

## 學員專區

# 論簡易判決量刑之隱藏極限與常業犯刪除後之罪數關係判斷

第55期學習司法官 施志遠

## ◆ 目次 ◆

壹、前言	參、常業犯刪除後之數罪關係
貳、不能安全駕駛罪於簡易判決量刑上之隱藏極限	一、罪數關係之錯綜複雜
一、不能安全駕駛罪偵審實務之運作及修法淺介	二、修法前具有常業犯性質者，應無 論以集合犯之餘地
二、不能安全駕駛罪於簡易判決處刑所面臨之量刑問題	肆、結語

## 壹、前言

2016年5月20日第14任總統就職典禮上，蔡英文總統就職演說中以「司法無法親近人民、不被人民信任、司法無法有效打擊犯罪，以及司法失去作為正義最後一道防線的功能」作為司法改革的訴求<sup>1</sup>，據報載，不僅引起在場觀禮民眾如雷之掌聲<sup>2</sup>，亦引發社會對於司法國是會議之廣大迴響及期待。綜觀近年來，人民對於司法公信力之低落，或許原因不一而足，然對於法院於個案中量刑之輕重，絕對是重要的影響因素之一。蓋因對被告（受刑人）而言，或有認為何以同樣犯罪手段、情節，竟因不同法官審理而有刑度高低之別，另一方面，對於受害人及社會大眾而言，近年來數件殺人案

1 參閱中央通訊社新聞網《蔡英文總統就職演說中英文全文》：

<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201605205012-1.aspx>（最後閱覽日：2016年8月14日）

2 參閱聯合新聞網《蔡總統談司法改革 現場掌聲如雷》：

<http://udn.com/news/story/1/1707755>（最後閱覽日：2016年8月14日）



件關於是否判處死刑與否之爭議，更是將司法民怨推向最高點，準此，近年來司法院大力建置「司法院量刑資訊服務平台」<sup>3</sup>，就若干之罪名透過系統化、因子參數分析等方式，讓法官量刑時得以參酌，亦可使社會大眾及被告也可對於刑度較有預測性，以達逐漸揭開司法神秘面紗之目的，而學者對法院量刑撰文分析者，亦不在少數<sup>4</sup>，足見量刑不僅對於法官而言是困難的，對於被告及社會大眾而言，更被認為刑事審判之核心。是以，本文將就不能安全駕駛罪於實務上之運作及此類案件於簡易判決量刑上，所可能會面臨隱藏性之極限作一說明。

另者，刑事審判實務上，除了上開量刑之難題外，在2005年刑法修正廢除牽連犯及連續犯後，罪數之判斷也面臨許多爭議和困擾問題，就此，最高法院對於部分犯行已透過決議的方式，對於罪數關係之判斷作出統一性之解釋<sup>5</sup>，但除此之外，在常業犯廢除後，就司法實務上常見之意圖營利聚眾賭博罪、意圖營利媒介容留性交猥褻等若干罪名之罪數關係之爭議，又該如何認定，本文亦就此提出觀察與討論。

## 貳、不能安全駕駛罪於簡易判決量刑上之隱藏極限

### 一、不能安全駕駛罪偵審實務之運作及修法淺介

依法務部法務統計資料<sup>6</sup>，在2015年度中，我國各地方法院檢察署新收偵查案件罪名分析資料中顯示，在去年度新收案件中，共計有被告535,199人，其中即有103,283人

3 司法院量刑資訊服務平台網站：<http://sen.judicial.gov.tw/>（最後閱覽日：2016年8月14日）

4 舉例而言：劉育偉、劉瀚傑，《刑事政策之量刑思辯--以大陸山東「電腦法官（量刑）」為例》，〈通識教育學報〉第6期，2016年7月，頁111-121；陳信良，《詐欺罪量刑影響因素之研究》，〈中央警察大學學報〉第53期，2016年6月頁1-39；胡宜如，《司法院焦點團體建議量刑參考基準介紹》，〈司法周刊〉第1766期，2015年9月，頁2-3；魏俊明，《被告犯罪後之態度與量刑--以被告於刑事程序中之行為為中心》，〈刑事法雜誌〉第59卷第3期，2015年6月，頁29-60；謝煜偉，《「永山基準」臺灣版？--死刑量刑基準的具體化／最高法院102臺上5251判決》，〈臺灣法學雜誌〉，第249期，2014年6月1日，頁212-217等文章均係以司法實務上之量刑作為探討之核心。

