

摘 要

傳統上，並未將罪實和罪名的概念明白區分，往往未能查覺二者的認識與判斷，並不能一步完成，也因而未能體認其區別的重要性。所謂「罪實」，在罪刑法定主義下，乃指該當法定構成要件之事實。但該當構成要件，與該當一個構成要件，非同一概念，前者是指一事實能由法定構成要件加以包攝，而後者乃指能由一個構成要件加以包攝。問題在於：——例如——強盜行爲，固然可以由一個強盜構成要件加以包攝，但也可以由強制構成要件和竊盜構成要件共同加以包攝。是否能以法定構成要件加以包攝，是具體事實和抽象構成要件間的該當關係問題。故由結構的角度來看，強盜構成要件是由強制構成要件和竊盜構成要件「競合」組合起來的，但最後何以依強盜罪處罰，而非依其他，乃因其罪名取強盜之故——但同時包含有強制和竊盜事實的強盜事實，亦能滿足前二者的構成要件，成立罪名。由是，罪名之功能，非僅以賦予以罪實完全之包括「命名」，亦因之而決定了適當的法定刑範圍。故——以強盜爲例——其非但在結構上發生「罪實競合」現象，也同時在賦名上發生「罪名競合」現象。這種錯縱複雜的罪實和罪名關係，其實貫穿整部刑法，如何理清其脈絡，即爲本文所欲嘗試者。

壹、導論

現代法治國刑法，爲了達到保障人權以及維護社會秩序的功能，因此是一部以「行爲」爲規範重心的法律¹，亦即刑法是以規範何種行爲應受何種刑罰之法律——並受制於罪刑法定主義而顯現其保障與規範雙重機能。因此，在通常的標準下，國家刑罰權取決於行爲人的構成要件該當行爲數，亦即一個構成要件該當行爲，國家只有一個刑罰權，一罪數罰是現代刑法所不允許的。

詳言之，鑒於行爲刑法，決定罪數之基礎在於「行爲」數，故罪數論的功能在於決定行爲人行爲的構成要件該當數而確定刑罰權數，——因而，罪數論的問題，並非單純犯罪論或刑罰論的問題，而是犯罪論及刑罰論兩大領域的共同問題；當構成要件該當行爲數調整變動時²，刑罰權數亦隨而調整變動——即決定了國家得以動用刑罰權數。構成要件該當行爲數的調整，在刑事訴訟上亦具極重義的意義：例如，公訟不可分原則、既判力之範圍以及追訴權時效進行等等，均以之爲基礎³。因此罪數論，不僅是刑法內部犯罪論和刑罰論兩大支柱的連接，亦爲刑法與刑事訴訟法之橋樑。

¹ 高仰止著，刑法總則之理論與實用，台北五南，頁三。

² 事實上，目前刑法體系中，此一數目之調整，是散見於整部刑法之中的，有總則的規定也有分則的規定，傳統上將之分類爲「單純的一罪」、「處斷的一罪」，以及「包含的一罪」。

³ 參見蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 272 以下。

在刑法上，若非一罪則為數罪，其理甚明，原無紛爭，但由於刑法錯綜複雜之規定以及事理之紛擾，即使一罪，亦有不同之態樣，依現行通說，大致可分為：

1. 單純一罪，又稱本位之一罪⁴，即謂實現之構成要件單一時之情狀，換言之，即犯罪行為實現一個構成要件而成立之犯罪。
2. 科刑上一罪，又稱處斷上一罪⁵，謂本得獨立構成個別處罰之數罪，依刑法之規定準於單純之一罪而處罰之情形。
3. 包括之一罪⁶，即一個犯罪構成要件在性質上即包括多數結果或要件之犯罪。

