

# 最高檢察署

檢察官刑事大法庭補充理由書

(109 年度台上大字第 4243 號)

檢察官 宋國業  
陳瑞仁  
吳巡龍  
黃則儒  
林俊言  
蔡秋明

最高檢察署檢察官刑事大法庭補充理由書

110 年度台庭蒞字第 4 號

提出人 最高檢察署檢察官 宋國業

被告 鍾順裕

選任辯護人 林政雄律師

上列被告因違反毒品危害防制條例等案件，於中華民國 108 年 10 月 08 日經臺灣高等法院花蓮分院為第二審判決（[108 年度上訴字第 61 號](#)），被告提起上訴，貴院審理庭評議後，以該庭原擬採為判決基礎之法律見解，與貴院先前裁判之法律見解有所歧異，乃提案予刑事大法庭裁判。茲就本署先前所提言詞辯論意旨書有關德國實務見解部分，提出補充理由如後，俾供取代或補充本署言詞辯論意旨書中之相應部分論述內容：

**一、與想像競合之輕罪最輕本刑封鎖效果有關的德國帝國法院判決**

**(一) 帝國法院刑事第三庭 1888 年 10 月 15 日 g. Sch. Rep. 2039/88 判決<sup>1</sup>**

該案爭點為：「前案因為詐欺罪與刑罰較重之罪想像競合，而只宣告較重之罪，若以詐欺罪之再犯論處有無理由？」蓋當時德國刑法第 264 條第 1 項規定：「於國內曾因犯詐欺罪被處罰，第二次因犯詐欺罪被處罰時，因屬再一次觸犯詐欺罪，故處……」，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，不得宣告被告詐欺罪部分有罪，則第 73 條之規定不啻引進了一個罪責排除事由(Schuldausschließungsgrund)；若依第 73 條規定，認為構成想像競合而依詐欺罪判決被告有罪，卻不能依詐欺罪規定予以處罰，則第 73 條的效果即形同刑罰排除事由(Strafausschließungsgrund)。若為此解讀，等同立法者將具有此等性質的詐欺行為宣告不罰。因為，該行為不僅是詐欺，而且還觸犯更重的

---

<sup>1</sup> RGSt 18, 193.

罪名。……帝國法院因此認為，(德國舊刑法)第 73 條規定的文字是一行為觸犯數個刑法規定。……立法者的想法並非認為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，而僅應將行為的刑事威嚇及處罰，在其整體刑法關係下減輕某個數值，亦即為了簡要起見，所以在法律上透過參照所觸犯的最重刑罰的規定來表達。這是第 73 條的文義所在，也就是由最重罪規定得知應科處何等刑罰。……如前所述，若第 73 條是創造一個法律上的刑罰排除事由，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。由第 73 條置於第五章的安排，足以證明，想像競合與實質競合一樣，並非為了排除刑罰而設。……排除原則僅決定想像競合宣告刑的種類與刑度，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，前案因為詐欺罪與較重罪之想像競合，雖只宣告較重之罪，然若再次觸犯詐欺罪，即可因為前案曾犯詐欺罪論處詐欺累犯之刑。

## (二) 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<sup>2</sup>

大法庭在該案裁定中提出三個法律問題，分別為 1. 在犯罪單數(想像競合)之案件中，若依照較重罪之規定，得處(比諸較輕罪規定所定)刑度更輕的刑罰或較輕的刑罰種類時，較輕罪規定的最輕本刑或刑罰種類是否仍應維持(其在整體刑罰評價上的聯結)? 2. 就具有特別嚴重情節之個案，於依刑法第 73 條所定意旨比較在該案可成立之數個犯罪規定中，應該適用何罪規定時，是否僅應考慮各罪規定中就該特別嚴重情節設有加重刑度規定之條文(而不須考慮未設加重規定之其他條文)? 3. 僅規定於刑罰較輕犯罪之從刑，於犯罪單

---

<sup>2</sup> RGSt 73, 148.

