

「意圖犯」意圖實現於刑法之評價

柯 耀 程^{*}

目 次

緒言	參、意圖實現與基本構成要件間的關係
壹、意圖的基本概念	一、意圖犯構成要件該當問題
一、意圖概念的演進	二、意圖犯類型的整體判斷
二、意圖與故意之界分	肆、意圖實現在刑法上的評價
(一) 意圖與故意等視的觀點	一、意圖犯構成要件的結構型態
(二) 意圖與故意具有程度上差異之見解	二、意圖實現的評價及處理
三、意圖的實質內涵分析	伍、意圖實現問題的省思—代結論
貳、意圖犯構成要件的分析	
一、主、客觀完全相符的構成要件	
二、主、客觀不相符的構成要件	
三、意圖犯的基礎型態	

緒言

刑法於各種犯罪類型的目錄（即各犯罪構成要件所定之犯罪類型）揭示犯罪行為為於刑法評價之根本成立要件。從犯罪行為構成要件體系中，可以發現，個別構成要件實現之基本條件乃在客觀上為一行為、而主觀上具單獨犯罪意思。若超出此種根本性之要求，即主、客觀上非單一情況時，僅於具特別合法性事由的立法考量下

* 德國慕尼黑大學法學博士，中正大學法律系暨法研所副教授，東海大學法律系兼任副教授

方可允許其存在。例如加重結果犯（註一）、想像競合犯（註二）等是。否則即應依個別獨立之犯罪予與處理。由於刑法對各種犯罪類型成立的主觀要件以故意為原則，且統一規定於刑法總則中，形成統一適用之原則（註三）；而過失處罰為例外，僅於刑法個別犯罪構成要件中有規定時，方可罰及。故而，不法行為均以單一主觀要件為前提即一犯罪類型在構成要件體系中，原則上均僅能有一主觀要件。如逾越此種界線，則需視之為個別獨立之犯罪行為，而應依實質競合（*Realkonkurrenz*）加以處理。惟刑法中卻有不少所謂「意圖犯」（*Absichtsdelikt*）的規定，例

- （註 一） 關於加重結果犯的法律性質，向來學說均從主觀層面加以觀察，而認為加重結果犯係對基本犯罪事實具有故意、而對於所生加重結果至少有過失。若依此加以觀察，則加重結果犯基本結構乃為「故意-過失」之結合形式。但此種解說方式是否真能說明加重結果犯之本質，且說明何以一犯罪類型中具有雙重主觀要素，而仍許其成為刑法評價上之單獨類型。仍有令人質疑之處。如從「罪責原則」（*Schuldprinzip*）的觀點加以分析，不難發現其疑點。蓋依通說之見，加重結果犯係於主觀上為「故意-過失」之關係。但何以僅於所生加重結果有過失之情況下，即予與超越罪責的法律效果？為重新詮釋加重結果犯的法律性質，乃有學者從客觀上著手，認為加重結果犯應係白行為與結果間之直接關係（*unmittelbarer Zusammenhang*）加以衡量，方可解出加重結果犯之本質。據此，乃認為加重結果犯係為彌補想競合之不足而設立者。蓋刑法想像競合法理於行為客體同一（*Identität des Handlungsobjektes*）時有適用上困難情況。如犯故意傷害因而致人於死，如依想像競合處理，則為故意傷害與過失致死，二者從一重處斷。但行為客體究竟只有成傷、抑或死亡，二者勢必不能並存，為解決此一困境，乃有加重結果犯之設置。Dazu vgl. Küpper, *Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt* 1982, S. 80ff.; Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen* 1986, S. 144ff.; 148ff.; Rudolphi-SK, Rn. 1f. zu § 18.
- （註 二） 想像競合犯從其本質而言，係屬犯罪複數（*Verbrechensmehrheit*），蓋其所實現者為數犯罪構成要件。而其所以視為刑法評價上之單數，實因其僅有一行為之故。Hierzu alledem Ke, *Yaw-Cheng, Idealkonkurrenz und Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht* 1993, S. 111ff.
- （註 三） 儘管在刑法總則中，對故意及過失設定一統一性適用的基準，但其只是原則性的規定而已，也就是在各種犯罪類型的適用上的原則，至於個別的主觀要件的內容則仍須視個別構成要件對犯罪成立的要求而定。因而刑法 §§ 13、14 所定者只是原則性適用之規定，非針對具體內容的要求。

如財產犯罪中大部份的犯罪類型，如竊盜罪（§§ 320ff.）、搶奪罪（§§ 325ff.）、強盜罪（§§ 328ff.）、侵佔罪（§§ 335ff.）等；又如偽造罪（§§ 195ff.；§§ 201ff.；§§ 210ff.），此類犯罪類型中除故意之主觀要件外，尚有所謂「意圖」（Absicht）的主觀要件存在，也就是於同一犯罪構成要件中同時含有兩個主觀要件。惟，何以在一犯罪行為中可以允許具有雙重主觀要件存在？此雙重主觀要件之關係為何？其相互間對根本構成要件成立又有何種影響？此種「意圖犯」的法律性質又為何？其存立的基礎何在？刑法上對於意圖犯的評價又應為何？意圖犯之意圖內涵與本罪間的關係又為何？諸如此類問題，一直都是刑法上亟待解決的問題。而此類問題亦是刑法領域中的灰暗地帶。特別是關於「意圖犯」意圖實現之處理，在文獻上幾乎是付之闕如。

例如，竊盜罪（§ 320）中規定「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者」，依通說之見解，認為對於竊取行為本身以具有未必故意（Dolus Eventualis）為已足。但在主觀上所謂「不法所有」則需具備更明確意思的「意圖」。至於意圖是否完全實現，則無礙於竊盜罪之成立（註四）。但如意圖果真實現，則刑法是否置之不理，而逕以竊盜罪加以處理即為已足？如此一來，何以在偽造罪章中意圖實現，即持以行使，又另加規定處理（註五）？

由於刑法學理上對於意圖犯之法律性質及其法律上之功能，鮮予以探討，乃至於在具體實用上，常出現誤用之情況（註六）。而使得刑法意圖犯在各種犯罪類型中依然蒙上一層神秘的面紗。為能在刑法建立一完整犯罪類型架構，必使其具體

（註 四） 參閱林山田，刑法特論（上），217 頁以下；蔡墩銘，刑法各論，142 頁以下。Außerdem Roxin, Strafrecht AT, S. 270ff; Wessels, Strafrecht BT, Teil 2, S. 30f.

（註 五） 參照刑法§§ 196, 201II, 216。此類規定於行為人親白實現意圖內容時，亦應具有獨立的作用，否則極可能喪失部份規範之功能。

（註 六） 實務上常以法律競合（Gesetzeskonkurrenz）中的吸收關係（Konsumtion）來處理意圖實現的問題。以偽造罪為例，行使偽造文書、有價證券、貨幣，均以吸收關係加以處斷，惟此種處置方式乃免不了「恣意」之嫌。蓋於偽造文書類，乃以行使吸收偽造，其理由為後行為吸收前行為；反之，於造貨幣類型中，又反過來以偽造吸收行使，其理由為重行為吸收輕行為。惟同是行使和偽造，如何可事前判斷為輕重？關於濫用吸收關係作為處理準據之批判，見林山田，論法律競合與不之前後行為，台大法學論叢第 22 卷第 2 期，129 頁以下。

適用上得以前後一貫，且提供判斷上一個法理上論據充分，實用上無所窒礙的標準。實應先從意圖的概念先加以認識。

壹、意圖的基本概念

意圖在刑法的構成要件體系中係於故意、過失外的另一種主觀構成要件。然而，刑法中關於意圖的具體內涵為何？並不明確（註七）。德國於1962年刑法修正草案（Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962）曾試圖對意圖下一法定定義，且如故意、過失般納入法律規定之中，而將意圖定義為：“蓄意實現法律所定意圖行為所涵蓋之情狀者”。但由於此定義的不明確性，並考量及各種不同的意圖構成要件的差異性，未納入法律規定之中（註八）。將意圖判斷的工作委諸學理及實務。一般認為，所謂意圖者，係指以目標導向而致力於構成要件所規定結果之實現（註九）。由於構成要件具有不同的結果，各種目的導向亦隨之不同。所以，德國刑事司法實務上亦認為，對於意圖的概念由於可罰行為的法律性質及個別法律要件所設定之目的的差異，應予以不同的詮釋（註一〇）。儘管學理上不斷的努力，企圖對意圖確立一明確的概念範圍，但迄今仍尚未達成，而僅得自個別情況予以判斷。

一、意圖概念的的演進

刑法犯罪結構的確立應推至貝林（Ernst Beling）犯罪論的構成要件體系（註一一）。在貝林的犯罪結構體系中構成要件本身係不具有評價色彩、中性的、全然客觀的。刑法評價乃落入違法性判斷階段之中；而所有行為人主觀要素則是屬於罪

（註七） Vgl. Roxin, aaO., S. 270; Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht AT, 4. Aufl., S. 266, 267; Schroeder-LK, Rn. 16 zu § 16. 我國文獻參閱林山田，刑法通論，117頁。

（註八） Statt allem vgl. Roxin, aaO.