至於如何判斷行為人行為之單複數，傳統理論上認為，行為之單複數決定，在理論上有⁷：

1. 行為標準說，即罪之單複數，視其行為之單複數而定，除了自然意義下單一的行為外，法律上有特別規定者「視為一個行為」，亦即雖然在自然意義下有數行為，但在法律評價上為單一行為。
2. 犯意標準說，即認為犯罪係行為人反社會價值之反射，因此犯罪之數目，必須以犯罪人反社會之犯意之數目決之，換言之，即使有數自然意義行為，但依個人責任原則而調整。
3. 法益標準說，又稱為結果標準說，認為法律保護的重心在於法益，依此犯罪之數目，決定於其侵犯知法益數目。而法益之數目，並不以自然意義決定之，而將之分析為專屬法益（分別計算）以及非專屬法益（合併計算）。
4. 構成要件說，主要主張罪數論僅用以處理數構成要件之間的關係，而構成要件該當性是犯罪論之分野；亦即在罪數論時，排除結合犯等刑法分則上之規定，只討論數個構成要件間之關係。

鑒於目前我國刑法通說，混用各種理論，就所謂在刑法分則上之結合犯等實質一罪之規定，係採行為說；而在所謂處斷上之一罪，則採意思說或法益說，因此在實務應用上，時生渾沌。本文擬由刑法中「名實分離」的立法技巧⁸出發，對於罪數論提供檢視的共通標準——即明白劃分刑法中行為罪實和規範罪名二種層次的問題，以二步驟認定方式：先確定構成要件該當事實（以下簡稱「罪實」）數，再適用構成要件罪名（以下簡稱「罪名」）——質言之，目的在徹底解決傳統上混淆罪實與罪名概念的問題。最後，並將進一步探討一些傳統理論所不能解決的特殊的競合案例——這些問題，往往是不區分罪實和罪名，而衍生的罪實合和罪名競合互為混淆問題。至於刑法中最基礎的「行為之單複」，由於自然意義

⁴ 蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 255。

⁵ 蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 256。

⁶ 同前注5。

⁷ 參見蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 256 以下；高仰止著，刑法總則之理論與實用，台北五南，頁 330 以下；林山田著，刑法通論，作者自印，頁 569 以下。

⁸ 所謂名實分離，係指在刑法上，行為的本質事實與法律的擬制是分開的，例如刑法第二十九條

下行爲的單一，是一個動態、難以簡單掌握的概念，需要專篇討論，因此不在本文所要加以討論的範圍之中。而本文所稱之行爲單數，則蓋指自然行爲單一，即在自然意義下，所界定的單一行爲。

「罪實」，究其所以，係指行爲人之行爲，在本質上違反社會規範且因而有動用刑罰加以處罰的態樣。簡言之，罪實就是在社會評價上認有必要科刑必要之行爲。但由於現代刑法必須是一部行爲刑法、法益刑法以及責任刑法，因此一個罪實的構成，必須仰賴行爲人、行爲、故意或過失、所欲保護的法益及行爲、結果與其間的因果關係等要素而加以認識⁹。在現代刑法中，基本法益可分爲五種：生命法益、身體法益、自由法益、名譽法益以及財產法益，所以不很精確的說，構成要件，就是對此五種基本法益加以侵害的行爲罪實加以抽象化的組合形式。例如，一個毀損行爲，其罪實是一種對財產法益侵害的行爲，其認識——更精確地講，其刑法上的認識——，鑒於罪刑法定主義，則必須符合刑法分則上的毀損構成要件形式。而一個強盜行爲，其罪實是一種同時侵犯財產法益與自由法益的行爲，其認識，則必須符合刑法分則上的強盜構成要件形式¹⁰。因此，所謂「罪實」，其實應進一步區分：從可罰性角度所指的罪實和從應罰性角度所指的罪實——前者是法適用的問題，後者是立法論的問題；前者所著重的是其形式，後者所著重的是則是其所以；前者是著眼於行爲違反社會規範的形式，而後者是著眼於行爲違反社會規範的本質，是創設刑罰規範的基礎。由於本文是以刑法爲討論領域，因此在此明確，將以下所使用之「罪實」，專用於該當形式構成要件之事實，質言之，就是指構成要件該當事實¹¹。

罪實數的認定，則以行爲與法益侵害數爲基礎，一個自然意義下單一的行爲，侵犯一個法律上單一的——生命、身體、自由、名譽或財產法益，當然構成了一個罪實。但一個罪實卻未必構成要件現行刑法的構成要件規定，

