

抄本

## 司法院 令

發文日期：中華民國 99 年 7 月 16 日

發文字號：院台大二字第 0990016860 號

公布本院大法官議決釋字第六七九號解釋

附釋字第六七九號解釋

院長 賴 英 照

司法院釋字第六七九號解釋

### 解 釋 文

本院院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋與憲法第二十三條尚無牴觸，無變更之必要。

### 解釋理由書

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，如未逾越必要之程度者，即與憲法第二十三條規定之比例原則無違。易科罰金制度係將原屬自由刑之刑期，於為達成防止短期自由刑之流弊，並藉以緩和自由刑之嚴厲性時，得在一定法定要件下，更易為罰金刑之執行。而數罪併罰合併定應執行刑，旨在綜合斟酌犯罪行為之不法與罪責程度，及對犯罪行為人施以矯正之必要性，而決定所犯數罪最終具體應實現之刑罰，以符罪責相當之要求（本院釋字第六六二號解釋參照）。至若數罪併罰，於各宣告刑中，有得易科罰金者，亦有不得易科罰金者，於定應執行刑時，其原得

易科罰金之罪，得否准予易科罰金，立法者自得於符合憲法意旨之範圍內裁量決定之。

本院院字第二七〇二號解釋認為得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，因併合處罰之結果，不得易科罰金，故於諭知判決時，無庸為易科折算標準之記載。本院釋字第一四四號解釋進而宣示「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。」係考量得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰，犯罪行為人因不得易科罰金之罪，本有受自由刑矯正之必要，而對犯罪行為人施以自由刑較能達到矯正犯罪之目的，故而認為得易科罰金之罪，如與不得易科罰金之罪併合處罰時，不許其易科罰金。上開解釋旨在藉由自由刑之執行矯正犯罪，目的洵屬正當，亦未選擇非必要而較嚴厲之刑罰手段，與數罪併罰定應執行刑制度之本旨無違，亦與憲法第二十三條規定之比例原則尚無抵觸，並無變更之必要。

惟本院釋字第一四四號解釋乃針對不同機關對法律適用之疑義，闡明本院院字第二七〇二號解釋意旨，並非依據憲法原則，要求得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，即必然不得准予易科罰金。立法機關自得基於刑事政策之考量，針對得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，就得易科罰金之罪是否仍得准予易科罰金，於符合憲法意旨之範圍內裁量決定之。

另本院釋字第三六六號、第六六二號解釋乃法院宣告數罪併罰，且該數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月時，仍否准予得易科罰金之情形所為之解釋。如各罪中，有不得易科罰金者，即非上述二號解釋之範圍，而無上述二號解釋意旨之適用。至是否得依刑法第四十一條規定易服社會勞動，乃屬檢察官指

揮刑事執行之職權範圍，均併此指明。

大法官會議主席	大法官	賴英照
	大法官	謝在全
		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 蔡清遊

本號解釋多數意見認為「本院院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋與憲法第二十三條尚無牴觸，無變更之必要。」本席敬表同意，惟解釋理由尚有未盡之處，爰提出協同意見書。

一、審判實務界長期以來認為得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪因併合處罰之結果，不得易科罰金，其理由為何？

自本院中華民國三十三年六月二十三日院字第二七〇二號解釋及最高法院四十年台非字第一二號（1）判例、四十七

年台抗字第四一號判例，乃至本院釋字第一四四號解釋以來，審判實務界即確立數罪併罰中，得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪合併定應執行刑之結果，所定應執行刑不得易科罰金之原則。此項實務見解在刑法學界亦少有不同意見，其所持之理由為何？本院院字第二七〇二號解釋係謂：「數罪併罰中之一罪，其最重本刑雖在三年以下，而他罪之最重本刑如已超過三年，則因併合處罰之結果，根本上不得易科罰金，故於諭知判決時，亦無庸為易科折算標準之記載」，而上開最高法院二則判例，似均以本院院字第二七〇二號解釋為依據（註一），均未就何以得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪合併定應執行刑之結果，所定應執行刑不得易科罰金之理由，予以說明。本席以為，主要應係基於下列二點理由：

- （一）數罪併罰定應執行刑後，各罪雖仍獨立存在，但因各罪之宣告刑已合併為一執行刑，其後執行所定之應執行刑，已無從區分係執行何一罪之原宣告刑（註二），故無法再就原得易科罰金之罪部分，從所定應執行刑中分開而准予易科罰金。
- （二）不得易科罰金之罪，或係法定最高本刑已逾越刑法第四十一條第一項所定法定最重本刑之要件，或其宣告刑已逾越有期徒刑六月，亦即，不得易科罰金之罪其法定刑或犯罪情節通常較得易科罰金之罪為重，被告既另犯法定刑或犯罪情節較重之罪，顯見其惡性非輕，本有受自由刑矯正之必要，則得易科罰金之罪與之定應執行刑後，二者合而為一，已不適合再准其易科罰金。

二、本院釋字第一四四號解釋，乃係針對聲請機關行政院就本院院字第二七〇二號解釋之適用發生疑義，而闡述本院院

字第二七〇二號解釋之意旨，並非依據憲法原則而為闡述。

本院釋字第一四四號解釋，聲請人行政院係就本院院字第二七〇二號解釋所謂：「故於諭知判決時，亦無庸為易科折算標準之記載」等語，究係僅指所定應執行刑部分而言？抑或指原得易科罰金之罪之刑，亦無庸為此項記載？其見解與最高法院之見解有異，在適用上發生疑義，而聲請解釋。本號（即釋字第一四四號）解釋，除於解釋文中謂：「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。」並於解釋理由書謂：「若所犯為數罪併罰，其中之一罪雖得易科罰金，但因與不得易科之他罪合併處罰之結果，於定執行刑時，祇須將各罪之刑合併裁量，不得易科罰金合併執行，應無刑事訴訟法第二百零九條第二款之適用，故本院院字第二七〇二號解釋明示無庸為易科罰金折算標準之記載，此非僅指定執行刑部分而言，即原可易科部分所處之刑，亦無庸為此記載。」是本號解釋並非依據憲法原則而為闡述自明。

三、本院釋字第三六六號、第六六二號解釋固謂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等語，惟尚不得據以主張易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰之結果，仍得易科罰金。

本院釋字第三六六號、第六六二號解釋固謂依刑法第五十一條第五款規定，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等語，並進而謂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。惟該二號解釋僅限於各得易科罰金之數罪併合處罰之情形而為解釋，如其中一罪不得易科罰金者，即無上開結論之適用。且釋字第六六二號解釋理由書，已另就數罪併罰之本旨闡述「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。」被告既於犯得易科罰金之罪外，另犯法定刑或犯罪情節較重而不得易科罰金之罪，於併合處罰時，考量其應執行刑有受自由刑矯正之必要，已不適合再准予易科罰金，此並不違背數罪併罰之本旨，要難以被告原有得易科罰金之機會因數罪併罰之結果而喪失，遽謂如此將有違數罪併罰之本旨，而與釋字第三六六號、第六六二號解釋相衝突。

四、實務上，得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰，因得易科罰金之罪先行確定，並先執行，此部分經檢察官另行聲請法院准予易科罰金，嗣後於執行所定應執行刑時，再扣除此部分之刑期，此乃出於維護被告利益所採之務實作法。

茲舉一例加以說明，某甲犯竊盜罪及走私罪，經第一審法院一併判處竊盜罪有期徒刑六月、走私罪有期徒刑一年，並定其應執行刑為有期徒刑一年四月，甲就竊盜罪不上訴，僅就走私罪上訴，竊盜罪先行確定並送執行，檢察官乃聲請法院另行裁定竊盜罪易科罰金之折算標準，並准予易科罰金執行完畢，嗣走私罪經上訴駁回確定後，檢察官再聲請就竊盜

罪與走私罪另定應執行刑，法院裁定其應執行刑仍為一年四月，檢察官於執行此一年四月應執行刑時，乃扣除先前已執行易科罰金之六月，亦即被告僅再執行十月即可。此例中，法院無論於最初判決，或嗣後之定應執行刑裁定，均依照釋字第一四四號解釋，勿庸就竊盜罪部分諭知易科罰金之折算標準。雖於竊盜罪先送執行時，由檢察官再聲請法院另裁定易科罰金之折算標準，此固增加一些程序上之煩擾（就此，釋字第一四四號解釋不同意見書及行政院聲請解釋函文已有提及），但應可認為先行確定之竊盜罪部分，已與走私罪部分脫離同一案之程序，而另成一案，就如同竊盜罪與走私罪自始即分成二案判決，分別確定後，再由檢察官聲請定應執行刑一樣。又前述案例中，讓已先行確定之竊盜罪部分准予易科罰金，並於嗣後執行所定應執行刑中扣除已執行易科罰金部分之刑期，此乃基於維護被告利益所採之務實作法，尚難以此遽謂本院院字第二七〇二號、釋字第一四四號解釋造成鼓勵濫行上訴等不當或不平等之結果。

## 五、結論

- (一) 釋字第三六六號、第六六二號解釋，乃係限定數罪併罰中各罪均得易科罰金者，其所定應執行刑如超過六個月，始得易科罰金，如各罪中有不得易科罰金者，即無上開二號解釋之適用。本院院字第二七〇二號、釋字第一四四號解釋，乃係針對得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪定應執行刑之情形而為解釋，與釋字第三六六號、第六六二號解釋並無衝突或矛盾之處。
- (二) 釋字第一四四號解釋雖闡述本院院字第二七〇二號解釋所謂「無庸為易科折算標準之記載」，非僅指應執行刑

部分而言，尚包括原可易科部分所處之刑，亦無庸為易科罰金折算標準之記載。惟釋字第一四四號解釋並未依憲法原則論述得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，不得易科罰金。則亦難以此號解釋反面推論得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰之結果，原得易科罰金之罪如仍准予易科將屬違憲。

- (三) 對照現行實務上得易科罰金之罪先行確定，並先送執行，於執行時再由檢察官聲請法院裁定易科罰金折算標準之作法，釋字第一四四號解釋聲請機關行政院於函文中所謂「(二)按甲罪既可易科罰金，自應依刑事訴訟法第三百零九條第二款之規定，諭知易科罰金之折算標準。僅於定執行刑時，因併合處罰之結果已不得易科罰金，故不得再為易科折算之記載而已。設不為此項折算標準之記載，不獨與上述刑事訴訟法有違，且如上訴時僅其乙罪部分被撤銷，甲罪部分駁回上訴確定，或甲罪未上訴時，則又須再就甲罪另行裁定諭知易科罰金之折算標準，其徒增程序上之煩擾，似值斟酌。」非無道理。
- (四) 如將來刑事政策欲修法使得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰結果，原得易科罰金之罪部分，仍得准予易科罰金，則所定應執行刑究以比例或其他計算之方法准予易科？未滿一日又如何計算？甚至有主張如已先執行易科罰金之徒刑部分不須再合併定應執行刑，凡此有賴主管機關詳加規劃，妥為修法，自不待言。

註一：最高法院四十年台非字第一二號(1)判例意旨：「易科罰金，依刑法第四十一條以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之宣告者為限，被告交付賄賂罪



，其最重本刑雖在三年以下，但其業務上侵占罪之最重本刑，已超過三年，因併合處罰之結果，自不得易科罰金。」四十七年台抗字第四一號判例意旨：「抗告人所犯行賄罪之最重本刑，雖在三年以下，但其竊取森林主產物所犯森林法第五十條之罪之最重本刑，則已超過三年，因併合處罰之結果，根本不得易科罰金，縱其因犯竊取森林主產物罪，所宣告之徒刑，經已執行完畢，亦與刑法第五十四條，及司法院院字第一三〇四號解釋所謂僅餘一罪之情形迥然不同，仍應依同法第五十三條定其應執行之刑。」

註二：最高法院七十八年二月二十八日七十八年度第二次刑事庭會議決議謂：「數罪併罰案件之執行完畢，係指數罪定應執行之刑後，已將該應執行之刑執行完畢而言，若僅數罪中之一罪所宣告之刑執行完畢，而數罪合併所定應執行之刑尚未執行完畢，應認為合於中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條第一項所規定『執行未畢』之要件」，可供參考。

協同意見書

大法官 黃茂榮

本號解釋文認為：「本院院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋與憲法第二十三條尚無牴觸，無變更之必要。」並於解釋理由書中，稱：「本院釋字第一四四號解釋乃針對不同機關對法律適用之疑義，闡明本院院字第二七〇二號解釋意旨，並非依據憲法原則，要求得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，即必然不得准予易科罰金。立法機關自得基於刑事政策之考量，針對得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，就得易科罰金之罪是否仍得准予易科罰金，於符合憲法意旨之範圍內，裁量決定之。」亦即將該二號解釋的內容定性為非憲法原則之要求

，保留立法機關將來基於其刑事政策之考量，為不同決定的迴旋餘地。

在數罪併罰的案件，犯罪行為人所受宣告刑，有一部不得易科罰金及一部得易科罰金之情形時，究竟應如何併罰，刑法向無明文規定。

關於這個問題，司法院有上述二號解釋。司法院三十三年六月二十三日院字第二七〇二號解釋：「數罪併罰中之一罪，其最重本刑，雖在三年以下，而他罪之最重本刑，如已超過三年，則因併合處罰之結果，根本上不得易科罰金，故於諭知判決時，亦無庸為易科折算標準之記載，法院竟於併合處罰判決確定後，又將其中之一部以裁定諭知易科罰金，其裁定應認為無效。」司法院六十四年十二月五日釋字第一四四號解釋文：「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。」

問題是：就如何併罰得易科罰金及不得易科罰金之數罪，法律既因無明文規定，而構成漏洞時，司法院有無為一概不得易科罰金之漏洞的補充權？這涉及罪刑法定主義及科罰可裁量原則等與刑罰有關之立法權、司法權及行政權的劃分問題，有釐清之價值，爰提出協同意見書，敬供參考：

### **壹、數罪併罰之目的**

在責任之歸屬，於採一罪一刑之審判原則的前提下，雖然各罪皆有其宣告刑，但在裁判確定前犯數罪者，刑法第五十條規定應併合處罰之。此即數罪併罰。刑法第五十一條規定，數罪併罰，於分別宣告其罪之刑後，再依該條各款，定其應執行刑。就數罪併罰規定，合併定其應執行刑之目的何在？

刑法第五十一條規定：「數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依下列各款定其應執行者：一、宣告多數死刑者，執行其一。二、宣告之最重刑為死刑者，不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。三、宣告多數無期徒刑者，執行其一。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。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。六、宣告多數拘役者，比照前款定其刑期。但不得逾一百二十日。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。八、宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。九、宣告多數沒收者，併執行之。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。」

歸納上述各款規定，數罪併罰之方法的共通特徵為：就各種刑分別按其宣告刑加總之和，定其應執行刑時，該應執行刑沒有例外的皆至多等於，通常小於各罪宣告刑加總之和。由此可見，數罪併罰之規定或制度可謂屬於緩和宣告刑或自由刑之不必要嚴苛，對於被告的有利規定。是故，數罪併罰規定之適用，不應導致不利於被告的結果。在得易科罰金及不得易科罰金之罪的數罪併罰，如果規定一概不得易科罰金，即有使數罪併罰規定的適用，造成不利於被告的結果。這與數罪併罰規定之內容顯示的立法意旨不符。

## 貳、均得易科罰金之刑的數罪併罰

對於與之類似的情形：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，縱依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月

，是否還得准予易科罰金？對此，司法院有二號釋憲解釋：

司法院八十三年九月二十三日釋字第三六六號解釋：「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。」

司法院九十八年六月十九日釋字第六六二號解釋：「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。」

該二號解釋一貫認為：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，縱依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，仍應准予易科罰金。這不但顯示該二號解釋繼續朝緩和自由刑之嚴苛的方向發展，而且認為，即便是立法機關亦不得以立法的方式，剝奪被告經宣告得易科罰金的利益。該立法政策之形成自由的限制，係就法秩序之規劃，對於立法權之上限框架的規定，屬於在釋憲解釋中可以表示的意見，沒有不當侵入立法權的疑義。

