

# 一行為不二罰原則之內涵及行為數之判斷

-以兒童及少年福利與權益保障法第 43 條規定為中心

## 鑑定意見

王韻茹\*

### 目錄

- 壹、 前言：委請提供鑑定意見之問題
- 貳、 一行為不二罰原則之內涵
- 參、 行為數之判斷標準與本文判斷模式的嘗試
  - 一、 釋憲實務與行政法院實務
  - 二、 行政罰行為數判斷之學理討論
    - (一) 概論：取向於刑法行為數之認定
    - (二) 行政罰之綜合性判斷標準
    - (三) 建構判斷模式之嘗試
- 肆、 以兒童及少年福利與權益保障法第 43 條規定為例之判斷
  - 一、 兒童及少年福利與權益保障法第 43 條之法條結構
  - 二、 鑑定問題一：行為人提供兒少權法第 43 條第 1 項各款之不同物品的行為數
  - 三、 鑑定問題二：行為人提供同款所列之不同物品的行為數
- 伍、 結論

## 壹、 前言：委請提供鑑定意見之問題

依據貴會委請提供鑑定意見，關於一行為不二罰原則之內涵與行為數之判斷，並具體以兒童及少年福利與權益保障法第 43 條規定為例，希冀探求具體個案中之行為數判斷。委託鑑定之具體問題如下：依據兒童及少年福利與權益保障法(下稱兒少權法)第 43 條第 3 項規定，任何人均不得販賣、交付或供應同條第 1 項第 1 款至第 3 款之物質、物品予兒童及少年。如行為人提供兒少保障法第 43 條第 1 項各款之不同物品，究屬一行為或數行為？(問題一)又如行為人係提供同款所列之不同物品，究屬一行為或數行為(問題二)？

---

\* 中正大學法律系教授(lawyjw@ccu.edu.tw)

行為數判斷係涉及一行為不二罰原則內涵之適用，以下將先從一行為不二罰原則之內涵予以說明，其次則是檢視學理與實務上對於行為數之判斷標準後，提出本文嘗試建構之判斷模式。最後則將該模式之判斷適用於委託鑑定之問題，提出本文之鑑定意見。

## 貳、一行為不二罰原則之內涵

一行為不二罰原則係指對於行為人之同一違法行為，禁止重複加以處罰。一行為不二罰原則並非我國憲法之明文規定，而是來自於憲法實務的開展，並將之承認為憲法原則。司法院釋字第 384 號理由書提及同一行為不得重複處罰；司法院釋字第 503 號、604 號以及 754 號解釋均論及一行為不二罰原則為法治國原則之內涵。學理上討論此一原則之憲法基礎，有不同之觀點：有以司法院釋字為據，肯認該原則為民主法治國家之基本原則<sup>1</sup>；有認為基於信賴保護原則與比例原則<sup>2</sup>；有認為是正當法律程序<sup>3</sup>；更有進一步以人性尊嚴、自由權與法安定性原則開展一行為不二罰原則之憲法基礎<sup>4</sup>。對於違反行政法義務之一行為不應重複加以處罰，應與法治國原則中之比例原則相關，如重複處罰將使得評價違法之行為與處罰的關係顯然不具相當性。

在行政罰領域中，一行為不二罰原則並非絕對禁止雙重處罰。依據司法院釋字第 503 號解釋，大法官指出，一行為符合兩個處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，易言之，禁止對於同一行為處以相同性質與種類的處罰。處罰性質與種類是否相同的判斷，首先涉及是刑事罰與行政罰有無區別，其次是行政罰的種類不限於罰鍰，還有其他種類之處罰。這個相對化之內涵亦可從行政罰法第 26 條但書規定看出，一行為觸犯刑事法律及違反行政法上義務，雖優先以刑事法律處罰

