

易科罰金的適用迷思－總評大法官釋字第679號、662號、366號、144號解釋

柯 耀 程*

目 次

壹、修法歷程的觀察	肆、數罪併罰的易科罰金適用
貳、易科罰金的本質與作用分析	一、數罪併罰的處理關係
一、易科罰金的本質	二、數罪併罰先後執行所生問題
二、刑罰易科的基礎	三、易科罰金先執行的併罰問題
三、小結	伍、結論
參、易科罰金的釋字解釋及評論	
一、解釋所持的見解	
二、解釋案對易科罰金概念的理解	
三、學理見解之批判	

關鍵字：數罪併罰、易科罰金、短期自由刑、宣告刑、執行刑。

Keywords：probation with conditionality, defer-prosecution with conditionality, designated payment, revoking of probation, revoking of defer-prosecution.

* 柯耀程，國立中正大學法律系教授，德國慕尼黑大學法學博士。

摘 要

刑法第 41 條易科罰金規定，自 2001 年啟動修正以來，經歷四次相當極端的修正，其中爭議最大的問題，乃在數罪併罰的易科罰金處理問題，在修法的過程中，對於數罪併罰結果，如應執行之刑逾六個月時，得否適用易科罰金？對此問題修法的態度，游移在「得與不得」的兩端，法律修正的動向，從得以適用易科罰金（2001 年）到不得易科罰金（2005 年），再變回得易科罰金（現行法），其中最重要的指標性因素，乃在於大法官會議解釋的拘束性意思表示，對於數罪併罰涉及是否得為易科罰金問題，前後共有四號釋字解釋（第 144 號、第 366 號、第 662 號及第 679 號），其中最核心的指標性解釋，當推釋字第 366 號及第 662 號解釋，該二號解釋對於數罪併罰是否得適用易科罰金的明確表態，直接影響著法律的修正。然而該四號解釋對於數罪併罰的易科罰金問題，並未直指核心作概念上的釐清，反而更加混淆易科罰金的性質，連帶也使得數罪併罰的易科罰金適用範圍，出現相當的混亂。這是值得重新思考與檢討的問題。

The applying myth about the sentence of substitute fines

Ko, Yao-Cheng

Abstract

The article 41 of the Criminal Law has been amended extremely for four times sine 2001. The most controversial issue is about dealing with the sentence of substitute fines when there is combined punishment for several offenses. During the process of amending the Criminal Law, the attitude of amending is constantly changing. The most important indexed factor is the restrained idea in the four Grand Justice Committee Interpretations about if the combined punishment for several offenses can apply to the sentence of substitute fines or not. (cf. No.144, No.366, No.662, No.679) However, these four interpretations can not clarify the core concept about this issue. Therefore, the issue is worthy to be deliberated and examined again.



壹、修法歷程的觀察

刑法中從來未有一個規定如易科罰金（刑法第41條）的規範，在概念的掌握，以及法律適用的事項與範圍，如此游移不定，特別是當數罪併罰關係存在時的易科罰金問題，對於適用易科罰金的範圍，時而限制不得逾六個月；時而又規定逾六個月的刑期，只要各罪所得的宣告刑，均合於得易科罰金的標準時，亦得以為易科罰金之適用。從易科罰金規範存在以來，至今已經歷過四次內容重大的修正¹，其變動關係最大者，除放寬限制性條款之外，當屬數罪併罰的易科罰金適用問題的修正。觀其立法修正歷程，可以發現此種「時而得易科、時而又不得易科、又回復為得易科」的極端化游移現象，刑法第41條的適用關係，就在這樣的「得與不得」間，變得相當弔詭！

在既有易科罰金規定中（1935年1月1日），易科罰金的規定，僅作基礎性的適用規範，並未規定處理數罪併罰的易科罰金問題時（更精準地說具有數罪存在的情形），惟至2001年1月10日該規定的修正，除修正單一罪適用條件²，從「犯最重本刑為三年以下有其徒刑以下之刑之罪」的限制，略微放寬到「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪」，並增訂刑法第41條第2項，加入數罪併罰的易科罰金規定，修定為「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」³，使得易科罰金規定的適用，即使刑期超過六個月，只要各罪均得以易科罰金時，亦得以適用之。後於2005年2月2日公布之修正規定，除

形式上修正第1項易科標準外（將一元以上三元以下折算一日修正為新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日），主要係將第2項數罪併罰易科罰金適用範圍，重新改定，將原本數罪併罰逾六個月得適用易科罰金的規定，修正為「數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之」，使得易科罰金於數罪併罰情形的適用，限定於受六個月以下執行刑之宣告者；至2009年1月21日該條的修正（主要係增訂社會勞動的規定），仍舊維持2005年的規範意旨，對於數罪併罰定應執行刑未逾六個月，方得適用易科罰金規定。惟此種觀念維持不久，即於2009年12月30日修正時⁴，再次推翻數罪併罰以未逾六個月，為適用易科罰金限制的規定，而修正為「於數罪併罰之數罪均得易科罰金或易服社會勞動，其應執行之刑逾六月者，亦適用之」。在刑法第41條易科罰金規定的修正歷程中，對於數罪併罰所得併罰的結果，是否有逾易科罰金所定六個月的界限，在修法的態度上，呈現出二極端的游移現象，當數罪併罰的情形，如各罪論罪科刑的條件，均合於得為易科罰金的標準時，因併罰結果所得之應執行之行，有超出易科罰金六個月的界限时，得否仍適用易科罰金的規定？在立法修正過程中，呈現出相當激烈的拉扯現象，從2001年修正的得適用；到2005年及2009年1月修正法的不得適用（僅限於併罰結果未逾六個月），在到2009年12月再次修正為得適用。使得數罪併罰的易科罰金適用關係，更顯得模糊，且對於概念本質的理解，更行游移。

猶有進者，在刑法規範所生適用問題的釋

¹ 刑法自1935年1月1日制訂以來，刑法第41條共經歷四次修正：(1)2001年1月10日；(2)2005年2月2日；(3)2009年1月21日（增訂社會勞動規定）；(4)2009年12月30日（現行適用之規定）。

² 筆者稱此一單一罪之適用條件，為「單一性限制條款」。關於批判及分析者，參照柯耀程，《變動中的刑法思想》，修訂2版，2001年9月，元照，291頁以下。

³ 2001年1月10日刑法第41條之修正，其理由謂：(1)本條易科罰金之規定即含對於短期刑期改以他種方式代替之精神，一則避免受刑人於獄中感染惡習再度危害社會，二則可疏解當前獄滿為患之困境；(2)二原條文以最重本刑三年為限，放寬為五年，因為眾多最重本刑五年之罪如背信、侵占、詐欺等，在當今日新月異工商社會中，誤觸法網者眾；基於刑法「從新從輕」主義，目前罪刑確定尚未執行者，罪刑確定正在執行者均適用之。究其根源，2001年修正的動向，主要係受到司法院大法官釋字第366號解釋（1994年9月30日）的指導。

⁴ 2009年12月30日修正刑法第41條易科罰金之規定，主要係受到大法官釋字第662號解釋（2009年6月19日）的拘束，認為數罪併罰如各罪均得易科罰金時，即使其應執行之刑逾六個月，仍應有易科罰金之適用，始為合憲。

疑關係中，從未有一個規定如易科罰金概念一般，存在著如此弔詭的質疑問題，必須動用四號大法官會議解釋（釋字第 144 號、第 366 號、第 662 號及第 679 號解釋）來加以釐清，此四號解釋的立場相當一致，其對於數罪併罰得否適用易科罰金的動向有二：(1)如數罪併罰之各罪中，有宣告逾六個月以上有其徒刑者，即無易科罰金規定之適用；(2)惟如數罪併罰之各罪之宣告刑，均合於易科罰金規定時，於併罰結果之刑雖逾六個月，仍應得以適用易科罰金之規定。然而，該四號解釋所揭示的意旨，是否果真合於易科罰金制度存在的精神？其對於數罪併罰各罪宣告刑的本質與作用，是否完全掌握？恐仍有問題，因此，易科罰金概念碰到數罪併罰關係時，仍舊存在著法律規範適用合理性與適用正確性的疑慮，此種疑慮不會因有四號大法官解釋而消失，也不會因立法上的拉扯而平息。欲解決與釐清易科罰金概念，及其適用的範圍，必須從其概念存在的目的性，加以剖析，觀察其本質與作用目的，進而對於其所要處理的問題，逐一釐清，以揭露其概念本然的形象與面目，方得以更正確理解易科罰金的概念，並能更為精準地為法律關係的適用。

貳、易科罰金的本質與作用分析

易科罰金本是一種刑罰的替代性手段，惟何以刑罰須有替代性的方式存在？其所替代者為何？這樣的問題，牽動著易科罰金制度的本質性理解，以及其得以作用的範圍，當本質理解不清，或是對其適用範圍產生誤解，即容易發生見樹不見林的偏向認知，也會影響到其應然性適用範圍。

