

## 第五章 犯罪競合之分析與檢討

對於本案之犯罪競合，地方法院認為被告 X 多次違反刑法背信及背信未遂、行使業務上登載不實之文書罪、違反公司法、違反銀行法、違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第一、四款、違反洗錢防制法等犯行，均時間緊接，所犯構成要件相同，顯係基於概括之犯意反覆為之，皆分別構成連續犯，依刑法第五十六條，應各以一罪論，並加重其刑。而刑法背信及背信未遂與違反銀行法部分為異種想像競合犯，依刑法第五十五條之規定，應從較重之連續背信罪處斷。連續等背信罪、行使業務上登載不實之文書罪、違反公司法、違反銀行法、違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第四款及違反洗錢防制法等犯行之間，有方法結果之牽連關係，為牽連犯，依刑法第五十五條，應從重論以連續違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第四款之規定一罪，依修正前同法第一百七十一條論科。至其所犯連續違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第四款之一罪，與所犯連續違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第一款之一罪等二罪間，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。

由上述可知本案涉及之犯罪之競合有不純正競合之吸收關係、連續犯、純正競合之想像競合、牽連犯及實質競合等問題，因此本論文將依競合基本概念、不純正競合、純正競合及連續犯分述如次。

### 第一節 競合基本概念

在實體法上有對於同一犯罪行為，不得重複多次處罰之一罪一罰原則；而在訴訟法上有對於同一被告的同一犯罪事實，不得重新開啓另一刑事訴訟程序，以為審判之一事不再理原則。否則，若對於同一行為為數次處罰，無異行為罪責之擴張，且與罪責原則相違。因此，刑法必須透過競合論，始能嚴守一罪不數罰原則及順利運作罪責原則。

競合論在刑法體系中之定位，有認為其所處理者不外乎構成要件實現的問題，故應定位在犯罪行為論中，即行為可罰性認定的問題；另有認為其處理無非是刑罰量定的問題，故應定位在刑罰裁量論；而奧地利亦傾向將其定位在刑罰裁量論；另有見解認為所處理非構成要件該當問題，而是

依此為前提，而處理其法律效果之問題，故應定位在法律效果論上；亦有認為應同時具有犯罪行為論與法律效果論之雙重地位<sup>1</sup>。本文認為競合論是介於犯罪行為論與法律效果之間<sup>2</sup>。

競合論處理問題，是罪數或是行為數之問題？亦即競合問題的前提要件，究竟係處理「罪數」問題，亦或是處理「行為數」？我國早期學者是從罪數判斷，故以區分一罪與數罪，作為詮釋與適用的基礎。其包括（一）單純一罪，即一犯意，為一行為，侵害一法益之結果者；（二）實質一罪（亦有認為包括一罪），一犯意，為數行為，構成一罪者，如常業犯、結合犯等；（三）形式數罪或稱裁判上一罪，一犯意（含概括犯意），為一行為或數行為，其結果侵害數法益，成立數罪名者，包括想像競合、牽連犯及連續犯；（四）實質數罪，以數犯意，為數行為結果侵害數法益，成立數罪名者<sup>3</sup>。但在罪數判斷之標準莫衷一是，有從行為判斷者，有從法益判斷者，有從主觀判斷，有從構成要件者。且既以數罪名存在作為形成競合問題的前提，何以數罪名卻成一罪亦無法解釋？

在德國刑法學理的詮釋，認為競合論係建立在複數的規範侵害之上，所不同者，僅在於行為數之差異而已，因而，學理論述的焦點，乃集中在行為數之區分上。不過行為數的判斷，僅是競合論中個別型態成立的前提要件，行為單數並不等於想像競合，行為複數亦非必然是實質競合。

依照德國刑法文獻上之行為單數，大多將其分為自然之行為單數、犯罪構成要件之行為單數與法律意義的行為單數三種類型<sup>4</sup>、<sup>5</sup>。自然的行為單數，是指行為人出於單一決意之同樣式的多數自然意義的行為<sup>6</sup>，由於其

<sup>1</sup> 柯耀程，競合論之回顧與前顧，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003年12月，頁360註3。

<sup>2</sup> 同此意見者有林山田，刑法通論（下），1998年，頁571；高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁169。

<sup>3</sup> 參見蔡墩銘，刑法總論，1993年1月，頁255、256；甘添貴，刑法總論講義，1988年9月，頁245以下；褚劍鴻，刑法總則論八版，1989年12月，頁310-312。

<sup>4</sup> 高金桂，連續犯廢除之後的刑法適用問題，收錄於「連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題」，台灣刑事法學會出版，2003年12月，頁166。

<sup>5</sup> 亦有採二分法者，將行為單一區分為自然意義的行為單數及法律之行為單數（Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht At, 10. Aufl., 1995, S. 726ff），或自然的行為單數及構成要件之行為單數（Günter Stratenwerth, Strafrecht At 4. Aufl., 2000, S. 437ff）。採二分法者，係將構成要件之行為單數及法律之行為單數視為同一概念，強調將複數行為（複數自然意義之行為）成為法律上之評價單數。

<sup>6</sup> 所謂自然意義的行為單數，係指一個意志行動實現一個行為決定，即基於人類社會生活之經驗，就人之一系列的活動，基於時間及空間上之結合關係，可以客觀地加以理

時間及空間的緊密關係，在第三者所謂自然思考方式下會認為是一行為的情形，如反覆拳打腳踢的反覆構成要件實現或如一次又一次地把東西搬空的竊盜方式逐次實現構成要件；犯罪構成要件的行为單數，是指對於自然意義的多數行為，刑法本身的規定或解釋是以單一法規來處理，如複行為犯、繼續犯、結合犯、接續犯等；法律意義的行為單數，係指雖從自然意義的角度，行為人之行為是多數的自然意義的行為，但在法律的評價上，被當作是單一行為處理，如連續犯。

## 第二節 不純正競合

### 一、不純正競合之概念

不純正競合即法條競合，亦有稱之為法律競合、法規競合、法律單數<sup>7</sup>、假性競合或表面競合者<sup>8</sup>，在不純正競合乃相對於純正競合而言。所謂競合，係指行為人之一行為或數個行為實現一個或數個構成要件，惟不真正競合僅疑似有複數構成要件存在，但最終僅有一個構成要件取得最終適用之效力者，其他存在之構成要件，僅是被疑似該當而已，在具體適用上，則被排除於評價範圍之外，對於評價客體的評價並無任何之影響力可言。其所形成的複數構成要件實現，僅是一種思維上的表象而已，在具體適用關係上，該複數構成要件的實現並非真實存在或可視其根本即未被實現<sup>9</sup>，亦即其事實上只有一個刑罰權存在，而不是真正有數個刑罰權並立，故稱為不純正競合。

不純正競合意指一行為侵害一法益而觸犯數罪名，只能論以單純一罪，亦即對於同一行為，同時有數個該當而可以適用之構成要件，僅適用其中一個最妥適之構成要件即為已足，其餘該當之構成要件即被排斥而不適用。被排斥不適用的理由在於雙重評價禁止原則（多重評價禁止原則）<sup>10</sup>。評價係指就犯罪事實，依法定犯罪構成要件及法定程序，宣告行為人

---

解為一個犯罪決意下之行為。

<sup>7</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁583。

<sup>8</sup> 高金桂，數罪併罰之修正與檢討，月旦法學雜誌第九十二期，2003年1月，頁55。

<sup>9</sup> 柯耀程，刑法競合論，2001年5月，頁105。

<sup>10</sup> 黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，收錄於氏著「刑法問題與利益思考」，1998年2月，頁346以下。

