

林鈺雄著__新刑法總則

2011年9月更新補充資料

2011年9月3版的刑法總則，更新變動約有數百處以上，無法一一列舉。以下僅例示重要的立法變動與理由、因應實務新見解後調整的於想像競合犯部分之說明，以及幾則列入自我評量的實務見解，以供舊版讀者參考、補充。



A、立法之變動：易刑處分	3
二、易刑處分	3
(一) 問題概說	3
(二) 自由刑之易科罰金與易服社會勞動	3
1、易科罰金	3
2、易服社會勞動	4
3、數罪併罰之易刑基準	5
(三) 罰金刑之易服勞役及其易服社會勞動	6
(四) 拘役與罰金刑之易以訓誡	8
B、立法之理由	10
C、想像競合犯	12
二、真正競合：想像競合（犯罪單數）	12
(一) 概念	12
(二) 要件	13
1、一行為	13
2、觸犯數罪名	13
(三) 效果：從一重處斷	14
(四) 特論：實行行為局部重疊與夾結效果	16
1、實行行為局部重疊之想像競合	17
2、繼續犯與狀態犯之局部行為重疊	18
3、夾結效果及其限制	20
(五) 立法論：從一重處斷效果的檢討與對策	22
D、自我評量新增案例之例示	23

A、立法之變動：易刑處分

以下為 18 章內文（→18.3.2）因應修法之變動

二、易刑處分

（一）問題概說

易刑處分，是變更刑罰執行的處分，雖然說是執行的變更，但實際上執行的已經不是原來宣告刑的刑罰種類，例如變更有期徒刑或拘役為罰金刑的易科罰金（§41I）、變更罰金刑為具拘束自由內容的易服勞役（§42）、變更拘役或罰金刑為訓誡的易以訓誡（§43）。此外，2009年尚新增兩種易服社會勞動之易刑處分（§§41II, III, 42-1）。

一旦上開執行易刑處分完畢，「其所受宣告之刑，以已執行論」（§44），也就是視為原宣告刑已經執行完畢。至於是否執行原宣告刑或改執行易刑處分？執行程序的指揮者是檢察官，而上開易刑處分的執行者也是檢察官（刑訴§§479, 482），受刑人若有不服，例如認為檢察官未准予易科罰金係不當者，「向諭知該裁判之法院聲明異議」（刑訴§484）。但此時法院能否逕為准許易科罰金之裁定？關此，實務曾有肯定說與否定說之爭，78 釋 245¹明示採肯定說。

（二）自由刑之易科罰金與易服社會勞動

1、易科罰金

若欲變更有期徒刑或拘役之自由刑為罰金刑，要件有三（§41I）：

¹「受刑人或其他有異議權人對於檢察官不准易科罰金執行之指揮認為不當，…向諭知科刑裁定之法院聲明異議，法院認為有理由而為撤銷之裁定者，除依裁定意旨得由檢察官重行為適當之斟酌外，如有必要法院自非不得於裁定內同時諭知准予易科罰金…」；林鈺雄，刑訴 II，頁 507。

- 1) 法定刑之限制：犯最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪。所稱犯最重本刑係指法定最重本刑而言，包含依刑法分則上之加減規定，但不包含依刑法總則之加減²。
- 2) 宣告刑之限制：而受6月以下有期徒刑或拘役之宣告者。
- 3) 適合性之限制：但易科罰金，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不在此限。

以上1)、2)為形式要件，3)為實質要件。要件1)在2001年修法時從3年改為5年；要件2)歷來修法皆維持，但衍生下述數罪併罰問題之爭執；要件3)歷經數度修改，於2009年底修改為現行條文³。合乎上開要件者，檢察官得（並非「必」）准予易科罰金，折算標準是以新台幣1000元、2000元或3000元折算一日刑期。

2、易服社會勞動

2009年中增訂變更有期徒刑或拘役之自由刑為易服社會勞動之替代刑罰，年底又修法。目前要件依條項次說明如下（§41II~VII⁴）：

- 1) 依前項規定（§41I）得易科罰金而未聲請易科罰金者，得以提供社會勞動6小時折算1日，易服社會勞動（§41II）。據此，易科罰金與易服社會勞動，並列為易刑處分之選項。

² 36院解3375。刑總與刑分之加減事由：[※圖表18-3/4]。

³ 先前修法變革及理由：[※本書2版，頁671。在此不贅。

此外，蔡蕙芳，2005.04，頁264；2005年修法立場上雖將易科罰金視為法官權限，由法官決定，但檢察官仍得依§41I但來決定是否執行易科罰金。

100台抗381：「法院諭知易科罰金折算標準，與檢察官於執行時是否准許易科罰金，分屬二事，並非經判決確定之罪刑如諭知得易科罰金，執行檢察官即均應准予易科罰金。」

⁴ 立法理由：→19/§41。邱忠義，2009.06，頁92~；柯耀程，2009.12，頁154~；盧映潔，2010.03，頁31~。

依法務部立法說明意見，「社會勞動係以提供無酬的勞動服務，作為六月以下有期徒刑、拘役及罰金易服勞役期間一年以下之一種替代措施，屬於刑罰的一種易刑處分，具有處罰性質。社會勞動提供之內容包括清潔整理、居家照護、弱勢關懷、淨山淨灘、環境保護、生態巡狩、社區巡守、社會服務、文書處理、交通安全以及其他符合公共利益之無酬勞動服務。」

- 2) 受 6 月以下有期徒刑或拘役之宣告，不符第 1 項易科罰金之規定者，得依前項折算規定，易服社會勞動 (§41III)。此即不受法定刑限制，如因法定最重本刑超過 5 年但仍受 6 月以下徒刑宣告者，雖不得易科罰金，但仍得易服社會勞動。
- 3) 前 2 項之規定，因身心健康之關係，執行顯有困難者，或易服社會勞動，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不適用之 (§41IV)。本項屬適合性之限制。
- 4) 第 2、3 項之易服社會勞動履行期間，不得逾 1 年 (§41V)。
- 5) 無正當理由不履行社會勞動，情節重大，或履行期間屆滿仍未履行完畢者，於第 2 項之情形應執行原宣告刑或易科罰金；於第 3 項之情形應執行原宣告刑 (§41VI)。此即回籠條款。
- 6) 已繳納之罰金或已履行之社會勞動時數依所定之標準折算日數，未滿 1 日者，以 1 日論 (§41VII)。

3、數罪併罰之易刑基準

較為複雜的是數罪併罰情形。亦即，數罪併罰的數罪各皆符合上開易科罰金要件，但因合併定應執行刑致使總刑期逾 6 個月者，是否仍得易科罰金？舊法就此原來並無規範，實務否定之，相關見解歷經變遷⁵，但 83 釋 366 認為若合併即不得易科罰金，將因造成人民自由權利不必要之限制而違憲⁶。上開解釋雖備受批評，但 2001 年仍據以修法：「併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。」(舊§41II)，據此，應執行刑超過 6 個月的自由刑，也能享有易科罰金的優惠執行。

惟 2005 年新刑法，又明白挑戰上開解釋而改定為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」 (§41II)，雖是一字之差，但已乾坤大挪移。2009 年本條項又因易服社會勞動之

⁵ 僅例示 64 釋 144：「數罪併罰中之一罪，依刑法規定得易科罰金，若因與不得易科之他罪併合處罰結果而不得易科罰金時，原可易科部分所處之刑，自亦無庸為易科折算標準之記載。」☞注意 99 釋 679。

