

最高檢察署

檢察官言詞辯論意旨書

(111 年度台上字第 977 號)

檢察官 蔡瑞宗
林麗瑩
許祥珍
李進榮
李濠松
林俊言
蔡秋明

目 錄

一、本案基礎事實：	1
二、本案法律爭點：	1
(一) 本案法律問題.....	1
(二) 本案待釐清之子議題.....	2
三、國內實務見解：	2
(一) 不併科罰金（重點對照）說.....	3
1. 101 年度台上字第 3463 號判決.....	3
2. 104 年台非字第 22 號判決	3
(二) 應併科罰金（全體對照）說.....	3
1、109 年度台上字第 483 號判決	3
2、79 年度台上字第 5137 號判決	4
(三) 未明確表示立場者	5
1、108 台上大 2306 裁定及其後相類判決	5
2、111 年度台上字第 4753 號判決.....	6
3、111 年度台上字第 3481 號判決.....	7
四、我國學說	7
(一) 肯定說.....	7
(二) 否定說.....	11
五、國外立法例	12
(一) 日本法	12
1、日本相關立法例	12
2、最高裁昭和 23 年判決—重點對照原則	13

3、昭和 23 年判決衍生之問題	14
4、問題的解決—最高裁見解的修正	17
5、小結—行為人同時構成輕重數罪名時，其科刑結果不應 反低於僅單純犯輕罪時	19
(二) 德國法	21
1、概說	21
2、想像競合之科刑	22
3、輕罪之從刑、附屬效果、保安處分及沒收等亦應列入	24
4、小結	25
六、本署意見	25
(一) 罰金刑屬我國刑法所定本刑之一，刑法第 55 條但書所稱 「最低本刑」自應包括罰金刑在內	25
(二) 刑法罪名輕重之比較，本應採取「全體對照原則」	27
(三) 刑法 55 條前段從一重處斷，應採「全體對照原則」，該條 但書亦然。	28
(四) 刑法第 55 條但書為「處斷刑」之規定	29
(五) 本件原審維持第一審判決被告有期徒刑 6 月，與證券投 資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之最輕本刑「有期徒刑 2 月及 應併科罰金」，孰輕孰重，無從比較。如事實審僅科以有期徒刑 2 月 (未併科罰金) 亦同。	30
(六) 本院 108 年度台上大字第 2306 號裁定與本案情形不同。 涉案法律規定本為「應」併科罰金，不應比照上開大法庭裁定違法 改為「得」併科罰金。	31
(七) 相關延伸問題：	33
七、結論	34

最高檢察署檢察官言詞辯論意旨書

111 年度台上字第 977 號

被 告 林彥名

上列被告因違反期貨交易法案件，經貴院裁定行言詞辯論程序，茲就本案爭點與本署意見及理由分述於後：

一、本案基礎事實：

被告以一經營行為同時未經許可擅自經營期貨經理事業及經營全權委託投資業務，原審認被告係以一行為觸犯 2 罪名，一、二審事實審法院，依想像競合犯關係，從一重論處期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之非法經營期貨經理事業罪刑（未併科輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之「應併科」罰金刑）。檢察官提起第三審上訴主張：原審未依刑法第 55 條但書想像競合「輕罪最低法定刑封鎖作用」之規定，對被告併科輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之「新臺幣 1 百萬元以上 5 千萬元以下罰金。」有判決適用法則不當及違反罪刑相當原則之違法。

二、本案法律爭點：

（一）本案法律問題

本案（111 年度台上字第 977 號被告違反期貨交易法案件）相關法律問題為：被告以一經營行為同時未經許可擅自經營期貨經理事業及經營全權委託投資業務，依想像競合犯關係，從一重論以較重之期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之非法經營期貨經理事業罪，在量刑時應否一併考量輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所規定之「應併科」罰金刑？亦即，刑法第 55 條但書「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之規定，即學理上所稱想像競合「輕罪封鎖作用」（或稱輕罪釐清作用），是否應結合輕罪所定法定最輕應併科

之罰金刑？

(二) 本案待釐清之子議題

1. 刑法第 55 條前段從一重處斷，依刑法第 35 條規定，採取「重點對照原則」，抑或「全體對照原則」？

2. 刑法第 55 條但書是「處斷刑」或「宣告刑」之規定？

3. 本件原審維持第一審判決被告有期徒刑 6 月，其「具體科刑」是否輕於證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之最輕本刑「有期徒刑 2 月及應併科罰金」？又如事實審僅科以有期徒刑 2 月（未併科罰金），情形有無不同？

4. 貴院 108 年度台上大字第 2306 號裁定與本案情形之關聯性為何？亦即，即便採取應併科說，可否比照上開大法庭裁定而權衡裁量應否併科？

5. 相關延伸問題：1、重罪之應併科罰金比輕罪應併科罰金規定為輕；2、重罪之應併科罰金比輕罪得併科罰金規定為輕；3、重罪無併科罰金規定，輕罪有得或應併科罰金規定；4、重罪有得併科罰金規定，輕罪有較重之得或應併科罰金規定。以上常見案例類型為何？應如何處理？

三、國內實務見解：

有關國內實務見解就想像競合犯之處罰係採何立場？必須先限定競合類型為類似本案較重罪名無併科罰金刑，而較輕罪名有併科罰金刑之案型，以利進行討論。經查，直接針對此一問題明確表示見解之案件，並不多見，以下試就上開案件類型，討論我國司法裁判所採立場。

(一) 不併科罰金（重點對照）說

1. [101 年度台上字第 3463 號](#) 判決

該案判決就被告所犯以一行為觸犯槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第 8 條第 4 項之未經許可，持有可發射子彈，具有殺傷力之手槍罪、槍砲條例第 12 條第 4 項之未經許可，持有子彈罪及刑法第 271 條第 1 項之殺人罪，應依想像競合犯之例，從一重論以殺人罪處斷。

惟該院於撤銷原審法院判決（超過當時殺人罪有期徒刑上限 15 年）而自為判決時，並未依較輕罪名槍砲條例第 8 條第 4 項之未經許可，持有可發射子彈，具有殺傷力之手槍罪及同條例第 12 條第 4 項之未經許可，持有子彈罪之規定併科罰金。

純由判決結論觀之，該判決之論罪科刑決定，確實未考慮輕罪併科罰金刑之封鎖作用，可認係採否定說。然而，刑法第 55 條但書「較輕罪名之最低本刑」是否包括罰金刑在內之問題，其實未在該判決理由中有所討論，先前亦未經二審檢察官以上訴提出主張。故尚難據此推論：該案判決就輕罪罪名併科罰金刑之封鎖作用問題明白採取否定說，或逕認該判決係採重點對照說。

2. [104 年台非字第 22 號](#) 判決

該案被告所犯罪名及該院撤銷原判決而自為判決之罪刑量處，與前述判決雷同，亦未直接論及輕罪罰金刑之角色或功能。

(二) 應併科罰金（全體對照）說

1. [109 年度台上字第 483 號](#) 判決

此一判決認：「刑法第 55 條想像競合犯之規定，既列在刑法總則編第七章『數罪併罰』內，且法文稱『一行為而觸犯數罪名』，則依體系及文義解釋，自應對行為人所犯各罪，均予評價，始屬適當。換言

之，想像競合犯本質上為數罪，各罪所規定之刑罰（包含加重、減免其刑及併科罰金）、沒收及保安處分等相關法律效果，自應一併適用，將輕罪合併評價在內，始為充足。原判決既以楊○○所為如其事實欄（下稱事實欄）二所示之犯行，係犯刑法第 330 條第 2 項、第 1 項之攜帶兇器強盜得利未遂罪、槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之槍枝罪、同條例第 12 條第 4 項未經許可持有子彈罪，而依想像競合犯從一重之攜帶兇器強盜得利未遂罪處斷。但對於楊○○於偵查中、審判中自白持有本件槍枝，並供出全部槍枝來源因而查獲，何以未可適用槍砲彈藥刀械管制條例第 18 條第 4 項規定減輕其刑，及未併諭知輕罪之罰金刑，僅泛言：楊○○於本案所犯之罪，從一重適用刑法之攜帶兇器強盜得利未遂罪處斷，無從適用前述規定減刑等語，於法自有未合。」

由該判決「各罪所規定之刑罰(包含加重、減免其刑及併科罰金)、沒收及保安處分等相關法律效果，自應一併適用，將輕罪合併評價在內，始為充足」，已可推知係採取應全體對照說，亦即併科罰金說之見解。該判決所稱「原判決……未併諭知輕罪之罰金刑……於法自有未合」等語，尤係直接表明採取全體對照說，即應併科罰金之立場。

2、[79 年度台上字第 5137 號判決](#)

本件被告係犯當時有效之懲治走私條例第 2 條之 1 第 1 項及台灣省菸酒暫行條例第 37 條第 5 項之罪，係以一行為觸犯二罪名，應依刑法第 55 條前段之想像競合犯規定從一重之銷售走私物品罪處斷。而因較輕罪名之台灣省菸酒暫行條例第 40 條，就查獲之菸酒，有沒收之規定。該院認原審判決未予諭知沒收，有所不當，爰將原判決撤銷改判，諭知將該查獲之洋菸予以沒收。

