

評德國刑法競合論「行為單數」概念

柯耀程*

目 次

引言	(一)「行為單數」與一般行為概念是否不同概念？
一、學說對「行為單數」的概念定位	四、法的行為單數釋疑
二、「行為單數」的類型	(一)行為與犯罪複數的本質
(一)自然意義之一行為	(二)法律效果的單一處理
(二)自然的行為單數	五、行為單數概念的謬誤與修正
(三)構成要件的行为單數	(一)存在與規範的釐清
四法的行為單數	(二)行為單數概念的重新認定
(五)小結	六、整合一致性的行為概念一代結論
三、「行為單數」概念的執疑	
(一)評價客體與客體評價關係	

引 言

刑法競合論（Konkurrenzlehre）（註一）向來都是刑法問題中，最複雜且棘手的部分，不論其在定位上有所爭議（註二），且在競合問題的內涵，也是意見分歧，

*德國慕尼黑大學法學博士；國立中正大學法律學系副教授。

（註一）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。

（註二）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 künftigen Strafrecht, in: ZStW 75 (1963), S.44; Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre 1968, S.19ff.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT⁶ Bd.2, S.361; Stratemwerth, 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

究竟競合論所處理的問題，係「罪數」的問題，或是「行為數」的問題？在見解上仍舊分歧，我國向來均將競合論問題視為「罪數」決定的問題，從而所發展出的架構，則完全屬於判斷「一罪 (Verbrechenseinheit)」與「數罪 (Verbrechensmehrheit)」的理論體系（註三）。反觀德國刑法對於競合論的認定（註四），認為其所涉及者均為「規範複數」，而對於此複數規範的實現者，可能為一行為，亦可能為數行為，因此，在決定競合型態時，必須先處理究竟為「一行為」或是「數行為」，行為單、複數問題，乃成為競合論首先需判斷的前提要件，而「行為複數 (Handlungsmehrheit)」的決定，僅需確認「行為單數 (Handlungseinheit)」後，即可進一步確定之，故而，「行為單數」的認定，則成為競合論前提判斷的核心問

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, Grundfragen der 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。

(註 三) 從「罪數」決定的見解，所產生的體系架構，則在於「一罪」與「數罪」之區隔。我國通用的區分方式，認為「一罪」包括 1、單純一罪：即一犯意，為一行為，結果侵害一法益者；2、實質一罪：以一犯意，為數行為，而構成一罪者，如常業犯、結合犯等（亦有學者認此為包括一罪）；3、形式數罪或稱裁判上一罪：即以一犯意（含概括犯意），為一行為或數行為，其結果侵害數法益，成立數罪名者，包括想向競合、牽連犯及連續犯；4、實質數罪：以數犯意，為數行無結果侵害數法益，成立數罪名者。而關於罪數判斷的標準，學說上意見紛歧。有主張從行為判斷者、有認為應從法益判斷者、亦有認為從主觀判斷值者，以及從構成要件判斷者，可謂眾說紛紜，莫衷一是。參見蔡墩銘，刑法總論，255，256 頁，甘添貴，刑法總論講義，245 頁以下，韓忠謨，刑法原理，357 頁。

(註 四) 德國刑法 § 52 稱為「Tateinheit」，其意義應解為「犯罪事實單一」；而 § 53 所稱「Tatmehrheit」亦應解為「犯罪事實複數」。蓋競合論所具有的程序性質的特性，使其與刑事訴訟程序具有密不可分之關連性，故應將「Tat」解為「事實」為妥。Vgl. dazu Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung 1981, S.1; Achenbach, "Tat", "Straftat", "Handlung" umd die Strafrechtsreform, in: MDR 1975, S.19ff.; Kröpil, Die prozessuale Tat als Zentralbegriff in der strafrechtlichen Ausbildung und Prüfung, in: JuS 1986, S.211ff.; ders., Die Bedeutung der Tatbegriffe für den Strafklagverbrauch, in: DRiZ 1986, S.448ff.; Lang-Hinrichsen, Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, in: Engisch-FS 1969, S.353ff.; Marxen, Der prozessuale Tatbegriff in der neueren Rechtsprechung, in: StrV 1985, S.472ff.; Wolter, Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozeß, in: GA 1986, S.143ff.; Geerds, a.a.O., S.4。

題。

然而，競合問題的前提要件，究竟係處理「罪數」問題，亦或是處理「行爲數」？不能不先加以說明。首先，刑法所規範的對象，係外在存在的人類行爲，亦即其係以行爲作爲其評價對象，而作爲被評價對象的行爲，本身必須是完全客觀的、評價中性的，同時其本身並不能即視爲犯罪，行爲之所以爲犯罪，係經規範評價後的結果，因此，僅規範的內容方得稱之爲「罪（Delikt）」，而競合論所處理的問題，均爲複數規範被實現的情況，故而將複數規範任意壓縮成單一，在學理的論據上，似乎稍嫌薄弱（註五）。其次，國家刑罰制裁的認定標準，並非犯罪本身，而係導致規範侵害的行爲，從而行爲的型態萬端，絕非有限之法律條文所能完全涵蓋，故而法律規範間必須具有相互作用的功能存在，而一個行爲同時侵害數個規範的情形，亦非不能想像，惟一個行爲終究僅能有一個處罰，其不但是規範評價的對象，同時也是限制雙重評價（Doppelbewertung）的基準（註六），此時真正單數者，應爲行爲，而非罪（註七）。再者，競合論所涉及的問題，均爲複數規範被侵害，所不同者，僅在於該數規範之侵害，究竟係一行爲或數行爲所致而已。因此，對於競合論前提的判斷，應以區隔「行爲數」較爲恰當（註八）。

從確認區分「行爲數」的觀點出發，德國刑法學理在處理競合問題時，乃將區分「行爲單數」與「行爲複數」作爲競合論的前置問題，並將焦點置於判斷「行爲單數」的概念上，並將「行爲單數」概念獨立於犯罪行爲論的行爲概念之外，認爲「行爲單數」概念，係一獨立的刑法概念，並專屬於競合論（註九），進而發展出各種不同型態的「行爲單數」類型（註一〇）。然而，此種「行爲單數」的學理發

（註 五） 此種將數罪視爲一罪的觀點，不論從何認定標準，均無法自圓其說，蓋何以數規範的存在，卻產生僅能認定爲其中一罪的結果，並無明確的說明。且對於「罪（Verbrechen）」的概念爲何？亦無先加以界定。就如同 v. Liszt 所認爲「一行爲僅能爲一罪…如有數罪，必爲數行爲」，其同樣陷入未對「罪」加以說明的謬誤之中。So v. Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* 1. Bd., S.248。

（註 六） 關於「雙重評價禁止（Doppelbewertungsverbot）」問題，參見黃榮堅，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。

