

數罪併罰與易科罰金－以釋字第 366 號解釋與釋字第 662 號解釋為中心*

張 明 偉**

目 次

- | | |
|--------------------------------|---|
| 壹、前言 | (一)基本權之防禦功能 |
| 貳、應執行刑超過 6 月一概不得易科罰金之考察 | (二)人身自由之保障 |
| 一、釋字第 366 號解釋作成前之學說與實務及其疑義 | (三)自由刑最後手段原則 |
| 二、對釋字第 366 號解釋之批評 | (四)應執行刑超過 6 月一概禁止易科罰金有違憲法比例原則 |
| (一)悖離刑事政策 | 肆、易科罰金之規範保留 |
| (二)實質競合之「應執行刑整體性」 | 一、易科罰金之目的 |
| (三)刑法第 41 條第 1 項之限制 | 二、以法官保留為基礎之易科罰金 |
| 參、數罪併罰應執行刑超過 6 月之易科罰金 | 伍、規範保留之累積與質變？－美國法的借鏡 |
| 一、釋字第 366 號解釋反對意見之澄清 | 一、路易絲訴美國 (LEWIS V. UNITED STATES) 案例事實與爭點 |
| (一)併罰類型不同 | 二、判決理由之分析 |
| (二)刑事政策之探討 | 三、路易絲案予我國法之啟示 |
| 二、事後併罰之非整體性 | 四、規範保留恆定原則 |
| 三、刑法第 41 條第 1 項之限制 | 陸、結論 |
| 四、釋字第 366 號解釋與釋字第 662 號解釋之憲法基礎 | |

關鍵字：數罪併罰、易科罰金、釋字第 366 號解釋、釋字第 662 號解釋、刑法第 41 條第 2 項、累罰效應、短期自由刑、複數微罪、重罪。

Keywords：criminal concurrence, fined imprisonment, Grand Justice Council Interpretation No. 366, Grand Justice Council Interpretation No. 662, Paragraph 2 of Article 41 of the ROC Criminal Code, cumulative punishment, short-term imprisonment, multiple petty offenses, felony.

* 謹此感謝兩位匿名審查人提供之寶貴意見。

** 張明偉，輔仁大學法律學院副教授，美國舊金山金門大學法學博士。

摘 要

釋字第 662 號解釋除推翻了刑法第 41 條第 2 項規定外，並肯定釋字第 366 號解釋之意旨，因此究竟數罪併罰是否必然剝奪受刑人易科罰金之機會？似有待釐清。本文除從說明何以我國執行實務在數罪併罰應執行刑超過 6 月的情形中，不可避免地將存在如釋字第 366 號解釋般，部份犯罪易科罰金之現象外，為進一步回應學說上反對釋字第 366 號解釋之理由，本文並就我國法與德國法間關於短期自由刑之救濟，進行比較法之分析。在理解我國與德國法制間的差異後，本文將另自美國法的觀點，說明何以複數微罪併罰不必然導致重罪之評價。為求論述的周延，本文亦自憲法上人權保障之觀點，說明何以新刑法第 41 條第 2 項一概不准易科罰金之規定，有違反比例原則之疑義，並認刑法第 41 條第 2 項本身所涉及之爭議並非單純如同立法委員所言，僅屬於立法裁量之事項。最後，本文總結相關論點，並提出本文之建議與觀點。

Criminal concurrence and Fined imprisonment is based on Grand Justice Council Interpretation No. 366 and Grand Justice Council Interpretation No. 662.

Chang, Ming-Woei

Abstract

While the Grand Justice Council Interpretation No. 662 overruled Paragraph 2 of Article 41 of the 2005 ROC Criminal Code, which reads against the Grand Justice Council Interpretation No. 366, it becomes questionable whether the more than six months of combined sentence of criminal concurrence automatically and undoubtedly results in imprisonment. In response to the scholarly critics to the Grand Justice Council Interpretation No. 366, comparative analyses between Germany and Taiwan focusing on issues of "criminal concurrence" and "avoiding short-term imprisonment" are conducted. In addition, this article also refers to an American judicial opinion concerning if multiple petty offenses become a serious one in a single criminal proceeding. Finally, since this article concludes Paragraph 2 of Article 41 of the 2005 ROC Criminal Code violates the principle of proportional justice clause in the ROC Constitution, it does not belong to the legislative power to deprive the defendant of every opportunity to get imprisonment-term fined in criminal concurrence no more. As a result, this study concludes the Grand Justice Council Interpretation No. 662 is correct to vacate Paragraph 2 of Article 41 of the 2005 ROC Criminal Code with some juridical analyses.



壹、前言

關於數罪併罰之易科罰金，近年來在我國法制上歷經幾次修正，其針對單一議題而為頻繁修正之現象，實為我國法制所罕見。雖然制訂於民國94年之刑法第41條第2項（即制訂於民國98年之刑法第41條第8項）推翻了釋字第366號解釋與制訂於民國90年之刑法第41條第2項規定，然而釋字第662號解釋卻又肯定了釋字第366號解釋之合憲

性，並進一步宣告制訂於94年之刑法第41條第2項違憲。面對此種法制規範於短期間內之反覆，不免令人好奇究竟在符合併罰規定之數罪均符合刑法第41條第1項規定（均為得易科罰金之罪刑宣告）但所定之執行刑超過6月時，該等併罰之數罪是否仍得易科罰金或是只能入監服刑之法理究竟為何。

觀諸94年修正刑法第41條第2項所持之理由¹，大致可認其係以釋字第366號解釋之不同意見書²與相關學說上對於釋字第366

¹ 按學理上雖有「法定刑」、「處斷刑」、「宣告刑」、「執行刑」等區別，惟第一項所謂受6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6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10罪，各宣告有期徒刑5個月，數罪併罰合併宣告應執行之刑為4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。參閱《臺灣本土法學雜誌》2005特刊，〈新修正刑法評論〉，頁101，2005年4月。

² 該號解釋不同意見書之理由如下：

一、刑法第41條規定，犯最重本刑為3年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6個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1元以上3元以下折算1日，易科罰金。

易科罰金，學理上謂係換刑處分，或稱日代替刑。良以宣告之自由刑，如其刑期短促，對人犯縱執行羈押，亦難望改過遷善，且偶發初犯，因受監禁，以致自暴自棄，後果堪虞。故現行刑法恢復暫行新刑律之易科罰金制度，行之迄今，收效頗宏。

二、惟易科罰金依上開第41條規定，設嚴格之要件如下：

(一)須犯最重本刑為3年以下有期徒刑以下之刑之罪。

(二)須受6個月以下有期徒刑或拘役之宣告。

(三)須因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者。

是為杜絕流弊，易科罰金，不宜失之過寬。又法院雖於判決主文中，諭知折算罰金之標準，但易科之准駁，純屬檢察官執行之職權，被告是否合乎上列要件，應由檢察官於執行時決定之。若謂判決主文中既諭知易科罰金，檢察官即應一律照准，不無誤會。且易科罰金執行完畢後，而原來宣告之刑，如為有期徒刑，5年內再犯有期徒刑以上之罪者，仍屬累犯。顯見易科罰金，祇不過係換刑之處分。

三、世界各邦，關於數罪併罰之立法例，不外採(一)吸收主義(二)限制加重主義(三)併科主義。其利弊互見，我國刑法兼採以上各種主義，以資截長補短，故於刑法第51條、第53條分別規定：「併合處罰之標準」、「二裁判以上合併執行之方法」，準此規定，可收刑罰以及執行經濟之目的，其立法意旨，殊無可議之處。

四、茲就犯實質上數罪，對宣告之各罪刑一一執行之，或就宣告之罪刑合併之結果定其應執行之刑，何者對被告完全有利，尚難以斷言，茲舉例以明之：

(一)甲犯侵入住宅罪（本刑1年以下），處有期徒刑2月，得易科罰金，又犯傷害罪（本刑3年以

號解釋所為之批評³為基礎，雖學說上對於釋字第 366 號解釋之批評並未明白地列舉於修正理由內，由於主導該次修法之學者向來堅持釋字第 366 號解釋為一不符合刑罰理論的解釋⁴，修法結果會出現 94 年版的刑法第 41 條第 2 項與前述學者之批評不謀而合的現象，也就不足為奇了。

或許在與德國競合法制作比較法的觀察後，可認上述學說上對於釋字第 366 號解釋

之批評以及 94 年刑法第 41 條第 2 項修正所持理由：「數罪併罰之各罪，雖均得合於第 1 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。」尚非無據。然而，對於該次刑法第四十一條第二項之修正，學說上仍非沒有質疑⁵，雖然該質疑並未具體指摘並回應前述學說上反對釋字第 366 號解釋的理由，惟因

下），處有期徒刑 4 月，得易科罰金。如均予執行，須繳 6 個月之罰金。此例就 6 月以下 4 月以上更定執行有期徒刑 5 月，得易科罰金，即僅繳五個月之罰金，自屬有利被告。

(二)乙犯脫逃罪（本刑 1 年以下）處有期徒刑 6 月，得易科罰金。又犯收受贓物罪（本刑 3 年以下）處有期徒刑 6 月，得易科罰金。其罪刑分別執行，固可以金贖刑，對被告而言，較為有利。但檢察官於實際執行時，未必皆准其易科罰金，已詳上述。如合併定其執行刑 7 月，雖不得易科罰金，亦不違背正義公平原則。蓋乙第一次犯罪後，不知安分守己，仍以身試法，要屬無可原宥。

(三)丙除犯上述脫逃、收受贓物罪外（均判如上刑），又犯偽造公文書罪（本刑 7 年以下）處有期徒刑 1 年，竊盜罪（本刑 5 年以下）處有期徒刑 2 年，以上 4 罪刑適用刑法第 51 條第 5 款，應於 4 年以下 2 年以上定其應執行有期徒刑 2 年 4 月，顯然有利被告。若對各刑一一執行，除脫逃、收受贓物兩罪，准繳易科罰金外，仍應執行偽造公文書及竊盜罪，即合為有期徒刑 3 年，匪僅對被告不利，且使囹圄擁擠，不易管理，增加國庫負擔，種種弊端，毋待贅言。

(四)因併合處罰所定執行刑逾 6 個月者，仍得易科罰金，顯然失平，如丁犯侵入住宅、傷害、脫逃、收受贓物四罪，各判有期徒刑 6 月，均得易科罰金，併合定其執行刑 1 年 2 月（14 月），依本解釋，仍得易科罰金。而戊祇犯傷害一罪，判有期徒刑 7 月，不得易科罰金，即應發監執行，身繫囹圄，如此不平，焉有不鳴者也。

³ 相關之批評可參閱林山田，〈論併合處罰之易科罰金〉，《刑事法雜誌》，第 39 卷第 1 期，頁 23-31；林山田，〈論刑法總則之改革〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，2001 年 9 月，頁 104；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；朱敏賢，前揭註(16)文，頁 117。此外，亦有基於刑法第 41 條第 1 項之限制性要件對於釋字第 366 號解釋提出質疑之觀點，參閱柯耀程，〈易科罰金的數罪併罰問題探討〉，收錄於蔡墩銘主編，《刑法爭議問題研究》，五南圖書出版股份有限公司，1999 年 2 月初版，頁 378-381。

⁴ 前揭註(4)文。

⁵ 例如，許玉秀大法官曾指出：「修正理由與反對釋字第三六六號解釋的理由看似四平八穩，其實未看見第五屆大法官所看到對受刑人不公之處。對受刑人不公之處，尚不僅在於該號解釋個案的數罪中一罪，已經執行完畢，又敗部復活與尚未執行的他罪，合併遭定超過六月的執行刑，而更在於宣告徒刑未超過六月而法官准予易科罰金的受刑人，雖然表面上與其他自由刑的受刑人一樣，受惠於定執行刑，而應執行較少的刑期，但其實因為合併定執行刑超過六個月，以致原本各別擁有易科罰金的機會遭到剝奪，定執行刑對受數個未逾六月徒刑宣告的受刑人而言，的確有獲得不利益的風險。雖然縱然法官准許易科罰金，檢察官尚有准駁的裁量權，雖然縱使所定執行刑未逾六月，易得不許易科罰金，但是對於具備現行法所規定的實質條件，檢察官亦認為符合易科罰金的情形，卻因為定執行刑的制度，將使得受刑人不符合未逾六月的形式條件…但是，定執行刑乃是基於訴訟經濟的考量，這個制



