國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis

# 論行政刑罰法規的界限：

# 重構質的區別理論與雙重門檻檢驗

# On the Boundaries of Administrative Penal Provision: Reconstructing the Theory of Qualitative Distinction and the Dual-Threshold Test

吳宇青

Yu-Ching Wu

指導教授：謝煜偉 博士

Advisor：Yu-Wei Hsieh, Ph.D.

中華民國115年1月

January 2026

doi:10.6342/NTU202600402

# 謝辭

那是一個看起來如此尋常的下午，我和好友愛珍、晉賦進行如常的小餐聚。不知道是誰、又是怎麼提起的，兩位有研究所碩士經驗的友人開始勸說，於是抵抗不了的我當天就做了申請研究所的決定，就這樣開啟了中斷近 30 年的學術旅程。還好他們也真正負起了推坑後的履約保證，在研究生生涯內，不斷提供給我過來人的經驗，讓我比較能看得清楚研究生的下一步。所以可以說，如果不是愛珍和晉賦，我絕無可能會走到這一步。

謝謝我的指導教授謝煜偉老師，我永遠記得第一次和老師交談時，老師對我拍胸脯保證絕對捍衛學術的自由，讓我勇敢跨出公務體系的牢籠，得以倘佯在師門開放及無邊廣袤的學問天地裡；更重要的是老師諄諄指引我這個已經離開校園很久的素人，一步步窺見學術的堂奧。謝謝許恒達老師，除了是我回歸校園後第一堂上課的授課老師外，在老師幽默風趣的外表下，我一直感受到老師包容了無比豐富的學識及筆力，更不用說您的諸多大作啟發這篇論文內的眾多論點。謝謝簡至鴻老師，願意在百忙之中撥冗，擔任我這個素未謀面的學生的口試委員，並且認真地在口試中提供許多獨到而且非常有用的建議。當然，其他在臺大法律學院內的老師：薛智仁老師、周漾沂老師、王皇玉老師、林明鏘老師等等，都在我回歸校園的學習過程中，提供了許多智慧滿足的助力，讓我可以看到研究所的山頂上諸多美麗的風景。也謝謝李茂生老師，雖然這三年內無緣修到您的課，但我一直感念您在五年前我人生最低潮的那一段時日，用鏗鏘有力的言語醍醐灌頂，讓我警醒看清並且戮力去做該做的事，我想那段時間所做的事，無一不成為回歸校園的養份。最後要感謝的是日本京都大學的稻谷龍彥老師，除了擔任我隻身在日本時的保證人外，也讓我見識到了法律學者涉獵多元領域的重要性及發展性，也是因為如此，啟發我回國後想要再次挑戰研究所這座大山的念頭。



doi:10.6342/NTU202600402

但意想不到的收獲，是來自於校園內所遇到的每位同學。謝謝于甄在我剛入校園什麼都不懂的情況下，教會我如何善用學校及網路的諸多工具。謝謝同門兼同梯（？）的允然及亭瑄，你（妳）們的背影讓我時時砥礪自己有追逐學問的目標。同門的其他師兄弟姐妹：秉家、廷韋、陳宇、思妤、耀民、喆智、貞言、旻琇、廷育、品蓉、學云、彥妤、胤良、怡廷、培瑄，我們或是在私塾、專題課中互相傳遞並切磋所學、或是在合宿中接力報告加熬夜桌遊、或是在同研究室裡相互取暖，你（妳）們的認真態度、新穎發想及青春活力，還有不嫌棄老人、讓我無違和地融入謝門大家庭內，再再都是我研究生涯中最值得留念的回憶。

其中我要特別謝謝軒文，在研所期間擔任我最強力的後援隊：哪位老師見解不知道？哪本書借不到？想找人討論卡住的見解？沒時間到學校繳口試本？論發和口試找不到紀錄人？日本旅遊找不到好吃的拉麵？在我發生諸多問題時，你總是提供我最及時且有力的協助，這本論文沒有你，絕對無法達到我心目中的完美。

謝謝我的家人：媽媽雖然總是唸我這麼老了還去讀書，但我知道她只是心疼我邊工作邊讀書的辛苦。太座燁真一直支持我在工作之外鑽研學術，因為只有她瞭解我內心的孤獨及渴望，也因此讓我更有勇氣面對恐懼及挑戰自己。兩位大小孩在我回歸校園期間，仍能各自照顧好自己的生活，我才能心無旁騖地照顧學業。

最後要感謝天上的爸爸，儘管您沒辦法在這裡看到我的成果，但在整個碩班過程中，我一直都有向您報告我的心路歷程，理科出身的您可能聽不懂我的領域，但我相信也是碩士畢業的您一定懂研究生的酸甜苦辣。而我更相信是您在天上默默的看顧，我才有辦法走完最後一哩路，完成人生的一個小小夢想。儘管現在不能當面跟您分享，但總有一天我會好好向您報告，如此甜美的這一切。

2026 年自己的生日

於臺北自宅



doi:10.6342/NTU202600402

# 摘要

隨著現代社會邁入「風險社會」並轉型為「預防國家」，國家任務因此前置至事前的風險管制，造成行政刑法領域急遽擴張，產生「行政刑法肥大化」與「刑罰通膨」之現象。我國學界與實務通說採行之「量的區別理論」，主張行政不法與刑事不法本質相同並僅存程度差異，助長了上開現象的產生，形成了不論在立法階段到司法階段，皆以行政刑罰法規的特異性作為迴避嚴格審查二種不法界限的理由。

針對此一困境，本論文旨在對「量的區別理論」提出批判性反省，並嘗試在法益論與當罰性的討論基礎上，提出「重構質的區別理論」，改以「法益門檻」與「行為門檻」建立雙重審查架構，並據此建構出具可操作性的「四象限指引」，並分別透過具體條文及立法模式的微觀及宏觀檢視，驗證此理論的有效性。

本論文結論認為應透過重構質的區別理論與四象限指引，在立法論上要求明確之法益分析與侵害評估，在解釋論上進行合憲性之限縮解釋（如實質適性犯解釋）。本文並未否認預防與風險管制的重要性，而是嘗試提出一套可供檢驗的路徑，藉此釐清行政不法與刑事不法之界線及功能分工，使刑法回歸其作為保障法益之最後手段，在面對時代變遷的挑戰中，於風險管制需求與人權保障間取得平衡。

**關鍵詞：** 行政刑罰、行政不法與刑事不法、當罰性與要罰性、重構質的區別理論、法益門檻與行為門檻、四象限指引、混合式立法



doi:10.6342/NTU202600402

# Abstract

As modern society has entered a “risk society” and transformed into a “preventive state,” the state’s tasks have accordingly been shifted forward to ex-ante risk control. This has led to the rapid expansion of the field of administrative penal provision, resulting in the phenomena of the “hypertrophy of administrative penal provison” and “penal inflation.” The “quantitative distinction theory,” which widely adopted in Taiwanese academia and judicial practice, maintains that administrative illegality and criminal illegality are identical in essence and differ only in degree. This stance has further fueled the foregoing phenomena, resulting in a tendency—at both the legislative and judicial stages—to invoke the special characteristics of administrative penal statutes as a justification for avoiding strict scrutiny of the boundary between the two forms of illegality.

In response to this dilemma, this thesis undertakes a critical reassessment of the “quantitative distinction theory” and, on the basis of discussions in legal-interest (Rechtsgut) theory and punishability (Strafwürdigkeit), proposes a “reconstructed qualitative distinction theory.” This theory establishes a dual-review framework based on “legal-interest threshold” and a “conduct threshold,” and, on this basis, develops an operational “four-quadrant guidelines.” The validity of this theory is verified through both micro-level examinations of specific legal provisions and macro-level reviews of legislative models.

The thesis concludes that by adopting the Reconstructed Qualitative Difference Theory and the Four-Quadrant Guidelines, legal interest analysis and infringement assessment should be strictly required in legislative theory (*de lege ferenda*). Meanwhile, in interpretive theory (*de lege lata*), a constitutionally-oriented narrowing of interpretations (such as the interpretation of "substantive fitness crimes") should be conducted. This study does not deny the importance of prevention and risk control; rather, it attempts to propose a verifiable path to clarify the boundaries and functional divisions between administrative and criminal wrongs. This ensures that criminal law returns to its role as the *ultima ratio* (last resort) for protecting legal interests, striking a balance between the demands of risk control and the protection of human rights in the face of contemporary challenges.

Keywords: administrative penal provisions; administrative illegality and criminal illegality; punishability and the requirements for punishment; reconstructed qualitative distinction theory; legal-interest threshold and conduct threshold; four-quadrant guidelines; hybrid legislative model.



doi:10.6342/NTU202600402

# 目次

**謝辭** ..... **i**

**摘要** ..... **iii**

**Abstract** ..... **iv**

**目次** ..... **v**

**表次** ..... **x**

**第一章　緒論** ..... **1**

第一節 研究背景 ..... 1

第二節 研究動機與目的 ..... 3

第三節 研究方法 ..... 4

第四節 各章介紹 ..... 5

**第二章　行政刑罰法規的當罰性與要罰性** ..... **7**

第一節　前言 ..... 7

第二節　當罰性與行為規範 ..... 7

第一項　概論 ..... 7

第二項　刑法的角度 ..... 10

第三項　行政法的角度 ..... 11

第四項　法律經濟分析的角度 ..... 13

第五項　本文立場 ..... 15

第三節　要罰性與制裁規範 ..... 18

第一項　概論 ..... 18

第二項　刑罰的要罰性 ..... 20

第三項　制裁的多義性、選擇及競合 ..... 22

第四項　本文立場 ..... 27

第四節　行政不法與刑事不法的區別 ..... 30

第一項　區別理論的各種見解 ..... 31

第一款 質的區別理論 ..... 31

第二款　量的區別理論 ..... 37

第三款　質量混合理論 ..... 39

第四款　區別廢止理論 ..... 41

第二項　各種區別理論之優缺點 ..... 43

第一款　質的區別理論之優缺點 ..... 43

第二款　量的區別理論之優缺點 ..... 44



doi:10.6342/NTU202600402

第三款 質量混合理論及區別廢止理論的優缺點 ..... 45
第三項 行政刑罰與秩序罰關係的再確認 ..... 46
第一款 我國對於區別理論的通說見解 ..... 46
第二款 本文對我國通說的批評 ..... 47
第三款 行政刑罰與秩序罰關係的再確認 ..... 50
第五節 行政刑罰法規的特異性 ..... 51
第一項 犯罪理論視角下的特異性 ..... 51
第二項 面對秩序違反行為的歷史軌跡 ..... 55
第一款 德國的秩序違反法 ..... 55
第二款 日本的輕犯罪法 ..... 57
第三款 臺灣的社會秩序維護法 ..... 58
第三項 從特異性反思區別理論的價值 ..... 60
第六節 本章結論 ..... 62
**第三章 質的區別理論之重構 ..... 64**
第一節 前言 ..... 64
第二節 重新審視區別理論的重要性 ..... 64
第一項 區別說在現代國家的重要性 ..... 64
第一款 行政從屬性的影響 ..... 65
第二款 行政管制的現代意義 ..... 68
第二項 行政刑罰規制模式的影響 ..... 70
第一款 現代刑法的特徵 ..... 70
第一目 事前預防主義與刑法的行政法化 ..... 70
第二目 過度入罪化與代理人懈怠 ..... 72
第二款 所謂「適用刑法原則」的盲點 ..... 75
第一目 罪刑明確性 ..... 75
第二目 法益關連性原則 ..... 79
第三目 罪責原則 ：以不法意識為中心 ..... 81
第三項 本節小結 ..... 86
第三節 重構質的區別理論 ..... 88
第一項 總論 ..... 88
第一款 質的區別說的優勢 ..... 88
第二款 取徑法益論的重構 ..... 92
第一目 法益論的現代意義：批判機能與個人主義取徑 ..... 92
第二目 區別理論與法益論結合的必然：從法益到法益客體 ..... 97
第三款 重構之質區別說的提出 ..... 99
第一目 法益的門檻（利益價值高低） ..... 100



doi:10.6342/NTU202600402

第二目 行為的門檻（社會侵害性程度高低）..... 101
第三目 門檻的連結：「共同生活利益」的區分..... 102
第四目 重構理論的操作模型：四象限指引..... 103
第二項 立法論上的實踐指引..... 104
第三項 解釋論上的實踐指引..... 107
第四項 重構質的區別理論之正當性與可操作性..... 110
第一款 標準明確性之辯證：從模糊到具體指標..... 110
第二款 審查正當性之辯證：功能最適與比例原則的深化..... 112
第三款 與現行法制之相容性：刑罰優先原則的實質解讀..... 115
第四節 時代變遷下的行政刑罰法規..... 116
第一項 時代變遷的挑戰..... 116
第二項 經濟刑法的挑戰課題..... 117
第一款 關於經濟刑法的法益問題..... 117
第二款 制裁方式的特殊性..... 118
第三款 對於本文重構質的區別理論的挑戰..... 119
第五節 本章結論..... 120
**第四章 個別行政刑罰規範之實證分析..... 122**
第一節 前言..... 122
第二節 廢棄物清理法第 46 條第 1 項第 4 款..... 122
第一項 本罪規定之結構及其特色..... 123
第一款 許可制度與從屬性..... 123
第二款 累積犯的討論..... 125
第三款 與外國立法例之比較..... 126
第一目 日本的立法例..... 126
第二目 德國的立法例..... 127
第二項 本罪在廢清法體系及實務解釋的觀察..... 128
第一款 廢清法體系上之觀察..... 128
第一目 與同條他款各罪之比較..... 128
第二目 與同法其他規定之比較..... 129
第二款 實務在本罪運用上的特殊解釋..... 131
第一目 關於本罪行為主體之實務見解..... 131
第二目 該實務見解之反對主張..... 131
第三項 重構質的區別說對於本罪之檢討..... 133
第一款 本罪在重構質的區別說的定位..... 133
第二款 重構質的區別說對本罪正當性的建議..... 134
第一目 立法論上的建議..... 134



doi:10.6342/NTU202600402

第二目 解釋論上的建議 136
第四項 本節結論 139
第三節 證券交易法第 155 條第 1 項第 7 款 140
第一項 本罪規定之結構及特色 141
第一款 立法目的及保護法益 141
第二款 危險犯抑或形式犯 142
第三款 截堵構成要件？ 144
第四款 與外國立法例之比較 145
第一目 德國立法例 145
第二目 美國及日本之立法例 145
第三目 英國立法例 146
第四目 小結 147
第二項 本罪在證交法體系及實務解釋之觀察 147
第一款 從本法體系出發之觀察 147
第二款 實務在本罪運用上的特殊解釋 148
第三項 重構質的區別說對本罪的檢討 150
第一款 本罪在重構質的區別說的定位 150
第二款 重構質的區別說對本罪正當性的建議 153
第一目 立法論的建議 153
第二目 解釋論的建議 155
第四項 本節結論 155
第四節 個人資料保護法第 41 條 157
第一項 本罪之特性及與外國立法例之比較 158
第一款 立法目的的觀察 158
第二款 保護法益的爭議 159
第三款 適性犯？ 162
第四款 與外國立法例之比較 162
第一目 英國立法例 162
第二目 法國立法例 163
第三目 德國立法例 163
第二項 本罪在該法體系上及實務上適用之觀察 164
第一款 同法體系上之觀察 164
第一目 與同法第 47 條之比較 164
第二目 同法第 51 條第 1 項第 1 款之影響 164
第二款 實務之特殊解釋 166
第三項 重構的質區別說對本罪的檢討 167
第一款 本罪在重構質的區別說的定位 167



doi:10.6342/NTU202600402

第二款 重構質區別說對本罪正當性的建議 ..... 168
第一目 立法論上的建議 ..... 168
第二目 關於解釋論 ..... 171
第四項 本節結論 ..... 176
第五節 本章之本文立場 ..... 177

**第五章 行政刑法立法模式之總體檢討 ..... 179**

第一節 前言 ..... 179
第二節 行政從屬性的角度—以金融七法為中心 ..... 179
第一項 前言 ..... 179
第二項 各類型的檢討 ..... 180
第一款 獨立型的檢討 ..... 183
第二款 絕對從屬型的檢討 ..... 185
第三款 相對從屬型的檢討 ..... 186
第三項 橫斷角度的綜合檢討 ..... 188
第一款 從法定刑度併同實質犯與否的角度觀察 ..... 188
第二款 適性犯的比例偏低及其解決之建議 ..... 191
第三款 以各類型所著重之規制方向進行檢討 ..... 193
第三節 混合式立法模式之檢討 ..... 196
第一項 混合式立法的定義 ..... 196
第二項 檢討實益 ..... 197
第三項 本文對於現行法規之分類 ..... 198
第四項 再違反做為適性要件之檢討 ..... 201
第五項 以時間或次數做為適性要件之分析 ..... 205
第一款 時間的適性要件：設有期限 ..... 205
第二款 次數的適性要件：複數前置處分 ..... 207
第六項 罰鍰做為前置處分的適性要件之分析 ..... 209
第一款 僅有罰鍰為前置處分者 ..... 210
第二款 未以罰鍰做為前置處分者 ..... 212
第七項 本節小結 ..... 214
第四節 命令模式與處分模式之比較 ..... 217
第五節 本章結論 ..... 219

**第六章 結論 ..... 223**

**參考文獻 ..... 227**



doi:10.6342/NTU202600402

# 表次

表一：三種質的區別理論之差異 ..... 36
表二：重構質的區別理論下的四象限指引框架 ..... 109
表三：金融七法之類型化 ..... 180
表四：金融七法之法定刑度併同實質犯與否之分類 ..... 188
表五：金融七法及各類型所規制之行為態樣 ..... 194
表六：混合式立法模式之列表 ..... 198
表七：法院前置處分之刑罰法規列表 ..... 214
表八：命令模式與處分模式之比較 ..... 218



doi:10.6342/NTU202600402

# 第一章　緒論

## 第一節 研究背景

隨著現代社會結構的複雜化與科技發展，進入了「風險社會」時代。此時代中出現了未見於傳統之新型態風險，例如環境破壞、金融危機、食品安全及個人資訊外洩等，為了回應此風險，對於國家角色之期待已由向來的「自由法治國家」，逐漸轉型為積極介入社會的「福利型預防國家」。在此背景下，國家任務不再侷限於事後的法益保護，更擴張至事前的風險管控與行政規制。

刑法作為國家最嚴厲的制裁手段，其角色亦在上述趨勢下發生典範轉移的現象。換言之，傳統刑法以保護個人法益、處罰實害結果為其核心；然而，現代刑法為了確保行政管制的實效性，逐漸出現「法益抽象化」及「處罰前置化」的傾向。立法者則將違反行政義務的行為直接入罪化，試圖透過刑罰的威嚇力來擔保行政管理的實效性，並回應市民對於風險的高度不安，導致「預防刑法」與「象徵性刑法」的興起。

在上述的趨勢下，行政刑法（罰）的領域因此急速擴張，無論是環保、經濟或資訊領域，立法者大量制定附屬於行政法規或處分的刑罰規定，這些規定往往不具備傳統刑法的倫理非難性，所規制之行為僅是單純違反行政義務的「行政不服從（行為）」。以如此混淆刑事不法與行政不法的意識為背景，加上我國立法者往往在社會輿論壓力下，所採取的策略係透過不斷增訂行政刑罰或提高法定刑度來回應民意，遂形成「現象立法」之結果[1]，因而造成行政刑法在我國實證法體系上的適用範圍與密度，呈現明顯「肥大化」，甚至「刑罰通膨」的現象。

[1] 如食安風暴後的修法、詐騙案件暴增所導致的洗錢防制法修法等。



doi:10.6342/NTU202600402

此種「行政刑法肥大化」現象帶來了嚴重的副作用：一方面，刑罰淪為行政機關規避管制責任、轉嫁成本給司法體系的工具（例如代理人懈怠問題）；另一方面，過度氾濫的刑罰稀釋了刑法應有的道德非難功能，使得「刑法最後手段性（ultima ratio）」原則遭到架空。當所有違反行政義務的行為都有可能成為犯罪時，刑事不法與行政不法的界線便日益模糊。舉凡罪刑法定、法益關連性、罪責原則等刑法基本原則，不論在立法與解釋層面，亦均出現退縮的傾向。

從規範結構觀之，行政刑法一方面繼承普通刑法「行為規範＋制裁規範」的二元架構，因此原本具有「行為是否值得科處刑罰」（當罰性）與「是否有必要以刑罰介入」（要罰性）兩個層次的要求；另一方面卻又深受行政目的與行政義務設計的影響，使得刑罰往往被化為「確保行政實效性」的輔助工具。然而，實證上行政刑罰的立法與運作，往往並未嚴格區分這兩個層次。行政及立法者經常在保護目的尚不具備充分法益正當性、或未思慮秩序罰是否足以達成管制目的的情況下，即匆促引入刑罰或重刑化規定，使得刑罰對於行政法的依存關係逐漸加深[2]。

在此背景下，本論文面對的核心問題即為：在風險社會與現代福利國家的脈絡之下，行政刑罰法規究竟應如何被定位？行政不法與刑事不法之間，是否仍有必要維持某種「本質的區別」？若是，這種區別應如何在當代被重新構築，才能回應時代變遷下各法規範領域的具體挑戰，同時維護刑法的謙抑性與憲法基本權保障要求？

[2] 舉例言之，近年食品安全衛生管理法及相關法規命令頻繁修訂，不僅擴大行政管制（如食品安全衛生管理法將加工助劑提升法律位階；又如「食品良好衛生規範準則」第 8 條將外送服務業納入，並嚴格化廂體之溫度控制），更透過推定過失與大幅提高刑罰並刪除拘役或選科罰金刑之規定以回應民意。然而，這種嚴罰化傾向是否混淆了秩序罰與刑罰的本質區別，正是本文欲探討的核心。



doi:10.6342/NTU202600402

## 第二節 研究動機與目的

本論文的起點，源自於對現行行政刑罰法規在立法與實務運作上的深切疑慮。從環境保護、金融監理到個人資料保護，我國行政刑法的立法與修法過程，屢屢強調「嚴罰」與「確保實效」的觀點，卻較少從刑法基本原則出發，檢視刑罰是否真有不可替代的必要性，此一傾向，與「量的區別理論」作為支持的背景實有密切關聯[3]。

因此，本論文的研究動機及目的，亦即對於「量的區別理論」提出批判性反省。由於量的區別理論無法提供實質的界線及批判標準，所以若仍欲承認刑罰具有獨特的倫理非難性與烙印效果，且應作為社會控制的最後手段時，則「刑罰只是比較嚴重的秩序罰」之論點，即應予摒棄。

首先，從違警行為處罰的歷史軌跡（如德國秩序違反法與我國違警罰法的演變）顯示，原本承認行政不法及刑事不法兩者具有本質上的差異（質的區別），並做為限制國家刑罰權濫用的重要手段。因此，本論文試圖探討：是否有可能在現代法治國的架構下，重新肯認行政不法與刑事不法之間存在「質」的差異？其次，既然傳統的「質的區別理論」因過度依賴抽象的「社會倫理」概念而遭到揚棄，則是否有其他的角度得以正當化其存在之基礎？

基於上述觀察，本論文將圍繞下列核心研究問題展開：首先，在當罰性與要罰性的雙重架構下，行政刑罰法規的正當性基礎應如何被重新界定？其次，傳統質的區別理論既遭受批判並終致揚棄的地步，為何卻仍具有何種不可替代的核心價值？並且，如何在該核心價值之上加以重構，使其能回應風險社會與現代福利

[3] 本文所指之行政刑罰法規，係指規定於刑法典之外，附屬於各類行政法規中的刑罰規定，該行政法規係課以人民作為不作為或給付之義務，並在人民違反上開義務時，以刑罰作為制裁手段的法律規範。故其特徵在於具有「行政從屬性」，常以違反行政義務（如未經許可、違反命令）作為犯罪構成要件的前提。因此兼具行政法及刑法的特性，在上開兩種特性交錯下，形成一個「理念競合」的特殊法領域。參今村暢好（2020），《行政刑法論序說》，頁 4，東京：成文堂。



doi:10.6342/NTU202600402

國家的挑戰？最後，從立法模式來看，在行政從屬性與混合式立法模式日益普遍的情況下，行政刑罰與秩序罰、秩序罰及其他行政不利益之間，是否可能透過本文的理論，在立法論及解釋論上，分別重建一套兼顧現實需求與刑法謙抑性的標準？

## 第三節 研究方法

一、 文獻分析與比較法研究

本論文將廣泛蒐集並分析國內外關於行政刑罰、刑事不法與行政不法的區別理論及法益理論等學術文獻。特別是針對各國的法制發展進行比較研究，尤其是我國法規範繼受及參考重要對象的日本及德國法制。此外在個別行政刑罰規定中，也會比較各國的立法體系及其解釋，並從中突顯我國立法及解釋選擇上的特殊性及其可能的爭議。

二、 規範分析與體系解釋

本論文將深入分析我國現行行政刑法的規範結構，特別是針對「行政從屬型」及「混合式立法」等不同立法模式進行解析。此外，透過體系解釋的方法，檢視刑法總則（如第11條）及其原則在行政刑法中的適用困境，並探討行政罰法第26條（刑罰優先原則）在重構理論下的應有解釋。

三、 案例研究與實證檢視

本論文將大量參照國內之實務判決，作為我國對於行政刑罰運用上的回應以及批判對象。另外為了驗證理論的有效性，本論文選取了三個具有代表性的領域進行深入的實證檢視，亦即以《廢棄物清理法》第46條為核心之環境法領域、以《證券交易法》第 155 條（操縱市場）為核心之經濟法領域，以及以《個人資料保護法》第41條為核心之資訊法領域。本文選定此三領域之主因，係因其分別代表了「集合法益的抽象性」、「市場秩序的模糊與變動性」與「個人權利的邊界



doi:10.6342/NTU202600402

曖昧與衝突性」。在此背景下，正是檢驗行政刑法界線的指標場域。本文將透過分析法院判決、立法理由及實務運作相關數據，檢驗現行法規是否符合「當罰性」與「要罰性」的要求，並運用重構之質的區別理論予以評估及提出建議。

四、 跨領域觀點：法律經濟分析與管制理論

本論文不僅限於刑法學領域，亦將引介法律經濟分析與行政管制理論等觀點，分析行政機關為何傾向使用刑罰而非單純的行政管制，並論證為何依照本文主張，應優先使用秩序罰或金錢制裁來達成管制目的，而非我國立法者所採用之刑罰制裁方式。

五、立法模式分析與政策評估

本研究亦嘗試將我國現行之行政刑罰法規予以類型化，並分析各該立法模式中規制及實務運作之優缺點，進而評估其是否符合重構之質區別理論在當罰性與要罰性上的雙重要求。此部分結合立法政策分析與規範評估，試圖對未來行政刑法立法提出具體改革方向，亦對於法院於解釋時提供建議。

## 第四節 各章介紹

本論文共分六章，大致先從行政刑罰法規的正當性基本結構出發，找出行政刑法的特異性所產生的缺陷，逐步重構行政不法與刑事不法的區別理論以因應該缺陷，繼而透過實證法個案的檢驗與立法模式的系統性分析，驗證並操作本文主張之理論架構，各章重點如下述。

第二章「探討行政刑罰法規的當罰性與要罰性」，作為本論文的理論基礎，本章首先從行為規範（當罰性）與制裁規範（要罰性）的雙重結構出發，檢視刑罰正當性的來源，其中會以不同角度探討該等規範之正當性基礎，並提出本文對當罰性與要罰性的立場。再者，梳理行政不法與刑事不法區別見解的理論，並以不同的角度（包括犯罪理論及歷史脈絡），深入分析行政刑法相較於普通刑法的



doi:10.6342/NTU202600402

「特異性」，顯示出行政刑法的大概輪廓。第三章「質的區別理論之重構」則係建構本論文的核心理論。第四章「個別行政刑罰規範之實證分析」，係將第三章的理論應用於實證法規的檢驗。在各不同的法領域中，選取代表性之法規及其刑罰規定進行分析。第五章「行政刑法立法模式之總體檢討」則是更進一步，以鳥瞰視角檢討我國行政刑法的整體立法模式。最後一章即第六章「結論」，總結全書觀點及研究結果，提出總體建議及可能展望。



doi:10.6342/NTU202600402

# 第二章　行政刑罰法規的當罰性與要罰性

## 第一節　前言

本章旨在釐清行政刑罰法規之當罰性與要罰性的基本結構：刑罰的要罰性（Strafbedürftigkeit，又稱「需罰性」），係指行為具有「需要被入罪（受刑事規制）」的特性；相對之下，「當罰性」（Strafwürdigkeit，又稱應罰性）著重於入罪的妥當性（入罪適格）；「要罰性」針對入罪是否有必要性（入罪必要），要罰性關注焦點不在於行為本身的價值判斷，而在於國家動用刑罰的目的衡量。行為如具有「當罰性」，意即其在社會價值秩序中得到負面的評價，而應將之列為犯罪；但顧及刑法的最後手段性，若國家對於特定行為的規範有比刑罰更輕微的手段、並可預期有良好成效時，便無動用刑罰的必要，亦即欠缺「要罰性」[4]。

而在檢討當罰性及要罰性之後，除了對於行政刑罰的範圍有更進一步的認識外，此時再回顧行政不法與刑事不法的區別討論，即會更了解其中的取徑及爭議焦點所在。最後在上述的結構下，再觀察行政刑罰與一般刑罰的特異性，即可明瞭本論文所欲分析及解決問題的核心。

## 第二節　當罰性與行為規範

### 第一項　概論

行政刑法的規範模式與普通刑法相同之處，在於均係具有犯罪行為的法律要件及其法律效果，又因為係由國家決定犯罪構成要件，所以「犯罪論」的討論屬於前者的範圍，此外，亦由國家決定欲施以何種制裁，則「刑罰論」（制裁論）

[4] 黃宗旻（2019），〈法益論的侷限與困境：無法發展立法論機能的歷史因素解明〉，《臺大法學論叢》，48 卷 1 期，頁 193。



doi:10.6342/NTU202600402

即屬於後者所要討論者。兩者之間既分別獨立又具有關連性。而此二元架構，正對應了刑罰正當性判斷的兩個核心層次：其一為「犯罪論」所處理的「當罰性」問題，亦即該行為是否值得科處刑罰的問題；其二為「刑罰（制裁）論」所處理的「要罰性」問題，亦即該行為是否有必要科處刑罰的問題。

論者認為犯罪論的目的是要勾畫出犯罪類型的輪廓，讓法律適用者在認定是否發生了該條所要制裁的犯罪行為時，有可供判斷的標準[5]。在審查刑法的正當性時，依據德國聯邦憲法法院在【大麻案】判決中所分析的結果，一個刑罰條文其實包含兩個規範：國家首先設立禁止規範，然後為禁止規範被違反的不同情形，裝備上不同的刑罰，亦即制裁規範。所以在審查某種刑罰規制正當性時，當然需要對這兩種規範分別審查。有論者進一步認為，由於制裁規範的目的在保護禁止規範，而禁止規範本身又在追求特定目的，因此兩個規範各自是否目的正當以及符合比例原則，最終都必須以禁止規範所追求的目的為基準。禁止規範之目的正當，制裁規範才可能有正當的目的[6]。

論者也主張上述所謂的禁止規範，較正確應該擴稱為「行為規範（Verhaltensnorm）」，因為行為規範包含禁令（Verbot）與誡命（Gebot）。此外，其認為固然刑罰的功能總是在穩定行為規範效力，因而可將規範效力稱為「刑罰的法益（Strafrechtsgut）」，而該功能除了穩定之外也要對人類有益，或是產生不同的損害時，才能施以處罰，否則該刑罰條文並無正當目的[7]。其並進一步指出，行為規範的正當目的，可稱為「行為規範的法益（Rechtsgut einer Norm）」，並認為該「法益」才是特定構成要件正當性基礎的保護法益；而「刑

[5] 蔡聖偉（2006），〈評2005年關於不能未遂的修法─兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，《政大法學評論》，91期，頁355-356。

[6] 鍾宏彬（2012），《法益理論的憲法基礎》，頁189，春風煦日論壇。

[7] 鍾宏彬，前揭註6，頁189。



doi:10.6342/NTU202600402

罰的法益」之正當性，必須依附在「行為規範的法益」[8]。

此亦可從另外的角度觀察，由於行為規範的對象是一般市民，而其目的在於給予市民一種雙重的期待（預期），亦即市民得期待他人會遵守規則，然後基於這個期待，其可期待自己的生活利益得獲得確保，並得與其他市民進行社會溝通。所以有論者認為行為規範是一種展望性的規範，指向於利益的保護，並且當行為規範是法律時，該生活利益機會即成為「法益」[9]。

其次，相對於犯罪論及刑罰（制裁）論的這組概念，另一組概念為當罰性及要罰性。關於二者的區別實益，論者認為實質的犯罪概念，乃是先於刑法、且用以提供立法者確認行為應否施以刑罰的標準，在法釋義學上即取決於特定行為模式的當罰性，在刑事政策上的檢驗準據是要罰性。其進一步認為當罰性的標準指向行為是否侵害法益而具有社會侵害性，而要罰性則是就刑罰目的和保護法益的重要性，與刑罰進行比例原則的檢驗，來確定對特定行為的刑事制裁與刑法最後手段原則、罪刑相當原則相符[10]。

早期學說曾認為「當罰性」指行為具備刑事不法的特質，可作為區分犯罪行為與秩序違反行為的標準，嗣後趨近於指行為具備犯罪的各項實質特徵，而為社會所無法容忍者[11]。不過此概念在德國刑法文獻上，始終與實質犯罪概念一起被檢討，實質定義犯罪概念等於實質定義刑法的任務，其定義刑法的任務包括：保障人民共同生活條件、保護法益，或犯罪是具有社會侵害性的行為等[12]。

如此一來，可將本章的討論對象歸納為以下兩組相對應的概念：第一組係不

[8] 鍾宏彬，前揭註 6，頁 189。

[9] 李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 151。

[10] 王玉全（2017），〈私部門貪腐行為與其侵害法益〉，《月旦刑事法評論》，4 期，頁 45。

[11] 黃宗旻，前揭註 4，頁 192。

[12] 許玉秀（2005），〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收於：國際刑法學會臺灣分會主編《民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，註解 85，頁 390，元照。



doi:10.6342/NTU202600402

法層次，即犯罪論＝行為規範＝當罰性；第二組則係制裁層次，即刑罰論＝制裁規範＝要罰性。做為本文討論中心的行政刑法，亦可以此種方式進行分析。由於社會共同生活條件或利益相當多元，因此，在第一組的不法層次的部分，本文以下將以多面向的角度，討論行為規範的「法益」或當罰性的標準，是否能出現更清晰的輪廓。

### 第二項　刑法的角度

從上述的概論可以得出，以刑法角度而言，法益理論幾乎等同於刑罰之行為規範及當罰性的審查門檻，並且以其作為限定規範目的的指標（除此之外，則為社會侵害性）。申言之，若系爭規制並無法益關連性，則無法讓刑罰之行為規範或當罰性取得正當性。

法益概念之所以提出，目的之一就是為了抗拒悖德行為（Moralwidrigkeit）的刑事入罪[13]，有論者主張法益可事先界定刑法規範的保護目的，亦即該保護目的必須符合法益的基本要求，才可作為適合使用刑事制裁的行為規範，換言之，法益的角色即在於限制系爭保護目的的門檻，任何刑法規範所保護的利益若無法符合刑法承認的法益，則不得正當化刑罰的適用[14]。

不過近代所導入的風險社會的概念，讓上述法益理論原本所形塑的行為規範及當罰性內容有所改變。該概念廣泛地承認如「對於社會各種系統的信賴」、「經濟秩序」、「生態秩序」等相類的集合性、普遍性法益的理由，進而發現或創造出對於社會各種系統的不信任感、經濟體制的風險或生態的風險[15]，並且將該「風險」作為對於法益的「危險」，進而予以正當化作為刑法上行為規範的理

[13] 許恒達（2020），〈行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查─評釋字第 791 號解釋〉，月旦法學雜誌第 305 期，頁 22。

[14] 許恒達，前揭註 13，頁 22。

[15] 謝煜偉（2012），《抽象的危險犯論の新展開》，頁 20，東京：弘文堂。



doi:10.6342/NTU202600402

由。依學者謝煜偉所見，風險概念或風險社會理論帶給刑法理論最重要的影響，即「預防刑法理論」的展開，其目標在於事前除去或減輕人類行為的潛在危險性，並高度重視預防功能[16]。預防刑法理論係著眼於侵害的未然防止及事前防範，因此有顯著積極利用刑事制裁（刑法的功能化）的趨勢，進而導致可罰性前置化，並大量創造普遍性法益，此種立法模式不問是否發生實際損害或具體危險，即逕將其視為具有保護法益的正當性[17]。因為行政法規的本質即在於事前管制與預防危險，當刑法也開始強調預防功能時，兩者便極易合流成為行政刑法的立法模式，使刑罰淪為確保行政管制實效性的工具。

德國犯罪學家 Peter-Alexis Albrecht 則將現代刑法理解為「社會介入國家」的刑法，由於 20 世紀後半，自由主義國家的概念因為技術、經濟以及社會變化的結果，被社會國家的概念所解體。此時增加刑事立法的現象，在過程中也產生所謂「管制法」（regulatorische Recht）的新型態法律類型，而同時期的立法者重點，並非對於當罰性的不法應報，而係移轉至對於危險態度的預防[18]。

風險社會、預防刑法理論及管制法理論的興起，鬆動了法益理論對於當罰性所施以的限制，於是不再以法益理論作為刑事處罰的依據，因此偏離行為規範及當罰性的應然要求，如此一來，即出現論者所稱之「刑罰通膨」的現象，亦即呈現「遑論一般市民，即使是法律專家亦無人能掌握其（刑罰）全貌」的實態[19]。