---

<sup>1</sup> 李惠宗，行政罰法之理論與案例，2007 年，二版，頁 101；陳慈陽，憲法學，2004 年，頁 230。

<sup>2</sup> 程明修，若世界實有者，即是一合相—大法官釋字第 604 號簡析，臺灣本土法學雜誌第 76 期，2005 年，頁 216。

<sup>3</sup> 法治斌，試讀一事不二罰、資訊公開與司法審查，2003 年，頁 121。

<sup>4</sup> 洪家殷，論「一事不二罰」原則在行政秩序罰上之適用，臺大法學論叢第 26 卷第 4 期，1998 年，頁 82 以下。

之，惟行為應處以其他種類行政罰，亦得裁處之。總結來說，行政罰領域中之一行為不二罰原則並非是絕對禁止雙重處罰，毋寧是禁止處罰過當。

### 參、行為數之判斷標準與本文判斷模式的嘗試

#### 一、釋憲實務與行政法院實務

釋憲實務有多號釋字涉及行政罰法領域中之一行為不二罰原則，惟關於行為數之判斷說明並不明確清楚。首先是司法院釋字第 503 號，對於違反稅法規定之納稅義務人的行為同時該當行為罰與漏稅罰之構成要件，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要外，不得重複處罰。大法官在此號解釋中僅提出，禁止對同一行為採取相同性質與種類的處罰，但對於一行為的認定並未提出實質標準<sup>5</sup>。

對於此號解釋行政法院產生兩種不同的理解。第一種是取向於刑法學對一行為的認定，以行為人的「決意數」個數決定行為的單一性，例如，「違法行為人之同一違法行為，亦即其基於單一之決定或自然意義下之單一行為，違反數個法律，不得以同一事實和同一依據，給予兩次行政處罰……」（台中高等行政法院 90 年度訴字第 731 號判決參照）。第二種則是以行為人所違反之法律的「管制目的」個數，決定行為的單一性，例如，「行政法上所謂『一事』或『行為』，係以一項法律之一個管制目的為認定基礎。因此，分別違反變更使用及超過登記營業範圍之一事實行為，即非屬單純一事，或一行為，應分別處罰，尚無一事不二罰法理之適用……」（最高行政法院 93 年度判字第 1309 號判決參照）。然而，第二種見解以行政目的之個數作為判斷行為數之前提，再論行為數，似乎在邏輯上有倒果為因<sup>6</sup>。之後，最高行政法院 94 年 6 月份庭長法官聯席會議結論修正了第

<sup>5</sup> 李惠宗，一行為不二罰的判斷基準論—兼論海關緝私條例與貨物稅條例，法令月刊第 62 卷第 10 期，2011 年，頁 7。

<sup>6</sup> 林明昕，從德國法制之比較論行政罰法中之「單一行為」概念，法務部委託計畫，2007 年，頁 146。

二種見解，所涉法律問題係行為人未變更建築物結構，經營商業，而其業務內容不屬於建築物使用執照所核定之類別，且屬登記範圍以外之營業，結論係採一行為。如以第一種見解說明此一結論係，行為人以違法營業之決意經營業務，違反建築法未經核准變更使用以及商業登記法經營登記範圍以外之業務行為，在評價上應為一行為。然而，當行為人另外決意變更建築物結構並動手實行，則應評價為數行為。本文認為違反不同之行政管制目的，應是在裁罰效果上如何適當予以評價，而非直接納入行為數之判斷。

為防止行政機關任意切割違規事實持續存在或反覆施行特定違法行為，使人民遭受過當之處罰<sup>7</sup>，最高行政法院 98 年 11 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議，認為按次連續處罰既以違規事實持續存在為前提，行政機關每處罰一次即個別構成一次違規行為，做為區隔違規行為次數之標準，亦即行政機關做成裁罰後即生遮斷之效果，之前的行為不得再為後續處罰之對象。最高行政法院 105 年 10 月份第 1 次庭長法官聯席會議，認為人民出於同一招徠銷售藥物之目的，在一定期間內，多次刊播該藥物廣告，如時間密集行為緊接，應可認為是出於單一意思違反行政法上義務，該當於一個違反行政法上義務之行為，為一行為。在這兩個行政法院實務見解中，其以行為人決意數作為判斷行為數之標準應無疑問，惟實際個案中，以何種證據資料認定決意數，可能仍有爭議。以前述藥物廣告為例，得否以託播內容同一而託播頻道不同予以切割行為數<sup>8</sup>，不無疑問。本文認為切割行為數之標準，應由立法者明定為宜，而行政機關在個案中於認定行為數時仍宜以採取「決意數」作為判斷，如無法證明行為人另行起意為相同內容之違規廣告，且時間密集行為緊接，仍應將其認定為一行為，而在不同頻道播放相同違規廣告屬不法內涵的增加，屬於裁量罰鍰的考量要素，而得以加重裁罰。

