

## 最高法院刑事判決

108年度台上字第3563號

02

03

上訴人 梁耀德

04

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺

05

南分院中華民國108年4月25日第二審判決（107年度上訴字第125

06

5號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署105年度偵字第15910、176

07

82、18674號、106年度偵字第2140、2466、2905、3301、3349、

08

4616號），提起上訴，本院判決如下：

09

主 文

10

原判決關於梁耀德共同販賣第三級毒品罪刑部分撤銷。

11

梁耀德共同販賣第三級毒品，處有期徒刑參年拾月。

12

其他上訴駁回。

13

理 由

14

壹、撤銷改判（即販賣第三級毒品罪刑）部分：

15

一、本件原判決事實認定：上訴人梁耀德、黃偉銘（第一審通緝

16

中）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

17

規定之第三級毒品，不得非法販賣，且其等於民國105年8月

18

10日自大陸地區東莞市經海運起運，以電腦散熱器夾帶約36

19

公斤之愷他命，係真實姓名年籍不詳綽號「水哥」之成年男

20

子所有，竟於同年月24日取得上開私運進口之愷他命後，為

21

籌款營救因走私案在馬來西亞被捕之友人林文華，而共同意

22

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

23

意聯絡，將該愷他命據為己有，並自同年9月初某日起至同

24

年9月中旬止，接續6次，以每公斤約新臺幣（下同）150萬

25

元之價格，在嘉義地區將共約15公斤之愷他命販賣予姓名年

26

籍不詳之某成年男子（即原判決事實欄二）。

27

二、原判決認定上開事實，係依憑上訴人於警詢、偵查、第一審

28

及原審之自白，佐以證人即共同正犯黃偉銘之證述，及卷附

29

搜索扣押筆錄、扣案毒品鑑定書等證據資料，為其所憑之證

30

據及認定之理由。並敘明：（一）上訴人為籌款營救在馬來西亞

31

遭逮捕之友人林文華，而販賣愷他命變現，顯有營利之意圖

32

。（二）上訴人所為，係犯刑法第335條第1項普通侵占罪、毒品

01 危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪。上訴人與黃  
02 偉銘間，就上開犯行，有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正  
03 犯。其分6次，將合計15公斤之愷他命販賣予上開男子，係  
04 基於單一販賣愷他命之犯意，在密切接近之時地實行，所侵  
05 害之法益同一，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全  
06 觀念，在時間差距上，難以強行分開，應以接續犯，論以一  
07 罪。上訴人係為籌款營救因案遭逮捕之友人，而起意侵占並  
08 販賣該批愷他命，係基於單一之目的，而同時觸犯上開2罪  
09 名，應依想像競合犯之規定，從一重之販賣第三級毒品罪處  
10 斷。(三)上訴人就前揭犯行，於偵、審中自白，應依毒品危害  
11 防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。又裁判上之一罪，  
12 苟全部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部分犯罪自首，  
13 固仍生全部自首之效力，反之，倘其中一部分犯罪已先被有  
14 偵查職權之機關或公務員發覺，行為人方就其餘未被發覺之  
15 部分，自動供認其犯行，與自首之要件不符，不得適用自首  
16 減輕其刑之規定。本案警方業已經由執行通訊監察，發覺上  
17 訴人上開侵占犯行，其後上訴人雖主動供承前述販賣毒品犯  
18 行，自無自首減輕其刑規定之適用。(四)原判決未認定上訴人  
19 接續販賣毒品之次數，亦未說明其有營利意圖之理由，自有  
20 違誤，應予撤銷改判。(五)審酌上訴人無視政府嚴加查緝毒品  
21 之決心，販賣數量甚鉅之愷他命，危害國人身心健康及社會  
22 秩序至鉅，及其犯罪之動機、目的、手段、所生之危害甚大  
23 ，兼衡其素行、智識程度、家庭經濟狀況暨犯後態度等一切  
24 情狀，量處有期徒刑4年等旨。

25 三、經核原判決關於上開部分之事實認定及法律適用，除後述關  
26 於是否構成自首及量刑外，尚無違誤。

27 四、關於上訴人以一行為觸犯普通侵占罪及販賣第三級毒品罪；  
28 其中普通侵占罪部分，雖為偵查犯罪職權之公務員或機關（  
29 下稱偵查機關）所發覺，不符刑法第62條自首之規定；然就  
30 其所犯之販賣第三級毒品罪部分，則係上訴人於偵查機關知  
31 悉前，主動供出，而接受裁判。於此情形，上訴人自動供承