數之案件，是否仍應宣告之？(I. .... Muß bei Tateinheit das Mindeststrafmaß oder die Straftat des mildereren Gesetzes eingehalten werden, wenn nach dem strengeren Gesetz eine geringere Strafe oder eine leichtere Straftat zulässig ist? II. ....Ist bei einer Vergleichung der mehreren Strafgesetze gemäß dem § 73 StGB die Tatsache, daß eines der Gesetze ein erhöhtes Strafmaß für besonders schwere Fälle vorsieht, nur dann zu berücksichtigen, wenn im Einzelfall ein besonders schwerer Fall vorliegt? III. ....Muß bei Tateinheit auf Nebenstrafen erkannt werden, die nur in dem mildereren Gesetze vorgeschrieben sind?)緊接上列三個問題，大法庭隨即表示「刑事大法庭對問題一及問題三均採肯定說，而問題二經由問題一的答案亦已解決。」(Der Große Senat für Strafsachen hat die Fragen zu I und III bejaht und die Frage zu II durch die Beantwortung der Frage zu I für erledigt erachtet.)

茲摘述該案裁定要旨如下：「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時，則較輕罪規定的最輕本刑及刑罰種類仍應維持(其在整體刑罰評價的聯結作用)。2. 較輕罪所強制規定的從刑，於犯罪單數案件應宣告之；依較輕罪之規定，從刑係由法官裁量者，於犯罪單數得宣告之。(1. Verletzt eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze(§73 StGB.), so müssen das Mindeststrafmaß und die Straftat des mildereren Gesetzes eingehalten werden, wenn nach dem strengeren Gesetz eine geringere Strafe oder eine leichtere Straftat zulässig ist. 2. Bei Tateinheit muß auf Nebenstrafen erkannt werden, die in dem mildereren Gesetz zwingend vorgeschrieben sind; bei Tateinheit kann auf Nebenstrafen erkannt werden, deren Anordnung nach dem mildereren Gesetz in das Ermessen des Richters gestellt ist.)」該裁定理由亦提到：若依迄今為止的實務見解，如同那些案例所示，行為人之行為觸犯多數刑法規定時，反而比僅觸

犯一個刑法規定時還要有利。這樣的結果，不免違反大眾的法律感情與保護需求(Dieses Ergebnis widerspricht dem Rechtsgefühl und dem Schutzbedürfnisse der Allgemeinheit.)。實則，第 73 條的文義不是非必導出目前為止的解釋不可。.....依較重罪規定來定刑，符合事物本質且在大部分的案件並無困難。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，則是例外。這些案例經由新增詐欺罪或背信罪之特別嚴重情形的規定已然增加，不過這類案例的例外本質卻迄未改變。法律讓實務見解自由發展來處理這些例外案例的看法，並無疑慮。滿足大眾的法感與保護需求的答案只能以肯定問題一來獲得。而就所觸犯的刑法規定有數個刑罰範圍的情形，法院應依個案狀況審視何一刑罰範圍應獲適用<sup>3</sup>。實務上迄今對刑法第 73 條的解釋也還維持這個看法，亦即，在較重罪未規定但在較輕罪有規定或允許的從刑，不得宣告之。然而，肯認問題一的理由，也迫使我們必須揚棄這個看法。當僅較輕罪條文有規定或允許從刑及附隨效果時，從刑及附隨效果也應該或得以宣告之 (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, 180<sup>4</sup>的舊見解，因此也具有「去形式化

<sup>3</sup> 裁定原文：「Für den Fall, daß eines der verletzten Strafgesetze mehrere Strafraumen vorsieht, hat das Gericht zu prüfen, welcher dieser Strafraumen nach den Umständen des Einzelfalles anzuwenden ist.」

<sup>4</sup> 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 Rechtsgeföhle 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

(Entformalisierung)」或「實質化(Materialisierung)」的意義。該見解隨後亦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<sup>5</sup>。

## 二、與法規競合之被排斥適用法條的最輕本刑具有封鎖效果有關的聯邦最高法院判決

### (一) 德國聯邦最高法院 1951 年 4 月 24 日刑事第一庭 101/51 判決<sup>6</sup>：

該案之犯罪事實及所犯法條為：被告強制性交未遂，依當時德國刑法的規定，被告之犯罪行為同時該當德國刑法第 177 條<sup>7</sup>連結第 44 條<sup>8</sup>第 1 項、第 3 項強制性交未遂以及第 176 條<sup>9</sup>性強制之規定，而強

---

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。

<sup>5</sup> Gerhard Pauli, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, S. 101-105.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 24.04.1951 – 1 StR 101/51, 即 BGHSt 1, 152.

