規範適用問題
(二)行為與構成要件關係	五、形成「法律競合」關係之質疑
三、刑法構成要件相互關係	(一)特別關係
(一)異質關係	(二)補充關係
(二)交集關係	(三)吸收關係
(三)內含關係	四與罰行為
四小結	(五)評述
	六、「法律競合」重新思維—代結語

四、「法律競合」基本性質分析

向來對於「法律競合」概念的認知，均設定為一行為在法律的規定中，疑似有數個規定可資適用，但在具體適用上，僅有一個法律規定取得最終適用的

* 國立中正大學法律學系暨研究所副教授。

資格，其他未能被適用的規定，則被除斥。依此種認知，從可能產生法律競合情況，作一個整體性的觀察，有最終適用的法律規定，以及被除斥的法律規定，其彼此間似乎應有重疊的現象存在，而疑似有競合的情形發生，但實際上，此種重疊現象，僅是立法者對於同一規範對象，在立法考量上作程度差異的設置而已，並無真正競合的問題存在（註四一）。因此，此種法律規定的重疊現象在適用上，僅能適用單一一個法律規定，蓋僅有最終適用的法律規定，始能將其規範對象完全涵蓋，且加以完全評價，其他被除斥的法律規定，要不就是對於規範對象的評價，有所不足；要不就是其規定的要件，無法完全包攝所欲評價的對象，易言之，被除斥的法律規定，其規範的內容無法涵蓋所評價的對象（註四二）。惟此所謂法律規定涵蓋不能的問題，究竟是指法律規定的範圍，對於評價對象有所不足，以致於無法完全涵蓋？抑或是指法律規定所內含的不法要素及內涵與規範對象間有所出入？還是指法律規定所欲保護的法益型態與規範對象所侵害者有所差異？斯類問題迄今仍為學理上爭議的問題焦點（註四三）。有部分見解認為法律競合問題，僅產生在法律規定所揭示不法內涵的完全涵蓋情況，之所以有不能涵蓋的情形發生，乃在於不法內涵的差異（註四

（註四一） 參照林山田，刑法通論（下），585頁。

（註四二） 從罪刑法定原則觀察，一個法律規定，如不能涵蓋所規範的對象，則自然不能視為該規定被該當，此一規定對於規範對象，自然不具有刑罰正當性存在，而對於不具刑罰正當性之法律規定，誠如 Geerds 所言，其不但不能適用，且應視為根本未被侵害。Vgl. Geerds, aaO., S. 166。

（註四三） 由於法律競合問題，既是法律規定相互間的關係，則其何以法規間具又涵蓋不能之問題？自為學理上爭論所在，各觀點間之立論基礎，亦甚為分歧。詳細資料請參照甘添貴，罪數理論之研究 — 法條競合（三），軍法專刊第三十九卷第 11 期，2 頁以下；黃榮堅，黃榮堅，雙重評價禁止語法條競合，台大法學論叢第二十三卷第一期，163 頁以下。

（註四四） 持此種見解者，不在少數，如 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S.732；Bockelmann/Volk, Strafrecht AT, S. 257；Baumann/Weber, Strafrecht AT, S.660；Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT Bd. 2, S. 368；Wessels, Strafrecht AT, S.236；Vogler-LK, Rn. 101ff. vor § 52；Vogler, Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit, in: Bockelmann-FS 1979, S. 715ff., 721。

四)。惟此種不法內涵的見解，在方法學上，似有可加以質疑之處。首先，在概念上，每一種犯罪類型均含有特定之不法內涵，而這些不法內涵在行為的評價時，仍舊可以加以比較其範圍，如對於法律競合問題，從不法內涵出發，則即使不同類的犯罪類型間，亦可以產生不法內涵高低的比較問題，是否即可謂僅能有揭示高不法內涵的法律規定，得以適用，而低不法內涵的法律規定，一概被除斥？恐怕所得到的結論，應是否定的；其次，此種見解並未說明以不法內涵為基礎的前提條件，如果將條件設定在同類的法律規定，則不法內涵比較，亦應限定在同類的規定上，方有意義，至於作為前提的同類規定，應如何詮釋，則成為此種見解需加以補強之處。因此，以不法內涵的涵蓋關係，作為決定法律競合問題的基礎，恐怕在邏輯方法上，有值得商榷之處。

此外，亦有從法益同一性（Identität der Rechtsgüter）觀點，詮釋何以有除斥法規涵蓋不能的情形，其認為區分真假競合問題的基準點，應在於保護法益是否同一，如受侵害的法益具有同一性，則傾向採用法律競合方式處理，如為不同一時，則法律競合將受到阻礙（註四五）。雖然從真實競合與假象競合間的區分，從法益同一性的觀點作區隔，不失為一明確的標準，甚至在區分法律競合與想像競合時，也提供相當程度的明確性。然而，從法益同一性的觀點，試圖對於法律競合的基本性質加以澄清，恐亦有前提上的疑慮存在。一方面，何種情況下得視為法律規定中，所保護法益具有同一性存在，是否以罪名分類作為基礎？抑或是必須對個別規定，作不同的詮釋？仍存有模糊情況，例如以人身自由及意思自由為保護對象的妨害自由罪，以及以財產及人身自由為保護對象的強盜罪，二者之間，可否視為具有法益同一性存在，恐怕需再進一步釐清（註四六）；另一方面，在同一法律規定中，往往不僅保護單一法益而已，可能

（註四五）此種觀點，多半為實務見解所採。Vgl. RGSt 68, 407ff.; BGHSt 1, 241ff.; BGHSt 8, 801ff.; BGHSt 11, 15ff. 值得一提者，在 BGHSt 11, 17 中，特別指明：成立法律競合之重要基準，在於行為人侵害標的的法益，以及構成要件對法益所揭示的保護。此外，國內學者，亦有傾向法益認定見解者，如蔡墩銘，刑法精義，375 頁；黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，台大法學論叢第二十三卷第一期，157 頁以下，186 頁。

（註四六）黃榮堅，前揭文，187 頁以下，其雖持此種法益同一性之見解，但其亦顧慮到判斷法益同一性問題的質疑，故而在其論著中，特別深入對於判斷法律同一性判斷問

出現同時保護數法益的情形，例如公共危險罪中的放火罪（以 § 173 為例），其所保護的法益同時包括公共安全、私人之財產及生命、身體安全，固然其中可依保護優先性（*Priorität des Schutzes*），在具體適用時，將保護法益區分為優先保護法益（*primäre geschützte Rechtsgüter*）及次位保護法益（*sekundäre geschützte Rechtsgüter*），但此種法益區分對於行為所侵害者，並無區別，行為係將此數法益同時侵害，此種情形，對於放火罪的詮釋，是否可謂與毀損罪（特別是 § 353）或傷害罪（包括 §§ 277, 278）或是殺人罪（§ 271）具有或不具有法益同一性，而成立法律競合問題？容有懷疑。固然，從法益同一性的觀點詮釋法律競合問題，確實提供一個較為明確的判斷方向，且在說明形成法律競合的法律規定關係時，有其澄清的作用，但在詮釋法律競合的基本性質時，仍有其不足之處，所疑慮者，乃在於不同類法益成為同一規定的保護內容時，與單一法益保護之規定間，是否可謂為法律競合存在？其次，法益概念本身仍具有相當程度的不明確性，如以此作為認定法律競合的基礎，恐有不足之處。

另外，有部分學者，並不從行為不法內涵及法益觀點，來詮釋法律競合的基本性質，而直接從法規範對於其評價對象的概念範圍，來剖析法律競合的基本性質（註四七）。此種見解認為，法律競合問題應發生在於法規技術（*Gesetzestechnik*）（註四八）上，亦即法律規定對於行為的不同階段，或行為所侵害程度的差異，作不同立法層次之處理，故而在法律規定的本身，對於同一犯罪事實情狀，可能會發生重疊的規定，其主要立法考量，係為對於同一評價對象的不同行為程度，作不同層次的評價。故而，法律競合問題，應僅為法律規定對於所包攝的犯罪事實情狀間的適用關係。由於具體的犯罪事實情狀，並非一成不變，即使同一行為方式，亦可能產生不同的結果，同樣的犯罪事實情狀，亦可能因行無手段的不同，行為所侵害法益的程度差異，以及行為時客觀

題，加以剖析。對於以法益為判斷基準的質疑，具有相當重要的釐清作用，在探討法律競合問題時，著實是一個作為思考問題時的重要參考見解。

（註四七） Z. B. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, S. 234; Stratenwerth, *Strafrecht AT I*, S. 311; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 102 vor § 52; Jakobs, *Strafrecht AT*, S. 865; ausführlich Geerds, *Zur Lehre von Konkurrenz*, S. 161ff.。

（註四八） 誠如 Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, S. 445 所言，法律競合問題所涉及者，主要應為法律技術的問題。

情狀的不同，而使得評價上，必然會產生差異，因此在法律規定中，必須對於差異的情況，作差異的規定。此種見解，固然對於法律規定的評價關係，作了符合方法邏輯的處理，然而，對於評價客體與客體評價間的關係，仍欠缺更為明確的說明，蓋其或許對於行為階段性之規定，能充分闡述，但對於其他加重或減輕規定的關係，則仍須進一步說明。因此，何以法律規定會對於同一評價客體，作不同情狀的規範，在詮釋上，仍有待補充。值得注意者，法律競合問題，本為法律規範內部關係，所形成的法律具體適用問題，而法律規定對於其評價對象，通常不會僅作單一方向的規範，而應是全面性的處理，亦即從不同角度對評價客體所產生的情狀，加以規範，而對於同一評價客體的規範間，必然具有共同的規範基礎，但並不能謂具有同一規範基礎的規定間，即具有法律競合的問題存在，例如以剝奪生命的殺人罪規定（§ 271），其與義憤殺人（§ 273）及生母殺嬰（§ 274）和殺害直系血親尊親屬（§ 272）間，均具有共同的評價客體，即殺人行為，但卻不能說其彼此間均具有法律競合關係存在，其間仍須進一步分析彼此間的結構關係，方能確認是否形成法律競合。

從法律競合的概念及其基本性質認定的爭議中，可以確認的是，法律競合問題的發生，有其基本前提存在，即對於一個（且僅有一個）評價客體，而在表象上，似有數個規範可以適用，但最終僅由一個規範得以對此一客體完全評價（註四九），亦即我國一般所稱一行為僅實現一構成要件，而成立一罪的情形（註五〇）。至於何種情況，始有一評價客體卻發生疑似數規範適用的情形，而確認其一罪性的特性？則需進一步對於評價客體與客體評價間，作一詳細觀察。基本上，會發生法律競合問題者，在評價客體層面的觀察，應僅有單一的評價客體存在，亦即單一的行為存在，至於該單一行為會造成數規範的該當問題，則是行為所形成的犯罪事實情況，在法律規定中，作不同層次的規範所致，而可以確認的是，法律競合問題的成立，應為僅有單一行為的實行，且其所針對的行為客體亦為單一時，方可能發生（註五一）。至於其所侵害者是否為

（註四九）關於完全評價原則，參見黃榮堅，前揭文，186頁。

（註五〇）對於此種說法，似乎仍有補充之必要性存在，亦即對於所謂「一罪性」的釐清。關於所謂「一罪性」問題，參見甘添貴，數罪理論之研究（三）—法條競合（八），軍法專刊第四十卷第5期，2頁以下，其中有相當深入的論述，殊值得參考。

（註五一）此處所稱行為及行為客體均要求為單一的說法，簡單地說，就是行為所指向的對

單一法益，則屬於次要的問題，但行為客體需為單一，實乃成立法律競合時的必要條件，蓋僅在行為客體為單一時，法益同一性的見解方有意義。因此，法律競合的基本性質，應存在於法規範對於單一的行為與單一行為客體相互間，作差異性規範，而產生的適用優先性考量關係。為進一步釐清此種關係，實有必要對於作為評價客體的行為及其攻擊對象，以及客體評價的規範間，作一詳細說明，進而探討規範形成與適用關係等法律競合的根本結構性關係。

(一) 評價客體與客體評價

法律競合問題的錯綜交結，主要的癥結所在，乃在對於評價客體與客體評價間認知的游移，根本上對於事實層面單一行為，而疑似有數規範適用的情況，在學理的認知上，尚且能將法律競合問題維持在法規內部關係的分析，而認定法律競合問題僅為法規內部設計的問題而已。故對於處理法律競合基本問題的認知，均嚴格遵守「雙重評價禁止原則（Grundsatz des Doppelbewertungsverbots）」（註五二）。然而，對於事實層面出現有數行為時，卻打破原本法律競合認定的堅持，而將認定的基準在規範層面的判斷，加入存在面所發生事實行為的觀察，同時，對於規範層面，作任意性判斷的詮釋。此種在事實層面出現數行為，而以法律競合問題處理的情況，最主要的問題，則

象，必須維持同一不變，蓋如行為轉向或行為客體出現差異，則在法的評價上，必然發生轉變，此時將不再是法規間優先適用的問題，反而是法規同時適用的問題。僅於行為客體同一的情況下，方能產生法規不同層次的規範，也才能維持所侵害法益的一致性。

（註五二）參見林山田，刑法通論（下），583頁；黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，刊於：台大法學論叢第二十三卷第一期，157頁以下，172頁以下，203頁；auch Jakobs, Strafrecht AT, S. 865, 866；Jescheck/Weigend, aaO., S. 733；Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 567；Samson-SK, Rn. 57 vor § 52；Seier, Die Gesetzeseinheit und Ihre Rechtsfolgen, Jura 1983, S. 225ff.；Vogler, Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit, Bockelmann-FS 1979, S. 715ff., 721, 722；Baumann/Weber, Strafrecht AT, S. 660；Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen 1979, S. 122ff.。

出現在所謂「與罰行為 (mitbestrafte Tat)」的情況。由於此種「與罰行為」的認定前提，出現複數評價對象的情況，乃使得法律競合的結構關係，在學理的分析上，從對評價對象的差異關係，進一步被細分為「假性或不純正想像競合 (scheinbare od. unechte Idealkonkurrenz)」，即指法律競合問題的基本型態，也就是評價的對象僅為單一行為的情況；以及「假性或不純正實質競合 (scheinbare od. unechte Realkonkurrenz)」，即所謂評價對象具有數行為存在的判斷情況 (註五三)。儘管部分學理的見解企圖將法律競合概念與「與罰行為」概念，加以區分 (註五四)，但對二者處理的方式，則並無二致，均是依法律競合的認定模式來處理，也使得此種概念區分，僅具有認知上的作用，對於法律實用與具體運用並無實質的助益。因此，不論是將「與罰行為」視為法律競合中的一種型態，或是將之與法律競合在概念上作區分，都同樣面臨一個法規適用的矛盾難題，亦即如何在具體的事實情狀下，對於獨立的複數評價對象，不以實質競合方式處理，反而僅以單一的刑法規範加以評價 (註五五)？學

(註五三) 參照林山田，刑法通論 (下)，584 頁；甘添貴，前揭文，軍法專刊，第三十八卷第九期，22 頁以下；黃榮堅，前揭文，162 頁；蔡墩銘，刑法精義，370，371 頁；Jescheck/Weigend, aaO., S. 733；Vogler-LK, Rn. 104 vor § 52；ähnlich auch Schönke/Schröder/Stree, Rn. 102 vor § 52；Blei, Strafrecht AT, S. 357；Seier, Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura 1983, S. 225ff. 227；Warda, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, S. 81ff., 89。另外有部分之見解認為，法律競合問題的發生，僅在於單一行為之下，方有可能，至於非單一行為所成的單一規範適用問題，應在概念上與法律競合問題加以區分，而稱之為「與罰行為」。Vgl. Wessels, Strafrecht AT, S. 236, 238；Baumann/Weber, Strafrecht AT, S. 660；Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Bd. 2, S. 392；auch Honig, Strafloze Vor- und Nachtat 1927, S. 6f.。

