

立法自由形成空間之界線

- 釋字第 662 號解釋與評析



編目：憲法

<目次>

壹、釋字第 662 號之介紹

- 一、事實
- 二、解釋文
- 三、解釋理由書

貳、評析

- 一、對人身自由之拘束
- 二、大法官解釋的拘束力

<摘要>

本號解釋的重點在考試上值得注意的有兩點：一是關於人身自由的拘束，涉及到憲法第 8 條之規定，相關釋字有第 384、588、636、646 號解釋。二是關於大法官解釋的拘束力，在大法官做出釋字第 366 號解釋後，立法院是否得違背其見解，制定與其牴觸之法律？

關鍵詞：人身自由的拘束、大法官解釋的拘束力

壹、釋字第 662 號之介紹

一、事實

本號解釋之作成係基於 4 件聲請案，均認為刑法第 41 條第 2 項之規定有違憲之疑義，介紹如下：

(一)臺灣高等法院刑事第 18 庭聲請案

1. 聲請人受理抗告人康 O 儀提起抗告事件，因抗告人犯公共危險罪，分別經原審法院各判處有期徒刑 3 月、6 月，如易科罰金均以新臺幣 1000 元折算 1 日確定在案。
2. 判處有期徒刑 3 月部分，先行易科罰金執行完畢。嗣臺灣高等法院檢察署檢察官聲請原審法院，就前開兩案件定應執行刑，原審法院以 97 年度聲字第 1012 號裁定定應執行刑為有期徒刑 8 月，並依刑法第 41 條第 2 項之規定，未諭知易科罰金之折算標準。
3. 抗告人不服，向聲請人提起抗告，聲請人因認刑法第 41 條第 2 項之規定，有牴觸憲法第 23 條之疑義，遂依法裁定停止訴訟程序，聲請解釋。



(二)吳○川聲請案

- 1.聲請人於 96 年、97 年，各因犯肇事逃逸罪及違背安全駕駛致交通危險罪，分經臺灣南投地方法院各處有期徒刑 6 月、3 月，均准予易科罰金確定。
- 2.有期徒刑 6 月部分，於 97 年間易科罰金執行完畢，嗣臺灣南投地方法院定應執行刑為有期徒刑 8 月，未諭知易科罰金之標準。
- 3.聲請人不服，向臺灣高等法院臺中分院聲明異議，該法院以 97 年度抗字第 985 號駁回其抗告確定，因聲請人認確定終局裁定所適用之刑法第 41 條第 2 項規定，有牴觸憲法第 22 條、第 23 條之疑義，聲請解釋。

(三)葉○滿聲請案

- 1.聲請人先後犯詐欺取財罪，被依接續犯論處，判處有期徒刑 10 月，嗣依 96 年度罪犯減刑條例之規定，減為有期徒刑 5 月，得易科罰金。
- 2.聲請人不服，提起上訴，臺灣高等法院臺中分院將原判決撤銷，改論處聲請人 8 次詐欺取財罪之犯行，就各次犯行各判 6 月以下不等之徒刑，經減刑後，定執行刑為有期徒刑 1 年，不得易科罰金確定。
- 3.因聲請人認確定終局判決所適用之刑法第 41 條第 2 項規定，有牴觸憲法第 7 條、第 8 條及第 23 條之疑義，聲請解釋。

(四)陳○生聲請案

- 1.聲請人先因竊盜案件，經判處有期徒刑 2 月確定，如易科罰金，均以新臺幣 1000 元折算 1 日，聲請人不服上訴，經福建金門地方法院第二審合議庭駁回上訴確定，並易科罰金執行完畢。
- 2.另聲請人再因竊盜案件，經法院判處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以 1000 元折算 1 日確定。嗣檢察官就上開二確定判決向法院聲請定應執行刑。經金門地方法院以 97 年度聲字第 40 號裁定定應執行刑為有期徒刑 7 月確定。
- 3.檢察官通知聲請人到案執行時，聲請人以其中有有期徒刑 2 月之刑期業經易科罰金執行完畢，並曾受羈押 18 日，請求就剩餘 4 個月 12 天之刑期准予易科罰金並分期繳納。經檢察官認不符刑法第 41 條所定得易科罰金之要件，駁回聲請人之聲請。
- 4.聲請人遂向福建高等法院金門分院聲明異議，經該院以 98 年度抗字第 8 號駁回確定。聲請人認該確定終局裁定所適用之刑法第 41 條第 2 項規定，有牴觸第 23 條及本院釋字第 366 號解釋之疑義，聲請解釋。