⁶ 83 釋 366 及相關立法之批評，文獻指引：☞本書 2 版，頁 673~。

增訂，移置並修改為同條第8項：「第一項至第三項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六個月者，亦適用之。」尚未施行時，98釋662又認為上開規定違憲，宣告其失效⁷！一波三折，繞了一大圈，又回到83釋366的基調，仍得易科罰金。2009年底刑法第41條遂又明文增修第8項至第10項，並將易服社會勞動一併納入（→19/§41）：

1、第1項至第4項及第7項之規定，於數罪併罰之數罪均得易科罰金或易服社會勞動，其應執行之刑逾6月者，亦適用之（§41VIII）。

2、數罪併罰應執行之刑易服社會勞動者，其履行期間不得逾3年。但其應執行之刑未逾6月者，履行期間不得逾1年（§41IX）。

3、數罪併罰應執行之刑易服社會勞動有第6項之情形者，應執行所定之執行刑，於數罪均得易科罰金者，另得易科罰金（§41X）。

（三）罰金刑之易服勞役及其易服社會勞動

罰金刑若未依法繳納者，除了強制執行以外，亦可能變更執行方式為易服勞役。罰金易服勞役者，應與處徒刑或拘役之人犯，分別執行（刑訴§480I），並且準用關於自由刑停止執行及強制處分之規定

⁷ 98釋662：「現行刑法第四十一條第二項，關於數罪併罰，數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月者，排除適用同條第一項得易科罰金之規定部分，與憲法第二十三條規定有違，並與本院釋字第三六六號解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力」。解釋理由重申83釋366並強調：「惟若法官認為犯罪者，不論所犯為一罪或數罪，確有受自由刑執行之必要，自可依法宣告逾六個月之有期徒刑而不得易科罰金；另檢察官如認定確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序，而不宜易科罰金時，依刑法第四十一條第一項但書之規定，亦可不准易科罰金。是數罪併罰定應執行刑逾有期徒刑六個月，縱使准予易科罰金，並不當然導致鼓勵犯罪之結果，如一律不許易科罰金，實屬對人民身體自由之過度限制。」李茂生，2009.08，頁239~；柯耀程，2010.12，頁78~；薛智仁，2009.12，頁1~。這個堪稱我國釋憲史上最為繁瑣兼無聊的解釋議題，還有99釋679的續篇：「本院院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋與憲法第二十三條尚無牴觸，無變更之必要。」（按：64釋144如前述，院2702認為得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，因併合處罰之結果，不得易科罰金，故於論知判決時，無庸為易科折算標準之記載。）

(刑訴§§480II, 467, 469)⁸。

本法所定罰金之執行及其易服勞役規定如下 (§42)：

- 1、罰金應於裁判確定後 2 個月內完納。期滿而不完納者，強制執行。其無力完納者，易服勞役。但依其經濟或信用狀況，不能於 2 個月內完納者，得許期滿後 1 年內分期繳納。遲延一期不繳或未繳足者，其餘未完納之罰金，強制執行或易服勞役 (§42I)。但書係新增訂的分期付款之執行方式。
- 2、依前項規定應強制執行者，如已查明確無財產可供執行時，得逕予易服勞役 (§42II)。此時強制執行程序已無意義，浪費時間而已，故新法增列本項⁹。
- 3、易服勞役以新台幣 1000 元、2000 元或 3000 元折算 1 日。但勞役期限不得逾 1 年 (§42III)。
- 4、依第 51 條第 7 款所定之金額，其易服勞役之折算標準不同者，從勞役期限較長者定之 (§42IV)¹⁰。
- 5、罰金總額折算逾 1 年之日數者，以罰金總額與 1 年之日數比例折算。依前項所定之期限，亦同 (§42V)。
- 6、科罰金之裁判，應依前 3 項之規定，載明折算 1 日之額數 (§42VI)。
- 7、易服勞役不滿 1 日之零數，不算 (§42VII)。

⁸ 類此將財產性處罰轉換為自由刑的規定，尤其應注意罪刑法定 (§§1, 2I) 及其派生的禁止 (不利益) 溯及既往的原則：ECHR, *Jamil v. France*, 1995, Series A no. 317-B (本案被告國法國，被歐洲人權法院判定違反《歐洲人權公約》第 7 條的罪刑法定原則)。

我國實務 93 台非 259 亦認為，易刑處分若修法變更，適用§2I 從輕原則：§41 或§42 之「易科罰金或易服勞役，均係關於執行刑罰之折算標準，其性質與保安處分及具有保安處分性質之褫奪公權者迥異，故刑法第二條第一項之從新從輕原則 (按：已改為從舊從輕原則)，自無將有關易科罰金、易服勞役之執行刑罰排除在外之理，始符罪刑法定之精神，至裁判後之單純刑之執行，因非屬裁判問題，則無法律輕重之比較問題。」另 95.05.23 刑議 8；→2.3.1.4。

⁹ 蔡蕙芳，2005.04，頁 275~質疑貧者易服勞役，歧視窮人，有違平等原則。

¹⁰ 立法理由：→19/§42.5。

8、易服勞役期內納罰金者，以所納之數，依裁判所定之標準折算，扣除勞役之日期（§42VIII）。

2009年本法又增修罰金易服勞役，可再改為易服社會勞動之執行（§42-1¹¹），可謂易刑之易刑，規定如下：

- 1、罰金易服勞役，除有下列情形之一者外，得以提供社會勞動6小時折算1日，易服社會勞動：1)、易服勞役期間逾1年。2)、入監執行逾六月有期徒刑併科或併執行之罰金¹²。3)、因身心健康之關係，執行社會勞動顯有困難（§42-II）。
- 2、前項社會勞動之履行期間不得逾2年（§42-III）。
- 3、無正當理由不履行社會勞動，情節重大，或履行期間屆滿仍未履行完畢者，執行勞役（§42-III）。
- 4、社會勞動已履行之時數折算勞役日數，未滿1日者，以1日論（§42-IV）。
- 5、社會勞動履行期間內繳納罰金者，以所納之數，依裁判所定罰金易服勞役之標準折算，扣除社會勞動之日數（§42-IV）。
- 6、依第3項執行勞役，於勞役期內納罰金者，以所納之數，依裁判所定罰金易服勞役之標準折算，扣除社會勞動與勞役之日數（§42-VI）。

（四）拘役與罰金刑之易以訓誡

¹¹ 立法理由：→19/§42-1（2009年5月）。邱忠義，2009.06，頁92~；薛智仁，2010.08，頁239~。

¹² 立法理由：→19/§42-1（2009年12月）。本款修改係因「考量社會接受度及社會勞動執行之困難度，對於須入監執行逾六月有期徒刑者，其併科或併執行罰金之執行，亦不得易服社會勞動，包括下列情形：（一）單罪宣告刑逾六月有期徒刑併科之罰金。（二）數罪併罰之徒刑應執行刑不得易科罰金或易服社會勞動，而須入監執行逾六月有期徒刑者，其併執行之罰金。（三）數罪併罰之徒刑應執行刑得易科罰金或易服社會勞動，惟未聲請易科罰金或易服社會勞動，而入監執行逾六月有期徒刑者，其併執行之罰金。（四）數罪併罰之徒刑應執行刑得易科罰金或易服社會勞動，經聲請易科罰金或易服社會勞動，惟未獲准許易科罰金或易服社會勞動，而入監執行逾六月有期徒刑者，其併執行之罰金。」

受拘役或罰金之宣告，而犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕者，得易以訓誡（§43）。此項訓誡由檢察官執行之（刑訴§482），所以，檢察官除了懂法律以外，還要會訓誡受刑人。