01 之販賣第三級毒品犯罪部分，有無刑法第62條自首規定之適  
02 用？」，本院先前裁判採否定說，認與自首之要件不符（本  
03 院108年度台上字第1032號、107年度年度台上字第3101號、  
04 106年度台上字第3562號、104年度台上字第3440號等判決參  
05 照），而本庭經評議後，擬採與本院先前判決不同之法律見  
06 解，經依法院組織法第51條之2第2項規定，向其他各刑事庭  
07 徵詢後，仍有不同之見解，乃以108年度台上大字第3563號  
08 裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解。經本院刑  
09 事大法庭於109年4月16日以108年度台上大字第3563號裁定  
10 主文宣示：「行為人以一行為而觸犯普通侵占罪及販賣第三  
11 級毒品罪，其普通侵占罪雖經發覺，而不合自首之規定，但  
12 販賣第三級毒品罪，如於未發覺前自首而受裁判，仍有刑法  
13 第62條前段減輕其刑規定之適用」，並於裁定理由內說明：

14 (一)、一行為而觸犯數罪名之想像競合犯，係指行為人以一行為，  
15 而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，為  
16 充分保護被害法益，避免評價不足，乃就行為所該當之數個  
17 構成要件分別加以評價，而論以數罪。但因行為人祇有單一  
18 行為，較諸數個犯罪行為之侵害性為輕，揆諸「一行為不二  
19 罰」之原則，法律乃規定「從一重處斷」即為已足，為科刑  
20 上或裁判上一罪。由於想像競合犯在本質上為數罪，行為所  
21 該當之多數不法構成要件，均有其獨立之不法及罪責內涵，  
22 因此法院於判決內，仍應將其所犯數罪之罪名，不論輕重，  
23 同時並列，不得僅論以重罪，置輕罪於不顧；而於決定處斷  
24 刑時，各罪之不法及罪責內涵，亦應一併評價，並在最重罪  
25 名之法定刑度內，量處適當之刑，且不得科以較輕罪名所定  
26 最輕本刑以下之刑，觀諸刑法第55條規定即明。於刑事立法  
27 上，針對特定犯罪行為刑事制裁依據之刑法（含特別刑法）  
28 條款，乃是就具體之犯罪事實，經過類型化、抽象化與條文  
29 化而成。是刑法（含特別刑法）所規定之各種犯罪，均有符  
30 合其構成要件之犯罪事實。想像競合犯，於本質上既係數罪  
31 ，則不論行為人係以完全或局部重疊之一行為所犯，其所成

01 立數罪之犯罪事實，仍各自獨立存在，並非不能分割。即使  
02 是行為人同時販賣第一級及第二級毒品予同一人，亦有兩個  
03 截然可分之販賣犯罪事實。

04 (二)、對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑，刑法第62條  
05 前段定有明文。所謂「發覺」，乃指偵查機關知悉或有相當  
06 之依據合理懷疑犯罪行為人及犯罪事實而言。是自首之成立  
07 ，須行為人在偵查機關發覺其犯罪事實前，主動向偵查機關  
08 申告，並接受裁判為要件。此主動申告未經發覺之罪，而受  
09 裁判之法律效果，在德、美兩國係列為量刑參考因子，予以  
10 處理，我國則因襲傳統文化，自刑法第57條抽離，單獨制定  
11 第62條，成為法定減輕其刑要件。嗣後再參酌日本法例，於  
12 94年2月2日修正公布、95年7月1日施行之刑法，將自首由必  
13 減輕，修正為得減輕，依其修正理由所載：因自首之動機不  
14 一而足，為使真誠悔悟者可得減刑自新之機，而狡黠陰暴之  
15 徒亦無所遁飾，以符公平等旨，堪認自首規定之立法目的，  
16 兼具獎勵行為人悔改認過，及使偵查機關易於偵明犯罪之事  
17 實真相，以節省司法資源，並避免株連疑似，累及無辜。

