

國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士學位論文

刑事不法與行政不法交錯之研究

—以近期食品安全事件為例

The Intersection of Criminal Illegality and Administrative
Illegality—For Example For the Recent Food Safety Events



指導教授：何賴傑 博士

研究生：蕭佳榮 撰

中華民國 107 年 7 月



謝辭

本論文得以付梓完稿，首先要感謝恩師指導教授何賴傑博士的寬容指導，每逢思慮瓶頸寫作無法突破之際，有賴恩師耳提面命，指引方向，撥亂反正，始得正果，無以銘狀，惟有衷心無限感念為尚。論文口試期間，劉秉均教授指正疏漏脫亂之處，實堪受用；楊雲驊教授針貶誤謬雜沓，以臻至善。感謝諸位口試委員百忙之中撥冗費心審閱本文，於此無以銘謝。

回想初衷，倖進法學殿堂一窺堂奧，秉持自我充實理念，得以觀群彥俊秀，親炙名師風采，聽其議論之宏辯，冀得一言以自壯，以抒胸中塊壘。當初隱然蟄伏之理念，逐漸醞釀幻化成形，回首來時路，感謝家人親友一路支持相挺，才能在孤寂的學術道路，熒夜漫漫，伏首案前，踽踽獨行至今，無限感懷。

聞道有先後，術業有專攻，儒以文亂法，俠以武犯禁，法學百家雜陳，師焉否焉，臧否月旦，諮諏眾議，運用之妙，存乎一心，良有以也。惟有站在巨人的肩膀，才能登高望遠。自慚本文瓦釜雷鳴，最後以定風波駐足：「莫聽穿林打葉聲，何妨吟嘯且徐行。竹杖芒鞋輕勝馬，誰怕？一簑湮雨任平生。料峭春風吹酒醒，微冷，山頭斜照卻相迎。回首向來蕭瑟處，歸去，也無風雨也無晴。」

2018年 盛夏 謹誌

摘要

刑事不法與行政不法牽連交錯之關係，每個世代都會經由當代社會背景考量，重新再回顧檢討兩者間關係，賦予新的詮釋，以利處理尤其是現代風險社會變遷所產生之新議題。

不法行為區分為刑事不法及行政不法兩類，由質與量差異之學說演進，提出社會倫理非難具流動性非永恆不變。入罪化與除罪化，法律變動所遭遇之調適問題，經由民主立法之自由形成，調節適應。

法秩序回應之目的係為保護人性尊嚴與人格發展，且基於憲法位階「比例原則」，展現在刑罰「罪刑相當原則」與行政罰「責罰相當原則」。

不法行為在實體及程序上，因「行政從屬性」產生交錯。基於刑罰與行政罰均是國家公權力之展現，一行為同時違犯刑罰與行政罰，法秩序應採取一致性態度，以「刑事優先」為原則，依個案情節不同，採取適當之多元化處罰與制裁手段，並為符合「一行為不二罰」原則，以競合論在法制面發展，建議由刑事法院統合裁罰，以達充分而不過度評價。

附屬刑法中法人有犯罪能力已無庸置疑，鑑於抽象危險犯之緩和措施，就犯罪情節審酌，檢察官亦可對法人提出緩起訴，加上沒收或追繳等制裁，根據個案情節多元調和，惟亦可能面臨如行政罰扣抵之問題，得作為後續研究。

關鍵字：刑事不法與行政不法、構成要件行政從屬性、行為數、競合、處罰與制裁、統合裁罰、一行為不二罰與一事不再理、刑事優先、緩起訴扣抵

簡目

| | |
|--------------------------------|-----|
| 第一章 緒論..... | 1 |
| 第一節 研究背景與動機..... | 1 |
| 第二節 研究目的..... | 2 |
| 第三節 研究方法..... | 2 |
| 第四節 研究範圍..... | 3 |
| 第二章 刑事不法與行政不法內涵演進..... | 4 |
| 第一節 法律體系概論..... | 4 |
| 第二節 構成要件與法律效果的意義..... | 9 |
| 第三節 刑事不法與行政不法之屬性區分原則..... | 23 |
| 第三章 法秩序對不法行為之回應—制裁與處罰..... | 35 |
| 第一節 法益之功能與規範目的..... | 35 |
| 第二節 風險社會之因應對策..... | 44 |
| 第三節 「有責任始有處罰」責任原則探討..... | 56 |
| 第四節 刑法構成要件之行政從屬性..... | 65 |
| 第五節 先行政後司法..... | 68 |
| 第四章 一行為不二罰原則與競合..... | 75 |
| 第一節 行為數之探討..... | 75 |
| 第二節 雙重危險禁止..... | 82 |
| 第三節 競合論—充分但不過度評價..... | 85 |
| 第四節 刑事緩起訴處分與行政罰法第 26 條之關聯..... | 96 |
| 第五章 案例分析..... | 106 |
| 第一項 食安法法制史修正沿革：除罪化與入罪化..... | 106 |
| 第二項 食安風險社會抽象危險犯之適用性..... | 110 |
| 第三項 架空及混淆刑罰與行政罰之構成要件明確性..... | 117 |
| 第四項 行政罰法第 26 條之刑罰與行政罰之競合..... | 122 |
| 第五項 法人犯罪能力處罰之相關論述..... | 130 |
| 第六章 結論與建議..... | 136 |
| 參考文獻..... | 139 |

詳目

| | |
|---------------------------|----|
| 第一章 緒論 | 1 |
| 第一節 研究背景與動機 | 1 |
| 第二節 研究目的 | 2 |
| 第三節 研究方法 | 2 |
| 第四節 研究範圍 | 3 |
| 第二章 刑事不法與行政不法內涵演進 | 4 |
| 第一節 法律體系概論 | 4 |
| 第一款 公私法之特性 | 4 |
| 第二款 行政法之公法屬性及其演變 | 6 |
| 第三款 實定法與正義 | 8 |
| 第二節 構成要件與法律效果的意義 | 9 |
| 第一項 構成要件(行為規範)與法律效果(制裁規範) | 9 |
| 第一款 法條結構 | 9 |
| 第二款 明確性原則 | 10 |
| 第一目 授權明確性 | 10 |
| 第二目 法律明確性 | 11 |
| 第三目 刑法之空白構成要件 | 11 |
| 第四目 行政罰之空白構成要件 | 12 |
| 第三款 判斷餘地與行政裁量 | 13 |
| 第一目 行政裁量的類型 | 13 |
| 第二目 不確定法律概念與判斷餘地之司法審查 | 14 |
| 第四款 三階層體系理論對行政罰及刑罰之適用 | 14 |
| 第一目 行為非價與結果非價 | 15 |
| 第二目 違法性 | 15 |
| 第三目 罪責 | 16 |
| 第五款 刑法新變革:沒收-獨立的刑事法律效果 | 20 |
| 第二項 不法內涵制裁法制史之演進 | 21 |
| 第一款 德國法 | 21 |
| 第二款 美國法 | 22 |
| 第三節 刑事不法與行政不法之屬性區分原則 | 23 |
| 第一款 刑事不法與民事不法 | 23 |
| 第二款 自然犯與法定犯；刑事犯與行政犯 | 24 |
| 第一項 質與量差異論之爭議 | 25 |
| 第一款 質與量的區別說 | 25 |
| 第二款 質量混合理論 | 26 |
| 第三款 實務主觀惡性重大程度 | 26 |
| 第四款 小結：僅概念意義之質與量區別理論 | 27 |
| 第二項 入罪化與除罪化 | 28 |
| 第一款 刑罰最後手段性 | 28 |

| | |
|-----------------------------------|----|
| 第一目 酒駕案例：行政罰→刑罰..... | 29 |
| 第二目 菸酒管制案例：刑罰→行政罰..... | 30 |
| 第二款 社會變遷之法律自我調節機制..... | 31 |
| 第一目 法律變更..... | 32 |
| 第二目 司法審查為體制內最後社會防衛機制..... | 33 |
| 第三款 小結..... | 34 |
| 第三章 法秩序對不法行為之回應-制裁與處罰..... | 35 |
| 第一節 法益之功能與規範目的..... | 35 |
| 第一項 法益之功能..... | 35 |
| 第一款 法益具體性及多元性..... | 36 |
| 第二款 法益保護-刑罰的正當性理由..... | 38 |
| 第三款 小結..... | 39 |
| 第二項 法律原則..... | 39 |
| 第一款 法律保留原則之「罪刑法定原則」與「處罰法定原則」..... | 40 |
| 第二款 便宜原則..... | 40 |
| 第三款 比例原則..... | 42 |
| 第一目 刑罰「罪刑相當原則」與行政罰「責罰相當原則」..... | 43 |
| 第二目 處罰額度之比例原則..... | 44 |
| 第二節 風險社會之因應對策..... | 44 |
| 第一項 危害管制及風險與危險：機率問題..... | 45 |
| 第一款 危險犯與實害犯；行為犯與結果犯..... | 46 |
| 第二款 具體危險..... | 46 |
| 第三款 抽象危險..... | 48 |
| 第一目 抽象危險犯緩和措施..... | 49 |
| 第二目 公共危險與抽象危險之關係..... | 50 |
| 第二項 制裁與處罰：法秩序對不法行為之回應..... | 51 |
| 第一款 對過去的究責；對未來的預防..... | 51 |
| 第二款 應報理論與預防理論，預防僅是附帶效果..... | 51 |
| 第三項 制裁法體系..... | 52 |
| 第一款 制裁則未必是處罰，無須具罪責..... | 52 |
| 第二款 行政法上裁罰與非裁罰強制措施之分界..... | 54 |
| 第三款 司法救濟..... | 55 |
| 第四款 小結..... | 56 |
| 第三節 「有責任始有處罰」責任原則探討..... | 56 |
| 第一項 刑法故意責任，過失責任例外；行政罰故意或過失相同..... | 56 |
| 第一款 「自己責任原則」之監督第三人責任..... | 57 |
| 第二款 「行為責任」與「狀態責任」..... | 60 |
| 第二項 處罰與制裁種類之多元性與轉換性..... | 62 |
| 第一款 多元性..... | 62 |
| 第二款 轉換性..... | 63 |
| 第三款 小結..... | 64 |
| 第四節 刑法構成要件之行政從屬性..... | 65 |

| | | |
|-----|-----------------------|----|
| 第一項 | 「附屬刑法」與「行政刑罰」 | 65 |
| 第一款 | 行政從屬性之類型 | 65 |
| 第二款 | 行政處分作為刑法構成要件之爭議 | 66 |
| 第二項 | 構成要件之直接交錯 | 67 |
| 第一款 | 混合構成要件 | 67 |
| 第二款 | 混合構成要件類型 | 67 |
| 第三款 | 小結 | 68 |
| 第五節 | 先行政後司法 | 68 |
| 第一項 | 先行政管制、後行政制裁 | 68 |
| 第二項 | 先行政罰後刑罰 | 69 |
| 第一款 | 批評：刑事遁入行政，偵查與調查體系紊亂 | 69 |
| 第二款 | 平行調查 | 70 |
| 第三款 | 證據法則適用性 | 72 |
| 第四款 | 小結 | 74 |
| 第四章 | 一行為不二罰原則與競合 | 75 |
| 第一節 | 行為數之探討 | 75 |
| 第一項 | 一行為概念 | 75 |
| 第一款 | 自然一行為 | 77 |
| 第二款 | 法律上一行為 | 77 |
| 第二項 | 接續犯與集合犯 | 78 |
| 第一款 | 接續犯 | 78 |
| 第二款 | 「繼續犯」與「狀態犯」 | 80 |
| 第三款 | 集合犯 | 82 |
| 第二節 | 雙重危險禁止 | 82 |
| 第一項 | 一行為不二罰 | 83 |
| 第二項 | 一事不再理 | 84 |
| 第三項 | 小結 | 85 |
| 第三節 | 競合論—充分但不過度評價 | 85 |
| 第一項 | 刑法競合與併罰 | 85 |
| 第一款 | 單數行為，不真正競合：法條競合 | 86 |
| 第二款 | 單數行為，真正競合：想像競合 | 86 |
| 第三款 | 複數行為，不真正競合：與罰前後行為 | 87 |
| 第四款 | 複數行為，真正競合：實質競合、數罪併罰 | 87 |
| 第二項 | 行政罰法之從一重處罰與分別處罰 | 88 |
| 第一款 | 行政罰法第 24 條，從一重處罰 | 88 |
| 第二款 | 行政罰法第 25 條，數行為分別處罰 | 89 |
| 第三款 | 行政罰法第 26 條：刑罰與行政罰競合 | 91 |
| 第一目 | 刑事優先原則 | 91 |
| 第二目 | 無罪、免刑、緩刑判決再處罰之質疑 | 93 |
| 第三目 | 小結 | 95 |
| 第四節 | 刑事緩起訴處分與行政罰法第 26 條之關聯 | 96 |
| 第一項 | 緩起訴處分概論 | 96 |

| | | |
|------|---------------------------------|-----|
| 第一款 | 附負擔處分扣抵罰鍰之疑議..... | 99 |
| 第二款 | 罰金扣抵罰鍰係違憲之爭議..... | 102 |
| 第三款 | 緩起訴附負擔與行政罰鍰之輕重：量之差異論延伸..... | 103 |
| 第二項 | 刑事法院統整刑罰與行政罰競合..... | 104 |
| 第五章 | 案例分析..... | 106 |
| 第一項 | 食安法法制史修正沿革：除罪化與入罪化..... | 106 |
| 第一款 | 食安法各時期之修正演變..... | 107 |
| 第二款 | 先行政後司法之機制..... | 109 |
| 第三款 | 小結..... | 110 |
| 第二項 | 食安風險社會抽象危險犯之適用性..... | 110 |
| 第一款 | 法益：時代之風..... | 111 |
| 第二款 | 抽象危險犯食安案例..... | 113 |
| 第三款 | 意見評析..... | 114 |
| 第一目 | 抽象危險犯無須個案審查..... | 114 |
| 第二目 | 抽象危險犯須個案審查..... | 115 |
| 第三目 | 折衷之道：緩和措施，過苛調節..... | 116 |
| 第三項 | 架空及混淆刑罰與行政罰之構成要件明確性..... | 117 |
| 第一款 | 新型態具體危險犯？情節重大足以危害人體健康之虞者..... | 117 |
| 第二款 | 第 15 條第 1 項具有行政罰與刑罰之共同構成要件..... | 118 |
| 第三款 | 案例：臺全熱狗食品安全案..... | 120 |
| 第一目 | 食安法第 15 條第 1 項第 10 款之解釋..... | 120 |
| 第二目 | 刑罰無罪判決與行政罰之構成要件認定衝突..... | 121 |
| 第四項 | 行政罰法第 26 條之刑罰與行政罰之競合..... | 122 |
| 第一款 | 行政罰鍰依行政罰法第 18 條之正當性..... | 122 |
| 第二款 | 刑事與調查證據移用..... | 125 |
| 第三款 | 衛福部訴願決定書撤銷行政罰鍰：刑事程序優先..... | 126 |
| 第四款 | 小結..... | 129 |
| 第五項 | 法人犯罪能力處罰之相關論述..... | 130 |
| 第一款 | 法人的處罰適格..... | 130 |
| 第二款 | 案例..... | 132 |
| 第三款 | 不法利得之沒收及沒入競合..... | 133 |
| 第四款 | 小結..... | 135 |
| 第六章 | 結論與建議..... | 136 |
| 第一節 | 結論..... | 136 |
| 第二節 | 建議..... | 138 |
| 參考文獻 | | 139 |

第一章 緒論

第一節 研究背景與動機

近年由於食品安全事件層出不窮，如大統長基食安事件(下稱大統案)，原先彰化縣政府處以 18.5 億罰鍰¹，因行政罰法第 26 條「刑事優先」及「一事不二罰」等原則，大統提出訴願遭衛福部撤銷罰鍰²；後又刑事判決僅罰金 3 千 8 百萬元，並因「法人無犯罪能力」³無法依刑法第 38 條沒收「不法利得」，造成以「小罰金抵換大罰鍰，因禍得福」之誤解與譏諷。另富味鄉公司食安事件(下稱富味鄉案)，刑事二審判決，公司僅判詐欺罪，對食安「摻偽假冒」卻無罪，掀起實務界與學術界再度對「抽象危險犯」適用之爭論⁴。

上述因引起社會大眾動盪不安，甚至引起檢察總長提出非常上訴但遭駁回⁵，後續針對「摻偽假冒」又召開刑事庭會議統一見解⁶，但學界仍爭論不休。

¹彰化縣政府函詢大統長基食品廠股份有限公司 18.5 仟萬元罰鍰處分之合法性疑義，法務部 103 年 03 月 20 日法律字第 10303502000 號；2014 年 7 月 8 日衛生福利部訴願決定書（衛部法字第 1030117520 號）皆肯定行政罰鍰之合法性。

²惟衛福部訴願會分別撤銷彰化縣政府對於大統公司的 18.5 億元罰鍰處分（2014 年衛部法字第 1030117520 號），以及 2015 年衛部法字第 1040021795 號訴願決定撤銷新北市政府對於富味鄉公司的 4.6 億元罰鍰處分。二者的共同問題都涉及到行政罰法第 26 條的性質與如何適用的問題。訴願決定之見解，即產生一旦大統公司科以罰金，即無法刑法沒收且亦無法裁處罰鍰之困境，引發社會譁然不滿。

³智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 13 號判決，引發學界對大統公司法人身分有無犯罪能力之批判。

⁴智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 13 號認為（大統案；二審定讞）：對摻偽假冒之認定，倘解釋上須以致人體健康為必要，勢必大幅削弱食品衛生管理法維護食品安全及建立食安秩序之目的。例如富味鄉案的第一審彰化地方法院刑事判決 102 年度囑易字第 2 號即採取此見解；惟智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 94 號認為（富味鄉案；二審定讞）：對摻偽假冒之認定，須經「個案審查」認定「無致人體健康危害」，故食安無罪，無處罰金；且衛福部依二審結果再度撤銷新北市依「摻偽假冒」4.6 億罰鍰。

⁵最高法院刑事判決 104 年度台非字第 269 號，駁回大統案非常上訴，因「法人無犯罪能力」。2016 年 12 月 2 日最高法院刑事判決 105 年度台非字第 213 號，駁回富味鄉案非常上訴，雖認同「摻偽假冒係抽象危險犯，無須個案審查」之見解，但原審無罪仍有利及於被告。

⁶最高法院 105 年度第 18 次刑事庭會議於 2016 年 11 月 22 日召開，認定食安法第 15 條第 1 項第 7 款的「摻偽假冒」罪，不論摻偽、假冒的行為是否確實造成危害人體健康之危險，皆以食安法第 49 條第 1 項刑罰論處。如同早期酒醉駕車事件之抽象危險犯不同見解之歷史再度重演。

後續引起食安法再度修法⁷，並引起刑法針對「沒收」修訂新章規範，視為刑法百年來重大變革⁸。

前述事件，皆涉及刑事不法與行政不法牽連交錯之關係，這項百年來糾纏法學界的議題又浮出檯面，但每個世代都會經由當代社會背景考量，重新再回顧檢討兩者間關係，賦予新的詮釋，以利處理尤其是現代風險社會變遷所產生之新議題。法律在調整的同時，也跟著變化。一個時期曾經堅如磐石的觀念，在另一個時期就灰飛湮滅。

第二節 研究目的

本研究從立法面向及司法面向探究下列主題：

(一)不法行為何以區分為刑事不法及行政不法兩類?如何區分?(二)不法行為如何在實體及程序上交錯?保護目的及構成要件規範目的重疊。(三)法秩序如何回應同一不法行為同時交錯刑罰與行政罰之問題?制裁與處罰，競合一充分而不過度評價。

第三節 研究方法

社會科學研究中，常用演繹比較與分析歸納等方法進行研討。本文以三面向方法進行：

社會科學研究中，常用演繹比較與分析歸納等方法進行研討。本文以三面向方法進行：一、法制史之演進歷程面：瞭解主要國家各時期理念思維，探討時代之法理因果演變；二、縱面向：文獻回顧探討歸納法，以國內學者相關論著文章為主，推論作為法理脈絡「學理的歸納」為本。三、橫面向：相關案例比較分析法，以實務「判決的結果」，比較「學理的歸納」之共通性，並嘗試以類案方式類推演繹。

⁷2014年2月5日修正第44條第1項，提高罰鍰加重處罰上限至新臺幣5千萬元以下；更甚者於2014年12月10日繼續修正第44條第1項，再提高罰鍰加重處罰上限至新臺幣2億元以下。

⁸2015年12月18日增修正刑法38條之1「不法利得沒收」等增修條文，並於第2條修正理由略：沒收為本法所定刑罰、保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰(從刑)。

第四節 研究範圍

研究範圍：以近期大統案判決為中心，旁徵博引其他類似案件。以不法行為為主軸，探討行政罰法第 26 條「刑事優先」之意義，為符合「一行為不二罰」原則，探究競合論如何在法制面發展，以求統合制裁與處罰均衡性關係。

章節架構主軸說明：本研究預計分為六章，主軸內容說明如下：

第一章緒論。說明本研究之背景動機、議題發想、研究目的及範圍。

第二章刑事不法與行政不法內涵演進。探討不法行為在行政與刑事間之演變脈絡。自然犯與法定犯；刑事犯與行政犯之概念；定位三階論對行政罰及刑罰之適用。由質與量差異之學說演進，提出社會倫理非難具流動性非永恆不變。入罪化與除罪化，探討法律變動所遭遇之調適問題，經由民主立法之自由形成，調節適應。

第三章法秩序對不法行為之回應—制裁與處罰。探討在立法論上，法秩序回應之目的係為保護人性尊嚴與人格發展，且基於憲法位階「比例原則」所衍伸展現之刑罰「罪刑相當原則」與行政罰「責罰相當原則」，實踐在立法面構成要件與法律效果相當，與司法面量刑裁處均衡的理想性；並略為討論面對風險社的發展，危險犯的適用性程度。對不法之處罰須具備「自己責任原則」為基礎；但制裁則未必是處罰，無須具罪責，如刑法之「沒收制度」。就刑法構成要件之行政從屬性，探討混合構成要件；並就先行政後司法討論，但論者批評：刑事遁入行政，偵查與調查體系紊亂。

第四章一行為不二罰原則與競合。司法論上，探討一行為數之類型；雙重危險禁止：包括實體法一行為不二罰，及程序上一事不再理；競合論刑法想像競合從一重論處與數罪併罰，與行政罰從一重處罰與分別處罰。量之差異論延伸：緩起訴負擔及罰金與行政罰鍰之抵扣合理性。法制統合發展芻議：除探討制裁與處罰手段多元化，配合行政罰法第 26 條，一行為同時違犯刑罰及行政罰時，由刑事法院統合裁罰之共識。

第五章案例研討。就前述學理，探究對行政從屬性及構成要件之轉變—食安法修正沿革探討，論抽象危險犯之適用性；大統案行政罰鍰 18.5 億元之正當性，後又撤銷行政罰鍰之妥適性。法人犯罪能力相關處罰之論述。

第六章結論與建議。各章之結論見解彙整。

第二章 刑事不法與行政不法內涵演進

法律作為現代社會共同生活秩序之保障機制，違反共同規範之行為，自應適當制裁。但是侵害社會共同生活秩序之程度不同，所導致之法秩序之回應，亦即制裁手段，理應有所不同。民事法律關係如侵權行為通常使用損害賠償、違約金、懲罰性賠償金等回應；違反行政法上作為與不作為義務之行政不服從行為，則以行政罰回應；至於具有社會倫理非難性或危害社會共同生活秩序的法益侵害行為，則以刑罰加以回應，此乃現代社會法律制度區分民事、行政與刑事之違反社會規範行為，而分別使用不同手段當然之理。法律在「權威性」及擁有「強制力」兩方面均可追溯到共同規範－憲法為基礎，與其他社會規範最主要的差別⁹。

第一節 法律體系概論

先由現代法律體系之主要分類鳥瞰，以瞭解法律之整體脈絡關係，進而得以區分不同法領域特性，創造衡平互動理想境界。公法與私法之區分，是法律多種分類中最通行之一種，始於羅馬法，形式上區分為規範國家與國家間關係（如國際公法），或個人與其所屬群體之間關係的法律（如憲法、行政法、刑法等）屬公法，反之，只涉及私人利害關係的法律（如民法和商法）屬私法。

第一款 公私法之特性

一、法理不同。私法範圍內適用「私法自治、契約自由」原理，國家不得任意介入；在公法領域內國家有下令權、形成權等強制力，嚴格劃分公私法，可間接限制國家權力任意擴張至私人領域。反之，公權力行為有「遁入私法」之現

⁹憲法本身也是法律的一種，憲法的「權威性」又從何而來？可以參考法哲學大師 Hans Kelsen 的「基本規範」(basic norm) 概念。基本規範是使得我們得以認知，制憲者有權制定憲法或憲法有效的條件，但是基本規範本身卻並不是憲法，也不是憲法的一部分。由於這個觀念相當複雜，因此僅在此作一初步說明。除此之外，亦應注意強制力實施基礎對憲法的回溯，僅是一種形式理據 (formal reason) 的回溯，亦可稱之為合法性 (legality) 基礎。此應與實質理據 (substantive reason) 加以區分，後者亦可稱之為正當性 (legitimacy)。不論憲法、法律或任何公權力作為，都有正當性的問題。正當性可以簡單理解為強制力實施之實質合理性。區分了合法性與正當性，即可瞭解，任何公權力作用，起碼都應該符合合法性要求。即使符合了合法性，也並不一定具有正當性。而執法機關的權威特性，亦表現在我們原則上「推定」其公權力作為只要合法，就具有正當性。但既然是推定的，就表示人民在一定的條件下可以質疑其正當性。王海南等，法學入門，11 版，頁 16 註 5，2010 年 9 月。

象¹⁰，逃避責任及公法原則之拘束，公權力運作之監督亦生問題，甚至假「立法裁量」或「立法自由形成範圍」之名，加以刑法化而濫用之，故區分有其必要性。

二、我國司法實務採司法裁判管轄二元主義（司法院大法官釋字第 540 號解釋參照，下稱釋字），除非法律有特別規定¹¹，原則上，具有公法性質者，應循刑事或行政法院爭訟途徑救濟，具私法性質則由普通法院管轄受理救濟。強調公私法劃分，可控制立法者不當紊亂公私法體系¹²，縱然是採司法一元制國家，雖無公私法之區別概念，惟今亦出現「行政法庭」之制度。就我國公法體制內，行政處罰係行政機關權限，對之只能提起行政救濟，而刑事司法無從過問的情形¹³，和德國法設計具有極大差距。

三、法律效果不同。一事件規定於公法或私法，將會產生不同法律效果，因而主張公私法區分有其必要者¹⁴。

區別實益：司法程序上的諸多原則，均以公、私法的區分為出發點¹⁵。但通常同一法律或法條內，會同時牽涉到群體利益與私人利益¹⁶。融合公私法性質者，最常見於勞動法、經濟法領域。因此，法律內容的屬性，因人、事、時、地、物不同而變化。現代國家目的利益多元化走向，以及法律關係多邊化下，公私法

¹⁰相關說明請參閱李震山，行政法導論，頁 30 以下，2012 年 4 月。

¹¹如交通裁決事件，依民國 100 年修正行政訴訟法第 237 條之 1 之立法說明二：「交通裁決本質為行政處分，其因質輕量多，過去四十年考量行政法院未能普設，為顧及民眾訴訟便利，並兼顧行政法院負荷，而立法規定其救濟程序由普通法院交通法庭依聲明異議方式，準用刑事訴訟法審理。惟各地方法院設置行政訴訟庭後，前開顧慮已然消除，爰將此類事件之救濟程序，改依行政救濟程序處理。」

¹²依國家賠償法、社會秩序維護法、公職人員選舉罷免法、道路交通管理處罰條例(原為普通法院現已改為行政訴訟庭審理)等諸典型公法所生之事件，其救濟並非完全循行政救濟。至於依智慧財產法院組織法第二條規定：「智慧財產法院依法掌理關於智慧財產之民事訴訟、刑事訴訟及行政訴訟之審判事務」仍係依事件爭議之性質而安排其救濟。李震山，同註 10，頁 31 註 45。

¹³最高行政法院 100 年度判字第 122 號判決，稅捐處罰金額（依倍數計算）多寡，係屬稅捐稽徵機關行政裁量權範圍，法院基於職司行政處分違法審查之地位，仍不宜代其行使，逕定罰鍰金額。

¹⁴如僱傭契約規定於民法債編與規定於勞動基準法中（勞動契約），性質上即有區別。法人之登記規定於民法總則與規定於工會法、工業團體法、商業團體法，在適用上亦有其區別。李震山，同註 10，頁 31 註 46。

¹⁵譬如由公務員駕駛之公家車輛，發生交通事故，如屬公法性質則可能發生公法上之損害賠償關係，依我國現行法制有國家賠償法之適用；如屬私法性質則純為民法上損害賠償事件。吳庚，行政法之理論與實用，14 版，頁 465，2016 年 9 月。

¹⁶例如刑法既維護公益，亦保護私利（妨害名譽罪）。土地法規範私人與國家間關於土地之權利義務關係，具公法性質，有關房屋及基地租用、耕地租用之條款，係私人間之權利義務關係，具私法性質。李震山，同註 10，頁 29。

混合的現象所在多有，時顯僵化的公私法之二分法，難免受到批評。然學說上¹⁷，亦出現法律關係一元論，承認有「公法與私法混合的法律」存在，稱之為社會法。

第二款 行政法之公法屬性及其演變

現代法律創設有別於均由法院以裁判為之民事上損害賠與刑事上科刑之訴訟程序，並發展出由行政機關自行裁罰之「行政罰」制度。又同由行政機關裁罰，或者以行政處分、事實行為之方式所實施，進而侵害人民權益之行政行為，或亦兼具有懲罰之性質。因此，刑罰與行政處分同屬於由國家剝奪人民權益之各種行為，亦可能相互間產生處罰競合之關係。

行政法之理論發展遠遲於民法、刑法，從早期國家權力之行使，皆以刑罰及干預行政作用交織，藉以遂行所謂國家目的。因此，傳統秩序行政與實質刑罰間有密不可分之關係。刑法與行政法，皆屬傳統公私法之公法領域，發展迄今，行政法與刑法已有分道而各自獨立之狀況¹⁸。行政罰制裁之對象為一般人民，亦即所謂一般權力關係；科處行政罰之機關通常為行政機關，僅在若干例外情形，如稅法之罰鍰在 1992 年 11 月改制前，須由主管機關將義務人移送法院裁定科罰，又如社會秩序維護法規定，影響人民權益較為重大之制裁如拘留及勒令歇業等，亦由地方法院之簡易庭裁罰。行政罰法模仿刑法總則之體例，並訂定與刑法總則相同或類似的條文，亦為保障人權的表現。

刑事訴訟可以大別為兩大類：犯罪應由國家追訴模式¹⁹，以及由私人追訴模式；私人追訴又可分為被害人追訴與公眾追訴兩種型態²⁰。國家追訴原則與國

¹⁷奧地利學者 Hans Kelsen：「國家與人民的關係，由法律上觀察，並非法律服從關係，規定權利義務關係，其性質與個人相互間的對等關係，並無任何差異，因此，法律並無區分為公法、私法的必要。」。王海南等，同註 9，頁 125-126。

¹⁸行政法與刑法之差異摘述如下：法理論適用，刑法以罪刑法定原則為根本，行政法以依法行政原則為主軸，但依法行政並非「無法令即無行政」。就職權發動言，刑法中強調所謂強制追訴（Verfolgungszwang）或起訴「法定原則」（Legalitätsprinzip），行政法容許所謂裁量原則。就司法救濟言，刑事案件之救濟，由普通法院管轄，行政案件之爭議，原則上由行政法院裁判之，而刑事判決所認定之事實及其所持法律上見解，並無拘束行政法院之效力。就法律用語上亦有所區隔，例如沒收與沒入、危險與危害、罰金與罰鍰、扣押與扣留、便宜原則（Opportunitätsprinzip）與裁量原則（Ermessensprinzip）、有期徒刑與拘留（包括留置）。行政法與刑法關係密切，特別表現在行政罰之規範體系及其與行政（附屬）刑罰之關係上。李震山，同註 10，頁 37 以下。

¹⁹國家追訴原則，乃國家思想興起之後的產物，羅馬的國家思想興起時期較早，在歐陸則首先發源於法國。由於國家思想高漲，犯罪的預防與制裁也隨之被視為公共利益的一環。隨著時間推移，私人賠償的制裁方式逐漸轉化為公法上的「刑罰」（Strafe），此種刑罰之科處則須經過國家的刑事追訴程序始得為之。林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），7 版，頁 45-47，2013 年 9 月。

²⁰被害人追訴模式盛行於民刑不分的古日耳曼法時代。當時，法律並不區分不法行為所產生的民法與刑法效果，因此也無所謂民事訴訟與刑事訴訟的區別。例如，傷害案件，行為人只須以相

家獨占刑事司法，密不可分，前者可以說是後者的補償措施。刑事訴訟法以檢察官為代表國家追訴之主要機關，依刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」，揭示國家追訴犯罪之權義。行政調查方面，依行政程序法第 36 條「行政機關應依職權調查證據」亦具有職權調查之相同精神。

行政法、刑法、訴訟法等公法性質的法律，多數規定屬於強行法，不問當事人的意思如何，應絕對適用的法律；而民法、商事法等私法性質的法律，任由當事人自行協議決定，則多屬於任意法的規定。但公法並不等於強行法，私法亦不等於任意法²¹。縱使違反任意法規定，只要事前經其合意，或事後別無異議，當事人間並不因為違反任意法而影響其效力。

但違反強行法規定時，可有下列三種不同效果²²：1.行為無效，但不受處罰。例如，結婚不依民法第 982 條規定，未向戶政機關辦理結婚登記，應屬無效，但當事人並不因而遭受處罰。2.應受處罰，但行為有效。例如，公務員不得經營商業或投機事業，如有營利事業，應依刑法第 131 條公務員圖利罪處罰，應先予撤職（公務員服務法第 13 條²³），但公務員的營利行為，並不因而無效。3.行為無效，並應受處罰。例如，違反民法第 983 條規定，與直系血親或三親等內旁系血親結婚，不但結婚無效（民法第 988 條第 2 款），依刑法第 230 條規定，尚應處五年以下有期徒刑（但告訴乃論）。

在法學經常將責任區分為「民事責任」、「刑事責任」或「國家責任」。就法律效果來看，則可以歸納成「刑事犯罪責任」與「損害賠償責任」。責任與義務的概念分歧不容易釐清²⁴，但在語意上，責任一詞實已將義務包含在內。在現代

當數額的金錢賠償被害人，彌補其損失即可達成和解；殺人案件，行為人則賠償予被害人之宗親家屬。公眾追訴模式。犯罪發生後，如果不論相干或不相干，社會任何一份子皆可啟動刑事追訴程序者，稱為公眾追訴（Popularklage）之模式，盛行於古羅馬法時代。林鈺雄，同註 19，頁 44。

²¹例如，民事訴訟法原是公法，但容許當事人以合意定訴訟管轄（民事訴訟法第 24 條參照）；刑法亦是公法，對於某些犯罪行為卻有「告訴乃論」的規定，不提出告訴，法院亦不得加以追究。

²²王海南等，同註 9，頁 123。

²³銓敘部 97 年 11 月 28 日部法一字第 0973000078 號書函「本部 94 年 6 月 13 日部法一字第 0942453773 號電子郵件解釋略以，公務員於拍賣網站上買賣倘具有規度謀作之性質（如藉架設網站買賣物品以獲取利益之營利目的），尚難謂非服務法第 13 條第 1 項所稱「經營商業」之範疇，公務員仍不得為之。因此，公務員如僅係將自己使用過之物品，或買來尚未使用就因不適用，或他人贈送認為不實用之物品透過拍賣網站出售，因未具規度謀作及以營利為目的之性質，尚非服務法第 13 條第 1 項所規範禁止之行為。」
<https://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=666&Page=3020>，銓敘部全球資訊網站，2015 年 4 月 9 日(上網日期 2017 年 2 月 23 日)。

²⁴責任（Verantwortlichkeit）與義務（Pflicht）的概念分歧不容易釐清，學者李建良認為責任構成行政機關採取任何管制或排除危害措施不可或缺的基礎要素，也就是說，責任係指構成行政法

複雜社會，為謀損害風險之均衡分擔，大部分的責任類型，都對當事人預設有某種作為或不作為之「義務」。而義務之成立，可能是依據法律，或者來自於契約約定，也可能是基於社會一般交易習慣或價值觀念。總之，愈偏向客觀主義之責任類型（如危險責任），其客觀規範要素就愈從義務轉變成風險負擔之分配。由此亦可看到責任概念與義務概念也並非必然相連。

第三款 實定法與正義

由自然法引伸出自體惡（*mala in se crimes*）犯罪是指違背傳統規範的倫常行為，不待法律之規定，已存在於行為之本質中。禁止惡（*mala prohibita crimes*）犯罪，則僅因為被法律所禁止，所觸犯的是一時的規範。歐洲政治學家霍布斯（Hobbes, 1588-1679）確認實定法（*positive law*）與刑罰的關係：只有在國家透過法律明文規定，才能夠成犯罪²⁵。

針對制定（實定）法與正義衝突問題，德國法律哲學家 Gustav Radbruch 在其論文：「如果實定法與正義衝突已達不可忍受程度時，則實定法必須退居正義之後」²⁶，但其原則上仍認為法安定性優先於正義。美國大法官 Richard A. Posner 認為：「對於公平正義之追求，不能無視於代價。」²⁷（The demand for justice is not independent of its price!），刑事訴訟法之原理原則亦同，任何低於人性尊嚴門檻之決定或選擇，縱符合效率，亦不足取。

上義務之原因及人民何以負義務的正當性基礎，與行政處罰須行為人主觀上具備故意或過失之責任，有所不同。責任乃義務之成立基礎，義務則是責任的後果表現。而秩序行政的責任與行政罰法上故意、過失之有責性（*Schuld*）不同，因為人民違反法定義務固有可能受到法律制裁，此時要考慮有責性是否存在。李建良，論行政法上「責任」概念及責任人的選擇問題—兼評最高行政法院 93 年度判字第 628 號、95 年度判字第 1421 號判決及其相關判決，黃舒芃主編，2007 年行政管制與行政爭訟，頁 39 以下，2008 年。

²⁵許恒達，刑罰理論的政治意涵—論「刑事政策」的誕生，法學新論月旦法學雜誌，137 期，頁 194，2006 年 10 月。

²⁶所謂「賴德布魯赫公式」係由德國法哲學家 Gustav Radbruch 於二次戰後所提出，其旨在建立一種「非制訂法」之法律概念。所謂「法」者，非僅其制訂的形式合法性，以及在社會上的實效性，尚須具備內涵上的正確性。嘗試將道德與法律作必要的相互連結，但又不要求法律必須與道德完全一致，而僅設定制訂法的最外圍界限。質言之，基於法安定之考量，只要制訂法形式上合法有效，即使內容不合目的或不正義，仍得予以適用，除非真嚴重抵觸正義，亦即：制訂法與正義相抵牾若達不可忍受的程度，則該法律作為「不正之法」，應向正義退讓。有一些法原則，強過任何其他法規，故法律與此等原則相抵觸時，不具效力。這些原則稱為自然法或理性法。的確，這些原則在個別情形受到質疑。李建良，轉型不正義？—初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判，月旦法學雜誌，第 148 期，頁 5-32，2007 年 9 月

²⁷熊秉元，走進法律經濟學：第一章法律的經濟分析：理論架構，法令月刊，第 62 卷第 11 期，頁 44，2011 年 11 月。

第二節 構成要件與法律效果的意義

第一項 構成要件(行為規範)與法律效果(制裁規範)

探討問題前須先建構所探討對象存在之體系，以凸顯出其具體輪廓。就法律體系而言，現代法律條文結構可以分為「構成要件」與「法律效果」兩部分，於構成要件實現（條件成就）時，發生一定的法律效果。但法律的適用自非只是單純邏輯的機械推演，而是帶有某種程度之評價作用與創造成分的思維過程。

第一款 法條結構

處罰法條之規範構造上必須嚴明區分「構成要件」與「法律效果」（但未必在同一條文），其內容各應由法律為明確之規定。於法律效果部分，行政處罰之「罰名」必須出現在法律之中，非可授權以命令定之。相對而言，於構成要件部分，依目前大法官解釋之見解，並未嚴格要求須於法律中明定之，而允許授權以命令為補充規定，僅要求授權之內容及範圍應具體明確。但至少「處罰對象」應於法律中明文規定²⁸。

刑法包含兩個保護功能的規範—行為規範與制裁規範。構成要件(行為規範)，是指構成法律上特定權利義務或授權國家得以行使特定公權力之狀態或行為要件，彰顯禁令（Verbot）或誡命（Gebot）；法律效果(制裁規範)，則指符合構成要件後，相應所產生之權利義務（變動）或公權力得行使之方式。行為規範的目的正當，制裁規範才有正當目的。比例原則審查時，因為基本權干預不同，行為規範通常干預一般行為自由權，制裁規範則可能干預一般人格權（名譽）、人身自由或財產。此等行為規範條款不僅出現於刑法與行政法等公法領域，即便係在私法領域中，亦存有例如禁止違反契約之禁令條款。

²⁸釋字第 638 號解釋理由書(節錄)：行政罰之處罰，以違反行政法上義務為前提，而實施處罰構成要件行為之義務主體，自屬依法處罰之對象。立法者並非不得就他人違反行政法上義務之行為，課特定人防止之義務，並因其違反此一防止義務而使其成為行政處罰之對象。是行政處罰之處罰對象規定，亦涉及人民權利之限制，為符合法治國家處罰法定與處罰明確性之要求，除有法律或法律具體明確授權之法規命令為依據外，不得逕以行政命令訂之。又如違反同一行政法上義務者有多數人時，其歸責方式，以按其行為情節之輕重分別處罰為原則（行政罰法第十四條第一項規定參照），若就其是否應負各平均分擔責任等歸責方式，有為不同於上開原則規定之必要者，涉及人民權利限制之程度，亦應另以法律或法律具體明確授權之法規命令為特別規定，始符合憲法第二十三條之法律保留原則。至各該法律或法規命令之內容均應符合比例原則。

以基本權利與比例原則作為立法者形成自由之界限²⁹，仍無可避免立法者於規範制定過程必須賦予寬廣判斷空間，在民主政治健全之法治國家中本即會對立法者是類形成自由空間妥適地予以尊重，並信任立法者³⁰其所作成之判斷。

第二款 明確性原則

明確性原則 (Bestimmtheitsgrundsatz)，主要源自於法治國家原則中之法律保留原則，若缺乏法律規定，即不得處罰人民。只有在法律有明確之規定，在行為時已經存在，始得處罰，此當然包含刑罰及行政罰。處罰除顯示「非難」程度，以警戒行為人及一般人民，以能達到所謂「特別預防」與「一般預防」的功能。明確性表現於授權明確及法律明確兩大面向。

第一目 授權明確性

授權明確性，係指授權法條本身是否明示授權之目的、內容與範圍。若從授權法條中無法看出上述內容，大法官認為可從法條整體所表明之關聯性觀察，如釋字第 426 號所稱：「空氣污染防治費收費辦法係主管機關根據空氣污染防治法第十條授權訂定…就空氣污染防治法整體所表明之關聯性意義判斷，尚難謂有欠具體明確。」符合授權明確性³¹。另釋字第 680 號，有關懲治走私條例第 2 條第 3 項規定：「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」其授權之目的、內容及範圍尚欠明確，有違授權明確性及刑罰明確性原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力³²。可見大法官極為重視授權之明確性。

²⁹陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別—德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（下），興大法學，第 16 期，頁 225-226，2014 年 11 月。

³⁰在台灣談及「立法者」，指的未必是立法院或各別之立法委員，而是所有參與法律研議之人員，包括主管部門之行政人員，以及專家（特別是法律）學者在內。李建良，行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題—「制裁性不利處分」概念之提出，月旦法學雜誌，181 期，頁 140 註 22，2010 年 6 月。

³¹案例如有關金門國家公園管理處所制定金門國家公園區內禁止事項裁處不但包含構成要件以及法效果之規定，但卻以行政規則（非法律授權）訂定，違反處罰法定原則以及法律保留原則。內政部之再授權，顯示本授權條文概念，缺乏法律明確性，使受罰者無法預見可能受罰之行為，此種再授權之規定違反法律保留之規定。蔡震榮，法律明確性與一行為不二罰，月旦法學教室，第 184 期，頁 10-11，2015 年 2 月。

³²2016 年 11 月 11 日釋字第 741 號解釋文：凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益。本院釋字第 725 號解釋前所為定期失效解釋之原因案件亦有其適用。

第二目 法律明確性

法律明確性，是指授權法條本身之內容是否足夠明確而言，得以預知規範之內容，以司法者或客觀第三者藉由邏輯方式觀察，認為授權法條本身有審查之可能³³。就司法院大法官解釋有關法律明確性可以包括下列事項：(一)可理解性。以一般人理解能力為準(釋字 594³⁴)。(二)可預見性。以受規範者具有之預見可能性為準(釋字 521³⁵)。(三)審查可能性。以司法者或客觀第三者藉由邏輯式，有審查可能為準(釋字 636³⁶)。

對於逾越授權明確性，行政法院基本上有兩種處理方式³⁷：一是以授權規定之內容及範圍有欠具體明確，依此授權所訂定之命令違反法律保留原則為由，拒絕適用該命令，進而撤銷系爭制裁處分；一是依釋字第 371 號裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋上開法律規定是否違反授權明確性原則暨法律保留原則。

第三目 刑法之空白構成要件

刑法上有些條文中僅規定罪名，而將構成要件其他部分禁止內容，授權由刑法以外的其他法律或行政命令加以補充，刑法學說上又稱此為「空白刑法」或「空白構成要件」。在現行刑法典中，此等採取「空白刑法」的處罰條文極為少數，例如刑法第 192 條第 1 項「違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」。此一規定中，只有罪名與法律效果是明確的，至於構成要件中的禁止內容，也就是行政機關所公布的預防

³³蔡震榮，同註 31，頁 10。

³⁴釋字第 594 號解釋理由書(節錄)，立法者於立法定制時，得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則，迭經本院釋字第 432 號、第 521 號解釋闡釋在案。

³⁵釋字第 521 號解釋：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，運用概括條款而為相應之規定，業經本院釋字第 432 號解釋闡釋在案。為確保進口人對於進口貨物之相關事項為誠實申報，以貫徹有關法令之執行，海關緝私條例第 37 條第 1 項除於前 3 款處罰虛報所運貨物之名稱、數量及其他有關事項外，並於第 4 款以概括方式規定『其他違法行為』亦在處罰之列，此一概括規定，係指報運貨物進口違反法律規定而有類似同條項前 3 款虛報之情事而言。…」本號解釋以「其他違法行為」做為之處罰構成要件，不違反明確性原則。

³⁶如釋字第 636 號，檢肅流氓條例第 2 條第 3 款關於霸佔地盤、白吃白喝與耍挾滋事行為之規定，雖非受規範者難以理解，惟其適用範圍，仍有未盡明確之處，相關機關應斟酌社會生活型態之變遷等因素檢討修正之。第 2 條第 3 款關於欺壓善良之規定，以及第 5 款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，與法律明確性原則不符。

³⁷李建良，同註 30，頁 146。

傳染病法令內容為何，在本條條文中看不出來。然而在附屬刑法中，採取此等空白刑法立法模式的條文，數量極多，例如懲治走私條例中，對於「管制物品」之種類與內容，由行政院以行政命令定之³⁸；食安法第 49 條第 10 款屬於空白刑法規定，乃是透過「中央主管機關許可」的授權規定，給予政府機關決定可罰內容的權限，乃常見的立法體例。然而，立法者若採取空白刑法方式，將犯罪構成要件之部分內容授權行政機關以命令方式補充，在立法授權時，應具體明確指出授權之目的、內容及範圍且自授權之法律規定中得以預見其行為之可罰，方符合刑罰明確性原則。高度專業管制領域，採空白(構成要件)刑法立法方式而形成之高度行政從屬性，幾乎成立法趨勢。

第四目 行政罰之空白構成要件

行政罰之構成要件不訂定在法律中，而係藉由其他的法規或處分，如法律、法規命令或行政處分而補充，即所謂的「空白構成要件」，亦不悖於處罰法定原則。根據法律保留原則之要求，固然行政罰對人民之權利影響較大，本應有較高之要求，然而若採層級化之保留觀點，依釋字第 443 號解釋之意旨，由於行政罰並未以「剝奪人民生命或限制人民身體自由」為手段，尚無須達到絕對保留之地步，採相對保留之程度即可，蓋「涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則」³⁹。採空白構成要件之方式，應仍為法律保留原則所容許。但學者李惠宗有不同見解⁴⁰。

³⁸王皇玉，刑法總則，1 版，頁 50-51，2014 年 12 月。張麗卿，刑法總則理論與運用，5 版，頁 68-69，2015 年 9 月。

³⁹釋字第 443 號解釋中所區別出之保留層級，一為絕對法律保留，「如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之」；一為相對法律保留，即涉及人民其他自由權利之限制時，應以法律規定，但亦得以符合授權明確性原則之法規命令予以補充（有關釋字第 443 號解釋所建立之四種層級之法律保留，參閱吳庚，同註 15，頁 103-104）。惟 433 號解釋在絕對法律保留中所稱之罪刑法定主義，並非全然不得授權以法規命令加以補充，如釋字第 522 號解釋「對證券負責人及業務人員違反其業務上禁止、停止或限制命令之行為科處刑罰，涉及人民權利之限制，其刑罰之構成要件，應由法律定之；若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，其授權之目的、內容及範圍應具體明確…」故行政罰所適用之處罰法定原則與刑罰之罪刑法定主義並無本質上之差異，因此不得因有處罰法定原則之存在，而將行政罰歸屬於絕對法律保留之範圍，並排斥有以法規命令補充之可能。洪家殷，行政罰法論，2 版，頁 59 註 11，2008 年 6 月。

⁴⁰惟有學者採相反之見解，認為有關處罰之構成要件，應屬國會保留之事項，不得授權由行政機關以法規命令定之，亦即限於法律效果部分，始得由法律授權，由行政機關規定。李惠宗，行政罰法之理論與案例，頁 39-40，2005 年 6 月。

第三款 判斷餘地與行政裁量

不確定法律概念通常出現於法律的構成要件⁴¹，惟因規範事實的多樣性與歧異性，立法者往往無法作完全明確的規定，而須選用內容較具多義性的「不確定法律概念」，以涵蓋錯綜複雜的社會事實。此類概念於民、刑法規定中，固然有之，例如民法上之「公共秩序」或「善良風俗」，刑法上之「猥褻」或「當場激於義憤」等均屬之；於行政法規中，更是屢見不鮮。

「不確定法律概念」事涉事實存否與法律構成要件是否該當的判斷問題，可稱之為「行政判斷」；行政機關對於法律效果的裁度推量，一般稱為「行政裁量」，乃屬法律效果的裁決，裁量行為原則上不受行政法院的審查⁴²。是以，基於合目的性的考量及個案正義的要求，立法者通常會給予行政機關一定程度的「轉圜空間」，以便契合個案，在遇有特殊狀況時，得有「迴旋餘地」。

第一目 行政裁量的類型

基本上，行政裁量的類型有二：一是「決定裁量」，二是「選擇裁量」。前者「決定裁量」係指於法定構成要件實現時，行政機關得自由決定「是否」採取一定的措施；後者「選擇裁量」指得於多種措施中選擇一種或數種，或在數名義務人中選定處分的相對人⁴³。個案裁量與一般裁量。所謂「裁量」，通常是一種「個案裁量」，旨在實現「個案正義」。行政裁量乃屬法律效果的裁決，原則上不受行政法院的審查。縱有不合目的亦僅構成不當的處分，原則上不生違法的問題，行政法院不得加以審查。

⁴¹實際上，不確定法律概念並非僅見於法律構成要件，於法律效果部分，亦時有所見，例如集會遊行法第 14 條規定：「主管機關許可室外集會、遊行時，得就左列事項為必要之限制：…」其中於法律效果所稱「必要」之限制，即屬不確定法律概念。李建良，行政裁量與判斷餘地，月旦法學教室，98 期，頁 45 註 24，2010 年 11 月。

⁴²行政訴訟法第 4 條第 2 項規定：「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。」反面言之，行政裁量若無逾越權限或濫用權力之情形，即不生違法之問題。李建良，同前註 41，頁 35 及頁 42 註 17。

⁴³如醫師法第 28 條之 4 第 3 款規定，主管機關除得決定「是否科處」罰鍰外，並得決定「是否併處」限制執業範圍、停業處分一個月以上一年以下或廢止其執業執照（決定裁量）；若決定科處罰鍰或併處其他措施，則進一步裁酌罰鍰的數額（選擇裁量），並決定併處何種措施（選擇裁量），若選定併處限制執業範圍或停業處分，則再進一步確定限制執業的「範圍」或停業的「期間」（選擇裁量）。李建良，同註 41，頁 40。

第二目 不確定法律概念與判斷餘地之司法審查

學者多主張，行政法院對於行政機關所作解釋與適用，應有其界限，不宜作完全的審查，因而提出諸多理論，支持行政機關在解釋適用不確定法律概念時應享有一定的「判斷餘地」⁴⁴。「情節重大」也是一種不確定法律概念，其置於法律效果部分，恰為行政裁量的典型態。行政裁量有如「選擇題」，不確定法律概念，則猶如「是非題」，只是未必有標準答案。

第四款 三階層體系理論對行政罰及刑罰之適用

三階層犯罪體系(下稱三階體系)之核心基礎，「不法」乃源自於「罪刑法定原則」，「責任」則是對應「罪責原則」思想。不法行為(Unrecht)⁴⁵，乃指一個行為具備了成立犯罪之「積極構成要件」，且不具備排除違法性之「消極構成要件」，因此有所謂「二階層犯罪體系理論」，將「不法性」之「構成要件」與「違法性」兩階層合而為一，稱為「總體不法構成要件階層」，但此論忽略構成要件、違法性各自之自主性，混為一談，使得「自始無侵害法益因而不該當構成要件之行為」與「已經侵害保護法益該當法定構成要件，但有阻卻違法事由之行為」無所區別⁴⁶。在檢驗的順序是：行為→構成要件該當性→違法性→有責性→犯罪。

刑法保護功能的規範-構成要件(行為規範)與法律效果(制裁規範)⁴⁷。行為規範的目的正當，制裁規範才有正當目的。比例原則審查時，則必須分別審查兩個規範，行為規範通常干預一般行為自由權；制裁規範則依情形，可能干預一般人格權(名譽)、人身自由或財產。廣義構成要件⁴⁸，指諸如不法構成要件⁴⁹(狹義構成要件)、違法性、有責性及客觀處罰條件等，相當於犯罪成立要件；狹義

⁴⁴最高行政法院 102 年度判字第 70 號。不確定法律概念之解釋同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，或該判斷之決策過程，係由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，且無具體理由足以動搖該專業判斷之可信度與正確性時，行政法院即應尊重其判斷。李建良，同註 41，頁 46-49。

⁴⁵王皇玉，同註 38，頁 118-119。

⁴⁶林鈺雄，新刑法總則，2 版，頁 112，2009 年 9 月。

⁴⁷鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 230，2009 年 7 月。

⁴⁸從早期廣義構成要件概念中，將表徵各個犯罪類型之典型不法內涵的狹義構成要件提煉出來，這是德國杜賓根大學刑事法大師貝林(Beling, 1866-1932)在 20 世紀初對刑法階層體系的貢獻，後來並成為構成要件該當性、違法性、有責性之三階層犯罪體系的雛形。林鈺雄，同註 46，頁 127-128。

⁴⁹故意作為犯的不法構成要件，就刑法的規定內容與犯罪結構上，可分為：客觀不法構成要件，屬成立犯罪的外在的事實要件，包括：行為主體、行為客體、行為、行為時特別情狀、行為結果、因果關係與客觀歸責。主觀不法構成要件包括：故意。林山田，刑法通論(上)，10 版，頁 275-279，2010 年。

構成要件不得類推適用，而阻卻違法事由之類推適用則因有利於行為人，並不在禁止之列。三階體系的思考方式，如果欠缺刑法階層化或體系性的思考，易有偏頗或恣意的判決；但太著重階層化則會淪於一種無感的機械化邏輯自動化流程，無法顧及法律哲學、法社會學與刑事政策等價值衡量⁵⁰，或失去實質的正當性。

行政罰法模仿刑法總則之體例，我國通說同德國法⁵¹，亦以行為具有「構成要件該當性」、「違法性」及「有責性」作為啟動行政罰之前提要件。在構成要件之內涵要求，兩者仍得本於其制裁目的及制裁對象之特性，而有差別⁵²。

第一目 行為非價與結果非價

除了可從形式上再區別不法階層的審查為「構成要件該當性」與「違法性」外，學說從實質觀點，將不法的整體評價區分為「結果非價」(Erfolgsunwert)與「行為非價」(Handlungsunwert)。當「行為非價」與「結果非價」均具備時，即實現「實質意義」的不法侵害⁵³。行為非價，實質上依附於結果非價，但形式上獨立而成為有具體內涵的審查階層，此亦為現代構成要件理論的基本見解。

第二目 違法性

廣義上「不法」，是與法律對抗的行為本身，透過行為而顯現於客觀與法規範有所抵觸，具有違法性的構成要件該當行為本身，所考慮的係屬違法內涵，本質上帶有輕重、高低區別且含有「層昇概念」的程度⁵⁴。違法性不具層昇之概念，

⁵⁰王皇玉，同註 38，頁 121-122。

⁵¹相當於我國行政罰法的德國違反秩序罰法第 1 條第 1 項規定：「稱秩序違反者，謂實現法律以科處罰鍰為處罰之構成要件，而違法且非難可能之行為。」即明文以「構成要件該當性」、「違法性」及「有責性(=非難可能)」作為啟動違反秩序罰之前提要件；至於我國通說，亦多本此以闡述行政罰的成立要件。洪家殷，同註 39，頁 15-18，2006 年 11 月。

⁵²洪家殷，同註 39，頁 17。

⁵³行為非價，即法規範之違反，尤其指行為實行的方式；結果非價，即法益之危害，指行為對各該保護客體所造成的侵害或危險。林鈺雄，同註 46，頁 222。行為非價：依行為時的客觀事實，足認該行為實施將引發法益侵害實現的一般性危險，而且該行為已逾越社會常態的容許界限；結果非價：行為實施後造成損害的負面價值判斷。許恒達，「行為非價」與「結果非價」—論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，第 114 期，頁 290，2010 年 4 月。

⁵⁴臺灣臺東地方法院檢察署函交通部民用航空局 2014 年 5 月 19 日東檢培黃 102 偵 1661 字第 08563 號主旨：…上列被告因過失致死案件，業經偵查終結，認應為不起訴處分，茲敘述理由如下：「…(三)…「不法」係指對於法律或法益之破壞，但並非所有之不法行為均屬犯罪，僅其中具較高不法內涵而達刑事不法之程度者，始屬犯罪，而尚有「行政不法」與「刑事不法」之分，至「行政不法」者，乃指不法內涵尚未達刑事不法之秩序破壞或紀律違反者而言，通常係以罰鍰為主要手段之行政罰，作為法律效果。…是以，縱認被告有上開違反行政規定之行為，然該行為與死者死亡結果間並無相當因果關係，自與刑法業務過失致死罪責之構成要件有間，難認被告應負刑法業務過失致死之刑責。五、至本件被告所為，是否違反民用航空法第 99 條

