

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

## 2005 年新刑法競合問題之理論與實踐 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型  
計畫編號：NSC 95-2414-H-004-017-  
執行期間：95年08月01日至96年07月31日  
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：陳志輝

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理：洪兆承、姚幸如  
大學生-兼任助理：馮聖晏、洪琨翔

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 96 年 10 月 28 日

# 行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

## 2005年新刑法競合問題之理論與實踐

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC 95-2414-H-004-017-

執行期間：95年8月1日至96年7月31日

計畫主持人：陳志輝助理教授

計畫參與人員：洪兆承、姚幸如、洪琨翔、馮聖晏

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)：完整報告

本成果報告包括以下附件：

1. 新刑法犯罪競合問題與實務因應（已發表部分為：九四／九五年度刑事判決評釋—競合部分，刊於：台灣本土法學雜誌，90期，2007年1月，頁50-76）。
2. 自然的行為單數—最高法院數則相關判決評釋，最高法院裁判與法學理論之實踐，最高法院吳啟賓院長退休紀念論文集，2007年9月，頁549-562。

處理方式：除產學合作研究計畫、提升產業技術及人才培育研究計畫、列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權，一年二年後可公開查詢

執行單位：國立政治大學

中華民國 96 年 10 月 28 日

本研究計畫之研究成果包含以下兩篇已公開發表之著作：

1. 九四／九五年度刑事判決評釋—競合部分，台灣本土法學雜誌，90 期，2007 年 1 月，頁 50-76。
2. 自然的行為單數—最高法院數則相關判決評釋，最高法院裁判與法學理論之實踐，最高法院吳啟賓院長退休紀念論文集，2007 年 9 月，頁 549-562。

詳細如下：

# 新刑法犯罪競合問題與實務因應<sup>\*</sup>

陳志輝

(國立政治大學法律學系助理教授)

## 目 次

---

<sup>\*</sup> 本文係整合先前發表過的二篇文章(參閱拙作,牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起,月旦法學雜誌,122期,2005年7月,頁9-26;同作者,九四/九五年度刑事判決評釋—競合部分,台灣本土法學,90期,2007年1月,頁193-220)並修正若干意見而成。

壹、前言

貳、犯罪競合之判斷體系

一、認定行為單數而後為犯罪競合之判斷

二、行為單數之認定

(一) 自然意義的一行為

(二) 構成要件的行為單數

1、多行為犯

2、繼續犯

3、意圖犯

4、構成要件選擇

5、集合犯

6、形式結合犯？

(三) 自然的行為單數

1、概說

2、繼續犯

3、自然行為單數概念之擴張：繼續行為（因應連續犯之廢除）

(四) 因不法結果單一性而形成之行為單數（因應牽連犯之廢除）

三、犯罪競合之判斷體系

參、解析實務判決對各別競合問題之處理

一、第五五條規定之「從一重處斷」

二、想像競合之「一行為」

三、想像競合所觸犯「數罪名」之間的關係

(一)「數罪名」等於「數法益」？

(二) 罪名數之計算

四、牽連犯問題

(一) 製造、運輸、販賣毒品

(二) 傷害、毀壞船艦未遂

(三) 妨害自由罪與強盜罪

(四) 侵入住宅殺人、侵入住宅強制性交、侵入住宅竊盜

(五) 行使偽造貨幣（或有價證券）罪與詐欺罪

(六) 偷車而後搶奪

(七) 傷害罪與加重準強盜罪、強盜罪

(八) 行使偽造私文書罪與使公務員登載不實罪

(九) 使用仿冒註冊商標罪與販賣仿冒商標商品罪

五、接續犯與連續犯之區別

六、形式結合犯問題

七、法條競合

## 壹、前言

立法院於民國九十四年一月七日三讀通過，並於民國九十五年七月一日起實施新刑法，其中立法者刪除了牽連犯與連續犯的規定，至於刪除這兩條規定後的法律適用問題<sup>1</sup>，立法者在修法理由中分別表示，有關牽連犯廢除後的法律適用問題，「得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷」；至於「連續犯之規定廢除後，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象一節，在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括一罪』之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題」。

從修法理由看來，牽連犯與連續犯被廢除後的法律適用問題看似單純，涉及牽連犯的情形，視具體情形分別論以想像競合或數罪併罰，涉及連續犯的情形，則視有無成立接續犯或包括一罪之可能，若無，才能被論以數罪併罰。然而，想像競合與實質競合（數罪併罰）之間的區別在於，前者乃基於一行為所為，後者係以數行為所觸犯之情形；接續犯與實質數罪之間的最大區別亦在於「行為數」認定上的差異，至於修法理由提及的「包括一罪」，依照國內學說的想法，其成立型態包含集合犯、接續犯和複行為犯<sup>2</sup>，本質上亦涉及行為數認定之問題。有

---

<sup>1</sup> 修法前對此問題的重要論著有：柯耀程，刑法競合論，2001年初版；台灣刑事法學會，連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，2003年初版（以下簡稱研討會論文）；高金桂，接續犯與連續犯再探討，收錄於刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003年初版，頁499-525；許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念，台灣本土法學，46期，2003年5月，頁84-98。修法後的論著請參閱：黃榮堅，基礎刑法學（下），2006年修訂版，頁909-1024；同作者，數罪併罰量刑模式構想，月旦法學，123期，2005年8月，頁43-67；甘添貴，罪數理論之研究，2006年初版（同罪數理論之研究[一]至[三]，修法前陸續發表於軍法專刊，38卷第10-11期/39卷第5-6、11期/40卷第1-5期）；林鈺雄，跨連新舊法之施用毒品行為—兼論行為單數與集合犯、接續犯概念之比較，台灣本土法學，84期，2006年7月，頁141-150；許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐（一）至（七），陸續刊載於台灣本土法學，78-84期，2006年1-7月；陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學，122期，2005年7月，頁9-26；黃惠婷，牽連犯與連續犯廢除後罪數認定之基準，月旦法學教室，39期，2006年1月，頁90-100；靳宗立，連續犯牽連犯廢除後罪數判斷與科刑處斷之因應，月旦法學教室，37期，2005年11月，頁88-96。

<sup>2</sup> 參閱甘添貴，罪數理論之研究（二）—包括一罪，軍法專刊，38卷11期，1992年11月，頁12-21；余振華，日本廢除連續犯規定後之因應與處理，收錄於註1研討會論文，頁147以下。

鑑於此，並且考量修正理由所模仿的外國立法例，我國學說意見已有明確指出，今後討論牽連犯和連續犯廢除後的法律適用問題時，重點必須放在行為數的計算標準上，也就是放在一行為（Handlungseinheit）的意義上面才有助於解決法律適用問題<sup>3</sup>，行為數之計算為刑法競合理論之基礎，牽連犯和連續犯的廢除正好意謂著重新架構刑法競合論體系的新契機。

因此，本文首先分析探討架構刑法競合論的基礎概念—行為單數和行為複數；其次，檢討牽連犯和連續犯在此競合體系內之變動，如何依新刑法之規定適用法律，並論及透過夾結效果擴大適用行為單數的可能性；在此基礎上，本文進一步有系統地檢視最高法院在新刑法修正前後所做出的判決，雖然這中間的判決並沒有適用新法規定的迫切需求，但是若干判決見解以後是否會被繼續維持或是隨之因應改變，也有待密切觀察。隨著新法的修正，也影響著想像競合犯的適用範圍。在觀察實務判決的過程中，也發現在若干判決中，實務雖然受到內容上不正確的「通說」影響，在想像競合的前提定義認定上有所偏差，但是結論上，實務卻得出令人驚豔的正確結論，這點也特別值得讀者注意。

## 貳、犯罪競合之判斷體系

### 一、認定行為單數而後為犯罪競合之判斷

在廢除牽連犯和連續犯的規定後，競合的法定類型只剩下以「一行為」為基礎、處斷上論以一罪的想像競合，以「數行為」為基礎、裁判上併合處罰的實質競合（實質數罪），以及學理承認與實務上適用、以一行為（或數行為）為出發點、但是對所觸犯之數罪名適用其一排斥其他的法條競合，因此，罪數問題的解決本文認為完全取決於行為數的計算標準，要解決罪數問題，釐清一行為的意義是絕對必要的<sup>4</sup>。

國內已有學說認為，一行為的定義可以被精確描述成「人的一個意思決定所啟動的一個複合的因果流程，一個複合的因果流程是由數個彼此相互連結而具有方法目的、原因結果或持續複製關係的因果事實所構成」。這個一行為，是一個

---

<sup>3</sup> 許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念—，台灣本土法學雜誌，46期，2003年5月，頁86；結論相同，高金柱，連續犯廢除之後的刑法適用問題，收錄於註1研討會論文，頁165。

<sup>4</sup> 最早出現於許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念—，台灣本土法學，46期，2003年5月，頁84、92-92；同作者，一罪與數罪的理論與實踐（一），台灣本土法學，78期，2006年1月，頁152。

社會經驗認知上的一行為；是構成一罪的一行為；不管實現一個或數個構成要件，都只被評價為一罪。這樣的一行為概念，可以適用於多行為犯、集合犯、接續犯、加重結果犯、想像競合犯、法條競合犯之犯罪類型<sup>5</sup>。此項看法值得贊同，而且和本文的看法沒有衝突，是一致的。因為上述定義著重在對於一行為所呈現出來的外在形象，這項定義確實也可以包含本文認定為行為單數之具體類型，包括自然意義的一行為、構成要件的行為單數、自然的行為單數，以及因構成要件結果不法單一性形成之行為單數<sup>6</sup>。

本文臚列的判斷順序並非出於恣意，而是有其意義，因為「自然意義的一行為」是形成構成要件的行為單數和自然的行為單數的最小組成單元，「構成要件的行為單數」和「自然的行為單數」概念都是法的行為單數；但是構成要件的行為單數概念比較具體，是立法者透過構成要件的描述方式，把數個自然意義的一行為評價成一個行為的整體，形成行為單數；而自然的行為單數概念欠缺立法者在構成要件的明文描述，是第三人客觀可得辨認行為之間的相關性而建立的行為單數概念。因構成要件結果不法單一性（可簡稱為「不法結果單一」）形成之行為單數是一種以實質觀察方式所獲得的行為單數概念，所謂的實質觀察方式是指前三類認定行為單數標準的最大公因數就是「不法結果單一」，因此將不屬於自然意義的一行為、構成要件的行為單數和自然的行為單數之列，但是具備不法結果單一性之情形，也認定成行為單數，不法結果單一性的具體類型包括行為人之數舉動所侵害之數罪名具有保護法益同一性之情形，以及行為人為了完成某一主犯罪行為而在先前準備階段觸犯犯罪或犯罪後為保全犯罪成果觸犯犯罪之情形（亦即具有方法目的、原因結果之因果事實）。

## 二、行為單數之認定

刑法競合理論中最重要問題是，要確定行為人究竟以「一行為」（行為單數）還是「數行為」（行為複數）的方式違犯數條犯罪規定<sup>7</sup>。行為數之認定因為

---

<sup>5</sup> 許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐（二），台灣本土法學，79期，2006年1月，頁191，但是許文將結合犯也列入一行為的範疇，則與本文見解不同。

<sup>6</sup> 此項觀點係源自於德國學者Puppe教授於2005年9月的來台學術演講，參閱陳志輝譯（Puppe著），基於構成要件結果同一性所形成不同構成要件實現之想像競合，東吳法律學報，17卷3期，2006年4月，頁315-327。

<sup>7</sup> 國內已有文獻從此問題出發處理競合理論，例如參照林山田，刑法通論（下），2002年增訂8版，頁266以下；蘇俊雄，刑法總論III，2000年初版，頁18以下。



其界定標準並非單一，而是採行數個不同的標準來界定行為數，所以困難，此外，更因行為單複數與「犯罪單複數」(Tateinheit und -mehrheit) 在專業術語上相近似，而更加深學習上的障礙。事實上，犯罪單複數是德國刑法典所出現的法律用語，犯罪單數就是「想像競合」，而犯罪複數就是「實質競合」。行為單數和犯罪單數為完全不同之概念，行為單數是成立犯罪單數的前提要件，屬於必要條件，但非充分條件，所以行為人出於行為單數而觸犯數罪名的情形，可能僅是單純的一罪、法條競合，也可能構成犯罪單數。

行為單數問題的另一項困難點在於，行為單數的名稱、不同行為單數概念之間的區隔非常具有爭議，暫時撇開德國文獻上的分類歧異，就以我國學說引用德國文獻，而界定一行為（行為單數）的觀點，分類和名稱就有不同，例如採三分法者，區分為單純的行為單數、自然的行為單數和法的行為單數，其中法的行為單數又包括構成要件行為單數與連續行為<sup>8</sup>；有採二分法者，區分為自然意義的一行為和構成要件的一行為<sup>9</sup>，或者稱之為「自然行為個體」和「法律意義的行為單元」（包含狹義構成要件行為個體與廣義構成要件行為個體）<sup>10</sup>。分類說明上的複雜也的確增加學習者的困難。本文無意加深學習上的難度，僅以德國文獻上較常出現的三分法為基礎<sup>11</sup>，區分為自然意義的一行為（Handlung im natürlichen Sinne）<sup>12</sup>、構成要件的行為單數（Die tatbestandliche Handlungseinheit）以及自然的行為單數（Die natürliche Handlungseinheit），再加上當做判斷行為單數之概括基準的「因不法結果單一性形成之行為單數」，總共有四項認定行為單數的基準，認定基準從個別具體一直逐漸發展到概括抽象，以下分述之。

### （一）自然意義的一行為

當行為人出於一個意思決意，而顯現一個意思活動時，在法律上的評價為一個單一行為，被稱之為「自然意義的一行為」<sup>13</sup>。在作為犯中呈現在積極地投注

<sup>8</sup> 林山田，註7書，頁267-271。

<sup>9</sup> 許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念，台灣本土法學，46期，2003年5月，頁87。

<sup>10</sup> 蘇俊雄，註7書，頁26以下。

<sup>11</sup> 僅參照Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 33 Rdn. 14 ff.; Kühl, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 21 Rdn. 6 ff.; LK<sup>11</sup>-Rissing-van Saan, vor §§ 52 ff., Rdn. 9 ff.

<sup>12</sup> Handlung im natürlichen Sinne一詞在字面上似乎應該翻成「自然意義的行為」，然而通過此項標準檢驗之情形，實際上就是一行為，因此本文將其譯成「自然意義的一行為」。

<sup>13</sup> 僅參照Kühl, AT<sup>4</sup>, 21/7; LK<sup>11</sup>-Rissing-van Saan, vor §§ 52 ff., Rdn. 9; Roxin, AT/2, 33/15, 17; 中

精力，例如朝窗戶向屋內扔擲石頭，以及扣發扳機槍殺一人的情形；在不作為犯中則呈現在單純消極地不投注精力。

判斷自然意義的一行為之存在，取決的重點在於身體各別活動的數目，而不在同時性（Gleichzeitigkeit）。所以當行為人在同一時間分別用左、右手射殺不同之人，或竊取數項物品，則從自然意義的一行為觀點而言，是二個行為。只是須進一步探討，能否將此種自然意義的二行為總結成一個「自然的行為單數」<sup>14</sup>，或者應被論以數罪併罰。由此得知，「自然意義的一行為」是行為單數和行為複數概念的礎石，亦即下文即將探討的「構成要件的行為單數」與「自然的行為單數」都是以「自然意義的一行為」作為前提，其概念係由數個自然意義的一行為組合而成。

我國通說認為，行為人所為之行為被認定成自然意義的一行為後，其法律效果是單純一罪或犯罪單數，而無法成立犯罪複數，例如扔擲一顆手榴彈炸死數人，此乃基於一個行為決意，而顯示一個扔擲手榴彈的動作，屬於自然意義的一行為（行為單數），係一行為而觸犯數同種罪名，所觸犯之數個殺人罪彼此處於想像競合關係。但是行為人出於一個意思決定所展現出來的一個意思活動若有侵害數個高度專屬性質之個人法益（例如生命、身體、自由、名譽、性自主）時，由於一個意思決定究竟是以一個意思活動還是數個意思活動顯現出來，往往是取決於行為時的當場具體狀況，例如甲想殺害乙、丙兩人，可能出現的情況是，甲事先調查好乙、丙作息，趁乙、丙同時出現之際，以炸彈或扔擲手榴彈炸死乙、丙；或者以手槍埋伏等候乙、丙，同地接連先後槍殺乙、丙；或者在不同時地以手槍槍殺乙、丙。可能在論罪的處理上卻分別變成二項殺人罪想像競合、連續殺人、二項殺人罪數罪併罰。處理結論上的差異只是因為行為人外部所採取的舉動有別，卻造成有詳細計畫、比較有經濟能力購買精良武器的行為人獲得處罰上的優待（殺人罪的想像競合犯），無詳細犯罪計畫、只能土法煉鋼殺人的行為人，在法律上卻受到處罰上的歧視（二項殺人罪數罪併罰），這彷彿在嘲笑行為人為何不採取比較有效、萬無一失的殺人方式。因此，本文認為在立法者並未對想像

---

文獻可參照韓忠謨，刑法原理，1972，頁345。對此，我國學說上有援引德國學說用語，稱之為「單純的行為單數」（Die einfache Handlungseinheit）（參照林山田，註7書，頁268），被質疑「恐怕是一個無法使用的概念，因為單純本身是有待定義的概念，究竟根據什麼標準認定一個行為是單純或不單純一行為？...『單純』可惜正是一個完全沒有顯示最起碼的認定標準的用語，因此不能直接拿來和其他行為概念並列」（參照許玉秀，註9文，頁87）。

<sup>14</sup> 參照Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, 33/18.