### 第三項　行政法的角度

近代行政法之父 James Goldschmidt 將「行政不法」（Verwaltungswidrigkeit）

[16] 謝煜偉，前揭註 15，頁 20。

[17] 謝煜偉，前揭註 15，頁 21；同此見解，參黃宗旻，前揭註 4，頁 200。

[18] 金尚均（2001），《危険社会と刑法》，頁 28-29，東京：成文堂。

[19] 嘉門優（2025），《法益論—刑法における意義と役割》，頁 18，東京：成文堂。



doi:10.6342/NTU202600402

定義為「針對公共或國家福祉的促進行為，但由於某種特定的怠惰而未履行其對國家行政的支持」。換言之，這種行政違法行為並不包含「法益侵害」此種實質要素，僅為違反國家意志的行為。而其處罰的原因，僅係代表行為人對於實現行政目標的怠惰，導致國家期望結果落空，造成國家的「所失利益」（ein lucrum cessans）[20]。其將個人定位為輔助機構（Hülfsorgan），賦予個人負有與國家共同協力朝向國家所控制的目標前進的義務，亦即其主張「行政不論是否對這些人下達命令或禁止—即使沒有命令或禁止—他們也必須從國家行為的整體性傾向（亦即行政慣例），解讀出自己必須做的以及不做也無關的事項」[21]。

Erik Wolf 認為國家的價值包括福祉價值（Wohlfahrtswert）[22]，而福祉價值中不同的福祉則區別了行政刑法與司法（一般）刑法的不同，亦即「最高行政價值的福祉成為行政刑法的構成性基本價值；而作為最高司法價值的正義，成為司法刑法的構成性基本價值」[23]。關於行政不法，其認為「觸犯侵害或威脅到福利財的人，不過是因為他們缺乏社會熱忱（sozialer Eifer）或關心社會的態度（sozialkaritatives Verhalten）」，而因此這種情況，僅係「顯示其本身未達於法律所制約的倫理的最大限度，亦即就其所屬國家共同體的特別命令規範，並未充份盡到對於基於『積極的國家創造』（positive Staatsschöpfung）所生種種義務」

[20] 參田中良弘（2017），《行政上の処罰概念と法治国家》，頁 31，東京：弘文堂。另外，根據 Mayer 的觀點，在法律規範（Rechtsnormen）中，包含了與市民的財（Güter）的世界中自發生成的文化規範（Kulturormen）相一致的部分、與文化規範不矛盾但也不一致的部分、以及與文化無關的部分。行政刑法規範即屬於與文化規範無關的法律規範之一，而行政犯也並非違反法律規範。行政刑法係做為行政實體的國家為了經營共同體，處罰將普遍性的利益予以抽象性並危險化的行為。參辻本淳史（2024），〈行政刑法理論について〉，收於：只木誠等編《甲斐克則先生古稀祝賀論文集（上卷）》，頁 426，東京：成文堂。

[21] 辻本淳史，前揭註 20，頁 428-429。

[22] 另外兩種為法律價值（Rechtswert）與權力價值（Machtwert），參辻本淳史，前揭註 20，頁 430。

[23] 辻本淳史，前揭註 20，頁 430-431。



doi:10.6342/NTU202600402

而已[24]。

雖然 Goldschmidt 與 Wolf 這種單純以強調國家意志為中心的古典論述在當代已不多見[25]，但其「為達國家目的」的核心邏輯，卻逐漸轉化為更具管制及技術性內涵的「實效性」概念，並成為當代行政法規自我正當化的主要依據。至於行政刑法在行政法學上所不斷強調的實效性，北村喜宣則從數個不同觀點加以整理，最後將「實效性」定義為「行政行使其被授權的權限，以實現立法者所期待個別法律的制度意旨」[26]。

綜上，行政法學界主張刑罰的目的在預防，並且強調行政實效性的目的，並不認為刑罰與民事或行政制裁有絕對輕重之分的情況下，如此一來，刑罰自然就未必是最後手段，為了達到行政目的及實效性，國家即具有選擇制裁手段的自由。

### 第四項　法律經濟分析的角度

在法學與經濟學的交錯領域中，有兩種研究典範，一種是法經濟學（law and economics），另一種是法經濟分析（economic analysis of law）。法律經濟分析學者係思索如何改變法律（解釋）以提升效率[27]，主張效率是法律經濟分析最著重的目標，並且在立法政策上逐漸佔有一席之地。

相對於法釋義學者多採「事後觀點」（ex post viewpoint），法經濟分析主要採用「事前觀點」（ex ante viewpoint），只有在具體個案之判斷不會影響未來行

[24] 辻本淳史，前揭註 20，頁 431-432。

[25] 有論者批評其等見解完全忽視市民立場，而僅實現國家意志貫徹的結果，顯現出以國家對市民的單方面優越性為前提的價值判斷。參辻本淳史，前揭註 20，頁 434，

[26] 北村係從三個觀點整理，亦即從政策的實效性、法律的實效性到個別行政因應的實效性，代表從宏觀到微觀的不同層次，參北村喜宣（2018），《現代環境規制法論》，頁 119-120，東京：上智大学。

[27] 張永健（2020），〈經濟人的法經濟學 vs 法律人的法經濟分析〉，《中研院法學期刊》，27 期，頁 295-296。



doi:10.6342/NTU202600402

為人的舉措時，才會以事後觀點追求效率。事前觀點著重於改變可改變的行為，也就是未發生的行為。已經發生的行為，若無可挽回或逆轉，則不在事前觀點的考量範圍內。因此，有論者認為在刑罰理論中，事前觀點對應了一般預防理論，而事後觀點則對應了應報理論[28]，並非毫無道理。

刑罰經濟分析論者對於刑罰之目的設定，側重於嚇阻（deterrence）與隔絕（incapacitation），且以前者為大宗。例如 Gary Becker 將犯罪視為一種商品，刑罰則為成本。風險中立的理性犯罪人，僅於犯罪效用高於預期刑罰時才會犯罪，預期刑罰既為犯罪之成本，本於供給法則，政府即可透過提高刑罰來降低犯罪。只是提高捕獲機率（例如加強警力）往往比提高實際刑罰（增加罰金）更為昂貴，因此 Becker 認為，最適刑罰應該將預期刑罰等同於社會損害，避免嚇阻社會有益行為，同時降低捕獲機率並提高實際刑罰，以減省偵查成本，而不失其嚇阻效果。此種想法將刑罰視為讓行為人內部化外部成本的工具，可稱為「內部化」（internalization）模式[29]。

另一種本於嚇阻思維的另一種模式則是 Posner 所提出，其依據刑法乃係避免「繞過市場（bypassing the market）」之論點。其認為刑罰旨在確保財產原則（property rule），為了迫使想要低交易成本的行為人回到市場，因此需要透過施加比其預期獲益更高的刑罰來達到完全嚇阻，而可稱為「完全嚇阻」（full deterrence）模式[30]。

---

[28] 張永健，前揭註 27，頁 323-324。

[29] 黃種甲（2024），〈經濟分析作為刑事立法的檢驗方針〉，《月旦法學雜誌》，348 期，頁 43。學者黃榮堅亦認為，相對於民事損害賠償制度，刑罰體系所思考的可能是一個較高經濟效率的預防機制，亦即刑法體系本身在目標上已經設定，對於法益侵害行為的追訴率本來就很低，因為高密度的追訴需付出高額的追訴成本，所以必須透過比較重的法律效果來補足甚至超越預防效果，換句話說，其法律效果的嚴苛必須超過單純損害填補的程度。參黃榮堅（2007），〈讎敵社會裡的修復式司法？〉，《月旦法學雜誌》，146 期，頁 102。

[30] 黃種甲，前揭註 29，頁 44。



doi:10.6342/NTU202600402

不過，論者也認為 Posner 模式主要是適用在自然犯而非法定犯的情況[31]，因此，就本文所關心的行政刑罰而言，其情形應較接近於上述「內部化」模式下的嚇阻思維，原因在於，本質為行政不法的行為在許多面向上具有高度隱蔽性、技術性而導致調查成本高昂的特性（例如環境、金融、食品安全等），使得國家在執法上必然傾向於低捕獲率，並依據此一經濟理性，反向以提高（甚至極高）的法定刑度來彌補，以求達成嚇阻的總體效率。

法律經濟分析既然可以做為立法政策選擇及分析的工具，則依據前述法律經濟分析的角度觀察，我國立法者在行為規範設計上選擇行政刑罰規範模式，可能會以效率與預防（或嚇阻）為主要考量，進而反映於制裁規範中相對偏高的刑度[32]。

### 第五項　本文立場

本文從上述三個角度—刑法、行政法及法律經濟分析—的觀點出發，觀察到行政刑法與普通刑法在行為規範的不同之處，亦即行政刑法重視行政實效性、以危險防禦為目的、以及以效率（預防）為判準的特徵。在此三個角度中，法律經濟分析可做為相對於傳統法律觀點的不同視角及補充性解釋[33]，對於行為規範而言，仍屬輔助判斷的功能居多。效率與嚇阻程度的分析雖然可說明「為何需要規範」，但不能單獨決定是否需要刑罰。在當罰性層次，效率論證僅能補強法益與侵害之間的可計算性。因此若要分析行為規範，仍需從刑法及行政法角度出發觀察為宜。

---

[31] 黃種甲，前揭註 29，頁 44。

[32] 不過正如論者所強調，經濟分析內建的價值預設，不全然也難以和富有倫理色彩的刑法基本價值吻合，故而要以經濟分析完全建構刑事法之理論與概念，並非易事。參黃種甲，前揭註 29，頁 53。

[33] 黃種甲，前揭註 29，頁 53。



doi:10.6342/NTU202600402

然而，刑法與行政法實際上仍是兩個獨立的法領域，並且目的未必完全相同。只不過觀察近年來刑法的變化，正如 Alessandro Baratta 指出，其背後所支持的是「刑法的行政（法）化」（Administrativierung des Strafrechts）的進展[34]。此也呼應 Cornelius Prittwitz 所主張的現代刑事政策二項顯著的特徵，其一是將刑法視為社會控制的全面操縱手段，另一則是象徵性刑法[35]。

雖然象徵性向來是刑法的當然效果之一，但當刑法的象徵性效果與「預防」或「結果導向」相結合時，Prittwitz 認為此時「象徵性刑法僅是從刑法預防困境逃避的一種表面又粗淺方式而已」[36]。此類型的行為規範不僅可能欠缺對於法益內容的考量，甚至將行為規範的「確認目的」視為「法益」。此時，論者認為若行為規範的內涵即等同於行為規範的確認，這種因果倒置的結果可能會被操縱而無法控制[37]，本文亦贊同此見解。

此外，上述因果倒置而將法益架空的立法傾向，也正反映在犯罪理論中對於「行為規範」內涵的根本爭論－亦即，規範的核心究竟是法益侵害，抑或是行為本身？此即涉及客觀與主觀規範概念的對立、以及關於行為規範違反係由事前判斷或是事後判斷的理論上對立[38]。關於彼此對立的理論，其一是侵害惹起說＝客觀的規範概念，代表學者為 Urs Kindhäuser、Joachim Vogel，該說主張行為規範本

---

[34] 金尚均，前揭註 18，頁 30。另生田勝義亦曾提出「刑法的行政法化」的用語，參生田勝義（2002），《行為原理と刑事違法論》，頁 36，盛岡：信山社。

[35] 金尚均，前揭註 18，頁 74。

[36] 金尚均，前揭註 18，頁 75。學者李茂生另認為人類對於不斷發生無法控制的社會事件，會大量利用政治力量解決，而最大的政治武器即象徵式立法。參李茂生，前揭註 9，頁 148。

[37] 李茂生，前揭註 9，頁 151。李茂生並舉德國的客觀歸責理論為例，該理論將危險的創出行為視為行為規範的（禁止）內容，且大量援用行政取締規則當成判定危險創出的標準（亦即所謂的危險刑法），此正是顛倒行為規範與制裁規範間關係的溫床，造成市民刑法在此理論中陷落到風險社會的深淵中。

[38] 山中敬一（2007），〈犯罪体系論における行為規範と制裁規範〉，收於：三井誠等編《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上卷）》，頁 58，東京：成文堂。山中並認為此對立可說是刑法學上結果非價論及行為非價論的對立基礎。



doi:10.6342/NTU202600402

身不用提及行為人必須對於某規範違反的行為而負有責任的問題，法益保護則係行為規範的直接依據[39]。另一對立的理論即規範違反行為說＝主觀的規範概念，代表學者為 Wolfgang Frichs，該說認為行為規範的核心並非法益侵害，而是「構成要件的行為」，亦即「客觀上創造被否定的危險」，而此係由事前判斷所決定的[40]。

本文認為，具體行為是否會引發結果，以及該行為對於侵害而言是否重要，才是核心的關鍵問題。關於具體行為的侵害重要性的判斷，行為人無法從行為規範中直接推導出來，因為這種判斷完全取決於具體情境以及行為者的知識與能力。因此，行為人可以被引導至「禁止引起侵害」的要求，行為人將該要求作為行為的基礎，並根據自身知識來構築其行為。從行為人的視角來看，如果明確得知其行為將導致侵害結果，則為了合乎義務地行為，行為人才會克制自身行為。因此，以特定行為方式引起的結果，才是行為規範的核心[41]。

此外，有論者從比例原則的觀點，主張在比例原則中的「手段適合性」審查時，於行為規範之中須釐清的是：若禁止或要求為特定行為的誡命不存在，是否會對於所欲保護的法益造成侵害？而禁止或要求為特定行為是否真的就能使法益免於侵害[42]？依此見解，不論行為規範或當罰性，判斷標準仍係在於「法益」。本文認為既然通說認為比例原則做為憲法原則之一，則此見解亦不啻是賦予當罰性在理論上的有力基礎。

綜上所述，本文認為刑法的犯罪論，係以行為規範的違反為前提，進而討論制裁規範的發動要件。此時，構成要件係提供行為規範的基準的行為外觀，與此

[39] 山中敬一，前揭註 38，頁 59-60。

[40] 山中敬一，前揭註 38，頁 60。

[41] 同此見解，參山中敬一，前揭註 38，頁 60-61。

[42] 黃宗旻（2016），〈重訪刑法與行政法之區分問題〉，收於：林東茂等編《法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集—刑法卷》，頁 70，五南。



doi:10.6342/NTU202600402

同時，也是制裁規範前提的先位要件[43]。刑罰的構成要件既代表對於行為的指導形象，透過行為的規制而達到法益保護的目的，而藉由法益侵害結果的惹起，到達「規範的完全侵害」的程度，進而考慮處罰[44]。因此，本文認為當罰性的定位，在於檢驗行為規範取得妥當性的依據，亦即在符合「法益保護」及「行為（侵害）原理」的要求下，始具有當罰性的內涵。而既然在當罰性層次上已將行為規範與法益侵害的關係加以釐清，下節即有必要進一步檢討制裁規範在要罰性審查的意義與標準。

## 第三節　要罰性與制裁規範

### 第一項　概論

行為規範被牴觸（也就是構成要件被實現）時，依完整的刑罰規範過程，司法權（亦即法院）就必須利用該規範的第二部分[45]，亦即利用「制裁規範」（Sanktionsnorm）對行為人施加該條所預定的法律效果（刑罰）。因此，有論者認為制裁規範是在保障行為規範的效力（Geltungskraft）[46]。此外，有論者認為制裁規範並不只是對於（行為）規範的否定的否定而已，其更承載某種的社會目的，即行為規範的恢復[47]。

---

[43] 山中敬一，前揭註 38，頁 68。

[44] 山中敬一，前揭註 38，頁 68。

[45] 通說認為制裁規範的受命人不是市民，而是一群特定的人或機關。山中敬一認為「制裁規範相對於行為規範，並非係以市民為規範對象，而是以法律適用者為對象，並以對於違反規範者課以制裁為目的」，參山中敬一，前揭註 38，頁 42。

[46] 蔡聖偉，前揭註 5，頁 356。而其亦提到，甚至有德國學者如 Freund 將「被牴觸之行為規範的效力」稱作是制裁範所要保護的「法益」。此外，山中敬一亦認為制裁規範也擔保行為規範的妥當性，而藉由對於違反行為規範的行為課以制裁，具有補強行為規範的功能，參山中敬一，前揭註 38，頁 42。

[47] 李茂生，前揭註 9，頁 151。



doi:10.6342/NTU202600402

制裁規範所具體表現的制裁制度的內容，引學者佐伯仁志之定義，係「對於違反社會規範的行為，為了評價其行為係負面並且阻絕行為人之意圖，所為的對應行為；且該對應行為係以剝奪行為人一定的價值或利益，以及課予一定的不利益為其內容」[48]，而本文認為其中的重點在於制裁係對於違反社會規範行為的因應，並且該違反規範的行為針對係過去所發生者[49]。

至於在行為規範中佔有重要地位的「法益保護」，是否在制裁規範中亦有關連？有論者認為不同於行為規範重於實質層面，制裁規範則重在技術層面，亦即在證立制裁規範正當性的層次，並非考量具體法益的實質內容，而是抽象地從技術的角度切入，探討「如何建立刑罰的施予和法益保護兩者間的技術關聯」[50]。論者進一步以為刑罰的意義有許多不同角度的觀察，例如應報、預防（一般預防或積極預防）、甚或是溝通機能[51]。但大抵而言既係維持行為規範的效力，則仍與法益的核心概念有關，並以保護法益為其目的。故論者認為制裁規範的正當性基礎是在於「技術層面的法益保護」，進而穩固行為規範的效力[52]。

至於先進諸國制裁方式之種類，大致可分述如下。在德國係科以刑罰之犯罪

---

[48] 佐伯仁志（2009），《制裁論》，頁 7，東京：有斐閣。

[49] 參佐伯仁志，前揭註 48，頁 8-9。佐伯另舉例如行政法上的執行罰，係對於不履行義務的行為通知要科以一定金額的罰鍰，進而間接地促使其履行義務，並於不履行義務時強制徵收的制度，因其並非對於過去行為的制裁，而係強制執行的一種（間接強制）。此外，為了抑制一定的行為，使其保持社會上適當的數量，所課予稅金或課徵金制度（例如環境稅或公害課徵金制度），雖然在課予不利益係抑制目的性質的角度上，與制裁有共同的特性，但由於並非對於違反禁止為一定行為所課予的制度，故非制裁，參佐伯仁志，前揭註 48，頁 9-12。我國學者林明鏘對於行政執行罰的看法亦同之，參林明鏘（2024），《行政法講義（修訂 8 版）》，頁 269-270，新學林。

[50] 蔡聖偉，前揭註 5，頁 359。

[51] 此機能詳言之，係立法者透過法秩序，規定社會共同生活所必要的應然狀態（行為規範的設定），刑法作為法秩序的一環，在犯罪行為發生（亦即行為規範遭行為人牴觸）後，透過對於行為人的制裁來重建遭到破壞的法秩序。因此，刑罰的任務在於證實那些被不法行為所質疑的規範，透過刑罰宣示該規範仍如往常有效且應該被維持，藉此來穩固一般人對於法秩序的信賴、保障對於交互遵守行為規範的期待。參蔡聖偉，前揭註 5，頁 362-363。

[52] 蔡聖偉，前揭註 5。另外還有本文認同的事後處理機能，詳後述。



doi:10.6342/NTU202600402

及科以罰鍰之秩序違反行為[53]；美國則除了刑罰外，另有廣泛使用民事制裁金的制度[54]；在日本則有刑事罰、秩序罰、反則金[55]等制度[56]；在我國實定法上，也有刑法、行政罰法（內容規定為行政秩序罰）及社會秩序維護法等成文法的規定。由上觀之，在制裁方式方面，刑罰、秩序罰實為我國與其他各國主要交集的領域，加上與刑罰及秩序罰有密切關連性的行政刑罰，此三種制裁方式即有相互對照討論之必要。尤其是向來橫跨刑罰及秩序罰領域的行政刑罰，其與兩者間的界線究係為何？恐怕也是在制裁規範理論中應討論的重點。

因此，縱然牴觸了行為規範，則於制裁規範上是否具備施加制裁的要件？以及縱然要施加制裁，則制裁的種類及內容又應為何？其標準及立法模式均仍容有討論及商榷的餘地，尤其在是否要以刑罰作為制裁方式時的討論。而此商榷的餘地，就是要罰性主要討論的問題。綜合上述，「要罰性」的檢驗，實質上是審查應採用何種「刑罰的意義」，以及在該意義之下，動用刑罰作為制裁規範是否「必要」且「罪責相符」。

## 第二項　刑罰的要罰性

如前所述，刑罰的要罰性係指行為具有「需要被入罪（受刑事規制）」的特

---

[53] 佐伯仁志，前揭註48，頁15。

[54] 所謂民事制裁金（civil penalty），係行政機關向法院提起該違反義務行為的訴追後，法院對於違反行為人命其向國家支付罰金的制裁制度，參佐伯仁志，前揭註 48，頁 15-16。而佐伯亦提到美國近年賦予行政機關得科以制裁金權限之法律逐漸增加中。

[55] 即代替刑罰而科以行政制裁的制度。但如道路交通法上，將違反一定道路交通法的行為作為反則行為，警察對於反則者為繳納反則金之通告，在反則者繳納時，就不會提起公訴。參佐伯仁志，前揭註48，頁11。

[56] 佐伯仁志另舉課徵金、加計稅（費用）、撤銷或停止營業許可、公告制度等等為行政制裁所包含之種類，惟課徵金非對於過去行為制裁如前所述，加計稅係對於稅法上違反申請義務及繳納義務，而在應繳納稅額，加重一定比例計算加徵之金額；撤銷及停止營業許可則純粹係為除去現在或將來的危險，所為的預防措施；公告制度則係義務不履行或對於行政指導不服從時，公開該事實之制度，以心理壓力而間接促使行為人為或不為一定行為。參佐伯仁志，前揭註48，頁11-14。



doi:10.6342/NTU202600402

性，然而關於要罰性的內涵，德國及日本似乎有不同的討論發展。

首先，在德國的討論中，產生是否要將當罰性及要罰性予以實質區別的爭議。即使同為贊成說，其實質內容亦各有不同[57]，例如，Eberhard Schmidhäuser 認為「犯罪行為阻卻事由」即係否定當罰性的表徵，要罰性則係處罰是否必要的合目的性問題。Hans-Heinrich-Jescheck 則將處罰的阻卻事由做為要罰性的問題。Harro Otto 則認為要罰性係由於當罰的法益受到危殆化及侵害，而刑法成為以防衛社會及維持法秩序作為目的時所不可或缺的手段。

而否定說的見解則以 René Bloy 為代表，其雖然主張當罰性係「整體性的否定價值判斷」，而要罰性係「整體性的合目的性判斷」。不過，其認為離開刑罰則犯罪概念即無法成立，因此不論是不法或責任的範圍，都必須考慮刑罰目的及效果，如此一來，要罰性與實質的可罰性即當罰性就並無差別。簡言之，德國學說的爭論核心在於：「要罰性」是一個在判斷「不法」與「責任」之後的獨立審查階段或要素（如 Jescheck 等人），還是一個已經融入在判斷「不法」與「責任」時的思考要素（如 Bloy）。

在日本也曾有類似討論要罰性的見解，不過主要係偏向討論關於可罰的違法性（或可罰的責任）的問題[58]，因此日本著眼於解釋論上的解決方式，亦即如何在個案中，透過解釋限縮刑罰的適用範圍，以彌補立法寬泛的弊病。德國則努力區別當罰性及要罰性，賦予各種處罰阻卻事由或刑罰消滅事由的理論基礎，似乎可擴及立法論的問題。

---

[57] 以下整理自板倉宏（1990），〈当罰性（実質的可罰性）と要罰性〉，收於：内藤謙等編《平野龍一先生古稀祝賀論文集·上巻》，頁 103-105，東京：有斐閣。

[58] 例如宮本英脩認為刑法首先必須樹立應否處罰的界限，在違法行為中特地選出只有所謂的可罰價值的行為，並且在必要限度內處罰；佐伯千仞則認為在發展可罰的違法性理論的同時，主張客觀的處罰條件及處罰阻卻事由；田宮裕則認為在刑罰的效力（其主張一般預防或特別預防）無法從一開始就被預測，或是在利用刑罰並非妥當的情形時，就不應使用刑法；而鈴木茂嗣則主張從刑法的謙抑性要求出發，實質地展開可罰性理論，主張具備構成要件該當性、違法性、有責性的行為而不具有可罰性者，也不應行使刑罰。參板倉宏，前揭註 57，頁 108-112。



doi:10.6342/NTU202600402

不過，兩國學說則不約而同地傾向要求應重視制裁規範的正當性，依據此傾向，可進一步推論本文所主張的原則：刑罰規範應要區分行為規範及制裁規範各自審查，並且其中涉及當罰性及要罰性的問題，亦各自有其正當性標準而不應混為一談。因此，要罰性的內涵如前述，則是就刑罰目的和保護法益的重要性，亦即透過不同的檢驗標準，來確定對特定行為的刑事制裁，是否與刑法最後手段原則、罪刑相當原則等基本原則相符[59]。因此，討論制裁規範的問題，可謂主要係討論要罰性的問題。

不過，另外的問題即在於制裁規範的手段眾多，並不限於刑罰，因此關於制裁規範的手段選擇，勢必與要罰性的判斷有深切的關連性，而此問題即待後文繼續討論。而行政刑罰作為制裁規範手段之一，要罰性的檢驗尤其重要。特別是刑罰作為制裁手段，其本質帶有國家公權力對個人存在與自由的直接干預，也是一種「痛苦」的賦予，因此審查要罰性時，除了利益權衡外，更隱含了關於國家刑罰權正當性的哲學性思考。此一關於刑罰本質的哲學性提問，亦將成為本文後續區辨行政不法與刑事不法時的重要基石，尤其在行政刑罰法規的「當罰性」（法益侵害性）往往較為薄弱、抽象或具模糊性的時候。

### 第三項　制裁的多義性、選擇及競合

如同前文所述，制裁規範的層次所涉及的是「刑罰的意義」的問題，亦即涉及國家在事後處罰行為人，如何能夠和刑法保護法益的基本目的有所關連的問題。而對該問題的不同詮釋所產生的多義性，可以說明就是造就及分化出不同的制裁方式的原因。

佐伯仁志在區分刑罰與秩序罰時提及，刑罰課責的對象係針對該行為本身所具有的反社會性，又因刑法的任務係與法益有關，所以使用刑罰時需具備社會倫

[59] 王玉全，前揭註 10，頁 45。



doi:10.6342/NTU202600402

理的非難[60]；而秩序罰則普遍認為其課責的行為並非當然具有反社會性，此外，也非僅有直接侵害行政上的目的，亦有單純係為維持民事上或訴訟上的秩序，而做為制裁方式予以課責[61]。至於行政刑罰，其認為因行為本身並無反社會性，而係因行政上目的而賦與一定的義務，因違反該義務的行為侵害了行政上目的而加以處罰[62]。不過，行政刑罰既然有刑罰的烙印效果，則也必然帶有需考慮適用刑法總則及刑罰論的必要性。因此，行政刑罰與刑罰、行政刑罰與秩序罰間的區別及界限，即充滿多義性，內涵也未必十分明確，增加要罰性判斷時之困難。

進一步討論多義性時，行政刑罰及秩序罰如前述既然有維持行政實效性的目的，則首先的疑問是：為何一則選擇嚴厲的刑罰效果，一則選擇較輕微的行政處分，各自適用不同的決定程序？其次，既然行政刑罰與刑罰均可能發揮對於行為人的不利效果，則二者是否同樣具有社會非難性及法益保護（或侵害及危險性）的必要？要讓行政刑罰相同於刑罰的效果，此種社會共識或是社會共同規範的正當性又在何處？綜上，要探究此種多義性的發生，就可能要先從刑罰、秩序罰的本質開始討論。

關於刑罰的本質，亦即刑罰的意義，學說爭論已久，不過不外乎立基於預防抑或應報的說法。舉較近的例子，例如 Winfried Hassemer 所採取的積極一般預防理論，認為刑法並非威嚇，而是建立在「認識到法律值得信賴且其適用具有理性」的基礎之上，並且應該通過法律忠誠（rechtstreue），亦即對於規範的普遍妥當性的合理信賴，來行使以保障人權為目的的社會控制，以及為此目的而追求規範的確認。因此，國家的刑罰即可以理解為一種溝通方式[63]。另一位採取積極一般預

[60] 佐伯仁志，前揭註 48，頁 18。

[61] 佐伯仁志，前揭註 48，頁 9-10。

[62] 佐伯仁志，前揭註 48，頁 9-10。

[63] 福田直樹（2016），〈刑罰の正当化根拠についての一考察 ：コミュニケーション・改善・市民的制約〉，《北大法政ジャーナル》，23 号，頁 83-84。



doi:10.6342/NTU202600402

防理論者 Günther Jakobs 則主張刑法是功能性的，刑法的目的是對規範性識別的保障，即保障國家和社會制度的功能是確認社會的同一性。因此，犯罪被理解為有缺陷的溝通，規範的維持既然係社會對自我的確認和證明，為維持規範便需科以刑罰[64]。

其次，主張刑罰目的在於應報的觀點最近有復興的現象，其中的支持者 Michael Pawlik 認為，刑罰的基礎是違反了公民對法規範共同體的義務，該義務係共同合作維護自由的現狀。此外，因其尚具有公民的身份，維持自由秩序的責任從先位的履行義務轉變為備位的忍受義務，履行共同義務與享受自由之間的相互聯繫，係通過刑罰這種自我負擔方式得到確認，此即保障其公民地位的公民刑法典（Bürgerstrafrecht）。為了使確認規範的訊息被相信，所以它必須是明顯的惡害。引用懲罰係為了強化規範的可信度，並以攻擊現實自由的現狀的行為，表示係自我剝奪自我的自由[65]。

相較而言，秩序罰的目的如上所述，既然是以達成國家特定之行政目的為其意義，則顯然與應報無關，而行政法學的學說上亦未見關於該目的，有何預防或應報之爭論，誠為與刑罰目的最大不同之處。

不過，行政刑罰的目的（意義）卻顯得極為模糊。它不像秩序罰那樣純粹為了行政效率，但又缺乏如前述 Hassemer 或 Pawlik 所論述的深刻倫理基礎或規範確認功能。這正是本文所欲突顯的制裁「多義性」的核心：此種規制方式借用了刑罰的嚴厲形式，但卻無刑罰所追求的本質，而似乎只為了追求行政目的的「實效

[64] 福田直樹，前揭註 63，頁 85。

[65] 福田直樹，前揭註 63，頁 86-87。此見解亦獲得日本學者中村悠人的支持，中村認為刑罰本身係在法秩序擔任作用，與保障自由條件有所關連。因此，刑罰的目的在平息由犯罪引起的社會規範動搖狀態。刑法是針對過去的行為，而且量刑的根據也是因為所實施的犯罪行為，因此應該將其評估為一種應報理論。這是因為確認規範所需的程度，是基於犯罪行為引起的規範的動搖程度為基礎，而將犯罪行為與施加刑罰結合。換言之，雖然應報刑理論有其目的，但重要的是刑罰本身擔任法秩序的作用，而與自由的保障條件相關連，參福田直樹，前揭註 63，頁 93-94。



doi:10.6342/NTU202600402

性」，從而引發其正當性的根本質疑。

其次，深町晋也主張在選擇刑罰做為制裁方式時應考慮下列諸點：（1）在該行為的規則或規範在社會中尚未充份生根時，將此種規範以刑罰的形式積極地形成或加強，需要質問是否真的是刑法的功能所在？（2）若禁止一種行為可能被「錯誤解讀」為對於他種行為的非難（例如，禁止在街上吸煙被誤譯為對整個吸煙者譴責的這種訊息），該禁止形式就可能會被限縮解釋；（3）需視確保實現目的的可能程度而定[66]。其中除了探討刑法的功能與目的，與前述要罰性的主張相似外，所謂「解讀錯誤」的疑慮，亦是值得借鏡的想法。此係因為要罰性既然係在探討刑罰在諸制裁規範下的不可替代性，顯然要達到無疑的地步始有不可替代的地位，若有「誤譯」或「解讀錯誤」的可能，則應做限縮解釋而考慮不施以刑罰。

至於選擇秩序罰的理由，以美國為例，該國的行政金錢罰之所以盛行，論者認為與經濟發展有莫大關聯，在經濟快速發展的時代，同時也要求程序上的利益與快速之處理。而在處罰之程序，行政程序要比刑事程序來得簡單快速而有效率，且行政機關較法院更立於爭議解決的前端，因此在有專業及瞭解情況的背景下，若由其直接處罰，可以節省諸多不必要的浪費，且能增加政府的收入[67]。由此觀之，選擇秩序罰作為制裁方式，可謂主要係從經濟的觀點作為採擇依據，此亦符合前述法律經濟分析的論述。

由上可知，立法者關於制裁方式在行政刑罰的入罪化或除罪化（或秩序罰化）選擇的實然面上，其考量往往並非前述「要罰性」的審查，亦即所考慮的並不是

[66] 引自亀井源太郎（2021），〈刑事立法学の構想〉，《法学会雑誌》，62 巻 1 号，頁 163。

[67] 蔡震榮、鄭善印、周佳宥（2019），《行政罰法逐條釋義（3 版）》，頁 30-31，新學林。不過，論者亦指出，美國在最近二十幾年以來，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，造成刑事罰逐漸萎縮，對被告憲法上所保障之權利似有侵害之嫌，參同書，頁 32。



doi:10.6342/NTU202600402

社會非難性的問題，也與當地社會規範所形成的共同遵法意識無關，更多的考量在於行政自我目的（包括經濟性的考量）及實效性上。不過，刑罰畢竟是一種嚴厲手段，在制裁方式選擇以行政刑罰為之的情況下，就應注意界限的問題。市民刑法的任務，既然有關係人權的自由與保障，所以如期望以刑法加以保護超過安全的治安狀態，將侵害作為人權的自由。倘若作成逾越此種自由界限的刑法時，論者認為此即非市民刑法，而是一種「治安立法」[68]。因此，要罰性就是針對制裁方式選擇的重要判斷標準。

最後，本文欲討論在行政不法與刑事不法產生競合現象時，刑罰與秩序罰應如何適用的問題。關於此問題，我國行政罰法第 26 條已規定以「刑事優先」為原則。在德國的秩序違反法也規定，一行為同時觸犯刑事法規與違反行政罰法規時，刑法優先適用，罰鍰暫不處理，但仍得處予從罰，從罰若有競合也採刑法優先原則[69]。

一行為不二罰原則作為憲法上之原則，主要表現在刑罰處罰的情形。至於在秩序罰，似乎並無憲法的一行為不二罰原則的適用，而毋寧應依據比例原則，衡量是否應擇一從重處罰，即足以達成行政目的者，而毋庸同時併罰多個處罰的情形[70]。因此，刑罰與秩序罰似乎可以併罰，而實際上，在 2006 年 2 月 5 日行政罰法施行之前，我國實務上一向採取刑罰與秩序罰併罰立場，並未被質疑違憲，因此該法第 26 條刑罰優先原則，應理解為僅係立法政策的轉向，而非對於過往實務作法之違憲宣告[71]，即非學理上之必然推論。而亦有論者批評上開行政罰法規定在立法階段，並未評估僅擇一從重處罰刑罰而不處罰秩序罰之結果，是否足以剝

[68] 生田勝義（2011），《人間の安全と刑法》，頁 161，京都：法律文化社。

[69] 蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭註 67，頁 28-29。

[70] 參見釋字第 503 號解釋。

[71] 同此見解，陳清秀（2017），《行政罰法（修訂 3 版）》，頁 266，新學林。



doi:10.6342/NTU202600402

奪違規者的不法的經濟利益的問題[72]。換言之，將原本不同意義的制裁方式強行擇一適用，則「刑罰優先」的原則是否會導致秩序罰的行政目的（例如回復市場秩序或嚇阻經濟投機行為）因此落空？不過，此處亦涉及刑事不法與行政不法的區別問題，詳如後文再行討論。

由制裁多義性與選擇的觀察可知，當前立法者在刑罰、秩序罰及其他制裁方式之間的分配，往往係由行政管理上的便利與效率所主導，而非出自對於要罰性的周延權衡。面對此種以行政實效性與象徵性刑法所主導制裁方式選擇的趨勢，若不在制裁規範層次提出一套較為嚴謹的要罰性審查基準，制裁多義性與競合問題，將使刑罰失卻其謙抑性格的意義。因此，在未考慮刑罰與秩序罰的本質問題下，而遽以決定競合時之處罰方式，反而會造成更多的問題。換言之，對行政刑罰法規而言，認真對待「制裁的多義性」與「競合」問題，本身就是要罰性審查不可或缺的一部分。

### 第四項　本文立場

承前文所述，制裁規範層次所面臨的困難，係因制裁手段的多義性與競合關係，使要罰性的判斷，被行政實效性的需求所覆蓋。因此，本文主張評價要罰性的有無，抑或制裁規範是否具有要罰性，仍應回歸「刑罰意義」之探討。

依現在較主流的預防理論，再佐以功能論的角度，更讓刑罰意義中的預防目的受到矚目，不過，正如論者所述，即便強調面向未來的安全保護與關懷，刑罰本質上始終帶有壓制性特徵，因此，上述的制裁模式始終潛藏著削弱公民自由的風險，而有忽視法治國原則的傾向[73]。

此外，在環境刑法、經濟刑法等領域，重視透過立法手段形成象徵性規範，

[72] 陳清秀，前揭註 71，頁 266。

[73] 金尚均，前揭註 18，頁 122。



doi:10.6342/NTU202600402

並透過刑罰的適用，做為以新規範意識的創設為目的，而將該目的深植於對於社會的規範信賴的訓練。論者認為在此背景下，刑法所追求的與其說是保護法益，更成為一種從旁支持政策的工具，以發揮迅速滿足「行動要求」這種長期性的政策效果，並利用集體（普遍）性法益與抽象危險犯來實現，進而即使不法本質係以結果無價值為依據，一旦法益概念趨向於抽象化或精神化，最終仍會導向維護社會倫理秩序的結論，即與行為無價值理論的立場相差無幾[74]。論者進一步言之，若某種制裁規範的目標，如積極的一般預防理論主張重點在於喚起規範倫理，它實際上並非單純「保護」法益，而是在「創造」法益[75]。

