

最高檢察署

提案予刑事大法庭補充理由書

檢察官 蔡瑞宗

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

最高檢察署檢察官提案予刑事大法庭補充理由書

聲 請 人 最高檢察署檢察官 蔡瑞宗

被 告 楊哲旻

上列被告因加重詐欺等案件，於中華民國 108 年 3 月 6 日經臺灣高等法院臺中分院為第二審判決（[107 年度金上訴字第 2146 號](#)），檢察官已於法定期間內提起上訴，因原審判決所持足以影響裁判結果之法律見解，爭點二最高法院刑事庭先前裁判之見解已產生歧異，爭點一及爭點三屬原則上重要性之重大爭議，有統一見解之必要，已於 108 年 7 月 2 日聲請提案予刑事大法庭，僅就爭點二「倘以想像競合犯從重論以加重詐欺取財罪，應否依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項、第 1 項規定，於刑之執行前，令入勞動場所強制工作？」，即「輕罪之封鎖效果應否包含保安處分」之德國法部分，補充理由如下：

一、德國刑法第 52 條之規定內容

德國刑法第 52 條是犯罪單數 (Tateinheit)，即想像競合 (Idealkonkurrenz) 之規定。現行德國刑法第 52 條規定：「(第 1 項)同一行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑不得低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)法院在第 41 條¹之前提下，得另在徒刑外宣告罰金。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑、附隨效果與處分(第 11 條第 1 項第 8 款)者，必須或得宣告之。²」其中德國刑法第 11 條第 1 項第 8 款之規定為：「稱處分者，謂任

¹ 德國刑法第 41 條規定：「犯罪行為人透過犯罪而獲利或獲利未遂，且考量犯罪行為人之個人及經濟狀況後併科罰金仍屬適當者，得於宣告有期徒刑外，另宣告原不得或僅得擇一宣告之罰金。」本文德國刑法之中譯，均係參照「何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月」之內容。

² 條文原文：「Strafgesetzbuch (StGB) § 52 Tateinheit

(1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Geldstrafe kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 41 neben Freiheitsstrafe gesondert verhängen.

(4) Auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Absatz 1 Nummer 8) muss oder kann erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze dies vorschreibt oder zulässt.」引自以下網頁：http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_52.html。

何一種矯治與保安處分、沒收及制作文書設備之禁用處分。」而所謂矯治與保安處分之種類依德國刑法第 61 條規定：「矯治與保安處分之種類如下：1.收容於精神病院，2.收容於戒治所，3.保安監禁，4.行為監督，5.剝奪駕駛許可，6.執業禁止。」另德國刑法第 66 條規定之保安監禁(Sicherungsverwahrung)，屬拘束人身自由之矯治與保安處分。

從上可知，德國刑法第 52 條第 4 項明文，於一行為觸犯數罪名從一重處斷時，其中之一有規定或允許從刑、附隨效果、矯治與保安處分、沒收、制作文書設備之禁用處分的情形，必須或得宣告之；亦即封鎖效果除了「刑」之外，也及於「從刑、附隨效果、矯治與保安處分、沒收、製作文書設備之禁用處分」。

二、德國刑法第 52 條之沿革

(一)1871 年 5 月 15 日德意志帝國刑法第 73 條規定：「同一行為觸犯多數刑法規定者，僅適用最重法定刑之規定，在不同種刑罰種類的情形，僅適用最重刑罰種類之規定³。」

(二)1969 年 6 月 25 日《第一次德國刑法改革法案》(1. StrRG)修正第 73 條規定為：「(第 1 項)同一行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑不得低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)於所適用規定之一規定或允許者，應或得另在有期徒刑外宣告罰金。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑、附隨效果、矯治與保安處分、犯罪物沒收、制作文書設備之禁用處分及利得沒收者，必須或得宣告之。⁴」該規定再經 1969 年 7 月 4 日《第二次德國

³ 條文原文：「Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (1871) § 73

Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht, zur Anwendung.»引自以下網頁：<https://lexetius.com/StGB/73,5>。

⁴ 條文原文：「§ 73

(1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.

