

最高檢察署

109 年度台庭蒞字第 6 號

檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

檢察官 宋國業
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒
林俊言
蔡秋明

法律爭點

爭點：證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之「非常規交易罪」及同條第 3 款「特別背信侵占罪」二罪間，其關係究係想像競合，抑或法規競合？

目錄

壹、與本案法律問題相關之事實概要與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案下級法院對上開法律問題之見解	1
參、我國相關實務見解	2
一、與想像競合有關之一般實務見解	2
(一) 同種想像競合	2
(二) 異種想像競合	2
(三) 以法益區分之	3
二、與系爭犯罪事實相關之法律適用	3
(一) 採想像競合說者	3
(二) 採法規競合說者	3
肆、我國相關學說	4
一、與想像競合及法規競合有關之學說	4
二、與本案法律爭點有關之學者見解	5
伍、外國立法例	6
一、德國法	6
二、日本法	8
三、美國法	10
陸、本署意見	13
一、法規競合之成立條件	13
二、本案系爭犯罪行為不應成立法規競合	14
三、本案系爭犯罪行為應成立想像競合犯	16
柒、結論	16

被 告 楊淑嬌

上列被告違反證券交易法等案件，經貴院裁定送大法庭言詞辯論(108 年台上大字第 2261 號)，茲就本案爭點與本署意見及理由分述於後：

壹、與本案法律問題相關之事實概要與法律爭點相關之本案事實

本案相關事實係原審判決(臺灣高等法院臺南分院 [106 年度金上重訴字第 329 號](#) 判決)「事實 5」所認定，被告 A 公司負責人楊淑嬌明知 B 公司無施作某工程之能力，取得工程合約後，不實際施作，而與 B 公司負責人陳燦堂二人，共同圖為自己或他人之利益，基於非常規交易之犯意聯絡，由楊淑嬌違背職務，佯由陳燦堂以 B 公司名義，承包施作該工程，將工程款扣除補貼稅額後，面退回予楊淑嬌，以此方式掏空 A 公司資產新臺幣(下同)5,082 萬元，致 A 公司受有重大損害之犯罪事實部分。

貳、本案下級法院對上開法律問題之見解

1. 被告楊淑嬌、陳燦堂均係違反證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪、同法第 171 條第 1 項第 3 款特別背信罪。
2. 被告楊淑嬌與張文毅對於違背職務，以非常規交易掏空「A 公司」之行為，有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。被告陳燦堂雖未受「A 公司」委任，然與「A 公司」之董事長張文毅、財務處處長楊淑嬌等共同虛構工程款，將虛構之工程款以提領現金，或匯入被告楊淑嬌實質控制帳戶內之方式，實際參與掏空「A 公司」，對於證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款部分，仍應依刑法第 31 條第 1 項規定以正犯論。
3. 被告楊淑嬌、陳燦堂所犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款部分，及被告楊淑嬌違反證券交易法第 179 條、第 174 條第

1 項第 5 款之帳簿文書記載不實，與被告陳燦堂另涉犯商業會計法第 71 條第 1 款部分，皆以工程施工之機會，為掏空「A 公司」資產之階段行為，具有行為局部之同一性，參照最高法院 [101 年度台上字第 2449 號](#) 判決見解，應認屬一行為同時觸犯數罪名之想像競合犯，故被告楊淑嬌、陳燦堂應依刑法第 55 條之規定，從一重之證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款特別背信罪處斷。

4. 起訴意旨雖未論及被告楊淑嬌、陳燦堂亦涉犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易之罪名，然此部分既與上開特別背信罪，具有想像競合之裁判上一罪關係，為起訴效力所及，本院自應併予審判。

