

最高檢察署 108 年度台上大字第 3563 號

檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

檢察官 蔡瑞宗

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

本案提案之法律問題

被告以一行為觸犯數罪名；其中輕罪罪名部分雖為偵查機關所發覺，不符刑法自首之規定；然就其所犯其他重罪罪名部分，則係被告於偵查機關知悉前，主動供出，而接受裁判。於此情形，被告自動供承之重罪罪名部分有無刑法自首規定之適用？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解	2
一、臺灣臺南地方法院 106 年度訴字第 556 號判決:	2
二、臺灣高等法院臺南分院 107 年度上訴字第 1255 號判決:	2
三、小結	3
參、我國相關實務見解	4
一、刑法第 62 條「發覺」的涵義	4
二、裁判上一罪偵查機關已發覺一部分，餘罪不得自首	5
三、想像競合犯偵查機關已發覺一部分，餘罪不得自首	9
四、裁判上一罪偵查機關尚未發覺，就犯罪一部自首，效力及於全部	12
肆、想像競合犯全部未發覺前，自首一部分，效力涵射範圍之學說	12
伍、相關外國立法例	14
一、日本法	14
二、美國法	15
三、德國法	18
陸、本署見解	21
一、被告侵占與販賣第三級毒品究為一行為或二行為，事實審應確定	21
1. 意思說(犯意標準說):	22
2. 行為說(行為標準說):	22
3. 結果說(法益標準說):	22
4. 構成要件說(構成要件標準說):	22
5. 綜合說:	23

6. 認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數：	23
7. 由行為單、複數出發處理競合論：	23
二、自首標的為犯罪事實，而非犯罪行為或罪名	24
三、自首效力涵射範圍及於所首之犯罪事實，與裁判上一罪範圍 無關	25
柒、結論	26

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

108 年度台上大字第 3563 號

提出人 最高檢察署檢察官 蔡瑞宗

被告 梁耀德

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 4 月 25 日經臺灣高等法院臺南分院為第二審判決([107 年度上訴字第 1255 號](#))，被告提出上訴，因貴院審理庭評議後，所擬採之法律見解，與貴院先前裁判歧異，裁定提案予刑事大法庭，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

臺灣高等法院臺南分院 [107 年度上訴字第 1255 號](#) 判決認定之事實(即該判決犯罪事實二)：梁耀德、黃○銘均明知愷他命屬毒品危害防制條例第 2 條第 2 項第 3 款所規定之第三級毒品，不得非法販賣，且其先前以電腦散熱器夾帶之愷他命，係真實姓名年籍不詳綽號「水哥」之成年男子所有，其二人於 105 年 8 月 24 日取得第三級毒品愷他命後，另共同意圖為自己不法所有，基於侵占及販賣第三級毒品以牟利之犯意聯絡，先將該第三級毒品愷他命約 36 公斤據為己有後，經黃○銘介紹，而由梁耀德接洽位在嘉義地區之不詳姓名年籍之某成年男子，再以第三級毒品愷他命每公斤平均約新臺幣(下同)150 萬元之代價，自同年 9 月初某日起至同年 9 月中旬止，由梁耀德、黃○銘接續 6 次將第三級毒品愷他命合計約 15 公斤售予該名不詳姓名之某成年男子。梁耀德共同販賣第三級毒品愷他命得款新台幣 1 百萬元。

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣臺南地方法院 106 年度訴字第 556 號判決：

「二、論罪部分：(六)刑之加重減輕事由：

4.另辯護人主張被告梁耀德就事實欄一、二部分均有自首，請求依刑法第 62 條前段之規定減刑。惟按刑法第 62 條所規定之自首，以對於未發覺之罪，向有偵查權之機關或公務員自承犯罪，進而接受裁判為要件；而具有裁判上一罪關係之犯罪，苟全部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部分犯罪自首，固仍生全部自首之效力，反之，倘其中一部分犯罪已先被有偵查權之機關或公務員發覺，行為人方就其餘未被發覺之部分，自動供認其犯行時，因與上開自首之要件不符，自不得適用自首之規定減輕其刑（最高法院 [106 年度台上字第 1064 號](#)、[第 749 號](#) 判決意旨參照）。查，被告梁耀德所為事實欄一所示運輸走私第三級毒品犯行、事實欄二所示販賣及侵占第三級毒品犯行，係警方偵辦同時派遣線上即時譯文，於通訊監察時已得知被告梁耀德與共犯黃○銘有走私 37 顆第三級毒品愷他命進入臺灣，並可能私吞該批貨物等情，有臺南市政府警察局 106 年 8 月 5 日南市警刑大偵五字第 1060403870 號函 1 份在卷可參（見本院卷一第 204 頁），是被告所為事實欄一所示運輸走私第三級毒品、事實欄二所示販賣、侵占第三級毒品犯行，自無刑法第 62 條前段規定之適用，併予說明。」

二、臺灣高等法院臺南分院 [107 年度上訴字第 1255 號](#) 判決：

「三、論罪部分：(五)刑之加重減輕事由：

3 犯罪事實二部分：

被告辯護人雖辯稱本件販賣第三級毒品應符合自首減刑之規定云云。惟按刑法第 62 條所規定之自首，以對於未發覺之罪，向有偵查權之機關或公務員自承犯罪，進而接受裁判為要件；而具有裁判上一罪關係之犯罪，苟全部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部

分犯罪自首，固仍生全部自首之效力，反之，倘其中一部分犯罪已先被有偵查權之機關或公務員發覺，行為人方就其餘未被發覺之部分，自動供認其犯行時，因與上開自首之要件不符，自不得適用自首之規定減輕其刑（最高法院 [106 年度台上字第 1064 號](#)、[第 749 號](#) 判決意旨參照）。查，被告所為犯罪事實二之犯行，係警方偵辦同時派遣線上即時譯文，於通訊監察時已得知被告與共犯黃○銘有走私 37 顆第三級毒品愷他命進入臺灣，並可能私吞該批貨物等情，有臺南市政府警察局 106 年 8 月 5 日南市警刑大偵五字第 1060403870 號函在卷可參（原審卷(一)第 204 頁），是被告犯罪事實二之侵占、販賣第三級毒品犯行，因屬想像競合犯，其一部之侵占犯行既經發覺，揆之上開說明，自無刑法第 62 條前段自首減刑規定之適用；被告辯護人所辯尚無可採。」

三、小結

綜上，本案臺灣臺南地方法院 106 年度訴字第 556 號判決、臺灣高等法院臺南分院 [107 年度上訴字第 1255 號](#) 判決均援引最高法院 [106 年度台上字第 1064 號](#)、[第 749 號](#) 等判決，認為：「刑法第 62 條所規定之自首，以對於未發覺之罪，向有偵查權之機關或公務員自承犯罪，進而接受裁判為要件；而具有裁判上一罪關係之犯罪，苟全部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部分犯罪自首，固仍生全部自首之效力，反之，倘其中一部分犯罪已先被有偵查權之機關或公務員發覺，行為人方就其餘未被發覺之部分，自動供認其犯行時，因與上開自首之要件不符，自不得適用自首之規定減輕其刑。……是被告犯罪事實二之侵占、販賣第三級毒品犯行，因屬想像競合犯，其一部之侵占犯行既經發覺，揆之上開說明，自無刑法第 62 條前段自首減刑規定之適用」。