競合之「一行為」下任何定義的情況下，外部身體舉動的個數與行為數的判斷二者之間沒有必然關連性，本文認為儘管行為人出於單一的犯意決定，展現出來一個意思活動，但是只要涉及數個高度專屬性質之個人法益受侵害時，即非屬一行為、非行為單數，而是「行為複數」。換言之，雖然外部身體舉動的個數是判斷行為數的一項重要基準，但是不是唯一基準，只要一個外部身體舉動侵害數個高度專屬性質之個人法益時，就是行為複數<sup>15</sup>。因此，本文將「自然意義的一行為」定義為，行為人出於一個意思決定、顯現出一個意思活動，而非侵害數個人高度專屬性質法益之情形；若有侵害數個高度專屬性質之個人法益，即便是透過一個意思活動而達成，仍非屬自然意義的一行為所形成的行為單數概念，而屬行為複數<sup>16</sup>。

## （二）構成要件的行為單數

構成要件的行為單數又被稱為法律上的行為單數（*rechtliche Handlungseinheit*）或規範上的行為單數（*normative Handlungseinheit*），德國實務有時也稱之為構成要件的評價單數（*tatbestandliche Bewertungseinheit*）。當構成要件所規定的行為不論是在概念上（*begrifflich*）、事實上係以數個各別行為作為前提時，就屬於構成要件的行為單數<sup>17</sup>。實際類型包括多行為犯（強盜罪、擄人勒贖罪）、繼續犯（妨害自由罪、侵入住宅罪、醉態駕駛罪）、意圖犯（偽造變造貨幣罪）、構成要件的選擇（加重竊盜罪、賄賂罪）、集合犯（妨害幼童自然發育罪之「凌虐」、偽造貨幣罪之「偽造」、「收集」、「行使」偽造貨幣之行為、賄選行為、醫師法第二八條之非法執行「醫療業務」等）、加重結果犯。不過，「形式結合犯」並不屬於本文認定之構成要件的行為單數概念之內。

## 1、多行為犯（*Mehraktige Delikte*）

---

<sup>15</sup> 類似的想法已經出現在黃榮堅，註1書，頁983-984。

<sup>16</sup> 我國學說上有認為，行為人用機槍掃射多數人，或漁船船長帶運偷渡者，為躲避海巡署的追緝，緊急之間把偷渡者全部推落海中，都屬於「自然意義的一行為」概念（參照黃榮堅，註1研討會論文，頁91）。惟其所談論之「自然意義的一行為」概念被本文歸類於「自然的行為單數」加以討論，細心的讀者自不宜將二者混為一談。

<sup>17</sup> 僅參照Roxin, *Strafrecht AT/2*, 2003, 33/19（不過Roxin認為「典型地」出現反覆實施的情形也屬於構成要件的行為單數，這點與本文不同）；Walter, *Zur Lehre von den Konkurrenzen: Handlungseinheit und Handlungsmehrheit*, JA 2004, 572, 574 ff.

多行為犯係指在一個獨立構成要件中含有數個行為的犯罪，強盜罪是最典型的多行為犯，在概念上強盜罪至少包含兩個自然意義的一行為，一個是強暴或脅迫的行為，另一個是拿取財物的行為，但是在法律上被融合成一個強盜罪構成要件的行為，形成一個構成要件的行為單數，不會另成立強制罪或竊盜罪。

## 2、繼續犯（Dauerdelikte）

繼續犯的構成要件行為創設出違法狀態，且繼續地維持此種違法狀態，例如侵入住居罪的情形，非法進入他人住宅後，停留在屋內的期間都是繼續地造成法益受侵害，僅屬構成要件的一行為，這也同樣適用在妨害自由罪（第 302 條）、醉態駕駛罪（第 185 條之 3）等罪。

即便行為中間有短暫中斷，也不影響構成要件的行為單數，例如前述的侵入住宅情形，如果入侵者短暫走到屋外，吆喝同夥進入，仍屬構成要件的行為單數，僅成立一項侵入住居罪，並不會因為再次地踏進屋內而另成立一項侵入住居罪。這同樣也適用在醉態駕駛罪，即便醉態駕駛人中途短暫下車加油、上廁所或臨時停車買些物品，都只有一個醉態駕駛行為。不過，少數德國實務見解認為，行為人酒駕發生事故，即使未停車而繼續行駛，一律因意外事故之發生而中斷酒醉駕駛行為之單一性，而形成兩次酒醉駕駛，理由在於，因為意外事故的關係，不論是外在所發生的或行為人心靈上的理解，行為人都處於一種新的狀況<sup>18</sup>。學說意見駁斥此項看法，認為行為人只是把事故的發生視為迅速繼續行駛的附帶動機，如此並無法改變酒醉駕駛的單一性，只有當警察靠近時，產生新的決意並且逃逸駛離，或者事故發生之後，往原來行駛方向的相反方向駛離時，行為人才會中斷原來的醉態駕駛行為<sup>19</sup>。

## 3、意圖犯（Absichtsdelikte）

意圖犯是行為人具有超出內心傾向的犯罪（Delikte mit überschießender Innentendenz），依照德國實務和學說通說的想法，當行為人隨後實現其意圖時，其實現意圖之行為與原來出於特定意圖所為之構成要件合致行為，僅被評價成構

---

<sup>18</sup> 例證參照 *Schönke/Schröder/Stree*<sup>26</sup>, vor §§ 52 ff., Rdn. 85.

<sup>19</sup> 參照 *Wahle*, „Die sogenannte Handlungseinheit durch Klammerwirkung“, GA 1968, 97; *Seier*, Die Handlungseinheit von Dauerdelikten im Straßenverkehr, NZV 1990, 129; *Roxin*, Strafrecht AT/2, 2003, 33/24

成要件的一行為<sup>20</sup>。例如意圖供行使而偽造貨幣之情形，行為人偽造後進而行使偽造貨幣，只是將行使意圖予以實現，因此被評價成構成要件上的一行為，所成立之偽造貨幣罪與行使偽造貨幣罪二者間，因具備不法結果單一性而處於想像競合關係，從一重偽造貨幣罪之法定刑處斷。在我國實務上，這個例子被認為偽造貨幣之高度行為吸收行使偽造貨幣之低度行為，為法條競合，成立一罪<sup>21</sup>，學說上有認為適用牽連犯。至於意圖供行使而偽造文書之情形，雖然我國偽造文書罪並未將「行使意圖」列入構成要件中，但是解釋上「行使意圖」應屬於不成文的構成要件，因為不具行使意圖而偽造文書並不構成犯罪。所以意圖行使而偽造文書，如果進而行使，仍僅屬於構成要件的一行為，所成立之偽造文書罪與行使偽造文書罪二者間，因具備不法結果單一性而處於想像競合關係，從一重處斷；惟我國實務在此例卻一反偽造行為是高度行為，行使行為是低度行為的一貫立場，反而認為偽造文書是低度行為，被行使偽造文書的高度行為所吸收，為吸收犯，成立一罪<sup>22</sup>，學說上有認為適用牽連犯<sup>23</sup>。

竊盜罪也是帶有超出內心傾向的意圖犯，意圖為自己不法而竊取他人動產後，進而將所竊取之物納為己有，將不法所有意圖予以具體化，仍屬構成要件的一行為，僅有一個竊盜行為<sup>24</sup>，只成立竊盜罪，無須再論以侵占罪。

#### 4、構成要件選擇（Tatbestandsalternativen）

當行為人同時實現同一構成要件的數種等值的選擇（gleichwertige Alternativen）時，例如行為人結夥三人、攜帶凶器並趁災害之際進行行竊，則行

---

<sup>20</sup> BGHSt 20, 194, 196; 26, 28（兩項判決都是針對竊盜罪）；34, 108 f.; 35, 21, 27（針對偽造貨幣罪）；BGH JR 1988, 453 m. Anm. *Jakobs*（偽造貨幣罪）；BGH MDR (H) 1982, 102; BGH JZ 1991, 612 m. Bespr. *Puppe*; BGH NSTz 1997, 80 f.（也都是針對偽造貨幣罪）；*Jescheck/Weigend*, AT<sup>5</sup>, § 66 I 3; *Mitsch*, Konkurrenz im Strafrecht, JuS 1993, 389; LK<sup>11</sup>-*Rissing-van Saan*, vor § 52, Rdn. 21; SK<sup>6</sup>-*Samson/Günther*, vor § 52, Rdn. 46; *Schönke/Schröder/Stree*<sup>26</sup>, vor §§ 52 ff., Rdn. 14; LK<sup>10</sup>-*Volger*, vor § 52, Rdn. 16; *Geppert*, Grundzüge der Konkurrenzlehre, Jura 2000, 598, 602; *Roxin*, Strafrecht AT/2, 2003, 33/21.

<sup>21</sup> 參照偽造有價證券罪吸收行使偽造有價證券罪之判例：24年上字458號、26年渝上字第155號、52年台上字第232號判例。

<sup>22</sup> 最高法院22年上字第564號、30年上字第3232號、69年台上字第695號（後）、最高法院69年台上字第696號、70年台上字第1107號判例。

<sup>23</sup> 僅參照柯耀程，偽造文書罪前、後行為的適法性判斷，收錄於刑法爭議問題研究，1999年，第463-469頁。

<sup>24</sup> 僅參照*Roxin*, Strafrecht AT/2, 2003, 33/21.

為人只有一個竊盜行為，違反一個加重竊盜罪<sup>25</sup>。這和我國實務對於同時成立數項加重竊盜罪之加重條件時的處理完全一致，只成立一項竊盜罪，但是必須把所成立之數種加重條件明文列在判決主文之中<sup>26</sup>。

此外，行為人也可先後地實現同一構成要件之數種構成要件選擇，這涉及先實現之選擇情形是後實現之選擇情形的典型預備行為。德國文獻上以偽造文書罪為例，認為偽造或變造文書是發生在行使偽造文書之前的典型預備行為，則只成立一罪，不能論以想像競合<sup>27</sup>，惟本文將此例列於意圖犯之案例中說明。

在我國法中，可用賄賂罪（第 121、122 條）作為解釋行為人先後實現同一構成要件之數種構成要件選擇的範例。行為人先後要求、期約並收受賄賂，則要求、期約行為僅是收受賄賂的預備行為，因此形成一個構成要件的行為單數，僅對行為人論以一個賄賂罪。惟我國判例認為，收受賄賂為賄賂罪的最高階段，故要求賄賂的低度行為為收受賄賂的高度行為所吸收<sup>28</sup>，或者期約賄賂為收受賄賂的先行行為，如果先期約而後收受，則其期約行為當然為收受行為所吸收<sup>29</sup>。

## 5、集合犯<sup>30</sup>

集合犯是一種特殊的構成要件類型，立法者在構成要件中所描述的行為，其行為本身具有不斷重複實施之特質，因此行為人所為之各別行為被立法者總結成構成要件的一行為。例如：

- (1) 凌虐行為（刑法第 286 條與第 126 條）屬於必然多數行為的犯罪型態，我國實務見解即認為，「刑法第 286 條之凌虐罪，與偶有毆傷之僅應構成傷害罪者不同。對同一被害人施以凌虐，其舉動雖有多次，亦係單一之意思

---

<sup>25</sup> 此乃德國通說看法，僅參照 *Lackner/Kühl*, STGB<sup>24</sup>, § 52, Rdn. 3; *Walter*, JA 2004, 574.

<sup>26</sup> 最高法院 69 年台上字第 3945 號判例。

<sup>27</sup> 僅參照 *Tröndle/Fischer*<sup>54</sup>, § 267, Rdn. 44; *Walter*, JA 2004, 574.

<sup>28</sup> 最高法院 46 年台上字第 812 號判例。

<sup>29</sup> 最高法院 27 年上字第 448 號判例。

<sup>30</sup> 集合犯概念被日本學理解成「包括一罪」之下位概念，所謂包括一罪，係指行為人基於一個意思決定，實施該當於同一構成要件且具有密切關係的數個行為，而侵害同一法益者而言，包括一罪之成立型態，包含集合犯、接續犯以及複行為犯，參閱甘添貴，罪數理論之研究（二）——包括一罪，軍法專刊，38 卷 11 期，1992 年 11 月，頁 12-21；余振華，日本廢除連續犯規定後之因應與處理，收錄於註 1 研討會論文，頁 147 以下。

接續進行，仍為單一之犯罪，不能以連續犯論」<sup>31</sup>。

- (2) 毒品本身具有成癮性的特徵，因此施用毒品（毒品危害防治條例第 11 條）本身即具有反覆實施之性質，連續數次施用毒品僅能被論以單一之施用毒品罪<sup>32</sup>，可惜我國實務見解卻將數次施打毒品認定成立連續犯<sup>33</sup>。其他有關毒品犯罪的各種不同類型的行為（包含製造、販賣、運輸、持有毒品等），其本質上即含有反覆實施同一行為的內涵，因此應被認為是構成要件的一行為，僅能論以一罪<sup>34</sup>，然而我國實務亦認為應論以連續犯<sup>35</sup>。
- (3) 偽造紙幣（刑法第 195 條）之偽造二字，本含有反覆為同一目的行為之意義，因此開始摹擬、印造樣品以迄付印完成，雖經數個階段，然係接續地侵害一個法益，僅屬一個行為<sup>36</sup>。收集、行使偽造貨幣之行為（刑法第 196 條）亦屬具有反覆實施性質的行為，所以行為人數次收集偽造貨幣，或行為人將所持有之偽造貨幣消化完，分別在不同的機會下使用，並沒有論以多數犯罪（連續犯）之必要<sup>37</sup>。
- (4) 「醫療業務」行為（醫師法第 28 條）也具有反覆實施之性質，所以未具合法醫師之資格者，如在一年內多次診療病患，也沒有論以多數犯罪之必要<sup>38</sup>。
- (5) 至於賄選罪（刑法第 144 條、公職人員選舉罷免法第 90 條之 1、第 91 條），賄選行為和偽造、收集貨幣或販賣行為一樣，都是具有持續複製的特質，因為選舉的賄選在先天性質上不是買一票或買兩票的問題，而是一旦決定

---

<sup>31</sup> 最高法院 30 年上字第 1787 號、49 年台上字第 117 號判例。

<sup>32</sup> 相同見解參照呂潮澤，連續犯存廢爭議之參考意見，收錄於註 1 研討會論文，頁 71；黃榮堅，論連續犯之廢除—參考德國法制上連續關係概念之處理，收錄於註 1 研討會論文，頁 100。

<sup>33</sup> 例如最高法院 91 年台非字第 260 號、93 年台上字第 1691 號等判決。

<sup>34</sup> 相同見解，參閱 BGHS NSTZ 2000, 207 f.; LK<sup>11</sup>-Rissing-van Saan, vor §§ 52 ff., Rdn. 28; Roxin, AT/2, 33/25; Walter, JA 2004, 573; 許玉秀，註 9 文，頁 97。

<sup>35</sup> 29 年院字第 2107 號解釋、最高法院 68 年台覆字第 11 號判例、台灣高等法院台南分院 84 年度 9 月份法律座談會意見。

<sup>36</sup> 最高法院 26 年上字第 1783 號判例。

<sup>37</sup> BGH NSTZ-RR 2000, 105; Tröndle/Fischer<sup>54</sup>, § 146, Rdn. 12; Walter, JA 2004, 573; 我國實務見解亦同，參照最高法院 29 年上字第 2155 號判例；學說意見參照黃榮堅，論連續犯之廢除—參考德國法制上連續關係概念之處理，收錄於註 1 研討會論文，頁 100。

<sup>38</sup> 不過有學說意見認為是繼續犯，參閱高金桂，連續犯廢除之後的刑法適用問題，收錄於註 1 研討會論文，頁 185。

要買票，就要買夠足以讓候選人當選的票數<sup>39</sup>，所以賄選罪應該解釋為集合犯，也就是「法定的接續犯」，而不是自然意義的接續犯<sup>40</sup>。

不過需注意的是，以上所分析的犯罪類型並不是因為廢除連續犯之後才變成集合犯，而是它們本來就是一種集合犯的構成要件類型，而且性質上屬於「法定接續犯」<sup>41</sup>。集合犯和接續犯（接續犯被定位成「自然的行為單數」，詳見後述）的不同點在於，接續犯的所適用的構成要件，其構成要件行為文義本身不具有反覆實施的特質，此外，集合犯的複製行為之間時空上緊密連接的要求，不像接續犯如此嚴格。例如通姦罪即非屬於集合犯，因為通姦行為在構成要件文義上並不以反覆實施為必要，雖然通姦行為典型上具有反覆實施性質的特質，但是僅有一次的性交行為也可以構成通姦罪，所以與有配偶者的數次通姦行為無法藉助集合犯概念成立一罪，只能以自然觀察方式判定是否屬於通姦之接續行為（自然的行為單數），僅構成一個通姦罪。

## 6、形式結合犯？

結合犯可分為實質結合犯和形式結合犯，前者如擄人勒贖罪（刑法第 347 條），後者如強盜罪結合犯（第 332 條）。

「實質結合犯」為一獨立之構成要件規定，本身具有獨立之構成要件內容，因此擄人之妨害自由行為與勒贖之恐嚇取財行為被整體評價成一個擄人勒贖的構成要件行為，僅成立一罪。相對於德國刑法根本沒有形式結合犯的規定，我國刑法中卻有為數不少的「形式結合犯」規定，要如何解釋形式結合犯規定在我國刑法中的定位，有其困難。從形式結合犯沒有自己的構成要件內容這一點，尤其我國實務上業已放棄成立形式結合犯需要行為人對所結合之犯罪具有「犯意聯絡」的看法<sup>42</sup>，因此是否適宜在成立形式結合犯的情形中，將原本分別成立二罪之構成要件行為（例如強盜行為、殺人行為）整體評價成一個強盜殺人結合犯的構成要件行為，此點不無疑問<sup>43</sup>。主要的考量點在於判決既判力範圍的擴張，如

---

<sup>39</sup> 黃榮堅，註 1 研討會論文，頁 102。

<sup>40</sup> 許玉秀，註 9 文，頁 97。

<sup>41</sup> 許玉秀，註 9 文，頁 97。

<sup>42</sup> 85 年第 2 次刑庭會議決議（85 年 1 月 23 日）：刑事判例研修小組第 18 次會議決議 30 年上字第 2559 號判例不再援用。

<sup>43</sup> 肯定的看法參照，林山田，註 7 書，頁 270。



果將形式結合犯之數行為評價成構成要件的行為單數，在程序法上將形成單一的「犯罪事實」，若判決僅針對強盜部分定罪，未發現殺人之犯行，則因判決既判力範圍及於殺人犯行部分，形成對行為人的優待。為了避免造成此種無法令人接受的情況，可行的方式是將形式結合犯的規定解釋為立法者明文限制司法者的刑罰裁量，解釋成一種刑罰裁量規則，與構成要件的行為單數之認定無關，本質上仍屬行為複數，成立數罪。惟我國實務見解仍認為此屬構成要件的行為單數<sup>44</sup>。

### （三）自然的行為單數

#### 1、概說

是否要承認自然的行為單數這個法律概念，非常有爭議。儘管在德國文獻上此概念之正當性和必要性受到部分的質疑<sup>45</sup>，但是即便是反對自然的行為單數者，他們完全接納反覆性和相續性實現構成要件（die iterative und sukzessive Tatbestandsverwirklichung）之情形<sup>46</sup>，只是把它們列入構成要件的行為單數概念之下，無論是將之列入自然的行為單數或構成要件的行為單數，法律效果是完全一樣的。二者最主要的區別點在於，構成要件的行為單數是從構成要件的文義所理解出來的概念，但是自然的行為單數卻是從個別舉動的概括評價而得出的概念，就此點而言，這種廣義的自然的行為單數其實是一種構成要件的行為單數，

---

<sup>44</sup> 參照呂潮澤，連續犯、牽連犯廢除後之罪數問題，收錄於刑法修正後之罪數與同一案件問題研討會，法務部主辦，2005年5月13日，頁22。

<sup>45</sup> 參照Blei, Die natürliche Handlungseinheit, JA 1973, 95, 98 f.; ders., AT<sup>18</sup>, 1983, § 93 I 4; Freund, AT, 1999, § 11, Rdn. 4, 8; Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 244 ff.; Gropp, AT<sup>2</sup>, 2001, § 14, Rdn. 32, 44 f.; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 1991, 32/35, 37; Kindhäuser, Normverstoß und natürliche Handlungseinheit BGH NJW 1984, 1568, JuS 1985, 105; Klump, Probleme der Serienstraftat, 1998, 144; Kühl, AT<sup>4</sup>, 2000, § 21, Rdn. 10 ff.; Maurach/Gössel, AT/2<sup>7</sup>, 1989, 54/32 f.; Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 255 ff.; dies., Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982, 163 f.; SK<sup>6</sup>-Samson/Günther, vor § 52, Rdn. 22 ff., 28 ff., 33; R. Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963), 58; Schönke/Schröder/Stree<sup>26</sup>, vor §§ 52ff., Rdn. 22 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, AT<sup>5</sup>, 2004, § 17, Rdn. 9 ff.; Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981, S. 97 ff., 104; Wessels/Beulke, AT<sup>32</sup>, Rdn. 765; Wolter, Natürliche Handlungseinheit, normative Sinneinheit und Gesamtgeschehen, StV 1986, 320.