（註九） 同註6。

（註一〇） Vgl. BGHSt 4, 108; 9, 144; 13, 221; 16, 3.

（註一一） Beling, Die Lehre vom Verbrechen 1906（Nachdruck vom 1964），S. 110ff.; ders., Die Lehre vom Tatbestand 1930, passim.

責處理的範圍（註一二）。因此，所有犯罪行為的主觀要素，如故意、過失、意圖、不法意識等，皆屬於罪責的內容。此種犯罪架構很明顯地將犯罪行為的判斷區分為三個判斷階段，且各階段亦截然分立。截至 H. A. Fischer, Hegler, Mezger 等人發現所謂「主觀構成要件」（subjektiver Tatbestand）（註一三）後，（此種主觀構成要件的觀點自 1930 年即已得到認同，且成為共認的見解）。貝林的犯罪結構乃受到考驗。另外 Max Ernst Mayer 發現「評價的構成要件要素」「normative Tatbestandsmerkmale」，一反貝林構成要件純屬無評價色彩的說法。貝林的犯罪架構乃產生變化。此後，刑法的犯罪架構雖仍維持三階段判斷的架構，但其判斷內涵已產生質變而生新的型態，而此種新型態的架構迄今仍支配著刑法犯罪結構（註一四）。由於犯罪架構的判斷內容的變革，乃使得原屬於罪責範圍的主觀要件跳出原有的窠臼，而進入構成要件的範圍之中。使得主觀要件頓時具有雙重地位（Doppelstellung）。「意圖」這一個主觀要件也隨著 Mezger 等人發現主觀構成要件而進入了構成要件體系之中。當然，此種變革也使得主觀要件在構成要件及罪責中的實質內涵更加混淆，而難以界定。惟通說乃認為構成要件中之主觀要件主要為對於構成要件所規定的客觀情狀的「認知」與「意欲」（註一五）。然而，以此二抽象概念來說明故意、過失或其他主觀要件，仍為學理上所爭論。

至於意圖在構成要件中的實質內涵為何？其與其他主觀要件，特別是與故意間的關係如何定位，在學說上一直都未能形成一致性的共識。大體上，學說對於「意圖」的理解主要在於界定與直接故意間的關係。有認為意圖根本上與直接故意為同一概念；亦有認為意圖與直接故意具有程度上之不同；也有認為意圖與故意間有實

（註一二） Vgl. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 8ff., 20ff., 31ff.

（註一三） Mezger 等人認為犯罪行為的可罰性，於多數情況下，非必等到罪責階段，方能加以判定，而是多方取決於反映在行為的行為人意思之上，亦即行為的不法上。Mezger 亦以竊盜為例，認為如無不法持有（rechtswidrige Zueignung）的意圖時，即使取走他人之物或其他動產，亦難認定具有竊盜之不法型態。故而，構成要件的不法類型猶需主觀要件共同作用，始能確立。Vgl. hierzu Roxin, aaO., S. 169.

（註一四） Ausführlich Roxin, aaO., S. 169, 170.

（註一五） Vgl. Baumann/Weber, Strafrecht AT, 9. Aufl., S. 281, 282; Roxin, aaO., S.189ff., 697ff; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., S.256ff., 315ff. Jescheck, aaO., S.262ff.

質內涵上之差異。各種說法紛紜，實難確立一個明確的輪廓。為深入瞭解「意圖」的實質內容，實有必要進一步分析其主觀層面的內涵及與故意間之關連性。

二、意圖與故意之界分

學說上為因應犯罪結構的實質內涵的變革、為能明確界定主觀構成要件在犯罪構成要件體系中的實質內容，以便與罪責層面的主觀罪責要素相區分，乃從內在心理作用中畫出兩個主觀的要素，即所謂之「知」（Wissen）與「欲」（Wollen），試著透過這兩個要素的交互作用，界定出各種主觀構成要件的形式。惟在「知」與「欲」這兩個要素程度的認定上，卻也產生相當大的分歧（註一六），也因此造成界定意圖與故意間意見相當不一致：

（一）意圖與故意等視的觀點

在早期時候，有學者認為故意與意圖係相等的概念。且對意圖宜採取嚴格的認定。「意圖」應界定在「直接致力於構成要件之實現」（das unmittelbare Erstreben der Tatbestandsverwirklichung），也就是說，犯罪主觀要件（故意 = 意圖）的成立不只是行為人對於犯罪結果的「確定」或「可能」實現可以想見，並且需有意且具目的性地促使其發生（註一七）。如費爾巴哈（Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von）所言：“故意者係將渴望違法性的意識作為法律侵害目的的意思”（註一八）。而對此見解最深入描述者，應屬Lipmann，其認為故意者係指所有蓄意加以實施或作為達到目的手段之行為的所有作用，亦即「有意之行為」（gewolltes Verhalten）（註一九）。惟此種見解並非真正對於意圖概念加以詮釋，而係針對故意適用範圍予以界定而已。

（註一六）基本上，刑法藉由這兩個概念來說明主觀的要件，仍有其抽象性及不明確性。通常在主觀要件故意的「認知」層面，主要係從對於行為結果發生認為確定或只是可能來劃分不同程度的故意形式；而在「意欲」層面則以行為結果發生，究係所期望，抑或只是無所謂或非所期望來界定意欲的程度。而探討行為主觀構成要件，最主要的無異是在確立行為人對其所導致之結果的認知與意欲的關係。Vgl. Samson, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, in: JA 1989, S. 449; Lackner, StGB, § 15 II.

（註一七）Vgl. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht 1964（Neudruck der Ausgabe 1930），S.88.

（註一八）Aao.

（註一九）Aao.

將意圖與故意等視者，應推目的論者（Finalist）。依 Welzel 之見：所有刑法上評價之有意識行為均係具有目的導向的行為，也就是行為的主觀要素必須對於客觀行為情狀及結果具有引導的目的性（steuerende Finalität）（註二〇）。也因此 Welzel 並不區分意圖和故意，而基於目的性的要求，認為所有的刑法評價上的行為人主觀要件均需具備「認知的」（intellektuell）和「任意的」（voluntativ）要素。由於 Welzel 要求所有針對目標所設定的實現意思（Verwirklichungswille）必須是根本且為直接，故而於主觀層面區分意圖與故意就變成毫無意義。

（二）意圖與故意具有程度上差異之見解

通說認為意圖與故意間應有程度上之差異，亦即意圖應較故意對於犯罪結果的實現更為殷切。蓋意圖除了對構成要件結果具有認識之外，更致力其實現。因此，部份學者乃將意圖視為「故意第一級」（Dolus 1. Grad）而將直接故意（Dolus directus）視為「故意第二級」（Dolus 2. Grad）（註二一）；亦有學者認為意圖乃直接故意的提昇形式（Steigerungsform des dolus directus）（註二二）。大部份學者並不從名稱上加以界定，而從意圖與故意的實質內容上予以闡明。Jakobs 認為意圖係指行為人對於主要結果的主觀關係，而故意者主要係涉及附帶結果（註二三）。而 Jescheck 則視意圖為行為人對於構成要件該當行為或對於構成要件所設定之結果，致力其實現，而認為意圖內容主要為故意的意欲要素（Willensfaktor）（註二四），意圖的具體內涵應為目的意識及致力目標達成的主觀要素。至於行為人是否確實或僅認為可能實現結果，則無關意圖之成立（註二五）。Engisch 視意圖為：“致力於使一個業已存在於意識中、但尚未實現的狀

（註二〇） Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 64.

（註二一） Vgl. Jakobs, aaO., S. 266, 268; Samson, JA 1989, S. 449ff; Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., S. 201; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilbd. 1, 6. Aufl., S. 294. Insbesondere Lenckner, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, S. 1890ff., 1894.

（註二二） So wie Baumann/Weber, aaO., S. 398; Wessels, aaO., S. 64.

（註二三） Jakobs 所指的主要結果（Hauptfolge）係基於所有的構成要件實現或其所期待之作用之故，而竟欲加以實現者謂之。Dazu Jakobs, aaO.. Auch Schönke/Schröder/Cramer, Rn. 66, 67 zu § 15.

（註二四） Jescheck, aaO., S. 266.

（註二五） Jescheck, aaO., S. 267.

