

釋字第六七九號解釋協同意見書

我們不能把法律當成驚嚇小鳥用的稻草人，讓它安然不動地聳立在那邊。當鳥兒見慣了以後，就會棲息在它的頭上，不把它當一回事了。 英國 莎士比亞 《以牙還牙》

大法官 陳新民

本號解釋認定本院院字第二七 二號解釋及釋字第一四四號解釋與憲法第二十三條並無牴觸，無變更之必要。易言之，於民國三十三年（行憲前）的前揭司法解釋，與民國六十四年行憲後之後者解釋所構建出來的法秩序，並未因嗣後作出釋字第三六六號解釋，以及去年才出爐的釋字第六六二號解釋而受影響，本席敬表贊成此一結論。

然而本號解釋雖然確認此一長達六十餘年實務見解的合憲性，維繫法律秩序之安定，有其積極的功能。然而仍屬「守成有餘」之解釋，不免有「開創不足」之憾。按本號解釋實可無妨「放開韁繩」邁開大步，檢驗一下我國六十餘年來的司法實務，是否完全遵照相關解釋（如釋字第一四四號解釋所示）來執行易科罰金？如果實務上已經採行變通的對策（扣除論），仍否完全維繫舊有的解釋立論？此外，此也涉及到對易科罰金的「法律屬性」，究竟為絕對或相對權利，也有加以探究之必要。猶有一言者，本號解釋肯認：對得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，合併處罰時，立法者擁有准予或不准與易科之裁量權限。但此立法裁量權對照釋字第六六二號之解釋，顯然其有關易科罰金制度的「法制形成權」已經喪失殆半，導致整個易科罰金制度是否已經老態龍鍾、

疲態盡露，而有全盤檢討其存廢之必要乎？

凡此數點都未於本號解釋理由書中加以探究。雖然此固可歸因於本號解釋僅欲為有限度之詮釋，實可理解。且本號解釋的理由，亦已作為解釋文的依據。然而論者或有「意猶未盡」之感，本席爰整理研究本案解釋之若干心得，撰具此協同意見書，庶幾可聊解惑者之懸念也！

一、釋字第三六六號、第六六二號解釋後「擴張戰果」的失利？—宣告易科罰金是否為「絕對權利」的迷惑。

本號解釋起因於臺灣高等法院刑事第十七庭所提出之釋憲聲請，聲請澄清之疑點乃懷疑本院釋字第一四四號解釋與釋字第三六六號、釋字第六六二號解釋之精神相衝突；同時也指摘釋字第一四四號解釋對實務運作也造成了諸多不當。本號解釋則將解釋重點（包括理由書所示）集中於第一個指摘部分，而未對第二個指摘予以澄清。本席則將分別加以論述之。茲先討論第一個疑點。

釋憲聲請書指陳釋字第三六六號解釋理由書認為：刑法第五十一條定執行刑之本意「足見原無使受刑之宣告者，處於更不利地位之意」。而釋字第六六二號解釋理由書第三段也重申斯旨，而認定民國九十四年二月二日修正之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，而定應執行刑逾六個月者，不得易科罰金」之規定，乃予受刑人更不利之待遇，因而宣告違憲。故本此精神，亦應肯認當數罪併罰時，宣告刑中有得易科罰金與不得易科罰金時，該得易科罰金之部分，即應准予易科罰金。然本院釋字第一四四號解釋及院字第二七二號解釋則反是，造成數罪併罰之受刑人，一旦數罪中有一罪不得易科罰金時，全部餘罪皆

不得易科罰金，顯然抵觸比例原則云云。

不論肯認、或駁斥釋憲聲請此一理由，都必須對「易科罰金」制度的法律特性，予以仔細地探究不可，否則不能澄清相關的盲點。

誠然，在釋字第三六六號及第六六二號解釋中，已經對於易科罰金的制度，提升到可以享受比例原則保障之位階。也因此，即便立法者已經針對釋字第三六六號的解釋標的一即當時刑法第四十一條並未明白規定，數罪併罰，數罪皆得易科罰金，於定應執行刑時，如逾六個月，仍得否准予易科之問題一，而立法者在民國九十年先修法增訂一項規定（刑法第四十一條第二項）加以回應，明確承認「如逾六個月時，仍得易科罰金」；嗣於九十四年時修法時，驟改為「不得易科罰金」之規定，顯係立法者刑事政策的有意變革。但立法者如此明確的否認賦予犯罪人擁有得易科之權利，卻被本院釋字第六六二號解釋宣布抵觸憲法第二十三條的比例原則而違憲。此種見解無異重申釋字第三六六號解釋所謂「由於併合處罰之結果，如就各該宣告刑所定之執行刑逾六個月者，不得易科罰金，致受該項刑之宣告者，原有得易科罰金之機會，得而復失，非受自由刑之執行不可，乃屬對於人民之自由權利所為之不必要限制，與憲法第二十三條之意旨有違」之見解，不因立法明確意旨而受影響。

