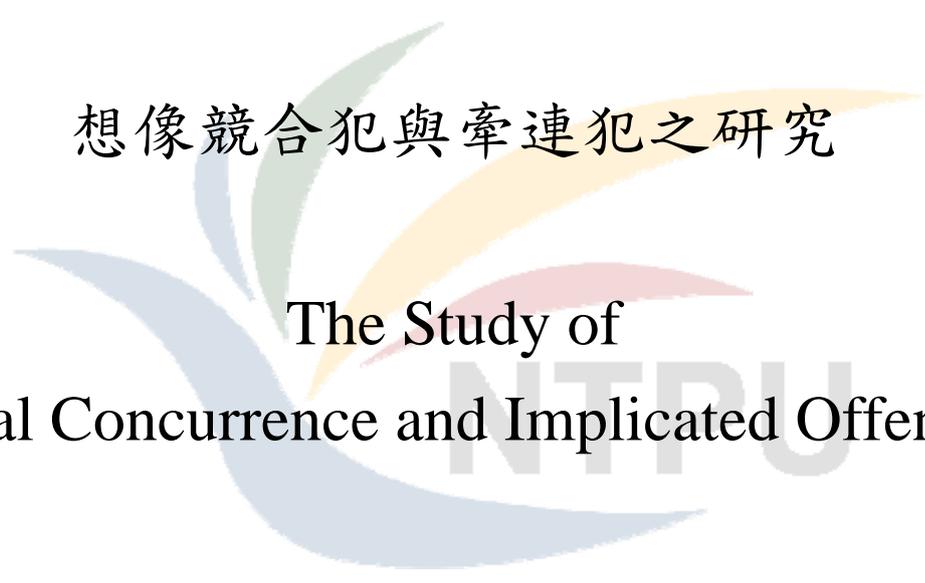


國立臺北大學法律學系  
碩士論文

指導教授：廖正豪 博士

想像競合犯與牽連犯之研究

The Study of  
Ideal Concurrence and Implicated Offence

The background features a large, faint watermark of the National Taipei University (NTPU) logo, which consists of stylized, overlapping leaf-like shapes in shades of green, yellow, and blue.

研究生：洪健銘

中華民國九十八年一月



## 誌謝辭

無鳳凰花開，卻有帽穗飄揚；少了夏蟬唧唧，卻多了冬日暖陽。時光流轉，三年半，眨眼間，倏忽而逝！當年，對法律是為何物並無所知，抱著挑戰的心態，或許是想不開吧！進入法專所；如今，卻也身穿碩士服、手捧論文，準備辦離校手續了。這段期間，對於繁重的課程與課業，雖是戰戰兢兢，但以有限的時間吸納無涯的法學智慧，似乎也不得不囫圇吞棗。在條件尚未完備之前，完成的學位論文卻已在手邊，感謝上天賜予勇氣、感謝大地賜予力量，其實，最重要還是那些曾經陪伴在我身旁的貴人！看著論文靜靜想著……

首先，感謝我的指導教授 廖正豪博士。廖老師在所上開設刑法分則課程，由於老師曾擔任法務部長，實務經驗豐富。因此，課堂上在講授課程內容之餘，又輔以實務經驗，往往使在下面聆聽的我，知其然，又知其所以然，更知應如何然！之後陸續又修老師所開設的刑事訴訟法專題研究與刑事政策專題研究之課程，尤其是刑事訴訟法專題研究，研究內容更觸及兩岸刑事訴訟法制度的比較，使我收獲良多，上台報告的訓練，更是受益不淺。在決定論文題目，自不量力挑了個棘手的議題研究，老師曾是叮嚀，但更鼓勵我研究，若無老師的叮嚀與鼓勵，這篇論文恐怕是難產了！

其次，感謝曾經帶領法專所的大家長 吳景芳所長。吳所長是我在進入法專所遇到的第一位老師，很喜歡所長講得一句話，「法專所就像一個大家庭」，而這家庭的成員在之後總是相互扶持。曾經在所辦公室擔任行政助理一職，吳所長處理行政事務態度嚴謹，但一塊小蛋糕與一杯小飲料經常在大家後繼無力時呈現於面前。而此次論文口試，更有此榮幸能邀請到吳所長擔任論文口試委員。吳所長在提問之前，鼓勵我的勇氣，讓我嚴重繃緊扭曲的神經，頓時放鬆。吳所長在此次論文口試時，亦明確指出論文內容的問題與其中不足缺乏之處，使論文在修改後，更增色不少。

再者，感謝我論文的口試委員 許福生老師。許老師願意在百忙之中，擔任我論文的口試委員，讓我滿懷感激；而許老師的隨和，也著實讓我印象深刻。許老師在論文口試時，提供相當多的寶貴意見，一方面提出問題包括內容的編排、論文的盲點、處理較弱之部分，另一方面也提供我一些可以修改的方案。修改的工程雖是浩大，但修改後的論文，我非常「得意」！

此外，要感謝一直幫我的博士班學長 廖其偉學長。從開始接觸法律訓練，至今不過三年半的時間，便要處理刑法競合理論之問題，這種打腫臉充胖子還要飛高的做法，當然摔得四腳朝天。幸虧論文寫作這段期間，其

偉學長不厭其煩地回答我的問題、導正我錯誤的想法、提供我參考文獻與幫我解決論文提出的瑣事，也算是大力地扶我一把。

而住在學校宿舍三年裡，認識了一群有如兄弟般的室友。法研所的儼修，不僅體貼，這三年來也算是我的法律最佳顧問，只要課業一有問題向他請教，必然是有問必答，有時會更深入探討剖析其他問題，使我在法律學習上，誘發了我那久久未見的好奇心；博士班的穎彥學長，見識廣闊，讓我驚覺「原來世界這麼大」！愛鬥狗的銘杰，總是為寢室帶來歡笑；穩重的志偉學長、常語出驚人的任泓、憨直的志傳以及溫厚的璟含，當這群人聚在一起，501室總是充滿笑聲與溫馨。

學校裡，因負責北大法學論叢校稿作業與曾在所辦公室打工，而認識一群認真的助教。加君助教，常常犧牲自己休假的時間，過來所辦公室幫助對於行政作業一無所知的我；熾怡助教，常常體諒我繁重的課業而延長繳交稿件的時間，也常常好客地請我吃點心；欣怡助教，可說是我順利完成論文口試即將畢業的幕後功臣，從一開始要提交論文之注意事項，便貼心地寄信通知；到後來論文口試舉行，已至論文口試通過的現在，更細心地告知後續處理與耐心地答覆我提出的瑣碎問題，認真態度，令人不得不拍手鼓掌！當然，還有親切客氣的珮真助教、俐君助教與妙真助教。

還有一群必須要感謝的人，那就是在大家庭裡相互扶持的人。要修的課雖然多，但也因此有機會認識您：很照顧我的朱爸爸(九龍)、常送我東西吃的瓏玲、天真活潑對我很兇但心腸很好的琪樺、美麗的伯雅、風趣帥氣的老何(家誠)、直率的遠志、好辯的川淵，還有在遠在國外的婉瑜以及近在台大有個性的晴怡；也認識一群學妹：一直跟我有話聊的淑惠、體貼的怡秀、熱心的孟珊、認真的宣懿、唯一不曾被我唬住的學妹岫凌與借我研究室的嫚嬪；更結識一群學弟：聰敏的仁耀、幽默的培誠、健談的維穎、常叫我木訥學長的上仁以及電腦高手孟酋。曾經因為要考試，我們的研究室突然坐無虛席；曾經因為要考試，我們之間有了互動；曾經因為要考試，我對概念認知的錯誤才能因此導正。論文的寫作雖然是在雲林，但每當我上來台北，您們總會釋出關懷。因為有您們的陪伴，在面對桌上那堆厚重的法律書與那些煩瑣的文獻，我的心不再沉重，我的步伐更能向前邁進。

最後，應當要感謝小姑姑與叔叔，謝謝您們在我論文衝刺期間，全心照顧我；在我論文口試期間，全力幫助我。也感謝爸、媽以及三個弟弟，尤其是老四祺達常幫我繕打資料，是名副其實的小弟。其實，最要感謝與感恩便是從小到大最支持我的祖母 洪吳合女士。

正月初一，是寒冬與新春的交界點。在這個時點，我已完成了學業階

段，但也邁入另一人生旅程。適逢上元佳節，傳統習俗人們在這天祈福，我祈導另一旅程能平順，但更要祈求我所認識的人個個皆能平安健康，只因「平安健康就是福」！



洪健銘 2009 年元宵佳節  
謹誌于  
法專組研究室



# 博碩士論文電子檔案上網授權書

(提供授權人裝訂於紙本論文書名頁之次頁用)

本授權書所授權之論文為授權人在 國立台北大學 法律學系法律專業組 \_\_\_\_\_ 組  
97 學年度第一 學期取得 碩士 學位之論文。

論文題目：想像競合犯與牽連犯之研究

指導教授：廖正豪 博士

茲同意將授權人擁有著作權之上列論文全文（含摘要），非專屬、無償授權國家圖書館及本人畢業學校圖書館，不限地域、時間與次數，以微縮、光碟或其他各種數位化方式將上列論文重製，並得將數位化之上列論文及論文電子檔以上載網路方式，提供讀者基於個人非營利性質之線上檢索、閱覽、下載或列印。

- 讀者基非營利性質之線上檢索、閱覽、下載或列印上列論文，應依著作權法相關規定辦理。

授權人：洪健銘

簽名：洪健銘

中華民國 98 年 02 月 09 日



# 國立臺北大學九十七學年度第一學期碩士學位論文提要

論文題目：想像競合犯與牽連犯之研究

論文頁數：287

所 組 別：法律學系碩士班法律專業 組（學號：79486014）

研 究 生：洪 健 銘 指 導 教 授：廖 正 豪 博 士

## 論文提要內容：

原刑法第 55 條將想像競合犯與牽連犯同置於一個條文規定之下，一個條文容納刑法競合理論兩大概念之情形，因而想像競合犯與牽連犯之關係頗耐人尋味。其實，想像競合犯與牽連犯兩者，在立法發展史上可說是糾纏不清的，在實務見解亦顯得曖昧不明，但在學理觀點中卻是涇渭分明、不容混淆。

2006 年 7 月 1 日所施行之新修正刑法，將原刑法第 55 條後段牽連犯之立法規定加以刪除。立法者此舉非但使刑法上競合理論體系發生變動，更由於未對原應論以牽連犯之案件，於修法後應如分別論以想像競合犯或數罪併罰之情形予以具體明示，而形成實務論罪科刑上之難題。此點，立法者似乎有意委由學理與實務補充解釋，發展出一套可供解決的方案。然而，要尋得解決的方案，若非把想像競合犯與牽連犯之概念加以釐清不可。職是之故，本論文試圖從原刑法第 55 條此一條文細說重頭，將想像競合犯與牽連犯之概念逐一抽絲剝繭，以求得二者之間共通的概念要素。

在架構的安排上，本論文乃以原刑法第 55 條為出發點，劃分想像競合犯與牽連犯兩大架構，並在此架構下，再個別探討其定位、學理間之理解、條文之規定、實務間之理解；在資料蒐集上，是以我國學理書籍和文獻與我國實務判例和判決為主，將此些資料加以歸納整理並進而分析以求得想像競合犯與牽連犯二者之關係。

以「想像競合犯與牽連犯之研究」為題，本論文之內容共分為六章：第一章為「前言」，說明問題來源並提出系爭問題；第二章論以「想像競合犯」，敘明想像競合犯的定位問題、提出學理間的觀點並加以評析、細述條文規定的立法發展史與新舊條文的差異、釐清實務判例見解並抽取其要素；第三章論以「牽連犯」，提出學理間的觀點並加以評析、觀察刪除牽連犯之學理爭議與立法動態、釐清實務判例見解並抽取其要素；第四章探討「想像競合犯與牽連犯之連繫」，在刪除牽連犯之後，原屬牽連犯的案件，將可被劃歸至想像競合犯、數罪併罰與不罰之後行為此三類範疇。而概念上屬於數行為的牽連犯，若要歸入想像競合犯之範疇，則不得不變動想像競合犯「一行為」的概念，而單一的意思決定之一行為即為想像競合犯與牽連犯二者間之連繫點。是以，該章主要在於論述一行為之判斷與一行為概念之操作運用；第五章觀察實務判決的動向，原屬於牽連犯的案件，在刪除牽連犯之立法規定後，實務判決見解將如何具體適用法律論罪科刑；第六章總結「結論」，提出想像競合犯與牽連犯之共通要素以為研究結果並解決牽連犯轉想像競合犯之難題。



## ABSTRACT

The Study of Ideal Concurrence and Implicated Offence

by

HONG, JIAN-MING

January 2009

ADVISOR : Dr. LIAO, CHENG-HAO

DEPARTMENT : DEPARTMENT OF LAW

MAJOR : CRIMINAL LAW

DEGREE : MASTER OF LAWS

The relationship between Ideal Concurrence and Implicated Offence, which had been enacted in Article 55 of the R.O.C. Criminal Code (1935), was an intriguing question due to the situation that two theories of Criminal Concurrence were involved in one article in the same place. It could be found that, as a matter of fact, both Ideal Concurrence and Implicated Offence were entangling in the legislative history, ambiguous in the judicial precedents, but clearly separated in the academic circles.

The provision concerning Implicated Offence enacted in the after paragraph of Article 55 was deleted in the R.O.C. Criminal Code (2006). However, such a legislative decision brought about two effects: on the one hand, the R.O.C. Criminal Code (2006) reorganized theories of Criminal Concurrence; on the other hand, reasons for deleting the provision concerning Implicated Offence did not supply a concrete solution to cases originally applying to that provision, which led to a difficult problem about the court's meting out punishment. At this point, lawmakers would like to authorize scholars and judges to supply the solution by means of supplementary explanation. Besides, it was necessary to clearly separate the concept of Ideal Concurrence from the one of Implicated Offence. Therefore, this thesis tried to analyze Article 55 (1935) concerning Ideal Concurrence and Implicated Offence in detail in order to find out the common element.

This thesis divided Article 55 (1935) into two systems, Ideal Concurrence and Implicated Offence, in the framework. We would individually discuss the position each should be fixed, the academic circles' understanding, the provision, and the analysis of the judicial precedents. Furthermore, this thesis collated and analyzed not only internal books and journals concerning the related theme for discussion but also the related

judicial precedents and decisions in the way of data collection.

Titled “The Study of Ideal Concurrence and Implicated Offence”, the thesis was divided into six chapters. The first chapter was an introduction which stated the arising of the every dispute and listed the every dispute. Then, “Ideal Concurrence” would be discussed in the second chapter, its systemic position, the analysis of the academic circles’ understanding, the legislative history and the difference between the R.O.C. Criminal Code (1935) and the one (2006), and the element-categorization of the judicial precedents was included. In the same way, “Implicated Offence”, including the analysis of the academic circles’ understanding, the academic argument about deleting the provision concerning Implicated Offence, the legislative process and decision, and the element-categorization of the judicial precedents, would be discussed in the third chapter. Afterwards, we would find out that there was a link between Ideal Concurrence and Implicated in the forth chapter. The cases originally applying to the provision concerning Implicated Offence should be re-categorized into Ideal Concurrence, Combined Punishment, or After Act with Impunity. The Implicated Offence was one actor who violated several criminal provisions by plural behavior. On the contrary, the Ideal Concurrence was one actor who violated several criminal provisions by one single act. Therefore, the concept of one single act concerning Ideal Concurrence would be transformed if cases originally applying to the provision concerning Implicated Offence were re-categorized in ones applying to the provision concerning Ideal Concurrence. As the result, there was a link between Ideal Concurrence and Implicated Offence, and the link was singular behavior by one single criminal determination. This chapter was aimed at the judgment of singular behavior and the application of singular behavior. The fifth chapter observed recent judicial decisions. Finally, the sixth chapter was the conclusion in which this thesis announced the research findings and solved the dispute about the re-categorization of Implicated Offence.

國立臺北大學

法律學系碩士班

97 學年度第 1 學期畢業生論文

研究生：洪健銘 撰

業經本委員會審議通過

題目：想像競合犯與牽連犯之研究

論文考試委員：

召集人 吳翠芳

委員 廖正豪

委員 許福生

指導教授 廖正豪

論文口試及格日期：

中華民國九十八年 一 月 二十 日



# 目次

目次 .....	I
<b>第一章 前言 .....</b>	<b>1</b>
第一節 問題提出 .....	1
第二節 研究目的 .....	5
第三節 研究方法 .....	6
<b>第二章 想像競合犯 .....</b>	<b>9</b>
第一節 想像競合犯之定位 .....	12
第一項 定位在犯罪行為論 .....	12
第二項 定位在法律效果論 .....	13
第三項 採雙重定位之論點 .....	15
第四項 定位在刑罰裁量論 .....	16
第五項 橫跨犯罪論、罪名論和刑罰論 .....	18
第六項 本文見解 .....	20
第二節 學理間對想像競合犯之理解 .....	21
第一項 學理文獻對想像競合犯之見解 .....	21
第一款 韓忠謨教授之見解 .....	21
第二款 蔡墩銘教授之見解 .....	22
第三款 林山田教授之見解 .....	24
第四款 甘添貴教授之見解 .....	27
第五款 張麗卿教授之見解 .....	31
第六款 陳子平教授之見解 .....	33
第七款 黃榮堅教授之見解 .....	35
第八款 柯耀程教授之見解 .....	37
第二項 對學理間各見解之評析 .....	40
第一款 一行為 .....	41

第二款 觸犯數罪名 .....	42
第三款 侵害數法益 .....	42
第三節 刑法法條之規定 .....	45
第一項 民國元年之暫行新刑律 .....	47
第二項 民國十七年之舊刑法 .....	48
第三項 民國二十四年之原刑法 .....	49
第四項 民國九十四年之現行刑法 .....	51
第四節 新舊規定之比較 .....	52
第一項 競合論法律效果處理之方法 .....	53
第一款 區分原則 (Differezierungsprinzip) .....	54
第二款 單一刑原則 (Einheitsstrafe) .....	61
第二項 刑法第 55 條之法律效果 .....	63
第一款 原刑法之法律效果 .....	64
第二款 現行刑法之法律效果 .....	66
第三款 採取單一刑之三點疑慮 .....	67
第三項 「從一重處斷」之探討 .....	69
第一款 從一重處斷之理由 .....	69
第二款 從一重處斷之性質 .....	75
第三款 本文見解 .....	79
第四項 量刑之封鎖條款 .....	79
第一款 衡平之目的 .....	79
第二款 多餘的量刑之封鎖條款 .....	80
第三款 從刑之封鎖作用 .....	81
第五節 實務上對於想像競合犯之理解 .....	83
第一項 司法解釋之見解 .....	83
第一款 解釋為想像競合犯之司法解釋 .....	83
第二款 解釋不明之司法解釋 .....	84
第三款 從司法解釋無法端詳想像競合犯之概念 .....	86
第二項 早期實務判例之見解 .....	87

第一款 一行為之判斷 .....	87
第二款 觸犯數罪名 .....	91
第三款 侵害數法益 .....	91
第四款 無法封鎖的從一重處斷 .....	94
第五款 與想像競合犯相關之議題 .....	94
第三項 近期實務判例之見解 .....	97
第一款 一行為之判斷 .....	97
第二款 觸犯數罪名 .....	99
第三款 侵害數法益 .....	100
第六節 小結 .....	101
<b>第三章 牽連犯 .....</b>	<b>103</b>
第一節 學理間對於牽連犯之理解 .....	104
第一項 學理文獻對牽連犯之見解 .....	104
第一款 韓忠謨教授之見解 .....	104
第二款 蔡墩銘教授之見解 .....	106
第三款 林山田教授之見解 .....	108
第四款 甘添貴教授之見解 .....	110
第五款 張麗卿教授之見解 .....	113
第六款 陳子平教授之見解 .....	114
第七款 黃榮堅教授之見解 .....	115
第八款 柯耀程教授之見解 .....	119
第二項 對學理間各見解之評析 .....	126
第一款 數個故意行為 .....	127
第二款 牽連關係應採主觀說 .....	129
第二節 舊法規定 .....	130
第三節 刪除牽連犯之理由 .....	131
第一項 牽連犯之存廢論 .....	132
第一款 日本學理對牽連犯存廢之爭議 .....	132
第二款 我國學理對牽連犯存廢之爭議 .....	134

第二項 公聽會學者專家之意見 .....	140
第三項 刪除牽連犯之修法理由 .....	146
第四項 粗糙的修法理由 .....	150
第一款 無中生有 .....	150
第二款 欲加之罪 .....	150
第三款 不負責任 .....	151
第四款 盲目模仿 .....	151
第四節 實務上對於牽連犯之理解 .....	152
第一項 司法解釋之見解 .....	152
第一款 單一的意思決定—以和誘與相姦之間為類型 .....	152
第二款 方法與目的之牽連關係—以製毒、吸毒與買賣毒為類型 .....	154
第三款 其他司法解釋明示為牽連犯 .....	154
第四款 固守從一重處斷 .....	155
第二項 早期實務判例之見解 .....	156
第一款 用語不精確之定義 .....	157
第二款 單一的意思決定 .....	157
第三款 牽連犯必須有數個行為 .....	160
第四款 具有方法行為與目的行為之牽連關係 .....	160
第五款 具有原因行為與結果行為之牽連關係 .....	168
第六款 爭議類型—關於強制手段之案例 .....	170
第七款 牽連犯在訴訟法上之關係 .....	172
第八款 牽連犯刑之量定 .....	172
第三項 近期實務判例之見解 .....	173
第一款 牽連犯之定義 .....	173
第二款 單一的意思決定—以和誘與相姦之間為類型 .....	174
第三款 牽連犯必須有數個行為 .....	175
第四款 須為觸犯數罪名—強制性交與妨害自由之間 .....	175
第五款 具有方法行為與目的行為或原因行為與結果行為之牽連關係 .....	176
第六款 牽連犯與連續犯之競合 .....	177

第七款 牽連犯刑之量定.....	178
第四項 刪除牽連犯後之判例變動.....	178
第五節 小結.....	179
<b>第四章 想像競合犯與牽連犯之連繫.....</b>	<b>181</b>
第一節 刪除牽連犯後之因應.....	181
第一項 學理文獻所提供解決之道.....	181
第一款 林山田教授之見解.....	181
第二款 甘添貴教授之見解.....	182
第三款 許玉秀教授之見解.....	183
第四款 余振華教授之見解.....	184
第五款 張麗卿教授之見解.....	185
第六款 陳子平教授之見解.....	185
第七款 林東茂教授之見解.....	186
第八款 鄭逸哲教授之見解.....	186
第九款 柯耀程教授之見解.....	187
第一〇款 陳志輝教授之見解.....	189
第二項 學理文獻評析.....	190
第三項 刪除牽連犯後之解決方案.....	192
第一款 修法理由—論以想像競合犯或數罪併罰.....	193
第二款 學理發展—論以不罰之後行為.....	194
第二節 一行為之判斷.....	194
第一項 一行為之判斷—以德國學理體系為架構.....	194
第一款 自然意義下的一行為 (eine Handlung im natürlichen Sinne).....	195
第二款 構成要件的行為單數 (tatbestandliche Handlungseinheit).....	196
第三款 法的行為單數 (rechtliche od. Juristische Handlungseinheit).....	202
第四款 自然的行為單數 (natürliche Handlungseinheit).....	203
第二項 一行為之判斷—以日本學理體系為架構.....	206
第一款 評價之對象.....	207
第二款 評價之標準.....	207

第三款 評價之方法 .....	210
第四款 一行為之判斷 .....	211
第三節 一行為概念之操作運用 .....	216
第一項 實行行為局部重疊與夾結效果 .....	216
第一款 想像競合犯所要求之實行行為局部重疊 .....	216
第二款 夾結效果 (Klammerungwirkung) .....	218
第二項 社會經驗認知上的一行為 .....	218
第一款 一個意思決定 .....	219
第二款 一個複合的因果流程 .....	221
第三款 作為輔助判斷的時空緊密性 .....	223
第三項 不法結果單一性 .....	224
第一款 不法結果單一性之意義 .....	224
第二款 以不法結果單一性判斷一行為 .....	225
第三款 不法結果單一性與實行行為全部或一部重疊 .....	227
第四項 小結 .....	228
<b>第五章 實務案例評釋 .....</b>	<b>231</b>
第一節 關於運輸毒品與販賣毒品之實務案例 .....	231
第一項 毒品運輸行為之認定 .....	231
第一款 肯定見解 .....	231
第二款 否定見解 .....	232
第三款 本文見解 .....	232
第二項 刑法修正前實務之處理情形 .....	233
第三項 刑法修正後實務之處理情形 .....	233
第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯 .....	233
第二款 實行行為具有局部重疊性，而論以想像競合犯 .....	235
第三款 依吸收關係論以一個販賣毒品罪 .....	236
第四項 本文評釋 .....	237
第二節 關於行使偽造私文書與詐欺之實務案例 .....	238
第一項 刑法修正前實務之處理情形 .....	238

第二項 刑法修正後實務之處理情形.....	238
第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯.....	239
第二款 犯罪目的單一，論以一行為觸犯數罪名之想像競合犯.....	240
第三款 實行行為有時間上之重疊關係，而論以想像競合犯.....	243
第三項 本文評釋.....	244
第三節 關於非法持有槍彈與特定犯罪之實務案例.....	245
第一項 刑法修正前實務之處理情形.....	245
第二項 刑法修正後實務之處理情形.....	246
第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯.....	246
第二款 實行行為具有局部重疊性，而論以想像競合犯.....	247
第三項 本文評釋.....	248
第四節 關於侵入住宅與竊盜之實務案例.....	248
第一項 刑法修正前實務之處理情形.....	248
第二項 刑法修正後實務之處理情形.....	249
第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯.....	249
第二款 具有不可分割的單一行為，而論以想像競合犯.....	250
第三項 本文評釋.....	252
第五節 關於殺人與遺棄屍體之實務案例.....	253
第一項 刑法修正前實務之處理情形.....	253
第二項 刑法修正後實務之處理情形.....	253
第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯.....	254
第二款 具有伴隨性質之確保行為，屬不罰之後行為.....	254
第三項 本文評釋.....	255
<b>第六章 結論.....</b>	<b>257</b>
<b>參考文獻.....</b>	<b>261</b>
<b>附錄.....</b>	<b>269</b>



# 第一章 前言

想像競合犯與牽連犯，  
在立法發展史上，是糾纏不清的；  
在實務見解中，是曖昧不明的；  
在學理觀點中，則是涇渭分明；  
而想像競合犯與牽連犯之連繫，在於  
—— 一行為。

## 第一節 問題提出

2005年2月2日經由立法院三讀通過，總統公布之現行刑法<sup>1</sup>，已於2006年7月1日施行。本次刑法修正，總則部分增、刪、修正之條文，共計有87條；而分則配合總則之調整，或是配合法例修正而變動的條文，亦有22條之多，總則與分則合計共修正109條，另外刑法施行法修正7條，合計總則、分則以及施行法共修正116條，其修正幅度之廣，影響之深，堪稱從1935年原刑法公布施行以來，空前之創舉。

---

<sup>1</sup> 該新修正刑法，乃係我國刑法自民國二十四年公布施行以來，第十六次之修正。一般有稱之為新刑法者，但嚴格言之，此一用語並不妥適。本次修正，理應稱為「刑法第十六次修正」，或稱為「刑法新修正」，或「修正刑法之新規定」，始為正確。參閱，廖正豪，刑法之修正與刑事政策之變遷，頁3，刑事法雜誌，第50卷第4期，2006年8月。惟本文為行文方便而區分修正前之刑法與修正後之刑法，稱「修正前之刑法」為「原刑法」，稱「修正後之刑法」為「刑法」或「現行刑法」。特於此敘明。

此次刑法之修正，係以法務部所謂之「寬嚴並進的刑事政策」(按：應為「兩極化的刑事政策」)為立基，而為了配合重罪重罰之政策，長久以來即備受批判、飽受爭議的牽連犯之立法規定，亦成為刪除的目標。而此次刪除牽連犯之規定，不僅在實體法上整個競合論體系發生變化，同時也影響了程序法中對於單一案件的處理。

牽連犯之立法規定，不僅在外國立法例上，屬於少見之立法規定，縱使在有牽連犯立法規定之國家，其存廢之爭論亦甚囂塵上。我國學理間對於牽連犯之立法規定的存廢議題，早已有所爭議。由於牽連犯通說認為，在本質上係數行為觸犯數罪名之數罪，卻因該數行為之間有方法與目的或原因與結果之牽連關係，則成立牽連犯而從一重處斷。此在訴訟法上不僅有不當擴大既判力而形成審判不公平之現象，更有鼓勵犯罪之疑慮。因此，多數學者與實務界乃主張廢止之。此次刑法修正過程中，乃遵循多數意見，將牽連犯加以刪除。

此次刑法修正刪除牽連犯之規定，在現行刑法施行之前本係適用牽連犯之案件，現行刑法在沒有牽連犯規定之下，實務界應如何具體適用法律，乃屬當務之急。對此，修法理由僅謂：「在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷。」至於如何之情形可具體地適用想像競合犯？又如何之情形可具體地適用數罪併罰？修法理由隻字不提，連例子亦付之闕如。看來立法者是有意比照刪除連續犯之修法理由，「委由學界及實務補充解釋」<sup>2</sup>。

---

<sup>2</sup> 學理通說與判例皆認為牽連犯之成立在要件上須具有兩個以上之故意行為，在刪除牽連犯之立法規定後，原本適用牽連犯處理之案例，可能劃歸數罪併罰較無問題，但是否可以劃歸於本質上屬於「一行為」的想像競合犯？實有疑問。學者林山田教授便認為刪除牽連犯的規定之後，原以牽連犯認定的案件，絕大部分均可以回歸到其本所屬的想像競合犯，絕少部分原將本屬實質競合或不罰的前後行為「誤判」為牽連犯者，則應回復為數罪併罪或不罰的前後行為，詳參閱林山田，牽連犯與連續犯刪除後的處理，月旦法學雜誌，第152期，頁164-165，2008年1月；而學者甘添貴教授認為牽連犯廢除後，可能會擴張「一行為」之涵義，而逐步擴大想像競合犯之適用，詳參閱甘添貴，罪數理論之研究，頁211，元照出版公司，2006年4月。而法院實務判決晚近則傾向認為「目前牽連犯規定遭刪除之情形下，行為人基於單一決意，為達成單一不法目的所為之各個舉動，仍係予以綜合為單一評價，會較將之個別評價而論以數罪為合理，以避免對行為人之犯罪行為過份評價、處罰，而有違刑罰之謙抑原則，是在刑法修正後，

我國刑法上想像競合犯之立法規定，出現得比牽連犯之立法規定為晚。想像競合犯之概念，在一開始是內涵於牽連犯之法條規定之中，之後法律修正，才從牽連犯之立法規定分離出來，與牽連犯規定於同一法律條文之中。

此次刑法修正，並未對於想像競合犯的要件做修改，僅在法律處斷效果上，增訂但書，規定了量刑的封鎖條款，亦即，輕罪的封鎖作用。原因是在「從一重處斷」之性質未明確前，有可能出現重罪之最低法定刑較輕罪之最低法定刑為低之情形，而實務上法官亦可在重罪之最低法定刑與輕罪最低法定刑之間為刑之宣告，而有違「從一重處斷」之本旨，因此仿德國刑法而增訂了量刑之封鎖條款。刑法第 55 條但書所增訂之量刑之封鎖條款，在我國的實益為何，此部分有必要從想像競合犯之「從一重處斷」此一法律處斷效果之性質加以觀察，因此，想像競合犯之「從一重處斷」之性質，便為討論之焦點。

想像競合犯，倒不如牽連犯來得複雜，在學理與實務之間，問題就較為少見，唯一可能讓學者爭執的，在於想像競合犯「一行為」之判斷，想像競合犯「一行為」之內涵，究為如何，為想像競合犯爭議問題之一。而晚近，亦有學者開始對於想像競合犯之不成文要件「侵害數法益」提出批判，認為想像競合犯不以「侵害數法益」為前提。而此些問題，在現行刑法刪除了牽連犯之立法規定之後，其重要性更扶搖直上，有拿出

---

關於想像競合犯之『一行為』之概念，宜配合法律之修正而為適當之變更、擴張。」最高法院 97 年度台上字第 1880 號判決（非法持有槍彈與強盜之間）、最高法院 97 年度台上字第 3494 號判決（運輸毒品與販賣毒品之間）、臺灣高等法院台南分院 97 年度上訴字第 919 號判決（行使偽造文書與詐欺之間）、臺灣高等法院台中分院 97 年度上易字第 1609 號判決（行使偽造文書與詐欺之間）、臺灣台中地方法院 96 年度訴字第 2373 號判決（行使偽造文書與詐欺之間）、臺灣台北地方法院 95 年度簡字第 3557 號判決（侵入住宅與竊盜之間）、臺灣高雄地方法院 95 年度易字第 2386 號判決（侵入住宅與竊盜之間）參照。至於不屬於行為單數之想像競合犯，是否即成立數罪併罰？在避免刑事政策過於嚴苛、抑制重罰主義下，似乎可以委由學理重新包裝，成立另一種新的競合型態，這點是被允許的，況且原被認為具有原因與結果之牽連關係的殺人與遺棄屍體之間，在刪除牽連犯之後，可能被劃歸於「不罰之後行為」。關於此點，本文作者誠摯感謝 吳景芳教授於論文口試時特別提醒作者。

來重新檢討之必要，因此，對於想像競合犯與牽連犯之理解，便顯得格外重要。

就刑法上想像競合犯之法條結構觀之，刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名」，想像競合犯只有一行為，反面推論，如果不只一行為，即不會只構成一罪，換言之，數罪併罰是以數行為為其前提。而牽連犯在原刑法之法條結構為「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名」，即所謂犯一罪而其方法或結果之行為觸犯他罪名，必定是指二個構成要件行為之間有方法與目的或原因與結果之關係，蓋觸犯數罪名，就是行為合致數個構成要件類型。因此，現行刑法在沒有牽連犯之立法規定下，先前被認定為牽連犯之案件，在適用上，如何視其具體情形，而論以想像競合犯，於此，對於想像競合犯「一行為」內涵的探討，以及如何對想像競合犯「一行為」概念予以理解，儼然成為解決牽連犯與想像競合犯之間鴻溝之先決問題。

是以，欲在想像競合犯與牽連犯之間求得連繫點，非自行為個數的概念著手不可。牽連犯之案例，常在想像競合犯與實質競合之間游走不定，圖示如下：

行為數 \ 法益數	單 數	複 數
單 數	法條競合	與罰前、後行為
複 數	想像競合犯	實質競合

(牽連犯)

## (圖表一之1)

何種行為可視為一行為或被劃歸到一行為之範圍內，又何種行為為數行為或屬於數行為之範圍，在刪除牽連犯之後，其判斷更顯得重要。於是乎，想像競合犯一行為的概念與內涵為何，係為本論文之重心。

### 第二節 研究目的

2005年2月2日總統公布之現行刑法，對刑法第55條作了重大的修正，除了想像競合犯之要件維持不變外，關於牽連犯之規定，能刪便刪；關於想像競合犯之法律處斷效果，能加便加。此舉豈非削足適履，又非畫蛇添足，實有深入探討之必要。

在原刑法將想像競合犯與牽連犯糾纏不清地同置於原刑法第55條，對於原刑法第55條之規定，自應加以剖析為當。原刑法第55條之規定。又可分為想像競合犯與牽連犯兩大架構，其中各別之概念如何，在解決想像競合犯與牽連犯間的鴻溝，而求得二者之間的連繫點之前，自應對想像競合犯與牽連犯之概念加以掌握為宜。

而新修正刑法對於刪除牽連犯立法規定之修法理由謂：「在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷」，在刪除牽連犯之後，如何具體適用法律，修法理由卻隻字不提。牽連犯之立法規定一經刪除，所面臨的重大衝擊，首當其衝的莫過於司法實務界，在無先例可循之下，原本應論以牽連犯之案件，現在沒有了牽連犯之立法規定，要如何處斷，便成為一項難題。

是以，在沒有立法的指導，在沒有司法的先例，在專題論文少之又少之情形下，本論文試圖為司法界尋得解決之「可能」方案。目的並非在於對司法實務界尋得正確的解答，而是期待能拋磚引玉，引起之後學

術與實務更廣泛的討論，使競合理論在學術界的輪廓更為清楚，在實務界的運用更為合理。

### 第三節 研究方法

原刑法第 55 條將想像競合犯與牽連犯同置於一個條文規定下，使得一個條文容納了兩大架構，因此，本論文將以原刑法第 55 條為出發，先區分想像競合犯與牽連犯兩大系統，在兩大系統之下以脈絡相同的模式進行處理，處理方法或許有些微差異，但處理模式基本上是相同的。

首先，應先對於想像競合犯在整個刑法體系之定位加以釐清，此部分有必要從競合論的定位問題加以著手，是以本文試從想像競合犯的體系定位談起，以避免定位不明而迷失在競合論的叢林深霧之中。

其次，應探求學理間對想像競合犯與牽連犯之理解認識，此部分本文乃是從學理書籍文獻中，對想像競合犯與牽連犯作文獻摘要，以求得學理間對於想像競合犯與牽連犯之理解。由於適逢新修正刑法施行，學理書籍多有改版，之間可能會有較新概念，故本論文乃以有改版之書籍文獻或雖無改版但為多數學者所引用之書籍文獻為參考資料，以探求學理間對想像競合犯與牽連犯之理解，進而方能加以評析。

再者，便是對法律條文規定加以觀察，此部分主要在呈現條文之原貌、條文之形成過程、外國立法例條文之比照分析。又因此次刑法新修正對原刑法第 55 條作有重大的修改，因此比較新舊法之間的差異自應需要。此部分乃著重於新舊法的比較分析，包括修法前之爭議、修法後之差異以及學理文獻對於修法之後所提出的看法。

最後，本論文試圖蒐集司法實務歷年來對於想像競合犯與牽連犯所持有的見解，從司法實務解釋文，至後來的判例，加以分析、歸納、比較，以求得司法實務間對於想像競合犯與牽連犯二者概念之理解，由於

歷年來實務判例對刑法第 55 條所表示之見解，尤其是對牽連犯所做的見解，多如牛毛，若一概納入「實務判例之見解」，則顯得雜亂無章，因此本文以六、七十年為「近期實務判例之見解」，在此時間點之前，則為「早期實務判例之見解」。

而最後一大架構，本論文亦從學理文獻在修法後所提出的如何具體進行適用法律為出發，而加以觀察修法後學理對於刪除牽連犯之後，如何對於牽連犯型態從新定位。而另一章節便從最高法院近來判決對於原應適用牽連犯之案件，在刪除牽連犯之後，如何具體適用法律為觀察，並進而加以評釋。





## 第二章 想像競合犯

所謂「想像競合犯」，係指一個行為觸犯二個以上罪名之情況，亦稱為「觀念的」競合，因為實際上雖然是一個行為，但在「觀念上」乃是數個犯罪競合而成立，所以才會有如此的稱呼。刑法學者往往是根據刑法的規定而對想像競合犯下定義。例如德國學者耶賽克<sup>3</sup>謂：「想像競合，被認為是行為人由於一個行為侵害數個刑罰法規或者數次侵害同一刑罰法規的情況。」；日本學者板倉宏<sup>4</sup>謂：「『一個行為觸犯兩個以上的罪名』的情況，叫觀念的競合」。

所謂觸犯二個以上之罪名或數罪名，指一個行為觸犯數個刑法條文，受數次構成要件評價之情形。所以，想像競合犯雖然是實質上數罪，數個犯罪是真實競合的情況，但是刑法著眼於「行為是一個」這一點上，以之為科刑上的一罪而在科刑上作為一罪處理<sup>5</sup>。

想像競合犯定位為何，亦即如何判斷行為人成立想像競合犯的流程為何，可分別從行為單複數的角度出發，亦可從罪數認識上的角度出發。即有一體系認為，競合論之第一個步驟，便是行為數的判斷，此猶如鐵軌之轉輒器，經判定為一行為或數行為之後，競合關係從此各奔前程，一行為不可能為實質競合，數行為不可能為想像競合犯。易言之，競合論之審查順序分為三個階段：第一階段為「判斷行為單複數」，審查路線自此分道揚鑣；第二階段為「排除不真正競合」，亦即，一行為情形要繼續檢驗有無法條競合，而數行為情形要繼續檢驗有無與罰前、後行為；第三階段為「成立真正競合」，亦即，一行為若無法條競合情形，就是想

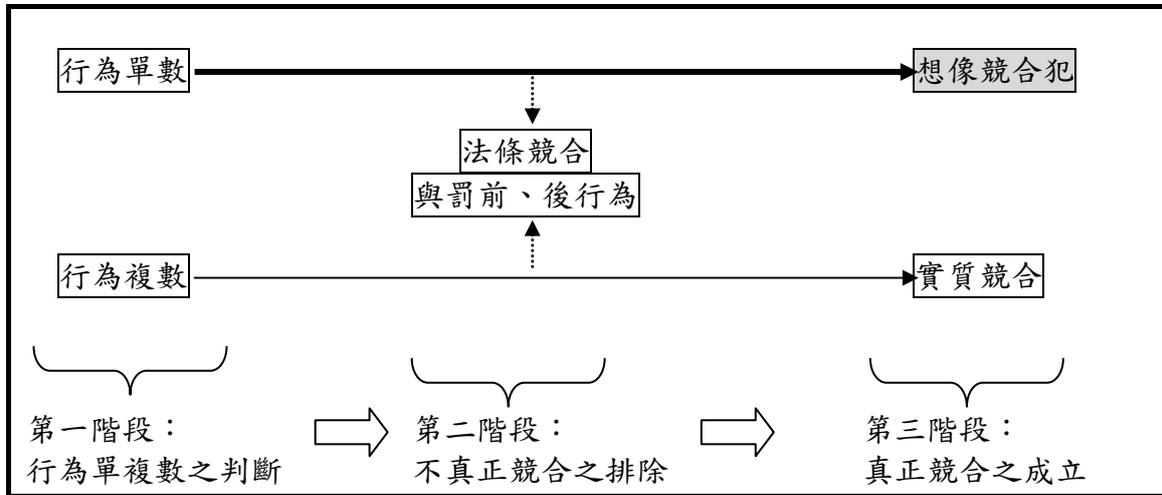
---

<sup>3</sup> 耶賽克等著，西原春夫監譯，德國刑法總論（第5版），頁564，成文堂，1999年，轉引自馬克昌，比較刑法原理：外國刑法學總論，頁788，武漢大學出版社，2003年5月。

<sup>4</sup> 板倉宏，新訂刑法總論，頁371，勁草書房，1998年，轉引自馬克昌，同註3，頁788。

<sup>5</sup> 馬克昌，同註3，頁789。

像競合犯，而數行為情形若無與罰前、後行為，就是實質競合，應依數罪併罰規則處理之，若以圖表<sup>6</sup>，可表示如下：



(圖表二之1)

另一體系則認為，在犯罪成立階段，被告所犯之罪究屬於一罪抑或數罪，首先應依窮盡判斷原則<sup>7</sup>，將行為人之具體行為事實所可能成立之犯罪，予以逐一檢驗，倘若符合犯罪成立要件者，均不可予以遺漏。此際所成立之罪數，稱之為認識上之罪數或形式上之罪數。此為罪數判斷之第一階段，應以立法者所制定之各種犯罪類型，作為刑法評價之判斷標準，再以具體行為事實，作為評價之對象，藉以認識作為判斷對象之行為事實，是否該當各種犯罪類型之成立要件<sup>8</sup>。

其次，如認識上之罪數有數罪時，再依禁止重複評價原則<sup>9</sup>，將評價過剩之犯罪予以逐步排除。經排除後之罪數，稱之為評價上之罪數。在

<sup>6</sup> 林鈺雄，行為數與競合論，新修正刑法論文集（民國95年7月1日施行），頁237圖表一，司法院，2006年12月；林鈺雄，新刑法總則，頁539圖表17-1.2，元照出版，2006年9月。

<sup>7</sup> 基於依法裁判原則，司法者對於立法者所設之各種犯罪類型，以及處罰效果之規定，均須毫無遺漏地全部加以評價，以檢驗具體行為事實是否合以各該規定之構成要件。因此，在犯罪成立之初步階段，某罪所應具備之主觀及客觀要素既均已具備，則在認識上或形式上，即無理由否定該罪之成立，此即所謂窮盡判斷原則。詳參閱甘添貴，同註2，頁9-10。

<sup>8</sup> 甘添貴，同註2，頁23-27。甘添貴，一罪與數罪之判斷，月旦法學雜誌，第45期，頁12，1999年1月。

<sup>9</sup> 基於比例原則及平等原則之考量，認為成立數個犯罪，有違比例原則或平等原則者，則有部分之犯罪即無必要以此作為量刑之基礎，此即所謂禁止重複評價原則。甘添貴，同註2，頁10-12。

此階段，倘若認識上之罪數，僅為一罪時，則其評價上之罪數，仍僅為一罪；如認識上之罪數，係數罪時，始生評價上之罪數，究為一罪或數罪之問題。評價上之罪數，係依禁止重複評價原則，以求合於比例原則以及平等原則之要求所進行之判斷。是以，某具體行為之行為事實，在認識上之罪數，如係數罪時，經透過犯罪本質理論加以評價，如無評價過剩之現象，即應認定其成立數罪；倘若認有評價過剩者，則應將評價過剩之重複評價部分排除，而認為其僅成立評價一罪<sup>10</sup>。

最後，在犯罪處罰階段，對於已成立之數個犯罪，究應如何予以處罰，則屬於科刑之問題，此際依刑罰之本質與目的而獲得之罪數，稱之為科刑上之罪數。評價上之罪數，僅為一罪時，其科刑上之罪數，固仍為一罪；惟評價上之罪數，如係數罪時，即發生科刑上之罪數，亦即究應依一罪或數罪處罰之問題。評價上罪數係數罪時，如何決定依一罪或數罪予以處罰？此涉及刑罰之目的，即如何予以處罰，始能符合刑罰之目的。科刑上之罪數，係以科刑之合目的性為中心，就評價上之數罪決定應如何予以科刑，此即所謂「犯罪競合」之問題<sup>11</sup>。

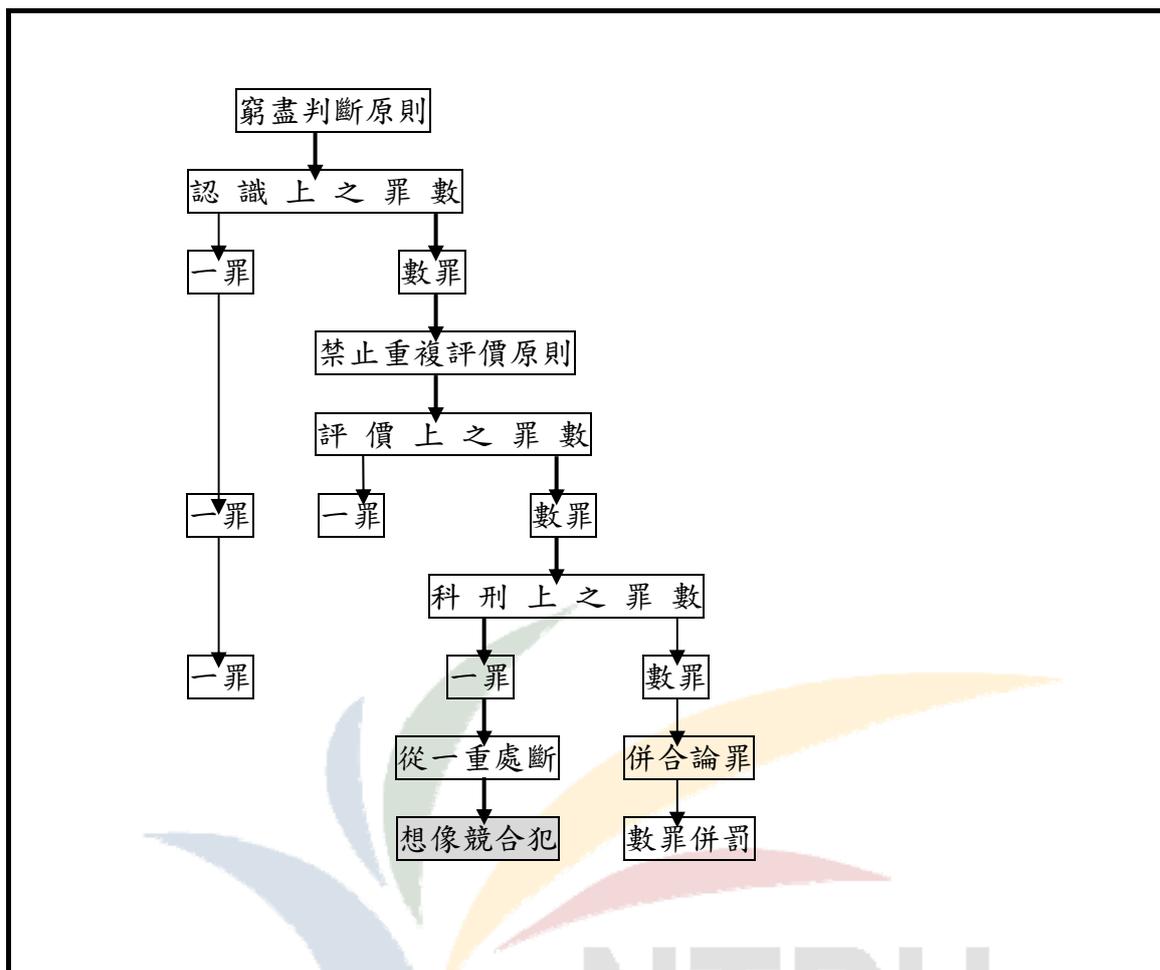
想像競合犯，乃是在犯罪認識上，為數罪；在犯罪評價上，亦為數罪，僅在犯罪科刑上，從一重處斷，此即為科刑一罪。所謂科刑一罪，乃對於已成立之數罪，在科處刑罰制裁時，僅一次適用一個刑罰法規處罰之謂，又稱為裁判上一罪或處斷上一罪。

若以圖示表示想像競合犯之判斷流程，如下圖所示：

---

<sup>10</sup> 甘添貴，同註 2，頁 15、31-49；甘添貴，同註 8，頁 13。

<sup>11</sup> 甘添貴，同註 2，頁 16、179；甘添貴，同註 8，頁 13。



(圖表二之2)

## 第一節 想像競合犯之定位

當「想像競合犯」是行為人以一個事實行為產生數個構成要件該當性而犯數罪，則想像競合犯的規定，究屬「犯罪論」的問題，抑或屬於「刑罰論」的問題？此乃涉及競合論的定位問題，即想像競合犯在整個犯罪競合論之體系定位為何，茲將學理見解產闡述如下：

### 第一項 定位在犯罪行為論

犯罪行為論（Lehre von Straftat）之體系任務，主要是用來確認行為可罰性，以作為國家刑罰制裁之前提關係。依傳統學說認定行為具有可罰性，該行為必須具有法定構成要件該當性、違法性及有責性，而判斷行為是否滿足此種評價架構，則屬於犯罪行為論處理的範圍。在犯罪行為論中，處理雖為行為可罰性的認定，但在作為認定可罰性基礎之前提，乃在於從最根本的「一行為人一行為一構成要件該當」作為認定的出發點。亦即，犯罪行為論所要探討之核心問題，主要是在確認「一罪」（Verbrechenseinheit），以作為其體系任務。由於「一罪」之認定，兼含有對於行為及構成要件相互間該當問題之檢討，以作為認定可罰性之基礎，在競合論中，其基本結構又為行為與複數構成要件間之關係，因此乃主張競合問題，應為行為與構成要件該當判斷之問題，而將競合論定為在犯罪行為論<sup>12</sup>。

我國向來將競合問題視為「罪數」判斷問題，因此在定位上，認為應定位在犯罪行為論中。即使是德國刑法學界，雖然對於競合問題的論述出發點不同於我國，但仍有學者認為競合問題既係認定行為數與構成要件實現的關係，自應定位在犯罪行為論中<sup>13</sup>。

然而，雖然競合論的基本結構涉及單一或複數行為實現複數規範，而此種關係之認定，固然屬於犯罪行為論的判斷範圍，但是競合論所處理者，並非是行為與構成要件之認定問題，而為以已經實現的複數規範作為基礎前提，倘若行為所實現的構成要件究為一個或數個，無從決定時，尚不得謂為屬於競合問題，此時仍舊是犯罪行為論處理的範圍。競合論既係以複數構成要件的實現作為成立之前提，則必須複數之構成要件已經確實實現，方有進入競合論處理範圍之可能。

## 第二項 定位在法律效果論

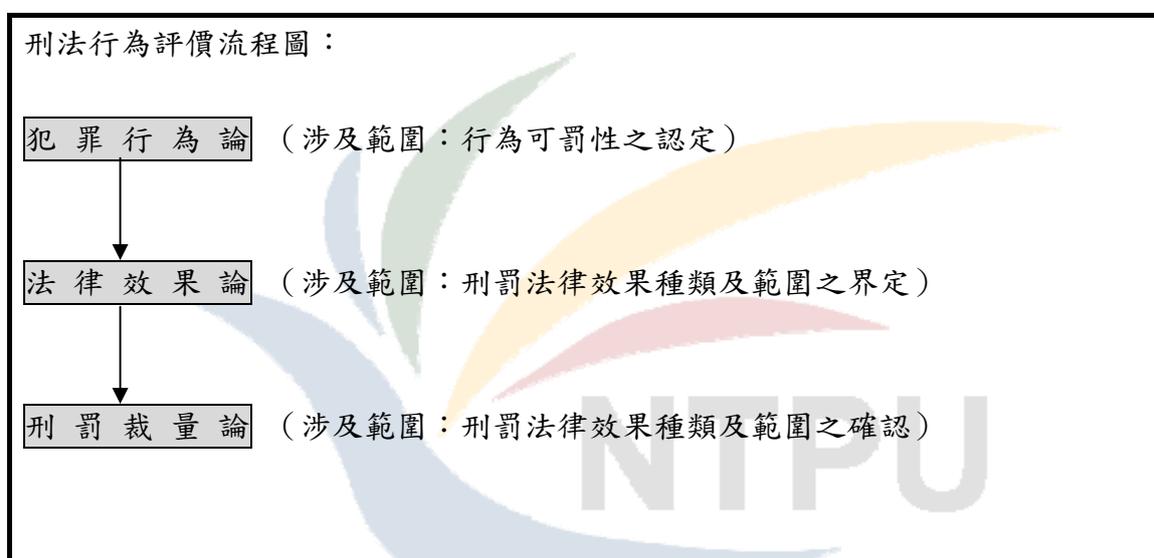
---

<sup>12</sup> 柯耀程，刑法競合論，頁 20-21，元照出版公司，2001 年 5 月 2 刷；楊一帆，法條競合與想像競合之間，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，頁 11，2004 年 6 月。

<sup>13</sup> 柯耀程，同註 12，頁 20。

此說乃是對於將競合論定位在犯罪行為論之觀點提出質疑，以德國學者 Geerds 之見解認為「犯罪行為論主要係為確認個別構成要件該當之認定，其對於競合問題而言，或可作為論述競合問題的前提，但競合論並非個別構成要件實現認定之問題，而係整合複數構成要件實現為前提，以決定法律效果的問題。」刑法本就是對於犯罪科以刑事制裁法律效果的規範，法律效果的產生，必須以犯罪作為前提條件，當犯罪得到確認時，行為可罰性方能成立，進而才有法律效果之反應<sup>14</sup>。

在刑法之體系流程中，法律效果論的處理範圍，必然是以犯罪行為論作為前提條件，如下圖所示<sup>15</sup>：



(圖表二之3)

由上圖可知，法律效果論必須銜接在犯罪行為論之後，並且以犯罪行為論所認定之行為可罰性，作為處理法律效果的前提條件，此即所謂「無罪亦無刑」(nulla poena sine crimen)。在法律效果論的範疇中，主要係以可罰性成立作為其前提，以認定對於該評價客體之刑事制裁種類、範圍及程度，即為認定刑罰種類及刑度範圍。而在不採絕對刑之情況下，

<sup>14</sup> 柯耀程，同註 12，頁 22-23。

<sup>15</sup> 柯耀程，同註 12，頁 22 註 20 圖。

法律效果論所處理的法律效果，均具有種類選擇性，以及一定範圍之刑度，作為法官在裁量時之依據。

對於單一構成要件實現的犯罪行為可罰性之認定，其法律效果乃直接得至法定刑。然而，如具有複數構成要件實現時，行為可罰性透過構成要件所建構出的不法內涵雖可確認，但是反應可罰性之法律效果，卻無法得自該被實現之構成要件。是以，對於複數構成要件實現的問題，必須仰賴競合論加以處理。以此推衍，競合論所處理的核心問題，並非可罰性之認定問題，而是對於確認多數構成要件實現之行為可罰性，其可罰性反應之法律效果問題。蓋對於多數構成要件被實現時的法律效果，無法從構成要件體系中求得，必須在刑法基本處理原則上設定解決的方式，因而競合論的出現，主要便係為處理此等法律效果問題。職此，競合論實應定位在法律效果論之中。

### 第三項 採雙重定位之論點

此雙重定位之論點<sup>16</sup>認為，競合論問題形成之結構，主要是由行為導致複數構成要件之實現，進而決定該複數構成要件實現之法律效果。在德國學理上多數見解認為，競合論應同時具有雙重的特性存在，一方面競合論乃係處理行為實現複數構成要件的問題，就這一點而言，競合論自應歸屬於犯罪行為論之中；另一方面，競合論又需整合複數構成要件實現之法律效果，以確認法律效果之種類與範圍，就這一點而言，競合論自應屬於法律效果論。是以，競合論因同時具有此二種特性，故同時具有犯罪行為論與法律效果論之雙重定位（Doppelstellung od. Nahtstelle zwischen der Lehre von der Straftat und der Straffolgen）。

此外，此種雙重地位關係，除了在實體法對於競合結構的認知具有作用外，在程序法上亦有其重要之意義存在。在程序法中，對於有罪案

---

<sup>16</sup> 柯耀程，同註 12，頁 23-24；楊一帆，同註 12，頁 15。

件之判決，同時具有「罪之宣告」與「法律效果之宣告」，二者不能加以分割，因而程序法之效應，對於判決書中所揭示的競合判決，具有相當重要的影響：一方面其確認競合問題得否加以分割；另一方面，假使「罪之裁判」有所瑕疵，連帶地亦會影響法律效果之正確性。而此種競合問題的效應並非僅止於罪刑之裁判而已，更遍及程序法的每個環節，職是之故，對於競合問題而言，「罪」與「刑」的關係，可說是如影隨形，係問題之一體兩面，無法分割，因而在刑法體系的定位，應同時具有雙重地位。

然而，有學者<sup>17</sup>認為，將競合論定位在雙重地位，此種見解隱藏著一項體系邏輯的危機：一方面，如將競合論認定為同時具有犯罪行為論與法律效果論之雙重地位，則形同要求競合論必須將刑法罪刑決定的全部問題，一肩攬下，而形成競合問題必須對於可罰性認定以及可罰性範圍之確認，一併解決，這未免是對於競合論太過苛求。更甚者，此種苛求，不但無助刑法體系化的建立，更混淆了前提與本體的關係，形成罪刑不分的情況；另一方面，將競合論視為雙重地位，則其所處理問題的範圍，必然包括構成要件實現之判斷以及法律效果的決定，如此則在競合論中，勢必不能僅就單一方面確認處理原則，而必須同時兼顧犯罪行為之判斷與法律效果的決定，亦即在競合論中必須同時存在行為數與罪數之決定標準，並且需對於各別情況的法律效果，設定處理原則，如此一來，犯罪行為論之行為可罰性認定功能即被競合論所取代，犯罪行為論無異形同虛設，同時也使得因處理競合問題所生之原理原則，變得模糊不清。在要處理構成要件實現之判斷問題，又要處理所生法律效果的決定問題，恐怕競合論只能感嘆「無能為力」！因此，雙重地位的見解本身亦有相當之疑慮存在，以此定位競合論，恐非妥當。

#### 第四項 定位在刑罰裁量論

---

<sup>17</sup> 柯耀程，同註 12，頁 25。

刑罰裁量者，乃係法官對於一定之犯罪事實，在特定的刑度範圍（Strafrahmen）內，衡量斟酌行為人及事實之整體情狀，以確定刑罰之種類與應執行之刑度，其可說是行為可罰性判斷的終點站。刑罰裁量雖然是解決刑法問題最終處理的階段，但其仍須依據一定法律效果之種類與範圍，而不能任意取捨，更不能無中生有，因此在刑法的體系地位上，刑罰裁量係以犯罪行為及法律效果的確認，作為裁量之前提。在刑法的問題上，最終所關注的焦點，乃係在刑罰權的實現上，亦即在於確認刑事制裁的種類，以及確定之刑度。故而對於競合問題最終所關注者，仍舊是具體刑罰之實現。是以，競合論問題應定位在刑罰裁量論之中<sup>18</sup>。

採取競合論應定位在刑罰裁量論範圍之見解，以為競合問題所處理者乃是刑罰量定的問題，不論法律效果採取何種處理方式，所得之最終執行刑應該僅有一個，而競合論對於法律效果的處理，最終亦應朝向此一目標前進，故而競合論應為刑罰裁量論之一環。以德國的立法例加以觀察，德國刑法將競合問題，雖放在第三章「行為之法律效果」（Dritter Abschnitt Rechtsfolgen der Tat）之底下，但其更精確地卻將其置於同章之第三節「複數規範的刑罰裁量」（Dritter Titel Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen）中，從德國刑法的章節體系而為觀察，似乎將競合論定位在刑罰裁量論之中。

在此須特別說明者是，將競合問題視為刑罰裁量問題，對於採取單一法律效果的體制，有其意義。在採取單一刑原則的體制下，對於法律效果之處理，本就不需個別為之，而僅需對於規範侵害之具體事實，為單一法律效果之宣告即可，也因此，對於複數構成要件被實現之競合問題，亦僅需從整體事實之裁量上，作單一處理即可，此無異將複數構成要件實現的問題，與刑罰裁量等同視之。是以，在單一原則的體制下，將法律效果作區分式的認定，實屬次要，甚至此區分對行為人最終應執行之刑根本毫無意義。

---

<sup>18</sup> 柯耀程，同註 12，頁 25-27；楊一帆，同註 12，頁 16。

對此，有學者<sup>19</sup>卻認為將競合論定位在刑罰裁量者，似乎是忽略了刑罰裁量的基本條件。蓋在刑罰裁量問題發生之前，法規範的評價必須已經先提供裁量上所需之刑罰種類與刑罰範圍，以作為刑罰的裁量空間（Ermessungsspielraum）。在單一構成要件中，已經提供裁量所需之法定刑，故此一裁量空間對於單一構成要件實現的情形，較無問題。惟對於複數構成要件實現之競合情形，構成要件並沒有提供刑罰裁量上所需的裁量空間，根本無由發生刑罰裁量問題。固然，形成複數構成要件實現的結構關係，對於刑罰裁量仍有一定的影響，但是如果競合論無法先提供刑罰裁量一個明確的裁量空間，則對於複數構成要件實現的刑罰裁量，仍舊是空泛的。以此觀察單一刑原則之體制，如果無法提供刑罰裁量的空間，則單一刑之形成，同樣係屬空談。因此，將競合論定位在刑罰裁量論的見解，已經是將法律效果的認定問題與刑罰裁量混為一談。

## 第五項 橫跨犯罪論、罪名論和刑罰論

將我國刑法第 55 條想像競合犯之規定放在「犯罪論」的部分討論，或者將其置於「刑罰論」的部分討論，這皆非屬正確。因為我國刑法第 55 條的內容雖然涉及「想像競合」和「想像競合犯」<sup>20</sup>及其處罰的規定，但就整體而言，乃屬「如何決定『想像競合犯』的『罪名』而加以處罰」的規定。從其定有「想像競合」與「想像競合犯」而加以觀察，本條涉及「犯罪論」；另一方面，從其規定有「刑罰」來看，又不得不說其亦涉及「刑罰論」。僅就此而言，無論將我國刑法第 55 條的規定放在「犯罪論」的部分討論，或將之置於「刑罰論」的部分討論，均失之偏頗。

---

<sup>19</sup> 柯耀程，同註 12，頁 26-27。

<sup>20</sup> 鄭逸哲教授認為：「嚴格來說，『想像競合』與『想像競合犯』並非同一概念：前者是指一個『事實行為』產生數個『構成要件該當性』；後者是指一個『事實行為』產生數個『構成要件該當性』的行為人。除非具有阻卻違法事由或阻卻罪責事由，否則『想像競合』即產生數罪，則『想像競合犯』就是以一個『事實行為』產生數個『構成要件該當性』而犯數罪的行為人」，參閱鄭逸哲，「想像競合犯以一罪論」並不變動「罪數」，而是變動「罪名數」，月旦法學雜誌，第 161 期，頁 252，2008 年 10 月。

顯然，我國刑法第 55 條是要將犯數罪的「想像競合犯」僅科以一個「刑罰」——即「數罪一刑」。然而，刑法的基本規定形式是「一罪一刑」，因此，若不將與「一罪一刑」相牴觸的「數罪一刑」得到合理的安置，勢必會動搖「犯罪論」與「刑罰論」間的穩定連繫關係。因而，除非能使「一罪一刑」與「數罪一刑」統一於同一的形式下，否則「犯罪論」與「刑罰論」間就欠缺必然關係，而只成為或然的偶遇。既然問題是出在「罪數」與「刑罰數」不相對應，則這個問題絕非「犯罪論」和「刑罰論」所能解決，亦難以置喙。

在任何情況下，「是」一個「罪實」，就「是」一個「罪實」，就不會「是」數個「罪實」；「是」數個「罪實」，就「是」數個「罪實」，就不會「是」一個「罪實」。「是」就是「是」，「不是」就是「不是」，說一個「罪實」「是」數個「罪實」，或說數個「罪實」「是」一個「罪實」，均屬悖理。既然我們在「是」上無能為力，就只能在「叫」上動手腳。刑法上本來就不堅持「名實相符」<sup>21</sup>。事實上，我國刑法第 55 條乃涉及「以一罪論」的規定，即為把數個「罪實」「叫」成一個「罪實」。但「把數個『罪實』『叫』成一個『罪實』」與「把一個『罪實』『叫』成一個『罪實』」仍為不同。

我國刑法第 55 條不只是涉及「以一罪論」的規定，更精確地來講，乃是涉及以「以一罪論」作為方法之規定。方法是相對於目的而言，而刑法第 55 條的目的就是把數個「罪實」「叫」成一個「罪實」，達到其僅具有一個「罪名」之目的。當數個「罪實」可以共用一個「罪名」，而一個「罪實」當然只有一個「罪名」時，「一罪名」的形式可以消弭數個「罪

---

<sup>21</sup> 鄭逸哲教授認為，無論是立法，或者是司法，皆無權也不可以篡改犯罪「事實」，否則無法體現「絕對真實發現主義」，但此並不表示法律不得強行變更「罪實」的「罪名」。以刑法第 328 條第 1 項之強盜罪與刑法第 329 條之準強盜罪為例，「強盜罪實」與「準強盜罪實」並非同一「罪實」：前者所具有的是刑法第 328 條第 1 項的「構成要件該當性」；而後者所具有的刑法第 329 條的「構成要件該當性」。惟「強盜罪實」與「準強盜罪實」雖非同一「罪實」，但均成立同樣的「強盜罪名」：前者是「強盜罪實」成立「強盜罪名」，而「名實相符」；但後者是「準強盜罪實」卻也成立「強盜罪名」，而「名實不符」。由此可見，在現行刑法架構之下，「罪名」未必符合「罪實」。關於「罪名」未必符合「罪實」，詳參閱鄭逸哲，同註 20，頁 247-249。

實」和一個「罪實」間不可跨越的實質鴻溝。是以，我國刑法第 55 條的規定，並非「犯罪論」，亦非「刑罰論」的片面問題，而是在「罪名論」介入的情況下，將「犯罪論」與「刑罰論」都無法解決的「一罪一刑」和「數罪一刑」之衝突，統一在「一罪名」形式之下，得以化解。因此，傳統上「刑隨罪轉」的說法，更精確的表述，即為「刑隨罪名轉」。

在「罪名論」提出後，吾人可以精確地指出：在我國，想像競合犯乃是橫跨「犯罪論」、「罪名論」和「刑罰論」的規定，即想像競合犯的體系定位乃是橫跨「犯罪論」、「罪名論」和「刑罰論」。