<sup>7</sup> [20. März 1876–1. Oktober 1953]

§ 177

(1) Mit **Zuchthaus** wird bestraft, wer durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Beischlafs nöthigt, oder wer eine Frauensperson zum außerehelichen Beischlaffe mißbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke in einen willenslosen oder bewußtlosen Zustand versetzt hat.

(2) Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter einem Jahre ein.

[1. Januar 1872–1. April 1970]

§ 14

(1) Die Zuchthausstrafe ist eine lebenslängliche oder eine zeitige.

(2) **Der Höchstbetrag der zeitigen Zuchthausstrafe ist funfzehn Jahre**, ihr Mindestbetrag ein Jahr.

(3) Wo das Gesetz die Zuchthausstrafe nicht ausdrücklich als eine lebenslängliche androht, ist dieselbe eine zeitige.

<sup>8</sup> [15. Juni 1943–1. Oktober 1953]

§ 44

(1) Das versuchte Verbrechen oder Vergehen kann milder bestraft werden als das vollendete.

(2) Ist das vollendete Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslangem Zuchthaus bedroht, so kann auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren erkannt werden.

(3) (weggefallen)

(4) [1] **In den übrigen Fällen kann die Strafe bis auf ein Viertheil des Mindestbetrages der auf das vollendete Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheits- und Geldstrafe ermäßigt werden.** [2] **Ist hiernach Zuchthausstrafe unter einem Jahre verwirkt, so ist dieselbe nach Maßgabe des § 21 in Gefängniß zu verwandeln.**

<sup>9</sup> [20. März 1876–1. Oktober 1953]

§ 176

(1) **Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft**, wer 1. mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt oder dieselbe durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen nöthigt;

2. eine in einem willenslosen oder bewußtlosen Zustande befindliche oder eine geisteskranke Frauensperson zum außerehelichen Beischlaffe mißbraucht, oder

3. mit Personen unter vierzehn Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet.

制性交未遂之法定刑為 3 月以上一般監獄(Gefängnis)有期徒刑，15 年以下矯正機構(Zuchthaus)有期徒刑（較重罪）；第 176 條之法定刑為 6 月以上一般監獄有期徒刑，10 年以下矯正機構有期徒刑（較輕罪）。

該判決認為，本案應適用德國刑法第 177 條、第 43 條<sup>10</sup>之規定，而非第 176 條第 1 項第 1 款之規定，判決被告有罪；且宣告刑的最低刑度須受第 176 條之拘束，即 6 月以上一般監獄有期徒刑。聯邦最高法院未適用第 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認知與意欲；而是由於有第 177 條的特別規定，第 176 條因此被排斥而未適用。然而，被告觸犯第 176 條第 1 項第 1 款之一般規定的事實仍然存在，所以不能完全不顧及此。此外，若有個人解除刑罰事由(persönlicher Strafaufhebungsgrund)存在，例如依德國刑法第 46 條，已著手於犯罪之實行而因己意中止，而無從依特別規定之處罰時，被排斥的一般規定即可適用<sup>11</sup>。本案的情形，若被告並非因為僱主的呼喚，而是基於自己的自由意志放開被害人，則被告雖不致因成立強制性交未遂罪而受處罰，但仍會構成刑法第 176 條第 1 項第 1 款的性強制既遂，至少可處 6 月以上的一般監獄有期徒刑。若被告在著手於犯行之後（因為其他外力介入而）未遂(一般未遂)，而非因為被告本身的努力以致未完成強制性交(己意中止、

---

(2) Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

<sup>10</sup> [1. Januar 1872–1. Januar 1975]

§ 43

(1) Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.

