

最高檢察署

檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

檢察官 蔡瑞宗

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

本案提案之法律問題

被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺取財罪(下稱加重詐欺取財罪)，如依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺取財罪，應否依輕罪即參與犯罪組織罪所適用之組織犯罪防制條例第3條第3項之規定，一併宣告刑前強制工作？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解	4
一、臺灣高等法院臺中分院 107 年度金上訴字第 2146 號判決	4
二、小結	6
參、本署所持理由	7
一、刑法採刑罰與保安處分的雙軌體系	8
二、刑法第 55 條就封鎖效果是否及於保安處分無明文規定	9
三、依我國主流學說，封鎖效果應包含保安處分	9
四、依外國立法例，封鎖效果應包含保安處分	11
(一)美國法	11
(二)德國法	16
(三)小結	30
五、本案被告參與犯罪組織罪與分工詐欺之行為本屬二犯罪行為，應分論併罰，依一行為論以想像競合犯已屬從寬	31
(一)犯罪競合之學說	31
1. 意思說(犯意標準說)：	31
2. 行為說(行為標準說)：	31
3. 結果說(法益標準說)：	31
4. 構成要件說(構成要件標準說)：	31
5. 綜合說：	32
6. 認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數：	32
7. 由行為單、複數出發處理競合論：	32
(二)加入犯罪組織即成立參與犯罪組織罪，與分工詐欺為二犯罪行為	33
六、法律適用並非絕對不能分割	34
七、依我國最高法院較穩定之見解，「封鎖效果」不應限於主	

刑	36
八、如貫徹原審見解，可能導致荒謬結果	38
九、組織犯罪防制條例第3條第3項關於強制工作之規定有 無修正之必要，屬釋憲層次之不同法律問題	42
肆、結論	44
伍、附件清冊	46

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

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，最高法院刑事庭先前裁判之見解已產生歧異，聲請提案予刑事大法庭，經貴院裁定准許提案，茲將刑事大法庭言詞辯論意旨分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

一、楊哲旻於民國 106 年 7 月下旬某日，經藍○源（涉犯加重詐欺取財罪等罪嫌部分，由原審法院另行審理）介紹，參與由余○懋（綽號「火哥」、「鴻海」）所發起、主持、操縱、指揮之具有持續性、牟利性及結構性詐欺車手集團犯罪組織，擔任俗稱車手之提領詐欺款項工作，該集團運作係先由不詳詐欺集團成員以不詳方法取得金融帳戶，經藍○源接獲余○懋告知，而由楊哲旻依藍○源或余○懋指示，由藍○源或楊哲旻駕駛具幫助詐欺取財犯意之戴○博所承租車號 RBG-0000 號自用小客車（下稱甲車）或車號 AQC-0000 號自用小客車（下稱乙車）前往金融機構或連鎖便利商店，由楊哲旻負責持金融帳戶提款卡，以操作 ATM 自動櫃員機方式提領被害人遭詐騙而存匯之款項，並將提領款項交付予藍○源、余○懋或真實姓名年籍不詳綽號「小叮噹」之人，收得當日提領款 1.2% 或 1% 之金額作為報酬。楊哲旻與藍○源、余○懋、真實姓名年籍不詳綽號「翔哥」、「小叮噹」、「阿弟仔」等成年男子及所屬詐欺集團成員竟意圖為自己之不法所有，共同基於三人以上共同犯詐欺取財、參與犯罪組織、意圖掩飾或隱匿特定

犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴之犯意聯絡，分別為下列行為：

(一)不詳詐欺集團成員於106年8月12日12時許，對王○明施用詐術，致其陷於錯誤，匯款20萬元至陳○蘭郵局帳戶，藍○源則依余○懋指示，前於106年8月15日前某時，在臺中市西區某公園，收受「阿弟仔」所交付之陳○蘭郵局帳戶金融卡，而於王○明匯款後，經不詳詐欺集團成員通知藍○源提領該筆款項，藍○源即駕駛甲車搭載楊哲旻，於106年8月15日0時9分許、同日0時10分許，由楊哲旻持陳○蘭郵局帳戶金融卡提領4萬元、1萬元，藍○源則負責在車上把風、接應，楊哲旻得款後，即將款項交由藍○源，經扣除楊哲旻可得之提領款1.2%金額之報酬與藍○源可得報酬後，由藍○源將餘款交予「阿弟仔」處理贓款分配。

(二)不詳詐欺集團成員於106年8月15日10時許，對林○施用詐術，致其陷於錯誤，委託員工匯款10萬元至陳○穎郵局帳戶，藍○源則依余○懋指示，前於106年8月15日前某時，在臺中市西區某公園，收受「阿弟仔」所交付之陳○穎郵局帳戶金融卡，而於林○匯款後，經不詳詐欺集團成員通知藍○源提領該筆款項，藍○源即駕駛甲車搭載楊哲旻，於106年8月16日0時27分許、同日0時29分許，由楊哲旻持陳○穎郵局帳戶金融卡提領6萬元、4萬元，藍○源則負責在車上把風、接應，楊哲旻得款後，即將款項交由藍○源，經扣除楊哲旻可得之提領款1.2%金額之報酬與藍○源可得報酬後，由藍○源將餘款交予「阿弟仔」處理贓款分配。

二、迨於106年8月19日某時，藍○源因案遭羈押後，楊哲旻與余○懋、綽號「小叮噹」等成年男子及所屬詐欺集團成員另意圖為

自己之不法所有，共同基於三人以上共同詐欺取財、冒用政府機關及公務員名義詐欺取財（冒用政府機關及公務員名義詐欺取財犯行，僅下述（一）部分）之犯意聯絡，分別為下列行為：

- （一）不詳詐欺集團成員於 106 年 8 月 24 日 12 時許，對方○芳施用詐術，致其陷於錯誤，匯款 10 萬元至連○豪郵局帳戶，余○懋旋通知楊哲旻提領該筆款項，楊哲旻即駕駛乙車，於 106 年 8 月 24 日 16 時 41 分許、同日 16 時 42 分許，持連○豪郵局帳戶金融卡提領 6 萬元、4 萬元，得款後經扣除楊哲旻可得之提領款 1% 金額之報酬，將餘款交由余○懋處理贓款分配。
- （二）不詳詐欺集團成員於 106 年 9 月 11 日 16 時 39 分許，對張○淳施用詐術，致其陷於錯誤，分別匯款 29,985 元、16,012 元及 10,124 元至華南銀行帳戶，余○懋旋通知楊哲旻提領該筆款項，楊哲旻即駕駛乙車，於 106 年 9 月 11 日 17 時 55 分許、同日 17 時 56 分許、17 時 57 分許、18 時 6 分許，持華南銀行帳戶金融卡提領 2 萬元、2 萬元、6,000 元、1 萬元，得款後經扣除楊哲旻可得之提領款 1% 金額之報酬，將餘款交由余○懋處理贓款分配。
- （三）不詳詐欺集團成員於 106 年 9 月 11 日 17 時許，對邱○傑施用詐術，致其陷於錯誤，匯款 29,985 元至華南銀行帳戶，余○懋旋通知楊哲旻提領該筆款項，楊哲旻即駕駛乙車，於 106 年 9 月 11 日 19 時 4 分許，持華南銀行帳戶金融卡提領 2 萬元、1 萬元，得款後經扣除楊哲旻可得之提領款 1% 金額之報酬，將餘款交由余○懋指定之人處理贓款分配。

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣高等法院臺中分院 [107 年度金上訴字第 2146 號](#) 判決

節錄判決原文如下：「理由、貳、二、論罪理由

(二)按組織犯罪防制條例係藉由防制組織型態之犯罪活動為手段，以達成維護社會秩序、保障人民權益之目的，乃於該條例第 3 條第 1 項前段與後段，分別對於「發起、主持、操縱、指揮」及「參與」犯罪組織者，依其情節不同而為處遇，行為人雖有其中一行為（如參與），不問其有否實施各該手段（如詐欺）之罪，均成立本罪。然在未經自首或有其他積極事實，足以證明其確已脫離或解散該組織之前，其違法行為，仍繼續存在，即為行為之繼續，而屬單純一罪，至行為終了時，仍論為一罪。又刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價。自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關連性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。刑法刪除牽連犯之規定後，原認屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相伴，依想像競合犯論擬。倘其實行之二行為，無局部之重疊，行為著手實行階段亦有明顯區隔，依社會通念難認屬同一行為者，應予分論併罰。因而，行為人以一參與詐欺犯罪組織，並分工加重詐欺行為，同時觸犯參與犯罪組織罪及加重詐欺取財罪，雖其參與犯罪組織之時、地與加重詐欺取財之時、地，在自然意義上非完全一致，然二者仍有部分合致，且犯罪目的單一，依一般社會通念，認應評價為一罪方符合刑罰公平原則，應屬想像競合犯，如予數罪併罰，反有過度評價之疑，實與人民法律感情不

相契合（最高法院 [107 年度台上字第 1066 號](#)、[107 年度台上字第 4430 號](#)、[108 年度台上字第 4 號](#) 判決意旨參照）。

(三)核被告所為：

- 1.如事實欄一之(一)部分，係犯 106 年 4 月 19 日修正之組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織、刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財等罪……
- 2.如事實欄一之(二)、二之(一)、二之(三)部分，均係犯刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財等罪。
- 3.如事實欄二之(一)部分，係犯係犯刑法第 339 條之 4 第 1 項第 1 款、第 2 款三人以上共同冒用政府機關及公務員名義犯詐欺取財罪。又被告與本案詐欺犯罪組織成員冒用政府機關及公務員名義、僭行公務員職權部分，固該當刑法第 158 條第 1 項僭行公務員職權罪之構成要件，然刑法第 339 條之 4 第 1 款之冒用公務員名義詐欺取財罪，已將刑法第 158 條第 1 項僭行公務員職權罪之構成要件與不法要素包攝在內，作為該條詐欺犯罪之加重處罰事由，成為另一獨立之詐欺犯罪態樣予以加重處罰，是上揭冒用公務員名義詐欺取財所為，應僅構成一罪，不另成立刑法第 158 條第 1 項僭行公務員職權罪。

(四)被告就事實欄一之(一)所為詐欺被害人王○明之行為分擔，與該參與犯罪組織行為間具有部分行為重疊之情形，是此部分所犯參與犯罪組織與三人以上共同犯詐欺取財等罪間係為想像競合犯之裁判上一罪關係，應依刑法第 55 條之規定，論以刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪。至檢察官起訴及上訴意旨認被告本案事實欄一之(一)所犯上開參與犯罪組織及加重詐欺取財等罪，應予分論併罰等語，依前開最高法院判決意旨說明，於法尚有未合，併予指明。

(五)被告所犯前揭 4 次三人以上共同犯詐欺取財罪，1 次三人以上共同冒用政府機關及公務員名義犯詐欺取財罪，所侵害之各該被害人

之財產法益各異，行為明顯可分，足認被告犯意各別，行為互殊，依一般社會通念，得以區分，於刑法評價上，亦各具獨立性，應予分論併罰。

.....