（註 七） 德國學者 Geerds 則從刑法規範所揭示的法定「刑罰正當權限（Strafberechtigung）」加以闡述，認爲個別刑罰規範均含有一個「刑罰效果」，如多數規範被侵害時，則此種正當權限亦具有數個。Vgl. Geerds, a.a.O., S.237。

（註 八） 首先將「行爲單數」概念導入我國刑法，並作系統介紹者，應推林山田教授。其於 1989 年所著「競合論概說與行爲單數」一文，刊於：政大法學評論 39 期，29 頁以下。

（註 九） Vgl. dazu Vogler- LK, Rn. 7 vor § 52; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 10 vor § 52; Samson-SK, Rn. 15 vor § 52; Jescheck/Weigend, *Strafrecht* AT5, S.710; Jakobs, *Strafrecht* AT2, S.886; Warda, a.a.O., S.83。

（註一〇） Vgl. Vogler- LK, Rn. 8ff. vor § 52; Schönke/ Schröder/ Stree, Rn. 11ff. vor § 52; Samson-

展是否全無問題，頗令人質疑。一方面不同「行為單數」的類型，其是否均能完整無誤地詮釋競合所生的現象，不無問題。另一方面，其所採用的「行為單數」概念，得否滿足另一前提條件，即複數規範的要求，容有疑問。此外，「行為單數」的概念是否果真不同於一般行為概念？恐需進一步思考。對於此種因學理的精緻發展所生之疑惑現象，實有深入剖析之必要。

一、學說對「行為單數」的概念定位

人類行止在社會活動中，本具有多樣性的特性，對於一定的現象何時可以視為單一行為？何時又需視為複數行為？恐不能僅從單純事實的觀察得知，而需有更明確的判斷標準存在。惟此種判斷標準究竟是存在於社會事實的認知經驗？或是存在於法律規範之中？則常成為學說爭議的論點。當然，單純的肢體活動並不能決定行為的單複數，即使是多數的肢體活動，亦不能排除單一行為的成立，例如對於他人拳打腳踢，依舊僅是一傷害行為。此外，行為所侵害的結果，亦不能作為決定行為數之標準（註一一），例如丟一石頭擊傷人，又打破門窗，雖結果有數個，但行為仍僅有一個。同樣地，刑法規範中所規定的行為形式，雖然在個別的構成要件中，僅規範一行為，然刑法規範僅是人類行為的基本形式的反射，並不能完全認定人類行止，僅限於刑法規範中之行為形式。固然人類行為必須經過刑法規範之評價，但不能以評價的標準，反溯認定受評價之客體，作為決定行為的單複數，否則只要有二以上構成要件被實現，即需視為二行為，此種認定恐又會陷入循環論證的謬誤。如果承認同一行為有時必須以複數的規範，方能完全加以評價（註一二），則一行為在規範的適用時，可能產生二種形式，即僅實現單一構成要件，或是同時實現數個構成要件。在僅有一個構成要件被實現的情況，決定行為個數較為容易，此時僅需從該單一規範適用中即能推知為一行為。惟在多數規範被實現的情況下，究竟為一行為或是數行為，學說上則是意見紛歧（註一三）。較為一致的見解認為，行為

SK, Rn. 17ff. vor § 52; Jescheck/Weigend, a.a.O., S.709ff.; Jakobs, a.a.O., S.886ff.。

（註一一） Vgl. BGHSt 1, 20, 6, 81, 82, 16, 397。

（註一二） 此種論點已為學理普遍接受，特別是在詮釋想像競合時，Schmidt 即提出所謂「複數理論（Mehrheitstheorie）」加以說明，同時 Binding 亦認為自然事實的一個評價對象，往往必須以數個規範方能完全加以說明。vgl. stattallem Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen 1979, S. 27ff.; Jakobs, a.a.O., S.892; Geerds, a.a.O., S.325。

（註一三） 例如 Mayer 則從「責任評價的差異性」來區分，而決定責任差異的標準，則置於「單

單複數的判斷，應從法社會意義的行為概念觀察（註一四）。在德國的實務及一般學理的見解，認為判斷行為單數應從「自然的考量（natürliche Betrachtungsweise）」的方式來認定，而在學說上，則有愈來愈多的見解認為，應從規範的觀點來加以認定，迄今此種分歧仍舊存在（註一五）。而無爭議者，則認為「行為單數」概念係競合論的專屬概念。

德國學說雖對於判斷「行為單數」的標準，意見不一，但對此一概念的定位，則並無分歧，均認為「行為單數」係競合論之專屬概念，且為獨立的法概念（註一六）。「行為單數」概念與一般行為概念並不相同，蓋在犯罪行為論中的行為概念，所涉及的問題，僅在於確認可罰性之最低條件而已，亦即構成要件的包攝問題，其僅在檢討一個構成要件是否該當一個行為，藉此確認行為的可罰性基礎而已。反之，「行為單數」的概念所涉及者，並非檢討一個構成要件是否適用，而是同時有數個構成要件被實現。學理上認為一般行為概念，不但無助於競合問題之解決，反而適足以排除競合問題之適用。故而「行為單數」概念無法以一般行為概念相容（註一七）。然而，此種見解是否毫無問題存在，容有疑問。蓋持此種見解者，無異必須承認刑法中具有二個行為概念存在，而將刑法評價客體的行為分割成二種不同型態。此種見解恐有商榷餘地（見下述三）。

固然，「行為單數」概念係指實現多數刑法規範的一行為，然何種實現複數構成要件的行為，可以該當「行為單數」概念呢？在德國學理上為剖析「一行為」的情況，乃創設出各種不同「行為單數」的認定類型。

一的決意（*einheitlicher Tatentschluß*）」；相近之見解如 Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., S.365，亦將決定標準置於行為計畫的意思，兼考量法規範之評價；而 Geerds 則從具體事實歷程的法規範判斷分析，認為行為單數應從行為的社會意義推求，並從實施行為的同一性（*völlige od. teilweise Identität des Ausführungsakts*）觀點，確認行為單數的概念。Vgl. dazu Geerds, a.a.O., S.247, 271ff. 此外，Puppe 嘗試從規範邏輯的觀點，分析構成要件與行為的關係，認為行為單數與否應從現實情況中判斷之。So Puppe, a.a.O., S.34ff., 77ff.。

（註一四） Vgl. Vogler-LK, Rn. 7ff. vor § 52; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 10ff. vor § 52; Samson-SK, Rn. 15ff. vor § 52。

（註一五） So vgl. Jescheck/Weigend, a.a.O., S.710; Vogler-LK, Rn. 7 vor § 52。

（註一六） Vgl. Geerds, a.a.O., S.252, 253; Jakobs, a.a.O., S.811; Vogler-LK, Rn. 7 vor § 52; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 10 vor § 52; Samson-SK, Rn. 15 vor § 52。

