

釋字第六六二號解釋不同意見書

若不極度謹慎，便會肇致事情變質，甚至產生犯罪的結果；

「公平」會轉變為「不公平」，本來應為一件善事，卻可轉化為惡行！

—德國 黑格爾

聚沙成塔、集腋成裘、涓涓細流可成大川。

—我國諺語

大法官陳新民

本號解釋多數意見對於現行刑法第四十一條第二項（下稱：系爭規定）關於數罪併罰，數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月者，不得易科罰金之規定，已經牴觸憲法第二十三條之規定，及違反本院釋字第三六六號解釋之意旨，應失其效力。這種見解，本席雖然肯認大法官同仁念茲在茲維護行為人的人身自由權利，儘量許可易科罰金，而取代入監服自由刑之心意，誠已善盡「人權維護者」的神聖職責。然而，「顧此」即會「失彼」，系爭規定在民國九十四年二月二日修正時，立法者的刑事政策之考量，即未受到本號解釋的充分尊重，不無侵犯立法者刑事政策形成權、國會「預測特權」之虞；同時，本號解釋廢止本院第三六六號解釋之意旨，且以系爭規定牴觸該號解釋意旨為由，作為違憲的理由之一，故在程序方面，亦有必要重新檢討釋字第三六六號解釋的拘束力，以及在何種情

況之下，過去的本院解釋能夠繼續產生拘束力的問題。爰分別就程序面及實質面，提出不同意見書，以抒己見：

一、程序上的檢驗—應澄清解釋前例的拘束力問題

（一）過去解釋例「老生命力之延續」的當然肯定？

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

上述見解，主要是源於（類似本號解釋原因事件所指摘之重複立法所作出的）釋字第四一五號解釋之用語，顯然承認本院過去的解釋當然都有拘束未來立法者重新立法、且不計次數

立法的效力。至於有無再對此重新立法行為內容加以檢視的必要？則繫乎大法官的斟酌也。依本號解釋而論，解釋理由書第三段重複本院釋字第三六六號解釋之意旨，僅在第四段理由書對系爭條文的立法理由加以檢驗、批判。易言之，釋字第三六六號解釋乃在本號解釋中「當然適用」，而非「重新取得適用力」。即過去的解釋例沒有透過本號解釋的論理，重新「被宣告」獲得「生命力」，而是過去生命的延續而已。這種「解釋的老生命力」，將可能扼殺「民意的新生命力」，本席認為應當加以嚴肅的對待。

（二）所謂「規範重覆禁止」原則之商榷——「後解釋」較多的正確性

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

第一種是將已牴觸憲法的法律，由司法院解釋加以廢止，產生了個案拘束力，這是清楚明瞭且立竿見影。第二種情形是將拘束力延伸的將來的立法行為，立法者因此不能制定相類似的條文，這是所謂的「規範重覆禁止」原則（Das Normwiederholungsverbot）。關於第一種的拘束力並無爭議，否則即沒有設立釋憲制度的必要性。德國聯邦憲法法院法第三十一條第二項便規定，聯邦憲法法院的判決具有拘束聯邦與邦

各憲法機關，以及其他法院與行政官署的效力。我國大法官審理案件法第十七條第二項雖然沒有德國上述立法例的明確提及拘束力：「大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法」，復經本院釋字第一八五號解釋的確認「加持」，但使用了「諭知 執行」，可知明顯的具有「個案拘束性」。

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

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

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

另一個實證法條規定，可舉聯邦憲法法院法第九十五條第一項第二句的規定。該規定明言：「聯邦憲法法院得同時宣告任何重複該被宣告違憲之措施，均與基本法不符」。這裡出現了與「規範重複禁止」原則相同的「重複禁止」規定。似乎可佐證「規範重複禁止」原則的存在。德國學說為此也為此爭執不下，但明顯的這是針對人民提起憲法訴願所作出的裁判效力而言。易言之，是針對國家公權力對人民基本權利的侵犯，例如：行政處分。至於對於抽象法規或具體法規違憲審查的裁判效力，則為聯邦憲法法院法第七十九條的規定（同法第八十二條第一項規定參照），而該條主要言及聲請人得依釋憲意旨，尋求民、刑事法律救濟的問題（如再審或非常上訴等），而非適用同法第九十五條第一項的判決拘束力問題，也因此，第九十五條第一項的「措施重複禁止」原則，無法由禁止「行政措施」的重複，延伸到「立法措施」的重複¹。