(註五四) Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, aaO.；Honig, aaO., Vorwort und S. 4ff.。

(註五五) 雖然現行刑法中仍舊存在著複數評價客體，僅以單一刑法規範評價的情況，最明顯的規範即為結合罪之規定，如強盜罪之結合罪 (§ 332)、海盜罪之結合罪 (§ 334)、擄人勒贖之結合罪 (§ 348)、強制性交、猥褻之結合罪 (§ 226 之一) 及發掘墳墓之結合罪 (§ 249) 等，然而此種規定所面臨的適用難題，比其所能解決的問題，更為複雜，儘管斯類規定的法律效果相當重，但其仍然擺脫不了何以對於複

理對於此種異常的現象，仍有存疑，甚至認為對於「與罰行為」的認知與處理方式，不應視為法律競合的類型，而應就個別情況，以想像競合或是實質競合處理（註五六）。同時，因為此種「與罰行為」適用法律競合模式的詮釋方式，也造成法律競合問題更形錯綜複雜，進而產生對於法律競合的本然概念，也產生誤導。由「與罰行為」所衍生法律競合的問題癥結，主要是因法規範結構與事實評價對象錯置的謬誤所致。此種錯置現象可以從二方面觀察，一方面不論是學理或是實務均認為法律競合問題，係存在法規範對於單一評價對象的法規適用選擇問題，亦即僅是對於單一評價對象的法規內部適用問題；然而，在另一方面卻又將形成法律競合的現象，求諸於現實面存在的行為（「與罰行為」即是一例），不但打破評價客體的單一性確認，而將複數之評價對象納入法律競合的處理範圍，更進而將處理的方式，嘗試與想像競合在法律效果上，作同一處理（註五七）。此種「法律競合想像競合化」的處理模式，在論理的基

數行為，得以單一規範評價的質疑，同時所衍生出的問題，如既、未遂判斷問題、參與問題、加重結果問題、串連結合問題之判斷，卻是此種規定所難以合理解決者。關於結合罪問題參見柯耀程，刑法結合罪之研究，警政學報第二十五期，1頁以下；刑法「結合構成要件」之概念，刑事法雜誌第三十八卷第四期，1頁以下。

（註五六）Puppe 教授更直接地從質疑向來對於競合問題的詮釋，進而質疑法律競合中「與罰行為」在處理模式上的正確性。其認為由於刑法競合問題的難題，與焉不是在概念詮釋時，在論述的出發點，就已經產生錯誤。並質疑向來對於「與罰行為」以法律競合處理方式的適切性。其認為對於複數評價對象，作單一評價的處理模式，並非正確，而認為應將「與罰行為」以想像競合方式處理為當。對於此種質疑參照 Puppe, aaO., S. 16 ; dies., Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, in: GA 1982, S. 143ff., 158。

（註五七）由於德國法對於想像競合的法律效果處理方式，是採用所謂「結合刑原則（Kombinationsprinzip）」，亦即將適用規範法定刑的上、下度一併考量，並結合上、下度之重者，故稱「結合刑原則」。我國刑法修正草案對於§55之修正方向，亦朝此修正。惟此種「結合刑原則」是針對想像競合類型的法律效果處理，對於法律競合如以此種方式處理，將產生法律競合處理方式的想像競合化，不但使得法律競合與想像競合的結構差異，更形模糊，亦將顛覆構成要件中法定刑規定的意義。然而，在德國的學理及實務上，卻出現所謂「輕罪規範阻斷效應

礎上，根本找不出合理的說服力，唯一可以理解的理由，只是對於「與罰行為」，在法律情感上作一假象性的合理交代而已，根本不能說明，何以複數評價的對象，得以任意壓縮而以單一規範評價，即視為已足？此種近似恣意認定的處理方式，不但不能闡明法律競合的本質，卻使得法律競合的本然意義，受到最嚴重的顛覆，同時也破壞法律競合根本的結構，更將刑法評價客體與客體評價的關係，導向反因為果的辯證謬誤，致使得刑法評價體系陷入恣意認定的深淵。吾人不禁懷疑，向來對於法律競合問題的認知，是否出現漏洞？詮釋法律競合問題類型時，是否從錯誤的出發點切入，而導致誤入歧途？何以法律競合的基本概念是建立在單一評價客體的法規範適用選擇問題，而在「與罰行為」時卻又承認複數評價客體存在的情況呢？究竟法律競合問題是以單一評價客體為其絕對的基準？或是仍可適用在複數評價客體的單一評價關係？此種疑問的糾結，確實使得法律競合問題在理解上及詮釋上，出現相當令人疑惑與困擾的情況，似乎難以找到一個很確切的認知基礎。追根揭底而言，其主要的核心問題，乃在於到底應從評價客體的行為加以定位？或是從對行為評價的規範出發，來檢討法律競合的本質問題？由於法律競合問題的本質，係確立於在法規範適用時，最終僅有一個規範被適用，因而可以確認法律競合問題，係法規適用單一的問題。然而在法規適用單一的情況，其單一規範適用所適用之對象，可能為單數，亦可能為複數的評價對象，由此，則產生單數及複數評價客體的確認關係。究竟法律競合問題是建立在單一的評價客體基礎上，或是亦可延伸至複數的評價客體？此乃所有問題爭議所在。由於法律競合問題的根本基礎，係建立在單數的規範評價之上，故立於此種基礎，來探求法律競合的結構

（Sperrwirkung des mildereren Gesetzes）」的見解，認為法律競合的處理方式，應與想像競合同視之。Vgl. BGHSt 1, 156；8, 52；19, 188；Stratenwerth, Strafrecht AT I, S. 316；Jakobs, aaO., S. 881ff. (teilweise dafür)；Jescheck/Weigend, aaO., S. 738；Dreher/Tröndle, Rn. 23 vor § 52；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 141 vor § 52；Lackner/Kühl, Rn. 29 vor § 52；Samson-SK, Rn. 78 vor § 52。值得疑慮者，此種異中求同的處理方式，勢必使法律競合與想像競合，形同真假不分的情況，其中值得質疑之處，不言可喻。不同見解者參見 Geerds, aaO., S. 230ff.；Burgstaller, Die Scheinkonkurrenz Im Strafrecht (für österr. Strafrecht), in: Juristische Blätter 1978, S. 393ff., 459ff., 469。

性關係，以及其本質的概念。吾人先從產生法律競合問題的形成因子，即評價客體與單一客體評價間的相互關係，提出三種可能導致法律競合的單一評價情況，加以分析：1、對於單一評價客體所產生的單一客體評價問題；2、對於複數評價客體所產生的單數評價關係；3、對於單數及複數評價客體的單數評價結構。究竟法律競合問題的根本結構性關係為何者？其法規適用單一問題，究竟僅發生於單一評價客體之情形？或是亦可針對複數的評價客體？實有進一步分析之必要。

首先，對於法律競合最根本的型態，即單一評價客體的單一規範適用的評價關係，先行分析。從法律競合問題的觀察，此種單一評價客體的單一規範評價關係，為形成法律競合的本然意義，更具體地說，法律競合問題，係發生於單一評價對象時，有數規範疑似得以同時適用，但僅有一個規範得以對此一評價對象完全評價，其他規範則被除斥。惟何以對同一評價之行為，會發生有數規範的疑似被該當的情形，而最終僅適用一個構成要件呢？欲回答此種問題，必須先觀察評價客體的存在關係，以及法規的形成過程的關係。先從事實面存在的單一評價客體結構，加以分析，法律競合問題的基礎條件，係建立在單一的評價客體上，惟此所指單一評價客體，並非僅觀察事實存在之單一行為而已，而是需進一步對於行為所侵害的法益，以及反射法益侵害的行為客體，作完整性的觀察（註五八）。一般學理的認知，所謂評價客體，均將之界定於事實存在之行為，為此種界定似乎應進一步加以明確化，蓋接受刑法規範評價的對象，除行為之外，仍須包括由行為所導致的事實侵害，而反應事實侵害者，應包含行為客體及保護客體（法益）二者，否則單純之行為即喪失意義。同時，

（註五八）固然刑法決定犯罪類型，係以法益做為分界的標準，然而，行為並不能直接接觸法益，其間需透過一個行為為媒介，方能得知行為所侵害之法益為何，進而確認行為所成立者，為何種犯罪類型。惟對於此一行為媒介屬性的分析，向來缺乏，也因而使得法律競合問題出現適用上的謬誤，而產生如我國實務所認「必然結果」適用法律競合的情況。事實上，行為對於法益的侵害，必須藉由行為客體，方得以反射出行為的動向，進而方能確認行為究竟為何種犯罪類型。因此行為客體的分析，不但是判斷法律競合所不可或缺的條件，更是在決定刑法可罰性前提時，必備之重要因子。關於「結果必然性」的適用質疑，請參照拙著，結果必然性成立法規單一之爭議，收錄於：（五南）刑法爭議問題研究，323頁以下。

所稱評價客體者，係接受法規範評價的對象，既係接受規範之評價，則其本身必然不能含有一絲自我評價的色彩，否則將使得評價產生偏頗。惟既要求評價客體必須單一，則判斷單一與否的標準，乃成為首要的工作。到底單一與否的認定，是從事實情狀作自然考量方式決定？抑或是從法規範加以認定？迄今在學術上（特別是德國刑事法學界）仍舊是眾說紛紜，莫衷一是（註五九）。吾人得以想像者，評價客體既是存在於事實層面，且其為接受判斷的對象，其是否為單一，自然宜從事實層面加以觀察，否則將產生評價對象不確定的評價矛盾情況，亦即可能出現邏輯上的疑慮，當評價對象不確定的情況下，如何能受規範之評價（註六〇）？而評價客體單一的情況下，在規範的適用時，可能產生二種情況，即單一規範適用及複數規範該當的情況，由於單一行為實現複數規範的情況，所形成的法律關係為想像競合的類型，故而法律競合應僅限定在單數規範適用的情況。至於為何法規範疑似有多數被該當，而在適用時，僅一個規範被具體適用，而其他規定卻被除斥？此種情形，應從規範形成關係加以瞭解，在規範的形成過程中，對於同一評價對象，因其行為程度的差異、行為客觀情狀的不同，以及所造成法益危害程度的昇層作用，而有不同層次的規定，故而對於同一評價對象，會產生疑似有多數規範同時存在的情況，亦屬通常之理，例如故意行為導致他人死亡的情況，在刑法的規範中，就可以找出數個疑似該當的構成要件，如§ 277II、278II、294II 及 § 271I，最後因觀察評價對象的行為動向，確認行為主觀意思後，則僅有其中一個規定被適用，其他疑似該當的要件，則被排除在適用之外。因此，法律競合問題的根本形成關係，應建立在單一評價客體的單一客體評價關係上，其與犯罪行為論所關注的問題，即行為可罰性確認的問題，並無二致，均是檢討構成要件該當與否的問題。

其次，形成法律競合的情形，是否包含複數的評價客體？亦即對於獨立之複數評價對象，得否以單一規範即能完全加以涵蓋？向來在實務及學理的認定上，均沿襲舊有的觀念，認為複數的評價客體存在的情形下，亦得以單數的規範加以評價（特別是針對與罰或稱不罰行為），但必須限定在特定的條件下，始得承認之。此所謂特定條件者，乃限定在事實層面的行為關係上，亦即在事

（註五九）關於單一行為的認定爭議，參見林山田，刑事法論叢（二），99 頁以下；批判見解參照柯耀程，變動中的刑法思想，329 頁以下。

（註六〇）關於行為單數的分析判斷，請參照柯耀程，前揭書，329 頁以下，338 頁。

實的複數行為下，如能斷定前行為係後行為的必然條件（一般所稱之與罰或不罰前行為），或是後行為必然為前行為的延伸（即一般所謂與罰或稱不罰後行為），或者是在行為的施行時，必然會伴隨發生之行為者（即所謂與罰伴隨行為），則以單一規範加以評價，即為已足。然而，從事實層面所認定之複數行為，得以為單數評價的條件認定，其標準何在？則迄今仍未有明確的見解出現，也因此產生必然性條件（或結果）認定上的恣意。也因此產生實務上太過浮濫擴張的偏差現象，最明顯的例證，莫過於對於偽造罪相關行為的適用問題（註六一）。固然在刑法中，不能排除有對複數評價對象的單一評價情形，例如連續關係的規定、牽連關係的適用，以及結合構成要件的類型（註六二），但其所產生的型態，有其特殊的條件限制，要不就是立法政策上的考量，如連續犯之適用（註六三）；要不就是犯罪類型的特殊關係，如牽連關係；要不就是行為形成的結構性關係，如結合構成要件是。此種複數客體的單一評價關係，基本上與法律競合之單一規範適用的情形，各不相同，且在處理上，也不同於法律競合的處理模式，蓋其於規範適用上，並無被除斥之規範存在，反而是所該當規範的適用，並無消失不見的質疑。惟在法律競合中（特別是對於「與罰行為」的問題），不但對於複數的評價客體，作單一評價的情況，未提供任何合理的詮釋，且何以在事實層面存在的評價客體，可以任意地加以扭曲與否定，則更令人不解。尤有甚者，對於原有法律規範存在的事實行為，卻得以依法律競合的處理方式，任意判定之。此種判定方式，不但使得事實行為憑空消失，更使得原本存在的規範，不得適用，其中最典型的情況，莫過於刑法偽造罪的

（註六一）關於濫用法律競合關係的批判見解，請參照林山田，論法律競合與不罰之前後行為，台大法學論叢第二十二卷第二期，129 頁以下，157 頁以下。柯耀程，偽造罪之偽造行為與行使行為之法律適用，收錄於：（五南）刑法爭議問題研究，471 頁以下。

（註六二）此所稱結合構成要件者，係指複合行為要素的結合規定，例如 § 328 強盜罪規定、§ 221 強制性交罪規定，而非指學理上所謂之形式結合罪型態，如 § § 226 之一強制性交、強制猥褻結合罪、332 強盜結合罪、334 海盜罪結合罪、348 擄人勒贖結合罪等規定。關於結合構成要件論述，請參見柯耀程，變動中的刑法思想，53 頁以下，83 頁以下。

（註六三）參照柯耀程，前揭書，343 頁以下，369 頁以下。

認定及適用問題（註六四）。因此，對於事實上存在的複數行為，欲為單一規範的評價時，如無特定之條件存在時，逕依法律競合的方式處理，必然產生法理上的矛盾。此種單數規範評價複數客體的認定及處理，不但會引起爭議，更難排除恣意的質疑。

惟刑法中就複數客體的單數評價關係，適用法律競合處理的情況，特別是針對「與罰行為」的情況，向來都被用以處理事實存在的評價對象（註六五），而非法規範內部彼此間關係的檢討，亦即是從事實存在的行為前、後關係的觀察，而非法規範內部對於行為評價的前、後規定之檢討。此種詮釋方式，似乎已經背離法律競合的原本意義，且形成評價客體的行為與客體評價的規範間，另一種的緊張關係。如果此種處理模式，並無瑕疵，則做為評價標準的規範，將形成不明確狀態，蓋其既可對於單一客體加以評價，又可對於複數客體加以評價，則其評價的對象及適用的範圍，將無限制地擴張。且評價客體不定的情況，如何能知究竟應依何規範加以評價？因此，此種對於複數客體的單數評價方式，確實有相當值得質疑之處，甚至係誤解法律競合概念，所衍生出的謬誤。反之，若「法律競合僅發生於同一法規內部適用選擇問題」，且「單一規範不得評價複數客體」的命題無誤，則學理上對於「與罰行為」概念的認知，可能出現問題，而需重新對於「與罰行為」的概念，重新加以詮釋。

