

學員專區

「總則加重」與「分則加重」 區分論之檢討¹

郭智安²

◆ 目次 ◆

壹、前言	(三) 違反平等原則之虞
貳、相關實務見解研析	四、小結
一、區分標準	肆、重新建構刑罰加重（減輕） 規定之區分標準
(一) 適用範圍：概括／個別	一、法定刑高低在刑法中的意義
(二) 要件性質：狀態／身分	(一) 影響法定刑高低的要素一： 不法程度
(三) 立法目的	(二) 影響法定刑高低的要素二： 責任程度（期待可能性）
二、特定刑罰加重條文的區分結論	(三) 影響法定刑高低的要素三： 刑事政策
(一) 總則加重	(四) 小結
(二) 分則加重	二、建立新判準
三、區分影響的法律效果	(一) 得否上訴第三審
(一) 是否得上訴第三審	(二) 得否易科罰金
(二) 是否得易科罰金	(三) 是否需於主文諭知
(三) 是否需於判決主文諭知	(四) 小結
參、實務見解檢討	三、運用新判準
一、實務見解有矛盾之處	(一) 兒童及少年權益及保障法 第112條
(一) 判準互斥	(二) 刑法第172條
(二) 分則加重後是否已成為另一 獨立之「罪」	伍、結語
二、區分意義不明	
三、違憲疑慮	
(一) 違反法律保留原則之虞	
(二) 違反比例原則之虞	

1 本文雖因受限於篇幅與參考文獻，將題目訂為「總則加重」與「分則加重」區分論之檢討。然而，相同之爭議也會出現減輕規定上，故本文提出之論點，亦可適用於「總則減輕」與「分則減輕」區分論之檢討。

2 司法官學院第55期學員。



壹、前言

在進入司法官學院以前，筆者孤陋寡聞，未曾聽聞過「總則加重」與「分則加重」此二名詞。直至受訓後，在眾講座諄諄教誨之下，始知曉判斷特定刑罰加重條文為「總則加重」或「分則加重」，將決定被告能否上訴第三審或易科罰金，影響被告權益甚鉅。然而，綜觀我國各部法律，並無法看出立法者有區分「總則加重」與「分則加重」的意圖。法院判決之所以區分「總則加重」與「分則加重」，而給予不同的法律效果，實乃遵循最高法院向來的穩定見解。雖說各級法院判決在特定刑罰加重條文究屬「總則加重」或「分則加重」，偶爾會出現歧異，亦因而成為部分法院法律座談會上提出的法律問題；然而，對於更本質的問題：區分「總則加重」與「分則加重」之目的為何？最高法院向來區分「總則加重」與「分則加重」之見解是否合理、乃至是否有違憲之虞？卻惜未見法院判決發表意見。而同樣遺憾的是，對於此攸關被告權利甚鉅的爭議，我國刑法學術界對此問題之關注程度亦甚少。是以，本文自期能拋磚引玉，在梳理相關的實務見解後，再提出本文見解。

貳、相關實務見解研析

一、區分標準

(一) 適用範圍：概括／個別

最高法院提出的區分標準相當一致，幾乎所有相關判決皆認為：「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。」³換言之，最高法院穩定見解係從適用範圍著眼，以「概括」或「個別」作為判斷標準；倘若特定刑罰加重規定可概括的適用於所有罪名，則屬「總則加重」；反之，倘若特定刑罰加重規定只能個別的適用於特定犯罪類型上，則屬「分則加重」。

(二) 要件性質：狀態／身分

除了前述見解外，亦有為數不少的最高法院判決認為：「兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段所定成年人『教唆』少年犯罪之加重其刑至二分之一，係概括性規定，並非對於個別特定之行為而為加重處罰，所定成年人係年齡狀態，而非身分條件，與

3 最高法院99年台非字第198號刑事判決。

刑法第 143 條等規定有別，自應認其為相當於總則之加重。」⁴細譯此類判決意旨可知，除了使前段用前述「概括／個別」作為判斷標準外，在後段似亦從要件性質著眼，提出了以加重要件係「狀態」或是「身分」作為判斷標準：倘若特定刑罰加重規定之要件乃一「狀態」，則屬「總則加重」；反之，倘若特定刑罰加重規定之要件乃一「身分」，則屬「分則加重」。

然而，何謂「狀態」？又何謂「身分」？在文義上並不清楚。況且，「身分」這個詞彙在學說上與「狀態」並不互斥，甚至許多學說上提及「身分」此詞彙時，常常指涉的正是一種「狀態」。舉例而言，許多學者在討論侵占罪時，就把「持有」的「狀態」作為一種「身分」。是故，此類最高法院判決提出的判準不僅不明確，更不具有任何操作的可能性，甚待補充。

(三) 立法目的

最高法院95年台上字第4927號刑事判決指出：「蓋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輕，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輕，並未變更其犯罪類型，原有法定刑自不受影響。此關乎刑法第四十一條、刑事訴訟法第三百七十六條第一款等法律之適用，自應加以辨明。刑法第一百七十二條就犯偽證罪、誣告罪，於裁判或懲戒處分確定前自白者，應減輕或免除其刑之規定，雖列於刑法分則編，且係就個別之特定犯罪行為而設，然其立法目的與自首規定雷同，係在藉此優惠，鼓勵行為人及時悔悟，並早日發現真實，節省訴訟勞費，避免審判權遭受不當之侵害，此一規定，既未變更其犯罪類型，自屬相當於『總則』之減輕其刑規定，其原有法定刑並不因此而受影響。」