<sup>46</sup> Blei, AT<sup>18</sup>, 1983, § 93 I 4; Gropp, AT<sup>2</sup>, 2001, § 14, Rdn. 32, 44 f.; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 1991, 32/10, 16 ff.; Joecks<sup>3</sup>, vor § 52, Rdn. 10 ff.; SK<sup>6</sup>-Samson/Günther, vor § 52, Rdn. 22 ff., 28 ff., 39; Schönke/Schröder/Stree<sup>26</sup>, vor §§ 52ff., Rdn. 17 f.; Stratenwerth/Kuhlen, AT<sup>5</sup>, 2004, § 17, Rdn. 7 f.; Werle, 1981, S. 105 ff.

因為其目的也是要把不同的個別舉動評價成一個構成要件行為<sup>47</sup>。

依據德國實務見解，自然的行為單數成立前提是，行為人基於單一之犯罪意思，反覆為同種類的行為，所實現的構成要件合致行為之間彼此具有時空的密接關係，而且根據自然生活的觀察方式，這些各別行為看起來像是一個單一彼此有關聯的行為<sup>48</sup>。學說意見據此將其整理出四項標準：(1) 犯意單一；(2) 實施數個反覆同種類的行為；(3) 個別舉動之間緊密的時空關係；(4) 第三人客觀可得辨認行為之間的相關性。四項標準如果都具備，肯定成立自然的行為單數<sup>49</sup>。

德國文獻上有將自然的行為單數細分為二，以進行說明。其一是反覆性地實現構成要件，另一種情形是相續性地實現構成要件<sup>50</sup>。這兩種情形在本質上都可以被接續犯的概念給包含，因此本文將其視為接續犯的下位概念。而接續犯概念正是自然的行為單數的最主要類型，以下先進行接續犯概念之分析，然後再深入探討這兩種下位類型。

## 2、接續犯

### (1) 基本概念

不同於前述的集合犯概念，接續犯不是構成要件類型，而是一種行為模式，是實施構成要件的方式，而且是時空緊密的複製方式。除了前述的集合犯之外，每一種構成要件都可以用接續方式實施，接續犯的概念是為了要說明這種實施犯罪的模式，雖然多次實現同一個構成要件，仍然只成立一罪，而以持續複製舉動的方式實施構成要件行為，之所以成立一罪，就是因為用自然的行為單數概念來計算的緣故。相對於集合犯概念是法定構成要件行為已經包含反覆實施行為之性質，屬於「法定的接續犯」<sup>51</sup>，至於接續犯所適用的構成要件，其行為本身不具有重複實施的特質。

我國學說上曾認為接續性之認定有六項要件：(1) 數個接續行為在法律上適合於同一構成犯罪事實，而僅充足一次構成要件；(2) 在同一段時間及同一場所

---

<sup>47</sup> 參照Roxin, AT/2, 2003, 33/29.

<sup>48</sup> BGHSt 43, 312, 315; 先前已出現類似的看法，參閱BGHSt 10, 230, 231; BGH GA 1970, 84; BGHSt 4, 219, 220.

<sup>49</sup> 參照Roxin, AT/2, 2003, 33/31.

<sup>50</sup> 參照Roxin, AT/2, 2003, 33/32 ff., 42 ff.

<sup>51</sup> 許玉秀，註9文，頁97。

為之；(3) 使用同種類的行為反覆實施而其間在事實上有不可分離的密接關係；(4) 利用同一機會為之；(5) 侵害同一法益；(6) 行為基於單一犯意之發動<sup>52</sup>。然而我國學者已對此提出適切的分析，認為第一項要件提及「充足一次構成要件」、「適合於同一構成犯罪事實」，在語意上並不清楚，有進一步解釋的必要。第二項要件「同一段時間及同一場所」其實是第三項要件「密接關係」的判斷依據，時間的確是判斷密接性最直接的標準，然而時間的密接性不是不容許有間隔，亦即需審酌間隔發生的原因，這可能牽涉行為人的犯意或外在突發情況，而稀釋時間的重要性。第四項要件仍是一項不夠清楚的標準，因為數次被老闆叫進倉庫搬貨之機會而每次順手牽羊，不清楚究竟是否為同一機會？至於同一法益和單一犯意都是不可或缺的標準，因此認為接續犯成立的必要條件是：(1) 犯意單一；(2) 反覆實施同種類的行為；(3) 反覆實施的時間有密接性；(4) 侵害單一法益。至於其他的情況條件則是輔助性的證明方法<sup>53</sup>。從我國學說針對接續犯成立要件所進行之分析，除了第四項之外，可發現很接近上述自然的行為單數的判斷標準。本文緊接著分析接續犯概念之下的兩種下位類型。

## (2) 反覆性地實現構成要件

當行為人以類似且迅速緊接著發生的數個各別舉動實現同一構成要件時，即屬於反覆性地實現構成要件，例如毆打被害人數拳，僅能被論以一個傷害罪，並不會以所毆打的拳數作為認定罪數的標準；這也同時適用在：對同一人施予一連串污辱字眼的行為僅成立一個公然侮辱罪、砸壞被害人好幾項物品僅成立一個毀損罪、竊取被害人好幾項物品僅成立一個竊盜罪<sup>54</sup>。

有疑問的是，犯意單一是否為判斷自然的行為單數之必備要件？肯定的是，中間短暫的休息，例如打人時喘口氣休息，並不會影響行為之單一，因為傷害的意思繼續地持續。但是如果毆打結束後，已轉身準備離去，此際又聽到被害人的咒罵，再回頭來賞被害人一頓毒打，則已非單一之犯罪意思<sup>55</sup>。

---

<sup>52</sup> 洪福增，接續行為之接續性與連續犯之連續性的區別，刑事法雜誌，29卷2期，1975年4月，頁83；亦見於氏著，刑法判解研究，修增四版，1987年10月，頁265以下。

<sup>53</sup> 許玉秀，不能未遂與接續犯，台灣本土法學雜誌，8期，2000年3月，頁131。

<sup>54</sup> 參照Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, 33/32.

<sup>55</sup> 參照Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, 33/35.

### (3) 相續性地實現構成要件

行為人經過不同的階段最後實現結果，即是相續性地實現構成要件之情形。例如行為人先拿起手槍、上膛、然後擊發，這只有一個構成要件上的行為單數，因為未遂階段只不過是整體實現構成要件的一個片段。不過通常的情況是，未遂和既遂階段一起發生，例如像毆打傷害的例子，只不過這裡屬於自然意義的一行為。此外，也有行為人只能透過時間上間隔的各別不同舉動才能達成其目的者，例如為了要逃獄，必須要鋸斷鐵窗的數根鐵柱，每晚只能鋸一條，要鋸到第六個晚上才能完成；或者殺人先用鈍器敲打頭部，發現沒死改用其他殺人方式（例如勒斃），這些情形都屬於自然的行為單數。和上述的反覆性地實現構成要件有所不同，這裡所要求時間性間隔不像前者那麼緊密。

### 3、自然行為單數概念之擴張：接續行為（因應連續犯之廢除）

接續犯和接續行為都被涵蓋在自然的行為單數概念之下，都應滿足自然的行為單數的要件要求，只是接續犯的概念侷限在對於單一法益的反覆地或相續地侵害；然而，透過接續行為而成立的自然的行為單數不涉及單一法益之侵害，而是涉及不同法益主體的侵害，但是若有涉及數高度屬人性質的個人法益時，則沒有藉由接續行為成立自然的行為單數之餘地。因此，關於行為人出於單一犯罪意思以數個殺人舉動殺害數人之情形，我國實務見解曾認為因為彼此在時間上具有緊密性，為一個殺人之接續行為而觸犯數項殺人既遂、殺人未遂罪名，為想像競合犯，此項見解誠有疑問<sup>56</sup>。反之，若行為人在機場出關時，於行李輸送帶處以迅速手法偷取數件行李內之貴重物品，縱然貴重物品的所有權分屬不同之人，也不影響竊盜行為應該被整體評價為一個竊盜行為<sup>57</sup>，行為人以一個自然的行為單數成立數項竊盜罪，論以數項竊盜罪之想像競合犯<sup>58</sup>。或者在同一個晚上、同一地點，以相同手法撬開數部分屬不同所有權人之汽車偷竊<sup>59</sup>，都只有一個竊盜的自然行為單數。

藉由接續行為而成立之自然的行為單數，會局部吸納因連續犯規定廢除後之相關罪數問題。例如我國近年來時常發生的詐騙匯款情形，詐騙集團通訊名冊

<sup>56</sup> 詳細參閱本文參、二。

<sup>57</sup> Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, 33/36.

<sup>58</sup> 本人先前認為只成立一個竊盜罪名，在此變更先前見解（參閱陳志輝，註1文，頁19）。

<sup>59</sup> 參照BGH NStZ 1996, 493 (494).

後，透過撥打電話、傳遞手機簡訊、傳遞中獎郵件，或者隨機撥打電話引誘被害人按指示回撥電話詢問而進一步傳遞詐騙內容等，大多數人沒有被詐騙，僅屬詐欺未遂，只有少數人被詐騙成功有財物損失，構成詐欺既遂。在這類案件中，原本可以依照連續犯的規定，論以連續詐欺罪，但是在連續犯規定廢除後，由於行為人係出於單一的詐騙犯罪意思，並且反覆地實施同種類的犯罪行為，各別實施行為間時間上具有密接性，儘管所侵害的是數法益，但是以客觀第三人的角度觀視整個犯罪事件，屬於單一整體的事件，因此行為人雖然外觀上有數個詐騙的舉動，但係以一個自然的詐欺行為單數，觸犯數項詐欺既遂罪與數項詐欺未遂罪之想像競合犯。至於因為論以數項詐欺既遂罪與數項詐欺未遂罪之想像競合犯，科刑上只從較重詐欺既遂罪之法定刑處斷所造成處罰過輕的顧慮，則必須配合刑法分則的因應修正，增列加重詐欺罪的類型，例如可以仿照德國刑法第二六三條第三項的規定對加重詐欺之情形處以六個月以上、十年以下的有期徒刑，其處罰上的效果遠甚於原來依照連續犯至多加重其刑至二分之一的法律效果。其加重的情形包括：（一）常業詐欺，或為以連續違犯偽造文書或詐欺為宗旨之犯罪幫派成員；（二）造成龐大的財物損失，或意圖以連續違犯詐欺行為使多數人的財產價值遭受損失之危險；（三）使他人陷於經濟上的危難；（四）濫用公務員之權限或地位等。立法者在修法時一併將連續犯與常業犯廢除，主要是慮及若只廢除連續犯而保留常業犯，則有無法依數罪併罰提高刑罰的缺點。常業犯的存留，完全是刑事政策的考量，然而，本文要質疑的是，我們是否真的已經做好準備因應連續犯廢除後一併廢除常業犯，要將詐欺集團這一類的案件完全依照數罪併罰的方式來處理？換言之，如果有成千上萬的被害人，也要一一分割成上萬個案件。站在訴訟經濟的考量點上，這絕對非明智之舉，本文推測，這也就是即便德國實務於一九九四年廢除接續行為（die fortgesetzte Tat）的概念後<sup>60</sup>，仍在各別刑法分則條文中（例如竊盜罪、詐欺罪之嚴重犯罪情形）保留常業犯之加重類型的緣故。當然必須附帶一提的是，若在保留常業竊盜、常業詐欺的情況下，這種行為態樣就不再屬於接續行為所形成的自然的行為單數概念，而是屬於構成要件的行為單數，因為從「常業」的文義中，已包含反覆實現的意思，屬於集合犯的一種。惟我國立法者在修法時一併將連續犯與常業犯廢除，其固然是考慮到如果只廢除連

---

<sup>60</sup> 其實德國實務是否真正放棄接續行為概念是有疑問的，誠如上述行為人在同一晚上分別先後偷竊三部汽車的例子，按照德國聯邦最高法院（BGH NStZ 1996, 493 f.）之見解，應認為這裡是一個竊盜罪的自然的行為單數，成立三項竊盜罪之想像競合犯。

續犯而保留常業犯，則有無法依數罪併罰提高刑罰的缺點<sup>61</sup>，然而卻忽略了將常業轉化為一種加重刑罰的情節。若能仿效德國刑法詐欺罪的加重處罰規定，則以自然的行為單數觸犯數項詐欺罪名之情形，得以對行為人施以最高至十年有期徒刑，其處罰也比原來論處連續詐欺（甚至常業詐欺罪）為重，不至於有處罰過輕的疑慮，也免除訴訟經濟可能面臨的嚴重威脅。在進行刑法分則研修時，應全盤檢討相關的財產犯罪。

#### （四）因不法結果單一性而形成之行為單數（因應牽連犯之廢除）

即便不屬於自然意義的一（個）舉動，也無構成要件描述上之行為單數情形，亦沒有實施反覆同種類行為因時間密接而形成之自然的行為單數之情形，尚有第四種可能性可以建立行為單數之概念，亦即「基於構成要件結果不法單一性所形成之行為單數」。

基於構成要件結果不法單一性所形成之行為單數是由德國刑法學者Puppe女士所發展出來，她藉助Beling早在一九〇六年已經提出的想法。Beling把犯罪擴大成超越本身構成要件實現之外的實質現象，除了實行這個階段外，犯罪的預備和確保階段都屬於犯罪<sup>62</sup>。因此Puppe女士認為行為實施的連續性並不是成立行為單數的必要條件，而是所有一起促成、準備、保全單一不法結果的行為方式，都被列入主核心犯罪部分的外部範圍，核心範圍和外部範圍具有不法相似性質，形成一個行為複合體，為行為單數<sup>63</sup>。這個想法跟德國通說在認定想像競合犯之「一行為」概念的想法雖然看起來不同，但是實質上二項見解並不排斥，而是互相一致。本文認為，德國通說對於想像競合之「一行為」概念，要求行為人所實現所有構成要件之實施行為有完全重合或局部重合<sup>64</sup>，這個想法只是證明數構成要件實現之間具有不法結果單一性的重要間接證據，但是不能直接因為實施行為外在時間上有完全或局部重合，即認定所實現的數構成要件之間具有不法結果單

<sup>61</sup> 當然，常業犯尚有獨立的廢除理由，因為常業犯的成立始點不易確定，經常、反覆為之，並且賴以維生，即被稱之為常業，但是到底要反覆為之幾次才算常業？或者加入竊盜集團後第一次行竊，算不算是常業竊盜，都有實質認定上的困難。

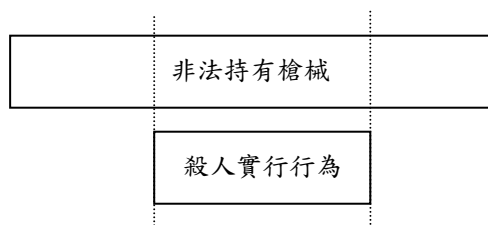
<sup>62</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 249 ff., 344.

<sup>63</sup> Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 197; 同作者, NK<sup>2</sup>, vor § 52, Rn. 31; 中文文獻對此的介紹，已見於陳志輝，刑法上的法條競合，1998年，頁174。

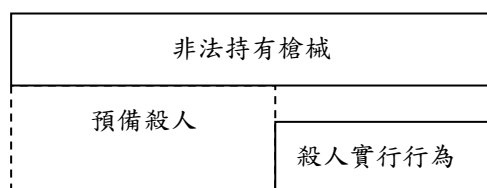
<sup>64</sup> RGSt 32, 137, 139; 52, 299, 300; 54, 288; 56, 58; 66, 359, 362; BGHSt 7, 149, 151; 14, 104, 109; 18, 29, 34; 27, 66, 67; 33, 163, 165; 39, 100; 德國文獻僅參照Roxin, Strafrecht AT/2, 33/80 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT<sup>32</sup>, Rn. 777.