二、解釋文

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。

本件二聲請人就刑法第四十一條第二項所為暫時處分之聲請部分，因本案業經作成解釋，已無審酌必要；又其中一聲請人關於刑法第五十三條之釋憲聲請部分，既應不受理，則該部分暫時處分之聲請亦失所附麗，均應予駁回。

三、解釋理由書

司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，憲法第七十八條定有明文。法律與憲法牴觸者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之，憲法第一百七十一條規定甚明。是司法院



大法官就憲法所為之解釋，不問其係闡明憲法之真義、解決適用憲法之爭議、抑或審查法律是否違憲，均有拘束全國各機關及人民之效力，業經本院釋字第一八五號解釋在案。立法院基於民主正當性之立法責任，為符合變遷中社會實際需求，得制定或修正法律，乃立法形成之範圍及其固有權限。立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，自不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。

二十四年一月一日制定公布，同年七月一日施行之刑法第四十一條：「犯最重本刑為三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，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金」之規定，對於裁判確定前犯數罪，分別宣告之有期徒刑均未逾六個月，依該條之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，致其原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。對於前述因併合處罰所定執行刑逾六個月之情形，上開刑法第四十一條關於易科罰金以六個月以下有期徒刑為限之規定部分，與憲法第二十三條規定未盡相符，業經本院釋字第三六六號解釋在案。嗣於九十年一月十日修正公布之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，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。但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，不在此限」。另增訂第二項：「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」之規定，即已符合本院釋字第三六六號解釋之意旨。然又於九十四年二月二日公布，九十五年七月一日施行之刑法第四十一條第二項修正為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之。」（九十八年一月二十一日公布，定於同年九月一日施行之刑法修正為第四十一條第八項）致使各得易科罰金之數罪，因併合處罰定其應執行之刑逾有期徒刑六個月時，不得再依同條第一項之規定易科罰金，而應受自由刑之執行。

按人民身體之自由應予保障，為憲法第八條所明定，以徒刑拘束人民身體之自由，乃遏止不法行為之不得已手段，對於不法行為之遏止，如以較輕之處罰手段即可達成效果，則國家即無須動用較為嚴厲之處罰手段，此為憲法第二十三條規定之本旨。易科罰金制度將原屬自由刑之刑期，在符合法定要件下，更易為罰金刑之執行，旨在防止短期自由刑之流弊，並藉以緩和自由刑之嚴厲性。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。

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，並與本院釋字第三六六號解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。



另查聲請人之一認刑法第五十三條合併定應執行刑之規定，違反一事不二罰原則，聲請解釋憲法部分，乃以個人主觀見解爭執法院認事用法之當否，並未具體指摘該條規定客觀上究有何牴觸憲法之處；又該聲請人就刑法第五十四條聲請解釋憲法部分，查其所據以聲請解釋之確定終局裁定，並未適用該條規定，均核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。

本件二聲請人就刑法第四十一條第二項所為暫時處分之聲請部分，因本案業經作成解釋，已無審酌必要；又其中一聲請人關於刑法第五十三條之釋憲聲請部分，既應不受理，則該部分暫時處分之聲請亦失所附麗，均應予駁回。

貳、評析

本號解釋的重點在考試上值得注意的有兩點：一是關於人身自由的拘束，涉及到憲法第 8 條之規定，相關釋字有第 384、588、636、646 號解釋。二是關於大法官解釋的拘束力，在大法官做出釋字第 366 號解釋後，立法院是否得違背其見解，制定與其牴觸之法律？以下將一一分析介紹：

一、對人身自由之拘束

憲法第 8 條第 1 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。」，因此，如欲拘束人民之人身自由，必須有法律依據加上正當程序，重要的相關大法官解釋介紹如下：

