

釋字第 808 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

黃虹霞大法官加入

110 年 9 月 10 日

本號解釋宣告，社會秩序維護法（下稱社維法）第 38 條但書（下稱系爭規定）關於處罰鍰部分之規定，於同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則，於此範圍內，應自本解釋公布之日起，失其效力。

就上開結論，本席敬表贊同，惟認為尚有略為闡述之必要，爰提出本協同意見。

一、違反社維法之行為與犯罪行為之相若與迥異

本號解釋認為，社維法第 3 編分則所規範之各種違法行為，原即包含具與刑罰相若之「輕罪」行為，且各該違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同；從而，同一行為如已受刑事法律追訴並經有罪判決確定，即不得再依系爭規定處以罰鍰，否則即屬違反法治國之一罪不二罰原則。（解釋理由書第 4 段參照）

此項見解，與學說就行政罰與刑罰得否併罰之問題，係採「量之區別說」，看法相同¹，固非無據。

¹ 參見，洪家殷，行政罰，翁岳生編，行政法，2020 年 4 版，811 頁；蔡震榮，行政罰之管轄權確定原則，廖義男編，行政罰法，2017 年 2 版，335 頁；李惠宗，

按社維法第3編分則（第63條至第91條），共有4章，分別為第1章「妨害安寧秩序」、第2章「妨害善良風俗」、第3章「妨害公務」、第4章「妨害他人身體財產」。僅就其章名觀察，其中之第1章至第3章，固然分別與刑法第2編分則之第7章「妨害秩序罪」、第16章之1「妨害風化罪」、第5章「妨害公務罪」相當；而第4章，則亦略為相近於刑法第2編第23章之「傷害罪」及第29章以下之財產犯罪。

然而，細看社維法第3篇第1至4章各條，明顯可知，本號解釋所謂「社維法第3編分則所規範之各種違法行為，原即包含具與刑罰相若之『輕罪』行為」，甚有商榷餘地。

詳言之，在不討論法律明確性之前提下²，社維法第3編各章所定行為，固然有不少確實與刑法所定之犯罪行為「相若」，僅其違法性「不若」犯罪行為之嚴重而已。社維法第63條至第70條、第73條第4款、第74條第4款、第75條、第80條至第81條、第82條第2款、第83條至第84條、第85條第1款至第3款、第87條至第91條所定行為，大多即係如此。

惟社維法第3編各章所定行為，亦有許多明顯有別於犯罪行為。社維法第71條至第73條（但不含第73條第4款）、第74條（但不含第4款）、第76條至第79條、第82條第1款、第85條第4款、第86條等，皆為其例。

準此，本號解釋所稱「社維法第3編分則所規範之各種

行政法要義，2013年，521頁。

² 例如，社維法第74條第1款規定之「深夜遊蕩，行跡可疑」、第83條第2款所定「放蕩之姿勢」，均有違反法律明確性之嫌。又，本法第89條第2款所稱「無正當理由，跟追他人，經勸阻不聽」，依本院釋字第689號解釋，與法律明確性原則尚無牴觸。

違法行為，原即包含具與刑罰相若之『輕罪』行為」，實乃多數意見為達成「同一行為經判決有罪確定者，不得對該行為再依系爭規定處以罰鍰」之結論，勉強提出之論據³。

二、同一行為經無罪判決確定後，可否再依系爭規定處以罰鍰？

本號解釋於解釋文宣告，同一行為經有罪判決確定者，不得再依系爭規定處以罰鍰。

本號解釋另於解釋理由敘明：同一行為經「無罪判決確定後，得否依系爭規定處以罰鍰部分，因與原因案件事實無涉⁴，不在本件解釋範圍。」

此項敘明，充分顯見大法官就「同一行為經無罪判決確定後，得否依系爭規定處以罰鍰」，有意留待具體案例再為妥適處理。

按本號解釋係本於社維法之處罰與刑罰，僅屬「量之區別」，而認為同一行為已經刑事追訴並判決有罪確定者，不得再科以社維法之罰鍰。

在此前提下，本席以為，同一行為既構成犯罪又違反社維法，且其違反社維法之不法內涵，得被犯罪行為之不法內涵「吸收」且完整評價者，始有基於一罪不二罰原則，不得再依社維法科以罰鍰可言。

