


刑法七十年之回顧與展望 紀念論文集(二)

甘添貴·張麗卿·蘇俊雄
陳煥生·黃榮堅·陳子平 合著
周成瑜·鄭昆山·陳志龍



 元照出版

D927. 584. 04-53/1

:2

2001

12

刑法七十年之回顧與展望

紀念論文集 (二)

甘添貴·張麗卿·蘇俊雄·陳煥生·黃榮堅
陳子平·周成瑜·鄭昆山·陳志龍

合 著

元 照 出 版 公 司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法七十年之回顧與展望紀念論文集 / 林山田等合著

--初版.--臺北市：元照，2000[民 89]

冊：公分。

ISBN 957-0332-77-8 (第一冊：精裝). --

ISBN 957-0332-78-6 (第二冊：精裝).

1.刑法 - 論文,講詞等

585.07

89016589

刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(二)

1D66GA

2001年6月 元照初版第1刷

作者 甘添貴·張麗卿·蘇俊雄·陳煥生·黃榮堅

陳子平·周成瑜·鄭昆山·陳志龍

出版者 元照出版有限公司

台北市100館前路18號5樓

定價 精裝 新臺幣500元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle Ppublishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第1531號 ISBN 957-0332-78-6

ISBN: 9789570332780

人民幣價：312.5

現行刑法公布於一九三五年，迄今已有六十五年之歷史，但如與其前身之舊刑法，即公布於一九二八年而僅施行七年之刑法合併計算，即有七十二年之歷史。事實上在一九二八年舊刑法公布之前，另有一部民國初年公布之暫行新刑律，在中華民國公布施行達十七年之久，假如將此部刑法之施行亦加入計算，則民國以來共有三部刑法公布施行，其施行期間與民國之紀年相同，亦即已有八十九年之久。

暫行新刑律脫胎於宣統二年公布施行之大清新刑律，此部刑律雖由日本刑法學者岡田朝太郎負責起草，頗具現代法之色彩，但仍留有許多中國傳統法律之陰影，因此尚難認為完全屬於現代法。因此尚難認為完全屬於現代法。因此真正具有現代法之刑法，允推一九二八年公布施行之舊刑法與一九三五年公布施行之現行刑法。舊刑法公布施行後祇經過七年，即被現行刑法所取代，表示舊刑法之內所存在之各項缺陷，無法僅以修法之方式為之，必須以重新立法之方式為之。

在現行刑法公布施行之六十五年中間基於社會變動之需要，已經對其進行十次的部分刑

法條文之修正與增補。在社會變動當中，對於現行刑法之修正影響最大者，莫非科技方面之進步，促使現行刑法不得不而為相應之修正，尤其一九九九年間最後一次之刑法修正為然。

在六法之體系下，刑法與憲法、民法，皆屬於實體法。刑法與憲法雖同屬於公法，但憲法為國家根本大法，故其為上位法，刑法僅居於下位法之地位。因此二者無論在立法技術上或內容上皆有所不同。至於民法雖亦居於下位法之地位，但性質上屬於財產法（債權法、物權法、繼承法）及身分法（親屬法），而刑法屬於純粹之處罰法，一切破壞社會秩序行為或反社會行為，皆須依據刑法之相關規定對於行為人科以應得之刑罰。

民法規範之對象為財產與身分，此表示財產與身分均受民法之保護。然而刑法保護對象之法益不限於財產、身分等個人法益，更及於國家安全及社會安寧之公法益，因其所包括之範圍較廣，如何對於各種不同法益提供適當之保護，殊非易事。

依刑法之規定而對於破壞社會秩序者所科處之刑罰，具有最後手段性之性質，是以如無特別必要，實不應隨便對於行為人科以刑罰。易言之，倘依民法之規定科以民事罰，或依行政法之規定科以行政罰，即可達成處罰之目的時，應儘量不適用刑罰。因此刑法對於「罪」與「非罪」應釐定明顯界限，以免本可適用刑

事罰以外之處罰，卻因刑法分則各罪條文之不明確一味適用刑事罰，造成刑事罰之誤用，甚至於濫用之情形發生。

一切犯罪行為之實施行為人莫不具有不法的經濟動機，而不法的經濟動機所以出現，莫不與國家之經濟體制有關，此使健全之法律體制必須建立在健全之經濟體制之基礎上。藉此以觀，法律尤其刑法不失為上層建築，而經濟屬於下層建築，一旦作為基礎之經濟不穩固或雜亂無章時，將使刑法窮於應付。

由於社會經濟變化多端，影響面極大，為此刑法必須成為具有實踐性與可行性之法律，倘其施行之結果已無法有效處罰社會上所出現之新型犯罪，則其應接受不斷的修正，甚至於重新立法，始有濟於事。