B、立法之理由

※ 以下節錄自 2009 年 12 月 30 日起施行之刑法總則部分之立法理由。

§41 (易科罰金與易服社會勞動)
<p>一、為求用語統一，爰將第一項及第三項「受六個月以下有期徒刑」修正為「受六月以下有期徒刑」、第八項「逾六個月者」修正為「逾六月者」。</p> <p>二、確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效或難以維持法秩序者，同為不得易科罰金與不得易服社會勞動之事由，造成因該事由而不得易科罰金者，亦應不得易服社會勞動。惟不適於易科罰金者，未必不適於易服社會勞動。爰將原第一項及第四項「確因不執行所宣告之刑」之規定，分別修正為「易科罰金」及「易服社會勞動」。</p> <p>三、第二項、第五項及第六項未修正。</p> <p>四、徒刑、拘役易科罰金係依裁判所定標準折算，徒刑、拘役易服社會勞動則係依第二項、第三項之規定折算，非以裁判為之。爰將第七項之「裁判」二字刪除。</p> <p>五、司法院於九十八年六月十九日作成釋字第六六二號解釋。解釋文謂「中華民國九十四年二月二日修正公布之刑法第四十一條第二項，關於數罪併罰，數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月者，排除適用同條第一項得易科罰金之規定部分，與憲法第二十三條規定有違，並與本院釋字第三六六號解釋意旨不符，應自解釋公布之日起失其效力。」原第八項關於數罪併罰，數宣告刑均得易服社會勞動，而定應執行之刑逾六月者，不得易服社會勞動之規定，雖未在該解釋範圍內，惟解釋所持理由亦同樣存在於易服社會勞動。爰修正第八項規定，以符合釋字第六六二號解釋意旨。數罪併罰之數罪均得易科罰金者，其應執行之刑雖逾六月，亦有第一項規定之適用。數罪併罰之數罪均得易服社會勞動者，其應執行之刑雖逾六月，亦得聲請易服社會勞動，有第二項至第四項及第七項規定之適用。</p> <p>六、配合第八項數罪併罰之數罪均得易服社會勞動，其應執行之刑雖逾六月，亦得聲請易服社會勞動之修正，爰增訂第九項明定數罪併罰應執行之刑易服社會勞動之履行期間。考量易服社會勞動制度旨在替代短期自由刑之執行，避免短期自由刑之流弊，則適宜易服社會勞動之數罪併罰應執行之刑不宜過長，並審酌易服社會勞動履行期間之長短，攸關刑執行完畢之時間，影響累犯之認定等事由，明定數罪併罰應執行之刑易服社會勞動者，其履行期間不得逾三年。另於但書明定數罪併罰應執行之刑未逾六月者，其易服社會勞動之履行期間，不得逾一年，以與單罪易服社</p>

<p>會勞動之履行期間一致。</p> <p>七、數罪併罰應執行之刑易服社會勞動，於有第六項所定無正當理由不履行社會勞動，情節重大，或履行期間屆滿仍未履行完畢之情形，數罪均得易科罰金者，應執行所定之執行刑或易科罰金。數罪均得易服社會勞動，惟非均得易科罰金者，因應執行之刑本不得易科罰金，則應執行所定之執行刑，增訂第十項明定之。</p>
<p style="text-align: center;">§42-1 (易服社會勞動)</p>
<p>一、配合第四十一條第八項之修正，酌修第一項第二款。考量社會接受度及社會勞動執行之困難度，對於須入監執行逾六月有期徒刑者，其併科或併執行罰金之執行，亦不得易服社會勞動，包括下列情形：</p> <p>(一)單罪宣告刑逾六月有期徒刑併科之罰金。</p> <p>(二)數罪併罰之徒刑應執行刑不得易科罰金或易服社會勞動，而須入監執行逾六月有期徒刑者，其併執行之罰金。</p> <p>(三)數罪併罰之徒刑應執行刑得易科罰金或易服社會勞動，惟未聲請易科罰金或易服社會勞動，而入監執行逾六月有期徒刑者，其併執行之罰金。</p> <p>(四)數罪併罰之徒刑應執行刑得易科罰金或易服社會勞動，經聲請易科罰金或易服社會勞動，惟未獲准許易科罰金或易服社會勞動，而入監執行逾六月有期徒刑者，其併執行之罰金。</p> <p>二、第二項至第六項未修正。</p>



C、想像競合犯

以下為 17 章內文關於想像競合犯部分 (→17.3.2)，補充新實務見解後之變動

二、真正競合：想像競合（犯罪單數）

（一）概念

「一行為而觸犯數罪名者」 (§55 前)，為想像競合犯，亦即，行為人以單數行為觸犯數次相同或數個不同的刑法構成要件。條文所稱「一行為」，即是前述的行為單數。所稱「觸犯數罪名」，是指成立數刑法構成要件之犯罪；數罪名可能是數個不同的刑法構成要件（異種想像競合¹³），或數次相同的刑法構成要件（同種想像競合¹⁴），甚或以上兩者的混合型態。

例如，【案例 17-3.1】行為人 T 向人群丟擲一手榴彈，造成 O、P 死亡，Q 車毀損，此時，O 與 P 死亡是同種想像競合，但 O、P 死亡與 Q 車毀損之間是異種想像競合犯，全部加起來是「同種＋異種」的想像競合犯。

想像競合犯與法條競合不同，因為前者所犯的各（輕重）罪皆

¹³ 實務近例之異種想像競合，如 98 台上 7249：甲於員警丙要其下車之際，恐其車內藏放系爭槍、彈為警查獲，乃持槍射殺執行勤務中之員警丙，則甲除犯殺人未遂罪外，併有妨害公務罪，應依想像競合犯從一重處斷。

99 台上 6264 之案例，甲為性侵目的，於凌晨先以機車擦撞 B 女騎乘之機車，致 B 女人車倒地受傷，遂行強制猥褻，乃一行為觸犯二罪之想像競合犯。此外，注意於犯意變更脈絡處理之 98 台上 2219、99 台上 3977 (→7.◎)。

¹⁴ 實務近例之同種想像競合，如 97 台上 2138：同時同地以同一行為，行使於同一印領清冊上所偽造之戴某等四人私文書，係一行為觸犯數罪名，應依想像競合犯論以一罪。又如 96 台上 177：同時同地以一行為強盜被害人二人未遂，應依同種想像競合犯，而非單純一強盜未遂罪論處。

「成立」(所以是「真正」競合),反之,後者僅成立其中一罪而已(所以是「不真正」競合)。既然數罪都成立,本質上應為數罪才是,但是因為刑法的評價對象是「行為本身」,既然行為僅止於單數,因此,為了避免對同一行為進行重複評價,所以由法律在效果上擬制為犯罪單數,僅從一重處斷。「想像」競合表達的就是這種法律效果上的擬制關係。

(二) 要件

1、一行為

所稱一行為,指行為單數,包含前述的自然意義的一行為、構成要件的行為單數以及自然的行為單數/接續犯。但應注意,如果是自然意義的一行為,由於「本來就是一行為」,該一行為無論如何無法再予分割處理,因此,不問侵害法益的種類及多寡,所觸犯數罪名都應論以想像競合犯,從一重處斷。反之,如果是自然的行為單數,這是「規範評價的一行為」,因此要受規範目的的限縮,故在所侵害者乃不同的高度個人專屬法益時,不能論以自然的行為單數,也不能認定為想像競合犯,而應依行為複數的實質競合處斷(→17.2.3.3)。

