

満寛文教基金會法學叢書（一）

罪數理論之研究



甘添貴 著

元照

本書簡介

本書係就行為人在犯罪成立階段，究竟違犯一個罪抑或數個罪以及在犯罪處罰階段，對於已經成立之數個犯罪，到底應如何予以處罰之二大命題，所作之深入研究。本書依窮盡判斷原則與禁止重複評價原則二大原則，而架構出一套完整之罪數判斷體系，即認識上之罪數、評價上之罪數以及科刑上之罪數三大體系，並加以有系統地介紹與論述。尤其對於整個罪數理論之核心部分，亦即評價上之罪數部分著墨最多，其中又以法條競合部分更是不憚辭費地加以闡明，希能有助於問題之釐清。

作者簡介

甘添貴

現職：私立輔仁大學法律學系專任教授

台灣刑事法學會會長

法務部刑法研修委員會委員

經歷：國立中興大學法律學系專任教授

國立台北大學、私立東吳大學、私立東海大學兼任教授

高特普考試典試委員

著作：刑法各論【上】(73.11)

刑法之重要理念(85.6)

刑法案例解評(88.1)

體系刑法各論【第一卷】(88.9)

體系刑法各論【第二卷】(89.3)

罪數理論の研究

ISBN 957-41-3463-6



9 789574 134632



56WND02501

定價：400元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

D917/32

2006

罪數理論之研究



甘添貴 著

輔仁大學法律學系教授

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

罪數理論之研究 / 甘添貴作. -- 初版. -- [臺北縣新莊市] : 甘添貴出版 ; 臺北市 : 元照總經銷, 2006[民 95]
面 : 公分

ISBN 957-41-3463-6 (精裝)

1. 罪數論

585.17

95002629

ISBN: 9789574134632

人民幣價: 250

罪數理論之研究

56WND02501

2006年4月 初版第1刷

作者 甘添貴
出版者 甘添貴
總經銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 400 元
訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890
訂購傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-41-3463-6

自序

行為人實施某個犯罪事實後，法院於審判上適用法律時，須先確定行為人到底犯了什麼罪？犯了哪幾個罪？如果是犯了數個罪時，這幾個罪究竟要如何處罰？這些問題，歸根結底，均脫不了兩大命題：一個是在犯罪成立的階段，行為人所違犯的犯罪到底是一個罪抑或是數個罪？另一個是在犯罪處罰的階段，對於已經成立的數個犯罪，究竟應如何予以處罰？為了解決這兩大命題所建立的理論，在日本學界，大抵把它稱為罪數論；在德國學界，則普遍叫做犯罪競合論。不管是稱為罪數論也好，叫做犯罪競合論也罷，目的都是在處理上面所說的兩大命題。德、日學界對此項理論的用語，雖有不同，但是深究其內容，其實並無多大差異。這種情形，正如同刑法這一部法律的名稱，英美法系大都把它稱為犯罪法，歐陸法系則把它叫做刑（罰）法，用語亦不太相同，但是在內容上則均在處理犯罪與刑罰兩大命題。所以，不管是把它稱為罪數論或者是犯罪競合論，祇是使用習慣上的不同，如果花時間斤斤計較哪個名稱比較妥當，不但毫無意義，而且也有點無聊。

本書的內容，大部分均曾發表於國內各大法學雜誌，祇是都是片斷的、零碎的。為了讓它們有一個完整的面貌，最近花了一些時間重新整理，並且把它們串聯起來，作一個比較有系統的介紹。在本土的刑法學尚未建立之前，國內所有的刑法理論，幾乎都是承襲自德國或日本而來。因此，留學德國的學術工作者，固執地祇介紹德國的刑法理論；負笈日本的學術工作

者，則一味地闡述日本的刑法學說。長期下來，研究刑法學的學界人士，似乎多多少少帶有「偏執狂」的傾向，一切都自以為是，很難接受別人的意見。怪不得有其他法學領域的學術工作者，曾經譏諷刑事法學界普遍瀰漫著肅殺之氣，你爭我鬥，互不相讓。其實，個人一直認為任何學問，如果把它譬喻為一個圓，一個人窮其終生，無論如何日以繼晷的努力，也不管有多高的聰明與智慧，所擄獲的，也不過是圓中一個小角裡的數粒泥沙或幾顆珍珠而已。剩下的一大片領域，無論所藏的是泥沙或珠寶，還是有待後人不斷的挖掘與探索。所以，對我們周遭的一切，不妨儘量謙虛為懷，勇於放下。過分的主觀，常是你我所不自知的通病。人的心，就像一個天秤，很容易隨著自己對人、對事或對物的好惡而偏斜。一個人如果能學習讓自己的心儘量「歸零」，不知會有多好！

歲月實在不饒人，轉眼之間，已經步入頭髮斑白，齒牙動搖的人生階段，不禁使人感嘆「路已近時翻覺遠，人因垂老漸知秋」。這本書裡所說的一切，是個人研究刑法學多年來的一些心得，對於裡面的一些說法或主張，祇是提供給有興趣鑽研刑法學的人或從事司法實務工作者作為思考的參考而已。如果你贊成書中的某些論點，就把它當作是將來深入研究的一個起點；如果你反對書中的一些說法，也不用嗤之以鼻，笑一笑也就過去了。人生已經夠苦了，能夠有機會笑一下，也是件好事。

甘添貴 謹序

2006年3月15日於挹翠山莊半半齋

目 錄

自 序

第一章 罪數之基本理論

| | |
|---------------------|----|
| 第一節 罪數論概說..... | 3 |
| 第一款 罪數論之概念..... | 3 |
| 第二款 罪數論之體系地位..... | 5 |
| 第三款 罪數論之機能..... | 7 |
| 第二節 罪數判斷之原則與體系..... | 9 |
| 第一款 罪數判斷之原則..... | 9 |
| 第二款 罪數判斷之體系..... | 12 |
| 第三節 罪數之種類..... | 17 |

第二章 認識上之罪數

| | |
|-------------------|----|
| 第一節 概 說..... | 23 |
| 第二節 認識上罪數之判斷..... | 23 |
| 第一款 判斷之對象..... | 23 |
| 第二款 判斷之標準..... | 24 |
| 第三款 判斷之方法..... | 24 |
| 第四款 判斷之結果..... | 25 |

第三章 評價上之罪數

| | |
|--------------------|-----|
| 第一節 評價上罪數之原理..... | 31 |
| 第一款 概 說..... | 31 |
| 第二款 罪數評價之基準..... | 32 |
| 第一項 客觀理論..... | 32 |
| 第二項 主觀理論..... | 34 |
| 第三項 折衷理論..... | 35 |
| 第四項 本書見解..... | 37 |
| 第二節 評價一罪之類型..... | 49 |
| 第一款 概 說..... | 49 |
| 第二款 單純一罪..... | 50 |
| 第三款 包括一罪..... | 50 |
| 第一項 包括一罪之概念..... | 50 |
| 第二項 包括一罪之本質..... | 52 |
| 第三項 包括一罪與法條競合..... | 56 |
| 第四項 包括一罪之成立要件..... | 58 |
| 第五項 包括一罪之成立形態..... | 61 |
| 第四款 法條競合..... | 77 |
| 第一項 法條競合之概念..... | 77 |
| 第二項 法條競合之本質..... | 96 |
| 第三項 法條競合之處理模式..... | 113 |
| 第四項 法條競合之效果..... | 168 |