### 參、得易科罰金及不得易科罰金之刑的數罪併罰

對應併罰之數罪所宣告之刑中，有得易科罰金及不得易科罰金之有期徒刑者，就原宣告得易科罰金之有期徒刑部分，是否還准予易科罰金的問題，司法院六十四年十二月五日釋字第一四四號解釋：「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。」該號解釋雖未明確表示，但似已傾向認為，應不准予易科罰金。但在該號解釋後，立法機關在刑法合計共十九次修法中，皆未將該號解釋之意旨納入刑法之明文規定中。可見在這種情形，是否應一概不得易科罰金，立法機關尚未有政策上之決定。

#### **肆、立法權、司法權與行政權在數罪併罰之劃分**

不論從司法院釋字第三六六號、第六六二號解釋，而且從現行刑法第四十一條第二項規定：「依前項規定得易科罰金而未聲請易科罰金者，得以提供社會勞動六小時折算一日，易服社會勞動」觀之，自由刑之科處制度都有朝向盡可能不以在監拘禁的方法，執行短期有期徒刑之發展傾向。是故，當數罪併罰之罪中有一不得易科罰金時，其餘經宣告本得易科罰金之有期徒刑，是否適當因此以法律或以司法院之解釋，規定其一概不得易科罰金，不容由就數罪併罰之罪合併定應執行刑之法院裁量究竟是否，或在如何範圍還容許易科罰金，值得檢討。

按就數罪併罰定應執行刑的情形，各罪中如有處以不得易科罰金及得易科罰金之有期徒刑者，其原宣告得易科罰金之有期徒刑，是否還得為易科罰金之決定，在邏輯上有三種可能：一概得易科罰金，一概不得易科罰金，及應容由就數罪

併罰定應執行刑之法院裁量。在第三種情形還有二個不同的規定可能性：(1) 全由法院在裁判中決定，或(2) 法院僅為得易科罰金及易科之折算標準的宣告，至於最後是否准予易科罰金容由執行檢察官定之。

在國家權力劃分的制度下，對不得易科罰金及得易科罰金之罪的數罪併罰方法，其規範決策權之歸屬涉及國家權力在立法機關、司法機關及行政機關間之劃分的問題。

一概得易科罰金屬於框架性的上限規定；一概不得易科罰金屬於框架性的下限規定。依罪刑法定主義，這屬於國會保留事項。只有立法機關始有適法權限，制定相關之法律。在立法機關對此未為上下限之框架性規定時，亦即法律尚無限制時，其本來宣告得易科罰金的部分，是否還准予易科罰金？

當法無明文，即有應規定之事項法律未為規定的情形，構成法律漏洞。於是，產生得否補充及應由哪一個機關補充的問題。

基於罪刑法定主義，與罪刑有關之事項，縱不採國會保留，要求應以狹義之法律定之，亦應事先經明確授權，始得由行政機關以法規命令定之。即便是職司釋憲之司法機關，關於數罪併罰，原則上亦只得對於立法機關制定之明文規定，審查其是否違反憲法第二十三條所定之比例原則，而不得就其未規定加以處罰或如何處罰的事項，積極補充解釋其應加以處罰或應如何處罰的規範內容。是故，類如釋字第一四四號解釋，由司法院解釋一概不得易科罰金，顯然已侵入立法機關關於刑罰之立法權。使將來立法機關如要立法，一概容許易科罰金，或要容許法院或執行檢察官逐件為是否准予易科罰金之裁量的規範規劃時，產生是否抵觸憲法的疑義。本

號解釋在解釋理由書中，雖就該疑義明白闡釋，但在法無明文時，其一概不准易科罰金之先入的可罰性判斷，依然不妥。

科刑的妥當性有個案之具體的針對性。刑法第四十一條（易科罰金）、第四十三條（易以訓誡）、第五十一條（數罪併罰之方法）、第五十七條（科刑輕重應斟酌之一切情狀）、第五十八條（罰金之酌量）、第五十九條（顯可憫恕之酌量減輕）、第六十一條（情節輕微，顯可憫恕者，裁判上免除其刑）等規定亦顯示該意旨。是故科刑之裁量應保留給承審法院在裁判時；或保留給執行檢察官在執行時，斟酌具體案件之情狀而為之，不適合由立法機關以法律或由司法院以解釋，為不具因應個案具體情況所須彈性的劃一規定。就數罪併罰之罪合併定應執行刑，如有以法律或司法解釋為規範之需要，其規定之內容應限於框架性之上下限的規定，以保留法院或執行檢察官視個案具體情況，而為妥適裁量的餘地。

不論由立法機關以法律，或由司法院以釋憲解釋，規定一概不得易科罰金，皆涉及國家機關之權限劃分的課題。

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。但易科罰金，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不在此限。」依該項規定，對於符合該項規定之罪，有權為得否易科罰金之裁量者，固為執行檢察官。對於個別犯罪，為裁判之承審法院僅得定如易科罰金時之折算標準。不過，從羈押之決定已採法官保留而論，關於是否准予易科罰金，將來如朝向由法院裁判的方向發展，其價值判斷較為一貫。

#### 伍、逐件裁量勝過通案規定

自由刑之執行因其有無及長短，不但對於犯罪行為人之人格的扭曲、就業、社交，而且對其執行後，如何重返社會，皆有不等程度之弊害。所以，以數罪中既有不得易科罰金之罪為理由，認為即可一概否定其他本得易科罰金之罪的易科可能性，並不是不待於實證調查論證，便可自證其正確的真理。公式性論述其目的之正當性，手段之經濟性，及目的與手段間之相當性，在實務上不能確保在具體案件，恰如其分科刑，實現以最經濟的方法達到教化目的之政策目標。在實證數據還不明瞭時，在制度的設計，當以逐件裁量的方法，較為妥適，而非通案一概容許或不容許易科罰金。

參諸上述刑法第四十一條第一項規定，一個罪刑是否得易科罰金，應就個別犯罪行為而為規定與裁判。是故，在數罪併罰時，不應當發生因數罪中有一罪被宣告為不得易科罰金，而致其他依該條規定本被宣告為得易科罰金之罪，一概質變為不得易科罰金的結果。該質變除與數罪併罰之規範意旨在於縮短應執行刑，使之不超過必要程度之制度意旨不符外，亦與各承審法院將併罰之數罪中的一部分宣告為得易科罰金的裁判意旨不符。

基於上述理解，數罪併罰之各罪，是否得易科罰金應讓諸各罪之承審法院分別裁判，並讓執行檢察官得根據裁判內容，按個別案件之具體情狀為裁量。是故，就數罪併罰，宜規定為：就得易科罰金部分及不得易科罰金部分，分別定其應執行刑。就數罪併罰之易科罰金，司法院先前所作系爭二號解釋增加法律所無之限制，剝奪法院或執行檢察官之科罰裁量權，造成司法權之內部衝突或侵入得易科罰金之罪的行刑行政權，應予避免，以符國家權力之劃分的基礎體制，並避



免可能不必要之過長自由刑的執行，俾降低刑罰對於犯罪行為人重新融入社會的障礙，鼓勵其盡快與無前科者一樣，正常生活、就業及社交。

協同意見書

大法官 陳新民

我們不能把法律當成驚嚇小鳥用的稻草人，讓它安然不動地聳立在那邊。當鳥兒見慣了以後，就會棲息在它的頭上，不把它當一回事了。

### 英國·莎士比亞·《以牙還牙》

本號解釋認定本院院字第二七〇二號解釋及釋字第一四四號解釋與憲法第二十三條並無牴觸，無變更之必要。易言之，於民國三十三年（行憲前）的前揭司法解釋，與民國六十四年行憲後之後者解釋所構建出來的法秩序，並未因嗣後作出釋字第三六六號解釋，以及去年才出爐的釋字第六六二號解釋而受影響，本席敬表贊成此一結論。

然而本號解釋雖然確認此一長達六十餘年實務見解的合憲性，維繫法律秩序之安定，有其積極的功能。然而仍屬「守成有餘」之解釋，不免有「開創不足」之憾。按本號解釋實可無妨「放開韁繩」邁開大步，檢驗一下我國六十餘年來的司法實務，是否完全遵照相關解釋（如釋字第一四四號解釋所示）來執行易科罰金？如果實務上已經採行變通的對策（扣除論），仍否完全維繫舊有的解釋立論？此外，此也涉及到對易科罰金的「法律屬性」，究竟為絕對或相對權利，也有加以探究之必要。猶有一言者，本號解釋肯認：對得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，合併處罰時，立法者擁有准予或不准予易科之裁量權限。但此立法裁量權對照釋字第六六二號解釋，顯然其有關易科罰金制度的「法制形

成權」已經喪失泰半，導致整個易科罰金制度是否已經老態龍鍾、疲態盡露，而有全盤檢討其存廢之必要乎？

凡此數點都未於本號解釋理由書中加以探究。雖然此固可歸因於本號解釋僅欲為有限度之詮釋，實可理解。且本號解釋的理由，亦已作為解釋文的依據。然而論者或有「意猶未盡」之感，本席爰整理研究本案解釋之若干心得，撰具此協同意見書，庶幾可聊解惑者之懸念也！

### 一、釋字第三六六號、第六六二號解釋後「擴張戰果」的失利？—宣告易科罰金是否為「絕對權利」的迷惑。

本號解釋起因於臺灣高等法院刑事第十七庭所提出之釋憲聲請，聲請澄清之疑點乃懷疑本院釋字第一四四號解釋與釋字第三六六號及第六六二號解釋之精神相衝突；同時也指摘釋字第一四四號解釋對實務運作也造成了諸多不當。本號解釋則將解釋重點（包括理由書所示）集中於第一個指摘部分，而未對第二個指摘予以澄清。本席則將分別加以論述之，茲先討論第一個疑點。

釋憲聲請書指陳釋字第三六六號解釋理由書認為：刑法第五十一條定執行刑之本意「足見原無使受刑之宣告者，處於更不利地位之意」。而釋字第六六二號解釋理由書第三段也重申斯旨，而認定民國九十四年二月二日修正之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，而定應執行刑逾六個月者，不得易科罰金」之規定，乃予受刑人更不利之待遇，因而宣告違憲。故本此精神，亦應肯認當數罪併罰時，宣告刑中有得易科罰金與不得易科罰金時，該得易科罰金之部分，即應准予易科罰金。然本院釋字第一四四號解釋及院字第二七〇二號解釋則反其是，造成數罪併罰

之受刑人，一旦數罪中有一罪不得易科罰金時，全部餘罪皆不得易科罰金，顯然抵觸比例原則云云。

不論肯認、或駁斥釋憲聲請此一理由，都必須對「易科罰金」制度的法律特性，予以仔細地探究不可，否則不能澄清相關的盲點。

誠然，在釋字第三六六號及第六六二號解釋中，已經對於易科罰金的制度，提升到可以享受比例原則保障之位階。也因此，即便立法者已經針對釋字第三六六號的解釋標的——即當時刑法第四十一條並未明白規定，數罪併罰，數罪皆得易科罰金，於定應執行刑時，如逾六個月，仍得否准予易科之問題——，而立法者在民國九十年先修法增訂一項規定（刑法第四十一條第二項）加以回應，明確承認「如逾六個月時，仍得易科罰金」；嗣於民國九十四年修法時，驟改為「不得易科罰金」之規定，顯係立法者刑事政策的有意變革。但立法者如此明確的否認賦予犯罪人擁有得易科之權利，卻被本院釋字第六六二號解釋宣告抵觸憲法第二十三條的比例原則而違憲。此種見解無異重申釋字第三六六號解釋所謂「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有違」之見解，不因立法明確意旨而受影響。

故對立法形成權的衝擊，釋字第三六六號解釋之力道，遠比釋字第六六二號解釋來得鬆弛無力！如同本席在釋字第六六二號解釋不同意見書中所質疑的：數罪併罰的刑期折扣，以及易科罰金制度是否為基本人權的問題。本院釋字第三六

六號及第六六二號解釋雖然沒有明白提到犯罪行為人一旦獲得易科罰金之宣判，即取得當然准予易科罰金之權利，且此權利具有基本人權之屬性。但鑒諸釋字第三六六號解釋之「原有得易科罰金之機會，得而復失……，憲法第二十三條之意旨有違」云云，顯然已將此「權利」提升至憲法一般人權（憲法第二十二條）的位階，否則不能用一般人權的限制條款來判定立法者的新修法行為為違憲矣！

若一以貫之的「好人作到底」，此兩號解釋為何不能發揮「趁勝追擊」的「擴張戰果」？蓋儘管兩號解釋未將易科罰金之權，明示為基本人權，但由上文所述，此屬性之認定已經「雖不中，亦不遠矣」！犯罪行為人一旦在數罪併罰中，有受到可易科罰金之部分，在「各罪」的計算上，及論定其權利存在與否，都有不可分割的「可易科罰金性」。這種「各自歸屬性」與「各自附含性」，即不應當因為「合群」而受到變質的效果——不論是與同質性的皆可易科罰金之數罪併罰，或與異質性的與有不得易科罰金之罪者併罰——都應當有同樣的法律效果。易言之，易科罰金制度應該定位為一種「絕對權利」。立法者既不得侵犯之，遑論司法權力乎？如此方不辜負本院「苦心詣旨」（特別是有一號解釋是推翻立法者的新作為）而作成此兩號解釋的「美意」！

但本號解釋在理由書第一段、第三段卻也明白指出：「得易科罰金與不得易科罰金併合處罰時，立法者擁有自由裁量的權限，來決定准否易科罰金」。由本號解釋維持釋字第一四四號解釋之結果，可知即便在立法者未明確規範得否易科罰金前，司法權力（本院解釋）利用解釋之方法來確定法院不得准予易科罰金，亦非憲法所不許（註一）。

這種承認立法者擁有形塑數罪併罰及易科罰金的刑事政策權限，也因此出現了必須「磨合」的稜角：首先遭遇的質疑：是否准予易科罰金之罪的「絕對權利」之屬性，一沾碰到不得易科之罪，就變成了「相對權利」，即實證法創設之權利，而可以由立法者自由判斷？

如果答案是否定的，則本號解釋的立論則完全失據。

如果答案是肯定的，縱不論這個所謂的「絕對權利」已經「名不符實」矣。再而此准予易科罰金的絕對性，是否只限於在併罰時遇到不得易科罰金之罪，才可以「暫時軟化」？至於其他情況則不許為之？還是唯有大法官才可以個案情形宣布「解除其權利的絕對性」乎？在易科罰金制度上可否容有其他可能制度變革？例如立法者完全刪除易科罰金的制度，意即「完全根除易科之絕對權利」，是否即無可能存在？恐有疑問。故由本號解釋（及釋字第六六二號解釋）的立論，似乎只能導出大法官「個案」（ad hoc）的解除權。但這是否賦予了大法官及釋憲權過度的權限，從而使立法應當擁有「獨占」決定刑事政策的合憲權力，受到了違憲的削弱？也因此，本席在釋字第六六二號解釋不同意見書已經強調：釋憲機關應當對立法者的刑事政策形成權，以及採取哪一些刑罰，特別是短期自由刑及其替代措施如何運用，方能達到罪責相當，並使犯罪行為人達到最好的矯正功效，乃屬「立法者的預測特權」（Das Prognosenprivileg des Gesetzgebers）。本號解釋雖然肯認立法者刑事政策形成權限，但為時已晚，釋字第六六二號解釋已經剷除立法者對於數罪併罰中得准否易科的權限：兩個易科的型態中，只存下得易科與不得易科合併的部分，可由立法者全權決定。此正如同鴨子的雙腳