釋字第662號解釋已重申釋字第366號之意旨，並否定95年施行之刑法第41條第2項本身所涉及之爭議僅屬於立法裁量事項之觀點⁶，則關於90年施行與95年施行之刑法第41條第2項間所存在之齟齬，自應予以釐清，以避免出現知其然卻不知其所以然之盲點，甚至在相同議題上導致另一次法律修正之翻轉。

關於數罪併罰易科罰金的爭議，若於法學方法論上單單只就得否易科罰金的結果（應執行刑與宣告刑具相同內涵）作比較法的分析，而忽略了本土相關刑法制度的不同特徵，甚至未從本土刑事司法實務的角度作全面性的實證研究，似乎有違當代法制研究本土化的潮流。因此，本文在說理上，除在傳統比較法的方法上以個別制度本身（數罪併罰與易科罰金）及其與不同制度競合（數罪併罰得否易科罰金）為論述基礎外，另將基於規範保留之觀點，分析我國刑法於易科罰金議題上之定位，並針對數罪併罰與易科罰金之執行實務作本土性的實證考察，祈能在串聯與整合相關理論與實務後，指出併罰數罪得否以科罰金此一困擾已久之問題核心所在，並進一步提出本文的觀點與建議。

貳、應執行刑超過6月一概不得易科罰金之考察

一、釋字第366號解釋作成前之學說與實務及其疑義

誠如90年制定之刑法第41條第2項修正理由說明，該條項規定：「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。」係配合釋字第366號解釋所為之增訂條文⁷。然而釋字第366號解釋之作成，實為改變當時有關併罰數罪得否易科罰金的實務見解與學者通說。按「裁判確定前所犯數罪，因分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依刑法第四十一條第一項規定原各得易科罰金，若依同法第五十一條併合處罰定其應執行之刑逾六個月時，其應執行刑得否易科罰金」之爭議，在釋字第366號解釋作成前，向來之實務見解可以最高法院五十七年臺非字第一二七號判決：「第一審判決既定其應執行刑為有徒刑十月，依照刑法第四十一條之規定，即無論知易科罰金之餘地，乃竟諭知罰金，原審亦復予以維持，均有違誤。」為代表；學者間亦咸認：只有在各罪之宣告刑及依刑法第53條所定應執行之刑均在6個月以下，受刑人始得以易科罰金之方式執行應執行刑；相對地，若各罪之宣告刑均在6個月以下而所定應執行之刑卻已逾6個月時，所定應執行刑即不得以易科罰金之方式執行，換言之，受刑人此時即應入監服刑⁸。

度，使法官可以有機會使原本符合形式條件的受刑人，變成不符易科罰金資格的受刑人，則受刑人必然要主張，寧願放棄定執行刑的機會，而請求各別執行所受宣告的判決，法官當然還是可以不准各個宣告未逾六月的徒刑易科罰金，但無論如何，至少受宣告人符合易科罰金的形式要件，而始終有機會以罰金贖罪。」。參閱許玉秀，〈刑法導讀〉，《學林分科六法一刑法》，新學林出版股份有限公司，2005年2月出版，頁71-2。

⁶ 實際上，當時主持會議之立法委員陳進興即認為：如果立法已明文規定如何易科罰金，即可不受釋字第366號解釋之拘束。參閱蔡碧玉，前揭註(4)文。

⁷ 參閱《臺灣本土法學雜誌2005特刊》，〈新修正刑法評論〉，頁101，2005年4月。

⁸ 學者間之見解，可參考韓忠謨，《刑法原理》，頁460；周治平，《刑法總論》，頁535-536；林山田，〈論併合處罰之易科罰金〉，《刑事法雜誌》，第39卷第1期，頁16；蔡墩銘，《刑法總則爭議

然而，既然作成釋字第 366 號解釋之第五屆大法官「多數由在實務界素負眾望的資深法官組合而成，包括對於刑事理論的研究並不膚淺的法官，對於上述相當淺顯易懂、且不同意見書也已表達的反對理由，豈有不知之理？他們能細心地窺見其中極為細緻的人權利益，實屬難得，批評者恐怕不無誤解⁹。」。惟於釋字第 366 號解釋作成前併罰數罪於其應執行刑大於 6 個月時一概不得易科罰金之學說與實務，縱確實存在合憲性的疑慮，學說與實務亦未曾具體指明相關違憲的情狀為何。值得一提的是，關於併罰數罪得否易科罰金之爭議，早在民國初年，前大理院 4 年統字第 243 號解釋：「查判處刑罰，既屬五等有期徒刑，雖係俱發，執行刑期在一年以上，自無不可易科罰金之理，惟執行窒礙須從嚴格解釋，不得濫用。」即曾作成類似釋字第 366 號解釋之見解，只不過何以該號大理院解釋未為後來之實務見解所採納，至今仍無法從既有的文獻中得到明確的解答。然就其解釋意旨可推知，早期實務並不認俱發（數罪併罰）之狀態當然阻卻易科罰金之適用。從而，究竟在何基礎上主張 6 月以上之執行刑當然不得易科罰金，自有予以探討之必要。

二、對釋字第 366 號解釋之批評

關於刑法第 41 條第 2 項於 90 年之增訂，有批評此為因循釋字第 366 號解釋之錯誤而為，並肯定刑法第 41 條第 2 項於 94 年所為之修訂¹⁰。細究學說上對於釋字第 366 號解釋之批評¹¹，大致可歸納為下列幾種理由：

（一）悖離刑事政策

本諸刑事政策的立場，有謂因超過 6 月之應執行刑已非短期自由刑，不符易科罰金本為救濟短期自由刑流弊之初衷¹²；又因複數犯罪之不法內涵高於單一犯罪，故於其應執行刑超過六月時，亦無易科罰金之必要¹³。簡單來說，由於實質競合的不法內涵與罪責內涵，均高於犯罪單數，本於「屬於輕罪的犯罪單數」才能易科罰金的刑事政策，縱然複數犯罪均為輕罪，一旦應執行刑超過 6 月，亦不得易科罰金。

（二）實質競合之「應執行刑整體性」

關於數個自由刑定執行刑得否易科罰金之爭議，亦有基於德國刑法上實質競合規範之觀點，主張得否易科罰金應以「應執行刑整體」為判斷標準；若所定之應執行刑已逾 6 個月，各該形式上符合刑法第 41 條第 1 項之罪刑宣告，整體觀之，即因刑法第 50 條之

問題研究》，頁 368。觀諸此種釋字第 366 號解釋作成前之學說與實務概況，不難發現：民國 94 年通過之刑法第 41 條第 2 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。」實質上乃將此一爭議之處理回復至釋字第 366 號解釋作成前之學說與實務。

⁹ 參閱許玉秀，前揭註(5)文，頁 72。

¹⁰ 參閱林山田，〈二〇〇五年新刑法總評〉，收錄於《臺灣本土法學雜誌 2005 特刊》，新修正刑法評論，頁 15，2005 年 4 月。

¹¹ 前大法官翟紹先即曾於該號解釋的不同意見書中指出：犯實質上數罪，對宣告之各罪刑一一執行之，或就宣告之罪刑合併之結果定其應執行之刑，何者對被告完全有利，尚難以斷言。上開刑法各條，既無缺失，應屬合憲，本席對本件解釋意旨，歎難表示同意。換言之，此篇不同意見書係透過所提出的具體案例，以個案間利益衡量之方式，反對該號解釋之內容。不過學說上卻未見以此理由所為之檢討。

¹² 參閱林山田，〈論刑法總則之改革〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 104，2001 年 9 月。

¹³ 參閱林山田，〈評易科罰金的修正〉，《月旦法學雜誌》，第 74 期，頁 144，2001 年 7 月。

規定而與單一刑之宣告同，並不再屬於得易科罰金之微罪¹⁴。其除指陳釋字第 366 號解釋：「解釋偏離焦點」、「解釋不當干涉立法權」與「一罪兩罰之問題並未解決」外，更進一步主張：「刑法第五十一條與第四十一條兩條文，依實質競合之法理，以及為避免執行六個月以下之短期自由刑而設之易科罰金制度而論，根本就不存在問題，而屬完全符合刑法理論之適當規定¹⁵」。

基於「應執行刑整體性」之觀點，亦有對釋字第 366 號解釋「未整體判斷數罪併罰」提出質疑，並批評釋字第 366 號解釋將不當造成「處罰割裂」的現象；而針對「事實上事後併罰存在得易科罰金的執行現象，所可能引發的不平等疑義」，更主張應由受刑人負擔此一風險¹⁶。

(三) 刑法第 41 條第 1 項之限制

關於易科罰金的適用，由於刑法第 41 條第 1 項設有「最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪」與「受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告」之前提規定，遂有認此等限制要件將使得易科罰金的適用範圍，限縮在

單一構成要件該當的情形；蓋如涉及二以上構成要件該當，尚難稱為係犯最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下之刑之罪。換言之，刑法第 41 條之所以無法適用於二以上構成要件該當時，主要的原因，並不在於最終是否受 6 月以下有期徒刑或拘役之宣告，而係在於前段之限制性規定之上。而「這樣的限制規定，無異限縮刑法第 41 條的本應具備的適用範圍，也使得其為補救短期自由刑弊端的立意，被完全抹煞。這也正是釋字第 366 號解釋所面臨的核心問題¹⁷」。

參、數罪併罰應執行刑超過 6 月之易科罰金

一、釋字第 366 號解釋反對意見之澄清

(一) 併罰類型不同

探究釋字第 366 號解釋不同意見書，不難發現其反對理由有部份已超出了該號解釋之標的範圍¹⁸，也就是說，部分反對意見係以釋字第 144 號解釋的併罰類型為基礎。鑒於釋字第 144 號解釋與釋字第 366 號解釋係以不同的併罰類型為案例背景¹⁹，故此部分

¹⁴ 參閱林山田，前揭註(8)文，頁 23。

¹⁵ 前揭文，頁 27-31。

¹⁶ 參閱朱敏賢，〈「數罪併罰之易科罰金」之研究—以釋字第 366 號解釋為中心〉，《刑事法雜誌》，第 40 卷第 4 期，頁 117。

¹⁷ 參閱柯耀程，前揭註(3)文，頁 378-381。須加注意的是，由於刑法第 41 條之規定已於民國 90 年 1 月修正，因此該文中所指的刑法第 41 條，現為刑法第 41 條第 1 項，而「三年以下有期徒刑以下之刑之罪」於現在係指「五年以下有期徒刑以下之刑之罪」。

¹⁸ 如該不同意見書中四之(三)：「丙除犯上述脫逃、收受贓物罪外(均判如上刑)，又犯偽造公文書罪(本刑七年以下)處有期徒刑一年，竊盜罪(本刑五年以下)處有期徒刑二年，以上四罪刑適用刑法第五十一條第五款，應於四年以下二年以上定其應執行有期徒刑二年四月，顯然有利被告。若對各刑一一執行，除脫逃、收受贓物兩罪，准繳易科罰金外，仍應執行偽造公文書及竊盜罪，即合為有期徒刑三年，匪僅對被告不利，且使囹圄擁擠，不易管理，增加國庫負擔，種種弊端，毋待贅言。」，即已超出釋字第 366 號解釋的範圍；事實上，此乃釋字第 144 號解釋之標的。

¹⁹ 釋字第 144 號解釋係以得易科罰金與不得易科罰金之罪刑宣告併罰為對象；而釋字第 366 號解釋卻以數個得易科罰金之罪刑宣告併罰為對象。

理由存在「打擊錯誤」之不當。此外，所謂「祇犯傷害一罪，判有期徒刑七月，不得易科罰金，即應發監執行，身繫囹圄，如此不平，焉有不鳴者也。²⁰」之主張，似更忽略易科罰金係以輕微犯罪²¹為適用的前提；而是否屬於輕微犯罪（是否宣告6月以下有期徒刑），依現行法係屬法官裁量權限，故其論述尚不足以作為反對釋字第366號解釋的有力依據。