第四章 科刑上罪數

| | |
|---------------------|-----|
| 第一節 概 說..... | 179 |
| 第二節 科刑上罪數之實質根據..... | 179 |

| | |
|-----------------------------|------------|
| 第一款 科刑一罪之實質根據 | 179 |
| 第一項 自犯罪論之立場觀察 | 180 |
| 第二項 自刑罰論之立場觀察 | 181 |
| 第三項 本書見解..... | 182 |
| 第二款 狹義數罪併罰之實質根據 | 184 |
| 第三節 科刑一罪之類型 | 187 |
| 第一款 科刑一罪之概念..... | 187 |
| 第二款 想像競合犯..... | 187 |
| 第一項 想像競合犯之概念 | 187 |
| 第二項 想像競合犯「一行爲」之涵義 | 190 |
| 第三項 特殊問題之檢討..... | 203 |
| 第三款 牽連犯..... | 207 |
| 第一項 牽連犯之概念..... | 207 |
| 第二項 牽連犯之法益個數 | 208 |
| 第三項 牽連犯之行爲個數 | 209 |
| 第四項 牽連關係之認定..... | 211 |
| 第四款 連續犯..... | 215 |
| 第一項 連續犯在我國法制上之沿革與觀念之變遷..... | 215 |
| 第二項 連續犯在我國法制上之演變 | 225 |
| 第三項 目前實務態度之檢討 | 259 |
| 第四項 從歷史觀重新省思連續犯之實然與應然..... | 269 |
| 第五款 科刑一罪之效果..... | 271 |
| 第一項 處斷刑之性質..... | 271 |
| 第二項 處斷刑之決定..... | 275 |
| 第四節 狹義數罪併罰..... | 281 |
| 第一款 狹義數罪併罰之概念 | 281 |
| 第二款 狹義數罪併罰之處理原則 | 283 |

| | | |
|-----|-----------------------|-----|
| 第一項 | 狹義數罪併罰之處斷方式..... | 283 |
| 第二項 | 狹義數罪併罰與執行刑之吸收..... | 285 |
| 第三款 | 狹義數罪併罰與執行刑之加重與併科..... | 289 |
| 第一項 | 狹義數罪併罰與執行刑之加重..... | 289 |
| 第二項 | 狹義數罪併罰與執行刑之併科..... | 293 |

第五章 共犯與罪數

| | | |
|-----|-------------------|-----|
| 第一節 | 共同正犯之罪數..... | 299 |
| 第一款 | 共同正犯之犯罪個數..... | 299 |
| 第二款 | 共同正犯之犯罪競合..... | 300 |
| 第二節 | 狹義共犯之罪數..... | 304 |
| 第一款 | 教唆犯與幫助犯之犯罪個數..... | 304 |
| 第二款 | 教唆犯或幫助犯之犯罪形態..... | 305 |
| 第三款 | 教唆犯與幫助犯之犯罪競合..... | 309 |

第一章

罪數之基本理論

第一節 罪數論概說

第一款 罪數論之概念

第二款 罪數論之體系地位

第三款 罪數論之機能

第二節 罪數判斷之原則與體系

第一款 罪數判斷之原則

第二款 罪數判斷之體系

第三節 罪數之種類

第一節 罪數論概說

第一款 罪數論之概念

刑法為保護法益之安全，以維人類共同生活之目的，對於刑罰法規之制定，力求其周密，並就法益之性質，分別釐定各種犯罪類型。各罪之間，既各獨立，又多互為聯屬。其罪與罪間之關係，究應如何予以釐清與妥適地適用？尤其，特別刑法與附屬刑法，為數甚夥，彼等與普通刑法間之關係又如何予以正確地辨明與適用？不但影響當事人之權益至鉅，且每為適用刑法者抑或學習刑法者倍覺困擾之所在。歷來學說或實務，對於罪數問題，大皆直接遽下判斷，鮮少說明其法理之所在。

行為人實施某個犯罪事實後，擬進一步加以處罰時，須先確定該行為人究竟觸犯何種罪名？觸犯一個或數個何種罪名？而後始能決定應如何予以處罰。如果行為人僅觸犯一個罪名，則僅依該罪名所預定之法定刑加以適當量處即可；如果行為人所觸犯者為數個罪名，則須依刑法總則第七章「數罪併罰」之規定予以論罪科刑。可見行為人所觸犯之犯罪，究為一罪或數罪，其在刑法上所發生之法律效果，相差甚大。因此，行為人實施某個犯罪事實後，法院於裁判時，須先就行為人所觸犯之犯罪，究為一罪抑或數罪，先予確定。如其所犯之罪，僅為一罪，則僅依該罪論罪科刑已足；如係數罪，且均在裁判確定前所犯者，則須適用刑法第50條規定加以併合處罰。

所謂罪數，即指犯罪之個數，亦即行為人所觸犯之犯罪究係一罪抑或數罪。而針對被告具體之犯罪行為事實，探討其犯罪之

4 罪數理論之研究

個數，究爲一罪或數罪；如係數罪時，應如何加以處罰之理論，即所謂罪數論。

首先，就犯罪個數之認定而言，由於刑法分則所規定各個犯罪之構成要件，係以「一人一罪既遂」爲原則而制定。因而，形式上一個行爲實現一個犯罪構成要件時，爲一罪；數個行爲實現數個各自獨立之犯罪構成要件時，爲數罪。惟實際上犯罪之態樣，形形色色，頗爲錯綜複雜。有一個行爲而實現數個犯罪構成要件者，亦有數個行爲而實現一個犯罪構成要件者；且刑罰法規所規定之各個犯罪構成要件，有抽象地包括數次之實現行爲者，亦有同時保護數個法益之安全者；同時，各個犯罪構成要件之間，並非均處於排他之關係，往往具有重複或交錯之複雜關係存在。因此，犯罪個數之認定，困擾滋生，不論學術界抑或實務界，一直處於意見紛紜，莫衷一是之窘境。

其次，就犯罪行爲之處罰而論，依罪刑法定原則，無犯罪，固無刑罰，惟有犯罪時，應如何處以刑罰？亦爲刑事政策上，頗爲難解之課題。一般而言，「一罪一罰，數罪數罰」，固符合正義應報之要求；惟依現行法規定，縱僅成立一罪，未必當然處罰，例如，刑法第288條第3項、第275條第3項、第324條第1項、第338條、第343條、第351條等規定之情形是；而且，數罪亦未必數罰，例如，刑法第50條至第56條所定之狹義數罪併罰、想像競合犯、牽連犯及連續犯等情形是。