，已喪失一足，立法者的「得易科罰金與否的政策形成權」，豈非正如「跛鴨」一般，只剩一足乎？此亦是必須「磨合」—或是「自圓其說」的另一個稜角也。

## 二、本號解釋的立論—是否與受刑人更不利之違反比例原則？

本號解釋的主要爭點，乃是本院釋字第一四四號解釋等的「……得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，因併合處罰之結果，不得易科罰金，故於諭知判決時，無庸為易科折算標準之記載」，有無使受刑人遭受更不利的處罰。本號解釋理由書第二段認為因為犯罪行為人本已有接受自由刑矯治之必要（因有不得易科罰金之罪），故以易科罰金來糾正短期自由刑之弊病的目的已經喪失，連帶得易科罰金之部分，即可一併不予易科罰金。

這個立論似乎認為：既然受刑人已經要入監矯治，儘管可能只有數月，甚至可能比得易科罰金之刑期還短（註二），但既然已有「下水」的必要，何妨連帶他罪一起「下水」（註三）。這種立論忽視到後者的「下水必要性」，已經和釋字第三六六號、第六六二號解釋的根本精神有所牴觸。吾人試觀此兩號解釋的「易科機會得而復失」之用語，可知任何得易科罰金之罪，只要一經法官宣判，即屬「不可復失」之「機會權利」（Erwartungsrecht）。到底這個「權利」是指不管最後遭到合併處罰時，所併罰諸罪皆係得易科罰金之數罪，致逾六個月刑期；抑或遭遇到有不可易科之罪；皆不可侵犯此易科罰金之機會權利乎？此兩號解釋雖然只言及前者，而未觸及後者。但推究其「得而復失」的用意，自然會有延伸到後者的結論。這也是身為高等法院的釋憲聲請人，會產生的質疑。

所以，光由結果論以觀，受刑人得易科罰金之罪，確因與不得易科罰金之罪併罰後，而喪失易科罰金之機會，不能謂對其個人更為不利的處罰。但這種所謂的「更」為不利，是否為法律所不許？如果此更為不利是法律所許，且為正當地法律結果，即使對受刑人不利，也是「合法正當」的不利（註四），法治國家應當承認這種公權力的行使正當性。

本號解釋要說服受刑人未有因與不可易科罰金之罪併罰，應當解釋：一經為正當「連結」（Koppelung），亦即得易科罰金之罪與不可易科罰金之罪，因併罰而「連結」後，產生了全部不可易科的「質變」。此質變乃基於刑事政策調和短期自由刑弊病的替代措施—易科罰金，已喪失功能，還是要回歸到自由刑之執行，且不產生過於嚴厲（超越法律刑責限度）的後果也！

本席於釋字第六六二號解釋提出的不同意見書，一再指明：「量變應當帶來質變」。數個得易科罰金之罪，一旦合併處罰超過六個月的門檻，即應不再是短期自由刑。法官既然計算出受刑人應服六個月以上的自由刑（在更多案件甚至達數十個月之自由刑），但卻囿於「各個」短期自由刑之可易科罰金，而作出仍得易科罰金的矛盾判決。釋字第六六二號解釋已經摒棄了法官定執行刑時，應「最終整體評價」受刑人應受矯正刑惡性與限度，也是標準的「見樹不見林」，本席迄今仍歎難肯認也！本號解釋本席敬表贊同，也本於斯旨，認為合併處罰能造成「質變」，且是「連結質變」，理論的邏輯推演首尾一致。

不惟寧是，為了貫徹刑事政策防止短期自由刑之弊（儘管功能有限），並調和釋字第一四四號解釋的過度嚴格（下文

將詳述之)，本席認為刑法第四十一條規定之六個月的易科罰金門檻，仍有維持之必要。準此，一個較周延的刑法第四十一條應包含下述兩個原則：

- 1.多數得易科罰金之罪併罰，一旦超過六個月，即不得易科罰金，以符合刑事正義。惜本院釋字第六六二號解釋與此見解不符，有否可能再經修法，改回民國九十四年時修正版本？
- 2.如有不得易科罰金之罪，與得易科罰金之罪併罰，但並未超過六個月時，該得易科罰金之罪仍得准予易科罰金。本號解釋應當加上此「例外規定」，蓋加上此「六個月」門檻的條件，可以兼顧受刑人之權益，避免本號解釋與釋字第一四四號解釋的過度嚴苛性—受刑人只要接受法律強制入監矯治的刑期即可，不會「不當連結」到可易科罰金之部分，蓋後者刑期太短，實無入監矯治之必要，以符合比例原則。

### 三、上有政策、下有對策—司法實務執行釋字第一四四號解釋的「應然面」與「實然面」

本號解釋釋憲聲請理由第二個重點，乃是釋字第一四四號解釋在執行上造成諸多不當，特別是當併罰數罪中有先後確定，且導致先後執行時，更點出刑事執行上極大的困惑。此亦釋憲聲請書所力主者，本號解釋惜未能加以重視。其實，仔細檢驗釋字第一四四號解釋的應然面及執行層面的實然面，即可端倪出其有「名實不符」的徵兆。

若依本院院字第二七〇二號解釋以及釋字第一四四號解釋，數罪併罰中之一罪，如果有不得易科罰金者，即全部不得易科罰金。然該原得易科罰金之部分，如先經確定，並已執



行完畢者，如嚴格依照該號解釋，勢必導出國家必須返還受刑人已繳納之罰金，再令受刑人全程服滿法官所定之執行刑期。如此將造成民怨，並減損國家司法公權力之信心。因此，實務上即演變出「已執行完畢者，應扣除刑期」的政策。此觀乎司法行政部五十五年八月十五日台 55 令刑（二）字第四七四八號令及六十二年七月二日台 62 函刑字第六七三一號函即明。茲可再舉一例以說明之：臺灣高等法院檢察署七十一年度刑罰執行業務座談會一般提案（第六案）所討論之問題：某甲先後犯傷害二罪，分別處有期徒刑五月及四月，並各別諭知易科罰金之標準。其判處徒刑五月部分，已准易科罰金，並繳納完畢，嗣後此兩判決經定應執行刑為七月，依法不得易科罰金，檢察官應如何執行？討論結果即援引上述司法行政部兩函令之意見，檢察官應依（舊）刑法第四十四條之規定，就已易科部分視為已執行論，應予扣除，餘二個月送監執行。

上述實務的「刑期扣除論」橫互民國五十至七十年代，至釋字第一四四號解釋作成時（六十四年十二月五日）與作成後，迄今均無改變。顯見此乃標準的「上有政策，下有對策」。推其因乃釋字第一四四號解釋是否有陳義過高，或普遍被認為有不盡人情與過苛所致乎？

實而，釋字第一四四號解釋的理由，亦非無據。按該號解釋認為：「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」，乃因為數罪既然定了應執行刑，且多半減輕了刑期，數罪都「你儂我儂」地融入該所定刑期中。客觀上已經無法區分哪些

部分屬於可易科罰金之刑期、哪些部分屬於不得易科罰金之刑期。該號解釋才會主張無庸於判決主文中諭知易科罰金之折算標準。

同時，既然定執行刑已經「你儂我儂化」，也有主張採取「比例論」來予以實踐，當更合理<sup>(註五)</sup>。然而，實務上卻採取更簡單的「扣除論」的「對策」，更看出與釋字第一四四號解釋所宣示高高在上的「政策」背道而馳也！

另外一個採取扣除論的對策動機，乃是考慮到司法公權力的公信力問題。受刑人既已繳納罰金完畢，即已信賴國家之司法權，何能再退款而令其入獄？此必須歸因於釋字第一四四號解釋以及院字第二七〇二號解釋，都只針對「同時確定」之數判決的易科罰金案件為解釋對象，卻未能設想到有數判決前、後判決確定不一致的情形。

這個情形殊令人費解！特別是釋字第一四四號解釋作出時，實務已經針對院字第二七〇二號解釋的不合理與過苛見解作彈性的和緩對策，本院釋字第一四四號解釋卻未能「正面迎戰」的針對此病症，施以藥石。否則立法者可能早得知警訊而明白反應，此問題恐怕早已解決，不致成為「陳年沈疴」矣。

所以吾人應要正面解決之。幾乎所有的受刑人，如遇有得易科與不得易科之罪時，都會選擇讓得易科罰金部分先行確定，以求日後刑期的有利計算。雖然這種情形司法實務上不乏認為會造成鼓勵濫行上訴（就不得易科罰金之部分上訴）之嫌，以及得否以易科罰金方式執行，非繫於受判決人之罪刑，反繫於檢察官是否合併起訴或法院判決是否同時執行之流弊等等（聲請書第五頁）。實則這種指控乃對人民合法行

使訴訟權所為之非難，斥之為濫訴，吾人實不能附合之。

為了正視這種有先後確定之執行問題，並肯認受刑人易科罰金部分如已執行完畢時，國家刑罰權既已消滅，法院於合併定執行刑時，即應加以扣除。不採此見解，將不足以兼顧人民對國家公權力的信賴。

故刑法第四十四條既已規定易科罰金已執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論。然刑法第五十四條對於「數罪併罰，已經處斷後，如各罪中有受赦免者，方可排除」之規定，顯然未將「易科罰金已執行完畢者」列入，已有疏漏。

因此，本號解釋如果要有更大之建設性功能，且在刑法第五十四條修正前，將實務運作與釋字第一四四號解釋「貌合神離」的矛盾狀況一舉澄清，似乎有必要在解釋文或解釋理由書中增加下述一段說明：

至若數罪併罰中，原得易科罰金之一罪，法院於合併處罰定執行刑時，已執行完畢者，應依刑法第五十四條之規定，以其刑罰權已經消滅，法院即無庸再合併處罰，是為當然，併此指明。

#### 四、憲法解釋方法論的疑惑—刑法規範不明確可否透過釋憲來澄清？

和本院釋字第六六二號解釋作出的情形不同，而和釋字第三六六號解釋（及第一四四號解釋）作出時一樣，本號解釋所面對的系爭條文都沒有提供解答得否易科罰金的依據。如本號解釋原因案件所涉及之刑法第四十一條未明確規定，數罪併罰中，既有得易科罰金之罪，又有不得易科罰金之罪時，可否全部不得易科罰金之問題。易言之，本條文第一項與第八項皆只對於全得為易科罰金之併罰規定。乍看之下，刑

法相關規定似乎即存在「規範漏洞」之問題。如果透過法官解釋，甚至包括大法官解釋，會否侵犯刑法第一條所揭櫫的罪刑法定主義及其衍生的「禁止類推適用」之原則？本號解釋之釋憲聲請書雖未提出質疑，但既涉及刑法法律規範不明確，導致可能違憲爭議，自應有再加以探究之必要。

所謂罪刑法定主義是指構成刑罰的要件，以及刑罰的種類與限度，都必須在法律之中明白的規定出來，因此，可以分為「罪之法定主義」(nullum crimen sine lege)，這涉及刑罰構成要件的明確性要求；以及「刑之法定主義」(nullum poena sine lege)，這是指刑罰的種類與界限而言。同時，藉著且只能在法律位階內明白規定這種可罰明確性，方可讓人民為犯罪行為前，可預見其行為可罰性與限度，以符合法治國家所尊奉之國家公權力之「可預測原則」(Vorsehbarkeit) (註六)。

而本號解釋原因案件所涉及的，乃是刑法第四十一條關於刑之合併處罰，乃執行刑法合併處罰之規定，於一定法定刑的範圍內，所確定的執行問題（特別是第五十一條第五款），並非涉及到法律構成要件的可罰性，以及刑罰種類及界限問題。故產生之爭議，並非涉及到人民是否構成犯罪與接受刑罰之界限問題，自不產生牴觸罪刑法定主義的問題。

其次，乃是是否牴觸法律明確性的問題。面對罪刑法定主義所要求的法律對構成要件（可罰行為）必須事先為具體規範。而刑事法律是否也可同於一般法律，容有立法者使用不確定法律概念之餘地與必要性？一旦使用不確定法律概念時，是否當然侵犯此明確性而造成違憲之後果？

德國學界，不論是刑法學界(註七)抑或公法學界(註八)，普

遍認為刑事法律仍然不免會利用不確定法律概念及裁量的概念，而可透過司法權力予以補充解釋，是具有所謂的「有解釋能力」（auslegungsfähig）及「有解釋必要」（auslegungsbedürftig）的性質，而與類推禁止並不抵觸（註九）。

最明顯的例子莫如在解釋所謂德國刑法第二百四十條第一項所規定的「脅迫罪」（Nötigung），依該條規定，任何違法使用「暴力」（Gewalt）或是威脅使用暴力來使他人作為、不作為或忍受，即構成脅迫罪。但對於所謂行使「暴力」的定義，是否以一定積極的強暴力量，所謂的「物理上的強制」，即「生理上的強制」（physischer Zwang）為限？亦或是及於所謂「擴張的強暴概念」，不只是物理上的強制，也及於以其他消極不作為，造成精神上的強制（psychische Zwang）為限？在德國造成十分激烈的討論。最常涉及的案件是採取靜坐或其他杯葛式的行為，以阻擾或癱瘓交通，或阻絕出入某些場所設施（例如核電廠或核廢料工廠）。對於這種標榜所謂「非暴力」的違法行為，德國聯邦法院刑事庭一貫的見解則採擴張的暴力概念，而符合德國刑法第二百四十條第一項脅迫罪構成要件。而德國聯邦憲法法院則三變其見解，最早在一九八六年的一個重要判決，即所謂的「靜坐示威案」判決（註十），該法院認為只要行為人以自己的行為，用靜坐杯葛方式封鎖車道，以致於妨礙他人與公共的自由意志，即屬構成刑法脅迫罪。在解釋方法上，法院已經明白的使用法律合憲性解釋的方法，認為這種解釋只要利用解釋的多樣性，經由文義與目的解釋可以得出一般國民得以事先預見的內涵，即符合了法律明確性之要求。

經過十年左右（一九九五年），聯邦憲法法院改弦更張，

推翻以往見解，又作出另一個重要的靜坐示威裁定：認為所謂的暴力應當限於身體、體力所散發的強制作用，故以往的擴張論將屬於精神與心理決定的影響，列入在構成要件之內，已經屬於刑法「類推解釋之禁止」（德國基本法第一百零三條第二項），故認為為符合法律明確性原則，應採狹義的暴力論（註十一）。

聯邦憲法法院作出改弦更張見解後，但也不否認靜坐示威的可罰性（例如集會法或交通法規），只要求立法者須加以明確規定而已。這個見解引起學術界不少批評，認為德國刑法第二百四十條第二項有所謂的行為可非難性之要件，已足以作為限制「擴張暴力論」可能濫用（註十二）。且諸如靜坐杯葛者已經將自身行為作為阻礙他人意志自由決定之工具，難謂其只是「精神脅迫」的行為層次而已（註十三）。故德國聯邦憲法法院又於二〇〇一年十月作出一個「杯葛核電廠出入」的裁決案，對於示威人以鐵鍊將自己等鎖在核電廠大門的行為，法院重新採納擴張的暴力理論，認為示威人自鎖於核電廠大門，已經屬於釋放身體、體力之暴力行為。因此德國刑法第二百四十條第一項之暴力概念並不牴觸基本法第一百零三條第二項的「類推解釋之禁止」之原則（註十四）。

由德國聯邦憲法法院在近十五年的時間內，三易其見解，得知立法者在刑事法律中，使用不確定法律概念，甚或內容較不具體的文字來規範法律構成要件時，即容易產生爭議。而面對這種規範「不甚確定」的法律用語時，即涉及到檢驗的方法，也是在面臨屬於「實證法的特殊狀況」（Ausnahmezustand in positiven Recht），在解釋的方法上，就必須動用「利益均衡」（Güterabwägung）及比例原則，由司

法權力在個案狀況加以判斷（註十五）。

此外，也涉及到解釋的方法論。在公法案件經常使用的所謂「法律合憲性解釋」（Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen）能否一併適用到刑法的審查之上？按此種解釋方法乃是利用法律詮釋的技巧，在不違反法律明白的語意解釋及立法者原意的前提下，只要能推演出一個合憲的解釋即可讓法律免除違憲的後果。利用此解釋方式，亦可讓語意不清的法律獲得合憲基礎，而保持法律安定性。德國聯邦憲法法院第一次作出的靜坐示威案時，已經使用這種憲法解釋的方式。可見得即使在論及刑法的合憲性問題，亦得適用這種法律合憲性之解釋方法，此也是德國學界的主流見解（註十六）。