易科罰金係屬於易刑處分的一種類型，而刑法中所以存在著易刑處分的機制，特別是對於自由刑以罰金刑替代的思維，主要考慮的基

礎，應係在於避免既有刑罰所可能發生的負面性效應。從易科罰金目的性的構想出發，刑罰的負面效應，應存在於刑罰實現的問題上，倘若為有刑罰實現的存在，單就刑罰靜態的關係而論，並無所謂負面效應的實際情形，故而易科罰金作為刑罰替代性的制度設計，乃是以刑罰實現的弊端，作為預防性思維的機制⁵。其所替代的刑罰為自由刑，而自由刑所以存在負面效應的可能情況，並非在於單純對罪所為刑之宣告而已，而是對於刑罰執行所可能存在的弊端而言，倘若刑罰雖有宣告，但卻欠缺有實現的關係時，僅是單純的刑罰宣告，並無法確認具體的負面效應，故易科罰金制度的目的性，乃在於避免行為人因刑罰執行所生負面效應，法律所設計的預防性替代方式。

一、易科罰金的本質

刑罰雖作為犯罪的反應手段，但其具體的實現，仍具有若干負面的效應，如對於犯罪行為人的制裁，嚴格堅守所科之刑罰，將無可避免刑罰制裁所存在的副作用，特別是對於論罪科刑所得結果，為短期自由刑時，因刑事政策實證研究的結果，認為短期自由刑的作用，並無助於行為人行為的矯正，反而會因刑罰的作用，而適得其反。短期自由刑的對於犯罪行為人的作用，是一種「短到不足以使人變好；卻長到足以使人變壞」的刑罰法律效果。因此，在刑罰制裁觀念上，宜避免此種短期自由刑的具體實現，而採取替代性的措施，易科罰金制度乃因應而生。

在刑法具體的個別情狀中，行為人所範圍較輕微的案件類型，其必然存在著應為論罪科刑的法律適用關係，然當科刑所得為短期自由刑時，對於刑罰目的性的實現，以及防止刑罰弊端的思維上，必須審慎思考刑罰負面作用的

⁵ 此種避免刑罰負面效應的考量，主要係因刑罰的實現，存在著對於受刑罰作用之人，其並不會因刑罰的作用，而產生符合規範要求的行為，反而會因刑罰的作用，而變得更容易罹於犯罪，或是因刑罰的作用，而造成更大的社會疏離，此種負面現象，於刑罰具體作用時，必須予以避免。而刑法避免刑罰效應的措施，包括易科罰金制度，以及緩執行制度，二者都是避免刑罰實現所生負面效應的預防性機制。其在適用關係的前提上，應有其共同的基礎，均需以刑罰具有具體實現效應，亦即具有刑罰執行效應，作為適用的基礎前提。



問題。由於短期自由刑的具體法律效果，在刑事司法的罪刑對應上，似乎是無法避免的情形，既然無法避免短期自由刑的出現，自然必須思考避免其負面效應的因應措施，於是在現代刑罰目的觀的指導下，遂有短期自由刑易科罰金的替代方式⁶。

因此，易科罰金作為自由刑的替代性手段，其存在的主要意義有二：(1)為避免既有刑罰作用所可能存在的負面效果，此種概念下，主要的作用對象，乃針對於短期自由刑的替代方式，蓋因短期自由刑的存在，係刑事制裁體制中無可避免的情形，不論是源自較為輕微的犯罪類型，或是犯罪行為人因刑罰裁量的因素，所形成的短期自由刑，在刑事司法的實務運作中，不但常見，且佔刑罰科處比例中的大部分，為避免此種短期自由刑的負面效應，必須輔以替代性的易刑處分，既有的體制中，係以易科罰金為主要手段；(2)易科罰金所考慮的另一個因素，則是針對輕微罪責，同時也顧及行為人的個人關係。在刑法中，如輕微罪責均處以自由刑，則雖自由刑有輕重之分，但卻使得責任輕重的法感，易於產生鈍化，同時也使得構成要件中，罰金刑的地位變成無足輕重。在刑事制裁法中，對於輕微罪責及短期自由刑，罰金刑本具有優先適用的特性⁷。當然，要避免短期自由刑對於輕微罪責的科處，可以在構成要件的法律效果中，即加規定，並優先選擇適用。但在不少構成要件中，雖其行為屬於輕微罪責，卻無罰金刑之規定，對於此種情

形，在總則中，似有必要加以規範⁸，刑法第41條的另一種作用，則在於補足構成要件中，因無罰金刑之規定，而不能直接宣告罰金刑的遺憾。然而，既是對於短期自由刑弊端的補救，則所針對者應非法定本刑，而是針對宣告刑（更明確地說，應是針對最後之執行刑）而言。雖然刑法第41條的文字規定係以「受六月以下有期徒刑或拘役之宣告」，然其所稱「宣告」者，並非單純「宣告刑」的概念，蓋單純宣告刑如欠缺得以執行的效應，仍不致會發生短期自由刑之刑罰實現弊端的問題，故易科罰金所針對的對象，乃係以刑罰實現為前提，具體而言，係以具有得為執行名義的執行刑為替代的對象。

二、刑罰易科的基礎

刑法第41條第1項雖明定「受六月以下有期徒刑或拘役之宣告」，基於避免斷其自由刑效應的原則性思考，認為有以罰金為替代時，得以適用易科罰金之規定。從法律規定內容詮釋，得以適用易科罰金的前提條件，除單一性限制條款之外，刑罰的前提，乃在於六個月以下之短期自由刑，為此短期自由刑作為易科罰金適用的前提條件，其何以形成？必須從刑罰存在的形式，作為解析的基礎。基本上，從刑罰法律效果的概念觀察，刑罰對應犯罪刑為的規範與體現作用，可以區分為三個概念：(1)法定刑；(2)宣告刑；(3)執行刑，此三個刑罰存在與作用的形式，具有承接刑罰作為犯罪反應手

⁶ 關於短期自由刑易科罰金及刑罰目的觀問題，參照柯耀程，前揭（註2）書，298頁以下、490頁以下；柯耀程，《刑法總論釋義（下）》，2005年10月，元照，401頁以下。

⁷ 德國雖在刑罰裁量的論述中，也考慮到罰金刑對於各種不同情況行為人的作用，例如對於富人，罰金刑對其似乎無關痛癢，但對於窮人，則罰金刑似乎重於自由刑。為此種考量，係針對刑罰裁量個別化所為，並非原則性之揭示。根本上，針對短期自由刑與輕微罪責，罰金刑有其優先性存在。Vgl. Streng, *Strafrechtliche Sanktion* 1991, S. 49; Schäfer, *Praxis der Strafzumessung* 1990, S. 20。

⁸ 在德國刑法規定中，罰金刑具有對於輕微罪責及短期自由刑案件優先適用的規定，特別是構成要件規定中，有罰金刑之規定者，尤然。惟如構成要件中並無罰金刑之規定，而且可預見行為人之罪責，將受到六個月以下自由刑之宣告，則亦可依§47II後段之規定，科處罰金。此係補救構成要件不足之設。反觀我國刑法，有為數不少之規定，其行為效果符合第41條現制之規定，亦即法定本刑為五年以下有期徒刑，卻無罰金刑之規定者。如第151條之恐嚇公眾罪、第152條之妨害合法集會罪、第161條第1項之脫逃罪、第162條第1項之縱放或便利脫逃罪、第238條之詐術結婚罪、第240條第1、2項之和誘罪、第283條之聚眾鬥毆罪、第289條第1項之加功墮胎罪等。此外，尚有因刑之減輕事由者，如限制責任能力、未遂、其他身份關係之減輕事由，及刑罰裁量上之酌減事由等，均可視為輕微罪責案件。另外，即使法定本刑超過第41條之五年以下規定，仍有可能宣告六月以下之短期自由刑，如輕微竊盜，雖竊盜罪之法定本刑為五年以下有期徒刑，但情狀輕微，實務上不乏科處四至六個月有期徒刑之情況。