(2) Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.

<sup>11</sup> 判決原文：「Ferner ist das verdrängte allgemeinere Gesetz dann anwendbar, wenn der Bestrafung aus dem besonderen Gesetz ein persönlicher Strafaufhebungsgrund entgegensteht, so beim Rücktritt vom Versuch nach § 46 StGB (vgl RGSt 23, 225; RG DJ 1938, 723).」

[1. Januar 1872–1. Januar 1975]

§ 46

Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter

1. die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder
2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

中止未遂)，卻可以獲得更輕的處罰，勢將與正義背道而馳<sup>12</sup>。被告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)。當犯罪行為人違反多數法律規定，僅因為其中一條規定包含特殊規範乃適用該條規定，而不適用其他規定的情形，也應比照上開原則處理<sup>13</sup>。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時，行為人即使因為有較重罪規定的存在，而排除較輕罪之規定，僅依較重罪處斷，其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 1955 年 7 月 8 日刑事第一庭 245/55 判決<sup>14</sup>：

該案之犯罪事實及所犯法條為：被告為國內外專家圈知名的 Spalt (啤酒花產地) 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，

---

<sup>12</sup> 判決原文：「Hätte der Angeklagte nicht wegen des Rufens seines Arbeitgebers, sondern aus freien Stücken von seinem Opfer abgesehen, so könnte er zwar nicht mehr wegen versuchter Notzucht bestraft werden; er hätte dann aber wegen vollendeten Verbrechens aus § 176 Abs 1 Nr 1 StGB eine Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verwirkt. **Es würde der Gerechtigkeit widersprechen, wenn er nur deshalb, weil es ohne sein Verdienst nicht zur Vollendung der Notzucht gekommen, sondern beim Versuch dieser Tat geblieben ist, milder bestraft werden dürfte.**」刑法的評價上，己意中止(中止未遂)的法律效果應該要輕於一般未遂的法律效果。本案的情形，如果被告己意中止，仍可能成立德國刑法第 176 條第 1 項第 1 款之性強制既遂，至少要判處 6 月以上一般監獄有期徒刑；而強制性交未遂，德國刑法第 177 條強制性交罪是 1 年以上一般監獄、15 年以下矯正院有期徒刑，依德國刑法第 44 條一般未遂之規定減輕後，最輕本刑可減至四分之一，即 3 月一般監獄有期徒刑。若因為適用德國刑法第 177 條、第 44 條而可以判處低於 6 月之一般監獄有期徒刑，將造成強制性交(一般)未遂的罪刑比己意中止(中止未遂，雖不成立強制性交未遂，但可能成立性強制既遂)的情形來得輕，而有輕重失衡之慮。

<sup>13</sup> 判決原文：「Für den Fall einer Tateinheit hatte die ältere Rechtsprechung die Ausschließlichkeit des strengeren Gesetzes in dem Sinne angenommen, daß seine untere Strafgrenze auch dann maßgebend war, wenn die Mindeststrafe des gleichzeitig verletzten milderen Gesetzes höher lag. Diese Rechtsprechung ist später mit Recht aufgegeben worden, **weil es einem Täter nicht zum Vorteil gereichen dürfte, wenn er durch seine Tat nicht nur ein Strafgesetz, sondern mehrere Strafgesetze verletzt hat (RGSt 73, 148). Derselbe Grundsatz muß auch in dem Falle gelten, wenn ein Täter mehrere Gesetze verletzt hat, von denen ein Teil nur um deswillen nicht anwendbar ist, weil ein anderes die besondere Norm enthält und aus diesem Grunde die alleinige Anwendung beansprucht.**」

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 08.07.1955 – 1 StR 245/55, 即 BGHSt 8, 46.