以德國聯邦憲法法院的見解演變，吾人可再檢驗我國大法官的解釋實務，也大致相同。例如刑事法律亦可以使用不確定法律概念，如果有授權為補充規定時，仍必須遵守罪刑法定原則與刑罰明確性原則，此觀諸本院釋字第四四三號、第五五二號解釋等，都為適例。

在解釋的方法論上，本號解釋之立論，對於得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪合併處罰，認定釋字第一四四號解釋及本院院字第二七〇二號解釋澄清、確定刑法關於易科執行的疑慮，並不違憲，而刑法第四十一條未有明確規定，從而不牴觸該法的明白語意與立法者之原意，達到維繫原有法秩序之安定性，斯亦運用法律合憲性解釋之方式也。然而，究竟使用法律合憲性的方式，也是不得已之手段。為正本清源澄清此一疑慮，特別是這些所謂「特殊狀態」的犯罪行為會一再出現，即應當將澄清疑慮的責任，由司法權轉到立法權之上（註十七）。這也是在法治國家中，刑法秩序要追求的明確

性原則，迥異於其他領域內，特別是公法領域內適用的明確性原則，容有行政權力、甚至法官權力行使的空間，刑事法的明確性原則，不容許留有「法律漏洞」而讓法官有加以填補的空間。因此，立法者明顯的疏忽，即會導致法律違憲一途，而無法靠司法解釋來予以填補之（註十八）。故刑事法律字面意義的解釋極限，即為法律合憲解釋之極限也（註十九）。

## 五、結論：何妨考慮廢止老朽、且已經成為「稻草人化」的易科罰金之制度？

本號解釋針對刑法第四十一條的合併處罰制度不明確性，作出了解釋。本席也坦白指陳：本號解釋在沒有澄清得易科罰金之規定，本質上是否屬於值得擁有憲法位階保障的基本權利，還是可以任諸由立法者創設的「實證權利」？即作出了本號解釋，其立論自然「不無勉強」地協調本號解釋與釋字第三六六號、第六六二號解釋之差異。本號解釋雖然發揮安定法秩序之功能，再度賡續了本院院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋等兩號屬於「老古董」的見解。但不一定能定分止爭太久，根本之爭議恐怕還會延續下去。

因此對於引發「病症」之處，即得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，合併處罰的問題，刑法第四十一條始終沒有明確的規定。本號解釋雖肯認這種「不確定」並未達到違憲程度，但也承認立法者日後可以對這個問題採取「兩極」的判斷（可對得易科罰金之罪予以易科，或不得易科）。立法者既享有如此截然不同裁量之權限，但就法律適用者而言（不論是法官或人民），此種見解仍只留下一個「模糊」的面貌。易言之，由刑法第四十一條的規定，對於一個得易科或不得易科之罪，所須得宣告合併的刑期問題方面，憲法位階的



判斷，竟然是空白及中立的，而形諸於法律條文（刑法第四十一條），也是空白及中立的。如此重要的法秩序，為何要讓司法權力來摸索？立法者委實有加以明確表態的義務。

按易科罰金制度乃標準之刑事政策的重要一環，關涉到刑事政策能否達到維繫國家刑事法律秩序目的。

德國著名的刑法學者法蘭茲·馮·李斯特（Franz v. Liszt，1851-1919）曾經明確提出：「刑事政策的極限，即為刑法」（Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik）的名言（註二十）。同時，也提到：「如果刑罰要成為預防犯罪的手段，則其目的與手段，必須相配合；如果刑罰要成為改造的手段，則是另一種態樣；如果刑罰要成為治安的工具，那又變成另一種型態。然而現代立法者鮮少注意這種差別。立法者都以同樣的目的，使用刑罰來對待不可改造的慣犯，以及對有悔意的偶犯」。

李斯特這個見解乃期待立法者明確決定刑事政策的目的，以及應當採行的手段後，將之形諸於刑法的條文之內。因此，刑事政策的內涵，完全融入刑法條文之中，且為了符合法治國家的罪刑法定原則，刑事政策將不致於超越刑法框架之外。故刑事政策之要求併罰制度所欲達成之目的，不論是具有預防犯罪、威攝或教化功能，都必須在刑法（例如在第四十一條）內詳細規定。這在百年前刑法大師李斯特的見解中，即已要求刑法之立法者要負擔此「刑事政策具體化」的義務了。我國立法者近十年對刑法第四十一條所作的更動，已達四次之多，更易不可說不繁，然仍留此爭訟超過半個世紀的罅漏，能不謂有過乎？

本號解釋乃繼釋字第一四四號、第三六六號及第六六二號

解釋後，成為第四個處理易科罰金制度的解釋，可知易科罰金的合併處罰問題乃如冰山般，每號解釋都衝撞了冰山之一角，立法者每次的修法都以頭痛醫頭的方式，難免捉襟見肘。而易科罰金制度源自於專制末期（暫時新刑律）的「贖刑」制度（註二十一），且其妥當性頗受學界批評（註二十二）。

英國最著名文豪莎士比亞在其劇作《以牙還牙》（Measure for Measure）第二幕中，對一個已經喪失制裁功能的法律，曾有一句生動的描述：

**我們不能把法律當成驚嚇小鳥用的稻草人，讓它安然不動地聳立在那邊。當鳥兒見慣了以後，就會棲息在它的頭上，不把它當一回事了。**

當我們看到每天出自法院不知凡幾的刑事判決中，都道貌岸然地對觸犯數罪之受刑人合併處罰可達數年之久，但卻可因為該數罪中皆得易科罰金，即讓諸犯罪行為人可心安理得（邀得本院釋字第六六二號解釋之依據）輕鬆易科罰金，而免受自由刑之懲罰。試問：這種易科罰金制度是否使得相關的刑事禁制規定，以及易科罰金制度已經形成了一具具「稻草人」條款？既然易科罰金制度早已喪失規範能力，實務上運作也以「扣除論」扭曲了釋字第一四四號解釋的本意，亦可看出易科罰金制度是否已到了日薄崦嵫的地步，復以立法權對形成整個易科制度之裁量權限已變成「跛鴨化」而不完整，更形同雪上加霜之痛，立法者何不痛下決心，全盤翻新此老朽之制度乎？

註一：這也是德國法學界的通說見解，可參見下註十八處。

註二：此即釋憲聲請書所舉出之案例，例如得易科罰金之罪如判處有期徒刑六月，而不得易科罰金之罪判處有期徒刑三月，合併定

應執行刑為有期徒刑八月時，依本院釋字第一四四號解釋之意旨，皆不得易科罰金，即形成低度刑之三月「連累」高度刑之六月，而造成受刑人更不利益之處罰。

註三：是否可引一句較通俗的諺語：「死豬不怕滾水燙」來說明：受刑人反正都要入獄，多加一點刑期對之也無傷也？

註四：例如得易科罰金乃是執行層面的規定，由檢察官於執行時認為有不執行有期徒刑為必要時，即可准予易科罰金。如檢察官行使此裁量權不利於受刑人，亦即不准易科罰金，也不得謂為「更為不利」之處分。

註五：例如受刑人因不得易科罰金之罪處有期徒刑五年六月，得易科罰金之罪處有期徒刑二月，定應執行刑為有期徒刑五年六月。其中少掉的有期徒刑二月是否即易科罰金之部分？答案應當是否定，否則該有期徒刑二月形同未處刑。故該二月已融入成為六十八分（總共六十八個月）之二。日後若該有期徒刑二月可易科罰金，理應扣除所有刑期之六十八分之二。如此勢必要計算到以日，甚至以小時為止，不可謂不麻煩矣。

註六：Peter Badura, Staatsrecht, 4.Aufl.,2010, H 39.

註七：見 Wolfgang Naucke, Versuch über den aktuellen Stil des Rechts, in : Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, 1999, S.217.

註八：Volker Epping, Grundrechte, 3.Aufl., 2007, Rdnr.935.

註九：Volker Epping, aaO., Rdnr.935； Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32, Aufl., 2008, §47, 29.

註十：BVerfGE 73,206.關於本案的案由，可參見許玉秀譯，關於「靜坐以封鎖軍事設施之處罰」之判決，刊載於：德國聯邦憲法法院裁判選輯（四），司法周刊雜誌社，民國八十二年六月，第二九一頁以下。另亦可參見陳新民，示威的法律問題，收錄於：

憲法基本權利之基本理論，下冊，二〇〇二年七月，五版，第四一六頁。

註十一：BVerfGE 92,1 本案可參見吳信華，一種日耳曼式的平反，司法周刊，第七二六期，民國八十四年五月三十一日。

註十二：例如德國聯邦憲法法院在一九九〇年七月二十六日作出一個關於散布（靜坐封鎖車道）的傳單，是否構成煽惑犯強制罪的要件，而作出的判決，便是針對德國刑法第二百四十條第二項可非難性為論究對象。德國聯邦憲法法院認為應當由在具體犯罪過程已發生的事實，全盤斟酌重要事項後，由事實審法院來斷定涉嫌犯罪行為有無非難性，而不能單論究涉嫌行為是否屬於符合構成要件中的擴張暴力概念。本號解釋可見：黃啟禎譯，關於「靜坐封鎖構成強制罪的要求」之判決，刊載於：德國聯邦憲法法院裁判選輯（三），司法周刊雜誌社，民國八十一年十二月，第二六九頁以下。

註十三：德國學界主要立論即本於此，見 Peter Badura,aaO.,H39.

註十四：關於德國聯邦憲法法院這種三易其見解之評論，可參見：何賴傑，德國聯邦憲法法院關於示威封鎖行動涉及強制之見解，收錄於：勞資爭議行為論文集，行政院勞委會出版，民國九十六年六月，第七四一頁以下。

註十五：Wolfgang Naucke,aaO.,S.217.

註十六：例如德國學者 Lothar Kuhlen 便舉出德國聯邦憲法法院及聯邦法院刑事庭各有十四個及十九個案件，都運用此解釋之方法。見 Lothar Kuhlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S.17.

註十七：例如德國聯邦憲法法院在一九九二年十月二十日公布著名的「惡魔之舞蹈案」（Tanz der Teufel）中所表示的見解：本案

涉及到德國刑法第一百三十一條第一項所謂以違反人性尊嚴的方式，來宣揚種族仇恨的文章、書籍、影片或廣播，都屬犯罪行為。而何謂侵犯「人性尊嚴的方式」，是否失諸於抽象籠統，而易抵觸類推解釋之禁止原則。特別在本案屬於恐怖片，血腥鏡頭難免。德國聯邦憲法法院雖然否認系爭法條的違憲性，但明確指出：為了避免刑事法規的過度抽象，因此，應當在其最極限時，也要讓法規適用者能夠「預想有受處罰的危險」(das Risiko einer Bestrafung)。因此，法官方可以利用此法規的明確性行使詮釋權，即使法律合憲性的解釋，亦可在此範圍內行使之，BVerfGE 87,209；類似的判決：BVerfGE 71,108/114；75, 329/341；85, 69/73。

註十八：德國學界通說見解也認為，刑法的類推解釋禁止原則也有雙重功能：第一個功能是對犯罪人的法確信之保障；第二個功能是確保「立法者履行規範之義務」(Normierungspflicht des Gesetzgebers)，見 Zippelius/Würtenberger, aaO.,§47, 31.但作者亦明白承認，萬一立法者長久不能立法明確澄清時，仍只有靠司法權來予以補救矣。

註十九：Volker Epping,aaO., Rdnr.936.

註二十：V. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze.I 1905, S.80, dazu,Wolfgang Naucke,Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik,1999, S.231.

註二十一：高仰止，刑法總則之理論與實用，五南圖書出版公司，民國七十二年一月，第五二七頁。

註二十二：例如：一、監獄設備不足，減輕監所壓力，這是以行政資源不足，作為犧牲刑法公權力之代價；二、專制時代的施恩；三、侵犯平等權，有錢贖罪。參見：高仰止，前揭書

，第五二八頁。

### 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，鑒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（刑法第三百零五條）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第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>（註一）</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折算標準，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折算標準。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之罪提起上訴，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折算標準，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。

## **三、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。

## **四、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定應執行刑，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。

### 叁、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。這種關於過度評價的質疑，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，即不可能均不得易科罰金。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，並非只要有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？或者受判決人犯某些罪，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須服自由刑

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須服自由刑，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>(註二)</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有期徒刑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，如果檢察官不允許易科罰金，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（註三），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

屬的自由刑，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（註四））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，即不致於再犯的結論。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（註五），除非所定執行刑為各宣告刑的總和，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，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（註六），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准許易服社會勞動的立法政策，才是解決之道。以聲請書所主張准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確實遵守法律規定。

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，才会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 罪先確定而 B 罪後確定	一罪上訴，一罪不上訴，致部分罪先行確定，並可易科罰金，之後直接扣減，才是不公平。	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			
	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，實難指摘為濫行上訴。

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（註七），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

多數意見僅僅表示釋字第一四四號解釋無須變更，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（臺灣高等法院98抗173裁定參照）。	比較：現行刑法第54條「受赦免」。	建議刑法第54條增列：已執行完畢。 ※受赦免與已執行，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。	<p>(1) 定5年6月，毋須再執行。 →若否認釋字第144號解釋，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？</p> <p>(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）</p>	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。 ※依釋字第144號解釋意旨：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，又能確實有效

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（註八），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，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（註九），才可能詳細交代量刑的理由，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，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？

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刑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須尊重犯罪人的選擇。

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） $6+20+58=84$ 、（2） $0+20+64=84$ 、（3） $6+12+66=84$ ……。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，對於當時的刑法第四十一條規定，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>(註十)</sup>，修正為最輕本刑五年以下有期徒刑以下的罪，且獲判六月以下有期徒刑者，原則上准予易科罰金，例外方不得易科罰金<sup>(註十一)</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>(註十二)</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致於違憲。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。

註一：關於裁判重要性，請見許玉秀及城仲模共同提出，釋字第五七二號解釋不同意見書，貳、闡明具體規範審查之程序要件。

註二：許玉秀，釋字第六六二號解釋協同意見書，註九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，玖罪，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，犯刑法第二百十六條、第二百十五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。

註三：釋字第三六六號解釋的反對意見，即持此種看法。

註四：94 年 2 月 2 日修正公布的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）」

註五：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 000

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

000 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000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。

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。

註六：例如，臺灣基隆地方法院 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。

註七：最高法院 23 年抗字第 572 號判例、71 年度台抗字第 111 號民事裁定、95 年度台上字第 1502 號民事判決參照。

註八：見司法院 97 年頒布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。

註九：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行為惡性的比例等。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院的狀況（約略如下），雖屬無期徒刑的重罪，但仍值得參考：

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

[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga\\_20030044\\_en\\_15#pt12-ch1-pb10-11g167](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga_20030044_en_15#pt12-ch1-pb10-11g167)。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），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：須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。

註十：中華民國 24 年 1 月 1 日修正公布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。」90 年 1 月 10 日修正公布的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」

註十一：94 年 2 月 2 日修正公布的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。」

註十二：98 年 1 月 21 日修正公布的刑法第四十一條第三項規定：「受六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。」

## 不同意見書

大法官 池啟明

本件聲請人臺灣高等法院刑事第十七庭聲請解釋憲法案件，解釋文以：「本院院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋與憲法第二十三條尚無牴觸，無變更之必要。」

本席認為本院三十三年院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋（以下合稱系爭解釋）意旨，已然違反憲法第二十三條之比例原則，且牴觸罪刑法定主義、法律保留原則及本院釋字第三六六號、第六六二號解釋，對本件解釋之結論及理由均不能贊同，爰提出不同意見書，分陳理由如下：