---

劉建宏，一行為不二罰原則中行為數之認定－最高行政法院 105 年度第 290 號判決評析，月旦裁判時報第 62 期，2017 年，頁 12。

<sup>8</sup> 周佳宥，播放藥物廣告之處罰問題，月旦法學教室第 174 期，2017 年，頁 7。

其次是司法院釋字第 604 號解釋，大法官認為，立法者基於行政管制之目的，以法律技術將實際生活中的「一行為」切割為「數行為」，因而屬於數罪分別處罰，而無違反一行為不二罰原則。換言之，在立法論層次，立法者得以法律技術，將依行為切割為數行為或者將數行為合併成一行為。然而對此許玉秀大法官提出不同意見書加以批評，認為連續違規停車為「繼續性秩序違反」之單一行為，因而如任法律強行將「一般生活觀念中的一個犯錯行為，利用法律文字拆成數個」，並非妥適，其認為允許主管機關連續舉發違規停車之一行為本質上不是對於「數個違規行為為多次處罰，而是對於一個違規行為，依舉發次數，認定違規情節的嚴重程度，以酌量加重罰鍰的額度……」。學者對此提出修正意見，認為違規停車並非繼續性秩序違反，而是狀態性秩序違反之行為，故對於行為已結束所存在的違法狀態，原則上應屬行政執行範圍<sup>9</sup>。

最後，在司法院釋字第 754 號理由書中，大法官指出「行為數之認定，須綜合考量法規構成要件、保護法益及處罰目的等因素」。在這號釋字中，大法官同意行政法院實務，對於進口人填具進口表單所填載進口稅、貨物稅與營業稅之申報義務，從構成要件、規範基礎與處罰目的以及保護法益不同而認定為三個申報行為，而非一行為，因此違反時，得依各該法律規定併合處罰，並不牴觸一行為不二罰原則。行政罰法對於個案違反數行政義務採取併合處罰，而大法官認為併合處罰不應對於人民造成過度負擔，以符合比例原則。在這號解釋中，大法官明確提出判斷行為數的綜合性標準，亦即必須考量「法規構成要件、保護法益以及處罰目的等因素」，然而這些綜合標準於個案之適用時，在解釋上仍留有不同之空間，而可能導致結論不同。例如，學理上有主張不同稅法規定的處罰目的（保護法益）均是確保國家稅收，法定構成要件內容雖有不同，但其行政法上義務均應係誠實繳納法定稅捐義務，而處罰目的都是為了確保國家財稅收入<sup>10</sup>。

---

<sup>9</sup> 林明昕，從德國法制之比較論行政罰法中之「單一行為」概念，法務部委託計畫，2007 年，頁 71 以下。

<sup>10</sup> 李惠宗，一行為不二罰的判斷基準論—兼論海關緝私條例與貨物稅條例上申報不實的競合，法令月刊第 62 卷第 10 期，2011 年，頁 20 以下。同一行為的結論，卻是採取不同的行為數認

## 二、行政罰行為數判斷之學理討論

行政罰法第五章名為單一行為及一行為之處罰(第 24 條至第 26 條),然而,觀其條文內容未提供認定行為數之標準為何。比較法上,德國秩序違反法同樣對於行為單數與行為複數之處罰加以規範,但並未提供區分標準,而是學理上參照刑法,提出行為單數之判斷標準<sup>11</sup>。我國行政法學理上多承認得取向於刑法領域中行為單數之判斷標準與類型,作為行政罰法理解之出發點,但是否與刑法採取完全一致,則有不同<sup>12</sup>。

### (一) 概論：取向於刑法行為數之認定

刑法規範行為人之行為是否成立犯罪以及如何處罰,而罪數(競合)理論係對於行為人所為之行為事實以何種標準論以一罪或數罪<sup>13</sup>。實際生活中,行為人可能以一行為觸犯一罪、可能以一行為觸犯多數犯罪也可能以多數行為觸犯數犯罪,而行為人構成犯罪之行為數不等於犯罪數,兩者無一定關係<sup>14</sup>,只是在適用順序上,必須先確認行為數後,再判斷犯罪數<sup>15</sup>。然而,必須指出的是,刑法上區分評價上之罪數與科刑上之罪數,但在行政罰法中,並未有此區分。

刑法理論區分行為單數(一行為)與行為複數(數行為),兩者處於互斥關係,只需判斷行為人之行為是否為一行為,如為否定,即為數行為,無須再進行檢驗。原則上我國刑法學理與實務以行為之決意數作為判斷行為數的標準,如果另行起意的行為,則非一行為,而是數行為<sup>16</sup>。

---

定標準的學說見解,參照,陳清秀,虛報進口貨物價值,應適用一行為不二罰原則/最高行 99 判 1251,台灣法學雜誌第 173 期,2011 年,頁 179 以下。

<sup>11</sup> Gürtler, in: Göhler/ Gürtler/ Seitz, OwiG, Vor. §19, Rn. 2.