5 舉例而言，最高法院104年度第9次刑事庭會議結論認為「廢棄物清理法第四十六條第四款前段之非法清理廢棄物罪，係以未依同法第四十一條第一項規定領有廢棄物清除、處理許可文件而受託清除、處理廢棄物者為犯罪主體，再依該第四十一條第一項前段以觀，可知立法者顯然已預定廢棄物之清除、處理行為通常具有反覆實行之性質。是本罪之成立，本質上即具有反覆性，而為集合犯」，此外，最高法院99年度第5次刑事庭會議（一）結論則認為「鑑於公職人員選舉，其前、後屆及不同公職之間，均相區隔，選舉區亦已特定，以候選人實行賄選為例，通常係以該次選舉當選為目的。是於刪除連續犯規定後，苟行為人主觀上基於單一之犯意，以數個舉動接續進行，而侵害同一法益，在時間、空間上有密切關係，依一般社會健全觀念，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，於此情形，即得依接續犯論以包括之一罪。否則，如係分別起意，則仍依數罪併合處罰，方符立法本旨」均係最高法院對於罪數關係所為之闡釋。

6 可參閱法務部司法統計資料：

[http://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/book/Book\\_Detail.aspx?book\\_id=191](http://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/book/Book_Detail.aspx?book_id=191)（最後閱覽日：2016年8月14日）

係因違反公共危險罪而為警移送偵查，另依司法院司法統計資料亦顯示<sup>7</sup>，2016年1月至7月間，全國各地方法院刑事訴訟第一審科刑人數中，依照不同罪名作為區分，在犯普通刑法共計73,965名之被告中，違反公共危險罪之被告人數竟高達34,648人，顯見在偵查及審判中，面對違反刑法公共危險罪章所列之罪係屬常見，其中又以觸犯刑法第185條之3之不能安全駕駛罪尤為常見，因此，在現行各地方法院檢察署，面對此類量多且複雜性低之不能安全駕駛案件，亦不乏訂定相關緩起訴之標準，舉例而言，以臺灣臺北地方法院檢察署而言，即有辦理緩起訴處分及附條件緩刑作業應行注意事項就酒後駕車構成公共危險之案件，將被告酒測值分為六個級數，而就此六個級數對應不同須向公庫支付之金額，而賦予檢察官在偵查時，欲裁量賦予被告緩起訴時，有統一之參考標準值，惟若遇有被告5年內再犯或三犯不能安全駕駛罪者，檢察官亦得審酌情況，聲請簡易判決處刑，也因此在此類不能安全駕駛罪中，檢察官透過命被告向公庫支付一定金額而給予緩起訴處分，或係向法院聲請簡易判決處刑乃係常見之情況。

另一方面，在不能安全駕駛罪之規範上，有鑑於時有報導關於因酒駕行為而釀成大禍之情事，甚而前總統馬英九亦曾對於酒駕行為宣示採取嚴加取締，並期盼立法機關提高刑度<sup>8</sup>，是以，觀刑法第185條之3於1999年增訂後，原係規範「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金」，惟為有效嚇阻酒駕行為，現行規定<sup>9</sup>除增訂酒精濃度標準值，以此作為認定「不能安全駕駛」之判斷標準，並逐漸增加刑度外，更將原本得單獨處以罰金刑之規定改由得併科罰金，並提高併科罰金之數額，希冀藉由重刑以保障合法用路人之生命身體安全。

## 二、不能安全駕駛罪於簡易判決處刑所面臨之量刑問題

鑒於本文前述，由於不能安全駕駛罪，案情複雜性低但是卻量多，因此實務上透過對於初次犯者，賦予檢察官得命支付公庫支付金錢，而給予緩起訴外，檢察官依刑事訴訟法第449條第1項之規定，當認被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定被告犯罪時，亦時常利用聲請簡易判決處刑來終結案件。惟依照現行刑事訴訟法第449條第

7 可參閱司法院司法統計資料：

<http://www.judicial.gov.tw/juds/report/Sf-6.htm>（最後閱覽日：2016年8月14日）

8 可參閱東森新聞網《馬英九下令：酒駕數給我盯好，不然就公布縣市長名》：

<http://www.ettoday.net/news/20130606/218664.htm>（最後閱覽日：2016年8月14日）

9 現行刑法第185條之3規定：「（第一項）駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金：一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上。二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。三、服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛。（第二項）因而致人於死者，處三年以上十年以下有期徒刑；致重傷者，處一年以上七年以下有期徒刑。」



