

釋字第六六二號解釋協同意見書

大法官 黃茂榮

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

壹、問題緣起

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

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

關於得否易科罰金，該號解釋係從各罪應個別判斷其可罰性的觀點出發。所以認為，縱使數罪併罰所定應執行刑逾

六個月，法院得在判決主文中諭知，執行檢察官得按主文所定標準，裁量是否准予易科罰金。嗣刑法第四十一條於 90 年 1 月 10 日修正公布，並增訂第二項規定：「併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。」該規定符合該號解釋之意旨。

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

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

貳、釋憲解釋及立法之歷史性

按規範價值之正確並不具備時空上的絕對性，而具有歷

史性，應配合時空之轉移而演進。是故，釋憲機關所持關於憲法保障之基本權利的價值觀及立法院關於法律規定之立法政策及適當規範內容的看法，都可能隨時空之轉移而變遷，必須因時過境遷，而有新的取舍或具體化。

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

按規範衝突在效力內容具有排斥性，不能併存。所以，該衝突依法律競合理論處理的結果，不是解釋其中之一，無效，便是認為兩者皆無效，必須透過法律補充尋覓第三種規範內容。決定競合的規範之一優先於另一的原則：首先是優位法優於劣位法，例如憲法優於一般法；其次是特別法優於普通法；再其次是新法優於舊法¹。

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

¹關於規範衝突，請參考 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983, S. 255ff.; 黃茂榮，法學方法與現代民法，2006/04 增訂五版，頁三 五以下。

明白提及法律，所以，就其釋憲解釋對於立法機關之拘束力為何，亦即就立法機關在釋憲解釋後是否尚得制定與釋憲解釋意旨相違之法律，尚未為明白之表示。

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

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

參、易科罰金之實質基礎

按對於短期自由型所以在執行上准許易科罰金，其理由除在於避免短期自由刑之不良後遺結果外，還因為所犯者係最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，且法院係經斟酌刑法第五十七條以下關於行為人之一切情狀，始宣告短於

六個月之有期徒刑。是故，其宣告刑本身即顯示其犯罪行為之低度的反社會性及可非難的程度，以及最後可能不適合對其執行短期自由刑之評價。

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

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

應易科罰金」的方向發展。是故，執行檢察官就是否准予易科罰金，應已不適合再有裁量權。這從關於被告之羈押的裁量權，已從檢察官向法院移動，亦可獲得佐證。不過，在具體執行案件，是否准予易科罰金，目前實務執行檢察官依然有其行政裁量權。這是一個還待立法機關透過立法，或釋憲機關透過釋憲解釋，予以釐清的問題。

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

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

肆、易科罰金的裁量權

由於是否適合易科罰金，涉及個案之衡平性的評價，以

確保其決定符合個案之情狀，所以在國家權力區分的基本體制下，並不適合由立法機關，超出刑法第四十一條第一項所示限度以上，自始對於一切案件，為一般的禁止。

是否准予易科罰金，是一種裁量的決定。該裁量權之基本劃分為：首先在立法層次，立法機關本於立法裁量決議，制定容許法院為易科罰金之諭知的框架規定；法院在依法律審判量刑時，始得按一定標準做得為易科罰金之諭知，授與執行檢察官以行政裁量權，在具體案件之執行，為是否准予易科罰金之決定。上述裁量權之行使對象，有由一般到具體的發展特徵。

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

伍、數罪併罰之易科罰金

關於數罪併罰時，其短期自由刑之易科罰金的諭知及准許，有兩個層次的問題：

(1) 首先有應就各罪個別裁量，或應就數罪全體整體考量的問題。認為在數罪併罰定應執行刑逾六個月，還可諭知准予易科罰金者，其論據從應就各罪個別裁量的觀點出發。在此見解下，在數罪併罰引伸出：是否得就一部分罪諭

知得易科罰金，就一部分罪諭知不得易科罰金。亦即各罪之宣告刑未逾六個月的部分得易科罰金，逾六個月的部分不得易科罰金。或認為當一部分罪的宣告刑已越過六個月短期自由刑之執行的猶疑門檻，便不需要再考量未逾六個月部分之易科罰金，而皆可或皆應執行自由刑。這些都是刑事政策上極為重大的問題。需要相當的調查數據才能有正確的判斷。

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

從裁量權之歸屬的觀點，立法機關在刑法第四十一條第一項既然得就一罪，基於立法裁量決議「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。」為何不得於數罪併罰，基於立法裁量，在同條第八項同樣決議規定：「第一項至第三項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六個月者，亦適用之。」這涉及立法裁量結果之違憲審查的問題。

鑑於准予易科罰金係必須針對具體案件之個別情狀而為的衡平裁量，所以立法機關並不適合超過一般規範框架，限制法院或執行檢察官的衡平裁量權，以確保最後裁量之結果，能切合個別案件之情狀，讓自由刑之適用恰如教化受刑人之所需，無超過或不及的結果。是故，就立法機關關於准

予易科罰金之限制規定，是否有超出必要限度，或有不當剝奪法院或執行檢察官之裁量權的情事，自當容由釋憲機關依憲法第二十三條所定之比例原則加以審查。

因為受刑人之反社會性或可非難性，基本上表現於其所犯之各個犯罪行為的罪質與情狀。這些在法院就各罪量刑時，當已意識到刑法第四十一條第一項關於易科罰金之基礎條件的規定，予以釐定，所以在各罪之宣告刑皆未逾六個月時，縱其數罪併罰時所定之應執行刑逾六個月，是否仍適合准予易科罰金，應容由法院及執行檢察官基於衡平裁量，就個案為最後的決定，不適合由立法機關，制定類如現行刑法第四十一條第二項之規定的方式，自始限制法院及執行檢察官之衡平裁量的權限。基於上述理由，現行刑法第四十一條第二項就自由刑之易科罰金的限制規定因違反比例原則，而應不予適用。