職是，在犯罪行爲事實之評價上，犯罪成立之個數應如何判別，以及對應一罪或數罪之法律效果應如何處斷等問題，實爲罪數論根本問題之所在。

惟罪數論，既為探討犯罪之個數或單複之理論，正確言之，並非探討已經成立之犯罪的個數，而係探討成立一個具體之犯罪，抑或成立數個具體犯罪之理論。因此，罪數論，乃係具體犯罪成立階段之問題。至對於已經成立之數個具體犯罪之關係，如何予以處理，則非罪數論之問題，而係犯罪競合論之問題，乃係對於已經成立之數個具體之犯罪，應對之如何予以科刑之問題。

因此，有關探討犯罪之個數及其如何處罰之理論，在日本學界，大皆稱其為罪數論；在德國學界，則普遍名為犯罪競合論。惟實際上，德、日學界對此理論之用語，雖有差異，究其內容，並無多大差別。蓋無論稱為罪數論抑或名為犯罪競合論，均涵括處理二個問題：一、在犯罪成立階段，被告所犯之罪究屬一罪抑或數罪？二、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？職是，對於有關探討犯罪之個數及其如何處罰之理論，本書仍將其稱為罪數論。

第二款 罪數論之體系地位

探討對於具體犯罪事實，在刑法適用之評價上，應成立一罪或數罪，其法律效果又應如何處斷之「罪數論」，其在刑法理論體系上之地位為何？學界看法，並非完全一致。有謂應屬於犯罪論之領域；有認應歸於刑罰論之範疇；亦有持二元論之見解，認為判斷犯罪個數之部分應屬犯罪論領域，而確定數罪後在法律效果上應如何科刑處斷部分，則屬刑罰論之範疇。

一、犯罪論

主張屬於犯罪論者，認為一罪或數罪之分別，含有犯罪之道

義及法律的本質存在。科刑之輕重或手續上之處理，固與一罪、數罪具有關係，且須斟酌目的論之思考，惟此為其第二義；決定犯罪之個數，仍須以刑法之根本主義為依歸，並非便宜或合目的性之問題¹。

二、刑罰論

主張刑罰論者，則認為一罪或數罪之區別，以目的之多樣化為前提，犯罪概念無法一元或一義地加以決定；行為之單複，亦與基於犯罪觀之行為概念無關，而應以其與既判力之關係，依政策限定之刑罰權的個數為其指標²。

三、本書見解

犯罪論，係在探討抽象之犯罪本質及犯罪成立要件等議題之理論；刑罰論，則在探討抽象之刑罰目的及刑罰種類等議題之理論。而罪數論，則係在探討具體之犯罪行為事實，在刑法評價上，應成立一罪或數罪，其法律效果又應如何處斷之理論。換言之，罪數論係以犯罪論與刑罰論為其前提，而展開對具體犯罪行為事實進行評價之理論，二者之關係，猶如法律適用與法律解釋之關係。因此，逕認罪數論係屬犯罪論之領域，或係刑罰論之範疇，均非屬確論。

如前所述，罪數論，其內容涵括二個問題：(一)在犯罪成立

¹ 小野清一郎，「犯罪の單複と構成要件」，同氏著，「犯罪構成要件の理論」，頁336、382。

² 村崎精一，「一罪と數罪」，刑法講座第4卷，頁179以下。

階段，被告所犯之罪，究屬一罪抑或數罪？(二)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？因此，在犯罪成立階段，被告所犯之罪究屬一罪抑或數罪，實與犯罪之本質互為關連；而犯罪之本質，則屬於犯罪論之問題，自應於犯罪論之體系中予以探討。至在犯罪處罰階段，對於已成立之數個犯罪，究應如何予以處罰，則與刑罰之本質及目的，息息相關；而刑罰之本質及目的，係屬於刑罰論之問題，理應於刑罰論之範疇中予以處理³。

質而言之，行為人為一定行為而實現某犯罪事實後，判斷行為人所實現之犯罪事實，究屬一罪或數罪，應自犯罪之本質理論加以觀察，始能得其真諦。故罪數論，實屬犯罪論領域應予探討之問題。惟判斷行為人成立一罪或數罪之作用，乃在於如何予以適當地處罰，始能達防衛社會，遏止犯罪之目的。此際即應自刑罰之本質或目的之理論著眼，始克有濟。

因此，罪數論之體系地位，係以犯罪論與刑罰論為評價前提，而探討如何對具體行為事實進行刑法評價之刑法適用論之理論；簡言之，罪數論係將犯罪論與刑罰論予以具體運用之理論。

第三款 罪數論之機能

一、實體法上之機能

罪數，乃犯罪之個數，亦即行為人所犯為一罪或數罪，在刑

³ 中山善房，「觀念の競合における『一個の行為』について」，刑法雜誌第21卷第2号，頁138-139。

法及訴訟法上，均有其重要之意義存在。

刑法分則各個法條所規定之犯罪與刑罰，均係就一個犯罪之構成要件及其法定刑而為規定。例如，刑法第210條規定：「偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」即係針對一個偽造變造私文書罪所規定之法定刑。如有二個偽變造私文書罪同時裁判時，依刑法第50條及第51條第5款之規定，得處十年以下有期徒刑。蓋法院就被告所犯一個偽變造私文書處罰時，得在五年以下之法定刑內宣告適當之徒刑；處罰二個偽變造私文書時，即得在十年以下之處斷刑內宣告適當之徒刑。因而，數罪同時裁判，依狹義數罪併罰之規定，原則上其刑罰即因此而加重。故行為人所犯為一罪或數罪，在科刑上之處理方式及處罰輕重，顯有不同。

二、訴訟法上之機能

在訴訟法上，屬於一罪範圍之犯罪事實，在起訴狀內僅記載其一部者，依刑事訴訟法第267條「公訴不可分原則」之規定，其全部犯罪事實，即視為均已起訴。如檢察官就未起訴部分在同一法院重行起訴者，依刑事訴訟法第303條第2款規定，即應諭知不受理判決。蓋一個犯罪事實，僅發生一個國家刑罰權，自不許其分割而數次予以起訴及裁判。

再者，設構成一罪犯罪事實之一部業經判決，並經確定而生既判力，則與其立於一罪關係之其他犯罪事實，亦為既判力效力之所及。如就其餘犯罪事實再行起訴者，依刑事訴訟法第302條

第1款規定，自應諭知免訴之判決⁴。

職是，犯罪為一個或數個之問題，亦即罪數論，不僅涉及刑法上數罪併罰規定適用之有無，即在刑事訴訟法之領域內，有關公訴不可分原則及判決既判力之範圍，亦具有深遠之影響。

第二節 罪數判斷之原則與體系

第一款 罪數判斷之原則

在犯罪成立階段，被告所犯之罪究屬一罪抑或數罪，其判斷原則，主要有二：即窮盡判斷原則與禁止重複評價原則。茲略為說明如次：

一、窮盡判斷原則

依權力分立之法理，立法者職司立法，而司法者則職司司法，已為現代民主法治社會所普遍承認。因此，立法者所制定之刑罰法規，司法者須受其拘束，且須對於法律進行符合法理之詮釋，俾能適用於具體之犯罪事實。

