

## 釋字第六七九號解釋協同意見書

大法官 許玉秀

本席認為本院釋字第一四四號解釋意旨，既未違反平等原則，亦未違反比例原則，因此與憲法意旨並無不符。該號解釋，僅於依行政院聲請為統一解釋時，依職權闡明刑法第四十一條（民國二十四年一月一日修正公布）立法意旨，並未援引憲法原則作為解釋依據，尚不能認為與解釋意旨不一致的結論，即與憲法意旨不符。至於數罪判決有先後確定、先後執行的情形，尤其涉及不同種類宣告刑時，可能產生形式上不公平的執行問題，顯示有檢討定執行刑制度的必要。且現行刑法第四十一條第三項亦已增訂新形態的易刑處分，鑑於量刑決定關係刑罰目的能否有效實現，影響人民身體自由及財產權甚鉅，立法機關應該考量新的刑事處遇手段，全盤檢討數罪併罰定執行刑制度，並致力建立量刑的正當法律程序。因此應採合憲檢討改進的解釋模式，較為妥適。爰提出協同意見書，敘明支持本號解釋多數意見的理由如后。

### 壹、事實與聲請解釋的必要性

#### 一、原因案件事實

受刑人李 因犯恐嚇危害安全罪（刑法第三〇五條）及寄藏槍枝罪（槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項、第八條第四項及第十二條第四項，一行為觸犯三罪名，為想像競合）二罪，經臺灣高等法院九十八年度上訴字一五七六號刑事判決，就恐嚇罪部分，宣告二月有期徒刑，就寄藏槍枝罪部分，宣告五年六月有期徒刑，依數罪併罰合併定應執行刑

為五年六月有期徒刑。針對恐嚇罪的宣告刑，並未諭知易科罰金的折算標準。

檢察官以受刑人所犯恐嚇罪，為最重本刑五年以下有期徒刑的罪，且受二月有期徒刑宣告，依刑法第四十一條第一項前段，得易科罰金，而聲請臺灣高等法院裁定易科罰金的折算標準。

依據釋字第一四四號解釋，得易科罰金的一罪，如果與不得易科的他罪併合處罰，而不得易科罰金時，裁判法院無庸就原可易科罰金的罪刑，諭知易科罰金的折算標準。臺灣高等法院則認為本院釋字第一四四號解釋，與釋字第六六二號解釋意旨有所衝突，有牴觸憲法第二十三條規定的疑義，於九十八年十二月二十一日，以九十八年度聲字第三〇〇〇號裁定停止訴訟程序，向本院大法官聲請解釋憲法。

## 二、釋字第一四四號解釋是否違憲，將導致不同裁判結果

依據本院釋字第三七一號解釋及第五七二號解釋的意旨，各級法院法官對於承審案件所必須適用的法律，如認為有違憲疑義，因為應適用的法律違憲與否，將導致裁判結論歧異（即具有裁判重要性<sup>1</sup>），得以裁定停止訴訟程序，並提出客觀上確信法律違憲的具體理由，聲請本院大法官解釋憲法。

如依據釋字第一四四號解釋意旨，認為恐嚇罪部分不得易科罰金，法院自然無庸諭知易科罰金標準，即應裁定駁回檢察官的聲請；如認為釋字第一四四號解釋，牴觸釋字第六

---

<sup>1</sup> 關於裁判重要性，請見許玉秀及城仲模共同提出，釋字第 572 號解釋不同意見書，貳、闡明具體規範審查之程序要件。

六二號解釋意旨，原得易科罰金的恐嚇罪部分，應准許易科罰金，法院即應諭知易科罰金標準。因此釋字第一四四號解釋本身是否違背憲法意旨，將得出不同審判結果，確實具有裁判重要性。

## **貳、聲請意旨（客觀上確信法律為違憲的具體理由）**

### **一、釋字第一四四號解釋抵觸釋字第三六六號、第六六二號解釋—使受刑之宣告者處於更不利地位**

依據釋字第三六六號及第六六二號解釋意旨，刑法第五十一條第五款數罪併罰規定，目的在於合併適度評價數罪及宣告刑，決定最終應具體實現的刑罰，以符合罪責相當的要求，並不在於使受刑之宣告者，處於更不利的地位，刑法第五十條數罪併罰制度，不得逾越原裁判的刑度。本件聲請原因案件如適用釋字第一四四號解釋，本得易科罰金的罪，因與不得易科罰金的罪合併處罰，而不得易科罰金，使原得易科罰金機會喪失。是對已定罪的行為，為更不利評價，顯使受刑之宣告者，處於更不利地位。

### **二、釋字第一四四號解釋，造成實務運作不當**

#### **（一）先行確定的罪，得先行易科罰金而免執行自由刑，導致濫行上訴**

數罪併罰案件，包含下列情形：(1)檢察官分別起訴，法院分別審判，數罪分別確定。(2)檢察官合併起訴，法院合併審判，數罪同時確定。(3)檢察官合併起訴，法院合併審判，當事人僅對判決一部上訴，導致數罪分別確定。

上述數罪分別確定的情形，先行確定部分若屬得易科

罰金部分，則可先易科罰金而為執行。如果僅就不得易科罰金部分罪提起上訴，使得易科罰金部分先行確定，再以得易科罰金部分聲請易科罰金，該部分即可免執行自由刑（參照臺灣高等法院九十八年度抗字第一七三號裁定，已執行部分不得重複執行，應予扣除），無異鼓勵濫行上訴。造成數罪併罰案件，是否得以易科罰金方式執行，取決於檢察官是否合併起訴，或法院判決是否同時確定，而不是取決於受判決人的罪刑。

## **(二) 是否准予易科罰金，不應於合併定執行刑時再次考量**

法院裁判時，依據刑法第五十七條科刑輕重審酌標準的規定，認為受判決人的犯罪手段、動機、目的、所生危險及所造成損害較為輕微，方諭知六月以下有期徒刑及易科罰金標準，若被告惡性較大，則得諭知七月以上有期徒刑。並非於分別量刑之後，再依刑法第五十條規定，於合併定執行刑時，再次考量受判決人的惡性，決定是否准予易科罰金。

## **二、 原得易科罰金的高度刑，因不得易科罰金的低度刑，變成不得易科罰金**

假設原得易科罰金的罪，受判決六月有期徒刑，而不得易科罰金的罪，受判決三月有期徒刑，合併定應執行刑八月，依據釋字第一四四號解釋，六月部分即不得易科罰金，低度刑反而使得高度刑變更為不得易科，使得受判決人受更不利的處罰。

## **三、 與均得易科罰金數罪相較，有欠公允**

均得易科罰金的數罪合併應執行刑，與一罪得易科罰金

而他罪不得易科罰金的情形相比較，如果均得易科罰金的數罪所定應執行刑較高，而兼含得易科與不得易科的數罪所定應執行刑較低，卻因釋字第三六六號及第六六二號解釋，定執行刑較高的情形，均得易科罰金，定執行刑較低的情形，反而均不得易科罰金，有欠公允。

## 參、實體審查

### 一、聲請意旨所指摘的憲法疑義

#### (一) 違反比例原則

##### 1、處於更不利的法律地位

聲請意旨援引釋字第六六二號解釋，質疑釋字第一四四號解釋意旨，對得易科罰金的罪與不得易科的罪併罰時，使原可易科罰金的罪刑，亦不得易科罰金，是使受判決人因數罪合併定執行刑，而處於更不利的地位。因為釋字第六六二號解釋的審查準據是比例原則，聲請意旨的違憲指摘，可以理解為指摘釋字第一四四號解釋意旨違反比例原則

