

多次施用毒品之競合問題

吳 耀 宗*

講座大綱

- 壹、問題所在
- 貳、意見狀況
- 參、犯罪競合之基本思維
- 肆、接續犯、集合犯與連續犯
- 伍、施用毒品行為之特性
- 陸、毒品危害防制條例有關施用毒品行為之規範設計
- 柒、本文見解

壹、問題所在

有關行為人多次施用毒品之行為在刑法上應如何論罪？最高法院曾於 2007 年 8 月刑事庭會議提出如次的法律問題進行討論：「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，在民國九十五年七月一日前之刑法尚未刪除第五十六條連續犯之規定前，司法實務上大抵視為連續犯而依連續犯之規定論處。刑法修正公布刪除第五十六條連續犯之規定，於九十五年七月一日施行後，原依連續犯論以一罪者，究採一罪一罰，予以分論併罰？抑依接續犯、集合犯而論以一罪？設某甲基於施用毒品之犯意，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，其施用行為跨越九十五年七月一日修正刑法施行之前及後究應如何論罪？」¹

其實此一提案討論的法律問題所涉及的問題點並非單一，而是包括：(1)行為人於一段時日內反覆多次施用毒品之行為，在刑法刪除連續犯以前（以下簡稱舊法時期）是否當然可視為連續犯？(2)在刑法刪除連續犯以後（以下簡稱新法時期），前揭行為在刑法上應如何評價？數罪併罰？接續犯？集合犯？(3)接續犯、集合犯以及舊法時期的連續犯，其區別何在？原本視為連續犯之行為，在新法時期可否轉為評價為接續犯或集合犯？(4)如果行為人之反覆多次的施用毒品行為有跨越新舊法時期之情形，應適用新法抑或舊法？或者予以割裂分別適用？

* 吳耀宗，國立臺北大學法學博士，中央警察大學法律學系教授。

¹ 最高法院 96 年度第 9 次刑事庭會議，《司法院公報》，第 49 卷 11 期，頁 231 以下。

為了使得本文之討論能夠聚焦，因此，本文將論述的重點集中於前述(1)-(3)之問題，亦即反覆多次施用毒品之行為在刑法上應如何評價以及連續犯、接續犯與集合犯等概念之釐清，此同時也涉及刑法上極富爭議的競合問題（或罪數問題）。至於反覆多次施用毒品行為如有跨越新舊法時，應如何適用新法或舊法，此係所謂法律變更之議題，並不在本文討論之範圍，在此先予敘明²。

貳、意見狀況

多次施用毒品的競合問題，事實上並不是在刑法刪除連續犯以後才開始產生，而是在刑法刪除連續犯以前即已經存在，只不過在舊法時期較少受到關注與討論罷了。新法時期，由於在連續犯刪除的立法理由當中特別提到：「連續犯之規定廢除後，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象一節，在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括的一罪』之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題。」職此，有關多次施用毒品之行為應如何論罪，頓時成為刑法學界與實務界的焦點問題。以下乃分別針對舊法時期與新法時期，刑法界對此問題之意見狀況分別予以整理說明：

一、舊法時期

(一)論以連續犯

在舊法時期，有關行為人於一段時日內反覆多次施用毒品之情形，實務上的確大多將其論以連續犯，如：「本件被告李○○於八十二年九月二十八日或前二日，在不詳處所，非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命一次，又於同年月三十日至同年十月十二日止，在○○縣○○鎮○○街○○號住處內，非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命多次。其先後非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命，犯罪時間緊接，所犯又係構成犯罪要件相同之同一罪名，顯係基於概括犯意而連續為之，依刑法第五十六條之規定為連續犯」³，又如：「查本件原判決事實及理由欄內，已載明引用檢察官聲請簡易判決處刑書所載之犯罪事實，認定被告基於概括犯意，自民國九十一年六月間某日起至九十一年七月二十六日止，連續在○○縣○○鄉○○村○○街○○○號居處施用第二級毒品安非他命多次等情……原判決既已認定：被告有基於概括犯意連續施用第二級毒品安非他命之事實，理由內亦已說明被告有連續施用第二級毒品安非他命其所憑之證據及理由，乃竟未於論罪時以連續犯論擬，亦未引用刑法第五十六條，且未於判決主文為連續犯之論擬，顯非僅為文字之脫漏……」⁴。文獻上亦有不少人持相同看法，如

² 此問題可參閱，吳耀宗，〈刑法第二條第一項「法律變更」之研究——兼評大法官會議釋字第一〇三號解釋以及最高法院相關裁判〉，《臺灣本土法學雜誌》，13期，2000年8月，68頁。

³ 最高法院84年臺非字第363號判決。

⁴ 最高法院臺非字92年第425號判決；其他相同意旨者，如最高法院82年臺非字第414號、83年臺非字第186號、90年臺上字第5389號、91年臺非字第260號、93年臺上字第1691號、94年臺上字第1084號；臺灣臺北地方法院91年訴字第1367號等判決等。

有謂：「每日吸食鴉片繼續不斷者，為吸食鴉片罪之連續犯。」⁵，或有謂：「其基於概括意思或有癮者之繼續吸用施打，則為本罪之連續犯。」⁶

(二)論以接續犯

不過實務上對於行為人在時空極為密切接近的情況下（如同一天、同一地點）所為之多次施用毒品的情形，卻是論以接續犯，如：「雖聲請人以被告施用第二級毒品安非他命四次行為，係時間緊接，所犯罪名相同，顯係出於概括犯意反覆為之，為連續犯。然查，被告於警詢時係供稱其於 93 年 9 月 3 日 20 時許，在臺北縣三重市○○路○○段○○號，向案外人石○○拿取安非他命後，共吸食四次，係從當天 20 時許在其家中吸食等語，則被告上開四次施用安非他命行為，係在同一場合，且時間甚為密接，並無其他積極證據足以證明被告於同日四次施用安非他命之時間係有所間隔……被告上開四次施用安非他命行為，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，應屬接續犯，而為包括之一罪，聲請人認係連續犯，係有未恰。」⁷

(三)論以集合犯

相對的，有關多次的吸毒行為之刑法評價，舊法時期，文獻上早有不同見解，其認為：「惟因吸用煙毒罪之特殊性，行為人在煙毒依存性之作用下，鮮有可能存在單獨之吸用行為。換言之，即本罪之行為係以連續行為為原則，而祇存有極少數例外之單獨行為，在此等情況下，似無再論以連續犯之必要。」⁸依此見解，連續多次的吸毒行為應為本質上一罪，而非屬裁判上一罪之連續犯，只不過此見解並沒有提到所謂集合犯或包括一罪。

而後在刑法連續犯即將面臨刪除之際，文獻上才逐漸論及多次施用毒品行為是否有集合犯之適用問題，例如有謂：「關於使用毒品的犯罪行為，根據我國毒品危害防制條例第二條對於毒品的定義，毒品本身包含成癮性的特徵。此一法律上的定義，正足以反映使用毒品之犯罪少有反覆實施，甚至難有非反覆實施者。因此，對於使用毒品之論罪，應該考慮解釋上的單純一罪（按，即集合犯）。」⁹，或謂：「有關偽造貨幣罪章及偽造有價證券罪章中之收集罪，實務上顯視其為集合犯，而德國亦將販賣行為有關之犯罪，依集合犯加以處理。據此，則將交付、販毒、施用毒品及收受贓物等行為視為集合犯，似未嘗不可。」¹⁰

⁵ 陳煥生，《刑法分則實用》，1993年元月，頁303；甘添貴，《刑法各論（上）》，1997年10月，頁487。

⁶ 韓忠謨、吳景芳增補，《刑法各論》，2000年9月，頁309；褚劍鴻，《刑法分則釋論（下）》，1992年11月，頁823。

⁷ 臺灣板橋地方法院94簡字第288號判決；其他相同意旨者，如臺灣高雄地方法院93年訴字第2430號判決。

⁸ 林山田，《刑法特論（下）》，1987年10月，頁791。

⁹ 黃榮堅，〈論連續犯之廢除——參考德國法制上連續關係概念之處理〉，收於《連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題》，臺灣刑事法學會編，2003年12月，頁100。結論相同者，如呂潮澤，〈連續犯存廢爭議之參考意見〉，同前書，臺灣刑事法學會編，頁71。

¹⁰ 高金桂，連續犯廢除之後的刑法適用問題，同前書，臺灣刑事法學會編，頁189。不過高教授另又提到：「賭博一次或多次、通姦一次或多次、吸毒一次或多次，皆屬侵害同一法益包括下之構成要件，

二、新法時期

(一)論以集合犯

新法時期，由於連續犯已被刪除，再加上修法理由特別提到為了避免吸毒犯罪適用數罪併罰而導致刑罰過重，應以補充解釋的方式發展接續犯或包括一罪之概念而認為構成單一犯罪，已如前述，因此，實務上有不少判決將多次施用毒品之行為論以集合犯，如：「然查刑法第五十六條連續犯之規定業於九十四年二月二日修正刪除，實則毒品危害防制條例第十條之施用毒品罪，具有成癮之病患人格特質，構成要件本質上含有『習慣性』反覆為同一施用行為之意涵，本件被告多次施用第一級毒品之犯行，應論以包括一罪，而不再以連續犯或數罪併罰方式處斷。」¹¹；又如：「按立法者針對特定刑罰規範之構成要件，已預設其本身係持續實行之複次行為，具備反覆、延續之行為特徵，故將之總括或擬制成一個『集合犯』行為，因刑法評價上為構成要件之行為單數，應僅成立單一犯罪。查毒品因具有成癮性、濫用性（此觀毒品危害防制條例第二條之規定自明），立法實務首重以刑事處遇方式戒斷行為人毒癮，若無法收其實效，始依法追訴（此觀毒品危害防制條例第二十、二十三條之規定即明），故施用毒品本身具備反覆、延續之行為特徵，持續多次施用毒品為此類犯罪之典型或常態，於刑法評價上，施用毒品應僅成立集合犯一罪。」¹²；再如：「刑事法若干犯行之行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既予特別概括犯意，在密切接近一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念，於刑法評價上，即應成立一罪。本件第一審判決以毒品危害防制條例所規定之施用第一級毒品犯行，因鑑於施用毒品者，大多具有『成癮性』，為貫徹社會防制毒品之期盼，對施用毒品者，有施以『斷癮』之必要，乃就施用毒品行為，先為生理治療及心理復健之保安處遇，因而以令入勒戒處所觀察、勒戒方式，戒除其身癮，若仍無法戒除，有繼續施用毒品之傾向，再令入戒治處所施以強制戒治，以戒除其心癮，倘上開保安處遇猶無法收其遮斷毒癮之實效，方以刑罰追訴處罰，此為毒品危害防制條例第二十條、第二十三條所明定，足見施用第一級或第