<sup>12</sup> 類似見解,行政罰之一行為與刑法一行為應有所不同,判斷標準未必一致,參見,林錫堯,行政罰法,2006 年,頁 51。

<sup>13</sup> 陳子平,刑法總論,2015 年,增修三版,頁 672。

<sup>14</sup> 黃榮堅,基礎刑法學(下),2006 年,頁 404。

<sup>15</sup> 林鈺雄,新刑法總則,2009 年,頁 571 以下。

<sup>16</sup> 黃榮堅,基礎刑法學(下),2006 年,頁 407。

受到德國刑法學理影響，行為單數（一行為）之類型主要有二：自然意義之一行為與法律意義之一行為，前者指一個意志行動實現一個行為決定；後者是客觀上行為人之行為係自然意義之多行為，但在法律評價上被當作一行為。法律意義之一行為又區分成兩個次類型，一是構成要件之行為單數以及二是自然之行為單數<sup>17</sup>：前者是將對於多數自然意義的行為，法律本身規定或解釋上評價為一個獨立構成要件之行為，例如強盜殺人罪、蒐集國防機密或者繼續犯；後者是行為人出於單一決意之反覆實施數個同種類之行為，其具有時間與空間的緊密關係，客觀上，從第三人角度觀察，會被認為是一行為，例如對受害人的拳打腳踢，僅成立一個傷害罪。

然而，行政法學理雖多以刑法理論為據，惟對於一行為類型之分類分歧，與刑法學理也未見一致。首先，多數均提及構成要件一行為與繼續性一行為之類型，而不使用刑法領域中自然之行為單數：構成要件之一行為係將多數自然意義的行為概括在同一個法規中，而結合評價為一行為；繼續性一行為係指構成要件實行行為繼續中（繼續犯）。繼續犯概念上易與違法狀態持續行為（狀態犯）混淆，其係指構成要件實現行為已經結束，僅其「實際上之違法結果」存在<sup>18</sup>。另一個有爭議的類型則是連續性違法行為，有稱之為連續犯<sup>19</sup>，也有稱為接續性行為<sup>20</sup>，也有稱之重複行為<sup>21</sup>，其係以概括犯意，連續以數行為實現同一構成要件，且行為間具有時空緊密關聯性無法分割之連續性。這個類型的概念多遭批判，先前刑法雖有連續犯規定，今已廢除，加上行政罰法立法時已無參照舊刑法規定納入，

---

<sup>17</sup> 林明昕，論行政罰法中「單一行為」之概念，收於：2008 行政管制與行政訴訟—法學專書系列之十，2009 年，頁 64 以下。刑法學界對於行為單數之分類有分歧，參照，陳子平，刑法總論，2015 年，增修三版，頁 673。

<sup>18</sup> 劉建宏，行政罰上「單一行為」概念之探討——行為違反數個行政法上義務規定而受處罰者，月旦法學第 152 期，2008 年，頁 213。

<sup>19</sup> 陳慈陽，行政罰法行為數認定問題之研究，收於：廖義男（主編），行政罰法，二版，2008 年，頁 211。

<sup>20</sup> 陳慈陽，行政罰法行為數認定問題之研究，收於：廖義男（主編），行政罰法，二版，2008 年，頁 212；陳淑芳，行政罰上接續行為之裁處，台灣法學雜誌第 156 期，2010 年，頁 131 以下。

<sup>21</sup> 林錫堯，行政罰法，2006 年，頁 55。

本文認為此類型應無單獨存在之必要。至於我國行政法規罰則中存在連續處罰之規定，其性質爭議許久，學界多以混淆執行罰與行政罰加以批判<sup>22</sup>，指出這些連續處罰之規定多以繼續性行為為中心，建議應修法<sup>23</sup>。如尚未修法前，對於按次連續處罰或者按日連續處罰之行政罰，可視為立法者有意將一行為以次數或者時間分割為數行為<sup>24</sup>。