（二）刑事政策之探討

純就刑事政策而言，縱然易科罰金旨在救濟短期自由刑之流弊（特別在輕微犯罪的情形中），不過仍應釐清此種刑事政策的目的，是否必然因複數犯罪之情狀，而無所附麗？關於這個問題，似乎可以從下面這則簡單的案例得到澄清。設若被告犯過失傷害罪，被判處有期徒刑3月；並於過失傷害罪判決確定後另犯贓物罪，被判處有期徒刑六月。由於過失傷害罪與贓物罪間，並不符合刑法第50條：「裁判確定前犯數罪」的規定，故關於是否得易科罰金，只須個別判斷是否有刑法第41條第1款之適用，即為已足。也就是說，縱然在犯罪複數的情形中，並非全然無易科罰金之可能。固然可認為犯罪複數的不法內涵與罪責內涵高於犯罪單數，甚至越容易出現「因不執行所宣告之刑，難收矯正之效或難以維持法秩序」之評價，惟在上述

案例的輔證下，似無由直接導出：「刑事立法政策上得以易科罰金者，應以屬於輕罪的犯罪單數為限，雖屬輕罪，但係犯罪複數者，自以不得易科罰金為宜²²」之結論；換言之，複數犯罪之狀態並不必然表示行為人「必須入監服刑，否則難收矯正之效或難以維持法秩序」。

事實上，是否形式上該當刑法第41條第1項之輕微犯罪，本屬法官之裁量權，如果法官認為被告必須入監服刑，否則難收矯正之效或難以維持法秩序者，則法官只要在宣告罪刑時，處以高於6個月之有期徒刑，即可達其目的，法理上並不須透過「數個輕微犯罪併罰」的方式，讓被告入監服刑。雖然在刑法第41條第1項之規範下亦可認為「行為人犯競合之數罪，其個別宣告之徒刑雖均為六月以下之刑期，縱定執行刑亦未逾六個月，亦可能因其犯數罪之惡性表現，而有必要執行徒刑之情況者，司法者自亦得裁定不予易科罰金²³」，惟若執此認為犯數罪之惡性表現，「必然均有執行徒刑之必要，而絕無易科罰金之可能」，未免倒果為因，有失客觀²⁴；蓋在目前行政刑罰過於肥大的法制現狀下，並非所有的犯罪行為均具有高度的刑事不法內涵，若認該當複數犯罪即「必然」有入監執行之必要，在全面檢討相關行政刑法之規定是否皆具處罰必要性之前，其主張

²⁰ 參閱釋字第366號解釋，大法官翟紹先所提出之不同意見書。

²¹ 如我國刑法第41條第1項所規定「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪」、「受六月以下有期徒刑或拘役之宣告」之情形，即為我國刑事法上之輕微犯罪。

²² 參閱林山田，前揭註(13)文，2001年7月，頁144。

²³ 參閱林山田，〈論併合處罰之易科罰金〉，《刑事法雜誌》，第39卷第1期，頁28。

²⁴ 釋字第662號解釋池啟明大法官協同意見書一：「5、犯數罪各經從輕判處六月以下有期徒刑，併宣告得易科罰金者，應係犯罪情節輕微，或許係小過不斷，或不慎偶犯數罪，譬如犯行政刑罰或過失犯，其惡性未必較犯單一罪者為重，如合併定應執行之刑逾六月，即一律不准其易科罰金，其標準過於嚴格、僵化，限縮易科罰金制度之適用範圍，不符易科罰金旨在救濟短期自由刑流弊之立法本意。」參照。



不免過於武斷。因此，縱然在複數犯罪的情形中，亦不乏被告惡性仍屬輕微而無必要入監服刑的情況。再者，數罪併罰的原意，本在避免因累罰效應所造成的過度處罰，並未堅持必須以某種方式執行刑罰²⁵。倘若僅因數罪併罰之適用，而導致本可易科罰金之數犯罪，絕對喪失易科罰金之機會，毋寧將對被告造成更為不利之處境；此種結果，反倒有違數罪併罰規範的本意²⁶。就此而言，釋字第366號解釋與90年增訂之刑法第41條第2項規定，並未違反數罪併罰的規範精神。

二、事後併罰之非整體性

雖以實質競合「應執行刑整體性」為基礎所提出之批評（超過6月之執行刑非屬短期自由刑）表面上說明了95年施行之刑法第41條第2項之正當性，然而此種觀點卻明顯忽略了我國執行實務所「必然存在²⁷」的「非接續執行（割裂執行）」現象²⁸；也就是說，在我國數罪併罰之應執行刑存在多次事後形成空間（事後併罰²⁹）之法制³⁰下，其應執行刑整體性之內涵³¹是否仍同於德國刑法實質

²⁵ 參閱張明偉，〈數罪併罰中有期徒刑之執行〉，《國立臺灣大學法律學研究所碩士論文》，頁33-34，民國91年6月。

²⁶ 蓋雖然可承認「競合之數罪在刑罰裁量上，與毫無競合關係的數個單獨犯罪有所不同」，但若因此而認為：「數罪併罰之結果，將造成受較數個沒有任何關係之數犯罪為重之刑罰執行」，即不甚洽當。

²⁷ 如釋字第366號解釋之案例般，數罪併罰只有在事後併罰的類型中，才會出現先確定之罪刑宣告於執行時，因未與其它犯罪形成數罪併罰的關係而得易科罰金的執行方式。實質上，如果在與其它犯罪數罪併罰前，執行上能夠避免易科罰金，便不會出現如前述的矛盾現象；也就是說，若數罪併罰「非接續執行」之情形係可避免，實務之運作即應避免「併罰數罪非接續執行」之發生，以防止執行程序出現異於刑法第41條第2項之現象。然而，由於「非接續執行」乃是事後併罰的一種執行型態，在我國刑法規定的數罪併罰不排除事後併罰的前提下，非接續執行之情形，似乎不可避免。

²⁸ 按數罪併罰既指裁判確定前犯實質數罪之情形，本質上各犯罪乃屬各自獨立之案件；既屬獨立之數個案件，即有可能因訴訟繫屬之不同，而導致併罰數罪（如甲罪與乙罪）之各個裁判於不同時點確定；嗣於檢察官依最後確定之裁判聲請定應執行刑，並依該確定之應執行刑裁定更為執行時，即會出現併罰數罪中之部份犯罪業已執行完畢之情形。例如在釋字第366號解釋所引之梁○○案中，聲請人涉犯違反槍砲彈藥刀械管制條例（甲罪）與吸用化學合成麻醉藥品罪（乙罪）兩罪，均各經處徒刑四月並准易科罰金。而其中一罪已於82年2月22日易科罰金執行完畢，其後82年4月板橋法院始再將該兩罪併罰裁定應執行徒刑7月（亦即一罪已執行完畢後，又敗部復活與尚未執行之它罪，合併遭定超過6月的執行刑）。此時因甲罪宣告刑、乙罪宣告刑與甲乙二罪之應執行刑，並非於同一程序中作成，故在執行程序中會出現執行依據變更（亦即換發執行指揮書）之「事後併罰」現象。此種應執行刑實際上存在2個以上執行程序的執行現象，相較於「單一執行程序持續進行的現象」，本文稱為「非接續執行」。進一步來說，數罪併罰之刑事執行程序，實際上存在「依定刑裁定開始執行」、「於部份併罰罪刑執行中（即某犯罪開始執行後未執行期滿前）始依定刑裁定接續執行」與「於部份併罰罪刑執行期滿後始依定刑裁定執行」等3種型態；詳請參閱張明偉，前揭註(25)論文，頁19-23。

²⁹ 法院對該等併罰數罪所定之應執行刑裁定，非但有於對該應執行刑之執行前為之，亦常因其中某案件審理之曠日廢時或上訴之提起……等因素，導致該等併罰之數罪於執行上，發生已有其中一罪（或數罪）已依宣告刑（或已先定之應執行刑）執行完畢（如：易科罰金、服刑期滿…等）後，法院方據嗣後確定之科刑判決另裁定應執行刑之情形發生。若以何時符合刑法第50條之規定而作成應執行刑裁定為區分併罰類型的標準，可得「同時併罰」與「事後併罰」二種併罰型態。詳請參閱張明偉，前揭註(25)論文，頁56-66。

競合之併合刑³²？並非無疑。如果我國數罪併罰之應執行刑不必然具有類似單一宣告刑將複數犯罪不法內涵同時裁判宣告之功能³³，甚至肯認數罪併罰制度無使被告更受不利益地位之立法目的³⁴，又何必牽強地將我國之應執行刑與德國法整體刑規定（同時反映複數犯罪之不法內涵）於內涵功能上作相同之

理解³⁵？因此，在我國數罪併罰法制異於德國實質競合規範之前提下，以德國法制上應執行刑整體性之內涵指摘釋字第 366 號解釋與 90 年施行之刑法第 41 條第 2 項，恐已錯把馮京當馬涼，其不當不言可喻。

鑒於我國刑法數罪併罰之事後併罰必然存在非接續執行之可能，本文認為：數罪併

³⁰ 關於應執行刑非接續執行之現象，亦可參照釋字第 662 號解釋池啟明大法官協同意見書六之說明。

³¹ 數罪併罰在定其「應執行刑」之際，除死刑、無期徒刑、與褫奪公權係採吸收主義外，其係計期計額者（如：有期徒刑與罰金刑），自應再為應執行之刑的決定，學理亦稱之為「併合刑之構成」。就有期徒刑之併合刑而言，在我國採限制加重主義的立法原則下，係於宣告的最長刑期或額度以上，各刑合併的刑期或額度以下定之。關於應執行刑之內涵，我國刑法並未規定；雖有主張：「對於具有實質競合關係之數罪所宣告之有期徒刑，與單純一罪所宣告之有期徒刑，並無任何不同。」、「在刑法之定罪科刑上仍屬對於具有實質競合關係之數罪所宣告之有期徒刑，而與單純一罪所宣告之有期徒刑，並無任何不同。因此，單純一罪之宣告刑逾 6 個月者，固無易科罰金之適用，數罪實質競合而併合處罰，經定執行刑逾六個月者，自亦同樣因不具易科罰金須受 6 個月以下有期徒刑宣告之要件，而不得易科罰金。」，然其卻未明確指出其具體理由為何。參閱林山田，〈論併合處罰之易科罰金〉，《刑事法雜誌》，第 39 卷第 1 期，頁 23。

³² 關於併合刑之構成，有謂：「應執行刑之決定，亦是一項法定義務，如有違反即屬違法裁判。應執行刑的併合刑，亦屬一種特別的量刑過程；故其考量結果，並非單純表示一種數罪刑度的總和而已，而是出於同一行為人人格的流露，所以學理上毋寧可謂是一種總體概念，而有其獨立的意義。」參閱德國聯邦法院判決 BGH24, 269；轉引自蘇俊雄，《刑法總論 III》，頁 109，作者自刊，2000 年 4 月。

³³ 德國刑法實質競合「總合刑不是機械地或任意地提高具體刑罰的構成，總合刑的構成反映了行為人的個性和各具體犯罪之間的聯繫，因此，在對行為人進行評價時，首先要考慮到的是，犯罪行為是否表明了犯罪傾向，還是表明了各具體犯罪僅是互不相關的偶犯。在具備數個犯罪行為的情況下，必須考慮刑罰對行為人將來生活的影響。對各具體犯罪行為的總的評價，尤其必須考慮不法內容的整體情況和各具體犯罪行為之間的內在聯繫問題。」參閱（德）漢斯·海因里希·耶塞克、托馬斯·魏根特著，徐久生譯，《德國刑法教科書（總論）》，頁 890，中國法制出版社，2001 年 3 月。簡單來說，德國刑法實質競合之總合刑，乃針對各具體犯罪行為與人格，所為的總體評價；一經評價後，即無從區分各罪刑與人格因素之影響。此與單一犯罪之宣告刑，亦為對具體犯罪行為與人格，所為的總體評價；一經評價後，即無從區分罪刑與人格因素之影響，具有相同的內涵。參閱張明偉，前揭註(25)論文，頁 70。