上述藉由刑法以謀求行為制約、法益保護、或預防犯罪的想法，誠如論者所言，終究會陷入一方面讓刑法機能的無限擴大、另一方面放棄個別具體預防方策之局面，反而會成為阻礙真正能克服或緩解犯罪原因的努力[76]。因此，制裁規範如果從預防的角度出發是有其重大缺陷的。

因此，關於刑罰的目的，本文認為所謂「犯罪事後處理機能」的理論即有其值得參考之處。犯罪事後處理機能並不強調法秩序回復與規範再確認的面向，而要從具體的人際關係的事後修補以及對應著手。該理論主張所謂的犯罪現象，不能只偏重犯罪實體，而必須要將犯罪實體與犯罪對應兩者間之交互作用的過程納入視野。由於所有的犯罪實體都是被定義、被建構出來的關係。因此，而犯罪對應其實是從創造犯罪概念、適用以及標示為始（犯罪實體），一直延伸到對犯罪行為（者）的反作用力的施展、對抗、回應、法益侵害事後處理、被害關係修補

[74] 金尚均，前揭註 18，頁 297。

[75] 金尚均，前揭註 18，頁 299。這也可能是後文所提到的背景，即立法者以「立法目的」代替「保護法益」的政策性（創造）主張。

[76] 謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？－從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 386-387。



doi:10.6342/NTU202600402

等等一連串的活動[77]。刑罰不再被視為抽象秩序恢復與規範確認的象徵，而僅僅是眾多事後處理機制之一，其正當性須從具體人際與法益關係是否需要此種強度的介入來理解。

若基於犯罪事後處理觀點，即可賦與要罰性彈性的空間，亦即要罰性並非固定僵化的判斷標準。並且從立法階段、法評價階段乃至於刑罰執行階段，均可以此為基礎，而強調要罰性中刑罰的謙抑性、最後手段性、注重刑罰的犯罪事後處理機能，進而確立要罰性之正當基礎。換言之，此觀點要求立法者在審查「要罰性」時，得以優先考量非刑罰的「事後處理」機制（例如行政機關的秩序回復、民事賠償或不法利得追繳），視其是否已足以修補該行為所造成的具體損害。唯有在這些「處理機能」顯然不足時，方得考慮動用刑法此一最後手段。此不僅可做為刑事不法與行政不法的合理明確界限，更可確保刑法的最後手段原則與自由保障功能不致被稀釋的結果。

此外，關於制裁規範具體的審查要素，有論者從比例原則的審查中主張有如下的要素：在手段適合性之有無，須視對於違反誡命之行為給予刑罰制裁，是否能有效防止行為規範所欲保護的法益遭受侵害[78]；在是否為侵害最小之必要手段中，論者則認為，應要求立法者先行釐清刑罰與其他制裁手段或管制措施之間的輕重關係，且在難以確定孰輕孰重時，立法者應留意刑罰的「最後手段原則」要求。一方面，應妥適地就保護法益的種類、範圍、保護必要性、與其他法益之衝突與整體關連性，以及所規制的行為對於法益的侵害方式、惡性等綜合考量；另一方面，應顧慮刑罰「最後手段原則」所蘊含的寬容價值[79]，上述見解本文認為亦值得參考。事實上，此處所引的比例原則審查，特別是在「侵害最小之必要手

[77] 謝煜偉，前揭註 76，頁 385-386。

[78] 黃宗旻，前揭註 42，頁 70。

[79] 黃宗旻，前揭註 42，頁 71。



doi:10.6342/NTU202600402

段」中要求立法者先行釐清刑罰與其他制裁手段的關係，正與本文所傾向的「犯罪事後處理機能」觀點不謀而合。亦即，那些應被優先考量的「其他制裁手段」或「管制措施」，正是刑罰以外的各種「事後處理」機制。因此，本文並非全盤否定預防或應報的刑罰目的，而是主張在要罰性審查上，以「犯罪事後處理機能」作為優先的理解。

最後，本文認為既然刑罰與秩序罰的制裁目的不同，則一事不二罰或雙重處罰禁止的正當性就有所疑慮。再者，縱使有一事不二罰的規定，在行政刑罰法規的制裁規範上，也不應就因此取得正當性，相反地，正是因為同為追求行政目的的制裁只能適用刑罰，才應更戒慎使用，否則都會落入僅使用行政刑罰的效果，而架空秩序罰的規定[80]。

本文以此推得要罰性判斷的內涵，將「要罰性」定性為檢驗刑罰在多元制裁方式中，是否仍具有不可替代必要性的判斷標準。不過，當前行政刑罰法規體系的立法與適用傾向，是否符合上述要罰性的內容？亦即做為刑罰的一種模式，行政刑罰的意義及目的，是否確實符合刑罰的目的？若答案為否，原因是否為加進了「行政」的變異因素？此時探討行政不法與刑事不法的區別及界限，就有助於進一步釐清行政刑罰法規在當罰性與要罰性的正當性基礎。

## 第四節　行政不法與刑事不法的區別

承上所述，行政刑罰與秩序罰既然有目的上的不同，則其本質是否有所不同？此問題已是爭論許久的問題，甚至被稱之為「令人絕望的區分」議題[81]。不過，本節仍欲從此基礎的爭點出發，以作為後文解決實踐上問題的契機。

[80] 在本論文第四章的討論中，即常常可見此種現象。

[81] 日本學者福田平的用語，參謝煜偉（2019），〈論排放毒物污染環境媒介罪：與各環境行政刑罰法規之關連性〉，《臺大法學論叢》，48 卷特刊，頁 1383。



doi:10.6342/NTU202600402

## 第一項　區別理論的各種見解

本項將從行政不法與刑事不法區別的四種代表性的區別理論出發：質的區別理論、量的區別理論、質量混合理論以及區別廢止理論。前二者代表以「是否存在質的不同」或「僅有程度差異」區分行政不法與刑事不法的典型路徑，後二者則試圖在對立之外尋求折衷或超越的可能取徑。然而，這些理論不僅是概念上的分類，也各自對應不同的制裁體系想像與立法策略。本文以下將先還原各理論之內在邏輯與歷史脈絡，再於第二項中依據刑罰謙抑性與法益保護原則，評估其可能的優缺點。

### 第一款 質的區別理論

一、概論

主張質的區別理論（alfud Theorie）者，視犯罪行為係社會性危害，而秩序違反行為係行政目的上的危害，二者乃「異質性的存在」。此說曾經是有力的主張，但在 1975 年後，由於原本規定在刑法典的違警罪諸多規定移置或變更為秩序違反法，現於德國成為少數說[82]。

德國聯邦憲法法院在採取質區別說見解的期間（約 1952 年至 1967 年間），認為對於純粹的秩序違反行為的責任非難，因為係未達「倫理領域」而處以罰鍰，此方式即欠缺「國家刑罰的嚴厲性」，究責的只是具有「督促義務的行為」；而刑罰之所以是刑罰，係因其與「倫理性的責任非難」相結合的關係[83]。

二、質的區別理論中的不同流派見解

質的區別理論的內涵，依論者主張的重點不同而有些許差異，亦即存有重點係置於「法益的質的差異」、或置於「行為本身的質的差異」而非侵害對象的差

[82] 今村暢好，前揭註 3，頁 255。

[83] 今村暢好，前揭註 3，頁 256。



doi:10.6342/NTU202600402

異、或置於「包含侵害對象及行為而視當罰性的有無」等的差異，而可區分為如下的三種見解。

首先係法益的質區別說，該見解的核心，在於認為刑事不法與行政不法所保護的「法益」在「本質」上有所不同。此說係以 Eberhard Schmidt 為代表，其以 J.Goldschimidt 及 E.Wolf 的行政刑法理論為基礎，並以當時制度所出現的秩序罰模式，分別展開其主張。其認為區分司法犯罪及行政犯罪的標準，係不法及責任的實質構成要素，亦即前者具有「實質違法性」及「實質責任」；後者則無。前者（刑事不法）的內容係涉及法益，即以個人、公眾及國家經法規範所承認的利益，且取決於可以掌握且測定的侵害；後者（行政不法）之內容係惹起「具有特殊的行政侵害」，行政上的侵害行為並非行為人與個人或群體間的關係，而僅係行為人與對於行政機關負有服從義務的國民間所生之關係[84]。

「行為之質的區別說」相對於法益的質區別說，係認為重點不在法益，而在於「行為本身」是否具有社會倫理上的可非難性。此說的代表 Wolfgang Sommer 認為，由於無法明白確認多數刑事犯罪所應保護的法益為何，而學說上也未必對於法益有一致性的決定，故其認為以法益做為內涵會產生問題。例如 Sommer 認為在經濟的整體或個別領域中，由國家所建構經濟秩序的存立此種國家式的利益，係經濟犯罪的實質要素，亦即可視為法益，但其認為服從經濟行政機關命令的國家利益，也得視為法益。因此，Sommer 進而主張刑事不法及行政不法間的差異，應經由廣義的刑法規範，依據其所禁止行為的社會或倫理評價的不同，而以此為基礎而成立方為恰當。刑事不法係在社會倫理可得非難者，與此同時，亦係依多數國民所感受的倫理上非難可能者；相對於此，行政不法即欠缺強調此種非難的性質，該行為大抵在社會及倫理上都是不帶色彩的。Sommer 認為區分二者的基

[84] 神山敏雄（1984），〈経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（2）－ドイツの法制度・学説・判例を中心に〉，《刑法雜誌》，26 卷 2 号，頁 257-264。



doi:10.6342/NTU202600402

準，重點即置於行為非價及責任，而非結果非價[85]。

第三種質的區別說即「當罰性的質區別說」，此說則試圖結合前兩說，認為必須從「法益侵害」與「行為非價」兩個維度，綜合判斷其「當罰性」後才能區別刑罰與秩序罰，此說代表為 Albin Eser。Eser 在考察一般犯罪行為及秩序違反行為間的界限時，係以法益侵害及行為非價做為判斷的對象，而從當罰性的評價探討二者的差異，從中尋求是否值得社會倫理非難的結果。其以不法的事實關係是否及需有如何的門檻、以及其結果是否可正當化刑罰等問題出發，尋求二者的界限。進一步言之，其認為當罰性的內容，首先要從刑罰的本質以及目的予以解明，開始進行如下具體的檢討[86]。

Eser 認為當罰性必須討論兩個對照對象，其一係刑罰，另一則係應被處罰的不法關係。刑罰的內容，是對於被處罰者本質利益的實質侵害，以及對該受處罰者對於社會倫理性的非難性非價判斷。這種刑罰來自於強烈的倫理感情，並對於法意識而言具有明顯輪廓的確定事實關係[87]。

Eser 主張依據當罰性原則的要求，刑罰係依據不法事實關係，且為了保護共同體社會所規定的唯一適切手段。當罰性係顯示刑罰及行為間的實然與應然的等價關係。當罰的不法係從二種觀點，主張對於刑罰而言必須具有比例性：亦即第一，依刑罰對於所實現的利益損失係等價；第二、必須包含對應於刑罰的社會倫理性非難的倫理上非價。利益值得保護以及因此而來的保護義務，並非由構成要件的法規範化才發生，而係始於在此之前的社會承認過程。依據該社會的承認過程，該利益才普遍性地獲得值得以社會法律進行規範。來自於共同體社會的一般性承認的前提，係將利益視為特別有價值者，並且對近於該價值的事物有所認識，

[85] 神山敏雄，前揭註 84，頁 264-266。

[86] 神山敏雄，前揭註 84，頁 266-267。

[87] 神山敏雄，前揭註 84，頁 267。



doi:10.6342/NTU202600402

而該認識即產生該利益被侵害、以及因此逾越了個人純粹利益的實質侵害或概念上的侵害。所謂利益的社會意義認識，係在以充份且普遍性的認識滲透時，就顯示開始值得一般性的保護及尊重，並因此得以承認為社會利益[88]。

至於 Eser 對於秩序違反行為的解釋則如下所述：現代國家在想要以某程度滿足其克服秩序及安全的課題時，會先取得社會的緩慢承認過程，並且在拘束社會的保護命令無法發生效用的情形下，需要有能計畫以法律制裁的必要。因此，由國家將尚未被一般普遍承認的事物直接提昇為行政秩序上的法益[89]。

至於犯罪行為及秩序違反行為的界限，首先，Eser 認為具有當罰性的行為即刑事不法行為，以具有下列三個門檻為必要。第一，必須包含法益的侵害。第二，必須是社會倫理所非難的行為及值得非難的行為。亦即必須違反拘束社會的規範，而該規範係基於該法益的價值內容、而具有普遍性認識的可能性。第三，必須有處罰的必要性，亦即刑罰係防止該法益受到侵害的唯一有效手段。滿足以上三項，才具有當罰性，從而得視為犯罪行為而予以規範化[90]。

至於不具當罰性的犯罪行為—即秩序違反行為，Eser 認為其特徵欠缺與法律上保護命令平行的社會倫理的保護規範，即顯示並非屬於當罰的不法本質。因為社會倫理義務的欠缺，無法在一般性值得社會倫理非難的形式下為行為，以及也不值得刑罰的社會倫理性非難，因為此時非價的內涵即欠缺價值，也欠缺與刑罰的倫理需求相當的非價內容[91]。

Eser 認為依據每種文明狀態的必要性及成果，值得保護的利益範圍或縮小或擴大，以及對於這個階段所賦予的秩序，應基於共同社會的意識之中所定著的事

[88] 神山敏雄，前揭註 84，頁 267-268。

[89] 神山敏雄，前揭註 84，頁 268。

[90] 神山敏雄，前揭註 84，頁 268-269。

[91] 神山敏雄，前揭註 84，頁 269。



doi:10.6342/NTU202600402

實。其亦承認想要設定犯罪行為及秩序違反行為的絕對且適當的目錄，係一種與實際生活背離及魯莽的行為。但亦強調此非任由立法者的恣意決定，而是立法者必須基於上述提及的基準，而在當罰性的要素上檢討現實存在的各種素材後方為判斷，始為正當[92]。

三、質的區別理論對於制裁意義的見解

關於質的區別說對於制裁意義的見解，依據各種不同流派的見解而有些許差異，三種流派對於制裁意義的看法，也呼應了其各自的核心論點：「法益說」強調刑罰的倫理與贖罪功能；「行為說」區分了倫理人格與社會活動；「當罰性說」則強調在社會倫理內涵與烙印效果上有所區別。茲將三說對於制裁的意義見解分敘如下。

首先，Eberhard Schmidt 認為刑罰因為贖罪思想而具有倫理的意義，並且該主張要對於法的敵對思想予以無害化，以及讓其再社會化，因此藉此必須實現刑事政策上的要求及其目的的想法，具有刑事政策上的意義。刑罰即在此雙重的意義下掌握行為人的全面人格。與此相對，秩序罰則委由行政機關之手進行強力的義務警告，此時，特別預防思想並未見有何地位[93]。

Sommer 則認為，刑罰的本質不僅係對於規範侵害的國家反應，也係確立其對於倫理之間的關係；與之相對，行政刑法的規範違反在社會倫理上係中立的，並不歸罪於違反行為的人格，因此，例如課以罰鍰（秩序罰）即欠缺倫理性的要求，僅發揮威懾的功用，並且保障經濟行政機關不受阻礙的功能[94]。

Eser 關於刑罰及罰鍰則如下所述：罰鍰並非典型的行政措施，而是典型的司法制裁，在以司法刑罰為上位概念之下，罰鍰與刑罰係相同的。因此，刑罰與秩

[92] 神山敏雄，前揭註 84，頁 269。

[93] 神山敏雄，前揭註 84，頁 270-271。

[94] 神山敏雄，前揭註 84，頁 271。



doi:10.6342/NTU202600402

序罰係在社會倫理的內容上做區別。其理由為罰鍰欠缺贖罪的思想，而刑罰在倫理上要求及在社會倫理上的烙印性質，則在罰鍰制度中完全未見[95]。

四、小結

雖然質的區別理論目前在德國已非主流，但其所奠定的倫理基礎與區分標準，仍是後續「量的區別理論」與「質量混合理論」所針對回應與對話的對象，因此仍有其重要性。依照上述質的區別說的三種不同流派的主張，將其等之核心論點、主要內容、對制裁規範的看法，以及其等主張分別對於本文前述當罰性及要罰性的呼應內容，製作表格如表一，以較能清楚了解各主張的異同之處。

**表一：三種質的區別理論之差異**

| 流派名稱 | 主張代表 | 核心論點（區分標準） | 主要內容（不法內涵） | 對制裁規範的看法 | 對要罰性的呼應 | 對當罰性的呼應 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 法益的質差說 | Eberhard Schmidt | 以法益的性質區分，是否具有實質的違法性及責任 | 刑事不法係侵害可掌握且測定的「法益」，而行政不法係侵害「行政上的利益」，違反對行政機關的服從義務 | 刑罰係基於贖罪思想，具有倫理意義；秩序罰則係行政機關的強力義務警告 | 未明確提及 | 是否侵害實質的司法利益，並具有實質的責任 |
| 行為的質差說 | Wolfgang Sommer | 行為本身是否涉及對社會倫理規範可得非難者 | 刑事不法係社會倫理可得非難者，行政不法在社會倫理上係「中立」，重點在於行為非價 | 刑罰係一種國家反應，也是確立倫理關係，秩序罰則欠缺上述要素，僅具威懾功用 | 行為的社會倫理非難性決定是否動用刑罰 | 取決於行為是否具有社會倫理非難性質，而不取於法益性質 |
| 當罰性的質差說 | Albin Eser | 以當罰性的評價為準，而以法益侵害及行為非價做為判斷的對象 | 刑事不法須滿足法益侵害、社會倫理非難及處罰必要性的門檻；而行政不法則欠缺上述要素 | 刑罰與罰鍰在社會倫理的內涵以及烙印效果上有區別 | 將要罰性視為當罰性的構成要素之一，亦即須具備「必要性」，才值得處罰 | 需符合三門檻，才具有當罰性，亦即係有法益侵害、係社會倫理所非難的行為及 |

[95] 神山敏雄，前揭註 84，頁 272。



doi:10.6342/NTU202600402

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | 值得非難的行為、刑罰係防止該法益受到侵害的唯一有效手段 |

### 第二款 量的區別理論

一、概論

德國聯邦憲法法院於 1968 年開始鬆動原本主張質的區別說之見解，另一方面也可能是配合 1968 年秩序違反法開始進行修正的歷史背景，法院進而認為秩序違反行為僅係「依照一般社會通念，違反並未該當（刑事上）處罰法律的行為」，而以「倫理性的不法程度」做為區別犯罪行為的標準[96]。

二、量的區別理論的不同流派見解

量的區別說的主要內容係認為刑事不法與行政不法並無質的差異，而僅有倫理不法程度的區別，不過其中仍有不同角度的詮釋，而可將量的區別理論分析為幾個主題：（1）認為行政不法與刑事不法的不法本質相同，只是侵害程度有別（綜合 Mayer、Bockelmann、Sauer 的觀點）。（2）認為由於國家任務的轉變（從自由國家到福利國家），行政所保護的公共福祉的重要性（利益價值）未必低於傳統的個人法益，因此違反行政義務亦具有實質不法性（綜合 Welzel、Sax、尤其是 Jescheck 的觀點）。（3）從立法政策的觀察，確認 1970 年代的立法趨勢，證明立法者係基於政策考量，將僅較輕微的法益侵害，從刑法中脫離而歸入秩序違反行為，因此二者僅是立法者裁量下的「量的區別」（綜合 Tiedemann、Baumann、Schmitt 的觀點）[97]。

其中第（2）點的主張可為量的區別說代表，例如 Walter Sax 認為尋求犯罪行

[96] 今村暢好，前揭註 3，頁 257。

[97] 神山敏雄，前揭註 84，頁 277-285。



doi:10.6342/NTU202600402

為及秩序違反行為的界限問題，雖然可以淨化真正的刑法領域，但一旦分離，作為國家強制因應手段中的重要部分，就無法與法治國家的原則相容，而會轉移到顯現無限制權力的國家去處理危險行為的軌道上。秩序違反行為的本質雖是從行政不服從所得出，但其認為決定性的問題為是否賦予國家有要求人民服從的權限？並且在何種條件下國家才擁有該權限？其主張國家僅在為了保護共同社會的價值時，才有設定誡命及禁止規定的義務及權限，才得以具有要求服從的權限。其結論是犯罪行為及秩序違反行為雖然都是侵害法益，但以是否係如同藉由刑罰所非難的程度般的強烈法益侵害，做為二者的區別[98]。

Hans-Heinrich Jescheck 的主張則建構了戰後量的區別理論的基礎，並影響後來的學說見解。其認為由 J.Goldschimidt 而展開的行政利益與法益的質的區別說，係基於極端自由主義的 18 世紀的自然法理論，然而在現代的社會國家—亦即所謂的福利國家—中並無法適用。對於人類的共同生活中難以忍受的行為，即係實質的違法，因此行政行為不應從應受保護的法益範圍中排除。此外，行政權既然在法秩序內行使其法律上的權限，則違反秩序行為不只在形式上阻礙了行政活動，實質上也是屬於不法，而其不法程度係被與其他情形相同的法益價值、法益侵害的危險程度、行為的非難程度而左右，因此主張不法是具有層級性的。秩序違反行為絕非在社會倫理上不值一提，國家基於法共同體社會的基本確信而予以倫理性的非難，因此允許國家就值得非難的行為施以制裁方式加以處罰。不過其也承認該制裁方式若只有便於行政上行為的目的，就絕對不予容許。秩序違反行為相較於刑罰所針對的「難以忍受的法益」，在程度上確實較為輕微[99]。

三、量的區別理論對於制裁意義的見解

量的區別理論對於制裁意義的主張，其一係否認刑罰的倫理非難特殊性，亦

[98] 神山敏雄，前揭註 84，頁 281-282。神山並在此補充，其認為 Sax 的當罰性理論受前文所提到的 Eser 很大的影響，但兩人的結論卻大相逕庭。

[99] 神山敏雄，前揭註 84，頁 282-284。



doi:10.6342/NTU202600402

即刑罰並無獨特社會倫理非難或贖罪功能。其二係不論刑罰或秩序罰，都是藉由國家權力予以剝奪之不利益為其內容的制裁方式，只是前者為狹義的刑罰，後者則否而已[100]，而兩者皆應受到法治國原則的相同拘束，其差異自然僅在於因應不法程度高低所選擇的「制裁強度」（量）而已。

四、小結

綜合上述量的區別說主張者的見解，其等論據可整理如下。首先，刑罰與秩序罰並無本質上的差異，秩序罰相對於刑罰只是惡性較小及輕微的程度。而罰鍰及罰金刑亦僅是程度差異，均屬於國家權力的展現，而應同受法治國原則的拘束。其次，此說批評質的區別說未看到時代由自由主義國家轉變到福利國家的改變，進而認為國家基於法共同體社會的確信而加以處罰、以及其手段的選擇，除非僅以行政上便利為目的，否則均應有正當性。最後，在制度面上，從違警罪除罪化而訂定秩序違反法的立法趨勢，更證明刑罰與秩序罰只是立法政策的決定，而非具有本質上的差異。

### 第三款 質量混合理論

一、概論

依據學者之分析，德國聯邦憲法法院雖於二戰以後傾向於量的區別說，惟由該法院相關判決之觀察，實仍無法完全摒除質的區別說之影響。簡言之，該法院主張在刑法及違反行政罰法各有其「核心領域」，在刑法係以純粹的倫理非價為其特徵，而秩序違反法則以純粹技術性的行政不服從為其特徵，二者間仍有本質上之差異。惟在「邊界地帶」，則只有量上的不同，乃按其非價及不法之內涵而委由立法者判斷，由立法者決定究竟應歸於刑法或違反行政罰法。此外，立法者

[100] 參神山敏雄，前揭註 84，頁 285-287。



doi:10.6342/NTU202600402

選擇罰鍰作為不法行為之法律效果，尚有程序經濟之目的存在[101]。因此在刑罰與秩序罰的區別見解中，可謂是一種質量混合說的折衷主張。

二、質量混合理論的各種不同見解

質量混合理論在德國亦有如下的不同主張。首先，依 Erich Göhler 的主張，在邊際領域中，若要拘束立法者的決定者，係依照德國基本法上的價值秩序，需限於十分明確並可得確認的刑法核心領域。亦即此時完全取決於不法行為的實質內容，立法者無法任意為之。刑法中存在其核心領域，其任務係保護共同生活的基本價值，而在該領域，法官具有預防性的法律控制權限，反之則服從立法者的決定[102]。

Reinhart Maurach 及 Heinz Zipf 則認為基於憲法上的價值秩序，屬於刑法核心領域的重要不法構成要件，係以本質的不同與秩序不法做區別。而在邊際領域，兩者的各種不法種類的歸屬，係由不法內容的個別量做決定[103]。

最後，Hans Eberhard Rotberg 認為在犯罪行為及秩序違反行為間，現今已無嚴格意義下的質的區別的餘地。但是若進行純粹的量差考量，則會導出立法者沒有權限將本質相同的事物置於兩種完全不同的程序類型之下，並賦予質不同的法律效果。因此，即使從量的觀點出發，對於立法者而言，在考量不法內涵的數量及程度時，就無法迴避決定量變為質變的那一個臨界點。而在此有限度的意義及範圍內，依然應當致力維持質區別說的立場[104]。

三、質量混合理論對於制裁意義的見解

綜上所述，依據質量混合理論的見解，秩序罰係對於該當構成要件違反及非

[101] 洪家殷（1996），〈論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限〉，《東吳大學法律學報》，9 卷 2 期，頁 96-97。

[102] 神山敏雄，前揭註 84，頁 291。

[103] 神山敏雄，前揭註 84，頁 291-292。

[104] 神山敏雄，前揭註 84，頁 292。



doi:10.6342/NTU202600402

難可能行為的一個不法效果，而本質上雖然具有抑止功能，但絕非真正的刑罰。而罰鍰的目的，並非贖罪這種對於社會倫理責任的清算，而是為了讓他行為人遵守在法益保護的前階段所制定的誡命或禁止而實施的制裁行為，具有促請行為人義務履行的性質，此性質相對於刑罰而言具有質差。對於刑罰的典型門檻，即要求包含國家刑罰的嚴格性，以及以真正刑罰的社會倫理性為基礎的行為人無價值，罰鍰在此意義上是即完全欠缺的。最後，行政刑罰也並沒有倫理的內容及倫理的關連對象，只有強烈的義務警告的意義[105]。

四、小結

質量混合說在制裁規範的角度，係認同質的區別說的見解。而在行為規範的角度，則區分「核心領域」及「邊際領域」的不同，而分別採取質的區別說及量的區別說的見解。前者不得由立法者任意違反，後者則得委由立法者決定採用何種制裁方式。不過，此理論雖然看似提供了彈性，實則也留下了最關鍵的難題：此說所謂的「核心領域」與「邊際領域」的界線究竟應如何劃定？以及如 Rotberg 所指出的問題—量變為質變的臨界點，應由何人及依據何種標準來決定？此理論似乎並未提出解答，而最終仍將最困難的上述問題，交給了立法者的「裁量」。

### 第四款 區別廢止理論

一、本理論內容

區別廢止理論正如其名，主張犯罪行為與秩序違反行為僅係在理論上的區分而已，因此強求上開二制度的區別係有違憲法上三權分立的原則。該區別廢止理論中亦有稍微相異的各種見解，介紹如下。首先，依 Arminn Schoreit（實務家—檢察官）的主張，其認為所謂犯罪本質等同倫理無價值的說法，在法律及理論上皆無依據。因為倫理無法被規範化，如果將倫理的無價值判斷作為處罰的前提，

[105] 神山敏雄，前揭註 84，頁 292-293。



doi:10.6342/NTU202600402

則所有法律的安定性即將告終。其次，倫理法則本質上具有主觀色彩與不確定性，簡言之，國家在關於「倫理」的內容未必一致的情況下，亦有權在個別法領域（舉道路交通犯罪事件為例）中，制定帶有刑罰規定的法律。另一方面，其認為秩序違反行為也普遍包含了以對法益或個人價值的危害化（正如刑法所保護者）為必要的構成要件，通常在形式上表現為危害個人的法益（已被普遍承認）或具有高度價值的共同社會利益，故在此範圍內，即可認為具有實質的不法性。因此，行事不法與行政不法、刑罰與秩序罰無法區別[106]。

此外，依據 Heinz Mattes 的主張，其認為秩序違法行為同樣是對某種利益的侵害，與犯罪行為所侵害的利益，在性質上並無差異，僅存在量上的區別。因此，他反對將秩序違法行為作為一種獨立的制度，進而主張對於現存的秩序違法制度而言，秩序違法這一概念的存在，應作為與「微罪處罰」（Bagatellstrafe）相對的「輕微違法行為」（Bagatelldelikt），共同保留在刑法的框架內。罰鍰所涉及的不法行為及其保護的秩序，與刑罰涉及的不法行為及其保護的秩序並無何不同，因此，罰鍰實際上是刑法意義上的真正刑罰[107]。

二、區別廢止理論對於制裁意義的見解

區別廢止理論既然不區別刑事不法與行政不法，則對於制裁意義就並無討論的必要。

三、小結

依照區別廢止理論的主張，似乎係放棄刑罰與秩序罰間的界限，而不論在實體及程序上，應以一元化的法體系進行整體建構。並且在制裁的程序上，統一由法院做為決定機關。此種見解從根本上否定了區分的必要性，在上述行政不法與刑事不法區分理論中，採取了最為激進的立場。其看似徹底解決了界線劃分的難

[106] 神山敏雄，前揭註 84，頁 295-298。

[107] 神山敏雄，前揭註 84，頁 298-300。



doi:10.6342/NTU202600402

題，但其所主張的放棄區別取徑的一元化論述，也將成為此說在面臨分析其優缺點時最大的挑戰。

## 第二項　各種區別理論之優缺點

### 第一款 質的區別理論之優缺點

質的區別理論的優點，由於主張「犯罪行為」與「行政違反行為」在本質上是完全不同的類型。這些行為並非由立法者創造，而是原本就存在於社會中，立法者的職責僅是發現它們，並將其妥善予以歸類。因此，既然這兩者的區別是既定的，而立法者無權依據程度（即量的差異）來進行裁量或相對調整，如果國家未能對本質上不同的行為作出相應的分類與定位，則可能被認定為違憲[108]，而可以成為違憲審查的依據，整體而言其理論較有一貫性的基礎。

不過，質的區別理論被指摘最甚的缺點，也在於其無法成為違憲審查的依據，原因即在於區分兩者本質的標準缺乏客觀的可認知性與可測量性。最終，會由於價值觀及其內涵的多樣化及隨時間變化的可能性，導致區別二者的標準變得難以維持[109]。

另外的困難點在於，有論者批評質的區別理論忽略了現代行政的意涵，因為在現今福利國家的現代行政行為中，本即另外有其公共福利的利益與行政目標的價值，也因此社會預防的任務理所當然成為應該加以保護的利益而需視為「法益」，從而使得要區分此國家價值中的個別要素就係相當困難[110]，也連帶導致區分使用刑罰及秩序罰的標準亦相當困難。

---

[108] 神山敏雄，前揭註 84，頁 274。

[109] 神山敏雄，前揭註 84，頁 274；洪家殷，前揭註 101，頁 95。

[110] 林雍昇（2011），〈談秩序罰與刑罰之界定－以證交法上對股價操縱行為〉，《臺灣法學雜誌》，第 168 期，頁 39-40。



doi:10.6342/NTU202600402

### 第二款 量的區別理論之優缺點

論者認為量的區別理論的優點，係將不法行為的本質特徵確立於客觀可認識且可測量的法益侵害，並完全排除倫理無價值的判斷，則可確保國家制裁權的合理拘束，有效防止國家權力的濫用[111]。其次，量的區別理論亦察覺到許多其他隨時代新興的情況，尤其是刑事微罪及超個人法益的前置保護，這種見解有利於行政機關統一懲罰權限、也對於可否針對法人及人合團體處以罰鍰等問題，都可以輕易克服[112]。

不過，量的區別理論缺點也是很明顯的。具體而言，上述量的區別說的諸見解並未提出突破性的基準，用以區分入罪化及秩序罰化[113]。其次，秩序罰與刑罰在法律效果上，也有顯然的差異（例如刑罰及累犯的烙印效果）。此外，也無法忽視二者在科以制裁的程序面上的差異，亦即如果認為罰金及罰鍰都是廣義的刑罰，則目前罰鍰的裁處程序上亦會出現正當法律程序的問題。

此外，「量的區別說」由於特別強調行政制裁背後的公共政策考量，而賦予立法裁量判斷的空間，然而在此種考量下，法律的適用不再只考慮所謂制裁法律效果的輕重，還必須將行政目的列入考量[114]。本文認為此恐係量的區別說最大的缺陷所在，亦即將行政目的、政策考量做為立法論的優位時，刑法的最後手段性就不再反映在手段的選擇上。國家依照其行政目的訂定規範，依照行政權向來希望受規範者同一性及整體性的考慮，則對於基於異己思想而做出異己行為的人，刑法就可能對之規制行為規範及制裁規範，如此一來，在憲法上基本權所架構出

[111] 神山敏雄，前揭註 84，頁 287。

[112] 林雍昇，前揭註 110，頁 40。

[113] 神山敏雄，前揭註 84，頁 287。

[114] 涂予尹（2023），〈刑事與行政制裁區別理論的再檢討－以酒後駕車的制裁為中心〉，《中原財經法學》，50 期，頁 79。



doi:10.6342/NTU202600402

的自由領域即可能遭破壞[115]。

### 第三款 質量混合理論及區別廢止理論的優缺點

一、質量混合理論的優缺點

質量混合理論由於兼採質的區別說及量的區別說，因此具有各自的優點，並保持開放與彈性，讓立法者、法律解釋或適用者有空間各取所需。

不過，如此兩面討好的做法，正突顯質量混合說的矛盾之處。首先，質量混合理論無可避免仍具質的區別說之色彩。因此，該說中「社會倫理價值」概念之不確定性問題，依然難以克服，此外，以「社會倫理價值」作為判斷是否為刑罰之標準，亦容易使得違反秩序罰喪失本身獨立之法律地位[116]。其次，量的區別說只是將區別的責任推給立法者，但若沒有明確的標準，立法者就量變如何質變的問題仍然懸而未決。此外，若採行所謂的「當罰性」或「要罰性」來說明社會倫理之內容時，無異於陷入一種「套套邏輯」中，只是把問題移到另一個規範而已[117]。

二、區別廢止理論的優缺點

區別廢止說的優點為藉由通過合理設定罰鍰的目的與功能，有可能擺脫傳統的應報刑思想，並且將犯罪從倫理上的無價值判斷中解放出來，將其視為對法益或利益的侵害，並認為其性質可類比於秩序違反，但對於某些輕微的不法行為，應採取有利於行為人的政策，而非一概視為犯罪。此外，即便罰鍰程序與法院審理程序不同，且無法給違法的行為人貼上犯罪行為的烙印，仍可以通過加強罰鍰

[115] 有論者認為這同時也會趨向納粹時期的「義務違反說」大步邁進，因為依此理論，只要在違反規範的行為中呈現出背叛共同體的思想，無需另有損害即可定罪。參鍾宏彬，前揭註6，頁191。

[116] 洪家殷，前揭註101，頁98。

[117] 洪家殷，前揭註101，頁99。



doi:10.6342/NTU202600402

制裁的廣泛宣傳周知並確保其執行，來期待達到預防效果[118]。

然而，區別廢止理論實質上仍極有可能將秩序違法行為犯罪化，而導致國民免受氾濫刑罰的效果[119]。此外，正如該說代表 Mattes 所承認的，此時仍需根據法益或行為無價值的「程度」來進行區分制裁方式。因此，即便主張廢除區分論，也無法避免如何界定界限的困境[120]。

## 第三項 行政刑罰與秩序罰關係的再確認

### 第一款 我國對於區別理論的通說見解

我國學界對於刑事不法與行政不法的區別見解，大部分為行政法學者所討論，並且趨向一致以量的區別理論為通說[121]。即使刑法學者如蘇俊雄，亦指出隨著國家與社會日益密切的交融，學理上所謂「行政犯」與「刑事犯」間存在有本質上之差異的傳統理論見解已遭揚棄，而代之以「量的區分說」或者「危險程度理論」，主張立法者因此擁有相當程度的規範形成自由，得從社會需要與政策考量等觀點，衡量該等違法行為的危險性，據以決定處罰的方式[122]。

我國實務見解似乎亦趨於以量的區別理論為準。例如司法院大法官釋字第517號解釋理由書所指陳：「就違反行政上義務之制裁究採秩序罰抑刑事罰，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」；司法院釋字第808號解釋理由書第3段也明確提到，憲法所禁止的重複追究及處罰，「原則上固係指刑事追訴程序及科處刑罰而言，但其他

[118] 神山敏雄，前揭註 84，頁 300-301。

[119] 神山敏雄，前揭註 84，頁 300-301。

[120] 神山敏雄，前揭註 84，頁 302。

[121] 參涂予尹，前揭註 114，頁 73-74。

[122] 蘇俊雄（2001），〈論刑罰與行政刑罰及秩序罰之範疇—評最高法院 89 年度台非字第 87 號判決〉，《月旦法學雜誌》第 73 期，頁 157。



doi:10.6342/NTU202600402

法律所規定之行政裁罰，如綜觀其性質、目的及效果，等同或類似刑罰，亦有一罪不二罰原則之適用」。由此可見，從「一罪不二罰」衍伸而來的「重複制裁禁止」原則，應符合行政法學理論上有關行政與刑事制裁間，僅具有「量」的區別的主張。釋字第808號解釋之理由書第4段末節指出：「社維法第三編分則所規範之違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同」。最近，憲法法庭111年憲判字第1號判決也明確表示，刑事與行政制裁間「並無本質屬性之不同」，該判決之理由書第29段亦提到「我國現制下，立法者對違法酒駕行為係兼採行政處罰及刑罰制裁手段，兩種處罰間並無本質屬性之不同，僅依立法者所選定之標準而異其處罰類型」。