（註一七） Vgl. Geerds, a.a.O., S.254。

二、「行為單數」的類型

何種行為情況得視為單一行為？乃有不同見解對於「行為單數」類型的分析：

(一)自然意義之一行為

所謂自然意義之一行為（eine Handlung im natürlichen Sinne），係指行為人出於一個行為意思決意，引致一個意思活動，在刑法的認定上，始終皆為單一者。至於行為所招致結果的多寡，則非所論，重要之決定者，則在於該行為是否僅出於一個意思活動（註一八）。例如行為人以一決意，丟一石頭，打傷他人且毀壞門窗。此種一行為，係「行為單數」概念中，最基本的型態。

(二)自然的行為單數

自然行為單數（natürliche Handlungseinheit）的概念，在實務上，從帝國法院時代，一直沿用至今，且受到早期學說的青睞，迄今仍具有相當重要之影響地位（註一九）。惟此一「行為單數」概念的判斷內容隨著時代的演變，而有所更易，依早期實務之見解，認為行為人雖然在客觀上實行多數的舉動，但以一個客觀第三人自然的觀察，認定所有之行止間具有一個直接的連帶關係存在，而認為行為人所為者，僅為一個單數行為而已（註二〇）。同樣地，到早期德國聯邦法院時代，認定「行為單數」的成立，必須從整體行止的外在事件歷程，以及所實現多數規範的外觀型態，加以判斷，至於主觀要件的要求，則顯得較不重要。如整體事件歷程在時間及空間關係上，具有緊密的關係存在，則儘管行為人行為意思有所中斷，仍可成立單一行為（註二一）。隨後，在實務上認定「行為單數」的見解上，加入對於主觀要素的要求，認為一致性的意思或行為決意，仍舊需在時空緊密關係的判斷時，扮演一個重要前提角色。直到 BGHSt 10, 230 的判例中，自然行為單數的概念乃正式完備，該判例中強調，自然行為單數的成立，必須在主觀上具備一致性的行為意思，且客觀上具有時間與空間的密集關係，而依照吾人一般之生活經驗認定整體行為，具有密不可分的關係（註二二）。同時，所有客觀的行止關係，必須係源自一個一

（註一八） So BGHSt 18, 32ff.。

（註一九） Vgl. RG 32, 137ff., RG 44, 223ff., RG 74, 375ff., BGHSt 1, 168ff., BGHSt 4, 219ff., BGHSt 10, 397ff., BGHSt 18, 29ff., BGHSt 22, 67ff.。

（註二〇） Vgl. RG 58, 113, 116.。

（註二一） Vgl. BGHSt 4, 219, 220.。

（註二二） Außerdem Bringewat, Die Bildung der Gesamtstrafe 1987, S.17.。

致性的行為意思，方得視為係單一行為。從實務見解，可以確認判斷自然行為單數的標準，不僅行為人整體行止在客觀上必須具備不可分割的一致性，且需能從客觀整體歷程推知主觀行為意思的一致性，然而，如何得以推知行為人具有主觀意思的一致性？實務上僅能以所謂「自然的考量模式」來詮釋。當然以此種自然的思考方式，來確認主、客觀一致性的見解，也遭致不少的非議。

在學理上，為確認行為是否為單一，主觀一致性是否可從客觀的事件歷程推知？乃進一步分析自然行為單數的客觀結構形式，進而建構客觀歷程的整體性關係，作為維持主觀一致性的可信賴基準。Maiwald 從判例的分析，以及融入規範的觀點，得出三種可能形成單一行為的情況：1、所謂反覆的構成要件實現（*iterative Tatbestandsverwirklichung*），即在實現一個整體犯罪（*Gesamtdelikt*）的歷程中，所有個別的行為乃形成一個單一行為，蓋此種事實情狀中，每一個個別行為，皆為一個構成要件該當的行為，而就整個事件歷程觀察，具有完整性關係，故將其視為單一行為（註二三）。此種行為單數的型態，判斷的標準無異是建立在刑法規範的實現基礎上，簡單地說，該當一個構成要件的行為，始終都只被認定為單一行為（註二四）。此種形式的行為單數，主要的認定基準，乃在於構成要件行為要素的解釋。例如一拳打傷人，本即可成立傷害罪之構成要件，然如反覆拳打腳踢，仍舊僅成立一個傷害行為。Maiwald 對於此種反覆構成要件實現的行為判定基準置於一致性的行為認知（*einheitliche Tatvorstellung*），並輔以法益導向之考量，以及行為人罪責內涵的思考，如就個別行為的具體情況觀察，足以揭露出行為人一致性的心理狀況，則行為單數即可成立（註二五）；2、逐次構成要件實現（*sukzessive Tatbestandsverwirklichung*），即行為人對於一定之結果，以逐步達成的方式實現，例如大搬家的竊盜方式，一次又一次地將東西搬空，雖然從個別行為觀察，似乎有多次的行為存在，但個別的行為並非獨立，而是整合建構成一完整行為。此種類型的行為單數，主要的觀察乃置於一個單一結果上，所有的行為均指向此一結果的實現（註二六）。在逐次構成要件實現的行為中，要成為單一行為，依 Maiwald 的見解，必須行為人在主觀上具有對結果實現的一致性動機（*einheitliche Motivation*），在客觀上，必須所有的行為均處於同一的事實情狀（*dieselbe Tatsituation*）。亦即

（註二三） So Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, S.70, 71。

（註二四） 如同 Jakobs 所言，「一個構成要件該當的行為，始終都只有一個，且只有一個法規的侵害」。亦即該行為並不能再被加以分割，可謂為最典型的單一行為。So Jakobs, a.a.O., S.886。

（註二五） Maiwald, a.a.O., S.77。

（註二六） A.a.O., S.88。

所有的行為對於同一結果的實現，必須具有同一性（Identität）（註二七）；3、同時的構成要件實現（simultane Tatbestandsverwirklichung）（註二八），即一個行為在實現一個構成要件的同時，同時更實現其他構成要件，此時被實現的構成要件數，並非決定行為數的基準，其判斷標準必須從客觀的事實情狀上尋找，主要的是在事實上判斷行為是否同一，亦即同時被實現的構成要件是否係由同一行為所致，從而觀察所實現構成要件間的重疊部分之行為是否同一，Maiwald 認為同時構成要件實現的行為，必須至少具備部分同一時，方得成立，亦即行為具備有所謂「雙重類型性（Doppeltypizität）」時，方能視為單一行為（註二九）。

Maiwald 的見解，儘管其仍稱為自然行為單數，但其認定基準已經傾向於規範的認定模式，自然的行為單數所依據的自然思考方式，已漸次傾向法的思維模式（註三〇）。當然，自然行為單數最受質疑的地方，乃在於其將行為判斷的基礎置於事實的認定，而藉由所謂自然考量模式來觀察。反對自然行為單數的自然考量方式的見解認為，雖然法律所規範者為具體的社會現象，但並非現象的本身可以自行決定單一，仍舊需透過法的考量方式後，方能確定是否為單一（註三一）。由於自然行為單數的判斷基準，僅藉助於所謂自然的思維方式，顯然太過恣意，因此有愈來愈多的見解傾向法的判斷方式。