## 第六項 本文見解

首先就定位在刑罰裁量論之見解而言，我國並未採取單一刑原則，而是採取區分原則，想像競合犯與實質競合在法律效果，亦即，刑罰裁量範圍的確定上，二者是作不同的處理。因此，顯然在我國無法將想像競合犯定位在刑罰裁量論。

其次，將想像競合犯定位在犯罪行為論之見解，無法說明應該如何給予這種中間類型評價法律效果。想像競合犯之規定，與一般刑法分則之構成要件不同，其並無獨自的法律效果，因此，必須有一套決定法律效果之規則。

再者，將想像競合犯定位在法律效果論，並無法說明想像競合犯如何對於一行為觸犯數罪名適當的評價問題。想像競合犯在法律效果上之所以有別於實質競合，乃因為想像競合犯在不法程度上與實質競合有別，不法程度上有所不同，法律效果的決定上亦應有所不同，方符合罪刑相當原則。將想像競合犯定位在法律效果論，似乎忽略此一評價面的問題。

最後，採取「雙重定位」與採取「橫跨犯罪論、罪名論和刑罰論」，其實在概念上並無不同。兩者皆認為想像競合犯不只是定罪之問題，而

且也是科刑之問題，為橫跨「犯罪行為論」、「罪名論」與「刑罰裁量論」，目的無非是在於解決「數罪一刑」之問題，較能凸顯想像競合犯之問題特徵。此說不失為可採之學說。

## 第二節 學理間對想像競合犯之理解

### 第一項 學理文獻對想像競合犯之見解

想像競合犯在法條結構上，僅為「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷」，至於其實質內涵為何，實有探究之必要。在我國學理間，對想像競合犯又作如何的理解，實有臚列學理文獻之見解，並進而分析之必要。

#### 第一款 韓忠謨教授之見解

韓忠謨教授<sup>22</sup>認為想像競合犯之所謂一行為觸犯數罪名，係以一個意思決定，實施一個行為，而侵害數個獨立之法益，該當於刑法分則中數個特定構成犯罪事實是也。

依此定義，想像競合犯之要件似乎可分為：一、一行為；二、侵害數個獨立之法益；三、觸犯數罪名。分述如下：

#### 一、一行為

在一行為要件的認定上，韓忠謨教授認為想像競合犯之行為，係基於一個意思決定所實施，而在通常情形下，其意思決定，恆由於概括之意思，即複數犯意。因此，所謂一行為，僅須自然意義上之行為，亦即

---

<sup>22</sup> 以下詳參閱韓忠謨，刑法原理，頁 370-372，自版，1997 年 12 月最新增訂版。

一個舉動，即為已足。例如：以殺害多數人之目的，向多數人集合之處投擲一枚手榴彈，而殺害多數人。

## 二、侵害數個獨立之法益

首先，韓忠謨教授先把想像競合犯之種類區分有「同種想像上競合犯」(gleichartige Idealkonkurrenz)與「異種想像上競合犯」(ungleichartige Idealkonkurrenz)，而認為，「異種競合犯係一行為侵犯數個異種法益，其法益既屬異種，區別較易，至若一行為侵犯數個同種法益，成立同種競合者，因法益種類相同，應如區分其單複，即有研究之必要」，因此想像競合犯在此要件中，必須是侵害數個獨立之法益，始能成立。

韓忠謨教授更認為，法益侵害個數乃在區分想像競合犯與法條競合(Gesetzeskonkurrenz)有其實益，蓋想像上競合係一行為侵害數個獨立之法益，致觸犯數個罪名，同時具有數罪之性質；而法條競合僅係一個犯罪行為，祇因法條之錯綜，適用數個而已，其為單純一罪。

## 三、觸犯數罪名

刑法第 55 條「觸犯數罪名」之規定，即韓忠謨教授所謂的「該當於刑法分則中數個特定構成犯罪事實」，也就是觸犯數項罪名。此亦為想像競合犯要件之一。

### 第二款 蔡墩銘教授之見解

蔡墩銘<sup>23</sup>教授認為依刑法第 55 條之規定，想像競合犯係一行為而觸犯數罪名，雖祇有一個行為，既可觸犯數罪名，則其可能有數個構成要件該當事實存在。而想像競合犯之數罪性，亦只能依構成要件實現說之觀點予以了解，蓋若依行為說，因其只有一個行為，故應為一罪而非數

---

<sup>23</sup> 以下詳參閱蔡墩銘，刑法精義，頁 374-375、387-390，翰蘆圖書出版，2006 年 7 月 2 版。

罪；只有在依構成要件實現說，因想像競合犯可能實現多數構成要件，才能突顯出想像競合犯的數罪性。

對於想像競合犯之成立應具備的要件有三：一、須有一個行為；二、須侵害數個法益；三、須觸犯數罪名。分述如下：

#### 一、須有一個行為

蔡墩銘教授認為，首先，對於行為人所實施之行為，只能予以一個且同一行為之認定，亦即行為須始終為一個，倘非僅一個，則不構成想像競合犯。雖然同一時間與同一處所所實施之行為，可作為認定一個行為之參考，但非屬應備之要件。

其次，一個行為不限於作為，不作為亦可；惟先為作為，後為不作為，則不能視為一個行為。

最後，一個行為並不限於故意行為，即使是過失行為，亦可。但仍須注意的是，先為故意行為，後為過失行為，猶非一個行為。而在故意行為之情形，是否一個行為亦應注意是否出一個意思之發動。

#### 二、須侵害數個法益

在此要件上，蔡墩銘教授認為想像競合犯必須是侵害數個法益，始能構成；倘若僅涉及一個法益者，即係單純一罪而並非想像競合犯。

法條競合(Gesetzkonkurrenz)，依蔡墩銘教授之見解，係行為人所實施的一個行為觸犯數個法條或實現多數構成要件，而祇適用其中一個法條或構成要件，並不適用其他法條或構成要件之情形。一個行為祇能構成一罪，惟由於國家法律對於法益之保護，考慮周到，於是規定不同的法條，至使一個行為每每符合多數的刑罰法規，形式上成立不同之數罪。然而實際上，此並無數個法益之侵害關係，僅係法條之競合，與實質競合或想像競合犯之有數個法益之侵害關係不同。

因此，想像競合犯所以可以適用多數之構成要件，乃由於其侵害數個法益之關係，此與法條競合祇侵害一個法益之情形有異<sup>24</sup>。

綜合上述，蔡墩銘教授認為法益個數侵害之認定乃在於區分想像競合犯與法條競合，有其實益。

### 三、須觸犯數罪名

此即對其行為可適用多數之構成要件，而其之所以適用多數之構成要件，乃是由於侵害數個法益所引起。

蔡墩銘教授把想像競合犯之種類區分為「同種競合」與「異種競合」兩種，分別論述：在同種競合，雖有多數之構成要件可以適用，但須屬於同一構成要件；在異種競合，不限於其所適用之構成要件完全相異，祇要其係不同法條之構成要件，均屬之。例如：屬於同一犯罪之既遂與未遂，或同一犯罪之普通類型或加重類型。

然而須注意的是，如果是結合犯或其犯罪之實施附帶另一犯罪者，因祇有觸犯一個罪名而非數罪名，故不成立想像競合犯。

### 第三款 林山田教授之見解

林山田<sup>25</sup>教授認為，想像競合犯(Idealkonkurrenz)，乃指行為人的同一行為觸犯數個相同的罪名或數個不同的罪名所形成的犯罪單數。而想像競合犯的成立必須有兩個前提：一為必須是「行為單數」；另一為必須是觸犯多數罪名。

---

<sup>24</sup> 蔡墩銘，不作為犯之競合—評最高法院九三年度台上字第六五一三號判決—，台灣本土法學，第 72 期，頁 244，2005 年 7 月。

<sup>25</sup> 以下詳參閱林山田，刑法通論（下冊），頁 267-280，自版，2006 年 6 月 9 版 2 刷；林山田，論想像競合犯與牽連犯，軍法專刊，第 44 卷第 6 期，頁 5-9，1998 年 6 月。

因此，林山田教授認為想像競合犯的成立要件有二：一、同一行為；二、觸犯數罪名。分述如下：

### 一、同一行為

首先，林山田教授認為，刑法第 55 條規定想像競合犯的「一行為」，應指「同一行為」而言。所謂同一行為，在概念上應該要包括「單純的行為單數」<sup>26</sup>、「自然的行為單數」<sup>27</sup>以及「法的行為單數」<sup>28</sup>。亦即行為人所實現的多數不法構成要件相互之間，具有行為單數的關係。

因此，林山田教授認為國內通說見解似乎宥於條文「一行為」的字面意義，而對於同一行為的認定相當狹隘。國內通說見解認為行為人的一行為必須出於一個意思決定始能成立，如此狹隘的見解，在林山田教授看來，並不符合競合論中行為單數與行為複數的法理，而忽略刑法評價行為數時所應具有的社會意義與法律意義，應非妥適的見解。

須注意的是，在涉及侵犯一身專屬的人格法益時，自然的行為單數概念只能存在於法益持有者係同一人的情形，倘若涉及到侵犯數個被害人的情形，則不能透過自然的行為單數概念，將行為人所實現的多數不法構成要件，視為犯罪單數的想像競合犯，而應成立犯罪複數的實質競合。此乃不同部分的行動侵害不同人格法益的持有者，在刑罰的裁量上，必須分開處理，方能準確地評價行為的不法內涵與罪責內涵。

林山田教授亦認為，行為人所實現的數個不法構成要件，至少必須是在同一行為的部分行動所造成，方可成立想像競合犯，但不必以完全

---

<sup>26</sup> 所謂單純的行為單數(Die einfache Handlungseinheit)，係行為人出於一個行為決意，而顯現一個意思活動者，在法律評價上恆屬一個單一行為。林山田，同註 25，頁 264。

<sup>27</sup> 所謂自然的行為單數(Die natürlich Handlungseinheit)，是從自然的生活觀來加以判斷，而認為整體事件從外觀上可以分割為數個部分行動，若行為人係出於單一的意思決定，而且數個部分行動在時空上又存有緊密關係，從一個未參與其中的第三者站在旁觀者的立場，亦會認為係一個單一行為者。林山田，同註 25，頁 264-265。

<sup>28</sup> 所謂法的行為單數(Die rechtliche Handlungseinheit)，係因主刑法或附屬刑法的不法構成要件的規定，或因刑法理論提出的概念，致使數個自然的意思活動熔合成為法概念上的一個行為，所形成的行為單數。林山田，同註 25，頁 266。

合致為必要。也因透過行為部分合致，在德國，想像競合犯有可能存在於犯罪既遂後與犯罪終了前之間。

在德國學理，有認為如果兩個本屬實質競合關係的犯罪行為，各別與第三個犯罪行為成立想像競合犯關係者，則可以透過第三個犯罪行為加以夾結，而將此三罪依想像競合犯之例來處理，即第三個犯罪行為具有所謂的「夾結效果」(Klammerwirkung)。

然而，夾結效果可能會造成因行為人多犯觸犯一條輕罪，反而受到更優厚的處刑待遇此種不當的結論，因此，在理論上應對其適用範圍加以限制。因此，若具有夾結效果的第三罪之不法內涵與罪責內涵相較於各自獨立的兩罪為輕時，則該第三罪雖然各自與另外的兩罪具有想像競合犯關係，亦不能將本質上屬於實質競合的重罪夾結在一起。

## 二、觸犯數罪名

行為人之同一行為必須是實現數個不同的不法構成要件，或者是實現數次相同的不法構成要件，而觸犯數個不同或者相同之罪名者，始有可能成立想像競合犯。行為人的同一行為該當數個不同的不法構成要件，則可能成立異種想像競合犯；行為人的同一行為該當數次相同的不法構成要件，則可能成立同種想像競合犯。

然而，行為人之同一行為該當數個不同的不法構成要件，此些多數的不法構成要件是否成立異種想像競合犯，應先判斷多數的不法構成要件是否具有法條競合關係，如果經過認定非屬於法條競合者，始屬異種想像競合犯。

在行為人之行為僅涉及到一個不法構成要件的情形下，行為人究竟是多次實現同一個不法構成要件而成立同種想像競合犯，抑或是僅實現一次不法構成要件的單純一罪，有必要從所涉及的不法構成要件的性質與構成要件的文義，加以探討。行為人若對於其行為所攻擊的行為客體，僅具有量的層昇，而適用一個不法構成要件即足以涵蓋者，則成立單純

一罪；相反地，同種想像競合犯只能存在於同一行為侵害多數的獨立行為客體，而並非只是量的層昇問題。

至於國內有學者以行為人的行為係侵害一法益或是數法益，做為判斷單純一罪與同種想像競合犯的區分標準。林山田教授卻認為不能以抽象的法益概念，做為判斷標準，而應以構成犯罪事實為判斷標準，蓋法益乃係抽象社會秩序的理想生活價值，為立法者創設不法構成要件之基礎，亦為司法者在解釋構成要件是否該當的重要參考因素。然而法益本身並非描述不法內涵的事實情狀之構成要件要素，故構成要件是否該當，以及其該當是否多次的問題，判斷的關鍵乃在於構成犯罪事實。

對於法益個數的計算，在涉及侵害個人法益中的人格法益的情形，因係一身專屬的法益，故原則上應以被害人的個數，做為判定構成要件實現個數的標準；在涉及侵害個人法益中的財產法益的情形，應從社會生活的觀點判斷被侵害的行為客體有無個別獨立性，以做為判斷同種想像競合犯的標準；在涉及侵害整體法益的情形，應從所涉及到的不法構成要件的性質與文義，探討行為人所侵害的客體有無個別獨立的性質，以認定是否成立想像競合犯。

#### 第四款 甘添貴教授之見解

甘添貴<sup>29</sup>教授認為，所謂「想像競合犯」，又稱為「觀念競合犯」，乃一行為觸犯數罪名之謂。想像競合犯，在犯罪認識上，為數罪；在犯罪評價上，亦為數罪；僅在犯罪科刑上，從一重處斷。

想像競合犯之成立要件，依甘添貴教授之見解，其要件應有三：一、須出於一個行為；二、觸犯數罪名；三、侵害數法益。茲分述如下：

---

<sup>29</sup> 以下詳參閱甘添貴，同註 2，頁 90-92，187-202；甘添貴，刑法案例解評，頁 249-270，瑞興圖書出版，1999 年 1 月。

## 一、須出於一個行為

想像競合犯，乃行為人所觸犯之數罪，須出於一個行為之所為，始能成立。如果出於數個行為之所為，則可能成立牽連犯或數罪併罰。因此，想像競合犯與牽連犯或數罪併罰主要區別的關鍵，便在於數罪是否出於一個行為之所為。

對於判斷行為人之所為，是否為一個？可從下列三方面加以觀察：  
一、評價之對象；二、評價之標準；三、評價之方法。分述如下：

### （一）評價之對象

所謂評價之對象，乃是行為之個數，究以何者為評價之對象。對此，甘添貴教授認為，想像競合犯中的「一行為」，乃係法的評價之對象，屬於事實存在之自然行為，並非經過法的評價後始構成之行為。

而觸犯數罪名之行為，即為構成要件之行為，乃係就此事實存在之自然行為，經過法的評價後，方能成立。換言之，想像競合犯，係就一個事實存在之自然行為，經過法的評價之後，認為其該當於數個犯罪構成要件，成為數個犯罪構成要件之行為，而後始成立數個犯罪構成要件之罪名。

但是此一事實存在之自然行為，雖為法的評價之對象，但並不是與法的評價毫無任何關係。蓋於認識自然行為時，在判斷的過程中必須先了解該構成要件之行為所指為何，而後才能回溯觀察該自然行為究竟為何。因此，想像競合犯之「一行為」，雖然是未經法的評價之自然行為，但在確認其是否具有單一性之判斷過程之中，仍受法的評價之影響與制約。

### （二）評價之標準

所謂評價之標準，係指行為之個數應依何標準予以評價。對於此，學說上有不同之見解：採事實見解者，認為所謂一個行為，乃是脫離法

的評價，捨棄構成要件的觀點，在自然的觀察下，行為之動態，在社會見解上，得予評價為一個者；採規範見解者，認為應重視行為的規範面，對於構成要件行為一個性之判斷，亦應導入法的評價，而依此說又有形態一致說<sup>30</sup>與罪質說<sup>31</sup>之分；採折衷說者認為，行為一個性之評價客體，縱然求之於構成要件之行為，惟其評價本身，仍須就事實加以把握，而依此說，又有時間一致說<sup>32</sup>、意思說<sup>33</sup>以及時間一致與社會統一說<sup>34</sup>之別。

於此，甘添貴教授認為，所謂「一行為」，乃行為人基於一個意思決定所實施，依自然之觀察，於社會通念上，可以認為是一個且為同一之身體動靜之謂。蓋承上所述，想像競合犯之「一行為」，為事實存在之自然行為，經法的評價後，方成為各構成要件之行為，並且各別成立數罪名。因此，如何認識該自然行為，亦即評價自然行為之標準，自應從自然之觀點與社會通念的立場，加以決定。至於如何決定該自然行為具有「一個性」，係屬評價方法之問題。規範說與折衷說顯然是就自然行為之一個性，探討其評價之方法，將評價之標準與評價之方法混同，似有未妥。

### （三）評價之方法

所謂評價之方法，乃指行為之個數，究依何方法決定。因前述所謂的「自然之觀察」與「社會通念」，在評價其是否為「一個且為同一之身體動靜」時，仍極為抽象，於具體適用上，尚缺乏具體性與明確性。職

---

<sup>30</sup> 形態一致說者認為，各構成要件之行為，不僅在時間上須具有一致性，即使在形態或內容上，亦應具有一致性。

<sup>31</sup> 罪質說者認為，此時應以罪質如何為判斷基準，而於論述想像競合犯之成立與否時，探討其各個犯罪特有之反規範意義形態的共通性，即犯罪之罪質，在具體上，行為之主觀情事、意圖目的、保護法益以及行為結果等，均應成為檢討之對象。

<sup>32</sup> 時間一致說者認為，應要求各構成要件行為之時間，須具有相互重合之關係。

<sup>33</sup> 意思說者認為，應從各構成要件之行為是否基於單一之意思，作為具體的判斷標準，行為人如將其行為分割，是否有可能僅該當於一個構成要件，而無法該當於其他構成要件，而作判斷。亦即要求各構成要件之行為，須基於一個意思活動。

<sup>34</sup> 時間一致與社會統一說者認為，應要求各構成要件行為之重要部分，在時間上須互相重合，且於社會上亦具有統一性。

此，如何依自然之觀察，於社會通念上，將行為人之行為，認為係屬於「一個且為同一之身體動靜」，自然是須有更為具體與明確的評價方法。

甘添貴教授於此部分，將一個行為區分為「應視為一個行為」與「得視為一個行為」：前者係就行為人之動態個別加以觀察，已無法再將其作細分之一個行為；後者係就行為人之動態個別加以觀察，雖然認其為一個行為，但將其全體合併觀察時，仍然得視為一個行為。關於後者，多數學說為了確認行為之一個性，乃著眼於各構成要件之行為間，必須具有相互重合(即構成要件行為之合一性)或特別關係(即構成要件行為之不可分性、相互依存性)時，始具有行為之一個性。晚近，更有學說認為，除了上述之情形外，將各構成要件之行為，加以包攝地自然觀察，於社會見解上，得以認為係屬於一個行為之存在(即行為之統合性、發展之結合性)時，方得認為其具有行為之一個性。

想像競合犯之「一行為」，乃為事實存在之自然行為。法的評價，便以此自然行為作為評價之對象。至於此一自然行為，如何經過法的評價，方得認為其該當於數個犯罪構成要件，分別觸犯數罪名，此為評價方法之問題。在學說上，對於此項法的評價方法，雖然有構成要件行為合一性說、構成要件行為之相互不可分性、不可避免性或依存性說以及構成要件行為之統合性或發展結合性說等，然而其目的，均在於解決行為一個性之問題。

職是之故，甘添貴教授以就評價方法之簡易性及明瞭性而言，認為構成要件行為合一性說之主張較為妥適。亦即，各構成要件之行為，如果在其主要部分上，其內容或形態具有一致性，即得認為其具有行為之一個性。倘若依構成要件行為之合一性無法抑或是難以判斷行為是否具有一個性時，則可以依構成要件行為之相互不可分性、不可避免性或依存性說以及構成要件行為之統合性或發展結合性說，作為其補充的評價方法。

## 二、觸犯數罪名

所謂想像競合犯，依刑法第 55 條本文的規定，係指一行為觸犯數罪名之謂。而觸犯數罪名之前提，必然該一行為先行該當於數個刑罰法規，始能成立數罪名。

想像競合犯，在犯罪認識上為數罪；在犯罪評價上亦為數罪；僅在科刑上以一罪處理而已。易言之，行為人所實施之一個行為，在犯罪認識上，不僅是同時該當於數個刑罰法規，而且該數個刑罰法規所保護之法益，各有不同，為對於該數法益加以充分保護，亦即避免評價不足，必須就所該當之數個刑罰法規分別加以評價，而成立數罪。

### 三、侵害數法益

甘添貴教授認為，想像競合犯係侵害數個法益，蓋侵害法益之個數或次數，乃是法條競合與想像競合犯區分之標準。申言之，法條競合與想像競合犯，在犯罪認識上雖均為個數；惟在犯罪評價上，法條競合為一罪，想像競合犯則為數罪。至於在犯罪評價上所以會有此差異，其核心點，即在於其所侵害法益之個數或次數不同。亦即法條競合，僅係對一個法益予以一次性之侵害；而想像競合犯，則係侵害數個法益。是以，唯有依其所侵害法益之個數或次數為標準，始能將法條競合與想像競合犯明確加以區別。

### 第五款 張麗卿教授之見解

張麗卿<sup>35</sup>教授認為想像競合犯係行為人以一次犯意而為一行為，竟破壞數法益，而觸犯數個不同之罪名或數次觸犯同一罪名。亦即，一行為，侵害數法益，構成數罪名，但裁判上從一重處斷。

---

<sup>35</sup> 以下詳參閱張麗卿，刑法總則理論與運用，頁 458-461，五南圖書出版，2007 年 9 月 3 版。

對於侵害社會法益或國家法益的行為，雖然可能有許多「個人」同時侵害，但仍只是侵害一個法益，不能認為是想像競合犯；而指桑罵槐，或者使用廣泛式語言罵人，也只成立一個侮辱罪，不可不慎。

張麗卿教授認為想像競合犯之要件有三：一、一行為；二、觸犯數罪名；三、侵害數法益。分述如下：

#### 一、一行為

張麗卿教授認為，對於想像競合犯「一行為」的標準，我國的實務見解較為嚴格，著重「決定意思之單一性」，屬於「自然意義之一行為」，至於自然的行為單數，因為是規範評價上的一行為，就必須受到規範目的之限縮，例如所侵害者為個人的生命法益時，不能論以一行為。舉例來說，甲接續地用二槍，殺死乙、丙二人，於此情形，就不能視為一行為，而應該要認為是行為複數的數罪併罰較為妥當。

然而，在德國學理與實務上，尚有所謂的「想像競合犯的夾結（或涵攝）效果」（Klammerwirkung），亦即可能存在於犯罪既遂後與犯罪終了之間將本屬實質競合關係的犯罪行為分別與第三個犯罪行為成立想像競合犯關係時，透過第三個犯罪行為的夾結或封鎖，將三罪依想像競合犯處罰，即為將本屬犯罪複數的兩罪，視為想像競合犯的處斷上一罪。

此種「夾結效果」，最可能發生在具有「時間延續性」的行為，如繼續犯，行為人實施一行為時，在行為持續時，又加入其他的行為，則之後加入的其他行為可能算入最初實行之行為，將之完全視為「僅有一行為」。

之所以認為要有夾結效果，最主要的目的乃在避免對這些類型的行為作重複的評價。蓋典型想像競合犯之一行為，乃是實行行為完全同一（重疊），但若數個實行行為僅有部分重疊時，亦可能成立想像競合犯，其目的在於避免對於「同一」行為進行重複或者是過度的評價。

不過，只是「部分同一」卻依「完全同一」來評價，形成對未重疊部分的行為沒有被充分評價。

如此，將想像競合犯的一行為，採較寬鬆的看法，稱之為「同一行為」，而認為分別起意的第一行為與第二行為之間，因為行為部分合致，即可以成立想像競合犯。

德國聯邦最高法院則認為，應將連續行為分割為數段，亦即他罪先個別與繼續行為形成想像競合犯後，再依實質競合處理。張麗卿教授則認為這種作法與我國學說與實務看法相似，即並不考慮繼續行為的性質，以「另行起意」來作為分開繼續行為與他行為的判斷基準。然而，這種處理方式，可能造成繼續行為被評價數次的現象，有違雙重禁止原則。

## 二、觸犯數罪名

雖然行為人僅為一行為，但是卻觸犯數罪名。

## 三、侵害數法益

法益數的計算，若是專屬之法益，則以法益所有之數目，計算法益數；若是非專屬法益，例如財產法益，則以財產監督權的個數，計算其法益數。

### 第六款 陳子平教授之見解

陳子平<sup>36</sup>教授認為，所謂「想像競合犯」，係指「一行為而觸犯數罪名」之情況而言。所謂「觸犯數罪名」，係指一行為觸犯數個處罰條文而受數次之構成要件的評價而言。

---

<sup>36</sup> 以下詳參閱陳子平，刑法總論（下），頁 267-269，元照出版公司，2006 年 2 月。

至於想像競合犯之要件有二：一、一行為；二、觸犯數罪名。分述如下：

### 一、一行為

所謂「一行為」，若依日本判例的見解，係指在脫離法的評價而捨棄構成要件觀點的自然觀察下，行為人之舉止，於社會觀念上，僅受到「一個」的評價而言。

又即使分別存在二個以上構成犯罪之行為，當該數行為有重疊時，由於該重疊部分屬於「一行為」，因此應肯定其能成立想像競合犯。然而何種範圍之重疊始可評價為「一行為」？在學說上有「主要部分重疊說」、「一部重疊說」、「著手後重疊說」、「不能分割說」之爭議：採「主要部分重疊說」者認為，以數個該當構成要件之各個自然行為之主要部分重疊即可；採「一部重疊說」者認為，凡各個自然行為有某種程度之重疊即可；採「著手後重疊說」者認為，於著手實行階段各個自然行為合而為一為必要；採「不能分割說」者認為，於實施一方行為而不實施他方行為係不可能者始可。

陳子平教授認為，應以「主要部分重疊說」較為妥當，蓋構成要件行為之主要部分重疊時，即便實質上以一行為加以評價，亦屬妥適，由於行為評價上有所重複，因此想像競合犯始以一罪處斷。舉例來說，在實施強盜行為之前，已非法持有槍枝時，非法持有槍枝之行為與強盜行為，完全屬於不同之行為，而不得謂為主要部分重疊；若為實施強盜而購買槍枝，並以該槍枝實施強盜，則屬於主要部分重疊之一行為，而成立想像競合犯。

### 二、觸犯數罪名

所謂「觸犯數罪名」，係指於構成要件評價上，實質地該當數個構成要件而成立數罪之情況而言。若僅外觀上或形式上觸犯數罪名，則屬於法條競合，並非想像競合犯。而觸犯之數罪名，又可分為同種之數罪名

與異種之數罪名，前者即為同種之想像競合犯；後者即為異種之想像競合犯。

### 第七款 黃榮堅教授之見解

黃榮堅<sup>37</sup>教授認為，想像競合犯，係指一行為侵害數法益而該當於數罪名。因此，刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。」就學說與實務的理解而言，此一文字並未涵蓋想像競合犯的全部要素。而且，黃榮堅教授認為，所侵害之法益是否同一，是為區分想像競合犯與法條競合的界限所在。

因此，想像競合犯之要件有三：一、一行為；二、侵害多數法益；三、觸犯數罪名。分述如下：

#### 一、一行為

對於一行為的判斷，黃榮堅教授係以意思決定單一為判斷標準，認為行為人實現多數犯罪的行為如果是出於行為人的一個意思決定，就是想像競合犯；然行為人實現多數犯罪的行為如果是出於行為人不同的意思決定，即實現另外一個犯罪的行為是出於臨時起意，則是數罪併罰。蓋若脫離以行為人之心理關係作為判斷行為的標準，必然違背對於行為之基本評價的合理原則。

德國實務所謂一行為包括自然意義的一行為與法律意義的一行為，而認定實現兩個犯罪之行為是否為同一行為，並非以行為是否出於行為人的同一決意為標準，而是以行為的重疊性來作為行為同一的標準，即行為人分別實現數個不法構成要件之行為，至少必須要有部分重疊。此外，德國實務甚至承認所謂的「夾結效果」(Klammerwirkung)，認為分

---

<sup>37</sup> 以下詳參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），頁 974-978，元照出版公司，2006 年 9 月。

別起意的第二個行為與第三個行為可能因為分別與第一個行為的部分等同而形成一行為的關係。

因此可見，德國實務是從行為的客觀關係來判斷行為的同一與否，而不是從行為人的心理關係來判斷行為的同一與否。然而，行為人實現多數犯罪的行為是否完全一致、部分一致，或完全不一致，和行為數的判斷並無關係。行為時間一致，可以是一行為；但行為時間不一致，也可以是一行為。因此，以行為的重疊性作為認定一行為的標準，基本上已經違背合理的評價法則。

以日本學者鈴木茂嗣的說法，一行為可能是在同一時間點之橫的關係上具有行為之統一性，也可能是在時間之縱的關係上具有行為之統一性。然無論是同一時間點之橫的關係上具有行為之統一性或是在時間之縱的關係上具有行為之統一性，全部行為都是出於單一決意之行為，均符合一行為的概念。

反觀我國實務，相當一致地把區分一行為(想像競合犯)與數行為(數罪併罰)的標準，置於意思決定之單一。就整個理論而言，像我國自始以行為人之行為決意作為區分一行為與數行為的標準，才有簡潔而一貫的體系。至於所謂的夾結效果，在此一體系下，根本沒有存在的餘地。

## 二、侵害多數法益

一行為而觸犯數罪名是法條競合與想像競合犯共通的前提，因此，要區分法條競合與想像競合犯，便只有看所侵害之法益是否同一。若一行為侵害一法益而觸犯數罪名，則為法條競合；倘一行為侵害數法益而觸犯數罪名，便為想像競合犯。職是，所侵害之法益是否同一，就成為區分法條競合與想像競合犯的界限之所在。

想像競合犯以侵害多數法益為要件，在行為的基本評價準則下是一個當然的結果。蓋在一行為的情況下，如果所侵害的法益不是多數，便

喪失多重評價的理由。所謂多數法益，只要主體不同與法益種類不同，兩者居其一，即為此處所謂的多數法益。

### 三、觸犯數罪名

觸犯數罪名是一切競合問題的前提，想像競合犯自不能例外。想像競合犯之觸犯數罪名，包括觸犯相同的罪名與觸犯不相同的罪名，前者為所謂的「同種想像競合犯」；後者為所謂的「異種想像競合犯」。

#### 第八款 柯耀程教授之見解

柯耀程<sup>38</sup>教授認為，複數構成要件的實現，如係由一個行為所導致者，對於此種真實競合的型態，稱之為想像競合犯（Idealkonkurrenz），此即法律所規定「一行為而觸犯數罪名」之義。

對於想像競合犯之本質，容有單數理論與複數理論之爭議：前者對於想像競合犯本質之觀察，係將決定的基礎，置於行為之上，因得以成為想像競合犯的評價客體者，僅是單一行為，因此可以推導出想像競合犯之本質，僅為一個犯罪；後者乃從評價關係角度來思考，認為想像競合犯是單一行為，卻必須以複數構成要件來評價，因此，想像競合犯之所以異於一般犯罪行為論之本質，乃反應在複數的評價關係上，從而導出，想像競合犯的本質為犯罪複數。

基此，柯耀程教授認為，單數理論與複數理論並不能將其視為對立的見解，平心而論，此二理論實應為並存的相容見解。單數理論確立想像競合犯僅為單一處罰；複數理論則形成該單一處罰的具體內容，兩理論猶如想像競合犯結構的一體兩面。因此，若以法律效果為思考方向，

---

<sup>38</sup> 以下詳參閱柯耀程，同註 12，頁 210-229；柯耀程，刑法總論釋義－修正法篇(下)，頁 94-120，元照出版公司，2005 年 10 月；柯耀程，刑法競合論：第二講 想像競合犯與牽連關係，月旦法學教室，第 55 期，頁 74-77，2007 年 5 月

想像競合犯的本質，應為對於單一行為的複數構成要件評價，所形成的刑罰單一。

柯耀程教授從想像競合犯的結構加以觀察，認為形成想像競合犯的前提要件有二：一、單一行為；二、複數構成要件實現。分述如下：

#### 一、單一行為

所謂單一行為，在想像競合犯的評價中，係指單一之評價客體而言，而對於此單一行為的評價，必須要透過複數的構成要件，共同形成該行為的不法內涵與罪責內涵。而在單一行為所實現之複數構成要件，在形成的要求上，尚要求該複數構成要件的實現，係由單一行為「同時實現」。

所謂同時實現，係由一行為在毫無時間間隙的情況下，同時實現複數的侵害。固然，在同一時空下，如果無時間的間隙存在，一行為造成複數的侵害關係，而需要以複數規範加以評價，必然係想像競合犯的基本型態；然而，即使事實上具有時空之間隙，如果行為始終皆被視為不可分割的單一時，其行為過程中，所造成保護客體之侵害，依然視為同時侵害。而所稱之同時性，應為規範對於行為觀察的評價關係，認為構成要件之實現，乃係一行為於行為中所實現者，對於該行為必須同時以複數規範共同評價者而言。

想像競合犯係由單一行為所形成複數構成要件實現，為真實競合型態。由於其僅具有單一行為，故在評價上，僅能為單一不可分割的可罰性評價，其基本性質固然是屬於單一的性質，但是絕非犯罪單數，而是可罰性及法律效果的單數。單一行為不只是想像競合犯成立的根本前提條件，更是決定想像競合犯單一可罰性性質的基礎，可說是想像競合犯可罰性認定的基石。

對於單一行為的認定，基本上學理間存有二種思考方向的差異：一為規範之思考方式，此即為德國學理所稱「構成要件的行為單數」；二為存在面之事實思考，此即所謂「自然考量方式」。柯耀程教授在此認為單

一行為的認定，僅能事實面加以判斷。蓋想像競合犯的單一行為，並非評價內容，而是評價客體。在於刑法的評價關係中，評價客體的確認，必須是先於規範判斷前完成，亦即必須先確立評價客體，方能進行對該客體的規範評價關係。若評價客體尚未確認時，根本無由發生規範的評價。因此，如將單一行為的判斷，交由構成要件來解釋，則無異是將評價客體的認定，直接以規範來確認，如何一來，便形成反因為果，以果為因的倒置式論證，所得的結論，自然是令人質疑。既然想像競合犯的單一行為，係為評價客體，而評價客體本即屬於事實面存在之現象，因而在決定其是否為單一時，僅能從事實面加以判斷。

對於單一行為的判斷，學理上認為必須從客觀面觀察，確認二個基本條件，方得以認定事實存在的行為，究竟是否為單一：第一、客觀存在的行為，必須得以確認其行為係源自於單一的主觀動機；第二、行為的客觀事實情狀，必須是一個一致性的單一事實情狀。從而才能確認行為不可分割的單一性質。

行為是否為單數，固然需從客觀面來加以判斷，但此要注意者，此種情況並無關乎規範中所認定之行為形式，亦即無關乎作為或不作為的行為形式。蓋評價客體係屬於客觀面存在的現象，本身僅有動靜之分，並無作為或不作為之區別。作為或不作為應是行為相較於規範要求的相對性概念，在事實層面的行為，即使是有所動作，在規範的認知下，也有可能是屬於「不作為」。因此，作為或不作為並不能成為行為是否單一的認定界限。固然在刑法犯罪類型之規定當中，有「純正作為犯」與「純正不作為犯」二種類型，然而此二種型態的行為要求，在成立之初，已經加以嚴格區分，二者不但不能成為單一行為而同時成為法規範評價的單一對象，而且此種型態本具有互相排斥的性質，早在評價客體決定時，已經不能想像其得以在一行為中，同時並存。

## 二、複數構成要件實現

在所有真實競合的類型，必然需以複數構成要件的實現，作為成立的評價基礎，想像競合犯自然也不例外。而行為所造成侵害的事實，必然係法益的侵害。而以法益的類型作為犯罪類型區分的基礎，原則上可概分為侵害個人法益與侵害整體性法益的犯罪類型，在侵害個人法益的類型中，又有屬於一身專屬性法益侵害及非一身專屬性法益侵害的區分。如行為所實現者，為整體性法益侵害的事實情狀，則在評價上，「大多」僅為單一構成要件的實現。

## 第二項 對學理間各見解之評析

從上述各學者之見解，關於想像競合犯之成立要件有認為應為三要件，亦有認為應為二要件。認為想像競合犯之成立須有三要件之學者，以為一、一行為；二、觸犯數罪名；三、侵害數法益，係想像競合犯成立之三要件。但認為想像競合犯之成立只須有二要件之學者，以為一、一行為；二、觸犯數罪名。若以簡表，可圖示如下：

NTPU

	一行為	觸犯數罪名	侵害數法益
韓忠謨教授	v	v	v
蔡墩銘教授	v	v	v
林山田教授	同一行為	v	x
甘添貴教授	v	v	v
張麗卿教授	同一行為	v	v
陳子平教授	v	v	x
黃榮堅教授	v	v	v
柯耀程教授	v	v	x

(圖表二之4)

本文試圖自「一行為」、「觸犯數罪名」、「侵害數法益」三方面，對上述學理文獻進行評析。

#### 第一款 一行為

對於想像競合犯的「一行為」，學理上大多數的見解皆認為屬於「自然意義下的一行為」；但是亦有不同的見解，林山田教授便認為想像競合犯的一行為係指「同一行為」，範圍應該較廣，包括自然意義下的一行為，構成要件的行為單數以及自然的行為單數。而張麗卿教授亦同此見解，認為我國實務見解對於想像競合犯一行為屬於自然意義下的一行為，較為嚴格。

本文以為，想像競合犯中「一行為」之「行為」，不能與犯罪行為論之行為分別以觀，即二者乃是相同的概念，有相同的內涵。此所謂的「行

為」，與犯罪行為論在描述何謂「行為」之內容一樣，皆為「人類自由意思所支配具有社會的重要意義之舉止」<sup>39</sup>。亦即，在刑法的評價關係之中，行為的確認，必須是先於規範判斷前完成，如果行為尚未確定時，根本無法發生規範的評價。是以，想像競合犯的「一行為」，自然是屬於「自然意義下的一行為」。

至於現行刑法無牽連犯之規定，若如同修法理由所提出，想像競合犯之規定有可能擴大適用至原應適用牽連犯規定之案件。果如此，想像競合犯的「一行為」便不得不變動其內涵，應將其範圍有限度的擴大，至多到「同一行為」之概念，即包括自然意義下的一行為，構成要件的行为單數以及自然意義的行為單數。

## 第二款 觸犯數罪名

想像競合犯須觸犯數罪名，此一部份在學理間較無爭議。何謂「觸犯數罪名」？基本共識是想像競合犯的該一行為，該當於刑法分則的多數之構成要件，亦即觸犯數項罪名之謂。

以觸犯數罪名之觀點為出發，若觸犯數個不同之罪名，則成立「異種想像競合犯」；若觸犯數次相同的罪名，則成立「同種想像競合犯」。學理間從觸犯數罪名之角度出發，而區分「異種想像競合犯」與「同種想像競合犯」，可謂較為一致。

## 第三款 侵害數法益

從上述學理間對於想像競合犯成立要件的界定，「侵害數法益」是否為想像競合犯成立之「不成文要件」，乃是學理間爭論重點之一，通說皆

---

<sup>39</sup> 蘇俊雄，刑法總論 II，頁 38-40，自版，1998 年 12 月修正版。

認為「侵害數法益」係想像競合犯之成立要件之一，並且是區分想像競合犯與法條競合之判準。惟林山田教授乃獨排眾議，認為區分想像競合犯與法條競合，並不能以抽象的法益為判準，而應該是以構成犯罪事實為判準。

對於想像競合犯是否以侵害數法益為成立要件，學理間有文獻<sup>40</sup>提出質疑，認為一方面依刑法第 55 條規定的文義觀之，「一行為觸犯『數罪名』者，為想像競合犯，從一重處斷」，實在看不出「侵害數法亦」此一成立要件；另一方面，我國學說認為想像競合犯以數法益受侵害為前提之見解，也毫無根據。在德國通說認定犯罪成立想像競合犯，也不以數法益之侵害為必要，而是觸犯數法條或同一法條數次受侵害。況且我國實務見解<sup>41</sup>認為，行為人同時寄藏手槍、子彈，係觸犯槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 4 項與第 11 條第 3 項之罪，應依想像競合犯，從較重之第 7 條第 4 項未經許可無故寄藏手槍罪處斷。又認為<sup>42</sup>一行為同時販賣手槍及子彈，也認為觸犯數罪名，為想像競合犯，應依該從一重販賣手槍罪處斷。槍砲彈藥刀械管制條例為特別法，假設無此條例規定，回歸適用普通刑法，無論客體是槍砲、子彈，行為是製造、販賣、運輸或持有，其實都規定在同一個法條<sup>43</sup>之中。是以，依照我國實務和德國通說之見解，想像競合犯的數罪名不必以不同法益為前提，也有可能是同一法益。

---

<sup>40</sup> 陳志輝，刑法上的法條競合，頁 24-27，自版，1998 年 2 月。

<sup>41</sup> 最高法院 74 年台上字第 3400 號判例：「(一) 寄藏與持有，均係將物置於自己實力支配之下，僅寄藏必先有他人之持有行為，而後始為之受寄代藏而已，故寄藏之受人委託代為保管，其保管之本身，亦屬持有，不過，此之持有係受寄之當然結果。刑法第一百八十六條雖僅規定『持有』，而未將寄藏行為定為獨立之罪名，但仍不能以此即謂『寄藏』在槍砲彈藥刀械管制條例公布施行前不成立犯罪。(二) 槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項，第十一條第二項係將『持有』與『寄藏』為分別之處罰規定，則單純之『持有』，固不包括『寄藏』，但『寄藏』之受人委託代為保管，其保管之本身所為之『持有』，既係『寄藏』之當然結果，法律上自宜僅就『寄藏』行為為包括之評價，不應另就『持有』予以論罪。(三) 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>42</sup> 台灣高等法院 79 年度上訴字第 2382 號判決。

<sup>43</sup> 刑法第 186 條：「未受允准，而製造、販賣、運輸或持有炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物或軍用槍砲、子彈而無正當理由者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」

本文以為若認為一行為觸犯數罪名「侵害一法益」，亦可成立想像競合犯，則將形成想像競合犯與法條競合之間的區分更形模糊<sup>44</sup>。法條競合係行為人之一行為，因法規範之形成交錯複雜，而該當於數個構成要件，亦即觸犯數罪名，然而只是最終的規範適用，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。其目的無非在於避免重複評價。

再者，想像競合犯與法條競合，在經過「窮盡判斷原則」後，皆是觸犯數罪名之認識上數罪，只是在通過「禁止重複評價原則」後，法條競合因對一個法益一次性的侵害，而為評價上一罪；而想像競合犯因侵害數個法益，為評價上數罪，才有繼續討論科刑上罪數之必要。是以，只有依其所侵害法益之個數或次數為標準，始能將法條競合與想像競合犯明確加以區別。若認為一行為觸犯數罪名侵害一法益成立想像競合犯，則何時成立法條競合？若謂一行為觸犯一罪名成立法條競合，那豈非與單純一罪混淆？如此一來，整個競合論體系恐更為混亂。

最後，若謂實務見解以一行為觸犯罪名而成立想像競合犯，便據此認為實務不採「侵害數法益」此一要件，恐怕是驟下結論！我國近年來的實務見解，對刑法第 55 條想像競合犯「一行為而觸犯數罪名」的理解為「係指行為人基於一個犯意，實行一個犯罪行為，侵害數個相同或不同之法益者而言」<sup>45</sup>，或「如係同時同地一次實行，以侵害數個法益，而無從分別先後者，即屬一行為而觸犯數罪名」<sup>46</sup>，或更明確的指出「所謂『想像競合犯』，係指刑法第五十五條所定『一行為而觸犯數罪名』之情形而言，必其行為祇有一個，一次實施，以侵害數個法益者，始足當

---

<sup>44</sup> 又陳志輝教授另文表示：「想像競合犯與法條競合或吸收犯之間的區別，在於最高法院十九年上字第五一四號判例：所保護的法益是否同一。」見陳志輝，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，第 122 期，頁 25，2005 年 7 月。本文以為假如侵害同一法益亦可成立想像競合犯，則想像競合犯與法條競合之區分更添困難，甚至可以質疑法條競合存在的實質意義。

<sup>45</sup> 最高法院 97 年度台上字第 5550 號判決、最高法院 97 年度台非字第 324 號判決、最高法院 97 年度台上字第 2490 號判決、最高法院 96 年度台上字第 1828 號判決。

<sup>46</sup> 最高法院 96 年度台上字第 7093 號判決、最高法院 96 年度台上字第 6849 號判決。

之」<sup>47</sup>。可見，我國實務見解並未否認侵害數法益為想像競合犯之成立要件之一，甚而，更肯認「侵害數法益」為想像競合犯成立之獨立要件。

### 第三節 刑法法條之規定

學理上所稱的「想像競合犯」，乃係依據刑法第 55 條<sup>48</sup>規定：「一行為而觸犯數罪名」，其又稱為「觀念競合犯」<sup>49</sup>。所謂一行為而觸犯數罪名者，乃行為人基於單一之犯意決定，實施一個犯罪行為，而侵害數個獨立之法益，該當於刑法分則中數個犯罪構成要件之謂也<sup>50</sup>。簡言之，即一行為觸犯數個處罰條文而受數次之構成要件之評價而言<sup>51</sup>。

想像競合犯雖然被規定在數罪併罰章，但其為科刑上一罪，與科刑上之數罪的實質競合(Realkonkurrenz，即數罪併罰，又稱併合罪)有異，為了區別起見，乃稱為「想像競合犯」(Idealkonkurrenz)<sup>52</sup>。

科刑上一罪，係對於已成立之數罪，在科處刑罰制裁時，僅為一次適用一個刑罰法規處罰，故又稱為「裁判上一罪」或「處斷上一罪」。科刑上一罪，在犯罪認識上，為數罪；在犯罪評價上，亦為數罪；僅在犯罪科刑上，以一罪處斷。職是，想像競合犯，在犯罪認識上，為數罪；在犯罪評價上，亦為數罪；而僅在犯罪科刑上，「從其一重處斷」<sup>53</sup>。

---

<sup>47</sup> 最高法院 96 年度台上字第 6595 號判決、最高法院 96 年度台上字第 5944 號判決。

<sup>48</sup> 我國刑法第 55 條原規定想像競合犯與牽連犯，然於 2005 年 2 月 2 日總統所公布之修正新刑法，該修正之新刑法第 55 條乃將牽連犯之規定刪除，並於 2006 年 7 月 1 日施行。

<sup>49</sup> 甘添貴，同註 2，頁 187。

<sup>50</sup> 韓忠謨，同註 22，頁 370-371；段重民，刑法總論，頁 403，國立空中大學出版，2007 年 2 月修訂再版 2 刷。

<sup>51</sup> 陳子平，同註 36，頁 267。

<sup>52</sup> 蔡墩銘，同註 23，頁 387。

<sup>53</sup> 區分科刑上一罪與科刑上數罪之實益，除了在犯罪科刑上之處理不同外，在訴訟法上的處理亦不相同：想像競合犯在訴訟法上應被當作以一個事件(一罪)處理，有公訴不可分原則之適用；相對的，科刑上數罪之數罪併罰，在訴訟上即以數罪來處理。甘添貴，同註 2，頁 187；陳子平，同註 36，頁 267。

對於想像競合犯，外國立法例上在刑法上有明文規定者，例如日本刑法第 54 條第 1 項<sup>54</sup>前段規定：「一行為觸犯二個以上之罪名，或犯罪的手段或結果之行為更觸犯他罪名時，依其最重之刑處斷」；韓國刑法第 40 條規定<sup>55</sup>：「一行為觸犯數個罪名時，從一重罪處斷」；德國刑法第 52 條第 1 項<sup>56</sup>規定：「同一行為侵害多數刑罰法律，或多次侵害同一刑罰法律者，僅論以一刑。」；瑞士刑法典第 68 條第 1 項<sup>57</sup>規定：「行為人之行為或數行為觸犯科處自由刑之罪，處以最重犯罪行為之刑罰，並為相當之加重。但最重不得超過法定刑之二分之一，並受最重法定本刑之限制。」；奧地利刑法第 28 條第 1 項<sup>58</sup>規定：「行為人單一行為或獨立之多數行為，違犯數個同種或異種之可罰行為，而同時接受裁判時，如其所競合之法律，僅規定自由刑或罰金刑者，僅處以一個唯一之自由刑或罰金刑。此一刑罰依科以最重刑罰的法律定之。除有特別減輕其刑之規定外，其處罰不得低於各競合法律所規定最低刑罰之最高度。」

至於我國對於想像競合犯，乃規定於中華民國刑法第 55 條，依現行法該條之規定為：「一行為而犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最新本刑以下之刑。」然而我國刑法似乎一開始並無直接有想像競合犯之規定，實際上，想像競合犯之規定乃是從牽連犯之規定「轉渡」過來，而與牽連犯並列同一法條，至後來牽連犯終於被刪除。「想像想像犯」與「牽連犯」在刑法的發展史上可謂是糾纏不休。

職是，欲探求想像競合犯之本質並釐清想像競合犯與牽連犯之差異，實有必要從我國刑法關於想像競合犯或牽連犯之條文規定發展史開始加以開始觀察。

---

<sup>54</sup> 日本刑法第 54 條 I：「一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する。」

<sup>55</sup> 引自馬克昌，同註 3，頁 788。

<sup>56</sup> Strafgesetzbuch(StGB) §52：「Tateinheit (1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird auf eine Strafe erkannt.」

<sup>57</sup> 引自林山田，同註 25，頁 262 註 18。

<sup>58</sup> 引自林山田，同註 25，頁 262 註 17。

## 第一項 民國元年之暫行新刑律

西元 1911 年，辛亥革命爆發；未幾，南北議和，由袁世凱擔任臨時大總統。袁世凱就任臨時大總統後，於民國元年 3 月 30 日頒行「暫行新刑律」。暫行新刑律係脫胎於「大清新刑律」，也因此，暫時新刑律之立法理由即為「大清新刑律」之立法理由<sup>59</sup>。

於暫行新刑律施行期間，依暫行新刑律第 26 條規定：「以一罪之方法或其結果，而生他罪者，從一重處斷。但於分則有特別規定者，不在此現。」觀此條文，形式上似僅係牽連犯之規定。

惟按暫行新刑律原案理由：

「俱發罪之處分，惟犯二種以上之獨立罪，科以特別處分。本條情形與此迥異：一、其性質上，係一種之犯罪；一、犯人心術上，未懷二種獨立罪之惡意。故本案於此，特從重論。」

此外，依暫行新刑律原案注意：

「犯一罪方法或結果，而生他罪者，例如以奪被監禁人（第一百七十條）之方法，侵入公署（第二百二十五條）；或殺人（第三百十條）而遺棄屍體（第二百五十八條）於別所之類是也。」

分則有特別規定者，例如謀為內亂之人，為軍需之故，掠奪民財，不據本條前半規定從重論，應據第一百零四條特別規定，援用第二十三條之類是也。」

而暫行新刑律原案補箋更提及：

---

<sup>59</sup> 關於刑法之沿革，詳參閱，靳宗立，數罪併罰，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，頁 201-204，台灣刑事法學會主編，2006 年 7 月 2 刷。

「一行為而關於數項罪名，其實為一獨立罪，不得論之有數罪，故以最重之一罪論。惟定罪時，適用法律之標準有三：一曰狹義法優於廣義法，例如竊取，有竊他人所有物之甲條文，又有竊他人田野產物之乙條文，若係於田野行竊時，則惟乙條文適用，因其為狹義法也。二曰全部法優於分部法，例如由豫備與著手之事序，而為暴動之實行，則惟治其暴動之一罪，蓋暴動為全部也。三曰實害法優於危險法，例如黑夜無燈疾馳車馬，危險也；因而傷人，實害也，治其傷人之一罪，而無燈疾馳不問焉。

犯一罪之方法或結果，而生他罪云者，因先之行為，為後之行為所吸收，或後之行為，為先之行為所吸收，二者性質不明時，故惟以重罪論，不必過問先後吸收之情形。所謂方法者，以冒甲罪之目的，而用乙罪之手段也；結果者，以犯甲罪之行為，而結果必及夫乙罪也。觀原案注意中之例自明。」

綜上觀之，暫行新刑律第 26 條形式外觀雖似僅係牽連犯之規定，但如依立法理由所示，實包含想像競合犯，法條競合，甚至學理上所謂之「與罰之前後行為」。且所謂「以一罪之方法或其結果，而生他罪」，並未限於數行為，一行為亦得適用，因此，想像競合犯在此即有解釋的空間<sup>60</sup>。

然而須注意的是，想像競合犯之種類依現今的通說，有「同種想像競合犯」與「異種想像競合犯」之區分，若依暫行新刑律第 26 條之規定，雖然可適用於「異種想像競合犯」，惟「同種想像競合犯」，例如，擲一顆手榴彈而殺害數人之情形，則與「以一罪之方法或其結果，而生他罪」之規定未符合<sup>61</sup>。

## 第二項 民國十七年之舊刑法

---

<sup>60</sup> 靳宗立，同註 59，頁 214。

<sup>61</sup> 甘添貴，同註 2，頁 189；靳宗立，同註 59，頁 205、209-210、213-214。

因暫行新刑律第 26 條之規定，對於想像競合犯而言，並不周延，同時，有混淆想像競合犯與法條競合之疑慮。因此，民國十七年之舊刑法第 74 條乃修正為：「一行為而犯數項罪名，或犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者，從一重處斷。」因此，本條之所規定者，即想像競合犯與牽連犯。

依改定第二次刑法修正案之理由：「本條之規定，即學說上所謂想像上之數罪競合，其所以異於實體上之數罪競合者（原案第二十三條），謂以一行為而同時犯數項罪名，或犯一罪而同時觸犯他項罪名者，故本案擬從前法律館草案，加入『一行為而犯數項罪名』句。又原案第二十六條『以犯一罪之方法或其結果，而生他罪者，從一重處斷』，修正案將『生他罪』三字，改為『關係他項條文』六字，其理由謂『犯一罪之方法或結果，有時生他罪，有時不生他罪，從一重處斷之規定，本包括此兩種不同情形』。案併合論罪，指實體上或想像上多於一罪而言，若犯一罪而不犯他項罪名，則非併合論罪。修正案所謂關係他項條文者，意義未免太廣，故本案擬仍從原案，而加以修正。又原案但書，本案擬刪。」

大清新刑律法律館草案，本來尚包含「一行為而犯數項罪名」之情形在內，民國十七年之舊刑法第 74 條復而採之，因此，對於想像競合犯的法律依據，方屬完備。

然而應注意的是，民國十七年之舊刑法第 74 條「犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名」之規定，可能係「數行為而犯數項罪名」，亦可能係「一行為而犯數項罪名」，二者之間仍存有混淆之空間，致使想像競合犯與牽連犯之關係，發生糾葛<sup>62</sup>。

### 第三項 民國二十四年之原刑法

---

<sup>62</sup> 甘添貴，同註 2，頁 189；靳宗立，同註 59，頁 218、221-223。

民國二十四年之原刑法第 55 條之規定，與民國十七年之舊刑法之規定大致相同，其規定：「一行為而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」

民國二十四年之原刑法當年修案理由書，至今未見，蓋依民國二十三年刑法委員會提交立法院審議中華民國刑法修正案之呈文，當時刑法委員會提交立法院審議之文書資料，僅「中華民國刑法修正案」及「修正要旨」，並無附理由書，因此，當時是否未曾製作刑法修正理由書，實極有可能。

該次刑法修正的主要特色，係「由客觀主義而側重於主觀主義；由報應主義而側重於防衛社會主義」。蓋近代刑法學之思潮，從十八世紀以降，先後有古典學派與近代學派不同之立場<sup>63</sup>。而近代學派，緣於十九世紀科學實證主義，其論者藉由實證科學，研究犯罪成因後，得出否定人有意思自由之結論。因人無意思自由，近代學派乃認為有犯罪之因子，必定會導致犯罪結果之發生，因此主張若欲防制犯罪結果之發生，正本清源之道，即在犯罪尚未發生之前，先將有犯罪因子之人，祛除其犯罪因子，始克其功。

職是之故，在犯罪理論方面，近代學派重視行為人主觀上之犯罪惡性，而主張主觀主義之刑法理論，對於犯罪之成立，不以行為人客觀上實行犯罪行為為必要，僅須其具有犯罪之惡性為已足。在刑罰理論方面，則倡導特別預防刑或教育刑理論，而主張個別化處遇，換言之。倘行為人犯罪傾向強烈，犯罪可能性極高，縱使在客觀上尚未實施犯罪，亦應加以矯正，以收社會防衛之效；倘行為人已無犯罪之危險性格，縱使之前在客觀上已經實行犯罪行為，亦無矯正之必要。

---

<sup>63</sup> 關於古典學派與近代學派對立之立場及主張，詳參閱吳景芳，刑法基本原則的抉擇，月旦法學雜誌，第 123 期，頁 68-73，2005 年 8 月。

民國二十四年之原刑法，的確具有濃厚主觀主義刑法理論之色彩，從一些制度的設計，不難窺知，例如：保安處分章之新設、教唆犯之獨立處罰、不能犯之處罰、連續犯之數罪一罰等，即屬之。

而民國二十四年之原刑法，對於牽連犯之成立要件，將原先的「犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名」，修正為「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名」。自此，牽連犯之成立要件，以數行為為限；一行為僅能成立想像競合犯，而不得成立牽連犯。想像競合犯與牽連犯之間，即不再出現混淆的情形<sup>64</sup>。

#### 第四項 民國九十四年之現行刑法

民國二十四年刑法典的特色，具有濃厚主觀主義刑法理論之色彩，已如上所述，由於主觀主義刑法理論，一方面，在犯罪成立要件上過於側重行為人主觀之危險性格，因此，犯罪成立要件往往過於寬鬆，易生不當侵害人民基本權利之虞；另一方面，在刑罰的執行上，主觀主義刑法理論又不重視行為人客觀上是否已經實施犯罪，並實施多少犯罪，因此容易流於寬縱犯罪之弊。

民國九十四年刑法修正之特色，可謂為民國二十四年刑法修正方向的逆轉，係「由主觀主義而側重於客觀主義；由防衛社會主義而側重於報應主義」。其制度的設計上，例如：不能犯之除罪化、教唆犯改採限制從屬形式、不可避免之欠缺違法性認識阻卻責任等，即屬於「由主觀主義而側重於客觀主義」；而累犯假釋門檻提高、連續犯與牽連犯之廢除、數罪併罰合併執行有期徒刑之上限提高等，即屬於「由防衛社會主義而側重於報應主義」。

---

<sup>64</sup> 甘添貴，同註 2，頁 189；靳宗立，同註 59，頁 228-232。

民國九十四年之現行刑法第 55 條，除了刪除牽連犯之立法規定外，對於想像競合犯之處斷效果，自原刑法之「從一重處斷」，修正為「從一重處斷，但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」亦即增訂但書規定量刑之封鎖條款。此量刑之封鎖條款即學理所謂的「輕罪的封鎖作用」，係當從一重處斷的重罪最輕法定刑低於輕罪的最低法定刑時，量刑不得低於輕罪的最低法定刑。

刑法第 55 條關於想像競合犯之處斷效果之修正，其修正理由：「想像上競合與牽連犯，依現行法規定，從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑。此種情形，殊與法律規定從一重處斷之原旨相違背，難謂合理。德國刑法第五十二條（2）及奧地利現行刑法第二十八條，均設有相關之限制規定，我刑法亦有仿採之必要，爰增設但書規定，以免科刑偏失。又依增設本但書規定之精神，如所犯罪名在三個以上時，量定宣告刑，不得低於該重罪以外各罪法定最輕本刑中最高者，此乃當然之解釋。」

綜上所述，實不難發現，關於想像競合犯，此次修法係對其處斷效果修正，並未對其成立要件作任何變更<sup>65</sup>。

#### 第四節 新舊規定之比較

原刑法第 55 條原規定：「一行為而觸犯數罪名，或一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」於 2005 年 1 月 7 日修法時，修正後現行條文乃規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」此次修正的重點，除了刪除牽連犯之規定外，並增訂但書規定量刑之封鎖條款，即科刑不得低於較輕罪

---

<sup>65</sup> 甘添貴，同註 2，頁 189；靳宗立，同註 59，頁 236-237、239-240、246。

之最輕本刑。刪除牽連犯規定之部分，留待下一章討論，本章節僅就想像競合犯的修正規定部分，即想像競合犯之法律效果之處理（從一重處斷）與量刑之封鎖條款加以探討。

新修正之刑法第 55 條，在想像競合犯規定之部分，僅對於其處斷效果作修正，欲探求想像競合犯之處斷效果之本質，實有必要細說從頭，從競合論法律效果處理之方法加以探求。因此，本節擬先從競合論法律效果處理之方法切入加以探討，以探求想像競合犯「從一重處斷」規定之本質意義，最後，再探討新修正關於想像競合犯量刑之封鎖條款。

### 第一項 競合論法律效果處理之方法

在刑法體制中，對於競合問題的法律效果處理，即對於是否要將其法律效果加以區別，有其制度上的不同，基本上有區分原則與單一刑原則兩種不同的體制。德國刑法與日本刑法即採取區分原則，而奧地利刑法則採取單一刑原則。

在採取區分原則的體制下，於處理法律效果之前，必須先對於競合的類型區分為「評價事實單一」（Tateinheit）與「評價事實複數」（Tatmehrheit），前者即為「想像競合犯」；後者便是「實質競合」。此種競合型態的先行區分有其實益，蓋其法律效果所依據的處理基礎，會因為競合型態的不同而有所差異，基本上，對於單一評價事實的法律效果處理基礎，係在於複數構成要件的整合上；而對於複數評價事實的法律效果處理，則先就個別事實的法律效果，依據法定刑為宣告，再就所宣告的宣告刑，作為處理的基礎<sup>66</sup>。

---

<sup>66</sup> 柯耀程，同註 12，頁 32。

而在採取單一刑原則體制下，雖然對於競合型態仍作形式上與概念上的區分，但此種區分對於法律效果的判斷影響並不大，其法律效果處理所依據的判斷基礎，均以法定刑為基礎。

### 第一款 區分原則 (Differezierungsprinzip)

採取區分原則者，對於競合型態係先從單一評價與複數評價作區分。再次，對於單數評價的法律效果處理，所依據者乃為法定刑之整合；而對於複數評價的法律效果處理，則是依據個別之宣告刑為其基礎。因此，在競合理論中採取區分原則，對於法律效果的決定，不但在處理法律效果所依據的基礎有所區分，對於競合型態亦有實質意義的不同。而區分原則的處理模式，從學理的發展過程作觀察，有五<sup>67</sup>：一、累罰原則；二、併罰原則；三、吸收原則；四、限制加重原則；五、結合原則。

#### 第一目 累罰原則 (quot crimina, tot poenae)

累罰原則為源自羅馬法之觀念，此種法律效果的處理可謂為最原始的累計方式，即將行為人所犯之罪，各罪之法律效果分別宣告，且不分法律效果之種類與程度，均合計加以計算。其所依據處理之基礎乃為各罪之宣告刑，不論宣告刑中，有無不同種類之刑罰手段，均分別加以執行。此即為「有多少罪，即有多少刑」(quot crimina, tot poenae)之理念。

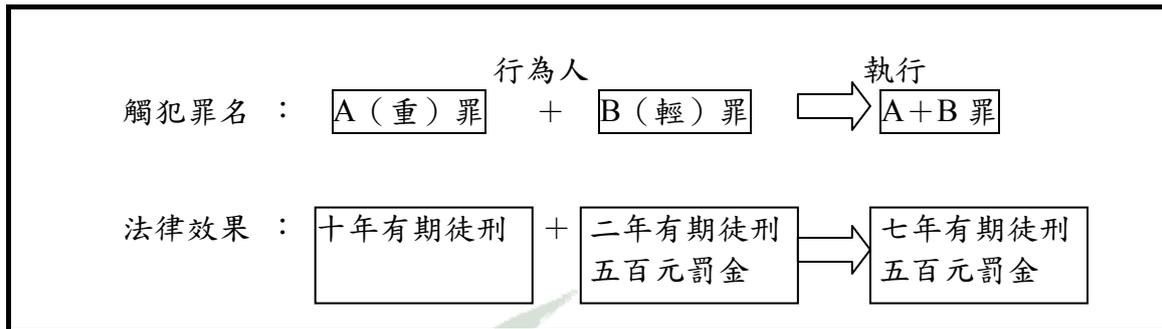
近代刑法在罪刑法定原則與罪刑均衡原則的影響之下，直接將各罪之法律效果予以相加，並不多見。蓋現代刑法思潮對於刑法的目的並不只採取應報思想，而是認為刑罰除了應報外，尚有預防與使行為人再社會化的功能，因此，即使行為人觸犯數罪而侵害數個法益，於科刑上也不宜只採取累計的方式，而應採取其他方式加上處理而科以較合適且符

---

<sup>67</sup> 關於區分原則下五種法律效果之處理模式，詳參閱，柯耀程，同註 12，頁 33-39。

合比例原則的刑罰<sup>68</sup>。該原則僅於各罪均屬獨立且受到程序法拘束的情況下，始有適用的空間，即僅在不同程序處理之各罪，而且各罪之實現均在裁判確定後，方可將一行為人所犯的各罪，依累罰原則，就其法律效果加以處理。

如以圖表表示，可如下圖：



(圖表二之 5)

## 第二目 併罰原則 (Kumulationsprinzip)

併罰原則，係指對於競合問題之法律效果處理，直接將所得的法律效果，予以併罰。其所合併處罰者，僅針對不同的刑罰種類，例如自由刑、罰金刑及從刑同時存在之情況。至於同種類之法律效果，並不予以累計處罰。其法律效果所依據者，乃各罪各別論斷之宣告刑。

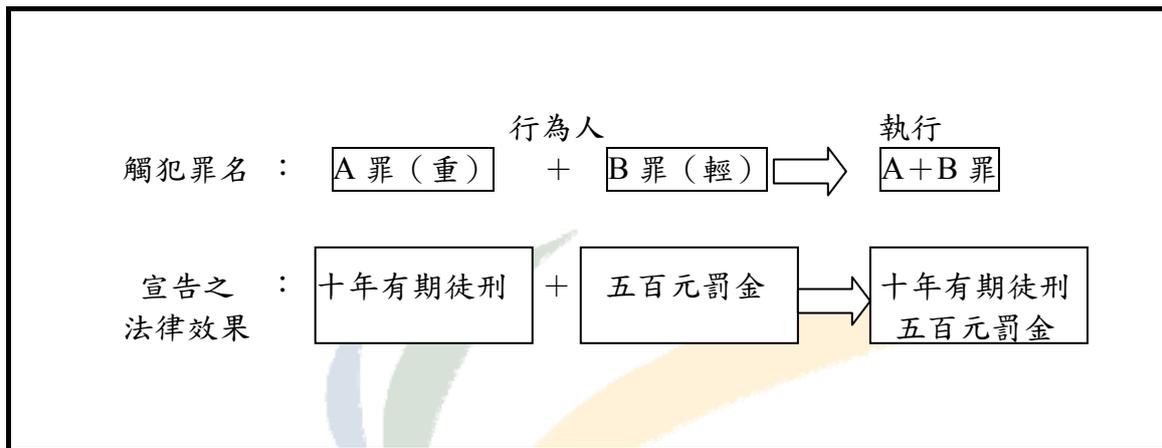
併罰原則之所以不同於累罰原則者，乃在於其並非毫無考慮地將所有法律效果，不論種類與刑度，均加以合併計算，所合併的僅為不同之刑罰種類。但是，若依德國刑法第 54 條第 3 項<sup>69</sup>規定：「合併刑由自由刑和罰金刑構成者，在決定合併刑時，一單位日額金相當於一日自由刑。」此為德國刑法對於不同的法律效果，特別是自由刑與罰金刑之間，有互

<sup>68</sup> 楊一帆，同註 12，頁 20-21。

<sup>69</sup> StGB § 54(3)：「Bildung der Gesamtstrafe Ist eine Gesamtstrafe aus Freiheits- und Geldstrafe zu bilden, so entspricht bei der Bestimmung der Summe der Einzelstrafen ein Tagessatz einem Tag Freiheitsstrafe.」

