

釋字第 808 號解釋協同意見書

楊惠欽大法官 提出

本號解釋針對社會秩序維護法（下稱社維法）第 38 條但書規定中，就同一行為，於已受刑事處罰確定，仍得依同法處以罰鍰部分之規定，認為有構成重複處罰之違憲結論，本席敬表贊同，惟社維法第 38 條係規定：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律……者，應移送檢察官……依刑事法律……規定辦理。但其行為應處……罰鍰……之部分，仍依本法規定處罰。」（下稱系爭規定），依此規定，關於違反社維法之行為，雖應移依刑事法律規定辦理，但仍得依社維法處以罰鍰，換言之，系爭規定係容許就同一違反社維法之行為，分別為刑事罰及處以罰鍰，本號解釋多數意見乃以一罪不二罰原則，作為本號解釋之解釋原則，並為系爭規定部分違憲之宣告，尚非以一行為不二罰原則處理之。而在本號解釋針對同一行為依社維法之罰鍰與刑事罰競合間肯認不二罰原則之適用下，則基於前所述系爭規定僅是為應移依刑事法律規定辦理，及仍得依社維法處以罰鍰之規範內容，本號解釋所稱禁止一罪不二罰之「二罰」，其中一為罰鍰，固甚明白，但另所指「移依刑事法律規定辦理」之「罰」，即本意見書於前開敘述上所泛稱之刑事罰究何所指？

對此問題，本號解釋多數意見指明係「已受刑事法律追訴並經有罪判決確定」者，雖未敘明具體之理由，但本席認或可自下述問題之思考中得其脈絡，並就多數意見將系爭規定重複處罰之違憲範圍界定為「有罪判決確定」部分，認理

由尚有補充及不同之處，爰提出協同意見。

壹、系爭規定並非典型刑罰與刑罰競合之規範

一罪不二罰，依其文義即知核屬刑事罰領域之概念，即禁止刑罰之重複處罰（刑罰＋刑罰）。刑罰之一罪不二罰原則，係基於法治國之法安定性、信賴保護及比例原則之考量，認其屬憲法原則，較無爭議，從而本號解釋以之作為解釋原則，其理由亦不難理解。惟本號解釋多數意見，以構成重複處罰禁止之觀點，指明系爭規定所稱「應移依刑事法律規定辦理」，須其結果除已受刑事法律追訴外，尚須經有罪判決確定者，始屬本號解釋所稱禁止一罪不二罰之範圍，並未詳述理由。而若自一罪不二罰原則係可就重複處罰所致之不利益，分從訴訟程序面向及實體面向，加以觀察一罪不二罰之原因，則自多數意見未將與有罪判決同具實體確定力之無罪判決併列，本席揣測多數意見似係自一罪不二罰之實體面觀點審究系爭規定所涉禁止重複處罰之範圍。但多數意見若係以實體上之重複不利益作為界定系爭規定所涉一罪不二罰範圍之標準，則無罪判決即應不在系爭規定一罪不二罰之列，然多數意見卻又於解釋理由中，特別予以敘明「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，不在本件解釋範圍」，似又在界定系爭規定所涉一罪不二罰範圍之標準，可能加入訴訟程序面向重複不利益之考量。

實則，一罪不二罰原則於典型刑罰與刑罰競合之情形，因個案係循刑事訴訟程序進行，而基於刑事訴訟程序會使人民暴露於公開審判程序，為保護被告免於一再受訴訟程序之

消耗與折磨，防止其因重複審判帶來之痛苦，並確保判決之終局性（本院釋字第 775 號解釋參照）等觀點，而著重於一罪不二罰原則內涵中之法安定性原則，我國刑事訴訟法第 302 條第 1 款、第 303 條第 2 款規定之一事不再理原則即屬之。

惟系爭規定並非典型之刑罰與刑罰之競合，而係刑罰與罰鍰之競合。雖本號解釋多數意見以社維法第三編分則規範之違法行為係包含輕罪行為，並所為量罰審酌事項同刑法規定，且該法又明文為準用刑事訴訟法之規定等由，進而採一罪不二罰作為解釋原則。然觀本號解釋爭執所在之社維法，依社維法第 43 條及第 45 條規定，社維法關於「罰鍰」之處罰，除警察機關認違反社維法之行為應裁處拘留，然經移送該管法院簡易庭後，卻遭法院裁處罰鍰之情形外，罰鍰均係由警察機關作成處分書裁處之，而警察機關之此等處分，本基於大量行政而具有行政效能考量，且即便係由法院簡易庭進行罰鍰之裁處，因其係以裁定形式為之，仍係著重於處理效能及程序經濟，與刑事訴訟作成實體判決之嚴格程序要求明顯有別（社維法第 46 條及法院辦理社會秩序維護法案件應行注意事項第 4 點、第 5 點參照），雖另明文為刑事訴訟法相關規定之準用，然所須準用者亦多係涉及事實認定之相關規定（地方法院與警察機關處理違反社會秩序維護法案件聯繫辦法第 4 條規定參照），亦即社維法所規範罰鍰裁處程序之本質及要求，核與適用刑事訴訟法之刑事實體判決程序係有相當差異，則於此等規範背景下，系爭規定禁止重複處罰之刑罰範圍，實難再依禁止典型刑罰與刑罰競合之一事不再理原則決定之。