吾人參考德國對於實證法依據的爭議，是有價值的。因為

¹ Uwe Kischel, Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren? - Zum erneuten Erlaß für nichtig erklärter Gesetze, AöR 131 (2006), S. 252

這個問題涉及到憲法層次理念，而非實證法依據的問題，故不可用單純的立法規定來消弭此一問題。

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

然而，時代究竟會繼續前進，任何立法都必須反應新時代的需要與新民意的價值，到底過去的釋憲解釋能夠拘束多久的立法權？法律，不論公法或私法，大都承認「情事變遷原則」，難道在規範立法權與釋憲權之間便無此原則存在的餘地乎？這是否也和民意政治所彰顯的「主權在民」之原則有違？也因此，德國聯邦憲法法院第一庭在一九九七年所作出的判決(BVerfGE 77, 84/103)便改弦更張認為：只要立法者認為有「特別理由」存在時，即可以重新為相同或相類似之立法²。這當然也是以「延伸論」作為立論基礎，但是只要立法者主觀認為一有不同的立法理由存在時，即可更易之。倘欠缺此立法理由時，則必須遵守延伸論。故給予一個寬鬆的立法理由，也可稱為是「修正、附條件之否定論」。

這兩種立場迥異的見解，在我國也各有獲得支持者，主張「規範重複禁止」原則「肯定說」者。尚可提出我國大法官解

² 參見翁岳生，司法院大法官解釋效力之研究，收錄於：公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集，元照出版社，二〇〇四年十月，第二十六頁；陳愛娥，德國聯邦憲法法院裁判之拘束力。刊載：司法院大法官九十一年度學術研討會，司法院印行，民國九十二年，第九十八頁以下。

釋不似德國聯邦憲法法院的判決之僅具有「法律效力」，而是具有更強大的「憲法解釋權」，可拘束權力分立與立法權，因此，無論如何可以排斥「否定論」之立論³。

相形之下，「否定論」似乎處於劣勢⁴。但在德國憲法學界，卻是站在主流之地位⁵。然而，即如肯定說所肯認大法官的憲法解釋權的重要性，但釋憲權仍為司法權之一環，也有共同構成合憲秩序，並維繫此一憲政秩序之義務，也同樣受到「司法自制」的拘束。如果開放心胸，許可立法者隨著時代需要而重新立法，如有違憲之虞時，再有勞大法官來重開檢驗之程序，豈非有讓大法官來檢驗老前輩高見的良機⁶？因此，本席主張：本院過往一編號已排上六百六十號、數量不可謂不龐大的眾多的解釋，不宜將之聳立於令人景仰的「神主牌位」，而是要讓人民有經常檢驗其時效性的機會。須知：一個能夠反應時代精神、解決憲政窒礙與澄清法政合憲疑慮的司法院解釋，才會獲得全民的景仰，才具有真正的生命力！因此，應當不畏於經常拿出來檢驗之。更何況本院過去解釋也不乏以「後解釋」來「補充」

³ 見翁岳生，前揭書，第二十七頁。

⁴ 參見吳庚，憲法解釋與適用，民國九十三年第三版，第四三三頁。

⁵ 例如目前德國對於聯邦憲法法院最權威的著作 Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., 2007, Rdnr. 484. 便持此見解。最新的見解大都如是，例如：Werner Heun, Rechtliche Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil 2, 2006, S. 182；以及 Uwe Kischel, aaO., S. 222.