整體法規範價值觀評價此構成要件該當之行為⁵⁵。依三階體系的檢驗程序觀察，一個行為構成法益之受害卻未必具有違法性，若具有違法性則該行為即屬不法。殺人行為所具有的違法性，與竊盜行為所具有的違法性，並無程度上差異⁵⁶。

微罪不起訴，適用便宜原則的犯罪領域，並與實體刑法之實質違法性理論相呼應。至於微罪問題的解決，則應透過刑事立法的手段，一方面，在刑事實體法中將其規定為告訴乃論之罪，或做為免刑的規定；另一方面，在刑事程序法中設微罪不舉或停止程序的規定⁵⁷，而非在事關合法或違法的價值判斷上，去謀求解決之道。

行政罰違法性方面，行政罰法第 11 條至第 13 條明文規定之阻卻違法事由，稱之為「法定阻卻違法事由」⁵⁸。此外，刑法尚有超法規阻卻責任事由，依舉重以明輕之法理，行政不法行為亦應有超法規阻卻責任事由⁵⁹。但如果行政不法行為為係屬「狀態責任」時，則另當別論，例如農地容許傾倒事業廢棄物，仍屬法所不許，因維持農地的農用狀態係屬所有人之狀態責任。

第三目 罪責

在不法領域，係針對行為違反法秩序之應然規範（Sollensnormen）所為之判斷，在罪責領域，則是判斷行為人就其構成要件該當之違法行為，是否具有個人（主觀）之可非難性，其不是所謂的道德或道義責任。罪責原則的基礎思想，是

之 1 第 1 項，爰另函請主管機關依權責處理，併此敘明。另民航局執行行政處分後，檢察官再對當事人作刑事處分，是否違反一罪不兩罰原則，書記官稱依慣例，當事人經行政處分後再受刑事處分，當事人可於事後向行政處分單位請求撤銷行政處分。

⁵⁵最高法院 74 年度台上字第 4225 號：「行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪。本件上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第三百三十五條第一項之侵占罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上尚難認有科以刑罰之必要。且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。」批評：如盜取火柴乙根（量的輕微性），或如外科醫師違反醫師法未加入公會而執業開刀者（質的輕微性），並不成立竊盜、傷害犯罪。可罰違法性理論源自實質違法性觀點，但兩者關係究竟如何，以及到底欠缺可罰違法性者是構成要件不該當抑或阻卻違法，在日本法上仍有爭論。甘添貴，刑總，頁 117 及頁 101 以下，1996 年。但學者林山田亦有認為，違法性判斷中僅有「合法」與「違法」兩種結果，斷無將其再區分為「值得科處刑罰的違法」與「不值得科處刑罰的違法」之理，並指出 1973 年後連日本實務也改採消極緊縮的態度。林鈺雄，同註 46，頁 223 註 5。

⁵⁶林山田，同註 10，頁 302-305。

⁵⁷林山田，同註 10，頁 310。

⁵⁸李震山，同註 10，頁 427。

⁵⁹學者見解超法規阻卻違法事由包括：1、被害人同意或承諾。2、自損行為。3、可容許之行為。4、非真正行政不法行為。5、義務衝突。李惠宗，同註 40，頁 88-90。相似見解，林錫堯，行政罰法，2 版，頁 129 註 225，2012 年 11 月。但本文認為有範圍恣意解釋之疑慮。

建立在人有自由意思之前提⁶⁰。諸如責任能力、不法意識、寬恕罪責事由等等，皆被當成是影響罪責判斷的要素。現今，單以故意、過失等責任條件本身並不等於罪責，以及罪責本質在於可非難性的說法，皆已成為通說⁶¹。不法意識與責任能力兩者均屬成立責任之前提要件，如果有所欠缺，則屬不具「有責性」之無罪行為⁶²，學說上亦將此兩要件稱為「排除罪責事由」。刑法罪責理論中，「不法意識」乃獨立的故意罪責要素，欠缺不法意識，並不影響構成要件故意之成立，但會影響故意責任之成立。

裁罰性不利處分作為行政機關管制目的之重要手段⁶³，此等目的多元性與交錯性，更增添判斷裁罰性存否時難以掌握之變數。立法者「處罰意圖」之主觀要件的連結，該不利處分始得以被劃歸為行政罰⁶⁴。至於非制裁性之不利處分(特別是秩序行政上之不利處分)，其主要目的不在處罰，而是排除危險，故無責任原則之適用⁶⁵。至於行政罰法第1條但書所謂「但其他法律有特別規定者，從其規定。」之特別規定，係指其他法律得就「行政罰之責任要件、裁處程序及其他適用法則等事項為特別規定，並非謂其他法律可制定行政罰緩與刑事罰得例外併罰⁶⁶。

2005年公布行政罰法後，對行為人主觀責任條件之具備，始有明確之規定，可見於行政罰法第7條第1項⁶⁷：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」，係將故意與過失並列。行政罰法第7條第2項規定：「法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員、受僱人或從業

⁶⁰關於人有無自由意思之問題，在(法)哲學上向來有決定論(Determinismus)及非決定論(Indeterminismus)之分。儘管這個歷經數千年以上之爭論，在(法)哲學上並無定論且在實證上亦欠缺可證明性。以刑法為例，自由意思之不可證明性一旦加上罪疑唯輕原則，根本不可能處罰任何的行為人。林鈺雄，同註46，頁288及頁289註3。

⁶¹林鈺雄，同註46，頁292-293。

⁶²王皇玉，同註38，頁332。

⁶³釋字第612號解釋許玉秀大法官不同意見書：「所有裁罰性的行政處分，也有防止受裁罰人為違法行為的效果，科處罰緩有懲罰過去，警戒未來的效果，也有降低未來危害能力的效果。」。

⁶⁴詹鎮榮，「裁罰性」不利處分之概念及其範圍界定－兼論菸害防制法第23條「戒菸教育」之法律性質。原刊載於台灣本土法學雜誌，93期，2007年4月，月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁6。

⁶⁵李建良，同註30，頁151。

⁶⁶學者詹鎮榮認為，行政專法應嚴守行政罰法第9條第1項之年齡規定，不得扭曲本條但書為由基於「特別法優於普通法」之理由，將責任能力之年齡調降於十四歲以下，甚或完全排除責任原則之適用，僅為迎合菸害防制法第23條之戒菸教育之需求，其實戒菸教育非屬行政罰。詹鎮榮，同註64，頁14。

⁶⁷行政罰法第7條第1項之立法說明：「一、現代國家基於『有責任始有處罰』之原則，對於違反行政法上義務之處罰，應以行為人主觀上有可非難性及可歸責性為前提，如行為人主觀上並非出於故意或過失情形，應無可非難性及可歸責性，故第1項明定不予處罰。」。

人員之故意、過失，推定該等組織之故意、過失。」仍採推定過失責任之立法⁶⁸。學者李惠宗則認為，在「立法技術」上，應該區分為二類：「法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人之故意或過失，視同該等組織之故意、過失⁶⁹。但其實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織之故意、過失。

我國現行一般刑法罪名固然不可能包含法人（如殺人罪），但於附屬刑法罪名，立法已經明白承認法人乃適格之犯罪主體，「法人是否為犯罪主體」取決於各該犯罪類型的立法規定⁷⁰。附屬刑法中則有對法人（或廠商）科處罰金刑，甚至承認法人犯罪⁷¹的規定。

目前德國刑法學說上則將事實錯誤稱為「構成要件錯誤」，將法律錯誤稱為「禁止錯誤」⁷²。刑法上將禁止錯誤以是否具有「避免可能性」來區分其法律效果。不管是直接禁止錯誤或間接禁止錯誤，如果錯誤可避免，則行為仍應予以處罰。錯誤理論學說認為，行為人對自己行為應負有查詢義務，以探詢行為是否是違法的。罪責理論在我國實定法有明文之依據，故意理論也已成爲歷史⁷³。

⁶⁸李震山，同註 10，頁 426。

⁶⁹從法人實在說角度，代表人係居於法人的地位，…既然稱之為「代表」人，即應「視同」法人或團體之行為。但「實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織之故意、過失」…規定為「推定」為該組織之故意、過失，則屬適當。李惠宗，同註 40，頁 67-68。

⁷⁰「蓋在我國現行法中，主刑法雖然未對法人設有相關制裁規定，附屬刑法中則有對法人（或廠商）科處罰金刑，甚至承認法人犯罪的規定。因此，姑且不論法人是否在刑事政策上適宜入罪或處罰的立法論問題，從法釋義學的角度觀察，我國刑法已經承認法人得作為構成要件行為的主體或受刑罰的對象，適用上的問題僅在於法人如何成爲此類主體或對象。對此，刑法卻未設計有如民法第 28 條有關法人侵權行為能力般的總則性立法規定，故只能求諸附屬刑法中的各罪立法設計。」許澤天，同註 300，頁 99。

⁷¹政府採購法第 92 條「廠商之代表人、代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯本法之罪者，除依該條規定處罰其行為人外，對該廠商亦科以該條之罰金」；藥事法第 87 條「法人之代表人，法人或自然人之代理人、受僱人，或其他從業人員，因執行業務，犯第八十二條至第八十六條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條之罰金。」；公平交易法第 38 條「法人犯前三條之罪者，除依前三條規定處罰其行為人外，對該法人亦科以各該條之罰金」；銀行法第 125 條第 3 項「法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人。」

⁷²王皇玉，同註 38，頁 337。

⁷³最高法院 97 年度台上字第 4566 號判決，仍未掌握故意理論與罪責理論之差異：「刑法第 16 條…所指法律之不知，專指刑罰法令而言，至其他法律（如民事法、行政法）之不知或誤認，而與犯罪構成要件攸關者，則屬是否阻卻故意範疇。眾所週知者，為維護社會安全，具有殺傷力之槍砲彈藥係近年來政府嚴加取締查緝之違禁物品，廣經報章雜誌電視等大眾傳播媒體、甚至航空公司強力宣導。以上訴人之社會閱歷，有無可能不知我國對管制槍枝、子彈入境，有處罰規定？未見原判決調查說明；又原判決既認上訴人原本不知自印尼攜帶扣案槍、彈入境我國是否合法，繼因航空公司人員准其托運上機，而誤認為可合法攜帶入境，則上訴人此項不知或誤認，可否阻卻違法？亦未見論敘，均嫌理由不備。」本案禁止錯誤之重點，應在於可否避免之訴訟

行政罰法並未規定過失之處罰，故不論對事實認知有誤（構成要件錯誤）或對法規認知有誤（禁止錯誤），皆屬可予處罰之行為⁷⁴。行政罰法第 8 條「不得因不知法規而免除行政處罰責任」⁷⁵，只要法規業經公布或發布，不論主管機關是否進行宣導或主動告知，行為人即有知悉之義務⁷⁶，縱發生違法性之錯誤，亦不得據以主張免責⁷⁷。

最高法院於 86 年度台上字第 5313 號判決即已指出：「刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義」。刑罰的量定是從罪責原則（責任原則）引出發，進而一來考慮作為比例原則在刑法化身的罪刑相當原則，二來審酌特別預防原則及其衍生的再社會化原則⁷⁸等。但無論如何，預防機能不得超過犯罪行為展露並負擔的行為罪責（Tatschuld）程度，這是行為刑法（Tatstrafrecht）與罪責刑法（Schuldstrafrecht）的基本原則⁷⁹。

證明，而若不可避免，依照罪責理論，效果亦應是欠缺不法意識而非阻卻故意責任，當然更不可能是阻卻構成要件故意。林鈺雄，同註 46，頁 338 註 12。

⁷⁴洪家殷，論行政罰之禁止錯誤－以行政罰法第 8 條之評析為中心條，東吳法律學報，第 20 卷第 4 期，頁 25，2008 年 12 月 26 日。

⁷⁵執法不講情理 5 瓶假酒罰 5 萬貧病老夫妻快被逼死。行政罰法第 8 條「按其情節，得減輕或免除其處罰」的條文，明白賦予公務員行政裁量權，但公務員通常害怕圖利之嫌而「不敢引用」。縣府財政處人員認為，行為人如已知悉法規所禁止或要求應為之行為義務為何，行為人就已具備不法意識，應不適用這項法條但書。<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/371759> 自由時報 2010 年 02 月 05 日(上網日期 2016 年 12 月)

⁷⁶刑法第 16 條之修正理由：「一、現行條文所謂『不知法律』，其態樣包含消極之不認識自己行為為法律所不許，以及積極之誤認自己行為為法律所許二者，此二者情形，即為學理上所謂『違法性錯誤』，又稱「法律錯誤」，本條之立法，係就違法性錯誤之效果所設之規定。…三、按法律頒布，人民即有知法守法義務，惟如行為人具有上揭違法性錯誤之情形，進而影響法律效力，宜就違法性錯誤之情節，區分不同法律效果。其中。(一)行為人對於違法性錯誤，有正當理由而屬無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻其犯罪之成立。(二)如行為人對於違法性錯誤，非屬無法避免，而不能阻卻犯罪之成立，然得視具體情節，減輕其刑，爰修正現行條文，以配合違法性錯誤及責任理論。」

⁷⁷台中高等行政法院 95 年度訴字第 00560 號判決，…復陳明渠係「業餘網人士」，在網路上拍賣二手衣物等語，可見其並非未受教育不能理解法律規定之人，衡情亦無行政罰法第 8 條但書所謂「按其情節得減輕或免除其處罰」之事由存在。

⁷⁸最高法院 105 年度台上字第 984 號刑事判決，依「罪行」衡量「與罪相符之責」再依其「罪責」衡量、選擇「相應之刑」及「與刑相當之罰」後，認非處以死刑無法「實現分配正義」、或符合前述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行」之功用時，則該「死刑刑罰」之目的僅有「處罰及一般性預防功能」，而無「特別預防功能」存在，從而「教化可能性」即非此時應予考量者。監獄行刑法第 1 條規定：足見「教化」係「無期徒刑、有期徒刑及拘役」刑罰之執行目的，尚非死刑或罰金刑之刑罰執行目的。

⁷⁹林山田，刑法總論（下），10 版，頁 401-402、409，2008 年 10 月。

第五款 刑法新變革:沒收-獨立的刑事法律效果

2015年12月刑法修正重新建構「沒收制度」之後，「沒收」從原本的「從刑」中獨立成為一個刑事不法行為的法律效果，自此刑事制裁體系，由原本的「雙軌制」走向「多軌制」，從此「沒收」不再是「刑罰」的一種，而是一種獨立於「刑罰」與「保安處分」之外的刑事制裁制度⁸⁰。

刑法規定犯罪所得「包括違法行為所得」，亦即，該當犯罪構成要件且有違法性為已足，不法利得沒收之前提，乃存在一個刑事不法行為⁸¹，至於不法行為欠缺罪責的原因是無責任能力、出於不可避免的禁止錯誤或具備寬恕罪責事由，皆無礙利得沒收。此外，不法與罪責以外的其他犯罪成立要件(如客觀處罰條件、個人排除或解除刑罰事由)，更無關係可言⁸²。簡言之，「有不法、無罪責」，沒收犯罪利得，已是我國刑法的定論。此點亦再度證實：利得沒收性質上乃準不當得利而非刑罰。沒收之刑事不法之類型⁸³：一、不以侵害財產之犯罪為限。二、不以故意犯、既遂犯為限。三、亦不以正犯為限。不法利得係來自於正犯或共犯(幫助犯、教唆犯)，在非所問，皆是此處的刑事不法⁸⁴。

實體與程序之交錯問題。就程序法言，刑事不法行為原則上應經事實審法院確認始可，構成要件該當性及違法，因此適用嚴格證明法則。若是刑事不法已經確認，但因欠缺責任能力而判決被告無罪者，自無礙利得沒收。由此可知，「於裁判時併宣告」之利得沒收(新刑法第40條第1項)所稱「裁判」，亦包含無罪判決在內。學者林鈺雄批評，不宜將不法利得併入罰金額度的高低考量，若與利得沒收一併宣告，還有同一利得被重複剝奪而為違反重複評價禁止原則的疑慮⁸⁵。

⁸⁰潘怡宏、林明昕、許澤天等，建構符合當代社會需求及法治基準的制裁體系，台灣法學會司改論壇(六)，月旦法學雜誌第261期，頁283，2017年2月。

⁸¹2015年修訂之刑法第38條之1立法理由：「五、增訂第四項犯罪所得之範圍，說明如下：(一)…另犯罪所得之沒收，其沒收標的須係來自違法行為，即不以定罪為必要，其舉證以該行為該當犯罪構成要件，具違法性為已足，爰參考德國刑法第七十三條第一項、第二項，增訂第四項。」

⁸²林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋適用，月旦法學雜誌，第251期，2016年3月，法源資訊重新校編，頁7註24。

⁸³林鈺雄，同前註82，頁7-8。

⁸⁴最高法院97年度台非字第381號判決：「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯，雖以他人犯罪為要件，具有從屬性，但該他人(即正犯)是否知情及事後是否受刑罰執行，並不影響幫助犯之成立。是該他人如因犯後死亡或有特殊事由，獲檢察官…不起訴處分，仍無礙幫助犯之成立。幫助犯其所幫助他人實行犯罪行為，以其幫助犯意之範圍為限，令負責任，若該他人所實行之犯罪行為，超越其幫助犯意之範圍，而為其所難預見者，應就其所知之程度，令負責任，未可概與該他人同負責任。」無責任能力人不列入共同正犯，最高法院100年度台上字第3336號判決。

⁸⁵我國刑法第58條規定：「科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯罪行為人之資力及犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。」，應予檢討。

第二項 不法內涵制裁法制史之演進

所謂的「歷史」，通常只是事後觀照結果，都回不了過去的「現場」。不過，若能反身回顧過往還可再發現與新認識，即是為前瞻發展必經之路。本是同根生，不法行為為何須區別為刑罰與行政罰兩種體系運作？從法制歷史之脈絡一窺其演進與分化，研析各時期之時代思想，藉以思索兩者之差異。

第一款 德國法

德國的刑事制裁制度原本是採單一的刑罰制度，1871年時只有一種法律效果，就是刑罰，包含一、死刑、二、重罪懲役刑、三、輕罪懲役刑…、八、警察監督、九、沒收。沒收現在雖是獨立的法律效果，不過在開始時是刑罰的一種⁸⁶。在德意志帝國刑法的違警罪規定，被德國學者稱為「行政刑法」或「行政犯」規定，都是一種刑事上的犯罪，只是處罰的手段與重罪、輕罪的處罰手段不同而已。因此，當時違反行政法上義務之行為，其法律效果包括自由刑、罰金刑與拘役均屬刑罰。行政犯則與行政刑法係屬同一概念；而所謂刑事不法與行政不法之區別問題，指的是刑法的犯罪，當時並無所謂「行政罰」之概念⁸⁷。

近代德國法對於違法行為之國家制裁，區分「刑罰」與「秩序罰」兩種截然不同之制裁措施，刑罰係制裁「犯罪行為」，屬於「刑罰」(Kriminalstrafe)，由普通法院審理，並以判決之方式為之；秩序罰(Ordnungsstrafe)非「刑法」，由行政主管機關管轄，不同的是，秩序罰通常係以行政處分為之，如受裁罰人不服行政處分，則循行政訴訟制度救濟。由於兩種處罰手段之不同，曾是二十世紀初期頗受爭議的問題。德國法關於「刑罰」與「秩序罰」得併予處罰之處罰競合關係，牽涉的主要條文是德國基本法第103條第3句「任何人不得因同一行為，而依一般刑法多次受罰。」的解釋問題。但依德國違反秩序罰法第21條第1句之規定，原則上亦是禁止的，但仍有其他處罰競合之例外，如罰鍰以外的不利益處分與沒入等之競合關係⁸⁸。1975年1月1日頒布的西德新刑法，即因秩

就立法論言，「犯罪利得」混入「罰金」額度，其實是混淆兩者性質及適用原則的不同：罰金是刑罰，適用罪刑法定原則、罪責原則及衍生的從輕原則(刑法第2條第1項)；反之，剝奪犯罪利得不是刑罰，不適用以上原則，但因屬干預財產措施，因此受法自保留原則及比例原則之拘束。林鈺雄，法人犯罪及不法利得之沒收—評大統混油案刑事判決，台灣法學雜誌，第261期，頁108註40，2014年12月1日。然而，2014年底修正的食安法卻反其道而行，於第49條新增第6項：「科罰金時，應審酌刑法第五十八條規定。」。林鈺雄，利得沒收之法律性質與審查體系—兼論立法之展望，月旦法學雜誌，第238期，頁59註16，2015年3月。

⁸⁶潘怡宏、林明昕、許澤天等，同註80，頁285。

⁸⁷陳文貴，行政罰競合理論與實務—雙重處罰禁止論，初版，頁21，2012年9月。

⁸⁸陳文貴，同註87，頁11。

序違反法之修正頒布，舊刑法違警罪中如具有刑事刑法之性質者，即改定為輕罪，並繼續規定在新刑法中；反之不具有刑事刑法之性質者，則予以刪除另行規定在 1987 年重新修正公布之違反秩序罰法中。德國法區別刑事不法與行政不法的理論爭點，是在探討具有較高倫理非價內容的「重罪」與「輕罪」，與倫理非價內容或危險性較低的「違警罪」之間有何差異。規定在刑法中是刑事犯罪行為，而規定在違反秩序罰法中，係秩序違反行為，兩者間之區別端視其法律效果而定。

綜上，可知在德國區分刑事罰與行政罰之界限為何，何種狀況屬刑罰核心範圍或屬秩序違反，是否兩者存在質或量之差異，其實無法說明，決定權似乎在立法者之選擇⁸⁹，只能說秩序違反屬輕微倫理非價，並處予罰鍰之手段。人身自由之剝奪不再屬於行政管轄權，而屬司法審判權。

第二款 美國法

美國屬於英美法系之國家，以習慣法（Common Law）為主，較強調司法而不信任行政。行政罰這一名稱，在美國法中早先並不存在，一般而言，處罰之種類，若非屬刑事罰，即屬於所謂的民事罰（Civil Penalty）。在民事罰中主要包括了民事上之沒收（Civil Forfeiture）、補償（Restitution）、強制（Injunction）（禁止或命令某人為一定之行為或不行為）、喪失政府之利益或特惠（如各種執照之吊銷）、民事保護令（如家庭暴力防制法）以及所謂的金錢上之處罰（Civil Fines）。不管刑事罰或民事罰早期皆屬法院管轄，由法院來發令狀以及處罰。而金錢上之處罰，二十世紀以來，逐漸分離成兩部分，除法院外對於較輕之罰鍰外，則由獨立的行政機關（Agency）依行政程序來處理人民違反政府規定之行為。而這些權限通常仍會冠上「民事」（civil）以與刑事加以區別⁹⁰。關於我國法違反行政法規的犯罪，美國法通常稱為「Regulatory Crime」（行政犯或法定犯）⁹¹，這些是屬於違反行政管制之犯罪行為，與我國行政法規中對於違反行政義務之行為，而科以刑罰制裁之制度相當。

英美行政機關擁有金錢上之處罰權，主要是源自於立法機關的授權。自 1853 年聯邦法院支持海關科以公司低報進口物資價值百分之二十之罰款，而不必由法院發令狀加以處罰以來，民事罰款之方式，即開始廣泛授權行政機關裁罰，自此遂成為普遍之立法現象，這種由法律授權行政機關裁罰之方式，相當於德國法的

⁸⁹蔡震榮，行政罰與刑事罰界限問題之探討，法令月刊，第 65 卷第 1 期，頁 42，2014 年 1 月。

⁹⁰民事罰（Civil Penalty）與行政金錢罰（Administrative Penalty）在美國有時是混著使用，但一般而言，兩者仍有所區別，前者應是指由法院依民事訴訟程序所科處的金錢罰，後者是指行政機關依行政程序法所為之處罰。蔡震榮/鄭善印，行政罰法逐條釋義，2 版，頁 31-32 註 52，2008 年 5 月。

⁹¹陳文貴，同註 87，頁 7。

秩序罰及我國法的「行政罰」。因此美國法的這種由行政機關裁罰的「民事罰款」，與由法院發令狀處罰的「民事罰款」現仍並存，是為大陸法系所無的。亦即，其在金錢上之處罰，有三種不同的程序，亦即，刑事、民事以及行政程序⁹²。

美國是注重所謂程序正義的國家，由於立法機關擴充行政機關之權限，行政權不斷擴大，使得行政機關所執行的民事罰逐漸侵蝕刑事罰，造成刑罰逐漸萎縮⁹³，對被告憲法上所保障之權利，似有受侵害之嫌，因此，學理上以及司法上逐漸重視刑事罰與民事罰區分之間題。

第三節 刑事不法與行政不法之屬性區分原則

第一款 刑事不法與民事不法

民事與刑事規範所保護的法益有時不盡完全相同，比如就詐欺罪與民事侵權行為或契約賠償責任相較，保護的都是「財產法益」但是詐欺罪著重回應行為人使用欺騙手法的故意與不法所有的意圖⁹⁴，沒有這些主觀不法要件，行為人仍然要負擔民事侵權行為或契約債務不履行的故意損害賠償責任。從法制史的角度觀察，刑法本是由民法的「侵權行為法」獨立出來的「衍生規定」⁹⁵。但經過長期的發展，刑法完全不同於民法對被害人的「損害賠償」而是對行為人的「舉止」本身加以節制，因而，對無「實害」僅生「危險」的「舉止」，刑法有時即行介入，「罪刑法定原則」下構成要件必然是「實定刑法」的概念。

刑法著重於故意造成輕微結果，重於過失造成嚴重結果，顯示刑法重視行為不法勝於結果不法⁹⁶，民事規範較為重視結果不法。刑法保護個人財產法益，並不只是保護「個別的、單獨的個體財產權」，而是保護整個所有權制度或占有制度的存在，保護制度性財產利益的存在。刑事訴訟法與民事訴訟法雖然各有所司，但也產生交錯關係⁹⁷。

⁹²此種現象，乃是以案件處罰金額來決定管轄權，這在環保法規，食物、藥品以及裝飾品法規中可找到相關之規定。一般而言，觸犯禁止之行為，除處予有期徒刑外，課予罰金。而在民事上之處罰，較重之處罰金額，由民事法院管轄，一定金額之下則由行政機關依行政程序直接課予罰鍰。蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 32 註 53。

⁹³蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 33。

⁹⁴鍾豪峰，刑事不法與民事不法的分界，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 84，2002 年 7 月。

⁹⁵鄭逸哲，刑法基本理解的矯正—台灣現行刑法素貌探索，初版，頁 44，2008 年 9 月。

⁹⁶鍾豪峰，同註 94，頁 163。

⁹⁷例如，竊盜罪（刑法第 320 條第 1 項）以竊取他人之「動產」為前提，而動產及動產之所有權或使用權，則為民事關係；但為達成訴訟經濟並避免裁判矛盾之目的，我國刑事訴訟法亦特別

第二款 自然犯與法定犯；刑事犯與行政犯

隨著社會價值觀念的變遷，實際立法上，為了強化大眾生命與健康的安全，也將許多抽象性的危險行為，提昇到刑事犯的範疇⁹⁸，例如交通運輸的安全罰則、醫療衛生罰則、環境刑法等等；行政犯與刑事犯中間類型的「法定犯」（附屬刑法）應運而生，使得上述性質區別理論的界限，發生動搖。

行政作用分為具有授益性質及具有侵益性質兩類，後者具有侵益性與行政制裁有關，惟在侵益性質之行政作用中，並非皆具制裁性質，例如：依法申請證照，不合規定未獲准許，又如因瑕疵或因法令或事實之變更、公益之需要而廢止或變更授益處分等。侵益行政作用中具有制裁性質之行為言，可分為懲戒罰、執行罰、行政罰與附屬刑罰。所謂懲戒罰，指基於公法上之職務關係國家機關對公務人員所加之制裁。所謂執行罰，乃對於違反行政法上義務者，為督促其將來履行義務，所加予之處置，包括怠金及其他不利措施，惟其性質與制裁有差異。所謂行政罰，則指對於違反行政法上之義務者，科罰鍰、沒入或其他具裁罰性之不利處分。所謂附屬刑罰，指對於違反行政法上之義務者，科以刑法上所定刑名之制裁⁹⁹。行政罰法於2006年2月5日公布施行後，行政訴訟實務上係將「行政不法」一詞，界定為現行行政罰法所規範下的秩序違反行為。最高行政法院95年度判字第492號裁判見解，亦將此類違反行政法上義務之行為，亦該當處以刑罰刑名以外手段之行為，定義為行政不法行為。

行為質的考量：「刑事不法」是自體惡，又稱自然犯。「行政不法」是禁止惡，又稱法定犯。行為量的考量：行為所生危害法益輕重程度及發生之頻率，具有量的差異。附屬刑罰應是制裁行為後果所造成之損害或危險程度較重者；損害或危險程度較低者，宜規定為秩序違反行為。同屬大陸法系的法國，行政犯與刑事犯區別之理論，並不存在。「行政犯」在行政法學界在引述時，認為是在區別「刑事罰與行政罰」的差異；但刑事法學界則認為是在區別「刑法上的犯罪與行政法上的犯罪」之差異¹⁰⁰。

規定，若犯罪是否成立（如重婚罪）或刑罰應否免除（如親屬竊盜罪），以民事法律關係為斷，而民事已經起訴者，得於其程序終結前停止其審判（刑訴法第297條）。另一方面，民事訴訟法則規定：民事訴訟中有犯罪嫌疑牽涉其裁判者，民事法院得在刑事訴訟終結前，以裁定停止訴訟程序（民訴法第183條）。至於刑事附帶民事訴訟，則是橫跨民、刑訴訟兩者的制度。林鈺雄，同註19，頁80註46。

⁹⁸何子倫，刑事犯與行政犯之區別初探，國政研究報告憲政(研)092-005號，頁3-4，2003年1月28日。

⁹⁹李震山，同註10，頁391。

¹⁰⁰陳文貴，同註87，頁16。

本文認為，行政犯係指違反行政法上義務，相較不具倫理非難性，採用行政罰法所定之罰名；刑事犯係違反刑事法典之規範(含附屬刑罰)，相較具有強烈之倫理非難性，採用刑法所定之刑名。自然犯具強烈之倫理非難性，多應屬刑事犯；法定犯原僅為單純不服從行政法規規定，應屬行政犯，惟近代國家任務多元，社會活動複雜，相關附屬刑法日益增多，尤其是法定犯之行為已從違反行政管理目的進展至危害人類之生命、健康，甚至其大量行為之累積已侵害社會秩序者，為了維護社會秩序，保障人民之生命及健康，法定犯與自然犯之界線已逐漸消失。

第一項 質與量差異論之爭議

由於當代社會變遷的需要，為了經濟行政、交通秩序、環境行政的目的，而增加「行政刑罰」(Verwaltungsstrafe)或附屬刑罰(Nebenstrafe)，以致行政犯之立法愈益擴張範圍，而形成刑法的肥大症(Hypertrophy)¹⁰¹，從而刑事犯與行政犯(Straftaten und Ordnungswidrigkeiten)即應有所區別。以下以質或量的觀點論述兩者不法差異所在。

第一款 質與量的區別說

質的區別說中，對於以社會倫理價值作為判斷標準之說法，遭受批評，由於社會倫理道德具有「變遷性」亦即其非亙古不變，往往會隨著時間的遷移而有所變化¹⁰²。故如何界定社會倫理價值之內涵，常會陷於為難以克服之困境。

在德國關於行政犯與刑事犯是質的差別學說，二次大戰之後，質的差別說失其優勢，而形成量的差別理論。雖然德國憲法法院也有明確主張刑事犯與行政犯只有量之差別的判決，但多數案件的裁判中常認為刑事罰與行政罰各有核心領域¹⁰³：純粹社會倫理的屬於前者，反之，純粹技術的、暫時的屬於後者，但並非基於「事物之本質」，而是因價值判斷或不法行為之內容，所作逐漸進階式劃分，這種劃分權當然屬於立法機關。

整體而言，行政罰法就行政罰與刑罰之關係，應已較接近學說上之「量的區別說」¹⁰⁴。又如以汽車駕駛人之血液中酒精濃度含量高低，而以秩序罰或刑罰

¹⁰¹何子倫，同註 98，頁 3。

¹⁰²洪家殷，同註 39，頁 101-102。

¹⁰³吳庚，同註 15，頁 480。

¹⁰⁴近年最高行政法院之裁判雖未有對此直接表示見解者，不過在與刑罰之關係方面，不論在證據之取捨或主觀構成要件之認定上，基本上仍接受兩者有其共通處，惟仍可各自認定事實及證據，並在適用不同之法條及構成要件時，對主觀之故意過失要件，亦得為不同之認定。洪家殷，同註 39，頁 110 註 38。

之手段加以制裁，酒駕本質一致，但係立法者依該等行為危險程度高低所為之價值判斷。

第二款 質量混合理論

德國目前刑法主流學說，認為兩者在「核心領域」(Kernbereich)部分仍具有質的差異¹⁰⁵，因為核心領域係為比較嚴重的犯罪行為(例如殺人、性侵、強盜、搶奪等)；至於在兩者交界之中間地帶部分則屬量的差異，漸趨於相對化的傾向，屬於流動性、相對性。況且對於人類行為的價值判斷，會存在著因量變而產生質變的現象。故無可避免仍具有質的區別說之色彩，即「社會倫理價值」概念之不確定性問題。此外，如果本質上與刑罰並無不同，則劃歸為違反秩序之行為，將無法受到法院之審判，有刑事遁入行政之疑慮¹⁰⁶。

在違反秩序罰法擴充至所有其他範圍，例如包括抽象危險犯(違警罪)以及交通違規事件，已擴充及於涉及個人法益之保護。如在交通法規上，就涉及了人民之生命、身體、財產法益。因此，兩者同屬法益之侵害，只是侵害強度不同而已¹⁰⁷，立法者依現時之政策以及立法機關的價值秩序決定之。

第三款 實務主觀惡性重大程度

行政罰之道德律違反性與侵害個人或社會法益的主觀惡性薄弱¹⁰⁸，刑罰的應報性思想理論亦無適用之餘地，通常只要立法者認為某項行為有予以行政上管理之必要，也就是基於所謂的「行政目的」，即可設定相對人之行政義務，並對違反行政義務者科以行政罰之制裁。

由於質的區別說及質量混合說中之「核心領域」，皆以社會倫理價值作為絕對劃分之標準，此點迄今仍無法克服，難以延用。惟在量的區別說中，若完全排除忽略社會倫理道德價值之存在，與社會觀念有所隔閡，亦非妥適。學者洪家殷

¹⁰⁵在核心部分刑法與違反秩序罰法分別規定之，亦即兩者在核心部分有質的差異，對於嚴重違反者僅法官有刑罰處罰權。但在中間的模糊邊緣地帶，對於非價不法內涵的評價，則由立法者自我決定其屬刑罰或秩序違反，稱此理論為質與量的混合說，也是德國憲法法院所主張。採此說國內多數學者，大多以兩交集之圓圈作為此種混合模式的說明。蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 27 註 37。

¹⁰⁶洪家殷，同註 39，頁 105。

¹⁰⁷蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 26。

¹⁰⁸釋憲實務似乎認為，「主觀惡性」係區別行政罰與刑事罰的界限，例如釋字第 445 號解釋理由書即謂：「集會遊行法第二十九條對於首謀者處以刑事罰，乃因首謀者業經警察機關警告、制止、命令解散，仍繼續進行，不遵制止等四階段程序，其主觀惡性已表露無遺，非處行政罰所能奏效。」惟並未詳予說明，刑罰的主觀惡性之實質內涵為何。陳文貴，同註 87，頁 102 註 227。

提出，打破所謂「核心領域」及「邊界地帶」之界限，成為由刑罰到行政罰之間一種類似光譜式之型態¹⁰⁹，可作為區別之基本原則，作為立法論上之一種可操作型之參考依據。

第四款 小結：僅概念意義之質與量區別理論

學者吳庚亦有主張行政罰與刑罰並無區別之論，謂「罰金」與「罰鍰」無從區別，何者行為應處「罰金」，何者行為應處「罰鍰」只能訴諸立法者基於處罰必要性的不同而已，因而認為並無區別行政罰與刑罰之理由¹¹⁰。在法人刑責並無自由刑而僅有罰金刑之情況下，對其違法行為科以刑事罰金或行政罰鍰，皆是因遭金錢處罰而上繳國庫，並無重大差異¹¹¹，若著眼於規範之時效性及實效性二者，實無庸拘泥於刑罰，而以行政罰鍰因應即可。

但學者陳文貴指出兩者仍有背後隱含之差異存在，「罰金」與「罰鍰」雖然同屬剝奪人民財產權之制裁手段，但「罰金」係屬制裁犯罪的手段，可以達到刑罰「烙印化」的效果，適用嚴格刑事訴訟程序，罰金逾期不完納，亦將轉換為拘束人身自由之「勞役¹¹²」，與「罰鍰」僅僅適用行政訴訟程序，罰鍰逾期不完納¹¹³，若行為人確實無財產可供執行時，亦僅能依行政方式結案之法律效果不同。因為刑事犯罪通常導致的社會觀感是非良民，這是行政罰的「罰鍰」效果所無法比擬者。但本文認為對自然人或有差別，但對法人則無差別。

綜觀德國法上區別刑事不法與秩序不法或行政不法的理論，並無實質存在之意義，因為甚多的行政法規中均併定有行政罰與刑罰條款，行政法規中亦規定了刑罰構成要件之犯罪。既然在現代行政法規中併定有刑罰條款之現實狀態，將刑罰條款統一規定於刑法典內成為單一刑法，事實上亦有其困難性¹¹⁴，因此，無須再探討上述德國早已過時的質量區別理論之必要。何況人類行為的價值判

¹⁰⁹刑罰到行政罰之間光譜式之型態，得作為判斷之因素者，主要有下列 6 項：1.非難性之程度。2.危險之程度。3.法益之侵害。4.發生之頻率與數量。5.制裁制度之特性。6.權力分立之理念。洪家殷，同註 39，頁 113-118。

¹¹⁰吳庚，同註 15，頁 481 註 14。

¹¹¹有關「罰金」與「罰鍰」二者間究竟是有「質」的差異、抑或僅有「量」的區別，歷來即為刑法學者爭執之所在，該文傾向支持量的區別說之看法。黃銘傑，同註 279，頁 113 註 63。

¹¹²刑法第 42 條第 1 項前段：「罰金應於裁判確後二個月內完納。期滿而不完納者，強制執行。其無力完納者，易服勞役。」。

¹¹³罰鍰逾期不完納可轉換強制執行之拘提管收。依行政執行法規定，管收一次三個月，得延長一次，也就是說最長可管收半年，管收完還是要繳欠稅。

¹¹⁴若將規範至刑法分則中，會跟原來行政法規脫鉤，立法者必須獨立描述構成要件。蔡聖偉、許絲捷、潘怡宏等，環境犯罪規範設計與不法利得沒收，月旦法學雜誌，第 278 期，頁 84，2018 年 7 月。

斷，質量之間仍有游移的可能¹¹⁵。至於所謂刑事立法政策，事實上仍是受到各種具有時空性刑法理論擺盪之牽制，難驟下定論，最後都以立法形成自由收場，取決於立法者乃是在民主多數決體制。

本文以為區別行政罰與刑事罰的界限，以學者洪家殷所倡類似光譜式之型態，可作為區別刑罰到行政罰之基本原則，但釋憲實務所認為「主觀惡性」，係作為立法論上之最具決定性可操作型依據。誠如學者吳庚所言：「只能訴諸立法者基於處罰必要性」，但司法機關仍保留最後之司法審查法律控制，應不致於使人民喪失對其權利之有效保護。此外，將較輕之不法行為交由行政機關制裁，亦具有程序經濟之效果。另有論者提出高頻率但後果相對輕微之不法行為，以保險制度¹¹⁶來分散個人犯罪被害風險，值得後續研究。

第二項 入罪化與除罪化

第一款 刑罰最後手段性

許玉秀大法官於釋字第 594 號解釋中指出：最後手段原則¹¹⁷(ultima ratio)，即刑法應作為防衛社會的最後手段。社會環境隨著時代發展日趨複雜，法律亦隨

¹¹⁵李震山，同註 10，頁 394。

¹¹⁶以國家福利、私人保險來分散個人犯罪被害風險。根據新刑罰學的精算，高頻率但後果相對輕微者，可以透過個人或公司保險制度（如失竊險、員工誠實保險）來分擔國家司法負擔。保險公司與受保人（可能被害人）雙方利益與損失在自行估算與平衡後，均可獲得控制。周憐嫻，以風險評估為基礎之新刑罰學：新遠道與舊鄉愁，月旦法學教室，142 期，頁 57-58，2013 年 2 月。

¹¹⁷(摘錄)最後手段原則 (ultima ratio)，可譯為最後的理性 (ultima ratio)，即刑法應作為防衛社會的最後手段。當面對社會衝突關係，其他法律手段無法發揮應有的規範效果時，方才使用刑事制裁手段，以為因應，刑法因而在解決社會衝突關係的各種法律策略中，居於補充的順位，…。這個原則，以量的不法觀 (quantitative Unrechtsfolge) 為基礎，這個量的不法觀建構了法的一致性 (Einheit der Rechtsordnung) 的觀點。基本的觀點是：刑法所保護的法益，各別規定在其他法律領域之中，刑法的違法性是由其他法律所決定的。其他法律明示為合法的，刑法不可以認為不法，而其他法律認為不法的，刑法可以不必認為不法，這種法秩序的一致性，可以認為是消極的一致性，即當其他法律明示為合法時，刑法不能採取相反的觀點。量的不法觀還有另一層意義，就是行為一旦接受刑罰制裁，即已包含行政處罰，而可以免除行政制裁，避免一罪兩罰，甫於 94 年 1 月 14 日制定通過的行政罰法第 26 條，即揭示這種量的不法觀。如果從質的不法觀點來看，即刑事不法與其他法律的不法標準有質上面的區別來看，則最後手段原則即不能成立，因為如依自己的不法標準決定不法行為類型，則行為的入罪化（規定成犯罪行為），應由刑法自己決定。在一個法律分工的社會，各個法律領域完全不顧其他法律領域的規範態度，是不可能的，但也未必絕對採最後手段原則，較通常的情況是「一致行動」。因此所謂最後手段原則，要從上述「法秩序的消極一致性」去理解，而不是無計可施，方才動用刑法，因為通常無計可施時，刑法也愛莫能助。而在對付某種社會衝突關係時，當各種法律領域會診的時候，也必須依比例原則而決定規範的方式。近幾年來，我國立法政策明顯遵循最後手段原則，不少醫療法規、環境法規、勞動法規等，於訂定罰則時，多以行政罰取代刑罰手段。

著時代而變遷以為因應，事所必然且應然，社會觀念改變，法律規定本應配合修正調適，舉兩例行政罰與刑罰互為轉變實例說明鑑往。

第一目 酒駕案例：行政罰→刑罰

回顧醉態駕駛罪之立法歷程¹¹⁸，因為過去酒醉駕車肇事率高，行政懲罰也不足以嚇阻，對若肇事後，對被害人常造成嚴重損害，且無力賠償，故在 1998 年通過刑法修正第 185 條之 3，入罪化酒醉駕車行為¹¹⁹。經歷多年社會推廣、公民教育後，也成功的改變了民眾、法官的評價，將之視為犯罪行為；2011 年修正刑責提高由 1 年以下有期徒刑提升為 2 年以下有期徒刑，並增定第 2 項酒駕致人死亡或重傷之加重結果犯規，酒駕致人於死者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑；致重傷者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑；2013 年 6 月 11 日再度修正吐氣酒精濃度之數值直接具體化為犯罪構成要件¹²⁰，且酒駕肇事因而致人於死的刑度調高為「3 年以上 10 年以下有期徒刑」。若行為人未接受酒精濃度測試或測試後酒精濃度未達前揭標準，惟有其他客觀情事認為確實不能安全駕駛動力交通工具時，仍構成醉態駕駛罪。另「道路交通安全規則」第 114 條第 2 款之規定「飲用酒類或其他類似物後其吐氣所含酒精濃度達每公升 0.15 毫克或血液中酒精濃度達百之 0.05 以上者，不得駕車。」，違反者依「道路交通管理處罰條例」第 35 條處以行政罰。

學者王皇玉對刑法第 185 條之 3 之批評：失之過寬，濫用抽象危險犯，把「刑法行政法化」之虞¹²¹。學者許澤天批評，另若將酒測數值解讀為客觀可罰性條件¹²²，固然有助於避免刑法對法益保護的缺陷，但卻背離本罪所應有的不法解讀，且會嚴重背離行為人對於不法應有故意或過失¹²³始能歸咎的罪責原則

¹¹⁸參考王皇玉，2013 年刑事法發展回顧：酒駕與肇逃之立法與實務判決，臺大法學論叢，第 43 卷特刊，頁 1229，2014 年 11 月。

¹¹⁹周榛嫻、Bill Heberton，刑罰是知識結構與文化的鏡子：台灣與英國嚴刑重罰趨勢之比較研究，臺大法學論叢，第 39 卷第 2 期，頁 433，2010 年 6 月。

¹²⁰立法理由表示「不能安全駕駛罪係屬抽象危險犯，不以發生具體危險為必要。爰修正原條文第一項，增訂酒精濃度標準值，以此作為認定「不能安全駕駛」之判斷標準，以有效遏阻酒醉駕車事件發生。」交通部與內政部亦會銜修正公布道路交通安全規則第 114 條條文，並與前揭刑法修正條文於 2013 年 6 月 13 日同步實施。

¹²¹建議「應將入罪化的酒精濃度標準值」改為「吐氣所含酒精濃度達每公升 0.55 毫克或血液中酒精濃度達 0.11% 以上」與其他各國的絕對不能安全駕駛的標準一致，且將此一標準設定為「絕對不能安全駕駛」之標準，不容駕駛者舉反證推翻，如此才是一個妥適且寬嚴適中的立法。王皇玉，同註 118，頁 1245。

¹²²許澤天，論酒精影響下的不能安全駕駛罪，興大法學，第 15 期，頁 148 註 10，2014 年 5 月。

¹²³既然吐氣或血液酒精濃度值成為客觀構成要件，則必須行為人主觀上對此要件有所認識與意欲，才能認定為有故意，行為人並未認識到自己酒精濃度的數值，或誤認為自己酒精濃度值沒

(刑法第 12 條第 1 項)，自不該採納。前述故意與其證明問題的解決，應考慮本罪是否加入過失犯的設計¹²⁴。

抽象危險犯、具體危險犯涉及的是行為禁止或命令的不同規定模式，並非只有刑法規定才有，即便是行政法規定¹²⁵，或是其他法領域的規定，也存在這種區分，因為這裡涉及的正是行為規定如何形塑的問題，而不是對於違反行為規定者如何制裁的問題，所以並不是刑法規定的特殊問題。不能安全駕駛已是犯罪，但超速、闖紅燈、闖越平交道卻仍只是行政不法，不能安全駕駛方能在立法上成立結果加重犯，後者則不能。兩者所具有的刑事不法和行政不法差距已不無疑問，不斷增訂且加重的結果加重犯立法，更是凸顯兩者間的不合理落差¹²⁶。(闖紅燈 100 次還是行政罰，不會變成刑罰)。

第二目 菸酒管制案例：刑罰→行政罰

2000 年 4 月 19 日菸酒管理法第 46 條之規定：「產製或輸入私菸、私酒者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科三十萬元以上一百五十萬元以下罰金。但以手工產製私菸、私酒供自用者，免予處罰。」後來經修正(2004 年 1 月 7 日，同年 7 月 1 日施行)改為行政罰，其修正規定為：「產製私菸、私酒者，處十萬元以上一百萬元以下罰鍰。但查獲物查獲時現值超過一百萬元者，處查獲物查獲時現值一倍以上五倍以下罰鍰。」(按：本文所列金額皆以新臺幣計)

國家透過立法手段，將各種社會行為的價值予以定位，甚至透過處罰手段，將某些行為宣示為具有可非難性，但某種應予非難之行為究應以何種處罰手段處罰之，係屬立法裁量範圍，釋字第 517 號解釋：「違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所為立法裁量之權限，苟未逾越比例原則，要不能遽指其為違憲。」但刑罰之規定，如果違反比例原則，即有立法違憲無效的問題。國家的刑罰權係屬不得已的措施，從比例原則的角度出發，刑罰之規定，具有最後手段性，非不得已不宜輕用，此稱為「刑罰(法)謙抑原則」。對於釀造私酒本身之處以刑事罰，欠缺實質正當性。故菸酒管理法第 46 條將之除罪化，代以行政罰，洵屬恰當。然財政部函釋，認為「因是類案件於本法修正前、後均有可罰性，僅處罰種類不同，在處罰法定主義及行為人主觀違法認識上均無違背…主管機關，仍

有超過標準值，應以構成要件錯誤而阻卻故意，判決被告無罪。過去實務見解並不嚴格區分「故意」與「過失」酒醉駕車問題。王皇玉，同註 118，頁 1245。

¹²⁴許澤天，同註 122，頁 149。

¹²⁵單麗玟，抽象危險犯的必要性審查，月旦法學雜誌，第 238 期，頁 174，2015 年 3 月。

¹²⁶許澤天，同註 122，頁 170。

應依本法修正後第 46 條第 1 項等規定處以行政罰¹²⁷。」但有學者認為值得商榷¹²⁸。

以罰金刑與行政罰鍰作比較，除罪化的結果，往往換來相當高額的罰鍰¹²⁹。類此不具有倫理上可苛責性的行為，法院判決往往多以罰金刑替代自由刑，其結果是罰鍰的最低額，往往多於罰金的最高額。例如「在河川區域內堆置砂石」之行為，依 2000 年修正之水利法第 92 條之 1 除了有期徒刑的規定外，最高科處 3 萬元（銀元）罰金，但 2003 年修正之水利法，將此一行為改為行政罰鍰，但大幅提高其額度至 1 百萬元至 5 百萬元。

第二款 社會變遷之法律自我調節機制

立法政策之考量，應僅存於行政不法與刑事不法之交錯地帶，二者核心領域之區別標準則相當明確，應無流動變化之可能，如以立法裁量以行政罰處罰刑事不法行為，或為相反之處罰，則此舉將與憲法位階之比例原則相違，超越裁量界限惟刑罰應具符合正當性原則、比例原則及最後手段性原則，此乃法治國刑法之基本原則。區別刑事不法與行政不法，應脫「質」或「量」之窠臼，以刑罰原理或原則作為立法之思考基準，以確保人民基本權利及刑法價值體系之穩固。近年來立法趨勢偏重以刑法之角度切入，採用「行政前置主義」，甚至除罪化，以避免「法定犯之自然犯化」¹³⁰現象之發生。

社會契約論正是近代民主國家中法律根源妥當化基石，應由代表多元意見、且須經歷正式、謹慎且較為公開、透明之程序，透過民主程序以達成社會合意，訴諸於所謂的一般人的民主機制決定，符合社會民意。

¹²⁷依司法院院解字第 3389 號解釋：「所得稅暫行條例第 20 條後段規定之罰金，係屬刑罰違反該條之案件，未經檢察官偵查起訴，法院竟以裁定處罰，固屬違法，惟經抗告法院以裁定撤銷原裁定發回另行偵查，依現行之所得稅法第 39 條規定，該項處罰業已改為行政罰，是犯罪後之法律已廢止其刑罰，檢察官自應依刑事訴訟法第 231 條第 4 款為不起訴之處分，仍送由法院以裁定處罰之。」之意旨，該不法行為仍具可罰性，故可由主管機關以修正後之條文處以行政罰。另有學者認為，本法將修正前處以刑罰之相同構成要件行為，於修正改處以行政罰，並非表示該行為不具社會非難性，僅是變更處罰之機關與種類。故參照司法院院解字第 3389 號解釋意旨，應認為該不法行為之可罰性，可延續由該管主管機關以修正後條文處以行政罰。」洪家殷，同註 39，頁 95 註 19。

¹²⁸行為之處罰以行為時法律有明文規定為限，此為刑法第 1 條罪刑法定主義之要求；行為後法律廢止其刑事處罰者，其行為價值評斷即有不同，故應予以免罰。本案例「行為時」發生在 92 年 12 月當時菸酒管理法第 46 條雖有刑事罰，但該規定既修正廢止刑罰，改為行政罰，此時依刑法第 2 條規定應免予科處刑罰。行為時，行政罰之新規定既尚未施行，本案即不應予以處罰。李惠宗，同註 40，頁 160。

¹²⁹李惠宗，同註 40，頁 154。

¹³⁰曾淑瑜，從食品摻偽之類型論入刑化之必要性，原刊載於台灣法學雜誌，241 期，2014 年 2 月 1 日。月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁 7。

第一目 法律變更

以今日之是非昨日之非，或以今日之非昨日之是，古今中外，自古皆然。刑法法律變更可以分為處罰規定之新增、刪除及其他變更分數種情形¹³¹。

空白構成要件之變更，我國實務多認為公告變更僅屬事實變更¹³²，而非法律變更，無刑法第 2 條第 1 項從輕原則適用；但學說指出¹³³，補充空白構成要件的行政命令，與一般行政命令非可比擬，已經成為犯罪構成要件的不可或缺之禁止內容，此等變更具有刑法的規範性，直接影響可罰性之內容，故應屬法律變更，也應有新舊比較及從輕原則的適用。

從新從輕原則之適用，應可視為我國在行政罰之一般法律原則，而可適用在所有的行政罰事件，然司法實務上仍相當保守，行政法院即堅守無類推適用（舊）刑法從新從輕原則之餘地¹³⁴，或不適用中央法規標準法第 18 條從新從輕

¹³¹刑法因修正而新增處罰規定，將特定不法行為入罪化，依刑法第 1 條，修正後之新刑法對修正前不為罪之行為，無適用之餘地；另因修正而刪除原有之處罰規定，即將特定行為除罪化，因溯及既往有利於行為人，並不違反罪刑法定原則；變更構成要件或法律效果時，則先將「具體個案」分別依照新舊法檢驗，後再比較兩者運用於該個案後的具體「結果」，並適用結果有利於行為人之輕法。林鈺雄，同註 46，頁 60-62。

¹³²最高法院 94 年度台上字第 771 號：「刑法第二條第一項前段所規定之『法律有變更』及刑事訴訟法第三百零二條第四款所謂『犯罪後之法律已廢止其刑罰』，其所稱之『法律』，係指依中央法規標準法第四條之規定制定公布之刑罰法律而言，此觀憲法第一百七十條之規定自明。行政機關依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，雖可視為具法律同等之效力，然該法規命令之本身，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，並無刑罰之具體規定，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響，於此，空白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，不屬於刑罰法律之變更或廢止之範疇，自無刑法第二條第一項法律變更之比較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律。行政院依懲治走私條例第二條第四項之委任立法，將原公告之管制物品及其數額重行公告，乃行政上為適應當時社會環境需要所為事實上之變更，並非刑罰法律有所變更，自不得據為廢止刑罰之認定，是無論公告內容如何變更，其效力僅及於以後之走私行為，殊無溯及既往而使公告以前之走私行為受何影響，即無刑法第二條第一項之適用。」

¹³³惟對於上開解釋例與判例、判決，學界有持不同見解者，認為補充空白構成要件之行政法規或命令，雖不具法律的形式，且無刑法的實質內涵，但若與空白刑法結合，即成為空白構成要件之禁止內容，而足以影響可罰性之範圍，故此等補充空白構成要件之行政法規或命令，如有變更，而足以影響空白刑法之可罰性之範圍者，自亦屬法律有變更，而有第二條第一項之適用。黃仲夫，刑法精義，25 版，頁 24，2009 年 9 月。相同意見，行政機關對於補充條款之變更，仍是在立法授權的範圍內為之，並非不受拘束，故採「法律變更」說，使行為人享有刑法第 2 條第 1 項「從舊從輕原則」之適用，較為妥當。王皇玉，同註 38，頁 72。「刑法所謂法律變更的意義，應是指關於刑罰權形成判斷相關的法律內容或範圍變更而言，並非僅是刑法所規定的形式而已」。柯耀程，法律變更或事實變更？—最高法院九十四年度台上字第七七一號判決評釋，頁 215 以下，月旦法學雜誌，128 期，2006 年 1 月。

¹³⁴最高行政法院 91 年度判字第 1666 號有關虛報進口貨物事件之判決，以當事人於行為時違反台灣地區與大陸地區貿易許可辦法，已構成違法行為，縱使嗣後物品已准許進口，不再處罰。

原則¹³⁵，維持向來之「實體從舊、程序從新」之態度。行政罰法第 5 條明示採從「新從輕原則」，原則上「從新」，即適用最初裁處時之法律或自治條例，而非行為時之規定，倘裁處前之法律或自治條例有利於受罰者，始例外「從輕」，而適用最有利於受處罰者之規定¹³⁶。

行政罰法規範內容中之「原則」與「規則」分列，普通法之原則規定，應優先適用，縱然在特別法中亦不得任意取代或變更者¹³⁷。屬原則者：行政罰法第 4 條之處罰法定原則、第 24 條一事不二罰原則，以及內涵於本法中保障基本權利核心內容原則（含程序等基本權、比例原則）等，其既屬法治國憲法位階之原則，為一般法律適用原則，應優先適用，且不宜以「特別法」作例外排除規定，例如：廢棄物清理法第 64 條規定：「依本法處罰緩案件，涉及刑事責任者，應分別處罰」已涉及一事二罰，應儘速修正為妥。

當特別法之程序規定較行政程序法為嚴格時，優先適用特別法。若特別法之程序規定寬於行政程序法之規定時，為維持後者普通法之地位，恐應檢視特別法所規範之事項，是否有本質上特別而需為差別規定之必要。其次，再從平等原則檢視該差別待遇是否合理。換言之，不是任憑立法者之形成自由，以法律所創設憲法「特別」內涵，我們當然就必須接受，而依「法」行政。

第二目 司法審查為體制內最後社會防衛機制

對於刑罰規範進行合憲審查時，亦不應脫離二階層的檢驗程序：第一個階層，即法益審查，刑法法益必須具備憲法所核可的法益位階，方能通過合憲審查；第二個階層，即比例原則的審查。其中對於制裁規範的審查，則應該依最後手段原則及罪刑相當原則審查，以一般預防目的及所保護法益的重要性，檢驗刑罰手段的必要性與有效性，以及刑罰種類與刑罰高度的適當性。

但因「行政處罰與刑罰性質不同，目的不同，故除法律明文規定外，並不能當然類推適用刑法上從新從輕原則，故仍不得免罰。洪家殷，同註 39，頁 93 註 11。按：然刑法已改為從舊從輕原則，且應依當事人有利觀點採從輕原則為是。

¹³⁵最高行政法院 92 年判字第 1005 號判決以對於撤銷訴訟，法院審查原處分合法性之基準時點，係以處分時之事實及法律狀態為其基準時點。本件既非人民申請案件，並無中央法規標準法第 18 條關於從新從優原則之適用（按：處罰從輕較好；受益從優較好）。本號裁判雖非直接涉及處罰規定本身之變更，惟亦屬處罰構成要件規定之變更，與處罰規定有密切之關係。法院基於本案並非申請案件，不採中央法規標準法第 18 條之從新從輕原則，固無疑義。惟若涉及對人民之處罰時，應可從處罰規定有無適用從新從輕原則之可能，予以審酌。洪家殷，同註 39，頁 93 註 12。