【案例 17-3.1】丟一炸彈造成兩人死亡一車毀損,這是自然意義的一行為,本來就是一行為,可以成立想像競合犯¹⁵;反之,【案例 17-3.2】連開兩槍情形雖然通常可以依照規範評價觀點來論以自然的行為單數(接續犯),但因在此所侵害乃不同的個人專屬法益(O、P 的生命法益),故不能成立自然的行為單數,也不能依照想像競合來從一重處斷,而是行為複數之實質競合。

2、觸犯數罪名

如前所述,「觸犯數罪名」,是指該當數個不同或數次相同的犯

¹⁵ 但陳志輝,2007.01,頁196認自然意義一行為,僅限於侵害一法益情形。

罪構成要件，既然如此，所侵害者也會是數個不同或數次同種法益，才論以想像競合。所稱觸犯數罪名，前提當然是「真正」觸犯數罪名（數罪名皆成立），亦即具體案件的數罪名之間並無前述的法條競合的任何一種情形，否則在「不真正競合」的法條競合審查時，就應該就會排除了，不會進入真正競合的審查。

我國實務，似將侵害多數法益當成想像競合犯另一獨立的要件，並以法益種類作為區分單純一罪與想像競合的標準，其運用結論例示如下：1) 法官以一濫權行為羈押三人，成立三個濫權羈押罪的同種想像競合犯 (§§55, 125I①)；2) 公務員以一行為縱放三囚犯，僅成立一個縱放人犯罪 (§163I)；3) 行為人以一狀誣告三人，僅成立一個誣告罪 (§169I)；4) 行為人以一放火行為燒毀三人所屬三棟房屋，僅成立一放火罪 (§173I)¹⁶。

(三) 效果：從一重處斷

一行為而觸犯數罪名者，論處方式可以略分為「論罪」與「科刑」兩大部分。就論罪言，想像競合犯由於該數罪名各皆成立犯罪，此點與法條競合有別，因此，在判決主文中，不論輕重，一切所犯罪名皆應羅列出來，不能僅列重罪而已（白話版：凡走過的必留下痕跡）

¹⁶ 1) 28 上 3652；2) 28 上 1093；3) 49 台上 883、95 台上 29；4) 21 上 391。說明及批評：林山田，刑通 II，頁 317~（主張 2）、3）皆應各成立同種想像競合犯）；陳志輝，2007.01，頁 204~（數罪名並非以侵害數法益為前提）。就屬於財產犯的竊盜罪之法益／罪數，實務則以監督權人計算，判例如 62 台上 407：「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。」；近例如 95 台上 779 之原審判決論以想像競合犯，經最高法院援引上開判例撤銷之。比較陳志輝，2007.01，頁 197。針對偽造文書，98 台上 2826 以被害人同一性為斷：「同時偽造不同被害人之文書（或支票）時，其被害法益為數個，係一行為觸犯數罪名之想像競合犯。此與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，因被害法益仍僅一個，係屬單純一罪迥異。」100 台上 2674 同旨。

¹⁷。藉由這種論罪方式，也可以讓人從主文中就清楚知悉行為人所成立的各罪名，稱為釐清功能¹⁸（白話版：留下痕跡才知道走過）。反之，在法條競合情形，僅成立應適用法條而已，被排斥法條並不（真正）成立，所以主文中僅列前者而不論後者，這樣也已充分評價了。

就科刑言，「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。」（§55），學說上稱此處置方式為限制吸收原則（das eingeschränkte Absorptionsprinzip），但書所示稱為輕罪之封鎖效果（Einsperrwirkung），雖為新法所增，但舊法時學說實務早已普遍採納。據此，原則上依照所觸犯數罪中較高的「法定刑」為準，但若較重之罪的最低法定刑，還輕於較輕之罪的最低法定刑者，最後的處斷不能低於輕罪的最低本刑¹⁹。換言之，科刑的「上限」是重罪的最重法定刑，「下限」是數罪中最高的最輕本刑。

例如，一行為觸犯 A、B 兩罪，A 罪法定刑乃「5 年以下有期徒刑

¹⁷ 「有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪…」（刑訴§309），在想像競合情形，所稱「所犯之罪」即是指一行為所觸犯之所有罪名，不能僅列一重處斷之該重罪而已。但我國實務僅列重罪，批評：陳志輝，2007.01，頁 202。但 99 台上 421，針對同樣「從一重處斷」效果的舊法牽連犯，已採本書見解：「牽連犯原係兩個以上獨立可罰之罪，本可分別論處其罪刑，但因法律明定，僅從其中最重之罪處斷，亦即僅在處罰上，視為一罪之價值而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法理上依然存在，於判決中仍應引用」（按：上開引用與否，影響到沒收之問題，詳下述）。

¹⁸ Klarstellungsfunktion; vgl. Roxin, AT II, 33/109; 林山田，刑通 II，頁 308；黃榮堅，基礎 II，頁 979。辨析並質疑：許玉秀，2006.07，頁 109。

¹⁹ 法定刑高低輕重之比較基準：§35。就§55 從一重處斷的具體運用，實務向來區分刑法分則的加減 v. 刑法總則的加減，近例如 94 台上 67：「…罪名之重輕，係以所犯法條規定之本刑為其標準，如有加減之事由，除屬刑法分則之加重或減輕，因屬法定本刑之規定，應以加重或減輕後之法定本刑為比較之準據外，若係刑法總則之加重，則屬科刑之範圍，於法定本刑之輕重不生影響，不得於加重或減輕後，始行比較。而組織犯罪防制條例第五條規定之加重，係概括性之規定，凡參與犯罪組織成員犯該條例以外之罪，而依刑法第五十五條規定，與該條例所規定之罪從一重處斷之罪名者，均有其適用，並非就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，而成為另一獨立之罪名，自屬刑法總則之加重，乃屬科刑之範圍，不得於加重後，再予比較。」

刑、拘役或 500 元以下罰金」，B 罪法定刑乃「3 年以下有期徒刑或拘役」，此時，科刑的上限是 5 年有期徒刑，下限是拘役，但不得僅科處罰金。

以上是本法明示的限制吸收原則，但實際上還有其他未被明文提到的併科原則，簡言之，雖然從一重的重罪處斷，但若輕罪中有併科主刑、從刑或保安處分者，不受影響，仍得科刑²⁰。

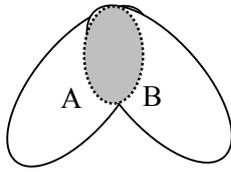
例如，一行為觸犯 A、B 兩罪，A 罪法定刑乃「7 年以下有期徒刑」，B 罪法定刑乃「5 年以下有期徒刑或拘役，得併科 1000 元以下罰金」，設若法官從一重處斷為 6 年有期徒刑，併科 500 元罰金，此乃合法處斷。

(四) 特論：實行行為局部重疊與夾結效果

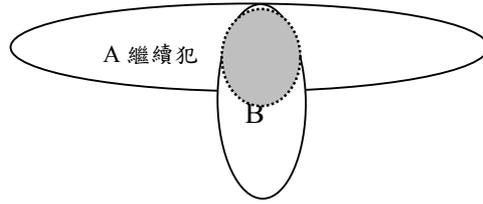
²⁰ Vgl. Wessels/Beulke, AT, Rn. 783.