⁶ 德國聯邦憲法法院第四十一條也規定：「唯有依據新事實，即可許可聲請人再次提出釋憲聲請」。這種猶如「再審」的程序，何不一併用在立法者的新立法之上？既然個別人民都有此基於新事實提出釋憲之機會，為何獨吝惜給予代表人民表達民意的立法者？

前解釋之例，無不都顯示出「後解釋」的正確性。吾人豈不應該極力歡迎更多的「後解釋」出現⁷？

（三）以往解釋必須經過「重新檢驗」的程序

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

此外，縱使延伸論承認釋憲解釋應拘束立法者的往後立法，也應以是「第一次新立法」為限。易言之，不能夠容忍立法者馬上、或隨後制定與釋憲決定相牴觸的「打對台立法」。一旦沒有產生這種情形，立法者已經修改法律、作出符合釋憲結果的新立法，上述解釋的拘束力即已發揮，該解釋即理應「功

⁷ 參見陳新民，憲法學釋論，民國九十七年第六版，第七七三頁；陳淑芳，判決之不同意見書，政大法學評論第六十二期，一九九七年，第一一八頁。

成身退」,還原出其基於個案聲請 個案原因事實而作裁判的「個案拘束力」之特徵。

一般而言,「後立法」的內容要是和「前立法」完全一致,且時間相距不遠,甚至於「密接期」為新立法,立法者就較為難理直氣壯。但立法者如果有意規避「規範重複禁止」原則,自可以在構成要件及法律後果上,動其手腳。而大凡法律規範的技巧,只要在構成要件或法律後果的內容,加以若干新的規定,解釋上便成為另一種和舊規範不同的新秩序。即使該「新內容」—特別是構成要件上—增加一些看似理論上會產生,但實質上並不易常出現的條件,都屬於新的規範⁸。這種透過立法技巧千變萬化,立法者可發揮想像力的舞文弄墨,以「妙筆生花」式的作出規避的產物,釋憲者自然應該「重開法眼」來檢驗之,所需要的只是「耐煩」—再勞動大法官檢驗一次罷了!⁹。

就本號解釋標的而論,系爭規定在民國九十四年二月二日

⁸ Uwe Kischel,aaO.,S.237.

⁹ 這可以由德國曾經喧騰一時的「教室懸掛十字架案」裁定(Kruzifix-Beschluß)為例。這個發布在一九九五年五月十六日的重要裁定,聯邦憲法法院宣布德國巴伐利亞邦教育法規定,每個公立國民學校教室內應懸掛一個十字架為違反宗教自由,而宣布該邦法條文無效。這個裁定引起了信奉天主教為主的巴伐利亞邦朝野極大的反彈。巴伐利亞邦議會隨即在半年後修法,除重新恢復原條文規定外,只增加一個但書:「如果學生認為懸掛十字架會嚴重且嚴肅的侵犯其信仰及宗教時,學校校長應與之為和藹協議,如協議不成,校長得在兼顧該學生的信仰自由及其他所有學生的宗教與信仰前提下,為個案的妥善補救方案,但應妥適的尊重多數人的意願。」由巴伐利亞邦的新規定,採用迂迴的「附但書」規定來作個案的彌補措施,但明顯的仍維持了學校教室懸掛十字架,及抵觸聯邦憲法法院見解的「違憲」制度。但因未再經過聯邦憲法法院的審理認為違憲,本新立法之規定,即延續至今。可見得立法者的因應手法,可謂「道高一尺,魔高一丈」。關於這個案例可參見:陳新民,立法者的審慎義務與釋憲者的填補任務—由德國聯邦憲法法院「教室十字架案」談起,刊載於拙著:法治國家論,學林出版社,二〇〇一年四月,第二五二頁以下;關於本案的中譯本,可參見:陳淑芳譯,信仰自由之十字架判決,收錄於:德國聯邦憲法法院裁判選輯(九),司法院印行,民國八十九年十二月,第一九六頁以下。

修正之前，已經在民國九十年一月十日修正一次。該次修正即遵照本院釋字第三六六號解釋意旨為之，且在本號解釋理由書第二段予以敘明。因此，立法院已經履行了遵守大法官解釋的義務。嗣後立法院覺今是而昨非，於九十四年修正系爭條文(復於九十八年一月二十一日再度修正)，豈能再繩以釋字第三六六號解釋的拘束？再以釋憲標內容的明確而論，本號解釋所針對的系爭規定且和釋字第三六六號解釋有相當大的歧異。按釋字第三六六號解釋作出時，當時的刑法第四十一條並未明白規定，到底得易科罰金在數罪併罰，定應執行刑逾六個月時，應否仍准許易科罰金的問題。對此「灰色地帶」釋字第三六六號解釋，方有「澄清立法不清」之積極功能¹⁰。然而，本號解釋作出時，系爭規定並無任何立法不清之疑慮存在，故兩號解釋所針對的標的已經完全不同。檢驗的重心也自然側重在立法政策的評判之上。本號解釋惜乎未澄清這種舊解釋例應只在「時間上」—「立法者第一次新作為」的拘束力；以及應澄清一旦遇到釋憲對象爭議之原因，而有重新進行審查程序之必要。本號解釋未能藉澄清此兩大問題，從而在我國釋憲制度作出一個里程碑的決定，甚為可惜¹¹！