(七)法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑或保安處分，除法律別有規定外，均應本於統一性或整體性之原則予以適用。又組織犯罪防制條例第3條第3項保安處分之規定為刑法有關保安處分之特別規定，其適用範圍以所宣告之罪名為發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織之罪為限，苟所宣告之罪名並非上開之罪之罪名，縱與之有想像競合犯關係之他罪，係屬上開發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織之罪，亦無適用組織犯罪防制條例第3條第3項之規定宣付保安處分之餘地(最高法院 [97年度台上字第4308號](#)、[96年度台上字第6297號](#)判決意旨參照)。本案被告關於事實欄一之(一)部分之論罪係依想像競合犯規定，論以刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺取財罪，而非組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，爰不予適用組織犯罪防制條例第3條第3項之規定對被告再為強制工作之諭知；本件檢察官上訴意旨仍請求依夾結理論諭知強制工作，自有未合，併此敘明。」

二、小結

綜上，本案臺灣臺中地方法院 [107年度訴字第1821號](#)判決認為：被告就犯罪事實欄一(一)所為詐欺被害人王○明之行為分擔，與該參與犯罪組織行為間具有部分行為重疊之情形，是此部分所犯參與犯罪組織、洗錢與三人以上共同犯詐欺取財等罪間係為想像競合犯之裁判上一罪關係，應依刑法第55條之規定，論以刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺取財罪；另被告就犯罪事實欄一(二)

及犯罪事實欄二(一)至(三)所為詐欺被害人林○、方○芳、張○淳及邱○傑之行為分擔，分別與其洗錢行為間均具有部分行為重疊之情形，是此部分所犯三人以上共同犯詐欺取財與洗錢等罪，亦為想像競合犯，各應依刑法第 55 條規定，從一重之三人以上共同犯詐欺取財罪處斷；被告所犯前揭 5 次三人以上共同犯詐欺取財罪，所侵害之各該被害人之財產法益各異，行為明顯可分，應予分論併罰；本案被告關於犯罪事實欄一(一)部分之論罪係依想像競合犯規定，論以刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪，而非組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，爰不予適用組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項之規定對被告為強制工作之諭知。

臺灣高等法院臺中分院 [107 年度金上訴字第 2146 號](#) 判決則認為：被告就事實欄一之(一)所為詐欺被害人王○明之行為分擔，與該參與犯罪組織行為間具有部分行為重疊之情形，是此部分所犯參與犯罪組織與三人以上共同犯詐欺取財等罪間係為想像競合犯之裁判上一罪關係，應依刑法第 55 條之規定，論以刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪；如事實欄一之(二)、二之(一)至二之(三)部分，均係犯刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財等罪；本案被告關於事實欄一之(一)部分之論罪係依想像競合犯規定，論以刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪，而非組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，爰不予適用組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項之規定對被告再為強制工作之諭知；被告所為並不成立洗錢防制法之洗錢罪。

參、本署認為被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪(下稱加重詐欺取財罪)，如依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺取財罪，仍應依輕罪即參與犯罪組織罪所適用之組織犯

罪防制條例第 3 條第 3 項之規定，一併宣告刑前強制工作。所持理由如下：

一、刑法採刑罰與保安處分的雙軌體系

現代法制國家在各種刑罰理論的交互影響下，就犯罪的法律效果，發展出刑罰與保安處分的雙軌體系。刑罰以行為人過去的行為罪責為前提及處罰上限，固不待論；保安處分乃指為預防犯罪，對有危險性的犯人所為的保全或矯正措施，保安處分是以行為人未來的危險性為基礎，以比例原則為界限。刑罰除具備矯治犯人之功能外，尚具有懲罰性及倫理非難性；保安處分則只具備矯治犯人及隔離犯人以求社會保安之功能。因保安處分係立於刑罰之外，基於預防危險之思想所為之特別措施，其與刑罰係本質不同、互為補充之雙軌制度，既可同時併存，情況合適時亦可能替代交換使用。

我國司法實務運用較普遍的保安處分為強制工作，釋字 528 號肯定強制工作之功能，表示：「刑事法保安處分之強制工作，旨在對有犯罪習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或怠惰成習而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。……是故組織犯罪防制條例第三條第三項乃設強制工作之規定，藉以補充刑罰之不足，協助其再社會化；此就一般預防之刑事政策目標言，並具有防制組織犯罪之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要。至於針對個別受處分人之不同情狀，認無強制工作必要者，於同條第四項、第五項已有免其執行與免予繼續執行之規定，足供法院斟酌保障人權之基本原則，為適當、必要與合理之裁量，與憲法第八條人民身體自由之保障及第二十三條比例原則之意旨不相抵觸。」

二、刑法第 55 條就封鎖效果是否及於保安處分，無明文規定

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。」該條修正理由表示：「想像上競合與牽連犯，依原法規定，應從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑。此種情形，殊與法律規定從一重處斷之原旨相違背，爰增設但書規定，以免科刑偏失。又依增設本但書規定之精神，如所犯罪名在三個以上時，量定宣告刑，不得低於該重罪以外各罪法定最輕本刑中之最高者，此乃當然之解釋。」是以，我國刑法第 55 條但書明文規定，不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。僅就「刑」明文規定封鎖效果，未規定封鎖效果是否及於保安處分。故以下分就學理、外國立法例及實務面探討封鎖效果是否及於保安處分。

三、依我國主流學說，封鎖效果應包含保安處分

行為單數之犯罪競合情形，排除不真正競合(法條競合)後，就是真正競合。行為人以單數行為觸犯數次相同或數個不同的刑法構成要件，所犯的各罪都成立，本質上為數罪，但因為行為單數，為避免對同一行為進行重複評價，因此法律在效果上擬制為犯罪單數，僅從一重處斷¹。想像競合所稱一行為，如數罪的實行行為完全重疊的情形，較無爭議，但數罪的實行行為僅有部分重疊的情形，一般仍將想像競合擴張適用。想像競合在避免對於同一不法要素進行重複或過度之評價，因此實行行為全部同一或局部同一的情形，給予從一重處斷的效果，以避免重疊部分的行為過度評價，然而，未重疊部分的行為，可能有未被充分評價之疑慮²。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。」

1 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，610 頁。

2 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，619 頁。

想像競合犯之數罪名皆成立犯罪，法律效果為從一重處斷，而但書為輕罪的封鎖效果(Einsperrwirkung)³。是以科刑上限為重罪的最重法定刑，下限為數罪中最高的最輕本刑。

至於封鎖效果是否及於保安處分或沒收，林鈺雄教授認為，有併科原則的適用，若輕罪有併科主刑、從刑或保安處分，不受影響，仍得科刑⁴。學者黃榮堅表示，輕罪的最低法定刑具有「封鎖作用」，且輕罪的從刑規定，也並未被重罪規定所排斥。換言之，在宣告重罪的罪名，仍可依輕罪之沒收規定宣告沒收，或依輕罪之性質宣告褫奪公權，我國刑法條文縱使未有規定，理論上亦應如此解釋⁵。最高法院庭長吳燦亦認為，參與犯罪組織之行為為繼續犯，係前置性之刑事制裁條文，本質上為抽象危險犯，係具有預備犯性質之犯罪。行為人參與詐欺犯罪組織之先行為，與之後著手實行加重詐欺犯罪之行為間，具有階段性之緊密關聯，且為確保及維護此一繼續犯之狀態所必要，得評價為單一行為，而有想像競合犯之適用。至於行為人於參與犯罪組織之行為繼續中，先後多次加重詐欺數人財物，為了避免重複評價，應僅就第一次犯行論以參與犯罪組織與加重詐欺之想像競合犯，從一重之加重詐欺罪處斷，且就所處斷之加重詐欺重罪之科刑，其輕罪(參與犯罪組織)中之保安處分，仍應一併被封鎖，依組織犯罪防制條例第3條第3項規定宣付刑前強制工作。第二次以後的加重詐欺犯行，應單純依數罪併罰處理，不再與參與犯罪組織各論以想像競合犯⁶。

另學者孫德耕認為，想像競合之從一種處斷，以其性質本非一罪，而法律規定從數罪中之一重罪處斷，非置輕罪於不論，故輕罪重罪之條文，均應引用，是以如有兩個以上之沒收時，仍得予以併科，即重罪無可沒收之物，而輕罪有可沒收之物，仍應予以沒收⁷。學者梁恒

3 所謂「輕罪的封鎖效果」，指「輕罪對重罪所產生的封鎖效果」。

4 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第1刷，2018年9月，612-613頁。

5 黃榮堅，犯罪的結合與競合，收錄於刑法問題與利益思考，月旦，初版，1995年6月，459頁。

6 吳燦，加重詐欺及參與犯罪組織之法律適用，月旦裁判時報，75期，2018年9月，60頁。

7 孫德耕，刑法實用總則篇，自版，初版，1962年3月，228-229頁。

昌表示，一行為觸犯數罪名，和單純一罪的情況不同，想像競合犯的從一重處斷，因為是以所犯各罪的全部作為衡量處罰的對象，所以重罪部分雖無沒收從刑，如果輕罪部分有沒收之物時，還是可裁判沒收⁸。學者刁榮華認為，刑法第 55 條所謂從一重處斷，即依所觸犯數罪中，擇其本刑最重之一罪而論處，但其所犯之輕罪仍屬存在，故遇犯輕罪之物須沒收時，亦應宣告沒收⁹。學者王振興表示，從一重處斷者，乃其性質本非一罪，法律規定從其數罪中之一重罪，是以如有兩個以上沒收時，仍得予以併科，如重罪無可沒收之物，而輕罪有可沒收之物者，仍應予以沒收¹⁰。