³⁴ 釋字第 662 號解釋池啟明大法官協同意見書二：「合併定應執行刑原則上法院得裁量以減輕刑度，至少亦是維持原合併之刑度，自係有利於被告，絕無使被告更受不利益之立法意旨。且數罪合併定應執行刑後，因作一次執行，執行完畢日期明確，倘被告事後再犯，是否符合累犯、緩刑之要件時，得以明確認定，故合併定應執行刑係配合整體刑罰制度之立法設計；又合計之執行刑期變長，其與行刑累進處遇縮短刑期及聲請假釋等事項攸關，與受刑人之權益關係至深，是數罪併罰應屬強制性之規定，但合併定應執行刑之結果自不得逾越原裁判之刑度、更為不利於被告之裁量，譬如剝奪原已宣告得易科罰金之機會。否則，因此而加重處罰，即違背合併處罰制度之立法目的。」參照。

³⁵ 我國刑法數罪併罰中，存在「縱於事後發覺其他未及於前程序中訴追審判之犯罪行為，尚得單獨針對該犯罪，進行可罰性之評價，並與前程序所處斷之犯罪，事後形成應執行刑」之情形，與德國刑法之



罰之應執行刑雖較諸個別犯罪之宣告刑有其獨立性，惟於定位上似仍不能本於「單一犯罪宣告刑」或「整體刑單一可罰性認定」之角度，理解應執行刑之功能與內涵³⁶。蓋依最高法院59年臺抗字第367號判例：「若裁判確定前所犯各罪，有一裁判宣告數罪之刑，雖曾經定其應執行之刑，但如再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，前定的執行刑則當

然無效，仍應以其各罪宣告之刑為基礎，定其執行刑，不得以前的執行刑為基礎，以與後裁判宣告之刑，定其執行刑。」之說明³⁷，在事後併罰之情形中，由於所定之應執行刑具有高度之不確定性，隨時均有可能出現應執行刑「當然無效」的現象³⁸，若以之作為可罰性總體認定之基礎，將因難以確定該次之應執行刑是否為「最終」之應執行刑³⁹，

實質競合有很大的不同。由於數罪併罰並未在規範上，將多數構成要件實現之整體，視為「一事不再理」適用之對象，以「單一可罰性評價之基礎」之觀點理解應執行刑，並不洽當。縱然基於教育刑、目的刑之理念，數罪則未必要數罰，然而在未完全以人格責任論為刑罰基礎的立法中（亦即未採絕對的人格責任論之刑事立法），將應執行刑視為具有單一宣告刑「執行一次性」之特質，亦有未洽。參閱張明偉，前揭註(25)論文，頁71-72。

³⁶ 蓋若數犯罪未能於同一刑事訴訟程序中接受裁判，所為之「可罰性評價」即不免欠缺「整體性」。也就是說，在如德國刑法的立法例中，「整體性刑罰」惟於「數構成要件實現能在同一刑事訴訟程序中接受裁判」時始能獲得；一但複數構成要件之實現無從於同一裁判中接受審判，即便同為裁判宣告前所犯之罪，原則上並不將之歸納於「實質競合」之範疇。

³⁷ 最高法院85年度臺非字第50號判決：「一裁判宣告數罪之刑，雖曾經定其應執行刑，但如再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，前定之執行刑當然失效，仍應以其各罪宣告之刑為基礎，定其執行刑」，亦同此旨。

³⁸ 與本號判例不同，德國法並不認為先前所定的應執行刑當然無效；依德國學者之說明：「在上一個判決中已經科處了總合刑，則應當撤銷之，並基於當時判處的具體的刑罰和第二個判決中確定的刑罰，重新確定起始刑罰。該起始刑罰可根據關於構成總合刑的一般規定予以加重。後一個判決要對附加刑等統一予以科處。」參閱（德）漢斯·海因里希·耶塞克、托馬斯·魏根特著，徐久生譯，《德國刑法教科書（總論）》，頁891，中國法制出版社，2001年3月。

³⁹ 關於宣告刑之效力與刑罰執行間之疑義，可參閱許玉秀大法官於釋字第662號解釋協同意見書所提出之質疑：「釋字第三三六號解釋的個案背景，是原宣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，也就是本院釋字第三三六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

導致出現「（總體）可罰性不確定」之結果⁴⁰。故就功能定位而言，「所謂數罪併罰，係指同一犯人於裁判確定前犯獨立的數罪，由法院分別宣告各罪之罪刑，並定其應執行之刑而言；其所犯各罪之罪刑獨立存在，僅因定其應執行之刑，而將各罪之宣告刑併合處罰，係屬刑罰之合併；而非將數罪併為一罪⁴¹」，所定之應執行刑未必具有整體反應複數犯罪不法內涵之功能。

三、刑法第 41 條第 1 項之限制

雖學說上曾認釋字第 366 號解釋所面臨的核心問題，主要在於刑法第 41 條第 1 項針對易科罰金，設有「最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪」與「受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告」之前提規定，而本此等限制要件，將使得易科罰金的適用範圍，限縮在單一構成要件該當的情形⁴²。不過這樣的說法，卻在 90 年增訂刑法第 41 條第 2 項後，失其附麗。蓋不論是 90 年制定之刑法第 41 條第 2 項，或是 94 年制定之刑法第 41 條第 2 項，均已在刑法第 41 條第 1 項之外，提供數罪併罰之應執行刑易科罰金之規範基礎。以此為前提，相關德國法制所提供之觀

點似乎已不足以作為我國併罰數罪得否易科罰金之論述基礎，從而若逕以德國法的見解作為我國法制的解釋基礎，而未為相應之調整，即有未洽⁴³。鑑於數罪併罰應執行刑不具備德國實質競合併合刑整體性之內涵，因此，於 90 年增訂刑法第 41 條第 2 項規定後，關於數罪併罰之易科罰金，遂只剩下「得否以法律保留之方式一概不准超過六月之應執行刑易科罰金」可能成為問題⁴⁴。換言之，如果釋字第 366 號解釋所涉及之爭議只是法律層次之爭議，那麼立法者自得透過立法形成之方式解決該法律問題，並制定與該解釋內容不同之法律規定；反之，如果釋字第 366 號解釋所涉及之爭議具有憲法層次之意義，那麼立法者即無權透過立法形成之方式制定與該解釋內容不同之法律規定。

四、釋字第 366 號解釋與釋字第 662 號解釋之憲法基礎

雖然釋字第 366 號解釋基於數罪併罰非與受刑人更不利執行地位之刑事政策，認為超過 6 月之應執行刑一概不得易科罰金乃屬對於人民之自由權利所為之不必要限制，並有違憲法上之比例原則⁴⁵，不過於 95 年施行

等？立法機關可以視若無睹、不給個交代嗎？」。

⁴⁰ 例如：甲因犯 A、B 二罪，於同一判決中分別宣告有期徒刑 7 年與 1 年，並依刑法第 51 條規定定應執行刑為有期徒刑 7 年 8 月；嗣後發現與 A、B 二犯罪間具有符合刑法第 50 條規定數罪併罰關係之 C 罪，經依刑法第 52 條規定判處有期徒刑 1 年，並依刑法第 53 條規定，另就 ABC 三罪裁定應執行刑，此時數應執行刑間即出現不安定之現象，特別當嗣後所定之應執行刑為有期徒刑 7 年 10 月時（即於外觀上被告所享刑罰之寬典超過其中某犯罪之宣告刑），此種不安定之現象將更為明顯。

⁴¹ 參閱楊大器，〈數罪併罰之理論與實用〉，《法律評論》，第 54 卷第 1 期，頁 10-11，1988 年 1 月。另可參閱林錫湖，刑法總論，頁 459，作者自刊，1999 年 8 月。

⁴² 參閱柯耀程，前揭註(3)文，頁 378-381。

⁴³ 此外，由於日本刑法並未有如同我國刑法第 41 條與德國刑法第 47 條之規定，其學說或實務，當然亦不會針對併罰數罪得否易科罰金之問題，有所說明。

⁴⁴ 這樣的觀察似乎亦可說明何以於釋字第 662 號解釋中，未曾提及有關刑法第 41 條第 1 項限制條款之問題。



之刑法第41條第2項規定，很顯然地並不這麼認為。因此關於95年施行之刑法第41條第2項規定如何違反憲法上之比例原則，即為釋字第662號解釋首應釐清或補充之處。

(一)基本權之防禦功能

按憲法制定之最終目的，在於保障人民的基本權利，因此基本權的擁有者（人民），直接依據憲法的規定，究竟可向國家主張什麼，便成為有待探討的問題。迄今經大法官直接或間接承認或型塑出來的基本權功能計有：防禦權功能、受益權功能、保護義務功能、程序保障功能以及制度保障功能五種。其中又以防禦權功能最為重要，在我國大法官所作的解釋中，以防禦權為標的的解釋，幾乎佔了絕大部分。所謂基本權之防禦權功能，係指「基本權賦予人民一種法律地位，於國家侵犯到其受基本權所保護的法益時，得直接根據基本權規定，請求國家停止其侵害，藉以達到防衛受基本權保護的法益，使免於遭受國家恣意干預的目的。故防禦權功能亦無妨稱為侵害停止請求權的功能。稱要求停止侵害，更確切說，指要求宣告侵害基

本權的法律或命令違憲、無效，或要求廢棄侵害基本權利的行政處分與司法裁判，或要求停止任何其他侵害基本權利的國家行為。基本上，任何基本權利，無論其保護的法益是行為與不行為的自由、特性、狀態或法律地位的完整性，都具有這種最起碼的防禦權功能⁴⁶。」因此，不論是自由權、財產權、工作權、參政權，只要是憲法所保障的權利受到公權力的侵害，人民均得本於基本權的防禦功能，請求國家停止侵害。

(二)人身自由之保障

由於「刑法乃規定國家行使刑罰權之刑事事實體法，刑罰權乃國家主權之一部分，故刑法須有憲法之依據⁴⁷。」既然「刑事法是和人身自由關係最密切的法律，它規定適當與否，和人身自由關係很大，故由這一角度看，憲法和刑事法之間，尤有密切的關係⁴⁸。」就功能的角度來說，「憲法的作用是消極劃定國家刑罰權的外圍界限，而非積極賦予國家刑罰權以根據⁴⁹。」刑事制裁之手段，依我國刑法第32條之規定，可分為主刑即從刑。於主刑中，不論無期徒刑、有期徒刑或

⁴⁵ 釋字第366號解釋理由書：「刑法第五十條基於刑事政策之理由，就裁判確定前犯數罪者，設併合處罰之規定，並於其第五十一條明定，分別宣告其罪之刑，而另定其應執行者。其分別宣告之各刑均為有期徒刑時，則於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下定其刑期，足見原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意。如所犯數罪，其最重本刑均為三年以下有期徒刑之刑之罪，而分別宣告之有期徒刑亦均未逾六個月，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，依同法第四十一條規定，本均得易科罰金，而有以罰金代替自由刑之機會。惟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，未盡相符。」參照。

⁴⁶ 參閱許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，第6卷第1期，頁26，1996年1月。

⁴⁷ 參閱林山田，《刑法通論》，頁19，三民書局，1994年8月增訂4版。

⁴⁸ 參閱林紀東，〈憲法與刑法〉，《憲政思潮》，第29期，頁1-5，1975年1月。

⁴⁹ 參閱王乃彥，〈論人格尊嚴對國家刑罰權力實現過程的統制〉，《國立中興大學法律學研究所碩士論文》，頁19，1996年6月。

是拘役，均以限制人身自由為內涵。在憲法保障人身自由的前提下，所有限制人身自由（基本權利）的規定，因已被推定具有違憲的徵兆，國家機關在此前提下，必須就其行為（包含法規的制定）提出具備「阻卻違憲事由」的正當理由，否則即有違憲之虞⁵⁰。

關於人身自由的限制與法律保留的關係，釋字第544號解釋等相關大法官解釋⁵¹，已有明確的說明。釋字第544號解釋指出：「國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，選擇以何種刑罰處罰個人之反社會性行為，乃立法自由形成之範圍。就特定事項以特別刑法規定特別罪刑，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解釋闡釋在案。自由刑涉及對人民身體自由之嚴重限制，除非必須對其採強

制隔離施以矯治，方能維護社會秩序時，其科處始屬正當合理，而刑度之制定尤應顧及行為之侵害性與法益保護之重要性。」依此說明，限制人身自由的措施，除須符合形式意義之法律保留原則外，其規定更須具備憲法第23條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性。從而，規範內容實質正當的要求（比例原則），亦為限制人身自由所應遵守的憲法原則。