3項之規定，法院就檢察官所聲請簡易判決處刑之案件，在量刑上，須以宣告緩刑、得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金為限，意即，法官在此類案件量刑上，除緩刑外，須量處有期徒刑6月以下、拘役或罰金等情，否則即屬判決違背法令。

因此依照現行刑法第185條之3第1項不能安全駕駛罪之規定，法官於簡易判決量刑時，處以有期徒刑6月以下、2月以上之刑度，並且尚得併科罰金新台幣20萬元以下、1千元以上，由形式上觀之，似均符合刑事訴訟法第449條第3項有關簡易判決處刑量刑上之規定，而實務上也不乏有判決如此量刑，舉例而言：臺灣臺北地方法院105年度原交簡訴字第103號簡易判決之刑度為「處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣肆萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日」、臺灣士林地方法院105年度審交簡字第105號簡易判決之刑度則為「處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣拾萬元；有期徒刑如易科罰金、罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日」、臺灣高雄地方法院105年度交簡字第3451號判決則量處「處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣陸萬元。徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日」等均屬適例，惟本文認為，量處如此刑度兼併科罰金之情，似有逸脫立法者於立法之初對於簡易判決制度設計之立法目的，理由有下列幾點：

(一) 首先，刑事訴訟程序係確定國家刑罰權之程序，而被告之犯罪情節有輕微與重大之不同，如所有刑事案件均依「通常程序」審理，將造成整理審判之擁擠、遲延，於法院人力、資力及時間均屬有限之情況下，極易使整體流於草率、疏忽，對於當事人或法官而言，未必適合，故基於訴訟經濟之考量，對於「輕微案件」之處理自應有別於一般案件之處理程序<sup>10</sup>，職是，所謂「簡易程序」係相對於通常程序之特別程序，即法院不經通常程序之審理、調查程序而逕科處刑罰法律效果之程序。因此有關我國刑事訴訟法簡易判決係仿自德國處刑命令（Strafbefehl）之簡易判決處刑，其本來之特色之一即在於針對明確的輕案，以書面審理代替公開、言詞暨直接的審判庭<sup>11</sup>。因此學者林鈺雄教授認為，簡易判決處刑須具備「不法內涵之輕微性」、「刑罰效果之輕微性」、「事實證據之明確性」、「審檢認定之合致性」以及「被告同意與參與」，其中關於「不法內涵之輕微性」係依照「層級化」的區別，唯有不法內涵輕微者，始能運用簡易判決處刑，反之，若殺人、強制性交等不法內涵之重大案件，縱使情節簡易並且事實證據明確，也應適用通常之審理程序。而關於此項底線，立法例上通常藉由罪名和刑度作為區別不法內涵輕重的標準，並且明定適

10 林俊益，〈程序正義與訴訟經濟—刑事訴訟法專題研究〉，元照出版，2000年2月，頁241。

11 林鈺雄，〈刑事訴訟法（下冊）各論編〉，元照出版，2007年5月，頁246。

用簡易處刑之案件範圍，是1997年刑事訴訟法第449條第1項修正前之條文即規定限於刑法第61條之案件，始能適用簡易判決程序<sup>12</sup>，惟現行刑事訴訟法第449條第1項經過數次修法後，已無特定案件之限制，因此針對此點不乏亦有學者提出不同意見，而認為檢察官在聲請簡易判決處刑時，仍須慮及案件之輕微性，重罪不得作為簡易判決處刑，而可將刑事訴訟法第376條所列之案件作為參考，且排除強制辯護案件等作為聲請簡易判決處刑時之考量<sup>13</sup>；另者，除了「不法內涵之輕微性」（法定刑）外，「刑罰效果之輕微性」則係簡易判決處刑僅能科處輕微之法律效果，由此可知，法定刑及宣告刑之「雙重輕微性」乃是簡易判決處刑的前提，因此刑事訴訟法第449條第3項即係為符合此立法底線<sup>14</sup>。

