

關係	意義	類型	例子
吸收	當行為之間具有主要行為與典型伴隨行為的特徵時，由於主要行為通常必然會實現較輕的伴隨構成要件，所以會排斥該被吸收的罪名的適用。	主要行為 典型伴隨行為	第173條放火罪 第175條放火罪、 第353條毀損建築物罪、 第354條普通毀損罪

其實讀者們可以發現，光是討論部分實務見解與學說上的「競合論」，內容就已經相當交綜複雜，更不用說如果要再與「罪數論」比較優劣或是截長補短的話，不僅篇幅將會更加冗長，也對申論題的寫作助益甚微，因此筆者就只選取了上述部分內容進行整理與解說，希望得以協助建構對於競合體系的基本認知。至於實際考試寫作上，筆者要不厭其煩地重提，請只要記得「想像競合」、「法條競合」、「數罪併罰」以及「與罰前行為、與罰後行為」四者即可，並沒有寫出更細緻的分類的必要，因為分類可能會記錯、也可能會有不同想法，書寫時間上除非真的遇到爭點²，否則競合原則上並無長篇大論的必要。當然，不要忘了，重要的還是「理由」，簡單的一兩句話也好，至少要提到行為是單數還是複數、侵害的法益是單數還是複數，讓改題老師認為自己是有讀書的。

爭點2 什麼是「夾結效果」？

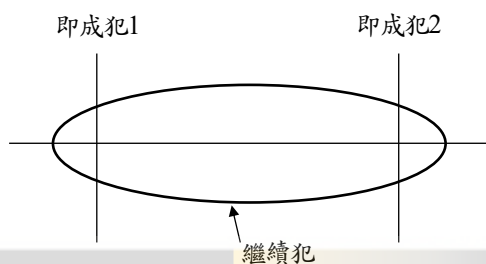
如果要「去夾結化」，又該如何處理？

(一)問題意識

延續上述對於想像競合的「一行為」放寬到只需要「實行行為局部重疊」的前提概念，我們可以設想到的是，如果行為人所觸犯的是繼續犯，並在法益侵害的狀態持續中以同樣犯意完成數個即成犯³²行為，那麼就可以用繼續犯

32 最高法院110年度台上字第5732號刑事判決：繼續犯與即成犯係相對立之犯罪型態，前者於犯罪事實發生之行為完成後，其侵害法益之違法行為，在行為人未放棄其犯罪之前，仍繼續相

把數個即成犯包起來，處斷刑則依據其中的重罪，這就是學說上所謂的「夾結效果／夾結原則（Klammerwirkung）」。



例如甲在未經乙的同意下，恣意闖入乙的住宅，並在客廳辱罵乙、在廚房辱罵乙的父親，在房間辱罵乙的母親之後才離開，這個時候就可以用第306條第1項的侵入住居罪，將數次該當第309條第1項公然侮辱罪的行為一起打包，從重罪也就是法定刑度為「1年以下有期徒刑、拘役或9千元以下罰金」的侵入住居罪處斷。如此一來，在某種程度上也得以避免重複評價的問題。不過，在即成犯是重罪、繼續犯的情形，上述夾結效果便飽受批評，因為如此操作將會導致行為人不當享有量刑上的優惠，而有違競合體系要求充分評價的基本原則³³。例如甲恣意闖入乙的住宅，但這次不是只有辱罵而已，而是帶了把槍，將乙與其雙親全數殺害。這時候，如果適用上述「夾結效果」，那麼乙就只會從一個殺人罪的法定刑度也就是「死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑」處斷。不過，就算不談理論，依循讀者們鮮明的法感情應該可以得知，這樣的結果未能完整將甲的3個殺人行為予以評價，只是因為

當時間，亦即侵害法益所實現構成要件內容之行為，必須繼續一定的時間（即行為的繼續），始能成立之犯罪。而後者於充足構成要件之同時，犯罪即完成而既遂，其行為亦告終了。二者之區別，在於繼續犯之行為所引起之違法狀態，含有時間的繼續性，在違法狀態繼續之時間內，犯罪行為雖已完成但仍在繼續中，且此違法狀態係與該犯罪行為相始終，不可不辨。而未經許可因寄藏而持有手槍，其寄藏而持有之繼續，為行為之繼續，非犯罪狀態之繼續，亦即一經寄藏而持有手槍，犯罪即已成立，但其犯罪行為之完結須繼續至寄藏而持有行為終了時為止。

有稱之為「狀態犯」者，論者認為「即成犯」與「狀態犯」意義相同，參照王皇玉，前註9，頁183。

33 王皇玉，前註9，頁578。

入室殺人，就不用將3個殺人罪分別宣告、併合處罰，很明顯太過便宜甲了。所以，這時候就有所謂的「去夾結化（Entklammerwirkung）」說法出現，大方向是認為「重可夾輕，但輕不可夾重」，但是詳細的處理方式，則莫衷一是。