產自 Spalt 的價格為 350 馬克，產自 Hallertau 的價格為 180 馬克，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；已扣押並經變價之產自 Hallertau 的啤酒花，沒收之。被告不服此一判決，上訴至聯邦最高法院。

該案之判決結果為：**聯邦最高法院駁回上訴，但認為啤酒花產地法第 21 條與詐欺罪是法規競合**，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。**法規競合的情形，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**<sup>15</sup>。亦即，本案判決肯認，法規競合不排除輕罪有關犯罪物沒收之規定，且於判決中宣示，法規競合的情形，也適用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。

### (三) 德國聯邦最高法院 1964 年 1 月 14 日刑事第一庭 246/63 判決<sup>16</sup>：

該案之犯罪事實及所犯法條為：被告以變造存簿<sup>17</sup>及提款卡內存款日及提款日之方式，欺騙 GBW 的會計，從 GBW 的 6 個銀行帳戶提領共計 420000 馬克。地方法院以被告犯詐欺罪之連續行為、公務員偽造公文書罪之連續行為判處一年一般監獄有期徒刑。檢察官及被

<sup>15</sup> 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.」。

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 14. 1. 1964 - 1 StR 246/63, 即 BGHSt 19, 188。

<sup>17</sup> 公營銀行的存簿，依德國聯邦最高法院之見解，屬於公文書，參照 BGH, Urteil vom 11. 6. 1963 - 1 StR 463/62 (LG Augsburg)。

告均提起上訴。

該案之判決理由為：偽造文書的案件，雖然德國刑法第 348 條<sup>18</sup>第 2 項之公務員偽造公文書罪相對於德國刑法第 267 條<sup>19</sup>偽造文書罪是特別規定，原則上德國刑法第 348 條第 2 項排斥同法第 267 條之規定，但在法規競合的情形，一般規定並非沒有例外地退卻。長久以來，實務見解從實體法的角度始終認為，因為己意中止之未遂而不罰時，並不阻礙適用其他規定來處罰該未遂犯行，如果犯罪行為人違反其他法律規定並既遂，且個案上從這些規定的關聯下沒有得出其他結果，而這些規定間具有法律單數，即法規競合的關係。實務見解肯認，於法規競合的情形，在確定刑罰範圍時、在量刑時、以及在作關於從刑、保安處分的決定時，要考慮被排除適用的法律。類似的考慮為，若因為程序障礙事由而無法依要適用的法律追訴犯罪行為人，仍可以犯罪行為人同時實現，但被排除適用的法律來追訴犯罪行為人。這取決於二個觀點，即從所涉及的程序障礙事由及其目的來看，適用被排除的法律有無疑慮；此外，從互相競合的規定之關聯來觀察，也許無法適用被排除的法律。然本案並沒有上述的疑慮，可適用德國刑法第 267 條追訴被告。基於引渡的理由所限制之審判權，是禁止針對被告涉犯公務員偽造公文書罪的部分為審判。但引渡許可中明確地允許，可依德國刑法第 267 條追訴被告。該程序障礙事由僅排除依特別規定(德

---

<sup>18</sup> [15. Juni 1943–1. September 1969]

§ 348

(1) Ein Beamter, welcher, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit vorsätzlich eine rechtlich erhebliche Thatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register oder Bücher falsch einträgt, wird mit Gefängniß nicht unter einem Monat bestraft.

(2) **Dieselbe Strafe trifft einen Beamten, welcher eine ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Urkunde vorsätzlich vernichtet, bei Seite schafft, beschädigt oder verfälscht.**

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus.

<sup>19</sup> [15. Juni 1943–1. September 1969]

§ 267

(1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängnis bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) In schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus.

國刑法第 348 條第 2 項)追訴被告，但不排除依其他被排除適用的一般規定(德國刑法第 267 條)追訴被告。由德國刑法第 348 條第 2 項及同法第 267 條所存在法律單數的關係，依德國刑法第 267 條追訴被告並沒有疑慮。因為程序障礙事由無法依德國刑法第 348 條第 2 項之特別規定追訴被告，而適用德國刑法第 267 條之一般規定，可使被告不會因此得到優待。此外，也沒有理由從無法依德國刑法第 348 條追訴被告而得出，也將導致不能適用德國刑法第 267 條之結果。聯邦最高法院將本案撤銷發回，因為被告之犯行是否成立德國刑法第 267 條之罪，並未依德國刑事訴訟法第 265 條踐行變更法律見解之程序，被告也沒有機會就此為辯護。