參、我國相關實務見解

一、與想像競合有關之一般實務見解

(一) 同種想像競合

最高法院 [97 年台上字第 2138 號](#) 判決：「依原判決認定之事實，上訴人未經戴○立、林○貴、陳○義及許○富同意，利用不知情之成年女子偽刻彼等四人印章後，蓋用於同一交通補助費之印領清冊上，而偽造彼等四人之私文書並持以行使等情，倘若無誤，則上訴人利用不知情之人偽造印章之行為，應成立間接正犯。又其同時同地以同一行為，行使於同一印領清冊上所偽造之戴○立等四人私文書，係一行為觸犯數罪名，應依想像競合犯論以一罪。」

(二) 異種想像競合

最高法院 [98 年台上字第 7249 號](#) 判決：「刑法第 271 條之殺人罪，係侵害被害人生命法益之犯罪，以維護個人生存權為目的，同法第 135 條第 1 項之妨害公務罪，則在於保護國家公權力之執行，以國家法益為侵害對象，二者罪質顯不相同；故對於公務員依法執行職務時，予以槍擊殺害而施以強暴脅迫，另犯之妨害公務罪並不能為殺人罪所概括，且既係基於複數犯意並出於一個行為之決意而為犯罪之實

行，同時具備多數犯罪構成要件，即應依想像競合之規定從一重處斷。」

(三) 以法益區分之

最高法院 [98 年台上字第 2826 號](#) 判決：「同時偽造不同被害人之文書（或支票）時，其被害法益為數個，係一行為觸犯數罪名之想像競合犯。此與同時偽造同一被害人之多件同類文書或同一被害人之多張支票，因被害法益仍僅一個，係屬單純一罪迥異。」

二、與系爭犯罪事實相關之法律適用

(一) 採想像競合說者

1. 最高法院 [106 年度台上字第 261 號](#) 判決，維持臺灣高等法院 [102 年度金上重訴字第 20 號](#) 判決所為，被告一行為觸犯證券交易法第 171 條第 2 項、第 1 項第 2 款、第 3 款、第 179 條第 1 項、第 171 條第 1 項第 1 款之罪，依想像競合犯，從一較重之證券交易法第 171 條第 2 項、第 1 項第 3 款董事背信，其犯罪所得達新臺幣 1 億元以上罪論處之判決。
2. 最高法院 [106 年度台上字第 461 號](#) 判決，維持臺灣高等法院 [103 年度金上重訴字第 32 號](#) 判決：所為被告一行為觸犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款、第 179 條第 1 項、第 171 條第 1 項第 1 款之罪，依想像競合犯，從一情節較重之證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款特別背信罪處斷之判決。

(二) 採法規競合說者

最高法院 [106 年度台上字第 205 號](#) 判決：依證券交易法第 171 條立法意旨、立法過程及該上開 2 款規定之文義觀之，證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之使公司為不利益交易罪，與同條項第 3 款之特別背信罪間，係狹義法與廣義法之關係，後者乃前者之補充性規定，且二者均同為刑法背信罪、侵占罪、詐欺罪等罪之特別規定。若行為人所為成立使公司為不利益交易罪，縱其行為亦符合上開特別背信罪之犯罪構成要件，依狹義法優於廣義法之法規競合原則，即應擇一論

以使公司為不利益交易罪，不能再論以特別背信罪，此乃因法規競合法理所使然。

肆、我國相關學說

一、與想像競合及法規競合有關之學說

我國刑法學說一般繼受德國刑法實定法及法學理論體系，對於行為人以一個行為實現數個犯罪構成要件，且侵害數個法益之犯罪型態，學界通說均稱之為想像競合（Idealkonkurrenz）犯，其應適用之法條為刑法第 55 條，「一行為觸犯數罪名者，從一重處斷。」此一見解殆無異說。¹

而所謂法規競合，依德、日及我國通說，是指單一行為雖在形式上該當數個犯罪構成要件，但實質上因為各構成要件間具有特殊之關係，致其中一個構成要件或罪名必須優先適用，進而排斥其他構成要件或罪名的適用。易言之，「法規競合」係行為人出於一個犯意，客觀上僅遂行一個犯罪行為，不但犯罪對象單一，遭受侵害之法益亦為單數，雖形式上有數法條同時對此行為為規範，仍應僅被評價為觸犯單一犯罪，而以最適當之法條論罪並處罰。