一性。例如行為人非法持有槍械，其後另生犯意持槍殺害被害人，所觸犯之非法持有槍械罪和殺人罪之間雖有實施行為「在時間上」的局部重合，但是因為二罪之間卻缺乏行為主觀上的犯意聯絡，二罪之間在「不法內涵上」各自獨立，欠缺不法結果單一性（如圖一），因此屬於行為複數而觸犯數罪名；但是若行為人非法持有槍械之際即具備用以殺人之目的，後來並且真的持槍殺人，前阶段的非法持有槍械其實是後階段殺人行為的預備行為，藉此雖然非法持有槍械罪和殺人罪所保護的法益不同，但是透過預備殺人而將非法持有槍械和殺人結合，二者具有不法結果單一性（如圖二），屬於行為單數而觸犯數罪名之關係。這部分見解和我國實務完全相同，我國實務向來認為，若非法持有槍、彈之初，並無犯特定之罪之意图，其後另起意犯他罪，則以數罪併罰論處；若意图犯某罪而持有槍、彈，嗣後果持之以犯他罪，二罪間有牽連犯之適用（最高法院九四年台上字第七〇四號、九五年台非字第二三號判決）。

【圖一】非法持有槍械之初，未具有殺人犯意，二者間僅具時間上的重合（欠缺不法結果單一性）



【圖二】非法持有槍械之初具有殺人犯意，二者間不僅具時間上的重合，也兼具不法內涵上的重合（具有不法結果單一性）



本文所認定之「因構成要件結果不法單一性形成之行為單數」，除了包括德國通說所界定之行為人所實現所有構成要件之實施行為有完全重合或局部重合，也包括實施行為之間雖不具重合關係，但是屬於一起促成、準備或保全單一不法結果的行為方式之情形，也可成立行為單數；不法結果單一之認定，除了包括所觸犯之數構成要件保護同一法益之情形（例如製造、販賣、運輸毒品的情形、竊盜物品後予以毀損之與罰後行為情形，以及與罰前行為情形），也包括所保護法益雖不同一，但是行為方式具有前、後階段之情形（例如殺人而後遺棄屍體）。

行為人實施的一個或數個身體舉動而觸犯數罪名的情形（若是只觸犯一罪名的情形，則是構成要件的一罪），若依照上述判斷行為單數的標準認定為行為單數，除了數罪名的關係有法條競合之情形，依法條競合之法理，適用其中一項罪名，排斥其他罪名之適用外，應論以想像競合。依照本文的看法<sup>65</sup>，法條競合之情形為行為人以一個行為單數觸犯數罪名，且數罪名之間有概念邏輯或不法內涵的從屬關係之情況，以至於可以適用內容上已經涵蓋其他條文規定之犯罪構成要件，而排斥其他犯罪構成要件之適用，這就是法條競合又被稱為不真正競合的原因。至於數罪名所保護之法益是否相同，並不是評價的重點，因為在概念邏輯上或不法內涵上具有從屬關係的二項犯罪構成要件，它們所保護的法益可能相同，也可能不同，儘管在涉及法條競合的案例中，構成要件所保護的法益大部分相同，但是保護法益相同並不是成立法條競合的必要條件。

### 三、犯罪競合之判斷體系

於確立分辨行為單數和行為複數的標準後，也應該重新檢視所謂的「與罰前行為」和「與罰後行為」的案例<sup>66</sup>。與罰前行為之情形，例如為了偷走汽車，事先侵占汽車的鑰匙，後來進而偷走汽車。德國實務和通說認為，發生在前的侵占汽車鑰匙屬於發生在後的竊盜汽車之與罰前行為<sup>67</sup>。或者行為人意圖供偽造紙幣之用而製造偽造紙幣之器械原料，並進而基於行使意圖而偽造紙幣，發生在前之

---

<sup>65</sup> 已見於陳志輝，想像競合的釐清作用，月旦法學教室，38期，2005年12月，頁25；進一步參照陳志輝，刑法上的法條競合，春風煦日論壇—刑事法系列1，1998年。

<sup>66</sup> 名稱上也被稱為「不罰的前行為」、「不罰的後行為」。對此詳細的分析，請參閱陳志輝，註65書，頁162-189。

<sup>67</sup> OLG Hamm MDR 1979, 421; Geppert, Jura 1982, 427; Stree/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB<sup>27</sup>, 2006, Rn. 127 vor §§ 52 ff.; SK<sup>6</sup>-Samson/Günther, vor § 52, Rn. 100; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT<sup>11</sup>, 36/12.



預備偽造貨幣器械原料罪（刑法第一九九條）為發生在後的偽造貨幣罪（刑法第一九五條）之與罰前行為，此例依我國實務見解則認為<sup>68</sup>，預備偽造貨幣行為屬低度行為，被偽造貨幣罪之高度行為所吸收。與罰後行為之情形，例如竊盜後將所竊得之物毀損，毀損為與罰後行為；行為人竊得動產後，透過護贓詐欺來阻止所有權人行使所有物返還請求權，其後的詐欺是先前竊盜罪的與罰後行為；殺人後，為圖湮滅犯罪證據而積極遺棄屍體，有學說認為積極遺棄屍體（刑法第二四七條）是殺人罪的與罰後行為<sup>69</sup>，惟我國實務認為，殺人後遺棄屍體，以圖滅跡，係殺人結果，成立牽連犯<sup>70</sup>。在這些案例中，無論行為人實施的行為間是否具有全部或局部的重合關係，其實都涉及單一的構成要件結果不法，屬於行為單數，而非行為複數。本文限於篇幅因素無法詳論，實應另行為文分析，在此僅能就幾項重要案例在本文緊接著出現的參、四中加以說明。

基於以上判斷行為單數的觀點，所形成的犯罪競合之判斷體系可以用下圖表示之（圖三）：

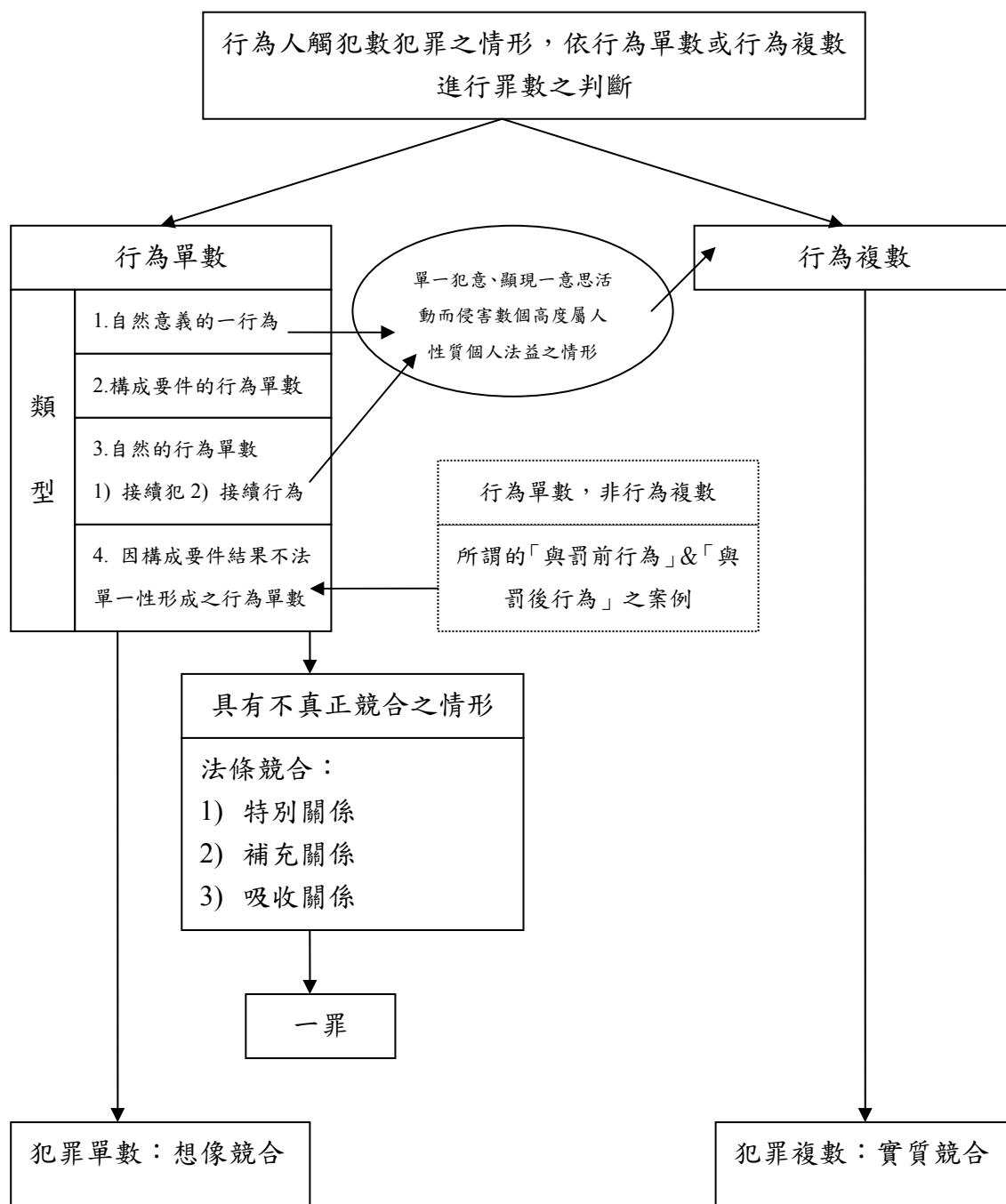
---

<sup>68</sup> 參照最高法院 42 年台上字第 410 號判例。

<sup>69</sup> 林山田，刑法各罪論，1996 年 10 月版，頁 431。目前第五版已不復出現此項見解。

<sup>70</sup> 最高法院 18 年上字第 356 號判例。

【圖三】犯罪競合之判斷體系



### 參、解析實務判決對各別競合問題之處理

#### 一、第五五條規定之「從一重處斷」

有關刑法第五五條所規定之「從一重處斷」，我國實務見解向來認為，就所成立的數罪名中，比較罪名之輕重，並且在判決主文中只論以重罪，不論輕罪。

然而，此種作法實屬誤解第五五條「從一重處斷」的真義，抹煞想像競合所具有的「明白記載功能」<sup>71</sup>。所謂的從一重處斷只是法定刑的從一重，而並非罪名的從一重，因此應該是論以數個罪名中最重罪名的法定刑，宣告行為人所應科處的刑罰，輕罪和重罪的條文均應出現在判決主文中全部加以引用<sup>72</sup>。這種處理方式的正當性，我們更可以從比較實務判決在處理行為人同時具有竊盜罪之數款加重條件時而得出，實務判決要求「判決主文應將各種加重情形順序揭明，理由並應引用各款，俾相適應」<sup>73</sup>。為什麼必須在判決主文中應將各種加重情形順序揭明，無外乎是因為數款加重條件之具備對於量刑之形成有影響，如果這項理由可以成立，就無法理解想為何想像競合中對最後量刑也會產生影響的輕罪無須在判決主文中被揭明。

此外，由於實務判決比較罪名輕重來實踐「從一重處斷」的作法，也衍生了不必要的爭議。例如九四年台上字第六七號即認為：「刑法第五五條牽連犯比較罪名之重輕，係以所犯法條規定之本刑為其標準，如有加減之事由，除屬刑法分則之加重或減輕，因屬法定本刑之規定，應以加重或減輕後之法定本刑為比較之準據外，若係刑法總則之加重，則屬科刑之範圍，於法定本刑之輕重不生影響，不得於加重或減輕後，始行比較。而組織犯罪防制條例第五條規定之加重，係概括性之規定，凡參與犯罪組織成員犯該條例以外之罪，而依刑法第五五條規定，與該條例所規定之罪從一重處斷之罪名者，均有其適用，並非就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，而成為另一獨立之罪名，自屬刑法總則之加重，乃屬科刑之範圍，不得於加重後，再予比較」。如果按照本文遵循的從一重處斷的處理方式，所犯之輕、重罪名都必須明白地記載在判決主文中，根本就不會產生刑法分則加重、減輕屬於法定本刑範圍，刑法總則之加重，屬科刑範圍，於法定本刑之輕重不生影響之爭議，因為「從一重處斷」僅涉及「法定刑」之從一重，根本無須大費周章地比較罪名之輕重，類似的爭議可告休止。

## 二、想像競合之「一行為」

---

<sup>71</sup> 此用語首見於許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐（七），台灣本土法學，84期，2006年7月，頁109。

<sup>72</sup> 黃榮堅，註1書，頁979；林山田，刑法通論（下），9版，2005年，頁281；林鈺雄，新刑法總則，2006年，頁578。

<sup>73</sup> 最高法院69年台上字第3945號判例。

想像競合之一行為，除了以自然意義的一行為出現外，也可以「接續行為」態樣出現。例如行為人同時冒用二人名義為連帶保證人，偽造借據，向銀行借款，最高法院九四年台上字第四四二六號判決即認為，此侵害該二人法益，顯然係以一行為同時觸犯二偽造文書罪名，為想像競合犯。前後二個簽名舉動，因為出於單一偽造文書之犯罪意思，而且時間上具有密接關係，因此屬偽造文書之接續行為。但是在法益個數的計算上，則輔以被害人個數而定，被害人若為同一人，即便有數件文書被偽造，其被害法益僅有一個，僅成立一項罪名，若被害人有數人，則被害法益有數個，為一行為觸犯數罪名之想像競合關係（參照七三年台上字第三六二九號判例）。

然而，最高法院在若干判決中出現不當擴張接續行為的概念，例如在漁船船長載運偷渡者，為躲避海巡署的追緝，緊急之間把偷渡者一一推落海中的舉動，導致數名偷渡客溺死之情形，應論以想像競合犯，從一重之殺人既遂罪處斷，理由是想像競合犯之「一行為而觸犯數罪名，不以單一動作，觸犯數罪名為限，如基於同一犯意，由多數動作合為一個行為，而觸犯數罪名者，亦包括在內。但所謂多數動作，必須同時、同地、同次實施，無從分別先後者，始克相當」<sup>74</sup>。判決理由其實是吸納接續行為的定義，將時空上處於緊密關係之數反覆同種類行為、且依據一般社會健全觀念整體評價成一個行為而形成之行為單數也界定為想像競合之一行為。判決中雖未說明見解具體來源，但是有鑑於當時已有學說意見把此種案例類型解釋為「自然意義的一行為」<sup>75</sup>，而得以論以想像競合，所以也不難理解為何會出現此種看法。不過令人訝異的是，在當時尚未廢除連續犯的時空背景下，實務判決既然捨棄連續殺人罪不論而論以數項殺人罪之想像競合犯，殊難理解。就這方面，本文不贊同最高法院的看法，這既不屬自然意義的一行為，也不屬於自然的行為單數<sup>76</sup>，因為儘管行為人出於殺害船上所有偷渡客的單一犯意，而實行數個在時間上極為緊密之反覆殺人行為，但是生命是絕對的，是無法

<sup>74</sup> 93年度台上字第4429號判決；與20年上字第160號判例見解相同。

<sup>75</sup> 參閱黃榮堅，論連續犯之廢除—參考德國法制上連續關係概念之處理，收錄於註1研討會論文，頁91。至於最高法院判決是否實際上援引黃文的見解，我國判決沒有清楚交代思想脈絡出處的習慣，因此也無從判斷。本文也確實有提醒實務判決應朝此方向改進，以提升裁判品質之用意。

<sup>76</sup> 相同見解參照Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, 33/38 ff.; Tröndle/Fischer, StGB<sup>54</sup>, Vor § 52, Rn. 2c; 中文文獻首見於陳志輝，註1文，頁19；之後亦出現在黃惠婷，註1文，頁96-97；林鈺雄，註72書，頁562。

被量化的高度專屬性之個人法益，接連殺害數人不是僅僅對生命的加劇侵害或是轉化成一個只是在量上提升的殺害行為，這和對非高度個人專屬性法益的侵害不同（例如財產法益的侵害），後者在量上有層升的可能。即便行為人所實施的數個反覆同種類行為具有時空上的緊密關係，只要涉及數個高度專屬性的個人法益之侵害，仍屬於行為複數。因此，本案應該論以數項殺人罪之數罪併罰。

### 三、想像競合所觸犯「數罪名」之間的關係

#### （一）「數罪名」等於「數法益」？

通說和實務見解一向認為，想像競合所觸犯之數罪名，須侵害數個法益，無論是數個相同法益之「同種想像競合」，或是數個不同法益之「異種想像競合」都是以「數法益」侵害為前提，這與侵害「一個法益」之法條競合不同<sup>77</sup>。

想像競合所觸犯之「數罪名」是否一定以「數個法益」受侵害為前提，法律並無明文規定，這是通說所附加的無謂限制，而實務見解在未進一步檢視的情況下直接採用。但是在以下的幾個判決中，最高法院判決卻忽略上述通說認定想像競合以侵害數法益之前提限制，結果上得出正確的結論，例如：

#### 1. 九四年台非字第一八六號：

被告以一寄藏行為，同時寄藏制式手槍、改造手槍與子彈，為一行為觸犯數罪名之想像競合犯，應從一重論以寄藏手槍罪，並於主文論處被告未經許可，寄藏手槍罪刑。

#### 2. 九四年度台上字第七四四號：

本件原判決綜合調查證據之結果，認上訴人龍○○一行為犯有槍砲彈藥刀械管制條例第十一條第四項未經許可，持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪及同條例第十二條第四項未經許可，持有子彈罪二罪名之事實，因認第一審判決，依想像競合犯關係，從一重之前罪處斷，量處有期徒刑壹年，併科罰金新台幣（下同）伍萬元，罰金部分並諭知易服勞役之折算標準，扣案如附表所示之改造玩具手槍壹枝（槍支管制編號 1102151698，含金屬彈匣壹個）

<sup>77</sup> 例如參照黃榮堅，註 1 書，頁 978；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2004 年，頁 310；林東茂，刑法綜覽，2005 年，頁 1-283；張麗卿，刑法總則理論與實用，2005 年，頁 436；蔡墩銘，刑法總論，2006 年，頁 304；黃仲夫，刑法精義，2005 年，頁 212；柯慶賢，刑法專題研究，1998 年，頁 441；韓忠謨，註 13 書，頁 373；陳樸生，實用刑法，1991 年，頁 304；許玉秀，一罪與數罪之理論與實踐(三)，台灣本土法學，80 期，2006 年 3 月，頁 126。實務見解如 71 年台上 2837 號判例，認為想像上競合犯係侵害數個相同或不同之法益，似亦採此見解。