刑法改革法案》(2. StrRG)修正，將條號更改為第 52 條，規定：
「(第 1 項)同一犯罪行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑不得低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)法院在第 41 條之前提下，得另在徒刑外宣告罰金。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑、附隨效果與處分(第 11 條第 1 項第 4 款⁵)者，必須或得宣告之。⁶」《第一次德國刑法改革法案》與《第二次德國刑法改革法案》之時間相近，其修正內容應整體觀察，兩相比較，僅條號更改為第 52 條，修正徒刑併科罰金之要件，以及將「矯治與保安處分、犯罪物沒收、制作文書設備之禁用處分及利得沒收」統稱為「處分」，並規定於第 11 條第 1 項第 4 款。

(三)1974 年 3 月 2 日《刑法施行法法案》，因為在第 11 條第 1 項新增了 4 款規定，是以相應修正第 52 條第 4 項，將「第 4 款」取代為「第 8 款」⁷；1974 年 8 月 15 日《修正刑法施行法法案》修正德國刑法第 52 條第 1 項，將「犯罪行為(Straftat)」的用語改為「行為(Handlung)」⁸。此二版本與 1969 年之版本並無實質重大變更⁸。

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Geldstrafe muß oder kann das Gericht neben Freiheitsstrafe gesondert verhängen, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie neben Freiheitsstrafe vorschreibt oder zuläßt.

(4) Auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßregeln der Sicherung und Besserung, Einziehung, Unbrauchbarmachung und Verfall muß oder kann erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zuläßt.」引自 BGBl. I S. 645, 651.

⁵ 第二次德國刑法改革修正法案第 11 條第 1 項第 4 款規定：「處分：任何一種矯治與保安處分、利得沒收、犯罪物沒收及制作文書設備之禁用處分；」BGBl. I S. 717, 719.

⁶ 條文原文：「§ 52

(1) Verletzt dieselbe Straftat mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Geldstrafe kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 41 neben Freiheitsstrafe gesondert verhängen.

(4) Auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 4) muß oder kann erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zuläßt.」引自 BGBl. I S. 717, 724f..

⁷ BGBl. I S. 469, 474f..

⁸ BGBl. I S. 1942.

(四)1992年7月15日《防制不法毒品交易及其他組織犯罪形式法案》(OrgKG)修正德國刑法第52條第4項為：「(第1句)於所適用規定之一得科財產刑者，法院得在無期徒刑或二年以上有期徒刑外另宣告財產刑。(第2句)此外，於所適用規定之一規定或允許從刑、從效果與處分(第11條第1項第8款)者，必須或得宣告之。⁹」2017年4月13日《刑法財產剝奪改革法案》¹⁰修正，2017年7月1日生效之德國刑法第52條為現行規定，與前一版本相比，係刪除前一版本第52條第4項第1句有關無期徒刑或二年以上有期徒刑另宣告財產刑之規定。

(五)小結：1871年德意志帝國刑法第73條之規定與1969年修改之德國刑法第52條規定之區別為：(1)明文提到同種想像競合¹¹，(2)明文規定德國聯邦最高法院已肯認的，禁止宣告刑低於可適用較輕罪之最輕本刑¹²，即所謂較輕罪的封鎖效果以及允許較輕罪之從刑及附隨效果¹³。而自1969年德國刑法第52條將輕罪之封鎖效果及於「刑、從刑、附隨效果、矯治與保安處分、沒收及製作文書設備之禁用處分」明文化後，歷次修正僅係將處分的定義移至第11條第1項第8款為規定。而我國現行刑法第55條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」條文內容係介於1871年德意志帝國刑法第73條規定與1969年修正之德國刑法第52條規定之間，即我國刑法第52條有明文規定輕罪的封鎖效果及於「刑」。

三、1969年修改之德國刑法第52條規定前，德國聯邦最高法院已肯

⁹ BGBl. I S. 1302f..