（三）自由刑最後手段原則

關於憲法上基本人權的保障，特別在犯罪處罰方面，罪刑法定主義尚有不足。由於刑事制裁是所有法律規範中最具嚴厲性、強制性之法律手段，而且刑法所規定之法律效果（即刑罰本身），在性質上原屬於對人民法益的侵害。因此，刑罰的反應，只有在具備刑罰必要性前提下，才有可能施予。「蓋

⁵⁰ 關於此一概念，可參考下述說明：「國家行為若侵及人民基本權利之基礎範圍者，吾人通常可以視為一種違憲之徵兆。從而，除非國家能夠提出憲法上之正當事由，否則即構成對人民基本權利之違法侵害，換言之，國家負有提出合憲理由之舉證責任，此為基本權利規範作用之當然解釋。一般而言，所謂國家限制人民基本權利之阻卻違憲事由，約可分為形式阻卻違憲事由與實質阻卻違憲事由兩種。前者係著重於限制基本權利之基本要件，要求國家必須有法律依據，始得為之，一般稱之為法律保留原則，此為國家限制人民基本權利之基本要件；而後者則著眼於限制之內容，審究其原因及侵害之程度，特別審查有無逾越之必要限度，一般稱為比例原則。」。詳細的內容，可參閱李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，第9卷第1期，頁66，中央研究院中山人文社會科學研究所，1997年3月。

⁵¹ 例如：釋字第523號解釋：「凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符合憲法第八條保障人身自由之意旨。」釋字第476號解釋：「人民身體之自由與生存權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，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，即無乖於比例原則。」釋字第471號解釋：「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。」與釋字第384號解釋：「憲法第八條第一項規定：人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕，拘禁，審問，處罰，得拒絕之。其所稱依法定程序，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」等，均為適例。



就刑罰的本質以言，其僅在不得已情形下始為之，亦即是具有苦的必要時，才得予以適用。換言之，刑罰的施加，乃是一種基於理性考量不得已的最後手段，唯有在別無其他法律可為制裁方法，或其他法律不能較刑法更具有效果的前提下，始得加以考慮。正如德國刑法學者 Gallas 所言：刑法的制裁作用，並非一種實現正義的絕對目標，而祇是一種以正義的方式達成維護社會秩序目的時，不得不採用的必要手段而已。因此，刑法應本乎節制原則，在必要及合理的最小限度內為之⁵²。」在此種刑法節制原則的理念下，所有刑事制裁手段，均不應逾越最小侵害的界線。不過，由於「最小侵害」在概念上過於抽象，法制上遂發展出「自由刑最後手段原則」之概念，以作為刑法節制原則的判斷基礎。

何謂「自由刑最後手段原則」？由於短期自由刑（指6個月以下的有期徒刑或拘役而言）的實施，弊大於利；為了避免受刑人反因短期自由刑之執行，而增加危險性格，現今之刑事政策及立法，多認為必須設定一定的適用準則，限制其不當使用；此種限制，法理上稱之為最後手段條款⁵³。換句話說，「在階段區分容許原則的要求下，若對不

法侵害之抑制可以較輕微之手段達成效果者，即無須使用最嚴厲的干預手段（自由刑）⁵⁴。」「處罰犯罪人必須選擇能夠達到抑制犯罪的方法，同時應該在所有可供選擇的手段中，找尋對人權侵害最輕微的；倘若處罰犯罪人將造成更大的危害時，應考慮放棄處罰⁵⁵。」故而只有在特別的情況下，才有對受刑人實施短期自由刑的必要；在通常的情形中，不應以執行短期自由刑，作為處罰的方式。

本諸自由刑「最後手段原則」之要求，「如以較輕微之制裁手段亦可達成遏止不法之效果者，即無採用更嚴厲手段之必要。此種最後手段性之要求，不僅拘束法官的量刑，亦拘束檢察官或法官的執行手段。換言之，易科罰金乃刑事政策立於最後手段原則，對於刑罰執行效果得失之省思而為之權宜方式⁵⁶。」此外，由於易科罰金本質上屬於刑罰執行之規定，故於執行方法上，若堅持得易科罰金的輕微犯罪，必須在監執行，反有違刑罰最後手段原則之本質⁵⁷。也就是說，易科罰金的執行方式，乃是以「自由刑最後手段原則」為基礎，只要執行時具備法定要件，即無理由認為必須在監執行⁵⁸。

（四）應執行刑超過六月一概禁止易科罰金

⁵² 鄭文中，〈刑事執行程序中之辯護—以自由刑之執行為中心〉，《國立臺灣大學法律學研究所碩士論文》，1999年7月，頁6。

⁵³ 蘇俊雄，〈自由刑理論與刑法改革的比較研究〉，《臺大法學論叢》，第23卷第1期，頁107。

⁵⁴ 鄭文中，〈刑事執行程序中之辯護——以自由刑之執行為中心〉，《國立臺灣大學法律學研究所碩士論文》，1999年7月，頁105-6。

⁵⁵ 王乃彥，〈論人格尊嚴對國家刑罰權力實現過程的統制〉，《國立中興大學法律學研究所碩士論文》，1996年6月，頁137。

⁵⁶ 柯耀程，〈數罪併罰整體刑之確立與易科罰金〉，《刑事法雜誌》，第39卷第2期，頁63。

⁵⁷ 柯耀程，前揭註(3)文，頁377以下。

⁵⁸ 由於德國刑法在短期自由刑的避免上，乃採用其刑法第47條第1項的規範模式，因此，德國法下的「自由刑最後手段原則」，僅為法官宣告刑罰時的參考，並非執行階段的準據。而我國刑法第41條第1項之規定，即代表此原則已為我國刑法所採。故而，在我國刑法第41條的規範結構下，自由刑之最

有違憲法比例原則

鑒於釋字五四四號解釋已承認前述「自由刑最後手段原則」，為判斷限制人身自由的刑罰規定，是否符合憲法第23條規定的內涵；因此，在限制人身自由方面，縱已符合法律保留原則的要求，尚須進一步探討其規範內容是否符合實質正當的要求（即與憲法第23條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合）。在憲法保障人身自由以及自由刑最後手段性之基礎上，釋字第662號解釋除重申釋字第366號解釋之意旨⁵⁹外，更自狹義比例原則出發，認為不分情狀一概不准超過6月之應執行刑易科罰金乃屬對人民身體自由之過度限制⁶⁰，蓋縱或可認複數犯罪行為之惡性重於其中個別犯罪之惡性，如進一步推論所有複數犯罪之情狀均「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效或難以維

持法秩序」，其推論非僅過於跳躍，亦難免存在以偏概全之弊。

肆、易科罰金之規範保留

一、易科罰金之目的

關於易科罰金，本指裁判所宣告之輕刑，在一定原因下，以他刑或處分代之，並因此視原宣告之刑已為執行⁶¹。現行易科罰金制度，自其沿革觀之，初因慮及外國水手無法隨船離去，為防衛本國反因此增一飄零無業之異國遊民而設；復因短期自由刑未能矯治犯人之惡習，為避免其在監感染犯罪習慣而倡。然其所蘊含之另一目的，端在確保徒刑之執行並避免因徒刑不執行造成之不良影響。雖本制度制定時在成文法國家中尚乏先例，且立法之初對於外國水手無法隨船離去之顧

後手段原則，非僅為拘束法官之準則；對於執行檢察官而言，該原則亦應有拘束力。因此，在刑罰的執行上，即必須以「自由刑之最後手段原則」，作為決定准否易科罰金的核心。也就是說，如果認為以易科罰金之方式執行自由刑，即可達刑罰之目的，即不得以「拘禁犯罪人於監獄（剝奪人身自由）」之方式，執行自由刑。參閱張明偉，前揭註(25)論文，頁107-108。

⁵⁹ 釋字第662號解釋理由書參照。

⁶⁰ 釋字第662號解釋理由書：「現行刑法第四十一條第二項之立法理由，認數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾有期徒刑六個月時，如仍准易科罰金，恐有鼓勵犯罪之嫌，目的固屬正當。惟若法官認為犯罪者，不論所犯為一罪或數罪，確有受自由刑執行之必要，自可依法宣告逾六個月之有期徒刑而不得易科罰金；另檢察官如認定確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序，而不宜易科罰金時，依刑法第四十一條第一項但書之規定，亦可不准易科罰金。是數罪併罰定應執行刑逾有期徒刑六個月，縱使准予易科罰金，並不當然導致鼓勵犯罪之結果，如一律不許易科罰金，實屬對人民身體自由之過度限制。是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366號解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。」參照。另可參照同號解釋許玉秀大法官於協同意見書之說明：「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。」

⁶¹ 周治平，《刑法概要》，三民書局，1984年3月12版，頁110。



慮，在日前交通發達之世界中亦不存在；然因短期自由刑確難收矯治犯罪之功效，則於一定之條件下以易科罰金為短期自由刑之執行方法，亦符近代行刑政策廢止短期自由刑之潮流⁶²以及自由刑最後手段性之原則。

二、以法官保留為基礎之易科罰金

依現行刑法第41條第1項之規定，行為人所犯係屬最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6月以下有期徒刑或拘役之宣告，形式上即具備「得聲請易科罰金」之資格。不過關於易科罰金之執行，尚需受刑人非「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效或難以維持法秩序」。關於被告所犯是否為最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪、所受是否為六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因其為法律所定之要件，認定上僅須單純以論罪科刑之確定判決為依據，並無

實際上的困難；但在什麼情況下，可認該當「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效或難以維持法秩序」？由於法律就此並未明定，本質上應屬立法者授與執法者之裁量權限。

然而此裁量權究應如何行使？因學理上曾出現易科罰金究屬執行指揮權或係司法權之爭議⁶³，遂產生釋字第245號解釋之說明；該號解釋指出：「受刑人或其他有異議權人對於檢察官不准易科罰金執行之指揮認為不當，依刑事訴訟法第四百八十四條向諭知科刑裁判之法院聲明異議，法院認為有理由而為撤銷之裁定者，除依裁定意旨得由檢察官重行為適當之斟酌外，如有必要，法院自非不得於裁定內同時諭知准予易科罰金⁶⁴。」參照釋字第245號解釋，是否該當「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效或難以維持法秩序」，原則上係由檢察官於開始執行時舉證判斷⁶⁵；惟於受刑人不服檢察官之判斷

⁶² 金欽公，〈刑法第四十一條之研究〉，《司法週刊》，第532期第2版；陳樸生，〈刑法第四十一條至第四十六條之研究意見〉，《刑法總則研究修正資料彙編》，司法行政部，1975年12月，頁763。

⁶³ 參閱楊建華，刑法總則之比較與檢討，自版，1988年9月，頁342。

⁶⁴ 此外，最高法院77年臺非字第158號判決對此亦有詳細之說明：「刑法第四十一條有關宣告有期徒刑、拘役應否准予易科罰金執行之換刑處分，依刑事訴訟法第四百五十七條規定固由檢察官指揮之，屬於檢察官指揮執行時得自由裁量之事項。但檢察官之指揮執行，仍應詳酌刑法第四十一條所定『因身體、教育、職業或家庭之關係』，執行有期徒刑或拘役是否顯有困難，妥為考量後為適法之執行指揮，否則，其自由裁量權之行使即難謂當。刑事訴訟法第四百八十四條、第四百八十六條分別規定：『受刑人或其法定代理人或配偶以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議』；『法院應就異議之聲明裁定之』。此項規定係對檢察官之指揮執行，認有不當時有其救濟之方法，求以撤銷或變更該項不當之執行指揮。法文既無法院不得變更檢察官之執行指揮之規定，參酌刑事訴訟法第四百十六條規定，對於檢察官之處分所為之準抗告，法院得對該項處分予以撤銷或變更，則性質上相同之對於檢察官之執行指揮所提異議之聲明，受理之法院自亦得予以撤銷或變更之，而受理異議聲明之法院，得審核之範圍應及於刑之執行或其方法。從而，刑法第四十一條規定關於應否准予易科罰金之執行指揮，受理異議之聲明之法院，若認為其為不當時，自得撤銷或變更之；如認法院僅得撤銷檢察官之執行指揮，不得變更之，倘檢察官不為變更其處分時，將使上述規定之救濟程序失其效用，當非立法之本旨。」