(二)其次，刑法第185條之3不能安全駕駛罪，自1999年4月增訂以來，分別於2008年1月、2011年11月以及2013年6月數度修正，在這極短時間內，歷此數次修正，學者陳子平教授批評不僅影響「法安定性」外，更漠視刑法「謙抑性主義（原則）」，亦存在罪刑不均衡之問題<sup>15</sup>，因此很顯然地，在歷經數次修法後，現行刑法第185條之3已非當年立法之初之輕罪型態，此由1999年4月增訂之不能安全駕駛罪僅係規定「處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金」<sup>16</sup>，反觀現行法則係規定「處二以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金」，不僅有期徒刑之上限提高，且罰金亦由原本之得科以罰金刑，改為併科罰金刑之立法例，並且提高併科罰金之數額，而綜觀普通刑法內採取「併科罰金」刑之罪名，往往多係重罪，不僅罪質嚴重且刑度亦不輕，舉例而言，外患罪章之戰時不履行軍需契約罪（刑法第108條，法定刑為有期徒刑1年以上、7年以下）、不違背職務之受賄罪（刑法第121條，法定刑為有期徒刑處7年以下有期徒刑）、有價證券之偽造變造與行使罪（刑法第201條，法定刑為有期徒刑3年以上，10年以下有期徒刑）等均屬之，雖然普通刑法中，不乏有下表一列之罪，其法定刑之有期徒刑刑度係相同或低於現行刑法第185條之3不能安全駕駛罪之有期徒刑2年，惟在併科罰金部分，依刑法施行法第1-1條規定調整罰金金額後，均遠低於不能安全駕駛罪所規範之上限20萬元，因此，經歷次修正後現行刑法第185條之3不能安全駕駛罪，是否仍屬「刑罰效果輕微性」之罪，已非無疑。

12 同前註，頁249-251。

13 黃朝義，《刑事訴訟法》，新學林出版，2013年4月，頁639-640。

14 同前註11，頁249-251。

15 陳子平，《刑法各論（下）》，元照出版，2014年11月，頁84。

16 按中華民國刑法施行法第1-1條第2項但書之規定：「九十四年一月七日刑法修正時，刑法分則編未修正之條文定有罰金者，自九十四年一月七日刑法修正施行後，就其所定數額提高為三十倍。但七十二年六月二十六日至九十四年一月七日新增或修正之條文，就其所定數額提高為三倍。」因此，在此所稱之罰金3萬元，應係指新臺幣9萬元。



表一 普通刑法中設有併科罰金規定且刑度相同或低於不能安全駕駛罪之罪名

條號及罪名	法定刑	備註
第191條（製造販賣陳列妨害衛生物品罪）	製造、販賣或意圖販賣而陳列妨害衛生之飲食物品或其他物品者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。	依刑法施行法第1之1條第2項前項罰金應調整為新臺幣3萬元
第204條第1項（預備偽造變造有價證券罪）	意圖供偽造、變造有價證券、郵票、印花稅票、信用卡、金融卡、儲值卡或其他相類作為簽帳、提款、轉帳或支付工具之電磁紀錄物之用，而製造、交付或收受各項器械、原料、或電磁紀錄者，處二年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。	依刑法施行法第1之1條第2項但書罰金應調整為新臺幣1萬5千元
第234條（公然猥褻罪）	（第一項）意圖供人觀覽，公然為猥褻之行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。（第二項）意圖營利犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一萬元以下罰金。	依刑法施行法第1之1條第2項但書罰金應分別調整為新臺幣9千元及3萬元
第235條第1項（散布、販賣猥褻物品及製造持有罪）	散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。	依刑法施行法第1之1條第2項但書罰金應調整為新臺幣9萬元
第253條（偽造仿造商標商號罪）	意圖欺騙他人而偽造或仿造已登記之商標、商號者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金。	依刑法施行法第1之1條第2項但書罰金應調整為新臺幣9萬元，且本條現行依法條競合關係多為商標法所取代
第269條（辦理有獎儲蓄或發行彩券罪、經營或媒介之罪）	（第一項）意圖營利，辦理有獎儲蓄或未經政府允准而發行彩票者，處一年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。（第二項）經營前項有獎儲蓄或為買賣前項彩票之媒介者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。	依刑法施行法第1之1條第2項前項罰金分別應調整為新臺幣9萬元及3萬元
第292條（介紹墮胎罪）	以文字、圖畫或其他法，公然介紹墮胎之方法或物品，或公然介紹自己或他人為墮胎之行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。	依刑法施行法第1之1條第2項前項罰金應調整為新臺幣3萬元
第313條（妨害信用罪）	散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。	依刑法施行法第1之1條第2項前項罰金應調整為新臺幣3萬元