該則判決清楚講明了區分「總則加重（減輕）」或「分則加重（減輕）」，從來都不是以形式上該規定被列於刑法總則編或分則編為準，甚至「且係就個別之特定犯罪行為而設」一語更是直接打破了最高法院向來「概括／個別」的判準，而表明應探究加重規定之立法目的才能真正區分「總則加重（減輕）」與「分則加重（減輕）」。美中不足的是，該則判決只是先承認自首規定屬總則加重後，再透過類比論證，證明與自首規定立法目的相同的刑法第172條，亦應同屬於總則減輕規定，卻並未深入探究：為何自首規定就屬於總則加重？基於哪種立法目的所設之規定始屬於總則

⁴ 最高法院96年台上字第2104號刑事判決。



或分則加重（減輕）？此外，該判決提出的「未變更其犯罪類型」一語，僅能作為總則加重（減輕）規定性質之描述，尚難持以作為判準，否則在邏輯上恐有循環論證之疑慮。

在該號判決後，最高法院97年台抗字第213號裁定亦以相同理由，認定「貪污治罪條例第十一條第四項就犯同條第一項至第三項之罪，在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑之規定，其立法目的與自首規定雷同，係在藉此優惠，鼓勵行為人及時悔悟，並早日發現真實，節省訴訟勞費，此一規定，既未變更其犯罪類型，自屬相當於『總則』之減輕其刑規定，其原有法定刑並不因此而受影響。」然而，在實務上，此打破「概括／個別」判準、改以立法目的作為判準之情況，目前似仍限於與自首規定立法目的雷同的減輕規定。未來趨勢如何，尚待觀察。

二、特定刑罰加重條文的區分結論⁵

(一) 總則加重

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，而依刑法第五十五條規定，與本條例所規定之罪從一重處斷者，加重其刑至二分之一。」之規定⁶，皆屬總則加重⁷。

(二) 分則加重

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

⁵ 區分之結論究屬總則加重或分則加重，雖為實務上主要爭議所在，但並非本文關注之重點，故於此僅簡略援引既有文獻之結論。整理自：孫啟強，刑罰加重之研究，《軍法專刊》，2010年6月，第56卷，第3期，167-179頁。該文詳細羅列了各種刑罰加重之規定，並皆詳細援引法院實務判決為據，甚值參考。

⁶ 實務見解於此並不一致，亦有認為組織犯罪防制條例第5條係分則加重者，見孫啟強，前揭註，171頁註12處。

⁷ 孫啟強，註5文，169-172頁。

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，皆屬分則加重⁸。

三、區分影響的法律效果

(一) 是否得上訴第三審

依據最高法院99年台上字第8234號判決：「上訴人競合觸犯成年人與未滿十八歲之人共同犯強制罪，既屬刑法總則加重之性質，仍屬本款不得上訴第三審之案件，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。」又依據最高法院98年台上字第7295號判決：「丙○○、甲○○所犯刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，雖原屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款所定不得上訴於第三審法院之罪之案件，但原判決依兒童及少年福利法第七十條第一項前段規定，加重其刑，性質上係屬刑法分則加重，其最重法定本刑已逾有期徒刑三年，已不屬不得上訴於第三審法院之罪之案件，自得提起第三審上訴。」

綜合前揭二判決可知，在原罪名符合刑事訴訟法第376條第1款不得上訴第三審之條件下，若特定刑罰加重條文屬總則加重，則不影響原罪名之最重法定本刑，而不得上訴於第三審法院；若特定刑罰加重條文屬分則加重，則影響原罪名之最重法定本刑，最重法定本刑經加重後若已逾有期徒刑三年，即得上訴於第三審法院。

此外，尚須注意至今仍被援用的最高法院42年台上字第616號判例：「按刑事訴訟法第三百七十六條第二款至第七款所規定不得上訴第三審之各罪案件，係以罪為不得為第三審上訴之判斷基準，自不因有總則或分則之加重而有不同。」亦即，倘若被告所觸犯者係刑事訴訟法第376條第2款至第7款之罪名，即便被告另外構成分則加重之理由，甚至使最重法定本「刑」經加重後已逾有期徒刑三年，因被告所犯者仍係第2款至第7款之「罪」，故仍不得上訴於第三審⁹。最高法院104年台上字第1996號刑事判決即依此判例意旨，認為：「揆諸上開說明，其重罪部分（該案中為刑法第346條第2項之恐嚇得利罪，構成刑事訴訟法第376條第6款不得上訴第三審之事由）雖依兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段遞加重其刑（總則加重及分則加重），仍屬刑事訴訟法第三百七十六條第六款不得上訴第三審之案件。」可為參考。

(二) 是否得易科罰金

依據司法院於民國36年12月23日作成之院解字第3755號解釋：「刑法第四十條

⁸ 孫啟強，註5文，172-174頁。

⁹ 本文認為，此號判例與其他實務見解存在矛盾，待後分析。



（現為刑法第41條第1項）所稱犯最重本刑為三年以下有期徒刑之刑者（現已修正為最重本刑五年以下有期徒刑），係指法定最重本刑而言，並不包括依總則加重或減輕情形在內。」可知早在民國36年起，實務界就已經在區分總則加重與分則加重，並認為區分後會影響是否得易科罰金的法律效果。