立法者所制定之刑罰法規，目的在懲處犯罪，俾以維護社會秩序及保障國民人權。而刑罰法規上所擬懲罰之犯罪，因各種犯罪之類別不同，則各有其必備之構成要件。此等構成要件所含之要素，倘加以綜合抽象觀察，可分為主觀要素與客觀要素二類。司法者於依法裁判時，須就各個構成要件所含之主觀及客觀要素

⁴ 伊達秋雄，「一罪と數罪の區別」，「刑法基本問題六〇講」，頁258-260。

分別加以檢驗，如某犯罪構成要件之主觀及客觀要素，均已具備時，在犯罪成立之初步階段，即應判斷其成立各該犯罪。例如，放火燒燬現供他人居住之房屋，同時波及屋內傢俱時，因已具備刑法第173條第1項及第175條第1項放火罪之主觀及客觀要素，固應成立各該條項之放火罪；但因其亦具備刑法第353條第1項毀壞建築物罪及第354條第1項毀損器物罪之主觀及客觀要素，亦應成立毀壞建築物罪及毀損器物罪。至於此四罪是否均應科以刑罰制裁，則與禁止重複評價原則有關，屬於法條競合、科刑一罪或數罪併罰之問題。

因此，基於依法裁判原理，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於各該規定之構成要件。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。茲再舉一例以為說明，行為人以強脅方式，違反他人意願，而予以性交時，固應成立刑法第221條第1項之強制性交罪；而其於實施強制性交行為時，亦係以非法方法剝奪人之行動自由，亦應成立第302條第1項之剝奪行動自由罪；同時，其亦係以強脅行為使人行無義務之事，自亦應成立第304條之強制罪。至最後是否僅依強制性交罪加以處罰，則須依禁止重複評價原則予以判斷後，始能確定。

二、禁止重複評價原則

基於窮盡判斷原則，在犯罪成立之初步階段，某行為事實雖已該當數個犯罪構成要件，表面上已成立數個犯罪，惟基於比例

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之作爲量刑之基礎，此即所謂禁止重複評價原則。

禁止重複評價原則與禁止重複處罰原則不同，後者乃指「一事不二罰」之原則。例如，德國基本法第103條第3項規定：「對於任何人之同一行爲，不得以一般刑法爲依據，而重複予以處罰。」日本憲法第39條規定：「……對於同一犯罪，不得重複追究其刑事上之責任。」再者，另有所謂量刑上禁止重複評價原則，例如，德國刑法第46條第3項規定，量刑時不得再就構成犯罪之要件予以考慮，此乃量刑上禁止重複評價之規定。

禁止重複評價原則，係指在犯罪成立上，基於比例原則及平等原則，禁止對於行爲人之行爲，評價其成立數個犯罪並科以數個刑罰⁵。

立法者於制定刑罰法規時，爲盡其對於法益保護之任務，常就侵害法益之不同行爲態樣，或自同種行爲態樣之不同階段，分設各種犯罪類型之規定。由於刑法之規範目的，主要在保護法益之安全，立法者每藉由犯罪構成要件之訂定，予以宣示，並透過刑罰之制裁手段，予以實現；同時，刑法存在之另一目的，亦在防止國家濫用刑罰權，避免無端侵害人民之基本權利。因此，司法者在適用刑罰法規時，必須嚴守比例原則與平等原則。在比例原則部分，尤其是狹義比例原則，乃要求適用刑法而認定犯罪之個數，應與刑法規範目的之實現間，須具有均衡性，始合於要

⁵ 黃榮堅，「雙重評價禁止與法條競合」，「刑法問題與利益思考」，頁347。

求；倘所認定之犯罪個數，已逾越刑法之規範目的，即屬評價過剩，自應予以禁止。在平等原則部分，在適用刑法時，對於被告與被害人間，應立於平等之立場，對於被告不得予以過度處罰，亦不可處罰不足；對於被害人不得過度保護，亦不可保護不足。倘罪數之認定，對於被告或被害人，發生評價不足或評價過度之情形，既有違平等原則之要求，自應予禁止⁶。

至於禁止重複評價原則之評價基礎何在？學者雖不一其說，惟刑法之規範目的，既重在法益之保護，犯罪乃係對於法益加以侵害或危險之行爲，行爲須具有法益之侵害性或危險性，始能成立犯罪。因此，應以法益侵害性作爲重複評價之基礎，較爲妥適（詳見後述）。

職是，某行爲事實所侵害之法益，如具有侵害法益之同一性，亦即刑法對於該法益，已盡其必要及充分之保護時，即應禁止重複評價，否則，即爲評價過剩；反之，如所侵害之法益未具有同一性，而係侵害數個法益時，因刑法尚未對於該數個法益完全盡其必要及充分之保護，此時即應重複評價，否則，即屬評價不足⁷。

第二款 罪數判斷之體系

罪數論，既係以犯罪論與刑罰論爲評價前提，而探討如何對

⁶ 新宗立，「刑法實例解析——罪數之判斷與科刑處斷」，輔仁法學第28期，頁325-328。

⁷ 相同意見，參見黃榮堅，前揭文，頁366。

具體行為事實進行評價之刑法適用之理論，且其內容，不外涵括處理二個問題：一、在犯罪成立階段，被告所犯之罪究屬一罪抑或數罪？二、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？

在犯罪成立階段，被告所犯之罪究屬一罪抑或數罪，首先應依窮盡判斷原則，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，倘符合犯罪成立要件者，均不可予以遺漏。此際所成立之罪數，得稱之為認識上之罪數或形式上之罪數。其次，如認識上之罪數有數罪時，再依禁止重複評價原則，將評價過剩之犯罪予以逐步排除。經排除後之罪數，得稱之為評價上之罪數。

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，即得稱為科刑上之罪數。

職是，對於行為人所違犯之犯罪，究為一罪抑或數罪，應如何予以處罰，在論理上即得分為三個階段，予以確認。第一階段，為認識上之罪數；第二階段，為評價上之罪數；第三階段，則為科刑上之罪數。罪數論之判斷體系，即得依此三個階段，而加以建立。茲就此三個階段之判斷體系，分別論述如次：

一、認識上之罪數

認識上之罪數，又稱形式上之罪數，係以立法者所制定之各種犯罪類型，自形式上認識一定犯罪之成否。罪數論，即以此認識上之犯罪為出發，倘有認識上之數罪存在時，始有罪數之理論