（註六四）我國實務上對於偽造罪類型的處理，向來慣用法律競合的吸收關係，而導致偽造行為、行使行為，甚至詐欺情形，均作單一規範適用的處理，然而，卻產生相當不一致的處理情況。就偽造、行使貨幣及有價證券而言，其處理的方式為偽造（重）吸收行使（輕），參照二十四年七月及二十六年四月二十七日最高法院刑事庭會議決議，最高法院五十二年台上字第 232 號判例；就偽造、行使文書者，則變成行使（後）吸收偽造行為（前），參照最高法院六十七年台上字第 1422 號、六十九年台上字第 404 號、六十九年台上字第 695 號、六十九年台上字第 696 號、七十六年台上字第 246 號判例。此種誤用法律競合關係，且於處理上不一致的作法，自然引起學界的非議。參閱林山田，論法律競合與不罰之前後行為，台大法學論叢第二十二卷第二期，129 頁以下，157 頁以下；柯耀程，偽造文書罪前、後行為的適法性判斷，刑法爭議問題研究，461 頁以下；柯耀程，偽造罪之偽造行為與行使行為之法律適用，刑法爭議問題研究，471 頁以下。

（註六五）參照林山田，前揭文，149 頁以下，166 頁以下。

然而，作為評價客體的行為，本就是一個相對概念，亦即相對於法律保護價值（法益）的侵害，法律規範對於法益之保護，有係於一規範中，僅單純針對一法益之保護者，如大部分之個人法益保護規定是；亦有在一個規範中，同時針對於數個法益保護者，如整體法益保護之規定，其除整體性法益外，尚及於個人法益。此外，對於個人法益保護的規定中，仍存在有對於數法益保護規定者，例如結合罪之規定（註六六）者是。如單一行為所侵害者，不論為單一法益或是複數法益，如該法益之保護，僅於單一規範中加以規定者，則仍僅為單一規範之適用；然如其所侵害之數法益，並非置於單一規範中保護，而係分別為數規範保護之內容時，則單一行為的評價，即不能僅作任意性選擇由單一規範適用，而必須完整地反映行為及其所生侵害的非價判斷，而同時適用複數之規範（此係想像競合適用範圍）。反之，如係數評價客體的行為存在時，除法規範在形成之初，已經對其所侵害法益，在一規範中，作完整之評價外，則必須對複數行為以複數規範，作複數之評價（註六七）。因此，法律競合關係之形成，本無關乎評價客體單複數之認定，而係以單一評價客體，作單一之客體評

（註六六）此所稱結合罪者，並非指單純構成要件與構成要件之結合類型，即學理上所稱「形式結合罪」概念，如刑法§§332、334、348。而是指行為要素結合的類型，即所謂「實質結合罪」概念，如強盜（§328）、強制性交（§221）、恐嚇取財（§346）等類型。關於結合罪或結合構成要件問題，參見拙著變動中的刑法思想，53頁以下、85頁以下。

（註六七）關於作為評價客體的行為，何時為行為單數（Handlungseinheit），何時為行為複數（Handlungsmehrheit），在德國學理上，曾經有過非常大的爭議，而形成確認行為單數，即可判斷行為複數的推理方式，然而，對於行為單數的認定，則又意見紛歧，並在學理論述過程中，出現數種行為單數的認定標準，其中包括「自然意義下的一行為（Handlung im natürlichen Sinne）」、「自然的行為單數（natürliche Handlungseinheit）」、「構成要件的行為單數（tatbestandliche Handlungseinheit）」，以及作為判斷連續關係的「法的行為單數（jüristische od. rechtliche Handlungseinheit）」，目前在德國實務及學理判斷的通念，乃採取規範判斷的構成要件行為單數的概念，但此非無問題存在，批判見解者，請參照柯耀程，變動中的刑法思想，315頁以下；柯耀程，評德國刑法競合論「行為單數」概念，東海大學法學研究第十四期，123頁以下。

價，其如何評價，方為完整，則係規範內部之問題。

(二)法律競合的結構

從評價客體與客體評價關係的分析，可以發現，法律競合的基本結構關係，應係立於單一評價客體與單一客體評價的基礎上，惟對於單一評價客體的評價單一，何以又會發生疑似數規範適用的情況？其主要之癥結，乃發生於規範內部之內含關係，然而，何以規範會有內含關係存在？此則又為立法考量之問題。就刑事立法而言，在刑罰規範形成的過程中，對於一評價客體，立法者基於事實情狀之規範必要性考量，而將所欲規範之對象，作不同行為階段、不同行為情狀，或是不同侵害程度的思考，進而形成一個對評價對象全面性的規範。由於對於同一評價客體之規範間，具有不同情狀之層次考量，而使得對於同一評價客體的評價，會出現疑似有數規範得以適用之情形，然其最終仍只有一個完全評價的規範得以適用之，其餘疑似被該當的規範，則被除斥。因此，法律競合問題，乃係規範內部對於同一評價客體之不同層面規範所致，如欲探求法律競合的結構關係，則需從構成要件的規範內部著手觀察，何以在不同規範中，會發生法律競合問題，又得以產生法律競合的規範間，需有何種條件存在，方有疑似多數規範該當，卻僅一個完全適用之情形。斯類問題乃有必要進一步分析。

法律競合問題之發生，必然僅存在於針對確認之單一評價客體之評價關係，惟單一評價客體雖係法律競合產生的必要條件，但並非充分條件，畢竟對於同一評價客體的評價，在規範適用上，可能僅為單一規範該當，亦可能為複數規範該當（註六八），而法律競合問題基本上僅發生於單一規範適用的情況，然而，並非所有單一規範適用之情形，均足以產生法律競合問題，如在法規範

（註六八）此係想像競合的基本類型，亦即一行為同時實現複數規範，而各規範皆為真實被該當，而非假象式地該當而已。至於何以一行為得以同時實現複數規範，此乃規範對於評價對象的本然關係。誠如 Binding 所言，對於同一事實，立於不同觀點，可能得出單數或複數的判斷結果。Siehe Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 719。同樣地，Jakobs 亦認為，一個構成要件該當的行為，僅為一個法規範之侵害，而一個非構成要件意義的行為，可能實現多數罪名。Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, S. 886, 892。

中，對於行為的評價，僅止於一個規範適用，並無發生其他規定疑似該當之情形，則亦不足以產生法律競合。至於何以在單一法規適用的情況下，會出現尚有其他規範疑似該當之情況呢？此種情形本屬於法規形成過程中，對於同一評價對象之不同情狀、或是不同程度侵害的立法考量，然此種法規內部結構，仍須有一定之基本前提條件存在，適足以成立法規內部之假象競合。從規範要件加以觀察，對於一評價對象，疑似有數規範被該當的情形，其必然係以「同一行為（*identische Handlung*）」作為規範間之共同評價對象，此係法律競合關係的基本前提。此外，各規範所規定之客體要件，包括行為客體（*Handlungsobjekt*）與保護客體（*Schutzobjekt*，或稱法益 *Rechtsgut*）要件，必須具有同質性關係存在，亦即形成法律競合的客體條件有二：其一必須行為所攻擊的對象，並無偏離現象產生，也就是必須維持行為客體之同一性（*Identität des Handlungsobjekts*）；其次行為所造成保護客體之侵害，必須具有侵害的同質性關係，也就是法益侵害之同類性（*Gleichartigkeit der Rechtsgutsverletzung*）（註六九）。如在客體條件上，出現不同質的關係，則根本不生法律競合問題，其所產生者，或為想像競合，或為牽連關係。詳言之，同一行為針對不同客體，儘管所侵害之法益相同，例如向人群丟一炸彈，結果炸死數人，則其行為客體並非同一，雖侵害之法益相同，仍非法律競合關係，而係「同質想像競合」的類型；反之，如行為客體相同，但所侵害之法益不同時，亦無法律競合關係存在，如對一人之攻擊行為，除造成其傷害之外，尚損毀該行為客體之其他財物，此亦係想像競合或牽連關係適用之範圍，並非法律競合問題。因此，成立法律競合關係的規範基本結構，必須嚴格限定在：1、規範係對同一行為型態之規定，其不論為行為升層之規範，如未遂→既遂，或是

（註六九）學理上對於成立法律競合之客體條件的論述，通常較為常見者，係以法益同一性為基礎的見解。如黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，台大法學論叢第二十三卷第一期，157頁以下，186頁；蔡墩銘，刑法精義，375頁。又德國實務上亦多採此種法益同一性之見解，vgl. RGSt 68, 407ff.；BGHSt 1, 241ff.；BGHSt 8, 801ff.；BGHSt 11, 15ff.。惟對於行為客體同一性的見解，則未有所聞。本文從方法學分析的觀點，認為行為對於法益之侵害，必須藉由行為客體作為媒介，如此方足以確認行為侵害法益之動向，故認為法益侵害之同一性，在客體條件上，尚不足以確認法律競合的形成，必須加上行為客體同一的條件，始能確認法律競合關係。

危險→實害，或是行為客觀情狀之不同規定，如加重竊盜罪之於普通竊盜罪是；2、針對同一行為客體，蓋規範中，會發生疑似該當情形，最典型者，應為對於同一客體之不同侵害程度之規定，例如傷害→重傷害→殺人，其所針對之行為客體，必須始終維持對於同一人之侵害；3、法益侵害之同類性，而所侵害之結果，則為升層之效應而已，例如基本結果→加重結果。蓋刑法規範中，同類規範的區分，基本上係以法益作為區分之標準，同一行為所侵害之法益，必須具有同類關係，方有除斥情況存在，如法益不同類之情形，其評價關係，必然發生轉變，蓋法益不同類之侵害行為，如以單一規範評價，則將發生評價不完全之缺陷（註七〇）。因此，得以形成法律競合之行為侵害結果，其侵害法益間，必須具有同類性（或同質性）關係，所不同者，僅在於規範對於不同之侵害程度，作層次性規定而已，諸如普通傷害結果之於重傷害結果，或是普通傷害結果之於傷害加重結果，乃典型之法益侵害升層規範。

對於規範間得以形成法律競合之結構分析，尚有一個問題，必須加以注意者，即以共同行為客體之不同法益為保護的法律規定，其彼此間是否會發生法律競合的關係，此種問題最常見者，乃在於以相同行為客體作為行為侵害之媒介，而對於行為所規範之侵害，則有所不同之情況，例如剝奪他人行動自由與傷害類型之規定，二者規定均以人為行為客體，但行為侵害之規範則有所不同，前者係以自由之侵害為行為之規範，而後者則以人之身體或健康作為規定，其雖係以相同之行為手段（如以強暴之手段），針對相同之行為客體（行為客體均為人），但卻是不同法益保護之規範（一為自由；一為身體完整性或健康），二者間應不發生法律競合關係，亦即如行為所針對行為客體之侵害，如同時造成二法益同時侵害時，則並非疑似該當，卻被除斥之情況，此應為真實競合之問題（註七一），而非法律競合之規範結構關係。同樣之情形，不勝枚舉，以一、二為例，如搶奪與傷害、強盜與傷害、放火罪與毀損罪之間，斯類

（註七〇） 參見黃榮堅，前揭文，172頁以下，186頁以下。

（註七一） 此種行為客體相同，但侵害法益不同之規定，實務上向來傾向以行為之「必然結果」為名，而採用法律競合關係處理，見最高法院三十年上字第 3701 號判例。惟學理上對於此種行為侵害之關係適用法律競合之處理方式，頗有質疑，參見林山田，刑法各罪論（上），166、167頁；柯耀程，結果必然性成立法規單一之爭議，收錄於：刑法爭議問題研究（五南）323頁以下。

規範間均具有相同之行為客體，但行為侵害之動向，均不相同，故而均不能以法律競合關係視之（註七二）。

此外，關於學理上所探討之「與罰或稱不罰行為（mitbestrafte od. straflose Tat）」，學說上均視其具有複數之評價客體存在（註七三），然而對於「與罰行為」之評價，並不因其結構上，具有複數之行為，而作差異之處理，學理上仍舊適用法律競合之法理（註七四）。由於「與罰行為」在結構上，似乎不同於常

（註七二） 此種行為手段與客體相同而法益侵害不同之法律規定，事實上應如林山田教授所言，宜以真實競合處理為當。參見林山田，前揭書，167 頁。至於何以會發生誤用法律競合之情形？主要問題之癥結，乃在於向來學理對於行為手段與行為客體的詮釋不足，遂使得實務具體適用時，只要有相同客體存在時，即完全傾向法律競合關係之處理，此一問題甚至發生在立法者的身上，特別是對於放火罪之規定（§ 173ff.），似乎此種規定僅是毀損罪（特別是 § 353）之特別行為形式之規定而已，而使得公共危險罪淪為僅是財產毀損規定的另類規定。事實上，此種以相同行為客體作為不同侵害行為之媒介的規定，在詮釋上應將其視為達成行為結果的客體，如對於該客體亦有本然性之侵害時，仍須加以評價，其適用關係或為想像競合，或為牽連關係，但絕非法律競合適用之範圍。至於行為客體的媒介性質，以及其具體規範適用問題，仍值得刑法學理再進一步加以釐清，由於此一問題並非本文之主軸，故不加贅述，此宜另外為文論述之。

（註七三） 學理上將「與罰行為」作事實層面之觀察，認為與罰行為者，係具有複數行為存在，僅在評價時，將其納入基本行為處罰之中，不再對其加以評價，故又稱「不罰行為」，其型態在學理上包括有「不罰前行為（straflose Vortat）」、「不罰後行為（straflose Nachtat）」二主要型態。對此參見林山田，刑法通論（下），609 頁以下；蔡墩銘，刑法精義，370 頁以下，auch Honig, Straflose Vor- und Nachtat 1927, passim；Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 736；Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT Teilb.2, S. 411ff.；Baumann/Weber, Strafrecht AT, S. 679ff.；Samson-SK, Rn. 69ff. vor § 52；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 112ff. vor § 52；Vogler-LK, Rn. 131ff. vor § 52。而在德國學理上，更將與罰行為之型態加入「與罰或不罰伴隨行為（mitbestrafte od. straflose Begleittat）」。Vgl.dazu Jakobs, Strafrecht AT, S. 875；Jescheck/Weigend, aaO., S. 737；Maurach/Gössel/Zipf, aaO.。