聲請意旨所舉兩種所謂不公允的例子，一個是數罪中，不符合易科罰金要件的罪，所受宣告的刑較輕（三月有期徒刑），得易科罰金的罪所受宣告的刑為較重（六月有期徒刑），因為釋字第一四四號解釋意旨，原可易科罰金的罪，也不能易科罰金，是較輕的宣告刑使較重的宣告刑不能易科罰金，受判決人因此受到更不利的對待。另一個例子是數罪均得易科罰金，所定執行刑較重，數罪包括得易科和不得易科罰金的罪，所定執行刑較輕，後者反而不得易科罰金。聲請書比較這兩種不同案例，目的均在於質疑所宣告的刑符合

易科罰金的標準，卻因為與其他的罪併合處罰，而得到較不利的對待，仍然是在補強對釋字第一四四號解釋違反比例原則的質疑。

## **2、 雙重評價**

聲請意旨質疑，因為與不得易科罰金的罪合併處罰，使得受判決人是否得易科罰金，經過兩次審酌，而第二次的審酌，使原可易科罰金的待遇，變成不可易科罰金的不利處遇。亦即，受判決人之所以獲得更不利的對待，因為受判決人的惡性遭受雙重評價。這種關於過度評價質疑，也是屬於違反比例原則的質疑。

### **(二) 違反平等原則**

聲請意旨指摘數罪分別確定導致執行時間不一致，可能造成釋字第一四四號解釋效力不能完全貫徹。如果得易科罰金的罪刑先行確定、先行執行，即不可能均不易科罰金。因此受判決人可以利用一部上訴的制度，讓判決局部確定或局部不確定，而造成相同案例、不同對待的不平等現象。

## **二、 審查比例原則**

### **(一) 避免短期自由刑流弊的目的不存在**

#### **1、 適用釋字第六六二號解釋的前提：不以受自由刑矯治為必要**

依照釋字第六六二號解釋意旨，易科罰金制度旨在避免短期自由刑的流弊，同時緩和自由刑的嚴厲性。在數罪個別均得易科罰金時，每一個罪都存在易科罰金選擇權，雖然受判決人只有聲請權，不因受判決人行使（即聲請），即必然

得易科罰金，選擇權仍然屬於有執行職權的檢察官，而縱使受判決人不服檢察官的執行處分，法官也還有再次審酌是否准許易科罰金的權限，但是因為犯數個罪，如所受宣告刑，均顯示受判決人並非必須受自由刑矯治不可，卻一律禁止易科罰金，排除任何選擇服較輕微刑罰的機會，縱使避免鼓勵犯罪的目的正當，也與易科罰金制度的本旨不符。

換言之，適用釋字第六六二號解釋的條件，是數罪刑均符合易科罰金的法定要件，亦即受判決人在每個罪的宣告時，均被假設為不以服自由刑為必要的人。原系爭規定刑法第四十一條第二項（九十四年二月二日修正公布）的違憲理由，在於對被假設為不以服自由刑為必要的人，因為數罪合併定執行刑超過六個月，而一律不准許易科罰金，沒有給予檢察官及法官裁量的機會，導致受判決人從得易科罰金變成非執行自由刑不可，與比例原則不符。因此依據釋字第六六二號解釋意旨，並非只要一罪刑符合易科罰金的法定要件，即應保留易科罰金的機會，方才符合比例原則。

## 2、 既需要受自由刑矯治又不需要受自由刑矯治？

反觀在數罪兼有得易科罰金和不得易科罰金的罪刑時，雖然有可以易科罰金的罪刑，表示受判決人在某一個或某幾個罪中，被認定為不以受自由刑的矯治為必要，但是出現其他不得易科罰金的罪刑，顯示受判決人以受自由刑的矯治為必要時，難道應該理解為：受判決人既需要受自由刑矯治，同時卻又未必需要受自由刑矯治？或者受刑人犯某些罪，需要受自由刑矯治，犯某些罪則不需要受自由刑矯治？

以本件聲請原因案件為例，在立法者認為犯槍砲彈藥刀械管制條例的罪，非受自由刑矯治，不能發生矯治效果的情況下，如果因為所犯恐嚇罪受宣告六個月以下有期徒刑，符合易科罰金的條件，即認為可單獨易科罰金，是否應該認為受判決人就恐嚇罪，無庸執行自由刑，即有矯治效果，將來不會再犯恐嚇罪，但對於寄藏槍枝罪，則非執行自由刑不可，縱使僅執行三個月自由刑，也才比較能保證將來不再犯寄藏槍枝罪？

### 3、 宣告短期自由刑的意義

一罪宣告六月以下有期徒刑，具有兩種意義：受判決人的行為不法與罪責，不必受超過六個月的自由刑；在現行刑法第四十一條的意義之下，受判決人原則上可以易科罰金或易服社會勞動，不必執行自由刑，即有矯治效果。如果所觸犯的是立法政策上不准許易科罰金的罪，宣告六月以下有期徒刑，在九十八年修正之前（九十八年一月二十一日修正公布），只具有第一種意義。但是增訂得易服社會勞動服務這種易刑處分之後，對於不得易科罰金的重罪，宣告六月以下有期徒刑，也具有第二種意義。在本件聲請中，第一種意義不是處理的對象，需要討論的是第二種意義。也就是無論是否屬於立法政策不准許易科罰金的犯罪類型，只要宣告六月以下短期自由刑，表示均不以執行自由刑為必要。

### 4、 不可能認定就特定罪名不需服自由刑

究竟哪一種刑罰或如何服刑方才能有效矯治，在個別犯罪的定罪量刑時，所觸犯的罪名的確是重要的依據，例如暴力犯罪，量刑時，法官的確需要考慮受判決人是否有強盜



罪、性犯罪或其他暴力犯罪的再犯之虞；或者例如竊盜罪、醉態駕車罪，法官量刑時，也需要考慮受判決人是否有再犯竊盜罪、醉態駕車罪之虞。但是不可能因此將法官量刑解讀為：只是斟酌某特定罪名的再犯可能性。任何量刑，都同時而且一定考慮受判決人一般性的再犯可能，也就是針對受判決人是否有犯罪的社會危險性格，決定有何種矯治需求，不可能只期待受判決人不再為特定犯罪行為，而不問是否可能再度實施其他犯罪行為。

## 5、 數罪併罰定執行刑的意義

尤其在數罪併罰必須定執行刑時，對於受判決人應該接受何種刑罰，如何進行處遇，方能發揮矯治的效果，更是需要進行綜合性評估。

數罪當中，所宣告的個別罪刑，均符合易科罰金要件時，定執行刑時所定刑期，縱使超過六月有期徒刑，未必表示受判決人均需服自由刑，方能發生矯治效果。因為在所犯數罪均屬得易科罰金的輕罪，而個別均受少於六月有期徒刑的宣告時，確實可能存在受判決人不需要使用自由刑進行矯治的情形，釋字第六六二號解釋所涉及的原因案件，以及本席於該號解釋協同意見書所舉案例，<sup>2</sup>均足以證明。因此如果一律排除檢察官及法官裁量的機會，而使受判決人不得易科

---

<sup>2</sup>許玉秀，釋字第六六二號解釋協同意見書，註9所列舉的臺灣臺北地方法院93年度訴字第1410號刑事判決：行為人虛設行號漏開發票，犯稅捐稽徵法第四十七條、第四十一條逃漏稅捐罪，致罪，每罪處有期徒刑三月，各罪均得易科罰金，合併處執行刑二年。臺灣彰化地方法院94年度訴字第1653號刑事判決：行為人利用開具不實診斷證明書行為，收取賄賂，犯刑法第216條、第215條行使業務登載不實文書罪（檢察官原起訴貪污治罪條例收賄罪，但之後法律修正，行為人已不具公務員資格），拾罪，每罪處有期徒刑六月，各罪均得易科罰金，合併處執行刑四年二月。