## （二）行政罰之綜合性判斷標準

除了前述取向於刑法行為數理論之外，對於行政罰領域中的行為數判斷，亦有提出不同判斷方法。辨識違反行政法上義務之行為，主要有三特徵：（1）內在意志決定；（2）有意志之對外表露行動；（3）法規範之評價<sup>25</sup>，而此評價係指與侵害或對於法規範保護之法益或者行政管制目的有關。行為數之判斷與前述三項特徵應有所關聯。有主張放棄決意作為行為之要素，而認為行政法之行為只要符合法律構成要件行為即已足<sup>26</sup>，並進一步提出其判斷法律意義之一行為的判斷基準：具有相同管制目的之同一法律體系內，客觀上目標指向同一之舉動或連續數個具有總體性的活動<sup>27</sup>。對於具體個案中行為數之判斷，主張應透過時間、空間與立法目的，且透過立法量化而予以「法律擬制」行為數，而在「法律未為擬制」的情形下，則依「立法目的、法規範義務的態樣」，判斷行政法義務的個數<sup>28</sup>。

<sup>22</sup> 洪家殷，行政罰法論，2006年，二版，頁247。

<sup>23</sup> 吳志光，行政罰連續處罰立法政策之檢討，收於：行政執行/行政罰/行政程序/資料開放/風險社會與行政訴訟，2017年，頁146以下，其主張以按次處罰取代連續處罰，並應廢止按日連續處罰。

<sup>24</sup> 不同意見，參見，林明昕，論行政罰法中「單一行為」之概念，收於：2008行政管制與行政訴訟—法學專書系列之十，2009年，頁104以下；司法院釋字第604號許玉秀大法官不同意見書。

<sup>25</sup> 洪家殷，行政罰法，2006年，二版，頁236以下。

<sup>26</sup> 李惠宗，一行為不二罰的判斷基準論—兼論海關緝私條例與貨物稅條例上申報不實的競合，法令月刊第62卷第10期，2011年，頁4。

<sup>27</sup> 李惠宗，一行為不二罰的判斷基準論—兼論海關緝私條例與貨物稅條例上申報不實的競合，法令月刊第62卷第10期，2011年，頁17。

<sup>28</sup> 李惠宗，行政罰法之理論與案例，2007年，頁102以下。

然而，實務見解最常引用的綜合性標準<sup>29</sup>，毋寧是學者提出依個案具體事實判斷，其提出判斷之步驟：(1)認定事實、(2)確認相關處罰規定之構成要件以及(3)已認定之行為事實與相關處罰規定所處罰之違反行政法上義務行為，相互對照，判斷行為事實是否符合一行為概念，其判斷是否屬「法律上一行為」時，依「個案具體事實予以判斷，而不是就某法規與某法規之間之關聯為何，或就抽象事實，予以抽象之判斷。於具體個案判斷時，宜就個案具體情節，斟酌法條文義、立法意旨、制裁意義、期待可能與社會通念等因素決定之」<sup>30</sup>。亦有學者整理實務上個案分別以立法意旨或處罰目的、法規之構成要件、處罰規定或法條、保護法益、不同義務、處分機關、行為態樣、社會通念或其他（制裁意義或期待可能），作為個案行為數判斷之標準<sup>31</sup>。惟綜合性標準問題始終在於解釋適用法條時，一方面所提出法條文義、立法意旨、制裁意義、期待可能或社會通念之標準可能經過解釋後有不同的結果，另一方面在不同行政任務領域，因應管制領域特色，所形成行政義務內容多不相同，也可能形成不同行政領域對於行為數判斷之差異，是否妥適，亦有斟酌必要。

然而，司法院釋字第 754 號似乎採取綜合性標準，解釋理由書提及，「至行為數之認定，須綜合考量法規範構成要件、保護法益及處罰目的等因素」。然而，從其上下文脈絡中，本文反倒認為大法官所提出之綜合性標準所適用的個案是，對於該當複數法條構成要件之行為數判斷，其應係考量了行政不法的特殊性，故採取綜合標準，作為認定行為數之判斷基準。

---

<sup>29</sup> 台北高等行政法院 95 年度訴字第 3452 號判決、法務部法律字第 0960000121 號、法律字第 1010025820 號與法律字第 1063513120 號解釋等。

<sup>30</sup> 林錫堯，行政罰法，2012 年，二版，頁 91 以下。

<sup>31</sup> 洪家殷，行政罰一行為與數行為問題的探討—以行政罰法施行後之實務見解為中心，月旦法學雜誌第 155 期，2008 年，頁 16 以下。

### （三）建構判斷模式之嘗試

行政罰之行為數判斷標準，依據學理多數見解認為得取向於刑法領域行為單複數判斷標準，故提出自然一行為與法律一行為之類型，而實務見解則以個案綜合判斷標準為據。學者檢討這兩種行為數之判斷標準，得出結論是「接納刑罰以發展成熟之理論為基礎，再參酌行政罰之特殊性，針對各種不同之情形，研擬解決之途，或為較穩妥之作法」<sup>32</sup>，此一觀點固然考量到行政罰之特殊性，惟具體作法上未可知。