態或事件的發生。此種內在活動，乃促使行為的實施。在這種意義下，意圖可由兩方面加以突顯，即 1. 對結果想像的動機情況（Motivations-situation），也就是在想像層面所預設結果的努力實現，及 2. 意圖係動機性的結果意識，亦為行為的動力”（註二六）。依 Engisch 的見解，則所有的內在意向，如意圖、動機、內在驅力和目的係屬同一概念。

認為「意圖」應與故意加以區分者，莫如奧地利刑法。在其刑法 § 5 ö StGB 中即明文規定三種不同的主觀要件形式。以法定的方式來區分意圖和故意（註二七）。然而，此種規定亦只是一種原則性的規定而已，並未能真正將意圖和故意間的實質內涵明確標示出來。因此，認為意圖必須與故意加區分，似乎是學理上所共認之見解。但對於其實內涵究竟為何？仍不明確。

三、意圖的實質內涵

在刑法構成要件的中「知」與「欲」這兩個要素是目前說明主觀要件的詮釋工具。特別是在界定故意與過失、各種故意形式及故意與意圖的內容上，扮演著相當重要的角色。從意圖係「致力於結果的發生」，而直接故意「雖非致力於結果發生，卻係對結果發生具有確信」的區分觀點觀之，對於實質區分意圖與故意的關鍵點係在於主觀要件的「認知」和「意欲」這兩個要素之上。依通說之見，意圖所含的主觀要素較為側重在「意欲」方面，亦即對於結果的發生殷切的期望，且力求其發生，具有目的的引導情況，亦即意圖的判斷主要係在行為人心理與行為結果的「任意性的關係」（voluntative Beziehung），而在「認知」層面則以結果實現的些微可能性即為已足，亦即以未必故意的「認知」程度為已足（註二八）；而直接故意雖在「意欲」程度上未若意圖來得高，但在「認知」的層面上卻要求需對結果實

（註二六） Dazu Engisch, aaO., S. 142, 143.

（註二七） 奧地利將意圖及故意納入刑法規定之中，希望能透過法定定義（Legaldefinition）來界定意圖和故意。惟此種構想於德國早在 1962 年的刑法修正草案即已被考慮納入規定，後來由於概念的不明確及構成要件中不同的意圖內涵而作罷。雖然奧地利刑法試圖將意圖概念在總則中做一統一年性之規定，即其刑法 § 5 II 所稱：「意圖行為者，為行為人蓄意實現法律所定意圖行為的情狀或結果者」，但依然未能將各種意圖形式及實質內涵予以突顯。

（註二八） Vgl. Schroeder-LK, § 16 Rn. 76.

現有明確的認識方可（註二九），即比意圖為高。更進一步言，所謂意圖係對結果之達成的主觀、內在的活動。而直接故意所側重的主觀上要素乃在認知方面，其對於結果的發生具有確定性的認定，或者認為所認知結果確實與其他目的相結合。如以圖示說明，則二者透過「知」與「欲」的界分，其情況如次：

主 觀 要 件	意 欲 要 素	認 知 要 素
意圖(Absicht)	努力促使結果發生	於區分定義上並無意義
直接故意 (dolus directus)	於區分定義上並無意義	1、對結果發生具有確信 2、確信結果與他目的 相結合
未必故意(dolus eventualis)	有爭議	對結果發生認為可能

（本表參見 Samson, JA 1989, S. 450 本表主要作用乃在區別意圖乃故意的爭執點，非用於揭示個別概念）

故而，意圖為只要行為人致力於刑法構成要件所定內容之結果的實現，即可成立，至於其對於該結果是否認為確定，抑只是可能，對意圖成立並不生影響（註三〇）。然而，在構成要件體系中何時應於主觀要件上規定為意圖，而何時僅規定故意即可？始終都是立法上考量及界定意圖和故意所困擾的問題。

貳、意圖犯構成要件的分析

在刑法構成要件中，犯罪行為的構成要件該當性，必須行為的主、客觀要件完全與構成要件所規定者相符。而構成要件主、客觀要件的關係如何？自然亦涉及是否該當構成要件之判斷。從構成要件主、客觀要件的關係加以分析，可觀察出構成要件中有二種基本的型態：

（註二九） Vgl. hierzu Roxin, aaO., S. 269; Samson, JA 1989, S. 450.

（註三〇） Vgl. Samson, aaO.

一、主、客觀完全相符的構成要件

一般而言，刑法的構成要件通常是主、客觀要件完全相符，亦即主觀要件所要求的內容與客觀要件所規定者相當，即所謂「一致的構成要件」（kongruente Tatbestände）。此種構成要件，主觀要件的要求乃以故意為已足。而該構成要件該當的先決條件必須主觀要件涵蓋所有的客觀事實情狀。而此種完全相符的情狀，即主觀要件的要求＝客觀要件的規定（註三一）。例如毀損器物罪（§ 354），其成立的前提客觀上需行為人毀棄、損害他人之物，而主觀上，行為人故意所涵蓋的範圍乃「他人」、「物」及「損壞」。此種主、客觀要件一致性（Kongruenz）的構成要件，其犯罪類型主觀要件的要求以故意（直接或未必故意）為已足。更明確地說，乃以未必故意（Eventualvorsatz; dolus eventualis）即為已足。但亦有少數此類構成要件在主觀的要求需以直接故意（direkter Vorsatz; dolus directus）始為相當。此種特別要求，在規定上常有「明知」的用語，例如 §§ 125I（3）；128；129 I, II 即屬此種特別要求。

二、主、客觀不相符的構成要件

立法者在設定各種犯罪類型的要件時，亦常使用所謂「不一致的構成要件」（inkongruente Tatbestände），即在此種構成要件中，主觀要件所含的內容較客觀要件所規定者為多。而對於此種犯罪類型，一般上對於涵蓋客觀要件的主觀要件亦以故意要求之，但對於超出客觀要件規定範圍的主觀要件則稱之為「意圖」或「超出的內在傾向」（üerschießende Innentendenz）。例如 § 339 的詐欺罪，其客觀構成要件為欺騙、陷於錯誤、交付及損壞，而此種客觀要件係屬故意所應加涵蓋之要素。此外，對該犯罪類型成立上要求其他主觀的要件，即所謂「圖利意圖」（Bereicherungsabsicht）（註三二）。而此種超出客觀構成要件規定的主觀要件對於該犯罪類型成立的影響如何？一般均認只要其對超出部份的內涵具有意欲即可，至於其是否真的實現，對於該犯罪類型的成立不生影響（註三三）。刑法「意圖犯」

（註三一） Vgl. Samson, JA 1989, S. 451.

（註三二） 我國現行法財產罪中的構成要件對於此種超出客觀構成要件之外的主觀要件的规定常以「意圖為…不法所有」，如 §§ 320ff.，325ff.，328ff.，335ff.，339ff.，346. 或「意圖為…不法之利益」，如 § 342。

（註三三） 參見林山田，刑法特論（上），424 頁及 218 頁；蔡墩銘，刑法各論，223 頁。此外，Samson, JA 1989, S. 452f.

則僅存在於此種「不一致構成要件」之中。

綜合而言，在「一致的構成要件」中，主觀要件的要求以故意（含直接故意及未必故意）為已足。此時在個別構成要件中並未特別規定主觀要件，除非法有特別明訂以直接故意為成立的主觀要件，否則未必故意即為已足。反之，在「不一致的構成要件」中，除與客觀構成要件所規定者要求故意之外（如上述一致的構成要件情況，以未必故意為已足），尚需有額外的主觀要件存在，及法所定之意圖。然而，因刑法各種意圖犯的內涵不甚一致，故而其亦難有一致性的意圖概念。

若從主觀要素的「知」與「欲」加以觀察，可發現對於客觀構成要件實現的主觀要素，乃傾向於「知」的層面；而在意圖中卻以「欲」的成分為重。但如故意中不具有「意欲」的要素，可否成立故意？同樣的，意圖的要素中如無「認知」的要素，可否成立意圖？這是一個迄今仍困擾著學者的問題（註三四）。學理上仍須更加努力來解決此種主觀上的差異所造成的不同認定問題。惟此問題非本文主要部份，此不再深加探究。

三、意圖犯的基礎型態

刑法構成要件體系中，意圖犯僅存在於主、客觀不一致的構成要件類型。惟因各構成要件的本質不同，對超出客觀構成要件要素範圍外的主觀要件的要求，亦非一致。但主要可從二類型加以審視之：其一所謂之意圖者，並非針對「所計畫之法益侵害」（geplante Rechtsgutsverletzung）本身，而係對類型化的行為人動機（vertypte Tätermotivation）加以描述，在大多數的財產犯罪類型中的意圖規定即屬此類；另一類意圖則涉及所保護法益之侵害（Verletzung der geschützten

（註三四） 關於以「知」與「欲」作為闡明行為主觀要件，雖仍為所採，但亦有學者對於此二概念予已質疑。Vgl. Lackner, StGB, § 15 II。此外，對於各種行為主觀要件的內容在這二要素的成分如何，向來為學界所爭論，此亦涉及故意與意圖間，直接故意與間接故意間，在這二層要素上所含程度上多寡，而為區分準據問題。此類問題仍未有明確性的定論。Vgl. Engisch, aaO., S. 141ff., 220ff; Samson, JA 1989, S. 450ff.; Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes, in: Armin Kaufmann-GS 1989, S. 289ff.; Jakobs, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 (1989), S. 516ff.; Schumann, Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH, JZ 1989, S. 427ff.; Spindel, Zum Begriff des Vorsatzes, Lackner-FS 1987, S. 167ff.