段的體現效應，同時也具有揭示對個別犯罪具體制裁的具體意義⁹。茲將三個概念及其於刑法中所扮演的角色，分述如次：

1. 法定刑

法定刑係指刑法明文規定犯罪行為之法律效果，亦即透過刑法明文加以規定之刑罰種類與範圍，其均伴隨著個別構成要件而存在，以反應個別犯罪構成要件所評價的不法與可罰內涵。基於罪刑法定原則之要求，刑法法定要件中，除對於犯罪行為要件之規定外，必須賦予該行為一定之法律效果，此種法律效果之規定，隨著犯罪行為類型之差異，而有種類與程度之不同，基本上，法定刑可概分為絕對法定刑與相對法定刑。所謂絕對法定刑者，係指法定刑罰之種類與範圍，均為唯一，法官用法時，僅能依法定刑宣告，並無選擇適用之餘地，在現行刑法中，已無此種絕對法定刑之規定，刑法已就絕對法定刑的型態，特別是對於死刑，修正為相對刑的型態；稱相對法定刑者，乃指法律規定之刑罰種類與程度，均有一定選擇之範圍，法官得以就法定刑罰種類與範圍，加以衡量選擇適用，刑法規定之法定刑，大多為相對法定刑。

2. 宣告刑

稱宣告刑者，係指法官對於具體犯罪行為，依據法定刑之規定，於其種類與範圍中，選定刑罰之具體形式與科處程度，對於犯罪行為人所為科處宣告之刑罰。宣告刑係法定刑具體實現之刑罰，通常法定刑所規定之刑罰，有種類及範圍之選擇性存在，而宣告刑係將刑罰之種類與處罰程度，具體宣示，例如竊盜罪法定本刑為五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金（第 320 條第 1 項），而宣告刑則於其

中選定明確之種類與範圍，例如宣告六月有期徒刑。一般宣告刑的概念，係伴隨著各獨立犯罪行為而存在，倘若行為人僅有一個犯罪行為事實，則該罪之宣告刑，亦等同於執行刑；為如行為人所犯非僅單一犯罪行為時，則各罪之宣告刑，僅屬於對於該罪所為的法律效果評價而已，其仍非屬具有執行效力的法律效果。

宣告刑所具有的法律效應有二：1、依罪刑相稱原則，反應各罪具體的可罰性內涵；2、數罪併罰時，作為形成整體刑的基礎，同時也成為程序上對於各罪科刑救濟的基準。惟宣告刑並無刑罰實現的作用，舉凡涉及必須以刑法實現為基礎條件的規定，即使法律規定係以「為…刑之宣告」，其仍不可逕為宣告刑概念的解讀，而應具體觀察為宣告刑或為執行刑。

3. 執行刑

所謂執行刑，係指法院具體宣告，而犯罪行為人必須確實執行之刑罰，具有刑罰具體實現的作用。通常對於單一犯罪行為之執行刑，亦為其所宣告之宣告刑，然宣告刑與執行刑雖有時同一，但有時執行刑並非宣告刑本身，特別是一行為人有犯數罪之情形時，雖各罪均有其宣告刑，但其執行刑仍應依第 51 條數罪併罰方法處理之。因此，執行刑可謂最終宣告刑。所以稱之為執行刑者，乃因其在法律效果的概念中，方具有具體實現效力，所以稱之為執行刑者，乃因其在法律效果的概念中，方具有具體實現行罰之效應，亦即唯有執行刑，方會產生刑罰執行之效力。

因此，執行刑的概念，具有具體刑罰實現的作用，其作為具體的刑罰法律效果，在刑法中具有六種意義與效應¹⁰：(1)刑罰執行效力的基礎：唯有執行刑概念，方具有刑罰執行效力

⁹ 在刑罰存在與具體化的概念中，區分「法定刑」、「宣告刑」及「執行刑」概念，有其實質的作用，一者宣告刑必須源自法定刑的基礎；再者宣告刑並非必然為執行刑，宣告刑僅是各罪具體的罪刑相當關係，其必須具有執行效力，方得成為執行刑，最明顯的概念乃在數罪併罰的法律效果處理機制（特別是刑法第 51 條第 5 款），於數罪併罰中，必須先得出各罪之宣告刑，再以各罪宣告刑為基礎，形成整體刑，再從整體刑中定出最終應執行之刑，而唯有執行刑方具有刑罰實現的具體效應，各罪的宣告刑並無執行效應，自然不會發生必須以執行名義所生的法律為提，例如行刑時效的計算關係。再如刑法第 74 條緩刑規定，其亦以「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告」，但此所稱宣告者，絕不會誤解係「宣告刑」，其必然係指「執行刑」而言，蓋即使在數罪併罰的情況下，並無各罪宣告刑得以宣告緩刑之理。故對於三種刑罰存在與體現的概念區分，乃有其必要。許玉秀大法官（參照大法官釋字第 662 號解釋協同意見書）認為區分三者毫無意義的見解，恐有深思的必要。



之效應；(2)行刑時效規定適用前提：唯有執行刑的概念，才會發生行刑時效的問題，亦即唯有執行刑方屬於行刑時效規定的對象，倘非執行刑概念，即不生行刑相關之問題，諸如數罪併罰中，各罪所為之宣告刑，其效應僅止於各罪的宣告刑而已，本質上上非屬於執行刑的概念，故不生行刑時效之啟動與消滅的問題；(3)折抵刑期的刑期概念，必須以執行刑為根本：其中特別是涉及程序中拘束自由的處分（如羈押、留置），或是實體中具體刑罰以為部分執行，所生折抵刑罰問題（刑法第46條），得以作為折抵的標的，亦僅限定在執行刑的概念，非具有執行刑名義的法律效果，並不生任何得以折抵的問題；(4)刑的易科前提條件：刑之更易基礎，係以執行刑效應之法律效果，方得以作為易刑處分（如易科罰金）的基礎概念，單純屬於宣告刑者，如其並未發生得以為刑罰實現的效力時，並不得以之作為易科之基準¹⁰；(5)緩刑適用的基礎刑度：作為緩刑宣告刑度基準的適用，亦是以執行刑的概念，依刑法第74條緩刑原則之規定，「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告」乃得否緩刑的基礎條件，此種刑之宣告所指者，並非宣告刑的概念，而是指應執行之刑的宣告，屬於執行刑的概念，蓋緩刑者係屬於刑罰執行規範的範圍，所以執不執行考量，基礎條件自然必須是以得以作為執行名義的執行刑而言；(6)數罪併罰的執行刑

概念：數罪併罰定應執行刑，不論數罪併罰係屬於同一處理程序的併罰，或是分別不同程序判決的併罰，其所得各罪所宣告之刑，乃成為形成整體刑之基礎，最終應執行之刑的確認，必須於整體刑的刑度範圍內，訂定應執行之刑。此時如係同一程序所生的法律效果併罰者，必須由最後審判之法院，依據各罪所宣告之刑，於科刑時統一定其應執行之刑；倘若不同裁判存在之數罪併罰，雖各裁判均有為科刑之宣告，且該判決所宣告之刑，雖亦屬於執行刑名義，但依刑法第53條的規定，必須更定應執行之刑，故仍須再次踐行併罰程序，以定出最終應執行之刑。

三、小結

易刑處分的考量，主要係因刑事政策關於刑罰理念的思維所生，根本上即以此最後手段原則為基礎，對刑罰制裁手段為刑事政策上之檢視，是否需以最嚴厲之制裁手段，方能達到一般預防（Generalprävention）之效果，又可實現特別預防（Spezialprävention）之目的，且為法秩序防衛（Verteidigung der Rechtsordnung）所不可或缺之不得已的反應手段？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。此外，易刑處分所顧及者，乃刑事政策立於最後手段原則，對於刑罰執行效果得失省思而為之權宜方式。於我

¹⁰ 刑法的機制中，必須以執行刑作為適用基礎者，共有六種關係：(1)刑之執行：得以為刑之執行者，必須最終確認的刑罰，具有執行之效力存在，亦即必須是以執行刑方得以成為執行名義；(2)行刑時效：刑法第84、85條關於行刑時效之規定，其基礎，係以具有執行名義之執行刑發生為適用之前提，如無執行刑存在，自然也無行刑時效適用之問題；(3)刑期折抵：刑法第46條關於程序中羈押折抵刑期之規定者，其得以成為羈押折抵者，必然需以得以作為執行名義之執行刑為基礎，否則根本無生折抵關係，此種觀念在實務上，常出現錯亂適用的關係，值得檢討；(4)易刑處分：刑法第41至43條所規定之易刑處分者，得以成為「易」之對象者，當以執行刑為基礎，其既非宣告刑之名義，也非各罪之法定刑；(5)緩刑：第74條緩刑規定，雖稱受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，得以宣告二至五年之緩刑，其雖稱「宣告」，並非指宣告刑，得以作為緩刑適用之對象者，仍舊是以執行刑為基礎；(6)數罪併罰之執行刑：刑法第51條整體刑形成及定應執行之刑的概念。上述六種機制，前三種必須是最終之執行刑；而後三種則是以各裁判得以成為執行刑為條件，以上六種刑法中的法律機制，都必須以執行刑作為適用之基礎對象。