相轉換之機制存在，即為學理所稱之「日額」(Tagessätze)概念。因此在德國，併罰原則與累罰原則似乎無實際上的區別，罰金刑與自由刑的併罰和罰金刑與自由刑的累計，意義相同，致使德國法上併罰原則與累罰原則幾乎等同<sup>70</sup>。職此，在德國有學者將併罰原則詮釋為累罰原則的現代翻版<sup>71</sup>。

若以圖表表示，圖示如下：



(圖表二之6)

### 第三目 吸收原則 (Absortionsprinzip)

吸收原則，係指各罪之法律效果，不論是法定刑或是宣告刑，在處斷上，被吸收於單一的法律效果上，在科處時，行為人僅需執行最後所得之法律效果。該原則的適用，並不考慮法律效果種類的差異，其所依

<sup>70</sup> 楊一帆，同註 12，頁 21。

<sup>71</sup> Bringewat, Die Bildung der Gesamtstrafe 1987, S. 89f.f.; Samson-SK, Rn.12 zu §53; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 20 zu §53; Vogler-LK, Rn.12 zu §53, 轉引自柯耀程，同註 12，頁 34-35 註 40。然而國內學者蔡墩銘教授認為：「併科主義 (Kumulationsprinzip)，即對各罪所定之刑予以合併執行之方法。依此，有多少罪，即科以多少之刑，完全不顧慮行為人所受科處刑罰之性質。」參閱，蔡墩銘，同註 23，頁 379。蔡墩銘教授所謂的併科主義，其實在本文乃較接近「累罰原則」之見解，之所以把累罰原則認為併罰原則而加以說明，是否受到德國「日額」的轉換機制影響，則不得而知。

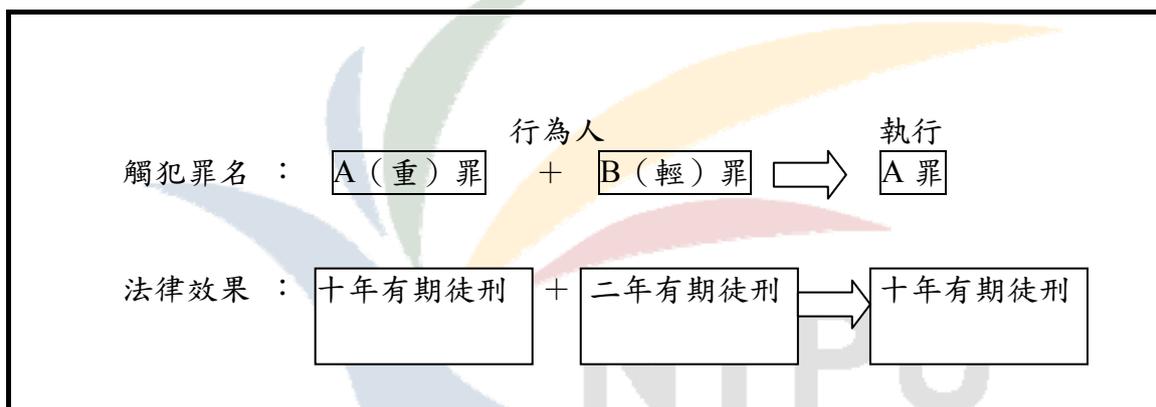
據之衡量基礎，通常在於法律效果輕重程度之別，是以重刑吸收輕刑的方式，處理法律效果問題。

此處所謂「吸收」，似乎僅係針對法律效果問題，而並非針對罪名問題。罪名如果具體存在，則只會發生是否影響評價而已，並不能被吸收而消失。

然而同為吸收原則，不同立法例上亦有若干差異，因此倘若細為區別，又可分為以下四種<sup>72</sup>：

#### 一、犯罪吸收之方式：

此僅選擇最重之犯罪予以論處，不處罰其他犯罪。圖示如下：

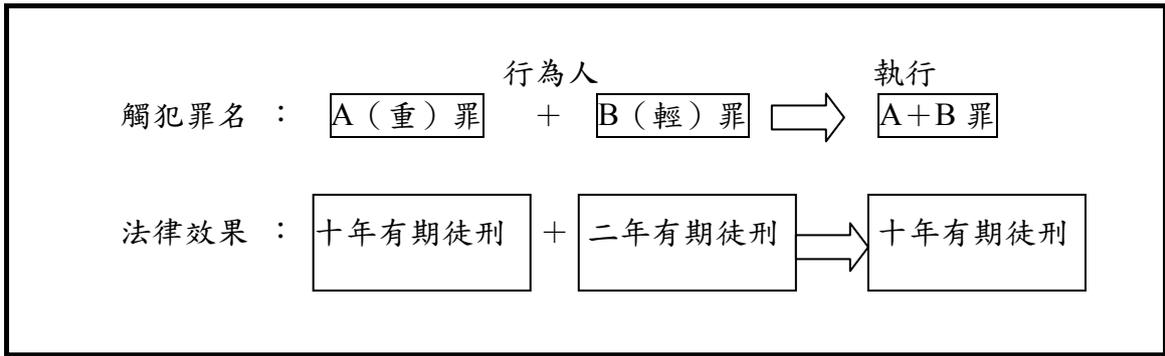


(圖表二之 7)

#### 二、法定刑吸收之方式

即以最重之法定刑吸收其他法定刑。圖示如下：

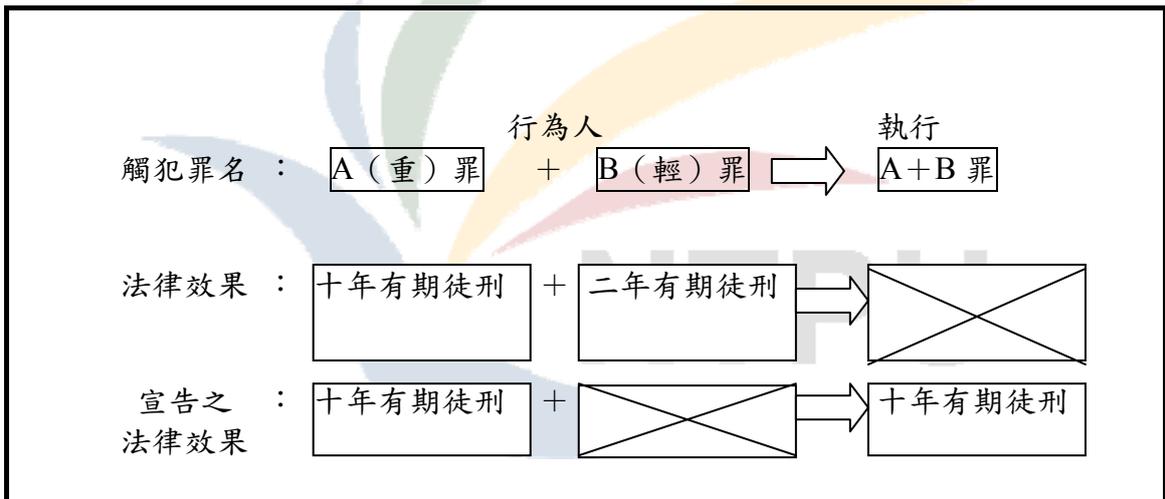
<sup>72</sup> 蔡墩銘，同註 23，頁 379。



(圖表二之 8)

### 三、宣告刑吸收之方式

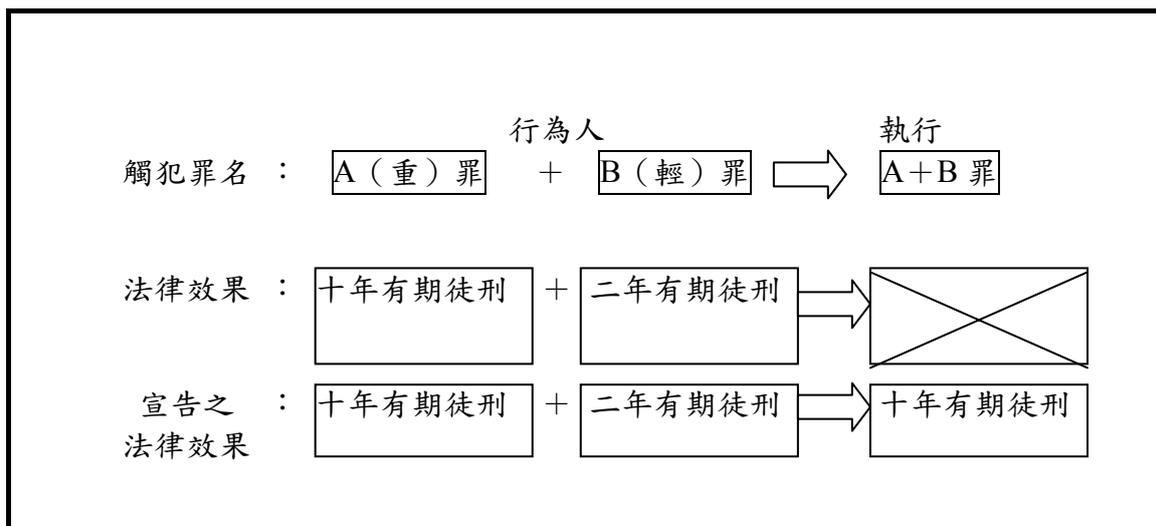
即對數罪擇一宣告最重之宣告刑，不必對其他罪而為刑之宣告。圖示如下：



(圖表二之 9)

### 四、執行刑吸收之方式

即對數罪均為宣告刑之宣告，但執行時僅執行其最重者，如有相同者，則執行其一，而不執行其他宣告刑。圖示如下：



(圖表二之 10)

#### 第四目 限制加重原則 (Asperationsprinzip)

限制加重原則，乃係針對同種類之相對刑，即此一原則所處理的法律效果，僅限於相同種類之法律效果，並不及於不同種類之法律效果。該原則適用基礎，乃在於各罪之宣告刑上。限制加重原則乃對於數罪之一重罪加重其刑後，以形成宣告刑之方法。此一原則可併免累罰原則之過嚴，亦可避免吸收主義之過寬，屬於折衷之見解。對於限制加重原則亦可分為<sup>73</sup>：一、法定刑加重之方式，即依法定刑之刑度而為一定之加重；二、宣告刑加重之方式，即依宣告刑之刑罰而為一定之加重。

所謂「限制」，乃在於避免對於各罪所得之法律效果，予以合併處罰。申言之，限制加重原則之主要目的在於避免適用累計的方式，科予行為人過度的刑罰。在科處刑罰時，以刑度最重之罪的最高宣告刑以上，所有犯罪宣告刑之總和以下，定一個刑罰裁量的空間，而由法官在此裁量空間內加以裁量，進而定行犯罪行為人應執行之刑<sup>74</sup>。

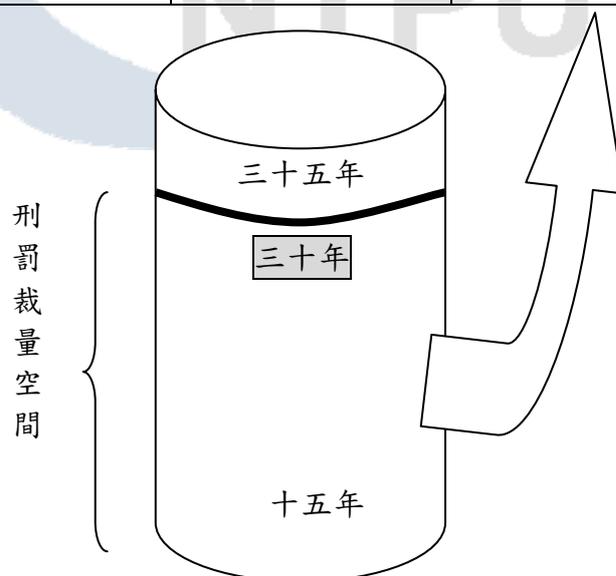
<sup>73</sup> 蔡墩銘，同註 23，頁 379。

<sup>74</sup> 楊一帆，同註 12，頁 24。

若從法律效果適用的情形加以觀察，限制加重原則對於複數評價的競合問題，於處理法律效果上，為一相當重要之原則。蓋由於刑法規定中，法律效果多為相對刑，且有期徒刑與罰金刑，在刑罰手段中，為最主要之刑罰種類，在形成整體刑時，該原則便為處理法律效果之重要判斷依據。

以我國刑法第 51 條規定為例，其處理方式，係就各罪宣告所得之相對刑以其最重刑為下限，而將各罪同類之宣告刑合併為上限，但對於有期徒刑之期間不得逾三十年，拘役不得逾一百二十日，而罰金則無上限，而形成一新的刑度範圍，作為刑罰裁量時之裁量空間。若以圖示，可表示如下：

	法 定 刑	宣 告 刑	執 行 刑
A 罪	十年以上 有期徒刑	十五年之 有期徒刑	二十八年 有期徒刑
B 罪	十年以上 有期徒刑	十二年之 有期徒刑	
C 罪	七年以下 有期徒刑	五年之 有期徒刑	
D 罪	三年以下 有期徒刑	三年之 有期徒刑	



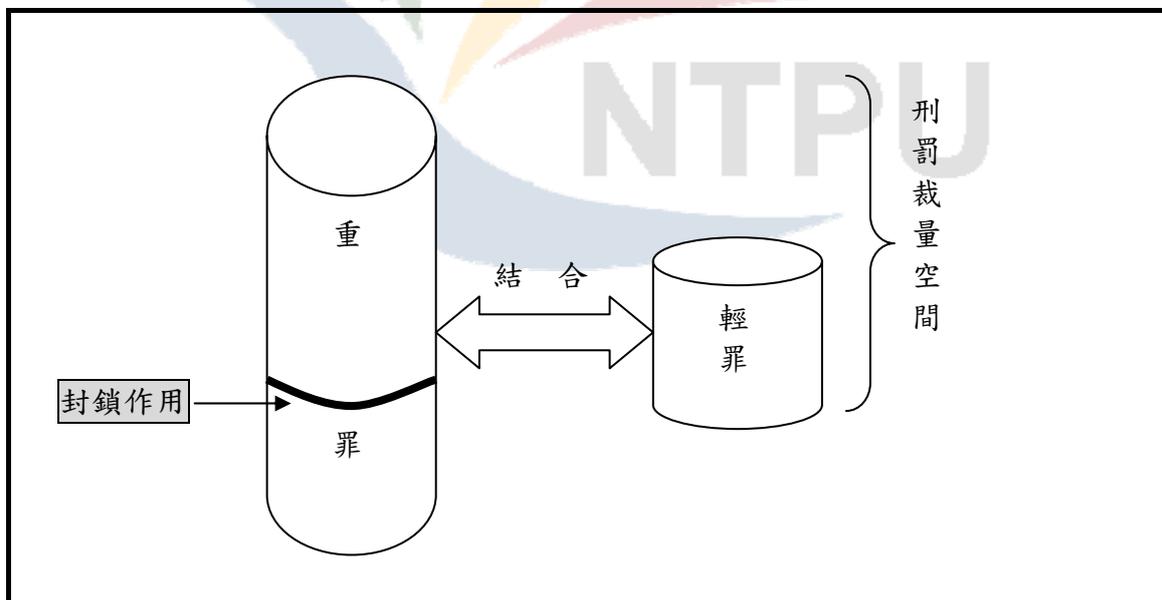
(圖表二之 11)

## 第五目 結合刑原則 (Kombinationsprinzip)

結合刑原則乃支配德國刑法處理競合論上相關問題，特別是針對想像競合犯問題處理之重要方法。該原則基本上係以法定刑作為處理之基礎。由於刑之形成，乃結合重罪之最重之法定本刑與輕罪法定刑之最重低刑度而形成，因此稱之為結合刑原則。

所謂「結合」，係指結合複數構成要件個別之法定刑。

依結合刑原則所為的刑之量定，係以實現構成要件之最重法定刑為基準。但如果較輕罪名之法定刑有較重的低度刑時，則該較重低度刑亦有其適用，亦即法律效果的判斷，係結合實現構成要件規定中之最重的上度法定刑與最重的下度法定刑而形成，如較輕罪名中，包含有較重罪名所未規定之其他法律效果時，亦在結合之列。依此原則所形成的新刑度範圍，便成為刑罰裁量中量定刑罰之裁量空間。圖示如下：



(圖表二之 12)

## 第二款 單一刑原則 (Einheitsstrafe)

所謂單一刑原則，係指法律效果之形成，並不考慮受侵害法規之個數，也不考慮形成競合的形式與種類，而直接委由法官就具體事實，依刑法單一刑之規定，而為法律效果之量定。由於該原則不需要針對所實現的各罪作法律效果之考量，其所依據者，乃為所實現之構成要件之法定刑。故而，競合形式之區分對單一刑原則而言，似乎並無實質意義存在，以此觀之，想像競合犯與實質競合的概念，在單一刑原則之中，僅具有概念上的形式意義而已，並不影響法律效果之決定。職是之故，處理想像競合犯與實質競合時，在法律效果的確定上，並沒有外觀型態上之差別<sup>75</sup>。

對於單一刑原則是否要納入刑法競合論中而取代區分原則，在德國刑法修正期間曾引起相當熱烈的討論。茲將贊成意見與反對意見之論述簡介如下<sup>76</sup>：

#### 第一目 贊成意見

此乃大部分刑法學者以及聯邦司法部所主張，認為應將單一刑原則導入刑法競合論中。彼等以為，犯罪行為乃係源自於行為人之人格，而人格亦是藉由行為加以表現。因此，整個犯罪情狀實為行為人癥狀的表現，所以相關的判斷標準，不應置於個別的行為，而應在行為人，且行為人之人格乃係一個不可分割之整體，故有必要為單一的處理。此外，單一刑原則對於實質競合問題，亦能提供刑事程序之簡化效果，此乃因不必再對個別刑之數與種類，予以數據化的考量，也不需確定個別犯罪行為之數。

#### 第二目 反對意見

---

<sup>75</sup> 柯耀程，同註 12，頁 40。

<sup>76</sup> 柯耀程，同註 12，頁 40-42。

德國實務界則反對將單一刑原則導入刑法競合論中，反對意見以為單一刑原則對於科刑的正確性，並不比個別刑提供更為有效的保證。除此之外，在實質競合之處理上，如果僅是基於簡化訴訟程序及舒緩法院工作量之原因，而導入單一刑原則，則在法理之妥當性與合理性便令人質疑。蓋一方面其不能免除刑罰裁量上失慮及欠缺準確性之隱憂，以及難以擔保法官定型化之科刑而忽略個別上之差異；另一方面，因未對於個別刑予以宣告，而使得不法程度與罪責輕重的認定容易流於恣意，且亦使得對於個別罪刑之補救及控制產生問題。

### 第三目 德國立法決定

在衡量利弊得失之後，德國立法者乃採納反對意見，反對將單一刑原則導入刑法競合論之中，而仍能維持競合論中區分原則之規定。其考量上最主要的依據有三：一、導入單一刑原則之制度規定所生的優勢，並不能彌補由此而生之缺失；二、如果是基於事實的需要而導入單一刑原則之制度規定，並未確實保證可以提供可預見改善現有體制之情況；三、更何況現有之法律情況，亦未到達令人不能接受而需要加以變更的地步。職此，在德國並未採取單一刑原則之制度。

### 第二項 刑法第 55 條之法律效果

我國原刑法第 55 條原規定：「一行為而觸犯數罪名，或一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」但於 2005 年 1 月 7 日修法時，修正後現行條文乃規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」是以，有關想像競合犯法律效果之處理方法，實有必要區分修正前原刑法對於想像競合犯之法律效果之處理方法與修正後現行刑法對於想像競合犯之法律效果之處理方法，而加以觀察。

## 第一款 原刑法之法律效果

國內學者多認為，原刑法第 55 條對於想像競合犯法律效果之處斷，僅規定「從一重處斷」，此乃取上述「吸收原則」作為想像競合犯法律效果之處理方法，此一原則對於想像競合犯法律效果的決定，直接採用不法內涵最高之構成要件之法律效果，作為想像競合犯的法律效果，其他較輕之法律效果，完全無適用之餘地。是以，吸收原則在具體的法律效果決定上，無異是以最重的法律效果，吸收所有其他的法律效果。

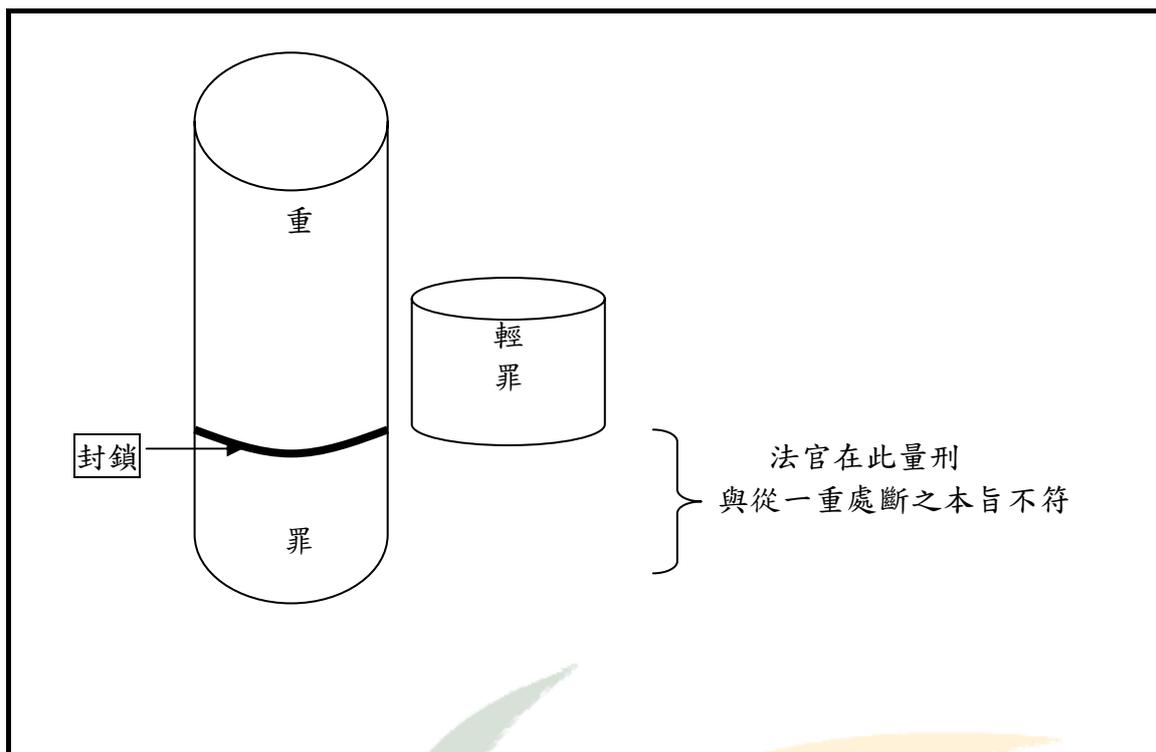
然而，此種處理想象競合犯法律效果之方法，不但使得其他構成要件的法定刑，無法共同參與法律效果的決定，更因法律效果的吸收關係，而使得反應實現複數規範之一行為，其可罰性之具體內容，變得格外模糊不清，連帶地也使得複數構成要件所共同決定之不法內涵，喪失其非價判斷的意義。故而，以吸收原則來處理想象競合犯法律效果之方法，顯然有其本質性的缺陷存在<sup>77</sup>。

採取吸收原則，在實務上可能出現的窘態，乃為法官在輕罪的最輕本刑以下，誤而量定宣告刑，蓋由於刑法規範大多數的法定刑有上限與下限之設，而有可能存在重罪的下限尚較輕罪的下限為輕之情形。於此情形下，法官若在重罪的最輕本刑以上，輕罪的最輕本刑以下，量定宣告刑，雖與從一重處斷的規定不相違背，但卻與從一重處斷的本質不相符合<sup>78</sup>。此即後來刑法第 55 條增訂但書規定之修正理由所謂的「想像上競合與牽連犯，依現行法規定，從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑。此種情形，殊與法律規定從一重處斷之原旨相違背，難謂合理。」圖示可表示如下：

---

<sup>77</sup> 柯耀程，同註 12，頁 229-230。

<sup>78</sup> 林山田，同註 25，頁 282。



(圖表二之 13)

有學者<sup>79</sup>認為修法理由中謂：「依現行法規定，從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑。此種情形，殊與法律規定從一重處斷之原旨相違背，難謂合理。」此種說法令人費解，怎會說「裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑」如果真發生這樣的情形，根本就是法官濫用量刑，根本就是「不得」，何來的「仍得」，乃主張刑法第 55 條增訂但書是多餘的。誠然，但該學者最後認為加上也好，避免頭腦不清或別有用心者把「不得」搞成「仍得」。

然而是否原刑法第 55 條所規定之「從一重處斷」，即如同國內學理通說的採「吸收原則」，本文對此抱持懷疑的態度。原刑法第 55 條對想像競合犯所規定之「從一重處斷」，在法律效果處理的方法上，究採何種

<sup>79</sup> 鄭逸哲，同註 20，頁 253-254。

模式，實應自「從一重處斷」之性質加以探討，對於「從一重處斷」之性質為何，容後再述。

## 第二款 現行刑法之法律效果

我國現行刑法第 55 條乃仿德國刑法第 52 條第 2 項<sup>80</sup>之規定，增訂但書規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」但書為量刑之封鎖條款，從此條文之結構觀察，乃採取結合刑原則。此種結合刑原則，主要係在決定想像競合犯的法律效果時，單純從各構成要件的法定刑，加以觀察，結合最重之高度刑及最重之低度刑，而形成一個與被實現構成要件不同之法律效果，此種以被實現構成要件之法定刑為基礎，經整合所形成新的法律效果，即為單一行為所形成想像競合犯的法律效果。

由於其乃係整合各構成要件之法定刑，而形成一新的法定刑，因此，此種法律效果之整合關係，無論在形式或實質的意義上，也較能揭露出各被實現構成要件對於法律效果決定的共同作用，亦即，由複數構成要件共同決定行為之可罰性，並且共同形成行為之不法內涵。

如果從規範實現的具體關係來加以觀察，想像競合犯型態中，所實現之複數構成要件，不但均具體存在，而且對於行為的評價，亦應有實質的評價作用，此種作用會反應在最終的法律效果決定之上。職是之故，結合刑原則相較於吸收原則，在處理想象競合犯法律效果顯然更為合理<sup>81</sup>。

---

<sup>80</sup> Strafgesetzbuch(StGB) §52：「Tateinheit (2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.」德國刑法第 52 條第 2 項：「觸犯數個刑罰法律者，從重罪之刑處斷，但不得低於輕罪之低度刑」。

<sup>81</sup> 柯耀程，同註 12，頁 230。

### 第三款 採取單一刑之三點疑慮

我國乃是繼受區分原則的立法例國家，因此，單一刑原則的體制，在我國刑法對於競合問題之法律效果的處理上，並無適用之餘地。或許有學者另從立法論之角度切入，而贊成較為簡單的單一刑原則，認為我國應採取單一刑原則之制度規定，然此容有爭議。有學者<sup>82</sup>以為若採單一刑原則，可能會有以下三點之疑慮：

#### 第一目 單一刑原則並非未來趨勢

首先應加以釐清的是，單一刑原則完全不能用來解釋我國的現行刑法。而贊成應採取單一刑原則之體制，係屬於「立法論」而非「解釋論」。而我國國內通說與實務亦僅以區分原則為解釋運作，就結論而言，是為正確之作法。

若從比較法的角度切入，單一刑原則未必是所謂的未來趨勢。以歐盟主導而在西元 2000 年定稿的「歐盟刑事法典」(Corpus Juris 2000) 為例，其對於競合條款<sup>83</sup>之規定乃區分了「一行為觸犯數罪名」與「數行為觸犯數罪名」之二種情形之處罰，前者即為一般學理所稱之「想像競合犯」的條文規定模式；而後者便是一般學理所稱之「實質競合」的條文規定模式。以此觀之，未來的趨勢仍是採取區分原則。

---

<sup>82</sup> 林鈺雄，同註 6 文，頁 262-264。

<sup>83</sup> Corpus Juris 2000 § 17：「2. Where a person commits more than one offence against Articles 1 to 8 by a series of separate acts or omissions, a single penalty shall be applied, determined on the basis of a maximum penalty which is twice the maximum penalty for the most serious offence. In the cases provided by (1) and (2) the penalty determined thereunder shall not exceed the sum of the penalties which could have been inflicted separately for each offence」see APPENDIX II：GUIDING PRINCIPLES OF CORPUS JURIS 2000, available at <http://www2.law.uu.nl/wiarda/corpus/fransdx.html>, latest visit 2008 年 12 月 25 日。

## 第二目 單一刑原則並非競合論之救世主

即便未來改採單一刑原則，運用起來並不會比現行的區分原則簡單得多。單一刑原則並非競合論之救世主，競合論之困境依舊還是存在。改採單一刑原則，充其量只能說是少了想像競合犯此一類型而已，其它問題依然存在，尤其是一罪與數罪的區別。而且，真正的困難就是出在一罪與數罪的區分之上。甚至，於行為人形式觸犯數個構成要件的情形，最後究係論以一罪或數罪，此即區分原則下所稱真正競合與不真正競合之區分難題，本質上一樣是存在的。

## 第三目 單一刑原則之結論未必合理

縱使改採單一刑原則，結論未必較為合理，主要原因在於，以一行為觸犯數罪名的想像競合犯與以數行為觸犯數罪名的實質競合，二者處罰的法定刑相同。舉例來說，行為人以一次撞車行為過失導致三個人死亡，與先後分別三次過失行為共撞死三個人，就法定刑之刑度而言，是等量齊觀的。採取單一刑原則者，可能會出現二種主張：其一是認為此兩種情況一樣是撞死三個人，本來就毋庸區別。蓋採取單一刑原則之立法例，著重者乃是行為人「觸犯數罪名」之結果不法，因此將其視同實質競合來處斷，結論就是數罪併罰；其二是認為此二種情形雖然應該區別，但是區別的任務只要交給法官在量刑時進行個案權衡即可。

然而此二主張卻似是而非，關於第一個主張，由於刑事的不法內涵係由行為非價與結果非價所共同組成，單一刑原則把行為人一次撞車的行為導致三個人死亡視同行為人分別犯三次過失撞死人而加以數罪併罰，顯然是忽略了實行行為只有一個，且完全重疊；而關於第二個主張，把問題丟給個案法官，並不會因此讓競合論更簡單或者是更清楚，況且，

對於法官恣意的疑慮，正是立法論上主張區分原則而反對單一刑原則的理由之一。

### 第三項 「從一重處斷」之探討

#### 第一款 從一重處斷之理由

刑法第 55 條本文規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。」行為人一行為而同時該當刑法上數個構成要件應如何論處？若在羅馬時代，乃採取累罰原則，行為人違反幾個法條便處罰幾次，而不論其行為數究係一個或數個。然而以現代的刑法思潮觀之，這樣的處理模式似乎太過於嚴苛。此種處理方式完全以應報思想科予行為人罪責，依照以牙還牙，以眼還眼之邏輯思考，與現在刑事政策之思潮難以相符。蓋現代的刑罰思潮乃是採取折衷原則，除了應報思想外，尚必須考量一般預防與特別預防及其他刑罰目的。於想像競合犯之情形中，行為人只有一個犯罪行為，若就刑罰矯治行為人的目的觀之，對於行為人一個行為違犯數罪與行為人數個行為違犯數罪皆科以多數的行罰而作相同之處理，不僅違反平等原則，更違反比例原則<sup>84</sup>。職此，多數國家的立法例於行為人一行為觸犯數罪名的情形下，多規定「從一重處斷」，我國刑法第 55 條即為此例。惟對於一行為觸犯數罪名，何以只科處一個刑罰？其理論依據何在，著實有探討之必要。對於此，有從犯罪論求其根據者，亦有從刑罰論尋其理由者，分述如下。

#### 第一目 自犯罪論之立場觀察

---

<sup>84</sup> 楊一帆，同註 12，頁 26-27。

自犯罪論之立場，探討想像競合犯之實質根據者，又分別自違法評價之觀點與責任評價之觀點而加以觀察。

### 一、單一違法說

單一違法說乃自違法評價之觀點而加以觀察，認為就想像競合犯而言，實際上雖僅有一個違法行為，而在形式上卻有二個違法評價。換言之，想像競合犯之評價對象，雖然僅只有一個行為，但在違法評價上，則對於該行為之同一內容予以重複評價，因此僅能予以一罪處斷<sup>85</sup>。

此說乃把想像競合犯當作係存在「一個違法」，因而認為，想像競合犯在形式上雖然被加諸二個違法評價，但實質上卻只存在一個違法。舉例來說，例如放火燒燬建築物而燒毀在該建築物中的屍體，於此案例中，若把作為其規範的禁止規定當成抽象的行為規範，則應有「不得燒燬建築物」與「不得毀壞屍體」兩個禁止規範，因此此行為將受到「放火」與「毀壞屍體」二個構成要件之評價。然若將此一規定當作是基於這二個規範之現實場面的具體性禁止，則僅只有「不得為『放那一把火』的行為」此一禁止而已。也因此，此種情形可認為只有存在一個違法。亦即，儘管想像競合犯在形式上被加諸二個違法評價，但在實際上仍然只存在一個違法<sup>86</sup>。

然而，有學者以為，對於違法評價而言，除了抽象的行為規範之外，法益侵害行為的禁止規定亦為十分重要。即便是將禁止規定當作現實場面的具體性禁止規定，也不能否定有「不得放可能致生公共危險的火」與「不得放毀損屍體的火」等二個禁止的存在，進而認為應存在二個違法。是以，從具體性禁止的角度觀察，而認為只有一個禁止是有疑問的，

---

<sup>85</sup> 中野次雄，共犯の罪數，齊藤還曆，現代の共犯理論，頁 352 以下，轉引自甘添貴，同註 2，頁 180；甘添貴，科刑上一罪之實質根據，月旦法學雜誌，第 48 期，頁 12，1999 年 4 月。

<sup>86</sup> 中野次雄，共犯の罪數，齊藤金作博士還曆祝賀，頁 352 以下；山火正則，科刑上一罪について－觀念的競合と「かすがい」理論を中心として－，刑法雜誌，第 23 卷第 1、2 號，頁 12-13，轉引自李錫棟，論想像競合犯，全國律師，第 5 卷第 7 期，頁 38，2001 年 7 月。

況且，想像競合犯若被認為只存在一個違法，則想像競合犯恐怕不能說是以數罪為前提的科刑上一罪，而應該解釋為本來的一罪<sup>87</sup>。

刑法上每一個構成要件都隱含著對於一個抽象的禁止規範在內，「不得放火致生公共危險」與「不得毀損屍體」，應存有二個抽象的禁止規範。雖然行為人藉由一個「放火」行為而同時違反二個禁止規範，但並不會因此而使得法律條文所隱含的禁止規範，由二個變成一個具體的禁止某一行為，否則刑法條為中的禁止規範將會變得具有變動性與不確定性，因此，把數個抽象禁止規範任意壓縮成一個，有影響法律安定性之虞，為其缺點<sup>88</sup>。

## 二、責任減輕事由說

責任減輕事由說乃自責任評價之觀點而加以觀察，認為就想像競合犯而言，一個意思活動，僅為一次規範意識的突破，此與數罪併罰係複數意思活動，而突破多次的規範意識情形，顯有不同，其責任應較為減輕，因此僅能予以一罪處斷<sup>89</sup>。

此說乃把想像競合犯的處斷應較數罪併罰的處斷為輕的理由求之於一個意思活動，認為一個意思活動是突破一次規範意識，二個意思活動是突破二次規範意識，因此，就責任而言，應該要認為突破一次的規範意識較突破二次規範意識為輕，因此想像競合犯的本質是減輕責任的事由。

有學者以為，以一個意思活動殺害二個人的情形，雖然可以說其責任比二個意思活動而殺害二個人為輕。但是，此兩種情形皆存在二個作為責任條件之故意，且責任之輕重不能僅以意思活動的個數來作普遍性地決定。蓋行為人以一個意思活動而實現多個犯罪之情形，其責任也有

---

<sup>87</sup> 中山善房，罪數論の現狀，中野還曆，刑事裁判の課題，頁 192，轉引自李錫棟，同註 86，頁 38。

<sup>88</sup> 楊一帆，同註 12，頁 27-28。

<sup>89</sup> 平野龍一，刑法總論 II，頁 420，轉引自甘添貴，同註 2，頁 181；甘添貴，同註 85，頁 12。

可能比各次犯罪中由於禁不住誘惑而反覆數次意思活動並實現犯罪的情形來得重<sup>90</sup>。

然而，就不法程度與罪責而言，在同樣的行為態樣下，一個意思活動而實施的一行為與複數的意思活動而實施的複數行為，後者之不法程度與罪責內涵顯然是高於前者。亦即二者的罪責並不相同，既然罪責不相同，自然就應該在刑度的科處上做出不同的反應。刑法的基本評價之架構乃建立在一個行為違反一個法律規範的情形，就此基本的架構觀察，複數法律規範被侵害理應為複數的行為，因此單一行為違反複數規範相較於複數行為違反複數規範而言，是責任減輕的事由，在刑度上自然必須作不同於複數刑罰的處理，將複數刑罰權壓縮成一個刑罰權以符合罪刑相當原則<sup>91</sup>。

## 第二目 自刑罰論之立場觀察

自刑罰論之立場，探討想像競合犯之實質根據者，又分別自刑罰合目的原則之觀點與自刑罰減輕之觀點而加以觀察。

### 一、一行為一處罰說

一行為一處罰說乃自刑罰合目的原則之觀點而加以觀察，認為想像競合犯與數罪併罰均係就已成立數個犯罪之關係，在刑罰適用上，探討如何予以處理，屬於犯罪競合論之問題，因此自應該於刑罰論中探討其實質的根據。基於法安定性之要求與行為人利益之保護，想像競合犯，並非一行為一罪，而是一行為一處罰。在刑罰的適用上，係基於「處罰

<sup>90</sup> 山火正則，科刑上一罪について－觀念的競合と「かすがい」理論を中心として－刑法雜誌，第23卷第1、2號，頁14，轉引自李錫棟，同註86，頁38。

<sup>91</sup> 楊一帆，同註12，頁30。

一次性」之合目的原則。此與數罪併罰之數處罰，在刑罰適用上之處理，自應有所不同<sup>92</sup>。

此說先認為罪數論與競合論應嚴格加以區別，前者屬於犯罪論；後者屬於刑罰論。於此架構下，想像競合犯乃屬於競合論之範疇，自應於刑罰論中加以檢討。想像競合犯之所以異於數罪併罰的處理，是因為想像競合犯是以一行為而實現數罪，在刑罰的適用上可採吸收主義。換言之，想像競合犯並不是「一行為＝一罪」，而是「一行為＝一處罰」，就此點而言，應認為想像競合犯與實質競合在刑罰的科處上，應作不同的處理。

有學者認為此說未將想像競合犯的本質理解成與違法或罪責相關連，而把想像競合犯的問題評價為競合論，即刑罰論上的問題，方向固屬正確，然而關於想像競合犯為何是一個處罰，似乎沒有完全說明清楚<sup>93</sup>。

雖德國學者 Geerds 從刑法規範所揭示的法定「刑罰正當權限」（strafberechtigung）加以闡述，認為個別的刑罰規範均含有一個「刑罰效果」，如果多數規範被侵害時，則此種正當權限亦有數個。然而想像競合犯係侵害數個刑法規範，理論上應該要有數個刑罰權，為何此時國家只賦予一個刑罰？何以只有一個國家刑罰權？此說僅闡述一個刑罰權的表象，實際上並未提出一個實質的依據。

之所以只賦予一個刑罰，只有一個刑罰權，實質上的理由乃是基於罪責原則中罪刑相當原則與比例原則中過度禁止原則（Grundsatz des uebermassenverbots）的考量。想像競合犯之不法性與數行為數罪的實質競合之不法性，在程度上並不相同。若是對於一個行為科予複數的刑罰，

---

<sup>92</sup> 中山善房，觀念的競合における「一個の行為」について，刑法雜誌第 21 卷第 2 号，頁 138-142，轉引自甘添貴，同註 2，頁 181；甘添貴，同註 85，頁 12-13。

<sup>93</sup> 山火正則，科刑上一罪について－觀念的競合と「かすがい」理論を中心として－刑法雜誌，第 23 卷第 1、2 號，頁 15，轉引自李錫棟，同註 86，頁 39。

則是不符合罪責原則中罪刑相當原則與比例原則中過度禁止原則，蓋行為人的一行為與一而再、再而三違反刑法誡命的數行為，在不法程度上與罪責上，兩者並不相同。

## 二、刑罰減輕事由說

刑罰減輕事由說乃自刑罰減輕之觀點而加以觀察，認為想像競合犯，乃係對於一個行為，重複予以數個法的評價，而且重複予以科處刑罰。所謂法的評價，乃是對於行為，確定其成立如何犯罪及應如何科處刑罰。想像競合犯，在法的評價上，雖為數罪，但是此數罪乃是由其評價對象之一個行為所統一展現。亦即，其所實現的法之敵對行為，在現實上僅有一個，因此在科刑上，即存有統一地科刑而作為一罪處理的契機。基此意義，想像競合犯，乃係著眼於犯罪行為之態樣，而為刑罰減輕之事由<sup>94</sup>。

此說把想像競合犯直接當作刑罰減輕事由來加以理解，認為法的評價係為了對於行為確定其成立何種犯罪，對其應科處何種處罰。在想像競合犯的情形，便存在數個此種法的評價。然而，實際上接受評價與接受刑罰的主體，即為法的敵對之行為，於現實上只實施一次而已，因此，刑罰應具體考慮行為的態樣之後，再予以科處。如果是著眼於數個罪被實現的態樣是以「一次實施」所實現的話，那麼在刑罰方面，則應認為此些數個罪只要合併科處一個刑罰，即為已足。想像競合犯在法的評價上並非一罪，然而該數個罪在犯罪行為的態樣上是把作為評價對象的一個自然行為，當成一個整體而被實現。職是之故，儘管此種情形在本來的意義上並不是一罪，但是在科刑上，不妨將其當作「合併科處刑罰」的一罪來處理。亦即，對於重複地為數個法的評價的「一個行為」，在刑罰上，只要合併科處一個刑罰即已足夠，而想像競合犯的規定就是將此種情形做類型化的規定。

---

<sup>94</sup> 山火正則，科刑上一罪について，刑法雜誌第 23 卷第 1、2 号，頁 11-12，轉引自甘添貴，同註 2，頁 181；甘添貴，同註 85，頁 13。

基於此一類型上的意義，想像競合犯的本質，應著眼於犯罪行為的態樣，而把此種犯罪行為的態樣解釋為刑罰減輕的事由。

此說似乎比一行為一處罰說更為具體化，具體地說出一個刑罰的實質理由。然而，此說與一行為一處罰說同樣忽略了一個行為與複數行為兩者在評價上的不同，之所以要減輕其刑罰，最主要仍是因為二者在不法程度上與罪責上的差異所致。

## 第二款 從一重處斷之性質

按想像競合犯乃是具有科刑上一罪關係之數個犯罪，究應如何處斷？依德國刑法的規定，德國刑法第 52 條第 1 項<sup>95</sup>規定：「同一行為侵害多數刑罰法律，或多次侵害同一刑罰法律者，僅論以一刑。」；再觀之日本刑法，日本刑法第 54 條第 1 項<sup>96</sup>規定：「一行為觸犯二個以上之罪名，或犯罪的手段或結果之行為更觸犯他罪名時，依其最重之刑處斷」。反觀之我國刑法，現行刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」所謂的「從一重處斷」，其性質究屬為何？實有深入探討之必要。

### 第一目 罪之吸收說

採罪之吸收說者認為，想像競合犯之處罰，採吸收主義，依刑法第 55 條之規定：「從一重處斷，但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」。所謂從一重處斷，係指從一重「罪」處斷，而非從一重「刑」處斷，

---

<sup>95</sup> Strafgesetzbuch(StGB) §52：「Tateinheit (1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird auf eine Strafe erkannt.」

<sup>96</sup> 日本刑法第 54 條 I：「一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する。」

故為罪之吸收，即從重罪處斷之結果，輕罪遂被吸收於重罪之中。而關於重罪之認定，應以所犯法條之本刑為準<sup>97</sup>。

## 第二目 刑之吸收說

採刑之吸收說者認為，想像競合犯，其輕罪之刑為重罪之刑所吸收，故為「刑之吸收」。

想像競合犯之「從一重處斷」，乃係想像競合犯原本屬於數罪，卻由於係根據一個行為所實施，於科刑上，即依據該數罪中之一重罪之法定刑加以處斷，而採吸收主義，僅以該數罪中之重罪之法定本刑處斷，其餘輕罪之「刑」，則為重罪之「刑」所吸收。重罪與否之認定，係以所犯法條之法定本刑為準，至於該數罪另有總則加重、減輕之適用時，乃屬於另外之問題，並不影響以法定刑為輕重之基準<sup>98</sup>。

所謂「從一重」者，有認為係指該數罪中所規定最重法定刑之法條而言<sup>99</sup>；有認為係指所規定之法定本刑之上限及下限皆屬最重者而言<sup>100</sup>。但若是依我國現行刑法第 55 條：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之規定，係採前者的見解，依據該數罪中之一重罪之法定刑加以處斷，但若該重罪所定之

<sup>97</sup> 蔡墩銘，同註 23，頁 390。相同見解參閱韓忠謨，同註 22，頁 371，韓忠謨教授謂：「所謂從一重處斷，乃於所犯數罪名中，從其法定本刑較重或最重之一法條處斷之義。」似乎亦採取罪之吸收說之看法。

<sup>98</sup> 陳子平，同註 36，頁 269-270。相同見解參閱張麗卿，同註 35，頁 461，張麗卿教授即謂：「依刑法規定，從一重處斷，是指刑罰上之法律效果，而非罪名宣告上之法律效果。法定刑從一重罪之法律效果。換言之，從一重之刑罰處斷，非從一重之罪名處斷。何以認為從一重？主要是基於刑事政策考量，因為行為人的行為祇有從一重之價值而已。」；黃榮堅，同註 37，頁 979，黃榮堅教授即謂：「刑法第五十五條所謂從一重處斷，指的是刑罰上的法律效果，至於罪名則並無所謂從一重，而應該表明其係以一行為觸犯數罪名，否則根本無法對行為人所為行為之不法做完全的宣示。」；陳志輝，同註 40，頁 10，陳志輝教授即謂：「所謂想像競合犯的從一重處斷，其意思並非指『罪名宣告』的從一重，而係指『刑罰宣告』從一重處斷。」

<sup>99</sup> 例如林山田教授即謂：「所謂從一重處斷乃指按照形成想像競合犯的數個罪名中的最重罪名的法定刑，宣告行為人所應科處的刑罰。」參閱林山田，同註 25，頁 281。

<sup>100</sup> 陳子平，同註 36，頁 270-271。但此似乎並非陳子平教授之見解，至於國內文獻，本文作者尚未見有此說法者，特於此敘明。

最輕法定本刑較之其他輕罪所定之最輕法定本刑為輕，在科刑上，則不得科以較輕罪所定最輕法定本刑以下之刑。

想像競合犯的效果是從一重處斷，而這樣的作法正是為了避免不必要的雙重評價。同一犯罪事實實現了數個不法構成要件，如果適用任何一個構成要件，只處以一個，都無法對犯罪事實的不法要素加以完全評價，必須適用兩個構成要件方能將所有的不法要素充分評價，此時充分地將犯罪事實所應對的罪名在判決主文中顯現出來，即為想像競合犯的「釐清作用」(Klarstellungsfunktion)<sup>101</sup>，並且以此為基礎，依法定刑較重的法條作為決定量刑範圍和刑罰裁量的主要依據。此外，有些構成要件要素同為兩個構成要件所具備，則此些構成要件要素即有被重覆評價的疑慮，所以適用數個構成要件，科處一個刑罰，此正是想像競合犯制度的功能<sup>102</sup>。職此，如果罪名宣告上也從一重，也就抹煞了想像競合犯應有的「釐清作用」<sup>103</sup>。

### 第三目 刑之合併說

刑之合併說以為，「舊法」想像競合犯在犯罪認識上為數罪，在犯罪評價上亦為數罪，僅在科刑上以一罪處斷。論其性質，乃係就行為人所觸犯之數罪，在科處刑罰制裁時，從其中一個重罪處罰，亦即就行為人所觸犯之數罪中，依其最重罪名之法定刑為準，作為一個處斷刑之判斷

---

<sup>101</sup> 德國學理通說所謂想像競合犯的「釐清作用」，乃是指所有以一行為實現的數構成要件，都必須在判決主文中表明出來。對於行為人的犯罪行為論以想像競合犯，同時也說明了犯罪行為的範圍，整個犯罪行為的不法內涵與罪責內涵，得以在判決主文中被確定。詳參閱林山田，同註 25，頁 281；黃榮堅，同註 37，頁 979；陳志輝，同註 40，頁 8。雖然我國刑事訴訟法第 309 條規定：「有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，……」，然我國實務上對於想像競合犯「從一重處斷」法律效果的作法，認為在判決主文中只宣告重罪之罪名即可。可知我國實務見解與德國通說見解完全不同。不過需強調的是，判決主文的目的乃在於確定犯罪範圍，並且充分地將犯罪內涵彰顯出來，也對行為人有明示處罰的依據。只要有關處罰的重要事項，就必須在判決主文中加以宣告。參閱，陳志輝，同註 40，頁 9-10。

<sup>102</sup> 陳志輝，同註 40，頁 245-246。

<sup>103</sup> 黃榮堅，同註 37，頁 979；陳志輝，同註 40，頁 10。

依據。惟依「罪刑不可分原則」，評價上數罪之各罪，皆有其各自對應之法定刑；而科刑上一罪，亦有其對應之處斷刑。在罪質上，想像競合犯雖係科刑一罪，然其實質乃係連結數個評價上一罪而合併為科刑一罪。因此，科刑一罪，並非其組成分子之各別評價一罪；其所對應之處斷刑，亦非其組成分子之各個評價一罪之法定刑。

再者，因行為人所觸犯之犯罪實際上乃為數罪，因此，法院在判決主文上仍應將其所觸犯之數罪，不論其為輕罪或重罪，均應將其罪名同時並列，不得僅論以重罪，而置輕罪於不顧。並且，法院依最重罪名之法定刑為準，作為處斷刑之判斷依據而為刑罰裁量時，仍須審酌行為人所觸犯各罪之不法內涵與罪責內涵。亦即，法院在決定其處斷刑時，無論重罪或輕罪，均應一併予以評價，而在最重罪名之法定刑內，量處一個適當之刑罰。

況且，為符合從一重處斷之立法意旨，若輕罪之最低刑度高於重罪之最低刑度，所量處之刑不得低於輕罪之最低度之刑度。因此新修正刑法特仿德、日立法例，在第 55 條後段增訂但書：「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之規定。「新法」想像競合犯之處斷效果，加入輕罪之限制作用，益發彰顯其具有「刑之合併說」之特性<sup>104</sup>。

職此，想像競合犯之處斷刑，本質上實係「刑之併合處罰」。易言之，所謂從一重處斷，並非重罪吸收輕罪之「罪之吸收」；亦非重罪之刑吸收輕罪之刑之「刑之吸收」。想像競合犯之罪質，基於罪刑不可分之原則，實係合併其組成份子之數個評價上一罪，而成為科刑一罪；而其所對應之刑罰，則係合併其組成份子之各個評價一罪之數法定刑，而為一個處斷刑之意。因此，法院在決定其處斷刑時，雖以其中最重罪名之法定刑，作為裁量之準據，但在裁量其輕重時，仍應將輕罪合併評價在內<sup>105</sup>。

---

<sup>104</sup> 靳宗立，同註 59，頁 243-244。

<sup>105</sup> 甘添貴，同註 2，頁 274。

### 第三款 本文見解

既然想像競合犯之定位採取雙重定位，即橫跨「犯罪行為論」、「罪名論」與「刑罰裁量論」，則想像競合犯「從一重處斷」之性質，自應採取「刑之合併說」。在採取「刑之合併說」，現行刑法增訂量刑之封鎖條款是否有其實益，於下探討之。

### 第四項 量刑之封鎖條款

原刑法第 55 條對想像競合犯之法律處斷效果僅規定「從一重處斷」。而法律處斷效果「從一重處斷」，係比較所觸犯法條之輕重，學理間多認為係採取吸收原則而從一重處斷。但是，在輕罪法定刑下限反而高於重罪法定刑下限，依吸收原則而完全以重罪之法定刑為刑罰之標準，並不合理。蓋倘若如此，在輕罪之外另犯重罪者，反而可能可以得到較輕的刑罰，乃有違「罪刑相當原則」與「公平原則」<sup>106</sup>。是以，2005 年刑法修正時，以「依現行法規定，從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑。此種情形，殊與法律規定從一重處斷之原旨相違背，難謂合理。德國刑法第五十二條（2）及奧地利現行刑法第二十八條，均設有相關之限制規定，我刑法亦有仿採之必要，爰增設但書規定，以免科刑偏失」為由，在刑法第 55 條增訂但書「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」量刑之封鎖條款的規定，德國學理間多謂為「輕罪之封鎖作用」（Einsperrwirkung）。

### 第一款 衡平之目的

---

<sup>106</sup> 黃榮堅，同註 37，頁 982。

想像競合犯之衡平問題，在德國文獻探討上，主要有三：一、從一重處斷之問題；二、輕罪之封鎖作用；三、夾結效果。我國現行刑法第 55 條但書仿德國刑法第 52 條第 2 項之規定，規定了量刑之封鎖條款。當從一重處斷之重罪最輕法定刑低於輕罪的最輕法定刑時，規定量刑不得低於輕罪的最低法定刑，蓋從一重處斷的緣故，根本不會有適用輕罪名最輕本刑的機會。之所以會有量刑之封鎖條款，目的在於避免論重罪卻依比輕罪最低法定刑更低的法定刑處斷，此無非係為了「衡平」<sup>107</sup>。

## 第二款 多餘的量刑之封鎖條款

在我國的刑法是否有可能出現重罪的最輕法定刑低於輕罪的最輕法定刑之情況，實不無疑問。由於我國刑法立法甚晚，刑度設計有一定的規則：第一，最高刑為十二年，最低刑必為五年；第二，最高刑為十年，最低刑必為三年；第三，最高刑為七年，最低刑必為一年（刑法第 273 條當場義憤殺人罪除外）；第四、最高刑為五年，最低刑可能為六個月。從此規則觀察，看不出來會發生輕罪最低刑高於重罪最低刑的可能<sup>108</sup>。是以，以我國刑法法定刑之設計而言，在刑法本身不會發生需要適用到這項規則的機會，這個規定，或許在附屬刑法才有適用的機會。

刑法第 55 條但書增訂之前，最高法院六十五年十一月三十日第七次刑庭總會決議<sup>109</sup>，已經採用對行為人較為不利的輕罪封鎖作用來處理理想

<sup>107</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，第 46 期，頁 95-96，2003 年 5 月；許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(三)，台灣本土法學，第 80 期，頁 124-125，2006 年 3 月。

<sup>108</sup> 許玉秀，一罪與數罪之分界－自然的行為概念，同註 107，頁 96；許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(三)，同註 107，頁 125。同此看法，黃榮堅，同註 37，頁 981 註 111。

<sup>109</sup> 最高法院 65 年度第 7 次刑庭推總會決議（二）：「醫師法第二十八條第二項所謂『應依刑法加重其刑二分之一』，係指依刑法相關條文之刑度加重二分之一，蓋未取得合法醫師資格擅自執行醫療業務因而致人傷害或死亡者，其行為實分別構成刑法第二百八十四條第二項業務上過失傷害或重傷罪及第二百七十六條第二項之業務上過失致人於死罪。醫師法第二十八條第二項既明示依刑法加重其刑二分之一，自指刑法相關規定之刑度而言。且業務上過失致人於死罪其最重本刑為五年以下有期徒刑，如謂醫師法第二十八條第二項之罪應適用同條第一項之刑（一年以上三年以下有期徒刑），則加重二分之一結果，其最重刑亦不過有期徒刑四年六月，反

像競合犯之量刑問題。但是，如此是否對人民增加法律所未規定的不利負擔，而有違憲之疑義？其實不然，蓋由於從一重處斷，法官仍有刑罰裁量權，法官並無依照重罪名最輕本刑量定刑罰之義務，縱然沒有該項決議，法官實質上依照輕罪封鎖作用之原理量刑，並不違反罪刑法定原則，而且實質上顧及行為人侵害數法益的事實，所量定的刑罰反而符合罪刑相當原則，該項決議應該解釋為提醒法官注意罪刑相當原則的行政指導，還不至於牴觸憲法<sup>110</sup>。因此，有學者乃認為若果真發生「裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑」，形同法官濫用量刑。根本就是「不得」，何來的「仍得」，而刑法第 55 條增訂但書是多餘的。不過加上也好，避免頭腦不清或別有用心者把「不得」搞成「仍得」<sup>111</sup>。

### 第三款 從刑之封鎖作用

輕罪的最低法定刑在現行刑法第 55 條但書的規定下，具有封鎖作用。然而，倘若重罪中無從刑之規定，而輕罪中有從刑之規定，在重罪之法定刑下，是否可以科處從刑，即數罪的從刑是否亦從一重處斷？學理之間，容有爭議<sup>112</sup>：

#### 第一目 否定見解

持否定見解之學者認為，從刑係附加於主刑之刑罰，輕罪既不科以主刑，則從刑既無主刑存在而無所依附，則對於輕罪之從刑，似不應予

---

較刑法規定之刑為輕，甚不合理，以解為適用刑法規定之刑較為妥當。惟應注意醫師法第二十八條第二項係同條第一項結果犯加重處罰之規定，故依刑法相當條文之規定加重刑法原定之刑之二分一處罰時，不應低於醫師法第二十八條第一項所定之刑。」

<sup>110</sup> 許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(三)，同註 107，頁 125。

<sup>111</sup> 鄭逸哲，同註 20，頁 253-254。

<sup>112</sup> 蔡墩銘，刑法總則爭議問題研究，頁 337-338，五南圖書出版，2001 年 6 月 8 刷。

以宣告，較符法理。想像競合犯之從一重處斷，應就其全部法定刑從重處斷，重罪之法定刑有應予以沒收之規定時，固然得以宣告沒收；惟重罪之法定刑並無應予以沒收之規定，而輕罪之法定刑卻有應予以沒收之規定時，既不依輕罪科以主刑，如何對之宣告沒收？在法理上並非毫無值得商榷之處。解決之道，惟有修法。

## 第二目 肯定見解

持肯定見解認為，所謂從一重處斷者，以其性質本非一罪，而法律規定從數罪中之一重罪，處以最重之刑。是以，如有兩個以上之沒收時，仍得予以併科，即重罪無可沒收之物，而輕罪有可沒收之物，仍應予以沒收。換言之，想像競合犯之從一重處斷，因為是以所犯各罪的全部為衡量處罰的對象，所以該重罪的部分雖無沒收之從刑，如果輕罪有沒收之物時，還是可以裁判沒收的，想像競合犯在此範圍內，可說是併科的。

## 第三目 本文見解

本文以為，在原刑法第 55 條規定下發生數罪的從刑是否亦從一重處斷之問題，乃緣於對「從一重處斷」之性質理解不同所產生的歧異見解。本文既採取「刑之合併說」，自認為若重罪中無從刑之規定，而輕罪中有從刑之規定，在重罪之法定刑下，可以再科處從刑。

自現行刑法第 55 條但書規定之增訂觀察，想像競合犯「從一重處斷」之性質，立法者似乎不採「罪之吸收說」，從而，更可確定數罪的從刑亦可從一重處斷之結論。以此觀之，刑法第 55 條但書規定僅在此部分有其意義。然畢竟法條文義乃限定於「本刑」，若謂「從刑」亦有量刑之封鎖條款之適用，恐有違「罪刑法定原則」，故宜以修法修正之，方屬妥當。

## 第五節 實務上對於想像競合犯之理解

### 第一項 司法解釋之見解

#### 第一款 解釋為想像競合犯之司法解釋

早期司法院解釋當中，從解釋文之結構當中，較能清楚判斷其為想像競合犯者，亦即，解釋文當中有明白表示「一行為而觸犯數罪名」之想像競合犯罪結構，例如司法院院字第 1668 號解釋：「(一)一行為而犯侮辱與誹謗罪，……」；或司法院院字第 2185 號解釋：「(四)同時持有鴉片毒品，及專供吸食鴉片與吸用毒品之器具，係一行為而觸犯數罪名，應依刑法第五十五條從一重處斷。」；或司法院院解字第 3841 號解釋：「(三)士兵於羈押中脫逃，其羈押如係合法之拘禁，則該士兵之脫逃，同時觸犯逃亡罪係一行為而犯數罪。」此些解釋文較能清楚表示案例事實乃屬於想像競合犯之情形。

然而，亦有些解釋文並不能清楚地判斷其為想像競合犯之情況，必須透過推敲，並以解釋文之結構認定其為「觸犯數罪名」之想像競合犯之情形，通常表示方法為犯某一罪「並」犯或「並」觸犯另一罪者。此例如司法院院字第 2400 號解釋：「某參謀長對於奉令押解之人員，偽報早已離職以期釋放了案，如今文內已敘明該人員犯有刑事嫌疑，則某參謀長應構成刑法第一百六十四條第一項之藏匿犯人罪，倘其偽報以書面為之，並犯同法第二百十六條行使第二百十三條之公文書罪名，應適用五十五條從一重之第二百十六條依第二百十三條之規定處斷。」；或司法院院字第 2489 號解釋：「商人售賣茶油滲合桐油，致買主購食後均發生嘔吐，自應成立刑法第一百九十一條之公共危險罪，如茶油售價高於桐油，以滲合之油冒充純淨茶油，冀圖騙取高價者，并觸犯同法第三百三十九條第一項之詐欺罪，應適用第五十五條從一重處斷。」相同的結構

又如司法院院字第 2219 號解釋<sup>113</sup>、司法院院字第 2522 號解釋<sup>114</sup>、司法院院解字第 2913 號解釋<sup>115</sup>、司法院院解字第 3003 號解釋<sup>116</sup>、司法院院解字第 3274 號解釋<sup>117</sup>。

## 第二款 解釋不明之司法解釋

在早期有些司法解釋，在解釋文並未明確的顯現出是否為想像競合犯類型之條文結構，亦未顯現出是否為牽連犯類型之條文結構，僅是簡單地謂：「應依刑法第五十五條處斷」而驟下結論。然而，原刑法第 55 條不僅是想像競合犯之規定，更有牽連犯之規定，其所謂的「應依刑法第五十五條處斷」究係為想像競合犯之法律處斷效果，抑或是牽連犯之法律處斷效果？便不得而知。此些司法解釋例如：司法院院字第 2118

<sup>113</sup> 司法院院字第 2219 號解釋：「已死軍人之堂兄，攜同冒充該軍人遺族之妻向縣政府請領卹令（即陸軍撫卹暫行條例所稱之卹金給與令），當被發覺，未予給領，均應成立刑法第三百三十九條第三項之以詐術使人將物交付未遂罪，其保甲長與族長明知其人原非軍人遺族，捏稱為軍人遺族，聯名出具請求更正遺族之保結以便他人冒領卹金，該卹金既尚未領得，自應構成幫助以詐術使人將物交付未遂罪，如該管公務員已據其保結登載於職務上所掌之公文書，即又成立刑法第二百一十四條之罪，應依同法第五十五條從較重之詐欺未遂罪處斷。」

<sup>114</sup> 司法院院字第 2522 號解釋：「刑法第三十一條第一項規定，係指因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助之人，雖無特定關係，仍應按共犯之例論處而言，該項犯罪既係因特定關係而成立，並非因特定關係致刑有重輕，其無特定關係之共犯，祇能依該罪所定之刑科處，別無所謂通常之刑，自無適用同條第二項之餘地。禁煙禁毒治罪暫行條例第十三條第一項之包庇罪，係因公務員身分而成立之罪，普通人民幫助公務員抽收煙燈捐包庇煙犯，關於包庇行為，依刑法第三十一條第一項第三十條，應即適用禁煙禁毒治罪暫行條例第十三條第一項論處，如正犯公務員原有禁煙職責，其抽收煙燈捐原屬收受賄賂性質，即係公務員對於主管或監督事務圖利，依上述刑法之規定，該幫助犯應又成立懲治貪污暫行條例第三條第一項第二款之罪，並應依刑法第五十五條從一重處斷。」

<sup>115</sup> 司法院院解字第 2913 號解釋：「妨害兵役治罪條例第六條之犯罪主體，以辦理兵役人員為限，某甲如非辦理兵役人員，其設詞將丑縣某乙誘至子縣，串通當地鄉公所所丁，強拉某乙出賣壯丁，並分用賣價一千元，自係犯刑法第三百零二條第一項之罪，如已介紹某乙頂替應服兵役之壯丁代服兵役，則兼犯妨害兵役治罪條例第十五條之罪，應依刑法第五十五條處斷。」

<sup>116</sup> 司法院院解字第 3003 號解釋：「警察盜換查獲刑事被告之煙具，或應其要求准將查獲之煙槍易以他槍解案，均係隱匿關係他人刑事被告案件之證據，成立刑法第一百六十五條之罪，如有圖利自己或該被告之情形，既又觸犯懲治貪污條例第三條第六款之罪，應依刑法第五十五條從一重處斷。」

<sup>117</sup> 司法院院解字第 3274 號解釋：「某甲在偽組織所屬團體服務，以居民不依偽令應捐，串同該偽團體之會長，將其拘押，追繳罰款私自分用，不僅合於懲治漢奸條例第三條之規定，並觸犯懲治盜匪條例第五條第一項第一款之罪，應依刑法第五十五條從一重處斷。」

號解釋：「某甲偽造某軍事機關公函，特向食鹽公賣局購鹽轉售圖利，則其行使偽造公文書，向食鹽公賣局購鹽取得不法利益，即應成立刑法第二百一十一條、第二百十六條及第三百三十九條第二項之罪，其以購得之鹽轉售，既與私鹽治罪法第一條規定相當，自應依該法第二條及刑法第五十五條處斷。」司法院院字第 2133 號解釋：「(二) 下級機關主管人員某甲對於職務上應購之中等品質米糧，於未領得公款之先，以自己私款照上述等質買進應用，其後造冊浮開高於買進時行市之價，呈經上級機關核准照發，因之獲利，自係對於主管之事務，行使登載不實事項之公文書詐財，應依懲治貪污暫行條例第三條第一項第二款，及刑法第二百十六條，第二百十三條，第五十五條處斷。」相同的現象又如司法院院字第 2597 號解釋<sup>118</sup>、司法院院字第 2797 號解釋<sup>119</sup>、司法院院解字第 3111 號解釋<sup>120</sup>。

有些司法解釋之案例事實，究屬於想像競合犯之情形，抑或是牽連犯之情形？本有疑問。而解釋文一部分維持法律條文之用語，另一部分卻「篡改」法律條文之用語，使其是否為想像競合犯，更行模糊。此例如司法院院解字第 2893 號解釋前段之解釋文：「某甲偽造某師部之服役證明書，並蓋有某師部之偽印及師長之偽章，先後賣與乙丙二人，乙丙買得後持向當地縣府希圖免役，乙丙既自知並無服役師部之事實，而仍出價購買，即非被騙，某甲向其售賣得價自不成立詐欺之罪，唯此種證明書所記載之內容如係證明在某師部所服之役為兵役，即與妨害兵役治

<sup>118</sup> 司法院院字第 2597 號解釋：「湖南省鄉鎮保丁既係依據該省鄉鎮公所及保長辦公處編制所設置，即屬刑法上依法令從事於公務之人員，其奉令查獲鴉片，夥同私分縱放煙犯脫逃，應成立懲治貪污條例第三條第六款及禁煙禁毒治罪暫行條例第十三條第二項之罪，並依刑法第五十五條規定從一重處斷。」

<sup>119</sup> 司法院院字第 2797 號解釋：「單純偽造菸類專賣憑證，應依刑法第二百十二條論處，業經本院以院字第二七一六號指令解釋有案，設偽造此項憑證已至行使而圖得財產上不法利益者，應分別既遂未遂情形，成立刑法第三百三十九條第二項第三項之罪，並依同法第五十五條從一重處斷。」

<sup>120</sup> 司法院院解字第 3111 號解釋：「接兵部隊之班長盜取連長所保管蓋有印信而未填發之接兵收據，價賣與中簽應徵壯丁，用以註銷簽號，避免兵役，應成立懲治貪污條例第三條第七款及刑法第三百二十條第一項、妨害兵役治罪條例第四條第一項之罪，適用刑法第五十五條從一重處斷。」