且此等犯罪學上所稱之『無被害者犯罪』，難以認定為數個被害人之法益受到侵害，將其中之複數行為解為接續犯，較合乎法益侵害的本質及刑法上之規範保護目的。」（該文，頁185）其立場似乎不明確，惟可以確定的是，依照高教授之見解，反覆多次施用毒品之行為不應論以連續犯，更不應論以數罪併罰。

¹¹ 臺灣臺北地方法院95年訴字第1042號判決。其他相同意旨者，如臺灣臺北地方法院95年易字第1359號、95年訴字第456號、95年易字第1973號、96年簡字第3027號；臺灣臺中地方法院95年訴字第846號、95年訴字第1856號、95年訴字第1990號、95年訴字第2577號、96年訴字第826號、96年訴字第981號；臺灣宜蘭地方法院95年易字第157號、95年易字第213號、95年訴字第207號、95年訴字第330號、96年訴字第178號、96年訴字第260號；臺灣士林地方法院95年訴字第755號、95年訴字第1080號、95年易字第1402號、96年訴字第538號、96年訴字第293號等判決。

¹² 臺灣高等法院95年上訴字第4479號判決。其他相同意旨者，如臺灣高等法院95年上訴字第4609號、95年上訴字第4529號、95年上易字第2617號、96年上易字第3號、96年上易字第1108號、96年上訴字第1787號等判決。

二級毒品罪，本即預定其因成癮而有反覆實行施用毒品之性質，於刑法評價上，即得以集合犯論以一罪。」¹³

至於文獻方面，也有人同樣是著眼於施用毒品通常具有成癮性的特性，而認為施用毒品罪應屬集合犯，反覆多次施用毒品行為應評價為一罪，例如有主張：「集合犯，是典型的構成要件一行為，這是指立法者在系爭構成要件所描述、所預設的該當行為，本身就具有不斷反覆實施的特性，所以，反覆實施行為被總括地當成或擬制為一個構成要件行為……基於吸毒成癮的道理，『施用』毒品雖然一次施用就已經足以該當系爭構成要件，但接連反覆數次施用毒品者，應僅評價為一個施用毒品行為。」¹⁴；或基於施用毒品之概括犯意、持續反覆性與侵害法益同一性而認為應屬集合犯，其謂：「集合犯係就行為態樣本身而言，刑事法就某些犯罪態樣，已劃定具有持續反覆而為之特徵，如偽造貨幣罪、偽造有價證券罪即係集合犯之類型，均基於概括之犯罪決意，利用同一機會實施構成要件之偽造犯行，因在評價罪數上之判斷，係屬對同一法益為一次性之侵害，得論以包括一罪之集合犯。施用毒品之行為亦同，均係基於概括之犯意，侵害同一法益之犯行，自應認係包括一罪之集合犯。」¹⁵

(二)論以數罪併罰

相反的，另有相當多的實務見解卻主張，施用毒品罪根本不屬於所謂集合犯，如：「查施用毒品罪，在修正刑法於九十五年七月一日施行前，一向認為施用完畢，其犯罪即屬成立，基於概括犯意，多次施用同級毒品，認係成立連續犯，從無依接續犯或常習犯、集合犯所謂包括一罪論處之例，則九十五年七月一日起刑法連續犯規定刪除後，多次施用同級毒品，自應併合處罰。」¹⁶；或有謂：「所謂集合犯，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而反覆實行之犯罪而言。故是否集合犯之判斷，客觀上自應斟酌法律規範之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪必然反覆實行之常態及社會通念等；主觀上則是其反覆實施之行為是否出於行為人之一個犯意，並秉持刑罰公平原則，加以判斷之。稽以行為人施用毒品之原因，不一而足，其多次施用毒品之行為，未必皆出於

¹³ 最高法院 96 年臺上字第 1802 號判決。

¹⁴ 林鈺雄，〈跨越新舊法之施用毒品行為——兼論行為單數與集合犯、接續犯概念之比較〉，《臺灣法學雜誌》，84 期，2006 年 7 月，頁 147 以下。相同論點者，如陳志輝，〈競合論之發展在實務實踐的光與影——以集合犯概念為中心〉，《臺灣法學雜誌》，101 期，2007 年 12 月，頁 157。

¹⁵ 郭棋湧，〈論施用毒品罪之罪數關係〉，《軍法專刊》，54 卷 1 期，2008 年 2 月，頁 32。其他相同結論者，張麗卿，〈刑法修正與案件同一性〉，《月旦法學雜誌》，134 期，2006 年 7 月，頁 222；張淳淙，〈從刑法修正論行為之罪數〉，收於《新修正刑法論文集》，司法院編印，2006 年 12 月，頁 358；花滿堂，〈牽連犯、連續犯廢除後之適用問題〉，《刑法修正後之適用問題》，最高法院編印，2006 年 8 月，頁 178。另外，許玉秀大法官雖然一方面認為吸毒屬於集合犯（氏著，〈一罪與數罪的理論與實踐(五)〉，《臺灣本土法學》，82 期，2006 年 5 月，160 頁），但另一方面卻又主張，吸毒原則上以一個滿足毒癮行為作為計算的基準，除了接續犯之情形以一罪計外，過一段時間的再次吸毒，都應該算是數次吸毒，成立數罪（氏著，〈一罪與數罪的理論與實踐(四)〉，《臺灣本土法學》，81 期，2006 年 4 月，144 頁）。因此，其真正的看法如何，無法確定。

¹⁶ 最高法院 96 年臺上字第 1195 號判決；其他相同意旨者，如最高法院 96 年臺上字第 1965 號判決等。

行為人之一個犯意決定；且觀諸毒品危害防制條例第十條第一項、第二項施用毒品罪之構成要件文義衡之，實無從認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類行為而反覆實行之集合犯行，故施用毒品之罪，難認係集合犯之罪。」¹⁷

至於本文一開始所揭的座談會，其最後的決議則是：「依刑法第五十六條修正理由之說明：『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。』『基於連續犯原為數罪之本質及刑罰公平原則之考量，爰刪除有關連續犯之規定』等語，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。因此，就刑法修正施行後多次施用毒品之犯行，採一罪一罰（按，即數罪併罰），始符合立法之本質……」自從此一決議作出之後，實務當今對於這個爭議問題，大多採取數罪併罰之立場¹⁸。

文獻方面對此問題，更是有不少人極力反對集合犯之見解，而主張應論以數罪併罰，例如有謂：「連續關係的形成結構，本質上就是各自都得以獨立的犯罪，亦即是數罪的性質，更精準地說，是數個原本都應獨立評價的行為，各行為事實本應各自獨立評價，而適用數罪併罰的情形，因其所具備的一致性條件，故而作適用政策上之思考，而以單一評價的模式來處理。在根本的觀念認知上，會發生所謂連續關係者，必須為複數同質性之行為，且其個別皆屬於得受獨立評價之型態，倘若非屬於複數之獨立行為者，即無由牽扯到連續關係，舉凡所謂接續犯或是所謂包括一罪之基礎，都是單一行為事實的結構，其根本與連續關係不生關聯……今廢除連續關係的認定規定，在法制的意義上，係將單一評價的關係加以關閉，使各自獨立的行為事實，各自應回歸到數罪的處理結構。從結構關係而言，連續關係的本質，係屬於複數行為的複數犯罪，其不依連續關係認定時，僅能依數罪的關係來處理，根本無法恣意地將原本數罪的結構，以任何一種一罪的關係來涵蓋」¹⁹、「惟立法理由中卻要求對於特定的類型（慣竊與吸毒之行為），因恐其刑責太重，而要求擴大使用接續犯與包括一罪的概念來處理，這樣的認知本就是錯誤的觀念。」²⁰

亦有認為：「解釋集合犯之概念如不僅以法條之文義解釋為限，尚可自日常生活經驗來加以推演，將會完全顛覆集合犯之固有概念而有害於法之安定性。亦即，如集合犯得以『日

¹⁷ 96 年臺非字第 219 號判決；其他相同意旨者，如最高法院 96 年臺上字第 4666 號、96 年臺上字第 4675 號、最高法院 96 年臺上字第 4677 號、96 年臺上字第 4736 號、96 年臺非字第 210、96 年臺上字第 4762 號、96 年臺上字第 4892 號等。

¹⁸ 如最高法院 96 年臺上字第 5356 號、96 年臺上字第 5615 號、96 年臺上字第 5961 號、96 年臺上字第 6113 號、96 年臺上字第 6962 號、96 年臺上字第 7448 號、97 年臺上字第 465 號、97 年臺上字第 5195 號等判決。儘管如此，目前實務上主張應論以集合犯者，仍不在少數，如臺灣臺北地方法院 96 年訴字第 1164 號、96 年訴字第 1859 號、96 年易字第 2931 號、97 年簡字第 1 號、97 年易字第 802 號、97 年訴字第 404 號；臺灣桃園地方法院 96 年訴字第 1781 號、96 年審訴字第 969 號；臺灣嘉義地方法院 96 年訴字第 980 號；臺灣臺南地方法院 96 年訴字第 1052 號、96 年訴第 1058 號、96 年訴字第 1562 號、97 年訴字第 1198 號等判決。