犯罪並應受刑罰制裁，即國家對犯罪及刑罰權之宣告。雙重評價，指對同一構成犯罪事實，於宣告犯罪及科處刑罰時對於具有重疊關係之數罪名，均予以適用。但對犯罪事實評價過多，形成一罪數罰之不合理現象，有違反比例原則及公平原則並與正義理念有所違逆故有雙重評價禁止。至於雙重評價原則之正當性，在於避免於法益保護及不法內涵具有重疊關係之數法條被重複適用於同一犯罪事實。而對於一法條之不法內涵及法益侵害被另一法條包括地評價或被排斥不用，應從法條之目的解釋加以探討<sup>11</sup>。

## 二、不純正競合之類型

不純正競合並非在具體個案中以其定義做為判別的標準，而是以列出各種不同的類型，若符合類型之一，即屬法條競合。而我國學說對之分類並不一致<sup>12</sup>，有將法條競合分成特別關係、吸收關係與補充關係三類<sup>13</sup>，而在吸收關係下細分為實害行為之條款吸收危險行為之條款、後階行為之條款吸收前階行為。另有將法條競合分成特別關係、吸收關係、補充關係與擇一關係四類<sup>14</sup>。再有學者將法條競合除前述之四類外尚有主從關係等五類<sup>15</sup>。甚有將法條競合分成特別法優於普通法、基本法優於補充法、全部法優於一部法、重法優於輕法、狹義法優廣義法、數行為有吸收關係及結合應適用結合罪之條文八類之多。

學說固然紛歧，不過從其中得出一些共同觀點，對於特別關係與補充關係的存在，一致採取肯定之見解，雖就其下之分類有所不同，但仍藉二者之理念加以說明，故對兩者屬法條競合較無爭議。至於擇一關係，有學者採肯定，有學者採否定，否定理由在於法條競合之適用應以法條相互間產生競合為要件，而擇一關係之成立須各法條間存有互相排斥之要素為前提，即屬互相排斥，即不可能產生競合之問題，自非法條競合下之型態。

<sup>11</sup> 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁179。

<sup>12</sup> 彭國能，法條競合之檢討，軍法專刊，第三十五卷第二期，頁31以下；黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，收錄於氏著「刑法問題與利益思考」，1998年2月，頁327。

<sup>13</sup> 而在吸收關係下細分為實害行為之條款吸收危險行為之條款、後階行為之條款吸收前階行為。

<sup>14</sup> 而在吸收關係之下細分為重法吸收輕法、實害法吸收危險法、全部法吸收局部法與狹義法吸收廣義法，另外，將不罰後行為列為法條競合外之獨立型態，而不在吸收關係之範疇內。

<sup>15</sup> 而主從關係乃為觀念吸收之型態，其對主從關係之分類，實際上仍由吸收關係所衍生。

依擇一關係之定義<sup>16</sup>及比較法觀之：德國學者多持反對的見解，認為在擇一關係，提供不同保護方法的數個構成要件間，具有互相排斥的要素，行為人非成立此構成要件即成立另一構成要件，但不會同時成立此二構成要件。因此即不可能產生競合之現象，自不應將其列入以法條相互間產生競合現象為前提之法條競合內。因此，擇一關係應不屬法條競合類型。另外，對於吸收關係，在劃分上相當詳細，舉凡可能適用吸收關係之情形，即以吸收關係下派生原則之方式出現，故吸收關係尚無大議。

至於不罰之行為有將之與法條競合處於相對應之地位，即認其屬於法條競合外之兩種獨立型態，因其認為不罰之行為與主行為存在著數行為<sup>17</sup>，但此所指之數行為，顯與成立實質競合中之數行為有所不同，其僅屬表面之實質競合並無實所質競合之效果。縱使將不罰之行為置於法條競合之內，充其量只能算是對法條競合中一行為之認定予以放寬，而使具有階段層升或彼此密接之行為間，給予包括之評價。且法條競合所提供的，乃是在一定競合之情形下，透過其內之解釋規範，使行為或法條能受到正確之評價，以避免雙重評價，而不罰之行為之存在，亦在於對侵害法益相同之行為，避免作雙重評價，可見兩者之成立基礎相同<sup>18</sup>，故本文將不罰之行為置於法條競合內。

而在法條競合內，有將不罰前行為列於補充關係或吸收關係，而不罰後行為則為法條競合內之獨立型態；有將不罰前行為與後行為皆歸入於法條競合之吸收關係中，並視其為吸收關係中最主要之類型，有將不罰前行為劃於補充關係之下，而將不罰後行為列於吸收關係之中；有將不罰前行為與後行為皆歸屬於補充關係下；亦有認為只須有特別關係之存在即為已足，而將不罰之行為皆歸於特別關係之內等等<sup>19</sup>。本文為討論不罰之行為類型之便，於法條競合之類型分為三類：特別關係、補充關係、吸收關係，

---

<sup>16</sup>所謂擇一關係有謂指不同的法條以不同的方法對相同的法益提供保護，而這些不同的方法，本身即符合不同的構成要件要素。另有學者謂其是指一個行為不屬於其他法條競合關係之類型，而同時有數個法條可以切合適用者，應就其中擇一最相當之法條處斷之。

<sup>17</sup>請參見，林山田，刑法通論（下），1998年，頁609以下。然而犯罪判斷之客觀構成要件，重點在行為及法益侵害，法條競合若屬犯罪論之問題，而行為又屬構成要件該當性之問題，則於犯罪之三階段之判斷，自可率先承認數個行為，次再以欠缺不法、罪責或可罰性將其自犯罪中排除，故將法條競合限於一行為，似無必要，參見高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁175。

<sup>18</sup>彭國能，吸收犯之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1988年6月，頁141-142。

<sup>19</sup>彭國能，吸收犯之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1988年6月，頁139-140。

而就不罰之行爲（即不罰之前行爲、不罰之附帶行爲與不罰之後行爲）列於最後併爲探討如次。

## （一）特別關係

所謂特別關係有謂指一個刑法法條，包括了另一個法條的全部要素，此外尚有一個以上的要素爲另一個法條所無，則此二法條間即存在著特別關係<sup>20</sup>。另有學者謂，一個構成要件在概念上必然包括著另一構成要件之所有構成要件要素，則前一個構成要件對於後一個構成要件，即具有特別關係。具有特別關係之兩個構成要件之概念邏輯結構，呈現從屬或隸屬關係，即後一個構成要件從屬於或隸屬於前一個構成要件，故特別關係亦可謂爲邏輯包含關係<sup>21</sup>。尙有學者謂，特別關係是兩個罪名之間的邏輯上的包括關係，即特別構成要件除包含概念構成要件之所有犯罪要件外，尙包括其他概括條款所未有的犯罪要件。於此情況下，即應適用特別條款，概括條款即被排斥而不得適用<sup>22</sup>。

特別關係發生於下列法條之間，加重構成要件與基本構成要件，減輕構成要件與基本構成要件，結合構成要件與單一構成要件，結果加重犯與基本構成要件及加重構成要件，前述之前者均屬特別條款，後者則爲概括條款<sup>23</sup>。