¹⁰ BGBl. I S. 872.

¹¹ gleichartige Idealkonkurrenz。

¹² 註釋書中原文：「das schon früher anerkannte Verbot der Unterschreitung der Mindeststrafen der anwendbaren mildereren Gesetze」。Ingeborg Puppe in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, StGB § 52 Rn. 1.

¹³ 註釋書中原文：「sog. Sperrwirkung des mildereren Gesetzes, sowie die Zulässigkeit v. deren Nebenstrafen und Nebenfolgen ist nunmehr ausdr. im Gesetz ausgesprochen.」。Ingeborg Puppe in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, StGB § 52 Rn. 1.

認較輕罪之封鎖效果及於「最輕本刑」、「沒收」、「矯治與保安處分」

德國聯邦最高法院於 1969 年修改之德國刑法第 52 條規定前，本已肯認較輕罪之封鎖效果及於最輕本刑、犯罪物沒收、矯治與保安處分，依據分別為德國聯邦最高法院下列三則判決，以下分述之：

(一)德國聯邦最高法院 1951 年 4 月 24 日刑事第一庭 101/51 判決¹⁴：

1. 犯罪事實及所犯法條：該案被告強制性交未遂，依(當時)德國刑法的規定，被告係一犯罪行為觸犯德國刑法第 177 條連結第 44 條第 1 項、第 3 項以及第 176 條之規定，而第 177 條之法定刑為 3 月以上一般監獄(Gefängnis)有期徒刑，15 年以下矯正院(Zuchthaus)有期徒刑；第 176 條之法定刑為 6 月以上一般監獄有期徒刑，10 年以下矯正院有期徒刑。
2. 判決理由：判決中援引帝國法院判決(RGSt 73, 148)，提到雖然判斷那一個罪較重是依最重本刑而非最輕本刑，可是在犯罪單數，即想像競合的情形，若較重罪規定的最輕本刑低於較輕罪的最輕本刑，宣告刑不得低於較輕罪之最輕本刑。本案應適用(當時)德國刑法第 177 條、第 43 條規定，而非第 176 條規定判決被告有罪，且宣告刑的最低刑度要受到第 176 條之拘束。蓋沒有適用第 176 條第 1 項第 1 款判決被告有罪，並非因為被告可能沒有實現該條構成要件的知及欲，該條規定係因為有第 177 條之特別規定，而退卻沒有適用。被告觸犯第 176 條之一般規定的事實仍存在，所以不能完全不注意及此。實務見解一向認為，因為法條競合而無法適用的規定，要考慮從重量刑(參照帝國法院判決 RGSt 63, 423)。被告也不能因為他的犯行不僅觸犯一個刑法規定，而是觸犯多數刑法規定而獲得好處(參照帝國法院判決 RGSt 73, 148)。基於這些考量，就算被告僅依強制性交未遂之規定處斷，仍不得宣告低於 6 個月的一般監獄有期徒刑。

¹⁴ BGH, Urteil vom 24.04.1951 – 1 StR 101/51, 即 BGHSt 1, 152.