### 一、系爭解釋違反憲法第二十三條之比例原則

1、系爭解釋意旨，認為數罪併罰中之一罪，雖得易科罰金，

但因與不得易科罰金之他罪合併處罰之結果，即（全部）不得易科罰金，於諭知宣告刑及定執行刑時，無庸為諭知易科罰金折算標準之記載等情。據此，令本得易科罰金之罪刑部分變為不得易科罰金，應執行有期徒刑，剝奪受刑人就該罪原得易科罰金之機會，產生「質變」加重處罰之效果，譬如受刑人於裁判確定前犯懲治走私條例第二條第一項之走私罪被判處有期徒刑六月（此為不得易科罰金之罪），另犯刑法第三百三十九條第一項詐欺罪經判決有期徒刑五月（此罪得易科罰金），二罪如分別執行，受刑人僅就走私罪部分入監服刑六月，詐欺罪得聲請易科繳納罰金；惟二罪如合併定執行刑為十月，依系爭解釋，即須入監服刑十月，受刑人因而「延長」入監服刑刑期五個月，顯然受較嚴厲之刑罰，對受刑人至為不利。此係對受刑人人身自由所為之嚴重限制，本屬「法律保留」之範圍，必須有法律之依據，且其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所規定之相關條件，自應從嚴審查（經本院釋字第五六七、五八八、六六四、六六九號等解釋闡明在案）。

- 2、本來法院判處得易科罰金之刑度，即認為以此較輕得「易刑處分」之處罰手段，即可達到個案刑罰之懲戒目的，系爭解釋卻僅因被告另犯有不得易科之他罪須合併處罰，即認為應（全部）不得易科。此未就該罪個案情節審慎斟酌受刑人有無施以自由刑矯正處分之必要（譬如過失犯或行政犯），而不問個案之個別差異如何，即選擇一律不得易科之手段，逕予加重為較嚴厲之處罰，其手段過於嚴格、僵化，產生涵蓋過廣之「不平等」<sup>(註一)</sup>；且未就個案依法考量有無修正前刑法第四十一條「因身體、教育、職業或

家庭之關係，執行顯有困難」，或現行刑法第四十一條但書「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。」等情事，即逕予不准易科罰金，難免無法兼顧個案實質正義，極有高度可能造成過苛之處罰，是否非此不足以遏止不法行為？對個案究否逾越必要之程度？顯有疑問，與比例原則之最小侵害原則未盡相符。又此一律加重處罰之「質變」效果，究竟規範目的為何？系爭解釋全未說明，既然法院依刑法第五十七條科刑輕重之審酌標準，審慎斟酌，已注意被告刑罰之適應性，原認量處得易科罰金之罪刑，即可達到刑罰之目的，而系爭解釋僅因受刑人另犯不得易科罰金之他罪，而不論該行為責任如何，犯罪惡性、情節是否嚴重（例如過失犯或行政犯），即將得易科罰金之罪加重處罰逕行改為不得易科，實欠缺目的之正當性。何況受刑人所犯不得易科罰金之罪，亦經判處並執行有期徒刑，受到應有之懲罰及矯正處分，則其因此又影響及另一原得易科罰金之他罪質變為不得易科，剝奪其原得易科罰金之機會，無異「雙重處罰」，其處罰自屬過當、過苛，不符限制妥當性之比例原則。

- 3、多數意見（解釋理由書第二段）猶謂，系爭解釋「旨在藉由自由刑之執行矯正犯罪，目的洵屬正當」，「亦未選擇非必要而較嚴厲之刑罰手段」，與憲法第二十三條比例原則尚無抵觸，並無變更之必要云云，尚嫌與事理、法理相違。

## 二、系爭解釋抵觸罪刑法定主義及法律保留原則

- 1、依本院前於中華民國十八年一月四日訂定之「司法院統一解釋法令及變更判例規則」規定，在三十七年六月二十二日以前，本院作成之「院字」解釋（共 4,097 號），係由

最高法院民刑事庭庭長對法律疑義擬具答案，經最高法院呈報本院核定後答覆聲請人，並頒行各法院參辦（註二），是往昔本院「院字」解釋，相當於今日最高法院民刑事庭會議之決議，其位階應屬行政命令而已，與現行大法官會議係依憲法第七十八條、第七十九條第二項解釋憲法或統一解釋法律、命令之效力不同。

- 2、法院判決諭知得易科罰金之罪刑，係依據刑法第四十一條第一項之法定要件為裁判，而刑法自二十四年一月一日公布以來，並未就得易科罰金之罪因與不得易科之罪合併定應執行之結果，究竟仍得易科罰金與否而有所規範，亦即「法無明文」。乃系爭解釋逕認，得易科罰金之罪因與不得易科之他罪合併處罰即不得易科之處罰效果，情同加重處罰，顯然「創設」一不得易科罰金之條件，增加法律所無之限制，已逾越刑法第四十一條第一項規範之範圍；且刑法第五十一條第五款（註三），僅規定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，定其應執行刑之「總」刑期而已，亦未規定得易科罰金之有期徒刑因與不得易科之有期徒刑合併定應執行刑，即不得易科之處罰要件，是系爭解釋亦逾越此規範意旨，又均無法律之依據，自屬抵觸刑法第四十一條第一項、第五十一條第五款及同法第一條罪刑法定主義之規定。
- 3、本院三十三年院字第二七〇二號解釋，既屬行政命令之性質，竟為限制人民身體自由之規範，又無法律授權之根據，依本院釋字第四四三號、第五二二號解釋意旨，自屬違反罪刑法定主義及憲法第二十三條之法律保留原則；況依憲法第一百七十二條之規定，該第二七〇二號解釋既與法

律抵觸，應屬無效。乃本院釋字第一四四號解釋為統一解釋法令，猶肯定該三十三年院字第二七〇二號解釋意旨，同屬違憲。本件解釋認上開系爭解釋與憲法第二十三條尚無抵觸，亦有違誤。

### 三、系爭解釋有違本院釋字第三六六號、第六六二號憲法解釋之意旨

- 1、系爭解釋，係對得易科罰金之罪與不得易科罰金者「合併定應執行刑之效果如何」為解釋；而本院釋字第三六六號（83.9.30）、第六六二號（98.6.19）解釋，則對數得易科罰金之罪「合併定應執行刑超過六個月時，能否易科罰金」為解釋，解釋客體雖有不同，但此二客體俱因適用刑法第五十一條第五款合併定應執行刑之效果而發生抵觸憲法之疑義，是刑法第五十一條第五款之意涵及如何適用之原則，於二者有共通之餘地。上述釋字第三六六號、第六六二號解釋為大法官最新之見解，該第六六二號解釋已闡示：「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。」之原則，係就數有期徒刑之罪合併定應執



行刑制度之立法意旨為憲法解釋。旋立法機關並因此兩度（90.1.10 及 98.12.30）<sup>（註四）</sup>依循本院釋字第三六六號、第六六二號解釋意旨，先後增訂刑法第四十一條第二項<sup>（註五）</sup>或修正同條第八項<sup>（註六）</sup>。是立法者就易科罰金之數罪依刑法第五十一條第五款合併定應執行刑之效果，已參酌本院解釋意旨建構、確立不得「更為不利之評價」之原則，則本院嗣後之法律見解及立法機關之後續立法，除基於重大公益之考量，即應受此原則之拘束，以維護法律秩序一貫性與完整性，避免導致法秩序前後矛盾，是為「體系正義」<sup>（註七）</sup>。則依體系解釋，得易科罰金與不得易科罰金之罪合併定應執行刑，既亦適用刑法第五十一條第五款之規定論處，自應適用相同之上述原則論處，不能對已定罪本得易科罰金之行為「更為不利之評價」，乃系爭解釋卻認該得易科罰金之罪，因與不得易科罰金之他罪合併定應執行刑，即不得易科，自屬對已定罪之行為「更為不利之評價」；且造成得易科罰金之罪與同屬得易科之他罪合併處罰時，仍得易科，惟與不得易科之他罪合併，卻質變為不得易科之差別待遇，顯違背數罪併罰制度之立法本意，牴觸本院釋字第三六六號、第六六二號憲法解釋意旨，併違反平等權之保障，就整體法秩序判斷，顯欠公允，亦嫌法理矛盾。乃本件解釋多數意見（解釋理由書第二段）卻認系爭解釋意旨「與數罪併罰定應執行刑制度之本旨無違」「並無變更之必要。」（第四段）更謂：數罪併罰「如各罪中，有不得易科罰金者，即非上述解釋之範圍」而無第三六六號、第六六二號解釋意旨之適用云云，顯然曲解上述第三六六號、第六六二號解釋之旨意。

- 2、本件解釋理由書（第三段）論述「惟本院釋字第一四四號解釋乃針對不同機關對法律適用之疑義，闡明本院院字第二七〇二號解釋意旨，並非依據憲法原則，要求得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，即必然不得准予易科罰金。立法機關自得基於刑事政策之考量，針對得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，就得易科罰金之罪是否仍得准予易科罰金，於符合憲法意旨之範圍內，裁量決定之。」雖非無見。惟立法機關於九十八年一月二十一日修正增訂刑法第四十一條第八項，規定數罪併罰，限於所定「應執行之刑未逾六個月」，始能適用同條第一項至第三項規定易科罰金或易服社會勞動（註八），此規定數得易科罰金之罪合併定應執行刑之效果如何，依上開多數意見之見解，應屬立法裁量之範圍。惟本院釋字第六六二號解釋（98.12.30）卻宣告其違憲，實體理由已如前述。釋字第六六二號解釋何故未以該第八項係屬立法政策之裁量，而為合憲之解釋？本件同樣係對數罪合併定執行之效果如何為解釋，又何以認為其效果如何、即得易科罰金之罪是否仍准予易科罰金，乃立法政策之裁量範圍，而為系爭解釋合憲之宣示？對相同事務竟為不同結論之解釋，理由何在？顯然釋憲之審查基準及法律見解前後不一。究以何者為是？難免令人疑惑！
- 3、再者，數罪併罰，有二裁判以上之情形，法院於宣判得易科罰金之罪後，被告或因得易科即放棄上訴而告判決確定，其對該判決已有信賴基礎及信賴表徵，乃事後合併定應執行刑，如依系爭解釋「質變」為不得易科罰金，改變原確定判決之內容，動搖原確定判決之實質確定力、拘束力

，更為不利於被告之評價，是否「雙重處罰」？有違信賴保護原則？並有突襲性裁判而破壞確定判決之安定性及最終性之嫌？顯有可議！

#### 四、目前審判及檢察實務並未依照系爭解釋之意旨執法，本件解釋卻仍肯定系爭解釋並無變更之必要，究竟用意何在？

- 1、系爭本院三十三年院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋均謂「法院竟於合併處罰判決確定後，又將其中一部以裁定諭知易科罰金，其裁定認為無效。」認為得易科罰金之罪因與不得易科罰金之他罪合併處罰之結果，根本上不得易科罰金，故法院如就該原得易科罰金之罪補充裁定諭知易科罰金之折算標準，該裁定為無效，即屬違法裁判。
- 2、惟目前實務，法院對被告於裁判確定前犯數罪，同一判決中有得易科罰金及不得易科之罪者，於主文欄各罪宣告刑及執行刑，依系爭解釋均不論知易科罰金之折算標準。惟如該得易科之罪部分先確定送執行，則由檢察官另行聲請法院裁定補充諭知易科罰金之「折算標準」，再據以執行易科罰金（嗣於最終定合併執行刑後，於執行時，自執行刑中扣除該已准予易科罰金部分之刑度）。此種情形，法官及檢察官由判決書之內容，一閱主文欄均明知該數罪依法應合併定執行刑，依系爭解釋意旨，該數罪均「根本不得易科罰金」，自不得就其中之罪另為補充裁定諭知易科罰金之折算標準。則為何目前實務運作上，法官、檢察官願意配合而為上開補充諭知易科罰金折算標準之「違法」裁定？何故予以被告得易科罰金之機會？是否認為系爭解釋意旨過苛而處罰過當，有侵害受刑人人權？對系爭解釋意旨有違憲之顧慮？否則，審檢何以「甘冒不韙」而不依

照系爭解釋意旨執法？本件聲請人即係因此有所疑慮而聲請解釋。

- 3、目前審判及檢察實務，儘量予以被告易科罰金之機會，明明有意規避而不全採系爭解釋意旨之作法，如前所述。惟本件解釋仍肯定系爭本院三十三年院字第二七〇二號、釋字第一四四號解釋意旨，與憲法第二十三條尚無牴觸，並無變更之必要，是否昧於事實？本件解釋之目的究竟如何？是否繼續容許目前實務之作法，得易科之罪倘先確定即先准予易科罰金？或作此解釋，強調要求審判及檢察機關應落實系爭解釋意旨「全部不准易科」？本件解釋並未論述明白，聲請人及審判、檢察機關將如何據以執法？本件解釋必然「徒增刑事執行程序之困擾」！

#### 五、「易科罰金」制度之刑事政策業已從寬立法，系爭解釋顯然不合時宜，自有檢討、變更之必要

- 1、二十四年一月一日制定公布之刑法第四十一條（註九）有關易科罰金之條件，限於所犯為最重本刑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，且「因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者」始得易科罰金。係以執行有期徒刑為原則，必也受刑人有「執行顯有困難」之情事，始例外准予易科罰金，斯時立法從嚴，故系爭解釋對得易科罰金之罪與不得易科之他罪併合處罰時，作成「全部不准易科」之嚴格規定，或基於此考量之故。但該條文於九十年一月一日第一次修正公布（註十），將所犯為最重本刑三年以下有期徒刑之罪之條件，修正為「五年以下」，且增訂但書「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

。」其立法理由（註十一）敘明，為避免受刑人在獄中感染惡習，兼為疏解獄滿為患之困境；且最重本刑五年之罪，如背信、侵占、詐欺等罪，在工商社會中誤觸法網者眾，故放寬為犯最重本刑「五年以下」之罪，法院即可判處得易科罰金，並以具有增訂但書之嚴格條件之情事者，始例外不准易科（此次修正，因增訂第二項，原條文移列為該條第一項）。嗣九十四年二月二日第二次修正時，復將該第一項「因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難」之條件刪除，僅餘「但書」為不准易科罰金之條件。該次立法理由（註十二）（第一段）更謂，易科罰金係屬易刑處分，旨在救濟短期自由刑之流弊，不宜過於嚴苛，原規定尚須具有「因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難」之情形，似嫌過苛，爰刪除此限制等情，僅餘上述但書之規定為不准易科之條件，（至 98.1.21 及 98.12.30 又兩度修正刑法第四十一條，並未涉及該條第一項之實質內容）。是刑事政策已然「放寬」易科罰金之要件，且改以儘量准予易科罰金為原則，不准易科罰金為例外，與二十四年一月一日公布原刑法第四十一條之立法意旨，已大相逕庭。

- 2、系爭三十三年院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋係於三十三年及六十四年十二月五日先後作成，迄今已歷時六十六年或三十五年之久，其解釋所依據二十四年一月一日公布之刑法第四十一條之規範內容業經大幅修正，解釋背景顯有不同，明顯已不合時宜，自有配合現行刑事政策檢討變更之必要，以期「法與時轉則治，治與事宜則有功」。乃多數意見仍認系爭解釋合憲，並無變更之必要，「守

成不變」，猶從嚴不准易科，顯然漠視刑事政策之變遷，實罔顧受刑人人權。

#### 六、法院對個案本無准否易科罰金之裁量權，系爭解釋剝奪檢察官之執行裁量權，混淆法院與檢察官之權限分配

刑事訴訟法第四百五十七條第一項前段規定：「執行裁判由為裁判法院之檢察官指揮之。」且由前述刑法第四十一條第一項但書規定「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。」及其立法理由（見註十二）稱：「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。」等情，足證准否易科罰金係專屬執行檢察官針對個案之裁量權（註十三），自非法院所得干預，法院於判決中諭知易科罰金之折算標準，僅係依刑法第四十一條第一項之法定條件併予宣告「折算標準」而已，故刑事訴訟法第三百零九條第二款規定，有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別情形，記載下列事項：「諭知有期徒刑或拘役者，如易科罰金，其折算之標準。」資為日後執行檢察官如准予易科罰金時，據以折算罰金數額之依據而已，法院判決尚無就個案認定有無執行困難而裁量准否易科罰金之職權（註十四）。此為實務界、及多數學者所不爭之見解，故刑法或刑事訴訟法等相關法律，均未規定法院得對個案裁判准否易科罰金之機制。惟據系爭解釋意旨，犯得易科罰金之罪及不得易科之他罪，法院於合併定執行刑時，即不得為