貳、我國之刑事程序並未就違反社維法之行為進行審究

基於系爭規定所採刑事優先原則，警察機關於查獲違反社維法之行為，又涉嫌違反刑事法律時，於移送檢察官後，不論是檢察官之偵查或起訴後之法院審判，法律並未要求應就違反社維法之行為一併審究，而與德國違反秩序法要求於檢察官對犯罪行為作出不起訴處分時，須將違反秩序行為移送行政機關裁處，若檢察官起訴，法院則需將起訴標的（含秩序違反行為）作出完整之法律評價，即要將秩序違反法之觀點一併納入審理基準（德國秩序違反法第 82 條第 1 項參照）¹之方式，顯然有別。

爰另舉以下實例，具體觀察系爭規定所禁止重複處罰之刑罰範圍，若從程序面觀察，其呈現之問題點。

【實例】

甲遭警察機關查獲，認其因吸食煙毒及麻醉藥品以外之迷幻物後開車，且已達不能安全駕駛之程度，而遭依涉嫌違反刑法第 185 條之 3 第 1 項第 3 款規定，移送檢察官，惟嗣後經法院以甲雖有吸食煙毒及麻醉藥品以外之迷幻物，但並未達不能安全駕駛之程度為由，判決甲無罪確定。

觀此無罪判決，縱其已為甲有吸食煙毒及麻醉藥品以外之迷幻物之事實認定，但因此等行為並非得以刑事處罰之行為，而法院又未能就該違反社維法第 66 條第

¹ 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，台灣法學雜誌，261 期，2014 年 12 月，頁 118。

1 款規定之行為進行審究，故僅能為無罪判決。則該違反社維法之行為，於一罪不二罰原則係採程序面觀察時，將因該優先之刑事罰係屬具實體確定力之無罪判決，基於一事不再理原則，警察機關即可能不得依社維法第 66 條第 1 款規定處以罰鍰（如認二者係屬同一行為）。反之，若甲僅是吸食煙毒及麻醉藥品以外之迷幻物，但並未開車，則其係會遭依違反社維法第 66 條第 1 款規定裁處。

從而，雖一罪不二罰係屬刑事罰體系之概念，且本號解釋多數意見亦認社維法所為之處罰具有刑罰之實質，則依循典型刑罰與刑罰競合之一事不再理原則，處理禁止重複處罰之刑罰內涵，似亦順理成章，然除基於前已述之社維法罰鍰裁處程序，刑事司法程序本於法安定性原則所為之一事不再理考量，其意義係難以彰顯外，在我國法制係採刑事優先之立法²，又未於優先之刑事程序要求應一併對違反社維法行為予以評價之情況下，本號解釋標的之刑罰與社維法之罰鍰競合，關於禁止重複處罰之刑罰內涵，自應從實體面予以審究。

參、關於系爭規定所禁止重複處罰之刑事罰，本號解釋所界定內涵之思考

對於如何認定刑罰與社維法之罰鍰是否構成重複處罰之刑罰內涵，多數意見所採應從實體面觀察之觀點，本席雖敬表贊成，然就其未具理由即為「已受刑事法律追訴並經有罪判決確定」之界定部分，則難以同意。

蓋刑罰與罰鍰究屬量或質的差異，雖存有學理上之

² 此處為刑罰優先之說明，並非認刑罰優先係憲法原則，而係為聚焦爭點。

爭議，然自目前應屬通說之量的差異觀點出發，則不論是採一罪不二罰之實體觀點，並著重比例原則之審查，或僅據比例原則進行審查，多數意見所採「已受刑事法律追訴並經有罪判決確定」之內涵，本席認為固然是其中之一種選項，但並非是唯一選項，如行政罰法第 26 條第 2 項即有未盡相同之內涵規定。

申言之，一罪不二罰所稱之一罪實係指一（犯罪）行為，則二罰所稱之「罰」，因刑事處罰之內涵係包含「罪」與「罰」，本號解釋多數意見所指之「有罪判決」即係由「罪」出發，其內涵係包含科刑、免刑及緩刑判決，即有罪判決係包含未予以實際處罰者，而行政罰法第 26 條第 2 項將免刑及緩刑亦排除於禁止不二罰範圍，觀其立法理由所稱：「第 1 項行為如經免刑或緩刑之裁判確定，因法院為免刑或緩刑宣告所斟酌者，係情節輕微、自首、難以苛責、行為人年紀尚輕而給予自新機會或維護親屬間家庭和諧關係等因素，無庸斟酌行為人所違反行政法上義務規定之立法目的。故為兼顧該等法律立法目的之達成，並考量經免刑或緩刑裁判確定者，未依刑事法律予以處罰，與緩起訴處分確定者同，為求衡平，爰於第 2 項增訂……」並徵諸前述德國秩序違反法規定，本席認行政罰法第 26 條之不二罰範圍界限係著重以實體上之「罰」為標準³。換言之，不二罰之「罰」究應從「罪」之觀點或「罰」之觀點為比例原則之衡量，係有不同之論點，其間

³ 依行政罰法第 26 條第 1 項之立法理由，本席認其應係採刑罰與罰鍰（行政罰）係量的區別說，且依行政罰法第 26 條第 2 項規定於 110 年 11 月 23 日之修正理由，本席認其係基於我國刑事罰之相關規範，為避免違反行政法上義務之行為，於刑事程序未能受到評價之問題而為，具有自「罰」之觀點進行比例原則衡酌之意旨。

甚或不排除係存有立法裁量空間。惟多數意見未具理由而為有別於行政罰法第 26 條第 2 項規定之界定，則論理上或得以社維法之處罰，因本號解釋係定性其具刑罰實質，是就禁止重複處罰之刑罰內涵為不同界定，其射程範圍並不及於屬規範刑罰與行政罰罰鍰之行政罰法第 26 條之方式理解之。