

# 最高法院刑事判決

111年度台上字第977號

上訴人 臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官許怡萍  
被告 林彥名

選任辯護人 黃昱中律師

上列上訴人因被告違反期貨交易法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國110年12月28日第二審判決（110年度金上訴字第172號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署109年度偵字第8、9號），提起上訴，本院判決如下：

## 主 文

上訴駁回。

## 理 由

### 壹、本院審判範圍

民國110年6月16日修正公布施行、同年月18日生效之刑事訴訟法第348條第3項規定，上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。修正施行前已繫屬於第一審或第二審法院之案件，在修正施行後始因上訴而繫屬於第二審或第三審法院者，應適用修正後規定以定其上訴範圍。為本院最近統一之見解。本件檢察官於111年1月11日僅就原判決關於「量刑」部分（即後述想像競合輕罪釐清作用，是否應結合輕罪所定法定最輕應併科之罰金刑疑義）提起上訴，依上開說明，本院審理範圍僅限於量刑部分，不及於其他，先予敘明。

### 貳、本案基礎事實

被告林彥名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，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

01 刑)。檢察官提起第三審上訴主張：原審未依刑法第55條但  
02 書想像競合「輕罪最低法定刑釐清作用」之規定，對被告併  
03 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  
04 幣（下同）100萬元以上5,000萬元以下罰金。」有判決適用  
05 法則不當及違反罪刑相當原則之違法。

#### 06 參、本案徵詢之法律問題

07 本庭受理本案後，關於：被告以一經營行為同時未經許可擅  
08 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  
09 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  
10 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  
11 證券投資信託及顧問法第107條第1款所規定之「應併科」罰  
12 金刑？亦即，刑法第55條但書「不得科以較輕罪名所定最輕  
13 本刑以下之刑」之規定，即學理上所稱想像競合「輕罪釐清  
14 作用」（或稱輕罪封鎖作用），是否應結合輕罪所定法定最  
15 輕應併科之罰金刑？此一法律爭議，本庭原以本院先前裁判  
16 之見解，有認為無須考量輕罪所應併科之罰金刑之否定說見  
17 解者（下稱「不併科說」，例如本院110年度台上字第746、  
18 1918號，111年度台上字第3952、3953、3954、3955號等判  
19 決），有認須考量輕罪所應併科之罰金刑之肯定說見解者  
20 （下稱「可併科說」，例如本院108年度台上字第337、808  
21 號，109年度台上字第483號等判決），已產生有複數紛歧法  
22 律見解之積極歧異（下稱「法律見解歧異」），爰依法院組  
23 織法所定大法庭相關程序提出徵詢。

#### 24 肆、徵詢結果與審理經過

25 上開法律問題經徵詢結果，本院受徵詢庭均未認本院先前裁  
26 判存在「法律見解歧異」之情形。本庭經評議後亦採取尚無  
27 「法律見解歧異」之見解。則本庭依法院組織法所定大法庭  
28 相關程序徵詢後所獲致之法律見解並無歧異，本庭自無從以  
29 「法律見解歧異」為由，提案予刑事大法庭裁判。惟為博採  
30 眾議，業由本庭開庭審理，並就上開法律爭議選任專家學  
31 者，以書面及於言詞辯論時到場陳述法律上意見。

01 伍、本院之判斷

02 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決  
03 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判  
04 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未  
05 依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何  
06 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第  
07 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違  
08 背法律上之程式，予以駁回。

09 二、原判決認定被告有如其所援引第一審判決事實欄所載犯行，  
10 因而維持第一審依想像競合犯關係，從一重論處被告犯期貨  
11 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之  
12 判決，駁回檢察官在第二審之上訴。原判決就量刑部分已詳  
13 為敘明其理由。其此部分所為論斷說明，從形式上觀察，並  
14 無足以影響其判決結果之違法情形存在。

