

釋字第六六二號解釋協同意見書

許大法官玉秀

本席對於本號解釋多數意見的解釋結論與理由，敬表贊成；對本院釋字第三六六號解釋多數意見對人權的敏銳、刑法學理及實務運作情形的熟稔，特別是對於防免短期自由刑流弊的刑事政策思潮，在憲法上的意義精確掌握，因而在將近十五年前作成該號解釋的智慧與膽識，深感敬佩。本席有幸追隨，爰提出協同意見書，闡論釋字第三六六號解釋值得支持的理由。

壹、釋字第三六六號解釋與刑法第四十一條的變革

一、民國八十三年九月三十日釋字第三六六號解釋作成之前

民國二十四年一月一日制定的刑法第四十一條規定：「犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上、三元以下折算一日，易科罰金。」

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

二、釋字第三六六號解釋：放寬刑法第四十一條規定適用範圍並要求檢討修法

(一)刑法第四十一條規定適用範圍擴大

民國八十三年九月三十日作成的釋字第三六六號解釋的解釋文：「裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條規定各得易科罰金者，因依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月，致其宣告刑不得易科罰金時，將造成對人民自由權利之不必要限制，與憲法第二十三條規定未盡相符，上開刑法規定應檢討修正。對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，刑法第四十一條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」

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

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

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

(二)實務上並無因應困難

依據釋字第三六六號解釋意旨，臺灣高等法院檢察署於八十四年九月五日召開「研商司法院大法官會議釋字第三六六號解釋所指應得易科罰金之情形如何配合辦理有關事宜會議」，決定因應作法，分述如下¹：

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

¹ 臺灣高等法院檢察署 84 年 10 月 4 日檢義文允字第 12301 號函。

	尚未定應執行刑	暫緩執行,並聲請裁定應執行刑及易科罰金的標準。 但受刑人不聲請易科罰金或無執行困難的理由,則發監執行並聲請定應執行刑。
--	---------	--

三、刑法第十一次修正增訂第四十一條第二項

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

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

四、刑法第十六次修正否定釋字第三六六號解釋

民國九十四年第十六次刑法修正第四十一條規定為:
「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪,而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者,得以新臺幣一千元、二千

² 修正理由:

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

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

元或三千元折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。（第 1 項）前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。（第 2 項）」

在第一項，將宣告刑未逾六個月例外可易科罰金的原規定，修改為原則上可易科罰金；在第二項，則限制數罪併罰而定執行刑六個月以下的情形，才准易科罰金。第一項因而只適用於犯一罪而宣告刑在六個月以下的情形，適用範圍比民國二十四年所制定的刑法第四十一條狹小。

五、歷來刑法第四十一條適用範圍對照表

（自 24 年制定至 94 年修正的第 41 條規定適用範圍。）	一罪，六月以下	一罪，超過六月	數罪，應執行刑六個月以下	數罪，應執行刑超過六個月
24 年制定的第 41 條（釋字第 366 號解釋審查的對象）	✓	X	✓	X
釋字第 366 號解釋屆滿一年後，未修正的刑法第 41 條	✓	X	✓	✓ （放寬 ³ ）
90 年修正的第 41 條第 1 項	✓	X	✓	X
90 年增訂的刑法第 41 條第 2 項	X	X	X	✓
94 年修正的第 41 條第 1 項	✓	X	X	X
94 年修正的刑法第 41 條第 2 項	X	X	✓	X

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

六、本號解釋同時放寬現行刑法第四十一條第一項與第二項

根據本號解釋「現行刑法第四十一條第二項，關於數罪併罰，數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月者，排除適用同條第一項得易科罰金之規定部分，與憲法第二十三條之規定有違，並與本院釋字第三六六號解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。」則刑法第四十一條第一項規定，不僅包含一罪與數罪併罰應執行刑六個月以下，且適用於數罪合併定應執行刑超過六個月的情形（與釋字第三六六號解釋意旨相同）。但是如果第二項僅適用於數罪併罰應執行刑未逾六個月的情形，反而第一項適用於數罪合併定執行刑超過六個月的情形，顯然法條結構不合邏輯，立法機關顯然還是必須依照解釋意旨，修正第二項的文字。

