

名師啟試錄 ①

## 競合只能靠想像？淺談想像競合

編目：刑法

主筆人：榮台大

### 壹、前言

#### 一、故事從牽連犯的廢除說起

舊刑法第 55 條：「一行為而觸犯數罪名者，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」係舊法牽連犯的明文。正當牽連犯要還沒從學說與實務上的爭議名單除名時，立法者僅以「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例範圍，而有鼓勵犯罪之嫌」數語，嘩的一聲將牽連犯刪除。

#### 二、牽連犯的要件與案例

修正理由所列出來的牽連犯要件共有下列幾項：**概括犯意、數行為、觸犯數罪名、侵害數法益、犯罪行為間須具備方法目的或原因結果之牽連關係**。屬於牽連犯的案例大概有下列幾則：

◆【案例一】甲為了殺乙，侵入住宅開槍擊斃乙。

◆【案例二】甲侵入乙家看電視時，發現乙在家中，為了避免遭到刑事訴追，徒手將乙掐死。

◆【案例三】甲為了方便自己給乙教訓，遂將乙關入房間內，再對乙恐嚇並傷害之。

◆【案例四】甲購買手槍欲殺死乙、丙，在持有槍械期間先後殺死二人。

#### 三、牽連犯與想像競合的糾葛

修正理由認為，刪除牽連犯之後得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰。換言之，原本屬於牽連犯之犯罪，若屬一行為觸犯數罪名之情形，應根據想像競合處理，例如：【案例一】、【案例三】與【案例四】；相對地，若為數行為而侵害數罪名之案例，應數罪併罰之，例如：【案例二】。

相對地，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。」目前多數見解認為，

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

想像競合具有下列要件：一行為及侵害數法益。

眼尖的人可能早就發現：如果按照修正理由所說的，數行為才是牽連犯，那麼在牽連犯廢除後，如何還能改用一行為的想像競合？如果按照構成要件被實現的數量來計算行為數，想像競合不也該是數行為？其實，這些問題都導向了一個結論：廢除牽連犯與連續犯沒有解決問題，問題的重點只是遞移到了「行為數的認定」之上。

## 貳、行為數的基本認定標準

### 一、自然意義的一行為

行為人出於一個行為決意，而顯現一個意思活動。換言之，判斷的標準在於舉動的個別性，也就是身體舉止的數量，例如：甲一刀砍死乙，甲的行為是自然意義的一行為。

### 二、自然的行為單數

#### (一)基本內涵

行為人出於單一意思決定而為數個同種類的行動，該同種類的行動之間具有時空上的緊密關係，客觀上由第三人觀察可辨認行為間的相關性<sup>註1</sup>。例如：甲一分鐘在教室內偷了 10 個人的皮包，甲應係出於單一意思決定，且在一分鐘內時空緊密地行為，故屬於自然的行為單數。

#### (二)自然的行為單數 vs 接續犯

接續犯與自然的行為單數定義幾乎相同，區別在於接續犯須加上一個限制：侵害單一法益，且接續犯係成立一罪。例如：甲連續打乙 3 個巴掌，甲僅侵害乙單一的名譽法益，應成立接續犯；相對地，甲一分鐘在教室內偷了 10 個人的皮包，甲之行為雖屬於自然的行為單數，惟係侵害不同人的財產法益，應論以想像競合。

### 三、構成要件行為單數

構成要件行為單數係指，行為在自然意義上並非一個舉動，但是立法者在構成要件預設此種類行為係一行為，也就是在法律上當成一個行為來評價，包括：多行為犯、結合犯、繼續犯、集合犯、構成要件等價選擇等。

<sup>註1</sup>時空緊密要件在判斷上形成的問題，請參照蔡律師，《透明的刑法體系書—刑總篇》（預計 2016 年 11 月底出版）。

### 參、繼續犯與狀態犯的行為數認定

行為人在繼續犯期間另犯他罪，應該論以一行為或數行為，學說與實務有所爭議：

#### 一、通說見解

通說認為應該以行為人的意思決定數量來判斷行為數。據此，【案例一】的甲侵入住宅與殺害乙的行為間具有方法目的關聯，應係基於一個意思決定違犯侵入住宅罪（繼續犯）與殺人罪（狀態犯），故應依想像競合論處；相對地，【案例二】中，甲的殺人犯意係侵入住宅後另行起意，故侵入住宅與殺人應為兩個不同犯意，應數罪併罰之<sup>註2</sup>。

#### 二、實務見解

實務見解認為，如果行為人實行狀態犯之行為必須先藉由繼續犯之實行而進行，則該狀態犯與繼續犯屬於一行為。據此，【案例一】應想像競合；相對地，行為人於繼續犯行為期間另行起意為其他行為，則應數罪併罰之，例如：【案例二】。

### 肆、新想像競合說

最高法院似乎對於一行為的認定有新的思考心得，在 97 年的一則判決中創設了新想像競合說：「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。」（最高法院 97 年台上字第 3494 號判決）

具體言之，行為人觸犯數法益所實行的行為完全或局部同一時，應被評價為「一行為」，論以想像競合，例如：為了殺人而持有槍械，且於持有槍械後開槍殺人<sup>註3</sup>、侵入住宅殺人<sup>註4</sup>、意圖他人受刑事處分而向該管公務員誣告，並於誣告案件以證人身分虛偽陳述<sup>註5</sup>等等。

