

釋字第六三六號解釋

部分協同意見書

大法官 許宗力

大法官 林子儀

大法官 許玉秀

本案多數意見指出，系爭檢肅流氓條例第二十一條第一項規定「受裁定感訓處分之流氓行為，同時觸犯刑事法律者，經判決有罪確定，其應執行之有期徒刑、拘役或保安處分，與感訓期間，相互折抵之。其折抵以感訓處分一日互抵有期徒刑、拘役或保安處分一日。」係因流氓行為如同時觸犯刑事法律，行為人可能於受刑罰及保安處分宣告之外，復因同一事實而受感訓處分，故規定感訓處分與刑罰或刑法上之保安處分應互相折抵，使行為人受憲法保障之身體自由，不致因不同之訴訟程序，而遭受過度之限制。本席等對此論述敬表同意。惟多數意見既已看出本條涉及同一行為先後遭受不同訴訟程序之訴究，卻未能進一步審查其合憲性，未免令人有為德不卒之嘆，爰提出部分協同意見書補充討論如後：

按檢肅流氓條例第二條所稱各種流氓行為，絕大部分都同

時構成犯罪行為。因此流氓行為如同時構成刑事不法，根據現行法律規定，行為人確實有可能因同一行為，而先後遭受刑事訴訟法與系爭檢肅流氓條例所規定的兩套不同程序追訴與審判。是即使實體法上已因感訓處分與刑罰或刑法上之保安處分應互相折抵，而脫免違反一行為不二罰或比例原則之指摘，在程序法上仍涉牴觸一事不再理原則之疑慮，有待進一步檢驗。

一事不再理原則，是程序法的概念，與歐陸法傳統上的 *ne bis in idem* 原則以及英美法的 *Double Jeopardy* 原則（禁止雙重危險原則）相當，指就人民同一違法行為，禁止國家為重複之刑事追訴與審判，其主旨在維護法安定性，保障任何經判決有罪或無罪開釋確定者，無庸就同一行為再受一次刑事訴究，而遭受更不利之後果¹。其次一個目的則在於保護經實體判決確定之被告，免於再接受一次訴訟程序的騷擾、折磨、消耗與負擔²。法制上之所以發展出一事不再理原則，乃是因為刑事訴訟程序迫使人民暴露於一個公開審查程

¹ Vgl. *Georg Nolte*, in *v.Mangoldt/Klein/Starck*, GG III, Art.103 Rdnr.178; *Schmidt-Assmann*, in *Maunz/Dürig*, GG, Art.103 Rdnr. 258,260.

² *Akhil Reed Amar, Double Jeopardy Law Made Simple*, 106 *Yale L. J.* 1807, 1822 (1997); *Nyssa Taylor* 則舉「維持人民與國家間之適當均衡」、「提昇刑事司法體系之正當性」、「減低不當追訴之風險」、「避免裁判帶來之苦惱」、「防止國家騷擾被告」、「避免媒體對被告之持續騷擾」等項為禁止雙重危險原則所追求之價值，See *Nyssa Taylor, England And Australia Relax The Double Jeopardy Privilege For Those Convicted Of Serious Crimes*, 19 *Temp. Int'l & Comp.L.J.* 189, 206-218 (2005).

序，以決定是否對其個人作非價之非難，進而施以處罰，是為確保這種使人難堪，使人之生命與身體可能遭受剝奪之風險的程序，僅能侷限於必要之範圍，並儘可能縝密、徹底地實施，自有必要將針對同一行為所實施之刑事追訴程序加以限制，至多僅允許其作一次之嘗試（auf einen Versuch）³。

一事不再理原則固未見諸我國憲法明文，但早已蔚為普世原則，並為聯合國「公民與政治權利國際公約」第十四條第七項所明白保障，自無為崇尚自由民主法治之我國憲法排斥之理，解釋上第八條之正當程序或第二十二條之概括條款都有可能是一事不再理原則在我國憲法的落腳處所。

根據前述，可知一事不再理原則僅適用於刑事法領域，秩序罰、懲戒罰或警察罰不適用之。因此，同一行為如分別經刑事訴訟程序與秩序罰程序（或懲戒罰程序）之追訴與處罰，無論孰先孰後，都無違反一事不再理原則之虞。也因此，同一流氓行為如經判決有罪或無罪確定，再移送進行感訓處分程序，究竟有無牴觸一事不再理原則，首先就應視不得重複為刑事訴究之「刑事訴究」究竟有無包括檢肅流氓條例之感訓處分程序而定。感訓處分在形式上觀之，固然不屬刑法

³ Georg Nolte, ebenda.