沒收，為無不合，予以維持，駁回上訴人在第二審之上訴（類似判決見九四年度台上字第八六二號）。

3. 九四年度台非字第十八號：

意圖營利，提供公眾得自由出入之場所，聚集不特定之多數人，與之對賭財物之行為，乃係基於一個賭博之決意，發為一個賭博之行為，雖有觸犯刑法第二六六條第一項之普通賭博罪及同法第二六八條之圖利供給賭博場所罪與圖利聚眾賭博罪，然其行為既僅有一個，自應依同法第五五條想像競合犯規定從一重以圖利聚眾賭博罪處斷，方屬確當，此乃本院一貫所宣示統一法律適用之見解（參見本院七九年度台非字第二〇一號、第二〇六號，八〇年度台非字第一七八號諸判決）。本件原判決確認被告甲、乙、丙與共同被告丁等人共同基於意圖營利之概括犯意聯絡，自民國八七年六月間起至同年十二月底止，連續提○○○市○○區○○街十二巷一號○○○市○○街一五四號等五處為公眾得出入之場所，設置六合彩簽賭站，裝設數十線電話，由乙擔任收付帳款工作，並僱用「國良」等多名成年人接聽電話及整理牌支，而聚集不特定之組頭或柱仔腳，以核對香港地區發行之六合彩中獎號碼，中獎者可得倍數不等之彩金，否則賭資悉歸被告等所有之方式賭博財物。由上述事實以觀，被告等三人既基於意圖營利之犯意，聚集不特定多數人至彼等提供之公眾得自由出入場所，以核對香港六合彩中獎號碼之方式對賭財物，即觸犯刑法第二六八條圖利供給賭博場所罪、圖利聚眾賭博罪及第二六六條第一項普通賭博罪，且係一行為觸犯數罪名，原判決依想像競合犯關係從一重論以圖利聚眾賭博罪，依上揭說明，即無不合。非常上訴意旨認被告等三人所為祇犯刑法第二六八條圖利聚眾賭博罪及第二六六賭博二罪，據以指摘原判決理由矛盾及適用法則不當，顯屬誤解。

4. 九四年度台上字第五四七九號：

一行為觸犯數罪名之想像上競合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數個罪名之謂，乃處斷上之一罪。原判決事實欄記載徐○○「於九〇年八月八日前某日，○○○市○○路一八五巷八五號四樓其友人張偉麟租住處或其他不詳地點，向姓名年齡不詳之成年男子分別以不詳之價格及每台兩約一萬餘元之價格；販入數量不詳之第一級毒品海洛因及約七台兩重之第二級毒品安非他命後……藏放於其所有之 9N-0288 號小客車上，而伺機販賣上開海洛因及安非他命牟

利」等語。意指原判決認定徐○○於「同日」向「同一姓名年齡不詳之成年男子」，「分別以不詳之價格及每台兩約一萬餘元之價格」，「販入數量不詳之第一級毒品海洛因及約七台兩重之第二級毒品安非他命」。如果無訛，徐國棟同時、同地向同一人販入第一、二級毒品，似均基於同一「營利意圖」之意思，祇有「一販入之行為」，即應依刑法第五五條前段想像競合犯之規定，從一重處斷，始稱適法。乃原判決率依數罪併罰規定，分別論罪科刑，自有判決適用法則不當之違背法令。

其實九四年台非字第一八六號判決承襲七四年台上字第三四〇〇號(三)判例見解<sup>78</sup>，更早追溯自民國七三年一月十七日最高法院七三年度第一次刑事庭會議決議(二)，認為「同時持有(或製造)槍砲及子彈者，為一個持有(或製造)之行為而犯二種罪名，係一行為而觸犯數罪名，應依刑法第五五條前段規定，從較重之持有(或製造)槍砲罪論處」。無論是非法持有(或製造)槍砲或非法持有(或製造)子彈，二種罪名無非保護同一法益，即公共安全之維護，藉此人民之生命財產安全得以獲得保障。若只適用較重之非法持有(或製造)槍砲罪，而排斥非法持有(或製造)子彈罪，會有評價不足的疑慮，若論以持有(或製造)槍砲、子彈二罪併罰，則有過度評價的問題，因此選擇中間方案的想像競合正好可以避免不足評價或過度評價之情形。

同樣的，如果賭博罪有受保護法益的話，普通賭博罪、圖利供給賭博場所罪與圖利聚眾賭博罪所保護的法益皆為「社會善良風俗」<sup>79</sup>，三種賭博罪類型各自有其規範範圍，彼此並無包含其他規定之情形，亦即，聚眾賭博者，同時亦屬供給賭博場所者，同時構成圖利聚眾賭博罪與圖利供給賭博場所罪，二者並無隸屬或包含之情形，應處於想像競合關係。

至於販賣一級毒品罪(海洛因)或販賣二級毒品罪(安非他命)，二者所保護的法益也應該相同，均為整體國民身心健康之維護，所侵害之法益單一，並無數法益受侵害之問題。因此，想像競合所觸犯之數罪名並非以「數個法益」受侵害為前提。

---

<sup>78</sup> 最高法院 74 年台上字第 3400 號(3)判例：「同時寄藏手槍、子彈係觸犯該條例第七條第四項、第十一條第三項之罪，應依想像上競合犯從較重之該條例第七條第四項未經許可無故寄藏手槍罪處斷」。

<sup>79</sup> 有關賭博罪的保護法益分析，參閱蔡聖偉，賭博罪保護法益之探討，收錄於：「罪與刑」——林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 245 以下。

上開案例所觸犯之數罪名均非數法益受侵害之情形，最高法院若干判決得出論以想像競合的結論，應獲得讚賞。其實，這只是最高法院運用這一項法則所必然獲得的結論：一行為觸犯數罪名但無法條競合之情形，為想像競合。

## （二）罪名數之計算

### 1、非法經營期貨事業罪（期貨交易法第一一二條第五款）

此外，值得一提的是最高法院對於同時違反同一法條罪名內的數種構成要件行為類型，卻基於僅侵害一個法益之理由，而否定成立想像競合之可能性。例如九四年台上字第四九四號判決即認為，期貨交易法第一一二條第五款規定：「未經許可，擅自經營期貨信託事業、期貨經理事業、期貨顧問事業或其他期貨服務事業，處……」。係將未經許可擅自經營「期貨信託事業」、「期貨經理事業」、「期貨顧問事業」及「其他期貨服務事業」等四種類型之違法經營期貨服務事業行為，均併列於同一法條之罪名內，而其所保護之法益，為社會經濟活動之管理與秩序。故不論行為人未經許可擅自經營其中一種或二種以上期貨服務事業者，其結果僅侵害一個社會法益，而觸犯同一罪名，自不能論以想像競合犯。原判決理由七內謂被告等五人就「大通洋行」部分，張○○、蔡○○二人就「祥輝行」部分，曾○○就「萬利達公司」及「高納公司」部分，同時同地未經許可擅自經營「期貨經理事業」及「期貨顧問事業」，乃一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，應從情節較重之未經許可經營期貨顧問事業罪處斷云云。依上說明，其適用法則自有不當。最高法院在本例中否定論以想像競合犯之結論可資贊同，但是在理由上以「結果僅侵害一個社會法益」為由，本文認為有所不妥，因為依上述分析，想像競合犯並不是以「數法益」受侵害為前提要件，在本案中否定成立想像競合犯之理由並不在於侵害的法益只有一個，而是因為只有成立一項單一的構成要件。無論是非法經營「期貨經理事業」及「期貨顧問事業」，都是「期貨服務事業」的其中一種類型而已，立法者在這裡僅設計一項單一的構成要件，就如同強盜罪的強盜行為，無論是透過強暴、脅迫、藥劑、催眠術任何一種或一種以上之方法實現財物強取行為，都只合致一項單一的強盜罪構成要件，亦即以至使被害人不能抗拒的行為強取被害人的財物。因此，本案不成立想像競合的理由是因為僅觸犯非法經營期貨事業之「構成要件一罪」。

### 2、偽造有價證券罪和誣告罪罪名數之認定



行為人所觸犯之犯罪，若涉及集體法益時，所觸犯罪名數之計算，我國實務未有一致的見解。在涉及偽造文書或偽造有價證券之情形，最高法院認為：同時偽造不同被害人之文書或支票時，儘管僅侵害一個集體法益，因有侵害數個人法益，以其偽造之文書件數或支票張數計算觸犯之罪名，係一行為觸犯數罪名之想像競合犯<sup>80</sup>。

但是在誣告罪則採取不同之認定標準。行為人以一狀誣告數人，與罪名數認定有關的判例有三則，分別為 18 年上字第 33 號、18 年上字第 904 號以及 19 年上字第 381 號（2）。最早表示意見的是最高法院 18 年上字第 33 號判例，認為「誣告罪為妨害國家審判權之罪，故就其性質而論，直接受害者係國家，即國家之審判事務，每因誣告而為不當之進行，至個人受害，乃國家進行不當審判事務所發生之結果，與誣告行為不生直接之關係，故以一訴狀誣告數人，僅能成立一誣告罪」，此項意見並獲得同院 19 年上字第 381 號（2）判例贊同（最新的相同判決見解，參照 95 年台上字第 29 號判決）。但是 18 年上字第 33 號和 19 年上字第 381 號（2）判例於民國 95 年 4 月 11 日經最高法院 95 年度第 5 次刑事庭會議決議，以此二判例已不合時宜為由，不再援用。但是仍保留 18 年上字第 904 號判例，理由是上述判例認為個人受害「與誣告行為不生直接之關係」之用語有誤，應被刪除，換言之，最高法院刑事庭決議認為被誣告人之受害與誣告行為之間有直接關係，決議內容所提及之兩號判例皆含有上述用語，因此被決議不再援用<sup>81</sup>。被刻意保留的 18 年上字第 904 號判例認為：「誣告為妨害國家審判權之犯罪，誣告人者雖有使人受刑事或懲戒處分之故意，但祇能就其誘起審判之原因令負罪責，故以一狀誣告數人者，祇成立一誣告罪，原判決乃依被誣告者人格之法益而計算罪數，自有未合」。因此最高法院依然認為一狀誣告數人只成立一項誣告罪，不因有數人被誣告，而認為有觸犯數罪名之餘地。

就最高法院針對偽造文書罪涉及偽造數人文書之情形、針對偽造有價證券罪涉及偽造數不同被害人之有價證券之情形，以及針對誣告罪涉及數人被一狀誣告之情形，三者雖然都涉及單一集體性法益的侵害（偽造文書罪保護文書證明之安全性和可信賴性、偽造有價證券罪保護有價證券法律交易之安全性和可信賴性、誣告罪在確保國家司法權圓滿運作的功能，使其免因誣告行為而行使無益或未符

---

<sup>80</sup> 最高法院 73 年台上字第 3629 號判例、94 年台上字第 4426 號判決。

<sup>81</sup> 此點蒙最高法院審判長張淳淙法官於 2006 年 11 月 18 日 94/95 年度判決評釋研討會針對本人的書面及口頭報告（94/95 年度刑事判決評釋—競合部分）所做的評論指正。

合公平正義的司法權)，但是其中也都涉及數個人法益受侵害（不同之人的文書被偽造、不同之人的有價證券被偽造、不同之人被誣告）。不過最高法院對保護集體性法益之犯罪規定的罪名數計算卻沒有一致的標準，這是一件令人難以理解的事情。本文認為，既然最高法院在判斷偽造文書罪、偽造有價證券罪涉及數人文書、數人有價證券受侵害之罪名計算參酌了數個人法益受損之情形，而認定觸犯數罪名，在誣告罪罪名數的計算上也應該採取相同標準，否則會有前後不一貫的問題。換言之，本文的看法與最高法院不同，本文認為即便是集體性法益的侵害，其中若涉及數個人法益的侵害，則應以所侵害個人法益之個數計算所觸犯之罪名數，如此使得集體性法益之罪名數計算標準趨於一致，例如偽造文書罪和偽造有價證券罪部分，以被偽造的被害人人數計算其所觸犯之罪名數；誣告罪部分，也以被誣告的人數計算其觸犯之罪名數。一狀誣告數人之犯罪情節本來就不同於一狀誣告一人之情形，後者被論以一項誣告罪，前者理應獲得不同評價，論以二項誣告罪想像競合正能符合充分評價之要求，此種解決方案也和德國通說見解相一致<sup>82</sup>。

#### 四、牽連犯問題

##### （一）製造、運輸、販賣毒品

關於製造、運輸、販賣毒品構成要件類型的論罪和處斷，實務上具支配地位的見解是四二年台上字第四一〇號判例，該判例認為低度行為與高度行為之間（例如偽造紙幣之高度行為吸收收受偽造紙幣器械原料之低度行為），或某種犯罪行為之性質或結果當然含有他罪之成分（例如行使偽造之紙幣購買物品，性質上有詐欺的成分，因此行使偽造紙幣吸收詐欺），才能論以吸收關係。但是輸入與販賣毒品之行為，彼此程度不相關連，難謂有低度行為與高度行為之關係，而自海外輸入海洛因，按其性質或結果，又非當然含有販賣之成分，所以二者之間只能論以牽連犯。這項見解經過民國六六年一月二四日第一次刑庭會議決議以及民國七五年十一月四日第二次刑庭會議決議維持至今（最新的判決如：最高法院九四年台上字第四〇二一號、九五年台上字第三四八九號判決）。但是在今年

---

<sup>82</sup> BGH GA 1962, 24; Lackner/Kühl, StGB<sup>24</sup>, 2004, § 164, Rn. 12; LK<sup>11</sup>-Ruß, § 164, Rn. 34; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB<sup>27</sup>, 2006, § 164, Rn. 37; Stree/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB<sup>27</sup>, 2006, vor § 52, Rn. 29; 我國文獻上相同的見解參照，林山田，註7書，頁280；甘添貴，註1書，頁188。

七月一日後，因為牽連犯已被廢止，這項見解勢必也會被檢討，究竟應該如何適用法條，高等法院的座談會以及對此已經表達意見的看法傾向認定，意圖販賣營利而販入，進而運輸，復再售出，應依吸收犯或吸收關係之法理論以一罪<sup>83</sup>；亦有認為論以構成要件一罪，因為「行為人如果實施構成要件上所描述的所有行為，看起來同時實現好幾個構成要件，但是，立法者有意設計一個單一的構成要件，處理這種犯罪現象。也就是說，從社會經驗裡的犯罪現象來看，這些行為模式經常有先後的過程與目的關係，但它們可以同時被實現，各種行為態樣彼此之間雖有一些經常的連結關係，可以製造、販賣之後運輸」。「因為立法者尊重社會經驗所認知的犯罪事實，以一個構成要件評價可以被切割但經常連結在一起的犯罪事實」<sup>84</sup>。

本文認為，行為人先後實現製造、運輸、販賣毒品之構成要件，所實現之構成要件應成立想像競合犯，因為行為人雖然透過不同犯罪方式實現不同構成要件—製造、運輸、販賣毒品罪，但是這些不同的構成要件卻因構成要件不法結果單一而形成單一之評價，應成立想像競合犯<sup>85</sup>。立法者雖然將這些不同的犯罪行為態樣放在同一項構成要件中形成單一的評價，只保留單一的法律效果，但是如果我們因此認為這類的情況只成立法條競合，這是沒有根據的，因為立法者是否將不同的違犯方式總結地規定在一個條文規定之內，或者把不同的違犯方式分散在不同的規範中，每一個都規定相同的刑罰，這只是形式法律技術的產物<sup>86</sup>，不應該妨礙得出想像競合的結論。

相反的，以吸收關係或吸收犯法理論以一罪，這只是益加模糊法條競合之概念。民國九五年五月四日臺灣高等法院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會提案第三八號即認為，「某甲製造第二級毒品安非他命達十公斤，顯係基於販賣之意思而製造；因製造毒品與販賣毒品的法定刑均相同，依後階段行為吸收前階段行為理論，其製造毒品之前階段應為後階段之販賣行為所吸收，僅論以販賣第二級毒品一罪」。但是我們若拿一個只有單純販賣安非他命十公斤的行為人 A 和

---

<sup>83</sup> 臺灣高等法院座談會決議，司法周刊，1288 期，2006 年 5 月 25 日 3 版；張淳淙，從刑法修正論行為之罪數—牽連犯、連續犯及常業犯廢除後之實務因應，司法週刊，1286 期，2006 年 5 月 11 日，司法文選別冊，頁 26。

<sup>84</sup> 許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐（七），台灣本土法學，84 期，2006 年 7 月，頁 110。

<sup>85</sup> Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 193 ff., 324 ff.; 同作者，NK<sup>2</sup>, vor § 52, Rn. 28; 陳志輝譯（Puppe 著），註 6 文，頁 317。

<sup>86</sup> Seier, Die Gesetzesinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura 1983, 225, 231.