經查按該案判決並非針對較重罪名無併科罰金刑而較輕罪名有

併科罰金刑案件所為。而係針對較重罪名無沒收規定，而較輕罪名有沒收規定之案件所為之裁判。可資比擬者，係輕罪罪名之沒收處分(當時性質尚屬從刑)亦具封鎖作用一事，該判決雖未提及任何法學理論，惟實際上確實有依想像競合犯較輕罪名所定沒收規定諭知沒收之情事。揆其法理根據，應係直接依循刑法第 55 條本文「從一重處斷」所蘊涵之意旨而為裁判，其結果與採輕罪刑罰之封鎖作用異曲同工，應可歸類為肯定說。

(三) 未明確表示立場者

1、108 台上大 2306 裁定及其後相類判決

近期最高法院判決，自 108 台上大 2306 裁定以降，裁判本文之中述及「刑法第 55 條想像競合犯之規定，既列在刑法總則編第七章「數罪併罰」內，且法文稱「一行為而觸犯數罪名」，則依體系及文義解釋，可知行為人所犯數罪係成立實質競合，自應對行為人所犯各罪，均予評價，始屬適當。此與法規競合僅選擇其中最適宜之罪名，為實質上一罪，明顯有別。換言之，想像競合犯本質上為數罪，各罪所規定之刑罰、沒收及保安處分等相關法律效果，自應一併適用，否則將導致成立數罪之想像競合與成立一罪之法規競合，二者法律效果無分軒輊之失衡情形，尚非立法者於制定刑法第 55 條時，所作之價值判斷及所欲實現之目的。」等相類文字之判決數量，至少達 80 件以上，其中多數均在處理輕罪罪名附帶科處之保安處分問題。由該裁定明白肯定較輕罪名所規定之刑罰，應該一併適用之見解觀之，似乎採全體對照說之立場。

然而，該裁定「刑法第 33 條及第 35 條僅就刑罰之主刑，定有輕重比較標準，因此上揭『從一重處斷』，僅限於『主刑』，法院應於較重罪名之法定刑度內，量處適當刑罰。」等語，若所涉案件類型為重罪與輕罪罪名均有併科罰金之規定者，固無問題。若如本案僅輕罪

罪名有併科罰金刑規定者，如果嚴格依該裁定所稱「於較重罪名之法定刑度內量處」操作，較輕罪名之併科罰金刑，是否得以發揮該裁定前述「各罪所規定之刑罰，自應一併適用」之功能，不免有所疑慮。

2、[111 年度台上字第 4753 號](#)判決

該判決指出：「一行為觸犯數罪名之想像競合犯，本質上係成立數罪，然因刑法第 55 條前段規定，故比較所犯數罪名之法定刑，僅從一重罪之法定刑處斷；而輕、重罪之比較，首依各罪之最重主刑定之，為刑法第 33 條、第 35 條所明定，致重罪法定最輕本刑時有較輕罪法定最輕本刑為輕之情形，為濟依重罪法定刑處斷所宣告之刑可能輕於輕罪法定最輕本刑之窮，俾落實從重處斷之立法旨趣，乃於刑法第 55 條但書明揭裁判者所宣告之刑，不得輕於輕罪法定最輕本刑，資以限縮從重罪法定刑處斷之刑罰裁量範圍。要言之，想像競合犯之處罰，仍悉以所從處斷之重罪法定刑主刑種類及其輕重為據，所犯輕罪之法定刑，僅最輕本刑部分為限制其量刑下限之門檻，即所謂輕罪封鎖作用，此外，並不影響重罪法定本刑內容。」

乍看之下，此一判決明白表示「輕、重罪之比較，首依各罪之最重主刑定之」，似乎採取重點對照說。惟此見解其實僅在處理刑法第 55 條本文「從一重處斷」文義之解釋，而未及於該條但書，此由該判決隨後就該條但書之規定及功能另行論列，即可得知。由該判決所稱「想像競合犯之處罰，仍悉以所從處斷之重罪法定刑主刑種類及其輕重為據，所犯輕罪之法定刑，僅最輕本刑部分為限制其量刑下限之門檻」等語，非不得推論，輕罪罪名之併科罰金刑，亦屬所稱「限制其量刑下限之門檻」，而具有輕罪封鎖作用。此一推論在重罪罪名亦有併科罰金刑時，固順理成章；然重罪罪名並無併科罰金之規定者，有併科罰金之輕罪得否發揮量刑下限門檻之封鎖功能，則尚有解釋空間，或可稱為不定說。

3、111 年度台上字第 3481 號判決

該判決稱：「想像競合犯係一行為觸犯數罪名，行為人犯罪行為侵害數法益皆成立犯罪，僅因法律規定從一重處斷科刑，而成為科刑一罪而已，自應對行為人所犯各罪均予適度評價。法院於決定想像競合犯之處斷刑時，因從較重罪名之法定刑為裁量之準據，是具體形成宣告刑時，倘已將輕罪之刑罰合併評價，應認其評價已經完足。是除輕罪最輕本刑較重於重罪最輕本刑，而應適用刑法第 55 條但書關於重罪科刑封鎖作用之規定外，倘法院依同法第 57 條規定裁量刑罰時，已併審酌輕罪部分之量刑事由，即無評價不足之偏失可言。」

按本件判決並未如 108 台上大 2306 裁定，將量刑範圍限於「較重罪名之法定刑度內」，由其「將輕罪之刑罰合併評價」之判決意旨觀之，似可認採全體對照說。惟在重罪罪名無併科罰金規定，而僅輕罪罪名有併科罰金之規定時，該判決就是否併科罰金採何立場，尚無法明確論斷。

四、我國學說

有關想像競合處罰規定之輕罪的封鎖作用（或稱封鎖效果、封鎖效力、封鎖效應），因為相關規定已經見諸明文（我國刑法第 55 條但書），我國學者在著作中亦多有提及。惟較輕罪名的併科罰金刑（特別是較重罪名無併科罰金之案型）是否具有封鎖效果？在實際案例如何發生作用？則較少學者論及。以下分別介紹相近的肯定說與否定說。

（一）肯定說

林鈺雄教授認為想像競合犯由於該數罪名各皆成立犯罪，此點與法條競合有別，因此，在判決主文中，不論輕重，一切所犯罪名皆應羅列出來，不能僅列重罪而已。藉由這種論罪方式，也可以讓人從主

文中就清楚知道行為人所成立各罪名，稱為釐清功能 (Klarstellungsfunktion)。林教授另外表示，就科刑而言，刑法第 55 條所定「一行而觸犯數罪名，從一重處斷，但不得科以較輕罪名所定本刑以下之刑」，學說上稱此處置方式為限制吸收原則，(das eingeschränkte Absorptionsprinzip)，該條但書所示稱為輕罪之封鎖作用 (Sperrwirkung)，雖為新法所增，但舊法時學說實務早已普遍採納。據此，原則上依照所觸犯數罪中較高的「法定刑」為準，但若較重之罪的最低法定刑，還輕於較輕之罪的最低法定刑者，最後的處斷不能低於輕罪的最低本刑。換言之，科刑的「上限」是重罪的最重法定刑，「下限」是數罪中最高的最輕本刑。

例如，一行為觸犯 A、B 兩罪，A 罪法定乃「5 年以下有期徒刑、拘役或 500 元以下罰金」，B 罪法定乃「5 年以下有期徒刑或拘役」，此時，科刑的上限是 5 年有期徒刑，下限是拘役，但不得僅科處罰金。

林教授並稱：以上是本法明示的限制吸收原則，但實際上還有其他未被明文提到的併科原則，簡言之，雖然從一重的重罪處斷，但若輕罪中有併科主刑、從刑或保案處分者，不受影響，仍得科刑。

例如，一行為觸犯 A、B 兩罪，A 罪法定乃「7 年以下有期徒刑」，B 罪法定乃「5 年以下有期徒刑或拘役，得併科 1000 元以下罰金」，設若法官從一重處斷為 6 年有期徒刑，併科 500 元罰金，此乃合法處斷。¹

由此可以推知，林教授就本案問題，亦即在重罪罪名無應併科罰金刑，而輕罪罪名有應併科罰金之刑的案例，係採應予併科輕罪所定罰金刑立場甚明。

¹ 林鈺雄，新刑法總則，頁 603、604，2009 年 2 版，作者自版。

蔡聖偉教授就如何處理想像競合犯輕罪併科罰金刑之適用問題，則主張直接由刑法第 55 條本文規定下手。蔡教授認為，刑法第 55 條本文「從一重處斷」本質上就是一個界定主刑量刑範圍（上限和下限）的規則，只是用來形成單一的主刑(einheitliche Hauptstrafe)，而不是在決定「何法條（罪名）可得適用」，自然沒有理由必須侷限於單一條文所規定的效果。

