

最高法院刑事判決

115年度台上字第2091號

上訴人 彭家威

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年12月19日第二審判決（114年度上訴字第4515號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第56950號，114年度偵字第430號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於彭家威部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決維持第一審從一重論以上訴人彭家威犯意圖販賣而持有第二級毒品罪（相競合犯業務侵占罪），所處有期徒刑3年之量刑部分判決，駁回上訴人明示僅就第一審判決之刑部分在第二審之上訴，固非無見。

二、惟查：

（一）一行為而觸犯數罪名之想像競合犯在本質上係數罪，不論行為人係以完全或局部重疊之一行為所犯，其所成立數罪之犯罪事實，仍各自獨立存在，並非不能分割。想像競合犯，在犯罪評價上既為數罪，僅在科刑上從一重處斷，就此以觀，如對未為偵查機關發覺之部分犯罪事實自首，應屬刑法第62條前段所規定「未發覺之罪」文義射程之範圍。是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。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。此為本院最近之一致見解。而關於上開所述實質上一

01 罪，倘部分犯罪事實已先被發覺，即無自首之適用者，係指
02 行為人所犯之罪，本僅純為實質上一罪，而非尚犯有裁判上
03 一罪之其他重罪而言。此乃因實質上一罪雖其外觀上有數個
04 舉動，或觸犯數個構成要件，但在法律評價上，只有一個單
05 一的犯意與行為，實際上只構成「單一犯罪」，只論以「一
06 罪」而僅受一個刑罰科處，其與前述之想像競合犯，在本質
07 上原係數罪，其所觸犯之數罪犯罪事實，本即各自獨立存
08 在，故在自首之論斷上，自有所不同。

09 (二)依原審所認本件係法務部調查局桃園市調查處於民國113年1
10 1月18日至金川航空承攬有限公司（下稱金川公司）倉庫查
11 扣本案進口貨物時，察覺其報機重量與實際重量有異，合理
12 懷疑有短少之情，乃檢具相關事證向第一審法院聲請核發對
13 上訴人之搜索票獲准後，於113年12月9日持搜索票至上訴人
14 在○○市○○區○○○街00號住處執行搜索，扣得大麻1
15 包、其所有如原判決附表編號4所示之手機，並於製作筆錄
16 時告知上訴人涉及毒品危害防制條例第11條第2項持有第二
17 級毒品、刑法竊盜、業務侵占等罪嫌。而上訴人於調詢時，
18 原僅坦承：「我將第一箱貨物載回金川公司時，有先將該箱
19 貨物打開，並取出其中非海關開過的另外一包物品…打開之
20 後發現疑似大麻，我就拿打火機燒其中一棵大麻花，但我還
21 是無法判定是不是真的大麻，因此我就從中拿一些出來並放
22 到夾鏈袋中，再放到保鮮盒裡，想說可以問其他人到底是不
23 是毒品，剩下的貨物我就放在一樓倉庫等王得亘到場」、
24 「…，我和王得亘都沒有額外藏匿毒品。」等語；迄至調查
25 人員進一步提示上開手機內存有其於113年11月20、21日所
26 拍攝大麻7包之照片，並詢問：「顯示你有將案貨大麻秤重
27 分裝，並據為己有，對此，你做何解釋？」時，上訴人始坦
28 承：「經我回想，這些大麻都是來自案貨大麻」；並於調查
29 人員再追問：「你為何要私自取走案貨大麻？」時，坦承私
30 自取走該等大麻係「想說之後可以賣掉獲利」等語，調查人
31 員因此對上訴人告知其可能涉犯毒品危害防制條例第5條第2

01 項意圖販賣而持有第二級毒品罪，復問以上開照片所示之大
02 麻現在何處、願否交出？上訴人乃供承其餘毒品藏匿處，並
03 帶同查扣其餘大麻6包等情。果若無訛，上訴人似於侵占該
04 部分大麻同時，即有將之賣出以獲利之意圖，而非在先侵占
05 並持有一段時間後，始另萌生販賣之意圖並繼續持有該侵占
06 之大麻。基此，上訴人既在犯業務侵占罪時，又同時觸犯意
07 圖販賣而持有大麻罪，其所為係屬一行為而同時觸犯毒品危
08 害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品罪、刑
09 法第336條第2項之業務侵占罪，為想像競合犯，應從一重論
10 以意圖販賣而持有第二級毒品之罪。則依此犯罪情節以觀，
11 上訴人是否尚有如原判決所論其犯持有第二級毒品係意圖販
12 賣而持有第二級毒品之低度行為，而該持有第二級毒品之犯
13 罪事實既已被發現，且與意圖販賣而持有第二級毒品具有實
14 質上一罪，故縱供出其主觀上係出於販賣第二級毒品之意圖
15 而持有該等大麻之重罪，因實質上一罪在法律上無從分割評
16 價，而仍無自首減輕其刑規定之適用（見原判決第6頁），
17 即不無可議。況依原判決認定之事實，偵查機關雖已查知上
18 訴人所犯業務侵占之輕罪名部分，然其既對於未經偵查機關
19 發覺之意圖販賣而持有第二級毒品之想像競合重罪名部分，
20 主動供出此犯罪事實而自首，則參照本院前揭統一所採裁判
21 上一罪之想像競合犯，是否成立自首，應就競合所犯之各個
22 罪名，分別觀察認定。若輕罪部分之犯罪事實先被發覺，重
23 罪部分之犯罪事實自首於後，法院從一重罪處斷時，自得依
24 自首規定減輕其刑之見解。原判決逕認上訴人無自首減輕其
25 刑規定之適用，非無不適用法則及理由欠備之違誤。

26 三、本件上訴意旨執此指摘原判決關於上訴人部分之量刑違法，
27 核為有理由。而第三審法院應以第二審判決所確定之事實為
28 判決之基礎，原判決前揭違背法令已影響於量刑事實之調查
29 及確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於上訴人部分
30 有撤銷發回更審之原因。

31 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

01	中	華	民	國	115	年	7	月	23	日
02					刑事第二庭審判長	法官	林立華			
03						法官	王敏慧			
04						法官	陳如玲			
05						法官	鄭富城			
06						法官	莊松泉			
07	本件正本證明與原本無異									
08						書記官	李淳智			
09	中	華	民	國	115	年	7	月	27	日