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

貳、檢討民國九十四年第十六次刑法修正理由

一、修正理由與立法委員提案理由

(一)修正理由

刑法第十六次修正針對刑法第四十一條第二項的修正理由⁴為：「學理上雖有『法定刑』、『處斷刑』、『宣告刑』、『執行刑』等區別，惟第一項所謂受六個月以下有期徒刑或拘役之『宣告』，基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理所謂『宣告刑』。數罪併罰之各罪，雖均得合於第一項之要件，惟因其最終應執行之刑之宣告，已逾六個月者，其所應執行之自由刑，既非短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分之理由。例如，行為人所犯十罪，各宣告有期徒刑五個月，數罪併罰合併宣告應執行之刑為四年，其所應執行之刑，既非短期自由刑，如仍許其易科罰金，實已扭曲易科罰金制度之精神。爰刪除本項之規定，以符易科罰金制度之本旨。」

(二)立法委員提案理由

立法委員提案修法表示：「易科罰金所限定者在於六月以下之宣告刑，何以對於單一罪之宣告必須壓縮在六月以下，但有數罪時，卻得逾六月，顯然已有鼓勵犯罪之嫌。⁵」

二、解構修正理由

(一)整理修正理由

歸納上述修法的理由，共有三個重點：

- 1、於易科罰金專屬刑罰的執行技術問題，數罪合併所定應執行刑，應指最終定應執行刑的宣告，而不是學理上所謂

⁴ 司法院編印，中華民國刑法及刑法施行法全文暨修正條文對照表，94年2月，頁111。

⁵ 立法院第五屆第三會期第十二次會議議案關係文書，頁委一三六。

的宣告刑。

- 2、應執行刑超過六月，已非短期自由刑，不應易科罰金，否則會扭曲易科罰金制度的精神。
- 3、單一罪的易科罰金限於六月以下的宣告刑，數罪併罰合併定應執行刑超過六個月，卻仍得易科罰金，可能鼓勵多次犯罪。

(二)易科罰金專屬刑罰的執行技術問題？

1、學理上的宣告刑？

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

懷疑立法者是不是真懂問題所在。

2、易科罰金和定應執行刑有因果關聯？

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

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

3、何謂刑罰執行的技術問題？

為何易科罰金採行與否，專屬刑罰的執行技術問題，立法理由沒有進一步說明。如果理由是：法院判決時只是訂一個易科罰金的折算標準而已，以便將來檢察官如果准許易科罰金時得以折算罰金數額，所以法院對於法律規定得以宣告易科罰金案件的判決，一定是宣告如易科罰金，以多少元折算一日，待案件判決確定後，移送檢察官執行，執行檢察官即應衡量有無刑法第四十一條第一項但書情形，以決定是否准許易科罰金。則似乎包含二個重點：第一、易科罰金與否，屬於檢察官的裁量權；第二、之所以要求法院判決應記載易科罰金的折算標準，目的是為方便檢察官作成易刑處分。可是這樣的說法，不僅違背法規範的目的，也與實務操作方式

不合。

一者，無論支持或反對釋字第三六六號解釋的見解⁶，都認為易科罰金制度在於防杜短期自由刑的流弊，也主張應該放寬易科罰金的適用條件。在這種所謂的寬容的刑事政策之下⁷，立法機關不僅在九十年修正二十四年制定公布的刑法第四十一條，將適用對象從犯罪中本刑三年以下有期徒刑的罪，放寬至犯最重本刑五年以下有期徒刑的罪，並且在九十四年修正刑法時，將「因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者」例外方得易科罰金的規定，修改成凡獲判六個月以下短期自由刑，原則上應准予易科罰金，只有「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者」的例外情形，執行檢察官方得不准易科罰金。藉由例外與原則的更改，以往被告聲請易科罰金，必須舉證證明有得易科罰金的情事，至今轉變成檢察官必須舉證證明不對行為人執行自由刑難收矯正的效果，或難以維持法律秩序。也就是只有極少數的例外情形，不許易科罰金。而縱使檢察官有權決定得易科罰金與否，決定時所倚賴的基礎，還是刑法第四十一條第一項但書的要求，也就是說檢察