罪條例第十條所定關於兵役之文書相當，除偽造公私印文屬於偽造文書之一部不另論科外，其偽造兩個文書先後售與乙丙二人，如係一行為生數結果或係基於連續之行為，應分別情形適用刑法第五十五條或第五十六條從妨害兵役治罪條例第十條之一重或以同條之一罪論處。」相同一樣處於模糊狀態之司法解釋如司法院院解字第 3457 號解釋<sup>121</sup>。

### 第三款 從司法解釋無法端詳想像競合犯之概念

從上觀察可知，司法解釋對於想像競合犯的概念並未達到「釐清」的效果，蓋大部分的司法解釋，乃係隨著個案所為之解釋，在描述案例事實後，僅謂行為人係一行為觸犯「甲」罪名與「乙」罪名，或謂行為人除了觸犯「甲」罪名，並犯或並觸犯「乙」罪名，而驟下「應適用第五十五條從一重處斷」之結論。至於究竟是否想像競合犯，絕口不提，更遑論會去解析何為一行為，即一行為概念如何，從數則司法解釋，實在無法端詳。

不僅如此，更有些司法解釋，在冗長地描繪案件事實，直接以「應適用第五十五條從一重處斷」下結論，如此輕率的解釋，不僅使人莫名其妙，更讓人無法接受。刑法第五十五條依解釋當時<sup>122</sup>的規定，已是同時有想像競合犯與牽連犯二種規定，且二者在法律效果的處斷上皆「從一重處斷」，但二者的概念上有別。司法解釋如此驟下結論，使人不知所以然。在判定個案事實後，司法解釋者心中所斷定的個案是屬於想像競合犯或者是牽連犯或是根本不知，實無法得知！

---

<sup>121</sup> 司法院院解字第 3457 號解釋：「原代電所述情形，丁戊已除成立共同搶劫罪外，並成立共同持有鴉片罪外，應依刑法第五十五條處斷，但關於持有鴉片部分，須注意罪犯赦免減刑令甲項之適用。」此號解釋文前段，行為人丁戊所犯之搶劫罪與持有鴉片罪，究如何形成？究係一行為而犯之數罪，抑或搶劫與持有鴉片之間存有牽連關係，此乃是司法解釋所未觸及之部分，而形成模糊地帶。

<sup>122</sup> 本文文中所摘取的解釋，從司法院院字第 1304 號解釋至司法院院解字第 3841 號解釋，係自民國 24 年 7 月 29 日至民國 37 年 2 月 11 日。

是以，在歸納司法解釋後，不僅無法端詳想像競合犯的概念，甚至更有混淆想像競合犯與牽連犯之虞，此大概是職司統一解釋法令之有責與有權機關之司法院所始料未及，也反映想像競合犯與牽連犯的判斷不易。

## 第二項 早期實務判例之見解

### 第一款 一行為之判斷

#### 第一目 一行為應以行為為標準

實務判例見解認為一行為的判斷對象，應以行為為標準，並非以行為所指向之法益為判斷標準。此例如最高法院 18 年上字第 297 號判例：「上訴人以一個幫助行為，幫助某等看守被擄之人，在幫助犯罪之上訴人，係以一行為而犯數罪，應以行為為標準，從一重處斷，乃原審計算被害人數，分別論科，按之刑法第七十四條規定，亦有未合。」；或最高法院 18 年上字第 695 號判例：「甲同時擄去乙、丙兩人勒贖，自係以一行為而犯數項罪名，應以犯意所發生之行為為標準，乃原審計算被害人格法益，分別論科，按之刑法第七十四條規定，亦有未合。」；或最高法院 18 年上字第 945 號判例：「上訴人等同時逮捕某甲、某乙兩人，係屬單獨犯意所發生之一個行為，應從一重處斷，原判決按照法益計算，併合論罪，殊有未合。」相同見解之判例尚有最高法院 20 年上字第 1768 號判例<sup>123</sup>、最高法院 20 年上字第 1984 號判例<sup>124</sup>。

---

<sup>123</sup> 最高法院 20 年上字第 1768 號判例：「關於殺害某甲、某乙、某丙部分被害者雖有三人，但據某丁稱，上訴人夥同多人將某甲、某乙、某丙拉至鬧鶯山地方，同時殺斃，倘係以一行為而殺害數人，則依刑法第七十四條規定，即應從一重處斷，原審分別論科，亦屬不當。」

<sup>124</sup> 最高法院 20 年上字第 1984 號判例：「查被害人父子，既係上訴人與某等，預謀邀出，一同

且在後來的實務見解認為，若是一行為但分割為數個動作，仍是一行為，如最高法院 53 年台上字第 2166 號判例：「原判決認定上訴人盜伐樟木二株，其中一株已被挖倒在地並鋸去樹根，另一株樹根已被挖開，尚未搖倒即被發覺，如果屬實，則上訴人既係同時砍伐林木二株，縱有已挖倒或未挖倒之分，要屬一個竊盜行為之數個動作，殊難謂為一行為而觸犯兩個竊取森林主產物罪名，其竟強分為既遂與未遂，謂係一行為而觸犯兩個罪名，乃又謂應論以一罪，顯相矛盾。」

而最高法院 30 年上字第 2271 號判例：「刑法第五十五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。」該則判例見解認為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，若是數行為所導致觸犯數罪名，則應為數罪併罰，論理誠為正確。

## 第二目 一個意思決定

早期的實務判例見解，多認為以一個意思決定（或一個意思活動），而發動一行為者，為成立想像競合犯之前提要件之一，藉此與以數個意思活動，而引發之數行為，乃至觸犯數罪名之實質競合（數罪併罰）作區分。亦即，簡言之，「一個意思決定發動一行為觸犯數罪名」為想像競合犯；「分別起意之數個意思決定發動數行為觸犯數罪名」為實質競合。實例如最高法院 18 年上字第 970 號判例：「同時在途搶劫二人財物，如係屬於同一意思之一個行為所致，則依刑法第七十四條之規定，一行為而犯數項罪名，應從一重處斷。」；或最高法院 19 年上字第 1332 號判例：「被告聽糾搶劫，雖被害者有六家之多，然當時既分頭搶劫，又不能證明其各別起意，應以一行為犯數罪論，原判決併合論罪，殊有未合。」

---

槍斃身死，其受害者雖有二人，而行為僅祇一個，顯係一行為而犯同項數罪，原判決不依刑法第七十四條，而依同依第七十條第二款併合論罪之例科斷，自不能謂非失當。」

相同見解尚有最高法院 20 年非字第 7 號判例<sup>125</sup>、最高法院 20 年上字第 933 號判例<sup>126</sup>、最高法院 21 年非字第 75 號判例<sup>127</sup>、最高法院 38 年穗上字第 128 號判例<sup>128</sup>。

較不完整的論述為最高法院 26 年滬字第 24 號判例：「上訴人某甲與某乙等商定行劫，告知某丙，某丙亦願參加，且將所藏手槍子彈交由某甲帶去，以備應用，為原審判決認定之事實。是某甲之持有手槍子彈，即係強盜預備行為，合於刑法第五十五條前段所謂一行為而觸犯數罪名，與某丙之預備犯強盜罪前，早已持有槍彈，應併合處罰者不同。」但若推敲最高法院之意旨，則似乎認為甲為強盜而持有槍彈，其為一個強盜意思決定之連貫，持有槍彈僅為強盜之預備行為；但若原先持有槍彈，之後才另起強盜之意思決定，則為犯意各別。

### 第三目 同時性之判斷

<sup>125</sup> 最高法院 20 年非字第 7 號判例：「被告因欲奪取某氏之船隻，而起意殺人，顯係構成懲治盜匪暫行條例第一條第十二款前段之罪，雖其殺人因意外障礙而未遂，但依同條例第二條第二款之規定，自應就第一條第十二款所定本刑上減輕一等或二等，處以適當之刑，乃原判竟依刑法第二百八十二條第二項及第四十條處斷，已屬違法，且本案被害者雖為母子二人，但被告之殺人行為，既發動於同一意思，又在同一處所實施，依刑法第七十四條前段之規定，自應依一罪處斷，原判處被告以兩個殺人未遂罪，亦有未合。」但本則判例於 91 年 10 月 8 日經最高法院 91 年度第 14 次刑事庭會議決議不再援用，並於 91 年 11 月 8 日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第 9 點規定以(九一) 台資字第 00709 號公告之。而其不再援用理由為：懲治盜匪暫行條例已廢止，且被告殺害母子二人是否為想像競合犯，涉及事實認定問題，判例不合時宜。

<sup>126</sup> 最高法院 20 年上字第 933 號判例：「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。」

<sup>127</sup> 最高法院 21 年非字第 75 號判例：「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。」

<sup>128</sup> 最高法院 38 年穗上字第 128 號判例：「刑法第五十五條前段所稱一行為而觸犯數罪名，係指所犯數罪名出於一個意思活動，且僅有一個行為者而言，如其意思各別，且有數個行為，應構成數個獨立罪名，不能適用第五十五條之規定。」

早期的實務判例對於想像競合犯一行為之要件，幾乎把重心放在判斷同時性，對此部分，本文以為又可分為「分頭但同時」與「同地又同時」兩類型：

### 一、「分頭但同時」型

雖分屬異地，但仍不失其同時性，此實務判例見解以最高法院 19 年上字第 1928 號判例為例，其認為：「雙方互毆，凡在場下手之人對於彼造之死傷，雖均負共同實施之責，然既係同時分頭下手，自屬一個行為，依刑法第七十四條規定，以一行為而犯數項罪名，應從一重處斷，原審各別論科，亦非適當。」；其他的案例如最高法院 19 年上字第 1210 號判例：「被劫事主數家，本係近鄰，各住草棚一大間，原審既認定上訴人等分頭破門侵入，勘單內又載明同時被劫，自係一個搶劫行為，其分頭侵入行劫，不過共犯分擔實施之計劃，仍應以一行為論。」與此見解相同之實務判例，尚有最高法院 19 年上字第 1332 號判例<sup>129</sup>、最高法院 20 年上字第 1535 號判例<sup>130</sup>、最高法院 21 年上字第 809 號判例<sup>131</sup>、最高法院 24 年上字第 1619 號判例<sup>132</sup>。

### 二、「同地又同時」型

同時又同地，自合於同時性而構成一行為。判例實務見解以最高法院 20 年上字第 60 號判例為首，其認為：「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，應依一個殺人罪

<sup>129</sup> 最高法院 19 年上字第 1332 號判例：「被告聽糾搶劫，雖被害者有六家之多，然當時既分頭搶劫，又不能證明其各別起意，應以一行為犯數罪論，原判決併合論罪，殊有未合。」

<sup>130</sup> 最高法院 20 年上字第 1535 號判例：「上訴人與甲乙等同時分頭搜劫某丙稻船，及不知姓名各草船，固屬一個強盜行為，但其侵害數個財產法益之結果，自係一行為而成立數罪，應從一重處斷。」

<sup>131</sup> 最高法院 21 年上字第 809 號判例：「結夥多人同時搶劫商民店戶數十家，則分頭下手之際，其行為之次數，本屬無從強為分析，自係一個搶劫行為，雖犯數個罪名，仍應依刑法第七十四條規定，從一重處斷。」

<sup>132</sup> 最高法院 24 年上字第 1619 號判例：「依原判決認定事實，被告結夥連劫兩家，係一家搶畢復搶他家，雖仍本其一貫之犯意，連續實施犯行，究與本其單一犯意同時分劫二家者有殊，自不能認係一行為而犯數項罪名。」

處斷。」；又最高法院 20 年上字第 276 號判例：「被誘人雖係三人，然既同時被誘，自屬一個誘拐行為，應從一重處斷，不應分別科處。」；相同如最高法院 20 年上字第 1656 號判例：「綁擄三人為同一時間同一處所，應以一行為論，原審分別宣告其刑，顯有不當。」；而最高法院 20 年上字第 826 號判例：「上訴人等果係以共同之意思同時傷害某等二人，依刑法第七十四條一行為而犯數項罪名，從一重處斷之規定，應論以共同傷害一罪，如無共同意思，彼此各別傷害某等，則應就各人等之傷害行為分別論科。」亦屬於此類型。

## 第二款 觸犯數罪名

早期實務判例認為是觸犯數項罪名者，如最高法院 22 年上字第 4106 號判例：「販賣鴉片，以假土攙和圖取他人之真土售價，除販賣鴉片罪外，其詐欺行為，兼觸犯刑法第三百六十三條第一項之罪，應依同法第七十四條，從一重處斷。」；或最高法院 23 年上字第 2563 號判例：「於共同行劫時，用火灼逼事主取財，同時傷害一人致死，又傷害二人，顯係一行為而觸犯數項罪名，應依刑法第七十四條，從行劫而傷人致死之重罪處斷。」；或最高法院 26 年上字第 1513 號判例：「上訴人身充法警，如因收受賄賂，任令傳喚執行之煙犯逃避，是其使犯人隱避，即係違背職務行為之內容，自屬一行為而觸犯受賄與使犯人隱避之二罪，依法應從一重處斷。」

## 第三款 侵害數法益

### 第一目 侵害一身專屬法益之法益計算

早期實務判例見解認為，侵害屬於人格法益中之自由法益，因係一身專屬法益，其計算法益個數乃以被害人之個數為計算標準。實例如最高法院 19 年上字第 206 號判例：「查誘拐罪之成立，係以具備誘拐犯行，及誘拐犯意之條件為必要，如被誘人之子女，不為犯罪之目的物，雖事實上攜帶同行，並不別構罪名，若對於被誘人及其子女，均具有誘拐之故意，自係以一行為而犯數項罪名，應依刑法第七十四條處斷。」；又如最高法院 20 年上字第 206 號判例：「被誘人雖係三人，然既同時被誘，自屬一個誘拐行為，應從一重處斷，不應分別科處。」其他見解相同的案例尚有最高法院 20 年上字第 1271 號判例<sup>133</sup>。

相同的見解，但論述較為完整的如最高法院 28 年上字第 3652 號判例：「刑法第一百二十五條第一項第一款之濫權羈押罪，固係就公務員對於國家所賦與之羈押權力不為正當行使所設之處罰規定，但該條款對於被羈押人之私人法益，亦同在保護之列，觀於該條第二項就其致人死傷時特設加重處罰之明文，自無疑義。上訴人濫用職權於同時同地將某甲、某乙一併看管，已侵害兩個私人之自由法益，自係一行為而犯兩項同一之罪名，應依刑法第五十五條從一重處斷。」與最高法院 30 年上字第 532 號判例：「(二) 被告等擄架甲女，希圖強迫成婚，因將其母乙一同架走，對於乙並無略誘之意思，僅成立以非法方法剝奪人行動自由之罪固無疑義，但同時同地架走乙與甲母女二人，係一行為而觸犯略誘及以非法方法剝奪人之行動自由之二罪名，應依刑法第五十五條，從一重處斷。」兩則判例。

同屬於一身專屬法益的生命法益，實務判例見解亦以被害人之個數計算法益侵害的個數。實例如最高法院 18 年上字第 760 號判例：「上訴人於拒捕之際，開槍轟擊傷及二人，固不得謂無殺人之故意，然係一行為而犯數項罪名，依刑法第七十四條規定，應從一重處斷，不能併合論

---

<sup>133</sup> 最高法院 20 年上字第 1271 號判例：「上訴人同時將母女計誘價賣，顯係以一行為而犯數項罪名，應依刑法第七十四條從一重處斷，乃第一審遽以併合論罪，原審未予糾正，自屬違法。」

罪。」；或最高法院 36 年特覆字第 3262 號判例：「強盜而故意殺人，係結合犯之一種，被告等如經更審結果，確能證明其參與行劫並有殺人之意思連絡，雖同時殺死六人傷害四人，侵害數個法益，既係基於一個殺人行為而觸犯數罪名，依刑法第五十五條前段，應從懲治盜匪條例第二條第一項第六款之一重罪處斷，並無另成傷害人身體罪之餘地。」

## 第二目 侵害財產法益之法益計算

以早期實務判例見解觀之，例如最高法院 19 年上字第 1325 號判例：「被搶劫之事主雖為二人，上訴人等已侵害二個財產法益，但上訴人等分擔實施，本係以一犯行而生二罪，依刑法第七十四條應從一重處斷，原審乃併合論罪，殊屬違誤。」與最高法院 28 年上字第 1232 號判例：「被告等既係同時竊割甲、乙兩家之麥，顯然侵害兩個法益，應依刑法第五十五條處斷。」從該兩則判例可以得知，實務上認為若是侵害財產法益之情況，則應以該財產的監督權之個數為計算法益的標準。雖然該二則判例並無直言，但從其精神不難看出實務乃採財產的監督權之個數為計算法益的標準，若不然，何以區分二財產分屬二事主？被竊之麥分屬兩家？

## 第三目 侵害整體法益之法益計算

第一，對於侵害國家法益的類型，雖然被害人有數人，但仍只侵害一法益，例如最高法院 49 年台上字第 883 號判例：「以一狀誣告三人，祇犯一個誣告罪，無適用刑法第五十五條從一重處斷之餘地。」蓋因其侵害國家之刑事司法作用此一法益，至於被害人受有損害，實務判例見解大概是認為那只是侵害國家法益之「附隨效果」，若不然，何以不另論侵害個人法益？

第二，對於侵害社會法益的類型，其法益計算的標準亦如同侵害國家法益的類型之法益計算標準，此如偽造有價證券，同時偽造一張有價證券是侵害一法益，偽造數張有價證券亦侵害一法益，至於有價證券之所有權屬誰，則在所不問。最高法院 50 年台上字第 1125 號判例謂：「刑法第五十五條前段所定一行為而觸犯數罪名，必其被害人雖有數人而其行僅祇一個者，始克相當。上訴人既係同時偽造同一人之支票三張，係屬單純一罪，並不發生想像的競合之問題。」其實這則判例的論述是有問題的，同時偽造不同人之有價證券數張，被害人有數人，是否即可謂其成立一行為觸犯數罪名之想像競合犯，實有疑問。

#### 第四款 無法封鎖的從一重處斷

在實務判例的見解中，出現不同於現行刑法第 55 條但書「量刑之封鎖條款」所規定之「封鎖作用」，最高法院 31 年上字第 220 號判例：「刑法第二百七十九條前段之法定刑，其罰金之最高額雖為一千元，但因適用同法第五十五條之結果，既應依徒刑較重之同法第二百零二條第一項處斷，而該條項之罰金則僅為三百元以下，如科處罰金，自應於此範圍內酌定其金額，不得因較輕之第二百七十九條前段之罰金額為一千元以下，而處以超過三百元之罰金。」此則判例在未修法之前，本就有不符合「從一重處斷」之精神，更何況在修法後，現行刑法第 55 條但書有規定量刑之封鎖條款，實不能留存，但並未見最高法院有對此則判例廢棄或變更<sup>134</sup>。

#### 第五款 與想像競合犯相關之議題

##### 第一目 過失行為亦可成立想像競合犯

---

<sup>134</sup> 司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，2008 年 12 月 20 日。

想像競合犯之一行為，可能為一個故意行為，亦可能為一個過失行為<sup>135</sup>，例如最高法院 18 年上字第 760 號判例：「本案被害之人格法益雖有五個，而僅基於一個過失所致，按之刑法第七十四條，自應從一重處斷，原判乃依刑法第七十條併合論罪，其法律上之見解，自有未合。」；又最高法院 20 年上字第 1247 號判例：「查上訴人既係一槍誤傷二人，顯係一過失而生數結果，應依刑法第七十四條處斷。」；或最高法院 28 年上字第 2372 號判例：「上訴人駛船過急，將他船之乘客撞落江內溺斃三人，顯係一個過失行為而觸犯數罪名，應依刑法第五十五條處斷。」

又最高法院 30 年上字第 2744 號判例認為：「刑法第一百七十三條第二項之失火罪，雖含有侵害人之生命、身體、財產等之危險性，然因失火而致焚斃人命之實害，並非當然包括於失火罪責之內。刑法上關於失火燒毀有人所在之房屋因而致人於死，並無特別規定，行為人對於房屋之被燒燬，既應負過失責任，則房屋內所住之人有焚斃可能，本屬可以預知之事實，自亦不能解免過失致人於死之罪責。此項情形，明係一過失行為而觸犯刑法第一百七十三條第二項及第二百七十六條第一項之兩個罪名，應依刑法第五十五條從一重處斷。」從該則判例看來，首先認為因失火而導致焚斃人命，並非當然包括於失火罪責之內，此觀點誠值贊同。再者，此則實務判例亦承認一過失行為而觸犯數罪名，亦可成立想像競合犯。

## 第二目 共犯的想像競合犯

---

<sup>135</sup> 雖有文獻指出，「我國實例雖對於想像競合犯亦有將其限於故意犯，如『一行為而侵害數個法益之想像競合犯，應具有侵害數個法益之認識（參看二十九年上字第一四〇三號判例）。』」參閱蔡墩銘，同註 112，頁 331。然本文作者造訪司法院法學資料檢索系統查閱的結果，發現最高法院 29 年上字第 1403 號判例乃為：「上訴人夜間侵入人家，將甲之衣物及晒在院內之某乙衣服一併竊去，其所竊取者，雖屬兩人之財物，但非上訴人所能知悉，應成立一個夜間侵入住宅竊盜之罪，不發生數罪問題。」見司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，2008 年 12 月 20 日。是以，本文認為實務上並未有把想像競合犯只限於故意犯。

若以共犯之從屬性來看，早期實務判例見解幾乎皆認為應以正犯之罪數為標準<sup>136</sup>，例如最高法院 28 年上字第 2332 號判例：「乙教唆甲同時同地殺害二人，自係一個教唆殺人行為，而被害者既有兩人，正與刑法第五十五條前段之規定相符。」；或最高法院 32 年上字第 111 號判例：「上訴人教唆某甲殺害某乙全家，結果被害者三人，即係一行為而觸犯數罪名，應成立教唆之想像上競合罪，與刑法第五十五條前段之規定相當。」；相同的如最高法院 37 年上字第 2257 號判例：「上訴人教唆殺人，被害者兩死一傷，雖有既遂、未遂之分，自係一行為而觸犯數罪名，應依刑法第五十五條、從一重論以一個教唆殺人罪。」

### 第三目 想像競合犯與連續犯之間

其實早期實務見解在辨別想像競合犯與連續犯，乃係以「行為」的概念內涵著手，例如最高法院 29 年上字第 3454 號判例：「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。」；或最高法院 30 年上字第 2030 號判例：「所謂一行為而觸犯數罪名，係指以一個行為侵害數個法益之情形而言，苟其行為一次即可成立犯罪，而以概括意思先後數次反覆為之者，即屬連續犯罪。」；又最高法院 31 年上字第 549 號判例<sup>137</sup>：「同時同地犯罪而應從一重處斷

<sup>136</sup> 雖有學者認為應區分：一、以教唆行為或幫助行為之個數為標準者；二、以正犯之罪數為標準者，並以最高法院 18 年上字第 999 號判例佐證以教唆行為或幫助行為之個數為標準者。參閱甘添貴，同註 2，頁 305-306。然而觀之最高法院 18 年上字第 999 號判例，其謂：「上訴人以一教唆行為，發掘三棺，祇應論以一個教唆他人發掘墳墓罪，原判決認為共同正犯，並計其所掘棺數，分別論科，其法律上之見解，顯有未當。」本文以為之所以論以一個教唆他人發掘墳墓罪，乃係行為人（正犯）所違犯者是侵害善良風俗之社會法益，故正犯僅可論以一罪，從而教唆犯亦僅論以一罪。該學者在法益認定上亦如同本文並引相同之實務判例，參閱甘添貴，同註 2，頁 43。何以在此會認為實務上有以教唆行為或幫助行為之個數為標準而為區分，就不得而知了。

<sup>137</sup> 本則判例於民國 95 年 2 月 14 日經最高法院 95 年度第 2 次刑事庭會議決議判例加註「應注意刑法已修正，刪除連續犯之規定」，並於 95 年 3 月 14 日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第 9 點規定以台資字第 0950000251 號公告之。

者，係指其犯罪行為仍祇一個者而言，上訴人將某甲開槍擊斃後，又復開槍射擊某乙，其殺人行為既有二個，而其時間又有先後之分，顯與連續犯之要件相符，非一行為而犯數罪。」；相同如最高法院 46 年台上字第 303 號判例：「同時同地犯罪而應從一重處斷者，依指其犯罪行為仍祇一個者而言，其殺人行為既有二個，而其時間又有先後之分，顯與連續犯之要件相符，原判決認為係一行為而觸犯數罪名，其見解自有未合。」

因此，若行為是同時同地一次實施，即行為只有一個，又無從分別先後者，則可能會導向想像競合犯的認定；反之，若行為為數個，先後次序可分，且各次可獨立成罪，僅是以概括意思先後數次反覆為之，便是連續犯。

#### 第四目 錯誤與想像競合犯之關係

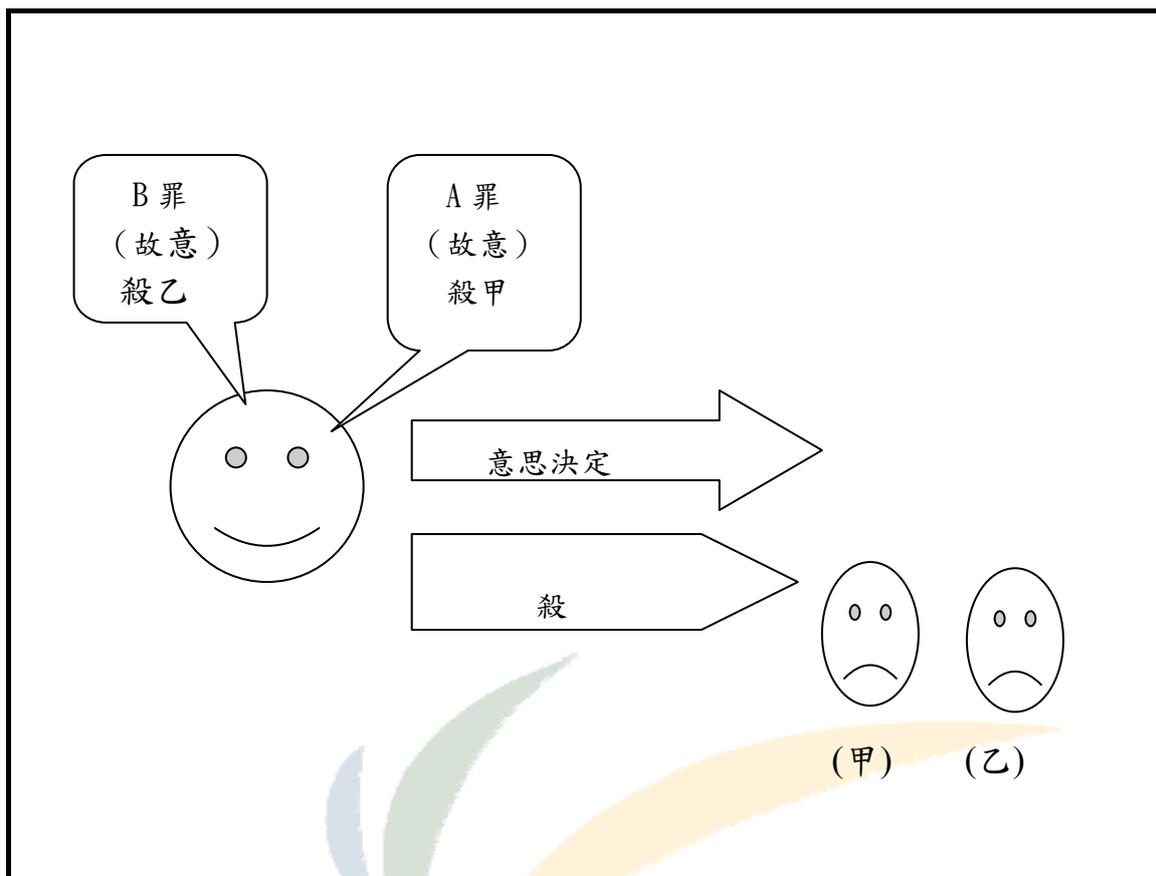
最高法院 37 年上字第 2318 號判例：「上訴人槍擊之目的，既在甲而不在乙、丙，則其槍擊甲未中，應構成殺人未遂罪，其誤將乙打傷丙打死，應分別構成過失傷害人及過失致人於死罪，依刑法第五十五條從一重論以殺人未遂罪，原判遽以殺人罪處斷，自屬違誤。」其實從想像競合犯的結構加以觀察，不難理解何以錯誤理論之處理，係從想像競合犯的從一重處斷。

### 第三項 近期實務判例之見解

近期的實務判例對想像競合犯之見解，並不多，在一行為之要件上，仍在於一行為的認定；在觸犯數罪名之要件，主要是兩則針對「私運毒品案」表示意見之判例；在侵害數法益之要件上，皆為法益的計算問題。

#### 第一款 一行為之判斷

晚期的實務判例在判斷一行為時，亦遵循早期實務判例，如最高法院 70 年台上字第 1971 號判例：「刑法第五十五條所謂一行為觸犯數罪名，就故意犯而言係指對於該數罪同時有各別之犯意而藉一個行為以達成之而言，若對於另一犯罪係臨時起意，而行為亦不止一個，或基於同一之犯意而行為又先後可分，即非刑法第五十五條上段之想像競合犯，應為數罪併罰，或刑法第五十六條之連續犯。」對照最高法院 71 年台上字第 2837 號判例：「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；此與行為人就同一犯罪構成事實，以單一行為之數個舉動接續進行，以實現一個犯罪構成要件，侵害同一法益，成立一個罪名之接續犯不同，雖接續犯於犯罪行為完畢之前，其各個舉動與該罪之構成要件相符，但行為人主觀上係以其各個舉動僅為全部犯罪行為之一部，而客觀上，亦認係實施一個犯罪，是以僅成立一個罪名。」最高法院 70 年台上字第 1971 號判例所示之「犯意」，似乎是係指構成要件之故意而言，而另行起意，乃是另一個「意思決定」。是以，對於一行為之認定，可認為乃是以「一個意思決定」發為一個行為。若以圖示，可表示為：



(圖表二之 14)

## 第二款 觸犯數罪名

近期實務判例針對想像競合犯之「觸犯數罪名」此要件上表示見者，共有最高法院 73 年台覆字的兩則判例，皆為因「私運毒品來台案」而發生之案例：其一為最高法院 73 年台覆字第 17 號判例：「被告等私運管制進口之毒品來台，係一行為而觸犯運輸毒品及私運管制物品進口二罪名，而運輸毒品與販賣毒品有方法結果之牽連關係，應依刑法第五十五條從一重之販賣毒品罪處斷，乃原判決以私運管制物品進口與販賣毒品有牽連關係，而運毒部分係階段行為，應為販毒之全部行為所吸收，顯有未合。」；其二為最高法院 73 年台覆字第 25 號判例：「刑法上所謂法規競合，係指同一犯罪構成要件之一個犯罪行為，而因法規之錯綜關係，同時有數法條可以適用，乃依一般法理擇一適用之謂。本件被告等將海

洛因自曼谷輸入臺灣之一個行為，係屬同時觸犯構成犯罪要件不同之私運管制物品（毒品）進口，與運輸毒品二罪，應依刑法第五十五條想像競合犯之規定處斷，原判決認係法規競合，其法律之適用，顯有未洽。」此兩則判例所闡述的共通觀點，行為人私運毒品來台，私運係一行為，而此一行為同時觸犯構成犯罪要件不同之私運管制物品進口罪與運輸毒品罪，而成立想像競合犯。

### 第三款 侵害數法益

在要求侵害數法益為成立想像競合犯的成立要件之一，近期實務見解對法益認定上，其實主要乃著重於學理間所探討的「法益計算」問題上。共計有以下三則實務判例：

第一，最高法院 62 年台上字第 407 號判例：「上訴人等於夜間潛入某甲家中，將某甲所有財物及其妻某乙所有之國民身分證一併竊去，其所竊取者雖屬兩人之財物，但係侵害一個監督權，不生一行為而觸犯數罪名問題。」可知，財產法益是以財產監督權之個數，計算其法益數

第二，最高法院 64 年台上字第 2273 號判例：「陸海空軍刑法第一百零三條使軍用戰鬥物不堪使用罪，係侵害國家法益，縱其使不堪使用之軍用戰鬥物不止一個，仍屬一罪，不生觸犯數罪問題，原判決從一重處斷，顯有違誤。」此乃因所侵害之法益，係國家的國防安全，雖然行為人毀損多數的軍用戰鬥物，但所造成侵害，主要是國家國防安全此一個國家法益，是以，一行為侵害一法益，僅為一罪。

第三，最高法院 73 年台上字第 3629 號判例：「同時偽造同一被害人之多件同類文書或同一被害人之多張支票時，其被害法益仍僅一個，不能以其偽造之文書件數或支票張數，計算其法益。此與同時偽造不同被害人之文書或支票時，因有侵害數個人法益，係一行為觸犯數罪名者迥異。」此則判例論述並非毫無疑問。若著眼於所侵害若是屬於社會法益，

則雖有多數人因而受到侵害，仍只能論以侵害一法益；除非侵害財產法益，方有「侵害數個人法益」之問題。該判例的重點似乎在於「詐欺」而不在於「偽造文書或有價證券」。

## 第六節 小結

2005年刑法新修正對於想像競合犯之法律處斷效果，增訂了量刑之封鎖條款，藉由輕罪的封鎖作用，將想像競合犯刑之宣告，如果重罪之最低法定本刑比輕罪之最低法定本刑輕之情形下，限定在輕罪之最低法定本刑之上，雖然學理間有謂已「朝向」德國結合刑原則體制「邁進」，但就本論文在「從一重處斷」之性質採取「刑之合併說」的見解，認為此舉有畫蛇添足之疑。不過增訂也好，至少可說是「法理明文化」。

而關於想像競合犯「一行為」的概念，本文認為在修法之後，有必要將其內涵加以擴大。既然修法理由是參考德國將牽連犯之規定加以刪除，則仿照德國想像競合犯「一行為」的概念，而將我國想像競合犯「一行為」加以擴大，誠屬必要。至於是否以「侵害數法益」為想像競合犯要件之一，本文以為為與法條競合在概念上加以明確區分，以「侵害數法益」為想像競合犯要件之一是有所必要的。

在實務見解中，早期的司法解釋必無法窺知想像競合犯之概念。至晚期方有精確的定義：「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」。其實從實務判例歷年來的見解，則不發現，實務上對於想像競合犯「一行為」的理解，係從人的「一個意思決定而發動一行為」，此種理解不但簡潔有力，在概念上也屬於正確，本文殊感贊同！



### 第三章 牽連犯

所謂牽連犯，一般以為乃是數個行為作為犯罪的手段或者結果的行為觸犯其他罪名之情況。數個行為雖然各自符合構成要件而成立數罪，但是所形成的數個犯罪之間存在著「方法」與「目的」或者是「原因」與「結果」之關係，因而，乃作為科刑上一罪處理，而「按照其最重的刑罰處斷」<sup>138</sup>。

細究之，牽連犯係為行為人在實行某個犯罪之際，通常已預想到把客觀類型上是歸屬於其他犯罪的行為作為手段，或者作為所伴隨的結果來加以實施，並且行為人也認識到這一點，從刑法規範角度看來，與其說對於各個犯罪加以獨立的非難，不如說對於整體進行評價，而對行為人加諸於最重規範的非難，更為合理。這就是牽連犯儘管在實質上是數罪，但卻在科刑上作為一罪之理由所在<sup>139</sup>。

對於牽連犯，只有少數國家的刑法典作規定，國外之立法例，如西班牙刑法典第 71 條第 1 項<sup>140</sup>規定：「單一犯罪事實為觸犯另一犯罪之必須手段，則不適用前條（數罪併罰）之規定。」；日本刑法第 54 條第 1 項<sup>141</sup>規定：「一行為觸犯二個以上之罪名，或犯罪的手段或結果之行為更觸犯他罪名時，依其最重之刑處斷。」反觀之我國立法例，原刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」其中，「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名」之條文結構，在修法前即為牽連犯之規定。可見，牽連犯之規定，至少在日本現行刑法仍然存在，並非我國所獨有，至於牽連犯之存廢問題，則係另一問題。

---

<sup>138</sup> 馬克昌，同註 3，頁 799。

<sup>139</sup> 野村 稔著，全理其、何力譯，刑法总论，頁 459，法律出版社，2001 年 9 月 2 刷。

<sup>140</sup> 轉引自馬克昌，同註 3，頁 800。

<sup>141</sup> 日本刑法第 54 条 I：「一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する。」

## 第一節 學理間對於牽連犯之理解

### 第一項 學理文獻對牽連犯之見解

牽連犯在原刑法之法條結構上，僅為「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷」，至於其實質內涵為何，實有探究之必要。在我國學理間，對牽連犯又作如何的理解，實有臚列學理文獻之見解，並進而分析之必要。

#### 第一款 韓忠謨教授之見解

韓忠謨<sup>142</sup>教授認為，依原刑法第 55 條後段規定：「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者」，即為學理上所謂之「牽連犯」。此等犯罪行為與其方法或結果行為，本係可以獨立成立犯罪，因其相互間有方法或結果之牽連關係，因此不能與通常之複數犯罪同視，而必須另有處罰之標準，此乃我國原刑法第 55 條後段規定之因此而設者。

牽連關係之範圍如何，學者間容有爭議，有從嚴解釋與從寬解釋二說：

#### 一、主張從嚴解釋牽連關係之範圍者

此說以為犯一罪之方法或結果行為，必須為本罪實行行為之一部。即方法或結果行為，所觸犯之他罪，必須與所犯之本罪，包括於一個犯罪行為之具體構成事實之中，互為形成之一部，然後始有牽連關係之可言。

#### 二、主張從寬解釋牽連關係之範圍者

---

<sup>142</sup> 以下詳參閱韓忠謨，同註 22，頁 378-380。

又有客觀說與主觀說二者：

### (一)客觀說

此說認為凡在犯罪之客觀性質上，普通犯罪所必要之方法行為，或者因犯罪結果所當然引起之其他行為，均係牽連犯之方法行為或結果行為。亦即，方法行為或結果行為與其目的行為或原因行為之間，必須具有不可分離之關係。又觸犯他罪之方法行為與本罪行為之間，祇須客觀上有此必要關係為已足，因此，行為人對於方法行為不必自始即有以之為犯一罪手段之意思。

### (二)主觀說

此說認為牽連關係應就行為人之主觀的犯意決定之。凡依行為人之意思，可認為某種行為係犯一罪之方法行為或結果行為者，均成立牽連關係。因此，具有方法或結果關係之行為，行為人對之必須要有繼續之犯意，亦即，方法行為或結果行為，必須自始包括於行為人實行某一犯罪決意當中。

以上各說，韓忠謨教授認為牽連關係固然是客觀上之方法或結果關係，但是其決定標準，除了由行為人主觀的意思方面求之者外，別無他途，因此，應以主觀說之見解較為恰當。蓋依從嚴解釋牽連關係之範圍者，牽連犯之涵義甚狹，且與想像競合犯幾乎無所區別。而客觀說以犯罪之必要方法或當然結果為牽連關係之界限，勢必在各種具體構成犯罪事實中，區分何者是必要之方法或當然之結果，何者不是，而且所謂的「必要」與「當然」之涵義，亦無確切之標準可資依據。職是，牽連關係是否存在，其判斷將因人而異。況且，牽連之行為，所以異於通常複數之犯罪者，亦以其犯罪之方法或結果所生之他罪，出於犯罪者犯意之繼續，故以主觀說見解較為妥適。

關於牽連犯之要件，韓忠謨認為係存在於犯罪行為與其方法行為或結果行為之間的「牽連關係」。

## 第二款 蔡墩銘教授之見解

蔡墩銘<sup>143</sup>教授認為，依原刑法第 55 條後段規定，犯一罪而其方法行為或結果行為另犯他罪者，稱為牽連犯。所謂方法行為乃係相對於目的行為而言；而所謂結果行為乃係相對於原因行為而言。可圖示如下：



(圖表三之 1)

以此定義觀之，牽連犯之成立，至少需有二個以上行為，彼此之間互有牽連關係，否則不能認為牽連犯存在。因有二行為存在，且各別構成犯罪，因此無論從行為說或者是從構成要件實現說，牽連犯顯然具有數罪性。牽連犯既然具有明顯之數罪性，則假如無刑法上對於牽連犯有作特別之規定，此種犯罪，本自應依數罪併罰予以處罰。

蔡墩銘教授認為牽連犯之成立應具備三項要件：一、須有二個以上之故意行為；二、須二個以上之行為有方法或結果之關係；三、須二個以上之行為各別觸犯不同之罪名。茲將其要件之內容分述如下：

### 一、須有二個以上之故意行為

<sup>143</sup> 以下詳參閱蔡墩銘，刑法精義，頁 391-394，翰蘆圖書出版，2000 年 9 月 4 刷。

牽連犯之成立，已如前述，至少需有二個以上行為，且此二個行為彼此之間互有牽連關係，否則不能認為牽連犯存在。

至於牽連犯是否應限於故意犯？此從刑法之規定上雖然無法得知，但無論方法行為或結果行為，如非出於行為人之故意，殊難想像。亦即，此種行為在行為人之主觀上，多認為係其所實施行為之方法或結果，是其亦應屬於故意行為。然而不僅方法或結果行為須為故意行為，即使原來行為人所實施之行為，亦即目的或原因行為，亦須為故意行為。倘若其出於過失，例如原因行為出於過失，縱使結果行為出於故意行為，猶非牽連犯。

再依實務<sup>144</sup>之見解，其不僅將牽連犯限於故意行為，且形成牽連犯之二個以上行為之意思，須在實施一個行為之前，業已存在，如係臨時起意，即使有二個故意行為，亦不能論以牽連犯。以此觀之，實務見解對於牽連關係乃係採主觀說而非客觀說。

## 二、須二個以上之行為有方法或結果之關係

牽連犯之特徵為須有二個以上之故意行為，此二個以上之行為彼此之間，更須有方法或結果之關係，亦即一般所謂牽連關係。蔡墩銘教授認為此種牽連關係因為因果關係，但並非單純之因果關係。

對於牽連關係之認定，學理上容有主觀說、客觀說與折衷說之見解：依主觀說，牽連犯不能無牽連意思，亦即行為人在主觀上必須認識其所實施之行為為其犯罪之方法或結果始可，否則不能認為其成立牽連犯；依客觀說，牽連犯不必有牽連意思，祇要在一般經驗上可認為某一行為為實施犯罪之通常方法或當然結果，即可認為牽連犯；依折衷說，方法目的關係之認定，應依主觀說，而原因結果關係之認定，應依客觀說。蓋行為人既有犯罪之目的，為達此目的而實施之犯罪，即方法行為，亦

---

<sup>144</sup> 例如最高法院 6 年上字第 626 號判例；最高法院 20 年上字第 1956 號判例；最高法院 51 年上字第 253 號判例。

必須在犯罪意思之內，於此種情況之下，則不難認定其牽連意思，因此不妨以此為牽連犯之要件。至於結果行為，祇要可認為因實施一定之犯罪而必然產生者，不問原來實施犯罪之人事先有無實施此一行為之意思，亦不妨認為牽連關係存在，使其成立牽連犯。

在我國實務見解裡，雖然有以牽連意思為牽連犯不可或缺之要件，但是亦有些見解並不注重此種牽連意思。是以，蔡墩銘教授認為可否以牽連意思之有無，作為牽連關係認定之依據，容有疑問。職是之故，牽連關係之認定應依客觀說為妥，如果需要強調牽連意思時，亦祇能採取折衷說之見解，切不可一律認為因為必須要有牽連意思而採主觀說。

### 三、須二個以上之行為各別觸犯不同之罪名

牽連犯之二個行為必須為互不相同之犯罪行為，因此各個行為可構成不同之犯罪，此與想像競合犯與連續犯之情形相異。

應特別注意者，牽連犯所觸犯之罪名，必須無結合或吸收關係存在，亦即須個別獨立構成犯罪，否則仍非牽連犯。如果刑法對於某一犯罪事實作為結合犯予以規定，自應適用該結合犯之規定，而不成立牽連犯。實例如強盜放火，雖係強盜之結果，但刑法已於刑法第 332 條第 1 項將其規定為結合犯，即不成立牽連犯。只有在無結合犯之特別規定時，倘若二罪之中可認為目的手段或原因結果之關係，即須適用刑法上牽連犯之規定，從一重處斷。

認定牽連犯之主要效果，乃在於避免數罪併罰之適用。關於從一重處斷之性質，蔡墩銘教授乃採「罪之吸收說」之見解，認為依吸收主義，處罰其中一個重罪，而使另外成立之輕罪，被吸收於重罪，不再加以處罰。

### 第三款 林山田教授之見解

林山田<sup>145</sup>教授認為，所謂牽連犯，指行為人本來僅犯一罪，可是犯該罪之方法行為或結果行為，卻另犯他罪名。因此兩罪之間具有手段與目的，或原因與結果之牽連關係，故以牽連犯稱之。

然而林山田認為牽連犯在本質上屬於行為單數中之純正之競合，而與想像競合犯同屬犯罪單數，可謂係想像競合犯之例示概念。亦即行為人所觸犯之數罪名之間，具有行為單數關係，同樣亦屬想像競合犯之「一行為而觸犯數罪名」之例，只是兩個罪名相互間有方法與目的，或原因與結果之牽連關係而已。因此，原刑法第 55 條在規定想像競合犯之同一法條之後半段規定「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者」，且亦將牽連犯之法律效果與想像競合犯做相同之規定，即為「從一重處斷」。

至於牽連犯之成立要件有二：一、牽連行為須屬行為單數；二、數罪名間須具牽連關係。分述如下：

#### 一、牽連行為須屬行為單數

林山田教授在此認為由於牽連犯在本質上係屬於異種想像競合犯，故行為人觸犯數罪名之牽連行為，必須屬於行為單數之同一行為，方有牽連犯之適用，否則，觸犯數罪名之行為若為行為複數，則無法成立牽連犯。

#### 二、數罪名間須具牽連關係

行為人之牽連行為所觸犯之數罪名相互間必須具有方法與目的，或原因與結果之牽連關係，始有構成牽連犯之可能，否則，所觸犯之數罪名相互間若不具此等牽連關係，即無成立牽連犯之餘地。惟此兩種牽連關係，常有重疊之處，故在實務上常將其籠統成稱為方法與結果關係或目的與結果關係。

---

<sup>145</sup> 以下詳參閱林山田，同註 25 文，頁 9-11；林山田，刑法通論（下冊），頁 315-321，自版，2000 年 12 月 7 版。

至於傳統學說與實務對於牽連關係之認定，雖有客觀說、主觀說與折衷說之爭議，然而林山田教授卻認為，會有此爭議，乃是將牽連犯當作有別於想像競合犯之獨立概念，才有如此複雜的牽連關係之認定問題。既然將牽連犯定位於想像競合犯之例示概念，因此牽連關係之問題，充其量僅為配合想像競合犯之同一行為概念之說明而已，對於上述牽連關係之認定之爭議，則毋庸處理。

因此，牽連關係於此有兩種不同之類型，分述如下：

#### （一）方法與目的之牽連關係

即行為人本來雖只違犯一罪，但為了達到犯此一罪之目的，其方法行為又另犯一罪，致使原犯之罪與其方法行為之罪，形成方法（或手段）與目的之牽連關係。

#### （二）原因與結果之牽連關係

即行為人原所違犯之罪的結果行為又另犯一罪，致使原犯罪與其結果行為之罪，形成原因與結果之牽連關係。

#### 第四款 甘添貴教授之見解

甘添貴<sup>146</sup>教授認為，牽連犯，依原刑法第 55 條後段之規定，乃犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名。牽連犯，在犯罪認識上及犯罪評價上，均屬於複數；僅在犯罪科刑上，從其一重處斷。

##### 一、行為須複數

---

<sup>146</sup> 以下詳參閱甘添貴，同註 2，頁 207-215；甘添貴，牽連犯之法益與行為個數，月旦法學雜誌，第 50 期，頁 8-9，1999 年 6 月；甘添貴，牽連關係之認定，月旦法學雜誌，第 51 期，頁 8-9，1999 年 7 月。

對於牽連犯的行為個數判斷，首先就行為之性質而言，甘添貴教授認為牽連犯，不論係「犯一罪」之行為，抑或其「犯他罪名」之方法或結果行為，在行為性質上，與想像競合犯之「一行為」的行為性質，並無差異。即均屬於法的評價之對象，而為事實存在之自然行為。申言之，某事實存在之自然行為，經法的評價後，認其該當於該「一罪」之犯罪構成要件，成為該「一罪」構成要件之行為，而後始為「犯一罪」；而「犯他罪名」之方法行為或結果行為，亦為事實存在之自然行為，經法的評價後，認其該當於該「他罪名」之構成要件，成為該「他罪名」構成要件之行為，而後始為「犯他罪名」。

成立牽連犯之行為，既為事實存在之自然行為，其「犯一罪」時，有一事實存在之自然行為；其「犯他罪名」之方法或結果行為，則為另一事實存在之自然行為。職是之故，牽連犯之行為個數，至少應有二個事實存在之自然行為，方能成立牽連犯。倘若僅有一個事實存在之自然行為，則應成立想像競合犯，而無從成立牽連犯。

## 二、侵害法益須複數

牽連犯，在本質上既為數罪，因此必須要有數個法益遭受侵害，始足當之。至於所侵害的法益究為同種法益抑或是異種法異，則在所不問。

## 三、犯罪行為間須具有牽連關係

牽連犯，乃一行為犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名，因此，牽連犯之牽連關係，情形有以下二者：

### （一）一行為犯一罪而其方法之行為犯他罪名

在論理上，方法與目的乃是相對之名稱。因此，所謂「犯一罪」，係行為人主觀上之目的行為所違犯的「目的」罪。為了實現此目的罪，行為人必須使用一定的方法或手段行為，藉以達成，此一定的方法或手段

行為，所觸犯之罪名，即為「方法」罪。故於此種情形下，牽連犯之牽連關係，便是「方法」行為與「目的」行為之關係。

## （二）一行為犯一罪而其結果之行為犯他罪名

在論理上，原因與結果乃是相對之名稱。因此，所謂「犯一罪」，係行為人所違犯的「原因」罪。行為人實施此原因罪後，更進而為一定的結果行為，此一定的結果行為，所觸犯之罪名，即為「結果」罪。故於此種情形下，牽連犯之牽連關係，便是「原因」行為與「結果」行為之關係。

職是之故，牽連犯之牽連關係，為二個行為之間，具有「方法」與「目的」之關係或者是「原因」與「結果」之關係。然須注意的是，雖然此兩種關係，難以截然劃分，甚至時常有重疊的現象，但甘添貴教授認為，在方法行為與結果行為之間，並無所謂的牽連關係存在，我國實務不察於此，歷年來均將牽連犯之牽連關係，動輒認為係方法與結果之關係，非為正確且適當的用法，顯有改正之必要。

關於牽連關係認定的學說，學理上容有爭議：採主觀說者認為，行為人實現其「目的」罪時，在主觀上須有以實現「方法」罪之行為為方法，或實現「原因」罪時，在主觀上即進而為「結果」罪之結果行為時，始認定其具有牽連關係；採客觀說者認為，依一般社會生活之經驗加以客觀觀察，行為人實現其「目的」罪時，通常均以實現「方法」罪之行為為方法，或實現「原因」罪時，通常均有進而為「結果」罪之結果行為時，始得認定其具有牽連關係；採折衷說者認為，除在客觀上應有通常犯罪之方法或結果之關係外，在主觀上尚須具有牽連意思，始能認定其具有牽連關係。惟亦有認為方法與目的之關係，應具有牽連意思；原因與結果之關係，則祇須具有客觀關係即為已足。

基此，甘添貴教授認為，數罪一罰，乃為處罰數罪的例外，牽連犯，本質上為數罪，惟在科刑上，僅依其重罪之法定刑處斷，依「例外規定

從嚴解釋」之法理，牽連犯之牽連關係，自應從嚴解釋，儘量縮小其適用範圍。

在牽連關係的認定上，從主觀主義刑法理論之觀點，自應依主觀說之主張，認其實施方法行為與目的行為時，或實施原因行為與結果行為時，均須出於一個意思活動者，始能在理論上尋得其根據。然若僅著重於主觀上之一個意思活動，則行為人祇須在主觀上具有牽連意思，而為二個或二個以上之行為，則均可能成立牽連犯，將使牽連犯之成立範圍，有過於廣泛之嫌，與「例外規定從嚴解釋」之法理，亦有未合。

為縮小牽連犯之適用範圍，應參酌客觀說之主張，依一般社會生活之經驗加以客觀觀察，行為人實現其「目的」罪時，通常均以實現「方法」罪之行為為方法，或實現「原因」罪時，通常均進而為「結果」罪之結果行為時，始得認定其具有牽連關係。

#### 第五款 張麗卿教授之見解

張麗卿<sup>147</sup>教授認為依原刑法第 55 條後段規定，犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，稱為牽連犯。此乃我國獨有之立法例，德國刑法並無此規定，若有此情況，德國通常是依數罪來加以處罰。牽連犯乃為兩個互相倚賴的行為，有手段與目的之關係，裁判上依照比較重的手段行為或目的行為處罰。

牽連犯之型態有二，其一為犯一罪，而其方法行為犯他罪。在以犯他罪為手段，例如偽造公文書為手段，行使才是目的。又例如侵入住宅而竊盜，侵入住宅為竊盜之方法；其二為犯一罪，而其結果行為犯他罪。實例如殺人之後為了滅跡而放火，此為犯殺人罪而其結果行為又觸犯毀損屍體罪。

---

<sup>147</sup> 以下詳參閱張麗卿，刑法總則理論與運用，頁 439-441，五南圖書出版，2006 年 2 版。

至於牽連犯之要件，張麗卿教授認為有三要件：一、兩個以上的故意行為；二、兩個以上的行為之間有牽連關係；三、兩個以上之行為必須觸犯不同罪名。茲分述如下：

#### 一、兩個以上的故意行為

從法條文字加以觀察，牽連犯必須有兩個行為，不似想像競合犯只有一個行為。

#### 二、兩個以上的行為之間有牽連關係

學說及實務對於方法與結果關係之牽連，即牽連關係之認定，乃採取主觀說，亦即依行為人的意思，可認為某一行為是犯一罪之方法行為或結果行為者，均成立牽連犯。蓋因為客觀說以犯罪之必要方法或當然結果為牽連關係之界線，欠缺確切之標準。

然而，對此張麗卿教授以為其實有無牽連關係，除了行為人的主觀意思外，仍應就一般的通念觀察，確認該行為是否係行為人本所違犯之罪的方法行為或結果行為，來確認有無牽連關係。

#### 三、兩個以上之行為必須觸犯不同罪名

觸犯不同罪名，始可成立牽連犯。蓋因為連續犯是觸犯「同一罪名」。另外須注意的是，此不同之罪必須無結合犯之情形，始能成立牽連犯。

#### 第六款 陳子平教授之見解

陳子平<sup>148</sup>教授認為，所謂「牽連犯」，係指原刑法第 55 條後段所規定的「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者」而言。對於牽連犯之處斷，原刑法乃規定「從一重處斷」、亦即數個行為雖構成數個構成要件

---

<sup>148</sup> 以下詳參閱陳子平，同註 36，頁 271-274。

而形成數罪，若各罪之間，存在著一方成為他方之方法（手段與目的）之關係，或者彼方為此方之結果（原因與結果）之關係，則從一重處斷。

至於，數行為是否具有「手段與目的之關係」或「原因與結果之關係」？則有客觀說、主觀說與折衷說之不同見解：採客觀說者認為只以某犯罪與方法或結果間處於通常關係為必要；採主觀說者認為以行為人有使數罪具有方法或結果之牽連意思為必要；採折衷說者認為以數行為在性質上通常處於一般之方法或結果關係，且行為人於主觀上有使其相牽連之意思為必要。

依我國原刑法第 55 條後段所規定之「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者」，陳子平教授認為，牽連犯之成立，必須具備下列二要件：一、數行為間具有牽連關係；二、數行為分別觸犯他罪名。分述如下：

#### 一、數行為間具有牽連關係

牽連犯之成立，是以數行為間具有「牽連關係」為必要，即以具有「手段與目的之關係」或「原因與結果之關係」為必要。詳言之，該行為在某犯罪之性質上通常係做為該犯罪之方法或手段者（犯罪之方法行為），此即所謂以具有「手段與目的之關係」為必要；或者該行為在某犯罪之性質上通常係做為該犯罪之結果者（犯罪之結果行為），此即所謂以具有「原因與結果之關係為必要」。

#### 二、數行為分別觸犯他罪名

牽連犯的特色在於，方法行為所觸犯之罪名與目的行為所觸犯之罪名，或者原因行為所觸犯之罪名與結果行為所觸犯之罪名，並不相同。易言之，數行為須個別獨立構成不同之犯罪，否則無牽連犯之成立。

#### 第七款 黃榮堅教授之見解

黃榮堅<sup>149</sup>教授認為，從文義解釋，所謂牽連犯可分為「目的行為與方法行為之間的牽連關係」與「目的行為與結果行為之間的牽連關係」二種態樣。所謂犯一罪而其方法之行為犯他罪名，係指行為人為了進行某一犯罪行為，而先以犯他罪為手段；而所謂犯一罪而其結果之行為犯他罪名，其意思並不清楚，勉強只能解釋為行為人因為前一犯罪行為的關係所引起的後犯罪行為。

關於牽連犯之要件有二：一、牽連犯為一行為的犯罪；二、主觀牽連為必要條件。分述如下：

#### 一、牽連犯為一行為的犯罪

究竟牽連犯係數行為的犯罪抑或是一行為的犯罪？此可從三方面加以觀察，亦即（一）條文文義解釋；（二）判決文字意思；（三）學理間之爭議。

##### （一）條文文義解釋

原刑法第 55 條後段規定，「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」然而條文文字本身並不清楚，所謂「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名」，所指的係複數行為的情形或單數行為的情形。

##### （二）判決文字意思

若是純粹從文字面來看，我國實務往往明白表示，構成牽連犯必須要有數行為。例如有判決認為「刑法第五十五條所謂之牽連犯，必須兩個以上之行為，在行為人之主觀上及社會一般客觀上均認為具有方法與結果之牽連關係者，始足構成，亦即必須以犯一罪之方法行為犯他罪，或以犯一罪之結果行為犯他罪，方有牽連關係之可言<sup>150</sup>。」或「同法第

<sup>149</sup> 以下詳參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），頁 469-472，元照出版公司，2004 年 6 月。

<sup>150</sup> 最高法院 93 年台上字第 1621 號判決；最高法院 92 年台上字第 1673 號判決。

五十五條所稱之牽連犯，必須兩個以上之行為有方法與結果之關係者，始足構成<sup>151</sup>。」

但是從判決的意旨加以觀察，此些判決所謂的二行為，所要強調的乃是行為時間的非一致性。蓋只有在行為時間的非一致性之情況下，藉由行為先後次序的關係，方有可能形成條文所要求的「目的行為與方法行為」或「目的行為與結果行為」之間的因果關係。而且，此些判決尚不能看出先後行為必須是出於不同的意思決定，即未以嚴格意義的二行為作為牽連犯的要件。

實務上亦有判決<sup>152</sup>認為「刑法上之牽連關係，須行為人犯一罪而其方法或結果之行為犯他項罪名者始足當之，如果犯罪之行為完成後，另行起意而犯他項罪名者，且他項罪名，並非該已完成犯罪所必要之方法行為，二罪之犯意各別，行為獨立，則應併合處罰」此判決認為牽連犯的構成，在犯本罪之外另有方法行為或結果行為。但如果是分別起意的兩個行為，則非牽連犯，而是數罪併罰。基此，對於牽連犯的行為數問題已經很清楚也很正面的認定是屬於一行為的犯罪。

### （三）學理間之爭議

學理間之爭議係自牽連犯究屬數行為的犯罪或一行為的犯罪，而衍生出牽連犯之存廢問題。在學理上有認為牽連犯與想像競合犯同屬犯罪單數，可說是想像競合犯的例示概念。而日本學理間亦有類似的見解，認為牽連犯與想像競合犯相同，皆是屬於一行為觸犯數罪名的犯罪<sup>153</sup>。

<sup>151</sup> 最高法院 92 年台上字第 5078 號判決；最高法院 92 年台上字第 4547 號判決；最高法院 92 年台上字第 939 號判決。

<sup>152</sup> 最高法院 80 年台上字第 107 號判決。與此判決相同的見解如最高法院 93 年台上字第 1629 號判決；最高法院 92 年台非字第 397 號判決；最高法院 91 年台上字第 4745 號判決等。

<sup>153</sup> 此即日本學者鈴木茂嗣之見解，認為一般想像競合犯之一行為，是在同一時間點之橫的關係上具有行為之統一性，而牽連犯則是在時間之縱的關係上具有行為之統一性。但是無論是在同一時間點之橫的關係上具有行為之統一性或者是在時間之縱的關係上具有行為之統一性，全部的行爲皆是出於單一決意之行爲，而都符合一行爲。詳參閱甘添貴，牽連犯之法益與行爲個數，同註 146，頁 9。

但也有相反的見解認為，德國刑法僅設有想像競合犯，並無牽連犯之規定，因此在德國刑法學說及實務擴大「一行為」的概念，或許有其必要；然我國刑法想像競合犯與牽連犯皆有規定，自然無需強行擴張解釋「一行為」。職此，牽連犯之行為個數，至少應該有二個事實存在的自然行為，始能成立牽連犯；若僅有一個事實存在之行為，則應是成立想像競合犯。至於牽連犯之規定應否廢除，則是屬於另一個問題。

對此，黃榮堅教授認為，所謂犯一罪而其方法之行為犯他罪名，意思應為本行為與方法行為之間具有主觀上的手段目的關係。如此，假如構成牽連犯的行為必須是數行為，則必須是要出於分別決意，那麼事實上根本沒有任何可能可以成立「方法牽連關係」的牽連犯。亦即，數行為的概念和牽連的概念在邏輯上是互相排斥的。基此，以行為人單一決意下的手段行為與目的行為為牽連犯概念之內容，方法牽連關係的意義才可以被理解，並且在事實上才有牽連犯存在的可能。學說上採數行為說者乃是為了配合我國現行牽連犯的立法，有意以「數行為」當作牽連犯的基礎，藉此與想像競合犯的概念作區分。但是如此區分的結果並不會使牽連犯的概念果真有其作用。職是之故，在解釋上還是應該認為牽連犯是屬於一行為的犯罪。

## 二、主觀牽連為必要條件

所謂牽連關係的認定，理論上有客觀說與主觀說的見解：前者係指犯罪之客觀性質上，普通犯罪所必要之方法行為，或因犯罪所當然引起之其他行為，均係牽連犯之方法行為或結果行為，亦即，方法行為或結果行為與其目的行為或原因行為之間客觀上必須具有不可分離之關係；後者係指牽連關係應就行為人之主觀犯意決之，凡依行為人之意思，可認為某種行為係犯一罪之方法行為或結果行為者，均成立牽連關係，因此具有方法或結果關係之行為，必須自始包括於行為人實施某一犯罪決意之中。而我實務上對於牽連犯之牽連關係的判斷，大致上是採取主觀與客觀綜合判斷的角度。

黃榮堅教授對於牽連關係的認定，認為應採主觀說。其理由不外乎：第一，就牽連犯與數罪併罰的區分處理而言，刑法上對於牽連犯之牽連關係的認定，應該是從行為人基於一個意思決定下的方法目的關係或目的結果關係出發，換言之，即以主觀上的牽連關係為前提。因為若非如此，則難以說明牽連犯與數罪併罰區分處理的理由何在；第二，若採客觀說之見解，如此一來，行為人所使用的方法行為或結果行為近於常人的行為模式，即可以論以牽連犯而在刑罰上得到寬減，而行為人所使用的方法行為或結果行為異於常人的行為模式，就必須受到數罪併罰，於此，並無任何理由。

#### 第八款 柯耀程教授之見解

柯耀程<sup>154</sup>教授認為，所謂牽連犯，係指行為人犯一罪，而因其為達成該罪之實現，而衍生出觸犯他罪名之情形，此即原刑法第 55 條後段所規定「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者」之謂。

行為人實行一行為，原本僅為觸犯一刑事法規範（犯一罪），然而因其所使用之手段，或是為達特定之目的，而產生因方法、結果，或手段、目的之交雜關係。因此種關係之存在，乃使得對於行為人行為之評價，不以一般成立數罪之方式（實質競合）處理，而為單一整體之評價。

牽連犯之成立，必須在其結構上，具有牽連關係存在。從結構上觀察，柯耀程教授認為，牽連犯成立的基本條件有三：一、必須為複數之構成要件實現，且該複數構成要件必須各不相同；二、需有實現該複數構成要件之行為，或為單一或複數；三、需有牽連關係存在。分述如下：

一、必須為複數之構成要件實現，且該複數構成要件必須各不相同

---

<sup>154</sup> 柯耀程，同註 12，頁 231-264；柯耀程，同註 38 書，頁 198-240；柯耀程，同註 38 文，頁 79-82；柯耀程，刑法牽連犯問題的重新思考，刑事思潮之奔騰 韓忠謨教授紀念論文集，頁 227-260、246、258-259，財團法人韓忠謨教授法學基金會，2000 年 6 月。

固然在實現構成要件上，牽連犯與想像競合犯均要求需有數個構成要件被實現，即為犯罪複數（Verbrechensmehrheit）。然而在數個被實現之構成要件上，僅有在想像競合犯，才有同種構成要件同時存在之情況，而牽連犯並不能，也不可能同時實現相同的構成要件，蓋相同之構成要件，並不會發生既是方法，又是結果的牽連關係。因此牽連犯僅能實現不同之構成要件。

## 二、需有實現該複數構成要件之行為，或為單一或複數

對於牽連犯成立之前提要件，部分學者認為，方法、手段與結果、目的之關係，係建立在行為之上，而以為牽連關係之形成，必須有方法行為與目的行為之存在，且該二行為必須是各自獨立之行為。

然而柯耀程教授卻認為，牽連關係之形成，是否必然需有二個以上獨立之行為存在，容有疑問。從形成牽連關係的事實情狀觀察，固然有二行為存在之牽連關係存在，但不可否認的是，縱使僅有一行為存在時，亦不能排除牽連關係之成立。通常對於刑法所規範之結果，必然係由行為所實現，而行為在刑法中本就具有手段之性格，往往結果之發生，並沒有額外要求所謂的結果行為。於犯罪類型中，手段行為通常亦為實現結果之行為，二者係合而為一。因此，稱牽連關係必須要有二個以上之獨立行為方得成立之見解，在理由上，似乎稍嫌牽強。

另有學者認為，所謂牽連者，應為罪名彼此間之關係，而以為牽連犯僅係想像競合犯的「例示概念」，其結構仍如想像競合犯一般，僅具有行為單數（Handlungseinheit），如行為為複數時，則無牽連犯適用之餘地。依此見解，牽連關係則係規範內部所形成之關係，亦即規範彼此間具有方法、目的之關係存在，對於具有牽連關係規範（罪名）中之一罪名，以實行單一行為加以實現時，連動地促成他規範同時被實現，此種實現一規範，而牽動他規範亦被實現的情況，就其實現關係觀察，乃係由同一行為所實現，而不論該行為對於規範係方法行為，抑或是目的行為，此即該行為具有「行為同一性」（Handlungsideutität）存在。進而認為，

由於牽連關係係規範彼此間方法、目的與手段、結果之關係，係屬於不同之規範，而被單一行為同時實現，因此，牽連犯的本質應為「異種想像競合犯」(ungleichartige Idealkonkurrenz)之型態。

對此，柯耀程教授認為逕將牽連犯的本質視為「異種想像競合犯」，而否定牽連犯獨立性之本質，不但在結構上難以合理詮釋，而且可能造成想像競合犯的基本概念，產生動搖。如以規範被實現的情況作觀察，因牽連犯僅限定為異種構成要件之實現，則牽連犯似乎為想像競合犯的限縮類型。然而，如果以所實行之行為加以觀察，則想像競合犯在行為之要求上，應嚴格界定在規範實現的同時性上，即該數個規範必須被一行為同時實現，而並非個別被行為先後實現。至於牽連犯之形成，固然具有一行為同時實現數個規範之情形，但不可否認的，牽連犯亦有可能由二行為先後實現數個規範。職是之故，牽連犯之結構似乎有別於想像競合犯之本質概念，能否將牽連犯視為想像競合犯的次位概念，恐有疑慮，即因牽連犯具有行為先後實現構成要件之屬性，是否可以成立想像競合犯的「一行為」，仍有思考的空間。