Rechtsgutes) 本身 (註三五) , 如刑法關於偽造之犯罪類型, 其主觀要件規定的意圖即爲此類。

在第一種意圖類型中, 意圖並非針對法所定之法益侵害本身, 而係具有對於於法益侵犯之外, 行爲人的特別可責性及危險性的動機的內在意向。此種類型特別重在意圖內容的明確性, 亦可稱爲本然的意圖概念。另外, 第二種類型的意圖, 其所涉及的内容爲法益侵犯的本身, 故行爲人行爲的可罰性確立並非在法益侵害時即已成立, 而需待確立意圖存在時, 方爲完足。此種類型的意圖犯類型, 其客觀構成要件實現, 僅爲整個犯罪類型的前階段 (Vorstadium) 而已。然而個別的意圖犯類型間的差異性甚大, 雖概略地藉由此二基礎類型的說明, 亦僅能得其梗概, 因限於篇幅關係, 對各種意圖犯罪類型於此不加闡明 (註三六) 。

參、意圖實現與基本構成要件間的關係

向來在刑法的論理 (strafrechtliche Dogmatik) 對於各類犯罪類型的探討, 特別是對於意圖犯的論述, 大多將焦點置於各要件要素的闡明, 至於對整體的關係, 如主觀要件對犯罪類型成立的關係, 主觀要件與客觀要件是否一致對犯罪成立的关系等, 則依然是刑法中尚待開發的領域。而最明顯的問題莫若意圖犯意圖實現對於基本犯罪構成要件實現間的評價關係。諸如意圖內涵對基本構成要件該當有何

(註三五) 關於意圖犯在構成要件體系中的實質内容差異, 而藉由此種差異作爲區別意圖犯類型的論述, 請參見 Schonke/Schroder/Stree, § 257 Rn. 22; Samson-SK, § 257 Rn. 31; Lackner, StGB, 5 a zu § 257; Roxin, aaO., S. 272。

(註三六) 關於意圖實質内容的闡述, 向來文獻甚爲少見, 已於前述。一則係因爲構成要件中意圖意義的不明確性; 再者, 由於各個意圖構成要件間内容的不一致, 乃使得爲求得一一致性意圖概念的努力終歸失敗, 而僅得以就個別的意圖構成要件加以分析, 也就是藉由各種解釋的方法以確定各種意圖構成要件的内容。 Vgl. Roxin, aaO., S. 274。新近有德國學者 Gehrig 嘗試對意圖概念加以分析, 其結果亦僅能從別意圖構成要件中分別探求其的意義。 So Gehrig, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB 1986, passim。此外, 尚有學者對於各種意圖内容的要求加以分析, 而界定不同意圖的主觀程度間的差異。詳見 Samson, JA 1989, S. 453,454。

作用？是否意圖內容對犯罪成立有所影響？意圖實現所生的評價作用究為何？都是學理上亟待澄清，而實務上殷殷期盼解決的問題。

一、意圖犯構成要件該當問題

意圖犯的結構乃行為人主觀的意向超出了客觀構成要件所規定事實情狀外的一種犯罪類型，依通說之見，意圖係立於故意外的一個獨立的主觀不法及罪責的要素（Unrechts- und Schuld element），屬於主觀構成要件。而此種主觀要件既非涵蓋所有的客觀事實情狀，亦非如客觀可罰性條件（objektive Bedingung der Strafbarkeit）係為犯罪成立要素。然因意圖犯在主觀要件和客觀要件並不一致，即主觀要件超出客觀要件所定的客觀事實。因此，對於犯罪行為第一判斷階段的構成要件該當性（Tatbestandsmäßigkeit）的認定，乃成為確立意圖犯所需先決定的問題。也就是該超出客觀要件外的主觀要件對行為的構成要件該當性判斷是否有影響。

一般而言，意圖要件所針對者並非個別的構成要件事實情狀，而係涉及整體事實的實現而言（註三七）。故如對於意圖犯的整體構成要件，不能確定意圖的存在，則雖行為該當所有的客觀事實情狀，亦不能認為該意圖犯的整體構成要件已實現，即並未有構成要件該當的情況。例如竊盜罪中如行為不具有法定之意圖時，則竊盜罪的構成要件並不成立（註三八），亦即，意圖對於立法者所設定之特定犯罪類型構成要件該當與否仍具有決定性之作用。但如何對此種超出客觀構成要件外的主觀要件加以判斷，卻是刑法上「主觀要件客觀化」（Objektisierung subjektiver Tatbestände）的問題。此種問題在於「主、客觀要件一致」的構成要件類型判斷上問題並不若「主、客觀要件不一致」者來得複雜（註三九），蓋此種一致性的構

（註三七） Vgl. Lackner, StGB, § 15 II 3; Schönke/Schröder/Cramer, § 15 Rn. 66, 67; Rudolphi-SK, § 16 Rn. 36.

（註三八） 由於意圖不能確立，則該構成要件並不能視為已被實現。而行為僅該當竊盜罪的客觀構成要件而已，此種情況即實務上所謂的「使用竊盜」；而德國稱此種僅該當竊盜罪客觀構成要件，卻不具有「取得意圖」（Zueignungsabsicht）的情形為「無權使用」（Gebrauchsanmaßung），而另成立依其他犯罪類型。參見德國刑法 § 248b 及我國刑法修正草案 § 322 之一。

（註三九） 此種類型乃判斷主觀故意或過失是否完全涵蓋客觀事實情狀的問題。長期以來刑法論理（Strafrechtliche Dogmatik）即有相當的發展，且在判斷上有相當的

成要件在設計上即已使得主、客觀要件完全相符。反之，在「主、客觀要件不一致」的構成要件中，因主觀要件超出客觀要件的規定範圍之外，故其認定上，除需判斷相符部份外，尚需判斷該超出部份的內容（此即所謂意圖的判斷）。因此在基礎構成要件是否該當的判斷上，除對相合致構成要件部份需實現外，仍需額外判斷超出的主觀要件是否成立。至於如何確立意圖存在，則需針對個別構成要件的所有情狀加以解釋，並依具體情狀認定之。

二、意圖犯類型的整體判斷

意圖要件對於基礎構成要件該當問題的判斷，只是認定各種意圖犯類型的意圖內容在構成要件體系的關連性判斷的一個前提要件而已，蓋刑法中有各種不同類型，且不同意義的意圖內容存在（註四〇）。故而有必要進一步對意圖內容與各構成要件間的關係作一說明。

共識存在，而有爭議者並非主、客觀要件相合致的問題，而是主觀要件間內容界定上的問題，即 1. 未必故意與認識過失； 2. 未必故意的內容確立的問題。Hierzu vgl. Engisch, aaO., 88ff., 126ff., 239ff.; Hassemer, aaO.; Frisch, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung, in: Meyer-GS 1990, S. 533ff., 536ff., 550ff.; Brammsen, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes, JZ 1989, S. 71ff.; Schultz, Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille, in: Spendel-FS 1992, S. 303ff.; Herzberg, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewu ß er fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, S. 571ff., 635ff.; Krauss, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, in: Bruns-FS 1978, S. 11ff.; Spendel, Zum Begriff des Vorsatzes, in: Lackner-FS 1987, S. 167ff.; Puppe, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103(1991), S. 1ff.; Schroth, Die Differenz von dolus eventualis und bewu ß er Fahrlässigkeit, JuS 1992, S. 1ff.; Kupper, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewu ß er Fahrlässigkeit, ZStW 100(1988), S. 758ff.; Schoe, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, in: H. Kaufmann-GS 1986, S. 649ff.