(三)構成要件的行為單數

雖然法律係規範社會的具體事實，然而其形成者並非事實問題，而是法評價問題（Rechtswertungsfragen），現實情狀下的多數行為是否被認定為單一，其判斷者應為法律，決定者應為法的標準，故而對於行無單數的認定，乃朝向構成要件思考（註三二），乃有構成要件行為單數（tatbestandliche Handlungseinheit）概念的出現。

（註二七） A.a.O., S.93。

（註二八） Maiwald 認為所謂同時的構成要件實現行為，所稱「同時（simultan）」的概念並不明確，其僅指時間上是同一的情況而言，然所謂同時的構成要件實現，尚應包括「牽連關係（Mittel-Zweck-Relation）」，其雖非同時，但對同一行為而言，仍舊屬於同時。So Maiwald, a.a.O., S.93。

（註二九） 所謂「雙重類型性」係指行為一方面需為一構成要件之行為要素，另一方面又為另一構成要件行為的行為要素，儘管行為在不同構成要件中，有所差異，但行為要素必須重疊，也就是一方面為 A 構成要件的行為要素，另一方面又為 B 構成要件的行為要素。例如強制手段一方面為妨害自由的行為要素，另一方面亦為強盜行為的行為要素，此即所謂行為「部分同一（teilweise Identität）」的情況。Vgl. Maiwald, a.a.O., S.104。

（註三〇） 正如 Maiwald 所言，自然的行為單數事實上應為法的思維產物。A.a.O., S.114。

（註三一） Dazu vgl. Vogler-LK, Rn. 14 vor § 52。

（註三二） A.a.O.。

此種「行爲單數」概念認爲行爲單複數的界定標準，應存在於個別受侵害的構成要件的解釋問題上，何時屬於單一行爲，應從構成要件判斷之。從而認定「行爲單數」的焦點，乃完全置於構成要件的行爲要件分析上，並將所有可能產生「行爲單數」的情況，藉由構成要件的詮釋，完全反映出來，其中包括（註三三）：1、一個構成要件該當的行爲，始終都是單一行爲；2、多舉犯（*mehraktige Delikte*）雖然有多數的舉動，但仍爲單一行爲，例如傷害罪的行爲規定，即使對人掄拳傷害，仍僅有一個傷害行爲；3、結合犯（*zusammengesetzte Delikte*）雖然行爲包含不同的行爲要素，在法的評價上，仍舊僅視爲一個完整的行爲。例如強盜行爲中，雖含有強制與取走的行爲要素，但仍舊僅爲一個強盜行爲；4、繼續犯（*Dauerdelikte*）其雖然創設一個違法的狀態，且行爲人對此狀態仍舊繼續加以維持，其爲維持違法狀態所增加之行爲，在評價上，仍然視爲單一的繼續行爲；5、持續性的構成要件實現行爲，亦即行爲人逐步實現其所設定之結果，例如從未遂行爲持續進至既遂行爲；6、具有整體概念的犯罪（*Delikte mit Sammelbegriffen*），在構成要件所反映出的犯罪類型，其本質上的要求，即需具備一個整體性的法律概念，如行爲所爲者，係此一整體性概念，則雖客觀上似乎存在有多數的行止舉動，仍舊僅爲一行爲，例如偽造罪、強制性交罪等是。惟值得一提的是，在早期帝國法院時代（註三四），集合犯（*Kollektivdelikte*）（註三五）仍被視爲行爲單數處理，到1938年4月21日，帝國法院乃正式將集合犯從行爲單數的範圍中加以剔除（註三六），之後聯邦法院亦認爲集合犯並非行爲單數的型態（註三七）。

由於學理上對於「行爲單數」的判斷，傾向法規範的思維方式，因此，構成要件的行爲單數概念，則漸有取代自然行爲單數，而成爲通說見解的趨勢。然而，卻未有人質疑從構成要件的行爲分析，如何使得行爲單數的概念成爲競合論的專屬概念？蓋一個構成要件的行爲又如何能再去實現其他構成要件？固然所有單一構成要件所規範的行爲，必然爲單一行爲，但是否單一行爲僅限於構成要件中所規範的行爲而已？雖然構成要件的行爲單數可以提供一個判斷單一行爲的基準，但「行爲單數」概念既然被設定爲實現數規範的行爲型態，則不同構成要件的存在，又如何能

（註三三） 關於構成要件行爲單數類型的分析，vgl. Werle, a.a.O., S.27ff.。

（註三四） Vgl. RG 8, 16f.; 56, 54ff.; 59, 142ff.。

（註三五） 集合犯概念事實上包含三個次位概念，即1.常業犯（*gewerbsmäßige Delikte*）；2.職業犯（*geschäftsmäßige Delikte*）；3.習慣犯（*gewohnheitsmäßige Delikte*）。關於集合犯概念 vgl. Geerds, a.a.O., S.268 Fn. 145, 146, 147.。

（註三六） Vgl. RG 72, 164ff.。

（註三七） Vgl. BGHSt 1, 219ff.。

視為單一呢？此種質疑恐怕以行為部分同一的見解，亦無法說明。因此，對於構成要件的行为單數見解，仍須持較為保留之態度。

四)法的行為單數

除自然行為單數與構成要件行為單數的分析外，尚有一種事實情狀，其結構不但在行為的外觀上，係屬於複數，且在規範的侵害上，亦為複數，然在行為的整體結構上，卻具有特殊的性質，評價上仍有必要將其視為單一，然而其不論是從自然的考量，或是法律的評價，均為複數的情況，唯有將其整體以法的評價加以整合，此種行為單數稱為「法的行為單數 (rechtliche od. juristische Handlungseinheit)」¹。其主要要詮釋者，乃所謂的「連續行為 (Fortsetzungstat)」²，雖然，在德國刑法的規定中，並無連續關係的規定，但實務上卻將此一概念，普遍使用於一般的財產犯罪 (註三八)³，因此，對於連續行為在特定的條件下，即主、客觀一致性條件，必須將其視為單一。由於連續行為各行為間不論是主觀或是客觀原本均屬可分，且個別觀察亦屬獨立，此種結構既不能從自然觀察的方式，將個別行為加以整合，亦無法從任何法規範的觀點，將原屬各自獨立的行為，轉變成非獨立的形式，故而，僅能藉助於法的考量方式，將一行為人系列性的行為，在一致性的要求下，整合成一個評價的事實情狀。然而，此種整合連續行為而成為一個評價整體的方式，無異是一種法的擬制 (rechtliche Fiktion)⁴，然而此種擬制，卻製造出更多的問題，一方面多數個別獨立的行為，既不能從構成要件的規範評價，整合成單一，另一方面，從事實層面的觀察，個別行為除行為樣態屬於同類之外，並無任何足以連結的基礎存在，唯一的基礎僅在於行為人主觀的犯意而已，如而將各行為在如此薄弱的連結關係法中，透過法的擬制，而結合成單一行為？確實有相當問題存在。因此，不論是在學界或是實務界，均不斷地限縮此種擬制的行為單數，甚至更希望將此種行為單數的概念完全剔除。