本文初步基於法律安定性，支持以刑法行為單複數理論作為行政罰行為數之判斷，惟考量立法者出於不同的管制目的或保護法益，對於行政管制採取不同的行為管制，而可能使得行為數判斷不同於刑法行為單複數。因此本文作者曾嘗試提出以行為人所違犯之行政法義務的種類是否相同，提出判斷模式區分行為數之認定標準<sup>33</sup>：對於違反相同構成要件之行為事實，先以刑法行為單複數標準作為初步檢驗，判斷是否屬於一行為，在此類的案件中，若屬於長期違犯行為的法律評價，必須再次檢視立法者有無以法律技術切割數行為之立法（參照司法院釋字第 604 號），如無立法或授權立法則可放心以一行為加以論斷，但裁罰時必須審酌違法情狀為裁量；另一種是違反不同構成要件之行為事實，得依據司法院釋字第 745 號所提出綜合標準，判斷是否屬於一行為或數行為。此外，一行為觸犯數法條，必須進一步判斷這些不同法條構成要件之間，是否存在有特殊或補充關係，而有法規競合之情事時，僅能為一次評價。由於行政罰法對於數行為採取併罰原則，與刑法不同之處在於無累計原則之規定，因而採取數行為分別處罰時，必須注意不得逾越比例原則。學理上多主張對於行為數遇有解釋爭議<sup>34</sup>或不確定之個

<sup>32</sup> 洪家殷，行政罰一行為與數行為問題的探討—以行政罰法施行後之實務見解為中心，月旦法學雜誌第 155 期，2008 年，頁 21。

<sup>33</sup> 王韻茹，行政罰之行為數的認定疑義，收於：行政院 108 年度學術研討會—行政罰之性質、處罰對象與行為數之認定，2019 年，頁 114 以下。

<sup>34</sup> 依據最高行政法院 94 年 6 月份庭長法官聯席會議，對於未變更建築物結構，經營商業，如其業務內容非屬建築物使用執照所核定之使用類別，且係登記範圍以外之營業行為，當事人以一個

案時，則適用罪疑唯輕原則<sup>35</sup>，認定為一行為，但在法律效果上得以裁量從重處罰。

#### 肆、以兒童及少年福利與權益保障法第 43 條規定為例之判斷

依據兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒少權法）第 43 條第 3 項規定，任何人均不得販賣、交付或供應同條第 1 項第 1 款至第 3 款之物質、物品予兒童及少年。如行為人提供兒少權法第 43 條第 1 項各款之不同物品，究屬一行為或數行為？（問題一）又如行為人係提供同款所列之不同物品，究屬一行為或數行為（問題二）？在進行行為數討論之前，必須對於兒少權法第 43 條法條構成要件與法律效果加以說明。

##### 一、兒童及少年福利與權益保障法第 43 條之法條結構

兒童及少年福利與權益保障法係為促進兒童及少年身心健全發展，保障其權益，增進其福利所制定的法律。兒童及少年因其身心發展狀況與成年人不同，因此必須對影響其發展以法律手段特別加以保護。兒少權法係以兒童與少年為受規範對象，分別就兒童身分權益、福利措施與保護措施分別於不同章節加以規範。

兒少權法第 43 條係對於兒童與少年之保護措施，其條文如下：

兒童及少年不得為下列行為：（第 1 項）

- 一、吸菸、飲酒、嚼檳榔。
- 二、施用毒品、非法施用管制藥品或其他有害身心健康之物質。
- 三、觀看、閱覽、收聽或使用有害其身心健康之暴力、血腥、色情、猥褻、賭博

---

不行為違反兩個行政法義務，法院結論以一行為從一重處罰論斷。依據本文看法，本案屬於違反不同法條構成要件之案例（違反建築法第 91 條第 1 項第 1 款與商業登記法第 35 條第 1 項），應採模式二綜合判斷標準為宜。如進一步追問，在個案中，當事人如未有變更建築物結構，但在兩個營業空間擺放多台遊戲機，行為數之判斷有無不同？具體來說，評價的客體是兩個營業空間擺放數台遊戲機之行為，其同時涉及了數次違反商業登記法同一構成要件之行為以及外觀上一個未改變建築結構之行為。在此，本文認為應先判斷違反同一構成要件之行為數後，再以違反不同構成要件整體判斷行為數。前者因空間與時間之緊密關聯性，仍屬一行為；後者依綜合標準，從構成要件、保護法益與處罰目的，應可整體被評價為一行為。