故對立法形成權的衝擊，釋字第三六六號解釋之力道，遠比釋字第六六二號解釋來得鬆弛無力！如同本席在釋字第六六二號解釋不同意見書中所質疑的：數罪併罰的刑期折扣，以及易科罰金制度是否為基本人權的問題。本院釋字第三六六號及第六六二號解釋雖然沒有明白提到犯罪行為人

一旦獲得易科罰金之宣判，即取得當然准予易科罰金之權利，且此權利具有基本人權之屬性。但鑒諸第三六六號解釋之「原有得易科罰金之機會，得而復失」，憲法第二十三條之意旨有違」云云，顯然已將此「權利」提升至憲法一般人權（憲法第二十二條）的位階，否則不能用一般人權的限制條款來判定立法者的新修法行為為違憲矣！

若一以貫之的「好人作到底」，此兩號解釋為何不能發揮「趁勝追擊」的「擴張戰果」？蓋儘管兩號解釋未將易科罰金之權，明示為基本人權，但由上文所述，此屬性之認定已經「雖不中，亦不遠矣」！犯罪行為人一旦在數罪併罰中，有受到可易科罰金之部分，在「各罪」的計算上，及論定其權利存在與否，都有不可分割的「可易科罰金性」。這種「各自歸屬性」與「各自附含性」，即不應當因為「合群」而受到變質的效果——不論是與同質性的皆可易科罰金之數罪併罰，或與異質性的與有不得易科罰金之罪者併罰——都應當有同樣的法律效果。易言之，易科罰金制度應該定位為一種「絕對權利」。立法者既不得侵犯之，遑論司法權力乎？如此方不辜負本院「苦心詣旨」（特別是有一號解釋是推翻立法者的新作為）而作成此兩號解釋的「美意」！

但本號解釋在理由書第一段 第三段卻也明白指出：「得易科罰金與不得易科罰金併科處罰時，立法者擁有自由裁量的權限，來決定准否易科罰金」。由本號解釋維持釋字第一四四號解釋之結果，可知即便在立法者未明確規範得否易科罰金前，司法權力（本院解釋）利用解釋之方法來確定法院不得准予易科罰金，亦非憲法所不許¹。

¹ 這也是德國法學界的通說見解，可參見下註十八處。

這種承認立法者擁有形塑數罪併罰及易科罰金的刑事政策權限，也因此出現了必須「磨合」的稜角：首先遭遇的質疑：是否准予易科罰金之罪的「絕對權利」之屬性，一沾碰到不得易科之罪，就變成了「相對權利」，即實證法創設之權利，而可以由立法者自由判斷？

如果答案是否定的，則本號解釋的立論則完全失據。

如果答案是肯定的，縱不論這個所謂的「絕對權利」已經「名不符實」矣。再而此准予易科罰金的絕對性，是否只限於在併罰時遇到不得易科罰金之罪，才可以「暫時軟化」？至於其他情況則不許為之？還是唯有大法官才可以個案情形宣布「解除其權利的絕對性」乎？在易科罰金制度上可否容有其他可能制度變革？例如立法者完全刪除易科罰金的制度，意即「完全根除易科之絕對權利」，是否即無可能存在？恐有疑問。故由本號解釋（及釋字第六六二號解釋）的立論，似乎只能導出大法官「個案」（ad hoc）的解除權。但這是否賦予了大法官及釋憲權過度的權限，從而使立法應當擁有「獨占」決定刑事政策的合憲權力，受到了違憲的削弱？也因此，本席在釋字第六六二號解釋不同意見書已經強調：釋憲機關應當對立法者的刑事政策形成權，以及採取哪一些刑罰，特別是短期自由刑及其替代措施如何運用，方能達到罪責相當，並使犯罪行為人達到最好的矯正功效，乃屬「立法者的預測特權」（Das Prognosenprivileg des Gesetzgebers）。本號解釋雖然肯認立法者刑事政策形成權限，但為時已晚，釋字第六六二號解釋已經削除立法者對於數罪併罰中得准否易科的權限：兩個易科的型態中，只存下得易科與不得易科合併的部分，可由立法者全權決定。此正

如同鴨子的雙腳，已喪失一足，立法者的「得易科罰金與否的政策形成權」，豈非正如「跛鴨」一般，只剩一足乎？此亦是必須「磨合」—或是「自圓其說」的另一個稜角也。

二、本號解釋的立論—是否與受刑人更不利之違反比例原則？

本號解釋的主要爭點，乃是本院釋字第一四四號解釋等的「得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，因併合處罰之結果，不得易科罰金，故於諭知判決時，無庸為易科折算標準之記載」，有無使受刑人遭受更不利的處罰。本號解釋理由書第二段認為因為犯罪行為人本已有接受自由刑矯治之必要（因有不得易科罰金之罪），故以易科罰金來糾正短期自由刑的之弊病的目的已經喪失，連帶得易科罰金之部分，即可一併不予易科罰金。