由於行政不法係指違反行政法上義務或處分之行為，法律效果為行政（秩序）罰，刑事不法則係指違反刑罰規範之行為，法律效果為則為刑罰。因此從秩序罰與刑罰的區別，可以進而推論行政不法與刑事不法之區別。職是之故，我國實務採取量的區別說的主張，殆無疑義。

### 第二款 本文對我國通說的批評

如前所述，近期德國的實務見解則逐漸傾向質量折衷說，依照此傾向，學者許恒達也認為德國刑法學界逐漸走向折衷說，諸多典型事例都可以透過「法益侵害／違反行政規則」的區別標準界分[123]。是可見德國的通說及實務並非如我國實務及通說般採量的區別理論，是量的區別理論是否適合作為通說見解，即非無疑，以下即有批評我國通說見解而主張應採質量混合理論之主張。

學者洪家殷主張的質量混合理論的內涵，係以量的區別說為原則，並認為在判斷違法行為之輕重時，應加入社會倫理價值之因素，與其他判斷因素共同形成一種由刑罰到行政秩序罰之間的類似光譜式之型態，社會倫理價值因亦成為判斷

[123] 許恒達（2017），〈社會秩序維護法拘留處分之檢討〉，《檢察新論》第 22 期，頁 161。



doi:10.6342/NTU202600402

之一種標準，與其他之判斷因素具同等之地位[124]。

學者謝煜偉亦認為質量混合的區分理論大方向是正確的，但其認為必須分成違法性（行政違法與刑事違法）的區分，以及法律效果（刑罰與秩序罰）的區分。亦即，應採取「不法內涵僅具量的相異，而制裁內涵及制裁目的則具質的相異」這種折衷式的見解。關於質的相異部分，即認為刑罰制裁手段不能專以作為管制政策工具，二者在法律效果上截然不同，是以在概念理解上，刑罰應與秩序罰為質相異的解釋，僅需在最小程度內，考慮罰金與罰鍰之間的替代作用，進行折抵[125]。

日本學者辻本淳史則依據賦予制裁的本質，而主張制裁的「質相異」的相對化的見解，其認為既然二者同為制裁賦予，刑罰與其他制裁方式所賦予者仍有如下之三個共同點：亦即均係國家對於個人的事實干預過程、也同時包含來自於國家對於違法的宣示及傳達非難效果、並且二者之制裁結果均體現係對於行為人課予實體的不利益[126]。不過，其主張雖然立法者的確得藉由制定法律、設定所欲達成之「目的」，並且因應該目的也可無限地創設擔保各種法規實效性的制裁「意旨」。但是，既然是制裁的賦予，立法者皆應認識上述三種因素並予以計算進去，而又對於被課以制裁的個人而言，符合上述要件，才會感受到國家的干預所帶來違法評價及非難的感覺、以及現實上的利益剝奪。因此，既然立法者與被制裁者

[124] 洪家殷，前揭註 101，頁 105-108。其認為得作為判斷之因素者，其歸納主要有下列各項：（一）非難性之程度（如：違反秩序之行為可非難性較低而無須科以刑罰）；（二）危險之程度（如：駕駛者之血液酒精濃度）；（三）法益之侵害（承認行政秩序罰亦有侵害法益之可能，二者間之差別只是程度上之問題）；（四）發生之頻率與數量（大量、瑣碎及反覆特質，侵害之法益較輕，有必要迅速處理，宜科以行政秩序罰）；（五）制裁制度之特性（刑罰著重於人民權利之保障，秩序罰則偏向行政目的之達成及程序經濟之效果）；（六）權力分立之理念（不法行為違犯情形已嚴重到須由法院施以刑事之制裁時，應劃入刑罰之範圍）。

[125] 謝煜偉，前揭註 81，頁 1384-1385。

[126] 辻本淳史（2023），〈二重処罰の許容性〉，《刑法雜誌》62 卷 2 号，頁 250-251。



doi:10.6342/NTU202600402

均需符合上述3項共同條件，所以「制裁的質相異理論」也會被相對化[127]。

不論是學者洪家殷或是謝煜偉，都看到了單純採取量的區別理論的不合理之處，而提出了修正的見解。不過，洪家殷的主張仍舊有其所強調的程度高低，並無提出明確畫分界限標準的問題，並且亦無法說明法益與社會倫理性的區別下，行政不法的本質為何？謝煜偉的主張雖亦與本文前所提到的行為規範與制裁規範區別的討論有所呼應，然而似乎仍待補充行為規範與制裁規範連動性的問題，若設定不法內涵僅具量的相異，相對而言就較難以說服立法者為制裁規範的選擇提出本質相異的基礎。進一步言之，若採不法內涵僅具量的相異，則行為規範追求之目的及保護的利（法）益，就會被理解為同質性的標的，連帶使制裁規範之選擇產生影響，因為制裁規範是否具正當目的及合比例性，仍應回溯至行為規範所追求之目的與法益，否則立法者就有可能將刑罰的強烈干預效果適用在單純行政不法行為上[128]。

至於學者辻本淳史的質差異相對化的見解，其實質似乎仍是以量的區別理論做為基礎，因為論者並未說明其既主張刑罰與秩序罰在本質上既然有所差異，而該差異究應如何顯現在立法者的制裁方式選擇判斷上，反而僅強調立法者所設定的制裁方式，不論刑罰或秩序罰，均係國家對於違法的宣示、及其對此的非難傳達效果而已，是立法者在其間要「計算」的要素，不過是「程度」或「量」的選

[127] 辻本淳史，前揭註126，頁251。

[128] 以學校考試60分為及格標準為例，60分（量）就是區別一個學生及格或不及格（區別施以刑罰或秩序罰）的標準。看似簡單明確，但首先為何是以60分這個具體的數字作為標準，係委諸於權威者如學校、老師（立法者）片面決定，只要學校或老師不對外說明決策理由或理由粗糙，則無從辯證該60分的標準是否合理並加以反對。此外，即便皆以60分為標準，也可能會發生同一位學生在A學校能及格，在B學校卻無法及格的狀況（因為考試內容不同、甚至老師評分標準也可能不同）。因此重要的不是分數（量），而是該學生是否具備「及格所要求的本質」，亦即考試的目的如果在於評量一位學生是否已達到課程所要求的學習狀態，則該學生是否具備該狀態（質）才是目的，而分數（量）並非目的。本文認為量的區別說即有上述倒果為因的缺陷，連帶的會影響對學生實施不利益（秩序罰或刑罰）的正當性，更何況在該不利益帶有嚴重烙印效果及干預人身自由的情形。



doi:10.6342/NTU202600402

擇，而非刑罰與秩序罰本質不同的選擇。不過，論者至少提到一點值得參考者，就是立法者必須在立法的過程中，具體說明其計算（亦即依據）的要素。

### 第三款 行政刑罰與秩序罰關係的再確認

刑罰或行政刑罰雖然與秩序罰相同，均屬一種制裁手段，換言之，也是一種藉由賦予不利益或苦痛，而達到制裁所需要目的。不過，刑罰所賦予的苦痛，從有啟蒙時代以來的討論就帶有哲學性的思考。例如學者謝煜偉所分析，啟蒙時代下所理解的刑罰苦痛，是為了要喚起個人或社會心理一定程度的回應，減少犯罪動機所為之手段，而康德則反對這種目的手段的說法，認為刑罰是相應於惡行的償還。而費爾巴哈區分了作為犯罪防止手段的刑罰威嚇以及作為相對應的刑罰執行兩層次，並嘗試結合兩種不同的觀點，但無論如何，仍是著眼於刑罰的事實上作用（苦痛賦予）。相對的，黑格爾則注重刑罰苦痛的象徵作用，亦即對法否定的否定宣示，以維持規範妥當性[129]。但不論如何，關於秩序罰的苦痛，卻從未見上述的哲學意義上的討論。

本文認為造就此處差異點的原因在於，刑罰的苦痛係與人的存立有關，進言之，係人與其所處社會環境及依社會契約所建構的國家制度有關，人類要在某個社會中生存，難免要與其他人的自由予以調和及劃分界限，並且在衝突時有定紛止爭的論理基礎，因為上述的理由，相對於僅以抑止違反義務行為為預防目的的秩序罰，其差別就必須多一層哲學性的思考，思索其本質目的的不同。而這種哲學性的思考，實際上並未見於量的區別理論及區別廢止理論中討論，相對地，量的區別理論及區別廢止理論因為並未帶有這種哲學性的思考，而有導致過度入罪化（詳下一章）的傾向，從而引發更大的問題。因此，對於上述的哲學思考有所回應的質的區別理論，或至少是質量混合理論，才有其合理存在的理由。

[129] 謝煜偉，前揭註 76，頁 383。



doi:10.6342/NTU202600402

此外，本文認為在上述的區別理論認為在行政不法與刑事不法的界線中，要考慮當時的具體歷史狀況而個別予以確定，並且兩者領域間具有流動性及相對性的此種見解，仍不能不說相當有疑慮。此種流動性及相對性的見解，依照歷史的變化過程，似乎僅係一面倒地擴大行政不法的範圍，並透過加強行政從屬性的概念，讓秩序罰的效力藉由刑罰的擔保而不斷增強，在此期間內並無呈現所謂刑罰謙抑性的趨勢，則上述「很難加以劃分二者的界線」的主張，固然反映出行政不法與刑事不法在現代法秩序中的交錯與模糊性，但若僅止於承認其流動性，而不再追問「在哪些情境下仍必須堅持質的界限？」「何種法益與侵害模式必須由刑罰而非秩序罰回應？」等問題，則恐怕導致刑法學在最需要介入的時刻全面撤守。這種以技術上的困難為名而放棄規範本質判斷的態度，應該是放棄了哲學上的自我思辯。

藉由上述各種區別理論以及其不同流派見解的爬梳，至少讓我們可以重新思索刑罰與秩序罰間的不同，並從而顯現行政刑罰與秩序罰間所具有的緊密連帶關係，以及最後我們應如何看待在這種複雜的關係中，行政刑罰與秩序罰的各自定位及界限。在此刑法行政法化或刑法肥大化的時代，恐怕這才是重新檢視區別理論的最大意義。本文正是在此基礎上，思索區別理論必須重返帶有哲學性思考的路徑，這也正是本文認為量的區別理論不足擔負此重任，而提出應回歸或重新檢討已被揚棄的「質的區別理論」的出發點。然而，本文所謂「重返」，並非欲回到早期以道德倫理非難評價為核心的區別基準。本文將在下一章指出，在哲學的思考上，「質的差異」應重新轉化的內涵。

## 第五節　行政刑罰法規的特異性

### 第一項　犯罪理論視角下的特異性

行政刑罰既立於行政不法及刑事不法的交錯領域，則就其與秩序罰及刑罰間



doi:10.6342/NTU202600402

差別的特異性，除了前述行政不法與刑事不法區別中所提到者外，本文想再藉由以下三個犯罪理論上的相對概念，以便更加釐清行政刑罰的特異性所在。換言之，以下各項所討論的相對概念，並非企圖以新的名目重新界定行政刑罰的「本質」，而是試圖從犯罪理論內部已臻成熟的分類出發，觀察行政刑罰法規在當罰性與要罰性兩個層次上究竟與普通刑罰有何偏離之處。

本文所選取的相對概念有三，分別為「刑法犯與行政犯」、「自然犯與法定犯」以及「實質犯與形式犯」。此三組概念雖切入點略有不同，但在檢視行政刑罰法規時，實際上共同指向了其「倫理基礎薄弱」、「法益抽象化」以及「依附行政目的」的三大特徵。

首先，就倫理基礎而言，傳統刑法犯多屬「自然犯」，即行為本身依社會通念即具反倫理或反社會性（如殺人、竊盜）；反之，行政刑罰法規則多屬「法定犯」或「行政犯」[130]。M. E. Mayer 與 Erik Wolf 即指出，此類犯罪並非違反先於法律存在的文化規範或個人權利，而是違反國家基於行政目的所創設的中立規範，其實質不法內涵在於對「國家意志的違逆」或行政機能的動搖[131]。正因其行為本身未必具有道德惡性，僅因違反禁止規定而受罰，導致行為人對此類規範的違法性認識往往較為薄弱[132]。又如福田平認為自然犯是違反「基本生活秩序」（規範

[130] 自然犯一般定義為「行為本身係當然違反社會或違反道德的犯罪」，而所謂「法定犯」則在日本法律中幾乎與「行政犯」同義，即「僅限於行政上的目的，因違反禁止規範而受制裁的行為」。亦即前者係將「本身即惡（mela in se）」的事物做為犯罪，相對於此，後者則係以「被擬制禁止的惡（mala prohibitta）」做為犯罪，亦即行為本身未必具有道德的惡性，僅因違反禁止規範而受罰。參今村暢好（2021），〈軽犯罪法の自然犯的性格〉，《松山大学論集》，第 32 巻特別号，頁 130；浅田和茂，《刑法総論（第 2 版)》，頁 4，東京：成文堂。

[131] M. E. Mayer 以行為規範做為先於法律的社會之「文化規範」為前提，認為行政刑法是針對文化以外中立地所制定的國家規範的違反行為的處罰，參田中良弘（2014），〈行政の実効性確保手段としての刑罰規定のあり方についての一考察―ドイツにおける行政刑法理論と秩序違反法の制定を題材に―〉，《一橋法学》第 13 巻第 2 号，頁 801。Erik Wolf 認為行政犯的違法性核心，並不在於對先驗法律性的文化規範或個人法益造成了可測量的損害，而是行為人對國家意志的違逆，參辻本淳史，前揭註 20，頁 432-433。

[132] 如小池直希所提及的，由於法律條文的技術性及專門性的性質、價值中立性行為的入罪化以及刑罰法規種類繁多的原因，連法律專家都無法掌握全貌的情形下，不少的行為人對於行政刑法的



doi:10.6342/NTU202600402

現代公民社會基本生活結構的秩序）的行為，而行政犯則是違反「衍生生活秩序」（與公民社會大致隔絕的外部生活秩序）的行為，與基本生活秩序沒有直接聯繫[133]。

其次，就法益與侵害型態而言，行政刑罰法規具有的「形式犯」[134]特徵傾向大於「實質犯」[135]。普通刑法通常要求對法益造成實害或具體危險；然而，行政刑罰法規為了確保行政管制的統一性與實效性，大量採用「形式犯」的立法模式。亦即，只要行為外觀違反行政法規（如未經許可、未依格式申報）即成立犯罪，而不問是否造成具體損害[136]。此種立法模式導致法益概念高度抽象化，不再是具體的個人法益，而是諸如「經濟秩序」、「環境保護或管理機制」等制度性利益，甚至出現將「行政目的」直接置換為「法益」的現象。

以行政刑法的領域而言，特別像是環境刑法或各類事業法規等罰則裡，多半透過行政法上的義務違反，或者以行政上的測定值來表彰某種類型的危險性，並輔以其他諸如「致生公共危險」、「致釀成災害」等要件以充實不法內涵，此即

---

認識程度相當低。參小池直希（2023），〈特別刑法と故意〉，《法学セミナー》第 826 期，頁 23。同此見解，參神山敏雄（1987），〈行政犯及び経済犯における違法性の認識〉，《一橋論叢》， 98 卷 5 号，頁 659。

[133] 田中良弘，前揭註 131，頁 790。

[134] 形式犯係相對於實質犯，而係指不要求法益侵害或具體危險結果，僅需違反特定法規命令或程序（如未經許可）即構成犯罪的類型。參考日本學者藤木英雄對形式犯的說明，其認為形式犯係「在行政取締法規當中為了事務處理的劃一性以及行政上政策執行的必要性，而設有形式規定，而當行為僅具違反規定之外觀即成立犯罪的情況」，引自謝煜偉，前揭註 81，頁 1395。另外，參考學者謝煜偉所舉之例，如依據日本「道路交通法」的未攜帶駕照罪（即行為規範為「取得駕照者於駕駛車輛時須攜帶駕照」），以及該國環境刑法中為數眾多的違反申報義務的行為（例如「大氣污染防止法」）等，均可作為形式犯的例子，參謝煜偉，前揭註 15，頁 110。

[135] 實質犯包含實害犯及危險犯，前者係發生法益侵害之結果為既遂的犯罪，後者則以危險發生的階段即為既遂的犯罪，參浅田和茂，前揭註 130，頁 129；松原芳博（2022），《刑法総論（第 3 版）》，頁 57，東京：日本評論社。

[136] 嘉門優即認為，由於在以犯罪預防為目標時，核心刑法甚至可能會被認為無效率，因此存在強烈的改善需求。在這種情況下，立法者將會更加頻繁地採用形式犯規定，法益保護的前置化趨勢也將持續加速。參嘉門優（2011），〈法益論の現代的意義〉，《刑法雜誌》，47 卷 1 号，頁 40。



doi:10.6342/NTU202600402

行政犯所表徵的行政從屬性[137]。亦即相關犯罪的不法認定，極有可能取決於行政機關的決定或許可，此亦為刑事犯中極為少見的規範方式。進言之，正因為行政犯具有這些特徵（依附於行政目的、受規範的人認知規範的困難性），在本質上屬於「法定犯」與「形式犯」，而在結構上高度依賴「規範性要素」（例如未經許可、違反主管機關設定之標準等[138]），卻被賦予了原應專屬於「自然犯」與「實質犯」的法律效果—亦即刑罰，本文認為此即其「特異性」所在。

正如學者謝煜偉所主張，如果讓刑罰完全服從於行政法規，那就代表放棄刑法的基本原則（如侵害原則與法益保護原則），即使行政秩序維護的目標再怎麼優先，單純的形式規範服從義務並不等同於構成實質上的不法行為，故贊成如果僅僅是違反行政規範命令，則原則上應從刑事法的範疇轉移至秩序違反法的範疇[139]，本文亦贊同此種看法。

進一步言之，在行政犯的領域，如果在該法規的適用範圍內，無法找到「規範違反行為」與「法益侵害」之間的經驗法則，就有必要重新審視該刑罰法規的正當性[140]。行政刑罰的特異性不應成為規避刑法原則審查的理由；相反地，正是因為行政刑罰在「行為規範」層次的倫理非難性較低，且在「當罰性」基礎上與實質法益侵害的關連較薄弱，立法者與解釋者除了不應放棄當罰性的基礎外，也更應嚴格審視其是否具有「要罰性」。若無法在規範違反與法益侵害之間建立具體的經驗法則連結，該行政刑罰即有淪為純粹確保行政效率工具的風險，而應考慮除罪化或改以秩序罰處理，以維護刑法的謙抑性。

---

[137] 謝煜偉（2012），〈交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略〉，《月旦法學雜誌》，210 期，頁 115。

[138] 參神山敏雄，前揭註 132，頁 659。

[139] 謝煜偉，前揭註 15，頁 112。

[140] 謝煜偉，前揭註 15，頁 112。



doi:10.6342/NTU202600402

## 第二項　面對秩序違反行為的歷史軌跡

刑罰、秩序罰及行政刑罰的實定法法制上，不同國家的規定也許各有相異及相同處，不過同為繼受歐陸法系（尤其是德國）的我國及日本，或許可以從這些國家的比較法及歷史的觀點，再釐清出其異同處的頭緒。其中，本文認為違警罪（警察不法）的演變是一個可以切入觀察的重點。

在過渡到民主法治國家前，警察國家似乎是我國、日本及德國均曾經歷的陣痛期。亦即，原本為行政權下維持社會秩序及預防犯罪角色的警察（及機關），曾經擔任過不經司法程序而得依其職權即得處罰人民的角色。本文既在討論刑事不法及行政不法的交錯領域，並且關注的重點在於制裁方法的選擇及界限，則各國對於違警罰法之歷史演變，應該可以成為一種借鑑，省思如何劃定刑事不法與行政不法的界線。

### 第一款　德國的秩序違反法

德國的秩序違反法與違警不法（行為）的發展密不可分。於 1871 年德國制定統一刑法典之前，南德若干邦係將警察不法規定在警察刑法典中，警察不法（違警罪【Polizeiübertretung】）的對象係並非涉及觸犯他人權利，而僅是涉及公共秩序、公共安全與公共福祉等因素考量下的作為與不作為，而以刑罰作為威嚇而禁止之，其主要部分為具刑罰可罰性的法危害以及違反警察命令之行為。而於 1871 年所制定統一刑法典中，即包括重罪（Verbrechen）、輕罪（Vergehen）與違警罪（Übertretung）三部分，違警罪之不法內容則較輕微，不法之實質內容主要是違反行政機關的命令。此時，行政機關（警察）之裁決具有類似司法的功能，不過，當事人若對其裁決不服，仍得向刑事法官提起撤銷之請求[141]。

[141] 蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭註 67，頁 23；洪家殷，前揭註 101，頁 93；林雍昇，前揭註 110，頁 37-38。



doi:10.6342/NTU202600402

1920 年代左右的帝國議會時期，多數學者認為要清楚分別警察不法與犯罪不法是不可能的，因此全部的不法行為都被視為犯罪行為而以刑法手段來懲罰，但仍試圖以不同的懲罰手段來作為兩者的區別[142]。然而，此時行政秩序罰為納粹政府所濫用，成為擴張行政權之手段[143]。

秩序違反法首次出現在法律上的規制，是先運用於經濟刑法上。在 1949 年經濟刑法中，第一次將犯罪行為與違序行為作實體的區別，由行政機關依據認定違反經濟行為是否處予秩序罰或刑罰，其後 1952 年 3 月 25 日訂定了秩序違反法（Ordnungswidrigkeitsgesetz），係將實體法與程序法合一的法律，在事物領域上完全針對違序行為而訂定，原則上秩序違反行為僅得科予罰鍰 （Geldbuße），但不能科處自由刑 （Freiheitsstrafe）或罰金（Geldstrafe）。且在此期間內，德國刑法將部分違警罪除罪化，而列入秩序違反法中，進而於 1960 年代，依其國家之刑法政策，將交通刑法逐一除罪化，並大量納入秩序違反法中，1968 年的秩序違反法，乃增加一些交通違法的個別規定，而違反秩序罰之總則，則主要參考刑法而來。1969 年刑法改革的第二法案廢除違警罪，其或轉入違反行政罰法或提昇為輕罪。最後，秩序違反法的獨立性與刑法構成要件的除罪化，在 1974 年 3 月 2 日之德國刑法典之施行後劃下句點，確立了該國刑事不法與行政不法各別立法之體制[144]。

由德國秩序違反法的最初發展觀之，德國的秩序違反與刑罰是立於所謂「質」的差異論上。然而隨著秩序違反法其後擴充至所有其他範圍，例如包括抽象危險犯（違警罪）以及交通違規事件以後，既已擴充及於涉及個人法益之保護，因此該法之本質，顯然不能單以對國家行政行為的不服從即能予以概括，其在諸多案

[142] 蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭註 67，頁 23-24。

[143] 洪家殷，前揭註 101，頁 93。

[144] 蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭註 67，頁 24-25；洪家殷，前揭註 101，頁 93-94。



doi:10.6342/NTU202600402

例中已涉及法益之危害或甚至現實的妨礙。因此，該國才開始出現兩者僅為「量」的差異的主張[145]。如此可知，為了證立行政機關處罰的正當性，立法論述才逐漸轉向「量的區別」，這也透露了在行政刑罰法規領域，理論往往被迫向實務需求妥協的現象。

### 第二款　日本的輕犯罪法

日本的「輕犯罪法」（「軽犯罪法」）前身即二戰前的「警察犯處罰令」（「警察犯処罰令」），該法令是由當時內務省以行政命令為之，係由其來源即舊刑法中的「違警罪」編[146]。而學者田中二郎對於警察犯及警察罰，有如下的描述：「所謂的警察罰，係對於違反警察法上義務的行為，基於統治權的一般原理，科以作為制裁的處罰，此種必需科以處罰的非行稱為警察犯。警察罰係典型的秩序罰，帶有秩序罰的特色」[147]。

日本於二戰後因反省戰爭期間內對於「警察犯處罰令」的濫用，政府在制定輕罪法時，積極刪除行政犯罪條款，並增加了刑事犯罪的預備階段的犯罪條款[148]。日本通說認為輕犯罪法係刑事實體法，係規定國民違背日常生活中切身接近的倫理道德原則而較為輕微的犯罪，以及對此所為的刑罰，因此屬於自然犯的範疇[149]。

輕犯罪法中的規定幾乎都是違反秩序、或追求行政目的的行為規範，日本通說卻將之作為自然犯，承認其具有刑罰處罰的正當性，確實容有疑問。不過，學界雖然也承認輕犯罪法確實（在某些規定）具有強烈的行政犯的色彩，但仍堅持

---

[145] 蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭註 67，頁 25。

[146] 今村暢好（2021），〈軽犯罪法の位置づけ〉，《松山大学論集》，33 巻 5 号，頁 315。

[147] 今村暢好，前揭註 146，頁 316。

[148] 今村暢好，前揭註 146，頁 315。

[149] 伊藤榮樹原著、勝丸充啓改訂（2016），《軽犯罪法》，頁 3，東京：立花書房。今村暢好，前揭註 130，頁 134。



doi:10.6342/NTU202600402

此無法動搖輕犯罪法本身的自然犯性質，也無法改變該法對於刑法典有補充法關係的性質，並且進一步認為，輕犯罪法帶有「明示刑事法領域的界限」的特性，成為在解釋特別刑法或行政刑法時的指針[150]。

本文認為從支持輕犯罪法為自然犯的論者所主張：「輕犯罪法係以日常生活中，較為密接的道德原則的違反行為做為規定的對象.....並將該時代該社會中生活之人的常識，做為當然道德上非難對象的內容」、「國家對於此種輕微的違法行為仍希望施以刑罰的原因，一方面也是藉此提昇國民的公德心及社會的倫理感，而有謀求國民普遍幸福的意圖」[151]可知，突顯了法律道德主義在輕犯罪法中的滲透，以及行政不法與刑事不法模糊化的問題。

### 第三款　臺灣的社會秩序維護法

臺灣繼 1987 年解嚴之後， 1991 年也正式廢除違警罰法，但違警罰法規範的行為與其法律效果，並未因違警罰法走入歷史而一併消失，立法院同時通過社會秩序維護法（下稱「社維法」）取代了違警罰法[152]，其中並有可處以最高 5 日的人身自由拘留規定。

以現行社維法而論，其特別的地方在於，我國的違警罰法於民主化後所承繼而來的社會秩序維護法，並未採取德國或日本前述的「刑法（犯罪、刑事法院）、秩序違法行為或行政刑法之罪（違反行政規章／行政機關）」二元區別，另外獨立設計一種由刑事法院裁決拘留處分，並由警察裁決非拘留處分的社維法。另於 2005 年在社維法之外，另須訂了違反社維法以外行政規章的行政罰法，此項立法使得我國對於違反社會秩序的制裁規範，演變為三種獨立的規範系統即：（一）

[150] 今村暢好，前揭註 146，頁 339。

[151] 伊藤榮樹原著、勝丸充啓改訂，前揭註 149，頁 4。

[152] 許恒達，前揭註 123，頁 152。



doi:10.6342/NTU202600402

刑法（犯罪／刑事法院）、（二）社維法違反行為（侵害社會公共秩序／刑事法院、警察）、（三）秩序罰（違反行政規章／行政機關）[153]。

我國社會秩序維護法的性質究屬為何，從社會秩序維護法所規定的制裁手段之性質觀之，仍不易分辨。學者蔡震榮等人認為拘留並非我國現行刑法所規定之刑罰手段，亦非純粹之行政秩序罰，而認為目前社會秩序維護法的性質似可解為係行政刑罰與行政秩序混合之行政制裁法規[154]。學者洪家殷亦認為雖然社維法第45條由法院裁罰之案件，可能係因為此等處罰對人民權益侵害較大，惟因其性質嚴重，似有必要斟酌是否視為行政秩序罰或直接劃歸刑罰較為妥適[155]。

綜而言之，學者許恒達認為我國社維法如此的規範方式會受到許多的批評，係因其一方面許可「刑事法院」有程序實質介入權限，另一方面社維法許多模糊且定位不清的處罰行為，本身又無法理解為犯罪，反而比較偏向秩序罰，尤其在論及具有干預自由權效果的拘留處分時，與行政罰法並未有任何規定有別，因此此制度應予檢討[156]。

由上可知，我國與日本關於行政不法與刑事不法的交錯領域，都有類似的盲點，亦即將對於行政不法的違警行為的制裁方式，並不選擇秩序罰而係以刑罰或近似刑罰的方式予以因應。不過，以違警行為而言，我國較日本更有疑義的是，日本畢竟仍係完全以刑事程序處理此類案件及限制人身自由，而在我國，警察機關卻得以在刑事司法程序之前，即得以使行為人「反省悔過，並防止行為之繼續或擴張，以免淪為犯罪」[157]為由，使用行政手段拘束人身自由。因此，我國社維

[153] 許恒達，前揭註123，頁159。

[154] 蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭註 67，頁 19。其等主張由於拘留係有關人身自由之處罰，似勉可將之歸類為行政刑罰，至於罰鍰、勒令停業、停止營業、沒入等則應認為行政秩序罰。

[155] 洪家殷，前揭註101，頁84。

[156] 許恒達，前揭註123，頁159。

[157] 此為拘留處分之立法理由。



doi:10.6342/NTU202600402

法事實上模糊了刑罰與秩序罰的界線，此種曖昧與模糊也進而削弱了對行政刑罰法規進行嚴格要罰性審查的理論基礎。

### 第三項　從特異性反思區別理論的價值

觀察從上述三國對於違警罰法態度的演變可得知，即便是本質上具有違反行政義務的行為，也可能因為各國的行政或立法政策的選擇，而決定不同的制裁方式。因此，此種實然面的解決方式事實上無法解釋行政刑罰的本質，如果以這種實定法的實然而認定行政刑罰（甚至是刑罰）與秩序罰的應然關係，反而是一種倒果為因的解釋方式。

不過，依學者黃宗旻的分析，其認為德國關於「刑事不法」與「行政不法」區分的討論，係用以回答「原本屬警察犯的違警罪是否應置於刑法典中」的問題[158]，而日本的爭議問題則是因為行政刑法的龐雜，而需面對「其他法令中的犯罪，是否均適用刑法總則編的規定」的問題[159]，兩國的問題意識似乎有所不同，而其進而指出我國的討論在於「以減少刑罰的使用為目標，而以刑罰與秩序罰間的劃界問題為核心」[160]，並認為因為我國行政法學者與刑法學者認為行政刑法屬於刑法的領域，因此刑法與行政法的界線劃定係屬一致，「遂使我國的議論免去繞如德國、日本學說那樣的遠路，而可直接切入更實際的『刑罰與秩序罰之分工』問題」[161]。此外，我國學者林山田亦曾提及無論是在核心刑法或是在附屬刑法，其主要的法律效果乃是刑事刑罰，簡稱為刑罰，而刑罰並無如規定可分為一般刑罰

[158] 黃宗旻，前揭註 42，頁 56。

[159] 黃宗旻，前揭註 42，頁 57。此處必須注意該論者亦提及，雖然日本刑法亦有如同我國刑法第 11 條規定，但實務認為所謂「特別規定」不限於明文，也包含為達到該法令的目的所必要，或是從該法令的旨趣可窺見及推理而得的情形。參黃宗旻同文，頁 58。

[160] 黃宗旻，前揭註 42，頁 59。

[161] 黃宗旻，前揭註 42，頁 62。



doi:10.6342/NTU202600402

與行政刑罰，因此不應自創行政刑法或行政刑罰之說，以免混淆及誤解[162]。

本文認為從「行為規範＝當罰性」及「制裁規範＝要罰性」、到前述各個可相互對照的犯罪概念可知，行政刑罰本身就是兩種思維方式衝撞下的產物，確具有不同於核心刑法的刑罰之特質，所以恐怕要區分一般刑罰與行政刑罰，才得以討論行政刑罰法規的制定是否有符合刑法的基本原則，進而在立法及解釋的過程中有所啟發，黃宗旻的見解前提尚有偏誤。

其次，縱使如黃宗旻的分析，三國間的討論核心其實也並沒有重大差異，亦即「界限」的問題仍是核心。並且，若如黃宗旻所謂免去繞過德、日爭議的遠路，本文也不免憂慮，我國的行政刑罰法規制定過程反而可能會因無視於歷史教訓，藉由抄近路而缺少質量兼具的審議式立法及細緻的司法解釋，反而導致立法者無節制地擴張刑罰邊界，司法者也缺乏應有的檢驗標準。

黃宗旻會有上述的主張，應來自於其主張「行政法與刑法應是兩個不同的功能系統……每個系統都只能為自身所處理的對象設定邊界，無法為別的系統決定邊界，如果吾人所欲矯治的是『刑罰肥大症』，那麼只管片面地劃『刑法』的邊界、讓刑法系統的處理對象縮減即可。只要刑法系統確認自身的外緣，『界線』就會自然形成，並不需要去劃『刑法與行政法之間的界線』」[163]。然而，本文認為此論點仍取決於討論標的為何所決定，就刑法與行政法並未交錯的領域而言，各自負有個別的守備範圍，黃宗旻的見解當然無爭議。但如以「行政刑法（罰）」做為討論的對象，因為行政刑罰與刑罰確有不同的特質，那勢必就要釐清刑事不法與行政不法的界線。事實上，論者所提及的「刑罰肥大症」問題，絕大部分涉及行政刑法的規定，如果行政刑法係以刑罰擔保行政上目的的實效性，其間既然涉及刑法與行政法的交錯領域，那麼討論其界線恐怕仍有其本質上的必要。

---

[162] 林山田（2001），〈割裂式的刑事司法—評最高法院八十九年度臺非字第八七號判決〉，《月旦法學雜誌》，90 期，頁 303。

[163] 黃宗旻，前揭註 42，頁 65。



doi:10.6342/NTU202600402

正如前大法官許玉秀所主張，關於立法政策妥當性的檢驗及評估，如判斷某刑罰規範在整體的規範環境當中是否符合罪罰（刑）相當原則，就必須和其他侵害法益輕重及行為人罪責程度高低的情形互相比較，方才能確定，亦即比較的對象不論橫向上包括其他法秩序的規範環境，以及縱向上包括法制史的發展狀況[164]。其討論的方向，與本文從本章第一節開始迄今的討論若合符節。

本節的回顧旨在確認：行政刑罰的「特異性」不應成為其逃避刑法嚴格審查的理由，並且歷史的軌跡也只能說明，立法者在特定時空背景下如何運用刑罰與秩序罰作為管制技術，因此二者均不足以提供行政刑罰與秩序罰之間任何必然的應然界線。相反地，正是因為它具有不同於傳統自然犯的特質，我們才更需要一套嚴謹的「區別理論」來重新檢視其當罰性與要罰性。

## 第六節 本章結論

本章確認了刑罰乃至於行政刑罰討論「當罰性」與「要罰性」的必要性[165]。並且俯瞰式地討論了關於制裁方式的本質及相關議題，為本文所關心的行政刑罰議題鋪陳理論基礎。其後大略爬梳了行政刑罰做為一種制裁方式的歷史流變，試圖從該流變中建構行政刑罰的特質，再從不同角度觀察，讓行政刑罰的輪廓及內涵更為清晰。此外，認識到我國通說採取刑罰及秩序罰僅是量的區別的說法，在表面上確係符合了目前行政刑罰的實然樣貌，或說恐怕就是因為基於量區別理論的基礎，才讓社會秩序維護法甚至是行政刑罰規制演變成現今的樣貌。然而此理論的選擇除與德國現今的主流理論即質量混合說不同外，也受到許多的批評，並導致目前的法體系問題及困境。

---

[164] 許玉秀，前揭註 12，頁 398。

[165] 松原芳博也認為，在特別刑法領域中，將「禁止的正當性」與「處罰的正當性」加以區分進行討論，也具有意義。禁止的正當性並不直接導出處罰的正當性的結論。參松原芳博（2025），〈特別刑法と刑法学〉，《刑事法ジャーナル》第 84 号，頁 31。



doi:10.6342/NTU202600402

最後，本章所指出的行政刑法相較於普通刑法所具有的特異性，並非意指行政刑法因此應與普通刑法做出不同的立法及解釋方向，而是指出行政刑法借用了刑罰的形式，卻隱藏了這些特異性，讓立法或解釋適用者於操作時忽略了這些特異性所帶來的影響，以致於產生扭曲刑法基本原則的結果，因此成為必須正視這些特異性的理由。

綜上所述，本章結論認為既有的「量的區別理論」已不足以作為劃定現代行政刑罰法規界線的有效判準。面對刑法的行政化的趨勢，若如量的區別理論認為兩者具有流動性而放棄劃清界線的努力，完全委諸立法者的裁量，就無異棄守刑法的基本原則。因此，為了解決行政刑罰法規正當性基礎薄弱及範圍過度擴張的問題，本文認為有必要重新省思及重構已被通說揚棄的「質的區別理論」。必須強調的是，本文所謂質的區別之重構，並非要回歸早期以抽象「倫理非難」為標準的舊徑，而是聚焦於刑罰的當罰性與要罰性，讓帶有「痛苦」本質的最後手段具有發動正當性[166]，並探求結合「法益侵害的實質性」與「制裁手段的替代性（事後處理機能）」的新判斷基準及其內涵。

[166] 此處亦可先區別出民事不法與刑事不法的本質差異，民事不法的回復原狀或損害賠償制度，並非帶有賦予行為人「痛苦」的本質，賦予行為人「痛苦」並非民事不法制裁規範的目的，因此實施民事不法制裁規範的過程及結果亦未涉及「痛苦」的賦予，此係與刑事不法的根本差異（例如竊盜行為，民法第 179 條僅係返還原有利益或償還，然而刑法第 320 條卻課予剝奪自由的規定）。此外，民事不法的制裁仍以被害人請求為原則，刑事不法則以非告訴乃論為大宗。最後民事不法及刑事不法的制裁規範是可以併行，而無一事不再理的適用，更顯得民事不法與刑事不法在本質上的區別。



doi:10.6342/NTU202600402

# 第三章　質的區別理論之重構

## 第一節 前言

本文第二章已詳細梳理刑事不法與行政不法之區別理論的歷史脈絡與主要學說爭議。雖然「量的區別理論」或折衷的「質量混合理論」成為我國與德國學說的主流，然而此種主流見解在現代國家也出現了爭議，隨著國家任務的擴張、對於風險社會的擔憂，行政管制的日益複雜及前置化，刑罰則被大量運用為確保行政效能的手段，結果，「行政刑法肥大化」與「刑罰通膨」[167]已成為各國普遍的立法趨勢。在此脈絡下，行政不法與刑事不法的界線日益模糊，刑法原有的謙抑性與人權保障機能，正遭受此種趨勢及傾向的嚴重侵蝕。