參、我國相關實務見解

一、刑法第 62 條「發覺」的涵義

現行刑法第 62 條規定：「對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。」刑法於民國 24 年 1 月 1 日公布施行時即有本條規定，當時第 62 條規定：「對於未發覺之罪自首而受裁判者，減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。」94 年 2 月 2 日修正為現行條文，其立法理由表示：「第 62 條按自首之動機不一而足，有出於內心悔悟者，有由於情勢所迫者，亦有基於預期邀獲必減之寬典者。對於自首者，依現行規定一律必減其刑，不僅難於獲致公平，且有使犯人恃以犯罪之虞。在過失犯罪，行為人為獲減刑判決，急往自首，而坐令損害擴展之情形，亦偶有所見。必減主義，在實務上難以因應各種不同動機之自首案例。我國暫行新刑律第五十一條、舊刑法第三十八條第一項、日本現行刑法第四十二條均採得減主義，既可委由裁判者視具體情況決定減輕其刑與否，運用上較富彈性。真誠悔悟者可得減刑自新之機，而狡黠陰暴之徒亦無所遁飾，可符公平之旨，宜予採用。故於現行文字『減輕其刑』之上，增一『得』字。」

亦即，自首之成立要件有三：(一)須申告自己所犯的罪，(二)犯罪尚未被偵查機關發覺，(三)申告後須自動接受裁判。我國實務認為：行為人必須於偵查機關發覺其犯行之前，自行申告其犯行者，始成立自首，如偵查機關已經發覺，供述不利於己的犯罪事實，則為自白。自首乃對於未發覺的犯罪事實為之，自白則對已發覺的犯罪事實為之。自首依刑法第 62 條規定得減輕其刑；自白則為量刑參考，除法律另有規定外，並非減刑事由。

所謂發覺包括犯罪事實與犯罪行為人。偵查機關尚未知悉犯罪事實之發生；或已知悉犯罪事實，但尚未知悉該犯罪究為何人所為，行為人於此際自行申告其犯行，均可成立自首。最高法院 26 年渝上字第 1839 號判例認為：「刑法第六十二條所謂未發覺之罪，凡有搜查權

之官吏，不知有犯罪之事實，或雖知有犯罪事實，而不知犯罪人為何人者，均屬之，上訴人向第一審檢察官投首之際，雖在告訴人告訴某乙之後，但當時告訴人既未對之一併指訴，而第一審檢察官亦未知上訴人是否參加犯罪，假使上訴人確曾參加械鬥，因迫於族議自行投首，以免株連無辜，自係合於自首之條件，依法應予減刑。」

最高法院 20 年上字第 1721 號判例表示：「查刑法第三十八條之所謂發覺，係指該管公務員已知犯罪事實並知犯罪人之為何人而言，至被害人以及被害人以外之人知悉其事並知其人，而該管公務員猶未知之者，仍不能不認為合於該條所謂未發覺之規定，蓋該條之立法本旨自首減刑，係為獎勵犯罪者悔過投誠，而一方為免搜查逮捕株連疑似累及無辜，就此觀察，其所謂發覺，並不包括私人之知悉在內。」

最高法院 [92 年台上字第 3000 號](#) 判決表示：「刑法第六十二條所謂發覺，固非以有偵查犯罪權之機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，而於對其發生嫌疑時，即得謂為已發覺；但此項對犯人之嫌疑，仍須有確切之根據得為合理之可疑者，始足當之，若單純主觀上之懷疑，要不得謂已發生嫌疑。」

二、裁判上一罪偵查機關已發覺一部分，餘罪不得自首

行為人以數行為犯數罪之實質競合(數罪併罰)，因另案發覺到案，將另一犯罪一併供出，屬於自首，其自首之效力，僅及於所首之罪，向無疑義，有大理院 6 年上字第 379 號判例、大理院 10 年上字第 575 號判例、最高法院 30 年上字第 140 號判決可參。但行為人以數行為犯裁判上一罪時(包括刑法 94 年修法前之牽連犯、連續犯)，偵查機關已發覺一部時，行為人可否就餘罪自首？實務曾有採肯定說者，但實務主流向採否定見解，惜並無說理。

(一)肯定說

最高法院 [80 年度台上字第 4327 號](#) 判決認為：「有無自首乃單純之事實認定問題，與裁判上一罪之法理無關，自無所謂一部自首效力是否及於全部之審判不可分原則之適用。因之裁判上一罪犯罪事實有無自首，仍應就全部犯罪行為，分別為個別的觀察認定，並就各個自首之犯罪行為分別適用自首規定減輕其刑，與牽連犯之從一重處斷及連續犯之以一罪論法理無涉。」

(二) 否定說

最高法院 76 年度台上字第 7256 號判決表示：「刑法第六十二條所謂之自首，係據犯人在其犯罪未發覺前向該公務員自承犯罪而受裁判者而言，連續犯為裁判上一罪，裁判上一罪之一部分犯罪已被發覺而由警察機關就已發覺部分之犯罪訊問調查中，行為人自動陳述該連續犯之其他未被發覺部分之犯罪行為，核與自首之要件不符，無自首之效力是否及於全部犯罪之可言。」

最高法院 78 年度台上字第 3929 號判決表示：「按犯人因案被發覺獲案，在檢察官或司法警察官訊問中被告陳述其未發覺之部分犯罪行為，其所陳述為連續犯其餘行為或牽連犯他罪，既因一部分犯罪已因案被發覺，依裁判上一罪之關係，並不符合刑法第六十二條之規定，不應認有自首之效力。」

最高法院 [78 年度台上字第 4222 號](#) 判決認為：「牽連犯及連續犯均屬裁判上一罪，而裁判上一罪之一部分犯罪事實既經發覺，其餘部分縱因犯人到案陳述，始能全部明瞭，亦與自首之要件不盡相合。則鄭○文於投案時，雖尚主動供述其餘相牽連之竊盜部分及連續犯之搶劫蕭○英部分，亦難認係自首。」

最高法院 [81 年度台上字第 4703 號](#) 判決認為：「按連續犯係裁判上之一罪，其刑罰權亦屬單一，無從分割，故其中一部分行為，既已被偵查機關發覺，雖在司法機關訊問中被告陳述其未發覺之部分犯罪

行為，僅能謂為自白，並不符合法第六十二條之規定，而認對全部犯罪有自首之效力，予以減輕其刑。」

最高法院 [83 年度台上字第 3935 號](#) 判決認為：「刑法第六十二條所規定之自首，以對於未發覺之罪，向有偵查權之機關或公務員自承犯罪，進而接受裁判為要件；而具有連續犯或牽連犯等裁判上一罪關係之犯罪，苟全部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部分犯罪自首，固仍生全部自首之效力，反之，倘其中一部分犯罪已先被有偵查權之機關或公務員發覺，行為人事後方就其餘未被發覺之部分，自動供認其犯行時，因與上開自首之要件不符，自不得適用自首之規定減輕其刑。」

