

刑事法判解

上訴第三審與刑法加重規定

最高法院105年度台上字第3443號判決

【實務選擇題】

下列有關刑法加重規定之敘述，何者錯誤？

- (A) 刑法總則之加重：倘原罪名屬於刑訴第376條第1款不得上訴第三審案件，經刑法總則加重後，被告不得上訴第三審。
- (B) 刑法總則之加重：判決時法院無庸於主文中諭知。
- (C) 刑法分則之加重：倘原罪名法定刑本刑未超過三年，經加重後之法定刑本刑已超過三年，被告不得上訴第三審。
- (D) 刑法分則之加重：判決時法院應於主文中諭知。

答案：C

【裁判要旨】

※105台上3443決

又刑法及其特別法有關加重其刑之規定，依其性質，可分為「總則」與「分則」加重二種。其屬「分則」加重性質者，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重處罰，使成立另一獨立之罪，法定刑亦因此發生變更之效果；其屬「總則」加重性質者，則僅為處刑上之加重，並未變更犯罪類型，原有法定刑不受影響。兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段有關成年人與少年共同實施犯罪之加重其刑規定，並非對於個別犯罪行為予以加重處罰，且所指「成年人」係年齡狀態，而非身分條件，亦與諸如刑法第134條以公務員之身分為加重處罰之條件者有別，故其性質屬刑法總則之加重。原判決事實壹之十一（即其附表一編號十八）部分，關於上訴人想像競合所犯刑法第339條之2違法由自動付款設備取得他人財物罪（最重本刑為三年以下有期徒刑）部分，雖依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重其刑，因屬總則加重性質，仍屬刑事訴訟法第376條第1款所列不得上訴於第三審法院之案件。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【裁判分析】

一、實務見解

(一) 刑法加重類型意義

所謂刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名（99台非198決）。

亦即，以刑法及其特別法有關加重、減輕或免除其刑之規定，依其性質，可分為「總則」與「分則」二種。其屬「分則」性質者，係就其犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重或減免，使成立另一獨立之罪，其法定刑亦因此發生變更之效果；其屬「總則」性質者，僅為處斷刑上之加重或減免，並未變更其犯罪類型，原有法定刑自不受影響（95台上4927決）。

(二) 刑法總則加重

有法官整理出實務關於刑法總則加重規定如下：「刑法第47條第1項累犯加重其刑之規定、第47條第2項準累犯加重其刑之規定、第58條酌量加重罰金之規定、修正前刑法第56條連續犯得加重其刑至二分之一的規定、少年事件處理法第85條第1項成年人教唆、幫助或利用未滿18歲之人犯罪或與之共同犯罪加重其刑之規定、舊兒童及少年福利法第70條第1項前段成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪加重其刑之規定、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項本文前段成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪加重其刑之規定、組織犯罪防制條例第5條「犯罪組織成員犯本條例以外之罪，而依刑法第55條規定，與本條例所規定之罪從一重處斷者，加重其刑至二分之一¹。」

(三) 刑法分則加重

至於「刑法第134條公務員假借職務上之權利、機會或方法犯罪之加重其刑規定、刑法第204條第2項、第231條第2項、第231條之1第3項、第264條、第270條、第296條之1第5項之公務員包庇犯罪加重其刑規定、刑法第116條、刑法第170條、刑法第232條、刑法第250條、刑法第280條、刑法第295條、刑法第303條、刑法第296條之1第3項、刑法第318條之2、刑法第361條、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項本文段故意對兒童及少年犯罪者加重其刑之

¹ 孫啟強，〈刑罰加重之研究〉，《軍法專刊》，2010年6月，第56卷第3期，頁169-172。

規定、毒品危害防制條例第9條成年人對未成年人犯罪加重其刑之規定²」，均為分則加重。

舉例而言，就刑法總則加重例如刑法累犯相關規定；而就刑法分則加重，例如：刑法第134條規定。申言之，刑法第134條前段之規定，乃刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為，予以加重處罰，而成立另一獨立之罪。本罪屬於借罪借刑雙層式簡略立法之一種，就借罪言，係指公務員故意犯瀆職罪以外刑法上之各種罪名，再加以利用其職務上所享有之權力、機會或方法為要件而成，為公務員犯罪加重處罰之概括性規定；就借刑言，即依照其所犯罪名之原基準法定刑，最重加至二分之一而言。於借罪後，因本罪構成要件與原罪相結合，其罪之條件已然胥備，而成就另一獨立之犯罪類型（101台上4969決）。

(四)區別實益

1. 得否上訴第三審

刑事訴訟法第376條第1款規定「最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪」，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。

就「刑法總則加重」而言，倘原罪名屬於刑訴第376條第1款不得上訴第三審案件，由於刑法總則加重不影響原罪名之法定最重本刑，被告則不得上訴第三審；惟就「刑法分則加重」而言，係就其犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重或減免，使成立另一獨立之罪，其法定刑亦因此發生變更之效果，使得原先因刑事訴訟法第376條第1款不得上訴第三審之輕罪，變更法定刑，倘經加重後之法定刑本刑已超過三年，即得上訴第三審。

例如：「上訴人犯刑法第277條之傷害罪，其最重法定本刑為三年以下有期徒刑，其對於直系血親尊親屬犯之，依同法第280條規定，加重其刑至二分之一，且此項加重係對被害人為直系血親尊親屬之特殊要件加重處罰，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，屬刑法分則加重而成為另一獨立之罪。經此加重後，該罪之最重法定本刑為四年六月有期徒刑，自得上訴於本院（106台上1435決）。」

2. 得否易科罰金

倘原罪名若符合刑法第41條第1項「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下

² 孫啟強，〈刑罰加重之研究〉，《軍法專刊》，2010年6月，第56卷第3期，頁172-174。

之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告」易科罰金要件，倘該加重係屬「刑法總則加重」，則因不影響原罪名之法定本刑，倘法院諭知6個月有期徒刑或拘役之宣告時，仍得易科罰金；而該加重倘屬「刑法分則加重」，則因影響原罪名之法定本刑，而不符合刑法第41條第1項「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪」時，縱經宣告六月以下有期徒刑或拘役，仍不得易科罰金。

例如：「查兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段對兒童、少年犯罪予以加重之規定，係刑法分則加重之性質，而刑法第320條第1項竊盜罪法定刑為五年以下有期徒刑，倘依前揭兒童及少年福利與權益保障規定加重後，縱受六個月以下有期徒刑之宣告，仍與刑法第41條第1項規定得易科罰金之條件不符，自不得諭知易科罰金，實務上向無爭議（106台非79決）。」

3. 主文是否諭知

「刑法分則加重」刑罰之規定，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為，加重其法定刑，而成為另一獨立之罪，其罪名及構成要件與原犯罪類型之罪名及構成要件並非相同，故有罪判決書，自應諭知該分則加重之罪名及構成要件，始為適法（95台上3389決）。反之，「刑法總則加重」則無庸於主文中諭知。

【考題分析】

就「刑法分則加重」而言，係就其犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重或減免，使成立另一獨立之罪，其法定刑亦因此發生變更之效果，使得原先因刑事訴訟法第376條第1款不得上訴第三審之輕罪，變更法定刑，倘經加重後之法定刑本刑已超過三年，即得上訴第三審。基此，選項(C)錯誤。

【關鍵字】

上訴第三審、刑法總則加重、刑法分則加重

【相關法條】

刑訴第376條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！