(三) 現行刑事訴訟法第449條第3項有關簡易判決量刑之限制，為符合簡易判決「刑罰效果之輕微性」，因此限於「宣告緩刑」、「得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役」或「罰金刑」之態樣，因此就文義解釋上，是否可以解釋「有期徒刑併科罰金」之量刑態樣，可涵蓋於本項法律規範之解釋中，實非無疑。此外，由下表二所示，歷年來有關刑事訴訟法第449條第3項關於簡易判決量刑範圍之修正，可清楚看見，量刑範圍由原本之現於「拘役」或「罰金」，再放寬至「6月以下有期徒刑」，甚而「得宣告緩刑」、「得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役」均納入量刑範圍，以擴大適用簡易判決之適用，惟無論修法關於量刑範圍如何擴大，在無緩刑宣告之情況下，處以有期徒刑6月以下乃係簡易判決量處有期徒刑刑度上之極限，是依現行不能安全駕駛罪之刑度設計，試想某酒駕被告在簡易判決中，遭判處有期徒刑6月併科罰金新台幣20萬元時，除有上開簡易判決是否「併科」之文義解釋疑慮外，當被告欲透過徒刑易科罰金，或係欲以徒刑、罰金均易服社會勞動之方式執行時，則此時被告所須「承載」之負擔，是否早已逸脫立法者在立法時之立法目的，亦非無疑。

表二 簡易判決處刑量刑限制之修正歷程表

修正年度	簡易判決量刑限制	法條條項
1967年	依前項判決所科之刑，以拘役或罰金為限	刑事訴訟法第449條第2項
1995年	依前二項判決所科之刑以六月以下有期徒刑、拘役或罰金為限	刑事訴訟法第449條第3項
1997年	依前二項規定所科之刑以宣告緩刑得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金為限	刑事訴訟法第449條第3項
2003年	依前二項規定所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金為限。	刑事訴訟法第449條第3項
2009年 (現行法規定)	依前二項規定所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金為限。	刑事訴訟法第449條第3項

綜上所述，本文以為依現行刑事訴訟法第449條第3項規定：「依前二項規定所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金為限」，法院在簡易判決處刑範圍，應僅限於「宣告緩刑」、「得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役」或「罰金刑」之態樣，縱認為法律並無明文禁止「有期徒刑併科罰



金」之量刑態樣，但在考量簡易程序具有迅速終結輕微案件之訴訟經濟實益以及兼顧被告之程序正義考量下，兼衡簡易判決處刑須具備「不法內涵之輕微性」、「刑罰效果之輕微性」等特性，因此當法院在量刑上欲量處有期徒刑併科罰金的情況，允宜以「6月以下有期徒刑」作為量刑上等價換算之考量，舉例而言：在有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣1,000元折算1日之標準下，倘法院處以有期徒刑3月，則罰金刑允宜處以新臺幣9萬元以下，似較為妥適。如此，不僅能恪遵立法者在立法之初，對於簡易判決量刑上限於「輕案」之考量，且可適度緩和我國關於不能安全駕駛罪，在不斷提高刑度後，適用簡易判決之疑慮。

## 參、常業犯刪除後之數罪關係

### 一、罪數關係之錯綜複雜

刑法競合論（Konkurrenzlehre）問題，是一個相當古老的問題，早在羅馬法時代即已存在，然而，經過悠久歷史的發展，非但未能解決其帶有相當神秘色彩的面紗，反而使得競合論問題更形複雜難解，終究使得競合問題之理解與處理，成活學理上無奈的痛，亦成為實務上深怕碰觸的傷痕，更因此使得競合論在刑法範疇中，成為最複雜且棘手難纏的領域之一<sup>17</sup>。也就是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去處罰，申言之，所謂「罪數」之定義，即係行為人所觸犯之犯罪究係一罪一或數罪<sup>18</sup>。

由於實務上，犯罪之態樣，形形色色，頗為錯綜複雜。有一個行為而實現數個犯罪構成要件者，亦有數個行為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，有抽象地包含數次之實現行為者，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；再者，雖然「一罪一罰，數罪數罰」固符合正義應報之要求，惟依現行法規，縱僅成立一罪，未必當然處罰（例如：刑法第288條第3項、第324條第1項等情），亦有數罪亦未必數罪之情況（例如：刑法修正廢除前之牽連犯或連續犯等情）<sup>19</sup>，因此，在犯罪事實之評價上，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，確係大哉問。

