

司 法 院 令

司法院 令

發文日期：中華民國 98 年 6 月 19 日

發文字號：院台大二字第0980014550號

公布本院大法官議決釋字第六六二號解釋

附釋字第六六二號解釋

院長 賴 英 照

司法院釋字第六六二號解釋

解 釋 文

中華民國九十四年二月二日修正公布之現行刑法第四十一條第二項，關於數罪併罰，數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月者，排除適用同條第一項得易科罰金之規定部分，與憲法第二十三條規定有違，並與本院釋字第三六六號解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。

本件二聲請人就刑法第四十一條第二項所為暫時處分之聲請部分，因本案業經作成解釋，已無審酌必要；又其中一聲請人關於刑法第五十三條之釋憲聲請部分，既應不受理，則該部分暫時處分之聲請亦失所附麗，均應予駁回。

解釋理由書

司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，憲法第七十八條定有明文。法律與憲法牴觸者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之，憲法第一百七十一條規定甚明。是

司法院大法官就憲法所為之解釋，不問其係闡明憲法之真義、解決適用憲法之爭議、抑或審查法律是否違憲，均有拘束全國各機關及人民之效力，業經本院釋字第一八五號解釋在案。立法院基於民主正當性之立法責任，為符合變遷中社會實際需求，得制定或修正法律，乃立法形成之範圍及其固有權限。立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，自不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。

二十四年一月一日制定公布，同年七月一日施行之刑法第四十一條：「犯最重本刑為三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，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金」之規定，對於裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依該條之規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其原宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制。對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，上開刑法第四十一條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，與憲法第二十三條規定未盡相符，業經本院釋字第三六六號解釋在案。嗣於九十年一月十日修正公布之刑法第四十一條第一項規定：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限」。另增訂第二項：「併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同」之規定，即已符合本院釋字第三

六六號解釋之意旨。然又於九十四年二月二日公布，九十五年七月一日施行之刑法第四十一條第二項修正為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」（九十八年一月二十一日公布，定於同年九月一日施行之刑法修正為第四十一條第八項）致使各得易科罰金之數罪，因併合處罰定其應執行之刑逾有期徒刑六個月時，不得再依同條第一項之規定易科罰金，而應受自由刑之執行。

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。刑法第五十一條第五款數罪併罰之規定，目的在於將各罪及其宣告刑合併斟酌，予以適度評價，而決定所犯數罪最終具體實現之刑罰，以符罪責相當之要求。依該款規定，分別宣告之各刑均為有期徒刑時，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意。惟對各得易科罰金之數罪，由於併合處罰定其應執行刑之結果逾六個月，而不得易科罰金時，將使原有得易科罰金之機會喪失，非受自由刑之執行不可，無異係對已定罪之行為，更為不利之評價，已逾越數罪併罰制度之本意，業經本院釋字第三六六號解釋予以闡明。

現行刑法第四十一條第二項之立法理由，認數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾有期徒刑六個月時，如仍准易科罰金，恐有鼓勵犯罪之嫌，目的固屬正當。惟若法官認為犯罪者，不論

所犯為一罪或數罪，確有受自由刑執行之必要，自可依法宣告逾六個月之有期徒刑而不得易科罰金；另檢察官如認定確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序，而不宜易科罰金時，依刑法第四十一條第一項但書之規定，亦可不准易科罰金。是數罪併罰定應執行刑逾有期徒刑六個月，縱使准予易科罰金，並不當然導致鼓勵犯罪之結果，如一律不許易科罰金，實屬對人民身體自由之過度限制。是現行刑法第四十一條第二項，關於數罪併罰，數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月者，排除適用同條第一項得易科罰金之規定部分，與憲法第二十三條規定有違，並與本院釋字第三六六號解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。

另查聲請人之一認刑法第五十三條合併定應執行刑之規定，違反一事不二罰原則，聲請解釋憲法部分，乃以個人主觀見解爭執法院認事用法之當否，並未具體指摘該條規定客觀上究有何抵觸憲法之處；又該聲請人就刑法第五十四條聲請解釋憲法部分，查其所據以聲請解釋之確定終局裁定，並未適用該條規定，均核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。

本件二聲請人就刑法第四十一條第二項所為暫時處分之聲請部分，因本案業經作成解釋，已無審酌必要；又其中一聲請人關於刑法第五十三條之釋憲聲請部分，既應不受理，則該部分暫時處分之聲請亦失所附麗，均應予駁回。

大法官會議主席	大法官	賴英照
	大法官	徐璧湖
		林子儀

許宗力
許玉秀
林錫堯
池啟明
李震山
蔡清遊
黃茂榮
陳 敏
葉百修
陳春生
陳新民

協同意見書

大法官 林子儀
許宗力

中華民國二十四年一月一日制定公布，同年七月一日施行之刑法第四十一條：「犯最重本刑為三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，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。」嗣為符合本院釋字第三六六號解釋之意旨，立法院於九十年一月十日修正刑法第四十一條第一項：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限」。另增訂第二項：「併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。」然立法院又於九十四年二

月二日修正公布，九十五年七月一日施行之刑法第四十一條第二項為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」（九十八年一月二十一日公布，定於同年九月一日施行之刑法修正為第四十一條第八項）致使各得易科罰金之數罪因併合處罰定其應執行之刑逾有期徒刑六個月時，不得再依同條第一項之規定易科罰金，而應受自由刑之執行。

本號解釋多數意見認上開九十四年二月二日修正公布之現行刑法第四十一條第二項（以下簡稱系爭規定），關於數罪併罰，雖數宣告刑均得易科罰金，惟如定應執行之刑逾六個月者，即不得適用同條第一項得易科罰金之規定部分，不符憲法第二十三條規定之比例原則，並與本院釋字第三六六號解釋有違，應自本解釋公布之日起失其效力。本席等贊同多數意見之結論，亦同意本院釋字第三六六號解釋之意旨尚無變更之必要，惟因認系爭規定所以違憲之理由，係違反憲法第七條規定之平等原則，爰提出協同意見如下，以為補充。

一、關於要否建立得易科罰金制度，為立法政策之選擇，立法者有較廣之形成自由範疇；一旦建置易科罰金制度，就得易科罰金相關要件之設計，立法者雖有形成自由，惟仍不得違反憲法規定，例如不得違反比例原則、平等原則等

本號解釋所涉及之問題為：裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，並依刑法第四十一條第一項規定，亦均宣告各得易科罰金者，如依同法第五十一條合併處罰定其應執行之刑逾六個月時，依同法第四十一條第二項規定（系爭規定），即不得再適用同條第一項規定，而不得易科罰金。該系爭規定是否合憲？

系爭規定涉及易科罰金制度。本席等贊同多數意見所言，

該制度係立法者為防止短期自由刑之流弊（註一），並緩和自由刑之嚴屬性而設。惟該制度並非憲法所要求，亦非人民得基於憲法保障之權利所得要求設置。而係立法者基於刑事政策之考量，為避免短期自由刑對被告個人及整體刑罰制裁效果所造成的不利影響，而設計之制度。此一制度之設計，涉及被告權益、社會秩序之維持、刑罰執行機關人力資源如何配合等多重面向之考量，與公共利益之維護及刑事政策之推動緊密相關。從權力分立之原則出發，要否建立易科罰金制度，自宜由立法者加以衡酌決定，是如立法者未設易科罰金制度，並非違憲。且就該制度具體內容，例如規定犯何種類型之罪與符合何種條件，方得易科罰金，立法者亦享有較大之自由形成空間。惟立法者一旦建立易科罰金制度，其就該制度相關要件之設計，縱仍有形成自由，仍不得違反憲法規定，例如不得違反比例原則、平等原則等，自屬當然。

二、系爭刑法第四十一條第二項規定對於數罪併罰應執行之刑逾有期徒刑六個月，一律不許易科罰金，違反憲法第七條規定人民應受平等保障之意旨

按刑法第四十一條第一項前段規定：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。」為立法者斟酌衡量現今社會情形，所設置之易科罰金制度。惟於該原則性規定之外，立法者於同條第二項（系爭規定）對於犯數罪者，有例外不得易科罰金之規定；亦即裁判確定前犯數罪者，雖法院對其各罪分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，並均宣告各得易科罰金，但因依刑法第五

十一條規定合併處罰而定其應執行之刑為逾六個月時，即不許易科罰金。是系爭規定對犯數罪而因合併處罰而定其應執行之刑為逾六個月者，不得易科罰金，對之已構成差別待遇。該規定是否符合憲法第七條規定之平等原則，即有爭議。

易科罰金本非屬人民憲法所保障之權利，而系爭規定所涉及者為可否易科罰金之要件，屬立法自由形成之範疇，本應採取寬鬆審查標準審查其合憲性；惟如不得易科罰金，即必須受自由刑之執行，該規定雖非直接限制人民身體自由，對人民身體自由仍有影響，故系爭規定是否符合平等原則，應採較嚴格之審查標準予以審查之。是系爭規定是否符合平等原則，應視其所欲追求之目的是否屬重要公共利益，所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成是否經過審慎選擇而具有實質關聯性而定。

系爭規定之立法目的主要在避免鼓勵犯罪，基於維持社會治安為政府之基本任務，防止犯罪應屬政府所應追求之重要公共利益，該目的應屬合憲。但系爭規定之差別待遇，與該目的之達成之間是否具有實質關聯性，即有可疑。首先，刑法第五十一條第五款規定，經宣告多數有期徒刑之數罪併罰方法，係以各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，是可知刑法關於定應執行刑之制度本旨並無使受刑之宣告者處於更不利地位之意。而對各得易科罰金之數罪，由於併合處罰之結果，如就各該宣告刑所定之執行刑逾六個月之情形，依系爭規定即不得易科罰金，致受該項刑之宣告者，原有得易科罰金之機會，得而復失，非受自由刑之執行不可，將形成就已定罪之行為重為對行為人更不利之評價，其結果毋寧與上述數罪併罰，定應執行刑之制度功能有悖，

與平等原則所要求之法律體系正義已有未符。況且，人民觸犯數罪之情形不一，並非所有觸犯數罪者，如予易科罰金之機會，即有導致鼓勵犯罪之結果。例如行為人犯數罪，而於同一案件審理之情形，法官就各罪所應處之刑，如仍分別為六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，並得為易科罰金者，即係經斟酌而認為該觸犯數罪者，其犯數罪之行為，予以易科罰金尚不致鼓勵犯罪。系爭規定，關於數罪併罰，雖數宣告刑均得易科罰金，惟如定應執行之刑逾六個月者，未分情形，一律不得適用同條第一項得易科罰金之規定部分，因其所選擇之規範對象，未經審慎選擇而涵蓋過廣，與目的之達成並不具有實質關聯性，不符憲法第七條平等原則，故屬違憲之規定。

註一：科處拘役或不滿六個月之短期自由刑之案件，多屬較輕微之犯罪，對此類情形施以短期自由刑，一方面所收之教化功效有限，相反地，因執行短期自由刑所造成之負面效果（包括受刑人與社會隔閡、心理層面自我否定，以及與其他受刑人間之負面教育及連結），對於受刑人個人及整體社會秩序安定而言，恐怕大於正面效果。故有學者建議，在短期自由刑未經廢除之現狀下，基於刑事政策考量，實務上宜儘量減少短期自由刑的使用，而給予被告緩刑或罰金的機會。參見黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，頁 91。

協同意見書

大法官 池啟明

本件解釋文與解釋理由所持見解，本席敬表贊同。惟解釋理由就刑法易科罰金及數罪併罰定應執行刑之立法及其內涵，論述容有未能詳盡，恐生誤解。為此，本席認為有補充說明之必要，爰

提出協同意見書。

一、准否易科罰金，係專屬執行檢察官之裁量權

- 1、中華民國二十四年一月一日制定公布，同年七月一日施行之刑法第四十一條規定：「犯最重本刑為三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，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。」（下稱舊刑法），依其文義解釋，係指被告犯單一罪責，而該罪之法定最重本刑為三年以下有期徒刑，且經判處六月以下有期徒刑或拘役者，法院始得併予宣告易科罰金之折算標準。至於被告於裁判確定前犯數罪，依刑法第五十條或第五十三條之規定，應合併定其應執行刑者，所定之應執行刑，能否易科罰金，其條件如何，舊刑法原無明白規定。惟向來審判實務，以上述舊刑法第四十一條規定受六月以下有期徒刑或拘役之宣告為易科罰金之條件，乃認六月以下有期徒刑或拘役之刑度屬於短期自由刑。而易科罰金制度旨在救濟短期自由刑之流弊，是被告所犯數罪，縱然原各得易科罰金，但因合併定應執行刑之結果，已逾六月者，即非屬短期自由刑之有期徒刑，「比照」舊刑法第四十一條規定之標準自不得易科罰金。此因立法上之疏漏而「類推適用」，且未必有利於被告或受刑人，有無違反罪刑法定主義之精神（註一），非無疑義。
- 2、舊刑法第四十一條所謂，「因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者」得易科罰金，係指受刑人於執行之際，其受刑之執行如顯有困難之情事，由檢察官斟酌是否准其易科罰金而言，並非規範法院於審判中即須審酌被

告有無上述執行顯有困難之情事，據以裁量准否易科罰金（註二）。蓋審判中至判決確定執行之時尚有一段期間，有時長達數年，審判中有執行困難之情事，至執行時未必仍然存在，如審判中被告係學生，因教育關係而有執行困難，但迄執行時其已畢業或輟學，而無執行困難；又審判中被告身體健壯並無執行困難之情事，但執行前發生車禍受傷癱瘓，或入監後罹患重病，即有執行困難，此非審判中所能預見。是故法院審判中，顯無從審酌被告日後有無執行困難之情事，以預為決定准否易科罰金，其所以於判決中諭知易科罰金之折算標準，僅在依法定條件併予宣告，資為日後檢察官執行時折算易科罰金之依據而已。倘符合該第四十一條規定之條件，法院即應併予宣告易科罰金之折算標準，尚無裁量准否易科之餘地。至於執行時准否易科罰金，係專屬執行檢察官之裁量權，亦非法院所得干預之（註三）。是中華民國九十年一月十日修正公布之刑法第四十一條第一項（註四），增訂但書：「但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。」即補強規定准否易科罰金，係執行時檢察官針對個案考量之事項；且刑事訴訟法第四百五十七條第一項前段亦明定：「執行裁判由為裁判法院之檢察官指揮之。」足以明示准否易科罰金係執行檢察官之職權。因此，先前審判實務認為合併定應執行刑逾六月者，即不予宣告易科罰金之折算標準而不准易科罰金，未就個案考量有無執行困難，由法院逕予剝奪受刑人原有易科罰金之機會，干預執行檢察官之職權，尚與舊刑法第四十一條之立法意旨不符。

3、本院大法官於八十三年九月三十日作成釋字第三六六號解

釋，即闡釋裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六月，依舊刑法第四十一條規定各得易科罰金，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六月，致其原宣告刑改為不得易科罰金，使被告原有易科罰金之機會，得而復失，須受有期徒刑之執行，造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第二十三條規定未盡相符，對於併合處罰之案件，上開第四十一條關於易科罰金以六月以下有期徒刑為限之規定部分，應自該解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。嗣於九十年一月十日修正公布之刑法第四十一條，即增訂第二項規定：「併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。」以為配合，並作為數罪併罰案件准否易科罰金之法律依據，洵屬正確。

- 4、詎九十四年二月二日修正公布之現行刑法第四十一條條文（註五），將上述第二項修正為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」其反面解釋，規定數宣告刑雖均得易科罰金，但合併定應執行之刑逾六月者，不適用同條第一項得易科罰金之規定，即原經判決宣告易科罰金之數罪均不准易科罰金，回復至釋字第三六六號解釋以前之情形。而其立法理由僅稱，合併定應執行刑已逾六月者，已非短期自由刑，如仍許其易科罰金，實已扭曲易科罰金制度之精神云云，明顯與本院釋字第三六六號解釋意旨不符。且法院於裁判時，就各罪之刑責斟酌量處六月以下或逾六月者，均係依刑法第五十七條規定科刑輕重之標準詳細審酌之結果，必也被告犯罪之動機、目的、手段或所生之危險、損害等較為輕微者，始從輕量處六月

以下有期徒刑之刑責，並依法諭知易科罰金之折算標準。倘被告所犯之罪若有犯行惡性較重、或犯罪所生之危險或損害嚴重者，法院儘可直接判處七月以上有期徒刑，根本不予易科罰金之機會，何必於從輕量刑且均宣告易科罰金後，再依刑法第五十條規定於定執行刑時不准易科罰金，豈非多此一舉，而與事理有違。

- 5、犯數罪各經從輕判處六月以下有期徒刑，併宣告得易科罰金者，應係犯罪情節輕微，或許係小過不斷，或不慎偶犯數罪，譬如犯行政刑罰或過失犯，其惡性未必較犯單一罪者為重，如合併定應執行之刑逾六月，即一律不准其易科罰金，其標準過於嚴格、僵化，限縮易科罰金制度之適用範圍，不符易科罰金旨在救濟短期自由刑流弊之立法本意。
- 6、刑法第五十條、第五十三條之規定，係採裁判確定前犯數罪者，應併合處罰之原則。如被告在一定期間內先後犯二罪，分別二案審判（各判處有期徒刑六月，均宣告易科罰金），將因前案審理、確定之速度快慢，影響後案是否為前案裁判確定前所犯，而須否與前案合併定應執行刑。倘前案迅速審結（如適用簡易程序），在後案發生前已判決確定，則二罪各別執行，均得易科罰金，無須合併定應執行刑，不生前述定應執行刑後准否易科罰金之問題；反之，如前案審結較慢，在後案犯行發生後始判決確定，二罪須合併定應執行刑，則有因合併定應執行刑逾六月而不准易科罰金之可能。如此因前案審理速度之快慢而造成不同之結果，影響得宣告易科罰金之機會，有欠公允，自不宜因實務運作時程及有無合併定應執行刑而影響易科罰金之機會，導致實質上之不公平。

7、若所犯數罪分屬二裁判以上者，被告因「信賴」各罪宣告均得易科罰金而不用入監服刑，乃一併放棄第二審上訴，事後卻因檢察官依刑法第五十三條規定聲請法院裁定合併定應執行刑，被告於收受裁定後，始悉因合併定執行刑逾六月而全部不得易科罰金時，幾乎已無救濟之機會，此種情形無異藉定應執行刑而變相加重處罰，非只有突襲性裁判之嫌，且將造成侵犯人民身體自由之結果，何況此部分採書面審理而未予受刑人表示意見及充分行使其訴訟防禦權之機會，亦嫌有違反公平審判之原則（註六）。

二、數罪併罰合併定應執行刑，不得更不利於被告

按刑法總則編第七章有關數罪併罰之規定，係立法者基於刑事政策之考量，其目的旨在避免數罪累計而處罰過嚴，罪責失衡，藉此將被告所犯數罪合併之刑度得以重新裁量，防止刑罰過苛，以保障人權。此由刑法第五十一條第四款：「四、宣告之最重刑為無期徒刑者，不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。」第五款：「五、宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾三十年。」第七款：「七、宣告多數罰金者，於各刑中之最多額以上，各刑合併之金額以下，定其金額。」第八款：「八、宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。」第十款：「十、依第五款至第九款所定之刑，併執行之。但應執行者為三年以上有期徒刑與拘役時，不執行拘役。」等規定可知，合併定應執行刑原則上法院得裁量以減輕刑度，至少亦是維持原合併之刑度，自係有利於被告，絕無使被告更受不利益之立法意旨。且數罪合併定應執行刑後，因作一次執行，執行完畢日期明確，倘被告事後再犯，是否符合

累犯、緩刑之要件時，得以明確認定，故合併定應執行刑係配合整體刑罰制度之立法設計（註七）；又合計之執行刑期變長，其與行刑累進處遇縮短刑期及聲請假釋等事項攸關，與受刑人之權益關係至深，是數罪併罰應屬強制性之規定，但合併定應執行刑之結果自不得逾越原裁判之刑度、更為不利於被告之裁量，譬如剝奪原已宣告得易科罰金之機會。否則，因此而加重處罰，即違背合併處罰制度之立法目的。

昔日，違反票據法案件處以刑責之時期，由於處罰過重，遇情有可原或情輕法重之情形，譬如妻子被丈夫利用其名義開戶簽發支票退票，抑或發票人因被人倒債拖累而退票，法院多有於合併定應執行刑時，詳細裁量，從輕定其執行刑，以平衡刑責，力求公允。且刑法於九十四年二月二日修正公布，於九十五年七月一日施行後，刪除連續犯、牽連犯之規定，採一罪一罰，數罪刑罰累計結果，必然刑度偏重而有過苛之虞，難免發生罪責失衡之現象，更有利用合併定應執行刑程序以妥適調整刑責之必要，此當不能更不利於被告。惟現行刑法第四十一條第二項規定，卻對原得易科罰金之數罪，於合併定應執行刑逾六月者，排除適用易科罰金之規定，均不准易科罰金，剝奪被告原已經法院妥適裁判賦予易科罰金之機會。此更為不利之評價，不啻變更原刑度而變相加重處罰，自係對人民人身自由所為不合理之限制。

三、刑法第五十三條規定合併定應執行刑之程序，宜於刑事訴訟法妥為規定

量刑與犯罪事實之認定、法律之適用同等重要，影響被告權益甚鉅。是九十二年二月六日修正公布之刑事訴訟法第二百八十八條增訂第四項：「審判長就被告科刑資料之調查，

應於前項事實訊問後行之。」同法第二百八十九條並增訂第三項：「依前二項辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會。」期使刑事審判之量刑更加精緻、妥適、公允，以昭信服。惟刑法第五十三條規定，數罪併罰，有二裁判以上者，依同法第五十一條之規定，定其應執行之刑。實務上，均由檢察官檢附判決書正本、列表載明各罪判決情形，依刑事訴訟法第四百七十七條第一項規定聲請法院裁定，法院僅為書面審理後作成裁定，經送達裁定，受刑人始悉合併定應執行刑之結果。此合併定應執行刑之程序，同屬審判量刑之範疇，自與受刑人之人身自由或財產權攸關，尤以本件爭執之各得易科罰金之數罪，經合併定應執行刑之結果逾六月，而更易為均不得易科罰金者為然。乃上述程序，僅依檢察官聲請之資料為書面審理，未予受刑人表示意見及充分行使其訴訟防禦權之機會，與刑事訴訟法第二百八十八條第四項、第二百八十九條第三項之立法意旨不符，難謂受刑人已受公平審判之保障。上述合併定應執行刑之程序，允宜檢討修正，在刑事訴訟法妥為規定。

四、反思本院釋字第一四四號解釋

本院釋字第一四四號解釋闡釋：「數罪併罰中之一罪，依刑法規定得易科罰金，若因與不得易科之他罪併合處罰結果而不得易科罰金時，原可易科部分所處之刑，自亦無庸為易科折算標準之記載。」認原得易科罰金之罪與不得易科之他罪合併處罰定應執行刑者，該原得易科罰金之罪部分，毋庸為易科罰金折算標準之記載；換言之，此部分即不准易科罰金。則此部分原得易科罰金之罪，將因與得易科罰金之他罪（如本號解釋之事實），或不得易科罰金之他罪（如釋字第

一四四號解釋之事實），合併定執行刑時，而發生不同之結果（於前者仍得准予易科罰金，後者則更易為不准易科罰金），有欠公允。且得易科罰金之罪如係判處有期徒刑六月，而不得易科罰金之罪判處有期徒刑三月，合併定應執行刑為八月時，依釋字第一四四號解釋之意旨，該六月部分即不得易科罰金，則低度刑反而使該高度之刑變更為不得易科，須合併受自由刑之執行，此合併定應執行刑之結果，卻使受刑人更受不利益之處罰，亦與易科罰金旨在緩和自由刑之嚴厲性之意旨不合，自難昭折服。參照本號解釋及釋字第三六六號解釋之理由，基於憲法解釋之一致性與完整性，釋字第一四四號解釋意旨是否已不合時宜，非無進一步研求之餘地。

五、結論

綜上所述，現行刑法第四十一條第二項規定，關於數宣告刑均得易科罰金，而合併處罰定應執行刑逾六月者，排除適用同條第一項易科罰金之規定部分，自與憲法第二十三條及本院釋字第三六六號解釋意旨不符。

註一：舊刑法制定當時，既於同法總則編第七章詳為規範數罪併罰定其應執行刑之制度，惟何以未就定應執行之刑，併予規定其易科罰金之條件？是否立法原意認為易科罰金之條件應就各罪個別審酌決定？尚非可知。