這個立論似乎認為：既然受刑人已經要入監矯治，儘管可能只有數月，甚至可能比得易科罰金之刑期還短²，但既然已有「下水」的必要，何妨連帶他罪一起「下水」³。這種立論忽視到後者的「下水必要性」，已經和釋字第三六六號、第六六二號解釋的根本精神有所牴觸。吾人試觀此兩號解釋的「易科機會得而復失」之用語，可知任何得易科罰金之罪，只要一經法官宣判，即屬「不可復失」之「機會權利」（Erwartungsrecht）。到底這個「權利」是指不管最後遭到合併處罰時，所併罰諸罪皆係得易科罰金之數罪，致逾六個月刑期；抑或遭遇到有不可易科之罪；皆不可侵犯此易科罰

² 此即釋憲聲請書所舉出之案例，例如得易科罰金之罪如判處有期徒刑六月，而不得易科罰金之罪判處有期徒刑三月，合併定應執行刑為有期徒刑八月時，依本院釋字第一四四號解釋之意旨，皆不得易科罰金，即形成低度刑之三月「連累」高度刑之六月，而造成受刑人更不利益之處罰。

³ 是否可引一句較通俗的諺語：「死豬不怕滾水燙」來說明：受刑人反正都要入獄，多加一點刑期對之也無傷也？

金之機會權利乎？此兩號解釋雖然只言及前者，而未觸及後者。但推究其「得而復失」的用意，自然會有延伸到後者的結論。這也是身為高等法院的釋憲聲請人，會產生的質疑。

所以，光由結果論以觀，受刑人得易科罰金之罪，確因與不可易科罰金之罪併罰後，而喪失易科罰金之機會，不能謂對其個人更為不利的處罰。但這種所謂的「更」為不利，是否為法律所不許？如果此更為不利是法律所許，且為正當地法律結果，即使對受刑人不利，也是「合法正當」的不利⁴，法治國家應當承認這種公權力的行使正當性。

本號解釋要說服受刑人未有因與不可易科罰金之罪併罰，應當解釋：一經為正當「連結」(Koppelung)，亦即得易科罰金之罪與不可易科罰金之罪，因併罰而「連結」後，產生了全部不可易科的「質變」。此質變乃基於刑事政策調和短期自由刑弊病的替代措施—易科罰金，已喪失功能，還是要回歸到自由刑之執行，且不產生過於嚴厲（超越法律刑責限度）的後果也！

本席於釋字第六六二號解釋提出的不同意見書，一再指明：「量變應當帶來質變」。數個得易科罰金之罪，一旦合併處罰超過六個月的門檻，即應不再是短期自由刑。法官既然計算出受刑人應服六個月以上的自由刑（在更多案件甚達數十個月之自由刑），但卻囿於「各個」短期自由刑之可易科罰金，而作出仍得易科罰金的矛盾判決。釋字第六六二號解釋已經摒棄了法官定執行刑時，應「最終整體評價」受刑人應受矯正刑惡性與限度，也是標準的「見樹不見林」，本席

⁴ 例如得易科罰金乃是執行層面的規定，由檢察官於執行時認為有不執行有期徒刑為必要時，即可准予易科罰金。如檢察官行使此裁量權不利於受刑人，亦即不准易科罰金，也不得謂為「更為不利」之處分。

迄今仍歉難肯認也！本號解釋本席敬表贊同，也本於斯旨，認為合併處罰能造成「質變」，且是「連結質變」，理論的邏輯推演首尾一致。

不惟寧是，為了貫徹刑事政策防止短期自由刑之弊（儘管功能有限），並調和釋字第一四四號解釋的過度嚴格（下文將詳述之），本席認為刑法第四十一條規定之六個月的易科罰金門檻，仍有維持之必要。準此，一個較周延的刑法第四十一條應包含下述兩個原則：

1. 多數得易科罰金之罪併罰，一旦超過六個月，即不得易科罰金，以符合刑事正義。惜本院釋字第六六二號解釋與此見解不符，有否可能再經修法，改回民國九十四年時修正版本？

2. 如有不得易科罰金之罪，與得易科罰金之罪併罰，但並未超過六個月時，該得易科罰金之罪仍得准予易科罰金。本號解釋應當加上此「例外規定」，蓋加上此「六個月」門檻的條件，可以兼顧受刑人之權益，避免本號解釋與釋字第一四四號解釋的過度嚴苛性—受刑人只要接受法律強制入監矯治的刑期即可，不會「不當連結」到可易科罰金之部分，蓋後者刑期太短，實無入監矯治之必要，以符合比例原則。