15 三、想像競合輕罪釐清作用，應結合輕罪所定法定最輕應併科之  
16 罰金刑

17 (一)關於想像競合犯之罪與刑，刑法第55條於94年2月2日修正公  
18 布前僅規定：「一行為而觸犯數罪名者，……從一重處  
19 斷。」此一「從一重處斷」之規定，向來被認為係裁判上一  
20 罪，僅以重罪之最高度及最低度刑形成處斷刑之框架，如無  
21 其他（酌量）減輕或免除其刑之事由，宣告刑亦應在此框架  
22 內為之，可謂輕罪之最高度及最低度刑完全被吸收。然而，  
23 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  
24 判者於科刑時，如反可量處尤較輕罪名所定最輕法定本刑為  
25 輕之宣告刑，與法律規定從一重處斷之原旨相違背，有失公  
26 平及違背罪刑相當原則。立法者乃參考德國、奧地利刑法所  
27 設相關限制規定，修訂刑法第55條規定為：「一行為而觸犯  
28 數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑  
29 以下之刑。」增設但書規定，提供想像競合犯從一重處斷  
30 外，亦可擴大將輕罪相對較重之「最輕本刑」作為形成宣告  
31 刑之依據。然實務在適用該但書規定時，如重罪及輕罪之最

01 輕本刑均只有「單主刑」時，例如重罪之最輕本刑為有期徒刑  
02 刑2月，輕罪之最輕本刑為有期徒刑6月，則在適用該條但書  
03 予以具體科刑時，不能科以輕罪所定最輕本刑（即有期徒刑  
04 6月）以下之刑，此較易理解而尚無爭議。惟遇有重罪或輕  
05 罪之最輕本刑存在自由刑及併科罰金之「雙主刑」時，如何  
06 允當適用該條但書予以具體科刑，並非望文生義即能解讀，  
07 因而產生法律適用之疑義。依前揭說明，並無「法律見解歧  
08 異」之本院見解，則係採取須考量輕罪所應併科之罰金刑的  
09 「可併科說」（見本院108年度台上字第337、808號，109年  
10 度台上字第483號等判決）。至本院雖曾有撤銷原判決而自  
11 為判決時，未併科輕罪罰金刑者（例如本院101年度台上字  
12 第3463號、104年度台非字第22號等判決），然審之各該自  
13 為判決之前例，均未對於刑法第55條但書之實際運用為任何  
14 說明，自難認其法律見解係採取「不併科說」。

15 (二)刑法第55條前段所規定之從一重處斷，係指行為人所侵害之  
16 數法益皆成立犯罪，然在處斷上，將重罪、輕罪之法定刑比  
17 較後，原則上從一較重罪之「法定刑」處斷。亦即，在立法  
18 選擇下，行為人想像競合所犯輕罪之較低法定刑被吸收（學  
19 理上稱為吸收原則），惟所犯輕罪仍成立，判決理由仍須同  
20 時敘明行為人所犯均該當各輕、重罪名，且科刑時併審酌輕  
21 罪之量刑因素，始能充分評價行為人侵害「數法益」行為之  
22 不法與罪責內涵。此與法規競合（學理上又稱法條單一、假  
23 性競合）實質上只侵害單一法益，裁判上僅選擇其中最適宜  
24 之罪刑加以論處者，迥然有別。立法者乃增設刑法第55條但  
25 書「不得『科』以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」規定，  
26 以求法院在具體「科刑」時適度調和刑法第55條前段從一重  
27 罪之「法定刑」處斷所生評價不足之現象，此即學理上所稱  
28 想像競合之「輕罪釐清作用」（或稱想像競合之「輕罪封鎖  
29 作用」）。詳言之，遇有重罪之法定最輕本刑比輕罪之法定  
30 最輕本刑為輕時，該輕罪釐清作用即結合以「輕罪之法定最  
31 輕本刑」為具體科刑之依據（學理上稱為結合原則），提供