（註七四） 同上註。

態下之法律競合結構關係，但仍依法律競合之處理方式處理，此種因結構被認定具有差異的事實情狀，卻未為差異處理的方式，必然面臨一種兩難情況，一方面既然「與罰行為」的結構中，具有複數的評價客體存在，理應為複數之評價，卻仍舊作單一之評價，此種評價是否完足，仍有疑慮，且複數的評價客體作單一評價時，除非有相當充分之正當性存在，否則均難排除恣意之嫌，蓋為何對於事實存在的行為，將其任意含納在其他行為中（與罰），而僅以單一構成要件加以評價，即認為已經對於所評價的對象，作完足之評價，似乎在論理的基礎上，不能有充分的說明，且將與罰行為之結構界定在複數行為，則以單一規範適用，必然發生該適用之規範，其所規範的範圍，是否得以同時包含與罰行為之疑慮，事實上，與罰行為通常均各有其專屬適用的構成要件存在，其基本評價關係，並非來自適用之構成要件。因此，對於「與罰行為」的結構，認為是數行為的說法，恐無法說明，何以其得以被與罰在適用之構成要件中。同時，如此種見解，似乎亦未明確說明，此種複數行為的與罰關係，究竟是在立法階段，即已被考慮，或是在適用時，再委由法官就個別情狀，加以判斷？顯然，此種結構的認知，恐係詮釋上的謬誤；另一方面，若認為與罰行為具有複數之評價客體，必須為複數之評價，則恐又失之輕率。蓋與罰行為之所以不同於一般複數行為之評價關係者，乃在於該行為與基本行為間，具有特定之關係存在，此一特定關係，主要係從整體評價與重複評價禁止的觀點所為之思考，而且此種特定關係的形成，並非在於法律適用的判斷階段，而是在法律形成之初，即已產生，亦即在立法階段，就必須加以思考，而此種結構關係，通常發生在三種情形：1、立法者對於行為的過程，作階段性之規範，從而前階段之行為評價，必然包含在後階段行為評價規範之中，例如傷害→重傷害→殺人是，此一結構之前階段行為，必然與罰於後階段行為之中，此種類型，即發生與罰前行為（mitbestrafte Vortat）的情況；2、立法者對於同一侵害客體所做之分段規範，例如多數財產犯罪規定之於贓物罪之規定，蓋於財產犯罪中，前行為所侵害之客體，與後階段法所規範之贓物，係屬同一客體，如仍對後階段之持有贓物行為，加以評價，無異是對於同一行為人行為之侵害客體重複評價，違反重複評價禁止原則。此時，在同一侵害客體之規範關係中，同一客體在前行為階段，已經被侵害，法規範亦對之加以評價，則後階段之評價規範，自不能再適用同一侵害關係，後階段之行為（疑似行為型態），乃為前階段評價所涵蓋，故而其乃產生所謂與罰後行為（mitbestafte Nachtat）之情況；3、立法者

對於特定犯罪類型中，行為之實行，必然含帶著特定之行為形式，而將該附隨之行為形式，於基本行為中，加以完整評價。例如具有加重構成要件的情況，其成立的過程中，必然含帶有加重條件存在，如加重竊盜罪中之毀越門扇，必然含有毀損或侵入住居之情狀，但整體評價，仍僅適用加重竊盜罪之規定，不再另論毀損或侵入住居之妨害自由，此時因法規範關係，伴隨之行為情狀已然含蓋在整體行為之中，而成為最終被適用規範之伴隨行為（*Begleitatt*）。從而，與罰行為的基本結構關係，仍究為法規範內部所生之問題，而非評價客體存在的問題。

基本上，不論是一般法律競合的結構關係，或是與罰行為問題，在成立的前提條件上，具有共通之處，亦即其均屬於規範內部之關係，其之所以會發生疑似該當的法律規範，在適用時，卻被除斥而無適用餘地，主要係因規範形成的關係所致，即使是與罰行為，其所與罰者，實乃評價規範之與罰關係，而非行為之與罰關係，詳言之，即在規範形成時，對於與罰的評價對象，在特定條件存在下，於規範形成之初，即已評價，並非等到規範適用時再行評價。故而，即使是與罰行為的結構，仍舊不超出一般法律競合形成的基本條件。此種結構關係，基本上與評價客體無關，僅發生在於對於一評價客體之前後評價標準適用的衡量而已，也就是法律競合僅是規範內部所發生的問題。而導致法規範內部發生法律競合問題的基本條件，即為 1、單一行為；2、同一行為客體；3、同質法益之侵害關係，由於法規範針對此一基本條件的規定，可能有數個，故有疑似該當數規範之情況，然法律規定對於同一評價客體的規範，本有層次上之差異，然而最終僅適用一個完全評價之規範而已。至於所疑似該當規範的取捨問題，則為法律規範具體適用之問題。

（三）規範適用問題

法律競合的結構，係對於單一評價客體的單數評價，然而因法律規範的內部形成關係，致使得疑似有多數規範亦被該當之情形，最終卻僅單一規範被適用，其他規範則被除斥。而被除斥之規範，在具體適用上，對於客觀存在之行為，並無任何評價效應存在。然而，在多數疑似均有該當的構成要件中，何者方得成為最終被適用之規範，何者對於評價不發生作用？則需檢討構成要件與客觀具體事實間之關係。基本上，構成要件對於具體事實之評價，必須先確認

評價對象的結構關係，以作為評價之基礎。至於法規範如何適用於具體事實，則必須從具體事實與法規範規定之要件間，作整體之觀察。首先必須先就規範評價客體的行為，先行確認，其中包括導引行為的主觀要件，以及行為實行之方式；其次再就行為所造成之外界變動，予以確認，亦即行為所造成之法益侵害關係，作具體之觀察；再次檢視行為之客觀情狀，是否具有特定要件之該當關係，從而整體事實情狀，則成為選擇規範適用之基礎，在規範適用時，必須對於具體事實完全涵蓋，構成要件對於事實的合致關係，必須所有主、客觀要件，均與具體事實完全吻合，既不能多，也不能少。如此與具體事實完全密合的構成要件內容，方為最終適用之規範，至於其他無法完全對於具體事實評價之規範，或是超越具體事實範圍之規範，均無適用之餘地，例如傷害行為（主觀為傷害故意，且行為實行方式亦為侵害他人之身體或健康），卻產生重傷害之結果者，則所適用之規範，必然為傷害致重傷之加重結果犯，蓋僅此加重結果規定，對於具體事實方為完全評價關係。雖然具體事實係以傷害行為為基礎，但傷害罪之規定，並無法完全涵蓋具體事實，從事實面加以觀察，具體行為似乎也該當傷害罪之規範，然其仍有超出傷害罪構成要件之部分（重傷害結果），故而傷害罪不能取得對該事實之具體適用；同樣地，重傷害之規定，雖與具體事實之結果相當，但重傷害規定，不論在主觀要件，或是行為形式，均超出具體事實的範圍，故雖結果相當，但仍無適用餘地。又如殺人行為僅造成他人受皮肉傷害，其結果與傷害罪之結果相當，但事實行為卻超出傷害罪規範之範圍，故僅能適用殺人未遂之規定，而無適用傷害規定之餘地，蓋僅有殺人未遂規定，方得以完全涵蓋具體事實。因此，在對於具體事實的評價上，雖於事實發展過程，可能有疑似侵害數規範之情況，但最終之規範適用，僅能選擇完全合致之規範適用之，其他疑似被侵害之規範，則完全被除斥，並無適用之餘地，甚至在具體規範評價上，被除斥之規範，不論在具體事實之不法內涵認定，或是反應可罰性之法律效果的衡量，均無任何效應存在。

惟在規範適用問題上，有部分學者認為，在法律競合關係下，雖然僅得適用單一規範，被除斥之規範，對於具體事實的評價，並無實質之作用，亦無由反映出其已被該當，但由於被除斥規範，在形式上，亦屬被具體事實發展所侵害，如無能反映出其評價關係，則似乎不能對於除斥規範，既被該當，卻無適

用的情況，妥善加以說明（註七五）。因而，認為在法律效果的決定上，應採取如想像競合處理法律效果之方式處理，亦即對於法律競合問題，在法律效果的處理上，亦採取刑之結合原則（Kombinationsprinzip der Strafe）（註七六），而

（註七五）此種將法律競合被除斥構成要件，在法律效果上，仍應加以考量的情況，特別是對於與罰行為的適用，具有相當之意義存在。學理之所以質疑法律競合僅適用單一規範的方式，主要亦發生在與罰行為之中，蓋與罰行為的結構，傳統上均視其具有不同之行為形式存在，此種與罰關係，如不能突顯出不同構成要件的侵害，顯然容易造成從規範內部中，無法合理說明為何可以「與罰」的理由。然而，如以傳統上對與罰行為結構之認知，則此種質疑，並無可議之處，但如傳統上所認知的與罰行為結構，有所偏失時，則此種反應被除斥要件的看法，恐有令人產生質疑。事實上，傳統所認知的與罰行為，其觀察方向放在具體行為的見解，並不妥當，蓋所謂與罰者，係指在構成要件中，對於特定之行為評價，已於規範設置時，即已考量，且此種行為的內涵，亦已包含在一構成要件之中，故所稱與罰，仍係規範內部的結構關係而已，並非發生在具體行為的觀察。例如對於財產犯罪之行為人（正犯），其所受害者為財產法益，而該財產法益，已在個別之財產犯罪構成要件中，加以評價，故其後所持有之犯罪所得，即不能在論以贓物罪，該贓物罪在同一財產犯罪之行為人，已然在個別財產犯罪規定中「與罰」。此與罰的概念，並非指財產犯罪行為人在財產犯罪後，所有處置犯罪所得行為，均視為不罰，蓋如該行為人出脫贓物後，又再行買受該贓物，則仍須受贓物罪之規範。因此，與罰行為者，並非具體行為的「與罰」，而是法規範內部在特定條件下，對於特定行為形式，置於同一構成要件的評價中，此方是所謂「與罰」的概念。

（註七六）此種見解特別是在德國，不乏有學者主張。然而，學理上卻是看法相當兩極化。認為被除斥規範之低度刑具有阻斷效應（Sperrwirkung）者，如 Jakobs, aaO., S. 881, 882；Jescheck/Weigend, aaO., S. 738；Stratenwerth, Strafrecht AT Teil I, S. 316；Haft, Strafrecht AT, S. 265；Dreher/Tröndle, Rn. 23 vor § 52；Lackner/Kühl, Rn. 29 vor § 52；Samson-SK, Rn. 78 vor § 52；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 141 vor § 52；auch BGHSt 1, 152（156）；7, 307（312）；8, 46（52）；10, 312（315）。持相反看法者，認為被除斥規範，不但在犯罪成立的認定上，毫無作用，在法律效果的量定，亦不能取用，亦即否定被除斥規範低度刑之阻斷效應。So dazu vgl. Geerds, aaO., S. 167, 230ff.；Bruns, Das Recht der Strafzumessung 1985, S. 185；ders., Anmerkung zu

將法律競合之處理與想像競合拉近，從而法律競合與想像競合的界限，將更形模糊。此種見解或許是試圖對被該當卻被除斥規範的適用關係，找尋出路，並企圖藉由法律效果的具體作用，說明法律競合中被除斥之規範亦被該當，其在評價上，亦應反映出被除斥規範被該當的具體效應。此種見解的出發點，乃在於法律競合之結構關係，似乎同時實現數罪名，而該數罪名既然被該當，則在評價上亦應反映在最終之法律效果之上，故而其質疑被除斥規範完全無適用餘地的看法，持此種見解者認為，行為既然在整體過程中，同時實現數規範，則該數規範均應在行為評價上，有共同之作用，就如同強盜罪在行為實現的過程中，亦實現強制構成要件，該強制構成要件，在行為的評價上，亦應有實質意義存在。

固然，將法律競合之處理方式等同於想像競合，在評價意義上，並無不妥。然而，此種見解會使得法律競合與想像競合的實質差異，變得毫無意義，且造成真實競合與假象競合間的概念混淆，更使得法規範內部彼此間的關係，變得毫無關連，形成各規範間均各自獨立的情況，彼此間更無所謂特別或補充關係存在，更遑論所謂吸收問題，此外，如將法律競合等同想像競合處理，亦將使得對於一行為的評價，陷入重複評價的謬誤之境。須知法律競合問題，係規範內部彼此間關係所形成之規範適用選擇問題，如各規範間均視為被具體實現，而需全部適用，則規範內部的相互關係，將被破壞，從而，殺人必經傷害與重傷害過程，如在適用上亦需反映出傷害與重傷害之評價效果，則依殺人行為中，所經歷之傷害與重傷害，將被數次重複評價，其所得之意義，無異是殺人罪之構成要件，並不包含傷害與重傷害，此種說法，恐有違事物之本然。此外，法律競合關係的發生，係對於同一評價事實的昇層或轉化關係，透過同質性之構成要件作昇層或轉化（變體）之規範，在立法之初，此種彼此間所產生的內含關係，即已形成，規範層次較廣的構成要件，已然包含範圍較狹構成要件之評價，因此在具體適用上，僅能選擇其中一個與具體事實完全吻合之構成要件適用，其他要件則完全被除斥，其在具體適用上，不但對於犯罪行為的認定，毫無作用，且在法律效果的量定上，亦不得加以引用（註七七）。

BGH 30, 166, in: JR 1982, S. 166.

（註七七）雖然法律競合所涉及法規範適用選擇問題，其最終適用的法律規範，在法律效果的限制上，僅能從其法定刑中，加以量定，但並非即意味著在刑罰裁量時，僅能依照

法律競合所涉及者，係對於單一評價對象之法規適用的問題，而法規範內部中，因規範間具有內含關係存在，故而在選擇適用時，乃產生疑似該當，卻無法適用的情形，此係法規範內部結構問題，詳言之，此種法律競合關係係法規範形成時的問題，畢竟對於一個評價客體的規範評價，往往並非僅以一個法律規定來規範，對於同一評價客體，因其實行階段不同，所造成之侵害程度，以及客觀情狀，皆有所差異，故而規範形成時，即需考量到此種事物本然之情狀，也因而產生行為實行過程中，跨越數規範的情形，但規範內部的層昇規定，終究僅有一個（且僅能有一個）規範被完全適用，其他規範則無適用餘地。

對於同一具體事實，因規範內部結構的關係，而產生疑似有多數構成要件被該當的情形，究竟那一個構成要件得以取得最終之具體適用？此一問題，應屬評價客體與客體評價間該當性判斷的問題，然而，在規範內部對於同一評價客體，往往會做不同層次的規範，各構成要件之間，也因此產生各種不同的關連性，而此種關連性的存在，則成為法規範適用時，必須先加以判斷的基礎。通常刑法構成要件形成的基礎，乃以基本的行為事實作為規範核心，而形成所謂基本構成要件（Grundtatbestand），在基本構成要件中，具有三個構成要件最根本的內容，即行為、客體及侵害（法益）。首先需加以說明者，行為係刑法規範的評價對象，該行為要素的規定，亦成為構成要件的核心要素（Kernelement des Tatbestandes），在構成要件體系中，行為要素係犯罪類型區分的重要標準，亦為刑法規範所不可或缺之要素，如果刑法規範欠缺行為要素，則該規範即不能稱之為不法構成要件，詳言之，刑法中並沒有欠缺行為要

適用規定之法定刑，作嚴格限制之刑罰認定，如此時被除斥之規範中，具有較高之低度刑時，在刑罰裁量上，則應以此較高低度刑作為量刑之底線。此種低度刑之刑罰裁量阻斷效應（Sperrwirkung des verdrängten Strafgesetzes im Rahmen der Strafzumessung），基本上在德國的學說上，屬於調和的折衷見解，亦較為學理所接受。然而，此種調和見解，亦非毫無瑕疵，蓋如被除斥規範之不法內涵，已然包含於適用規範之中，則何以在立法上會出現其具有較高之低度刑的情況，而得以在刑罰裁量時，產生阻斷效應？此種調和見解，應屬於一種單純概念想像的產物。持調和見解者，vgl. Monttenbruck, Strafrahen und Strafzumessung 1983, S. 170, 171；Bringewat, Die Bildung der Gesamtstrafe, S. 78。