¹⁹ 柯耀程，〈牽連犯與連續犯廢除後之適用問題〉，《月旦法學雜誌》，135 期，2006 年 8 月，頁 202。

²⁰ 柯耀程，同註 19，頁 207。

常生活經驗』（或溢脫法條文義解釋外之其他不確定概念）之標準加以擴充，將會導致集合犯無處不在、無所不在，成為無限上綱之概念……如此『極致地』使用集合犯之概念，無異鼓勵行為人：『犯得越多，賺得越多，反正都是一罪』²¹、「立法者於制訂刑罰法律之初，就『施用毒品』之施用行為，並未認知該種行為類型之『反覆性』或『成癮性』，亦無意藉由法條中客觀構成要件之行為為要素，涵括上開具有反覆實施特性之數個犯罪行為，亦即，施用毒品犯罪，或有可能為零星偶一之施用，或有可能常常施用，就『施用』毒品之行為本身之法條文義而言，本來即未將『反覆性』或『成癮性』之概念加諸於『施用』之文字意涵內。」²²、「常業犯廢除前，因立法者將某些屬於集合犯類型之複數犯罪形態，以單一法律效果加以評價，故學理上不得不將之歸類為『包括一罪』（或集合犯）之範圍內，惟探究其本質，其實是數罪併罰之例外，該犯罪類型在修法前之所以屬於『包括一罪』（或集合犯），並非其本質上之應然，而是因為立法者將之制定於構成要件中而受單一法律效果之評價……因此，當立法者廢除該『複數犯罪形態以單一法律效果評價』之規定時，可想而知，立法者顯然已不願意再對此種複數犯罪形態為單一之評價，既然立法者已不願意再對該複數犯罪形態為單一之評價，侵害複數法益之複數行為自應回歸『數罪適用數罪併罰』之處理模式上。」²³、「以個案行為人是否『成癮』或有無『習慣』決定是否為『集合犯』，恐造成以法所未明文之概念，強行將『侵害複數法益之複數行為』賦予『單一之法律效果』，其適用之結果，將會造成『有成癮、有習慣者』之處罰顯然輕於『未成癮、無習慣者』之處罰，而此一結果，不僅是司法機關無實定法依據之『寬縱』，更使得刑罰制裁之手段喪失其公平性。」²⁴

或有主張：「修正刑法廢除連續犯之規定後，原屬於連續『數行為』的犯罪行為，在刑法第 56 條連續犯規定廢除之前，故依連續犯規定，論以一罪。然在刑法第 56 條連續犯規定廢除之後，既然將連續『數行為』以一罪論之法律擬制關係，已不存在。則基於連續犯之行為結構，本質上係數數犯罪行為，自 95 年 7 月 1 日修正刑法施行後，有關修正刑法施行前，數行為依連續犯規定處斷之犯罪，即應回歸依數罪併罰方式處斷，始不至對行為人之犯罪行為造成評價不足。」²⁵、「施用毒品之犯罪，固然極易成癮，但施用毒品者，於完成毒品施用後，必待下次毒癮來臨時，始會再次施用，其於第一次施用毒品後，下次毒癮何時到來，因人而異，有相隔數小時者，有相隔數天者，亦有間隔數星期者，端視施用毒品者之毒癮程度如何，不一而足。惟不論如何，吸毒者，其必待有毒癮出現後，始會再次施用毒品。此時因行為人主觀犯意與客觀情狀，均已有所改變。故施用毒品者，其每次施用毒品行為，自屬分別獨立存在。」²⁶、「吾人對於成癮性施用毒品者，如何論罪，應不在於施用者是否成癮，而

²¹ 黃翰義，〈從法律變更之本質論連續犯廢除後數罪併罰概念之回歸——兼評實務上以集合犯取代連續犯之危機〉，《法官協會雜誌》，8 卷 2 期，2006 年 12 月，頁 207。

²² 黃翰義，同註 21，211 頁。

²³ 黃翰義，同註 21，214 頁以下。

²⁴ 黃翰義，同註 21，217 頁。類似的批評，見黃棋安，〈獲多次施用毒品之論罪（二）——臺灣高等法院 95 年度上訴字第 4479 號刑事判決評釋〉，《法務通訊》，2357 期，2007 年 9 月 20 日，第 3 版以下。

²⁵ 董武全，〈多次施用毒品行為之法律適用〉，《刑事法雜誌》，52 卷 4 期，2008 年 8 月，頁 80。

在於施用毒品行為，其行為客觀存在面，究係單一行為抑為複數行為，再據此決定施用者犯罪個數」²⁷、「對於施用毒品者其每次施用毒品行為，應認為均單獨成立一個犯罪行為，即每次施用毒品行為，均應該當毒品危害防制條例第 10 條規定之構成要件，因此施用毒品成癮者，其多次施用毒品行為，在犯罪認識上，其應存在有數個犯罪為是……本來自屬獨立之個別行為，除非法律定有整合處理之機制外（如連續關係或常業犯類型），否則不能恣意將複數行為以任何法理解釋或實務操作的方式，將其由多變一，或是由一變多。現今法律規範已經將整合處理機制的規定，予以刪除，其自應回歸到事實存在面的判斷，而非倒果為因地將其視為任何一種單一之形式，不論是接續犯也好、包括一罪也罷，乃至錯用所謂集合犯概念，這都不是法律適用應有的道理。」²⁸。

（三）視個案具體情形而區別認定

此外，實務有些判決雖然基本上並不反對施用毒品罪性質上係屬集合犯，只不過在系爭判決個案當中，由於認定其欠缺時空密接性與犯意同一性，而否認該多次施用毒品行為屬集合犯，如謂：「施用毒品行為，大多具有成癮性，故毒品危害防制條例之施用第一級或第二級毒品罪，依該條例之立法意旨，原即預定其有反覆施用第一級或第二級毒品之性質，固得認屬學理上所稱『集合犯』而為包括之一罪。然對依集合犯而論以包括一罪之判斷，仍不能無限擴張，其一罪範圍之認定，必須與上揭連續犯刪除之立法旨趣相契合，苟行為人主觀上，非出於一個決意，客觀上各行為間，又無密切接近關係，依一般社會通念，認不應評價為一罪方合於刑罰公平原則時，自不能悉數率皆論以一罪。本件原判決確認被告施用海洛因之時間，與檢察官移送原審併辦部分，二者犯罪時間相近五個月，甚或已逾五個月有餘，此先後施用犯行，主觀上是否出於毒品成癮性之一次決意，即非無疑，又此二者相隔既達五個月之久，客觀上，實亦難認其係在『密切接近』之一定時間為之，故於刑法評價上，依社會健全觀念，要難認彼此具有『集合犯』之一罪性質。」²⁹

再舉一則具有代表性的「視個案具體情形而定」之判決：「集合犯，係指數犯罪構成要件中，本即預定有數個同種類之行為將反覆實行，雖其特質為行為含有反覆實行複數行為而評價為包括一罪，但並非其所有反覆實行之行為，皆一律認為包括一罪，仍須從行為人之主觀犯意，自始係基於概括性，行為之時、空上具有密切關係，且依社會通念，認屬包括之一罪為合理適當者，始足當之，否則仍應依實質競合予以併合處罰。施用毒品行為，大多具有成癮性，故毒品危害防制條例之施用第一級或第二級毒品罪，依該條例之立法意旨，原即預定其有反覆施用第一級或第二級毒品之性質，故得認屬集合犯而為包括之一罪。然依前所述，對依集合犯而論以包括一罪之判斷，仍不能無限擴張，其一罪範圍之認定，必須與刑法修正後刪除連續犯之立法旨趣相契合，苟行為人主觀上，非出於一個決意，客觀上各行為間，又

²⁶ 董武全，同註 25，82 頁。

²⁷ 董武全，同註 25，83 頁。

²⁸ 董武全，同註 25，84 頁。

²⁹ 最高法院 96 年臺上字 2083 號判決。其他相同意旨者，如最高法院 96 年臺上字第 4573 號、96 年臺上字第 4587 號、96 年臺上 5198 號等判決。

無密切接近關係，依一般社會通念，認不應評價為一罪方合於刑罰公平原則時，自不能悉數皆論以一罪。本件原判決以被告自九十五年九月八日下午一時三十分起，均每日在其住處以針筒注射體內之方式，施用海洛因二次，直至同年十月十八日下午三時為警查獲，始未再施用。因認上訴人在前揭時地內，以每日二次之密集頻率反覆施用，其主觀上係基於概括性，客觀上依該頻率每日反覆施用行為之時、空上亦具有密切關係，依社會通念，應評價為包括一罪之集合犯為合理適當。至上訴人嗣另於九十五年十二月一日或其前三日內之某一時點及九十六年一月一日九時各有一次施用海洛因而為警查獲，經檢察官移送原審併案審理部分，非基於每日固定頻率而反覆施用，與本件係於長達一個半月內均每日密集施用二次迥異，因認移送併案審理部分與本件非出於上訴人主觀上施用海洛因之一次決意，客觀上亦難認其係在密切接近之一定時間為之，故於刑法評價上，依社會健全觀念，要難認彼此具有集合犯之一罪性質，而應為數罪之評價，始符合刑罰公平原則。」³⁰