¹⁰ 儘管立法不清，但學界見解普遍持「不得易科罰金」之見解，與釋字第三六六號解釋背道而馳。

¹¹ 德國學者 Uwe Kischel 也認為，任何法規範都有所謂的「時間拘束性」(Zeitgebundenheit des Rechts)，必須符合時代的需求。立法者在一部法律「經過一段相當時間」(ein erheblicher Zeitablauf)後，即使沒有外在客觀環境與規範的變化，也可以有重新立法檢討的必要性，更何況有上述情事變遷原則的存在。所以不能用釋憲決定來拘束立法者的這種自我更正之作為。至於何時才是「該相當

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

二、 刑事政策的立法形成權，應予尊重

本號解釋的標的乃是對於數罪併罰，以及易科罰金之法制，是否為立法者享有較高形成自由權限的刑事政策領域，從而在立法者嚴格遵守比例原則的前提下，釋憲機關應當予以高度的尊重（本院釋字第四七六號、第五一二號、五九一號解釋參照）？抑或是人民享有享受數罪併罰的較優惠刑期，以及當然擁有易科罰金的基本人權，從而立法者只得一步一步的擴大該項基本人權適用範圍？本號解釋多數見解雖然明白的否認前者的立論，但未明言承認，僅是默認後者的立論。對此，本席歉難認同！

本席以為關於數罪併罰，以及易科罰金的法制，乃立法者追求刑事正義、罪刑相當、有效維繫社會刑事秩序、滿足國民正義價值觀而規範出的法律秩序。尤其對於易科罰金的制度形

時間」，Uwe Kischel 認為不能一概而論，但無論如何，經過「半個世代」—即十五年，就有了修法、擺脫釋憲拘束力的正當性，見 Uwe Kischel,aaO.,SS.236, 237.

成，涉及確定哪些情況下，可以將短期自由刑「轉化」為罰金刑，亦即自由刑的妥當性判斷—哪些條件下可無庸服短期自由刑，且該多短的短期自由刑，對受刑人方沒有矯正之功效？—全屬於「立法者的預測特權」(Das Prognosenprivileg des Gesetzgebers)¹²。尤其是系爭條文乃立法者在民國九十四年大幅修正刑法，進行大幅度刑事政策改革的一環而已。對這種刑事政策的變更正當性，本號解釋多數意見未加斟酌，即遽以排斥，顯然不當的介入立法者的政策形成權。以下可逐一論究之：

(一) 數罪併罰的刑期折扣，以及易科罰金，是否為基本人權？釋字第三六六號解釋未確言之。而且察諸司法院當年作出該號解釋時，大法官於討論數罪併罰時，並未確認受刑人應享受刑期減少的優惠，以及易科罰金之制度，都具有基本人權的屬性！易言之，未有任何提及此制度可以淵源自憲法第二十二條之規定。反而認為如果數罪併罰超過有期徒刑六月時，仍不許可易科罰金時，乃抵觸比例原則。故是以人身自由作為保障的對象，而以比例原則受侵犯違憲之理由。但本號解釋多數意見雖仍以憲法第二十三條的侵犯為由，明確的將立法院九十四年的修法意旨宣告違憲，也沒有明白宣示數罪併罰的應減免刑期及易科罰金為基本人權。但在解釋理由書第三段所提及之：

¹² Peter Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebende Parlaments zur“ Nachbesserung“ von Gesetzen, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60.Geburtstag, 1982, S.482.