⁶ 反對見解見林山田，評易科罰金的修正，月旦法學雜誌，第 74 期，2001 年 7 月，頁 144 以下；林山田，論併合處罰之易科罰金，刑事法論叢(二)，1997 年 3 月，初版，頁 81、88、93-95；柯耀程，數罪併罰之易科罰金適用關係檢討，司法周刊，第 1284 期，95.4.27；第 1285 期，95.5.4；柯耀程，數罪併罰整體刑之確立與易刑處分，變動中的刑法思想，2001 年 9 月，元照出版，頁 290、299、303。

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

⁷ 法務部的說法，參見 94 年刑法第 41 條第 1 項修正理由：按易科罰金制度旨在救濟短期自由刑之流弊，性質屬易刑處分，故在裁判宣告之條件上，不宜過於嚴苛，現行規定除「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪」、「而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告」外，尚須具有「因身體、教育、職業或家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難」之情形，似嫌過苛，爰刪除「因身體、教育、職業或家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難」之限制。至於個別受刑人如有不宜易科罰金之情形，在刑事執行程序中，檢察官得依現行條文第一項但書之規定，審酌受刑人是否具有「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」等事由，而為准許或駁回受刑人易科罰金之聲請，更符合易科罰金制度之意旨。

官仍然必須衡量，行為人是否有不准易科罰金的理由，才可以拒絕行為人易科罰金。除此之外，獄政主管機關也肯認⁸，放寬易科罰金的適用範圍，有抒解監獄收容壓力的功能，在在顯示易科罰金與否，在刑事政策上顯然擔負重大的任務。不知執行技術性問題的說法，依據何在？

二者，現行實務作業，被告對於檢察官不准易科罰金的執行決定，可依刑事訴訟法第四百八十四條規定，向法院聲明異議，如果法院認為檢察官的決定不當，可以裁定撤銷，並命准予易科罰金。如果易科罰金的採行與否，只是刑罰執行的技術規定，法院可以並且有必要審查檢察官合法的裁量嗎？所以不可能只是法院應該給檢察官一個折算標準，以方便執行作業而已。

(三)定執行刑超過六個月即非短期自由刑

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

1、定執行刑是最終宣告刑的意義何在？

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

這種觀點十分容易理解，但是本件聲請及類似案例所牽涉的問題，也就是釋字第三三六號解釋的個案背景，是原宣

⁸ 90年修正理由：本條易科罰金之規定即含對於短期刑期改以他種方式代替之精神，一則避免受刑人於獄中感染惡習再度危害社會、二則可疏解當前獄滿為患之困境。

告刑已經易科罰金執行完畢，也就是對該部分犯罪的刑罰權已經實現並且消滅，則如果只因為數罪應合併定執行刑，各罪原宣告刑就消滅，當個別犯罪的宣告刑已經執行完畢時，該等罪的宣告刑還能存在嗎？既然理應不存在，又如何復活，而與他罪合併定執行刑，然後讓各別六個月以下的短期自由刑宣告，變成修法理由所謂超過六個月的非短期自由刑？如果個別宣告的短期自由刑，均個別迅速執行完畢，難道個別的宣告刑還應該存在，重新定一次不執行的執行刑？如果個別宣告的短期自由刑，均個別迅速執行完畢，即不必再定執行刑，那麼只剩一個宣告刑時，為何不可以單獨執行，而必須再定執行刑？

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

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

2 . 扭曲易科罰金制度？

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

問題是：如果原宣告刑均得易科罰金，為什麼只因為定執行刑超過六個月，原宣告刑就失去效力？沒有原宣告刑，哪來的數罪應執行刑？只回答定執行刑超過六個月即非短期自由刑，顯然太過簡單，而如果答案是數罪合併所定應執行刑，應指最終定應執行刑的宣告，則屬循環論證，並沒有提出理由。