我國學者普遍認為，法規競合之得以成立，必須相關行為所該當之犯罪構成要件間，具有特別關係、補充關係、吸收關係三種關係之一始可。其中（一）特別關係乃指一個犯罪構成要件在概念包含了另一個犯罪構成要件的所有要素，可再細分為 1. 加重或減輕構成要件之於基本構成要件，例如殺害直系血尊親屬，僅觸犯刑法第 272 條之殺直系血尊親屬罪，不再另外觸犯同法第 271 條之殺人罪， 2. 個別構成要件之於概括構成要件， 3. 加重結果

¹ 林鈺雄，新刑法總則，2018 年 9 月，六版第 1 刷，頁 601-608；王皇玉，刑法總則，2018 年第 4 版，頁 578-588；林鈺雄，新刑法總則，2016 年 9 月第 5 版，頁 601-609；林山田，刑法通論，增訂十版 2008 年 1 月一刷，頁 324-345。

犯之於基礎犯。(二)所謂吸收關係，係指某一構成要件行為係主要行為，另一構成要件行為係典型的伴隨行為，例如侵入住宅竊盜罪之於侵入住宅罪。(三)至於補充關係，則係指行為階段之進趨關係，或屬預備行為或未遂行為與實行行為等犯罪進行階段之升進，或係幫助犯或教唆犯與正犯等犯罪參與關係之轉進。²

有關法規競合與想像競合之關係，學者普遍認為：二者均係針對「行為單數」之法律適用之所形成之理論體系，二者在形式上均屬一行為觸犯數罪名之型態，然而想像競合，行為人之一行為係成立數罪，數個犯罪成立之後，再依其中刑罰較重者處罰，故屬「真正競合」；法條競合看似一行為同時觸犯數個法律規定，但實際上在成罪階段即認定為僅成立一罪，故屬「不真正競合」。故學說上亦有將法規競合稱為「本來一罪」或「表象競合」。德國刑法學上則稱之為「法律單數」(Gesetzeseinheit)，意指僅能在數法條中選擇單一法條適用之意。³

二、與本案法律爭點有關之學者見解

我國學者林志潔在「論證券交易法第一七一條第一項第二款非常規交易罪」一文中指出：「證交法第 171 條第 1 項第 3 款，固然解釋上認為是背信罪之特別規定，而在結果要件部分援引普通背信罪致生損害結果的要件，以限縮其適用之範圍；但同條項第二項的非常規交易罪，基於保護法益的不同及法條適用上避免被架空的疑義，不宜解釋為背信罪之特別規定。」⁴

² 以上關係之說明，請參見王皇玉，刑法總則，2018 年第 4 版，頁 578-588；林鈺雄，新刑法總則，2016 年 9 月第 5 版，頁 601-609；林山田，刑法通論，增訂十版 2008 年 1 月一刷，頁 324-345。「進趨」二字並未見於以上著作。

³ 王皇玉前揭書，頁 575。林鈺雄前揭書，頁 610。

⁴ 林志潔，「論證券交易法第一七一條第一項第二款非常規交易罪」，頁 86，月旦法學雜誌，第 195 期，2011 年 8 月。

林教授於該文中續稱：如果一事實可同時適用證交法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪與同條項第 3 款之特別背信侵占罪時，由於前者的保護法益為大眾投資人權益及市場之安定，而後者的保護法則為個別公司的財產法益，此為一行為觸犯數罪名，為想像競合。為充分評價行為人之行為，法院為罪之宣告時，兩款罪名均須於判決主文中宣告，而於宣告刑罰時，……在法定刑範圍內宣告較重之刑。⁵

本文所討論雖為證交法第 171 條第 1 項第 3 款之特別背信部分；然該款之特別侵占罪，與同條項第 2 款間之非常規交易罪，其受侵害之法益間之殊異，尤為明顯。

伍、外國立法例

一、德國法

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⁶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。⁷」其中德國刑法第 11 條第 1 項第 8 款之規定為：「稱處分者，謂任何一種矯治與保安處分、沒收及制作文書設備之禁用處分。」