18 (三)、法官適用法律，首應從法條之字面意義為解釋（文義解釋）  
19 ，如解釋結果，有各種涵義之可能性時，則應依法條在立法  
20 總體系中之地位和意義（體系解釋）、立法者真意（歷史解  
21 釋）、法條規範之目的及倫理價值（目的性解釋），抑或合  
22 乎憲法規定或其所宣告基本價值（合憲性解釋）等解釋方法  
23 ，在法條文義所及之範圍內，闡明法律之真義，以期正確妥  
24 當之適用。而想像競合犯，在犯罪評價上為數罪，僅在科刑  
25 上從一重處斷，就此以觀，該未為偵查機關發覺之部分犯罪  
26 事實，自屬前開條文所稱「未發覺之罪」文義射程之範圍；  
27 再者，如行為人於偵查機關發覺前，主動供出，偵查機關即  
28 因行為人之供述，得悉整個犯罪之全貌，進而依法偵辦，自  
29 有助益偵查；且其主動申告尚未被發覺部分之罪，擴大犯罪  
30 之不法及罪責內涵，依社會通念，多有悔改認過之心。是依  
31 文義、體系、歷史及目的性等解釋方法，裁判上一罪之想像

01 競合犯，行為人就未發覺之重罪部分之犯罪事實，主動供出  
02 ，接受裁判，於從該重罪處斷時，應認有自首減輕其刑之規定及  
03 之適用，始合乎該法條之文義及立法意旨，並符合罪刑上相  
04 國民之法律感情。況法律之所過度或重複評價，以符行為人享  
05 一罪，乃為避免對同一行為一重處斷之結果，而剝奪行為人發  
06 當原則，自無因科刑上之理。從而，若輕罪部分之犯罪事實先被發  
07 有自首減刑寬典之理。從而，若輕罪部分之犯罪事實先被發  
08 覺，重罪部分之犯罪事實自首於後，法院從一重罪處斷時，發覺於  
09 自得依自首之規定減輕其刑；反之，重罪之犯罪事實發覺於  
10 前，輕罪部分自首於後，從一重罪處斷時，因重罪部分非屬  
11 自首，固不得依自首規定減輕其刑，但因行為人主動供述輕  
12 罪部分之犯罪事實，倘認其確有悔改認過之心，自得資為犯  
13 後態度良好、從輕量刑之依據。至於實質上一罪，如接續犯  
14 、繼續犯、加重結果犯、結合犯、吸收犯、常業犯或集合犯  
15 等，既非裁判上一罪，倘部分犯罪事實已先被發覺，即難認  
16 其主動供出其他部分事實仍有自首減輕其刑規定之適用，自  
17 不待言。

18 (四)、在控訴原則下，法院裁判權之範圍，僅限於檢察官起訴之  
19 被告及其犯罪事實；裁判上一罪之想像競合犯，因國家僅有  
20 一個刑罰權，訴訟上祇能以一次之程序追訴處罰，故在訴訟  
21 法上作為一個訴訟客體予以處理，無從分割，其法律上之事  
22 實關係，具有不可分性，為訴訟法上之單一案件。因此，檢  
23 察官如僅就其中一部分犯罪事實起訴，其效力自及於全部，  
24 法院仍應就全部之犯罪事實審判，而有起訴不可分、審判不  
25 可分及上訴不可分等原則之適用。惟自首，係賦予偵查機  
26 關未發覺之罪，主動申告並接受裁判之行為人，得以減刑之  
27 優惠，屬刑之減輕事由，乃犯罪處斷之實體法上效果；而單  
28 一案件，係起訴效力擴張或一事不再理原則之問題，與偵查  
29 無關。是於偵查程序，並無所謂案件單一性，更無所謂偵查  
30 不可分可言。從而，刑法第62條向偵查機關自首之「犯罪事  
31 實」，與訴訟法上起訴或認定之「犯罪事實」，乃不同之概

01 念。前者，行為人所供述者，為過去發生之單純社會事實，  
02 至是否成立自首，由法院依法認定之；而後者，檢察官所起  
03 訴者，乃已經賦予法律評價之法律事實，評價之對象為實體  
04 法上應予非難之行為。故而想像競合犯自首事實之認定，尚  
05 無程序法上起訴及審判不可分法理之適用。