註二：本院院字第 1387 號解釋：「刑法第四十一條之易科罰金，法院祇須依刑事訴訟法第三百零一條第二款，於判決主文中諭知其折算標準，無庸就執行有無困難預為認定。」

註三：例外情形，本院釋字第 245 號解釋：「受刑人或其他有異議權人對於檢察官不准易科罰金執行之指揮認為不當，依刑事訴訟法第四百八十四條向諭知科刑裁判之法院聲明異議，法院認為有

理由而為撤銷之裁定者，除依裁定意旨得由檢察官重行為適當之斟酌外，如有必要法院自非不得於裁定內同時諭知准予易科罰金，此與本院院解字第二九三九號及院字第一三八七號解釋所釋情形不同。」

註四：九十年一月十日修正公布之刑法第四十一條規定：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。」「併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。」

註五：九十四年二月二日修正公布之刑法第四十一條規定：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個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。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。」

「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」（下稱現行刑法）

註六：詳見本文後述三之說明。

註七：數罪併罰合併定應執行刑，並非如累犯構成刑罰加重其刑之條件。

協同意見書

大法官 許玉秀

本席對於本號解釋多數意見的解釋結論與理由，敬表贊成；對本院釋字第三六六號解釋多數意見對人權的敏銳、刑法學理及實務運作情形的熟稔，特別是對於防免短期自由刑流弊的刑事政策

思潮，在憲法上的意義精確掌握，因而在將近十五年前作成該號解釋的智慧與膽識，深感敬佩。本席有幸追隨，爰提出協同意見書，闡論釋字第三六六號解釋值得支持的理由。

壹、釋字第三六六號解釋與刑法第四十一條的變革

一、民國八十三年九月三十日釋字第三六六號解釋作成之前

民國二十四年一月一日制定的刑法第四十一條規定：「犯最重本刑為三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，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。」

對於上開規定，我國實務及通說均理解為凡是宣告六個月以下的徒刑，即得聲請易科罰金，無論是單一罪宣告或數罪合併定執行刑的宣告。但是一旦所宣告的有期徒刑，超過六個月，同樣不論是單一罪宣告或數罪合併定執行刑的宣告，皆不許易科罰金。

二、釋字第三六六號解釋：放寬刑法第四十一條規定適用範圍並要求檢討修法

（一）刑法第四十一條規定適用範圍擴大

民國八十三年九月三十日作成的釋字第三六六號解釋的解釋文：「裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第二十三條規定未盡相符，上開刑法規定應檢討修正。對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，刑法第四十一條

關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」

對於民國二十四年制定的刑法第四十一條規定，釋字第三六六號解釋與向來實務及通說見解一致，因此該件聲請所指摘的確定終局判決，適用法律並無錯誤，聲請意旨也不是質疑法院認事用法不當。

釋字第三六六號解釋認為，該規定使得數罪併罰合併所定應執行刑超過六個月的情形，不得易科罰金，如果各罪原本均得易科罰金，被告易科罰金的機會即得而復失，必須受自由刑的執行，對於被告人身自由產生不必要的限制，該規定應檢討修正。

雖然在民國八十四年九月三十日之前，也就是解釋所給予的一年期限之內，立法院並未修正當時施行的刑法第四十一條規定，但是經釋字第三六六號解釋，該規定的適用範圍放寬，包含數罪併罰合併定應執行刑超過六個月，而數宣告刑均得易科罰金的情形。

（二）實務上並無因應困難

依據釋字第三六六號解釋意旨，臺灣高等法院檢察署於八十四年九月五日召開「研商司法院大法官會議釋字第三六六號解釋所指應得易科罰金之情形如何配合辦理有關事宜會議」，決定因應作法，分述如下（註一）：

問 題			因應方式	
數罪併罰中，一罪得易科罰金，他罪不得易科罰金的情形			不屬於釋字第 366 號解釋的情形。 另依釋字第 144 號解釋，毋須記載易科罰金的折算標準。	
數罪併罰中，數罪均得易科罰金	84.9.29 前確定的案件，尚未執行或執行中案件		檢察官得准予易科罰金。 (檢察官不准，受刑人得依據刑事訴訟法第 484 條，向法院聲明異議)	
	偵查中案件		無易科罰金的問題。	
	審理中案件		數宣告刑均得易科罰金，定應執行刑時，逕行諭知易科罰金標準。 如法院漏未諭知，檢察官應提起救濟或抗告。	
	執行中案件	已定應執行刑，但未諭知易科罰金的標準	受刑人未請求易科罰金，無庸處理。	
			受刑人請求	檢察官認不應准許，得逕行駁回。 (仍許受刑人依刑事訴訟法第 484 條規定，就檢察官的駁回聲明異議，執行檢察官應檢卷送法院裁定)
				執行檢察官如認應准許，依院字第 1365 號解釋意旨，應聲請法院裁定易科罰金標準後，准予易科。
		未定應執行刑	檢察官應依刑事訴訟法第 477 條，聲請定應執行刑，後依上開說明執行。	
	待執行案件	已定應執行刑	諭知易科折算標準	依釋字第 366 號解釋及刑法第 41 條規定，准予易科。
			無諭知易科折算標準	如受刑人請求易科，且檢察官認應准許者，應依院字第 1365 號解釋，聲請法院裁定易科罰金標準，並暫緩執行。
		尚未定應執行刑		暫緩執行，並聲請裁定應執行刑及易科罰金的標準。 但受刑人不聲請易科罰金或無執行困難的理由，則發監執行並聲請定應執行刑。

三、刑法第十一次修正增訂第四十一條第二項

民國九十年一月十日，立法院修正刑法第四十一條時，因應釋字第三六六號解釋，增訂第四十一條第二項。當時通過的第四十一條規定：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。（第1項）併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。（第2項）」（註二）

第四十一條第一項將最重本刑三年以上的條件，放寬為最重本刑五年以上。至於數罪併罰應執行刑超過六個月的情形，則規定於增訂的第二項。同條第一項回復限於一罪或數罪併罰應執行刑，未逾越六個月的情形，與二十四年制定的第四十一條規定相同。

四、刑法第十六次修正否定釋字第三六六號解釋

民國九十四年第十六次刑法修正第四十一條規定為：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個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。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。（第1項）前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。（第2項）」

在第一項，將宣告刑未逾六個月例外可易科罰金的原規定，修改為原則上可易科罰金；在第二項，則限制數罪併

罰而定執行刑六個月以下的情形，才准易科罰金。第一項因而只適用於犯一罪而宣告刑在六個月以下的情形，適用範圍比民國二十四年所制定的刑法第四十一條狹小。

五、歷來刑法第四十一條適用範圍對照表

（自 24 年制定至 94 年修正的第 41 條規定適用範圍。）	一罪，六個月以下	一罪，超過六月	數罪，應執行刑六個月以下	數罪，應執行刑超過六個月
24 年制定的第 41 條 （釋字第 366 號解釋審查的對象）	✓	X	✓	X
釋字第 366 號解釋屆滿一年後，未修正的刑法第 41 條	✓	X	✓	✓ (放寬(註三))
90 年修正的第 41 條第 1 項	✓	X	✓	X
90 年增訂的刑法第 41 條第 2 項	X	X	X	✓
94 年修正的第 41 條第 1 項	✓	X	X	X
94 年修正的刑法第 41 條第 2 項	X	X	✓	X

六、本號解釋同時放寬現行刑法第四十一條第一項與第二項

根據本號解釋「現行刑法第四十一條第二項，關於數罪併罰，數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月者，排除適用同條第一項得易科罰金之規定部分，與憲法第二十三條之規定有違，並與本院釋字第三六六號解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。」則刑法第四十一條第一項規定，不僅包含一罪與數罪併罰應執行刑六個月以下，且適用於數罪合併定應執行刑超過六個月的情

形（與釋字第三六六號解釋意旨相同）。但是如果第二項僅適用於數罪併罰應執行刑未逾六個月的情形，反而第一項適用於數罪合併定執行刑超過六個月的情形，顯然法條結構不合邏輯，立法機關顯然還是必須依照解釋意旨，修正第二項的文字。

（本號解釋對於 94 年第 41 條第 1 項規定的認知，其實與該規定文義解釋有所不同。）	一罪，六 月以下	一罪，超 過六月	數罪，應 執行刑六 個月以下	數罪，應 執行刑超 過六個月
本號解釋所認為的 94 年第 41 條第 1 項	✓	X	✓	✓
本號解釋所認為的 94 年第 41 條第 2 項	X	X	✓	X (限制)
本號解釋後的第 41 條第 1 項	✓	X	✓	✓
本號解釋後的第 41 條第 2 項	X	X	✓	✓ (放寬)

貳、檢討民國九十四年第十六次刑法修正理由

一、修正理由與立法委員提案理由

（一）修正理由

刑法第十六次修正針對刑法第四十一條第二項的修正理由（註四）為：「學理上雖有『法定刑』、『處斷刑』、『宣告刑』、『執行刑』等區別，惟第一項所謂受六個月以下有期徒刑或拘役之『宣告』，基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理所謂『宣告刑』。數

罪併罰之各罪，雖均得合於第一項之要件，惟因其最終應執行之刑之宣告，已逾六個月者，其所應執行之自由刑，既非短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分之理由。例如，行為人所犯十罪，各宣告有期徒刑五個月，數罪併罰合併宣告應執行之刑為四年，其所應執行之刑，既非短期自由刑，如仍許其易科罰金，實已扭曲易科罰金制度之精神。爰刪除本項之規定，以符易科罰金制度之本旨。」

（二）立法委員提案理由

立法委員提案修法表示：「易科罰金所限定者在於六月以下之宣告刑，何以對於單一罪之宣告必須壓縮在六月以下，但有數罪時，卻得逾六月，顯然已有鼓勵犯罪之嫌。（註五）」

二、解構修正理由

（一）整理修正理由

歸納上述修法的理由，共有三個重點：

- 1、於易科罰金專屬刑罰的執行技術問題，數罪合併所定應執行刑，應指最終定應執行刑的宣告，而不是學理上所謂的宣告刑。
- 2、應執行刑超過六月，已非短期自由刑，不應易科罰金，否則會扭曲易科罰金制度的精神。
- 3、單一罪的易科罰金限於六月以下的宣告刑，數罪併罰合併定應執行刑超過六個月，卻仍得易科罰金，可能鼓勵多次犯罪。

（二）易科罰金專屬刑罰的執行技術問題？

- 1、學理上的宣告刑？

立法理由提到學理上有「法定刑」、「處斷刑」、「宣告刑」、「執行刑」等區別，但是刑法第四十一條第一項所謂受六個月以下有期徒刑或拘役之「宣告」，應指最終應執行之刑的宣告，而非指學理所謂「宣告刑」，應該可以理解為定執行刑，也是在宣告最終要執行的刑。這個說明，目的應該是在於就刑法第四十一條第一項的宣告，作文義解釋，表示這個宣告包括一罪與數罪併罰之後的宣告，不僅一罪的執行刑等於宣告刑，數罪併罰之後所定的執行刑，也是宣告刑。至於努力和區別「法定刑」、「處斷刑」、「宣告刑」、「執行刑」的學理區隔，則看不出有何必要？和修正主張有何必要關聯。因為「法定刑」、「處斷刑」、「宣告刑」、「執行刑」這幾個概念，除了法定刑之外，其餘都是裁判操作的結果，可以都是描述相同的對象，因為從一重處斷或擇一處斷的刑，可以等於宣告刑，等於執行刑。他們其實都是實務運作上的概念，並沒有什麼深奧的學理可以說明，不必提到這些概念的區別，還是可以直接說明定執行刑，就是宣告最後應執行的刑。立法理由這樣虛晃一招，非但不能增加說服力，還讓人懷疑立法者是不是真懂問題所在。

2、易科罰金和定應執行刑有因果關聯？

同樣的，說明數罪合併所定的執行刑也是宣告刑，為什麼需要「基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題」這個理由，也不容易理解。

立法理由的說法，其實已經表示易科罰金屬於刑罰執行的技術問題，和數罪合併所定執行刑也是宣告刑

，是兩件毫不相干的事，卻又將毫不相干的兩個制度，說成有因果關聯，顯然互相矛盾。倒是釋字第三六六號解釋，正因為認為二者沒有關係，才會認為易科罰金是否應該准許，不應該受定執行刑制度的影響。所謂「基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題」這個立法理由，顯然不能夠用以支持推翻釋字第三六六號解釋的立法決定。

3、何謂刑罰執行的技術問題？

為何易科罰金採行與否，專屬刑罰的執行技術問題，立法理由沒有進一步說明。如果理由是：法院判決時只是定一個易科罰金的折算標準而已，以便將來檢察官如果准許易科罰金時得以折算罰金數額，所以法院對於法律規定得以宣告易科罰金案件的判決，一定是宣告如易科罰金，以多少元折算一日，待案件判決確定後，移送檢察官執行，執行檢察官即應衡量有無刑法第四十一條第一項但書情形，以決定是否准許易科罰金。則似乎包含二個重點：第一、易科罰金與否，屬於檢察官的裁量權；第二、之所以要求法院判決應記載易科罰金的折算標準，目的是為方便檢察官作成易刑處分。可是這樣的說法，不僅違背法規範的目的，也與實務操作方式不合。

一者，無論支持或反對釋字第三六六號解釋的見解（註六），都認為易科罰金制度在於防杜短期自由刑的流弊，也主張應該放寬易科罰金的適用條件。在這種所謂的寬容的刑事政策之下（註七），立法機關不僅在九十年修正二十四年制定公布的刑法第四十一條，將

適用對象從犯罪中本刑三年以下有期徒刑的罪，放寬至犯最重本刑五年以下有期徒刑的罪，並且在九十四年修正刑法時，將「因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者」例外方得易科罰金的規定，修改成凡獲判六個月以下短期自由刑，原則上應准予易科罰金，只有「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者」的例外情形，執行檢察官方得不准易科罰金。藉由例外與原則的更改，以往被告聲請易科罰金，必須舉證證明有得易科罰金的情事，至今轉變成檢察官必須舉證證明不對行為人執行自由刑難收矯正的效果，或難以維持法律秩序。也就是只有極少數的例外情形，不許易科罰金。而縱使檢察官有權決定得易科罰金與否，決定時所倚賴的基礎，還是刑法第四十一條第一項但書的要求，也就是說檢察官仍然必須衡量，行為人是否有不准易科罰金的理由，才可以拒絕行為人易科罰金。除此之外，獄政主管機關也肯認（註八），放寬易科罰金的適用範圍，有抒解監獄收容壓力的功能，在在顯示易科罰金與否，在刑事政策上顯然擔負重大的任務。不知執行技術性問題的說法，依據何在？

二者，現行實務作業，被告對於檢察官不准易科罰金的執行決定，可依刑事訴訟法第四百八十四條規定，向法院聲明異議，如果法院認為檢察官的決定不當，可以裁定撤銷，並命准予易科罰金。如果易科罰金的採行與否，只是刑罰執行的技術規定，法院可以並且有必要審查檢察官合法的裁量嗎？所以不可能只是

法院應該給檢察官一個折算標準，以方便執行作業而已。

（三）定執行刑超過六個月即非短期自由刑

修法理由認為數罪合併定執行刑超過六個月，即非短期自由刑，所以不符合易科罰金的條件，否則就是扭曲易科罰金的制度。這個理由必須配合「所謂定執行刑是最終應執行刑的宣告」一起理解。

1、定執行刑是最終宣告刑的意義何在？

「定執行刑是最終應執行刑的宣告」與「定執行刑超過六個月即非短期自由刑」這兩句話的意思，應該是一旦定執行刑，各罪原宣告的宣告刑就不存在了，只有一個宣告刑。

這種觀點十分容易理解，但是本件聲請及類似案例所牽涉的問題，也就是釋字第三六六號解釋的個案背景，是原宣告刑已經易科罰金執行完畢，也就是對該部分犯罪的刑罰權已經實現並且消滅，則如果只因為數罪應合併定執行刑，各罪原宣告刑就消滅，當個別犯罪的宣告刑已經執行完畢時，該等罪的宣告刑還能存在嗎？既然理應不存在，又如何復活，而與他罪合併定執行刑，然後讓各別六個月以下的短期自由刑宣告，變成修法理由所謂超過六個月的非短期自由刑？如果個別宣告的短期自由刑，均個別迅速執行完畢，難道個別的宣告刑還應該存在，重新定一次不執行的執行刑？如果個別宣告的短期自由刑，均個別迅速執行完畢，即不必再定執行刑，那麼只剩一個宣告刑時，為何不可以單獨執行，而必須再定執行刑？

要回答這些問題，顯然至少必須說明，從數罪併罰定執行刑制度的本旨，如何允許已經執行的刑罰，作為數罪合併定執行刑的基礎。但是從立法提案討論過程及修法理由中，不曾看到立法機關針對個案適用時，也就是本院釋字第三六六號解釋所認為適用違憲法律的個案，可能產生的問題有所回應，因此無從知道立法機關是否已經審慎思考法律適用的各種情形。

以本件聲請的原因案件為例，如果一罪易科罰金之後定執行刑超過六個月，因為易科罰金已執行，只須另行執行有期徒刑五月（應執行刑八月，扣減已經執行完畢的三月）。假設易科罰金尚未執行，則執行八個月有期徒刑。豈不是因為個案執行速度快慢，而可能產生犯罪相同、量刑相同，但最後未必執行自由刑的差別待遇？這不正是現行刑法第四十一條第二項所製造的不平等？立法機關可以視若無睹、不給個交代嗎？

4、扭曲易科罰金制度？

「定執行刑超過六個月即非短期自由刑，如果准許易科罰金，會扭曲易科罰金的制度。」這樣的說法，只要看懂刑法第四十一條第一項的文字，大約可以理解一二，因為宣告超過六個月自由刑，即不具備易科罰金的條件。但是提出這個答案，並沒有針對問題回答。

問題是：如果原宣告刑均得易科罰金，為什麼只因為定執行刑超過六個月，原宣告刑就失去效力？沒有原宣告刑，哪來的數罪應執行刑？只回答定執行刑超

過六個月即非短期自由刑，顯然太過簡單，而如果答案是數罪合併所定應執行刑，應指最終定應執行刑的宣告，則屬循環論證，並沒有提出理由。

立法機關沒有說出來的考慮，應該就是數罪行為人，既然犯數罪，合併定執行刑超過六個月，表示法院已經認為該行為人應受較長期的自由刑矯治。宣告短期自由刑，是針對較輕微的犯罪，所以可以易科罰金，較嚴重的犯罪如果准許易科罰金，不符合易科罰金制度的本旨。

表面上看起來，個別犯罪輕微，一旦犯數罪，則行為因為侵害較多法益，具有較高不法，行為人所呈現的惡性亦較嚴重，理應承受較重處罰。但是當一個人有數個犯罪，最好就像修法理由所舉的犯十罪，法官在個別量刑時，卻都僅宣告五個月有期徒刑，又是為什麼？犯數罪的行為人如果在犯各罪時，都屬輕微，所呈現的意義，可能就是犯罪人是一個粗心大意、小錯不斷，但大過不犯的人，這樣的人不會因為犯許多的小錯，因此變成大惡之人，也不會因此必須進行自由刑的機構性矯治，才能根絕犯錯習慣。而如果所犯許多小錯，是因為不諳法律所致，數罪併罰時，除了法益受多次侵害之外，行為人人格上的缺陷並沒有因此比犯一罪時嚴重。法官如果認為行為人未必需要機構性處遇，而給予易科罰金的機會，就是科處未超過六個月的短期自由刑，仍然是理由充分（註九）。這和法官是否應該各別就所犯的罪量刑，不能把別的罪納入考慮，以及法官是否知道被告尚有他罪未發覺，並

無關聯。至於本號解釋的原因案件，均屬犯兩罪的情形，與立法機關所想像的嚴重情形，均不相同，更沒有非受自由刑不可的道理。

如果應該用簡單的算數加法理解論罪量刑的標準，又用簡單的算數加法理解行為人應該受何種處罰，以及是否可以易科罰金，比較能發揮處罰的效果，現行刑法第四十一條第一項授權檢察官判斷是否「執行自由刑難收矯正的效果，或難以維持法律秩序」，豈不是太多餘？或者太為難有裁量權的檢察官和法官們？

（四）犯一罪不得逾六月，犯數罪卻得逾六月，顯有鼓勵犯罪之嫌？

准許易科罰金的條件，犯一罪不得逾六月，犯數罪卻得逾六月，犯數罪竟然比犯一罪獲得更好的待遇？這是立法委員提案修正的理由。

一罪和數罪的行為人，何者更應該服自由刑，何者易科罰金已足以收處罰效果，一如前述，並不是簡單的算數加減問題。犯一罪而法官宣告超過六個月的有期徒刑，沒有易科罰金的機會，自然有法官認為罪刑相當的理由，不管法官的認定是不是讓被告信服。犯數罪，但個別法官都宣告三個月徒刑，也當然有各該法官認為罪刑相當的理由。犯一罪未必比犯數罪情節輕微，所以單純比較一罪和數罪，得不到可信的答案。

至於是否因此會鼓勵犯罪？首先，要達到易科罰金門檻，必須宣告刑均未超過六個月徒刑，如果數罪併罰中的一罪宣告刑超過六個月，不得易科罰金，縱使他罪得易科罰金，依據本院在民國六十四年十二月五

日作成的釋字第一四四號解釋，法院無庸就原可易科罰金部分，記載易科折算的標準，亦即只要有一罪不得易科罰金，數罪均不得易科罰金。假若認為犯數罪不應該比犯一罪獲得較好的待遇，那麼當被告犯數罪時，法官仍然均宣告六個月或更少的短期自由刑，豈不是已經有鼓勵犯罪之嫌？假設法官竟然在數罪定執行刑時，以其中最高的宣告刑，可能是六個月或更低的自由刑定執行刑，是不是也有鼓勵犯罪之嫌？擱下實際量刑不談，就定執行刑的制度而言，一般而言定執行刑，最高不會高於數宣告刑的總和，縱使總和超過三十年，原則上不可定超過三十年的執行刑，那麼定執行刑的制度，是否也有鼓勵多次犯罪之嫌？更何況依據釋字第三六六號解釋修正的原規定，只是不排除各宣告刑易科罰金的機會，如果檢察官及法官皆認為易科罰金不足以收懲罰之效，仍然可以不准易科罰金，何至於僅因保留原宣告刑易科罰金的機會，就有鼓勵多次犯罪之嫌。

叁、審查平等原則

一、違反平等原則的疑義

本件聲請原因案件事實之一，行為人觸犯二罪，各受宣告三月、六月有期徒刑，依據刑法第四十一條第一項規定，個別均得易科罰金，其中三月的宣告刑並已執行完畢（與釋字第三六六號解釋原因事實相同），聲請人因而主張，該部分的宣告刑應已消滅，不應再為合併定應執行刑的基礎（註十），現行實務卻仍將已執行完畢的宣告刑，併合裁定應執行刑，使得所定應執行刑因而超過六個月，而依

據現行刑法第四十一條第二項，即不得易科罰金，限制行為人原本所有易科罰金的機會，過度限制人民自由權利而違反比例原則。

上述指摘現行刑法第四十一條第二項違反比例原則，所提出的違憲理由，乃是已經執行完畢的罪刑，不應該作為合併定應執行刑的基礎。聲請意旨既認為合併處罰應該排除已經執行完畢的情況，卻未被排除，所質疑的對象應該是定執行刑的制度。而所謂應排除卻未排除，係指已經執行完畢者，與未執行完畢者，有所不同，法規應該予以區別，卻未有所區別，將不同的事物，相同對待，所指摘的其實是違反平等原則。

二、現行刑法第四十一條第二項會造成相同個案不相同對待

數罪中的各罪發現及審理速度極可能不一致，裁判宣告自然會有先後，再加上執行速度的差異，發生本件聲請原因案件的情形，不在少數。定應執行刑時，可能有數罪均未執行完畢、其中一罪執行完畢或數罪均已執行完畢等不同情況。在數罪均未執行完畢的情形，如果定超過六個月有期徒刑，依照現行刑法第四十一條第二項，必須執行自由刑；在其中一罪執行完畢的情形，定超過六個月有期徒刑，扣除已執行的部分，必須執行的可能為少於六個月的短期自由刑；在數罪均已執行完畢的情形，則不會有定執行刑的情形發生，也就沒有定執行刑是否超過六個月的問題。換言之，法院審結後，檢察官執行的速度，會造成定執行刑程序是否發生、定執行刑皆屬超過六個月有期徒刑但有期徒刑執行長短不一的情形，試以下表進一步說明：