最高法院 [84 年度台上字第 5553 號](#) 判決認為：「自首以對於未發覺之罪投案而受裁判為要件，如案已發覺，則被告縱有陳述自己犯罪之事實，亦祇可謂為自白，不能認為自首。而連續犯依刑法第五十六條規定既以一罪論，則連續犯罪之一部經發覺後，被告再行供出他部，仍為自白，而非自首。」

最高法院 [88 年度台上字第 1287 號](#) 判決認為：「裁判上一罪之連續犯之自首，須在全部犯行均未被發覺前申告犯行並接受裁判，始能成立，本件上訴人連續犯行，其中有關被害人郭○枝部分係為警當場查獲，被害人方○部分係自白前經方○到場指認，則上訴人雖對被害人楊○勸部分犯行自首，依上開說明，即無成立自首減刑之餘地。」

此外，最高法院 [93 年度台上 5615 號](#)、[100 年度台上字第 2154 號](#)、[105 年度台上 3261 號](#)、[108 年度台上字第 1032 號](#) 等判決亦均持此否定見解，本件最高法院刑事提案大法庭裁定已經述及，不重複贅述。

最高法院 73 年度第 2 次刑事庭會議決議（二）亦持相同見解。提案：犯人因案被發覺獲案，以後於檢察官或司法警察官訊問中陳述連續犯其餘行為或牽連犯他罪，是否有自首之效力？有左列諸說：

討論意見：

甲說：裁判上之一罪其一部分犯罪既已因案被發覺，雖在檢察官或司法警察官訊問中被告陳述其未發覺之部分犯罪行為，並不符合刑法第六十二條之規定，不應認有自首之效力。

乙說：連續犯或牽連犯既規定以一罪論或從一重處斷，科刑上有審判不可分之關係，雖僅自首其犯罪之一行為，仍應認有自首之效力。

丙說：裁判上一罪實質上為數個犯罪行為，自首效力僅及於未發覺部分，所自首者如係較重之罪，即無再行計較他罪有無自首之必要，如所自首者為較輕之罪，則不影響於重罪之處斷。

決議：採甲說。

司法院(79)廳刑一字第216號函研究意見對此法律問題亦採否定見解：

法律問題：某甲基於為自己不法所有之概括犯意，於七十六年七月廿二日凌晨三時許，踰越某乙住處窗戶之安全設備，侵入其內竊取現金新臺幣一千元，復於同年八月十三日凌晨一時許，在路旁竊取某丙所有之自用小客車一輛，得手後，經警發覺，某甲於警局中在前開竊取某乙現金之犯行被發覺前，向警陳述連續犯之該行為，則於論斷某甲連續踰越安全設備，於夜間侵入住宅竊盜，應否依自首規定減輕其刑？

討論意見：

甲說：裁判上之一罪其一部犯罪既已因案被發覺，雖在檢察官或司法警察局訊問中被告陳述其未發覺之部分犯罪行為，並不符合刑法第六十二條之規定，不應認有自首之效力（最高法院七十三年二月廿一日、七十三年度第二次刑事庭會議決議（二））。

乙說：連續犯既規定以一罪論，科刑上即有審判不可分之關係，雖僅自首其犯罪之一行為，仍應認有自首之效力。

丙說：裁判上一罪實質上為數個犯罪行為，自首效力雖僅及於未發覺部分，然所自首及論處者既係較重之罪，自應依自首規定減輕其刑（臺灣高等法院臺南分院七十七年度上重二訴字第一六二九號判決參照）。

研討結果：應視案被發覺在前，抑一部分犯罪自首在前，分別採甲說或乙說。

臺灣高等法院：查連續犯為裁判上一罪，如全部犯罪未發覺以前，行為人就其中一部分犯罪為自首，固有自首之效力及於全部犯罪之問題，茲連續犯之一部分犯罪已被發覺而由警察機關查獲偵訊中，行為人自動陳述該連續犯之其他未被發覺部分之犯罪，既與刑法第六十二條前段所規定對於未發覺之罪自首而受裁判之要件不符，即非自首，更無自首效力是否及於全部犯罪之問題，（最高法院七十三年第二次刑庭會議決議，[七十三年度臺上字第三一六二號](#)判決參照）類此問題本院暨所屬各級法院七十七年法律座談會刑事類第十三號提案曾有討論，以採甲說為當。

司法院第二廳研究意見：同意臺灣高等法院審核意見。

三、想像競合犯偵查機關已發覺一部分，餘罪不得自首

行為人以數行為犯數罪、但有裁判上一罪關係時，偵查機關已發覺一部時，行為人可否就餘罪自首，我國實務主流既採否定見解。則行為人以一行為犯數罪之想像競合犯，偵查機關已發覺一部時，行為人可否就餘罪自首？實務更是一致採否定見解。

最高法院 [106 年度台上字第 1064 號](#) 判決認為：「按刑法第六十二條所規定之自首，以對於未發覺之罪，向有偵查權之機關或公務員自承犯罪，進而接受裁判為要件；而具有裁判上一罪關係之犯罪，苟全

部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部分犯罪自首，固仍生全部自首之效力，反之，倘其中一部分犯罪已先被有偵查權之機關或公務員發覺，行為人方就其餘未被發覺之部分，自動供認其犯行時，因與上開自首之要件不符，自不得適用自首之規定減輕其刑。原判決已敘明：上訴人係於如事實欄四所載時、地，駕駛自小客車，經警員攔查時，發現其駕駛座前方儀表板上置放有如附表一編號四所示之第一級毒品海洛因一包，旋以持有第一級毒品之現行犯逮捕上訴人，並於上開自小客車內另扣得如附表一編號一至三所示第一級毒品海洛因三包，合計四包（純質淨重合計七二·三五公克）之逾純質淨重十公克以上之第一級毒品等情綦詳，則警員既已查悉上訴人持有第一級毒品海洛因，上訴人縱於嗣後坦承部分犯行，仍非屬在未經有偵查權之機關或公務員發覺以前，主動承認犯罪並表明願接受裁判，不符合刑法自首之要件，自無從依刑法第六十二條前段規定，就事實欄一所載之犯行，減輕其刑，並無不合。」

最高法院 [106 年度台上字第 749 號](#) 判決：「原判決認定上訴人受成年友人楊○斌（已歿）所託，收受並代為保管具有殺傷力之制式自動步槍、改造手槍各一支、制式子彈六十顆，而為寄藏等情，已詳載所憑之證據及認定之理由。並就（一）上訴人辯稱：查獲之槍、彈，均係上訴人主動報繳，況警於一〇四年三月二十二日查獲前，僅查知上訴人寄藏制式自動步槍及其中四十顆部分，故就報繳寄藏之全部或至少就寄藏之改造手槍及部分子彈，應有槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項減刑規定之適用云云。認不足採，予以指駁說明：……又具有裁判上一罪關係之犯罪，苟全部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部分犯罪自首，固仍生全部自首之效力，反之，倘其中一部分犯罪已先被有偵查權之機關或公務員發覺，行為人事後方就其餘未被發覺之部分，自動供認其犯行時，則與自首之要件不符，不得適用相關規定減輕其刑。本案查獲經過係警方接獲證人張○持有自動步槍及子