3. 小結：本案判決肯認，一犯罪行為觸犯數刑法規定，行為人若因為較重罪之規定排除較輕罪之規定而僅依較重罪處斷，宣告刑仍不得低於所觸犯較輕罪規定的最輕本刑。

(二)德國聯邦最高法院於 1955 年 7 月 8 日刑事第一庭 245/55 判決¹⁵

1. 犯罪事實及所犯法條：被告為國內外專家圈所知名，於 Spalt 啤酒花產地的啤酒花種植者，啤酒花的價格因產地而有不同，1953 年 10 月 1 日時，一公擔(即 50 公斤)的啤酒花，產自 Spalt 的價格為 380 馬克，產自 Hallertau 的價格為 280 馬克；同年 11 月 1 日時，產自 Spalt 的價格為 350 馬克，產自 Hallertau 的價格為 180 馬克，而這樣的價差會一直維持到全部收成販售完畢。被告利用這個價差，將其平均以 170 馬克所購買，產自 Hallertau 的 140 公擔啤酒花，包裝成是自己所種植、產自 Spalt 的啤酒花，並取得啤酒花產地證明後，以每公擔 300 至 320 馬克的價格出售，被告因此獲利超過 15000 馬克。地方法院判決被告以一行為觸犯詐欺罪、間接虛偽登載罪以及啤酒花產地法(Hopfenherkunftsgesetz, HHG)第 21 條及第 22 條之罪，處有期徒刑 1 年 2 月，併科罰金 5000 馬克，已扣押並變價之產自 Hallertau 的啤酒花沒收之。
2. 判決理由：聯邦最高法院駁回上訴，但認為啤酒花產地法第 21 條與詐欺罪是法條競合，啤酒花產地法第 21 條是補充規定。判決中表示，啤酒花產地法第 21 條與詐欺罪構成要件競合的結果，不適用啤酒花產地法第 21 條，但無論如何不排除適用啤酒花產地法第 24 條之規定來沒收已扣押的啤酒花。法條競合的情形，除據以處斷的法律外，被排除的法律規定中有關最輕本刑、從刑以及保安處分之規定仍有適用¹⁶。
3. 小結：本案判決肯認，法條競合不排除輕罪有關犯罪物沒收之

¹⁵ BGH, Urteil vom 08.07.1955 – 1 StR 245/55, 即 BGHSt 8, 46.

¹⁶ 判決原文：「Auch bei Gesetzeskonkurrenz bleiben die Vorschriften des verdrängten Gesetzes über Mindest- und Nebenstrafen, wie auch über Sicherungsmaßnahmen neben dem Gesetz, aus dem bestraft wird, anwendbar.」。

規定。

(三)德國聯邦最高法院於 1955 年 2 月 11 日刑事第一庭 478/54 判決¹⁷

1. 犯罪事實及所犯法條：被告為荷蘭籍卡車駕駛，於 1953 年 10 月 23 日起駛前，未檢查 30 公噸重(含裝載物)的卡車之氣壓式煞車的氣壓是否足夠，即駛上法蘭克福至科隆的北向高速公路。後來因煞車失靈，被告駕駛之卡車撞及 6 輛自用小客車及卡車、撞毀 1 輛重型機車，造成 6 人死亡、7 人受傷，約 18 萬馬克的財產損害。被告涉犯過失致死罪、過失傷害罪以及道路交通規則第 1 條(§ 1 StVO)。
2. 判決理由：宣告刑不得低於被排除適用較輕罪之最輕本刑、從刑的基本想法是，行為人不得因為其行為不僅觸犯一條刑法規定，而是多數刑法規定而獲得好處。本案被告透過其行為不僅觸犯一個刑法規定，而是多數刑法規定，依被排除的較輕罪之規定宣告矯治與保安處分，即命剝奪駕駛許可是有理由的。依地方法院的認定，本案被告無疑地以其駕駛方式違反道路交通規則第 1 條規定，因此可剝奪被告的駕駛許可。
3. 小結：本案判決肯認，當被告(外國駕照的持有人)之犯行觸犯交通法規，但該犯行依其他較重刑罰規定處罰，因此交通法規並非處斷的依據時，仍可剝奪其於國內的駕駛許可，蓋較重的刑法過失致死罪、過失傷害罪之規定雖排除道路交通規則(StVO)、道路交通許可規則(StVZO)之適用，但仍不影響被告違反道路交通規定的事實。

四、法條競合的情形，未適用的法條亦有封鎖效果

(一)法條競合(Gesetzeskonkurrenz)，即法律單數(Gesetzeseinheit)是指單數行為表現上、形式上同時該當了數個(或數次)犯罪構成要件，但實質上因為有特別關係、補充關係、吸收關係而使其中一個構成要件應優先適用，並進而排斥其他構成要件

¹⁷ BGH, Urteil vom 11.02.1955 – 1 StR 478/54, 即 BGHSt 7, 307.