薛智仁教授獨排眾議，認為依我國刑法第 55 條之明文規定，封鎖效果之範圍應不及於保安處分，否則違反罪刑法定主義；上開解釋雖可能造成不合理情形，但不能以法官造法方式解決，只能訴諸修法¹¹。

綜上，我國學者間普遍認為封鎖效果之範圍應從寬認定，非僅限於主刑；部分學者並明確表示封鎖效果之範圍應及於保安處分；薛智仁教授則持否定見解。

四、依外國立法例，封鎖效果應包含保安處分

(一)美國法

1. 美國聯邦法

美國聯邦政府於 1970 年製定組織犯罪控制法(Organized Crime Control Act)，其中一章為 Racketeer Influenced and Corrupt organization Act，(以下簡稱 RICO，18 U. S. C. §§1961-1968)，RICO 組織犯罪構成要件有三：(一)、10 年內從事 18 USC §1961 列舉之前

⁸ 梁恒昌，刑法總論，自版，十六版，1991 年 7 月，173 頁。

⁹ 刁榮華，刑法總則釋論與實例，自版，初版，1977 年 3 月，238 頁。

¹⁰ 王振興，刑法總則實用，自版，再版，1991 年 12 月，486 頁。

¹¹ 薛智仁，想像競合之輕罪封鎖作用—評最高法院 108 年度台上字第 337 號刑事判決，裁判時報，86 期，2019 年 8 月，49 頁以下。

置犯罪行為 2 次以上¹²，或收取非法債權例如賭債或高利貸¹³；(二)、其犯罪有組織型態；三、從事下列 4 種違法行為之一¹⁴：(1)將前置犯罪行為獲取之財物使用或投資於該犯罪組織；(2)分得犯罪組織利益或控制組織之犯罪活動；(3)受僱於犯罪組織或與犯罪組織合作，直接或間接實行或參與該組織前置犯罪或收取非法債權；(4)共謀犯前 3 項行為任何一項¹⁵。違反者處 20 年以下有期徒刑¹⁶。行為人只要與上開詐財等前置犯罪行為有密切關聯即可構成該組織犯罪，不必親自為該等犯罪行為¹⁷。

因美國聯邦或州法律原來已對郵件詐欺、詐欺集團銷售無價值物品等詐財及其他前置犯罪設有處罰規定，RICO 所禁止者並非詐財等非法犯行，而是禁止其(1)將前置犯罪行為獲取之財物投資於犯罪組織；(2)取得犯罪組織利益或控制組織犯罪活動；(3)實行或參與組織犯罪活動；(4)共謀犯前 3 項行為任何一項。故此參與組織犯罪行為與前置犯罪行為係不同的犯罪行為，應數罪併罰¹⁸。

例如在 *United States v. Boylan* 案，被告被追訴並判處參與組織犯罪、收受非法給付罪、逃漏稅罪及申報不實罪，被告主張其參與犯罪組織與收受非法給付屬同一犯行，不應重複論罪。聯邦第二巡迴法院即表示：「就本案言，國會立法紀錄明確地認為前置犯罪與組織犯罪屬不同之犯罪，組織犯罪控制法之目的在於建立新刑罰，以加重處罰及新增矯正措施方式來因應參與組織犯罪之非法活動。¹⁹」

¹² 18 USC §1961(5).

¹³ 18 USC §1961(6).

¹⁴ 王兆鵬著，美國刑事訴訟法，元照，二版，2007 年 9 月，804-805 頁。

¹⁵ 18 USC §1962.

¹⁶ 18 USC §1963.

¹⁷ *Casperone v. Landmark Oil & Gas Corp.*, 819 F.2d 112, 115 (5th Cir 1987).

¹⁸ Gerard E. Lynch, RICO: The Crime of Being a Criminal, Parts III & IV., 87 Colum. L. Rev. 920, 940 (1987). *United States v. Peacock*, 654 F. 2d 339 (5th Cir. 1981); *United States v. Boylan*, 620 F.2d 359 (2d Cir.); *United States v. Solano*, 605 F. 2d 1141 (9th Cir. 1979).

¹⁹ *United States v. Boylan*, 620 F.2d 359, 361 (2d Cir. 1980) (“In the case at hand, however, Congress clearly defined separate crimes. The purpose of RICO was to establish “new penal prohibitions, and . . . enhanced sanctions and new remedies to deal with the unlawful activities of those engaged in organized crime.” Organized Crime Control Act of 1970, Statement of Findings and Purpose, 84 Stat. 922, reprinted in U.S.Code Cong. Admin.News, p. 1073.”

又例如在 *United States v. Solano* 案，11 名被告被追訴參與犯罪組織罪，並分別另涉毒品及違反槍砲條例罪，部分被告主張：他們前置犯罪已被追訴，再因該等犯行被追訴參與組織犯罪，應違反禁止重覆追訴原則，聲請加州北區聯邦法院駁回檢察官對彼等參與犯罪組織罪之追訴。加州北區聯邦法院裁定駁回彼等之聲請，被告等提出抗告，聯邦第九巡迴法院亦表示：「本院前已在 *United States v. Rone* 案確立被告之前置犯罪與以前置犯罪為基礎之參與組織犯罪應分論併罰，並不違反禁止重複追訴原則。²⁰」

因為組織犯罪被害人較多、金額較大，檢察官以組織犯罪起訴，有比較大的嚇阻作用。組織犯罪控制法不僅大幅加重有罪被告之刑責，且美國聯邦組織犯罪控制法可對不配合之證人拘留、可向加害人民事求償 3 倍之損害賠償、訴訟費用、律師費，對付組織犯罪漫延成效卓著，因而聯邦組織犯罪之前置罪名一再擴張，並有 33 州跟進製定類似法律。

另一方面，美國聯邦法並無類似我國想像競合犯從一重處斷的規定，被告一行為構成數罪名，均可予以起訴、判刑。聯邦最高法院在 *Missouri v. Hunter*²¹ 案表明：禁止雙重危險之射程範圍係以國會立法目的為界限，國會立法明示某一刑罰係外加於其他法定刑罰，則在同一起訴文件中，對被告之一行為以二種不同之法條予以處罰，並不違憲。例如法院准許被告停止羈押之條件為交保期間不得再犯罪，若被告交保期間持有毒品，同時涉嫌藐視法庭罪及持有毒品罪，檢察官得一併起訴該二罪，法院應就該二罪判決。但法院不得就未經起訴之犯罪審判，若檢察官只起訴被告藐視法庭罪²²，法院不得以想像競合

²⁰ *United States v. Solano*, 605 F. 2d 1141, 1143 (9th Cir. 1979) (“Third, several appellants claim that they are being subjected to double jeopardy because they have already suffered federal prosecutions for acts that are now alleged as predicate offenses for purposes of the RICO prosecution. This court has held that a defendant can be convicted and separately punished both for the predicate acts which form the basis of a RICO charge, and for a substantive violation of RICO, without violating the Double Jeopardy Clause. *United States v. Rone*, 598 F.2d 564, 571 (9th Cir. 1979).”)

²¹ *Missouri v. Hunter*, 459 U.S. 359 (1983)

²² 由於實務經常出現同一行為可能符合多種刑罰條文之情形，檢察官如何選擇起訴之條文，即

犯之理由，判決被告犯持有毒品罪。

美國對同一被告之複數犯罪科刑時，有「同時進行刑」(Concurrent sentences)及「接續進行刑」(Consecutive sentences)之分，當一被告多數犯罪被定罪後，其多數徒刑應同時計算執行期間，並於最長期徒刑執行期滿時釋放，稱為「同時進行刑」；當一罪執行完畢後，另一罪之徒刑才接續開始執行，稱為「接續進行刑」。因此，美國聯邦法複數犯罪之執行只有「接續」或「吸收」兩個選項，並無類似我國定執行刑之制度。美國聯邦法 18 U. S. Code § 3584(b) 規定：法官決定「同時進行刑」或「接續進行刑」時，應考量 18 U. S. Code § 3553(a) 所列之量刑因素²³。亦即，除法律另有明文規定外，法官應綜合考量犯罪的性質、情況、被告前科、品性、科刑執行的必要性等等因素²⁴。因一行為觸犯數罪名之情形，美國法官可能但未必宣告「同時進行刑」，故實際執行刑與我國想像競合犯不同。

非常重要。美國聯邦及各州就此點，均給予檢察官高度裁量權，其理由為：就某一犯行選擇處罰依據，必須考量政府執法之立場、資源及各種複雜的因素，法官並不適合作此決定；再者，陪審團審判制度之所以得以運作，是因為超過 90% 之案件以認罪協商方式定罪，而檢察官對起訴條文之絕對裁量權，是認罪協商得以進行之基礎。

²³ 18 U.S.C. § 3584, "(a) Imposition of Concurrent or Consecutive Terms.—

.....Multiple terms of imprisonment imposed at the same time run concurrently unless the court orders or the statute mandates that the terms are to run consecutively. Multiple terms of imprisonment imposed at different times run consecutively unless the court orders that the terms are to run concurrently.

(b) Factors To Be Considered in Imposing Concurrent or Consecutive Terms.—

The court, in determining whether the terms imposed are to be ordered to run concurrently or consecutively, shall consider, as to each offense for which a term of imprisonment is being imposed, the factors set forth in section 3553(a).

(c) Treatment of Multiple Sentence as an Aggregate.—

Multiple terms of imprisonment ordered to run consecutively or concurrently shall be treated for administrative purposes as a single, aggregate term of imprisonment."