彈之情資，聲請核發搜索票獲准並於一〇四年三月二十日下午九時四十五分許前往張○居處執行搜索後，復據張○之陳述而知該些槍、彈為其老闆強哥所寄放，現已交與薛○豪，而再聲請核發搜索票，獲准後於翌日下午六時前往薛○豪居處執行搜索，並據薛○豪之陳述得知上訴人之年籍資料、聯絡電話及該些槍、彈為上訴人所有且已透過上訴人之子鄒○○交還上訴人之情，復再經警向檢察官聲請核發拘票獲准後，於同年月二十二日上午二時十五分許至上訴人公司請上訴人到案說明。已據證人即桃園市政府警察局龜山分局偵查隊小隊長洪○德於第一審證述明確，亦有桃園市政府警察局龜山分局一〇四年十月十日函檢附之承辦警察王○逢就查獲經過之職務報告及搜索扣押筆錄、各證人及上訴人之警詢內容為憑。再細觀證人張○、薛○豪之調查筆錄之製作時點，確均在警察前往上訴人公司要求到案說明之前。可徵警察至遲於薛○豪接受警詢後，即已知悉犯罪事實，並對上訴人為犯罪嫌疑人有確切之根據而可合理懷疑係上訴人持有槍、彈，上訴人既於警方已知悉之犯罪事實及犯人，並經警前往通知要求到案說明，始向警坦認寄藏槍、彈並繳出制式自動步槍底座、改造手槍及子彈，至多僅為就相關犯罪嫌疑部分之自白，尚難認合於自首之要件。又上訴人既於警方已知悉其持有制式自動步槍及部分子彈之犯罪事實後，再繳出先前未被發覺之改造手槍而供認該部分犯行，然此均為以一寄藏行為同時觸犯數罪之裁判上一罪，前已被發覺之罪既不合於自首要件，未被發覺之部分，仍與自首之要件不符。……原判決之說明論斷，俱有證據資料在卷可稽，既係綜合調查所得之直接、間接證據而為合理論斷，且並不違背證據法則、論理法則，即屬事實審法院採證認事，判斷證據證明力職權之適法行使，自不能任意指摘為違法。」

四、裁判上一罪偵查機關尚未發覺，就犯罪一部自首，效力及於全部

我國實務自最高法院 73 年度第 2 次刑事庭會議決議之後，就裁判上一罪關係之犯罪，多採行為人如於全部犯罪未被發覺前，僅就一部分犯罪自首，仍生全部自首之效力；反之，倘其中一部分犯罪已被偵查機關發覺，行為人方就其餘未被發覺之部分，自動供認其犯行，即認與自首之要件不符。

例如最高法院 [83 年度台上字第 3935 號](#) 判決認為：「刑法第六十二條所規定之自首，以對於未發覺之罪，向有偵查權之機關或公務員自承犯罪，進而接受裁判為要件；而具有連續犯或牽連犯等裁判上一罪關係之犯罪，苟全部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部分犯罪自首，固仍生全部自首之效力，反之，倘其中一部分犯罪已先被有偵查權之機關或公務員發覺，行為人事後方就其餘未被發覺之部分，自動供認其犯行時，因與上開自首之要件不符，自不得適用自首之規定減輕其刑。」

最高法院 [106 年度台上字第 1064 號](#)、[106 年度台上字第 749 號](#) 等判決均持相同見解，已見前述。

肆、想像競合犯全部未發覺前，自首一部分，效力涵射範圍之學說

我國學界對於想像競合犯全部未發覺前，自首一部分，自首之效力範圍是否及於其他裁判上一罪，很少討論。俞承修教授表示：「連續犯如僅自首一次犯罪行為，其餘另行舉發者，因法律上視為一罪，故仍應以自首論。¹」顯將自首效力之涵射範圍與裁判上一罪之範圍畫上等號，惟並未解釋自首效力及於其未自首之裁判上一罪，其關連性或所持法理為何。

蔡墩銘教授則持不同意見並批評²：「按牽連犯、連續犯之處罰，雖分別從一重處斷，或以一罪論，但其本質上為數罪，毫無可疑，矧

¹ 俞承修，刑法總則釋義(下冊)，1959年，194頁。

² 蔡墩銘，自首之要件，軍法專刊，第8卷第1期，1962年1月，17頁、19頁。

此數罪之間，恆有輕重之分，苟認為首其一罪，則他罪均可同獲減輕之利益，豈不鼓勵狡詐之犯人告知輕罪，以掩其重罪，一舉兩得，自非立法之初意。日本實例，曾認為犯詐欺罪，與偽造文書罪之牽連犯，其中一罪之自首，對於他罪不予影響(該國大審院明治三五年刑事判決錄第九卷第一二頁)。吾國學者，對於連續犯一罪之自首，有認為其效力及於全部者，似囿於連續犯在法律上視為一罪，無從分割，其見解顯然偏執一端，未盡愜當。」

高仰止教授理論上贊同蔡墩銘教授意見，但結論則屈從實務見解，其認為³：「犯重罪而自首輕罪，或犯輕罪而自首重罪，如所自首之輕罪與重罪屬於同一事實範圍者，其自首自有效力。例如所犯為傷害致死，而僅以傷害自首是，反之亦然。常業犯、結合犯、及加重結果犯，因其本質俱為一罪，故如自首其一部，其效力自各及於全部。連續犯之處罰，以一罪論，牽連犯則從一重處斷，本質上均為數罪，而係裁判上之一罪，若僅自首其連續數行為中之一行為，或方法與結果行為中之一行為，而未別首其餘之行為者，在理論上，其自首之效力，似不能及於未經自首之其餘行為。然連續犯及牽連犯在科刑上既視為一罪，且僅依其中較重之行為或罪刑宣告，在實務上並無加以區別何者為自首，何者非為自首之實益，故依一般學者與實例上就自首之範圍皆從寬解釋之原則，連續犯及牽連犯雖僅自首其一部，仍得就其全部行為，以自首處理之……」。

綜上，我國學界對於裁判上一罪，就一部犯罪自首之效力是否及於未自首之部分，討論雖少，但理論上較傾向自首之效力，不能及於未經自首之其餘犯罪。雖有學者支持實務，裁判上一罪就犯罪一部自首，效力及於全部之見解，惟並未說理，無法判斷持該意見之學者是否係單純介紹現行實務見解。

³ 高仰止，刑法總則，1980年，481-482頁。

伍、相關外國立法例

一、日本法

日本與我國相同，在刑法總則內將自首列為減刑事由。日本刑法第 42 條規定：「(1)犯罪在偵查機關發覺前自首者，得減輕其刑。(2)告訴乃論之罪，對有告訴權者告訴自己之犯罪事實，而委由其處理者，亦同。」第 1 項情形稱為「自首」，第 2 項情形稱為「首服」⁴。本條係將自首規定為得減，而非必減。日本自首規定之理論依據，有使偵查機關偵查或處罰更容易之「刑事政策說」與自首者悔改而「減低非難性」兩種見解⁵。