「刑法第五十一條第五款數罪併罰之規定，原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意，，將使其原有得易科罰金之機會喪失，，無異係對已定罪之行為，更為不利之評價，已逾越數罪併罰制度之本意」云云，顯然本號解釋多數意見不認定系爭規定可以推翻（如本號解釋所認定之）刑法第五十一條第五款數罪併罰制度之「本意」。這便導出了兩個法條的位階比較問題：在同一法律內的系爭規定不具有與刑法第五十一條第五款相同的位階，否則不能導出「此尊彼卑」之結論。後者必須具有更高的位階—即屬於憲法、比例原則所保障的權利也，也無異形成人身自由必須受到保障的「核心範圍」！只是本號解釋多數意見未澄清此造成的位階上「差別待遇」也。

這種看法殊值懷疑！數罪併罰應當是刑法內所特設的制度。刑法在第一編總則內第七章規定數罪併罰的制度，洋洋灑灑共有六個條文（第五十條至第五十五條，至於第七個條文有關第五十六條連續犯及第五十五條後段之牽連犯，方於九十四年刪除），宣告多數得易科罰金的合併處罰，皆僅其中之一的規定而已。因此，觀諸整個數罪併罰的制度，處處可見得立法形成空間的廣闊。難道皆應承認每種數罪併罰的案例類型，都有一定「起碼保障範圍」（起碼折扣優待）的「基本人權屬性」之要求？顯然忽視了數罪併罰制度具有高度刑事政策判斷之屬性。否則豈不承認行為人倘若「只犯一罪」，罪責無法打折；而

但只要「多犯一罪」，達到數罪併罰程度，就可受到刑期折扣的優惠乎？由此看來，立法院在九十四年修改系爭規定的立法理由中，曾批評如主張數罪併罰逾有期徒刑六個月者，仍許可易科罰金時，乃有「鼓勵犯罪」之寓意，恐怕並非無的放矢矣！

（二）數罪併罰的質變與量變問題

本號多數解釋似乎認為在數罪併罰，牽動得否易科罰金之情形，不應該產生「質變」一，亦即不應造成法官「重新評判」行為人惡性的後果。是所謂的「量變」不轉變為「質變」的立論。此見諸解釋理由書第三段之「無異係對已定罪之行為，更為不利之評價」。

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

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

其次，實證法律中的法律責任也不乏有「累積」較小責任而改變成較大責任的後果者。最明顯在涉及到懲戒責任方面，例如：公務人員考績法第十二條第一項第一款之規定：「各機關辦理公務人員平時考核：無獎懲抵銷而『累積』達二大過者，年終考績應列丁等」，而丁等即應予以免職（同法第七條第一項第四款）¹³，便是「累積質變」的適例，這當然也顯現出了懲戒權人最終、且總體評價被懲戒人的現象，此與數罪併罰時的法官「再評價」豈有不同？

（三）破壞九十四年修正系爭規定的整體考量

本號解釋多數意見完全無視立法院於九十四年修正系爭

¹³類似但較不嚴格的立法例，如：陸海空軍軍官士官考績續等及獎金標準（民國90年10月24日修正）第四條規定：「考績年度內有左列情事之一者，其考績續等不得評列乙上以上」，其中第三款即有：記大過或『累積』大過二次以上處分，無相當記功以上或事蹟存記者。

規定時，乃是屬於立法院重新「形塑」刑事政策立法的一環¹⁴。因此，牽一髮必動全身，單純宣告系爭規定的違憲，已經破壞了國會立法政策的整體考量，而使法秩序出現裂痕漏縫。可再申言如下：

1. 牴觸立法者對「短期自由刑」的「重新價值評斷」：誠然，憲法並未對「短期自由刑」之制度有任何著墨，只要符合於比例原則，而任諸立法者決定此制度之細節。至於對符合短期自由刑條件，而准予易科罰金的制度，乃在緩和自由刑的嚴厲性，並矯正短期自由刑的（無用）弊病，立法者也早已肯認此制度必要性，才會在民國二十四年一月一日起公布此制度，並由同年七月一日起實施至今，已達近七十五年之久。這個得易科罰金的制度，也經歷幾次的變動，例如由最重本刑為三年，改為五年（九十年修正）；由以得易科罰金為例外，改為可易科罰金為原則，以不易科罰金為例外（九十年）；以及本次釋憲所涉及的超過六個月仍可否易科罰金的兩次修法（九十年、九十四年），都是立法者重新判斷短期自由刑易科罰金的成效問題。由九十四年修法的廢棄九十年的舊規定，乃是（由修法理由）明白顯示的：「如果每個案件都單獨處五個月，十罪併罰，如定應執行刑為四年，故已不屬於短期自由刑，自然不許易科罰金」。