¹³⁶惟為符合處罰法定主義之本旨，日後應可考慮修正改採如同刑法之從舊從輕主義。洪家殷，同註 39，頁 93 註 14。

¹³⁷李震山，同註 10，頁 436-437。

因此，國家將對於行政罰之制裁權交由行政機關行使，而由司法機關保留最後之司法審查法律控制，應不致於使人民喪失對其權利之有效保護¹³⁸。

第三款 小結

社會型態及觀念隨著時代的演進而改變，法律規範能隨之調整變動以為回應調適是必然的道理，法律是活用而非死寂。然法律變更，固當經正當程序，並綜合評價對當事人變動前後之效果改變，應予適當之對應。呼應立法民主公開與司法公開公評之「正當程序」，降低主觀「實質正義」之獨斷，司法審查為體制內最後社會防衛機制，得以檢討立法政策適當與否。國家對人民之制裁可採行多種不同方式，不論採何種方式之制裁，必然會侵害到人民之權利，而此時對其權利之保護，司法審判並非是唯一手段。

「美國最高法院的判決是終極，不是因為判決都是對的，而是因為判決是終極的」（「Decisions by the Supreme Court are final not because they are right but because they are final」）—決定案件的關鍵，並不在於美國憲法而是在於程序¹³⁹。

¹³⁸洪家殷，同註 39，頁 117。相同見解，陳志龍、鄭文中，刑法與行政法的處罰行為數認定之差異—兼探討「先行政後司法」、「先行政後刑法」、「行政機關決定行為數」與「法治國人權保障」等法社會學背景，刑事法雜誌，第 52 卷第 1 期，頁 34，2008 年 2 月。

¹³⁹熊秉元，走進法律經濟學：第四章「罪刑法定主義」的舊瓶與新酒—由狹義解釋到廣義解釋，法令月刊，第 64 卷第 3 期，頁 39，2013 年 3 月。

第三章 法秩序對不法行為之回應—制裁與處罰

第一節 法益之功能與規範目的

第一項 法益之功能

法律所保護的利益 (Interessen) 稱之為法益 (Rechtsgüter)¹⁴⁰，無論是個人利益、社會集體利益或是國家利益，或是單單僅為確保行政命令得以貫徹的行政利益，只要經由國家以法律加以保護者，即成為法益¹⁴¹。對於一個危害或侵害法益的行為，則稱為不法或違法行為。如果「法益」是從構成要件的實定規定中導出，那麼，「法益」不就變成「構成要件」的概念，而非「前構成要件」¹⁴²。

刑法法益的功能¹⁴³與規範目的，包括：一、作為不法構成要件目的解釋的依歸。二、侵害法益乃實質犯罪概念的核心，區分為「形式犯罪概念」與「實質犯罪概念」。具有侵害法益的特性或具有實質的社會損害性，才具有實質違法性，始有刑罰的正當性。三、法益具有批判刑事立法的作用，法益概念的起源是為了限縮刑罰，限制國家與刑事立法者恣意制定刑法規定，或隨意擴大刑罰權範圍的作用。

但法益是一個外在堅實而內在空虛的概念¹⁴⁴，由於其定義內涵極不明確，具體操作上很難說得出法益/非法益的界限何在。惟有透過立法或解釋操作，將某些生活利益歸屬為法益，就具有刑罰保護的正當性¹⁴⁵，可以正當、合理地處

¹⁴⁰法益 (Rechtsgüter) 這個用語，為德國學者比爾包 (Bimbaum) 於 1934 年在一篇名為「論犯罪概念中權利侵害之必要性」文章中所創設，提及犯罪概念之形成，必須以「權利侵害」為必要。使用了「利益」(Gut) 此一概念，而非沿用「權利」(Recht) 概念，此外比爾包並整合「個人應受保護的利益」(Individuenschutzgüter) 與「社會價值觀念」(gesellschaftliche Wertvorstellung)，認為兩者均屬應受保護的「法律上之利益」(die rechtliche Güter)。許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌第 197 期，頁 140 以下，2011 年 10 月；王皇玉，同註 38，頁 25。

¹⁴¹傳統法益概念認為個人法益是「先驗」的、不待推導的，而無論是國家法益還是社會法益都是以個人法益為出發點。雖然學說上不乏反省傳統法益概念過度以「人」為中心，進而提出如虐待動物、污染環境及滅絕生態等等並非傳統型態的法益侵害行為，亦應藉由重新界定法益概念來加以規制。

¹⁴²但實際上，綜觀各部法律條文，皆無明載該條之法益為何，況且有些條文年代久遠連立法理由都已不可考，後代只能由構成要件之明文及以往條文相關判例「推敲」其所「應具有」且可受公評之法益。

¹⁴³王皇玉，同註 38，頁 25-26。

¹⁴⁴許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，197 期，頁 140，2011 年 10 月。

¹⁴⁵不讓龍蝦痛痛，瑞士禁活煮或冰藏帶殼海鮮。動保倡議人士和部份科學家主張，龍蝦及其他帶殼海鮮有精密的神經系統，若活煮可能感受到強烈疼痛。

罰侵害該利益的行為人，賦予刑法強化行為管制與一般預防的機能正當性。事實上，在法益是前實定法的概念，並無固定的概念內涵¹⁴⁶，因此超個人法益，都可以輕易找到合理化的基礎，造成法益保護機能中的批判機能低落現象。

刑法的任務在於法益保護，目前雖然是刑法學說上的主流見解。但是德國刑法學者 Jakobs 則提出不同的看法，認為刑法的任務並非在於法益保護，而是避免刑法規範的效力遭到破壞。此一看法是源自於 Hegel「否定的否定」理論¹⁴⁷，宣示法律規範效力的不可破壞性，如此才得以重新證明「社會共識」存在。

學者王皇玉提醒¹⁴⁸，規範效力之維持，固然可以作為刑法的任務之一，但如果不同時搭配法益保護作為限制刑罰可罰性與檢驗刑法正當性的標準，僅追求規範效力之維持，將形成「惡法亦法」局面。如果刑法保護的法益是保護一些過於抽象、空洞，或甚難解釋為是為人民而存在的利益，則這樣的法益不具有正當性。法益保護並非刑法的專利，秩序法、警察法也都肩負著相同任務(危險防禦)，況且，刑法法益關聯性擴張到了抽象危險，即與警察法、秩序法的守備範圍交疊而難以劃清的地帶。如附屬刑法，如果全部皆用抽象危險犯的概念來正當化，法益與危險概念變成毫無檢驗功用的理論空殼，故在立法上須慎重。

第一款 法益具體性及多元性

法治國尊重人民的人格自由發展，只要不侵害法益，人民可以任意選擇價值觀和人生目標。人性尊嚴的至高地位，也得出個人優於集體的命題，不得如同德國納粹時期以國家、民族的大帽子限縮個人自由。因此，若能明確詮釋為個人法益，就不得假設為社會或國家法益。例如「國民健康」不是社會法益，是每一個人的身體健康，是個人法益。

法益與行為客體。法益是犯罪的侵害客體、刑法的保護客體，但刑法上經常使用另一個客體－行為客體。竊盜罪的行為客體「動產」，就是財產法益的一

<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20180112/1277239/>，蘋果日報 2018 年 1 月 12 日(上網日期 2018 年 2 月 12 日)。

¹⁴⁶王正嘉，風險社會下的刑法保護機能論，法學新論，第 6 期，頁 81，2009 年 1 月。

¹⁴⁷Hegel 一貫的方法是辯證法：「正」、「反」、「合」。譬如 in-itself 代表「正」，與之相對的 for-itself 代表「反」，最後的 in-and-for-itself 代表「合」，精神回到了自己，但這時的自己已和先前的自己不同。這是很難描述的。有人用佛教的說法來比擬：在修行前，見山是山，見水是水，這叫作在其本身；修行的過程中，見山不是山，見水不是水，變成否定自身；修行的結果，山還是山，水還是水。一正是運用「正」、「反」、「合」的方式，在「合」的階段好像回到了「正」，其實已經不一樣了，因為你已經知道什麼是「反」。你在「正」的階段時，並不知道什麼是「反」，這與「合」已知「反」的內容，當然不一樣。傅佩榮，西方哲學心靈，第 2 卷，初版，頁 132-133，2014 年 7 月。

¹⁴⁸王皇玉，同註 38，頁 33。

種；殺人罪的行為客體「人」。但例如偽造貨幣罪的行為客體「貨幣」，就與法益「對貨幣制度安全性的信賴，以及由此而來的貨幣制度功能性」不同，貨幣在此是侵害法益的典型工具¹⁴⁹。

以偽造文書罪為例，一般認為保護法益是文書制度的證明機能或其所保障之交往安全¹⁵⁰，但回歸到最終反應在個人身上的利益，因為僅是文書制度被破壞，無法反映出什麼損害，必須要推行到「個人在沒有文書制度下必須付出更多成本來證明某些事情的真偽」，才找到具體的利益侵害所在。而所謂文書制度的破壞也非常吊詭，因為本身就是一個想像出來的抽象法益¹⁵¹，要定義這個法益會因為一紙偽造文書而受到減損，或說必須要整個制度的運作發生困難才算發生實害，似乎並沒有對錯之別。所謂實害，必須是一個實際的損害，而非僅為想像中的不利益¹⁵²。

最高法院 104 年度台上字第 2570 號判決認為，肇事逃逸罪保護多重法益，兼及社會及個人法益：「本罪所保護的法益，除維護各參與交通的眾人往來安全、避免事端擴大，和立即對於車禍受傷人員，採取救護、求援行動，以降低受傷程度外，還含有釐清肇事責任的歸屬，及確保被害人的民事求償權功能，兼顧社會與個人的重疊性權益保障。」一旦肇事逃逸，無論車內違規的一方係親友或一般人員，對於受害的另方，都應共同構成一整體，居於保證人的地位，始能切合立法目的。不僅法益具多元性，參與保護法益的對象不僅駕駛人並擴張至同車人員。又如公共危險罪所侵害的法益，皆是對社會大眾生命、身體、自由、財產等複合法益的多重侵害，許多人多種法益構成公共安全¹⁵³。但有學者批評行政法與刑法的法律控制功能，應以不同目的制裁設計來達到各項法益保護功能，而非採取重疊關係多元的法益觀¹⁵⁴。

如何認定抽象危險犯的法益危險，則須借助中介性質的典型危險「結果情狀」（行為客體），而這不在於表達特定法益的侵害結果，例如刑法第 173 條放火

¹⁴⁹鍾宏彬，同註 47，頁 231。

¹⁵⁰吳耀宗，偽造文書罪保護法益之研究，月旦法學雜誌，128 期，頁 123-124，2006 年 1 月。

¹⁵¹由於法益的侵害本身十分抽象，故對破壞制度運作利益的行為，往往無法以實害犯或具體危險犯加以規範，只能用抽象危險犯擬制特定行為具備潛在危險性，其可罰性基礎建立於對顛覆制度性利益的預防。見王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，159 期，頁 240，2008 年 8 月。

¹⁵²加州高院宣判，咖啡必須加註致癌警語。加州高等法院法官在判決書中指出，包括星巴克在內等等的公司，都無法提出有效的證據證明「喝咖啡的益處大於可能致癌的風險」，因此宣判未來在加州的咖啡店家都必須加註可能致癌等相關警語。<https://www.nownews.com/news/20180509/2750552>。今日新聞網 2018 年 5 月 9 日(上網日期 2018 年 5 月 23 日)。

¹⁵³許玉秀，釋字第 594 號解釋，部分協同意見書。

¹⁵⁴王正嘉，食品安全管理與運用刑事制裁之研究，國立中正大學法學集刊，55 期，頁 108 註 34，2017 年 4 月。

罪不會因為「燒燬現供人使用之住宅」這項構成要件就變成毀損罪，或是刑法第 216 條行使偽造文書罪不會因「行使第 211 條至 215 條之文書」而變成詐欺罪。食品衛生法第 15 條第 1 項第 7 款之「製造、販賣攙偽或假冒的食品或食品添加物」，除有不法行為的意義外，亦只是食品衛生法第 49 條第 1 項之規範意義下的「結果情狀」而已，無法從此直接推導出本罪的保護法益亦包括財產法益¹⁵⁵。

第二款 法益保護—刑罰的正當性理由

早期的犯罪定義，必須造成他人利益的實際損害，在此會極為重視行為與損害的歸責關係，是一種以實際損害為導向刑事制裁制度。然而隨著現代社會的高度複雜化，具有高度管制需求日益增加，如果維持舊有的刑法思想，發動刑罰的前提是出現可歸責的損害，勢必過度限縮可罰性範圍，也不可能應用政策上逐漸強化的「風險調控」與「安全需求」¹⁵⁶。刑法學界目前的辦法就是採用無須判斷結果可歸責性的抽象危險犯¹⁵⁷（Abstrakte Gefährdungsdelikte）。前置的處罰機制自然更能落實刑法的一般預防效果了。

立法者把許多有害社會的行為入罪化，這些新興立法其實不能完全符合既有的法益定義，但為了能夠解釋這些犯罪，刑法學理逐漸發展出以風險調控為論述基調的法益概念。類似的發展可從「新興法益」的創造歷程觀察得到，例如不能安全駕駛的交通安全法益，在古典刑法領域，違規參與交通活動的行為人，除非已經造成被害人現實損害，才會構成過失犯，這是一種以個人生命法益與實害犯為導向的刑事制裁機制。然而德國或我國的立法者都在刑法典中增訂不能安全駕駛罪（德國刑法 316 條，我國刑法 185 之 3 條），行為人不必真正危及任何具體被害人，毋寧只要駕駛動力交通工具時，因服用酒類或藥物而欠缺安全駕駛能力，就可以構成刑事責任。因多數見解將本罪定位成保護交通安全的抽象危險犯，因此不需要考量具體情狀，直接依行為人駕駛時狀態進行判斷。德國學者 Hassemer 憂心認為¹⁵⁸，當刑法大量以危險犯的方式，滲透並管制這些新領域時，刑法保護對象已經不再是古典法益，而是使社會穩定的制度而已。

憲法位階的個人基本權利之法益，如生命、身體與健康、人身自由與生活安寧、名譽與信用、財產之保障，以及屬於社會法益的社會共同生活之安全、公共信用與交易安全、倫理秩序與善良風俗、婚姻與家庭制度、公共衛生與健康之

¹⁵⁵古承宗，刑法作為保障食品安全之手段—兼評彰化地方法院 100 年度囑易字第 1 號判決、台灣高等法院台中分院 101 年度囑上易字第 295 號判決，台灣法學雜誌，第 261 期，頁 80，2014 年 12 月 01 日。

¹⁵⁶許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌 197 期，頁 144，2011 年 10 月。

¹⁵⁷王皇玉，同註 151，頁 239-244。

¹⁵⁸許恆達，同註 156，頁 146。

維護等部分，不能將刑罰僅附屬於「行政從屬性」(Verwaltungsakzessorietät)，而棄刑罰的法益保護必要性、補充性、最後手段性原則於無物，否即與刑法的過度禁止原則有違。刑法應當保護的是憲法位階預定法益¹⁵⁹。所謂預定的法益可以從實定法中觀察得知，例如依刑法第 277 條第 1 項規定，傷害人之身體或健康者，處三年以下有期徒刑、拘役或 1 千元以下罰金，但若加害行為未達使人受傷之程度時，僅屬危害社會秩序的低度不法行為，而該當於社會秩序維護法第 87 條第 1 款加暴行於人者，處三日以下拘留或 1 萬 8 千元以下之罰鍰，而不將之視為是犯罪行為。再試舉另一類從刑法的構成要件的涵攝面來加以觀察，如高速飆車方法行車，已足易致生公眾往來之危險，此為社會公眾所共知，刑法對此即早已預定¹⁶⁰此等行為係對於參與交通行為之公眾生命與財產安全的危害，是對於基本權的侵害行為，視為是一種犯罪行為，並以刑罰的手段來加以制裁。

第三款 小結

法益概念原是為了限縮刑罰，限制國家與刑事立法者恣意制定刑法規定，保護人民基本權。民主法治儼然已成時代主流思潮，少數集體領導之專制獨裁政體，以另一面貌之「形式民主」而非「實質民主」，如早期德國納粹經由實定法之形式立法機制，及現代各專權獨裁國家皆是如此，或以民粹假保護國家社會法益之名，制定刑事法律實施侵害基本人權之實。法律保護之法益再如何擴張多元，一定必須與個人法益呼應連結，堅持須與人性尊嚴與人格發展之連結，才不致過度侵害基本人權，尤其是刑事法益，隨時保持刑法保護法益之初衷「謙抑思維之最後手段性原則」，經由正當程序制定，並隨時代環境之變遷作出相對因應的調整轉化，以合宜的法秩序理想回應。

第二項 法律原則

處罰人民之法規範必須在行為時已經存在，人民對於處罰之要件及處罰之種類必須從法律中即可預見，而不是直到依據法律而訂定之命令始可知悉。

¹⁵⁹陳文貴，同註 87，頁 78。

¹⁶⁰最高法院 77 年度台上字第 2459 號判決：「…次查飆車雖為一新名詞，關於其速度尚未有一定之認定標準，惟其往返疾駛於同一路段超越限速，足生往來交通危險之含義，殆為眾所共知，殊無爭議，自非不得歸納入刑法第一百八十五條第一項『以他法致生往來之危險』之中，資以適用。」。又曩昔臺灣青少年飆車歪風盛行，亦足以造成參與道路交通公眾之往來危險，實務上亦認為刑法第 185 條第 1 項之「以他法致生往來之危險」罪之「他法」，係指除損壞、壅塞以外，其他凡足以妨害公眾往來通行之方法皆是，以併排競駛或一前一後飆車之方式在道路上超速行車，易失控撞及道路上之其他人、車或路旁建物，自足生交通往來之危險，自係上開法條所指之「他法」。陳文貴，同註 87，頁 79-80。

第一款 法律保留原則之「罪刑法定原則」與「處罰法定原則」

「處罰法定原則」(Gesetzlichkeitsprinzip)。係以憲法上法治國原則中之法律保留原則為依據，即如同罪刑法定原則¹⁶¹，對於違反行政法上義務者之處罰，必須在行為時之法律有明文規定。行政罰法第4條規定：「違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。」。處罰法定原則中所稱之法律，一般可包含形式意義之法律及法規命令，惟後者必須是符合法律授權明確原則下所訂定者，在我國亦將自治條例納入。

刑罰之罪刑法定原則與行政罰之處罰法定原則並無本質上之差異，以罪刑法定原則而言，其理論基礎¹⁶²分述如下：(一)自由主義與社會契約論。國家之存在，乃是人民為了保障自己的基本權利與自由，透過締結社會契約而形成。國家司法機關僅能根據事先制定的法律規定，才能對人民發動刑罰權。(二)權力分立原則。避免國家權力集中化，始足以保障人民基本權利。不允許司法者侵害立法權。(三)一般預防思想。Feuerbach提出來的「心理強制論」，也是「威嚇預防」思想的基礎，法律沒有將犯罪要件與刑罰效果明定下來，則無法發揮嚇阻潛在犯罪人的威嚇效果。

1966年米蘭達提示(the Miranda warning)，有搜索令才得搜索，偵訊時律師必須在場等，不再是針對刑法「條文」，而是針對刑事「程序」。由實體轉向程序，是一種舉世皆然的趨勢；代表法治程度的提昇，對民眾權益有更嚴謹周密的保護。也就是廣義的「罪刑法定原則」，是為公權力運作的極限，刑事案件的處理，必須符合法定的程序¹⁶³。由「實質正義」轉向「程序正義」，正是這種邏輯的展現。

第二款 便宜原則

在處理違反行政法上義務之行政罰案件時，便宜原則與法定原則，具有相同之地位，並非應優先適用法定原則¹⁶⁴。容許行政機關有在個案中裁量之空間，一方面可緩和法定原則過於嚴苛之要求；另一方面較易符合務實達到行政罰之目

¹⁶¹刑法第1條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」

¹⁶²王皇玉，同註38，頁39-40。

¹⁶³熊秉元，同註139，頁44註12。

¹⁶⁴洪家殷，同註39，頁64。

的。行政罰究依便宜原則或法定原則，應依「職務密度」而定¹⁶⁵。學者洪家殷認為，國內往往將行政罰法第 19 條之規定¹⁶⁶，視同刑罰中之「微罪不罰」，惟便宜原則應非僅是「微罪不舉」之表現¹⁶⁷。另公務員關說情形十分普遍及容易引發操守問題等，可透過行政規則¹⁶⁸或以指令之方式，協助其處理。如酒駕不論是自行訂定宣導期、初次違規者之先予勸導或因表現良好之不罰或減輕等，在相關之法規中皆無明文¹⁶⁹，亦即若嚴守法定原則之觀點，行政機關之做法本身將構成違法。

刑事部分便宜原則之適用，刑事訴訟法終結偵查¹⁷⁰僅有起訴、不起訴處分兩類，並規定三種便宜不起訴：1.輕微案件(指刑事訴訟法第 376 條所列之案件)，檢察官審酌之一切情狀後(刑法第 57 條)，認為適當者得為不起訴之處分(刑事訴訟法第 253 條)，或稱微罪不舉。2.緩起訴處分，就是一種附條件的便宜不起訴處分，針對「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪」檢察官參酌科刑應審酌之一切情狀及公共利益之維護，認為適當者得為緩起

¹⁶⁵如該職務已屬保護人民權利所必要或已屬「危險管理或危險防止之職務」，不執行將有國家賠償問題，即應依法定原則，否則原則上行政機關得依便宜原則。李惠宗，同註 40，頁 91-92。

¹⁶⁶行政罰法第 19 條之立法說明為：「一、鑑於情節輕微之違反行政法上義務行為，有以糾正或勸導較之罰鍰具有效果者，且刑事處罰基於微罪不舉之考量，亦採取職權不起訴，宥恕輕微犯罪行為，因本法係規範行政罰裁處之統一性、綜合性法典，對於違反行政法上義務應受法定罰鍰最高額新臺幣三千元以下罰鍰之處罰，其情節輕微，認以不處罰為適當者，允宜授權行政機關按具體情況妥適審酌後，免予處罰，並得改以糾正或勸導措施，以發揮導正效果，爰於本條就職權不處罰之要件及其處理明定之。二、參考德國違反秩序罰法第 56 條第 1 項、刑事訴訟法第 253 條第 1 項。」。

¹⁶⁷一、當人民應受到行政罰之處罰，倘行政機關有裁量之空間時，應衡量有無行政罰法第 18 條第 1 項所規定之 4 點裁量標準。二、若於法定裁罰範圍內，即使處以最輕之處罰仍嫌過重時，則可考慮有無行政罰法第 8 條之規定，再予減輕或免除。若予以減輕時，依同法第 18 條第 3 項之規定，應可減輕至法定罰鍰最低額之三分之一。三、倘行政罰法已無法條可減或免，尚可適用便宜原則，再予減輕或免除處罰。洪家殷，行政罰裁處之審酌、減輕及免除，月旦法學教室，第 77 期，頁 31，2009 年 3 月。

¹⁶⁸建議宜由如警察機關再作成「行政規則」，統一規定何種情形始得以勸導或糾正代替舉發，並應務實考量各地之情況。蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 287 註 36，2006 年 2 月。

¹⁶⁹民眾質疑為何酒駕行政上告發有勸導值，而刑法上公共危險罪卻無勸導值之適用，0.25 即移送法辦?…(二)刑法公共危險罪無「勸導值」之原因：依據「刑法」第 185 條之 3 規定，尚無「違反道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則」第 12 條有關勸導值之適用 <https://tcgwww.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=96734686&ctNode=82964&mp=108051M>。2015 年 11 月 2 日士林警局網頁(上網日期 2017 年 12 月 16 日)。

¹⁷⁰我國實務另有所謂「行政簽結」，也是檢察官終結偵查之意思表示。依照我國目前偵查階段之事務分配實務，偵查案件分為「偵案」與「他案」兩種。案經簽結者，既無不起訴之效力(刑事訴訟法第 260 條)，即得隨時再行偵辦，亦不適用再議(刑事訴訟法第 256 至 258 條)及交付審判(刑事訴訟法第 258 條之 1 至 258 條之 4)之救濟。但是，一來簽結並無法律依據，二來偵案他案之分，難免受到操縱，若應分偵案者改分他案，實質上無異架空發動偵查之法定原則，三來他案簽結若是不當運用，反而成為規避不起訴處分之監督的捷徑。林鈺雄，刑事訴訟法(下冊)，7 版，頁 26。

訴之處分，並命被告於一定期間內履行特定負擔（刑事訴訟法第 253 條之 1 至第 253 條之 3）。3.對於執行刑無實益之犯罪，本法規定：「被告犯數罪時，其一罪已受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，於應執行之刑無重大關係者，得為不起訴之處分」（刑事訴訟法第 254 條），基於訴訟經濟之考量。至於偵查法定原則（刑事訴訟法第 228 條第 1 項），則無任何修正或例外可言¹⁷¹。

第三款 比例原則

法定原則之內涵亦必須具有比例原則之相當性，始得為良善法律，可由立法面向與司法面向詮釋。

比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）又稱為禁止過度原則，主要源自於法治國家原則。此最早僅係德國警察法上所適用之原則，其後漸次發展為德國憲法第 23 條上之原則，而可適用於所有國家行為。即當國家行為之所得必須超過對人民所生之不利益時，才被容許。對行政罰而言，必須與此原則相符，當然執法者在個案之適用，亦須遵守此原則¹⁷²。

比例原則之意涵，行政程序法第 7 條定有明文：「一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」。行政罰之適用上可分為三點：（一）相當性原則，其著重於「目的」之取向。因如違章建築之拆除，應以屋主為相對人，若不應以無處分權能之承租人為相對人。（二）必要性原則或損害最少原則，著重於「手段上」之選擇。應以在可以達到維持秩序目的之範圍內，選擇最輕的處罰種類或額度。如對違規營業者之制裁，若以罰鍰即可達到目的時，即無必要立刻予以斷水斷電。（三）狹義的比例原則，偏重於「價值」上之權衡。不得為了達到目的，而不計代價的採行所有可採行之手段。即對行為人制裁結果，對其權利所造成之損害及行政成本之支付，與所欲維護之社會秩序不成比例¹⁷³。謂行政行為應遵循的原則，與法治國原則並列之原則，雖規定於行政程序法，係憲法位階，於司法機關進行司法活動仍應遵守¹⁷⁴。

釋字第 517 號亦進一步確定以「比例原則」作為「立法裁量權限」，並據以為審查基準，論證系爭規範的合憲性。附屬刑法的規範形成決定，涉及「事件特性、侵害法益之輕重程度以及欲達到管制效果」等諸多因素的預測與衡量，應可

¹⁷¹林鈺雄，同註 19，頁 58。

¹⁷²洪家殷，同註 39，頁 78。

¹⁷³洪家殷，同註 39，頁 79。

¹⁷⁴劉秉鈞，論刑事訴訟法基於刑罰必要性考量的處置，刑與思－林山田教授紀念論文集，頁 539，2008 年 11 月。

適用「可支持性審查」之此種中度的審查標準，而維持其「罪」與「刑」的衡平關係¹⁷⁵。

第一目 刑罰「罪刑相當原則」與行政罰「責罰相當原則」

基於憲法位階「比例原則」衍生之相當原則，展現在法律效果方面，強調處罰之種類與輕重程度，須與行為情節與過錯程度相當，在刑法上稱為罪刑相當原則，在行政罰稱為責罰相當原則。釋字第 641 號解釋理由書指出：「對人民違反行政法上義務之行為處以罰鍰，其違規情節有區分輕重程度之可能與必要者，應根據違反義務情節之輕重程度為之，使責罰相當。」¹⁷⁶

釋字第 594 號解釋，大法官許玉秀部分協同意見對罪刑相當原則提出精闢見解，從立法面向與司法方面向涵蓋。立法方面，訂定各種犯罪類型、刑罰種類與法定刑的高低時，應考量受害法益的類型、法益受侵害的方式與程度、行為人主觀不法的態樣及程度等因素。現行刑法中，妨害自由罪章移送被誘婦女出國罪（第 299 條）的法定刑比使人為奴隸罪（第 296 條）和圖利以詐術使人出國罪（第 297 條）的法定刑高出許多；又如誹謗死人罪（第 312 條第 2 項）的最低法定刑比強暴公然侮辱罪（第 309 條第 2 項）和普通誹謗罪（第 310 條第 1 項）的最低法定刑高。這兩種情形是否符合罪罰（刑）相當原則，皆有待商榷。司法方面，就具體個案適用法律時，同樣必須注意被害法益種類、被害的程度、侵害的手段以及行為人主觀不法的程度，刑法第 57 條規定量定刑罰時，必須斟酌各項量刑要素，以及第 59 條特別憫恕條款，皆屬司法上罪刑相當原則的規定。大法官解釋文與比例原則相關者甚多，其中涉及行政罰之部分大致上可分成兩種，即「處罰之種類」及「處罰之額度」。但重點往往不在處罰之種類而在是否超過必要額度之程度，而違反憲法第 23 條之規定，如釋字第 339 號¹⁷⁷。

¹⁷⁵王服清，論行政罰對「未遂行為」之處罰問題，興大法學，第 16 期，頁 11，2014 年 11 月。

¹⁷⁶林昱梅，論行政罰法之共同違法及併同處罰，法學叢刊，第 245 期，第 62 卷第 1 期，頁 39，2017 年 01 月。

¹⁷⁷釋字第 339 號解釋以貨物稅條例中之相關處罰規定，對於不依規定實貼照證者，不論有無漏稅事實，皆比照處以一定之罰鍰，而認其處罰已逾越必要，故構成違憲。此涉及到租稅秩序罰中區分行為罰與漏稅罰，如無漏稅之事實，而對單純違反租稅法上作為或不作為之義務者，亦比照所漏稅額處罰，顯已逾越處罰之必要程度，不符憲法保障人民權利之意旨。本號解釋係以租稅秩序罰之特性及類型為基礎，判斷此種違反稅法義務之行為，是否有施以漏稅罰之必要性，而獲得違憲之結論。洪家殷，同註 39，頁 83 註 94。

第二目 處罰額度之比例原則

就罰鍰之最高額度方面，有明文規定金額者，有食安法第 44 條第 1 項，高達如二億元以下，無明文規定金額而以倍數方式表現者，則其最高額度甚難估計，尤其是稅法上之處罰，且往往高於明文規定金額者。值得顧慮者在於，罰鍰裁處到此種高度時，除非帶有剝奪不法利益之目的存在，否則可能已超出行政罰之範圍，有違比例原則之要求，應可檢討是否給予最高額度之限制，以免其無限制地上昇，或直接將此種制裁改以刑罰科處，較為適當¹⁷⁸。如食安法第 49 條第 5 項：「對該法人或自然人科以各該項十倍以下之罰金。」

立法者可以考量制裁目的各項因素而定出處罰額度和概括的級距，再依細部的指令決定如何計算。在區分刑罰和行政罰的國家，則都是由行政部門自己訂定裁量基準，司法權能夠置喙的空間向來不大。相對於在較低之罰鍰額度方面，如航路標識條例第 6 條為 10 元以下，此種低額之處罰，是否足以達到制裁之目的，本於比例原則觀點，亦有值得檢討之必要。

第二節 風險社會之因應對策

刑罰究竟是為了「報應」或是「預防犯罪」而存在，可以說是一個無解的難題。預防理論，不管是以矯治犯罪人為訴求的特別預防理論、或是以一般社會大眾為刑罰作用目標的一般預防理論，都強力訴求「犯罪預防」才是刑罰之所以存在的原因。但僅推崇刑罰的預防作用，免不了會使刑罰的輕重失去尺度。目前我國刑事法規範與刑事制度的建構，是一種以罪責原則與應報刑思想為基礎，但兼顧刑罰預防作用的立法模式，也稱為刑罰的綜合理論或統一理論¹⁷⁹。其實世界其他各國的刑事制裁規範之論爭，亦始終在「報應」與「預防」兩端之間搖擺。

刑法等同於法益保護法，但隨著時代的進步，尤其 1970 年代，德國社會學者 Ulrich Beck 提出「風險社會」之後，風險的概念也逐漸成為刑事制度的運作重點甚至形成所謂的風險刑事社會學¹⁸⁰。

¹⁷⁸釋字第 716 號解釋文，(節錄)公職人員利益衝突迴避法第 15 條規定：「違反第 9 條規定者，處該交易行為金額 1 倍至 3 倍之罰鍰。」於可能造成顯然過苛處罰之情形，未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程度…。大法官蘇永欽一部不同意見書，認為對於立法者合理的裁量空間，造成的不當限制，更值得三思。…在強調企業社會責任的美國，對白領犯罪的處罰甚至普遍高於歐洲國家，對於往往科處天文數字罰金的反托拉斯行為…。

¹⁷⁹王皇玉，同註 38，頁 23。

¹⁸⁰李佳玟，風險社會下的反恐戰爭，月旦法學雜誌，118 期，頁 31，2005 年 3 月。

第一項 危害管制及風險與危險：機率問題

所謂危險 (Gefahren) 為古典警察法上之概念，是指在未曾中斷的事件發生過程中，在可預見的時間內，根據一般的生活經驗智識判斷，有「充分的蓋然性」導致損害的一種事實狀況。至於「風險(Risiko)」雖也是損害發生的一種可能性，但是其未來發生之蓋然性卻未必可以充分確定（在危險門檻以下）；至於在核能法領域中發展出的「剩餘風險 (Restrisiko)」概念，則是根據當今人類文明知識的程度而言，運用所有理論上可能之安全預防措施均仍可能存在的潛在傷害，因此也只能與之寬容共存的一種類似人類社會的共同負擔¹⁸¹。

危險其實只是一種程度較為嚴重的風險而已。風險預防並不同於危險懷疑時的「未知」，因為後者「危險」可透過危險調查手段加以確知。然不論是危險或風險，在已確定的危險門檻以下提前發動國家權限的作為，即屬「預防」作為。同時所採行之措施原則上也不應該是過度追求（僅於極例外時，始可能實現的）零風險目的。

德國刑法學者 Jakobs 在 2005 年提出「敵人刑法」¹⁸²理論，除了嫌疑入罪與假設特定人為危險源之外，刑罰發動界線提前到預備階段，就加以處罰。此外，是持續地忽略處罰與法益侵害的關連性，或是廣泛以公共安全與公共和平之抽象概念作為保護法益，並一再地運用抽象危險犯作為入罪化標準。最令人詬病的方面，就是造成刑法工具化傾向，並一廂情願地相信刑法措施可以提高打擊犯罪的效率。甚有學者針對酒駕行為提出連坐關係，更擴大風險預防前置效用，酒駕人所使用的汽車¹⁸³或酒品所連結成的連坐責任，屬對物保證責任檢視的範疇。其所負擔者是「對特定危險源之監督義務」或「對特定法益之保護義務」。

¹⁸¹程明修，行政法上之風險評估與管理，臺灣法學雜誌，142 期，頁 103，2009 年 12 月 15 日。

¹⁸²遵從比例原則或無罪推定原則的刑法或刑事訴訟法，稱為「市民刑法」(Bürgerstrafe)，僅適用於締結社會契約且願意維護社會契約的市民。然而破壞社會契約的人則屬市民社會的「敵人」，亦即「非人」(Unperson)，無權適用這套遵從法治國原則的「市民刑法」，而必須適用那種削減法治國原理原則的「敵人刑法」。比較受到批判的超個人法益，是現代國家以「風險社會」為名制定出來的「危險刑法」，包括了對抗毒品犯罪、組織犯罪、恐怖組織、洗錢行為等之特別刑法。此等刑法的保護法益，常以抽象而概括的國家安全、社會秩序、經濟發展等集合性法益作為保護對象。王皇玉，同註 38，頁 29。

¹⁸³由處罰條例第 85 條第 1 項 58 之規定可知「…認為受舉發之違規行為應歸責他人者，應於舉發違反道路交通管理事件通知單應到案日期前，檢附相關證據及應歸責人相關證件文件，向處罰機關告知應歸責人…」，所謂「所有人」係指實際居於支配或支用地位者，而非必為公路監理機關登記簿中之登記人。湯儒彥、曹壽民，從連坐處罰觀念探討酒醉駕車行政處罰的界限，臺北大學法學論叢，第 62 期，頁 117 註 58，2006 年。

我國目前社會篤信重刑嚇阻理論，立法者似乎是深信抽象危險犯及重刑化的立法技術¹⁸⁴，才能夠讓法規發揮更富效率的（風險）管制效果。刑法象徵化的結果則為，法益功能不再是限制刑罰權的消極標準，更是結合危險預防與規範效率等純粹政策性的社會安全觀點，轉向作為證立國家刑罰權擴張的積極論據。

第一款 危險犯與實害犯；行為犯與結果犯

實害犯，乃行為人對於行為客體必須予以實際的損害，始有成立既遂之可能，未達實際損害之程度，僅能論以未遂，例如殺人罪、竊盜罪等，均屬實害犯。與實害犯相對立的另一個概念稱為危險犯，也就是使行為客體陷於危險狀態，不待實害之發生，即構成犯罪¹⁸⁵。

行為的「危險性」，包括構成要件結果為具體危險結果的「具體危險犯」與構成要件不具有危險結果之「抽象危險犯」，即舉動犯。這種危險是否已達對於公眾致生危險之程度，也就須考慮到採取刑罰手段是否合於刑罰的「最後手段性」與「補充性」要求。例如依空氣污染防治法第 48 條第 1 項之規定，無空氣污染防治設備而燃燒易生特殊「有害健康之物質」者，顯已達對於公眾生命安全之實害或危險，是視為犯罪行為，反之，依空氣污染防治法第 49 條，該等主管機關所為之停工等命令，行為人縱有不遵守之情事，除該當於造成公眾生命安全之實害或危險，而合於該法第 48 條第 1 項之危險程度，而得以刑罰外，該等「停工停業或停止操作命令」之違反，不過僅係屬單純行命令的不服從，可依行政執行法第 28 條第 2 項第 4 款之規定，主管機關，或有可採取斷絕營業所必須之自來水、電力等之直接強制手段可供選擇，若採顯刑罰然不符合刑罰的最後手段性與補充性要求，因此，已經是一種刑罰權的濫用¹⁸⁶。

第二款 具體危險

具體危險構成要件，通常以「致生危險於...」或「致生...危險」的形式加以規定，之所以在條文中附加一個「致生危險」的客觀要素，理由是因為某些行為本身，尚不足以被認定為對所要保護的客體或法益具有「典型危險性」，所以

¹⁸⁴（犯罪者的利益） $\geq S$ （制裁嚴厲度） $\times P$ （制裁的機率），制裁嚴厲度和制裁的機率，是可以替代的。國家的執法成本有限，提高徒刑（制裁嚴厲度）是比較不花成本的，但制裁機率愈高，需要更多的行政執法成本。謝哲勝編，法律經濟學，第五章刑法的經濟分析，自版，頁 369，2007 年。

¹⁸⁵王皇玉，同註 38，頁 160。

¹⁸⁶陳文貴，同註 87，頁 84。

必須附加「致生危險」做為要件。如果完全分析不出來任何構成要件結果規定者，則為抽象危險構成要件，而當然欠缺構成要件因果關係規定，在此情況下，行為人一有行為，即已實現構成要件，故抽象危險構成要件，實即舉動犯¹⁸⁷。

具體危險犯的實質意義在於，必須要在個案當中判斷行為確係導致了保護客體（而非行為客體）的具體危殆狀態¹⁸⁸。以公共危險罪而言，如果將「保護客體」理解為「不特定多數人生命身體或財產」，而非抽象「公共安全」，那麼「致生公共危險」意味著不但必須有保護客體進入了行為的作用領域，同時這些保護客體也面臨現實上直接而急迫、隨時可能發生實害的狀態。因此在判定具體危險狀態之際，無須要求被害客體之具體特定，只要有不特定的客體陷入具體的危險狀態即可，故有稱其為「司法上認定之危險」¹⁸⁹。

至於具體危險犯與實害犯的差異，「具體危險」的審查，基本上是在實害結果發生或到來之前，根據某些條件或情狀，客觀地預測這樣的行為很有可能會形成實害風險；或是認為此等行為通常會導致結果的發生，如果結果未發生，乃是出於偶然，因此值得加以非難與歸責。因此刑法理論上，具體危險犯與實害犯都被認為是「結果犯」，只是前者對行為客體(保護客體)製造的是「危險結果」，而後者製造的則是「實害結果」¹⁹⁰。

另依學者理論，行政處罰之大多立法體例上都處罰風險形成犯居多¹⁹¹，故幾乎無所行政未遂犯，而與刑事未遂犯不應有所誤解混淆。以行政不法行為無既遂與未遂之區分為前提，進而提出「重要階段行為理論」與「一個整體不法行為

¹⁸⁷鄭逸哲，假性的具體危險構成要件，月旦法學教室，第 59 期，頁 14，2007 年 9 月。

¹⁸⁸此處所謂的「具體危險」與未遂犯所指涉的「具體危險」概念並不屬於同一層次的問題。常有誤解認為未遂犯乃具體危險犯，然這種看法是錯誤將「構成要件實現（既遂）之可能性」與「法益侵害之可能性」畫上等號始然。實則兩者不但判斷對象不同，同時判斷基準也容有差異存在的餘地。另有見解直接將（具體）危險犯限定在超個人法益的犯罪類型，而一般被認為是（具體）危險犯的像是遺棄罪，則定為「未遂危險」之犯罪。謝煜偉，交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，第 210 期，頁 116 註 26，2012 年 11 月。

¹⁸⁹最高法院 102 年度台上字第 3977 號判決指出，「具體危險犯」其稱之具體危險，使法益侵害之可能具體地達到現實化之程度，此種危險屬於構成要件之內容，需行為具有發生侵害結果之可能性（危險之結果），始足當之。因屬於構成要件事實，具體危險是否存在，需要加以證明與確認，不能以某種程度的假定或抽象為已足，對具體危險之證明和判斷，事實審法院應以行為當時之各種具體情況以及已經判明的因果關係為根據，用以認定行為是否具有發生侵害法益的可能性。是具體危險犯中之具體危險，是「作為結果的危險」，學理上稱為「司法認定之危險」。一般而言，具體危險犯在刑法分則中以諸如「危害公共安全」、「足以發生……危險」、「引起……危險」等字樣明示之。

¹⁹⁰參考黃榮堅，基礎刑法學（下），頁 622 以下，2012 年 4 版。但黃教授亦批評這種對「具體危險」的審查標準欠缺最低限度的標準明確性。王皇玉，同註 38，頁 163 註 13。

¹⁹¹王服清，同註 175，頁 39。

理論」¹⁹²，透過「著手行為」的提早及擴大認定，作為成立行政不法行為的構成要件，應可認同。行政未遂若涉及到實害犯或個人法益之侵害，則屬於附屬刑罰之領域，此有刑法原理之適用。

第三款 抽象危險

抽象危險犯原本是公共危險罪章中，非常普遍的立法模式，刑法條文中「危險」不會特別表示出來，故危險並非不法構成要件要素，也無須在個案中加以認定行為是否真的對法益造成危險。立法者根據日常生活經驗的累積，普遍認為是對法益具有典型危險性之行為，描述勾勒出來，只要行為符合不法構成要件所描述之情形，就被假設具有危險性，例如酒醉駕車。抽象危險犯的正當性基礎，在於對法益做提前的保護，也就是一種對法益保護的前置化措施。即便符合交通規則且無危險駕駛或失控情形，一概擬制為「不能安全駕駛」，且對道路交通安全造成危險。偽造貨幣罪是抽象危險犯，針對偽造行為不必做危險的判斷，否則刑法第195條也必須改寫為「偽造貨幣，致生危害於金融秩序者。」。抽象危險犯可罰性基礎，可以說是一種對顛覆制度性利益的預防。

對抽象危險犯的批判。刑法的歸責原則是以結果犯的架構為出發點。但抽象危險犯的處罰基礎，並不以具有社會損害性的結果出現為必要，而是從「行為非價」的觀點，稱為「立法上推定的危險」¹⁹³，在刑法學說上有高度爭議。而抽象危險犯常被批評為與「舉動犯」（或稱「行為犯」）沒有什麼不同，且而被認為

¹⁹²「一個整體不法行為理論」及「重要階段行為理論」，此種理論的命名，參吳庚，同註15，頁505。如最高法院46年度判字第54號：「船舶飛機服務人員禁帶金銀外幣出境，並無免罰之規定。如已著手實施攜帶出境，而達於重要階段之行為，即得予以沒收之處分。」李惠宗，同註40，頁82註49。

¹⁹³刑法第184條第1項公共危險罪，係以「致生往來之危險」為其客觀構成要件，屬「具體危險犯」而非「抽象危險犯」，故就是否該當本罪需有積極之事證，證明具體危險之事實，而非僅以籠統之抽象危險理論，即可以該罪相繩。最高法院102年度台上字第3977號判決指出：「抽象危險犯」是指行為本身含有侵害法益之可能性而被禁止之態樣，重視行為本身之危險性。此種抽象危險不屬於構成要件之內容，只要認定事先預定之某種行為具有可罰的實質違法根據（如有害於公共安全），不問事實上是否果發生危險，凡一有該行為，罪即成立，亦即只要證明行為存在，而危險不是想像的或臆斷的（迷信犯），即可認有抽象危險，該當構成要件的行為具備可罰的實質違法性。乃立法者所擬制或立法上推定的危險，其危險及程度是立法者之判斷。…學理上稱為「立法上推定之危險」。雖抽象危險是立法上推定之危險，但對抽象危險是否存在之判斷仍有必要，即以行為本身之一般情況或一般之社會生活經驗為根據，判斷行為是否存在抽象的危險（具有發生侵害結果的危險），始能確定有無立法者推定之危險。對於抽象危險犯之限縮：有學者透過將「抽象危險」解釋成不成文構成要件要素，故行為人仍應需主觀上有認識，才能通過構成要件的要求加以限縮；也有學者認為即使是抽象危險犯所規制的行為，也不必然就一定具有危險性只是基於實際操作上的困難，所以操作抽象危險犯之規定時可能流於速斷，必須加以限縮，例如以容許反證證明危險不存在、客觀上的非容許風險等概念加以限縮，但需注意不得以具體危險犯的「致生…危險」來解釋抽象危險犯，否則概念上即和立法意旨互相牴觸。

並無獨立存在的必要。這種建立在假設危險之上的處罰規定，因而常被批評為違反罪責原則。抽象危險犯之設計，惟倘無任何侵害法益之危險時，仍不容許反證推翻，不但與刑法保護法益之規範目的不合，且使抽象危險犯之構成要件形同立法者之專橫與司法者之霸道¹⁹⁴。任何犯罪型態都能達到一般預防的功能，不只是抽象危險犯，基於一般預防的理由，增訂抽象危險犯是很奇怪的理由¹⁹⁵。故有論者主張揚棄抽象危險犯制度¹⁹⁶。

另有學者提出¹⁹⁷「累積犯」概念，便是將原來對於抽象危險犯所需要的典型引起法益危害的行為，以不法行為發生的頻率取代之。例如少量的排放污水行為即使尚未對於環境法益造成抽象危險，但是，如果不禁止這項行為就會出現很多的模仿行為(破窗效應¹⁹⁸)，終至造成環境的危害。不過對於此概念仍存在反對意見¹⁹⁹。

第一目 抽象危險犯緩和措施

抽象危險僅係可能發生侵害法益之危險，具體危險則係上已經發生侵害法益之危險。有學者贊同最高法院 102 年度台上字第 3977 號刑事裁判之見解，認為抽象危險是否存在，仍須加以實質判斷，始能確定有無立法者推定之危險²⁰⁰。

但有學者提出不同看法，抽象危險犯難免有過苛的嫌疑，但不能因為極少數的個案而曲解抽象危險犯，甚至認為抽象危險犯是毫無意義的立法設計²⁰¹。抽象危險犯的實質判斷、形式判斷、危險性的高低判斷、適格犯的足以招致法益侵害等等，這些眼花撩亂的字彙只是讓人徒增困惑。

¹⁹⁴甘添貴，食品攙偽假冒與標示不實之入罪化，月旦法學雜誌，第 253 期，頁 55-68，2016 年 5 月。法源資訊重新校編，頁 1。

¹⁹⁵許玉秀，無用的抽象具體危險犯，原載於：台灣本土法學雜誌，8 期，頁 85-89，2000 年 3 月。由月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁 4。

¹⁹⁶林聖凱，沒有抽象危險犯的世界-論抽象危險犯的必要性，刑事法雜誌，第 57 卷第 3 期，頁 35，2013 年 6 月。

¹⁹⁷單麗玟，同註 125，頁 183。

¹⁹⁸破窗定律—瘟疫一樣傳播的惡習。如果有人打破了一個建築物的窗戶玻璃，而這扇窗戶又得不到即時的維修，別人就可能受到某些暗示性的縱容，去打破更多的窗戶玻璃。徐韋中，全世界都在學習的 30 個經典定律，第 1 版，頁 190-192，2010 年 6 月。

¹⁹⁹反對累積犯的概念者，例如：(1) Roxin 認為，文書法益在每一次偽造文書的行使時，司法在每一次偽證時，就已受到「點狀的」實害，不必整體機能喪失才叫做實害。每個貨幣犯罪行為，就已侵害貨幣的合法流通，也就因此對幣制造成實害。(2) Hassemer，在批判環境犯罪時，推論超個人法益的實害只是個人法益的危險，所以應儘量避免設立超個人法益的危險犯，因為這代表「危險的危險」，已經離個人法益相當遠了，完全不具正當性。(3) Hassemer 的學生 Herzog 承其師說，補述：累積犯應該全部放到秩序法。鍾宏彬，同註 47，頁 208 註 207。

²⁰⁰甘添貴，同註 194，頁 8。

²⁰¹張麗卿，同註 432，頁 95。

為了合理節制抽象危險犯的濫用，學說與立法方式也發展出一些緩和與修正措施。德國立法趨勢，對於抽象危險犯的推定入罪批判，已逐漸發展出允許舉證證明不危險而予以減輕其刑，或是以量化方式(例如持毒數量認定自用或販賣)作為入罪或處罰門檻的立法模式²⁰²。司法程序上，如果情節輕微者，偵查中檢察官可以運用微罪不舉，視情節輕微予以不起訴或緩起訴處分²⁰³；犯罪判斷上，法院也可就法益侵害相對輕微，影響層面有限的違法業者，考量輕判；如法官可以裁量最低罪度刑（有期徒刑 2 個月）外，也能視情況論處拘役或宣告緩刑。

本文認為，對於抽象危險犯，只要有法所設定的行為存在，即自該當此抽象危險的類型，法官並無任意解讀的空間²⁰⁴。惟在未全面揚棄抽象危險犯型態前，立法者既已採取抽象危險型態立法，司法者就不應恣意解讀以他法評價，紊亂評價體系。

第二目 公共危險與抽象危險之關係

抽象危險犯、具體危險犯涉及的是行為禁止或命令的不同模式，存在於刑法、行政法或是其他法領域的規定。立法者之目的為確保公共安全²⁰⁵與公共秩序²⁰⁶，而給予行政機關得採取必要的具體措施。公共危險罪所要避免的「實害」是生命身體或財產的損害，而不是抽象的「秩序」、「安寧」或「安全感」。例如最高法院曾表示：「法律規定尚須以『致生公共危險』始成立犯罪者，即為通稱之具體危險犯，現在已發生實害者，固屬具體危險，然具體危險並不完全以現在已發生實害為必要，行為後客觀上已處於隨時有發生危險之狀態，雖實害尚未發生，亦難謂非為具體危險²⁰⁷。」

²⁰²王皇玉，同註 38，頁 166-167。

²⁰³對法益的侵害不大。其實根據刑法第 41 條第 1 項規定 6 月以下有期徒刑原則上就是准易科罰金，除非「難收矯正之效或難以維持法秩序」，才例外不准易科罰金。全國地檢署都依循這樣的易科罰金標準，竊盜三犯、家暴三犯、傷害三犯、妨害自由三犯……，這些實際傷害法益的實害犯原則都准易科罰金，何以酒駕三犯未肇事這種抽象危險犯卻一律不准易科罰金，有失公平。<https://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20151024/36859975>/蘋果日報，林忠義，酒駕三犯未肇事，不該被三振，台中地方法院檢察署主任檢察官，2015 年 10 月 24 日(上網日期 2017 年 8 月 14 日)

²⁰⁴柯耀程，同註 444，頁 5-6。

²⁰⁵所謂公共安全包括國家的存立和公共設施的存續；客觀的法秩序；個人在生命、健康、自由、名譽和財產的權利和法律上利益；與集體的權利和法律上利益，兼顧個人和集體的權利和法律上利益。李介民，危害防止措施行使的合法性-兼論最高行政法院 101 年度判字第 58 號判決，法令月刊第六十三卷第十一期，頁 42 註 46，2012 年 9 月 7 日。

²⁰⁶公共秩序既是風俗和道德理念，會隨著各地風俗民情而異，所以應符合民主原則，使用概括條款具有維護漏洞填補的儲存功能，以確保多數人基本權利，故禁止各地有所差別。李介民，同前註 205，頁 42 註 47。

²⁰⁷最高法院 85 年度台上字第 3775 號判決。

第二項 制裁與處罰：法秩序對不法行為之回應

第一款 對過去的究責；對未來的預防

行政罰²⁰⁸係對違反行政義務者所施加之不利益，並發揮嚇阻之作用，故具有制裁之性質。因此若施加不利益之目的，在於督促其履行應盡之義務或實現其他目的，則非行政罰。學者洪家殷則認為²⁰⁹，行政罰固具有行政處分之性質，故除行政罰法有特別規定外，仍有行政程序法（尤其與行政處分相關部分）規定之適用餘地；惟行政罰著重其制裁特徵，且其要件之要求較高，係以嚴密之刑法作為參考對象「對外以類似刑罰型態表現」，如處罰法定主義、主觀構成要件、消極行為之處罰、阻卻違法、緊急避難等，不論適用之原則或程序，與通常之行政處分未盡一致。

第二款 應報理論與預防理論，預防僅是附帶效果

關於刑事制裁之目的理論，主要有「應報理論」、「預防理論」與「綜合理論」。綜合預防理論，揚棄應報的目的，認為刑事制裁之目的，即在於一般預防與特別預防。應報與預防並非互斥，刑罰的目的在於藉由應報以補償其罪責。罪責平衡、再社會化與一般預防因此結合²¹⁰。但刑罰究竟是為了「應報」或是「預防犯罪」而存在，或是如何衡平，一直是無解的難題。憲法上自由與安全的價值衝突，只能透過憲法比例原則衡量，而且不能因為安全就剝奪人性尊嚴²¹¹。

然德國哲學家康德指出「如果刑罰是為了追求社會其他利益或目的而來，則這樣的刑罰無異是將犯罪人僅僅只是當成物品，也就是僅僅只是當成達成其他目的的工具。如此，是不合乎人性尊嚴的」²¹²。根據康德應報刑思想，罪刑相當，

²⁰⁸我國之行政罰法亦採狹義之行政罰概念，於行政罰法第 1 條之立法說明二：「依本條規定，行政罰法所稱之行政罰，係指行政秩序罰而言，不包括『行政刑罰』及『執行罰』在內。至『懲戒罰』與『行政罰』之性質有別，懲戒罰著重於某一職業內部秩序之維護，故行政罰之規定非全然適用於懲戒罰，從而行政罰法應無納入懲戒罰之必要。另懲戒內容如兼具行政法上義務違反之制裁與內部秩序之維護目的，則是否具有行政秩序罰性質，而屬本法第二條之範疇，應由其立法目的、淵源等分別考量。又公務員之懲戒與行政罰法規範之性質不同，無法比擬適用，自不待言。」

²⁰⁹洪家殷，行政罰法，頁 110。

²¹⁰蕭宏宜，數位時代著作權刑法的挑戰與因應，東吳大學法學院法律系博士論文，頁 69，2008 年。

²¹¹潘怡宏等，同註 86，頁 285。

²¹²王皇玉，刑罰與社會規訓-第一章論刑罰的目的，臺灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁 6-8，2009 年 4 月 1 日。

才是正義理念的表現。這是今日刑法上所遵循的「罪責原則」之理論根源。在刑罰理論上，雖有預防他人不敢犯罪的效果，然而這樣的效果絕非刑罰的本質，而只是一種隨報應而來的反射效果。學者王皇玉指出，應報刑思想最大的批評，刑罰僅允許針對過去已發生的犯罪加以報應，而不允許有事先預防犯罪之效果。因此，常被批評為沒有目的方向、僵固而不合實際的刑罰觀。

第三項 制裁法體系

第一款 制裁則未必是處罰，無須具罪責

制裁，國外學者有使用制裁（sanction）一語作為上位概念，包含民事制裁與刑事制裁，並認為制裁係指國家公權力機關，透過強制力所加諸違反法律者的一種惡害（evil）或不利益，國內亦有教科書採此種見解²¹³。

法律效果並不等於制裁，但是制裁卻是相當重要的法律效果型態。法律條文或判決中，卻很少使用制裁這個名詞，這是一個抽象的學術概念，要表達制裁時，在法律文件中就經常直接敘明具體方式，例如，在刑法中就直接寫明「處五年以上有期徒刑」或者在行政法中規定勒令歇業。制裁第一個層次為心理強制（稱之為靜態），強制規範主要包括有禁止規範與效力規範兩種。第二個層次，所採取的事實行為接近於強制措施（稱之為動態）。但這一些強制措施並不一定能稱之為「制裁」。例如，在建築法中，強制拆除可以只是一種預防緊急危難的強制措施而已（建築法第82條），並不構成制裁，因為該建築物的占有人或所有人並未違反法律。

所謂刑事制裁，泛指所有國家基於罪責衡平或者犯罪預防之目的，依據法律對於從事不法行為者所採取之基本權干預或權利限制措施，以作為國家對於刑事不法行為的反應。其範圍包括：刑罰（主刑及從刑）、附屬刑罰之法律效果、矯治與保安處分、沒收、附負擔之緩起訴處分。以上如此多元的刑事法律效果，都是以行為人先有刑事不法行為的實施為前提，沒有罪責，即不能科處刑罰；至於保安處分以及沒收，乃是基於預防犯罪，防衛社會之目的，而對於刑事不法行為人所採取的特別措施，不以行為人之不法行為具有罪責為必要。因此，「刑事制裁≠刑罰」，刑罰雖然是刑事不法行為之主要的法律效果，但只是刑事制裁體系之一種而已。但迄今，仍然可見有人把「沒收」當成刑罰的一種，所以有必要先澄清刑事制裁與刑罰這二個概念的不同²¹⁴。

²¹³王海南等，同註9，頁31-37。

²¹⁴潘怡宏、林明昕、許澤天等，同註80，頁283。

「刑事制裁」與「刑罰」這二個概念之不同，因為刑罰、保安處分與沒收，乃是個別獨立、但又可以相互併行之刑事不法行為的法律效果，甚至罰金²¹⁵雖係為刑法主刑之一，亦可與自由刑主刑併科；保安處分與沒收，不是刑罰或處罰，因此科處刑罰之後，再賦予保安處分乃至沒收，沒有所謂重複處罰的問題。德國制裁的體系就是有三種法律效果，刑罰、保安處分、沒收，在實體法上要宣告刑罰須有不法與罪責的觀念，程序法上是關於認罪科刑的問題，要遵守無罪推定與嚴格證明法則；保安處分，須具備不法，未必要有罪責；至於沒收，須有不法行為，但不見得要有罪責²¹⁶。