素的構成要件，否則刑法規範的評價對象，即無由確認；其次，客體要素在構成要件中的地位，主要係為確認行為之動向，進而確定犯罪行為的類型。客體要素又因行為所攻擊之對象與法規範所保護對象的概念差異，又區分為行為客體（Handlungsobjekt）與保護客體（Schutzesobjekt od. Rechtsgut），基本上行為客體係確認行為之攻擊目標，以及確認行為侵害法益之動向，而保護客體則為決定犯罪類型之屬性，以作為犯罪行為規範評價的基準；再者，侵害程度之大小，則為決定行為評價程度的標準，亦為決定犯罪類型應定位為何種屬性的根本，究竟行為之侵害形式，應定位為實害犯或危險犯、舉動犯或結果犯，則應視行為對於法益之侵害可能性定之。此外，侵害之有無，亦為判斷行為既、未遂之依據。刑法中各種犯罪類型之規範，均以基本構成要件為規範形成的根本，進而考量各種行為之情狀，而產生所謂之變體規範（abgewandte Normen）（註七八）。在規範內部各構成要件間之關連性，亦是以變體規範與基本規範的關係，作為認定的基準，從而在各基本構成要件、變體規範與基本規範，以及各變體規範間，乃建構成各種不同的關係，不論是異質關係、交集關係，或是內含關係，在內含關係中，因各規範間相互關連性的存在，從不同角度觀察其彼此間之關係，遂產生各種法律競合的形成關係。

（註七八）關於變體規範的形式，可區分為獨立變體構成要件與非獨立變體構成要件，稱獨立變體構成要件者，係從根本犯罪類型之行為要素，加以轉變而形成之新獨立構成要件，獨立變體構成要件之屬性，已和基本構成要件不同，其犯罪性質係屬獨立於基本構成要件之外，例如以取走（Wegnahme）要素為基本構成要件的竊盜罪，因取走要素的改變，形成搶奪形式，產生搶奪罪之新構成要件，其與竊盜罪之屬性已然不同；而非獨立變體構成要件，則係維持根本構成要件之核心要素（行為要素不變），僅因行為之客體或客觀情狀之改變，所形成之另一構成要件，此等構成要件的犯罪類型性質，仍舊屬於基本構成要件之性質。從而非獨立變體構成要件與基本構成要件間，乃形成法律競合關係之一。關於變體構成要件論述者，參見林山田，刑法通論（上），117頁。

五、形成「法律競合」之關係與質疑

法律競合問題，原為規範內部各要件間相互關連性所形成之法規範適用選擇的問題，會發生法律競合者，僅在規範彼此間具有內含關係時，方得以發生（註七九）。惟在多數疑似該當的構成要件中，究竟那一個構成要件被適用，那一些被除斥？所應檢討者，應為評價關係的問題，然而在確認評價關係時，規範內部個別構成要件間彼此的關係，應先加以認定。基本上規範彼此間所得以形成法律競合關係，應為雙向之觀察，而非僅是單方向的界定，在二構成要件間如屬內含關係，則包含者之於被包含者，或可以特別關係稱之，但被包含者之於包含要件，則並非特別關係，此時被包含要件係一種攔截之規定，或可視為補充包含要件的適用規定。例如加重竊盜規定與普通竊盜規定間的關係，如從加重竊盜罪看普通竊盜罪，則加重竊盜規定為普通竊盜規定之特別規定；如反過來從普通竊盜罪規定看加重竊盜罪，則普通竊盜罪又成為加重竊盜罪之基本規定，二者間的關係如何，應從觀察角度而定；又如既遂之於未遂的規定，既遂屬於完整規定，而未遂則為攔截規定，二者關係或為特別關係，或為補充

（註七九）法律競合問題，主要係發生在法規範具有內含關係的說法，當推 Klug 對於構成要件彼此關係之分析開始，然而依照 Klug 的看法，構成要件彼此間所具有的三種關係，除內含關係方足以發生疑似該當，卻被除斥的法律競合情形外，交集關係亦可能產生法律競合問題，至於異質關係則無法律競合問題存在。Vgl. Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, in: ZStW 68, S. 399ff., 405~409；從 Klug 之見解者，如 Hruschka, Strafrecht AT, S. 382, 383。惟 Klug 的分析，似乎並未真正掌握住構成要件彼此關係分析的主軸，遂將交集關係誤認為具有法律競合之情形，該交集關係中，二構成要件所交集的部分，並非獨立之規範，如交集部分亦屬獨立規範，則所形成者，亦非交集關係，而為內含關係。且構成要件之該當，並無所謂部分要素該當的評價問題，因此，將交集關係亦視為足以形成法律競合的關係，事實上並不恰當。而 Jakobs 則認為，會發生法律競合之情形，僅有在規範彼此間關係為特別關係時，方得以發生，亦即會發生法律競合的情形，僅有一種，其他通說所稱之法律競合形成關係，僅是此一特別關係下的次位型態而已。Vgl. Jakobs, aaO., S. 865ff. Jakobs 的見解與本文有相近之處。

關係，端看其從何角度加以觀察。

惟一般通說對於法律競合關係的觀察，乃單純從規範具體適用時，適用與除斥構成要件之關係加以分析，而將法律競合形成的關係，區分成三種主要關係（註八〇）：即 1、特別關係（Spezialität）；2、補充關係（Subsidiarität）；3、吸收關係（Konsumtion）。另有部分學者，更將所謂擇一關係（Alternativität）亦視為形成法律競合的關係（註八一）。此外，在法律競合問題中，爭議性最大者，應屬與罰行為之規範適用問題（註八二）。蓋與罰行為所實現之複數規範間，如依通說之見解，各被實現之構成要件間，一方面似乎並無內含關係存在，另一方面學理對於與罰行為的觀察，均從事實行為為出發，在複數行為之複數構成要件實現的結構上，何以得依據法律競合處理？在學理的論述基礎上，似乎仍舊顯得薄弱，莫怪乎有學者質疑與罰行為的型態，及其適用關係（註八三）。由於形成法律競合問題的規範關係，在學理上始終存在著相當分歧的看法，茲將各種關係分析並檢討如次：

（註八〇）參見林山田，刑法通論（下），588 頁以下；黃常仁，刑法總論（下），163 頁以下；此種區分的見解，為德國之通說，vgl. Jescheck/Weigend, aaO., S. 733ff.；Maurach/Gössel/Zipf, aaO., S. 388f.；Samson-SK, Rn. 60ff. vor § 52；Vogler-LK, Rn. 108ff. vor § 52；Lackner/Kühl, Rn. 25ff. vor § 52；Geerds, aaO., S.179ff.；Stratenwerth, aaO., S. 312ff.。

（註八一）參見韓忠謨，刑法原理，374；蔡墩銘，刑法精義，377；甘添貴，罪數理論之研究（三），軍法專刊第 40 卷第 4 期，2 頁以下；auch Baumann/Weber, Strafrecht AT, S. 664；Klug, aaO., S. 414。在德國學理中，對於擇一關係的論述，通常將其分成廣義擇一關係與狹義擇一關係，認為如欲將擇一關係視為法律競合的一種關係，僅在於廣義的概念下，方有意義，在狹義的概念上，則屬多餘。此種批判見解，vgl. Vogler-LK, Rn. 106 vor § 52；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 133 vor § 52；Jescheck/Weigend, aaO., S. 734。

（註八二）甚至有學者將形成法律競合的關係，區分成特別關係、補充關係與與罰行為。So vgl. dazu Schönke/Schröder/Stree, Rn. 104 vor § 52；Schmidhäuser, aaO., S. 446。

（註八三）對於傳統詮釋下之與罰行為，其適用法律競合的質疑，最為深切者，當推德國學者 Puppe，見註 56。

（一）特別關係

刑法構成要件的形成，係由基本構成要件為法規範制訂的基礎，而由於所欲規範的事實情狀萬端，即使對於同一行為的規定，亦會因行為客觀情狀或侵害程度的不同，而有不同之規定，其中最典型情況，即為對於同一行為規定，法規範均係以行為之基本規定為出發，再從基本構成要件予以變化，而產生之減輕構成要件（privilegierender Tatbestand），或是加重構成要件（qualifizierender Tatbestand）（註八四），例如殺人罪為基本規定，而因客觀情狀關係，產生義憤殺人的減輕規定，又如普通竊盜罪為基本規定，因客觀情狀而產生加重竊盜罪之規定。此類規範間的關係，如從變體構成要件之於基本構成要件觀察，顯然在基本構成要件中所有的要件要素，在變體要件中均有之，除此之外，變體要件中尚增加加重或減輕要件要素，基本構成要件顯然完全涵蓋在變體構成要件之中，形成在概念邏輯關係下的隸屬關係（Subordinationsverhältnis）（註八五），而此種隸屬關係，不但是構成要件要素完全涵蓋於其中，即使所反映之不法內涵亦包含其中，簡言之，即一構成要件完全包含於另一構成要件之中，而成為該構成要件的一部份（犯罪成立部分），此種情況下，包含之構成要件乃成為被包含構成要件的特別規定，由此觀察，二者乃形成所謂特別關係（Verhältnis der Spezialität）。如行為人之行為所實現者，為此種關係中之包含構成要件，則在行為過程中，勢必亦實現被包含之構成要件，此時基於「特別條款排除一般條款（lex specialis derogat legi generali）」之一般原則，僅適用特別條款，亦即僅適用包含構成要件，被包含構成要件則被除斥。惟值得注意者，構成要件彼此間具有特別關係存在，係屬於單向的考量關係，其觀察角度係以包含構成要件為著眼點，來觀察包含與被包含構成要件間的關係，此種關係係屬於構成要件內部靜態的關係，亦即在構成要件體系中，單純比較個別構成要件間的關係，並非對於同一評價客體，均僅適用包含構成要件。蓋評價客體與客體評價間，係屬相對性，在具體適用上，仍須檢視具體事實究竟是該當何種構成要件而定。例如行為人所為之事實行為，僅為普通竊盜罪，雖然加重竊盜罪之於普通竊盜罪，係特別關係，但具

（註八四） Vgl. Jescheck/Weigend, aaO., S. 733, 734.

（註八五） 參見林山田，前揭書，589頁。

體適時為普通竊盜，仍應適用普通竊盜罪之規定，並非具有特別關係時，即必然適用特別條款。

此種因特別關係而形成法律競合的情況，基本上僅發生在同一規範體系內部，如超出此一體系範圍，則並不能以特別關係認定之，進而適用法律競合之處理模式（註八六）。惟我國學理與實務的通說見解，則認為如特別法與普通法具有重疊規定時，仍視為具有特別關係，而採取法律競合之處理方式，適用特別法之規定（註八七），此係通說對於特別關係與法律競合概念的誤用，蓋特別關係的形成，僅係法規範內部構成要件彼此間之包含與被包含的關係，並不能任意擴張到不同規範體系，同時不同規範體系，對於同一事實具有相同規定時，其適用關係的前提要件，即在於規範具有同一性存在，然規範同一性，根本不可能發生在同一規範體系之中。據此而論，法律競合問題，僅發生在規範彼此間具有內含關係存在時，根本不發生在二規範完全相同的情況，故而，將特別法與普通法的適用關係，以法律競合概念加以詮釋，係屬謬誤之舉（註八八）。

構成要件彼此間具有特別關係的情況，其基本構想乃在於一構成要件完全包含於另一構成要件之中，從包含構成要件（即構成要件要素較多者）對於被包含要件（即所有要件要素均隸屬他構成要件者）的觀察，所形成之關係。如從此種單向之觀察所確認的關係，加以思考，則刑法構成要件體系中，確實如 Jakobs 所言，僅有一種關係（即特別關係）存在而已，其他通說上所認定之形

（註八六）通常不同規範體系的適用關係，應屬於法律適用基本原則問題，亦即特別法與普通法關係存在之適用關係（或如林山田教授所稱具有原則法與例外法的關係）。此種法律適用基本原則，在結構上有其根本條件之要求，亦即對於規範之對象具有規範同一性（Identität der Normen）關係存在。而同一規範體系中，根本不會發生二構成要件完全一樣的情形，因此根本不會發生特別關係存在而適用法律競合的情況。參見林山田，前揭書，589，590 頁；柯耀程，法規範同一性適用法律競合之質疑，台灣本土法學雜誌第十一期，80 頁以下。

（註八七）關於此種誤用特別關係，以及誤植法律競合概念的情況，參見林山田，前揭書，589 頁；柯耀程，前揭文，81，87 頁。

（註八八）批判見解參見，柯耀程，前揭文，91，92 頁。

成法律競合關係，均屬於特別關係之次位概念（註八九）。然而，Jakobs 認定法律競合形成形式的見解，似乎太過於單向化，而忽略構成要件彼此間所形成的關連性，必須從雙向加以思考，從包含構成要件之於被包含構成要件，固然為特別關係，但如以被包含構成要件之於包含構成要件的觀察，顯然無由產生特別關係，因此，Jakobs 認為足以生法律競合的規範關係，僅有一種，其見解應值得肯定，但此種關係並非如其所稱之特別關係，而應為內含關係，蓋僅在構成要件間具有內含關係時，方足以發生法律競合問題，其他關係下，根本無由產生法律競合關係。

至於那些構成要件間，具有包含與被包含的特別關係存在？基本的思考，則在於一構成要件是否完全含納在另一構成要件之中，如具有此種包含關係，方足以認定特別關係之存在。足以產生特別關係的個別類型（註九〇）如下：1、（非獨立）變體構成要件（包含加重與減輕構成要件）之於基本構成要件；2、行為昇層規定之於基本規定，例如重傷害之於普通傷害規定、同一行為形式之實害犯之於危險犯，如殺人罪之於遺棄罪；3、個別構成要件之於一般構成要件，例如略誘罪之於私行拘禁之剝奪他人行動自由罪；4、行為階段規範之構成要件關係，如既遂之於未遂；5、加重結果犯之於基本犯（註九一），如傷害之重傷或致死之於普通傷害罪。

特別關係所指者，僅是規範內部彼此間的關係，並非具有特別關係的構成要件，在適用時，僅得以適用特別條款之規定，其如何適用仍應視評價客體所

（註八九） Vgl. Jakobs, aaO., S. 865ff.。

（註九〇） 本文從方法學角度分析，認為特別關係形成的類型，主要係以構成要件間之包含關係為思考，亦即觀察一構成要件是否包含另一構成要件，作為思考的基礎。此種觀點並未超出一般學理對於特別關係類型的認知，但在分類上，仍有些許差異。例如林山田教授將加重結果犯與過失犯，視為得形成特別關係，惟在本文中，則認為加重結果犯與基本犯方得以成立特別關係，此係對於加重結果犯詮釋之差異所致，關於本文所認定之加重結果犯概念，參照柯耀程，變動中的刑法思想，127 頁以下。一般學理認定足以產生特別關係的類型，請參照林山田，前揭書，590 頁以下；甘添貴，前揭文，軍法專刊第 40 卷第 1 期，4 頁以下。