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

表面上看起來，個別犯罪輕微，一旦犯數罪，則行為因為侵害較多法益，具有較高不法，行為人所呈現的惡性亦較嚴重，理應承受較重處罰。但是當一個人有數個犯罪，最好就像修法理由所舉的犯十罪，法官在個別量刑時，卻都僅宣告五個月有期徒刑，又是為什麼？犯數罪的行為人如果在犯各罪時，都屬輕微，所呈現的意義，可能就是犯罪人是一個粗心大意、小錯不斷，但大過不犯的人，這樣的人不會因為犯許多的小錯，因此變成大惡之人，也不會因此必須進行自

由刑的機構性矯治，才能根絕犯錯習慣。而如果所犯許多小錯，是因為不諳法律所致，數罪併罰時，除了法益受多次侵害之外，行為人人格上的缺陷並沒有因此比犯一罪時嚴重。法官如果認為行為人未必需要機構性處遇，而給予易科罰金的機會，就是科處未超過六個月的短期自由刑，仍然是理由充分⁹。這和法官是否應該各別就所犯的罪量刑，不能把別的罪納入考慮，以及法官是否知道被告尚有他罪未發，並無關聯。至於本號解釋的原因案件，均屬犯兩罪的情形，與立法機關所想像的嚴重情形，均不相同，更沒有非受自由刑不可的道理。

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

(四)犯一罪不得逾六月，犯數罪卻得逾六月，顯有鼓勵犯罪之嫌？

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

一罪和數罪的行為人，何者更應該服自由刑，何者易科

⁹ 以臺灣臺北地方法院 93 年度訴字第 1410 號刑事判決為例，行為人共犯玖罪，每罪卻僅被判處有期徒刑參月，各罪均得易科罰金。又以臺灣彰化地方法 94 年度訴字第 1653 號判決為例，行為人共犯拾罪，每罪均判處有期徒刑陸月，各罪均得易科罰金。不同解讀，見陳新民大法官，本號解釋不同意見書。

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

至於是否因此會鼓勵犯罪？首先，要達到易科罰金門檻，必須宣告刑均未超過六個月徒刑，如果數罪併罰中的一罪宣告刑超過六個月，不得易科罰金，縱使他罪得易科罰金，依據本院在民國六十四年十二月五日作成的釋字第一四四號解釋，法院無庸就原可易科罰金部分，記載易科折算的標準，亦即只要有一罪不得易科罰金，數罪均不得易科罰金。假若認為犯數罪不應該比犯一罪獲得較好的待遇，那麼當被告犯數罪時，法官仍然均宣告六個月或更少的短期自由刑，豈不是已經有鼓勵犯罪之嫌？假設法官竟然在數罪定執行刑時，以其中最高的宣告刑，可能是六個月或更低的自由刑定執行刑，是不是也有鼓勵犯罪之嫌？擱下實際量刑不談，就定執行刑的制度而言，一般而言定執行刑，最高不會高於數需宣告刑的總和，縱使總和超過三十年，原則上不可定超過三十年的執行刑，那麼定執行刑的制度，是否也有鼓勵多犯罪之嫌？更何況依據釋字第三六六號解釋修正的原規定，只是不排除各宣告刑易科罰金的機會，如果檢察官及法官皆認為易科罰金不足以收懲罰之效，仍然可以不准易科罰金，何至於僅因保留原宣告刑易科罰金的機會，就有鼓勵多次犯罪之嫌。

參、 審查平等原則

一、 違反平等原則的疑義

本件聲請原因案件事實之一，行為人觸犯二罪，各受宣告三月、六月有期徒刑，依據刑法第四十一條第一項規定，個別均得易科罰金，其中三月的宣告刑並已執行完畢（與釋字第三六六號解釋原因事實相同），聲請人因而主張，該部分的宣告刑應已消滅，不應再為合併定應執行刑的基礎¹⁰，現行實務卻仍將已執行完畢的宣告刑，併合裁定應執行刑，使得所定應執行刑因而超過六個月，而依據現行刑法第四十一條第二項，即不得易科罰金，限制行為人原本所有易科罰金的機會，過度限制人民自由權利而違反比例原則。

