

## 釋字第六七九號解釋協同意見書

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抵觸，無變更之必要。」並於解釋理由中，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 33.6.23. 院字第 2702 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 64.12.05.釋字第 144 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 83.09.23.釋字第 366 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 98.06.19.釋字第 662 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 64.12.05.釋字第 144 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。

按在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，產生是否牴觸憲法的疑義。本號解釋在解釋理由中，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需彈性的劃一規定。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，司法院先前所做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。