所以，一個罪實必然有一個構成要件要件該罪實；但未必只有一個。現行刑法的構成要件規定，除了相對應於生命、身體、自由、名譽或財產法益的直接侵害形式毀損(§ 354)、公然侮辱(§ 309 I)、強制(§ 304 I)、傷害(§ 277 I)和殺人(§ 271 I)構成要件外，卻都不是最簡單的構成要件形式——不是包含了另一構成要件的所有要素，就是不是第一次概念。換言之，現行刑法的構成要件，由於規範面向的不同，幾乎都是一個構成要件該當內，蘊含著更簡單的構成要件該當性，而構成「罪實競合」。例如，甲破壞乙之門窗，並進入乙之屋內竊盜，此時甲一個加罪實，在性質上即蘊含了毀損、侵入住宅和竊盜的三個較簡單的罪實。就此例來看，可見，刑法上所謂的一個構成要件該當性，其實是指刑法分則上「最大

第二項教唆未遂，在本質上教唆行爲事實上已經既遂，但是在法律上的罪名仍是教唆未遂。

⁹ 即使就所謂舉動犯、抽象危險犯，結果概念亦不可或缺，至少其立法的正當性，仍必須以實害結果在概念上先行，也就是說，危險非第一次概念，而是由實害概念而來的第二次概念——若無危險，立法者不得創設任何刑罰規定，此乃法益刑法之當然結論。

¹⁰ 現行刑法所指的強盜，是「名過其實」，因為在「意圖爲自己或第三人不法之所有」的構成要件限制下，「使用強盜」並非刑法意義下的強盜。

¹¹ 在此意義下，加以觀察，就會發現，通說所謂實質的一罪，在純粹刑法領域是不恰當的概念，既然構成要件是形式的，怎會有實質的構成要件？

的」構成要件該當性，若無此「最大的」構成要件規定，則就只能依刑法五十五條想像競合犯暨牽連犯之規定處理。所以，想像競合犯和連續犯並非單純所謂「罪數論」的問題，也存在於刑法分則上構成要件的結構形式。是故，甲之行爲所該當之構成要件，是一種「想像競合犯」暨「牽連犯」競合結構形式的非最簡單的構成要件，因此甲之行爲在罪實上，發生競合的現象。

「罪名」，則係指犯罪行爲，論罪處刑時，審判機關就行爲人之罪實，透過區辨異同的法學方法，對行爲人論知適當之罪名，並依該罪名加以處罰。亦即，罪名是用以確定法效果的依據，因此與罪實涉及行爲的實質審查不同，而只是對犯罪賦予「名稱」。如果一個行爲僅涉及較單純的構成要件，此時罪名較容易掌握，例如，甲之行爲僅單純有一毀損之罪實，則此時甲之罪名也僅是單純的毀損罪。但是，若實本身並不單純，也往往發生「罪名競合」。如同前例之甲的加重竊盜行爲，不惟在結構上發生罪實競合，也由於刑法第三百二十條與刑法第三百二十一條第一項之規定，經由法條涵攝的過程，使其行爲同時成立數罪名，此時即發生了罪名競合的現象。

換言之，——大致上來說——罪名競合與罪實競合之不同在於，罪實競合是一種事實上的結構競合，亦即行爲人的行爲，所涉及的構成要件結構問題；而罪名競合，係指以所確認的行爲事實，雖可以滿足數構成要件罪名，但卻只有一個罪名較能確切反應整個事實。

貳、罪實競合

罪實，如前所述，是以成文構成要件作爲認識的媒介，且因爲刑法保護之重心在於「法益」，未對法益構成侵害或危險，不得恣意創設構成要件，因此在罪實競合的情形下，必須以有複數的法益被侵害爲前提要件¹²。所以，罪實競合之發生，可能爲複數之犯罪行爲而侵犯複數之法益，或雖只有單數的行爲，但在結構上侵犯數法益（例如想像競合犯，即係以一行爲侵犯數法益爲要件）。