罰金，會導致過度處罰，也會導致未合理為差別待遇的不平等。

但有一罪不得易科罰金時，尤其是宣告超過六月有期徒刑時，受判決人已經遭評估為有受自由刑矯治的必要，縱使他罪受宣告六月以下有期徒刑，該六月以下有期徒刑的宣告，只剩下一個可能的意義：受判決人的行為不法與罪責，不必服超過六個月的自由刑。雖然受宣告六月以下有期徒刑的罪，符合易科罰金的條件，但已經不能證明受判決人無受自由刑矯治的必要，因為得易科罰金的罪刑，既不能表示受判決人就該受宣告六月以下的特定犯罪行為繳納罰金，即可能發生矯治效果，而可能不會再犯該特定犯罪行為，也不能證明受判決人只要予以薄懲，即能獲得警惕，理應無一般再犯可能性。

## **6、 有實現刑罰權、矯治犯罪的積極目的，避免短期自由刑流弊的消極目的不存在**

換言之，受判決人非施以自由刑，不能矯治，否則難免有再犯可能的判決，已經將在他罪受判決人社會危險性較低的假設推翻。而既然已經必須施以較長期的自由刑，方能產生矯治犯罪的效果，避免短期自由刑流弊的消極目的已經不存在；反之，對受判決人施以自由刑，目的自然在於實現刑罰權、有效地矯治犯罪。釋字第一四四號解釋在這個論據基礎之上，因而在憲法上具有目的正當性。

### **(二) 必要的三重評價而非過度的雙重評價**

究竟犯有數罪的受判決人是否有執行自由刑的必要，並非僅僅於作成判決時由法院予以考量，負責執行刑罰的檢察

官，在執行時仍有審酌受判決人的具體情況，而決定執行何種刑罰的權限。易科罰金與否，屬於執行事項，於執行時審酌執行的必要性與可能性，實屬必要。在得易科罰金的案例，如果檢察官不准許易科罰金，接到受判決人抗告的法官，也還有再次審酌是否准許易科罰金的權限。僅僅在單一犯罪，執行事項的審酌，已經可能有三次。

至於數罪合併處罰定執行刑時，更應審酌受判決人應受矯治的程度。定執行刑的意義，如本席於釋字第六六二號解釋協同意見書所言，具有責罰相當與刑罰經濟的意義，刑罰經濟的意義即包含使用有效而不過度耗費的刑罰手段。雖然個別犯罪的個案法官已經有所審酌，而宣告相對應的刑罰，但是對於犯數個罪的被告，只有最後定執行刑的法官有機會進行全盤的診斷，就犯數罪的情形，以自由刑的宣告為例，應該審酌是否執行宣告刑的總和、執行最重的宣告刑即可，或在宣告刑的總和與最重的宣告刑當中，選擇一個刑度定執行刑。所以在數罪而得易科罰金的情形，對於矯治手段的審酌，也是至少有三次。

每一次的審酌都有必要性，而且每一次的審酌，並不是針對相同的事實。如果事實相同，結論不會不同，例如執行檢察官准許易科罰金，可能因為沒有發現任何宣告刑罰的法官所沒有發現的新事實，或是對事實作相同的解讀，如果有不同的決定，必須因為審酌了不同的事實，或對事實作不同的評價。聲請意旨認為在定執行刑時，不必審酌受刑人的矯治需求（惡性），顯然沒有立論依據，因此所提出來的質疑，不能證明釋字第一四四號解釋違反比例原則。

### (三) 沒有對受判決人更不利

#### 1、 何謂不得使受判決人處於更不利的地位？

聲請意旨認為依據釋字第六六二號解釋意旨，所犯的罪既然已經符合易科罰金的條件，因為與其他不符合易科罰金條件的罪刑合併定執行刑，而不得易科罰金，是使受判決人，因為定執行刑的制度，而處於更不利的地位，違反釋字第六六二號解釋意旨，因此違反比例原則。

首先，釋字第六六二號解釋所謂不能因定執行刑的制度，而使受判決人處於更不利的地位，有兩個理解重點：(1) 定執行刑可能定出小於或等於數宣告刑總和的刑，不管刑的種類是否相同，因此所定的刑，如果不超出數宣告刑總和，就沒有使受判決人處於更不利的地位；(2) 當數罪均屬於得易科罰金的罪，所宣告的刑也符合易科罰金的條件時，如果因為定執行刑超過六個月，而必須執行自由刑，使得原本得易科罰金的罪刑，均變成不得易科罰金，是使受判決人處於更不利的地位。換言之，受判決人所受的不利益，是全面失去易科罰金的機會。

#### 2、 「所定的執行刑未逾數宣告刑總和」不是判準

第一個意義，對於本案並不重要，因為依據第一個意義，當數罪均屬於得易科罰金的罪，所宣告的刑也符合易科罰金的條件時，如果因為定執行刑超過六個月，而必須執行自由刑，也沒有使受判決人處於更不利的地位，因為所定的執行刑沒有超過數宣告刑總和<sup>3</sup>，這顯然不是釋字第六六二號解釋所質疑的問題。在本件聲請的情況，縱使得易科罰金的

<sup>3</sup> 釋字第 366 號解釋的反對意見，即持此種看法。

罪刑，和不得易科罰金的罪刑，合併定執行刑，也不會超過數宣告刑總和，當然也不會與第一個意義抵觸。

### 3、 易科罰金的選擇權不是絕對的權利

與本件聲請有關的爭點，在於所解讀的第二個意義。對於該第二個意義的解讀，不能只看到個別犯罪所宣告的罪刑，符合易科罰金的要件，定執行刑之後，產生不得易科罰金的效果；同時必須注意定執行刑的數罪刑，必須都屬於得易科罰金的罪刑。聲請意旨及不同意見之所以認為釋字第一四四號解釋意旨與釋字第六六二號解釋意旨不符，顯然僅片面針對個別犯罪准許易科罰金，而後產生不得易科罰金的效果，即認為受判決人因定執行刑而受不利對待。

但是釋字第六六二號解釋的適用對象，是數罪均得易科罰金的情形，而不是任何得易科罰金的罪，均應獲得易科罰金的保障。之所以應該如此理解，因為易科罰金與否，屬於刑應如何執行的問題，有執行職權的檢察官仍有斟酌權限，縱使受判決人不服檢察官的執行處分，法官也還有再次審酌是否准許易科罰金的權限，易科罰金不是受判決人絕對的權利。認為一旦所宣告的罪刑，符合易科罰金的條件，即應准許易科罰金，無異於將得易科罰金的宣告，視為受判決人絕對的權利。此種認知，不是易科罰金制度的本旨，也不是釋字第六六二號解釋的本旨。

### 4、 未選擇較嚴厲的手段

當所宣告的數罪刑均得易科罰金時，表示受判決人在每個罪刑當中，均被診斷為不是非服自由刑不可，僅受罰金的處罰，亦可產生矯治效果，因此可以選擇科處罰金，以代替

施以自由刑，而不是必須選擇較嚴厲的自由刑，作為處遇的手段。換言之，在釋字第六六二號解釋的脈絡之下，所宣告的數罪刑均得易科罰金時，仍存在以罰金代替自由刑矯治受判決人的可能性，縱使定執行刑超過六個月，也不能證明自由刑是必要的刑罰手段，法律（即當時有效的刑法第四十一條<sup>4</sup>）竟排除其他選擇，要求只能執行自由刑，顯然不是選擇必要而限制人民權利最小的手段。