²⁴ 18 U.S.C. § 3584, "(a) Factors To Be Considered in Imposing a Sentence.—The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth in paragraph (2) of this subsection. The court, in determining the particular sentence to be imposed, shall consider—

(1) the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant;

(2) the need for the sentence imposed—

(A) to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense;

(B) to afford adequate deterrence to criminal conduct;

(C) to protect the public from further crimes of the defendant; and

(D) to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner;"

2. 美國加州法

美國加州類似我國之想像競合犯規定在加州刑事法第 654 條，規定如下²⁵：「(a)一個行為或不行為有數種方式或數種法條規定可以處罰時，依法定期最長之規定處罰，無論如何該行為或不行為僅得依一個規定處罰。其中任何一個無罪或有罪判決均阻止同一行為或不行為之追訴。(b)雖有前項規定，依前項規定判刑者，若其本得適用之數種規定中有不得緩刑之規定時，即不得予以緩刑。」此第 2 項之規定其實就是「封鎖效果」，亦即，輕罪如有不得緩刑之規定，雖依重罪科刑，亦不得給予緩刑。

加州實務上，一行為觸犯數罪名之情形，檢察官通常會對該數罪名都起訴，而法院（含陪審團 jury trial 與職業法官 bench trial）認定有罪時，也會對該數罪都判罪定刑。但法官會依據第 654 條指示僅執行較重之罪刑，而「停止執行」（stay）其他罪之刑。之所以不只針對其中重罪定罪科刑，是為避免該重罪判決後來被撤銷，被告可能無故受意外之喜，故應執行之重罪判決如果被撤銷，仍得執行其他罪刑²⁶。

加州最高法院在 *People v. Pearson* (1986) 案²⁷ 指出：第 654 條禁止基於懲罰（punitive）目的去執行業經停止執行之有罪判決。換言之，若停止執行之判決項目有非基於懲罰（non-punitive）目的者，仍可一併執行。例如 *People v. Sharret* 案²⁸，被告將毒品海洛因交

²⁵ California Code, Penal Code - PEN § 654

“(a) An act or omission that is punishable in different ways by different provisions of law shall be punished under the provision that provides for the longest potential term of imprisonment, but in no case shall the act or omission be punished under more than one provision. An acquittal or conviction and sentence under any one bars a prosecution for the same act or omission under any other.

(b) Notwithstanding subdivision (a), a defendant sentenced pursuant to subdivision (a) shall not be granted probation if any of the provisions that would otherwise apply to the defendant prohibits the granting of probation.”

²⁶ *People v. Niles* 227 Cal. App. 2d 749, 754-756 (1964).

²⁷ *People v. Pearson*, 42 Cal. 3d 351 (1986).

²⁸ *People v. Sharret*, 191 Cal. App. 4th 859 (Cal. Ct. App. 2011).

付給某甲，某甲交給某乙，某乙交給臥底警探。第一審法院判決被告構成二罪：犯行（一）意圖販賣而持有海洛因；犯行（二）販賣海洛因。第（一）罪判有期徒刑 2 年，但依加州刑事法第 654 條(a)項不執行 (stayed)，僅執行第（二）罪有期徒 6 年。對於第（一）罪，第一審法院另外判決被告必須給付程序費用 60 美元（含\$30 的法院保全費 court security fee 與\$30 的法院設備費 court facilities assessment），第（二）罪另有應給付之程序費用，加州上訴法院判決認為第（一）罪（經停止執行之罪）所定之法院保全費與法院設備費之給付處置，並沒有懲罰性質，所以可以執行；第（一）罪的毒品檢驗費 (criminal laboratory analysis fee) 之給付則具有懲罰性，所以必須停止執行。

由上可知在美國加州，一行為觸犯數罪名之情形，雖僅執行較重之罪刑，但被停止執行之輕罪若有「非懲罰性」的處置，仍應執行。

(二)德國法

1.參與犯罪組織罪與其他個別單一犯罪行為之罪數

德國刑法第 129 條第 1 項規定：「建立或參與組織，該組織之目的或活動指向以犯最重本刑二年以上有期徒刑之罪者，處五年以下有期徒刑或罰金。支持該組織或為該組織招募成員或支持成員者，處三年以下有期徒刑或罰金。」同條第 5 項規定：「第 1 項第 1 句之特別嚴重情形，處六月以上五年以下有期徒刑。當行為人屬於組織的首腦或幕後操縱者，原則是特別嚴重情形。組織之目的或活動若指向犯德國刑事訴訟法特定款項所指犯罪，第 1 項第 1 句之情形處六月以上十年以下有期徒刑。」是以，德國刑法第 129 條第 1 項的組織犯罪有「建立」、「成員參與」、「支持」或「招募」等行為態樣。依同條第 5 項規定，組織首腦、幕後操縱者，或組織目的或活動係為犯特定犯罪者，均屬加重事由。

德國聯邦最高法院刑事第三庭認為，德國刑法第 129 條之參與犯罪組織與其他個別單一犯罪行為成立想像競合，論以一罪。但有多數其他個別犯罪行為時，儘管有「參與犯罪組織」這個組織犯罪行為的連結，仍成立實質競合，論以數罪²⁹。於組織成員的個別犯罪行為經裁判後，仍能對其餘之後發現的犯罪行為起訴³⁰。

2. 德國刑法第 52 條想像競合之規定、沿革、實務見解及修正理由

a. 德國刑法第 52 條想像競合規定之內容

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³¹ 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。³²」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

²⁹ BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 537/14. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2018, §129 Rn. 13. 本案數名被告均為極右派，於 2011 年 4 月間成立「拉德之友(Freundekreis Rade)」，目的是將具有移民背景及異議人士從被告等人的地盤趕出去或至少使那些人感到害怕。為達到這個目的，被告等人傷害他人、毀損物品、設置網頁、海報宣傳仇恨性言論。科隆地方法院 2014 年 1 月 27 日之判決，對於上開數名被告均係以一行為觸犯參與犯罪組織及其他罪名(例如使用武器或其他危險工具之危險傷害罪、毀損罪、煽動民族罪)為判決；多次觸犯其他罪名的被告，先分別與參與犯罪組織論以一行為，再論數罪。被告等人提起上訴，經聯邦最高法院駁回上訴而確定。

³⁰ Miebach, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2017, §129 Rn. 140. 另可參考陳柏良，防制組織性犯罪立法模式之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2009 年 8 月，70 頁、88 頁、91-93 頁。

³¹ 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。

³² 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

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」。

b. 德國刑法第 52 條想像競合規定之沿革

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³³。」

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，

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。

³³ 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>。

必須或得宣告之。³⁴」該規定再經 1969 年 7 月 4 日《第二次德國刑法改革法案》(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³⁵)者，必須或得宣告之。³⁶」《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。

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」³⁷；1974 年 8 月 15 日《修正刑法施行法法案》修正德國

³⁴ 條文原文：「§ 73

(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 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.

³⁵ 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.

³⁶ 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..

³⁷ BGBl. I S. 469, 474f..

刑法第 52 條第 1 項，將「犯罪行為(Straftat)」的用語改為「行為(Handlung)」。此二版本與 1969 年之版本並無實質重大變更³⁸。

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。³⁹」2017 年 4 月 13 日《刑法財產剝奪改革法案》⁴⁰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。

c. 帝國法院依德意志帝國刑法第 73 條想像競合之規定，已肯認較輕罪之封鎖效果及於「最輕本刑」、「從刑」及「附隨效果」

帝國法院刑事第三庭 1888 年 10 月 15 日 g. Sch. Rep. 2039/88 判決⁴¹，該案爭點為：「若前案因為詐欺罪與較重罪想像競合而只宣告較重之罪，因詐欺罪論以再犯之刑有無理由？」因為當時德國刑法第 264 條第 1 項規定：「於國內曾因犯詐欺罪被處罰，且第二次因犯詐欺罪被處罰者，因再一次觸犯詐欺罪處.....」，是以有此疑問。該判決表示，「行為人一行為觸犯詐欺罪及另一較重罪，若依第 73 條規定，不能宣告被告詐欺罪的部分有罪，這樣第 73 條就像是引進了一個排除罪責理由(Schuldausschließungsgrund)；若依第 73 條規定，因想像競合也依詐欺罪判決被告有罪，但不能依詐欺罪的規定來加以處罰，第 73 條的效果就像是排除刑罰理由(Strafausschließungsgrund)。立法者就像是將具有這樣性質的詐欺行為宣告不罰，因為該行為不僅是詐

³⁸ BGBl. I S. 1942.

³⁹ BGBl. I S. 1302f..

⁴⁰ BGBl. I S. 872.

⁴¹ RGSt 18, 193.

欺，而還是更嚴重的犯行。……認為第 73 條規定的文字是一行為觸犯數個刑法規定。……立法者的想法並非是該違反多數刑法規定的行為，不應依其全部刑法的關係來判決及處罰，而僅是應將行為的刑事威嚇及處罰在其全部刑法的關係下減輕一個數值，即在法律中為了簡要，所以透過參照所觸犯的最重刑事威嚇的規定來表達，這是第 73 條文字的意義，也就是從最重規定得知要處以什麼刑罰。……如前所述，若第 73 條是創造一個法律上的排除刑罰理由，那麼該條規定的正確位置應在刑法總則第四章標題「刑罰排除的理由」之下，而非在第五章標題「多數可罰行為的競合」之下，第 73 條放在第五章的位置因此證明，想像競合與實質競合一樣，並非是為了排除刑罰所設想。……排除原則僅決定想像競合宣告刑的種類及刑度，而非決定這個刑罰對於競合的較輕罪以及依此對於再犯的意義。」是以，該判決認為，若前案因為詐欺罪與較重罪想像競合而只宣告較重之罪，然再次觸犯詐欺罪，可以因為前案曾犯詐欺罪論以再犯之刑。

帝國法院刑事大法庭 1939 年 3 月 22 日，G.S. St. 2 und 3/1938 – 4D 764/37, 301/38 und 565/38 裁定⁴²，該案有三個法律問題，分別是 1. 當依較重罪規定允許較輕刑罰或較輕刑罰種類時，於犯罪單數應維持較輕罪的最輕本刑或刑罰種類嗎？2. 依刑法第 73 條比較各刑法規定時，其中一法條有規定特別嚴重情形的加重刑度的事實，是否僅於個案中有特別嚴重情形存在時才加以考慮？3. 僅規定於較輕罪之從刑，於犯罪單數是否應宣告之？裁定要旨為：「1. 同一行為觸犯多數刑法規定者(第 73 條)，若依較重罪規定允許較輕的刑罰或較輕的刑罰種類，應維持較輕罪規定的最輕本刑及刑罰種類。2. 較輕罪所強制規定的從刑，於犯罪單數應宣告之；依較輕罪的規定，從刑係供法官裁量者，於犯罪單數得宣告之。(1. Verletzt eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze (§73 StGB.), so müssen das