## （二）補充關係

所謂之補充關係有謂指不同之刑法法條，對相同法益依不同之攻擊狀態提供保護，在攻擊強度較低時，適用補充規定，在攻擊強度較高時，即適用基本規定<sup>24</sup>。另有學者謂，在涉及多數構成要件中，倘若其中有一個構成要件只是輔助性地加以適用，則此構成要件對於主要構成要件而言，即具有補充關係。基於主要條款優先於補充條款而適用之原則，只要適用主要構成要件即爲已足，而排斥補充構成要件之適用。補充關係之邏輯結構，並非如特別關係之法條從屬關係或隸屬關係，而係呈現出法條間之重

<sup>20</sup> 彭國能，吸收犯之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1988年6月，頁35。

<sup>21</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁589。

<sup>22</sup> 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁182。

<sup>23</sup> 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁183。

<sup>24</sup> 彭國能，吸收犯之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1988年6月，頁40。

疊關係，故補充關係亦可謂係為規範之層級關係<sup>25</sup>。尚有學者謂，補充關係是指一法條對於其他法條，居於補充或補助之地位，只有當其他法條無法適用時，方得以適用該法條；在此，補充條款相當於「攔截構成要件」，當基本條款被適用時，它即被排斥而不適用<sup>26</sup>，亦即補充關係是指基本條款和補充條款之間的關係，凡補充法條為基本法而設，在基本法無可適用時，始適用補充法之規定，如已適用基本條款，即無適用補充條款之餘地<sup>27</sup>，此即基本條款排斥補充條款之類型。補充關係存在之實質理由，在於有數個刑法條款針對「同一法益之不同的侵害階段」加以保護，亦即數法條對同一法益有相同的保護方向，而基本條款則是針對較重之法益侵害而言<sup>28</sup>。

學說上之補充關係有謂<sup>29</sup>：既遂犯、未遂犯、預備犯之間，順位在先者為基本條款，其中未遂犯具雙重性格；參與型態不同之補充關係，如教唆或幫助後進而參與行為之實施，則後者為前兩者之基本條款；具體危險犯與實害犯之間<sup>30</sup>，後者為基本條款；另亦有學說認為過失犯與故意犯之間亦可成立補充關係<sup>31</sup>。

### （三）吸收關係

所謂吸收關係有謂指許多法條對相同的法益提供不同的保護，其中一法條所提供之保護較其他法條來得完全，在適用此法條時即足以滿足刑罰之需求，而不需再適用其他法條，亦即一法條之不法內涵與責任內涵，在適用前者時，即能表現整個犯罪評價<sup>32</sup>。另有學者謂，吸收關係係指依一

<sup>25</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁600。

<sup>26</sup> 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁186。

<sup>27</sup> 黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，收錄於氏著「刑法問題與利益思考」，1998年2月，頁328。

<sup>28</sup> 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁186。

<sup>29</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁601-604。

<sup>30</sup> 但抽象危險犯與實害犯之間，則因前者侵害公益，後者侵害個人法益，不可能成立補充關係，但可成立想像競合。參閱高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁188。

<sup>31</sup> 但故意犯與過失犯若涉及不同法益之侵害，理應成立想像競合，若係涉及同一法益之侵害，則因主觀構成要件之互斥關係，難以想像故意及過失能形成補充關係，參見高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁188。

<sup>32</sup> 彭國能，吸收犯之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1988年6月，頁45。

般經驗，一罪所規定之構成要件，已為他法條所包括，或為其當然結果，一構成要件既為他構成要件所吸收，自不另成他罪<sup>33</sup>。尚有學者謂，吸收關係應係存在於主要構成要件與伴隨行為之間，亦即行為實現一個較重之犯罪形態之主要構成要件，通常必然亦會實現其他較輕之伴隨構成要件，後者相對於前者係屬典型之伴隨犯行者，即會成立吸收關係<sup>34</sup>。

而因實務上未能明確界定特別、補充、吸收之法律競合關係，故常造成吸收關係之過度濫用。學者將其歸類有下列幾種情況：將構成要件之互斥關係視為吸收關係、將單一構成要件之實現視為吸收關係、將想像競合視為吸收關係、將牽連犯視為吸收關係及將特別關係視為吸收關係等<sup>35</sup>。

## （四）不罰之行為

### 1、概說

學者有謂，在行為複數中有存在著適用一個刑罰條款排斥其他刑罰條款之不純正競合現象。為了使其與行為單數之法條競合有所區別，將行為複數之不純正競合現象，稱為不罰之前行為及不罰後行為。在競合之判斷過程中，若是行為人所為之數個動作並無法被理解為行為單數，而屬行為各自獨立之行為複數時，則須判斷多數行為所該當之數刑法條款，是否具備不罰之前行為或不罰之後行為關係。僅在數行為所觸犯之數刑法條款並非屬於不罰之前行為或不罰之後行為之情況下，方屬實質競合併合處罰之問題<sup>36</sup>。學理上對於不罰之行為之概念，向來以從行為作觀察，並從行為之整體情狀，在概念上區分為：不罰之前行為、不罰之附帶行為及不罰之後行為，而前行為、附帶行為及後行為之所以不罰，乃因其與主行為皆涉及相同之不法內涵，為避免對相同不法內涵所生之行為給予雙重之評價，因此僅對主行為部分科處刑罰，其中主行為構成要件之不法內涵須完全包括前行為、附帶行為或後行為之不法內涵，且法益須相同或至少具有功能上之關連性始可<sup>37</sup>。茲將不罰之前行為、不罰之附帶行為及不罰之後行為分

<sup>33</sup> 陳樸生，實用刑法，頁 204。

<sup>34</sup> 林山田，刑法通論（下），1998 年，頁 605。

<sup>35</sup> 參見高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998 年 10 月，頁 192-193。

<sup>36</sup> 林山田，刑法通論（下），1998 年，頁 609。

<sup>37</sup> 彭國能，吸收犯之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1988 年 6 月，頁 126。

述如次。

### (1) 不罰之前行為

不罰之前行為又稱與罰之前行為，係指雖先後有二行為，但前行為只是後行為之前階行為，處罰主行為便已包含了次要行為（前行為），故使前行為不罰<sup>38</sup>。另有學者謂，不罰之前行為對於其後發生之主行為而言，只具有從屬性之意義，若一前行為，是主行為所必要之過渡且是其功能之部分，並使得主行為可就前行為之法益侵害加以提升，則處罰主行為，即將前行為包括地加以處罰，前行為該當之罪即被吸收，如，先行竊取被害人之鑰匙，再加以利用而侵入被害人住所竊取財物<sup>39</sup>。尚有學者謂，與罰前行為者，係指規範對於評價之事實情狀，在規範形成之時，即已作階段性之規定，形成基本規範與昇層規範間的關係，已經涵蓋在後階段規範的評價之中，故將前階段所規範之對象稱為與罰前行為<sup>40</sup>。

### (2) 不罰之附帶（伴隨）行為

不罰之附帶行為係指一構成要件之實現，通常亦會實現另一不法內涵或非價內涵較低之構成要件。則經由對前者之處罰，後者亦視同被處罰<sup>41</sup>。另有學者謂，與罰伴隨行為者，係主行為之構成要件實現過程中之伴隨現象，在評價時，因其較輕微之不法內涵，已然包含於主行為不法內涵之中，其類型性之性質，乃主行為之實質構成部分，故而適用時，並不需再行考量，而與罰於主行為評價中<sup>42</sup>。