實例如前引 99 台上 421，於闡釋「釐清作用」之後，隨即指摘原判決從重罪（槍砲）處斷，而未依輕罪（貪污）所示宣告沒收之不當：被告「因貪污所得財物，即詐領所得之檢舉獎金，依法即應追繳沒收，不以所犯牽連之數罪從一重處斷之結果，是否依該罪名論處而有不同（本院七十九年台上字第五一三七號判例意旨參照）。原判決徒以本件既僅從一重論以槍砲彈藥刀械管制條例第七條第一項之販賣衝鋒槍罪處斷，即認上訴人因貪污所得之財物，不得割裂適用法律而宣告追繳沒收云云，自屬違誤。」

※ 圖表 17-5：實行行為局部重疊之想像競合



※圖表 17-5.1 局部重疊
【案例 17-3.5】



※圖表 17-5.2 繼續犯+狀態犯之局部重疊
【案例 17-3.6】



※圖表 17-5.3 繼續犯+狀態犯之局部重疊與夾結效果
【案例 17-3.8】

1、實行行為局部重疊之想像競合

想像競合犯所稱的一行為，最典型且無爭議的是競合數罪的實行行為完全重疊（同一）的情形。不過，一般認為，想像競合犯還可以擴張到數罪的實行行為僅具部分重疊（Teilidentität；或稱局部同一性）的情形〔※圖表 17-5.1〕，這牽涉到想像競合犯之所以存在，目的即在於避免對「同一」不法要素進行重複或過度的評價，而刑法評價的對象是「行為」，不法要素連結的也是「行為」，因此，在實行行為全部同一或局部同一的情形，遂予僅從一重處斷的效果²¹。當然，

²¹ 基礎說明：Roxin, AT II, 33/82ff.；陳志輝，2005.07，頁 21~。質疑：許玉

這種見解並非無可批評，因為使其成立想像競合犯是為了避免該「重疊」部分的行為被過度評價，然而，反過來說，將其完全比照「全部同一」處理，也容易造成「未重疊」部分的行為，可能未被充分評價的遺憾²²。但在「過猶不及」之間，最後還是選擇對行為人有利的說法，只不過加上一些限制而已。

例如，【案例 17-3.1】T 殺 O、P 的實行行為，就是丟擲一手榴彈行為，殺 O 實行行為＝殺 P 實行行為。【案例 17-3.3】T 的行使偽造文書行為＝詐欺取財行為，兩者也是完全重疊。【案例 17-3.4】說來說去，T 做的就是放火這件事，放火行為＝殺人行為。無論同種或異種罪名，這些實行行為都是全部重疊，屬典型的想像競合。

反之，【案例 17-3.5】T 的強盜行為與傷害行為，僅在使用暴力（持刀砍傷 O）這一部分的行為重疊而已，屬於實行行為「局部同一」的情形，一般還是認為得成立想像競合犯，實務新例同說²³。類似案例，如為竊取車內音響而打破車窗，打破車窗這一部分行為既是竊盜行為也是毀損行為，產生重疊。

2、繼續犯與狀態犯之局部行為重疊

一旦承認了局部行為重疊的想像競合犯，接下來要處理的便是

秀，2006.02，頁 195~。

²² →17.3.2.5 限制加重至 1/2 的歐盟法例；同結論：許玉秀，2006.03，頁 125。

²³ 98 台上 6726 明指：「刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯，係指所犯數罪名出於一個犯罪意思決意，且僅有一個行為而觸犯數個獨立之罪名者而言，其中所謂『同一行為』，限於所實行者為完全或局部同一之行為。」運用狀態犯間，如 97 台上 5304：「以藥劑至使被害人不能抗拒而取被害人財物之強盜罪，該施以藥劑之行為，本屬強盜行為之一部分；倘行為人明知所施之藥劑同時為毒品危害防制條例規定之第四級毒品，竟以欺瞞之方法使被害人施用，…應係以一行為同時觸犯強盜及以欺瞞之方法使人施用第四級毒品（毒危§6IV）二罪名，為想像競合犯，當從較重之強盜罪名論處。」又如前述 99 台上 6264，撞車成傷乃強制猥褻的強暴、脅迫行為，部分重疊。

繼續犯與狀態犯局部行為重疊的情形，以及進而衍生的夾結效果。

原則上，既然局部行為重疊可以成立想像競合犯，實行行為可能是狀態犯與狀態犯之間（如【案例 17-3.5】之強盜與傷害），也可能是繼續犯與狀態犯之間〔※圖表 17-5.2〕，但後者情形較為複雜，惟基本要領是嚴守「出於一個意思決定」（故臨時起意所另犯者不能論以想像競合）且「實行行為局部重疊」（不含預備行為！）的要件限制²⁴，否則，僅從一重處斷將失去其適用正當性，造成不充分評價。

當狀態犯正是為了維護繼續犯的手段行為時，兩者有局部重疊關係；如【案例 17-3.6】所示，T 毆打 O（狀態犯）是為了繼續私行拘禁 O（繼續犯），毆傷行為也正是繼續妨害自由的手段行為，此與【案例 17-3.5】類似。反之，【案例 17-3.7】所示，T（白天）侵入住宅（繼續犯）的目的固然在於竊盜，但侵入住宅行為本身卻不是竊盜行為，不生「實行行為局部重疊」的關係，因此應成立實質競合而非想像競合；同此，如為強制性交而侵入住宅²⁵。至於侵入住宅後，見色臨時起意而強制被害人性交者，

²⁴ 實務新例同本書，明白運用到繼續犯與狀態犯之間的部分行為重疊情形，如 99 台上 6695：「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，反有過度評價之疑，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，固屬適當。惟若原即持有槍、彈，以後始另行起意執槍犯罪，則其原已成立之持有槍、彈罪與嗣後之犯罪，即無從認係一行為所犯，而應依刑法第五十條併合處罰。」97 台上 3706、98 台上 1957、99 台上 5556、100 台上 2080 同旨。

陳志輝，2007.01，頁 199 以「構成要件結果不法之單一性」解釋此類案例。

²⁵ 同說：陳志輝，2005.07，頁 22；不同見解：許玉秀，2006.02/04，頁 191/141。許文定義之一行為乃「人的一個意思決定所啟動的一個複合的因果流程，一個複合的因果流程是由數個彼此相互連結而具有方法目的、原因結果或持續複製關係的因果事實所構成」，但如陳文所曾提及（頁 21），舊法的牽連犯可能藉此定義而敗部復活，成為新法的想像競合犯。但陳志輝，2007.01，頁 212 變更見解，改以構成要件不法結果之單一性，認定為想像競合犯。

意思要件已經不符合，不能論以想像競合犯。

3、夾結效果及其限制

尤其在繼續犯與狀態犯產生部分行為重疊時，會有夾結效果（Klammerungswirkung）的衍生問題²⁶。簡言之，這是指兩個本來是獨立的行為，由於各自和第三個行為產生想像競合關係，導致前兩個行為全部被第三個行為夾結成想像競合犯的情形。該第三個行為雖可能是狀態犯，但更可能是繼續犯〔※圖表 17-5.3〕。

設若【案例 17-3.5】T 的強暴、脅迫手段除砍傷 O 外，還搗毀 O 車，以使 O 心生恐懼逼其就範，此時，傷害與強盜、毀損與強盜，各自產生（實行行為部分重疊的）想像競合關係，傷害與毀損本來並無關係，但卻因強盜行為（所稱第三個行為，乃狀態犯）而被夾結成一整個傷害、毀損與強盜的想像競合犯。

依照部分文獻見解，【案例 17-3.8】的非法持有武器罪（繼續犯），和持該武器所為之犯罪，如所示（持槍）恐嚇罪與（持槍）殺人罪（皆屬狀態犯），也有可能分別成立想像競合犯。進而，非法持有武器行為即是所稱第三個行為，可能把繼續期間所犯之罪全部夾結成一整個恐嚇、殺人與非法持有武器的想像競合犯。