案 件	區別：是否曾執行	執行情況	疑 義
數罪均得易科罰金： 甲 A 罪判決有期徒刑 5 月，B 罪判決有期徒刑 4 月，均屬得易科罰金之刑。檢察官聲請法院合併定應執行刑，法院裁定應執行有期徒刑 7 個月。	1、均未執行完畢	甲入監服刑七個月	
	2、A 罪執行完畢，B 罪尚未執行（註十一）	甲入監服刑二個月 【參照法務部(76)檢(二)字第 2169 號函（註十二）】	1、A 罪裁判既已執行完畢，刑罰權應已消滅，如何復活？（刑法第 44 條） 2、只執行二個月。正好是現行刑法第四十一條第二項所欲避免的短期自由刑。
	3、個別均執行完畢	縱有定應執行刑，毋須再傳喚執行 【參照法務部(84)檢(二)字第 1036 號函（註十三）】	檢察官執行速度並非合理的區別標準。

三、一律不准的平等假象

就已執行完畢而刑罰權消滅的情形，也納入定應執行刑的範圍，是一種形式平等的作法，這種作法忽略刑法第五十四條受赦免者即不必合併定應執行刑的規範意旨。刑罰權一旦消滅，國家即失去處罰人民的權利，遑論定執行刑？平等要建立在有權利的前提之下，一案已經失去刑罰權，一案仍然有刑罰權，本該不等則不等之，但一律重新定執行刑，只是看到平等的假象。

現行刑法第四十一條第二項一律不准易科罰金，看似沒有不平等的疑慮，但同樣只是一種平等的假象。上面的案例顯示，相同的案例不同適用效果，區別標準在於檢察官的執行速度，而檢察官的執行速度，可能取決於運氣，欠缺客觀可預見性，當然不是合理的區別標準。欠缺合理的區別標準，即不可能產生等者等之、不等者不等之的實質

平等結果。

因為在定執行刑時已經不平等，在准否易科罰金時，又陷入一個假象的平等，結果自然只有不平等。本院釋字第三六六號解釋，正因為看見其中的雙重謬誤，所以作成數宣告刑均得易科罰金，縱使定執行刑超過六個月，仍得以易科罰金的決定，澈底解決其中的雙重不平等，既保障人民因刑罰權消滅而應該受保障的基本權，也消弭所有不平等的現象，而使人民身體自由不受過度限制。

四、與一罪宣告超過六個月自由刑相比並不違反平等原則

如果犯一罪宣告超過六個月有期徒刑，依據刑法第四十一條第一項規定，不可易科罰金，但犯數罪，雖數宣告刑未超過六個月有期徒刑，但合併定執行刑超過六個月，卻可易科罰金，是否有等者不等之，而違反平等原則。以下以連續犯為例說明之。

（一）基於適用連續犯而生的疑義

數罪合併定執行刑縱使超過六個月，如果數宣告刑未超過六個月，仍可個別易科罰金，但如果適用連續犯的規定，加重其刑至二分之一而宣告超過六個月有期徒刑，因屬一罪，即不能易科罰金，是否有失公平？

雖然連續犯的規定，於九十五年七月一日起已遭刪除，現行刑法中已無連續犯的概念，對於九十五年七月一日以後實施的犯罪行為，本號解釋結論，不致遭受相關質疑。但是行為時在九十五年六月三十日以前的案件，仍可能適用舊連續犯的規定，因而就適用連續犯所產生的疑義，仍有釐清的必要。

（二）連續犯正好說明一罪可能重於數罪

有失公平的疑慮，來自於連續犯輕於數罪以及一罪輕於數罪的直覺。首先，連續犯以出於一個概括犯意為必要，所以必定是故意犯，裁判確定前犯數罪，卻可能有部分為故意犯、部分為過失犯，或者皆為過失犯，所以連續犯所定的刑度，未必輕於數罪。

數罪併罰	故意犯罪與故意犯罪
	故意犯罪與過失犯罪
	過失犯罪與過失犯罪
連續犯	限於故意犯
	概括故意而連續多次犯罪，惡性重大，刑度加重

縱使是故意犯數罪，在不同的境遇之下，一時受不了誘惑，因而臨時起意個別犯罪，與自始具備連續犯數罪的概括犯意，進而連續多次實施同一構成要件行為的情形相比，數罪所呈現的不法與罪責仍然可能較連續犯為輕微。

例如甲在九十五年六月一日、九十五年六月二日，到住家附近商店竊取食物與金錢，第一審判決認為甲因飢餓難忍，二次竊盜屬臨時起意，各判有期徒刑三個月，合併定應執行刑五個月得易科罰金。檢察官上訴後，上訴審認為甲係基於概括故意而連續二日竊盜，屬於連續犯，判決有期徒刑七個月。

數罪併罰： 二次竊盜，各判有期徒刑三個月，合併定應執行刑五個月，得易科罰金。	理由： 二次竊盜屬臨時起意。
連續犯： 連續二次普通竊盜，因為得加重其刑至二分之一，應該在三月以上七年六個月以下定執行刑，判有期徒刑七個月。	理由： 基於概括故意而連續二日竊盜，屬於連續犯。

正因為犯罪事實情狀顯示，連續犯的不法與罪責未必較數罪犯輕微，量刑上因而顯示連續犯量刑未必較數罪合併定執行刑為輕。

連續犯與數罪的比較，正足以說明，一罪的不法與罪責可能重於數罪，認為數罪合併定執行刑一旦逾越六個月，即不該准許易科罰金，否則即屬縱放的直覺，顯然並不可靠。如果存有連續犯的制度，並不能逕自推斷一罪的不法與罪責應該較數罪為輕微，那麼認為數罪合併定執行刑，超過六個月有期徒刑，竟然可以易科罰金，而一罪宣告刑超過六個月有期徒刑，卻必須服自由刑，似乎有失公平的說法，即不能成立。

肆、審查比例原則

一、目的審查

（一）易科罰金制度的本旨

根據修法理由，對於數罪合併定執行刑超過六個月，而數宣告刑均未超過六個月的情形，之所以一律不准易科罰金，目的在於維護易科罰金制度的本旨，因此必須審查易科罰金制度的本旨為何。

易科罰金制度，是針對所犯最重本刑五年以下有期徒刑，且宣告刑未滿六個月的情形而設。所犯最重本刑五年以下有期徒刑，可以認為是現行刑法認定輕重罪的標準。既然行為人所犯非重罪，受宣告為短期自由刑，給予易科罰金的機會，可以避免短期自由刑，非但不能有效矯治，反而可能使行為人更沾染惡習，懲罰效果適得其反，也就是防止短期自由刑的流弊。

現行刑法第四十一條的修正沿革（見本意見書肆）

，已明白顯現擴大易科罰金制度適用範圍的宗旨，自例外易科罰金修正為原則易科罰金，顯示謹慎使用自由刑的態度，就憲法第八條保障人民身體自由的意旨而言，拘束人民身體自由屬於不得已的最後手段，放寬易科罰金制度適用範圍，具有憲法上的正當性，因此以維護易科罰金制度為宗旨，應屬目的正當。但是系爭規定所謂符合易科罰金制度本旨，並非在於放寬易科罰金制度適用範圍，而是在於限縮易科罰金適用範圍，究竟限縮易科罰金適用範圍是否具有憲法正當性，取決於限縮易科罰金適用範圍的最終目的而定。因為不同目的本可互為手段，修法理由雖然聲稱以符易科罰金制度之本旨，其實是在說明作為手段的目的，因此限縮易科罰金適用範圍，應該當作手段加以審查。

（二）避免鼓勵犯罪

限縮易科罰金適用範圍的目的，應該是在立法委員提案時所稱的避免鼓勵犯罪。防制犯罪是刑法存在的目的，防制犯罪的目的，在於保護法益，也就是保護人民基本權益，以及維護保護人民基本權益的法律秩序，包括憲政秩序。避免鼓勵犯罪，與防制犯罪的一致，自然具有憲法上的正當性。

二、手段審查：限縮易科罰金制度的適用範圍

既然是防止短期自由刑的流弊，當然只針對短期自由刑的宣告。數罪合併定執行刑時，可能定最低宣告刑，沒有超過六個月的問題，也可能定超過六個月徒刑，難道不等於法官認為被告應該服自由刑，才屬罪責相當？這是修法

理由所謂定超過六個月徒刑已非短期自由刑的意思。要回答這個問題，必須釐清數罪定執行刑制度的本旨。

（一）定執行刑制度的功能

一罪與數罪，不能以算數上的加減互相比較，已如前述。但是如果一罪和數罪中的一罪具有完全相同的不法和罪責，則數罪自然重於一罪。換言之，一罪有重於數罪者，數罪有重於一罪者，數罪也有與一罪同等輕重者。當犯數罪而各有宣告刑時，究竟應該如何處罰被告，刑法第五十條數罪併罰之例，的確是授權法官權衡個案，綜合考量各罪不法程度與行為人的罪責，所定的執行刑既不應該評價不足，也不可以過度評價。經過充分評價所宣告的執行刑，必須符合罪責相當原則，這也是比例原則的要求。

如果刑法第五十條數罪併罰所規定的定執行刑模式，是保證充分評價與不過度評價的方法，那麼一律以數宣告刑總和定執行刑是否即可顯現充分評價？從第五十條各款的現制觀之，可以知道，無期徒刑不能變成死刑、有期徒刑不能形同無期徒刑，以有期徒刑為例，如果有期徒刑的執行過長，即與無期徒刑無異，會變成過度評價。再者，國家使用刑罰懲罰或矯治犯罪，必須考慮手段的效益，使用過度的刑罰，會使邊際效用遞減，未必能達到目的，卻造成犯罪管理的過度花費，這也就是所謂刑罰經濟的思考。

在上述雙重意義之下，數罪合併定執行刑的制度，不是技術問題，內部功能是依據罪責相當原則，進行充分而不過度的評價，外部功能則是實現刑罰經濟的

功能。

(二) 定執行刑制度與易科罰金制度沒有必然關聯

雖然定執行刑必須滿足罪刑相當的原則，定執行刑的宣告也的確是最終應執行刑的宣告，但是定執行刑也有所謂的技術性，而且有所謂屬於技術問題的，並非易科罰金制度，反而是定執行刑制度。

相對於個案法官的量刑，對於被告有近距離的審視評估，定執行刑法官的定刑操作，對於非他親身審理的個案，只是純粹地書面審理（可能連各罪裁判的卷宗都沒有翻閱），而且定執行刑法官所宣告的個案，也是未超過六個月，很難認定所定執行刑的高低，代表定執行刑法官認為，犯數罪的行為人有受機構性處遇的必要，而應執行超過六個月的有期徒刑。

至於易科罰金制度，則有獨立的目的，而且目的正好是取代自由刑，易科罰金制度的意義，正好是：並非執行原宣告刑，才符合罪責相當原則。因為易科罰金處分所考量的是行為人有無受機構性處遇的必要，和數罪併罰合併定執行刑制度因而可以是兩回事，這一點本院釋字第三六六號解釋看得很清楚，所以會說數罪併罰合併定執行刑沒有要讓受刑人處於更不利的地位之意。縱使所定的執行刑超過六個月有期徒刑，不等於認為受刑宣告的被告，非受自由刑的執行不能獲得矯治。況且如果定執行刑是技術問題，更可以和是否准予易科罰金脫鉤。

(三) 系爭規定導致對人民身體自由過度限制

數宣告刑既然均未超過六個月有期徒刑，如果皆執

行易科罰金，也已經可以充分反應行為人的罪責，對行為人的罪行為充分的評價。縱使沒有系爭規定，法官和檢察官仍可就受宣告未超過六個月有期徒刑的被告，是否需要機構性處遇，而決定准否易科罰金，但系爭規定對於在各別宣告中可以易科罰金的情形，一律要求執行自由刑，對於犯數罪行為人的處遇，在有數種手段可以選擇的情況下，逕行選擇較為嚴厲的手段，乃屬使用不必要的手段，對人民身體自由為過度的限制，而違背憲法第二十三條比例原則。

如果每一罪都沒有必要進行自由刑的機構性處遇，不會因為有很多個不必要進行自由刑的機構性處遇的罪，就變成必須進行自由刑的機構性處遇。反之，數罪中有一罪本得易科罰金，在與不得易科罰金的宣告刑合併定應執行刑之後，均不許易科罰金，因為已經在一罪的宣告中認定行為人有受機構性處遇的必要，不會因為他罪宣告刑可以易科罰金，即變成全部得易科罰金。這也是本院釋字第三六六號解釋多數意見尊重釋字第一四四號解釋的理由，而將上述比例原則的操作界限，確定在數宣告刑均得易科罰金的情形。至於不得易科罰金之罪，如經赦免，因為刑罰權已經消滅，剩餘得易科罰金之宣告刑自仍得易科罰金。

伍、解釋結論：現行刑法第四十一條第二項違反憲法解釋而溯及失效

釋憲機關對於立法機關重新制定相同法律，再度作成違憲解釋的宣告，只是在於重申立法機關所作成的法律，違反已經存在的憲法解釋，這種解釋應被認定為具有「溯及失去效

力的確認解釋」，而不只是具有「往後失去效力的形成解釋」。重新制定的法律，應該從公布施行日起，失其效力。

現行刑法第四十一條第二項，於完成立法程序時，已經違反本院釋字第三六六號解釋所宣示的比例原則，尤其違反平等原則，屬於前述確認解釋的情形，應該自公布施行日失其效力。

註一：臺灣高等法院檢察署 84 年 10 月 4 日檢義文允字第 12301 號函。

註二：修正理由：

一、本條易科罰金之規定即含對於短期刑期改以他種方式代替之精神，一則避免受刑人於獄中感染惡習再度危害社會、二則可疏解當前獄滿為患之困境。

二、原條文以最重本刑三年為限，放寬為五年，因為眾多最重本刑五年之罪如背信、侵占、詐欺等，在當今日新月異工商社會中，誤觸法網者眾；基於刑法「從新從輕」主義，目前罪刑確定尚未執行者，罪刑確定正在執行者均適用之。

註三：24 年制定的第 41 條文義，應不及於數罪併罰合併定應執行刑超過六個月的情形，該部分是釋字第三六六號解釋的創設。

註四：司法院編印，中華民國刑法及刑法施行法全文暨修正條文對照表，94 年 2 月，頁 111。

註五：立法院第五屆第三會期第十二次會議議案關係文書，頁委一三六。

註六：反對見解見林山田，評易科罰金的修正，月旦法學雜誌，第 74 期，2001 年 7 月，頁 144 以下；林山田，論併合處罰之易科罰金，刑事法論叢（二），1997 年 3 月，初版，頁 81、88、93-95；柯耀程，數罪併罰之易科罰金適用關係檢討，司法周刊，第 1284 期，95.4.27；第 1285 期，95.5.4；柯耀程，數罪併罰整體

刑之確立與易刑處分，變動中的刑法思想，2001年9月，元照出版，頁290、299、303。

認為應該維持釋字第三六六號解釋，見鄭逸哲，新第四十一條挑戰釋字第三六六號，法學三段論下的刑法與刑法基本句型（一）刑法初探，2005年9月，3版，頁726-727。

註七：法務部的說法，參見94年刑法第41條第1項修正理由：按易科罰金制度旨在救濟短期自由刑之流弊，性質屬易刑處分，故在裁判宣告之條件上，不宜過於嚴苛，現行規定除「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪」、「而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告」外，尚須具有「因身體、教育、職業或家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難」之情形，似嫌過苛，爰刪除「因身體、教育、職業或家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難」之限制。至於個別受刑人如有不宜易科罰金之情形，在刑事執行程序中，檢察官得依現行條文第一項但書之規定，審酌受刑人是否具有「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」等事由，而為准許或駁回受刑人易科罰金之聲請，更符合易科罰金制度之意旨。

註八：90年修正理由：本條易科罰金之規定即含對於短期刑期改以他種方式代替之精神，一則避免受刑人於獄中感染惡習再度危害社會、二則可疏解當前獄滿為患之困境。

註九：以臺灣臺北地方法院93年度訴字第1410號刑事判決為例，行為人共犯玖罪，每罪卻僅被判處有期徒刑參月，各罪均得易科罰金。又以臺灣彰化地方法院94年度訴字第1653號判決為例，行為人共犯拾罪，每罪均判處有期徒刑陸月，各罪均得易科罰金。

不同解讀，見陳新民大法官，本號解釋不同意見書。

註十：臺灣高等法院第十八庭聲請書註 19：林山田，論併合處罰之易科罰金—兼評釋字第三六六號解釋，刑事法雜誌，第 39 卷第 1 期，頁 31。

註十一：最高法院四十七年台抗字第二號判例：「裁判確定前犯數罪而併合處罰之案件，有二以上之裁判，應依刑法第五十一條第五款至第七款定應執行之刑時，最後事實審法院即應據該院檢察官之聲請，以裁定定其應執行之刑，殊不能因數罪中之一部分犯罪之刑業經執行完畢，而認檢察官之聲請為不合法，予以駁回。」

註十二：載於刑事法律問題彙編第 3 輯，頁 37。

結論採甲說：

經定應執行刑為十月，依法不得易科。

應扣除已執行之六個月，就餘刑四個月送監執行，實務現採此說（參考刑罰執行手冊第廿七頁、七十一年度業務座談會決議）。

註十三：載於法務部公報第 181 期，頁 119-120。

結論採丙說：

依刑法第四十四條規定，易科罰金、易服勞役或易以訓誡執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論，因該二罪既已易科罰金執行完畢，自不得將原收罰金退還，另傳受刑人到案服刑（前司法行政部 62.7.2（62）台函刑字第 06731 號函參照）。

另請參見前司法行政部 62.7.2（62）台函刑字第 06731 號函（法務部行政解釋彙編，第二冊，81 年 5 月版，頁 1366）：設有受刑人犯兩罪，各罪最重本刑均為三年以下有期徒刑，兩案均判處有期徒刑五月，如易科罰金以六元折算一日，並於

判決確定後執行易科罰金完畢，嗣經檢察官聲請定執行刑並經法院裁定應執行有期徒刑七月，結果不得易科罰金，於此情形，執行檢察官不得將原收罰金退還另傳該受刑人到案服刑。蓋以數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第五十三條之規定，雖應依同法第五十一條之規定，定其應執行之刑，惟設兩案已易科罰金執行完畢，則依同法第四十四條之規定，其所受宣告之徒刑，以已執行論。

協同意見書

大法官 黃茂榮

本席對於本號解釋敬表贊同。惟相關問題有關論據尚有補充的意義，爰提出協同意見書如下，敬供參酌：

壹、問題緣起

刑法（24年1月1日制定公布，同年7月1日施行）第四十一條規定：「犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。」該條就依同法第五十一條併合處罰定其應執行刑逾六個月的情形，未予明文規定，致在其宣告之有期徒刑逾六個月時，實務上認為依當時有效之第四十一條，不再得易科罰金。

該實務上的見解經司法院釋字第三六六號解釋宣告為違憲：「裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第二十三條規定未盡相符，上開刑法規定應檢討修正。對於前

述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，刑法第四十一條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」

關於得否易科罰金，該號解釋係從各罪應個別判斷其可罰性的觀點出發。所以認為，縱使數罪併罰所定應執行刑逾六個月，法院得在判決主文中諭知，執行檢察官得按主文所定標準，裁量是否准予易科罰金。嗣刑法第四十一條於 90 年 1 月 10 日修正公布，並增訂第二項規定：「併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。」該規定符合該號解釋之意旨。

然而刑法第四十一條第二項於 94 年 2 月 2 日修正公布為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」依該項修正規定之反面解釋可能認為：「因併合處罰定其應執行之刑逾六月者，不得依第一項規定易科罰金。」該可能之反面解釋的內容，雖非刑法第四十一條第二項所明定，但為其邏輯上可能之唯一的解釋結果。所以，當該反面解釋之內容與釋字第三六六號解釋之意旨不符時，引起立法院，是否得制定與經宣告為違憲之舊法內容相同之法律的疑問，以及違反釋憲解釋意旨之新法的效力問題。

98 年 1 月 21 日修正公布之刑法將該引起疑問之第四十一條第二項，移至同條第八項。該項規定：「第一項至第三項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六個月者，亦適用之。」（該條文依同日修正公布之刑法施行法第十條之二，自 98 年 9 月 1 日起施行）該項內容與 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法第四十一條第二項規定之內容略同。所以，90 年 1 月 10 日修正刑法第四十一條增訂之上述第二項規定經刪除後

的問題依然存在。

貳、釋憲解釋及立法之歷史性

按規範價值之正確並不具備時空上的絕對性，而具有歷史性，應配合時空之轉移而演進。是故，釋憲機關所持關於憲法保障之基本權利的價值觀及立法院關於法律規定之立法政策及適當規範內容的看法，都可能隨時空之轉移而變遷，必須因時過境遷，而有新的取捨或具體化。

司法院釋憲解釋及立法院之立法皆有明顯之造法機能。其解釋或制定之法律皆有規範上之一般的拘束力。所以，如果因司法院與立法院對於外部環境之變遷的判斷不同，對於規範價值或其具體化之結果有不同意見，以致立法院制定之新法與已公布之釋憲解釋不符時，便會產生規範衝突。該規範衝突應如何解決？

按規範衝突在效力內容具有排斥性，不能併存。所以，該衝突依法律競合理論處理的結果，不是解釋其中之一，無效，便是認為兩者皆無效，必須透過法律補充尋覓第三種規範內容。決定競合的規範之一優先於另一的原則：首先是優位法優於劣位法，例如憲法優於一般法；其次是特別法優於普通法；再其次是新法優於舊法（註一）。

關於司法院之釋憲解釋的拘束力，司法院釋字第一八五號解釋認為：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定。其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。」該號解釋雖宣示：「其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。」但因其後，續

以「判例」為例，闡釋與釋憲解釋牴觸之規範的效力，而未明白提及法律，所以，就其釋憲解釋對於立法機關之拘束力為何，亦即就立法機關在釋憲解釋後是否尚得制定與釋憲解釋意旨相違之法律，尚未為明白之表示。

關於與公布在先之釋憲解釋衝突之新法的效力為何，必須進一步從司法院之解釋的類型探討之。司法院的解釋如係指統一解釋法律，則其解釋之效力位階就只是一般法。其與其他法律的關係是新法與舊法的關係。反之，所涉之司法院的解釋如係統一解釋法律以外，以具體法律規定是否違反憲法為內容之解釋。則當司法院在所作之釋憲解釋中，明白宣告一定內容之法律違憲者，因此種解釋以憲法規定為其實質的規範基礎，應具有憲法層次之拘束力。所以，立法機關所制定之新法，如與此種釋憲解釋構成規範衝突，依憲法第一百七十一條，將因與憲法牴觸而無效。

基於民主原則，立法機關原則上固得基於其立法權，制定各種法律，含制定在內容上相同或接近相同於經司法院宣告為違憲之法律規定。但立法院與司法院間關於法律內容之意見有不同時，在釋憲解釋後制定之法律是否牴觸憲法發生疑義時，依憲法第一百七十一條，由司法院解釋之，亦即最後皆應按釋憲解釋優位的原則解決。

叁、易科罰金之實質基礎

按對於短期自由刑所以在執行上准許易科罰金，其理由除在於避免短期自由刑之不良後遺結果外，還因為所犯者係最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，且法院係經斟酌刑法第五十七條以下關於行為人之一切情狀，始宣告短於六個月之有期徒刑。是故，其宣告刑本身即顯示其犯罪行為之

低度的反社會性及可非難的程度，以及最後可能不適合對其執行短期自由刑之評價。

關於各罪，上述法院透過宣告六個月以下有期徒刑或拘役，而為其在刑法第四十一條第一項的意義下，不適合執行短期自由刑之評價，是否因數罪併罰，法院依刑法第五十一條第五款定其應執行刑逾六個月以上，而發生改變？此為應由那個機關判斷，罪質是否從量變到質變的評價，以及是否已因數罪併罰而發生質變的問題？應由立法機關透過刑法第四十一條第八項一般的加以決定？或應由各罪之審判法院，或應由依刑法第五十一條第五款關於數罪併罰的規定，就各罪最後定應執行刑之法院加以評價？其由法院評價者，應在判決主文中為得易科罰金之諭知。以該諭知為基礎，執行檢察官就是否准予易科罰金，是否有裁量權？