反觀在數罪兼有得易科罰金和不得易科罰金的罪刑時，受判決人已經診斷為有執行較長期自由刑的必要，亦即不存在以罰金代替自由刑矯治的可能。這種診斷並非只是針對個別特定犯罪類型的診斷，而是包括對於受判決人一般再犯可能性的評估。既然評估結論是自由刑對於受判決人，已經是必要的刑罰手段，則所宣告的他罪刑，縱使符合易科罰金的要件，關於受判決人不是非服自由刑不可，對受判決人科處罰金，也能發生矯治效果的假設，即不可能存在。甚至針對得易科罰金的特定罪名，亦不可能獲得受判決人只要科處罰金，即不至於再犯的結論。因此而認為易科罰金避免執行短期自由刑的流弊既然不存在，而不准許局部易科罰金，並不是在有可選擇較輕的執行手段時，竟選擇較嚴厲的執行手段。就這一點而言，釋字第一四四號解釋可通過狹義比例原則的審查，尚難指摘為違反比例原則。

## 5、 定執行刑制度不在使受判決人獲得更有利的地位

聲請意旨爭執的是，受判決人應該有局部得易科罰金的

---

<sup>4</sup> 94年2月2日修正公布的刑法第41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。（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）」

機會，如果局部得易科罰金，則定執行刑之後，扣除原宣告刑，可以服較少的自由刑，也就是可以受較輕微的處罰。但是這種主張所顯示的理由，非但不是「定執行刑制度不能使犯罪行為人受更不利的對待」，甚至是「定執行刑制度必須保證犯罪行為人獲得更有利的對待」。

以本件聲請原因案件個案為例，被告分別受 5 年 6 月、2 月有期徒刑的宣告，合併定執行刑 5 年 6 月，如果認為 2 個月罰金不問已經繳納與否，應該扣除 2 個月有期徒刑，豈不是原來的另一罪（原來受宣告 5 年 6 月有期徒刑的罪）反而因為定執行刑，而減為只有 5 年 4 個月？假設定執行刑 5 年 6 月，確實由一罪為 5 年 4 個月，以及另一罪維持 2 個月有期徒刑，相加而成，則法官是否應該交代為何因為多犯一個罪，使得重罪減輕，而輕罪不減？假設所定 5 年 6 月有期徒刑，是放棄對 2 個月有期徒刑的執行，因為認為執行重罪的 5 年 6 月有期徒刑，即足以生矯治成效，是否多執行 2 個月有期徒刑，並無影響，則如果因為宣告 2 個月有期徒刑得易科罰金，而准許扣除 2 個月有期徒刑，與個案定執行刑本旨顯然不符。

正因為定執行刑時，存在各種可能的量刑理由，而通常不會出現在判決理由中<sup>5</sup>，除非所定執行刑為各宣告刑的總

<sup>5</sup> 例如：臺灣士林地方法院 99 年度聲字第 989 號刑事裁定

聲請人 臺灣士林地方法院檢察署檢察官

受刑人

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（99 年度執聲字第 680 號），本院裁定如下：

主 文

因附表等三十四罪，所處如附表所示之刑，有期徒刑部分應執行有期徒刑壹年，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

理 由

一、聲請意旨略以：受刑人賴彥宇因犯附表等三十四罪，先後經法院判處如附表所示之刑，並均確定在案，爰聲請定其應執行之刑等語。

和，否則逕行准許扣除得易科罰金的宣告刑，必然導致受判決人獲得與定執行刑意旨不相符合的利益。定執行刑的效果，會使受判決人獲得等於或小於各宣告刑總和的刑罰，如果所定執行刑小於各宣告刑總和，目的不在於使受判決人獲得利益，而是追求刑罰經濟，如果著眼於從使受判決人獲得較有利的法律地位，則會得出多犯一個罪，刑罰反會減輕，導致犯罪愈多愈划算的乖謬結論。則定執行刑制度，反而正好不能實現刑罰權，而變成鼓勵犯罪的制度。

## 6、 比例計算欠缺法律依據

不同意見認為刑事實務上，逕行扣除得易科罰金的宣告刑固然不妥，但仍可依據比例計算，扣除相當的刑期。

但是一方面如前所述（上述 5），個別犯罪在所定執行刑中的比例，可以是 0，也可以是平均或不平均計算，其中的多種可能性無從推算，自然也無從確定應如何依比例計算。此所以不同種類的宣告刑，除了可以相容的種類之外，

---

二、按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一、二項原分別規定：「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，是依上開規定，行為人因犯數罪，所受數個宣告刑均得易科罰金，惟所定應執行刑則逾六個月者，原不得易科罰金，然嗣後上引第四十一條第二項規定業經司法院大法官會議以釋字第六六二號解釋宣告違憲而失效，立法院據此將上開第四十一條第二項規定移列至同條第八項，並修正為「第一項至第四項及第七項之規定，於數罪併罰之數罪均得易科罰金或易服社會勞動，其應執行之刑逾六月者，亦適用之」，於九十八年十二月三十日由總統公布施行（同條第一項並未再修正），準此，本件受刑人雖受數個得易科罰金之宣告刑，且所定應執行刑已逾六個月，依現行刑法第四十一條第八項規定，仍得易科罰金，應先敘明（因舊法規定係違憲失效之故，不生比較新舊法之問題）。

三、再按，數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第五十一條規定，定其應執行刑，刑法第五十三條定有明文。查受刑人因犯附表等三十四罪，先後經法院判處如附表所示之刑，並均分別確定在案等情，有如附表所示之裁判書影本及臺灣高等法院被告前案紀錄表各一份在卷可稽，經核該三十四罪亦均符合刑法第五十一條有關數罪併罰之規定，是故，檢察官聲請定其應執行刑，洵屬正當，應予准許，爰裁定如主文。

據上論斷，應依刑事訴訟法第四百七十七條第一項，刑法第五十三條、第五十一條第五款、第四十一條第一項前段，裁定如主文。



例如自由刑之間、自由刑與生命刑，刑法第五十一條採取合併執行的執行政策（刑法第五十一條第二款、第四款、第五款參照）。

同樣以以本件聲請原因案件為例，5年6月加計2月，總共68月，如果定執行刑為66月。所執行的每1個月，實際上只有66/68月。但是66月的分配可能是(1)64+2=66，可能是(2)66+0=66。如何依比例計算，才算是合理？

### 7、 定執行刑較高得易科罰金，定執行刑較低反而均不得易科罰金，有欠公允？

聲請意旨認為，如果數罪刑均得易科罰金，所定執行刑較高，而數罪刑兼含得易科罰金與不得易科罰金的情形，所定執行刑較低，卻因釋字第三六六號、第六六二號解釋及釋字第一四四號解釋，而前者得易科罰金，後者不得易科罰金，有欠公允。

這個公允與否的比較，顯然落入形式。假設犯二十個普通毀損罪，均得易科罰金，犯兩罪，均屬不得易科罰金的重罪，可以質疑犯二十個罪的人，怎麼比犯兩個罪的人受較好的待遇嗎？問題癥結不在於單純比較定執行刑的高低，而在於形成定執行刑高低反差的原因，如果所提出的解決方案，是對症下藥，才有比較的意義。

以本協同意見書註二所舉個案為例，虛設行號漏開發票及開具不實診斷證明書，因為犯罪行為的特性，被告的犯行如果認定為數罪，即可認定高達九罪與十罪，併合處罰所定執行刑因而不可能太低，但是並不能因此證明被告的社會危險性格較高，需要較嚴厲的矯治措施。而例如懲治走私條例

第二條第一項規定：「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處七年以下有期徒刑。」不符合易科罰金的輕罪要件，但是因為走私情節差異甚大，法院實務經常判六月以下有期徒刑<sup>6</sup>，即可能出現不得易科罰金的罪宣告輕刑的現象。但是問題在於，為什麼重罪的法定最高與最低刑度差異如此懸殊？不得易科罰金的罪為什麼只判三個月？如果是屬於犯罪構成要件規範是否需要檢討的問題，可能是重罪法定刑度設計不當，則應該檢討法定刑的設計，不是准予易科罰金與否，所能代勞解決。而如果避免短期自由刑的流弊是重要的，則是否應該放寬易科罰金的適用條件？如果易科罰金的限制不合理，也不能藉由法律不允許的易科罰金尋求解套，例如在刑法第四十一條第三項以下創造允許易服社會勞動的立法政策，才是解決之道。以聲請書所主張允許易科罰金的方法處理，不但衝擊定執行刑制度，也不符合刑事矯治政策需求。