### (3) 不罰之後行為

不罰之後行為又稱與罰之後行為，係指同一行為人先後為二行為，而

---

<sup>38</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁610。

<sup>39</sup> 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁190。

<sup>40</sup> 柯耀程，刑法競合論，2001年5月，頁179。

<sup>41</sup> 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁191。

<sup>42</sup> 柯耀程，刑法競合論，2001年5月，頁179。

後行爲仍針對同一法益之侵害，且無獨立之非價內涵，只要處罰前行爲即可包括評價後行爲於其中。蓋因行爲人是利用或確保前行爲之不法利益，而在前行爲之後，另爲具有伴隨性之利用行爲或確保行爲<sup>43</sup>。另有學者謂，行爲人對前行爲之犯罪結果或對所得之利益加以保全、利用、處分等行爲所構成之犯罪，此時後行爲已因前行爲之處罰而可視爲亦加以處罰在內<sup>44</sup>。而不罰之後行爲包括如下之要件：1、行爲主體有同一性，即前後行爲須屬同一人所爲<sup>45</sup>。2、行爲客體亦須具有同一性，即後行爲之目的乃在於對前行爲客體之確保或利用。3、針對同一法益之侵害，即後行爲並未侵害新法益或後行爲對於前行爲所侵害之法益未造成更大之損害。4、後行爲須能獨立成立。例如，殺人後將被害人棄置現場，除有埋葬義務者外，並不該當遺棄屍體罪故其並非不罰後行爲。

## 2、處理

在不罰之前行爲之情況應如何處置：學者有謂，其效果準用法條競合之補充關係或吸收關係處理<sup>46</sup>。但前行爲是否爲主行爲之必要過渡階段，有學者認爲吸收關係需就具體犯罪事實情狀加以判斷，並無邏輯必然性，且前行爲之功能限於使主行爲容易實現，又兩行爲皆限於對同一法益爲之，故前行爲與主行爲應屬默示之補充關係<sup>47</sup>。而在不罰之後行爲時，對於後行爲準用法條競合之吸收關係，使前行爲吸收後行爲，而爲不罰之後行爲<sup>48</sup>。簡言之，不罰前行爲與不罰之附帶行爲歸屬於補充關係；而不罰之後行爲歸類成吸收關係<sup>49</sup>。

<sup>43</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁612。

<sup>44</sup> 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁191。

<sup>45</sup> 如二八年上字二七〇八號，竊盜罪之成立，原以不法取得他人之財物爲其要件，教唆行竊而收受所竊之贓，其受贓行爲當然包括於教唆竊盜行爲之中，不另成收受贓物罪名。不過學者對此有不同意見：有以數罪併罰、牽連犯或僅論以贓物罪。

<sup>46</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁610。

<sup>47</sup> 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於罪與刑（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998年10月，頁191。

<sup>48</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁612。

<sup>49</sup> 然而不罰之行爲，果真是複數行爲？是否從行爲作觀察？學者有不同意見，其認爲不罰之行爲所重者在於不罰關係形成之基礎，該基礎存在於規範形成之先判關係，所不罰者，僅是規範內部之檢討而已，因此，此等見解並非妥適，參見柯耀程，刑法競合論，2001年5月，頁183。

### 三、不純正競合之效果

法條競合中，無論適用何種型態之解釋規範，皆只須將所適用之特別法、基本法與吸收法在判決主文中表示即可<sup>50</sup>，至於被排除之普通法、補充法與被吸收法則無須表示，而對行為人所科處之刑罰，亦以所適用法條規定之刑罰範圍為決定之依據。

## 第三節 純正競合

真正競合的基本結構，乃建立在規範適用的複數關係之上，而會發生所謂競合適用之情況者，不論是屬於規範評價關係的競合，或是法律效果間之競合，其基本的目的，均在於確認刑罰關係的競合。而由於真正競合所生競合者，係複數構成要件之實現，惟因形成複數構成要件實現情形不一，在真正競合的類型中乃產生二種基本的類型：一是單數評價對象的規範競合關係，包括想像競合與牽連犯；一為複數評價對象的競合關係，而於複數評價的競合型態最典型的即為實質競合。現就想像競合、牽連犯與實質競合依序討論於下：

### 一、想像競合

#### （一）概念

刑法第五十五條前段規定，一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。惟完整而言，想像競合應指一行為侵害數法益而該當於數罪名，否則法條競合亦是一行為觸犯數罪名，故區分想像競合與法條競合單一的界線就在於所侵害之法益是否同一。

---

<sup>50</sup> 彭國能，吸收犯之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1988年6月，頁57。

## （二）想像競合之要件

### 1、同一行為

行為人所實現之數個不法構成要件，須是由同一行為所實現者，始有可能構成想像競合，否則數個不法構成要件並非由同一行為所實現者，即無由成立想像競合。故一行為應指同一行為。

德國實務認為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行為是否同一行為是以行為的重疊性作為行為同一的標準，即行為人之數個不法構成要件行為之實現，至少有部分重疊。例如行為人在竊盜過程中又有毀損行為，毀損行為與竊盜行為過程一部分重疊，屬於一行為。甚在犯罪既遂後，但行為終了前又為其他犯罪行為，亦為一行為的關係<sup>51</sup>。

又德國實務甚且認為，分別起意的第二行為與第三行為亦可能因分別與第一行為的部分等同形成一行為的關係，例如行為人非法持有槍械的過程當中分別兩次以所持槍械殺人，因兩次的殺人分別和持有槍械屬於行為部分重疊的一行為關係，雖兩次殺人根本是另行起意，但因與第一行為有所謂的夾結作用（*Klammersungswirkung*）而間接串連成一行為的關係<sup>52</sup>。又被夾結之犯罪不得重於夾結之犯罪要件<sup>53</sup>。因此可得知德國實務以行為的客觀關係判斷是否行為同一，而非從行為人之心理關係判斷。

但德國學說卻認為若另外犯罪行為是因偶然機會另行起意，為實質競合非想像競合。且甚多學說根本不承認夾結作用的存在。因為夾結作用將會對於法官之量刑造成相當大之影響，且對行為之評價標準遭到破壞。行為人因為多觸犯一條輕罪，反而卻受到更為優渥之處刑待遇<sup>54</sup>。

在日本，客觀面上除一部合致說相近於德國實務上的通說以外，主要部分合致或著手一體等說法，都在對一行為的理解作相當的限制<sup>55</sup>。

至於我國學說對於一行為的標準雖說法分歧，但所採的標準皆較為嚴

<sup>51</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），2003年，頁446註82。

<sup>52</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），2003年，頁446註83。

<sup>53</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），2003年，頁447註85。

<sup>54</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁623。

<sup>55</sup> 參考黃金龍，結合犯之研究，文化大學法律學研究所論文，1992年，頁90以下；黃榮堅，犯罪的結合與競合，收錄於氏著「刑法問題與利益思考」，1998年2月，頁456。

格。然有將其認為區分一行爲（想像競合）與數行爲（數罪併罰）的標準置於意思決定之單一上，似乎僅包含單純之行爲單數，並非妥適<sup>56</sup>。因爲在想像競合之同一行爲中，行爲人主觀上可能具有實現多數不法構成要件之複數故意，例如放一顆炸彈可能同時有殺人、傷害及毀損而出現兩個以上之故意；亦有可能同時實現故意犯罪與過失犯罪之構成要件<sup>57</sup>，如欲殺害甲，卻不注意誤傷到旁人乙，即有殺人罪與過失傷害罪；另外亦可能一個過失行爲，觸犯數罪名<sup>58</sup>，例如，因自己之不注意導致火災，致多人傷亡，構成了失火罪、過失致死罪及過失致人於死罪，以上情況皆可能成立想像競合，但犯意並非單一。