問題⁸。

依罪刑法定原則，行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限（刑 § 1）。因此，行爲人爲某具體行爲事實後，該行爲事實有否成立犯罪，自須視刑罰法規上立法者所制定之各種犯罪類型有否處罰此一行爲事實而定。至刑罰法規上有否處罰此一行爲事實，應將該行爲事實嵌入刑罰法規上立法者所制定之各種犯罪類型。因各種犯罪類型，均有其必備之主觀要素與客觀要素，因此，嵌入時，應將行爲人之主觀意思與客觀之行爲與結果以及行爲所附隨之情狀全部嵌入，如該罪犯罪類型之主觀與客觀要素全部均已充足時，即具有該罪之構成要件該當性，倘別無阻卻違法事由，並具有有責性時，即可認定其成立該某罪。

例如，明知爲僞鈔，而持至商店購物時，其行使僞鈔行爲，具有刑法第196條第1項或第2項行使僞幣罪之構成要件該當性，應成立行使僞幣罪。同時，其以僞鈔冒充爲真鈔購物，係以詐術使人交付一定之財物，亦具有刑法第339條第1項詐欺取財罪之構成要件該當性，亦應成立詐欺取財罪。因此，此一犯罪行爲事實，其認識上之罪數，即有二罪：行使僞幣罪與詐欺取財罪。

職是，認識上之罪數，係依立法者所制定之各種犯罪類型所從事之事實及類型之判斷。倘別無阻卻違法或阻卻責任事由，則行爲人所爲之具體行爲事實，如具有某一罪之構成要件該當性時，即應成立一罪；如具有某數罪之構成要件該當性時，即應成立數罪。

⁸ 鈴木茂嗣，「罪數論」，現代刑法講座第3卷，頁283。

二、評價上之罪數

一罪或數罪之判斷，係以認識上之罪數為出發點。倘認識上之罪數，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。

在認識上之罪數係數罪時，如何評價其為一罪或數罪？評價上之罪數，既係依禁止重複評價原則所作之判斷，則其評價之基礎何在？此即向來刑法學理上所探討之「罪數區別標準」問題。此項評價基礎，每因學界對於犯罪之本質理解不同，而有差異。

歷年來，學界對於犯罪之本質，有採行為說者，有採結果（法益）說者，有採意思說者，亦有採目的說者等等，不一而足。惟如前所述，刑法之規範目的，既重在法益之保護，犯罪乃係對於法益加以侵害或危險之行為，行為須具有法益之侵害性或危險性，始能成立犯罪。因此，應以法益侵害性作為評價之基礎，較為妥適。

例如，母親將甫出生之嬰兒殺害時，其認識上之罪數，固有刑法第271條之殺人罪與第274條之殺嬰罪二個罪，惟因僅侵害嬰兒之一個生命法益，為避免對於同一生命法益予以評價過剩，應評價其僅成立殺人罪或殺嬰罪一個罪，亦即其評價上之罪數，僅為一罪。至其究應依殺人罪抑或殺嬰罪予以論罪科刑，則屬法條競合或包括一罪所應探討之範圍，屬於次一層次之問題。

又如，行使偽鈔詐財之情形，其認識上之罪數，固有行使偽

幣罪與詐欺取財罪二個罪，惟因其行使偽鈔之行爲，乃侵害社會之公共信用法益；其詐財行爲，則侵害個人之財產安全法益。爲對於其所侵害之法益予以充分保護，以免評價不足，自應評價其分別成立行使偽幣罪與詐欺取財罪二個罪，亦即其評價上之罪數，係有二罪。至此二罪究應依科刑一罪抑或數罪併罰予以論處，則屬於科刑上罪數之問題。

三、科刑上之罪數

科刑上之罪數，係以科刑之合目的性爲中心，就評價上之數罪決定應如何予以科刑，此即學說所謂之「犯罪競合」，屬於刑罰論之範疇⁹。

評價上之罪數，僅爲一罪時，其科刑上之罪數，固仍爲一罪；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。評價上之罪數係數罪時，如何決定依一罪或數罪予以處罰？此涉及刑罰之目的，亦即如何予以處罰，始能符合刑罰之目的。

基於刑罰之報復理念，爲對於犯罪者給予應得之制裁，俾能遏止犯罪，自應一罪一罰，數罪數罰，始能實現正義。惟刑罰之目的，除具有報復之內涵外，尙具有預防、改善及教育之作用。爲預防犯罪，改善及教育犯人，使其能復歸於社會，我刑法基於某種刑事政策上之理由，特於總則第七章設有數罪併罰之規定。因此，評價上之罪數有數罪時，其在科刑上之罪數，或爲數罪併

⁹ 曾根威彥，「刑法總論」，頁307；同氏著，「罪數と被害者の数」，西原春夫等編，「刑法学3」，頁179-180、185。

合論罪，或為數罪從其中一重罪處斷，或為數罪以一罪論。

第三節 罪數之種類

罪數，究應如何分類？學者意見，並非一致。一、有將其分為：(一)單純一罪、(二)包括一罪、(三)科刑上一罪、(四)併合罪及(五)單純數罪者¹⁰；二、亦有將其分為：(一)認識上一罪、(二)評價上一罪、(三)科刑上一罪、(四)併合罪及(五)單純數罪者¹¹等等。

如前所述，罪數之判斷，在論理上，得分為認識上之罪數、評價上之罪數與科刑上之罪數三個體系。因此，如將此三個體系加以綜合觀察，得以分類如次¹²：

一、單純一罪

某具體犯罪行為事實，倘經刑法之評價後，在認識上罪數之檢驗，僅成立一罪時，則此認識上之一罪，即得稱之為「單純一罪」。蓋其無須再經評價罪數與科刑罪數兩階段之檢驗，當然係評價一罪，且係科刑一罪。

二、評價一罪

某具體犯罪行為事實，在認識上罪數之檢驗，雖該當數個犯

¹⁰ 平野龍一，「刑法總論Ⅱ」，頁407。

¹¹ 鈴木茂嗣，前揭文，頁284。

¹² 曾根威彥，前揭書，頁307-308。

罪，惟進入評價上罪數之檢驗後，認定其僅應成立一罪者，則此之一罪，即得稱之為「評價一罪」。評價一罪之類型，復可分為包括一罪與法條競合；且既屬評價一罪，當然亦屬科刑一罪，而無庸再進入科刑上罪數階段予以檢驗。

三、科刑一罪

某具體犯罪行為事實，在認識上罪數之檢驗，係該當數個犯罪；而進入評價上罪數之檢驗後，復認定其應成立數罪，即應進入科刑上罪數之檢驗。其經科刑上罪數之檢驗後，倘認定其在科刑處斷上，須予以合併評價，而勿庸分別論處者，即屬於科刑一罪。

科刑一罪，又稱處斷一罪，其在評價上之罪數，為數罪；惟在科刑處斷上，須合併予以單一之評價。因此，科刑一罪，並非其罪質為一罪，而係在科刑上僅依一罪處斷。科刑一罪之類型，依我現行刑法規定，計有想像競合犯、牽連犯與連續犯三種；日本刑法，則有想像競合犯與牽連犯兩種；至德國刑法，則僅有想像競合犯一種類型。惟我新修正刑法已將牽連犯及連續犯廢除，未來僅剩想像競合犯一種而已。