日本自首之要件與我國極為相似，係指在偵查機關未發覺犯罪之前，犯罪人向偵查機關報告自己犯罪之事實。日本實務上認為，自首的標的為被告自己的犯罪事實，不限於行為人自己實施自首，也可透過第三人實施⁶，但非基於犯人的意思，第三人向偵查機關申述犯人之犯罪者，不屬於自首⁷。依日本最高裁判所最判昭和 24.5.14 刑集 3 卷 6 號判決，所謂偵查機關發覺之前，指偵查機關尚未查明犯罪事實或者犯人是誰的情形，如果偵查機關已經掌握犯罪事實與具體犯罪人，只是不知道犯人行蹤，就不屬於發覺之前⁸。犯罪事實雖已被發覺，但尚未查知犯罪人為何人時，亦屬於犯罪尚未被發覺⁹。

自首內容必須真實，但即使其中夾雜部分虛假事實，只要構成要件該當性之犯罪事實部分並無虛假，屬於自首¹⁰。若陳述虛假致影響構成要件是否該當之判斷，則非自首。在強盜致死案件，被告僅主動

4 西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法總論，2012 年，468 頁。

5 甘添貴、余振華編，日本刑法翻譯與解析，2018 年，54 頁。

6 最判昭和 23.2.18 刑集 2 卷 2 號 104 頁。參閱自西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法總論，2012 年，468 頁。

7 京都地判昭和 47.3.29 判夕 278 號 281 頁。參閱自西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法總論，2012 年，468 頁。

8 最判昭和 24.5.14 刑集 3 卷 6 號 721 頁。參閱自西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法總論，2012 年，468 頁。

9 甘添貴、余振華編，日本刑法翻譯與解析，2018 年，54 頁。

10 最決平成 13.2.9 刑集 55 卷 1 號 76 頁。參閱自西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法總論，2012 年，468 頁。

向偵查人員供述自己的暴力行為，就強盜取財之目的並未供述，經偵查人員感到懷疑一再追問之後，才坦承其強盜取財之目的，則不能認定為自首¹¹。

日本刑法第54條第1項規定想像競合犯、牽連犯為裁判上一罪：「一個行為觸犯二以上之罪名、或犯罪之手段或結果之行為觸犯他罪名時，依據其最重之刑加以處斷。」日本想像競合犯與我國想像競合犯相同，均為裁判上一罪。因自首的標的為符合構成要件之犯罪事實，因此是否已經自首應就自首據實供述的範圍認定，與裁判上一罪之範圍無關。日本大審院表示：詐欺罪與偽造文書罪之牽連犯，其中一罪之自首，對於他罪不予影響¹²。亦即，自首之效力涵射範圍與裁判上一罪之範圍，並不相同。

二、美國法

美國聯邦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，均可予以起訴、判刑。聯邦最高法院在 *Missouri v. Hunter*¹³ 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¹⁴，法院不得以想像競合犯之理由，判決被告

11 東京高判平成 17.3.31 判 1894 號 155 頁。參閱自西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法總論，2012 年，468-469 頁。

12 日本大審院明治 35 年刑事判決錄第 9 卷第 12 頁，參閱見蔡墩銘，自首之要件，軍法專刊，第 8 卷第 1 期，17 頁、19 頁。

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

14 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。

犯持有毒品罪。

美國對同一被告之複數犯罪科刑時，有「同時進行刑」(Concurrent sentences)及「接續進行刑」(Consecutive sentences)之分，當一被告多數犯罪被定罪後，其多數徒刑應同時計算執行期間，並於最長期徒刑執行期滿時釋放，稱為「同時進行刑」；當一罪執行完畢後，另一罪之徒刑才接續開始執行，稱為「接續進行刑」。因此，美國聯邦法複數犯罪之執行只有「接續」或「吸收」兩個選項，並無類似我國定執行刑之制度。美國聯邦法 18 U. S. Code § 3584(b) 規定：法官決定「同時進行刑」或「接續進行刑」時，應考量 18 U. S. Code § 3553(a) 所列之量刑因素¹⁵。亦即，除法律另有明文規定外，法官應綜合考量犯罪的性質、情況、被告前科、品性、科刑執行的必要性等等因素¹⁶。因一行為觸犯數罪名之情形，美國法官可能但未必宣告「同時進行刑」，故其宣告刑、執行刑與我國想像競合犯不同。

美國聯邦刑事法並無「自首」的總則性規定，美國聯邦法於量刑階段將犯罪依嚴重性程度分成 43 個犯罪級數，聯邦量刑準則 § 3E1.1

¹⁵ 18 U.S.C. § 3584, "(a) Imposition of Concurrent or Consecutive Terms. —

.....Multiple terms of imprisonment imposed at the same time run concurrently unless the court orders or the statute mandates that the terms are to run consecutively. Multiple terms of imprisonment imposed at different times run consecutively unless the court orders that the terms are to run concurrently.

(b) Factors To Be Considered in Imposing Concurrent or Consecutive Terms. —

The court, in determining whether the terms imposed are to be ordered to run concurrently or consecutively, shall consider, as to each offense for which a term of imprisonment is being imposed, the factors set forth in section 3553(a).

(c) Treatment of Multiple Sentence as an Aggregate. —

Multiple terms of imprisonment ordered to run consecutively or concurrently shall be treated for administrative purposes as a single, aggregate term of imprisonment."

¹⁶ 18 U.S.C. § 3584, "(a) Factors To Be Considered in Imposing a Sentence. — The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth in paragraph (2) of this subsection. The court, in determining the particular sentence to be imposed, shall consider —

(1) the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant;

(2) the need for the sentence imposed —

(A) to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense;

(B) to afford adequate deterrence to criminal conduct;

(C) to protect the public from further crimes of the defendant; and

(D) to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner;".

規定被告犯後「接受責任」為減低犯罪級數事由之一。類似我國自首及偵查中自白之情形，依美國聯邦法，僅為法院判斷被告是否符合聯邦量刑準則§3E1.1「接受責任」減刑事由之眾多因子之一。

聯邦量刑準則§3E1.1. 規定：

「(a)被告明確為其犯行接受責任，減低犯罪級數 2 級。

(b)若被告符合(a)項減刑事由，而其適用(a)項前之犯罪級數為 16 級以上(包含 16 級)，政府(按:指檢察官)提議並表示被告適時通知當局其有認罪協商之意願，從而幫助政府調查或追訴其犯罪行為，使政府避免準備該訴訟，並使政府及法院有效分配其資源，再減犯罪級數 1 級。¹⁷」本條規定之目的是訴訟經濟及行為人非難性減低。

依聯邦適用聯邦量刑準則§3E1.1 注意事項規定：判斷被告是否明確為其犯行接受責任，其判斷因素包括下列事項：(A)是否真實的坦承其符合構成要件該當之行為、(B)是否自動停止或中止犯行或從共犯撤出、(C)判決有罪前是否自動賠償損害、(D)犯後是否主動向當局迅速投案、(E)是否自願協助當局取得犯罪所得成果及犯罪工具、(F)是否自願從其犯罪行為時之職位辭職、(G)犯後是否有接受矯治(例如心理諮商或戒毒治療)、(H)是否及時展現其接受責任¹⁸。

¹⁷ 2018 Guidelines Manual, §3E1.1., "Acceptance of Responsibility

(a) If the defendant clearly demonstrates acceptance of responsibility for his offense, decrease the offense level by 2 levels.