典上的刑罰或保安處分，但委實說具強烈自由刑色彩，甚至可以說是具加重執行特徵之自由刑。即使不承認是加重的刑事處罰，而依循釋字第 384 號解釋的見解，主張感訓處分是一種特別法上的保安處分，但由於感訓處分亦長期拘束人民人身自由，程序上亦均應由法院裁判，且其行為矯治與犯罪防制之功能亦與刑罰目的契合，而具密切關係，是將感訓處分程序定性為「刑事訴究」自無疑義。職是，如果同一流氓行為經刑事實體判決確定，無論有罪或無罪，只要再經一次同具「刑事訴究」性質之感訓處分程序，就有違反一事不再理原則的問題。

由於感訓期間是一至三年，所以如果前面的刑事判決是無罪，或刑罰+保安處分三年以下，則後面再次進行的感訓處分程序確實是有可能使行為人遭受更不利後果之風險，與法安定及信賴保護有違，其牴觸一事不再理原則自堪認定。反之，倘使前面的刑事判決是刑罰（+保安處分）三年以上，而根據系爭條例第二十一條規定，感訓處分一日可以互抵有期徒刑、拘役或保安處分一日，互抵結果，感訓處分已無庸執行，則後面的感訓處分程序似乎不可能再對行為人帶來更

不利後果之風險⁴。但即使不會帶來更不利之後果，就同一行為再進行一次新的感訓處分程序，仍會對行為人帶來程序騷擾、折磨、消耗與負擔，所以依然脫免不了違反一事不再理原則之指摘。況即使不談一事不再理原則，為了一個可能被折抵，最後因而可能不發生實際效果的感訓處分，進行一個新的程序，使當事人再多遭受一次程序騷擾、折磨、消耗與負擔，恐怕也是難以在比例原則面前站得住腳。

至流氓行為如未達犯罪程度，例如穿黑衣服、跟蹤、監視、守候等令人心生畏懼的行為，固然從基本權的保護義務功能觀之，國家也有採取行動以保護善良民眾免於遭此流氓行為騷擾的義務。但國家採取保護手段也必須嚴格遵守比例原則之要求。如對類此未達犯罪程度的流氓行為，只因要對其施以處罰，或因其有實施犯罪之可能或傾向，為達預防犯罪目的，就可以根據本條例科處長達一到三年、在拘束人身自由之效果上近似有期徒刑的感訓處分，其剝奪人身自由之不合比例性更是明顯，不僅匪夷所思，顛覆傳統刑罰理論，更大開人權倒車，在某程度上甚至可以說與對岸備受學界批評之

⁴ 由此也暴露出感訓處分制度「只打蒼蠅、不打老虎」之不合理處。亦即，於流氓已受三年以上刑罰+保安處分宣告之情形，由於感訓處分期間可與刑罰+保安處分完全折抵，該流氓不致因感訓處分而遭到人身自由之進一步限制，故對檢肅流氓條例所定之訴究程序自然是有恃無恐。反而在流氓所受刑罰+保安處分之宣告未滿三年時，由於感訓處分可能延長其人身自由受拘束之期間，則感訓處分之訴究不免會造成該流氓在程序上之不確定感，威脅其個人法秩序之安定。就此，現行感訓處分制度之執行結果，實有輕重失衡之弊，不得不查。

勞動教養制度⁵相互輝映。

綜上，由於針對同時構成刑事不法之流氓行為，於刑事訴訟程序之外，再次進行感訓處分程序，將違反一事不再理原則；針對未達犯罪程度之流氓行為，施以感訓處分，又明顯不合比例，而單這兩項關鍵性的違憲就已足以癱瘓整部感訓處分體制之運作，是本席等認為，系爭檢肅流氓條例，無論要件再怎麼修的更為明確，程序修的再怎麼正當，刑罰、保安處分與感訓期間再怎麼修的可以互相折抵，都屬徒勞的局部手術，難以去除整個感訓處分制度的違憲印記。釋字第 384 號解釋與本件解釋都於解釋理由書末尾，苦口婆心委婉呼籲有關機關應於兼顧保障人民權利及維護社會秩序之需要，對檢肅流氓條例進行**通盤檢討**。其更深意涵有待相關機關細細咀嚼。本席等認為相關機關無妨利用這次有數個條文被宣告違憲，或應檢討改進，而須修法因應之機會，痛下決心，真正作次通盤檢討，正視整部條例之存廢問題⁶。

⁵ 在中國大陸，勞動教養是一種針對違反行政法律但尚不夠刑事處罰的違法者，由公安機關所採取的剝奪人身自由的行政羈押措施，最長可達三年。參見陳瑞華，中國大陸的勞動教養制度，發表於 2006 年 12 月 14 日由司法院、法務部、台大法律學院、紐約大學法學院等單位共同主辦之「流氓檢肅法制研討會」。

⁶ 例如考慮對傷害、恐嚇、毀損等惡性較大、反覆實施者，納入刑法規範，提高其刑度；對其他較輕微者，修正社會秩序維護法，納入制裁；修正證人保護法，使因畏懼報復而不敢出面告訴或作證者，能在一定嚴格條件下以秘密證人身份受到保護，而敢於挺身而出，即可一方面廢除檢肅流氓條例，使國家回復法治常軌，他方面又能回應社會對治安之期待。