⁵ 同上註。

⁶ 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。

⁷ 條文原文：「Strafgesetzbuch (StGB)§ 52 Tateinheit

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

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die

「法規競合」係行為人出於一犯意，客觀僅為一犯罪行為，不但犯罪對象單一，且遭受侵害之法益亦屬單數，雖有數法條同時對此犯罪行為規範，然因行為人只侵犯一法益，亦應被評價為僅犯單純一罪，故雖有數法條為規範，但只能以最適當之法條論罪。有關法規競合(Gesetzeskonkurrenz)⁸，德國刑法並未設有明文規定（我國刑法及日本刑法亦然），而任由學說及實務傳統上有關法律單數(Gesetzeseinheit；或稱法律單一性)之理論操作。所謂法規競合，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(Spezialität)、吸收關係(Konsumtion)、補充關係(Subsidiarität；或譯從屬關係)⁹，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¹⁰，因此學說上，稱之為「非真正競合(unechte Konkurrenz)。

某一犯罪行為雖在形式上構成二個以上罪名，然因行為人只侵犯一法益，其犯罪構成要件亦屬單一，本應被評價為僅犯單純一罪，故雖有數法條為規範，但只能以最適之法條論罪。(例如，甲謀殺乙，係觸犯德國刑法第 211 條之謀殺罪(Mord)，不再依同法第 212 條的殺人罪(Totschlag)論處；甲受乙之請託殺人，亦逕成立德國刑法第 216 條之受囑託殺人罪(Tötung auf Verlangen)，不另構成殺人罪。被告搶劫銀行，即逕依德國刑法第 249 強盜罪(Raub)論處，不

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。

⁸ 法規競合的用語容易令人誤解，因為實際上法規並沒有競合，是以漸漸以法律單數(Gesetzeseinheit)的概念取代之。Sternberg-Lieben/Bosch, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff., Rn. 102.

⁹ 有學者認為還可加上第 4 種關係，即兩罪之一屬於「不罰的後行為」(Straflose Nachtat) Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, §18, Rn. 1617.惟此一見解因涉及數行為，與本意見書所討論之一行為所犯之罪之問題並不相符，在此置而不論。

¹⁰ 林鈺雄，新刑法總則，2018 年 9 月，六版第 1 刷，第 602 頁至第 608 頁。

再成立同法第 240 條的強制罪（Nötigung）或第 242 條的竊盜罪（Diebstahl）。

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，實質上並無差異¹¹。而想像競合會對犯罪行為人所違反的每條競合的法律規定宣告有罪，這就是想像競合與法規競合原則上的區別，即想像競合之犯罪的不法內涵僅能透過適用多數法律規定才能適切地表達，也稱之為想像競合的「釐清功能(Klarstellungsfunktion)」¹²。若比較想像競合與法規競合的法律效果，除了在水規競合的情形，較輕罪可能具有優先地位之外，其實少有區別¹³。

二、日本法

（一）想像競合（觀念的競合）

日本刑法第 54 條規定一個行為觸犯二個以上罪名時等之處理，第 1 項規定：「一個行為觸犯二個以上之罪名，或者犯罪之手段或結果行為觸犯他罪名時，從最重之刑處斷。¹⁴」前段即通稱「想像競合」（觀念的競合）之規定，係科刑上一罪的規定。

日本最高法院對於「一個行為」，在昭和 49 年 5 月 29 日最高裁判所大法庭裁判，提出判斷標準：「刑法 54 條 1 項之一個行為，指

¹¹ 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.

¹² Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, §18, Rn. 35.

¹³ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, §18, Rn. 39.