四、併合數罪

某具體犯罪行為事實，在認識上罪數之檢驗，係該當數個犯罪；進入評價上罪數之檢驗後，亦認定其應成立數罪；而進入科刑上罪數之檢驗後，復認定其不合於科刑一罪之要件，此種情形，即稱為「數罪併罰」。數罪併罰，又稱併合罪或實質犯罪競合。

五、單純數罪

單純數罪，係指無同時審判可能性之數個具體犯罪而言。依刑法第50條規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。」須行爲人所爲之數個犯罪事實，係在裁判確定前所實施者，始予併合處罰。倘於裁判確定後始發生之犯罪事實，即不得予以併合處罰，而須分別處罰。

第二章

認識上之罪數

第一節 概 說

第二節 認識上罪數之判斷

第一款 判斷之對象

第二款 判斷之標準

第三款 判斷之方法

第四款 判斷之結果

第一節 概 說

行爲人實施某具體犯罪行爲事實後，其究應成立何罪？司法者須首先踐行窮盡判斷原則，將行爲人之具體行爲事實所可能成立之犯罪，逐一檢驗，不可予以遺漏。

因此，在罪數判斷之第一階段，即應以立法者所制定之各種犯罪類型，作爲刑法評價之判斷標準，而以具體行爲事實，作爲刑法評價之對象，而認識作爲判斷對象之行爲事實，是否該當各種犯罪類型之成立要件。以下爰就認識上罪數之判斷結構，依判斷對象、判斷標準、判斷方法，以及判斷結果，分別加以析述如次¹：

第二節 認識上罪數之判斷

第一款 判斷之對象

認識上罪數，因係在形式上進行犯罪成立之初步判斷，其判斷之對象，乃係行爲人具體所實施之行爲事實。

作爲認識上罪數評價對象之具體行爲事實，性質上係未經刑法評價之自然行爲事實。此等具體行爲事實之存在論結構，包含二部分：一、由行爲人所實施之行爲；二、附隨於一定行爲之其他事實。刑法規範係以人作爲規律之對象，須屬於人之所爲者，始能成爲刑法所評價之對象；自然之現象或動物之行動，並不包

¹ 新宗立，前揭文，頁328-331。

含在內。附隨於一定行為之其他事實，如時間、地點、行為攻擊之對象、行為所造成之結果等，均係附隨於行為而存在，亦為刑法所評價之對象。

第二款 判斷之標準

在進行認識上罪數之判斷時，作為其判斷標準者，乃立法者所制定之各種犯罪類型。行為人具體所實施之行為事實，司法者於判斷該行為事實有否成立犯罪及成立何罪時，應將該整個犯罪事實，分別嵌入於立法者所制定之各種犯罪類型，視其是否吻合；如係吻合時，即具有某罪之構成要件該當性，倘別無阻卻違法或阻卻責任事由，自應成立該罪。

第三款 判斷之方法

認識上罪數之判斷方法，係以具體行為事實為評價對象，以犯罪類型為評價標準，而將各犯罪類型之成立要件，包括主、客觀構成要件要素，以及特別違法或責任要素，予以分析，依構成要件該當性、違法性以及有責性之判斷順序，以檢驗具體行為事實是否符合特定犯罪之成立要件。

具體言之，行為人為某具體行為事實後，應將該行為事實嵌入刑罰法規上立法者所制定之各種犯罪類型。因各種犯罪類型，均有其必備之主觀要素與客觀要素，因此，嵌入時，應將行為人之主觀意思與客觀之行為以及附隨於行為之其他事實全部嵌入，如該犯罪類型之主觀與客觀要素全部均已充足時，即具有該罪之構成要件該當性，倘別無阻卻違法事由，並具有有責性時，即可

認定其成立該某罪。

第四款 判斷之結果

在進行認識上罪數判斷時，依窮盡判斷原則，應將某具體行為事實，毫無遺漏地進行犯罪構成要件該當性之判斷，如具有某一罪之構成要件該當性時，即應成立一罪；如具有某數罪之構成要件該當性時，即應成立數罪。

茲舉例說明如次：行為人將某一女子以童軍繩加以捆綁後，予以強制性交得逞，如將此一具體行為事實嵌入刑法第304條之犯罪類型，行為人係以強暴之手段，使人行無義務之事，自有強制罪之構成要件該當性，應成立強制罪。再將此一事實嵌入刑法第302條第1項之犯罪類型，行為人係以非法之方法剝奪被害人之行動自由，亦有剝奪行動自由罪之構成要件該當性，應成立剝奪行動自由罪。復將此一事實嵌入刑法第221條第1項之犯罪類型，行為人係以強暴之手段，違反被害人之意願，而對於婦女為性交，亦具有強制性交罪之犯罪構成要件該當性，應成立強制性交罪。因此，此一具體行為事實，其認識上之罪數，經判斷之結果，即得成立三個罪：強制罪、剝奪行動自由罪與強制性交罪。