三、 上有政策、下有對策—司法實務執行釋字第一四四號解釋的「應然面」與「實然面」

本號解釋釋憲聲請理由第二個重點，乃是釋字第一四四號解釋在執行上造成諸多不當，特別是當併罰數罪中有先後確定，且導致先後執行時，更點出刑事執行上極大的困惑。此亦釋憲聲請書所力主者，本號解釋惜未能加以重視。其實，仔細檢驗釋字第一四四號解釋的應然面及執行層面的實

然而，即可端倪出其有「名實不符」的徵兆。

若依本院院字第二七 二號解釋以及釋字第一四四號解釋，數罪併罰中之一罪，如果有不得易科罰金者，即全部不得易科罰金。然該原得易科罰金之部分，如先經確定，並已執行完畢者，如嚴格依照該號解釋，勢必導出國家必須返還受刑人已繳納之罰金，再令受刑人全程服滿法官所定之執行刑期。如此將造成民怨，並減損國家司法公權力之信心。因此，實務上即演變出「已執行完畢者，應扣除刑期」的政策。此觀乎司法行政部五十五年八月十五日台 55 令刑（二）字第四七四八號令及六十二年七月二日台 62 函刑字第六七三一號函即明。茲可再舉一例以說明之：臺灣高等法院檢察處七十一年度刑罰執行業務座談會一般提案（第六案）所討論之問題：某甲先後犯傷害二罪，分別處有期徒刑五月及四月，並各別諭知易科罰金之標準。其判處徒刑五月部分，已准易科罰金，並繳納完畢，嗣後此兩判決經定應執行刑為七月，依法不得易科罰金，檢察官應如何執行？討論結果即援引上述司法行政部兩函令之意見，檢察官應依（舊）刑法第四十四條之規定，就已易科部分視為已執行論，應予扣除，餘二個月送監執行。

上述實務的「刑期扣除論」橫亙民國五十至七十年代，至釋字第一四四號解釋作成時（六十四年十二月五日）與作成後，迄今均無改變。顯見此乃標準的「上有政策，下有對策」。推其因乃釋字第一四四號解釋是否有陳義過高，或普遍被認為有不盡人情與過苛所致乎？

實而，釋字第一四四號解釋的理由，亦非無據。按該號解釋認為：「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」，乃因為數罪既然定了應執行刑，且多半減輕了刑期，數罪都「你儂我儂」地融入該所定刑期中。客觀上已經無法區分哪些部分屬於可易科罰金之刑期、哪些部分屬於不得易科罰金之刑期。該號解釋才會主張無庸於判決主文中諭知易科罰金之折算標準。

同時，既然定執行刑已經「你儂我儂化」，也有主張採取「比例論」來予以實踐，當更合理⁵。然而，實務上卻採取更簡單的「扣除論」的「對策」，更看出與釋字第一四四號解釋所宣示高高在上的「政策」背道而馳也！

另外一個採取扣除論的對策動機，乃是考慮到司法公權力的公信力問題。受刑人既已繳納罰金完畢，即已信賴國家之司法權，何能再退款而令其入獄？此必須歸因於釋字第一四四號解釋以及院字第二七二號解釋，都只針對「同時確定」之數判決的易科罰金案件為解釋對象，卻未能設想到有數判決前、後判決確定不一致的情形。

這個情形殊令人費解！特別是釋字第一四四號解釋作出時，實務已經針對院字第二七二號解釋的不合理與過苛見解作彈性的和緩對策，本院釋字第一四四號解釋卻未能「正面迎戰」的針對此病症，施以藥石。否則立法者可能早得知警訊而明白反應，此問題恐怕早已解決，不致成為「陳年沈痾」矣。

⁵ 例如受刑人因不得易科罰金之罪處有期徒刑五年六月，得易科罰金之罪處有期徒刑二月，定應執行刑為有期徒刑五年六月。其中少掉的有期徒刑二月是否即易科罰金之部分？答案應當是否定，否則該有期徒刑二月形同未處刑。故該二月已融入成為六十八分（總共六十八個月）之二。日後若該有期徒刑二月可易科罰金，理應扣除所有刑期之六十八分之二。如此勢必要計算到以日，甚至以小時為止，不可謂不麻煩矣。

所以吾人應要正面解決之。幾乎所有的受刑人，如遇有易科與不得易科之罪時，都會選擇讓得易科罰金部分先行確定，以求日後刑期的有利計算。雖然這種情形司法實務上不乏認為會造成鼓勵濫行上訴（就不得易科罰金之部分上訴）之嫌，以及得否以易科罰金方式執行，非繫於受判決人之罪刑，反繫於檢察官是否合併起訴或法院判決是否同時執行之流弊等等（聲請書第五頁）。實則這種指控乃對人民合法行使訴訟權所為之非難，斥之為濫訴，吾人實不能附合之。