06 (五)、綜上，裁判上一罪之想像競合犯，其部分犯罪事實有無為偵  
07 查機關發覺，是否成立自首，無論從想像競合犯之本質、自  
08 首之立法意旨、法條編列之體系解釋，抑或實體法上自首及  
09 訴訟法上案件單一性中，關於「犯罪事實」之概念等各個面  
10 向以觀，均應就想像競合犯之各個罪名，分別觀察認定，方  
11 符合法規範之意旨。本案上訴人所犯普通侵占罪之事實，因  
12 業經偵查機關發覺，固不能獲自首減輕其刑之寬典，惟就其  
13 從一重處斷之販賣第三級毒品罪部分，既在偵查機關發覺前  
14 ，主動供出而接受裁判，自有自首減輕其刑規定之適用。

15 五、本院刑事大法庭既已就本件前揭擬採為裁判基礎之法律見解  
16 歧異予以統一。則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依  
17 法院組織法第51條之10之規定，自應受本院刑事大法庭前揭  
18 裁定見解之拘束。稽之卷內資料，警方依法就上訴人及黃偉  
19 銘使用之行動電話門號實施通訊監察，於監聽過程中，得悉  
20 上訴人與黃偉銘涉嫌走私愷他命，並運輸進入臺灣後私吞入  
21 己，經拘提上訴人到案後，上訴人主動供述前開販賣愷他命  
22 之事實，警方始知悉整個犯罪全貌，並進而偵辦等情，業據  
23 證人即本案承辦警員林志魁證述在卷（見第一審卷二第161  
24 至166頁），並有臺南市政府警察局刑事警察大隊函、通訊  
25 監察譯文及上訴人105年9月24日之警詢筆錄在卷可徵（分見  
26 第一審卷一第204頁、警二卷第75頁正反面、123至124、147  
27 頁反面至152頁）。堪認上訴人以一行為而觸犯上開二罪名  
28 ，雖其中侵占之犯罪事實，業經警方發覺，而無自首規定之  
29 適用，惟就其從一重處斷之販賣第三級毒品之犯罪事實，則  
30 係在偵查機關發覺前，主動供出而受裁判，依前說明，自有  
31 自首減輕其刑規定之適用。原判決認無自首規定之適用，有

01 判決不適用法則之違法。上訴意旨執以指摘，為有理由。原  
02 判決此項違誤，尚不影響於事實之確定，本院可據以為裁判  
03 。爰將原判決關於此部分之罪刑撤銷，自為裁判。經依刑法  
04 第62條前段規定，減輕其刑，並依法遞減之，復審酌前述量  
05 刑之一切情狀，改判如主文第2項所示之刑。

06 貳、上訴駁回部分：

07 一、運輸第三級毒品及製造第三級毒品未遂部分：

08 (一)、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決  
09 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判  
10 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未  
11 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  
12 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第  
13 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違  
14 背法律上之程式，予以駁回。

15 (二)、本件原審審理結果，認為上訴人有如原判決事實欄（下稱事  
16 實欄）一所示共同運輸愷他命、私運管制物品、行使偽造私  
17 文書，及事實欄三所示製造愷他命未遂各犯行明確。因而撤  
18 銷第一審關於上訴人事實欄一部分之科刑判決，改判仍依想  
19 像競合犯之規定，論處上訴人共同運輸第三級毒品罪刑，並  
20 為相關沒收之宣告；另維持第一審關於事實欄三，論處上訴  
21 人製造第三級毒品未遂罪刑，並為相關沒收之判決，駁回上  
22 訴人此部分在第二審之上訴。已詳敘其認定犯罪事實所憑之  
23 證據及理由。

24 (三)、上訴意旨略以：1.運輸第三級毒品部分：符合毒品危害防制  
25 條例第17條第1項規定減免其刑之事由者，依刑法第66條規  
26 定得減輕至三分之二。本件第一審判決認上訴人僅符合上開  
27 條例第17條第2項之減刑事由，因而量處有期徒刑4年6月，  
28 依此回推，如未減刑之原刑度最重應為有期徒刑9年；原審  
29 既認上訴人亦符合同條例第17條第1項之減免其刑事由，則  
30 在遞減後，最輕得減至有期徒刑1年6月，然原判決理由欄卻  
31 載上訴人運輸愷他命高達36公斤，情節非輕，而不依刑法第

01 66條規定減輕至二分之一云云，其適用法律自有違誤，且本  
02 件得減至有期徒刑1年6月，竟判處有期徒刑4年，亦有量刑  
03 過重之違誤。2.製造第三級毒品未遂部分：上訴人此部分犯  
04 行，經依毒品危害防制條例第17條第2項及刑法未遂之規定  
05 減刑後，最輕得判處有期徒刑1年9月，原判決卻重判有期徒  
06 刑2年6月，且未說明理由，亦有判決理由不備之違法云云。