(b) If the defendant qualifies for a decrease under subsection (a), the offense level determined prior to the operation of subsection (a) is level 16 or greater, and upon motion of the government stating that the defendant has assisted authorities in the investigation or prosecution of his own misconduct by timely notifying authorities of his intention to enter a plea of guilty, thereby permitting the government to avoid preparing for trial and permitting the government and the court to allocate their resources efficiently, decrease the offense level by 1 additional level."

¹⁸ 2018 Guidelines Manual, 3E1.1 Application Note, "1. In determining whether a defendant qualifies under subsection (a), appropriate considerations include, but are not limited to, the following:

(A) truthfully admitting the conduct comprising the offense(s) of conviction, and truthfully admitting or not falsely denying any additional relevant conduct for which the defendant is accountable under §1B1.3 (Relevant Conduct) ...

(B) voluntary termination or withdrawal from criminal conduct or associations;

(C) voluntary payment of restitution prior to adjudication of guilt;

(D) voluntary surrender to authorities promptly after commission of the offense;

(E) voluntary assistance to authorities in the recovery of the fruits and instrumentalities of the offense;

(F) voluntary resignation from the office or position held during the commission of the offense;

美國對同一被告之複數犯罪科刑若為「接續進行刑」(Consecutive sentences)，有無量刑準則§3E1.1. 規定之「接受責任」減刑事由，應數罪分開各別判斷，並無裁判上一罪一部「接受責任」效力及於全部之理。若為「同時進行刑」，被告是否符合量刑準則§3E1.1. 規定「接受責任」之減刑標準，應各罪合併審酌綜合判斷，亦無裁判上一罪一部「接受責任」效力及於全部之理；若綜合判斷結果認為符合「接受責任」之減刑標準，則計算最重罪犯罪級數後，再依量刑準則§3E1.1. 規定減輕。

三、德國法

德國並無類似我國刑法第 62 條自首之規定，其與自首最相近之條文為德國刑法第 46b 條協助釐清或阻止重大犯罪之規定。

德國刑法第 46b 條第 1 項規定：「(第 1 句)行為人對於法律處以提高最輕本刑或無期徒刑之犯罪，1. 透過自願坦白其所知，根本地促成與其犯罪有關聯，而屬依照刑事訴訟法第 100a 條第 2 項之犯罪，得以發現，或 2. 自願及時向機關單位坦白其所知，尚得以阻止依照刑事訴訟法第 100a 條第 2 項之犯罪，該犯罪與其犯罪有關聯，其知悉該犯罪之計畫，法院得依第 49 條第 1 項減輕其刑，在此僅處以無期徒刑之罪，不得低於十年。(第 2 句)歸類為處以提高最輕本刑之犯罪，僅於特別重大情形時審酌加重，而不審酌減輕其刑。(第 3 句)行為人參與犯罪者，其對第 1 句第 1 款釐清犯罪之貢獻，必須超過自己犯罪之貢獻。(第 4 句)若該犯罪僅處以有期徒刑，且行為人未被判處超過三年之有期徒刑者，法院得以免除其刑取代減輕其刑。」德國刑法第 46b 條第 2 項規定：「法院在為第 1 項之決定時，應特別審酌下列事項：1. 坦白的事實形式及範圍、其對於釐清犯罪或阻止犯罪的意義、坦白的時點、透過行為人而支持刑事追訴機關的程度、其陳述

(G) post-offense rehabilitative efforts (e.g., counseling or drug treatment); and

(H) the timeliness of the defendant's conduct in manifesting the acceptance of responsibility.”

所指犯罪的嚴重性，以及 2. 第 1 款所稱情況與犯罪嚴重性及行為人罪責的關係。」德國刑法第 46b 條第 3 項規定：「若行為人於對其開啟審判程序(刑事訴訟法第 207 條)之裁定後才坦白其所知，不適用第 1 項之減輕及免除其刑。」¹⁹

本條規定為所謂「皇冠證人規定」，規範目的是讓有合作意願的共犯有協助釐清案情及協助預防犯罪的誘因。從立法者的角度，特別是在恐怖組織、組織犯罪以及重大經濟犯罪，皇冠證人的規定是不可或缺的²⁰。適用該條規定的行為人，他自己所觸犯之罪為有提高最輕本刑(即有期徒刑超過 1 個月)或無期徒刑之罪，而排除最輕本刑 1 個月或罰金刑之罪，但無須是刑事訴訟法第 100a 條第 2 項所列之罪名²¹。

該條第 1 項第 1 句第 1 款規定的是**協助釐清案情**的情形，行為人應透過自願坦白其所知，對於釐清刑事訴訟法第 100a 條第 2 項所列罪名的犯罪，有重大貢獻。是否有助於釐清上列犯罪，是由法院審查。惟限於釐清刑事訴訟法第 100a 條第 2 項所列罪名的犯罪(犯罪清單)²²，立法者有意藉此限縮在「重大」犯罪，因為這些犯罪特別具有密謀及封閉的特性，特別需要協助。此外，所釐清之上述犯罪清單的犯罪，必須與行為人自己所觸犯之罪有關聯。理由是，罪責及刑罰減輕事由若是基於告密一個與自己犯罪行為無關的第三人的犯罪行為，是不適當也不正當的。又該犯罪行為必須是經由被告的揭發而被發現，必須是出於被告自願的揭發²³。

該條第 1 項第 1 句第 2 款規定的是行為人**協助預防犯罪**的情形，所預防的犯罪一樣是刑事訴訟法第 100a 條第 2 項所列罪名的犯罪，

19 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，第 47-48 頁。」之內容，並對照最新修正條文原文後所譯。

20 本條規定也應在德國刑事訴訟法第 257c 條協商程序的關聯下觀察。Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 63. Aufl., 2016, § 46b, Rd. 1, 3, 4a.

21 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 63. Aufl., 2016, § 46b, Rd. 6.

22 德國刑事訴訟法第 100a 條第 2 項之犯罪是依該條第 1 項可以傳統方式或以植入小木馬的方式通訊監察的犯罪。

23 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 63. Aufl., 2016, § 46b, Rd. 8-12.