### 三、需有牽連關係存在

學理上對於判斷牽連關係形成之見解，有主觀說、客觀說與折衷說之見解。然而柯耀程教授認為，不論是主觀說或是客觀說，都不能免除恣意判斷之嫌。

主觀說對於牽連關係之判斷，認為決定性之要素，乃在於行為人主觀犯意之繼續性，但如何確認行為人主觀意思是否具有繼續性存在？若此判斷標準是以行為人意思為決定基準，則刑法規範適用的判斷基礎，乃從刑法規範判斷，轉交至行為人之手而由行為人自行認定，如此一來，刑法於是乎喪失其為人類行為客觀評價標準的不變立場<sup>155</sup>，更使得刑法

---

<sup>155</sup> 德意志帝國法院判決 RGSt4, 187 謂：「Nicht der Handelnde, sonder das Recht bestimmt, was als eine Rechtsverletzung zu betrachten sei.」(決定是否為法侵害者，並非行為人，而是法的本身)。此段話足以揭示刑法判斷的標準，應是規範判斷，而非任意判斷。轉引自，柯耀程，刑法牽連

規範完全操縱在犯罪行為人之手，而失去其規範之機能。相反地，若是以行為人以外之公正客觀第三人為認定基礎，則其探求行為人主觀是否具有繼續性之犯罪意思時，所持的認定標準又是為何？此又成為主觀說的另一難題。因此主觀說從行為人犯罪意思加以探求之見解，似乎有其本質上嚴重之缺陷存在，若以此作為決定牽連關係的立論基礎，將使得牽連犯規定的適用，漫無限制的擴張。

其次，依客觀說的見解，對於牽連關係的判斷，僅需要依據一般之經驗法則，如可認為某一行為之實行，為整體犯罪之通常方法，或是必然結果，即為已足。如何從經驗法則中，確認行為係屬於通常方法或是必然結果，學理上又有形成一部說<sup>156</sup>與不可分離說<sup>157</sup>之爭議。然而，以一般之經驗法則作為判斷基礎，本就有其不明確性存在，以不明確的判斷標準，對於待確認的法律關係加以判斷，如何能夠確保判斷結果的正確性？而且從具體事實的客觀面觀察，某一行為是否得以成為他結果之方法，並不能單純從「該結果係因此行為所致」而為認定。相同地，若將牽連關係形成的標準，界定為行為與結果相互形成不可分割之整體，則如何判斷是否具有相互形成且不可分割可能又會成為客觀說詮釋上的難題。蓋從行為觀察，如行為之數舉止間，具有不可分割的關係時，其所實現之構成要件通常只有一個，並非數個。如又從所觸犯之罪名間，認定不可分割關係，然各罪名之規定，本係各自獨立，如何可稱其具有不可分割之關係？若謂構成要件本係由行為所該當者，從行為造成構成要件實現間，具有不可分割的關係來說明，或許可以認為行為實現一構成要件時，他構成要件，亦會隨之被實現，而將此種必然關係，認定為不可分割之關連性。然而，柯耀程教授認為，一構成要件實現時，未必

---

犯問題的重新思考，同註 154，頁 243 註 27。

<sup>156</sup> 形成一部說者認為，牽連關係者，必須方法或結果行為所實現之構成要件，在法律意義下，包含於一個整體犯罪行為概念之中，即各行為間，均為整體犯罪之一部，而相互形成整體之犯罪結構。

<sup>157</sup> 不可分離說者認為，法律以某一種犯罪行為與其方法或結果行為，規定為一整體處斷者，乃因其間具有必要之不可分離關係。

必然有他構成要件隨之成立之情形。因此，客觀說所持的見解，無異是一種理想性單純思維而已，並不能作為判斷牽連關係的依據。

最後，將主觀說與客觀說加以綜合的折衷說，並不能免除二者的弊端，主觀說與客觀說所隱藏的難題，在折衷說中仍舊存在，甚至是相乘的難題。因此，折衷說固然將主觀說與客觀說對於牽連關係之認定加以綜合，然而此種綜合並非將主觀說與客觀說去除個別的漏動，再將二說之判斷優勢予以相加。反倒是將二說的判斷基準的限制，加以相乘，以致於產生加倍的限制。此外，同時也繼承二說中原有的缺陷，形成重複的缺陷。職是之故，此種調和的見解，事實上並未達到調和之效果。

在刑法的概念中，很少有一個概念從主觀面與客觀面均無法詮釋者，唯獨牽連犯之牽連關係，既不能依主觀見解，亦不能依客觀判斷，更不能整合二者而為妥適之詮釋。如何在主觀說與客觀說均無能為力的情況之下，尋找出認定牽連關係的基準，則成為牽連犯是否仍得以存在刑法規定中的重要指標。因此，在此應將牽連犯的結構，作「行為」與「實現規範」間雙向的觀察，重新思考牽連關係形成的基礎。

職是之故，柯耀程教授提出「規範保留」之見解，認為牽連關係應係存在於構成要件對於行為評價的關係，也就是一種構成要件對於行為所實現犯罪類型的預設關係。即牽連關係的範圍，應僅及於此種規範預設的範圍，如果超出此一範圍者，並不能適用牽連犯之規定，因此，牽連關係之判斷，應該為法規範評價之判斷，其並非從事實面認定，而應為法規範對於特定犯罪型態的保留。而刑法規範對於牽連關係應有的保留型態，可分為主觀上保留與客觀上保留二種基本類型。分述如下：

#### （一）主觀保留的牽連型態

刑法規範所預設牽連關係的主觀保留型態，最典型者，應為「意圖犯」(Absichtsdelikte) 類型，此種保留，係將牽連關係的形成條件，置

於主觀要件的意圖之上，而牽連關係乃在於意圖犯之基本犯與意圖實現的規範上，如二者皆被實現時，牽連關係亦被確認。

關於刑法意圖犯的規定，又可分為二類型：

#### 1. 所計畫之法益侵害（geplante Rechtsgutsverletzung）本身的意圖類型

此類意圖犯的意圖，係對於行為人動機（vertypte Tätermotivation）加以描述，即此類意圖內涵所指向的標的與故意的對象相同，只是在犯罪成立的要求上，特別強化對於所計畫法益侵害的內在意向。然而因此類意圖犯的意圖內涵與故意內涵相同，故其意圖實現時，並不能對之再加以評價，否則有違「重複評價禁止原則」（Grundsatz des Doppelbewertungsverbots），蓋意圖內涵所指向的客體，已在基本犯成立之時受過評價，因此，意圖實現，僅能視為強化該法益侵害的意向，而不能再行評價。

#### 2. 溢出保護法益（über das geschützte Rechtsgut hinaus）範圍的意圖犯類型

此類意圖犯的意圖內容與故意內容，所針對的對象不同，意圖所指向的客體，並未在基本構成要件中被評價，因此，若意圖實現，即與基本構成要件形成不可分割的牽連關係，而二者連接之基礎，則在主觀的意圖。職是之故，得以成立主觀保留的牽連關係者，僅此種溢出保護法益範圍的意圖犯類型。

### （二）客觀保留的牽連型態

客觀保留的牽連型態，計有下列三類型：

#### 1. 繼續犯貫穿效應的牽連類型

繼續行為的行為結構包含二部分，一為導致違法狀態發生的行為，另一為維持違法狀態的行為。而繼續犯貫穿效應的牽連類型，其適用牽

連犯規定者，在結構上，具有二以上之行為，而且各行為均得以各自成罪，然因法律對於繼續犯的性質特為界定，其實現法益侵害之行為與維持違法狀態之行為，視為一行為。因此，在繼續犯中，又有他行為觸犯他罪名之情況，應視為係在繼續行為中所為，其與繼續行為在客觀上，係串連在一起，故於評價上亦不能任意地加以分割。

## 2.行為手段所形成的牽連類型

刑法對於特定犯罪類型之實現，常透過行為客體作為犯罪成立的媒介，連帶使得對於行為客體侵害的行為，具有手段之性格。由於行為客體所具有之法益內涵，不同於該構成要件所設定之法益內涵，如以此行為為手段實現數法益之侵害時，即應視為牽連關係之法律保留類型。以行為為手段為保留的類型，其判斷之標準，乃在於「行為客體內含法益」與「行為所欲實現法益」是否具有同類性。如果行為客體所具有的本然法益與行為目的所侵害法益，屬於同類時，則僅為單一構成要件被實現，並無牽連關係之複數構成要件被實現的問題。但如果行為客體所具有的本然法益與行為目的所侵害法益係屬不同類時，則所生之損害係由一手段行為所導致，乃為牽連關係規定的典型類型。

## 3.不一致結果加重類型

此即行為衍生出不同法益侵害的加重結果類型，或可稱為「不純正加重結果犯」。其所以不純正者，有二個條件，一為此類型欠缺同一客體關係，蓋因基本行為的行為及保護客體與加重結果的保護客體，完全不同；二為行為的危險性對於加重之結果，並非本然的關係，而係延伸的結果或是因行為手段的方式所致，此又與加重結果犯的基本行為，被要求對加重結果具有本然的危險性，完全不同。

此種不純正加重結果犯，對於刑法所規定的加重結果，有一個共同的特性，即基本行為所使用的手段皆為「使用暴力」(Gewaltanwendung)方式，以強暴手段的基本行為，作為侵害基本法益的基礎，卻因行為的

作用，導致同一行為客體或不同行為客體之其他法益亦受侵害。此類行為的基本方式，並非必然會對於加重結果有危險，只是一旦行為手段使用強暴者，且對於加重結果的危險關係提昇至具體危險階段時，則潛在地已蘊含一個純正的加重結果犯在其中，故稱為「行為延伸」。對於此種型態之犯罪類型，不能以單純的加重結果犯視之，應視為「變體加重結果犯」(abgewandelteerfolgsqualifizierte Delikte)。而此種型態，柯耀程教授認為應為牽連關係規定所處理的型態，不應該置於加重結果犯之中而為處理。

## 第二項 對學理間各見解之評析

從上述學理間之見解觀察，不難發現牽連犯本質之爭議，在於其究為一行為或是數行為，即牽連犯之行為數為何以及牽連關係應如何判斷。若以簡表，可圖示如下：

	行為數	主觀說	客觀說	折衷說
韓忠謨教授	?	V	X	X
蔡墩銘教授	二個以上	X	V(?)	V
林山田教授	行為單數	X	X	X
甘添貴教授	二個以上	X	X	V
張麗卿教授	二個以上	X	X	V
陳子平教授	二個以上	?	?	?
黃榮堅教授	一行為	V	X	X
柯耀程教授	單一或複數	X	X	X

(圖表三之2)

以下試從牽連犯之行為數為何以及牽連關係應如何判斷此兩點切入加以分析：

**第一款 數個故意行為**

學理間多數學者皆認為必須為二個以上之故意行為始能成立牽連犯，藉此與一個故意行為僅能成立想像競合犯作為區分。然而林山田教授與黃榮堅教授卻認為牽連犯之行為數應為一行為。林山田教授係主張牽連犯為想像競合犯之例示概念，故在行為數的判斷上，牽連犯的行為數應與想像競合犯的「一行為」內容一樣，皆為「同一行為」。此「一行為」，乃屬於廣義的一行為，內容包括自然意義下的一行為，構成要件的行為單數以及自然的行為單數。而黃榮堅教授從實務見解中加以觀察，認為實務上並未強調牽連犯必須要有二個以上之行為，僅在強調行為有先後時間差異。

至於柯耀程教授則認為成立牽連犯之行為數，可能為一行為，也可能為數行為。若是刑法所規範的結果，係由行為所必然實現者，即在犯罪類型中，手段行為的實行必然亦實現結果行為，則兩者合而為一，在此部分，牽連犯只要一行為即可成立；從另一方面觀察，不應將牽連犯視為想像競合犯之例示概念，是以，牽連犯之形成，固然可能為一行為觸犯數罪名之情形，但也可能是由二行為先後實現數個規範之情形所構成，在此部分，牽連犯必須有二個以上之行為方可成立。

本文以為，必須有二個以上之故意行為方能成立牽連犯，理由不外乎有以下四點：

首先，吾人從想像競合犯與牽連犯之立法形成過程中，不難發現在民國二十四年原刑法制定時，立法者有意藉由行為數的判斷而作將想像

競合犯與牽連犯區分，使想像競合犯與牽連犯的概念不致混淆，即牽連犯之成立要件，以數行為為限，一行為僅能成立想像競合犯。

其次，論者有以為牽連犯之行為數應與想像競合犯之行為數一樣，皆為「同一行為」，但得出此一結論的前提是牽連犯是想像競合犯之例示概念，亦即，前提是牽連犯之立法規定的存在是無任何意義，倒不如視而不見。然而此一前提在原刑法第 55 條尚存有牽連犯之規定下，便與實際立法實務不相符合，而導出來結論未必正確。

再者，論者有以為我國實務判決所謂的二行為，並非以嚴格意義的二行為作為牽連犯之成立，而是強調行為時間的非一致性。然而實務上之判例見解<sup>158</sup>，有直接明示牽連犯之成立要件必須有二個以上之行為。至於所謂的構成牽連犯的行為若必須數行為，則必屬於是出於分別決意，對此，本文以為行為人基於單一的意思決定，對於數構成要件有知與欲之故意，而以數行為實現該數個構成要件時，其間若有方法與目的或原因與結果之牽連關係時，即成立牽連犯。是以，單一的意思決定是有可能以數個行為而加以完成。

最後，論者有以為手段行為的實行必然亦實現結果行為，則兩者合而為一，即可能僅以一行為之存在，而成立牽連犯。但在「必然」的認定判斷上，本屬不易，對於在內容上不同之手段行為與結果行為，強行合而為一，更屬不當。以行使偽造文書以達成詐欺取財之目的為例，行使偽造文書固然是含有詐欺的意向，在此部分，行使行為與詐欺行為合而為一本無疑問，但是行使偽造文書未必然發生詐欺取財之結果，在概念上無法將「行使行為」與「取財行為」強行合一觀察。

其實，牽連犯之行為數判斷，應如同對於想像競合犯之行為概念判斷一般，必須是「自然意義下的一行為」此一標準為判斷，成立牽連犯

---

<sup>158</sup> 最高法院 26 年渝上字第 1833 號判例；最高法院 29 年上字第 2146 號判例。直接一語道出牽連犯必須二個以上之行為始足構成者，則為最高法院 73 年台上字第 5446 號判例。

之行為，既然是事實存在之自然意義下之一行為，其「犯一罪」時，有一自然意義下之一行為；其「犯他罪名」之方法或結果行為，則為另一自然意義下之一行為。職是之故，牽連犯之行為個數，至少應有二個自然意義下之一行為，方能成立牽連犯。

## 第二款 牽連關係應採主觀說

對於牽連關係之判斷，學理間上之學說有主觀說、客觀說與折衷說之見解，未盡一致，且各說皆有學者所採。

本文以為，首先，從想像競合犯與牽連犯之立法形成過程中，於民國二十四年原刑法制定當時，立法者有意將想像競合犯與牽連犯予以區分，而彼時所採取的修法立場，乃係「由客觀主義而側重於主觀主義；由報應主義而側重於防衛社會主義」。本質上為數罪的牽連犯，但在法律處斷效果上卻「從一重處斷」，之所以如此，應求之於主觀主義刑法理論之觀點，重在行為人犯罪惡性之矯正。是以，基於同一個法規範敵對意思所發動之方法行為與目的行為或原因行為與結果行為，始有成立牽連犯而從一重處斷。

就違法性觀點加以觀察，牽連犯之行為，其有別於通常之複數犯罪者，乃因其方法行為或結果行為另犯有他罪名，在構成犯罪行為之因果歷程上應係出於行為人犯罪意思決定之繼續，亦即，單一的意思決定。若非以行為人的單一的意思決定判斷數行為間是否有方法行為與目的行為或原因行為與結果行為之牽連關係，則與同樣是數行為侵害數罪名的數罪併罰無從區分。簡言之，是以一次規範意識的突破或是多次規範意思的突破作為區分牽連犯與數罪併罰。

其次，有論者以為若採取主觀說，則刑法規範適用的判斷基礎，乃從刑法規範判斷，轉交至行為人之手而由行為人自行認定，而喪失刑法為人類行為客觀評價標準的不變立場。然而，刑法法規範的侵害，來自

於行為人主觀意思與客觀行為合致，缺一不可，本不可偏廢任何一方，況且，牽連犯之成立必須是二行為間具有方法行為與目的行為或原因行為與結果行為之關係，二行為間之所以有牽連關係，本在於行為人單一決意的延續，若捨行為人主觀上之判斷，則在行為人二行為間純就行為客觀面判斷是否有無牽連關係，不但在實體法上容易有所失誤，在訴訟法上亦易費時曠日。

再者，客觀說認為只要是普通犯罪所必要之方法行為，或者因犯罪結果所當然引起之其他行為，即方法行為或結果行為與其目的行為或原因行為之間，有不可分離之關係者，即可認定有牽連關係，看似簡單，但其中何謂「必要」、何謂「當然」、何謂「有不可分離之關係」，為不確定的法律概念，判斷上恐非易事。

最後，折衷說係兼採主觀說與客觀說，為一極為嚴格之見解，論者多以為牽連犯為數罪一罰，乃為數罪數罰的例外，依「例外規定從嚴解釋」之法理，自應嚴格認定牽連關係的形成。然而，實際上，牽連犯並非數罪數罰之例外規定，而是一罪一罰與數罪數罰的中間「調和」型態，以避免對行為人單一之意思決定作評價不足或過度評價。若以此觀之，採取折衷說似乎對於牽連關係的認定太過嚴格，抹煞此類中間「調和」型態的美意。是以，比較之後，似乎以主觀說較為簡易可採。

至於柯耀程教授並不採上述任一種學說，而係依其所提出的主觀規範保留與客觀規範保留來判斷是否成立牽連犯。然而其實在判斷主觀規範保留，必須判斷行為人主觀上之意圖為何，仍不失需要為主觀上之判斷；而客觀規範保留，似乎又導向客觀說中判斷是否為必要的方法行為或當然的結果行為。除此之外，既為規範保留，則恐怕必須事先釐清刑法分則中那些條文規範係屬於主觀規範保留之類型，那些條文規範係屬於客觀規範保留之類型，在分類上恐非易事。

## 第二節 舊法規定

牽連犯，民國元年之暫行新刑律第 26 條已有規定，司法實務上，亦早已承認有此項概念，例如大理院統字第 876 號解釋即謂：「故意傷害人而用繩索網縛者應依傷害罪及私擅逮捕罪從一重處斷」；又例如大理院統字第 1465 號解釋謂：「竊取支票冒名簽字取款者應依竊盜及偽造有價證券並行使從一重處斷」等是。

惟如前所述，民國元年之暫行新刑律第 26 條之規定，並非僅是牽連犯之法源依據，其當時亦包含了想像競合犯與法條競合等在內。至民國十七年之舊刑法第 74 條，始將法條競合等屬於實質一罪之概念排除在外，另將想像競合犯獨立分離出來，於同條前段規定。

但是，民國十七年之舊刑法第 74 條亦有混淆牽連犯及想像競合犯之缺失存在。此至民國二十四年之原刑法，始將想像競合犯與牽連犯嚴予區別，亦即想像競合犯須係「一行為」；而牽連犯則須係「數行為」。而至民國九十四年二月二日修正公布之刑法第 55 條，則將牽連犯之規定加以廢除。

我國原刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」該條後段即為舊法有關牽連犯之規定。我國學理或實務常從原刑法條文規定，解釋「所謂牽連犯，意指犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪者」。申言之，行為人僅犯一罪，而此行為本可獨立成罪，惟因其與亦可獨立成罪之方法行為或結果行為之間，具有方法與目的或原因與結果之牽連關係，因此，以牽連犯稱之。此類犯罪因與通常之複數犯罪性質有異，故本於刑事政策上之考量與科刑上之方便，乃在刑法上另定處斷標準，以專條明文規定之。

### 第三節 刪除牽連犯之理由

在 2005 年修正公布之現行刑法第 55 條，乃將牽連犯之規定予以刪除。其實關於牽連犯應否存置、是否刪除，學理文獻早有所爭議。而與

我國原刑法同樣設有牽連犯規定之日本，對於牽連犯應否廢止，有無存在的實益，亦有所爭論。

在我國，牽連犯之存廢問題，在學理間本有所爭議；至後來立法院舉行公聽會時，是否廢除意見又不盡一致；最後，刑法新修正將牽連犯刪除之後，更有學者對修法理由提出反思。本文將從牽連犯之存廢論談起，以探求何以牽連犯終至被廢止之原因。

## 第一項 牽連犯之存廢論

牽連犯在世界各國之立法上，除了西班牙刑法第 71 條第 1 項外，在亞洲國家裡，即是日本刑法第 54 條第 1 項後段及我國原刑法第 55 條後段。大陸法系國家之刑法，例如德國刑法第 52 條第 1 項、奧地利刑法第 28 條、瑞士刑法典第 68 條等，亦僅止於類似日本刑法第 54 條第 1 項前段及我國原刑法第 55 條前段所謂想像競合犯之規定。因此，關於牽連犯是否有繼續存在的價值，抑或是應該廢除，存在論與廢止論之爭議乃甚囂塵上。

### 第一款 日本學理對牽連犯存廢之爭議

追溯日本牽連犯之來源，乃始自大陸法系之法國、德國刑法，但是該二國之刑法在歷經數次的修正後，已將牽連犯廢止，而日本卻沿用至今<sup>159</sup>。現行日本刑法第 54 條第 1 項雖然仍存有牽連犯之規定，但對牽連犯是否保留、應否存在，尚有爭議，學理上容有廢止論與存在論之爭。

#### 第一目 牽連犯存置論

---

<sup>159</sup> 余振華，論牽連犯之存廢及其罪數，刑事法雜誌，第 36 卷第 6 期，頁 70，1992 年 12 月。

持牽連犯存在說的學者<sup>160</sup>認為，從沿革上加以觀察，現行日本法之所以規定牽連犯，是因為在日本舊刑法中本作為一罪處理，例如公文書偽造行使（日本舊刑法第 203 條）、私印章偽造行使（日本舊刑法第 208 條）、官方許可證偽造行使（日本舊刑法第 213 條）、侵入住宅竊盜（日本舊刑法第 368 條）、攜帶兇器侵入住宅竊盜（日本舊刑法第 370 條）等，在現行刑法中，例如偽造文書及其行使、侵入住宅與竊盜等，由於各自分割而成為另一犯罪型態，為了對這些犯罪與以前作同樣的處理，牽連犯的規定乃被認為必要而且是當然的。是以，日本現行刑法上設置牽連犯之具體的動機，乃是為了糾正舊刑法上視為合併一罪者，例如偽造罪與行使罪，因將其分離成立別罪之不適宜情形。日本在現行刑法施行後之不久，實務判例見解即有將文書偽造後而加以行使之案例，解釋為「偽造文書行使罪之一罪」<sup>161</sup>。

在日本有不少主張存置論之學者，以連續犯廢止後之實務傾向，來加以考察，認為連續犯自 1947 年廢止以來，其廢止前視為連續犯處理之一部分無明文規定而以包括上一罪來處理者，在牽連犯廢止後，並非全部皆形成競合犯，有相當多部分仍須以理論上或科刑上一罪來處理。但是究竟以如何之基準來區別，理論上並不十分明確，因而產生裁判實務上混亂之現象。

又有學者認為目前以牽連犯來處理之犯罪行為，若代之以其他方法處理，並不見得適當。例如各種偽造罪與行使罪之關係即是。亦即，在兩罪之構成要件上，當然可預見其相互間充足他種之構成要件，而且兩者不以法條競合等之吸收關係為前提之情形。又從刑法上「犯罪之手段或結果」之規定亦在構成要件之內部上，解釋為方法與結果之關係可預想者為前提之觀點來論，亦應將牽連犯予以保留<sup>162</sup>。

---

<sup>160</sup> 川端博，刑法總論講義，頁 631-632，成文堂，1997 年。轉引自馬克昌，同註 3，頁 804。

<sup>161</sup> 余振華，同註 159，頁 70。

<sup>162</sup> 河上和雄，牽連犯についての反省，司法研修所創立十五周年紀念論文集，下卷（刑事論），頁 216。轉引自余振華，同註 159，頁 71。

另有學者<sup>163</sup>以為，牽連犯是數罪立於手段與目的或者是原因與結果之關係，雖然立法例少，判例之恣意認定，廢止的立法論（改正刑法草案）亦為有力，但以往被認為是牽連犯的案例，如果以後被認為是併合罪，這並非毫無疑問。是以，有必要，甚至擴大牽連犯的適用。

## 第二目 牽連犯廢止論

持牽連犯廢止論者，以日本學者大谷實<sup>164</sup>教授為主，認為：「牽連犯，因為缺乏合理的根據，其存在的理由值得懷疑，所以應當廢止之，相當於牽連犯的犯罪應當作為包括的一罪或併合罪處理。草案也未設置關於牽連犯的規定。並且在外國的立法例中也沒有看到此種規定。」大谷實教授所指的草案，其實就是指日本 1974 年改正刑法草案。該草案修正理由書中說明了草案之所以刪除關於牽連犯，其理由乃在於「在構成牽連犯之數罪中，做為手段之行為與做為結果之行為間，有相當時間上之間隔，倘若將其中之一方（手段行為之罪）之既判力及於另一方（結果行為之罪），並非適當。且，判例通常雖然將具有手段、結果關係之數罪視為牽連犯，惟實務在具體適用上，未必有其一貫性。再者，在現行法下，得成立牽連犯之情況中，有許多亦被理解為想像競合犯，因此將牽連犯之規定予以刪除，並不會造成被告之不利益。」

## 第二款 我國學理對牽連犯存廢之爭議

考察我國刑法之立法，乃係源自大清新刑律，起草當時有日人岡田朝太郎參與，故亦採用了牽連犯之規定。自暫行新刑律以來，一直有牽連犯之規定，然而此項規定是否適當、應否廢止，向為學理與實務爭論

---

<sup>163</sup> 刑法理論研究會編，現代刑法學原論（總論），頁 279，三省堂，1984 年。轉引自馬克昌，同註 3，頁 804。

<sup>164</sup> 大谷實，刑法講義總論，頁 504，成文堂，1994 年第 4 版。轉引自馬克昌，同註 3，頁 803-804。

之焦點。我國原刑法第 55 條後段之牽連犯規定，是否廢止，在修法之前即爭議不斷，多有主張廢止論者，但亦有學者仍覺得牽連犯有存在之價值，而力倡存置論。

## 第一目 牽連犯存置論

### 一、楊建華教授之見解

楊建華<sup>165</sup>教授認為我國刑法牽連犯之規定仍應予以保留為宜。雖然學理間與實務界有認為牽連犯係二以上之行為，並侵害數法益，該當數個犯罪構成要件，與一行為觸犯數罪名之想像競合犯不同，僅因其間具有方法或結果之關係，即可從一重處斷，而不以實質上數罪併罰之規定處理，有鼓勵犯罪之嫌。並且，何種情形方得以認為具有方法或結果之關係，學理間不僅眾說紛紜，實務上見解亦前後不一，難求一致的標準，易引起適用上的困擾。因牽連犯乃係處斷上一罪，國家對之僅有一個刑罰權，常有輕罪先判，重罪不能處罰，因而致使犯罪行為人倖逃法網，造成審判上之不公平。如果牽連犯予以刪除，依數罪併罰之例處罰，在適用上仍可依刑法第 50 條寬定其執行刑，亦得視其情形，解為係想像競合犯，對行為人亦非絕對不利。

上述見解楊建華教授並非全部反對，但認為犯一罪而其方法或結果更犯他罪者，在犯罪行為人之目的，僅欲犯某一罪，祇因其實施之方法或因其實施結果，觸犯其他不同之罪名，從行為人心理上之惡性程度而言，與本欲犯數罪之情形究有不同，如作實質上的數罪併罰，未免過苛。從我國刑法發展史看來，一向承認牽連犯之存在，頗符合主觀主義之原則。若將牽連犯之規定，予以刪除，則類此犯罪，究為實質上數罪併罰，或應將部分情形解釋為想像競合犯之範圍，在判斷上亦有困難之處。是以，應予以保留為宜。

---

<sup>165</sup> 楊建華，刑法總則之比較與檢討，頁 408-409，三民書局出版，1988 年 9 月。

## 二、柯耀程教授之見解

柯耀程<sup>166</sup>教授認為，在未完全釐清牽連關係的形象之前，即貿然將其刪除，恐有立法上欠周延考慮之虞。

牽連關係問題，本即相當棘手的問題，得以形成牽連關係之結構者，柯耀程教授認為有三：一、被實現之複數構成要件（數罪名），該數構成要件必須是異種構成要件之關係；二、實現該構成要件之行為，其可能為單數，亦可能為複數，且在單數行為時，該行為對於所實現之構成要件，可能為手段行為，亦可能為目的行為；三、行為與實現構成要件之關連性，即為牽連關係。在此種結構下，不論是被實現構成要件的適用問題，或是行為的認定問題，都是學理上努力加以釐清的課題。而牽連關係結構中，最令學理頭痛的，當屬牽連關係的判斷。然而學理上對於牽連關係的判斷，始終都停留在對行為或實現罪名的單向觀察，而將認定標準，游移在主、客觀判斷之間，使得牽連關係的適用，形成時而寬鬆、時而嚴格的模糊狀態，更對於釐清牽連關係的形成問題上，無能為力，最終只好走上廢除一途，這是相當無奈的情況。因此，牽連關係的形成結構，並非單純得以實存面的形成關係，亦即從一行為或是數行為的劃分關係，得到解釋。牽連關係的存在應該不是行為存在面的判斷問題，而是一種規範保留的關係，在這樣的保留關係下，廢除牽連關係規定的立法，將會是一種錯誤。

況且，雖然法律對於牽連關係的規定僅略謂「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者」，然而這樣的規定內容，是否即意謂著牽連關係的形成結構，必然具有「本罪行為（犯一罪）」、「方法或手段行為」及「結果或目的行為」的複數行為結構？在學理上並非完全認同此種結構關係的認定。職是之故，可以預想見者，牽連關係在其形成結構的認知，容

---

<sup>166</sup> 以下詳參閱柯耀程，競合論爭議問題：第二講 廢除牽連規定的適用難題，月旦法學教室，第63期，頁55-56，2008年1月；柯耀程，同註12，頁231-232、259；柯耀程，同註38書，頁198-200、233；柯耀程，同註38文，頁79；柯耀程，同註154，頁230-231、246、258-259。

有爭議的情況之下，在未完全釐清牽連關係的形象之前，即貿然將其刪除，恐有立法上欠周延考慮之虞。

柯耀程教授甚至認為，其實牽連關係的規定，雖然其他國家的制度中，不見得存在，但終究這是一個相當優質的法律制度，對於其平白無故而受過，只能心生不忍<sup>167</sup>。

## 第二目 牽連犯廢止論

### 一、林山田教授之見解

林山田<sup>168</sup>教授對於牽連犯是否刪除，乃持肯定之見解，認為牽連犯之規定應予刪除。蓋牽連犯在本質上仍屬於行為單數之純正競合態樣，原即可以適用想像競合犯之規定，便足以處理原犯一罪與其方法行為，或原犯一罪與其結果行為之牽連關係問題。因此，牽連犯實屬於可以省略之多餘例示概念。

再者，由於傳統學說或實務判例認為牽連犯乃具有「兩個獨立之行為」，導致在概念操作上，過分地限縮想像競合犯之「一行為」概念的適用範圍，而無法從行為單數的概念來建構與操作想像競合犯與牽連犯之規定。更有甚者，僅以法條文字「方法或結果犯他罪名」之字面意義，

---

<sup>167</sup> 德國學者 Puppe 教授亦持相同見解，認為牽連犯是一個優質的法律制度，「Ich halte also die Streichung dieses Satzes in § 55 des Taiwanesischen Strafgesetzbuches für eine unglückliche Entscheidung des Gesetzgebers. Was mich betrifft, wäre ich froh gewesen, wenn ich im § 52 des Deutschen Strafgesetzbuches, der Vorschrift über die Idealkonkurrenz, einen solchen Satz gefunden hätte.」（所以我認為台灣立法者刪除刑法第 55 條後段牽連犯之立法規定，是一項不幸的決定。對我來說，如果我能在德國刑法第 52 條關於想像競合犯之規定中找到這樣的文句，我會非常高興。）參閱 Ingeborg Puppe 著，陳志輝譯，Idealkonkurrenz verschiedener Tatbestandsverwirklichungen kraft Identität der tatbestandsmäßigen Erfolge(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犯)，東吳法律學報，第 17 卷第 3 期，頁 327，2006 年 4 月。

<sup>168</sup> 以下詳參閱林山田，同註 2，頁 164-165；林山田，同註 25，頁 10-11；林山田，同註 145，頁 321-323。

將許多本屬法條競合、不罰之前行為與不罰之後行為或實質競合之案例，浮濫地納入牽連關係之概念下。

因此，牽連犯之規定與傳統學說的牽連關係極易導致概念的混淆與誤導判斷，現行法（按：原刑法第 55 條後段）中牽連犯的規定，林山田教授認為，不但是無助於犯罪單數或犯罪複數的判斷，並且因牽連關係之不確定而擴大牽連關係的範圍，導致混淆了競合論之判斷概念，這也使得刑法實務在判斷結論上，出現眾多歧異見解，即便是透過上訴審之法律救濟，職司統一法律見解之最高法院，亦存有意見分歧之判例，使人易生眾說紛紜、莫衷一是之感。

反觀外國立法例，在日本現行刑法中雖然仍設有牽連犯之規定，但早在 1940 年之「改正刑法草案」，即有廢除牽連犯之主張。1961 年之「改正刑法準備草案」，亦以牽連犯係屬於實質上之數罪為理由，而並未設有牽連犯之規定。至 1971 年之「改正刑法草案」與 1974 年之「改正刑法草案」，便認為判例上通常將具有方法與結果關係之數罪，視為牽連犯，然而在具體適用上卻未必一貫，而且將牽連犯之規定加以刪除，也不會對被告不利。因此，兩改正草案均主張將牽連犯之規定刪除。

職是之故，有關牽連犯之規定，實宜加以刪除。至於牽連犯刪除後，本適用牽連犯處斷之案件，林山田教授於此便認為，應分別情形，分別適用想像競合犯、法條競合、不罰之前行為或後行為，或實質競合，加以科處。

## 二、甘添貴教授之見解

甘添貴<sup>169</sup>教授認為，牽連犯之規定應否廢除，乃屬見仁見智；況且在立法例上，設有牽連犯之規定者，似乎僅剩我國與日本而已。惟日本於歷次之修正刑法草案（改正刑法假案、改正刑法準備草案及改正刑法

---

<sup>169</sup> 以下詳參閱甘添貴，同註 2，頁 214-215；甘添貴，牽連關係之認定，同註 146，頁 9。

草案)中，則均未設有牽連犯之規定。我國現行刑法(按：原刑法)自民國二十四年公布施行以來，已有六十四年之久<sup>170</sup>，且實務上適用牽連犯之規定，與想像競合犯在區別上，困擾迭生。

又認為，牽連犯之存在，嚴格言之，並沒有堅強的實質根據。如果「勉強」要探尋牽連犯存在的理由，可能僅能就責任評價的觀點，認為牽連犯乃係基於一個意思之活動，而為一次規範意識之違反。

### 三、余振華教授之見解

余振華<sup>171</sup>教授認為，若由牽連犯之立法歷程而加以觀察，原刑法以「實質上數罪而科刑上一罪」之立論而加以規定者，其立法理由有將「不法內涵」減少之傾向。易言之，二個行為因具有個別之不法與責任內容，而認定其係成立二個犯罪，在立法上將較重之一方規定處斷時，法益侵害通常亦伴隨在另一犯罪行為中，此點當然亦被考慮而加以決定之。因此，牽連犯之立法理由仍存在著不完整之現象。在德國雖無牽連犯之規定，縱然亦無實行行為之重合觀點，然而德國學理與實務上有「基於自然觀念之自然行為的單一性」之概念，係以時間與場所之接著性、個個行為之同種性、決意之單一性為要件來決定之，亦不無其優點之處。從此觀點著眼，則無論日本或我國之學理間及實務界均對牽連犯之存置有嚴重的批判，此正反映著牽連犯之立法已面臨嚴重的考驗。今後在處理此類問題時，或許會再發生解釋學上難以圓滿解釋的情況。現實上之現象，正將牽連犯之動向導向廢止之道！

### 四、黃榮堅教授之見解

黃榮堅<sup>172</sup>教授認為牽連犯事實上是屬於想像競合犯的態樣，因此，和想像競合犯的問題一樣，在立法上，牽連犯並沒有存在的意義<sup>173</sup>。其

---

<sup>170</sup> 由於甘添貴教授此篇文章乃寫於民國八十八年，為忠於原文，故不變更原文而為「有六十四年之久」。參閱甘添貴，牽連關係之認定，同註 146，頁 9。

<sup>171</sup> 以下詳參閱余振華，同註 159，頁 72。

<sup>172</sup> 黃榮堅，同註 149，頁 468-469，472。

實所謂犯一罪而其方法之行為犯他罪名者，應指本行為與方法行為之間具有主觀上的手段目的關係，即在牽連關係的認定上應採取主觀說之見解，如此，若說構成牽連犯的行為為數行為，則必須係出於分別決意，那麼根本無任何的可能得以成立「方法」牽連關係的牽連犯。是以，牽連犯是屬於一行為的犯罪，數行為的概念和牽連犯的概念在邏輯上可說是互斥。

因此，行為人以單一決意下的手段行為與目的行為的牽連犯概念之內容，「方法」牽連關係才能被理解，且牽連犯才有存在的可能。如此一來，在有想像競合犯概念類型之際，牽連犯的規定就完全沒有意義了，為可以省略的多餘例示概念。至於此一概念的多餘，再加上其他因素的考量，應該只有廢除一途可行。

## 第二項 公聽會學者專家之意見

為了集思廣義，並配合現代刑法思潮變遷及適應國家社會之需要，立法院特別於 2003 年 5 月 5 日舉行公聽會，邀請學者專家<sup>174</sup>、立法委員與政府機關<sup>175</sup>就相關議題發表意見，以提供後來修正刑法之重要參考。然而該次修法範圍較大，相對地學者專家、立法委員與政府機關討論範圍亦隨之擴大，對於刑法總則各部分均有觸及，本文僅就學者專家之討

---

<sup>173</sup> 想像競合犯之立法檢討，黃榮堅教授認為從「衡平責任」與「區分處理並非多數立法例」兩方面觀察，而提出應廢除想像競合犯之立法建議。對於一行為侵害數法益而觸犯數罪名之情形，應該全部以數罪併罰來處理，關於刑之量定，可比照牽連犯規定刪除後而回歸數罪併罰概念的量刑處理模式： $S = S_1 + (0.7S_2) \times 0.7$ 。S 是執行刑， $S_1$  是數罪中的最重宣告刑， $S_2$  是第二重宣告刑， $0.7S_2$  是在反應數罪時的刑期遞減，最後的 0.7 則是針對想像競合犯之一行為特性所做的刑事政策上的彈性處理。詳參閱黃榮堅，數罪併罰量刑模式構想，刑法總則修正重點之理論與實踐，頁 340-348，元照出版公司，2006 年 7 月 2 刷；黃榮堅，數罪併罰量刑模式構想，刑法修正後之適用問題，最高法院學術研究會叢書（十二），頁 146-156，2006 年 8 月；黃榮堅，同註 37，頁 982-986。

<sup>174</sup> 此次應邀出席的學者專家按發言次序有：黃榮堅教授、靳宗立教授、許華偉研究員、甘添貴教授、許福生教授、魏早炳律師、許玉秀教授、黃東熊律師、鄭逸哲教授、蘇有辰律師、蔡墩銘教授、柯耀程教授、劉幸義教授、陳子平教授、陳志龍教授、許文彬教授。

<sup>175</sup> 此次應邀出席的機關代表按發言次序有：法務部檢察司蔡碧玉司長、司法院刑事廳陳晴教副廳長、內政部社會司林昭文科長。

論有論及牽連部分臚列於後表<sup>176</sup>，以求在立法過程中，學者專家對於牽連犯之看法。

次序	發言人及職稱	發言意見內容摘要
	黃榮堅教授	<p>在這裡我們要考慮一個問題，就是此次修法中，我們將<u>連續犯及牽連犯都廢除了</u>，在此情況下，會回到數罪併罰的情形，而再將自由刑的刑度提高，如此一來，會造成很大的反彈，因為這已經逐漸地喪失了理論基礎。</p>
	魏早炳律師	<p>本人發現我們將<u>牽連犯及連續犯取消掉</u>，但卻沒有處理<u>接續犯的問題</u>，連續犯及接續犯在理論及概念上是截然不同的，一是單純一罪，一是數罪，但在實務見解中，我們卻發現兩者間的界線十分模糊，最高法院一直在討論何謂連續犯？何謂接續犯？但不論如何解釋都很模糊，最後結論是，若認為該種行為在社會價值上偏向接續犯，就以接續犯判之；偏向連續犯，就以連續犯判之；問題是，價值標準在哪裡？如果取消連續犯，將來連續犯的量刑和過去會有很大的差距，這等於是變相加重連續犯刑度，而接續犯又是單純的一罪，在界線如此不明的情況之下，要如何區隔？我認為將來會發生很多問題，而且取消連續犯的話，接續犯的產生比例會相對提高。我希望，此次修法能一併考量這個問題，並予以明確界定，以避免將來適用上產生困擾。</p>
	鄭逸哲教授	<p>關於第五十五條和第五十六條的規定，我贊成抱持一種觀點，即並不是外國有的，我們就要引進來，也不是外國沒有的，我們就一定要廢除，<u>連續犯、牽連犯和想像競</u></p>

<sup>176</sup> 法務務編，二〇〇五年中華民國刑法暨刑法施行法修正立法資料彙編（上），頁 283-406，2005 年 12 月。

		<p><u>合犯是不是完全沒有存在的價值，我們必須要審慎考慮，不能說廢就廢，尤其是從修法理由來看，好像是認為只要把犯人丟到監獄裡面就沒事了，其實對社會潛在危險性最大的根本就不是犯罪，我們到底想解決犯罪行為還是社會的偏差行為，其實很多的社會偏差行為在刑法上根本就欠缺有責性，如果我們不把問題弄清楚，都要靠刑法來解決，就會使得問題的焦點更模糊。</u></p>
<p>柯耀程教授</p>		<p><u>刑法第五十五條有關牽連犯的規定也是非常好的規定，雖然德國刑法沒有故意、過失的規定，但是他們還是一樣有故意、過失的概念，所以並不代表一定要在法律裡面作規定。至於我們是否有誤用牽連犯概念的問題，我們必須要特別小心，不能任意詮釋，而我們之所以認為牽連犯不好，主要的原因在於有無牽連都是檢察官或法官在認定，但大家都忽略了牽連的關係早在我們的規範內部就已形成，例如意圖供行使之用，而偽造、變造貨幣、有價證券或文書，但是本處所處罰的只是偽造或變造，因為之前有註明意圖的關係，所以如果行使的話，將會與其真正牽連在一起，而不是所謂主觀說、客觀說的牽連關係，若認定拿刀者一定是要殺人，這樣的認定是有所誤解的，也會因為這樣的誤解，而將錯就錯，但將錯就錯也不一定是對的。</u></p> <p>另外，大家都一直不敢讓我觸及競合的部分，但個人認為，我們對於競合的觀念一向很奇怪，不過，我們從來不堅持自己的意見，事實上，刑法的規定是隨時代的變化而作修正的，所以，我們不可能期待這部刑法修正以後即可千秋萬世。未來社會價值會不斷地改變，它還是必須適時作修正。以刑法第五十九條為例，就個人的理解，應該是法定刑內的酌減，而不是比照減輕的規定。因此，依個</p>

人的看法，第五十九條與第七十三條均應修正，因為酌減並不等於減輕，這是立法者授權執法者在法定範圍內的斟酌。但是對這一點我們不爭議。換言之，如果大家認為此處應作修正，我們也認為該修正。倒是有一處我們必須特別提醒各位，那就是我們時常開玩笑說：牽連犯與連續犯是我們吃飯的飯碗，假設牽連犯與連續犯都廢掉，我們的飯碗也就砸了。事實上，根本不會。有人說會回歸數罪併罰，但實務上絕不會數罪併罰。數罪併罰有兩種方式，一種叫作同一程序合併審判，實務上不會這麼做，會先確定、先執行，周人蔘的案件就是這樣出來的，該案是兩件、兩件的出來，最後，到達最高法院，一件下來了，另一件則是免訴判決。現在要執行了，又說不是同案。所以，若把連續犯的部分刪除，在實務上造成的問題將比刪除前大，而且那還是一種災害。有人說連續犯廢除後可回歸數罪併罰，問題是要如何併？試問，直接合併與第五十三條的間接合併兩者間的法律效力究竟如何？嚴格地就法律而論，祇要合併審判先執行者，皆屬違法執行，國家會賠不完，祇是實務上不承認而已。其實第四十六條所謂的「折抵刑期」等於是先借來用，哪有所謂的「折抵同案」？同案的話，實務上各依其詮釋不同，視同一法條或同一程序為同一案，這豈不是剝奪了人的自由？如果一定要同案，不足的部分他說折抵，多出來的部分就國家賠償。講得粗俗一點，這簡直就是「脫褲子放屁」。坦白說，折抵刑期在刑法裡面已經是很簡單的問題，根本毋需聲請大法官釋憲，浪費司法資源。沒錯，刑法是有必要修正，問題是到底哪些部分要修正？牽連犯與連續犯的問題以前已經講過很多，我們祇能再次重複，連續犯的存在確實沒有道理；但若不存在，會更沒道理。所以，連續犯的存在或不存在，祇不過是兩害相權取其輕而已。至於要如何斟酌，可以討論。

		<p>若是認為應修正為「得加重二分之一」，何不乾脆加重其宣告刑二分之一，或者，若覺得加重刑不夠，也可以加重三分之二嘛！然而，不論是加重三分之二或一倍乃至二倍，都有過重之嫌，所以，雖然我們要求連續犯的這個結構保留，但其法律效果若不合理，可以檢討。</p>
<p>劉幸義教授</p>		<p>另外，<u>此次修正很不錯的地方是連續犯和牽連犯都打算要刪除</u>，我對連續犯的部分有很深刻的印象，以前在法務部參加刑事政策會議時，司法實務的人所感到困擾的是在於如何認定，特別是主觀因素部分，學術界所提出的是會造成處罰不公平，因為連續做五個行為成為連續犯，處罰是一點五倍，如果一般沒有連續的話，五個行為就是五個刑度。以這個角度思考的話，常業犯也是一樣，其實常業犯在刑事政策的重點應該是放在保安處分，而不是加重處罰，雖然現行條文沒有規定加重其刑二分之一，但是由刑度上做比較，大概也是一點五倍，這也形成嚴重的處罰不公平。表面上是加重二分之一，事實上是減少太多了，特別是常業犯做了十次竊盜罪，其刑度是一般的一點五倍，這與業餘偶爾為之做一次就一個刑度比較，如果做五次就是五個刑度比較，這是五比一點五，所以就不法程度、行為和結果而言，常業犯是比較嚴重的。因此，本人建議在考量刪除常業犯的<u>同時，是不是能在保安處分部分有一些相對的配套</u>，因為這些人之所以會有這種傾向，應該有背後的可能原因，包括經濟、技能或是心理傾向等因素，所以要考量政策的重點放在什麼地方。</p>
<p>靳宗立教授</p>		<p><u>在數罪併罰章中，關於連續犯、牽連犯要不要處分的問題</u>，我們學會十六位委員開會後，有少數一、二位教授是持贊成保留，其他學者都贊成廢止連續犯、牽連犯，我們已有充分的溝通。我國對連續犯的規定，多數讀法律者，</p>

		<p>是不太清楚的。大家都以為我們的連續犯，向來是以為科刑一罪，本質是數罪。事實上，我們從民國元年，暫行新刑律，實行至民國十七年，當時的第二十八條規定凡連續犯罪者，以一罪論，是很簡單的一句話。</p> <p><u>至於牽連犯的部分，也有這樣的考量<sup>177</sup>。方才也有人提到，這部分其實並不是真的要反對廢止牽連犯，因為這個牽連犯和一般的牽連犯不同，他的牽連犯是意圖犯的結構，意圖犯和實踐犯的關係才界定為牽連犯，其他的都不算，所以，廢止之後，按照現在的處理，那種案例多半都是可以一罪來處理。</u></p>
許文彬律師		<p><u>此次刑法修正案的重點之一就是刪除連續犯、牽連犯，連帶常業犯也因而被刪除，本人認為將來造成的衝擊會很大，因此我一直持保留的態度。因為刑法中的連續犯規定在實務上適用起來並無很多問題，此次修正案的理由中提到，有些法官把一些相隔多年的行為都認定為連續犯，其實那是執法的问题，不是立法的问题；其中還提到德國在一八七一年就已經沒有連續犯的規定了，正因為如此我國才在一九三五年加入連續犯規定，是有其道理的，大家對訴訟經濟的原理都談了太多了，所以個人一直認為連續犯、牽連犯幾十年來適用沒有什麼放縱的問題，何況所謂同一罪名大法官會議也作了解釋，事實上這是執法的问题，立法並無問題。此次修正要把行之多年的規定改過來，有關機關又在修正理由中引起另一個問題，即合乎接續犯或「包括的一罪」之情形，他們要委由學界和實務界以補充解釋的方式加以處理。把舊的改了又造成新的問</u></p>

<sup>177</sup> 指靳宗立教授在前部分所論及：「連續犯並非理所當然限制在科刑一罪，以前的實務、立法理由或學說，都認為是評價一罪，後來實務操作越來越廣泛，才造成今天不得不透過立法的方式修正，免得造成寬縱犯罪的狀況，……」

		題，我覺得這樣沒完沒了，所以我覺得對於要把連續犯、常業犯及牽連犯全部廢掉，個人是持保留的態度。
--	--	---

(圖表三之3)

### 第三項 刪除牽連犯之修法理由

刑法第 55 條的修正之提案，其中關於牽連犯之部分，本有兩種截然不同的版本：一為蘇盈貴立法委員所提的版本<sup>178</sup>，該版本認為不能刪除牽連犯之規定；而另一則為行政院版本，認為應刪除牽連犯之規定。而在立法院司法委員會第五屆第五會期「中華民國刑法及施行法部分條文修正草案」協調會會議中，多數學者的意見是贊成行政院版本<sup>179</sup>，茲將其該提案及提案說明表列如下：

(照行政院、司法院提案條文)		委員蘇盈貴等五十人提案：		
第五十五條 一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。 <u>但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。</u>	第五十五條 一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。 <u>但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。</u>	第五十五條 一行為而觸犯數罪名，或犯罪具有方法或結果之關聯者，從一重處斷。 <u>但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。</u>	第五十五條 一行為而觸犯數罪名， <u>或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者</u> ，從一重處斷。	一、關於牽連犯之成立要件，依通說認應具備下列要件：(一)須係數個行為；(二)觸犯數罪名；(三)犯罪行為間須具方法、目的或原因、結果之牽連關係；(四)須侵害數個法益；(五)行為人對於數個犯罪行為，主觀上
		委員陳根德四十		

<sup>178</sup> 「……，因為蘇盈貴委員的提案，其實是他(柯耀程教授)的版本，柯教授其實是不贊成廢除牽連犯與連續犯，這部分他有他的理論，……」法務部檢察司蔡碧玉司長發言；「蘇盈貴委員所提的版本認為不能夠刪除牽連犯的規定，其實這是柯耀程教授的意見，但是柯教授對於牽連犯的詮釋與我們實務及學界的見解完全持不一樣的想法，他認為牽連犯，例如意圖供行使之用而偽造有價證券與行使偽造有價證券才是所謂真正的牽連犯，這種犯罪實務上認為是一罪的問題，由高度行為吸收低度行為，學理上可能叫做『與罰的前後行為』，也有稱法條競合，但都是認為一罪，這是通說的見解。……」輔仁大學靳宗立教授發言。詳參閱立法院司法委員會第五屆第五會期「中華民國刑法及施行法部分條文修正草案」協調會會議紀錄(二)。引自林山田，二〇〇五年刑法修正總評，頁 298-299，元照出版，2007 年 5 月。

<sup>179</sup> 見立法院司法委員會第五屆第五會期「中華民國刑法及施行法部分條文修正草案」協調會會議紀錄(三)。引自林山田，同註 178，頁 304。

		<p>四人提案：</p> <p>第五十五條 一行為而觸犯數 罪名者，從一重 處斷。<u>但不得科 以較輕罪名所定 最輕本刑以下之 刑。</u></p>	<p>須具概括犯意。因其犯罪行為，須係複數，其法益侵害，亦係複數，而與法條競合、包括一罪等本來一罪有異。有關想像競合犯之實質根據，通說均以「單一行為之處罰一次性」作為說明，至牽連犯之實質根據，則難有適當之說明。因此，在外國立法例上，德國現行法並無牽連犯之規定，日本昭和十五年之改正刑法案、昭和刑法準備案、以及昭和四十九年之改正刑法草案，均將牽連犯之規定予以刪除，改正刑法說明書之要旨，認為「在構成牽連犯之數罪中，作為手段之行為罪與結果罪之間，具有相當時間之間隔，倘將其中一方之既判力及於他者，並不適當。而判例通常係以數罪間具有手段、結果之關係作為牽連犯之成立要件，惟在具體適用上，亦不盡一貫，在現行法下，許多應適用牽連犯之場合，判例將其論以想像競合犯。因此，將牽連犯之規定予以刪除，並不會造成被告之不利益。」牽連犯之實質根據</p>
--	--	---	--

			<p>既難有合理之說明，且其存在亦不無擴大既判力範圍，而有鼓勵犯罪之嫌，實應予刪除為當。</p> <p>二、至牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷。</p> <p>三、想像上競合與牽連犯，依現行法規定，從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑。此種情形，殊與法律規定從一重處斷之原旨相違背，難謂合理。德國刑法第五十二條（2）及奧地利現行刑法第二十八條，均設有相關之限制規定，我刑法亦有仿採之必要，爰增設但書規定，以免科刑偏失。又依增設本但書規定之精神，如所犯罪名在三個以上時，量定宣告刑，不得低於該重罪以外各罪法定最輕本刑中最高者，此乃當然之解釋。</p>
--	--	--	--

(圖表三之4)

2005 年刑法修正時，刪除有關牽連犯之規定，其修正理由如下：

「關於牽連犯之成立要件，依通說認應具備下列要件：(一)須係數個行為；(二)觸犯數罪名；(三)犯罪行為間須具方法、目的或原因、結果之牽連關係；(四)須侵害數個法益；(五)行為人對於數個犯罪行為，主觀上須具概括犯意。因其犯罪行為，須係複數，其法益侵害，亦係複數，而與法條競合、包括一罪等本來一罪有異。有關想像競合犯之實質根據，通說均以『單一行為之處罰一次性』作為說明，至牽連犯之實質根據，則難有適當之說明。因此，在外國立法例上，德國現行法並無牽連犯之規定，日本昭和十五年之改正刑法案、昭和刑法準備案、以及昭和四十九年之改正刑法草案，均將牽連犯之規定予以刪除，改正刑法說明書之要旨，認為『在構成牽連犯之數罪中，作為手段之行為罪與結果罪之間，具有相當時間之間隔，倘將其中一方之既判力及於他者，並不適當。而判例通常係以數罪間具有手段、結果之關係作為牽連犯之成立要件，惟在具體適用上，亦不盡一貫，在現行法下，許多應適用牽連犯之場合，判例將其論以想像競合犯。因此，將牽連犯之規定予以刪除，並不會造成被告之不利益。』牽連犯之實質根據既難有合理之說明，且其存在亦不無擴大既判力範圍，而有鼓勵犯罪之嫌，實應予刪除為當。

至牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷。」

其實在對照刑法第 55 條之修正理由與行政院對於刑法第 55 條所提的修正提案中提案理由之後，並不難發現，立法院此次修正理由，可謂是毫無猶豫地「照單全收」行政院修正提案中提案理由，根本未仔細斟酌提案理由中的文字敘述與牽連犯向來學理與實務之爭議何在，而「草率」地採納該提案理由，以至於所通過的刑法新修正中的修正理由，是否果真是刪除牽連犯之實質根據，倒頗令人懷疑！

而日本刑法改正草案將牽連犯規定加以刪除，其理由乃在於「在構成牽連犯之數罪中，做為手段之行為與做為結果之行為間，有相當時間

上之間隔，倘若將其中之一方（手段行為之罪）之既判力及於另一方（結果行為之罪），並非適當。且，判例通常雖然將具有手段、結果關係之數罪視為牽連犯，惟實務在具體適用上，未必有其一貫性。再者，在現行法下，得成立牽連犯之情況中，有許多亦被理解為想像競合犯，因此將牽連犯之規定予以刪除，並不會造成被告之不利益。」

須注意者為，日本刑法改正草案理由，與我國修法理由中所提及的改正刑法說明書之要旨（即日本刑法改正草案理由）之內容翻譯上，有些許的不同，如此，修法理由在「照單全收」之情形下，並未仔細斟酌翻譯用語，在形式上不免粗心，在實質上，難保不無粗糙。

#### 第四項 粗糙的修法理由

##### 第一款 無中生有

修法理由中認為關於牽連犯之成立要件，依通說認為應具備五個要件。然而，原刑法對牽連犯之規定，就文義而言，並不必然可立即得出上述修法理由所列的五個要件。況且，修法理由所謂的「通說」，在國內的文獻並不存在，國內的文獻或實務見解，向來著重於客觀牽連或主觀牽連之討論<sup>180</sup>。修法理由所臚列之成立牽連犯的五個要件，實不知從何而來？

##### 第二款 欲加之罪

修法理由中認為「牽連犯之從一重處斷」缺乏如「想像競合犯從一重處斷」所具有的「單一行為之處罰一次性」的實質依據，而主張將牽

---

<sup>180</sup> 許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(一)，台灣本土法學，第 78 期，頁 147，2006 年 1 月。

連犯予以廢除。然而，原刑法對於牽連犯規定之瑕疵，尚不到可以進一步討論僅論以一罪的實質依據是否難有適當說明之地步。蓋所謂犯一罪而其方法或結果之行為觸犯他罪名，並不必然就是侵害數法益，不必然觸犯數個罪名，亦即，不必然實現數個構成要件。有可能只侵害同一法益，例如偽造文書與行使偽造文書之間，要求、期約與收受賄賂之間，以及預備、著手之間，此為我國實務判例所提及的行為階段高低的情形，其皆具備方法與目的或原因與結果之連結關係，而所侵害的皆為同一個法益，如果這些情形論以一罪，並不會發生實質依據難有適當說明的問題<sup>181</sup>。

### 第三款 不負責任

修法理由認為「牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷」。就刑法規定而言，想像競合犯只有一行為，以此反面推論，如果不只一行為即不會只構成一罪。易言之，數罪併罰係以有「數行為」為前提。牽連犯所謂犯一罪而其方法或結果之行為觸犯他罪名，必定是指二個「構成要件行為」之間有方法與目的或原因與結果之牽連關係，蓋由於觸犯數罪名就是行為合致數個構成要件類型。如此一來，修法之後，原認定為牽連犯之情形，應該有機會成立數罪，但是理應不可能論以一行為的想像競合犯，修法理由沒有想清楚想像競合犯中「一行為」的意涵之前，隨便把廢除的牽連犯以後的論罪責任丟給想像競合犯，實為不負責任之作法<sup>182</sup>。

### 第四款 盲目模仿

---

<sup>181</sup> 許玉秀，同註 180，頁 147-148。

<sup>182</sup> 許玉秀，同註 180，頁 147。

修正理由臚列牽連犯的五個要件，並且認定本來適用牽連犯的案例，可視其情況論以想像競合犯或適用數罪併罰，如此，似乎對於牽連犯的認定標準和範圍十分清晰明確。果如此，牽連犯就不應該被廢除，就無如同修法理由所謂的「實質依據難有適當說明」之情況。那麼，廢除牽連犯的真正理由可能只剩下「德國現行法並無牽連犯之規定，日本昭和十五年之改正刑法案、昭和刑法準備案、以及昭和四十九年之改正刑法草案，均將牽連犯之規定予以刪除」。以此觀之，留下想像競合犯而廢除牽連犯的理由，就只是模仿罷了<sup>183</sup>。

德國沒有牽連犯從一重處斷的規定是一回事，但在我國原本是適用牽連犯的案例，若發生在德國是不是也是從一重處斷，這又是另外一回事。同樣的事，在台灣是依牽連犯而從一重處斷，但在德國則可能是依想像競合犯從一重處斷。德國在欠缺牽連犯規定之情形下，其想像競合犯的概念範圍其實大於我國，甚至是等於我國「想像競合犯」和「牽連犯」概念範圍的總和。今天的問題，不是在於原刑法第 55 條規定有問題，而是修法理由根本未弄清楚德國的想像競合犯概念範圍為何<sup>184</sup>。

## 第四節 實務上對於牽連犯之理解

### 第一項 司法解釋之見解

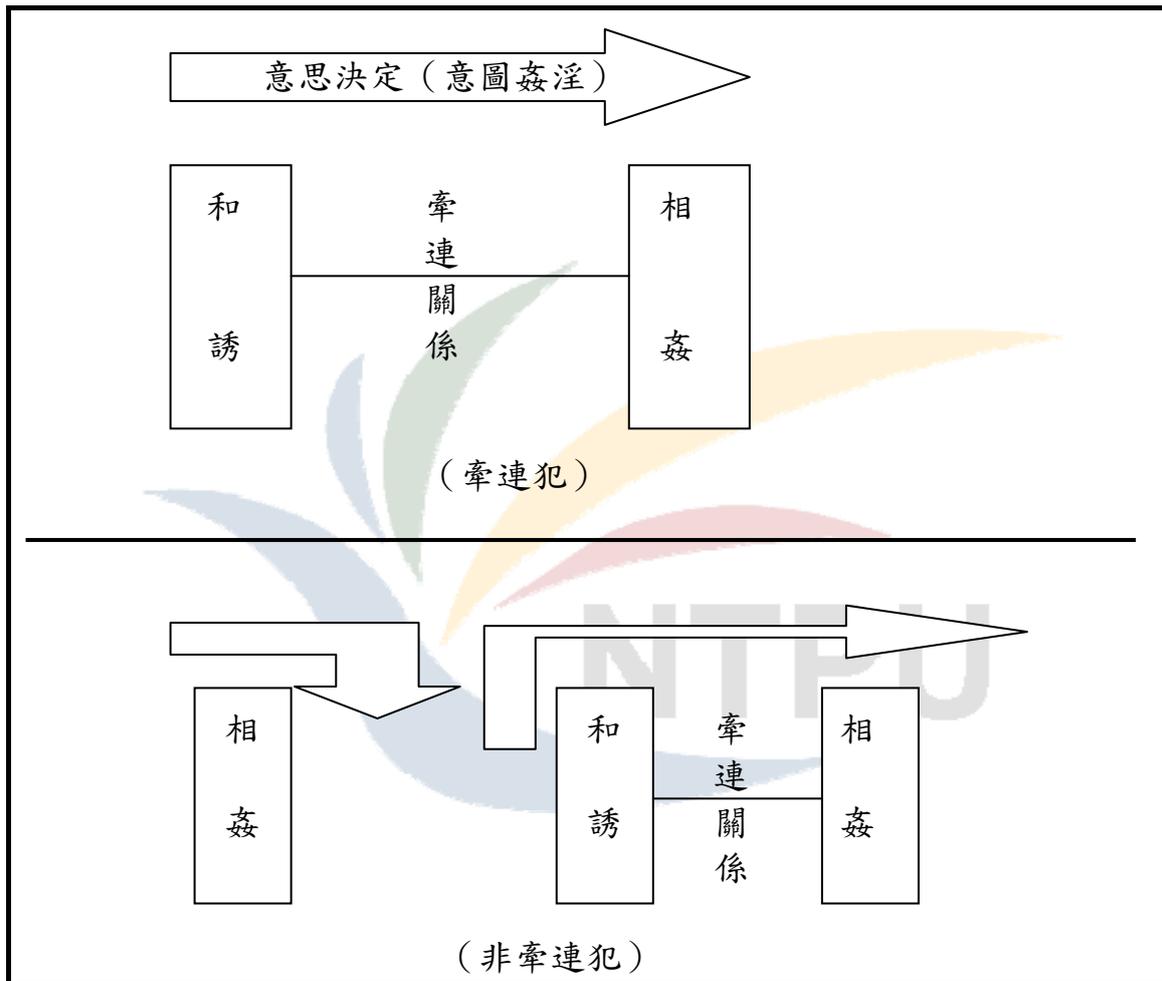
#### 第一款 單一的意思決定—以和誘與相姦之間為類型

司法院院字第 1768 號解釋：「甲與有夫之婦乙相姦，嗣因戀姦起意將乙誘逃，應依相姦及意圖姦淫而和誘二罪併罰，若甲以姦淫目的誘乙

<sup>183</sup> 許玉秀，同註 180，頁 149。

<sup>184</sup> 鄭逸哲，同註 20，頁 254-255。

出逃，行至中途始與姦淫，應就相姦及意圖姦淫而和誘二罪，從一重處斷。」相似案例之見解如司法院院字第 2105 號解釋<sup>185</sup>，認為行為人以姦淫目的，和誘婦女脫離家庭租屋姦度，如果行為人確有相姦事實，且與和誘罪具有牽連關係，自可從一重處斷。關於和誘與相姦之間是否成立牽連犯，判斷上係以行為人單一的意思決定是否有所中斷為判斷標準，可以圖示表示如下：



(圖表三之 5)

<sup>185</sup> 司法院院字第 2105 號解釋：「甲以姦淫目的，和誘婦女脫離家庭租屋姦度，檢察官既已敘入犯罪事實，提起公訴，則關於通姦部分，縱第一審因無合法告訴，未能逕予審判，嗣後果有合法訴追，檢察官祇應將此情形，通知繫屬之第二審法院為已足，倘竟重行起訴，法院應依刑事訴訟法第二百九十五條第二款為諭知不受理之判決，惟該案在第二審辯論終結前，關於通姦部分之訴追條件，既已具備，如第二審法院審認該甲確有相姦事實，且與和誘罪具有牽連關係，自可從一重處斷。」

## 第二款 方法與目的之牽連關係—以製毒、吸毒與買賣毒為類型

司法院院字第 2036 號解釋：「甲對已販入之紅色毒丸，因被水浸濕，復借機改造，以便出售，是其製造行為，顯為意圖售賣之方法，係牽連罪之一種，應從較重之製造毒品罪處斷。」

司法院院字第 2411 號解釋：「以煙土交由其家屬或傭工代為製膏，以供自己吸食或備自己圖利，設所供人吸食者，該家屬等除成立製造鴉片之實施正犯外，如對於吸食或營利設所供人吸食，亦有意思之聯絡，並成立吸食鴉片罪，或圖利設所供人吸食鴉片罪之幫助犯，依刑法第五十五條從製造鴉片之一重罪處斷。」與此案例相似且對牽連犯結構有較清楚的說明乃是司法院院解字第 3138 號解釋<sup>186</sup>，認為行為人購買煙土，而自行煎膏供吸，雖其目的僅在吸食，但此項煎製熟膏方法行為，乃為牽連犯型態。

## 第三款 其他司法解釋明示為牽連犯

貪污與背信可能成立牽連犯，此如司法院院解字第 2960 號解釋：「……，軍法機關審理結果既認貪污罪嫌不能證明，即與所犯背信不生刑法第五十五條之牽連關係，……」

司法院院解字第 3020 號解釋：「(二)偽造學校畢業證書或證明書，應成立刑法第二百十二條之罪，已見院字第二三三四號解釋。至偽造學校之印章，應分別成立刑法第二百十八條第一項或第二百十七條第一項之罪，如與偽造畢業證書或證明書有方法結果之關係，應依同法第五十

---

<sup>186</sup> 司法院院解字第 3138 號解釋：「某甲購買煙土，自行煎膏供吸，雖其目的僅在吸食，但此項煎製熟膏方法行為，究不能謂非牽連犯，自應依刑法第五十五條從製造鴉片罪一重處斷。」