蔡教授主張，在操作這個規則時，原則上是以法定刑度作為輕重比較的基礎，選出其中最重的刑度作為量刑框架的界標。不過這個最重刑度，也就是最重的科刑上限及下限，一如前段所述，並不限於出自同一法條。亦即，依照刑法第 55 條本文的解釋，法官即可利用所有成立並得適用之法條中所規定的刑度，以其中最重的最高與最低刑，形成一個新的科刑框架範圍，即所謂的「組合之刑罰框架」(Kombinationsstrafrahmen)。

關於同條但書之規定，蔡教授以為，雖然一般將此但書稱作輕罪的封鎖效果(Sperrwirkung)，是用來防止行為人獲得不應得的利益。詳言之，在想像競合的情形，行為人是在輕罪外又違犯了更重的犯罪，倘若因此反而可以獲得比輕罪法定刑度更輕的處罰，自屬評價矛盾，所以讓輕法的刑度下限形成一道封鎖。

依蔡教授前述主張，按照同條本文關於「從一重處斷」的操作說明，在決定主刑的量刑框架下限時，本來就是取各罪法定刑下限中的最重者作為量刑框架的下限，因此，該條但書其實並沒有創設任何的新規則或例外限制，充其量只有提醒的作用，本即屬從重處斷的內容，不需要立法者明文「授權」。

蔡教授進一步表示，由於想像競合關係中的所有罪名均成立且應適用，故輕罪理論上應當形成加重刑罰的效果，就算沒有輕罪刑度下

限的封鎖規定，具體的量刑結果也不應該掉到法定刑度的底端，故本條但書的提示意義實際上相當有限。若是如此理解刑法第 55 條本文的「從一重處斷」，那麼諸多技術性問題也就迎刃而解，例如「重罪無併科罰金之規定，而輕罪設有併科罰金之規定，是否仍得宣告併科罰金」、「所涉罪名均設有併科罰金之規定，但重罪罰金上限低於輕罪之罰金上限時如何處理」等問題，自然也就不再是問題。²

最高法院吳燦院長，在「想像競合犯處斷刑之衡平——最高法院刑事大法庭 108 年度台上大字第 2306 號裁定評析」³ 一文中，曾舉三例⁴，討論想像競合犯之量刑問題。其中第二例：「甲意圖殺乙，購得具殺傷力之改造槍枝後，持以射殺乙致死，應依想像競合犯處斷」案，其重罪罪名為殺人罪，無併科罰金之規定，而其輕罪罪名修正前槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項，則併科新臺幣 700 萬元以下罰金，該案例類型與本案性質相似，所生刑罰適用問題亦屬相同。

吳院長在文中主張，刑法第 55 條但書係針對重罪之科刑，以「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」的方式設其限制規定，就前揭案例二而言，其輕罪所定之最輕本刑，均較重罪之最輕本刑為輕，

² 蔡聖偉，想像競合中輕罪保安處分之適用，月旦裁判時報，第 118 期，頁 58-60。(2022 年)

³ 參閱月旦裁判時報，第 101 期，頁 5-19。(2020 年 11 月)

⁴ (一) **案例一**：甲同時轉讓 1. 第二級毒品大麻 2. 禁藥甲基安非他命 27 (均未達一定法定數量) 罪名：1. 轉讓第二級毒品罪 (毒品危害防制條例 § 8 II：6 年以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 70 萬元以下罰金)、2. 轉讓禁藥罪 (藥事法 § 83 I：7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 5,000 萬元以下罰金)。**從重罪名**：藥事法 § 83 I 轉讓禁藥罪。

(二) **案例二**：甲意圖殺乙，購得具殺傷力之改造槍枝後，持以射殺乙致死。罪名：1. 持有改造槍枝罪 (修正前槍砲彈藥刀械管制條例 § 8 IV：3 年以上 10 年以下有期徒刑，併科新臺幣 700 萬元以下罰金) 2. 殺人罪 (刑法 § 271 I：死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑)。**從重罪名**：刑法 § 271 I 殺人罪

(三) **案例三**：甲參與某電信詐欺集團期間，三人以上詐騙乙新臺幣 50 萬元得手。罪名：1. 參與犯罪組織罪 (組織犯罪防制條例 § 3 I 後段、III：6 年以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1,000 萬元以下罰金；並應於刑之執行前，強制工作 3 年。) 2. 加重詐欺罪 (刑法 § 339-4 I ②：1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 100 萬元以下罰金)。**從重罪名**：刑法 § 339-4 I ② 加重詐欺罪

並無適用該但書之餘地。但案例二所從重之殺人罪名，如未一併宣告輕罪之「併科罰金」，實則與單純一罪之科處無殊，而有罪刑失衡之情形。案例二，其輕罪「併科罰金」，雖未有如但書封鎖之規定，惟參照刑法第 55 條但書封鎖規定之立法旨趣，係在於避免科刑偏失，則此一立法旨趣之射程，不論依其規範目的衡量，或邏輯上之推論，舉輕以明重，更有適用於案例二之理由者，乃屬當然解釋，而非擴張適用。此亦為審判上之罪刑相當原則，應為合目的性裁量之適例。

觀諸吳院長前揭論述，不論較重罪名是否有併科罰金之規定，其輕罪之處罰若有併科罰金刑者，則其罰金刑即應以輕罪「最低本刑」之一的角色，作為認定輕罪最低刑度之比較項目，而得發揮輕罪罪名之封鎖效力，其說理依據則為罪刑相當原則，兼及刑法合目的性之考量，殊值贊同。

(二) 否定說

惟學說亦有採取不併科輕罪罰金刑者，例如許恆達教授即主張：「併科罰金並非典型意義之「最低本刑」，無法納入刑法第 55 條但書之字義範圍，否則即屬類推適用，有違罪刑法定原則。依現行法規定，立法者明顯採取吸收原則而從重罪處斷，僅在輕罪法定刑下限例外接納結合原則，從立法明文的反面解釋，可知除了涉及「刑罰」之輕罪法定刑下限，都應採取吸收原則決定想像競合後之法律效果。」許恆達教授並認為，「輕罪之併科罰金，無法涵攝入『輕罪本刑下限』之概念，當僅能認已被重罪制裁效果吸收，不能再另外論處」。許教授甚至認為，「若重罪未規定併科，則不得併科罰金；至若重罪併科罰金數額較低，亦應依重罪之較低額度併科金額處斷。」⁵

⁵ 許恆達，強制工作與想像競合封鎖作用的法定前提：兼評最高法院 108 年台上大字第 2306 號刑事裁定，《月旦法學雜誌》，299 期，頁 121、123、127-128，(2020 年 4 月)。

五、國外立法例

(一) 日本法

1、日本相關立法例⁶

- (1) 日本關於想像競合（又稱「觀念的競合」）規定於其刑法第 54 條第 1 項前段：「一行為犯二以上罪名者…，從最重之刑處斷」，與我國刑法第 55 條本文相似。我國刑法於 94 年修正時除刪除原第 55 條之牽連犯外，並仿德國、奧地利立法例增定但書：「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」（即所謂輕罪法定刑封鎖效力），此則為日本現行法所無。
- (2) 另該國刑法第 9 條規定：「主刑指死刑、懲役、禁錮、罰金、拘役及科料⁷，從刑指沒收」、第 10 條規定「主刑之輕重，依前條順序定之。但無期禁錮與有期懲役以禁錮為重，有期禁錮之最高刑期逾有期懲役之最高刑期二倍者，以禁錮為重（第 1 項）。同種之刑，以最高刑期較長或最高數額較多者為重，最高刑期或最高數額相同者，以最低刑期較長或最低數額較多者為重（第 2 項）。二以上死刑，或同種之刑其最高刑期、最高數額及最低刑期、最低數額相同者，依犯罪情節定其輕重（第 3 項）」。⁸為便於敘述，日本法之懲役及禁錮，以下均稱為「有期徒刑」，合先敘明。
- (3) 此外，因其刑法第 6 條明訂：「犯罪後法律有變更時，從其輕」，為處理新舊刑法之比較，刑法施行法第 3 條第 3 項規定：「犯一罪併科二以上主刑或自二以上主刑中選擇其一時，僅以其中最重之

⁶ 以下日本相關法規均引用自 e-Gov 法令檢索 <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=140AC0000000045>，最後瀏覽日期 2023 年 1 月 9 日。

日本法所謂「科料」，係針對輕微犯罪科處之財產刑罰，依其刑法第 17 條規定乃「1 千日圓以上 1 萬日圓未滿」，至於罰金，依同法第 15 條原則係「1 萬日圓以上」。

⁷ 日本法所謂「科料」，係針對輕微犯罪科處之財產刑罰，依其刑法第 17 條規定乃「1 千日圓以上 1 萬日圓未滿」，至於罰金，依同法第 15 條原則係「1 萬日圓以上」。