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

二、 現行刑法第四十一條第二項會造成相同個案不相同對待

數罪中的各罪發現及審理速度極可能不一致，裁判宣告自然會有先後，再加上執行速度的差異，發生本件聲請原因

¹⁰ 臺灣高等法院第十八庭聲請書註 19：林山田，論併合處罰之易科罰金—兼評釋字第三六六號解釋，刑事法雜誌，第 39 卷第 1 期，頁 31。

案件的情形，不在少數。定應執行刑時，可能有數罪均未執行完畢、其中一罪執行完畢或數罪均已執行完畢等不同情況。在數罪均未執行完畢的情形，如果定超過六個月有期徒刑，依照現行刑法第四十一條第二項，必須執行自由刑：在其中一罪執行完畢的情形，定超過六個月有期徒刑，扣除已執行的部分，必須執行的可能為少於六個月的短期自由刑；在數罪均已執行完畢的情形，則不會有定執行刑的情形發生，也就沒有定執行刑是否超過六個月的問題。換言之，法院審結後，檢察官執行的速度，會造成定執行刑程序是否發生、定執行刑皆屬超過六個月有期徒刑但有期徒刑執行長短不一的情形，試以下表進一步說明：

案件	區別：是否曾執行	執行情況	疑義
數罪均得易科罰金：甲 A 罪判決有期徒刑 5 月，B 案判決有期徒刑 4 月，均屬得易科罰金之刑。檢察官聲請法院合併定應執行刑，法院裁定應執行有期徒刑 7 個月。	1、均未執行完畢	甲入監服刑七個月	
	2、A 罪執行完畢，B 罪尚未執行 ¹¹	甲入監服刑二個月 【參照法務部(76)檢(二)字第 2169 號函 ¹² 】	1、A 罪裁判既已執行完畢，刑罰權應已消滅，如何復活？（刑法第 44 條） 2、只執行二個月。正好是現行刑法第四十一條第二項所欲避免的短期自由刑。
	3、個別均執行完畢	縱有定應執行刑，毋須再傳喚執行 【參照法務部(84)檢(二)字第 1036 號函 ¹³ 】	檢察官執行速度並非合理的區別標準

¹¹ 最高法院四十七年台抗字第二號判例：「裁判確定前犯數罪而併合處罰之案件，有二以上之裁判，應依刑法第五十一條第五款至第七款定應執行之刑時，最後事實審法院即應據該院檢察官之聲請，以裁定定其應執行之刑，殊不能因數罪中之一部分犯罪之刑業經執行完畢，而認檢察官之聲請為不合法，予以駁回。」

¹² 載於刑事法律問題彙編第 3 輯，頁 37。

結論採甲說：

經定應執行刑為十月，依法不得易科。

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

¹³ 載於法務部公報第 181 期，頁 119-120。

結論採丙說：

依刑法第四十四條規定，易科罰金、易服勞役或易以訓誡執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論，因該二罪既已易科罰金執行完畢，自不得將原收罰金退還，另傳受刑人到案服刑（前司

三、一律不准的平等假象

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

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

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

四、與一罪宣告超過六個月自由刑相比並不違反平等原則

法行政部 62.07.02(62)台函刑字第 06731 號函參照。

另請參見前司法行政部 62.7.2(62)台函刑字第 06731 號函（法務部行政解釋彙編，第二冊，81 年 5 月版，頁 1366）：設有受刑人犯兩罪，各罪最重本刑均為三年以下有期徒刑，兩案均判處有期徒刑五月，如易科罰金以六元折算一日，並於判決確定後執行易科罰金完畢，嗣經檢察官聲請定執行刑並經法院裁定應執行有期徒刑七月，結果不得易科罰金，於此情形，執行檢察官不得將原收罰金退還另傳該受刑人到案服刑。蓋以數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第五十三條之規定，雖應依同法第五十一條之規定，定其應執行之刑，惟設兩案已易科罰金執行完畢，則依同法第四十四條之規定，其所受宣告之徒刑，以已執行論。