## 2、觸犯數罪名

想像競合之觸犯數罪名，包括觸犯相同的罪名，是所謂同種想像競合。如開車一次撞死兩個行爲行人，是兩個過失致人於死的同種想像競合。亦有觸犯不相同的罪名，是爲異種想像競合。如行爲人一槍擊斃車內駕駛人，又同時擊毀玻璃，是殺人罪與毀損罪的異種想像競合。

## 3、侵害多數法益

一行爲侵害一法益而觸犯數罪名，是法條單一，一行爲侵害數法益而觸犯數罪名，是想像競合。所謂多數法益是主體不同與法益種類不同，兩者居其一。

### （三）處理

想像競合，依據刑法第五十五條的規定，其法律效果是從一重處斷。所謂從一重處斷，指刑罰上的法律效果，而非罪名宣告上的法律效果。亦即從一重處斷，意指法定刑從其重罪之法定刑，至於罪名則並無所謂從一重，而應表明其係以一行爲觸犯數罪名，否則無法對行爲人所爲行爲之不

<sup>56</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁618。

<sup>57</sup> 三七上二三一八，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。

<sup>58</sup> 二〇上一二四七，查上訴人既係一槍誤傷二人，顯係一過失而生數結果；二八上二三七二，上訴人駛船過急，將他船之乘客撞落江內溺斃三人，顯係一個過失行爲而觸犯數罪名，應依刑法第五十五條處斷。

法做完全的宣示。例如，行為人如果以一顆手榴彈同時炸死一個人和一隻狗，在罪名的宣示上，應在主文中明白宣示被告以一行爲殺人及毀損，否則無異肯定其毀損之合法性。

另外，我國現行刑法第五十五條，對想像競合僅規定其從一重處斷，其從一重處斷即是採單一刑罰方式。而我國並未區分同種、異種想像競合。在同種想像競合，由於法定刑同一，沒有輕重比較的問題，即以該同一之法定刑爲爲裁判量刑之上下限的依據，故同種想像競合之刑罰係採吸收原則，而在量刑之輕重上則並應兼顧行為人該一行爲已經同時侵害其他法益，應在法定刑範圍內宣告較重之處罰。然，異種想像競合，比較所觸犯法條之輕重，採取吸收原則而從一重處斷，在一般情況下雖沒有問題，但有時輕罪的法定刑下限反而高於重罪的法定刑下限，或是輕罪另有從刑的規定，則依吸收原則而完全以重罪之法定刑爲刑罰之標準，會有問題且不合理。故在異種想像競合的刑罰法律效果上，應採取組合原則，即輕罪的最低法定刑具有封鎖作用，而輕罪的特別從刑規，也並未被重罪所排斥，亦即在重罪的罪名宣告下，仍可依輕罪所特有的沒收規定而宣告沒收，或依輕罪之性質而宣告褫奪公權。

在新刑法（將於民國九十五年七月一日開始施行）第五十五條已仿德國刑法第五十二條第二項及奧地利刑法第二十八條增設「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之規定<sup>59</sup>。至於從刑之部分，仍未列入，不過依理論上及增設之理由謂「依增設本但書規定，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之最高者，此乃當然之解釋。」之精神，似應做如此解釋。

## 二、牽連犯

### （一）牽連犯之概念

犯一罪而其方法行為或結果行為另犯他罪者，稱爲牽連犯。即行為人

---

<sup>59</sup> 其立法理由謂，依現行法規定，應從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑爲輕時，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。

原本僅欲犯一罪，但犯罪之方法行為或是結果行為卻又另外構成其他之犯罪。因為兩者間具有方法一目的或原因結果的牽連關係，所以在刑法的評價上，基於刑事政策上之考量與定罪科刑之方便，視為處斷上之一罪。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。又因有二個行為存在，且各別構成犯罪，故牽連犯顯然具有數罪性。牽連犯既具有明顯之數罪性，則倘無刑法之特別規定，此種犯罪，自應依數罪併罰予以處罰。

## （二）牽連犯之要件

### 1、二個以上之故意行為

牽連犯之二個以上之意思，須在實施一個行為之前，業已存在。且牽連犯僅存在故意犯之類型，行為人若係出於過失，即無由成立牽連犯。

### 2、二個以上之行為間有牽連關係

牽連關係有方法與目的之牽連關係或原因與結果之牽連關係。而牽連關係之認定，大體上可分為主觀說、客觀說、及折衷說。

A 主觀說，謂指依行為人在主觀上須認其所實施之行為，為其犯罪之方法或結果。強調行為人心理上的認知，以行為人主觀上的意思為準，凡是依其意思可認為某種行為是犯他罪之方法或結果行為，即成立牽連關係。簡言之，行為人主觀上是為了要達到此事的目的才會去做另一件事情。

B 客觀說，是指依一般經驗上可認為一行為為實施犯罪之通常方法或當然結果。即從經驗上來看，就一般觀念上可認為某一行為係實施犯罪之通常方法或當然結果，即可認定為牽連關係。亦即兩個行為在客觀上具有必要不可分的關聯，就是牽連關係，至於行為人主觀上的意思如何在所不問。

C 折衷說，除行為人主觀上必須有犯意之繼續連貫外，在客觀上亦須有直接、密切的關係，始能成立牽連關係。另有見解認為係指方法目的關係之認定，依主觀說，而原因結果關係之認定，依客觀說。

### 3、二個以上之行為須觸犯不同之罪名

觸犯不同罪名，須於現刑法上並無結合犯的規定，始可成立牽連犯，否則應依結合犯之規定處理。

#### (三) 牽連犯之檢討

就牽連犯要件而言，有關其方法或結果之行為概念內涵不易明確，使牽連犯之成立標準難以掌握。若牽連犯涉及兩個具有「方法—目的」關係之行為，基於兩者均有故意，則基於兩行為法益侵害之異同，於法益不同時，可能分別成立實質競合；於兩行為侵害法益相同時，可能成立與罰之後行為。相對地，若牽連犯涉及「手段—結果」之關係，則由於手段行為必為故意，而結果之發生可能為故意或過失，而應為不同之判斷：若結果之發生為過失所引起，則結果仍應歸責於故意之手段行為，此與想像競合無異；若結果之發生為新生之犯意及行為所引起，則因涉及兩個故意行為及兩個罪名，可能涉及實質競合、與罰之前行為、與罰之附屬行為及與罰之後行為。因此，牽連犯不是只是想像競合之例示而已<sup>60</sup>。另外，對於牽連犯之實質根據，亦無有適當說明，且其存在有擴大既判力範圍，有鼓勵犯罪之虞。

再就比較法而言，日本現行刑法雖仍設有牽連犯之規定，但早在一九四〇年之改正刑法草案，即有廢除牽連犯之主張。一九六一年之改正刑法準備草案，亦以牽連犯屬於實質上之數罪為理由，而未設牽連犯之規定。至一九七一年之改正刑法草案與一九七四年之改正刑法草案<sup>61</sup>，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，而且將牽連犯解釋為想像競合之情形，亦復不少，即使將牽連犯之規定加以刪除，也不會對被告不利。因此，兩個改正草案均主張刪除牽連犯之規定<sup>62</sup>。

<sup>60</sup> 高金桂，數罪併罰之修正與檢討，月旦法學雜誌第九十二期，2003年1月，頁57。

<sup>61</sup> 改正刑法草案說明書之要旨，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。」