¹¹ 此種誤解宣告刑與執行刑概念者，當推大法官釋字第366號解釋，無獨有偶者，大法官不但未對於誤將宣告刑作為易科罰金基準的錯誤看法，予以適時更正，更將錯就錯地在釋字第662、679號解釋中，將原本已經透過修法程序更正的刑法第41條，導向錯誤適用的境地。須知易科罰金存在的目的，乃基於刑事政策之考量，係為匡正短期自由刑的弊端而設，既係從刑罰弊端的思考，則其主要的關注的刑罰法律效果，應非法定刑問題，也非單純宣告刑的問題，而係具體所生執行刑的問題，唯有存在有應執行之刑的情況下，方有足以造成「短期自由刑執行弊端」的問題發生。據此，對於不論一罪或是數罪，其何時會發生執行刑的問題，在法律關係的機制上，應是相當清楚的問題，於數罪併罰存在的情形下，各罪之宣告刑，均非最終應執行之刑，從而也不會有予以易科罰金的適用餘地，但大法官卻不願匡正錯誤，反而採取「以實作虛」虛為實」的態度，最終將做法變成「以假亂真」真無存」的謬誤，這是相當遺憾之事！

國刑法中，關於易刑處分之規定，主要為自由刑之易刑處分¹²。其刑事政策上之考量，乃側重於自由刑之執行，對犯罪行為人，特別係因過失或初犯者，似乎有失之過苛之虞，且特別係針對短期自由刑¹³之弊端而生。從刑罰的目的構想上觀察，短期自由刑對於行為人的作用，是一個短到不足以令一個犯罪人變好，蓋所有的矯治措施，均難如此迅速見效；卻長到足以令一個非具犯罪習慣之人變壞的期間¹⁴。而易刑處分亦正是對此刑事政策上之目的構想之相應手段。

易科罰金既係替代自由刑的易刑處分機制，其目的在於避免短期自由刑的弊端，而短期自由刑概念的形成，乃係針對受刑執行的關係而言，亦即僅有具體應受刑罰執行的情況，方有短期自由刑的概念問題，換句話說，短期自由刑的出現，並不在於依法定本刑定期刑度的問題，而是在於實際賦予刑之執行效應所產生問題，也就是建立在宣告刑所得執行刑之前提上。在短期自由刑避免的規定上，亦應專門針對宣告之執行刑本身。就單一犯罪而言，因刑罰的實現，僅有一個宣告刑，故此宣告刑的確認，即形成執行刑；但對於數罪併罰的關係存在時，各罪的宣告刑，其雖為最終執行刑形成的基礎，但各罪之宣告刑，並不具有具體實現的效力，其仍舊僅為宣告刑的本質，必須經由整體刑形成過程，定出最終應執行之刑時，方有刑罰實現的作用。單純宣告刑，根本無法觸及短期自由刑弊端的問題。故此所稱短期自由刑的意涵，乃係指應受短期自由刑之執行而言，並非僅是單純對於罪的宣告關係，倘若係

僅對罪的宣告刑而言，則顯然背離易科罰金存在的目的，蓋單純各罪的宣告刑，並不具有具體刑罰實現的效力，此觀數罪併罰的關係甚明。是故，易科罰金所要替代者，應為具有執行刑名義的刑罰實現概念，而非僅是單純宣告刑的概念，

參、易科罰金的釋字解釋及評論

對於刑法第 41 條易科罰金規定，主要存在質疑的問題，並非在於適用罪名的基礎條件，而是在於當有數罪併罰關係存在時，因併罰的結果，如有逾短期自由刑標準（六個月以下自由刑）之時，得否因各罪宣告之刑，均未逾六個月的標準，而即使併罰的結果，使得最終執行刑逾六個月，仍有易科罰金的適用？依大法官釋字第 366 號、第 662 號及第 679 號解釋的意涵，明確地認為數罪併罰的數罪中，如各罪之宣告刑均合於易科罰金之標準時，即使因併罰的結果有逾六個月有其徒刑時，仍得適用易科罰金之規定，唯有當各罪中有不得易科罰金的宣告刑存在時，則併罰結果方有排除易科罰金規定適用之餘地。

一、解釋所持的見解

對於數罪併罰的易科罰金規定適用關係，大法官對於數罪併罰的結果，得否為易科罰金的爭議性問題，前後做出釋字第 144 號、第 366 號、第 662 號及第 679 號等四次的重要性解釋，其中對於數罪併罰是否得以適用易科罰金的爭議點有二：(1)數罪併罰中如部分之罪所宣告之刑，為得易科罰金，而部分不得易科罰金時，

¹² 罰金易服勞役（第 42 條）本身，雖亦為易刑處分之一種，但其本質，乃異於第 41 條自由刑易科罰金，蓋易科罰金所依據者，係刑事政策上以不執行刑罰為適當之考量，且係於裁量時即為判斷，具有預測（Prognose）及先判（Präjudizierung）之特性，故可稱之為固有之易刑處分（primäre Ersatzstrafe），反之易服勞役係事後之決定（nachträgliche Entscheidung），僅於罰金不能完納時，始有勞役之生，其性質乃具有補充之作用（Subsidiaritätswirkung），為事後之易刑處分（nachträgliche Ersatzstrafe），本文所論者，主要係固有之易刑處分。

¹³ 二次大戰後，德國刑法修正時，罰金刑取代自由刑，特別是短期自由刑的討論，又再度成為修正的焦點。一九七五年刑法（現刑法）除原則性以罰金刑取代短期自由刑之外，更放寬條件上之限制，而規定於其刑法第四七條，認為只要受有期徒刑之宣告，而無科處六個月以下有期徒刑之必要事由存在時，皆可易科罰金，即使法律規定本身並無罰金之規定或刑期之法定本刑超過六個月亦同。Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl. (1999), Rn. 6 zu §47; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Teilbd. 2, 7. Aufl. (1989), S. 623, 624; Hirsch-LK, (Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1985), §47 Rn. 5ff. 關於短期自由刑之闡述，詳見林山田，《刑罰學（修訂本）》，1992 年 2 月，商務印書館，196 頁以下。

¹⁴ 參閱林山田，前揭（註 13）書，198、199 頁。



是否須於判決主文中，個別載明易科標準？此質疑的問題，乃為釋字第 144 號解釋及第 679 號解釋爭點之所在；(2)數罪併罰中所有各罪宣告之刑，均合於得易科罰金的條件，為於併罰結果應執行之刑逾六個月時，是否仍得適用易科罰金的規定？此一質疑問題，則是釋字第 366 號及釋字第 662 號解釋之所在。

對於第一項爭點的意見，大法官不論於釋字第 144 號解釋，或是釋字第 679 號解釋，均持否定的看法，認為當數罪併罰中，不論是否有符合得易科罰金條件之罪存在，只要各罪之宣告刑中，有不符得為易科罰金之刑的宣告者，數罪併罰的結果，均無得為易科罰金規定之適用。同時對於原符合易科罰金條件的各罪，於判決主文中，亦毋須為易科罰金標準之載明¹⁵。而對於第二項數罪併罰中，各罪均合於易科罰金條件（即各罪宣告之刑均為六個月以下有期徒刑以下之刑），因併罰處理之結果，應執行之刑逾六個月時，得否為易科罰金規定適用一事，大法官解釋認定必須予以適用，亦即即使併罰結果超過六個月有期徒刑，因各罪的宣告刑均合於易科罰金之規定，故應仍得適用易科罰金的規定¹⁶，若法律規定予以限制者（如 2001 年及 2005 年刑法第 41 條之規定），則屬於違反憲法第 23 條之法律規定，致使得刑法第 41 條隨之再次修正¹⁷，以符合大法官解釋的意旨（現行法即是如此）。

二、解釋案對易科罰金概念的理解

具有拘束性的司法解釋，對於數罪併罰易科罰金適用問題，所持的看法，不論是釋字第

366 號解釋，或是釋字第 662 號解釋，均認為數罪併罰各罪宣告之刑，只要合於易科罰金條件時，即使併罰結果超過得為易科罰金的六個月有期徒刑門檻，仍應有易科罰金適用之餘地。此種見解乃認定易科罰金規定的適用，屬於各罪適用的關係，亦即係以各罪的宣告刑是否合乎易科罰金標準？作為得否適用易科罰金規定的指標，對於數罪併罰的結果是否合乎易科罰金條件，則顯得無關緊要。觀最具代表性的釋字第 366 號解釋，其理由書中謂：「如所犯數罪，其最重本刑均為三年以下有期徒刑之刑之罪（現宜解讀為五年以下有期徒刑以下之刑之罪），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」。且釋字第 662 號解釋理由，亦補強說明謂：「刑法第五十一條第五款數罪併罰之規定，目的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。依該款規定，分別宣告之各刑均為有期徒刑時，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意。惟對各得易科罰金之數罪，由於併合處罰定其應執行刑之結果逾六個