#### **(四) 德國聯邦最高法院 2018 年 4 月 18 日刑事第二庭 1/18 裁定<sup>20</sup>：**

本案被告涉犯麻醉藥品流通法第 30a 條攜帶武器交易非微量麻醉藥品罪及第 29a 條交易非微量麻醉藥品罪，該二條規定存在法規競合的關係。該案地方法院認為，第 30a 條的部分，因為被告有協助釐清案情以及考量其他量刑因素，具有第 30a 條第 3 項情節輕微的情形，刑度範圍為 6 月以上 10 年以下有期徒刑。第 29a 條的部分，考量毒品交易的規模，認為沒有該條第 2 項情節輕微的情形，而是適用該條第 1 項，刑度範圍為 1 年以上有期徒刑。是以，第 29a 條之最輕本刑 1 年有封鎖作用。刑度範圍為 1 年以上，10 年以下有期徒刑，而就此部分判處被告三年八月有期徒刑。惟聯邦最高法院認為，第 29a 條的部分，地方法院就該條應考慮刑法第 49 條第 1 項第 3 款之刑罰減輕事由而未考慮，減輕後之最輕本刑為 3 月以上有期徒刑，因為比第 30a 條第 3 項之最輕本刑(6 月)低，所以沒有封鎖作用，本案刑度範圍應為 6 月以上 10 年以下有期徒刑，因無法排除事實審法院在該刑度範圍可能會判較輕之罪，是以撤銷原判決，發回更審。

---

<sup>20</sup> BGH, 18.04.2018 - 2 StR 1/18。

聯邦最高法院於本案表示，未經許可交易麻醉藥品之情形，麻醉藥品流通法第 30a 條第 2 項第 2 款規定攜帶武器交易之加重構成要件與同法第 29 條第 1 項之基本構成要件以及同法第 29a 條第 1 項及第 30 條第 1 項之其他加重構成要件，存在法規競合的關係。為避免價值矛盾，法規競合與德國刑法第 52 條第 2 項第 2 句犯罪單數一樣，被排斥適用的法條會展現其最輕本刑的封鎖作用。因為涉及公正的刑罰之調查，關於優先適用之刑罰規定及被排斥適用之刑罰規定所要比較之最輕本刑，要適用具體觀察的角度，應考慮各自存在之特別法或刑總規定的刑罰減輕事由<sup>21</sup>。

### 三、小結

德國刑法第 52 條修正前，帝國法院實務見解認為想像競合之輕罪法條的最輕本刑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律感情及保護需求(RGSt 73, 148)。(四)被告不能因為他的犯行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)。(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

---

<sup>21</sup> 裁定原文：「 Beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln steht der Qualifikationstatbestand des bewaffneten Handeltreibens nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG in Gesetzeskonkurrenz zum Grundtatbestand nach § 29 Abs. 1 BtMG sowie zu den weiteren Qualifikationstatbeständen nach § 29a Abs. 1 und § 30 Abs. 1 BtMG (BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 - 3 StR 349/02, NJW 2003, 1679, 1680; LK-StGB/Rissing-van Saan, 12. Aufl., Vorbemerkung zu den §§ 52 ff. Rn. 95). Bei Gesetzeskonkurrenz entfaltet, ebenso wie bei Tateinheit gemäß § 52 Abs. 2 Satz 2 StGB, das zurücktretende Delikt zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen eine Sperrwirkung hinsichtlich der Mindeststrafe (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 24. April 1951 - 1 StR 101/51, BGHSt 1, 152, 155 f.; Urteil vom 13. Februar 2003 - 3 StR 349/02, aaO; LK-StGB/Rissing-van Saan, aaO). Für die nach dem verdrängenden und dem verdrängten Strafgesetz zu vergleichenden Mindeststrafen gilt, da es um die Ermittlung der gerechten Strafe geht, eine konkrete Betrachtung, so dass auch jeweils vorliegende spezialgesetzliche oder im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches vorgesehene Strafmilderungsgründe zu berücksichtigen sind (Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, StGB, 29. Aufl., § 52 Rn. 37).」