42 RGSt 73, 148.

Mindeststrafmaß und die Strafart des milderen Gesetzes eingehalten werden, wenn nach dem strengeren Gesetz eine geringere Strafe oder eine leichtere Strafart zulässig ist. 2. Bei Tateinheit muß auf Nebenstrafen erkannt werden, die in dem milderen Gesetz zwingend vorgeschrieben sind; bei Tateinheit kann auf Nebenstrafen erkannt werden, deren Anordnung nach dem milderen Gesetz in das Ermessen des Richters gestellt ist.)」其理由中提到：「目前為止的實務見解，如同那些案例所示，行為人若經由其行為不僅觸犯一個刑法規定，而是觸犯多數刑法規定，正好對行為人有利。這個結果違反大眾的法感及保護需求 (Dieses Ergebnis widerspricht dem Rechtsgefühl und dem Schutzbedürfnisse der Allgemeinheit.)。第 73 條的文義並未強制導出目前為止的解釋。.....依較重罪規定來定刑，符合事物本質且在大部分的案件沒有困難。因為原則上多數被違反規定的刑度範圍，最重本刑最重的規定，其最輕本刑也高於或無論如何不低於其他被違反規定的刑度。那些導出其他結果的案例是例外。這些案例雖然經由新增詐欺罪或背信罪之特別嚴重情形的規定而增加；這類案例的例外本質卻沒有改變。法律讓實務見解自由發展來處理這些例外案例的看法，並沒有疑慮。滿足大眾的法感及保護需求的答案只能以肯定問題一來獲得。.....目前為止刑法第 73 條的解釋也導出這個看法，即未在較重罪但在較輕罪規定或允許的從刑，不得宣告之。然肯認問題一的理由，也迫使要揚棄這個看法。當僅較輕罪規定或允許從刑及附隨效果時，從刑及附隨效果也應或得宣告之 (Auf Nebenstrafen und Nebenfolgen muß oder kann also auch dann erkannt werden, wenn nur das mildere Gesetz sie vorschreibt oder zuläßt.)。」這個裁定改變了帝國法院自 1882 年起 RGSt 6, 180⁴³ 之舊見解，因此也具有「去形式化

⁴³ RGSt 6, 180 為帝國法院聯合刑事庭(Vereinigte Strafsenate)1882 年 4 月 17 日 g. S. Rep. 3153/81 判決，該案法律問題為：「當公然侮辱罪與其他較重罪想像競合，於公然侮辱罪是否應賦予(被侮辱者)公開判決之權限？」因為帝國刑法第 200 條第 1 項規定：「因公然或經由散布文字、敘述或圖畫觸犯侮辱罪而受刑罰宣告者，同時賦予被侮辱者以由被告負擔費用來公

(Entformalisierung)」以及「實質化(Materialisierung)」的意義。該見解隨後被德國聯邦最高法院 1951 年 4 月 24 日刑事第一庭 101/51 判決，即 BGHSt 1, 152 所採⁴⁴。

d. 1969 年修改之德國刑法第 52 條想像競合規定前，德國聯邦最高法院已肯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：

德國聯邦最高法院 1951 年 4 月 24 日刑事第一庭 101/51 判決⁴⁵：

該案之犯罪事實及所犯法條為：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。該案之判決理由為：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

開判決之權限。公開方式及期限應於判決中定之。」是以有此法律問題。該判決理由提到：「然而應承認，刑法第 73 條所規定的最重罪絕對排除原則導出非常充滿疑慮的結果，特別是在本案情形導出違背法感的結果。但相對於無條件的法律誡命，這樣的考慮對於法官而言並不重要。基於這些理由，判決中有關賦予(被侮辱者)公開權限的部分應被撤銷且就此宣告撤銷該權限。(Zuzugeben ist allerdings, daß das Prinzip der absoluten Exklusivität des härtesten Strafgesetzes, wie es im § 73 St.G.B.'s ausgesprochen ist, zu höchst bedenklichen Konsequenzen führt, insbesondere auch die in Fällen der vorliegenden Art zu ziehende Konsequenz dem Rechtsgefühl widerstrebt. Derartige Erwägungen können aber dem unbedingten Gesetzgebote gegenüber eine Bedeutung für den Richter nicht beanspruchen. Aus diesen Gründen ist das Urteil, insoweit es die Publikationsbefugnis erteilt, aufgehoben und in der Sache selbst der Wegfall dieser Befugnis erkannt.)」簡言之，儘管該判決認為最重罪絕對排除原則違背法感，但於該案並未改變見解，以公然侮辱是較輕罪，不能賦予被侮辱者公開判決的權限，是以仍撤銷賦予被侮辱者公開判決權限的部分。

44 Gerhard Pauli, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, S. 101-105.

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

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。亦即，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，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。

德國聯邦最高法院於 1955 年 7 月 8 日刑事第一庭 245/55 判決⁴⁶：

該案之犯罪事實及所犯法條為：被告為國內外專家圈知名於 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 15,000 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

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

有期徒刑 1 年 2 月，併科罰金 5,000 馬克，已扣押並變價之產自 Hallertau 的啤酒花沒收之。該案之判決理由為：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⁴⁷。亦即，本案判決肯認，法條競合不排除輕罪有關犯罪物沒收之規定。

德國聯邦最高法院於 1955 年 2 月 11 日刑事第一庭 478/54 判決⁴⁸

該案之犯罪事實及所犯法條為：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)。該案之判決理由為：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。亦即，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

47 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. 」。

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

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。

e. 法條競合的情形，未適用的法條亦有封鎖效果

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的適用⁴⁹。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⁵⁰。

f. 德國刑法第 52 條想像競合規定之修正理由

《1962 年德國刑法草案》(Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962)第 67 條⁵¹規定：「(第 1 項)同一犯罪行為觸犯多數刑法規定或同

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

50 惟法條競合之特別關係，未適用的法律之最輕本刑不具有封鎖效果。也有學者主張法條競合之補充關係，未適用的法律亦無封鎖效果。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.

51 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962

§ 67 Tateinheit

(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 Straftat oder bei gleicher Straftat die schwerste Strafe androht. Sie darf weder der Art nach leichter noch niedriger sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Auf Geldstrafe kann das Gericht neben Freiheitsstrafe gesondert erkennen, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zuläßt. Jedoch muß das Gericht auf Geldstrafe gesondert erkennen, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie neben Freiheitsstrafe vorschreibt. Soll in diesen Fällen wegen mehrerer Gesetzesverletzungen Geldstrafe verhängt werden, so bestimmt sich ihr Höchstmaß nach der angedrohten höchsten Geldstrafe.

(4) Auf Nebenstrafen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 5) muß oder kann erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zuläßt.

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，依最重刑罰種類或同種刑罰種類最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑，依其刑罰種類不得輕於或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罰金刑者，法院得另在徒刑外宣告罰金。但所適用規定之一在徒刑外規定罰金刑者，法院必須宣告罰金刑。於此情形若因觸犯多數規定宣告罰金刑時，依罰金刑最高額度定其上限。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑與處分(第 11 條第 1 項第 5 款)者，必須或得宣告之。」《1962 年德國刑法草案》第 11 條第 1 項第 5 款則規定：「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。」

現行德國刑法第 52 條第 4 項之文字源自於 1969 年《第二次德國刑法改革法案》第 52 條第 4 項，而 1969 年《第二次德國刑法改革法案》及《第一次德國刑法改革法案》均源自於《1962 年德國刑法草案》，想像競合(Tateinheit)規定於該草案第 67 條。將草案第 67 條第 4 項之規定與《第二次德國刑法改革法案》第 52 條第 4 項之規定相比，除了沒有提到「附隨效果」以及係引用第 11 條第 1 項「第 5 款」而非「第 4 款」之外，內容均相同，且該草案第 11 條第 1 項第 5 款之內容與《第二次德國刑法改革法案》第 11 條第 1 項第 4 款之內容相同⁵²。

《1962 年德國刑法草案》第 67 條之立法理由提到，該條係以立法的方式承認實務對於想像競合的見解，也就是「將所謂『同種想像競合』，即同一犯罪行為觸犯同一刑法規定多次者，明文納入第 1 項的適用範圍，以及在第 2 項第 2 句及第 3 項、第 4 項的規定表示，較輕罪規定之法律效果對於刑之宣告並非沒有任何意義：即不得宣告相

52 《第二次德國刑法改革法案》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)者，必須或得宣告之。」

較於較輕罪允許的更輕的刑罰種類及更輕的刑度(第 2 項第 2 句)；於較輕罪規定的罰金刑也應或得另在有期徒刑外宣告之(第 3 項)以及當從刑或處分僅規定於可適用的法條之一時，就算是規定在較輕罪，也允許或規定宣告從刑或處分⁵³(第 4 項)。⁵⁴「該草案維持截至當時為止的實務見解，即於想像競合的情形，有罪宣告擴張至所有可適用之法律。⁵⁵」

此外，從立法沿革、帝國法院以及德國聯邦最高法院之實務見解可知，1871 年德意志帝國刑法第 73 條原本係採重罪「絕對吸收」(absolute Absorption)輕罪的原則，也就是最重罪的絕對排他性(absolute Exklusivität des härtesten Strafgesetzes)。但帝國法院的實務見解卻越來越轉而認為，也要考慮較輕罪，也就是不僅根據所有的法律規定宣告行為人有罪，而是也在所有法律規定的範圍內以及考慮所有法律規定的附隨法律效果(Nebenwirkungen aller Gesetze)下來處罰⁵⁶，聯邦最高法院的一致見解也是如此⁵⁷。這個見解經由《第一次德國刑法改革法案》獲得法律上的承認。就此，由原本的「吸收原則(Absorptionsprinzip)」轉為「結合不同刑法規定的原則(Prinzip der Kombination der verschiedenen Strafgesetze)」也就是「結合原則(Kombinationsprinzip)」⁵⁸。

53 處分是指「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」。

54 立法理由原文：「So wird der Fall der sogenannten gleichartigen Tateinheit, der vorliegt, wenn eine Straftat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt, ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Absatzes 1 einbezogen. Außerdem wird in Absatz 2 Satz 2 sowie den Absätzen 3 und 4 bestimmt, daß **die in den milderen Gesetzen angedrohten Rechtsfolgen nicht ohne jede Bedeutung für den Strafausspruch sind**: Es darf auf keine leichtere Strafart und kein geringeres Strafmaß erkannt werden, als die milderen Gesetze es zulassen (Absatz 2 Satz 2); auch auf die in den milderen Gesetzen angedrohte Geldstrafe muß oder kann neben Freiheitsstrafe erkannt werden (Absatz 3) und die Verhängung von Nebenstrafen oder Maßnahmen ist zugelassen oder vorgeschrieben, wenn sie nur in einem der anwendbaren Gesetze, sei es auch einem milderen, vorgesehen ist (Absatz 4)」 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, BTDrucks. IV/650 mit Begründung, S. 191. 《1962 年德國刑法草案》全文檔案請參見德國國會網頁：<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf>。

55 立法理由原文：「An der bisherigen Übung der Rechtsprechung, bei Tateinheit den Schuldspruch auf alle anwendbaren Strafgesetze zu erstrecken, will der Entwurf nichts ändern.」 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, BTDrucks. IV/650 mit Begründung, S. 192.