與此同時，當通說所主張的「量區別說」或「質量混合說」，對此趨勢或傾向無法提供有效的理論檢驗及基礎時，便有必要重新反思：是否仍應完全拋棄「質的區別」思維？或者，傳統的質區別理論仍有其不可替代的核心價值，只是需要因應時代變遷而進行理論上的「重構」？

## 第二節　重新審視區別理論的重要性

### 第一項　區別說在現代國家的重要性

二戰後，在德國統整及廢止納粹時代眾多經濟法的過程中，最先提出經濟刑法理論的再構築者，係前章所提及之質區別說代表 Eberhard Schmidt，特別是基於其主張的質區別理論，在立法上所導入區分經濟上犯罪行為及秩序違反行為的兩

[167] 生田勝義，前揭註 34，頁 54；嘉門優（2024），〈経済刑法と刑法の諸原則〉，收於：斉藤豊治（等編）《新経済刑法入門》，頁 51，東京：成文堂。另我國學者林山田稱之為「特別刑法肥大化」，參惲純良（2021），〈從歷史發展與犯罪結構論不法意圖在背信罪中的消長—兼評特殊背信罪肥大化的立法趨勢〉，《政大法學評論》，166 期，頁 61。



doi:10.6342/NTU202600402

大制度[168]。

雖然如前所述，質的區別理論最後受到揚棄，然而質的區別說既係為了反制納粹時代的諸多行政獨大作法，則在此時被稱為「行政刑法肥大化」、「刑罰通膨」的時代，正好就可省思復興或重構的可能性。如前章所提及的，行政刑法具有普通刑法不同的特異性的原因，在於其中存在行政管制或實效性的思維，造成其對於危險或實害的評價，必須藉由行政裁量或行政義務（亦即行政從屬性）作為判斷標準。因此本文認為在討論區別理論的採用時，必須先從此角度切入，方得獲致正確的方向。此外，由於行政刑罰與行政管制的思維關係密切，本文也欲從現代行政管制的思潮角度，省視行政刑罰可能的本質。

### 第一款　行政從屬性的影響

在德國法上所討論刑法中的行政從屬性，大致可分為三種[169]：一、概念的從屬性，係將刑罰法規的用語使用於行政法上的概念，而成立從屬關係，不法構成要件的解釋須依循行政法原有的概念內涵而為之。二、行政法從屬性：此類刑法規定以違反行政法規作為可罰性要件，亦即透過空白構成要件的立法技術，準用並連結至個別行政法規，藉此具體化其構成要件內涵。在刑罰法規中，做為前提的行政法規及授權命令被參考引用時，也該當此類型。三、行政處分從屬性：即行政機關的處分及其判斷，與刑罰規定的可罰性要件作連結者。

關於行政行為的從屬性對於刑罰的影響，可從一個有爭議性的問題出發：行為人因違反應遵從的行政行為（以下簡稱行政不服從行為）而須處以刑罰規定，惟其所違反的行政處分係違法時，是否仍需負有刑事責任？關於此問題，德國與

[168] 學者並稱此二項制度，係戰後德國刑事政策理論最值得誇耀的二大制裁制度。參神山敏雄，前揭註 84，頁 256-259。

[169] 以下整理自今村暢好，前揭註3，頁 19；古承宗（2018），〈論環境刑法的行政從屬性〉，收於：陳子平教授榮退論文集編輯委員會編《法學與風範—陳子平教授榮退論文集》，頁 500-502，元照。



doi:10.6342/NTU202600402

日本的多數見解係有所不同。

依據德國通說見解，從對於行政不服從行為的科刑觀點，以及此觀點所保護的國家秩序體系出發，認為違法的行政行為仍有刑法保護必要。此時雖然亦有論者認為對於行政法上有瑕疵的許可處分，依據「權利濫用理論」而否定具有刑法上的效果[170]。不過，德國的主流見解仍主張要重視法秩序安定性的立法結果，因而需肯定此時具有「構成要件效力」（類似日本的公定力概念）[171]。並且德國通說認為，要確定法益的重大性及危險化的界限相當困難，則有關行為的危險性與否，即不得繫諸於行為人的個人判斷，而要求絕對服從專業行政機關的專業判斷[172]。論者另認為反對說反而會更加弱化刑法的規範效率與穩定，因為行政處分不只是具有排除法律內容之不確定性功能，同時也可以形成一定程度的法安定性，刑法在此時若與行政機關為不同的評價，則可能產生規範不一致的不穩定結果[173]。

不過，此通說見解在德國存在有力的反對說，特別是環境刑法領域的規定，反對說主張面對行政法上的判斷，應該僅從刑法上的觀點進行判斷[174]。附帶一提，在此處，若以量區別說及質區別說的觀點來看，只有質區別說才有可能為反對說接受，因為在上述情形，依量的區別說認為此時不法內涵並無差異或無法區別，自無需考量刑法上的觀點。

關於此問題在日本則存有三說，即公定力不及於行政刑法說、綜合解釋說及公定力及於行政刑法說[175]。公定力不及於行政刑法說係最近的多數說，較近於德

---

[170] 參今村暢好，前揭註 3，頁 25-26。

[171] 古承宗，前揭註 169，頁 511。

[172] 古承宗，前揭註 169，頁 513。

[173] 古承宗，前揭註 169，頁 513-514。

[174] 今村暢好，前揭註 3，頁 25-26。另今村舉德國法上對於違法行政行為否定其從屬性的見解，可大分為三種理由：（1）刑法應獨立判斷行政行為的違法性；（2）僅有適法的行政行為才有從屬性；（3）可做為刑罰阻卻事由或刑罰消滅事由說。參同書，頁 27-29。

[175] 今村暢好，前揭註 3，頁 124-128。



doi:10.6342/NTU202600402

國的反對說。該說主張在刑事程序中若證明「處分違法」，無須在其他程序主張該處分無效，即不追究行為人之刑事責任。該說主張的主要理由有（1）刑罰係與秩序罰具有質的差異，行政刑罰法規僅因在確保履行行政命令的手段及功能，方適用行政刑罰的制度，因此，「行政刑罰僅係對適法行政命令而為制裁的強制措施，應無具備對於違法命令強制服從的功能」；（2）基於罪刑法定主義、正當程序保障、合法性原則的立場，若「為了強制為違法的行政命令而施以刑罰，係在偏重行政的便宜主義上，則與憲法所保障的正當程序精神有所違背」[176]。

從比較德國及日本的上述諸主張可知，行政刑法與行政法之間確實具有相當緊密的適用關聯，有時難以界定其界限，才會導致二國的通說大相逕庭的主張。然而，在行政法與刑法仍具有不同功能及目的的前提下，若過度強調刑法與行政法之間依存關係，特別是嚴格從屬於行政領域的先行判斷，則有可能讓所有單純違反行政法規定的行為均納入刑罰的範疇[177]。

由論者上述的疑慮，不難看出公定力（構成要件效力）不及於行政刑法的主張較為合理。因此也可推論，當行政刑罰法規內含有逾越刑法正當應然界限的情形時，不論是在立法論上或是在解釋論上，以質的區別說為判斷標準才能符合體系正義的結果，否則將淪於國家得以任意在刑事訴追與行政管制兩種手段之間游移的狀態[178]，此亦正是本文提出重構質的區別理論時試圖回應的核心問題之一。其間的重點正如論者所言，行政刑法的立法技術取決於在規範設計上，如何區分及堅守刑法與行政法於功能預設上的差異[179]。

---

[176] 此外，日本的公定力及於行政刑法說的論者則與德國通說相同，其理由在於行政法上的公定力，「有助於行政的有效率且順利完成」、「違反行政處分之罪係因為最終地擔保行政處分的實效性而設，過度強調刑事罰的『刑事審判權的完整性』的觀點，結果將會掩蓋應擔保行政處分實效性的違反行政處分之犯罪」。參今村暢好，前揭註 3，頁 124-128。

[177] 參見古承宗，前揭註 169，頁 503-504。

[178] 同此見解，參古承宗，前揭註 169，頁 505。

[179] 古承宗，前揭註 169，頁 505。



doi:10.6342/NTU202600402

### 第二款 行政管制的現代意義

國家為達行政目的有許多管制手段，刑罰可能只是作為國家諸多管制工具之一。而在行政管制手段上，出現有管制理論（regulatory theory）或治理理論（governance theory）的討論，其中又有美國及德國學說主張的不同。

美國的管制理論係指在研究個案時，需要了解個案發生時的外在環境（管制環境）、案例的內部結構（管制結構）、案例流程、案例所設的機關權限，以及相關法律等五大部分[180]。論者認為美國管制理論從政府有能力基於公共利益介入矯正市場的失靈、政府因此獲得管制市場的正當性（亦即公益理論，public interest theory）[181]開始；隨著戰後政府運作失靈，產生所謂的公共選擇理論（public choice theory），而出現所謂管制捕捉現象（regulatory capture）[182]；嗣後，迎來新自由主義的反動，新自由主義強調私有化（privatization）與委外（contract-out）等政策手段，將政府的角色侷限於政策制訂，而將政策執行盡可能委由私部門來實現，但反而導致公部門破碎化（fragmentation）的副作用，最後，進而形成一個不再由國家獨力完成管制任務，而必須與私部門利害關係人共同合作的管制環境[183]。

至於德國新行政法學之管制理論及新公共治理，乃係一種進階性的發展過程，總而言之，德國管制理論與新公共治理的目標乃將公共行政視為「服務業」，把「市民的利益」當成「顧客利益」，努力提高行政之效率及效能，以期建立具有

---

[180] 葉俊榮（2023），〈行政法研究方法論：三層次分析法的理念與運用〉，收於：翁岳生等編《法學研究方法論：行政法、財稅法編》，頁 15，元照。

[181] 梁志鳴（2024），〈主要問題原則與美國管制國家之法理基礎—歷史背景、近期發展及可能啟示〉，《政大法學評論》，177 期，頁 282。

[182] 即政府的管制行為並不總能反映公共利益，而常成為個人最大化自身利益的手段。參梁志鳴，前揭註 181，頁 286。

[183] 梁志鳴，前揭註 181，頁 286。



doi:10.6342/NTU202600402

更高競爭力及更透明化的新行政文化[184]。

依據論者的主張，認為我國行政法學整體和美國傳統見解較為類似，偏向讓管制國家較自由發展的立場，而對於法治主義的價值，給予較為寬鬆、形式化的支持。此一立場的優點是強化國家的管制效能，但存在放任政府權力過度膨脹的潛在風險[185]。如此一來，國家恣意選擇刑罰或秩序罰的風險也隨之提高，也許身為管制者的國家不一定是為了服務特定被管制者的利益而行動，但也可能僅係為了自己的利益而行動。因為刑罰就是一種不需要藉由行政機關之手而能達到行政目的的管制手段—可以不用秩序罰而致加重行政的成本—行政機關是存在此種道德風險的「代理人（懈怠）問題」[186]。

在我國的立法實踐中，尤其體現在「現象立法」的模式上。當發生重大社會矚目案件（例如食安風暴、重大工安意外或金融弊案）時，行政機關與立法部門（即代理人）面臨來自輿論與民意（即委託人）的巨大壓力。此時，相較於投入高昂成本、耗時費力的前端行政管制革新（如強化稽查人力、建立繁複的查核程序及運用科技機制），最迅速且政治成本最低的「回應」方式，便是倉促地增訂或加重刑罰。這種作法表面上回應了民意[187]，實則將管制的真正成本與責任，從行政機關「轉嫁」到司法體系與受規範的人民身上。這使得刑罰不再是「最後手段」，而是成為行政機關規避其前端管制失靈的「優先手段」，此即我國行政管制實務上「道德風險」的具體展現。因此，即使是從管制理論的行政恣意潛在風險觀之，重新確立刑事不法與行政不法的區別意識，實屬必要。

[184] 林明鏘（2019），《德國新行政法》，頁 79，五南。

[185] 梁志鳴，前揭註 181，頁 322。

[186] 本文將在後文進一步討論代理人懈怠問題。

[187] 如此作法似乎也符合德國的管制理論中，把「市民的利益」當成「顧客利益」的行政新文化。



doi:10.6342/NTU202600402

## 第二項　行政刑罰規制模式的影響

如果行政刑罰法規所帶來的影響是正面的，或是利大於弊的結果，那麼縱然存在過多的行政刑罰，其存在仍有其意義及正當性，甚至社會也會認為有其必要性。因此，此處著重觀察行政刑罰法規的影響，亦即以其正面與負面的相對比例，做為建立行政刑罰法規正當化的前提。

本項所使用之觀察角度有二，其一係從現代刑法的特徵，亦即「事前預防主義的規範化」[188]談起，進而觀察因此所造成的過度入罪化現象，並追問此種過度是否能評價為利大於弊而具有正當性。其二則係行政刑罰法規依照我國刑法第 11 條之規定，係以適用核心刑法的原則作為合理化處罰的依據，然而，實際上於我國實務操作時，是否亦能忠實地予以運用？

### 第一款　現代刑法的特徵

#### 第一目 事前預防主義與刑法的行政法化

本文認為現代刑法有變化的雙重現象，即「事前預防主義規範化」及「刑法的行政法化」。論者認為「事前預防主義的規範化」表現在以下幾個方面的事實：法益保護的前置化、保護法益的抽象化和一般化、以及證明過程的簡化。其認為形成該特徵的理由，由於現代社會是一個高度發展及複雜化的社會，需保護的對象從個人的具體法益，變化至維繫社會所在的經濟秩序或「系統」安全，以及系統功能的順暢運行。然而系統本身難免會趨於不穩定，加上關係緊密的各種系統之間，任何一個部分的功能失常都會對整體產生巨大的影響，所以社會呈現敏感而緊張的狀態，進而採取不斷為潛在敵人侵襲做好準備的一種保障安全式的刑法。因此為了系統的安定化，法益保護也從處罰的消極限制，朝向積極地賦予處罰的

[188] 生田勝義，前揭註 34，頁 34。



doi:10.6342/NTU202600402

義務基準而發展[189]。

由此可知，上述強調系統理論及事前預防的現況，讓刑法的基本理念產生了變動，原本刑法學所構築的刑罰權力正當基礎的論理前提，係基於古典社會契約論而來[190]，而刑法本為因應行為對於社會的侵害、以保護社會所制定的法律，此種犯罪的構成方式係基於個人尊重的理念（即個人主義思想），社會契約論所想定的人係先於國家、社會而存在，並且社會和國家是為了個人的自由和權利而存在[191]。但在系統的存在利益不再被析解為不特定多數人的自由或權利，而是系統本身即有受到刑法保護的社會價值時，如此不但改變社會契約論的預設，也讓系統利益的定義者取得設定秩序的正當性，結果也直接影響刑法「最後手段性」的要求。

平心而論，「事前預防主義」的興起並非全然出於行政權的恣意擴張，而是對「風險社會」的必要或不得已的回應。然而，本文所要追問的是，這種轉型是否導致刑法與行政法的功能混淆而產生更不可逆轉的弊害？一旦人民鬆懈或疏忽系統的控制，產生了通過自己創造的系統而逐漸自我疏離的現象時，系統就有可能暴走而反噬人類，「刑法的行政法化」便因此而生，造成過度入罪化的結果。

現代刑法的第二個變化為刑法的行政法化，亦即現代對於違反行政法義務的制裁並非秩序罰而是使用刑罰，如此則讓刑法的本質和功能與行政法有所混淆，論者即將此現象稱為「刑法的行政法化」或「刑法的行政化」[192]。

關於合理化「刑法的行政法化」的理論，最有可能的理論基礎是「功能主義

---

[189] 生田勝義，前揭註 34，頁 34。學者謝煜偉亦有相同的主張，亦即其認為事前預防主義係透過刑事制裁積極地保護市民安全、讓市民享有免於恐懼的自由，因而發動刑事制裁的重心從侵害或事故發生後轉移到事前，透過樹立事前的行為規範，以達到事前的危險／風險配慮（Gefahrenvorsorge；Risikovorsorge）的作用，參謝煜偉，前揭註 137，頁 108。

[190] 謝煜偉，前揭註 76，頁 372。

[191] 生田勝義，前揭註 34，頁 35。

[192] 生田勝義，前揭註 34，頁 36。



doi:10.6342/NTU202600402

刑法理論」。該理論主張將刑法視為僅是社會控制手段之一，刑法的合法性取決於它是否對社會控制有效，並且可能會在出於危機感而在科學驗證不足的情況下，輕率地引入刑罰解決問題（所謂的預防刑論也存在類似的問題）[193]。此外，功能主義逐漸將重點置於行為規範的破壞，而這些行為規範往往以抽象危險犯的結構出現，進而認為真正讓行為人違反行為規範的源頭，其實是行為人敵對法律誡命的內在心態[194]。功能主義刑法理論容易將刑法與民法、行政法等法律類型的本質差異，僅僅歸結為制裁效果的不同，進而認為產生這種效果的法律要件之實體（即行為規範）的性質或特徵的差異，並無爭議[195]，這也可能成為發展出前一章所提及「量的區別理論」的基礎。

最後，即使「功能主義刑法理論」亦不反對刑罰的最後手段性，論者認為也常可能因人民或立法者本身主觀情緒或感情的強烈影響而產生動搖，而未對刑法社會機能進行根本探究（亦即忽視對問題的「設定」，或是對刑法哲學的思索），如此只會讓外顯的機能面（如秩序維持機能）更為鞏固，並逐步走向刑罰擴張論的不歸路[196]。在此背景下，過度入罪化的具體樣態與其引發的代理人問題，尤值得進一步檢討。

### 第二目 過度入罪化與代理人懈怠

承上所述，刑法的行政法化，與行政刑法的肥大化或過度入罪化（overcriminalization）係一體兩面。論者認為過度入罪化有如下的特徵[197]：首先

---

[193] 生田勝義，前揭註 34，頁 37。

[194] 參許恒達（2022），〈罪刑法定原則與犯罪階層體系—刑法論罪方法論芻議〉，《台灣法律人》，15 期，頁 84-85。

[195] 生田勝義，前揭註 34，頁 37。

[196] 謝煜偉（2009），〈檢視日本刑事立法新動向—現狀及其課題〉，《月旦法學雜誌》，165 期，頁 170。

[197] 以下整理自上田正基（2019），〈「過剰な犯罪化 （overcriminalization）」について〉，《神奈川法



doi:10.6342/NTU202600402

係將「帶有某種偶然性意義而與損害有距離的」行為，即得予以入罪化。其次，是預防觀點的入罪化，只要可評價為朝向實體犯罪實質的階段行為，就可將更前置的行為予以入罪化，甚至處罰不需要目的要件的預備行為。最後，則是過度入罪化會將刑事責任擴大到那些對所造成的損害沒有過錯的人，在此思維下，代表可能將刑事責任擴張到不值得刑事責任非難的個人[198]。

至於過度入罪化所帶來的特徵及弊害，論者認為有下列數點[199]。首先係導致由執法機關形成法律，由於法院功能的先天限制，於是具體形成法律的方式就從司法機關移轉到執法（行政）機關。除了執法機關易流於不予精緻審查的過度裁量外[200]，執法機關在刑事司法系統內部就難以維持中立且公平，例如警察機關因有業績壓力，可能會將資源集中於易於逮捕的案件，導致助長資源的不當分配結果[201]，亦可能侵蝕其他重要價值的分配並規避重要的程序保障[202]。

其次為刑法傳達訊息功能的崩壞，如果不可避免地導致上述選擇性執法時，即會對社會傳達出不一致的訊息，進而扭曲社會對於刑法的正確認識，市民也不可能看到法律試圖傳達的訊息[203]。第三則是關於刑法正當性的減弱，申言之，過

---

学》，52 巻 1 号，頁 137-136。

198 因此，此種想法推導出以下的法律理論：例如嚴格責任犯罪卻不需要有責的心理狀態要件；又如對於他人行為的代位責任，不需要證明行為人的想法或過失；又如共謀罪，對於僅有與客觀上行為有關連的口頭合意，容許施以與合意內容的犯罪相同程度的處罰。參上田正基，前揭註 197，頁 136。

199 以下整理自上田正基，前揭註 197，頁 127-122。

200 此亦與前述之刑事法院是否承認行政處分之構成要件效力的問題產生關連性。

201 此亦可以經濟學上的代理人問題所解釋，即後述之「代理人懈怠」的問題。

202 甚至，此狀態也可能因為公權力依賴入罪化，致人民過度相信入罪化的效果，提高公權力及人民就行受賄的誘因，去避免觸犯過度入罪化的法規範的發生，這就造成公權力的腐化。參生田勝義，前揭註 34，頁 66-67。

203 此時另外傳達的訊息可能是同時也顯示出立法機構的專業能力不佳，無法有效統合相關問題規定於核心刑法之中，另顯示立法者對於重刑化刑事政策的堅定信仰，以及其對於有效抑制犯罪現象的要求束手無策，只好以重刑化的特別規定加以處理的狀態。參惲純良，前揭註 167，頁 61。



doi:10.6342/NTU202600402

度入罪化因失去刑法的正當性，促進了犯罪者對其逸脫行為的合理化（中和），從而使他們能夠繼續其不法行為。此外，選擇性的執法，促進了一種假設，即未能普遍執行的法律並不是重要的，違反該法律的行為將得到容忍；或者與其他未被起訴的違規行為者進行比較，促進了合理化，也加深其不平等待遇的結果。如此一來，當市民對於正義開始感到不關心時，刑事司法就無法獲得市民自願的合作。

最後，本文認為「刑法的行政（法）化」，也有可能發生代理人懈怠（Agency Slack）的問題[204]。原因在於，國家既受人民委託行使其公權力，在行使權力時理應以委託人即人民的利益為優先，但當國家選擇公權力的行使方式係以自己的利益、而非人民的利益為優先時，則有可能侵害人民的利益，而導致代理人懈怠的問題產生，此時造成浪費資源或配置不當的情形，進而損及公共及人民的利益[205]。此外，行政機關為了達到行政目的及便於管制的效率性，容易忽略刑罰對於人民自由及權利所造成的重大影響，輕率地促請立法機關制訂大量的行政刑法。從行政刑法本身的目的係達成一定的行政目的，並以刑罰擔保其法規實效性之手段，從此觀點來看，行政機關發生「代理人懈怠」問題的風險極高，令人憂心。

誠然，立法者及行政機關產生代理人懈怠問題時，身為委託人的一般人民大多數並不會感到有所影響，反而會認為有利秩序的建立，姑不論秩序的建立是否全然有利於人民抑或執政者，此時問題更發生在接續的程序。因為此種「代理人懈怠」問題不僅在立法端發生，更會將問題進一步傳導至司法端。當大量的行政

[204] 代理人懈怠原本係經濟學上的用語，意旨委託人的利益依賴予代理人的行為，但代理人在選擇行動時，優先考慮自己的利益而並非委託人的利益，因此造成稀有資源的浪費，以及委託人的利益未能適當實現，從而未能實現有效的資源配置的情形。參稲谷龍彦（2017），〈身分秘匿捜査の法的規律について：捜査活動の最適化という観点から〉，《法学論叢》182 巻 1 号，頁 281。

[205] 稲谷龍彦就代理人懈怠問題，舉誘捕偵查為例，例如偵查機關可能會因為了破獲率的提昇，而罔顧正當程序侵害人民權利的可能，參稲谷龍彦，前揭註 204，頁 284-285。



doi:10.6342/NTU202600402

刑法案件（多半不具傳統倫理非難性，但具高度技術性問題）湧入法院，司法機關（作為另一層面的代理人）同樣面臨資源有限、案件繁重的壓力。為了追求「訴訟經濟」與「裁判效率」，司法實務可能產生的「懈怠」，便是降低或放棄對刑法基本原則的嚴格堅守，以及放棄對於行政機關法規命令及判斷的審查[206]，本文認為此也正是我國實務在適用刑法原則時出現諸多「盲點」的深層結構性因素，將在下一款繼續討論。

### 第二款 所謂「適用刑法原則」的盲點

此部分將討論我國刑法 11 條規定，亦即刑法總則可適用於行政刑罰法規的規定，因此，立法技術上採取「行政刑法」的方式制訂各項刑罰法規，即使有確保行政管制實效性的目的，但理論上仍舊必須同時符合刑法基本原理，如罪刑明確性、法益關連性原則、責任原則[207]。不過，實際運用上的狀況為何？本文將藉由我國實務的運作予以探討。而此種實務上對於刑法原則的退縮適用，正可能反映了司法機關面對大量、高度技術性的行政刑法案件時，為求訴訟經濟與裁判效率而產生另一種面向的「代理人懈怠」現象，亦即傾向於做出簡化審查負擔而附隨有利於行政實效性的法律解釋，其具體展現，即如下述三個面向的討論。

#### 第一目 罪刑明確性

一、概念與定義

我國刑法第 1 條規定「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘

[206] 人民對於許多重大社會案件（例如食安、環保相關刑事案件），固然極有可能會希望法院速審速斷甚至加重判決刑度，因此表面上看來司法降低刑法基本原則係回應人民的利益，似乎並非代理人懈怠所帶來的弊端。然而，刑事司法所關涉的核心並非當事人以外的人民，而是每件個案的當事人（尤其是被告），若司法僅係回應民意而降低刑法基本原則的要求，對於該個案中的當事人，實屬一種代理人懈怠的表現。

[207] 謝煜偉，前揭註 81，頁 1383。



doi:10.6342/NTU202600402

束人身自由之保安處分，亦同」，通說稱此為罪刑法定原則，而罪刑明確性原則即係上開原則的內涵之一，亦即刑法所規定之犯罪構成要件與處罰效果，應力求明確；其內涵包括犯罪構成要件明確性及法律效果明確性[208]。

在罪刑明確性原則的相關討論中與行政刑法特別有關者，即有關「空白刑法」或「空白構成要件」的立法模式，亦即立法者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，此時除了與前述之行政刑法的特徵即行政從屬性有高度關連性外，亦涉及犯罪構成要件明確性的問題[209]，後文即針對空白刑法在我國實務上的運作進行討論。

二、我國實務見解

關於行政刑法之空白構成要件立法模式之可罰性範圍，最高法院認為「用以使空白刑法完足之補充規範，不僅屬空白刑法之部分內容，且由於其補充使空白刑法之評價範圍及成罪條件完足，而得以有效發揮完整之規範效果」，因此判斷行政刑法之可罰性範圍時，須將行政刑法「本文及用以填補犯罪構成要件之附表或相關行政命令合併整體觀察，始足該當」[210]。而此可罰性範圍之合併整體觀察方式，並進一步與判斷行為人是否得預見該空白刑法規範之方式相結合[211]。

此外，最高法院亦不斷重申，在空白刑法中，行政機關依據委任立法制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，其本身「在於補充法律構成要件之事實內容，使臻明確化，於不違背法律保留原則及不逸出法規範目的之範圍內，自得作為法院認定個案事實行為是否該當法律構成要件之判斷參考」[212]，因此「僅在補

[208] 王皇玉（2022），《刑法總則（第 8 版）》，頁 47-53，臺北：新學林。

[209] 王皇玉，前揭註 208，頁 50；嘉門優，前揭註 19，頁 53-54。

[210] 參最高法院 111 年度台上字第 1619 號刑事判決。

[211] 參憲法法庭 112 年憲判字第 5 號判決。

[212] 參最高法院 96 年度台上字第 2453 號、106 年度台非字第 21 號、106 年度台非字第 223 號、 112 年度台上字第 1087 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

充法律構成要件之事實內容，並無刑罰之規定，究非屬刑罰法律」[213]。是我國實務向來認為，空白刑法的補充規範（亦即行政機關所制定的法規命令）屬於事實補充而非刑罰之法律，不過值得注意的是，該補充規範仍可作為裁判依據。

最後，關於受規範之人對於空白刑法的補充規範認知的審查標準，雖然曾有判決採取嚴格認定，認為「若單由行政機關決定後依法公告，卻別無其他宣導、教示等措施，實難期待一般民眾得於授權之法規命令中普遍周知而預見其行為之可罰性。則空白刑法既屬於立法之例外，基於例外規定應從嚴解釋之法理，對於行為人主觀上之認知同應採取較嚴格之認定標準，以符憲法及刑法上之明確性原則，並落實罪刑法定主義之精神」[214]，似乎採取嚴格認定而有利於限縮對於行為人主觀要件的認定，並且可在故意階層中檢討。然而，上述見解仍屬少數，最高法院的主流見解仍認為，「對於空白刑法之補充規範，不論係法律或行政命令之認識錯誤，概屬違法性認識錯誤之範疇」[215]。

三、我國實務見解之分析

依照上開實務見解所示，雖然我國實務認為空白刑法與補充規範需要整體觀察，整體構成要件才能完備。然而，最高法院既然將補充規範視為事實的補充，則該事實補充實際上又決定了可罰性的範圍，則該補充規範實質上即具有「創設刑罰要件」的作用，因此實際上係將「構成要件的解釋」等同於「行政機關的單方事實認定」，本文認為司法權在此即有自我退縮的傾向，而有違罪刑明確性原則的疑慮。

當然，此時法院仍可審查補充規範是否具有授權明確性要件，亦即該授權之

[213] 參最高法院 94 年度台上字第 771 號、101 年度台上字第 5380 號、106 年度台上字第 371 號、111 年度台上字第 2419 號、113 年度台非字第 168 號、113 年度台上字第 780 號刑事判決。

[214] 參最高法院 111 年度台上字第 2118 號刑事判決。

[215] 參最高法院 110 年度台上字第 2037 號、110 年度台上字第 4120 及 4411 號、111 年度台上字第 5321 號、112 年度台上字第 1974 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

目的、內容及範圍是否具體明確[216]。然而，依上開實務見解的判決內容，大多數均未就其如何審查授權明確性的過程，具體明示其基準及判斷順序，即逕行作出補充規範符合授權明確性的結果，如此一來，等於無條件尊重行政機關所制定的法規命令。甚至亦有學者所提出疑慮，即實務上的操作情形有可能係先預想、比較了不同定性的法律效果後，才決定要將個案中所涉及的要素定位成空白要素還是規範性要素，此結果即讓法律適用結果取決於法律適用者的恣意[217]。此種寬鬆密度的審查標準，似乎坐實了本文認為司法為求效率而一昧尊重行政專業的傾向、忽視了空白刑法可能成為行政機關規避立法監督的工具的疑慮。

其次，依照實務操作之結果，既然在有違罪刑明確性原則及讓行政機關有擴權之虞的背景下，則對於行為人而言，其在行為時得以預見違法可能性的機率即隨之大幅降低，除了對於受規範者之可預見性保障不足外，也可能因為解釋適用者見解的不同，而造成司法判決的不一致性。更有甚者，縱使法律授權的本身十分明確，但經多層轉授權或公告所形成的「補充規範」內容，對受規範者而言仍可能極難預見。實務的上述作法將此種因規範高度複雜、變動所導致的不可預見性風險，一律歸責於人民，對於受規範者的保障更顯不足。

最後，由於實務主流見解均認為對補充規範的認識錯誤屬於違法性認識錯誤[218]。然而，當補充規範的內容已複雜、變動、難以查知到形同「事實」時，則是否僅為罪責層次的問題而非構成要件（不法）層次的問題，即非無疑[219]。實務上述見解迴避了上開問題，實質上是簡化了故意的認定，此處因亦涉及罪責原則的

---

[216] 參司法院釋字第 522 號解釋、憲法法庭 112 年憲判字第 5 號判決。

[217] 蔡聖偉（2021），〈經濟刑法中的錯誤問題〉，收於：吳俊毅、薛智仁主編《經濟刑法的在地實踐》，頁 52，新學林。

[218] 論者亦認為空白立法與錯誤問題有高度關聯性，參蔡聖偉，前揭註 217，頁 37。

[219] 如是構成要件錯誤的問題，即可直接阻卻不法，行為人將可及早脫離刑事司法程序，在此觀點下有其正面意義。



doi:10.6342/NTU202600402

檢討，本文將在後文第三目中進一步討論。

綜合上述實務見解的分析，既然空白刑法係立法者透過空白構成要件這種立法技術以達成行政從屬的目的，將刑罰權的有無與範圍的畫定權限託付給行政法規，就有可能造成行政刑法的立法模式中行政不法與刑事不法內涵難以有效地實質區隔，甚至喪失刑法獨立自主決定的空間，也無疑將有違反最後手段原則之可能[220]。

### 第二目 法益關連性原則

#### 一、概念與定義

刑事立法不僅是保護法益，通常還要求「對法益的侵害或危險化」，也就是「法益關連性（Rechtsgutsbezug）」，亦即「沒有法益關連性，就沒有犯罪」[221]。不論刑事犯或是警察（秩序）犯，在行為處罰時對於保護法益需有某程度關連性為其必要，此種要求目前也已被廣泛被肯認[222]。但是，如何確認「保護法益」所在？尤其是行政刑法此種與核心刑法不同思維的規制，我國實務究係以何路徑尋找保護法益及其關連性，便是本文此處所欲探討之問題。

#### 二、我國實務見解

觀諸我國最高法院就如何確認行政刑法的保護法益，似乎多半採取以立法者的「立法理由」或「立法目的」為其路徑。例如在食品安全衛生法中的禁止攙偽假冒行為，最高法院認為與刑法詐欺取財罪之保護法益不同之原因，係「立法目的在於食品之成分標示須與實體內容一致，以維護國民健康及建立食品消費秩序」

---

[220] 同此見解，參陳俊偉（2021），〈初探經濟刑法中空白構成要件與行政從屬性之界限〉，收於：吳俊毅、薛智仁主編《經濟刑法的在地實踐》，頁 75，新學林。

[221] 嘉門優，前揭註 136，頁 38。

[222] 謝煜偉，前揭註 15，頁 24。



doi:10.6342/NTU202600402

[223]。又例如在討論廢棄物清理法中之「受僱人」範圍時，最高法院亦非以廢棄物清理法之保護法益出發，而係以「廢棄物清理法第 1 條規定.....可知『改善環境衛生』及『維護國民健康』為該法立法之核心價值.....因此本法所謂『受僱人』，解釋上應參酌立法之目的，探求法規範之真意」[224]。又例如在確認銀行法違法吸金罪中特殊行為態樣之保護法益時，亦直接引用銀行法第 29 條之 1 之立法理由，認為因其係「為保障社會投資大眾之權益，及有效維護經濟金融秩序，實有將此種脫法收受存款行為擬制規定為收受存款之必要」，而直接認為系爭行為已足以危害前述立法目的所欲保護之法益即投資大眾權益及經濟金融秩序，而存有侵害之實際可能性，即肯認其刑事責任[225]。

此外，最高法院在判斷證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款之保護法益時，所提出之判斷標準係因二者「立法目的、構成要件之涵攝範圍及規範保護目的」有所不同，故認為不合營業常規交易罪與特別背信罪雖規定在同一條項，但二者主要保護法益並不具同一性[226]。甚至，在敘明洗錢防制法之保護法益時，將立法理由及保護法益並列，亦逕以該法第 1 條規定「防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，促進金流之透明，強化國際合作」，做為其保護法益[227]。

三、我國實務見解之分析

從我國實務上述的作法，係直接以立法目的做為該刑罰所保護法益的依據，並進而推論是否有法益關連性的理由。本文認為此係因為行政刑法所規制者大多數係核心刑法未涵蓋的領域，無法逕由核心刑法上傳統的保護法益推論得出，並

[223] 參最高法院 107 年度台上字第 3332 號刑事判決。

[224] 參最高法院 113 年度台上字第 1513 號刑事判決。

[225] 參最高法院 110 年度台上字第 3724 號刑事判決。

[226] 參最高法院 111 年度台上字第 2476 號刑事判決。

[227] 參最高法院 112 年度台上字第 3860 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

且行政刑法多係現象立法，在未有學說累積及立法審慎討論程序的背景下，實務（司法解釋者）以此方式可以經濟及效率的方式推導出法益，並且配合行政權及立法權的政策，得以強化國家權力之間的一致性及功能性。

然而，立法理由及目的往往偏重政策取向及宣示，並且過於寬泛或抽象[228]，可能擴及不具實質侵害性的行為，連帶的會使得法益關連性無限制地擴大。此外，若解釋者僅依立法理由及目的即遽以認定法益，則無法達到司法權原應具備的審查功能。甚至，行政權見此司法實務操作的趨勢，藉由立法目的及理由而以行政義務任意創設單純維護行政實效性的法益，亦非並無可能。

當然，此亦可歸責於立法者於立法時，通常並未審視及明示行政刑法上的刑罰規制的保護法益，使得司法實務中在解釋與適用上，常出現參考資料不足的現象。然而，刑罰規範畢竟是立法者所制定，立法理由僅係忠實反映了立法動機及當時情況，但在現實中仍可能發生立法過程中未曾預想或窒礙難行的狀況，而立法理由也不可能包含該立法缺失的批判性觀點[229]。因此，若實務逕予以援用做為法益的依據，並且建立法益關連性時，而未思索該等刑事規制的要罰性及當罰性之不法內涵時，則不免會有重大偏誤的可能性，而該偏誤的可能，極有可能連帶造成過度入罪化的結果。

### 第三目 罪責原則：以不法意識為中心

#### 一、以不法意識為討論中心之理由

在行政刑罰的案件中，由於一般人對其規定往往較為陌生，而行政刑罰法規中所處罰的罪名有時重在違反行政管制，行為本身亦未如同普通刑法般具有道德上的可非難性，因此與其他阻卻罪責事由相較，行政刑罰法規相較於普通刑法，