17 柯耀程，《刑法釋論II》，一品文化出版，2014年8月，頁151。

18 甘添貴，《罪數理論之研究》，元照出版，2006年4月，頁3。

19 同前註，頁4。



而2005年，立法者認實務上對於「同一罪名」之認定過寬，所謂「概括犯意」，經常可連綿數年之久，且在採證上多趨於寬鬆，每每在起訴之後，最後事實審判決之前，對繼續犯同一罪名之罪者，均適用連續犯之規定論處，不無鼓勵犯罪之嫌，亦使國家刑罰權之行使發生不合理之現象，復且，考量外國立法例，連續犯係大陸法系之產物，英美刑法並不承認連續犯之概念，然而德國以及日本，均相繼將連續犯之規定予以刪除，其餘大陸法系國家如瑞士、奧地利、法國等均無連續犯之明文等因素，因此，為符合刑罰公平性，不讓犯罪者存僥倖心理，將原本事實上數罪、法律上卻僅論以一罪之連續犯及牽連犯規定予以刪除，改為一罪一罰，爰刪除刑法第56條有關連續犯之規定。至於刑法分則之常業犯乃連續犯之特別態樣，配合刑法總則連續犯之廢除，亦刪除所有常業犯之規定，而將類此常業犯罪行為均採一罪一罰，以符罪責均衡原則。因此於修法後，將連續犯及常業犯，改採一罪一罰後，不乏有認為將造成刑罰過重之疑慮<sup>20</sup>，因此，實務上遂有以「集合犯」或「接續犯」等概念來論斷修法前連續犯或常業犯者，因此究竟此一爭議，有無定論，或係存乎於各案承審法官之個人法律確信，著有探討之餘地。

## 二、修法前具有常業犯性質者，應無論以集合犯之餘地

我國刑法於修法前，於刑法分則中有規範常業犯者，例如有：刑法第231條第2項<sup>21</sup>、第267條<sup>22</sup>、第322條<sup>23</sup>、第340條<sup>24</sup>、第345條<sup>25</sup>以及第350條<sup>26</sup>等罪，惟於常業犯廢除後，此該罪名應如何論處，於實務操作上，有論以「集合犯」亦有論以「接續犯者」，以意圖營利聚眾賭博罪而言，臺灣臺北地方法院105年度簡字第514號刑事簡易判決即論以「集合犯」而謂：「被告自103年間某日起至105年2月2日晚間7時許為警查獲時止，反覆密接提供其住處作為賭博場所，聚集不特定賭客賭博財物，顯見其主觀上具有同一營利之意圖甚明，是被告供給賭博場所及聚眾賭博之行為，本質上均分別

20 舉例而言，最高法院96年度第9次刑事庭會議即係討論行為人於一段時日內反覆多次施用第一級毒品海洛因或第二級毒品安非他命之行為，在連續犯廢除後，就應論一罪一罰，或係集合犯或係接續犯等議題。

21 修正前刑法第231條規定：「（第一項）意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。（第二項）以犯前項之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。（第三項）公務員包庇他人犯前二項之罪者，依各該項之規定加重其刑至二分之一」。

22 修正前刑法第267條規定：「以賭博為常業者，處二以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金」。

23 修正前刑法第322條規定：「以犯竊盜罪為常業者，處一年以上、七年以下有期徒刑」。

24 修正前刑法第340條規定：「以犯第三百三十九條之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金」。

25 修正前刑法第345條規定：「以犯前條之罪為常業者，處五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」。

26 修正前刑法第350條規定：「以犯前條之罪為常業者，處六月以上、五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」。



具有反覆、延續性行為之特徵，於刑法評價上，均足認皆係集合多數犯罪行為而成立之獨立犯罪型態之『集合犯』，同為包括一罪，各應僅成立一罪」<sup>27</sup>，然而臺灣臺北地方法院105年度簡字第1875號刑事簡易判決就是類犯行，則係論「接續犯」，該判決略以：「被告自民國104年7月5日上午10時許起至翌日（6日）凌晨1時許止之期間內，登入相同網站賭博，應係基於單一犯罪決意，於密切接近之時間且同地實施，侵害同一法益，各行為獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為為適宜，屬接續犯，應論以一罪」<sup>28</sup>。

