

想像競合中的部分自首問題

——評最高法院108年度台上大字第3563號 裁定



蔡聖偉

臺北大學法律學院教授

摘要

本文贊成108年度台上大字第3563號的結論，但具體操作上有所不同。從一重處斷係指法官應在所有法條的法律效果中找出最重的組合，作為刑罰裁量的框架。在比較各罪刑度時，應取適用於個案中的具體刑罰範圍來比較，各種可適用的刑罰加重減輕事由也都應該一併列入考量，當然也包括自首。由於刑法第62條本文的法律效果是「得減輕其刑」，法院就要先決定該案中是否減輕。如果法官打算減輕，就要先透過刑法第66條調整該罪原本的法定刑，然後再用這個調整過的刑度和他罪的刑度比較，挑選其中最重的法定刑上限與下限來組成量刑框架。反之，倘若法院裁量不予減輕，那麼在比較刑度輕重時就沒有任何特殊之處。

目次

壹、背景事實

貳、爭點

參、大法庭裁定

肆、評釋

壹、背景事實

甲明知其所持有之第三級毒品愷他命為乙所有，竟將上開毒品據為己有，販賣給他人。警方先發覺甲之侵占罪嫌，將之拘提到案後，甲復主動供出前開販賣毒品之情事，警方始一併偵辦。

貳、爭點

被告以一行為觸犯侵占罪及販賣第三級毒品罪，其中侵占罪部分雖為偵查機關發覺，不符刑法第62條自首之規定，然於販賣第三級毒品罪部分，則係被告於偵查機關知悉前主動供出並接受裁判。被告自動供承之販賣第三級毒品犯罪部分有無刑法第62條自首規定之適用？

參、大法庭裁定

大法庭於2020年4月做成本裁定，主文如下：

行為人以一行為而觸犯普通侵占罪及販賣第三級毒品罪，其普通侵占罪雖經發覺，而不合自首之規定，但販賣第三級毒品罪，如於未發覺前自首而受裁判，仍有刑法第62條前段減輕其刑規定之適用。

至於理由部分，本裁定共列出5點說明，以下僅節錄其中最重要的論點：

一、想像競合犯，在犯罪評價上為數罪，僅在科刑上從一重處斷，就此以觀，該未為偵查機關發覺之部分犯罪事實，自屬前開條文所稱「未發覺之罪」文義射程之範圍；再者，如行為人於偵查機關發覺前，主動供出，偵查機關即因行為人之供述，得悉整個犯罪之全貌，進而依法偵辦，自有助益偵查；且其主動申告尚未被發覺部分之罪，擴大犯罪之不法及罪責內涵，依社會通念，多有悔改認過之心。是依文義、體系、歷史及目的性等解釋方法，裁判上一罪之想像競合犯，行為人就未發覺之重罪部分之犯罪事實，主動供出，接受裁判，於從該重罪處斷時，應認有自首減輕其刑規定之適用，始合乎該法條之文義及立法意旨，並符事理之平及國民之法律感情。況法律之所以將想像競合犯規定為科刑上一罪，乃為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相當原則，自無因科刑上從一重處斷之結果，而剝奪行為人享有自首減刑寬典之理。從而，若輕罪部分之犯罪事實先被發覺，重罪部分之犯罪事實自首於後，法院從一重罪處斷時，自得依自首之規定減輕其刑；反之，重罪之犯罪事實發覺於前，輕罪部分自

首於後，從一重罪處斷時，因重罪部分非屬自首，固不得依自首規定減輕其刑，但因行為人主動供述輕罪部分之犯罪事實，倘認其確有悔改認過之心，自得資為犯後態度良好、從輕量刑之依據。至於實質上一罪，如接續犯、繼續犯、加重結果犯、結合犯、吸收犯、常業犯或集合犯等，既非裁判上一罪，倘部分犯罪事實已先被發覺，即難認其主動供出其他部分事實仍有自首減輕其刑規定之適用，自不待言。