(五)小結

德國學理為解決競合論前提的行為單複數區分，而發展出「行為單數」的概念，並為瞭解何時行為可稱得上「單數」，乃從各種不同的可能情況加以分析，自然的一行為乃單一行為的最原型型態，其在行為的外型上，完全只有一個意思活動存在。然而，如在行為的外觀上，具有多數個舉止存在，則何時可視為單一？乃需有一定

(註三八) 關於連續關係的整體問題，參照柯耀程，連續犯存廢爭議之思辯，法學叢刊第四十二卷四期，29頁以下；刑法連續關係問題探討，警察大學法學論集第二期，335頁以下。

的認定標準。早期通說的見解，對於多數的舉止，依自然考量的方式，從行為所發生的一致性客觀情狀，以及主觀一致性的動機，推知該多數的舉動具有單一的性質，亦即所謂自然的行為單數概念。然由於自然的行為單數概念所依據的自然思維模式，遭受到相當多的批判，有越來越多的見解傾向規範的認定標準，而產生所謂構成要件的行為單數概念，從而漸次成為學理及實務認定行為單數的基準。然而，構成要件的行為單數固然是行為單數，但必須注意者，此種源自於構成要件解釋的行為單數概念，是否能滿足競合論的要求，恐怕頗值得思考。蓋一個構成要件的單數行為，如何能同時實現數個構成要件？且數個被實現的構成要件，既然同時存在，則又如何得知行為究竟為何種構成要件的單數行為？因此行為單數的概念仍舊充斥著疑惑的表象。

三、「行為單數」概念的執疑

「行為單數」概念係德國學理為解決競合論前提問題，所創設的概念，學理上一方面認為「行為單數」係競合論之專屬概念，其本質與犯罪行為論中的行為概念不同，其差異性則僅在於一般行為概念係針對單一構成要件該當問題的檢討，而「行為單數」則是實現數個構成要件。此種差異是否真能將行為概念，在刑法中一分為二？另一方面，則漸漸從自然存在的評價對象，走入評價規範的分析，此種轉變，與焉不是混淆評價客體與客體評價間的關係？畢竟何時行為屬於單數，其行為形式絕非規範中的形式，而是屬於「存在面（*Seit des Seins*）」。蓋多數的舉止存在，以決定是否為一行為時，絕非構成要件所能決定其是否為單數的。規範面的構成要件雖然是行為類型化的反映，但其並不能詮釋事實存在行為是否為單複數，其僅能對於存在面已經確認的行為加以評價，如行為尚不能確認，則根本不發生規範面的問題，否則將陷入因果辯證上的倒置。因此，構成要件的行為單數概念，雖係法的思維，但評價客體的決定，如導入客體評價之中，將產生以客體評價決定評價客體的謬誤。為更精確地掌握行為單數的概念，有必要先將評價客體（*Objekt der Bewertung*）與客體評價（*Bewertung des Objekts*）間的關係，先加以釐清。

（一）評價客體與客體評價關係

刑法的評價客體，為客觀存在的外在人類行為，屬於存在面，存在面的現象，應屬於客觀、無評價色彩，僅為被觀察的外界活動或靜止，「存在」並無所謂合法

或不法。本身亦無禁止或許可，亦即並無任何本身的評價色彩存在其中。「存在」之所以有合法或不法的色彩，乃受到「當為（Sollen）」的作用，也就是受評價之結果。從而，「存在」並不能無中生有，亦不能由有變無，其有無之評價變化，應為「當為」作用之結果。由此在刑法中，存在的行為，並不能以任何一種恣意的方式加以扭曲，亦不能任意地漠視其存在。如果「當為」與「存在」是建立在「客體評價」與「評價客體」的關係上，則對於存在之規範適用的選擇問題，必然僅發生在「當為」層面，亦即被評價者必須已經存在，始有評價適用問題發生，而如何評價、如何適用，則僅為當為的內部問題，對於一個受評價的客體，僅在規範中方有適用有無的問題。因此存在面僅有存或不存的問題，並無無中生有，或由有變無的情況，一個竊盜犯變賣贓物行為的存在，並不能任意認為其不存在，而認為並無「賣」的行為發生；而「當為」則因評價關係，則會發生評不評價的問題，以及評價取捨問題，唯有在當為規範中，方有評價標準用或不用的情況，如竊盜犯變賣贓物行為，因在竊盜罪中，已完整評價，故而對於竊盜犯本身變賣贓物的行為，不再加以評價。此種「存在」與「當為」間的關係，反應在刑法中，正是行為與構成要件的關係。

行為作為法規範的評價對象，係屬於一個相對性的概念（註三九），也就是相對於行為侵犯對象的危害程度而言，單純的行為本身並不包含任何「自身評價（Selbstbewertung）」的色彩，行為本身並不能自認為是合法或是違法行為。行為的合法或違法係法規範的評價結果，為規範的價值判斷問題。至於規範作為客體評價的標準，其內涵必須包含對於客體情狀的認定，其中包括對於評價對象的整體性描述與判斷。從刑法構成要件的結構而言，因其受到法定原則（Grundsatz der Gesetzmäßigkeit）的規制，必須對於評價對象的行為，在構成要件中加以明確規範，否則即不得對之論罪科刑，而構成要件必須對評價客體的整體情況，作標準式地規定，包括行為之主、客觀內容，以及行為的客觀情狀，更對於特定型態之法定類型，規定其行為主體的特定關係要求。然而，構成要件係以類型標準化（Standardisierung der Typen）的方式所形成，也就是構成要件基本上，係對於所欲規範的對象，作基本類型的規定。但是，外觀世界的行為形狀萬端，有完全符合構成要件之基本型態者、亦有超出基本型態形式者、也有集合數個行為樣態，組合成一新型態者，構成要件以有限之條款，欲對變化無窮之行為型態，完全個別加以規範，顯然不可能，因此在構成要件之間的相互作用，就成為刑法具體適用時的重要依據，因此乃產生對一個評價客體的評價，有時必須使用多數個構成要件，方能完全適用。