據此，最高法院曾於下開判決中，闡釋在此類原本係常業犯所規定之犯罪中，論以「集合犯」應有商榷之餘地，此可觀最高法院98年度台上字第5886號判決略以：「集合犯係指立法者所制定之犯罪構成要件中，本即預定有數個同種類行為將反覆實行之犯罪而言…原定位為集合犯者，更可因應客觀上之需要，隨時修法將其改為數罪併罰。此由刑法分則原將各種常業犯罪定位為集合犯，如修正前刑法第二百三十一條第二項、第二百六十七條、第三百二十二條、第三百四十條、第三百四十五條、第三百五十條……等，嗣於九十四年二月二日刑法修正時（九十五年七月一日起施行），立法機關審度當時之治安狀況，認為有改採嚴格刑事政策之必要，即一舉將常業犯之規定加以廢除自明。倘立法機關所制定之犯罪構成要件中，並未「預定」有反覆實行之多數犯罪行為，法院於適用法律時，自不宜復以該犯罪具有某種特性為由，勉強解為立法者本即『預定』有反覆實行之多數犯罪行為。否則，前述各種常業犯罪原係典型之集合犯，莫不具有可論以集合犯之特性，立法機關修法將常業犯廢除之後，豈非法院仍可藉由司法解釋，再將多數反覆實行之常業犯行依集合犯論以一罪？…若仍將反覆投票行賄多次與投票行賄一次同視，均論以一罪，無異變相鼓勵賄選，不僅與政府端正選風健全民主政治之政策目標背道而馳，恐非社會通念所能接受，亦與嚇阻賄選及採行嚴格刑事政策之立法意旨有悖，難謂妥適。原判決認上訴人等於刑法修正前所為數次投票行賄犯行，應依集合犯論以一罪，其法律見解不無商榷之餘地」，另參酌最高法院98年度台上字第4492號判決亦略以：「修正前刑法第三百四十條常業詐欺罪之規定，原係指以犯該法第三百三十九條普通詐欺罪為日

27 臺灣臺北地方法院105年度簡字第2213號刑事簡易判決、臺灣臺北地方法院105年度審簡字第1402號刑事簡易判決、臺灣臺北地方法院105年度簡字第2202號刑事簡易判決等判決均係採取「集合犯」之見解。

28 臺灣臺北地方法院105年度簡字第2239號刑事簡易判決、臺灣臺北地方法院105年度審簡上字第132號刑事判決、臺灣臺北地方法院105年度簡字第1653號刑事簡易判決等判決均係採取「接續犯」之見解。

常之職業、賴以維生而言，其本質乃多數詐欺行為之集合；至於修正後刑法雖將常業詐欺罪之規定刪除，並不影響行為人之行為原係多數詐欺犯罪之本質，自應回歸本來就應賦予複數法律效果之原貌，即對於行為人之多數詐欺行為，應採一罪一罰，始符合立法本旨…。因此，倘本屬數行為之常業詐欺之部分（多次）犯行在刑法修正施行前，其餘部分（多次）犯行在刑法修正施行後，對於在刑法修正施行前之多次犯行，固應依新舊法比較結果，適用有利於被告之舊法，論以修正前刑法第三百四十條之常業詐欺一罪；但刑法修正施行後之多次犯行，已因法律修正而生阻斷常業犯之法律效果，要無常業犯可言，此部分除符合接續犯之要件外，應一罪一罰」，此外最高法院99年度台上字第7471號判決亦略以：「刑法上所謂集合犯，乃立法者在制定犯罪構成要件之時預定有數個同種類之行為將反覆實行之犯罪，乃將各自實現犯罪構成要件之多數行為論以一罪。刑法第二百三十一條第一項之圖利使人為性交或猥褻罪規定：『意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者……』，文義上觀察，尚難憑以認定立法者於制定法律時，即已預定該犯罪當然涵蓋多數反覆實行之引誘、容留或媒介行為。且民國九十四年二月二日修正前（九十五年七月一日起施行）之刑法第二百三十一條第二項規定：『以犯前項之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑……』，就具集合犯性質之常業犯設有獨立處罰之規定，則同條第一項之圖利使人為性交或猥褻罪，本質上即難認屬集合犯而具有重複特質之犯罪，否則第二項常業犯之規定即無適用餘地。又刑法於九十四年二月二日修正公布時，已刪除第五十六條連續犯之規定，並因配合此修正，同時刪除刑法第二百三十一條第二項常業犯之規定，其立法目的即係將本應各自獨立評價之數罪，回歸本來就應賦予複數法律效果之原貌。在刑法修正施行後之多次犯行，則應按其實際行為次數，一罪一罰。」，職此，依最高法院之上開見解，實務上對於修法前之常業犯，於廢除常業犯規定後，認為除符合接續犯要見外，理應採取一罪一罰，而揚棄論以集合犯之見解。