### 三、 審查平等原則

聲請意旨舉數罪併罰中一罪先行確定，並已執行完畢的情形為例，質疑釋字第一四四號解釋促使操弄上訴制度，造成違反平等原則的後果。

#### (一) 沒有所謂操弄上訴的問題

當被告針對不得易科罰金的罪刑提起上訴，針對得易科罰金的罪刑捨棄上訴，該未上訴的得易科罰金罪刑部分，先行確定、先行執行，則不得易科罰金的罪刑確定定執行刑之後，如必須扣減已經執行的部分。聲請意旨認為懂得利用上

<sup>6</sup> 例如，台灣基隆地方法院 99 年度訴字第 295 號、98 年度基簡字第 3 號刑事判決。後者並同時諭知 2 年緩刑。

訴制度的被告，因此可以操弄法律規定，達成個人私利，不懂利用上訴制度的被告即承受不利益。

## 1、 現行刑事實務不願意遵守法律規定

針對被告操作上訴的上開指摘，不僅不能作為推翻釋字第一四四號解釋的理由，且恰好證明真正的問題，不在於釋字第一四四號解釋或院字第二七〇二號解釋，而在於檢察官與法院實際上均不願切實遵守法律規定。

從執行實務來看，如果一次合併定執行刑，一次執行，就沒有上訴、不上訴影響執行的問題。問題在於檢察官與法院已經採取「原得易科罰金的情形，就應該准許易科罰金」的立場，才會有上述被告可以利用一罪上訴，他罪捨棄上訴的方式，進行得利。否則，如果檢察官與法院知悉有數罪而須併罰，其中一罪有不得易科罰金，而必須執行自由刑的情形，即不許局部易科罰金，不論是限制上訴的規定或被告放棄上訴，或檢察官的一部上訴，都不會導致不公平。

## 2、 部分案件是否先行確定，非僅取決於被告是否上訴

部分案件是否先行確定，並非完全取決於被告是否上訴，如下表所示，部分案件是否先行確定，可能取決於部分罪刑得否上訴，或檢察官是否提起上訴，因此被告是否上訴，並非部分案件先行確定而得易科罰金，以致於之後合併定執行刑時，可以直接減免的主要原因。

	A、B 罪同時判決	A 罪(得易科罰金)	B 罪(不得易科罰金)	確定情形	現行實務：A 罪許可易科罰金	A、B 屬數罪併罰，即不得易科罰金
1.	檢察官	不上訴	不上訴	均導致：A 罪先確定	一罪上訴，一罪不上訴，致	沒有所謂的不公平情形
	被告	不上訴	上訴			

2.	檢察官	不上訴	上訴	而B罪後確定	部分罪先行確定，並可易科罰金，之後直接扣減，才是不公平。
	被告	不上訴	不上訴		
3.	檢察官	(不得上訴)	(不)上訴		
	被告	(不得上訴)	上訴		

### 3、 上訴與否乃屬被告權利，何謂濫行上訴？

上訴與否，是刑事訴訟法所保障的被告權利，被告是否行使，以及如何行使，屬於被告的權利領域，不能僅僅因為實務運作上有所不便，就認為被告操作上訴，濫用上訴權利。畢竟，數罪併罰合併定執行刑，目的不在讓被告獲得好處或獲得減刑。被告選擇放棄上訴，可能是認為先進監獄執行，還可以提早假釋，或者認為耗費許多金錢纏訟，不能開始自己的人生，實在不划算，因此放棄上訴，實難指責為濫行上訴。

如果可以指摘被告利用上訴規避法律，那麼檢察官可以規避法律的情況更嚴重。例如在刑事訴訟程序，最為常見的是同一被告涉嫌犯有牽連數罪，檢察官對於其中一罪起訴，他罪尚未上訴，檢察官就已經起訴但有牽連的一罪，還是具有偵查權限，可以進行強制處分，或者是其他偵查行為，甚而再傳（提）訊被告或傳訊證人預先準備法庭工作等。難道檢察官利用起訴權即屬正當，被告利用上訴權，以追求對自己最有利的結果，即是濫行上訴？

### 4、 因上訴制度而更改數罪併罰或牽連管轄的制度？

如果因為防止人民上訴，就更改易科罰金制度，那麼難道要因為可能有檢察官濫用起訴權，就該改變數罪併罰或牽連管轄的制度嗎？例如在民事關於連帶債務的部分，依據民

法第二百七十三條規定，債權人可以同時或先後，選擇起訴全部或一部分的債務人，請求一部或全部的給付<sup>7</sup>，亦即如果債權人對於部分連帶債務人敗訴確定，還是可以再就其他連帶債務人起訴請求給付。如果在先訴中債權人敗訴確定，後訴中債權人卻取得勝訴而可以請求給付（姑不論學說關於先訴判決效力是否及於後訴的爭議），與其他連帶債務的債權人（一次起訴全體連帶債務人）相比較，分別起訴的債權人，可能獲有給付的機會比較大，導致不公平，因此應該改變連帶債務的規定？或者限制債權人必須就全體連帶債務人一併起訴，而不可以同時或先後提出數個訴訟嗎？

## （二）釋字第一四四號解釋的問題不在平等原則

由於刑法第五十四條規定，僅赦免這個事由，方能改變數罪併罰合併定執行刑的原則。縱使數罪一部確定、一部先行執行，在定執行刑時，已執行的刑仍能復活，因而不會產生聲請書所質疑的不平等。

除此之外，如果宣告刑的高低，必須實質反映受判決人的矯治需求，與數罪刑均得易科罰金的情形相比，數罪兼含不得與得易科罰金的罪刑時，受判決人已經遭診斷為實質上有接受自由刑矯治的必要，這是兩種情形的根本差異，釋字第一四四號解釋得出與釋字第六六二號解釋不同的結論，顯然具備給予差別待遇的正當理由，與平等原則無違。

## 四、應該籲請立法者通盤檢討定執行刑及量刑政策

### （一）多數意見為德不卒

---

<sup>7</sup> 最高法院 23 年抗字第 572 號判例、71 年台抗字第 111 號民事裁定、95 年度台上字第 1502 號民事判決參照。

多數意見僅僅表示釋字第一四四號解釋無需變更，於理由書附帶提及未援引憲法原則，沒有限制立法者作成不同的決定。然而縱使立法者明白規定，不得易科罰金的罪刑及得易科罰金的罪刑合併定執行刑時，得易科罰金的罪刑得准許易科罰金，如果各罪在所定執行刑中的比例關係如何，無從確定，執行機關仍舊不知如何執行。例如民國九十八年一月二十一日增訂的刑法第四十一條第三項，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。」以聲請書所舉不得易科罰金的罪，受宣告三月有期徒刑，得易科罰金的罪，受宣告六月有期徒刑的實例而言，釋字第一四四號解釋已經不適用，不得易科罰金的三個月有期徒刑，根據刑法第四十一條第三項得易服社會勞動，無論兩個罪如何定執行刑，都必須分別執行，因為不同易刑處分所產生的不同刑罰種類，無從比例計算。