一個基於販賣意思而製造安非他命十公斤而且又販賣的行為人 B 相比較，如果製造毒品之前階段應為後階段之販賣行為所吸收，我們又如何能說明 B 所違犯的不法內涵顯然比 A 所違犯的不法內涵重呢？因為既然製造毒品行為被販賣毒品行為吸收，這代表適用販賣毒品罪評價已足，無須再適用製造毒品罪。但是顯然的，正因為製造毒品罪無法被販賣毒品罪給吸收，所以既違犯製造毒品罪，又違犯販賣毒品罪的行為人 B 其所違犯的不法內涵比較重。

此外，想要針對行為人先後實現製造、運輸、販賣毒品構成要件之情形論以構成要件的一罪之見解，本文認為這與前述違犯期貨交易法第一一二條第五款非法經營數種期貨服務事業以及違犯刑法第三二八條數種至使他人不能抗拒行為態樣不同，因為立法者在上述條文中透過概括之行為態樣描述有意地將不同違犯之行為態樣整體評價成一項構成要件，所以儘管有數種違犯態樣之合致，但是只實現一項構成要件。這和行為人先後實現製造、運輸、販賣毒品之情形不同，後者在條文規定中沒有概括的行為態樣描述，因此實現數項構成要件，就如同刑法第二六八條的圖利供給賭博場所罪和圖利聚眾賭博罪一樣<sup>87</sup>。

## （二）傷害、毀壞船艦未遂

最高法院九四年台上字第六三六號判決認為，「刑法第五五條前段所謂一行為而觸犯數罪名，係指所犯數罪名為一個犯罪行為之結果者而言，如果行為非僅一個，即與該條前段之規定無涉。原判決認定上訴人本於傷害之未必故意，駕駛『耀星六號』漁船，利用橫架在船身捕魚用之竹竿，向海釣船右側橫掃，而擊中謝志明之頭部受傷；上訴人復駕駛該漁船，撞擊海釣船之右後舷，再以船艙撞擊海釣船之船艙四次，致該海釣船船身右後側及船艙多處受損等情，並認上訴人之上開行為，為一行為觸犯數罪名之想像競合犯，從一重論處上訴人毀壞他人船艦，未遂罪刑等語。但對於上訴人駕駛漁船，利用橫架在船身捕魚用之竹竿，向海釣船右側橫掃，而傷害謝志明頭部之行為；再以船艙撞擊海釣船之船艙四次，致該海釣船船身右後側及船艙多處受損，上開橫掃及撞擊行為，一為傷害，一為毀壞，上開行為何以屬一行為觸犯數罪名之想像競合犯，而有刑法第五五條前段之適用，未見原判決詳加說明釐清，自有理由欠備之違誤」。

案例所涉之情形，毀壞船艦是方法行為，傷害被害人是目的行為，二者間有

---

<sup>87</sup> 不同見解認為聚眾賭博同時亦屬供給賭博場所者，則應從情節較重之聚眾賭博罪論處，參閱褚劍鴻，刑法分則釋論下冊，3次增訂版，2002年，頁867。

牽連關係，原應依牽連犯規定論處，但是牽連犯廢止後，自宜改認為著手實行「毀壞船艦行為」亦為著手實行「傷害行為」，二者就著手實行階段，具有局部重合關係，因此得評價為行為單數而論以想像競合。

### （三）妨害自由罪與強盜罪

妨害自由罪與強盜罪之間的關係，最高法院九四年台上字第四四〇號判決認為，「強盜罪以強暴、脅迫等方法，至使不能抗拒為構成要件之一，當然含有妨害被害人自由之性質，故犯強盜罪而有妨害被害人之自由時，是否另論以妨害自由罪名，應就行為人之全部犯罪行為實施過程加以觀察。倘妨害自由行為時，強盜行為尚未著手實施，可依其情形認為妨害自由、強盜犯罪間具有方法或結果之牽連關係；若強盜犯行業已著手實施，則所為強暴、脅迫等非法方法剝奪被害人行動自由行為，應包括在強盜行為之內，無另行成立刑法第三〇二條第一項之妨害自由罪之餘地」。此項見解值得贊同。強盜罪之構成要件要求至使不能抗拒之行為，確實會造成被害人行動自由之妨害，因此本質上包含妨害自由之性質。判決區分妨害自由行為之時，是否業已著手強盜行為，來認定妨害自由罪與強盜罪之關係，這和本文看法相同。妨害行為時，行為人已著手於強盜犯行，則妨害自由罪之不法內涵完全被強盜罪不法內涵所包含，因此優先適用強盜罪而排斥妨害自由罪之適用。若妨害自由時，強盜罪尚未著手，僅屬強盜罪之預備階段，則依照本文看法，妨害自由行為與強盜行為在不法內涵上仍有局部重合關係，二者間具有構成要件結果不法的單一性，因此，即便牽連犯規定廢除後，仍屬一個行為單數，二者屬想像競合犯。

妨害自由罪與強制性交罪之間的關係也類似於妨害自由罪與強盜罪之間的關係。實務見解也認為，若妨害自由之行為已可認為（舊法）強姦行為之著手開始，應成立單一之強姦罪；若先強載被害人至郊外，然後下手行姦，其強載被害人顯尚未達著手強姦之程度，係成立妨害自由罪與強姦罪之牽連犯<sup>88</sup>。牽連犯廢止後之法律適用問題，後者之情形因為妨害自由行為屬發生在後強姦行為之準備階段，二者之間在不法內涵上仍有局部重合關係，二者間具有構成要件結果不法的單一性，因此為一個行為單數，二者屬想像競合犯<sup>89</sup>。但是若剝奪被害人行動

<sup>88</sup> 最高法院 68 年台上字第 198 號判例。

<sup>89</sup> 結論上相同，許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐（四），台灣本土法學雜誌，81 期，2006 年 4 月，頁 142。

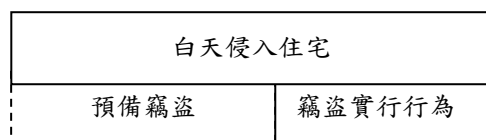
自由而強制性交或實施竊盜之後，出於新的意思決定而繼續拘束被害人的行動自由，則先前論以強制性交罪（強盜罪）與妨害自由罪之想像競合犯，與後來之妨害自由行為可能成立數罪<sup>90</sup>。

#### （四）侵入住宅殺人、侵入住宅強制性交、侵入住宅竊盜

以侵入住宅為方法，目的在於殺人、強制性交或竊盜，二者之間本具有目的方法之牽連關係，應論以牽連犯<sup>91</sup>。牽連犯規定被廢止後，最高法院也於民國九十四年十二月十三日九四年度第十七次刑事庭會議決議不再援用相關實務判例。上述案例在修法後，究竟應如何適用法律。首先，就侵入住宅強制性交的情形，由於刑法第二二二條第一項第七款有侵入住宅強制性交的加重處罰規定，因此侵入住宅行為與強制性交行為合而為侵入住宅強制性交之構成要件的行為單數，而且刑法第三〇六條侵入住居罪屬於加重強制性交罪之典型的伴隨行為，依法條競合之吸收關係法理，優先適用加重強制性交罪，排斥侵入住居罪之適用。

其次，就侵入住宅竊盜之情形，白天侵入住宅之危險性其實並不亞於夜間侵入住宅竊盜之情形，本應仿效刑法第二二二條第一項第七款規定，將刑法第三二一條第一項第一款之「夜間」二字刪除，如此侵入住居罪即屬於侵入住宅竊盜罪之典型附隨行為，依法條競合之吸收關係法理，優先適用加重竊盜罪，排斥侵入住居罪之適用。但是在維持刑法第三二一條第一項第一款「夜間侵入住宅」文字的情況下，其實白天侵入住宅為接下來實行竊盜罪之預備行為，換言之，二者之間透過竊盜罪之預備行為而將侵入住宅罪和竊盜罪聯繫成一個構成要件不法結果的單一，因此侵入住宅行為和竊盜行為之間具有不法行為實行之局部重合關係（參閱圖四），二者為想像競合犯<sup>92</sup>。

【圖四】白天侵入住宅竊盜



<sup>90</sup> 參閱許玉秀，註 89 文，頁 142。

<sup>91</sup> 侵入住宅殺人（23 年上字第 1401 號判例）、侵入住宅強制性交（20 年上字第 1399 號判例）。

<sup>92</sup> 作者過去認為白天侵入住宅而竊盜，二罪之間為數罪併罰關係（參閱陳志輝，註 1 文，頁 23）。

至於侵入住宅殺人，本來即無加重殺人罪之規定，所成立之殺人罪與侵入住居罪，二者為目的方法之牽連關係，牽連犯廢除後，基於殺人目的所為之侵入住居，其實仍為殺人行為之預備階段，與發生其後之殺人實行行為之間，在不法內涵上具有實行行為之局部重合關係，因此二者之間具有構成要件結果單一性的關係，二罪處於想像競合關係。

但是如果行為人無故侵入住宅後，始另行起意竊盜、殺人或強制性交等等，因為有兩個意思決定，啟動兩個因果流程，儘管實行行為在時間上有局部重合現象，仍屬基於行為複數而侵害數個法益，應該成立數罪<sup>93</sup>。

### （五）行使偽造貨幣（或有價證券）罪與詐欺罪

行使偽造有價證券與詐欺罪之間關係，我國實務見解認為，行使偽造有價證券以使人交付財物，如果所交付者即該證券本身之價值，則其詐欺取財，仍屬行使偽造有價證券之行為，故不另成立詐欺罪。但如以偽造之有價證券供作擔保或作為新債清償而借款，則其借款之行為，為行使有價證券以外之另一行為，其間有方法結果關係，應論以詐欺罪之牽連犯<sup>94</sup>。有關行使偽造貨幣罪與詐欺罪之間的關係，則沒有類似上述之區分，而認為行使偽造紙幣，本含有詐欺性質，不應以詐欺罪論擬<sup>95</sup>。

實務見解認為，行使偽造貨幣或有價證券以使人交付財物，若所交付者即該貨幣（或有價證券）本身之價值，則詐欺取財仍屬行使貨幣（或有價證券）之行為，不另成立詐欺罪名，乃有意以法條競合之吸收關係解決行使偽造貨幣（或有價證券）罪與詐欺罪之關係。然而，詐欺罪是否為行使偽造貨幣罪（或行使偽造有價證券罪）之典型附隨行為，而引用法條競合之吸收關係法理，排斥詐欺罪之適用，誠有疑問。因為無論是行使偽造貨幣罪或行使偽造有價證券罪的構成要件中，我們都無法發現構成要件的描述有意將詐欺行為包含在其中，它們並不像刑法第三二一條第一項第一款透過「夜間侵入住宅」之文字描述有意包含第三〇六條侵入住居的行為，或像第一七三條透過「放火燒毀」之文字描述有意包含第三五三條之燒毀建築物罪或第三五四條毀損器物罪，因此實無理由拒絕在成立行使偽造貨幣罪（或偽造有價證券罪）之外，再論以詐欺罪，而二罪之實行行為因為

<sup>93</sup> 參照許玉秀，註 89 文，頁 141。

<sup>94</sup> 22 年上字第 1814 號判例、88 年台上字第 4136 號、94 年上字第 3903 號判決。

<sup>95</sup> 29 年上字第 1648 號（2）判例、95 年台上字第 2596 號判決。

有全部重合關係，因此二罪為想像競合犯。

至於實務見解提及，如以偽造之有價證券供作擔保或作為新債清償而借款，則其借款之行為，為行使有價證券以外之另一行為，其間有方法結果關係，應論以詐欺罪之牽連犯。實務苦心區分此種情形，毫無必要，因為只要辨認清楚這些處於目的方法關係的行為因為其間不法內涵的相關，而屬單一的因果流程，為一個行為單數，問題即可迎刃而解，就其所觸犯的數罪名，應成立想像競合犯。

## （六）偷車而後搶奪

行為人偷車後以所偷之車輛為犯案之交通工具進行搶奪，若行為人在竊車之際即有作為隨後搶奪或強盜犯罪工具之用，實務見解傾向認為，二罪之間具有方法行為與目的行為不可分離或直接而密切的關係，應論以牽連犯<sup>96</sup>。至於牽連犯廢止後之法律適用問題，先前之竊盜行為雖侵害另一人之財產法益，但是為發生在後之搶奪或強盜行為之預備階段，二者之間在不法內涵上有局部重合關係，因此雖然意思活動有數個，但是透過單一的意思決定，使得前後意思活動屬於單一的因果流程，因此所觸犯的數罪名為想像競合犯之關係<sup>97</sup>。

## （七）傷害罪與加重準強盜罪、強盜罪

傷害罪與強盜罪之關係，最高法院九四年台上字三八一五第號判決認為：「強盜並非以傷人為當然方法，該罪雖原以強暴、脅迫、藥劑、催眠術為構成要件，惟行為人如非另有傷害之故意，其因強盜之施強暴而致被害人普通傷害時，雖可認係該強暴行為之當然結果，而不另論罪」，實務上顯然採取吸收犯之法理，不另論普通傷害罪。然而何謂「如非另有傷害之故意」？如果沒有另有傷害之故意，何來普通傷害罪之成立？檢視該判決另一段論述「但行為人施強暴之際，若另有傷害故意時，則其所犯傷害及強盜行為間，即有牽連犯關係，應依刑法第五五條規定從一重處斷」，更可以察覺出判決之語焉不詳。其實無論行為人是一開始就採取傷害的行為作為實施強盜的強暴方法，還是行為人實行強暴行為之際，造成被害人傷害的結果，既然強盜並非以傷害人為當然之方法（最高法院二〇年上字第一一七六號判例），二者之間即無概念邏輯上或不法內涵上之必然關係，而且

---

<sup>96</sup> 94年台上字第4444號判決。

<sup>97</sup> 惟有學者認為，偷車行為與事後的搶奪或強盜行為，應屬於各自分離的兩個行為，不但有數個故意，還有數個行為、侵害數個財產法益，理應成立數罪（參照許玉秀，註89文，頁147）。



從強盜罪的構成要件描述中也無法得出有包含傷害之情形，而呈現出法條競合之典型附隨行為類型，因此，這兩種情形在行為人的認知中，受傷和強盜行為其實處於同一個具有方法目的關連的因果流程當中，依廢除牽連犯後之新法規定，屬於想像競合犯之情形<sup>98</sup>。

至於行為人著手竊盜後，為脫免逮捕，基於傷害之際，傷害被害人，最高法院九四年台上字第二四一〇號判決認為，「被告之傷害行為與加重準強盜行為，為各別之二行為，兩者間有方法結果之牽連關係，乃原判決遽依想像競合之例，從一重處斷，自有判決適用法則不當之違誤」。此判決乃沿襲最高法院二七年上字第三四六號判例之見解。行為人之傷害行為與加重準強盜行為之間具有不法實行行為的全部重合關係，換言之，在行為人的認知中，傷害和準強盜行為其實處於同一個具有方法目的關連的因果流程當中，依廢除牽連犯後之新法規定，也屬於想像競合犯之情形。

#### （八）行使偽造私文書罪與使公務員登載不實罪

最高法院九四年台上字第三八一八號判決依循四八年台上字第一三七七號判例見解，認為「行使偽造文書以使公務員登載不實者，因其間具有方法結果之牽連關係，應依牽連犯之規定從一重處斷」，因此，被告行使偽造門牌編號申請書，旨在使公務員為不實之登載，其所犯行使偽造私文書及使公務員登載不實二罪應屬牽連犯，而非想像競合犯。二罪保護法益雖然不同，行使偽造私文書罪在於保護法律交易的安全性和可信賴性，使公務員登載不實罪保護的法益是公文書的證明力，但是二罪之間實具有不法實行行為之局部重合關係，在行為人的認知中，行使偽造私文書及使公務員登載不實其實亦處於同一個具有方法目的關連的因果流程當中，因此依新法規定，應論以想像競合犯<sup>99</sup>。

#### （九）使用仿冒註冊商標罪與販賣仿冒商標商品罪

行為人使用仿冒註冊商標後，進而販賣仿冒商標品，最高法院九四年台上字第六五一號判決認為：「商標法第六條係規定：『本法所稱商標之使用，指為行銷之目的，將商標用於商品……或其有關之物件，或……足以使相關消費者認識其為商標』，該條之規定意旨僅係就商標之使用，必須有行銷之主觀目的加以定

<sup>98</sup> 部分結論相同，參閱許玉秀，註 89 文，頁 144。

<sup>99</sup> 參照Lackner/Kühl, StGB<sup>24</sup>, 2004, § 271, Rn. 12.

義，商標之使用為客觀之行為，行銷目的為主觀上認知，尚不得以該條規定作為『使用行為』涵括『販賣行為』之依據，倘為行銷之目的，將商標使用於商品後，另有販賣該商品之行為，在法律上為二個不同之行為，應分別構成商標法第八十一條第一款之未得商標權人同意，於同一商品使用相同之註冊商標罪，及同法第八二條明知為上揭商品而販賣罪，且二罪間有方法結果之牽連關係，應從一重處斷」。

無論是商標法第八一條第一款之未得商標權人同意，於同一商品使用相同之註冊商標罪，或第八二條明知仿冒商標品而販賣罪，二罪所保護的法益是相同的，都是商標權人之商標權，因此修法理由所稱「牽連犯的成立要件之一為數法益之侵害」自然是無中生有。二罪雖然欠缺不法實行行為之全部或一部之重合關係，但是基於所保護法益相同，二罪之間具有構成要件結果不法的單一性，依新法規定，二罪為想像競合犯。

## 五、接續犯與連續犯之區別

最高法院對於接續犯與連續犯之區別，認為「連續犯之成立，除主觀上須基於一個概括之犯意外，客觀上須先後數行為，逐次實施而具連續性，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，始足當之；如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪」（參閱九四台上字第二五一二號判決）。

呈現在具體案例之判斷，有關毀壞建築物之情形，認為「上訴人原即意在拆毀系爭建築物，則其為完成毀壞系爭建築物之目的，自九十年一月底、二月初起，至同年二月十九日下午二時止之數個毀壞建築物舉動，似係基於毀壞系爭建築物單一決意之數個舉動的接續施行，應為接續犯」（九四台上字第二五一二號判決）。有關偽造文書或偽造支票之簽發，認定「原判決認定上訴人與冒用 A 名義之 B、C 基於概括犯意，推由 B 以 A 之名義與 D 訂立房屋租賃契約，並偽簽 A 署名，加蓋偽造 A 之印章以偽造印文；又在發票人均為 E 之上開二張支票背面偽簽 A 署名而為偽造背書後，連同現金十萬元交付 D，足以生損害於 A 本人及 D 等情，如果無訛，則上訴人顯係同時、同地偽造租約與背書；依上揭說明，

上訴人似係以實質一行為觸犯同一偽造私文書罪名，乃原判決就上開各行為論以連續犯，似有適用法則不當之違誤」（九五台上字第六三六號判決，判決錯將冒用 A 名義之 B 直接誤植為 A）；在另一項判決中，原判決所認定之事實：被告同時以甲公司及乙之印鑑章，盜蓋在告訴人丙公司之空白支票上，並填具金額、發票日，共偽造十一張支票，完成後，並於丁公司及戊不知情之情況下，於二張支票背面各偽簽丁公司之署押一枚，且於另一張支票之背面偽簽戊之署押一枚，均足以生損害於丁公司及戊，原判決認定之事實並不明確。被告偽造上開十一張支票若係一次簽發，構成單一偽造有價證券罪；若是分次為之，則該當連續偽造有價證券罪（九四台上字第二一七三號判決）。至於有關股票內線交易犯罪之情形，則認為「依原判決認定之事實，上訴人自八九年八月二五日起至同年十月二四日止，長達二個月之時間，多次委託證券公司之營業員賣出訊碟公司之股票，其各次賣出之行為，在時間上可以分開，且各具獨立性。原判決未論以接續犯，而認係基於概括犯意之連續犯，其法律之適用尚無不當，亦不得執為第三審上訴之適法理由」（九五台上字第三一九〇號判決）。

針對股票內線交易犯罪部分，「買入」或「賣出」行為本來就帶有反覆實施同種類行為之性質，此乃「集合犯」之特色。因此，就同一次對發行股票公司有重大影響其股票價格之消息，多次委託證券公司之營業員賣出，其各次賣出之行為，雖然在時間上可以分開、且各具獨立性，但是本文見解與上開最高法院判決見解不同，本文認為無論是一次賣出、多次賣出本來就可以被「賣出」之構成要件所包含，因此數次賣出之行為僅屬於構成要件上的一行為，因此僅構成一次證券交易法第一七一條第一款之股票內線交易罪。