01 法院於科刑時，可量處僅規定於輕罪「較重法定最輕本刑」  
02 （包括輕罪較重之併科罰金刑）之法律效果，此之結合原則  
03 不在於讓輕罪「較重法定最輕本刑」封鎖或限制重罪「較輕  
04 法定最輕本刑」之適用，而是在於擴大提供另一個重罪所未  
05 設的較重法律效果，讓具體科刑即形成宣告刑時，不致於評  
06 價不足。此即法律基於分配正義之思維，所採取貫徹公平及  
07 罪刑相當原則之制度性控制手段，本無意排除輕罪相對較重  
08 之最輕法定本刑，對於充分但不過度評價之落實具有釐清作  
09 用。此為本院既存之法律見解（參照本院108年度台上字第3  
10 37、808號，109年度台上字第483號等判決）。

11 (三)據上，刑法第55條但書既明定在想像競合之情形，擴大提供  
12 法院於具體科刑時，其科刑下限不受制於重罪相對較輕之法  
13 定最輕本刑，而可將輕罪相對較重之法定最輕本刑列為形成  
14 宣告刑之依據。則遇有重罪之法定最輕本刑無罰金刑，或僅  
15 係選科罰金刑，而輕罪之法定最輕本刑係應併科罰金刑時，  
16 在量刑上，宜區分「從一重處斷」及「具體科刑」二個層次  
17 予以處理。

18 1、在刑法第55條前段「從一重處斷」方面，依上開說明，數罪  
19 均成立，僅係從一重罪之「法定刑」處斷，故原則上以重罪  
20 之所有法定本刑（包括最重及最輕本刑）形成處斷刑之框  
21 架。又因想像競合犯在本質上係侵害數法益而成立數罪名，  
22 為落實所成立之數罪名的不法及罪責內涵，均能獲得充分但  
23 不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則。則依該條  
24 但書規定，在「具體科刑」即形成宣告刑時，輕罪相對較重  
25 之法定最輕本刑即應併科之罰金刑，例外被納為形成宣告雙  
26 主刑（徒刑及罰金）之依據，以填補如僅適用重罪法定最輕  
27 本刑，不足以評價被告全部犯行的不法及罪責內涵之缺憾，  
28 俾符合上開想像競合犯「輕罪釐清作用」，此一制度性控制  
29 手段之規範目的，尚與類推適用或雙重危險之禁止等原則無  
30 涉。

01 2、然而，刑法第55條但書規定之立法意旨，既在於落實充分但  
02 不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則，則法院在  
03 適用該但書規定而形成宣告刑時，如科刑選項為「重罪自由  
04 刑」結合「輕罪併科罰金」之雙主刑，為免倘併科輕罪之過  
05 重罰金刑產生評價過度而有過苛之情形，允宜容許法院依該  
06 條但書「不得『科』以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之  
07 意旨，如具體所處罰金以外之較重「徒刑」（例如科處較有  
08 期徒刑2月為高之刑度），經整體評價而認並未較輕罪之  
09 「法定最輕徒刑及併科罰金」（例如有期徒刑2月及併科罰  
10 金）為低時，得適度審酌犯罪行為人侵害法益之類型與程  
11 度、犯罪行為人之資力、因犯罪所保有之利益，以及對於刑  
12 罰儆戒作用等各情，在符合比例原則之範圍內，裁量是否再  
13 併科輕罪之罰金刑，俾調和罪與刑，使之相稱，且充分而不  
14 過度。析言之，法院經整體觀察後，基於充分評價之考量，  
15 於具體科刑時，認除處以重罪「自由刑」外，亦一併宣告輕  
16 罪之「併科罰金刑」，抑或基於不過度評價之考量，未一併  
17 宣告輕罪之「併科罰金刑」，如未悖於罪刑相當原則，均無  
18 不可。

