

釋字第六七九號解釋不同意見書

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，本院院解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¹。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

¹ 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。

易科罰金的法定形式標準，以准予易科為原則²。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」）³，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

² 94年2月2日修正之刑法將第41條第1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。

³ 此為學者甘添貴之用語，參甘添貴，罪數理論之研究，頁283，2008。

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⁴。

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⁵。與此相較，併罰之數罪如同確定，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，亦均受有期六月之宣告，此時二

⁴ 相同批評，參薛智仁，前揭註 1，頁 11。

⁵ 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，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 118，2002/6。

人 A 罪部分是否符合易科罰金要件之判斷，在甲係按釋字六六二號意旨，依各罪宣告刑分別判斷，在乙則依釋字第一四四號邏輯，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所揭諸之罪刑相當原則

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的見解，並不會背離釋字第三六六、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⁶，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。

⁶ 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，台大法學論叢，23 卷 1 期，頁 107，1993/12。

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，則本院徒憑院解字及統一解釋，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。