亦即，在適用一罪不二罰原則時，應特別注意觸犯社維法及刑法之行為，是否屬同一行為事實⁵並經完整評價。倘刑

³ 就此，本號解釋林俊益大法官提出之不同意見書肆部分，所持見解甚值贊同。

⁴ 本號解釋原因案件之當事人，係經法院認定有罪並予判決有期徒刑2個月確定。

⁵ 一行為不二罰原則下同一行為之認定，敬請參見許宗力大法官於釋字第604號解釋所提之協同意見書二部分；本號解釋一罪不二罰原則所謂同一行為及二罰之

法犯罪之構成要件超出社維法之構成要件，則同一行為雖經刑事追訴而判決無罪確定，但如刑事法院僅以刑法高度之不法內涵與構成要件，評價該行為，而就其是否違反低度之社維法規定，未予審酌者，該行為即非屬已經完整評價，從而尚非不得就未經評價部分，依社維法予以處罰⁶。

例如，社維法第 87 條第 2 款所定之「互相鬥毆」，以行為人互有加暴行於他方為要件，而加暴行於人，其意涵與刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪之範圍並非一致，故加暴行於人成傷者，固屬刑法之傷害罪，但加暴行於人未成傷者，則仍應受社維法上開條文之規範。因此，如行為人互相鬥毆，因皆未成傷而均經無罪判決確定，但其互相鬥毆行為，已該當社維法前揭規定，如係在公共場所互相鬥毆者，更嚴重影響社會安寧秩序，自均應依該規定予以處罰⁷。

又如，刑法第 231 條第 1 項媒介性交之構成要件為：「意圖使男女與他人為性交……之行為，而……媒介以營利」；社維法第 81 條第 1 款前段之構成要件則為：「媒合性交易」。因此，警察機關查獲行為人媒介（合）他人為性交易，乃依社維法第 38 條本文規定，移送檢察官辦理；檢察官亦依刑法第 231 條第 1 項規定起訴，惟法院經審理後，認定行為人並

概念，黃昭元大法官於其所提之協同意見書段碼 17-21，有精闢闡釋，敬請參閱。

⁶ 黃瑞明大法官於本號解釋所提之協同意見書二部分，就此持不同見解，敬請參閱。

⁷ 參見臺灣高雄地方法院高雄簡易庭 108 年度雄秩字第 279 號刑事裁定事實理由及證據二、臺灣宜蘭地方法院 110 年度秩聲字第 1 號刑事裁定事實理由及證據三。此二裁定之原因事實，互毆之當事人均因互未提起傷害告訴而未經法院實體審理，惟法院皆認仍應以社維法之規定處罰。同理，於無罪判決時，因此部分未依社維法之規定予以評價及處罰，仍應認有以社維法評價之空間。又，上開高雄簡易庭裁定雖得抗告，惟於司法院法學檢索系統查無歷審裁判，應已確定；上開宜蘭地院之裁定，則因不得抗告，而告確定。

無營利，遂判決無罪確定。此時，行為人媒合他人為性交易，是否違反不以營利為必要之社維法第 81 條第 1 款，未經法院審酌，故尚不得認法院所為之無罪判決，已對前述之同一行為是否符合整體法體系之規定，予以完整之評價。就此法院未予評價之部分，即非不得另依社維法規定加以檢視，並從而依該法第 81 條第 1 款規定裁罰之⁸。

再如，警察分局派出所教官酒後與人發生口角，遭一群人一路追進派出所，終經該所警員出面，始未釀成大害⁹。若警察機關將該群人以傷害罪移送，但因教官未受傷害，法院乃判決無罪確定。於此情形，法院判決無罪，係因被告之行為不構成刑法第 277 條第 1 項之傷害罪所致；至於該同一群人之（多數）同一行為（追打教官），是否該當社維法第 87 條第 1 款之「加暴行於人」，並非無罪判決關心所在，法院於審理是否構成傷害罪之過程中，縱使有調查此項事實，亦不得於無罪判決之外，另依社維法予以評價並科以該法所定之處罰。因此，警察機關對該等經無罪判決確定之行為人，仍得依社維法規定裁罰之¹⁰。