（註九一） 對於加重結果犯與基本犯之特別關係，本文異於林山田教授之見解，而與甘添貴教授之見解同。參見林山田，前揭書，592 頁；甘添貴，前揭文，6 頁。

實現之要件而定。同時，特別關係係從包含構成要件所為之觀察，如一行為所實現者，為特別條款之規定，則雖在行為過程中，亦完全實現一般條款之規定，但一般條款的評價，尚不足以完全對該行為作完整之評價，且該一般條款係完全涵蓋在特別條款中，成為特別條款的一部份，故該一般條款雖疑似該當，然在適用時卻被除斥。反觀行為所實現者，僅係一般條款之要件，雖然在構成要件體系內，具有該條款的特別條款規定存在，其所適用者，仍舊為一般條款，此時特別條款並無所謂該當問題，亦無所謂除斥問題存在，因此，從一般條款（或被包含構成要件）之於特別條款（或包含構成要件）的觀察，顯然不能視為特別關係，如果以特別條款為基準，則一般條款乃成為其截阻構成要件（Auffangstatbestand），因此在同一結構下，如從被包含構成要件之於包含構成要件觀察，則所形成者，即成為規範適用的截阻關係（Verhältnis des Auffangs），此種反向的觀察形式，並不具有如特別關係的邏輯包含關係（logisches Einschließungsverhältnis），反而僅是一種補充包含構成要件的適用關係而已（註九二）。

（二）補充關係

在構成要件的結構中，對於同一評價客體的規範，通常會依行為實行之過程，以及造成之侵害程度，作不同層次之規定，如果將一構成要件作為觀察的基準，則其與上層次之構成要件，從上而下觀察，即形成所謂特別關係，其對於下層次之規定，由下而上觀察，該下層次構成要件，無異形成基準構成要件

（註九二）有學者將特別關係的相對型態定位為擇一關係，事實上並不妥當，一方面特別關係與擇一關係，在規範內部關係中，並無相對立之基礎存在，特別關係屬於內含關係的一種型態，而擇一關係卻是構成要件間之互斥關係（Exklusivität），嚴格而言，構成要件互斥關係應為內含關係的對立結構，將擇一關係與特別關係視為相對立者，比較之基礎，恐有出入；另一方面，從觀察方向來說，二者並非對象的觀察，而係結構差異的認定而已，事實上特別關係的相對性關係，應為反向觀察所成的補充關係，並非擇一關係，此種對立觀點，恐係學理的誤解。將特別關係與擇一關係視為對立關係者，如 Jescheck/Weigend, aaO., S. 734；Vogler-LK, Rn. 106 vor § 52。

的截阻關係，因此，下層次構成要件乃成為基準構成要件評價時之補充規範（*subsidiäre Norm*），下層次構成要件與其上層次構成要件間，乃形成所謂之補充關係，亦即在通常情況下，僅適用基準構成要件，下層次要件僅有在基準構成要件不適用時，方得以適用之，其性質僅具有輔助適用的作用（註九三）。如果一評價客體所實現的構成要件，為高層次之構成要件，則所有下層次構成要件，乃因含蓋在高層次構成要件之中，而在適用時被除斥；反之，如所實現者僅為下層次之構成要件時，因其行為程度尚未及基準構成要件之適用，僅得以適用下層次之截阻構成要件，此時下層次構成要件對於基準構成要件，乃形成補充適用之關係。至於何者為基準構成要件，何者為補充構成要件，則是所設定之觀察點問題，例如將行為侵害身體、生命的事實情狀，設定成普通傷害、重傷害及殺人等不同規範，如將觀察基準點置於重傷害之規定時，則殺人規定乃成為其上層次規定，而普通傷害則成為其下層次之規定，又如將基準構成要件設定在殺人罪時，則重傷害與普通傷害規定，則成為其下層次之構成要件。同樣地，行為既、未遂的規定，如以既遂規定做為基準，則未遂之處罰規定，無異是該既遂規定的截阻規定，形成既遂不適用時，補充適用的構成要件。一般刑法對於所評價之事實情狀，均設定有基準構成要件，作為評價時的基準，而在行為尚不足以用原則規定加以評價的情況下，另行制訂截阻構成要件，以作為原則規範之補充適用。在通常的情況下，對於行為的評價均以基本構成要件作為評價的基準，僅有在行為未達基本構成要件的評價內容時，方有補充規定的適用，此即法理所稱「基本規定優先補充規定（*lex primaria derogat legi subsidiariae*）」之原則。

學理上對於補充關係的認知，大多認為補充關係的邏輯結構不同於特別關係的隸屬關係，而係一種構成要件彼此間的重疊關係（*Verhältnis der*

（註九三）一般稱補充關係者，均認為補充規定，僅具有輔助適用之功能，而該輔助功能，乃使得補充構成要件對於行為之評價，具有截阻的效應（*Auffangswirkung*）。參見林山田，前揭書，600頁；蔡墩銘，前揭書，377頁；韓忠謨，前揭書，373頁；Jescheck/Weigend, aaO., S. 734；Maurach/Gössel/Zipf, aaO., S. 388, 389；Vogler-LK, Rn. 118ff. vor § 52；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 105ff. vor § 52；Geerds, aaO., S. 179ff.。

Überschneidung)，或稱之為交集關係（Verhältnis der Interferenz）（註九四），因此，補充關係遂被視為形成法律競合的獨立關係。同時，在論述補充關係時，更以法律明文規定，或是法律要件之解釋，區分成明示與默示補充關係（ausdrückliche u. stillschweigende Subsidiarität），或稱為形式與實質補充關係（formelle u. materielle Subsidiarität），稱明示（或形式）補充關係者，係指立法者在制訂法律規定時，即已明示表示構成要件間之適用關係，例如我國刑法第一三四條但書之規定是；而稱默示（或實質）補充關係者，乃係從構成要件之實質意義與目的詮釋所得，例如行為不同階段之規定、侵害不同程度之規定是（註九五）。至於基於何種條件跟理由，使得構成要件彼此間得以視為具有補充關係？又為何立法者在制訂法律規範時，會對於此種關係作明示之表示？學理上所能提供的論據，僅能以「不同行為階段之同一法益保護」來加以說明，進而將同一法益之侵害，作為確認補充關係的主要基礎（註九六）。然而，此種將法益同一性作為詮釋基礎的見解，恐有令人質疑其理由不夠充分之處，蓋法益同一性並非補充關係的專屬基礎，在特別關係中，亦需以此作為根本條件，甚至可以說法律競合的前提條件，即為法益侵害之同一性，作為認定之必要（但非充分）條件。此外，對於行為不同之實行階段，所造成之同一法益侵害，在構成要件體系中，又如何會發生非內含關係的交集現象？在方法邏輯上，學理對於補充關係的認知與詮釋，恐有相互矛盾之處。固然，在規範內部各構成要件間，會發生補充關係的情況，係對於同一評價客體之不同階段或不同情狀之規範，從而對於行為所造成法益侵害之程度，亦做昇層之規定，由於

（註九四）參見林山田，前揭書，600頁；Jescheck/Weigend, aaO., S. 734；Klug, aaO., S. 406。

（註九五）參見林山田，前揭書，600、601頁以下；Geerds, aaO., S. 180ff.；Vogler-LK, Rn. 118ff. vor § 52；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 106ff. vor § 52；Stratenwerth, aaO., S. 314；Maurach/Gössel/Zipf, aaO., S. 388ff.；Schmidhäuser, aaO., S. 446, 447；Samson-SK, Rn. 63ff. vor § 52；Baumann/Weber, aaO., S. 663, 664。

（註九六）通說上大多引用 Honig, aaO., S. 113 認定補充關係的理由，作為詮釋依據，其謂補充關係之存在，係「不同法律規定係對於不同行為階段之同一法益保護」所形成。因此，法益同一性，乃成為詮釋補充關係的實質理由。參見林山田，前揭書，600頁；甘添貴，前揭文，軍法專刊第40卷第2期，3頁；Jescheck/Weigend, aaO., S. 734。不同見解者，vgl. Geerds, aaO., S. 179；Jakobs, aaO., S. 874, 875。

低層次之構成要件對於高層次構成要件之關係，無異是一種攔截之作用，遂產生低層次構成要件之於高層次構成要件之關連性，此乃補充關係之所在（註九七）。

基本上，補充關係的形成，主要係在規範中存在著上、下層規範的關係，通常，對於一個犯罪類型，在規範中，均會制訂一基準規範，再以此一基準規範為中心，制訂攔阻構成要件（Auffangstatbestände）與昇層構成要件（Steigerungstatbestände），從攔阻構成要件對於基準構成要件或昇層構成要件而言，其具有攔截適用之補充效應，此種規範關係最典型者，為對行為階段性之規範，如未遂→既遂→加重結果（註九八）。除此之外，對於同一行為形式所造成之同一客體之侵害狀態關係，較低程度之行為與侵害的規定之於較高程度者，亦具有補充適用的性質，例如危險犯→實害犯（註九九）。再者，對於同類法益的侵害關係，較輕度法益之保護規定之於重度法益保護之規定，亦屬補充關係類型，典型示例如普通傷害→重傷害→殺人罪（註一〇〇）。

補充關係的形成，係指攔阻規範與基準規範的關係，亦屬規範內部之靜態關係，此種關係的觀察，應為由下而上的觀察方向，從此一觀點而言，補充關

（註九七） 類似見解參見，甘添貴，前揭文，3頁。

（註九八） 實例參照林山田，前揭書，601頁。

（註九九） 實例參照林山田，前揭書，604頁。

（註一〇〇） 在學理的通說中，通常均將參與形式（Beteiligungsform），亦視為得成立補充關係，此種見解本文並不採用，主要理由有二：其一為補充關係的形成，係不同構成要件間之關係，而正犯與共犯卻是以共同之構成要件為成立的基礎，根本無由產生規範之比較關係，參與型態所生之差異，僅在於參與型式之不同而已，並非規範彼此間之關係；其二為參與形式的共犯（Teilnahme），亦未必然對於正犯（Täterschaft）具有攔阻適用的效應，亦即當行為人不成立正犯時，未必即得以共犯認定之。故而，將參與形式視為具有補充關係，恐有疑義。通說見解參見林山田，前揭書，602；甘添貴，前揭文，4、5頁；Jescheck/Weigend, aaO., S. 735；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 107 vor § 52；Vogler-LK, Rn. 126 vor § 52；Samson-SK, Rn. 70 vor § 52；auch Jakobs, aaO., S. 875；Geerds, aaO., S. 184ff., 189~192。此外，亦有將過失與故意視為具有補充關係者，此種見解亦有可議之處。參見甘添貴，前揭文，5頁。

係的觀察方向，正好與特別關係形成反向關係，二者則形成規範彼此間靜態觀察的雙向關係。惟靜態關係僅屬於規範內部構成要件彼此間關連性的理解，在具體適用時，則需釐清靜態規範彼此間關係的適用問題，亦即具體適用時得以適用與被除斥的動態關係。

(三)吸收關係

對於規範內部各構成要件彼此關係，作雙向觀察之後，進一步必須針對於規範的評價關係加以觀察，亦即具有法律競合存在的構成要件關係，在具體評價時，應如何適用規範。由於法律競合關係，係發生於疑似有多數規範該當，卻僅有一個得以最終適用，其他要件則被除斥的情形，因此，被除斥的構成要件既有疑似該當的情形，顯然其所有要件在行為過程中，均已被實現，而因其不足以對行為之具體事實，作完整之評價，蓋行為之事實情狀顯然超出被除斥規範的範圍之外，而需由特定之條款，方得以完全加以涵蓋，在此種情況下，被除斥規範在具體評價時，無異是被適用規範所吸收，而產生規範具體適用時之吸收關係，此及法理所謂「吸收條款除斥被吸收條款（*lex consumens derogat legi consumptae*）」之原則。吸收關係所涉及者，應為法規範具體適用的關係，其所要說明的情況，乃在於適用規範與除斥規範間的關連性，係屬於規範適用的動態關係。

何以一構成要件在適用時，得以將其他構成要件加以吸收？學理對於此一問題的理解，均指向評價的關係，認為適用之構成要件對於行為之非價判斷（*Unwerturteil*），已足以涵蓋所有的不法內涵及罪責內涵，因此，僅適用該構成要件在評價上，即為已足，其他構成要件則被除斥而不適用（註一〇一），然而，此種認知在思維上，似乎有太過於跳躍之嫌，一方面行為不法內涵與罪責內涵並不能加以量化，在比較非價內涵時，如非立於行為同一性與法益侵害的同類性基礎下，根本無由比較，或許對於不同類型的規範間，得以從價值判斷的思考，得知犯罪類型不法內涵的層次高低，但並不能認為具有高非價內涵的構成要件，即得以吸收低非價內涵的要件；另一方面，如構成要件彼此間不具有特定之關係存在時，則所謂吸收關係的判斷，將流於恣意。如果構成要件不

（註一〇一）參見林山田，前揭書，605頁；Geerds, aaO., S. 203。

具有特定關係，而僅從其揭示不法內涵的高低，作為適用與否的考慮，將使得所有行為的評價，陷入僅適用最高不法內涵之構成要件的謬誤之中（註一〇二）。因此，欲以不法內涵與罪責內涵，作為吸收基礎時，必須先確認構成要件彼此間的關係，作為評價的依據。至於那一種構成要件間的關係，在適用時方具有吸收關係的存在？則需審慎加以釐清。一般而言，法律競合問題，應僅發生於構成要件具有內含關係時，而內含關係中，從構成要件不同方向的觀察，會有大範圍之於小範圍構成要件的特別關係，以及小範圍之於大範圍的補充關係，在邏輯思維上，具有補充關係的構成要件在適用上，僅適用截阻構成要件，其評價程度尚未及於完整之基準構成要件，故而，並不發生所謂吸收問題，其所產生的情況，僅是補充適用的效應而已，因而，補充關係下的構成要件，具體適用的動態關係，並無吸收問題存在。僅在構成要件彼此間具有特別關係時，即從上而下之觀察，在具體適用時，適用特別規定，而該被除斥而不適用之規定，儼然吸收於特別條款之中，因此，從方法邏輯的觀點，規範具體適用時，會發生吸收關係者，應僅限於特別關係下，適用特別條款而除斥一般條款的情況，詳言之，構成要件靜態的特別關係，在動態的具體適用時，方才會發生不適用（被除斥）構成要件被吸收的情形，吸收關係應為特別關係具體適用時之相對應關係。

此外，學理對於吸收關係的適用類型，見解相當分歧，大多認為吸收關係主要的情況，係發生在與罰行為的評價關係中（註一〇三）。認為吸收關係應存在於主行為與伴隨行為之構成要件規範的關係中，而此伴隨行為之構成要件規定與主要構成要件的規範，必須具有所謂之常軌性關係，亦即其所揭示之不法

（註一〇二）黃榮堅教授對於吸收關係的分析，認為得以成立吸收關係的前提條件，係建立在相同法益之不同侵害程度之多數構成要件關係，其基本思維，應值得肯定。蓋唯有在此種關連性存在的情況下，方得以釐清構成要件彼此間的特定關係，在規範具體適用時，方足以確認是否具有吸收關係存在。參見黃榮堅，前揭文，160，199頁。

（註一〇三）參見林山田，前揭書，605頁；甘添貴，前揭文，軍法專刊第40卷第3期，18頁；Jescheck/Weigend, aaO., S. 736, 737；Geerds, aaO., S. 223ff.；Samson-SK, Rn. 72ff. vor § 52；Vogler-LK, Rn. 131ff. vor § 52。