五條從一重處斷。」此為實務所常見，偽造學校之印章與偽造畢業證書或證明書若有方法結果之關係，即可能成立牽連犯。

司法院院解字第 3220 號解釋：「某甲任軍事機關諜報隊諜報員，被派往敵方擔任反間工作，縱有確切之證明，但如願隨敵兵掃蕩並有幫同逮捕民眾凌虐傷害等情事，顯已通謀敵國充任有關軍事之職役，自應成立懲治漢奸條例第二條第一項第八款及刑法上殺傷等罪之牽連犯，並應依刑法第五十五條從一重處斷。」該號解釋文並未清楚地界定有何牽連關係，即直接論以此乃牽連犯型態，似乎有太過跳躍之虞，可能的推敲乃司法實務係認為殺傷情形與通謀敵國充任有關軍事之職役有手段與目的或結果與原因之牽連關係。與此解釋有同樣之問題存在者，例如司法院院解字第 3461 號解釋<sup>187</sup>、司法院院解字第 3734 號解釋<sup>188</sup>。

#### 第四款 固守從一重處斷

司法解釋中對於牽連犯之法律效果之性質，即牽連犯規定中「從一重處斷」之性質，乃採刑之吸收說，如司法院院字第 1304 號解釋：「……。又牽連犯案件，輕罪之刑，已被重罪之刑吸收，如其處刑之重罪，因法律變更而不處罰，應逕免其刑之執行。」

又司法院院解字第 3661 號解釋認為：「牽連罪中有應赦免與不應赦免之部分互見時，應僅就不赦免之部分依法論處，又牽連罪中有應減刑與不應減刑之部分互見，而輕罪不應減刑時，縱令所犯重罪應依赦令減刑，仍不得予以減刑」所謂的赦免，依赦免法<sup>189</sup>的規定，其實包括了大

<sup>187</sup> 司法院院解字第 3461 號解釋：「郵政代辦人於經收之掛號信件私行拆開，取出封內匯票，偽造收款人署押並舖保戳記，持向另一郵局冒領款項，自係成立刑法第三百一十五條（參照郵政法第四十一條），第三百二十條第一項（參照郵政法第四十四條前段規定），第二百一十七條第一項，懲治貪污條例第三條第五款之罪，應依刑法第五十五條後段從一重處斷。」

<sup>188</sup> 司法院院解字第 3734 號解釋：「某甲受公務機關之委託承辦碾磧軍米，以不法所有之意思盜賣其一部，致不能照約履行交米，裁判時中華民國戰時軍律業已廢止，其行為應觸犯懲治貪污條例第三條第二款及刑法第一百零八條第一項之牽連罪，……」

<sup>189</sup> 赦免法第 1 條：「本法稱涉免者，謂大赦、特赦、減刑及復權。」而赦免法於中華民國 42 年 3

赦、特赦、減刑及復權。大赦<sup>190</sup>，乃是針對特定犯罪或一般犯罪之行為人，普遍地捨棄對其從事刑事追訴與處罰，若在刑之宣告前大赦者，追訴權因而消滅，若在刑之宣告後始大赦者，則其宣告失卻效力；而特赦<sup>191</sup>，係針對受判決確定之被告捨棄其刑之執行，故受罪刑宣告之人經特赦者，則免除其刑之執行；其情形特殊者，得以其罪刑之宣告為無效。不論是大赦或特赦，實務上對於「從一重處斷」採「刑之吸收說」的立場下，一罪一經赦免，則僅就不赦免之他罪依法論處，此一貫的立場，誠值贊同。

然而，司法院院解字第 3661 號解釋後段卻認為「牽連罪中有應減刑與不應減刑之部分互見，而輕罪不應減刑時，縱令所犯重罪應依赦令減刑，仍不得予以減刑」，同此精神者，又有司法院院解字第 3545 號解釋：「刑法第五十五條所謂從一重處斷，應以法定刑為比較輕重之標準，設有在敵偽機關團體服務，憑藉敵偽勢力而犯懲治盜匪條例第二條第一項各款之罪者，盜匪罪之法定刑既較漢奸罪為重，固應從盜匪罪處斷，惟其牽連所犯之一罪，既不在赦令減刑之列，則其據以處斷之他罪，自應不予減刑。」按減刑<sup>192</sup>者，係針對特定犯罪或一般犯罪的行為人受判決確定之「宣告刑」，而為減輕執行，是以，減刑所指向的對象為「宣告刑」；但是，從一重處斷之比較，乃是就「法定刑」而為比較，法定刑比較重之重罪，成為牽連犯法律效果處斷之依據，而加以宣告牽連犯之刑，若遇有減刑時，再將所宣告之刑予以減輕，而為執行。減刑之後，便可能成為「重罪不重；輕罪不輕」的窘況，司法解釋者為固守「從一重處斷」，不得不出此策，用心之良苦，可見一般！

## 第二項 早期實務判例之見解

---

月 7 日公布，當時司法解釋者是否認為減刑乃為赦免之一種，答案似乎是否定的！

<sup>190</sup> 赦免法第 2 條：「大赦之效力如左：一、已受罪刑之宣告者，其宣告為無效。二、未受罪刑宣告者，其追訴權消滅。」

<sup>191</sup> 赦免法第 3 條：「受罪刑宣告之人經特赦者，免除其刑之執行；其情節特殊者，得以其罪刑之宣告為無效。」

<sup>192</sup> 赦免法第 4 條：「受罪刑宣告之人經減刑者，減輕其所宣告之刑。」

## 第一款 用語不精確之定義

雖然最高法院 30 年上字第 2086 號判例謂：「刑法第五十五條之牽連犯，須以所犯各罪彼此之間互有方法或結果之關係為要件，上訴人等以非法方法剝奪告訴人行動自由，而傷害之，其妨害自由，固為傷害之方法，但其向檢察官誣告，與上述傷害及妨害自由並無前開之牽連關係，自不能適用該法條，從一重之誣告罪處斷。」惟牽連犯之牽連關係，乃是其間具有「方法」與「目的」之關係或「原因」與「結果」之關係，此兩種關係，難以截然劃分，且時常有重疊的現象。但是，在「方法」與「結果」之間，並無所謂牽連關係存在。將牽連犯之牽連關係，認為係有方法或結果之關係，並非正確而適當的用法<sup>193</sup>。同樣亦為用語不精確的判例，尚有最高法院 18 年上字第 1571 號判例、最高法院 20 年上字第 629 號判例、最高法院 20 年上字第 1869 號判例、最高法院 28 年上字第 862 號判例、最高法院 40 年台非字第 18 號判例、最高法院 40 年台特非字第 6 號判例、最高法院 42 年台非字第 9 號判例、最高法院 46 年台上字第 1374 號判例、最高法院 47 年台上字第 1523 號判例、最高法院 48 年台上字第 1377 號判例。

## 第二款 單一的意思決定

### 第一目 和誘與相姦之間

早期實務判例見解秉持著與司法解釋見解相同的精神，認為相姦後另行起意為和誘行為，為數罪併罰；但和誘之目的本在相姦，則有牽連關係而成立牽連犯。實例如最高法院 45 年台上字第 1149 號判例：「與有

---

<sup>193</sup> 甘添貴，同註 2，頁 212；甘添貴，同註 146，頁 8；黃榮堅，同註 37，頁 1020。

夫之婦通姦後起意和誘，應依通姦及意圖姦淫而和誘二罪併罰，若以姦淫目的誘之出逃，中途始與姦淫者，從一重處斷。上訴人既於民國四十四年七、八月間，即與告訴人之妻調戲成姦，至四十五年二月二十日復和誘至臺中同居，此種情形，自屬先姦後誘，應以二罪併罰，原判決認為二罪之間有方法結果關係，從一重處斷，適用法則不無違誤。」之後實務判例採相同見解如最高法院 51 年台上字第 347 號判例：「上訴人連續姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子後，囑其於婚後逃出與己結婚，及該女子於婚後逃出，又復誘往各處連續實施姦淫，除其意圖姦淫和誘有配偶之人脫離家庭一罪，與其連續與有配偶之人相姦一罪有牽連關係，應從一重之意圖姦淫和誘罪處斷外，其連續姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子一罪，即應與意圖姦淫和誘一罪，併合處斷。」

## 第二目 私行拘禁與傷害之間

從早期三則實務判例見解加以觀察，即最高法院 20 年非字第 27 號判例：「如係私禁中故意加以傷害，即應依刑法第六十九條就私禁傷害併合論罪，假使某甲係被私禁因而致傷，縱未達於重傷程度，亦應適用刑法第七十四條比較私禁傷害兩罪，從一重處斷。」與最高法院 25 年上字第 1328 號判例：「上訴人所犯之普通傷害罪，既經被害人具狀撤回告訴，則該罪雖因與其私禁行為有牽連關係，不應單獨論知不受理，然亦不得再行論罪，原審仍依刑法第五十五條，從一重處斷，究有未合。」以及最高法院 28 年上字第 2645 號判例：「以傷害人身體之目的，將其人私行拘禁加以毆打，其拘禁行為，係圖達傷害目的之手段，即與刑法第五十五條所謂犯一罪而其方法之行為犯他罪名之規定相符，其先後實施者，既有拘禁與傷害兩個性質不同之行為，當然不能認為一行為而犯數罪。」其實不難發現，私行拘禁與傷害之間是否有方法與目的之牽連關係，須視行為人是否一開始即有傷害被害人之意思決定，如果先將被害人私行拘禁，再將其毆打成傷，實務判例見解往往會認為係另行起意，蓋傷害

並非私行拘禁之結果。而以傷害目的，將被害人私行拘禁，則其間便有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯。

但是後來的實務判例見解，在與私行拘禁有相同性質的強制罪中，卻認為行為人將被害人毆打成傷之目的在於阻止被害人回家居住，其間有方法目的之牽連關係，而成立牽連犯，實例如最高法院 42 年台非字第 9 號判例：「被告既因阻止被害人回家居住而加以毆打成傷，自係觸犯刑法第三百零四條第一項之妨害行使權利罪，及第二百七十七條第一項之傷害人身體罪，兩罪有方法結果之關係，應依同法第五十五條，從一重處斷，原判決僅論以傷害罪刑，對於妨害人行使權利部分置而不論，顯屬適用法則不當。」當行為人阻止被害人回家，其實本以質變為私行拘禁，在私行拘禁中，將被害人加以傷害，應如最高法院 20 年非字第 27 號判例，為數罪併罰，何以有不同見解。其實本文認為二則判例並未牴觸，蓋「單一的意思決定」為其關鍵。

又最高法院 20 年上字第 1869 號判例認為：「查某甲濫權私禁某乙當時，如本有殺人意思，固應依刑法第七十四條處斷，否則私禁行為與殺人行為，並無方法結果之關係，自應併合論罪。」此亦以「一個意思決定」，即殺人乃是私行拘禁之目的，而其間有牽連關係，故應論以牽連犯，此見解與上述和誘與相姦之間之實務見解不謀而合。

### 第三目 非法持有軍用槍砲與犯他罪之間

在非法持有軍用槍砲與犯他罪之間是否有牽連關係，早期實務判例見解認為應視行為人開始持有軍用槍砲之原因，若是本以非法持有軍用槍砲，後另行起意犯強盜或殺人之罪，二則並無牽連關係，但若是意圖強盜或殺人，進而非法持有軍用槍砲者，其間便有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯，此亦以行為人之單一的意思決定為判斷標準。實例如最高法院 26 年滬上字第 18 號判例：「攜帶軍用槍砲強取財物，除構成犯強盜罪而具有刑法第三百二十一條第一項第三款之加重條件外，原又

觸犯同法之持有軍用槍砲罪，特該項罪名應否適用第五十五條從一重處斷，則視其開始持有之原因如何而斷，如果盜犯早已非法持有槍砲，嗣復臨時起意攜帶上盜，是其持有之始，已應論以刑法第一百八十六條或第一百八十七條之罪，與其後所犯之加重強盜，應數罪併罰。假使盜犯本未持有槍砲，因企圖行劫始行置備，即係犯一罪之方法復犯他罪，具有刑法第五十五條之牽連犯關係，應從一重處斷。」與最高法院 46 年台上字第 1265 號判例：「上訴人意圖供殺人之用而持有軍用槍彈，應另構成刑法第一百八十七條之公共危險罪，雖此為其殺人之方法，與殺人罪具有牽連關係，而其損害屍體為其殺人後湮滅罪證之結果，三者有方法結果之關係，應從一重論以殺人罪。」

### 第三款 牽連犯必須有數個行為

早期實務判例即已出現牽連犯必須有二個以上之行為始成立之見解，實例如最高法院 26 年渝上字第 1833 號判例：「上訴人放火之時，苟係意在將某甲全家燒死，結果僅燒死其家屬二人，旋因其家屬逃出，復將其砍殺，則殺人與放火雖係兩個行為，但其放火行為，究不能謂非殺人之方法。」與最高法院 29 年上字第 2146 號判例：「煽惑他人避免兵役，並使人為其頂替，並非一個行為，而係有方法結果關係之兩個行為。」

### 第四款 具有方法行為與目的行為之牽連關係

#### 第一目 侵入住宅與強制性交之間

觀之最高法院 17 年上字第 107 號判例：「上訴人係踰牆入室強姦未遂，雖其侵入行為為犯強姦罪之方法，究不能置而不問。」與最高法院 20 年上字第 1399 號判例：「上訴人以強姦目的侵入人家，既據合法告訴，

自又觸犯刑法第三百二十條第一項之罪，應依第七十四條從一重處斷。」可知，實務判例見解乃認為侵入住宅與強制性交之間有方法與目的之牽連關係而成立牽連犯。

## 第二目 擄人勒贖與傷害之間

最高法院 21 年上字第 679 號判例認為：「擄人勒贖之盜匪，於實施犯罪行為時，因事主抗拒而故意加以傷害，以達其擄人之目的者，其傷害罪應與擄人勒贖罪依刑法第七十四條之規定處斷。」傷害與擄人勒贖之間有方法與目的之牽連關係，則成立牽連犯。

## 第三目 強制罪及不依法令搜索他人住宅與恐嚇之間

強制罪及不依法令搜索他人住宅與恐嚇之間有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯，實例如最高法院 27 年滬上字第 112 號判例：「上訴人等向某甲恐嚇，尚未得財，又以連續犯罪之意思，向某乙恐嚇，業已得財，既係連續數行為而犯同一之罪名，即應以恐嚇既遂之一罪論，至其因對某甲實施恐嚇，所犯以強暴脅迫使人行無義務之事，及不依法令搜索他人住宅兩罪，均係為犯恐嚇罪之方法行為，雖恐嚇未遂依刑法第五十六條規定，已吸收於較重之恐嚇既遂罪內，以一罪論，而關於其方法行為所犯之上述兩罪，仍應依刑法第五十五條，與連續恐嚇罪，從一重處斷。」

## 第四目 僭行公務員職權與詐欺之間

僭行公務員職權與詐欺取財之間有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯，實例如最高法院 40 年台非字第 18 號判例：「被告某甲夥同某乙，分別冒充刑警及憲兵，共同檢查某丙皮箱，前後詐取衣物，係共犯刑法

第一百五十八條第一項及第三百三十九條第一項之罪，其中既有方法結果關係，且係連續犯罪，應依同法第五十五條、第五十六條，從一重處斷，並得加重其刑至二分之一。」

#### 第五目 非法持有子彈與恐嚇之間

非法持有子彈與恐嚇之間有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯，如最高法院 45 年台上字第 1296 號判例：「上訴人既於信內附子彈一顆，寄給某甲施以恐嚇，則是以子彈為實施恐嚇之手段，於刑法第三百零五條之罪外，又已觸犯同法第一百八十七條之罪，其間顯有牽連關係，應依同法第五十五條從一重處斷。」

#### 第六目 關於殺人之案例

放火或侵入住宅，在實務見解認為其與殺人之間，有方法與目的之牽連關係，是以，應成立牽連犯。實例如最高法院 23 年上字第 1401 號判例：「侵入人家實施殺人，既據合法告訴，則其所犯刑法第三百二十條第一項罪名之起訴要件，業已具備，自應依同法第七十四條，與殺人罪從一重處斷。」與最高法院 26 年渝上字第 1833 號判例：「上訴人放火之時，苟係意在將某甲全家燒死，結果僅燒死其家屬二人，旋因其家屬逃出，復將其砍殺，則殺人與放火雖係兩個行為，但其放火行為，究不能謂非殺人之方法。」

#### 第七目 關於毒品犯罪之案例

以最高法院 20 年上字第 429 號判例：「上訴人是否以館舍供人吸食鴉片外，尚有販賣鴉片之行為，如果查明其以館舍供人吸食鴉片，確為販賣鴉片之方法，則關於販賣鴉片部分，縱未經檢察官起訴，而罪屬牽

連，依刑法第七十四條規定，即不能置禁○法第六條於不論。」與最高法院 20 年上字第 629 號判例：「按意圖營利以館舍供人吸食鴉片者，應構成禁○法第十條之罪，販賣鴉片者，應構成同法第六條之罪，其販賣鴉片並以館舍供人吸食者，如有方法結果之關係，則應依同法第十條、第六條及刑法第七十四條，從一重處斷。」兩則判例觀之，實務判例認為以館舍供人吸食鴉片若為販賣鴉片之方法，則兩者之間有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯。

至於行為人自外國輸入毒品而販賣之案件，早期實務判例見解認為自外國輸入毒品與販賣毒品二者程度不相關聯，並無所謂高度行為與低度行為之關係，並且，自外國輸入毒品，並非「當然」會實行販賣毒品行為之此一結果，是以，不能論以吸收犯。實例如最高法院 42 年台上字第 410 號判例：「刑法上所謂犯罪行為之吸收關係，係指其低度行為為高度行為所吸收（例如由收受偽造紙幣器械原料而偽造紙幣，其收受偽造紙幣器械原料之低度行為，為偽造紙幣之高度行為所吸收），或某種犯罪行為之性質或結果當然含有他罪之成分，自亦當然吸收者而言（例如行使偽造之紙幣購買物品，既曰行使，當然冒充真幣，則性質上含有詐欺之成分，已為行使偽造紙幣所吸收）。被告等共同自外國輸入海洛因而販賣之，其輸入與販賣之各犯罪行為，彼此程度不相關連，本難謂有低度行為與高度行為之關係，而海洛因自外國輸入，按其性質或結果，又非當然含有販賣之成分，故兩者之間祇能謂有刑法第五十五條之牽連犯關係，乃第一審判決誤解其販賣行為為輸入行為所吸收，僅適用刑法第二百五十七條第三項處斷，原判決仍予維持，於法殊難謂合。」但此則判例並未論述何以「自外國輸入毒品」與「販賣毒品」之間有牽連關係，只以排除吸收犯之適用而驟下結論謂其間有牽連關係，為其不足之處。

#### 第八目 關於行使偽造、變造文書、有價證券之案例

早期實務判例見解認為，行使偽造、變造文書係為詐欺之方法，實例如最高法院 19 年上字第 1330 號判例：「上訴人提出偽造借約狀向法院追償，已達行使偽造文書之程度，惟行使偽造文書，意在以詐術使人交付所有物，雖其行使偽造文書為詐欺罪之方法，依刑法第七十四條應從一重處斷，原審竟置詐欺罪於不論，顯係違法。」；最高法院 29 年上字第 990 號判例：「（一）上訴人將其變造之條據提出法院請為追償，意在利用法院不正確之判決，達其使對造交付租穀之目的，自與施用詐術使人將第三人之物交付之情形無殊，即又成立詐欺罪名，雖其行使變造私文書之方法行為較詐欺罪為重，依刑法第五十五條，仍應從行使變造私文書罪處斷，但關於詐欺行為，究不能置而不論。（二）上訴人將其變造之字據提出法院請為追償，意在利用法院不正確之判決，達其使對造交付租穀之目的，自與施用詐術使人將第三人之物交付之情形無殊，即又成立詐欺罪名，雖其行使變造私文書之方法行為較詐欺罪為重，依刑法第五十五條，仍應從行使變造私文書罪處斷，但關於詐欺行為究不能置而不論。原審以上訴人提出變造字據，無非矇蔽法院，使之認定錯誤，與向被害人著手詐欺取財者不同，祇論以行使變造私文書罪，其見解顯有誤會。」相同之實務判例見解如最高法院 43 年台上字第 721 號判例<sup>194</sup>（行使偽造文書與公務員圖利）、最高法院 49 年台上字第 1409 號判例

---

<sup>194</sup> 最高法院 43 年台上字第 721 號判例：「上訴人等以公務員之身分偽託購買紙張，利用不知情之人開出統一發票，而登載於職務上所掌之公文書，以為報銷，是於行使偽造刑法第二百十三條之公文書外，又屬同法第二百十條之間接正犯，並有行使行為，以行使偽造文書之方法，圖利第三人之縣府人員，更不免觸犯同法第一百三十一條第一項之罪，應依同法第五十五條，從一重處斷，原判決僅依刑法第二百十六條、第二百十三條間擬，而置牽連之圖利等罪於弗論，其適用法律顯有違誤。」

<sup>195</sup>、最高法院 49 年台上字第 1473 號判例<sup>196</sup>、最高法院 54 年台上字第 1404 號判例<sup>197</sup>。

但是如行為人先有偽造印章、印文或署押，再接著為偽造文書之行為，最後乃行使偽造文書，實務見解則認為，偽造印章、印文或署押為偽造文書之預備行為，為偽造文書所吸收，而偽造文書被行使偽造文書所吸收，最後方認為行使偽造文書與詐欺之間有牽連關係而成立牽連犯，實例如最高法院 30 年上字第 270 號判例：「上訴人如果確有偽造公印及帶征戳子蓋諸偽串之上，歷年向某甲詐取糧款情事，則其偽造公印及印章，乃偽造公文書之預備行為，而偽造公文書又應為行使行為所吸收，祇應就行使偽造公文書與詐欺兩罪，從一重之行使偽造公文書罪處斷。」相同見解如最高法院 30 年上字第 3232 號判例<sup>198</sup>（行使偽造文書與誣告）、最高法院 48 年台上字第 1227 號判例<sup>199</sup>、最高法院 50 年台上字第 148 號判例<sup>200</sup>。

<sup>195</sup> 最高法院 49 年台上字第 1409 號判例：「銀行為便利存款人取款而印好任人索取填寫之取款憑條，非可流通市面得以自由轉讓，祇屬私文書之一種，不能認為有價證券，其偽造而行使以達詐欺取款之目的者，應從一重論以行使偽造私文書之罪。」

<sup>196</sup> 最高法院 49 年台上字第 1473 號判例：「上訴人將偽造之稅戳蓋於私宰之豬皮上，用以證明業經繳納稅款，係以詐欺之方法圖得財產上不法之利益，而偽造刑法第二百零二條以文書論之公文書，且足以生損害於公眾或他人，自屬觸犯同法第二百零一條、第三百三十九條第二項之罪，應依同法第五十五條從一重處斷。」

<sup>197</sup> 最高法院 54 年台上字第 1404 號判例：「刑法上偽造文書罪，係著重於保護公共信用之法益，即使該偽造文書所載名義制作者實無其人，而社會上一般人仍有誤信其為真正文書之危險，仍難阻卻犯罪之成立，況上訴人所偽造之機關現仍存在，其足生損害於該機關及被害人，了無疑義。原判決以其偽造後持以行使詐財，從一重論處行使偽造公文書罪刑，於法尚無違誤。」雖然在判例要旨無法窺知行行使偽造文書與詐欺之間有方法與目的之牽連關係，但其實其在原判決理由即謂：「……偽造後持以行使，偽造行為應為行使行為所吸收，而偽造之目的，在於詐財，其間有方法結果之關係，……」便可得出此一結論。

<sup>198</sup> 最高法院 30 年上字第 3232 號判例：「上訴人偽造私文書持以誣告，其偽造印章係屬偽造私文書之預備行為，偽造印文、署押，則屬偽造私文書行為之一部，此項偽造私文書之低度行為，雖均應吸收於行使之高度行為之內，不另構成罪名，但行使偽造私文書既為犯誣告罪之方法，即非無刑法第五十五條之適用。」

<sup>199</sup> 最高法院 48 年台上字第 1227 號判例：「上訴人偽造他人名義之印章，以偽造私文書而行使之，其偽造印章為偽造私文書行為之一部，不另成立罪名，原判決認其偽造印章與偽造私文書有方法結果之關係，依刑法第五十五條從一重處斷，顯係用法錯誤，又其偽造之合夥經營契約書，既已抵押於人，即非屬犯人者，依刑法第三十八條第三項之規定，不在得以沒收之列，原判決予以沒收，亦屬於法有違。」

<sup>200</sup> 最高法院 50 年台上字第 148 號判例：「上訴人於偽造私文書後，利用不知情之人，代為行使

然而，最高法院 47 年台上字第 1523 號判例：「竊盜空白支票，偽填金額之外，既尚有偽以他人名義為背書人而偽造其署押之行為，其偽造署押，固非偽造有價證券構成之要件，但與行使偽造有價證券，不無方法結果關係，即難置而不論，自應從一重處斷。」同樣是偽造署押，但在偽造有價證券之案例，實務判例見解則與在偽造文書之案例持不同之見解。依該則判例之看法，偽造署押並非偽造有價證券成立之構成要件之一，但其與行使偽造有價證券之間，有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯。相似地，在上述司法院院解字第 3020 號解釋亦認為，偽造學校之印章與偽造畢業證書或證明書，若有方法結果之關係，亦可成立牽連犯。

#### 第九目 關於誣告之案例

最高法院 26 年渝上字第 558 號判例：「教唆他人偽證，雖有時為誣告他人犯罪之方法，然並非誣告罪之當然結果，或構成誣告罪要件之行為，上訴人在縣司法處誣告甲等略誘其媳，並唆使乙等到庭偽證以實其說，其意圖他人受刑事處分向該管公務員誣告，應與教唆他人偽證，依刑法第五十五條從一重處斷。」認為偽證與誣告之間若有方法與目的之牽連關係，則可成立牽連犯；相同地，使用偽造、變造證據與誣告之間有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯，實例如最高法院 24 年上字第 2165 號判例：「刑法第一百八十條第二項之罪，係指意圖他人受刑事或懲戒處分而偽造、變造證據，或使用該項證據尚未實行誣告者而言。上訴人既使用偽造、變造之文書實行誣告，自係構成同條第一項及同法第二百三十三條第一項之牽連犯。」

---

該文書詐財，係屬間接正犯，原判決從一重論處上訴人行使偽造私文書罪刑，於法並無不合。」其原判決理由書謂：「……，因以該林乞偽造是項乙種存款取款條並加行使，應成立行使偽造私文書罪，偽造印章為偽造私文書之部分行為，不另論罪，其行使偽造私文書之目的為詐欺取財，二者具有牽連關係，並應從一重處斷。……」亦可見一般。

## 第一〇目 關於侵占之案例

在與侵占罪之相關案例之中，早期實務判例見解認為，若取得侵占物之不法手段與侵占之間有方法與目的之牽連關係，則成立牽連犯，實例如最高法院 28 年上字第 862 號判例：「不動產之管業契據，不過為證明產權之一種文書，並非與不動產具有不可分離之關係，如以適法原因管有不動產後，更以不法方法取得該不動產之管業契據，遂主張其產權業已移轉於己，因之實施所有人之處分行為，其將不動產之持有變為所有，固應成立侵占罪，惟該管業契據之本體，既不失為物之性質，而取得之手段又由於不法，自應按其實施行為之種類，另行成立他罪，雖與侵占罪具有方法結果之關係，依法應從其重罪處斷，究不能將此兩者混而為一，認為祇成立單一之侵占罪。」相同見解如最高法院 30 年上字第 456 號判例<sup>201</sup>、最高法院 30 年上字第 1451 號判例<sup>202</sup>、最高法院 38 年穗特覆字第 54 號判例<sup>203</sup>。

但在最高法院 48 年台上字第 1377 號判例中，認為：「侵占罪為即成犯，上訴人等如果確有於侵占稻谷後，復偽造農民切結書，矇請糧食機關填發倉單，以抵掩侵占數目，則是侵占後之另一犯行，自應與侵占罪併合處罰，其行使此種偽造之農民切結書，即私文書，係明知為不實之

---

<sup>201</sup> 最高法院 30 年上字第 456 號判例：「上訴人身充路警，執行稽查職務，對於捕獲竊犯時所獲之贓款，為公務上所持有之物，其將贓款與他人朋分，係意圖為自己暨第三人不法之所有，而共同侵占，其私將竊犯釋放，係縱放職務上依法逮捕之人，又為其便利侵占之方法，自應就刑法第三百三十六條第一項及第一百六十三條第一項，依第五十五條，從一重處斷。」

<sup>202</sup> 最高法院 30 年上字第 1451 號判例：「上訴人侵占承運之錫鑄及雪花膏，捏稱遭匪搶劫，向該管警察所誣報，於侵占業務上持有物之罪外，尚應成立未指定犯人而向該管公務員誣告犯罪之罪，雖其誣告行為係犯侵占罪之方法，依刑法第五十五條，應從一重處斷，要不得置而弗論。」

<sup>203</sup> 最高法院 38 年穗特覆字第 54 號判例：「被告某甲充任警長，率同警察某乙等，於民國三十五年四月間巡查至某處，查獲煙犯某子等三人，放縱脫逃並隱沒查獲之鴉片，私行變賣得價俵分，當時有效之禁煙禁毒治罪條例因施行期滿失效（三十七年八月二日施行期滿），禁煙禁毒治罪條例遲至數月，始公佈施行（同年十一月二十六日公佈），在此兩條例絕續期間，懲治貪污條例及普通刑法有關各條，即應回復其固有之效力，且被告等所犯各罪有牽連關係，依刑法第二條第一項但書，應適用最有利於行為人之懲治貪污條例第三條第二款，刑法第二十八條、第一百六十三條第一項、第二百五十七條第一項及第五十五條，從一重處斷。」

事項而使公務員登載於職務上所掌之公文書，其間具有方法結果之牽連關係，又應從一重處斷。」即認為侵占之後而偽造私文書，不具有方法與目的或原因與結果之牽連關係，無由成立牽連犯。而偽造私文書與使公務員不實登載之間，實務判例則認為具有方法與目的或原因與結果之牽連關係，可成立牽連犯。

#### 第一一目 關於貪污之案例

盜用印章與公務員貪污之間有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯，實例如最高法院 40 年台特非字第 6 號判例<sup>204</sup>：「被告某甲係充某法院書記，辦理出納事務，對於院中應存歲入類賬戶之款，竟盜用某乙私章，以某乙名義，將該款向臺灣銀行存放定期一月之優利存款，冀得不法利息，自係對於主管之事務直接圖利，並有盜用印章情形，應構成懲治貪污條例第三條第六款及刑法第二百十七條第二項之罪，其中有方法結果關係，且所得財物在三百元以下，應依同條例第四條第二項前段及同法第五十五條，從一重處斷。」，相似的案例如最高法院 35 年京非字第 10 號判例：「被告身為審判官，以修葺公用房屋為名，濫押賭犯，強募財物，應構成懲治貪污條例第二條第四款及刑法第一百五條第一項第一款之罪，其中有牽連關係，依刑法第五十五條應從一重處斷，並按照特種刑事案件訴訟條例辦理，始為適法，原審按通常刑事訴訟程序依刑法論科，自非合法。」即認為有審判職權之審判官濫權羈押與強募財物而貪污之間，有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯。

#### 第五款 具有原因行為與結果行為之牽連關係

##### 第一目 傷害與妨害公務之間

---

<sup>204</sup> 依據最高法院 85 年 9 月 10 日第 16 次刑事庭會議決議本則判例不再援用。

最高法院 18 年上字第 982 號判例：「查上訴人持刀行兇，已有傷害之預見，其妨害公務，係屬傷害之結果，並非因妨害公務致人於傷，原審既依刑法第七十四條從傷害罪處斷，而判決主文載為妨害公務因而傷害人，殊嫌抵牾。」認為傷害與妨害公務之間有原因與結果之牽連關係，而成立牽連犯。

## 第二目 買受盜賣品與非法持有子彈之間

因買受盜賣品（子彈）而非法持有子彈，則買受盜賣品與非法持有子彈之間則有原因與結果之牽連關係，而成立牽連犯，如最高法院 47 年台上字第 28 號判例：「上訴人因買受盜賣品，而持有子彈又無正當理由，自屬觸犯刑法第一百八十六條之罪，唯此持有子彈，為買受盜賣品罪之結果行為，依同法第五十五條之規定，仍應從較重之買受盜賣械彈罪處斷。」

## 第三目 關於殺人之案例

若殺人之後的遺棄屍體行為或放火行為，行為人的目的乃在於滅跡，實務的判例見解則認為殺人與遺棄屍體或放火之間有原因與結果之牽連關係，例如最高法院 18 年上字第 356 號判例：「殺人後遺棄屍體，以圖滅跡，係殺人之結果，應依刑法第七十四條從一重處斷。」認為殺人與遺棄屍體之間有原因與結果之牽連關係，而成立牽連犯；又最高法院 29 年上字第 2756 號判例：「燒燬房屋，意在消滅殺人痕跡，其放火仍為殺人之結果，即具有刑法第五十五條之牽連關係。」認為殺人與放火之間有原因與結果之牽連關係，而成立牽連犯。

## 第四目 關於竊盜之案例

早期實務判例認為，竊盜行為若伴隨出現公共危險的結果，則竊盜與公共危險之間有原因與結果之牽連關係，而成立牽連犯。實例如最高法院 19 年非字第 142 號判例：「被告某甲，於民國十八年舊曆正月十四日，在縣屬洛河橋，竊取該橋橋板，此項行為，顯係觸犯刑法第三百三十七條一項竊盜之罪，其關於所犯第一百九十九條第一項公共危險罪之事實，依竊盜當然之結果，應依刑法第七十四條，從竊盜重罪處斷，原審依刑法第三百三十七條第一項論處竊盜罪刑，固無不合，惟對於公共危險一罪，原判理由竟誤認為竊盜罪所吸收，不依刑法第七十四條處斷，殊於法有違背。」；又最高法院 46 年台上字第 1374 號判例：「上訴人結夥三人以上，在保警隊牌示禁止挖掘之地區，竊掘日軍埋藏之火燒彈，應觸犯刑法上之竊盜及公共危險二罪，且兩罪有方法結果之關係，依法應從一重處斷。」

相同地，行為人竊取煙土後，變賣花用，實務見解亦認為販賣毒品係竊盜之結果，如最高法院 24 年上字第 3340 號判例：「上訴人於竊得煙土後，賣錢花用，顯又觸犯販賣鴉片罪名，如果販賣鴉片即為其行竊之結果，自應從一重處斷。」

## 第六款 爭議類型－關於強制手段之案例

### 第一目 強盜與擄人勒贖之間

首先，最高法院 18 年上字第 430 號判例：「刑律本以擄人勒贖罪容納於強盜罪中，於強盜傷害二人致輕微傷害之罪，並有加重規定，刑法則除以結夥侵入攜帶兇器等情形，定為加重強盜外，於犯強盜罪因而致二人輕傷者，別無加重之明文，又將擄人勒贖於恐嚇罪內，另定專條，劃出於強盜罪之外，如以結夥侵入強盜為擄人勒贖之方法，係犯刑法第三百四十八條第一項、第三百七十一條第一項之罪，應依第七十四條處

斷。」似乎是認為加重強盜為擄人勒贖之方法，但其實探求該則判例之內涵，應認為判侵入住宅方為擄人勒贖之方法，侵入住宅與強盜之間有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯。但稍後的實務判例判例見解，如最高法院 18 年上字第 1571 號判例：「查上訴人強盜與擄人勒贖兩罪，果無方法結果牽連關係，應各別獨立構成一罪，不能從一重處斷，乃原審竟以上訴人所犯強盜罪，為擄人勒贖罪所吸收，對於強盜，不論其罪，顯有未合。」依反面解釋，則是認為強盜與擄人勒贖之間，若有方法與目的之牽連關係或原因與結果之牽連關係，便有可能成立牽連犯。同樣地，最高法院 20 年上字第 750 號判例：「上訴人與某等共同於夜間分持槍棍，侵入某家內劫取耕牛，某父驚起，被其同夥槍傷，並將其子擄去，如果無誤，其強盜與擄人勒贖，先後各別起意之行為，固應依併合之例，分別論罪，即其傷害行為與強盜行為確有牽連關係，亦應依刑法第七十四條後段處斷。」似乎亦持相同的見解。

## 第二目 強盜與傷害之間

早期實務判例見解認為，犯強盜罪因而傷害人者，除非是致人重傷或致人於死，否則其間有牽連關係，應成立強盜罪。實例如最高法院 20 年上字第 13 號判例：「犯強盜罪因而傷害人者，除致人重傷或致人於死，刑法第三百四十六條第三項已有特別規定外，其傷害人而未達重傷以上之程度者，因傷害行為與強盜行為，其間實有牽連關係，依本院近來見解，應依刑法第七十四條後段，從一重處斷。」與最高法院 20 年上字第 989 號判例：「強盜傷害人，除因而致死或重傷者，刑法已有特別規定外，其未達重傷之程度，如傷害行為與強盜行為確有牽連關係，應依刑法第七十四條後段處斷。」但該二則判例並未有明確的說理。後來實務則出現相反的見解，最高法院 20 年上字第 1776 號判例：「強盜罪並非以傷害人為當然之方法，其既當場實施強暴，拒捕傷人，則於犯強盜罪外，並觸犯傷害人身體罪名，而此種傷害行為，又非犯人所不能預見，自應併依刑法第二百九十三條第一項、第七十四條，從一重處斷。」似乎認為

強盜與傷害應是一行為「觸犯數罪名」之想像競合犯，相同見解如最高法院 47 年台上字第 1350 號判例<sup>205</sup>。

#### 第七款 牽連犯在訴訟法上之關係

由於裁判上一罪係屬於單一案件,具有不可分關係,所以針對牽連犯之一部起訴,效力及於他部。實務判例見解如最高法院 50 年台非字第 108 號判例:「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者,刑法第五十五條既規定從一重處斷,則牽連犯之一部經判決確定,其效力即及於全部,倘檢察官復就所犯之他罪名重行起訴,法院應依刑事訴訟法第二百九十四條第一款諭知免訴,無再就所犯他罪名論科之餘地。」

#### 第八款 牽連犯刑之量定

牽連犯與想像競合犯之法律處斷效果一樣,皆為「從一重處斷」,如何比較輕重?觀察實務判例之見解,最高法院 29 年上字第 843 號判例:「刑法第五十五條之從一重處斷,以法定刑之輕重為準,即係以某一罪之法定刑與他罪名之法定刑比較,而從一法定刑較重之罪名處斷之謂,至各該罪名是否另有總則上加重、減輕其刑之原因,係屬別一問題,並不以此而使該條之比較輕重受其影響,原審既認上訴人所犯意圖姦淫而和誘未滿二十歲之女子脫離家庭,與行使偽造私文書兩罪名,有牽連犯關係,即應從該兩罪名之法定刑較重之和誘罪論處,乃以上訴人行使偽造私文書係連續之故,竟於加重其刑後,認連續行使偽造私文書罪之刑重於圖姦和誘罪之刑,因而依行使偽造私文書之罪名論擬,殊屬違法。」

---

<sup>205</sup> 最高法院 47 年台上字第 1350 號判例:「搶劫並非以傷人為當然之方法,果如原判決所認,被告因強令被害人將其載運之廢鐵放下,被害人不從,乃持刀砍傷其左肘部等處,將廢鐵搶劫而去,則其當場實施強暴而傷人,係於搶劫外,並觸犯傷害人身體罪名,倘經合法告訴,不無刑法第五十五條之適用。」以此判例觀之,則實務或倒認為係成立一行為觸犯數罪名之想像競合犯。

與最高法院 51 年台上字第 1775 號判例：「刑法第五十五條之牽連犯，比較罪之重輕，係以所犯法條之本刑為標準。被告行使偽造私文書，及明知為不實事項登載於職務上所掌之公文書，與其所犯詐欺罪間，具有方法結果之牽連關係，而比較各該法條本刑，以行使明知為不實事項登載於職務上所掌公文書之法定本刑一年以上七年以下有期徒刑為最重，原判決遽論被告行使偽造私書罪刑，其適用法律難謂無違誤。」不難發現，刑法第 55 條之從一重處斷，以法定本刑之輕重為準，至各該罪名是否另有總則上加重、減輕其刑之原因，係屬別一問題，並不以此而使該條之比較輕重受其影響。至於各罪輕重相同，則擇一宣告，實例如最高法院 22 年上字第 382 號判例：「一行為而犯數項罪名，或以犯一罪之方法或結果而犯他項罪名，依刑法第七十四條應從一重處斷者，即使各罪輕重相等，亦應審酌犯罪情節，擇一宣告。」

### 第三項 近期實務判例之見解

#### 第一款 牽連犯之定義

近期實務判例對於牽連犯的定義，雖然最高法院 67 年台上字第 477 號判例、最高法院 69 年台上字第 695 號判例、最高法院 69 年台上字第 696 號判例、最高法院 73 年台上字第 5446 號判例、最高法院 74 年台上字第 6450 號判例仍出現不精確的用語，但後來的實務判例已有試圖改正早期實務判例用語不精確的跡象，此觀最高法院 79 年台上字第 547 號判例：「刑法上之牽連犯，係指行為者意念中祇欲犯某罪，而其實施犯罪之方法，或其實施犯罪之結果，觸犯行為人目的行為以外之其他罪名而言。牽連犯的數行為間，有無方法或結果行為與目的行為之牽連關係存在，並應參酌行為時客觀的事實以為決定，亦即在客觀上認其方法或結果行為，與犯罪之目的行為，有不可分離之直接密切關係，始克成立。」即知。

最高法院 79 年台上字第 547 號判例除了有釐清牽連犯中方法行為與目的行為或原因行為與結果行為之牽連關係之用語外，依該則判例後段所示，在牽連關係之判斷上，亦採取客觀說之見解。然而，如此作法便與以往判例實務以「單一的意思決定」判斷數行為間是否有牽連關係相矛盾，最高法院此則判例見解乃「一竿子打翻一船人」，作法令令人費解！

## 第二款 單一的意思決定—以和誘與相姦之間為類型

行為人意圖姦淫而為和誘之行為與之後的相姦行為兩罪之間，近期的實務判例見解秉持著與司法解釋相同之見解，認為有牽連關係；但若行為人本就有相姦行為，後因另戀姦情熱而和誘某婦，則被認為是另行起意，而中斷意思決定之連續，應為數罪併罰。此如最高法院 64 年台上字第 2175 號判例：「上訴人既先與某婦多次相姦，其後又因戀姦情熱，而和誘某婦脫離家庭同居姦淫，其後之和誘同居姦淫行為，顯係另行起意，除其和誘後之相姦行為與和誘行為有牽連關係，應從一重之和誘罪處斷外，其和誘前之相姦行為，即應與和誘罪併合處罰，原判決竟認其先後相姦（包括和誘前後）係基於概括犯意，應依連續犯論以一罪，與和誘行為具有牽連關係，應從一重之後者處斷，自難謂無違誤。」相同案例之見解如最高法院 67 年台上字第 477 號判例<sup>206</sup>、最高法院 74 年台上字第 6450 號判例<sup>207</sup>。

另一則實務判例亦在主觀要件以「犯意是否自始存在」來區分牽連犯與臨時起意或另行起意的實質競合，實例如最高法院 71 年台上字第 3663 號判例：「上訴人於引誘莊、洪兩女與該兩日本人姦淫之前，已與

---

<sup>206</sup> 最高法院 67 年台上字第 477 號判例：「上訴人每次和誘未滿十六歲之某女外出、匿居，均與之姦淫，足證其和誘之始，即有姦淫之意圖，依刑法第二百四十一條第三項之規定，應負同條第二項之罪責，另又觸犯同法第二百二十七條第一項之罪，二者有方法結果之牽連關係，應從一重之意圖姦淫而和誘未滿十六歲之女子脫離家庭罪處斷，先後多次行為，係基於概括之犯意，應依同法第五十六條以連續犯一罪論。」

<sup>207</sup> 參閱後述第六款牽連犯與連續犯之競合所引之判例。

該兩人談妥姦宿報酬為日幣九萬元，因而收取日幣九萬元，可見其妨害風化與收取外幣為報酬<sup>208</sup>之犯意自始存在，而在客觀上其結果行為與犯罪之目的行為之間，亦有直接密切之牽連關係存在，自應依刑法第五十五條規定從一重處斷，此與數罪併罰各別起意而為犯罪行為者有別。至上訴意旨謂犯罪所得之外幣係屬贓物，法律仍准許持有，上訴人因犯妨害風化罪後持有日幣之行為，並不為罪，或本件係法規競合云云，指摘原判決不當，惟查所謂贓物，係指因侵害財產法益犯罪所得之物而言，上訴人所犯妨害風化罪既非侵害財產法益之罪，則上訴人所收取之外幣，自非贓物。又上訴人之所為，既非單一之犯罪行為，發生單一之結果，而有數種法律之適用，故本件非法律競合，亦甚明顯。」

### 第三款 牽連犯必須有數個行為

最高法院 73 年台上字第 5446 號判例：「刑法第五十五條所謂之牽連犯，必須二個以上之行為有方法與結果之關係者，始足構成，亦即必須以犯一罪之方法行為犯他罪，或以犯一罪之結果行為犯他罪，方有牽連關係之可言。本件依原判決之認定，上訴人與蔡某等係向許某恫嚇索錢被拒，並反唇相譏，始基於殺人之意思而共同為殺人行為之實施，初本無以殺人為恐嚇取財手段之意思，且恐嚇取財亦非必以殺人為方法，殺人更非恐嚇取財之當然結果，乃原判決竟認上訴人所犯恐嚇取財未遂罪與殺人罪間有方法結果之牽連關係，從一重之殺人罪處斷，於法自屬可議。」亦即維持早期實務判例之見解，牽連犯必須有數個行為始能成立。

### 第四款 須為觸犯數罪名一強制性交與妨害自由之間

---

<sup>208</sup> 日幣係外幣之一種，外幣為國家總動員物質，不得作為報酬之收付工具，當時行政院以台 41（財）字第 1494 號、台 44（財）字第 2390 號明令禁止。而依國家總動員懲罰暫行條例第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情事之一者，處七年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金：二、違反或妨害依國家總動員法第七條第一項規定所發管理、節制或禁止之命令者。」成立違反物質、金融、生產動員罪。

在最高法院 68 年台上字第 198 號判例：「強姦婦女而剝奪婦女之行動自由時，是否於強姦罪外，另成立妨害自由罪，須就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，除該妨害自由之行為已可認為強姦行為之著手開始，應成立單一之強姦罪外，應認係妨害自由罪及強姦罪之牽連犯。本件原判決既認定上訴人係以機車將被害人載至大社鄉後，不允其下車，而加速另路馳往現場，然後下手行姦，則其強載被害人顯尚未達於著手強姦之程度，自難以單一之強姦罪論處。」該則判例是以實行強制性交罪之著手時間點來判斷係成立有手段與目的關係之牽連犯，抑或是只成立一強制性交罪。亦即，強制性交之著手階段是否與強制有所接連，若有，則只成立一強制性交罪；若無，則有手段與目的之牽連關係而成立牽連犯。簡言之，即視妨害自由是否為強制性交罪之構成要件之一部分。

#### 第五款 具有方法行為與目的行為或原因行為與結果行為之牽連關係

##### 第一目 關於行使偽造文書之案例

近期實務判例見解，仍維持早期實務判例見解之意旨，認為行使偽造文書與詐欺之間有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯，實例如最高法院 69 年台上字第 695 號判例：「上訴人等冒用會員名義，偽造標單，行使得標，詐取會款，彼此有犯意聯絡及行為分擔，應為共同正犯。偽造署押為偽造私文書之部分行為，不另成罪，偽造私文書而後行使，偽造之低度行為應為行使之高度行為所吸收，應依行使論擬。行使偽造私文書與詐欺二罪之間，有方法與結果牽連關係，應從行使偽造私文書一重論處。先後三次為之，時間緊接，犯意概括，構成要件亦復相同，應依連續犯例論以一罪。」；或最高法院 69 年台上字第 696 號判例：「上訴人盜取陳某之印章交與不知情之李某，蓋用於當收據用之『工資發放明細表』領款人陳某之蓋章欄內，足以生損害於陳某，應成立偽造私文書

之間接正犯。上訴人進而憑該『工資發放明細表』之蓋章，以代收據，使李某發放陳某之工資，即已達於行使該文書之階段。其偽造行為應為行使之高度行為所吸收。其盜用印章，係偽造私文書之部分行為，不另論罪。行使偽造私文書之目的，在於詐領工資，另成立詐欺罪，兩罪有方法結果之牽連關係，應從一重之行使偽造私文書罪處斷。」

## 第二目 關於逃漏稅之案例

近期實務判例見解認為，營利事業納稅義務人填報不實的扣繳憑單，以逃漏自己稅捐時，其間有方法與目的或原因與結果之牽連關係，而成立牽連犯。實例如最高法院 71 年台上字第 1143 號判例：「營利事業填報不實之扣繳憑單以逃漏自己稅捐者，除成立稅捐稽徵法<sup>209</sup>第四十一條之罪名外，在方法上又犯刑法第二百十六條，第二百五十五條之罪名，應從一重處斷。」

## 第六款 牽連犯與連續犯之競合

牽連犯或連續犯之裁判上一罪，倘遇有競合時，如行為人之數行為所犯數罪，具有連續關係，又有牽連關係之重疊法律現象，則連續犯罪之一部，既與他罪競合或牽連，自應包括的先將全部之連續各行為論以一罪，再按牽連犯之例，從一重處斷。實例如最高法院 74 年台上字第 6450 號判例：「原審認上訴人洪甲、吳女、洪乙，所犯刑法第二百三十一條第一項之引誘良家婦女與人姦淫罪，及同法第二百三十三條之引誘幼女與人姦淫罪，先後數次行為，犯意概括，其基本犯罪構成要件相同，應依連續犯論以較重之引誘幼女與人姦淫一罪。對其中被害人劉女部分，所犯上述之刑法第二百三十一條第一項引誘良家婦女與人姦淫罪，

---

<sup>209</sup> 稅捐稽徵法第 41 條：「納稅義務人以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金。」

又與同法第二百四十條第三項之加重和誘罪有方法結果之牽連關係，應從一加重和誘罪處斷。惟按連續犯罪之一部，既與他罪牽連，自應包括的先將全部之連續各行為，論以一罪，再按牽連犯例從一重處斷，乃原判竟論以連續引誘幼女與人姦淫及加重和誘二罪，自有未合。」

#### 第七款 牽連犯刑之量定

最高法院 69 年台上字第 4917 號判例：「牽連犯追訴權時效，在各個犯罪間各自獨立，不相干連，應分別計算。牽連犯之輕罪，如追訴權時效已完成，而重罪部分仍應諭知科刑時，應於判決內說明輕罪部分因屬裁判上一罪不另諭知免訴之理由。」牽連犯本質上為數行為觸犯數罪名，僅因數行為之間有方法與目的或原因與結果之牽連關係，而論以一罪。是以，追訴權時效，各個犯罪應各別計算，誠為值得贊同之見解。

#### 第四項 刪除牽連犯後之判例變動

2005 年刑法修正後，最高法院因刑法之修正而進行判例與決議的檢討，此次判例與決議的檢討乃是經 2005 年 6 月 28 日召開新刑法適用問題學術研討會聽取學者專家意見，自 2005 年 7 月 26 日起著手進行檢討審查，至 2006 年 12 月 12 日止始告一段落。

判例、決議與現行刑法規定不符或舊法規定已刪除者，當然自新修正刑法施行日起不再援用或不再供參考，其次，有部分判例或決議雖法律已修正或刪除，本應予不再援用或不再供參考，惟因其另有值得參考的其他相關法律規定或法理之說明或闡述，若一律不再援用或不再供參考，頗感可惜，則仍予以保留，而加註「應注意○○規定已刪除」或「應

注意○○條規定已修正」等文字，以促注意；或改列、加列於適當法條下<sup>210</sup>。

最高法院歷次刑事庭會議對歷年來有關牽連犯的判例整理，分為四類<sup>211</sup>：第一為「本則判例不合時宜，不再援用」；第二為「法律已修正，本則判例不合時宜，自 95 年 7 月 1 日起，不再援用」；第三為「本則判例保留，應注意新刑法已修正，刪除牽連犯之規定」；第四為「移列或加列至他法條」。

至於之前判例所示的「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名」之情形，在牽連犯之相關判例不再援用之後，究應如何處理，最高法院刑事庭會議，並未表示見解<sup>212</sup>。

## 第五節 小結

牽連犯之規定，在外國之立法例上，為少數之立法，再加上牽連犯本質為數罪，卻可因其間有不容易判斷之方法與目的或原因與結果之牽連關係而論以處斷上之一罪，不僅有擴大既判力之範圍而造成審判不公平之現象，更有鼓勵犯罪之虞。此次修法於是遵循學理與實務多數意見，將牽連犯之規定予以刪除。

而牽連犯行為數之判斷在學理間或有爭議，但本文以為牽連犯之行為為個數，至少應有二個自然意義下之一行為，方能成立牽連犯。至於牽連關係，本文以為應以行為人之主觀意思判斷牽連關係，亦即在牽連關係的判斷上，應以主觀說較為妥適，蓋對於行為人犯罪意思之繼續，只能探求行為人之主觀意思。

---

<sup>210</sup> 吳啓賓，刑法修正與最高法院判例之變動，新修正刑法論文集（民國 95 年 7 月 1 日施行），頁 365，司法院，2006 年 12 月

<sup>211</sup> 關於有關牽連犯判例之變動，詳參閱附錄圖表。

<sup>212</sup> 林山田，同註 145，頁 165-166。

其實，在司法實務見解，判斷是否成立牽連關係，行為個數與牽連關係並非重點，實務所認定成立牽連犯，除了甲罪或以罪之間有牽連關係者外，最重要的，仍在於行為人是否維持「一個意思決定」，或者是另行起意，因此，司法實務見解多著重在「一個意思決定」與否的判斷上。

本文認為，司法實務的作法不失為一個較為可行與值得贊同的作法。而「一個意思決定」此一要素，正也是想像競合犯與牽連犯之共同要素，或許在刪除牽連犯立法規定之後，想像競合犯與牽連犯必須靠「一個意思決定」而發動在社會經驗認知上可被認為「一行為」來加以連繫！



## 第四章 想像競合犯與牽連犯之連繫

2005年刑法新修正，將原刑法第55條中的牽連犯之立法規定予以刪除，牽連犯之立法規定刪除之後，原本應適用牽連犯規定處斷之案件，於刑法新修正施行之後，法院實務對於相同的案件應如何適用法律加以處理，乃成為當務之急。立法者於立法指示中，僅略謂「得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰」，然而，如前所述（參閱第三章第四項「粗糙的修法理由」），牽連犯之行為數，在概念與內容上皆為數行為；而想像競合犯之成立，其行為數，在概念與內容上，僅為一行為。如何將本質上為數行為的牽連犯，納入一行為而觸犯數罪名的想像競合犯，實有探究之必要。

### 第一節 刪除牽連犯後之因應

刪除牽連犯之立法規定後，原本適用牽連犯之規定而論罪處斷之案件，今後應如何適用法律而為論罪科刑。對此，學理間多有發表文獻提供解決之道，在眾多文獻中是否能歸納出一套共通的判斷標準，本文試先從學理文獻的分析著手，再歸納學理間提供解決方案之大致方向，而加以論述。

#### 第一項 學理文獻所提供解決之道

##### 第一款 林山田教授之見解

林山田<sup>213</sup>教授首先認為，牽連犯在本質上應屬於行為單數中的純正競合，而與想像競合犯同樣是一行為觸犯數罪名而從一處斷的情形，可謂係想像競合犯的例示概念。亦即行為人所觸犯的行為，係屬於行為單數，而違犯數罪，同樣亦屬想像競合犯的「一行為而觸犯數罪名」之例，只是兩個罪名相互之間具有方法與目的，或原因與結果的牽連關係而已，故本法將兩者規定在同一個法條的前段與後段，並且對於牽連犯的處理與想像競合犯做相同的規定，亦即兩者同樣是：「從一重處斷」。

然而，因為傳統學說或判例認為牽連犯具有「兩個獨立的行為」，導致在概念操作上，過分地限縮想像競合犯的「一行為」概念的適用範圍，而無法從行為單數的概念，建構與操作想像競合犯與牽連犯的規定。其中最讓人詬病者，乃是部分因循法條文字概念以操作法律思維體系的人士，有可能徒以法條表面「方法或結果之行為犯他罪名」的文字而望文生義，將有些本屬法律單數的情形，誤以為屬於手段與目的，或原因與結果的牽連關係。對於少數本屬於不罰的前後行為的案例，甚有屬於實質競合的案例，卻誤判為牽連犯。因此，林山田教授認為，原針對牽連犯的特別例示規定，實屬多餘而會誤導判斷的例示概念，而主張刪除原來有關牽連犯的規定。

刪除牽連犯的規定之後，原以牽連犯認定的案件，絕大部分均可以回歸到其本所屬的想像競合犯，絕少部分原將本屬實質競合或不罰的前後行為誤判為牽連犯者，則應回復為數罪併罪或不罰的前後行為。

## 第二款 甘添貴教授之見解

甘添貴<sup>214</sup>教授認為，新修正刑法鑑於牽連犯之實質根據既難有合理之說明，且其存在亦不無擴大既判力範圍，而有鼓勵犯罪之嫌，乃予以

---

<sup>213</sup> 林山田，刑法通論(下冊)，頁 321-323，自版，2008 年 1 月 10 版；林山田，同註 2，頁 164-165。

<sup>214</sup> 甘添貴，同註 2，頁 211。

刪除。至牽連犯廢除後，對於目前實務以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷。惟實際上，牽連犯廢除後，可能會擴張「一行為」之涵義，而逐步擴大想像競合犯之適用。

### 第三款 許玉秀教授之見解

許玉秀<sup>215</sup>教授提出經驗上一行為的概念，用來解釋並補充構成要件一行為的概念，認為經驗上一行為可定義成：「一個意思決定所啟動的一個複合的因果流程，其中數個相互連結的因果事實，彼此具有方法目的、原因結果或持續複製的關係」。因果流程中的方法目的關係與原因結果關係，都是有客觀關聯的關係，而主觀意思可能截斷這個關係。所以如果其間有另行起意的情況，即非一行為，而係數行為，論以數罪。據此，至今實務上認定為牽連犯的案例，因為行為人所實施的數個舉動之間屬於一個複合的因果流程，因此絕大多數的案例均可被改認定為想像競合犯，例如進入住宅殺人、進入住宅強制性交、進入住宅竊盜等案例。

但是在已往認為係成立牽連犯之運輸毒品與販賣毒品的情形，許玉秀教授主張這是一種在生活經驗中，由數個可以獨立而又逐步連結的行為階段所構成的犯罪型態，每一個階段行為逐步累積對同一法益的侵害強度，而單一階段行為對法益的威脅或危害都具備應予處罰的不法內涵，其間存在著構成要件不法結果單一的犯罪型態，但是因為想像競合犯適用於侵害數法益之情形，因此縱使已實施各個階段行為，本例所侵害的法益只有一個，在一般社會生活經驗中，所有逐步連接的行為階段，

---

<sup>215</sup> 許玉秀，一罪與數罪之分界－自然的行為概念，同註 107，頁 93-94；許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(二)，台灣本土法學，第 79 期，頁 191-194，2006 年 2 月。

全部屬於一個複合社會經驗生活事實，應該是單純一罪，應該是被構成要件評價為一罪的事實<sup>216</sup>。

#### 第四款 余振華教授之見解

余振華<sup>217</sup>教授提出三點在廢止牽連犯後之處置與對策，茲分述如下：

##### 一、將牽連犯之一部歸屬於想像競合犯範圍

倘若將牽連犯之一部歸屬於想像競合犯之範圍，則該部分案例，大概就是可符合未設牽連犯規定之德國判例與學說所承認之想像競合犯之案例。舉例來說，若行為人侵入住宅毆打被害人，在我國原刑法規定可能被認為是成立牽連犯，但在德國便成立想像競合犯，此類屬之。而在日本現行法下，將成立牽連犯者以想像競合犯來解釋較適宜之判例，亦有不少。例如行使偽造文書而犯詐欺之情形，雖有認為行使偽造文書罪與詐欺罪係成立牽連犯，然而因為對他方之詐欺行為具有重複之性格，認為其係成立想像競合犯亦無不當<sup>218</sup>。

##### 二、以吸收犯來處斷

對於本是肯定成立牽連犯實例中常見之類型以吸收犯來處斷。此例如（一）侵入住宅與竊盜、強盜、強制性交、殺人、傷害、暴行、放火等；（二）偽造文書與偽造文書行使、詐欺；（三）偽證與訴訟詐欺；（四）妨害自由與恐嚇、強制性交、逮捕等；（五）殺人與遺棄屍體；（六）教唆竊盜與故買贓物；（七）拆毀封印與毀損公文書等類型。以其對被害主體而言，若屬於同一被害法益，則視為吸收一罪而以吸收犯處斷，當屬妥當者。

<sup>216</sup> 許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(四)，台灣本土法學，第 81 期，頁 145，2006 年 4 月。

<sup>217</sup> 余振華，同註 159，頁 72-73。

<sup>218</sup> 日本大審院昭和 7 年 4 月 11 日判決，刑集第 11 卷，頁 349，轉引自余振華，同註 159，頁 72。

### 三、以加重類型來處斷

對於本是肯定成立牽連犯實例中常見之類型以加重類型來處斷。此例如（一）侵入住宅與竊盜、強盜、強制性交、殺人、傷害、暴行、放火等；（二）偽造文書與偽造文書行使、詐欺；（三）偽證與訴訟詐欺；（四）妨害自由與恐嚇、強制性交、逮捕等；（五）殺人與遺棄屍體；（六）教唆竊盜與故買贓物；（七）拆毀封印與毀損公文書等類型。以其對被害主體而言，被害法益相異時，則另新設加重類型來處置之。日本改正刑法草案中第 321 條第 1 項侵入住宅竊盜、第 325 條第 1 項即採此精神。

#### 第五款 張麗卿教授之見解

張麗卿<sup>219</sup>教授認為，犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，稱為牽連犯。由於牽連犯係數個行為，將之廢除後，應依具體情況，分別論以想像競合犯或數罪併罰。如為數罪併罰者，乃屬於不真正競合而為實質競合。

值得注意的是，以前被實務認為是行為單數牽連犯的案例，如行使偽造文書以詐欺取財、為竊盜而侵入住宅，均具有行為單數的特性及實行行為的全部重疊，故應依想像競合犯論處，非數罪併罰。此外，對於有時間繼續性的犯行，因為只產生部分行為重疊的情形，因牽涉夾結效果的運用，亦應認為數罪併罰較妥。但原來被認為是行為複數的牽連犯，如竊盜後之銷贓行為，雖是行為複數，惟應屬「不罰後行為」。

#### 第六款 陳子平教授之見解

---

<sup>219</sup> 張麗卿，同註 35，頁 465；張麗卿，牽連轉想像與連續轉包括，月旦法學教室，第 59 期，頁 16，2007 年 9 月。

陳子平<sup>220</sup>教授認為日本刑法改正草案將牽連犯規定刪除的理由，因為「在構成牽連犯之數罪中，做為手段之行為與做為結果之行為間，有相當時間上之間隔，倘若將其中一方(手段行為之罪)之既判力及於另一方(結果行為之罪)，並非適當。且，判例通常雖然將具有手段、結果關係之數罪視為牽連犯，惟實務在具體適用上，未必有其一貫性。再者，在現行法下，得成立牽連犯之情況中，有許多亦被理解為想像競合犯，因此將牽連犯之規定予以刪除，並不會造成被告之不利益」。因此，新刑法施行後，原該當牽連犯之情況，原則上將適用第 55 條想像競合犯或第 50 條數罪併罰之規定。至於何時應適用想像競合犯、何時應適用數罪併罪，陳子平教授並未進一步說明。

#### 第七款 林東茂教授之見解

林東茂<sup>221</sup>教授認為，新修正刑法刪除牽連犯從一重處斷的規定，理由在於牽連犯規定「有鼓勵犯罪之嫌」，刪除牽連犯規定後，基本上都依照數罪併罪處理，比較可以威嚇犯罪人。

#### 第八款 鄭逸哲教授之見解

鄭逸哲<sup>222</sup>教授認為刪除原刑法第 55 條原有的「牽連犯從一重處斷」部分後，並增加但書，而變成現行刑法「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷，但不得科以較輕罪名所定罪輕本刑以下之刑」之規定。然而，原有的「牽連犯從一重處斷」部分恐怕也只有是在形式上被廢除，而還魂於「想像競合犯從一重處斷」之中。

---

<sup>220</sup> 陳子平，同註 36，頁 275。

<sup>221</sup> 林東茂，刑法縱覽，頁 286，一品文化出版，2007 年 9 月 5 版。

<sup>222</sup> 鄭逸哲，同註 20，頁 254-256。

再者，德國沒有牽連犯的規定與適用我國牽連犯的案例發生在德國應如何適用，則分屬兩事。同樣的事情，在我國是依「牽連犯」從一重處斷；但在德國是有可能依「想像競合犯」從一重處斷，亦即，德國在欠缺所謂「牽連犯規定」的情況下，其「想像競合犯」的概念範圍是大於我國的，甚至就等於我國「想像競合犯」與「牽連犯」概念範圍的總合。德國將由二個「刑法上有意義的行為」分別所產生的「構成要件該當行為」，若二者間「因果關係」具有「當場前後連接性」，亦納入該國「想像競合犯」之概念範圍。德國將「因果關係」具有「當場前後連接性」的二個「構成要件該當行為」亦納入「想像競合犯」的概念範圍，在這一點，似乎有必要作為我國修法後「詮解」想像競合犯的重要參考。或許如此，因草率刪除「牽連犯從一重處斷」的部分而造成刑法生態的失衡，在一定範圍內得以恢復。

可預期的是，即使將「牽連犯從一重處斷」的部分刪除，「想像競合犯從一重處斷」的規定將擴大適用至原應適用「牽連犯從一重處斷」的部分，亦即，目前對於想像競合犯的理解，並不會繼續不變，至少會將「同時」的認定標準作有限度的放寬，而成為：以一個「事實行動」，啟動一個「事實因果關係」，而同時或緊接實現數個可罰的「構成要件」，而犯「共用」或「共組」該「事實因果關係」而具有「想像競合犯關係」的數罪，以一罪論，只從重成立一個「罪名」，依該罪名處罰之，但不得科以較輕之罪所定最輕本刑以下之刑。

然須注意的是，這裡的一個「事實行為」就因而變動其內涵，不再僅指一個「刑法上有意義的行為」，毋寧改指一個「刑法上有意義的行為」或其間具有「當場前後連接性」的數個「刑法上有意義的行為」所構成的「集合」。

#### 第九款 柯耀程教授之見解

柯耀程<sup>223</sup>教授主張，牽連犯規定之廢除在立法上值得爭執，之所以廢除牽連關係之規定，是因為學理與實務對於牽連關係的結構、適用上的認定基準，以及牽連關係成立條件的認知，迄今仍處於相當模糊的階段，乃至於失望地在修法時將其廢除。廢除牽連關係後，將原本得以處理的問題，反而因廢除明文規定後，在處理上喪失法的基礎依據。如此，並不利刑法的發展。

進一步來講，原先適用牽連犯規定的案例，在牽連犯規定廢除之後，無論是依照法條競合或是數罪併罰來論處，皆不具有正當性。倘若形成牽連關係的行為，皆發生於修正法生效之後者，則因無牽連關係的適用餘地，實務與學理如何將此種結構拆散開來，而為個別之適用，恐怕都會形成事實認定的瑕疵，並因此而造成法律適用的謬誤，蓋如將形成牽連關係結構的行為情狀，遽以法條競合來處理，顯然係誤解法條競合的概念，也無限擴張法條競合的適用範圍，更是高估法條競合所得以處理問題的能力；反之，如將手段與目的行為，各自拆開適用，而將此種結構以數罪併罰的方式處理，則又使得刑法的判斷發生疑慮，蓋事實結構具有一定之關係存在，何以在認定處理的判斷上，卻直接默示此種關係存在，且逕以數罪認定的方式，對於單一結構的事實情狀，變成以複數的處理關係來論斷，是否有刑罰超量禁止牴觸之虞？恐在適用之前，必須先妥善加以解決。基本上，廢除牽連關係之後，將原本具有牽連關係的事實結構，不論是以法條競合處理，或是以數罪方式認定，似乎都顯得太過恣意，不但有瑕疵，恐怕認定與適用都不正確，這是廢除牽連關係之後，所伴隨而至的難題，此一難題應是無解的，至少到目前為止是如此<sup>224</sup>。

至於原涉及牽連關係之行為，為何在牽連犯規定廢除後，不能論以想像競合犯？柯耀程教授認為，就形成結構的不法內涵來看，牽連關係

---

<sup>223</sup> 柯耀程，同註 12，頁 231-232；柯耀程，同註 38 書，頁 198-200；柯耀程，同註 154，頁 299-231；柯耀程，同註 166，頁 55-56。