⁶⁵ 參閱〈新修正刑法評論〉，《臺灣本土法學雜誌2005特刊》，頁101，2005年4月。許玉秀大法官於釋字第662號解釋協同意見書中，對此亦有詳盡的說明，值得參考：「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

並聲明異議時，法院即須對於該要件進行司法審查⁶⁶。由於「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效或難以維持法秩序」之要件，亦有可能因判決後情勢變更⁶⁷而有改變，因此究竟得否易科罰金，並無從於裁判時預為「正確」之審查⁶⁸。然而不論如何，關於是

否易科罰金之決定，必須接受司法審查。此種由檢察官或法官於「實際執行時」審查決定是否易科罰金之規範模式，實乃因應事務之本質而設，可稱之為法官保留模式（執行階段之法官保留）⁶⁹。

雖然釋字第662號解釋並未直接論及易

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。」

⁶⁶ 如韓忠謨氏與潘培恩氏主張：易科罰金係為避免執行之困難而設，若因特定關係致執行上有困難，即許易科罰金。從而，宣告時只須載明折算標準，至於有無執行困難，毋庸預為認定或特為預知。轉引自朱敏賢，前揭註(16)文，頁112。與本文見解不同，蔡蕙芳教授主張此次修法將易科罰金視為法官權限。參閱蔡蕙芳，〈刑暨緩刑〉，收錄於臺灣刑事法學會，《二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析》，頁264，元照出版公司，2005年4月初版第1刷。惟此種觀點似乎認為我國刑法對於是否執行自由刑之議題，與德國刑法同採裁判時法官保留之模式，忽略我國刑法對此係以執行時法官保留為原則。

⁶⁷ 例如：受刑人本身環境之改變；國家刑事政策之轉向。

⁶⁸ 世事無常，刑罰執行困難之事由於開始執行時尚未存在，卻於入監服刑後始發生之情形，或是「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」之要件於開始執行時已存在，卻於入監服刑後始不存在之情形，並非不能想見；例如受刑人於執行中因罹重病，非出監就醫將使病情惡化或有生命之危險；又如受刑人於執行中因配偶、家屬病故，致其老邁之父母或年幼之子女等無自救力之人乏人照料，非出監養育照顧將使其發生生命危險...等。若發生此等情形時，仍令受刑人須在監服畢原有刑期，難免對其本人或家庭產生不良之影響。由於現行刑法第41條第1項並無限制「因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難之事由」或新法之「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」須於何時存在之規定，自無僅以「開始執行時」為判斷之唯一時點。復相較於其先前犯罪所造成之惡害及法律上對該犯罪已為之非難、評價，若於執行中不許易科罰金，似有輕重失衡之虞。基於以上的說明，本文認為：所謂「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」之判斷，應不問原處徒刑或拘役已否開始執行，只要符合刑法第四十一條第一項之規定，縱然於有期徒刑開始執行後執行完畢前始發生，均應准許受刑人按原諭知易科罰金之標準繳納罰金，以代全部或一部拘役徒刑之執行。參照前司法院行政部40年臺指參字第420號函。另同部57年令刑（二）字第7042號令：「如檢察官依原則執行時，於在監執行中始發生執行顯有困難之原因，則依易科罰金之立法本意，未嘗不可對其所餘刑期准予易科罰金。」，亦同此旨。

⁶⁹ 雖池啟明大法官於釋字第662號解釋協同意見書主張：「一、准否易科罰金，係專屬執行檢察官之裁量權；2、舊刑法第41條所謂，「因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者」得易科罰金，係指受刑人於執行之際，其受刑之執行如顯有困難之情事，由檢察官斟酌是否准其易科罰金而言，並非規範法院於審判中即須審酌被告有無上述執行顯有困難之情事，據以裁量准否易科罰金。蓋審判中



科罰金之法官保留，不過由於池啟明大法官曾於協同意見書：「先前審判實務認為合併定應執行刑逾6月者，即不予宣告易科罰金之折算標準而不准易科罰金，未就個案考量有無執行困難，由法院逕予剝奪受刑人原有易科罰金之機會，干預執行檢察官之職權，尚與舊刑法第41條之立法意旨不符。⁷⁰」指出該號解釋涉及以95年施行之刑法第41條第2項規定（立法之方式）一概否定超過6月之應執行刑易科罰金是否合憲之爭議。因此，關於易科罰金之法官保留是否會因複數犯罪之累積甚至數罪併罰規定之該當而產生改變？亦即在得否易科罰金之議題上，規範

保留之型態是否將必然因刑罰權之積累而出現本質上的改變？在法制上應是一個值得探討的議題。

伍、規範保留之累積與質變？—美國法的借鏡

95年施行之刑法第41條第2項規定以立法之方式一概否定超過6月之應執行刑易科罰金，這樣的現象本質上與得否易科罰金僅屬立法政策事項之主張不謀而合⁷¹。可以確定的是，易科罰金並不是憲法所保障的基本人權，就其規範而言，充其量不過只能算是法律賦予受刑人之執行請求權⁷²。不過法

至判決確定執行之時尚有一段期間，有時長達數年，審判中有執行困難之情事，至執行時未必仍然存在，如審判中被告係學生，因教育關係而有執行困難，但迄執行時其已畢業或輟學，而無執行困難；又審判中被告身體健壯並無執行困難之情事，但執行前發生車禍受傷癱瘓，或入監後罹患重病，即有執行困難，此非審判中所能預見。是故法院審判中，顯無從審酌被告日後有無執行困難之情事，以預為決定准否易科罰金，其所以於判決中諭知易科罰金之折算標準，僅在依法定條件併予宣告，資為日後檢察官執行時折算易科罰金之依據而已。倘符合該第四十一條規定之條件，法院即應併予宣告易科罰金之折算標準，尚無裁量准否易科之餘地。至於執行時准否易科罰金，係專屬執行檢察官之裁量權，亦非法院所得干預之。」惟鑑於該裁量仍受司法審查之控制，故本文仍將之歸類為法官保留之適用範圍。

⁷⁰ 釋字第662號解釋池啟明大法官協同意見書一：「4、詎九十四年二月二日修正公布之現行刑法第四十一條文，將上述第二項修正為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」其反面解釋，規定數宣告刑雖均得易科罰金，但合併定應執行之刑逾六月者，不適用同條第一項得易科罰金之規定，即原經判決宣告易科罰金之數罪均不准易科罰金，回復至釋字第366號解釋以前之情形。而其立法理由僅稱，合併定應執行已逾六月者，已非短期自由刑，如仍許其易科罰金，實已扭曲易科罰金制度之精神云云。明顯與本院釋字第366號解釋意旨不符。且法院於裁判時，就各罪之刑責斟酌量處六月以下或逾六月者，均係依刑法第五十七條規定科刑輕重之標準詳細審酌之結果，必也被告犯罪之動機、目的、手段或所生之危險、損害等較為輕微者，始從輕量處六月以下有期徒刑之刑責，並依法諭知易科罰金之折算標準。倘被告所犯之罪若有犯行惡性較重、或犯罪所生之危險或損害嚴重者，法院儘可直接判處七月以上有期徒刑，根本不予易科罰金之機會，何必於從輕量刑且均宣告易科罰金後，再依刑法第五十條規定於定執行刑時不准易科罰金，豈非多此一舉，而與事理有違。」參照。

⁷¹ 例如，當時主持會議之立法委員陳進興即認為：如果立法已明文規定如何易科罰金，即可不受釋字第366號解釋之拘束。參閱蔡碧玉，前揭註(4)文。

⁷² 蓋關於要否建立得易科罰金制度，為立法政策之選擇，惟一旦建置易科罰金制度，就得易科罰金相關要件之設計，立法者雖有形成自由，惟仍不得違反憲法規定（例如不得違反比例原則、平等原則等），相關說明可參照釋字第662號解釋林子儀及許宗力大法官協同意見書一：「系爭規定涉及易科罰金制度。本席等贊同多數意見所言，該制度係立法者為防止短期自由之流弊，並緩和自由刑之嚴厲性而

律既然以法官保留之模式規範個別之執行請求權，是否得再以法律保留之模式一概剝奪該請求權呢？縱或立法者透過制定法之方式限制超過 6 月之應執行刑易科罰金，仍然無法說明「何以受刑人於釋字第 366 號解釋之情形中，無權主張不使用數罪併罰的制度⁷³？」

雖然美國法上並不存在類似我國數罪併罰之規定，也沒有相關易科罰金之規定，不過美國聯邦最高法院曾在路易絲訴美國（*LEWIS V. UNITED STATES*⁷⁴）乙案中，對於微罪與重罪區分之罪質是否因複數犯罪而異其判斷標準，提出相關說明。鑒於我國學說上有主張數罪應執行刑與單純一罪宣告刑並無任何不同之觀點⁷⁵，因此究竟數個形式上符合刑法第四十一條第一項要件之罪刑宣告，是否必然將因應執行刑超過六月，導致該數罪須整體受到重罪之評價？易科罰金之法官保留模式是否將因數罪併罰規定而有所轉變？或有參考之必要。

一、路易絲訴美國（*LEWIS V. UNITED STATES*）案例事實與爭點

本案上訴人路易絲係美國郵局之郵件處理員，因其被發現多次於業務上刺探信件內容，最後終因竊取信件內之財物而被逮捕。之後路易絲被指控兩項妨害郵件之罪名，而該二罪名之刑度均在 6 個月以下。本案於地方法院審理時，路易絲要求以陪審之方式審判，不過一審法官卻認為：因法官已預示本案將不會被判處被告超過六個月之監禁，故被告無權要求陪審審判。

由於本案被告所犯二罪名之刑度均在 6 個月以下，因此本案爭點在於：當被告於單一程序中被指控複數最高刑度未超過 6 個月之輕罪（*misdemeanor*），惟各該犯罪最高刑度之總和超過 6 個月時，被告是否仍得主張憲法第 6 修正案中，接受陪審審判之權利⁷⁶？由於美國憲法第六修正案保障每位重罪（*felony*）被告均有主張公正陪審審判之權利⁷⁷，因此才會出現「當被告被指控之複數微罪之刑度總和大於 6 個月時，該等複數微罪是否將因刑度之累積而於整體上被視為重罪，並導致被告得主張憲法第六修正案接受陪審審判之權利」之爭議。表面上此案之爭執與我

設。惟該制度並非憲法所要求，亦非人民得基於憲法保障之權利所得要求設置。而係立法者基於刑事政策之考量，為避免短期自由刑對被告個人及整體刑罰制裁效果所造成的不利影響，而設計之制度。此一制度之設計，涉及被告權益、社會秩序之維持、刑罰執行機關人力資源如何配合等多重面向之考量，與公共利益之維護及刑事政策之推動緊密相關。從權力分立之原則出發，要否建立易科罰金制度，自宜由立法者加以衡酌決定，是如立法者未設易科罰金制度，並非違憲。且就該制度具體內容，例如規定犯何種類型之罪與符合何種條件，方得易科罰金，立法者亦享有較大之自由形成空間。惟立法者一旦建立易科罰金制度，其就該制度相關要件之設計，縱仍有形成自由，仍不得違反憲法規定，例如不得違反比例原則、平等原則等，自屬當然。」之說明。

⁷³ 參閱許玉秀，前揭註(5)文，頁 72。

⁷⁴ See *Lewis v. United States*, 518 U.S. 322 (1996).

⁷⁵ 參閱林山田，論併合處罰之易科罰金，刑事法雜誌，第 39 卷第 1 期，頁 23。不過筆者認為：此種說法似乎主張：複數微罪應視為單一重罪來處理。

⁷⁶ See 518 U.S., at 323.

⁷⁷ The Court held: "there is a category of petty crimes or offenses which is not subject to the Sixth Amendment jury trial provision." See *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 159 (1968).