單純宣告釋字第一四四號解釋不違憲、無庸變更，指明立法者在合乎憲法原則之下，有形成自由，並不能真正解決問題。如能進一步要求「立法機關考量刑事政策之發展，衡酌現行刑法上易刑處分、量刑之目的與數罪併罰定執行刑制度之本旨，以及數罪中裁判確定與執行時間不同所產生之影響，檢討得易科罰金與不得易科罰金之罪併合處罰時之執行方式，為符合憲法意旨之裁量。」本號解釋才算完整解決原因案件所呈現的規範問題。

## **(二) 國家行刑權消滅不可回復：應修正刑法第五十四條規定**

一罪先行確定，並先予以執行，在實務運作上，很難避

免，重要的是，所產生的問題，必須合理地解決。

定執行刑，應該以國家行刑權存在為前提，國家行刑權如果已經不存在，沒有定執行刑的必要。而刑罰如果已經執行完畢，國家如何能主張行刑權依舊存在？這個問題同時也是釋字第六六二號解釋，會造成不平等的原因。只是釋字第六六二號解釋用准許易科罰金的方式，即可排除不平等。因為每一罪的宣告刑均可易科罰金，不管是否部分確定且執行完畢，剩下刑期還是准予易科罰金，不會受影響。但是在數罪兼含得易科與不得易科罰金的罪刑時，縱使准許局部易科罰金，仍不能解決如何比例執行的問題。

根據刑法第五十四條規定：「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。」赦免是行刑權不行使，刑已經執行的情形，是行刑權已經執行完畢，不能再行使，否則即造成重複處罰，而違反比例原則。不管是國家主動放棄行刑權，或行刑權已經執行完畢，行刑權都不能再度行使。因此，應該將這兩種情形設定為數罪合併定執行刑的外部界限。

已經執行的刑罰，既然不會復活合併定執行刑，自然不會有如何比例執行的問題。試以下列圖表說明：

以本件聲請案原因案件為例，甲犯恐嚇罪獲判2月有期徒刑（A罪，原得易科罰金），寄藏槍枝罪獲判5年6月有期徒刑（B罪，不得易科罰金），併合處罰：

問題	現行實務：合併定應執行刑，並扣減已執行部分（台灣高院98抗173	比較：現行第54條「受赦免」	建議第54條增列：已執行完畢受赦免與已
----	----------------------------------	----------------	---------------------

	裁定參照)		執行,國家行刑權均已消滅!
B罪先確定,並已執行完畢,之後A罪確定	(1)定5年6月,毋須再執行。 若否認釋字144,且認為所定應執行刑包含A罪2月,而A罪2月又得易科罰金,受刑人可否主張:A罪2月本得易科罰金,卻遭受執行,請求冤賠? (2)定5年7月或5年8月,扣減已執行的5年6月,僅執行1或2月: 短期自由刑? 准予易科罰金? (法律依據)	若B罪受赦免,A罪依宣告刑2月有期徒刑執行得易科罰金。	毋須合併定應執行刑,A罪依宣告刑2月有期徒刑執行得易科罰金。
A罪先確定,並已執行完畢(准予易科罰金),之後B罪確定	定5年6月至5年8月,執行5年4月至5年6月。 依釋字144意旨:應執行5年6月至5年8月,已執行2月,退還罰金。	若A罪受赦免,B罪依宣告刑5年6月有期徒刑執行。	毋須合併定應執行刑,B罪依宣告刑5年6月有期徒刑執行。

例如刑法第五十四條可以如此規定：數罪併罰，已經處斷，如各罪中有受赦免或已執行完畢者，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。

### (三) 考慮易科罰金制度的變革

修正刑法第五十四條，還不能解決不平等的問題。只是替目前部分刑事實務的作法，提供符合憲法原則的法律依據。真正應該考慮的是，對於不同種類的刑罰，如何定執行



刑的問題。

### 1、 不准易科罰金即屬質變？

不同意見認為原宣告罪刑既然符合易科罰金要件，因定執行刑而變成不得易科罰金，產生質變，非憲法所許。究竟產生質變，違反何種憲法原則，雖然還有待討論。但是有沒有產生質變必須先確定。不同意見之所以認為釋字第一四四號解釋，造成刑罰執行的質變，因為將易科罰金當作罰金刑。但得易科罰金的罪刑，原本是自由刑，如果不能繳納罰金，或有其他不能執行罰金的理由，還應該回復執行自由刑，有何質變可言？

### 2、 改變罰金制度

如果有得易科罰金，應儘量執行罰金刑的法感，潛意識當中，應該是希望多採用罰金刑，則根本解決之道，應該是放棄易科罰金的制度，改採可以擴大使用的罰金刑，例如法務部曾經研議已久的日額罰金制，或者是擴大易服社會勞動的適用範圍。如果立法者已經可以放棄對於易刑處分的罪名限制，例如易服社會勞動，不受刑法第四十一條第一項的輕罪限制，那麼只要對於罰金的限制取消，或改採另外一種罰金制度，所有在本號解釋所呈現的問題，都可以獲得解決。

### (四) 建立新的量刑制度

本件聲請中，多數意見與不同意見的爭執的基本歧異，在於對於定執行刑制度的理解。

#### 1、 量刑的最終目的：有效改善犯罪人

定執行刑制度當然屬於量刑制度的一環。不管是單一罪

的量刑或數罪定執行刑，都必須考量責罰相當與刑罰經濟，而這兩種考量的根本目的，都是在於對犯罪人進行最有效的矯治。如果不能嚴肅對待量刑結論，認為量刑只是在最高與最低之間，先打對折，再往上調一點，或往下調一點，或者依據審判習慣採七、八、九折的加減計算方式，自然難免認為有准許易科罰金的宣告，就准許易科罰金，縱使犯數罪，不必在意犯罪人的整體危險性格。但是如果嚴肅看待量刑程序與量刑結論，而認為量刑在於真正決定一個適合改善犯罪人的刑罰種類和刑罰高度，則釋字第六六二號解釋認為九十四年二月二日修正公布的刑法第四十一條第二項規定違憲，以及本號解釋認為釋字第一四四號解釋不違反比例原則，即有堅強的憲法依據。否則，如果從減輕監獄的收容壓力、添補國家的財政收入來看，應該完全取消易科罰金的輕罪限制，或者接受本號解釋的不同意見。

## 2、 量刑程序獨立

如果要確實建立一個符合責罰相當，又能切實有效矯治犯罪人的量刑制度，現行刑法第五十七條對於量刑條件的言簡意賅，已然不敷使用，甚至法制政策上，討論良久而嘗試建立的量刑準據<sup>8</sup>，也還不夠。

至今我國、甚至大部分國家的刑事法官，所受的訓練，主要是對於確定犯罪的邏輯訓練，也就是法律規範對犯罪事實的涵攝，以及對於證據法則的運用。但是決定犯罪人適合使用哪一種矯治手段，所需要的知識，除了法律之外，至少還應該包括社會學、心理學、精神醫學等等。量刑這個程序，