為了正視這種有先後確定之執行問題，並肯認受刑人易科罰金部分如已執行完畢時，國家刑罰權既已消滅，法院於合併定執行刑時，即應加以扣除。不採此見解，將不足以兼顧人民對國家公權力的信賴。

故刑法第四十四條既已規定易科罰金已執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論。然刑法第五十四條對於「數罪併罰，已經處斷後，如各罪中有受赦免者，方可排除」之規定，顯然未將「易科罰金已執行完畢者」列入，已有疏漏。

因此，本號解釋如果要有更大之建設性功能，且在刑法第五十四條修正前，將實務運作與釋字第一四四號解釋「貌合神離」的矛盾狀況一舉澄清，似乎有必要在解釋文或解釋理由書中增加下述一段說明：

至若數罪併罰中，原得易科罰金之一罪，法院於合併處罰定執行刑時，已執行完畢者，應依刑法第五十四條之規定，以其刑罰權已經消滅，法院即無庸再合併處罰，是為當然，併此指明。

四、 憲法解釋方法論的疑惑—刑法規範不明確可否透過釋憲來澄清？

和本院第六六二號解釋作出的情形不同，而和釋字第三六六號解釋（及第一四四號解釋）作出時一樣，本號解釋所面對的系爭條文都沒有提供解答得否易科罰金的依據。如本號解釋原因案件所涉及之刑法第四十一條未明確規定，數罪併罰中，既有得易科罰金之罪，又有不得易科罰金之罪時，可否全部不得易科罰金之問題。易言之，本條文第一項與第八項皆只對於全得為易科罰金之併罰規定。乍看之下，刑法相關規定似乎即存在「規範漏洞」之問題。如果透過法官解釋，甚至包括大法官解釋，會否侵犯刑法第一條所揭櫫的罪刑法定主義及其衍生的「禁止類推適用」之原則？本號解釋之釋憲聲請書雖未提出質疑，但既涉及刑法法律規範不明確，導致可能違憲爭議，自應有再加以探究之必要。

所謂罪刑法定主義是指構成刑罰的要件，以及刑罰的種類與限度，都必須在法律之中明白的規定出來，因此，可以分為「罪之法定主義」(nullum crimen sine lege)，這涉及刑罰構成要件的明確性要求；以及「刑之法定主義」(nullum poena sine lege)，這是指刑罰的種類與界限而言。同時，藉著且只能在法律位階內明白規定這種可罰明確性，方可讓人民為犯罪行為前，可預見其行為可罰性與限度，以符合法治國家所尊奉之國家公權力之「可預測原則」(Vorsehbarkeit)⁶。

而本號解釋原因案件所涉及的，乃是刑法第四十一條關於刑之合併處罰，乃執行刑法合併處罰之規定，於一定法定刑的範圍內，所確定的執行問題（特別是第五十一條第五款），並非涉及到法律構成要件的可罰性，以及刑罰種類及

⁶ Peter Badura, Staatsrecht, 4.Aufl.,2010, H 39.

界限問題。故產生之爭議，並非涉及到人民是否構成犯罪與接受刑罰之界限問題，自不產生牴觸罪刑法定主義的問題。

其次，乃是是否牴觸法律明確性的問題。面對罪刑法定主義所要求的法律對構成要件（可罰行為）必須事先為具體規範。而刑事法律是否也可同於一般法律，容有立法者使用不確定法律概念之餘地與必要性？一旦使用不確定法律概念時，是否當然侵犯此明確性而造成違憲之後果？

德國學界，不論是刑法學界⁷抑或公法學界⁸，普遍認為刑事法律仍然不免會利用不確定法律概念及裁量的概念，而可透過司法權力予以補充解釋，是具有所謂的「有解釋能力」（auslegungsfähig）及「有解釋必要」（auslegungsbedürftig）的性質，而與類推禁止並不牴觸⁹。

最明顯的例子莫如在解釋所謂德國刑法第二百四十條第一項所規定的「脅迫罪」（Nötigung），依該條規定，任何違法使用「暴力」（Gewalt）或是威脅使用暴力來使他人作為、不作為或忍受，即構成脅迫罪。但對於所謂行使「暴力」的定義，是否以一定積極的強暴力量，所謂的「物理上的強制」，即「生理上的強制」（physischer Zwang）為限？亦或是及於所謂「擴張的強暴概念」，不只是物理上的強制，也及於以其他消極不作為，造成精神上的強制（psychische Zwang）為限？在德國造成十分激烈的討論。最常涉及的案件是採取靜坐或其他杯葛式的行為，以阻擾或癱瘓交通，或阻絕出入某些場所設施（例如核電廠或核廢料工廠）。對於這種標榜所謂「非暴力」的違法行為，德國聯邦法院刑事庭

⁷ 見 Wolfgang Naucke, Versuch über den aktuellen Stil des Rechts, in: Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, 1999, S. 217.