那麼，最高法院是否有承認上述的「夾結效果」呢？如果有的話，那有例外適用「去夾結化」理論的事案嗎？學說對於「去夾結化」之後的處理，又是為何？

(二) 實務見解

早期，最高法院認為，只有在行為人於著手繼續犯行為時，同時實現他罪構成要件，因為行為、時間與地點完全重合，才有想像競合的適用。至於「夾結效果」則太過優惠犯罪行為人、悖於國民期待，「去夾結化」的處理方式（將「即成犯1與繼續犯先想像競合」以及「即成犯2與繼續犯先想像競合」數罪併罰）又無法解釋為何繼續犯得以「切斷」而分別評價，因此上述源自德國的說法，並無法貿然全然繼受。

最高法院100年度台非字第373號刑事判決

又繼續犯係以一個行為持續侵害一個法益，其特性為行為人僅有一個犯罪行為，在法益侵害發生時犯罪即屬既遂，然其不法侵害仍持續至行為終了時。雖云繼續犯僅一個行為，然其基本結構中可分為二部分，其一為著手實行構成要件之行為，另一為維持不法侵害狀態之行為。而行為人著手於繼續犯性質之犯罪，並持續至行為終了前之繼續情況中，另有實行其他犯罪構成要件者，而他行為與繼續行為有部分重合或全部重合之情形時，得否認為一行為，應就客觀之構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益、行為間之關連性等要素，依社會觀念，視個案情節加以判斷。如行為人著手於繼續犯行為之始，即同時實現他罪之構成要件時，因二罪之構成要件行為的著手行為同一、時間及場所完全重合（如不能安全駕駛動力交通工具而駕駛一開車即誤油門為煞車，而撞傷路人），依社會觀念，故意行為與過失行為之主觀意思與客觀行為之發生時點無法明顯區別，自應論以一行為之想像競合犯。倘行為人於繼續行為著手後，不法侵害持續中，另因故意或過失偶然犯他罪（即著手行為不同一），而有構成要件行為重合之情形者，因繼續犯通常有時間之繼續或場所之移動

(狀態犯無此現象)，若該後續所發生之其他犯罪行為(無論故意或過失)，與實現或維持繼續犯行為目的無關，且彼此間不具有必要之關連性時，應認係行為人另一個前後不同之意思活動，此觀本院二十九年上字第一五二七號(2)判例即揭明斯旨。如不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，於駕車途中，因疏於注意車前狀況而肇事致人受普通傷害時，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛行為與過失傷害之行為，僅於撞人之時點與場所偶然相合致，且後續過失傷害之犯罪行為，並非為實現或維持不能安全駕駛動力交通工具而駕駛之繼續犯行為所必要，且與繼續行為間不具必要之關連性，從行為人主觀之意思及客觀發生之事實觀察，依社會通念，應認係二個意思活動，成立二罪，分論併罰，以維護國民法感情與法安定性……

至於學理上所謂「夾結理論」(掛勾理論、涵攝理論)，乃源於德國實務，指犯某罪著手後，行為尚未終了前(如繼續犯)，另因故意或過失犯他數罪，而該貫穿行為非全部犯罪中最輕之罪，如與他數罪間有構成要件行為重合之情形，他數罪得分別與該貫穿行為全部夾結成一行為。惟此評價結果太過優惠犯罪行為人，有悖國民期待，遂另衍生「除夾結化」見解，即先就該貫穿行為與各獨立之犯罪行為，分別論以一行為之想像競合犯後，再依實質競合處罰。如行為人於上開刑法第一百八十五條之三修正前，酒醉駕車肇事致人於死後逃逸，倘依「夾結理論」、「除夾結化」之法理，則係就酒醉駕車部分，分別與「過失致人於死」、「肇事逃逸」間，先依一行為之想像競合犯處斷後，再為實質競合處罰。然酒醉駕車具有繼續犯性質，繼續行為何以得因犯他罪而生切斷作用(如持有槍枝犯他罪後，得否切斷持有行為，再重複評價一次)，而不違反雙重評價禁止之原則，仍遭質疑而有待釐清，是上開「夾結理論」、「除夾結化」之見解，實務上尚難貿然全盤繼受。

不過，後來最高法院在處理參與犯罪組織罪(6年以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣1,000萬元以下罰金，屬「繼續犯」)與加重詐欺罪(1年以上7年以下有期徒刑，得併科100元以下罰金，屬「即成犯/狀態犯」)之間的競合時，就行為人在參與犯罪組織後的多次加重詐欺行為，似乎是採取了「去夾結化」的說法，不過操作與最高法院100年度台非字第373號刑事判決所提到的不同，而是認為需要先將第一次的加重詐欺罪先與參與組織罪論以想像競合之後，再與其他後續加重詐欺行為數罪併罰。

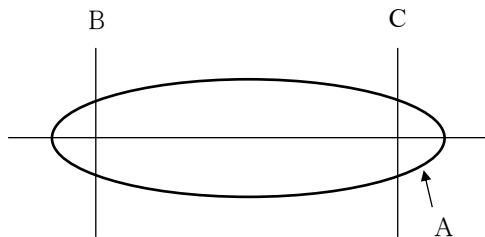
最高法院107年度台上字第1066號刑事判決

罪責原則為刑法之大原則。其含義有二，一為無責任即無刑罰原則（刑法第12條第1項規定：行為非出於故意或過失者不罰，即寓此旨）；另者為自己責任原則，即行為人祇就自己之行為負責，不能因他人之違法行為而負擔刑責。前者其主要內涵並有罪刑相當原則，即刑罰對人身自由之限制與所欲維護之法益，須合乎比例原則。不唯立法上，法定刑之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符；在刑事審判上既在實現刑罰權之分配正義，自亦應罪刑相當，罰當其罪。