刑進行對照比較」。

日本最高裁判所（下稱最高裁）即依前開規定為基礎，發展其對想像競合犯之處斷刑。

2、最高裁昭和 23 年判決⁸—重點對照原則

(1) 第 54 條所謂「從最重之刑處斷」，依前述第 10 條規定，所犯數罪若均只有單一刑種（例如都只規定有期徒刑），此時即以該單一刑種進行比較，較為單純；然若各該罪名有二以上不同刑種，例如同時有徒刑或併科罰金等時，則如何比較決定「最重之刑」？僅依前開條文便未必明確。最高裁昭和 23 年（1948）4 月 8 日判決（下稱昭和 23 年判決），即針對後者情形如何決定最重之刑，確立基本原則。

(2) 該案例涉及糧食管理法違反罪（10 年以下有期徒刑或科或併科 5 萬圓以下罰金，下稱甲罪）及物價統制令違反罪（10 年以下有期徒刑或科或併科 10 萬圓以下罰金，下稱乙罪）二罪之想像競合，昭和 23 年判決闡釋如下：

A. 刑法第 54 條第 1 項「從最重之刑處斷」，係指就各罪之「法定刑」互相比較而言，此先敘明。

B. 關於刑之比較對照方法有二，一為僅就較重之刑種互為比較，不考量其他較輕刑種，例如均規定有期徒刑及併科罰金時，僅比較有期徒刑孰重（若該最重刑種完全相同，則依刑法第 10 條第 3 項考量犯罪情節定其輕重），此稱「重點對照原則」；二係就複數刑種之全部進行對照，亦即首先比較最重刑種（例如有期徒刑），若相同，再比較次重刑種（例如罰金），依序類推，

⁸ 刑集 2 卷 4 期，頁 307。

此稱「全體對照原則」。

- C. 就本案例而言，依重點對照原則，僅比較甲、乙二罪之有期徒刑部分，罰金刑部分可忽略，然因該二罪徒刑相同（均為 10 年以下），故依第 10 條第 3 項視犯罪情節定之；若採全體對照原則，因徒刑部分相同，故再比較罰金，以處罰較多者為重。
- D. 依刑法第 10 條第 1 項但書及第 2 項觀察，似以全體對照原則較合文義，然刑法施行法第 3 條第 3 項明訂「僅以其中最重之刑」進行對照，雖該施行法旨在處理新舊刑法之輕重比較，但於適用刑法 54 條第 1 項時，未嘗不能參採該施行法之精神，且其運用上也較為簡明，故應採重點對照原則。
- E. 從而，在重點對照原則下，本案僅比較徒刑而可略去不再比較罰金，甲、乙二罪之徒刑相同，故依第 10 條第 3 項考量犯罪之情節，認以甲罪（糧食管理法）為重。

3、昭和 23 年判決衍生之問題

依該判決確立之原則，只比較較重刑種決定何罪為重，一旦決定後，輕罪之刑即完全捨去不顧，確實較為簡易，然如此卻將衍生其他問題，也就是當構成數罪名時，其最終量刑結果可能反而輕於只單純構成一輕罪時，造成不合理現象。歸納各衍生之問題分述如下⁹：

（1）關於刑之下限

此指輕罪之下限刑較重罪之下限刑更重時，例如行使偽造私文書罪，處 3 月以上 5 年以下有期徒刑，詐欺罪處 10 年以下有期徒刑，比較徒刑後，從較重之詐欺罪規定處斷，但因完全不再考量輕罪，

⁹ 田中優輝，〈科刑上一罪の処断〉，《法と政治》，関西学院大学，2021 年 11 月，第 72 卷第 3 期，頁 54 以下。

此時最低即有可能只量處有期徒刑 1 月¹⁰，反而低於只犯輕罪（行使偽造私文書）時之 3 月以上。

（2）關於併科刑之納入

僅輕罪有併科之規定，重罪無之。例如非以營利為目的持有安非他命罪，處 10 年以下有期徒刑，與基於營利為目的持有大麻罪，處 7 年以下有期徒刑併科 300 萬圓以下罰金，以前者為重；又如教唆竊盜罪，處 10 年以下有期徒刑或 50 萬圓以下罰金，與有償受讓贓物罪，處 10 年以下有期徒刑併科 50 萬圓以下罰金，依犯罪情節，以前者為重。

此時，若只單純犯上開輕罪時，依法除徒刑外原「應併科」罰金，然同時構成重罪時，依昭和 23 年判決，卻反而無併科罰金之適用。

何況，併科罰金亦有其固有重要意義，申言之，刑罰訂有併科罰金者，通常係針對得利型之犯罪，立法者藉此剝奪其不法獲利，使意欲為此類犯罪者警惕將得不償失，具有防止再犯之機能¹¹，若僅因同時構成重罪，即無從併科罰金，顯違併科之立法目的。

（3）關於選擇刑之上限

輕重各罪均有得科較輕刑種之規定時。例如侵入住居罪處 3 年以下有期徒刑或 10 萬圓以下罰金，與暴行罪處 2 年以下有期徒刑或 30 萬圓以下罰金。則只犯後者輕罪時，罰金刑尚能至 30 萬圓，然依昭和 23 年判決，於同時構成較重之侵入住居罪時，罰金卻只能在

¹⁰ 依日本刑法第 12 條及第 13 條規定，有期懲役、有期禁錮均為 1 月以上、20 年以下。

¹¹ 大塚仁等，《大コンメンタル刑法第 1 卷》，青林書院，2015 年 7 月，第 3 版，頁 377。

10 萬圓以下（因已排除輕罪不論），其不合理至明。

此外，有見解認為，若認處罰金會有上述不合理現象，則只要適用重罪時，法院宣告處徒刑而不處罰金即可，然此除與前述併科罰金應同樣考量利益剝奪之立法原意外，也忽略了罰金刑本寓有救濟短期自由刑弊害之目的，採此方式將反其道而行，並非妥適¹²。

（4）小結—關鍵不在採用重點對照原則或全體對照原則

綜上，昭和 23 年判決採重點對照原則，僅比較最重刑種（相同時，則依犯罪情節定之），較重者即從該罪決定處斷刑，致衍生上述問題。

重點對照原則與全體對照原則之主要區別，在當數罪之最重刑種相同時，前者係依刑法第 10 條第 3 項以其犯罪情節決定輕重，後者則依序往下比較併科刑或選擇刑等。

然應進一步說明的是，上列衍生問題並非只是因為採重點對照原則所致，縱採全體對照原則，亦可能有相同問題。蓋就二者之比較步驟觀察，重點對照原則「只」比較最重的罪種，例如皆為有期徒刑時，以刑期高者為重；而全體對照原則亦是就罪種「依序」比較，例如同樣都是 10 年以下有期徒刑，則再比較罰金額。換言之，若於徒刑比較階段就能分出輕重時，全體對照原則亦不再往下比罰金，其結論將與重點對照原則相同，則上所舉衍生問題，在全體對照原則下仍有可能發生。

要之，關鍵不在採用前述何種原則，而是在比較之後一概捨棄輕罪不論，在某些案例即會產生前述罪刑不相當之問題。

¹² 田中優輝，前揭文，頁 59。

4、問題的解決—最高裁見解的修正

針對上開實務疑義，日本並非經由修法而是由最高裁再作成數則判決解決，就上開衍生問題，將**最高裁見解**分述如下。

(1) 關於刑之下限—不應低於輕罪最下限之刑罰

昭和 23 年判決作成後，最高裁於 5 年後又作成昭和 28 年 (1953) 4 月 14 日判決¹³，對昭和 23 年判決一概捨棄輕罪不論之見解為修正。

該案例係犯妨害公務罪處 3 年以下有期徒刑，及傷害罪處 10 年以下有期徒刑或科罰金 2 萬 5 千圓。最高裁在本件判決指出，刑法第 54 條第 1 項所謂「從最重之刑處斷」，指就數罪罪名之法定刑進行比較後擇其重者，且依該條立法意旨，不能處比輕罪最下限的刑罰更輕，換言之，各法條中法定刑的最上限及最下限都應在處斷範圍內。

從而，本案原審判決依較重之傷害罪僅處罰金 2 萬圓，顯非適法（按只犯較輕之妨害公務罪時，係不得處罰金而至少應 1 月以上有期徒刑），故應撤銷原判。

最高裁此一判決所確立之「依第 54 條第 1 項立法意旨，不能處比輕罪最下限刑罰更輕之刑」，即我國刑法第 55 條但書之「輕罪封鎖作用」。

(2) 關於併科刑之納入—輕罪之應併科罰金亦應列入範圍

最高裁平成 19 年 (2007) 12 月 3 日判決¹⁴指出，本案所涉詐欺罪處 10 年以下有期徒刑，及隱匿犯罪所得罪處 5 年以下有期徒刑或科或併科 300 萬圓以下罰金，此時參酌第 54 條第 1 項意旨，除較