⁸ Volker Epping, Grundrechte, 3. Aufl., 2007, Rdnr. 935.

⁹ Volker Epping, aaO., Rdnr. 935; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., 2008, § 47, 29.

一貫的見解則採擴張的暴力概念，而符合德國刑法第二百四十條第一項脅迫罪構成要件。而德國聯邦憲法法院則三變其見解，最早在一九八六年的一個重要判決，即所謂的「靜坐示威案」判決¹⁰，該法院認為只要行為人以自己的行為，用靜坐杯葛方式封鎖車道，以致於妨礙他人與公共的自由意志，即屬構成刑法脅迫罪。在解釋方法上，法院已經明白的使用法律合憲性解釋的方法，認為這種解釋只要利用解釋的多樣性，經由文義與目的解釋可以得出一般國民得以事先預見的內涵，即符合了法律明確性之要求。

經過十年左右（一九九五年），聯邦憲法法院改弦更張，推翻以往見解，又作出另一個重要的靜坐示威裁定：認為所謂的暴力應當限於身體、體力所散發的強制作用，故以往的擴張論將屬於精神與心理決定的影響，列入在構成要件之內，已經屬於刑法「類推解釋之禁止」（德國基本法第一百零三條第二項），故認為符合法律明確性原則，應採狹義的暴力論¹¹。

聯邦憲法法院作出改弦更張見解後，但也不否認靜坐示威的可罰性（例如集會法或交通法規），只要求立法者須加以明確規定而已。這個見解引起學術界不少批評，認為德國刑法第二百四十條第二項有所謂的行為可非難性之要件，已足以作為限制「擴張暴力論」可能濫用¹²。且諸如靜坐杯葛

¹⁰ BVerfGE 73,206. 關於本案的案由，可參見許玉秀譯，關於「靜坐以封鎖軍事設施之處罰」之判決，刊載於：德國聯邦憲法法院裁判選輯（四），司法周刊雜誌社，民國八十二年六月，第二九一頁以下。另亦可參見陳新民，示威的法律問題，收錄於：憲法基本權利之基本理論，下冊，二〇〇二年七月，五版，第四一六頁。

¹¹ BVerfGE 92,1 本案可參見吳信華，一種日耳曼式的平反，司法周刊，第七二六期，民國八十四年五月三十一日。

¹² 例如德國聯邦憲法法院在一九九〇年七月二十六日作出一個關於散布（靜坐封鎖車道）的傳單，是否構成煽惑犯強制罪的要件，而作出的判決，便是針對德國刑法第二百四十條第二項可非難性為論究對象，德國聯邦憲法法院認為應當由在具體犯罪過程已發生的事實，全盤斟酌重要事項後，由事實審法院來斷定涉嫌犯罪行為有無非難性，而不能單論究涉嫌行為是否屬於符

者已經將自身行為作為阻礙他人意志自由決定之工具，難謂其只是「精神脅迫」的行為層次而已¹³。故德國聯邦憲法法院又於二〇一一年十月作出一個「杯葛核電廠出入」的裁決案，對於示威人以鐵鍊將自己等鎖在核電廠大門的行為，法院重新採納擴張的暴力理論，認為示威人自鎖於核電廠大門，已經屬於釋放身體體力之暴力行為。因此德國刑法第二百四十條第一項之暴力概念並不牴觸基本法第一百零三條第二項的「類推解釋之禁止」之原則¹⁴。

由德國聯邦憲法法院在近十五年的時間內，三易其見解，得知立法者在刑事法律中，使用不確定法律概念，甚或內容較不具體的文字來規範法律構成要件時，即容易產生爭議。而面對這種規範「不甚確定」的法律用語時，即涉及到檢驗的方法，也是在面臨屬於「實證法的特殊狀況」（Ausnahmezustand in positiven Recht），在解釋的方法上，就必須動用「利益均衡」（Güterabwägung）及比例原則，由司法權力在個案狀況加以判斷¹⁵。

此外，也涉及到解釋的方法論。在公法案件經常使用的所謂「法律合憲性解釋」（Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen）能否一併適用到刑法的審查之上？按此種解釋方法乃是利用法律詮釋的技巧，在不違反法律明白的語意解釋及立法者原意的前提下，只要能推演出一個合憲的解釋即可讓法律免除違憲的後果。利用此解釋方式，亦可讓語意

合構成要件中的擴張暴力概念。本號解釋可見：黃啟禎譯，關於「靜坐封鎖構成強制罪的要求」之判決，刊載於：德國聯邦憲法法院裁判選輯（三），司法周刊雜誌社，民國八十一年十二月，第二六九頁以下。

¹³ 德國學界主要立論即本於此，見 Peter Badura, aaO., H39.