現行刑法雖已施行達六十五年之久，但刑法學者迄未對其過去與將來作出通盤檢討，而此項檢討實可充分顯現今後現行刑法將何去何從，對於將來刑法之修正或重新制定，實攸關重要。此次元照出版股份有限公司邀請國內年青一代的刑法學者依各自專研領域對於刑法之回顧與展望發表其個人見解，將其匯集成為二冊出版，相信對於國內刑法學研究應有重大之貢獻，是以本人樂以為序。

蔡 墩 銘

二〇〇〇年十二月一日

目 錄

- 連續犯在我國法制上之沿革與觀念之變遷甘添貴 1
- 假釋制度的回顧與展望張麗卿 55
- 保安處分制度及其檢討蘇俊雄 103
- 結合犯適用法律問題之研究.....陳煥生 159
- 從最高法院八十六年度台上字第二四六二號
判決論交通事故責任與容許信賴黃榮堅 187
- 準強盜罪論陳子平 219
- 國際法上海盜行為與我國海盜罪之比較研究
.....周成瑜 261
- 台灣環境刑事立法之回顧與展望鄭昆山 283
- 檢察官羈押違憲與釋憲方法探討論—釋字
第三九二號解釋與憲法第八條違憲之論據
方法分析陳志龍 379

連續犯在我國法制上之沿革與 觀念之變遷

甘添貴

作者簡介：

經歷：曾任國立中興大學法律學系專任教授；私立輔仁大學、東吳大學、東海大學、文化大學法律學系兼任教授

現職：現任私立輔仁大學法律學系專任教授；國立台北大學法學學系兼任教授

導 讀

連續犯之存廢問題，無論德國、日本以及我國，均已爭論多年，迄無定論。為明瞭連續犯在我國法制上之沿革以及觀念之變遷，本文係依「暫行新刑律時期」、「舊刑法時期」以及「現行刑法時期」三個階段，分別就其法律規定、學說見解以及實務態度，加以分析說明，藉以明瞭連續犯之觀念，在我國近數十年來之變遷及其未來之展望。

在暫行新刑律時期，將連續犯認係接續犯，而具有本來一罪之性質；至舊刑法時期，初期仍維持暫行新刑律時期之見解，旋即實務先行變更態度，將連續犯與接續犯區分，並修正連續犯之成立要件，學說漸次跟進；此後，進入現行刑法時期，在實務帶領下，一直不斷擴大連續犯之適用範圍，造成寬縱犯人之不當結果，也促使司法院大法官會議釋字第一五二號解釋之作成，而將連續犯之適用範圍再度予以限縮。

目前關於連續犯之存廢問題，雖尚未塵埃落定，惟連續犯之規定，屬於現實存在，且為實務上科刑依據之一。因此，在適用上，依「例外規定從嚴解釋」之法理，連續犯之規定，自應從嚴解釋，儘量縮小其適用範圍。無論在主觀要件之概括犯意，或客觀要件之多數行為或同一罪名之認定上，應儘量採限縮解釋，倘不符合連續犯之成立要件時，應改依刑法第五十一條數罪併罰之例處斷。

目次

- | | |
|-----------------------|---------------------------|
| 壹、連續犯規定存廢之迷思 | 肆、目前實務態度之檢討 |
| 貳、德、日對於連續犯相關
概念之簡述 | 伍、從歷史觀重新省思我國
連續犯之實然與應然 |
| 一、德國關於連續犯相關
概念之狀況 | 一、連續犯之性質與要件
未有定論 |
| 二、日本關於連續犯之演
變 | 二、對於現行規定之解釋
建議 |
| 三、小結 | 三、對於現行規定之立法
建議 |
| 參、連續犯在我國法制上之
演變 | |
| 一、暫行新刑律時期 | |
| 二、舊刑法時期 | |
| 三、現行刑法時期 | |

◎關鍵詞：接續犯、繼續犯、概括犯意、同一罪名、連續數行為、連續關係

壹、連續犯規定存廢之迷思

連續犯之規定，我國目前實務見解及學界通說均認為，無論在犯罪認識及犯罪評價上，均屬於數罪，僅在犯罪科刑上，以一罪論，性質上屬於科刑一罪之一種。惟連續犯，本質上既屬數罪，何以在科刑上僅以一罪論？其實質之立論根據何在？實頗費推敲。倘勉強尋繹其理由，祇能求之於責任減輕之觀點，認其係基於一個意思活動，而為一次規範意識之突破，此與狹義數罪併罰係基於複數意思活動，而突破多次規範意識之情形，顯有不同，其責任應較為減輕，故在科刑上，始能依一罪予以處斷¹。