至於連續犯（或常業犯），則是較爲複雜之問題，雖然連續犯（或常業犯）亦侵犯數法益，但連續犯（或常業犯）係以一行爲或數行爲而侵犯數法益容有爭議¹³。而通說認爲，由於連續犯必須有一概括之犯意，因此由個人責任原則出發，連續犯係實質上之數行爲而依法律之規定擬制爲一行爲，而且是加重要件¹⁴。因此，連續犯（或常業犯）係一種特別之罪實競合形式，蓋以一擬制之行爲而侵犯數法益之罪實競合。

而接續犯，由於其行爲尙未完結，而侵害之客體亦未變動（如妨害自由），

¹² 法益之性質，通常分類爲專屬法益（生命、身體等），依其法益主體之數目，分別計算；而非專屬法益（財產），則不依其客觀附麗體之數目計算，而以管理者之數，計算法益之數。參見蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 256。

¹³ 蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 269。

¹⁴ 參見蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 256；高仰止著，刑法總則之理論與實用，台北五南，頁 356；林山田著，刑法通論，作者自印，頁 641。

因此依自然行為之單一理論，應該認為接續犯係其行為整體為一個行為，而由於只侵害單一法益，因此其罪實為單數，沒有罪實競合的問題。

罪實競合，由於行為人之行為在實質上，破壞多項刑罰規範，因此原則是國家依罪實數取得刑罰權數，但有時基於訴訟經濟或個人責任原則之考量或是性質上複數刑罰權會違反一罪不二罰原則¹⁵，因此在立法時將競合之罪實，準為一個罪名，而此時國家亦僅餘單數的刑罰權。換言之，發生罪實競合時，法律別無特別規定時，則個別之罪實構成單獨之罪名；但國家本依刑法分則有數個之刑罰權，但法律有特別規定時——例如，刑法總則五十五條、五十六條的規定——由於只餘一個刑罰權，則必須將作構成要件調整「一個」，使國家刑罰權僅存於調整後之所認定罪名上。

罪實競合，依其行為之數目，而有不同之態樣，基本上可分類為「以數行為侵犯數法益」、「以擬制之一行為侵害數法益」以及「以一行為侵害數法益」，茲分述如下：

一、以數行為侵犯數法益：

這時由於行為人有數獨立之行為，而且侵害數法益¹⁶，因此在行為人之罪實上，發生罪實競合。亦即，在刑法的規範上，行為人以數行為而數次違反刑法規範，因而使行為人之行為在性質上包涉數罪實。而此時由於刑法之立法技術，而結合犯和牽連犯兩種調整方式：

在刑法分則中，在構成要件規定中，亦有將實質競合加以特別化之條文，即所謂「結合犯」。例如強制性交而故意殺被害人、強盜故意殺人、強盜而強制性交等等如是。由實質上觀察，所謂結合犯係以數行為而侵犯數法益，實質上包涉數罪實，因此是一種罪實競合¹⁷。只是此時其罪名之調整，由刑法之第五十條數罪並罰之關係改為適用各刑法分則之特別規定（國家刑罰權亦僅餘一行使），此時結合犯之條文又與各基本法條構成法條競合之關係，而形成獨特的罪實競合中有罪名競合之現象。

另依刑法第五十五條後段之規定，「犯一罪而其方法或結果犯他罪名者，從一重處斷。」，學說上稱為「牽連犯」。觀察牽連犯之結構，係以數獨立之行為侵害數法益，因此存在著數罪實；但牽連犯與實質競合不同，在於牽連犯之數行為間，具有方法與目的之牽連關係¹⁸，因此行為人若為不具牽連關係之數行為，仍為數罪並罰¹⁹。由結構觀察，牽連犯在法律構造上，除了方法行為與目的行為的罪實外，由於行為人上須有牽連故意以及客觀上方法與目的之關係，因此牽連犯

¹⁵ 例如想像競合犯，雖然包涉數罪實，但由於行為之單一，因此重複處罰會造成一事二罰的不公平，因此在性質上就必須加以調整。

¹⁶ 此時，並不強調法益之相異，而著重在刑法上法益侵害性之相異，例如某甲傷害乙，隔天又另行起意，再傷害乙，此時有兩個獨立之行為，而其侵害知法益雖為同一人之身體法益，但由於其在法益侵害性上相異，因此是數法益。