¹⁴ 關於德國聯邦憲法法院這種三易其見解之評論，可參見：何賴傑，德國聯邦憲法法院關於示威封鎖行動涉及強制之見解，收錄於：勞資爭議行為論文集，行政院勞委會出版，民國九十六年六月，第七四一頁以下。

¹⁵ Wolfgang Naucke, aaO., S.217.

不清的法律獲得合憲基礎，而保持法律安定性。德國聯邦憲法法院第一次作出的靜坐示威案時，已經使用這種憲法解釋的方式。可見得即使在論及刑法的合憲性問題，亦得適用這種法律合憲性之解釋方法，此也是德國學界的主流見解¹⁶。

以德國聯邦憲法法院的見解演變，吾人可再檢驗我國大法官的解釋實務，也大致相同。例如刑事法律亦可以使用不確定法律概念，如果有授權為補充規定時，仍必須遵守罪刑法定主義原則與刑罰明確性原則，此觀諸本院釋字第四四三號解釋、第五五二號等，都為適例。

在解釋的方法論上，本號解釋之立論，對於得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪合併處罰，認定釋字第一四四號解釋及本院院字第二七二號解釋澄清、確定刑法關於易科執行的疑慮，並不違憲，而刑法第四十一條未有明確規定，從而不牴觸該法的明白語意與立法者之原意，達到維繫原有法秩序之安定性，斯亦運用法律合憲性解釋之方式也。然而，究竟使用法律合憲性的方式，也是不得已以之手段。為正本清源澄清此一疑慮，特別是這些所謂「特殊狀態」的犯罪行為會一再出現，即應當將澄清疑慮的責任，由司法權轉到立法權之上¹⁷。這也是在法治國家中，刑法秩序要追求的明確性原則，迥異於其他領域內，特別是公法領域內適用的明確

¹⁶ 例如德國學者 Lothar Kuhlen 便舉出德國聯邦憲法法院及聯邦法院刑事庭各有十四個及十九個案件，都運用此解釋之方法。見 Lothar Kuhlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S.17.

¹⁷ 例如德國聯邦憲法法院在一九九二年十月二十日公佈著名的「惡魔之舞蹈案」(Tanz der Teufel) 中所表示的見解：本案涉及到德國刑法第一百三十一條第一項所謂以違反人性尊嚴的方式，來宣揚種族仇恨的文章、書籍、影片或廣播，都屬犯罪行為。而何謂侵犯「人性尊嚴的方式」，是否失諸於抽象籠統，而易牴觸類推解釋之禁止原則。特別在本案屬於恐怖片，血腥鏡頭難免。德國聯邦憲法法院雖然否認系爭法條得違憲性，但明確指出：為了避免刑事法規的過度抽象，因此，應當在其最極限時，也要讓法規適用者能夠「預想有受處罰的危險」(das Risiko einer Bestrafung)。因此，法官方可以利用此法規的明確性行使詮釋權，即使法律合憲性的解釋，亦可在其範圍內行使之，BVerfGE 87,209；類似的判決：BVerfGE 71,108/114；75, 329/341；85, 69/73.

性原則，容有行政權力、甚至法官權力行使的空間，刑事法的明確性原則，不容許留有「法律漏洞」而讓法官有加以填補的空間。因此，立法者明顯的疏忽，即會導致法律違憲一途，而無法靠司法解釋來予以填補之¹⁸。故刑事法律字面意義的解釋極限，即為法律合憲解釋之極限也¹⁹。

五、結論：何妨考慮廢止老朽、且已經成為「稻草人化」的易科罰金之制度？

本號解釋針對刑法第四十一條的合併處罰制度不明確性，作出了解釋。本席也坦白指陳：本號解釋在沒有澄清得易科罰金之規定，本質上是否屬於值得擁有憲法位階保障的基本權利，還是可以任諸由立法者創設的「實證權利」？即作出了本號解釋，其立論自然「不無勉強」地協調本號解釋與釋字第三六六號、第六六二號解釋之差異。本號解釋雖然發揮安定法秩序之功能，再度廣續了本院院字第二七二號及釋字第一四四號解釋等兩號屬於「老古董」的見解。但不一定能定分止爭太久，根本之爭議恐怕還會延續下去。

因此對於引發「病症」之處，即得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，合併處罰的問題，刑法第四十一條始終沒有明確的規定。本號解釋雖肯認這種「不確定」並未達到違憲程度，但也承認立法者日後可以對這個問題採取「兩極」的判斷（可對得易科罰金之罪予以易科，或不得易科）。立法者既享有如此截然不同裁量之權限，但就法律適用者而言（不論是法官或人民），此種見解仍只留下一個「模糊」的

¹⁸ 德國學界通說見解也認為，刑法的類推禁止原則也有雙重功能：第一個功能是對犯罪人的法確信之保障；第二個功能是確保「立法者履行規範之義務」（Normierungspflicht des Gesetzgebers），見 Zippelius/Würtenberger, aaO., §47, 31. 但作者亦明白承認，萬一立法者長久不能立法明確澄清時，仍只有靠司法權來予以補救矣。

¹⁹ Volker Epping, aaO., Rdnr. 936.