（四）論以接續犯

如果行為人多次施用毒品行為係在時空甚為密切接近的情況下，而且可認定其為單一犯意，實務還是有可能論以接續犯，如「被告雖有先後多次施用第一級毒品海洛因之犯行，惟衡以犯罪之時間（平均約二天一次，且係將一次所購得之毒品分次施用）及空間（均係在同一地點施用），與所侵害之法益數（施用毒品係侵害同一法益），顯見本件被告應係利用同一機會，在同一時段就同一犯罪構成要件事實，本於單一犯意而接續進行，以實現同一犯罪構成要件之單一行為，自係屬接續犯」³¹。

參、犯罪競合之基本思維

前述這些不同見解之爭論，表面上看起來是圍繞著集合犯、連續犯、接續犯與數罪併罰等概念打轉，其實此乃涉及刑法上競合論（罪數論）之基本判準，亦即，要討論多次施用毒品行為究竟應論以集合犯、連續犯、接續犯或數罪併罰之前，首先必須確立的是，刑法到底是依據何種標準去界定一罪或數罪。

一、棘手的課題

我們都知道，不管是所謂競合論或罪數論，其所處理的問題是一樣的，亦即，當某個犯罪事實發生後，倘若其實現（滿足）數個相同或不同犯罪構成要件時，在此情況下應如何予以合理適當的評價？應論以數罪（實質競合）抑或一罪？如果係一罪的話，是法條競合或者是想像競合（處斷上一罪或裁判上一罪³²）抑或所謂包括一罪？對此問題，國內刑法界的說法相當紛亂，不僅學說與實務經常出現歧異，而且學界本身的爭論亦頗為嚴重，受到德國刑法學理所影響者與受到日本刑法學理所影響者，其基本出發點似乎迥然不同，甚至即便是同樣

³⁰ 最高法院 96 年臺上字 3095 號判決。

³¹ 彰化地方法院 95 年訴字第 1335 號。其他相同意旨者，如臺灣雲林地方法院 95 年訴字第 632 號、95 年訴字第 663 號、96 年訴字第 23 號、96 年訴字第 231 號等判決。

³² 在舊法時期，所謂處斷上一罪或裁判上一罪，尚有牽連犯與連續犯。

受到德國或日本刑法學理所影響者，其採用的區分標準與區分類型也不完全相同。

例如同樣受到德國刑法學理所影響者大多是以行為之單、複數（即一行為與數行為）作為區分的出發點，並且係置重於一行為概念之界定，但是有關行為單數（行為單一或一行為）概念之界定，有人係採取二分法³³，也有人採取三分法³⁴，甚至還有人提到四分法³⁵，其中以採擇三分法者居較多數。不過縱使同樣是採取三分法者，姑且不論其在具體個案的認定仍時有爭議，單單其用語就不一致，例如有分為「單純的行為單數」、「自然的行為單數」、「法的行為單數」³⁶；有分為「自然意義的一個行為」、「自然的行為單數」、「法律上的行為單數」³⁷；有分為「自然的行為單一」、「構成要件的行為單一」、「法的行為單一」³⁸；有分為「自然意義的一行為」、「構成要件的行為單數」、「自然的行為單數」³⁹等等。

而受到日本刑法學理所影響者，則大多數都會提到有關決定罪數的標準有幾種不同見解，姑且不論其最後係採取何種見解以及細部如何分類，單就其所介紹的不同見解以觀，即有所出入，例如有提到「行為標準說」、「法益標準說」、「結果標準說」、「構成要件標準說」、「因果關係標準說」（以上歸為客觀說）、「意思標準說」（即主觀說）、「折衷標準說」、「綜合標準說」（以上歸為折衷說）⁴⁰；有提到「法益說」、「行為說」、「犯意說」⁴¹；有提到「意思說」、「行為說」、「法益說」、「構成要件實現說」⁴²；有提到「行為標準說」、「法益標準說」、「結果標準說」（以上歸為客觀說）、「犯意標準說」（即主觀說）、「構成要件標準說」（即折衷說）⁴³；有提到「行為說」、「法益說」（以上歸為客觀理論）、「意思說」（即主觀理論）、「構成要件標準說」、「總合標準說」（以上歸為折衷說）⁴⁴；有提

³³ 如許玉秀，〈一罪與數罪之分界——自然的行為概念〉，《臺灣本土法學》，46期，2003年5月，頁92；林東茂，《刑法綜覽》，2009年9月，頁1-307；高金桂，〈接續犯與連續犯之再探討〉，收於許玉秀主編：《刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯》，2003年4月，頁504。須特別說明的是，雖然高教授認為二分法較為妥當，不過在該文當中還是依照三分法的方式加以介紹論述。

³⁴ 如林山田，《刑法通論（下）》，2008年1月，頁301以下；陳志龍，《人性尊嚴與刑法體系入門》，1992年，頁283；張麗卿，《刑法總則理論與運用》，2005年9月，頁419以下；黃惠婷，〈牽連犯與連續犯廢除後罪數認定之基準〉，《月旦法學教室》，39期，2006年1月，頁93；林鈺雄，《行為數與競合論》，收於《新修正刑法論文集》，司法院編印，2006年12月，頁238以下；陳志輝，〈牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題〉，《月旦法學雜誌》，122期，2005年7月，頁11以下。

³⁵ 柯耀程，〈競合論的基本前提〉，《月旦法學教室》，53期，2007年3月，頁48。然而柯教授本身並不贊同此等分法而另外提出個人的獨特看法。

³⁶ 林山田，同註35，301頁以下；張麗卿，同註35，419頁以下。

³⁷ 陳志龍，同註35，283頁。

³⁸ 高金桂，同註34，505頁以下。

³⁹ 林鈺雄，同註35，238頁以下；陳志輝，同註35，11頁以下。

⁴⁰ 周治平，《刑法總論》，1963年3月，545頁以下。

⁴¹ 韓忠謨，《刑法原理》，1981年5月，373頁以下。

⁴² 蔡墩銘，《刑法精義》，2002年11月，頁372以下。須特別說明的是，蔡教授認為，由於構成要件之內包含主觀與客觀要素，是其非主觀說，猶非純粹之客觀說，可謂為接近折衷說之見解。

⁴³ 楊建華，《刑法總則之比較與研究》，1988年9月，頁399以下。

到「意思說」、「行為說」、「結果（法益）說」、「構成要件說」、「綜合說」⁴⁵等等。

至於實務方面，其向來是採取個案的解決方式，尤其偏好運用所謂「吸收犯」，而並沒有一套整體性的判別標準；不過文獻上卻有認為「我國實務上，就罪數之決定，固以構成要件標準說為原則，但亦因時制宜，依各種不同之犯罪形態及個案情節與立法意旨，分別從行為人之主觀犯意、客觀行為、侵害法益、構成要件之該當性，作不同之罪數判斷。可謂採取折衷說。」⁴⁶

從上述紛亂的眾家說法來看，我們可以想像得到，刑法競合論或罪數論之學習，對於後輩學子而言，簡直是災難一場。

二、本文之基本立場⁴⁷

面對如此百家爭鳴的混亂局面，本文於此無意再引介外國學說，以免增添紛擾，是以，有關一罪與數罪之判斷，本文基本上係以「行為數」與「法益數」作為一罪與數罪之區分標準：只要侵害行為是多數，或是侵害法益是多數，都應該接受多重評價⁴⁸。換言之，一行為為侵害一法益為一罪⁴⁹；數行為侵害數法益為數罪（數罪併罰）⁵⁰；一行為侵害數法益本質上亦應為數罪，但法律規定從一重處斷（即想像競合）；數行為侵害一法益為數罪（數罪併罰）⁵¹。本文之所以採納這樣的說法，理由在於，犯罪乃指不法（構成要件該當性、違法性）且有罪責之行為，不法是指刑法對於具體的法益危害的行為事實所進行之歸責，而罪責則是指刑法對於實施不法行為的行為人所進行之歸責，因此，某個犯罪事實到底應該評價為一罪或者數罪，決定關鍵應在不法行為究竟有幾個，基於雙重評價禁止原則與充分評價原則，有一個不法行為當然僅能論以一罪，有數個不法行為則應論以數罪；簡言之，有關不法行為之數量之判斷根本無法脫離行為數及法益數來進行思考。

至於行為數與法益數應如何計算，由於篇幅之限制，本文在此無法針對各種具體情況一

⁴⁴ 甘添貴，《罪數理論之研究》，2006年4月，頁32以下；靳宗立，〈連續犯牽連犯廢除後罪數判斷與科刑處斷之因應〉，《月旦法學教室》，37期，2005年11月，頁88以下。須特別說明的是，甘教授有關罪數之判斷，係依照「認識上之罪數」、「評價上之罪數」與「科刑上之罪數」三個階段依序判斷，所謂「認識上的罪數」主要係指構成要件該當性之判斷，而所謂「科刑上之罪數」係指評價上為數罪者，其究為科刑上一罪（即想像競合犯、牽連犯、連續犯）或者科刑上數罪（即數罪併罰），至於所謂「評價上之罪數」則與本文這裡所介紹的罪數決定標準有關。

⁴⁵ 陳子平，《刑法總論》，2008年9月，頁647以下。

⁴⁶ 張淳宗，同註15，頁311。此外，文獻上另有認為實務係採意思說（黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2006年9月，頁944），也有認為係採構成要件實現說（蔡墩銘，同註42，頁373）。