按是否適合易科罰金，涉及個案之衡平性的評價，並不適合由立法機關超出刑法第四十一條第一項以上，自始為一般的禁止。且量刑之裁量權本屬於法院。在各罪之量刑中，各審判法院已就各罪之可罰性及適合之刑罰充分表示其評價。該評價對於因數罪併罰，而依刑法第五十一條定應執行刑之法院，有其拘束力。另 24 年 1 月 1 日制定公布，同年 7 月 1 日施行之刑法第四十一條原有「因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得……易科罰金」的限制要件。但該限制要件在後來歷次之修正中皆已刪除。在此背景下，刑法第四十一條第一項所定之易科罰金部分的規範內容，在歷次修正中實際已自「得易科罰金」朝「因受刑人之聲請而應易科罰金」的方向發展。是故，執行檢察官就是否准予易科罰金，應已不適合再有裁量權。這從關於被告之羈押的

裁量權，已從檢察官向法院移動，亦可獲得佐證。不過，在具體執行案件，是否准予易科罰金，目前實務執行檢察官依然有其行政裁量權。這是一個還待立法機關透過立法，或釋憲機關透過釋憲解釋，予以釐清的問題。

本諸上述刑事政策的考量，刑法第四十一條第一項既有犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得易科罰金的規定，則除非認為積數輕罪即當然質變為重罪，否則，在數罪併罰的情形，歷審法院既然已不因其有數罪之情狀，而就各罪宣告逾六個月之有期徒刑，亦即維持各罪尚屬輕罪的判斷，則自不適合因數罪併罰，併合定應執行之刑逾六個月時，便認為各該輕罪，無刑法第四十一條第一項關於短期自由刑應得易科罰金之規定的適用。

上開意旨已經司法院釋字第三六六號解釋在案。自該號解釋以來，基於比例原則導出關於輕罪短期自由刑得予易科罰金的原則，既無應予更張之刑事政策上的理由或社會情事的發展，自應予以維持。94年2月2日修正公布之刑法第四十一條第二項規定，於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，始得易科罰金之規定，違反司法院釋字第三六六號解釋意旨，應不予適用。

肆、易科罰金的裁量權

由於是否適合易科罰金，涉及個案之衡平性的評價，以確保其決定符合個案之情狀，所以在國家權力區分的基本體制下，並不適合由立法機關，超出刑法第四十一條第一項所示限度以上，自始對於一切案件，為一般的禁止。

是否准予易科罰金，是一種裁量的決定。該裁量權之基本

劃分為：首先在立法層次，立法機關本於立法裁量決議，制定容許法院為易科罰金之諭知的框架規定；法院在依法律審判量刑時，始得按一定標準作得為易科罰金之諭知，授與執行檢察官以行政裁量權，在具體案件之執行，為是否准予易科罰金之決定。上述裁量權之行使對象，有由一般到具體的發展特徵。

歸納之，准予易科罰金包含三個層次的裁量：立法階段之立法裁量、審判階段之司法裁量及執行階段之行政裁量。立法裁量係關於一般要件之裁量，規範司法機關得否為易科罰金之諭知。司法裁量係在個案滿足法律所定得諭知易科罰金之一般要件時，基於個案之一切情狀所作的衡平性評價。行政裁量係在個案經法院諭知得易科罰金時，在執行階段再根據受刑人之個別情狀，最後裁量是否准予易科罰金。

伍、數罪併罰之易科罰金

關於數罪併罰時，其短期自由刑之易科罰金的諭知及准許，有兩個層次的問題：

- (1) 首先有應就各罪個別裁量，或應就數罪全體整體考量的問題。認為在數罪併罰定應執行刑逾六個月，還可諭知准予易科罰金者，其論據從應就各罪個別裁量的觀點出發。在此見解下，在數罪併罰引伸出：是否得就一部分罪諭知得易科罰金，就一部分罪諭知不得易科罰金。亦即各罪之宣告刑未逾六個月的部分得易科罰金，逾六個月的部分不得易科罰金。或認為當一部分罪的宣告刑已越過六個月短期自由刑之執行的猶疑門檻，便不需要再考量未逾六個月部分之易科罰金，而皆可或皆應執行自由刑。這些都是刑事政策上極為重大的問題，需要相當

的調查數據才能有正確的判斷。

- (2) 在各罪之宣告刑皆未逾六個月，符合經立法裁量之易科罰金標準時，在數罪併罰所定應執行刑如逾六個月，其是否還適合准予易科罰金之裁量權，應屬於司法裁量權及行政裁量權或立法機關之立法裁量？該裁量權之歸屬的立法判斷，是否屬於釋憲機關依憲法第二十三條所定比例原則得予釋憲審查的事項？

從裁量權之歸屬的觀點，立法機關在刑法第四十一條第一項既然得就一罪，基於立法裁量決議「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個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。」為何不得於數罪併罰，基於立法裁量，在同條第八項同樣決議規定：「第一項至第三項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六個月者，亦適用之。」這涉及立法裁量結果之違憲審查的問題。

鑑於准予易科罰金係必須針對具體案件之個別情狀而為衡平裁量，所以立法機關並不適合超過一般規範框架，限制法院或執行檢察官的衡平裁量權，以確保最後裁量之結果，能切合個別案件之情狀，讓自由刑之適用恰如教化受刑人之所需，無超過或不及的結果。是故，就立法機關關於准予易科罰金之限制規定，是否有超出必要限度，或有不當剝奪法院或執行檢察官之裁量權的情事，自當容由釋憲機關依憲法第二十三條所定之比例原則加以審查。

因為受刑人之反社會性或可非難性，基本上表現於其所犯之各個犯罪行為的罪質與情狀。這些在法院就各罪

量刑時，當已意識到刑法第四十一條第一項關於易科罰金之基礎條件的規定，予以釐定，所以在各罪之宣告刑皆未逾六個月時，縱其數罪併罰時所定之應執行刑逾六個月，是否仍適合准予易科罰金，應容由法院及執行檢察官基於衡平裁量，就個案為最後的決定，不適合由立法機關，制定類如現行刑法第四十一條第二項之規定的方式，自始限制法院及執行檢察官之衡平裁量的權限。基於上述理由，現行刑法第四十一條第二項就自由刑之易科罰金的限制規定因違反比例原則，而應不予適用。

註一：關於規範衝突，請參考 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983, S. 255ff.; 黃茂榮，法學方法與現代民法，2006/04 增訂五版，頁三〇五以下。

不同意見書

大法官 陳新民

若不極度謹慎，便會肇致事情變質，甚至產生犯罪的結果；
「公平」會轉變為「不公平」，本來應為一件善事，卻可轉化為惡行！
——德國·黑格爾

聚沙成塔、集腋成裘、涓涓細流可成大川。 ——我國諺語

本號解釋多數意見對於現行刑法第四十一條第二項（下稱：系爭規定）關於數罪併罰，數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月者，不得易科罰金之規定，認為已經牴觸憲法第二十三條之規定，及違反本院釋字第三六六號解釋之意旨，應失其效力。這種見解，本席雖然肯認大法官同仁念茲在茲維護行為人的

人身自由權利，儘量許可易科罰金，而取代入監服自由刑之心意，誠已善盡「人權維護者」的神聖職責。然而，「顧此」即會「失彼」，系爭規定在民國九十四年二月二日修正時，立法者的刑事政策之考量，即未受到本號解釋的充分尊重，不無侵犯立法者刑事政策形成權、國會「預測特權」之虞；同時，本號解釋賡續本院釋字第三六六號解釋之意旨，且以系爭規定牴觸該號解釋意旨為由，作為違憲的理由之一，故在程序方面，亦有必要重新檢討本院釋字第三六六號解釋的拘束力，以及在何種情況之下，過去的本院解釋能夠繼續產生拘束力的問題。爰分別就程序面及實質面，提出不同意見書，以抒己見：

一、程序上的檢驗—應澄清解釋前例的拘束力問題

（一）過去解釋例「老生命力之延續」的當然肯定？

首先在程序上，本號解釋涉及到過去類似解釋的拘束力問題。雖然，本號解釋也有意識察覺到：如果只是將內容相同的解釋例直接重新援引，而不對系爭規定再作實質內容的審查，即作為否認立法的違憲依據，似乎在論理的基礎上，顯得薄弱。因此，本號解釋理由，在第一段一方面承認：「立法院基於民主正當性之立法責任，為符合變遷中社會實際需求，得制定或修正法律，乃立法形成之範圍及其固有權限」。然而，立法者一旦行使這種政策形成權，卻獲得了和本院以往解釋不同的結論時，能否當然排除適用本院該些解釋？由本號解釋理由書第一段接下來的見解，顯然是否定的：「立法院基於民主正當性之立法責任，為符合變遷中社會實際需求，得制定或修正法律，乃立法形成之範圍及其固有權限。立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間

，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，自不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋」。

上述見解，主要是源於（類似本號解釋原因事件所指摘之重複立法所作出的）釋字第四〇五號解釋之用語，顯然承認本院過去的解釋當然都有拘束未來立法者重新立法、且不計次數立法的效力。至於有無再對此重新立法行為內容加以檢視的必要？則繫乎大法官的斟酌也。依本號解釋而論，解釋理由書第三段重複本院釋字第三六六號解釋之意旨，僅在解釋理由書第四段對系爭條文的立法理由加以檢驗、批判。易言之，釋字第三六六號解釋乃在本號解釋中「當然適用」，而非「重新取得適用力」。即過去的解釋例沒有透過本號解釋的論理，重新「被宣告」獲得「生命力」，而是過去生命的延續而已。這種「解釋的老生命力」，將可能扼殺「民意的新生命力」，本席認為應當加以嚴肅的對待。

（二）所謂「規範重複禁止」原則之商榷——「後解釋」較多的正確性

誠然，作為司法權的一環，也享有憲法所賦予的最終解釋憲法之權，司法院大法官所為之解釋當然應有拘束全國各機關及人民之效力。這種拘束力及於立法機關的表現有二：

第一種是將已牴觸憲法的法律，由司法院解釋加以廢止，產生了個案拘束力，這是清楚明瞭且立竿見影。第二種情形是將拘束力延伸到將來的立法行為，立法者因此不能制定相類似的條文，這是所謂的「規範重複禁止」原則（Das Normwiederholungsverbot）。關於第一種

的拘束力並無爭議，否則即沒有設立釋憲制度的必要性。德國聯邦憲法法院法第三十一條第二項便規定，聯邦憲法法院的判決具有拘束聯邦與邦各憲法機關，以及其他法院與行政官署的效力。我國司法院大法官審理案件法第十七條第二項雖然沒有德國上述立法例的明確提及拘束力：「大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法」，復經本院釋字第一八五號解釋的確認「加持」，但使用了「諭知…執行」，可知明顯的具有「個案拘束性」。

至於由第一種拘束力所及於的「原因案件」，延伸到以後立法的作為，都受到釋憲原則的拘束，顯然必須作理論的推衍。採取擴張說（延伸說）的代表—德國聯邦憲法法院第二庭自一九五一年以來，一直堅持這種見解。但這種見解也必須獲得兩個前提要件的解決：第一個問題，在實證法上的依據，是否前述的德國聯邦憲法法院法第三十一條第二項規定（聯邦憲法法院的判決具有拘束聯邦與邦各憲法機關，以及其他法院與行政官署的效力），能否充足的支持延伸論，進而提供其實證法的法律依據？是否還有其他實證法的規定？第二個問題，延伸論有無時間的界限？要拘束以後幾次立法的新作為？還是等到聯邦憲法法院另外作出不同的解釋為止？是為「時間範圍論」的問題。

回答第一個問題，顯然德國聯邦憲法法院法第三十一條第二項，並不足以說服反對延伸論者，否則爭議不會如此分歧。更何況，在基本法制憲時，以及聯邦憲法法院法該條文制定時，並沒有任何資訊顯示立法者有意拘

束自己日後的行為。同時，假如即使承認立法者當時有此「自我設限」的意圖，解鈴還須繫鈴人，立法者若乾脆重新修訂該系爭條文，明白規定立法者可以重新制定法律時，是否這個橫亘半個世紀的爭議，即可解決乎？

另一個實證法條規定，可舉聯邦憲法法院法第九十五條第一項第二句的規定。該規定明言：「聯邦憲法法院得同時宣告任何重複該被宣告違憲之措施，均與基本法不符」。這裡出現了與「規範重複禁止」原則相同的「重複禁止」規定。似乎可佐證「規範重複禁止」原則的存在。德國學說為此也爭執不下，但明顯的這是針對人民提起憲法訴願所作出的裁判效力而言。易言之，是針對國家公權力對人民基本權利的侵犯，例如：行政處分。至於對於抽象法規或具體法規違憲審查的裁判效力，則為聯邦憲法法院法第七十九條的規定（同法第八十二條第一項規定參照），而該條主要言及聲請人得依釋憲意旨，尋求民、刑事法律救濟的問題（如再審或非常上訴等），而非適用同法第九十五條第一項的判決拘束力問題，也因此，第九十五條第一項的「措施重複禁止」原則，無法由禁止「行政措施」的重複，延伸到「立法措施」的重複（註一）。

吾人參考德國對於實證法依據的爭議，是有價值的。因為這個問題涉及到憲法層次理念，而非實證法依據的問題，故不可用單純的立法規定來消弭此一問題。

關於第二個問題是「時間範圍論」的界定。延伸論顯然認為應當延伸到下一次釋憲變更原決定時，方失去其拘束力。顯然這也是我國司法院歷來解釋，包括此號解

釋的見解。

然而，時代究竟會繼續前進，任何立法都必須反應新時代的需要與新民意的價值，到底過去的釋憲解釋能夠拘束多久的立法權？法律，不論公法或私法，大都承認「情事變遷原則」，難道在規範立法權與釋憲權之間便無此原則存在的餘地乎？這是否也和民意政治所彰顯的「主權在民」之原則有違？也因此，德國聯邦憲法法院第一庭在一九九七年所作出的判決（BVerfGE 77,84/103）便改弦更張認為：只要立法者認為有「特別理由」存在時，即可以重新為相同或相類似之立法（註二）。這當然也是以「延伸論」作為立論基礎，但是只要立法者主觀認為一有不同的立法理由存在時，即可更易之。倘欠缺此立法理由時，則必須遵守延伸論。故給予一個寬鬆的立法理由，也可稱為是「修正、附條件之否定論」。

這兩種立場迥異的見解，在我國也各有獲得支持者，主張「規範重複禁止」原則「肯定說」者。尚可提出我國大法官解釋不似德國聯邦憲法法院的判決之僅具有「法律效力」，而是具有更強大的「憲法解釋權」，可拘束權力分立與立法權，因此，無論如何可以排斥「否定論」之立論（註三）。

相形之下，「否定論」似乎處於劣勢（註四）。但在德國憲法學界，卻是站在主流之地位（註五）。然而，即如肯定說所肯認大法官的憲法解釋權的重要性，但釋憲權仍為司法權之一環，也有共同構成合憲秩序，並維繫此一憲政秩序之義務，也同樣受到「司法自制」的拘束。如果開放心胸，許可立法者隨著時代需要而重新立法，如

有違憲之虞時，再有勞大法官來重開檢驗之程序，豈非有讓大法官來檢驗老前輩高見的良機（註六）？因此，本席主張：本院過往一編號已排上六百六十號、數量不可謂不龐大的眾多一的解釋，不宜將之聳立於令人景仰的「神主牌位」，而是要讓人民有經常檢驗其時效性的機會。須知：一個能夠反應時代精神、解決憲政窒礙與澄清法政合憲疑慮的司法院解釋，才會獲得全民的景仰，才具有真正的生命力！因此，應當不畏於經常拿出來檢驗之。更何況本院過去解釋也不乏以「後解釋」來「補充」前解釋之例，無不都顯示出「後解釋」的正確性。吾人豈不應該極力歡迎更多的「後解釋」出現（註七）？

（三）以往解釋必須經過「重新檢驗」的程序

在承認立法者有重新立法的權限，也同樣開啟司法院審查新立法違憲性的程序，最能夠彰顯出我國釋憲機制的活力、彈性與時效性，也能增強我國的憲政生命力！因此，「重開檢驗程序」應當作為新的違憲審查之程序面與實質面的必要手段。在檢驗程序進行方面，反而是先「實體審查」。即：必須要重新確認立法者的立法正當性，而後再檢驗其是否符合憲法之規定，而無庸受到舊有解釋例所持見解的拘束。經過這種「重新價值判斷」後，獲得與前解釋例的一致見解，方可「宣稱」以往解釋例的繼續適用性，即「獲得再生」。故是「先實質審查」再「程序面宣布」。否則，動輒先受到舊解釋例的見解拘束，永遠難產生新的突破見解。

此外，縱使延伸論承認釋憲解釋應拘束立法者的往後立法，也應以是「第一次新立法」為限。易言之，不能

夠容忍立法者馬上、或隨後制定與釋憲決定相牴觸的「打對台立法」。一旦沒有產生這種情形，立法者已經修改法律、作出符合釋憲結果的新立法，上述解釋的拘束力即已發揮，該解釋即理應「功成身退」，還原出其基於個案聲請、個案原因事實而作裁判的「個案拘束力」之特徵。

一般而言，「後立法」的內容要是和「前立法」完全一致，且時間相距不遠，甚至於「密接期」為新立法，立法者就較難理直氣壯。但立法者如果有意規避「規範重複禁止」原則，自可以在構成要件及法律後果上，動其手腳。而大凡法律規範的技巧，只要在構成要件或法律後果的內容，加以若干新的規定，解釋上便成為另一種和舊規範不同的新秩序。即使該「新內容」——特別是構成要件上——增加一些看似理論上會產生，但實質上並不易常出現的條件，都屬於新的規範（註八）。這種透過立法技巧千變萬化，立法者可發揮想像力的舞文弄墨，以「妙筆生花」式的作出規避的產物，釋憲者自然應該「重開法眼」來檢驗之，所需要的只是「耐煩」——再勞動大法官檢驗一次罷了！（註九）。

就本號解釋標的而論，系爭規定在民國九十四年二月二日修正之前，已經在民國九十年一月十日修正一次。該次修正即遵照本院釋字第三六六號解釋意旨為之，且在本號解釋理由書第二段予以敘明。因此，立法院已經履行了遵守大法官解釋的義務。嗣後立法院覺今是而昨非，於九十四年修正系爭條文（復於九十八年一月二十一日再度修正），豈能再繩以釋字第三六六號解釋的拘

束？再以釋憲標的內容的明確而論，本號解釋所針對的系爭規定且和釋字第三六六號解釋有相當大的歧異。按釋字第三六六號解釋作出時，當時的刑法第四十一條並未明白規定，到底得易科罰金在數罪併罰，定應執行刑逾六個月時，應否仍准許易科罰金的問題。對此「灰色地帶」釋字第三六六號解釋，方有「澄清立法不清」之積極功能（註十）。然而，本號解釋作出時，系爭規定並無任何立法不清之疑慮存在，故兩號解釋所針對的標的已經完全不同。檢驗的重心也自然側重在立法政策的評判之上。本號解釋惜乎未澄清這種舊解釋例應只在「時間上」—「立法者第一次新作為」的拘束力；以及應澄清一旦遇到釋憲對象爭議之原因，而有重新進行審查程序之必要。本號解釋未能藉澄清此兩大問題，從而在我國釋憲制度作出一個里程碑的決定，甚為可惜（註十一）！

此外，本席亦主張本號解釋如要直接援引釋字第三六六號解釋，作為認定系爭法規違憲之依據，解釋文即應當加上類似的文字：「本院釋字第三六六號解釋公布至今，並無產生應予變更其見解之法律規範與社會情事的重大變遷，以及刑事政策更張的重要理由，是該號解釋之見解，應予維持」，作為採行「限制延伸論」的重要確證。

二、刑事政策的立法形成權，應予尊重

本號解釋的標的乃是對於數罪併罰，以及易科罰金之法制，是否為立法者享有較高形成自由權限的刑事政策領域，從而在立法者嚴格遵守比例原則的前提下，釋憲機關應當予以

高度的尊重（本院釋字第四七六號、第五一二號、五九一號解釋參照）？抑或是人民享有享受數罪併罰的較優惠刑期，以及當然擁有易科罰金的基本人權，從而立法者只得一步一步的擴大該項基本人權適用範圍？本號解釋多數見解雖然明白的否認前者的立論，但未明言承認，僅是默認後者的立論。對此，本席歉難認同！

本席以為關於數罪併罰，以及易科罰金的法制，乃立法者追求刑事正義、罪刑相當、有效維繫社會刑事秩序、滿足國民正義價值觀而規範出的法律秩序。尤其對於易科罰金的制度形成，涉及確定哪些情況下，可以將短期自由刑「轉化」為罰金刑，亦即自由刑的妥當性判斷—哪些條件下可無庸服短期自由刑，且該多短的短期自由刑，對受刑人方沒有矯正之功效？—全屬於「立法者的預測特權」（Das Prognosenprivileg des Gesetzgebers）（註十二）。尤其是系爭條文乃立法者在民國九十四年大幅修正刑法，進行大幅度刑事政策改革的一環而已。對這種刑事政策的變更正當性，本號解釋多數意見未加斟酌，即遽以排斥，顯然不當的介入立法者的政策形成權。以下可逐一論究之：

- （一）數罪併罰的刑期折扣，以及易科罰金，是否為基本人權？釋字第三六六號解釋未確言之。而且察諸司法院當年作出該號解釋時，大法官於討論數罪併罰時，並未確認受刑人應享受刑期減少的優惠，以及易科罰金之制度，都具有基本人權的屬性！易言之，未有任何提及此制度可以淵源自憲法第二十二條之規定。反而認為如果數罪併罰超過有期徒刑六月時，仍不許可易科罰金，乃抵觸比例原則。故是以人身自由作為保障的對象，而以比例

原則受侵犯違憲之理由。但本號解釋多數意見雖仍以憲法第二十三條的侵犯為由，明確的將立法院九十四年的修法意旨宣告違憲，也沒有明白宣示數罪併罰的應減免刑期及易科罰金為基本人權。但在解釋理由書第三段所提及之：「刑法第五十一條第五款數罪併罰之規定，…原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意，…，將使其原有得易科罰金之機會喪失，…，無異係對已定罪之行為，更為不利之評價，已逾越數罪併罰制度之本意…」云云，顯然本號解釋多數意見不認定系爭規定可以推翻（如本號解釋所認定之）刑法第五十一條第五款數罪併罰制度之「本意」。這便導出了兩個法條的位階比較問題：在同一法律內的系爭規定不具有與刑法第五十一條第五款相同的位階，否則不能導出「此尊彼卑」之結論。後者必須具有更高的位階—即屬於憲法、比例原則所保障的權利也，也無異形成人身自由必須受到保障的「核心範圍」！只是本號解釋多數意見未澄清此造成的位階上「差別待遇」也。

這種看法殊值懷疑！數罪併罰應當是刑法內所特設的制度。刑法在第一編總則內第七章規定數罪併罰的制度，洋洋灑灑共有六個條文（第五十條至第五十五條，至於第七個條文有關第五十六條連續犯及第五十五條後段之牽連犯，方於九十四年刪除），宣告多數得易科罰金的合併處罰，皆僅其中之一的規定而已。因此，觀諸整個數罪併罰的制度，處處可見得立法形成空間的廣闊。難道皆應承認每種數罪併罰的案例類型，都有一定「起碼保障範圍」（起碼折扣優待）的「基本人權屬性」之

要求？顯然忽視了數罪併罰制度具有高度刑事政策判斷之屬性。否則豈不承認行為人倘若「只犯一罪」，罪責無法打折；而但只要「多犯一罪」，達到數罪併罰程度，就可受到刑期折扣的優惠乎？由此看來，立法院在九十四年修改系爭規定的立法理由中，曾批評如主張數罪併罰逾有期徒刑六個月者，仍許可易科罰金時，乃有「鼓勵犯罪」之寓意，恐怕並非無的放矢矣！

（二）數罪併罰的質變與量變問題

本號多數意見似乎認為在數罪併罰，牽動得否易科罰金之情形，不應該產生「質變」——亦即不應造成法官「重新評判」行為人惡性的後果。是所謂的「量變」不轉變為「質變」的立論。此見諸解釋理由書第三段之「…無異係對已定罪之行為，更為不利之評價」。

所謂的質變，在此是指行為人應受刑罰的「質量」是否改變，自然也是關於行為人刑事責任在「量」及「種類」方面有無改變的問題。在數罪併罰的情形，答案當是肯定的。按數罪併罰制度是刑法的立法者所創出的新制度，基本上是以各罪其中最高刑期者，作為總執行刑期的下限；以每個案件的個別刑期加總為基數，作為不得超過總執行刑期的上限。在此範圍內，再授權法官可以自行決定加以酌減（打折扣），定為應執行刑。法官的裁量空間即甚大。而法官作最終決定應執行刑時，當然要斟酌個案的刑期，以及次數的多寡，包括其中罪責較重、或較輕的案件有多少，來決定評判行為人的惡性大小（刑法第五十七條），以及予以優惠刑期的多寡。法官在為此判斷時，數罪併罰中的各個案刑期長短，自