內涵，必須涵蓋伴隨構成要件的不法內涵，否則即非屬於吸收關係（註一〇四）。此種將與罰行為視為吸收關係適用之典型情況者，在基本的思維上，並無可挑剔，蓋如與罰行為係屬規範內部之評價關係，例如以特定之行為手段，作為構成要件之基本行為者，如剝奪自由規定中之強暴、脅迫等行為是，則其適用吸收關係，乃值得肯定，但如與罰行為並非規範內部體系之觀察，如偽造行為與行使行為是，則將其視為吸收關係的典型範例，恐有疑義。究竟將與罰行為視為吸收關係的典型型態，其見解是否值得肯定？癥結所在，不在於吸收關係的概念，而是在於與罰行為的認知，因此，欲將與罰行為視為吸收關係的類型，恐需先釐清與罰行為的概念。

至於我國學理與實務對於吸收關係的認知，認為吸收關係無所不在，舉凡高度行為吸收低度行為（其中又分後行為吸收前行為、重行為吸收輕行為）、實害行為吸收危險行為、重罪吸收輕罪、主行為吸收從行為…等，無異是誤解且濫用吸收關係的概念（註一〇五），甚至因此創設出所謂吸收犯的概念，其實這些錯誤的論述，接係源自對於吸收關係概念的誤認所致（註一〇六）。此種謬誤的發生，不僅是對於吸收關係的概念，有所誤認，甚至對於吸收關係形成的前提條件，也發生混淆。事實上，吸收關係所指者，係規範與規範間適不適用的取捨問題，以及除斥規範與適用規範間的關係，並不涉及評價客體的行為，

（註一〇四） 至於所謂常軌性關係如何，一般均以法益侵害同一性，作為詮釋的基準。參見甘添貴，前揭文，18 頁；林山田，前揭書，605，608 頁；Jescheck/Weigend, aaO., S. 737；Vogler-LK, Rn. 132 vor § 52；Samson-SK, rn. 72ff. vor § 52。

（註一〇五） 學理與實務濫用吸收關係者，參見韓忠謨，前揭書，374 頁。批判之見解參見林山田，論法律競合與不罰之前後行為，台大法學論叢第二十二卷第二期，129 頁以下，157 頁；黃榮堅，前揭文，198 頁以下。

（註一〇六） 關於實務與學理所認知的吸收關係，林山田教授相當貼切地批評為「浮濫至極的吸收」，其批評誠屬一針見血。參見林山田，前揭文，157 頁，同樣之批評者，黃榮堅，前揭文，199 頁。此外對於吸收犯之批判，林山田教授與黃榮堅教授，均認為不但無助於概念之釐清，反而使真假競合更行混淆，應予以廢棄。黃榮堅教授更直接說明「所謂的吸收犯並不是一個有意義的概念，而是一個表象概念。在競合問題的領域裡，我們可以完全忘記所謂吸收犯的存在」。參見林山田，前揭文，166 頁，黃榮堅，前揭文，201。

故如將行為作為吸收關係的準據，顯然已經超出吸收關係觀察之範圍，根本不屬於吸收關係的範疇（註一〇七）。因此，對於吸收關係的概念，必須審慎重新加以認知。

四)與罰行為

法律競合問題中，爭議性最大，論述最為分歧者，非與罰行為莫屬，一方面由於與罰行為的概念，並不是那麼清楚，造成在詮釋此一概念時，對於基礎條件與類型的掌握，顯得十分棘手；另一方面何種情況下會產生與罰行為的情況，亦因概念掌握的模糊，而形成難以釐清的局面，遂使得與罰行為在法律競合問題的論述中，成為問題角色。究竟與罰行為所觀察者為行為？亦或是與罰關係？如為行為（註一〇八），則何以作為評價客體的行為，可以在評價時，作包括式的處斷（與罰）？此種觀察方式，顯然使得部分與罰之行為，其規範評價時，成為不予評價的部分，其所造成的疑問是，何以事實存在的獨立行為，得以任意加以歸納在其他行為評價之中？而無視其規範實現之侵害效果？斯類問題，恐怕難有正當之論據存在；反之，如其為與罰關係，則此等與罰關係的認定前提為何？又成為檢討與罰行為時，必須釐清的問題。得以成為與罰關係者，應屬於評價問題，亦即應屬於規範形成過程中，對於特定規範在評價時，成為另一規範的一部份，而該規範於具體適用之判斷上，儼然被與罰於適用之規範中，故於概念上，稱之為「與罰關係（mitbestraftes Verhältnis）」。然而，此種與罰關係之生成，究竟是在規範形成之初即已形成，抑或是在規範適用時

（註一〇七） 同樣見解者，參見黃榮堅，前揭文，199，200頁。

（註一〇八） 學理上，不乏有將與罰行為的觀察焦點，置於行為上之見解，從而將法律競合之不純正競合關係，進一步區分為單一行為的不純正想像競合（*unechte Idealkonkurrenz*），以及複數行為之與罰行為型式的不純正實質競合（*unechte Realkonkurrenz*）。參見林山田，前揭書，609頁；蔡墩銘，前揭書，370頁；Wessels, *Strafrecht AT*, S. 238；Baumann/Weber, *aaO.*, S. 660, 679；Blei, *Strafrecht I AT*, S. 357；Jescheck/Weigend, *aaO.*, S. 733；Vogler-LK, Rn. 104 vor § 52；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 102 vor § 52；Maurach/Gössel/Zipf, *aaO.*, S. 388。

方發生之評價問題？易言之，與罰關係究竟是規範形成的先判（*ex ante*）問題，抑或是規範適用的後判（*ex post*）問題（註一〇九）？恐怕是徹底釐清與罰行為概念時，必須先加以詳明者。

學理對於與罰行為的概念，向來習於從行為來觀察，並從行為之整體情狀，又在概念上區分成 1、與罰前行為；2、與罰伴隨行為；3、與罰後行為三種情況（註一一〇）。學說對於與罰行為的認知，見解相當分歧，有認為部分與罰行為屬於行為單數，特別是與罰伴隨行為及部分與罰前行為的情況，通常與罰伴隨行為會被詮釋成行為實行過程的貫穿型態（*Durchgangsform*），視為主行為實行過程之通常伴隨現象（*regelmäßige Begleiterscheinung*）（註一一一），而與罰後行為則傾向於行為複數之認定（註一一二）。較為一致的看法，則認為與罰行為不論是何種形式，所侵害之法益，必須維持其同一性，如果有超出法益侵害同一性的範圍者，則非屬於與罰行為的類型（註一一三）。然而，將與罰行為從行為結構加以觀察，不但無助於概念之釐清，更使得競合問題陷入錯綜複雜的困境，乃至於在法律競合的概念中，無法維持其基本單一評價的之前提條件，使得法律競合的形象，形同刑法問題中的光怪現象（註一一四）。而此種將

（註一〇九）關於先判與後判的概念，係屬於方法學上，對於評價客體與客體評價間關連性的認知，例如對於抽象危險犯的規定，即屬於法規範先判的性質，而如具體危險犯或實害犯，則為後判之類型。關於先、後判概念請參照 Hruschka, aaO., S. 402~404。

（註一一〇）個別情況的舉例，本文不予以贅述，請參見林山田，前揭書，609 頁以下。

（註一一一）Vgl. Samson-SK, Rn. 69 vor § 52; Geerds, aaO., S. 216ff.; Blei, aaO., S. 361; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 120 vor § 52; Vogler-LK, Rn. 132 vor § 52。

（註一一二）insbesondere Geerds, aaO., S. 205ff.; Vogler-LK, Rn. 137 vor § 52。

（註一一三）參見林山田，前揭書，609 頁以下，614 頁；Geerds, aaO., S. 207, 211, 216; Jescheck/Weigend, aaO., S. 727; Samson-SK, Rn. 73 vor § 52; Vogler-LK, Rn. 140 vor § 52; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 114 vor § 52。

（註一一四）尤有甚者，Honig 在檢討法律競合問題所得之結論，竟是可為單一行為，亦可為複數行為，Honig 認為與罰行為的概念，可分屬於吸收關係與補充關係，而法律競合概念的三種形成關係中，僅特別關係係以單一行為的評價，作為基礎，而補充關係則為複數行為，吸收關係更為游移，可為單一行為，亦可為複數行為。

詮釋焦點置於行為的觀察方式，無異是一種「後判」的詮釋方式，卻因此使得與罰行為的概念，漸次背離法律競合的範疇，顯然後判方式，有其力所不殆之處。或許學理向來對於與罰行為的詮釋，已經誤入歧途，或許與罰行為置於法律競合中，作共同之評價，並非明智之舉，抑或許與罰行為的探討，本不能從行為來加以觀察，而應另闢詮釋之途徑（註一一五）。諸多的疑問與思考的可能性，似乎也蘊藏著再次陷入錯誤的危機，究竟與罰行為的詮釋基準為何？在方法學上，吾人嘗試從先判（*ex-ante-Urteil*）的觀點，來重新觀察與罰行為的概念，亦即從規範形成及規範彼此間關連性的關係，作為詮釋與罰行為的基礎。

首先，對於與罰前行為的類型，向來學說均認為，與罰之前行為已然合併於後行為中，加以評價及處罰，而將與罰前行為的類型，視為是一種補充關係，或是吸收關係（註一一六）。因在後之行為，其非價內涵已足以涵蓋前行為，從犯罪事實之整體情況，加以觀察，僅需將評價重點置於後行為，即為已足，此種情況最典型者，即所謂貫穿犯（*Durchgangsdelikte*）類型（註一一七）。然而，如果前行為具有獨立受評價的情況，何以得將其視為後行為評價中的一部份，則學理並未提出一個令人信服的理由，僅 Geerds 對於與罰前行為的情

Vgl. Honig, aaO., S. 114, 115. 此種見解恐怕是詮釋上的謬誤，或許是對於法律競合前提條件的誤認，亦可認為此種見解是方法邏輯上的偏失，蓋一方面對於法律競合的概念，認為是對於單一行為的評價，因規範結構關係，所形成規範選擇適用之問題，卻在另一方面打破單一行為評價的基本成立關係，認為亦可為複數行為評價，顯然陷入任意性詮釋的錯誤境地。

（註一一五）對於與罰行為置於法律競合中的質疑者，參見黃榮堅，前揭文，202 頁；auch Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen* 1979, S. 16；dies. *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, in: GA 1982, S. 143ff., 158。

（註一一六）此處見解相當分歧，認為與罰前行為是一種補充關係者，如 Samson-SK, Rn. 69 vor § 52；Geerds, aaO., S. 211；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 119 vor § 52；Maurach/Gössel/Zipf, aaO., S. 410；Jescheck/Weigend, aaO., S. 735；認為依據體情況分屬於補充關係或吸收關係者，如林山田，前揭書，610 頁；Wessels, aaO., S. 238, 239；Baumann/Weber, aaO., S. 680。

（註一一七）參見林山田，前揭書，609，610 頁；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 119, 120 vor § 52；Vogler-LK, Rn. 135 vor § 52；Samson-SK, Rn. 69 vor § 52。

形，做簡單之交代而已，其認為前行為得以與罰於後行為之中者，必須前行為與後行為所侵害之法益相同，例如同一法益保護規定之抽象危險犯之於具體危險犯，如行為所實現者係經抽象危險犯所規定之行為階段，而致具體危險犯規定之階段時，則該抽象危險犯即為後行為之具體危險犯之與罰前行為，同理，危險犯之於實害犯，亦同（註一一八）。從 Geerds 的理由中，可以發現，與罰前行為的認定基準，仍舊置於法益侵害的同一性之中，此種詮釋方式，固然可以提供對於與罰前行為概念認知的部分理由，但仍有其不夠充分之處，一方面，Geerds 並未注意到造成同一法益侵害的前提條件，即所謂之同一行為，致使得其認為詐欺與侵佔仍具有與罰關係（註一一九），此似乎又陷入從行為觀察的謬誤之中；另一方面，在實質競合或是想像競合中，亦不乏有對於同一法益侵害的類型，何以其為一與罰行為加以處理？Geerds 顯然未有說明，再者，同一法益之侵害究竟是規範內部的形成關係，或是事實情狀問題，Geerds 亦未加以區分。因此，Geerds 所詮釋之與罰前行為，僅能說是一個思維的開端，尚不足以解決與罰前行為的概念。基本上，與罰行為並非評價客體的觀察，而係規範對於評價客體的評價關係，此種評價關係，在規範的形成過程時，已就評價客體各階段的評價關係，加以規定，而形成規範內部構成要件之昇層關係，因此與罰前行為者，如從行為來觀察，其並非獨立之行為，而係實行過程中的一部份，而該部分在刑法規範中，亦有構成要件加以規定，乃形成前階段行為之構成要件規定，成為後階段昇層構成要件規定的一部份，如事實情狀所實現者，為後階段之昇層構成要件，則行為在實行的過程中，似乎亦實現前階段之構成要件，但整體評價時，僅適用後階段之構成要件，置於前階段行為之評價，表象上則成為整體評價之一部份，而成為與罰關係。此種情況最典型者，乃構成要件的昇層規範，例如傷害→重傷害→殺人之規定，基本構成要件規定→加重結果構成要件規定；又如未遂行為之規定→既遂之規定，如行為經過前階段，而實現後階段構成要件時，該構成要件的評價內涵，已然包含前階段之評價，故前階段行為之評價規定，乃與罰於後階段之規範之中。因此，稱與罰前行為者，並非行為的評價，而是構成要件內部的關係，且評價客體亦無複數可言，所評價的對象，仍舊維持著單一行為。此種與罰前行為的結構關係，並非行為

（註一一八） So Geerds, aaO., S. 211ff.。

（註一一九） Geerds, aaO., S. 215.。

的觀察，而是規範內部形成關係的先判，因此，所謂與罰前行為者，係指規範對於評價之事實情狀，在規範形成之時，即已作階段性之規定，形成基本規範與昇層規範間的關係，在具體的評價時，前階段規範對於行為之評價關係，已經涵蓋在後階段規範的評價之中，故將前階段所規範之對象稱為與罰前行為。

其次，對於與罰伴隨行為的認知，一般認為與罰伴隨型為者，係主行為（Haupttat）之構成要件實現過程中的伴隨現象，在評價時，因其較輕微之不法內涵，已然包含於主行為不法內涵之中（註一〇），其類型性之性質，乃主行為之實質構成部分，故而適用時，並不需再行考量，而與罰於主行為評價之中（註一一）。至於為何會有伴隨行為存在，其究竟是事實行為所伴隨之行為，抑或是實現構成要件時，所必然存在之行為，而為法規範所規定？學理上似乎未曾有所交代。其實所謂伴隨行為者，應指構成要件對於行為評價時，該行為所指向之法益侵害，必須藉由特定形式之手段，加以完成，而在構成要件中，將該行為一方面作為規範對象，另一方面又為實現此一犯罪類型之行為手段，由於此種行為手段性格，作為規範評價的內容，如欲實現特定之構成要件時，必然需採取規範所定之手段，因而對於此規範之實現，該行為手段，無異成為一種構成要件實現時的伴隨現象。例如剝奪他人行動自由，其評價之行為雖為妨害自由行為，然該行為係以強暴、脅迫…等不法形式為行為手段，該行為手段如所指向之侵害為同一法益時，則屬於剝奪他人行動自由規範的與罰伴隨行為，但如該行為手段衍生出另外法益之侵害時，則該行為手段已然超出與罰評價的範圍，不能再一概視為與罰關係（註一二）。又如侵入住居之加重竊盜行為，其侵入住居之行為，係為實現加重竊盜罪之伴隨行為（若干情況下，亦屬前行為）。此種伴隨行為的與罰關係，係存在於規範中，而非存在於事實行為