國刑法上易科罰金規定是否因數罪併罰而必然導致超過六月之應執行刑不得易科罰金有所不同，鑒於該案美國法之爭議焦點在於「是否複數微罪（misdemeanor）在同一程序中接受審判此一事實足以導致該複數微罪於訴訟程序上受到如同重罪（felony）般之憲法保障」，因此，該案之判決說理實可作為「於同一程序中複數微罪是否可視為單一重罪處理」甚至「法官保留模式是否因複數犯罪而改變」等疑義之參考。

二、判決理由之分析

美國聯邦最高法院在該案中曾指出，雖然歷史上法院曾以「犯罪之本質」與「在普通法時代是否得陪審審判」作為判斷是否可歸類為微罪之標準⁷⁸，惟因出現越來越多「制定法上之犯罪（statutory offenses）」，在欠缺普通法先例之前提下，聯邦最高法院先後在華盛頓特區訴克勞萬斯（*District of Columbia v. Clawans*）⁷⁹、富蘭克訴美國（*Frank v. United States*）⁸⁰與布蘭頓訴北拉斯維加斯（*Blanton v. North Las Vegas*）⁸¹等案件中，揚棄了前述之傳統判斷標準。由於法定「最高刑度」反映了立法者對於各該犯罪嚴重程度之判斷，且立法部門較之司法部門更適於作出類此關於「犯罪嚴重性」之判斷⁸²，故

目前最高法院係以此「法定最高刑度」作為判斷是否為輕微犯罪（petty offenses; misdemeanor）或嚴重犯罪（serious offenses; felony）之標準⁸³。並取代過去以「犯罪之本質」與「在普通法時代是否得陪審審判」作為判斷是否可歸類為微罪之標準。如同最高法院在科地斯坡地訴賓州（*Codispoti v. Pennsylvania*）乙案⁸⁴所述，除非該罪之法定從刑嚴厲到足以表示立法者判斷其非輕微犯罪，否則原則上最高法定刑在六個月以下之犯罪被推定為輕微犯罪⁸⁵。

與我國釋字第366號解釋之背景事實相似，路易絲案亦面臨是否因犯罪數量累計而導致罪質或規範保留模式改變之爭議。也就是說，縱然美國法制在決定是否為嚴重犯罪之議題上係以立法者於刑度上之裁量為標準，然而所謂立法上法定最高刑度之標準，於被告觸犯複數罪名時，仍將遭遇到究應以「被告實際面臨可能接受處罰之刑罰累計」為標準或是應以「各該罪名形式上最高法定刑」為標準之爭議。雖然聯邦最高法院曾於包得溫訴紐約（*Baldwin v. New York*）乙案⁸⁶中，提出以「侵奪被告自由權程度」，作為判斷憲法第六修正案中公正陪審權利有無適用之標準⁸⁷，並於科地斯坡地訴賓州（*Codispoti v. Pennsylvania*）乙案中提出應以「被告於複數

⁷⁸ See 518 U.S., at 325.

⁷⁹ See *District of Columbia v. Clawans*, 300 U.S. 617, 628 (1937).

⁸⁰ See *Frank v. United States*, 395 U.S. 147, 148 (1969).

⁸¹ See *Blanton v. North Las Vegas*, 489 U.S. 538, 541 (1989).

⁸² The Court held: "The judiciary should not substitute its judgment as to seriousness for that of a legislature, which is far better equipped to perform the task." *Id.*

⁸³ See 518 U.S., at 326.

⁸⁴ See *Codispoti v. Pennsylvania*, 418 U.S. 506 (1974).

⁸⁵ *Id.*, at 512.

⁸⁶ See *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66 (1970).

⁸⁷ *Id.*, at 66-8.

犯罪時，實際上可能被判處之刑罰累計」作為判斷有無受公正陪審審判之標準⁸⁸；不過，基於（一）科地斯坡地於該案中多次觸犯者係「法無明文最高法定刑⁸⁹」且「司法容易濫權⁹⁰」之藐視法庭罪（**criminal contempt of court**），陪審審判此時不但提供一個明確判斷犯罪嚴重性之標準⁹¹，尚提供被告抗衡國家（司法官員）專斷恣意之權利⁹²；（二）普通法向來亦承認陪審審判不適用於被告被指控複數輕微犯罪之案例⁹³等理由；聯邦最高法院於路易絲案中遂認為：被告於同一訴訟程序中被指控二個輕微犯罪之事實，既不會修正立法者關於特定輕重罪之判斷，也不會在實質上將輕罪轉變成重罪而使被告得主張陪審審判之權利⁹⁴。換言之，一但立法者已就特定犯罪型態作出「最高法定刑為六個月以下之輕罪分類」，縱然在同一訴訟程序中因被告被指控複數輕罪而致其有可能被判處六個月以上之監禁，因被告事實上並未被指控任何一個重罪，各該犯罪在同一程序中仍因本質屬於輕微犯罪而無陪審審判適用之狀態並不會改變，故其不得主張憲法第六修

正案所保障之陪審審判權利⁹⁵；因此，縱然重罪被告接受陪審審判之權利屬於憲法保留事項而具憲法位階，惟在憲法承認重罪輕罪之區分屬於法律保留事項的前提下，適用法律保留之輕重罪區分（是否接受陪審審判之憲法上權利），將不致因出現複數犯罪之累積導致被告可能面對長期監禁（類似重罪之法律效果）之事實而改變。此外，鑒於國家追訴機關事實上得決定是否於同一訴訟程序中追追被告所犯之複數微罪⁹⁶，以立法機關所規定之最高刑度作為輕罪或重罪之區分標準，毋寧更符合法定安定性之要求。

細究上述美國聯邦最高法院之判決理由，其實不難發現，雖然是司法機關之合憲解釋將最高刑度 6 個月以下之犯罪歸類為輕微犯罪，不過，該判決只承認唯有立法機關有權決定某犯罪是否為輕微犯罪（應否接受陪審審判）。在這個邏輯下，縱然被告於同一訴訟程序中被指控複數犯罪，司法機關亦無權因此時可能科處的刑罰累計與重罪同為超過 6 個月的監禁，而將被告的所有犯罪視為整體，並致複數輕罪被告得主張只有重罪被告

⁸⁸ See 418 U.S., at 511.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*, at 516.

⁹¹ See 359 U.S., at 148.

⁹² See *Bloom v. Illinois*, 391 U.S. 194, 202 (1968).

⁹³ See 518 U.S., at 327. (Citing: *Queen v. Matthews*, 10 Mod. 26, 88 Eng. Rep. 609 (Q. B. 1712); and *King v. Swallow*, 8 T. R. 285, 101 Eng. Rep. 1392 (K. B. 1799))

⁹⁴ See 518 U.S., at 327. ("The fact that petitioner was charged with two counts of a petty offense does not revise the legislative judgment as to the gravity of that particular offense, nor does it transform the petty offense into a serious one, to which the jury trial right would apply.")

⁹⁵ *Id.*, at 328. ("But it is now settled that a legislature's determination that an offense carries a maximum prison terms of six months or less indicates its view that an offense is petty. Where we have a judgment by the legislature that an offense is petty, we do not look to the potential prison term faced by a particular defendant who is charged with more than one such petty offense.")

⁹⁶ *Id.*, at 330.



才可以主張接受陪審審判之權。也就是說，由於輕罪與重罪之區別乃立法保留事項，基於權利分立之原理，司法不應干涉；而多數立法保留事項（是否接受陪審審判）之累積，亦不會導致規範保留之本質（立法保留或憲法保留）出現轉變。縱表面上複數輕罪累積之法律效果與重罪類似，本質上亦不會將原本應適用法律保留模式之事項，轉變為應適用憲法保留模式之事項。

三、路易絲案予我國法之啟示

雖然路易絲案所涉及之事實，與是否得易科罰金無直接關聯，卻反而與「數個不得上訴第三審案件共同審判時，如所可能受到之有期徒刑處罰累積後類似重大罪犯（如超過41年），是否得上訴第三審」相類似，不過就其所適用之法理：「複數微罪之指控並不會改變本質上被告僅觸犯微罪之特徵」，亦即「規範保留之模式不致因複數犯罪之累計而改變」，卻有異曲同工之處。蓋依路易絲案意旨，由於是否屬於重罪而應接受陪審審判乃屬法律保留事項，縱使被告因犯數罪使得所受科刑類似重罪效果，亦不致改變是否接受陪審審判之輕重罪判斷乃屬法律保留事項之本質；以此而言，縱或複數犯罪累計之刑罰超過刑事訴訟法第376條所定3年或5年之刑度，其是否得上訴第三審係採法律保留之模式並不會因複數犯罪而改變；是否

得易科罰金採法官保留之模式亦不致因複數犯罪或是數罪併罰而改變。因此本文認為：縱然在應執行刑超過六個月之情形中，複數符合刑法第41條第1項之罪刑宣告，尚不致因定應執行刑之程序而被整體視為一個「不符合刑法第41條第1項之罪刑宣告」。如果該超過6個月之應執行刑本質上仍屬於複數符合刑法第41條第1項之罪刑宣告，其原得易科罰金之本質，尚不致有所改變⁹⁷。值得注意的是，在我國法制下，其實只有宣告刑才是判斷輕罪或重罪之標準⁹⁸；應執行刑既然沒有改變個別犯罪罪質之效力，縱然超過6月，亦將因其不等同於單一刑之宣告而不具判斷輕罪或重罪之功能。

四、規範保留恆定原則

從上述「是否屬於重罪而應接受陪審審判乃屬法律保留事項，縱使被告因犯數罪使得所受科刑類似重罪效果，亦不致改變是否接受陪審審判之輕重罪判斷乃屬法律保留事項之本質」之推論而言，路易絲案似乎宣告了一種規範保留恆定之原則，換句話說，規範保留之模式一但特定，原則上將不致因複數犯罪之累計而有所改變。

我國學說常以德國實質競合法理為基礎，批評釋字第366號解釋及90年制定之刑法第41條第2規定。惟如以規範保留恆定原則之觀點而言，德國實質競合法制之理論，似乎

⁹⁷ 95年施行之刑法第41條第2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。」規定，實際上係以：「依複數符合刑法第四十一條第一項之罪刑宣告所裁定之應執行刑超過六個月時，該等複數微罪整體上即被視為一個不符合刑法第四十一條第一項之罪刑宣告」作為立論基礎。這樣的規定除將混淆罪數與罪質的本質與區分外，對於其所依據之德國學理，似亦存在法制繼受的矛盾。

⁹⁸ 相較於立法機關才有權決定輕罪或重罪的美國法制結構，依我國刑法第41條第1項規定，除了部分法定最高本刑超過5年有期徒刑或是少數法定最高本刑為6月以下有期徒刑之犯罪外，在法院有權在個別犯罪宣告超過六個月有期徒刑之宣告刑而排除刑法第41條第1項適用的前提下，法院實質上擔負著我國法上判斷輕罪或重罪的責任，因此，關於輕罪與重罪之區分，我國法制亦採法官保留之模式。

亦無法作為 94 年修訂刑法第 41 條第 2 項規定之合理解釋。蓋於德國刑法第 47 條：「法院依據犯罪和犯罪人人格具有之特別情況，認為必須判處自由刑始能影響犯罪人和維護法律秩序時，得判處六個月以下之自由刑（第一項）。本法未規定罰金刑和六個月或六個月以上自由刑，又無前項必須判處自由刑情況，法院得判處其罰金。（第 2 項）」之規定下，不論法定刑規定為何，法院仍有權決定應否判處自由刑或罰金刑；縱然法院僅判處三個月之短期自由刑，執行上亦無易刑處分（易科罰金）可適用⁹⁹。換句話說，是否應執行自由刑，在德國乃屬裁判階段之法官保留事項，一但法官於個別犯罪裁判宣告時作成應執行自由刑之決定，其後之定執行刑程序，並不會改變德國法制由法官於裁判宣告時決定是否執行自由刑之規範保留模式。

舉例來說，如果德國法官判處被告有期徒刑 3 月及 5 月，並定執行刑 7 月，則不論 3 月、5 月或 7 月，原本均無我國法制易科罰金之機會，其執行刑七月所以必須入監服刑之理由在於：其個別犯罪之宣告刑 3 月及 5 月原本即應入監服刑¹⁰⁰。德國定執行刑之程序不會改變被告應否入監服刑之狀態，德國定執行刑之程序並未改變德國刑法關於是否執行自由刑之規範保留模式（於裁判宣告時由法官決定應否執行自由刑）。與此相對，如果我國法官在符合刑法第 41 條第 1 項規定之情況下判處被告有期徒刑 3 月及 5 月，並定執行刑 7 月，則因 3 月及 5 月原本存在由檢察官或法官於執行時決定是否易科罰金之機會，如依 95 年施行之刑法第 41 條第 2 項規定，則應執行刑 7 月反而無從透過法官保留之模式易科罰金，此種改變是否執行自由