<sup>224</sup> 柯耀程，同註 38 書，頁 277-280；柯耀程，同註 166，頁 61-63。

的不法內涵，大多比想像競合犯來得高。因為想像競合犯者，係一行為同時實現複數構成要件所形成之關係；而牽連關係者，則是屬於內質性之「手段、目的或方法、結果」關係。牽連者關係的規定刪除後，往後有所謂行為之「手段、目的」關係者，似乎皆僅能以想像競合犯來處理，例如對於因行使偽、變造之貨幣、有價證券或文書，而用以遂行詐欺之目的者，似乎都僅能以想像競合犯來處理。這樣的處理方式，不但不能揭露行為不法內涵的關係，也使得手段與目的的意義，形同灰飛湮滅。因此，將二者至於同一法律效果處理，恐仍有所不當，較為合理的規範關係者，應該是把牽連關係當成比想像競合犯更嚴重的類型，法律效果上可仿效被廢除的連續犯規定，論以「得加重其刑至二分之一」<sup>225</sup>。

#### 第一〇款 陳志輝教授之見解

陳志輝教授藉由行為單數與行為複數的區分與概念的釐清，而得出牽連犯廢止，應如何進行法律適用，認為牽連犯廢止後，行為人原成立牽連犯之數罪名，若其實行行為之間具有行為不法之局部重疊關係，可成立想像競合犯；相反的若其所實行行為之僅具有方法目的、原因結果關係，而不具有行為不法之局部重疊關係者，只能被論以數罪併罰<sup>226</sup>。

後來，陳志輝教授提出德國學者 puppe 之「構成要件不法結果單一性」(簡稱不法結果單一性)<sup>227</sup>的概念，嘗試解決刪除牽連犯應如何具體進行適用法律之問題。

不法之結果單一性形成之行為單數，包括德國通說所界定之行為人所實現所有構成要件之實行行為有全部重疊或局部重疊，也包括了實行行為之間雖不具有一致性關係，但是屬於一起促成、準備或保全單一不

---

<sup>225</sup> 柯耀程，牽連犯與連續犯廢除後之適用問題，月旦法學雜誌，第 135 期，頁 205 註 11，2006 年 8 月。

<sup>226</sup> 陳志輝，同註 44，頁 25。

<sup>227</sup> Ingeborg Puppe 著，陳志輝譯，同註 167，頁 316-342。

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，尚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。

行為人實施的一個或數個身體舉動而觸犯數罪名的情形，若依照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，應論以想像競合犯<sup>228</sup>。

## 第二項 學理文獻評析

上述學理間對本應適用牽連犯之案件，在刪除牽連犯之後應如何具體適用法律所提出之見解，可簡圖如下：



---

<sup>228</sup> 陳志輝，九四/九五年度刑事判決評釋——競合部分，台灣本土法學，頁 199-200，第 90 期，2007 年 1 月；陳志輝，不法結果單一與想像競合犯—最高法院裁判發展評析—，第三屆學術與實務之對話 刑法修正後衍生之爭議問題—最高法院 96/97 年度實體法裁判評釋—，頁 16-20，司法院主辦，2008 年 11 月 7 日。

林山田教授	本屬想像競合之例示概念，大部分回歸之
甘添貴教授	擴張想像競合犯「一行為」之內涵
許玉秀教授	社會經驗認知上的一行為
余振華教授	想像競合犯、吸收犯、加重類型
張麗卿教授	想像競合犯、數罪併罰、不罰後行為
陳子平教授	想像競合犯或數罪併罰(未說明)
林東茂教授	數罪併罰
鄭逸哲教授	變動想像競合犯一行為的內涵
柯耀程教授	立法主張
陳志輝教授	構成要件不法結果單一性

(圖表四之1)

由此可知，有部份見解並未進一步說明，牽連犯規定廢除後，應如何對原涉及牽連關係之案例進行具體法律適用；有認為一律皆適用數罪併罪論處，但此見解恐有違修法意旨，並非立法者原意，因為修法理由中明白表示，應視具體情形，適用想像競合犯或數罪併罪之規定。

至於林山田教授、甘添貴教授、許玉秀教授、余振華教授、鄭逸哲教授以及陳志輝教授的見解，在結論上是非常接近的。首先，林山田教授將牽連犯視為特別例示規定，認為牽連犯係實屬多餘而且會誤導判斷的例示概念，因此在刪除牽連犯的規定之後，原以牽連犯認定的案件，絕大部分均可以回歸到其本所屬的想像競合犯，絕少部分原將本屬實質競合或不罰的前後行為誤判為牽連犯者，則應回復為數罪併罪或不罰的前後行為。鄭逸哲教授認為想像競合犯之一行為，其內涵在修法後應不同於修法前，而是指一個刑法上有意義的行為或其間具有當場前後連接

性的數個刑法上有意義的行為所形構成的集合，將二行為間因果關係具有當場前後連接性情形，亦被納入想像競合犯範圍。不論林山田教授或鄭逸哲教授所提出的擴張想像競合犯一行為之內容，本質上均和許玉秀教授所認定的社會經驗上一行為概念相符合，皆可以被涵蓋在這個概念下：「一個意思決定所啟動的一個複合的因果流程，其中數個相互連結的因果事實，彼此具有方法目的、原因結果的關係」，差別可能存在對於個案的處理有些微的差異。而甘添貴教授與余振華教授，則認為應擴大想像競合犯「一行為」之概念，或是將牽連犯之一部歸屬於想像競合犯之範圍，則該部分案例，即為符合未設牽連犯規定之德國判例與學說所承認之想像競合犯之案例。而陳志輝教授後來所提出的「不法結果單一性」之概念，無非亦在擴大想像競合犯「一行為」之內涵。

至於張麗卿教授與陳志輝教授早期所提出實行行為之間具有行為不法之局部重疊關係，可成立想像競合犯之論點，其實本即為德國刑法學理對於想像競合犯之「一行為」概念的要求，在結論上，亦接近上述之見解。

最後有關於柯耀程教授之主張，原涉及牽連關係之行為，在牽連犯規定廢除後，不能論以想像競合犯，蓋論以想像競合犯，不但不能揭露行為不法內涵的關係，也使得手段處理與目的的意義，形同消滅。原涉及牽連關係之行為與論以想像競合犯之行為，二者法律效果應該不同，應該把牽連關係當成比想像競合犯更嚴重類型，法律效果上可仿效被廢除的連續犯規定，論以得加重其刑至二分之一。然而，此種見解已經涉及想像競合犯與牽連犯規定的立法論問題，甚至涉及是否要維持實質競合、想像競合犯與牽連關係這樣的類型設計，已經超出釋義學的範圍，也與立法者目前所呈現出來的價值判斷有異<sup>229</sup>。

### 第三項 刪除牽連犯後之解決方案

---

<sup>229</sup> 陳志輝，不法結果單一與想像競合犯—最高法院裁判發展評析—，同註 227，頁 15-16。

在現行刑法施行之前，本係適用牽連犯之案件，在現行刑法刪除了牽連犯之立法規定後，應如何具體適用法律，亦即，本屬牽連犯之範圍，在修法之後，應該如何重新歸類，歸納學理上所提供的解決方案，有從立法理由，視具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰；亦有學者將原本實務認為屬牽連犯的案例加以重新包裝，而可能成立學理所謂之「不罰之後行為」。

### 第一款 修法理由—論以想像競合犯或數罪併罰

此即修法理由所謂：「牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷。」

#### 第一目 論以數罪併罰

牽連犯本屬於數行為觸犯數罪之競合類型，只因數罪之間有方法行為與目的行為或原因行為與結果行為之牽連關係，而在科刑上論以一罪，為「科刑上一罪」，或稱「處斷上一罪」，目的在於避免過度的評價，造成刑事政策過於嚴苛。所以，刪除牽連犯之後，原屬牽連犯之案件，可能被納入數罪併罰此一範疇，應較無問題。

#### 第二目 論以想像競合犯

原本應適用牽連犯規定之案件，在刪除牽連犯之立法規定後，如何如同修法理由中所提的解決方案之一，將牽連犯「轉」想像競合犯，從上述學理文獻探討分析之後，不難發現，多數學者乃從想像競合犯之「一行為」著手，藉由擴大想像競合犯「一行為」的概念與內容，而將修法

前應適用牽連犯規定之案件，在修法後亦能納入想像競合犯中加以論罪科刑，以避免適用數罪併罰時而有過度評價之疑慮。

## 第二款 學理發展—論以不罰之後行為

其實牽連犯規定刪除之後，如何對原屬牽連犯之案件重新歸類，首先仍應判斷行為單數或行為複數。在行為複數時，並不是一概被劃歸於數罪併罰，而是在不真正競合的檢驗時，即有可能被歸入「不罰之後行為」，典型的例子如殺人後棄屍以免被發現，殺人與遺棄屍體固然是行為複數，但正是典型的「不罰之後行為」。還有，財產犯得手後處分或享用其所得財產利益的行為，亦為「不罰之後行為」的類型<sup>230</sup>。

## 第二節 一行為之判斷

民國九十四年二月二日總統公布，民國九十五年七月一日施行之現行刑法，刪除了牽連犯與連續犯之規定，一罪與數罪之中間類型，只剩下刑法第 55 條之想像競合犯。刪除牽連犯規定後之法律適用問題，立法者於修法理由中表示，「得視其具體情況，分別論以想像競合犯或數罪併罪，與以處斷」，從修法理由看來，涉及牽連犯的情形，應視具體情形分別論以想像競合犯或數罪併罰。然而，想像競合犯與實質競合(數罪併罰)之間的區別在於，前者乃基于一行為所為，後者係以數行為所觸犯之情形。是以，討論牽連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。

### 第一項 一行為之判斷—以德國學理體系為架構

---

<sup>230</sup> 林鈺雄，同註 6 書，頁 599-600。

何種行為情況得視為單一行為？學理上有不同之見解，對於行為單數類型的認定，大抵上將可以成為行為單數的類型分成四大類型：一、自然意義下的一行為；二、構成要件的行為單數；三、法的行為單數；四、自然的行為單數。

### 第一款 自然意義下的一行為（eine Handlung im natürlichen Sinne）

自然意義下的一行為，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，始終皆為單一者而言。此種單一行為係最根本的一行為型態，其最原始之類型，乃係從自然的客觀觀察中，均被認定為只有一個動作而已。在自然意義下，具有完全不可分割之情況。至於行為所引起之結果的多寡，在所不問。其決定的關鍵乃在於該行為是否僅出於一個意思活動。舉例來說，行為人以一決意，投擲一枚石頭，毀壞門窗並且打傷屋內之人，僅有投擲石頭之一行為。因此，此種行為，係行為單數中，最基本的型態<sup>231</sup>。

行為人所為之行為被認定成自然意義下的一行為後，其法律效果不是單純一罪便是犯罪單數，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，屬於自然意義下的一行為(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犯關係。

判斷自然意義下的一行為之存在，取決的重點在於身體各別活動的數目，而並非在於同時性（Gleichzeitigkeit）。因此，當行為人在同一時間分別用左、右手射殺不同之人，從自然意義下的一行為觀點而言，是二個行為。只是須進一步探討，能否將此種自然意義下的「二行為」總結成一個「自然的行為單數」，抑或是應被論以數罪併罰。由此得知，「自

---

<sup>231</sup> 柯耀程，刑法競合論：第一講 競合論的基本前提，月旦法學教室，第 53 期，頁 48，2007 年 3 月；柯耀程，同註 12，頁 32；柯耀程，同註 38 書，頁 64-65。

然意義的一行為」是行為單數和行為複數概念的礎石，即使是「構成要件的行為單數」與「自然的行為單數」，都是以「自然意義下的一行為」作為前提，其概念係由數個自然意義的一行為組合而成<sup>232</sup>。

## 第二款 構成要件的行為單數（tatbestandliche Handlungseinheit）

構成要件的行為單數，係指因數個自然概念上的意思活動，因為不法構成要件的規定，而將其視為一個法律及社會的評價單元，於是乎形成構成要件的行為單數<sup>233</sup>。

至於為何會有構成要件的行為單數概念出現？蓋雖然法律係規範社會的具體事實，然而其形成並非事實的問題，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，決定者應為法規範的評價標準，於是對於行為單數的認定乃朝向構成要件加以思考，從刑法基本犯罪類型的規範，而發展出構成要件的行為單數之概念。

此種行為單數概念認為，行為單複數的界定標準應在於個別受侵害的構成要件的解釋問題上，即何時屬於單一行為，應從構成要件而為判斷。從而認定行為單數的焦點，完全置於構成要件的行為要件分析之上，並將所有可能產生行為單數的情況，藉由構成要件的詮釋，完全反映出來。茲分類如下<sup>234</sup>：

### 第一目 一個構成要件該當之行為

---

<sup>232</sup> 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，第39期，頁93，2006年1月；陳志輝，同註44，頁11-12。

<sup>233</sup> 林山田，同註25，頁266。

<sup>234</sup> 以下詳參閱林鈺雄，同註6文，頁241-249；林鈺雄，同註6書，頁552-559；柯耀程，同註12，頁84-86；柯耀程，同註38書，頁66-68；柯耀程，同註231，頁48-50；陳志輝，同註44，頁14-16；黃惠婷，同註232，頁93-94。

一個構成要件該當之行為，無論客觀上的動作為何，始終皆為單一行為。

## 第二目 多行為犯 (mehraktige Delikte)

### 一、狹義的多行為犯

多行為犯，又稱複行為犯，係指在一個獨立構成要件中含有數個行為之犯罪。亦即，在刑法分則的構成要件行為，本已經預定了數個不同種類行為在內的犯罪類型，例如以包含強制行為要素與性交行為要素而成的強制性交罪，行為人必須該當所有預定的行為，才能論以該罪的既遂犯。既然已為立法者白紙黑字所寫下來，多行為犯可說是最為典型的構成要件之一行為。是以，多行為犯雖然有多數的舉動，但仍然為單一行為。

另有學者認為，多行為犯其實就是具有整體概念的犯罪 (Delikte mit Sammelbegriffen)，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，倘若行為所為者，係此一整體性概念，雖然客觀上似乎存在有多數的行止舉動，仍然僅是一行為。此種行為單數的類型，係從構成要件對於行為的解釋得來，亦即對於行為要素的本身具有整合性之意義，透過解釋的作用，認定其仍舊僅為單一的行為型態。<sup>235</sup>

### 二、實質結合犯

在多行為犯定義的脈絡之下，尚有實質結合犯，亦即，雖然行為包含不同的行為要素，在法的評價上，仍舊僅是一個完整的行為。例如在

---

<sup>235</sup> 柯耀程，同註 12，頁 85；柯耀程，同註 38 書，頁 67；柯耀程，同註 231，頁 49。

強盜行為中，雖然包含了強制行為要素與取走行為要素，但仍舊僅是一個強盜行為。是以，實質結合犯，本質上便是多行為犯。

結合犯可分為實質結合犯和形式結合犯。實質結合犯，如上所述，係一獨立之構成要件之規定，本身具有獨立之構成要件內容，因此在擄人之妨害自由行為與勒贖之恐嚇取財行為之實例中，可被整體評價成一個擄人勒贖的構成要件行為，僅成立一罪。然而，德國刑法根本沒有形式結合犯之規定，我國刑法中卻有為數不少的形式結合犯的規定，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。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。主要的考量點在於判決既判力範圍的擴張，如果將形式結合犯之數罪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份，如同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<sup>236</sup>。

### 第三目 意圖犯 (Absichtsdelikte)

意圖犯是行為人具有超出內心傾向的犯罪 (Delikte mit ü-berschießender Innentendenz)。依照德國實務和學理通說的想法，當行為

---

<sup>236</sup> 相同見解，林鈺雄，同註 6 文，頁 249。林鈺雄教授謂：「判斷是否構成所稱形式結合犯，最後還是要回溯到被結合的各該構成要件來個別處理。不管基於實體法或訴訟法的理由，形式結合犯只是一種加重量刑的法律效果規定，並在此範圍內排除了數罪併罰的相對優惠規定，但卻無關行為單複數的認定。簡言之，形式結合犯還是行為複數。」

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，僅被評價成構成要件的一行為。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，只是將行使意圖與以實現，因此被評價成構成要件上的一行為，只成立偽造貨幣罪。

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，進而將所盜取之物納為己有，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，只成立竊盜罪，無須再論以侵占罪。

在學理上，亦有學者<sup>237</sup>認為意圖犯乃是一種特殊的多行為犯，稱為「不完全的多行為犯」(unvollkommen mehraktige Delikte)。以上述意圖供行使而偽造貨幣為例，因為在前的偽造行為之不法內涵已經預計了在後的行使行為，是以，基於同一意圖而來的「前」偽造行為與「後」行使行為，遂被整體評價為構成要件的一行為。

#### 第四目 繼續犯 (Dauerdelikte)

繼續犯為狀態犯的相對概念。在狀態犯，構成要件不法內涵的非難重點僅在於招致違法狀態；反之，在繼續犯，招致違法狀態的行為，以及維持違法狀態的行為，皆為非難的重點所在。雖然是創設了一個違法的狀態，而且行為人對於此違法狀態仍然繼續加以維持，其為維持違法狀態所增加之行為，在評價上，仍舊只視為單一的繼續行為。例如在侵入住宅罪之情形，非法進入他人住宅之後，停留在屋內的期間都是繼續地造成法益受侵害，僅屬於構成要件的一行為。

若行為中間有短暫的中斷，此並不影響構成要件的行為單數。舉例來說，在侵入住宅罪情形，如果入侵者短暫地走到屋外，吆喝同夥進入，

---

<sup>237</sup> Haft, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2004, S.280. 轉引自林鈺雄，同註 6 文，頁 243-244。

此時仍然屬於構成要件的行為單數，而僅成立一項侵入住宅罪，其並不會因為再一次地踏進屋內而另外再成立一項侵入住宅罪。

#### 第五目 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時，行為人縱使形式上先後該當數次構成要件，但仍只論以一個構成要件行為。例如行為人結夥三人、攜帶凶器並趁災害之際進行行竊，則行為人只有一個竊盜行為，違反一個加重竊盜罪。又例如，「要求、期約或收受」賄賂即是構成賄賂罪的等值選擇行為，若行為人先「要求」、後「期約」、再「收受」賄賂，僅構成一次賄賂行為，屬於構成要件的行為單數。

此外，行為人也可以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，亦即，行為人逐步實現其所設定之結果，在學理上有謂「持續性的構成要件實現」<sup>238</sup>。在德國文獻上有以偽造文書罪為例，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，不能論以想像競合犯<sup>239</sup>。

#### 第六目 集合犯 (Kollektivdelikte)

集合犯，係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。集合犯的判斷，必須大力藉助法律的解釋，來界定哪些刑法分則的構成要件行為，屬於立法者所預定的集合行為。首先，必須藉助文義解釋，從法條所描述的文字之通常語意來判斷；其次，當文義解

<sup>238</sup> 柯耀程，同註 12，頁 85；柯耀程，同註 38 書，頁 67；柯耀程，同註 231，頁 49。

<sup>239</sup> Walter, Zur Lehre von den Konkurrenzen: Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, JA 2004, 572, S. 574 f.f. 轉引自陳志輝，同註 44，頁 14。

釋無法提供明確答案時，則必須探究係爭處罰規範的目的來解釋，並且參酌實際生活上犯罪的典型實施型態來綜合判斷。據此，文義上雖不必然是多次反覆實施，但通常難以想像實際生活上是以單一行為來違犯者，只要論以單一集合行為即足以充分反應該罪的不法與罪責內涵，就可列入構成要件一行為的集合犯來加以處理。

集合犯常見的案例如下：

#### 一、施虐行為

施虐行為屬於多數行為的犯罪類型，但對於同一被害人施以凌虐，其舉動雖有多次，亦係單一之意思接續進行，仍為單一之犯罪。

#### 二、施用毒品

毒品本身具有成癮性的特徵，因此施用毒品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。

#### 三、製造、販賣、運輸、持有毒品

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。

#### 四、偽造貨幣行為

偽造貨幣之偽造二字，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。由於偽造器械原料的成本頗高，犯罪利得必須高於成本，不會有人大費周章弄來偽造器械原料之後而只印一張偽鈔，也不會只印一天、兩天的偽鈔，當然只有反覆印製偽鈔。易言之，偽造貨幣的構成要件行為本來即為處罰行為人反覆實施之情形，因此，行為人一個月內印製了上萬張的偽鈔，還是僅構成一個偽造貨幣行為。

#### 五、收集、行使偽造貨幣之行為

收集、行使偽造貨幣之行為亦屬具有反覆實施性的行為，所以行為人數次收集貨幣，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，此並沒有論以多數犯罪之必要。

#### 六、醫療業務行為

「醫療業務」行為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，也沒有論以多數犯罪之必要。

#### 七、賄選行為

賄賂行為具有持續複製的特質，因為選舉的賄選在先天的性質上不是買一票或買兩票的問題，而是一旦決定要買票，就要買足足以讓候選人當選的票數，所以賄選罪應該解釋為集合犯。

### 第三款 法的行為單數 (rechtliche od. Juristische Handlungseinheit)

法的行為單數，係指因主刑法或附屬刑法之不法構成要件的規定，或因刑法理論提出的概念，而使得數個自然之意思活動融合而成為法概念上的一個行為，所形成的行為單數。此些在自然概念上的數行為係因刑法的規定或判例與學理的創造，而將其視為刑法上的一個行為<sup>240</sup>。

法的行為單數之概念從何而來？在分析自然的行為單數與構成要件的行為單數之後，尚有一種事實情狀，其結構行為在外觀上係屬於複數，且在規範的侵害上亦為複數，然而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。但是此種單一的認定，無論是從自然的考量或是法律的評價，均無法合理地賦予單一的判斷基礎，蓋其基本結構係屬於複數的情況下，如欲將此種複數的行為與複數的犯罪之結構關係，認定為單數，只有將其整體關係，以法的評價加以整合。因

---

<sup>240</sup> 林山田，同註 25，頁 266。

此，此種行為單數的類型，係從法的整體性評價所得，其既非自然之考量，亦非構成要件的評價關係，而係從法規範之整體性目的所為之認定，故而稱為「法的行為單數」(rechtliche od. Juristische Handlungseinheit)。

此種法的行為單數概念所要詮釋的對象，主要是刑法中特殊類型的「連續行為」(Fortsetzungstat)。因此，對於連續行為在主觀與客觀一致性的條件之下，必須將其視為單一。連續行為各行為間，無論在主觀的條件下或是客觀的條件下，原本均屬於可以分割，並且從個別觀察亦屬獨立，因此，此種結構既不能從自然觀察的方式，將個別的行為加以整合，也無法從任何法規範的觀點，將原屬於各自獨立的行為，轉變成非獨立的形式。故而，在此僅能藉助於法的考量方式，將行為人一系列性的行為，在一致性的要求之下，整合成一個評價的事實情狀。此種整合連續行為而成為一個評價整體的方式，無異乃是一種「法的擬制」(rechtliche Fiktion)<sup>241</sup>。

#### 第四款 自然的行為單數 (natürliche Handlungseinheit)

所謂自然的行為單數，係指人之行為動作，在自然的觀察之下，即使有複數的動作存在，仍然認為其為一個完整的動作，具有自然考量下的單一評價型態。更精確言之，從自然的生活觀來加以判斷，認為整體事件雖在外觀上可以分割為數個部分行動，若行為人係出於單一的意思決定，而且數個部分行動在時空上又存有緊密關係，從一個未參與其中的第三者站在旁觀者的立場，也會認為係屬於一個單一行為者，即為自然的行為單數<sup>242</sup>。

---

<sup>241</sup> 柯耀程，同註 12，頁 86-87；柯耀程，同註 38 書，頁 68-70；柯耀程，同註 231，頁 50-51。

<sup>242</sup> 參閱林鈺雄，同註 6 文，頁 249-254；林鈺雄，同註 6 書，頁 559-564；柯耀程，同註 12，頁 80-84；柯耀程，同註 38 書，頁 65-66；柯耀程，同註 231，頁 48；陳志輝，同註 44，頁 16-19；黃惠婷，同註 232，頁 94-99。

## 第一目 德國實務見解

自然的行為單數概念在德國的實務上，係從帝國法院時代一直沿用至今，且其又受到早期學說的青睞，迄今仍然具有相當重要的影響地位，而該概念的判斷內容隨著時代的演變，亦有所更易。因此，若欲探求自然的行為單數概念，實有必要對於自然的行為單數在德國實務的歷史發展加以掌握。

在早期的實務見解裡，認為行為人雖然在客觀上實行多數之舉動，但是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，因而認為行為人所為者，僅為一個單數行為而已。

而到了早期德國聯邦法院時代，同樣地，認為行為單數之成立，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形態加以判斷，至於主觀要件的要求，則顯得較為不重要。亦即如果整體事件歷程在時間及空間關係上，具有緊密的關係存在，儘管是行為人的行為意思有所中斷，仍然可以成立一行為。但是在之後的實務認定行為單數的見解上，便加入對於主觀要素的要求，而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，扮演一個重要的前提角色。

於之後的 BGSt 10, 230 之判例中，對於自然的行為單數的概念始告正式完備。在該判例中，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，且在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。同時，所有客觀的行止關係，必須為源自一個一致性的行為意思，始能視為係單一行為。

從德國實務見解觀之，在判斷自然的行為單數之標準，不僅行為人整體行止在客觀上必須具備不可分的一致性，而且必須能從客觀整體歷程推知主觀行為意思的一致性。至於如何推知行為人具有主觀意思一致性，在德國實務上係以所謂「自然的考量模式」來詮釋。

## 第二目 德國學理見解

在德國學理上，Maiwald 從分析判例以及融入規範之觀點，得出三種自然考量觀點下可能形成單一行為之情況。

### 一、反覆的構成要件實現 (iterative Tatbestandsverwirklichung)

此即為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。蓋在此種事實情狀中，每一個個別行為，皆為一個構成要件該當的行為，而就整體事件歷程觀察，具有完整性關係，因此將其視為單一行為。此種行為單數型態的判斷標準，乃是建立在刑法規範的實現基礎上，亦即，該當一個構成要件的行為，始終都只被認定為單一行為。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。舉例來說，一拳打傷某甲，本即該當傷害罪之傷害行為，然而如果是「反覆」拳打某甲，仍舊只成立一個傷害行為。

Maiwald 對於此種反覆構成要件實現的行為，將其判斷的基準置於「一致性的行為認知」(einheitliche Tatvorstellung)，並且輔以法益導向之考量與行為人罪責內涵的思考。如就個別行為的具體情況觀察，行為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。

### 二、逐次的構成要件實現 (sukzessive Tatbestandsverwirklichung)

此即行為人對於一定的結果，以逐步達成的方式實現，例如小偷大搬家的竊盜情形，僅一次不能將所有財物搬完，便一次又一次地將東西搬空，此種情形雖然從個別行為觀察，似乎有多次的行為存在，然而個別的行為並非獨立，而是整合建構成一個完整行為。此種類型的行為單數，主要的觀察點，乃是著眼於一個單一的結果上，所有的行為均指向此一結果的實現。

依 Maiwald 之見解，在逐次構成要件實現之行為中，要成為單一行為，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*），即所有的行為對於同一結果之實現，必須具有同一性（*Identität*）。

### 三、同時的構成要件實現（*simultane Tatbestandsverwirklichung*）

此即一個行為在實現一個構成要件的同時，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，其判斷的標準仍必須從客觀的事實情狀上去尋找。其主要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的行為所致，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 在此便認為同時構成要件實現的行為，必須至少具備部分同一時，方得以成立，亦即行為具備有「雙重類型性」（*Doppeltypizität*）時，始能視為單一行為。至於所謂的「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，但是行為要素必須重疊。亦即一方面為 A 構成要件之行為要素，另一方面又為 B 構成要件之行為要素，此即為行為「部分同一」（*teilweise Identität*）之情形。舉例來說，「強制手段」一方面為妨害自由之行為要素，但另一方面，亦為強盜之行為要素。

## 第二項 一行為之判斷—以日本學理體系為架構

想像競合犯，行為人所觸犯的數罪，必須是出於一個行為之所為，始能成立。而判斷行為人之所為，是否為一行為？在此，有三個前提問題須先加以澄清：即「評價之對象」、「評價之標準」與「評價之方法」<sup>243</sup>。

### 第一款 評價之對象

評價之對象，乃行為之個數，係以何者為評價的對象，亦即，成為評價對象的行為所指為何。由於想像競合犯乃是就所成立之數罪，在科處刑罰制裁時，從其中一個重罪處斷，而其所成立之數罪，則是就一個行為加以重覆法的評價而成。因此，所謂「一行為」，乃是事實實存在的自然行為，並非經過法的評價後始構成的行為。惟此一個事實存在之自然行為，雖為法的評價對象之對象，但是並非與法的評價毫無任何關係。蓋在認識自然行為時，在其判斷過程中，必須先了解該構成要件之行為所指為何，然後始能回溯觀察該自然行為所指為何。因此，想像競合犯之「一行為」，雖係未經法的評價之自然行為，但在確認其是否具有單一性之判斷過程中，仍應受法的評價之影響與制約<sup>244</sup>。

### 第二款 評價之標準

所謂評價的標準，乃行為之個數，應依何種標準予以評價，亦即行為之「一個性」的意義為何。由於想像競合犯乃是以一個自然行為為對象，加以數次之法的評價。成為「一方」法的評價之自然行為，如果「他方」亦可以加以法的評價時，數罪間即具有想像競合犯之關係。然而對

---

<sup>243</sup> 中谷雄二郎，觀念的競合、牽連犯，大塚 仁、河上和雄、佐藤文哉編，大コンメンタール刑法（第3卷），頁134，轉引自甘添貴，同註2，頁191；甘添貴，同註29，頁250-251。

<sup>244</sup> 山火正則，科刑上一罪について—觀念的競合と「かすがい」理論を中心として—，刑法雜誌，第23卷第1、2號，頁16，轉引自甘添貴，同註2，頁191-193；甘添貴，同註29，頁251-254。

於此自然行為之「一個性」，應基於何種標準予以評價？學理上則有事實說、規範說與折衷說之三種不同見解<sup>245</sup>。

## 第一目 事實說

事實說以日本判例<sup>246</sup>為依據，認為所謂「一個行為」，乃脫離法的評價，捨棄構成要件之觀點，在自然觀察下，行為之動態，在社會見解上，得予評價為一個者。亦即，行為之一個性，並不是基於法的評價及構成要件的觀點，而是在自然的觀察之下，依社會的見解，得以評價為一個者，即屬之。

主張此說所根據的理由有二：一為日本刑法第 54 條第 1 項前段規定係為「一行為」，不能無視於該日常用語及事實意義之文理解釋；二為想像競合犯依科刑一罪處斷之理由，在於其乃基於一個意思，日時、場所相同，於社會通念上認為其係以一個行為所實施者，自應較基於個別意思活動，而分別實施者，處以較輕的處罰。

然而對此，有學者卻以為如何依自然、社會之見解，判斷其為一個行為，此說對於行為單一性之決定，並無提出明確判斷之標準，在具體適用上，稍嫌曖昧，恐有完全委諸裁判官主觀判斷之危險<sup>247</sup>。

## 第二目 規範說

規範說乃著重於行為的規範面，對於構成要件行為一個性的判斷，導入法的評價。規範說在學理上又有形態一致說與罪質說之區分。

---

<sup>245</sup> 甘添貴，同註 2，頁 193-195；甘添貴，同註 29，頁 254-258。

<sup>246</sup> 日本最大判昭 49.5.29，刑集第 28 卷第 4 号，頁 114。

<sup>247</sup> 曾根威彥，刑法の重要問題（總論），頁 363-364，成文堂，轉引自甘添貴，同註 2，頁 194；甘添貴，同註 29，頁 255。

## 一、形態一致說

此說以為，縱然是一個自然之事實行為，如果該當之構成要件有差別，影響及於行為之性格，以致行為之層面有所不同時，即應視其為另一個行為。換言之。亦即各構成要件之行為，不僅在時間上具有一致性，即使是在形態或內容上，亦應具有一致性。

## 二、罪質說

此說以為應以「罪質如何」為判斷基準，於論述想像競合犯之成立與否時，探討其各個犯罪特有之反規範意義形態之共通性。亦即犯罪之罪質在具體適用上，行為之主觀情事、意圖目的、保護法益以及行為結果等，均應成為檢討之對象。

對於規範說之見解，有學者<sup>248</sup>卻認為因要求構成要件行為內容之一致性，無視一個行為具有日常用語之事實面，這將導致想像競合犯的成立範圍有過分狹隘之虞。甚而，罪質說將行為之單複與犯罪之單複予以混同，顯非妥當。

## 第三目 折衷說

折衷說認為行為一個性之評價客體，縱使是求之於構成要件之行為，惟其評價本身，仍須就事實加以把握。而此說在學理上又有時間一致說、意思說以及時間一致與社會統一說之三種區分。

### 一、時間一致說

此說乃要求各構成要件行為之時間，必須具有相互重合之關係者。

---

<sup>248</sup> 曾根威彥，刑法の重要問題（總論），頁 363-364，成文堂，轉引自甘添貴，同註 2，頁 194；甘添貴，同註 29，頁 256。

## 二、意思說

此說要求各構成要件之行為，必須基於一個意思之活動者，亦即從各構成要件之行為是否基於單一之意思，當作具體的判斷標準，認為行為人如將其行為分割，是否有可能僅該當於一個構成要件，而無法該當於其他構成要件，而加以判斷。

## 三、時間一致與社會統一說

此說要求各構成要件行為之重要部分，不僅在時間上必須互相重合，而且在社會上亦必須具有統一性者。

然而對於折衷說之見解，有學者<sup>249</sup>卻認為，想像競合犯與數罪併罰在科刑上之所以要作不同的處理，乃因想像競合犯在觀念上（構成要件上），雖然是數行為數結果，但在實際上則僅為一行為數結果；而數罪併罰在實際上則為數行為數結果。因此，二者辨別之標準，乃在實際上，其行為究竟是屬於一個或數個，自不應該將結果包含在內，而予以法的評價或從構成要件之觀點予以考慮。

### 第三款 評價之方法

所謂評價之方法，乃是在於探討應依何種方法來決定行為之個數，亦即行為之「一個性」，在具體上應如何加以確認。於此，學理上將一個行為區分為「應視為一個行為」與「得視為一個行為」<sup>250</sup>。

#### 第一目 應視為一個行為

---

<sup>249</sup> 曾根威彥，刑法の重要問題（総論），頁 363-364，成文堂，轉引自甘添貴，同註 2，頁 194；甘添貴，同註 29，頁 257-258。

<sup>250</sup> 中山善房，觀念的競合における「一個の行為」について，刑法雜誌，第 21 卷第 2 号，頁 147-151，轉引自甘添貴，同註 2，頁 196-198；甘添貴，同註 29，頁 259-261。

所謂應視為一個行為，係就行為人之動態個別加以觀察，已經無法再將其細分之一個行為。例如，一拳、一刺、一擊等皆是。此為行為個別的單一性問題，係一個行為的下限問題。

數個行為同時存在時，例如，左右手同時分打二人，或是扒手伸出兩手同時扒竊二人之財物等情況，究為一個行為抑或是數個行為，容有爭議。若是以一般通常人為判斷之標準，依自然之觀察，在社會通念上，應認為其仍屬同時存在之「數個」行為。

至於吵架時，口出穢言，且同時揮拳歐打者，此種情況究竟為一個行為抑或是數個行為，則有所爭議。有學者認為以一般情形而言，侮辱及傷害行為雖然分別侵害二個不同之法益，但如果被害人係同屬一人時，行為人在情緒激昂的情形之下，口手並用，不但是難以避免，而且在國人之日常生活中，亦屬於司空見慣之事態。因此，應該將其認為仍屬於一個行為，較為妥當。然而須注意的是，如果是先口出穢言完後，而後始揮拳歐打者，則應認為其係屬二個行為。

## 第二目 得視為一個行為

所謂得視為一個行為，就行為人之動態個別加以觀察，難將其認為係一個行為，但是將全體合併觀察時，仍得視為一個行為者之謂也。舉例來說，攤販某甲在警察取締時，不斷對警察丟擲石頭，而其中一枚石頭打中頭部，致其負傷者，乃是一個「投石」行為，同時成立妨害公務罪與傷害罪。此相較於上述「應視為一個行為」，乃為行為全體統一性之問題，即一個行為之上限問題。

## 第四款 一行為之判斷

不論行為之個別單一性或行為之全體統一性，即不問其為「應視為一個行為」或「得視為一個行為」，如何判斷其該當數個構成要件，分別觸犯數罪名？此即為行為一個性問題之核心<sup>251</sup>。

多數學說為確認行為之一個性，於是著眼於構成要件之行為，而認為各構成要件之行為間，必須具有「互為重合」或「特別關係」時，始具有行為之一個性。前者為構成要件行為之合一性；後者為構成要件行為相互之不可分性、不可避免性或依存性。至晚近，乃有學說主張，除了上述情形之外，應將各構成要件之行為，加以包攝地自然觀察，在社會見解上，得以認為係一個行為之存在時，方能認為其具有行為之一個性，此即為構成要件行為之統合性或發展結合性。

#### 第一目 構成要件行為之合一性

以各構成要件行為之互為重合，亦即以構成要件行為之合一性，作為行為一個性之要件。

##### 一、合一性之內容

關於構成要件合一性之內容，在學理上有時間一致說、形態一致說、罪質說、意思說以及時間一致與社會統一說之區分，其詳細內容前已論及，於此不再贅述。

首先，因自然行為係為自然觀察、社會見解上之評價，而非法的評價，而「罪質說」主張應將行為人之主觀情事、意圖目的、保護法益以及行為結果等包含在內，予以評價，顯非妥當。

---

<sup>251</sup> 關於一行為之判斷，詳參閱甘添貴，同註 2，頁 198-203；甘添貴，同註 29，頁 262-268。

其次，「意思說」認為各構成要件之行為，必須基於一個意思活動所實施，雖非無道理，但是如果僅以一個意思活動，藉以判斷構成要件行為之合一性，反有使合一性之內容轉趨於曖昧之虞。

最後，「時間一致與社會統一說」，原則上以時間之一致性為判斷標準，惟行為人之主觀意思以及行為通常之伴隨性，亦被考慮在內<sup>252</sup>。但是所謂行為通常之伴隨性，內容稍嫌空洞，且意義尚非十分清楚。

反觀「形態一致說」，則主張各構成要件行為間，不僅須時間一致，而且其形態或內容亦須一致，是以，似乎較為可採。

## 二、合一性之程度

在各構成要件之行為間，縱使採上述之形態一致說，要求時間及其形態或內容一致，然而究竟是須全部一致抑或是一部一致，亦即其重合之程度如何，則學理間之見解各異<sup>253</sup>。

### （一）全部一致說

主張全部一致說者認為，各構成要件之行為，必須要完全重合，始具有合一性。然而若依此說，要求各構成要件之行為必須完全重合之情況下，將使想像競合犯之成立範圍有過分狹隘之虞。

### （二）一部一致說

主張一部一致說者認為，各構成要件之行為，僅須在任何一點有互相重合時即可。惟依此說，僅須各構成要件之行為有任何一點重合即可成立想像競合犯，將有使想像競合犯之成立範圍過分擴大，不當給予犯人利益之嫌。

---

<sup>252</sup> 鈴木茂嗣，觀念的競合について，刑法雜誌，第21卷第2号，頁129，轉引自甘添貴，同註2，頁199；甘添貴，同註29，頁263。

<sup>253</sup> 福田平、大塚仁，刑法總論，頁422，有斐閣。轉引自甘添貴，同註2，頁199-200；甘添貴，同註29，頁264-266。

### (三) 著手一致說

主張著手一致說者認為，各構成要件之行為，僅須在實行著手之階段相重合，即為已足。若依此說，則是要求各構成要件之行為在著手階段必須有相重合，無異亦使想像競合犯之成立範圍有過分狹隘之虞。

### (四) 主要部分一致說

主張主要部分一致說者認為，各構成要件之行為，除了全部一致之情形外，至少在其主要部分必須相重合。然而何謂「主要部分」？一般認為，構成要件行為之本質部分，而為形成構成要件之特徵所不可或缺者，即為其主要部分。實際上，各構成要件之行為相重合，如其本質之部分一致時，即有可能加以包攝自然觀察，而在社會見解上，認為其係一個行為。職是之故，應以主要部分一致說較為可採。

## 第二目 輔助判斷標準

### 一、構成要件行為相互之不可分性、不可避免性或依存性

為確認行為之「一個性」，於是有學者主張除構成要件行為之合一性外，倘若構成要件行為相互間具有不可分性、不可避免性或依存性時，亦得承認其具有行為之一個性。

所謂「相互不可分性」，乃就各個具體行情形判斷，倘若將行為人之行為分割，僅該當於一個構成要件，卻不可能不該當於另一構成要件，而出於單一決意之發現或單一之意思行為時，此即具有相互不可分性，而得以承認其行為之一個性<sup>254</sup>。

---

<sup>254</sup> 中野次雄，共犯の罪數，齊藤金作博士還曆祝賀，現代の共犯理論，頁 353，有斐閣，轉引自甘添貴，同註 2，頁 201；甘添貴，同註 29，頁 267。

所謂「相互不可避免性」，乃係行為人實施違反某一規範之行為，亦必然會抵觸另一規規範時，則成立想像競合犯；倘若雖可以避免抵觸其他規範，卻未避免時，則為數罪併罰，此即所謂相互不可避免性<sup>255</sup>。

所謂「相互依存性」，係指各構成要件行為間，倘若具有「如無甲，即無乙；如無乙，即無甲」之關係時，即具有相互依存性<sup>256</sup>。例如，在以詐術或恐嚇之手段，使人交付贓物，得成立詐欺罪或恐嚇罪與收受贓物罪之情況下，如無詐欺或恐嚇之行為，即無收受贓物之行為；反之，如無收受贓物之行為，亦無詐欺或恐嚇之行為，則二者即具有相互依存性。

## 二、構成要件行為之統合性或發展結合性

有學者<sup>257</sup>主張，各構成要件行為間，如果具有發展的結合關係而加以包攝地自然觀察，在社會見解上，可以承認一個行為之存在時，即具有行為之一個性。申言之，依自然之觀察，在社會見解上之一個行為，乃係想像競合犯之成立要件，倘若能直接確認其行為之一個性時，縱然未具備構成要件行為之合一性，亦可以成立想像競合犯。因此行為之統合性或發展之結合性，乃為想像競合犯之補充的成立要件。

### 第三目 一行為之認定

想像競合犯之「一行為」，乃係事實存在之自然行為。法的評價，乃以此自然行為作為評價之對象。此一事實存在之自然行為，經過法的評價，認為其該當於數個犯罪構成要件，分別觸犯數個罪名後，此該當於

---

<sup>255</sup> 西原春夫，刑法總論，頁 377，成文堂。轉引自甘添貴，同註 2，頁 201；甘添貴，同註 29，頁 267。

<sup>256</sup> 中山善房，觀念的競合における「一個の行為」について，刑法雜誌，第 21 卷第 2 号，頁 147-151。轉引自甘添貴，同註 2，頁 201；甘添貴，同註 29，頁 267。

<sup>257</sup> 中谷雄二郎，觀念的競合、牽連犯，大塚 仁、河上和雄、佐藤文哉編，大コンメンタール刑法（第 3 卷），頁 134，轉引自甘添貴，同註 2，頁 202；甘添貴，同註 29，頁 268。

數個犯罪構成要件之行為，是否出於「一個行為」之所為，亦即，該當於數個犯罪構成要件之行為，是否具備行為之單一性，則為評價方法之問題。

在學說上，對於此項法的評價方法，雖然有「構成要件行為合一性說」、「構成要件行為相互之不可分性、不可避免性或依存性說」以及「構成要件行為之統合性或發展結合性說」，但其目的均在解決行為單一性之問題。就評價方法之簡易性及明瞭性而言，似乎以「構成要件行為合一性說」之主張較為可採。各構成要件之行為，如在其主要部分上，其內容或形態具有一致性，即得認為其具有行為之單一性。倘若依「構成要件行為合一性說」無法或難以判斷行為是否具有單一性時，則得依「構成要件行為相互之不可分性、不可避免性或依存性說」以及「構成要件行為之統合性或發展結合性說」，作為其補充之評價方法。

### 第三節 一行為概念之操作運用

行為人所觸犯之數罪名，只要之間具備有方法目的、原因結果之牽連關係，即可成立牽連犯。牽連犯被廢除，修正理由提及應依情形適用想像競合犯或數罪併罰，此外立法者也意有所指地提示牽連犯的成立要件是「數個行為」，因此，我們面臨的難題是，如何將以「數行為」當成前提要件的牽連犯規併入以「一行為」作為前提要件的想像競合犯。

#### 第一項 實行行為局部重疊與夾結效果

##### 第一款 想像競合犯所要求之實行行為局部重疊

想像競合犯所稱的一行為，最典型的情形，乃是形成競合的數罪之實行行為完全重疊。但一般認為，想像競合犯尚可以擴張到形成競合的

數罪之實行行為僅具有局部重疊。如德國刑法德學理間對於想像競合犯之「一行為」概念的要求，在於行為人實現所有構成要件之實行行為完全重疊（die volle Identität der Ausführungshandlung），或者所謂之數個實行行為至少局部重疊（die teilweise Identität der Ausführungshandlung）<sup>258</sup>。

何以將想像競合犯之「一行為」界定在「實行行為之完全重疊或局部重疊」，其理由在於想像競合犯存在之目的，主要在於避免對於同一不法要素進行重複評價或過度評價，而刑法評價的對象是「行為」，不法要素的連結也是「行為」，因此，在實行行為全部重疊或局部重疊之情形，才能獲得想像競合犯從一重處斷之評價。

但是，此種見解亦非完全毫無疑問，因為使實行行為局部重疊的情形成立想像競合犯，乃是為了避免該「重疊」部分的行為被過度評價，然而，將其完全比照「全部重疊」處理，也容易造成「未重疊」部分的行為，可能未被充分評價之遺憾。是以，在「過猶不及」之間，最後應承認數個實行行為有局部重疊之情形，亦得成立想像競合犯。

德國實務和通說見解強調，單一的犯罪動機、事實經過的同時性、終極目的之追求、方法目的的連結關係或者原因結果關係，並無法證明成立想像競合犯的正當性。因此，如果為了報復所受的屈辱而違犯數個犯罪、或者雙手同時出全分別傷害二人或者一手開槍射擊，一手打人、或者為了殺某人而偷槍、或者為了避免證人出庭作證而將之殺害，其所成立的數個犯罪，儘管時間上和情緒上的關係，仍屬於實質數罪。

職是之故，牽連犯規定廢除後，需視原本處於方法目的或原因結果之不同犯罪，其間是否有實行行為局部重疊的情形，若僅有發生時間的重疊性(同時性)，但並無實行行為之局部重疊，並不足以認定成立想像競合犯，而係成立實質數罪。

---

<sup>258</sup> 以下詳參閱林鈺雄，同註 6 書，頁 581；陳志輝，同註 44，頁 22。

## 第二款 夾結效果 (Klammerungswirkung)

若在繼續犯與狀態犯產生局部行為重疊時，便會有夾結效果 (Klammerungswirkung) 的衍生問題<sup>259</sup>。基於上述行為局部重疊之觀點，在德國學理通說認為，倘若二個本屬實質競合關係的犯罪行為，各別與第三個犯罪行為成立想像競合犯關係時，則可以透過第三個犯罪行為加以夾結，而得將三罪依想像競合犯之規定來處理。亦即，第三個犯罪行為為具有夾結效果，而將本屬犯罪復數關係之兩罪，視為犯罪單數。

然而，夾結效果之成立亦有所限制，德國實務見解和學理通說即認為，具有夾結效果之第三個犯罪行為之不法內涵與罪責內涵不能比被夾結之二個犯罪行為輕，因為不法內涵與罪責內涵較輕的犯罪行為不具有夾結力，而無法夾結成一個犯罪單數。在此免除夾結效果 (Entklammerwirkung) 的理由是，原本行為人基於實質競合關係為犯數項犯罪，如果因為行為人多違犯了一項不法內涵與罪責內涵較輕的犯罪，就可以被論以想像競合犯，這是有違事理的。為何多為一項犯罪行為卻可以免除實質競合之處罰加重，也令人難以理解。

其實，所謂夾結效果這個概念，並不具有具體的理論內涵，究竟為什麼一個重罪在其中，就可以夾結？夾結效果這個用語並不能提供解答。要解決這種案例，並不需要特殊的理論，重罪與其中任何一罪依想像競合犯之例處斷，皆應論重罪，而後與另一輕罪論想像競合犯，重罪還是成為最後遭論處的罪。其中沒有任何深奧的道理，也不需要任何間深奧的理論來解決問題<sup>260</sup>。

## 第二項 社會經驗認知上的一行為

---

<sup>259</sup> 以下詳參閱林鈺雄，同註 6 書，頁 582-584；陳志輝，同註 44，頁 24-25。

<sup>260</sup> 許玉秀，一罪與數罪之分界－自然的行為概念，同註 107，頁 95。

社會經驗認知上的一行為，可定義為：「人的一個意思決定所啟動的一個複合因果流程，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」。此一行為，是係構成一罪的一行為，不管實現一個或數個構成要件，都只被評價為一罪<sup>261</sup>。

何以必須自社會經驗認知定義行為數與罪數？首先，從多行為犯、集合犯、加重結果犯、結合犯等由立法這透過構成要件規定成一罪的犯罪型態，可以看得出來整個構成要件的實現流程中，包含數個前後密接的因果事實，而這些因果事實彼此確實都具有方法目的、原因結果或持續複製的關係；其次，法條競合中的高階段與低階段行為、前階段與後階段行為或實害與危險行為，亦包含具有方法目的或原因結果關係的數個因果事實；最後，想像競合犯中的打擊錯誤或出於一個概括故意的行為，同樣包含具有方法目的或結果關聯的數個因果事實。此些實例之所以被認為一罪，皆因其有複合的因果流程。這隱含著二個意義：一為在人類社會至今的經驗認知中，這樣的因果流程應該被評價為一個犯錯，也就是一罪；另一為行為數與罪數的定義，不能脫離人類社會的經驗認知<sup>262</sup>。

這種以人類社會經驗認知的行為概念與罪數概念，就是所謂自然意義的概念，脫離這種自然的生活經驗認知，根本不可能理解行為數與罪數。因此，所謂自然的，其實所指的便是日常生活經驗。自然意義的一行為，可以改稱為經驗上一行為（*empirische Handlungseinheit*）。

### 第一款 一個意思決定

---

<sup>261</sup> 許玉秀，一罪與數罪之分界－自然的行為概念，同註 107，頁 93；許玉秀，同註 215，頁 191-196。

<sup>262</sup> 許玉秀，一罪與數罪之分界－自然的行為概念，同註 107，頁 92-93；許玉秀，同註 215，頁 191-192。

所謂一個意思決定<sup>263</sup>，係指一個發動行為的決定，但並沒有指明包含對幾個構成要件的認識或意欲，或對幾個成要件發動行為。關於一個意思決定，乃係我國實務與多數學說以及德國通說定義一行為時，都使用的判準。一個意思決定是認定一行為的必要條件，因為歸責的對象是行為人，而之所以可以認定行為人只有一個意思決定，則是因為意思決定的對象，是社會生活經驗所認知的一個事實。

意思決定和故意在概念上應有區分，所謂故意是根據構成要件所指出的構成犯罪事實來計數。一個意思決定可能包含一個故意，也可以從現實數個構成要件來看，包含好幾個故意，而特別是包含好幾個構成要件故意的情形，才是特別討論一行為一罪的餘地，例如有方法目的關係的因果流程，所以一個意思決定可以包含好幾個構成要件故意。

由一個意思決定所啟動的因果事實乃是上述定義的核心內涵。意思決定係依附在它所啟動的因果事實上面，而意思決定之所以具有日常經驗上單一的意義，正因為決定的內容是日常經驗上的一個因果事實。例如侵入住宅殺人、白天侵入住宅竊盜，在構成要件上面都符合無故侵入住宅的構成要件，然而在日常生活經驗中，此乃普遍存在的「一個」犯罪事實，在這個犯罪事實中有兩個互相緊密連結的因果事實—侵入住宅和殺人或侵入住宅和竊盜，在生活經驗當中，他們不會被當作兩個分別獨立的行為看待，針對這個生活經驗中單一的因果事實所下的行為決定，自然是一個單一的意思決定。

此外，過失也行為也有觸犯罪名的情形，一個意思決定所發動的因果流程，也可以是一個偏離行為人估算的因果流程。而一個意思決定，並不是規範意義的意思決定，所以也可以包含過失行為的主觀狀態，是以，過失行為是一個偏離意思決定的因果流程。

---

<sup>263</sup> 以下詳參閱許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念，同註 107，頁 88-89、93；許玉秀，同註 215，頁 193。

## 第二款 一個複合的因果流程

因果流程<sup>264</sup>乃是一個中性的描述，它呈現行為的動力作用(在不作為時則是應防止的行為動力作用)及行為的流動狀態，因果連接現象，是由行為的動力所促成的。行為的動力作用所造成的效果，可以決定行為的單複，如果是經由一個行為決定所啟動的動力所造成的因果流程，在物理意義上就是一個行為。

必須用一個因果流程來定義一行為，蓋如沒有呈現因果流程，也就無法辨識出行為，行為必然透過所發生的外在作為，才能被辨識出來。刑法並不會對沒有任何外在影響的事實加以評價，而有產生外在影響的事實，必定包含一個或數個因果流程，所以因果流程可以作為刑法歸責的基礎。一個因果流程，一個歸責，也就是一罪，因此如果確定一行為一罪的原則，則符合對於一個因果流程的認知而造成外界變動的人的身體舉止，就是一個行為。

所有的因果流程都是一連串複合的因果事實，縱使是比較單純的因果流程，例如一刀砍下、頭身分離的行為和頭身分離的效果，就是兩個事實的連結。如果還有方法目的、原因結果或持續重複的事實彼此相互連結，當然屬於複合的因果流程。何以因果事實之間因有方法目的、原因結果或持續重複的事實彼此相互連結，就應該認定為一個因果流程？蓋在社會生活經驗中，這樣的因果事實總是會被一個意志創造出來，而使其具有社會生活經驗上的意義，因為流程中的各個因果事實彼此在生活經驗中經常或始終融合成一個整體。雖然各個單獨的因果事實並非彼此一定不能分離，也未必不能獨立存在，但是沒有予以獨立理解的意義。生活事實必定是具有能被理解的意義，才可能成為意志投射的

---

<sup>264</sup> 以下詳參閱許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念，同註 107，頁 93-94；許玉秀，同註 215，頁 192-193。

對象，意志所針對的事實，必定是能被理解而有生活經驗意義的事實，始可能成為被評價的對象。

複合因果連結的情形，有一、連慣性地複製；二、同時複製；三、方法目的的關係和原因結果關係。

首先，因為連慣性地複製因果事實，而複合成一個因果流程的行為形態，是接續犯。之所以稱為連貫性地複製，表示時空的緊密性很重要。在一個行為當中有多個重複的舉動，這些重複的舉動連結成一個行為，各個舉動分開，固然都可以實現構成要件，但是對一個法益，在一個時空下，出於一個意思決定的反覆侵害，只能給予一次的評價，否則會過度評價。

其次，因為同時的複製而複合成一個因果流程的事實，還有一行為觸犯數個相同罪名的情形，此即屬於同種想像競合犯的情形。

最後，如果因果流程是由方法目的或原因結果關係複合而成的情形，則為異種的想像競合犯。例如與繼續犯相連接之犯罪，大部分都是具有方法、目的或原因、結果關係。妨害自由和持有槍械，通常在一個複合的因果流程中扮演方法角色或結果角色，例如偷槍而擁有槍，持槍而殺人，綁人而殺人，傷人而使人失去行動自由，或侵入住宅竊盜；另外，還有殺人和棄屍的關係，殺人行為致死而棄置屍體，這其間的因果關係就是物理上的原因結果關係；最後，打擊錯誤，一殺人未遂和一過失致死之間，即形成原因結果關係，又如擲手榴彈造成數死數傷，則死傷之間也構成原因結果關係，因為擲手榴彈是出於致死的意思，行為人的意思決定是故意殺人，如果造成其他結果，也是由原意思決定行為所造成的，兩個同時發生的因果事實，是以原因結果關係結合在一個因果流程當中，這個因果流程不是依構成要件計算，而是依物理流程計算，所以只算是一個因果流程。

是以，複合的因果流程之所以必須看作一個因果流程，無非因為流程中的各個因果事實時彼此融合成一個整體，雖然各個單獨的因果事實，並非彼此一定不能分離，有未必不能獨立存在，但是沒有予以獨立的評價的意義，因為它們出於一個意思決定，各自予以獨立評價，會造成重複評價。

### 第三款 作為輔助判斷的時空緊密性

德國實務見解認為，自然的行為單數成立之前提為，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間的密接關係，而且根據自然生活的觀察方式，此些個別行為看起來像是一個單一彼此有關聯的行為。在我國，現行刑法第 55 條將牽連犯刪除，只剩下想像競合犯之規定時，便有學者重新定義想像競合犯之概念，試圖將想像競合犯「同時性」的認定標準有限度地放寬，而成為：以一個事實行為，啟動一個事實因果關係，而同時或「緊接」實現數個可罰的構成要件，而犯共用或共組該事實因果關係，而具有想像競合關係的數罪，以一罪論，只從重成立一個罪名，依該罪名處罰之，但不得科以較輕之罪所定最輕本刑以下之刑<sup>265</sup>。因此，因果事實之間的時空緊密連結，經常被認為是一行為的辨識特徵之一。

然而，時空緊密性此判斷標準的作用，其實在於證明意思決定只有一個，以及證明因果事實連結在一個因果流程當中。就定義一行為而言，只需要一個意思決定及一個意思決定所創造的一個因果流程，至於如何計算意思決定和因果流程的個數，時空緊密連接性（連結性）只可能當作證據之一。在德國的實務案例，某位婦人與情夫合力殺夫，情夫完成行為後離去，該婦人隨後發現丈夫並未斷氣，半個鐘頭後電召情夫，情

---

<sup>265</sup> 鄭逸哲，同註 20，頁 256。

夫返回下刀致命。法院認為，雖然前行為和後行為有所間隔，仍應認定為一行為<sup>266</sup>。

是以，時空緊密性作為一個必要判斷標準，輔助性大於決定性。其充其量只是一個充分條件，因為有決定性的是因果事實是否在一個因果流程中連結，時空緊密性僅是一種證明方法<sup>267</sup>。

### 第三項 不法結果單一性

#### 第一款 不法結果單一性之意義

在不屬於自然意義下的一行為，而且亦無構成要件的行為單數之情形，也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，是否即馬上認為係行為複數，而成立實質競合？對此，有學者提出第四種可建立行為單數之概念，即所謂的「因構成要件結果不法單一性所形成之行為單數」，簡稱「因不法結果單一性形成之行為單數」<sup>268</sup>。

因不法結果單一性而形成之行為單數，首先由德國刑法學者 Puppe 所提出，她藉助 Beling 早在 1906 年便已經提出此一想法。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「預備階段」和「確保階段」都屬於犯罪。因此，Puppe 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

---

<sup>266</sup> BGH NJW 1990, 1986. 轉引自許玉秀，一罪與數罪之分界－自然的行為概念，同註 107，頁 88。

<sup>267</sup> 許玉秀，一罪與數罪之分界－自然的行為概念，同註 107，頁 87-88；許玉秀，同註 215，頁 193-194。

<sup>268</sup> 以下詳參閱陳志輝，九四/九五年度刑事判決評釋——競合部分，同註 228，頁 198-200；陳志輝，不法結果單一與想像競合犯－最高法院裁判發展評析－，同註 228，頁 16-22。

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，此即為「因不法結果單一性形成之行為單數」<sup>269</sup>。

## 第二款 以不法結果單一性判斷一行為

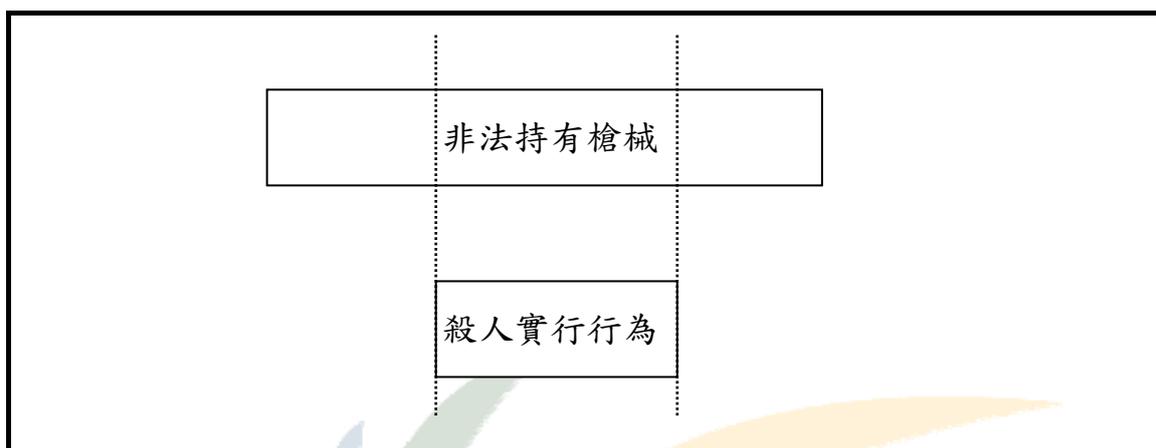
「不法結果單一性」是與其他行為單數概念並行的一項概念，它和其他行為單數概念並不排斥，反而是補充其他行為單數概念。同時它也是其他所有行為單數概念的共同上位概念。換言之，首先，基於自然意義一行為而非侵害數高度屬人法益之情形(例如以匕首一刀刺死被害人)，因為只有一個不法侵害結果，此即存在著不法結果單一的情形；其次，基於構成要件的行為單數的情形，無論是繼續犯、集合犯、意圖犯或者是構成要件選擇之情形，這裡都只有一個法益受侵害，亦存在著不法結果單一性的情形。最後，即使是在自然的行為單數之情形，亦即接續犯之情況，也存在著不法結果單一性的情形。在這個角度上，不法結果單一性與其他行為單數概念相輔相成。又當行為人之行為不屬於自然意義下的一行為，且不符合構成要件的行為單數情形，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，不法結果單一性也補充其他行為單數概念的不足。

然而，「不法結果單一性」與德國通說在認定想像競合犯之「一行為」概念的想法有所不同。德國通說對於想像競合犯之「一行為」概念，要求行為人所實現所有構成要件之實行行為有完全重疊或局部重疊。而「不法結果單一性」只是用以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，其既非必要也非充分條件。蓋不能只因為實行行為外在時間上有完全或局部重疊，即認定所實現的數構成要件之間具有不法結果單一性。

---

<sup>269</sup> Ingeborg Puppe 著，陳志輝譯，同註 167，頁 315-342；陳志輝，九四/九五年度刑事判決評釋——競合部分，同註 228，頁 198-200。

例如行為人非法持有槍械，其後另行起意持槍殺害被害人，所觸犯之非法持有槍械罪和殺人罪之間雖有實行行為「在時間上」的局部重疊，但是因為二罪之間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，因此屬於行為複數而觸犯數罪名。圖示如下<sup>270</sup>：

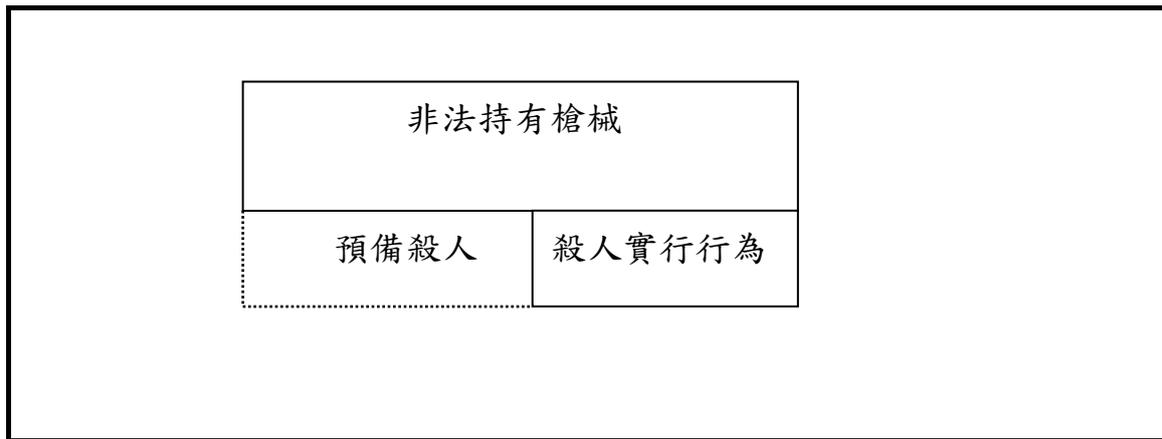


(圖表四之 2)

但是若行為人非法持有槍械之際即具備用以殺人之目的，後來果真持槍殺人，前階段的非法持有槍械其實是後階段殺人行為的預備行為，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，屬於行為單數而觸犯數罪名之關係。圖示如下<sup>271</sup>：

<sup>270</sup> 陳志輝，九四/九五年度刑事判決評釋——競合部分，同註 228，頁 199 圖一。

<sup>271</sup> 陳志輝，九四/九五年度刑事判決評釋——競合部分，同註 228，頁 199 圖二。



(圖表四之3)

### 第三款 不法結果單一性與實行行為全部或一部重疊

不法之結果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行行為有全部重疊或局部重疊，尚包括實行行為之間雖不具有重疊性之關係，但是若屬於一起促成、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)，亦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，若依照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，應論以想像競合犯。而法條競合之情形是，行為人以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，此即為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。同樣的，數法益的侵害也絕非成立想像競合犯的前提要件，重點在於基於行為單數觸犯罪名，而且無法條競合之現象者，即論以想像競合犯，數罪名的侵害可能是同一法益的侵害，也可能是不同法益的侵害。

#### 第四項 小結

在刪除牽連犯之立法規定後，以往適用牽連犯規定論罪科刑的案件，在現行刑法修正施行之後，相同的案件應如何處理。學理間文獻多從修法理由表示相關見解。固然，以往屬於牽連犯之案件可能被劃歸至數罪併罰之範圍，但如何如同修法理由謂可以被歸類至想像競合犯之範圍？學理文獻乃多從想像競合犯的一行為概念著手，賦予想像競合犯中一行為之要件新的內涵。除了立法理由所提供的解決方案，尚可委由學理發展出新的理論，以避免因適用數罪併罰而有過度評價之虞，而在新理論尚未建構完備之前，或許可以利用學理早有的理論，例如殺人與遺棄屍體之間便是「不罰之後行為」之適例。

對於原屬牽連犯之案件，如何劃歸想像競合犯的範疇下，有必要重新釐清想像競合犯一行為的概念。而一行為概念之操作運用下，發展出學理間所提出實行行為局部重疊、社會經驗認知上的一行為與不法結果單一性三個概念來重塑想像競合犯一行為的概念內容。而本文以為德國通說對想像競合犯之說明，只能說成立想像競合犯的情形，有所謂實行行為全部或局部重疊，但並不能說實行行為全部或局部重疊，就成立想像競合犯。所謂的實行行為局部或全部重疊，都是在說明只有一個因果流程可以成為評價的對象。將一個因果流程中的原因結果與方法目的的關係描述成一行為，所強調的是有原因結果或方法目的的關係的數個身體

舉止，在一個因果流程中存在，原因結果或目的的方法關係，就是數個身體舉止構成一個因果流程的理由<sup>272</sup>。

而不法結果單一性之概念，固然在自然意義下的一行為、構成要件的行为單數與自然的行为單數之外，創造第四種解釋想像競合犯「一行為」之概念，但由於該學說是以想像競合犯不以侵害多數法益為前提，與我國通說對於想像競合犯之理解不同，似應有限度的酌採為妥。是以，社會經驗認知上之一行為概念，不失為較為可採之學說。