相較刑法之明確，我國行政罰法第 2 條意義下之裁罰性，相當於德國法及學說上所稱之「制裁」(Sanktion)或是「懲罰」(Ahndung)。根據德國學說之見解，行政法意義下之「制裁」概念，係指「對於違反法令規定之人宣告並執行不利之法效果」。其具有抑制或是預防特性，但也可能擁有回復之性質。故可視為是捍衛法秩序之一種結構性機制。準此，不僅刑法、民法，以及行政法上之制裁皆歸屬於此等意義下之制裁概念；甚且，舉凡因津貼受領人違反補助目的而遭撤銷津貼發放決定；因營業人不具營業上之可信賴性而遭勒令停業，以及因行政處分內容違反善良風俗而無效者，皆亦包含在此等廣義制裁概念之中。

行政罰法第 2 條此種制裁特徵具有三種功能²¹⁷：1.確認功能，即確認相對人之違法行為；2.干涉功能，即使其承擔因此而生之不利益；3.預防功能，即嚇阻其將來再度違反。例如超速而被處以罰鍰時，除確認其已違反交通法規外，並因此而需承受財產權被剝奪之不利益，且致使其為免於日後再被處罰，不敢輕易超速。行政制裁手段之多元性，其回復合法行政秩序之功能較刑事制裁手段為佳。且行政罰一經處罰，則義務違背即消失，而再度處罰之理由，即無從附麗，此與所謂執行罰，強制行為人履行義務者不同。

²¹⁵罰金雖係為刑法主刑之一種，科處的方法分為四種：第一、是專科罰金。針對輕微犯罪最重只能判處罰金，如刑法第 266 條第 1 項在公共場所賭博罪。第二、是選科罰金。有些犯罪的法定刑，是把有期徒刑、拘役、罰金三種或兩種主刑，都列在同一犯罪法條之下，由法院按犯罪的情節和犯人的態度等情況來選擇科處刑罰。第三、是併科罰金。有些情節重大的財產犯罪，處罰的法條除了規定要判處很重的徒刑以外，還可併科處相當數額的罰金。四、易科罰金。受刑人所犯的罪，最重法定本刑是五年以下有期徒刑之罪，而被法院判處六個月以下有期徒刑、拘役，因為身體、教育、職業、家庭的關係，或者有其他正當理由，依刑法第 41 條的規定，可向檢察官聲請用繳納罰金的方式，替代應該執行的有期徒刑或者拘役。經過准許繳納罰金以後，就算執行完畢不必到監獄，屬易刑處分。林鈺雄，同註 46，頁 650-651。

²¹⁶潘怡宏、林明昕、許澤天等，同註 80，頁 284-285。

²¹⁷洪家殷，同註 39，頁 11。

第二款 行政法上裁罰與非裁罰強制措施之分界

一般而言，制裁一定預設了某種違反禁止規定的行為（義務的違反）；再者制裁必定對行為人加諸某種惡害或不利益。當然這兩點是制裁的必要條件，而非充分條件。在實際判斷的時候，尤其在行政法的領域，有時很難清楚決定到底哪一項措施是不利益處分還是制裁²¹⁸。學者認為，行政上裁罰性之概念不具本質上之固定內涵，毋寧可隨著立法政策之不同而彈性調整，選擇趨向於廣義或狹義之理解²¹⁹。

行政罰的預防功能，與刑罰同，只是一種警惕，消極且間接；故其所採用的裁罰性不利處分之主要目的，仍在於非難。惟又由於所謂「非難」，旨在彰顯行為人對其犯行於主觀意志上的迴避可能，因此裁罰性不利處分之施加必以行為人具有故意或過失等有責性為前提²²⁰，並進而與「管制性不利處分」，甚至其他類型之非裁罰性不利處分，不以相對人具有故意或過失等有責性為前提，並以「積極且直接」排除或預防違法狀態為目的，而不具非難性有所區隔。

行政罰法第 2 條另闢所謂「裁罰性之不利處分」，其立法理由三²²¹，即明白揭示三種非屬裁罰性之不利處分的類型。第一，處分係命除去違法狀態或停止違法行為者。第二、行政機關非因制裁目的對違法授益行政處分之撤銷及合法授益行政處分之廢止²²²。第三、行政上之保全措施。另有學者²²³提出非屬裁罰性之單純不利處分在行政法規上常見者尚有：一、行政執行之手段，連續開單處分法律性質，學說與實務見解分歧。二、預防性之不利處分。此等處分之目的旨在防止危害之發生或擴大，而非制裁。

²¹⁸王海南等，同註 9，頁 31-33。

²¹⁹詹鎮榮，同註 64，頁 8。

²²⁰現行行政罰法制定前身已作成的司法院釋字第 275 號解釋（1991 年）主張的所謂「推定過失」，嗣後則不為現行行政罰法所採用。並見行政罰法第 7 條立法說明三：「現代民主法治國家對於行為人違反行政法上義務欲加以處罰時，應由國家負證明行為人有故意或過失之舉證責任，方為保障人權之進步立法。」。林明昕，裁罰性不利處分 vs 非裁罰性不利處分－評台北高等行政法院九十九年度訴字第一五二九號判決，興大法學，第 17 期，頁 18 註 39，2015 年 5 月。

²²¹參見行政罰法第 2 條立法說明三：「本法所稱其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分…」的文句，其實頗為不妥，有使人誤解為第 2 條 4 款所列者必然屬於裁罰性不利處分的可能。換言之，該規定或以「本法所稱其他種類行政罰，指下列不利處分具裁罰性質者…」的文句為宜。林明昕，同前註 220，頁 4 註 3。

²²²釋字第 510 號得到佐證，航空人員體格檢查不合標準之不及格處分等措施，係「基於航空人員之工作特性，就職業選擇自由個人應具備條件所為之限制，非涉裁罰性之處分」。

²²³詹鎮榮，同註 64，頁 9-10。

第三款 司法救濟

德國法程序和我國法認為行政處罰係行政機關權限，對之只能提起行政救濟，而刑事司法無從過問的情形，具有極大差距。之所以如此，應是受到行政裁罰係行政處分的形式觀點所影響。但此觀點忽略行政罰本質上仍是對人民違法行為的制裁，而不必管人民所違反的行政法律和刑事法規範圍間距是否具有質的差異，還是僅是量的差異。行政罰的重點應是判斷人民是否違法且有責，實現相關不法構成要件，此和刑法的思考並無不同²²⁴，且處罰權皆是為國家所獨佔。

就公法而言，行政院需要顧及三權分立的平衡，故不得審查行政權核心權限，而僅得為合法性審查。惟刑事法院則因行政處分在構成要件中扮演的角色而導致法院必須徹底的審查行政處分。傳統實務見解曾經出現法院審查構成要件僅能進行「形式審查」，如臺灣高等法院暨所屬法院 88 年法律座談會刑事類提案第 55 號。但到了紅衫軍案件也就是臺北地方法院 96 年度矚易字第 1 號以及台灣高等法院 98 年度矚上易字第 1 號刑事判決則完全改變，新的見解主張法院應該審酌行政機關為處分時是否逾越比例原則²²⁵。

刑法與行政法，皆屬傳統公私法二分中之公法領域。刑事制裁之制裁權乃基於「國家主權」之發動而形成之「刑罰權」，由隸屬於司法權之法院，以刑事司法審判，在民主憲政國家大多將刑事制裁授權由獨立審判法院行使。「行政罰」，係指國家及公共團體基於行政目的之達成，要求人民負擔各種行政法上之義務²²⁶，違背義務，而行政機關對其所施加之制裁，與司法機關行使之刑罰權，迥然有別，其制裁之行為在「不法內涵」上，顯較刑事制裁之犯罪行為為低，在本質上亦僅屬「行政不法」(Vewaltungsunrecht) 非屬刑事不法²²⁷。

行政罰法公布後，對行政罰主體亦未予以規定，依個別法規之規定，大致上可分別為兩種，即由法院管轄與由行政機關管轄者，不過，我國在例外情形下，亦有可能由法院處罰，如社會秩序維護法第 45 條第 1 項由簡易庭裁定之案件，

²²⁴許澤天，刑事確定判決對行政裁罰的拘束力，月旦法學教室，第 141 期，頁 35，2014 年 7 月。

²²⁵李宣毅，犯罪構成要件行政從屬性之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 131，2010 年 7 月。

²²⁶此種行政上之要求可以直接依據法律上之規定，或是基於法律上規定以行政處分所為之具體指示。前者如基於管理建築之目的（建築法第 1 條），關於建築物之建造，必須先申請主管建築機關審查許可並發給執照（建築法第 25 條第 1 項）；後者如建築物在施工中，主管建築機關於勘驗時，發現有如妨礙都市計畫之情事時，得通知勒令停工或修改（建築法第 58 條）。洪家殷，同註 39，頁 5 註 12。

²²⁷何子倫，同註 98。

地方法院或其分院有管轄權，因此有關拘留、勒令歇業、停止營業三種處罰，由法院簡易庭以裁定處罰之²²⁸。

第四款 小結

本文認為保安處分與刑罰得併科；除保安處分非屬處罰性質外，另在程序面上係屬司法機關就不法行為之整體評價後所作出之最終決定，人民較無兩罰之感覺；另刑法規定同時允許自由刑與罰金刑的併科，也有犯罪所得的沒收規定，允許在一個或不同的刑事程序中，科處多種刑事制裁。然而就一行為同時觸犯刑罰及行政罰，因國家分工體制在程序上卻拆成行政機關與司法機關兩種裁處程序，就人民感覺上有「一頭牛剝兩次皮」之強烈重複處罰，徒增訟累勞煩，另一種變相不利益負擔。行政上裁罰性之概念不具本質上之固定內涵，毋寧可隨著立法政策之不同而彈性調整，主要視行政機關主觀上是否有處罰意圖。

第三節 「有責任始有處罰」責任原則探討

德國立法者為行政罰與刑罰之概念加以區隔，採用不同用語，如構成違反秩序之「行為」(Handlung)及「可非難性」(Vorwerfbarkeit)，即與刑法之「行為」(Tat)及「責任」(Schuld)有所不同²²⁹。尤其在非難性之有無上，即有意避免採用「責任」概念時有關社會倫理評價之內涵。

第一項 刑法故意責任，過失責任例外；行政罰故意或過失相同

刑法第 12 條規定刑罰主要是在處罰行為故意的行為，如因過失所為，則必須法律有特別規定才處罰之；行政罰法第 7 條規定，雖不以出於故意為必要，法律無特別規定者，過失仍為其責任條件而處罰之。就責任條件而言，違反道路交通管理處罰條例者，依行政罰法第 7 條第 1 項之規定，不論故意、過失均應處罰，而違反刑法規定者，則僅罰及故意犯。行政罰處罰及於過失，可適當填補刑罰僅罰故意而不罰過失之法益保護缺漏，高危險行為，會因行為人係屬故意或過失之

²²⁸社會秩序維護法第 45 條(即時裁定)第 43 條第 1 項所列各款以外之案件，警察機關於訊問後，應即移送該管簡易庭裁定。前項警察機關移請裁定之案件，該管簡易庭認為不應處罰或以不處拘留、勒令歇業、停止營業為適當者，得逕為不罰或其他處罰之裁定。洪家殷，同註 39，頁 276。可知刑事簡易庭亦得兼具裁處行政罰相關手段。

²²⁹德國學者即有認為，在確定行政罰之基本構成要件時，對其要求不得低於或弱於對於刑罰之要求。洪家殷，同註 39，頁 15 註 48。又關於責任的概念，在德文字中分別有 Verantwortlichkeit、Haftung、Schuld 等三字，中文皆譯為責任。Verantwortlichkeit 係使用在危害防止法理上的善後處理，Haftung 係使用在公法上金錢債務的履行，Schuld 係使用在刑罰或行政罰的情形。李介民，危害防止法止責任繼受與成本分擔，法令月刊，65 卷第 12 期，頁 44 註 2，2014 年 12 月。

不同，而異其刑罰或行政罰之效果，惟於危險情形較輕微之情形下，則均處以行政罰，不因行為人故意或過失而有不同，二者處於交錯重疊²³⁰。

此外，對違反秩序行為之處罰是否須以結果之發生為要件，可以區分為「結果犯」及「危險犯」或「實害犯」，則不論在作為犯或不作為皆有可能發生。責任原則，行為人主觀上須有故意或過失始加以處罰，而關於故意與過失之理解與刑法相當²³¹。刑法所規定之故意或過失型態，不論是直接故意或間接故意²³²，無認識過失或有認識過失，皆同樣可適用在行政罰法。

第一款 「自己責任原則」之監督第三人責任

依行政罰法第 3 條之規定，「本法所稱行為人，係指實施違反行政法上義務行為之自然人、法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織。」，自然人之類型分別說明如下²³³：

1. 行為人本身。即以自身之意思，從事違反行政法上義務行為之人。此種人非只限於單一之行為人，亦包括共同從事違反行政法上義務之人。為避免實務不易區分導致行政機關裁罰時之困擾，故不採刑法有關教唆犯、幫助犯之概念²³⁴。可知對於共同實施違反行為者，僅限於二人以上共同進行違反行政義務

²³⁰郭書豪，行政罰責任條件之再探究—基本權利保護之觀點，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 120，2012 年 6 月。

²³¹其中故意之三分法理論：未必故意、意圖及明知，無論何種故意在行政罰與刑法上均應包含認知及意願兩項因素，所不同者有強弱之層次分別，缺少其一即不成為故意。所謂意圖乃指行為人有強烈之意願，完成客觀的構成要件，以達到其意願中的目的；明知則強調認知(或認識)之因素，知悉或預見構成要件情事之存在；未必故意則表示行為人只有低度的認知及意願，構成要件情事之實現也無妨之意(間接故意)。一般均採認知及未必故意為準，意圖作為主觀要件者極少。至於過失則如刑法，分為有認識過失及無認識過失，但在適用上並無分別的實益。行政罰法第 7 條對責任條件的評價，故意過失可謂同等看待，在實際運作時，似難期待行政官員也能如同法官一樣仔細推敲論斷何種類型之故意或過失，能證明行為人之過失即可。惟法條專罰故意者，若僅證明行為人有過失，仍不可處罰，例如公職人員財產申報法第 12 條第 1 項只處罰故意不實申報之規定。又在故意過失之外，尚有違法認識，亦即對構成要件之存在，有錯誤之認知，依第 8 條規定，原則上並不影響責任條件之成立(禁止錯誤)。吳庚，同註 15，頁 509-510。

²³²最高行政法院 92 年判字第 78 號判決：「…所謂『公職人員明知應依規定申報，無正當理由不為申報』，…，係以『明知』之直接故意為其構成要件。所謂『其故意申報不實者，亦同』，明定處罰申報不實者，係以『故意』為其構成要件，即不以『直接故意』為限。至該法條後段所謂『亦同』，僅指其『處罰』與前段之規定相同而已，並非指其處罰之構成要件亦與前段相同，係以處罰『直接故意』為限。上訴人原係臺灣高等法院法官兼庭長，…於 84 年申報財產時，漏未申報其本人部分，確有漏報之直接故意；而其溢報本人及其配偶之債務部分，亦有申報不實之間接故意，…處以罰鍰 14 萬元，於法洵屬有據。」。洪家殷，同註 39，頁 207 註 16。

²³³洪家殷，同註 39，頁 159 以下。

²³⁴行政罰法第 14 條第 1 項：「故意共同實施違反行政法上義務之行為者，依其行為情節之輕重，分別處罰之。」，亦即不論是共同正犯、教唆犯或幫助犯，在行政罰法上皆不存在，是以行政

之行為人，該等人員之間需有犯意聯絡與行為之分擔，其情形類似刑法上所稱之「共同正犯」；其餘不屬之²³⁵。

2.對他人之行為應負責之人。除自身行為外，自然人產生特別之義務，對於與其地位或活動有關之他人行為亦應負責，並得處以行政罰。如法律有明文規定時，父母、養父母、監護人或實際照顧兒童之人，因兒童或少年之行為而受到處罰²³⁶。

3.對事物之狀況應負責之人。另基於即對某些事務狀況之產生或存在，其雖未參與，惟由於其所居之特別地位，法律上往往會要求其負責，並得對其處罰。如建築法第 95 條之 1 第 1 項：「違反第 77 條之 2 第 1 項或第 2 項規定者，處建築物所有權人、使用人或室內裝修從業者六萬元以上三十萬元以下罰鍰，...。」此時其中任一人，皆可成為處罰之對象，至於何人應受到處罰，則由主管機關依個案情況裁量決定²³⁷。

根據法治國家基本運行之「自己行為責任」原則，人民如必須對於他人之行為負責者，該他人應為其法定代理人、意定代理人、履行輔助人等。代位責任係指行為人雖非本人，因法律之規定，仍須負起行政不法行為責任者，例如社會秩序維護法第 10 條規定：「未滿十八歲人心神喪失人或精神耗弱人，因其法定代理人或監護人疏於管教或監護，致有違反本法之行為者，除依前兩條規定處理外，但其處罰以罰鍰或申誡為限。」釋字第 687 號解釋之觀點，因為大法官摒棄轉嫁責任說法，而以「回歸自己責任」的論證，解釋理由表示：「系爭規定，公司負責人如故意指示、參與實施或未防止逃漏稅捐之行為，應受刑事處罰。故系

罰法乃屬全部採「獨立正犯化」的理論。除非法律或自治條例有明文規定。李惠宗，同註 40，頁 78。

²³⁵但個別行政作用法中對於共同違反行政義務行為之處罰，如遺產及贈與稅法第 47 條對於數人共同繼承違反規定有罰鍰上限之規定，則係採「由數個納稅義務人共同分擔」之規定，與行政罰法第 14 條有別。黃啟禎，行政管制與行政制裁之區分及運用-以水土保持為例，刑與思-林山田教授紀念論文集，頁 534 註 48，2008 年 11 月。

²³⁶不過，立法者有時雖課以父母義務，但對違反此項義務者，並未加以處罰；如菸害防制法第 11 條：「未滿十八歲者，不得吸菸。（第 1 項）父母或監護人應禁止未滿十八歲者為前項之行為。（第 2 項）」同法第 23 條第 1 項：「違反第 11 條第 1 項規定者，應接受戒菸教育。」因此，菸害防制法第 23 條只處罰未成年人，但並未處罰父母或監護人。洪家殷，同註 39，頁 161 註 5。

²³⁷最高行政法院 95 年 1 月份庭長法官聯席會議作成決議：「建築主管機關究應對建築物所有權人或使用人處罰，應就其查獲建築物違規使用之實際情況，於符合建築法之立法目的為必要裁量，並非容許建築主管機關恣意選擇處罰之對象，擇一處罰，或兩者皆予處罰。又行政罰係處罰行為人為原則，處罰行為人以外之人則屬例外。建築主管機關如對行為人處罰，已足達成行政目的時，即不得對建築物所有權人處罰。」

爭規定係使公司負責人因自己之刑事違法且有責之行為，承擔刑事責任，並未使公司負責人為他人之刑事違法且有責行為而受刑事處罰²³⁸。

行為人之行為，包括作為及不作為，就不作為部分²³⁹，行政罰法第 10 條規定：「對於違反行政法上義務事實之發生，依法有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生事實者同。（第 1 項）因自己行為致有發生違反行政法上義務事實之危險者，負防止發生之義務。（第 2 項）」本條之意旨，在於由行為人採取消極不作為方式，而達到與發生積極行為相同之結果，自應使其負與積極行為相同之責任。

學者許澤天提出，行政罰法第 15 條第 2 項²⁴⁰更應可補充作為具有私法人之董事或其他有代表權之人身分的公司負責人對公司職員短漏稅捐的監督疏失的處罰依據，以避免行政罰法第 10 條適用上法律漏洞²⁴¹。此處公司負責人的故意或重大過失，係針對未盡防止的監督義務而來，並非針對違反行政法上之義務，否則即可適用行政罰法第 10 條的不純正不作為犯規定。既然連公司職員違反行政法上義務都可成為制裁公司負責人的理由，舉輕明重，公司職員違反刑事法的犯罪行為，更該有讓公司負責人受到制裁的必要性。

學者詹鎮榮認為²⁴²，有鑑於委任人對受任人存有「選任監督義務」之特性，基於「工具地位」考量，原則上僅處罰委任人，而成為行為人自己責任原則之例

²³⁸林鈺雄，同註 85，頁 102-103。

²³⁹「純正不作為犯」係指，只能藉由不作為發生違反秩序之結果，如法律上要求相對人有通知或報告之義務，而相對人未為通知或報告，即構成不作為犯而得受到行政罰之處罰。「不純正不作為犯」則指，該種違反秩序之結果得由積極作為或消極不作為所形成，若係出於消極不作為時，即為所謂的不純正不作為犯。（拿刀殺人與餓死殺人，都可殺人）。洪家殷，同註 39，頁 221。參見行政罰法第 10 條之立法說明，並舉例「如依動物保護法第 5 條第 2 項規定：『飼主對於所管領之動物，應提供適當之食物、飲水及充足之活動空間，…』（即防止動物致死之義務），第 12 條第 1 項規定：『對於動物不得任意宰殺。…』違反者依第 31 條第 3 款規定處罰，因此如有飼主以消極不提供食物、飲水予管理之動物（即能防止動物致死而不防止），而達到積極宰殺之目的，自應依該條款處罰。」

²⁴⁰行政罰法第 15 條第 2 項：「私法人之職員、受僱人或從業人員，因執行其職務或為私法人之利益為行為，致使私法人違反行政法上義務應受處罰者，私法人之董事或其他有代表權之人，如對該行政法上義務之違反，因故意或重大過失，未盡其防止義務時，除法律或自治條例另有規定外，應並受同一規定罰鍰之處罰。」

²⁴¹許澤天，同註 300，頁 127 註 95。

²⁴²以行政罰法第 10 條作為一般性歸責事由。行為人凡依法令、習慣法、契約、事實上承擔責任、物之支配、具體生活關係等法律上或事實上原因，而取得「不使違反行政法上義務事實發生」之「擔保人地位」者，即可被認定為依法有防止之義務。民法第 224 條：債務人係為履行輔助人因故意過失所為之損害債權人行為，自己負同一之責任，而非將履行輔助人之實施違反債務行為之故意過失，直接視為自己之故意過失。債務人乃在於其自己因故意或過失，未盡選任履行輔助人，或是未盡「選任監督義務」，致發生損害債權人之情事。詹鎮榮，論委任人與受任人間之行政罰責任分擔-以最高行政法院 97 年度判字第 1112 號判決以及 98 年度判字第 420 號判決出發，載：2009 年行政管制與行政爭訟，頁 22，2009 年 11 月 12 日。

外。綜上所述，受委託處理組織體事務之第三人，地位上既非法律所規定之法人代表人，亦非屬於組織體內部員工，故非行政罰法第 7 條第 2 項所稱之「代表人、管理人、其他有代表權之人、職員、受僱人、從業人員」即無適用之餘地。

第二款 「行為責任」與「狀態責任」

危害可能來自於行為或事物之狀態，為免於此種危害之發生，在法律上乃要求人民承擔一定之責任。以此種責任可區分出「行為責任」與「狀態責任」。前者「行為責任」²⁴³係由於行為而發生之責任，此為大多數行政罰之類型，可包括作為及不作為，且不限於自己之行為，若係他人之行為所造成者，有時亦屬之。而所謂的「狀態責任」著重於與物之關係，而與行為無涉，即該狀態之產生，可來自於人之行為或自然因素，而關係人依法對該狀態負有一定之責任，可能是因第三人行為造成、自然原因、事變、不可抗力等原因²⁴⁴，致使物之所有使用人或管理人負排除危害的責任，更不考慮因果關係，因財產權負有社會義務²⁴⁵。有將狀態責任再區分為所有權人、對物有事實管領力之人及其他有權利人的狀態責任等種類。

「狀態責任」概念，往往會與處罰行為人之「責任要件」混為一談。「狀態責任」之「責任」，係指構成行政法上義務之原因及正當化基礎，著重於此種「責任」之發生究係出於行為或與物之關係，「責任要件」之「責任」係在處罰違反義務之行為人時，應具備之主觀要件。行為人之「責任」可能來自於行為或狀態，依法負有一定之義務，當違反其義務而欲處罰時，仍須具備故意或過失之「責任要件」)²⁴⁶，此不因其係出於狀態責任或行為責任。

²⁴³行為責任的發生來自於一定的行為，惟責任人為防止危害，不論是自己行為或非自己行為，皆須負責。李介民，同註 229，頁 45。

²⁴⁴「第三人之行為」如廢棄物清理法，土地遭他人傾倒廢棄物，該土地所有人雖非行為人，亦為同意其傾倒，仍負有防止危害之責任。「自然原因」如店之店招鐵架因年久鏽蝕危及往來人車安全，危險狀態雖非商店主人之行為所導致，但因對物有管理支配能力，仍應負責。「事變」如因油罐車駕駛某甲之過失，使其駕駛的油罐車翻落乙所有之農地，車中原油滲入土壤中，造成環境污染。「不可抗力」如果園內樹木因颱風而倒塌妨礙交通，該狀況的發生與果園主人無涉，但其所有果樹的傾倒造成道路阻塞，主管機關得要求果園主人依道路交通管理處罰條例規定，以其為責任人清除該傾倒的果樹。李介民，危害防止措施行使的合法性-兼論最高行政法院 101 年度判字第 58 號判決，法令月刊，63 卷第 11 期，頁 32 註 18，2012 年 9 月 7 日。

²⁴⁵大法官解釋亦承認財產權負有社會責任，例如釋字第 291 號解釋理由書、第 350 號解釋理由書（以上二者乃針對私法關係）、第 400 號解釋理由書、第 440 號解釋、第 564 號解釋理由書（以上三者乃針對公法關係）。

²⁴⁶由於行為人之「責任」來自法律之規定，且因此須承擔一定之義務，為避免國內對此概念之誤用，並簡化行政罰之適用，似可考慮以「行為義務」與「狀態義務」取代「行為責任」與「狀態責任」。洪家殷，行政罰之狀態責任及一行為不二罰原則-台北高等行政法院九六年訴字

學者洪家殷認為，區別「行為責任」與「狀態責任」兩種責任類型之主要實益，應在於依法應承擔責任之人，並指出建築法第 73 條第 2 項前段所承擔之責任為狀態責任，並非行為責任，故與該違法狀態是否源自於責任人之行為無涉，倘其對逾期未履行其回復原狀之義務有故意或過失時，仍應受到處罰²⁴⁷。學者李建良亦指出，狀態責任人受處罰者，必須因其「行為」（按：須恢復原狀之作為或不作為義務）而受罰，故不得僅因物之管領而成為行政處罰之對象²⁴⁸。

行政罰與刑罰相同，以違法行為作為前提，故行政罰法的規定，皆以個人的行為為規範對象，是為行為責任。在例外情形，亦以狀態責任為歸責對象²⁴⁹，指對自己行為以外之原因。有時狀態責任也與行為責任相連接，譬如建造違章建築者，因建造行為完成而產生違章狀態便是一例，但繼受違章建築之人則因管領而負早已存在之狀態責任。「狀態犯」與「狀態責任」屬於完全不同之概念，二者切莫混為一談。若要強行比較，「狀態犯」反應屬於一種「行為責任」而非「狀態責任」。

行政罰責任移轉，係指因權利義務所生之責任從自然人或法人身上，轉移到另一自然人或法人身上而言，其中轉移可分為概括繼受或個別繼受兩種。至於人民之行政法上義務，有無一身專屬性，應就各個義務內容予以認定²⁵⁰。

第一二八八號判決簡評，原載於：台灣本土法學雜誌，104 期，2008 年 3 月，月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁 3 註 5。

²⁴⁷洪家殷，同前註 246，頁 5。

²⁴⁸狀態責任人能否科處行政罰？行政罰法第 4 條規定：「違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。」「行為時」之字句推知，違反行政法上義務而受處罰者，必須因其「行為」（作為或不作為）而受罰。李建良，同註 30，頁 154 註 68。

²⁴⁹最大不同，在於狀態責任不問主觀要件只客觀事實，行為責任主觀及客觀要件均須具備。故駕駛人停車之後，因實施道路交通管制而停泊在臨時劃定之禁止停車區域者，對「違規」事前毫無所知，仍不能完全免除責任。又狀態責任恆因狀態改變不具違法性或因轉讓、繼承喪失物之實際管領而消滅。按狀態責任為近年習見之概念，在此之前，學理及實務上多引用不作為犯或繼續犯等相關理論，加以解釋，自不如狀態責任為合適。德國實務上認為此情形，車輛遭拖吊者，仍應徵收拖吊補償費。這一情形，不妨引用無期待可能理論，免予科罰。吳庚，同註 15，頁 511 註 53。

²⁵⁰釋字第 621 號(節錄)，解釋文：行政執行法第 15 條規定：「義務人死亡遺有財產者，行政執行處得逕對其遺產強制執行。」，係就負有公法上金錢給付義務之人死亡後，行政執行處應如何強制執行，所為之特別規定。罰鍰乃公法上金錢給付義務之一種，罰鍰之處分作成而具執行力後，義務人死亡並遺有財產者，依上開行政執行法第 15 條規定意旨，該基於罰鍰處分所發生之公法上金錢給付義務，得為強制執行，其執行標的限於義務人之遺產。…若處分作成前，違規行為人死亡者，受處分之主體已不存在，喪失其負擔罰鍰義務之能力，且對已死亡者再作懲罰性處分，已無實質意義，自不應再行科處。

第二項 處罰與制裁種類之多元性與轉換性

第一款 多元性

刑罰(主刑及從刑)²⁵¹都是以行為人先有刑事不法行為並具有罪責為必要。行政罰方面,學者林明昕認為,行政罰法第2條規定各類裁罰性不利處分,除罰鍰外,真正屬於處罰,第一是吊扣證照,所謂吊扣證照不是吊銷,是一定期間內不可使用,不是為了治安或安全,完全就是處罰;記點、計次的設計,每次都代表惡性,所以這也是真正處罰,只有這兩種是罰鍰以外可以作為處罰用,其他行政罰法第2條中規定的其他種類行政罰,都是管制手段,絕非處罰,建議行政罰法要純化,以後行政罰法要修正²⁵²。

學者蔡震榮認為,將這些不利處分納入行政罰法的範圍,確實會讓行政罰與行政程序法的不利處分難以區別²⁵³,若從立法目的與法條結構加以觀察,行政法規上的不利處分,確實具有制裁性之內涵,因而不能單以「處罰種類名稱」來加以判斷,仍必須進一步去分析,法規中是否隱含制裁之內涵,來判斷是行政罰或單純的不利處分。

任何一種可以直接達到維護秩序安全的皆可稱為管制手段²⁵⁴,簡化為事前監督的手段,以及事後監督的手段,另外事前監督、事後監督可能要有過度期的措施,如暫時封存,封存以後發現根本沒有問題,但因此過了保存期限,就是特別犧牲,所以要補償。行政管制,就是透過這三大種類的行為來做各式各樣管制的處理,但都不是處罰。

²⁵¹刑法第33條(主刑之種類)主刑之種類如下:一、死刑。二、無期徒刑。三、有期徒刑:二月以上十五年以下。但遇有加減時,得減至二月未滿,或加至二十年。四、拘役:一日以上,六十日未滿。但遇有加重時,得加至一百二十日。五、罰金:新臺幣一千元以上,以百元計算之。但數罪併罰則依刑法第51條第5款,合併最高不逾30年。另保安處分及沒收非屬刑罰,而是獨立之刑事制裁。從刑如褫奪公權。另緩起訴處分或緩刑判決之附負擔性質,各有不同之見解,但共通性就是對人民之一種不利益強制作用。

²⁵²潘怡宏、林明昕、許澤天等,同註80,頁295。

²⁵³蔡震榮/鄭善印,同註90,頁18。

²⁵⁴當業者不服主管機關之風險管制措施,而欲提起行政救濟時,因行政救濟制度之多元化設計,必須先確定風險管制措施之法律性質,再循法律規定採取不同之救濟途徑。一般而言,倘若被定性為行政處分時,則因食安法未規定訴願先行政程序,因此循先訴願再訴訟之程序辦理即可;倘若被定性為行政執行措施,則必須先依行政執行法規定之聲明異議規定辦理,之後再視得否繼續提起救濟而定;倘若被定性為行政指導性質之事實行為,則可以直接提起行政訴訟。以中央主管機關得公告管理措施之時機來看,似可認定符合即時強制之時間要件,但一般即時強制措施均由主管機關以事實強制力實現,無待相對人配合。張永明,危險食品下架處分與行政救濟,月旦法學教室,第137期,頁10-11,2014年3月。

學者許澤天認為²⁵⁵，同樣一行為觸犯刑事不法與行政不法之法規，似可由一個機關來處理，無必要嚴格區別刑事法院及行政法院，這都只是選擇。當然刑法也有其本身無法放棄的界線，行政罰法也是一樣，必須建立在違法行為的前提，至於對違法行為的反應未必只有處罰，保安處分、沒收、吊銷營業執照、吊扣駕照這些都是選項。行政制裁手段係先由行政機關為之，加上行政制裁手段之多元性，其回復合法行政秩序之功能較刑事制裁手段為佳。輕微的之不法行為選擇行政制裁手段，亦可以達到程序經濟的目的。最後處罰的權限交由法院來確定，此種作法並不會造成行政權的萎縮。只有國家在對此不法行為之整體制裁逾越比例原則，產生失去均衡，則為違法不當，乃行政罰法第 26 條的意義所在。

第二款 轉換性

刑罰易刑分為易科罰金、易服勞役及易以訓誡三種。刑法第 41 條第 1 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，得以一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金²⁵⁶。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。」，是為救濟短期自由刑執行之流弊而設。刑法第 42 條規定，罰金應於裁判確定後兩個月內完納，期滿而不完納者，強制執行。其無力完納者，易服勞役，以一千元、二千元或三千元，折算一日，但勞役期限不得逾一年。²⁵⁷刑法第 43 條規定「受拘役或罰金之宣告，而犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕者，得易以訓誡。」以上易科罰金、易服勞役或易以訓誡，執行完畢後，其所受宣告之刑，以已執行論（刑法第 44 條）。

相較於德國基本上是在未能履行罰金刑的狀況下才可用公益勞動替代自由刑，我國不但在宣告徒刑、拘役之得易科罰金案件，可聲請易服社會勞動；甚至在不得易科罰金案件，亦可聲請易服社會勞動²⁵⁸。此外，在宣告罰金刑的情形，於易服勞役時也可聲請社會勞動作為替代措施。刑法上易服勞役之制度，得將公法上之金錢給付義務轉換為限制人身自由方式加以執行，從而區別民事責任與刑

²⁵⁵潘怡宏、林明昕、許澤天等，同註 80，頁 299。

²⁵⁶易科罰金，這個替代關係是有限制的，因為有錢人根本不怕罰錢。釋字第 509 號是討論誹謗罪的問題。當時解釋文曾經提到，為何不能將誹謗罪除罪化？因為只剩下民事賠償，屆時有錢人將比較不怕去誹謗他人，因為有錢人根本不怕罰錢。因此大法官認為不可以將誹謗罪除罪化。謝哲勝編，同註 184，頁 366。

²⁵⁷王海南等，同註 9，頁 286-287。

²⁵⁸盧映潔，德國替代自由刑之公益勞動制度及其實務運作介紹-兼及我國易服社會勞動制度之說明與比較，國立中正大學法學集刊，頁 44，100 年 12 月 16 日。

事責任之界線，應從比較各種制度之設計目的與所可能造成之影響來判定限制人身自由之合憲性，與責任屬於刑事或民事無關²⁵⁹。

公法上金錢給付義務之主要案源有三種²⁶⁰，分別為對欠繳稅款之執行、各種罰鍰執行及對欠繳健保費用執行²⁶¹。而行政罰鍰案件之執行則攸關各種行政法規能否徹底實施。拘提管收行政執行與行政罰之關係，依行政執行法第2條規定：「本法所稱行政執行，指公法上金錢給付義務、行為或不行為義務之強制執行及即時強制」，其中之即時強制，被強制對象並不必然以有履行行政法上義務為前提。行政執行非屬行政罰法第2條範圍。

第三款 小結

多元化之制裁與處罰，自由刑與財產刑之彈性易處，社會勞動調和補充，提供制裁與處罰體系針對個案選擇最適回應。

刑罰及行政罰之種類，具有傳統明確之性質者，如刑罰主刑，行政罰鍰；另學者針對行政罰法第2條規定各類裁罰性不利處分，建議應採簡化限縮內涵；有關緩起訴或緩刑附負擔之性質，不論名目，實質而言，皆是對人民財產權或自由權之強制限制與惡害，國家作出制裁及處罰時，本應考量比例原則，綜合評價，避免過苛或不足，以臻最適回應。

²⁵⁹例如刑法上之詐欺、背信行為，一行為同時具有民事侵權與刑事違法之特性。胡天賜，從法律經濟分析觀點探討我國強制執行法上拘提管收制度之合憲性，原刊載於台灣本土法學雜誌，47期，2003年6月。由月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁5註28。

²⁶⁰目前實務見解，行政執行處所應受理之公法上金錢給付義務案件，限於「行政法上之金錢給付義務，不包括刑事法之金錢給付義務」（請參見法務部檢察司90年8月1日法九十檢司字第1365號函），且其目的在於貫徹行政機關之自力執行力，從而法院科處證人罰鍰之裁定，應不屬於行政執行法第4條第1項所規定應由行政執行處執行之「公法上金錢給付義務」範疇（司法院90年3月16日九十秘台廳民二字第4051號函）。胡天賜，試論我國行政執行法之拘提管收，法令月刊，第53卷第12期，頁34註6，2002年。

²⁶¹有關易以拘留與因公法上金錢給付義務不履行之移由行政執行處執行之順序，依法務部（89）法律字第041724號函：「…依行政執行法第11條第1項規定，義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，逾期不履行，經主管機關移送者，由行政執行處就義務人之財產執行之。惟社會秩序維護法第20條第3項規定，罰鍰逾期不完納者，警察機關得聲請易以拘留；同條第4項亦規定，在罰鍰應完納期限內，被處罰人得請求易以拘留。準此，關於罰鍰逾期仍不繳納者，不論係由警察機關聲請易以拘留，或被處罰人請求易以拘留，其性質應屬處罰之轉換，經裁處確定後，當不發生負有公法上金錢給付義務而不履行之問題。惟如警察機關聲請易以拘留經法院駁回，被處罰人亦不請求易以拘留者，其應繳納之罰鍰，自屬公法上金錢給付義務，逾期不履行，自得依法移送行政執行處強制執行（拘提管收）」。李震山，同註10，頁415。

第四節 刑法構成要件之行政從屬性

第一項 「附屬刑法」與「行政刑罰」

行政罰與行政刑罰本質上皆屬制裁行政不法行為，在立法政策上似尚難放棄以刑罰手段制裁行政不法，行政法之罰則中，將行政刑罰所制裁之行為直接稱為犯罪行為，而將該以刑名制裁之法令稱為「附屬刑法」²⁶²。但從刑法觀點出發的「行政從屬性」(Verwaltungsakzessorität)理論，現行行政法之成文規範中，該兩種處罰併存之情形，實不勝枚舉。因此不論係規定在刑法、刑事特別法或一般民商法或行政法規中，對於此等以刑罰或保安處分之手段加以制裁的違法之行為，均屬「犯罪行為」²⁶³。然而最後之決定仍繫於立法者之裁量或其形成自由。

刑法規範若「完全」行政從屬性之規範，即將使刑法喪失評價功能²⁶⁴。例如以違反食品衛生法第15條第1項作為第49條第1項的不法要件，明顯採取行政從屬的立法技術，而採此一技術的理由，除了法秩序一致性的要求外，更是強調行政本身在食品衛生領域的專門知識與管制能力。在行政從屬架構下的刑法作為一種次位規範，構成要件解釋基於法益保護原則只能更為限縮，卻不得恣意超越作為首位規範之行政法所設定的規制框架。

第一款 行政從屬性之類型

依從屬功能區分：1.構成要件之行政從屬性：依德國學說區分為，概念上的從屬、法規指示²⁶⁵、空白構成要件。2.合法化之行政從屬性(阻卻違法之行政從屬性)：(1)機關之許可或核准作為消極構成要件或阻卻違法要件(2)犯罪結果或行政違法後果之控制。然而「構成要件該當性」在刑法上之意涵，在凸顯法益被侵害的事實，而「阻卻違法」所欲表達者，乃例外允許法益被侵害的事實存在。因此，行政許可究竟屬阻卻構成要件，抑或阻卻違法事由時，亦應依此加以判斷。

行政法規，除了可能是法律外，也有可能是法規命令。尤其重要者，是以法律授權行政機關以法規命令，建構刑法構成要件要素之情形。例如懲治走私條例第2條第2項有關管制物品及其數額之公告(釋字第608號，宣告授權範圍不

²⁶²李震山，同註10，頁392-393。

²⁶³陳文貴，同註87，頁36。

²⁶⁴何子倫，論刑法之行政從屬性，國政研究報告憲政(研)092-051號，2003年12月24日。

²⁶⁵概念上的從屬，刑法構成要件中之用語或概念，必須依行政法規來界定，例如水污染防治法第二條對「水」之定義。法規指示，直接在刑法條文中引用行政法的規定。

明確而法規失效)，或水污染防治法第 34 條第 2 項有害健康物質種類之公告之。未經法律明白授權，由行政機關自訂屬內規性質的行政規則，亦可能對刑法適用產生影響，如法務部（88）法檢字第 001669 號酒精濃度函釋²⁶⁶，應屬行政程序法第 159 條所稱之行政規則，且屬認定事實的解釋性行政規則，其對刑事法院的認事用法有影響力。

空白構成要件，此與「法規指示」不同之處在於，空白構成要件並不具體指示該刑法適用的行政法規，而是將行政法上的禁止或命令規範，納入刑法規範，與該法條之其他要件結成一體。例如刑法第 192 條第 1 項之規定：「違背關於預防傳染病所公布的檢查獲進口之命令者…」。

第二款 行政處分作為刑法構成要件之爭議

空白刑法，其客觀構成要件為空白構成要件，例如基於傳染病防治法或 SARS 條例而頒佈之法規命令，畢竟法規命令效力等同於法律，但行政處分不與焉²⁶⁷。目前學說及實務見解幾乎一致認為，法院擁有法規命令違法審查權。例如民法第 184 條第 2 項所稱之法律，僅於行政命令中之法規命令屬之，以外之典型如行政規則及職權命令等則不與焉²⁶⁸。

但有論者認為，以行政處分作為行政法以及刑法之連結雖有相當爭議，因為行政機關似乎有了有部分刑事法的立法權限，但是到最後因為立法者實質掌握了刑事法構成要件的內容，所以沒有違憲的疑慮。「犯罪構成要件從屬於行政處

²⁶⁶法務部（88）法檢字第 001669 號函；當時條文中的「不能安全駕駛」概念，曾邀集交通部、衛生署（現改制為衛生福利部）、內政部警政署、中央警察大學等各界人士召開會議，最後會議決議內容為，「參考德國、美國之認定標準，對於酒精濃度呼氣已達每公升 0.55 毫克（0.55MG/L）或血液濃度達 0.11%以上，肇事率為一般正常人之十倍，認為已達『不能安全駕駛』之標準；至於上揭數值以下之行為，如輔以其他客觀事實得作為『不能安全駕駛』之判斷時，亦應依刑法第 185 條之 3 之規定移送法辦處以刑罰。王皇玉，同註 118，頁 1135 註 12。

²⁶⁷台北市政府針對和平醫院所發佈禁止人員出入之封院命令，應屬行政處分，即非本條所指之法令。此處之法令，必須是為「檢查」或「進口」而頒佈之法令。傳染病防治法或 SARS 條例之規定，並非全屬為「檢查」或「進口」而頒佈之法令，因而並非違反該等法律之行為，當然即屬本條之犯罪。例如 SARS 條例第 8 條規定之居家隔离、集中隔离或隔離治療等措施，亦應屬於「檢查」之法律規定，亦有刑法之適用。基此，如居家隔离者違抗命令而四處趴趴走，即可能違犯刑法本條之構成要件。至於測量體溫、戴口罩等措施，亦屬上述措施，因而亦為「檢查」之法律規定內容，違反者，亦有刑法適用。何賴傑，SARS 相關刑事法律問題研究，原刊載於：台灣本土法學雜誌 49 期，頁 122-126，2003 年 8 月。月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁 2。

²⁶⁸顏佑紘，試論行政命令作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，東吳法學報，第 23 卷第 1 期，頁 88，2011 年 3 月 25 日。

分」這種立法技術，可能是用來解決法益受侵害難以被證明的問題²⁶⁹。行政處分得以彌補法益內涵不清、構成要件過於抽象之缺點，補充構成要件明確性。

第二項 構成要件之直接交錯

第一款 混合構成要件

混合構成要件（Mischtatbestände 包括刑罰與行政罰的混合要件要素）²⁷⁰，亦即，法律對於犯罪行為與違反秩序間的法律評價，端視法律構成要件所規定的特別附加的主觀或客觀要件要素而定。刑事不法與行政不法本質內涵之複雜性與多元化，致使立法機關行使裁量時，不易理出一定之界限，形成刑事罰與行政罰之處罰內容與種類相互重疊，有學者稱為「重疊交錯關係」，在德國法又稱為混合構成要件，亦即，以違法數量或責任能力或其他要件作為刑事罰與行政罰區分之界限。

混合構成要件並非想像競合，而是相互排除的關係，是對該行為在構成要件上的評價，行為事實只有符合刑罰或符合罰鍰，並無兩者同時觸犯之情形。且行政罰構成要件所處罰之態樣，經常是行為犯，而結果犯的情形反成為少數，此與刑罰構成要件為結果犯較多，有相當不同。

第二款 混合構成要件類型

行政罰經常是針對特定人之處罰，例如處罰營業主、企業主、工廠負責人、汽車駕駛人、雇用人或仲介等。另外在我國行政法規中，經常可以發現法條中包括了刑事罰與行政罰兩種處罰，形成「混合構成要件」，可區分為：純正以及非純正的混合構成要件²⁷¹。

純正的混合構成要件，係法律對於兩者之界限劃分，僅提供一個準則性規定，法官或主管機關必須就具體狀況來判斷之，立法者應盡量避免使用。現行法規，多屬所謂不純正的混合構成要件，於法規中有附加的構成要件要素，其包括客觀要素或主觀要素之類型。在客觀要素上，如道路交通管理處罰條例的酒精含量、集會遊行法的舉牌次數等來決定處刑罰或行政罰。又如以特殊身分來作判斷，具有特殊身分者處刑罰，未具特殊身分者處秩序違反。在主觀要素，例如以

²⁶⁹警察機關在集會遊行現場所為的行政處分，以該行政處分作為行政法上義務，以具體的協助刑法保護法益的實踐，協助司法機關更有效率保障刑法法益。李宣毅，同註 225，頁 36 註 51。

²⁷⁰蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 25。

²⁷¹蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 8-10。

故意或過失要素來區別，故意犯為刑事犯，而過失犯則屬秩序違反。可再分為同一法規或不同法規，如下說明：

(一) 混合構成要件在同一法規中。集會遊行法第 29 條是刑罰處罰規定，若與該法第 28 條處予行政罰之規定，兩條文構成要件的差異，只在於第 29 條增加了「仍繼續舉行經制止而不遵從²⁷²」的附加客觀要件要素的規定。另以藥事法為例，呈現一種嚴密之法規範密度，於第 82 條至 89 條規範違反，採取以刑罰，主要係以前揭偽藥等對國民之生命及健康影響較大；至於其第 90 條至 95 條則為對前揭行政義務之違為反行政罰處罰²⁷³。(二) 存在於刑法與個別行政法規。又如道路交通管理處罰條例第 35 條規定處罰鍰；刑法第 185 條之 3 規定處徒刑、拘役或罰金。是否處予刑罰或行政罰取決於當事人血液中的酒精含量高低。

第三款 小結

行政處分的資料有利於司法審理，因行政處分會受到刑事法院的合法性以及適當性的審查，立法者在構成要件中援引行政處分，當無「刑法是行政機關之工具」之譏。現行法規範益趨嚴密，制裁效果亦呈現多樣化，刑事罰與行政罰不僅於行為規範面之邊界地帶交錯，制裁面之強度亦越趨難以分辨，應以刑事不法與行政不法為整體價值衡量之整體觀察，探求法體系之均衡。

第五節 先行政後司法

第一項 先行政管制、後行政制裁

行政機關防止危害任務之範圍，包括事前的預防與事後處理，行政機關運作「通知限期改善」，性質上純屬依法課予相對人義務之權力作用，督促義務人主動排除危害，並若已履行回復原狀義務，則無須再予以處罰，故非屬行政罰法所定「其他裁罰性不利處分」²⁷⁴。另如最高法院 100 年度裁字第 2035 號裁定認為，違反水土保持法除處以罰鍰外，並應命其限期改正，二者是並存之義務，並非謂主管機關應先限期命改正無效後，始得處以罰鍰。立法機關是否採行由行政

²⁷²主管機關命令解散而不解散，係行政處分；經制止而不遵從，已公然對抗強制執行之公權力。

²⁷³藥事法第 85 條第 1 項就故意犯規定，處 1 年以下有期徒刑或拘役，得併科 3 萬元以下罰金，同條第 2、3 項另就過失犯規定，處 6 月以下，得併科 1 萬元以下罰金。劣藥之行政罰，藥事法第 90 條規定，製造或輸入不良醫療器材者，處 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰。販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列前項之劣藥或不良醫療器材者，處 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。犯前二項規定之一者，對其藥物管理人、監製人，亦處以各該項之罰鍰。

²⁷⁴黃啟禎，同註 235，頁 522。

程序就具體個案進行第一次判斷或施以行政管制後，受規範行為人仍繼續或重複其違法行為者，始採取刑罰制裁，乃立法者合理之形成範圍²⁷⁵。

第二項 先行政罰後刑罰

現行法關於採「先行政罰後刑罰」之立法例有二種類型²⁷⁶，與混合構成要件性質不同。其理由：1.先以行政制裁予以警惕，其無效果時，再以之作為刑罰科處之構成要件，予以處罰，針對連續性破壞法益之累積性，採取漸近性之處罰手段，以合乎比例原則。2.基於尊重行政機關之先行認定權，特別是在高度專業行政領域內。其有以下特徵：1.該兩種處罰是「先後關係」，其與併罰之「併存關係」，以及易處拘留之「代替關係」顯然不同。2.後續之刑事處罰係針對不遵行改善之續為處罰，雖與一般連續處罰之行政罰及行政執行罰之性質雷同，但因涉及刑罰，情況顯得複雜²⁷⁷。

第一款 批評：刑事遁入行政，偵查與調查體系紊亂

學者李震山提出質疑：「先行政罰後刑罰」之制裁方式，應屬行政執行（強制）之變體，混淆行政與司法界限之外，且會因不同制裁，分採行政調查與刑事偵查手段，且分循不同救濟途徑而治絲益棼，最重要的，會生濫用刑罰之弊。將刑罰直接置於行政罰之後，將產生行政處分之效力是否拘束普通法院之所謂構成要件效力（Tatbestandswirkung）問題，完全任由主管機關主觀上決定，行為人是否已改正，似乎已違反罪刑法定原則。

學者陳文貴亦指出²⁷⁸，「先行政後司法」制度，行為人關於「同一事件」或「同類行為」之違法行為，在第一階段早已定性為係屬狹義的行政不法行為，尚未達刑事犯罪之程度。然明顯的是關於行政罰與刑罰之構成要件，完全相同，僅僅處罰手段一為行政罰，一為刑罰。闖紅燈一次是行政罰，一百次還是行政罰，不會變質為刑罰。履犯者應得由執行面強制執行，或由立法面加重行政罰額度。

²⁷⁵釋字第 594 號解釋。

²⁷⁶陳文貴，同註 87，頁 59。

²⁷⁷「先行政罰後刑罰」之制裁方法，係由行政權先行介入作為預警，先處行政罰，可適時達到防患未然的作用，若未收效，再由司法介入處刑罰，例如建築法第 85 條規定：「違反第十三條或第十四條之規定，擅自承攬建築物之設計、監造或承造業務者，勒令其停止業務，並處以六千元以上三萬元以下罰鍰；其不遵從而繼續營業者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。」尚有先施以行政罰，一定時間內再違反者科於刑罰，例如：就業服務法第 63 條第 1 項規定：「違反第四十四條或第五十七條第一款、第二款規定者，處新臺幣十五萬元以上七十五萬元以下罰鍰。五年內再違反者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百二十萬元以下罰金。」李震山，同註 10，頁 416。

²⁷⁸陳文貴，同註 87，頁 17。

學者黃銘傑另提出「先行政罰後刑罰」之法理問題：1.「後司法」階段「行為人」之認定 2.「後司法」保護法益在於行政處分本身威信之維護 3.法院對於「先行政」之審查範圍及內容²⁷⁹。以公平法第 41 條之處罰對象為例，乃是「違反本法規定之事業」，而非行為人；惟「先行政後司法」中，其刑罰對象卻是「行為人」。法務部即曾就此提出質疑，其謂：「...違反行政罰及行政處分之對象是否與刑罰之對象同為『行為人』，抑或為『事業』；如為行為人是否應為同一行為人，或為不同之行為人，則後面之行為人是否亦應處罰，此亦有予以確定之必要。」

行政機關於進行調查時，發現有涉及犯罪嫌疑之事實，此時即與刑事偵查有關。如何避免行政機關之人員或(身具司法警察及行政警察身分)假借較為寬鬆之行政調查程序，規避嚴格之刑事偵查限制²⁸⁰，以遂行其刑事偵查目的，乃為重要之課題。行政機關之人員於進行行政調查時，若未經透過司法警察人員協助²⁸¹且法律亦無明文規定時，即無異於從事刑事偵查之人員，假借行政調查名義以遂行刑事偵查目的²⁸²。

第二款 平行調查

刑事優先應無禁止行政機關開始相關調查程序及作成裁罰處分之意。然移送偵查機關之後²⁸³，仍得本其行政職權繼續為行政調查²⁸⁴，但不能為犯罪偵查。

²⁷⁹黃銘傑，「讓行政的歸行政、司法的歸司法」跳脫「先行政後司法」後之「先行政無司法」窘境，月旦法學雜誌，201 期，頁 100，2012 年 2 月。

²⁸⁰當然亦有少數以刑事偵查程序進行行政調查者，如台中高等行政法院 95 年度訴字第 733 號判決及最高行政法院 98 年度裁字第 792 號裁定，臺中市警察局人員於調查本件違章事件時，竟以刑事案件之「到場詢問通知書」通知原告到警察局詢問，原告主張警察人員之職權行使違反警察職權行使法第 3 條之規定，故詢問筆錄中所認定之事實，依刑法上證據排除法則之規定，應不具證據能力，不得作為行政處罰之依據。洪家殷，行政調查與刑事偵查之界限，東吳法律學報，第 25 卷第 1 期，頁 3 註 1，2013 年 4 月 12 日。

²⁸¹稅捐稽徵法第 31 條第 1 項：「稅捐稽徵機關對逃漏所得稅及營業稅涉有犯罪嫌疑之案件，得敘明事由，聲請當地司法機關簽發搜索票後，會同當地警察或自治人員，進入藏置帳簿、文件或證物之處所，實施搜查；搜查時非上述機關人員不得參與。經搜索獲得有關帳簿、文件或證物，統由參加搜查人員，會同攜回該管稽徵機關，依法處理。」

²⁸²檢察官將涉及犯罪之事件，要求警察依傳染病防治法之行政法規定行事，即有失職之嫌(刑事遁入行政規避偵查而以行政為之)。何賴傑，同註 267，頁 5。

²⁸³誰來認定行政不法。首先是程序問題，究竟是何時何人，將刑事不法「轉換」成行政不法？就算行政調查程序可以並行，特偵組也沒有行政調查權，可以直接認定「已經構成行政不法」嗎？還是只能認定「未達刑事不法」而已。所謂「他字案、行政簽結」之間，任意穿梭移轉。<https://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20131008/35347418/>蘋果日報，焦點評論：檢察總長心中的「任意門」(高榮志) 2013 年 10 月 8 日(上網日期 2017 年 12 月)

²⁸⁴2003 年 1 月 8 日「飛航事故調查法」草案總說明(壹)我國現行航空器事故之調查法制，依目的之不同，有三種平行調查之制度。除法務部及司法院針對判定相關人員刑事及民事責任，依據刑事及民事訴訟法進行之調查、起訴及審判，以及交通部民用航空局(以下簡稱民航局)基於航空器適航、飛安管理與監理、以及課與相關違法人員行政責任之目的而進行之調查處理

只要是犯罪偵查，其證據蒐集程序即應依刑訴法²⁸⁵規定為之，否則即構成違法蒐證，惟如屬行政調查取得之事證，只要本諸其法定行政職權，且符合行政程序規定所取得之事證，縱非依刑訴法規定之蒐證程序所取得，亦屬合法取得之證據。惟偵查實務上，除正規偵查模式外，事實上存在許多刑訴法無明文規定，或有異於刑訴法規定之犯罪偵查模式，或許可統稱之為「非正規偵查」。因此，在行政機關至多只能對違反行政法義務部分加以調查(平行調查)²⁸⁶，等待司法處理結果；若是檢察機關已經開始著手偵查，則應把手中與犯罪調查相關的資料提供給檢察官，同樣也不應對違反行政法義務部分科以裁罰²⁸⁷。除法律明定有提供資料之義務，因未履行義務有受規定²⁸⁸，原則上，不宜強制。

行政機關職權調查，可基於令狀主義之精神，先經由獨立或審慎之第三人，審查其必要性、範圍與方法，可倣照警察職權行使法第 11 條、第 13 條於經由上級機關或所屬長官「事前同意或核准」方式(長官保留原則²⁸⁹)。由於行政機關無司法警察權，故只要認有檢查之必要性或合理性，縱僅基於主觀單純懷疑，客觀

外，尚有行政院飛航安全委員會(以下簡稱飛安會)基於「發現肇事可能之原因、提供改善建議、避免再度發生飛航事故」之目的所進行之調查。

²⁸⁵刑訴法所謂偵查，既僅限有偵查權者始得實施，則下列非有偵查權之人所為證據蒐集活動，即非「偵查」。1. 犯罪嫌疑人、被告、辯護人基於訴訟防禦之證據蒐集、保全活動，一般稱「防禦活動」，非偵查。2. 自訴程序中，自訴人所為調查及蒐集證據活動。3. 犯罪被害人、告訴人、告發人、檢舉人所為之調查及證據蒐集活動。4. 私人逮捕現行犯行為，為保全犯罪人行為，非偵查。5. 行政調查事項，如機關內部政風人員就該機關所屬公務員所為之廉政調查、目的事業主管機關對是否違反其主管法令規章之調查、行政警察對於違反社會秩序維護法之調查、稅務機關有關課稅資料之調查等，事屬行政調查事項，因皆非本於偵查權所為，故非偵查。無偵查權者一旦發現犯罪嫌疑後，只能透過向偵查機關告訴、告發、檢舉，報告、函送等方式，促使偵查機關開始犯罪嫌疑之調查。朱朝亮，偵查實務講座第 1 講—非正規偵查之類型及其蒐證效力(上)，月旦法學教室，第 90 期，頁 58，2010 年 3 月 15 日。