¹⁴ 原文：第 54 条第 1 項 一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する。

脫離法的評價而捨棄構成要件的自然觀察下，行為人之舉止，於社會觀念上，僅受到一個評價。¹⁵」

（二）法條競合(競合的單純一罪)

法條競合係指一個行為在外觀上雖似有數個構成要件均充足，惟就其中一個構成要件予以評價，而排斥其他的構成要件，包括特別關係、補充關係、擇一關係、吸收關係¹⁶。

特別關係，指所犯之罪有一般法與特別法的關係存在，特別法排斥一般法之適用，諸如常習賭博罪與賭博罪、強姦罪與強制猥褻罪、同意殺人與普通殺人罪、森林竊盜罪與竊盜罪。

補充關係指所犯之罪有基本法與補充法的關係存在，基本法排斥補充法的適用，如現住建造物等放火罪為基本罪，非現住建造物之放火罪為補充罪等。

擇一關係指所犯之罪有排他關係，一罪成立，另外一罪就不成立，如侵占罪與背信罪、竊盜罪與侵占罪、誘拐未成年人罪與營利誘拐罪。

吸收關係指所犯之罪中，充足數個構成要件，評價以較重法定刑之構成要件為已足，並另以保護法益同質與否，區分同質吸收關係與異質吸收關係，前者如持有殺意而凶器殺人，傷及其身體，殺人罪與預備、未遂殺人罪之關係；後者如持凶器殺人，殺害之際所著衣物毀損，殺人罪與器物毀損罪之關係。

（三）想像競合與法條競合之區別

¹⁵ 最大判昭和年 5 月 29 日刑集第 28 卷 4 号 114 頁，<https://reurl.cc/R1zQmD>(最後瀏覽：2020 年 9 月 22 日)。

¹⁶ 中山善房，收於大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編)，大コンメンタール刑法〈第 4 卷〉第 43 条~第 59 条，青林書院，2013 年 10 月，193 頁。

想像競合係一個行為產生數個結果(數罪)，然而法條競合為單純一罪，因為數個罰則間的優先關係(特別關係、補充關係、擇一關係、吸收關係)，故僅成立一個犯罪¹⁷。

如以日本法觀念評價本案，似屬行為人之一個行為產生數個結果(數罪)的想像競合，因為其數罰則之間，並無特別、補充、擇一、吸收等法條競合關係。

三、美國法

美國法並無歐陸法系「想像競合犯」與「法規競合」之概念，欲瞭解美國法近似之法律規定，需從瞭解美國法「審判範圍」及「既判力」著手。此處僅介紹與審判範圍有關之美國法規定及實務。

美國刑法有關罪數的計算，係採一行為成立一個罪名之方式，檢察官對被告以某一行為觸犯某一罪名之指控，稱為訴因(count)¹⁸。為使審判範圍具體、特定，便於被告及辯護人採取防禦措施，及衡量起訴是否已達起訴門檻，因此起訴書除記載可確定被告人別之基本資料外，訴因必需載明被告犯行、所犯罪名及依據之法律條款，而犯行則主要記載犯罪構成要件相關之事實。美國聯邦刑事訴訟程序規則第7條規定：「(a)起訴文件之種類：1. 重罪：最重法定刑為死刑或超過一年以上有期徒刑之罪，除刑事藐視法庭罪外，應經大陪審團之起訴。2. 輕罪：最重法定刑為一年以下有期徒刑之罪，可依本規則58(b)(1)之規定起訴(information)。(b)拋棄大陪審團審查權：最重

¹⁷ 木山暢郎，收於川端博、西田典之、原田國男、三浦守、大島隆明(編著)，裁判例コンメンタール刑法〈第1卷〉第1条~第72条，立花書房，2006年7月，443頁。

¹⁸ 在英美法中，民事訴訟與刑事訴訟均採「訴因」制度，訴因即控方指控被告的具體案由(A count is a distinct statement of plaintiff's cause of action (126 F. Supp. 395, 397)). 而所謂的控方，在刑事案件中係指檢察官(通稱prosecutor或the prosecution，實際名稱各國不一)而言。在刑事起訴書中，一個訴因即對某一具體犯罪的明確指控(In indictment, a count, like a charge, is an allegation of a distinct offense(167 S.W. 2d 192,19)，原則上一個可罰行為即觸犯一個罪名，即一個訴因。一份起訴書可能包含一個或數個訴因，即一個罪或數個罪。參見Steven H. Gifis, Law Dictionary, 5th Ed. 2003, Barron's; Legal Dictionary, 3dr Ed. 2007.