¹⁵ 參照大法官釋字第 144 號及第 679 號解釋之解釋文及理由書。二者間的關係，在於釋字第 679 號解釋係因釋字第 144 號解釋是否有予以變更必要，所作成的解釋，其乃係支持釋字第 144 號解釋的再解釋。

¹⁶ 此種解釋的見解，源自於釋字第 366 號解釋，該解釋認為數罪併罰各罪之宣告刑均未逾六個月，依刑法第 41 條之規定，本各得易科罰金者，惟因依刑法第 51 條併合處罰之規定，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 23 條規定未盡相符。而釋字第 662 號解釋，乃再次強調釋字第 366 號解釋的宣示效力。雖其中各有部分大法官持不同見解，但不足影響解釋之作成。釋字第 366 號解釋持不同見解者，參照翟紹先大法官不同意見書；釋字第 662 號解釋持不同見解者，見陳新民大法官不同意見書。惟雖對於解釋案有不同之意見，但不同意見書所呈現者，仍未直指易科罰金本質之核心。

¹⁷ 釋字第 662 號解釋，其解釋文及開宗明義指出：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。

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，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，業經本院釋字第三六六號解釋予以闡明¹⁸。固然，大法官會議的解釋，雖對於易科罰金的目的性，並無曲解，知其係為避免短期自由刑之流弊，並藉以緩和自由刑之嚴厲性，所創設的刑罰替代性手段，惟何種情況下，方會有短期自由刑的存在？大法官卻未曾予以著墨，僅針對於各罪宣告刑是否得為易科罰金之適用，作為單向的思考。

三、學理見解之批判

在大法官解釋的問題中，爭議性最大者，乃在於數罪併罰各罪之宣告刑，均合於得為易科罰金條件，亦即均受六個月以下刑之宣告，因併罰處理的結果，最終數罪應執行之刑，逾易科罰金門檻的六個月有期徒刑，其得否仍維持得為易科罰金規定之適用？大法官解釋與學理間有著相當大的意見分歧。依大法官之解釋見解，所側重與關注的基礎，乃在於數罪併罰中，各罪的宣告刑，是否合於易科罰金的條件，作為思維支撐的主要依據；而部分批判性的學理見解¹⁹，卻認為易科罰金既為避免短期自由刑而存在，得以發生短期自由刑弊端者，僅在於行刑的問題上，無關乎各罪之宣告刑，蓋數罪併罰中，各罪宣告刑僅具有形成整體刑的效應，並無具體刑罰執行的效力存在，何得能發生短期自由刑的弊端？是以易科罰金所易的基礎，必須限定在執行刑，故而根本無由發生所謂各罪宣告之刑，均合於得易科罰金條件的問題。大法官所為之解釋，立論的基礎，並非從行刑效力的執行刑概念出發，反而從各罪的宣告刑，作為立論的基礎，恐在前提條件的認知上，已經產生錯誤，畢竟各罪的宣告刑，

根本無由與短期自由刑的概念，發生任何直接連結的關係。

故而，從大法官釋字第 144 號、第 366 號、第 662 號及第 679 號解釋，所要處理的問題，皆是關於數罪併罰的易科罰金問題，其中釋字第 144 號解釋處理的問題較為單純，僅涉及數罪併罰中數罪有得易科者、有不得易科者，併罰結果則不得為易科。為其他三號解釋所處理的問題，均有涉及當數罪併罰時，各罪均得合於易科罰金的基本條件，但因併罰結果應執行之刑逾六個月時，仍得適用易科罰金。

解讀數罪併罰的易科罰金關係，始作俑者，當屬釋字第 366 號之解釋，該解釋文指出：刑法第 50 條是基於刑事政策的理由，就裁判確定前犯數罪者，設併罰之規定，並於第 51 條明文規定，對各罪分別宣告其刑，而於各刑中最長期者以上，合併刑之刑期以下，定其應執行之刑。由此可知刑法原無使受刑之宣告者，處於更不利地位的意思。且於解釋理由中指出，如所犯數罪，其最重本刑在三年以下，宣告的刑期未超過六個月者，依刑法第 41 條之規定本可易科罰金，並有以罰金代替自由刑之可能，但各刑合併後，因刑期超過六個月而喪失原有易科罰金機會，乃屬於對人民自由權利所為不必要之限制，和憲法第 23 條之意旨未盡相符云云。於是而有 2001 年第 41 條第二項之修正。但不可否認的，大法官解釋釋字第 366 號解釋出現有二瑕疵¹⁹：(1)其誤解易科罰金的本質，並非在於完全使犯罪行為人獲得利益，而是基於刑事政策之理由，為避免短期自由刑之執行而設，故得以為易科罰金者，僅限定在屬於短期自由刑的範圍，亦即僅屬於宣告應執行六個月以下之自由刑而言；(2)刑法數罪併罰的規定，也非如大法官解釋理由書所稱是基於刑事政策之理由而設，而是源自罪責原則之思考而

¹⁸ 以已故林山田教授及柯耀程教授為批判見解的核心，依二教授批判之見解，均認定數罪併罰是否得易科罰金的核心問題，並不在於各罪宣告刑的問題，而是在所得出的執行刑之上。如林山田教授所言：易科罰金係為避免短期自由刑的行刑措施，不論是一罪的宣告刑，抑為數罪之定執行刑，均屬務必執行之刑罰。故當併罰結果所定執行刑逾六個月時，而不得易科罰金，乃屬當然之理，並無權利受到不當限制之可言。參照林山田，〈論併合處罰之易科罰金〉，收錄於《刑事法論叢（二）》，1997 年 3 月，77 頁以下，92 頁以下；柯耀程，前揭（註 2）書，277 頁以下。

¹⁹ 關於釋字第 366 號解釋之批判者，參見柯耀程，前揭（註 2）書，307 至 310 頁。



來。大法官解釋後所形成的 2001 年易科罰金規定的修正，並不是一個正確的法律修正，蓋吾人殊難以想像，行為人犯數罪，各罪皆合於易科罰金之條件，且各罪之宣告刑，均為六個月以下，經併罰之後，最終應執行之行為有期徒刑五年，此仍得以易科罰金？如從大法官釋字第 366 號解釋的理由書中觀察，其稱「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，依刑法第 41 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」。殊不知，數罪併罰之法律效果處理，並非是行為人陷於不利之地位，但同樣地，併罰的處理，也不是用以圖利犯罪行為人。再者，大法官解釋稱原得易科罰金者，變成不能易科罰金，此種說法似是而非，蓋易刑處分所針對者，是最終之執行刑，並非各罪之宣告刑，此種情況即使是對於分別審判的情形，亦然。更須注意者，犯罪行為人都已經犯數罪了，且最終法律規範所宣示者，是整合數罪的觀察所得，何以能再從「不能惡化行為人利益的說法，來認定刑法第 41 條易科罰金之規定，遇有數罪併罰關係，而所應執行之刑逾六個月，不能易科罰金」之違憲問題？釋字第 366 號解釋的見解，恐有誤解刑法第 41 條易科罰金規定，以及刑法第 51 條處理數罪併罰關係之規定。

原本刑法於 2005 年修正時，導正 2001 年數罪併罰逾六個月得易科罰金的規定，卻因釋字第 662 號解釋，又使得合乎易科罰金目的性的刑法規定，再次淪陷為解釋下的犧牲品，釋

字第 662 號解釋非但並未即時對於釋字第 366 號解釋作修正，反而更變本加厲直指刑法第 41 條規定的失當，認其未允許數罪併罰各罪宣告刑均合於易科罰金條件，僅因併罰之結果逾六個月，即不得適用易科罰金之規定，乃屬於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。殊不知，釋字第 662 號解釋的本身，才是一個極大的錯誤，自錯猶可，卻又陷害刑法第 41 條必須因此失效，立法者乃以劣幣逐良幣的順應立法，使得數罪併罰的易科罰金規定，將假換真、以虛為實，易科罰金規定只能將錯就錯地隨波逐流，此誠屬遺憾之事！

另外，上開解釋亦有誤解現行法中運作之程序，固然現行法第 41 條之適用囿限於單一犯罪，乃屬謬誤之個別化限制，但果如該解釋所言，應當先併罰後，再視其是否逾六個月，以決定其易科罰金與否，亦係本末倒置之舉。此外，基於刑事政策考量者，應非「數罪併罰」之規定，反而是易刑處分本身之規定。故而，依循大法官釋字第 366 號解釋所為之修法，非但未將易科罰金所針對短期自由刑的意義，予以釐清，反而更加混淆法定刑與宣告刑的確實意義。