(一)法律依據

關於拘束人身自由的法律依據，可分為刑罰與非刑罰兩種，司法審查的寬嚴標準會不一致，說明如下：

1.刑罰

(1)釋字第 646 號解釋：刑罰具最後手段性，應受嚴格限制，其目的須為**保護憲法上特定重要公益**，並合乎比例原則。如立法採取刑罰，因立法者較有能力體察各項因素，如其判斷與預測合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。

(2)釋字第 662 號解釋：以徒刑拘束人民身體之自由，乃遏止不法行為之不得已手段，對於不法行為之遏止，如以較輕之處罰手段即可達成效果，則國家即無須動用較為嚴厲之處罰手段，此為憲法第 23 條規定之本旨。

2.非刑罰

釋字第 636 號解釋：如拘束人身自由而與刑罰無異者，其構成要件是否合乎**法律明確性**應受較嚴格之審查，並應**踐行與限制刑事被告人身自由相類之正當程序**。

3.正當程序

釋字第 588 號解釋：人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第 8 條第 1 項之法定程序係指凡限制人民身體自由之處置(不問是否為刑事被告)即須有法律依據，須**踐行必要之司法或其他正當程序**(如經由中立、公正第三者之法院審問，親自到場參與程序，行對質詰問或有陳述意見之機會等等……。)此為**憲法保留**之範疇，立法者不得以法律剝奪之。惟刑事被告與非刑事被告之人身限制有本質上之差異，其須踐行之程序自非須同一不可。

人身自由的拘束是一個非常重要的考點，但已多年都沒有考，當大法官於 98 年 6 月 19



號做出本號解釋後，關於人身自由的相關釋字已累積有六號(註1)，因此98年8月的司法官考試憲法第2題的第1小題(註2)就考出來了，這告訴我們釋字一定要持續不斷地看到考前，並且要將相關的釋字做串連、整理，一併記憶。

二、大法官解釋的拘束力

(一)多數意見之見解

依憲法第78條、第171條之規定，**司法院大法官就憲法所為之解釋，不問其係闡明憲法之真義、解決適用憲法之爭議、抑或審查法律是否違憲，均有拘束全國各機關及人民之效力(釋字第185號解釋)**，立法院基於民主正當性之立法責任，為符合變遷中社會實際需求，得制定或修正法律，乃立法形成之範圍及其固有權限。**立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，自不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。**

(二)陳新民大法官不同意見書之見解

時代究竟會繼續前進，任何立法都必須反應新時代的需要與新民意的價值，到底過去的釋憲解釋能夠拘束多久的立法權？法律，不論公法或私法，大都承認「情事變遷原則」，難道在規範立法權與釋憲權之間便無此原則存在的餘地乎？這是否也和民意政治所彰顯的「主權在民」之原則有違？也因此，德國聯邦憲法法院第一庭在1997年所作出的判決(BVerfGE 77,84/103)便改弦更張認為：**只要立法者認為有「特別理由」存在時，即可以重新為相同或相類似之立法。**只要立法者主觀認為一有不同的立法理由存在時，即可更易之。倘欠缺此立法理由時，則必須遵守先前的釋憲解釋。

故應重新確認立法者的立法正當性，而後再檢驗其是否符合憲法之規定，而無庸受到舊有解釋例所持見解的拘束。經過這種「重新價值判斷」後，獲得與前解釋例的一致見解，方可「宣稱」以往解釋例的繼續適用性，即「獲得再生」。故是「先實質審查」再「程序面宣布」。否則，動輒先受到舊解釋例的見解拘束，永遠難產生新的突破見解。

(三)學者見解

有學者提出「持續性的憲法對話」之見解，認為違憲審查係以維持權力部門間之「動態平衡」為目的，為司法機關對於某個憲法問題，與其權利部門間持續性互動、對話的一環，並非最終之答案，立法部門仍得再經重新審議後，為符合現實時空環境所需，而制定出與經宣告違憲之法律內容相同之法律，以回應違憲機關所為之宣告。

註1：釋字第384、558、636、646、662號解釋。

註2：憲法第8條第1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。」，上述規定的保護對象通常是指刑事被告，試問行政法上人身自由之剝奪是否也應遵循此項規定？