法定刑為一年以上有期徒刑之罪，被告經公開法庭告知控訴之性質及其權利後，可拋棄由大陪審團審查起訴之權利，而由檢察官以 information 之方式起訴。(c)性質及內容：1. 原則：無論是由大陪審團名義出具的 indictment，或由檢察官出具的 information，均應以書面為之，清晰、簡要、明確地敘述符合其所控訴犯行之構成要件之關鍵基本事實；並由檢察官簽名。……訴因(count)可引用其他訴因內記載之指訴內容，訴因可主張被告犯罪之方法不明，或被告犯罪之方法使用一個或多個特定的方法。對於每一訴因，起訴文件應就被告所犯之實定法、規則或其他法律條文，提供官方或慣用之引註方式……¹⁹」

美國聯邦刑事訴訟規則第 7 條 (e) 項規定：不經大陪審團之起訴書 (information)，判決前於符合同一犯行及不妨害被告防禦權的前提下，法院得容許檢察官修正或變更起訴書所載之內容²⁰。依此規定，判決前在不追加另一犯行或變更為不同犯行及不損及被告實體權利之情況下，法院得允許檢察官修正起訴書 (information)。依美國實務見解²¹，此條同一性之範圍比後述美國法判斷審判範圍之標準 (lesser included offense) 寬，其判斷重點是起訴書修正是否對被告之防禦權產生侵害，若未產生實質侵害，法院應予容許。

在案件同一性的前提下，美國法院於對被告防禦權沒有造成不利之情形時，應允許檢察官對其起訴書為變更，變更應以書面為之，犯罪事實與所犯法條及罪名之變更可能連動，也可能無關。不在起訴書所特定範圍內之犯罪事實及罪名，除非經檢察官變更，否則法院無審判權利或義務。

¹⁹ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 7

²⁰ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 7(e), "Amendment of Information. The court may permit an information to be amended at any time before verdict or finding if no additional or different offense is charged and if substantial rights of the defendant are not prejudiced."

²¹ Virgin Islands v. Bedford, 671 F.2d 758 (3rd Cir. 1982).

美國法的審判範圍與既判力範圍二者並不相同，審判範圍係考量權力分立、被告防禦權、訴訟經濟等因素，以犯罪事實及罪名是否業經檢察官起訴為判斷基準。如果先後二訴之起訴事實不同，例如被告甲涉嫌同時同地強盜乙、丙 2 人，檢察官先起訴被告強盜乙，再起訴被告強盜丙，雖然罪名相同，但起訴之事實不同，應屬合法²²。

美國聯邦刑事訴訟規則第 31 條 (c) 規定審判範圍：「法院得就起訴罪名之未遂罪、起訴罪名要件中所包含之罪或該罪之未遂罪判決被告有罪。²³」因某些犯罪相互比較，有所謂 lesser included offense 的情形，亦即 A 罪名之構成要件，在 B 罪中全部都有，且 B 罪尚有其他構成要件為 A 罪所無，則 A 罪為 lesser included offense，在實務上，起訴上述 B 罪名，法官可指示陪審團於 B 罪不成立時，得就 A 罪認定成罪。亦即起訴罪名之構成要件包括其他較輕罪名全部之構成要件，則該輕罪為審判範圍所涵括，但法院不得變更輕罪為重罪或非起訴法條構成要件所全部包括之其他罪名。例如起訴殺人罪，法院得變更法條為傷害致死罪或過失致死罪；檢察官起訴強制性交罪，法院得變更為妨害自由罪。檢察官起訴傷害致死罪，法院不得改判殺人罪；起訴妨害自由罪，法院不得改判為強制性交罪或詐欺罪²⁴。

美國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，此數罪名均可予以起訴、判刑。聯邦最高法院在 *Missouri v. Hunter*²⁵ 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

²² 王兆鵬，論一事不再理之憲法原則(上)，台灣本土法學雜誌，第 80 期，2006 年 3 月，51 頁，64 頁。

²³ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 31(c), "Conviction of Less Offense. The defendant may be found guilty of an offense necessarily included in the offense charged or of an attempt to commit either the offense charged or an offense necessarily included therein if the attempt is an offense."