（註四〇）我國刑法意圖犯的規定相當紊亂，概略可將之分為 1. 取得意圖，如竊盜罪、搶奪最、強盜罪、侵佔最等； 2. 得利益意圖，如詐欺罪、恐嚇取財罪、擄人勒贖罪、贓物罪等； 3. 損害意圖，此類意圖所涉及的範圍相當廣，也相當紊亂，於財產犯罪中如毀損器物罪，於其他犯罪類型中如誹謗最及各類的侮辱罪（如 § § 118,

意圖的基本類型基本上可區分為「超出法益侵害外的內在意向」及「法益侵害取向的額外主觀要件」，前者如所謂「取得意圖」、「得利益意圖」、「營利意圖」屬之；而後者如「損害意圖」、「行使意圖」屬之。這二種意圖的基本類型在整體構成要件實現具有不同的結果。在「超出法益侵害外的內在意向」的意圖犯的情形，如行為人僅實現客觀的構成要件，且對此亦有故意，但欠缺超出部份的意圖，則該犯罪類型並未成立。惟在刑法的判斷上尚有可能該當其他構成要件。蓋此種意圖犯類型的意圖係超出法益侵害的範圍之外，而法所保護的法益根本上已受侵害，基於構成要件上之設計，將此已該當之部分另予以規範（註四一）。反之，在「法益侵害取向的意圖」中，意圖的內容係針對法益侵害本身，故而如意圖不成立，則整體構成要件亦不該當，並不在衍生出他構成要件該當之情況。例如偽造罪以行使為其意圖內容，如欠缺行使的意圖時，則偽造罪亦不成立（註四二）。

當然，在意圖犯中如確立意圖成立，則構成要件即屬該當，本無問題。惟此所涉及者，僅為該「類型化意圖犯」（*vertypete Absichtsdelikte*）的該當問題而已。除此之外，尚有一個截至目前仍鮮有論及而亟待解決的問題，即所謂「意圖實現」（*Absichtsrealisierung*）的問題。一般而言，雖意圖的存在與否對於基礎構成要件的該當具有決定性作用，但不論在學理上或實務上均認為只要確立意圖的存在，至於其內容是否真的實現，皆不影響該罪的成立（註四三）。惟此種見解僅說明基礎構成要件本體，對於衍生出的意圖真實實現卻毫無助益。故刑法仍須正視意圖實現

141, 160, 309 等)；4. 行使意圖，如偽造罪中的意圖規定是；5. 營利意圖，刑法中有為數不少的條文中有「意圖營利」的規定者，如 §§ 213, 240III, 241 等。此外，有一些意圖的規定，如 §§ 100, 103, 104, 112, 135, 149, 169, 170... 等。而意圖犯最典型者乃以前五種為例。

(註四一) 此處所涉及者乃法律規定對現實生活情狀的規範問題。例如竊盜罪所規定的主、客觀要件相符的部份已該當，唯欠缺超出的主觀意圖，則竊盜罪雖不成立，但因相合致部份為他構成要件所規範，故依體情況可成立其他犯罪類型。如德國刑法所定的「無權使用」（§ 248b DStGB），及我國刑法修正草案 § 322 之一的規定。另外，如對於意圖內容有瑕疵，亦可能成為他種意圖犯，如行為雖該當竊盜罪的客觀構成要件，但卻不具有取得意圖時，可能成立毀損器物罪。參見林山田，刑法特論（上），220, 221 頁。

(註四二) Vgl. Roxin, aaO., S. 272ff.; Dreher/Tröndle, StGB, § 267 Rn. 30f.; Lackner, StGB, § 267 7f.

(註四三) 參見林山田，前揭書，179 頁；林山田，刑法通論，117 頁；Roxin, aaO., S.

的問題。

肆、意圖實現在刑法上之評價

「意圖實現」問題在刑法上的評價，始終相當棘手，蓋所涉及的問題除意圖實現是否涉及其他犯罪類型問題外，尚牽涉到何以立法者在一構成要件中除故意外上允許他主觀要素存在的根本問題。也因為意圖犯的構成要件中具有二主觀要件存在，使得學理對此種犯罪類型的態度更形曖昧（註四四）。對於一構成要件中含有二主觀要件的意圖犯類型，在德國的學理上，為解決此種犯罪類型在刑法評價上的問題，在不得已的情況下，亦僅能將意圖視為構成要件中的「第二主觀要件」（*zweite Art subjek-ten Tatbestands*）（註四五），而在意圖犯適用上，例外承認所謂「方法-結果或手段-目的」（*Mittel-Zweck-Relation od. Grund-Folge-Beziehung*）的牽連關係（註四六）。此種概略的認定，固然提供意圖實現在刑法

270; Baumann/Weber, aaO., S. 399; Bockelmann/Volk, Strafrecht AT, 4. Aufl., S. 54, 78; Jakobs, aaO., S. 267; Jescheck, aaO., S. 267; Maurach/Zipf, aaO., S. 295, 296; Wessels, aaO., S. 65.

（註四四）此種於一構成要件中具有二主觀構成要件的類型，除意圖犯外，尚有傳統上對於「加重結果犯」（*qualifizierte Delikte*），學理上認為加重結果犯的結構係主觀上為故意—過失的連結關係。但從法律效果上觀之，何以僅於故意外加入一過失情況，竟使得法律效果產生如此大的變化，而遠甚於原故意基本犯罪的評價？因此，對於一構成要件中具有二主觀要件的觀點乃受到質疑。關於加重結果犯的評論參照註1。同樣的情形，在意圖犯中，依學理上之認定，亦含有二主觀要件，即故意與意圖。對於此種結構關係的認定究係立法者的錯誤？亦或是學理探討的方向偏差？仍是刑法學尚未解決的問題。即使是刑事法學發達的德國亦未能提出有效的詮釋。

（註四五）Vgl. Vogler- LK, Rn. 16 vor § 52; Samson- SK, Rn. 23 vor § 52; Schönke/ Schröder/Stree, Rn. 14 vor § 52; Ke, Yaw-Cheng, Idealkonkurrenz und Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht 1993, S. 71; Jescheck, aaO., S. 644; Stratenwerth, Strafrecht AT Teil 1, Rn. 1211; Warda, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, S. 81ff., 84,85; Geppert, Grundzüge der Konkurrenzlehre, Jura 1982, S. 358ff., 370.

評價上的一個思考方向，但仍取決於意圖犯構成要件的結構特性。

一、意圖犯構成要件的結構型態

從上述對意圖概念到意圖內容的闡述可以瞭解，目前學理上對意圖構成要件的認定，乃視意圖犯的結構關係為雙重主觀要件的犯罪類型（註四七），這一種犯罪類型自從 Mezger 等人發現構成要件中應含有主觀要件後，即隨之困擾著刑事法學。從意圖犯的型態上觀之，意圖犯構成要件在整體結構上係 1. 對客觀事實情狀規定的客觀要件；2. 涵蓋此客觀要件的主觀要件，即故意，（意圖犯並無過失的類型）；3. 超出客觀要件的主觀要件，即意圖。且在整體構成要件該當問題上，若欠缺意圖存在時，則整體構成要件即不成立。故而，意圖犯的結構型態係刑法上的一種特殊的犯罪類型。吾人如將刑法構成要件的類型比擬成化學原子結構，則意圖犯就像多了一個離子的原子結構一般（蓋一個常態下存在的原子，其正、負離子

（註四六） 德國刑法中並未如我國有牽連犯的規定，且學理及實務上原則上均不承認所謂的牽連犯適用想像競合（*Idealkonkurrenz*）規定處理。但唯一例外的情況即針對意圖犯之情形。學者中有將意圖犯視為「雙行止犯」（*zweiaktige Delikte*），亦有將之視為「結合犯」（*zusammengesetzte Delikte*）。Vgl. dazu Jescheck, aaO., S. 644; Geppert, Jura 1982, S. 362, 370; Warda, JuS 1964, S 84f.; Wessels, aaO., S. 244。惟此種認定方式並不能真正在法理上得到有力的論據，蓋意圖犯所涉及者並非行為的外觀現象，而係行為人主觀上的意念。反觀我國刑法學界對於牽連犯的詮釋，完全偏離正常的軌道。學理上及實務上均認為牽連犯具有二以上之獨立行為存在，此係誤解牽連犯存立的正當性，蓋究係基於何種理由而允許二以上獨立行為作單一的判斷，而不依實質競合的方式處理？如僅從行為人主觀上加以推求，則無異使刑法作為客觀的行為評價規範的基礎完全崩潰；若說從客觀上的相關連性加以判斷，則其標準又何在？此完全係方向錯誤的結果。關於我國認定及處理牽連犯的情況，參閱蔡墩銘，刑法總論，266 頁以下；韓忠模，刑法原理，378 頁以下；林山田，刑法通論，351 頁以下。

（註四七） 當然，對於意圖犯探討可能尚有其他的方向，如從主觀要件要素的分析，而重新建構刑法主觀要件的認定，如此則可基於不同層次的主觀上認知和意欲的程度上差異來界定刑法評價上的主觀要件。如此一來，則刑法的整體架構將全然改觀，主觀要件將不再僅以故意或過失稱之，且故意與意圖的區分亦將是另一種的模式。惟若仍維持通說的認定，則勢必對於意圖犯構成要件類型重新定位，且意圖實現的判斷方向亦需重新加以認定。

的數目是相等的，就如同在「主、客觀要件相符」的類型中，主觀要件與客觀要件的量是一樣的），隨時可能與其他原子結合而成爲另一種型態的結構關係。在刑法構成要件體系中，立法者在立法上的考量，認爲某些構成要件除故意外，尚需具備特定的內意向時方可成立。意圖犯就成爲此種考量下的類型。也就是學說上所稱的「第二主觀要件」，作爲連接其他構成要件的基礎。