（註一〇）學理多將伴隨行為視為一種吸收關係，參見林山田，605，608；Vogler-LK, Rn. 132 vor § 52；Samson-SK, Rn. 76 vor § 52；Jakobs, aaO., S. 875。惟 Geerds, aaO., S. 216 卻將伴隨行為視為一種特別關係，加以論述。

（註一一）Vgl. Geerds, aaO., S. 216~219。

（註一二）誠如林山田教授所言，如伴隨行為違反常軌，則無由成立吸收關係。反觀我國實務的見解，常將伴隨行為所造成超出常軌之法益侵害，視為行為之必然結果，仍舊適用吸收關係，此係錯誤之見解，應予以修正。參見柯耀程，變動中的刑法思想，463 頁 3 下。

的觀察，主要的與罰伴隨行為型態，係以行為手段的作為規範實現的評價客體。對於該伴隨行為的評價，已然規範於同一構成要件之中，並非分析行為是否予以與罰的關係，其仍舊屬於規範形成時的先判關係。

再者，對於與罰後行為的詮釋，學理上大抵認為對於後行為的評價，從犯罪事實整體的觀察，以前行為加以論斷即為已足，蓋後行為並未超越出前行為所造成之法益侵害的範圍，充其量後行為僅為對於因前行為所造成之法益侵害狀態，為利用或確保（*Verwertung od. Sicherung*）而已，並未進一步造成新的損害，故於整體評價時，將該後行為含納在前行為評價之中，而稱為與罰後行為（註一二三）。易言之，與罰後行為之情況，必須確立在該後行為對於規範保護範圍的侵害，並未超出前行為的範圍，且該行為之不法內涵，已然含蓋在前行為評價之中（註一二四）。然而，何種行為型態在規範的評價中，必須被視為與罰後行為？究竟是在前行為的評價中，已然考慮到必然性之後行為型態？亦或是必須等到事實之後行為出現時，再做個案式的認定？在現今的學理上，仍舊欠缺進一步明確的論據，所可依循者，僅在於後行為並未造成前行為所生法益侵害以外之侵害。此種說理仍有模糊的空間存在，舉一例作為比較基礎，如行為人為竊盜行為，之後又將竊盜所得（或稱之為贓物），加以變賣，該變賣之處分行為，並未進一步造成原竊盜行為法益侵害以外之侵害，故而為典型之與罰後行為型態（註一二五）；惟該行為人如將變賣之贓物，再次買回，則該買回行為，亦未對於其原先竊盜行為造成額外之法益侵害，其是否仍為與罰後行為呢？答案恐怕是否定的。因此，單純以法益侵害是否超出原行為之侵害範圍，作為認定與罰後行為的依據，恐在理論的基礎上，稍嫌薄弱。何以後行為如果

（註一二三）參見林山田，前揭書，612頁以下；Schönke/Schröder/Stree, Rn. 112ff. vor § 52；Samson-SK, Rn. 72, 73 vor § 52；Vogler-LK, Rn. 137ff. vor § 52；Geerds, aaO., S. 205ff.；Jescheck/Weigend, aaO., S. 736。

（註一二四）通說均將與罰後行為視為吸收關係適用的類型。參見林山田，前揭書，613頁；Vogler-LK, Rn. 137 vor § 52；Geerds, aaO., S. 208；Samson-SK, Rn. 72 vor § 52；Jescheck/Weigend, aaO., S. 736；Honig, aaO., S. 81。惟Schönke/Schröder/Stree, Rn. 112 vor § 52，則將與罰後行為視為一種補充關係。

（註一二五）學理上將贓物罪視為財產犯罪之典型與罰後行為形式。參見林山田，前揭書，613頁；Vogler-LK, Rn. 138 vor § 52；Samson-SK, Rn. 73 vor § 52。

真具有行為形式存在時，不另加以評價，而依與罰後行為加以處理，恐怕必須從規範本身加以觀察。通常在規範形成過程中，對於行為及法益侵害的評價關係，因受到雙重評價禁止原則的拘束，同一行為或同一結果的評價，如已於一構成要件中加以評價時，則對於同一侵害關係，如無評價完成的情況存在時，即不得再次加以評價，此種情況特別是在財產犯罪中，最為明顯，行為人所為財產犯罪之行為，其所侵害之財產法益，已然在該實現之構成要件中，完整評價，故其對於該財產之處分行為，如再次成立贓物罪，無異是對於結果為重複評價，故其處分犯罪所得之行為，並不另論贓物罪，此係規範形成之初，即已限定，並非對於處分贓物行為的觀察。惟如行為人轉賣之後，因行為評價已經完成，故如再次買回時，仍舊應另行成立贓物罪。因此刑法中所稱與罰後行為者，係規範中之本然現象，亦屬規範之先判作用。

在與罰行為概念的論述中，並非如通常學理所論述之方向，而係規範內部所存在的問題，學理上將與罰行為作為複數行為的與罰關係，而在概念上視為與實質競合成為真假競合相對應之型態，其實此種認知並不正確。真正與罰行為的概念，應存在於規範內部的觀察關係，並非存在於事實行為的結構。因此，與罰行為仍舊是法律競合概念下的觀察型態，其基本前提，仍舊是單一行為的評價關係，而非複數行為的評價關係。同時，對於與罰行為的理解，應從先判的基礎著眼，如從後判觀點出發，所得之結果，恐在邏輯的思維上，將陷入謬誤之境。

(五)評述

從上述分析中，可以發現，形成法律競合問題者，應為單一評價客體的評價關係，由於構成要件體系中，具有不同的規定存在，乃發生選擇適用的問題，其所涉及者，並非評價客體的認定，而係以評價客體作為基礎，在相關性構成要件中，選擇最完整之適用規定，其係屬於純粹規範內部的問題，且既然係對於同一評價客體的規定，各構成要件間，亦僅能於內涵關係的條件下，方足以發生法律競合問題。而因構成要件體系中，各規定間具有不同的關連性存在，此等關連性的觀察，亦非如一般學理認知的方式，而形成不同關係，其實不同關係間，並非絕對，僅是觀察角度不同，所賦予的概念差異而已。在內含關係中，如包含構成要件之於被包含構成要件，則屬於以大觀小，乃成為特別

關係；反之如以小觀大，則成為具有截阻性質的補充關係，此二種關係純粹屬於構成要件體系之靜態觀察。在具體評價時，對於所評價對象最終的評價，如所實現之構成要件為包含構成要件，則適用該構成要件，置於被包含之構成要件，無異為適用之構成要件所吸收，而成為吸收關係；反之如所實現之構成要件，僅為截阻構成要件時，因行為之評價尚未達到包含構成要件，故僅適用該截阻構成要件，此時，並無任何適用上的吸收關係存在。因此吸收關係可謂為特別關係在具體適用時之相對應關係，三種關係間，並無如學理上所稱，具有優先檢討的情況，認為應先檢討特別關係，如無特別關係適用時，再次檢討補充關係，依次遞漸。事實上，不論是何種關係，均為規範內部詮釋時的理念關係而已，並非可罰性評價的具體內容，僅是學理對於規範詮釋的產物。

另外，爭議性最大，且論述最為分歧的與罰行為，學理論述的方向，恐有重新檢討的必要，蓋與罰行為所重者，並非行為觀察，而係與罰關係形成的基礎，該基礎係存在於規範形成的先判關係之中，因此，與罰行為仍舊僅有單一的評價客體，並非複數關係，所與罰者，僅係規範內部的檢討而已，因此，將與罰行為視為一種行為複數的見解者，在基本概念的認知上，恐有出入，同時亦無法交代何以複數行為，卻是單數評價關係，或許對於與罰行為概念的認知，學理上必須重新加以思考，並修正對於與罰行為的詮釋方向。不論是與罰前行為、伴隨行為，或是與罰後行為，均為規範內部關係的問題，在名稱上稱與罰行為，似乎有所不妥，而應稱為「與罰關係」較為妥當。學理對於與罰行為形式的適用歸類，不論是將那一種與罰行為歸類於那一種關係，均不恰當。畢竟與罰行為的形式，係規範內部所生的問題，其所形成的關係，亦屬於相對性關係，並非絕對。故而，如將與罰前行為與與罰伴隨行為歸屬於補充關係（或是其他關係），而與罰後行為歸類成吸收關係，並非妥適，蓋各種形成法律競合的關係，從規範靜態觀察，本具有雙向關係存在，如從動態適用觀察，則為吸收適用問題，故而與罰行為在結構上，應具有靜態的關係，至於從何角度加以觀察，則會發生不同之觀察結果，並非一定屬於何種關係。同樣地，吸收適用問題，係規範選擇的動態關係，任何與罰行為在具體適用規範時，必然都會面臨吸收與否的問題，而不是那一種與罰行為形式屬於吸收關係。

綜合所論，對於形成法律競合問題的各種關係，其實均為構成要件包含關係下的次位概念，而這些概念的形成，並非事物本然的關連性，僅是在規範間觀察方向不同所產生的關係而已。如果說法律競合問題，僅有一種關係存在，

並非特別關係或是補充關係或是吸收關係，而應為內含關係，至於特別關係、補充關係或吸收關係，僅是內含關係下的靜態規範間關係或動態之規範具體適用關係而已。而與罰行為基本上係與罰於適用規範之中，其在靜態的觀察，或許為低層之規範與適用規範的關係，在適用上，則含納於最終評價之規範中，在動態關係上，則屬於被吸收的情況。從而，整個法律競合概念的詮釋，以及形成法律競合的關係，似乎不同於向來的認知，而有必要從不同的思維方向，重新加以思考，如此方得以明確界定其與真實競合間結構及概念上的差異，進而使整個競合論體系的輪廓，更為清晰。

六、「法律競合」重新思維一代結語

法律競合問題不論是在學理的論述，或是實務的運用上，都是一個極具爭議性的概念，而且對於法律競合概念的認知，意見更顯得十分分歧。通常法律競合被放在競合論體系中探討，甚至被定位成競合論問題，顯然在基礎認知上，已經發生偏差，於是乎不論對於法律競合的基本結構，或是其法律效果適用的處理，都發生與本質性概念漸行漸遠的脫節現象。如果從產生法律競合結構的基本條件加以觀察，應該是對於單一行為的單一規範評價關係，而卻因法規範內部的交錯，形同疑似有數規範均可資適用，但最終僅一個完全評價的規範被適用，其他規範則被除斥而不能加以適用，此所謂不能加以適用者，在評價上，應指未被該當，不能發生任何評價之結果，更不能反映在法律效果之中。法律競合的基本條件，應為單一行為的評價關係，此單一行為是一個已經確認的不變條件，所不同者，僅在於如何選擇規範之適用而已，從此一條件出發，所有法律競合的問題，均需以此嚴格條件為基礎，亦即法律競合關係中，絕對僅能有單一個評價客體存在，至於對於該單一客體的評價，所有的規範均需具有同一行為要素的情況下，方有所謂選擇適用問題，如根本並無二以上規範具有同一規範對象時，則僅為單一構成要件適用問題，根本不需檢討法律競合關係。此種結構與認定行為可罰性之行為評價者，並無差異，因此，法律競合問題亦屬行為可罰性認定問題，在刑法體系架構下，應歸屬在犯罪行為論的範圍，而非為競合論的本然類型，其所以在競合論中探討，主要的考量並非其果真為競合論的類型，蓋在真正競合問題中，係以複數規範適用為前提條件，

而法律競合僅為規範單數，其真正效應，僅在於作為真正競合之比較參照，藉以說明真假競合的根本結構差異，因此，法律競合問題的思維基礎應置於犯罪行為論的思維基礎上，而不能將其以真實競合的思考模式加以觀察。

法律競合問題之所以出現理論見解如此分歧的現象，主要的原因有二：其一為錯置評價客體與客體評價的關係，基本上，法律競合問題所涉及者，並非評價客體的問題，而是客體評價規範的問題，如從評價客體的行為加以觀察，將發生前提出錯的情形，導致在論述的方向，完全陷入五里霧中，其中最典型偏離情況，即為對於與罰行為的論述；其二為對於規範彼此間關連性分析的掌握，不夠貼切，須知從方法學的觀點，對於規範結構的認知，必須從規範形成的基礎入手，從規範形成的關連性，檢視規範對象所制訂構成要件之關連性，以區隔出不同規範對象的構成要件關係，以及對於同一規範對象的不同構成要件規定關係，藉以釐清何種情況下，方足以產生法律疑似該當，卻又不適用之情形。就規範分析所得，可將構成要件彼此間關係，從其所規定之對象及要件加以檢視，區分為異質關係、交集關係，以及內含關係，對於前二者，基本上所規範的對象或為不同，或為相同，然其相同者，彼此間要件亦有所差異，其並無可能形成法律競合關係，如有競合形式存在，則必然為實質競合或是想像競合等真實競合情形；足以發生法律競合者，僅在規範為內含關係時，方得以成立，在規範的內含關係中，各規範所規定的對象，必然屬於同一或同類行為，此種規範關係，方足以滿足法律競合成立的基本前提條件，即單一行為的評價關係，亦唯有在規範間具有共同之評價對象時，方可能發生疑似該當，卻不適用之情形，如果評價對象不同時，根本無由發生同時疑似該當的情事。因此，法律競合問題，僅可能發生於對同一評價對象，而有數規範存在時，選擇適用的取捨問題，根本與評價客體無涉。反觀，如將此種法律競合的概念，擴張到不同規範對象間的適用關係，不但使得形成法律競合的前提條件，發生動搖，而產生評價客體與客體評價關係的錯亂，形同恣意認定的迷亂狀態，更將使得法律競合概念漫無界線，甚至混淆到真實競合的類型，而成為真假不分的情況。對於法律競合概念的論述，必須堅守著基本前提條件，確認其所涉及者，僅為規範內部檢討的問題，如此方有可能從現今紛擾的學理歧見中，找出一個重新釐清法律競合概念的新思維。本文藉由方法學的基本認知，對於構成要件體系加以分析，認為法律競合既然僅為規範內部選擇適用之問題，則規範內部構成要件彼此關係，乃成為闡明法律競合概念的著眼點，從分析中發現，

法律競合問題僅存在於構成要件具有內含關係的結構型態中，從而以包含與被包含的雙向觀察，發現，不論是特別關係或是補充關係，均屬於靜態面的觀察，二者係屬相對應之關係，並非各自獨立，而在具體適用時，僅在行為所實現者為特別條款時，方得以以吸收的概念來加以說明，如行為所實現者，僅為次位構成要件，則並無吸收問題存在，僅有截阻關係存在，故而，在具體適用的動態關係中，除吸收關係外，如尚有必要對於適用截阻構成要件的具體適用情形，賦予一個法律概念，以作為動態吸收關係的相對應關係，在思維上，似乎可以將靜態為補充關係的動態具體適用情況，稱之為截阻關係，而使得單純概念觀察，得以靜態與動態相稱。同樣地，與罰行為的概念，亦非行為之與罰，而係規範間之與罰評價關係而已，其基本結構亦非複數行為，而係單一行為從其實行過程所經歷規範關係的觀察，其實僅有一個評價客體存在而已，亦即與罰行為概念，亦僅有單一行為存在而已，所以會有與罰者，乃規範彼此間完整評價的問題。

對於法律競合概念的分析，雖然學理在發展的過程中，嘗試從各種觀察角度，加以分析研究，而且鑽研日深，可謂徵結奧義，但卻忽略了其基本條件的邏輯結構關係，從而遂發生「眾裡尋他千百度，驀然回首，那人卻在燈火闌珊處」的遺憾。其實徵結所在，應存在於對於規範相互關係的認知，必須重新思維！