然成為其評判的標準。故難謂法官在此時，不再對受刑人的刑責為重新價值評判，當然法官必須跳脫在個案刑期宣判時之只對個案的「惡性」（可非難性）的考量，而整體的判斷有多少的「惡性累積」，來作「整體評判」。若認為法官在數罪併罰之判斷應執行刑時，必須「機械式」的不重視個別刑期，不斟酌有無「非難性的累積」，那豈非「見樹不見林」式的「恣意」？更何況法官於作出應執行刑的決定（裁定）後，原先各別判決所宣告之刑已隨之失效，豈能再以其作為許可易科罰金之依據？

其次，實證法律中的法律責任也不乏有「累積」較小責任而改變成較大責任的後果者。最明顯在涉及到懲戒責任方面，例如：公務人員考績法第十二條第一項第一款之規定：「各機關辦理公務人員平時考核：無獎懲抵銷而「累積」達二大過者，年終考績應列丁等」，而丁等即應予以免職（同法第七條第一項第四款）（註十三），便是「累積質變」的適例，這當然也顯現出了懲戒權人最終、且總體評價被懲戒人的現象，此與數罪併罰時的法官「再評價」豈有不同？

（三）破壞九十四年修正系爭規定的整體考量

本號解釋多數意見完全無視立法院於九十四年修正系爭規定時，乃是屬於立法院重新「形塑」刑事政策立法的一環（註十四）。因此，牽一髮必動全身，單純宣告系爭規定違憲，已經破壞了國會立法政策的整體考量，而使法秩序出現裂痕漏縫。可再申言如下：

- 1、牴觸立法者對「短期自由刑」的「重新價值評斷」：誠

然，憲法並未對「短期自由刑」之制度有任何著墨，只要符合於比例原則，而任諸立法者決定此制度之細節。至於對符合短期自由刑條件，而准予易科罰金的制度，乃在緩和自由刑的嚴厲性，並矯正短期自由刑的（無用）弊病，立法者也早已肯認此制度的必要性，才會在民國二十四年一月一日公布此制度，並由同年七月一日起實施至今，已達近七十五年之久。這個得易科罰金的制度，也經歷幾次的變動，例如由最重本刑為三年，改為五年（九十年修正）；由以得易科罰金為例外，改為可易科罰金為原則，以不易科罰金為例外（九十年）；以及本次釋憲所涉及的超過六個月仍可否易科罰金的兩次修法（九十年、九十四年），都是立法者重新判斷短期自由刑易科罰金的成效問題。由九十四年修法廢棄九十年的舊規定，乃是（由修法理由）明白顯示：「如果每個案件都單獨處五個月，十罪併罰，如定應執行刑為四年，故已不屬於短期自由刑，自然不許易科罰金」。因此，這是明確由立法者「立法解釋」關於構成短期自由刑概念的要件，應受釋憲者的尊重。既然得易科罰金制度的本意在於一濟短期自由刑的功能不彰。所以對於只擔負一也就是「總共」只承擔一六個月以下有期徒刑的行為人，才有一旦服此短期自由刑，即無達到刑事政策所預期目的之可能（註十五）。但既然合併定其應執行刑已超過六個月，行為人所承擔非難性之高，自然有必要入監服刑，刑事政策的預期目的亦可望達成。否則自由刑的制度也無存在之必要。如不採此見解，即會呈現出這種「宣判長期自由刑」又可易科罰金荒謬現象。吾人試

舉兩則在九十四年修法前的判決案例，來作驗證：

- (1) 第一則：臺灣臺北地方法院九十三年度訴字第一四一〇號刑事判決：曹〇松商業負責人為納稅義務人以詐術逃漏稅捐，共玖罪，各處有期徒刑參月，如易科罰金，以參佰元折算壹日。應執行有期徒刑貳年，如易科罰金，以參佰元折算壹日。
- (2) 第二則：臺灣士林地方法院九十三年度簡字第四一一號刑事簡易判決：劉〇〇娟共同連續行使從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾及他人，處有期徒刑肆月，如易科罰金以參佰元折算壹日。又公司負責人為納稅義務人以詐術逃漏稅捐，處有期徒刑參月，如易科罰金以參佰元折算壹日…（以下另有六個相同罪名）。應執行有期徒刑貳年，如易科罰金以參佰元折算壹日。緩刑參年。

上述兩個判決在系爭條文修法前，所顯現出「非短期自由刑」，反而可以透過易科罰金，無異「質變」為「短期自由刑」，也是對短期自由刑概念的濫用，才會促成立法者對此制度價值判斷的重新認定，從上述案例已作了十足的說明。

- 2、配合刪除連續犯及牽連犯之規定：九十四年修法時，已經呼應刑法界長年來的呼籲，刪除其他大陸法系國家（德國與日本）刑法總則內早已刪除陳舊的連續犯或牽連犯的制度，改採一罪一罰，以符合刑事正義。在實施連續犯的時代，儘管行為人所犯數行為，可以一罪論，對個別行為雖可處六個月以下有期徒刑，但宣判時認為一

罪，應加重其刑二分之一（舊刑法第五十六條），即可輕易越過六個月門檻。但九十四年修法後已無法運用連續犯加重其刑二分之一。至於九十四年對系爭規定的修正理由，並未提到與刪除連續犯、牽連犯之關聯，不過學界所作的實證分析，也顯示出單純犯一罪，例如：普通竊盜罪，多判處在六個月以下有期徒刑。但在連續竊盜時，往往超過六個月以上刑期。然若得以易科罰金，顯然與論罪科刑的衡平原則不符（註十六）。也因此，刪除連續犯的用意，可以釐清學界及實務界對多個行為是否基於統一犯意長年糾纏不清之疑慮，明白規定一罪一罰的法律責任，也有釐清與補充系爭規定的妥善性功能。

- 3、誇大「損害行為人既得利益」之弊病：本號解釋理由書第三段提及系爭規定有：「…由於併合處罰定其應執行刑之結果逾六個月，而不得易科罰金時，將使原有得易科罰金之機會喪失，非受自由刑之執行不可」之語。此用語乃源於釋字第三六六號解釋，指摘損及行為人之「既得利益」，這個見解亦令人費解。誠然憲法基於信賴保護，對於人民合法獲得的權利，必須加以保障。而此所謂的「合法權利」（wohlerworbene Rechte），必須以人民依據當時合法及合憲的法規擁有之權利而言，欠缺法律基礎即不得承認之。釋字第三六六號解釋使用此「既得利益」的概念—當時法條並無明白賦予此地位—，已不無疑問（註十七）。現本號解釋否認九十四年以後立法明白不承認的「可易科罰金權益」，還使用這種「得而復失」用語，顯然難令人信服。

倘若吾人基於這種「任何」對行為人較有利的併罰及

易科罰金法律規定，都不容許立法者刪減其受益範圍，那麼對九十四年刪除連續犯及牽連犯，是否也可能導致行為人權益之「得而復失」？這種疑慮並非無據。即以第三案（併案處理）原因案件（葉○滿）為例，該案件第一審（臺灣臺中地方法院九十七年度易字第六六七號）刑事判決，以行為人所犯九次詐欺取財罪，判處有期徒刑五月，得易科罰金；案經臺灣高等法院臺中分院，認被告非基於單一詐欺犯意，分別併罰，經減刑後，改判應執行有期徒刑一年，而不得易科罰金。

茲再舉一例：臺灣彰化地方法院九十四年度訴字第一六五三號判決：被告顏○森涉嫌貪污，共有十個犯罪行為，各處有期徒刑六個月，應執行有期徒刑四年二月，如易科罰金，以銀元參佰元折算一日。案經上訴臺灣高等法院臺中分院九十六年度上訴字第八五五號判決，原判決關於顏○森行使業務登載不實文書罪（拾罪）部分撤銷。顏○森連續從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾及他人，處有期徒刑參年陸月，減為有期徒刑壹年玖月。不得易科罰金。裁判理由雖以連續犯論罪有利於行為人，然卻忽視了該各罪原本可易科罰金之有利於行為人，卻因連續犯制度對行為人的刑期長短有利，然而卻犧牲可易科罰金而免入監服刑之好處。試問：是否也不許可刪除連續犯制度，以防止更不利於行為人的後果乎？

（四）立法者的預測特權

由上述九十四年立法者全盤檢討刑法之刑事政策可知：系爭條文的修正有一定的立法目的。不准對數罪併罰

超過六個月的行為人，予以易科罰金，可能基於現實政策之需要（例如全民拼治安）（註十八），或是反應社會民眾的正義觀，也涉及到立法者判斷刑事措施（那些情形無庸服短期自由刑）的有效性。這些都屬於立法者採取目的與手段的價值、與有效性之判斷，且多半是「預測」性質—能否達成預期效果，只有靠新制的實施，而且成效的好壞，也納入政治責任制度的功能之內。最明顯的反應可以在日後選舉，甚至導致政黨的輪替之上，所以並不是沒有制度的優點。因此這種判斷的「特權」是要承擔風險，應當有「可負責性」的機關—即國會，而非應有「司法自制」的司法機關來承擔之。這也是學理上所稱的「國會預測特權」（Das Prognosenprivileg des Parlaments）（註十九）。這也是本院一貫的見解，例如：釋字第五一二號解釋所代表的見解「立法機關可以衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策之目的，以及訴訟功能等因素，以法律為正當合理之規定…」，即可為「強化刑事嚇阻效果」，而為一定的立法內容。便是原則上承認立法者擁有這種政策形成權。

三、結論：涓涓細流可成大川—「量變」導致「質變」

由上述不同意見，本席認為系爭規定，應朝合憲的方式解釋，故試擬一份合憲版的解釋文及解釋理由，權充比較之用（見附錄）。

最後，本席願再綜論一言：本號解釋多數意見囿於行為人各別刑責的評價，未能肯認法官在數罪併罰時，仍應對行為人整體違反社會利益的犯行，重新且完整的再作評價，來決定其應執行之有期徒刑（註二十）。立法者透過修正系爭規定，

賦予法官此項權限，應為憲法所許。同時，本席亦不贊成系爭規定立法理由之一為認定不得易科罰金之修法，乃「專屬刑罰之執行技術問題」。這種「淡化」為技術面的態度，也不能凸顯法官享有在定應執行刑時的極大空間，而有可能引發恣意的危險性存在（註二十一）。反之，裁量權限越大，責任承擔也越大。法官必須在數罪併罰定應執行刑時，謹慎且整體（跳脫個案）非難性來作判斷，才不致「見微失著」，淪為「機械性」的數學方式計算刑責也！

我國諺語早已有云：聚沙成塔、集腋成裘、以及涓涓細流可成大川。都表明「量變」可以轉成「質變」。本號解釋多數意見誠然朝向有利於行為人的方向解釋，然日後法院審判實務是否因此全然對行為人有利？恐怕未必。依法官目前依據系爭規定在數罪併罰時，法官知道萬一併合處罰超過有期徒刑六月以上，行為人仍應服自由刑，往往將個案從輕發落，求一累積之長期自由刑即足。今後，法官為避免多數犯行（且惡性重大）之行為人得易科罰金而逍遙於監獄之外，恐會將其一宣判六個月以上，即可免諭知易科罰金之標準（此亦為本號解釋理由書第四段所援用，但作為反對系爭規定理由），亦為本院釋字第一四四號解釋之意旨。而這種「酌重量刑」，且將產生骨牌效應：為求量刑標準一致，凡各罪之一有宣判六個月以上者，其他相同犯行，也將以同一標準量刑！勢必加重行為人的刑責也。所以本號解釋多數意見豈非「愛之，適以害之也」（註二十二）？

因此，本號解釋多數意見對立法政策裁量權的漠視，也顯示低估了國會也分擔了「實踐憲法」責任的重要性（註二十三）！即便多數意見固然以善心出發，但對行為人的本身，甚至

對社會公益與法律秩序，皆可能未蒙其利，先遭其害。德國辯證法大師黑格爾曾有一句膾炙人口的警語：「若不極度謹慎，便會肇致事情變質，甚至產生犯罪的結果；『公平』會轉變為『不公平』本來應為一件善事，卻可轉化為惡行！」本席希望全民企頸我國刑事秩序能大幅提升，以建立一個低犯罪率、安和樂利社會的目標，不會因此受到任何的阻礙與延擱！

附件：本號解釋應為合憲解釋—試擬一份「合憲版」的解釋

由於本號解釋沒有涉及兩件原因案件所提出之問題，即行為人遭受數個有期徒刑之宣告，而在合併宣告應執行刑前，一部分宣告刑已易科罰金執行完畢，理應該刑罰已消滅，法院於合併定應執行刑時，是否應排除之的問題。但本號解釋並未解決此一疑慮，造成儘管本號解釋公布後，法院在合併定應執行刑時，仍不免造成將其中已易科罰金執行完畢之刑部分，又一併計算的不合理現象。故本席試擬一份合憲版的解釋，提供上述問題的另一種解決方式。

解 釋 文

人民身體之自由應予保障，憲法第八條設有明文。限制人身自由之法律，其內容須符合憲法第二十三條所定要件。國家對個人之刑罰，尤以自由刑涉及對人民身體自由之嚴重限制，唯有其他制裁之方式均無法產生效果時，方得以施以刑罰之制裁，此為刑罰之最後手段性。我國刑法關於易科罰金之規定，對於犯罪行為人受到短期自由刑宣告者，將其所受宣告之刑於執行時改以罰金之方式代替特別執行之方式，其准予易科罰金適用之條件與範圍，乃立法者形成之自由，得就其適用條件及範圍

以刑法規定，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合者，即無乖於比例原則。

中華民國九十四年二月二日修正公布之刑法第四十一條第二項規定：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之」，乃立法機關基於刑事政策考量，認數罪併罰之各罪，雖均得合於同條第一項之要件，惟因最終應執行之刑之宣告，已逾有期徒刑六個月者，其所應執行之自由刑，逾越上開有期徒刑六個月之界限，即非屬短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分之理由，因而限制受刑人不得依同條第一項之規定易科罰金，尚符合憲法第二十三條比例原則之規定，本院釋字第三六六號解釋意旨與此不符之部分，應予變更。

另易科罰金執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論，刑法第四十四條定有明文。數宣告刑中得易科罰金之一部，如業經執行完畢，其與未執行之他部得易科罰金之宣告刑，如由最後事實審裁判法院檢察官向法院聲請定應執行刑時，法院不得就已執行完畢之一部與尚未執行之他部，合併定應執行刑，各級法院應自本解釋公布之日起，依本解釋意旨，適用刑法第五十三條之規定，併此指明。

解釋理由書

憲法第八條固明定人民身體之自由應予保障；國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，選擇以刑罰處罰個人之反社會性行為，須刑事立法之目的具有正當性，施以刑罰有助於立法目的之達成，且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始得為之；而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，尚須處於合乎比例之關係。至何種行為構成犯罪，應處以何種刑罰，刑罰是否為達成立法目的之適當且必要手段，以及判斷相關行為對個人或社會是否造成危害，乃立法者自由形成之範圍。倘與憲法第二十三條所要

求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合者，即無乖於比例原則，業經本院釋字第四七六號、第五四四號解釋闡釋在案。

中華民國九十四年二月二日修正公布之刑法第四十一條第二項規定（即民國九十八年一月二十一日修正公布之現行條文第四十一條第八項），關於併罰之數罪，均合於同條第一項得易科罰金之要件，其定應執行之刑未逾六月者，方准予易科罰金之修正，乃立法機關考量易科罰金之本質、何種刑度下得准予易科罰金等刑事立法政策綜合判斷與考量，不論是單一罪之宣告刑或是數罪併罰之定應執行刑，均以行為人總體刑度是否逾越有期徒刑六個月之限，判斷行為人准否易科罰金。如數罪併罰定應執行刑之刑度已逾越上開有期徒刑六個月之界限，即非屬學理上所稱之短期自由刑，當無採用易科罰金之理。此一立法限制雖使行為人所宣告之罪，不得依同條第一項之規定易科罰金，惟尚符合憲法第二十三條比例原則之規定。本院於民國八十三年九月三十日公布之釋字第三六六號解釋，對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，宣告民國二十四年一月一日公布之刑法第四十一條之規定違憲，當時該條文並未區分單一罪之宣告刑及數罪併罰定應執行刑之情形，而一概適用同一法條之規定，有違法律明確性原則。

刑法第五十三條規定：「數罪併罰，有兩裁判以上者，依第五十一條之規定，定應執行之刑」，同法第四十四條規定：「易科罰金、易服勞役或易以訓誡執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論」。數宣告刑中之一部如得易科罰金，業經執行完畢時，其與尚未執行得易科罰金之他部之宣告刑，如檢察官向最後事實審法院聲請定應執行刑時，法院不得就已執行完畢之一部與尚未執行之他部，合併定應執行刑，現行刑法就此部分雖未規定，但自本號解釋公布之日起，各級法院應依本號解釋意旨，適用於刑法相關規定（本院釋字第一八五號解釋參照），是為當然，併此指明。

註一：Uwe Kischel, Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren? - Zum erneuten Erlass für nichtig erklärter Gesetze, AöR 131 (2006), S. 252.

註二：參見翁岳生，司法院大法官解釋效力之研究，收錄於：公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集，元照出版社，二〇〇四年十月，第二十六頁；陳愛娥，德國聯邦憲法法院裁判之拘束力。刊載：司法院大法官九十一年度學術研討會，司法院印行，民國九十二年，第九十八頁以下。

註三：參見翁岳生，前揭書，第二十七頁。

註四：參見吳庚，憲法解釋與適用，民國九十三年第三版，第四三三頁。

註五：例如目前德國對於聯邦憲法法院最權威的著作 Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., 2007, Rdnr. 484. 便持此見解。最新的見解大都如是，例如：Werner Heun, Rechtliche Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil 2, 2006, S. 182；以及 Uwe Kischel, aaO., S. 222.

註六：德國聯邦憲法法院法第四十一條也規定：「唯有依據新事實，即可許可聲請人再次提出釋憲聲請」。這種猶如「再審」的程序，何不一併用在立法者的新立法之上？既然個別人民都有此基於新事實提出釋憲之機會，為何獨吝惜給予代表人民表達民意的立法者？

註七：參見陳新民，憲法學釋論，民國九十七年第六版，第七七三頁；陳淑芳，判決之不同意見書，政大法學評論第六十二期，一九九七年，第一一八頁。

註八：Uwe Kischel, aaO., S. 237.

註九：這可以由德國曾經喧騰一時的「教室懸掛十字架案」裁定（Kruzifix-Beschluß）為例。這個發布在一九九五年五月十六日的重要裁定，聯邦憲法法院宣布德國巴伐利亞邦邦教育法規定，每個公立國民學校教室內應懸掛一個十字架為違反宗教自由，而宣布該邦法條文無效。這個裁定引起了信奉天主教為主的巴伐利亞邦朝野極大的反彈。巴伐利亞邦議會隨即在半年後修法，除重新恢復原條文規定外，只增加一個但書：「如果學生認為懸掛十字架會嚴重、且嚴肅的侵犯其信仰及宗教時，學校校長應與之為和藹協議，如協議不成，校長得在兼顧該學生的信仰自由及其他所有學生的宗教與信仰前提下，為個案的妥善補救方案，但應妥適的尊重多數人的意願。」由巴伐利亞邦的新規定，採用迂迴的「附但書」規定來作個案的彌補措施，但明顯的仍維持了學校教室懸掛十字架，及抵觸聯邦憲法法院見解的「違憲」制度。但因未再經過聯邦憲法法院的審理認為違憲，本新立法之規定，即延續至今。可見得立法者的因應手法，可謂「道高一尺，魔高一丈」。關於這個案例可參見：陳新民，立法者的審慎義務與釋憲者的填補任務—由德國聯邦憲法法院「教室十字架案」談起，刊載於拙著：法治國家論，學林出版社，二〇〇一年四月，第二五二頁以下；關於本案的中譯本，可參見：陳淑芳譯，信仰自由之十字架判決，收錄於：德國聯邦憲法法院裁判選輯（九），司法院印行，民國八十九年十二月，第一九六頁以下。

註十：儘管立法不清，但學界見解普遍持「不得易科罰金」之見解，與釋字第三六六號解釋背道而馳。

註十一：德國學者 Uwe Kischel 也認為，任何法規範都有所謂的「時間拘束性」（Zeitgebundenheit des Rechts），必須符合時代的需求

。立法者在一部法律「經過一段相當時間」（ein erheblicher Zeitablauf）後，即使沒有外在客觀環境與規範的變化，也可以有重新立法檢討的必要性，更何況有上述情事變遷原則的存在。所以不能用釋憲決定來拘束立法者的這種自我更正之作為。至於何時才是「該相當時間」，Uwe Kischel 認為不能一概而論，但無論如何，經過「半個世代」—即十五年，就有了修法、擺脫釋憲拘束力的正當性，見 Uwe Kischel, aaO., SS.236, 237.

註十二：Peter Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur “Nachbesserung” von Gesetzen, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, 1982, S.482.

註十三：類似但較不嚴格的立法例，如：陸海空軍軍官士官考績績等及獎金標準（民國 90 年 10 月 24 日修正）第四條規定：「考績年度內有左列情事之一者，其考績績等不得評列乙上以上」，其中第三款即有：記大過或『累積』大過二次以上處分，無相當記功以上或事蹟存記者。

註十四：相對九十年的修法，九十四年當時明顯的採行「嚴格刑事政策」的精神，可參見：蔡碧玉，二〇〇五新刑法修正總覽，刊載：刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑事法學會主編，2005 年，第 13 頁。

註十五：鄭逸哲教授也指責九十四年修改系爭規定，不無蠻橫之感，原因之一為檢察機關沒有確實把關，仔細判斷個案有無滿足易科罰金之要件，而一概視為「應」易科罰金，才造成易科罰金制度之濫用。此見解亦有見地，見鄭逸哲，新第四十一條挑戰釋字第三六六號，收錄於氏著：法學三段論下的刑法與刑法基本句型（一）刑法初探，二〇〇五年九月三版，第

七二六頁以下。

註十六：刑法學者黃榮堅教授曾經就九十三年臺北、臺中及高雄各地方法院關於竊盜罪量刑統計作詳盡的分析，就以臺北地方法院為例，竊盜一次平均量刑於 5.73 月；連續兩次竊盜則平均統計為 8.37 月；若用數罪併罰則在 11.46 月與 5.73 月之間；若實施刪除連續犯得以易科罰金，則連續兩次竊盜及數罪併罰皆無庸入監服刑。顯然九十四年修法即可將原來連續犯與併罰一體看待，皆不得易科罰金，參見：黃榮堅，數罪併罰量刑模式構想，刊載：刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑事法學會主編，2005 年，第 330 頁。

註十七：關於該號解釋的其他批評，可參見：林山田，論併合處罰之易科罰金—兼評釋釋字第三六六號解釋，收錄於氏著：刑事法論叢（二），1997 年 3 月，第 92 頁以下。

註十八：學界也認為：最早在實務上提出應按罪數分別論罪者乃由前內政部長余政憲針對竊盜罪刑度的併合計算。黃榮堅，前揭書，第 325 頁，註 26 處。顯然想制止動輒可易科罰金，導致竊盜犯罪案件眾多的後果。

註十九：Rupert Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl.,1982, S,1123; 德國 Badura 教授也稱為「立法者的估計及判斷特權」（Die Einschätzungs-und Beurteilungsprärogative des Gesetzgebers），Peter Badura,Staatsrecht, 3.Aufl.,2003, F.10.

註二十：德國聯邦憲法法院在討論人權保障時，也會就個人私益及公共利益作一個「總體評價」（Eine Gesamtabwägung），故不可斤斤計較於行為人有利之評價也。見 Alfred Katz,Staatsrecht, 17.Aufl.,2007,Rdnr.208.

註二十一：黃榮堅，前揭文，第 326 頁。

註二十二：就以聲請人葉 0 滿（臺灣高等法院臺中分院九十七年度上易字第一五一號判決）判決書中法官使用的用語：「原審酌被告之智識、犯罪之動機、目的，手段平和，各次詐騙金額，犯罪情節非輕，犯罪後仍空言否認犯行，不知悔改，態度非佳等一切情狀，…」（第一審法院判決的內容亦同），很難不令人信服，一旦重新恢復逾有期徒刑六月者，仍許可易科罰金之制度，法官恐怕會加重量刑的標準。

註二十三：德國憲法學界也一再呼籲：憲法法院不可以「獨攬」憲法解釋，及具體實踐憲法秩序的心態！憲法法院應該協同其他所有憲法機關來「分享」此職責，不可唱獨腳戲，否則，「一木獨撐大廈」，豈能勝任此大任乎！參見：Schlaich/Korioth,aaO.,Rdnr.484.；Werner Heun,aaO., S.182.