⁴⁷ 因篇幅所限，有關本文對於一罪與數罪之界定標準，這裡僅能作大略的說明，詳細的論證，需要另以專文處理。

⁴⁸ 主要參考黃榮堅，〈犯罪之競合與結合〉，收於氏著《刑法問題與利益思考》，1995年6月，453頁以下；同作者，同註46，頁915、930、973以下。

⁴⁹ 有可能是法條競合、接續犯、包括一罪等。

⁵⁰ 在舊法時期，還有可能是牽連犯。有不同意見認為，牽連犯是行為單數，如林山田，同註35，321頁。

⁵¹ 在舊法時期，還有可能是連續犯。

一加以論述，僅能簡要說明本文之基本思維：

(一)行為數之計算

究竟應如何界定一行為與數行為，當然不是行為人作一個動作，就認定為一行為，作兩個以上的動作，就認定為數行為。所謂一行為，除了行為人係基於一個意思決定而所為的單一動作是一行為（如丟一個手榴彈炸死三個人）外（或可稱為單純的一行為），其他經由構成要件文字用語之制約（如強制性交、收集偽造貨幣、恐嚇取財等）、法律規範目的之探究（如意圖供行使之用而偽造貨幣，並進而行使偽造貨幣；將一個人捉起來從臺北帶到高雄等）或社會生活經驗之觀察（如為了教訓某人而連續對他拳打腳踢好幾下）等所解釋而得出的，縱使行為人客觀上有好幾個動作，即便在時間空間上不是那麼密接（如甲想要殺死乙，接連好幾天於不同地點在乙的食物、飲料等下少量的毒，乙慢性中毒，最後毒發身亡），也還有可能被評價為一行為（或可稱為法評價的一行為）⁵²。相對的，如果無法劃歸為一行為，當然就屬於數行為。

此外，應注意的是，有關一行為或數行為之界定，並不是單獨從客觀面予以觀察或解釋，而是必須同時考量到行為之主觀面，也就是行為人之意思決定。欠缺意思作用的「身體舉止」，猶如喪失靈魂的肉體，根本不能算是行為，同樣的道理，不知行為人之意思決定如何，也無從計算其行為數⁵³。至於如何探求行為人之意思決定，這是一個事實調查之技術面的難題，刑法上所有涉及行為人主觀面的事項，皆永遠無法迴避。

(二)法益數之計算

按，法益可分為個人法益與整體法益（超個人法益），或可分為個人法益、社會法益與國家法益。其中個人法益部分，又可分為個人專屬法益與個人非專屬法益，前者係指專屬於個人而與個人人格密不可分之法益，如生命、身體、自由、名譽、秘密等，後者則是與個人人格無關而不具一身專屬性之法益，如財產。至於所謂整體法益或者所謂國家法益與社會法益，其係屬於社會大眾全體，如公共安全、公眾信賴（公共信用）、公共秩序、國家之存立、國家司法權之公正行使、國家公務之依法執行等。

有關法益數之計算，依其種類性質而有所不同⁵⁴。就個人專屬法益而言，單一主體的同種類法益為一法益，相對的，不同主體的法益或者不同種類的法益則為數法益。如甲拿刀刺殺乙，一刀刺入心臟，乙死亡，僅一法益受侵害；甲在大庭廣眾之下，趁乙不注意時，用力拉扯下乙穩固地戴在頭上的假髮，乙露出大禿頭，極度難堪，其至少有自由與名譽二個法益受到侵害；甲開槍射殺乙，子彈貫穿乙的腦袋，乙一槍斃命，且子彈又擊中站在乙身後的丙，丙受傷，有二個法益受侵害。

就個人非專屬法益即財產法益而言，通說認為，財產法益非個人一身專屬之法益，倘有

⁵² 因此，德國刑法學理上所提出的有關一行為的界定標準，不管是所謂二分法、三分法或者四分法，也無論其用語名稱為何，本文認為，其基本內容大致還可以參考。

⁵³ 有關意思決定在法規範面的意義之詳細說明，參閱黃榮堅，同註46，頁938以下。

⁵⁴ 甘添貴，同註44，頁40。

加以侵害時，在某種程度內得予以包括評價，亦即，係以財產監督權作為法益個數之計算⁵⁵。如扒手甲扒走乙身上的皮夾，皮夾內有現金三千元、悠遊卡一張、電話卡一張、信用卡二張及身份證等多項物品，雖然乙所受到侵害的共有數個物的所有權，但是財產監督權為一個，所以受侵害的法益為一法益。至於整體法益之計算，由於其並非屬於特定個人而是屬於社會大眾整體的利益，因此，無法依照法益主體數計算，而只能依照各個構成要件的具體內涵以及行為數加以計算。如甲意圖使乙、丙受到刑事制裁而一狀誣兩人犯罪，就誣告罪之保護法益而言，僅有一個法益受到侵害。

這裡要提醒的是，每一個構成要件所保護的法益未必都是截然不相干的，有時候由於立法技術的限制、立法者的特定考量或者各個法益的特性，以致於會出現交錯、重疊、甚至相同的情形，此時便會產生所謂法益同一性的問題。例如甲殺死自己的父親乙，雖然其同時實現普通殺人罪與殺直系血親尊親屬罪之構成要件，但由於兩罪構成要件具有包含關係（特別關係），具有法益同一性，故僅有一法益被侵害，僅論以一罪（殺直系血親尊親屬罪）；又如甲放火燒毀乙現所居住的房屋，幸而無人傷亡，在此例中，就構成要件之實現而言，甲雖然同時該當放火燒毀現供人住居罪與毀壞建築物罪，但是從放火燒毀現供人使用住居罪所保護的法益（公共安全：不特定人或多數人生命、身體、財產的安全）以及構成要件所指涉的行為（燒毀）來看，其與毀壞建築物罪兩者間應具有法益同一性，前者涵括後者，甲應只論以一個放火燒毀現供人使用住居罪。

由此觀之，各個不同構成要件之間，保護法益是否相同，其認定有各種不同的參考因素，例如立法理由、立法沿革、立法分章的編排、構成要件的文字用語以及構成要件之間的比較分析等皆屬之⁵⁶，這些都會影響到保護法益是否相同之判斷。

肆、接續犯、集合犯與連續犯

一、接續犯

國內文獻上有關接續犯概念之界定，說法頗為一致，大概是指行為人出於單一犯意，在同一機會或時間、空間甚為密接的情形下，數個個別舉動接續地多次實施同一犯罪構成事實，侵害同一法益，且依照一般社會觀念，該數個舉動僅係一個行為之持續⁵⁷。實務上的看法亦相同，如謂：「如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，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，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪。」⁵⁸例如甲進入乙屋內行竊，因財物數量多且大，乃分三次將其搬至路旁貨車載走⁵⁹；又

⁵⁵ 甘添貴，同註44，42頁。

⁵⁶ 針對各種構成要件之間可能出現法益同一性的情形予以具體整理分類，參閱黃榮堅，同註46，945頁以下。

⁵⁷ 參閱甘添貴，同註44，69頁；高金桂，同註34，頁516。不同意見認為，財產法益之不同法益持有人之數量並不影響接續犯之成立，相反的，高度個人專屬法益，則有影響，參閱林鈺雄，同註35，頁251。

如甲欲拆毀乙的房屋，總共花了三天進行拆毀，始拆除完畢⁶⁰。

姑且不論接續犯宜否類歸為包括一罪，依照本文對於競合論之基本立場，所謂集合犯，既然行為人之數個舉動，由於時空相當密切接近，依照一般社會觀念，可視為一行為，又係侵害同一法益，因此，在罪數判斷上應認為一罪。惟應注意的是，接續犯乃是用來表達某一構成要件的行為要素是否足以容納特定具體事實之涵攝關係，其僅能依照個案情形來加以確認，而不是說刑法分則當中某一種犯罪類型一定屬於接續犯⁶¹。

儘管學說與實務對於接續犯的概念與罪數認定幾乎沒有爭議，然而在具體個案當中，應如何認定所謂時空密接性，在一些邊際的事例往往成為問題（如精力充沛的二十歲甲男將乙女以藥劑迷昏，早上強制性交一次，下午又強制性交一次，晚上再度強制性交一次），尤其是在舊法時期，接續犯與連續犯間之界分，國內刑法界多認為仍有其困難之處⁶²。

二、集合犯

有關集合犯此一用語，國內文獻早有提到，其意大致是指，在構成要件內容上，預定多數同種類的行為，在同一意思傾向之下被反覆實施，從而無論行為人所實施之行為有多少，均受一罪之包括評價⁶³。只不過哪些犯罪之構成要件內容有此特性，說法便有爭議，有認為包括常習犯、常業犯⁶⁴；有認為包括偽造犯、收集犯、散佈犯、販賣犯、常業犯⁶⁵。而近年來，正如本文一開始所述，由於連續犯之刪除，隨著多次施用毒品究竟應如何論罪此一問題，集合犯之概念探討及其具體指涉的犯罪類型也連帶地受到熱烈關注⁶⁶。以目前刑法學界的趨勢來看，大多數並不反對此一用語概念，只是有關其意義內涵與具體犯罪類型如何，依舊沒有共識⁶⁷。

至於實務方面亦復如此，關於集合犯之概念與具體適用，有時候甚寬，如「刑事法若干犯罪行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既予特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，則行為人基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、持續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應成立一罪。學理上所稱『集合犯』之職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪均屬之，

⁵⁸ 最高法院 86 年臺上字第 3295 號判例。

⁵⁹ 學說上將此稱為遂行繼續犯（甘添貴，同註 44，頁 70）或反覆接續犯（林鈺雄，同註 35，頁 251）。

⁶⁰ 學說上將此稱為進展繼續犯（甘添貴，同註 44，頁 70）或相續繼續犯（林鈺雄，同註 35，253 頁）。

⁶¹ 黃榮堅，同註 48，頁 467。

⁶² 甘添貴，同註 44，71 頁；高金桂，同註 34，頁 517。

⁶³ 參閱周治平，同註，頁 552；蔡墩銘，《中國刑法精義》，1988 年 6 月，頁 272。

⁶⁴ 周治平，同註 40，頁 553。

⁶⁵ 蔡墩銘，同註 63，頁 273。

⁶⁶ 參見本文貳、一、（三）以及二。

⁶⁷ 關於集合犯之討論，可參閱甘添貴，同註 44，頁 63 以下；黃榮堅，同註 46，頁 1014 以下；高金桂，同註 34，頁 520 以下；林鈺雄，同註 14，頁 147 以下；黃翰義，同註 21，頁 210 以下；陳志輝，同註 14，頁 139 以下。