¹³ 刑集 7 卷 4 期，頁 850。

¹⁴ 刑集 61 卷 9 期，頁 821。

重之罪之有期徒刑外，輕罪之併科罰金刑亦應列入範圍，因而，原審依詐欺罪處有期徒刑 1 年 2 月並依隱匿犯罪所得罪併科罰金 100 萬圓，應予肯認維持。

所謂「參酌第 54 條第 1 項意旨」，係指想像競合乃基於一個社會事實，給予一次性地處罰，法律文義係「從最重之刑處斷」而非「從最重之罪之刑處斷」，因此，刑罰下限之限制或輕罪所規定之併科罰金，亦應整體加以考量，否則，若行為人單純僅犯輕罪時，依法尚得併科罰金，同時構成重罪時，反而不得科罰金，顯非合理¹⁵。

(3) 關於選擇刑之上限—**輕罪罰金刑高於重罪罰金刑時仍應依輕罪之罰金刑定之**

最高裁令和 2 年 (2020) 10 月 1 日判決¹⁶，該案涉及侵入住居罪 3 年以下有期徒刑或 10 萬圓以下罰金，及偷拍罪¹⁷ 6 月以下有期徒刑或 50 萬圓以下罰金。本件最高裁意旨略以：雖昭和 23 年判決指出於擇定輕重時，應參酌刑法第 10 條及刑法施行法第 3 條第 3 項等規定，僅以主刑中最重之刑進行比較，但如本案所示，當數罪均另有得選擇罰金刑之規定且數額不同時，該判決並未論及關於罰金之上限，自不能率以解為可置輕罪規定於不顧。從而，就各主刑中依較重刑種比較後，若輕重之罪均訂有得選擇罰金刑之規定，且輕罪罰金刑數額高於重罪罰金刑數額時，參酌刑法第 54 條第 1 項立法意旨，仍應依輕罪之罰金刑定之。

換言之，本案處斷刑範圍應係 3 年以下有期徒刑或 50 萬圓以下罰金。

¹⁵ 《最高裁判所判例解説刑事編平成 19 年度》，法曹會，2011 年 3 月，頁 466、467。

¹⁶ 刑集 74 卷 7 期，頁 721。

¹⁷ 本案所涉為「埼玉県迷惑行為防止条例」第 12 條第 2 項第 1 款及第 2 條第 4 項。

5、小結—行為人同時構成輕重數罪名時，其科刑結果不應反低於僅單純犯輕罪時

綜上所述，日本有關想像競合之「從最重之刑處斷」，首先係昭和 23 年判決確立基本原則，即參酌刑法第 10 條、刑法施行法第 3 條第 3 項採重點對照原則，以法定刑中最重刑種進行比較，決定後即捨去輕罪不再論。

但也正因如此（完全捨去輕罪不問），致實務衍生上述關於「刑之下限」、「併科刑」及「選擇刑之上限」等問題。

故最高裁嗣又先後作成判決，針對「刑之下限」，昭和 28 年判決認為：「不能處比輕罪最下限的刑罰更輕」（即我國刑法第 55 條但書「輕罪封鎖作用」）；針對「併科刑」，平成 19 年判決認為：「輕罪所規定之併科罰金，亦應加以考量」；而「選擇刑之上限」，令和 2 年判決認：「若數罪均訂有得選擇罰金刑之規定，且輕罪罰金刑數額高於重罪罰金刑時，參酌刑法第 54 條第 1 項立法意旨，應依輕罪之罰金刑定之」。

考察最高裁前開各判決意旨，其價值選擇至為清楚，即：行為人同時構成輕重數罪名時，其科刑結果不應反低於僅單純犯輕罪時，方屬合理。且此與德國立法例所揭櫫之法理相同（詳後述）。

➤ 日本實務判決簡要圖示

（所涉各罪皆以 A、B 代之）

法律規定	日本刑法第 10 條、54 條第 1 項、刑法施行法第 3 條第 3 項
最高裁 昭和 23 年判	1. 重點對照原則

決	2. 僅以較重刑種比較； <u>決定重罪後輕者即不論</u>
---	--------------------------------

衍生問題	解決	例示（網底標示者為重罪，然輕罪底線刑罰亦應納入處斷刑之下限）
1. 刑之下限	昭和 28 年判決 (1953)	<p>A 罪：<u>3 月以上 5 年以下</u>有期徒刑</p> <p>B 罪：1 月以上 10 年以下有期徒刑</p> <p>➤ 以 B 罪為重；處斷刑：3 月以上 10 年以下有期徒刑。</p>
2. 併科刑之納入	平成 19 年判決 (2007)	<p>A 罪：10 年以下有期徒刑</p> <p>B 罪：7 年以下有期徒刑併科 <u>300 萬圓以下罰金</u></p> <p>➤ 以 A 罪為重；處斷刑：10 年以下有期徒刑併科 300 萬圓以下罰金。</p>
3. 選擇刑之上限	令和 2 年判決 (2020)	<p>A 罪：3 年以下有期徒刑或 <u>10 萬圓以下罰金</u></p> <p>B 罪：2 年以下有期徒刑或 <u>30 萬圓以下罰金</u></p> <p>➤ 以 A 罪為重；處斷刑：3</p>

		年以下有期徒刑或 30 萬圓以下罰金。
--	--	---------------------

➤ 最高裁判決之立論宗旨：

行為人同時構成輕、重數罪名時，其科刑結果不應反低於僅單純犯輕罪時。

(二) 德國法

1、概說

本案爭議問題係想像競合時如何論罪科刑，此規定於德國刑法第 52 條行為單一(Tateinheit):

- (1)同一行為觸犯數刑法規定，或同一行為觸犯相同刑法規定多次者，僅科處一刑罰。
- (2)觸犯數刑法規定者，從最重法定刑之規定科刑。但不得低於其他可適用之規定所容許之刑度。
- (3)法院在第 41 條前提下，得在徒刑外併科罰金。
- (4)可適用之規定如允許從刑、附屬效果及處分(刑法第 11 條第 1 項第 8 款)，法院必須或得宣告之。

第 1 項旨在宣示:一行為，雖同時觸犯數刑法規定，或觸犯相同規定多次，仍僅科以一刑罰，蓋相較於第 53 條及第 54 條「行為複數」(Tatmehrheit)情況，縱結果相同(相隔數日各殺一人與一次炸死二人)，單一行為之不法及罪責內涵仍較輕微¹⁸。又與法規競合不同，「想像競合」一行為所觸犯各罪皆係完整實現構成要件，雖從一重處斷，仍應在判決主文將各罪或數個同一罪臚列，不能僅列出重罪，稱為「釐

¹⁸ RGSt 70, 26,29; Ruth Rissing-van Saan, LK 12AufI. §52 Rn.4.

清功能」(Klarstellungsfunktion)¹⁹。

本條第 2 項至第 4 項則係規範「想像競合」時應如何論罪科刑。德國自 1969 年 6 月 25 日第一次刑法改革法案後，刑法分則各罪廢除「徒刑併科罰金」之設，僅規定「徒刑」(包括終身監禁)與「徒刑或罰金擇一」兩種態樣(德國刑罰並無拘役)²⁰，「併科罰金」則移置刑法總則第 41 條，該條規定：「行為人透過本罪而獲利或獲利未遂，考量其個人或經濟情狀後，如認為適當，得於徒刑外，另科處原未規定或僅得擇一宣告之罰金」。刑法第 52 條第 3 項即表明，在「想像競合」時，縱所觸犯各罪均無罰金之刑，於符合第 41 條要件時，仍得併科罰金。

2、想像競合之科刑

從刑法第 52 條第 1 項規定可知，想像競合可分為「同種」(gleichartig) 即「同一行為觸犯相同刑法規定多次」，與「異種」(ungleichartig) 即「同一行為觸犯數刑法規定」兩態樣，並在科刑上有所不同²¹。

(1) 同種想像競合一列入量刑考量或屬「情節重大」

此種情形如一詐騙行為，卻有多人受騙上當，行為人論以詐欺罪，科刑時，此種「同一行為觸犯相同刑法規定多次」可列入「犯行種類及所生危害」(刑法 46 條第 2 項)之量刑考量，而在刑法第 263 條法定刑內(5 年以下有期徒刑或罰金)從重量刑，但不能超過法定刑度²²。另同種想像競合亦屬刑法分則所稱之「情節重大」(in besonders schweren Fällen)，可論以不同刑度²³。

¹⁹ BGHSt39, 100, 108f; Sternberg-Lieben/Bosch, in Sch/Schröder/Stree, StGB 30 Aufl. §52 Rn. 2.

²⁰ BGBl.IS.645.

²¹ v. Heintschel-Heinegg, MüKo 4 Aufl. §52 Rn.104

²² Sternberg-Lieben/Bosch, a.a.O., §52 Rn.33.