<sup>62</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁640；余振華，論牽連犯之存廢及其罪數，刑事

另若因循法條文字概念以操作法律思維體系者，可能以法條表面「方法或結果犯他罪名」之文字，將許多本屬法律單數、不罰之前、後行為或實質競合之案例，浮濫地納入其概念下。故現行之牽連犯之規定，不但無助於犯罪單數或犯罪複數之判斷，且致混淆競合論之判斷概念，使刑法實務在判斷結論上，眾多歧見，使人有莫衷一是之感<sup>63</sup>。因此，在新刑法已將其刪除，而於牽連犯廢除後，對於日後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。

### 三、實質競合（數罪併罰）

#### （一）概念

同一行為人，出於數犯意而為數行為，實現數個犯罪構成要件，構成數罪，而此數罪均能在同一刑事訴訟程序接受裁判之犯罪競合現象。而犯數罪之併合處罰立法例計有，裁判宣告前制度、裁判確定前制度與執行完畢前制度，現行法是採取裁判確定前制度。又實質競合之種類可分為同種實質競合與異種實質競合，前者意指多次違犯同一犯罪行為，數次實現同一之構成要件；後者係指，違犯數個不同之犯罪行為，實現數個不同之構成要件。

#### （二）要件

##### 1、行為人須出於數犯意而實施數行為

行為人主觀上須有數個獨立之犯意，而此犯意不論同時或異時形成皆可。此外，行為人客觀上所為的行為，必須為數個獨立之複數行為，亦即行為人所為之數行為，並非屬於自然之行為單數或構成要件行為之行為單數，亦非屬法律行為單數者，始有構成實質競合之可能。

---

法雜誌，第三十六卷第六期，1992年，頁70。

<sup>63</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁641。

## 2、觸犯數罪名

同一行為人必須違犯兩個以上之獨立犯罪，始有可能形成實質競合關係。亦即必須是同一行為人所為違犯之數罪名，且數罪名間不具連續犯、牽連犯或不罰之前行為或不罰之後行為等其他競合關係者，始有可能成立實質競合。

## 3、數行為須在同一程序且於裁判確定前違犯並接受裁判

行為人所犯之數罪須能夠在同一刑事訴訟程序中併案裁判，始有共同裁判之可能性。即行為人須在裁判確定前違犯獨立之數個行為，而構成數罪，且此數罪均能在同一刑事訴訟程序中併案裁判者，方能構成實質競合；否則，即無構成實質競合之餘地。

### （三）實質競合處理

行為人因犯獨立之數罪，且此數罪又在同一刑事訴訟程序中，接受裁判，法院乃在同一判決中，就其所犯之數罪，分別定罪科刑，並依此宣告刑，併合而定應執行之刑。為使此等同一判決中分別宣判之宣告刑，得以完善地併合執行，刑法必須設定規則，使法院得以依此特定規則，決定應執行之刑。此等數罪併罰而定執行刑之方法計有，吸收、限制加重與併科等三種<sup>64</sup>。採取吸收原則<sup>65</sup>者，有刑法第五十一條第一項第一至四款及第八款；採取限制加重原則<sup>66</sup>者，有第五至七款；採取併科原則<sup>67</sup>者，有第九、十款。另新法在數罪併罰之處理有部分之修改：一、死刑與罰金刑改採併科原則即罰金與從刑相同不在死刑吸收之列；二、乃為兼顧數罪併罰與單純數罪之區別及刑罰衡平原則有期徒刑合併應執行刑之倍數提高為三十年；三、有期徒刑刑吸收拘役之新規定，即應執行之有期徒刑未滿三年者，採併科原則加以執行；應執行之有期徒刑為三年以上者，採吸收原則加以執行。

<sup>64</sup> 林山田，刑法通論（下），1998年，頁659。

<sup>65</sup> 吸收原則，係指只對一罪中最重刑者加以科處，而不再科處其他刑罰。

<sup>66</sup> 限制加重原則，即對於數罪中之一重罪加重其刑後，以形成宣告刑之方法是。

<sup>67</sup> 併科原則，意指對各罪所定之刑予以合併執行之方法，依此有多少之罪即科以多少之刑，不考慮行為人所受科處刑罰之性質。

## 第四節 連續犯

### 一、連續犯之成立要件

自大法官會議釋字第一五二號解釋後，最高法院對於連續犯之適用範圍及其認定標準，似有轉趨嚴格之趨勢<sup>68</sup>。茲依連續犯之成立要件，陳述及檢討如下：

#### （一）主觀要件

刑法第五十六條法文上，雖無主觀要件之規定，惟自暫行新刑律時期始，以迄現行刑法時期，司法實務上，均認為行為人主觀上，須有連續之犯意或概括之犯意，始能成立連續犯。至於所謂連續犯意或概括犯意之內涵如何？則大多未作說明。

初始曾有判例<sup>69</sup>認為，所謂基於一個概括之犯意，即指該項犯罪行為，客觀上雖有次數可分，而在犯人主觀上，不外出於一個犯意之連續進行，如果每次犯罪係由各別起意，則無論所犯罪名是否相同，均應併合論罪，其雖就概括犯意之內涵嘗試加以闡明在一個犯意連續進行，但其內涵尚非明確。

近例則認為，連續犯之所謂出於概括犯意，必須其多次犯罪行為自始均在一個預定犯罪計劃以內，出於主觀上始終同一犯意之進行，若中途另有新犯意發生，縱所犯為同一罪名，究非連續其初發的意思，即不能成立連續犯<sup>70</sup>。另依照民國六十七年六月十三日、二十日召開六十七年度第六暨第七次刑事庭刑推總會會議決議，連續犯基於概括之犯意，既遂犯、未遂犯、預備犯、陰謀犯。單獨犯、共犯（包括教唆、幫助犯）如行為人基於概括之犯意，連續數行為而犯同一罪名者，當成立連續犯。過失犯無犯罪之故意，不發生連續犯問題，其有力求縮小連續犯之範圍。可見實務對於概括犯意之內涵，取義日趨嚴格。

<sup>68</sup> 甘添貴，我國連續犯之沿革暨目前連續犯之存廢檢討，收錄於「連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題」，台灣刑事法學會出版，2003年12月，頁47-48。

<sup>69</sup> 最高法院二二年上字第三二三三號

<sup>70</sup> 最高法院七十年台上字第六二九六號

就此，德國有採整體故意（Gesamtvorsatz），其指基於自始即存在之整體結果的計畫，實現了多數的構成要件，此等故意包含了反覆性或繼續性質實現同種或類似構成要件之主觀意思，據此法律上就此等多數之類同的反覆性或系列性的犯罪做單一的包括或適當的判斷，此等由多個行為所組成、在時間上有延展關係之故意犯的特殊型態，被合併評價為整體的不法（Gesamtunwert）<sup>71</sup>。但由於整體故意使連續犯的範圍擴張，部分學者認為應捨整體故意，改以連續故意（Fortsetzungsvorsatz），其認定標準，乃在個別行為決意足以形成一個持續的心理線，即可確立連續行為主觀要件之要求<sup>72</sup>。

## （二）客觀要件

### 1、連續數行為

依實務見解，連續犯之成立，除主觀上須基於一個概括之犯意外，客觀上須先後數行為，逐次實施而具連續性，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，始足當之；如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪<sup>73</sup>，或構成要件之行為單一。因連續犯與接續犯皆為數行為，具有相當近似性，兩者應如何區別？