[228] 例如洗錢防制法的立法理由，「打擊犯罪」則可能擴及所有刑事規定，而「強化國際合作」顯然並非合理正當的法益保護對象。共同的缺點就是範圍過於寬廣，無法特定保護的法益為何。

[229] 松原芳博，前揭註 165，頁 27。



doi:10.6342/NTU202600402

在此階層的適用上也大幅提高了發生錯誤的機率，亦即不法意識與禁止錯誤的問題[230]。因此此部分即以不法意識為代表，進行我國實務對於行政刑罰法規在不法意識適用時之見解之探討。

不法意識，又稱為違法性意識，通說認為係獨立的罪責要素，指涉的是行為人對於其行為之不法性的意識或意識可能性[231]。其存在實益在於通說認為欠缺不法意識，並不影響構成要件故意之成立，但會影響故意責任之成立，即為一種排除罪責事由[232]。

二、我國實務對於行政刑法之違法性認識的相關見解

首先，綜合我國實務對於違法性認識的基本見解及判斷依據，整理其重點如下三部分。其一，關於不具罪責可非難性的前提，係行為人於規範層面未認識其行為係刑法禁止，且其錯誤係無法避免而期待不可能之情形，始可謂其不具罪責之可非難性，而構成排除罪責事由[233]。其二，就行為人對於違法性的認識範圍而言，只要行為人有構成要件故意時，通常也會知道其所為乃法律規範或社會規範所不容，即推定其具有不法意識[234]；只須行為人瞭解其行為係法律所禁止，或違反法秩序而為法律所不允許，即有違法性認識[235]；至於是否可以避免，行為人不可擅自判斷，任作主張[236]。其三，關於如何判斷有無違法性認識的依據，係在客

---

230 日本論者有謂「特別刑法上的故意問題，一般而言係故意論的試金石」、「關於故意及錯誤理論的重要判例，多數係特別刑法犯，故意及錯誤理論發展的歷史可說是與特別刑法間戰鬥的歷史」。參小池直希，前揭註 132，頁 23。

231 僅參林鈺雄（2023），《新刑法總則（11 版）》，頁 307，元照。意即行為人有知與欲實現不法構成要件時，通常也（會）知道其所為乃法所不容。

232 王皇玉，前揭註 208，頁 353。

233 參最高法院 107 年度台上字第 1289 號判決。

234 參最高法院 109 年度台上字第 5405 號判決。

235 參最高法院 113 年度台上字第 2433 號判決。

236 參最高法院 105 年度台上字第 3422 號判決。



doi:10.6342/NTU202600402

觀上依據行為人教育、職業、社會經驗、生活背景、資訊理解能力及查詢義務等個別狀況為基礎[237]，另外的判斷依據為「行為人社會地位、個人能力、才智」[238]。

以上是我國實務對於違法性認識所描繪的大致輪廓，下文即以此為基本框架，進一步觀察行政刑法在我國實務中的適用情形[239]。原則上，最高法院認為「按行為人對具體事實已有認識，僅對於該事實在法律上之評價，認識錯誤……對行為人之故意不生影響，依刑法第 16 條，原則上不阻卻責任。且此不僅適用於自然犯；即國家為貫徹其一定行政上目的所規定之法定犯，因法令公布後，即推定人人皆知悉，亦同其適用」[240]。

而關於最高法院在個案中對於本類型之行為人肯認違法性意識與否之理由，則可整理如下[241]。在肯認行為人具有違法性意識的個案理由中，例如（1）以知悉暗語為肯定其違法性意識的依據者[242]；（2）以該行政規定應為一般人所熟知為由者[243]；（3）以執行業務所需故有查證義務為由者[244]；（4）以有相同及類似之職業或歷練為由者[245]。而在實務見解中，否定行為人具有違法性認識之見解如

---

[237] 參最高法院 107 年度台上字第 2129 號判決。

[238] 參最高法院 107 年度台上字第 1289 號判決。

[239] 下列最高法院之實務見解係於司法院裁判書系統（https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/default.aspx）中，以「不法意識」及「違法性意識」為檢索字詞搜尋而來（最後瀏覽日：12/13/2025），前者計 74 則，後者則有 7 則，扣除重覆判決 1 則，共計 80 則，本文再從其中案由為行政刑法相關者（共計 52 則）係進入確認後再整理而來。

[240] 參最高法院 109 年度台上字第 730 號刑事判決。

[241] 此處僅列最高法院認定行為人違法性意識有無之見解，另有關程度（加重）的問題，最高法院亦有以前科做為行為人違法性意識較高的見解，參 113 年度台上字第 473 號刑事判決（廢棄物清理法）、112 年度台上字第 5639 號刑事判決（醫師法）。

[242] 參最高法院 111 年度台上字第 3101 號刑事判決。

[243] 參最高法院 107 年度台上字第 4076 號刑事判決、111 年度台上字第 1285 號刑事判決、111 年度台上字第 2763 號刑事判決、112 年度台上字第 5032 號刑事判決、113 年度台上字第 2433 號刑事判決。

[244] 參最高法院 107 年度台上字第 40 號刑事判決、107 年度台上字第 2411 號刑事判決。

[245] 參最高法院 109 年度台上字第 4458 號刑事判決、109 年度台上字第 5351 號刑事判決、112 年度



doi:10.6342/NTU202600402

鳳毛麟角[246]。

上開有關行政刑法的實務見解多數係在 2005 年刑法第 16 條修正後之見解，並且也幾乎未承認行為人具有該條所稱之「無法避免」之情形，由此可知，原則上最高法院認為「法令公布後，即推定人人皆知悉」，此種近於「不知法即有害」（ignorantia juris nocet）的法諺及其理念，其實仍深植於我國的實務見解之中。

三、我國實務見解之分析

在上述有關違法性認識的實務見解中，有半數以上與行政刑法有關。並且，在違法性認識的寬鬆標準認定下，關於行為人主張不具違法性認識的辯解，亦即違反行政義務之人所提出之禁止錯誤的主張，幾乎不被我國實務所採[247]。對此，亦有論者觀察與本文一致，即認為若被認定成禁止錯誤，則由於實務上在禁止錯誤的避免可能性判斷上向來嚴苛，乃至於禁止錯誤幾乎都會被判定成「可避免」，最終仍然成立故意犯罪[248]。

不過，相較於上開行政刑法的案件，最高法院在普通刑法案件中關於不法意識的問題，就有重視「是否無法避免」的問題。例如在繼承人未經所有繼承人同意支用被繼承人財產時，最高法院仍然有判定該繼承人仍有無法避免違法性意識的空間[249]。此處可知，即使遺產係繼承人所公同共有，因此需經所有繼承人之同

---

台上字第 5320 號刑事判決。

[246] 參最高法院 108 年度台上字第 673 號刑事判決，該判決認為「是填補空白刑法之行政規章或命令，苟無一定之公聽程序或宣導期……實難期待國民於公告後立即知悉。從而，有關毒品分級及品項之行政規章或命令之公告，既已影響違法性認識範圍，苟行為人於公告後之相當接近時間內違反，即須有相當之理由，始得認具違法性認識」。值得注意的是最高法院另認為有關「公告前有經宣導及準備期，使國民有此認識之可能」之事實，應由檢察官負舉證責任，顯示實務認為此種客觀要素亦是判斷不法意識的重點之一。另外，最高法院 113 年度台上字第 3872 號刑事判決認為行為人久居美國，係在美國訂購當地商店所販售之含有大麻成份營養補充滴劑送回臺灣，有欠缺不法意識之可能。

[247] 上述 52 則的判決中，僅有 2 則的欠缺不法意識的抗辯為最高法院所接受。相較於非行政刑法的 28 則判決有 4 則欠缺不法意識的抗辯為最高法院所接受，以其比例可見差距所在。

[248] 蔡聖偉，前揭註 217，頁 38。

[249] 參最高法院 112 年度台上字第 5385 號判決，該判決認為「應依行為人之社會地位、能力、智識



doi:10.6342/NTU202600402

意始得支用的規定及實務見解，歷經數十年從未修改過，最高法院仍一反在特別刑法中的固定見解，認為除了行為人的能力及智識程度外，也強調應參考社會現狀及行為人與被繼承人的日常互動關係，決定其是否「無法避免」，並且說明此係刑法謙抑原則的當然理解。而此種論述方式，卻從未見於行政刑法案件的討論，佐以實務上所發生的不法意識錯誤的案件，確實係行政刑法居多的現況，再加上行政刑法規定數量高出普通刑法的數量比例甚多的情形，因此，仍不能不忽視行政刑法的犯罪類型於在此情形下容易入罪的結果。

此外，關於此類型案件的違法性認識判斷基準，我國實務基本上仍遵照向來對於違法性認識的框架，即在客觀上依據行為人教育、職業、社會經驗、生活背景、資訊理解能力及查詢義務等個別狀況以判斷，似乎有客觀的判斷依據。然而在個案的適用中並未具體提到為何是以這些個別依據做為理由？或是何以因此理由而認定行為人具有違法性認識之間有密切關連性？或是闡述其認定基準所在的理由何在？若要勉強來說，較為具體的並且常用的標準，可能即以「該行政規定應為一般人所熟知」為判斷標準。然而，如何程度才可謂達到該規範係「一般人熟知」的標準，最高法院除了在某案件明示系爭法律係行為前 30 年即制定者[250]外，亦無明示其他判斷依據，未免會陷於「一般人熟知」是否僅是如實務家般「法律專家所熟知」的疑問。其他例如法律或行政規則要公佈多久才算熟知、是不是不區分業務的輕重及角色都有其查證義務，還有查證義務的程度又到何處等等，最高法院均未有明確的標準主張。

---

程度及有無民法上無因管理、死後事務委任關係不因當事人一方死亡而消滅（參見民法第 550 條但書）等一切因素納入考量整體評價，以定寬嚴綜合判斷行為人主觀上是否有犯罪之故意、有無意識其行為之違法且能否避免等情……以落實刑法謙抑原則所採刑罰作為最後手段性之當然理解及運用」，另最高法院 110 年度台上字第 5399 號判決亦有類似判斷標準，亦即該判決認為在繼承人未得全體繼承人同意而支用被繼承人之遺產案件中，縱經律師說明遺產執行之事項，仍應考慮被繼承人生前付託任務、以及行為人學識、經驗等情形，是否有足認有正當理由而無法避免的情形。

[250] 參最高法院 111 年度台上字第 2763 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

此外，實務所創設出來的查詢義務（有論者稱為規範探知義務），以及該義務底下所要求的受規範者專業知識或特別知識，例如從事該專業人士如欠缺此一對規範的專業認知，進而違反特定行政法規定等見解，即有論者質疑為何一定是法律上的錯誤而不可能是故意犯的構成要件錯誤問題[251]？事實上，實務亦未說明是否所有從事業務的人均負有查詢義務，或是僅有專業領域的人才負有該義務[252]？甚至就算已查詢而得到錯誤的答案，實務仍認為未解其具備違法性意識的可能[253]，上述諸問題均未見實務的進一步說明及討論。

綜上，我國實務對於此類型案件的違法性認識，似乎並無具體判斷標準，並且依實務操作之結果，也可觀察到其寬鬆認定行為人係具有違法性認識的傾向。我國實務如此操作的結果，實質上造成罪責原則在行政刑法適用時的退縮甚至濫用的現象。

### 第三項　本節小結

本節從「行政從屬性」與「行政管制」兩個角度切入，並引介「代理人（懈怠）問題」，使刑罰從「最後手段」異化為規避行政失靈的「優先手段」。然而，即使經由刑法的預防主義化，也未必能更有效地防止犯罪，因為正如論者所言，如果在行政刑罰法規中前置的行政管制或行政處罰規定無法精確地應對問題，即便刑法的介入多麼前置化，當然也無法有效改善現實狀況或預防加害行為[254]。

學者謝煜偉認為如果為數眾多的行政刑法全部都想要強行使用抽象危險犯的概念來正當化，那麼不是使得法益與危險概念變成毫無檢驗功用的理論空殼，就

---

[251] 陳俊偉，前揭註 220，頁 92。

[252] 例如依前述 107 年度台上字第 40 號刑事判決的見解，似無區分從事清除廢棄物之業者或僅係承業者之命之員工，其查詢義務有何不同。此爭議在下一章中亦會再次出現並予以檢討。

[253] 如 107 年度台上字第 2411 號、113 年度台上字第 2945 號判決之見解。

[254] 生田勝義，前揭註 34，頁 40。



doi:10.6342/NTU202600402

是只能對這些難以通過嚴格法益關聯性檢驗的罰則束手無策甚至視而不見[255]。論者之上開見解，在經過本文對於我國實務見解的爬梳後，可以得到印證。

有論者認為行政刑法在適用上，可能會有借「福利國家」之名而重返「警察國家」之實的危險[256]，本文雖然亦相當激進地認為行政刑法僅係為了行政的目的及效益，而採用法益保護的說法只是讓其披上正當化的外衣。但是不可否認的是，觀諸近年來行政刑法上的重大刑罰的立法模式，即在社會出現重大事件後，行政機關以及立法者為了回應市民的批判，「負責任地」（或避免負責？）制定新的刑事責任或提高刑度（即所謂「現象立法」[257]），而將責任再轉嫁於社會受規範大眾的結果。從某種視角的觀察而言，如果受規範者的責任，係依行政從屬性的要求而遵守行政機關的規定，那麼行政機關只要制訂好規定，則責任就歸屬於受規範者身上，至於行政機關是否有合理制定規範的動機？是否依循正當程序制定規定？是否定期檢討規定的可能性？是否善盡對於社會大眾的告知及說明義務？是否做好就該規範執行的內部或外部監督管理機制？此等問題均攸關行政機關可能發生代理人懈怠的傾向，而此傾向就被輕易地被轉嫁及忽視。於是行政機關最依賴的秩序罰、以及秩序罰的不論故意與過失均要處罰的思考方式，就成為這種入罪化的背景，進而有將人民置於行政刑罰客體的危險[258]。

因此，不能僅以我國擁有刑法第 11 條的規定為滿足。因為在刑法原則於行政刑法上的適用面臨退縮時，就有可能架空刑法第 11 條規定的實態。因此，在立法

---

[255] 謝煜偉，前揭註 137，頁 112-113。

[256] 甲斐克則（2005），《責任原理と過失犯論》，頁 88，東京：成文堂。

[257] 現象立法代表著刑罰積極主義下的刑事立法，其有兩項指標性的作用，一是提供市民們一種在不安社會下象徵性的安全感，另一則是提供被害者或其遺族的情感宣洩管道。參謝煜偉，前揭註 15，頁 108。其亦認為此種立法的條文未必符合刑法體系內部的衡平關係，甚至無法發揮實際的作用。

[258] 如前所述，James Goldschmidt 所主張「人民係行政機關為達成目的的輔助機關，行政刑罰則是對於懈怠的輔助機關所賦予之規制（處分）」的見解。參浅田和茂（2013），〈辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異（1）～（4・完）」〉，《法律時報》，1058 号，頁 126。



doi:10.6342/NTU202600402

論及解釋論上，都應正視該行政刑法制訂及適用的實質正當性。除了應重新檢討眾多已訂定而有爭議的行政刑法，並且監督該等行政刑法的執行方式外[259]，進而應省思行政刑法制定的界限（包含前一章所述要罰性及當罰性的問題）。在本節的討論亦可以看出，若不嚴格區分行政不法與刑事不法的功能定位，並校正事前預防主義與行政從屬性所帶來的結構偏誤，行政刑罰法規將在量的區別理論之下，藉由立法慣性與代理人懈怠中持續膨脹，並導致刑法原則在司法實務中或主動或被動抑制或萎縮的現實，因此，重新檢視與量的區別理論相對立的質的區別理論，凸顯重新劃定行政不法與刑事不法界限的迫切性，並依時代變遷而賦予新的意義，即有其必要性。

## 第三節 重構質的區別理論

### 第一項 總論

本節將試圖在刑事不法與行政不法的區別方法中，提出修正或重構質區別說的理論，並且希望該理論的首要功能可發揮在立法論上的批判功能，以及解釋論有更堅實的限縮理由。此外，本文的重構區別理論與法益論的結合，實則亦是對於憲法基本原則與刑法原則的具體化操作，以協助立法者與司法者，共同維護法治國的實質正當性。

#### 第一款 質的區別說的優勢

本文認為，質的區別理論雖然逐漸沒落，但相較於質量混合理論及量的區別理論，仍有其優勢所在，茲分敘於如下。

一、質量混合說只是質的區別說的變體

[259] 在代理人懈怠的理論中，為抑制此種情形，委託人需要掌握代理人的真意，因此設置監控代理人行為的機制就十分重要。參稻谷龍彥，前揭註 204，頁 281。



doi:10.6342/NTU202600402

如前所述，就行政不法與刑事不法的區別，雖然德國通說及我國部分學者採質量混合說的見解。不過正如前文所述，即使依我國學者洪家殷所提出的質量混合理論的內容及判斷標準，事實上亦難以做為刑事不法與行政不法的區別，因該理論仍舊沒有說明所謂非難性或危險的「程度」、發生之頻率及數量，究竟是以何界限做為正當化的基礎？本文認為，反而是洪家殷所批評的「法益之侵害」及「制裁制度之特性」，才有可能有清楚的界限。亦即是否係「法益」或單純的利益，而所使用的制裁制度是否可判斷目的為何，確實可以區分出一定的界限。

事實上，本文認為質量混合說既然立基於承認刑事不法與行政不法各有其「核心領域」的前提下，其實此說仍是立基於「具有質的區別」的理論之上，從而此說對於質的區別說的批評亦適用該說身上。其次，此說在「邊界地帶」只有量的不同的說法，不過是一種放棄核心領域的判斷責任的取巧言論，因為質量混合說既從未說明邊界地帶與核心領域的界線為何處，又如何賦予各該領域不同法律效果的正當化基礎？

最後，可以合理化質量混合說的依據，可能是因為行政刑法具有行政從屬性的關係，造就了此種規制中混合了質量兼具的解釋結果。但本文認為這應該是倒果為因的解釋方法，因為行政從屬性終究是人為設計以及帶有政策目的的設計，無法將之做為刑事不法與行政不法並無本質不同的必然解釋。

二、量的區別理論的缺點容易流於失衡而失控

如前所述，量的區別說既認為刑事不法及行政不法的本質並無不同，亦即將法益的概念模糊化及與義務違反犯稀釋化的結果，即使仍名為「法益」，其概念即有朝向普遍性、集體性法益發展的趨勢，擴大了刑事不法的範圍[260]。因為集體性法益的擴張歷程，亦清楚地展現了刑法功能化的興起與發展，二者的趨勢是相

[260] 本文並未認為所有的集體法益都不能列入刑事不法領域，而係認為若沒有節制及限縮門檻下的擴張，有損刑法謙抑性及法益原有的功能。



doi:10.6342/NTU202600402

互並行的[261]。此外，依學者生田勝義的觀察，今日的立法現況朝向刑法的行政法化、警察化的形態下變化，如同歷史上社會重大變動期的絕對主義時代下，在警察監護型國家中方可見的現象[262]，本文認為此觀察亦可與量區別說成為時代變遷下的優勢學說的變化互相參照。

若採量的區別，秩序罰與刑罰即無從在本質上區別，再強調行為規範與制裁規範選擇委諸立法者決定之結果，既無本質區別，則立法者並無設定刑罰與秩序罰上制裁選擇時界限的義務，恐怕因此失衡而易流於失控的刑法肥大化現象。

三、堅持質的區別說仍利大於弊

學者林山田曾正確地提到質與量的關係在社會科學上的意義，亦即其認為從自然科學的觀點，量的增減並不會影響質的問題，唯在社會科學上並非全然如此，其進一步認為尤其是關於人類行為的價值判斷問題，即使是不具社會倫理的非價內容，隨著時間或影響程度的昇高，社會大眾對於此一不法行為的「非價判斷」將促使該行為在質上的更變，會由行政不法轉化為刑事不法[263]。

事實上，社會科學與自然科學不同，不會有絕對的對錯答案。因此通常我們會選擇「相對合理」的解釋，做為社會科學的最佳解[264]。承上，本文並不反對在社會科學領域，某種行為同時帶有兩種性質、橫跨兩種制裁規範，然而若從本質上，該行為與另一種行為有所區分，則縱使在邊界案件有混同的可能，但正是由

---

[261] 金尚均，前揭註 18，頁 17-18。

[262] 因此生田認為此係一種「還原復古」的狀態，參生田勝義，前揭註 68，頁 41。此外生田亦認為，「自己決定或自己責任」論，將犯罪歸屬於行為人個人的問題，也是刑法對於嚴罰主義的抵抗弱化的原因。人際關係被單純化為加害人對於被害人的結構，將犯罪所帶有的社會性置於一旁，無視於存在於人類生存競爭實質條件的社會差距性。在喪失社會連帶性所產生的人類精神上余裕及寬容時，將會轉而尋求嚴罰所帶來的療癒。而此種嚴罰意識會與對於「被認定為異質事物」的排除及排外意識連動。參生田勝義同書，頁 38。

[263] 林山田（1976），〈論刑事不法與行政不法〉，《刑事法雜誌》，20 卷 2 期，頁 45。雖然此「質變」的狀態類似「層升」的數量逐漸變化之概念，不過此處應只是視角不同的誤認，事實上仍應是本質的區辨，詳後述。

[264] 當然，自然科學仍是判斷是否「合理」（例如：抽象危險犯的「危險性」）的重要依據。



doi:10.6342/NTU202600402

於本質上的不同，區分該行為與其他行為才有其實益，而其實益在於，當國家某行為（制裁）侵害人民的自由權利時，不能倒果為因，認為邊界案件可以，而當然推論核心案件亦可以侵害人民的自由權利。

質的區別說理論最為人所批評的是以社會倫理價值作為標準之說法，由於社會倫理具有變遷性，亦即其非亙古不變，往往會隨著時間的遷移而有變化，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，因此量的區別理論才在此變遷性中找到了空間。不過，本文認為在賦予某種行為的價值判斷時，雖然量的不同會影響是否成立質的改變，但正因如此，是否具有不法的「質」才是應該關注的重點，量的增減頂多只是「質」的一種判斷方法（例如本文後文反覆提及做為「門檻」、「閾值」的要件要素），在制定行為規範或制裁規範的當下，該當行為依據社會倫理觀念及價值判斷的標準，是否已具備刑事不法的「質」，才是成為該行為是否得以刑事不法規範之的重要判斷標準[265]。也許從歷史的過程中看到的是有所更迭的刑事不法與行政不法的界限範疇，有些刑事不法由於質變而轉化為行政不法；相對地，也有些行政不法當然也會「質變」而轉化為刑事不法[266]。然而從制定規範的當下，何者為刑事不法、何者為行政不法，是依據「質」做為標準的，也惟有如此，我們才能確立在制定規範的那一刻，社會倫理價值的標準在何處而不會失焦及失速墮落。

---

[265] 此處可再以前文所提到的考試及格分數為例，成績不是重點，而應該在意的是該名學生處於在每所學校考試都是及格的狀態，也就是該名學生無論在何所學校，都能證明其已達到考試及格背後所代表的具備學業能力的本質。成績只不過是一種檢驗方式，而非以成績的差別決定學生是否具備學業能力，更非倒果為因認為學生只有及格才是已具備學業能力。因此，本文重構質的區別理論所提及的「門檻」、「閾值」，終究只是一個判斷方式，檢驗系爭刑罰規範是否真正具有刑事不法本質，然而並不僅以此做為理論的核心，核心仍在於當罰性與要罰性的討論。

[266] 此處必須強調的是，「量變」與「質變」只是易於解釋而被用來使用在四象限指引的工具，與量的區別及質的區別無涉。正如前述考試及格的例子，一名學生考試成績 60 分，此一個時點就被判斷為及格，外界不會看到「漸漸變成及格」的這種「量變」或「質變」的過程。本文是用量變質變的概念，來解釋為何一些集體法益有可能在現今納入刑事不法領域的工具，因為這些集體法益本身，相較於傳統法益見解是少見的概念，而大多數都落於本文所討論的行政刑罰法規之內。



doi:10.6342/NTU202600402

綜上所述，在行政不法與刑事不法的區別方法上，質的區別說其實優於量的區別說、更優於質量混合說，本文認為只要修正質的區別理論的瑕疵，重構後的質的區別理論即更能在刑法行政法化的潮流中，取得其批判及提供基準的地位。基此，以下則開始本文對於質區別說的重構路徑。

### 第二款　取徑法益論的重構

#### 第一目　法益論的現代意義：批判機能與個人主義取徑

承上款最後所提到的，社會倫理價值的標準的確不易掌握，但正如本文不斷地強調歷史發展一樣，探討事物的本質時，觀察歷史的演變是不可或缺的，真正本質的要素並不會隨著時間有所改變，但容易被有心或無意地掩蓋或埋沒於洪流之中。因此在討論本質時，從事物的出現及一開始的解釋方法，有助於理解本質的意義所在。

從相對古典的角度來看，James Goldschmidt 認為秩序罰的本質不是一種對於法律的反作用，而是「容許行政權自力救濟的反作用」[267]。其認為行政刑法是受託促進公共福利的國家行政權，在受法律委託的範圍內，以法律為文本（Rechtssätze）的形式，以違反行政法規行為做為構成要件，結合具有行政效果的刑罰的規定[268]。雖然 James Goldschmidt 的見解已是百年前的主張，但以現狀看來，似乎仍未隨時代改變的是，國家得依其目的及政策任意選擇制裁方式的情況。

對此的觀察也可從法益概念在「自由主義國家」至「預防國家」的轉變來看，在自由主義國家中，Alessandro Baratta 認為「法益的現實基礎是在市民社會內部創造的，並且被視為公權力制度的前提條件」，然而預防國家中，「應受保護的

[267] 田中良弘，前揭註 20，頁 31。其所引用的 James Goldschmidt 主張源於 1902 年之著作。

[268] 田中良弘，前揭註 20，頁 31。另林雍昇認為依 J.Goldschmidt 的見解，行政刑法的目的並非在於危險防範，而是在促進國家福利。故行政刑法行的不法內涵乃在於對促進公共或國家福利或者支持國家福利行政的特殊不作為，這才是行政違法的核心，參林雍昇，前揭註 110，頁 38。。



doi:10.6342/NTU202600402

法益主要是國家這個財產，也就是涉及國家及公共制度（Einrichtung）的措施有關的社會基礎設施（Infrastrukturen）、組織複合體（Organizationskomplexe）及其功能」。而針對此點，Winfried Hassemer 則認為「現代的法益保護更傾向於保護現代社會中複雜且緊密交織的社會利益……現代的法益保護是儘可能圍繞具有高度宣傳效果的普遍性法益（Universalrechtsgut）的保護」[269]，預防國家與自由主義國家的視角，在法益的觀點上明顯可別。

另一個可從歷史上觀察的角度來自日本，依據學者井田良的觀察，法益概念功能的喪失係戰後日本刑法學變化趨勢之一，其認為關於法益保護原則及侵害原理於近年漸不受重視，轉變成被廣泛地施以刑罰以求抑制無法益侵害行為的立法傾向，並在行政刑法的領域中較以往具有肥大化的趨勢[270]。而發生此趨勢之原因，其亦認為係與有關刑事政策的國家意思形成的機制產生重大變化有所關連。因為市民以自己的需求出發，要求刑法保護其安全，並且透過媒體而直接對國家請求，政治部門及行政或司法機關被迫要對此有所回應。因此，在國家機關的刑事政策領域，最終決策朝向民粹主義趨勢進行，社會大眾由於自己或被媒體驅使的不安感，要求應該要由嚴罰方式以補充維持秩序的機制[271]。

如果以上述德國行政預防國家的立法趨勢，再與日本專家階層公共領域世俗化的狀況結合，此種狀態將成為刑法學的隱憂。既然先進國家如德國、日本都有可能發生這種狀況，作為大量繼受外國法律的國家，並且立法品質及程序要求整體而言並不高的臺灣，尋求儘量避免誤入上述二國的發展途徑，並非危言聳聽。而本文認為上述的趨勢，都是捨棄法益論思考方式的結果，那麼初步結論也許可以說，在行政刑法規範理論中，即使再怎麼強調行政實效性，除非該規範完全揚

[269] 金尚均，前揭註 18，頁 17。

[270] 井田良（2007），〈社会の変化と刑法〉，收於：三井誠等編《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）》，頁 5，東京：成文堂。

[271] 井田良，前揭註 270，頁 10。



doi:10.6342/NTU202600402

棄刑法理論及原則（當然，此時也喪失正當性基礎），法益及其相關理論的討論仍是不可或缺的。

通說認為法益概念在刑法學產生了兩種重要機能。首先是法益的體系內嵌機能（systemimmanente Funktion），此即透過法益概念中介，可以解釋並限縮既有構成要件的成罪範圍，從而清楚且符合體系地限定可罰界限[272]。另一個機能則涉及法益的體系批判機能（systemkritische Funktion；或謂刑事立法批判機能 strafgesetzgebungskritische Funktion），係指倘若立法者所創設的某刑法規範的保護利益無法符合法益最低門檻，該刑法規範所處罰的犯罪行為也就欠缺正當性[273]。此外，學者嘉門優則提出另關於法益論的兩種功能，一為從刑事政策上犯罪預防的觀點（即「法益」保護目的），顯示刑法保護對象的功能；另一則係作為犯罪本質及不法實質的「侵害、危險化」對象的功能[274]。嘉門優進一步認為在將刑法的正當化問題理解為「規範的妥當性」時，至少在做為侵害對象的法益概念不存在時，就不可能區別實害犯與危險犯；而如果單純違反規範成為犯罪的實質，實質犯及形式犯亦無區別[275]。

藉由法益論發展方向的討論，也可做為法益論是否應在刑事不法領域再度重視的契機。從法益論在德國未來發展的討論中[276]，有認為因法益論無法有效界定刑法的保護範圍而應予以放棄（以 Günter Stratenwerth 為代表）。另有見解則承認

---

[272] 參許恒達（2024），〈違憲審查與法益概念的刑事立法批判機能〉，《月旦法學雜誌》，348 期，頁 20。

[273] 許恒達，前揭註 272，頁 20-21。不過，許恒達亦指出用以匡正「刑事立法」的體系批判機能反而越來越不受重視，其認為原因在於首先難以定性法益實質內涵，也無法提出具有絕對說服力的法益實質標準；其次，憲法學及憲政實務幾乎從未運用法益概念審斷刑罰正當性，反而採取憲法學發展出來的「比例原則」，審查個別刑事立法究竟能否符合憲法保護行為人基本權利的要求，參許恒達，前揭文，頁 21。

[274] 嘉門優，前揭註 19，頁 72。

[275] 嘉門優，前揭註 19，頁 72-73。本文認為此乃前述體系批判機能而來的一種表現。

[276] 以下整理自嘉門優，前揭註 136，頁 40-44。



doi:10.6342/NTU202600402

法益的「體系內嵌機能」而否定「體系批判機能」（以 Wolfgang Wohlers 為代表），主張相較於不斷探討法益概念本身，更應關注「法益保護的前置化問題」，亦即「危險犯」的領域。故主張應對犯罪構成要件的結構進行更詳細的分析，以確立正當的刑罰權標準[277]。

第三種觀點即嘗試將法益概念實質化的主張，例如 Roland Hefendehl 認為，現在雖然無法創造出如同 Wohlers 所謂的具有「確切防禦」的法益概念，但這並不意味著應當低估法益的積極意義。亦即，Wohlers 在分析其所強調的犯罪類型時，法益概念作為「關連點（Bezugspunkt）」仍然是不可或缺的，因此，在尋求法益的內在內容時，不應該像傳統法益論那樣進行超越性體系形式的探討，而應該首先分析現行法律所保護的法益，並將其結果反饋到法益概念的內容構建中，這種方法被稱為「由下而上的實質化（von unten materialisiert）」。其特別強調應將「集體性法益」作為與個人法益對立的概念進行分析研究的必要性[278]。

進一步言之，Roland Hefendehl 認為，法益概念不應該被理解為純粹的觀念上或物理上的概念，而應該是一個「現實的」概念，因此，在分析法益時，必須同時掌握實際危險與損害的可能性，透過這種方法，法益概念本身可以具有批判功能，可對刑法規範的正當性進行檢討[279]。另外也有論者提及，前章所提及德國刑

---

[277] 不過，Wohlers 一方面強調立法者要仔細做立法決定，但另一方面則認為要給立法者較廣的立法空間，並且以特別多數決才能制裁刑事處罰的觀點，除了前後有所矛盾外，也可能如論者所言，是間接以程序上的民意優勢去證立實體上的正當性，此際，制定出來的法律某種程度上將更難透過其他力量加以約束，參謝煜偉（2010），〈論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢〉，《月旦法學雜誌》，186 期，頁 55，註 48。

[278] 其將集體性法益大致區分為兩類：（1）保護個人自由領域的法益，例如偽造文書罪的法益，旨在保障個人與社會對於文件真實性的信賴。（2）保護國家基本框架條件的法益，例如，保護國家本身的法律規定、保護特定政府機構運作的規定、以及禁止國家直接對公民實施特定行為的規定，參嘉門優，前揭註 136，頁 43。

[279] 就此，我國學者許恒達亦提出「規範目的門檻說」，作為刑法篩選保護利益的獨立標準，此項標準即法益的批判刑事立法機能，許恒達，前揭註 272，頁 27。而其認為就其具體篩選標準，不再能委諸形上價值或社會現實，毋寧須考量憲法著重的基本權需求，並從保障基本權的初始視角來定性法益概念。依此論點，雖然定性法益實質內涵時，必須考量基本權的關聯性，但法益仍具



doi:10.6342/NTU202600402

法學上之「當罰性」與「要罰性」兩個階層組成的思考架構，似乎是受到法益論的啟發，並欲以此代替並補足法益論未能成功發揮的「可罰性限縮機能」[280]。

至於法益概念的理論取徑亦有二種，即國家主義的取徑及個人主義的取徑。Olaf Hohmann 指出，前者認為法益是由國家所預設的，即法益屬於整體或國家的財，個人自由與財產等個人法益，則被視為法律所分配或從國家功能中導出的產物。相對而言，後者則主張法益源自個人，集體性法益只有在服務於個人的人格發展時被推導出者才具有正當性，後者的取徑則與 Hassemer 的觀點相符[281]。

綜上，行政刑罰法規既然做為一種大量利用危險犯甚至形式犯的立法模式，首先，依照嘉門優及 Roland Hefendehl 的上述見解，法益論的作用仍有其啟示的效果。其次，本文認為法益的批判功能能擔負區分行政不法與刑事不法的重要功能，因為行政不法與刑事不法的界限模糊或是矛盾，也許來自於立法者（或行政權）的無心或有意，而法益的批判功能正對此有一定的指引作用。並且，在現代逐漸走向福利國家及社會化現象時，法益上述二種取徑的差異因此變得模糊之際，以個人為中心，強調以個人作為出發點或上位概念的路徑，可能才是還原國家與社會原本服務於個人的基調。因此，本文贊同 Hohmann 提出的法益理論主張，「普遍性法益只有在可以還原為個人利益（的自由發展的必要條件或前提條件）的範圍內，才能被認為是正當的」，否則集體性法益與個人法益的距離越大，刑法的保護範圍就越難以明確界定[282]。由於集體性法益可能都可以勉強提出其可還原為個人利益的路徑，因此此處的還原，即係指立法者必須提出一條可被檢驗及論證的連結，使得集體性法益可清楚其被理解為個人自由發展之前提條件，並在

有外於基本權的獨立意義，只不過必須著重基本權利的關聯性而已，參許恒達同文，頁 27。

[280] 黃宗旻，前揭註 4，頁 192。

[281] 金尚均，前揭註 18，頁 147。

[282] 金尚均，前揭註 18，頁 150。



doi:10.6342/NTU202600402

符合當罰性及要罰性之基礎上，賦予刑罰的正當性，避免其僅係以個人生存發展為名，實際上僅在保護行政的實效性。可見法益理論上述的功能，確實在刑事不法與行政不法的區別理論中仍有發揮的空間。

第二目　區別理論與法益論結合的必然：從法益到法益客體

傳統質的區別理論之所以失敗，在於其依賴的社會倫理標準過於模糊，無法抵擋「預防國家」以「風險管理」為名任意擴張刑罰，再加上民粹主義的推波助瀾，導致刑法「功能化」，傾向保護抽象、普遍性的「系統法益」，致行政不法與刑事不法的區別更加令人絕望。正如論者所言，一旦刑法的保護法益對象跳脫與個人法益之間的溯源關係，則有可能迫使刑法朝向行政上的危險防禦功能移動[283]。

本文認為藉由法益理論的「體系批判機能」，才能在此困境中脫身，並且堅持「個人主義取徑」—亦即普遍性法益最終必須能還原為個人利益—的法益論，才能使該理論發揮有效的批判功能，也恰好能為質的區別說提供其所欠缺而更穩固且具體的判斷基準。與法益論結合後的質的區別理論之任務，在於當立法者宣稱某一具有制裁效果的刑事規制，目的在保護抽象的「社會法益」或「系統功能」時即可追問：該規範所保護的利益，是否最終能透過可檢驗的溯源關係，「還原為個人利益」？

為使此一追問具有可操作性，本文在此引介 Ulrich Berz 的主張。Berz 主張應區分「法益」與「法益客體」，並指出後者是法益的具體表現。例如，以殺人罪為例，法益是「生命」這一抽象價值或理念，而法益客體則是「A 的生命」，即該法益概括且明顯的實質載體。在 Berz 的學說中，法益客體與行為客體、攻擊客體被視為同義概念。根據 Berz 的觀點，在通常情況下（即實害犯或具體危險犯），