²⁴ 王兆鵬，論審判之範圍，月旦法學雜誌，147 期，2007 年 8 月，142 頁以下；152 頁。

²⁵ *Missouri v. Hunter*, 459 U.S. 359 (1983).

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²⁶，法院不得以想像競合犯之理由，判決被告犯持有毒品罪。²⁷

陸、本署意見

一、法規競合之成立條件

- (一) 本署以為，欲辨別與一行為有關之數個犯罪構成要件，其間究屬想像競合犯關係，或係法規競合之關係，其主要判斷標準，依前通說所示，仍以受侵害之法益為單一法益或複數法益為斷。
- (二) 所謂想像競合犯，依德、日及我國通說，係一個行為同時侵害數個法益，本即成立數罪，然因行為單一，故在行為之應罰評價上，僅依刑罰重點定其應予處罰之罪名。
- (三) 所謂法規競合，是指侵害單一法益之單一行為，雖在形式上該當數個犯罪構成要件，但實質上因為各構成要件間具有特殊之關係，致其中一個構成要件或罪名必須優先適用，進而排斥其他構成要件或罪名的適用。易言之，「法規競合」係行為人出於一個犯意，客觀上僅遂行一個犯罪行為，不但犯罪對象單一，且遭受侵害之法益亦屬單數，雖有數法條同時對此行為為規範，仍應僅被評價為觸犯單一犯罪，而以最適當之法條論罪並處罰。
- (四) 法規競合之得以成立，必須相關行為所該當之犯罪構成要件

²⁶ 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。

²⁷ 以上與犯罪競合有關的美國法制資料，係由最高檢察調辦事檢察官吳巡龍提供。

間，具有特別關係、吸收關係或補充關係等三種關係之一，於評定系爭行為究竟觸犯何罪之「論罪階段」伊始，即須決定應成立何罪，而應排除另一或其他犯罪構成要件之適用；並非兩罪均認成立後，才決定依何犯罪規定處罰。後者係想像競合，而非法規競合。

- (五) 上述三種關係均具有一共同特點，即二構成要件行為或數行為中，必有某一構成要件行為，除已具足另一構成要件行為之全部共通要素外，另又具有被涵攝（或被包攝）之構成要件所未具備之特別要件要素或完整成罪因素。其中，具有包含共通要素與特別要素在內之構成要件，涵攝僅具共通要素者，成立特別關係；具有主要要素之構成要件，涵攝僅具伴隨要素者，成立吸收關係；具有完足要素之構成要件涵攝僅具行為階段或參與關係之未完足要素者，成立補充關係。前者涵攝後者，從而排除後者的適用。一行為形式上可成立之諸罪名或諸構成要件間，若未具有此一涵攝關係者，即不構成法規競合，而必須形成法律上的數罪關係，亦即一行為觸犯罪名的想像競合犯關係。

二、本案系爭犯罪行為不應成立法規競合

- (一) 本件刑事提案裁定所舉述之法規競合說，認為：依證券交易法第 171 條立法意旨、立法過程及該上開 2 款規定之文義觀之，證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之使公司為不利益交易罪，與同條項第 3 款之特別背信罪間，係狹義法與廣義法之關係，後者乃前者之補充性規定，且二者均同為刑法背信罪、侵占罪、詐欺罪等罪之特別規定。若行為人所為成立使公司為不利益交易罪，縱其行為亦符合上開特別背信罪之犯罪構成要件，依狹義法優於廣義法之法規競合原則，即應擇一論以使公司為