¹⁷ 有學者認為係屬法條適用的問題，應於犯罪論中討論而不屬競合論之分野。

¹⁸ 蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 266。

¹⁹ 例如實務上認為偽造私文書與侵占不具牽連關係而數罪並罰之（六上字 606 號判例）；變造有價證券與侵占不具牽連關係而數罪並罰之（五十六年台上字 2609 號判例）如是。

另外還須具有一個牽連的罪實。依刑法第五十五條之規定，當數行為有牽連關係而產生罪實競合時，必須在方法與解果之數罪實中，從一重論處，調整為一個罪實，即此時國家僅餘一個刑罰權。

其實，如前所述，牽連犯亦具有構成要件結構意義，例如，刑法第三百卅十一條第一項一款夜間侵入加重竊盜，就是由侵入住宅和竊盜相牽連而構成，可見，牽連犯不只是總則的概念，在刑法分則上亦有之——只是在總則上，並未指明何者與何者可相牽連而視為一體，但在分則上是指明特定較簡單構成要件之合成——故前者是抽象的總則一般條款，後者是具體的分則構成要件。

二、以擬制之一行為侵害數法益：

刑法上之行為單複，並不能跳脫自然科學以及社會科學而自得其樂，因此決定刑法上行為之單複必須遵守兩個原則，即自然因果關係之連結以及社會一般通念，來決定自然意義行為之單一。但是由個人責任主義出發，刑法在立法技術上時或將數罪準為一罪²⁰，在目前現行法中即為刑法第五十六條之連續犯之規定，將數行為擬制為一行為。

雖然，在刑法總則中將數行為擬制為一行為，但是並沒有將侵害之數法益擬制為單一法益侵害²¹，因此在罪實上，連續犯是包涉複數罪實，而發生罪實競合。此時依刑法第五十六條，調整為一罪，而加重其刑至二分之一²²，此時國家刑罰權也調整為單數。

而常業犯，則係將複數罪實，「提前」在刑法分則中將之調整為一罪。故與前述之分則上「牽連犯」一樣，分則上之「續續犯」——常業犯由於只有分則上一個構成要件，故無適用總則上「調整條款」的機會。

三、以一行為侵害數法益：

刑法之規定，原以一行為侵害一法益為基準，但就人類經驗而言，一行為包含複數之結果亦屬可能²³，而這類犯罪行為，由於在實質上侵害數個獨立之法益，因此在一行為中包涉了複數之罪實，但由於個人責任原則且共用相同之因果關係，故準為一罪²⁴，依刑法第五十五條前段：「一行為數犯數罪名，從一重論處。」學說上稱為想像競合。

而依通說²⁵，想像競合又可區分為異種競合與同種競合。前者係指一個行為

²⁰ 蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 269。

²¹ 事實上也很難想像法益侵害可以擬制為單數，例如甲連續殺乙、丙二人，侵害了兩個生命法益，在法感情上實在很難將之準為一個生命法益侵害結果。

²² 事實上刑法之規定並不週延，在連續犯的數行為本刑不相當時（十八年上字 807 號判例所承認），應論以何罪，刑法並未規定，而由判例加以補充（十八年上字 807 號判例、十八年上 1252 號判例、三十二年上 589 號判例參照）從一重論處，並加重之。由於連續犯係減輕行為人之責任，因此對行為人有利可以類推適用，但仍以法律規定之較為週延。

²³ 就統計而言，此類多彈頭式的行為，反而是人類行為之常態，一行為只造成一個結果之單純行為並不多見。

²⁴ 參見蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 263。

²⁵ 蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 264；高仰止著，刑法總則之理論與實用，台北五南，頁 366；林山田著，刑法通論，作者自印，頁 648。

該當於不同之數個構成要件或生不同之數個結果；而後者係指一個行為該當於同一之數個構成要件或生相同之數個結果²⁶，這係由受侵害法益之態樣而加以分別。但就結構上而論，則均為一行為包涉數罪實，因此是罪實競合之一種態樣。而其調整方式為刑法第五十五條前段，從一重論處。