283 古承宗，前揭註 169，頁 505-506。當然，不是沒有跳脫就不會產生預防刑法，而是一旦跳脫，無需具體的法益客體存在，刑法就更容易功能化，朝向維持行政目的及管制實效前進。



doi:10.6342/NTU202600402

行為客體的侵害或危殆化，會導致作為理念實體的法益受到損害[284]。Berz 上述區分方式可能有助於進一步細緻化「法益」保護的概念，因為如此則向來「法益」及「法益客體」為一體討論的現狀得以釐清，並且可以看清楚思考的順序：首先需存在對行為客體進行客觀的攻擊，再根據該侵害或危險的程度，進一步探討法益是否受到侵害或危殆。如果將法益理解為「利益」，則必須盡可能客觀地評估對其造成的損害。這種理解方式有助於使法益的內容具體化、現實化，並且明確化刑罰規範中「法益侵害」與「法益危險」的判斷基準，亦即行為客體的明確化，以及釐清行為客體在危險判斷中的作用，進一步明確化危險評價標準，從而限縮刑罰的適用範圍[285]。

依 Berz 的主張，某項行政刑罰規範縱然可提出一個抽象的價值或理念做為法益，但若其法益客體無法具體，則無法成為可承載該規範之價值或理念的實質載體，既無實質載體，則無判斷法益是否受到侵害或危殆的可能性，換言之，該行政刑罰規範即無法益保護的必要。尤其在大量以集體性法益—即法益客體不明確的某種「利益」，甚至如前述逕以「立法目的」的政策做為法益的說法—做為行政刑罰法規的立法模式中，若一刑罰規範無法具體指認其「法益客體」為何，即象徵其已脫離與個人法益之連結，其保護的實質內涵，恐非核心法益而僅是「行政目的的實效性」。然而，本文並非否定所有以預防導向之刑事規制，而是要求立法者在援引抽象或集體法益入罪時，必須提出可供檢驗的連結，以說明如何作為個人生活基本利益之必要條件。亦即法益客體須可具體辨別，並能透過經驗或自然科學指標觀察其受侵害或危殆化的途徑。以此標準，便能在行政不法與刑事不法之間，劃出較「社會倫理」更為明確的「質的」界限。此見解不論在立法論或解釋論上均有其重要的參考價值，並且得以成為本文重構質的區別說的重要基

[284] 金尚均，前揭註 18，頁 128。

[285] 金尚均，前揭註 18，頁 130。



doi:10.6342/NTU202600402

礎—亦即以一定的門檻或閾值要件做為檢驗，讓法益以及其侵害程度顯現在判斷行政不法與刑事不法的區別上，並在立法論及解釋論上發揮其批判及指引作用。

### 第三款　重構之質區別說的提出

承前所述，既然量的區別說及質量混合說皆未能有效解決行政刑法肥大化的困境，亦無法提供行政不法與刑事不法明確的立法界限，因此即有必要回顧質的區別理論及其內容。在質的區別說的三種不同主張中，若以本文所傾向個人主義取徑的法益論及要求具有當罰性（與要罰性）為前提的脈絡下，「法益的質區別說」及「當罰性的質區別說」均有其可採之處，本文即以該二項核心主張為基礎，提出重構的質的區別理論。

「法益的質區別說」強調刑罰應保護的是「可測定侵害且為社會普遍承認」的個人或共同生活體法益，因此成為可從「保護客體」區別的標準。至於「當罰性的質區別說」則強調立法規制是否要使用刑罰，不僅以法益為區分，尚應視行為本身「社會侵害性或倫理非難性」的程度，因此才能判斷利益是否值得保護、以及是否有必要施以刑罰。因此整合二者的結果，重構後的質的區別理論揚棄傳統質區別說僅依賴「社會倫理非難」的模糊標準，而是建立一個雙重門檻的審查框架，透過「法益門檻」與「行為門檻」的雙重檢驗，劃定刑罰應介入的界限。

必須先說明的是「門檻」與「本質」間的關連性。本文所使用的「門檻」概念，係以門檻做為區分行政不法與刑事不法之標準，亦即對象行為跨越門檻後，始符合具有刑事不法之本質，而得考慮以刑事制裁相繩，因此仍是有無的問題，而非量的程度差異問題。門檻不是僅用來將同一種不法做「程度分層」，而是用來辨識兩種不同規範評價模式之分流點，亦即將行政不法與刑事不法在本質上區分的標準，以「門檻」做為二者之界限。門檻看似一條線，但本文認為實質上其內容係有多元的檢驗標準（本文多以閾值稱之）可供操作，如此一來始得明確化



doi:10.6342/NTU202600402

兩種不法的規範目的、非難基礎與制裁正當性的差異，並使之可接受檢驗。

第一目 法益的門檻（利益價值高低）

「法益的門檻」旨在回答：某規範所保護的利益，其價值是否高到值得動用刑罰？

為了回應法益或向來刑法規範所保護利益在概念的模糊性，本文提出三項具體判斷指標：首先是憲法關聯性，亦即該利益是否與憲法所保障的核心基本權（如生命、身體、自由、財產）具有直接關聯？亦即關聯性越高，法益價值越高；而無法還原為憲法核心基本權者，則應推定為「低價值利益」而非刑法所保護的法益。進一步言之，參考許恒達之見解，係透過法益與基本權的連結關係定性其內涵，只要無法與憲法基本權產生直接連動性的利益，即不得動用刑法予以保護[286]。

其次為社會共識的穩固性，即該利益是否已獲長期且穩固的社會承認（如傳統核心刑法所保護者）？相較之下，僅是因應特定社會風險而新生、尚在變動中的管制利益（如新興金融秩序），其普遍性較低，價值性亦相對較低[287]。

最後則是可還原性（即個人主義的視角），亦即該利益是否最終可還原為「個人法益」？若該利益僅為抽象的「國家機能」、「系統穩定」或「行政管理實效性」，且無法證立其對個人的實質保護關聯，則應認定為「低價值利益」。

[286] 參許恒達，前揭註 272，頁 36。其將法益的內涵分為（1）憲法基本權的保護側面，例如名譽權與保障個人在社會所需客觀評價的誹謗罪的關連性；以及（2）為開展基本權而必須須相接連的規範制度，例如為了保障現代資本主義機制運作下的個人財產權，必須保障具有交易機能的通貨及其相關的刑事規範。

[287] 關於社會承認的普遍性，經過國會立法程序的決議結果當然是具體表現之一，但本文主張該立法程序必須是經過完整且熟議的審議程序，並且立法者有義務說明以刑罰規制時，所保護的法益為何？才有本文所述之具備社會共識穩固性的要素。



doi:10.6342/NTU202600402

第二目 行為的門檻（社會侵害性程度高低）

「行為的門檻」旨在回答：即便法益價值足夠，但該行為的侵害程度是否已嚴重到必須動用刑罰？

「行為的門檻」的核心，在於該行為是否本質上破壞倫理非難性及造成社會損害性，而非僅是行政目的的不服從。至於社會損害性的內涵，從前章所提及當罰性的基礎之一為行為原理來看，此時應參照行為原理（侵害原理）的內涵，亦即若無造成社會侵害的外部行為或結果，則不予以處罰的原則[288]，而其中的社會侵害行為或結果，即社會侵害性的內涵，由於行為原理係外部且客觀的行為造成社會損害時，刑法始得將之成立犯罪的原理，在此理解之上，做為從社會的角度批判及克服現代（行政）刑法肥大化傾向的原則，具有其現代的意義，並可作為刑法上立法及解釋的方針[289]。因此，所謂的社會侵害性，係系爭行為「違背了規制共同生活之法秩序的目的」[290]，並造成外部性的損害或危險，並且避免以行為人之主觀惡性—亦即行為人的危險性作為處罰依據[291]。

由於向來所稱的「社會侵害性」較為模糊，加上社會對於秩序的要求程度也不一，因此本文以如下所述之具體的實證化指標，作為用以測量「社會侵害性」的程度。首先是損害的可逆性與可回復性，亦即侵害行為所造成的損害，是否可

---

[288] 參浅田和茂，前揭註 130，頁 44。此外，本文所主張的行為原理，其要求不僅是外部的認識可能性或明確性而已，還包含「應以行為對外部世界所產生的作用作為處罰依據」的實質要求，參松原芳博（2020），く第 17 章 ハンス.ヨアヒム.ヒルシュ「 行為主義刑法—十分に尊重されている基本原則であろうか」〉，收於：《行為主義と刑法理論》，頁 326，東京：成文堂。

[289] 參生田勝義，前揭註 34，頁 53；浅田和茂，前揭註 130，頁 45。

[290] 林倍伸（2024），〈論程序性阻卻違法事由—以「期間內諮詢程序」作為容許墮胎事由為中心〉，《政大法學評論》，179 期，頁 297。

[291] 因為此種規範明顯違反行為原理，參松原芳博，前揭註 288，頁 326。另有論者認為，行為原理亦與違法論或法益保護原則相關，在保護法益愈發抽象化的情況下，由於犯罪的前置化，會因為難以掌握行為的有害性，而開始重視主觀要件。此時縱使客觀行為不值得作為犯罪加以處罰，如不強調行為本身的社會侵害性，則仍會因為確實有條文所規定的形式的行為態樣出現，而符合行為論的要求。參林琬珊，〈持有概念與持有毒品罪—從最高法院 104 年度臺非字第 199 號判決談起〉，《政大法學評論》，158 期，頁 200。



doi:10.6342/NTU202600402

輕易透過行政手段（如罰鍰、勒令停止）或民事賠償回復原狀？若損害具有不可逆轉性（如生態環境的重大破壞、人身傷亡），或回復成本極高，則屬高程度侵害性。

其次係侵害的範圍與擴散性，此處需視侵害行為是侷限於個案，還是具有高度擴散性？此處應引入客觀判斷項目，例如：發生頻率（即該行為是否常態性發生）、擴散範圍（如受影響人數或地區廣泛程度）、連鎖效應（依實證或科學統計預測是否可能引發系統性風險，如金融恐慌或食安危機）等要素，並應有實證基礎。範圍及擴散性愈強，社會侵害程度愈高。

此外，司法實務的統計，也可做為該行為的社會侵害性程度的客觀參照值，亦即法院在實務上的量刑分佈（如緩刑率、易科罰金率、平均刑度），亦可作為該行為社會侵害性程度的參考值[292]。

第三目 門檻的連結：「共同生活利益」的區分

上述雙重門檻共同運作的關鍵，在於釐清「共同生活利益」的性質。「共同生活利益」正是行政法與刑法交疊之處，因為行政不法及刑事不法均會強調其規範目的，在於人民的共同生活利益，然而二者的關鍵區別，正如前文不斷提及的，行政不法係指單純違反了維護此「共同生活利益」的行政管理規範（如交通違規行為、違反許可制度、未遵守產品標示義務等）。此類行為雖因破壞秩序而影響共同生活利益，但尚未對核心法益或高價值利益造成實質侵害或重大危殆，故應由秩序罰迅速介入管制。

然而刑事不法則與之不同，係指該行為的態樣，已實質上侵害或高度危及了該秩序所欲保護的核心個人法益，而處罰能發揮事後處理機能的作用。共同生活利益連結了法益門檻及行為門檻必需審查的對象，如此一來，第一道門檻可避免

[292] 當然，司法實務係法律適用的結果，以之作為行為門檻似乎有倒果為因之嫌。但本文認為未嘗不能以立法後法律適用的結果，作為將來檢討或修正立法或解釋論的依據。



doi:10.6342/NTU202600402

將行政目的混充為法益或高價值的利益，第二道門檻藉由侵害程度的揭示，則可謹守刑罰的倫理非難性及烙印效果，維持其最後手段性的要求。

第四目 重構理論的操作模型：四象限指引

藉由「法益價值高低」與「社會侵害性程度」兩個軸線的綜合判斷，本文的「重構質的區別說」最終可建構出一個具體的「四象限指引」，作為後續立法論與解釋論實踐的依據，分敘如下：第一象限為「高價值利益 × 高程度社會侵害性」，此象限屬於刑事不法的範圍，有入罪的完全正當性。第三象限則係「低價值利益 × 低程度社會侵害性」的領域，此象限內之行為純粹屬於行政不法的核心範圍，應適用秩序罰而完全排除刑罰適用的制裁方式。第二象限則為「高價值利益 × 低程度社會侵害性」及第四象限為「低價值利益 × 高程度社會侵害性」，由於許多的行政刑罰會落在此兩個象限之內，此即本文所稱最需要審慎判斷及檢驗有無通過雙重門檻而有入罪正當性的領域。此二象限內之行為原則上仍係行政不法的領域，所以應考慮採取秩序罰及其他替代制裁方式，僅有在檢驗時超越一定門檻或閾值時，才有成為第一象限領域的可能，亦即此二象限均係判斷所謂「量變」達「質變」的操作領域。必須再強調的是，此處仍是質的差異才讓該規範符合第一象限領域的範圍。反之，若無法通過閾值或門檻之檢驗，不應存在在第一象限內，而應以刑罰以外的制裁規範對應[293]。

綜上，本文所提出之重構的質區別說，即避免傳統質區別說僅依賴「社會倫理非難」的模糊標準，而建立「法益門檻」與「行為門檻」兩個更具體的審查層次，並依其審查的操作而可區分為四個象限的指引框架。至於法益的進一步確認，以及象限中更具體的「門檻」或「閾值」，需因應規制行為的不同而有所不同，

[293] 再次強調，雖然有量化的要素在內，惟本文之重構理論仍非量的區別。若是量的區別，則秩序罰及刑罰係可以互相代換，並可在四象限內流動。而本文之重構理論則係建立質的區別門檻標準，判斷某行為或規範是否不具備刑罰或刑事不法的質，僅係借用量化的要素去檢驗系爭規範或行為是否能通過該門檻，不能通過者均應非刑罰領域要處理的，制裁規範即無所謂流動的空間。



doi:10.6342/NTU202600402

因此該指引並非要提供機械式的固定答案，而是提供一個結構式的檢查清單或框架，用以檢視是否具備符合第一象限領域的質變要素，而此實際分析會在本文第四章及第五章的檢討中得到進一步的展現。

## 第二項 立法論上的實踐指引

在刑事立法論上，關於法益及社會侵害性的重要性不言可喻。論者認為，刑法謙抑性原則作為一種限制原則，最能發揮功能的便是在「立法階段」。此時，在立法政策上應檢討的問題，便是在立法時，對於社會倫理上不容許的行為，應在多大程度上納入法規範而將其定為犯罪—亦即當罰性—的問題[294]。

在行政不法與刑事不法交錯領域的立法論上，雖然德國聯邦憲法法院認為「不法內涵的評價特別受到社會通念影響而且也容易改變……畫出這條線，基本上是立法者的事務」[295]，因此司法權不宜介入。儘管如此，亦有論者認為「法益論」本來就不該只是解釋論的課題，反而應該在立法論發揮最主要的作用，現在解釋者的難題在於因為立法者往往未闡明清楚該處罰規定之保護法益，才由法律適用者做適合刑法原則之解釋，但解釋者都不具有如立法者般的權威性，即淪為各自表述的情況[296]。其進一步認為立法者亦應明示關於個別刑法規範所保護的對象、行為對於該對象造成什麼樣的侵害或危險等事項，否則很可能造成解釋者在批判檢討及適用之際的混亂[297]。不論如何，立法論上的法益論相當重要。

此外，本文亦認為另有一種立法論的論述值得參考，亦即學者謝煜偉所稱，

---

[294] 三枝有（2001），〈刑事法と社会倫理：刑事法政策における新課題〉，《法政論叢》，38 卷 1 号，頁 113。

[295] 鍾宏彬，前揭註 6，頁 185。

[296] 黃宗旻，前揭註 42，頁 73。黃宗旻另認為關於「法益是否清晰」而言，主張質的區別說的論者將焦點置於可受刑法保護之利益本身的性質，係有其先見之明。

[297] 黃宗旻，前揭註 42，頁 73。此主張亦與本文在「法益關連性」就實務見解的批評相同。



doi:10.6342/NTU202600402

應將主流價值觀所刻意忽略或掩飾的問題放入立法論當中，以破壞利益衡量時單調的天平關係（如言論自由與社會安全的權衡），創造諸利益間更複雜的衝突與矛盾關係，才有可能從中產生反省性的論述[298]。

本文認為謝煜偉的上開主張，特別是在強調普遍性法益的行政刑法立法論中，尤其需受到重視。因為向來此種立法方式，不僅為國家為便利行政管理的目的所創造之極為抽象的法益依據，亦可能係迎合市民情感的主流世俗意見而為的模式，其中所刻意忽略或掩飾的問題，極有可能係漠視了刑事不法與行政不法在本質的區別。本文所提出的重構質的區別說既然有取徑於法益論的要素，則當然也包含了法益本身的體系批判功能。因此，加入刑法的基本原則或刑事不法的本質性探討，設置立法的審查門檻以增加與普遍性法益的衝突與矛盾，也許才能更顯現立法論上的價值。

因此，在行政刑法中大量運用的抽象危險犯或形式犯的立法模式中，本文認為立法者即有義務於理由或過程中，說明規制之行為與何種法益及其危險，具有何種經驗法則上之關連性，並且是否要加入符合該危險之適性要素—即納入刑事不法領域的要件要素—為何，最後並說明為何非以秩序罰或其他制裁方式方能達成該立法規制之目的之理由。

正如論者所言，原本在行政刑法中，就有為了避免或減輕潛在的危險，而擴大事前防範措施的範圍，造成作為處罰依據的抽象危險，其實質內涵產生稀釋化的傾向[299]。行政刑法肥大化的現象彰顯於外者，即為大量的刑事立法及刑罰積極主義，此種傾向將社會複雜性過度簡化，進而隱藏侵害人民自由的危險性[300]。由 Gilles Deleuze 主張的控制社會論即發現，在超越規訓社會的控制型社會中，會更

[298] 謝煜偉，前揭註 277，頁 57，註 54。

[299] 謝煜偉，前揭註 15，頁 25。

[300] 謝煜偉，前揭註 15，頁 190。



doi:10.6342/NTU202600402

廣泛地分析控制人的權力，權力會以較過去更為幽微、精緻及有效地藉由各種形式，以培養「順從的市民」（即將「自我監視」及「自我控制」予以內化）為目標，且具有覆蓋市民整體人生的功能[301]。由本文在觀察我國實務上面對行政刑法的刑法原則退縮現象也可窺見，例如國家權力欲藉由削弱對於違法性意識的要求，而便利控制市民的傾向。因此，立法者既然為憲法賦予制衡行政權的權力（及義務），當然不能輕易地讓行政刑法肥大化及控制型社會的現象發生。

其實除了刑罰以外，立法者係有多種制裁方式可供選擇。立法論上依本文所提出之重構質的區別理論為據，慎思行政不法與刑事不法的質的區別，並以法益理論及當罰性（暨要罰性）重構其立法目的及模式，確有實踐的可能性。至於在何時始可使用行政刑罰做為履行義務確保手段才適當？亦有論者認為濫用刑罰而造成事實上不能執行的刑罰規定，代表不能處罰的犯罪範圍被擴大，因此結果恐怕會損及刑罰全體的威嚇力。所以在檢討行政上刑罰規定的應然方法時，是否能在現實上發揮功能且確保行政上義務履行者，包含運用層面的政策觀點予以檢討才是必要的。關於活用行政上秩序罰等的秩序罰制度整體的檢討，在討論立法政策時也是不可或缺[302]。

最後，若立法論仍認為重構的質區別說中法益的概念無法明確捕捉，也許可以參考學者嘉門優的以下見解：其認為為了探究刑法介入的界限，必須將視野從正當法益的探究（即「ob」—有關「是否可稱為法益」的討論—的問題），轉移到「在多大的範圍內，刑法對於何種態樣的攻擊必須介入（即「wie」的問題）[303]。此一見解也不啻本文前章區分行為規範與制裁規範的討論所欲把握的核心內涵。因此，在行政刑罰法規的立法上，立法者也許因客觀上的限制，可以不去探

[301] 謝煜偉，前揭註 15，頁 190。

[302] 田中良弘，前揭註 20，頁 14。

[303] 嘉門優，前揭註 19，頁 90-91。



doi:10.6342/NTU202600402

究處罰客體的正當法益為何，但仍應在「多大的範圍內」、對於「何種態樣的攻擊」進行審慎熟慮的考量，以制定立法規制的形式。

總結上述的見解，本文的重構質區別理論中的法益門檻及行為門檻，涵攝在行政不法行為入罪化時的立法論主張如下，第一，法律本文需自行載明保護法益、基本行為態樣與違反形式；第二，要明確能看出構成要件中具有作為適性或（符合本文理論）門檻的要素[304]，尤其係符合高價值利益及高程度社會侵害性的要素；第三，該適性或門檻的要素，係經過自然經驗或實證而來，而非來自於立法者的想像或民意的單純需求；最後，必須逐一評估替代性工具（秩序罰或其他制裁手段）之妥當性[305]，僅在其不足以保護法益時，方得入罪化。

### 第三項　解釋論上的實踐指引

雖然本文所提出的重構質的區別說強調刑事不法與行政不法的區別，讓立法者在立法時有可選擇的正當理論基礎。但即便在立法者將某種行政不法的行為或構成要件要素設定為刑事不法的領域時，本文主張的重構質的區別說仍可在解釋論上發揮其作用。

首先，法律適用者在遇到落於四象限指引中的第二、三、四象限中的行政不法領域的刑罰立法模式時，即應有意識地進行最大限度的限縮解釋，以維護刑罰的最後手段原則。以行政刑罰立法中最常出現的眾多抽象危險犯規制為例，如何解釋抽象危險犯進而確定其處罰範圍即相當重要。

學者謝煜偉於分析抽象危險犯的理論結構後，認為抽象危險是基於想像的「危險性」，抽象危險犯則是以各種間接手段將此種「危險性」予以經驗上判斷

[304] 此時，釋字 432 號解釋所提出「可理解」、「可預見」及「可審查」之三項原則，可茲參考。

[305] 另外，要求行政機關在提出任何包含刑罰的行政法規草案時，必須提交「行政刑罰立法影響評估報告」，以本文「雙重門檻」所設定的標準作回應及判斷的基礎，亦是一個可以考慮的建議。如此可以直接在立法的更前端上，遏止現象立法與代理人懈怠問題。



doi:10.6342/NTU202600402

的犯罪類型。因此，在解釋論上，有必要究明存在個別條文背後的經驗法則，解析在構成要件要素裡內含的經驗判斷的前提狀況，在具體的事實中實質判斷上開前提狀況是否具備齊全[306]，此處與本文所主張之重構質的區別說中「法益門檻」可相對照。此外，其在判斷是否滿足表徵危險性的「經驗上的前提狀況」時，其認為只觀察構成要件的「行為」並不充份，必需將行為時的狀態、與行為客體間的相互關係及行為後外界的變動狀況（結果）一起考慮[307]，此又與本文之重構質的區別說中的「行為門檻」，需要達到破壞倫理非難性及社會損害的程度，亦若合符節。

謝煜偉以上述的判斷方法為基礎，進一步提出合理及合體系的解釋論至少應先確認 2 個討論軸心：「劃定引發當罰性危險的基準」及「對應該基準的構成要件要素之補充解釋」。前者的主要在於保護法益的種類（是個人法益或集合法益）、性質（該侵害是否有測量的可能）、必需保護的程度（前置化的程度）等等。後者即在精確地審查各構成要件外，最重要的是分析出具備法益關連性的經驗性及前提狀況[308]。本文認為謝煜偉所提出的上述兩項討論軸心，若與本文所重構之質的區別說之前述四象限指引結合，將可進一步精確審查行政刑法的立法規制的正當性，以及合理解釋行政刑罰制度的依據。

綜上，本文對於重構質的區別理論在解釋論上的實踐步驟如下：首先，尋找規範之法益定位；其次，判斷社會侵害性之程度而認定所在四象限指引之位置。就此二步驟，可能亦涉及刑事訴訟程序的問題，具體而言，當某行政刑罰所預設的經驗法則或抽象危險並不明顯時，應要求檢察官或行政機關提出具體的科學或統計數據，若未有具體的數據或證明，則可認定為社會侵害性程度低的範圍。

---

[306] 謝煜偉，前揭註 15，頁 179。

[307] 謝煜偉，前揭註 15，頁 180。

[308] 謝煜偉，前揭註 15，頁 180-181。



doi:10.6342/NTU202600402

再者則是適性或雙重門檻要素之解釋，並輔以同法規體系內秩序罰規制之比較。亦即，當同一部法律同時存在秩序罰及刑罰的制裁規範時，必然隱含著行政不法與刑事不法的「質」的區別，故解釋者需要依照本文所主張的重構質的區別理論，尋找質的區別以及門檻所需之閾值，若缺乏明確的雙重門檻要素，則應依照刑法最後手段性原則，進行限縮解釋。

最後則是主觀要件的認定，有無禁止錯誤甚至阻卻故意成立之可能性。司法者在審查主觀要件時，應拋棄「法令公布後，即推定人人皆知悉」此一在行政刑法領域中有違法治國原則的擬制，而依重構質的區別理論及四象限指引，建立與法益連動的審查標準，例如若某刑罰所保護的屬「低價值利益」（如純粹的行政管理實效性），則法院對於行為人「不法意識」 的審查應極為嚴格，對於「禁止錯誤」之「可避免性」的認定即應極為謙抑；又例如法院應實質審查被告的「查詢義務」是否可能，不應逕自課予受規範者無限的規範探知義務。

綜合重構質的區別理論所建構的四象限指引，加上前述立法論及解釋論的討論，本文可將之製表如表二所示。

**表二：重構質的區別理論下的四象限指引框架**

| | 低價值利益 | 高價值利益 |
|---|---|---|
| 高程度社會侵害性 | 【第二象限】需嚴格審查之邊界地帶<br>1、 特徵：抽象系統功能、行政實效性、難以還原為個人法益<br>2、 原則：優先採取高密度行政管制<br>3、 例外：僅在發生「質變」時允許入罪<br>4、 立法及解釋基準：<br>（1） 門檻要素：必須證明逾越閾值（例如侵害、持續及擴散性強烈到導致系統潰堤，造成個人生存必要發展的損害）<br>（2） 法益還原：需有中間法益，證明對個人法益有危殆化關連性<br>（3） 強烈的證據要求：需有科學數據或統計證明門檻要素的存在 | 【第一象限】刑事不法核心<br>1、特徵：憲法核心基本權、社會普遍共識、可還原為個人法益<br>2、原則：適用刑罰<br>3、立法及解釋基準：<br>（1） 正當性：具有入罪之當罰性與要罰性。<br>（2） 構成要件：明確具有「行為—危險—結果」的因果流程及法益關連性<br>（3） 危險犯限制；縱使採前置化手段，仍需要求高度經驗法則支持 |
| 低 | 【第三象限】行政不法核心 | 【第四象限】需審慎權衡的邊界地帶 |



doi:10.6342/NTU202600402

| | | |
|---|---|---|
| 程度社會侵害性 | 1、特徵：抽象系統功能、行政實效性、難以還原為個人法益<br>2、原則：適用秩序罰<br>3、立法及解釋基準：<br>（1） 除罪化<br>（2） 行政目的的達成及實效性、制裁方式選擇成本效益的經濟分析 | 1、特徵：憲法核心基本權、社會普遍共識、可還原為個人法益<br>2、原則：行政不法<br>3、例外：需設有特定門檻或閾值<br>4、立法及解釋基準：<br>（1） 最後手段性的要求：優先考慮其他制裁或賠償措施<br>（2） 入罪條件：除非行為具反覆性或特殊主觀意圖，否則不應輕易入罪<br>（3） 可罰違法性作用下，善用微罪不舉或職權不起訴制度 |

## 第四項 重構質的區別理論之正當性與可操作性

在時代變遷下，不論是主動還是被動、有意或是無意，國家的功能逐漸擴大，特別是行政權力的擴大，然而，其適當性是值得懷疑的。學說的發生都有其時代背景，以及其所需要解決的時代問題，因此，討論任何學說，都應該適應於現今的時代，並尋找其最佳解答。本文所提出的重構質的區別說係為解決目前行政刑法肥大化的現狀而來，也許並不盡善盡美，但仍應是目前的最佳解答，下文即為本理論之正當性及具體可操作性之證成。

### 第一款 標準明確性之辯證：從模糊到具體指標

法益概念不明確是質的區別說最為人所批評的，不過本文在前述已經提及取代質的區別說的，不論是量的區別說或質量混合說，一樣是有概念不明確的問題，因此這個問題極有可能不是核心的問題。

首先要釐清的是自然科學與人文科學的差別，自然科學因為有自然法則的條件限制、驗證及歸納方法，向有絕對之對錯的問題，但人文科學的領域相對於此，向來並不認為有如自然科學般的絕對對錯，這也可能是在前章中所見，行政不法及刑事不法區別的各種理論均有其瑕疵的原因所在。不過，更重要的原因在於，人類依照其生存歷史、生活環境、發展背景、種族及信仰的不同及影響，本來就



doi:10.6342/NTU202600402

有不同的價值觀產生，時而共存時而鬥爭，在討論某種價值觀做為社會的規則或規範時，通常並無絕對而僅是相對地能適用於該國的所有人民。正如論者所言，法學做為人文科學的一門，法學概念本身不可能毫無操作或解釋餘地，更不可能絕對明確而無任何模糊空間，相反地，法學概念的明確性應是相對的，重點應該是有無具體證成核心，且存在相對明確的可操作標準，並可以在明確視野內發揮應用概念的機能[309]。

法益確實受時代及社會潮流而有所偏動，但本文認為要做的並不是因此不去理解法益、甚至拋棄法益的概念，因為一旦以此方式，則如本文再三提及的，可能造成弊大於利的（行政）刑罰肥大化的結果。因此，毋寧是更應該定期回顧及反省各種法益或利益變動的軌跡，以及呼應時代的變化而提出一套相對穩定、可檢證的操作標準。因此，本文所提出的重構質的區別說，在「法益門檻」上透過「憲法關聯性」與「個人法益可還原性」的具體指標，足以克服法益的不明確性，使法益概念轉化為具體可運用的篩選及立法準則，比單純依賴立法理由更具檢驗實益。

至於「社會侵害性」，雖然有論者認為既然是經由民主程序所產生的法律，本身就具有社會代表性，而違反法律禁止或誡命要求的行為，就是具有社會侵害性，因此釋憲者並無權限或有能力判斷某種刑事規制不具社會侵害性[310]。

但如此的推論，實際上反而是完全交給立法者來決定哪些權利應受憲法保障，或者限制這些權利的憲法界限何在。此一結果明顯和憲法學上基本權之防禦功能背道而馳，論者認為既然憲法基本權條款對立法權產生拘束力，那麼釋憲機關就必須自行決定基本權的保護領域，而不是反而依據立法者的意思決定哪些個人自

[309] 許恒達，前揭註 272，頁 31。

[310] 許澤天（2010），〈刑法規範的基本權審查—作為刑事立法界限的比例原則〉，收於：黃舒芃主編，《憲法解釋之理論與實務（第七輯）》，頁 298，中央研究院法律學研究所。



doi:10.6342/NTU202600402

由受基本權保障[311]。申言之，一般法院作為解釋者，亦應判斷上述領域之是否該當，並且在有疑義時聲請釋憲。

即便係持釋憲者並無權限或有能力判斷社會侵害性的論者，亦認為當立法者所制裁的行為越不具有危險性時，就須交代所維護的公益具有更高的優越性，進而認為在此時，刑法的法益理論即可迫使立法者交待為何必須採用刑法來保護不具法益價值的利益[312]。如此一來，法益論的討論，以及以法益論為基礎的重構質的區別理論，即有其在立法論及解釋論上適用之價值。

該論者亦認為在行為係發生「微不足道的法益侵害」時，立法者應根據「輕微性原則」選擇以程序法或實體法的方式來進行除罪化[313]。本文認為，所謂輕微性原則，亦即以法益侵害程度的高低作為判斷標準，與本文所主張的四象限指引中「社會侵害性」程度的高低，並無何差異性。並且，如本文前所主張之內容，亦提供該判斷程度高低的具體標準（例如可逆性、擴散範圍、量刑統計等），較論者所主張的輕微性原則的判斷，更具有實際操作的價值及依據。

### 第二款 審查正當性之辯證：功能最適與比例原則的深化

另一層面的質疑可能來自於，若司法者引用本文重構理論進行審查，是否忽視了立法者的民主正當性、取代了釋憲的基礎原則即比例原則，並進一步僭越了行政機關的專業判斷？

首先，通說及實務似乎均未有異議，認為立法權所設定的規範目的或管制手段，仍須受到司法權的憲法審查，既然如此，得以審查就不是在於是否忽視立法

---

311 薛智仁（2021），〈通姦罪之憲法審查─評司法院釋字第七九一號解釋〉，《成大法學》，42 期，頁 19。

312 許澤天，前揭註 310，頁 314。其並進一步認為「在價值多元的社會裡，立法者必須藉由法益理論來檢討其所制定的是否僅是壓迫少數價值的刑法條文」。

313 許澤天，前揭註 310，頁 315。



doi:10.6342/NTU202600402

者民主正當性的問題。

其次要問的是，司法權是否可引用本文的重構理論審查立法權所設定的規範目的或管制手段？就此，本文重構質的區別理論的核心既為法益，而既然法益可以連結憲法的基本權保障，並成為直接保障的刑法基本權，或是為了保障多數人基本權而創設的制度，也就可以應用「法益」審查僅具形式民主正當性的國會刑事立法，是否其內容符合憲法動用刑法規範的實質條件[314]。

至於比例原則的問題，正如一般公法學者對於刑法學的批評，其等均認為司法審查時以比例原則做為手段，是憲法上肯認並且有力的審查工具，其餘方法均無正當性。不過，學者許恒達認為僅採取比例原則審查方法仍有疑義，其理由大致如下：第一，傳統比例原則強調保護目的與管制手段之間的相當性，這種審查方式僅將重點投注在兩者之間的相應關聯性，卻未直接控管保護目的之重要性，某程度上形同認為，任何稍具保護正當性的公益，都不排除動用刑法予以保護的可能性，這種論點顯然忽視刑法本身特有的規範性格及最後手段性，且操作結果下，幾乎只剩下具有利益權衡性質的衡平性足茲控管刑事立法，此種扁平式的審查結果顯然架空了比例原則前三個審查階層，只剩下利益權衡而已[315]。第二，若既有比例原則的審查方式，不可避免地實質簡省前三個階層的判斷功能，那麼在建立於比例原則的憲法審查，亦即刑事立法的合憲性控制上，也就存在實質淘空的危險性[316]。第三，法益概念不能從形上價值秩序或是素樸社會現實予以掌握，毋寧應從整體憲政秩序視角定性，並從捍衛憲法基本權利的保障效果出發，才能

[314] 參許恒達，前揭註 272，頁 31。

[315] 許恒達，前揭註 272，頁 33-34。

[316] 許恒達，前揭註 272，頁 34。類似見解，參張永健、戴昕（2018），〈比例原則還是成本收益分析—法學方法的批判性重構〉，《中外法學》，30 期第 6 號，頁 1521-1527。張永健等並認為「由於比例原則將原本全面的成本收益分析機械地肢解，這使得分析、審查過程很容易喪失邏輯一致性，而審查結論則不具有成本收益層面的合理性」。



doi:10.6342/NTU202600402

真正建構法益的核心內容[317]。

本文贊同許恒達之上述第一及第二點理由，另進一步補充其論點第三點的理由，亦即法益概念並非僅從憲政秩序視角定性，而係如本文在行為規範及制裁規範所討論的刑法體系及理念的建構而來。此外，因為傳統比例原則在審查上的弱點及缺陷，審查結果將被扁平化為利益衡平，所以本文重構說所建構的雙重門檻，其核心功能便是在填補此一空缺，要求立法者與司法者在進行比例權衡之時，亦須通過「法益價值及侵害程度高低」的實質審查。亦即，先確認其保護對象是否屬於可還原為個人自由或財產等高價值法益，並判斷具體行為的社會侵害程度是否已高至須動用刑罰，較比例原則更為精緻化的利益衡量框架，即可避免審查過於扁平及流於形式的弊病[318]。本文並未反對在違憲審查制度的操作下，以比例原則做為審查的基本原則，不過既然本文的雙重門檻得做為一個深化比例原則內涵的框架，因此，當一個行政刑罰法規無法通過本文之雙重門檻，即可視為亦不符合比例原則而有違憲之虞[319]。

最後，關於僭越行政機關的專業判斷的問題。有論者認為如果有一個中立且不偏袒的管控機關（不論是行政權或立法權），該機關如已對於風險做出預斷（即法規或行政立法行為將某種行為入罪化），則刑事法院不應僭越該機關的判

[317] 許恒達，前揭註 272，頁 36。

[318] 此處也有另一種觀點可供參考，即認為憲法學與刑法學可在刑事立法分析上各自分擔其角色，亦即憲法學係在「違憲／合憲」的層次上設定「外部的界限」；其次，即使某項立法被認定為合憲—亦即未逾越「外部的界限」—也不意味著它是唯一可能的立法，如果有「更好立法」的建議，便是刑法學應發揮的功能，此即「立法內部的討論」。參仲道祐樹（2019），〈法益論・危害原理・憲法判断—刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察—〉，《比較法学》，53 巻 1 号，頁 65。

[319] 關於違憲審查制度中比例原則的操作，前文所提及的學者許恒達之「規範目的門檻說」亦有此傾向，亦即其認為法益概念可用以審查刑事立法之目的，必須符合法益門檻的規範目的，才能符合憲法要求，並將之用來襄助違憲審查制度的操作，透過法益、審查標準及比例原則各項次的操作，將法益概念整合在違憲審查的實質正當性判準中，從而成為控管刑事立法干預基本權的合憲性標準之一。參許恒達，前揭註 272，頁 37。



doi:10.6342/NTU202600402

斷而作出（相反的）判斷[320]。

關於此批評，本文認為姑不論管控機關是否能百分之百中立且不偏袒，亦即不受民粹或利益團體之影響而將某類型行為客觀地入罪化。由於本文採取重構的質區別說的重點，並非反對管控機關（行政機關）將某類型之行為認為係風險，也不反對管控機關對於該風險進行管制，而係在以刑罰手段做為管制手段時，應採取視法益及社會侵害程度高低之標準而予入罪化，且縱予以入罪化，刑事法院亦仍得以重構質的區別理論之內涵進行限縮解釋，當然此時亦受有審級制度之監督制衡，而不致偏廢於某解釋者之主張。此並非僭越行政機關之專業，而是讓行政機關之判斷不致流於恣意，揭示其在選擇以刑罰作為制裁手段時之法益保護目的及當罰性基礎（證明其足予跨過雙重門檻），如此行政機關才能做出更為合理正當的專業判斷。換言之，法院的審查重點不在取代行政專業，而在防止行政機關以「風險」之名，將本應由行政秩序罰得以因應的事項，輕率推升至刑事不法的領域（亦即代理人懈怠問題），更是機關功能最適原則的再深化。