---

<sup>8</sup>見司法院 97 年頒佈的智慧財產案件量刑參考要點、智慧財產案件量刑因子表。司法院刑事廳並於 97 年 7 月 14 日進行諮商會議。

實在需要另一種專業的人操作。就如同羈押程序的法官，應該不同於審理犯罪的法官一樣，量刑的法官，也應該不同於審理犯罪的法官。

只有一個獨立的量刑程序<sup>9</sup>，才可能詳細交代量刑的理

<sup>9</sup> 在美國聯邦及部分州審判系統，論罪與科刑係屬二個獨立的程序，在陪審團確定被告犯罪之後，法官會進行科刑程序 (sentencing trial)，由法官另舉行一個聽審。在聽審之前，對於重罪還會先進行判刑前的調查，調查被告的前科、學歷、家庭狀況、身心健康情形、工作紀錄、社會關係，以及其他與科刑相關的因素，使法官得以從法律規定的刑罰與刑度中，裁判適當的刑罰。在該聽審期日中，出庭的檢察官、被告、被害人，得傳喚證人並聲請調查與量刑有關的事項。在舉行辯論之後，由法院綜合判斷前述證據與辯論，以及量刑的因素 (一般而言，依據 18 U.S.C. 3553 (a)，量刑應具體考量下列等因素：被告犯行的本質與情況、被告的成長與品性、反應犯行的重要性、促使尊敬法律、足以提供對於犯行公正的處罰、對犯罪行為具有適度的威嚇 (威攝) 可保護公眾免遭被告的更多犯罪、以有效的方式提供被告所需的教育或職業訓練、醫療照護或其他合理的處分、刑罰的種類，以及量刑委員會的量刑準則建議等)，裁判刑罰與刑度。一般而言，判刑屬於法官的職權，但有的州規定僅能由陪審團決定是否科處死刑。另外，聯邦與部分州有量刑準則 (sentencing guidelines)，引領法官決定適度的刑罰，並使刑罰一致 (關於量刑的政策問題，美國聯邦政府依據聯邦法律 28 U.S.C. 991 規定，設置獨立的量刑委員會 (成員八人，由總統諮詢法官、檢察官、辯護律師、司法執行機關、資深公民、被害人及其他相關人等代表，向參議院提名七名委員。其中不得超過三位法官，亦不得有四位委員具有同一政黨背景。另外檢察總長或檢察總長指定人為當然委員)，旨在建立量刑政策以及一致聯邦刑事審判系統的實務，以確保法律 (18 U.S.C. 3553 (a) (2)) 規定的刑罰目的可以實現、避免量刑失衡、反應與刑事審判程序相關的人類行為知識，並發展有益於量刑、處罰與矯正實務的衡量方法等)。

見 See Dean J. Champion, *Sentencing: a reference handbook*, 2007, pp.24-30; 中文文獻，見王兆鵬，*美國刑事訴訟制度簡介*，收錄於 *美國刑事訴訟法*，初版，2004.09，頁 19。

關於死刑的量刑，依據聯邦最高法院的要求 (Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976); McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 279, 303 (1987))：(1)審判程序必須區分論罪及量刑二階段，使陪審團行使量刑裁量時，有客觀標準可資遵循、不受無關因素的干擾，並確保陪審團是基於特定的加重因素才量處死刑，被告有權利提出其他減輕因素供陪審團考量。(2)法院量處死刑前，必須考量被告個人犯罪情節、習性及前科，以確保量刑裁量權的行使，受明確而客觀的標準拘束。(3)確保被告上訴權利，使死刑判決可獲得上級法院審查是否基於恣意、任性的量刑程序而作成，例如出於偏見、缺乏加重刑度的證據或不符合為惡性的比例等。此外，並要求法院或陪審團有義務，說明量刑理由 (Ring v. Arizona, 536 U.S. 584 (2002))。

另外，雖屬學說建議，但甚值得參考。麻州 (Massachusetts) 研擬恢復死刑的十大前提要件第四點：論罪與量刑分離程序；被告應有權選擇讓不同的陪審團審理：被告在論罪程序中，如行使憲法保護的防禦權，主張無罪，卻遭陪審團認定有罪而進入量刑程序，由於被告先前不認罪的態度，會減損陪審團對被告陳述的可信度，及有無悔改可能，此時被告主動認罪也無益，被量處極刑為必然結果。為避免被告與律師的兩難 (不認罪，被告將喪失在量刑階段的減刑機會；若一開始即認罪，被告實際上是出於被迫，憲法上的防禦權受到侵害。)，應該由不同法官、陪審團分別審理論罪、科刑程序。見 J. Hoffmann (ed.), *Governor's council on Capital Punishment*, pp.17-18, available at <http://www.lawlib.state.ma.us/docs/5-3-04Governorsreportcapitalpunishment.pdf> (最後瀏覽：2010年7月13日)

以上資料與整理，部分來自於本院已於第 1358 次會議議決不受理的會台字第 9741 號聲請案聲請書。該聲請書並同時指明有關英格蘭及威爾斯法的狀況 (約略如下)，雖屬無期徒刑的重罪，但仍值得參考：

英國 2003 公布施行的 Criminal Justice Act 2003 第 167 條

([http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga\\_20030044\\_en\\_15#pt12-ch1-pb10-l1g167](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga_20030044_en_15#pt12-ch1-pb10-l1g167)。最後瀏覽：2010年7月13日) 要求政府必須成立專屬的 Sentencing Guidelines Council (量刑準則委員會)，

由，只有詳細交代量刑理由的程序，才會建立一套可供檢驗的量刑正當程序。只有正當程序規範完整的量刑程序，才可能提供有效實現刑罰權及矯治犯罪人的基本保障。國家行使制裁權的正當性，絕對需要建立在一套量刑的正當程序上面。而一套量刑的正當程序，在我國刑事訴訟法正好完全付諸闕如，而亟待建立。

## 肆、對不同意見其他觀點的回應

### 一、准許易科罰金不是有效解決問題的方法

依照聲請書所舉的例子，依照釋字第一四四號解釋，不管是宣告得易科罰金的罪刑或宣告不得易科罰金的罪刑，縱使先行確定、執行，而使刑罰權局部消滅，所執行的自由刑前後相加，都沒有執行短期自由刑的問題。但是如果得易科罰金的罪，因為准許易科罰金，剩下宣告三個月不得易科罰金的罪，因為必須服自由刑，反而落入短期自由刑的流弊當中。這種不得易科罰金而宣告短期自由刑的情形，現行刑法第四十一條第三項，已經透過易服社會勞動的制度解決。引進社會勞動制度的修法行動，正好說明在所宣告罪刑符合易科罰金條件時，堅持准予易科罰金，不是解決問題的方法。

### 二、定執行刑制度的體系正義？

---

整理法令的量刑標準：並建立量刑標準準則。在陪審團宣告有罪之後，承審法官進入量刑程序，以謀殺未遂罪為例：法院必須審酌以下因素，並於判決時具體說明理由：

- (1) 特定罪名的量刑因素：因輕重區分法院量刑起點，並有加重或減輕的量刑範圍。
  - (2) 量刑起點：需考量被告行為的嚴重性，法官並應參考 2003 年 Criminal Justice Act 的 Schedule 21。
  - (3) 量刑範圍：應依據 SGC 所定的特定加重或減輕因素。
  - (4) 一般量刑因素：與所犯罪名無關，為一般性的加重或減輕因素，例如被告事後是否企圖湮滅罪證、被害人人數、犯罪地點、是否處於假釋階段、是否為年紀過輕而有罪責不足。
- 準備處無期徒刑時，要斟酌 Schedule 21 各項量刑因素，並有義務在宣布刑度時，具體、公開指明所選擇的量刑起點及理由，或應採用卻不採用的理由。法官說明義務，強化量刑心證的公開，避免量刑準則徒具形式，並提升上級審審查下級裁判的救濟可能性。

有不同意見主張定執行刑的體系正義，關於更不利或更有利的比較，已於前文（參、二、（三））說明，不贅。關於線性遞增理論使有期徒刑質變為無期徒刑，以致於數有期徒刑合併定執行刑，採限制加重原則的說法，恐有誤會。防止數有期徒刑合併定執行刑質變的規定，在刑法第三十三條。因為刑法第三十三條要求有期徒刑加重不得逾二十年，該規定原本適用於單一宣告刑及數罪定執行刑。反而民國九十四年第十六次修正刑法時，在刑法第五十一條第五款排除二十年的上限，製造了質變的風險。關於犯數罪是否被追訴，可判斷不為犯罪的動機高低，因而影響罪責程度的說法，顯示對於理論本身陌生與反省不足。尤其對於量刑欠缺目的性思考，不同意見對於定執行制度的體系正義含混其詞，以一個相貌不清楚的體系正義作為審查標準，審查結論也是不可靠的。