（一）抄臺灣高等法院函

發文日期：中華民國 97 年 11 月 21 日

發文字號：院通刑治 97 抗 502 字

第 0970019074 號

主旨：檢送本院刑事第十八庭解釋憲法聲請書乙份，聲請大法官解釋憲法，謹請鑒核。

說明：本院刑事第十八庭審理 97 年度抗字第 502 號康 0 儀聲請定其應執行刑案件，對於所適用之刑法第 41 條第 2 項是否違憲有疑義，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項、第 8 條第 1 項之規定及司法院釋字第 371 號解釋意旨，檢具相關文件聲請釋憲。

院 長 黃水通

刑事第十八庭解釋憲法聲請書

壹、聲請釋憲之目的

- 一、本院受理九十七年度抗字第五〇二號聲請定其應執行刑抗告案件，本於合理的確信認為，刑法第四十一條第二項規定：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之」（按刑法第四十一條第一項：犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個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。）將造成對人民自由權利之不必要限制，有牴觸憲法第二十三條之疑義，爰聲請大院大法官會議，宣告上開法條與憲法第二十三條牴觸而無效。
- 二、若大院大法官會議認為現行刑法第四十一條第二項無牴觸憲法第二十三條之疑義，宜就釋字第三六六號解釋為補充解釋。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

一、疑義之經過：

- （一）本院受理九十七年度抗字第五〇二號抗告人康〇儀對於臺灣桃園地方法院九十七年度聲字第一〇一二號裁定提起抗告案件，係抗告人於九十六年六月十六日及同年十月二十三日均因違反刑法第一百八十五條之三公共危險罪，經原審分別於九十六年十月十九日及九十七年一月十八日各判處有期徒刑三月及有期徒刑六月，如易科罰金，均以新臺幣一千元折算一日，並均確定在案。

其中判處有期徒刑三月部分業先於九十七年一月九日易科罰金執行完畢（以上參見附件一），嗣由臺灣

桃園地方法院檢察署檢察官於九十七年四月二十二日聲請原審就前開二案件定應執行刑，經原審就該二案件定應執行刑為有期徒刑八月，並依刑法第四十一條第二項之規定未諭知易科罰金之折算標準，抗告人不服原審裁定而提起抗告（參見附件二）。

- （二）按「裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第二十三條規定未盡相符，上開刑法規定應檢討修正。對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，刑法第四十一條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力」，為司法院於八十三年九月三十日公布之釋字第三六六號解釋文。

查釋字第三六六號解釋之聲請人梁○山係涉犯違反槍砲彈藥刀械管制條例及施用化學合成麻醉藥品罪兩罪，各經法院判處有期徒刑四月並均諭知得易科罰金，而其中一罪業於八十年二月二十二日易科罰金執行完畢，嗣於八十二年四月七日臺灣板橋地方法院因檢察官之聲請始再將該兩罪併合處罰裁定應執行有期徒刑七月，並依法未為易科罰金之諭知。另一位聲請人李○進則因賭博案件，分別於八十一年九月三十日及八十二年六月卅日，經臺灣桃園地方法院各判處有期徒刑三月及六月，均諭知得易科罰金，惟論處聲請人

有期徒刑三月部分，因先確定而業已易科罰金執行完畢，嗣於八十二年十一月八日經臺灣桃園地方法院檢察署檢察官以聲請人前開二賭博罪行認係數罪併罰案件，聲請臺灣桃園地方法院裁定定應執行刑，經該法院將二案件定應執行刑為有期徒刑八月，並依法未諭知易科罰金。

而本院九十七年度抗字第五〇二號抗告案，抗告人亦係受二罪均得諭知易科罰金刑之宣告，其中一罪之刑已易科罰金執行完畢，嗣由原審裁定應執行有期徒刑八月，並依現行刑法第四十一條第二項之規定，未諭知易科罰金，經核與釋字第三六六號解釋聲請人聲請之原因事實及法律關係均完全相同。

- (三) 依釋字第三六六號解釋文：「裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第二十三條規定未盡相符」，明確認定上述規定違反憲法第二十三條。

而現行刑法第四十一條第一項規定：犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個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。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。同條第二項則規定：前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。

兩相比較，現行刑法第四十一條第二項之規定與釋字第三六六號解釋文宣告違憲之內容亦完全相同。

（四）按大法官會議所為之解釋，既有拘束全國各機關及人民之絕對效力（容後詳述），而法官依據憲法亦有依法審判的義務，則法官認為裁判上所應適用之法律或命令，或相當於法律或命令之規範有牴觸憲法之虞時，即應有義務聲請解釋憲法。基於此，本院本於充分合理之具體理由，確信現行刑法第四十一條第二項之規定，造成對人民自由權利之不必要限制，有牴觸憲法第二十三條之虞，爰提出本件聲請。

（五）惟若大院認為刑法第四十一條第二項之規定未有牴觸憲法第二十三條之疑義，因釋字第三六六號解釋尚有拘束全國各機關及人民之規範上之效力，似宜就上開解釋為補充解釋，以健全法治（註一）。

二、疑義之性質：

（一）聲請解釋之主體：各級法院法官得聲請大院大法官會議解釋。

按依司法院大法官審理案件法第五條第二項之規定，最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋，因僅限於最高法院或行政法院得提出聲請，而未將各級法院包含在內，業經釋字第三七一號解釋認與此部分不符部分應停止適用在案，各級法院法官依前開解釋，確信有牴觸憲法之疑義時，自得裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官會議解釋。

(二) 聲請解釋之客體：

1、先位：刑法第四十一條第二項。

2、備位：就釋字第三六六號解釋為補充解釋。

三、涉及之憲法條文：憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、按大法官會議所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之絕對效力：

(一) 外國法例：

1、美國：美國法院對具體個案所下的違憲判決，只對該個案當事人有拘束力，即該判決僅有個別、溯及效力，並無一般效力，意即在該案中所適用法令被宣判違憲，非意味著該法令因法院之宣判而變成無效或被廢止，因為該法令係國會所通過，在國會未予修正或廢止前，仍有其效力。

惟透過先例拘束原則，違憲判決的個別效力被強化，其內涵係上級審法院（尤其聯邦最高法院）所為判決有拘束下級審法院之效力；亦對各州之立法、行政及司法機關有拘束力，所以在實際上即產生廢止違反憲法法律的效果（註二）。

2、西德：西德聯邦憲法法院法第三十一條第一項規定：聯邦憲法法院之裁判，拘束聯邦與邦之憲法機關暨所有法院與行政官署。所謂的「聯邦與邦之憲法機關」，包括聯邦總統、聯邦政府、聯邦眾議院及參議院、

邦議會、邦政府、邦憲法法院等（註三）。

- 3、奧地利：奧地利聯邦憲法第一百三十九條第六項規定：若命令因違法而被廢止，或雖判決時該命令已失效，而憲法法院僅宣告命令違法，則所有法院與行政機關皆受憲法法院裁判之拘束（註四）。
- 4、日本：日本最高法院就具體訴訟案件之違憲判決的效力，有個別效力說、一般效力說及法律委任說，而以個別效力說為通說，由禮讓期待說為補充。所謂禮讓期待說，乃為了排除實際上之不合理，憲法期待其他國家機關尊重最高法院之違憲判決，立法機關應迅速廢止違憲法律，行政權、檢察權應停止適用違憲法律。日本在制度上並未確立「先例拘束原則」，多數學者認為先例僅「事實上拘束力」，惟在刑事訴訟法明定違反最高法院判例得為上訴理由；民事訴訟法規定上訴理由之違背法令亦包含違反最高法院判例在內，故日本最高法院判決透過憲法及法律規定與判例之拘束力，而產生一般性效力（註五）。

（二）我國大法官會議解釋之效力：

- 1、司法院大法官審理案件法第三十條規定：被宣告解散之政黨，應即停止一切活動，並不得成立目的相同之代替組織，其依政黨比例方式產生之民意代表自判決生效時起喪失其資格。憲法法庭之判決，各關係機關應即為實現判決內容之必要處置。政黨解散後，其財產之清算，準用民法法人有關之規定。除此之外，我國立法者對於一般憲法解釋的效力，則未設明文之規定，實務上乃由大法官自行認定之（註六）。

- 2、依司法院釋字第一八五號解釋：司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。而大法官會議在嗣後之解釋中並一再宣示上開一般憲法解釋效力之原則（註七）。
- 3、釋字第一八五號解釋就一般憲法解釋宣示有拘束全國各機關及人民之效力，原則上亦與所謂「機關忠誠」（Organtreue）的觀點相符（註八），而有其理論上的依據。此所謂之拘束力，並非僅是一種憲法共識或價值觀念的拘束，並非是一種政治性的服從，而是一種具有規範性的拘束力，亦即可以藉由規範的實效性作用，去擔保其履行。通常對於一項形式法律，僅能由事後制定通過之法案予以變更或廢止，因此只有憲法裁判在本質上具有與法律相同之規範效力時，憲法裁判所為之違憲宣告才能變更或廢止一項形式法律（註九）。

依上所述，我國大法官會議解釋顯然具備與法律相同之規範效力，不但有拘束全國各機關及人民之效力，更有變更或廢止法律之效果。

二、現行刑法第四十一條第二項違背司法院釋字第三六六號解釋：

- （一）大法官會議所為之解釋，既有拘束全國各機關及人民之絕對效力，則無論立法機關（註十）、司法機關（註十一）或行政機關，均應受大法官會議所為解釋之拘束。尤其立法機關不得令該被宣告違憲無效的法令，再次受討論、議決或公布（註十二）。

(二) 查釋字第三六六號解釋係於八十三年九月三十日公布，現行刑法第四十一條第二項則於九十四年二月二日經總統公布，九十五年七月一日施行，釋字第三六六號解釋之對象顯然並非現行刑法第四十一條第二項。惟依解釋文中「裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第二十三條規定未盡相符」，明確認為上開規定違反憲法第二十三條之規定，依前所述，大法官會議所為之解釋，既有拘束全國各機關及人民之絕對效力，則立法機關即不得再就該被宣告違憲法令之相同內容，再次為立法行為。

嗣立法院竟於上述時間再次修正現行刑法第四十一條第二項，並經總統公布施行，即依現行刑法第四十一條第一項規定各得易科罰金，若依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月者，依現行刑法第四十一條第二項之規定並不得就該執行刑諭知易科罰金，明顯就釋字第三六六號解釋文宣告違憲之內容，再次為立法行為，自有未洽。

(三) 惟在一項法律受違憲宣告後，立法機關重新考量的結果，若仍提出一類似之法案，則是否可以直接援引前解釋案的既判力，而認為當然無效？就此，德國憲法理論多認為，立法機關在原則上不得依據後法優於前法的原則，制定法律以廢止違憲的判決，但是，立法者若已另作出新的立法決議，其內容縱然與舊有違憲

法案類似，仍應視為是一項從新生效的法案，此際如有不合理、不正當的地方，尚有待釋憲機關另為審查處理，而非以既判力之延續來限制立法裁量，始能符合憲法上立法與司法分工互動的原則。換言之，針對被宣告違憲法案所涉及之規範內容，立法者仍有基於民主政治程序，重新行使立法裁量之空間（註十三）。

依此，則立法院既於嗣後再就現行刑法第四十一條第二項為修正，而就其修正之內容依釋字第三六六號解釋有違反憲法第二十三條之疑慮，本件應有聲請大院大法官會議再予解釋之必要性。

三、釋字第三六六號解釋之檢驗：

（一）易科罰金之本質：

刑法於國家制裁法體系中，係法秩序之最後防線，即所有制裁法中遏止不法行為之最後手段，自由刑可謂「最後手段之最後手段」，由於最後手段具有不得已之必要特質，如對於不法之遏止，得以較輕微之手段達成效果，即無須動用最嚴厲之干預手段（註十四）。

在刑事政策之考量上，若側重自由刑之執行，對犯罪行為人，特別係因過失或初犯者，似乎有失之過苛之虞，且特別係針對短期自由刑之弊端而生，從刑罰的目的構想上觀察，短期自由刑對於行為人的作用，是一個短到不足以令一個犯罪人變好，蓋所有的矯治措施，均難如此迅速見效，卻長到足以令一個非具犯罪習慣之人變壞的期間（註十五）。

（二）對釋字第三六六號解釋之諸多質疑：

1、論者有謂：實質競合之數罪在刑罰裁量上與毫無競合

關係的數個單獨犯罪有所不同，故不得以因實質競合而受較數個沒有任何關係之一罪為重之刑罰之執行，即屬對於受裁判人權利之不當侵害。易科罰金之易刑處分，無論是一罪之宣告刑，抑為數罪之定執行刑，均屬務必執行之刑罰，而以六個月之刑期為限，始有避免執行徒刑而代之以罰金執行之必要。今受裁判人因數罪併罰之兩裁判而定執行刑期已逾六個月，而不得易科罰金，乃屬事理之當然，而無權利受到不當之限制可言。

- 2、受六月以下徒刑之宣告者，依刑法第四十一條之規定，係「得」易科罰金，而非「應」易科罰金，亦即司法者對於是否易科罰金，仍有相當之裁量權，行為人犯實質競合之數罪，其個別宣告之徒刑雖均為六月以下之刑期，縱定執行刑亦未逾六個月，亦可能因其犯數罪之惡性表現，而有必要執行徒刑之情況者，司法者自亦得裁定不予易科罰金，不得謂如此即不當地侵害受裁判人之權利，釋字第三六六號解釋完全否定法官之刑罰裁量權。
- 3、刑法第五十一條係實質競合之罪定執行刑之方法規定：刑法第四十一條係徒刑或拘役易科罰金之法律要件規定，兩者均非對於憲法所列舉之自由或權利之限制規定，故均無違背憲法第二十三條之餘地。設若認為對人民之自由或權利有所限制，則此限制是否為必要之問題，亦應就刑法之觀點，而非純就憲法之觀點而為認定。上開規定就刑法論理與刑事政策之考量，顯屬必要之限制，自無由就憲法考量，而認定係不必要

之限制。釋字第三六六號解釋顯屬司法權對於立法權之不當干預，故本號解釋本身即屬違憲解釋（註十六）。

- 4、釋字第三六六號解釋完全誤解易科罰金存在之主要目的及意義，蓋不論是數罪併罰或是易科罰金，均非立於被告有利或不利之思考關係，而是各有其存在之目的。數罪所以併罰者，係因檢討一罪一罰的累罰關係，並不恰當，此係修正自羅馬法以來的既存觀念所致，有其罪責均衡的重要意義，而易科罰金者，則是為避免短期自由刑弊端所生之替代性手段，二者均無使犯罪人受利益的思維存在。
 - 5、該號解釋誤解易科罰金得以適用之基礎，應是以最終之執行刑為易科之根據，在解釋文中所稱係將易科罰金之基礎，從執行刑提前到各罪之宣告刑，殊不知宣告刑並無作為易科罰金基礎的效力，何來數罪併罰各罪宣告刑各得易科罰金之說（註十七）（註十八）？
- （三）按刑法第五十三條規定之兩個以上裁判之實質競合，以兩個以上之裁判尚未執行者為限，始得依刑法第五十一條定應執行刑，裁判中若有業已執行完畢者，即應予排除在外，而不得重複作為定應執行刑之基礎（註十九）。

惟依最高法院四十七年台抗字第二號判例：裁判確定前犯數罪而併合處罰之案件，有二以上之裁判，應依刑法第五十一條第五款至第七款定應執行之刑時，最後事實審法院即應據該院檢察官之聲請，以裁定定其應執行之刑，殊不能因數罪中之一部分犯罪之刑業經執行完畢，而認為檢察官之聲請為不合法，予以駁

回。意即數罪併罰而定其應執行刑時，縱其中有部分犯罪之刑業已執行完畢，亦得聲請法院重新再定其應執行刑，此不僅與前揭見解不符合，亦導致釋字第三六六號解釋之聲請人，暨本院所受理九十七年度抗字第五〇二號之抗告人均因該號判例，於二裁判均各經判處有期徒刑准予易科罰金，在其中一罪已因易科罰金執行完畢，嗣由檢察官向法院聲請定應執行刑，經法院裁定為不得易科罰金而應執行有期徒刑之結果。

而對受判決者不公平之處，尚不僅在於數罪中一罪，已經執行完畢，又敗部復活與尚未執行的他罪，合併定超過六月有期徒刑之執行刑，另更在於宣告徒刑未超過六月有期徒刑，而法官准予易科罰金之受判決人，雖然表面上與其他自由刑的受刑人一樣，受惠於定執行刑，而應執行較少的刑期，但其實因為合併定執行刑超過六個月有期徒刑，以致原本各別擁有易科罰金的機會遭到剝奪，定應執行刑對受數個未逾六個月有期徒刑宣告之被告而言，的確有獲得不利益的風險（註二十），而導致該號解釋聲請人提出釋憲疑義之聲請，釋字第三六六號解釋於焉產生（註二十一）。

四、結論：

- （一）大法官會議所為之解釋，本於「機關忠誠」之理論，自有拘束全國各機關及人民之絕對效力。八十三年九月三十日公布之釋字第三六六號解釋，已明確表示「裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致

其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制」，違反憲法第二十三條之規定，今立法院竟於嗣後修正現行刑法第四十一條第二項，明顯使該規定與釋字第三六六號解釋宣告違憲之內容相同。

本院為司法機關，所為裁判之法律依據亦受大法官會議解釋之拘束，而現行刑法第四十一條第二項，既明顯違反釋字第三六六號解釋，本院認為現行刑法第四十一條第二項當有違憲之疑慮，而有聲請大院大法官會議宣告現行刑法第四十一條第二項違憲之必要，以維護憲法保障人民基本權利之目的。

（二）惟苟大院大法官會議認為現行刑法第四十一條第二項之規定，因時空之變遷，而無宣告違憲之疑慮，亦請就釋字第三六六號解釋為補充解釋，以健全法治，使本院得以妥適適用法律。

註釋：

註一：大法官會議為補充解釋係常態，諸如最近之釋字第六四〇號、釋字第六一〇號、釋字第五九二號、釋字第五九〇號、釋字第五七二號、釋字第五四六號、釋字第五〇三號、釋字第四四九號解釋等均為適例。

註二：參見陳秀峰著，司法審查制度—日本繼受美國制度之軌跡，第一五五頁至第一五九頁。

註三：參閱朱武獻著，公法專題研究（一），大法官會議解釋之效力，第五十二頁至第五十三頁。

註四：參閱朱武獻著，公法專題研究（一），大法官會議解釋之效力，第五十四頁。

註五：參見陳秀峰著，司法審查制度—日本繼受美國制度之軌跡，第

一六七頁至第一六九頁、第一七六頁。

註六：參見蘇俊雄著，從「整合理論」之觀點論個案憲法解釋之規範效力及其界限，劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實務第十一頁。

註七：相同內容諸如釋字第四四五號、釋字五八五號、釋字第六〇一號等解釋理由書。

註八：所謂「機關忠誠」之原則，係德國憲法法院基於憲法之至高性與統一完整性，要求其他國家機關對憲法有忠誠之義務（參見蘇俊雄前揭文，第十二頁，註二十五）。

註九：參見蘇俊雄前揭文第十二頁至第十四頁。

註十：大法官所為之解釋，具有約束立法者的既判力，應認為有相當的依據（參見蘇俊雄前揭文第十三頁）。

註十一：例如司法院釋字第五九二號解釋：本院釋字第五八二號解釋，並未於解釋文內另定應溯及生效或經該解釋宣告違憲之判例應定期失效之明文，故除聲請人據以聲請之案件外，其時間效力，應依一般效力範圍定之，即自公布當日起，「各級法院審理有關案件應依解釋意旨為之」。

註十二：參見蘇俊雄前揭文第十五頁。

註十三：參見蘇俊雄前揭文第二十八頁。

註十四：參見黃翰義著，修正刑法易科罰金規定之檢討—兼評司法院大法官會議釋字第三六六號解釋之妥適性，法學叢刊第二〇三期，第一三七頁。

註十五：參見林山田著，刑罰學，第一九七至第一九八頁。

註十六：以上參見林山田著，論併合處罰之易科罰金—兼評釋字第三六六號解釋，刑事法雜誌，第三十九卷第一期，第二十八頁至第三十頁。相關評論另參見林山田著，刑法的革新，刑法

歷年來的修正與其評論，第二五〇頁至第二五二頁。

註十七：以上參見柯耀程著，數罪併合之易科罰金適用關係檢討（上），司法周刊第一二八四期，九十五年四月二十七日。另基於上開理由，柯氏甚且認為釋字第三六六號解釋係錯誤的解釋；並認為在法律規範的適用關係上，可以忽略釋字第三六六號解釋，而完全以法定化的刑法規定作為適用的基礎，參見前揭著（下），司法周刊第一二八五期。

不同意見參見許玉秀著，九十五年新修正刑法研討會—新修正刑法之總檢討，有關現行刑法第四十一條第二項之評釋。

註十八：評論釋字第三六六號解釋不當者，另參見黃翰義前揭著，第一四七頁至第一五〇頁。

註十九：參見林山田著，前揭刑事法雜誌，第三十一頁。

註二十：參見許玉秀前揭註。

註二十一：按苟判例係採取「兩個以上裁判之實質競合，以兩個以上之裁判均尚未執行者為限」之見解，某程度似亦有緩和現行刑法第四十一條第二項所可能產生之緊張關係，而無聲請違憲解釋疑義之結果。

又釋字第三六六號解釋雖於解釋理由書中指出對於數宣告刑中之一部已執行完畢，如何抵算要一併檢討修正，惟本次刑法修正仍未解決此問題。

按西德聯邦憲法法院於裁判中，曾多次宣示，除主文外，形成主文之理由，亦有拘束力；我國大法官會議之解釋理由亦有拘束力（參閱朱武獻著，公法專題研究（一），大法官會議解釋之效力，第七十九頁、第八十頁）

附件一：抗告人前案紀錄表。

附件二：臺灣桃園地方法院九十七年度聲字第一〇一二號刑事裁定。

聲請人：臺灣高等法院刑事第十八庭

審判長法官 吳 鴻 章

法官 徐 昌 錦

法官 陳 健 順

中 華 民 國 97 年 11 月 11 日

（附件二）

臺灣桃園地方法院刑事裁定 97 年度聲字第 1012 號

聲 請 人 臺灣桃園地方法院檢察署檢察官

受 刑 人 康 〇 儀（住略）

上列聲請人因受刑人數罪併罰有二裁判以上，聲請定其應執行之刑，本院裁定如下：

主 文

康〇儀因犯附表等罪，所處如附表所示之刑，應執行有期徒刑捌月。

理 由

一、查受刑人康〇儀因犯公共危險等罪，先後經本院判處如附表所示之刑，均經分別確定在案。茲檢察官聲請定其應執行之刑，本院審核認聲請為正當，應定其應執行之刑。

二、爰依刑事訴訟法第 477 條第 1 項，刑法第 53 條、第 51 條第 5 款，裁定如主文。

中 華 民 國 97 年 4 月 25 日

臺灣桃園地方法院檢察署受刑人康〇儀定應執行刑案件一覽表

編 號		1	2	
罪 名		違背安全駕駛致交通危險罪	違背安全駕駛致交通危險罪	
宣 告 刑		有期徒刑 3 月	有期徒刑 6 月	
犯 罪 日 期		96.06.16	96.10.23	
偵查(自訴)機關 年 度 案 號		桃園地檢 96 年度 偵字第 19842 號	桃園地檢 96 年度 偵字第 28469 號	
最 後 事 實 審	法 院	桃園地院	桃園地院	
	案 號	96 年度桃交簡字 第 3974 號	97 年度桃交簡字 第 148 號	
	判決日期	96.10.19	97.01.18	
確 定 判 決	法 院	桃園地院	桃園地院	
	案 號	96 年度桃交簡字 第 3974 號	97 年度桃交簡字 第 148 號	
	判 決 確定日期	96.11.15	97.03.03	
備 註		桃園地檢 96 年度 執字第 14334 號 (已易科執畢)	桃園地檢 97 年度 執字第 4593 號	

(本件聲請書其餘附件略)

（二）抄吳〇川釋憲聲請書

茲依據司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項、第 8 條第 1 項規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下：

一、聲請解釋憲法之目的

民國 95 年 7 月 1 日新修正刑法第 41 條第 2 項規定抵觸憲法第 22 條、第 23 條規定，致法院據此法律為適用之後，侵害憲法保障之人民自由權利，祈請解釋，予以導正，俾免人民再受侵害。