<sup>註2</sup>其他爭議案例請參照榮律師，《透明的刑法體系書—刑總篇》（預計 2016 年 11 月底出版）。

<sup>註3</sup>最高法院 101 年台上字第 2867 號判決。

<sup>註4</sup>最高法院 103 年台上字第 394 號判決。

<sup>註5</sup>最高法院 101 年台上字第 3839 號判決。

## 伍、侵害數罪名？—想像競合與法條競合的區分標準

處理完惱人的一行為之後，想像競合的另一個要件「數罪名」隨即粉墨登場。此要件與行為數的爭議相比，雖然不算太大，不過也因為有不同意見存在，讓它多了一些可看性。

### 一、侵害數罪名＝侵害數法益

多數見解認為，想像競合必須限於侵害數法益的情況，而這是法條競合與想像競合的最大區分之處在於侵害一法益或數法益。

### 二、侵害數罪名≠侵害數法益

刑法第 55 條明文「數罪名」而非「數法益」，想像競合應不限於侵害數法益始能成立。想像競合其與法條競合的差異應在於，一行為觸犯數罪名時，若數個構成要件之間具有不法內涵或概念邏輯的從屬關係，應為法條競合；反之，則為想像競合<sup>註6</sup>。

## 陸、法律效果

### 一、從一重處斷：法定刑從一重。

### 二、封鎖作用

#### (一)基本概念

刑法第 55 條為想像競合封鎖作用的明文規定，為避免從一重處斷的結果竟低於輕罪最輕本刑，或高於重罪最重本刑的不公平結果，想像競合的科刑以較重罪名最重本刑為上限、較輕罪名最輕本刑為下限。

例如：甲一行為觸犯 A、B 兩罪。A 罪法定刑為 1 至 10 年、B 罪法定刑為 3 至 5 年，若不受封鎖作用的限制，法院最後宣告甲 1 年有期徒刑，則成立兩罪之甲所受之宣告刑竟低於僅成立 B 罪的情形，結論顯不公平，故應依第 55 條但書將量刑封鎖在 3 年以上、10 年以下。

#### (二)爭議問題：法條競合是否也有封鎖作用的限制？

正當大夥忙著處理其他刑法問題時，最高法院突然拋出了一項雞肋式的見解：「刑法第五十五條規定之想像競合犯，該條前段規定從較重之一罪處斷，本質為數罪之競合，屬裁判上一罪，為避免遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，若許

<sup>註6</sup>陳志輝，〈想像競合的釐清作用〉，《月旦法學教室》，第 38 期，2005 年 12 月，頁 25。

法院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，致與法律規定從一重處斷之本旨相違背，故該條但書特別規定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失。至法條（規）競合，本質上為單純一罪，純屬數法條之擇一適用，而排斥其他法條之適用，既無明文限制，於量定宣告刑時，自不受刑法第五十五條但書規定之拘束。」（最高法院 105 年第 10 次刑庭決議）

(三)釐清功能

一行為觸犯一罪與觸犯數罪的不法內涵並不相同，此部分的差異必須在判決主文上顯現。換言之，必須列出所有罪名，始能釐清行為的整體不法內涵，此即為想像競合的釐清功能。

(四)夾結效果—繼續犯與狀態犯之間

◆【案例五】甲為了方便自己給乙教訓，遂將乙關入房間內，再對乙恐嚇並傷害之。

◆【案例六】甲購買手槍欲殺死乙、丙，在持有槍械期間先後殺死二人。

兩個本屬於數罪併罰的犯罪行為，個別與第三個犯罪行為成立想像競合時，便可以透過第三個犯罪行為予以夾結，以避免過度評價。但是夾結效果必須受到「重可夾輕、輕不可夾重」的限制，以避免評價不足<sup>註7</sup>。

【案例五】甲成立私行拘禁罪、恐嚇危害安罪以及普通傷害罪。由於恐嚇與傷害行為係數行為侵害數罪名，兩者應數罪併罰，並同時與私行拘禁罪想像競合，結論是：私行拘禁罪夾結恐嚇危害安罪與傷害罪，僅論以私行拘禁罪即充分評價（重可夾輕）。

【案例六】則有不同結論：甲先後成立兩個殺人罪數罪併罰，兩罪又同時與加重危險物品罪想像競合從一重處斷，若依照夾結效果，甲最後只成立一個加重危險物品罪，法定刑較高的殺人罪顯然未被充分評價，故此時應該排除夾結效果，使甲成立兩個殺人罪（輕不可夾重）。

<sup>註7</sup>對於夾結效果的進一步理解，請參照榮律師，《透明的刑法體系書—刑總篇》（預計 2016 年 11 月底出版）。

# 透明的刑法

## 榮律師

### 重點整理 + 解題書，打通任督二脈

適用對象：律師、司法官、法研所



▲預版中

▲售價：320元

- ◆理論實務兼備，打底應用兩者通用
- ◆文字淺顯易懂，讓你不再擔心刑法
- ◆學理脈絡清晰，概念從此不再混淆
- ◆收錄經典試題，讀完馬上測驗成效

### 搭配解題書 透過爭點題型解析及示範擬答，幫助提升實力、增強解題技巧！



▲售價：360元

- ◆用語精準平實，掌握解題時間
- ◆精準解析爭點，強調解題技巧
- ◆關鍵答題撇步，增強解題重點
- ◆最新實務見解，提升解題實力



高點文化事業  
publish.get.com.tw



## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！