肆、數罪併罰的易科罰金適用

刑法第 41 條易科罰金規定的適用，對於單一犯罪的刑罰關係，其適用關係相當單純，也不成問題。所形成爭議性的問題者，乃在於數罪併罰的情形，且當數罪併罰的科刑結果，各罪所得之宣告刑，在形式上均合乎得為易科罰金的條件時，因併合處刑的結果，得出應執行之刑，並不合於短期自由刑的類型，其是否仍須依大法官解釋的意旨，予以為易科罰金的適用？恐有相當大的疑慮。蓋數罪併罰所處理的問題，並非單純僅是各罪之論罪科刑問題而已，而是要將各罪宣告之刑，予以整合，定出最終具體刑罰實現的法律效果，亦即定出最終執行之刑。故當易科罰金的目的，係為避免短期自由刑的弊端，而短期自由刑者，乃係刑罰

執行的問題，並非單純各罪刑罰宣告的問題，則數罪併罰是否得為易科罰金規定之適用，基準點須置於執行刑的基礎上，而非各罪的宣告刑。

一、數罪併罰的處理關係

依刑法第 50 條之規定「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之」，當一人犯數罪，得以做法律效果併合處罰者，必須滿足二個條件：(1)所犯各罪均屬各自獨立成罪，非有獨立數罪存在的情況，根本無由作法律效果併合處罰之考量；(2)各罪之處斷，必須均在裁判確定前，亦即必須各罪在處斷時（不論是以一個程序或是數個程序處理），尚未有任何一罪受裁判確定，否則即無併合處罰適用之餘地。數罪得以併合處罰者，必須是在裁判確定前所犯，方有併罰規定之適用，倘若數罪中有屬於裁判確定後所犯者，即無併合處罰的可能性，僅能將裁判所得之法律效果，以累罰的方式來執行，此即法律效果之併執行之意（或如實務所稱刑之接續執行之意）。故當一人犯數罪時，能成為併合處刑處理對象者，必須所犯之數罪，均在裁判確定前所為，否則僅能就裁判確定前後之數罪，個別論斷後，將其法律效果單純地累計執行，不生併合處罰的關係。

惟裁判確定前犯數罪者，依法之規定必須併合處罰。併合處罰者，係指各罪法律效果的處理問題，其處理方式，會因程序的差異，而有不同的效應。簡單地說，「數罪」係法律效果「併罰」的前提條件，而法律效果之「併罰」者，則是屬於處理流程的關係，二者並非同一概念，亦即「數罪併罰」是二個概念，非單一概念，「數罪」是法律效果競合的處理前

提，而「併罰」則是數罪法律效果的反應結果，至於數罪如何併罰？則必須取決於刑事程序的處理。倘若對於一人犯數罪的併罰，係採取同一程序處理者（概念稱之為實質競合），則法律效果的形成，乃於裁判中，先對各罪為個別法律效果之宣告，而依刑法第 51 條規定，形成一個整體刑，再依整體刑作併罰應執行刑之宣告；倘若數罪係於不同程序中處理者（概念稱之為事後競合），則各裁判就所處理的案件，均會有各罪宣告之刑，以及判決所定應執行之刑，因係不同程序處理，故對於一人犯數罪者，會有二以上之科刑判決存在，依刑法第 53 條規定，必須再依刑法第 51 條規定，定應執行之刑，此時執行之檢察官須向最終事實審法院聲請更定其刑²⁰。

實質競合之形成，除同一行為人須具有複數之犯罪事實外，更須在程序的處理上，具有程序之同一性²¹；倘若欠缺此種程序之同一性，則雖有複數之犯罪事實存在，亦僅能視為事後競合的形式而已，根本無法形成實質競合。是以雖然同樣具有複數之犯罪事實，程序是否具有同一性，乃成為決定複數評價對象競合類型的關鍵²²，由此所生之法律效應亦與單一犯罪事實所為之宣告刑有所不同。蓋單一犯罪事實的宣告刑，同時也形成執行名義，屬於執行刑之效果，倘若案件以該宣告刑確定者，則其乃成為執行名義之執行刑，此一執行刑是否以所宣告之原始方式為執行，則與執行刑之名義無涉，其所涉及者，僅在於執行上之考量而已，例如宣告六個月以下之有期徒刑，經由易刑處分而變更為易科罰金，則該六月以下有期徒刑者，仍舊為執行刑；又如宣告二以下有期徒刑或罰金，而經考量而暫緩執行者（緩刑），

²⁰ 關於數罪併罰因併罰處理方式的差異，而有二不同處理的機制及產生不同法律效果的效應，同一程序處理的數罪併罰，稱之為實質競合；而不同程序處理的數罪併罰關係，稱之為事後競合。二概念的詮釋與所生法律效應，參照柯耀程，《參與與競合》，2009 年 10 月，元照，199 頁以下。

²¹ 參見林山田，《刑法通論（下）》，十版，2008 年 1 月，359 頁；Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 726; Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 335; Bringewat, Die Bildung der Gesamtstrafe 1987, S. 84ff.。

²² 倘若不具有程序處理之同一性關係者，表示複數的犯罪事實乃由不同之程序處理，由此必然發生非同一般裁判而是數個裁判的問題，但因刑法整體刑形成的基本規範要求，只要複數之犯罪事實係存在於裁判確定前者，則必然必須予以併罰，亦即必須依據刑法第 51 條（德國刑法§53）定最終應執行之刑。在不具有裁判同一性之情形者，其所生之競合情形，則屬事後競合的類型，亦即其整體刑之形成，係屬事後形成者，而事後形成整體刑的法律效應，自然不同於同時形成整體刑者。



其執行刑仍為所宣告之刑。然實質競合各罪所宣告之刑，並非具有執行名義之法律效果，充其量僅為宣告刑而已。蓋因實質競合中之各罪所科之刑僅為宣告刑，其在刑法的意義上，僅具有宣示性之意義²³，並不能成為刑罰實現之執行基礎，故而在刑法的意義下，舉凡必須以執行刑名義為基礎者，對於實質競合各罪之宣告刑，均無關連。

事後競合本非真實競合的類型，亦不具有競合論的本然性質，其所以得為競合處理者，並非複數評價內容的適用問題，而僅是事後對於已經發生的法律效果，重新加以調整，其性質屬於法律效果的競合。惟事後競合所採用的法律效果處理原則，係準用實質競合處理法律效果的方法，故而重新調整的法律效果，亦以個別行為所宣告的法律效果為依據，因而亦會發生整體刑形成的問題。惟事後競合之整體刑形成，亦為事後性質，故對於事後競合情況的整體刑形成，稱為「事後整體刑形成」，所以稱事後，乃是因其有別於整體刑形成的本然適用範圍。

事後競合與實質競合的基本結構，有其相似之處，二者均係對於複數行為之複數評價關係，所不同者，僅在於評價同一性的問題，亦即僅在於程序處理的問題而已。故而，對於事後所生的個別法律效果，在一定條件之下，允許對個別的宣告刑重新予以整合，然而，並非所有複數裁判所生的法律效果，均得以重新加以整合。對於事後競合的認定，法規範仍設有條件之限制。我國刑法第 53 條規定「數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑」。將此一規定，重新說明，即為「裁判確定前犯數罪，而有二裁判以上者，準用第五十一條規定，定其應執行之刑」，從而得以產生事後競合者，必須具備二條件：(1)複數獨立行為必須在裁判確定前所犯，亦即得以成為評價客體者，需為複數行為；(2)需有

二以上之裁判存在，即所有的行為非於同一裁判中，接受評價。唯有同時具備此二條件，方得成為事後競合，而得為事後整體刑形成之處理。

由於事後競合者，並非評價關係的競合，而是法律效果的競合，而其整體刑的處理，係準用實質競合的處理方式。然而事後競合所競合的法律效果，並非個別行為的評價所得的組合，而係各裁判整體評價所得之法律效果。各裁判之中，有為單一評價客體者，亦有為複數客體者，當然也可能數裁判個別所處理者，均為實質競合的情形。因此，事後整體刑形成的方法，雖準用實質競合的處理原則，但事後競合與實質競合，仍有本質性之差異存在。蓋實質競合之整體刑形成，所依據者，為對於各行為可罰性評價的法律效果，該法律效果必然為未經整合的原始宣告刑；而事後競合如各裁判所處理者，有為實質競合的情形時，則其事後整體刑之形成，所依據者，已是經過第一次整合之宣告刑。

事後整體刑之形成，所得之最終應執行之刑，乃是經過三個階段的法律效果處理：第一階段：先從個別之評價客體的刑度中，得出其應受之宣告刑（原始）；第二階段：將個別宣告刑於同裁判中，加以整合，成為次位之宣告刑；第三階段：以第二階段所整合之宣告刑為基礎，事後重新整合而為最終之宣告刑，即應執行之刑。故而，事後競合的整體刑形成，雖準用實質競合的處理原則，但在概念的本質上，則屬相異。