有時，在刑法分則之中，亦會以特別的複合構成要件來調整想像競合。例如刑法第三百二十八條強盜罪，係以一強盜行為²⁷，而同時攻擊財產法益與自由法益。換言之，若現刑法中無刑法第三百二十八條強盜罪之規定，則強盜行為係以一行為同時數犯竊盜罪與強制罪，而從一重論處。只是由於刑法分則上之特別規定引此將其罪實調整為強盜罪實而論以強盜罪。

是以，這類類似強盜罪之複合構成要件，其基本構成要件間（例如強盜罪中之竊盜與強制）在本質上由於侵犯數法益，而包涉了數罪實，因此是罪實競合；而由於只有單一的自然行為，因此是以一行為侵害數法益的罪實競合。但與一般想像競合不同，並不從一重論處，而係將其複數之罪實調整為一複合的單一罪實。與結合犯相同，基礎構成要件間是罪實競合，但在複合構成要件與基礎構成要件間則是法條競合，形成獨特的罪實競合中有罪名競合之現象。

綜上所述，所謂的罪實競合必須在行為、法益或是個人責任上，其中具有相異性，此時才會包涉複數的罪實。換言之，若在行為、法益或是個人責任上均保持同一性，則不會有複數之罪實發生。而在複數之罪實發生後，罪實間競合的調整，依現行法則分：

1. 有複數行為，則此時必須審查該複數行為間是否有牽連關係，若有則係依牽連犯之總則規定調整；若無，則原則上係數罪併罰不加以調整，但刑法分則有特別規定者，從其規定。
2. 有複數行為，但該複數行為法律上擬制為一行為。此時構成連續犯，複數罪實調整為一罪論處。
3. 僅有單一行為，則此時必須審查此單一行為造成之複數法益侵害是否有刑法分則上之特別規定，若有特別規定，則複數之罪實依特別規定而調整為單一的複合罪實；若無，則依想像競合將之調整為一個罪名。

準此，罪實實為國家刑罰權之基礎，但是複數的罪實有可能調整為單數之罪實而使國家刑罰權受到限制。

參、罪名競合：

有時，行為人之犯罪行為在本質上並未違反不同之法律規定，但由於法律立法之關係，而在形式上該當數個法規，但實質上該數個法規之內容重複，因此適用其一而排除其他²⁸。罪名競合，在實定法中並沒有特別之規定，蓋基於法律

²⁶ 同前注24。

²⁷ 強盜行為雖然由竊盜及強制行為化合而來，但由於其依社會一般之通念，已經合而為一，因此為一個單一的自然行為。

²⁸ 蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 258。

之體系解釋，而為依法理之所當然，故毋庸贅舉²⁹。

傳統上，罪名競合只有一種，即為「法條競合」，即謂一行為形式上該當數個法規之中，有能夠完全該當之法條而優先加以適用。可以稱為是一種「完全之罪名競合」。而在實務上卻發生有形式上該當數個法規之中，並無一個法規能包括全部之犯罪事實³⁰的情狀，而目前實務上遽以吸收論之或是視而不見，加以忽略，似有誤解刑法體系之處。

事實上此時就行為結構而言，由於並沒有發生罪實競合，因此只是形式上該當數個法規，但實質上該數個法規之內容重複的罪名競合。而由於並沒有任何一條法規得以包括全部之犯罪事實，所以不是法條競合。因此稱為「不完全之罪名競合」，或者稱為「法律競合」，此時由於沒有任何一條法規得以包括全部之犯罪事實，所以既沒有高度與低度之吸收關係，亦沒有特別補充關係，因此此時僅能由法理出發，採用「從一重處斷」，即由形式上該當數個法規之中，從一重論處。

一、法條競合(完全罪名競合)：

傳統上被稱為「法條競合」者，本文稱之為稱為「完全罪名競合」，即謂一行為形式上該當數個刑罰法規，實際上由於此等刑罰法規之構成要件，在內容上重複，故擇其中能包含所有犯罪事實之構成要件加以適用。而又可細分為³¹：