²⁸⁶公平交易委員會新聞資料 2015 年 1 月 23 日，立法院審議之「公平交易法修正草案」，公平會表示，多年來審慎研議與極力爭取之搜索、扣押權限條文，2015 年 1 月 22 日最終仍遭刪除而未能通過，對此感到遺憾。由此表示行政調查與司法偵查仍須有所分際。桃園市政府網站 <https://1950.tycg.gov.tw/news/news/upt.asp?p0=3705>(上網 2018 年 3 月)

²⁸⁷罰鍰處分之執行暫緩。行政罰法就此並未特別規定，如果受處分人提起訴願行政訴訟，實務上也常見其准予暫緩執行。此種作法，應可贊同。另外見解，李惠宗，同註 40，頁 129，認為行政機關有義務作出裁罰處分，再行就刑事責任部分移送司法機關，待將來刑事部分判決科刑確定後，罰鍰部分再予廢止。惟目前實務已針對行政機關先行罰鍰乙案，應依行政罰法第 26 條先予撤銷，以符刑事優先原則。

²⁸⁸釋字第 356 號解釋：「營業稅法第四十九條就營業人未依該法規定之期限申報銷售額或統一發票明細表者，應加徵滯報金、怠報金之規定，旨在促使營業人履行其依法申報之義務，俾能確實掌握稅源資料，建立合理之查核制度。加徵滯報金、怠報金，係對營業人違反作為義務所為之制裁，其性質為行為罰，此與逃漏稅捐之漏稅罰乃屬兩事…」

²⁸⁹民航局檢查員非法檢查不起訴處分書。臺灣臺中地方法院檢察署檢察官不起訴處分書，105 年度偵字第 27853 號，第 27854 號。(節錄) 被告當日檢查後，並製作檢查記錄表，見請命告訴人公司限期改善缺失，此有被告在職證明、請假公出證明、檢查記錄表審查查詢結果影本、... 在卷可稽，被告辯解其為執行公務進入告訴人公司辦公室堪以採信。被告依法進行檢查...即非無正當理由進入，核與無故侵入罪之構成要件不符，自難以該罪相繩。

沒有合理懷疑之事證，仍得實施檢查，無庸達「正當理由」或「合理懷疑」之程度，否則將無法達到該等法律以行政檢查來防止或發現違法行為之目的²⁹⁰。

我國刑事訴訟法上有關刑事被告有拒絕陳述或保持緘默之權利(第 95 條第 2 款)，及證人就其職務或業務上有守密義務之事項，或一定範圍之親屬得拒絕證言之規定。然由行政調查之物品或事務，對公共利益影響重大者，如民用航空法第 57 條²⁹¹，於合理範圍內，依法課予報告之義務，相對人應不得主張緘默權²⁹²。因此在合理範圍內，依法律授權課予當事人協力之義務，使其分擔闡明事實之責任，應屬法治國家所許，是立法政策的選擇問題。此類尚且包含，因同一行為所致的行政罰與刑事罰競合者(含部分競合)，如駕駛人遵循配合酒測義務，可能因而揭露犯醉態駕駛罪之行為者；汽車駕駛人違規肇事但未致人死傷者，違反(停留現場處置、到場說明、提出資料)義務將受罰鍰或定期吊銷執照的制裁，但遵守義務卻等於是揭示自我的交通違規行為²⁹³，由於不受不自證己罪之保護，因此，這正是立法者本來所預設的結果。

第三款 證據法則適用性

「證據排除法則」(或證據禁止法則)，此係指違法取得之證據，不得作為裁判或處分之基礎²⁹⁴。惟「證據能力」係僅為有與無，由法院或適用法律之機關依職權調查得知，而「證據證明力」有強弱層次的問題，所謂「心證」即指「證據證明力」，則依自由心證判斷之²⁹⁵。行政機關如何對於證據進行評價，並無一般性之規定²⁹⁶。不具司法警察身分人員進行刑事偵查行為所獲得之證據，是否具有證據證明力的問題，應由法院判斷之。除非其係違法取得，否則法院一般較少質疑行政調查證據而採取較為寬鬆的態度，可從正當法律程序確認其合法性。

²⁹⁰朱朝亮，同註 285，頁 64 註 22。

²⁹¹第 57 條：「民航局得派員檢查民用航空運輸業各項人員、設備，並督導其業務，民用航空運輸業者不得拒絕、規避或妨礙；如有缺失，應通知民用航空運輸業者限期改善。」

²⁹²日本學者見解，認為此種營業之經營受特別之許可管制，可認為其已放棄緘默權。洪家殷，同註 280，頁 40 註 198。

²⁹³醉態駕駛，道路交通管理處罰條例第 35 條與刑法第 185 條之 3 的競合。肇事逃逸，道路交通管理處罰條例第 62 條與刑法第 185 條之 4 的競合。

²⁹⁴可參見刑事訴訟法第 155 條第 2 項：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」另有認為，刑事訴訟之證據能力須具備消極要件及積極要件，前者消極要件即證據排除法則之適用，後者積極要件係指證據必須經過嚴格證明之調查程序後，始能終局取得證據能力；參見林鈺雄，同註 19，頁 475-476。

²⁹⁵李惠宗，法定證據主義的幽靈，原載於：法令月刊，61 卷 3 期，2010 年 3 月，頁 4-17，月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁 9。

²⁹⁶洪家殷，論行政調查之證據及調查方法—以行政程序法相關規定為中心，東海大學法學研究，第 35 期，頁 15，2011 年 12 月。

學者朱朝亮則提出另一見解認為，不論行政調查或行政檢查，縱屬違法取得之證據，該證據依刑法第 158 條之 4 規定，經權衡人權保障及公共利益之均衡維護，亦非絕對排除²⁹⁷，有時仍得採為認定被告有罪之證據。有關私人不法取證，實務上認為原則上無證據排除原則適用²⁹⁸，但學者有不同見解，應適用證據排除法則²⁹⁹。違法掛線竊聽並錄取親密談話錄音帶，應予排除；但是，諸如擄人勒贖案中被害人或其家屬秘密錄音的綁匪聲音之錄音帶證據，法院仍得予以採用³⁰⁰。

無論在「依附性證據使用禁止」或「自主性證據使用禁止」的情況，基本權利核心的保障均會導致證據禁止使用的結果³⁰¹。學者李惠宗認為，行政程序應沒有第二層證據「毒樹原則」的問題，因行政程序未若刑事訴訟程序要求「直接審理主義」，故只要有法定職權之人員所進行之非故意違法所蒐集之證據資料，皆有證據能力，且不排除不同機關間，證據的「移用」，例如警察機關將違規營業者之有關有營業事實但未開立統一發票的資料（訊問筆錄）移送予稅捐稽徵機關直接使用這些證據³⁰²。不過，其對行政機關仍不具有法律上之拘束效力，行政機關仍得自行認定事實³⁰³。由於實體法上的「構成要件事實」都應該「內含」著證據，由於證據方法往往涉及實體權利義務之內涵，故對證據方法加以限制，應屬法律保留之範疇。行政程序雖然不採刑事訴訟之嚴格證據主義，而採優

²⁹⁷朱朝亮，同註 285，頁 66。

²⁹⁸最高法院 98 年度台上字第 578 號，（節錄）偵查機關違法蒐證與私人不法取證非可等量齊觀，故私人所取得之證據，認原則上無證據排除原則適用。...惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應例外排除該證據之證據能力。

²⁹⁹楊雲驊，私人不法取證之證據能力-評最高法院九八年度台上字第五七八號判決，臺灣法學雜誌，第 135 期，頁 277-280，2009 年 1 月。

³⁰⁰針對私人於被劫財後遭歹徒電話恐嚇付款，所私自錄下與歹徒通訊之錄音，最高法院 97 年度台上字第 560 號同此結論，肯認其證據能力，但其推論卻執迷於導正紀律說，此外應予注意，本案之錄音並無國家機關行為之介入，亦即錄音行為無「國家性」，故與最高法院 93 年度台上字第 2949 號之「得通訊一方同意之監察」問題有別，不可混為一談。林鈺雄，同註 19，頁 623 註 54。

³⁰¹楊雲驊，自言自語的證據能力，月旦法學教室，134 期，頁 27-29，2013 年 12 月。

³⁰²李惠宗，同註 295，頁 9。相同意見，洪家殷，同註 296，頁 21。

³⁰³參行政法院 59 年判字第 410 號判例：「行政爭訟事件並不受刑事判決認定事實之拘束。普通司法機關縱認駕駛人並無業務上之過失責任，但原處分機關對駕駛人應否吊銷駕駛執照，仍應視駕駛肇事之發生，在駕駛人是否未盡道路交通安全規則所定駕駛應注意之責任，而為裁量。」。洪家殷，同註 296，頁 17 註 64。另行政爭訟事件並不受刑事事件認定事實之拘束，惟認定事實，應憑證據，乃訴訟事件所適用之共通原則。參見最高法院 106 年度判字第 119 號判決。

勢證據原則，但仍應有「證據排除法則」的問題，例如為追查企業逃漏稅，故意違法搜索帳冊或違法監聽，其所得之證據，應否認其證據能力³⁰⁴。

第四款 小結

本文認為，行政機關就實務面而言仍以任意調查為主，除非法律授權但仍應經法院令狀許可為宜。行政檢查之發動，由於行政機關只要認有檢查之必要性或合理性，縱僅基於主觀單純懷疑，客觀沒有合理懷疑之事證，仍得實施檢查。無庸達「正當理由」或「合理懷疑」之程度。

嚴格證明之證據方法及調查程序受到「雙重的限制」，適用於法院於審判程序關於本案犯罪事實及其法律效果的實體調查問題；訴訟法上其餘的調查方式與程序，原則上皆可適用自由證明程序³⁰⁵。自由心證制度並非完全排除法定證據制度，只是以自由心證制度為主，部分仍然採法定證據制度，例如公文書的證明力，較諸私文書為優。酒精濃度從證明方式轉變成客觀處罰條件，此一立法設計，乃在排除法院在吐氣或血液中酒精濃度達到一定數值的自由心證，即立法者在此採取法定證據評價規則，不容法院斟酌其他證據方法來否定達此酒精數值的行為人陷入不能安全駕駛狀態。行政機關依據行政程序法第 36 條之職權調查主義，對於事實之調查，依其合義務之裁量，原則上得採用所有的調查方法，只要其認為是正確的或是適當的，並本於自由心證原則，依論理及經驗法則，形成心證，判斷事實之真偽。事實發現與人權保障並不是相互對立的概念，缺乏程序保障下所得出的調查或審判結果，都已經被近代法體系預設為不真實的結果。

³⁰⁴臺灣高等法院 93 年度上易字第 1068 號判決。略以，於進行檢查前，證人二人雖表明為臺北縣政府財政局稽查人員，係進行菸酒管理法第 38 條、第 39 條之行政檢查，惟其在未持搜索票，且未得被告同意，亦未簽署同意搜索等文件之情形下，即進入搜索扣押，復未將此情形報告檢察官及法官，因此所扣物品之證據力(證據能力)，即有待商榷。...換言之，只要是與搜索或扣押有關者，仍需依刑事訴訟法之規定為之。本案稽查人員及警員違法搜索在先，爰依刑事訴訟法第 131 條第 4 項、第 158 條之 4 之規定與相關法理，認定扣案所得之私菸以及臺北縣政府查獲違法嫌疑菸酒案件現場處理紀錄表不得為作為證據。林慧菁，論環境刑事案件之行政調查與刑事偵查，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，頁 199，2008 年。。

³⁰⁵最高法院 106 年度台上字第 195 號，(節錄)刑之量定乃實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，而成立和解與否，僅屬量刑之參考而已。況此科刑審酌因素所關事實，不以經過嚴格證明為必要，不同於犯罪構成要件所關之事實，自無許當事人就此自由證明事項，指摘法院違反證據調查職責之要求。自由證明之揶揄：第一審法官判殺人未遂罪，判決理由「若無致人於死之意，豈有連殺 47 刀而不住手之理」；上訴第二審法官判改判重傷害罪，判決理由「若有致人於死之意，豈有連殺 47 刀而未致死亡之理」。

第四章 一行為不二罰原則與競合

第一節 行為數之探討

刑法將「行為」區分為「自然的單一行為」及「法律的單一行為」³⁰⁶，後者「法律的單一行為」係因法律規定，將二個以上之自然意義之行為結合為單一行為，只受一個處罰；德國行政罰法上之行為概念，與刑法上之行為概念，基本上應無不同。

刑法在實質競合上因有「加重主義 (Asperationsprinzip)」的考量 (如德國刑法第 54 條第 1 項第 2 句；我國刑法第 51 條、第 53 條)，但是在行政罰法上卻僅採「累加主義 (Kumulationsprinzip)」或「併科主義」(如德國違反秩序罰法第 20 條；我國行政罰法第 25 條)，致使行政罰法上實質競合之法律效果嚴苛過於刑法之案例非常普遍。因此在行政罰法上有關單一行為的判斷上，往往取向於比較寬鬆的操作³⁰⁷。

第一項 一行為概念

刑法總則的規定被大量引進作為違反秩序罰法的重要立法原則，之間具有質區別的觀點亦逐漸失其重要性。藉用德國刑法理論，用以說明行政罰法第 24 條至第 26 條所指的「一行為」與「數行為」，兩者用語實不可混淆併用。究係「一行為」應適用行政罰法第 24 條第 1 項，或係「數行為」而應適用同法第 25 條，必須先確定德國刑法及違反秩序罰法理論上所稱的「Handlungseinheit」(行為單數)、「Handlungsmehrheit」(行為複數)，以及「Tateinheit」(犯罪單數)、「Tatmehrheit」(犯罪複數)究何所指。為便於理解德國刑法競合論的上揭概念，茲以體系表整理說明如下³⁰⁸：

³⁰⁶蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 54。

³⁰⁷程明修，公路汽車客運營運路線許可制度已若干法律爭議-以最高行政法院 98 年度判字第 1078 號判決、最高行政法院 98 年度裁字第 2199 號裁定及最高行政法院 98 年度判字第 1149 號判決為例，台灣法學雜誌，151 期，頁 19，2010 年 5 月 1 日。

³⁰⁸體系表轉引自陳文貴，同註 87，頁 154。

| | | | |
|--------------------------|--|---------------------|---------------------|
| 行為單數 Handlungseinheit | 想像競合 Idealkonkurrenz | 犯罪單數 Tateinheit | 數罪，但從一重處斷（刑法第 55 條） |
| | 法條競合 Gesetzeskonkurrenz | 犯罪單數 Tateinheit | 本來一罪 |
| 行為複數 Handlungsmerheit | 實質競合 Realkonkurrenz | 犯罪複數 Tatmehrheit | 數罪併罰（刑法第 50 條） |
| | 不罰前後行為 Straflose Vortat und Nachtat | 犯罪複數 Tatmehrheit | 本來一罪 |

我國行政罰法主管機關法務部認為³⁰⁹，行政罰法第 24 條第 1 項及第 26 條第 1 項所謂的「一行為」，包括「自然的一行為」及「法律上之一行為」。

在行政罰領域判斷究竟是否為「一行為」或「數行為」時，原則上即應與刑法理論對於行為數之認定採同一之標準，例外在認為構成行政罰之行為有其特殊性，致有另行採取與刑法不同之觀點認定行為數之特殊必要情形，且採取該行為數認定標準對人民不會造成過度處罰之疑慮時，始得承認行政罰得採用與刑罰理論不同之行為數認定標準³¹⁰。否則如果是率斷的，甚至是恣意的基於所謂「行政目的」，即將本質上的「一行為」切割為「數行為」，而對違反行政義務之行為人予以多次的裁罰，即與憲法「過度禁止原則」、「雙重評價禁止」有違，進而牴觸「一行為不二罰」之憲法原則。

³⁰⁹法務部 96 年 1 月 29 日法律決字第 0960002641 號函說明二：按行政罰法（以下簡稱本法）第 24 條規定：「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰最高之規定裁處。…」又第 26 條第 1 項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」上開所稱之「一行為」，包括「自然一行為」及「法律上之一行為」。至於違法之事實是否為「一行為」，乃個案判斷之問題，並非僅就法規與法規間之關聯；或抽象事實予以抽象之判斷，而係必須就具體個案之事-事實情節，依據行為人主觀的犯意、構成要件之實現、受侵害法益及所侵害之法律效果，斟酌被違反行政法上義務條文之文義、立法意旨、制裁之意義、期待可能性與社會通念等因素綜合判斷決定之。陳文貴，同註 87，頁 156 註 12。

³¹⁰陳文貴，同註 87，頁 158 註 15。

第一款 自然一行為

自然一行為，外觀上是由多數自然行動所構成，這些內在關聯的行為，若分別評價論處將被視為不自然的區隔。判斷自然一行為共有三項要素：單一與同種類之意思決定；時空緊密關聯；第三者的觀察為準。例如在一時空緊密關聯下重複實現構成要件則視為單一行為。如多次夜晚偷竊部分財物，而完成偷竊整體行為³¹¹。

第二款 法律上一行為

法律上之一行為通常是指對於該事件，雖存在著多數自然一行為，但在立法政策所考量的法律規範上，卻視其為一行為。綜合刑法與行政法包括如下：

(一)構成要件的一行為。法律的構成要件將多數自然一行為結合成為一行為。例如製造、運輸以及販賣等行為，在法律構成要件上總歸為一行為³¹²。

(二)繼續違法行為。是指行為人因故意或過失，持續地維持實現單一構成要件的違法狀態，例如，超速行為之繼續、持續違反登記義務，不繳交經吊銷之執照、未帶駕照開車、貨車持續超載等。在學說及實務上皆認為只構成一個違法行為，僅得為一次處罰，而為「一事不二罰」所涵蓋。但若於繼續違反行為中，又有純粹偶發的違規，則應屬數行為，例如貨車持續超載，並違反禁止超車之規定，兩者性質不同應屬數行為。不作為義務違反，法規有時間間隔上之規定，例如規定每年應繳付所得稅，而疏於申報，則每年未申報應屬於申報義務之違反，而視為數違規的不作為。

行政法之繼續違法行為。若是持續一段時日，若仍視為一行為，則似乎過於寬待違反義務人。實務上，繼續違法行為，仍可透過行政處分，如警察每天對同一攤販取締，或透過法規規定之期間，例如長年未繳納汽車保險而仍使用該車，如在這期間內發生過多次車禍而傷及他人，可分割為數行為，而分別處罰，

³¹¹蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 54-56。

³¹²例如我國勞工安全衛生法第 5 條第 1 項第 5 款規定「防止有墜落、崩塌等之虞之作業所引起之危害」，而雇主違反上述「墜落」以及「崩塌」而未作好防護措施，究竟屬一行為或數行為實務上有爭議。以學者蔡震榮之觀點，此既然規定在同法條一條款上，立法者有意將該等自然的數行為，評價為「法律上之一行為」，則應屬構成要件的「一行為」。對此「墜落」以及「崩塌」勞工安全衛生設施規則分別訂定第 238 條以及第 281 條第 1 項規定，該規則似有將上述兩種情形視為數行為，但既然勞工安全衛生法第 5 條第 1 項第 5 款將其規定在同一條款上，應屬所謂的「構成要件」的一行為。蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 57 註 100。

皆可視為皆可視為繼續違法行為的中斷，而可分割為數行為，分別處罰³¹³。縱若法律未規定按次連續處罰，行政機關仍可透過取締作為行為數之分割。此為行政法上不法繼續行為之一種事件特性。

(三)連續違法行為。指行為人基於概括之犯意，連續數行為實現同一規定之構成要件，且個別行為間具時空之關聯性者。例如：行為人未經許可，基於概括之犯意，連續至各處張貼廣告「連續違法行為」本質上屬數行為，其有主觀要素，亦即所謂的「概括故意」，可包括如下三種：1.個別之單一行為觸犯相同法益，2.個別單一行為表現之外觀型態屬同種類型，3.個別單一行為間具有一定的時空之關聯性，以及客觀要素。然於以刑法廢止連續犯視為一行為，而趨向以數行為為加以處罰，故在法無明文之規定下，行政罰對於連續犯之情形，雖視為數行為，仍應視個別狀況作判斷，若符合所稱「時空緊密關聯」，屬自然一行為時，仍得視為一行為³¹⁴。

第二項 接續犯與集合犯

第一款 接續犯

刑法接續犯或接續行為之概念，係指一種重複構成要件實現的行為，例如行為人同時、同地接續竊取數項商品，竊取每個商品之行為，雖可獨立構成竊盜罪，然因該各別的數行為係於同時、同地或密切接近之時、地實施，屬於一種竊盜構成要件的重複實現，並侵害同一法益，且各行為間之獨立性極為薄弱，依一般社會通念，難以強行分割，因而在刑法評價上，包括一行為予以評價，而僅論以一罪。但多數學者反對此種所謂的「接續行為」制度，而認為此種事件可因其時空緊密關聯，無法分割，而視其為自然一行為³¹⁵。接續違規行為之情形，如廢棄物清理法第 50 條已授權行政機關得視個案情節之輕重不同，得處罰 1 千 2 百元以上 6 千元以下罰鍰之裁量空間。依上述接續違規行為之理論，包括評價為

³¹³蔡震榮，以處分書送達時作為行為數分割之爭議－評台北高等行政法院 98 年度訴字第 2800 號判決，台灣法學雜誌，第 165 期，頁 209，2010 年 12 月 1 日。

³¹⁴蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 60。

³¹⁵行為人違反之次數與時間的長短或許可以作為行政機關裁處時增減罰鍰額度之依據，但不適宜作為切割違規行為數之標準。例如：依廢棄物清理法第 27 條第 10 款與第 50 條第 3 款之規定，張貼或噴漆廣告污染定著物係處 1 千 2 百元以上 6 千元以下罰鍰。若承認接續行為為法律之一行為，則行為人在 57 處張貼廣告，行政機關最多裁處 6 千元罰鍰。但若認為一張貼行為為一行為，在 57 處張貼為 57 個違規行為，即行為人總共須繳納 6 萬 8 千 4 百元之罰鍰，此種結果可能已違背立法之旨旨與逾越法律授權之範圍。(按：釋字第 604 號，違停 2 小時與違停 24 小時之罰鍰差異小，不符比例，故切割行為為數)。陳淑芳，行政罰上接續行為之裁處，台灣法學雜誌，156 期，頁 133，2010 年 7 月 15 日。

一行為，說理上顯然較易令人信服，而非將每一個被污染之定著物均視為是一行為分別裁罰，若認為處罰最高額度六千元與行為人之違規行為相較比例懸殊，立法上亦得提高最高額度之罰鍰，均顯較上述實務見解更易令人折服³¹⁶。如果該等單純行政不法行為，確有加重處罰的必要性時，應當考量的適當立法模式，類如刑法第 47 條累犯³¹⁷，社會秩序維護第 26 條³¹⁸的加重處罰立法例，如「五年內再違反者，處一百萬元以上，五百萬元以下之罰鍰。」為妥。

「連續行為」與「接續行為」在概念上常易造成混淆，雖然均係數個舉動並符合同一構成要件之規定，然兩者最主要的區別是，「接續行為」的各個舉動在時空上具有密接關聯性，且侵害同一法益，依一般社會通念難以強行分割；然「連續行為」的數個舉動並不具有時空的密接關聯性，而且是侵害數法益，無從依一般社會通念視為是自然意義的一行為³¹⁹。如果行為人臨時起意後才又再接再厲者，由於犯罪意思已非單一，視為另一行為。

排除類型：高度個人專屬性法益。以生命法益侵害為例，對殺死不同人也非侵害法益的量之提升。生命是絕對的、無法被量化的高度個人專屬性法益，不能論以自然的行為單數，而是行為複數³²⁰。反之，在一個上午偷了停在同一

³¹⁶陳文貴，同註 87，頁 179。

³¹⁷受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至 1/2（刑法第 47 條第 1 項）。可以說，累犯著眼於「行為人主觀危險性」、「行為人刑法」的加重處罰。累犯之加重。所稱徒刑，指有期或無期徒刑，不包括拘役、罰金、因罰金而易服勞役；所稱曾受（徒刑）執行，包括「實際執行（徒刑）」以及「視為執行（徒刑）」，後者即各該法條所稱「以已執行（徒刑）論」的情形。行為人受徒刑宣告但易科罰金者，由於繳納罰金完畢後其所受宣告之徒刑，「以已執行論」（第 41 至 44 條），故仍符合行為人曾（因前罪）受徒刑之執行之要件而能成立累犯。再如，假釋期滿後因「其未執行之刑，以已執行論」（第 79 條第 1 項），亦可能成立累犯。再如，因羈押而折抵刑期者（第 46 條第 1 項），亦屬有期徒刑之執行。宜若受有期徒刑宣告，並同時經宣告緩刑且未受撤銷緩刑宣告者，因其效果乃徒刑之宣告失其效力（第 76 條），而非「以已執行論」，故無從成立累犯。惟累犯之再次犯罪，並非限於必須與前次犯罪為相同之罪名。前罪若竊盜罪，後罪傷害罪，本刑有期徒刑或拘役或罰金；但專科罰金或選科罰金拘役，不成立累犯。林鈺雄，同註 46，頁 658。

³¹⁸社會秩序維護法第 26 條：「經依本法處罰執行完畢，三個月內再有違反本法行為者，得加重處罰。」。

³¹⁹最高法院 86 年度台上字第 3295 號判例：「（一）連續犯之成立，除主觀上須基於一個概括之犯意外，客觀上須先後數行為，逐次實施而且其連續性，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，始足當之；如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪。」。

³²⁰批評，然實務曾處理接運偷渡客的船長，與同夥逼令或以手推使偷渡客 13 人落海溺斃的問題，學者對於這個競合問題振振說，不可量化的生命法益，屬行為複數，應透過實質競合，個別宣告其刑罰；然而，這個案件評價為一行為觸犯 13 個殺人罪的想像競合，也不會少算了 1 個殺人罪在刑罰上也不會比併合處罰來得少。許澤天，「一罪一罰」作為廢除連續犯理由的迷思-單

停車場的三部不同車主的汽車音響，雖然法益持有人不同，但無礙自然的行為單數之認定，仍屬一次竊盜。但侵入住宅竊盜後為免被發現而放火燒燬房子，肇事逃逸後被警攔下衝撞警車造成車毀警傷，皆非自然的行為單數。

我國刑法已將連續犯廢除，改依數罪併罰，影響刑罰裁量實務甚鉅³²¹。立法者已警覺到適用數罪併罰，而使刑罰過重的不合理現象，故在連續犯刪除的立法修正理由第4點指出「在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括的一罪』之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題。」。換言之，連續犯廢除後，其在刑罰之量處上仍有像舊法時期般保留連續犯的結果³²²。

學者許澤天指出³²³，一行為在罪責上未必小於數行為。在不少案件一行為與數行為的區分爭議不小，為此「無解」的爭議，對此，刑法學界已經創造了許多脫離日常生活語言所能理解的一行為概念，諸如「自然的行為單數」、「繼續犯」、「集合犯」、「多行為犯」、「接續犯」、「徐行犯」、「連續行為」等等，甚至還有把具有實質競合關係的數行為當作一行為來處理的「夾結效果」（我國實務不採用），卻忽視行為人一行為的法律效果與數行為究竟有無差異。

第二款 「繼續犯」與「狀態犯」

刑法理論有繼續犯與狀態犯（Dauer-und Zustandsdelikte）之區別。繼續犯在犯罪既遂後，行為仍然持續在進行，因為在既遂結果（=犯罪完成）發生之後，仍舊持續的行為與導致犯罪結果發生的行為是同一個行為，因此僅論以一罪。例如刑法第302條妨害自由罪，拘束他人行動自由後，犯罪即告完成（既遂），待

一刑罰制的引入，原刊載於台灣法學雜誌，第215期，2013年1月1日。月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁12。

³²¹過去適用連續犯的多次詐欺行為人，法院依詐欺罪加重其刑至1/2，無論犯罪次數多寡，也不管整體金額多高，最重「只能」達到7年6個月之刑罰，即使依照也遭刪除的常業詐欺論處，亦「只能」處1年以上7年以下之刑罰（舊刑第340條）；依照新刑法，法院必須對此構成過去舊法連續犯的行為人，適用數罪併罰的規定，以致在宣告多數有期徒刑的情形，此類行為人有「可能」蒙受30年的有期徒刑（刑法第51條參照；2005年修法前的上限係20年）。

³²²然而，即便不構成所謂的「接續犯」或「包括的一罪」，適用數罪併罰，其於多數有期徒刑的宣告時，法院仍可裁量選擇各刑中之最長期，或就此最長期稍微加重，以作為整體應執行之刑（刑法第51條參照），例如違犯多數詐欺的行為人，其中之最長期宣告刑8個月，法院參酌整體多數犯行後，訂出10個月的整體執行刑。許澤天，同註320，頁1。

³²³施用1個詐術導致100個人受騙損失時，構成100個詐欺罪的想像競合，法院最重也只能宣告行為人5年的有期徒刑；甚在個案中，法院仍得斟酌詐術行為手段的惡劣程度與被害金額及被害人痛苦，認為詐欺被害人雖只一人，但行為人的罪責仍比同時詐騙多人的人來得嚴重。出自數行為而違犯的多數罪名，也能採取「從一重處斷」的法律效果。許澤天，同註320，頁6。

他人恢復自由之後，妨害自由的行為方才終止；如行車中未帶駕照。狀態犯則是行為在犯罪完成前已終止，或完成時同時終止的情形。例如刑法第 277 條第 1 項傷害罪，行為人使人受傷害，犯罪行為即已既遂並同時終止，被害人受傷害之狀態則持續存在，必待傷勢復原，受傷害之狀態始告消滅。

有關行政罰方面，行為人違規「停車」時³²⁴，縱經警察人員為數次之告發，然因行為人既不在現場，自無從支配決定在有行政處分之介入發生後，是否繼續在現場違規停車。然若係違規「臨時停車」³²⁵，行為人係可以立即決定是否在接受行政處分後，繼續違規臨時停車，因其係處於立即可支配決定之地位，兩者有其根本之上差異，應予辨明。我國立法例，似乎不區分繼續違反行政義務行為或狀態違反行政義務行為，均得以行政處分之方式予以切割成為數行為³²⁶。

學者蔡震榮則贊同³²⁷行政機關得藉由行政管制行為，對本屬法律上一行為，分割為數行為，這本是行政處罰之特質，因為行政機關在行政法上法律關係是當事人之一，同時也是裁罰者，並不必藉由法律按次連續處罰之明文規定，才可為之，只是切割時仍必須考慮有無一事兩罰的情形。因此，行為如果發生在送達前，不管是何種行為不應再處罰³²⁸。另為督促行政機關適時行使公權力，或免於怠惰行使公權力，僅一再告發而不採取移置之方式，果因此致往來人車發生交通事故，該一再告發之數次行政處分，即足以證明公務員係怠於執行職務³²⁹。惟須注意，鑑於行政機關習以處罰（罰鍰）為主要管制工具，只會讓行政部門更「樂於」動用罰鍰手段，而捨行政檢查改善、令停工、行政執行等較為麻煩之規制工具，破壞整體秩序行政法的管制目的³³⁰。

³²⁴許玉秀大法官亦認為：「違規停車就是屬於此種類型，車子一經停置於禁停區，違規停車行為即告完成，但在車子離開禁停區之前，違規行為持續存在，必待車子離開禁停區之後，違規行為才告終止。」參見許玉秀大法官在釋字第 604 號解釋之不同意見書。

³²⁵陳文貴，同註 87，頁 186。

³²⁶在釋字第 604 號解釋中，有關違規停車連續舉發之爭議，有大法官即認為這種連續舉發是針對一行為所作的一次處罰，只是依舉發次數，認定違規情節的嚴重程度，而酌量加重罰鍰之額度（參考許玉秀大法官不同意見書）；但亦有大法官質疑此說是否符合立法意旨，蓋如果違規停車十幾小時，甚或數日，依然認定一行為，只能罰一次，連續舉發次數只代表違規情節嚴重程度，作為酌量加重罰鍰額度之參考，而根據道路交通管理處罰條例第 56 條規定，違規停車處 6 百元以上 1 千 2 百元以下罰鍰，換言之，無論再怎樣加重罰鍰之額度，都不能超過 1 千 2 百元之上限，則區區此一數目之罰鍰，是否能達到遏阻違規停車，以維護交通秩序，確保交通安全之目的，不言可喻（參考許宗力大法官協同意見書）。正因為會有這樣的爭議，因此法規中相關的加重處罰設計（如加重之上限）更應該明確與慎重。程明修，同註 307，頁 21 註 20。

³²⁷蔡震榮，同註 313，頁 212。

³²⁸舉違規營業來講，若經處罰未經登記之商業行為，對處罰前違反其他法令之行為如消防法、都市計畫法等，不應再處罰，但可處罰其後之行為。蔡震榮，同註 313，頁 211 註 20。

³²⁹陳文貴，同註 87，頁 188 註 87。

³³⁰李建良，論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係－評析「和平電廠超額使用生煤案」之相關判決與法制，月旦法學雜誌，第 235 期，頁 120，2014 年 12 月。

第三款 集合犯

最高法院 106 年度台上字第 1578 號判決，所謂集合犯乃犯罪構成要件中本就預定有多數同種類之行為將反覆實行，立法者以此種本質上具有複數行為，反覆實行之犯罪，歸類為集合犯，特別規定為一個獨立之犯罪類型。換言之，若自立法理由或犯罪構成要件文義可知立法者已預定有多數同種類之行為將反覆或延續，自屬集合犯³³¹。

另學者王服清之見解，食安案件大統公司總計製造「八大類」的混油，持續七年之久，法院計算負責人高振利和大統公司的犯罪行為個數時，僅合計為一罪（集合犯）。但是，依照我國最高法院向來的見解，刑法上有關製造之罪不採集合犯說，長期、多次的製造犯行應採嚴厲的「一罪一罰原則」計為多次而以數罪併罰來加重處罰，依在連續犯之規定刪除後本應依行為次數逐一計算³³²。

第二節 雙重危險禁止

雙重危險禁止（Double Jeopardy）：包括實體法一行為不二罰，及程序上一事不再理。美國聯邦最高法院在 North Carolina v. Pearce 案中認為該原則具有三項內涵，第一，被告於無罪判決後，不因同一罪名再遭追訴；第二，保障被告於有罪判決後，不因同一罪名再遭追訴；第三，保障被告不因同一罪名遭多次處罰³³³。據此，雙重危險禁止應包括一事不再理及一行為不二罰，一事不再理係

³³¹最高法院 99 年度台上字第 4296 號：「集合犯係指犯罪構成要件之行為，依其本質、犯罪目的或社會常態觀之，通常具有反覆、繼續之特性，此等反覆、繼續實行之行為，於自然意義上雖係數行為，但依社會通念，法律上應僅為一總括之評價，法律乃將之規定為一獨立之犯罪類型，而為包括一罪。故犯罪是否為包括一罪之集合犯，客觀上，應斟酌其法律規定之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪實行常態及社會通念；主觀上，則視其是否出於行為人之一次決意，並秉持刑罰公平原則等情形，加以判斷。又刑法上有關製造之罪（包括製造毒品、槍彈、偽藥、禁藥等），在立法者預定之構成要件類型上，並非屬於必須反覆或繼續實行始能成立之犯罪。且該等製造行為，常有單一或偶發性製造之情形，亦非絕對具有反覆、繼續實行之特徵。而刑法刪除連續犯之前，基於概括之犯意，所為多次製造毒品行為，實務上向採『連續犯』說，不採『集合犯』說。連續犯刪除後，自應將原屬各自獨立評價之數罪，回歸本來應賦予複數法律效果之原貌，就多次製造毒品犯行，採一罪一罰原則。」

³³²最高法院 99 年度台上 4296 號判決；同此觀點，學者林鈺雄提出，有關食安法「非食品」攙加於食品的不法類型予以入罪化正當性，更是來自於基於食品特性之立法原則與健康法益特別保護。實務僅以最重 5 年有期徒刑之罪名來追訴，良有以也。實務若要於黑油案件追訴業者罪刑相當之責，恐怕必須從犯行個數突破，求助於最高法院關於多次製造行為所持的一罪一罰主義。王服清，刑罰與行政秩序罰之競合問題－以大統長基食品公司案為例，法治與公共治理學報，第三期，頁 80 註 10，2015 年 12 月。

³³³359 U.S. 711,717 (1969)。轉引自楊士擊，論禁止雙重危險原則，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 2 註 2，2009 年。

同一行為不得再行追訴、審判；一行為不二罰則指同一行為禁止重複處罰及禁止雙重評價。如果偵查或審判機關違反上述三項內涵之一時，對被告即構成雙重危險，為憲法所禁止。

第一項 一行為不二罰

一行為不二罰，參照釋字第 604 號許宗力大法官協同意見書：「係指就人民同一違法行為，禁止國家為多次之處罰，其不僅禁止於一行為已受到處罰後，對同一行為再行追訴、處罰，也禁止對同一行為同時作多次之處罰。」

學者林錫堯認為，一行為不二罰原則（或一事不再理原則）原屬刑罰領域之原則，在適用於刑罰領域內，此一原則亦可認係屬憲法上原則³³⁴，如要將「憲法上一行為不二罰原則」擴大適用於「刑罰領域外之其他領域」（如行政罰、懲戒罰或其他處罰），必須重新建構其憲法上理論基礎、內涵與適用範圍。

學者李震山認為，「一事不再理」係指同一機關對同一法律關係，已經確定的同一事件，相同的當事人不得對於同一事件再有所請求，機關亦不得再予受理。「一事不二罰」係指同一事實，不得更以同一法律，重複處罰而言。若二以上之行政機關，對於同一事實各依所構成不同之責任，各依其職掌，按不同之法律，分別處罰，則非一事二罰或一事再理³³⁵。惟行政法院亦有認為若處罰要件相同，即屬法條競合不得併罰者。行政法院各庭之見解所以有差異，大都係針對個案，依據法律處罰目的、構成要件及處罰要件不同，而作出不同之決定。

³³⁴如要從憲法觀點積極建構「一行為不二罰原則」之內涵，宜將其適用範圍限於刑罰與罰鍰之領域，因尚難建構「憲法上一行為不二罰原則」之內涵，故宜以「比例原則」為「一行為不二罰原則」之憲法依據，並以之作為違憲審查之基準。於其他領域內，即在「罰鍰以外之行政罰」相互關係上，或「罰鍰以外之行政罰」與刑罰之關係上，當容許法律為併合處罰之規定；但亦應符合比例原則，且於具體個案適用相關處罰規定為併合處罰之裁處時，亦當符合比例原則，尤其於個案所適用之不同法律，規定相同之處罰種類之情形，更當嚴格要求。林錫堯，關於建構「憲法上一行為不二罰原則」之問題，法學叢刊，第 241 期，第 61 卷第 1 期，頁 23-24，2016 年 1 月。

³³⁵最高行政法院 78 年判字第 19 號判決認為：「被告機關以原告係『工廠』其排放之廢水，…，違反水污染防治法第 9 條第 1 項及第 20 條之規定，係屬確保水資源之清潔，以維護生活環境，增進國民健康之處分。與內政部營建署墾丁國家公園管理處，依國家公園法第 13 條第 3 款：『國家公園區域內禁止左列行為…三、污染水質或空氣』及第二十五條：『違反第十三條第三款規定者，處一千元以下之罰鍰…』之規定，係屬保衛國家特有之自然風景、野生動物及史蹟，並供國民之育，及研究之處分，所依據法令及所保護之法益，截然不同，不能謂有違一事不再理之原則。對同一事實，自可各依不同之法律分別處罰，如此一事實，尚有違反其他法律或觸犯刑事責任之情形，亦非不得再行適用第三種法律或刑法予以處罰。」李震山，同註 10，頁 420 註 44。

一行為不二罰原則有其憲法基礎，因此，例外情形之存在必須無悖於其原有之憲法基礎。其中最主要之根據為比例原則、信賴保護原則及法安定原則三者，相關者，主要為行政罰法第 26 條，其立法理由在於，因刑罰之懲罰作用較強，於處以刑罰後，無再處以行政罰之必要；其次，刑事法律之處罰，由法院依法定程序進行，比起行政罰由行政機關以行政程序進行，較符合正當法律程序，故只處以刑罰。但罰鍰以外之沒入或其他種類行政罰，因兼具公共秩序之作用，為達行政目的，容許得併行裁處。例如一為處徒刑或罰金的刑事罰，一為吊銷執照處分的行政罰，即無上述原則之適用。

第二項 一事不再理

一事不再理 (Ne bis in idem)，應該是源於刑事訴訟法上「一事不再理」的概念，是指同一事件已受刑事判決確定(或偵查程序中³³⁶)，不得於程序法上再以刑罰追訴或處罰，故「一事不再理」是以「程序法」上的意義來理解³³⁷。國家不應就一項受到控訴的罪行，對個人進行反覆定罪，使其受到困擾、苦難、耗資龐大並且倍受煎熬，進而生活在永無止盡的焦慮和缺乏安全感的狀態之中，或增加無辜者被誤判的可能³³⁸。

為避免對同一行為作實質上重複處罰，學者之見解大都傾向於不得併罰³³⁹。即違反行政義務行為之事實為單一者，僅能課處一罰，並不因法律規範之交錯或重疊，使一行為同時構成數個行政義務之違反者即須受數個處罰。況且行政罰相較於刑罰，乃對違法行為較輕之處罰，而刑罰之科處，依刑法第 55 條前段：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷」即對想像競合犯亦僅處以較重之一罰而已，從而舉重以明輕，對於「不法非難性」較輕之違反行政義務行為之行政罰，在一行為而同時觸犯數個違反行政義務之行政罰規定時，亦僅能從重處以一罰。

³³⁶法務部 2018 年 4 月 23 日法律字第 10703505410 號。一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定，且已移送檢察機關偵辦，行政機關自不得就違反行政法上義務行為裁處，如非屬裁罰性不利處分，依行政罰法第 26 條第 1 項書規定，行政機關仍得予以裁處。

³³⁷張家維，一行為不二罰-以緩起訴與行政罰法第 26 條為出發，刑事法雜誌，第 57 卷第 4 期，頁 44 註 3，2013 年 8 月。

³³⁸355 U.S. 184 (1957)。轉引自楊士擊，同註 333，頁 7 註 11。

³³⁹吳庚大法官亦在釋字第 337 號解釋之一部不同意見書中認為，單純一個違法行為與二個以上法律條文之處罰構成要件相當，即所謂競合情形。若競合者均為刑罰或行政罰則應採吸收主義，以從一重處斷為原則。李震山，同註 10，頁 421 註 47。

第三項 小結

一行為不二罰，重在訴訟最後結果，只要訴訟結果不產生多次處罰之效果，即不違反一行為不二罰，有幾次訴訟則非核心問題。而一事不再理，重在訴訟程序本身，就同一事件提起多次訴訟，即可能違反一事不再理原則，至於訴訟結果為何，非核心問題³⁴⁰。我國雖未如德國基本法「一行為不二罰」或美國法「雙重危險禁止原則」明文於憲法上，但從釋字第 503 號及第 604 號理由書中，皆顯示從法安定性原則、信賴保護原則及比例原則可導出我國亦有一行為不二罰之憲法基本權，係屬於憲法第 22 條之概括基本權。本文認為，一行為不二罰不僅適用於行政罰，亦包括刑法，透過競合論對行為人之行為，作出充分而不過度、不重複的評價，即是為了合乎一行為不二罰原則。

第三節 競合論「充分但不過度評價

刑法的競合論，是銜接犯罪論與刑罰論的橋樑，就是對行為人所有犯行，作出充分而不過度、不重複的評價，這是正是競合論的根本難題所在³⁴¹。所稱「充分而不過度」的評價，其實也是罪刑相當、禁止過度評價（Überrasungsverbot）及禁止不足評價（Untermassverbot）等原則映射在競合論的倒影，與憲法的比例原則有關，同時具有實體法與程序法的雙重面向³⁴²。

第一項 刑法競合與併罰

刑法競合區別原則，在於承認想像競合犯，並據此區別一行為觸犯數罪名（犯罪單數）與數行為觸犯數罪名（犯罪複數）兩種基本情形的處罰。我國將前者論以想像競合而「從一重處斷」（刑法第 55 條），將後者論以實質競合而依「數罪併罰」規則定應執行刑（刑法第 50 至 54 條），分述如下³⁴³。

³⁴⁰甲在無罪判決內並未受國家任何處罰，再審判決甲傷害有罪判決時，僅為第一次處罰。如甲初始係判決有罪，檢察官聲請再審改判殺人罪，只要甲所執行之刑，未超過「多次」的處罰或未超過應有的處罰，即未違反一行為不二罰原則，但有明顯違反「一事不再理原則」疑慮。張家維，同註 337，頁 47 註 14。

³⁴¹林鈺雄，同註 46，頁 564-567。

³⁴²犯罪論處理的是確定行為人所為是否符合犯罪的法律要件，刑罰論則探究依法應施以何等制裁的法律效果，兩者並由競合論來銜接。林鈺雄，同註 46，頁 564 註 2。

³⁴³參考林鈺雄，同註 46，頁 593-619。

第一款 單數行為，不真正競合：法條競合

若係爭行為該當 A 罪也該當 B 罪的犯罪構成要件，也就是從法條文義看來兩罪形式上產生競合，但由於實質上兩罪會互相排斥適用，因此僅成立一個犯罪。與此相對者，稱為真正競合，簡言之，就是兩罪皆成立的競合情形。

法條競合理論之各類關係分述如下：1. 特別關係 (Spezialität)，實現前罪也必然已實現後罪，比較的對象是各該具體構成要件，而非抽象的法典名稱 (即「特別法 Vs. 普通法」)；2. 補充關係 (Subsidiarität)，僅在優先規定不適用時，才有適用補充規定的餘地，如「既遂犯>未遂犯>預備犯」(>表示優先於)；「實害犯>具體危險犯」；3. 吸收關係 (Konsumtion)，構成要件通常且典型的伴隨現象；擇一關係 (Alternativität)，是殺人罪就不可能是傷害罪。

第二款 單數行為，真正競合：想像競合

「一行為而觸犯數罪名者」所稱「一行為」即是前述的行為單數。所稱「觸犯數罪名」是指成立數刑法構成要件之犯罪；數罪名可能是數個不同的刑法構成要件 (異種想像競合)，或數次相同的刑法構成要件 (同種想像競合時)，甚或以上兩者的混合型態。例如人群丟擲一手榴彈，造成兩人死亡，一車毀損，此時，兩人死亡是同種想像競合，但兩人死亡與一車毀損之間是異種想像競合犯，全部加起來是「同種+異種」的想像競合犯。

想像競合犯與法條競合不同，因為前者所犯的各罪 (輕重) 皆「成立」 (所以是「真正」競合)，反之，後者法條競合僅成立其中一罪 (所以是「不真正」競合)。連開兩槍情形雖然通常可以依照規範評價觀點來論以自然的行為單數 (接續犯)，但因在此所侵害乃不同的個人生命法益，故不能成立自然的行為單數，也不能依照想像競合來從一重處斷，而是行為複數之實質競合。

效果：從一重處斷。略分為「論罪」與「科刑」兩大部分。就論罪言，想像競合犯由於該數罪名各皆成立犯罪，因此，在判決主文中，不論輕重，一切所犯罪名皆應羅列出來，稱為釐清功能³⁴⁴。反之，在法條競合情形，僅成立應適用法條而已，已充分評價。就科刑言，「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」，學說上稱為「限制吸收原則」，

³⁴⁴此一考量，不僅要表現在有罪判決主文上必須宣告行為人所犯的所有罪名，始能釐清其罪責，更要在量刑時考慮行為人不只是犯一罪，而是數罪，方才罪刑相當 (刑法第 57 條：科刑應注意犯罪所生之危險或損害)。法院對想像競合的量刑評價時加入但不得科以較輕罪名所定「最輕本刑以下之刑」的封鎖作用，即明白表示較輕罪名仍在刑罰裁量中具有意義，而非不受處罰。許澤天，同註 320，頁 6。

但書所稱為「輕罪之封鎖效果」(Einsperrwirkung)換言之,科刑的「上限」是重罪的最重法定刑,「下限」是數罪中最高的最輕本刑³⁴⁵。

第三款 複數行為,不真正競合:與罰前後行為

前階行為的不法及罪責內涵,已經被包括於在後階行為的處罰規定,因此毋庸再論以前階行為,而應直接成立後階行為。其目的在於完成競合論「充分但不重複評價」,也和法條競合的補充關係或吸收關係頗為類似,僅為與行為單數相區別。例如,侵占他人汽車鑰匙後又竊走汽車,前侵占行為乃被吸收於後竊盜行為;這本質上類似吸收關係。

第四款 複數行為,真正競合:實質競合、數罪併罰

行為複數的真正競合,勢必是犯罪複數,也就是實質競合。在國內,實質競合泛稱「數罪併罰」,即行為人以複數行為其觸犯了數個不同或數次相同的犯罪構成要件,「併罰」泛指該數罪的處罰規則,狹義併罰係指數罪均可能在同一刑事程序中接受裁判、處罰,而唯有行為人在「裁判確定前」所犯的數罪,才可能被狹義併罰(刑法第50條)。程序上先分別宣告其罪之刑(定宣告刑),就宣告刑(非法定刑³⁴⁶)再定總執行刑,刑法已經明定(刑法第51條),可以簡單歸納為a.吸收、b.限制加重及c.併科等三種基本規則:吸收規則。就是只執行其一;限制加重規則。這是以全部加總的宣告刑期(加總有期徒刑不得逾30年)為上限、以各罪中最長的宣告刑期為下限,在中間定出一個最後應執行刑。併科規則,又稱累加規則,就是通通相加合併執行。刑罰具體化最終的形式,則為執行刑。

³⁴⁵例如,一行為觸犯A、B兩罪,A罪法定刑乃「5年以下有期徒刑、拘役或500元以下罰金」,B罪法定刑乃「3年以下有期徒刑或拘役」,此時,科刑的上限是5年有期徒刑,下限是拘役,但不得僅科處罰金。

³⁴⁶法定刑之作用:在刑事政策的考量關係,是在反應類型化犯罪的不法內涵與程度,屬於刑罰法律效果概化的意義,因此,對於成立犯罪的法律效果評價關係,均需源自於法定刑的範圍與種類,不得有超出此一範圍的刑罰施為,否則即屬違反法定原則之要求,自非法所許可。其另具有一項法律效應,即在於法律效果輕重比較關係。宣告刑之形成與意涵:對於各罪之成罪評價,而產生之法律效果決斷關係,其所形成者,即為宣告刑之概念。其經由聲請更定執行刑時,所為更定基礎者,仍為各罪之宣告刑,而非二判決所定之應執行刑,故整體刑之形成結果,應為最重宣告刑以上,各宣告刑合併以下應執行之刑。柯耀程,刑罰具體化的形成形式與意義,月旦法學教室,43期,頁97註6,2006年5月。刑法第51條所稱「各刑中之最長期以上、各刑合併之刑期以下」之意,此所稱「各刑」者,即指各罪之宣告刑而言。

第二項 行政罰法之從一重處罰與分別處罰

德國秩序違反罰法(如同我國行政罰法)乃是廣義的刑法,其所處理的核心是人的違法有責之偏差行為,而以制裁處罰方式來回應的法律。法條文字和解釋,也處處可見其受到刑事法思維所支配。學說上有關如何判斷秩序違反行為,係比照刑法犯罪審查的體系,逐步判斷構成要件該當性、違法性與可非難性;有關競合問題的一行為或數行為的解釋(德國秩序違反罰法第 19 條、第 20 條、第 21 條;我國行政罰法第 24 條、第 25 條、第 26 條),也係援用刑法競合理論的行為單複數判斷。

學者陳敏認為,此一刑罰理論應用到行政罰,係指行政法規涉及各構成要件所保護之法益或所欲達成之目的相同時,為「法規競合」,有為特別法與普通法關係者,有為吸收關係者,有為本規定與補充規定之關係者;各構成要件保護之法益或所欲達成之目的不同時,則為「想像競合」³⁴⁷。

學者洪家殷認為,法規競合係指一行為或數行為實現數個罰鍰處分之構成要件規定,但僅擇一法規適用之,彼此間存有優先關係。如因法規範目的均相同或可相互涵蓋時,其處罰喪失正當性,所以應適用其一之法律加以處罰即可,不可為多數處罰³⁴⁸。

第一款 行政罰法第 24 條, 從一重處罰

行政罰法第 24 條規定:「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者,依法定罰鍰額最高之規定裁處。但裁處之額度,不得低於各該規定之罰鍰最低額(第一項)。前除應處罰鍰外,另有沒入或其他種類行政罰之罰者,得依該規定併為裁處。但其處罰種類相同,如從一重處罰已足以達成行政目的者,不得重複裁處(第二項)。一行為違反社會秩序維護法及其他行政法上義務規定而應受處罰,如已裁處拘留者,不再受罰鍰之處罰(第三項)。」也將拘留之處罰,視為與罰鍰同種類而從一處罰為已足。如此規定,較合乎憲法保障人民權利之意旨,應予贊同。

釋字第 503 號:行為罰係以有違反作為義務之行為即應受處罰,漏稅罰則須有處罰法定要件之漏稅事實始屬相當,除二者處罰之性質與種類不同,例如一為罰鍰、一為沒入,或一為罰鍰、一為停止營業處分等情形,須採用不同方法而為併合處罰,以達行政目的所必要者外,不得重複處罰,乃現代民主法治國家之

³⁴⁷陳敏,行政法總論,著者自印,5版,頁714,2007年10月。

³⁴⁸洪家殷,同註39,頁233-235。

基本原則。從而，違反作為義務之行為，如同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，則從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨」。

學者洪家殷認為，此涉及刑法第 55 條前段之想像競合犯(Idealkonkurrenz)，係指一個違反行政法上義務之行為同時實現數個行政罰法規之構成要件而言。此又可再區分為：一、同時違反不同的法律規定時，可稱為「不同種類的想像競合」；二、同時多次地違反同一法律規定時，則稱為「同種類的想像競合」。我國實務界以往並不承認在行政罰上有想像競合關係之存在，此涉及所謂一行為不二罰原則之適用問題，雖然近日態度較為和緩，惟基本立場似尚未改變，學者之立場則多持肯定之見解。在行政罰中並無排除想像競合行為存在之必要，一般亦以從重處罰為原則。此外，仍得一併處罰³⁴⁹。對於想像競合係採取從一重處斷的立法（如刑法第 55 條），不意味著裁量上只考量到一罪，也就是說必須考量到行為人所違犯的全部犯行。

第二款 行政罰法第 25 條，數行為分別處罰

多數行為，只要其間不具有連續關係或牽連關係，應即受到多數之處罰。此在行政罰法第 25 條：「數行為違反同一或不同行政法上義務之規定者，分別處罰之。」即有明文之規定³⁵⁰。所謂分別處罰即不問處罰種類是否相同，一律予以裁罰及執行，與刑法第 51 條數罪併罰，另定其應執行之刑度，不同³⁵¹。於行政罰中是否亦有適用有關刑法第 51 條之「數罪併罰」規定，對此實務界向持反對之見解。例如：「原申請經營開設之租賃仲介行，經查獲經營旅館業務，又因該租賃仲介行另將建築物隔間裝潢改為套房，掛出套房出租招牌，並置有『敬請顧客先行付房租』告示，顯然已達變更建築物用之程度。按依商業登記法第 8 條第 3 項及第 33 條第 1 項規定之處罰要件為經營商業登範圍以外之業務，而建

³⁴⁹不過，由於我國行政罰法第 1 條及第 2 條採多種類之處罰類型，其中有關第 2 條規定之其他種類之處罰，並非全以制裁為目的，尚帶有特定之行政目的在內，不若德國皆以罰鍰為處罰手段般的單純。在有想像競合情形發生時，難以一概而論，依行政罰法第 24 第 2 項之規定，仍須針對個案情形，斟酌各種利益狀況後，始能決定是否從一處斷，或仍須併罰。洪家殷，同註 39，頁 244，2006 年 5 月。按：係指罰鍰與吊照等其他處分併同處罰，非指刑法 51 條之「數罪併罰」。

³⁵⁰第 25 條之立法說明：「行為人所為數個違反行政法上義務之行為，若違反數個不同之規定，或數行為違反同一之規定時，與前條單一行為之情形不同，為貫徹個別行政法規之制裁目的，自應分別處罰。此與司法院釋字第 503 號解釋「一事不二罰」之意旨並不相違。」

³⁵¹吳庚，同註 15，頁 503。

築法第 73 條及第 90 條則以變更建築物使用執照之用途為構成處罰之要件，二者處罰之違法行為並非相同，故應分別依不同前述法規予以處罰。³⁵²」

在行政罰上判斷行為數，應就行為外觀以及該行為所應履行法規要求義務整體觀之，亦即作為與不作為數整體評判之。例如，違規經營電子遊戲場業³⁵³，違反建築法、電子遊戲場業管理條例、商業登記法或消防法等整體觀之。就此，行為人的一營業行為而卻違反數個不作為義務，應為數行為。若義務人所實施行為中，產生不作為與作為混雜之情形，我國釋字第 503 號所稱的「行為罰」與「漏稅罰」屬此種情形，「同時符合」行為罰及漏稅罰，因此，應被視為一行為。反之，若無相互重疊「緊密關聯」，而可分開評價，則屬於數行為，如當事人之車輛不作車檢，又違規超速，兩者性質不同又無關聯，則應評價為「數行為」³⁵⁴。其次，「稅籍登記」與「商業登記」，一為稅法上義務，另一為商業行為登記之義務，屬性質不同之登記，應屬於所謂的「不同行政目的」，而可視為「數行為」。我國實務上對此大多採取因行政目的不同，而分別處罰之見解。

但學者洪家殷有不同見解認為³⁵⁵，僅考慮行政法規之立法目的，忽略掉處罰與立法目的間之關係，蓋不同之行政法規皆有其不同之立法目的，甚至同一法規中之不同法條，或同一法條之前後段，皆有可能存有不同之立法目的。另最高法院 94 年 6 月庭長法官聯席會議決議³⁵⁶，是針對行政罰與行政罰間的想像競合作出解釋，不再單純以「行政目的」的不同，作出不同之處罰，因此，判斷是否屬於一行為，仍應注意違規人是否有法律上應作為義務而不為時，才有進一步處罰之必要，否則如本案當事人的一違規行為，並沒有變更建築物，仍以一行為論為當。

³⁵²行政罰法立法說明，頁 61-62，2005 年 3 月。

³⁵³高等行政法院於 92 年度判字第 376 號判決：「所謂單一行為，包括自然的單一行為及法律的單一行為在內。本件依原審認定之事實，上訴人並未將系爭建物整修改變結構，僅有一未經許可擅自將系爭建物變更使用為『電子遊藝場業』之違法行為，亦即上訴人僅有在其開設之雜貨店擅自擺設電玩五檯營業之單一行為，至臻明確。是以，上訴人之一行為致違反電子遊戲場業管理條例或商業登記法及建築法規定，兩者應擇一從重處斷，始符法制。」就其判決意旨以觀，該項判決似即參酌刑法上「一行為」之概念所作出之判斷。陳志龍、鄭文中，同註 138，頁 15。