要預防的犯罪必須與行為人自己的犯罪有關聯。行為人應向可期待會通報阻止計畫犯行的任何國家或地方機關告知其所知，不限於警察機關、檢察署或法院。符合上述兩款之一的情形，依該條第 1 項第 1 句法院得減輕其刑；若再符合第 1 項第 4 句之要件，法院得免除其刑。依第 46b 條第 3 項，告知的時間點應在對行為人裁定開啟審判程序之前²⁴。法院為該條第 1 項決定時的審酌標準是規定在第 46b 條第 2 項²⁵。

依第 46b 條第 1 項第 3 句，若行為人參與該犯罪者，其對於釐清該項第 1 句第 1 款犯罪的貢獻，應超出自己犯罪的貢獻。也就是僅自白自己的犯行尚不得依該項規定減輕或免除其刑，必須要供出其他人的犯行²⁶。依該條第 1 項第 3 句的文義，不適用於該條第 1 項第 2 款的情形，所以有可能是行為人坦白其想要單獨從事之犯罪計畫²⁷。

該條第 1 項第 1 句第 1 款所規定之「與其犯罪有關聯」及第 2 款所規定之「該犯罪與其犯罪有關聯」之「關聯」，是指行為人自己觸犯的犯罪與其所釐清或預防的犯罪之間要有內在連結或內容的關聯，例如共犯的行為、犯罪集團成員的其他犯行、竊盜犯供出故買贓物者、觸犯贓物罪或洗錢罪之人揭發前置犯罪、供出毒品上游等，但不必落入訴訟法之同一犯罪事實的概念或具有想像競合的關係，也不必是同一犯罪型態²⁸。

由上開說明可知，行為人坦白或揭發的標的是「其所知(Wissen)」²⁹或「事實(Tatsache)」³⁰，但必須能釐清或預防刑事訴訟法第 100a 條第 2 項之犯罪。德國刑法第 46b 條第 1 項第 3 句行為人有參與犯罪的

24 應注意，依聯邦最高法院(BGH, Beschl. v. 25.2.2015 – 5 StR 18/15)見解，行為人可適用德國刑法第 46b 條第 1 項第 1 句第 1 款的起始時點是被告地位形成之後，也就是對其開啟偵查程序後。

25 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 63. Aufl., 2016, § 46b, Rd. 16-17..

26 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 63. Aufl., 2016, § 46b, Rd. 13.

27 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 63. Aufl., 2016, § 46b, Rd. 18.

28 MüKoStGB/Maier, 3. Aufl. 2016, StGB § 46b Rn. 45-47.

29 參照德國刑法第 46b 條第 1 項第 1 句第 1 款及第 2 款之用語。

30 參照德國刑法第 46b 條第 2 項第 1 款之用語。

情形，此時，在有助於釐清案情的情形，行為人僅自白自己的犯行尚不得依該項規定減輕或免除其刑，必須要供出其他人的犯行，尚不生自白一部犯罪事實，效力是否及於其他的問題。在協助預防犯罪的情形，不排除行為人坦白其想要單獨從事之犯罪計畫，然依德國刑法第46b條第1項第1句第2款，重點在於尚得以阻止依照刑事訴訟法第100a條第2項之犯罪，並無自白一部犯罪事實，效力是否及於其他的問題。而偵查機關就一部犯罪事實、行為或罪名展開調查，行為人對於其他部分可否仍坦白其所知，依德國刑法第46b條第1項第1句第1款，重點在於可否由其所坦白的內容發現有關聯而屬於德國刑事訴訟法第100a條第2項的犯罪，且行為人自己參與犯罪的情形，僅自白自己的犯行是不夠的，還要供出其他人的犯行；而依德國刑法第46b條第1項第1句第2款，重點在於能否阻止有關聯而屬於德國刑事訴訟法第100a條第2項的犯罪。

陸、本署見解

一、被告侵占與販賣第三級毒品究為一行為或二行為，事實審應確定

本案系爭判決臺灣高等法院臺南分院 [107年度上訴字第1255號](#) 判決犯罪事實二認定：「梁耀德、黃○銘……二人於105年8月24日取得上開第三級毒品愷他命後，另共同意圖為自己不法所有，基於侵占及販賣第三級毒品以牟利之犯意聯絡，先將該第三級毒品愷他命約36公斤據為己有後，經黃○銘介紹，而由梁耀德接洽位在嘉義地區之不詳姓名年籍之某成年男子，再以第三級毒品愷他命每公斤平均約新臺幣（下同）150萬元之代價，自同年9月初某日起至同年9月中旬止，由梁耀德、黃○銘接續6次將第三級毒品愷他命合計約15公斤售予該名不詳姓名之某成年男子。」似認定被告侵占第三級毒品與販賣第三級毒品為時間、地點均不同之二行為。但系爭判決理由欄又表示：被告係一行為犯侵占、販賣第三級毒品罪行，屬想像競合犯。

則原審究竟認定被告侵占第三級毒品與販賣第三級毒品為一行為或二行為？理由為何？上開認定雖與本提案之法律問題結論無涉，但對被告究應如何論罪則生重大影響。系爭判決認定之事實與所引法條似有衝突，核先指明。

按競合論之目的在於對行為人的所有犯行、犯罪不法內涵，進行充分而不過度、不重複的評價，也就是罪刑相當、禁止過度評價及禁止不足評價，以合乎一行為(一罪)不兩罰原則、一事不再理原則的法治國基本要求，主要有下列學說：

1. 意思說(犯意標準說)：

以行為人主觀上犯罪意思的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的故意或過失實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的犯意實現犯罪，則成立數罪。

2. 行為說(行為標準說)：

以行為人客觀上犯罪行為的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的行為實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的行為實現犯罪，則成立數罪。

3. 結果說(法益標準說)：

以行為人所侵害法益的個數，所發生結果的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為侵害一個法益(一個結果)，僅成立一罪；若行為人的行為侵害數個法益(數個結果)，則成立數罪。

4. 構成要件說(構成要件標準說)：

以行為人的行為該當構成要件的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為該當一個構成要件，僅成立一罪；若行為人的行為該當複數構成要件，則成立數罪。而構成要件包含行為、行為客體、行為情狀、行為結果、犯意等要素，以構成要件為標準判斷罪數時，皆須考慮上開要素。余振華教授認為因為犯罪的成立以構成要件該當為

要件，判斷犯罪的個數應依據構成要件為標準，並採刑法學解釋論對構成要件該當次數為評價³¹。

5. 綜合說：

罪數必須建立在實質的犯罪觀念上，而非形式的構成要件論上，應以結果(法益)為中心，同時綜合審酌意思、行為等要素。陳子平教授主張應以「該當構成要件所預定之被害法益之單一性為中心，綜合考量對於該法益侵害之犯意單一性或連續性、實行行為之單一性或連續性、被害法益之同一性等等，而判斷該當構成要件之次數，以決定罪數」³²。

6. 認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數：

甘添貴教授認為：認識上之罪數係以立法者所制定之各種犯罪類型所從事之事實及類型判斷，如具有某一罪之構成要件該當性，即成立一罪，如具有某數罪之構成要件該當性，即成立數罪。而如認識上之罪數僅為一罪，則評價上之罪數亦為一罪。如認識上之罪數為數罪，始有評價上之罪數為一罪或數罪之問題。評價上之罪數，係依禁止重複評價原則，求合於比例原則及平等原則之要求所進行判斷，並以法益侵害性作為評價之基礎。科刑上之罪數係就評價上之罪數決定如何科刑，評價上之罪數為一罪時，科刑上之罪數亦為一罪，評價上之罪數為數罪時，即有科刑上之罪數應依一罪或數罪處罰之問題，或為數罪併合論罪、或為數罪中從一重罪處斷，或為數罪以一罪論。此涉及刑罰之目的，亦即如何處罰始能符合刑罰目的³³。