²³ Sternberg-Lieben/Bosch, a.a.O., §52 Rn.33. 例如德國刑法第 212 條第 1 項規定，故意殺人者，

(2) 異種想像競合—結合性刑罰框架

例如本案被告一行為犯期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之非法經營期貨經理事業罪及證券投資信託顧問法第 107 條第 1 款之罪，因二罪不同，在德國稱為「異種想像競合」。早於 1871 年帝國刑法第 73 條即規範想像競合應如何論罪科刑，當時係從最重法定刑科刑，其餘輕罪之刑度則置之不顧，「重罪完全吸收輕罪」，學說稱為「絕對吸收原則」(der Grundsatz der absoluten Absorption)²⁴。惟帝國法院於 1939 年 3 月 22 日判決中²⁵認為，想像競合之量刑亦須考慮輕罪之最低刑度，此項「限制吸收原則」(das eingeschränkte Absorptions-prinzip)為戰後聯邦法院所承繼²⁶，並於 1969 年 6 月 25 日第一次刑法改革法案引入刑法²⁷。

依前揭「限制吸收原則」，量刑時應以重罪之最高法定刑作為「上限」，重罪之最低法定刑如低於輕罪時，輕罪之最低法定刑為「下限」，此稱為輕罪之封鎖效力(Sperrwirkung)²⁸，否則行為人反因一行為觸犯數罪名而受有較犯單純一罪時更優之待遇²⁹。換言之，在異種想像競合，應將所觸犯之數罪法定刑度均納入考量，並經由上下限之確定得出「結合性刑罰框架」(Kombinationsstrafrahmen)³⁰。至如何具體應用前述刑罰框架，德國學說依所犯各罪之刑罰種類是否相同說明：

A. 刑罰種類相同—科處刑罰範圍應具體認定

²⁴ 處 5 年以上有期徒刑；第 2 項則規定「情節重大者」，處終身監禁。

²⁵ Ruth Rissing-van Saan, a.a.O., §52 Entstehungsgeschichte.

²⁶ RGSt 73, 148。

²⁷ BGHSt 1, 152。

²⁸ Ruth Rissing-van Saan, a.a.O., §52 Entstehungsgeschichte. 1969 年 6 月 25 日第一次刑法改革法

案引入「限制吸收原則」於舊刑法 73 條第 2 項，嗣後 1975 年 1 月 2 日第二次刑法改革法案

將刑法 73 條調整為現行第 52 條。

²⁹ v. Heintschel-Heinegg, a.a.O., §52 Rn.114.

³⁰ Ruth Rissing-van Saan, a.a.O., §52 Rn.45.

³¹ v. Heintschel-Heinegg, a.a.O., §52 Rn.114.

前述刑罰框架之上下限應「具體」認定，而非僅憑抽象法定刑度，亦即須考量個案之加重減輕事由對刑度之影響。例如一行為觸犯謀殺「未遂」罪與「加重」強盜罪，謀殺罪依德國刑法第 211 條規定處終身監禁，未遂時，依刑法第 49 條第 1 項第 1 款結合第 38 條第 2 項規定，可處 3 年以上 15 年以下有期徒刑；而加重強盜罪依刑法第 250 條第 2 項則處 5 年以上 15 年以下有期徒刑，兩者結合所得出之刑罰框架即「5 年以上 15 年以下有期徒刑」³¹。

B. 刑罰種類不同—重刑排斥輕刑

如前所述，德國刑罰僅有「徒刑」及「罰金」，前者重於後者，在形成前述刑罰框架時，輕刑會被重刑所排斥³²，例如：

a. 一罪法定刑科處有期徒刑，另一罪僅科處罰金，想像競合量刑時僅能科處較重之有期徒刑；

b. 一罪法定刑科處有期徒刑，另一罪科處有期徒刑或罰金，結論與 a 相同。

a、b 兩種情形之罰金刑均被排斥，惟於符合刑法第 47 條要件時³³，仍得科處罰金。

3、輕罪之從刑、附屬效果、保安處分及沒收等亦應列入

依刑法第 52 條第 4 項規定，只要一行為所觸犯各罪中有應或得宣告從刑(Nebenstrafe)³⁴、附屬效果(Nebenfolgen)³⁵或 11 條第 1 項

³¹ v. Heintschel-Heinegg, a.a.O., §52 Rn.120.

³² v. Heintschel-Heinegg, a.a.O., §52 Rn.121.

³³ 德國刑法第 47 條 科處短期刑之例外情形(Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen)
(一)法院僅得在犯行及行為人屬性有特殊情狀，使得科處徒刑成為影響行為人或防衛法秩序所必要時，始得科處 6 月以下有期徒刑。
(二)法律未定罰金或六月以上有期徒刑，如依前項科處徒刑非屬必須時，法院科處罰金。法律如定有徒刑下限，則前段情形依徒刑下限確定罰金最低額度。於此 30 日額等同 1 月徒刑。

³⁴ 此規定於德國刑法第 44 條之禁止駕駛(Fahrverbot)，即行為人駕駛動力交通工具犯罪，或因
違犯前揭工具之駕駛人所負義務而犯罪時，法院得定一月以上三月以下期間，禁止行為人駕
駛動力交通工具。

³⁵ 此規定於德國刑法第 45 條褫奪公權。

第 8 款之處分(Maßnahmen)³⁶之規定，於想像競合科刑時，法院亦應或得宣告之。例如一行為觸犯刑法第 222 條「過失致死罪」及第 315c 條第 3 項「過失危害交通罪」，「過失致死罪」處 5 年以下有期徒刑或罰金，「過失危害交通罪」係 2 年以下或罰金，兩罪依刑法 52 條第 2 項從一重處斷結果，應論以過失致死罪並依該罪刑度科刑(本件無輕罪封鎖效力可言)，惟依刑法第 69 條第 2 項第 1 款規定，犯刑法第 315c 條之罪於符合要件時應撤銷駕駛許可(Entziehung der Fahrerlaubnis)(屬保安處分)，此際雖論以過失致死罪，仍得撤銷駕駛許可³⁷。

4、小結

德國刑法第 52 條第 2 項規定與我國刑法第 55 條規定相似，想像競合之科刑「上限」係重罪之最重法定刑，「下限」係數罪中最高之最輕本刑³⁸，由上下限之確定得出「結合性刑罰框架」，輕罪並具有封鎖效力。惟德國刑法分則各罪之刑已無「徒刑併科罰金」之設，而係將「併科罰金」移置刑法總則第 41 條，此與我國刑法有異。另由德國刑法第 52 條第 3 項及第 4 項規定觀之，於想像競合時被從一重罪處斷而吸收之輕罪，除刑度以外之原有法律效果仍繼續發揮作用，德國立法者藉此揭櫫「行為人不能因一行為觸犯數罪名而受有較犯單純一罪時更優之待遇」，此項法理殊值參考。

六、本署意見

(一) 罰金刑屬我國刑法所定本刑之一，刑法第 55 條但書所稱「最低本刑」自應包括罰金刑在內

在討論本案問題之前，本署必須指出：刑法第 55 條但書就輕罪最低本刑封鎖效力之規定，其意旨係在避免觸犯較輕罪名之後，又再

³⁶ 係指德國刑法第 61 條以下保安處分及第 73 條以下之沒收。

³⁷ v. Heintschel-Heinegg, a.a.O., §52 Rn.119.

³⁸ 林鈺雄，新刑法總則，2019 年 3 月 6 版 2 刷，頁 613。

觸犯性質上屬於想像競合關係之較重罪名，其刑罰反而比僅犯輕罪為低之罪刑不相當現象。

依我國法制，罰金刑為刑法第 33 條所明定本刑之一種。故在討論「最重本刑」、「最輕本刑」時，除自由刑以外，尚包括罰金刑在內。因此，刑法第 55 條但書所稱「較輕罪名所定最輕本刑」，自應包括罰金刑在內。換言之，依該條但書之「輕罪最輕本刑」所形成的輕罪封鎖作用，在輕罪有應予併科罰金之規定時，不論重罪罪名有無併科罰金規定，輕罪罪名之併科罰金刑，均須與其所科自由刑，同時發揮該輕罪的最輕本刑封鎖作用。

學者蔡聖偉教授之見解與此雖然略有不同，然其結論與本署意見並無差異。蔡教授認為，依照刑法第 55 條本文之「從一重處斷」文義，即可得出應形成「最高的刑度上限」與「最高的刑度下限」之科刑框架的結論，此即所謂第一階段刑罰（種類）之從重組合。有關併科罰金刑的角色，由於併科罰金必然重於不併科罰金，故罰金刑應該一律加入刑罰（種類）的從重組合，而將併科（罰金）主刑納入該組合刑罰框架中，此一論述，在刑罰之論科效果上，亦與本署相同。此一說理深入精闢，殊屬有見。

然本署仍以為，綜合解釋刑法第 55 條本文及但書規定，不論就建立完整組合性刑罰框架之角度，或肯認輕罪之併科罰金刑亦具封鎖作用之觀點，本署均認該條但書具有不容忽略的重要功能，因此不採刑法第 55 條但書僅具提醒作用之見解，而認為強調輕罪最低本刑封鎖作用之該條但書，乃是具有正面意義之積極性立法。由說理角度而言，不單純仰賴對於第 55 條本文「從一重處斷」的詮釋，綜合本文與但書之規定，而得出上述結論，無寧較無理論爭議，說服力更高之應併科說的理論基礎。