例如經營、從事業務、收集、販賣、製造、散布等行為概念者是。」⁶⁸；有時卻甚窄，如「所謂集合犯是指立法者所制定之犯罪構成要件中，本就預定有數個同種類之行為將反覆實行之犯罪而言，將各自實現犯罪構成要件之反覆多數行為，解釋為集合犯，而論以一罪。是以，對於集合犯必須從嚴解釋，以符立法本質。觀諸毒品危害防制條例所定之販賣毒品罪之構成要件文義，實無從認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類而反覆實行之集合犯行，故販賣毒品罪，難認係集合犯。」⁶⁹

本文認為，暫且不論集合犯此一用語是否適當，不可否認的是，刑法所規定的各種構成要件當中，其中有些構成要件，由於構成要件之文字意義使然，顯示出立法者已預定該構成要件行為具有反覆多次實施的特性，縱使立法者這樣的預設未必正確。最典型的例子便是以「收集」作為構成要件之行為要素者，如收集國防秘密罪、收集偽造貨幣罪、收集偽造有價證券罪等，由於「收集」在語意上本來就具有多次為之的意思（正如同收集郵票、收集名畫、收集公仔等），因此，即便行為人有多次的行為，仍僅能視為（構成要件的、法評價的）一行為（這也是基於罪刑法定原則之要求）。類似「收集」此一用語要素者，尚有「散布」、「常業」（已刪除的常業犯）、「業務」、「營業」等。

除了上述受限於構成要件之文字用語所不得不然的理解之外，是否還有其他可能透過解釋的方式而將多次行為視為一行為之情形？依照本文見解，藉由探求法律所欲規範的典型行為態樣，解釋上也有可能將多次行為視為一行為，例如投票行賄罪之「行求、期約、交付賄賂」⁷⁰，也就是選舉過程的買票行為。按，「行求、期約、交付賄賂」在語意上並沒有多次為之的意思，但是買票行為幾乎無法想像只買一票，而是買到有可能讓候選人當選的程度，因此，不管買幾票，都應該視為一個行賄行為⁷¹。其他類似的情形，如偽造貨幣罪，雖然「偽造」本身並無多次為之的意涵，然而由於偽造貨幣需要特殊的機器、材質與原料，因此，不太可能有人大費周章地準備了偽造貨幣所需的機器、材質與原料，最後只偽造一張紙鈔或一個銅板，相反的，絕大多數都是反覆多次的印製，但這仍應視為一行為，同樣的，偽造有價證券亦復如此。不過偽造文書罪的情形就不一樣了，一來是因為偽造文書不見得需要什麼特殊器材或原料，二來是因為我們很難說，偽造文書罪所欲規範的典型態樣正好是多次實施的情形。結論是，即便是相同的行為要素，在不同犯罪構成要件之中，由於客體不同、所規範的事實背景不同，因此，其所顯示出的行為特性也不相同。

此外，可否基於某些犯罪類型在日常生活經驗當中「經常」係反覆多次實行，從而將違犯此類犯罪之多次行為亦視為一行為？對此，文獻上有肯定見解⁷²，也有否定見解⁷³。本文認為，將多次行為視為一行為而論以一罪，畢竟是數罪併罰之例外，因此，在解釋適用上應格

⁶⁸ 最高法院 95 年臺上字第 4686 號判決。

⁶⁹ 最高法院 97 年臺上字第 180 號判決。

⁷⁰ 例如違背職務行賄罪之「行交、期約、交付」賄賂就不會、也不應該理解為有多次實施的意義。

⁷¹ 相同見解，黃榮堅，同註 9，頁 102；林鈺雄，同註 14，頁 147；陳志輝，同註 14，頁 152。

⁷² 林鈺雄，同註 14，頁 147；陳志輝，同註 14，頁 157。

⁷³ 黃翰義，同註 21，頁 207。

外嚴謹，必須有堅強的事實基礎作為依據，才能將多次行為視為一行為而論以一罪⁷⁴。例如製造，由於「製造」本身的語意也沒有必然多次製造的意思，是以，同屬製造罪的犯罪類型，如製造槍枝罪、製造毒品罪等，其是否屬於集合犯，也不能一概而論。以製造槍枝而言，行為人有可能僅有一次製造槍枝的行為（如買一枝玩具槍來加以改造），也可能重複大量地製造槍枝（如軍火工廠），而且重複大量製造槍枝的情況也許不在少數，可是很難說重複大量製造槍枝是絕對多數的情形，因此，製造槍枝罪並非集合犯。相對的，就製造毒品來說，由於製造毒品絕大多數是用來吸食或販賣，因此重複大量製造毒品很可能是屬於絕對多數的情形，所以製造毒品罪比較有可能被認定為集合犯。

至於販賣，如販賣猥褻物品罪、販賣毒品罪等，基於販賣行為絕大多數係為了獲取利益，從人性的角度來看，當然是希望全部或大部分都能賣出，以便獲取更多利益，因此，販賣行為在絕大多數情形是重複多次為之，依此，不論是販賣毒品罪或者其他販賣罪，應該都屬於集合犯。

不過有必要說明的是，並非只要分則某個犯罪被定性在所謂集合犯，則不管行為人為幾十次、幾百次、甚或幾千次等，永遠都認定為一行為，果真如此，那麼集合犯此一法概念將成為行為人永遠免除數罪併罰的護身符，其不合理之處，至為明顯。是以，有關集合犯之行為數之認定，我們還是不能忽略行為人之主觀的犯罪意思，換言之，行為人主觀上對於該重複多次的行為必須予以涵括（也可以說一種概括的意思），如果行為人係於間隔一段時日才又另行起意，則應視為另一行為⁷⁵。

三、連續犯

雖然連續犯現已刪除，但在本文之論述脈絡底下，仍有予以一定說明的必要。舊法時期，連續犯原來規定為：「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之一。」對於此一規定，在大法官會議釋字第一五二號解釋作出之前，學說與實務有關連續犯之理解與適用極為浮濫⁷⁶，其認為行為人在主觀上須有概括之犯意；在客觀上，其所連續實施之數行為，不必為同一或同種行為，縱係不同之行為，亦得成立；且其所侵害之法益，亦不限於同一法益，縱係侵害數個不同之法益，祇須為同一性質之法益，即無妨其成立，而採同一罪質說⁷⁷。

而在大法官會議釋字第一五二號解釋作出之後⁷⁸，實務對於連續犯之內涵才有比較具體的

⁷⁴ 參閱黃榮堅，同註 46，頁 1016。黃教授還特別強調，多數行為須出於特殊情境所制約的附帶結果。

⁷⁵ 相同見解，甘添貴，註 44，頁 67。

⁷⁶ 如最高法院 28 年上字第 3539 號判例：「被告所犯竊盜及強盜各罪，均係因盜取他人財物而成立之犯罪行為，其本質毫無所異，即與刑法第五十六條所定之同一罪名相當，自非不可以連續犯論。」（按，本判例已不再援用）

⁷⁷ 參考甘添貴教授之整理，氏著，《我國連續犯之沿革暨目前連續犯之存廢檢討》，臺灣刑事法學會編：同註 9，頁 44 以下。

⁷⁸ 釋字第一五二號解釋：「刑法第五十六條所謂『同一之罪名』，係指基於概括之犯意，連續數行為，

看法，如：「連續犯之成立，除主觀上須基於一個概括之犯意外，客觀上須先後數行為，逐次實施而具連續性，侵害數個同性質之法益，其每一個前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，始足當之。」⁷⁹；又如：「刑法上之連續犯，係指有數個獨立之犯罪行為，基於一個概括的犯意，反覆為之，而觸犯犯罪構成要件相同之數罪者而言；如果該項犯罪，係由行為人單一行為接續進行，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，不能以連續犯論。」⁸⁰

至於學說方面認為連續犯之成立，大致可包含如次的要件⁸¹：1.主觀要件：概括犯意或整體故意或單一決意；2.客觀要件：(1)連續數行為或連續個別獨立的數行為、(2)違犯行為的同類性或同種性、(3)侵害數個同種法益、(4)觸犯同一罪名。然而這些要件在具體解釋適用上卻是爭議不斷，例如所謂概括故意或整體故意或單一決意，是指行為人在開始行為之前就必須對於全部的數行為有所盤算或計畫，抑或其犯罪決意可以一個接著一個產生？又如所謂連續數行為或連續數個個別獨立的行為是否應具有一定的時空密接性？相隔數週、數個月或數年的數行為是否仍屬之？再所謂「同一之罪名」應如何理解？同一犯罪構成要件？同一基本犯罪構成要件？⁸²等等。

觸犯構成要件相同之罪名者而言。本院院字第二一八五號解釋，關於『同一之罪名』之認定標準及成立連續犯之各例，與上開意旨不合部分，應予變更。」

⁷⁹ 最高法院 86 年臺上字第 3295 號判例。

⁸⁰ 最高法院 89 年臺上字第 5412 號判決。

⁸¹ 參閱韓忠謨，同註 41，頁 363 以下；林山田，《刑法通論（下）》，2003 年 11 月，頁 298 以下；甘添貴／謝庭晃，《捷徑刑法總論》，2004 年 4 月，頁 313 以下；高金桂，同註 34，頁 511 以下；張麗卿，〈連續犯的規定應否廢除〉，收於氏著《新刑法探索》，2006 年 8 月，頁 189 以下。