依據最高法院99年台非字第86號刑事判決：「被告成年人而與十四歲以上未滿十八歲之少年共同實施犯罪，應依兒童及少年福利法第七十條第一項前段規定，加重其刑。依首開說明，係屬刑法總則加重之性質。既非刑法分則加重之性質，所犯森林法第五十二條第一項第四款、第六款之罪，其法定刑之上限仍在五年以下，經依法減刑為有期徒刑五月，已符合法定得易科罰金之要件，原確定判決未查，遽認屬刑法分則加重之性質，其最重本刑已逾有期徒刑五年，不予諭知易科罰金之折算標準，即有適用法則不當之違背法令。」又依據最高法院101年台非字第23號刑事判決：「按（行為時）兒童及少年福利法第七十條第一項前段對兒童、少年犯罪予以加重之規定，係刑法分則加重之性質，而刑法第二百二十四條強制猥褻罪法定刑為六月以上，五年以下有期徒刑，倘依前揭兒童及少年福利法第七十條第一項前段規定予以加重後，縱受六個月以下有期徒刑之宣告，仍與刑法第四十一條第一項規定得易科罰金之條件不符，自不得諭知易科罰金，迭經本院著有諸多判決，實務上向無爭議。」

綜合前揭二判決可知，在原罪名符合易科罰金要件的條件下，倘若特定刑罰加重條文屬總則加重，則不影響原罪名之最重法定本刑，此時若諭知六月以下的宣告刑，仍得易科罰金；倘若特定刑罰加重條文屬分則加重，則影響原罪名之最重法定本刑，此時縱諭知六月以下的宣告刑，仍不得易科罰金。

(三) 是否需於判決主文諭知

依據最高法院95年台上字第3389號刑事判決：「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。而故意對少年犯罪者，加重其刑至二分之一，為兒童及少年福利法第七十條第一項前段；故對少年故意犯罪之加重，係對被害人為少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，自屬刑法分則加重之性質，而非刑法總則加重。第一審判決雖認上訴人加重強盜『少年』己○○之財物，係犯刑法第三百三十條第一項之加重強盜罪，並援引上開兒童及少年福利法規定加重其刑，惟於判決主文未諭知本件加重強盜罪係故意強取『少年財物』之旨，自有未合。」同樣的，最高法院98年台上字第7081號刑事判決亦認為因刑法第134條係

刑法分則加重刑罰之規定，故法院應於主文欄中論知其罪名及構成要件，否則即不適法。

自前揭判決可知，倘若特定刑罰加重條文屬於總則加重，則無需於主文論知其事由；倘若特定刑罰加重條文屬於分則加重，則需要於主文論知其事由。

參、實務見解檢討

一、實務見解有矛盾之處

(一) 判準互斥

如前所述，絕大多數的最高法院判決以適用範圍係概括或個別，來區分總則加重與分則加重。但最高法院95年台上字第4927號刑事判決與97年台抗字第213號裁定卻指出系爭刑罰減輕規定「雖列於刑法分則編，且係就個別之特定犯罪行為而設」，但仍判斷為總則減輕規定，實已打破了最高法院歷來見解。但在此二裁判之後，最高法院並未注意到此矛盾現象，仍繼續原封不動地使用「概括／個別」之判準。

(二) 分則加重後是否已成為另一獨立之「罪」

倘若判斷為分則加重，「法定刑」會因而加重，此部分並無疑義。有疑義處在於：是否亦會成為另一獨立之罪？除了最高法院42年台上字616號判例以外，所有的最高法院判決都一致表示原罪名經分則加重後，已變更犯罪類型，而成為另一「獨立之罪」。

然而，最高法院42年台上字616號判例卻表明：「按刑事訴訟法第三百七十六條第二款至第七款所規定不得上訴第三審之各罪案件，係以罪為不得為第三審上訴之判斷基準，自不因有總則或分則之加重而有不同。」可以得知該判例的意思是：不論是總則加重或是分則加重，「加重後的罪」和「加重前的罪」都仍然是「相同的罪」，才能夠由此推論出加重後均仍屬刑事訴訟法第376條第2款至第7款之罪，因而不得上訴第三審的結論。對照前後，即可發現此判例之見解明顯與最高法院歷來判決有所矛盾。

二、區分意義不明

最高法院判決與判例間矛盾之情形所在多有，尚不足為奇。實務見解最大的問題在於：無法使人明白如此區分的意義何在。單純從「總則」和「分則」字句來看，似乎是因為前者被編排在刑法總則編內、後者被編排在刑法分則編內，但顯然這樣的見解流於形式、不可能具有任何意義，於是最高法院也未採此見解。然而，最高法院將「總則」引申為「概括」，「分則」引申為「個別」，雖然勉強還在「總則」和「分



則」的文義範圍內，但這樣的區分就有意義了嗎？

為何立法者要制定概括適用於所有條文的規定？說穿了，其實只是立法技術方便的考量，並無任何實質上的意義。舉例來說，刑法第10條第5項對「性交」有詳盡的定義，可概括適用於整部刑法，屬於「總則」型規定無疑。然而，假設立法者並未在刑法第10條第5項定義性交，而改將現行刑法第221條、第225條、第227條、第228條、第229條、第230條、第231條、第231條之1、第233條等條文中的「性交」二字全部代換為現行刑法第10條第5項定義之內容，在規範意義上有任何改變嗎？顯然，除了法條變得冗長、難以閱讀以外，在實質意義上是一模一樣的¹⁰。所以說，以個別條文屬「概括」或「個別」此一僅具備形式意義的標準，來決定實質上應賦予何種法律效果，和採取訂立在總則編或分則編的判準一樣，都說不太過去。

當然，如果這個形式標準能夠和合理的實質標準，在判斷的結論上恰巧都一致，那或許在實務運作上，我們還可以勉強採納這個形式標準。然而一來，從本文於前提及的最高法院判決矛盾處就可發現，此形式標準並未符合（最高法院認定的）合理的實質標準，故必然有重新檢討、修正之必要；二來，在釐清（應然層面上的）合理的實質標準為何之前，實無法判斷此形式標準是否與其合致，故仍應採取由上而下的論述途徑，先釐清「有沒有需要區分」、「怎樣區分比較好」的上位問題，再來檢討下位標準。