³⁵⁴蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 61-62。

³⁵⁵洪家殷，同註 246，頁 4。相似意見，吳庚，同註 15，頁 501 註 40。民國 100 年 5 月 24 日最高法院庭長法官聯席會議對「填具一份進口報單，需分別填寫進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，故實質上為三個申報行為，而非一行為」，應併合處罰。該書並不贊成。

³⁵⁶稱：「『一行為不二罰』乃現代民主法治國家之基本原則，此係避免因法律規定之錯誤複雜，致人民之同一行為，遭受數個不同法律之處罰，而承受過度不利之後果。查建築法第 91 條第 1 項第 1 款及商業登記法第 33 條第 1 項規定，係以未經核准變更使用或經營其登記範圍以外之業務行為為處罰條件。亦即單純不申辦之作為尚未該當於構成要件，而須俟其有變更使用之作為時，始得加以處罰。本件行為人並未改變建築物結構，僅有一未經許可擅自將系爭建物變更營業而使用之行為（如僅擺放電子遊戲機），而同時符合建築法第 91 條第 1 項第 1 款及商業登記法第 33 條第 1 項之處罰規定，應擇一從重處斷。」

本文認為，不作為與作為之違法之行為究應評價為「一行為」抑或「數行為」乃個案判斷之問題，並非僅就法規與法規間之關連或抽象事實予以抽象判斷，必須就具體個案之事實情節依據行為人主觀犯意、構成要件之實現、受侵害法益及所侵害之法律效果，斟酌被違反行政法上義務條文之文義、立法意旨、制裁之意義、期待可能性與社會通念等因素綜合判斷決定之。因此，一行為或數行為的評價，應依行為或不行為的本質以及行為出現之型態是否相同或不同作為判斷的依據³⁵⁷。

第三款 行政罰法第 26 條：刑罰與行政罰競合

行政罰法對於一行為不二罰原則之適用，有兩種情形，其一為行政罰法第 24 條「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者」，競合時，採法定罰鍰最高之規定裁處之。另一為行政罰法第 26 條「刑法與違反行政法上義務規定」發生競合之情形，採刑法優先適用原則。因此，我國行政罰法，不管一行為是在行政罰管轄內或跨越到刑法領域內，只能就其一擇處罰之，不得併罰。此外，某些種類之處罰，其對於受處罰人經濟利益或其他權利之影響未必小於罰鍰，如公司或營業場所之勒令停業或停止營業、工廠之停工、營業駕駛人之吊扣駕照或專門職業人士之吊銷證照等，僅因其非屬罰鍰而被認定尚有其他行政目的存在，即得與刑罰、罰鍰或非同種類之處罰併處。則此種對於一行為而容許多數處罰之規定，恐有超越行政罰制裁目的之虞。只是行政罰法在有關併罰之規定，皆授權由行政主管機關裁量之，因此，在決定是否併罰時，即應特別考量處罰目的與行政目的間之關係，避免有過度處罰之情形，而與一行為不二罰原則相抵觸³⁵⁸。

第一目 刑事優先原則

行政罰法第 26 條第 1 項規定，刑事優先之裁處原則，優先只有罰鍰部分³⁵⁹，至於其他種類之不利處分，仍可併罰之。刑法優先，行政罰僅屬補充。學者李震

³⁵⁷2013 年 7 月 2 日法務部法律字第 10203505020 號。行政罰法第 24、25 條、道路交通管理處罰條例第 35 條等規定參照，駕駛車輛行經測試檢定處所後不停車接受稽查，或停車後拒絕接受測試檢定予以處罰，係以「不作為」行為方式違反接受測試檢定之作為義務，後又駕駛人接受測試檢定，如呼氣或血液中酒精濃度超過法定標準而未達移送刑法公共危險罪嫌標準予以處罰，係以「作為」方式違反禁止飲酒超過特定標準之不作為義務，故拒絕接受測試檢定與酒後駕車二者違反行政法上義務並不同，分屬數行為，應分別處罰，無「一行為不二罰」原則適用。

³⁵⁸洪家股，政罰法論，頁 155-156。

³⁵⁹如酒駕刑罰已被判處有期徒刑、拘役、罰金或已服勞役，在罰鍰上是可以減免的。因此，行為人應主動檢附「法院酒駕判決確定證明書」、「易科罰金收據」、「緩刑或緩起訴支付一定金額之收據」、「易服勞役證明書」等文件，主動向監理站對酒駕罰鍰（罰單）申請銷案或折抵金額。<https://www.hly.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=39078&ctNode=6481&mp=041> 法務部行政執行署花蓮

山認為，刑罰與行政罰同為公法上建立並維護法律秩序所採取之制裁手段，同一行為既經較重的刑罰手段制裁，自無重複用較輕的行政罰予以制裁之必要。惟行政罰之沒入或其他具有制裁性質之不利行政處分，則可例外地併予宣告；倘該行為尚未達到刑法致未受罪刑之宣告者，如符合行政罰之要件，則仍可依行政罰予以處罰³⁶⁰。

行政罰法第 26 條所稱的「一行為」同時觸犯的情形，理論上仍與所謂的「混合構成要件」有別，是介於犯罪行為與違反秩序間的法律評價，取決於是否一犯罪行為或一違反秩序實現法律所規定特別情況。具體事實只能符合其中一種，或是刑罰或是秩序違反，理論上是不會產生本條所謂同時觸犯「想像競合」的情形。但學者蔡震榮認為，只要部分行政罰構成要件，成為另一刑罰構成要件要素時，即可成立一行為的概念，則混合構成要件的情形，正好也是行政罰的構成要件成為刑罰的一部分，因此，仍有 26 條第 1 項之適用³⁶¹。

學者李建良則認為，行政罰法第 26 條等規定，實非源於刑事罰與行政罰之法律競合的處理程序問題，而是根基於「一行為不二罰」之憲法原則³⁶²，背後更牽涉刑罰與行政罰之質量區別。2011 年修法落實「刑罰與罰鍰不二罰」之憲

分署，資料發布日期:2014 年 4 月 8 日。另以酒駕被判有期徒刑 5 個月為例，經法院依刑法第 41 條審酌後，在判決主文裡宣告易科罰 15 萬元。至於罰鍰 9 萬元部分，則應當是依道路交通管理處罰條例第 35 條第 2 項規定所處的行政罰鍰，也就是易科罰金和罰鍰兩者所適用的法律並不相同。原則上應先繳納 15 萬元的易科罰金，之後再向行政主管機關陳明本件已經有繳納 15 萬元易科罰金，並檢附相關資料(確定證明書、易科罰金的收據…等)，請求扣抵或退還已繳罰鍰。

³⁶⁰所謂一事不再理係指同種類之處罰而言，若刑罰與行政罰、行政罰與懲戒罰均可謂其種類不同，發生競合情形時並非不能併科，我國判解對此問題，亦採類似見解。故同一行為依懲治走私條例判刑，海關仍得依海關緝私條例為沒收貨物及罰金之處分，因為「二者性質不同，分別依照規定予以處罰，於法並無限制，不生重複問題(行政法院 49 年判字第 40 號判例、48 年判字第 83 號判決、42 年判字第 16 號判例均有相同意旨)，但此如處罰種類同為對物之沒入或沒收者，行政機關與刑事法院不得重複宣告(院字第 2832 號解釋及行政法院 42 年判字第 42 號判例)。…，惟行政罰第 26 條第 1 項前段適用之結果，可能會發生依刑事法律所處之罰金，低於行政法規所科之罰鍰的情形，又因刑罰在先，罰鍰必須免除，行為人反而受益。2005 年底修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項規定：經裁判確定處以罰金低於依該條例「所訂最低罰鍰基準規定者，應依本條例裁決不足最低罰鍰額之部分。」乃是避免上述情事而設。行政罰法於 2011 年 11 月修正公布之第 26 條，明確規定緩起訴確定者，行政機關得依據違反行政法上義務規定裁處。又行為人依緩刑或緩起訴向特定公益團體或自治機關支付一定金額或提供義務勞動者，應扣抵罰鍰金額；如緩刑或緩起訴復經撤銷，已收繳之罰鍰應無息退還。故一行為刑事部分經檢察官緩起訴確定後，可另為行政罰之裁處，惟仍須俟緩起訴確定，並非緩起訴一經作成即予裁罰。」。吳庚，同註 15，頁 520-522。

³⁶¹如我國的諸多醫療或環保法規，如廢棄物清理法之刑罰與行政罰之差異，在於抽象危險犯與具體危險犯之不同，亦即，行政罰之構成要件（抽象危險），再加上致危害人體健康導致疾病者，或加致重傷者等附加的構成要件，即成為刑罰構成要件。就此而言，也符合了一行為之概念。蔡震榮/鄭善印，同註 90，頁 70 註 119。

³⁶²李建良，刑事罰與行政罰之關係及其競合問題-2011 年行政罰法修正簡析，台灣法學雜誌，202 期，頁 13，2012 年 06 月 15 日。

法原則，同時也間接強化唯「罰鍰」始具有行政制裁本質之觀念。由上反推，行政罰法第 2 條所謂之「裁罰性之不利處分」，不具行政制裁之性質，此尤可從行政罰法第 26 條第 1 項但書規定獲得印證。

學者洪家殷則有不同意見，我國憲法上之規定與德國基本法不同，故上述有關一行為不二原則之憲法基礎，未必當然能適用於我國，因此在我國之憲法基礎為何，即有不同見解，甚至有認為非屬憲法原則者³⁶³。

另湯德宗大法官於釋字第 751 號不同意見書中指出，由過去的釋字第 503 號及 604 號解釋可知，憲法上「一行為不二罰」原則（至少）係指對同一行為不得重複施以相同性質／種類之處罰，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得併罰。其適用乃以數個相同性質／種類之處罰存在為前提，是憲法上「一行為不二罰」原則，並非謂「同一行為一概不得重複施以處罰」。而對同一行為所以不得重複施以同種類之處罰，乃為避免人民遭受「過度處罰」；…釋字第 604 號解釋爰逕以「法治國家一行為不二罰之原則」稱之。惟，憲法上「一事不二罰原則」並不等於行政罰法第 26 條第 1 項所定之「刑罰優先」原則。雖行政罰法第 26 條第 1 項前段規定「刑罰優先並阻斷行政罰鍰」之原則確可理解為：立法者為體現憲法上「一事不二罰原則」所為之立法抉擇。然該條所定之「刑罰優先」原則本有例外（該條項但書參照），且違反該原則亦不當然牴觸憲法上「一事不二罰原則」。

第二目 無罪、免刑、緩刑判決再處罰鍰之質疑

2011 年行政罰法第 26 條第 2 項增訂「不付保護處分、免刑、緩刑」之文字，修法理由：1.依少年事件處理法第 41 條規定，為不付保護處分之裁定確定，對當事人既未為刑事處罰，行政罰之裁處無一事二罰之疑慮，自得依違反行政法上義務規定裁處之，爰於第 2 項增列「不付保護處分」之文字。2.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「免刑、緩刑」之文字，俾資完備。

學者蔡震榮指出，免刑即是指「免除其刑」，所表彰的意義，則係指「成立」犯罪，只是在刑之執行上，法律將之免除掉而已。既然，成立犯罪，所以依法（刑

³⁶³如彭鳳至大法官於釋字第 604 號解釋之不同意見書中，即以我國憲法並不存在此基本原則，僅係比例原則之特殊類型。洪家殷，同註 39，頁 129 註 31。

事訴訟法第 299 條第 1 項)，即應喻知「有罪判決」，但又因其有免除其刑事由，所以要喻知「免刑判決」。就刑事法律未處罰之範圍包括法院實質審理有罪之判決，似過度擴充其範圍，且司法決定尚未具確定力之前（暫緩執行），行政權卻已發動，行政權似有僭越司法權之嫌，仍有被撤銷之可能。對「依刑事法律處罰之」之見解亦認為範圍不應太擴大，將不付保護處分、免刑、緩刑也列入刑事法律未處罰之範圍，是過於擴充，似有違一行為不二罰之原則³⁶⁴。...同一事若經刑事有罪判決確定後，即應屬「依刑事法律處罰」，就不應對同一事件再處刑事罰或任何行政罰罰鍰之處分(但其他行政罰即可)，才屬恰當，也符合一事不再理原則。...且在刑事審理階段，行為人已經經歷一段長時間之折磨，在此之後，仍須再接受行政上之處罰，確實有一行為二罰之情事。因此，應當將範圍限縮在於所謂「無罪判決確定」或「未進入法院為實質審判」之內，不宜任意擴張。

學者許澤天對無罪判決更提出限縮的看法，刑事判決於不得上訴時確定，除產生終結訴訟的形式確定力外，並產生禁止再訴的實體確定力，此即所謂的一事不再理。不僅是有罪確定判決有禁止再訴的效力，無罪確定判決亦有之³⁶⁵。據此，檢察官不得對已經有罪或無罪確定判決的案件，再行提起公訴，否則法院將諭知免訴（刑事訴訟法 302 條 1 款）。誠然，此一「依刑事法律處罰之」的規定，或在理解上可視為「想像競合」的從一重處斷（刑法第 55 條參照）。但何以立法者不讓適用法律者判斷所涉及個案的刑事法律或行政法義務違反規範孰重孰輕（刑法想像競合規定即是如此），而逕以法律擬制「依刑事法律處罰之」；再者，個案中行政法義務違反之規定的法律效果，未必輕於刑法，究應如何從一重處斷。不過，無論是「依刑事法律處罰之」理解為法條競合的補充關係，抑或想像競合的從一重處斷，皆顯示出行政罰法第 26 條第 1 項是個實體規定，適用主體為刑事法院。

德國所謂的「未處刑罰」並不是指行政罰法第 26 條第 2 項所處理的該行為已經其他法院宣判無罪、或有罪卻未科刑情形，而是例如發生犯罪已罹時效，或告訴乃論罪名未經合法告訴，以致無法對犯罪科處刑罰。德國法上的刑事判決效力範圍，涵蓋其後處理同一案件的行政機關。德國法院既已在刑事判決主文中宣告無罪確定，則行政機關就必須受到該主文的拘束，不能再針對同一行為科處罰鍰³⁶⁶。但台灣法院不可能同時適用刑法與行政罰法，實體法的規定到我國變成

³⁶⁴蔡震榮，行政罰法修法之探討，法令月刊，第 64 卷第 2 期，頁 34-36，2013 年 2 月。

³⁶⁵許澤天，同註 224，頁 33。

³⁶⁶潘怡宏、林明昕、許澤天等，同註 80，頁 300。

程序封鎖的規定，不管刑事處罰在先或在後，行政機關都將喪失裁罰權，而我國刑事法院卻無法處理行政罰³⁶⁷。

學者陳文貴亦認為，緩刑與免刑即承擔了罪犯的負面社會評價，即已遭受到國家對於犯罪所科處之刑事處罰。即使是無附加條件負擔處分，不應再處行政罰³⁶⁸。一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，由於刑罰與行政罰同屬對不法行為之制裁，而刑罰之懲罰作用一般認為較行政制裁為強³⁶⁹。

另不服緩起訴處分，與不服不起訴處分之救濟途徑，均得聲請再議，且緩起訴處分確定後，亦與確定不起訴處分相同，均發生禁止再行起訴之效力，足見刑事訴訟法規定之緩起訴實具有附條件不起訴處分之性質。實際由近期食安事件行政罰之撤銷事由，實務上已擴張到偵查階段中皆不得處行政罰³⁷⁰。

第三目 小結

本文見解，行政罰法第 26 條，若是以「一行為不二罰」之憲法原則，基於刑罰重於行政罰之形式理念，而採「刑事優先」為原則，則應不得再採取任何行政罰(包括罰鍰及其他裁罰性不利處分，諸如資格限制或撤銷駕照等措施)，但該條第 2 項又例外基於其他行政公共利益目的得裁處撤銷等行政罰；若以「想像競合」採從一重論處，則係法律位階，以實質處罰之感受程度而言，行政罰之嚴厲程度(如巨額罰鍰)並不亞於刑罰(罰金)，然「想像競合」之出發亦是為符合「一行為不二罰」，只是立法政策採刑罰。

行政罰法第 26 條第 1 項所定之「刑罰優先」原則，係基於刑罰之處罰「必然」比行政罰之罰鍰為重之「推定」，當年制定時亦師法德國違反秩序罰法第 21 條第 2 項，且德國之行政罰基本為罰鍰，僅有少數資格限制或撤銷之不利處分，

³⁶⁷101 年度高等行政法院法律座談會提案一，行政法院在撤銷訴訟中僅能審查行政機關所作成之行政處分之合法性，而不能代替行政機關追補或更正行政處分。否則即有司法機關代替行政機關行使行政權之虞，與權力分立原則未盡相符。稅捐處罰金額(依倍數計算)多寡，係屬稅捐稽徵機關行政裁量權範圍，法院基於職司行政處分違法審查之地位，仍不宜代其行使，逕定罰鍰金額。參閱最高行政法院 100 年度判字第 122 號判決。

³⁶⁸陳文貴，同註 87，頁 286-287。

³⁶⁹刑罰之懲罰作用是否果然較行政制裁為強，似乎並不當然。例如：同屬對於人民財產權剝奪的處罰措施，以刑法手段制裁而被歸類為犯罪行為者，如刑法第 196 條第 2 項等，其最高法定刑度均僅在 1 千元罰金以下。在諸多行政法規中，其罰鍰之額度遠比前揭被歸類為犯罪行為之強度為高者，比比皆是。例如：道路交通管理處罰條例第 35 條第 1 項規定，汽車駕駛人，駕駛汽車經測試檢定酒精濃度超過規定標準者，處 1 萬 5 千元以上 6 萬元(已修為 9 萬元)以下罰鍰。類此以行政罰為處罰之手段，其強度遠高於刑事處罰者，在行政法規中不難發現。陳文貴，緩起訴處分與行政罰法第二六條第二項不起訴處分之法律關係-從憲法禁止雙重危險原則加以檢視，法學新論，月旦法學雜誌，153 期，頁 133 註 1，2008 年 2 月。

³⁷⁰法務部法律字第 10703505410 號。移送偵查中不得行政罰。

不若我國如行政罰法第 2 條所列之「包山包海」式的裁罰性不利處分；且更重大之差異為處罰法制大異其趣，德國法制係由刑事法院針對同一不法行為作出「刑罰及行政罰」通盤評價，由一機關整體考量後判決出充分而不過度之評價；然我國卻是拆解成法院及行政機關個別評價，無法整體綜合評價，以致有評價過度或不足之情形發生，所造成受罰人須再經歷不同機關構「扣抵」甚或「加重」程序，徒增訟累，已然違反雙重危險禁止原則所揭示之「一行為不二罰」及「一事不再理」原則。另行政罰法第 26 條第 1 項是個實體規定，適用主體應為刑事法院。

第四節 刑事緩起訴處分與行政罰法第 26 條之關聯

第一項 緩起訴處分概論

美國緩起訴是屬於檢察官之職權，最初起源於僅適用於未成年人的「暫緩起訴」制度³⁷¹。我國行政罰法第 26 條之立法理由主要的理論基礎是「一事不二罰原則」，就「緩起訴處分本身」而言，是權衡起訴與否的一個過程（程序面），而行政罰法第 26 條立法目的在於規範一行為經刑事法律處罰或評價之後（實體面），行政罰法要如何解決。「緩起訴處分負擔」，實為「具制裁性的非刑罰之其他制裁（例如：義務勞務等）」，並非刑罰³⁷²。為兼顧達成行政法立法目的，並促進行政效能考量，避免行政制裁延宕過久，失卻處罰目的，故如經緩起訴處分、緩刑確定，不待期間屆滿未經撤銷，即可依違反行政法上義務規定裁處，惟如緩起訴處分、緩刑經撤銷確定，則由主管機關受處罰者之申請或依職權撤銷原裁處，應收繳之罰鍰，則無息退還³⁷³。但被告已履行負擔之部分，則不得請求返

³⁷¹美國緩起訴是因少年罪犯頻繁地被起訴和定罪，並因此使人生蒙上恥辱。1936 年，地區檢察官提出在法庭（arraignment 聲明程序）出庭之前將這些偶然犯罪的青少年分流處理的想法。而開啟往後緩起訴制度實施之門。蔡震榮，緩起訴性質與行政罰之關係，月旦法學雜誌，第 155 期，頁 29 註 17，2008 年 4 月。

³⁷²2002 年 1 月 17 日三讀通過第 161 條及第 163 條修正案，將以往刑事訴訟法所採之「職權主義」修正為「改良式當事人進行主義」後，為了有效進行法庭上「交互詰問」之功能，過濾輕刑案件（本刑三年以上有期徒刑以外之罪），在偵查階段增訂「緩起訴制度」（規定於刑事訴訟法第 253 條之 1 至之 3），讓檢察官握有「調節」審判案件的控制樞紐，並落實刑事政策「轉向」的功能，以避免訴訟資源無謂的浪費。依刑事訴訟法第 253 條之 1 規定：「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第 57 條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定一年以上，三年以下之緩起訴期間為緩起訴處分，其期間自緩起訴處分確定之日起算。」；第 253 條之 2 規定，檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：1.向被害人道歉。2.立悔過書。3.向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。4.向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。5.向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。6.完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。7.保護被害人安全之必要命令。8.預防再犯所為之必要命令。我國緩起訴制度之演變請參考劉秉鈞，同註 174，頁 541-551。

³⁷³行政罰法第 26 條增列第 5 項立法理由，似採貫徹實質上「一行為不二罰」之原則。

還或賠償³⁷⁴，此種確定之負擔，實具有制裁之性質，且既然明文規定在刑事訴訟法上，應可以歸類在「依刑事法律處罰」之範圍。

刑事訴訟法第 260 條規定，當猶豫期間期滿，而被告並未經檢察官撤銷緩起訴處分時，則該緩起訴處分即具有實質之確定力，亦即除非有新事證等情形時³⁷⁵，檢察官不得就同一案件再行起訴。緩起訴處分必須具備下列之合法性要件³⁷⁶：(一) 足認犯罪嫌疑。係以被告具有罪責為其前提要件，而達起訴程度始可。(二) 非重罪案件。(三) 參酌刑法第 57 條事項，應只能適用於被告罪責輕微或中等程度罪責之案件。(四) 公共利益之維護，使一般民眾產生嚴重違反正義之觀感，則其與刑罰之一般預防效果將有所扞格，即不應為緩起訴處分。(五) 適當性，主要應考慮「一般預防」、「個別預防」之刑罰目的及保護被害人等刑事政策觀點³⁷⁷(按：留校察看)。

³⁷⁴刑事訴訟法第 253 條之 3 第 2 項：「檢察官撤銷緩起訴之處分時，被告已履行之部分，不得請求返還或賠償。」此均為被告所得預見，非但與法定性原則無違，亦不違反信賴保護原則，而此種雙重處罰狀態之形成，與其說是被告所得預見，毋寧說是被告自己所造成之結果。陳文貴，同註 87，頁 366 註 47。另因事關被告之權益，應予其救濟之機會。撤銷「緩起訴」性質與不起訴及「緩起訴」相同，均屬檢察官之處分行為，同法第 256 條之 1 規定被告如有不服，亦宜以聲請再議之方式救濟之。

³⁷⁵刑事訴訟法第 260 條規定：「不起訴處分已確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有左列情形之一，不得對於同一案件再行起訴：(一) 發現新事實或新證據者；(二) 有第 420 條第一項第 1、2、3 或 5 款所定得為再審原因之情形者。另學者何賴傑指出，依第 260 條規定，只有緩起訴期間屆滿而緩起訴處分未經撤銷時，始有禁止再訴效力；反面推知，若緩起訴期間未屆滿且緩起訴處分亦未撤銷時，即無禁止再訴效力。何賴傑，檢察官不起訴職權修正之總檢討(一)－緩起訴處分。原刊載於法學講座，6 期，2002 年 6 月。月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁 10。

³⁷⁶(節錄)本件航空器駕駛操作之事實部分，由於涉及飛航專業技術，故本署主要以行政院飛安會於民國 91 年 4 月 26 日公佈之調查報告為基準，參酌具體事證及國際案例、本國法規。緩起訴之理由：一、符合法定要件－刑法第 276 條第 2 項業務過失致死為五年以下有期徒刑之罪，符合刑事訴訟法第 253 條之 1：所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪的要件。二、刑法第 57 條情狀：犯罪之目的及動機－由於被告二人亦身處飛航器中，主觀上應無使空難發生之故意。犯罪後態度良好－責付一年半期間，每兩天定時報到，偵查中傳喚到庭後，並登報表示歉意。犯人之生活狀況－飛行前 72 小時之飲食、睡眠及工作均遵守新航規定。犯人之智識程度－被告二人在波音 747-100 之初訓、複訓(模擬機)、航路及基本考驗中，表現均高於最低要求，技術能力被評為高於駕駛員之平均水準。犯罪後所生危害－83 人死亡，然空難本質上通常很難避免導致大規模死傷。三、公共利益之維護。追究責任係司法權的基本任務，然而，由於飛安事件本質上有如前所述之特殊性與國際性，追究參與飛航事故當事人之刑事責任不僅可能無助於飛航安全，反而可能阻礙事故原因之真實發現，而無益於公共利益。四、緩起訴條件。指定向新加坡任一孤兒院、老人安養院、智障兒童或殘障扶助機構義務提供二百四十小時之無給勞動服務，並於服務完成後，由服務機構出具證明文件，經中華民國駐新加坡辦事處認證後，函寄本署。江苑臻，台灣桃園地方法院檢察署偵辦八十九年度新加坡航空公司 SQ-006 班機空難案件之緩起訴報告，東海大學法學研究，第 18 期，頁 240-241，2003 年 6 月。

³⁷⁷何賴傑，同註 375，頁 4-5。

有關緩刑及緩起訴二者性質而言，實不能將其混同，差異如下：一者為檢方（檢察官）「處分」；一者為院方（法官）「宣告」；緩起訴須經被告同意與否，一但被告不同意檢察官所定之條件，緩起訴處分自當難以成立，但關於緩刑所用之「宣告」一詞，則看出是由法官直接單方宣告³⁷⁸；暫緩時間之差異：緩刑為二至五年，而緩起訴則為一至三年；效力不同：緩刑期滿，有罪判決仍然存在，僅是刑之宣告失其效力，相對於緩起訴時效完成後，視為不起訴處分之效果。只因為兩者皆有負擔與期限的附帶條件，將兩者同歸屬「未依刑事處罰」而相提並論，則此種推論未免過於簡略。³⁷⁹

檢察官之司法活動，被視為廣義的政府行政處分的一環，將比例原則，運用於刑事訴追目的之考量標準，起訴便宜原則遂應運而生。檢察官對於偵查案件，偵查結果認被告有犯罪嫌疑時，基於起訴法定原則，本應提起公訴，惟在刑事訴訟法政策之考量下，賦予檢察官決定是否提起公訴之裁量權，是為起訴便宜原則³⁷⁹。檢察官隸屬法務部，屬於行政部門，乃職司執法工作之行政官（law enforcement officers），控訴原則與檢察官制度相生相隨，係在於透過訴訟分權模式，以法官與檢察官彼此監督節制的方法，保障刑事司法權限行使的客觀性與正確性。能夠表現控訴原則之「三面」關係者，為審判程序；偵查程序主要是偵訊者與被偵訊者之雙面關係，難免殘留糾問制度的色彩³⁸⁰。刑事程序係於控訴原

³⁷⁸103 年度交簡字第 1897 號臺灣彰化地方法院刑事簡易判決。（節錄）經檢察官聲請簡易判決處刑（103 年度速偵字第 1764 號），本院判決如下：被告犯刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款之服用酒類駕駛動力交通工具罪，處有期徒刑貳月，併科罰金新臺幣貳萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。即使法院為不附條件之緩刑宣告，被告仍擔負著一定期間之不利益，自不能謂對之並無處罰效果。綜上，審判程序中之併宣告緩刑（偵查程序中之緩起訴處分亦同此情形），性質上仍屬對於被告為實質之刑罰。雖然目前實務運作上，行政機關就一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之服用酒類駕駛動力交通工具之行為，經法院宣告緩刑後，仍依上開行政罰法規定裁處罰鍰，此部分是否妥適固值商榷，本院尚難置喙。然而，於前述行政罰法第 26 條規定尚未修正前，被告如犯罪事實欄之服用酒類駕駛動力交通工具之同一事實行為，既經本院判處有期徒刑 2 月，並宣告緩刑，於本案確定後，行政機關就該行為仍得依違反行政法上義務規定裁處之，被告既仍不能一併免除行政罰責，本院認為本件對於被告上開犯行所科處之有期徒刑，併予宣告緩刑，尚無對該緩刑宣告另附條件之必要，附帶一敘。

³⁷⁹刑事訴訟法政策上，對政府實施刑罰權程序，必須作最大效益考量，成本的投注，需採用最低成本之措施，目的的追求，應以可期待之最大效益為目標。劉秉鈞，同註 174，頁 541。

³⁸⁰糾問制度（Inquisitionsprozess），盛行於中古時期之歐陸，刑事訴訟程序僅有糾問者（法官）與被糾問者（被告）的兩面關係，由糾問法官一手包辦自始至終的刑事程序（偵查、逮捕、查證、判決），既無追訴者與審判者之分，也無所謂原告與被告之別，足堪比擬古代包公的辦案方式。糾問制度，深受詬病，因為一來糾問法官獨攬追訴審判大權，權力無所節制；二來糾問法官自行偵查追訴，心理上早已先入為主，更遑論公正客觀的裁判了；三來，被告只是糾問法官追訴活動的「客體」，毫無防禦權可言。由歷史文獻可知，當時糾問法官所奉行者，實乃由警察國家精神發展出來的調查手法：不計代價，窮追猛打被告；面對強大但卻不公正的糾問法官，被告幾無招架之力。林鈺雄，同註 19，頁 50-53。張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，12 版，頁 18-19，2013 年 9 月。

則之支配下進行，基於刑事訴訟法第 3 條之規定，於控訴原則下之程序應採三面關係。傳統行政法律關係則係以人民與行政機關間之二面關係為重心³⁸¹。

基於刑事政策之考量，刑事訴訟法創設檢察官得裁處不起訴之措施，有微罪不舉的職權不起訴處分、緩起訴處分與起訴之罪於執行刑無重大關係之裁量不起訴處分之別，各有其適用之條件。舊有之微罪不舉³⁸²制度，已不足以應付刑事訴訟之需求；遂創設緩起訴制度，其原理乃法官在審判上之緩刑權，交由檢察官以緩起訴之方式實施，兩者之作用在法理上雖略有不同，但均屬刑事訴訟法政策下之產物，並無差異。法院實施之緩刑，是實體法上刑罰權實施的必要性問題，而緩起訴則是程序法上，追訴、審判必要性問題，皆是基於比例原則之運用。

我國緩起訴有雙重關卡，其一為具體之負擔與指示，此與德國法規定類似，但與日本、美國並未明文規定而充分授權檢察官裁量有所不同；另一為，僅我國才有的緩起訴期間的特別規定，日本制度，並無明文規定起訴猶豫期間。比較各國我國緩起訴處分多了一道緩起訴猶豫期間關卡。緩起訴處分所課予的指示或負擔，及行政罰所加諸之裁罰，其所造成的感受、壓力其實是相當的³⁸³，所謂特殊的處遇措施，只是功能目的上的說法，是緩起訴處分所希望達成的一種目的，但人民並不會考量緩起訴之指示、負擔與行政罰二者間的目的是否相同，只是單純的產生受到二次以上處罰的感受。故學者蔡震榮以為，就緩起訴處分之目的考量，若側重緩起訴「特別預防」之目的，認為再處以行政罰並無一事二罰之疑慮。然而逕將緩起訴處分視同不起訴處分的觀點，似有未妥，應考量人民實際感受，就緩起訴處分所課予之指示與負擔，從實質面判斷是否足以達成行政目的，再決定是否另行課處行政罰，避免司法資源的浪費³⁸⁴。

第一款 附負擔處分扣抵罰鍰之疑議

從犯罪經濟學理論的觀點來看，刑罰之所以能預防犯罪，是因為它減少了人們的效益，罰金減少了行為人的財富，自由刑減少了人們賺取財富的機會；與此相同的是，附條件緩起訴處分命行為人支付一定金額或服義務勞務，同樣使行

³⁸¹ 徐菡禧，以行政裁量論刑事司法裁量-以法院職權調查證據為中心，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，頁 177，1994 年 6 月。

³⁸² 微罪不舉之所謂「微罪」，並未有立法解釋，民國 24 年 1 月 1 日新制定公布之刑事訴訟法第 232 條明定，以刑法第 61 條所列各罪之案件為限，於刑事訴訟法上定位屬微罪。依此可以得出一個推論，即最重本刑 3 年以下有期徒刑之罪，情節輕微者，可能只受 6 個月以下有期徒刑之宣告，即有受易科罰金之機會，而且此等犯罪法定刑較輕，故不得提起第三審上訴…。劉秉鈞，同註 174，頁 541-548。

³⁸³ 蔡震榮，同註 371，頁 36。

³⁸⁴ 類似看法，認為不應再科予罰鍰，陳文貴，同註 87，頁 364。

為人減少了經濟上的效益，緩起訴處分同樣也是為了預防行為人再犯為目的，與刑事的罰金及自由刑無異，應屬於廣義的刑事制裁之一種³⁸⁵。

學者李建良則認為，由刑事訴訟法第 253 條之 2 立法理由以觀，得以扣抵罰鍰者，僅限於第 4 款及第 5 款兩款，不及其他。考究緣由，其餘第 1 及 3 款情形雖亦造成行為人財產上負擔，但究屬對被害人「民事賠償」之一環³⁸⁶，與國家所為之處罰，在性質及目的上迥不相侔，非可相提並論。是以，扣抵制度之增設，並非單純出於行為人財產負擔之減輕，實則寓有避免同一行為重複受到相同（實質）不利法律效果之「處罰」的旨趣³⁸⁷。另就扣抵對價之認定。應參就相類似於刑法中「易科罰金」。

釋字第 751 解釋認定 2011 年修正之行政罰法第 26 條第 2 項規定合憲³⁸⁸，真正理由，其實在於憂慮對同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之同一行為，如僅課以緩起訴所命應履行之負擔，將有評價不足之情形，亦即可能因緩起訴處分而「輕放違反行政法之重犯」。（本解釋理由書第 19 段）為避免所謂「緩

³⁸⁵陳文貴，同註 87，頁 360-361。

³⁸⁶參照 2015 年 05 月 05 日法務部法律字第 10403504970 號。三、按以「向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償」為緩起訴條件（刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 3 款）或緩刑負擔（刑法第 74 條第 2 項第 3 款參照）者，因其支付對象係「被害人」，性質上應屬民事損害賠償之作用，與向公庫支付一定金額而受有財產負擔之情形有別，故無行政罰法第 26 條第 3 項扣抵規定之適用。

³⁸⁷李建良，同註 362，頁 8。

³⁸⁸當年 2012 年 6 月 7 日法務部新聞稿：「行政罰法」修正規定尚無違憲疑慮。針對媒體報導認為，修正後的行政罰法第 26 條第 2 項規定，違反憲法上一行為不二罰、法律不溯及既往、信賴保護原則，擬聲請釋憲一事，法務部提出說明如下：2011 年 11 月 23 日修正公布的「行政罰法」（以下稱本法）修正規定，本部在研修期間，邀請司法院等機關及學者專家共同研討，審慎研擬，為符合比例原則及貫徹一行為不二罰原則，特於本法第 26 條第 2 項增訂「扣抵罰鍰」之規定，其目的是使處罰公平並符合民眾的法律感情。例如：依現行道交管理處罰條例第 35 條規定，酒駕行為人酒測值較低者，由監理機關依所定「最低罰鍰基準」裁處罰鍰（如：處 6 萬元罰鍰）；酒測值較高者，移送檢察機關依公共危險罪論處。檢察官依刑事法律為緩起訴處分，命被告繳納緩起訴處分金時，無須考量行政機關所訂的罰鍰基準，緩起訴處分金額可能低於監理機關裁罰之金額（如：命繳交 2 萬元緩起訴處分金）。如無論緩起訴金數額多少，監理機關均不予裁罰差額，將形成酒測值高者，所受財產上負擔較少（6 萬元-2 萬元=少繳 4 萬元），即可結案；酒測值低者，反而處罰較重，顯然不合理。因此，為使裁罰公平，本法修正條文明定：違規行為經緩起訴處分或緩刑裁判確定者，行政機關仍得裁處罰鍰，但行為人已依緩起訴處分或緩刑裁判向公庫或指定的公益團體，所支付的一定金額或提供之義務勞務，都可以扣抵罰鍰，已兼顧公平性並極盡保障人權之能事，並無違憲疑慮。二、本爭議問題是因法律見解不同所引起。本部認為，檢察官在緩起訴處分時，命被告所支付之緩起訴處分金或提供之義務勞務，性質上是一種特殊處遇措施，並非刑事處罰；但交通法庭則傾向將該等「特殊處遇措施」視同刑事處罰，進而認定：對已提供義務勞務之行為人，不得再處以罰鍰。對上述問題，本法修正規定所揭示之法律見解與本部相同，並未採取交通法庭之見解。三、本件法官聲請釋憲，本部敬表尊重，惟於司法院尚未作成解釋前，行政機關本於依法行政原則，仍應依本法修正規定切實執行；於裁處罰鍰時，尤其應注意依前述本法第 26 條第 2 項增訂之「扣抵罰鍰」規定，予以扣抵罰鍰金額，以確保民眾權益。

起訴評價不足」而「輕放違反行政法重犯」之情形，關鍵應在於行政機關與檢察機關確實做好業務聯繫，檢察官於作成緩起訴處分時，亦應妥適全盤評價；而非先放任行政機關與檢察機關各行其是，再以令人民先受緩起訴處分，續受行政裁罰，為補救國家機關聯繫疏漏之手段(詹森林大法官不同意見書)。

學者何賴傑提出，緩起訴與緩刑之負擔或指示具同樣效果，當然緩起訴之相同處置應屬實質處罰³⁸⁹。指示及課予負擔雖非刑罰，但性質上可謂實質之制裁。關於緩刑宣告之法律性質，學說雖仍無一致之見解³⁹⁰，不過，緩刑係以判決確定而開始刑之執行為其適用前提，此與緩起訴處分係檢察官偵查程序之一環，兩者法律性質與程序功能大相逕庭。

學者蔡震榮則認為，緩起訴處分及緩刑宣告之負擔得扣抵行政罰罰鍰之規定，此所稱「為符比例原則」，應只是基於人民之感受而言的比例原則，非「法律」所稱的比例原則，因為多數學者尤其是刑法學者一致認為緩起訴之負擔是屬於處遇措施³⁹¹，不是處罰，性質不同應無扣抵之存在。另繳交緩起訴金與行政處罰之主體不同可否扣抵之問題，必須要注意刑事罰與行政罰處罰主體的差異性，不同主體間應不得扣抵³⁹²。

尤其若從「比例原則」之角度以言，扣抵制度某種意義說，實已間接認定「附負擔」之緩起訴處分與罰鍰具有「相同之處罰目的」³⁹³，從而對於司法實務之歧異見解，採某種調和的折衷之道³⁹⁴。但說穿了就是要「罰飽罰滿」。

³⁸⁹參閱法務部行政罰法諮詢小組第五次會議記錄何賴傑教授之書面意見。

³⁹⁰例如，有認為緩刑是「特殊刑罰處遇方式」；有認為是「富多元作用之獨立的刑法反應手段」；多數看法應是「非機構性處遇方式」。何賴傑，同註 375，頁 11 註 16。

³⁹¹對行為人而言，不管支出之性質為何，都是金錢之支出，如果不能折抵，無異要求其支付兩次款項，在其感情上是被剝了兩次皮。蔡震榮，同註 364，頁 29 註 15。

³⁹²本案繳交緩起訴金為自然人，而行政罰法處罰之主體為該公司法人。行政罰法第 26 條第 3 項規定係以同條第 1 項，自應以同一行為主體同時觸犯刑事罰及行政罰始有其適用。本案依就業服務法第 65 條第 1 項及行政罰法第 26 條第 3 項規定以法定最低額處公司罰鍰 30 萬元，並扣抵公司負責人因刑法第 214 條使公務員登載不實罪，作成 106 年度偵字第 7551 號緩起訴處分書及命該公司負責人向國庫支付之 4 萬元後，再處訴願人公司法人罰鍰 26 萬元整，原處分顯屬違反行政罰法第 26 條第 3 項主體不同不得扣抵之規定。蔡震榮，緩起訴扣抵問題之探討，月旦法學教室，第 189 期，頁 9-12，2018 年 7 月。

³⁹³釋字第 751 號，大法官湯德宗不同意見書：(節錄)「命支付一定金額」侵害者為被告(犯罪嫌疑入)之「財產」利益，其與「罰金」及「罰鍰」應屬相同性質/種類之處罰。本席以為，檢察官命「應履行負擔」之「緩起訴」處分，應定性為「行政罰」，而非「刑罰」。關於命「應履行負擔」之「緩起訴」處分非為「刑罰」部分，本席同意多數意見之見解；然本席以為並應明確地將之應定性為「行政罰」。縱為數個相同性質/種類之處罰，雖已構成「重複處罰」，但如能證明各自追求不同之「規範目的」，則非屬「過度處罰」，仍不違反「一行為不二罰」之原則。

³⁹⁴釋字第 751 號，(節錄)行政罰法第 26 條第 2 項及財政部 96 年 3 月 6 日台財稅字第 09600090440 號函，就緩起訴處分確定後，仍得依違反行政法上義務規定裁處的釋示，其中關於經檢察官命被告履行刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款及第 5 款所定支付一定金額及提供一定時數的

學者陳文貴提出批評，行政罰法第 26 條第 2 項扣抵罰鍰規定，係屬違憲。因立法理由謂，附條件緩起訴處分之支付一定之金額與義務勞務部分，係一種「特殊之處遇措施」並非「刑罰」云云，很顯然是一種完全形式主義的僵化思考模式，應認為與一行為不二罰之憲法原則有違。檢察官的緩起訴處分與法院的裁判，未能與行政處分一致，乃司法與行政之本質不同所使然，不應淪為數學的「演算」方法。建議更為妥適之解決方式，係在刑事訴訟法第 253 條之 2 條文中增列第 5 項規定：第 1 項第 4 款、第 5 款之緩起訴處分負擔總額，不得低於同一行為因違反行政義務所應裁罰之最低罰鍰金額³⁹⁵，就法律體系一致性，避免有違反「一行為不二罰」。

本文贊成從刑事訴訟法第 253 條之 2 增修為宜，就整體實質意義而言，罰鍰與緩起訴負擔處分，皆是對人民的實質處罰，因為皆是符合構成要件該當、違法性及罪責三階理論，只是因為台灣處罰法制區隔為行政及司法兩大體系獨立運作，就一行為競合之制裁處罰，無法達到充分且不過度之整體評價，另為避免人民感覺刑事處罰或制裁之「力道」好像比行政罰輕，故玩弄法律文字曰因其非刑罰故可再處行政罰，但又體恤人民負擔似乎過重，為求公平故可折抵等之自圓其說云云，故發展出「扣抵」獨一無二制度，勞民又傷財。

第二款 罰金扣抵罰鍰係違憲之爭議

學者蔡震榮另針對罰金扣抵罰鍰提出質疑³⁹⁶，雖然行政罰法緩起訴扣抵之規定係參考道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項規定，但比較兩者確仍存有差異，如違反道路交通不能安全駕駛處罰金，即應屬於本條所稱「依刑事法律處罰」在案，若仍可扣抵罰鍰，似有一事兩罰之疑慮。雖然有主張，可依行政罰法第 1 條屬特別法之規定處理，但若其特別規定應僅限於罰鍰、沒入或其他種類之行政罰之處罰，並無包括刑事處罰在內。因此，道路交通管理處罰條例第 35 條第 8

義務勞務等緩起訴處分，屬法律授權檢察官為終結偵查所為的處分，所造成的不利益，並沒有顯為失衡，與目的間也具合理關聯性，所以並不牴觸憲法第 23 條對基本人權的限制規定，也不違背憲法第 15 條保障人民財產權的意旨。系爭規定一允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，係立法者考量應履行之負擔，其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足，為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，其目的洵屬正當。其所採另得裁處罰鍰之手段，連同應履行之負擔，就整體效果而言，對人民造成之不利益，尚非顯失均衡之過度評價，與目的間具合理關聯性，並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題。尤以立法者為減輕對人民財產所造成之整體不利益效果，以避免過度負擔，於 100 年修正行政罰法時，同時增訂第 26 條第 3 項及第 4 項，規定應履行之負擔得扣抵罰鍰，系爭規定一更與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違。

³⁹⁵陳文貴，同註 87，頁 364-365。

³⁹⁶蔡震榮，同註 364，頁 37。

項處以罰金折抵罰鍰之規定，似有重複處罰之嫌³⁹⁷。學者陳文貴建議，立法上則可將行政罰條款之最低裁罰額度與刑事罰條款之最低刑度修正作同一規定，例如修正刑法第 185 條之 3 最低刑度，與道路交通管理處罰條例第 35 條第 1 項之最低罰鍰金額一致，就可以避免兩者裁罰額度不同所衍生之爭議(但其他行政罰亦會有同樣問題，無法各法規調整)³⁹⁸。

本文認為，行政罰法第 26 條第 2 項扣抵之立法精神，雖係參考道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項規定：「前項汽車駕駛人，經裁判確定處以罰金低於本條例第 92 條第 4 項所訂最低罰鍰基準規定者，應依本條例裁決繳納不足最低罰鍰之部分。」，但該條項罰金可扣抵罰鍰之規定，已有違反行政罰法第 26 條第 1 項「刑事優先」而有一事兩罰之疑慮，顯引用原先已有違憲之疑的規定，應係參用錯誤而係屬毒樹毒果理論禁用之列。然緩起訴負擔，係為檢察官處分之；緩刑負擔，係為法官宣告之，兩者屬性明顯不同。只因兩者之「負擔」實質上又似乎相同，故實務上又「硬塞」成同一類看待都可扣抵。本文認為緩刑負擔其實已是刑事處罰，如同罰金性質，不應再行政罰，違論扣抵。

第三款 緩起訴附負擔與行政罰鍰之輕重：量之差異論延伸

依法務部見解：(節錄)即便係屬罰金刑，亦因刑事訴訟之程序通常較為嚴謹，並由專業的司法機關偵查、審理，更易取得人民之信賴，且經法院判決有罪確定者，尚會發生留下前科紀錄之效果，故不得僅因罰鍰金額較高，即認其懲罰作用較罰金刑為強³⁹⁹。行政罰規定較輕，縱行政罰的最高罰鍰金額，大於刑事罰的罰金金額，仍應認為行政罰之規定較輕⁴⁰⁰。

³⁹⁷不得重複處罰，是指一行為已經刑事處罰確定，不得再對該同一行為重複處罰之謂，不管其為行政罰或刑事罰皆不得為之。人民之違反行為既經處予刑事處罰之罰金，當然就不得再處予任何刑罰或行政罰，否則將有違一事行為二罰之憲法原則。蔡震榮，同註 364，頁 38 註 38。相同見解，得對於同一行為經裁判處刑事罰罰金確定者，可再依行政罰裁處，再度顛覆一行為不二罰之憲法原則，見解殊難令人認同，道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項之罰金補抵之規定，已屬違憲之條文。陳文貴，同註 87，頁 284。不同見解，吳庚，同註 15，頁 521。

³⁹⁸陳文貴，同註 87，頁 367。

³⁹⁹法務部 2011 年 9 月 22 日法律字第 1000020668 號函。

⁴⁰⁰2011 年 11 月 25 日交通部訴願決定書交訴字第 1000055910 號。訴願人另訴稱原處分機關先前對狀況雷同之案件僅處以 10 萬元之罰鍰，數年前 R-22 直昇機違反民用航空法，法院判處行為人易科罰金 6 萬元，認稍加薄懲即可乙節，查訴願人所舉之 R-22 直昇機違反民用航空法案例，依原處分機關檢附之臺灣宜蘭地方法院刑事簡易判決書影本所示，法院係依民用航空法第 103 條前段「使用未領適航證書之航空器飛航者，處 5 年以下有期徒刑、拘役或新臺幣 1 百萬元以下罰金；…」判決該案行為人「有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日」按有期徒刑係對人身之拘束，其刑度相較罰金或罰鍰等金錢手段之處罰應為重，是法院判處行為人「有期徒刑貳月」，當非如訴願人所稱，法院認此等行為為稍加薄懲即可。

刑法第 76 條「緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者⁴⁰¹，其刑之宣告失其效力。」，亦即，視為自始未受刑之宣告。緩刑期滿與免刑縱然刑之宣告失效，但其本身依舊仍受到有罪判決之影響，也會造成犯罪者可能具有廣義的犯罪紀錄，縱然警察刑事記錄證明核發條例規定⁴⁰²，若被判緩刑，在緩刑期間未被撤銷以及若是被判拘役或易科罰金是不會被在該證明被記載該犯罪紀錄的。但是這種「前科紀錄」是最狹義的解釋，而犯罪紀錄對於出國、移民甚至工作權均有受影響的可能⁴⁰³。

第二項 刑事法院統整刑罰與行政罰競合

德國違反秩序罰法在第 46 條很明確規定，原則上違反秩序罰法是適用刑事程序，是刑事法院，所以到最後判斷沒收數額的是刑事法院。對違反秩序行為，首先是由行政機關進行調查，行政機關若認為有犯罪嫌疑，就移給檢察官調查，檢察官如果覺得有犯罪嫌疑就予以起訴；如果行政機關認為僅是違反秩序行為，就逕行裁罰。相對人對裁罰有異議的話，行政機關可以撤銷另作裁罰；又或者行政機關認為異議無理由，那麼在我國依行政程序進行，但是德國違反秩序罰法規定，行政機關移送到檢察機關，由檢察機關決定是否提至法院。進入法院之後，如果法院認為是觸犯刑法，依刑事程序進行，倘若法院覺得沒有到達違反刑事規範程度的時候，是可以依據違反秩序罰法自行做出罰鍰，並不像我國，若認為沒有觸犯刑法，就由行政機關依據行政程序進行⁴⁰⁴。

假定實體法上相牽連或競合時，統一在刑事法院中併同處理，而不是再另由行政機關處理，德國從以前到現在都是如此，然台灣卻自成一格，以為行政罰跟刑罰完全無關，然後通通走訴願行政訴訟，應該是要處罰就走處罰法院，就是刑事法院，行政法院是救濟法院⁴⁰⁵。食安法攙偽假冒案件的審理法官，就可以

⁴⁰¹最高法院 93 年度台非字第 228 號：「刑法第七十六條…所謂『緩刑之宣告未經撤銷者』，…申言之，於緩刑期間內，因有刑法第七十五條或其他法定之原因，已經法院為撤銷緩刑之裁判者，即生撤銷緩刑之效力，不以該撤銷緩刑之裁判確定為必要。否則如須俟裁判確定後，始生撤銷緩刑之效果，繫於訴訟進行之遲速，並鼓勵狡黠之被告濫行訴訟，藉審級制度拖延訴訟…。」

⁴⁰²第 6 條（刑事案件紀錄資料不予記載之情形）警察刑事紀錄證明應以書面為之；明確記載有無刑事案件紀錄。但下列各款刑事案件紀錄，不予記載：一、合於少年事件處理法第 83 條之 1 第 1 項規定者。二、受緩刑之宣告，未經撤銷者。三、受拘役、罰金之宣告者。四、受免刑之判決者。五、經免除其刑之執行者。六、法律已廢除其刑罰者。

⁴⁰³釋字 584 號（節錄）：「道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項規定：『曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或…妨害性自主之罪，經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記。』…對人民職業選擇自由所為之限制，旨在保障乘客之安全，確保社會之治安，及增進營業小客車之職業信賴，與首開憲法意旨相符，於憲法第 23 條之規定，尚無牴觸。」因此，即使是緩刑，顯然對其工作權仍有影響。蔡震榮，同註 364，頁 40 註 45。

⁴⁰⁴蔡聖偉、許絲捷、潘怡宏等，同註 114，頁 82。

⁴⁰⁵林明昕，同註 252，頁 296-298。

判斷這是有危險或有風險的行為，或其實只是單純在經濟上為了節省成本的行為，而判斷要給予刑罰或行政罰的處罰效果。

我國行政罰法未考慮到刑事司法機關在行政不法追訴上所應扮演之角色，建議應以統合追訴方式，刑罰與行政罰競合時由刑事法院處理，並賦予法院還有吊銷駕照，或法人，解散或限制營業管制權限，可作為未來的修法參考⁴⁰⁶。



⁴⁰⁶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一評大統混油案之訴願決定，台灣法學雜誌，第 261 期，頁 126-127，2014 年 12 月。相同意見，林明昕，同註 252，頁 296。

第五章 案例分析

第一項 食安法法制史修正沿革：除罪化與入罪化

1975 年食品衛生管理法(食管法)初訂時，在第 1 條明白揭示立法目的在於「管理食品衛生、維護國民健康」，至 2018 年時修法已達 15 次。食品安全衛生管理法(下稱食安法)在 2014 年 2 月修法前，食管法多以行政命令為法源，是採取刑罰與行政罰平行規範的方式，各自對於不同之違反行為予以制裁。

相關食品安全衛生維護，在傳統刑法下，原本就是作為不特定多數人的身體與健康之社會法益定位，因此刑法典，有第 191 條製造販賣陳列妨害衛生物品罪與第 191 條之 1 流通食品下毒罪(千面人條款)，前者第 191 條針對妨害衛生的食品或物品，在解釋上只要「有害人體健康」之危險，故意製造販賣陳列，即有可能構成本條，而不以實際損害為必要，屬抽象危險犯立法；後者的第 191 條之 1 則是因為在流通食品下毒的千面人手法而修法，實行第 1、2 項行為致人死亡或重傷者，成立本罪的加重結果犯，而為了充分保護法益，本罪處罰未遂。兩法條處罰的行為主體皆為自然人，不包括法人。然此二條文並不足以完整規範食品安全衛生，所以另於相關的行政法規設有附屬刑法規定，主要是食安法第 49 條、健康食品管理法第 21 條以下等規定⁴⁰⁷。

近年因食安事件而導致重大修法，2011 年塑化劑事件爆發，造成 2011 年 6 月⁴⁰⁸修法提高第 34 條刑罰刑度以遏止添加有毒物質之不法行為；但 2013 年 5 月毒澱粉事件爆發，加速修正草案於 2013 年 6 月⁴⁰⁹增修，由原來的 7 章增加到 10 章，條文也從 40 條擴充到 60 條，修正食安法的第 49 條(原來的第 34 條)增列第 1 項的「攙偽假冒」與「擅自添加」行為的抽象危險犯；又 2013 年 10 月爆發的大統公司混油事件(下稱大統案)，之後也再度爆發的富味鄉公司混油事件(下稱富味鄉案)，再度重創食安信心，則促成 2014 年 2 月修法，改名為「食品安全衛生管理法」⁴¹⁰，增加第 15 條第 1 項第 3 款規定，禁止食品中含有有害人體健康之物質或異物；以及第 16 條第 1 項第 1 款使用有毒之食品器具容器與包

⁴⁰⁷張麗卿，妨害食品安全刑事責任之探討，東海大學法學研究第 42 期，2014 年 4 月，法源資訊重新校編，頁 4-5。

⁴⁰⁸中華民國一百零六年六月二十二日總統華總一義字第 10000128141 號令修正公布第 31、34 條。

⁴⁰⁹中華民國一百零二年六月十九日總統華總一義字第 10200115241 號令修正公布全文 60 條。

⁴¹⁰中華民國一百零三年二月五日總統華總一義字第 10300017801 號令修正公布名稱。

裝與食品用洗潔劑之行為都納入抽象危險犯加以處罰，並增訂食品安全管理措施之採行、風險評估及諮議體系之建構；2014年12月⁴¹¹修法提高罰鍰至2億元。

第一款 食安法各時期之修正演變

刑事管制創始期（1975-2000年）。第一，本法將食品衛生納入刑事管制的核心思考是，凡有毒或含有害人體健康之物質或異物者，對之於事前或事後進行防堵，亦即作為上述兩種管制類型的對象。第二，在犯罪類型方面因有違犯行為即科以刑罰，而無須另行檢驗其他特定結果，屬於傳統刑法上行為犯以及抽象危險犯之規範模式⁴¹²。立法係抱持著義正辭嚴的「重罰主義」立場所致，但是，另一方面，在刑度的設計上則僅為3年以下的有期徒刑，畢竟仍只是在危險階段即予以處罰。

刑罰管制期（2000-2013年），針對行政不法行為若更有致危害於人體健康者，則處3年以下有期徒刑、拘役或科或併科18萬元以上90萬元以下罰金。另外，增列了過失犯處罰，處6個月以下有期徒刑、拘役或科10萬元以下罰金（第34條）。本次修正採取行政罰先行之理由，其坦率地指出1975年所訂立原條文的弊病，亦即不論被禁止行為的違規態樣及情節如何，一律處以刑罰之制裁，實有過於苛刻之嫌，亦不符實際業務需要，衡酌違規行為不法內涵之程度及刑罰罰之最後手段性，除有危害人體健康情形，仍處以刑罰並移列修正條文第34條者外，改以同額罰鍰代之，並對於1年內再次違反情形，吊銷其營業或工廠登記證照。區分行為之危害情形而分別處以行政罰或刑罰，是較為進步之立法，合乎刑法之最後手段原則。

值得注意的是，本法第34條所增加的「危害人體健康」要件，究竟其所指涉的是具體危險犯之結果，抑或是一種實害犯的規定，出現歧見，此一疑問在實務上經臺灣高等法院暨所屬法院89年法律座談會刑事類提案第30號研議後，採具體危險犯說⁴¹³。2011年塑化劑風暴⁴¹⁴之後，為遏止於食品中添加有毒或有害

⁴¹¹中華民國一百零三年十二月十日總統華總一義字第10300184621號令修正公布。

⁴¹²參考徐育安，傳統刑法理論與現代風險社會—以我國食安法爭議為核心，臺北大學法學論叢，第104期，頁82-83，2017年12月。

⁴¹³本案事實為行為人明知硼酸鈉（俗稱硼砂）係有害人體健康之有毒物質，不得添加於食品內，於製造鹹粽時，違法添加硼酸鈉於鹹粽置於菜攤上準備販售之際，即遭衛生主管機關抽驗查獲並移送檢察官偵查。曾淑瑜，同註130，頁5註6。

⁴¹⁴昱伸塑化劑案。經臺灣高等法院臺中分院101年度矚上易字第295號刑事判決，堪認昱伸公司所出售含有塑化劑DNOP、DEHP之起雲劑，經下游廠商業者添加於所生產製造之飲料、食品內，供不特定消費者食用後，足以致危害人體健康，且情節重大，依常業詐欺、詐欺取財、詐欺得利及違反食品衛生管理規定致危害人體健康等罪，判處昱伸負責人，15年有期徒刑，併科罰金15萬元，昱伸公司判罰金2千4百萬元。本案經最高法院101年度台上字第6588號判決

人體健康物質之行為，2011年6月修法提高本法第34條之刑罰，將法定刑提高為7年以下有期徒刑、拘役或科或併科1千萬元以下罰金。而因過失犯，亦提高其自由刑刑度及罰金，為1年以下有期徒刑、拘役或科6百萬元以下罰金。