⁸² 有關連續犯之適用，最高法院 67 年第 6 次暨第 7 次刑庭總會曾經決議如次：

依照司法院大法官會議識字第一五二號，關於刑法及特別刑法上連續犯之適用範圍及其標準：

一、連續犯須基於概括之犯意，則：既遂犯、未遂犯、預備犯、陰謀犯、單獨犯、共犯（包括教唆、幫助犯），如行為人基於概括之犯意，連續數行為而犯同一罪名者，當成立連續犯。過失犯無犯罪之故意，不發生連續犯問題。

二、連續犯須連續數行為而犯同一罪名。依照司法院大法官會議釋自第一五二號解釋，所謂「同一罪名」，指構成犯罪要件相同之罪名而言，因之：

(一)在同一法條或同一款項中，如其犯罪構成要件不同時，不得成立連續犯。

(二)結合犯與相結合之單一犯（例如強盜故意殺人與殺人）不得成立連續犯。反之，結合犯與其基礎之單一犯（例如強盜故意殺人與強盜）則得成立連續犯。

(三)擬制之罪與真正罪（例如刑法第二二一條第二項之準強姦罪與同條第一項之強姦罪，第三二九條之準強盜罪與第三二八條之強盜罪）不得成立連續犯。

(四)觸犯刑法之罪與觸犯刑事特別法之罪，或觸犯二種以上刑事特別法之罪，除其犯罪構成要件相同者外（例如竊盜與竊取森林副產物）不得成立連續犯。

三、基上原則，關於得認為同一罪名成立連續犯者，除上開一及結合犯與其基礎之單一犯之情形外，尚有左列二種類型：

不過連續犯之所以會被刪除，倒不是因為其在適用上爭議不斷，而是一方面因為實務在運用上有時過於寬鬆、浮濫⁸³，另一方面則是因為我們無法為連續犯可以被概括地評價為一罪（裁判上一罪或處斷上一罪）找到實質合理之論據，而且後者才是真正關鍵所在。蓋連續犯係數行為侵害數法益，本質上應該屬於數罪，如果我們要將其評價為一罪，必須有相當堅強的理由，否則有違公平原則⁸⁴。

四、接續犯、集合犯與連續犯之區別

綜前所述，如果我們不去考慮連續犯存在之正當性以及現行法業已刪除的事實⁸⁵，而將接續犯、集合犯與連續犯這三個法概念作一區別比較，可整理如下表⁸⁶：

犯罪種類 特徵分析	接續犯	集合犯	連續犯
規定依據	法無明文，個案的解釋問題	個別犯罪構成要件的行為類型	總則的概括評價（已刪除）
行為數	一行為	一行為	數行為
行為特性	反覆持續地數個同種類的行為，但彼此不具獨立性	反覆持續地數個同種類的行為，彼此具有獨立性	反覆持續地數個同種類的行為，彼此具有獨立性
行為之時空關聯性	在時空上極為密切接近	在時空上未必密切接近	在時空上具有一定的密切接近（連續性）
侵害的法益數	一法益	一法益	數法益
主觀意思	單一的犯罪意思	概括的犯罪意思	概括的犯罪意思

（一）數於加重條件者：例如刑法第二二一條與第二二二條、第三二〇條與第三二一條。

（二）屬於加重結果者：例如刑法第二二七條第一項與第二項、第三〇二條第一項與第二項。

關於此決議的批評，參閱高金桂，同註 34，512 頁。（不過此決議業經廢止）

⁸³ 如最高法院 92 年臺上 7385 號判決：「按連續犯之所謂出於概括犯意，係指其多次之犯罪行為，自始均在一個預定之犯罪計畫內，出於主觀上始終同一犯意，連續其初發之意思以進行犯罪行為，始屬相當。原判決認定上訴人與徐○○於七十七年七月初某日，冒用林○○、翁○○、周○○、李○○之名義，委託不知情之晉堂會計事務所人員，代辦公司之設立登記，並於公司設立登記之後，本於同一之概括犯意，冒用林○○等人之名義，連續利用不知情之會計事務所人員，於七十七年七月二十七日、七十七年九月二日、七十七年十一月四日為公司所在地之變更登記，而論處上訴人共同連續行使偽造私文書……」，核本案被告三次行使偽造文書之行為事實共歷經近半年，本判決與原審判決對此均認為成立連續犯。

⁸⁴ 主張連續犯應予維持的理由，不外乎「基於訴訟經濟原則」、「適度限縮法官量刑範圍」、「考量行為人之人格特質」等，這些其實都站不住腳。對此有深刻地分析檢討者，參閱黃榮堅，同註 48，465 頁以下。

⁸⁵ 其實在新舊法交替之過渡時期，對於實務而言，連續犯此一法概念仍有其意義。

⁸⁶ 部分參考陳志輝，同註 14，140 頁。

伍、施用毒品行為之特性

在對於多次施用毒品競合問題所牽涉的法概念及刑法競合理論有所基本瞭解之後，接下來我們也應該對於施用毒品行為之特性有所認識，以便更能正確掌握一些事實現象面，而不是憑空想像。

一、毒品的特性

我國毒品危害防制條例所稱毒品，係指具有成癮性、濫用性及對社會性危害性之麻醉藥品與其製品及影響精神物質與其製品，不過依照世界衛生組織以及學者之研究，除了成癮性、濫用性、社會危害性之外，尚包括習慣性、耐藥性、生理危害與心理危害等⁸⁷。茲簡要說明如下：

1. 成癮性：所謂「成癮性」，是指個體吸食毒品後，能夠使人對它產生生理依賴和心理依賴。其中，「心理依賴」是指個體在沒有明顯的生理依賴症狀下，企圖以藥物來解決情緒上的困擾，以達到心理上的需求。而所謂「生理依賴」乃指毒品改變人體生理機能，需要藉由毒品來維持生理之正常運轉；一旦停止毒品的供給，則個體將產生一些不適的現象，此稱為「戒斷症狀」，如發生心理上的焦躁不安、生理上的腹瀉、嘔吐，甚或精神錯亂，嚴重者可能導致死亡。不過同樣的藥物或同一種毒品，對不同人會產生不同效果。例如有人吸食海洛因一次就上癮，而有的人卻會出現噁心、嘔吐等不適現象，使他不再吸食。

2. 習慣性：所謂「習慣性」，係指個體長期使用毒品，導致吸食毒品成為個人日常生活不可或缺的習慣；一旦停止吸食，將影響個人情緒與日常生活之穩定。

3. 耐藥性：所謂「耐藥性」，係指個體一再地服用某種毒品，導致個體對該毒品產生抗拒性，因此，個體須不斷的增加毒品的吸食量，才能達到生理上的滿足感。

4. 濫用性：所謂「濫用性」，係指原本供醫學及科學上需用，非經專業醫師、藥師或研究人員依相關法令規定，而擅自加以使用。

5. 危害性：毒品的危害性表現在生理、心理及社會三方面，即(1)生理危害性：由於吸食毒品會產生生理依賴性，因此，一旦停止用藥，生理功能就會產生紊亂，而出現一系列新的嚴重反應。再者，毒品本身對於人的神經、大腦、呼吸、消化系統、心血管以及肌肉等器官或組織，具有明顯的毒性。(2)心理危害性：毒品的心理危害性源自於其具有精神依賴性，此等精神依賴性的危害，不僅難以消除，且使個體常常難以自制，因此，尋求和吸食毒品成為其生存的唯一目的，以致喪失人格。(3)社會危害性：毒品不僅危害使用者的生理與心理，而且還引發社會性的製造、運輸、販賣毒品以及教唆、強迫他人吸毒等犯罪。尤其因販毒而形成的犯罪集團組織，以及因此而引發的暴力、賄賂、洗錢等犯罪，嚴重危害社會。

二、施用毒品的行為歷程

⁸⁷ 林建陽／柯雨瑞，《毒品犯罪與防治》，2003年10月，62頁以下。

施用毒品而成癮，程序上大多是漸進的，約可分為下列幾個階段⁸⁸：

1. 開始階段：毒品犯在好奇心驅使、逃避現實或為了解除病苦與挫折，開始嘗試吸食或施打藥物。

2. 繼續階段：毒品犯週期性或間歇性的繼續使用藥物，惟尚未達到成癮階段。

3. 沈迷階段：毒品犯已重複使用藥物而成為習慣性，而有部分之心理依賴性產生。

4. 成癮階段：在重複使用藥物後，產生生理及心理之依賴及耐藥性情形，而有繼續使用之衝動。

5. 戒斷階段：此階段乃藥物成癮者最嚴重一階段，身體上已產生藥物依賴，此時藥物已改變行為人之生理狀態，倘不繼續用藥，將會產生戒斷症狀，危及生命。

三、施用毒品行為之態樣分析

另外，根據法務部犯罪統計中心於 1994 年針對各監獄施用毒品之在監受刑人，隨機抽樣 3607 人進行問卷調查（無記名測驗），其中有關施用毒品的行為態樣之分析，茲摘錄部分如次以供參考⁸⁹：

1. 最常施用的毒品：受試者最常施用毒品以海洛因所佔比例最高（37.5%），其次為安非他命（33.6%），再其次為兩種以上毒品（18.8%，大多同時施用海洛因與安非他命），其他種類毒品則甚少。

2. 施用毒品之主要方式：吸食（如鼻吸、以香菸吸、燃蒸法吸等）所佔比例最高（74.5%），其次為注射（12.3%），兼採兩種方式者（11.8%）。

3. 入獄前施用毒品頻率：以不定時，想吸就吸所佔比例最高（42.2%），其次依序為每日施用一次至二次者（18.9%），每日施用五次以上者（15.8%），每日施用三至四次者（13.9%）等，此結果顯示每日均有使用者並不在少數，約佔百分之五十。