三、違憲疑慮

(一) 違反法律保留原則之虞

區分總則加重與分則加重，影響了被告是否能上訴第三審及是否能易科罰金。倘若判斷為總則加重，則可能導致被告因而無法上訴第三審，故此區分見解限制了被告受憲法第16條所保障之訴訟權¹¹。倘若判斷為分則加重，則可能導致被告因而無法易科罰金，故此區分見解限制了被告受憲法第7條所保障之人身自由¹²。由於此涉及人民之重要基本權利，依憲法第23條，應制定法律始能限制，否則即違反法律保留原則。

然而，刑事訴訟法第376條第1款僅以「最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪」為不得上訴第三審之要件，在文義上，總則加重與分則加重都有解釋為

¹⁰ 同此見解，見：黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，台北：元照，2006年9月，三版1刷，223-224頁。

¹¹ 或有認為審級利益並非憲法訴訟權保障之範圍。本文認為：與審級利益爭點有關之釋字第574號解釋固採合憲之結論，然依該釋字見解，實已肯認了審級利益乃在憲法訴訟權之保障範圍內。最後大法官宣告合憲之原因，是因為系爭判例與決議未違反法律保留原則、平等原則與比例原則，而非因將審級利益排除於訴訟權保障範圍外之緣故。

¹² 依司法院大法官解釋釋字第366號、第662號解釋意旨，不讓人民易科罰金限制了人民的人身自由。

影響法定刑的空間，但最高法院之區分見解卻認定了總則加重不會影響法定刑，使總則加重之情形無法上訴第三審，形同限制了觸犯總則加重規定之被告的訴訟權。同樣的道理，刑法第51條第1項僅以「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪」為要件，最高法院之區分見解卻使得適用分則加重、總則減輕者，無法易科罰金，限制了人民的人身自由。此實務區分見解增加了法律所無的限制，又無法律明確之授權規定，故有違反法律保留原則之虞¹³。

(二) 違反比例原則之虞

如前段所述，實務提出的區分見解已限制了人民的訴訟權與人身自由，依憲法第23條，必須符合比例原則。而所謂比例原則，係指限制權利之手段和所欲達成之目的間必須合乎比例。但實務區分見解最大的問題正在於，不清楚區分所欲達成之目的為何，罔論判斷其是否合於比例。況且，如本文於前所述，不論此區分所欲達成的實質目的為何，以「概括」或「個別」此一僅具備形式意義的標準來區分，要認定為合於比例，恐怕是有些困難的。

(三) 違反平等原則之虞

實務提出的區分見解，實乃對適用「總則加重」與「分則加重」者之差別待遇。是否違反平等原則，取決於此差別待遇之手段與目的間是否具有實質關聯性¹⁴。但實務區分見解最大的問題正在於，不清楚區分所欲達成之目的為何，罔論判斷差別待遇之手段與目的間是否具有實質關聯。況且，如本文於前所述，不論此區分所欲達成的實質目的為何，以「概括」或「個別」此一僅具備形式意義的標準來區分，要認定為具備實質關聯性，恐怕是有些困難的。

四、小結

由前述可知，絕大多數的實務見解以「概括／個別」之判準來區分「總則加重」與「分則加重」，但卻有少數實務見解打破此判準，著眼於加重規定之立法目的，兩者間存在矛盾。又絕大多數實務見解認為分則加重後會成為另一獨立之罪，似亦與最高法院42年台上字616號判例見解有所矛盾。而實務見解更大的問題則出現在：不清楚區分的意義為何。依本文見解，縱使已將「總則」與「分則」分別引申解釋為「概括」與「個別」，但由於概括適用之規定只是立法技術方便之考量，故此區分仍不存

13 或有認為實務採用之區分見解仍屬在法律文義內的解釋，而未違反法律保留原則，亦有其道理。由於本文此段目的僅係提出此疑慮，至於最終要下出是否違反法律保留原則的結論，實需更充分的論證，本文力有未逮。

14 判斷標準為具有合理關聯性、實質關聯性或需達嚴密剪裁之程度，涉及違憲審查者採用的審查密度，本文不擬於此深究。



在任何實質上意義。而從憲法的角度觀之，實務見解之區分手段有逾越法條文義之嫌，卻限制了人民訴訟權、人身自由等基本權，且差別對待適用「總則加重」與「分則加重」者，不僅目的不明，手段又流於形式，恐怕有違反憲法上法律保留原則、比例原則與平等原則之虞。

肆、重新建構刑罰加重（減輕）規定之區分標準

在前一章中，本文已指出了現行實務見解區分「總則加重」與「分則加重」的不當之處。依前章的分析，「總則加重」與「分則加重」的差別，最終會影響到是否得上訴第三審、是否得易科罰金、是否應於主文諭知等法律效果。然而，不論影響的是何種法律效果，都是因為實務見解所樹立的共通前提：總則加重不會影響「原本罪名的」法定刑，但分則加重會。是以，在本章中，本文將先拋棄「總則加重」與「分則加重」的區分方式，釐清法定刑高低在刑法中的意義後，再行探究上訴第三審之限制事由、易科罰金要件之立法目的與法定刑高低之關聯性，最後再循此關聯性，重新建構出何種刑罰加重（減輕）事由會影響「原本罪名的」法定刑、何種不會影響的判準（當然不排除根本無需劃分的可能性）。

一、法定刑高低在刑法中的意義

所謂犯罪行為，係指「不法」¹⁵且「有責」¹⁶之行為¹⁷。而不論是不法的程度或責任的程度，都會影響到法定刑的高低。然而，除了不法程度與責任程度以外，刑事政策也同樣會影響到法定刑高低。本文以下依序敘述之：