二、數罪併罰先後執行所生問題

如一人犯數罪，而受二以上之裁判者，其中對一裁判確定所宣告之刑。已執行或部分執行時，應如何予以考量，乃實務常見之例，而刑法對此種問題，並未於個別法規中，予以規定，因此，欲解決此類問題，僅得透過整體性

²³ 各罪之宣告刑如同時具有執行名義者，則成為執行刑，倘不具有執行名義者，其本質乃僅止於宣告刑而已，而刑法的法律效應中，宣告刑的意義乃僅止於對於一定犯罪依法定刑而為專屬該罪之刑罰宣告，其效應亦僅止於宣告而已，既不能成為刑法確定之法律效果，亦無法作為刑罰實現之執行名義，故此稱其僅具有宣示性之效應而已。

之判斷，始能達成。首先需予以考慮者，對二以上之裁判，應依刑法第 53 條之規定，更定其最終應執行之刑。而已執行或部分已執行之刑期，是否可折算於最終應執行之刑中，法並無明確之規定，僅於第 45 條為消極性之規定。但從第 45 條第 2 項之意義上解釋及結合第 46 條之規定，對二以上確定裁判所宣告之執行刑，其中有一執行刑已執行完畢或已為部分之執行者，應解為適用刑期折抵之規定，而已執行部分，視為最終執行刑已執行之期間。蓋一方面稱未受拘禁者，不得併入刑期，即表示如已受刑之執行，乃合於折抵事由；另一方面既允許為程序上保全作用，而為之羈押折抵刑期，殊無任何理由排斥已受刑執行期間之折抵。故而，如一行為人犯數罪，而先後受二以上之裁判確定，且該數罪皆於最初之裁判前所犯者²⁴，若已受刑之執行，則已執行之刑應於應執行刑中折抵。此不論已部分執行完畢或仍在執行者，均適用之。

故當數罪併罰發生刑罰先後執行的問題時，不論是實務常誤用的實質競合關係，因救濟而各罪確定有先後的問題，形成先確定先執行錯誤適用常態，或是二以上裁判的事後競合問題，因裁判確定有先後，而產生先後執行的問題。倘若部分之刑已經執行完畢，因其涉及的問題，對於已經執行完畢之罪之刑，並非得否併入為併罰的問題，概不論是否已經執行完畢，只要合於數罪併罰規定者，均須對於最終應執行之刑，作重新建構，故如有以執行之刑者，亦僅作為最終應執行之刑的折抵關係而已，故即使已經執行完畢，仍應作為重定應執

行之刑的基礎。

數罪併罰不論是同一程序或是不同程序處理，對實務而言，似乎都是一樣的，當實務所持的觀念，是建立在先確定先執行²⁵，而非建立在執行之基礎理念時，則對於先確定之判決者，即先予以執行，也不問所確定者到底有無執行之效力。由於實務長期以來的操作習慣，既然對於先確定者先執行，即可能發生先確定者，屬於合於易科罰金之部分，倘若先行予以易科，則最終完全確定後，卻因併罰結果，發生逾越得以易科罰金之範圍時，其既已執行者，即不得再加以回溯，此乃生併罰之最終執行刑，必須扣除已經易科罰金執行之部分。這樣的處理方式，會有本質上的困擾，蓋當扣除後所剩之餘刑，仍舊屬於短期自由刑時，則又成為非執行不可的情況，這會削弱易科罰金所以替代短期自由刑之存在意義。

又當不同程序的數罪併罰關係者，因個別程序所得之刑，均屬於執行刑之概念，其會發生有執行之問題，但又因第 53 條規定，對於分別裁判之數罪者，仍須重新予以併罰，故而會產生先執行的問題，畢竟分別裁判所生者，皆屬執行刑之概念，其不執行時，必然會發生行刑時效的問題，故此種處理關係，確實會產生先執行的問題，也因此會發生先執行先易科的關係。倘若個別裁判所生之執行刑，得以為易科罰金之替代，且也已經予以易科時，其雖須經第 51 條重新調整其最終應執行之刑，對於已經執行或已經易科者，乃須從最終所定之應執行之刑中加以扣除。當然扣除之後的餘刑，也會發生不足六個月的問題，但這是無可避免的

²⁴ 對刑法第 53 條之適用非毫無限制，若一味准許多數裁判之法律效果併罰的適用關係，任意更動其應執行之刑，則易使法律狀態始終無法確定。故仍應加以設限。如行為人所犯者皆於最初裁判前所犯者，始有第 53 條之適用；否則如僅因有數裁判之存在，即動用第 53 條之規定，則執行刑便始終無法確定，殊非刑法之本旨。且刑法第 53 條亦明確限定「數罪併罰」之情形，即符合第五十條規定者，始為執行刑更定之基礎。若其中一部分未於併罰中處理，而個別受刑之宣告，且已執行之刑，如其合於第 50 條之規定者，其刑期仍應准於折抵，方為公平。蓋此項刑期折抵所涉者，並非刑之執行與否的問題，而是是否具備「數罪併罰」之前提，而有第 53 條更定執行刑的問題，唯有此前提成立，方能進一步論及折抵問題。

²⁵ 實務所持之此種觀念，可以理解，蓋其認為倘若先確定者不加以執行，則會發生行刑時效完成之顧慮，是以即使是同一程序處理的數罪併罰，仍舊採取「既已確定即生執行」之認知。事實上，擔憂行刑時效之問題，恐是多慮，蓋行刑時效的進行，仍舊必須以具有執行名義之執行刑發生時，方有行刑時效之問題，倘未生執行刑時，根本無由發生行刑時效之關係。參照柯耀程，〈論實質競合〉，收錄於《刑事法學新趨勢》（Lothar Philipps 教授七秩祝壽論文集），2004 年 3 月，382、383 頁。



情況，在法律規定中即無扣除後未足六個月之餘刑得以彈性易科之規定，自然也必須予以為徒刑之執行。

三、易科罰金先執行的併罰問題

對於數罪併罰的易科罰金檢討問題中，真正困擾的問題，應不在於各罪均得易科罰金的問題，或者是各罪中有不得易科罰金的處理關係，真正的難題，應該是發生在當各罪有合於易科罰金之形式性條件時，卻因先後執行的因素，使得得為易科罰金之罪，因先被執行，使得原本經併罰處理之後，不得為易科罰金處理的類型，因先後確定的執行關係，造成法律規範適用上的大漏洞。例如犯罪行為人甲犯有竊盜罪（刑法第 320 條最重本刑為五年以下有期徒刑）及詐欺罪（刑法第 339 條最重本刑為五年以下有期徒刑），竊盜罪受有期徒刑五個月之宣告，且先確定，依實務的慣例，先確定者，檢察官乃予以先執行，且給予得為易科罰金之執行，經易科罰金繳納完畢，詐欺罪部分方確定，科處七個月有期徒刑，因屬數罪併罰，經檢察官聲請改定其刑，與竊盜罪所科之刑，改定為應執行十個月有期徒刑，依數罪併罰之結果，本不得為易科罰金，但因竊盜罪部分已經執行完畢，併罰所得之結果，原不得易科罰金，卻因先執行關係，造成有易科罰金的執行，而且因併罰所得結果為十個月有期徒刑，而竊盜罪已執行部分為五個月有期徒刑，其以易科罰金方式先予執行完畢，僅能從最終應執行之刑中予以折抵，經折抵之後，數罪併罰尚未執行的法律效果，則僅剩五個月有期徒刑，使得原不得易科罰金的情形，因不當的先確定先執行操作，變成折抵後的刑期，仍舊陷入短期自由刑的迷霧之中。

倘若數罪併罰各罪所宣告之刑，在形式上

都合於易科罰金的條件²⁶，且併罰之結果，應執行之刑亦未逾六個月時，其因需具體執行之刑罰未逾易科罰金的門檻，自然得依易科罰金考量的事項，作否易科罰金的決定；抑或適當數罪併罰中，部分罪之宣告刑，雖未逾六個月，但部分超過六個月，經整體刑形成後，應執行之刑必然逾六個月，自然不能適用易科罰金，此大法官釋字第 144 號解釋，即有同樣的見解。數罪併罰是否得以易科罰金的理解，較有問題者，在於數罪併罰各罪之宣告刑，均合於所謂易科罰金條件，但併罰結果所定應執行刑逾六個月，依法理而言，執行刑逾六個月，即無得易科罰金之可能，其以非易科罰金目的所能涵蓋，蓋逾六個月的應執行之刑，並非短期自由刑，自然無因避免流弊的替代性問題存在。此大法官解釋，不論是釋字第 366 號解釋、釋字第 662 號解釋，或是釋字第 679 號解釋，恐都有失誤之處，甚至在釋字第 679 號解釋中，任意指稱「立法得自由形成」的論點，誠屬不當，蓋殊不知立法形成雖形式上有其自由決定的權限，但仍應嚴守立法之界限，「立法自由形成」並非無限上綱，立法者不能假「立法自由形成」之名，而行錯誤立法之實。