4. 有無上癮：有輕癮者所佔比例較高（41.9%），其次為有重癮者（30.9%），無癮者則比例較低（27.2%）。

5. 施用多久之後上癮：在施用半個月內上癮者所佔比例較高（28.2%），其次依序為半個月至一個月間（21.1%），一個月至三個月（15.2%），三個月至半年（6.5%）。此結果顯示施用毒品之人很容易上癮。

6. 施用毒品期間：施用毒品期間在兩年以上者占 45.%，一年至兩年之間者占 25.8%，半年至一年之間占 14.6%，半年以下者占 14.2%。

7. 認為自己施用毒品之主要原因：認為自己施用毒品的主要原因以交友不慎、朋友引誘所佔比例最高（38.4%），其次依序為：個人性格因素，如喜歡追求刺激、自卑、衝動等

⁸⁸ 林鴻海，《無毒家園——反毒的另類省思》，2007 年 5 月，頁 96 以下。

⁸⁹ 法務部犯罪研究中心，《毒品犯罪形態及相關問題之研究》，1995 年 5 月，頁 82 以下。這一份關於毒品犯罪之實證資料雖然有些老舊、過時，但筆者認為，還是有其參考價值。附帶說明的是，此份實證資料之法制背景是「肅清煙毒條例」與「麻醉藥品管制條例」時代，當時的毒品管制政策與現今「毒品危害防制條例」有所不同。

(20.2%)、可以治病止痛(18%)、家庭問題(6.8%)等，可見受朋友引誘與個人性格因素是受試者認為自己施用毒品最主要的原因。進一步分析可看出，前者是環境因素，後者是個人性格因素，當兩者結合時，則施用毒品的機會很大。

陸、毒品危害防制條例有關施用毒品行為之規範設計

施用毒品行為是否當然應評價為犯罪而科處刑罰，其實是值得再思考的⁹⁰。而且依照我國現行毒品危害防制條例（以下簡稱該條例）之規定，也並非只要行為人一有施用該條例所管制之毒品即成立犯罪，而是依其種類以及有無繼續施用傾向而分別作不同規範設計。

雖然該條例第四條將其所管制規範的毒品共分為四級⁹¹，但是該條例第十條規定：「施用第一級毒品者，處六月以上五年以下有期徒刑。」（第一項）、「施用第二級毒品者，處三年以下有期徒刑。」由此可見，如果行為人係施用第三級或第四級毒品，並不會成立犯罪。

惟即便行為人施用第一級或第二級毒品，也不是當然會受到刑罰之制裁，蓋該條例第二十條規定：「犯第十條之罪者，檢察官應聲請法院裁定，或少年法院（地方法院少年法庭）應先裁定，令被告或少年入勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾二月。」（第一項）、「觀察、勒戒後，檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）依據勒戒處所之陳報，認受觀察、勒戒人無繼續施用毒品傾向者，應即釋放，並為不起訴之處分或不付審理之裁定；認受觀察、勒戒人有繼續施用毒品傾向者，檢察官應聲請法院裁定或少年法院（地方法院少年法庭）裁定令入戒治處所強制戒治，其期間為六個月以上，至無繼續強制戒治之必要為止。但最長不得逾一年。」、「依前項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完畢後再犯第十條之罪者，適用本條前二項之規定。」（第三項）；第二三條規定：「依第二十條第二項強制戒治期滿，應即釋放，由檢察官為不起訴之處分或少年法院（地方法院少年法庭）為不付審理之裁定。」（第一項）、「觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，五年內再犯第十條之罪者，檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）應依法追訴或裁定交付審理。」（第二項）

準此可知，行為人施用毒品第一次被查獲時（所謂「初犯」）係被當作病患性犯人處遇，而非單純以犯人看待之，亦即先施以二個月以內的觀察、勒戒之處遇（所謂「戒除其身癮」），如無繼續施用毒品之傾向，應即釋放；如有繼續施用毒品之傾向，則施以六個月以上一年以內的強制戒治之處遇（所謂「戒除其心癮」），戒治期滿，應即釋放；經觀察、勒戒或強制戒治完畢後，應為不起訴處分或不付審理之裁定。如果經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋

⁹⁰ 關於施用毒品行為之犯罪化問題的檢討，參閱蘇佩鈺，〈施用毒品行為之刑事立法問題〉，《中興大學法律研究所碩士論文》，1997年1月，頁113以下；王皇玉，〈論施用毒品行為之犯罪化〉，《臺大法學論叢》，33卷6期，2004年11月，頁39以下。

⁹¹ 毒品危害防制條例第二條第二項規定：「依其成癮性、濫用性及對社會危害性分為四級，其品項如下：

- 一、第一級 海洛因、嗎啡、鴉片、古柯鹼及其相類製品（如附表一）。
- 二、第二級 罌粟、古柯、大麻、安非他命、配西汀、潘他唑新、及其相類製品（如附表二）。
- 三、第三款 西可巴比妥、異戊巴比妥、納洛芬及其相類製品（如附表三）。
- 四、第四級 二丙烯基巴比妥、阿普唑他及其相類製品（如附表四）。

放後，行為人於五年內再度被查獲（所謂「五年內再犯」者），因其再犯率甚高，顯示原來所實施之觀察、勒戒及強制戒治無法收其實效，乃依法追訴或裁定交付審理。至於經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，如果行為人施用毒品係於五年後始再度被查獲（所謂「五年後再犯」者），前所實施之觀察、勒戒或強制戒治已足以遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新及協助其斷除毒癮，仍適用「初犯」規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。此乃目前實務上對於施用毒品者之刑事處遇方式⁹²。

前述種種的處理程序正足以顯示，該條例僅針對對施用第一級或第二級毒品已達到一定成癮程度之行為加以論罪科刑。

柒、本文見解

據上論結，有關多次施用毒品行為在刑法上的評價問題，本文歸納幾點看法如次：

1. 從刑法競合論的觀點來看，連續犯之情形無法改論以集合犯或接續犯

集合犯或接續犯，都是一行為侵害一法益，本質上是一罪，連續犯是數行為侵害數法益，本質上是數罪，彼此間不容任意混淆或替代，亦即，連續犯刪除之後，其對於集合犯或接續犯之適用與認定應該毫無影響。因此，多次施用毒品行為之情形，如果在舊法時期應論以連續犯，則在新法時期僅能論以數罪併罰，是故，在連續犯刪除的理由當中所提到的，因適用數罪併罰過重而改論以接續犯或包括一罪（集合犯），此就競合論之概念邏輯而言，並不正確。

2. 施用毒品罪性質上屬於集合犯

如本文前面所述，對於大多數人而言，不會施用毒品一次即成癮，通常須經過週期性或間歇性的多次使用才會成癮，而且依照毒品危害防制條例對於施用毒品之處罰的規範設計，唯有當施用毒品之人經過觀察、勒戒或強制戒治後，五年內再犯（推定其成癮），始有適用該條例施用毒品罪之可能⁹³。換言之，當行為人施用毒品行為達到該條例施用毒品罪所想要處罰的情形時，在這當中，行為人必然已有多次（至少有二次，但絕大多數不會只有二次）的施用毒品行為，不過無論幾次，也無論時空間隔是否緊密，只要是在五年以內「第二次」被查獲，都應僅能視為一個施用毒品行為而論以一罪。準此而論，立法者顯然是將行為人於特定時間內多次施用毒品成癮的行為當作一個施用毒品行為看待，所以，施用毒品罪性質上是屬於所謂集合犯。

3. 多次施用毒品行為如何評價其罪數，須視具體個案而定

最後回到本文一開始的提問，在一段時日內多次施用毒品行為應如何論罪？數罪併罰？接續犯？集合犯？本文認為，答案是無法一概而論，應視個案具體情形而定，因為接續犯乃某一構成要件行為要素是否足以容納特定事實的認定，此係個案認定的問題，理論上不應排除所謂集合犯之犯罪類型，例如患有毒癮且業經觀察勒戒、強制戒治的甲，於參加一場朋友舉辦的生日派對當中，在昔日毒友的慫恿下，忍不住吸用了摻雜有海洛因的香菸共三根，隨

⁹² 參見最高法院 95 年第 7 次刑事庭會議，司法院公報，48 卷 8 期，155 頁。

⁹³ 至於毒品危害防制條例如此的立法設計是否適當，那是另外一個問題。

後被警察查獲，甲之三次施用毒品行為應為接續犯。

至於集合犯與數罪併罰之認定，由於施用毒品罪之保護法益非屬個人法益⁹⁴，因此，兩者在適用上的區別關鍵便在於行為數之判斷，而且儘管施用毒品罪在立法設計上已經涵括行為人多次施用毒品成癮的情形，在性質上得以認定為集合犯，但是如果施用毒品的行為在時空上有相當的間隔而足以認定行為人並非基於同一概括犯意，當然並不排除論以數罪併罰。前者之情形，例如前述的甲，未久毒癮再發，乃向昔日「供應商」購得若干安非他命，當天下午在自家注射安非他命一次，晚上至同好乙處聚會，又注射安非他命一次，隔天至朋友丙處再度注射一次，再隔一天晚上又在自家注射一次，當晚即被警察查獲。而數罪併罰之情形，例如前述的甲，其故態復萌，又開始施用快樂丸（MDMA），每二、三天施用一次至二次，某次甲在汽車旅館中與朋友狂歡施用時，被警察查獲，經警察移送檢官後交保飭回，經過二週後，甲在昔日毒友乙之熱情邀約下，再度施用快樂丸，但這次一施用即被警察查獲。

總而言之，不管係在舊法時期或新法時期，如果主張多次施用毒品行為應該「一律」論以連續犯或者集合犯抑或數罪併罰，本文認為，這些主張皆有待商榷。

⁹⁴ 通說認為，毒品犯罪之保護法益係在於公共健康或民族健康，參閱林山田，《刑法各罪論（下）》，2006年11月，547頁；甘添貴，同註5，476頁。