（一）影響法定刑高低的要素一：不法程度

社會中有各式各樣不同的生活利益，然而，人的行為總是在成全某些利益的同時，卻傷害到其他利益。利益與利益之間要如何調和、折衝、排序，都不是每個人能夠自行認定的。處於一個共同生活的社會中，我們需要一套標準來告訴我們各種利益間的價值排序，再從中推導出哪些行為可以做、哪些行為不可以做。否則，當所有人

15 本文採取黃榮堅教授之二階層理論。然而，即便採取通說之三階理論（亦即構成要件、違法性、有責性三個階段），論理過程也毫無不同。因依通說，構成要件該當之效果即係推定具有違法性，差別點僅在於構成要件是正面表列，而違法性要件則是負面排除，故在撇除技術操作上的差異後，第一階和第二階在刑法的實質意義上可說是一模一樣。

16 有學說認為「廣義的有責性」亦包含刑事政策的考量在內，甚值參考，見：黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，台北：元照，2012年3月，四版1刷，627-628頁。但本文為避免語意上的混淆，文章中的「有責性」仍專指「狹義的有責性」，以期待可能性為唯一判準，而未將刑事政策因素包含於內。

17 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，台北：元照，2012年3月，四版1刷，169-174頁。

都依照自己的價值排序來決定要做什麼行為，結果就會是一個弱肉強食的野蠻社會，產生對整體社會利益將最不利的結果。刑法中不法概念的目的就在於確認行為的理性標準，使人民得以按照此理性標準而行為，進而迴避社會利益失衡結果的發生。簡言之，所謂的不法，指的就是一個不理性的、會造成利益失衡的行為，而設定不法概念的目的設定一個理性的行為標準。¹⁸

「不法」本身雖然是二元判斷的概念，但判斷為不法之後，「不法程度」卻有高低之分。亦即，雖說所有的不法行為，都是人們被誠命不應該做的行為，但誠命的程度卻還是會隨著誠命所欲保護的利益大小，而有所差異。這是因為，在刑法發出誠命的同時，加強行為規範的制裁規範（即刑罰）也正在侵害著被告的財產權、自由權乃至生命權。於是，為了避免目的係為追求利益平衡的刑法，反倒造成了利益更不平衡的狀態，「制裁規範的強弱」必須和「與之連結的行為規範所欲保護之利益」程度相當。簡單來說，要保護重要的利益，才能發動比較嚴重的刑罰；若保護沒那麼重要的法益，就只能發動比較輕微的刑罰。此即所謂比例原則。

舉例來說，傷害罪的法定刑度是三年以下，但重傷害罪卻是五年以上、十二年以下，其中法定刑高低的差異，反映的正是保護利益重要性的大小（輕微身體健康利益與重要身體健康利益的差別），也是不法程度的高低。又例如強盜罪的法定刑比竊盜罪高，是因為竊盜罪的保護法益是財產，但強盜罪的保護法益除了財產以外，還多了自由，不法程度更高。而某些刑罰加重或減輕規定，其目的也是為了反映不法程度的高低。例如：兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項本文後段故意對兒童及少年犯罪者加重其刑，是因為認為此等行為多侵害了兒童及少年的身心健康，不法程度比對成年人犯罪更高；刑法第25條第2項未遂犯得減輕其刑之規定，依通說，亦是因客觀不法程度較既遂犯低之緣故¹⁹。

(二) 影響法定刑高低的要素二：責任程度（期待可能性）

如前所述，不法概念的設定是為了樹立理性的行為準則。然而，人活在這個世界上，受限於許多條件，諸如經濟壓力、人際壓力、身心發展程度、教育程度、情緒、疾病、精神障礙等，導致在很多情況中，即便人們確知為特定行為會造成利益失衡、是不理性的，甚至還明知會對己遭致不利的後果，但人們在現實上還是會「身不由己」地從事特定行為。

18 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，台北：元照，2012年3月，四版1刷，169-174頁。

19 黃榮堅教授即採不同於通說的見解，認為未遂犯與既遂犯的不法程度相同，法定刑之所以減輕，是刑事政策考量的結果，充其量只能將既遂要件稱為「技術上的客觀不法」。見黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，台北：元照，2012年3月，四版1刷，572-575頁。



如果我們接受「責任的基礎來自人的自由意志」此前提，此時，因為人能做選擇的自由空間相對被限縮，我們對此人的期待相對減弱，故即便這個人違反了我們的期待，我們也比較不會要求他負起完全的責任。即便我們不接受「責任的基礎來自人的自由意志」的前提，單純從效益角度出發，在期待可能性較弱的情況下處罰一個人，一來效益相對較低，二來還會侵害到其他重要的社會利益。舉例而言，由於人倫與情感的因素，期待一個人不藏匿逃獄配偶的可能性相對較低，此時發動刑罰的效益即變小（不管罰的再怎麼重，會藏就還是會藏），且還會侵害到其他重要的社會利益（配偶間的信任）。從而，以比例原則來檢視，可發現：在期待可能性較低的情況中，發動刑罰的正當性減弱了。於是乎，不論我們採哪一個前提，都可以得到同樣的結論：期待可能性較高，才能發動比較嚴重的刑罰；期待可能性較低，就只能發動比較輕微的刑罰。

某些刑罰加重或減輕規定，其目的正是為了反映責任程度的高低。例如刑法第16條但書按情節欠缺不法意識之減刑規定、刑法第18條十四歲以上未滿十八歲者之減刑規定、刑法第19條責任能力降低之減刑規定等，都是為了反映責任程度降低的情形。