7. 由行為單、複數出發處理競合論：

林鈺雄教授主張：犯罪競合之判斷，應先判斷係行為單數或行為複數，當不屬於任何一種行為單數類型時，即為行為複數。行為單數的類型包含自然意義的一行為、構成要件的行為單數(例如強制+性交)

³¹ 余振華，刑法總論，三民，修訂三版第1刷，2017年9月，462-464頁。

³² 陳子平，刑法總論，元照，四版第1刷，2017年9月，694-696頁。

³³ 甘添貴，罪數理論之研究，元照，初版第1刷，2006年4月，12-17頁。

以及自然的行為單數(例如接續犯)。判定為行為單數，競合的結果就只能可能是法條競合(屬於不真正競合)或想像競合(屬於真正競合)兩種。判定為行為複數，競合的結果就只能可能是與罰前後行為(屬於不真正競合)或實質競合(數罪併罰)兩種³⁴。

犯罪競合諸學說中，「意思說」僅以行為人主觀上犯罪意思的個數為標準，失之過寬，顯不可採。「綜合說」及「認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數」因考慮因素多元，無法提供實務明確判斷標準，常常導致模稜兩可，有失明確。相較之下，本署認為「由行為單、複數出發處理競合論」較為合理實用，林鈺雄教授上開分析合理易懂且條理分明，應可作為判斷罪數之原則。故本署主張若事實審認定被告侵占第三級毒品與販賣第三級毒品為二行為，應數罪併罰；若認定被告侵占第三級毒品與販賣第三級毒品為一行為，則應依想像競合犯論罪科刑。但上開兩種情形，不論認定一行為或二行為，均不妨礙被告就偵查機關未發覺之餘罪自首。

二、自首標的為犯罪事實，而非犯罪行為或罪名

自首立法之目的是訴訟經濟及非難性減低，自首標的與範圍與法律如何評價無關，因此自首標的應為該當構成要件之犯罪事實，而非罪名或被告之犯罪行為。參考前開日本刑法自首規定及美國聯邦量刑準則「接受責任」、德國刑法「協助釐清或阻止重大犯罪」之立法例，應同此旨。例如，甲與A有仇，A、B二人偶然共食，甲乃以一投放毒物行為毒殺A、B兩人，A、B兩人個自返家後毒發身亡。警察接獲檢舉甲涉嫌毒殺A並展開調查，此時，甲對毒殺B之部分因心生悔恨而自首，既符合訴訟經濟及非難性減低之立法目的，應無不許之理，宜認生自首之效力。

³⁴ 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第1刷，2018年9月，578-579頁。

依我國目前實務主流見解，認為自首的標的為罪名，並認為甲以一投放毒物行為毒殺 A、B 兩人，為同種想像競合犯、屬裁判上一罪，警察對甲毒殺 A 之犯罪事實已經發覺，雖對毒殺 B 部分尚未發覺，甲仍不能對該部分自首，因此甲自首其毒殺 B 部分不生自首之效力。若認為自首的標的為犯罪行為，則警察既已經對甲之以投放毒物殺人之犯罪行為已經發覺，甲自動供述其毒殺 B 部分亦將不生自首之效力。該等見解顯然均違反立法者鼓勵被告悔過投誠、使事實易於發覺俾減輕偵查及訴訟勞費之旨意。

因為自首的標的為該當構成要件之犯罪事實，而非罪名，固若行為人自首時對罪名有所誤認，並不影響自首之效力。例如行為人將人毆傷致昏迷，誤以為被害人死亡，因心生悔意自首殺人，實僅構成傷害罪，其既對該當傷害罪構成要件之犯罪事實自動坦白供述，仍應就傷害罪生自首效力。

三、自首效力涵射範圍及於所首之犯罪事實，與裁判上一罪範圍無關

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，可知行為人所犯本質上係數罪，本應對行為人所犯各罪，均予評價，始屬適當。惟因刑罰評價對象，乃行為本身；想像競合犯係一行為觸犯數罪名，為避免對同一行為過度及重複評價，刑法第 55 條前段始規定「從一重處斷」。

然有無自首應以被告供承之犯罪事實是否經偵查機關發覺為判斷標準，屬於事實認定問題，並非刑罰之評價；而裁判上一罪之立法目的及功能在實體法上係為符合罪刑相當原則，在訴訟法上則依審判不可分法理決定審判範圍。因此，自首與裁判上一罪之法理不同，範圍不必然重疊。裁判上一罪、想像競合犯之各別犯罪事實有無自首，應分開各別認定，想像競合犯經偵查機關發覺一部分犯罪事實，偵查

機關不當然會發現其餘犯罪事實，仍應承認被告就餘罪自首之效力。被告僅自首輕罪部分之犯罪事實，自首效力不應及於重罪之犯罪事實，否則將如蔡墩銘教授所指³⁵：「苟認為首其一罪，則他罪均可同獲減輕之利益，豈不鼓勵狡詐之犯人告知輕罪，以掩其重罪，一舉兩得，自非立法之初意。」

最高法院 [80 年度台上字第 4327 號](#) 判決認為：「有無自首乃單純之事實認定問題，與裁判上一罪之法理無關，自無所謂一部自首效力是否及於全部之審判不可分原則之適用。因之裁判上一罪犯罪事實有無自首，仍應就全部犯罪行為，分別為個別的觀察認定，並就各個自首之犯罪行為分別適用自首規定減輕其刑，與牽連犯之從一重處斷及連續犯之以一罪論法理無涉。」本署深表贊同。

我國過去實務認為：「具有裁判上一罪關係之犯罪，苟全部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部分犯罪自首，仍生全部自首之效力，反之，倘其中一部分犯罪已先被有偵查權之機關或公務員發覺，行為人方就其餘未被發覺之部分，自動供認其犯行時，不得適用自首之規定減輕其刑。」不僅缺少說理、與法理有違，且悖於先進國家立法例，亟需修正。

柒、結論

綜上，本署認為：想像競合犯犯罪事實有無自首，應就個別犯罪事實觀察認定，與裁判上一罪之法理無涉。本案被告所犯之侵占及販賣第三級毒品為不同之犯罪事實，偵查機關雖然發覺被告有侵占第三級毒品之犯行，但若無其他事證知悉被告有販賣第三級毒品之行為，被告主動供承其販賣毒品之犯行，應有刑法第 62 條自首規定之適用。

此致

³⁵ 參見蔡墩銘，自首之要件，軍法專刊，第 8 卷第 1 期，1962 年 1 月，17 頁、19 頁。

最高法院

中 華 民 國 109 年 3 月 6 日

檢察官 蔡瑞宗
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