而此種結構關係的分析，僅能瞭解到意圖犯的基本型態而已。惟對於此「第二主觀要件」實現應如何評價？即當意圖犯意圖時現實，其整體型態爲何？在刑法上應如何處理？仍是一個待決的問題。

二、意圖實現的評價及處理

對於「意圖實現」問題的處理方式，甚爲困擾，例如偽造文書罪構成要件該當，只要具有行使意圖而偽造即成立，若又繼而持以行使（即意圖實現），應如何處斷？我國學理及實務上在處理此種意圖實現問題時，往往以法律競合（應稱爲法規單一，而從其本質上認定，應更明確稱爲法規適用單一）的「吸收關係」（Konsumtion）來處理，而完全忽略意圖犯的結構及意圖實現的評價問題。即使德國在處理意圖實現問題時，亦不免有紛紜。通說認爲以「吸收關係」爲處理（註四九），如以偽造私文書爲例，則行使偽造之私文書與偽造間僅以偽造處理（蓋德國刑法中並未有行使偽造私文書的規定）。惟如不只一次行使偽造之私文書，即多次

（註四八） 在偽造罪中，或以行使吸收偽造、或以偽造吸收行使，標準甚不一致。且亦誤解法律競合之意義。參見林山田，刑法特論（上），178頁，刑法特論（下），540頁以下；韓忠模，刑法各論，211頁以下；蔡墩銘，刑法各論，432頁以下。另見52台上232；52台上737；69台上695；69台上696；69台上404；70台上1107等判例。對實務上擴張吸收關係的批判，見林山田，論法律競合與不罰之前後行爲，刊於台大法學論叢，第22卷第2期，129頁以下。

（註四九） 德國雖以「吸收關係」來處理，但係因構成要件結構不同的關係所致，不可遽認與我國相同。Vgl. Schmidhäuser, Strafrecht BT, 2. Aufl., S. 173ff.; 區分的處理方式，vgl. Wessels, Strafrecht BT Teil 1, S. 178; Dreher/Tröndle, StGB, § 267 Rn. 30, 32, 35f.; Lackner, StGB, § 273 3; DusseldorfJM-BINW 51, 208 und OGHSt 1, 161, 則將之以所謂「與罰後行爲」（mitbestrafte Nachtat）來處理。而將之視爲根本即僅成立一行爲，即僅該當一整體構成要件者。Vgl. Schönke/Schröder/Cramer, § 267 Rn. 79.

實現意圖內涵時的處理上，則形成爭議的狀況（註五〇）。故而，通說的見解仍存有問題。反之，部份學者認為此種意圖實現的結構應例外承認「方法-結果」的牽連關係（德國原則上並不承認所謂牽連犯），而成立想像競合（註五一）。另外，亦有學者從不同意圖型態來處理意圖實現的問題。Samson 進一步區分不同類型的意圖犯意圖實現的處理方式。其認為在「超出法益侵害」的意圖實現應視為僅該當意圖犯的整體要件（註五二）；如在「法益侵害導向」的意圖實現，則將意圖實現視為刑罰加重事由（strafschärfender Grund）（註五三）。但此種處理方式必先能明確區分不同的意圖類型時，方有意義。故而，亦未能真正解決意圖實現的評價問題。

綜觀各種見解，欲解決「意圖實現」問題，應從意圖犯結構及其對整體構成要件成立的關係加以判斷。首先，從意圖犯的基本構造加以檢視，則意圖實現所涉及者已非原構成要件的型態，而係另一種類型的結構，其中含有原構成要件及所連結的另一個構成要件（意圖內容）。例如偽造罪中，意圖犯的整體構成要件為偽造（§ 210 或 § 211），而意圖內容的構成要件則為行使偽造之文書（§ 216），如偽造後繼而行使，所形成的連結關係係一種新的結構，在處理上應視為一種牽連關係，而此種牽連關係的基礎乃在意圖犯的特殊構造上，即所謂「超出基礎客觀構成要件的主觀要件」（註五四）。其次，再從意圖內容與整體構成要件間的關係加以觀察，只要確立意圖存在，構成要件即該當，若進一步實現意圖時，依刑法的評價，殊不應仍視為與原構成要件該當同一處理，而竟以「吸收關係」斷之，而應有不同的評價為當。

（註五〇） Vgl. Schönke/Schröder/Cramer, § 267 Rn. 79b.

（註五一） Vgl. Geppert, Jura 1982, S. 358ff., 370; Schönke/Schröder/Lenckner, § 123 Rn. 37.

（註五二） Dazu Samson-SK, § 267 Rn. 92, 93; auch Schönke/Schröder/Cramer, § 267 Rn. 79.

（註五三） Vgl. Samson, JA 1989, S. 449ff., 453. 惟需注意者，Samson 對於何種意圖犯係屬前者，何種屬後者，並未明確界分。

（註五四） 此種處理的方式，亦能符合德國學理上將意圖視為「第二主觀要件」的結構關係。且能與刑法競合論想像競合的法理，同時限縮我國牽連犯的適用範圍。至於應如何限縮牽連犯範圍，因限於篇幅關係，不加深論。

伍、意圖實現問題的省思 — 代結論

刑法對於意圖犯意圖實現問題，向來的處理方式，一直均以法律競合的方式為之。對於其結構及衍生出意圖實現所形成的架構，則鮮少加以考量。其實，意圖犯的結構關係及其意圖實現所生的型態，係一種新的連結關係，其所涉及者可能有二個不同構成要件。實應以「方法-結果」的關係來認定（註五五）。「意圖實現」問題根本上即為牽連關係的典型適用型態，且應將刑法牽連關係的適用範圍設定在針對意圖犯意圖實現的問題上。雖然，刑法中有為數不少的意圖犯，其意圖實現，並無規定可加處理，如大部份的財產犯罪類型，但此所涉及的僅是立法技巧而已，對於刑法法理的一致性並不生影響（註五六）。

當然，刑法中有各種不同類型的意圖犯，故而意圖本身概念也相當分歧。或許在未來法理的發展上，可以從其內容關係找出一個更貼切的解決方式，但以目前的意圖犯結構關係，為兼顧及刑法的完整性及系統性，似乎應將意圖實現的處理方式設定在牽連關係的適用上。蓋此種方式除可避免適法上的偏差，同時亦能顧及整體的評價。正如德國學者 Puppe 所提出的疑慮：“何以刑法中所謂「前、後行為」不以想像競合的方式處理？”（註五七）是一樣的道理。故而，本文與其說是在根本的解決意圖實現的問題，毋寧說是提供一思考的方向。

（註五五） 以牽連關係的認定方式，一則可以說明意圖之所以唯一構成要件超出客觀要件的主觀要件，再者可從意圖犯的結構上揭示不同犯罪類型的構造，有助於具體是用上的判斷。此外，將牽連關係的適用範圍限定在「意圖實現」的問題上，亦可解決向來被濫用的牽連規定。至於對牽連關係的探討應屬另一專文，於此不論之。

（註五六） 例如竊盜罪，立法者並未將單純「不法取得」視為一種犯罪類型，故而意圖實現時，即無可資適用的規定。往往形成運用上誤解意圖實現對構成要件該當並不影響的觀念。其實，如 Samson 所言，將之作為刑罰加重事由，更明確的說，作為刑罰裁量（Strafzumessung）上的刑法加重事由。例如 §§ 310, 339, 346 等是。

（註五七） Puppe, Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982, S. 143ff., 158. 17

我國離婚法制之檢討及改進

*
郭 振 恭

目 次

壹、前言 貳、現行離婚法有無缺失 參、兩願離婚要件有無修正之必要 肆、裁判離婚原因有無修正之必要 伍、應否承認以一定期間之（事實上） 別居為離婚原因	陸、應否採取積極的破綻主義 柒、離婚後子女之監護與親權應如何規 範 捌、離婚贍養費有無修正之必要 玖、有無採用（法律）上別居制度之必 要 拾、結論
-------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------

壹、前言

夫妻既為終生共同生活而結合，則於婚姻共同生活中，發生破綻，難以繼續維持婚姻關係，而當事人雙方或一方亦有意解消其夫妻關係時，即生離婚之問題。我民法就離婚方式已規定有兩願離婚與裁判離婚，前者為私法上之法律行為，後者為公法上之裁判行為，且亦就離婚之效果，有所規定，包括子女之監護、損害賠償、贍養費及取回固有財產等，但隨著社會變遷快速，男女平等原則之貫徹與子女利益之保護，已深受重視，現行離婚法制是否足以完全適應當前社會之需要，殊有檢討