基於前述第一原則，責任之評價與法益之維護息息相關，對同一法益侵害為雙重評價，為過度評價；對法益之侵害未予評價，則評價不足，均為所禁。刑罰要求適度之評價，俾對法益之侵害為正當之維護。因此，加重詐欺罪係侵害個人財產法益之犯罪，其罪數計算，以被害人數、被害次數之多寡，決定其犯罪之罪數；核與參與犯罪組織罪之侵害社會法益，因應以行為人所侵害之社會全體利益為準據，認定係成立一個犯罪行為，有所不同。是以倘若行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物，因行為人僅為一參與組織行為，侵害一社會法益，應僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，而其後之犯行，乃為其參與組織之繼續行為，為避免重複評價，當無從將一參與犯罪組織行為割裂再另論一參與犯罪組織罪，而與其後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地。

(三)學說想法

首先，可以確定的是，最高法院縱使較為保守，並未正面肯認過夾結效果或是去夾結化，不過卻在兩則判決的論理中，分別提到以及適用了兩種說法。因此，我們先將本爭點一開始的那張圖轉換成代號，用簡單的方式來記憶該如何「去夾結化」：



最高法院100年度台非字第373號刑事判決提到的①，是先將A與B以及A與C各自想像競合之後的結果，數罪併罰。至於最高法院107年度台上字第1066號刑事判決揭櫫的②，則是單純只有A與B想像競合，再就其結果與C數罪併罰。

論者認為，實務向來多將想像競合所謂的「從一重處斷」理解為「只論重罪」，然而這樣恐屬誤解，因為「從一重處斷」只是決定法律適用者刑罰裁量的上、下限，並不會影響輕罪的成立，所有罪名皆必須清楚地寫於判決主文中，而不等於直接僅論以重罪³⁴。在這樣的概念前提下，①分別將A論處兩次的作法，將存在過度評價的疑慮，而②則是無法解釋，為何仍存在實行行為部分重合關係的C與A之間，無法被視為行為單數而適用想像競合規定³⁵。為了充分評價整理犯罪事實，以發揮想像競合的釐清功能³⁶，較為合適的途徑是，③先將B與C依第51條定出應執行刑後，再就此一結果與A進行想像競合，比較輕重。如此一來，既未重複評價，也反映出B與C各自與A的重合關係，更可凸顯出B與C其實並未重合的獨立狀態³⁷。

方案	步驟1	步驟2
①	A+B → ∫ 55 = D A+C → ∫ 55 = E	D+E → ∫ 51
②	A+B → ∫ 55 = D	C+D → ∫ 51
③	B+C → ∫ 51 = F	A+F → ∫ 55

筆者認為，上述學說的想法也就是③其實是最為妥適的，不但修正了①與②可能存在的盲點，又可以達到充分而不過度評價的目標。而且在寫作上，也不需要鋪陳過多的理由，毋寧只要從「存在重複評價疑慮」、「無法反映行為重合關係」的觀點出發，各對①與②稍作批評，再引出③即可，值得作為

34 蔡聖偉，參與犯罪組織罪與加重詐欺罪的競合一評最高法院107年度台上字第1066號刑事判決，月旦法學雜誌，第292期，頁191，2019年08月。

35 蔡聖偉，血上加雙—所謂「夾結效果」及其限制，月旦法學教室，第96期，頁101，2010年09月。

36 蔡聖偉，前註34，頁191。

37 蔡聖偉，前註35，頁101；蔡聖偉，前註34，頁191。

進一步用以涵攝具體事例的個人見解。

(四) 相關試題

【試題】

……數日後，丙帶著鉛棒前往乙的居酒屋，在路邊等到店家打烊關門，見店內僅剩乙一人，便翻牆潛入，一進去就用球棒四處猛敲，打破許多餐具和裝潢擺飾，乙上前制止，也被丙一陣亂打而全身受有多處挫傷……
(108年司律刑事法第1題節錄)

對於此一部份，要先論述是否承認「夾結效果」，而得以將侵入住居、毀損與傷害的行為打包在一起。縱使承認，因為第306條第1項的法定刑度只有「1年以下有期徒刑、拘役或9千元以下罰金」，不僅比第354條的「2年以下有期徒刑、拘役或1萬5千元以下罰金」，也遠低於第277條第1項的「5年以下有期徒刑、拘役或50萬元以下罰金」，因此要進一步討論此際是否存在例外的「去夾結化」。如果認為需要「去夾結化」，則需要在列出上述三說之後，比較優劣後擇一作結，假設挑的是③，那麼結論就會是要先將毀損罪與傷害罪部分定出應執行刑，再就其結果，與侵入住居罪想像競合，比較高低後，從一重處斷。