(三) 影響法定刑高低的要素三：刑事政策

刑罰加重或減輕規定，也有可能與前揭不法程度及責任程度均沒有任何關聯，而是基於其他任何可能的刑罰價值考量而來的²⁰。舉例來說，刑法第27條的中止規定、第102條的預備或陰謀內亂自首、第154條第2項的參與犯罪結社自首、第156條對於湮滅證據的自白、第347條第5項所規定的未經取贖而釋放被害人等等，都是犯罪行為以後的事情，和行為時的不法與期待可能性的問題完全無關，而是純粹在刑事政策上鼓勵行為人自新或彌補錯誤²¹。

至於刑法第47條累犯加重其刑之規定，係基於不法加重、責任加重或刑事政策的考量，在學說上甚有爭議，有認為：累犯之所以加重，是因累犯之性格、人格具有較高度的危險性，似採不法加重說²²；亦有認為：累犯者既然已受過刑罰之科處，卻肆無忌憚地再度犯罪，較之初犯者，應受到更重的非難，負擔更重的責任，似採責任加重說^{23,24}。

20 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，台北：元照，2012年3月，四版1刷，664-666頁。

21 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，台北：元照，2012年3月，四版1刷，665-666頁。

22 本文判斷為不法加重說的原因，倘若一個人的性格、人格果真比其他人具備危險性，那期待他不為犯罪行為的可能性反而較低，從責任的觀點來看，刑度應該減輕才是。是以依此說，刑度加重之原因，應係基於迴避較高危險性行為以保護利益衡平之考量。當然，如果在責任概念上，採取和本文不同見解的話，也有可能被判斷為責任加重。

23 此處所指的責任，採取與本文不同的見解，似非以期待可能性作為判準。

24 此學說爭議之介紹，轉引自：陳子平，《刑法總論（下冊）》，自版，2006年2月，初版第1刷，308頁。然而，將學說分別歸類為責任加重與不法加重之部分，則是本文見解。

然而，推斷累犯者的性格、人格具有較高度的危險性，並無實據，且此態度將更生人遭受歧視，侵害更生人的人性尊嚴，甚且引致違反無罪推定原則之風險，並與強調矯治成效的監所政策矛盾，故前說不足為採。此外，責任的內涵應係期待可能性的高低，一個人是否「可惡」，與期待可能性無關，故不應採責任加重說。本文認為，累犯加重的規範目的，僅係為了回應人民對犯罪的恐懼，以刑度加重的方式，暫時性的使人民感到安心。從而，累犯行為與初犯行為在不法與罪責的犯罪構成意義上，是一模一樣的。累犯之所以加重其刑，只是出於刑事政策的考量。

(四) 小結

犯罪行為，係指不法且有責的行為。而由前述可知，不法和責任在概念上雖有差異，但仍有共通之處：都是針對犯罪行為本身的評價（故本文以下將合稱「不法加重規定」與「責任加重規定」為「罪行評價加重規定」）。不法與責任共同構成了罪，而反過來講，罪的概念也僅包含不法與責任，刑事政策與犯罪構成並無關聯。於是，我們可以得到一個簡明的結論：不法加重與責任加重規定是先影響「罪」，再因為罪的改變，而間接影響到「刑」；基於刑事政策的加重規定，則並未影響罪，而是直接影響「刑」。

二、建立新判準

在現行實務上，區分「總則加重」與「分則加重」後，將一併影響是否得上訴第三審、是否得易科罰金及是否需於主文諭知等法律效果。然而，本文認為上訴第三審、易科罰金、諭知主文之規範內容與規範目的皆不相同，未必需適用相同之判準。故本文將分別探究此三項制度之規範內容與規範目的後，再分別提出適合該項制度的判準。

(一) 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。

首先探討本款之規範內容。從本款的法條文字可發現，「刑」係附著於「罪」之上（最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金「之」罪），故未附著於罪上的刑，對本款而言都不具任何意義。而刑事政策加重規定並未影響到「罪」，只影響到「刑」，故加重的部分對本款的認定而言，實不具任何意義。反之，罪行評價加重之規定，則會影響到「罪」，使行為人觸犯的罪變成了另外一獨立的罪，故附著於新罪名上的刑度，就會影響到是否構成本款的認定。

舉例來說，一個觸犯刑法277條傷害罪的人，最重本刑為三年，符合第1款的規



定。如果他同時符合刑法第47條第1項累犯加重刑罰的規定，最重本刑雖然變為四年六個月，但這多出來的刑並未附著在任何罪上，故他所觸犯的罪名依然和原本一樣都是傷害罪，而傷害罪依然是最重本刑三年以下有期徒刑之罪、未曾改變，仍構成刑事訴訟法第376條第1款不得上訴第三審之事由。但如果他是故意對兒童犯傷害罪，構成兒童少年及權益保障法第112條第1項本文後段的不法加重規定，由於他多侵害了「兒童身心發展」的法益，不法內涵已有改變，所犯的罪即從「傷害罪」變為「傷害兒童罪」，而「傷害兒童罪」的最重本刑則為四年六個月，已非最重本刑三年以下有期徒刑之罪，未構成刑事訴訟法第376條第1款，故得上訴第三審。

接著探討限制上訴第三審之規範目的。自84年修法之修法理由「上訴第三審之刑事案件日增，法官不勝負荷，參照外國對上訴第三審之案件均嚴加限制之立法例，關於第三百二十一條加重竊盜罪、第三百三十六條第二項業務侵占罪、第三百四十一條之準詐欺罪、第三百四十二條背信罪及第三百四十六條恐嚇取財罪等案件，修正為不得上訴於第三審法院。」可知，立法者限定唯有最重本刑非三年以下之罪，始能上訴第三審之原因，乃為減少法官之負荷。由於法官的員額、時間、精力均有限，故要將此有限資源做最有效率的運用，以達成整體社會利益的最大化。