### 三、既然已經淪落，也就不必給予自新？

有不同意見認為，主張因為受判決人已經必須服自由刑，縱使所宣告的罪刑符合易科罰金要件，亦必須服自由刑，等於認為既已淪落，也就不必給予自新的機會。

這樣的比喻，引喻失義。服自由刑是人身自由受到限制，但從犯罪矯治的立場，這是淪落嗎？還是要幫助犯罪人改過自新，能回歸社會？如果對犯罪人的評估，自由刑是不可替代，是必要的矯治手段，可以解讀為不給犯罪人自新的機會嗎？給予自新的機會，的確是挽救淪落；縱使給予易科罰金，犯罪人還是必須服自由刑，對犯罪人，究竟是單純服自由刑最有利，還是又服自由刑、又繳罰金有利，豈是自新

和淪落可以比擬？更何況自新是絕對有利，是否聲請易科罰金還需尊重犯罪人的選擇。

至於懷疑一律不准許易科罰金，可能增長短期自由刑帶給行為人不成比例的痛苦，而構成非必要的處罰，則顯然無視於定執行刑制度不能呈現各罪量刑比例的困境。如果定執行刑時，已經放棄得易科罰金的短期自由刑，已經沒有刑罰，何來增加短期自由刑的痛苦？如果定執行刑時，已經對各單一罪的刑期減輕合併，例如分別宣告 6 月，1 年 8 月（20 月），5 年 6 月（66 月）有期徒刑，定執行刑 84 月，比例可能為(1) $6 + 20 + \underline{58} = 84$ 、(2) $0 + 20 + \underline{64} = 84$ 、(3) $6 + \underline{12} + 66 = 84$ 、、、。在(1)減輕 8 個月之後，服 6 個月有期徒刑，是增加痛苦嗎？在(2)所謂的短期自由刑似乎已經不見；在(3)似乎也只有減 8 個月的利益。

不同意見的扣除主張，在量刑正當程序沒有建立起來以前，在量刑理由不備的情況下，在欠缺對於犯罪行為人受矯治可能性的評估制度之下，可能只剩下過度討好犯罪行為人、因循刑事實務專業便利，而忘記對犯罪的處遇，還必須符合實現正義的要求，以及積極改善犯罪人的刑罰目的。

#### 四、違反罪刑法定原則、信賴保護原則？

有不同意見認為，釋字第一四四號解釋沒有法律依據，刑法第四十一條第一項明文規定，得易科罰金的範圍，釋字第一四四號解釋卻使本得易科罰金的罪「質變」為不得易科罰金的罪，產生加重處罰效果，逾越刑法第四十一條第一項的範圍，違反罪刑法定原則，以及類推適用禁止等刑法基本原理原則。

釋字第一四四號解釋不是創造另一個易科罰金的門檻，並不是讓易科罰金制度轉彎，而是因為易科罰金的目的已不能實現，已經沒有易科罰金的必要。

依據歷來刑事實務對刑法第四十一條規定的理解，宣告六個月以下的有期徒刑，包括單一犯罪的宣告和數罪定執行刑的宣告，就這個立法意旨而言，數罪兼含得易科和不得易科罰金的罪刑時，定執行刑所宣告的刑必然超過六個月，因而不符合易科罰金的要件。釋字第一四四號解釋當然有法律依據。

釋字第三六六號解釋，依據憲法比例原則，將數罪刑均得易科罰金的情形，排除在第四十一條規定的適用範圍之外，仍然不表示當數罪兼含得易科和不得易科罰金的罪刑時，因而沒有法律明文規定應該如何處理。釋字第三六六號解釋的多數意見，認為數罪兼含得易科和不得易科罰金的罪刑，與數罪刑均得易科罰金的情形不同，而未變更釋字第一四四號解釋，應該解讀為釋字第三六六號解釋，對於當時的第四十一條規定，同時進行了合憲的限縮解釋。縱使立法機關，依據釋字第三六六號解釋，於民國九十年一月十日增訂第二項，還是不能認為法律對於數罪兼含得易科和不得易科罰金罪刑的情形沒有規定。在釋字第一四四號解釋未變更之前，立法者自然認為第一項適用於數罪兼含得易科和不得易科罰金罪刑的情形，是合憲的，而維持原來的立法意旨。

本件聲請因而只有釋字第一四四號解釋對於立法意旨的闡明，是否符合比例原則或平等原則的問題，而沒有是否違背罪刑法定原則的疑慮。真正欠缺法律依據，而違背罪刑

法定原則的，是對於已經確定並執行的罪刑，直接認定為刑罰權已經消滅，而從所定執行刑中直接扣除的實務運作，以及主張比例扣除的意見。

## 五、動搖原判決的實質確定力？

有不同意見主張使原得易科罰金的刑，變成不得易科罰金，導致動搖原判決的實質確定力、拘束力。且法院於宣判得易科罰金罪刑後，被告或因得易科罰金而放棄上訴，判決乃告確定，受判決人對於確定判決已有信賴基礎及信賴表徵，釋字第一四四號解釋，使得易科罰金「質變」為不得易科罰金，有違信賴保護原則。

如果上述所謂動搖原判決實質確定力的主張可以成立，定執行刑制度使所定執行刑取代個別宣告刑，個別宣告刑一經取代即不存，則定執行刑制度，豈不是是在破壞個別判決的實質確定力？如果動搖原判決實質確定力可以成為釋字第一四四號解釋違憲的理由，定執行刑制度，豈不是應該受違憲宣告？

## 六、「刑法第四十一條規定業經修正」不能成為理由

不同意見主張釋字第一四四號解釋所依據的刑法第四十一條已經修正，從以往「因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者」方得易科罰金<sup>10</sup>，修正為最輕本刑五年有期徒刑以下的罪，且獲判六月以下有期徒刑者，原則上

<sup>10</sup> 中華民國 24 年 1 月 1 日修正公布的刑法第 41 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。」90 年 1 月 10 日修正公布的刑法第 41 條第 1 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。」第 2 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」



准予易科罰金，例外方不得易科罰金<sup>11</sup>，同時增訂同條第三項，規定受宣告六月以下有期徒刑（或拘役），如不符前述易科罰金條件者，得易服社會勞動<sup>12</sup>。而依據釋字第一四四號解釋意旨，如有原得易服社會勞動及易科罰金的罪刑，與不得易科罰金的罪刑合併處罰，豈不是均須服自由刑，與易服社會勞動的立法意旨有所不符，足見時空背景已有不同，實有必要檢討變更釋字第一四四號解釋。

釋字第三六六號解釋，不是建立在新的刑法第四十一條，而是建立在舊的刑法第四十一條之上，釋字第六六二號解釋則是建立在釋字第三六六號解釋之上，所以釋字第六六二號解釋，與刑法第四十一條變更與否，根本沒有關係。至於釋字第一四四號解釋也與新舊法沒有關係，不管得易科罰金是原則或例外，檢察官仍然有不准易科的執行裁量權，受判決人對易科罰金的選擇權，仍然不是絕對的權利，因此根據新的或舊刑法第四十一條第一項規定，釋字第一四四號解釋都不至於違憲。倒是在刑法第四十一條第三項，增訂不能易科罰金的重罪，如宣告六月以下有期徒刑，可以易服社會勞動的規定之後，執行機關可以不受釋字第一四四號解釋的拘束，准許易服社會勞動。立法者這個修法行為，雖然仍然應該受憲法拘束，但不受釋字第一四四號解釋所拘束，因為釋字第一四四號解釋並沒有援引憲法原則以為依據。

---

<sup>11</sup> 94年2月2日修正公布的刑法第41條第1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。」第2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。」

<sup>12</sup> 98年1月21日修正公布的刑法第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。」