二、在控訴原則下，法院裁判權限之範圍，僅限於檢察官起訴之被告及其犯罪事實；裁判上一罪之想像競合犯，因國家僅有一個刑罰權，訴訟上祇能以一次之程序追訴處罰，故在訴訟法上作為一個訴訟客體予以處理，無從分割，其法律上之事實關係，具有不可分性，為訴訟法上之單一案件。因此，檢察官如僅就其中一部分犯罪事實起訴，其效力自及於全部，法院仍應就全部之犯罪事實審判，而有起訴不可分、審判不可分及上訴不可分等原則之適用。惟自首，係賦予就偵查機關未發覺之罪，主動申告並接受裁判之行為人，得以減刑之優惠，屬刑之減輕事由，乃犯罪處斷之實體法上效果；而單一案件，係起訴效力擴張或一事不再理原則之問題，與偵查無關。是於偵查程序，並無所謂案件單一性，更無所謂偵查不可分可言。從而，刑法第62條向偵查機關自首之「犯罪事實」，與訴訟法上起訴或認定之「犯罪事實」，乃不同之概念。前者，行為人所供述者，為過去發生之單純社會事實，至是否成立自首，由法院依法認定之；而後者，檢察官所起訴者，乃已經賦予法律評價之法律事實，評價之對象為實體法上應予非難之行為。故而想像競合犯自首事實之認定，尚無程序法上起訴及審判不可分法理之適用。

三、綜上，裁判上一罪之想像競合犯，其部分犯罪事實有無為偵查機關發覺，是否成立自首，無論從想像競合犯之本質、自首之立法意旨、法條編列之體系解釋，抑或實體法上自首及訴訟法上案件單一性中，關於「犯罪事實」之概念等各個面向以觀，均應就想像競合犯之各個罪名，分別觀察認定，方符合法規範之意旨。本案上訴人所犯普通侵占罪之事實，因業經偵查機關發覺，固不能獲自首減輕其刑之寬典，惟就其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，主動供出而接受裁判，自有自首減輕其刑規定之適用。

肆、評 釋

對此問題，司法實務上原持不同看法。最高法院73年度第2次刑事庭

會議決議曾指出：「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62條之規定，不應認有自首之效力。」最高法院後續的判決也一直採取此種看法¹，直到本次的大法庭裁定。本則裁定推翻了這個維持了將近30年的見解，本文贊同此結論，但在理由構成上有不同看法。本案的法律問題涉及到從一重處斷的操作，我們就先從司法實務對於從一重處斷的操作談起。

一、司法實務上從一重處斷的操作

本案被告一行為觸犯了刑法第335條第1項之侵占罪與毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪兩個罪名，前者的法定刑為「5年以下有期徒刑、拘役或科或併科3萬元以下罰金」；後者的法定刑則為「7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金」。依照刑法第55條之規定，法院此時應「從一重處斷」。國內文獻通常將「從一重處斷」解釋成「從重罪之法定刑」處斷²，本則裁定的理由（一）所稱「在最重罪名之法定刑度內，量處適當之刑」，應該也是採取此種理解。但在本案中，要拿來和侵占罪法定刑度比較者，究竟是毒品危害防制條例第4條第3項的原始刑度，還是透過刑法第62條調整後的刑度？這正是本案中引發爭議的關鍵。

我國司法實務界向來將法律上的加重或減輕規定區分為「總則的加重減輕」與「分則的加重減輕」兩種，只有後者才會看成法定刑度的變動，前者則對法定刑度不生影響³。若將這種看法套用到本案，在「從一重處斷」比較兩罪的法定刑度時，便不應考慮自首部分的減輕可能性（因為是

¹ 如93年度台上字第5615號、100年度台上字第2154號、105年度台上字第3261號、108年度台上字第1032號等刑事判決。至於一部自首，效力是否及於全部，實務上則有不同看法，對此可參閱吳燦，月旦法學雜誌，320期，222-223頁的整理。