¹⁴相對九十年的修法，九十四年當時明顯的採行「嚴格刑事政策」的精神，可參見：蔡碧玉，二五新刑法修正總覽，刊載：刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑事法學會主編，2005年，第13頁。

因此，這是明確由立法者「立法解釋」關於構成短期自由刑概念的要件，應受釋憲者的尊重。既然得易科罰金制度的本意既然在於一濟短期自由刑的功能不彰。所以對於只擔負一也就是「總共」只承擔一六個月以下有期徒刑的行為人，才有一旦服此短期自由刑，即無達到刑事政策所預期目的之可能¹⁵。但既然合併定其應執行刑已超過六個月，行為人所承擔非難性之高，自然有必要入監服刑，刑事政策的預期目的亦可望達成。否則自由刑的制度也無存在之必要。如不採此見解，即來呈現出這種「宣判長期自由刑」又可易科罰金荒謬現象。吾人試舉兩則在九十四年修法前的判決案例，來作驗證：

(1)第一則：臺灣臺北地方法院九十三年度訴字第一四一號刑事判決：曹松商業負責人為納稅義務人以詐術逃漏稅捐，共玖罪，各處有期徒刑參月，如易科罰金，以參佰元折算壹日。應執行有期徒刑貳年，如易科罰金，以參佰元折算壹日。

(2)第二則：臺灣士林地方法院九十三年度簡字第四一一號刑事簡易判決：劉娟共同連續行使從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾及他人，處有期徒刑肆月，如易科罰金以參佰元折算壹日。又

¹⁵ 鄭逸哲教授也指責九十四年修改系爭規定，不無蠻橫之感，原因之一為檢察機關沒有確實把關，仔細判斷個案有無滿足易科罰金之要件，而一概視為「應」易科罰金，才造成易科罰金制度之濫用。此見解亦有見地，見鄭逸哲，新第四十一條挑戰釋字第三六六號，收錄於氏著：法學三段論下的刑法與刑法基本句型（一）刑法初探，二〇〇五年九月三版，第七二六頁以下。

公司負責人為納稅義務人以詐術逃漏稅捐，處有期徒刑參月，如易科罰金以參佰元折算壹日（以下另有六個相同罪名）應執行有期徒刑貳年，如易科罰金以參佰元折算壹日。緩刑參年。

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

2. 配合刪除連續犯及牽連犯之規定：九十四年修法時，已經呼應刑法界長年來的呼籲，刪除其他大陸法系國家（德國與日本）刑法總則內早已刪除陳舊的連續犯或牽連犯的制度。改採一罪一罰，以符合刑事正義。在實施連續犯的時代，儘管行為人所犯數行為，可以一罪論，對個別行為雖可處六個月以下有期徒刑，但宣判時認為一罪，應加重其刑二分之一（舊刑法第五十六條），即可輕易越過六個月門檻。但九十四年修法後已無法運用連續犯加重其刑二分之一。至於九十四年對系爭規定的修正理由，並未提到與刪除連續犯、牽連犯之關連，不過學界所做的實證分析，也顯示出來單純犯一罪，例如：普通竊盜罪，多判處在六個月以下有期徒刑。但在連續竊盜時，往往超過六個月以上刑期。然若得以易科罰金，顯然與論罪科刑的衡

平原則不符¹⁶。也因此，刪除連續犯的用意，可以釐清學界及實務界對多個行為是否基於統一犯意長年糾纏不清之疑慮，明白規定一罪一罰的法律責任，也有釐清與補充系爭規定的妥善性功能。