諭知易科罰金之折算標準，使本得易科罰金之罪質變為不得易科，即屬對個案為不准易科罰金之裁判。如此規範，並無法律依據，已如前述，除剝奪受刑人得易科罰金之機會外，尚且干預執行檢察官之裁量權，顯與易科罰金制度之立法原意不合，亦混淆法院與檢察官間之權限分配。乃多數意見仍認系爭解釋與憲法第二十三條尚無牴觸，並無變更之必要，實誤解易科罰金之制度及其立法精神。

#### 七、本件解釋無視「易科罰金」係為防止短期自由刑之流弊，及藉以緩和自由刑嚴厲性之立法目的

- 1、本件解釋理由書（第二段）論述，系爭解釋「係考量得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰，犯罪行為人因不得易科罰金之罪，本有受自由刑矯正之必要，而對犯罪行為人施以自由刑較能達到矯正犯罪之目的，故而認為得易科罰金之罪，如與不得易科罰金之罪併合處罰時，不許其易科罰金。上開解釋旨在藉由自由刑之執行矯正犯罪，目的洵屬正當」云云，為本件解釋認定系爭解釋尚屬合憲之主要論據。惟按行為人犯數罪分別判決處罰者，情節各異，法院自當依刑法第五十七條之量刑標準，各案審酌其情節輕重而分別裁量刑責。倘犯數罪有構成品行惡劣或惡性非輕之程度，法院儘可依刑法第五十七條第五款審酌「犯罪行為人之品行」之規定，逕行裁量逾六個月之刑期而不予易科罰金，豈能已經審酌行為人之品行如何、並於判決得易科罰金罪刑之後，因其另犯他罪係不得易科罰金而有施以自由刑矯正犯罪之必要，即「推論」原得易科罰金之罪（如過失犯或行政犯）亦有施以自由刑之必要；且憑何理由或事證認定對原得易科罰金之罪一併執行自由刑，

較能達到矯正行為人犯罪之目的？其法理之基礎何在？上開論述並未詳細說明其理由，且以跡近推測之詞作為加重懲罰受刑人之「藉口」，目的究否正當？能否令人心服？是否符合大法官為憲法守護者，應嚴謹保障人民基本人權、人身自由之宗旨？

- 2、易科罰金制度係將原屬自由刑之刑期，於為達成防止短期自由刑之流弊，並藉以緩和自由刑之嚴厲性時，得在一定法定要件下，更易為罰金刑之執行（見解釋理由書第一段）。但系爭解釋，卻將受刑人所犯原得易科罰金之短期自由刑部分質變為不得易科，因而延長受刑人入監服刑之刑期，為更嚴厲之懲罰，增加受刑人在獄中感染惡習之機會，反而導致易科罰金制度旨在防止短期自由刑之流弊及藉以緩和自由刑嚴厲性之立法目的無法實現，且又如何較能達成矯正犯罪之目的？上開論述，顯然犯了不當連結之邏輯謬誤，理由亦嫌不備。
- 3、有謂得易科罰金之罪，因與不得易科之他罪併合處罰定應執行刑之結果，各宣告刑已合併成為一執行刑，已無從分辨何一部分係屬得易科部分，故無從就原得易科罰金之罪部分准予易科罰金云云。第按定應執行刑之結果，致無從區分係執行何一宣告刑之情形，係指發監執行以後，受刑人係執行該數罪合併成之一執行刑，於服刑階段無從區別受刑人被羈禁之每一日係因何罪受執行，或何罪先執行之情形而言。但在發監之前、檢察官於指揮執行之際，所謂「應執行刑」係一定之刑期（通常係將各罪宣告刑合計之刑期酌減數月），譬如六月、一年八月或五年六月，乃一段之期間，具有數量長短之性質，自能按各罪原宣告刑之



刑度比例計算出，何者為原得易科罰金之罪部分，何者屬不得易科之罪部分而分別執行，並非無據<sup>(註十五)</sup>，尤無困難可言。是故，若藉詞「發監執行之階段」不能區分執行何一宣告刑，即認為無從准予易科罰金，改為入監服刑，顯係無端加重處罰。何況能不能將執行刑區分計算出得易科罰金部分之刑期，是執行技術之問題，係執行檢察官之職責，又豈能藉口無從就應執行刑計算區分得易科罰金部分之刑度，即責由受刑人承受不利益而喪失易科罰金之機會。如此說理，顯無道理！

#### 八、結論：「惡法亦法」乎？

綜上所述，系爭解釋既不符憲法第二十三條比例原則，又抵觸罪刑法定主義、法律保留原則及本院釋字第三六六號、第六六二號憲法解釋之意旨，且與現行刑法易科罰金制度之刑事政策、法理相悖，對受刑人至為不利，猶如惡法，顯然應予變更，乃本件解釋猶肯定系爭解釋合憲並無變更之必要，難令本席信服，爰提出不同意見書如上。

註一：此與累犯，因被告曾經有期徒刑之執行後，仍不知悔改，再度犯罪，其刑罰反應力薄弱，乃基於刑事政策之要求，立法設加重處罰之規定，以為警惕者，不同。

註二：參見本院八十七年九月出版「大法官釋憲史料」第22至25頁。

註三：刑法第五十一條第五款規定，數罪併罰：「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。」

註四：九十四年二月二日修正刑法第四十一條之立法理由第三點：「九十年一月十日公布修正之第二項，係為配合司法院釋字第三六六號解釋，而增訂之規定。……」。

九十八年十二月三十日修正同條文之立法理由第五點：「司法院於九十八年六月十九日作成釋字第六六二號解釋。解釋文謂「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。」現行第八項關於數罪併罰，數宣告刑均得易服社會勞動，而定應執行之刑逾六月者，不得易服社會勞動之規定，雖未在該解釋範圍內，惟解釋所持理由亦同樣存在於易服社會勞動。爰修正第八項規定，以符合釋字第六六二號解釋意旨。數罪併罰之數罪均得易科罰金者，其應執行之刑雖逾六月，亦有第一項規定之適用。數罪併罰之數罪均得易服社會勞動者，其應執行之刑雖逾六月，亦得聲請易服社會勞動，有第二項至第四項及第七項規定之適用。」

註五：九十年一月十日刑法第四十一條增訂第二項：「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。」

註六：九十八年一月二十一日修正刑法第四十一條增訂第八項：「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。」惟於九十八年十二月三十日，因應釋字第六六二號解釋復修正為：「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。」

註七：參考本院釋字第四四五號解釋翁大法官岳生先生協同意見書。

註八：九十八年一月二十一日增訂刑法第四十一條第八項規定：「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。」

註九：二十四年一月一日制定公布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。」

註十：九十年一月十日修正公布之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。」

註十一：見九十年一月十日修正刑法第四十一條之立法理由：「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。（下略）」

註十二：見九十四年二月二日修正刑法第四十一條之立法理由第一點：「一、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。(下略)」

註十三：例外情形，見本院釋字第二四五號解釋：「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。」

註十四：二十五年院字第一三八七號解釋：「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。」另三十四年院解字第二九三九號解釋並重申「此項易科罰金，如推事於宣示判決後，逕命被告繳納並黏貼司法印紙，自難認為合法之執行。至判決者，僅於理由內說明被告應易科罰金。檢察官執行時，自不受其拘束。」可資參照。

註十五：刑法第四十二條第五款規定：「罰金總額折算逾一年之日數者，以罰金總額與一年之日數比例折算。依前項所定之期限，亦同。」亦係按比例折算。

不同意見書 大法官 許宗力 林子儀 李震山

數罪併罰中之一罪依現行刑法第四十一條第一項規定雖得易科罰金（以下簡稱得易科之罪），但與依法不得易科罰金之他罪（以下簡稱不得易科之罪）合併定其執行刑時，本院院字第二七〇二號及釋字第一四四號解釋（以下合稱系爭解釋），均認法院對原得易科之罪，已無庸於判決主文中再為易科罰金之諭知，亦即原得易科之罪實質上因與不得易科之罪合併執行，而不得易科罰金。聲請人主張系爭解釋使受判決人原有之得易科罰金機會，得而復失，已與本院釋字第三六六號及第六六二號解釋意旨相悖，聲請解釋。惟多數意見一反釋字第六六二號解釋之立場，認為得易科與不得易科之罪併罰，是否仍得易科罰金，乃立法政策形成範圍；而系爭解釋未選擇非必要而較嚴厲之刑法手段，並未抵觸比例原則而無變更必要。

本席等以為易科罰金及數罪併罰制度存否及其制度細節，固屬立法政策形成範圍，但即使是立法者之形成自由，無論如何仍不得逸脫憲法之拘束，況乎本院基於刑法規定所為之闡釋。系爭解釋對於因併罰而喪失易科機會之受刑人，構成無正當理由之差別待遇，違背數罪併罰制度之體系正義，亦與自由刑之最後手段性及罪責相當原則相悖，爰提不同意見書如下。

一、系爭解釋違反平等權

（一）違反刑法第五十一條數罪併罰之制度本旨

依刑法第五十一條第五款：「宣告多數刑期者，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。」之規定，併罰刑期須受各罪合併刑期總和或法定絕對上限限制，即學理所稱之限制加重原

則，實務上執行刑通常予以酌減，是應執行刑常較各罪宣告刑合計之刑期略少數月。一般認為數罪併罰採取限制加重原則而非逕將各罪宣告刑逐一累次加計，係因刑罰加諸於受判決人的痛苦，並非單純地線性遞增，倘使單純累計各宣告刑，其刑期總和的嚴峻程度可能遠超過受判決人全部所應擔負的罪責；其次，行為人倘有數個犯罪行為未被追訴處罰，其「不為犯罪的動機」隨之遞減，從而其後的犯罪行為罪責程度較低，相較之下如行為人之犯罪經追訴、處罰後，應能期待其不再重蹈覆轍，如其再另犯他罪，即不因「不為犯罪的動機」減弱，而降低罪責（註一）。是釋字第三六六號、第六六二號解釋均指出刑法第五十一條第五款數罪併罰規定之制度本旨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，絕無使受判決人因數罪合併執行而處於更不利地位之意。

立法者既已決定藉由數罪併罰採取限制加重原則，來緩和徒刑單純累加的嚴峻性，以符罪責相當之要求，期能具體落實憲法上之比例原則及對平等權及人身自由權之保障，則基於體系正義的要求，其後相應的制度設計非有正當理由，不能任意偏離原先的價值決定，否則將會構成對人民平等權之侵害。倘如連享有立法形成自由之法律決定，都必須仔細關照數罪併罰制度所蘊含的罪責相當及慎刑要求，相關法律的解釋與適用又豈能無視其制度本旨，而使行為人僅因數罪併罰反而受較重之處罰、處於較不利之地位？

依現行刑法第四十一條規定，如受判決人所犯之罪符合易科罰金的法定形式標準，以准予易科為原則（註二）。因此法官如宣告符合易科罰金要件之徒刑，即是在綜合一切個案犯罪情狀之考量後，認為以宣告得易科之短期自由刑為當。但系爭解釋適用結果，卻使判決確定前受宣告得易科之罪與不得易科之罪，在數罪之刑期併罰後，受判決人原得易科之有利地位喪失，導致其受較不利的處遇，不啻違背數罪併罰採限制加重原則之意旨，並進而在執行階段，改變了法院原本認行為人罪責，所應負之罪刑，乃屬得予易科罰金的實質量刑判斷。就此，司法者係透過系爭解釋，違背立法者在數罪併罰制度中已為的價值決定，但立法者對此一問題的單純沈默，絕不該以悖反於體系正義要求的方式予以解釋。

## （二）加諸受判決人無正當理由之差別待遇

再者，系爭解釋適用的結果會發生犯罪情狀相同且受相同刑之宣告之人，卻因偶然而有執行上得與不得易科罰金的差別。如：設有行為人在裁判確定前後，分別各犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之二罪，前罪判處有期徒刑七月，後罪判處有期徒刑五月，此時由於此二罪不具有數罪併罰關係（即學理上所稱「單純數罪」）（註三），前後二罪各別執行，後罪乃得依刑法第四十一條第一項本文規定准予易科罰金。反之，同一行為人所犯二罪如均在裁判確定之前所犯，即使犯罪情狀與前開單純數罪者均相同，適用系爭解釋併罰的結果，後罪即不得易科罰金，須受一年（或以下）之有期徒刑執行刑。然而犯罪係在判決確定前或後所為，常取決於犯罪

何時被發覺、訴訟程序進行的時間長短等偶發因素，而有後罪得或不得易科罰金、執行上限為七月或一年有期徒刑的差別待遇，且無從由前開事實上的偶然狀況，推導出正當的區別理由。更有甚者，數罪併罰之所以採取限制加重原則，如前述部分原因是該行為人的罪責較輕，則罪責較輕之數罪併罰，較諸單純數罪者，竟受一律不准易科之不利處遇，理由安在，更難自圓其說（註四）。

此外，數罪併罰案件亦可能因檢察官係分別起訴，法院分別判決，或法院雖合併審判，但受判決人僅就不得易科之部分上訴等情，使得易科之罪先行確定，而實際上得聲請易科罰金（註五）。與此相較，併罰之數罪如一同確定，依系爭解釋見解乃全部不得易科，此時因各罪判決確定先後之偶然性，所導致得或不得易科的執行結果差異，亦無足資區別之理論基礎與正當理由。

再與釋字第三六六號及第六六二號解釋所涉情形相較，在各罪均得易科罰金之數罪併罰情形，本院既然已確認為貫徹罪責相當原則，易科罰金形式要件的認定，不應以數罪併罰後之總刑期為準，不得因併罰後總刑期已達不可易科標準，逕認受判決人一律有執行自由刑之必要，而認為應以各罪的宣告刑為單位，逐一認定各罪是否符合得否易科之要件。但本件多數意見卻一反上開依各罪宣告刑分別認定之見解，支持早期釋字第一四四號解釋意見，再度以併罰之總刑期為單位整體觀察，判斷是否符合易科條件。據此，設有甲、乙二行為人，均犯二罪而併罰，甲犯均得易科罰金之 A 罪及 B 罪，各受有期徒刑六月之宣告，乙犯與甲相同之 A 罪（得易科



）及不得易科之 C 罪，亦均受有期徒刑六月之宣告，此時二人 A 罪部分是否符合易科罰金要件之判斷，在甲係按釋字第六六二號解釋意旨，依各罪宣告刑分別判斷，在乙則依釋字第一四四號解釋邏輯，依數罪併罰後之應執行刑整體觀察，且乙所犯 A 罪之罪責，縱使與甲相同，仍一律失卻以罰金代有期徒刑執行之機會，就此間刑罰執行方法上的差距，乃至何以乙原得易科之罪竟受不得易科之罪及總刑期影響，導致轉變為一律不准易科的有期徒刑，多數意見始終未提出堅強的說理。綜上，系爭解釋加諸行為人一律不得易科之不利地位，較諸各種相類情況之行為人，已侵害其受憲法保障之平等權。

## 二、多數意見有悖釋字第六六二號解釋所揭禁之罪刑相當原則

上述各類因系爭解釋所致之差別待遇之事例，不僅反映刑事制度設計，若未能竭力避免偶發的訴訟進程干擾適切的罪責判斷，便可能有失刑事制度當有之衡平與理性，更突顯出本院未能始終一致地堅守、肯認憲法上之罪刑相當性原則，及自由刑之最後手段性，令人遺憾。

多數意見似認，再度肯定釋字第一四四號解釋的見解，並不會背離釋字第三六六號、第六六二號解釋有關貫徹罪責相當之意旨，理由是刑法有關易科罰金制度的本旨，在避免短期自由刑的弊害（註六），蓋使罪責不高的行為人進入矯治機構，短期間矯治功能尚難發揮，其卻已承受入監服刑的污名，被迫暫時切斷家庭、工作等社會人際脈絡，將來再社會化或遇困難，又恐其染上其他惡習等等，此外易科罰金能緩和自由刑的嚴峻性。但在得易科與不得易科之罪合併處罰情形