不法程度愈高，代表的是整體社會認為此行為侵害的利益較大；責任程度越高，則代表此行為人被期待不為此行為的可能性較大。不論何者，均反映了「犯罪行為本身」的「嚴重程度」。於是，刑事訴訟法第376條才劃定了一條界線，以「罪」的嚴重程度作為判斷標準，讓第三審的訴訟資源可以集中於較嚴重犯罪行為的審理上。

然而，在被告是因刑事政策的理由，而從最重本刑超過三年的有期徒刑減到三年以下的情況中，由於罪行本身的嚴重程度完全相同，第三審法院審理的需求亦大致相同，被告實不應該因為接受了刑事政策給予的優惠，反而喪失了原本擁有的審級利益。反過來說，在被告是因刑事政策的理由，而從最重本刑三年以下有期徒刑被加重到超過三年的情況，由於相較於原罪名就屬最重本刑超過三年之罪而言，罪行的嚴重程度較低，第三審法院審理的需求亦較低，故在訴訟資源最有效率分配的考量下，應認訴訟資源還是集中於原罪名即屬最重本刑超過三年之罪較為適宜。

綜上，本文於此提出的判準是：「罪行評價（包含不法與責任）加重（減輕）」規定才會影響到刑事訴訟法第376條第1款的認定，「刑事政策加重（減輕）」規定則不會影響。

(二) 得否易科罰金

刑法第41條第1項本文規定：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，

而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。」從本項之規範內容「最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑『之』罪」看來，與前揭刑事訴訟法第376條第1款之認定相同，只有附著於「罪」上的「刑」，才會影響到本項的認定。而刑事政策加重規定並未影響到「罪」，只影響到「刑」，故加重的部分對本款的認定而言，實不具任何意義。反之，罪行評價加重之規定，則會影響到「罪」，使行為人觸犯的罪變成了另外一獨立的罪，故附著於新罪名上的刑度，就會影響到是否構成本款的認定。

接著探討易科罰金制度的規範目的。依據釋字第662號解釋理由書：「按人民身體之自由應予保障，為憲法第八條所明定，以徒刑拘束人民身體之自由，乃遏止不法行為之不得已手段，對於不法行為之遏止，如以較輕之處罰手段即可達成效果，則國家即無須動用較為嚴厲之處罰手段，此為憲法第二十三條規定之本旨。易科罰金制度將原屬自由刑之刑期，在符合法定要件下，更易為罰金刑之執行，旨在防止短期自由刑之流弊，並藉以緩和自由刑之嚴厲性。」可知易科罰金有「防止短期自由刑之流弊」與「緩和自由刑之嚴厲性」兩大目的。

而與「防止短期自由刑之流弊」目的有關者，應是「而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告者」此宣告刑之要件，與本文所欲探討之法定刑要件無關。再從「緩和自由刑之嚴厲性」目的觀之：一個侵害利益較小、不法程度較低的行為，動用比較嚴厲的自由刑手段就顯得比較沒有必要；而對於期待可能性較低的行為人而言，動用比較嚴厲的自由刑手段也顯得不符成本效益。由此可知，發動自由刑的必要性係與罪行本身的嚴重程度呈正相關。至於其他刑事政策的考量，則與發動自由刑之必要性較無關聯。

綜上，本文於此提出的判準亦是：「罪行評價（包含不法與責任）加重（減輕）」規定才會影響到刑法第41條第1項的認定，「刑事政策加重（減輕）」規定則不會影響。

(三) 是否需於主文諭知

刑事訴訟法第309條規定：「有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別情形，記載下列事項：一、諭知之主刑、從刑或刑之免除。二、諭知有期徒刑或拘役者，如易科罰金，其折算之標準。三、諭知罰金者，如易服勞役，其折算之標準。四、諭知易以訓誡者，其諭知。五、諭知緩刑者，其緩刑之期間。六、諭知保安處分者，其處分及期間。」由於僅「罪行評價加重規定」會影響到被告所觸犯之罪，故僅須於主文諭知罪行評價加重之「事由」，而無須於主文諭知刑事政策加重之「事



由」。惟應注意，依本條第1款，依刑事政策加重其刑後之宣告刑，仍應諭知。

此外，尚須注意刑事訴訟法第310條第4款規定：「有罪之判決書，應於理由內分別情形記載左列事項：四、刑罰有加重、減輕或免除者，其理由。」故刑事政策加重之事由雖因未影響罪，而不須於主文諭知，然而，由於其係使刑罰加重之理由，故仍須於理由欄中諭知，不可不辨。

(四) 小結

倘若特定刑罰加重規定屬於「罪行評價加重規定」，那就會影響到行為人所構成的「罪」，進而產生影響得否上訴第三審、得否易科罰金之法律效果，並應於主文中諭知；反之，倘若特定刑罰加重規定屬於「刑事政策加重規定」，那就不會影響到行為人所構成的「罪」，進而不影響得否上訴第三審、得否易科罰金之法律效果，且不必於主文中諭知。而刑罰減輕規定，亦應依同樣標準，分為「罪行評價減輕規定」與「刑事政策減輕規定」，並如同刑罰加重規定之結論處理。此外，對照本文見解與實務見解可知，「罪行評價加重」的法律效果恰巧與「分則加重」相同，「刑事政策加重」的法律效果亦恰巧與「總則加重」相同。然而，由於判準的內容實質上存有重大差異，故區分後的結論在個案上仍會有所差異，本文將於後分析之。

三、運用新判準

(一) 兒童及少年權益及保障法第112條

本條規定：「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或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。」最高法院92年第1次刑事庭會議認為：「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。兒童福利法第四十三條第一項前段，其中利用兒童犯罪為間接正犯，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質；至對兒童犯罪之加重，係對被害人為兒童之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，自屬刑法分則加重之性質。」亦即，前段為總則加重，後段為分則加重。