² 文獻中常見的說法，如陳子平，刑法總論，2017年，720-721頁；王皇玉，刑法總則，2023年，579頁。

³ 例如最高法院94年度台上字第67號判決：「刑法第五十五條牽連犯比較罪名之重輕，係以所犯法條規定之本刑為其標準，如有加減之事由，除屬刑法分則之加重或減輕，因屬法定本刑之規定，應以加重或減輕後之法定本刑為比較之準據外，若係刑法總則之加重，則屬科刑之範圍，於法定本刑之輕重不生影響，不得於加重或減輕後，始行比較。而組織犯罪防制條例第五條規定之加重，係概括性之規定，凡參與犯罪組織成員犯該條例以外之罪，而依刑法第五十五條規定，與該條例所規定之罪從一重處斷之罪名者，均有其適用，並非就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，而成為另一獨立之罪名，自屬刑法總則之加重，乃屬科刑之範圍，不得於加重後，再予比較」。另亦可參閱69年度台上字第3254號、94年度台上字第4721號、96年度台上字第6128號等刑事判決。

刑法總則中的減輕規定），而僅應依照兩罪名的固有法定刑來比較。兩相比較，自然是以毒品危害防制條例第4條第3項的刑度為高。確定要以毒品危害防制條例第4條第3項的固有法定刑作為量刑的限度後，接下來的難題便是，能否再適用刑法第62條的規定減輕其刑？若因侵占部分沒有自首，即不適用自首規定，就會將此種情形與行為人完全未自首的情形等同看待，忽略自首的評價；反之，若仍得適用，則又難以解釋為何同樣成立的侵占罪亦可享有自首的優惠。更重要的是，為何規定在總則中的加重減輕就不應算是刑度的變動？實務上並未對此提出任何實質的說理。更何況，自首的減輕規定在部分罪名是直接規定在分則中（如第102條、第122條第3項與第154條第2項），可知減輕規定的位置只是立法技術上的偶然，不應由此推導出實質的結論。若依實務作法，同樣是行為人自首，其法定刑度卻會隨著所涉之自首規定的位置而有差異，這恐怕不會是立法者的本意，法律上也沒有如此解釋的道理。此處問題的根源在於從一重處斷的操作，不應以法條為單位，這需要一點篇幅來說明。

二、本文對從重處斷操作過程的詮釋

在異種想像競合的情形，由於相關罪名都有各自的法定刑度，所以立法者必須預先訂出如何劃定量刑框架（上限與下限）的規則，這就是刑法第55條的任務⁴。想像競合作為一種真正競合（*echte Konkurrenz*）⁵，在法律效果上，一方面要重於單一構成要件實現或法條競合（不真正競合）；另一方面則要接近（但輕於）數罪併罰（實質競合）。依照現行法規定，想像競合雖然不適用實質競合的限制加重規則，但仍應在所有相關法條的法律效果中找出最重的組合，作為刑罰裁量的框架，這就是所謂的組合原則（*Kombinationsprinzip*）⁶。依此理解，便不可將「從一重處斷」理解成「僅成立重罪」或「僅論以重罪」，否則將無法充分評價整體犯行的非價。

既然「從一重處斷」本質上就是一個界定主刑量刑框架（上限和下

⁴ 與此相對，同種想像競合僅涉及單一法定刑，故無此問題，但法官仍應在主文中宣示構成犯罪的次數（像是：被告以一行為成立3件殺人既遂罪，應判處……），並在量刑時於此一法定刑框架內斟酌侵害的次數。

⁵ 關於真正競合的概念，可參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），2012年，935頁以下；蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2023年，293頁以下。