，因受刑之宣告之人無論如何必須入監服刑，從而認易科之制度理由已失附麗。

惟多數意見上開判斷值得商榷。誠然受判決人必須發監執行，或許會使易科罰金緩和短期自由刑的制度功能受限，但這不代表對入監者而言，自由刑就不再嚴峻，或其刑期長短乃無關緊要之事。本件爭點係處於易科罰金與數罪併罰二制度的交錯之處，二者的制度本旨均應獲得整體而面面俱到的考量—無論是促進再社會化、慎刑與罪責相當原則等，均應一致地貫徹在所有案件類型中。從而併罰後整體罪刑應為如何之宣告，始與受判決人之罪責相當、全數不得易科是否對個案受判決人太過苛酷，應依個案情形判斷，而非如多數意見所認一旦發監執行，其所犯得易科之罪即自動均有必處短期自由刑之必要，一律不存在以罰金代替徒刑執行更為妥適的理由。

進一步言，在我國刑事法之體系中，雖然易科罰金屬於有期徒刑的替代執行方式，無論得否易科，行為人均是受有期徒刑宣告，但不能因此認為同屬有期徒刑故易科與否對行為人無影響，易科罰金制度負有利於受判決人再社會化的正面功能，萬非只是為了抒解監獄人口壓力的一種替代方案，且與不得易科罰金之刑之宣告，在嚴厲性上仍有差距。就連多數意見也肯認，易科罰金制度本旨在「緩和自由刑嚴厲性」，易言之，得易科比起完全不得易科，本身就是一種較緩和、較利於回歸社會的處罰方式；反之從得易科變為不得易科，則有實質「加重」刑罰的效果。此種嚴峻與緩和的差距，無論行為人所犯他罪得否易科，都不應該妨礙其在執行時有被適切考量的機會，期與行為人的整體罪責相當。

惟多數意見旋即又矛盾地指出，對犯罪行為人原得易科之罪，與不得易科之罪合併處罰後，雖轉為不得易科，但因為行為人本來即有受自由刑矯正之必要，且似因認所受執行刑，未逾越法院原宣告自由刑之限度，因而認「未選擇非必要而較嚴厲之刑罰手段」。但原得易科的短期自由刑，在與不得易科部分併罰，而轉為不得易科後，豈非因其增加之嚴峻性，而產生「較嚴厲之刑罰手段」之效果？多數意見又如何能預料一律不得易科之刑罰手段，所增長的短期自由刑期，不會帶給行為人不成比例的痛苦，而構成與其罪責不相當的「非必要處罰」呢？

最後，得易科與不得易科之罪併罰時，立法者對如何執行未有明文，其毋寧應解為立法者係認得易科之罪不受影響，而毋庸明定。又立法者既未明文於刑法中肯認一律有入監執行之必要，則本院徒憑院字及統一解釋，便實質加重犯罪行為人所受之刑罰，依具體個案判斷宜否易科之裁量空間不復存在，不僅失卻保障刑事人權之憲法立場，更難免於違反法律優位原則，乃至罪刑法定原則之指摘。

### 三、結語

本席等以為，立法機關既已採數罪併罰之限制加重原則，並創設易科罰金制度，在憲法平等原則及比例原則之約束下，實已無選擇得易科與不得易科之罪併罰後一律不得易科罰金之立法裁量空間。得易科之罪於數罪併罰後得否易科問題，困擾我國數十年，均不能獲得完滿的解決。本號令人遺憾的解釋正突顯出相關的難題已是治絲益棼，本席等至盼立法者能儘速以全面之觀點，顧慮罪責相當、行為人之平等權與體系正義等憲法上原則，妥為通盤修正相關刑事政策，促進

我國刑事執行制度與人權之進展。

註一：參薛智仁，易科罰金與數罪併罰的交錯難題，頁 11，成大法學，第 18 期，2009/12。

註二：94 年 2 月 2 日修正之刑法第四十一條第一項規定本文將原規定「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，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……易科罰金。」刪除其中「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」之要件，亦即在符合易科罰金之法定形式要件後，即以易科罰金為原則。

註三：此為學者甘添貴之用語，參甘添貴，罪數理論之研究，頁 283，2008。

註四：相同批評，參薛智仁，前揭註一，頁 11。

註五：此一主張是聲請書最主要的論點之一。類似的批評參如張明偉，數罪併罰中有期徒刑之執行，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 118，2002/6。

註六：避免使用短期自由刑亦係「自由刑最後手段原則之展現」。有關短期自由刑之問題，參如蘇俊雄，自由刑理論與刑法改革的比較研究，臺大法學論叢，23 卷 1 期，頁 107，1993/12。

抄臺灣高等法院函

中華民國 98 年 12 月 29 日  
院通刑壬 98 聲 3000 字第 0980021451 號

主旨：檢送本院「刑事第十七庭解釋憲法聲請書」1 件，併同本院 98 年度聲字第 3000 號李 O 璞聲請易科罰金案件影卷 2 宗（含臺灣臺北地方法院檢察署 98 年度執聲字第 1948 號影卷 1 宗），請 查收依法卓處。

說明：本院受理 98 年度聲字第 3000 號李 0 璞聲請易科罰金案件，認有聲請釋憲之必要。

院長 黃 水 通

抄臺灣高等法院刑事第十七庭釋憲聲請書

#### 壹、聲請釋憲之目的

本院受理九十八年度聲字第三 0 0 0 號聲請易科罰金案件，本於合理的確信認為，釋字第一四四號解釋：「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。」將造成對人民自由權利為不必要限制，與憲法第二十三條規定有違，並與大院釋字第三六六號及第六六二號解釋精神相衝突，爰聲請大院大法官解釋會議，宣告上開釋字第一四四號解釋與憲法第二十三條抵觸而無效。

#### 貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

##### 一、疑義之經過：

- (一) 本院受理九十八年度聲字第三 0 0 0 號聲請人臺灣高等法院檢察署檢察官聲請易科罰金案件，係受刑人李 0 璞因恐嚇及違反槍砲彈藥刀械管制條例等數罪，經本院九十八年度上訴字第一五七六號各判處有期徒刑二月及五年六月，並定應執行有期徒刑五年六月，而未再為易科罰金標準之諭知，嗣案經確定。查受刑人所犯係刑法第三百零五條之恐嚇罪，乃最重本刑為五年以下有期徒刑之刑之罪，而受二月有期徒刑之宣告，依刑法第四十一條第一項前段規定，係得易科罰金之罪。聲請人因而聲

請本院裁定（參附件一）。

- (二) 惟大院於民國六十四年十二月五日公布之釋字第一四四號解釋文：「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。」解釋理由書：「……縱他罪因上訴改判無罪確定或經赦免者，所餘得易科罰金之罪，如因被告身體、教育、職業或家庭等關係執行顯有困難時，被告及檢察官均有聲請易科之權，本院院字第一三五六號解釋有案，法院自可於此時依法為適當之諭知。」是數罪併罰案件，經法院合併審判，就得易科罰金與不得易科罰金之罪併合處罰確定，依上揭釋字第一四四號解釋意旨，本即無庸就得易科罰金之罪為易科折算標準之記載，嗣檢察官得否就其中得易科罰金之罪另聲請易科罰金，容有疑義。
- (三) 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。惟若對本得易科罰金之罪，因與不得易科之他罪併合處罰結果，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，業經大院釋字第三六六號、第六六二號解釋理由書予以闡明。

- (四) 又大法官所為之解釋，既有拘束全國各機關及人民之絕對效力，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抵觸憲法之虞時，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，確信大院釋字第一四四號解釋，造成對人民自由權利之不必要限制，有抵觸憲法第二十三條之虞，爰提出本件聲請。

## 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，確信有抵觸憲法之疑義時，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，確信有抵觸憲法之疑義時，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，聲請大法官解釋。
- (二) 聲請解釋之客體：

大院釋字第一四四號解釋。

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、我國大法官解釋之效力：

（一）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（

註一）。

（二）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」的觀點相符（註二），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（註三）。

（三）依上所述，我國大法官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、大院釋字第一四四號解釋，除與釋字第三六六號、第六六二號解釋精神相衝突，並使受刑之宣告者立於更不利地位，且於實務運作造成諸多不當之處：

(一) 大院釋字第一四四號解釋與釋字第三六六號、第六六二號解釋精神相衝突，並使受刑之宣告者立於更不利地位：

1、按釋字第三六六號解釋理由書：「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」。

2、次按釋字第六六二號解釋理由書第三段：「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屬性。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」。

- 3、從而，依上揭大院釋字第三六六號、第六六二號解釋理由書所載，刑法第五十條之數罪併罰規定，不得逾越原裁判之刑度，亦無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意；惟依大院釋字第一四四號解釋適用結果，對本得易科罰金之罪，因與不得易科之他罪併合處罰結果，將使原有得易科罰金之機會喪失，此顯使受刑之宣告者，處於更不利之地位，並與釋字第三六六號、第六六二號解釋精神相衝突。

(二) 大院釋字第一四四號解釋於實務運作造成諸多不當之處：

- 1、數罪併罰案件，有因檢察官分別起訴，由法院分別裁判，致數罪併罰案件分別確定者；有由檢察官合併起訴，法院合併審判而同時確定者；有由檢察官合併起訴，法院合併審判後，因當事人對於判決之一部上訴，致數罪併罰案件分別確定者。倘因檢察官分別起訴而由法院分別裁判，致數罪併罰案件分別確定者，其中先確定之一部，若為得易科罰金時，則該一部即得執行易科罰金（參附件二）。若數罪併罰案件，由法院合併審判者，縱其中一部係得易科罰金，惟依大院釋字第一四四號解釋，原可易科罰金部分所處之刑，即無庸為易科罰金折算標準之記載（參附件三）；斯時，受刑之宣告者，若就不得易科罰金部分提起上訴，使得易科罰金部分先行確定，再就此先行確定部分聲請易科罰金，以免此部分亦須受自由刑之執行，此無異

鼓勵濫行上訴，更凸顯知過坦然放棄上訴者難辭重典，飾詞否認犯行提起上訴者反得逞僥倖，而失情理之平。且將造成數罪併罰案件，得否以易科罰金方式執行，非繫於受判決人之罪刑，反繫於檢察官是否合併起訴或法院判決是否同時確定之流弊。

- 2、再者，論者或謂受判決之行為有一為不得易科之他罪，足認受判決人之惡性表現，而有必要執行徒刑之情況。然法院於裁判時，係以刑法第五十七條規定為科刑輕重之審酌標準，必因受判決人之犯罪手段、動機、目的、所生之危險及所造成之損害較為輕微時，始諭知六個月以下有期徒刑，及諭知易科罰金之折算標準。倘被告惡性較重、所生之危險及所造成之損害均較嚴重時，法院儘可判處七個月以上有期徒刑，不讓受判決人有得易科罰金之機會。豈有分別量刑後而依刑法第五十條規定，於定執行刑時，再次考量受判決人之惡性而決定是否准予易科罰金之理？況若得易科罰金之罪，與不得易科之他罪所定之應執行刑刑期，低於數罪均為得易科罰金之罪所定之應執行刑刑期，前者適用釋字第一四四號解釋，而不得易科罰金；反之，後者卻因釋字第三六六號及第六六二號解釋而均仍得易科罰金。此種情形，真能以執行之方法表現受判決人之惡性，顯非無疑。
- 3、又佐以大院池大法官啟明於釋字第六六二號解釋之協同意見書：「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。」其見解本院誠表贊同。

### 三、結論：

本院為司法審判機關，所為裁判之法律依據亦受大法官解釋之拘束。而大院釋字第一四四號解釋，本院認為將使受判決人原有易科罰金之機會，得而復失，且造成對人民自由權利為不必要限制，並與大院憲法解釋之一致性與完整性不無歧異之處，因認有聲請大院大法官宣告大院釋字

第一四四號解釋違憲之必要，使本院得以妥適適用法律，以維護憲法保障人民權利之目的。

註釋：

註一：相同內容諸如釋字第四四五號、第五八五號、第六〇一號等解釋理由書。

註二：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，第十二頁，註二十五）。

註三：參見蘇俊雄前揭文第十二頁至第十四頁。

附件：

- 一、本件聲請易科罰金之聲請書暨所附附表。
- 二、本院九十八年度抗字第一七三號裁定。
- 三、本院九十八年度上訴字第一五七六號判決。

聲 請 人：臺灣高等法院刑事第十七庭  
審判長法官 趙 功 恒  
法官 陳 世 宗  
法官 陳 憲 裕

中 華 民 國 9 8 年 1 2 月 2 1 日

（附件一）

臺灣高等法院檢察署檢察官聲請書 98 年度執聲字第 1360 號

受 刑 人 李 〇 璞 （住略）

上列受刑人因恐嚇及違反槍砲彈藥刀械管制條例等數罪，經臺灣高等法院 98 年度上訴字第 1576 號各判處有期徒刑 2 月及 5 年 6

月，並定應執行有期徒刑 5 年 6 月，而未再為易科罰金標準之諭知，嗣案經確定。查受刑人所犯係刑法第 305 條之恐嚇罪，乃最重本刑為 5 年以下有期徒刑之刑之罪，而受 2 月有期徒刑之宣告，依刑法第 41 條第 1 項前段規定，係得易科罰金之罪。茲據臺灣臺北地方法院檢察署呈請本署聲請貴院裁定易科罰金標準，爰予聲請裁定。計附：臺灣臺北地方法院檢察署 98 年度執聲字第 1948 號卷乙宗。

此 致

臺灣高等法院

中 華 民 國 9 8 年 9 月 2 9 日

(附件三)

臺灣高等法院刑事判決

98 年度上訴字第 1576 號

上 訴 人

即 被 告 李 〇 璞

選任辯護人 郭 緯 中 律師

周 裕 曄 律師

古 健 琳 律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例等案件，不服臺灣臺北地方法院九十八年度訴字第六號，中華民國九十八年三月十日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署九十七年度偵字第二一九七三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

李〇璞未經許可，寄藏手槍，處有期徒刑伍年陸月，併科罰金新臺幣拾伍萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日；扣

案之奧地利廠 GLOCK 十七型、口徑九 mm 之制式半自動手槍壹枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇四號）、改造霰彈槍壹枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇五號）、制式霰彈玖顆，均沒收。又以加害生命、身體之事，恐嚇他人致生危害於安全，處有期徒刑貳月。有期徒刑部分應執行有期徒刑伍年陸月；扣案之奧地利廠 GLOCK 十七型、口徑九 mm 之制式半自動手槍壹枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇四號）、改造霰彈槍壹枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇五號）、制式霰彈玖顆，均沒收。

### 事 實

一、李〇璞明知可發射子彈具有殺傷力之手槍及具有殺傷力之子彈，均係槍砲彈藥刀械管制條例所公告列管之槍枝及彈藥，未經許可，不得寄藏之，於民國八十五年間某日，在臺北市松隆路某處賭場，因真實姓名年籍不詳綽號「茂〇」之成年男子（已於八十六年七、八月間死亡）之請託保管，收受奧地利廠 GLOCK 十七型、口徑九 mm 之制式半自動手槍一枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇四號）、改造霰彈槍一枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇五號）及子彈十九顆（含制式子彈三顆、非制式子彈一顆、制式霰彈十五顆），而攜回臺北市〇〇區〇〇街〇〇巷〇號〇樓住處房間衣櫃妥為藏放保管，未經許可寄藏具有殺傷力之手槍、子彈。於九十七年十月九日晚上八時許，李〇璞與同業彭〇翔在電話中發生口角，雙方約定由李〇璞立即前往臺北市〇〇北路與〇〇〇街口、靠近「麥〇勞」處，與彭〇翔碰面進行談判，李〇璞恐對方招人前來助陣，除撥打電話聯絡不知其寄藏槍枝、子彈之姓名、年籍均不詳綽號「小〇」、「阿〇」、「凱〇」友人前往約定會面地點助陣外，亦將前開藏放衣櫃之槍枝