至於偽造文書、偽造有價證券之情形，偽造署名或偽造支票之簽發，究竟屬於接續之一罪，還是屬於連續犯廢除後適用數罪併罰之情形，其關鍵確實在於各別行為之間的時間密接性。若依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，即屬接續犯。例如先後緊接著在不同文件中簽名、簽發不同張支票。但是即使各別行為中間有中斷，例如冒名簽具數件文件後，中間接了通電話而中斷，或者簽具之後，後來發現漏簽一些文件事後追加，這些情形都只能被視為一個整體行為來評價。所謂一般社會健全觀念，即是從一般的社會經驗認知出發，為了達成偽造文書、偽造支票的目的，必須簽具好幾次簽名。依照這個標準，上開最高法院九四台上字第二一七三號判決所涉之情形，似乎可認定為單一為造有價證券之一罪。

毀壞建築物之情形比較特殊，因為建築物之體積比較龐大，要將建築物全部毀壞，除非是用炸毀的方式為之，否則需多次的各別毀壞行為之實行，因此各別實行之毀壞行為在時間密接性上的要求會比較寬鬆，最高法院九四台上字第二五一二號判決所涉之情形，雖然數個毀壞建築物的舉動延續長達二十日左右，但是依照一般社會經驗認知，完全毀壞一個建築物確實需要如此多的各別毀壞舉動，因此認定為一個毀壞建築物罪之接續犯是正確的結論。

## 六、形式結合犯問題

結合犯區分為實質結合犯與形式結合犯。前者如擄人勒贖罪，形式上原為妨害自由罪及恐嚇取財罪之結合（二三年上字第七四一號判例、九四年台上字第六七四五號判決）；後者如強盜罪結合犯（第三二三條），強盜罪結合殺人、放火、強制性交擄人勒贖、重傷。

實質結合犯本質上並非數罪，而是將二個獨立之犯罪，組合成一個具有獨立不法內涵之犯罪規定，新的獨立性規定之不法內涵已遠遠超出原來犯罪規定總合之不法內涵。例如檢視擄人勒贖罪即可明瞭，妨害自由和恐嚇取財二者最高法定刑不過為五年有期徒刑，二罪數罪併罰最高可能性不過是十年有期徒刑，但是獨立之擄人勒贖罪卻論以死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑之嚴重處罰，法定刑之遽然提升，顯非妨害自由罪和恐嚇取財罪合併相加可得理解。

但是形式結合犯和實質結合犯不同。形式結合犯指二以上之獨立犯罪行為，本應成立數罪，但因刑事政策之運用，以法律明文規定而結合成一個新罪名<sup>100</sup>。然而，形式結合犯本質上屬於數罪（犯罪複數），其並不是本文前述的構成要件的行為單數，本應適用數罪併罰的規定，就所觸犯之獨立罪名各為宣告刑，再依第五一條定應執行刑。但是立法者為了限制裁判者在這一類特別嚴重的違犯情形之量刑，透過形式結合犯的規定排除數罪併罰法則的適用，例如就行為人趁違犯強盜罪（五年以上有期徒刑）之際而違犯殺人罪（死刑、無期徒刑、十年以上有期徒刑）而言，原本可能出現法官依據數罪併罰規則而定其執行刑介於十年至三十年之情形（第五一條第五款），但是立法者透過第三三二條第一項規定排除此種可能性，限制法官只能就「死刑或無期徒刑」中二者擇一<sup>101</sup>。將形式結合犯定位於犯罪複數之實益在於避免判決既判力之擴張，因此例如不會產生對於違犯強

<sup>100</sup> 張淳淙，註 83 文，頁 7。

<sup>101</sup> 參照陳志輝，註 1 文，頁 16；相同見解，參閱林鈺雄，註 72 書，頁 554、593。

盜罪又擄人勒贖者若僅受強盜部分定罪，判決既判力及於擄人勒贖部分，而造成行為人優待之情形。

至於最高法院九四年台上字第五三五五號判決針對強盜殺人罪之結合犯認為，「若當初僅有殺人之故意，而於殺人行為完成後，始起意強盜，則應各別論罪」，則係嚴守罪刑法定原則適用所得之結論，可資贊同，因為條文明定為「犯強盜罪而故意殺人」，無適用於「犯殺人罪而強盜」之餘地。若認為基於刑事政策觀點，二者犯罪嚴重情節並無不同，也應該透過修法擴增適用於犯殺人罪而強盜之情形。

## 七、法條競合

### （一）實務基本立場 和具體個案判斷

最高法院判決對於法條競合之情形，多半以「不另論...之罪」的用語取代法條競合法理之論述，或者使用某罪為另外一罪所吸收等文字。採用不另論罪用語者，例如最高法院九五年台上字第二七一四號判決「偽造他人之署押，用以偽造該被害人名義之文書時，其偽造署押之行為，固屬偽造該文書之部分行為，不另論罪」；九四年台上字第二一四八號判決「非法寄藏該手槍、子彈原含有非法持有該手槍、子彈之性質，其『持有』乃『寄藏』之當然結果，法律上宜僅就寄藏行為為包括的評價，不應另就持有行為予以論罪」（九四年台上字第七二五五號判決亦同）；有採吸收用語者，如九五年台上字第二一七號判決「擄人勒贖罪本質上為妨害自由與強盜之結合，在形式上則為妨害自由與恐嚇取財罪之結合，且擄人者，實際上大多以若不付贖款即對被擄人加害等詞恫嚇被擄人親友，使生畏怖，因而交付贖款；於此，對被擄人（判決文字上多加入『或其親友恐嚇』）之妨害自由行為，在觀念上，應被吸收於擄人勒贖行為中，不應再論以妨害自由罪」；九五年台上字第八六七號判決「盜用印章與盜用印文為不同之犯罪態樣，盜取他人之印章持以蓋用，當然產生該印章之印文，祇成立盜用印章罪，不應再論以盜用印文罪，亦非盜用印章行為為盜用印文行為所吸收」；九四年台上字第三九〇四號判決「偽造有價證券而復持以行使，其行使行為吸收於偽造行為之中，只應論以偽造有價證券罪」。亦有罕見援引法條競合之補充關係法理論述者，如九四年台上字第六九二五號判決「刑法第三〇二條第一項所稱以其他非法方法，剝奪人之行動自由，係對於同條項私行拘禁之補充規定，倘行為人將他人私行拘禁，依主要規定優於補充規定原則，自不應宣告補充規定之罪名。又該條項

所稱以非法方法剝奪人之行動自由，係指私行拘禁以外之非法方法，妨害其行動自由而言。若將被害人拘禁於一定處所，繼續較長久之時間，而剝奪其行動自由，即屬私行拘禁之行為。至於如以使人行無義務之事，或妨害人行使權利為目的，而其強暴、脅迫已達於剝奪人行動自由之程度者，即應成立刑法第三〇二條第一項之罪，不再論以同法第三〇四條之罪」。

## （二）本文評析

本文所認定的法條競合必須是數罪名之間有概念邏輯或不法內涵的從屬關係之情況，以至於可以適用內容上已經涵蓋其他條文規定之犯罪構成要件，而排斥其他犯罪構成要件之適用。因此，偽造一人之署押，並進而用以偽造該被害人名義之文書時，其偽造署押之行為，固然屬偽造該文書之部分行為，但是偽造文書之行為並非必然也會實現偽造署押之情形。二者之間的關係，其實是基於社會經驗認知，為了達到以他人名義偽造文書之目的，也要偽造他人署押，二者實屬基於一個行為單數而犯之，具有構成要件不法結果之單一情形，因此二者為想像競合犯。

非法寄藏手槍、子彈必然會包含非法持有手槍、子彈，否則沒有持有關係如何論以寄藏，因此非法寄藏手槍、子彈構成要件其不法內涵包含非法持有手槍、子彈，依法條競合法理，前者應該優先適用，排斥後者規定之適用。

擄人勒贖罪構成要件不法內涵上包含剝奪他人行動自由罪和恐嚇取財罪，因此擄人勒贖罪與剝奪他人行動自由罪和恐嚇取財罪概念上處於法條競合的特別關係，應該優先適用擄人勒贖罪之規定，排斥剝奪他人行動自由罪和恐嚇取財罪之適用。

偽造有價證券而復持以行使，實務上向來認為偽造有價證券行為是高度行為吸收行使偽造有價證券之低度行為，但是令人質疑的是，偽造有價證券之行為真的能吸收行使偽造有價證券之行為嗎？因為一個既偽造有價證券、又同時行使偽造有價證券之行為人，比起一個只有偽造有價證券之行為人，其不法內涵比較重，這正好代表偽造有價證券罪無法吸收行使偽造有價證券罪，因此上述案例無法透過吸收犯或法條競合之吸收關係獲得解釋。實務處理模式的窘迫也充分反應在偽造文書和行使偽造文書之競合處理，因為無法清楚解釋，為什麼這裡反而行使偽造文書行為屬高度行為，而偽造文書行為屬低度行為。正確的作法應該是，將偽造有價證券罪解釋構成要件行為單數概念下的意圖犯。行為人基於行使意圖

而偽造有價證券，進而行使只不過是將原來內心的犯罪傾向予以具體化，因此原先偽造有價證券的舉動與後來行使偽造有價證券的舉動，二者被評價成一個行為單數，所觸犯的二個罪名之間，彼此又具有構成要件結果不法的單一性，因此依新法規定，二罪為想像競合犯。這樣的解決方式同樣可以套用在偽造文書和行使偽造文書之情形，只是理由要稍微修正一下，因為偽造文書欠缺行使意圖的明文規定（雖然一個欠缺行使意圖的偽造文書行為是無法想像的），所以只能套用藉由構成要件結果不法單一所形成之自然的行為單數，對於所觸犯之偽造文書罪和行使偽造文書罪論以想像競合犯。此外配合想像競合犯所觸犯之數罪名都應明白臚列在判決主文中，並非罪名之從一重，這樣也省卻比較偽造文書罪和行使偽造文書罪罪名孰輕孰重的庸人自擾。

有關盜用印章、印文之情形，雖然盜用印文不見得一定產生盜用印章之情形，但是印文是印章的必然產物，因此盜用印章之構成要件在不法內涵上包含盜用印文之情形，因此二者在不法內涵上呈現包含關係，盜用印章罪為特別規定，應該優先適用。

最後，關於剝奪他人行動自由罪與強制罪之關係，判決認為後者為補充規定，應優先適用剝奪他人行動自由罪之規定，誠值贊同。對於他人行動自由之剝奪也必然會造成他人意思決定、意思活動自由之妨礙，因此若依本文觀點，剝奪他人行動自由罪之不法內涵完全包含強制罪之不法內涵，因此優先適用剝奪他人行動自由罪剝奪，而排斥強制罪。

## 自然的行為單數

—兼評最高法院九三年度台上字第四四二九號、九三年度台上字第三〇三八號、  
九四年度台上字第四八五四號、九五年度台上字第六七六七號判決

陳志輝

(國立政治大學法學院助理教授)

### 一、問題提出

### 二、我國實務見解及其分析

(一) 早期實務判例見解

(二) 本文評釋之最高法院判決見解

1、偷渡客落海案

2、開槍報復案

(三) 分析

1、最高法院判決認定之理由從主觀面轉向客觀面

2、接續行為與連續行為之區別

### 三、比較法之分析—德國實務和學說見解

(一) 德國無連續犯概念

(二) 德國實務見解

(三) 德國學說見解

### 四、結論

關鍵字：自然的行為單數、高度個人專屬性法益、接續行為、接續犯、連續行為、  
連續犯

#### 【案例一】偷渡客落海案

甲駕駛舢舨，接運中國偷渡客，準備非法入境，快接近海岸時被警發現。甲加速逃逸，為湮滅偷渡事蹟，共同與乙基於不確定殺人故意，先後以急迫語氣喝令被害人等十三人趕快跳海，被害人如稍有遲疑，甲與乙即以手推拉方式促使跳海，或自背後推落海中。其中有被害人抓住舢舨欄杆，甲即加速舢舨往外海而去，



終至該被害人因激浪衝刷而摔落海中。最後十三名被害人均慘遭溺斃。

## 【案例二】開槍報復案

甲、乙基於共同殺人之犯意聯絡，分別持槍入被害人家中報復，分持槍械向被害人五人射擊，導致兩人傷重當場死亡，其中三人受槍傷，經送醫急救後倖免於死。

### 一、問題提出

「自然的行為單數」係德國實務長期以來發展出的法律概念，當行為人基於單一之犯罪意思，反覆為同種類的行為，所實現的構成要件合致行為彼此之間具有時空上的密接關係，而且根據自然生活的觀察方式，這些各別行為看起來像是一個單一彼此有關聯的行為，此時即成立自然的行為單數<sup>102</sup>。學說意見據此將其整理出四項標準：(1) 犯意單一；(2) 實施數個反覆同種類的行為；(3) 個別舉動之間緊密的時空關係；(4) 第三人客觀可得辨認行為之間的相關性。四項標準如果都具備，肯定成立自然的行為單數<sup>103</sup>。

然而，自然的行為單數概念適用於侵害同一個法益之情形，固然沒有疑問，例如行為人砍殺被害人數刀致被害人一人死亡，行為人僅成立一項殺人罪；或者行為人在同一晚進出被害人家中數次竊取數項財物之行為，行為人僅成立一項竊盜罪。但是，針對侵害不同法益持有者之高度個人專屬性法益情形（例如前述案例一中，行為人在船上或推或拉讓數名被害人落海致死之情形，或案例二中行為人入屋內開槍射殺數名被害人之情形），行為人的數個身體舉動是否能被組合成為一個自然的行為單數，則是本文所欲探討的主題。本文首先以我國實務判決的見解為出發點，分析我國實務判決的看法以及其立論基礎；其次，從比較法的角度，分析德國實務及學說意見對此的看法；最後，提出本文的看法與結論。

### 二、我國實務見解分析

<sup>102</sup> 德國實務早於帝國法院時期即已承認此項概念，參閱RGSt 58, 113, 116；之後，聯邦最高法院也遵循此項看法，參閱BGHSt 4, 219, 220；10, 230, 231；BGH GA 1970, 84；BGH StV 1986, 293 mit Anm. Wolter, StV 1986, 315；BGH NJW 1990, 2896；BGH wistra 1992, 148, 150；最近的看法見BGHSt 43, 312, 315。

<sup>103</sup> 參照Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, 33/31；中文文獻上的詳細說明，請參照許玉秀，不能未遂與接續犯，台灣本土法學雜誌，8期，2000年3月，130-131頁；陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題，月旦法學雜誌，122期，2005年7月，16-18頁。

## （一）早期實務判例見解

關於行為人以數舉動同時同地殺害數人，如何論罪，我國最高法院有三則判例直接對此表示意見：

- 1、二〇年上字第六〇號：既係於同時同地殺害某等三人，而又不能證明其分別起意，依刑法第七十四條之規定<sup>104</sup>，應依一個殺人罪處斷。
- 2、二〇年上字第九三三號：本案雖被殺死者有某甲一人，殺傷未死者有某乙一人，上訴人既自認有心把他們砍死，是預謀當時即有砍死二人之故意，如果確係基於一個意思發動之行為，縱被侵害者不止一人，依第七十四條，祇應從一重處斷。
- 3、二一年非字第七五號：同時同地殺害二人，既非各別起意，自係一個行為，即在實施殺人之正犯，尚不得以其殺人有既遂、未遂，就被害之人數併合論科，則對於以概括意思而幫助殺人之從犯，尤不應處以兩個殺人之罪刑。

這三則最高法院的早期判例，可惜現今已無法察知判決全文。三則判例所涉事實皆為行為人同時同地殺害數人，其避免使用被德國實務廣為接受的「自然的行為單數」用語，所使用的用語雖然稍有不同，但是實質上三則判例的內容是一致的，因為第一和第三則判例使用排除法認定既非分別起意，即屬一行為；第二則判例認為，如係基於一個意思發動之行為，縱被害人不止一人，應依想像競合之規定，就其所觸犯之數罪名從一重處斷。這三則判例均認為只須憑藉行為人的「單一犯罪意思」，就可以把行為人數個身體舉動侵害數個高度個人專屬性法益之情形，組合成一個自然的行為單數。

## （二）本文評釋之最高法院判決見解

### 1、偷渡客落海案

上述偷渡客落海案即為最高法院九三年度台上字第四四二九號判決所涉及之事實內容，該判決要旨認為：「查刑法第五十五條前段，所謂一行為而觸犯數罪名，固不以單一動作，觸犯數罪名為限，如基於同一犯意，由多數動作合為一個行為，而觸犯數罪名者，亦包括在內。但所謂多數動作，必須同時、同地、同次實施，無從分別先後者，始克相當。若對於另一犯罪，係臨時起意，而行為不止一個，或基於概括之犯意，而行為又先後可分時，即非想像競合犯範圍，應分

---

<sup>104</sup> 即現行刑法第五十五條想像競合之規定。

別依數罪併罰或連續犯處斷。上訴人等基於同一殺人之不確定犯意，而或喝令大陸女子自行跳海，或推拉其下海，或急駛舢舨促其落海，即由多數動作合為一個行為，而觸犯六個殺人既遂、七個殺人未遂罪名（原判決誤載為殺人六次既遂、七次未遂，僅係判決文字用語欠當，尚無違法之處）。其多數動作，既同時、同地、同次實施，無從分別先後，原判決以想像競合犯，從一重之殺人既遂罪處斷，其適用法則仍無違誤。」

## 2、開槍報復案

最高法院九三年度台上字第三〇三八號、九四年度台上字第四八五四號、九五年度台上字第六七六七號判決都涉及相同的犯罪事實（均涉及開槍報復案，因此本文不在此處重複高度類似的判決要旨內容），其第二審法院均認為，上訴人先後槍殺被害人五人之行為，顯係以一個概括之犯意，反覆為數個獨立犯罪行為，其數行為有先後次序可分，而非同時同地一次實施，無從分別先後之想像競合犯，因而論上訴人犯連續殺人罪。但最高法院均認定，「連續犯係以一個概括之犯意，反覆為數個獨立之犯罪行為，是其數行為必須有先後次序之可分，如係同時同地一次實施，以侵害數個法益，而無從分別先後者，則屬一行為觸犯數罪名，不能以連續犯論」。依此指摘第二審法院對於「上訴人等之殺人行為是否有先後之分，而屬數個殺人之行為，或是同時同地實施，以侵害數個法益之一個犯罪行為，亦有欠明瞭，原判決對此部分未依據卷內資料詳予調查認定，明確記載，遽論上訴人連續殺人罪，自有可議」。

### （三）分析

#### 1、最高法院判決認定之理由從主觀面轉向客觀面

本文主要評釋的四則最高法院判決雖然涉及兩個不同的案例事實，判決內容雖沒有表明判決結論的根據從何處得來<sup>105</sup>，但是仔細檢視可以發現，這四則判決內容上皆承襲最高法院二九年度上字第三四五四號判例的看法<sup>106</sup>，認定行為人若基於一個概括之犯意，反覆為數個獨立之犯罪行為，是其數行為有先後次序之可