<sup>35</sup> 同此見解，李惠宗，一行為不二罰的判斷基準論，兼論海關緝私條例與貨物稅條例上申報不實的競合，法令月刊第 62 卷第 10 期，2011 年，頁 17 以下。

之出版品、圖畫、錄影節目帶、影片、光碟、磁片、電子訊號、遊戲軟體、網際網路內容或其他物品。

四、在道路上競駛、競技或以蛇行等危險方式駕車或參與其行為。

五、超過合理時間持續使用電子類產品，致有害身心健康。

父母、監護人或其他實際照顧兒童及少年之人，應禁止兒童及少年為前項各款行為。（第 2 項）

任何人均不得販賣、交付或供應第一項第一款至第三款之物質、物品予兒童及少年。（第 3 項）

任何人均不得對兒童及少年散布或播送第一項第三款之內容或物品。（第 4 項）

首先本條將受規範對象區分成三類：兒童及少年、兒童及少年之父母、監護人與實際照顧之人以及任何人（應係前兩類以外之第三人），雖規範於同一條，但法條對於不同之規範對象所課予之行政法義務（構成要件）亦有所不同。第一項禁止兒童及少年近用特定物質或物品或為特定行為（禁止義務），第二項課與兒童及少年之父母、監護人與實際照顧之人，避免兒童近用特定物質或物品或為特定行為（保護義務），第三項則是禁止任何人對兒童與少年提供前述特定物質或物品（禁止義務）。

從構成要件規定來看，受規範對象與行政法義務不同，適用上似無競合問題，然實際上第 2 項與第 3 項規定仍可能發生競合之問題。例如，兒童及少年之父母、監護人及實際照顧之人並未禁止兒童及少年吸菸，並主動提供菸品給兒童時，應如何加以評價其行為。本文初步認為，第 2 項規定之內容應係保護義務，而第 3 項規定則是禁止義務，原則上應屬於不同構成要件之行為。思考此案例中的行為數，應屬於違反不同構成要件之行為。如適用模型二而從法規範構成要件、保護法益及處罰目的等因素綜合判斷，從保護兒童及少年身心健全發展的法益與目的來看，應可評價為一行為，惟此時仍有一行為觸犯數法條而有從一重處罰之適用。

行政法規多將罰則獨立於行政法義務行為章節之外，兒少權法亦另設有罰則。違反兒少權法第 43 條之法律效果，相當複雜。對於兒童及少年違反本條行政法義務之行為，未設有罰則，而對於兒童及少年之父母、監護人及實際照顧之人違反保護義務之行為，於情節嚴重者，處新台幣一萬元以上五萬元以下罰鍰（兒少權法第 91 條第 1 項）。

違反第三項提供特定物質或物品之人，則視物質或物品而有不同法律效果，即使是在同一款次下的物質或物品仍有不同法律效果，顯示立法技術與品質欠佳，更容易在解釋適用上產生爭議。本文認為，如果立法者考量不同物質或物品對於兒童及少年身心健康之影響程度不同，則應以不同的法條分別對於禁止義務內容詳加規範，而不是以本條第三項之規範方式為之。比較法上，德國青少年保護法分別規範飲酒（第 9 條）與吸煙之行為規範（第 10 條），且有不同之義務內容。

首先，第一款所列菸、酒、檳榔適用不同法律加以處罰，如提供菸品則適用菸害防制法第 13 條與第 29 條，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，而提供酒或檳榔則適用兒少權法第 91 條第 2 項，處新臺幣一萬元以上十萬元以下罰鍰。其次，提供第 2 款所列物品，毒品、管制藥品或其他有害身心健康之物質，依兒少權法第 91 條第 3 項，處新台幣六萬以上三十萬元以下罰鍰。提供第 3 款所列有害兒童及少年身心健康之暴力、血腥、色情、猥褻、賭博之出版品、圖畫、錄影節目帶、影片、光碟、磁片、電子訊號、遊戲軟體或其他物品，依兒少權法第 91 條第 4 項，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。較為特殊者為第 3 款網際網路內容的行為義務人依據第 4 項為任何人，然而在法律效果上，僅有網際網路平臺業者受規範，依據兒少權法第 94 條，設有處罰條件，當業者未為限制兒童及少年接取、瀏覽之措施或先行移除者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並命其限期改善，屆期未改善者，得按次處罰。