刑事管制之擴張期（2013-2014年12月），2013年5月中旬即爆發所謂的毒澱粉事件。似乎意味著2011年塑化劑事件後修法的加重處罰規定失去了應有的嚇阻力，加速原審議中之草案於2013年6月底即完成修法。

首先，將「添加未經中央主管機關許可之添加物」增列於第15條，配合本法就許可添加之物質採取正面表列的規範方式（第18條），對於添加物之規範益趨嚴格。其次，在刑事規範結構上雖然延續行政罰與刑罰並同規定之立法模式，但是，增加了抽象危險犯的類型，亦即出現抽象危險犯與具體危險犯並立之規範方式，此外更增加了結果加重犯之類型，形成一個多層次的規範架構⁴¹⁵。食安法第49條第1項中，明定將15條第1項第7款之攙偽或假冒，以及第10款添加未經中央主管機關許可添加物者，此兩種行為不論其是否產生何種危險或實害，一律論處3年以下有期徒刑、拘役或科或併科8百萬元以下罰金，形成行為犯與抽象危險犯之處罰模式，究其原因，無非是認為過去具體危險犯之管制方式造成舉證上的困難⁴¹⁶。食安法49條第2項則規定，違反食安法第44條至48條規定之行為，致人於死者及致重傷者，加重結果處罰。立法者藉由過去一連串的修法，卻仍無法遏止食品安全事件發生，企盼透過更為前置的抽象危險犯，達成擴張處罰範圍、減少舉證困難的目的，而本次修正亦自我節制，僅就第7款之攙偽或假冒，以及第10款添加未經中央主管機關許可添加物者列為抽象危險犯。

學者王正嘉⁴¹⁷指出，就立法論上來說明，抽象危險犯加上超個人的集合法益的立法模式，在學理上仍存在許多批評，尤其是違反罪責原則與無法歸責結構以及刑法工具化傾向，因此德國近來的立法與學說上，也發展出一些緩和與修正措施，基於立法者危險設定的應罰行為，倘若屬將來不可能發生食品安全結果，則何來處罰其前置行為的正當性理由⁴¹⁸。另有學者甘添貴認為「攙偽與假冒」與「標示不實」在文義概念上重疊含糊不清，實應重新釐清的意見⁴¹⁹。

駁回上訴而確定。學理上所謂具體危險犯，係指犯罪構成要件之實現，以行為導致了某種法益受侵害之危險性為前提，此要件當屬行為之外，法官所須進一步確認之行為後果。就塑化劑一案來說，除了前述判決書中所言衛生署之鑑定報告，已有許多文獻記載確定其毒性，應可肯定符合具體危險之要件。

⁴¹⁵徐育安，同註412，頁89。

⁴¹⁶立法院公報，第102卷第45期，頁261以下、270以下，2013年6月。

⁴¹⁷王正嘉，同註154，頁110。

⁴¹⁸曾淑瑜，從食品攙偽之類型論入刑化之必要性，台灣法學雜誌，第241期，頁69，2014年2月。

⁴¹⁹甘添貴，同註194，頁7-8。

抽象危險犯的立法運用，固然有其學理問題，例如，可能羅織太廣，可能違反罪責原則，針對這些問題，學理的討論已超過百年以上，學界對這問題的反省非常多。類似的爭議，於刑法第 185 條之 3 酗酒駕車入罪之初就曾發生⁴²⁰。

行政罰部分，2014 年 2 月 5 日又修正食安法第 44 條第 1 項「處 6 萬元以上 5 千萬元以下罰鍰」；更甚者是 2014 年 12 月 10 日繼續修正第 44 條第 1 項再提高罰鍰加重處罰「處 6 萬元以上 2 億萬元以下罰鍰」。延續治亂世用重典之重罰理念。

第二款 先行政後司法之機制

預防原則行政管制入法。2014 年 2 月完成修法公布，建立所謂的食品三級品管制度，除了政府的查驗之外，增訂食品業者的送驗義務（第 7 條第 3 項），以及檢驗者與認證者責任（第 8 條、第 37 條、第 48 條之 1）。其係參考歐盟「基礎規則」第 7 條明列預防原則，即使科學仍存在著不確定性，即可採取暫時性的風險管理措施，由國家採取必要之（抑制或保護）措施。同時所採行之措施原則上也不應該是過度追求零風險目的⁴²¹。

預警措施，但基本上應該是以資訊公開，滿足消費者知的權利之相關措施為限，當其以消費者為對象時，性質上可定性為行政指導，但當其以食品業者為對象時，縱使未公告措施有行政罰作為擔保，也可能對業者產生強制拘束力⁴²²。按食品安全之風險管理措施，均與事後追懲處分一樣，對於關係人之商業營運與收益產生不利之影響，從權利保障之觀點而言，無論被定性為行政處分或事實行為，理論上均應給予相對人提起行政救濟之機會⁴²³。縱使認為風險管理措施之性質非屬行政罰，而為單純之行政管制措施，行政法院亦應予以受理，只是在審

⁴²⁰張麗卿，食品犯罪中的攙偽或假冒—以富味鄉混油事件判決為中心（附談頂新判決），月旦法學雜誌，第 249 期，頁 99，2016 年 2 月。

⁴²¹「預防原則」是先於危險發生前的保護思考，其用意是自始不想讓危險防護的強制性法律效果發生。風險預防之特徵在於，雖然想像中存在有發生危險的可能性，卻因受限於現有的科學知識，無法預設未知事物發生的蓋然性。風險預防並不同於危險懷疑時的「未知」，因為後者「危險」可透過危險調查手段加以確知。然不論是危險或風險，在已確定的危險門檻以下提前發動國家權限的作為，即屬「預防」作為。程明修，行政法上之預防原則（Vorsorgeprinzip）- 食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，第 167 期，頁 127-134，2009 年 4 月。

⁴²²張永明，同註 254，頁 11。

⁴²³「只顧業者」衛福部瞞 13 天黑心油下肚「台灣人命不如垃圾」。而當檢方查出不法時，衛福部事前並未獲得訊息。衛福部次長許銘能昨說，已研擬研擬油品「預防性下架」措施，將來只要掌握業者七成的違法事證，就提前令賣場下架，不等檢調公布偵辦結果，但這須承擔被業者要求國賠的風險，將請專家評估可行性。
<https://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20141010/36137227> 蘋果日報 2014 年 10 月 10 日(上網日期：2016 年 1 月)

理時，依其性質採取寬嚴不一之審查密度，以督促主管機關之個案處置確實符合本法風險管理機制之程序要求，以及個案採行之手段符合比例原則之規定。

然而，高度風險所意味的是，行為所可能帶來的損害，往往是極為重大而無法回復或難以承受，因此，有限度地進行刑事管制確有其必要。如食安法第 49 條第 1 項從行政不法直接提升到刑事不法的刑罰規定外，而若未按照主管機關改善，產生危害人體健康時，刑罰則是作為後盾(第 49 條第 2 項)。食安法修法之刑度逐次提高，隱含其立法自由之正當性並符合當代社會之比例原則⁴²⁴。

第三款 小結

由上可知，食品安全管理法制從最早僅為行政罰為管理主軸，因面臨當代之重大食安事件，依當時要求解決遏止之時代氛圍進行修法及執行，而加入刑法重典，踐行刑法最後手段之原則，型態由實害犯、具體危險犯再至抽象危險犯，但不外乎侷限於當時危險因素複雜及風險程度未明之憂慮，而採用抽象危險犯，以尋求前置保護法益的可能性，期間也自我反省認為抽象危險犯過於嚴苛易羅織入罪，而限縮緩和，但最後還是迫於現代科技未知之風險現實，兼具人民健康之重大法益之不可恢復性優先保障，回頭採用抽象危險之前置保護⁴²⁵，且刑度力道也是逐次加重以求能遏止；如酒醉駕車及其他詐欺等事件，演變過程都是根據當時社會大眾感受認知而調整，這是法律制度自我調整以因應社或變遷之應然且必然現象，但必須經由社會契約論之精神，程序面，循民主政治之正當法律程序來修正制定；立法面，法律內涵仍必須在人性尊嚴及人格自由發展的理念範圍內發展，不可逸脫。抽象危險犯之設計因脫離傳統之罪責原則多受批評，惟在未完全廢止抽象危險犯立法型態，則須遵循原有之典型危險原則，司法機關不得恣意改變為具體危險個案審查之型態判決。

第二項 食安風險社會抽象危險犯之適用性

當代社會從規訓社會逐漸轉變成風險社會，對立法與司法解釋發生莫大影響。且隨著科技技術的發展，無所不在的不確實性，法律要如何分配進行風險調

⁴²⁴現行食安法第 44 條規定立法理由，攙偽或假冒等行為可處 6 萬元以上 5 千萬元以下罰鍰，大幅提高為 6 萬元以上 2 億元以下罰鍰，並將裁罰不當利得需先經中央主管機關認定情節重大的規定予以刪除，以達到嚇阻不法意圖的目的。另食安法第 49 條：「處八千萬元以下罰金…除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以各該項十倍以下之罰金。」可見一斑。

⁴²⁵相同困境，如環境刑法第 190 條之 1 的構成要件結構非常複雜，係採「具體危險犯」的形式，根本很難達成保護環境的目的，難以操作。要件越嚴格越難以操作，當然成案的可能性越低。蔡聖偉、許絲捷、潘怡宏等，同註 114，頁 89。

配與管理，如何活用具有嚴格刑罰手段，來處理風險社會的不安，也成為刑法重要議題之一，為近年來風險社會下的刑法論述蔚為風潮⁴²⁶。

食安問題作為社會之風險，刑法被認為應該積極擴張適用，成為現代國家抗制風險主要手段。然而從刑法系統本身來說，如何建構起現代刑法邏輯，以避免引發風險刑法⁴²⁷。強化行政管制功能，就行政法上的預防原則而言，危險防禦手段乃是著眼於防止任何未來可能發生的危險。因此，即便是僅僅帶有潛在危險的行為，仍有一定的預防必要，再者，將原因與損害結果之間的連接要求予以鬆綁，但不應該是過度追求零風險目的。

本文認為在立法論上，現代風險管理是國家所不得不然之立法趨勢與責任，採用抽象危險犯基於刑事立法的要求，只要該特定行為出現，其危險就在立法上加以擬制，並且不容許反證推翻，且能有避免舉證困難，減輕追訴機關的負擔，是非常有用實用性的構成要件，能周全的保障法益，並符合一般預防的功能⁴²⁸。在未全面推翻抽象危險犯基於刑事立法型態前，仍是一種立法技術之選擇，惟須慎重考量，一但決定就必須遵從，不可恣意混用具體危險犯之型態。

第一款 法益：時代之風

食安法中的刑法法益問題。法律除了具備形式正當性外，更應兼顧實質正當性，就是立法本身必須以「目的」為導向。按照食安法第1條規定揭櫫「為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，特制定本法」的立法理由，但會產生爭議點就在於食安法的保護法益外緣問題，究竟食品安全之法益的保護，是寬鬆地擴大刑法保護機能，抑或是嚴格地限縮在固有保護法益，產生截然不同的看法。

採取寬鬆看法者，直接說明食安法的多重法益保障，認為食安法除國民健康保障外，還兼及免受到劣質的欺瞞與食品正確來源的保障⁴²⁹。大統案法院亦

⁴²⁶李佳玟，同註 180，頁 30 以下；王正嘉，同註 146，頁 75 以下；許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第 197 期，頁 134 以下，2011 年 10 月。

⁴²⁷關於風險社會中可能新的刑法，或可簡稱為「風險刑法」不是以因果歸責為內涵的個人罪責而是風險分配與承擔責任。這不必與因果歸責、法益損害相連。刑法不必等到損害發生時，才去介入。行為人可以對損害無所知悉，也不必在損害與行為人間建立任何的因果聯繫，只要他基於自己所做的風險決定而違反設置於刑法內的風險規劃計畫，也就是違反刑法規範所設的界限，就有刑法上的責任。使用「責任」而非原有意義刑法中的「罪責」就是要彰顯出風險刑法與傳統法益刑法不同之處。蔡蕙芳，從危險理論論不能安全駕駛罪，國立台灣大學法律研究所博士論文，頁 243，2000 年 6 月。

⁴²⁸張麗卿，同註 420，頁 100。

⁴²⁹張麗卿，同註 420，頁 94-96。

是採納的理由⁴³⁰。臺北地方法院 103 年度金重訴字第 21 號判決宣示食安法處罰食品及添加物的保護法益係「個人健康、財產、知情選擇權之集合」的「超個人法益」。學者林鈺雄表示⁴³¹，使其用高檔價格去購買低價產品，造成被害人財產上損失，業者可能構成普通刑法的法的詐欺罪，以及食安特別刑法的攙偽或假冒食品罪，當然，為了達到這些食品詐欺目的的先行或附隨行為，另有偽造文書及標示不實的刑責問題。

學者張麗卿更指出⁴³²，食安法對於食品攙偽、假冒的行為，定位為抽象危險犯，以豬代羊案的判決清楚表示，「基於立法目的之達成與法益保護之必要，應不以混充假冒之原料、成分為品質低劣、價格較低或本身即具有毒害、腐敗或可證會危害人體為必要。」，是故未清楚標示內含豬肉成分，就是攙偽（不純），於羊肉中加入未有標示的豬肉，就是假冒（以假冒真），以豬肉假冒羊肉，而沒宣稱其成分。是故，雖無人因飲食混雜豬肉的羊肉而傷害身體健康，但法院仍判決被告成立食安法第 49 條第 1 項之罪。

然而對於這種擴張法益保護看法，反對者也不在少數，論者有從刑法能力的過分擴大，並結合到象徵性刑法批判，認為規範本身在一段期間後，逐漸開展出「其他潛在的」宣示功能，讓刑法成為一套全面性社會控制工具，食品安全可能包含到財產法益，供需市場穩定，商譽信賴，消費者權益等集合性法益，學者古承宗認為，所謂的食品無無論如何不能是包山包海式的集合性法益。從法益保護過度提早的「預防性法益保護」，認為若無法益侵害的考量，單純形式地以規範違反作為可罰性標準，產生過度入罪或重刑，並非有效保護食品安全手段⁴³³。刑罰提早介入固然可以解除人民的不安，但擴大危險刑法跳脫法益保護原則與刑法謙抑性精神，產生行政不法與刑事不法的界線模糊⁴³⁴。

本文認為，法益是一個外在堅實而內在空虛的概念，由於其定義內涵極不明確，具體操作上很難說得出法益/非法益的界限何在。如最高法院 104 年度台上字第 2570 號判決認為，肇事逃逸罪保護多重法益，兼及社會及個人法益。只要透過立法或解釋操作，將某些生活利益歸屬為法益，經正當法律程序討論，以人性尊嚴及人格自由發展為界限，就取得利用刑罰保護的正當性。食安犯罪案件乃在於業者主觀上「直接或間接故意」，客觀上以摻偽假冒不實或不明之成分，

⁴³⁰大統案二審智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 13 號認為：對攙偽假冒之認定，倘解釋上須以致人體健康為必要，勢必大幅削弱食品衛生管理法維護食品安全及建立食安秩序之目的。

⁴³¹林鈺雄，食安防線與食品犯罪-從正義、頂新黑油事件說起，台灣法學雜誌，第 259 期，2014 年 11 月。法源資訊重新校編，頁 5。

⁴³²張麗卿，食品攙偽或假冒的抽象危險犯辯證，月旦法學雜誌第 261 期，頁 93，2017 年 2 月。

⁴³³蕭宏宜，摻偽假冒的刑事爭議問題，台灣法學雜誌，第 242 期，頁 78，2014 年 2 月。

⁴³⁴曾淑瑜，從食品攙偽之類型論入刑化之必要性，台灣法學雜誌，第 241 期，頁 69，2014 年 2 月。

造成消費者誤判，無法以充分資訊自主飲食，非以業者自認知之「似無害人體」而恣意主導消費者之身體健康自主權，並藉此獲取暴利。

第二款 抽象危險犯食安案例

為了解決傳統結果犯於食安領域的因果歸責難題，抽象危險犯或許是值得優先考慮的犯罪類型，不過在立法技術上（構成要件描述本身）至少須堅守住，不法行為的特徵乃是對生命身體健康法益之侵害具有典型或特殊的危險⁴³⁵。

大統案及富味香案。因兩案對「摻偽、假冒」抽象危險犯之認定有異，造成大統案有罪，但富味香案因須個案審查而無罪之矛盾爭議。2016年11月22日最高法院105年度第18次刑事庭會議，採認定食安法第15條第1項第7款的「摻偽、假冒」罪，不論摻偽、假冒的行為是否確實造成危害人體健康之危險，皆以食安法第49條第1項論處，毋庸實質判斷行為有無存在抽象危險。2016年12月2日檢察總長提出非常上訴，最高法院105年度台非字第213號雖駁回富味鄉案非常上訴係因原審無罪仍有利及於被告，但認同「摻偽假冒係抽象危險犯，無須個案審查」之見解。

強冠案，客觀上已存在危害人體健康之抽象危險性，該當食安法第49條第1項「摻偽或假冒」之要件。高等法院高雄分院二審判決，強冠公司因其代表人、受僱人執行業務犯103年2月5日修正施行之食安法第49條第1項之罪，客觀上已存在危害人體健康之抽象危險性，該當食安法第49條第1項「摻偽或假冒」之要件，共285罪，科以罰金1億2仟萬元⁴³⁶。

味全案，二審智慧財產法院判決⁴³⁷，食品衛生法部分則是無罪，原因是無證據證明危害健康。前味全公司董事長魏應充就混和油販賣部分，以違反刑法第255條商品虛偽標記罪以及第339條詐欺罪判決宣告刑兩年，另外就食安法第49

⁴³⁵古承宗，同註155，頁80。

⁴³⁶強冠案2016年8月25臺灣高等法院高雄分院二審104年度矚上重訴字第1號、第2號判決(節錄)：強冠公司摻偽或假冒為食用豬油之全統香豬油等產品銷售予廠商，使強冠公司取得共計8150萬4275元之銷售款項，不問成本、利潤，均應沒收(按：總額原則)，是以上開銷售款項雖未扣案，仍應依刑法第38條之1第1項前段、同條第2項第3款之規定沒收，…。刑法關於沒收之規定業於104年12月30日經總統修正公布，並自105年7月1日施行。…而修正後刑法第2條第2項明定沒收適用裁判時之法律，是本件無庸就沒收條文為新舊法比較。

⁴³⁷味全案2017年4月27日智慧財產法院105年度刑智上易字第38號判決：(節錄)被告魏應充等詐欺等案件，判決結果將原判決關於有罪暨定應執行刑部分均撤銷改判：主文部分：魏應充、常梅峯、林進興、林雅娟共同犯詐欺取財罪，各處有期徒刑貳年、壹年陸月、拾月、壹年。…林雅娟緩刑參年，緩刑期間付保護管束，並應向公庫支付壹佰萬元，應提供壹佰萬元，及提供壹佰貳拾小時之義務勞務。味全公司之犯罪所得參貳佰玖拾貳萬捌仟捌佰貳拾元沒收。

條第 1 項、第 15 條第 1 項第 7 款食品摻偽假冒部分，則宣告無罪；另外就橄欖油、葡萄籽油的詐欺、虛偽標記、摻偽假冒部分，則宣告無罪。

頂新案，一審無罪，二審判決改判食安有罪⁴³⁸。臺灣高等法院臺中分院判決，頂新公司因其代表人、受僱人執行業務犯食安法第 49 條第 1 項之罪，依食安法規定，應執行罰金 2 億 5 千萬元；未扣案之犯罪所得 1 億 434 萬 6774 元沒收。二審主要判決理由⁴³⁹：食安法第 49 條第 1 項之罪，祇要行為人有同法第 15 條第 1 項第 7 款所定「摻偽或假冒」行為或第 10 款之「添加未經中央主管機關許可之添加物」行為，即成立，不論其行為是否確有致生危害人體健康之危險存在。

簡言之，行政制裁手段在面對未知的食安風險可以採取「未知推定風險」的模式，毋須經風險評估「有危害人體健康之虞」等危險適性之判斷，即可進行行政上的管制。反之，刑事不法要件進行實質限定解釋之後，並不當然連帶限縮行政不法的射程範圍⁴⁴⁰。

第三款 意見評析

第一目 抽象危險犯無須個案審查

學者林鈺雄認為，「經證明為安全的食物才可以上架」和「經證明為不安全的食物才可禁止」這是兩種截然不同的管制與處罰基準，於舉證責任問題也有截然不同的影響，食安不法可能涉及行政管制、民事賠償及刑事犯罪，證明基準不同。為了避免消費者蒙受不可回復的人身與健康損害，因此，對於食品類管制及處罰，應以最大保護健康為原則。據此歐盟法、德國法、鑒於「經證明為安全的

⁴³⁸頂新案 2018 年 4 月 27 日臺灣高等法院臺中分院 104 年度囑上訴字第 1718、1722 號判決：(節錄)魏應充等詐欺等案件，被告魏應充、常梅峯、陳茂嘉、楊振益前經臺灣彰化地方法院判決無罪，本院均撤銷改判有罪，...頂新公司則科處罰金，...全案尚未確定。

⁴³⁹同樣的證據與法律條文，但一、二審看法卻大為不同，主要差異在於法律的適用範圍，以及各項證據的認定。頂新案中，彰化地院一審認為原料雖有重金屬等成分，但精煉後未必含有重金屬，也未必不符合衛生標準規範，二審則認為，法律適用範圍，不只是成品，也包含原料，不能供人食用的原料（飼料油），精煉後仍欠缺可供人食用的品質，據此推翻一審無罪的判決。彰化地院一審認為，食安法第 15 條第 1 項第 7 款「摻偽或假冒」，要以「有危害人體健康之虞」為要件，檢察官雖舉脂肪酸高等數據，以及檢驗出重金屬，來證明油脂腐敗變質，會影響人體健康，但鑑定人卻指出，酸價是呈現油脂新鮮度，國家標準對成品油制訂標準，卻未對原料油制訂標準，不能以酸價高來認定成品油腐敗變質，足以影響健康。<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2408494>，自由時報 2018 年 4 月 27 日(上網日期 2018 年 5 月 8 日)。

⁴⁴⁰謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制—「摻偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論第 1 期，頁 89，2016 年 6 月。

食物才可以上架」食安基本立場，進一步衍生預防原則（如預先警示、下架）、有疑唯利公益原則（不知安不安全時，先推定為不安全）等。食安防線並不是設在等到確定有害健康的科學證據或定論時，才來發動特定的管制或處罰措施⁴⁴¹。在頂新案判決後，學界亦出現反對之意見，指出上述判決中所謂之立法目的，所參考者係 1975 年食衛法之會議記錄，若以 2013 年之立法記錄言之，則恰好相反，立法者有意使本條成為抽象危險犯，並將刑度減輕為三年作為配套⁴⁴²。

學者柯耀程認為，抽象危險犯主要認定者，在於行為；而具體危險犯的成立，則需具體判斷行為所侵害的法益對於抽象危險犯的詮釋與適用，更非如必須該當「食品須有明確可特定之 A 物攙入 B 物中或 A 物假冒 B 物之事實」及「混充或假冒之 A 物須具有健康危害可能性」之構成要件⁴⁴³。此種對於抽象危險犯的理解，恐有恣意將抽象危險概念逕往具體危險推定的謬誤，則抽象危險均成為具體危險的類型，此並非規範設置抽象危險犯的意旨⁴⁴⁴。

學者張麗卿指出，對於第 49 條第 1 項所謂「攙偽或假冒行為」採取所加物質仍應判斷是否有害人體健康的立場，批判持個案審查看法的反對者，認為抽象危險犯是對於法益進行前置性保護，達到更周延的保護，乃立法上不得已的考量，因此該判決最大問題在於：既然承認抽象危險犯，但又認為必須個案判斷上，互相矛盾⁴⁴⁵。

第二目 抽象危險犯須個案審查

持須個案審查的學者之意見，多以須危害人體健康為門檻。刑罰介入之早期化雖然可以解除人民之不安，然而，擴大危險刑法之適用，顯已跳脫法益保護原則及謙抑原則之精神，模糊行政不法與刑事不法之界線。據此，「攙偽」若非攙入有毒或有害物質之不可能發生危害結果，自無入刑化之必要。學者曾淑瑜贊成以危害人體健康作為攙偽入刑化之門檻，俾符食品衛生管理法之立法目的⁴⁴⁶。

⁴⁴¹林鈺雄，同註 431，頁 2-3。

⁴⁴²林鈺雄，司法若不法食安豈能安？<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/940440>，自由評論網 2015 年 12 月 14 日（上網日期 2017 年 4 月 6 日）。

⁴⁴³形式上構成要件該當性具備，亦可在違法論的階層中，排除實質違法性。多數見解認為，應該要在構成要件論的階段中進行實質的危險判斷。不過如此一來，必須回答，這個實質危險判斷在構成要件論當中的位階，並且說明何謂「抽象危險」。謝煜偉，同註 440，頁 75。

⁴⁴⁴柯耀程，頂新油品案一評彰化地院 103 年度囑訴字第 2 號、104 年度訴字第 314 號刑事判決，月旦裁判時報，第 54 期，2016 年 12 月，法源資訊重新校編，頁 5-6。

⁴⁴⁵張麗卿，同註 420，頁 94-96。

⁴⁴⁶曾淑瑜，同註 130，頁 8。相同見解，甘添貴，同註 194，頁 8。

學者徐育安認為，即便暫時肯認抽象危險犯具有正當性，危險犯的危害，意指對於行為客體造成危險狀態，因此，從語言的使用來說，只有具體危險犯可以稱為危險犯⁴⁴⁷。學者王正嘉基本上贊同這樣的看法，對抽象危險犯目的性限縮解釋成要求個案事實中，必須出現與構成要件行為相關的危險特徵之適格犯⁴⁴⁸，因此必須參考構成要件行為本身與立法者所設定的危險，非單純直接以形式上符合構成要件文義來做判斷。學者古承宗認為，刑法象徵化的結果則為，法益功能不再是限制刑罰權的消極標準，更是結合危險預防與規範效率等純粹政策性的社會安全觀點，轉向作為證立國家刑罰權擴張的積極論據。刑法因而背離法治國原則，轉變成一套全面的社會性控制工具⁴⁴⁹。富味鄉案二審判決與頂新案一審判決，即採須個案審查因無危害人體而判決無罪⁴⁵⁰。

第三目 折衷之道：緩和措施，過苛調節

這個抽象危險犯立法氾濫的時代，空泛討論「抽象危險犯」立法有無正當性其實已無太大實益，與其如此不如更具體地根據不同的犯罪類型、不同的構成要件構造，去檢討提前發動刑事處罰的界限。環境刑法、交通刑法是如此⁴⁵¹。

本文認為，抽象危險犯之設計固有違反刑法「責任原則」之疑慮，但實害結果是否出現，往往繫之於偶然，不易判斷是否與行為人的行為存在歸責關係，在風險領域中，對現代國民食品安全的保障，只有抽象危險犯達成，從一般預防視之，仍有處罰之必要，以避免僥倖之心態。學者或判決持「應實質判斷該混充行為，有無危害人之生命、身體、健康法益之抽象危險性」，顯然誤解有無抽象危險係屬立法者的形成自由，是立法論的問題；非交由司法實務於個案中自行判斷。否則，已定位為抽象危險犯的攙偽或假冒行為，如果還要個案判斷有無毒害，根本上將掏空抽象危險犯的規範機能，不容許法官恣意將抽象危險概念逕往具體危險推定的謬誤。折衷之方法，立法方面朝完全揚棄抽象危險犯之立法型態，可修正為具體危險之型態或個案判斷；司法方面免可採緩和措施，由檢察官採不起訴或緩起訴處分；法院可採微罪喻知無罪或易科罰金或緩刑等措施調節過苛。

⁴⁴⁷徐育安，同註 412，頁 122。

⁴⁴⁸蕭宏宜，同註 433，頁 78。王正嘉，同註 154，頁 110 註 45。

⁴⁴⁹古承宗，同註 155，頁 76。

⁴⁵⁰富味鄉案的二審判決：智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 94 號刑事判決，頂新案一審：彰化地方法院 103 年度囑訴字第 2 號刑事判決。惟頂新案二審：107 年 04 月 27 日臺灣高等法院臺中分院 104 年度囑上訴字第 1718、1722 號，因「攙偽或假冒」行為或第 10 款之「添加未經中央主管機關許可之添加物」行為，不論其行為是否確有致生危害人體健康之危險存在，改判有罪。

⁴⁵¹謝煜偉，同註 440，頁 73。

第三項 架空及混淆刑罰與行政罰之構成要件明確性

2013年5月毒澱粉事件，為避免造成身體健康危險的不易證明，立法者保留原攙偽、假冒行為必須致危害人體健康的規定於第49條第2項，並於同條第1項增訂攙偽、假冒的行為犯模式，而同條第3項則增訂犯第2項之罪，因而致人於死或重傷的實害處罰。從該條修法時相關委員的提案說明「嚇阻食品安全問題中，包括雖對人體健康不致造成傷害但因標示不實而造成非財產上損害之類型...具有詐欺性質」，「業者有本法第十五條第一項第七款...之行為時，係惡性重大之行為，為免難以識明『致危害人體健康』，而難以刑責相繩...不待有危害人體健康，逕對行為人課以刑事責任，以收嚇阻之效」。2014年2月與2014年12月的修法，將第49條第2項則並列「情節重大足以危害人體健康之虞」與原有「致危害人體健康」為不同刑罰的犯罪要件⁴⁵²。

第一款 新型態具體危險犯?情節重大足以危害人體健康之虞者

但增訂「情節重大足以危害人體健康之虞者」，與固有「致危害人體健康者」有何區別，在具體的適用上仍不易劃清界線。在立法理由書中指出，之所以增訂乃是原條法第1項為抽象危險犯，第2項為實害犯，在司法實務上雖常已證明犯有違反第44條⁴⁵³至第48條之1義務之行為，卻難以證明有致危害人體健康之結果，導致重大食安事件，難以課予第2項之罪責，因此，爰在抽象危險犯與實

⁴⁵²2014年2月5日公布食安法第49條：「有第十五條第一項第三款、第七款、第十款或第十六條第一款行為者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金。情節輕微者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣八百萬元以下罰金。(按：第一項抽象危險犯型態)有第四十四條至前條行為，情節重大足以危害人體健康之虞者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金；致危害人體健康者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金。(按：第二項具體危險犯型態)犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二億元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億五千萬元以下罰金。(按：第三項加重結果實害犯型態)因過失犯第一項、第二項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣六百萬元以下罰金。(按：第四項過失犯型態)」法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯第一項至第三項之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以各該項十倍以下之罰金。(按：第五項法人犯罪型態)科罰金時，應審酌刑法第五十八條規定。(按：第六項)

⁴⁵³2014年2月5日公布食安法第44條：「有下列行為之一者，處新臺幣六萬元以上二億元以下罰鍰；情節重大者，並得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；經廢止登錄者，一年內不得再申請重新登錄：一、違反第八條第一項或第二項規定，經命其限期改正，屆期不改正。二、違反第十五條第一項、第四項或第十六條規定。三、經主管機關依第五十二條第二項規定，命其回收、銷毀而不遵行。四、違反中央主管機關依第五十四條第一項所為禁止其製造、販賣、輸入或輸出之公告。」前項罰鍰之裁罰標準，由中央主管機關定之。

害犯間，於第 2 項前段增訂具體危險犯之處罰類型，即情節重大足以危害人體健康之虞者⁴⁵⁴。

就食安法第 49 條第 2 項之立法，是將違反第 44 條至 48 之 1 條之行為全數予以規範，前段規定若此等行為係「情節重大足以危害人體健康之虞者」⁴⁵⁵其處罰與前項相同。有論者認為應將其視為適性犯⁴⁵⁶之立法，而非立法者所謂的具體危險犯，而且，如此一來方能與後段「致危害人體健康者」此種典型具體危險犯之規定有所區分。不過，在具體的適用上仍然不易劃清兩者之界線。

第二款 第 15 條第 1 項具有行政罰與刑罰之共同構成要件

現行食安法第 44 條第 1 項(行政罰)及第 49 條第 1 項(刑罰)，對於違反共同構成要件食安法第 15 條第 1 項行為⁴⁵⁷時，分別規範處以罰鍰或刑罰，但立法機關並未指出行政罰與刑罰兩者之差異一究竟何在？則依據行政罰法第 26 條刑事優先之規定，食安法第 44 條第 1 項將無適用機會⁴⁵⁸，可謂立法機關未經裁量未作區別之裁量怠惰；且實務上經常發生行政主管機關先處予行政罰後，法院後來也作出了判決的情形，而不符合行政罰法第 26 條刑事優先之規定。

學者謝煜偉亦認為，在食安法當中有關「攙偽假冒」的行政不法構成要件（第 44 條、第 52 條）與刑事不法構成要件（第 49 條）共享第 15 條第 1 項第 7 款，但兩者解釋不需也不應連動。這固然牽涉到立法技術上容易造成適用者的誤解，不過，行政不法與刑事不法彼此的制度目的乃至於制裁手段皆有差異，應遵

⁴⁵⁴學者批評，食品衛生管理法第 44 條第 1 項第 2 款，是不分同法第 15 條第 1 項哪一款，均可論以具體危險犯。倘如此解釋，則摻偽、假冒或添加未經中央主管機關許可之添加物食品之行為同時存有抽象危險犯及具體危險犯之性質，殊難想像。故本文調僅有同法第 15 條第 1 款至第 6 款、第 8、9 款之食品或添加物始採具體危險犯，以資區別。曾淑瑜，同註 130，頁 6 註 8。

⁴⁵⁵觀之刑法條文，並無「…之虞」用語而只出現「致生…危險」之規定，SARS 條例第 18 條此處應將「…之虞」解為「致生…危險」之危險犯。亦即如有傳染於第三人之危險者，始構成本罪，基此，本條應屬具體危險犯，是否足生具體危險，即由法官判斷。何賴傑，同註 267，頁 4。

⁴⁵⁶徐育安，同註 412，頁 125。惟我國現無適性犯之類型可採。

⁴⁵⁷食安法第 15 條：「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：一、變質或腐敗。二、未成熟而有害人體健康。三、有毒或含有有害人體健康之物質或異物。四、染有病原性生物，或經流行病學調查認定屬造成食品中毒之病因。五、殘留農藥或動物用藥含量超過安全容許量。六、受原子塵或放射能污染，其含量超過安全容許量。七、攙偽或假冒。八、逾有效日期。九、從未於國內供作飲食且未經證明為無害人體健康。十、添加未經中央主管機關許可之添加物。(第一項)…

⁴⁵⁸蔡震榮、呂倩茹，行政罰與刑事罰之界限-以食品安全衛生管理法修正為例，法令月刊，第 66 卷第 7 期，頁 61，2015 年 7 月。

循之基本原則各自不同，因此要件解釋也自然各有不同的判斷⁴⁵⁹。有些行政制裁與刑事制裁也共享相同的行為模式，但二者之間，仍有不同的解釋與運用模式。

食安法第 49 條第 1 項，一般認為屬抽象危險犯規定，究竟要如何解釋與適用？在第 49 條的禁止規定雖然指示到第 15 條，但並非禁止規定各款全部，而是會被認為較嚴重，達到刑事不法程度者，分別為第 3 款、第 7 款、第 10 款與第 16 條第 1 款，其中解釋上最引起爭端的莫過於第 7 款的「攙偽或假冒」。

學者王正嘉批評，食安法第 49 條各款中，立法者選出其中的第 3 款、第 7 款、第 10 款以及第 16 條第 1 款作為直接刑罰的禁制行為，其中第 3 款在行為內涵上，添加了有毒或含有人體健康之物質或異物，產生對於食品安全與健康法益的危險至於實害；第 16 條第 1 款食品器具、食品容器或包裝、食品用洗潔劑有毒者，也是具有相同的情況；至於食安法第 49 條第 10 款屬於空白刑法規定，乃是透過「中央主管機關許可」的授權規定，給予政府機關決定可罰內容的權限，這也是經濟刑法常見的立法體例，但不可忽略的，這個法律採取了「正面表列」法例，同時也課以行政機關必須隨時按照最新科學知識，持續更新食品添加物的許可名單，並且加入或剔除許可，都必須具備實質理由，並妥善作出公告，否則也可能違背釋字第 680 號解釋⁴⁶⁰。

「攙偽或假冒」禁止類型，從 1975 年 1 月 28 日所制定的食管法即已存在，但一直要到 2013 年 6 月 19 日修法將之入罪化，2014 年 2 月 4 日從三年以下提高刑責到五年以下。但後於 2014 年 12 月 10 日增加第 3 款有毒或含有人體健康之物質或異物，體系解釋方法來看，第 7 款「攙偽或假冒」本應與第 3 款「有毒或含有人體健康之物質或異物」有所區別不能產生重疊，固非無理，惟若所摻入或假冒之物非有毒物質，或直接加入未經標示成分，缺乏所宣稱的成分時，即直接解釋為該當「攙偽與假冒」要件⁴⁶¹，是否過於擴大恐有待斟酌。

另刑罰也可作為行政措施實效性的擔保，如第 49 條第 2 項規定，當有第 44 條至第 48 條之該當行政罰規定的行為，而其情節重大足以危害人體健康之虞者，亦可處以刑事制裁，此二種立法模式，都不能視為違反一行為二罰⁴⁶²。

⁴⁵⁹謝煜偉，同註 440，頁 89。

⁴⁶⁰釋字第 680 號解釋，針對的懲治走私條例，若授權之目的、內容及範圍欠缺明確，有違授權明確性及法律明確性原則時，即為違憲。在此的食安刑法亦有適用。

⁴⁶¹富味鄉案第一審彰化地方法院刑事判決 102 年度囑易字第 2 號即採取此見解。抽象危險類型之故。

⁴⁶²王正嘉，同註 154，頁 117。

第三款 案例：臺全熱狗食品安全案

2017 年 11 月 14 日臺灣高等法院刑事判決 106 年度上易字第 2006 號⁴⁶³。案情摘錄：上訴人臺灣士林地方法院檢察署檢察官，因臺全公司所販賣熱狗食品原應注意准用之單方食品添加物皆應有中央主管機關准用之許可字號、且食品不得添加未經中央主管機關許可之添加物(非食品級亞硝酸鈉、硝酸鈉)，而依當時情形，並無不能注意之情事，竟疏未注意，因認被告涉犯食安法第 49 條第 4 項過失有同法第 15 條第 1 項第 10 款行為之罪嫌云云。

第一目 食安法第 15 條第 1 項第 10 款之解釋

狹義之法律解釋方法，有文義解釋、體系解釋、法意解釋（又稱歷史解釋或沿革解釋）、比較解釋、目的解釋及合憲解釋（後五者合稱為論理解釋），及偏重於社會效果之預測與社會目的考量之社會學解釋⁴⁶⁴。

該法條之修正沿革以觀，足見立法者增訂本條主在避免某種非我國正面表列許可添加物之物質，倘食品加工業者，所使用屬於上開正面表列之食品添加物，僅未經申請查驗並經核准取得許可之程序，即而同法第 48 條第 4 款規定食品業者販賣之產品違反中央主管機關依同法第 18 條所定食品添加物規格及其使用範圍、限量之規定，包含未經申請食品添加物查驗登記，即應處以行政罰。殊不因該添加物是否可能「有害人體健康」而認違反同法第 15 條第 1 項第 10 款規定而課以同法第 49 條第 4 項之刑責。

亦即第 15 條第 1 項第 10 款「添加未經中央主管機關許可之添加物」，文義上 2 種解釋：1、不屬於中央主管機關於範圍正面表列「品項」，因風險未經驗證，故無論該添加物是否已致危害人體健康，均可成立該罪抽象危險犯；2、已屬正面表列「品項」但僅有無取得登記許可，屬行政罰。故視添加物何屬解釋為何意，解釋權雖隨意，但給司法機關個案審查之空間調節。

⁴⁶³ 上訴人因被告違反食安法案件，不服臺灣士林地方法院 105 年度易字第 377 號，2017 年 8 月 10 日第一審判決（起訴案號：臺灣士林地方法院檢察署 105 年度偵字第 92 號、第 1215 號），提起上訴，本院判決如下：上訴駁回。

⁴⁶⁴ 惟論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義。而文義解釋，係依照法文用語之文義及通常使用方式而為解釋，據以確定法律之意義；體系解釋，係以法律條文在法律體系上之地位，即依其編章節條項款之前後關連位置，或相關法條之法意，闡明規範意旨；法意解釋（歷史解釋），乃探求立法者於制定法律時所作價值判斷及其所欲實踐目的，以推知立法者之意思；目的解釋，則係以法律規範目的，為闡釋法律疑義之方法（最高法院 102 年度台上字第 3819 號判決意旨參照）。

法院指出，經中央主管訂定之正面表列添加物之物質，僅其使用有不符品名、規格及使用範圍、限量標準之情形，已有同法第 48 條⁴⁶⁵規定行政罰之處罰，理由已見前述，尚不因添加物之物質危險性低而異其處罰規定，同法第 15 條第 1 項第 10 款規定既不包括使用上開正面表到添加物之物質，自不得以國內食品業者有無需求而擴大其適用範圍。最後法院再次指稱，食安法第 48 條第 4 款規定：食品業者販賣之產品違反中央主管機關依第 18 條所定食品添加物規格及其使用範圍、限量之規定，經命限期改正，屆期不改正者，處 3 萬元以上 3 百萬元以下之罰鍰；...確未將「品名」納入，足見使用非屬於該標準規定之表列物質做為添加物者，始應歸於同法第 15 條第 1 項第 10 款管制。

本案查扣之亞硝酸鈉，硝酸鈉係屬於中央主管機關許可添加物之正面表列事項物質，即非同法第 15 條第 1 項第 10 款之規範事項，亦未驗出有危害身體健康之成分，本案被告雖將未經查驗登記之亞硝酸鈉、硝酸鈉添加於食品中販售，或使國民健康暴露於無法預料之風險中，然因同法第 15 條第 1 項第 10 款並非規範此類之行為，亦未涵攝此無法預料之風險為犯罪構成要件，自不得以被告行為有此抽象危險即以該罪相繩。

第二目 刑罰無罪判決與行政罰之構成要件認定衝突

台北市衛生局後仍依違反食安法第 15 條第 1 項第 10 款，並依同法第 44 條第 1 項第 2 款及行政罰法第 26 條規定辦理裁處行政罰。但刑事法院已指出本案查扣之亞硝酸鈉，硝酸鈉係屬於中央主管機關許可添加物之正面表列事項物質，即非同法第 15 條第 1 項第 10 款之規範事項，應屬第 48 條規定之行政罰。

本案法院亦指出，犯罪行為若與違規行為競合，固應優先適用刑罰之規定，惟同法第 15 條第 1 項第 10 款規定之行為若包括上開正面表列之添加物，同法第 48 條第 4 款行政罰鍰將無適用餘地，此非立法者之本意⁴⁶⁶。行政機關卻仍採違反食安法第 15 條第 1 項第 10 款為要件，與法院之認定不同，似與法一致性有違。

⁴⁶⁵2014 年 2 月 5 日公布食安法第 48 條：有下列行為之一者，經命限期改正，屆期不改正者，處新臺幣三萬元以上三百萬元以下罰鍰；情節重大者，並得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；經廢止登錄者，一年內不得再申請重新登錄：...九、食品業者販賣之產品違反中央主管機關依第十八條所定食品添加物規格及其使用範圍、限量之規定。(按：行為時 2014 年 2 月 5 日修正前條文為：四、食品業者販賣之產品違反中央主管機關依第十八條所定食品添加物規格及其使用範圍、限量之規定。)

⁴⁶⁶106 年 11 月 14 日臺灣高等法院刑事判決 106 年度上易字第 2006 號。(節錄)··(八)綜上所述，食安法第 15 條第 1 項第 10 款所謂「添加未經中央主管機關許可之添加物」者，係指添加非屬「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」所公告准用於食品添加物之品項。依公訴人及被告、辯護人所提出之證據，已足認定被告所添加者，係屬上開標準所准用之食品添加物，自不能成立食安法第 49 條第 4 項、第 15 條第 1 項第 10 款之罪。且依卷存證據，尚得合理懷疑被

學者徐育安指出，對於何謂第 10 款中「未經中央主管機關許可之添加物」，衛生署是採用正面表列的方式，若未經衛生署表列者，則須另經申請，經衛生署許可始可添加至食品中，然而，在我們的生活上其實存在非常多可以用於食品著色或調味的物質，但未經正面表列，如果衛生署對於添加物還是維持如此定義，且限於經正面表列者始能添加，未有表列者即屬違法添加，依此，將產生恣意擴張處罰範圍之不合理的現象⁴⁶⁷。

正如學者蔡震榮所指出，食安法第 15 條第 1 項第 10 款屬於空白刑法規定，乃是透過「中央主管機關許可」的授權規定。現行食安法第 44 條第 1 項及第 49 條第 1 項，對於違反食安法第 15 條第 1 項行為時，尤其是第 3、7、10 款，兼具規範得處以罰鍰或有期徒刑或罰金之刑事罰，立法機關並未指出行政罰與刑事罰兩者之構成要件之差異究竟為何。本文認為此係立法疏漏或特意創造裁量空間，此應是臺灣立法過程多方角力之妥協產物。

食安法 2014 年 2 月 5 日修法後，標示不實之行為，如情節輕微時，雖仍屬於行政不法之行為⁴⁶⁸；但如情節重大有足以危害人體健康之虞，或致危害人體健康者，則處以刑事制裁。故標示不實，已具有具體危險犯及實害犯之性質⁴⁶⁹。

第四項 行政罰法第 26 條之刑罰與行政罰之競合

第一款 行政罰鍰依行政罰法第 18 條之正當性

彰化縣政府函詢大統長基食品廠股份有限公司 18 億 5 仟萬元罰鍰處分之合法性疑義，2014 年 3 月 20 日法務部法律字第 10303502000 號意見如下：…四、另行政罰法第 18 條第 1 項及第 2 項規定：「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。（第 1 項）前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。（第 2 項）」故除其他法律別有

告所販賣之食品，並非有毒或含有害人體健康之物質或異物，則被告是否有販賣有毒或含有害人體健康之物質或異物之食品犯行，亦未達於無所懷疑，而得確信為真實之程度，揆諸前揭說明，即屬不能證明被告犯罪。

⁴⁶⁷批判意見，如張麗卿，同註 407，頁 91 註 76。

⁴⁶⁸第 28 條：「食品、食品添加物、食品用洗潔劑及經中央主管機關公告之食品器具、食品容器或包裝，其標示、宣傳或廣告，不得有不實、誇張或易生誤解之情形。（第一項）」；第 45 條：「違反第二十八條第一項或中央主管機關依第二十八條第三項所定辦法者，處新臺幣四萬元以上四百萬元以下罰鍰…。」；食安法第 49 條：「有第四十四條至前條（按：第 48 條之 1）行為，情節重大足以危害人體健康之虞者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金…」

⁴⁶⁹甘添貴，同註 194，頁 4。

規定外，凡發生於本法施行後之違反行政法上義務之行為，均有本法第 18 條第 2 項之適用，行政機關於裁處罰鍰時，得於行為人所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。

2014 年 7 月 8 日衛生福利部訴願決定書衛部法字第 1030117520 號意見認為，即除其他法律別有規定外，凡發生之於行政罰法施行後之違反行政法上義務之行為，均有上開行政罰法第 18 條第 2 項之適用，行政機關於裁處罰鍰時，得於行為人所得利益範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。是以，原處分機關認定訴願人（大統公司）之違規事實後，審酌訴願人（大統公司）之違規情節輕重暨其不法獲利金額，加重處罰 18.5 億元（罰鍰），其裁量洵非無據⁴⁷⁰。惟行政院衛生福利部訴願委員會以上開行政罰鍰違反刑事優先、一事不二罰原則，認為訴願有理由而撤銷原處分⁴⁷¹。2014 年月底，智慧財產法院改判高振利應執行 12 年有期徒刑，大統公司應執行罰金 3 千 8 百萬元，其結果換得 18.5 億元不法利得免受追討之結果，因禍得福。

學者建議，此時行政機關必須以二個行政處分別處理類此案件，一為一般裁罰處分，另一為計算不法利得後，另行追繳不法利得的行政處分⁴⁷²。二者為不同訴訟標的，得分別提起行政救濟。相較體系解釋上，應該採用「外加型」的處罰方式，亦即，除了通常符合構成要件的處罰外，「再追繳」不法利得之全部⁴⁷³，始符立法目的。為避免解釋論上的之爭議，學者李惠宗認為宜以「立法論」處理為妥，亦即透過法律規定直接明文規定為宜。在追繳不法利得上，只要行為有構成要件該當以及違法，並不要求行為人有責。

⁴⁷⁰王服清，同註 332，頁 96。

⁴⁷¹原處分乃彰化縣政府 102 年 10 月 31 日府授衛食字第 1020344582 號裁處書。依照（舊）食品衛生管理法第 44 條第 1 項，罰鍰上限是 1,500 萬，但依同條第 2 項：「違反前項規定，其所得利益超過法定罰鍰最高額且經中央主管機關認定情節重大者，得於所得利益範圍內裁處之。」同此，行政罰法第 18 條第 2 項亦規定，違反行政法上義務行為「…所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。」彰化縣政府依照檢察官的估算，認為大統公司 7 年來因不法混油而得款 18.5 億元，並據此數額裁罰。精確而言，若以原罰鍰上限 1 千 5 百萬元為準，純屬違反行政法上義務的「處罰」至多就是 1 千 5 百萬元，超過罰鍰上限的 18.35 億元則是為了排除其「不法利得」，性質上應是準不當得利的衡平措施，而非處罰，因此，這部分是否在所謂一事不二罰之射程距離，殊有疑義。簡言之，就不二罰理論而言，因刑事罰金刑而應受撤銷的行政罰鍰額度，至多不應超過 1 千 5 百萬元（部分撤銷，而非全部撤銷），超過的 18.35 億元的準不當得利之剝奪，本來沒有「二罰」的問題。不過，原裁處作成當時是否有違反行政罰法第 26 條第 1 項刑事優先的瑕疵，則是另一問題。林鈺雄，同註 85，頁 94 註 2。

⁴⁷²李惠宗，追繳公法上不法利得之當事人適格性-評最高行政法院 100 年度判字第 2175 號判決及行政院訴願會有關追繳不法利得之決定，法令月刊，第 64 卷第 11 期，頁 1571 註 3，2013 年 11 月。

⁴⁷³相似意見，陳英鈴，追繳不法利得不生一罪二罰問題-103 年衛部法字第 1030117520 號訴願，月旦裁判時報，第 29 期，頁 14，2014 年 10 月。

追繳以實際獲利為限，兩億元並非上限，進一步將行政罰法第 18 條的行政罰鍰與不法利益追繳完全分別規定，讓追繳不法獲利制度可以充分展現制度應有的機能。此外，德國秩序罰法學界及實務雖就不法利得範圍之計算，採取淨額原則（不法利得範圍應扣法定或必要支出，例如人事成本、運輸成本費用等），但德國刑法有關不法所得沒收，已改採總額原則，我國行政罰法亦應於立法中明定為妥。依行政罰法第 18 條，此時乃屬處罰之一種，係以「故意過失」為要件，故應採「總額原則（Bruttoprinzip 含成本）⁴⁷⁴」，以杜僥倖；如果依據第 20 條之追繳，因非屬制裁的一種，不以受追繳人有故意過失為要件，且該條規定：「得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳」，法條文字既強調「所受財產上利益價值範圍內」，是應採「淨額原則(Nettoprinzip 不含成本)」⁴⁷⁵，以免失之過苛，而符合文義的要求。因此，就法解釋論上，應認為如審酌不法利得之行政成本高於其效益，則無審酌之必要。

學者林鈺雄建議，刑法不法利得沒收就要截然劃分為犯罪淨利沒收與犯罪成本沒收兩部分，兩階段計算法的相對總額原則，輔以過苛調節條款，應是兼顧理論一致與個案情節的較佳立法選項。大統案除了自然人的刑罰（高振利的有期徒刑）之外，針對法人（大統公司）的法律效果，財產剝奪總額度應該是「罰金+不法利得」⁴⁷⁶。前者性質上是針對其犯罪而來的刑罰（剝奪公司在罰金額度內自由運用其資金之能力，以資處罰），後者性質上是排除其過去因犯罪行為獲致的不法利得（類似不當得利之衡平措施），兩者並行不悖⁴⁷⁷。目前實務如頂新案，法人應執行罰金，不法利得則另沒收；如強冠案攙偽或假冒取得銷售款項不法利得，不問成本、利潤，均應沒收。

繼食安法估算條款之後，刑法第 38 條之 2 第 1 項明文增設沒收不法利得之「估算」(Schätzung)，是為了釐清其自由證明程序的「釋明」基準⁴⁷⁸。如果要學國務機要費案般一張張發票核對，不管立法如何大張旗鼓追討不法利得，最後

⁴⁷⁴犯罪不可能沒有成本，但如須扣除成本才能沒收，不盡合理，且於實務操作上也很麻煩。但得以過苛條款作調整，或緩和受沒收宣告人的不利處境，畢竟亦不希望沒收最終結果是抄家。何賴傑等，沒收新制的挑戰，月旦裁判時報，第 48 期，頁 29，2016 年 6 月。

⁴⁷⁵總額收入原則，簡稱總額原則（Bruttoprinzip）。係指因違規行為直接所「獲得」之經濟利益的總額，不減除其進貨成本、必要人事費用等支出。淨額利益原則，簡稱淨額原則(Nettoprinzip)係指因違規行為而取得經濟上之利益者，應扣除其取得之成本及法定費用（例如稅捐），例如雇用砂石車盜採砂石，雇主因雇用砂石車所支付之必要費用（薪資）及通過高速公路的費用等，應予以扣除，如有營業已繳納的營業稅，也應在扣除範圍。李惠宗，同註 473，頁 1574。相同見解，吳庚，同註 15，頁 514。

⁴⁷⁶林鈺雄，同註 85，頁 107。

⁴⁷⁷林鈺雄，同註 85，頁 108。

⁴⁷⁸林鈺雄，同註 85，頁 110。

必定又是不了了之⁴⁷⁹。刑法 38 條之 2 第 2 項利得沒收過苛調節條款，不論對犯罪行為人或第三人的沒收皆同有適用，其具體運用端視個案情節而定。一次沒收全部利得反而會導致公司立即倒閉，公司員工失業等問題。除酌減其沒收額度外，可分期繳交。

在各種行政處罰之手段中，單純警告欠缺實質上制裁力；停工、停產造成巨大經濟上之損失，且可能影響勞工以及上下游之產業。罰鍰作為一種制裁手段，一方面不至於影響生產，二方面可有彈性的反應違法之程度與行為人之特殊狀況。

第二款 刑事與調查證據移用

學者指出大統案彰化衛生局依照「彰化地檢署檢察官起訴書所載，估計其 7 年多來之違法情事裁罰可達 18.5 億元」，可見其根本未進行調查，就違法地逕行對訴願人科處剝奪不法利得之罰鍰。原處分違法之處，除了牴觸刑事程序優先原則外，尚在於未盡調查義務⁴⁸⁰。依照行政程序法第 36 條「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意」，縱使在行政裁處程序中不必受限於嚴格證明法則。

刑事訴訟法未規定之行政機關行政調查行為，應可認為是偵查前之非正規偵查程序⁴⁸¹。但其本質仍為行政調查，因此並不得依刑事訴訟法進行偵查。在調查過程中若發現當事人有相當理由可能涉及刑罰，其實依據刑事訴訟法第 241 條規定，即應停止調查行為依規定告發移送偵查機關續行偵查，為告發性質。因移送偵辦行為應僅屬於一觀念通知行為，屬於行政機關不具法效性告知犯罪嫌疑之意思表達。對於觀念通知行為實務見解認為當事人因不具有訴之利益，因此不可提出救濟。另舉發函覆僅在通知調查結果，並未發生法律效果，縱使可能影響舉發人其他權利之行使，也非行政處分⁴⁸²。

最高行政法院 98 年度判字第 494 號判決：「按『事實之認定，應憑證據，為訴訟事件所適用之共通原則。...『行政罰與刑罰之構成要件雖有不同，而刑事判決與行政處分，亦原可各自認定事實，惟認定事實須憑證據，倘無證據足資認定有堪以構成行政罰或刑罰要件之事實存在，即不得以推測之詞予人處罰，則為

⁴⁷⁹王服清，同註 332，頁 104。

⁴⁸⁰許澤天，同註 406，頁 123。

⁴⁸¹朱朝亮，同註 285，頁 59。

⁴⁸²最高行政法院 100 年度判字第 803 號判決。

二者所應一致。』學者陳愛娥認為⁴⁸³，行政機關仍應審視相關刑事判決之論斷是否「並無可致疑之處」，而非不加判斷逕予援引。據此，調閱司法機關案件資料是否屬行政程序法第 19 條行政協助之範圍？似均宜採否定見解。行政機關原則上仍應依專業行政法律、行政罰法與行政程序法賦予之權限，就行政決定之基礎事實自為調查認定，而不宜過度仰賴司法機關的調查能量。此外，行政程序法第 19 條規定之法理基礎為「發揮共同一體之行政」，據此，似難認可擴及於司法領域。

第三款 衛福部訴願決定書撤銷行政罰鍰：刑事程序優先

既然刑事法院已經以大統公司為刑罰對象而判處其罰金刑（不但是刑罰，而且還是刑法第 33 條第 5 款明訂的「主刑」），假使予以沒收，大統公司因混油犯行而來的不法利得就被剝奪了，後續行政訴願縱使撤銷行政罰鍰也無關緊要⁴⁸⁴。

大統案中的行政不法與刑事不法，均是以構成食安法第 15 條第 1 項第 7 款「攙偽或假冒」為內容。學者許澤天指出，本案彰化縣衛生局在檢察官起訴書剛送到法院，就對大統公司科處罰鍰，除了博取媒體版面外，毫無任何法律理由。根據刑事程序優先觀點，原裁罰處分的違法就在處分時抵觸行政罰法第 32 條第 1 項（僅謂行政機關應將涉及刑事部分移送該管司法機關，卻未言及對於違反行政法上義務部分究應如何處理），其所隱喻不得逕行裁罰之原則，而非因一審法院在其後對大統公司的罰金刑。至於衛福部訴願決定理由中所謂本件原處分機關就訴願人製售上述油品有攙偽、假冒之同一行為，顯與行政罰法第 26 條之規定意旨有違，原處分應予撤銷，方屬適法」的敘述，否則容易讓人誤以為彰化縣衛生局的罰鍰處分原本合法，只是因其後「情勢變更」而違法⁴⁸⁵。

目前行政罰法未賦予刑事司法機關審理行政法義務違反的前提來說，尚屬可採，但終究有讓人民因為同一行為遭受國家多重訴追的牴觸一事不再理原則疑義。根本解決之道，乃是修法賦予刑事司法機關對於行政法義務違反與刑事責任

⁴⁸³陳愛娥，行政罰之調查程序—行政罰法第八章之修法建議，法學叢刊，第 244 期，第 61 卷第 4 期，頁 51，2016 年 10 月。

⁴⁸⁴林鈺雄，同註 85，頁 94 註 3。

⁴⁸⁵許澤天，同註 406，頁 120-121。

競合時的審理權限，進而讓確定的刑事判決⁴⁸⁶，不論其有罪與否，具有拘束行政機關之實體確定力。

本文贊同本項見解，大統案裁處程序隱含一事不再理之雙重危險禁止之法理，相同法律效果之刑事程序與行政程序不得同時進行之故；刑罰與行政罰皆屬公法為國家處罰權之執行，應當一機關以整體性之綜合評價裁決，以符合雙重危險禁止原則。不過，縱使認為行政機關依照現行法仍得對無罪、免訴等判決確定後，再對違反行政義務之同一行為裁罰（行政罰法第 26 條第 2 項），其範圍也應侷限在該行政法義務違反具有獨自不法內涵之處，且不應採取構與刑事判決理由相矛盾之裁罰⁴⁸⁷。