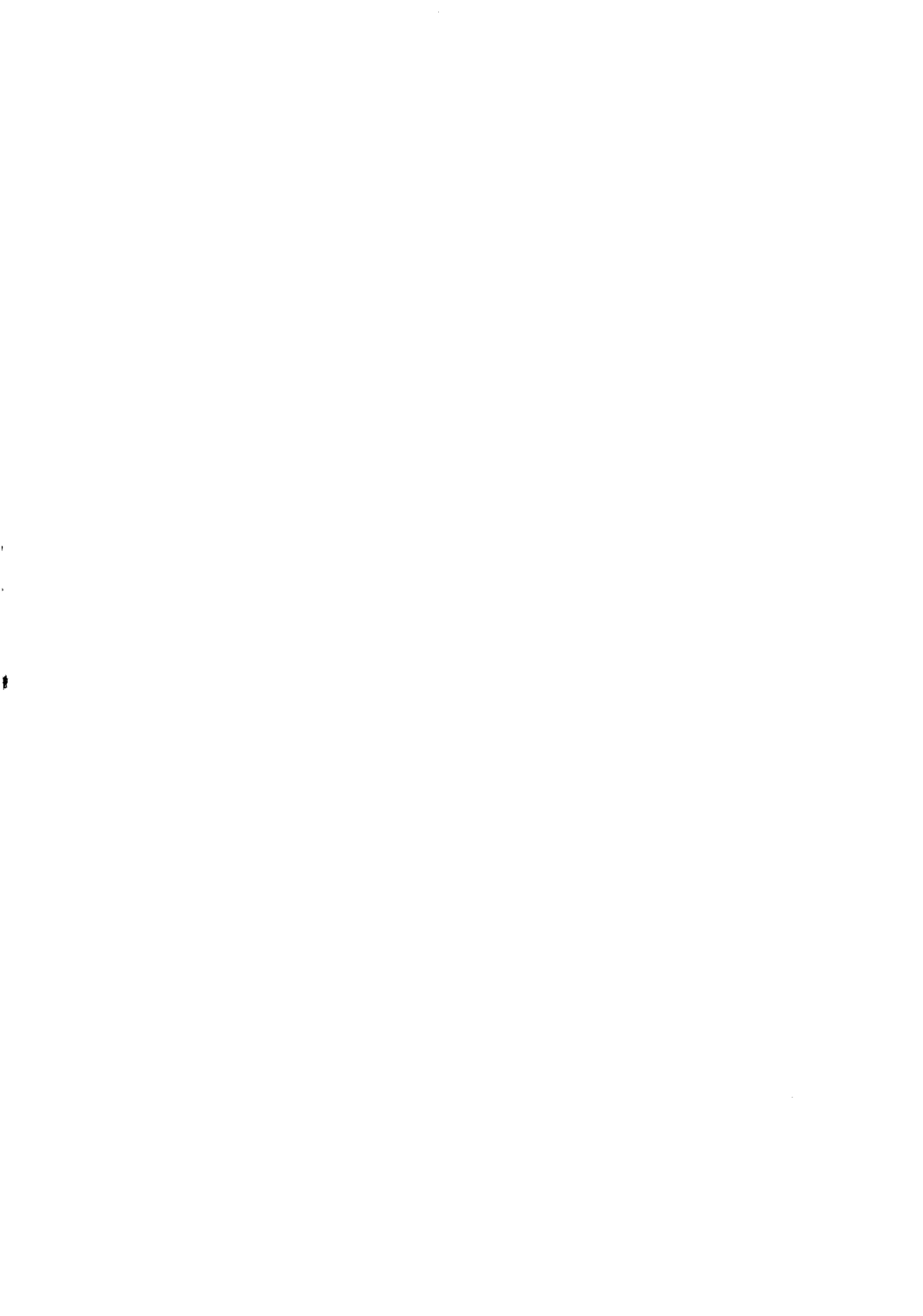
在犯罪成立之判斷上，一般學說及實務，因未踐行窮盡判斷原則，每每忽視此一認識上罪數之問題。一有犯罪事實出現，通常均跳過此階段之罪數判斷，而直接進入評價上之罪數判斷。例如，最高法院46年臺上字第1285號判例認為：「強姦罪之內容，當然含有使人行無義務之事等妨害自由之性質，該罪一經成立，則妨害自由行為即已包含在內，自不另成立妨害自由之罪名，原

判決於適用刑法第221條第1項論處罪刑之外，併引同法第304條、第55條，從一重處斷，顯屬用法有誤。」依該判例所示，並不成立剝奪行動自由罪及強制罪之罪名，將剝奪行動自由罪及強制罪二罪完全視而不見，實非妥適。

在司法實務上，描述罪與罪間之關係時，習慣上經常如本判例所述，「某罪之內容當然含有某罪之性質，某罪一經成立，即不另成立某罪罪名」。此種描述方式，極容易滋生疑義。蓋如本案例所設，行為人之行為事實，無論係主觀要素或客觀要素，均已完全充足強制罪與剝奪行動自由罪之犯罪構成要件，依依法裁判原理，司法者即應宣告該二罪均已成立，而不能對該二罪拒絕適用或視而不見；且在邏輯上，某罪既已「成立」，無論依何理由，已無「不成立」之理。再者，法條競合，係數個刑罰法規相互間之競合適用，須某具體行為事實均已具備數個刑罰法規所規定之犯罪成立要件，始有法條競合之可言。倘僅具備其中一個刑罰法規所規定之犯罪成立要件，而未具備其他刑罰法規所規定之犯罪成立要件時，則自始即不發生法條競合之問題。

因此，「某罪一經成立，即不另成立某罪罪名」之敘述方式，既違反依法裁判原理，且復違反邏輯，更不符法條競合之法理。實際上，判例意旨所謂：「強姦罪之內容，當然含有使人行無義務之事等妨害自由之性質，該罪一經成立，則妨害自由行為即已包含在內，自不另成立妨害自由之罪名」，乃係依法條競合之法理所作之處理方式，跳過認識上罪數之階段，而直接進入評

價上罪數之範疇。惟在評價上罪數之階段，而依法條競合之法理處理時，不論係依特別關係、補充關係，抑或吸收關係作為處理模式，亦僅係排除妨害自由罪之適用而已，並非不成立妨害自由罪之罪名。



第三章

評價上之罪數

第一節 評價上罪數之原理

第一款 概 說

第二款 罪數評價之基準

第一項 客觀理論

第二項 主觀理論

第三項 折衷理論

第四項 本書見解

第二節 評價一罪之類型

第一款 概 說

第二款 單純一罪

第三款 包括一罪

第一項 包括一罪之概念

第二項 包括一罪之本質

第三項 包括一罪與法條競合

第四項 包括一罪之成立要件

第五項 包括一罪之成立形態

第四款 法條競合

第一項 法條競合之概念

第二項 法條競合之本質

第三項 法條競合之處理模式

第四項 法條競合之效果

第一節 評價上罪數之原理

第一款 概 說

罪數之判斷，基於窮盡判斷原則，應先以刑法分則所規定之各種犯罪類型為標準，在形式上認識其有否成立犯罪及成立何罪；如在形式上認識其同時符合數個犯罪類型，而成立數罪時，再依禁止重複評價原則，自犯罪之本質理論評價其究應成立一罪抑或數罪。

例如，殺人而毀損其衣服，將此具體行為事實嵌入刑法第271條及第354條所規定之犯罪類型，均屬符合時，在形式上即得認識其成立殺人罪及毀損罪二罪，此為認識上之罪數。惟除特殊之情形外，人通常均穿著衣服，殺人行為之事實與毀損衣服之事實通常伴隨發生。因此，在犯罪評價上，是否將該事實僅評價其成立殺人罪為已足，抑或仍須獨立評價毀損衣服之事實，始不致發生評價不足之現象？經依犯罪本質理論評價結果，如係前者，則僅成立殺人一罪；如屬後者，則應成立殺人及毀損二罪，此即為評價上之罪數。

再者，倘經評價後，認其應成立殺人及毀損二罪，考量刑罰之合目的性，即得依刑法第55條前段想像競合之規定，從其一重之殺人罪處斷，此即為科刑上之罪數。

職是，某具體行為事實，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，而認其僅成立評價一罪。

第二款 罪數評價之基準

在體系上，評價上之罪數，仍屬於犯罪成立階段之問題，在犯罪評價上如何避免評價過剩抑或評價不足之現象，自應從犯罪成立之本質上加以理解。因此，禁止重複評價原則之基礎，實與犯罪成立之本質，息息相關。此項禁止重複評價原則之基礎，即一般所謂罪數之認定標準。

至所謂犯罪成立之本質，究何所指？固言人人殊，惟大體而言，則有客觀理論、主觀理論及折衷理論之別。以下爰依此等學說為論據，略為闡述各種不同見解如次：

第一項 客觀理論

對於犯罪之本質理論，採客觀理論者，復因觀點不同，得分為行為說及法益說二者。

一、行為說

行為說，認為犯罪之本質為人之行為，行為乃犯罪之最上位概念，有行為，始有犯罪，無行為，即無犯罪。因而犯罪之單複，應依行為是否為一個或數個而決定。亦即一個行為為一罪，數個行為則為數罪。