二、爭議性質與經過及涉及之憲法條文

（一）聲請人涉犯違反肇事逃逸罪、違背安全駕駛致交通危險罪等兩罪，分別經處有期徒刑 6 月及有期徒刑 3 月，均准易科罰金（證一）。而其中一罪已於民國 97 年 7 月 15 日執行易科罰金完畢（證二），其後 97 年 7 月 30 日臺灣南投地方法院始再將兩罪併罰裁定應執行徒刑 8 月（證三），是一罪已執行完畢，已無可合併，且又將罰金改為徒刑，致令原本均可易科罰金之兩罪，變更為應執行徒刑坐牢，顯然侵犯憲法第 23 條所保障之權利。

（二）聲請人於接獲上揭臺灣南投地方法院刑事裁定後，即於法定期間提起抗告（證四），惟經臺灣高等法院臺中分院駁回並載明不得再抗告（證五），然其所引之法律理由已明顯違反 貴院釋字第 366 號解釋，足徵聲請人應受憲法第 23 條保障之權利，確已受到侵害，且已窮救濟之途，故聲請人實有聲請本件解釋之必要。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場及見解

（一）按 貴院大法官會議於民國（下同）83 年 9 月 30 日作成之釋字第 366 號解釋「裁判確定前犯數罪，分別宣告

之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第二十三條規定未盡相符，上開刑法規定應檢討修正，對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，刑法第四十一條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力」，明白揭示對於各得易科罰金之數罪，分別宣告有期徒刑 6 月以下，因定其應執行刑已逾 6 月，致其宣告刑不得易科罰金，使人民原有得易科罰金之機會，得而復失，非受自由刑之執行不可，乃屬對於人民之自由權利所為之不必要限制，而與憲法第 23 條未盡相符，自應檢討修正刑法關於此部分之見解。

- (二) 嗣立法院固於 90 年 1 月 10 日修正並經總統公布修正刑法第 41 條，並於第 41 條增訂第 2 項規定「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之」，就此修正刑法之形式上觀之，似認其確有檢討修正之作為，然就實質上觀此修正規定之內容，可明顯窺見此修正後之規定卻係反以明文限制人民易科罰金之權利，而僅侷限於「執行刑」未逾 6 個月者始有易科罰金之適用，至於各科刑縱使原本均為 6 月以下，然於合併執行刑後倘已逾 6 個月，則喪失其原本各刑均得易科罰金之權利及機會，公然且明顯地與 貴院釋字第 366 號解釋指示刑法修正後應合於憲法第 22、23 條保障人民自由權利之解釋意旨互為違背，自屬違憲之修法規定。

(三) 詎料，立法院於 95 年 7 月 1 日針對刑法第 41 條第 2 項之修正理由，竟仍堂而皇之謂為：「九十年一月十日公布修正之第二項，係為配合司法院大法官釋字第三六六號解釋，而增訂之規定，按學理上雖有「法定刑」、「處斷刑」、「宣告刑」、「執行刑」等區別，惟第一項所謂受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理所謂「宣告刑」。數罪併罰之各罪，雖均得合於第一項之要件，惟因其最終應執行之刑之宣告，已逾六個月者，其所應執行之自由刑，既非短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分之理由…」，再再違反上揭 貴院釋字第 366 號解釋之解釋意旨甚明，而嚴重剝奪人民應受憲法第 22、23 條保障之自由權利。

(四) 尤有進者，全國負責適用法律之臺灣高等法院暨其所屬法院，對於刑法第 41 條第 2 項修正規定已明顯違憲，更違背 貴院釋字第 366 號解釋乙節早已知悉，甚至已舉辦座談會將此提案列於第 31 案及第 34 案討論（證六），席間，縱經與會人士提出應遵守 貴院大法官會議解釋意旨、不得有違憲用法之意見，惟均未經採用，審查意見更以：「修正規定雖違背大法官釋字第三六六號解釋意旨，惟宜由大法官作補充解釋」，而公然採用違憲之法律意見，並以此意見供作眾法院適用法規之依據，誠可謂「上下交相違憲」矣！

四、綜上所述，上開刑法第 41 條第 2 項疑義，顯與憲法保障人民權利關係重大，亦與 貴院先前所作出之釋字第 366 號解釋意旨相悖，如不釋憲釐清，恐將繼續任由執行機關違憲侵

害人民之自由權利，為此，爰以此聲請書恭請釋示！

證一：臺灣南投地方法院刑事簡易判決影本二份。

證二：臺灣南投地方法院檢察署收納繳款收據影本乙份。

證三：臺灣南投地方法院刑事裁定影本乙份。

證四：刑事抗告狀影本乙份。

證五：臺灣高等法院臺中分院刑事裁定影本乙份。

證六：臺灣高等法院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會提案
第 31 號及第 34 號會議紀錄二份。

謹 狀

司 法 院 公 鑒

具狀人即聲請人： 吳 〇 川

中 華 民 國 97 年 9 月 9 日

（證五）

臺灣高等法院臺中分院刑事裁定 97 年度抗字第 985 號

抗 告 人

即 受 刑 人 吳 〇 川

上列抗告人因檢察官聲請定應執行刑案件，不服臺灣南投地方法院中華民國 97 年 7 月 30 日裁定（97 年度聲字第 733 號）提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、抗告人即受刑人吳〇川（下稱抗告人）抗告意旨略以：

（一）抗告人所犯之臺灣南投地方法院 97 年度投交簡字第 208 號及 97 年度投交簡字第 254 號案件，分別經判處

有期徒刑 6 月及 3 月，並均分別諭知易科罰金之折算標準，而依司法院釋字第 366 號解釋意旨，原裁定法院於定應執行刑時，縱所定應執行刑已逾 6 月，仍應諭知得易科罰金之折算標準，以符合憲法第 23 條保障人民自由權利之旨。

- (二) 又抗告人已於 97 年 7 月 15 日履行關於 6 個月有期徒刑之執行（繳納 6 個月易科罰金計新臺幣 18 萬元），倘依原裁定應執行 8 月，則抗告人所餘刑期僅 2 月，請求於抗告程序終結前或釋憲程序終結前，先停止執行抗告人所餘 2 個月部分之執行，以保障抗告人之權利等語。

二、按數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第 51 條規定，定其應執行刑，刑法第 53 條定有明文。次按犯最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受 6 個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣 1 千元、2 千元或 3 千元折算 1 日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限；前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾 6 月者，亦適用之，刑法第 41 條定有明文。準此，若合併定其應執行之刑已逾 6 月者，自不得依刑法第 41 條第 1 項之規定易科罰金。經查：

- (一) 抗告人分別犯如附表所示之罪，均確定在案，有上開各該裁判書、臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。原審法院以抗告人所犯如附表所示之罪，先後經法院判決確定，依刑法第 53 條及第 51 條第 5 款之規定，定其應執行之刑為有期徒刑 8 月，經核並無違誤。
- (二) 又刑法第 41 條第 2 項業於 95 年 7 月 1 日修正施行，其修正理由謂「九十年一月十日公布修正之第二項，係為

配合司法院大法官釋字第三六六號解釋，而增訂之規定。按學理上雖有「法定刑」、「處斷刑」、「宣告刑」、「執行刑」等區別，惟第一項所謂受六個月以下有期徒刑或拘役之『宣告』，基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理所謂「宣告刑」。數罪併罰之各罪，雖均得合於第一項之要件，惟因其最終應執行之刑之宣告，已逾六個月者，其所應執行之自由刑，既非短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分之理由。例如，行為人所犯十罪，各宣告有期徒刑五個月，數罪併罰合併宣告應執行之刑為四年，其所應執行之刑，既非短期自由刑，如仍許其易科罰金，實已扭曲易科罰金制度之精神。爰刪除本項之規定，以符易科罰金制度之本旨」。本件抗告人所犯如附表所示之罪，其犯罪時間既均係在新法修正公布施行後，自應依修正後之刑法處斷，依修正後刑法第41條第2項之立法意旨，抗告人所犯如附表所示之2罪經合併定應執行刑已逾6月，自無得諭知易科罰金之理，抗告人援引司法院釋字第366號解釋謂本件得諭知易科罰金之折算標準，顯有誤會。

三、本件抗告人抗告意旨猶執前詞，指摘原裁定不當，並聲請於抗告程序終結前，先停止執行其所餘2個月部分之執行云云，為無理由，應予駁回。

四、據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 97 年 8 月 29 日

附表：受刑人吳〇川定應執行刑案件一覽表

編 號		1	2
罪 名		肇事逃逸	違背安全駕駛致交通危險
宣告刑（保安處分、褫奪公權）		有期徒刑 6 月	有期徒刑 3 月
犯 罪 日 期 年 月 日		96.12.25	97.03.14
偵查（自訴）機關 年 度 及 案 號		南投地檢 97 年度 偵字第 545 號	南投地檢 97 年度 偵字第 1483 號
最後事實審	法 院	南投地院	南投地院
	案 號	97 年度投交簡字第 208 號	97 年度投交簡字第 254 號
	判決日期	97.04.29	97.05.21
確定判決	法 院	南投地院	南投地院
	案 號	97 年度投交簡字第 208 號	97 年度投交簡字第 254 號
	判決確定 日 期	97.05.22	97.06.09
備註			

（本件聲請書其餘附件略）

（三）抄葉〇滿釋憲聲請書

為解釋憲法事：

壹、聲請釋憲之目的

按「人民身體之自由應予保障」、「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」此為我國憲法對人民人身自由權及平等權之保障，然查現行刑法第 41 條第 2 項規定「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」使原本得易科罰金之數罪，因數

罪併罰之故，而不得易科罰金，對人民之人身自由權及平等權，構成不必要之限制，爰請 貴院宣告刑法第 41 條第 2 項違憲而無效。（民國 97 年 12 月 30 日修正後為刑法第 41 條第 8 項，修正之刑法第 41 條，自 98 年 9 月 1 日施行，故以下所稱之現行刑法第 41 條第 2 項，均指民國 94 年 1 月 7 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行之刑法第 41 條第 2 項）。

貳、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文

聲請人前因詐欺取財案件涉犯八罪，經臺灣臺中地方法院 97 年度易字第 667 號判決（附件一）、臺灣高等法院臺中分院 97 年度上易字第 1511 號判決（附件二）確定在案，各罪宣告刑雖均在 6 個月以下，然合併定執行刑逾 6 個月，因現行刑法第 41 條第 2 項之規定，致使聲請人無法獲得易科罰金之宣告。因聲請人認適用與該裁判有重要關聯性之刑法第 41 條第 2 項規定，發生牴觸憲法第 7 條、第 8 條及第 23 條之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請解釋，請宣告刑法第 41 條第 2 項規定違憲而無效，並請在作成解釋前，准為暫時處分，以維權益。

參、聲請釋憲理由及聲請人之立場與見解

一、程序事項：

- （一）按釋字第 535 號解釋理由書首揭「按人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款定有明文。所謂裁判所適用之法律或命令，係指法令之違憲與否與該裁判有重要關聯性而言。」

- (二) 故雖臺灣高等法院臺中分院 97 年度上易字第 1511 號確定判決未於判決書中明白適用現行刑法第 41 條第 2 項之規定，然因現行刑法第 41 條第 2 項規定之故，致使該確定判決未宣告易科罰金之標準，故現行刑法第 41 條第 2 項與該確定判決即有重要關聯性，自得為聲請解釋之對象。

二、實體事項：

- (一) 現行刑法第 41 條第 2 項對憲法第 8 條所保障之人身自由構成不必要之限制：
- 1、首查，釋字第 366 號解釋明揭「裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第二十三條規定未盡相符，上開刑法規定應檢討修正。對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，刑法第四十一條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」
 - 2、立法院基於上開解釋意旨，修正刑法第 41 條之規定，但民國 94 年 1 月 7 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行之刑法第 41 條第 2 項，卻回復原本違憲之條文，致使原本得易科罰金之刑，因合併執行之故，而不得易科罰金，揆諸上述解釋意旨，現行刑法第 41 條第 2 項之規定，顯已對人民之自由權利構成不必要之限制。

3、且釋字第 366 號解釋於民國 83 年 9 月 30 日作成以來，社會觀念及時空背景並無甚大差異，立法院甚至於 97 年 12 月 30 日修正刑法第 41 條之規定，將現行刑法第 41 條第 2 項移至第 8 項，並增訂第 41 條第 3 項規定「受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，不符第一項易科罰金之規定者，得依前項折算規定，易服社會勞動。」使之不受第 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」規定之限制，足見立法者顯然有意放寬易科罰金之標準，但卻將曾受違憲宣告之條文，在無正當理由之情形下，透過修法程序使之復活，除違反憲法第 8 條之規定外，亦有悖憲政制度之完整。

(二) 刑法第 41 條第 2 項對憲法第 7 條所保障之平等權構成不必要之限制：

1、釋字第 477 號解釋理由書指明「前述戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條規定：「人民於戒嚴時期因犯內亂、外患罪，於受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者，得聲請所屬地方法院比照冤獄賠償法相關規定，請求國家賠償。」未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，衡諸事物之本質，並無作此差別處理之理由，顯屬立法上重大瑕疵。若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由之人民予以賠償，反足以形成人

民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第七條有所牴觸。」足證立法者對於本質相同之事物，應為同等之處理，而不得為差別對待，如無正當理由，卻為不平等之差別待遇，即有牴觸憲法第 7 條之處。

- 2、惟查，同一犯罪事實，被告所犯數罪，如檢察官或自訴人分別起訴，法院分別判決，則各罪均得諭知易科罰金之標準，惟各罪若一併起訴一併判決，因合併定執行刑之故，反不得易科罰金，顯然是將本質相同之事物，為不同之處理，顯然牴觸憲法第 7 條之規定。

三、聲請暫時處分：

- (一) 聲請人獨力扶養年僅 14 歲之幼子葉 0 文（附件三），葉 0 文正就讀國中（附件四），如無親屬監護，對其青春期之人格形成將有極大影響，且聲請人入監執行後，葉 0 文將無人照顧，對葉 0 文將來之影響非輕。
- (二) 且 貴院前於民國 83 年 9 月 30 日對刑法第 41 條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分為違憲失效之宣告，在時空背景並無差異，且立法者甚至修正刑法第 41 條之適用範圍，增訂刑法第 41 條第 3 項「受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，不符第一項易科罰金之規定者，得依前項折算規定，易服社會勞動。」藉以放寬易科罰金之標準，實無正當理由，反將違憲之條文經由立法程序重新復活。
- (三) 現行刑法第 41 條第 2 項違憲情形既以甚為灼然，聲請人之狀況亦不適合入監服刑，然臺中地檢署已定 98 年 6 月 11 日為報到日，為此，懇請 貴院准予暫時處分，以維人民權益。

附件一：臺灣臺中地方法院 97 年度易字第 667 號判決影本。

附件二：臺灣高等法院臺中分院 97 年度上易字第 1511 號判決影本。

附件三：戶籍謄本影本。

附件四：葉〇文學生證影本。

此 致

司 法 院

聲請人：葉 〇 滿

中 華 民 國 九 十 八 年 六 月 五 日

（附件二）

臺灣高等法院臺中分院刑事判決 97 年度上易字第 1511 號

上 訴 人 臺灣臺中地方法院檢察署檢察官

上 訴 人

即 被 告 葉 〇 滿（住略）

上列上訴人因被告詐欺案件，不服臺灣臺中地方法院 97 年度易字第 667 號，中華民國 97 年 6 月 11 日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方法院檢察署 96 年度偵字第 28959 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

葉〇滿犯如附表所示捌次詐欺取財罪，各處及減刑如附表所示，應執行有期徒刑壹年。

犯罪事實

一、葉〇滿明知自己沒有還款能力，也未曾與中國共產黨總書記胡〇濤合作辦理中國人民移民關島業務，竟先後多次基於意

圖為自己不法所有之犯意，於如附表所示之時間，在陳○愷位於臺北縣永和市住處附近之樂華夜市等處，向陳○愷各佯稱：因生意需要週轉，或因要買房子，或因要與胡○濤合作開發關島移民業務，或因上海也需要設移民辦事處，或因要買辦公室的傢俱，或因其姊要成立工廠，或因要幫助人及成立讀書會，或因與胡○濤合作的錢快下來了，但須再一筆資金，錢才會全部下來等不實事項之詐術，表示向陳○愷借款支應，致使陳○愷陷於錯誤，先後各交付如附表所示之款項，葉○滿則簽發如附表所示之書證交陳○愷收受以取信之。惟借款期限屆至後，葉○滿僅先後返還合計新臺幣（下同）41 萬元，即藉故拒不還款，陳○愷始知受騙。

二、案經陳○愷訴請臺灣臺中地方法院檢察署檢察官偵查起訴。 理 由

一、證據能力部分：

- （一）按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者；該言詞或書面陳述，雖不符刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 4 之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第 159 條

第 1 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第 159 條第 1 項、第 159 條之 3、第 159 條之 5 分別定有明文。核其立法理由在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，乃排斥其證據能力。惟當事人如放棄對原供述人之反對詰問權，於審判程序表示同意該等傳聞證據可作為證據，此時，法院除認該傳聞證據欠缺適當性外，自可承認其證據能力。又當事人、代理人或辯護人於調查證據時，知有刑事訴訟法第 159 條第 1 項不得為證據之情形，卻表示「對於證據調查無異議」、「沒有意見」等意思，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，應視為已有將該等傳聞證據採為證據之同意（參見最高法院 94 年度臺上字第 2976 號判決意旨）。

- （二）本件檢察官、被告於審判期日，對本案之全部證據之證據能力均不爭執，復於審判期日就本院提示之證據於言詞辯論終結前，均未就所調查之證據主張有刑事訴訟法第 159 條不得為證據之情形，且均表示無意見，本院審酌該等證據作成時，亦無不適當之處，是參考上開最高法院判決要旨，應視為已有將該等傳聞之證據採為證據之同意，本案經調查之證據均有證據能力。

二、認定犯罪事實所根據的證據及理由：

- （一）被告葉○滿於本院審理中坦白承認確有以要開發關島移民之業務等為由，分別簽立如附表所示書證，向告訴人陳○愷借貸款項之事實，核與告訴人於偵查中及原審審理中證述（詳後述）情節相符，被告上開自白與事實相符，應堪採信。至被告雖辯稱伊並無詐騙告訴人，伊是

真的有從事關島移民之業務云云，惟查：被告自告訴人96年12月間提出告訴後，即已知悉告訴人告訴其詐騙之內容，但迄至本院辯論終結時，已逾1年1個月餘之期間，被告均未提出任何文件資料以實其說，其上開所辯已難採信；又被告雖請求傳訊證人調查證據，然經本院詢其證人之姓名、年籍等資料，被告復一再供稱因涉及外交機密，不方便說云云，且未指出其受有任何國家機關授權從事該等業務，以供本院函查，致本院無從據以調查；況被告始終未能提出任何資料，以供調查確有投資關島移民之業務，或其向告訴人借得款項後，確從事合於原借用目的之支用情形等事證。其事後空言否認涉有詐騙犯行，所辯無非卸責之詞，不足採信。

- (二) 而證人即告訴人陳○愷於原審審理中到庭具結證稱：被告第一次說要週轉、第二次說她要買房子、第三次說要與胡○濤合作開發關島移民業務、第四次是說上海也需要辦事處，第五次是她說要買辦公室的傢俱，她說要用高貴一點的傢俱，胡○濤來時才好看、第六次是說她姐姐要成立工廠，因為她姐姐曾經幫助過她，所以希望伊能借錢幫她、第七次的理由伊忘記了、第八次是說要幫助人及成立讀書會、第九次是因為與胡○濤合作的錢快下來了，希望伊能再借她錢，之後就能還給伊了；被告說她讀書會賺到錢的時候，會連利息一起還伊等語明確。並有被告自95年7月5日起至96年3月8日止，先後向告訴人借貸款項，所有借據8紙及本票4張附卷可資佐證。本件事證已臻明確，被告犯行堪予認定。
- (三) 至告訴人雖指陳其借貸予被告之次數為9次，金額合計

共 775 萬 5 千元，而被告於原審亦不否認該借貸次數之金額；然被告於本院已辯稱：其並不確知借貸次數及總金額，只知實際所借得款項，不如告訴人所述之多。經本院比對告訴人所提出之借據、本票，其中本票部分，分別與如附表編號 1 至 3 及編號 6 所示借據所載借貸日期、金額、借貸期限（編號 6 借據載明簽發之本票金額為 400 萬元）相符，堪認與告訴人指訴相符。此外，告訴人並未提出其他確實足資證明有逾如附表所示借貸金額及次數之證據，故本院認應以卷存證據，認定被告詐欺借貸之次數及金額，各如附表所示。

三、核被告所為，均係犯刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪。被告所實施如附表所示各次詐欺犯行，時間均有相當明確之區隔，詐騙說詞亦各有不同，難認係本於單一詐欺取財犯意，接續對告訴人施以詐術，使告訴人陷於錯誤而出借款項，侵害告訴人同一財產法益。其所犯多次詐欺犯行，犯意各別，應受不同評價，而分論併罰。原審法院因認被告罪證明確，而予論科，固屬有據。惟原審法院僅以告訴人指訴，及被告基於任意之不否認態度，即遽認被告詐欺次數為 9 次，金額為 775 萬 5 千元；復未查被告先後各次詐欺犯行，時間區隔明確，詐欺說詞各異，卻率爾認被告係基於單一詐欺犯意，接續為詐欺犯行，而僅論以一罪，皆有違誤。被告上訴意旨否認犯罪，並執陳詞，指摘原判決不當，雖無理由；然檢察官上訴意旨認本件應就被告多次詐欺犯行，分別併罰，則有理由，且原判決既有上揭違誤，自應由本院予以撤銷改判。爰審酌被告之智識，犯罪之動機、目的，手段平和，各次詐騙金額，犯罪情節非輕，犯罪後仍空言否認犯行，不知悔改

，態度非佳等一切情狀，各量處如主文第 2 項所示之刑示懲。又按中華民國 96 年罪犯減刑條例業於 96 年 7 月 16 日起施行，查被告前揭犯行之犯罪時間在 96 年 4 月 24 日以前，且其所犯之罪並無上開條例第 3 條所示不予減刑之情形，爰依該條例第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條規定，各將宣告刑減為 2 分之 1，並依法定其應執行之刑。

據上論斷，應依刑事訴訟法第 369 條第 1 項前段、第 364 條、第 299 條第 1 項前段，刑法第 339 條第 1 項、第 51 條第 5 款，中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條、第 10 條第 1 項，刑法施行法第 1 條之 1，判決如主文。

本案經檢察官吳萃芳到庭執行職務。

中 華 民 國 98 年 3 月 5 日

附表：

編號	詐欺日期	金額 (新臺幣)	書證	科刑及減刑
1	95 年 7 月 5 日	45 萬元	借據、本票	有期徒刑 3 月，減為有期徒刑 1 月又 15 日
2	95 年 7 月 10 日	200 萬元	借據、本票	有期徒刑 6 月，減為有期徒刑 3 月
3	95 年 7 月 26 日	90 萬元	借據、本票	有期徒刑 4 月，減為有期徒刑 2 月
4	95 年 8 月 7 日	40 萬元	借 據	有期徒刑 3 月，減為有期徒刑 1 月又 15 日
5	95 年 8 月 21 日	12 萬 5 千元	借 據	有期徒刑 2 月，減為有期徒刑 1 月
6	95 年 8 月 30 日	200 萬元	借據、本票	有期徒刑 6 月，減為有期徒刑 3 月
7	95 年 12 月 1 日	90 萬	借 據	有期徒刑 4 月，減為有期徒刑 2 月
8	95 年 3 月 8 日	58 萬元	借 據	有期徒刑 4 月，減為有期徒刑 2 月

(本件聲請書其餘附件略)

（四）抄陳〇生釋憲聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款及第8條第1項等規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

- 一、現行刑法第41條第2項之規定違反 鈞院釋字第366號解釋意旨、刑法第53條違反一事不二罰原則及刑法第54條違反平等原則等事，嚴重侵害聲請人之人身自由權及人性尊嚴，聲請人謹依法向 鈞院聲請解釋。
- 二、按「裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第41條規定各得易科罰金者，因依同法第51條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第23條規定未盡相符，上開刑法規定應檢討修正。對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，刑法第41條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」鈞院大法官會議於民國83年9月30日作成釋字第366號解釋在案。
- 三、次按「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣一千、二千元或三千元折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」係現行刑法第41條之規定。
- 四、上開現行刑法第41條第2項規定顯然違背 鈞院釋字第366號解釋，致法院適用而侵害人民受憲法保障之人身自