3. 誇大「損害行為人既得利益」之弊病：本號解釋理由書第三段提及系爭規定有：「由於併合處罰定其應執行刑之結果逾六個月，而不得易科罰金時，將使原有得易科罰金之機會喪失，非受自由刑之執行不可」之語。此用語乃源於釋字第三六六號解釋，指摘損及行為人之「既得利益」。這個見解亦令人費解。誠然憲法基於信賴保護，對於人民合法獲得的權利，必須加以保障。而此所謂的「合法權利」(wohlerworbene Rechte)，必須以人民依據當時合法及合憲的法規擁有之權利而言，欠缺法律基礎即不得承認之。釋字第三六六號解釋使用此「既得利益」的概念—當時法條並無明白賦予此地位—，已不無疑問¹⁷。現本號解釋否認九四年以後立法明白不承認的「可易科罰金權益」，還使用這種「得而復失」用語，顯然難令人信服。

倘若吾人基於這種「任何」對行為人較有利的併罰及易科

¹⁶ 刑法學者黃榮堅教授曾經就九十三年臺北、臺中及高雄各地方法院關於竊盜罪量刑統計作詳盡的分析，就以臺北地方法院為例，竊盜一次平均量刑於 5.73 月；連續兩次竊盜則平均統計為 8.37 月；若用數罪併罰則在 11.46 月與 5.73 月之間；若實施刪除連續犯得以易科罰金，則連續兩次竊盜及數罪併罰皆無庸入監服刑。顯然九十四年修法即可將原來連續犯與併罰一體看待，皆不得易科罰金，參見：黃榮堅，數罪併罰量刑模式構想，刊載：刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑事法學會主編，2005 年，第 330 頁。

¹⁷ 關於該號解釋的其他批評，可參見：林山田，論併合處罰之易科罰金—兼評釋字第三六六號解釋，收錄於氏著：刑事法論叢（二），1997 年 3 月，第 92 頁以下。

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

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

（四）立法者的預測特權

由上述九十四年立法者全盤檢討刑法之刑事政策可知：系爭條文的修正有一定的立法目的。不准對數罪併罰超過六個月的行為人，予以易科罰金，可能基於現實政策之需要（例如全民拼治安）¹⁸，或是反應社會民眾的正義觀，也涉及到立法者判斷刑事措施（那些情形無庸服短期自由刑）的有效性。這些都屬於立法者採取目的與手段的價值、與有效性之判斷，且多半是「預測」性質—能否達成預期效果，只有靠新制的實施，而且成效的好壞，也納入政治責任制度的功能之內。最明顯的反應可以在日後選舉、甚至導致政黨的輪替之上，所以並不是沒有制度的優點。因此這種判斷的「特權」是要承擔風險，應當有「可負責性」的機關—即國會，而非應有「司法自制」的司法機關來承擔之。這也是學理上所稱的「國會預測特權」（Das Prognosenprivileg des Parlaments）¹⁹。這也是本院一貫的見解，例如：釋字第五一二號解釋所代表的見解「立法機關可以衡量訴訟案件之種類，性質、訴訟政策之目的，以及訴訟功能等因素，以法律為正當合理之規定」，即可為「強化刑事嚇阻

¹⁸ 學界也認為：最早在實務上提出應按罪數分別論罪者乃由前內政部長余政憲針對竊盜罪刑度的併合計算。黃榮監，前揭書，第325頁，註26處。顯然想制止動輒可易科罰金，導致竊盜犯罪案件眾多的後果。

¹⁹ Rupert Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl.,1982, S,1123；德國Badura教授也稱為「立法者的估計及判斷特權」（Die Einschätzungs-und Beurteilungsprärogative des Gesetzgebers），Peter Badura,Staatsrecht, 3.Aufl.,2003, F.10.

效果」，而為一定的立法內容。便是原則上承認立法者擁有這種政策形成權。

三、結論：涓涓細流可成大川—「量變」導致「質變」

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

最後，本席願再綜論一言：本號解釋多數意見囿於行為人各別刑責的評價，未能肯認法官在數罪併罰時，仍應對行為人整體違反社會利益的犯行，重新且完整的再作評價，來決定其應執行之有期徒刑²⁰。立法者透過修正系爭規定，賦予法官此項權限，應為憲法所許。同時，本席亦不贊成系爭規定立法理由之一為認定不得易科罰金之修法，乃「專屬刑罰之執行技術問題」。這種「淡化」為技術面的態度，也不能凸顯法官享有在定應執行刑時的極大空間，而有可能引發恣意的危險性存在²¹。反之，裁量權限越大，責任承擔也越大。法官必須在數罪併罰定應執行刑時，謹慎且整體（跳脫個案）非難性來作判斷。才不至「見微失著」，淪為「機械性」的數學方式計算刑責也！

我國諺語早已有云：聚沙成塔、集腋成裘、以及涓涓細流可成大川。都表明「量變」可以轉成「質變」。本號解釋多數意

²⁰ 德國聯邦憲法法院在討論人權保障時，也會就個人私益及公共利益作一個「總體評價」（Eine Gesamtabwägung），故不可斤斤計較於行為人有利之評價也。見 Alfred Katz, Staatsrecht, 17. Aufl., 2007, Rdnr. 208.