數罪併罰關於易科罰金問題，真正核心的癥結，乃在於「先確定先執行」的誤用，此種誤用關係遍及所有實務的慣例，對於實質競合問題的數罪併罰，亦即同一程序的數罪併罰處理關係時，尤為嚴重，當一人犯數罪而於同一審判程序處理時，經原審各罪論罪科刑，並予以併罰決定應執行刑之時，當事人對判決的數罪內容，採取部分上訴、部分不上訴的立場，即會形成部分罪的宣告確定問題，然在此種條件下，僅止於罪的認定確定，並無刑確定而生執行效力的問題，即使各罪均有宣告刑，其概念上係隨罪之確定而確定，但刑的部分因上

²⁶ 從概念的理解，數罪併罰各罪的宣告刑，其作用僅在於形成整體刑，其既未有執行之效力，如何得為其「均合於易科罰金」的條件？此種假設性的命題，根本無由成立。蓋各罪的宣告刑，其本質仍僅是宣告刑，其根本不是易科罰金的基礎條件，故而各罪的宣告刑，並無所謂合於易科罰金條件的問題存在。此誠然是「本來無一物」之問題，但大法官釋字第 366 號、第 662 號解釋，乃至釋字第 679 號解釋，卻以各罪宣告刑均合於易科罰金的觀念，是以一個莫須有的條件，作為解釋的正當性，根本是使得易科罰金的觀念「到處惹塵埃」。

訴，原應執行之刑也已不足維持，自然無刑（應指執行刑）確定的概念，但實務的操作模式，向來均視為罪刑已確定，故產生先執行的觀念，於是聲請先就確定部分定執行之刑，產生數罪併罰應執行之刑的分割割裂，遂行成有數罪併罰先後執行的問題，倘若先執行的部分，經先定執行刑的結果，其所得之刑（假象性的應執行刑）如為逾六個月時，似乎得以為易科罰金，倘若果真予以易科罰金執行，俟其他部分亦確定之後，須再次聲請改定其刑，其中如有不合於易科罰金的罪刑存在時，其數罪併罰的全體，本應均不得為易科罰金，但卻因先執行的結果，卻造成原不得易科的情形，因程序上的操弄的技巧，變得可以作分批易科罰金，這將使得易科罰金制度蕩然無存。故而當數罪併罰處理時，是否得以作先確定先執行的處置，必須相當審慎，否則數罪併罰採取分批確定的方式，將會造成整體併罰結果無可易科，但化整為零之後，卻得以依次易科罰金，易科罰金對於數罪併罰的意義，將形同虛設，而這樣的問題，也是大法官解釋所從未設想到的具體情狀，殊值得深思！

故當數罪併罰發生先執行的情況時，且先執行部分予以易科罰金，即使最後併罰的結果出現不得易科的情形，因以執行之刑無法予以回復，僅能從最終所定應執行之刑中，予以折抵，當折抵之後，仍舊會發生餘刑屬於短期自由刑的風險，這是避免不了的情況，特別是數罪併罰屬於事後競合處理關係的情形²⁷，亦即數罪併罰而有數裁判存在的類型，因數裁判的存在，個別確定裁判科刑所得的結果，其本質上均屬於執行刑的類型，雖刑法第 53 條規定，必須依刑法第 51 條之規定，定最終應執行之刑，然其確定裁判所科之刑，既屬執行刑的性質為易科罰金，當為易科罰金決定時，且以先為執行，即產生易科罰金先執行的問題，自然也會發生最後定最終應執行刑時，已有易科罰金先予以執行的問題，故此種易科罰金先執

行，而後定最終執行刑後，折抵先執行之刑後，餘刑為短期自由刑的情況存在。欲解決此種問題，癥結應從易科罰金目的性作指導性之思考，亦即如實際應執行之刑，不論是根本的執行刑，或是先執行經折抵後之餘刑，如屬於短期自由型時，應許以為易科罰金，以真正避免短期自由刑之發生。

伍、結 論

刑法第 41 條依科罰金的規定，於觸及數罪併罰問題時，使其原本單純的形象，變得有些複雜，根本上如從易科罰金目的構想來處理，對於數罪併罰結果超出得為易科罰金條件時，本無由再為易科罰金規定之適用。然而，自大法官釋字第 366 號解釋之後，卻讓數罪併罰的易科罰金問題，更趨複雜，不但使得易科罰金產生目的性混淆，更使得易科罰金規範適用的基準，變得更加模糊不清，蓋易科罰金的目的，係為避免行為人受短期自由刑之執行，而生不良的負面效應，而所以稱短期自由刑者，乃是指得以具體實現的執行刑而言，並非數罪併罰前提的各罪宣告刑，釋字第 366 號解釋卻從各罪宣告刑為立論之基礎，在思維判斷的焦點上，已經偏離易科罰金的目的性，其既無法釐清數罪併罰的易科罰金適用關係，相反地卻造成刑法第 41 條規定，必須隨之作錯誤的立法，而後續釋字第 662 號及第 679 號解釋，對於相同及相關問題的處理，亦未匡正易科罰金基礎認知上的謬誤，反而更將此種錯誤的易科罰金觀念，推向極端，著實令人遺憾！

對於數罪併罰是否得以適用易科罰金的問題，其實從易科罰金立論的本旨，應是相當單純的問題，蓋一方面易科罰金既為避免短期自由刑執行上的弊端，則舉凡有短期自由刑存在的情況，應都可有易科罰金適用的可能性，既然易科罰金所以得易者，係針對作為執行基礎的短期自由刑，則非屬於得為執行名義的情況，均無涉易科罰金的問題，是以並無如釋字

²⁷ 關於事後競合概念，以及其餘數罪併罰中與實質競合概念之區分，主要係以數罪併罰的處理程序為觀察。參見柯耀程，前揭（註 20）書，199 頁以下。



第 366 號解釋所稱「各罪宣告之刑，均合於得易科罰金」的命題存在，數罪併罰中各罪之宣告刑，根本與易科罰金無關；另一方面，數罪併罰的結果，所得之應執行之刑，如屬於短期自由刑，則自然進入避免短期自由刑流弊的思維之中，以決定是否作易刑處分，倘若數罪併罰結果，所得應執行之刑並非短期自由刑，其自然無易科罰金的問題，此事物本然之理，既不需從法律條文予以規定，更不用大費周章，動用四號大法官解釋來詮釋，而既然有發動大法官解釋，應將基礎的本然性概念，予以完全澄清，但事實卻非如此，非但未釐清數罪併罰的易科罰金癥結問題，反而更加模糊易科罰金的適用關係。

從易科罰金的本質思考，其規定「受六個月以下有期徒刑以下之刑」，其所適用的對象，應為執行刑，且從易科罰金的目的性構想，也是針對執行刑，對於各罪的宣告刑，並不足以發動易科罰金的基礎條件，故而，當數罪併罰的情形，不論各罪的宣告行為何，即使在形式上似乎都合於易科罰金的條件，各罪的宣告刑均不足以啟動易科罰金的檢討，其所適用的觀察，仍應為最終應執行之刑，故而對於數罪併罰的易科罰金觀念，既非屬於法律規定的狀況，也非大法官解釋所得的意旨，現行法律規定以及大法官解釋都無法釐清易科罰金的本質，應該返本還原重新思考易科罰金的本質及其適用範圍。

參考文獻：

一、中文

1. 柯耀程，《變動中的刑法思想》，修訂 2 版，2001 年 9 月，元照。
2. 柯耀程，《刑法總論釋義（下）》，2005 年 10 月，元照。
3. 司法院釋字第 662 號解釋許玉秀大法官之協同意見書。
4. 林山田，《刑罰學（修訂本）》，1992 年 2 月，商務印書館。
5. 司法院釋字第 662 號解釋陳新民大法官之不同意見書。
6. 林山田，〈論併合處罰之易科罰金〉，收錄於《刑事法論叢（二）》，1997 年 3 月。
7. 柯耀程，《參與與競合》，2009 年 10 月，元照。
8. 林山田，《刑法通論（下）》，十版，2008 年 1 月。
9. 柯耀程，〈論實質競合〉，收錄於《刑事法學新趨勢》（Lothar Philipps 教授七秩祝壽論文集），2004 年 3 月。

二、外文

1. Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktion 1991. Kohlhammer.
2. Schafer, Gerhard, Praxis der Strafzumessung 1990, C.H.Beck.
3. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, Duncker & Humblot.
4. Geerds, Friedrich, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, HG.
5. Bringewat, Peter, Die Bildung der Gesamtstrafe 1987, Walter de Gruyter.