(二) 刑法罪名輕重之比較，本應採取「全體對照原則」

我國刑法不但將罰金定為本刑之一，且就犯罪刑度輕重之比較，明文採取「全體對照原則」，亦即各罪刑度輕重之比較，不應僅以依同法第 33 條所定之各罪最重主刑為準；在最重主刑之種類及刑度均相同之情況下，仍須再行比較有無「選科」或「併科」之其他主刑；「次重主刑同為選科或同為併科」者，則以次重主刑最高度之較長或較多者為重；次重主刑之最高刑度相同者，以最低度之較長或較用者為重。而該條所謂較長之次重主刑，即為拘役；所謂較多之次重主刑，即指罰金而言，二者均為主刑。判處死刑者，無次重主刑可言，固不論矣；最重主刑為無期徒刑或有期徒刑者，理論上無併科拘役之必要，故各種犯罪均無徒刑併科拘役之例，唯一可能併科者，僅罰金刑而已。由以上論述，亦知各罪刑度輕重之比較，若其中有處罰金刑者，不論選科或併科，均應將罰金刑作為各罪刑度輕重比較之基礎。

全體對照原則，本須結合全部法定刑加以比較。例如，刑法 339 條（處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金）與 210 條（處五年以下有期徒刑），經綜合比較結果，339 條有雙主刑，即額外併科罰金規定，實質比較後，應以 339 條為重。然此僅為罪名輕重之比較標準；刑法第 55 條所處理之問題，並非僅有輕、重罪名比較問題而已，而須在認定「處斷刑」時，同時考量所犯輕重罪名之刑度，故輕重罪名之比較與判斷，並非該條規定之重點。蓋罪名輕重之比較，依刑法第 35 條第 2 項規定，就同種類刑罰，恆以所涉各罪名最重本刑中最高者為重罪，判斷上少有問題，刑法第 55 條整體適用重點，係在於辨明輕罪罪名之最輕本刑，與重罪罪名之最輕本刑，何者為重，而以重者形成量刑框架，亦即處斷刑之範圍。

前述許恆達教授所主張：若將併科罰金納入刑法第 55 條但書之字義範圍，否則即屬類推適用，有違罪刑法定原則之說，本署認不可

採。蓋如前述，罰金刑本係我國法刑法第 33 條所定之主刑之一，既然罰金刑為主刑，應予併科之罰金刑，何以不能成為同法第 55 條但書所稱之「最低本刑」？何以只有自由刑才能成為該條但書所稱之「典型意義之『最低本刑』」？此處所謂「典型」與「非典型」，其區別意義究係何在？有何學理上或比較法之依據？對於以上疑問，許教授均未說明理由。本署認為，刑法第 55 條但書所稱「最低本刑」包括罰金刑在內之法律解釋，完全未逸脫該條但書之文義範圍（im Wortlaut），毋須訴諸性質上屬於目的性解釋（teleologische Auslegung）的類推適用（Analogie）。既然罰金刑亦屬輕罪本刑之一部分，則許恒達教授所稱「輕罪之併科罰金，無法涵攝入『輕罪本刑下限』之概念，當僅能認已被重罪制裁效果吸收，不能再另外論處」之見解，本署即無法認同。至其所稱「若重罪未規定併科，則不得併科罰金；至若重罪併科罰金數額較低，亦應依重罪之較低額度併科金額處斷。」則更背離該條但書之規範意旨，尤不可採。

（三）刑法 55 條前段從一重處斷，應採「全體對照原則」，該條但書亦然。

本署認為，所謂「重點對照原則」或「全體對照原則」之概念，始於日本學說。惟並非仰賴全體對照原則，即可解決前述罪刑不相當之問題，本文在前揭日本立法例的討論中，業已指明。關於此二對照原則在實際應用上之限制，我國實務與學說，在理解上與彼邦學者或實務家或有所不同，必須先予敘明。

蓋我國實務界有關「重點對照原則」或「全體對照原則」之比較，就刑法第 55 條之解讀而言，似乎認為，若採重點對照原則，即不須考慮輕罪罪名之併科罰金問題；換言之，若採此原則，輕罪罰金刑在整體從重刑罰框架，亦即處斷刑範圍之建立上，即不扮演任何角色。反之，若採「全體對照原則」，則除考慮輕罪自由刑外，尚須考慮其

罰金刑；是則，不論重罪罪名有無併科罰金刑，均不得忽略輕罪罰金刑之角色，亦即輕罪之罰金刑亦得一併發揮其「最輕本刑」之封鎖作用。惟此理解，顯已超出日本實務及學說就該等原則之定位範圍。

實則，本案主要問題，並不在刑法第 55 條前段「從一重處斷」之重罪為何罪名，而係原審判決是否遵守該條但書「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」誡命之問題。

如前所述，鑑於罰金刑為本刑之一（刑法第 33 條），而刑之輕重比較，恆須包括罰金刑在內（刑法第 35 條），本署因認罰金刑亦應用有同法第 55 條但書「輕罪所定最輕本刑」之封鎖作用。縱使較重罪名所應科處之刑未含罰金刑或僅有得併科罰金之刑，而較輕罪名有應併科罰金之刑，法院之宣告刑若未依較輕罪名所定罰金刑度併科罰金者，即與第 55 條但書規定意旨有違。換言之，不論重罪有無併科罰金刑存在，輕罪之併科罰金刑本身，均應發揮該條但書「較輕罪名所定最輕本刑」之封鎖作用。

至若二項罪名均有得併科罰金之規定，或僅較輕罪名有得併科罰金規定，則因法院對於是否併科罰金擁有完全的裁量權，故而即使論罪科刑結果未予併科罰金，亦與該條但書無違。

（四）刑法第 55 條但書為「處斷刑」之規定

本署認為，刑法第 55 條但書所定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」者，即是想像競合犯「處斷刑」之下限，而想像競合犯處斷刑之上限，即較重罪名之最重刑度。法院依該條宣告較重罪名之刑時，其「宣告刑」的本刑，必須在上開「處斷刑」範圍之內，亦即不得高於該處斷刑之最高刑度（即較重罪名之最高刑度），亦不得低於該處斷刑之最低刑度（各相關罪名最輕本刑中之最重者）。就本問題而言，刑法第 55 條但書本是有關想像競合犯「處斷刑」之規定；

法院之「宣告刑」，須受「處斷刑」範圍之限制，故兩者並非擇一關係（A 或 B），而係單向依存關係（A 屬於 B），亦即前者須以後者為範圍或界限，不得逸出此一範圍。

（五）本件原審維持第一審判決被告有期徒刑 6 月，與證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之最輕本刑「有期徒刑 2 月及應併科罰金」，孰輕孰重，無從比較。如事實審僅科以有期徒刑 2 月（未併科罰金）亦同。

1. 判決被告有期徒刑 6 月，其「具體科刑」是否輕於證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之最輕本刑「有期徒刑 2 月及應併科罰金」部分：

有關較輕罪名最低刑度封鎖作用的問題，輕、重罪名之比較，並非本案問題之真正重點。因為，不論輕重罪名之比較結果如何，法院所宣告之刑度，除不得高於此二罪中最重刑之最高刑度外，亦不得低於此二罪名中任一罪名之最低刑度；不但不得低於較輕罪名所定最低刑度，亦不得低於較重罪名所定的最低刑度，否則即是違法裁判。封鎖作用之問題，僅在強調輕、重罪名業經認定後，所科之刑不得低於未從之處斷的較輕罪名之最輕刑度而已。

因此，上開設問固非無見，然而並非本案問題核心。本案問題核心為：本案所科本刑刑度，是否低於本案輕罪罪名之最低刑度「有期徒刑 2 月及應併科罰金新臺幣 1 百萬元以上 5 千萬元以下。」

依刑法第 33 條規定，主刑有死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金 5 種。罰金既屬主刑之一種，上述輕罪罪名最輕本刑之認定，即應包括罰金在內。換言之，在決定想像競合犯之量刑有無「科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」情事，各該相關本刑，包括自由刑與罰金刑，均應一一各自比較衡量，分別視其有無違反刑法第 55 條但

書規定。就自由刑之比較而言，本案原判決並未違反此一規定；但就罰金刑而言，由於本案重罪罪名所應科處之刑罰，係得併科而非應併科罰金刑，而輕罪罪名則為應併罰金刑，其最低刑度為新臺幣 1 百萬元罰金。原判決既未判處罰金，就罰金刑部分之主刑量處而言，即違背該條但書所定「較輕罪名所定最輕本刑」規定，應認構成違法裁判。

2. 如事實審僅科以有期徒刑 2 月（未併科罰金）部分：

按刑法第 55 條但書較輕罪名最輕本刑之封鎖作用，其功能僅在處理較輕罪名所定刑罰之最低刑度，重於較重罪名所定刑罰之最低刑度時，所生罪刑失衡之問題。由於本案所涉二罪之自由刑下限均為有期徒刑 2 月（刑法第 33 條第 3 款），是縱量處有期徒刑 2 月，就自由刑部分之科處而言，亦不得謂為違法，然因未另依輕罪罪名併科罰金，故此部分自仍違反刑法第 55 條但書之規定，而屬違法。