56 RGSt 6 183; 18 193; 73 148; Ruth Rissung-van Saan LK 12. Aufl. § 52 Entstehungsgeschichte.

57 BGHSt 1, 152.

58 Ruth Rissung-van Saan LK 12. Aufl. § 52 Entstehungsgeschichte.

g. 小結：

德國刑法第 52 條修正前，帝國法院及德國聯邦最高法院實務見解認為想像競合之輕罪應具有封鎖效果之理由為：(一)帝國刑法第 73 條，即想像競合的規定，並非排除罪責或排除刑罰的理由(RGSt 18, 193)。(二)帝國刑法第 73 條規定在總則第五章「多數可罰行為的競合」之下，而非規定在總則第四章「刑罰排除的理由」之下(RGSt 18, 193)。(三)帝國刑法第 73 條之絕對排除原則違反大眾的法感及保護需求(RGSt 73, 148)。(四)不能因為被告不僅觸犯一條刑法規定，而是觸犯多數刑法規定而獲得好處(RGSt 73, 148; BGHSt 1, 152; BGHSt 7, 307)。(五)帝國刑法第 73 條之規定讓實務見解可自由發展如何處理這類較輕罪之最輕本刑的刑度相較於較重罪高，以及僅較輕罪有規定或允許從刑及附隨效果的案例(RGSt 73, 148)。(六)想像競合的情形，被告同樣有實現較輕罪之知與欲，僅因為有較重罪的規定，較輕罪才退卻，但被告實現較輕罪的事實仍存在(BGHSt 1, 152)。

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⁵⁹，(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⁶⁰，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⁶¹。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。

帝國法院依德意志帝國刑法第 73 條之規定，已肯認較輕罪之封

59 gleichartige Idealkonkurrenz。

60 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.

61 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.

鎖效果及於「最輕本刑」、「從刑」及「附隨效果」，且係以刑事大法庭裁定的方式統一見解。德國聯邦最高法院在 1969 年《第一次德國刑法改革法案》及《第二次德國刑法改革法案》第 52 條想像競合之規定修正生效前，其實務見解均已肯認輕罪之封鎖效果及於最輕本刑、沒收、矯治與保安處分，由《1962 年德國刑法草案》之立法理由可知，該次修正僅係肯認實務一向以來的作法。且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。

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，但帝國法院、德國聯邦最高法院的實務見解仍是如此解釋，並無疑問。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」，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。由此足徵我國刑法第 55 條想像競合之規定修正前，依法理亦可如此適用我國刑法第 55 條，肯認輕罪之封鎖效果及於保安處分。

(三)小結

綜上，依美國法，本案被告參與犯罪組織後逾半月參與詐欺行為，屬於二犯罪行為，應分論併罰，均應執行。若被告參與犯罪組織當天即分工詐欺，依美國聯邦法，仍屬於二犯罪行為，徒刑部分可能宣告「同時進行刑」(Concurrent sentences)或「接續進行刑」；依加州法，二罪應分別量刑，輕罪暫不執行。但無論聯邦法或加州法，輕罪之保安處分屬矯正措施，並非基於懲罰(punitive)目的，因此仍應執行。

就德國法而言，依德國實務向來見解及德國刑法第 52 條關於封鎖效果之規定，被告一行為犯二罪名，輕罪宣告之保安處分亦應執行。

五、本案被告參與犯罪組織罪與分工詐欺之行為本屬二犯罪行為，應分論併罰，依一行為論以想像競合犯已屬從寬

(一)犯罪競合之學說

競合論之目的在於對行為人的所有犯行、犯罪不法內涵，進行充分而不過度、不重複的評價，也就是罪刑相當、禁止過度評價及禁止不足評價，以合乎一行為(一罪)不兩罰原則、一事不再理原則的法治國基本要求，主要有下列學說：

1. 意思說(犯意標準說)：

以行為人主觀上犯罪意思的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的故意或過失實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的犯意實現犯罪，則成立數罪。

2. 行為說(行為標準說)：

以行為人客觀上犯罪行為的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的行為實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的行為實現犯罪，則成立數罪。

3. 結果說(法益標準說)：

以行為人所侵害法益的個數，所發生結果的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為侵害一個法益(一個結果)，僅成立一罪；若行為人的行為侵害數個法益(數個結果)，則成立數罪。

4. 構成要件說(構成要件標準說)：

以行為人的行為該當構成要件的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為該當一個構成要件，僅成立一罪；若行為人的行為該當複數構成要件，則成立數罪。而構成要件包含行為、行為客體、行為情狀、行為結果、犯意等要素，以構成要件為標準判斷罪數時，皆

須考慮上開要素。余振華教授認為因為犯罪的成立以構成要件該當為要件，判斷犯罪的個數應依據構成要件為標準，並採刑法學解釋論對構成要件該當次數為評價⁶²。

5. 綜合說：

罪數必須建立在實質的犯罪觀念上，而非形式的構成要件論上，應以結果(法益)為中心，同時綜合審酌意思、行為等要素。陳子平教授主張應以「該當構成要件所預定之被害法益之單一性為中心，綜合考量對於該法益侵害之犯意單一性或連續性、實行行為之單一性或連續性、被害法益之同一性等等，而判斷該當構成要件之次數，以決定罪數」⁶³。

6. 認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數：

甘添貴教授認為：認識上之罪數係以立法者所制定之各種犯罪類型所從事之事實及類型判斷，如具有某一罪之構成要件該當性，即成立一罪，如具有某數罪之構成要件該當性，即成立數罪。而如認識上之罪數僅為一罪，則評價上之罪數亦為一罪。如認識上之罪數為數罪，始有評價上之罪數為一罪或數罪之問題。評價上之罪數，係依禁止重複評價原則，求合於比例原則及平等原則之要求所進行判斷，並以法益侵害性作為評價之基礎。科刑上之罪數係就評價上之罪數決定如何科刑，評價上之罪數為一罪時，科刑上之罪數亦為一罪，評價上之罪數為數罪時，即有科刑上之罪數應依一罪或數罪處罰之問題，或為數罪併合論罪、或為數罪中從一重罪處斷，或為數罪以一罪論。此涉及刑罰之目的，亦即如何處罰始能符合刑罰目的⁶⁴。

7. 由行為單、複數出發處理競合論：

林鈺雄教授主張：犯罪競合之判斷，應先判斷係行為單數或行為複數，當不屬於任何一種行為單數類型時，即為行為複數。行為單數

⁶²余振華，刑法總論，三民，修訂三版第1刷，2017年9月，462-464頁。

⁶³陳子平，刑法總論，元照，四版第1刷，2017年9月，694-696頁。

⁶⁴甘添貴，罪數理論之研究，元照，初版第1刷，2006年4月，12-17頁。

的類型包含自然意義的一行為、構成要件的行為單數(例如強制+性交)以及自然的行為單數(例如接續犯)。判定為行為單數，競合的結果就只可能是法條競合(屬於不真正競合)或想像競合(屬於真正競合)兩種。判定為行為複數，競合的結果就只可能是與罰前後行為(屬於不真正競合)或實質競合(數罪併罰)兩種⁶⁵。林教授上開分析合理易懂且條理分明，應可作為判斷罪數之原則。

(二)加入犯罪組織即成立參與犯罪組織罪，與分工詐欺為二犯罪行為

本案依臺灣高等法院臺中分院 [107年度金上訴字第2146號](#) 判決書之認定，被告楊哲旻係自106年7月下旬開始參與詐欺集團犯罪組織，於106年8月15日分工擔任車手提款行為。

大法官釋字556號解釋認為：「……組織犯罪防制條例乃以防制組織型態之犯罪活動為手段，達成維護社會秩序及保障個人法益之目的。該條例第三條第一項及第二項所稱之參與犯罪組織，指加入犯罪組織成為組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立，」。該理由書並表示：「以犯罪為宗旨或以其成員從事犯罪活動具有集團性、常習性及脅迫性或暴力性之組織，其從事之組織犯罪，與通常之犯罪行為迥異，對社會秩序、人民權益侵害之危險性，尤非其他犯罪行為可比，自有排除及預防之必要，此為中華民國八十五年十二月十一日公布組織犯罪防制條例之所由設。但組織係一抽象組合，其本不可能有任何行為或動作，犯罪宗旨之實施或從事犯罪活動皆係由於成員之參與。該條例所稱參與犯罪組織，指加入犯罪組織成為組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立，」。組織犯罪防制條例第3條之修法理由亦表示：「(一)因加入犯罪組織成為組織之成員，不問有無參加組織活動，犯罪即屬成立，避免情輕法重，增訂第一項但書，以求罪刑均衡。」