1. 特別補充關係：特別關係與補充關係實為一體之兩面，倘若一法條之構成要件要素能完全滿足另一法條之構成要件要素，則此時前一法條對後法條構成特別關係，而後一法條對前一法條構成補充關係。例如刑法第三百二十一條之加重竊盜，其構成要件除完全滿足刑法第三百二十條之竊盜罪之構成要件要素外，另有多餘的加重要素，因此加重竊盜對竊盜是特別關係，而竊盜對加重竊盜是補充關係。此時依特別法優先於普通法之法理，優先適用特別法³²。
2. 吸收關係：即行為雖涉及複數法益之侵害（罪實複數），但由於一個刑罰法規之內容踰越其他刑罰法規時，後者之適用因有前者之適用而歸於無用³³。換言之，即法條之內容雖未直接涉及其他法條的內容，但由法律規定或一般人之觀點，其內容本可包含其他法律之內容者，此時為吸收關係。以法律規定而言，例如強盜罪包含有強制與竊盜，因此強盜對竊盜或強制即具有吸收關係；以一般人之通念而言，殺人包含有傷害，而在大多數的情況下，也包含毀損（毀損衣物），因此殺人之於傷害和毀損，也構成吸收關係。此時，由於有複數之罪實，因此也是罪實競合，只是在技術上，不是做罪實之調整，而是低度罪實在罪

²⁹ 同前注28。

³⁰ 例如三十二年上字 590 號判例，案例事實為被告以一連續之犯意為搶奪行為，而其中一次為脫免逮捕而施強暴，成立準強盜。最高法院認為，準強盜與搶奪可以構成連續犯，因此認為構成連續準強盜。

³¹ 參見鄭逸哲著，刑法總則講義 2000，作者自印，頁 130 以下。

³² 蔡墩銘著，刑法總論，台北三民，頁 258。

名的決定上歸於無用，因此吸收關係具有獨特的罪實競合中之罪名競合性質。

二、不完全罪名競合：

不完全之罪名競合，係指一行爲形式上該當數個刑罰法規，實際上由於此等刑罰法規之構成要件，在內容上重複，但卻無一法規可以包括全部的行爲事實。

例如三十二年上字 590 號判例之事實，首先必須檢討搶奪罪與準強盜罪是否能夠構成連續。由連續犯之定義，連續犯一定是計劃犯，必須有連續之計劃。而準強盜罪，依刑法之規定，其為脫免逮捕、防護贓物與湮滅罪證而為之強暴脅迫（強制行爲）必須臨時起意，苟行爲人於事前即計劃強制行爲，則是強盜罪而非準強盜罪。因此準強盜罪與連續犯之間應是不能相容之概念，故斷無連續準強盜之理。最高法院之判例，於此處似應加以修改。

而若準強盜罪不能夠成連續犯，則該行爲人之行爲，由準強盜之角度觀察，則其連續的部分不包含於其中；而若以連續搶奪之之角度觀察，則其強制的部分不包含於其中。亦即，被告之犯罪行爲並沒有單一之法規能完全符合，而若論以想像競合，則就其搶奪之部分，分別在連續強奪與準強盜時被討論，是為一罪二罰為法所不許。

因此此時，實際上發生了不完全罪名競合，亦即以被告之行爲，在形式上該當數個刑罰法規（連續搶奪與準強盜），但實際上此等刑罰法規之構成要件重複，只是此時無法找到能完全包含犯罪行爲之構成要件，因此無法適用法條競合之法理。而求諸刑法之體系解釋，僅能類推適用「從一重處斷之法理」³⁴，因此論以準強盜罪。

又如某甲若在車站著手於竊盜行爲，但在既遂前被害人已經離開車站，而某甲以同一行爲但在車站外才既遂。此時以加重竊盜之觀點觀察，行爲人之行爲為加重竊盜未遂（因為尚未建立新持有）；而以竊盜之觀點觀察，行爲人之行爲雖然有結果發生，但卻沒有著手（著手係在加重竊盜之情狀下）。因此行爲人此一自然單一行爲，只侵害一個法益（財產法益），所以不發生複數之罪實，但在形式上卻該當數構成要件（加重竊盜未遂與普通竊盜既遂），因此有複數之罪名，發生罪名競合。但是由於沒有一個罪名能夠包括全部的犯罪事實，所以不是法條競合。這種情況，就構成了不完全罪名競合，因此應從依重論以加重竊盜未遂。