不利益交易罪，不能再論以特別背信罪，此乃因法規競合法理所使然。但特別背信罪既為使公司為不利益交易罪之補充規定，是縱行為人所為經評價不符合使公司為不利益交易罪之犯罪構成要件，亦仍有成立特別背信罪之可能，此端視行為人之行為是否符合該罪之犯罪構成要件而定，其間之關係，即類同於刑法第 304 條之強制罪，與刑法以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利為內容之其他特別刑罰規定（如強盜、強制性交、略誘、擄人勒贖等罪）間之關係（最高法院 [106 年度台上字第 205 號](#) 判決採此見解）。

- (二) 實則，本案系爭事實所涉二罪之構成要件間，並不具備前述三種涵攝關係之一，實無構成法規競合之餘地。至 [106 年度台上字第 205 號](#) 判決所稱之「狹義法優於廣義法之法規競合原則」，不但並非學界通說，亦未為實務界所廣採。所謂「廣義法」與「狹義法」之概念，涵意極其寬泛，其學說或理論依據為何？二者具體區隔何在？該判決並未作任何交待，實不宜貿然引為法規競合之適用原則。
- (三) 揆諸上述有關法規競合關係之說明，該判決所稱，第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪所保護之法益為投資之權益及證券市場秩序，同條項第 3 款特別背信侵占罪，其保護之法益則為公司之財產法益，二者性質差異甚大，既不存在通說所謂行為階段或參與關係之「補充關係」。亦不存在任何通說所稱之「特別關係」，則該判決所謂「（第 171 條第 1 項第 2 款之）「特別背信罪」既為「（同條第 1 項第 3 款）使公司為不利益交易罪之補充規定」等語，其意義及依據何在？即令人難以索解，毫無採為本案法律見解之價值²⁸。

²⁸ 若依該判決法律見解末後所述，「其間之關係，即類同於刑法第 304 條之強制罪，與刑法以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利為內容之其他特別刑罰規定（如強盜、強制性交、略誘、擄人勒贖等罪）間之關係」等語觀之，該法律見解之真義，似乎為認為此二犯罪構成要件具

三、本案系爭犯罪行為應成立想像競合犯

誠如本提案裁定所言，證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之「非常規交易罪」及同條項第 3 款「特別背信侵占罪」所保護之法益，確實有所不同。該法前揭條項第 2 款所保護者，一者為含公司聲譽形象在內之一般性利益，二者為公司股東、員工、債權人及一般投資人對大眾對公司可得合理期待之權益，三者則係證券市場之穩定與金融秩序之維護等社會性法益。而該條項第 3 款所保護者，則為公司與及股東所擁有之財產法益。後者所侵害之法益，係直接而具體之財產法益，受害者主要為公司本身。前者所侵害之法益，對公司而言，為該公司之商譽；對公司投資者及權利人而言，為期待公司正當經營所衍生之利益；對社會而言，為證券市場穩等社會利益，法益類別有異，其侵害範圍更為廣泛，影響尤為深遠。總之此二遭受侵害之法益，性質各異，內涵有別，範圍亦有大小之別，確屬不同種類及內涵之法益。是對此二法益造成侵害之上開二款犯罪行為，顯屬構成要件不同之二罪，應無爭論。原審判決認為被告二人係以一行為觸犯上開二罪名，應依想像競合犯論處，而非屬法規競合之擇一適用而成立單一犯罪，洵屬正確。

柒、結論

綜上論述，本案被告共犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之「非常規交易罪」及同條項第 3 款「特別背信侵占罪」二罪間，應成立想像競合犯，自應依刑法第 55 條之規定，從其重者處斷。

此致

最高法院

有概括構成要件與個別構成要件間之「特別關係」存在，揆諸前揭說明，顯與常理及學者通說有違，毫無說服力可言。

中 華 民 國 109 年 9 月 26 日

檢察官 宋國業
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒
林俊言
蔡秋明