⁶⁵林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第1刷，2018年9月，578-579頁。

犯罪競合諸學說中，「意思說」僅以行為人主觀上犯罪意思的個數為標準，失之過寬，顯不可採。「綜合說」及「認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數」因考慮因素多元，無法提供實務明確判斷標準，常常導致模稜兩可，有失明確。相較之下，「由行為單、複數出發處理競合論」，較為合理實用。因本件被告參與犯罪組織之行為態樣、時間、地點、被害法益，與分工加重詐欺取財之行為、時、地、被害法益，均顯有區隔，並非相同，無論依「行為說」、「結果說」、「構成要件說」、「由行為單、複數出發處理競合論」，均應予數罪併罰，故本署主張參與犯罪組織及加重詐欺應數罪併罰，並於定執行刑時去除過度評價之部分。若法院從寬解釋想像競合犯一行為之範圍，被告實際已獲寬典。

六、法律適用並非絕對不能分割

所謂法律不能分割適用，係源自最高法院 27 年上字第 2615 號判決(舊判例)，指：「犯罪在刑法施行前，比較裁判前之法律孰為有利於行為人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果，而為整個之適用，不能割裂而分別適用有利益之條文。上訴人於民國二十四年三月間，連續結夥三人以上攜帶兇器搶奪，原判決關於連續部分，適用舊刑法第七十五條，而於其所犯搶奪罪之本刑部分，則適用裁判時之刑法，其適用法則，自屬不當。」此一判決旨在表示：因法律修正而為罪刑之新舊法比較適用時，不可將同一法規割裂而分別適用有利之條文。

惟法律適用並非絕對不能分割，最高法院 [79 年台上字第 5137 號](#) 判決(判例)即表示：「關於沒收規定，其他法律或刑法分則有特別規定者，應優先於刑法總則第三十八條沒收規定之適用。上訴人以一行為同時觸犯懲治走私條例第二條之一第一項及台灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款二罪名，應依刑法第五十五條前段想像競合

規定從一重之銷售走私物品罪處斷，因違反台灣省內菸酒專賣暫行條例規定經查獲之菸酒，應予沒收，該條例第四十條第一款定有明文，係採義務沒收主義，自應優先於採職權沒收主義之刑法第三十八條第一項第二款而適用。」亦即，主刑雖因從一重處斷論以銷售走私物品罪，仍應依台灣省內菸酒專賣暫行條例宣告沒收。

最高法院 [99 年度台上字第 421 號](#) 判決亦表示：「原判決認定上訴人牽連犯貪污治罪條例第五條第一項第二款之利用職務上之機會詐取財物罪及槍砲彈藥刀械管制條例第七條第一項之運輸、販賣衝鋒槍罪，從一重之販賣衝鋒槍罪處斷。就原判決附表一、二所載之槍、彈均屬違禁物，依刑法第三十八條第一項第一款之規定，固應宣告沒收。然貪污治罪條例第十條第一項規定「犯第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節，分別沒收或發還被害人。」係採義務沒收（追繳）主義。而牽連犯原係兩個以上獨立可罰之罪，本可分別論處其罪刑，但因法律明定，僅從其中最重之罪處斷，亦即僅在處罰上，視為一罪之價值而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法理上依然存在，於判決中仍應引用。原判決既認上訴人雖非公務員，但與具有公務員身分之趙培良、廖椿堅共同利用職務上之機會詐取財物，依貪污治罪條例第三條之規定，亦應依同條例第五條第一項第二款處斷，則其等因貪污所得財物，即詐領所得之檢舉獎金，依法即應追繳沒收，不以所犯牽連之數罪從一重處斷之結果，是否依該罪名論處而有不同（本院 [七十九年台上字第五一三七號](#) 判例意旨參照）。原判決徒以本件既僅從一重論以槍砲彈藥刀械管制條例第七條第一項之販賣衝鋒槍罪處斷，即認上訴人因貪污所得之財物，不得割裂適用法律而宣告追繳沒收云云，自屬違誤。」

本案被告參與犯罪組織與加重詐欺行為，本可分別論處其罪刑，倘依想像競合犯僅從其中最重之加重詐欺罪處斷，只是在處罰上視為一罪評價而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法理上依然存在，法

院依組織犯罪防制條例宣告強制工作，應為法之所許，並無不得割裂適用法律之疑慮。

七、依我國最高法院較穩定之見解，「封鎖效果」不應限於主刑

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。」學理稱此為想像競合犯的輕罪封鎖作用。從比較法觀點，德國刑法第 52 條第 4 項後段規定，輕罪的封鎖作用，包含：從刑、從效果與措施。但我國法律只明示刑罰的封鎖，是否可以推演出輕罪的封鎖作用包含從刑、沒收、保安處分，確有疑義。

對此，最高法院 [104 年度台上字第 380 號](#) 判決表示：「法規範上之想像競合應從一重處斷與法理上之法規競合應擇一適用，本質上均在防免評價過剩；但就量刑而言，在重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，如仍得在重罪之最輕本刑以上、輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，即有評價不足，造成重罪輕罰之不合理現象。因此，基於衡平原則，此一輕罪之最低法定刑，在就重罪而為量刑時，即具有「封鎖作用」；亦即重罪之宣告刑，不得低於輕罪所規定之最低法定刑。德國刑法第五十二條第二項關於想像競合犯即設有此一限制規定，而在法規競合之場合，德國刑法雖未明文規定，但該國學說及實務均予以承認此一「封鎖作用」，在法規競合亦有其適用，以求衡平。而且此種「封鎖作用」還包含輕罪之從刑、附屬效果及保安處分在內。（參見：黃榮堅，刑法問題與利益思考，第 376 頁；蘇俊雄，刑法總論 III，第 123-124 頁；陳志輝，刑法上的法條競合，第 28 頁）。我國刑法第五十五條之想像競合犯，於九十四年二月二日修正公布時，既亦仿採德國刑法第五十二條第二項之規定，就所從一重處斷之重罪，增設但書規定「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失，則此種輕罪最低度法定刑於量刑上所具有之封

鎖作用，在法規競合對於被排斥適用之部分遇有此種情形者，在法理上亦應同其適用，否則無異鼓勵行為人犯重罪以博取輕罰。……而於想像競合之輕罪沒收從刑如有特別規定者，亦應優先適用，則早經本院著有判例（[七十九年台上字第五一三七號](#)）。」因此，最高法院上開判決承認此種輕罪「封鎖作用」包含刑法第 55 條未明示之沒收。同理，「封鎖作用」亦應包含輕罪之保安處分。

最高法院 [108 年度台上字第 47 號](#) 判決認為：「(二) 組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定：犯第 1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年。原判決認被告此部分係犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪、刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪。雖依刑法第 55 條想像競合之規定，從一重之三人以上共同犯詐欺取財罪處斷。然既論以組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，即應有該條第 3 項之適用。此與對於不同刑罰法律間具有法規競合關係者，經擇一法律加以論科，其相關法條之適用，應本於整體性原則，不得任意割裂之情形不同。原判決以上訴人所犯上開 2 罪，因屬想像競合犯，而應從一重之三人以上共同犯詐欺取財罪處斷，基於法律整體適用不得割裂原則，無組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定之適用云云。即難謂適法。檢察官上訴意旨執以指摘，非無理由。應認原判決關於事實一部分有撤銷發回之原因。

二、駁回部分：

……惟按：刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價。自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關聯性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。刑法刪除牽連犯之規定後，原認屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，

或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相侔，依想像競合犯論擬。倘其實行之二行為，無局部之重疊，行為著手實行階段亦有明顯區隔，依社會通念難認屬同一行為者，應予分論併罰。因而，行為人以一參與詐欺犯罪組織，並分工加重詐欺行為，同時觸犯參與犯罪組織罪及加重詐欺取財罪，雖其參與犯罪組織之時、地與加重詐欺取財之時、地，在自然意義上非完全一致，然二者仍有部分合致，且犯罪目的單一，依一般社會通念，認應評價為一罪方符合刑罰公平原則，應屬想像競合犯，如予數罪併罰，即有過度評價之疑。又刑罰責任之評價與法益之維護息息相關，對同一法益侵害為雙重評價，為過度評價；對法益之侵害未予評價，則評價不足，均為所禁。刑罰要求適度之評價，俾對法益之侵害為正當之維護。因此，加重詐欺罪係侵害個人財產法益之犯罪，其罪數計算，以被害人數、被害次數之多寡，決定其犯罪之罪數；核與參與犯罪組織罪之侵害社會法益，因應以行為人所侵害之社會全體利益為準據，認定係成立一個犯罪行為，有所不同。是以倘若行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物，因行為人僅為一參與組織行為，侵害一社會法益，應僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，而其後之犯行，乃為其參與組織之繼續行為，為避免重複評價，當無從將一參與犯罪組織行為割裂再另論一參與犯罪組織罪，而與其後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地。」

最高法院 [108 年度台上字第 337 號](#)、[108 年度台上字第 808 號](#)、[108 年度台上字第 1467 號](#) 等判決均同此見解。

八、如貫徹原審見解，可能導致荒謬結果

我國刑法刪除牽連犯之規定後，部分實務見解認原屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要

件相伴，依想像競合犯論擬；倘其實行之二行為，無局部之重疊，行為著手實行階段亦有明顯區隔，依社會通念難認屬同一行為者，應予分論併罰，理論上接近上開「綜合說」及「認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數」兩說。

例如最高法院 [102 年度台上第 310 號](#) 判決對此認為：「單純藉由部分行為之重疊，尚不足以評價為單一行為，必也繼續犯之行為自始即以之為實行其他犯罪行為之手段或前提；或其他犯罪之實行，在於確保或維護繼續犯之狀態，始得評價為單一行為，而有想像競合犯之適用。倘非如此，或其他犯罪之實行係另起犯意，利用原繼續犯之狀態而為，均難評價為單一行為；應認係不同之數行為，而以數罪論處。」

本署認為被告參與犯罪組織，縱與第一次加重詐欺行為依想像競合犯以加重詐欺罪處斷，仍應依組織犯罪防制條例宣告強制工作。蓋行為人著手於犯罪之實行，發生構成要件之結果後，倘行為人仍以其意志控制犯罪行為之繼續進行，直至行為終止，犯罪始行終結者，謂之「繼續犯」，此與構成要件結果發生，犯罪即為既遂且亦同時終結，僅法益侵害狀態仍然持續之「狀態犯」有別。而繼續犯之行為人在犯罪行為繼續進行中，倘又實行其他犯罪行為，致數行為之部分行為兩相重疊時，該數行為在法律上究應如何評價，學說上見解紛歧。有主張數罪併罰，惟有重覆評價之譏；有謂祇須數行為之主要部分重疊，即應視為單一行為，而論以想像競合犯，惟有評價不足之憾。