⁸ 例如土豪負擔全部費用，於五星級飯店舉行私人派對，並提供性招待供賓客取樂，因其未有營利之意圖，尚難認構成刑法第 231 條第 1 項之罪，惟其行為仍有依社維法第 81 條第 1 款處斷之可能。又，關於社維法媒合性交易之相關規定，是否具有處罰之正當性，學說與實務容有不同見解，本席對此保持開放之態度。此處僅為闡明概念舉例之用，無涉條文合憲性之評價。

⁹ 本例子取材自 2021 年 5 月間發生於臺北市之實際案例。

¹⁰ 其他尚有不少例子，可供理解。茲僅再舉一例：賭博財物行為，雖因非在公共場所或公眾得出入之場所為之（刑法第 266 條），致法院判決無罪，但對該同一行為，仍得依社維法第 89 條處以罰鍰。

三、一罪不二罰原則之程序配套規定：借鏡德國

一罪不二罰、一行為不二罰、一事不二罰、一事不再理原則，乃法治國之基本原則，迭經大法官解釋肯認之（參見釋字第 359 號、第 604 號、第 638 號、第 666 號、第 751 號、第 754 號、第 775 號、第 799 號及本號解釋）。民國 95 年 2 月 5 日開始施行之行政罰法第 26 條第 1 項前段，亦予明文。

然而，程序上，我國相關規定，是否足以貫徹一罪不二罰，尚有疑問。當同一行為涉及行政罰與刑事罰時，更是如此。

以德國為例，本號解釋原因案件之事實（行為人之行為，既涉及行政罰，又涉及刑事罰），依該國秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 簡稱 OWiG）規定，行政機關就違反該法之行為，認有違反刑法之嫌疑者，應將案件移送檢察官（第 41 條第 1 項）；檢察官認無須開啟刑事程序者，應移回行政機關（同條第 2 項）。反之，檢察官於偵辦刑事案件時，除法律另有規定外，亦得從秩序違反觀點追訴之（第 40 條）。檢察官關於行為人之行為是否應予刑事追訴之決定，行政機關應受其拘束（第 44 條）。案件經檢察官起訴者，法院於刑事程序中，亦應從秩序違反法之觀點判斷之，並得僅從違反秩序之觀點，而對該經起訴之案件為判決（第 82 條第 1 項）；易言之，開啟刑事程序後，法院雖認為犯罪追訴部分應判決無罪，但如認定被告之同一行為違反秩序者，仍得依秩序違反法科處罰鍰¹¹。

¹¹ 許澤天，刑事罰與行政罰競合之刑事優先與一事不再理原則—評大統混油案之訴願決定，台灣法學雜誌，第 261 期，2014 年 12 月，112 頁-128 頁（116 頁-117 頁）。

反觀我國，程序規定上，僅有如同前述德國秩序違反法第 41 條第 1 項之社維法第 38 條前段；但案件經移送檢察官後，及檢察官起訴後，檢察官及法院僅檢視該案行為人是否構成犯罪，而不必且不得同時檢視行為人之同一行為，是否亦違反社維法。其結果為：同一行為經法院判決後，不論其為有罪或無罪判決，負責處理違反社維法之警察機關及地方法院及其分院之簡易庭及普通庭法官，均面臨如就該業經法院判決之行為，再依社維法論斷，是否違反一罪不二罰或一行為不二罰原則之困擾；更有導致行為人之同一行為遭國家不同機關（法院刑事庭／警察機關或普通法院簡易庭及普通庭）重複處罰之風險。

四、結論：法制不備所致人權保障與法治維護之兩難

從人權保障之觀點，國家法制之不備，其不利益不應由人民承擔；從維護法治之立場，國家法制之不備，亦不應造成違法者有機可乘。大法官解釋，僅能在個案上力求兼顧保障人權並維護法治，且經常左支右絀。立法者，才是通案彌補法制不備之專責者¹²。

¹² 相同意見敬請參閱本號解釋黃瑞明大法官所提之協同意見書三部分。