由於立法者以繁複之立法技術，對於提供有害於兒童及少年之身心發展的物質或物品，設計有不同的構成要件與法律效果，因此在思考鑑定問題時，必須受到此一立法框架之拘束。然而，立法者並未以「行為」或者「行政法義務」內容

為主，而是從保護兒童及少年角度，一方面對兒童及少年、照顧兒童及少年之人以及任何人分別課與不同之行為義務，異其法律效果，另一方面又以提供之物品或物質種類，亦異其法律效果。

## 二、鑑定問題一：行為人提供兒少權法第 43 條第 1 項各款之不同物品的行為數

立法者在兒少權法第 43 條以不同款次列出對於兒童及少年身心發展有妨礙之物品，第 1 款之物質使用並非全面受到禁止，即使這些物質已有科學證據證明對人體健康不利，惟成年人並未受到禁止使用這些物質，只是考量兒童及少年之身心狀態，故在成年之前加以禁止。第 2 款所列物質受到法律全面禁止或管制，即使是成年人也不得施用毒品或者非法施用管制藥品，故兒童及少年更加不得施用，因此不法內涵較高，裁罰效果較重。第 3 款所列有害兒童及身心健康之暴力、血腥、色情、猥褻、賭博之物品，類似於第 1 款之情形，成年人使用這些物品原則上並未受到限制，由於兒童及少年之身心狀態不宜過早接觸這些物品，故加以禁止。問題在於：立法者此種區分，是否有意以提供之物品種類不同，而視為不同之提供行為？本文認為難以從現行法條結構得出此一結論，僅能看出立法者對於不同之物質或物品之提供行為設有不同的法律效果，應是考量這些物質或物品對於兒童及少年之身心影響程度不同，故對於不法內涵之評價因此有所差異。

鑑定問題一：行為人提供兒少權法第 43 條第 1 項各款之不同物品的行為數，從現行條文來說，這應該屬於相同構成要件之行為（販賣、交付或供應特定之物質或物品予兒童及少年）。依本文前述判斷模式來看，應屬於判斷模式一，得參照刑法行為數，按照事實情狀判斷行為數，況且從保護法益或立法目的來說，這 3 款的保護法益與管制目的應屬保護兒童及少年之身心健康。如，行為人在時空緊密情況下，提供兒童或少年酒類與色情物品，原則上依法律上之一行為類型可認定為一行為。至於這些物質對身心健康造成影響的程度，立法者在立法效果上之差別對待則必須進一步探討競合，本文認為此處有想像競合之問題，故應從一重處罰。例如行為人將毒品或管制藥品混於酒類，提供給兒童或少年時，如判斷

為一行為時，考量到毒品或管制藥品不法內涵較高，處罰較重，故應以提供毒品或管制藥品論斷加以處罰。

### 三、鑑定問題二：行為人提供同款所列之不同物品的行為數

鑑定問題二：行為人提供同款所列之不同物品的行為數認定，例如，行為人提供兒童或少年煙與檳榔，如依照本文的前述判斷模式，此時仍應適用判斷模式一，屬於同種類之構成要件的違反，而以刑法行為單數類型加以判斷，如以單一提供意思，在時空密接下，提供兒童或少年煙與檳榔，而客觀上仍可辨別出行為之關聯性，仍可認定為一行為。惟此時的法律效果規定於不同法條，因而有一行為觸犯數法條之競合，加上，立法者對於同一款物質依據不同法律設有不同法律效果，此時依想像競合從一重處罰。

## 伍、結論

行政罰係對於人民違反行政法義務之行為所施加的制裁。釋憲實務肯認一行為不二罰原則作為憲法原則，惟該原則之內涵在行政罰領域有所相對化，行為評價與制裁仍必須符合比例原則。立法者得以立法方式在法律中提供行為數認定之標準。行政機關在個案中必須對於行為事實加以評價，本文嘗試以判斷模式提供判斷行為數，對於違反同一法條構成要件之行為，得參照刑法行為數理論，判斷是否屬於一行為類型，如為一行為，其違法時間長短與重複違犯的情狀應依據行政罰法第 18 條酌加重處罰。此外，若同一法條構成要件之法律效果設有不同規定時，則相當於一行為違犯數法條，此時應有想像競合之適用，而得從一重處罰。