²¹ 黃榮堅，前揭文，第 326 頁。

見誠然朝向有利於行為人的方向解釋，然日後法院審判實務是否因此全然對行為人有利？恐怕未必。依法官目前依據系爭規定在數罪併罰時，法官知道萬一併合處罰超過有期徒刑六月以上，行為人仍應服自由刑，往往將個案從輕發落，求一累積之長期自由刑即足。今後，法官為避免多數犯行（且惡性重大）之行為人得易科罰金而逍遙於監獄之外，恐會將其一宣判六個月以上，即可免諭知易科罰金之標準（此亦為本號解釋理由書第四段所援用，但作為反對系爭規定理由），易為本院釋字第一四四號解釋之意旨。而這種「酌重量刑」，且將產生骨牌效應：為求量刑標準一致，凡各罪之一有宣判六個月以上者，其他相同犯行，也將以同一標準量刑！勢必加重行為人的刑責也。所以本號解釋多數意見豈非「愛之，適以害之也」²²？

因此，本號解釋多數意見對立法政策裁量權的漠視，也顯示低估了國會也分擔了「實踐憲法」責任的重要性²³！即便多數意見固然以善心出發，但對行為人的本身，甚至對社會公益與法律秩序，皆可能未蒙其利，先遭其害。德國辯證法大師黑格

²² 就以聲請人葉○滿（臺灣高等法院臺中分院九十七年度上易字第一五一號判決）判決書中法官使用的用語：「原審酌被告之智識、犯罪之動機、目的，手段平和，各次詐騙金額，犯罪情節非輕，犯最後仍空言否認犯行，不知悔改，態度非佳等一切情狀，」（第一審法院判決的內容亦同），很難不令人信服，一旦重新恢復逾有期徒刑六月者，仍許可易科罰金之制度，法官恐怕會加重量刑的標準。

²³ 德國憲法學界也一再呼籲：憲法法院不可以「獨攬」憲法解釋，及具體實踐憲法秩序的心態！憲法法院應該協同其他所有憲法機關來「分享」此職責，不可唱獨腳戲，否則，「一木獨撐大廈」，豈能勝任此大任乎！參見：Schlaich/Korioth,aaO.,Rdnr.484.；Werner Heun,aaO., S.182.

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

附件：本號解釋應為合憲解釋—試擬一份「合憲版」的解釋

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

解釋文

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

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

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

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

解釋理由書

憲法第八條固明定人民身體之自由應予保障；國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，選擇以刑罰處罰個人之反社會性行為，須刑事立法之目的具有正當性，施以刑罰有助於立法目的之達成，且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始得為之；而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，尚須處於合乎比例之關係。至何種行為構成犯罪，應處以何種刑罰，

刑罰是否為達成立法目的之適當且必要手段，以及判斷相關行為對個人或社會是否造成危害，乃立法者自由形成之範圍。倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合者，即無乖於比例原則，業經本院釋字第四七六號、第五四四號解釋闡釋在案。

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

刑法第五十三條規定：「數罪併罰，有兩裁判以上者，依第五十一條之規定，定應執行之刑」，同法第四十四條規定：「易科罰金、易服勞役或易以訓誡執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論」。數宣告刑中之一部如得易科罰金，業經執行完畢時，其與尚未執行得易科罰金之他部之宣告刑，如檢察官向最後事實審法院聲請定應執行刑時，法院不得就已執行完畢之一部與尚未執行之他部，合併定應執行刑，現行刑法就此部分雖未規定，但自本號解釋公布之日時起，各

級法院應依本號解釋意旨，適用於刑法相關規定（本院釋字第一八五號解釋參照），是為當然，併此指明。