學說上認為接續犯成立要件有以下條件 1、數個接續行為在法律上係該當於同一構成犯罪事實，且僅實現一次構成要件；2、數行為係在同一時間及同一場所為之，即密接時間與密接空間；3、同種類行為之反覆實施；4、利用同一機會為之；5、侵害同一法益或同一被害人；6、基於單一之犯意。而連續犯之連續性，無論是行為之時間、空間及行為之種類，

<sup>71</sup> 高金桂，數罪併罰之修正與檢討，月旦法學雜誌第九十二期，2003年1月，頁61註39。

<sup>72</sup> 柯耀程，刑法連續關係問題探討，收錄於氏著「變動中的刑法思想」，1999年，頁387註43。

<sup>73</sup> 八十六年台上字第三二九五號。

均較鬆弛，不如接續犯之緊密，且各行為具有獨立性即有獨立犯罪構成要件的實現，所侵害之法益可能為複數，亦可能為同一被害人之同性質的法益，而非單一之法益<sup>74</sup>。

在早期實務<sup>75</sup>認為，刑法上之連續犯，係指有數個獨立之犯罪行為，基於一個概括的犯意，反覆為之，而觸犯同一性質之數罪名者而言，如果該項犯罪，係由行為人以單一行為接續進行，縱令在犯罪完畢以前，其各個舉動，已與該罪之構成要件完全相符，但在行為人主觀上對於各個舉動，不過為其犯罪行為之一部分者，當然成立一罪，不能以連續犯論。但仍無法解決實務之困擾。

近期實務<sup>76</sup>則認為，連續犯之成立，除主觀上須基於一個概括之犯意外，客觀上須先後數行為，逐次實施而具連續性，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，始足當之；如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪。是屬較適切之闡明。

## 2、數行為間具有連續關係

所謂連續關係，究如何認定？在客觀上認定連續關係有以下標準，

A、行為同種性：學者有謂以是否為同種行為來認定連續關係，即行為人所實施之數個犯罪行為，須為同種行為，始能成立關係<sup>77</sup>。而同種行

---

<sup>74</sup> 洪福增，接續行為之接續性與連續行為之連續性的區別，收錄於刑法判解研究（刑事法叢書之二）增訂四版，1987年10月，頁277、278；甘添貴，接續犯與連續犯之界限，軍法專刊，四十四卷第二期，頁4-7；高金桂，數罪併罰之修正與檢討，月旦法學雜誌第九十二期，2003年1月，頁61。

<sup>75</sup> 最高法院二八年上字三四二九號。

<sup>76</sup> 最高法院八六年台上字第三二九五號。

<sup>77</sup> 柯耀程，刑法連續關係問題探討，收錄於氏者「變動中的刑法思想」，1999年，頁381；林山田，刑法通論（下），增訂六版，1998年，頁644；甘添貴，連續犯在我國法制上之沿革與觀念之變遷，收錄於甘添貴等合著「刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（二）」，2001年6月，頁48。

為是依數犯罪行為之基本構成犯罪事實，作為辨認之標準。若基本構成犯罪事實相同者，即為同種行為。又同種行為在各個時空中具有緊密關係觸犯刑罰條款屬於同一構成要件，或同一基本構成要件，或抵觸相同禁止規範者，始有可能構成連續犯。

B、破壞法益同種性：行為人所實施之數個犯罪行為，可能侵害同一法益，亦可能侵害數個法益，但侵害數法益時其性質須相同，始能認其具有連續關係。惟行為所破壞之法益若係一身專屬法益，並且數個相同違犯之方式之個別行為乃係針對各個不同之法益持有人而違犯者，則雖屬破壞相同法益，但亦不能成立連續犯<sup>78</sup>。此為德國通說見解，但我國刑法實務上，仍無此等概念，認為先後殺害數人之情形，仍可成立連續犯<sup>79</sup>。

### 3、連續數行為須犯同一罪名

司法實務上，對於同一罪名之涵義向採同一罪質說，但失之過寬，故司法院大法官會議釋字第一五二號解釋所謂「同一罪名」，指構成犯罪要件相同之罪名而言，而在第七次刑事庭推總會會議決議謂之：1、在同一法條或同一項款中，如其犯罪構成要件不同時，不得成立連續犯。2、結合犯與相結合之單一犯（例如強盜故意殺人與強盜）不得成立連續犯。反之，結合犯與其基礎之單一犯（例如強盜故意殺人與強盜）則得成立連續犯。3、擬制之罪與真正罪（例如準強姦罪與強姦罪）不得成立連續犯。4、觸犯刑法之罪與觸犯刑事特別法之罪，或觸犯二種以上刑事特別法之罪，除犯罪構成要件相同者外（例如竊盜與竊取森林主副產物）不得成立連續犯。5、另外在屬於加重條件者：例如刑法第二二一條與第二二二條。第三二零條與第三二一條及屬於加重結果者：例如刑法第二七七條第一項與第二項。第三零二條第一項與第二項，得成立連續犯。其所採用雖與大法官會議釋字第一五二號解釋相同之說辭，即構成要件相同之罪名，但其所舉結合犯、加重條件犯與加重結果犯之情形，則顯與構成要件相同之罪名具有相當之出入<sup>80</sup>。

<sup>78</sup> 林山田，刑法通論（下），增訂六版，1998年，頁645；高金桂，數罪併罰之修正與檢討，月旦法學雜誌第九十二期，2003年1月，頁60。

<sup>79</sup> 四十六年台上三〇三號：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。

<sup>80</sup> 甘添貴，連續犯在我國法制上之沿革與觀念之變遷，收錄於甘添貴等合著「刑法七十年

## 二、比較法

### (一) 德國

在德國法制史上，從未見有如我國現行法第五十六條連續犯之規定出現；其相類之規定，首見於由費爾巴哈所起草之一八一三年巴代利亞邦刑典第一百十條，其規定，對同一客體或同一人實行數回犯罪，在進行犯罪之評價時，應將連續數個行為視為一個事實。但量刑應予加重。惟此一立法，並未為一八七一年以後之德國刑法所採<sup>81</sup>。由於德國在立法上，並未明訂與連續犯相關之規定，而係委由學界及實務予以解釋，而創設出 *fortgesetztes Verbrechen* 之概念，國內文獻多將其譯為「連續犯」<sup>82</sup>。惟依德國通說對於之定義，其成立要件，須行為人基於單一犯意，以同種或類似的反覆行為，侵害同一法益而觸犯同一法條的罪名為限<sup>83</sup>。若其前後所侵害的法益，雖係同類型法益，惟具有一身專屬性質者，例如，生命法益等，則其連續侵害數人之一身專屬性質者，即不得成立 *fortgesetztes Verbrechen*<sup>84</sup>，故其在實務運作上連續犯實已相當於接續犯。

### (二) 日本

日本於明治十三年（西元一八八〇年）頒布之舊刑法，原無連續犯之規定，但於明治四十一年（西元一九〇八年）頒布之刑法，始於第五十五條設有連續犯之明文。惟至昭和二十二年（西元一九四七年），日本則將連續犯之規定予以廢止。日本在提出廢除刑法連續犯規定正值刑事訴訟法大幅度修正之際<sup>85</sup>，其提出「基於尊重人權及迅速審判之新刑事程序，畢