是否承認夾結效果，爭議頗大。基於一部判決確定力可能及於全部的一事不再理考量，應該審慎以對才是（此點，猶如形式結合犯不能論以一行為的相同考量）。至少，即便肯認夾結效果者，最起碼的共識是：「大能包小、小不能包大」，亦即，產生夾結效果的第三個行為，其不法內涵不能比被夾結的犯罪來得輕，在此情形應去除夾結

²⁶ 關於行為部分重疊所衍生的夾結效果問題：林山田，刑通 II，頁 312~；高金桂，2003.01，頁 55（譯為「樞紐效應」）；柯耀程，1999，頁 473~及 2000.09，頁 161~（譯為「涵攝效應」）；蔡聖偉，2010.10，頁 92~；蘇俊雄，刑總 III，頁 51~（譯為「掛勾作用」）。德國法鳥瞰：Roxin, AT II, 33/82ff., 93ff.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 779ff.。

效果（Entklammerwirkung），構成其例外，結論就是不能成立想像競合，而應回到實質競合處理。

如【案例 17-3.8】所示，設若承認夾結效果，若 T 因非法持有槍枝被判處有罪者，判決確定力及於全部的結果，便是基於一事不再理原則，連 T 犯殺人罪都不能再重行起訴，等於是「買輪胎送汽車」，送過頭了，也讓 O 白白送了一命！因此，即便肯定說也認為此處應構成例外，不能以輕罪（非法持有武器罪）來夾結重罪（殺人罪）；其結果，上開兩罪之間應論以實質競合。同此結論，如醉態駕車撞死人後逃逸者，醉態駕駛罪不能夾結過失致死罪與肇事逃逸罪²⁷。

²⁷ 最高法院結論亦認此乃數罪併罰，近例如 93 台上 2625：「上訴人酒後不能安全駕駛而駕駛，屬故意犯，嗣後因過失致人於死，為過失犯，而侵害之法益一為公法益，一為私人生命法益，又肇事逃逸罪之成立，祇以行為人有駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸之事實為已足，至行為人之肇事有否過失，則非所問，且駕駛人之肇事逃逸，係在其過失行為發生之後，為規避責任，另行起意之另一行為，原判決認上訴人所犯之不能安全駕駛而駕駛、業務過失致人於死及肇事逃逸三罪，應予分論併罰，自無不合」。

關於肇事逃逸與過失致死關係，最高法院向來認為此乃數罪併罰，如 99 台上 3357：「過失致人於死罪係針對行為人應注意、能注意、而不注意之過失行為予以非難，肇事致人死亡而逃逸罪，則以處罰肇事後逃逸之駕駛人為目的，俾促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，以減少死傷，二者之立法目的及犯罪構成要件截然不同，駕駛人之肇事逃逸，又在其過失行為發生後，為規避責任，而另行起意之另一行為，該二犯行間…應屬併罰關係…」同旨如 93 台上 5599、93 台上 5824、94 台上 2231、96 台上 7145。

附帶說明：肇事逃逸與遺棄罪，93 台上 5585 及 93 台上 6513 皆認此非法條競合，而是一行為觸犯數罪名之想像競合犯（比較：92 台上 4552，簡評：陳志輝，2005.05，頁 238~）。新例如 99 台上 4045，亦同：「二者並非特別法與普通法關係，故如一駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸之行為，同時符合上開二罪之犯罪構成要件時，即應成立一行為觸犯二罪名之想像競合犯。準此，本件被告駕車肇事，致被害人周某受傷，昏迷倒臥路上，成為無自救力之人後，卻因緊張害怕，未下車察看，採取必要之保護措施，逕自駕車逃逸之一個行為，自屬同時觸犯上開二罪名，原審依想像競合犯論處，並無不合。」

(五) 立法論：從一重處斷效果的檢討與對策

如前所述，想像競合犯是採取區分原則之競合論的特色，立法論主張改採單一刑罰原則者，其實就是廢除想像競合犯，但這其實操作不會更為簡單、結果也未必比較合理。相較之下，採取區分原則但想像競合犯效果不從一重處斷，而是限制加重至 1/2 的歐盟法例，可以說是兼顧行為不法與結果不法的較佳選擇²⁸。

²⁸ 林鈺雄，2006.12，頁 261~：簡言之，採行單一刑罰原則的立法例，看重的是行為人「觸犯數罪名」的結果不法，而不問其由幾行為造成，結論都是數罪併罰。反之，採行區別原則的某些立法例，如我國刑法與德國刑法，著眼於行為人僅以「一行為」違犯的行為不法，因此僅從一重的罪名來處斷，以避免一行為受兩處罰的疑慮。換言之，前者擔心評價不足，後者擔心重複或過度的評價，各有立場，但也各有所偏。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，因此，無論是只問結果數不管行為數的看法，或者是相反觀點，同樣都有難以自圓其說、過猶不及的盲點。用「放火以殺人」這種典型的想像競合犯為例，單一刑罰原則是視同行為人分別犯了放火與殺人兩罪來數罪併罰，顯然忽略了本案中的放火行為就是殺人行為，也就是實行行為只有一個且完全重疊；反之，依照上開我國及某些區別原則的立法例，由於是一行為所觸犯，因此結論就是僅從一重的殺人罪來處斷，放火部分的非價完全被吸納到殺人部分，如此一來，行為不法固然沒有被重複評價，但因不論放火只論殺人結果，（廣義的）結果不法卻沒有被充分評價。到底如何處理才能在想像競合犯的類型中，達成「充分但不重複、不過度評價」的競合論基本任務？一言以蔽之，就是在區別原則的前提下，創設一種「刑度低於數罪併罰，但可能高於僅從一重處斷」的中間調和類型。《歐盟刑事法典》便採此立法例，以有期徒刑為例，在「一行為」觸犯數罪名的想像競合情形，處罰的上限是重罪法定刑的 1.5 倍（也就是加重其刑至 1/2），並非僅從一重處斷而已；反之，若是「數行為」觸犯數罪名的實質競合情形，處罰的上限是重罪法定刑的 2 倍。此外，以上兩類上限都有一個額外限制，就是不能超過所犯所有罪名的累積總刑度，這是想當然爾的合理限制。如此一來，「一行為觸犯一罪」（單純一罪）、「一行為觸犯數罪」（想像競合）與「數行為觸犯數罪」（實質競合）三種處罰皆有所別，既區分行為、也區分罪數，兼顧行為不法與結果不法的綜合評價，可以說是相當徹底且比較合理的區別原則。我國當初修改新刑法的競合論時，僅以德、日的區別原則為藍本，完全沒有考慮過（或許也根本不知道）歐盟刑法揭示的新競合論觀點，也未正視為何觸犯數罪名卻僅從一重處斷的質疑，以致於欠缺一種可資調節罪刑的中間類型，可說是美中不足之處。