然而，本文認為：教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪，除了會侵害原本犯罪所欲保護之法益以外，亦使兒童及少年淪為犯罪者，而無法與社會正常交往，侵害了兒童及少年的人際健全發展，立法者於前段應係考量到此類行為之不法程度較高，始加重其刑。另一方面，兒童及少年，相較於成年人而言，身體與人格之發展尚未成熟，若成為犯罪的受害者，可能影響其身心發展，侵害之程度比成年人巨大，立法者於後段應係考量到此類行為之不法程度較高，始加重其刑。是故，依本文見解，不論前段或

後段，都屬於「罪行評價加重」之規定，在法律效果上應等同於實務所區分的「分則加重」規定。

(二) 刑法第172條

刑法第172條規定：「犯第一百六十八條至第一百七十一條之罪，於所虛偽陳述或所誣告之案件，裁判或懲戒處分確定前自白者，減輕或免除其刑。」最高法院95年台上字第4927號刑事判決指出：「刑法第一百七十二條就犯偽證罪、誣告罪，於裁判或懲戒處分確定前自白者，應減輕或免除其刑之規定，雖列於刑法分則編，且係就個別之特定犯罪行為而設，然其立法目的與自首規定雷同，係在藉此優惠，鼓勵行為人及時悔悟，並早日發現真實，節省訴訟勞費，避免審判權遭受不當之侵害，此一規定，既未變更其犯罪類型，自屬相當於『總則』之減輕其刑規定，其原有法定刑並不因此而受影響。」認為本條規定屬總則減輕。

本文認為，本最高法院判決突破了「概括／個別」之判準，而由立法目的來區分，甚值可採。惟本判決仍未提出要符合什麼要件，才會「變更其犯罪類型」之判準，論理上尚有不足之處。而依本文見解，唯有不法與責任內涵發生改變時，犯罪類型才會發生改變。而本規定之立法目的乃係「藉此優惠，鼓勵行為人及時悔悟，並早日發現真實，節省訴訟勞費，避免審判權遭受不當之侵害」，係刑事政策的考量，而與不法與責任內涵無涉，故應認定為「刑事政策減輕」之規定，在法律效果上等同於此最高法院判決所認定之「總則減輕」。

伍、結語

實務上區分「總則加重」與「分則加重」已行之有年，然不僅實務見解內部存在矛盾，更因區分意義不明，而流於「為區分而區分」的窘境。本文打破了實務上區分「總則加重」與「分則加重」的判準，重行建構區分刑罰加重或減輕條款的標準。首先，本文先分析「罪」的內涵包含亦僅包含「不法」與「責任」兩個概念，刑事政策的考量則與罪行本身評價無關。從而，唯有不法加重規定與責任加重規定（本文將此二種加重規定合稱為罪行評價加重規定），才會影響到「罪」的認定，再間接影響到「刑」的高低。至於法律內亦有許多基於刑事政策理由的加重規定，雖然會影響到「刑」的高低，但卻與「罪」的認定無關。再來，本文觀察上訴第三審之限制事由、易科罰金之要件、主文應諭知事項之規範內容後發現，該些規定皆是以「罪」作為要件內容，縱提及「刑」，也只有附著於「罪」上的「刑」才會影響要件的認定。又自



前揭規範目的而論，是否上訴第三審、是否准許易科罰金要件之認定，亦皆僅與罪行本身的評價有關，而與刑事政策較無關聯。

是故，本文最終得到的結論是：倘若特定刑罰加重規定屬於「罪行評價加重規定」，那就會影響到行為人所構成的「罪」，進而產生影響得否上訴第三審、得否易科罰金之法律效果，並應於主文中論知；反之，倘若特定刑罰加重規定屬於「刑事政策加重規定」，那就不會影響到行為人所構成的「罪」，進而不影響得否上訴第三審、得否易科罰金之法律效果，且不必於主文中論知。而刑罰減輕規定，亦應依同樣標準，分為「罪行評價減輕規定」與「刑事政策減輕規定」，並等同區分刑罰加重規定之結論處理。

對照本文見解與實務見解可知，「罪行評價加重」的法律效果恰巧與「分則加重」相同，「刑事政策加重」的法律效果亦恰巧與「總則加重」相同。而實際運用本文判準後，在部分情況下，如兒童及少年權益及保障法第112條前段之法律效果與實務見解相反；而在部分情況下，如兒童及少年權益及保障法第112條後段、刑法第172條即與實務見解相同。但即便在個案上結論相同，在論理上也宜辨明，否則恐將有論理空泛、討論無法聚焦之流弊。

罪刑相當原則堪稱刑法中最重要的原則之一。然而，在現代社會中，因立法的亂象、立法品質的粗糙，刑法卻常淪為刑事政策的工具，導致常常出現罪質內涵沒有差異，刑度卻天差地遠的情形，逐漸侵蝕著罪刑相當原則。身為司法者的我們，固然只能依法審判，但我們至少還能把刑事政策不當介入造成的體系控制到最低，在可能的文義範圍內，盡可能地維持刑法體系內部的完整性。而釐清哪些規定與罪行本身評價有關、哪些規定則僅是為了貫徹刑事政策，正是確保刑法體系內部完整性的第一步。

參考文獻

孫啟強，刑罰加重之研究，《軍法專刊》，2010年6月，第56卷，第3期，167-179頁。

陳子平，《刑法總論（下冊）》，自版，2006年2月，初版第1刷。

黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，台北：元照，2006年9月，三版1刷。

黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，台北：元照，2012年3月，四版1刷。

黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，台北：元照，2012年3月，四版1刷。