---

<sup>105</sup> 國內判決鮮少在判決內容中註明相關見解的出處來源，這對判決的累積傳承有不利的影響，同時也提高日後對其研究的難度。因此，應鼓勵法官在判決內容中清楚寫明立論的來源根據（無論是援用實務判例或學說見解）。

<sup>106</sup> 「刑法上之連續犯，其數個犯罪行為，必有先後次序之可分，如係於同時同地一次實施，以侵害數個法益，而無從分別先後者，即屬一行為而觸犯數項罪名，不能以連續犯論。」

分，則行為人之犯行屬連續犯；但是如果行為人同時同地一次實施，以侵害數個法益，而無從分別先後者，則屬一個接續行為而觸犯數罪名之想像競合情形，不能以連續犯論。

如前所述，最高法院歷年來判例已強調用「單一犯意」觀點來認定「自然行為單數」之成立，上述的四則最高法院判決卻捨棄歷年來的判例觀點而不用，反而著墨於審查行為人所展現出的個別身體舉動，如果是先後次序可分的情形，屬於連續犯之範疇，但若是無從分別各別身體舉動之先後者，則屬於「一個接續行為」而觸犯數罪名之想像競合情形。上述四則最高法院判決雖然沒有說明認定理由轉變的原因，但是其實不難加以探知。我國學者早有指出，無法從主觀犯意上區分接續犯和連續犯，因為我國實例對於接續犯和連續犯的主觀犯意之描述，表面上似有差異，惟其涵意並無不同<sup>107</sup>。例如，同晚進入公寓內行竊，進出同一被害人家中三次連竊三項貴重物品之情形，屬於一個竊盜行為的三個部分，為同一個竊盜的犯意所包含；若是竊得一家，緊接著另竊其他兩家，三個獨立的竊盜行為，也自始概括地包含在一個竊盜犯意之內，因此，如何從主觀犯意層面區分接續犯和連續犯，誠屬困難。本文推測，這就是為什麼最高法院判決捨棄主觀面的「單一犯意」，而著重於客觀面的「行為先後次序」之原因。

## 2、接續行為與連續行為之區別

- (1) 要釐清接續行為和連續行為之間的區別，無可避免地必須借助，已經被實務和學理釐清的接續犯和連續犯之區別。因為接續犯之成立以接續行為為前提要件，連續犯之成立以連續行為為前提，只是接續行為的結果，可能是只成立一罪之接續犯，也可能是成立一行為觸犯數罪名的想像競合關係，而連續行為的結果只有一種可能性，即成立連續犯。在瞭解接續犯和連續犯區別的過程中，自然也解決了接續行為和連續行為之間的區別問題。
- (2) 針對連續犯與接續犯之區別，我國最高法院判例認為：「刑法上之連續犯，係指有數個獨立之犯罪行為，基於一個概括的犯意，反覆為之，而觸犯同一性質之數罪名者而言，如果該項犯罪，係由行為人以單一行為接續進行，縱令在犯罪完畢以前，其各個舉動，已與該罪之構成要件完全相符，但在行為人主觀上對於各個舉動，不過為其犯罪行為之一部分者，當然成立一

---

<sup>107</sup> 參照甘添貴，接續犯與連續犯之界限，軍法專刊，44卷2期，1998年2月，5頁。

罪，不能以連續犯論」(二八年度上字第三四二九號)<sup>108</sup>，例如行為人為毀壞被害人廠房建築物，於數週內分別實施數個毀壞建築物的舉動，其係基於毀壞廠房建築物，單一決意之數個舉動的接續施行，應為接續犯<sup>109</sup>。此項見解其實和前述的最高法院二〇年上字第六〇號、二〇年上字第九三三號、二一年非字第七五號等判例是相呼應的，因為後者著重於單一的犯意，前者只不過是進一步描述何種情況可構成單一的犯意，亦即行為人主觀上對於各個舉動，不過為其犯罪行為之一部分時。然而，如前所述，根本無法從主觀犯意層面區分接續犯和連續犯。

- (3) 連續犯與接續犯的區別關鍵有二，第一項關鍵區別在於行為。行為人外表上之數個舉動，在刑法評價上，如果屬於一個犯罪行為的數個動作，為接續犯，若為數個獨立的犯罪行為，則屬連續犯(最高法院九四年度台上字第二一七三號、九五年度台上字第六三六號判決)<sup>110</sup>。行為獨立性之有無，則視數個行為在時間、空間上是否具有緊密關係，導致各個行為的獨立性趨於薄弱，依照一般社會健全觀念，將其認為係一項犯罪行為之數個動作。第二項關鍵區別在於所生結果的不同。接續犯限於行為人所實施之數個舉動，對於同一法益造成侵害或危險之情形；然而連續犯，其連續實施之數個行為，不以侵害同一之法益為限，縱使侵害數個性質相同之法益亦可<sup>111</sup>。
- (4) 藉由上述接續犯和連續犯區別之分析可得知，接續行為和連續行為的區別關鍵在於，行為人的各別行為是否具有獨立性，獨立性之有無，則視各別行為彼此在時空上的緊密關係而定，是否足以讓一般社會大眾依照自然生活的觀察方式，將這些各別行為整體評價成一個行為。然而，本文評釋之四則最高法院判決承襲二九年度上字第三四五四號判例的看法，而著墨於審查行為人所展現出的個別身體舉動，是否呈現出「先後次序可分」的情形。我國文獻上有學說基於不同之立論理由，結論上贊同實務之解決結論<sup>112</sup>，認為行為人用機槍掃射多數人，或漁船船長帶運偷渡者，為躲避海巡署的追緝，緊急之間把偷渡者全部推落海中，性質上仍是基於單一決意所

<sup>108</sup> 贊同的見解，參照甘添貴，註107文，4頁。

<sup>109</sup> 參照最高法院94年度台上字第2512號判決。

<sup>110</sup> 相同見解，參照甘添貴，註106文，5頁。

<sup>111</sup> 參照甘添貴，註107文，6頁。

<sup>112</sup> 黃榮堅，論連續犯之廢除—參考德國法制上連續關係概念之處理，收錄於：連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，2003年初版，91頁。

形成的行為，都屬於「自然意義的一行為」概念<sup>113</sup>，所觸犯之數罪名為想像競合關係。

然而本文認為，若贊同我國實務的處理結論，可能會形成一種不公平的刑法評價現象，因為刑法上評價判斷完全取決於行為人實施方式偶然轉變。行為人規規矩矩將被害人依序一個接著一個殺害（一槍殺害一個，不能有行為交錯；或把被害人一個個依序推落下海），依舊法成立連續殺人罪，依廢除連續犯規定之新刑法，應論以數項殺人罪之數罪併罰。但是如果行為人攪亂各別行為的先後順序方式，來侵害數個同一法益（例如無法分辨行為人先開槍射擊哪一位被害人，或者因為行為交錯的關係，無法斷定事先推落哪一個被害人下海），則依照我國實務的看法，係以一行為觸犯數罪名，應從一重處斷。同樣都是數個高度個人專屬性法益受侵害，只因各別行為有無交替性而影響刑法上的評價，此種處理模式欠缺公平性，本文難以贊同。

### 三、比較法之分析—德國實務和學說見解

#### （一）德國無連續犯概念

德國刑法中並無相當我國連續犯之規定，該國判例及學說過去雖然承認「Das fortgesetzte Verbrechen」概念，其要件為：（1）違犯相同的基本構成要件；（2）行為人所實現的各別行為屬於同種類的行為，而且彼此之間具有時空上的緊密關係；（3）不能涉及不同被害人的高度個人專屬性法益；（4）主觀上必須出於單一整體的故意。其範圍遠較我國刑法之連續犯為狹隘，實質上接近於我國之接續犯觀念<sup>114</sup>。但是自 1994 年之後，德國聯邦最高法院刑事大審判庭實質上已經廢除「Das fortgesetzte Delikt」概念<sup>115</sup>。因此，德文文獻上也沒有出現類似我國關於連續犯與接續犯區別的爭議。

#### （二）德國實務見解

---

<sup>113</sup> 文獻上早有指出「自然意義的一行為」與「自然的行為單數」二者概念並不相同（參閱陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122 期，2005 年 7 月，12 頁）。

<sup>114</sup> 我國文獻上對此早已指出，參照洪福增，刑法判解研究，修增四版，1987 年 10 月，267 頁。

<sup>115</sup> BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663 = StV 1994, 306 = MDR 1994, 700 = NStZ 1994, 383.

侵害不同法益持有者的高度個人專屬性法益時，行為人的各別行為能否被組合成一個自然的行為單數，德國實務基本上並不排除這種可能性（BGH NStZ 2003, 366; 2005, 262）<sup>116</sup>，不過必須以單一的犯罪決意（einen einheitlichen Tatentschluss）為前提<sup>117</sup>。但是若干判決並不重視行為人的單一犯罪決意，例如在BGHSt 4, 219, 221 判決中即明白表示，「本庭認為，不間斷地持續犯罪決意，對於自然的行為單數之認定，不是不可或缺的...即使行為人的行為意思因為放棄原先的犯罪決意而被中斷掉，只要各別的舉動間具有時空上的密接關係，仍然可以組成一個自然的行為單數」。甚至有些判決強調，以數行為舉動殺害數人時，即便各別舉動之間先後依序、或是基於單一的計畫或故意，在法律上絕對不能被結合成一個自然的行為單數<sup>118</sup>。因此，可見德國實務判決見解有某種程度上的搖擺不定<sup>119</sup>。

德國實務認為，只有在例外的情況下，才能以累計的方式觀察高度個人專屬性法益的受侵害<sup>120</sup>。如果整體事件經過的各別行為之間因為具有非常緊密的時空關連性，予以分割會顯得恣意且矯作，即屬於例外情況，例如：

- (1) 快速擊發填充好子彈的快速射擊武器<sup>121</sup>；
- (2) 向人群中任何數人一連串射擊<sup>122</sup>；
- (3) 同時地（zeitgleich）或交替地（wechselweise）對數名被害人進行攻擊<sup>123</sup>；
- (4) 迅速地刺殺兩名對手<sup>124</sup>；
- (5) 為了脫免逮捕，向追捕的四名警察一個接著一個緊接地開槍<sup>125</sup>。

相反的，德國聯邦最高法院在以下的案例中否定自然行為單數之成立：

---

<sup>116</sup> 此外，可參照更早期的判決RGSt 27, 19, 21; 44, 223, 227; BGH NJW 1969, 2056 f.; BGH NStZ 1985, 217.

<sup>117</sup> 參照BGH NJW 1977, 2321; 1998, 619.

<sup>118</sup> 參照BGHSt 2, 246; 16, 397; BGH StV 1981, 396; NStZ 1984, 311

<sup>119</sup> 參照Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., 2007, Vor § 52 Rdn. 7; LK<sup>12</sup>-Ruth Rissing-van Saan, Vor § 52, Rdn. 14; Stratzenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT<sup>5</sup>, 17/10.

<sup>120</sup> BGH StV 1994, 537, 538.

<sup>121</sup> BGH GA 1966, 208, 209.

<sup>122</sup> BGH NJW 1985, 1565; 含有反對意見的判決評釋，參照Maiwald, JR 1985, 513.

<sup>123</sup> BGH StV 1998, 72; NStZ-RR 2001, 82, 以及德國聯邦最高法院1995年5月25日的決議(2 StR 239/95)·2000年10月2日4的決議(5 StR 323/00)以及2004年9月16日的決議(3 StR 316/04)。

<sup>124</sup> BGH NStZ 1985, 217; StV 1990, 544

<sup>125</sup> BGHSt 37, 289.

- (1) 如果行為人為了殺害每一名被害人，而先後攻擊每一名被害人，即便行為人的事先埋伏危及所有的被害人，也不能因此將各別殺害被害人的行為，組合成一個自然的行為單數<sup>126</sup>。
- (2) 行為人如果因為犯罪情況改變，而新生犯罪決意，攻擊另一位被害人，也不屬於自然的行為單數<sup>127</sup>。在這種情況下，即使具有單一的犯罪決意和緊密的時空關連性，通常也沒有理由把複數的行為在法律上集結成一個犯罪行為<sup>128</sup>。
- (3) 行為人以向高速公路行經之車輛射擊，要脅Schleswig-Holstein邦政府<sup>129</sup>。

在上述所有的案例中，德國聯邦最高法院雖然努力區分自然行為單數行為複數，但是誠如德國學者的批評<sup>130</sup>，實際上不免流於恣意，無法顯示出具有說服力的區分標準。分別以四槍槍殺四名被害人，成立四項殺人罪，這固然合理，但是如果攻擊行為非常緊密接連不間斷，且具有持續先後次序性，論以四個行為成立四項罪名的見解就不再適用餘地，這樣的看法不具有說服力。因為不可能以這種方式把四個殺人罪轉化成一個唯一在質量上被提升的殺人罪。這種看法和本文的立場是完全一致的。

### (三) 德國學說見解

行為人以反覆性或相續性的行為，侵害不同人之高度個人專屬性法益，是否可能成立自然的行為單數，德國學說肯定和否定見解旗鼓相當。肯定的看法只是覆述德國實務的想法<sup>131</sup>，比較多數的學說意見則持否定態度<sup>132</sup>，具有代表性的

<sup>126</sup> BGHSt 16, 397 f.; BGH NStZ 1984, 311; NStZ 1996, 129; 最後，BGH NJW 1977, 2321 mit Anm. Maiwald, NJW 1978, 300 也是有相同的基礎想法。

<sup>127</sup> BGH NStZ 2005, 262.

<sup>128</sup> BGH StV 1994, 537, 538; BGH bei Holtz MDR 1995, 880 und NStZ 1996, 129; NJW 1998, 619 f.

<sup>129</sup> BGH NJW 1998, 619; 對此的進一步分析，參照Momsen, NJW 1999, 982.

<sup>130</sup> Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, 33/41.

<sup>131</sup> Blei, Strafrecht AT<sup>18</sup>, § 93 I 4 d; Tröndle/Fischer, StGB<sup>54</sup>, Vor § 52 Rdn. 7 f.; LK<sup>11</sup> -Jähnke, § 212 Rdn. 38; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT<sup>5</sup>, § 66 III 1; Hemler, GA 1956, 65; Otto, Strafrecht AT<sup>7</sup>, 23/8; Samson/Günther, SK<sup>6</sup>, Vor § 52 Rdn. 35 u. 38; LK<sup>10</sup> -Vogler, Vor § 52 Rdn. 32 f.; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, StGB<sup>27</sup>, Vor §§ 52 ff. Rdn. 23.

<sup>132</sup> Hartung, SJZ 1949, 64, 66; Maiwald, Natürliche Handlungseinheit, S. 80 f.; ders., NJW 1978, 300 和JR 1985, 513, 514 f.; Gropp, Strafrecht AT<sup>2</sup>, 14/44 f.; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, 36/16; Mitsch, JuS 1993, 385, 388; Samson, SK<sup>5</sup>, Vor § 52 Rdn. 29; Schmidhäuser, Strafrecht Studienbuch, 2, Aufl., 1984, 14/11; Schönke/Schröder/Stree, StGB<sup>26</sup>, Vor §§ 52 ff. Rdn. 24 ff.;



否定看法，可以Maiwald的見解為例：「相對於所有權或財產受侵害，高度個人專屬性法益具有較高的重要性，形成絕對無法被量化的一個單元。無論是從法律上或道德上的評價都一樣，侵害第二個生命或侵害第二個人的名譽，並非只是單純對生命法益或名譽法益的加強侵害而已。因此，對於侵害數個高度個人專屬性法益之處罰，不能論以行為單數」<sup>133</sup>。

#### 四、結論

對於行為人以數舉動接續地侵害數被害人之高度個人專屬性法益，比較我國實務和德國實務的處理作法，德國實務承認成立自然行為單數的範圍比我國實務承認的範圍還要大，因為我國實務似乎有侷限於行為人所實施侵害數高度個人專屬性法益之各別行為，其間無從分別先後者，始能成立一行為之傾向，而德國實務不限於此，僅強調各別行為之間具有非常緊密的時空關連性。二者認定範圍的差別，主要是因為我國在一行為觸犯數罪名的想像競合犯和數罪併罰之間，還有一個德國法上未有折衷類型—連續犯，因此這可能是導致德國實務擴大自然行為單數適用範圍的原因<sup>134</sup>。因此。我國法在有承認連續犯類型的情況下，我國實務在沒有參照德國實務發展經驗的情況下，未走向德國實務擴大自然行為單數的道路，本文認為這點是非常值得肯定的。然而，連續犯規定現已被廢除，行為人以數舉動接續地侵害數被害人之高度個人專屬性法益，這類的案例本應該成立連續犯，現在應該如何因應呢？是該走回德國實務擴張自然行為單數概念的適用範圍嗎？

本文認為應該否定自然的行為單數之成立，因為財產的侵害有量方面的高低區別，但是高度個人專屬性法益卻是絕對的，無法被加以量化，所以行為人以數身體舉動接續地或反覆地侵害數人之生命、健康、自由、名譽或性自主的情況，無法形成自然的行為單數，而是應該成立數罪<sup>135</sup>。因此前面提及船長將數名偷渡客推入海中的行為，儘管出於單一的犯罪決意，而為數個時空上處於緊密關係的同種類行為，也無法被評價為自然的行為單數，應該是行為複數，成立數罪；行

---

Warda, JuS 1964, 81, 84; ders., FS-Oehler, S. 241, 247; Wolter, StV 1986, 315, 321; Kühl, Strafrecht AT<sup>5</sup>, 21/19; Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, 33/38 ff.; Lackner/Kühl, StGB<sup>26</sup>, vor § 52 Rdn. 7.

<sup>133</sup> Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964, S. 81.

<sup>134</sup> 類似的猜測，已見Blei, Strafrecht AT<sup>18</sup>, § 93 I 4 d.

<sup>135</sup> 已見於陳志輝，註 103 文，19 頁；相同見解，參照甘添貴，註 107 文，6 頁；黃惠婷，牽連犯與連續犯廢除後罪數認定之基準，月旦法學教室，39 期，2006 年 1 月，96 頁；林鈺雄，新刑法總則，2006 年 9 月，562 頁。

為人持槍入被害人家中，接連緊密開槍將被害人和其友人射殺之情形，也不能評價為自然的行為單數，應成立數個殺人罪，併合處罰之。