此外，亦有學者研究後發現，最高法院邇來逐漸「封殺」集合犯之適用，而強化接續犯之功能，也就是，接續犯概念在實務的發展，一直處在不斷強化、充實狀態，雖然關於接續犯之要件與範圍，早期實務見解較為籠統，鮮有明確區分，舉例而言，最高法院28年度上字第3429號判例要旨略以：「如果該項犯罪，係由行為人以單一行為接續進行，縱令在犯罪完畢以前，其各個舉動，已與該罪之構成要件完全相符，但在行為人主觀上對於各個舉動，不過為其犯罪行為之一部分者，當然成立一罪。」僅簡述結論應成立一罪，但卻未明確認是否係「接續犯」之類型，惟晚近觀諸歷來實務見解，已漸漸對於形塑「接續犯」概念有所澄清，咸認對於接續犯之主觀要件，須有



單一犯意或概括犯罪較無爭議，惟在客觀要件部分，或有謂「同時同地或時空之密接」（最高法院86年台上字第3295號判例參照），或謂「同一機會」（最高法院93年度台上字第6102號判決參照），或謂「同一機會或時空密接」（最高法院93年度台上字第3496號判決參照），用語並非一致，因此，學者有認為在客觀要件上，每一個案提供給行為人實現一次性犯罪之機會有長有短、未必密接，地點有遠有近、亦未必有密接，是以採用「機會同一」概念，不僅得因應各種犯罪類型之特性，亦契合評價上之一罪之原理，應較「時空密接」為妥<sup>29</sup>，本文以為誠值參照。

綜上所述，在常業犯因配合刑法廢除連續犯而一併廢除後，自修法迄今已歷經10餘年光陰，修法前之常業犯在廢除後，於司法實務上對於罪數之認定，由本文以上臚列之地方法院判決可知悉，雖結論上係均論以一罪，惟推論過程或有採取「集合犯」或有「接續犯」而見解分歧，惟本文認為，在修法後，立法者既已預設將此類具有連續犯性質之常業犯，論以一罪一罰，則於個案罪數評價上，倘行為人主觀上係出於單一犯罪之決意，而客觀上確實利用同一機會，而於時空密接之環境下為數次行為，而有論以「接續犯」之餘地外，舉例而言，被告在某處開賭場意圖營利，每晚均聚眾賭博，則應可堪認被告基於聚眾賭博之單一犯罪決意，而利用此一機會，在時間和空間均密接下不斷為數次之犯罪行為，而可論以「接續犯」，倘若不合於上開「接續犯」要件，本文認為仍應回歸修法本意，採取一罪一罰，實不應再論以「集合犯」，因此，在此論述脈絡下，相對應也應加強原告即檢察官之舉證責任<sup>30</sup>，應就被告之數次犯罪加以證明，倘無法證明，本於無罪推定、罪疑惟輕之原則，法院自應僅就檢察官得舉證之數次犯行為裁判，始謂適法。

## 肆、結語

量刑與罪數關係向來是司法實務上，難以清楚說明，亦屬判斷上有相當困難之處，因此本文嘗試透過實務上常見之不能安全駕駛罪來說明，當檢察官聲請簡易判決處刑，法院在為簡易判決時，當應考量到不能安全駕駛罪，因近年來酒駕肇事不斷，而不斷提升法定刑及併科罰金之數額下，因此在量刑時，仍應回歸到簡易程序須具備之「不法內涵之輕微性」、「刑罰效果之輕微性」等特性，始能充分兼顧訴訟經濟、被告訴訟權益以及立法者於制定簡易程序之立法意旨。

29 新宗立，〈罪數判斷之檢討—以接續犯與集合犯為核心〉，《檢察新論》第11期，2012年1月，頁59-62。

30 同前註，頁62。

此外，針對常業犯已廢除10餘年後之今日，面對司法實務常見之意圖營利聚眾賭博罪、意圖營利媒介容留性交猥褻等罪之罪數認定，在修法後，立法者既已預設將此類具有連續犯性質之常業犯，論以一罪一罰，兼衡考量一罪一罰可能造成被告單一犯罪決意下，在時空密接時所為之數次行為，均逐一論罪，恐造成刑度過重之情況，應可適度援引「接續犯」之概念於裁判中，而不應再動輒以「集合犯」論之，始能符合修法意旨以及量刑之公平性。