我實例曾有以行為為認定罪數之標準者，例如，「計算罪數，應以行為之個數為標準，則以一個放火行為，燒燬房屋，縱不止一家，仍應論一罪」；「被告以同一行為，強劫車中二人財物，祇應論以一罪」；「犯罪應否併合論罪，須以犯人之行為為標準。如殺害二人係出於一個行為，即不應以被害之法益為標準

併合論科」¹等等。

惟行爲固爲犯罪不可或缺之要素，但行爲之單複，並非即可決定犯罪之單複；況行爲之內涵，究指何而言，仍不無爭論存在。德國學界向以行爲說爲其通說，並區別自然概念之行爲與法律概念之行爲，而以後者爲決定犯罪單複之標準。但行爲如自法的觀點予以構成，即與犯罪本身無異，因而犯罪之單複，即可能全由犯罪行爲之單複所決定²。

惟德國通說見解，對於法條競合與想像競合仍嚴予區別，且亦承認不罰前後行爲係屬評價一罪，如採行爲說，則法條競合與想像競合之性質，應無何差異，且不應承認不罰前後行爲之概念³。再者，對於行爲之概念，如過分擴張其涵義，則勢將使牽連犯、連續犯之概念與想像競合之所謂「一行爲觸犯數罪名」之概念混淆不分⁴，因此，如係採行爲說之單一標準，實非妥當。

二、法益說

法益說，認爲法益，乃刑法存在之正當根據，故犯罪之本質爲法益之侵害，自應以其行爲結果所侵害法益之個數，爲決定犯罪單複之標準。

¹ 最高法院21上391、19非47、21上820。

² 高田卓爾，「罪數決定の基準」，注釈刑法(2)のII，總則(3)，頁530-531。

³ 蓋依德國學界通說，同屬行爲單數之法條競合與想像競合，以及同屬行爲複數之不罰前後行爲與實質競合，其間之區別，仍須依法益說之觀點予以判別。

⁴ 德國學界及實務每將複行爲犯、結合犯及連續犯等，在法律概念上認其爲一個行爲，且係「一個唯一的犯罪行爲」（詳見林山田，「競合論概說與行爲單數」，政大法學評論第39期）。

我實例亦曾採此說作為認定罪數之標準，例如，「被告等既係同時割甲、乙兩家之麥，顯係侵害兩個法益，應依刑法第55條處斷」；「上訴人偽證對象雖有甲乙二人，而其侵害國家審判權之法益，則仍屬一個，自僅構成一個偽證罪，不能因其同時偽證甲乙二人放火，即認係一行為而觸犯數罪名」；「收受賄賂所保護之法益，為國家公務執行之公正。故公務員因某種職務同時向數人受賄，其所侵害之法益，仍屬一個，僅應成立一罪」；「要求、期約或收受賄賂所侵害之法益，為國家公務執行之公正，雖同時向數人為之，其所侵害之法益仍屬一個，祇成立單純一罪」⁵。法益說，認為以侵害法益之個數作為罪數之評價基準，自刑法之目的觀之，固屬恰當；惟對法益說之見解，有學者批評其忽略對於同一法益之種種侵害態樣，無視於犯罪之定型⁶；且依此說，則侵害一個國家或社會法益等包括性法益時，其侵害法益之行為，縱有數個，亦僅能成立一罪。例如，表演脫衣舞而違犯公然猥褻罪時，縱有數次之違犯行為，因其所侵害社會善良風俗法益，僅為一個，祇能論以一罪，實非合理⁷。

第二項 主觀理論

主觀理論學者主張意思說，認為犯罪乃係行為人犯罪意思之實現，自應以犯罪意思之個數，作為決定犯罪單複數之標準。

我實例亦曾有傾向採此說之見解者，例如，「同時同地殺害

⁵ 最高法院28上1232、31上1807、28上3136、69臺上1414。

⁶ 高田卓爾，前揭文，頁531。

⁷ 伊達秋雄，前揭文，頁261。

二人，既非各別起意，自係一個行爲，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罪，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」⁸。惟依此說，則智慧型罪犯，事前計劃周詳，基於一個概括犯罪之意思，而實施一連串之犯罪行爲，例如，甲計劃先分別竊取A之車輛以及B之槍械，然後再開車、持槍將仇人乙殺害，並分別強盜數家銀行，僅得論以一罪；而智商較差之罪犯，倘每實施一階段之犯罪行爲後，始得再思考下階段之犯罪行爲，則其犯罪之意思即屬數個，而應論以數罪，則不啻在獎勵智慧型罪犯。

再者，以殺人全家之一個意思，而於其食物中下毒，致將其全家數口毒斃者，亦僅成立一個殺人罪；或以殺死仇家數人之一個意思，伺機個別加以殺害時，亦然。如此結論，顯背事理，殊不足採。

第三項 折衷理論

上述客觀理論或主觀理論之見解，係以行爲、法益或意思之單一標準，藉以認定犯罪之個數，不但均有所偏，且亦無法導出合理之結論。其實，犯罪本由意思、行爲及結果等各種主觀及客觀之要素所組成，犯罪之個數，亦應綜合此等要素加以判斷，始較妥適。因此，遂有折衷理論或綜合理論之見解出現。復因其著重點不同，分爲二說：

⁸ 最高法院21非75。

一、構成要件標準說

構成要件標準說，認為罪數應依構成要件評價之次數而為決定，某事實如得依一個構成要件而為一次之評價時，即為一罪；如有數次評價之必要時，則為數罪。至何種範圍之事實，得依該構成要件加以完全地包括評價，則視其事實為同質或異質而定。前者，如數個竊盜行為可否認其成立一個竊盜罪；後者，如殺人與毀物之事實，毀損罪可否吸收於殺人罪⁹。因而，罪數應綜合犯意、行為態樣、結果單複等犯罪之各種要素，斟酌各個犯罪構成要件之特質而為決定。

此說以構成要件為標準，藉其得予評價之次數，以認定犯罪之個數，在思考上頗為經濟與合理，且得將前述各說所主張之標準，均涵蓋在內，實兼具各說之長，故能蔚為日本學界之通說。惟犯罪情狀，甚為錯綜複雜，如其犯意、行為與結果，均係單一時，判斷其是否得依該構成要件而為一次評價，固較簡單；如犯意、行為與結果，有一或部分為複數時，判斷其得予評價之次數，顯屬不易；且所謂包括評價，其內涵仍甚抽象，其標準並不明確，判斷時不免爭論迭生，意見紛紜，是為此說之缺陷。

二、總合標準說

總合標準說，認為罪數問題，不外係對於一定之犯罪事實，認其僅在該罪法定刑之範圍內，予以一次科刑為已足？抑或須予以二次或數次科刑為必要？罪數決定之原理，歸根結底，須求之

⁹ 團藤重光，「刑法綱要總論（第3版）」，頁437。