因而，行為人參與詐欺犯罪組織，並分工加重詐欺行為，應觸犯參與犯罪組織罪及加重詐欺取財罪，如認為予數罪併罰並於定執行刑中考量仍有過度評價之疑，以利歸被告原則思考，認為屬想像競合犯，雖對被告之二行為以一行為評價，有評價不足之憾，尚有部分學說及德國立法例可支持。惟想像競合犯原係兩個以上獨立可罰之罪，本可分別論處其罪刑，縱法院以利歸被告思想，僅從其中最重之罪處斷，亦僅在處罰上視為一罪評價而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法

理上依然存在，仍應於判決中引用，並生「封鎖效果」。縱認參與犯罪組織及加重詐欺是部分重疊之二行為，視為一行為已經評價不足，不應再去去除輕罪保安處分之「封鎖效果」，擴大評價不足之惡果。

如貫徹原審法院論罪科刑方式，實務上常見之參與詐欺集團組織而尚未著手加重詐欺者，犯參與犯罪組織罪，判決同時應宣告強制工作3年；而參與組織犯罪而且著手分工加重詐欺者，反而不必強制工作，將導致輕重倒置之荒謬結果。茲舉六例說明實務可能發生之情形如下：

案例一：某甲係地下匯兌業者，明知某乙請其匯至國外之款項係販毒所得，竟仍依約將之輾轉匯至某乙所指定之國外銀行帳戶，被查獲時並扣得其所有來源不明之現金5億元。經法院以一行為觸犯銀行法第125條第1項前段（3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1,000萬元以上2億元以下罰金）以及洗錢防制法14條第1項（7年以下有期徒刑，併科新臺幣500萬元以下罰金）定罪。試問對該扣案的5億元現金，得否依洗錢防制法第18條「以常習性方式犯第十四條之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得者」沒收之？若採否定說，顯有不當。

案例二：某甲為富二代，明知法院已核發禁止對其妻某乙實施家庭暴力之保護令，竟仍於保護令期間之某日打瞎某乙一隻眼睛，經法院以一行為觸犯家庭暴力防治法第61條違反保護令罪（3年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣10萬元以下罰金）及刑法第278條第1項重傷害罪（5年以上12年以下有期徒刑）定罪，法院經審酌認對某甲併科罰金為宜時，試問得否對某甲併科罰金？若採否定說，顯有不當。

案例三：某甲使用第三級毒品做為藥劑，以欺瞞之方法使被害人某乙施用第三級毒品，違反被害人某乙之意願而為猥褻行為，經法院

以一行為觸犯刑法第 224 條之 1 加重強制猥褻罪(3 年以上 10 年以下有期徒刑)以及毒品危害防制條例第 6 條第 3 項以欺瞞之方法使人施用第三級毒品罪(5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金)定罪，若某甲有刑法第 91 條之 1 第 1 項情形之一時，試問得否令入相當處所，施以強制治療？若採否定說，顯有不當。

案例四：某甲為負責森林保育之公務員，竟結夥二人以上，使用非被告等人所有的車輛五部，盜伐國有林之非貴重木販賣獲取暴利，經法院以一行為觸犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 1 款之竊取公有財物罪(無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1 億元以下罰金)及森林法第 50 條第 1 項、第 52 條第 1 項結夥二人以上竊取森林主、副產物罪(1 年以上 7 年以下有期徒刑，併科贓額 5 倍以上 10 倍以下罰金；其供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之)定罪。試問得否沒收上開非被告等人所有的車輛五部？若採否定說，顯有不當。

案例五：某甲為電信詐欺集團之參與者，被查獲時並扣得其在參加組織後所取得之來源不明之跑車一部。經法院以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪(6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1,000 萬元以下罰金)以及刑法第 339 條之 4 第 1 項之加重詐欺罪(1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 100 萬元以下罰金)。試問對該部跑車得否依據組織犯罪防制條例第 7 條第 2 項為財產來源不明之沒收？若採否定說，顯有不當。

案例六：某甲、某乙及某丙加入暴力討債之犯罪集團，某日集團首腦命某甲、某乙及某丙向被害人某丁討債，當日某丙因故未一同前往討債，某甲及某乙為使被害人某丁有錢可還債，某甲及某乙即意圖營利，以強暴、脅迫、恐嚇之方法，使被害人某丁與他人為性交行為。某甲及某乙經法院以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪(6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1,000 萬

元以下罰金)及刑法第231條之1第1項圖利強制使人為性交罪(7年以上有期徒刑,得併科30萬元以下罰金)定罪;某丙經法院以組織犯罪防制條例第3條第1項之參與犯罪組織罪(6月以上5年以下有期徒刑,得併科新臺幣1,000萬元以下罰金)定罪。試問得否對某甲及某乙宣告強制工作?若採否定說,不得對某甲及某乙宣告強制工作,但可對某丙宣告強制工作,顯有不當。

九、組織犯罪防制條例第3條第3項關於強制工作之規定有無修正之必要,屬釋憲層次之不同法律問題

自刑事政策言,強制工作處分之施行對象,以對社會具有特別危險性之行為人為限,由於此等人或因欠缺刑罰適應性、或因無刑罰矯正可能性,而對社會具有特別危險性,故有需要施以強制工作處分,以確保社會安全。雖然詐欺集團各成員之背景及犯罪原因或有不同,然彼等加入具有持續性或牟利性之詐欺集團,顯然無正當工作,且價值觀偏差,乃圖謀以詐欺謀生,對社會有重大危害。倘能強制其學習一技之長及正確之謀生觀念,則此等犯人日後重返社會,應較能融入社會生活。

釋字第471號解釋理由書表示:「保安處分之措施亦含社會隔離、拘束身體自由之性質,其限制人民之權利,實與刑罰同,本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用,其法律規定之內容,應受比例原則之規範,使保安處分之宣告,與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性,及對於行為人未來行為之期待性相當。」本署認為強制工作與自由刑本質及功能不同,二者之執行方式及場所必需區隔,方能達到各自目標。強制工作為保安處分之一種,強制工作之執行期間應著重強化犯罪行為人之職業訓練,強制犯罪行為人學習一技之長及正確之謀生觀念,而非懲罰其行為。為了達到矯正犯罪行為人之目的,政府需投入適當人力、物力及其他必要資源,若執行方式得

當，其與刑罰本質及功能既不相同，應不違背刑法一罪一罰原則。

刑法第 90 條第 2 項、第 3 項規定強制工作：「(2)前項之處分期間為三年。但執行滿一年六月後，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。(3)執行期間屆滿前，認為有延長之必要者，法院得許可延長之，其延長之期間不得逾一年六月，並以一次為限。」刑法第 98 條第 2 項及第 3 項規定：「(2)依第八十八條第一項、第八十九條第一項、第九十條第一項、第九十一條第二項規定宣告之保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。(3)前二項免其刑之執行，以有期徒刑或拘役為限。」組織犯罪防制條例第 3 條第 4 項規定：「前項之強制工作，準用刑法第九十條第二項但書、第三項及第九十八條第二項、第三項規定。」竊盜犯贓物犯保安處分條例第 5 條規定：「(1)依本條例宣告之強制工作處分，其執行以三年為期。但執行已滿一年六個月，而執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。(2)依本條例宣告之強制工作處分，執行已滿三年，而執行機關認為有延長之必要者，得檢具事證報經上級主管機關核准後，報請檢察官聲請法院許可延長之。但延長期間，最長不得逾一年六個月，並以一次為限，在延長期間內，執行機關認無繼續延長之必要者，得隨時檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續延長執行。」同條例第 6 條規定：「依本條例執行強制工作之結果，執行機關認為無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行。」是以，刑法、組織犯罪防制條例及竊盜犯贓物犯保安處分條例均規定「刑前強制工作」，且均有雙重轉出機制，首先是執行強制工作 1 年 6 月後已經無執行必要，檢察官可以聲請法院免繼續執行強制工作；其次，執行完強制工作後，若無執行刑罰必要，法院均可免執行刑罰，是以我國依現行法律，可針對強制工作受處分人之個別不同情狀，作區別處遇。

此外，國外立法上尚發展出保安處分之替代交換制度（System des Vikarierens），賦予法院裁量權，使法院可依實際需要，得決定保安處分先於刑罰而執行，並可折抵刑罰⁶⁶。將來我國是否宜修改組織犯罪防制條例第3條第3項規定，對於無前科且犯罪情節輕微之被告，將其刑罰與強制工作併科規定修正為刑罰與強制工作處分擇一執行，由法官選擇最適切而有效之方式執行，誠值思考，但此屬釋憲層次的不同議題，不應與提案爭點（封鎖效果應否及於保安處分？）混為一談。

肆、結論

綜上，本署認為被告就106年7月下旬某日參與犯罪組織與106年8月15日分工詐欺，係數罪併罰關係，分別犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪、刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺取財罪，就其所犯參與犯罪組織部分，應依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，諭知於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年。倘認為被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺取財罪（下稱加重詐欺取財罪），如依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺取財罪，依現行有效法律，仍應依輕罪即參與犯罪組織罪所適用之組織犯罪防制條例第3條第3項之規定，一併宣告刑前強制工作。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 12 月 17 日

⁶⁶ 林山田，刑法通論，1985年3月，第452頁。

檢察官 蔡瑞宗
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒

伍、附件清冊

附件 編號	附件名稱	頁碼
1	《1962 年德國刑法草案》(Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962)	第 13、20、23、119、189-192 頁
2	帝國法院刑事大法庭 1939 年 3 月 22 日，G. S. St. 2 und 3/1938 - 4D 764/37, 301/38 und 565/38 裁定(即 RGSt 73, 148)	第 73 冊，第 148-151 頁
3	帝國法院聯合刑事庭 1882 年 4 月 17 日 g. S. Rep. 3153/81 判決(即 RGSt 6, 180, 183)	第 6 冊，第 180-184 頁
4	帝國法院刑事第三庭 1888 年 10 月 15 日 g. Sch. Rep. 2039/88 判決(即 RGSt 18, 193)	第 18 冊，第 193-203 頁