⁶ 或譯為結合刑原則，如柯耀程，刑法競合論，2012年，322頁，或合併原則，如黃榮堅，基礎刑法學（下），2012年，939頁。

限)以形成單一主刑的規則,而不是在決定「何法條(罪名)得以適用」,自然沒有理由必須侷限於單一條文的法律效果,故早有文獻稱此為不同刑罰法律的組合⁷。這裡應該是要在所有罪名的法律效果間,找出最重的組合。依照現今德國文獻中的常見說法,想像競合中的量刑框架是根據個別法條中最高的刑度上限(die höchste der Höchststrafen)與最高的刑度下限(die höchste der Mindeststrafen)來劃定,形成一個新的科刑框架範圍⁸,這就是所謂「組合之刑罰框架」(Kombinationsstrafrahmen)⁹。至於最重刑度是來自於哪個條文,則非重點¹⁰。

其次,在比較各罪法定刑的上限與下限時,應採用「半具體的觀察方式」(die halbkonkrete Betrachtungsweise),拿來比較輕重的是應適用於個案中的具體刑罰範圍,隨而各種可適用的刑罰加重減輕事由也都應該一併列入考量¹¹。這些應予一併斟酌的刑罰調整事由,當然也包括了那些位於總則的減輕規定,像是未遂或限制責任能力等¹²。在比較相關罪名的法定刑度時,應該先透過可適用的加重減輕規定調整刑度(參照刑法第64條以下的規定),然後再行比較調整過後的刑罰範圍。原本法定刑較重之罪名若是有免除其刑的可能,而法官在該具體個案中也確實欲對該罪免除其刑,那麼從重處斷的量刑限度就不考慮該罪,而要透過其他罪名的法定刑來確定¹³。

將這樣的操作套用到本案中,由於刑法第62條本文的法律效果是「得減輕其刑」,法院就要先決定該案中是否減輕。如果法官打算在毒品危害防制條例第4條第3項部分適用刑法第62條減輕刑罰,就要透過刑法第66條

⁷ 語見Blei, AT, 1983, S. 365。

⁸ 見Stratenwerth/Kuhlen, AT, 2011, 18/36; v. Heintschel-Heinegg, MK-StGB, 2020, § 52 Rn. 114, 118; Eschelbach, SSW-StGB, 2019, § 52 Rn. 71; Matt/Renzikowski/Bußmann, StGB, 2020, § 52 Rn. 34。國內文獻則如林鈺雄,新刑法總則,2023年,625頁;柯耀程,刑法競合論,2012年,322頁;同作者,參與與競合,2009年,191頁;張麗卿,刑法總則理論與運用,2023年,556頁。

⁹ 語見Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Bosch, StGB, 2019, § 52 Rn. 37; v. Heintschel-Heinegg, MK-StGB, 2020, § 52 Rn. 114。

¹⁰ 從這個角度來看,刑法第55條但書僅具提示功能,而非必要。換句話說,縱使未設此規定,透過法理解釋也能得出相同結論,並不需要立法者的明文「授權」。

¹¹ 參閱Roxin, AT/2, 33/114; Fischer, StGB, § 52 Rn. 3; Samson/Günther, SK-StGB, § 52 Rn. 32。之所以是「半具體」,是因為比較時看的既不是抽象的法定刑,也不是完全具體的特定宣告刑。

¹² Maurach/Gössel/Zipf, AT/2, 1989, 55/88 f.

¹³ 主文的撰寫如:被告構成A罪與B罪,該二罪名處於想像競合之關係,A罪依刑法XX條之規定免除其刑,故依B罪之法定刑,判處被告有期徒刑……。此見Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben, StGB, 2019, § 52 Rn. 46。

之規定調整該罪原本的法定刑，然後再用這個調整過的刑度和侵占罪的刑度比較，挑選其中最重的法定刑上限與下限來組成量刑框架。這樣的操作，就不會有前述侵占罪並未自首卻可享有自首優惠的問題；反之，倘若法院裁量不予減輕，那麼在比較刑度輕重時就沒有任何特殊之處。♣

 相關文獻 ◀ 月旦知識庫 www.lawdata.com.tw，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 lawwise.com.tw