二把、子彈十九顆裝袋後，攜至其所有〇〇〇〇—EP 號自用小客車前座中間置物箱下腳踏墊放置，攜槍駕車前往赴約。當日晚間八時許至同日晚間八時五十二分許間之某時段，李〇璞開車抵達臺北市〇〇區〇〇街〇〇之〇號前，車停妥後，將攜至現場之其中一把奧地利廠 GLOCK 十七型、口徑九 mm 之制式半自動手槍（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇四號，內有彈匣，裝填四顆子彈）藏放身上，下車步行至〇〇街與〇〇北路交岔路口，與不知其帶槍之「小〇」、「阿〇」、「凱〇」會合，再電話聯絡在附近某酒店擔任泊車小弟工作之彭〇翔前來談判，雙方發生口角拉扯，李〇璞萌恐嚇之犯意，掏出手槍對空擊發二次，以此加害生命、身體之舉動，恐嚇彭〇翔，令彭〇翔心生畏懼，致生危害於安全，趕緊掉頭沿〇〇街由西往東方向奔跑，李〇璞見彭〇翔跑走後，趕緊撿拾擊發後彈落地上之彈殼二個，即與「小〇」、「阿〇」、「凱〇」奔向〇〇〇〇—EP 號自用小客車停放處，適臺北市政府警察局中山分局警員接獲勤務中心通報現場有槍擊事件而趕至現場，李〇璞看見巡邏警車駛至，將車留在現場，與「小〇」、「阿〇」、「凱〇」分頭逃竄。而中山分局員警抵達後，未發現疑似可疑人士，遂進行採證、查訪，由返回槍擊地點之彭〇翔告知，得知擊發槍枝之人為綽號「阿璞」之男子，並在距離槍擊地點十公尺遠處之〇〇街〇〇〇之〇號前，自停放該處路旁之〇〇〇〇—EP 號自用小客車車窗往車內看，發現該車前座中間置物箱下腳踏墊放置一把長槍（即改造霰彈槍），乃先到場埋伏，等候近一小時未見有人前來取車，遂拖回中山分局鑑識中心，於當晚九時五十五分許，查出車主為李〇璞，該車無失竊紀錄。



，且調取現場監視錄影，看見畫面出現一群人走近0000-EP 號自用小客車準備上車時，巡邏警車駛至，遂四處逃竄之情景，鎖定李0璞涉嫌持有0000-EP 號自用小客車內之霰彈槍一把，及持槍在現場擊發，並於當日深夜至翌日（十月十日）凌晨一時五十分許前，撥打電話通知李0璞前來中山分局說明，李0璞於翌日（十月十日）凌晨一時五十分許前，攜帶上開奧地利廠 GLOCK 十七型、口徑九 mm 之制式半自動手槍一枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇四號）、制式子彈二顆、已擊發彈殼二顆前往臺北市政府警察局中山分局投案，中山分局員警並會同李0璞打開0000-EP 號自用小客車車門，起獲尚放置於車內之上開改造霰彈槍一枝（內含已上膛子彈二顆）及制式霰彈十三顆。

二、案經臺北市政府警察局中山分局移送臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

#### 理 由

一、被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之四之規定，但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，知有第一百五十九條第一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；刑事訴訟法第一百五十九條之五第一項、第二項分別定有明文。檢察官、上訴人即被告李0璞及其辯護人對於本判決下列所引用被告以外之人於審判外之陳述（包含書面陳述），於本院準備程序及審理時，均表示無意見而不予爭執，且迄至言詞辯論終結前亦未再聲明異議，本院審酌

上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵之情形，依刑事訴訟法第一百五十九條之五第二項規定，認例外均具有證據能力。並經本院於審判期日依法進行證據之調查、辯論，當事人於訴訟上程序權利，已受保障。

二、前揭犯罪事實，業據被告迭於警詢、偵查、原審及本院審理時均坦承不諱，且據證人彭○翔於警詢、原審審理時所為證述甚詳（九十七年度偵字第二一九七三號卷第十八頁至第二十二頁，九十八年二月二十四日原審審判筆錄、原審卷第四十頁、第四十一頁）。扣案之手槍、長槍各一枝、子彈十七顆、彈殼二顆，經內政部警政署刑事警察局（下稱刑事局）分別以檢視法、性能檢驗法、試射法、電解腐蝕法、比對顯微鏡比對法鑑定結果，送鑑手槍一枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇四號），係口徑九 mm 制式半自動手槍，為奧地利 GLOCK 廠十七型，槍號遭磨滅，經以電解腐蝕法重現結果，研判槍號為 BCB 四七一，槍管內具陸條右旋來復線，擊發功能正常，可供擊發同口徑制式子彈使用，認具殺傷力；送鑑長槍一枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇五號），係改造霰彈槍，由仿霰彈槍製造之槍枝，換裝土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，認具殺傷力；送鑑子彈十七顆，其中十四顆，認均係口徑十二 GAUGE 之制式霰彈，彈底均具撞擊痕跡，採樣五顆試射，可擊發，認均具殺傷力；送鑑子彈一顆，認係口徑十二 GAUGE 之制式霰彈，經試射，可擊發，認具殺傷力；送鑑子彈二顆，認均係口徑九 mm 制式子彈，均經實際試射，均可擊發，認均具殺傷力；送鑑彈殼一顆認係已擊發之口徑九 mm（九乘以十九 mm）制式彈殼，另一顆則係已擊發之

非制式金屬彈殼，該二顆彈殼，經與本案制式手槍（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇四號）試射彈殼比對結果，其彈底特徵紋痕均相吻合，認均係由該槍枝所擊發等情，有刑事局九十七年十一月十三日刑鑑字第〇九七〇一五四五三〇號槍彈鑑定書一份在卷可稽（同前偵查卷第九十五頁至第一〇〇頁）。是被告受託寄藏而持有之上開制式手槍、改造長槍各一枝、子彈十九顆，均係槍砲彈藥刀械管制條例所規範未經許可不得持有之具有殺傷力之手槍、可發射子彈具有殺傷力之改造槍枝及子彈無誤。綜上，本件事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

三、核被告所為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之未經許可寄藏手槍罪、同法第八條第四項之未經許可寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造槍枝罪、同法第十二條第四項之未經許可寄藏子彈罪及刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪。被告同時寄藏制式手槍、改造槍枝及子彈，以一持有行為而觸犯三種罪名，為想像競合犯，應從較重之未經許可、寄藏手槍罪處斷。而「寄藏」之受人委託代為保管，其保管之本身所為之「持有」，既係「寄藏」之當然結果，法律上自宜僅就「寄藏」行為為包括之評價（最高法院七十四年台上字第三四〇〇號判例意旨參照），是以本件不再論非法持有槍枝、子彈罪。又未經許可，無故寄藏持有槍、彈罪，其持有之繼續，為行為之繼續，至持有行為終了時，均論為一罪，不得割裂。若寄藏持有之後，以之犯他罪，兩罪間之關係如何，端視開始持有之原因為斷，如早已非法持有槍、彈，後另起意犯罪；或意圖犯甲罪而持有槍、彈，卻持以犯乙罪，均應以數罪併罰論處；必因意圖犯某罪而持有槍、彈，嗣後

果持之以犯該罪，兩罪間始有牽連犯之適用（最高法院九十年度台上字第三二七〇號判決參照）。本件被告未經許可，寄藏持有可發射子彈具有殺傷力之槍枝、子彈之時點，在八十五年間，於九十七年十月九日晚上八時許，被告與同業彭〇翔在電話中發生爭吵，二人相約由被告立即前往彭〇翔工作之地點繼續談判，被告恐彭〇翔招人前來助陣，遂攜帶「茂〇」所寄放槍枝赴約，嗣雙方口角拉扯時，被告掏出槍枝對空鳴槍，足見被告係臨時起意而自住處取出受託寄藏之槍、彈，而以槍枝、子彈實施恐嚇行為甚明，被告所犯上開未經許可寄藏可發射子彈具有殺傷力之槍彈罪與恐嚇危害於安全罪，犯意應屬各別，犯罪構成要件互殊，為數罪，應分別論罪，合併處罰。起訴書上所犯法條欄雖未記載刑法第三百零五條恐嚇危害安全罪，惟於犯罪事實欄業已載述被告在和證人彭〇翔談判途中對空鳴槍二次欲嚇阻對方之事，堪認就此部分犯行已提起公訴，僅係起訴法條有所漏載，附此敘明。

四、被告及辯護人主張被告於犯本案後，在偵查警員得以確知持有槍彈之人前，隨即前往中山分局投案，並陪同警方起出槍彈，故符合槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項前段之自首報繳槍枝規定。惟按刑法第六十二條所謂自首，以犯人在其犯罪未發覺前，向有偵查犯罪權限之機關或公務員自承犯罪，而受裁判為要件。所謂未發覺之罪，並非以有偵查犯罪職權之機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，苟該等機關或人員對於其有確切之根據得為合理之可疑時，即得謂為已發覺。又裁判上一罪及實質上一罪等情形，其中一部分犯罪已被發覺，雖在檢察官或司法警察官訊問中，陳述其未發覺之部分犯罪行為，仍與刑法第六十二條之規定不符，不能認有

自首之效力。查本件被告在臺北市〇〇區〇〇北路與〇〇街口擊發子彈後，當晚八時五十五分二十八秒，勤務中心即接獲報案，並通知中山分局員警於當日晚間八時五十八分許、九時、九時零二分、九時零五分、九時十分，陸續抵達現場處理，被告等人已離開現場，警方進行採證、查訪，由返回槍擊地點之彭〇翔告知，得知其與被告即綽號「阿璞」之人發生口角拉扯，及其掙脫逃跑時聽見槍擊聲等訊息，並在距離槍擊地點十公尺遠處之〇〇街〇〇〇之〇號前，自停放該處路旁之〇〇〇〇-EP 號自用小客車車窗往車內看，發現該車前座中間置物箱下腳踏墊放置一把長槍（即改造霰彈槍），先到場埋伏，等候近一小時未見人前來取車，遂拖回中山分局鑑識中心，於當晚九時五十五分許，查出車主為被告，該車無失竊紀錄，且調取現場監視錄影，看見畫面出現一群人走近〇〇〇〇-EP 號自用小客車準備上車時，巡邏警車駛至，遂四處逃竄之情景，即鎖定被告涉嫌持有〇〇〇〇-EP 號自用小客車內之霰彈槍一把，及持槍在現場擊發各情，已據證人彭〇杰、彭〇翔證述甚詳，並有車籍查詢—基本資料詳細畫面資料（同前偵查卷第六十四頁）、臺北市政府警察局指揮中心受理一一〇報案紀錄單（本院卷，九十八年七月二日本院審理時證人彭〇杰提出資料附卷）在卷可稽，可知警方在槍擊現場，經向證人彭〇翔詢問，得知有人持有槍械，並曾對空鳴槍，綽號「阿璞」之人亦參與其中，再由案發現場附近所查獲、被告所有之車牌號碼〇〇〇〇-EP 號自用小客車前座置放有槍枝，另佐以為本案犯行之人，於離開案發現場，曾朝被告所有之車輛奔跑，欲上車離去，因警方是時已到現場，乃倉皇逃離等事證觀之，於當晚九時五

十五分許，查出車主為被告，實有合理之懷疑認該自用小客車之所有人即被告，係本案持槍恐嚇被害人彭〇翔之犯罪嫌疑人之一，縱認被害人彭〇翔未能告知警員被告之全名，警方亦無法確認所持槍枝是否具有殺傷力，均無礙於上開認定。而被告係於九十七年十月十日零時前向中山分局投案，此已據證人即中山分局製作被告筆錄之員警彭〇杰於九十八年二月二十四日原審審理陳明在卷（原審卷第三十七頁反面），再參照被告於九十七年十月十日上午六時五分許製作警詢筆錄時，供稱：「……（今凌晨一時五十分許你因何事到警局……製作談話筆錄？）我因槍擊警方到我家中找我，而車輛也為警方查扣，我知道法網難逃，所以我才攜槍到警局投案說明……（你於案發現場開槍後前往何處匿藏？為何會將車輛停放該處沒有駛離？）我都在外面亂晃亂走，而車輛會停放該處是因為開槍以後剛好有遠遠看到警車駛來，我就跑離現場，來不及開走，而事後我坐計程車於該處附近繞，發現警方已經發現我的車了，所以我覺得我還是向警方投案比較好……」等語（同前偵查卷第十頁、第十三頁），可知被告係因其所有自用小客車已遭警方查扣，員警並登門查案，查覺事跡敗露，始向警方投案。從而，被告係在警察本於足夠之證據下，懷疑其即係犯罪嫌疑人後，始帶同部分槍彈至警局供認犯行、會同警察取出其餘槍彈，及製作筆錄，核與自首要件不相符合。故被告主張本件應符合槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項前段自首報繳槍彈之要件，而有減刑或免除其刑之適用，尚無足取。

五、原審認被告罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查，本件被告未經許可，寄藏持有可發射子彈具有殺傷力之手槍、

改造槍枝、子彈之時點，在八十五年間，於九十七年十月九日晚上八時許，被告與同業彭○翔在電話中發生爭吵，二人相約由被告立即前往彭○翔工作之地點繼續談判，被告恐彭○翔招人前來助陣，遂攜帶「茂○」所寄放槍枝赴約，嗣雙方口角拉扯時，被告掏出槍枝對空鳴槍，足見被告係臨時起意而自住處取出受託寄藏之槍、彈，而以槍枝、子彈實施恐嚇行為甚明，被告所犯未經許可寄藏可發射子彈具有殺傷力之手槍罪、其他可發射子彈之改造手槍罪、子彈罪（上述三罪具有一行為觸犯數罪名之想像競合犯關係），與恐嚇危害於安全罪，犯意應屬各別，犯罪構成要件互殊，為數罪，應分別論罪，合併處罰，原審認係屬一行為觸犯數罪名之想像競合犯，從一重之未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之手槍罪論處，尚有未恰。被告上訴意旨認其於九十七年十月十日凌晨零時，攜在現場對空擊發之槍枝前往中山分局坦認犯罪，符合自首要件，原審判決未適用槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項前段規定減免其刑期，指摘原審判決違誤，並無理由，惟原判決既有上開可議之處，仍屬無可維持，應由本院將原判決撤銷改判。爰審酌被告未經許可寄藏槍、彈，本對社會治安及人身安全造成潛在危害，且被告已將之用以恐嚇他人之工具，從事非法行為，惡性非輕，惟被告於警詢、偵查、原審及本院審理時均坦白承認犯行，並表示悔意，犯後態度尚屬良好，兼衡其品行、智識程度、犯罪手段及犯罪所生之危害等一切情狀，寄藏槍枝部分，量處有期徒刑五年六月，併科罰金新臺幣十五萬元，及諭知以一千元折算一日之易服勞役標準，恐嚇危害安全部分，量處有期徒刑二月，有期徒刑部分並定應執行有期徒刑五年六月。扣案之奧

地利廠 GLOCK 十七型、口徑九 mm 之制式半自動手槍一枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇四號）、改造霰彈槍一枝（槍枝管制編號一一〇二〇二九四〇五號）及制式霰彈九顆，具殺傷力無訛，為違禁物，均依刑法第三十八條第一項第一款規定宣告沒收。至扣案之口徑十二 GAUGE 之制式霰彈六顆、口徑九 mm 制式子彈二顆，業經刑事局於鑑驗時擊發，失去子彈之功能，已非違禁物，與彈殼二顆，爰不併為沒收之宣告，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十九條第一項前段、第三百六十四條、第二百九十九條第一項前段、槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項、第八條第四項、第十二條第四項、刑法第十一條前段、第三百零五條、第五十五條、第五十一條第五款、第四十二條第三項、第三十八條第一項第一款、刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 9 8 年 7 月 2 3 日

（本件聲請書其餘附件略）