D、自我評量新增案例之例示

→ 7.◎

4. 【犯意變更案·1】殺人篇：「行為始於著手，著手之際，有如何之犯意，即應負如何之故意責任。犯意變更與另行起意本質不同；犯意變更，係犯意之轉化（升高或降低），指行為人在著手實行犯罪行為之前或行為繼續中，就同一被害客體，改變原來之犯意，在另一犯意支配下實行犯罪行為，導致此罪與彼罪之轉化，因此仍然被評價為一罪。犯意如何，既以著手之際為準，則著手實行階段之犯意若有變更，當視究屬犯意升高或降低定其故意責任；犯意升高者，從新犯意；犯意降低者，從舊犯意，並有中止未遂之適用。另行起意，則指原有犯意之構成要件行為已經完成，或因某種原因出現，停止原來之犯罪行為，而增加一個新的犯意產生，實行另一犯罪行為之謂，至於被害客體是否同一則不問；惟因其係在前一犯罪行為停止後（即前一犯罪行為既遂、未遂或中止等），又另起犯意實行其他犯罪行為，故為數罪。行為人以傷害之犯意打人，毆打時又欲置之於死地，乃犯意升高，應從變更後之殺人犯意，殺人行為之傷害事實，當然吸收於殺人行為之內。倘若初以傷害之犯意打人已成傷之後，復因某種原因再予以殺害，則屬另行起意，應分論併罰，成立傷害與殺人二罪。」（99 台上 5693）。☞ 同旨如 100 台上 1926、99 台上 2526、99 台上 702（含共同正犯責任問題，評釋：徐育安，2010.08，頁 115~）。尤其在行為人、被害人皆同、罪質相同且行為緊接時（如【案例 3-2.5】；→3.3.2.3），究竟應否及如何區分犯意變更與另行起意？此與行為人的犯罪整體計畫有無關係？又，此對共同正犯或共犯責任，又有何影響？

5. 【犯意變更案·2】恐嚇篇：甲等夥同其他共犯，先推由服務小姐

誘騙男客交付現金或刷卡付費，以換取性服務及取得會員之資格（事後則藉詞推託，拒不提供性服務）；若男客不為所動，該服務小姐即改變先前態度，而以惡劣語氣強迫男客消費一定金額，續而通知甲或店內少爺進入房間內，出言恫嚇該男客，迫使該男客交付現金或刷卡消費等情。

本案高等法院判決理由內說明：「就甲等整體犯罪計畫而言，其中固包含有詐欺之成分，然渠等之詐欺行為僅為達成獲取財物目的之手段之一，亦即倘詐欺行為未能獲致結果，渠等並不就此罷手，反『提昇犯意』而實行恐嚇取財之行為，以遂渠等取財之終局目的」，但最高法院（98台上2219）撤銷理由認為：「甲等原先均祇有詐欺取財之故意，嗣因詐欺取財未果，始另行起意恐嚇，以遂其最終取財之目的，則其等此部分詐欺取財之行為應屬未遂，而非既遂；且其詐欺取財未遂之行為與恐嚇取財行為，顯係各別起意，且分別符合詐欺取財（未遂）及恐嚇取財罪之構成要件，依上說明，自應分論併罰」、「要無所謂『犯意提昇』而依吸收理論僅論以恐嚇取財一罪，或認二罪間具有方法結果之牽連關係而從一重處斷之可言。」¹⁰⁴承4之說明，比較兩案有何不同。

6. 【犯意變更案·3】猥褻篇：T趁男童A（14歲以下）睡著時，撫摸其下體，嗣經A察覺有人撫摸其下體而醒來，要求T停止，T竟改以脅迫或違反其意願之方式繼續撫摸A下體。

原判決認T所為係一行為觸犯§225II之趁機猥褻罪及§224-1之加重強制猥褻罪，應依§55想像競合犯，從§224-1處斷。但最高法院（99台上3977）撤銷理由認為：「行為始於著手，故行為人於著手之際具有何種犯罪故意，原則上自應負該種犯罪故意之責任。惟行為人若在著手實行犯罪行為繼續中轉化（或變更）其犯意（即犯意之升高或降低），亦即就同一被害客體，轉化原來之犯意，改依其他犯意繼續實行犯罪行為，致其犯意轉化前後二階段所為，分別該當於不同構成要件之罪名，而發生此罪與彼罪之轉化，除

另行起意者，應併合論罪外，其轉化犯意前後二階段所為仍應整體評價為一罪。是犯意如何，原則上以著手之際為準，惟其著手實行階段之犯意嗣後若有轉化為其他犯意而應被評價為一罪者，則應依吸收之法理，視其究屬犯意升高或降低而定其故意責任，犯意升高者，從新犯意；犯意降低者，從舊犯意。又因行為人轉化犯意前後二階段行為係屬可分之數行為，且係分別該當於不同構成要件之罪名，並非一行為而觸犯數罪名，自不能依想像競合犯之規定從一重處斷」，據此，除 T 嗣後轉化犯意部分所為係另行起意，應與其轉化犯意之前所為併合論罪外，其轉化犯意前後之行為，仍應整體評價為一罪。而 T 對於 A 從原先乘機猥褻之犯意轉化為強制猥褻之犯意，係犯意之升高，依上述說明，自應依重行為吸收輕行為之法理，從其新犯意，僅論以§224-1 加重強制猥褻一罪。☞ 承 4、5 之說明，比較三案有何不同。

→ 9.◎

6. 【家暴反擊案】99 台上 5562：原判決（高院）認定甲女殺害被害人乙男之犯行，係屬防衛過當之正當防衛行為，係以乙時常辱罵及毆打甲，並威脅要殺掉甲，甲相信被害人確能殺掉自己，只是因乙之前均僅以木棍、椅子、抓癢棒毆打，不具殺傷力，而本案發生前，甲已有四天沒進食，導尿管位移又疼痛難當，忍痛找乙求救，卻不斷被辱罵，其後乙更自茶几上取菜刀一把，揚言欲將甲之腦袋剝掉，乙當時所為，已該當於§271III 之預備殺人罪，即屬於現在不法之侵害，而任何人在此情況下亦均認為係處於急迫之危險。況甲早已有受虐婦女之創傷症候群，平時即相信乙確能殺掉自己。是甲於案發時持榔頭朝乙頭部敲擊之行為，即該當於正當防衛之阻卻違法事由，其後奪下乙手中之菜刀而猛刺乙臉部、頸部之行為，亦係擔心乙反擊所為之防衛行為。（A 段：構成正當

防衛) …至甲面對乙持刀預備殺害之行為，即便情況急迫，而來不及拿取其他攻擊力較為輕微之器具，本得持榔頭、菜刀朝乙手部或其他不致致命之身體部位揮砍，即足達防禦嚇阻之作用，乃甲竟捨此未為，反持榔頭、菜刀猛力敲擊、砍刺可預見將造成乙致命之頭部、頸部，則甲此殺害乙之行為，顯已逾越當時必要程度之防衛手段，自屬過當防衛…等情，為其主要論據。(B段：手段屬防衛過當) …然苟原判決上開論述說明俱屬無訛，則案發當時乙是否並未著手於殺害甲之行為，即甲並非對乙現在不法之侵害為防衛之行為，甲所為能否認屬防衛過當之正當防衛行為，尚非全無疑義，仍待調查釐清論述說明。(C段：最高法院質疑高院理由)

☞ 本案乙預備或著手？侵害之現在性〔※ 圖表 9-2 之 X 時點〕，必取決於預備或著手時點？若運用有效說或預備最後階段說（→9.1.2.1.2），有無不同？甲可否主張緊急避難（持續性危難：→9.2.2.1.2）？

7. 【鎮壓革命案】匈牙利首都布達佩斯在 1956 年 10 月爆發革命，軍官 K 奉命前往鎮壓，並在衝突中下達開火命令，導致平民數人死傷。東歐政體轉型後，匈牙利 1993 年通過追訴條例，規定在 1956 年爆發革命之時政府人員所觸犯之某些罪名，不受到刑法追訴權時效之限制。該條例雖經數度釋憲，但最後 K 仍被以違反人道罪起訴並判刑。See ECHR, *Korbely v. Hungary*, Judgment 19/09/2008。
- ☞ 本案下命軍官 K 及受命開火士兵，有無阻卻違法事由（→9.3.5.2）？追訴權時效有無新舊法比較問題（→18.5.1）？追訴權時效已完成後，可否再以立法手段回溯適用，剝奪時效利益？有無特殊例外？