因此，連續犯予以科刑一罪之理由，並不堅強，殊難令人信服。尤其行為人連續實施數個可以獨立成罪之行為，雖觸犯同一之罪名，但本應成立數罪者，卻僅以一罪論，實有鼓勵及寬縱犯罪之嫌。例如，連殺百人，僅以一個殺人罪論；續竊千家，亦以一個竊盜罪論，其不合理，至為顯然。尤有甚者，依目前實務見解，具有連續關係之數罪，倘輕罪已發且已為有罪之確定判決，則未發之重罪，亦為既判力之客觀效力所及，不得對之重複追訴處罰。職是，歷來主張連續犯之規定，應予廢除，始能達防衛社會，遏止犯罪之目的者，未曾稍歇。

雖然，連續犯之存廢問題，無論德國、日本以及我國，均已爭論多年，迄今不休。此所以德國雖未設有連續犯之規定，但以立法保留方式，將連續犯之具體適用，委交實務作個別情狀之認

¹ 詳見拙著，「科刑一罪之實質根據」，月旦法學48期，12、13頁。

定，並委請學術界對連續犯之概念，繼續加以發展，而其實務亦將連續犯之適用，視為常態²。日本刑法原設有連續犯之規定，嗣於昭和二十二年以「新刑事程序，要求尊重人權，迅速審判，連續犯之範圍廣泛，擬一舉盡加偵查審判，殊屬困難，難免極多倖免於罪，於治安之維持，不無缺憾，宜按本來數罪處理」³為理由，予以刪除。惟日本將連續犯之規定刪除後，對於反覆同種行為所成立之犯罪，因認定事實之不易與撰寫起訴書及判決書之不便，遂不斷擴張包括一罪或接續犯之概念，而將原屬於連續犯之部分型態，將其歸入於接續犯之範圍，甚或另創連續一罪之概念，以濟其窮。

我國近年因治安急遽惡化，為遏止犯罪，並避免過度給予被告不當之利益，法務部曾擬議將連續犯之規定廢除，企圖將歷來依連續犯處理之事例，改依刑法第五十一條之規定予以併合處罰。

值得省思與反省者，乃連續犯之概念，其性質、內涵與要件，在我國法制沿革史上，或與德、日等國之比較法上，是否與目前國內實務及學界見解，均採同一概念？抑或在我國刑法沿革史上，或與德、日等國之比較法上，連續犯之概念並非屬一義，而係多義並存？倘為前者，連續犯規定之存廢問題，已非透過解釋得予解決之問題，勢必面臨立法上二者擇一之途；如屬後者之情形，連續犯之性質、內涵與要件，既非屬一義，而係多義並存者，則連續犯在目前我國通說解釋所採之見解，其所引致之弊病

² 柯耀程，「連續犯存廢爭議之思辯」，變動中的刑法思想，344-346頁，1999年9月初版。

³ 楊建華，刑法總則之比較與檢討，429頁，三民書局，71年3月。

與缺失，即有可能透過解釋方式予以克服，未必斷然走向從立法上予以廢除之途。

本文因篇幅所限，乃將探討重心置於連續犯在我國刑法沿革史上數十年來之演變，並就整理、分析之結果，用以提供未來我國連續犯規定何去何從之參考。至於德、日對於連續犯相關概念之狀況，則僅能簡述其梗概，略供參考。

貳、德、日對於連續犯相關概念之簡述

一、德國關於連續犯相關概念之狀況

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伐利亞邦刑法典第一百十條，該條規定，「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⁴。倘細繹一八一三年該條法文，其得論以行為單數之要件，須係針對同一客體或同一人予以連續數次之侵害，始足當之；倘係對於不同客體或不同被害人予以連續數次之侵害，即不得論以行為單一。因此，該條規定之性質，實與我國現行對於連續犯之通說定義，顯有差異，而與我國暫行新刑律第二十八條當時通說之見解相似。

⁴ 蘇俊雄，刑法總論III，78-79頁，89年4月初版；虫明滿，包括一罪研究，118-120頁，成文堂，1992年5月20日。

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，國內文獻多將其逕譯為「連續犯」⁵。惟依德國通說對於fortgesetztes Verbrechen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⁶。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法益者，即不得成立fortgesetztes Verbrechen⁷。我國目前對於連續犯性質之通說見解，與德國之fortgesetztes Verbrechen不同，而我國通說復認連續犯與接續犯二者性質有異，如欲將德國fortgesetztes Verbrechen概念與我國目前法律概念對應，則德國fortgesetztes Verbrechen，應與我國目前通說所謂「接續犯」之概念，較為相近，而與「連續犯」之概念，則似同而實異。

二、日本關於連續犯之演變

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；至明治四十一年（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，日

⁵ 例如，林山田，刑法通論（下），641頁以下，1998增訂6版；蘇俊雄，前揭書，78頁；柯耀程，前揭文，344頁以下；張麗卿，「連續犯的規定應否廢除」，刑事法雜誌42卷1期，5頁。

⁶ 蘇俊雄，前揭書，79、82頁。

⁷ 蘇俊雄，前揭書，82頁；林山田，前揭書，645-646頁；張麗卿，前揭文，5頁。