07 (四)、惟查：刑法第66條雖規定：「有期徒刑、拘役、罰金減輕者  
08 ，減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑之規定者，其減輕  
09 輕得減至三分之二。」係指減輕「至」二分之一，或得減輕  
10 「至」三分之二，而非必須一律減輕二分之一或三分之二；  
11 且關於刑之量定，屬事實審法院得依職權自由裁量，倘其裁  
12 量未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指  
13 摘其為違法。原判決已敘明上訴人運輸第三級毒品罪，如何  
14 有毒品危害防制條例第17條第1項及第2項減刑之適用；製造  
15 第三級毒品未遂罪，如何有上開條例第17條第2項、刑法第  
16 25條第2項減刑之適用，各予遞減其刑後，並就撤銷改判部  
17 分，以行為人之責任為基礎，具體審酌上訴人關於刑法第57  
18 條所列各款事項等一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑  
19 之裁量權；就上訴駁回部分，則敘明第一審判決所為之量刑  
20 ，何以並無不當，因而予以維持之理由等旨甚詳（見原判決  
21 第16至18頁之理由欄甲、四及五之（三）），核均屬事實審法院  
22 裁量權之適法行使，尚無逾越法定刑之範圍，或顯然失當而  
23 有違罪刑相當原則之情形，即無違法及理由不備可言。

24 (五)、綜上，上訴意旨徒憑己見，就原審量刑職權之適法行使，及  
25 原判決已說明事項，任意指摘，顯與法律規定得為第三審上  
26 訴理由之違法情形，不相適合。其此部分之上訴不合法律上  
27 之程式，應予駁回。

28 二、販賣第三級毒品沒收部分：

29 (一)、刑法沒收新制修正後，沒收已非從刑，雖定性為「獨立之法  
30 律效果」，但其仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，為避  
31 免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於犯罪（違法）行

01 為之罪刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收  
02 部分之基礎，產生裁判歧異，是以不論依刑事訴訟法第 348  
03 條規定或依第 455 條之 27 第 1 項前段之法理，縱上訴權人僅聲  
04 明就罪刑部分上訴，倘其上訴合法者，其效力應及於沒收部  
05 分之判決。又沒收因已非刑罰，具有獨立性，其與犯罪（違  
06 法）行為並非絕對不可分離，即使對本案上訴，當原判決採  
07 證認事及刑之量定均無不合，僅沒收部分違法或不當，自可  
08 分離將沒收部分撤銷改判，其餘本案部分予以判決駁回。反  
09 之，原判決論罪科刑有誤，而沒收部分無誤，亦可僅撤銷罪  
10 刑部分，其餘沒收部分予以判決駁回。另第三審上訴書狀，  
11 應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後 20 日內補  
12 提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判  
13 決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之  
14 ，刑事訴訟法第 382 條第 1 項、第 395 條後段規定甚明。

15 (二)、原判決關於上訴人販賣第三級毒品部分，除宣告上開罪刑外  
16 ，並諭知相關之沒收、追徵（見原判決理由甲、五（四））。上  
17 訴人不服原審判決，於 108 年 5 月 14 日提起上訴，僅就罪刑部  
18 分敘述不服之理由，關於合法上訴效力所及之沒收部分，未  
19 敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依前  
20 揭規定，其此部分之上訴，應予駁回。

21 據上論斷，應依刑事訴訟法第 397 條、第 398 條第 1 款、第 395 條，  
22 毒品危害防制條例第 4 條第 3 項、第 17 條第 2 項，刑法第 11 條前段  
23 、第 28 條、第 335 條第 1 項、第 55 條、第 62 條前段，刑法施行法第  
24 1 條之 1，判決如主文。

25 中 華 民 國 109 年 4 月 16 日

26 最高法院刑事第六庭

27 審判長法官 徐 昌 錦

28 法官 蔡 國 在

29 法官 林 恆 吉

30 法官 林 海 祥

31 法官 江 翠 萍

01

02 本件正本證明與原本無異

03

書記官

04

中華民國 109 年 4 月 21 日

05

附錄本案論罪科刑法條：

06

毒品危害防制條例第4條第3項

07

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科

08

新臺幣七百萬元以下罰金。

09

刑法第335條第1項

10

意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，

11

處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。