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

(一)基於適用連續犯而生的疑義

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

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

(二)連續犯正好說明一罪可能重於數罪

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

數罪併罰	故意犯罪與故意犯罪
	故意犯罪與過失犯罪
	過失犯罪與過失犯罪
連續犯	限於故意犯

概括故意而連續多次犯罪，惡性重大，刑度加重

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

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

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

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

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

成立。

肆、審查比例原則

一、目的審查

(一)易科罰金制度的本旨

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

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

現行刑法第四十一條的修正沿革（見本意見書肆），已明白顯現擴大易科罰金制度適用範圍的宗旨，自例外易科罰金修正為原則易科罰金，顯示謹慎使用自由刑的態度，就憲法第八條保障人民身體自由的意旨而言，拘束人民身體自由屬於不得已的最後手段，放寬易科罰金制度適用範圍，具有憲法上的正當性，因此以維護易科罰金制度為宗旨，應屬目的正當。但是系爭規定所謂符合易科罰金制度本旨，並非在於放寬易科罰金制度適用範圍，而是在於限縮易科罰金適用範圍，究竟限縮易科罰金適用範圍是否具有憲法正當性，取決於限縮易科罰金適用範圍的最終目的而定。因為不同目的

本可互為手段，修法理由雖然聲稱以符易科罰金制度之本旨，其實是在說明作為手段的目的，因此限縮易科罰金適用範圍，應該當作手段加以審查。

(二)避免鼓勵犯罪

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

二、手段審查：限縮易科罰金制度的適用範圍

既然是防止短期自由刑的流弊，當然只針對短期自由刑的宣告。數罪合併定執行刑時，可能定最低宣告刑，沒有超過六個月的問題，也可能定超過六個月徒刑，難道不等於法官認為被告應該服自由刑，才屬罪責相當？這是修法理由所謂定超過六個月徒刑已非短期自由刑的意思。要回答這個問題，必須釐清數罪定執行刑制度的本旨。

(一)定執行刑制度的功能

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

可以過度評價。經過充分評價所宣告的執行刑，必須符合罪責相當原則，這也是比例原則的要求。

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

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

(二)定執行刑制度與易科罰金制度沒有必然關聯

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

相對於個案法官的量刑，對於被告有近距離的的審視評估，定執行刑法官的定刑操作，對於非他親身審理的個案，只是純粹地書面審理（可能連各罪裁判的卷宗都沒有翻閱），而且定執行刑法官所宣告的個案，也是未超過個六月，很難認定所定執行刑的高低，代表定定執行刑法官認為，犯數罪的行為人有受機構性處遇的必要，而應執行定超過六個

月的有期徒刑。

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

(三)系爭規定導致對人民身體自由過度限制

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

如果每一罪都沒有必要進行自由刑的機構性處遇，不會因為有很多個不必要進行自由刑的機構性處遇的罪，就變成必須進行自由刑的機構性處遇。反之，數罪中有一罪本得易科罰金，在與不得易科罰金的宣告刑合併定應執行刑之後，

均不許易科罰金，因為已經在一罪的宣告中認定行為人有受機構性處遇的必要，不會因為他罪宣告刑可以易科罰金，即變成全部得易科罰金。這也是本院釋字第三六六號解釋多數意見尊重釋字第一四四號解釋的理由，而將上述比例原則的操作界限，確定在數宣告刑均得易科罰金的情形。至於不得易科罰金之罪，如經赦免，因為刑罰權已經消滅，剩餘得易科罰金之宣告刑自仍得易科罰金。

伍、解釋結論：現行刑法第四十一條第二項違反憲法解釋而溯及失效

釋憲機關對於立法機關重新制定相同法律，再度作成違憲解釋的宣告，只是在於重申立法機關所作成的法律，違反已經存在的憲法解釋，這種解釋應被認定為具有「溯及失去效力的確認解釋」，而不只是具有「往後失去效力的形成解釋」。重新制定的法律，應該從公布施行日起，失其效力。

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