另有關富味鄉行政罰鍰撤銷案，衛福部訴願審議委員會，以刑事二審判決，已經認定並無刑事不法的攙偽假冒行為為由，就直接撤銷新北市政府認定行政不法的攙偽假冒的罰鍰處分，並非妥當⁴⁸⁸。本文認為其與行政罰法第 26 條之規定意旨「刑事優先」有違，係因撤銷之理由應為程序違反而非證據不足。衛福部訴願會分別撤銷彰化縣政府對於大統公司的 18.5 億元罰鍰處分，以及新北市政府對於富味鄉公司的 4.6 億元罰鍰處分，前者係基於刑事法院已經判決大統公司罰金為主要撤銷理由；後者則是認為刑事法院已經認定富味鄉公司並未攙偽假冒⁴⁸⁹，即認為行政機關的認定不當。二者的共同問題都涉及到行政罰法第 26 條的性質與如何適用的問題。

然後續之其他食品安全行政罰鍰撤銷案，基本上依循行政罰法第 26 條第 1 項、第 2 項規定，自應待該案件經檢察官為不起訴、緩起訴或經法院判決為無罪、免訴、不受理等確定後，方得據以起算裁處權時效並於裁處權期間內裁處罰鍰。

⁴⁸⁶此處是否應涵蓋已確定的不起訴與緩起訴處分期滿未經撤銷的情形（刑訴法第 260 條），亦有討論空間，但此問題在刑事訴訟學理上即有不少爭議，只能略而不述。許澤天，同註 406，頁 121 註 26。

⁴⁸⁷許澤天，同註 406，頁 122 註 27。

⁴⁸⁸謝煜偉，同註 440，頁 89。

⁴⁸⁹富味香行政罰鍰撤銷案，104 年 8 月 28 日新北市政府衛生局衛部法字第 1040021795 號，依據智慧財產權法院判決，認定富味鄉是「標示不清」非「摻偽假冒」，直接撤銷原處分。（節錄）衛生局前於 102 年 10 月 21 日及 22 日至該公司稽查，該公司負責人坦承自 100 年 6 月起將進口之「棉籽油」…，未確實標示於產品外包裝，涉已違反行為時食品衛生管理法第 28 條第 1 項標示不實之規定，又因提供不實資料，影響衛生局行政調查方向，衛生局依同法第 45 條第 1 項及第 47 條規定，合併處罰鍰新臺幣 780 萬元整。另衛生局就本案認定…影響消費者權益重大，符合食安法第 44 條第 2 項所稱「情節重大」，並就該公司 100 及 101 年財務報表估算不法利益所得，103 年 10 月 13 日處該公司罰鍰新臺幣 4.6 億元。衛生福利部訴願審議委員會引述智慧財產法院 103 年度刑智上易第 94 號判決，…依卷內事證，尚難認該當於 102 年 6 月 21 日修正施行之食品衛生管理法第 15 條第 7 款之「攙偽或假冒」構成要件，故於 104 年 8 月 28 日裁定本案判決未構成摻偽或假冒要件，且所涉情節屬新北市政府 102 年 10 月 25 日裁罰定案之同一標示不實行為，故訴願決定應予撤銷罰鍰 4.6 億之原行政處分。

實務見解已擴張到一移送司法偵查機關後，開始偵查中亦不得處罰鍰，但仍可繼續行政平行調查。案例摘述如下：

強冠公司行政罰鍰撤銷案，高雄高等行政法院 104 年度訴字第 153 號，被告認原告違反行為時食安法第 15 條第 1 項第 3 款、第 7 款及第 9 款規定，遂依同法第 44 條第 1 項第 2 款及第 52 條第 1 項第 1 款規定，對原告裁處罰鍰 5 千萬元，本院合議庭審理結果，認原告之訴為有理由，依行政罰法第 26 條第 1 項、第 2 項規定，自應待該案件經檢察官為不起訴、緩起訴或經法院判決為無罪、免訴、不受理等確定後，方得據以起算裁處權時效並於裁處權期間內裁處罰鍰。乃將訴願決定及原處分對原告裁處 5 千萬元罰鍰部分均予撤銷。

正義公司行政罰鍰撤銷案，105 年 11 月 15 日高雄高等行政法院 104 年度訴字第 336 號。亦是以行政罰法第 26 條第 1 項、第 2 項規定，在刑事審判程序尚未終局確定前，行政機關不得逕予裁處罰鍰，應等案件經檢察官為不起訴、緩起訴，或經法院判決確定後，才能據以起算裁處罰鍰。

頂新公司行政罰鍰撤銷案，106 年 7 月 6 日高雄高等行政法院 104 年度訴字第 270 號。(節略)涉嫌違反食安法第 15 條第 1 項第 7 款、第 9 款規定，雖經臺灣彰化地方法院刑事庭判處原告無罪，惟現還在臺灣高等法院臺中分院審理中，尚未判決確定。…，逕以原告有違反行為時食安法之規定，裁處原告 5 千萬元罰鍰部分，核有違反行政罰法第 26 條第 1 項刑罰優先原則之違法。撤銷訴願決定及原處分處 5 千萬元罰鍰部分，即有理由⁴⁹⁰。

臺全熱狗案撤銷行政罰案⁴⁹¹，2017 年 11 月 30 日臺北市衛生局依食安法裁處「臺全熱狗火腿行」罰鍰 9 萬元。本案行政罰完全依行政罰法第 26 條第 1 項刑罰優先原則，俟刑事判決確定(無罪)始裁處罰鍰，惟裁處理由巧妙避開刑事法院認定無罪之理由，以避免質疑因相同事由，刑事無罪之證據事由，但行政罰卻認定違規之矛盾，這也是食安法刑罰與行政罰條文結構模糊重疊之故。

⁴⁹⁰頂新公司二審判決改判食安有罪。…應執行罰金新臺幣 2 億 5 千萬元；未扣案之犯罪所得新臺幣 1 億 434 萬 6774 元沒收。故原先撤銷之行政罰新臺幣 5 千萬元亦無妨。

⁴⁹¹2017 年 11 月 30 日臺北市衛生局依食安法裁處「臺全熱狗火腿行」罰鍰 9 萬元。臺北市政府衛生局 104 年依違反食安法第 15 條第 1 項第 10 款規定及同法第 49 條主動移送臺灣士林地方法院檢察署偵辦，經一審判決無罪，全案上訴二審，106 年 11 月 14 日臺灣高等法院上訴駁回，全案判決定讞。本案違規產品共計 4 件，臺北市政府衛生局依食安法及裁罰基準，共計處分新臺幣 9 萬元罰鍰。臺北市衛生局說明，全案經函請衛生福利部食品藥物管理署釋示適用法條，該署 106 年 11 月 23 日 FDA 食字第 1069024372 號函：「…業者使用已顯著宣稱非供食品用硝酸鹽於肉品之產製，得依違反食安法第 15 條第 1 項第 10 款，並依同法第 44 條第 1 項第 2 款及行政罰法第 26 條規定辦理。」北市衛生局旋即依前揭規定裁處。<https://health.gov.taipei/Default.aspx?tabid=36&mid=442&itemid=41928> 新聞稿。(上網日期 2018 年 4 月 8 日)。

第四款 小結

若以修法後第 44 條罰鍰上限為 2 億元推算，大統案不法利得為 18.5 億扣除 2 億(即 16.5 億元)。釋字第 641 號解釋理由書闡明，對於違反食品衛生管理法的行為不法，若不區別案例事實，將自然人的罰金和法人的罰鍰額度都分別提高到兩億元，對於某些案例可能過苛而違憲。反之，若自然人或法人的違法獲利實際上超過兩億元，不釐清行政罰法第 18 條第 2 項的法性質，只想含糊以此為基礎追繳不法利得，恐又將落入大統案的陷阱⁴⁹²。

另依 2017 年 1 月 23 日最高行政法院 106 年判字第 43 號判決⁴⁹³，針對強冠公司下游紅象公司食安案，判決理由對行政罰法第 18 條第 1 項裁罰最高額度

⁴⁹²陳英鈞，同註 474，頁 14。

⁴⁹³節錄...(六)復按行政罰法第 18 條第 1 項規定...可知，主管機關針對違反行政法上義務者裁處罰鍰時，固應以違規情節之輕重為斷，包括審酌其應受責難之程度、所生之影響及因違規行為所得之利益等因素，至於受處罰者之資力，則屬裁量時所「得」考量之事項，縱未予審酌，亦無裁量怠惰之可言。...，「故意」不提供完整之販售對象資料，妨害主管機關分秒必爭之行政調查，嚴重影響...民眾食用之安全，其應受責難之程度及違章情節誠屬重大。……上訴人資本額僅 3 百萬元，原處分處以最高罰鍰 3 百萬元，如併計前處分之裁罰金額 3 百萬元，裁罰總金額已超過上訴人之資產總額，惟原判決對上開內容皆未審酌，逕認被上訴人之裁罰合法，其認定違反行政罰法第 18 條第 1 項規定、比例原則及合法裁量；另依本院 101 年度判字第 73 號判決意旨，故意與過失行為應受責難程度本屬有別，...被告於 103 年 9 月 8 日已告知衛生局人員所取得之資料並非完整，尚待相關人員補齊，足見被告之行為非故意，至多僅為過失，乃原判決未予考量且未附理由即認本件無裁量怠惰情事，有判決不備理由及裁量違法之違誤云云，殊無足採。依行政罰法第 24 條至第 26 條規定可知，行政罰法本於一行為一罰，數行為數罰原則，而是否為一行為應個案判斷，就具體個案之事實情節，依行為人主觀犯意、構成要件實現、受侵害法益及所侵害法律效果，斟酌被違反行政法上義務條文文義、立法意旨、制裁之意義、期待可能性與社會通念等因素綜合判斷。行政不法行為之個數，最客觀之方法雖莫如依法律之規定，在法律未規定情形下，始依立法目的及法規範義務之態樣，判斷行為義務之個數。食安法第 47 條第 10 款規避稽查，與同條第 11 款對於主管機關要求提供之資料而提供資料不實，係不同之違規態樣，分列於同法第 47 條之不同款項，…並非一行為。上訴人認為提供不實廠商名單為規避稽查行為之一部，被上訴人已於 103 年 9 月 9 日依同法第 47 條第 10 款裁罰 3 百萬元（下稱「前處分」），復於 103 年 9 月 18 日依同法第 47 條第 11 款裁罰 3 百萬元，違反一行為不二罰原則，應有誤解。

六、本院經核原判決之結論並無違誤。茲就上訴理由再予補充論述如下：

(二)次按食安法第 47 條第 10 款、第 11 款規定...，食品業者如有規避、妨礙或拒絕主管機關所為上開查核與抽樣檢驗及為查核或抽樣檢驗所要求提供相關資料之措施者，則分別該當同法第 47 條第 10 款、第 11 款之裁罰要件。…上訴人應該當於二個違反上開行政法上義務之行為，而應評價為二行為而非一行為，依行政罰法第 25 條規定，應依食安法第 47 條第 10 款、第 11 款規定分別處罰。…主管機關…倘係基於同一查核目的，且食品業者規避、妨礙或拒絕查核，並拒不提供資料或提供資料不實，亦係出於違反食安法第 41 條第 1 項第 1 款所定義務之單一意思，則僅該當於一個違反上開行政法上義務之行為，應評價為法律上一行為而非數行為，…；反之，則屬數行為，依行政罰法第 25 條規定，應依食安法第 47 條第 10 款、第 11 款規定分別處罰。

(三)…，業者不為完整銷售資料之提供，縱部分提供資料之內容並非虛偽，就食品流向之完整性而言，仍屬提供資料不實。

3 百萬元罰鍰，係「得」考量受處罰者之資力、「故意」之受責難之程度；另「資料不實」之定義、「規避查核」及「提供資料不實」之行為數判定，見解值得參考。

第五項 法人犯罪能力處罰之相關論述

因法人為民法創設之主體，其權利義務及行為能力有其侷限性，也因為法人無自由意志可指責，無具體形體可受懲罰，因此我國實務之態度係否定法人得為「犯罪主體」，但因刑事政策之考量，乃例外於刑事特別法規承認法人認為可受罰之主體，故從刑法之理論，法人犯罪應皆屬法定犯。

第一款 法人的處罰適格

法人既已成為刑罰對象（如食安法第 49 條第 5 項參照），法院也對其科處罰金，何以在解釋「犯罪行為人」概念時不從剝奪受刑人非法利益的角度來理解，而硬是要從自然人的行為概念來解讀，以排除對法人之沒收⁴⁹⁴。法院判決法人既是犯罪行為人（故科處罰金），又不是犯罪行為人（故不予沒收），兩者不但邏輯上自相矛盾⁴⁹⁵。換言之，如果要否定法人之犯罪能力，那就應該從頭到尾徹底拒絕對於法人科以任何的刑度（包括主刑罰金與從刑沒收部分）；如果要肯定法人的犯罪能力，那就應該「一以貫之」地既對法人得科以罰金、又得對法人宣告沒收，而不宜僅以主刑罰金而卻不能從刑沒收「半套邏輯」的處理方式⁴⁹⁶，無法自圓其說。

大統案遭檢方聲請沒收不法所得 18 億 5 千萬元，但智慧財產法院認為大統為「法人」，沒犯罪行為能力，僅裁罰金 3 千 8 百萬元。檢察總長提起非常上訴，

⁴⁹⁴許澤天，同註 406，頁 123。

⁴⁹⁵林鈺雄，同註 85，頁 98。

⁴⁹⁶王服清，同註 332，頁 80。

但遭最高法院判決駁回⁴⁹⁷。為解決這項法律爭議及修補食安犯罪漏洞，法務部亦提出的刑法修正草案，不法所得擴大到第三人沒收⁴⁹⁸。

「法人是否為犯罪主體」取決於各該犯罪類型的立法規定⁴⁹⁹。釋字第 687 號解釋，因為大法官摒棄轉嫁責任說法，而以「回歸自己責任」的論證，解釋理由表示：「…公司負責人如故意指示、參與實施或未防止逃漏稅捐之行為，應受刑事處罰。故系爭規定係使公司負責人因自己之刑事違法且有責之行為，承擔刑事責任，並未使公司負責人為他人之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，與無責任即無處罰之憲法原則並無抵觸。」惟學者蔡震榮提出配套考量⁵⁰⁰，對於法人部分，除可課處罰金刑外，如為與不法利得衡平，已有刑法第 58 條規定可善用，如再科予沒收，恐將有重覆科處過當之嫌；且法人到場時之身分為被告？關係人？此攸關其權利之保障，且我國刑事訴訟程序並無適用法人之相關規定，如保全程序、判決效力等如何適用，皆付之闕如，另法人並未自始參與程序，可否因自然人之有罪判決，即科處法人沒收刑，恐尚有爭議之處。

在現行行政法規中，法人受到行政罰者，甚為普遍，但對法人之處罰多以罰鍰為之，惟亦有以其他方式加以制裁者，如常見之停止營業或廢止營業許可等。此外，除單獨處罰法人外，有時亦可見有與自然人併同處罰之規定者。其他組織如事業、機構(如廢棄物清理法亦有處罰「事業」及「機構」之規定，此種事業同樣不以具法人資格為必要及公私場所(如空氣污染防治法中有對於「公私場所」加以處罰者⁵⁰¹，航空站亦同。在最高行政法院 91 年度判字第 2253 號判決中，將法律中有關處罰之對象「機構」，依其立法意旨解釋包括自然人。雖屬擴張之解釋，然合乎立法者之本意，應無不可。

⁴⁹⁷法人無犯罪能力，非常上訴最高法院刑事判決 104 年度台非字第 269 號，(節錄)不能因修正前食品衛生管理法第 49 條第 5 項有對上開「法人」及「前揭自然人」設有科處罰金之附屬規定，即謂上開「法人」或「前揭自然人」即係實際參與或實行犯罪行為之人，而認其等該當於刑法第 38 條第 3 項所稱之「犯罪行為人」；修正前的食品衛生管理法第 49 條第 1 項之罪，而併列為該案件之被告，並依第 49 條第 5 項之規定對大統公司科處罰金，但因大統公司所銷售油品之得款屬於該公司所有，而大統公司並非上開犯罪之「犯罪行為人」，亦不能與高○利等人就上述犯罪成立共同正犯，因認大統公司銷售油品所得之款項，並無刑法第 38 條第 3 項沒收規定之適用，核其論斷於法尚無違誤。

⁴⁹⁸2015 年 12 月 17 日刑法修正，就「沒收犯罪所得」新增規定：第 38 條之 1：「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。」

⁴⁹⁹同此結論如許澤天，公司負責人對於公司逃漏稅捐的刑罰與行政罰問題－釋字 687 號後有關犯行參與論的學理續造，東吳法律學報，26 卷 1 期，頁 99，2014 年 7 月；相同見解，林鈺雄，同註 85，頁 100 註 18。

⁵⁰⁰蔡震榮、呂倩茹，同註 458，頁 61。

⁵⁰¹洪家殷，同註 39，頁 169。

第二款 案例

一、依食安法第 49 條第 5 項自然人故意犯才得處法人罰金。

正義案正義公司一審無罪，105 年 2 月 26 日臺灣高雄地方法院一審 103 年度矚重訴字第 1 號、104 年度矚訴字第 1、2 號判決，(節錄)：依食安法第 49 條第 5 項規定，法人之代表人、代理人、受僱人、從業人員，因過失而犯同條第 1 項之罪時，無從對該法人科以罰金，故對正義公司為無罪判決。正義公司二審有罪，107 年 2 月 13 日臺灣高等法院高雄分院 105 年度矚上重訴字第 1 號、矚上訴字第 2 號、第 3 號判決，(節錄)正義股份有限公司因其代表人、其他從業人員執行業務犯食安法第 49 條第 1 項之罪，科罰金 3 仟萬元(因係為故意犯)。另民事賠償案件⁵⁰²，其攙偽、假冒之食品，本質上自有危害人體健康之虞，係採刑事抽象危險之認定。

強冠公司法人罰金案。105 年 8 月 25 日臺灣高等法院高雄分院二審 104 年度矚上重訴字第 1 號、第 2 號判決，(節錄)因其代表人、受僱人執行業務犯 103 年 2 月 5 日修正施行之食安法第 49 條第 1 項之罪，共 285 罪，...客觀上已存在危害人體健康之抽象危險性，該當「攙偽或假冒」之要件。...科處強冠公司如判決書附表三、附表三之一所示之罰金刑，並定執行刑為應科罰金 1 億 2 千萬元⁵⁰³。

二、依行政罰法不論故意過失得對法人罰鍰。

強冠公司下游廠商紅象公司食安案。最高行政法院 106 年判字第 43 號判決，(節錄)：(四)又按行政罰法第 7 條第 2 項規定可知，法人等組織除就其機關(代表人、管理人、其他有代表權之人)之故意、過失，負推定故意、過失責任外，其實際行為之職員、受僱人或從業人員為法人等組織參與行政程序，係以法人等組織之使用人或代理人之地位為之，此際，法人等組織就彼等之故意、過失，亦應負推定故意、過失責任。所謂...「從業人員」之文義「從事某種行業之人」觀之，...解釋上以實際上為法人等組織參與行政程序之人即為已足，而非以有權代表法人等組織或經其正式僱用而為形式上之職員或受僱人為必要。至於法人等組織之代表人、管理人及其他有代表權之人，其等職務上之行為，本即應視為法人等組織之行為，自不待言。

⁵⁰²105 年 6 月 15 日高雄地院 104 年度消字第 8 號。

⁵⁰³106 年 2 月 14 日臺灣高雄地方法院行政庭 104 年度消字第 9 號。強冠案民事損害賠償事件。本案民事責任部分，消保會代理強冠案 237 名被害人提起團體訴訟求償 2133 萬元，高雄地院今年初判決，因顯違反食安法而有混攙、假冒，不符合當時專業水準可合理期待之安全性，危害人體健康。強冠應賠償其中 160 人每人六千至九千元，共 133 萬 1400 元。

第三款 不法利得之沒收及沒入競合

依現行刑法，犯罪行為人本即得依刑法 38 條⁵⁰⁴沒收犯罪所得之物。學者林鈺雄指出，公司不法利得已經可以且應該因為公司自身是犯罪行為人而被沒收不法利得，不用訴諸第三人沒收條款⁵⁰⁵。刑法第 38 條之 1 第 1 項，係就犯罪行為人以犯罪行為所取得利益之沒收規定，屬於違法犯罪行為人「不法所得利益」之沒收。其第 2 項之規定，則為行為人以外之第三人取得犯罪所得利益之沒收規定，而與行政罰法之「不當利得之追繳」精神較近⁵⁰⁶。本次修正刑事沒收為具獨立性之法律效果具體規定，如新通過條文第 40 條為例⁵⁰⁷，亦即，沒收為具獨立性之法律效果⁵⁰⁸。

經濟犯罪中，第三人不法利得沒收是重要的措施，從行為人擴充到第三人，所修正通過食安法第 49 條之 1⁵⁰⁹犯罪所得與財產利益，法院得宣告對於犯罪行

⁵⁰⁴民國 107 年 6 月 13 日刑法 38 條：違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。(第一項)供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。(第二項)前項之物屬於犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，而無正當理由提供或取得者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。(第三項)前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。(第四項)

⁵⁰⁵典型如大統混油案，由於公司就是系爭食安犯罪的主體（食安法第 49 條第 5 項），依照現行沒收條文（刑法第 38 條）已經可以沒收大統公司販售混油的不法利得，無關立法論。林鈺雄，同註 85，頁 97-100。

⁵⁰⁶廖義男，夏蟲語冰錄（一一六）—行政罰法不當利得之追繳，法令月刊，第 68 卷第 9 期，頁 157，2017 年 9 月。

⁵⁰⁷修法理由：「…惟因沒收已修正為具獨立性之法律效果，故其宣告，不必然附隨於裁判為之，且犯罪行為人因死亡、曾經判決確定而受不起訴處分或不受理、免訴判決者；因心神喪失或疾病不能到庭而停止審判者，宜沒收之；…又犯罪行為人逃避刑事訴追時，法院得不待其到庭逕為沒收與否之裁判。於第三項增訂因事實上或法律上原因未得追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收之規定。…惟此單獨宣告沒收程序之規定，以無法確認犯罪行為人刑罰權程序存在為前提，俾利訴訟經濟及裁判一致。」

⁵⁰⁸2018 年 1 月 4 日臺灣高等法院高雄分院刑事裁定 106 年度抗字第 279 號。上列抗告人即被告因聲請宣告沒收案件，不服臺灣屏東地方法院中華民國 106 年 10 月 13 日裁定（106 年度單聲沒字第 36 號），提起抗告，本院裁定如下：主文 原裁定所示之物准予沒收部分，均撤銷。其他抗告駁回。理由…又按「違禁物或專科沒收之物，得單獨宣告沒收」，刑法第 40 條第 2 項亦定有明文，是上開違反藥事法之供製造、調劑偽藥、禁藥之器材，係屬刑法第 40 條第 2 項所稱專科沒收之物，得單獨宣告沒收。而藥事法第 88 條第 1 項、刑法第 40 條第 2 項規定，係採義務沒收主義，應優先於採職權沒收主義之刑事訴訟法第 259 條之 1 而適用。經查被告…，復無證據足認係供本件製造偽藥之器材，或供製造偽藥犯罪所用，又非違禁物，爰不宣告沒收。

⁵⁰⁹食安法第 49 條之 1：「犯本法之罪者，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人外，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之；如全部或一部不能沒收時，應追徵其價額或以其財產抵償之。但善意第三人以相當對價取得者，不在此限。(第一項)…」

為人與第三人的沒收、追徵與抵償，另外也建立起二軌制，第 49 條之 2⁵¹⁰更賦予行政主管機關得進行第三人不法所得轉讓之追償措施(行政沒入或追繳該第三人)，當然這項行政追繳與刑事法院的沒收之間，在立法理由說明，按照行政罰法第 26 條的思維，仍然以「刑事沒收為優先」⁵¹¹。而沒收，縱使刑法與刑事訴訟法修正，但則仍不改其為司法權之作用，應由檢察官聲請，法院裁判宣告之⁵¹²。但學者詹鎮榮有不同意見認為，2016 年 7 月 1 日新刑法施行後，沒收去從刑化，蓋沒收既然不再是從罰，其與沒入間之關係，即已跳脫出一行為是否得「二罰」之法理思考脈絡之外⁵¹³。

學者廖義男指出，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定而應受罰鍰裁處(是否有罰金、緩起訴附負擔、罰鍰都兼具之裁罰複雜情形)，並因該違法行為而使第三人受有財產上利益者，就行為人因該違法行為應受處罰之部分，應先依刑事法律處罰之，並無疑問。但對第三人為不當利得之追繳並非行政罰，惟其追繳之標的為「因違法行為而受有之財產上利益」與前述刑事法律所規定對犯罪行為人以外第三人「因犯罪行為所得財物或財產上利益」得予沒收之標的乃屬相同而發生競合⁵¹⁴。對第三人為不當利得之行政追繳與對第三人為沒收之標的係屬同一之情況下(皆非處罰)，也應一併由法院以裁判為之，此不僅節省

⁵¹⁰食安法第 49 條之 2：「經中央主管機關公告類別及規模之食品業者，違反第十五條第一項、第四項或第十六條之規定；或有第四十四條至第四十八條之一之行為致危害人體健康者，其所得之財產或其他利益，應沒入或追繳之。(第一項)…」

⁵¹¹刑事訴訟法第 309 條：「有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別情形，記載下列事項：一、諭知之主刑、從刑、刑之免除或沒收。」以及第七編之二關於沒收特別程序之規定。詹鎮榮，行政罰定義與種類之立法政策上檢討—以裁罰性不利處分與沒入為中心，法學叢刊第 244 期，第 61 卷第 4 期，頁 24 註 42，2016 年 10 月。另立法院在 2016 年 5 月 27 日三讀通過刑事訴訟法關於沒收及保全扣押相關修正條文，並自同年 7 月 1 日起開始實施。此次修法目的，係為配合刑法 2015 年 12 月 17 日修正關於第三人不法利得之沒收及為落實沒收或不能沒收時替代處分之追徵，增訂保全扣押執行標的之相關配套規定。

⁵¹²如頂新公司二審判決。臺灣高等法院臺中分院 107 年 4 月 27 日 104 年度矚上訴字第 1718、1722 號判決。應執行罰金新臺幣 2 億 5 千萬元；未扣案之犯罪所得新臺幣 1 億 434 萬 6774 元沒收。併同宣告。

⁵¹³最高行政法院 100 年度判字第 1130 號判決則指出：「茲原判決基於前開事實，論以：依先刑事後行政罰之原則，上訴人就本案使用之機具可否為沒入處分，應俟被上訴人所涉刑事部分，如經不起訴處分或未經法院宣告沒收確定時，上訴人方得為沒入之行政罰。且行政罰法亦無檢察官未為扣押處分時，行政機關得即為沒入處分之明文，則上訴人於刑案部分未確定前，逕為本件沒入處分，於法自有未合。本件原處分既有違誤，自應予以撤銷，並由上訴人於適當時間另為適法處分等情。揆諸前開說明，則原判決適用法規容有違誤。」純就法條文義之詮釋而言，最高行政法院之見解應可支持。蓋行政罰法第 26 條第 1 項但書中之文義「而未經法院宣告沒收者」，應只是立法者認知到本文上述考量因素所言之「沒收沒入擇一性」之制度特色，所作出之規範文字而已，並無意建構出與同條第 1 項「罰鍰與刑罰競合」情形相同之「刑事程序原則」。即便刑事審判程序尚未開啟，或雖開啟但未終結，只要行政機關在個案上認為有為沒入之必要時，即可為沒入之處分。此際，當然該當行政罰法第 26 條第 1 項但書文義所稱之「未經法院宣告沒收」情形。詹鎮榮，同註 512，頁 22 註 40。

⁵¹⁴廖義男，同註 507，頁 161。

程序，亦符合該條後段規定「未經法院宣告沒收始得為沒入」所揭示「法院宣告沒收」優先原則之精神。

第四款 小結

以食安事件為例，在附屬刑法中法人有犯罪能力已無庸置疑，鑑於抽象危險犯之緩和措施，就犯罪情節審酌，檢察官亦可對法人提出緩起訴，加上沒收或追繳等制裁，根據個案情節多元調和，惟亦可能面臨如酒駕刑罰負擔與行政罰扣抵之問題，得作為後續研究。



第六章 結論與建議

第一節 結論

區別公法、私法的實益，可間接限制國家權力任意擴張至私人領域，避免「公法遁入私法」逃避責任及公法原則之拘束與監督，甚至假「立法裁量」或「立法自由形成範圍」之名，加以刑法化而濫用。

行政犯係指違反行政法上義務，相較不具倫理非難性，採用行政罰法所定之罰名；刑事犯係違反刑事法典(含附屬刑法)，相較具有強烈之倫理非難性，採用刑法所定之刑名。自然犯具強烈之倫理非難性，多應屬刑事犯；法定犯原僅為單純不服從行政法規規定，應屬行政犯，惟近代國家任務多元，社會活動複雜，相關附屬刑法日益增多，造成法定犯自然犯化。

社會契約論正是近代民主國家中法律根源妥當化基石，應由代表多元意見、且須經歷正式、謹慎且較為公開、透明之程序，透過民主程序以達成社會合意。法律保護之法益，一定必須與個人法益呼應連結，人性尊嚴與人格發展，才不致過度侵害基本人權。

犯罪階層體系中，所謂不法行為，乃指一個行為具備了成立犯罪之「積極構成要件」，且不具備排除違法性之「消極構成要件」。有評價過行為的不法性之後，才須評價行為人的罪責。在檢驗的順序上便是：行為→構成要件該當性→違法性→有責性→犯罪。區別刑事不法與秩序不法或行政不法的理論，並無實質存在之意義，因為甚多的行政法規中均併定有行政罰與刑罰條款。就實務上所認為「主觀惡性重大」係區別行政罰與刑事罰的界限，作為立法論上主要決定性之可操作型立論依據。此外，將較輕之不法行為交由行政機關制裁，亦具有程序經濟之效果。惟司法機關保留最後之法律控制，應不致於使人民喪失對其權利之有效保護。

行政機關有法定職權之人員所進行之非故意違法所蒐集之證據資料，皆有證據能力，且不排除不同機關間，證據的「移用」；另行政機關仍應審視相關刑事判決之論斷是否「並無可致疑之處」，而非不加判斷逕予援引。真實發現與人權保障並不是相互對立的概念。缺乏程序保障下所得出的調查或審判結果，都已經被近代法體系預設為不真實的結果。刑事訴訟法上禁止不計代價、不擇手段、不問是非的真實發現。

鑑於行政機關習以處罰（罰鍰）為主要管制工具的當前現狀，行政部門更「樂於」動用罰鍰手段，而捨行政檢查改善、令停工、行政執行等規制工具，破

壞整體秩序行政法的管制目的。但因國家的執法成本有限，提高徒刑法定刑度是比較不花成本的，但提高制裁機率，會要多花很多執法成本。實務案例上如有更嚴重之違規行為，認為處罰最高額度與行為人之違規行為相較比例懸殊，立法上亦得提高最高額度之罰鍰。

儘管刑法已經廢除牽連犯與連續犯，實務仍可透過對行為數的操作進行罪數認定，進而影響量刑結果。在於司法只要透過對接續犯與集合犯從嚴解釋、犯意變更與另行起意等法律語言的運用，由至多「從一重處斷」的法律效果，劇變為數罪「併合處罰」。但折衷辦法可以行政機關仍可透過行政管制作為行為之切割，只是切割時仍必須考慮有無一事兩罰的情形。因此，違規行為如果發生在處分送達前，不管是何種行為皆不應再處罰，且經裁罰通知後再犯者，已屬故意犯，類如刑罰之累犯。

承認法人犯罪能力，散見於附屬刑法。由於罰金刑是性質上「唯一」能夠對法人科處的主刑，因此，兩罰方式的附屬刑法，毫無例外都是對法人科處罰金刑。在食安法當中有關「攙偽假冒」的行政不法構成要件與刑事不法構成要件共享第 15 條第 1 項第 7 款，但兩者解釋造成混淆。

禁止雙重危險應包括實體法一行為不二罰，及程序上一事不再理。故廣義之「一行為不二罰」應係與前述之「禁止雙重危險」內涵相同。我國憲法固然沒有「一行為不二罰原則」的明文，惟從法治國家所要求之法安定原則、信賴保護原則以及比例原則均不難導出一行為不能重複處罰之要求。行政罰鍰撤銷案，基本上依循行政罰法第 26 條第 1 項、第 2 項規定，自應待該案件經檢察官為不起訴、緩起訴或經法院判決為無罪、免訴、不受理等確定後，方得據以起算裁處權時效並於裁處權期間內裁處罰鍰。實務見解已擴張到一移送司法偵查機關後，開始偵查中亦不得處罰鍰，但仍可繼續行政平行調查。

本文認為在立法論上，現代風險管理國家所不得不然之立法趨勢與責任，採用抽象危險犯基於刑事立法的要求，只要該特定行為出現，其危險就在立法上加以擬制，並且不容許反證推翻，且能有避免舉證困難，減輕追訴機關的負擔，能周全的保障法益，並符合一般預防的功能。實害結果是否出現，往往繫之於偶然，有時也不易判斷是否與行為人的行為存在歸責關係，在風險領域中，只有抽象危險犯可以辦得到。就司法論而言，若立法者已定位為抽象危險犯之性質，就不容許法官恣意將抽象危險概念逕往具體危險推定的謬誤，折衷之方法，立法方面朝完全揚棄抽象危險犯之立法型態，可修正為具體危險之型態之個案判斷；司法方面可採緩和措施，由檢察官採不起訴或緩起訴處分；法院可採微罪而論之無罪或易科罰金或緩刑等措施調節過苛。

行政處罰之大多立法體例上都處罰風險形成犯居多，故幾乎無所行政未遂犯，而與刑事未遂犯不應有所誤解混淆。以行政不法行為無既遂與未遂之區分為前提，提出「重要階段行為理論」與「一個整體不法行為理論」，透過「著手行為」的提早及擴大認定，作為成立行政不法行為的構成要件，應可認同。

行政罰法第 26 條第 2 項扣抵之立法精神，係參考道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項規定而來，但該條項罰金可扣抵罰鍰之規定，已有違反行政罰法第 26 條第 1 項「刑事優先」而有一事兩罰之疑慮，顯引用原先已有違憲之疑的規定，應係參用錯誤係而屬毒樹毒果理論禁用之列，已有違憲之嫌。另緩起訴或緩刑之負擔，應與前述之罰金顯然不同，立法者是從人民之角度的法感情作為出發點，才有扣抵之規定。然緩起訴負擔，係為檢察官處分之；緩刑負擔，係為法官宣告之，兩者屬性明顯不同。本文認為緩刑負擔其實已是刑事處罰，如同罰金性質，不應再行政罰，遑論扣抵。

第二節 建議

一行為同時觸犯刑罰及行政罰，因國家分工體制在程序上卻拆成行政機關與司法機關兩種裁處程序，徒增訟累勞煩，另一種變相不利益負擔。我國行政罰法未考慮到刑事司法機關在行政不法追訴上所應扮演之角色，建議應以統合追訴方式，刑罰與行政罰競合時由刑事法院處理，並賦予法院還有吊銷駕照，或法人，解散或限制營業管制權限，可作為未來的修法參考。

以食安事件為例，在附屬刑法中法人有犯罪能力已無庸置疑，鑑於抽象危險犯之緩和措施，就犯罪情節審酌，檢察官亦可對法人提出緩起訴，加上沒收或追繳等制裁，根據個案情節多元調和，惟亦可能面臨如酒駕刑罰負擔與行政罰扣抵之問題，得作為後續研究。

緩起訴處分附負擔處分扣抵罰鍰，建議更為妥適之解決方式，係在刑事訴訟法第 253 條之 2 條文中增列第 5 項規定：第 1 項第 4 款、第 5 款之緩起訴處分負擔總額，不得低於同一行為因違反行政義務所應裁罰之最低罰鍰金額，就法律體系一致性，避免有違反「一行為不二罰」。

有關刑事罰金扣抵罰鍰根本上解決應否扣抵之問題，立法上則可將行政罰條款之最低裁罰額度與刑事罰條款之最低刑度修正作同一規定，予刑事罰應互相參酌以求周延。

參考文獻

一、專書

1. 王皇玉，刑法總則，1版，2014年12月。
2. 王海南等，法學入門，11版，2010年9月。
3. 吳庚，行政法之理論與實用，14版，2016年9月。
4. 李惠宗，行政罰法之理論與案例，初版，2005年6月。
5. 李震山，行政法導論，9版，2012年4月。
6. 林山田，刑法通論（上），10版，2008年10月。
7. 林山田，刑法總論（下），10版，2008年10月。
8. 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），7版，2013年9月。
9. 林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），7版，2013年9月。
10. 林鈺雄，新刑法總則，2版，2009年9月。
11. 林錫堯，行政罰法，2版，2012年11月。
12. 洪家殷，行政罰法論，2版，2008年6月。
13. 徐韋中，全世界都在學習的30個經典定律，第1版，2010年6月。
14. 張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，12版，2013年9月。
15. 張麗卿，刑法總則理論與運用，5版，2015年9月。
16. 陳文貴，行政罰競合理論與實務—雙重處罰禁止論，初版，2012年9月。
17. 陳敏，行政法總論，著者自印，5版，2007年10月。
18. 傅佩榮，西方哲學心靈，第2卷，初版，2014年7月。
19. 黃仲夫，刑法精義，25版，2009年9月。
20. 蔡震榮/鄭善印，行政罰法逐條釋義，2版，2008年5月。
21. 鄭逸哲，刑法基本理解的矯正—台灣現行刑法素貌探索，初版，2008年9月。
22. 謝哲勝編，法律經濟學，第五章刑法的經濟分析，自版，2007年。

二、學位論文

23. 蔡蕙芳，從危險理論論不能安全駕駛罪，國立台灣大學法律研究所博士論文，2000年6月。
24. 蕭宏宜，數位時代著作權刑法的挑戰與因應，東吳大學法學院法律系博士論文，2008年。
25. 李宣毅，犯罪構成要件行政從屬性之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2010年7月。
26. 林慧菁，論環境刑事案件之行政調查與刑事偵查，國立政治大學法學院碩士

在職專班碩士論文，2008 年。

27. 徐菡禧，以行政裁量論刑事司法裁量-以法院職權調查證據為中心，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，1994 年 6 月。
28. 郭書豪，行政罰責任條件之再探究-基本權利保護之觀點，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2012 年 6 月。
29. 楊士擎，論禁止雙重危險原則，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2009 年 7 月。
30. 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2009 年 7 月。
31. 鍾豪峰，刑事不法與民事不法的分界，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月。

三、期刊專文

32. 王正嘉，風險社會下的刑法保護機能論，法學新論，第 6 期，頁 75-99，2009 年 1 月。
33. 王正嘉，食品安全管理與運用刑事制裁之研究，國立中正大學法學集刊，55 期，頁 95-135，2017 年 4 月。
34. 王服清，刑罰與行政秩序罰之競合問題—以大統長基食品公司案為例，法治與公共治理學報，第三期，頁 71-122，2015 年 12 月。
35. 王服清，論行政罰對「未遂行為」之處罰問題，興大法學，第 16 期，頁 1-47，2014 年 11 月。
36. 王皇玉，2013 年刑事法發展回顧：酒駕與肇逃之立法與實務判決，臺大法學論叢，第 43 卷特刊，頁 1228-1264，2014 年 11 月。
37. 王皇玉，刑罰與社會規訓-第一章論刑罰的目的，臺灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁 1-32，2009 年 4 月 1 日。
38. 王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，159 期，頁 235-244，2008 年 8 月。
39. 古承宗，刑法作為保障食品安全之手段—兼評彰化地方法院 100 年度矚易字第 1 號判決、台灣高等法院台中分院 101 年度矚上易字第 295 號判決，台灣法學雜誌，第 261 期，頁 67-81，2014 年 12 月 01 日。
40. 甘添貴，食品攙偽假冒與標示不實之入罪化，月旦法學雜誌，第 253 期，頁 55-68，2016 年 5 月。法源資訊重新校編。
41. 朱朝亮，偵查實務講座第 1 講—非正規偵查之類型及其蒐證效力(上)，月旦法學教室，第 90 期，頁 57-74，2010 年 3 月 15 日。
42. 江苑臻，台灣桃園地方法院檢察署偵辦八十九年度新加坡航空公司 SQ-006 班機空難案件之緩起訴報告，東海大學法學研究，第 18 期，頁 237-243，2003 年 6 月。

43. 何子倫，刑事犯與行政犯之區別初探，國政研究報告憲政(研)092-005 號，2003 年 1 月 28 日。
44. 何子倫，論刑法之行政從屬性，國政研究報告憲政(研)092-051 號，2003 年 12 月 24 日。
45. 何賴傑，SARS 相關刑事法律問題研究，原刊載於:台灣本土法學雜誌 49 期，頁 122-126，2003 年 8 月。月旦法學知識庫數位出版部重新編輯。
46. 何賴傑，檢察官不起訴職權修正之總檢討(一)-緩起訴處分。原刊載於法學講座，6 期，2002 年 6 月。月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁 1-16。
47. 何賴傑等，沒收新制的挑戰，月旦裁判時報，第 48 期，頁 5-62，2016 年 6 月。
48. 吳耀宗，偽造文書罪保護法益之研究，月旦法學雜誌，128 期，頁 120-141，2006 年 1 月。
49. 李介民，危害防止法止責任繼受與成本分擔，法令月刊，65 卷第 12 期，頁 43-67，2014 年 12 月。
50. 李介民，危害防止措施行使的合法性-兼論最高行政法院 101 年度判字第 58 號判決，法令月刊，63 卷第 11 期，頁 23-48，2012 年 9 月 7 日。
51. 李佳玟，風險社會下的反恐戰爭，月旦法學雜誌，118 期，頁 30-40，2005 年 3 月。
52. 李建良，刑事罰與行政罰之關係及其競合問題-2011 年行政罰法修正簡析，台灣法學雜誌，202 期，頁 1-13，2012 年 6 月 15 日。
53. 李建良，行政裁量與判斷餘地，月旦法學教室，98 期，頁 34-49，2010 年 11 月。
54. 李建良，行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題-「制裁性不利處分」概念之提出，月旦法學雜誌，181 期，頁 133-163，2010 年 6 月。
55. 李建良，論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係-評析「和平電廠超額使用生煤案」之相關判決與法制，月旦法學雜誌，第 235 期，頁 93-121，2014 年 12 月。
56. 李建良，論行政法上「責任」概念及責任人的選擇問題-兼評最高行政法院 93 年度判字第 628 號、95 年度判字第 1421 號判決及其相關判決，黃舒芄主編，2007 年行政管制與行政爭訟，頁 29-104，2008 年。
57. 李建良，轉型不正義？-初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判，月旦法學雜誌，第 148 期，頁 5-32，2007 年 9 月。
58. 李惠宗，法定證據主義的幽靈，原載於:法令月刊，61 卷 3 期，2010 年 3 月，頁 4-17，月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁 9。
59. 李惠宗，追繳公法上不法利得之當事人適格性-評最高行政法院 100 年度判字

- 第 2175 號判決及行政院訴願會有關追繳不法利得之決定，法令月刊，第 64 卷第 11 期，頁 1568-1588，2013 年 11 月。
60. 周愷嫻，以風險評估為基礎之新刑罰學：新遠道與舊鄉愁，月旦法學教室，142 期，頁 52-59，2013 年 2 月
61. 周愷嫻、Bill Heberton，刑罰是知識結構與文化的鏡子：台灣與英國嚴刑重罰趨勢之比較研究，臺大法學論叢，第 39 卷第 2 期，頁 433-465，2010 年 6 月。
62. 林明昕，裁罰性不利處分 vs 非裁罰性不利處分—評台北高等行政法院九十九年度訴字第一五二九號判決，興大法學，第 17 期，頁 1-26，2015 年 5 月。
63. 林昱梅，論行政罰法之共同違法及併同處罰，法學叢刊，第 245 期，第 62 卷第 1 期，頁 33-74，2017 年 01 月。
64. 林聖凱，沒有抽象危險犯的世界—論抽象危險犯的必要性，刑事法雜誌，第 57 卷第 3 期，頁 1-66，2013 年 6 月。
65. 林鈺雄，利得沒收之法律性質與審查體系—兼論立法之展望，月旦法學雜誌，第 238 期，頁 53-84，2015 年 3 月。
66. 林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋適用，月旦法學雜誌，第 251 期，2016 年 3 月，法源資訊重新校編，頁 6-34。
67. 林鈺雄，法人犯罪及不法利得之沒收—評大統混油案刑事判決，台灣法學雜誌，第 261 期，頁 94-110，2014 年 12 月 1 日。
68. 林鈺雄，食安防線與食品犯罪—從正義、頂新黑油事件說起，台灣法學雜誌，第 259 期，頁 1-6，2014 年 11 月。法源資訊重新校編。
69. 林錫堯，關於建構「憲法上一行為不二罰原則」之問題，法學叢刊，第 241 期，第 61 卷第 1 期，頁 1-28，2016 年 1 月。
70. 柯耀程，刑罰具體化的形成形式與意義，月旦法學教室，43 期，頁 92-99，2006 年 5 月。
71. 柯耀程，法律變更或事實變更？—最高法院九十四年度台上字第七七一號判決評釋，頁 215-228，月旦法學雜誌，128 期，2006 年 1 月。
72. 柯耀程，頂新油品案—評彰化地院 103 年度矚訴字第 2 號、104 年度訴字第 314 號刑事判決，月旦裁判時報，第 54 期，頁 50-56，2016 年 12 月，由法源資訊重新校編，頁 1-7，2016 年 12 月。
73. 洪家殷，行政罰之狀態責任及一行為不二罰原則—台北高等行政法院九六年訴字第一二八八號判決簡評，原載於：台灣本土法學雜誌，104 期，頁 328-332，2008 年 3 月，月旦法學知識庫數位出版部重新編輯。
74. 洪家殷，行政罰裁處之審酌、減輕及免除，月旦法學教室，第 77 期，頁 30-31，2009 年 3 月。
75. 洪家殷，行政調查與刑事偵查之界限，東吳法律學報，第 25 卷第 1 期，頁 1-43，2013 年 4 月 12 日。

76. 洪家殷，論行政罰之禁止錯誤－以行政罰法第 8 條之評析為中心條，東吳法律學報，第 20 卷第 4 期，頁 1-51，2008 年 12 月 26 日。
77. 洪家殷，論行政調查之證據及調查方法—以行政程序法相關規定為中心，東海大學法學研究，第 35 期，頁 1-51，2011 年 12 月。
78. 胡天賜，從法律經濟分析觀點探討我國強制執行法上拘提管收制度之合憲性，原刊載於台灣本土法學雜誌，47 期，頁 45-62，2003 年 6 月。由月旦法學知識庫數位出版部重新編輯。
79. 胡天賜，試論我國行政執行法之拘提管收，法令月刊，第 53 卷第 12 期，頁 33-45，2002 年。
80. 徐育安，傳統刑法理論與現代風險社會—以我國食安法爭議為核心，臺北大學法學論叢，第 104 期，頁 73-135，2017 年 12 月。
81. 張永明，危險食品下架處分與行政救濟，月旦法學教室，第 137 期，頁 9-11，2014 年 3 月。
82. 張英磊，由法經濟學及比較法觀點論環境罰鍰核科中不法利得因素之定位，中研院法學期刊，第 13 期，頁 187-228，2013 年 9 月。
83. 張家維，一行為不二罰—以緩起訴與行政罰法第 26 條為出發，刑事法雜誌，第 57 卷第 4 期，頁 39-62，2013 年 8 月。
84. 張麗卿，妨害食品安全刑事責任之探討，東海大學法學研究，第 42 期，頁 91 註 76，2014 年 4 月。
85. 張麗卿，食品犯罪中的攙偽或假冒—以富味鄉混油事件判決為中心（附談頂新判決），月旦法學雜誌，第 249 期，頁 89-115，2016 年 2 月。
86. 張麗卿，食品攙偽或假冒的抽象危險犯辯證，月旦法學雜誌，第 261 期，頁 76-95，2017 年 2 月。
87. 許玉秀，無用的抽象具體危險犯，原載於：台灣本土法學雜誌，8 期，頁 85-89，2000 年 3 月。由月旦法學知識庫數位出版部重新編輯。
88. 許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，197 期，頁 134-151，2011 年 10 月。
89. 許恆達，「行為非價」與「結果非價」—論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，第 114 期，頁 215-300，2010 年 4 月。
90. 許恆達，刑罰理論的政治意涵—論「刑事政策」的誕生，法學新論月旦法學雜誌，137 期，頁 181-211，2006 年 10 月。
91. 許澤天，「一罪一罰」作為廢除連續犯理由的迷思—單一刑罰制的引入，原刊載於台灣法學雜誌，第 215 期，頁 97-111，2013 年 1 月 1 日。月旦法學知識庫數位出版部重新編輯。
92. 許澤天，公司負責人對於公司逃漏稅捐的刑罰與行政罰問題—釋字 687 號後有關犯行參與論的學理續造，東吳法律學報，26 卷 1 期，93-136 頁，2014 年 7

月。

93. 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，頁 112-128，2014 年 12 月。
94. 許澤天，刑事確定判決對行政裁罰的拘束力，月旦法學教室，第 141 期，頁 33-35，2014 年 7 月。
95. 許澤天，論酒精影響下的不能安全駕駛罪，興大法學，第 15 期，頁 143-172，2014 年 5 月。
96. 陳文貴，緩起訴處分與行政罰法第二六條第二項不起訴處分之法律關係—從憲法禁止雙重危險原則加以檢視，法學新論，月旦法學雜誌，153 期，頁 132-143，2008 年 2 月。
97. 陳志龍、鄭文中，刑法與行政法的處罰行為數認定之差異—兼探討「先行政後司法」、「先行政後刑法」、「行政機關決定行為數」與「法治國人權保障」等法社會學背景，刑事法雜誌，第 52 卷第 1 期，頁 1-62，2008 年 2 月。
98. 陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別—德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（下），興大法學，第 16 期，頁 165-233，2014 年 11 月。
99. 陳英鈺，追繳不法利得不生一罪二罰問題—103 年衛部法字第 1030117520 號訴願，月旦裁判時報，第 29 期，頁 5-15，2014 年 10 月。
100. 陳淑芳，行政罰上接續行為之裁處，台灣法學雜誌，156 期，頁 130-133，2010 年 7 月 15 日。
101. 陳愛娥，行政罰之調查程序—行政罰法第八章之修法建議，法學叢刊第 244 期，第 61 卷第 4 期，頁 33-52，2016 年 10 月。
102. 單麗玟，抽象危險犯的必要性審查，月旦法學雜誌，第 238 期，頁 172-198，2015 年 3 月。
103. 曾淑瑜，從食品摻偽之類型論入刑化之必要性，原刊載於台灣法學雜誌，241 期，頁 64-74，2014 年 2 月 1 日。月旦法學知識庫數位出版部重新編輯。
104. 湯儒彥、曹壽民，從連坐處罰觀念探討酒醉駕車行政處罰的界限，臺北大學法學論叢，第 62 期，頁 91-124，2006 年。
105. 程明修，公路汽車客運營運路線許可制度已若干法律爭議—以最高行政法院 98 年度判字第 1078 號判決、最高行政法院 98 年度裁字第 2199 號裁定及最高行政法院 98 年度判字第 1149 號判決為例，台灣法學雜誌，151 期，頁 9-23，2010 年 5 月 1 日。
106. 程明修，行政法上之風險評估與管理，臺灣法學雜誌，142 期，頁 102-116，2009 年 12 月 15 日。
107. 程明修，行政法上之預防原則（Vorsorgeprinzip）—食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，第 167 期，頁 127-136，2009 年 4 月。
108. 黃啟禎，行政管制與行政制裁之區分及運用—以水土保持為例，刑與思-林山

- 田教授紀念論文集，頁 515-534，2008 年 11 月。
109. 黃銘傑，「讓行政的歸行政、司法的歸司法」跳脫「先行政後司法」後之「先行政無司法」窘態，月旦法學雜誌，201 期，頁 91-121，2012 年 2 月。
 110. 楊雲驊，自言自語的證據能力，月旦法學教室，134 期，頁 27-29，2013 年 12 月。
 111. 楊雲驊，私人不法取證之證據能力-評最高法院九八年度台上字第五七八號判決，臺灣法學雜誌，第 135 期，頁 277-280，2009 年 1 月。
 112. 詹鎮榮，「裁罰性」不利處分之概念及其範圍界定-兼論菸害防制法第 23 條「戒菸教育」之法律性質。原刊載於台灣本土法學雜誌，93 期，頁 125-148，2007 年 4 月，月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁 9-10。
 113. 詹鎮榮，行政罰定義與種類之立法政策上檢討-以裁罰性不利處分與沒入為中心，法學叢刊，第 244 期，第 61 卷第 4 期，頁 1-30，2016 年 10 月。
 114. 詹鎮榮，論委任人與受任人間之行政罰責任分擔-以最高行政法院 97 年度判字第 1112 號判決以及 98 年度判字第 420 號判決出發，頁 55-83，載：2009 年行政管制與行政爭訟，頁 22，2009 年 11 月 12 日。
 115. 廖義男，夏蟲語冰錄（一一六）-行政罰法不當利得之追繳，法令月刊，第 68 卷第 9 期，頁 148-169，2017 年 9 月。
 116. 熊秉元，走進法律經濟學：第一章法律的經濟分析：理論架構，法令月刊，第 62 卷第 11 期，頁 38-44，2011 年 11 月。
 117. 熊秉元，走進法律經濟學：第四章「罪刑法定主義」的舊瓶與新酒-由狹義解釋到廣義解釋，法令月刊，第 64 卷第 3 期，頁 36-45，2013 年 3 月。
 118. 劉秉鈞，論刑事訴訟法基於刑罰必要性考量的處置，刑與思-林山田教授紀念論文集，頁 536-560，2008 年 11 月。
 119. 潘怡宏、林明昕、許澤天等，建構符合當代社會需求及法治基準的制裁體系，台灣法學會司改論壇(六)，月旦法學雜誌，第 261 期，頁 270-304，2017 年 2 月。
 120. 蔡聖偉、許絲捷、潘怡宏等，環境犯罪規範設計與不法利得沒收，月旦法學雜誌，第 278 期，頁 79-99，2018 年 7 月。
 121. 蔡震榮，以處分書送達時作為行為數分割之爭議-評台北高等行政法院 98 年度訴字第 2800 號判決，台灣法學雜誌，第 165 期，頁 203-212，2010 年 12 月 1 日。
 122. 蔡震榮，行政罰法修法之探討，法令月刊，第 64 卷第 2 期，頁 23-43，2013 年 2 月。
 123. 蔡震榮，行政罰與刑事罰界限問題之探討，法令月刊，第 65 卷第 1 期，頁 39-59，2014 年 1 月。
 124. 蔡震榮，法律明確性與一行為不二罰，月旦法學教室，第 184 期，頁 9-11，

- 2015 年 2 月。
125. 蔡震榮，緩起訴扣抵問題之探討，月旦法學教室，第 189 期，頁 9-12，2018 年 7 月。
126. 蔡震榮，緩起訴性質與行政罰之關係，月旦法學雜誌，第 155 期，頁 24-33，2008 年 4 月。
127. 蔡震榮、呂倩茹，行政罰與刑事罰之界限-以食品安全衛生管理法修正為例，法令月刊，第 66 卷第 7 期，頁 32-66，2015 年 7 月。
128. 鄭逸哲，假性的具體危險構成要件，月旦法學教室，第 59 期，頁 14-15，2007 年 9 月。
129. 盧映潔，德國替代自由刑之公益勞動制度及其實務運作介紹-兼及我國易服社會勞動制度之說明與比較，國立中正大學法學集刊，頁 1-49，100 年 12 月 16 日。
130. 蕭宏宜，摻偽假冒的刑事爭議問題，台灣法學雜誌，第 242 期，頁 66-78，2014 年 2 月。
131. 謝煜偉，交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，第 210 期，頁 107-130，2012 年 11 月。
132. 謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制-「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，第 1 期，頁 70-90，2016 年 6 月。
133. 顏佑紘，試論行政命令作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，東吳法學報，第 23 卷第 1 期，頁 43-94，2011 年 3 月 25 日。

四、網路資料

134. 「只顧業者」衛福部瞞 13 天黑心油下肚「台灣人命不如垃圾」。
<https://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20141010/36137227/>
蘋果日報 2014 年 10 月 10 日(上網日期：2016 年 1 月)
135. 2017 年 11 月 30 日臺北市衛生局依食安法裁處「臺全熱狗火腿行」罰鍰 9 萬元。
<https://health.gov.taipei/Default.aspx?tabid=36&mid=442&itemid=41928> 新聞稿。(上網日期 2018 年 4 月 8 日)。
136. 公平交易委員會新聞資料 2015 年 1 月 23 日。桃園市政府網站
<https://1950.tycg.gov.tw/news/news/upt.asp?p0=3705>(上網 2018 年 3 月)
137. 如酒駕刑罰已被判處有期徒刑、拘役、罰金或已服勞役，在罰鍰上是可以減免的。
<https://www.hly.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=39078&ctNode=6481&mp=041>
法務部行政執行署花蓮分署，資料發布日期:2014 年 4 月 8 日。
138. 林忠義，酒駕三犯未肇事，不該被三振
<https://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20151024/36859975/>
蘋果日報，2015 年 10 月 24 日(上網日期 2017 年 8 月 14 日)

139. 公務員因未具規度謀作及以營利為目的之性質，尚非服務法第 13 條第 1 項所規範禁止之行為。
<https://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=666&Page=3020&>，銓敘部全球資訊網站，2015 年 4 月 9 日(上網日期 2017 年 2 月 23 日)。
140. 加州高院宣判，咖啡必須加註致癌警語。
<https://www.nownews.com/news/20180509/2750552>。今日新聞網 2018 年 5 月 9 日(上網日期 2018 年 5 月 23 日)。
141. 林鈺雄，司法若不法食安豈能安？
<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/940440>，自由評論網 2015 年 12 月 14 日(上網日期 2017 年 4 月 6 日)。
142. 執法不講情理 5 瓶假酒罰 5 萬貧病老夫妻快被逼死。
<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/371759> 自由時報 2010 年 02 月 05 日(上網日期 2016 年 12 月)
143. 頂新案同樣的證據與法律條文，但一、二審看法卻大為不同，主要差異在於法律的適用範圍，以及各項證據的認定。
<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2408494>，自由時報 2018 年 4 月 27 日(上網日期 2018 年 5 月 8 日)。
144. 誰來認定行政不法。
<https://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20131008/35347418/> 蘋果日報，焦點評論：檢察總長心中的「任意門」(高榮志) 2013 年 10 月 8 日(上網日期 2017 年 12 月)