（註三九）參照林山田，前揭書，81頁。

評價客體既是接受評價者，自然在評價之初即應存在，如其存在與否尚且無法確認，則如何評價，將發生問題。同時對於現實存在的評價客體其是否為單一的判斷，如直接引用客體評價的思維，在邏輯思考上，將陷入本末倒置的情況。因此，構成要件的行爲單數概念，確實有其思維上的疑慮存在。蓋一個構成要件規定的竊盜行爲，固然屬於一行爲，但其並不能說明事實存在的「大搬家」形式，是否為單一行爲（註四〇）。存在面的評價客體判斷，僅能從存在面去探求決定的標準。因此，構成要件的行爲單數概念，無異是陷入以構成要件決定行爲的謬誤之中。反觀自然的行爲單數概念，其雖然依據自然的考量方式，然在決定評價客體時，始終維持存在面的判斷，在邏輯思維上，並無如構成要件行爲單數概念的謬誤（註四一）。

（二）「行爲單數」與一般行爲概念是否不同概念？

學理爲說明實現多數構成要件的行爲，乃創設出「行爲單數」的概念，並認爲「行爲單數」概念與犯罪行爲論的行爲概念不同，蓋其認爲犯罪行爲論所言之行爲概念，僅在於確認人類行爲在刑法的可罰性最低條件成立與否的判斷，而「行爲單數」概念，則是實現複數的構成要件行爲（註四二）。亦即犯罪行爲論所探討的行爲，始終都是「犯罪單數（*Verbrechenseinheit*）」的問題，而「行爲單數」概念則必爲「犯罪複數（*Verbrechensmehrheit*）」的結果。因此，犯罪行爲論的行爲概念，並無助於「行爲單數」概念的闡述。Geerds 更認爲「行爲單數」概念與犯罪行爲論的行爲概念並不相同，犯罪行爲論的行爲概念，只是在單一構成要件成立的前提下，對於該行爲的客觀歸責問題，其所具有的僅爲單一的「刑罰法定事由」而已，而「行爲單數」概念則具有特殊的特性，其並非僅具有單一「刑罰法定事由」而已，而是同時存在多數的「刑罰法定事由」（註四三）。如果要比較「行爲單數」

（註四〇） 蓋構成要件的行爲詮釋，固然可以將類型化的行爲型態，加以詮釋，但在適用具體事實時，仍須從事實層面觀察，是否符合此種構成要件的類型化詮釋。就如同「大搬家」的竊盜模式，其可能爲單一行爲，亦可能爲多數行爲，如果時間與空間的關係，足以確認其一致性，則可視爲一行爲，但如時空交隔，則同是「大搬家」，卻變成複數行爲。故從構成要件的解釋要決定行爲單數，恐有其謬誤在！

（註四一） Vgl. Puppe, a.a.O., S.243, 255。

（註四二） Vgl. Vogler- LK, Rn. 7 vor § 52; Samson- SK, Rn. 15 vor § 52; Geerds, a.a.O., S. 237ff., 253, 254; Jescheck/Weigend, a.a.O., S.710; Werle, a.a.O., S.25。Puppe 更精確地說明，刑法對於行爲的認定，從邏輯思考出發，行爲本身係屬於自然意義下之行爲，因受到刑法的評價後，始成爲刑法構成要件取捨之行爲，然而其仍不失其自然之意義。如僅從構成要件出發，來認定行爲乃取決於構成要件，則全然是本末倒置的作法。So Puppe, a.a.O., S.14。

（註四三） Geerds, a.a.O., S.253-255。

概念與一般行爲概念，則充其量一般行爲概念在確認單一「刑罰法定事由」的基礎上，對於「行爲單數」概念有間接的參考意義而已（註四四）。然而，此種將「行爲單數」與一般行爲概念嚴格區分的見解，不無問題存在。

固然在一般行爲概念下所涉及者，僅是單一構成要件適用的認定問題，但客觀存在的行爲型態，本來就有各種不同的情況，其受刑法規範的評價，也就有二種情形存在，其一爲單一構成要件即能完全評價者，另一則必須以數個構成要件方能完全加以評價，不論其需受單一規範評價，或是複數規範的評價，均不影響其爲評價客體的角色。何以同是刑法的評價客體，僅因評價內容的差異，即認爲二者間係屬本質差異的不同概念？實令人不解！再者，「行爲單數」概念本來就只是競合論的前提要件而已，其並不等於「想像競合（Idealkonkurrenz）」，此種認知，在學理上並無誤解（註四五），且想像競合除了「行爲單數」的前提外，尚需有複數的構成要件被實現，因此「行爲單數」在判斷想像競合時，亦僅作爲法的評價客體而已，其並不等於複數構成要件實現。從而學理上認爲「行爲單數」的本質爲複數構成要件實現的見解，似乎係混淆「想像競合」與「行爲單數」的概念！

或許吾人可謂「行爲單數」概念與行爲理論（Handlungstheorien）無涉，蓋行爲理論所處理的問題，並非評價問題，而是篩選人類行爲成爲刑法評價客體適格的問題（註四六）。但「行爲單數」概念與一般行爲概念有所不同的說法，恐難提供有力的說服力！不論是犯罪行爲論的一般行爲概念，或是競合論的「行爲單數」概念，其在刑法中，應皆爲法的評價客體，而刑法中也應該僅有一個評價客體的概念，並無其他，所差異者，僅在於刑法規範對之如何作客體評價而已，但不能因評價內容不同，即否定評價客體的定位。事實上刑法規範作爲客體評價的標準，在規範的形成過程即已產生對一個評價對象的評價，有時必須使用多數規範的情況。此爲方法學中，規範形成及適用的本然（註四七）。例如在客觀上同是丟石頭的行爲，其

（註四四） Geerds 認爲，「行爲單數」既是實現複數的構成要件，則是屬於「犯罪複數」的型態，而犯罪複數的基礎，仍舊在於「犯罪單數」的認定上。一般行爲概念主要係「犯罪單數」的認定問題，因此，在此一基礎上，一般行爲概念對於「行爲單數」概念，僅具有前提的作用，其關連性係屬間接的。Vgl. Geerds, a.a.O., S.254。

（註四五） Vgl. Geerds, a.a.O., S. 241; Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 718; Jakobs, a.a.O., S. 887; Bringewat, a.a.O., S.46; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 21 vor § 52; Warda, Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit, in: Oehler-FS 1985, S.241ff.,244。

（註四六） 關於行爲理論的說明 vgl. Roxin, Strafrecht AT, S.178ff.。

（註四七） 關於規範形成及其適用問題，在德國的方法學中，有相當精闢的說明。Vgl. Schmatz, Methodenlehre, Rn. 15; Larenz, Methodenlehre, S.163ff.; Müller, Methodik, S.58,123, 124; Zippelius, juristische Methodenlehre, S.89,90; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, S.47,60,369; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S.43-45。