由權，聲請人就前揭憲法上保障之基本權被侵害乙事業已向福建地方法院提出聲明異議，並向上級法院提出抗告，經福建高等法院金門分院以 98 年度抗字第 8 號裁定駁回，且該裁定載明不得再抗告，故本案聲請人已用盡救濟途徑，僅得依法請求 鈞院就上開刑法第 41 條第 2 項規定、第 53 條、第 54 條，宣告違憲，以保障人民權利。

貳、疑義或爭議之性質與經過

一、民國 95 年 7 月刑法刪除連續犯及牽連犯之規定後，依照刑事訴訟法第 6 條、第 7 條規定，一人犯數罪屬相牽連案件，得合併於同一法院審判，檢察官於偵查時依同法第 15 條準用第 6 條得合併偵查起訴，同法第 265 條更賦予檢察官於第一審言詞辯論終結前，得將本案相牽連之罪追加起訴，聲請人於金門 10 次撿拾廢棄物之行為，遭到檢察官分別起訴 10 次竊盜罪，其中一案經福建金門地方法院 97 年度上易字第 20 號，獲得無罪判決確定（附件一），另案 97 年度簡上字第 10 號判決則判處貳月有期徒刑確定（附件二），經福建金門地方法院檢察署 97 年執字第 158 號執行命令（附件三），准予易科罰金分期繳納，聲請人並於民國 97 年 10 月 22 日全額繳清執行完畢（附件四）。

二、聲請人之他案福建金門地方法院 97 年度易字第 20 號（附件五），因郵差以通知書夾於門縫中為寄存送達，造成聲請人未實際收受判決而錯失上訴期間，曾向福建金門地方法院聲請回復原狀（附件六），但遭裁定駁回，復向福建高等法院金門分院抗告，但仍遭駁回（附件七），使該案判決處陸月有期徒刑確定，並經福建金門地方法院檢察署

以 97 年執字第 81 號執行命令，有期徒刑陸月准予每日以新臺幣 1000 元折算一日易科罰金（附件八）。

三、惟福建金門地方法院檢察署復將前開已繳納罰金執行完畢之 97 年度簡上字第 10 號及尚未執行之 97 年度易字第 20 號兩件確定判決依刑法第 41 條、第 51 條、第 53 條等規定，向福建金門地方法院聲請合併定執行之刑為 7 個月，並以 98 年執更字第 4 號執行命令（附件九），通知聲明異議人於 98 年 2 月 16 日到案執行。聲明異議人為此向地檢署就剩餘之刑期（7 個月執行刑，先前已經繳納 2 個月罰金，並曾遭羈押 18 日，故剩餘 4 個月又 12 日）聲請易科罰金與分期繳納（附件十），福建金門地方法院檢察署則以 98 年執更 4 字第 0539 號函示（附件十一），駁回聲請人之請求。

四、聲請人依法向福建金門地方法院提出聲明異議（附件十二）未果，提起抗告，福建高等法院金門分院 98 年度抗字第 8 號裁定駁回，並載明不得再抗告（附件十三），聲請人於用盡救濟途徑後依法向 鈞院聲請解釋。

叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、立法者於民國 94 年所修正之刑法第 41 條第 2 項規定顯然違背 鈞院釋字第 366 號解釋而嚴重侵害聲請人人身自由權：

（一）鈞院釋字第 405 號解釋理由書明示：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，憲法第七十八條定有明文。法律與憲法牴觸者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之，憲法第一百七十一條規定甚明。又憲法增修條文第四條規定，司法院

設大法官若干人，大法官除掌理憲法第七十八條之規定外，並組成憲法法庭審理政黨違憲之解散事項，足見憲法賦予大法官維護規範位階及憲政秩序之重大職責。是司法院大法官依司法院大法官審理案件法之規定，就憲法所為之解釋，不問其係闡明憲法之真義、解決適用憲法之爭議、抑或審查法律是否違憲，均有拘束全國各機關及人民之效力，業經本院釋字第一八五號解釋在案。立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，但不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋，自不待言。」

- (二) 舊刑法第 41 條規定原為：「犯最重本刑為三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，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。」後因司法院釋字第 366 號解釋認為：「刑法第五十條基於刑事政策之理由，就裁判確定前犯數罪者，設併合處罰之規定，並於其第五十一條明定，分別宣告其罪之刑，而另定其應執行者。其分別宣告之各刑均為有期徒刑時，則於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下定其刑期，足見原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意。如所犯數罪，其最重本刑均為三年以下有期徒刑之刑之罪，而分別宣告之有期徒刑亦均未逾六個月，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，依同法第四十一條規定，本均得易科罰金，而有以罰金代替自由刑之機會。惟由於併合處罰之結果，如就各該宣告刑所定之執行刑逾

六個月者，不得易科罰金，致受該項刑之宣告者，原有得易科罰金之機會，得而復失，非受自由刑之執行不可，乃屬對於人民之自由權利所為之不必要限制，與憲法第二十三條之意旨，未盡相符，上開刑法規定應檢討修正。對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，刑法第四十一條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」

(三) 立法者於民國 90 年 1 月 30 日將刑法第 41 條修正為：

「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。」該次修正符合鈞院釋字第 366 號解釋意旨。

(四) 惟嗣後於民國 94 年 2 月 2 日修訂之現行刑法第 41 條第 2 項將併合處罰之數罪限於其應執行之刑未逾六月者，始得易科罰金，其修訂理由中雖有謂：「九十年一月十日公布修正之第二項，係為配合司法院大法官釋字第三三六號解釋，而增訂之規定。按學理上雖有「法定刑」、「處斷刑」、「宣告刑」、「執行刑」等區別，惟第一項所謂受六個月以下有期徒刑或拘役之「宣告」，基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理

所謂「宣告刑」。數罪併罰之各罪，雖均得合於第一項之要件，惟因其最終應執行之刑之宣告，已逾六個月者，其所應執行之自由刑，既非短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分之理由。例如，行為人所犯十罪，各宣告有期徒刑五個月，數罪併罰合併宣告應執行之刑為四年，其所應執行之刑，既非短期自由刑，如仍許其易科罰金，實已扭曲易科罰金制度之精神。爰刪除本項之規定，以符易科罰金制度之本旨。」

(五) 但參照 鈞院釋字第 366 號解釋理由書意旨：「刑法第五十條基於刑事政策之理由，就裁判確定前犯數罪者，設併合處罰之規定，並於其第五十一條明定，分別宣告其罪之刑，而另定其應執行者。其分別宣告之各刑均為有期徒刑時，則於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下定其刑期，足見原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意。」可見前開立法理由中所述，易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理所謂宣告刑恐有誤會，蓋不論於刑法中規定何種名稱之刑，皆應基於合憲之範圍內修訂，以名稱上不同的「法定刑」、「處斷刑」、「宣告刑」、「執行刑」作出超出合憲解釋之修正，無異使用文字遊戲規避大法官解釋之效力，上開修法後之法條顯然違反司法院釋字第 366 號解釋之意旨。

(六) 且基於刑罰理論中，易科罰金之採行係為避免短期自由刑所設計替代機構性處遇之措施，行為人於該次犯罪行為中究應受何種處罰，刑法採行相對不定期刑，

賦予參與審判之法官就個案中衡量犯罪人犯罪之動機、目的、手段及其生活狀況、品行、智識程度、犯罪後態度及所造成之損害等一切情狀，定出六個月以下之宣告刑，即有使被告得易科罰金之意，但執行刑之訂定，係依照刑法第 51 條規定，無加入個案考量因素，現行刑法第 41 條第 2 項規定將法官已於個案中考量得易科罰金之案件，於數罪併罰中應定執行刑逾六月之情況，剝奪其易科罰金之權利，顯然違反鈞院釋字第 366 號解釋意旨。參照 鈞院釋字第 405 號解釋意旨，大法官解釋之效力拘束全國人民及各機關，立法院亦有遵守憲法之義務，現行刑法第 41 條第 2 項規定應屬違憲而無效。

二、現行刑法第 41 條第 2 項規定違背憲法上之比例原則：

- (一) 鈞院釋字第 436 號及第 567 號解釋理由書曾宣示：「人民身體自由在憲法基本權利中居於重要地位，應受最周全之保護，解釋憲法及制定法律，均須貫徹此一意旨。」「憲法第八條第一項規定：『人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。』揆其意旨，係指關於限制人身自由之處罰，應以法律規定，並經審判程序，始得為之。立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，縱為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益之必要，仍不得逾越必要之限度…人民身體自由享有充分保障，乃行使

其憲法上所保障其他權利之前提，為重要之基本人權，縱於非常時期，對人民身體自由之處罰仍須合於憲法第八條及第二十三條之規定。」

- (二) 系爭刑法第 41 條第 2 項規定限制人身自由權雖符合法律保留原則，惟就是否符合比例原則？不無疑義！本件聲請案所涉及之人身自由權，係鈞院歷年解釋中所肯認之重要基本人權，關於對此一基本權之限制多數採行嚴格之審查標準。
- (三) 蓋刑事訴訟法中賦予檢察官對於同一人所為之犯罪行為得合併偵查起訴、法院得合併審理、檢察官若於起訴後尚得追加相牽連案件之規定已如前述，且刑法第 50 條明定：「裁判前犯數罪者，併合處罰之。」刑法第 47 條亦有累犯得加重處罰之相關規定可知，聲請人之案件本可集中於同一審判程序中審理，且刑法既於各罪明定之最高及最低刑度，上述法律規定足使法院審酌犯罪人之本案、他案、及前案情況，作出最適切之裁判。法院既已作出對犯罪行為人最適切之處罰方式，現行刑法第 41 條第 2 項規定，合併計算應執行刑超過六個月即不得易科罰金之規定，不當剝奪法院對個案中賦予犯罪行為人得以易科罰金之機會。
- (四) 又執行刑雖為執行刑罰之事項，但不得易科罰金之限制是否純屬「執行技術問題」尚有可議，其中牽涉憲法所保障之人身自由權及國家刑罰權之行使，對人民之侵害不可謂不大，而應採用嚴格標準審查，刑法該條項所採用限制易科罰金之手段與欲達成之何種目的及有何重大迫切之政府利益，尚非無疑。聲請人以為

，刑罰之目的無非係對犯罪行為人過去所為之犯罪行為之非難，而有應報效果，亦有對社會公益之平復及威嚇效果。惟聲請人係因家貧，故撿拾廢棄物以貼補家用，根本不知所撿拾之物中有非他人之廢棄之物而遭處罰，然易科罰金數額已高於聲請人撿拾之廢鐵價值數十倍之多，就准許易科罰金而言，國家之刑罰權所欲達成之目的已為足夠。刑法第 41 條第 2 項將已執行及未執行之判決合併定執行刑後，產生不許聲請人對未執行之六月有期徒刑聲請易科罰金之效果，聲請人對於系爭法律規定非要聲請人入監服刑所欲達到之目的為何？不能理解；此一限制聲請人易科罰金之手段與立法理由中達成「單純執行刑罰之技術性目的」間，亦非對人民權利最小侵害之方式，且為了「單純執行刑罰之技術性目的」所為之限制易科罰金手段與所造成之人身自由權之侵害顯失均衡。退萬步言，本案涉及之人身自由及刑罰事項，採用中度審查標準，系爭法律之單純執行技術性目的，亦非中度審查標準下所肯認之重要政府利益，更遑論該目的與手段間有實質關聯及緊急契合性，系爭法律難以通過中度審查標準之檢驗而不符合憲法第 23 條規定之比例原則。

三、刑法第 53 條合併定執行刑之規定違反一事不二罰等原則：

- （一）依照 鈞院釋字第 503 號及第 604 號解釋所揭櫫之「一罪不兩罰原則」乃現代民主法治國家之基本原則。
- （二）刑法第 53 條規定：「數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑。」上開規定未限於尚未執行之裁判始為應定執行刑之標的，造成福建金門

地方法院檢察官對已易科罰金執行完畢之二月有期徒刑判決與未執行之六月有期徒刑判決，聲請法院更定執行刑七個月，而使上開已執行完畢之判決實質上成為再次執行之標的，發生尚未執行之六月有期徒刑判決，於上開刑法之規定下，產生有期徒刑七月且不得易科罰金，造成一事二罰之效果，對於已繳納罰金之人民而言，刑法第 44 條易科罰金執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論之規定，幌如空談，使得人民於系爭法律規定下，雖已完納罰金卻仍有反覆被國家科處之可能，而無所適從，人民惶惶不得終日，侵害人性尊嚴，系爭規定不但違反一事不兩罰原則，更於本案中侵害聲請人之人身自由權甚鉅。

四、刑法第 54 條僅就受赦免之罪得免定應執行刑違反憲法第 7 條平等原則：

- (一) 按「數罪併罰，已經處斷，如各罪中有受赦免者，餘罪仍依第五十一條之規定，定其應執行之刑，僅餘一罪者，依其宣告之刑執行。」刑法第 54 條定有明文，其主要理由在於避免執行不應執行之刑罰所為之規定。
- (二) 本案涉及人身自由權及政府之刑罰權，其雖非憲法第 7 條所列舉之特殊平等權，但人身自由權係在憲法基本權利中居於重要地位已於前述，故應採行嚴格審查標準，系爭刑法第 54 條規定，以受赦免為標準造成未受赦免但依刑法第 44 條已執行完畢之刑，雖同有不應執行之事由，卻無法適用該條僅就未執行之一罪，依其宣告刑執行，造成雖已執行完畢而相同不應再予執行之刑，仍依刑法第 51 條規定更定執行刑，實質上產生不利於聲

請人之差別待遇。

- (三) 此項標準之目的在於避免執行不應執行之刑罰，其目的確實符合重大迫切之政府利益，惟是否無達成同樣目的之更佳取代性區別標準？尚非無疑，若採用以各罪中受赦免及已執行完畢者，就未執行之餘罪始依刑法第 51 條定執行刑，即屬更佳之取代區別性標準，其區別手段與欲達成避免刑罰不當執行之目的更加嚴密剪裁及完美吻合，故系爭法律標準所造成之差別待遇，違反憲法第 7 條之平等原則，侵害聲請人之人身自由權。

五、福建金門地方法院 98 年度聲字第 9 號裁定聲請人應對該院 97 年度聲字第 40 號裁定（附件十四）提出抗告為由，駁回聲請人之聲明異議，試想，以國中畢業之教育程度，於先前已接獲福建金門地方法院檢察官所為得易科罰金之通知，嗣後雖再接獲福建金門地方法院就已繳納罰金完畢之判決與未執行之判決定執行刑之裁定，但該刑事裁定之附表有易科罰金之記載，而無不得易科罰金載明之情況下，聲請人如何理解定合併執行刑會產生不得易科罰金之效果？進而對該裁定提起抗告？係因其後向檢察官聲請繳納罰金時，遭到拒絕始發現此項不利效果，進而開始提出救濟。惟福建金門地方法院法官以違憲之法律作出違法之裁定侵害在先，復又以聲請人應以該違憲之裁定作為救濟之標的為由，形式上駁回聲請人聲明異議及抗告。聲請人之認知中，遵守憲法規定應為全國各機關及人民之義務，身為公正客觀且專業之法院，更應秉持著法官知法之專業職能，遵守憲法及法律之規範而公正裁判，福建金門地方法院此舉無異係認為聲請人應依該院所為違憲之裁定將錯就

錯入監服刑，此種舉措教人民對法院如何信服？懇請 鈞院予以詳察，並還聲請人公道。

六、結論：

請 鈞院就聲請人所主張違憲之法律宣告違憲，以保障人民之人身自由權，使聲請人不再遭受不當之侵害。

肆、聲請人請求定暫時狀態之暫時處分，宣告上述刑法第 41 條第 2 項及第 53 條規定暫停適用：

- 一、司法院大法官依據憲法獨立行使憲法解釋及憲法審判權，為確保其解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而異。如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害，而對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免時，即得權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，並於利益顯然大於不利益時，依聲請人之聲請，於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態，以上 鈞院釋字第 599 號解釋著有明文。
- 二、聲請人係家中唯一收入來源，且育有 2 名幼兒，一時大意撿拾廢棄物行為造成嚴重後果，十案竊盜罪之訴訟程序讓聲請人心力交瘁，系爭法律規定使聲請人遭受不必要之監禁，也造成聲請人家庭破碎，懇請 鈞院能予以體察。
- 三、聲請人曾向福建金門地方法院檢察署聲請易科罰金及暫緩執行，惟該署以法律規定是否違憲非其職權範圍內為由駁回，聲請人亦曾請求普通法院依據司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項規定及 鈞院釋字第 371、590 號解釋意

旨，停止刑之執行並聲請 鈞院針對刑法第 41 條第 2 項等規定有無牴觸憲法侵害人民基本權利等進行釋憲，聲請人日前接獲福建高等法院金門分院之駁回裁定，發現欲尋求普通法院給予救濟顯然無望。

四、系爭刑法規定造成無監禁必要而予監禁之案件絕不只聲請人一件， 鈞院若能作成定暫時狀態之暫時處分，除使聲請人之人身自由權不再遭受不當之侵害，亦加惠其他遭受不必要監禁之受刑人得以重見天日、及減少獄政不必要之支出，所保全之人民基本權利可謂重大，假設縱日後 鈞院就本案審理結果為系爭法律合憲，所為暫時處分所造成之損害，亦只為聲請人入監服完剩餘刑期而已，不利可謂相當輕微，若 鈞院否准暫時處分之聲請，人身自由權之侵害係不可回復，時光不會倒流，亦無任何方式得以彌補進而回復原狀，縱 鈞院日後作成系爭法律違憲之結果，俗諺有云，遲來的正義不是正義，對聲請人而言，已為空中飄渺之正義了，懇請 鈞院明鑒。

伍、言詞辯論及其代理

聲請人依司法院大法官審理案件法第 13 條第 1 項之規定，聲請鈞院就本聲請進行言詞辯論，並惠予許可聲請代理人出席辯論。

陸、關係文件之名稱及件數

附件一：福建金門地方法院 97 年度上易字第 20 號刑事判決影本。

附件二：福建金門地方法院 97 年度簡上字第 10 號刑事判決影本。

附件三：福建金門地方法院檢察署 97 年執字第 158 號執行命令影本。

附件四：易科罰金分期繳納收據影本。

附件五：福建金門地方法院 97 年度易字第 20 號判決影本。

附件六：福建金門地方法院 97 年度聲更字第 1 號刑事裁定影本。

附件七：福建高等法院金門分院 97 年度抗字第 17 號刑事裁定影本。

附件八：福建金門地方法院檢察署 97 年執字第 81 號執行命令影本。

附件九：福建金門地方法院檢察署 98 年執更字第 4 號執行命令影本。

附件十：刑事聲明異議狀影本。

附件十一：福建金門地方法院檢察署 98 年執更 4 字第 0539 號函示影本。

附件十二：福建金門地方法院 98 年度聲字第 9 號刑事裁定影本。

附件十三：福建高等法院金門分院 98 年度抗字第 8 號刑事裁定影本。

附件十四：福建金門地方法院 97 年度聲字第 40 號刑事裁定影本。

此 致

司 法 院 公 鑒

聲請人：陳 0 生

中 華 民 國 98 年 6 月 12 日

(附件十三)

福建高等法院金門分院刑事裁定

98 年度抗字第 8 號

抗 告 人

即 異 議 人 陳 〇 生 (住略)

上列抗告人因聲明異議案件，不服福建金門地方法院中華民國 98 年 4 月 28 日裁定 (98 年度聲字第 9 號)，提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、聲明異議意旨略以：抗告人即異議人陳〇生於民國 97 年間因竊盜案件，經福建金門地方法院以 97 年度城簡字第 23 號刑事簡易判決判處有期徒刑 2 月，如易科罰金，以新臺幣（下同）1 千元折算 1 日，抗告人不服提起上訴，經福建金門地方法院合議庭以 97 年度簡上字第 10 號判決駁回其上訴確定，並易科罰金執行完畢。抗告人另於 97 年間因竊盜案件，經福建金門地方法院以 97 年度易字第 20 號判決判處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以 1 千元折算 1 日確定。福建金門地方法院檢察署檢察官就上開二確定判決向福建金門地方法院聲請定其應執行刑，經福建金門地方法院以 97 年度聲字第 40 號裁定抗告人應執行有期徒刑 7 月確定。檢察官遂通知抗告人到案執行，抗告人以其中有有期徒刑 2 月之刑期業經易科罰金執行完畢，並曾受羈押 18 日，請求就剩餘 4 月 12 日之刑期准予易科罰金並分期繳納，經福建金門地方法院檢察署以 98 年 2 月 18 日金檢宏義 98 執更 4 字第 0539 號函覆以：抗告人之聲請案因不符刑法第 41 條所定得易科罰金之

要件，所請礙難照准等語，駁回抗告人之聲請，為此依刑事訴訟法第 484 條規定聲明異議。

- 二、原裁定意旨則以：抗告人所犯上開竊盜等罪經定應執行刑後，得否易科罰金，係專屬於法院辦理定應執行之刑之聲請案件始得論斷之範疇，而福建金門地方法院 97 年度聲字第 40 號裁定既於 97 年 12 月 29 日確定，負責執行之檢察官，僅得依上開確定裁定指揮執行，則檢察官因上開裁定未有得易科罰金之宣告，而不准抗告人易科罰金之聲請，自無不當，乃駁回其聲明異議。
- 三、抗告意旨略以：刑法第 41 條規定前經司法院釋字第 366 號解釋認定違憲，認裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾 6 個月，依刑法第 41 條規定各得易科罰金者，因依同法第 51 條併合處罰定其應執行之刑逾 6 個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第 23 條規定未盡相符，上開刑法規定應檢討修正。並於 90 年 1 月 10 日依司法院釋字第 366 號解釋意旨修正刑法第 41 條之規定，詎現行刑法第 41 條第 2 項規定，裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾 6 個月，依刑法第 41 條第 1 項規定各得易科罰金，惟合併定其應執行之刑逾 6 個月者，其宣告刑不得易科罰金，顯與上開司法院大法官解釋意旨相違，為此提起抗告。
- 四、按受刑人或其法定代理人或配偶以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議，刑事訴訟法第 484 條固定有明文。惟受刑人因數罪併罰有二裁判以上，法院定其應執行刑，倘無易科罰金之宣告，負責執行之檢察官，自無從准予易科罰金。

五、經查：抗告人於 97 年間因竊盜案件，經福建金門地方法院以 97 年度城簡字第 23 號刑事簡易判決判處有期徒刑 2 月，如易科罰金，以 1 千元折算 1 日，抗告人不服提起上訴，經福建金門地方法院合議庭以 97 年度簡上字第 10 號駁回其上訴確定；抗告人另於 97 年間因竊盜案件，經福建金門地方法院以 97 年度易字第 20 號判決判處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以 1 千元折算 1 日確定。福建金門地方法院檢察署檢察官就上開二確定判決向福建金門地方法院聲請定其應執行刑，經福建金門地方法院以 97 年度聲字第 40 號裁定抗告人應執行有期徒刑 7 月確定，抗告人向福建金門地方法院檢察署聲請易科罰金，經福建金門地方法院檢察署駁回，抗告人乃於 98 年 3 月 15 日入監服刑等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表、福建金門地方法院 97 年度聲字第 40 號刑事裁定、97 年度簡上字第 10 號刑事判決、97 年度城簡字第 23 號刑事簡易判決、97 年度易字第 20 號刑事判決、福建金門地方法院檢察署 98 年度執更字第 4 號執行命令、98 年 2 月 18 日金檢宏義 98 執更 4 字第 0539 號函附卷可稽。而上開定應執行刑之裁定，並無抗告人得易科罰金之宣告，執行檢察官無從自行准予抗告人易科罰金，從而執行檢察官駁回抗告人易科罰金之聲請，自難謂其執行之指揮有何不當。至抗告人所犯上開竊盜罪經定其應執行刑後，得否宣告易科罰金，係由該定應執行刑之案件予以論斷，執行檢察官係在法院已宣告易科罰金後，方就受刑人易科罰金之聲請為准駁。若抗告人認應准其易科罰金或刑法第 41 條第 2 項規定有違憲之虞，理應在上開定應執行刑案件中主張，而非在本件主張。從而原裁定駁回抗告人之聲明異議，即無不合，抗告人執前詞

指摘原裁定不當，為無理由，應予駁回。

六、據上論斷，應依刑事訴訟法第 412 條，裁定如主文。

中 華 民 國 98 年 5 月 27 日

（本件聲請書其餘附件略）