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)。

而聯邦最高法院實務見解認為法規競合之被排斥適用法條的最輕本刑具有封鎖作用之理由為：(一)被告不能因為其犯行非僅觸犯一條刑法規定，而是觸犯多數刑法規定而獲得好處(BGHSt 1, 152; BGHSt 7, 307)。(二)被告同樣有實現一般規定之認知與欲願，僅因為有特別規定，一般規定才被排斥未獲適用，但被告觸犯一般規定的事實仍然存在(BGHSt 1, 152)。

1871 年德意志帝國刑法第 73 條之規定與 1969 年修正之德國刑法第 52 條規定之區別為：(1)明文提到同種想像競合<sup>22</sup>，(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<sup>23</sup>，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<sup>24</sup>。而自 1969 年德國刑法第 52 條將輕罪之封鎖作用及於「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。

德意志帝國刑法第 73 條並未明文想像競合較輕罪之封鎖作用，但帝國法院依德意志帝國刑法第 73 條之規定，已肯認想像競合的較輕罪之封鎖效果及於「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法規競合被排斥適用法條之封鎖作用及於最輕本刑、沒收、矯治與保安處分，並援引帝國法院關於想像競合的輕罪具有封鎖作用之相關判決。由《1962 年德

---

<sup>22</sup> gleichartige Idealkonkurrenz。

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

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，即想像競合之輕罪法條的最輕本刑具有封鎖作用。且依上開帝國法院以及聯邦最高法院之實務見解，無論是想像競合之輕罪或法規競合之被排斥適用法條，均有封鎖作用，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條並沒有規定想像競合輕罪之最輕本刑的封鎖效果，但帝國法院的實務見解仍是如此解釋，並無疑問。由上述帝國法院以及聯邦最高法院之實務見解觀之，此為一種依穩定實務見解所遂行的「法官造法」(dogmatisch ein Fall der richterlichen Rechtsfortbildung durch die ständige Rechtsprechung)。

直到晚近，德國聯邦最高法院仍然透過2018年4月18日刑事第二庭1/18裁定要旨，提出值得本案參考的法律見解，亦即，為避免價值矛盾，法規競合與德國刑法第52條第2項第2句犯罪單數一樣，被排斥適用的法條會展現其最輕本刑的封鎖作用。因為涉及公正的刑罰之調查，關於優先適用之刑罰規定及被排斥適用之刑罰規定所要比較之最輕本刑，要適用具體觀察的角度，應考慮各自存在之特別法或刑總規定的刑罰減輕事由。

總結而言，吾人不妨回歸到一個法律適用的當然之理：滿足那些法條的構成要件，就產生那些法條的法律效果，互相不排斥的法律效果都應仍然併存，而就同種法律效果再定出上下限。德國刑法第52條尚未規定想像競合之較輕罪的最輕本刑之封鎖效果之前，帝國法院實務就都已經承認有這樣的封鎖效果。想像競合是一行為觸犯數罪名，所以均滿足各該法條的構成要件，輕罪法條之法律效果仍應繼續存在。法規競合的情形也是類似，但因為慣性直接適用法規競合後的法條，而未慮及該行為其實也同時滿足被排斥適用法條的構成要件，所以理應也有被排斥適用法條的法律效果，而不應低於被排斥適用法條所定

之法律效果，例如未遂之於既遂。除非立法者就是刻意要從輕處罰，要給被告優待的情形，例如生母殺嬰罪之於殺人罪。否則法規競合之被排斥適用法條既然本來也都已滿足其構成要件，沒有理由略過其法律效果。簡言之，法規競合的情形，只要優先適用的法律並非刻意給予被告優惠，被告應得之處罰即不得低於被排斥適用法條的最輕本刑；在被排斥適用法條的最輕本刑高於優先適用法條之最輕本刑時，即會產生封鎖作用，此即所謂被排斥適用法條的封鎖效果。

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 7 月 20 日

檢察官 宋國業

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

林俊言

蔡秋明

