

最高法院 111 年度台上字第 977 號刑事判決 (民國 112 年 2 月 8 日) :

一、本案基礎事實：

被告林○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「輕罪最低法定刑釐清作用」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(下同) 100 萬元以上 5,000 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：

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「輕罪釐清作用」(或稱輕罪封鎖作用)，是否應結合輕罪所定法定最輕應併科之罰金刑？

三、最高法院判決見解：

- (一) 關於想像競合犯之罪與刑，刑法第 55 條於民國 94 年 2 月 2 日修正公布前，僅規定：「一行為而觸犯數罪名者，.....從一重處斷。」此一「從一重處斷」之規定，向來被認為係裁判上一罪，僅以重罪之最高度及最低度刑形成處斷刑之框架，如無其他(酌量)減輕或免除其刑之事由，宣告刑亦應在此框架內為之，可謂輕罪之最高度及最低度刑完全被吸收。然而，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者於科刑時，如反可量處尤較輕罪名所定最輕法定本刑為輕之宣告刑，與法律規定從一重處斷之原旨相違背，有失公平及違背罪刑相當原則。
- (二) 刑法第 55 條但書規定之立法意旨，既在於落實充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則，則法院在適用該但書規定而形成宣告刑時，如科刑選項為「重罪自由刑」結合「輕罪併科罰金」之雙主刑，為免倘併科輕罪之過重罰金刑產生評價過度而有過苛之情形，允宜容許法院依該條但書「不得『科』以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之意旨，如具體所處罰金以外之較重「徒刑」(例如科處較有期徒刑 2 月為高之刑度)，經整體評價而認並未較輕罪之「法定最輕徒刑及併科罰金」(例如有期徒刑 2 月及併科罰金)為低時，得適度審酌犯罪行為人侵害法益之類型與程度、犯罪行為人之資力、因犯罪所保有之利益，以及對於刑罰儆戒作用等各情，在符合比例原則之範圍內，裁量是否再併科輕罪之罰金刑，俾調和罪與刑，使之相稱，且充分而不過度。析言之，法院經整體觀察後，基於充分評價之考量，於具體科刑時，認除處以重罪「自由刑」外，亦一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，抑或基於不過度評價之考量，未一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，如未悖於罪刑相當原則，均無不可。

- (三) 行為人以一行為同時該當期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款所定之未經許可，擅自經營期貨信託事業、期貨經理事業、期貨顧問事業或其他期貨服務事業罪（處 7 年以下有期徒刑，得併科 300 萬元以下罰金），及證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定，未經主管機關許可，經營證券投資信託業務、證券投資顧問業務、全權委託投資業務或其他應經主管機關核准之業務罪（處 5 年以下有期徒刑，併科 100 萬元以上 5,000 萬元以下罰金），雖依想像競合犯關係，從一重論以期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之罪，並以該罪之法定最重本刑「7 年有期徒刑」為科刑上限。惟其科刑下限，除徒刑部分依刑法第 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為形成宣告「有期徒刑結合罰金」雙主刑之依據。是在「具體科刑」即形成宣告刑方面，如具體所處罰金以外之較重「徒刑」（例如科處較有期徒刑 2 月為高之刑度），經整體評價而認並未較輕罪之「法定最輕徒刑及併科罰金」（例如有期徒刑 2 月及併科罰金）為低時，自得審度上開各情後，裁量是否併科輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之「100 萬元以上 5,000 萬元以下罰金」。
- (四) 綜上，法院遇有上開情形，於科刑時雖未宣告併科輕罪之罰金刑，惟如已敘明經整體評價而權衡上情後，不予併科輕罪罰金刑，已充分評價行為之不法及罪責內涵，自不得指為違法。

本案適用的法律原則

- (一) 本件最高法院判決揭櫫「罪刑相當原則」，亦即法院經整體觀察後，基於充分評價之考量，於具體科刑時，認除處以重罪「自由刑」外，亦一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，抑或基於不過度評價之考量，未一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，尚無悖於「罪刑相當原則」。
- (二) 然上開實務見解，與本署之言詞辯論意旨，及本案兩位學者鑑定人之意見並非一致；即本署論告及學者鑑定意見，均係認依照刑法第 55 條本文解釋，法官即應就所有成立並得適用之法條中所規定的刑罰種類與刑度，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」；至關於同條但書之規定，雖然一般將此但書稱作輕罪的封鎖效果，其立法目的係為防止被告獲得不應得之利益。詳言之，在想像競合之情形，被告是在輕罪外又違反了更重的犯罪，倘若因此反而可以豁免輕罪應併科之刑（罰金），自屬評價矛盾。進而科刑的「上限」是重罪的最重法定刑及其他輕罪應併科之刑，「下限」是數罪中最高的最輕本刑及應併科之刑，始屬妥適。

建議

檢察官公訴蒞庭時，如遇一行為觸犯數罪名之想像競合案件，而該案件輕罪之法定刑下限已明定「應併科罰金」，然重罪並未規定罰金刑，或係「得併科罰金」時，宜建議承審法官，應依刑法第 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，判決之宣告刑應以輕罪之「應併科罰金」作為刑度之下限，以避免被告竟於一行為觸犯數罪名之想像競合犯情形，反受較違犯單純一罪時更優厚之待遇。