三、不罰之後行爲：

事實上，是不必另行處罰之後行爲之簡稱。在結構上，由於行爲人之後行爲，並沒有對法益造成新的危險，因此就刑法的角度，後行爲由於欠缺法益之侵害，因此根本不構成獨立之罪實，但是在形式上該當數個構成要件，所以是罪名競合之一種態樣。

例如甲竊取乙之機密文件構成竊盜罪，而事後又另行起意，將該文件毀損；此時雖然形式上該當毀損文書罪，但由於被害法益之同一性，使得罪實單一。因

³³ 同前注28。

³⁴ 此時由於對行爲人有利，故可類推適用，準用從一重論處之法理。

此只是罪名競合。有學者認為，此時候後行為係因為事前行為之伴隨性之利用行為或確保行為，因此是假性之實質競合，而稱為與罰之後行為³⁵。由於雖然在形式上係實質競合，但由於欠缺相異之罪實，所以是假性的實質競合，而是罪名競合之一種態樣。

由於在罪名競合時，行為人之行為，並不存在複數之罪實，因此罪實單一所以國家的刑罰權也單一。亦即在罪名競合時，國家對行為人當然只有一個刑罰權，因此在訴訟上，不同於罪實競合會發生行為單一的問題，可能由於法律之規定而須調整罪實才能確定罪名之單複；罪名競合，一定是行為單一，但是由於法律之規定而發生複數罪名，此時不待法律之規定，由於只有一個刑罰權，因此一定要調整為罪名單一。

罪名競合，不論是法條競合、法律競合或是不罰之後行為，由於在性質上均是罪實單數，因此一定必須調整為罪名單數，而其方法雖未規定於實定法之中，但依照公平正義之法理，應該以從一重論處方符合「重罪重罰、輕罪輕罰」之公平性之要求。所以像是理論上所承認的特別關係、補充關係以及吸收關係，均是由此點出發。

肆、結論：

綜上所述，所謂之罪實競合，係指行為人之行為，在實質上違反了複數的刑法規範，因此該行為具有複數之罪實。至於此競合之複數罪實，是否須加以調整，須視法律有無特別規定。有不與調整者，如狹義的實質競合³⁶；有視為一行為者，如連續犯等等；有調整為單數罪實者，如牽連犯或想像競合犯³⁷等等。因此，單數罪實會有單數罪名，複數罪實有複數罪名，但經過調整後，複數之罪實也可能只有一個罪名。因此，處理罪實競合，有時候會與罪名競合發生連動，在處理完罪實競合後，尚須處理罪名競合。

此時，國家刑罰權之發動，受限於調整過後之罪實數。亦即，罪實競合而經調整（或不調整）後之罪實、及衍生出的罪名，限制決定了國家刑罰權發動之範圍。

而罪名競合，係指行為人之行為，在形式上違反了複數的刑罰規範，但該複數法條在實質內容上，互為相同，因此不發生罪實競合。此時由於一罪不二罰之要求，因此必須要將複數罪名調整為單數。而其調整之方法，若為完全之罪名競合（即法條競合），則運用「特別關係」、「補充關係」以及「吸收關係」來解決罪名之單一性；若為不完全之罪名競合（即法律競合），則此時類推適用「從一重論處」之法理，而決定罪適當之罪名。而若雖有複數之行為，但因為法益侵害之同一性而至罪實單一時，此時則為「不罰之後行為」，亦即後行為僅在形式

³⁵林山田著，刑法通論，作者自印，頁 613。

³⁶所謂的狹義的實質競合係指不包括結合犯等刑法分則上有特別規定的實質競合形式，而專指刑法第五十條之數罪並罰。

³⁷此處包含刑法分則上之特別規定的想像競合之構成要件態樣。

上有刑罰規範之違反，而在實質上並未造成法益侵害，因此亦為罪名競合之態樣之一。

至於罪名競合，由於在罪實上為單一，因此國家自始只有一個刑罰權，因此不待法律之要求，法官在裁判時必須主動調整，使其罪名單一，才能依此行使國家之刑罰權。這與罪實競合時，國家實質上有複數的刑罰權，但經由法律特別規定而調整，再對刑罰權加以限制之情形不同。