的適用¹⁸。

(二)法條競合的法律效果是一個構成要件應優先適用而排斥其他構成要件，但未適用的規定得於量刑時從重加以考慮。依遭到排除適用的法律，也可宣告從刑、附隨效果、保安處分以及利得沒收和犯罪物沒收，其結果與德國刑法第 52 條想像競合的規定相符¹⁹。

五、結論：

- (一)無論是想像競合或法條競合，未適用的法條均有封鎖效果，且及於刑、從刑、附隨效果、沒收、矯治與保安處分。
- (二)1969 年修改之德國刑法第 52 條規定，僅係將德國聯邦最高法院之實務見解明文化，且 1871 年德國刑法第 73 條並沒有規定輕罪的封鎖效果，但德國聯邦最高法院的實務見解仍是如此解釋，並無疑問。與 1871 年德國刑法第 73 條相比，我國刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」已明文規定輕罪之封鎖效果及於「刑」，是以，更應解釋輕罪具有封鎖效果，且及於從刑、附隨效果、沒收、矯治及保安處分。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 10 月 7 日

檢察官 蔡瑞宗

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

¹⁸ 林鈺雄，新刑法總則，2018 年 9 月，六版第 1 刷，第 602 頁至第 608 頁。

¹⁹ 惟法條競合之特別關係，輕罪之最輕本刑不具有封鎖效果，即如果適用的法律(重罪)並非較輕的特別法規定，輕罪之最輕本刑具有封鎖效果。也有學者主張法條競合之補充關係，輕罪亦無封鎖效果。BGHSt 1, 152; 19, 188; 10, 312, 8, 46. Thomas Fischer, Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafgesetzbuch, 63. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 44-45. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff. Rn. 103.

附件清冊

附件編號	附件名稱	頁碼
1	https://lexetius.com/StGB/73,5 網頁 列印資料。	--
2	1969 年 6 月 25 日《第一次德國刑法改革法案》，聯邦法律公報，第一卷。(即 BGBl. I S. 645, 651.)	645 頁，651 頁。
3	1969 年 7 月 4 日《第二次德國刑法改革法案》，聯邦法律公報，第一卷。(即 BGBl. I S. 717, 719, 724f..)	717 頁，719 頁， 724-725 頁。
4	1974 年 3 月 2 日《刑法施行法法案》，聯邦法律公報，第一卷。(即 BGBl. I S. 469, 474f..)	469 頁，474-475 頁。
5	1974 年 8 月 15 日《修正刑法施行法法案》，聯邦法律公報，第一卷。(即 BGBl. I S. 1942.)	1942 頁。
6	1992 年 7 月 15 日《防制不法毒品交易及其他組織犯罪形式法案》，聯邦法律公報，第一卷。(即 BGBl. I S. 1302f..)	1302-1303 頁
7	2017 年 4 月 13 日《刑法財產剝奪改革法案》，聯邦法律公報，第一卷。(即 BGBl. I S. 872.)	872 頁。
8	德國聯邦最高法院 1951 年 4 月 24 日刑事第一庭 101/51 判決	--
9	德國聯邦最高法院於 1955 年 7 月 8 日刑事第一庭 245/55 判決	--
10	德國聯邦最高法院於 1955 年 2 月 11 日刑事第一庭 478/54 判決	--
11	作者 Ingeborg Puppe 於：編者 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen 之刑法註釋書，2017 年第 5 版，刑法第 52 條。(即 Ingeborg Puppe in : Kindhäuser/Neumann/Paeffgen,	邊碼 1。

	Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, StGB § 52 Rn. 1.)	
12	作者 Sternberg-Lieben/Bosch 於： 編者 Schönke/Schröder/之刑法註釋書，2019 年，第 30 版，刑法第 52 條以下規定，前言。（即 Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff. Rn. 103.）	邊碼 103。
13	作者 Thomas Fischer，貝克簡要註釋書，2016 年，第 63 版，第 52 條之前。（即 Thomas Fischer, Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafgesetzbuch, 63. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 44-45.）	邊碼 44-45。