⁹⁹ 基本上，依我國刑法第 41 條規定易科罰金，所執行者仍為自由刑；反之，若依德國刑法第 47 條第 2 項規定處以罰金刑，所執行者並非自由刑，而係罰金刑。因此，在德國刑法實務中，「如果法官認為六個月以上的自由刑，超過了量刑基礎的罪責程度，且相關的刑法規定又沒有規定罰金刑，此時應依刑法第四十七條第二項前段之選擇規定，對行為人判處罰金刑。」參閱（德）漢斯·海因里希·耶塞克、托馬斯·魏根特著，徐久生譯，《德國刑法教科書（總論）》，頁 921-2，中國法制出版社，2001 年 3 月。也就是說，如果認為實質競合的數犯罪，整體罪責判斷後沒有發監執行的必要，法官得逕宣告罰金刑，而不必如我國法制般，先判自由刑後再轉為罰金刑；此種量刑的過程，並未排除實質競合整體刑之適用，只不過在刑度上須受到 6 個月的限制。就此而言，林山田教授所述：「依現行刑法規定之限制加重原則，於各宣告刑中最長期以上，各有期徒刑合計之總刑期以下，所定出之執行刑，有如單一犯罪之宣告刑，即屬受判決人應行執行之刑期，故實質競合而併合處罰之受判決人得否易科罰金，自應視其應執行刑之整體刑期是否為六個月以下之有期徒刑而定，而與就個別之罪所宣告之個別刑期無關。凡是經裁定應執行刑依限制加重原則而逾六個月之刑期者，即與易科罰金之法定要件不符，而不得易科罰金，即使各罪分別宣告之徒刑，均未逾六個月，亦不受其影響。易言之，即實質競合之數罪併罰而就各罪分別宣告之徒刑，就各罪分別宣告之有期徒刑雖均未逾六個月，但一經依現行刑法規定之限制加重原則決定應執行之刑期，自有可能逾六個月，此雖係就數個獨立之罪併合處罰而定之執行刑，但在刑法之定罪科刑上仍屬對於具有實質競合關係之數罪所宣告之有期徒刑，而與單純一罪所宣告之有期徒刑，並無任何不同。因此，單純一罪之宣告刑逾六個月者，固無易科罰金之適用，數罪實質競合而併合處罰，經定執行刑逾六個月者，自亦同樣因不具易科罰金須受六個月以下有期徒刑宣告之要件，而不得易科罰金。」，應係以德國刑法第 47 條規定為說理的依據。參閱林山田，〈論併合處罰之易科罰金〉，《刑事法雜誌》，第 39 卷第 1 期，頁 23。

¹⁰⁰ 實質上，在複數最高法定刑為 6 個月以下有期徒刑之犯罪實質競合的情形中，德國刑法係授權法院決定被告是否應入監服刑；如果法院認為不必要，即便被告曾多次犯罪，法院亦可逕行宣告罰金刑。



刑之規範保留模式之立法，與德國刑法的相關規定迥然不同¹⁰¹。在欠缺強有力維護重大公共利益必要的法理支持下，95年施行之刑法第41條第2項規定貿然改變應否執行自由刑之規範保留模式，在美德法制均未恣意違反規範恆定原則之先例下，此種立法非但不當地創造了規範保留模式之衝突而違背體系正義原則，也無故地破壞了人民對於應否執行自由刑屬於法官保留模式之法制信賴（例如，被告因信賴該犯罪得易科罰金而基於訴訟經濟之考量於偵審中自白並接受簡易程序）¹⁰²而忽略了個案正義（蓋於前述情形中，如被告事先知悉其所為之自白將因數罪併罰規定使其失去自由，必須接受徒刑執行，多半即不願自白並接受簡易程序；而於被告自白並接受簡易程序後，始知悉其將因數罪併罰規定入監服刑，似將招致法律設局欺騙之非議），其立法之不當，已無待贅言。觀諸釋字第662號解釋黃茂榮大法官之協同意見書：「按是否適合易科罰金，涉及個案之衡平性的評價，並不適合由立法機關超出刑法第41條第1項以上，自始為一般的禁止。且量刑之裁量權本屬於法院。在各罪之量刑中，

各審判法院已就各罪之可罰性及適合之刑罰充分表示其評價。該評價對於因數罪併罰，而依刑法第51條定應執行刑之法院，有其拘束力。」之說明，黃大法官似亦肯認易科罰金之法官保留模式不宜因複數犯罪之累計而變更為法律保留之模式。

陸、結 論

針對釋字第366號解釋及相關立法所引發之爭議，除自沿革的角度介紹其所涉之立法原理外，更從比較法之觀點出發，探討學說上反對釋字第366號解釋之論理基礎。由於我國刑法與德國刑法在短期自由刑避免上，採取不同的規範保留模式，縱或我國實務出現異於德國法制之執行現象與說理基礎，原不足為奇。基於比較法探討，本文除回應前述學者反對釋字第366號解釋之論述基礎外，更進一步以美國法規範保留恆定原則為基礎，說明得否易科罰金並不致因我國刑法第50條數罪併罰之規定而發生本質上的變化。又由於我國刑法之應執行刑不致在「學理上」產生如同「單一重罪宣告刑」般效力，因此亦不致產生一概剝奪受刑人易科罰金機會之效

¹⁰¹ 因此，以德國法制為基礎之釋字第662號解釋不同意見書：「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57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？」，似亦忽略德國實質競合法制並未改變其於應否執行自由刑係採裁判時法官保留原則之規範模式。簡單來說，德國法制並不會使得原本得易科罰金之犯罪因定執行刑而一概必須執行自由刑。

¹⁰² 關於被告對於易科罰金之信賴，亦可參照釋字第662號解釋池啟明大法官協同意見書一之說明。

力。也就是說，既然數罪併罰規定本身原不在使受刑人接受更不利之執行處分，刑法第50條之規定尚不致成為複數犯罪失其易科罰金機會之關鍵。本文亦自憲法人權保障之觀點，說明何以施行於95年之刑法第41條第2項一概不准易科罰金之規定，因剝奪受刑人易科罰金之機會，有違反自由刑最後手段原則之不當。雖然將釋字第366號解釋與其明文化的刑法第41條第2項之規定，並未充分釐清並在理論上妥善處理源自於數罪併罰與易科罰金結合時所出現的問題，也不是解決併罰數罪得否易科罰金之最佳規定，不過，較之施行於95年之刑法第41條第2項規定不當剝奪受刑人易科罰金的機會，釋字第366號解釋與90年增訂之刑法第41條第2項規定實較符合人權保障之理念。因此，以狹義比例原則為基礎的釋字第662號解釋，其所持「一概不准超過六月之應執行刑易科罰金」之刑法第41條第2項規定違反最小侵害原則之主張，非僅未違反數罪併罰之規範目的，亦與我國刑法易科罰金所採（執行時）法官保留之模式相符，其立論實值贊同。

應予補充說明者，由於數罪併罰規定原以累罰效應避免為規範目的，故縱依施行於95年之刑法第41條第2項規定，限於在應執行刑未逾6個月始得易科罰金，不過既然應執行刑未逾6月，如認被告不必發監執行有期徒刑，本質上原無避免累罰效應之必要。則此時允許應執行刑未逾六個月始得易科罰金之95年施行之刑法第41條第2項規定，不但無法說明何以在無避免累罰效應之必要時，被告仍得基於數罪併罰規定而於罰金之易科執行上享有減免之優待；而若堅持應執行刑逾六月即不得易科罰金，更令人不解的是，何以實務上會出現如釋字第366號解釋所引之案例「其中一罪已依易科罰金之方式

執行完畢」與「刑法第41條第2項規定所有罪刑均不得易科罰金」二者相互矛盾之現象。因而，正本清源之道，乃在調整限縮數罪併罰之規定。本文建議於刑法第五十條規定後，增定但書：「但如部分之宣告刑於應執行刑開始執行前已執行完畢，或以易科罰金之方式執行，不在此限。」之規定，如此一來，不但實務上可避免類似釋字第366號解釋等源自數罪併罰規定之爭議，亦使易科罰金之運作符合美國聯邦最高法院於路易絲案中所揭示之法理。

參考文獻

壹、專書：

1. 許玉秀，《刑法導讀》，學林分科六法一刑法，新學林出版股份有限公司，2005 年 2 月出版。
2. 林山田，《刑法通論》，三民書局，1994 年 8 月增訂 4 版。
3. 韓忠謨，《刑法原理》。
4. 蔡墩銘，《刑法總則爭議問題研究》。
5. 林錫湖，《刑法總論》，作者自刊，1999 年 8 月。
6. 蘇俊雄，《刑法總論 III》，作者自刊，2000 年 4 月。
7. 周治平，《刑法概要》，三民書局，1984 年 3 月 12 版。

貳、譯著：

（德）漢斯·海因里希·耶塞克、托馬斯·魏根特著，徐久生譯，《德國刑法教科書（總論）》，頁 890，中國法制出版社，2001 年 3 月。

參、法學期刊及論文：

1. 林山田，〈論併合處罰之易科罰金〉，《刑事法雜誌》，第 39 卷第 1 期。
2. 林山田，〈二〇〇五年新刑法總評〉，收錄於《臺灣本土法學雜誌》2005 特刊，2005 年 4 月。
3. 林山田，〈論刑法總則之改革〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，2001 年 9 月。
4. 林山田，〈評易科罰金的修正〉，《月旦法學雜誌》，第 74 期，2001 年 7 月。
5. 蔡碧玉，〈2005 年新刑法修正綜覽（六）〉，《法務通訊》，第二二四四期，2005 年 6 月 30 日。
6. 朱敏賢，〈「數罪併罰之易科罰金」之研究—以釋字第 366 號解釋為中心〉，《刑事法雜誌》，第 40 卷第 4 期。
7. 楊大器，〈數罪併罰之理論與實用〉，《法

律評論》，第 54 卷第 1 期，頁 10-11，1988 年 1 月。

8. 許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，第 6 卷第 1 期，頁 26，1996 年 1 月。
9. 林紀東，〈憲法與刑法〉，《憲政思潮》，第 29 期，頁 1-5，1975 年 1 月。
10. 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，中央研究院中山人文社會科學研究所，《人文及社會科學集刊》，第 9 卷第 1 期，1997 年 3 月。
11. 蘇俊雄，〈自由刑理論與刑法改革的比較研究〉，《臺大法學論叢》，第 23 卷第 1 期。
12. 柯耀程，〈數罪併罰整體刑之確立與易科罰金〉，《刑事法雜誌》，第 39 卷第 2 期。
13. 柯耀程，〈易科罰金的數罪併罰問題探討〉，收錄於蔡墩銘主編，《刑法爭議問題研究》，五南圖書出版公司，1999 年 2 月。
14. 金欽公，〈刑法第四十一條之研究〉，《司法週刊》，第 532 期第 2 版；
15. 陳樸生，〈刑法第四十一條至第四十六條之研究意見〉，《刑法總則研究修正資料彙編》，司法行政部，1975 年 12 月。
16. 楊建華，〈刑法總則之比較與檢討〉，自版，1988 年 9 月。
17. 蔡蕙芳，〈刑暨緩刑〉，收錄於《臺灣刑事法學會》，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，元照出版公司，2005 年四月初版第一刷。

肆、學位論文：

1. 張明偉，〈數罪併罰中有期徒刑之執行〉，《國立臺灣大學法律學研究所碩士論文》，2002 年 6 月。
2. 鄭文中，〈刑事執行程序中之辯護—以自由刑之執行為中心〉，《國立臺灣大學法律學研究所碩士論文》，1999 年 7 月。
3. 王乃彥，〈論人格尊嚴對國家刑罰權力實現過程的統制〉，《國立中興大學法律學研究所碩士論文》，1996 年 6 月。