一僅打傷人，另一則除傷人外，更砸毀他人的門窗，二者均僅為丟石頭行為，在評價客體上並無差異，所不同者，僅在於一個只需以傷害罪即得完全規範，而另一個則除傷害要件外，尚需加入毀損要件，方能完全評價。如果認為「行為單數」概念不同於一般行為概念，則將形成刑法中有二個評價客體存在的荒謬現象。同時在「行為單數」概念的詮釋中，自然意義下的一行為，其根本即為一般行為概念下之一行為，又如何詮釋其間的差異？此種對於同為刑法規範評價客體的差異性認定，無異是將刑法判斷的標準分割為二，其實並不妥當。刑法中應該僅有一個評價客體的概念，所不同的，則僅在於客體評價的運用有所差異而已。故而，「行為單數」概念與一般行為概念並無不同，二者皆為刑法所欲評價的對象。學理上將「行為單數」概念視為獨立於一般行為概念外的專屬概念，在論述的基礎上，恐不恰當。

四、法的行為單數釋疑

在德國的學理中，「行為單數」概念較受質疑者，應為法的行為單數概念，蓋法的行為單數，其本質既不能從自然的考量中得出，也無法從規範的觀點加以確認，為避免「實質競合（realkonkurrenz）」的適用，乃透過法的創設，而將其視為單數。此種概念其實僅係針對連續行為而設，其所考量者，並非法規範法理的思考，而僅係一種政策性的斟酌而已（註四八）。從連續行為的結構來觀察，似乎找不出其單數的性格，在此種「行為單數」概念下，唯一為單一者，僅行為人而已，然而行為人並非刑法規範的評價客體，只有行為方為評價客體，而連續行為又屬於多數的情況，如欲作單一處理，唯一的方式，僅能藉由法的擬制。但是，此種法的擬制，又不能免除「恣意（Willkür）」的危險，因此稱法的行為單數，仍有相當的質疑存在。對於此一概念，實不得不加以分析，以確認出較為合理的認知方向。

(一)行為與犯罪複數的本質

法的行為單數，主要係為詮釋連續行為所創設。所謂連續行為者，乃指行為人設定一系列的同類行為，連續實施，而個別行為在法的評價上，皆各自實現同類的構成要件，且所侵害者，皆為同類法益，由於此種同類性（Gleichartigkeit）的存在，在法的考量上，乃欲將其作單一之處理，故而從法的思維中，衡量單一處理

（註四八）參見柯耀程，連續犯存廢爭議之思辯，法學叢刊第四十二卷四期，31，32頁。

與區分處理的利弊，而賦予單一的認定。事實上，法的行為單數，在行為的結構中，係屬複數，亦即行為複數的本質。此種行為複數的特性，不論是從行為的客觀觀察，或是主觀的認定，個別行為皆屬獨立而完整的犯罪行為，整體而言，仍舊是複數的結構，任何一種單一的擬制作法，均會將原本各自獨立的行為，變成非獨立性質，倘若沒有強而有力的法理基礎，此種單一行為的擬制作用，將產生更多的疑慮。Geerds 就認為將連續行為視為一種行為單數，並不妥當，蓋連續行為中，個別行為均具有受獨立評價的條件，且亦應各自獨立評價，任意將其擬制成單一，並無任何的法理基礎存在（註四九），因此 Geerds 認為連續行為的型態，根本不能視為任何一種形式的「行為單數」，而應該是一種擬制的犯罪單數（fiktive Verbrechenheit）（註五〇）。然而，Geerds 既然認為以法的行為單數來說明連續行為，並不恰當，則個別行為所實現的構成要件，在競合論的評價關係，仍舊為犯罪單數或複數，因連續行為中的個別行為皆有可能實現一個或數個構成要件，則其整體亦應為犯罪複數，而非犯罪單數。儘管連續行為具有同類性存在，且其所成立的犯罪亦屬同類，但行為既然皆屬個別獨立，各自所形成的犯罪，本質上亦為獨立，整體而言，連續行為所形成者，仍是犯罪複數，將此種犯罪複數擬制成犯罪單數，無異又陷入行為擬制的謬誤之中。根本上，連續行為的本質既是行為複數，亦為犯罪複數，任何一種單一的擬制，均會破壞連續行為基本性質，並不妥當，既然連續行為的本質為行為複數與犯罪複數，在認定上，就應將其視為複數的性質，雖然在處理上做單一評價處理，仍舊不應否定其複數性格，而任意將其擬制成單數。

連續行為作單一處理，主要係為避免以實質競合的方式，來處理同類的行為型態，其單一處理的考量，係基於政策上的斟酌，而在法律效果的處理上，作單一認定（註五一）。

(二)法律效果的單一處理

連續行為在刑法的處理上，本來就是相當棘手的問題，一方面其本質為複數，理應為複數的處理，而適用實質競合模式；另一方面，其行為及成立之罪名，又有同類性關係存在，如作區分處理，則又將造成訴訟的負擔，且處理所得之結果，又將產生「質變」疑慮（註五二）。在此種兩害的衝突情況下，僅能以「兩害相權取

（註四九） Geerds, a.a.O., S.294ff.。

（註五〇） A.a.O.。

（註五一） 關於連續行為作單一認定問題，參見柯耀程，前揭文，33 至 37 頁。

（註五二） 關於連續行為如以實質競合模式處理，可能發生「質變」疑慮的問題，參見柯耀程，前揭文，37 頁。

其輕」的妥協方式處理，將連續行為存在的情況，不再對於個別行為個別認定，而採用連續關係（Fortsetzungszusammenhang）的處理方式解決，一方面承認其行為及犯罪複數的本質，另一方面，則作單一之處理。惟單一處理並非單一評價，而係在法律效果的認定上，作單一處理。雖然法律效果的單一處理，仍舊有所疑慮，特別是在程序法的救濟問題上，然而，權衡得失，仍舊以此種處理模式，較為妥當。所遺留的問題，則在於如何在法律效果上，作單一處理？在德國的刑法規定中，並無連續行為的規定，雖然在實務的運用上，採用連續關係認定的情況，並不陌生，但將其作單一法律效果處理時，則發生無處理的規則存在的弊端，僅能從構成要件的法定效果中，透過刑罰裁量的加重來加以處理。反觀我國刑法，對於連續犯的法律效果處理，則有明文規定，雖然僅規定為「得加重其刑至二分之一」，但在處理上，總有依據存在。惟對於連續行為在法律效果的單一處理上，僅為二分之一的加重，是否恰當，則屬於處罰考量問題（註五三）。故而，法的行為單數對於連續行為的適用，並非恰當，連續行為從其結構關係，均屬於複數性質，其所成立的單數關係，充其量僅能稱為「處理單一（Behandlungseinheit）」而已，亦即法律效果單一（Einheit der Rechtsfolge），或稱為刑罰單一（Einehit der Strafe）。