面貌。易言之，由刑法第四十一條的規定，對於一個得易科或不得易科之罪，所需得宣告合併的刑期問題方面，憲法位階的判斷，竟然是空白及中立的，而形諸於法律條文（刑法第四十一條），也是空白及中立的。如此重要的法秩序，為何要讓司法權力來摸索？立法者委實有加以明確表態的義務。

按易科罰金制度乃標準之刑事政策的重要一環，關涉到刑事政策能否達到維繫國家刑事法律秩序目的。

德國著名的刑法學者法蘭茲 馮 李斯特（Franz v. Liszt，1851-1919）曾經明確提出：「刑事政策的極限，即為刑法」（Das Strafrecht ist die unubersteigbare Schranke der Kriminalpolitik）的名言²⁰。同時，也提到：「如果刑罰要成為預防犯罪的手段，則其目的與手段，必須相配合；如果刑罰要成為改造的手段，則是另一種態樣；如果刑罰要成為治安的工具，那又變成另一種型態。然而現代立法者鮮少注意這種差別。立法者都以同樣的目的，使用刑罰來對待不可改造的慣犯，以及對有悔意的偶犯」。

李斯特這個見解乃期待立法者明確決定刑事政策的目的，以及應當採行的手段後，將之形諸於刑法的條文之內。因此，刑事政策的內涵，完全融入刑法條文之中，且為了符合法治國家的罪刑法定原則，刑事政策將不至於超越刑法框架之外。故刑事政策之要求併罰制度所欲達成之目的，不論是具有預防犯罪、威攝或教化功能，都必須在刑法（例如在第四十一條）內詳細規定。這在百年前刑法大師李斯特的見解中，即已要求刑法之立法者要負擔此「刑事政策具體化」

²⁰ V. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze. I 1905, S.80, dazu, Wolfgang Naucke, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, 1999, S.231.

的義務了。我國立法者近十年對刑法第四十一條所作的更動，已達四次之多，更易不可說不繁，然仍留此個爭訟超過半個世紀的罅漏，能不謂有過乎？

本號解釋乃繼釋字第一四四號、第三六六號、及第六六二號解釋後，成為第四個處理易科罰金制度的解釋，可知易科罰金的合併處罰問題乃如冰山般，每號解釋都衝撞了冰山之一角，立法者每次的修法都以頭痛醫頭的方式，難免捉襟見肘。而易科罰金制度源自於專制末期(暫時新刑律)的「贖刑」制度²¹，且其妥當性頗受學界批評²²。

英國最著名文豪莎士比亞在其劇作《以牙還牙》(Measure for Measure)第二幕中，對一個已經喪失制裁功能的法律，曾有一句生動的描述：

我們不能把法律當成驚嚇小鳥用的稻草人，讓它安然不動地聳立在那邊。當鳥兒見慣了以後，就會棲息在它的頭上，不把它當一回事了。

當我們看到每天出自法院不知凡幾的刑事判決中，都道貌岸然地對觸犯數罪之受刑人合併處罰可達數年之久，但卻可因為該數罪中皆得易科罰金，即讓諸犯罪行為人可心安理得(邀得本院釋字第六六二號解釋之依據)輕鬆易科罰金，而免受自由刑之懲罰。試問：這種易科罰金制度是否使得相關的刑事禁制規定，以及易科罰金制度已經形成了一具具「稻草人」條款？既然易科罰金制度早已喪失規範能力，實務上運作也以「扣除論」扭曲了釋字第一四四號解釋的本意，亦可看出易科罰金制度是否已到了日薄崦嵫的地步，復

²¹ 高仰止，刑法總則之理論與實用，五南圖書出版公司，民國七十二年一月，第五二七頁。

²² 例如：一、監獄設備不足，減輕監所壓力，這是以行政資源不足，作為犧牲刑法公權利之代價；二、專制時代的施恩；三、侵犯平等權，有錢贖罪。參見：高仰止，前揭書，第五二八頁。

以立法權對形成整個易科制度之裁量權限已變成「跛鴨化」而不完整，更形同雪上加霜之痛，立法者何不痛下決心，全盤翻新此老朽之制度乎？