（六）貴院 108 年度台上大字第 2306 號裁定與本案情形不同。涉案法律規定本為「應」併科罰金，不應比照上開大法庭裁定違法改為「得」併科罰金。

本案審判庭所稱「權衡裁量應否併科」之說，應係來自上開裁定主文所示「行為人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 款之加重詐欺取財罪，依刑法第 55 條前段規定從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。至於輕罪罪名所規定之沒收及保安處分，因非屬『主刑』，故與刑法第 55 條從一重處斷之規定無關，自得一併宣告。」等語意旨。惟該裁定本有特定背景：當時強制工作處分之合憲法性遭到強烈質疑，而組織犯罪條例第 3 條第 3 項對於觸犯該條第 1 項之罪

之行為人，不論情節輕重，一律令入勞動場所強制工作，或屬過苛（例如僅屬參與者）而有違反比例原則等憲法原則之疑慮。故大法庭於前開裁定理由中特別敘明：「…同條（組織犯罪防制條例第 3 條）第 3 項仍規定『應於 刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年』，而未依個案情節，區分行為人是否具有反社會的危險性及受教化矯治的必要性，一律宣付刑前強制工作 3 年。…從而，本於法律合憲性解釋原則，依司法院釋字第 471 號關於行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，及比例原則等與解釋意旨不相衝突之解釋方法，為目的性限縮，對犯該條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪者，視其行為之嚴重性、表現之危險性、對於未來行為之期待性，以及所採措施與預防矯治目的所需程度，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依該條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。」

由此可見，上開大法庭裁定係為避免違憲疑慮，始對併予宣告強制工作處分採取依比例原則裁量宣告之立場。然或因為當時審理此案之大法庭，既擬維持強制工作之規定，就觸犯該而情節較為重大者施以強制工作處分，惟若對所有犯該罪者，不論犯罪情輕重，一律令入一定處所強制工作，恐有違憲之虞；因此將原為「應令入勞動場所強制工作」之規定，逕行解為「得」得依個案裁量令入勞動場所強制工作。此等決定雖屬考量案件背景及法令違憲疑慮所採之折衷措施，然而依法論法，此乃違背法律明文規定之造法作為，難謂可取。何況，本案情節與該案事實亦有不同，蓋本案違反證券投資信託及顧問法一罪之併科罰金刑，本係刑法所明定之主刑之一，與前述強制工作為非刑罰之保安處分性質並不相同，亦無過苛或違反比例原則或其他違憲問題存在，若比照該大法庭裁定而將原規定為之「應」併科罰金之規定，逕行改為「得」裁量併科罰金，即明顯違背法律規定，而有判決

違背法令之虞。

申言之，本案應予之宣告之刑罰，除自由刑外，尚有本屬主刑之一的應併科罰金刑，不容視而不見。其併科與否，法院並無裁量餘地，僅於罰金上下額度之內可以斟酌而已。換言之，法院並無「比照」上開大法庭裁定而權衡裁量應否併科之空間。³⁹。

(七) 相關延伸問題：

1、重罪之應併科罰金比輕罪應併科罰金規定為輕

重罪之應併科罰金比輕罪應併科罰金規定為輕時，應按刑法第 55 條但書規定，依輕罪規定併科罰金刑，所科罰金刑不得低於輕罪所定罰金刑下限，否則即與刑法第 55 條但書規定有違。

2、重罪之應併科罰金比輕罪得併科罰金規定為輕時

重罪之應併科罰金比輕罪得併科罰金規定為輕時，則無刑法第 55 條但書規定之適用。蓋輕罪之罰金刑既屬得併科而非應併科，則法院就輕罪之罰金刑即有科處與否之法定裁量權，是就該輕罪之罰金刑而言，並無必須併科不可之「最輕本刑」概念存在，故僅依重罪罪名併科罰金即可，縱未依輕罪罪名所定得併科罰金之下限量處，亦與該條但書無違。

3、重罪無併科罰金規定，輕罪有得或應併科罰金規定時

重罪無併科罰金規定，輕罪有得或應併科罰金規定時，就輕罪有得併科罰金規定部分，其結論及理由與問題 2 同，無違刑法第 55 條但書規定。就輕罪有應併科罰金規定部分，其結論及理由與問題 1 同，

³⁹ 蓋該裁定所稱「沒收及保安處分，因非屬『主刑』，故與刑法第 55 條從一重處斷之規定無關，自得一併宣告」，係指一併宣告沒收及保安處分，並不違背刑法第 55 條之規定而言，其性質上其實有「應予宣告」之意涵；況法律既未明定法院具有「得」裁量宣告該等處分與否之權限，自不宜逕行為解為法院具有得以宣告與否之裁量權。

應依輕罪規定併科罰金刑，所科罰金刑不得低於輕罪所定罰金刑下限。

4、重罪有得併科罰金規定，輕罪有較重之得或應併科罰金規定時

重罪有得併科罰金規定，輕罪有較重之得或應併科罰金規定時。僅輕罪有較重之應併科罰金規定部分，應依輕罪規定併科罰金刑，即結論同問題 1。至兩者均為得併科罰金部分，輕罪之得併科罰金刑縱然較重，亦因法院有予以科處與否之裁量權故，無從決定何為最輕之罰金刑，無從適用刑法第 55 條但書規定。亦即輕罪得併科罰金之最輕刑無從發揮封鎖作用，就輕罪部分而言，其結論約同問題 2。

至若二罪之最重主刑刑度相同，而次重主刑均屬得併科罰金，則罰金之多寡有異者，則應依刑法第 35 條第 1 項規定決定何者為重罪，此一情況與輕重罪已定之本問題前提稍有不同，原則上亦不無發生輕罪封鎖作用之問題，在此一併敘及。

七、結論

想像競合犯性質上本屬數罪，須就各罪所科刑罰一併予以評價，始得其當；前述我國實務見解及學者通說，業已數數言之。刑法第 55 條本文「從一重處斷」之規定，旨在防止對數罪均予處罰，恐有刑罰評價過當之弊，故而規定原則上僅以其中重罪作為處斷基礎；而同條但書之「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」部分，其作用則反之，旨在避免犯數罪時之刑責可能反比單純犯一罪時之刑罰更低之罪刑不相當情事，因此稱之為「輕罪最輕本刑之封鎖作用」。是該規定條文，意旨前後連貫，綜合組成既符合理性原則，亦不悖罪刑法定主義之處斷刑量刑框架。

罰金刑本為我國刑法所定主刑之一。依刑法之規定，各罪刑度輕重之比較，除以較重主刑作為基礎外，亦兼及次重主刑之比較。刑法第 55 條但書所稱「較輕罪名所定最輕本刑」，亦應解為包含輕罪罪名所定應予併科之罰金刑在內。此一解釋，完全符合文義，毋須訴諸其他解釋方法，自無類推適用之問題。

本署因此主張，作為主刑之一的罰金刑，在形成該條但書「輕罪最低本刑封鎖作用」上，應與自由刑扮演相同角色，由此二主刑刑度下限所形成之封鎖作用，必須分別運作，形成雙具自由刑與罰金刑封鎖作用之想像競合犯量刑框架下限。此為依照該條但書法律文義所得之當然解釋，無待比附援引，自無違反罪刑法定原則之疑慮。

不論依前述學者主張：刑法第 55 條本文「從一重處斷」之字義業已蘊含必須組成包括應併科主刑在內之「最重量刑框架」或「最重科刑組合」之意涵；或依本署主張：同條但書所稱最低主刑本應包括由自由刑與應併科之罰金刑，併同形成「輕罪最低本刑封鎖作用」的說理；或依照審理庭所提示：依循經過適當調整意義及適用範圍之「全體對照原則」；所有主刑均應在該條本文及但書一體適用之解釋方法，揆其目的，均在避免可能造成數罪所科處之刑罰尚較單純犯一罪所處刑罰為輕之不合理現象，僅其說理路徑略有不同而已。

再徵諸上開日本實務見解之演變，想像競合犯不科處較輕罪名所定併科罰金刑之見解，固一度曾為日本實務所採，但因實際案件之適用結果，發生先前所述「只單純犯輕罪時，須併科罰金；同時構成其他重罪時，反而無須併科罰金」之不合理現象，故後來日本最高裁判所遂予調整見解，以避免「犯二罪之刑罰反比僅犯一罪為輕」之背理現象產生。至盼本案判決充分體察前述法律意旨，並參酌日本實務見解有關此一問題之演變，一掃我國實務向來猶豫躊躇、舉棋不定之迷

霧，為此重要法律議題樹立正確方向。

至於想像競合犯各罪之中，若有應併科罰金之規定者，其併科與否，法院並無裁量空間，不應援引貴院 108 年度台上大字第 2306 號裁定，作為應否併科罰金之依據，理由已見前述，併此敘明。

此致

最高法院

中 華 民 國 112 年 1 月 10 日

檢察官 蔡瑞宗

林麗瑩

許祥珍

李進榮

李濠松

林俊言

蔡秋明