---

<sup>272</sup> 見解同許玉秀，同註 215，頁 195-196。



## 第五章 實務案例評釋

### 第一節 關於運輸毒品與販賣毒品之實務案例

#### 第一項 毒品運輸行為之認定

行為人基於意圖營利而販入毒品，其後基於販賣目的所為的搬運毒品行為，是否成立運輸毒品罪？在我國最高法院實務判決的看法，卻有肯定說與否定說兩種看法：

##### 第一款 肯定見解

近來多數最高法院實務判決，對於行為人基於意圖營利而販入毒品，其後基於販賣目的所為的搬運毒品行為，皆肯定其成立運輸毒品罪。實例如最高法院 97 年度台上字第 1391 號判決謂：「所謂『運輸』，指本於搬運輸送之意思，將物品由某地移轉存置至他地而言，並不以為他人搬運輸送為必要，即為自己運輸者，亦包括在內。」；又最高法院 97 年度台上字第 2260 號判決認為：「毒品危害防制條例之運輸毒品罪，所稱之『運輸』係指轉運輸送而言，不以國外輸入國內或國內輸出國外者為限，其在國內運送者，亦屬之；至於運輸之動機、目的是否意在為己或為他人，運輸之方法為海運、空運、陸運或兼而有之，均非所問。至零星夾帶或短途持送者，雖得斟酌實際情形，依持有毒品罪論科，但仍以無運輸或販賣之意圖者為限。」；以及最高法院 97 年度台上字第 2907 號判決：「毒品危害防制條例第四條第一項及同條第二項之運輸毒品罪，並不以自國外輸入國內，或從國內輸出國外者為限，其在國內運輸毒品者亦屬之。又所謂「運輸」，亦不限於運輸他人之物品為必要，其為自己運輸，亦屬「運輸」行為之範疇。故祇要行為人基於運輸毒品之意圖，

而有自此地搬運輸送毒品至他地之行為，不論其係為自己運送或為他人運送，亦不問其係在國境內外之間或僅在國內運輸，其犯罪即已成立，且不以運抵目的地為完成犯罪之要件。」

### 第二款 否定見解

亦有最高法院實務判決對於行為人基於意圖營利而販入毒品，其後基於販賣目的所為的搬運毒品行為，否定其成立運輸毒品罪。實例如最高法院 97 年度台上字第 3034 號判決謂：「毒品危害防制條例所稱之運輸，係指單純運輸並無他項目的者而言，若以販賣目的而從事於搬運之行為，仍成立意圖販賣而持有（或販賣）之罪，否則單純為轉讓、施用等目的所為之搬運毒品行為，豈不皆應依運輸毒品論罪（至於從國外或甲地販入毒品後，再運輸入境或運輸至乙地，因另有運輸之意思及行為，與此情形不同，有本院二十四年上字第一六七三號判例、二十四年七月總會決議事項第三十八則、九十二年度台上字第一一八四號判決意旨可資參照）。」因此，行為人係基於意圖營利而販入毒品，其後基於販賣目的所為的搬運毒品之行為，不能更論以牽連犯運輸毒品罪。

### 第三款 本文見解

其實探討運輸毒品罪處罰之立法目的，乃係為避免毒品在兩地之間流通，導致毒品擴散之結果發生，以維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要。是以，行為人若基於意圖營利而販入毒品，其後基於販賣目的為搬運毒品行為，將毒品從甲地擴至乙地，已有使毒品發生擴散結果之虞，符合處罰運輸毒品罪之規範目的。除了少數為自己施用而零星夾帶或短途持送之情形，而僅成立持有毒品罪之外，仍應均成立運輸毒品罪之刑責。

## 第二項 刑法修正前實務之處理情形

行為人基於意圖營利而販入毒品，其後基於販賣目的所為之搬運毒品行為，所成立之「運輸毒品罪」與「販賣毒品罪」之間，應如何評價？在刪除牽連犯規定之前，最高法院實務判例見解認為，「運輸毒品」與「販賣毒品」之間有方法與目的或原因與結果之牽連關係，而成立牽連犯，從一重處斷。

## 第三項 刑法修正後實務之處理情形

現行刑法將牽連犯刪除之後，判例雖有保留，但「應注意刑法已修正，刪除牽連犯之規定」。因此，關於牽連犯規定刪除之後，應如何處理刪除牽連犯之前屬於成立牽連犯之運輸毒品與販賣毒品，實務上似乎有以下三種處理模式：

### 第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯

#### 第一目 最高法院 95 年度台上字第 5833 號判決

最高法院 95 年度台上字第 5833 號判決理由謂：「上訴人行為後，刑法亦經修正公布，而於九十五年七月一日生效施行。刑法第五十六條連續犯及第五十五條牽連犯之規定均予刪除，連續犯及牽連犯之規定經刪除後，數行為將予分論併罰，而數罪併罰之結果較論以連續犯、牽連犯等裁判上一罪之情形為重。經比較新舊法結果，自以行為時舊法之規定有利於上訴人，自應適用舊法之規定，亦即仍依連續犯、牽連犯之規定論處。」；又「上訴人所犯運輸毒品及私運管制物品進口罪，為一行為所觸犯，為想像競合犯，應從一重之運輸毒品罪論處。其所犯運輸毒品及

販賣毒品罪，有方法結果之牽連關係，應從情節較重之販賣毒品罪處斷。至於其持有毒品之低度行為，為販賣毒品之高度行為所吸收，不另論罪。」

### 第二目 最高法院 95 年度台上字第 7145 號判決

最高法院 95 年度台上字第 7145 號判決理由謂：「又九十五年七月一日施行之刑法雖已將刑法第五十五條牽連犯及同法第五十六條連續犯之規定刪除，惟依據上訴人上開三次販賣及運輸第一級毒品海洛因之犯行，如適用上開連續犯及牽連犯之規定，應僅從一重依販賣第一級毒品罪處斷，並得加重其刑至二分之一；如不適用上開連續犯及牽連犯之規定，則應分論併罰，現行刑法之上開規定自非有利於上訴人，則依據刑法第二條第一項前段之規定，自仍應適用修正前刑法第五十五條牽連犯及同法第五十六條連續犯之規定。是上訴人上開所犯，其私運管制進口之毒品來台，係一行為觸犯毒品危害防制條例第四條第一項運輸第一級毒品罪及懲治走私條例第二條第一項私運管制物進口逾公告數額罪，為想像競合犯，應依刑法第五十五條之規定，從一重之運輸第一級毒品罪處斷，而運輸第一級毒品罪與販賣罪有方法結果之牽連關係，應依修正前刑法第五十五條規定，從一重之販賣毒品罪處斷。再者，上訴人就犯罪事實第一、二、三次之犯行，時間緊接，所犯係犯罪構成要件相同之罪名，顯係基於概括之犯意反覆為之，應依修正前連續犯之規定以一罪論，除法定本刑為死刑、無期徒刑部分依法不得加重外，應就得併科之罰金刑部分加重其刑。」

### 第三目 最高法院 96 年度台上字第 1239 號判決

最高法院 96 年度台上字第 1239 號判決理由謂：「上訴人等三人行為後，九十四年一月七日修正公布之刑法，自九十五年七月一日施行，修正後之刑法刪除第五十五條關於牽連犯之規定。上訴人甲○○運輸第一級毒品海洛因之目的係為販賣，其所為運輸第一級毒品罪與販賣第一級毒

品罪間，有手段、目的之牽連犯關係，依修正前即行為時之規定應依刑法第五十五條之規定從一重之販賣第一級毒品罪論處；上訴人乙○○、丙○○行使偽造私文書之目的係在供提領運輸第一級毒品，其所為行使偽造私文書罪與運輸第一級毒品罪，有手段、目的之牽連犯關係，依修正前即行為時之規定應依刑法第五十五條之規定從一重之運輸第一級毒品罪論處；如依修正後之刑法既已刪除牽連犯之規定，則所犯上述各罪應依數罪併罰之規定分論併罰。比較新舊法之規定，修正後之規定並非較有利於被告，依刑法第二條第一項之規定，仍應適用行為時之法律，即修正前刑法第五十五條牽連犯之規定，上訴人甲○○從一重之販賣第一級毒品罪論處，上訴人乙○○、丙○○均從一重之運輸第一級毒品罪論處。」

## 第二款 實行行為具有局部重疊性，而論以想像競合犯

### 第一目 最高法院 97 年度台上字第 3494 號判決

最高法院 97 年度台上字第 3494 號判決理由謂：「刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價，其所謂「同一行為」係指所實行者為完全或局部同一之行為而言。因此刑法修正刪除牽連犯之規定後，於修正前原認屬於方法目的或原因結果之不同犯罪，其間果有實行之行為完全或局部同一之情形，應得依想像競合犯論擬。又毒品危害防制條例第四條所稱之運輸毒品，係指轉運輸送毒品之謂。運輸毒品按其性質或結果，並非當然含有販賣之成分，難謂其間有吸收關係。故刑法修正刪除牽連犯之規定後，行為人意圖營利販入毒品，運輸他地交付買受人，以完成賣出行為，其運輸與販賣毒品間，行為局部同一，應按想像競合犯處斷。乃原判決誤以『被告自泰國販入海洛因後運輸入台，其目的欲在台灣地區販賣，則其販入毒品後運輸毒品入台及第一次在台販賣毒品行為，依吾人之生活經驗之見解上，其前後之運輸、販賣行為，在形態上雖屬分別獨立，但從同一

法益之侵害性而言，因具一定程度之關連性，僅能認其販賣第一級毒品吸收運輸第一級毒品，而認屬實質上一罪關係，僅包括的論以販賣第一級毒品一罪』云云（見原判決理由貳之三，第十九頁），而未依想像競合犯之規定，從一重之販賣第一級毒品罪處斷，於法殊難謂合。」

### 第三款 依吸收關係論以一個販賣毒品罪

#### 第一目 臺灣臺南地方法院 96 年度重訴字第 12 號判決

臺灣臺南地方法院 96 年度重訴字第 12 號判決判決理由謂：「按運輸之後進而販賣毒品，於我國司法實務上，向認為非係『兩毫不相關之行為』，於刑法修正前應依該法第五十五條牽連犯之規定，從情節較重之販賣毒品罪處斷（最高法院九十二年度臺上字第九九二號判決參照）。本院亦認為刑法於九十五年七月一日修正施行刪除牽連犯之規定後，運輸毒品後將全部或一部之毒品販賣他人，運輸與販賣毒品行為，仍非屬『兩毫不相關之行為』，而存有基於販賣目的之不同階段行為關係。準此，本院認為上述行為間，應依吸收關係論以一個販賣毒品罪。故被告何東祐、庚○○於【第二次走私海洛因】之後，進而將部分海洛因販賣予被告王念基，其等原犯之運輸第一級毒品罪，應為嗣後之販賣第一級毒品罪所吸收，而不另論罪」。

#### 第二目 臺灣臺南地方法院 96 年度重訴字第 23 號判決

臺灣臺南地方法院 96 年度重訴字第 12 號判決判決理由謂：「按運輸之後進而販賣毒品，於我國司法實務上，向認為非係『兩毫不相關之行為』，於刑法修正前應依該法第五十五條牽連犯之規定，從情節較重之販賣毒品罪處斷（最高法院九十二年度臺上字第九九二號判決參照）。

本院亦認為刑法於九十五年七月一日修正施行刪除牽連犯之規定後，運輸毒品後將全部或一部之毒品販賣他人，運輸與販賣毒品行為，仍非屬『兩毫不相關之行為』，而存有基於販賣目的之不同階段行為關係。準此，本院認為上述行為間，應依吸收關係論以一個販賣毒品罪。」

#### 第四項 本文評釋

最高法院審理之犯罪事實若發生在現行刑法施行後，法院必須面對刪除牽連犯後如何具體適用法律的問題；但是如果最高法院所審理之犯罪事實發生在現行刑法施行前，因為行為後法律已有所變更，依刑法第2條第1項，最高法院仍無法避免判斷行為後之法律是否比行為時之法律有利於行為人，以決定是否適用行為時法之牽連犯規定。

在現行刑法修正後甫施行時，因其所涉及的犯罪事實均發生在現行刑法施行前，因此最高法院判決大多著重於判斷有無刑法第2條第1項之適用。在比較新舊法之結果，新法並非有利於行為人，行為時之牽連犯規定有利於行為人，因此適用行為時法而論以牽連犯。至於如何得出行為時法有利於行為人之看法，判決多謂：「依修正後之刑法既已刪除牽連犯之規定，則所犯上述各罪應依數罪併罰之規定分論併罰」，而認定行為時之牽連犯規定較有利於行為人。

但如此的判決理由實有問題，蓋此些判決似乎一致認為若依行為後之法律，則原應適用牽連犯之案件，在現行刑法無牽連犯規定之情況下，均應為「數罪併罰」。然而，如果對照修法理由，牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案件，在適用上，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。因此，適用行為後之法律，有可能是數罪併罰，但也有可能是想像競合犯。如果依想像競合犯論處，行為後之法律不利於行為人之論點則並不成立。

後來，晚近的判決，採納學理文獻所介紹之德國通說認定想像競合犯之「一行為」的概念，認為原經評價為牽連犯之案件，在刑法修正刪除牽連犯之規定後，於修正前原認屬於方法目的或原因結果之不同犯罪，其間如有實行之行為完全或局部重疊之情形，得論以想像競合犯。如此表態，誠值贊同。

惟在運輸毒品與販賣毒品之間，因為這是一種在生活經驗中，由數各可以各自獨立而又逐步連結的行為階段所構成的犯罪型態，每一個階段行為逐步累積對同一法益的侵害強度，而單一階段行為對法益的威脅或危及都具備應予處罰的不法內涵。因其所侵害的法益只有一個，在一般社會經濟生活經驗當中，所有逐步連接的行為階段，全部屬於一個複合社會經濟生活事實，是以，應論以單純一罪，也就是這種事實，是被構成要件評價為一罪的事實。

職此，運輸毒品與販賣毒品之法定刑度相同，且侵害法益相同，兩行為具有前後階段之關係，依後階段行為吸收前階段行為之理論，應採吸收關係說較為合理。

## 第二節 關於行使偽造私文書與詐欺之實務案例

### 第一項 刑法修正前實務之處理情形

行為人行使偽造私文書以詐欺取財之行為，所成立之「行使偽造私文書罪」與「詐欺取財罪」之間，應如何評價？在刪除牽連犯規定之前，最高法院實務判例見解認為，「行使偽造私文書罪」與「詐欺取財罪」之間有「方法」與「目的」之牽連關係，而成立牽連犯，從一重處斷。

### 第二項 刑法修正後實務之處理情形

現行刑法將牽連犯規定刪除之後，對於相關之判例雖有保留，但「應注意刑法已修正，刪除牽連犯之規定」。因此，關於牽連犯規定刪除之後，應如何處理刪除牽連犯之前屬於成立牽連犯之行使偽造私文書與詐欺取財，實務上見解有認為應成立「數罪併罰」，亦有認為應成立「想像競合犯」，但似乎有以下三種處理模式：

### **第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯**

#### **第一目 臺灣高等法院 95 年度上訴字第 3809 號判決**

臺灣高等法院 95 年度上訴字第 3809 號判決理由謂：「修正後刑法第五十五條規定，業已廢除牽連犯之規定。故犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，依修正前刑法第五十五條後段規定，認屬牽連犯，應從一重處斷；但依修正後刑法第五十五條規定，則已無牽連犯可資適用，即應將各該犯行以數罪併合處罰。是以適用修正前關於牽連犯之規定，自係較為有利。」，又「被告所犯上開行使變造特種文書罪、行使偽造私文書罪、偽造有價證券罪及詐欺取財罪四罪之間，均有方法、結果之牽連關係，應從一重論以偽造有價證券罪。」

#### **第二目 臺灣高等法院 96 年度上訴字第 88 號判決**

臺灣高等法院 96 年度上訴字第 88 號判決理由謂：「修正後刑法第五十五條牽連犯之規定已刪除，原可依裁判上一罪論處之牽連犯之數個犯罪行為，應予數罪併罰，此刪除雖非犯罪構成要件之變更，但顯已影響行為人刑罰之法律效果，自屬法律有變更，依新法第二條第一項規定，比較新、舊法結果，仍應適用較有利於被告之行為時法律即舊法論以牽連犯（最高法院九十五年第八次刑事庭會議決議參照）。」又「又在簽

帳單上偽造署押之行為，屬偽造簽帳單私文書之階段行為，偽造私文書後復持以行使，偽造之低度行為，為行使偽造私文書之高度行為所吸收，均不另論罪。被告收受贓物即信用卡之目的在於持以冒用消費購物，所犯收受贓物、行使偽造私文書及詐欺取財等三罪間，即有目的、方法之牽連犯關係，應依修正前刑法第五十五條之規定，從一重之行使偽造私文書論處。」

### 第三目 臺灣高等法院 96 年度重上更(四)字第 113 號判決

臺灣高等法院 96 年度重上更（四）字第 113 號判決理由謂：「牽連犯部分：修正前刑法第五十五條規定：『一行為而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。』現修正為『一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。』已將犯一罪其方法或結果之行為犯他罪名從一重處斷之牽連犯規定刪除。按牽連犯之犯罪行為及法益之侵害均係複數，修正後牽連犯之數行為，已無牽連犯從一重處斷之規定如資適用，須數罪併罰，亦以修正前刑法第五十五條規定，對於行為人較為有利。」又「其等(被告乙○○、被告丙○○二次行使偽造文書、詐欺未遂；被告丁○○二次行使偽造文書、三次詐欺未遂)所犯上開二罪(連續行使偽造文書、連續詐欺未遂)，有方法結果之牽連關係，應依牽連犯之規定，從一重之連續行使偽造私文書罪處斷。」

### 第二款 犯罪目的單一，論以一行為觸犯數罪名之想像競合犯

#### 第一目 臺灣高等法院臺中分院 97 年度上易字第 1609 號判決

臺灣高等法院臺中分院 97 年度上易字第 1609 號判決理由謂：「一、被告二人於九十五年六月三十日以前之犯行：被告二人於附表編號一至編號三所為，均係犯刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪、第二百一十六條、第二百零二條第一項、第二百一十條之行使偽造準私文書罪。被告二人所犯，具有犯意之聯絡與行為之分擔，為共同正犯。其等偽造準私文書行為之低度行為，為行使偽造準私文書之高度行為所吸收，不另論罪。被告二人先後多次行使偽造準私文書之犯行及詐欺取財之犯行，均時間緊接，犯罪方式相同，所觸犯係構成要件相同之罪名，顯各係基於概括之犯意反覆為之，均為刑法修正前之連續犯，應分別依修正前刑法第五十六條之規定，以一罪論處，並加重其刑。被告二人每一冒標後行使偽造屬準私文書之會單及向活會會員詐欺取財之行為，均係對當期之各個活會會員為之，屬侵害數個活會會員之財產法益，為同種想像競合犯，應以一罪論。至其所犯上述連續行使偽造私文書及連續詐欺取財二罪之間，互有方法目的之牽連犯關係，依修正前刑法第五十五條之規定，應從一重之行使偽造私文書罪論處。被告二人所犯之行使偽造私文書罪，雖未經檢察官提起公訴，然因與檢察官起訴之詐欺取財罪有牽連犯之裁判上一罪關係，自為起訴力所及，本院應併予審理，並變更檢察官起訴法條。

二、被告二人於九十五年七月一日以後之犯行：被告二人於附表編號四至編號八所為，亦均係犯刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪、第二百一十六條、第二百零二條第一項、第二百一十條之行使偽造準私文書罪。被告二人所犯，具有犯意之聯絡與行為之分擔，為共同正犯。其等偽造準私文書行為之低度行為，為行使偽造準私文書之高度行為所吸收，不另論罪。被告二人每一冒標後行使偽造屬準私文書之會單及向活會會員詐欺取財之行為，均係對當期之各個活會會員為之，屬侵害數個活會會員之財產法益，為同種想像競合犯，應以一罪論。查九十五年七月一日刑法修正施行後，已刪除牽連犯之規定，立法理由復說明『牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷』。本件被

告二人在新法時期所犯行使偽造準私文書罪、詐欺取財罪，犯罪目的單一，依一般社會通念，認應評價為一罪方符合刑罰公平原則，如予數罪併罰，反有過度處罰之虞，與人民法律感情亦未契合；是於牽連犯廢除後，認此情形為一行為觸犯數罪名之想像競合犯，依刑法第五十五條之規定，從一較重之行使偽造私文書罪論處。被告二人所犯之行使偽造私文書罪，雖未經檢察官提起公訴，然因與檢察官起訴之詐欺取財罪有想像競合犯之裁判上一罪關係，自為起訴力所及，本院亦應併予審理，並變更起訴法。被告二人所為多次犯行，因刑法已廢除連續犯之規定，應予分論數罪併罰。」

## 第二目 臺灣高等法院臺南分院 97 年度上訴字第 919 號判決

臺灣高等法院臺南分院 97 年度上訴字第 919 號判決理由謂：「按刑法廢除牽連犯後，行為人之數舉動所侵害之數罪具有保護同一法益之情形，及行為人為完成某一主要犯罪行為，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，其行為在自然上並非完全一致，然前後仍有部分合致，且犯罪目的單一，依一般社會觀念，認應評價為一罪方符合刑罰原則，如予數罪併罰，反有過度之疑，與人民法律感情亦未契合。是於廢除牽連犯後，適度擴張一行為概念，認此情形為一行為，方屬適當，此一行為即所謂『因不法行為結果單一性而形成之行為單數』、『構成要件的行為單數』，有最高法院九十七年度台上字第一八八〇號判決可參。查，本件被告二人於九十五年七月一日刑法新法施行後所為如附表三所示多次行使偽造準私文書及詐欺取財之犯行（各一百七十二次）之目的係在詐騙會員之財物，為達詐欺之目的，杜撰會員於會員名單且以杜撰會員名義標會或冒用其他真正會員名義標會。被告二人前後所為，均係以詐欺取財為目的，其主要之犯罪行為為詐欺行為，是該二罪因果事實彼此相互連結且具有方法目的、原因結果或持續複製關係，亦即有不可分離之直接密切關係，且犯罪目的單一。揆之上開意旨，在社會經驗認知上，被告所犯上開行使偽造文書及詐欺取財行為，

應被評價為一行為，方符刑罰原則。從而，被告係一行為同時觸犯上開二罪名，為想像競合犯，應依刑法第五十五條前段規定，從一重之行使準私文書罪論斷。檢察官就認被告二人此部分所犯之罪應論以牽連犯，尚有未洽。」

### 第三款 實行行為有時間上之重疊關係，而論以想像競合犯

#### 第一目 臺灣臺中地方法院 96 年度訴字第 2373 號判決

臺灣臺中地方法院 96 年度訴字第 2373 號判決理由謂：「三、再就被告所犯各罪之如何評價問題而言，本次刑法修正於刪除牽連犯之規定後，勢將擴大想像競合犯與數罪併罰之適用範圍，而有重構刑法行為數理論之必要。參考德國與日本之實務與學說見解，其中德國實務界多以行為時在時間上之客觀重疊性，作為認定一行為與否之標準，亦即具有所謂行為之部分一致性，即可以被認定為一行為（詳參國立臺灣大學法律學系教授黃榮堅所著『基礎刑法學下』第四〇九頁，二〇〇三年五月初版第一刷）。日本刑法就想像競合犯之一行為概念，則採『重合理論』，而衍生出『自然行為主要部分重合說』、『自然行為部分重合說』、『自然行為之著手階段重合說』、『二個以上自然行為不可分說』等學說見解，惟不論採大部分同一或局部同一，其所實行數個犯罪構成要件重疊之同一時點，通說係以應依社會觀念所認定實行之著手階段屬於同一為必要。則在著手實行階段具有同一性之情形下，凡基於一個犯罪決意，實行數個犯罪構成要件之行為，彼此實行行為完全同一，或大部分同一，甚或局部同一，視個案情節，皆可能得以評價為一個犯罪行為而論以想像競合犯（詳參最高法院法官張淳淙所著『從刑法修正論行為之單數—牽連犯、連續犯及常業犯廢除後之實務因應』一文，刊載於司法週刊第一二八六期『司法文選別冊』）。是以被告前揭所為普通侵占犯行，須待其將該車駛往當舖表示典當之時，始將其易持有為所有之犯意表彰於外

顯之行為，此時亦為被告行使偽造私文書及詐欺取財犯罪之著手時點，是以被告所犯上開三罪間仍有時間上之重疊關係，揆諸前揭說明，應屬一行為而觸犯數個罪名，自得論以刑法第五十五條之想像競合犯，而從較重之行使偽造私文書罪論處。」

### 第三項 本文評釋

在現行刑法修正後甫施行時，因其所涉及的犯罪事實均發生在現行刑法施行前，因此實務判決大多著重於判斷有無刑法第 2 條第 1 項之適用。在比較新舊法之結果，新法並非有利於行為人，行為時之牽連犯規定有利於行為人，因此適用行為時法而論以牽連犯。但如此的判決理由所存在之問題已如同前述，若對照修法理由，牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案件，在適用上，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。因此，適用行為後之法律，有可能是數罪併罰，但也有可能是想像競合犯。

晚近實務判決之見解，似乎意識到此一問題，以犯罪目的單一，而前後實行行為具有局部重疊性，依一般社會觀念，認應價為一罪方符合刑罰原則，如予數罪併罰，反有過度評價之疑，與人民法律感情亦有未合。是於廢除牽連犯後，適度擴張一行為概念。而行使偽造文書及詐欺取財行為，應被評價為一行為，且侵害數個法益，故論以想像競合犯。如此觀點，誠值贊同。但在判決理由中，似乎認為「因不法行為結果單一性而形成之行為單數」即為「構成要件的行為單數」，是否正確，又是否可採取「因不法行為結果單一性而形成之行為單數」之概念，實有斟酌餘地。又僅以實行行為具有時間上之重疊關係，而認為係一行為，在德國實務通說，這恐怕並非皆能符合想像競合犯中一行為的概念。

其實，行使偽造文書罪與詐欺罪，行使行為本身即是施行詐術使人陷於錯誤的行為，既是行為全部都同一的情形，也是行為之間有方法目的關係的一行為，應該成立想像競合犯，論以一罪。蓋行為人就所偽造

文書之內容向他方有所「主張」之同時，亦在施行詐術，二者有同時同地以一個行為為之的關係。

### 第三節 關於非法持有槍彈與特定犯罪之實務案例

#### 第一項 刑法修正前實務之處理情形

行為人非法持有槍彈以犯特定犯罪(例如殺人罪、擄人勒贖罪)之行為，所成立之「未經許可非法持有手槍(子彈)罪」與「特定犯罪(殺人罪、擄人勒贖罪)」之間，應如何評價？在刪除牽連犯規定之前，最高法院實務判例見解認為應視行為人開始持有槍彈之原因，若是本已非法持有手槍、子彈，後另行起意犯殺人或擄人勒贖之罪，二則並無牽連關係，但若是意圖殺人或擄人勒贖，進而非法持有槍彈者，其間便有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯，從一重處斷。

精確言之，修正前原刑法第 55 條規定：「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷」，為學理上所稱之牽連犯，行為人如係以一個犯罪計畫，為達成其目的，而採取一定之方法，該目的行為與方法行為均構成犯罪，因存有牽連關係，原刑法乃僅給予一個評價，從其中較重之一罪處斷。在刑法修正前，於擄人勒贖或殺人之情形言，倘行為人原計畫擄綁他人以勒索贖金或殺人，乃事先持有槍、彈備用，則其持有槍、彈之行為，屬其犯罪計畫之一部分，與其擄人勒贖或殺人行為發生方法目的之牽連關係，應從一重處斷。惟如其持有槍、彈之初，僅純備供他日不確定犯罪之用，因該不確定之犯罪尚屬虛幻不存在，而未經許可持有槍、彈之行為，已經獨立構成犯罪，若日後始行起意以之供為

擄人勒贖或殺人犯罪之用，則未經許可持有槍、彈罪行應與擄人勒贖或殺人罪行分論併罰之，此二種情形尚有不同<sup>273</sup>。

## 第二項 刑法修正後實務之處理情形

現行刑法將牽連犯刪除之後，判例雖有保留，但「應注意刑法已修正，刪除牽連犯之規定」<sup>274</sup>。因此，關於牽連犯規定刪除之後，應如何處理刪除牽連犯之前屬於成立牽連犯之非法持有槍彈與特定犯罪，實務上似乎有以下二種處理模式：

### 第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯

#### 第一目 最高法院 96 年度台上字第 3006 號判決（非法持有槍彈與殺人之間）

最高法院 96 年度台上字第 3006 號判決理由謂：「至刑法刪除關於牽連犯後，已無裁判上一罪之適用，須依「數罪併罰」論處，經比較結果，亦以修正前牽連犯之規定為有利於行為人。上訴人所犯未經許可持有制式手槍罪，與殺人罪間，有方法結果之牽連關係，應從情節較重之殺人罪處斷。」

#### 第二目 最高法院 97 年度台上字第 2654 號判決（非法持有槍彈與擄人勒贖之間）

---

<sup>273</sup> 參閱最高法院 97 年度台上字第 2486 號判決。

<sup>274</sup> 最高法院 46 年台上字第 1265 號判例因「法律已修正，本則判例不合時宜，自 95 年 7 月 1 日起不再援用」，但觀之該則判例之內容，除了意圖供殺人之用而非法持有槍彈致成立牽連關係之概念者外，尚有殺人後損壞屍體致成立牽連關係之概念存在，而最高法院 95 年度 1 第次刑事庭會議之所以做出「法律已修正，本則判例不合時宜，自 95 年 7 月 1 日起不再援用」之決議，應在指明殺人後損壞屍體致成立牽連關係此一概念自 95 年 7 月 1 日起不再援用，此比較最高法院刑事庭會議對最高法院 18 年台上字第 356 號判例與最高法院 29 年台上字第 2756 號判例所做之決議自明。

最高法院 97 年度台上字第 2654 號判決理由謂：「又刑法第五十五條之規定，已於九十四年二月二日修正公布，並自九十五年七月一日起施行。上訴人所犯下列之各罪（後述），因具有牽連犯之關係，如依九十五年七月一日新法施行前之刑法第五十五條之規定，僅從一重處斷即可；如依九十五年七月一日新法施行後刑法之規定，則因牽連犯之規定業已刪除，被告所犯之各罪，即應分論併罰。從而自以修正前刑法第五十五條之規定有利於被告，依九十五年七月一日新施行之刑法第二條第一項前段之規定，自應適用修正前刑法第五十五條之規定。」；又「上訴人係為遂行擄人勒贖犯罪始與施智元等人共同持有如附表編號一、二所示之制式手槍、改造手槍，則上訴人所犯上開未經許可持有制式手槍罪與及擄人勒贖罪間，有不可分離之直接密切關係，即有手段、目的之牽連關係，亦應適用修正前刑法第五十五條之規定，從一重之擄人勒贖罪處斷。」

### 第三目 最高法院 97 年度台上字第 3886 號判決(非法持有槍彈與強盜殺人之間)

最高法院 97 年度台上字第 3886 號判決理由謂：「又刑法於九十四年一月七日再次修正，自九十五年七月一日生效，……，同時將第五十五條牽連犯之規定刪除，依修正後刑法第二條第一項，就罪刑有關之一切情形綜合比較結果，應適用有利於上訴人之九十五年七月一日修正前刑法處斷。」；又「被告同時持有手槍、子彈部分，亦係一行為觸犯數罪名，應依想像競合犯之規定，從一重論以未經許可持有手槍罪。上訴人為犯強盜殺人罪而持有槍、彈，所犯未經許可持有手槍罪與強盜殺人罪間，有修正前刑法第五十五條所定方法結果之牽連關係，應從一重依強盜殺人罪處斷。」

## 第二款 實行行為具有局部重疊性，而論以想像競合犯

### 第一目 最高法院 97 年度台上字第 1880 號判決(非法持有槍彈與強盜之間)

最高法院 97 年度台上字第 1880 號判決理由謂：「行為人為犯特定罪而持有槍、彈，並於持有槍、彈後即緊密實行該特定犯罪，雖其持有槍、彈之時地與犯特定罪之時地，在自然意義上非完全一致，然二者仍有部分合致，且犯罪目的單一，依一般社會通念，認應評價為一罪方符合刑罰公平原則，如予數罪併罰，反有過度處罰之疑，與人民法律感情亦未契合；是於牽連犯廢除後，適度擴張一行為概念，認此情形為一行為觸犯數罪名之想像競合犯，方屬適當。」

### 第三項 本文評釋

在非法持有槍械與特定犯罪之間，近來最高法院大多數的判決見解皆認為若依行為後之法律，則原應適用牽連犯之案件，在現行刑法無牽連犯規定之情況下，均應為「數罪併罰」。在比較新舊法之結果，新法並非有利於行為人，行為時之牽連犯規定有利於行為人，因此適用行為時法而論以牽連犯。

相反地，有一則最高法院之判決卻認為牽連犯廢除後，應適度擴張一行為概念，認此情形為一行為觸犯數罪名之想像競合犯。

惟在複合因果連結的情形，有連慣性地複製或同時複製或方法目的的關係和原因結果關係。如果因果流程是由方法目的或原因結果關係複合而成之情形，則為異種的想像競合犯。而持有槍械，通常在一個複合的因果流程中扮演方法角色或結果角色，例如偷槍而擁有槍，持槍而殺人。是以，在非法持有槍械與特定犯罪之間因認為是由方法目的或原因結果關係複合而成的因果流程，而肯定其成立想像競合犯。

## 第四節 關於侵入住宅與竊盜之實務案例

### 第一項 刑法修正前實務之處理情形

行為人以犯竊盜罪為目的，而以侵入他人住宅為手段行為，所成立之「無故侵入住宅罪」與「竊盜罪」之間，應如何評價？在刪除牽連犯規定之前，實務判決<sup>275</sup>見解認為「被告無故侵入住宅，目的在於竊取該屋內之財物，所涉上開二罪間顯具有方法、結果之牽連關係，應依刑法第五十五條牽連犯規定從一較重之竊盜罪論處。」是否，「無故侵入住宅罪」與「竊盜罪」之間具有方法與目的之牽連關係，而成立牽連犯，從一重處斷。

## 第二項 刑法修正後實務之處理情形

現行刑法將牽連犯規定刪除之後，應如何處理刪除牽連犯之前屬於成立牽連犯之無故侵入住宅以竊盜，實務上似乎有以下二種處理模式：

### 第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯

#### 第一目 臺灣臺北地方法院 95 年度簡字第 3416 號判決

臺灣臺北地方法院 95 年度簡字第 3416 號判決理由謂：「被告行為後，修正後之刑法刪除第五十五條關於牽連犯之規定，本件被告所犯竊盜罪及侵入住宅罪間具有牽連犯之關係，依修正前即行為時之規定，應從一重之竊盜罪處斷，而修正後之刑法既已刪除牽連犯之規定，則所犯上述各罪應依數罪併罰之規定分論併罰，比較新舊法之規定，以舊法有利於被告。」又「核被告甲○○所為，係犯修正前刑法第三百二十條第一項之竊盜罪及修正前刑法第三百零六條第一項之侵入住宅罪。其所犯二

---

<sup>275</sup> 臺灣高等法院 90 年度上易字第 3097 號判決、臺灣高等法院台中分院 93 年度上易字第 1192 號判決、臺灣高等法院高雄分院 92 年度上易字第 1278 號判決參照。

罪間，有方法結果之牽連關係，依修正前刑法第五十五條之規定，應從較重之修正前刑法第三百二十條第一項竊盜罪處斷。」

## 第二目 臺灣臺中地方法院 95 年度易字第 1297 號判決

臺灣臺中地方法院 95 年度易字第 1297 號判決理由謂：「被告行為後，刑法第五十五條後段牽連犯之規定，亦於九十四年一月七日修正公布刪除，並於九十五年七月一日施行，是於新法修正施行後，被告於本案所為之普通竊盜罪、侵入住宅罪即須分論併罰。則被告之犯行，因行為後新法業已刪除牽連犯之規定，此刪除雖非犯罪構成要件之變更，但顯已影響行為人刑罰之法律效果，自屬法律有變更，經比較新、舊法規定，修正後之規定對於被告較為不利，依刑法第二條第一項前段之規定，仍應適用較有利於被告之行為時法律，即刑法第五十五條後段牽連犯之規定，從較重之一罪予以論處。」

## 第二款 具有不可分割的單一行為，而論以想像競合犯

### 第一目 臺灣臺北地方法院 95 年度簡字第 3557 號判決

臺灣臺北地方法院 95 年度簡字第 3557 號判決理由謂：「又刑法部分條文業於九十四年二月二日修正公布，於九十五年七月一日施行，其中第五十五條後段之牽連犯規定業已刪除，其立法理由第二項則說明『至牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷』，是被告為竊盜而侵入住宅雖已不能論以牽連犯，然是否得論以想像競合犯或數罪併罰，自應先重新檢視想像競合犯之要件，包括『單一行為』及『複數構成要件之實現』。查，本件被告之行為已實現侵入住宅與竊盜等二罪

之構成要件，此乃無庸置疑；而從被告行為之事實面觀之，被告侵入住宅乃源自於竊盜之單一主觀上動機，且在其侵入住宅之行為持續中，完成竊盜之行為，一般人從客觀事實情狀上，可認其為一致性之單一事實情狀，足以確認其侵入住宅竊盜之行為具有不可分割之單一性質，為單一行為，是被告一行為觸犯侵入住宅與竊盜二罪，為刑法第五十五條前段所規定之想像競合犯，應從重之竊盜罪處斷，檢察官亦為相同之認定（見本院九十五年十二月五日訊問筆錄第一頁）。」

## 第二目 臺灣高雄地方法院 95 年度易字第 2386 號判決

臺灣高雄地方法院 95 年度易字第 2386 號判決理由謂：「核被告乙○○侵入被害人丙○○住處竊取物品之所為，係犯刑法第 306 條第 1 項之侵入住宅罪、同法第 320 條第 1 項之竊盜罪。被告侵入告訴人丙○○住宅竊取物品而犯之上開 2 罪間，係基於一竊盜決意，為達成該竊盜犯行所為之各個舉動，應屬法律概念之一行為，其一行為觸犯上開 2 罪名，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從一重之竊盜罪處斷。至於 95 年 7 月 1 日刑法修正公布施行而刪除刑法第 55 條關於牽連犯之規定前，實務上就類似上開情形，雖多以牽連犯處斷，未論以想像競合，然關於同一行為人之數犯罪行為應如何處斷，本即應視法律之明文規定及法理之妥適與否，針對個案狀況不同而為衡酌適用。就本案情形而言，若於牽連犯規定尚存在之情形，因侵入住宅罪與竊盜罪之著手時點不同，於社會事實之概念上，得將之區分成 2 行為，而該 2 行為間，又存有方法目的之牽連關係，符合牽連犯之概念，自宜論以牽連犯；惟於目前牽連犯規定遭刪除之情形下，被告上開基於單一決意、為達成單一不法目的所為之各個舉動，仍係予以綜合為單一評價，會較將之個別評價而論以數罪為合理，以避免對行為人之犯罪行為過份評價、處罰，而有違刑罰之謙抑原則，是在刑法修正後，關於想像競合犯之『一行為』之概念，宜配合法律之修正而為適當之變更、擴張，又此等法律見解上之變更，係因應法律修正所致，尚不生見解先後矛盾，而謂於論理上有相互捍格

之情（至侵入住宅罪與竊盜罪之著手時點雖仍有不同，然此僅係用以判認行為人是否已著手各該犯行，與行為人為各該犯行後，該等犯行間於法律上應如何論處，係屬 2 事，故尚難以上開 2 罪之著手時點不同，即謂其非係法律概念之一行為），附此敘明。」

### 第三項 本文評釋

在現行刑法修正後甫施行時，因其所涉及的犯罪事實均發生在現行刑法施行前，因此實務判決大多著重於判斷有無刑法第 2 條第 1 項之適用。在比較新舊法之結果，新法並非有利於行為人，行為時之牽連犯規定有利於行為人，因此適用行為時法而論以牽連犯。但如此的判決理由所存在之問題已如同前述，若對照修法理由，牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案件，在適用上，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。因此，適用行為後之法律，有可能是數罪併罰，但也有可能是想像競合犯。

以實行行為有局部重疊性來分析，因為行為人無故侵入他人住宅，在停留期間亦在侵害他人的居住安寧，而這個行為同時也是搜索財物加以竊取之行為，因此具有實行行為局部重疊性，而可以成立想像競合。其實，竊盜他人財物而侵入住宅，在構成要件意義上，當然是屬於數行為，但是依照一般社會經驗認知，這是屬於兩個前後密接的因果流程，而且是密接可以連成一體的因果流程，為了要竊盜他人屋內財物，不侵入住宅沒有辦法達到目的，沒有辦法實現竊盜財物的目的，此即為一個意思決定的啟動，侵入住宅竊盜就包含在一個意思決定當中。

是以，實務判決認為行為人侵入住宅乃源自於竊盜之單一主觀上動機(單一的意思決定)，且在其侵入住宅之行為持續中，完成竊盜之行為，一般人從客觀事實情狀上，可認其為一致性之單一事實情狀，足以確認其侵入住宅竊盜之行為具有不可分割之單一性質，為單一行為，是被告

一行為觸犯侵入住宅與竊盜二罪，為刑法第五十五條前段所規定之想像競合犯，處理模式誠屬正確。

## 第五節 關於殺人與遺棄屍體之實務案例

### 第一項 刑法修正前實務之處理情形

行為人殺人之後，所為的遺棄屍體行為，最高法院實務判例見解認為，殺人與遺棄屍體之間具有原因與結果之牽連關係，而成立牽連犯，從一重處斷。

最高法院實務判決<sup>276</sup>亦認為，牽連犯之方法行為與目的行為或原因行為與結果行為，須具有不可分離、直接、密切之關係，始足當之；若所犯二罪，僅有偶然之方法或結果之機會關係者，尚不得謂為牽連犯。又殺人後遺棄屍體，以圖滅跡，固得認係殺人之結果，而依原刑法第 55 條後段從一重處斷，然其遺棄屍體如別有目的，即與殺人後為湮滅罪證起見而為遺棄之情形不同，應各獨立論罪。

### 第二項 刑法修正後實務之處理情形

現行刑法將牽連犯刪除之後，判例見解認為殺人之後遺棄屍體之行為具有原因與結果之牽連關係而成立牽連犯，最高法院認為相關判例不合時宜，自 95 年 7 月 1 日起不再援用。因此，關於牽連犯規定刪除之後，應如何處理刪除牽連犯之前屬於成立牽連犯之殺人罪與遺棄屍體罪，實務上似乎有以下二種處理模式：

---

<sup>276</sup> 最高法院 93 年度台上字第 3496 號判決、最高法院 93 年度台上字第 1364 號判決、最高法院 92 年度台上字第 4897 號判決、最高法院 92 年度台上字第 1626 號判決、最高法院 92 年度台上字第 974 號判決、最高法院 91 年度台上字第 6595 號判決、最高法院 90 年度台上字第 6548 號判決參照。

## 第一款 成立數罪併罰，比較輕舊法而論以舊法之牽連犯

### 第一目 最高法院 96 年度台上字第 3734 號判決

最高法院 96 年度台上字第 3734 號判決理由謂：「又刑法部分條文於九十四年一月七日修正、同年二月二日公布，並自九十五年七月一日施行，其中第五十五條之牽連犯已經刪除，第二條第一項修正為：行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。而丙○○、乙○○於殺害曾文賢後，遺棄屍體，以圖滅跡，係殺人之結果，本應依修正前刑法第五十五條牽連犯規定，從一重處斷（參考刑法修正前，本院十八年上字第三五六號判例）。倘依修正後規定，則應依數罪關係，分論併罰，並非有利於丙○○、乙○○。經比較新舊法結果，即應依刑法第二條第一項前段規定，適用行為時之法律，關於丙○○、乙○○所犯殺人罪、遺棄屍體罪，依修正前刑法第五十五條牽連犯規定，從一重之殺人罪處斷。」

## 第二款 具有伴隨性質之確保行為，屬不罰之後行為

### 第一目 臺灣板橋地方法院 96 年度重訴字第 13 號判決

臺灣板橋地方法院 96 年度重訴字第 13 號判決<sup>277</sup>理由謂：「末按行為人完成犯罪行為後，為利用前行為之不法利益，或確保前行為，而為具有伴隨性之利用行為或確保行為，雖形式上存有多數犯罪行為，惟後行為

<sup>277</sup> 此則判決被臺灣高等法院撤銷，其撤銷改判之理由為「惟查被告於被害人死亡後，唯恐他人發現，迨隔日凌晨再將被害人之屍體棄置大排水溝內，係另行起意遺棄屍體，與其所犯殺人罪，應分論併罰。原判決以被告基於殺人之故意，持棒球棍毆打、殺害被害人，為掩飾犯行、湮滅罪證，乃於被害人死亡後，將被害人之屍體棄置大排水溝，其殺人及遺棄屍體之犯意連貫，客觀上具有不可分離之直接密切關係，依經驗法則，被告遺棄被害人屍體之行為，乃完成殺人行為後所為之具有伴隨性質之確保行為，且係對同一客體之再次侵害，核屬不罰之後行為，無庸再論以遺棄屍體罪，原審之認定，尚有未洽。」臺灣高等法院 96 年度上訴字第 2373 號判決參照。但觀之臺灣高等法院撤銷改判之理由，乃由於事實認定有所出入，並非否認遺棄屍體部分可能成立不罰之後行為之見解。另「刑法第二百四十七條所指之遺棄屍體，乃指將屍體移動而拋棄或有殯葬義務之人，對於屍體棄置不顧，不予埋葬之犯行；遺棄屍體與殺人犯行，常具有密切之關係，有應為修正前刑法第五十五條之牽連犯者，有應數罪併罰者，應依其犯罪時間是否在九十五年七月一日之前及其遺棄屍體是否為湮滅犯罪證據而定。」最高法院 97 年度台上字第 1008 號判決理由參照。

實質上僅係前行為之伴隨行為，對前行為之處罰，已足涵括後行為之不法內涵與罪責內涵，即應成立不罰之後行為。經查：被告基於殺人之故意，持棒球棍毆打、殺害游柯真，為掩飾犯行、湮滅罪證，乃於游柯真死亡後，將游柯真之屍體棄置大排水溝內，其殺人及遺棄屍體之犯意連貫，客觀上具有不可分離之直接密切關係，依經驗法則，被告遺棄游柯真屍體之行為，乃完成殺人行為後所為之具有伴隨性質之確保行為，且係對同一客體之再次侵害，核屬不罰之後行為，無庸再論以遺棄屍體罪，附此敘明。」

### 第三項 本文評釋

在殺人與遺棄屍體之間，最高法院的判決見解亦認為若依行為後之法律，則原應適用牽連犯之案件，在現行刑法無牽連犯規定之情況下，均應為「數罪併罰」。在比較新舊法之結果，新法並非有利於行為人，行為時之牽連犯規定有利於行為人，因此適用行為時法而論以牽連犯。

關於殺人罪和遺棄屍體的關係，我國實務上至今有三種解決方案：一、行為人殺害被害人後，棄其屍體於不顧而離去。我國實務見解認為除成立殺人罪外，不另構成遺棄屍體罪。因為遺棄屍體之行為，乃將屍體拋棄或不為殯葬而言，包括積極地將屍體移動拋棄他處，以及消極地對屍體棄置不顧，不予埋葬。惟成立消極遺棄屍體罪之行為人，僅限於有殯葬義務之人，殺人者並無殯葬義務，因此並不構成遺棄屍罪。二、殺人者殺害被害人後，為圖湮滅犯罪證據而積極遺棄屍體，我國實務見解認為，殺人罪與遺棄屍體罪應成立牽連犯，但我國學說意見曾有認為，積極遺棄屍體之行為應該是不罰之後行為。惟遺棄屍體侵害另一新的法益，所以不宜採與罰後行為見解。三、殺人後，圖嫁禍他人而將被害移至他人門前，則兩罪之間為數罪併罰關係。

殺人者不對屍體作特別處理而遺棄之，就一個事實流程來看，並沒有介入其他的因果流程，而只有一個物理的因果流程，這可以包含在行

為人啟動殺人的一個意思決定當中，其中的因果流程有殺人行為和導致死亡結果，這個結果就是屍體的呈現被遺棄在殺人現場的結果，符合一個意思決定而啟動的單一因果流程，對屍體棄置不顧，屬於殺人的當然結果，所以不另論遺棄屍體罪。至於殺人之後，不論動機係在於湮滅犯罪證據或者企圖嫁禍他人而將被害人移置他處，皆屬於殺人行為的因果流程結束之後，另行開啟的一個因果流程，所以它是另一個行為，應該另論一罪。



## 第六章 結論

2005年新修正之刑法，於立法理由中謂：「至牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷。」等於是立法者丟了一個難題給學術界與實務界。先前適用牽連犯之案件，在現行刑法沒有牽連犯之立法規定時，何時應論以想像競合犯，何時應論以數罪併罰，立法者卻無作任何指示。況且，在修法理由一開始便說明牽連犯之成立要件之一為須又數個行為，果如此，又如何能論以「一行為」想像競合犯，理由如此粗糙矛盾，難怪有學者<sup>278</sup>謂「修正理由恐怕是寫了一段自己需要被修正的理由。」

至於想像競合犯「一行為」內涵，本文以為，想像競合犯中「一行為」之「行為」，不能與犯罪行為論之行為分別以觀，即二者乃是相同的概念，有相同的內涵。此所謂的「行為」，與犯罪行為論在描述何謂「行為」之內容一樣，皆為「人類自由意思所支配具有社會的重要意義之舉止」。亦即，在刑法的評價關係之中，行為的確認，必須是先於規範判斷前完成，如果行為尚未確定時，根本無法發生規範的評價。是以，想像競合犯的「一行為」，自然是屬於「自然意義下的一行為」。

然而，現行刑法無牽連犯之規定，若如同修法理由所提出，想像競合犯之規定有可能擴大適用至原應適用牽連犯規定之案件。果如此，想像競合犯的「一行為」便不得不變動其內涵，應將其範圍有限度的擴大，至多到「同一行為」之概念，即包括自然意義下的一行為，構成要件的行為單數以及自然意義的行為單數。

---

<sup>278</sup> 許玉秀，同註 180，頁 149。

其實，在實務見解中已有明確且可採的定義，即「行為人以一個意思決定發為一個行為」，基此，本文認為想像競合犯「一行為」的內涵概念，可從「人的一個意思決定」為出發。

牽連犯行為數之判斷在學理間或有爭議，但本文以為牽連犯之行為個數，至少應有二個自然意義下之一行為，方能成立牽連犯。至於牽連關係，本文以為應以行為人之主觀意思為主而判斷牽連關係，蓋對於行為人犯罪意思之繼續，只能探求行為人之主觀意思。

司法實務見解，判斷是否成立牽連關係，行為個數與牽連關係並非重點，實務所認定成立牽連犯，除了甲罪或乙罪之間有牽連關係者外，最重要的，仍在於行為人是否維持「一個意思決定」，或者是另行起意。因此，司法實務見解多著重在「一個意思決定」與否的判斷上。

也如此，「一個意思決定」便成為想像競合犯與牽連犯之連繫點。在刪除牽連犯立法規定之後，牽連犯可否「轉」想像競合犯，應以「人的一個意思決定」為出發，而觀察行為之單複數，方為正確。

對於刪除牽連犯之後，學理文獻評析多認為應該擴大想像競合犯「一行為」的概念，而將先前適用牽連犯之案例，若符合想像競合犯之要件，應論以想像競合犯，以免發生過度評價。此點，本文持贊同之看法。至於如何擴大想像競合犯「一行為」的概念，在文獻上主要有三種觀點：第一，採取德國刑法學理上想像競合犯「一行為」之概念，即「實行行為全部或局部重疊」；第二，擴大原有想像競合犯「一行為」之概念，採取「社會經驗認知上的一行為」；第三，採取「因構成要件結果不法單一性所形成之行為單數」。其實上述三種方式或有不同，但是結論上是一致的，無非均在於擴大想像競合犯「一行為」之概念。

本文以為，對於如何操作實行行為的全部或局部重疊，本身亦不盡明確，而對於實行行為的全部或局部重疊所衍生出來的繼續犯與狀態犯

的局部行為重疊，無非亦是認為繼續犯為提供連結因果事實的基礎。故一個複合的因果流程判斷才是關鍵。

而不法結果單一性之概念，固然在自然意義下的一行為、構成要件的行為單數與自然的行為單數之外，創造第四種解釋想像競合犯「一行為」之概念，但由於該學說是以想像競合犯不以侵害多數法益為前提，與我國通說對於想像競合犯之理解不同，在採取自應有所斟酌。是以，社會經驗認知上之一行為概念，較為可採。而社會經驗認知上之一行為乃是人的一個意思決定所啟動的一個複合因果流程，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，如此可認為係想像競合犯「一行為」之內涵。

在現行刑法修正後甫施行時，因其所涉及的犯罪事實均發生在現行刑法施行前，因此最高法院判決大多著重於判斷有無刑法第 2 條第 1 項之適用。在比較新舊法之結果，新法並非有利於行為人，行為時之牽連犯規定有利於行為人，因此適用行為時法而論以牽連犯。至於如何得出行為時法有利於行為人之看法，判決多謂：「依修正後之刑法既已刪除牽連犯之規定，則所犯上述各罪應依數罪併罰之規定分論併罰」，而認定行為時之牽連犯規定較有利於行為人。

但如此的判決理由實有問題，蓋此些判決似乎一致認為若依行為後之法律，則原應適用牽連犯之案件，在現行刑法無牽連犯規定之情況下，均應為「數罪併罰」。然而，如果對照修法理由，牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案件，在適用上，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。因此，適用行為後之法律，有可能是數罪併罰，但也有可能是想像競合犯。如果依想像競合犯論處，行為後之法律不利於行為人之論點則並不成立。

後來，晚近的判決，採納學理文獻所介紹之德國通說認定想像競合犯之「一行為」的概念，認為原經評價為牽連犯之案件，在刑法修正刪除牽連犯之規定後，於修正前原認屬於方法目的或原因結果之不同犯

罪，其間如有實行之行為完全或局部重疊之情形，得論以想像競合犯。這也許是遵循立法者的指示，仿照德國學理上想像競合犯「一行為」之概念，如此表態，雖不盡理想，但誠值贊同。

總而言之，若謂想像競合犯與牽連犯有連繫之點，該點則為——「人的一個意思決定所發動的一行為」！



## 參考文獻

### 一、中文參考文獻（按作者姓氏筆劃排列）

#### （一）書籍

台灣刑事法學會主編，刑法總則修正重點之理論與實踐，元照出版公司，2006年7月2刷。

台灣刑事法學會主編，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，2006年7月2刷。

司法院，新修正刑法論文集（民國95年7月1日施行），2006年12月。

甘添貴，刑法總論講義，瑞興圖書出版，1992年9月再版。

甘添貴，刑法案例解評，瑞興圖書出版，1999年1月。

甘添貴，罪數理論之研究，元照出版公司，2006年4月。

法務部，二〇〇五年中華民國刑法暨刑法施行法修正立法資料彙編（上），2005年12月。

林山田編，刑事思潮之奔騰 韓忠謨教授紀念論文集，財團法人韓忠謨教授法學基金會，2000年6月。

林山田，刑法通論(上冊)，自版，2001年10月7版2刷。

林山田，刑法通論(下冊)，自版，2000年12月7版。

林山田，刑法通論(上冊)，自版，2005年9月9版。

林山田，刑法通論(下冊)，自版，2006年6月9版2刷。

林山田，刑法通論(下冊)，自版，2008年1月10版。

林山田，二〇〇五年刑法修正總評，元照出版，2007年5月。

林東茂，刑法綜覽，一品文化出版，2007年9月5版。

林鈺雄，新刑法總則，元照出版，2006年9月。

馬克昌，比較刑法原理：外國刑法學總論，武漢大學出版社，2003年5月。

段重民，刑法總論，國立空中大學出版，2007年2月修訂再版2刷。

柯慶賢，刑法專題研究，三民書局，1999年9月3版。

柯耀程，刑法競合論，元照出版公司，2001年5月2刷。

柯耀程，變動中的刑法思想，元照出版公司，2001年9月2版。

柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇(下)，元照出版公司，2005年10月。

許玉秀，主觀與客觀之間，自版，1997年9月。

許玉秀，犯罪階層挺體系及其方法論，自版，2000年9月。

許玉秀，刑法的問題與對策，自版，2000年11月修訂再版。

陳子平，刑法總論（講義綱要），自版，1999年9月2刷

陳子平，刑法總論(下)，元照出版公司，2006年2月。

陳志輝，刑法上的法條競合，自版，1998年2月。

陳樸生、洪福增，刑法總則，五南圖書出版，1982年5月。

陳興良，刑法學，復旦大學出版社，2003年8月。

張麗卿，新刑法探索，元照出版公司。2006年8月2版。

張麗卿，刑法總則理論與運用，五南圖書出版，2006年2版。

張麗卿，刑法總則理論與運用，五南圖書出版，2007年9月3版。

最高法院學術研究會主編，刑法修正後之適用問題，最高法院學術研究會叢書（十二），2006年8月。

黃榮堅，刑法問題與利益思考，元照出版公司，2001年4月2刷。

黃榮堅，基礎刑法學(下)，元照出版公司，2004年6月。

黃榮堅，基礎刑法學(下)，元照出版公司，2006年9月。

楊建華，刑法總則之比較與檢討，三民書局出版，1988年9月。

蔡墩銘主編，刑法爭議問題研究，五南圖書出版，1999年8月2刷。

蔡墩銘，刑法總則爭議問題研究，五南圖書出版，2001年6月8刷。

蔡墩銘，刑法精義，翰蘆圖書出版，2000年9月4刷。

蔡墩銘，刑法精義，翰蘆圖書出版，2005年7月2版。

蔡墩銘，刑法例題演習(2006年版)，自版，2006年9月。

韓忠謨，刑法原理，自版，1997年12月最新增訂版。

蘇俊雄，刑法總論 II，自版，1998年12月修正版。

## （二）中文期刊

Ingeborg Puppe 著，陳志輝譯，Idealkonkurrenz verschiedener Tatbestandsverwirklichungen kraft Identität der tatbestandsmäßigen Erfolge（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犯），東吳法律學報，第17卷第3期，2006年4月。

甘添貴，一罪與數罪之判斷，月旦法學雜誌，第45期，1999年1月。

甘添貴，科刑上一罪之實質根據，月旦法學雜誌，第48期，1999年4月。

- 甘添貴，牽連犯之法益與行為個數，月旦法學雜誌，第 50 期，1999 年 6 月。
- 甘添貴，牽連關係之認定，月旦法學雜誌，第 51 期，1999 年 7 月。
- 甘添貴，科刑上一罪處斷刑之性質，月旦法學雜誌，第 56 期，1999 年 12 月。
- 甘添貴，科刑上一罪處斷刑之決定，月旦法學雜誌，第 58 期，2000 年 2 月。
- 甘添貴，數罪併罰之概念與根據，月旦法學雜誌，第 61 期，2000 年 6 月。
- 甘添貴，狹義數罪刑罰與執行刑之吸收，月旦法學雜誌，第 64 期，2000 年 9 月。
- 甘添貴，狹義數罪併罰與執行刑之加重與併科，月旦法學雜誌，第 67 期，2000 年 12 月。
- 吳景芳，一九九四年日本刑法修正之簡介，刑事法雜誌，第 40 卷第 5 期，1996 年 10 月。
- 吳景芳，刑法基本原則的抉擇，月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年 8 月。
- 吳景欽，連續犯牽連犯刪除後於刑事程序上之影響，法令月刊，第 56 卷第 6 期，2005 年 6 月。
- 李錫棟，論想像競合犯，全國律師，第 5 卷第 7 期，2001 年 7 月。
- 余振華，論牽連犯之存廢及其罪數，刑事法雜誌，第 36 卷第 6 期，1992 年 12 月。
- 林山田，論想像競合犯與牽連犯，軍法專刊，第 44 卷第 6 期，1998 年 6 月。

林山田，牽連犯與連續犯刪除後的處理，月旦法學雜誌，第 152 期，2008 年 1 月。

林鈺雄，新刑法總則與新同一案件——從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件概念之重構，月旦法學雜誌，第 122 期，2005 年 7 月。

柯耀程，牽連犯與連續犯廢除後之適用問題，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月。

柯耀程，刑法競合論：第一講 競合論的基本前提，月旦法學教室，第 53 期，2007 年 3 月。

柯耀程，刑法競合論：第二講 想像競合犯與牽連關係，月旦法學教室，第 55 期，2007 年 5 月。

柯耀程，刑法競合論：第三講 實質競合與事後競合，月旦法學教室，第 57 期，2007 年 7 月。

柯耀程，刑法競合論：第四講 連續關係與存廢，月旦法學教室，第 59 期，2007 年 9 月。

柯耀程，競合論爭議問題：第一講 數罪併罰之更定期刑問題，月旦法學教室，第 61 期，2007 年 11 月。

柯耀程，競合論爭議問題：第二講 廢除牽連規定的適用難題，月旦法學教室，第 63 期，2008 年 1 月。

柯耀程，競合論爭議問題：第三講 連續關係規定廢除後之個案適用難題，月旦法學教室，第 65 期，2008 年 3 月。

柯耀程，競合論爭議問題：第四講 競合論相關概念之釐清，月旦法學教室，第 67 期，2008 年 5 月。

許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念，台灣本土法學，第 46 期，2003 年 5 月。

許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(一)，台灣本土法學，第 78 期，2006 年 1 月。

許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(二)，台灣本土法學，第 79 期，2006 年 2 月。

許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(三)，台灣本土法學，第 80 期，2006 年 3 月。

許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(四)，台灣本土法學，第 81 期，2006 年 4 月。

許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(五)，台灣本土法學，第 82 期，2006 年 5 月。

許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(六)，台灣本土法學，第 83 期，2006 年 6 月。

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

陳志輝，肇事逃逸罪與遺棄罪之競合關係—簡評最高法院九三年度台上字第六五一三號判決—，台灣本土法學，第 70 期，2005 年 5 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，月旦法學雜誌，第 122 期，2005 年 7 月。

陳志輝，想像競合犯的釐清作用，月旦法學教室，第 38 期，2005 年 12 月。

陳志輝，九四/九五年度刑事判決評釋——競合部分，台灣本土法學，第 90 期，2007 年 1 月。

陳志輝，競合論之發展在實務實踐的光與影—以集合犯概念為中心—，台灣本土法學，第 101 期，2007 年 12 月。

陳志輝，不法結果單一與想像競合犯—最高法院裁判發展評析—，第三屆學術與實務之對話 刑法修正後衍生之爭議問題—最高法院96/97年度實體法裁判評釋—，司法院主辦，2008年11月7日。

陳運財，犯罪之競合與刑事裁判確定的效力，月旦法學雜誌，第122期，2005年7月。

張麗卿，牽連轉想像與連續轉包括，月旦法學教室，第59期，2007年9月。

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，第39期，2006年1月。

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，第37期，2005年11月。

楊雲驊，「牽連犯」及「連續犯」規定廢除後對刑事訴訟法「犯罪事實」概念之影響，月旦法學雜誌，第122期，2005年7月。

廖正豪，刑法之修正與刑事政策之變遷，刑事法雜誌，第50卷第4期，2006年8月。

蔡墩銘，不作為犯之競合—評最高法院九三年度台上字第六五一三號判決—，台灣本土法學，第72期，2005年7月。

鄭逸哲，以一罪論，月旦法學教室，第8期，2003年6月。

鄭逸哲、劉柏江，「構成要件競合」與「構成要件該當性的判斷流程」，法令月刊，第59卷第7期，2008年7月。

鄭逸哲，「想像競合犯以一罪論」並不變動「罪數」，而是變動「罪名數」，月旦法學雜誌，第161期，2008年10月。

### (三) 學術論文

吳金芳，論連續犯、牽連犯、常業犯規定廢除後之論罪科刑—兼論實務與學說，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2008年1月。

陳怡文，由犯罪之本質探討罪數之判斷標準，國立台北大學法學系研究所碩士論文，2002年7月。

楊一帆，法條競合與想像競合犯之間，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2004年6月。

## 二、外文參考文獻

野村 稔著，全理其、何力譯，刑法总论，法律出版社，2001年9月2刷。



# 附錄

## 判例變動表

判例字號	變動原因	本則判例不合時宜，不再援用	法律已修正，本則判例不合時宜，自 95 年 7 月 1 日起不再援用	本則判例保留，應注意新刑法已修正，刪除牽連犯之規定	移列或加列至他法條
17 年上字第 107 號					▽ (刑法第 222 條)
17 年上字第 247 號				▽	
17 年上字第 628 號				▽	
18 年上字第 356 號			▽		
18 年上字第 430 號	▽				
18 年上字第 982 號				▽	
18 年上字第 1571 號			▽		
19 年非字第 142 號				▽	
19 年上字第 976 號			▽		
19 年上字第 1330 號				▽	
19 年上字第 1773 號				▽	
20 年非字第 27 號			▽		
20 年上字第 13 號	▽				
20 年上字第 429 號			▽		
20 年上字第 629 號			▽		
20 年上字第 750 號	▽				
20 年上字第 989 號	▽				
20 年上字第 1399 號	▽				
20 年上字第 1776 號	▽				
20 年上字第 1869 號			▽		
21 年上字第 679 號				▽	
22 年上字第 201 號			▽		
22 年上字第 382 號				▽	
23 年上字第 1401 號			▽		
24 年上字第 2165 號				▽	
24 年上字第 3340 號				▽	
25 年上字第 1328 號				▽	
25 年上字第 1823 號				▽	
25 年上字第 2127 號				▽	
25 年上字第 7423 號				▽	
26 年滬上字第 18 號				▽	
26 年滬上字第 558 號				▽	
26 年滬上字第 1833 號			▽		
26 年上字第 2299 號				▽	
27 年滬上字第 112 號			▽		
27 年上字第 346 號				▽	
27 年上字第 2214 號			▽		
27 年上字第 2664 號			▽		
27 年上字第 2739 號				▽	
27 年上字第 2949 號				▽	
28 年上字第 794 號				▽	
28 年上字第 862 號				▽	
28 年上字第 2536 號				▽	
28 年上字第 2645 號			▽		
29 年上字第 424 號				▽	
29 年上字第 818 號				▽	
29 年上字第 843 號				▽	
29 年上字第 990 號				▽	
29 年上字第 1358 號			▽		

判例字號	變動原因	本則判例不合時宜，不再援用	法律已修正，本則判例不合時宜，自 95 年 7 月 1 日起不再援用	本則判例保留，應注意新刑法已修正，刪除牽連犯之規定	移列或加列至他法條
29 年上字第 1527 號				√	
29 年上字第 2146 號			√		
29 年上字第 2159 號				√	
29 年上字第 2756 號			√		
29 年上字第 3329 號				√	
30 年上字第 270 號				√	
30 年上字第 456 號			√		
30 年上字第 1451 號			√		
30 年上字第 2086 號			√		
30 年上字第 3232 號				√	
35 年京非字第 10 號			√		
37 年特覆字第 4854 號	√				
37 年特覆字第 5389 號	√				
37 年特覆字第 5394 號	√				
38 年穗特覆字第 54 號				√	√ (刑法第 2 條)
40 年台非字第 18 號			√		
42 年台非字第 9 號				√	
42 年台上字第 410 號				√	
43 年台上字第 348 號			√		
43 年台上字第 721 號	√				
45 年台上字第 1149 號				√	
45 年台上字第 1296 號			√		
46 年台上字第 705 號				√	
46 年台上字第 1265 號			√		
46 年台上字第 1374 號	√				
47 年台非字第 63 號	√				
47 年台上字第 28 號	√				
47 年台上字第 297 號				√	
47 年台上字第 1350 號				√	
47 年台上字第 1523 號	√				
48 年台上字第 910 號				√	
48 年台上字第 1227 號			√		
48 年台上字第 1377 號			√		
49 年台非字第 24 號				√	
49 年台上字第 1409 號				√	
49 年台上字第 1473 號	√				
50 年台非字第 108 號				√	
50 年台上字第 148 號				√	
51 年台上字第 347 號			√		
51 年台上字第 1775 號				√	
54 年台上字第 1404 號				√	
64 年台上字第 1404 號			√		
64 年台上字第 2175 號			√		
67 年台上字第 477 號			√		
68 年台上字第 198 號				√	
69 年台上字第 695 號				√	√ (原列載刑法第 55 條部分不再刊登)
69 年台上字第 696 號				√	
69 年台上字第 3689 號			√		
69 年台上字第 4917 號				√	
71 年台上字第 1143 號				√	
71 年台上字第 3663 號			√		
73 年台覆字第 17 號				√	
73 年台上字第 5446 號				√	
74 年台上字第 6450 號			√		
79 年台上字第 547 號			√		





## 著作權聲明

論文題目： 想像競合犯與牽連犯之研究

論文頁數： 287 頁

系所組別： 法律學系碩士班法律專業組

研 究 生： 洪健銘

指導教授： 廖正豪 博士

畢業年月： 中華民國九十八年一月

本論文著作權為 洪健銘 所有，並受中華民國著作權法保護。