→ 12.◎

2. 【所知所犯案·1】97 台上 3847：「刑法錯誤理論中『所知輕於所犯，從其所知』之法理，所謂『所知』與『所犯』，仍應在客觀上有相當之證據，足以證明行為人主觀上所認識之犯罪構成事實與客觀上所發生之犯罪事實不一致（按：下稱 A 段），或行為人不知其行為為法律所禁止，或將其誤認為法律所允許，始有其適用（按：B 段），如『所知』與『所犯』並無不一致，則無阻卻故意或影響故意責任之可言。依原判決認定，上訴人僅空言抗辯『大胖子』告知其等要運輸愷他命入境台灣地區，不知所運輸之毒品係海洛因云云。…」

☞ 所知所犯法理，基礎何在？→7.3.2 及 7.4.1 之對應法則。

☞ A 段所述是構成要件錯誤，B 段所述是禁止錯誤，兩者可等量齊觀，一體適用所知所犯法理？

☞ 設若抗辯屬實，行為人主觀上以為是愷他命（三級毒品），客觀上卻是運輸海洛因（一級毒品），當屬發生何種錯誤？

☞ 承上，設若行為人乃外國人，以為同其本國一樣，運輸、施用愷他命不違法，則可能發生何種錯誤？或何種錯誤之競合？

3. 【所知所犯案·2】99 台上 8207：「刑法上所謂幫助犯，係指對他人決意實行之犯罪有所認識，而基於幫助之意思，於他人犯罪實行之前或進行中資以助力，予以實行上便利，使犯罪易於實行之人。至幫助犯所認識之犯罪內容，與正犯所發生之犯罪事實不一致，亦即幫助犯所認識之犯罪內容與正犯所發生事實彼此間之構成要件不同，而有輕重之分時，依『所犯重於所知，依其所知』之法理，不應論以較重罪之幫助犯。原判決雖認定潘某犯幫助販賣第三級毒品罪；乃理由欄說明潘某不知且未參與交易內容、數量，復無證據足認潘某對吳某此次購買愷他命之意圖、目的、數量有所認識等由。則潘某主觀上既不知吳某購買毒品之『意圖』、

『目的』及『數量』，又如何認定潘某主觀上之犯意，係幫助吳某意圖營利而販入毒品？…」☞幫助故意：→14.4.3.2.2；幫助犯之錯誤：→14.4.3.4。

→ 14.◎

7. 98 台上 4598：「運輸之行為概念，乃指自一地運送至他地而言，自國外運至國內，固屬之，於國內之甲地運至乙地，祇要在其犯罪計畫之內，同屬之，故於走私入境之情形，所謂之運輸行為，當自外國之某處起運，包含中間之出、入境（海關），迄至國內最後之收貨完成止，皆涵括在內，不能割裂認為國內接貨階段，屬犯罪已經完成之事後幫助作為」。☞幫助之時機與方式，同上。比較 99 台上 1901（→13.5.1），運輸毒品或運送走私物品罪，以起運區別各該罪既遂、未遂，一旦起運離開現場，其構成要件之輸送行為即已完成，不以達到目的地為既遂之條件。果爾，前案即屬事後幫助？兩案不相矛盾？可否藉助繼續犯（先既遂後完成：→14.3.2.2.3）之法理解決？

→ 17.◎

8. 【性交次數案】試比較下述實例，分析在同一行為人對同一被害人之多次性交，在刑法上行為數與犯罪數之評價（不同被害人：→17.2.2.3.3；99 台上 4367）。

1) 99 台上 1180：上訴人 T 自 2008 年 2 月間起至 8 月 6 日止，在飯店及其住家等處，與 A 女（14 歲以上未滿 16 歲）密集多次合意性交（§227III，下稱前段），嗣因 A 母發覺，與 T 在調解委員會成立調解，足認 T 對 A 女性交之犯意已中斷，迨同年 9 月 14 日又

對A女為性交一次，顯係另行起意為之，應予分論併罰。上訴意旨猶謂案發期間，上訴人年輕氣盛，性慾強烈，其欲與A女性交之意念，應隨時存在，始終如一，故9月14日之性交，仍屬先前性交行為之接續實施云云，…任意指摘，不符第三審上訴之法定要件。☞ T前段之性交行為屬接續一行為（歷審皆採此說）？抑或論以數行為之數罪併罰？查獲或東窗事發應屬犯意中斷？此外，A女若懲服T男性交，有無可能成立共同正犯或共犯，理由何在（對向犯：→14.5.2）？

2) 99台上4757：被告T於2003年6月27日深夜11時許，先施以恫嚇而對被害人強制性交得逞，繼要求被害人裸體與其同床共眠，迄翌日上午5時30分至6時30分間，乍醒之際，復自恃被害人仍不敢違抗其意，續對被害人性交而得逞之犯行。原審業於理由說明被告上開二次對被害人強制性交之行為，係於同一夜間，在同一地點，對同一被害人為之，且第一次強制性交行為後，繼利用被害人因甫受恐嚇，未敢違抗之心理狀態，先迫使被害人裸體與其同榻而眠，並於睡醒之際，續對被害人性交，是其各次強制性交行為之獨立性極為薄弱，依一般社會觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，應視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，屬接續犯，而為包括之一罪。據以明公訴意旨認被告係基於概括犯意所為之數行為，應依連續犯之規定論以一罪，容有未洽等語。經核於法並無不合。☞ 接續一行為？類此，乃德國在廢除舊實務所稱Fortsetzungsdelikte之前的邊界案例。

3) 99台上5079：按諸性交，通常以男性射精或發洩性慾完畢，作為認定性交次數之計算，區別不難，獨立性亦強，於經驗、論理上，殊難想像累月經年之長期多次性交，可以符合接續犯之行為概念。又刑法修正之後，往昔若干刑事訴訟法規定之操作模式，當應配合改變，例如以往允許籠統混用數行為之證據資料，認定成立連續犯之作法，即已不合時宜，當須遵守嚴謹證據法則及罪疑唯輕原則，依一行為一罪一罰之新制，就各獨立評價行為之證據資料，

逐一檢視；其若部分行為，犯罪證據不足，檢察官不應將之擇為起訴客體，法院亦不可率予認定全部成立犯罪。具體以言，祇能就證據充分之該次或數次犯行（例如第一次、最末次、或其間較為明顯者），予以追訴、審認，如係數罪，再妥適定其應執行之刑度，其他部分則不予起訴或諭知無罪。…原判決既認定被告 T 有不詳之多次對於 A 女性侵害，時間達二年之久，證據上則籠統混用，再將之評價為包括一罪之接續犯，其法則適用，核非恰當。

☞ 以上實務計算個數採「發射說」之依據何在？行為人若為女性，或未進入被害人身體但有發射（§10V 參照），又如何運用？此說與以上裁判（99 台上 1180 之 T 前段性交行為、99 台上 4757 之 T 兩次性交行為）不相矛盾？若採此說，三案原審皆應調查被告在各次性交有無發射，否則即屬調查未盡（刑訴§§163, 379¹⁰）？果爾，又如何調查？

元照出版 請尊重著作權 請勿轉載