19 (四)行為人以一行為同時該當期貨交易法第112條第5項第5款所  
20 定之未經許可，擅自經營期貨信託事業、期貨經理事業、期  
21 貨顧問事業或其他期貨服務事業罪（處7年以下有期徒刑，  
22 得併科300萬元以下罰金），及證券投資信託及顧問法第107  
23 條第1款所定，未經主管機關許可，經營證券投資信託業  
24 務、證券投資顧問業務、全權委託投資業務或其他應經主管  
25 機關核准之業務罪（處5年以下有期徒刑，併科100萬元以上  
26 5,000萬元以下罰金），雖依想像競合犯關係，從一重論以  
27 期貨交易法第112條第5項第5款之罪，並以該罪之法定最重  
28 本刑「7年有期徒刑」為科刑上限。惟其科刑下限，除徒刑  
29 部分依刑法第33條第3款規定，以2月有期徒刑為度外，不可  
30 忽視依刑法第55條但書規定，輕罪併科罰金刑部分亦擴大成  
31 為形成宣告「有期徒刑結合罰金」雙主刑之依據。是在「具

01 體科刑」即形成宣告刑方面，如具體所處罰金以外之較重  
02 「徒刑」（例如科處較有期徒刑2月為高之刑度），經整體  
03 評價而認並未較輕罪之「法定最輕徒刑及併科罰金」（例如  
04 有期徒刑2月及併科罰金）為低時，自得審度上開各情後，  
05 裁量是否併科輕罪即證券投資信託及顧問法第107條第1款所  
06 定之「100萬元以上5,000萬元以下罰金」。

07 (五)法院遇有上開情形，於科刑時雖未宣告併科輕罪之罰金刑，  
08 惟如已敘明經整體評價而權衡上情後，不予併科輕罪罰金  
09 刑，已充分評價行為之不法及罪責內涵，自不得指為違法。  
10 至具體個案如無刑法第55條但書前揭法律爭議，法院於裁判  
11 時自無庸特別敘明，乃屬當然。

#### 12 四、經查：

13 (一)原判決敘明：檢察官上訴意旨雖指摘第一審判決未依刑法第  
14 55條但書規定，併科輕罪即證券投資信託及顧問法第107條  
15 第1款所定之罰金刑，於法未合等語。惟刑法第35條規定僅  
16 揭示主刑之重輕標準應如何比較，定其次序之原則，並未對  
17 刑法第55條但書想像競合犯「輕罪之釐清作用」的解釋及如  
18 何適用，提供明確準則及指引。第一審就被告所犯之罪所為  
19 科刑，已審酌被告妨害主管機關對期貨經理事業、全權委託  
20 投資業務之管理監督，影響交易市場常規作為、被害人僅7  
21 人、投資金額為10萬元至100萬元不等，經營規模不大，對  
22 於交易市場之影響非鉅等法益侵害之類型及程度。再衡以被  
23 告之資力、犯罪所保有之利益（含考量和解支付被害人財產  
24 損害）、事後坦承犯行，並已與被害人蔡惠如、劉嘉翰、薛  
25 文評、趙珮伶、沈宏星、林昭君等人成立和解及給付完畢之  
26 態度等一切情狀，量處有期徒刑6月，尚難謂係科以輕罪即  
27 證券投資信託及顧問法第107條第1款所定之法定最輕本刑  
28 （即有期徒刑2月及併科罰金）以下之刑，且所處之徒刑已  
29 足以收刑罰儆戒之效，並無科刑過輕之情形，縱未再擴大併  
30 科輕罪之罰金刑，亦難謂為違法，檢察官上訴意旨所為指  
31 摘，為無理由，應予駁回等旨。業已敘明經整體評價而審酌

01 上開各情後，維持第一審不予併科輕罪罰金刑之理由。雖原  
02 判決就不予併科罰金之說明未盡周詳，惟不影響判決之結  
03 果，仍不得執為上訴第三審之適法理由。

04 (二)上訴意旨指摘原判決未依刑法第55條但書所定想像競合之  
05 「輕罪釐清作用」，對被告併科輕罪之罰金刑，有適用法則  
06 不當之違法等語。依上開說明，並非上訴第三審之合法理  
07 由。

08 五、依上所述，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

09 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

10 中 華 民 國 112 年 2 月 8 日

11 刑事第六庭審判長法官 李英勇

12 法官 鄧振球

13 法官 洪兆隆

14 法官 楊智勝

15 法官 邱忠義

16 本件正本證明與原本無異

17 書記官 李丹靈

18 中 華 民 國 112 年 2 月 10 日