* 東海大學法律系暨法研所教授

** 本文係筆者於民國八四年六月十七日應邀在中國比較法學會主辦・台北西北區扶輪社協辦之離婚法制研討會上之引言報告，惟內容於會後再予以增補，附為說明。

之必要。法務部、立法委員、民間婦女團體等均已先後對現行之離婚規定，提出各種修正意見（註一）。則如何斟酌當前社會之實際情況，考慮人民之法律感情，並參酌外國立法例，建立切合當前需要之離婚法制，尤感迫切。本文即就我民法親屬編關於離婚之現行規定，予以檢討，並提出改進意見，以供立法上之參考。

貳、現行離婚法有無缺失

民法固規定離婚方法有兩願離婚與裁判離婚之分，但實態上當事人之離婚以依兩願離婚方法者為多（依統計資料，兩願離婚占離婚件數之百分九十以上）（註二）。惟民法親屬編就兩願離婚之形式要件固有第一〇五〇條之規定，但就實質要件，則僅規定未成年人離婚應得法定代理人之同意而已（第一〇四九條但書）。按兩願離婚既為私法上之法律行為，其實質要件自非僅此一端，又無準用其他規定之明文，其規定尙欠完備，可以概見。（註三）

就裁判離婚，民法第一〇五二條第二項已規定包括的、抽象的離婚原因，即有第一項列舉以外之重大事由，難以維持婚姻者，無責之一方亦得請求離婚，但同條第一項則仍同時列舉多達十款之個別的、具體的離婚原因，二者之間似欠調和。易言之，第一項各款之列舉規定，似有予以減少之必要。另外，第一〇五三條中規定一方有重婚或通姦情事時，他方如有事前同意或事後宥恕者，其離婚請求權消滅一

（註一） 參照法務部研修民法親屬編男女平權、別居、離婚原因相關條文專案小組研擬之修正草案；法務部所輯之立法委員研提民法親屬編修正草案各版本；新晴版民法親屬編修正草案（八十四年三月八日第三次修正）。

（註二） 台灣地區 79 年至 81 年之離婚件數分別為 27445、28287、29191 件，而各地方法院終結離婚件數分別為 1935、1983、2265 件。由此可推算兩願離婚之件數占離婚總計數之 90% 以上。

同有兩願離婚制度之日本、韓國於實態上亦以採用兩願離婚者為壓倒之多數。請參照山川一陽著離婚原因（日本），載戶籍時報四三一期四一頁，日本加除出版，一九九四年一月；劉明子著韓國の協議離婚，載戶籍時報四〇五期二四頁，一九九一年十一月。

（註三） 關於我民法上兩願離婚要件之檢討，詳請參照林文亮著兩願離婚要件之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，八三年六月。

節，同意或有怨配偶之不貞行爲，已與情理不合，且無責配偶亦容易因此受他方逼迫而爲同意或有怨之表示，而失其平，是該部分之規定似亦欠允當，宜予刪除。

離婚後對子女之監護，第一〇五一、一〇五五條區分兩願離婚與裁判離婚予以規定，均以由夫任之爲原則，已有違男女平等原則，且於裁判離婚時，始規定法院得爲子女利益的定監護人，尙非以子女利益爲決定監護人之最重要依據，似亦欠妥。再者，兒童福利法（第四一條）、少年福利法（第九條第五項）對於兒童、少年之父母離婚者，另有酌定其適當監護人之規定，適用上即須區分子女爲未滿十二歲、已滿十二歲而未滿十八歲、已滿十八歲，而依不同規定決定其監護人，似爲分歧。是故，上開離婚後子女監護之規定似有予以統合之必要。

此外，我民法固無別居制度（註四），但現今社會上夫妻亦有事實上別居之情形存在，則如別居已達相當期間。仍不能回復婚姻共同生活，而當事人一方有意離婚，他方則無意離婚，致無法協議離婚，亦無從依裁判離婚之現行規定請求離婚時，是否仍令當事人維持僅有形骸之婚姻？現行法即無從解決此一問題，似有缺漏，實有檢討之必要。

參、兩願離婚要件有無修正之必要

兩願離婚之實復要件，除已明定之未成年人離婚須得法定代理人之同意外，尙應有當事人之離婚合意，非被詐欺或被脅迫，但現行法對此並無明文。又違反兩願離婚之要件時，其效力若何，亦無明文。從而宜明定：「結婚無效與撤銷之規定，於兩願離婚準用之。」以資依據（註五）。

又，兩願離婚之形式要件，依民法第一〇五〇條規定有三，即書面、二人以上證人之簽名及離婚登記，一經登記完成，婚姻關係即歸於消滅。爲免當事人之輕率離婚或一方受他方之逼迫而離婚，似宜規定於當事人向戶政機關申請兩願離婚登記

（註 四） 我民法是否有建立別居制度之必要，請參照戴東雄著德國新親屬法上之別居制度與我國民法需要別居之規定，收錄於所著親屬法論文集二六一頁以下，七七年十二月。

（註 五） 日本民法第七六四條明定，兩願離婚準用結婚之若干規定；韓國民法第八三五條及八三九條之規定亦同。

時，予以一個月之考慮期間，於該期間內未撤回登記之申請時，戶政機關始予以登記。復次，上開書面、證人之簽名之形式要件如有欠缺，戶政機關本不得受理當事人兩願離婚登記之申請，但竟誤予以受理，並完成登記時，應不妨礙離婚之效力（日本民法第七六五條第二項即有此明文），亦即以登記之完成，補正書面，證人簽名等形式要件之欠缺，以期合理，此似有待立法之增訂，方有適用之依據。

此外，我民法之兩願離婚，當事人離婚之原因若何，在所不問，則為確保當事人離婚意思之確實，韓國民法上之離婚意思確認制度，以亦有參酌採行之價值。依韓國民法第八三條，當事人依戶籍法為離婚申告前，須先申請家事法院為離婚意思之確認，當事人雙方須出席陳述其意思，經家事法院確認當事人雙方之離婚意思，並作成確認書後，當事人始得為離婚之申告（註六）。採行此一制度，固增加法院之負擔，但為防止兩願離婚之弊端，似又不得不然。

肆、裁判離婚原因有無修正之必要

民法第一〇五二條第二項既已規定抽象的離婚原因，則同條第一項所列舉之十個具體離婚原因似有減少之必要。從而：

- (1)第一項第一款之「重婚」及第二款之「與人通姦」，均有違配偶之貞操義務，得合併為一款為「不貞行為」（註七）。若然，強姦他人、乘機姦淫他人等亦當然包括在本款之中，法律之適用，更為明確。
- (2)第一項第四款之對於他方之直系尊親屬為虐待或受其虐待，似應將之刪除。因該款之規定為受傳統家族制度之影響，但因社會變遷，大家庭已改變為小家庭之型態，夫妻一方與他方直系尊親屬共同生活之情形已漸形減少，且現代結婚之目的，乃夫妻兩人間之共同生活，以他方直系尊親屬之行為據為夫妻間之離婚原因，亦有未妥。再者，夫妻之一方如對於他方之

（註 六） 參照劉明子著前揭文二七一—二八頁。韓國民法上之離婚意思確認制度，為其一九七七年民法一部改正時所增訂。

（註 七） 日本民法第七七〇條第一項第一款及韓國民法第八四〇條第一款均將配偶之不貞行為列為具體離婚原因。

直系尊親屬為虐待或受其虐待，致難以維持婚姻而有請求離婚之必要者，亦有第二項可資適用。是故，本款似有刪除必要，可以明瞭。

(3)第一項第六款之意圖殺害他方，已可包括於「受他方不堪同居虐待」之同項第三款中，且有此行為時，屬難以維持婚姻之重大事由，殊無疑義。是本款亦可予以刪除。

(4)第一項第七款不治之惡疾及第八款之重大不治之精神病，於實踐上，所謂「不治」，醫學上難以為確切之鑑定，而離婚原因既已採取破綻主義，亦無必要以不治為要件，且惡疾之為具體離婚原因，宜以重大之惡疾為限。是故，上開二款事由似可合併成一款，而為「有重大之惡疾或精神病者。」

依上說明，具體離婚原因由原十款減為六款，適用上既更明確，民法第一〇五二條第二項抽象離婚原因之規定，亦更具意義。

伍、應否承認以一定期間之（事實上）別居為離婚原因

當事人如果事實上已別居達相當期間，例如五年以上，夫妻共同生活已不存在，無復合之望，而當事人無意繼續其婚姻關係時，如仍令其保持僅為形式上之婚姻，並無意義，宜許當事人得為離婚之請求。

如以一定期間主別否為離婚原因，又不問當事人有責與否時，因我民法第一〇五二條第二項之抽象離婚原因，係採取消極的破綻主義，有責配偶尚不得據為離婚之請求，適用上，其尚不能包括於該條項之內，自須於該條中另列一項，以資規範。且如以一定期間之別居為離婚原因之同時，為周延計，宜另規定苛酷條款。