五、行為單數概念的謬誤與修正

德國學理為解決競合論的前提問題，所創設出的「行為單數」概念，在理論的立足點上，就已經不夠堅實，而將「行為單數」概念與一般行為概念區隔，更不妥當，且學理上漸漸認為「行為單數」概念的判斷，必須從構成要件的解釋著手，更產生邏輯上的謬誤。事實上，「行為單數」的概念與一般行為概念並無差異，其共同為刑法的評價客體性格，所差異者，僅在於規範適用的關係而已，在一般行為概念下，對於行為可罰性的認定，可以從個別該當的構成要件確認其法律效果，但對於同時實現數構成要件的行為，其可罰性的認定，既無專屬的法律效果，則需設定處理此種型態的行為法律效果，競合論的任務即在處理複數規範適用時的法律效果問題。然而，並不能因為所實現的構成要件單複數有別，即認為行為概念亦有不同，

（註五三）德國學者 Puppe 對於單一法律效果的處理，亦曾提出質疑，其所質疑的焦點，不在於單一法律效果的處理是否妥當，而是對於如何作單一處理的內容有所質疑。其認為連續行為不論是加重二分之一，或是加重三分之二，均無法擺脫恣意的嫌疑，Puppe, a.a.O., S.12。

此將產生事實行爲與構成要件間的混淆。

(一)存在與規範的釐清

「行爲單數」的概念，雖然是競合論的前提要件，但其與一般行爲概念最大的差異，僅在於評價內容的差異而已，一般行爲概念下的行爲，在詮釋上，固然考慮構成要件是否該當的問題，亦即一個構成要件是否足以完全包攝此一客觀行爲，其可罰性的認定，雖然是從構成要件該當的思考出發，但其爲刑法規範的評價客體，則是不變的事實。而「行爲單數」概念下的單數行爲，雖謂其需同時實現數個構成要件，然其爲刑法評價對象的立場，並未因複數構成要件的存在，而有所變異。德國學理之所以將「行爲單數」概念畫出一般行爲概念之外，無異是陷入存在與規範間的矛盾。

存在面的行爲樣態萬千，絕非有限的法律條文所能完全含納其中，對於一個存在事實的評價，法律規範可能以一個要件涵蓋，亦可能需以數個規範，方能完全評價。但如無存在面的評價客體存在，則全無規範評價問題的產生。而評價客體是屬於存在面的產物，其究竟爲單一或是複數，應先從存在面加以判斷，如其爲單一，則規範面的評價，始需受到「雙重評價禁止原則（*Grundsatz des Doppelbewertungsverbots*）」的拘束；如其爲複數，則在評價上，亦應爲複數的認定（至於法律效果是否爲單一或複數的處理，則屬另外問題）。而「行爲單數」與一般行爲概念，皆是刑法評價客體，二者均爲存在面的產物，在本質及概念上，應爲同一，並不能因其所受的評價內容有所不同，即認爲概念有異。因此決定行爲是否單一的標準，根本上不能從規範面著手，而應從存在面觀察。惟如何從存在面觀察行爲是否單一？則成爲學理上最大的難題（註五四）。然而，在學理的發展過程中，雖然不同的見解，也提供在判斷單一行爲的基準。既然行爲是否單一，係屬於存在面決定的問題，其自然需從現實面加以觀察，而認定的標準，應從二方面著手：1.行爲的客觀情狀是否具有一致性，以及2.從一致性的行爲情狀是否能推知一致性的行爲動機。此種考量方式，不論是一般行爲概念，或是「行爲單數」概念，應同樣適用。故而，「行爲單數」的概念與一般行爲概念，在意義上，應無差異，同爲刑法的評價客體。

（註五四）Puppe 從邏輯分析的觀點，認爲判斷行爲單數，應以自然考量的方式，而傾向自然行爲單數的見解。其在處理行爲單數問題上，出發點並無瑕疵，即對於存在面的判斷，應從存在面著手。Vgl. Puppe, a.a.O., S.200,255ff.。

(二)「行爲單數」概念的重新認定

雖然德國學理對於「行爲單數」概念所採的立場，漸漸捨棄自然的行爲單數概念，而傾向構成要件的行爲單數，但「行爲單數」概念在認定的出發點上，即已經誤入歧途，其將「行爲單數」概念與一般行爲概念嚴加區分，已經產生邏輯上的錯誤，更將存在面的行爲認定，轉嫁到規範面認定，更產生方法上的偏差(註五五)。也因此將難以處理的問題，延伸到競合論，從此競合論即成爲刑法領域中的「百慕達三角洲」。其實，刑法中僅有一個存在於現實面的評價客體概念，並無「行爲單數」與一般行爲概念的區分，學理上將實現多數構成要件的行爲，稱之爲「行爲單數」，而欲與一般行爲概念相區分，是否即意味著一般行爲概念，僅能歸屬於一個構成要件，從而，人類行爲乃受制於法律規定，而喪失其爲評價客體的地位，流於法規範的恣意。因此，刑法競合論中所稱的「行爲單數」概念，僅能視爲一個名稱的稱謂而已，其性質無異於一般行爲概念。刑法中，也僅有一個行爲概念而已，至於法規範如何評價此一評價客體，則屬於規範層面判斷的問題。

六、整合一致性的行爲概念一代結論

德國刑法競合論所探討的「行爲單數」概念，其雖受到複數規範的評價，但並不能因此即認爲其係競合論的專屬概念，而與犯罪行爲論的行爲概念作區隔。此種概念的區分，容易使人產生刑法中有二個行爲概念的假象，其實行爲概念在刑法中，僅有一個，畢竟刑法體系的結構係從犯罪行爲論導至法律效果論，犯罪行爲論本爲法律效果論的前提，而犯罪行爲論的行爲評價，本就限定在以單一構成要件該當適用的範圍，即使有複數構成要件存在，評價客體，仍舊爲評價客體，並不會轉變成客體評價。而評價客體的行爲，本屬於現實層面的產物，其決定標準仍應從存在面求得，所有規範面的決定，均有所偏失。

對於構成要件的行爲單數見解，雖有越來越多學者從之，但從構成要件的解釋反推認定行爲的單數，則係將規範適用置於存在之前，在邏輯思維上，已經是本末倒置。更何況構成要件行爲單數，如何產生複數的構成要件實現？將令人質疑。

(註五五) 莫怪 Puppe 對於此種認定的錯置有所質疑，其認爲人類行爲成爲刑法判斷的對象時，雖然需受構成要件的評價，但如對於行爲的單一與否判斷，全然以構成要件認定，則區分行爲單數將毫無意義。Puppe, a.a.O., S.200。

此種論點，甚難具有說服力。因此，競合論所產生「行為單數」的概念，應加以捨棄，其與一般行為概念，並無差異，儘管評價不同，其均為刑法的評價客體，而刑法中也不應該有二個行為的概念存在，應僅有一個貫穿刑法評價體系的行為概念。