---

之回顧與展望紀念論文集（二）」，2001年6月，頁50-51。

<sup>81</sup> 蘇俊雄，刑法總論 III，2000年，頁78-79；虫明滿，包括一罪の研究，1992年5月，頁118-120。

<sup>82</sup> 如林山田，刑法通論（下），1998年，頁641以下；蘇俊雄，前揭書，頁78；柯耀程，連續犯存廢爭議之思辯，收錄於氏著「變動中的刑法思想」，1999年，頁344以下；張麗卿，連續犯的規定應否廢除，刑事法雜誌第四十二卷第一期，頁5。

<sup>83</sup> 蘇俊雄，前揭書，頁79、82。

<sup>84</sup> 蘇俊雄，前揭書，頁82；林山田，前揭書，頁645-646；張麗卿，前揭文，頁5。

<sup>85</sup> 日本於一九四六年制定新憲法，在憲法第十一條、第三十七條第一項明定保障基本人權及迅速裁判，刑事訴訟法亦於一九四八年大幅度修正，其中第一條即規定「針對刑事案件，為維持公共福祉及保障基本人權、釐清事件真相以及正當且迅速地適用刑罰法令，特制定本法」。

竟依據以往將廣泛範圍之連續犯一舉偵查及審判具有困難性存在，倘若勉強行之，非但不當地增加許多免除罪責者，且對維持治安亦有相當影響，因此應回歸本來數罪之形態而為處斷」<sup>86</sup>。

換言之，其主要理由有二：一為日本舊刑事訴訟法第四百八十六條所謂被告不利益再審制度之廢止。蓋日本判例一向對於連續犯之規定，適用極為廣泛，導致輕微之罪判刑確定後，其具有連續關係重罪之事實嗣後發現時，基於一事不再理之原則，而無法對該重罪加以論罪科刑。為糾正此不合理之現象，乃允許於輕罪判決確定後，仍得為被告之不利益請求再審。惟此制度，因違反日本憲法第三十九條禁止二重處罰之旨趣，廢止之聲，甚囂塵上。其結果，認為此不合理之現象，實均肇因於連續犯規定之存在，故不如將連續犯之規定廢除。二為刑訴應急措置法之制定，對於嫌疑犯人身自由之拘束在極期間所作之限制。蓋依此項限制，對於連續犯之多數犯行，即無法一舉加以搜查及起訴，且因廢止預審，在起訴後裁判間所發現之餘罪，亦無法加以處理。在此狀況下，連續犯規定之存在，即經常發生給予犯人不當利益之不合理現象。因此，為防止給予被告不當之利益，遂將連續犯之規定刪除，企圖將原來依連續犯處理之事例，全部改依併合罪處理<sup>87</sup>。簡言之，廢除之理由，可謂係基於刑事程序上之要求予以考量，且可認為其係為了避免裁判確定（既判力）及於連續犯之全部所引起之不當情形。

### 三、連續犯所造成之問題

由上述法制史觀之，雖認為連續犯係繼續犯之一種類型但卻未就此作解釋，且若果真如此為何不將連續犯即同繼續犯處理而要另創連續犯？另在連續犯之成立要件上，對主觀要件之概括犯意經常可連綿數年之久，在採證上多趨於寬鬆，每每在起訴後，最後事實審判前，對繼續犯同一罪名之罪者，均適用連續犯之規定論處，使既判力過度之擴張，有鼓勵犯罪之虞；而在客觀要件之同一罪名又認定過寬或不一，造成刑罰權之行使發生不合理之現象。由上述可知連續犯產生許多問題，故在新刑法已刪除連續

<sup>86</sup> 此項提案理由係當時國會第一次審查刑法部分條文修正案時由司法大臣所提出，參見余振華，日本廢除連續犯規定後之因應與處理，收錄於「連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題」，台灣刑事法學會出版，2003年12月，頁130。

<sup>87</sup> 虫明滿，前揭書，頁174-17；甘添貴，連續犯在我國法制上之沿革與觀念之變遷，收錄於甘添貴等合著「刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（二）」，2001年6月，頁11。

犯之規定，至於日後之處理，立法理由謂，可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎「接續犯」或「包括的一罪」之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題。亦即對於連續犯者，原則上依數罪併罰處理，但為限縮其範圍，可視情況而有連續犯或包括一罪之適用，但學者有謂<sup>88</sup>，可預期將來為數不少的連續犯勢必以實質競合加以處理，不過本文認為日後是否會因實務認定之方便，而大量適用接續犯或包括一罪，而認定為單一犯罪，也是有可能的！

## 第五節 檢討

### （一）前言

臺灣高等法院臺中分院即第二審認為被告 X、Z2、Z5、Z6 等人利用掏空 B 公司之資金、台中商銀背信貸款之資金及台中商銀可投資之資金，於八十七年十一月四日至二十日，護盤 B 股票價格之部分，係違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第六款操縱股票價格之規定，應依同法第一百七十一條論處（原審即第一審，未審酌其等亦犯有修正前證券交易法第一百五十五條第一項第六款其他不操縱行為之犯行），而八十七年十一月二十一、二十三日非法拉抬 B 股票價格，係違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項四款之規定，應依同法第一百七十一條論處。另在第一百五十五條第一項第四、六款競合方面，謂第一百五十五條第一項第四、六款各罪間，有方法結果之牽連關係，為牽連犯，依刑法第五十五條規定，應從情節較重之連續違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第六款之規定（因操縱 B 股票之價格時日較長，而拉抬 B 股票價格僅二天，故應認違反同條項第六款之情節較重），而依修正前同法第一百七十一條論科。

### （二）問題

X、Z2、Z5、Z6 等人係意在拉抬 B 股價，持續有操縱、拉抬之行為，而拉抬之行為既已符合本法第一百五十五條第一項第四款列舉之特別規

---

<sup>88</sup>高金桂，數罪併罰之修正與檢討，月旦法學雜誌第九十二期，2003 年 1 月，頁 64。

定。則 X 等人先將該股價支撐在六十元至六十一元之操縱行爲，與緊接拉抬至漲停價之操縱行爲，究應僅論以違反上開條項第四款之列舉特別規定一罪即可？或屬一行爲觸犯數罪名之想像競合犯關係？或爲可分之數行爲，而有方法、目的或原因、結果之牽連犯關係？原判決就 X、Z2、Z5、Z6 等四人正犯部分，在判決中認係所犯上開二罪爲牽連犯關係，但就 Z7、Z4、Z3、Z8 等人提供帳戶供 A 於八十七年十一月四日至二十三日買賣 B 股票之情況，卻又云核被告等人所爲，均係犯刑法第三十條第一項、修正前證券交易法第一百五十五條第一項第四款、第六款之幫助罪，渠等一幫助行爲同時觸犯同條項第四款、第六款之罪，爲想像競合犯，應從情節較重之幫助違反同條項第六款之規定，而依同法第一百七十一條論處，另在九十年度上重訴字第二〇號判決亦謂係爲想像競合犯而依違反上開條項第六款之概括補充規定論處，是就二罪間之法律關係究爲如何？

### （三）小結

一個不法之操縱行爲就其行爲情狀，可能同時該當本罪所列數種類型。本罪規定之六款類型係具擇一關係，行爲只要該當六款之一者，即可構成本罪，例如本案例之情況，有該當第四款連續交易型及第六款之其他不法操縱型。此種狀況既非屬法律單數，亦非牽連或想像競合之關係，只是單一之不法操縱行爲。因其行爲情狀重複符合同一罪之平行而並存之多種類型，故仍只成立一個不法操縱行爲罪，而各類型之行爲情狀，仍應併予論處，而將重複該當之各種不同之類型，逐一列舉於判決主文，不可僅舉其中任一類型而概括其餘。