復次，如將來新法採取得以一定期間之別居為離婚原因時，即屬離婚法制之另一重大變革。如將新法施行前之別居事實，亦予以併計其期間，得據以請求離婚，不免發生當事人原未預期之結果，似欠允當。易言之，新法施行前之別居事實，原則上不宜適用新法。但如新法規定一定期間之別居為離婚原因之同時，另有苛酷條款之規定，則因法院斟酌一切具體情事後，認有維持婚姻之必要時，亦得駁回離婚之請求，於此情形下，使新法得溯及既往，以施行前有別居事實之夫妻，亦得適用

新法，似尚無不合。

陸、應否採取積極的破綻主義

依民法第一〇五二條第二項之規定，婚姻破綻之發生如因夫妻一方之故意或過失所致者，其不得向他方請求離婚，即有責配偶不得為離婚之請求，其僅採取消極的破綻主義，而非積極的破綻主義，至為明瞭。

按離婚立法之趨勢，固就離婚原因由有責主義進於破綻主義，惟法律乃社會生活之產物，目前我國是否宜採積極的破綻主義，下列情事，似宜斟酌，即：(1)如許造成婚姻破綻之有責配偶亦得為離婚之請求，離婚自由即隨之擴大，其反面即為當事人之結婚欠缺保障，難免影響當事人之結婚意願，婚姻制度之機能，因之削弱。(2)破壞婚姻之當事人，亦得為離婚之請求，似尚與國民之法律感情及倫理觀念不合（註八）。(3)我民法現有無因之兩願離婚制度，且如立法上亦許一定期間之別居事實為離婚原因，有如前述，則有責配偶之希望離婚，尚非全無其他途徑。(4)婚姻破綻之發生，有時夫妻雙方均有責，此際如解為：比較衡量雙方之有責程度，而許責任較輕之一方得向責任較重之他方請求離婚，如雙方之有責程度相同者，應許雙方均得請求離婚（註九）。若然，依現行規定有責配偶亦非均不得請求離婚。(5)與我國國情相近之韓國民法上雖無否定有責配偶離婚請求之明文，但學說上亦無肯定積極的破綻主義者，自其大法院於一九六五年九月二一日判決駁回有責配偶離婚請求以來，判例迄今確立此一原則（註一〇）。日本最高裁判所於一九八七年九月雖判決准許有責配偶之離婚請求（最大判昭和六二、九、二民集四一卷六號一四二三

（註八） 參照林菊枝著親屬法專題研究五五頁，陳棋炎、黃宗樂、郭振恭共著民法親屬新論二二三頁（黃）。

（註九） 參照陳棋炎等三人共著前揭書二二三頁（黃）；林秀雄著有責主義、破綻主義與有責配偶之離婚請求，收錄於家族法論集(二)九一頁。

（註一〇） 參照朴秉濠著韓國民法上の離婚原因，戶籍時報四二九期十八頁，一九九三年十一月，日本加除出版株式會社。

頁），但其係在當事人別居達相當期間之一定條件下，始予以准許（註一一），並非有責配偶不問情形均得為離婚之請求。

綜上所述，我國目前似尚不宜就離婚採取積極的破綻主義。

柒、離婚後子女之監護與親權之行使應如何規範

對於未成年子女之權利義務，於婚姻關係存續中，由父母共同行使或負擔，民法第一〇八九條定有明文，但如父母離婚，則第一〇五一條及一〇五五條分別規定子女之監護以夫任之為原則。此首先涉及「監護」與「親權」之內容是否相同之爭議。採狹義說者認為監護指身上照護，即僅為親權之一部分而已；廣義說則認監護包括身上照護與財產照護，亦即指親權。應以廣義說為可採（註一二）。又，離婚後子女監護之決定，應以子女之利益為重，無區分其為兩願離婚或裁判離婚之必要。從而宜將上開第一〇五一條及一〇五五條，合併為一條。

現行之上開規定，在往昔情形，夫妻離婚後，妻離夫家，原則上子女仍留在夫家，則由夫任監護人之原則，尚非不當，但在男女平等之今日，此原則對妻不利，自有修正之必要。修正之方向似有下列各端：

- (1) 父母離婚者，子女之監護，依協議定之。父母不能協議者，由法院依父母一方或社會福利機構之聲請酌定之。
- (2) 父母之協議定監護人，如有違反子女利益情事時，應得聲請法院予以變更或酌定。因情事變更而有變更監護人之必要時，亦同。
- (3) 未成年子女之收養代理權及同意權，宜另行規定仍由父母共同行使，以免對未任監護之一方不利（與其出養之子女之權利義務停止）。

（註一一） 參照中川淳著日本家族法における最近の問題，一九八八年四月六日日本，韓國家族法會議の報告四一五頁。

（註一二） 關於離婚後子女之監護之涵義，詳請參照黃宗樂著離婚後子女之監護與親權行使，收錄於中華法學第二期一七五頁以下，八一年七月。

(4)因當事人協議不成，而法院未酌定監護人之前，子女之監護，似宜仍規定暫由父母共同行使，以免無人任監護之情事發生。

捌、離婚贍養費有無修正之必要

依民法第一〇五七條之規定，離婚贍養費之請求有二種限制，即：(1)須因判決離婚而陷於生活困難；(2)須請求之一方無過失。按一方因離婚而陷於生活困難者，不論協議離婚或裁判離婚均可能發生，於兩願離婚時固可能有贍養費之約定，但亦可能無此約定，如無此約定時亦宜使生活困難之一方有此請求權。而贍養費之給與有救貧及補償之性質（註一三），限於「無過失」之一方始得向他方請求，似過於嚴格，即令有過失之一方亦許其為請求，但決定贍養費之給與方法、數額時，請求之一方，其對離婚原因之責任，似應與婚姻期間之長短，請求人之生活需要、雙方之身分及經濟能力等各節，同予斟酌，求其公平。

又，請求人如生活已無困難，即經濟上已能自立時，贍養費請求權應使其消滅，其再婚或死亡時，亦同。此亦宜予以明定，期適用之明確。

玖、我國有無採用（法律上）別居制度之必要

按夫妻別居制度，可分為二，即協議別居與裁判別居，其目的應係經過一定期間之別居，各自冷靜思考過去共同生活之不調和，期未來予以調適，使共同生活得以圓滿，或如仍認難以相處，無繼續共同生活之可能時，決定是否離婚。就此而言，承認別居制度，亦有其意義。

（註十三）關於離婚贍養費之性質，詳請參照林美玲著離婚給付之研究，輔大法律學研究所碩士論文，八四年一月。

（註十四）法務部草案初稿第一〇〇一條之二承認當事人之協議分居，並認應聲請法院認可。第查其既未就協議離婚採行應經法院之確認意思或認可之制度，則以協議分居須經法院認可，似無必要。

依民法第一〇〇一條但書之規定，夫妻之一方如有不能同居之正當理由時，固得拒絕與他方同居，但實務見解認此僅為消極的抗辯權而已（釋字一四七號解釋，最高法院七〇年台上字一九〇四號判決）。則如認有建立別居制度之必要，尚須另行立法。

別居期間當事人仍為夫妻，則考慮是否許當事人別居，涉及之問題不外為：(1)別居須不妨害夫妻終生共同生活之婚姻本質，即長期之別居應為法所不許，應僅得於一定期間內為別居。(2)當事人間之扶養、子女之監護、家庭生活費用之負擔、日常家務代理權、夫妻財產制之適用等各種權利義務，得否為妥適之安排與解決。從而當事人如能就夫妻間之各種權利義務達成協議，則約定一定期間之別居，似可承認其效力。惟為資公示，似宜規定，該協議別居以書面向戶政機關為別居登記而發生效力。至於裁判別居，由法院以判決定當事人別居期間之權利義務，不無困難，而其與離婚有所不同，使其準用離婚之效力，亦有未妥；且得以何種原因請求別居，即採有責主義、抑無責主義，因別居並非即為離婚之緩衝，亦難以決定之；再者，當事人為別居而爭訟，為夫妻別居期間之權利義務而爭執，夫妻間之情感不免破壞殆盡，未得其利及收其弊。是故，目前似僅宜有條件承認協議別居，尚不宜承認裁判別居制度。日本民法上迄未認許別居契約之效力（註一五），自非無因。

拾、結論

綜合前開之檢討及論敘，我民法上之現行規定，尚難以完全因應現今社會之需要，亟須部分之修正，以期妥適。

民法第一〇五一條及一〇五五條關於子女監護之規定，由夫任監護人之原則，實有未妥，應本於男女平等及子女利益之原則，求為更縝密之修正。第一〇五二條第一項之十個具體離婚原因，宜予以減少，以與同條第二項之抽象離婚原因相互調和，切合破綻主義之規定。他如兩願離婚要件缺漏之補充，贍養要給與要件之放寬、協議別居制度之承認等，亦有妥為修訂之必要，以期周全。

（註十五） 參照遠藤浩等六人編集民法(8)親族八四頁，有斐閣，一九九二年二月。