### 第三款 與現行法制之相容性：刑罰優先原則的實質解讀

由於行政罰法第 26 條規定刑罰優先原則，因此似乎區別行政不法與刑事不法並無太大實益，因為既然行政刑法具有刑罰的外觀，則依行政罰法第 26 條之規定，似乎無須考慮審查行政不法的必要，如此一來，本重構理論似與該原則有互相衝突的可能？

關於此點，如學者謝煜偉所主張，現行行政罰法第 26 條刑罰優先原則僅強調「裁罰效果」的順位優先性，並不代表刑罰在時間上具備優先性，更不代表在程序選擇上，必須優先採取刑事訴追手段，乃至於刑事訴追手段與行政管制手段當

[320] 古承宗，前揭註 169，頁 510。



doi:10.6342/NTU202600402

然可以並行[321]，否則即可能產生行政管制的規範架構的空洞化[322]。

上開學者之見解與本文之核心概念相同。亦即，行政罰法第 26 條之「優先」係裁罰效果順位而非時間或程序優先；其與本文重構之質的區別說並不牴觸，亦即並不否定行政不法與刑事不法在保護法益及社會侵害程度上的本質差異，而僅係在競合情形中避免重覆干擾各自功能的技術性規範。依據本文重構說在運作上，原則採活用行政程序先行或並行—即就蒐證、保全、鑑定與管制工具，先達成行政目的後再審查門檻所需之閾值（如擴散性或不可逆性），確認是否確可納入第一象限的範圍，以避免將刑罰規定逕等視於「刑事不法」，防止行政機關的代理人懈怠，以及架空行政管制規範目的及刑法最後手段性。

## 第四節 時代變遷下的行政刑罰法規

### 第一項 時代變遷的挑戰

在現代高度風險存在的社會狀態下，將刑法無法解決的問題強行納入刑法的範圍，不僅會動搖人們對刑法的遵法意識，還可能降低想在社會內部努力解決問題的意願和能力。學者生田勝義認為此時即有如下的挑戰問題：第一，刑法的「優位化」（prima ratio）傾向，是否真的實現了規制的預期效果？第二，這些需要通過刑法行政法化來解決的現象，是否真的非通過刑法來應對不可？如此的刑罰適用是否反而使問題潛藏化與複雜化？此外，為了確保各種社會系統的安全性及順暢功能，刑事立法是否實際上被用作逃避完善行政法規的藉口[323]？第三點需

[321] 謝煜偉，前揭註 81，頁 1418。

[322] 謝煜偉舉環保法規為例，認為行政機關需逐一檢視各項環保法規當中，針對排放污染行為的行政處罰規定有哪些其他種類秩序罰。並且活用這些金錢制裁以外的手段，行政調查與裁罰程序應先行於刑事司法程序（證據蒐集、保全、專業鑑定之必要），或至少可以並行。參謝煜偉，前揭註 81，頁 1418。

[323] 生田認為例如為防止因政治腐敗引發的犯罪，最好就是改變會產生政治腐敗的結構，才能預防此種類型的犯罪，然而，行受賄罪的重刑化立法反而可能成為有權者回避此種改革的藉口，參生



doi:10.6342/NTU202600402

要探討的是，在嚴格遵守司法刑法的自由保障原則的前提下，是否能夠有效應對上述風險及不安問題？如果試圖有效解決這些問題，是否可能會引發對自由保障原則的侵蝕[324]？最後，刑法的優位化不得不帶來警察權力的膨脹與腐敗，另外也同時帶來削弱公民的自治能力及使社會力量衰退的問題。

本文認為生田勝義精確地看出時代變遷下刑法行政法化的焦點問題，並且因為從社會的風險管理及風險分配的想法制訂刑罰法規的傾向[325]，在立法的領域幾乎不可避免，也造成社會損害程度的難以界定，所以對於本文所主張的重構質的區別說而言，亦是挑戰所在。與其說是「挑戰」，不如說經濟刑法與環境刑法的肥大化，正是在「量的區別說」的思維主導下，放棄實質區別及審查所導致的「病徵」。因此，本節接下來將以經濟刑法為例，分析並具體描繪這些病徵的樣態及舉出問題所在，並作為後續章節應用本論文重構質的區別說加以檢討及提出看法的對象。

## 第二項 經濟刑法的挑戰課題

### 第一款 關於經濟刑法的法益問題

論者在整理關於經濟刑法領域中主要罰則的保護法益後，認為其法益可分為二：其一為確保交易的公平及社會信用制度、經濟秩序等，以一定交易的公正及交易制度或秩序的維持為目的的法益；其二為對象為參與交易的消費者、儲蓄者、

---

田勝義，前揭註 34，頁 39-40。。

[324] 生田認為此種狀態在從「向毒品宣戰」而開始的組織犯罪防制政策的立法建議中尤為顯著，參生田勝義，前揭註 34，頁 39-40。

[325] 例如，在德國在 1970 年代後，出現所謂「新入罪化」的趨勢，此係為了因應新的社會問題而以活用刑罰為政策的一連串立法。因為德國當時出現了以前所未有、經濟活動的複雜化及環境問題的惡化，如何因應即成為立法政策上的重要課題，結果，德國從不正行為的抑制及確保行政管制的實效性的觀點，接受了應該積極使用刑罰的主張，從除罪化的潮流中逆行採取入罪化的趨勢，參田中良弘，前揭註 20，頁 145。



doi:10.6342/NTU202600402

投資家等，以保護交易參與者的財產利益為目的的法益。簡言之，前者的法益是「交易的公平性」，後者的法益則係「參與交易者的財產上利益」[326]。

然而，當立法與實務愈來愈偏向保護前者的抽象秩序與信賴時，刑法的焦點便從可測量的個別財產損害，轉向維護整體經濟系統運作的「功能」本身。此一轉向，一方面反映了風險社會下對「系統安定性」的重視，另一方面也使經濟刑法的法益愈來愈難還原為傳統以具體個人為核心的權利保護，因而弱化了以個人法益作為刑罰正當化基礎的說服力。

### 第二款 制裁方式的特殊性

學者嘉門優認為經濟刑法具有如下的特徵：第一、使用刑罰係為了預防在複雜的經濟活動中所產生的諸多問題。因為以控制在社會中所存在的巨大「風險」為課題，這些規定未必對於消費者皆產生實害，而係著眼於妨礙市場競爭功能；第二，經濟刑法亦屬行政刑法的一環，係在政策上為達一定行政目的及擔保實效性而設計命令或禁止規定，並且依據刑罰補強行政取締法規的制度，進而大量使用以「立法授權」的空白刑罰法規（空白刑法）的形式，其內容即大量地委由行政命令為之[327]。

另一面的特徵即重罰化，學者佐伯仁志認為有如下的原因：其一為法益價值的修正，認為保護法益重要性提高，以及為了事後審查發揮效能，導致制裁的基準上升。其次是參與市場者數量的增加，管制難度上揚，為了確保與之前相同的抑制力，所以直接利用制裁以強化確保抑制力就十分必要。最後則是因為犯罪收益的增加，為了抑制此種行為，科以較從前更嚴厲的制裁就成為必要[328]。

---

[326] 芝原邦爾（2005），《経済刑法研究　上巻》，頁 12，東京：有斐閣。

[327] 嘉門優，前揭註 19，頁 50-51。

[328] 佐伯仁志，前揭註 48，頁 38-40。



doi:10.6342/NTU202600402

如此一來，刑罰與行政命令、行政監理措施、行政秩序裁罰等手段交織運作，刑罰實質上已成為行政管制的「有力選項」。這一方面提升了對重大經濟風險之回應速度，但另一方面，也容易滋生「代理人懈怠」的誘惑，使立法者及行政權在前端監理與制度改革上投入不足，而把維持秩序的重責轉嫁給刑罰。

### 第三款 對於本文重構質的區別理論的挑戰

若經濟刑法的核心法益被定位為抽象的「市場信賴」與「制度功能」，而制裁手段又以高度行政實效意圖作為背景時，則刑事不法與行政不法之間的界線勢必愈來愈模糊。這直接挑戰本文所主張以法益性質與社會侵害程度為軸心，重構刑事不法與行政不法質的差異之內涵。

經濟刑法法益最後必須克服的問題仍然是下列問題：將原本國家所設定義務的違反行為，理解成犯罪的義務違反行為。既然將犯罪的實質理解為法益的「侵害或危害化」，則做為侵害對象的法益，必須在因果關係上，明顯達到足以改變法益實際毀損狀態的程度。因此，「法益」及「侵害程度」的兩軸心的互相參酌即有其必要，而此方式恰好給予重構的質區別說有所適用的機會。

其次，對於經濟刑法保護法益所包括的「制度運作秩序」而言，正如謝煜偉所主張，其背後所代表之利益過於抽象，立法技術上要不就是注重對「非常態行為」的打擊，要不就是透過傳統關於財物、財產上利益的中介（亦即「危險判斷的中介項目」），以「財產損害」作為判斷「對制度的攻擊」的輔助工具，用以將經濟刑法的犯罪構成要件明確化、具體化[329]，後者的見解確有符合本文重構質的區別說的主張。

本文認為現代經濟體制下，「財產」概念確實有與傳統核心刑法的財產法益

[329] 謝煜偉（2017），〈財產犯、財產法益與財產上利益〉，收於春風煦日論壇編輯小組（編）《刑事法與憲法的對話：許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集》，頁 693，元照。



doi:10.6342/NTU202600402

有所不同，並且也無法排除資本主義在民主社會中所造成的分配不均以及社會不公平的可能性。不過，本文仍認為此時仍應堅持前述的重構區別說的法益概念，亦即，此種類型的刑罰規制，並非無須受限於法益侵害的條件限制，而是以閾值或門檻的概念，檢驗將之納入重構質的區別理論的刑罰正當化依據。申言之，所謂分配不均及不公平，並非毫無利益或法益的侵害，而正是因為實質上確有侵害法益方才產生的不均及不公平的表徵，因此，雖然該當行為只是違反行政規範，惟因其利益的價值及侵害的程度升高，跨越了雙重門檻而進入了刑事不法的領域。不過要如何認定「門檻」及「閾值」的當罰性，確實是對於重構質區別說的挑戰。

## 第五節 本章結論

本章的研究始於一個明確的當代困境：在「量的區別說」成為主流見解後，國家為因應風險社會而導致的「行政刑法肥大化」與「刑罰通膨」，已嚴重侵蝕了刑法的謙抑性。實務上，為追求「事前預防」與「行政實效」，模糊行政不法與刑事不法的區別，已導致罪刑明確性、法益關連性及罪責原則等刑法基本原則的退縮，甚至嚴重的代理人懈怠問題。

為解決此問題，本章論證放棄「質的區別」思維並非良策，而是應對其進行「修正」或「重構」。本章所提出的「重構之質的區別理論」，避免了傳統質的區別說依賴模糊「社會倫理非難」的缺陷，轉而建立一個以「法益的門檻」（即利益價值高低）及「行為的門檻」（即社會侵害性程度高低）為雙重門檻的審查框架。此雙重門檻共同交織構成了一個「四象限指引」，用以清晰劃分「刑事不法」的核心（第一象限）與「行政不法」的核心（第三象限），而更關鍵的是可以識別出兩者間的邊界地帶（第二、四象限），進而設定嚴格的門檻的必要性。再依該理論為基礎，建立了在立法論上及解釋論上的實踐指引。

本章亦運用此重構理論，檢視了時代變遷下的嚴峻挑戰，例如「經濟刑法」



doi:10.6342/NTU202600402

對於區別行政不法與刑事不法時所帶來的衝擊。本章的分析顯示，這些看似挑戰本理論的領域（如命令前置化的制度性利益、保護抽象的「集合法益」或「未來世代利益」[330]），實則恰恰是本理論所可解決問題的對象，並且正因為傳統理論無法處理這些新興的領域，才更需要本理論做為審查標準。本文的重構理論並未否定國家對於新時代下風險的管制權力，而是要求國家在選擇刑罰此一最嚴厲手段時，必須立於行政不法與刑事不法間所存的本質上區別，以建立符合法治國原則的法規範。

本文所建立的重構框架不僅意在為行政刑罰立法提供事前的規範指引，也試圖為司法在解釋與適用既有行政刑罰法規條文時，提供一套能夠實質檢驗可罰性與當罰性的工具。換言之，本章所提出的重構質區別理論，並不只是對傳統學說的復古主張，而是企圖在預防國家與風險社會的脈絡中，重新建構行政不法與刑事不法的功能分工，使刑法得以維持其作為「最後手段」與人權保障的價值。

下一章將在本章理論框架的基礎上，轉向具體法領域與個別行政刑罰規範，檢驗其立法結構與解釋適用是否符合重構質區別理論之要求，並進一步檢討現行實證的行政刑罰法規是否仍有必要存在、抑或應透過修法與解釋論加以調整。

[330] 例如環境法益的內涵中，包括保護未來世代的利益。惟正如學者謝煜偉所主張，從國家責任或道德訴求的角度，喚起現世代對於未來世代生存環境的考慮，此並不為過。然而真正關鍵的問題，仍是此目的是否能夠作為值得以刑事制裁作為後盾來加以積極捏塑（而非保護）的「利益」？其最後認為作為刑法積極保護法益的「未來世代利益」更有可能會陷入國家主義、極權主義的危險中，參謝煜偉，前揭註 81，頁 1388。



doi:10.6342/NTU202600402

# 第四章　個別行政刑罰規範之實證分析

## 第一節　前言

在前一章建構出本文所主張的「重構質的區別說」之理論後，本章之目的在於檢驗該理論框架的可操作性。為此，本章選取在我國實證法上三個條文作為分析對象，橫跨環境保護、金融市場及個資保護之爭議規定，分別代表不同類型的行政刑罰規範。進而將以重構的質區別理論做為基礎，檢視上開法規範之立法目的與保護法益、比較法上的勾稽及在法體系與司法實務中的運用情形，最後並運用「重構質的區別說」及四象限指引，作為劃分行政不法與刑事不法分析工具的可操作性證明。

## 第二節　廢棄物清理法第 46 條第 1 項第 4 款

我國廢棄物清理法（以下簡稱廢清法）最初僅係行政管制類法規，直至 1999 年，為了嚇阻廢棄物不法棄置事件之發生，才增訂了刑罰規定，而廢清法之刑事責任規定於第 45 條至第 48 條。依我國環境部關於環保刑事案件偵查終結件數的統計，以 2024 年為例，廢清法案件佔了環保類型案件中的絕大多數[331]。進一步觀察，其中適用最為廣泛者，即為該法第 46 條第 1 項第 4 款之未經許可或未依許可內容從事廢棄物貯存、清除、處理罪[332]（以下在本節中皆簡稱本罪）。

---

[331] 環境部網站（2025），《113 年地方檢察署辦理本部主管法令之刑事案件偵查終結、裁判確定及環保人員貪瀆案件裁判確定統計分析》，載於 https://service.moenv.gov.tw/File/Get/moenv/zh-tw/5593RlklEq56cU0（最後瀏覽日：12/13/2025）。該類型案件數共計 1,698 件，其中廢清法件數為 1,618 件、空氣污染防制法 36 件、水污染防治法 42 件。

[332] 依廢清法偵查終結起訴 883 件、1,838 人，起訴率 50.6%，較上年提高 2.4 個百分點。起訴之 1,838 人中，1,670 人為自然人，以違反本罪規定而被起訴者 1,238 人最多。參環境部網站，前揭註 337。另從 2012 至 2021 年的 10 年偵查終結起訴結果來看，亦以違反廢棄物清理法第 46 條第 4 款最多，占起訴人數之 59.3%；其次為第 46 條第 3 款占起訴人數之 20.3%。參法務統計網站（2022），《違反廢棄物清理法案件統計分析》，



doi:10.6342/NTU202600402

本罪所謂許可文件，係依據《廢棄物清理法施行細則》第 17 條規定：「本法第 46 條第 4 款所稱之廢棄物清除、處理許可文件，指依公民營廢棄物清除處理機構許可管理辦法核發之清除許可證、處理許可證」。因此，廢清法的刑罰規定與藉助於行政機關判斷及一定行為（核發許可證）的規定（即後文提到之從屬性），並且具有保護法益模糊及侵害性程度曖昧的特徵，即有以本文所主張的重構質的區別說加以檢討的必要。

## 第一項 本罪規定之結構及其特色

### 第一款 許可制度與從屬性

如前所述，行政刑法中刑罰有依存於行政的特性，此即刑法的行政從屬性所討論的範疇。而在所謂的行政法從屬性於行政刑法的規範型態，依學者謝煜偉之見解，可再分為獨立型、絕對從屬型、相對從屬型三種規範型態[333]。首先，就獨立型而言，無論是否置於行政刑法的體系中，只要構成要件獨立於行政命令或行政法規而自足，具有完整的不法內涵，即可依照內在的法規範目的為基準，進行法益關連性的和目的性解釋即屬之。其次，所謂絕對從屬型之犯罪規定，係在要件設計上僅以「違反某法令」、「違反某義務」為內容，屬於非常徹底的（行政）義務違反犯，在解釋上必須將該法令或義務的違反解讀出適切的法益侵害危險關連性[334]。第三類的相對從屬型，相對於前述的絕對從屬型，此類型在犯罪要件設

---

https://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebListFile.ashx?list_id=1804（最後瀏覽日：12/13/2025）。

[333] 以下規範型態之介紹，參謝煜偉，前揭註 81，頁 1389-1390。

[334] 此處亦可參日本學者立石雅彥的介紹，立石雅彥認為絕對從屬型之行政刑罰法規，係僅用以擔保或補強行政規制，而確保行政規制的實效性為目的，見立石雅彥（1997），〈環境保全法の罰則について〉，收於：中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編《中山研一先生古稀祝賀論文集第二巻》，頁 137，東京：成文堂。又立石雅彥另將行政刑法的罰則規範分類如下：（1）未經許可行為、違反申請義務等的脫免事前監督的行為；（2）違反行政上限制或禁止等行為，即係侵害行政上以該法規希望確保的利益或使之危殆化的行為；（3）違反行政機關命令的行為；（4）阻礙行



doi:10.6342/NTU202600402

計上有兩種型態，一種是除了有「違反法令或義務」外，尚存有一定的「行為」或「外界狀態變更」之具體描述，存有獨立解釋構成要件之空間。

本罪所涉及清除處理廢棄物之許可制度，原係國民得自由為之的行為，而後由國家予以一般性的禁止，確認對無礙於社會公眾者即可解除禁止的制度，此應係屬一種強力的事前控制制度[335]。然而，環境刑法上未經許可的行為，本身並非全然屬於環境危險行為，如僅係環境違規行為加以刑罰，可能會歸於形式犯的範疇。因此，論者另提及抑制無許可行為的手段而使用刑事罰之適當性，應從該事業或行為是否具有置於行政控制下的必要性，以及有無代替刑罰的適當手段而定[336]。

本罪的許可行為係上述所謂的從屬型規範，應無疑問。但究係屬相對從屬型或是絕對從屬型？學者謝煜偉將本罪列入相對從屬型（之事前違反法規或處分類型）[337]，然而，從本罪的條文設計，雖然其構成要件除了有違反義務之外有一定之行為之設計，但該行為與義務之規範目而密不可分，蓋「未經許可之行為」本身即等同於「義務之違反」，二者係一體兩面；並且行為人所從事之行為固未經許可，惟並不當然會產生污染，是其違法性完全僅建立在未經主管機關核准而為某種行為，事實上更接近絕對從屬型（之事前違反法規或處分型）[338]，加上本罪

---

政事後監督活動的行為，例如違反報告、受檢、回答行政機關質問的義務、違反保存及登記帳冊之義務，參立石雅彥，前揭書，頁 138。

[335] 立石雅彥，前揭註 334，頁 139。不過另有論者繼續區分行政機關的許可模式，認為倘若行政機關之許可是基於「附容許保留的預防性禁止規範」，則行政許可的目的在於儘可能的去監控既存的危險，故也稱之為監控下的容許，此時行政許可的存在應屬於阻卻構成要件事由；相對地，倘若行政機關之許可是基於「附免責保留的抑制性禁止規範」，則行政許可是行政機關權衡各種相衝突之利益後基於維護較高利益之考量而為，此時行政許可性質上應該是屬於阻卻違法事由。參林書楷（2017），〈環境刑法之體系與難題〉，《玄奘大學法律學報》第 27 期，頁 28；古承宗（2022），〈廢棄物清理法第 46 條第 4 款為身分犯或一般犯之辨證—兼評刑事大法庭裁定後的實務見解趨勢〉，《台灣法律人》8 期，頁 108。

[336] 立石雅彥，前揭註 334，頁 140。

[337] 謝煜偉，前揭註 81，頁 1397。

[338] 得以對照的例子，例如謝煜偉將海洋污染防治法第 39 條第 1 項第 1、2 款之行為，認定為絕對



doi:10.6342/NTU202600402

並未有何明顯之「外界狀態變更」之要素或具體描述，因此本文認為本罪應歸類於絕對從屬型之行政刑法規範，並且具有典型形式犯之特徵[339]。

### 第二款 累積犯的討論

如果要賦予許可制度離開形式犯的性質而加強其正當性基礎，則德國關於「累積犯（Kumulationsdelikte）」的討論，也許得為參考。首先，根據 Wolfgang Wohlers 的看法，累積犯係指某些行為態樣單獨來看確實無法對法益構成侵害、或是不會達到構成問題的程度，但藉由與其他朝相同方向進行的行為態樣共同作用，即可能導致法益的侵害[340]。其次，關於累積犯的正當化原理，根據 Wohlers 與 Andrew von Hirsch 的見解，其主張個人在社會中所負的法律義務，不僅止於「不得加害他人」，還應擴及到負有「協力義務」（duty of cooperation）[341]。

關於是否可以累積犯規制的問題，原則上由立法者來評價，但論者認為該評價不得任意，應根據經驗科學的知識，針對不同情形進行相應的經驗判斷與評估，亦即必須負有驗證義務（Verifizierungsverpflichtung），環境犯罪正是該類型的典型例子[342]。而關於「協力義務」的規範限制方面，論者認為應僅存在於集合性法

---

從屬型（之事前違反法規或處分）之類型，參謝煜偉，前揭註 81，頁 1394。而在該例之中，行為人同樣是未經許可而有為一定行為態樣之事實。其做為判斷之標準，亦係實行行為是未經許可或違反運作指示，而違背了行政法上的事前義務，但未必當然能夠連結到行為本身對於污染環境的危險性，參謝煜偉，前揭註 81，頁 1398。

[339] 此亦可參考實務之見解，例如最高法院 106 年度台抗字第 848 號刑事裁定，在該案例中，行為人主張其所處理者係可再利用的廢棄物，亦即對環境污染並無危險性者，然而最高法院並未判斷該廢棄物是否有危險，仍係制式地認為再利用之事業廢棄物應符合主管機關依授權所頒訂之管理辦法，應經許可始該當，因此若有違反則逕自認定認當本罪。形式犯的進一步討論，將在下文中進行。

[340] 參謝煜偉，前揭註 15，頁 79。

[341] 參謝煜偉，前揭註 15，頁 79。

[342] 謝煜偉，前揭註 15，頁 79。謝煜偉所舉另一種類型，係在該行為的影響幾乎無從判斷時的預測（假想性的累積），例如補助金詐欺、投資詐欺、信用詐欺（德國刑法第 264 條、第 263a 條等），即使個別案件的數量達到相當程度，其是否會產生欺詐性質的累積效果，仍屬不確定。再進一步



doi:10.6342/NTU202600402

益的維持可被視為社會基本利益，並且該協力義務主體的範圍，亦要考慮受規制對象所擔任的社會角色，以及將該對象做為規制的效果而定[343]。

上開累積犯的論點似乎可做為本罪成立的正當性基礎。不過，依學者古承宗對於累積犯規制重點的觀察，其認為若個別行為沒有表現出法益侵害的危險性，依舊屬於可罰的不法行為，因此累積犯的規範目的應著重在於防堵可能發生的「潰堤效應」（Dammbruch），以避免發生無法回復的系統崩壞問題[344]。

從上述的討論觀之，由本罪條文於 1999 年的前身規定之立法理由，僅為「對無許可證照經營廢棄物清除處理為常業者，加重刑責」，即難以判斷立法者係經由何科學的驗證所得出的結論，並且亦難認清除處理廢棄物需經許可，已是社會普遍的基本利益，更難認為本罪係防止何種系統或制度無法回復的崩壞可能性。綜上，凸顯了本罪的當罰性基礎薄弱，若無明確及可驗證的危險門檻，亦難以累積犯理論賦予其正當性[345]。

### 第三款 與外國立法例之比較

相較於我國直接以未經許可作為犯罪構成要件，其他國家有不同的規制方式。

#### 第一目 日本的立法例

日本在 1960 年代歷經四大公害事件之後，一開始採取的立法模式係以徹底的公害刑法為目標，除了明確以「具體危險犯」作為犯罪成立要件之外，並限於因

---

地，作為犯罪構成要件正當化依據常常出現的「吸引效應、傳染效應、螺旋效應」，應承認到何種程度也是問題。

[343] 謝煜偉，前揭註 15，頁 80。

[344] 古承宗（2018），〈評析 2018 年新修正之刑法第一九○條之一—以抽象危險犯與累積犯之辨證為中心〉，《國立中正大學法學集刊》，61 期，頁 205。

[345] 不過要先敘明的是，本文並不贊成累積犯的概念，只是為了尋找本罪合理化之依據。本文不贊成之理由詳如後文所述。



doi:10.6342/NTU202600402

事業活動所生有損健康之污染行為才能論罪。不過自 1990 年代後，立法者另從環境行政法規著手，以附屬刑法之型態，廣泛設計具濃厚行政從屬性性格的刑罰法規[346]。其中日本的廢棄物清掃法（廃棄物の処理及び清掃に関する法律）即近似我國的廢清法，日本廢棄物清掃法的處罰規定旨在達成該法第 1 條所設定的環境行政上的目的，即藉由抑制廢棄物的排放及其適當處理，及清潔生活的環境，以維護生活環境並提升公共衛生，並於該法 25 條以下規定數類型：（1）擔保許認可等行政措施的實效性（如未經許可營業、未經許可設置處理設施、未經許可進口廢棄物）；（2）確保行政機關命令及其他處分的實效性（如違反業務停止命令）；（3）確保履行法定作為義務的實效性（如不履行帳簿備置與保存義務、申報義務、報告義務等）；（4）直接處罰違反禁止規定的行為（如非法傾倒、非法焚燒）。上述類型中的第（1）（2）（3）類，犯罪成立從屬於行政法規和行政行為，屬於行政從屬性的處罰規定[347]。

第二目 德國的立法例

德國關於環境刑法的規範形式與我國不同，係採「一元的環境刑法規範模式」，係於刑法典上設有危害環境犯罪專章，統一規範各種環境破壞或污染行為之可罰性[348]。該國規定廢棄物之處理規定，雖然亦要求行為人於行為前應事前申請許可，亦未區隔行為人是否以之為業務，然而判斷重點均在於行為是否具有特定危害環境與生活環境風險之品質[349]，而對環境而言存在長時間且不可逆之變化

346 謝煜偉，前揭註 81，頁 1381-1382。

347 參神例康博（2014），〈廃棄物処理法違反の罪をめぐる解釈論的諸問題－不法投棄罪を中心に－〉，《臨床法務研究》13 卷，頁 115-116。

348 潘怡宏（2018），〈現行刑法污染環境媒介罪之修正芻議〉，《月旦法學雜誌》，278 期，頁 35。

349 魏國晉（2018），〈廢棄物清理法上「未經許可受託處理廢棄物罪」之行為主體釋疑—併引介德國環境立法之模式〉，《法令月刊》第 69 卷 7 期，頁 97-99。



doi:10.6342/NTU202600402

風險[350]。

## 第二項 本罪在廢清法體系及實務解釋的觀察

### 第一款 廢清法體系上之觀察

#### 第一目 與同條他款各罪之比較

廢清法第 46 條規定係由舊法第 22 條第 2 項移列，並酌修文字而來，原條文立法理由即明示「增列對不當處置廢棄物之行為，極可能造成重大污染行為，課處刑罰，期有效防止」之旨。本條共設計有 6 種行為態樣，就立法技術而言，原則上同條各款之罪所涉之行為，其行為所致結果程度，均應符合立法理由所示之「可能造成重大污染之行為」結果，並且可推知既規定於同條，則係因本質相同，故就各該行為處罰之刑度亦應相同，方屬符合法體系及罪刑相當的立法模式。

不過，單純從構成要件之規定來看，即可發現本罪與同條他款各罪之差異之處：首先，若與同條第 1 款比較，雖然同樣是未經許可，但第 1 款的行為客體係有害事業廢棄物，而依同法第 2 條第 2 項之規定，有害事業廢棄物係「由事業所產生具有毒性、危險性，其濃度或數量足以影響人體健康或污染環境之廢棄物」，與本罪僅係一般廢棄物相較而言，客觀上的損害程度並不相同[351]。其次，本罪與同條第 2 款比較時，第 2 款加上「致污染環境」的要件，故屬實害犯，此為本罪所無之要件。再者，第 2 款之行為主體為事業負責人或相關人，該事業的規模可能較本罪所規定之行為主體更為複雜龐大，並且二者相較明顯具有身分性上的差異[352]。

---

[350] 魏國晉，前揭註 349，頁 101。

[351] 同此見解，參徐育安（2021），〈廢棄物清理法非法清理廢棄物罪構成要件之解釋與適用〉，《月旦法學雜誌》，319 期，頁 32。

[352] 同此見解，參徐育安，前揭註 351，頁 32。



doi:10.6342/NTU202600402

而在本罪與同條第 3 款比較時，兩者雖然同為未經許可，但第 3 款所處罰之行為比本罪更前置，因為甚至不需有回填堆置的行為及結果即可成罪[353]。又與同條第 5 款比較時，雖然同為未經許可，而僅有身分不同的差異，不過若進一步觀察，本款之行為主體係「執行機關之人員」，相較於本罪之規範對象，執行機關人員理論上具備更佳的專業判斷能力及避免違法之可能性，然其刑責卻與本罪相同，顯有輕重失衡之虞。最後，與同條第 6 款比較時，第 6 款之保護法益似乎傾向於虛偽證明背後之公共信用法益，或至少顯示第 6 款認為公共信用法益係與環保法益等同重要的利益，然本罪僅係關於經過主管機關許可與否，應與公共信用法益全然無涉。

從上述的觀察，可知本罪與同條其他各款之罪不論在本質上、立法模式上，均有諸多相異之處，形成一種紊亂且體系內部自帶矛盾的規範模式，亦影響罪責原則的妥適與否。分析其中原因，恐怕與本罪在法益上的模糊性有所關連，此點將在後文繼續討論。

第二目 與同法其他規定之比較

與本罪同屬涉及違反廢清法第 41 條第 1 項許可制度者，在同法 57 條之規定亦可發現。該條規定「從事廢棄物貯存、清除或處理業務，違反第 41 條第 1 項規定者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並命其停止營業」。因此該規定與本罪所稱之「違反第 41 條第 1 項規定」，兩者的規範目的相同，不過制裁效果不同，廢清法第 57 條係採秩序罰之制裁方式，而與本罪之刑罰效果截然有別。

如此規範方式即會產生如下的問題：首先，在一行為同時觸犯刑事法律及違

[353] 例如最高法院 107 年度台上字第 3876 號判決認為，廢清法第 46 條第 3 款「處罰對象及行為，係提供土地者之提供行為，而非在土地回填、堆置廢棄物者之回填、堆置行為。至於在土地回填、堆置廢棄物行為，倘符合同條其他款次所定各罪之犯罪構成要件（例如：任意棄置有害事業廢棄物、非法貯存、清除、處理廢棄物等），仍應另成立各該罪名，並非不予論罪」，顯然係較本罪行為更為前階段之行為。



doi:10.6342/NTU202600402

反行政法上義務規定時，依行政罰法第 26 條第 1 項本文之規定，應依刑事法律處罰之，因此，同時違反本罪及廢清法第 57 條之行為人，依行政罰法第 26 條第 1 項之規定，應依本罪處斷之，但廢清法另定有第 64 條規定[354]卻得同時併罰，此時即產生應如何適用之問題。關於此問題，行政院環保署（即本法之主管機關）曾經以函請各機關「逕依行政罰法第 26 條有關『一行為不二罰』及『刑事程序優先』之規定辦理」[355]，顯然係採取適用行政罰法第 26 條第 1 項本文為優先之見解，但我國司法實務卻採取二者係可同時併罰的見解[356]。至於我國實務對於為何於此處採取與通說不同之見解，並無說明其理由[357]。

其次的問題，係亦可能出現同一種行為，而認定適用不同制裁方式的結果。例如實務上曾出現的案例，某土資場收受原告（事業）產生之系爭製程產出物，嚴格而言，亦是無照清理事業廢棄物，同樣該當於本罪之構成要件，卻未見主管機關移送偵查，僅依同法第 52 條對事業科處罰鍰並命限期改善[358]。

綜上，此種制裁方式的分流與競合所產生的問題，正反映立法與實務在行政不法與刑事不法間欠缺清楚區辨的現況，顯示刑罰與秩序罰的界線並未依據法益

---

[354] 廢清法第 64 條規定為「依本法處罰鍰案件，涉及刑事責任者，應分別處罰」，該條規定於 2006 年行政罰法施行前即已存在。

[355] 參行政院環境保護署 95 年 7 月 13 日環署廢字第 0950055962 號函。

[356] 參最高法院 108 年度台聲字第 177 號刑事裁定、臺灣高等法院 臺中分院 110 年度上訴字第 1718 號刑事判決、臺灣臺北地方法院 110 年度審原簡上字第 7 號刑事判決。另外，實務上曾出現違反本罪之有罪判決，於判決行為人緩刑後，並宣告於判決確定後應向公庫支付一定金額之案例（參臺灣高等法院 113 年度上訴字第 368 號刑事判決、臺灣高等法院 113 年度上訴字第 1281 號刑事判決），雖然依據為刑法第 74 條第 2 項第 4 款，但在判決中均提及係另審酌廢清法第 57 條之規定，而定其應支付之金額，應也是一種併罰的支持見解。

[357] 只有採取質的區別理論的見解，才有可能得出刑罰與秩序罰可以併罰的結論，但此結論明顯與我國採取量的區別理論的通說截然不同。

[358] 此為高雄高等行政法院 105 年度訴更一字第 13 號判決之事實，該案例詳細討論參李建良（2022），〈行政管制與刑事處罰交匯的法治圖像（之二）──以廢棄物清理為中心〉，《月旦實務選評》，2 卷第 7 期，頁 48-58。李建良並稱此乃肇因於立法不善所生之法治亂象，為實務上屢生廢棄物清理法律適用問題的主因，參李建良同文，頁 72。



doi:10.6342/NTU202600402

價值與社會侵害程度加以劃分的結果。

### 第二款 實務在本罪運用上的特殊解釋

#### 第一目 關於本罪行為主體之實務見解

關於本罪之行為主體是否以從事廢棄物清除處理業務者為限？對於此問題，在實務向來有肯否二說，此爭議最後由最高法院大法庭於 2020 年 12 月 23 日，做成 109 年度台上大字第 3338 號刑事裁定（以下簡稱系爭裁定）而定論。系爭裁定採取否定之結論，亦即最高法院主張本罪之行為主體係一般人，而並不以從事廢棄物清除處理業務者為限。

系爭裁定之理由主要分析如下：該裁定認為依據文義解釋，本罪所規定前後段之犯罪主體有明顯不同。其次，系爭裁定則比較廢清法第 57 條之秩序罰規定與本罪之規定，認為前者立法理由載明係針對業者之監督管理而設，而後者之立法目的則係「為有效防止不當處置廢棄物，極可能造成重大污染，乃對於未領有許可文件而清理廢棄物者，科處刑罰」，是認為本罪前段並未限定業者。最後系爭裁定認為若非上述之解釋，則可能發生因行為人身分不同而適用秩序罰及刑罰之不同結果，「顯然失衡，與廢棄物清理法為改善環境衛生、維護國民健康之規範意旨不符」。

#### 第二目 該實務見解之反對主張

學說對於系爭裁定亦有所批評而持反對說的主張。其理由主要如下：首先，論者認為本罪前、後兩段原本分屬兩個不同的構成要件，而後段的解釋只限於領有許可者屬於後段所要規範者，但未領得許可者是否一律屬於前段所適用之範圍，仍須視該構成要件本身而定，系爭裁定將前後段予以參照的論證，尚無法就此推



doi:10.6342/NTU202600402

導出前段之犯罪主體毋庸為廢棄物清理業者之結論[359]。

其次，論者從立法的歷史背景觀察，所謂的民營廢棄物清除處理機構，是指民間的廢棄物清除處理業者，因為所謂機構指涉的是「事業」。再者，論者認為提出此一管制之主要目的是為了避免業者只顧營利，卻忽略衛生上的要求。因此立法者在規範的對象上，是以具有相當規模的營運者作為管制對象。佐以現行法多處仍以公民營廢棄物清除處理機構這個用語來涵蓋所有從事相關業務者，如第41條第2項、第42條等等，且該條所屬的第4章，其章名[360]仍顯示了規範目的係在於管理公民營廢棄物清除處理機構，顯然延續了本法自創設以來的管制思維[361]。最後，有論者認為單純未取得許可文件之情形，並不能等同於不當清理廢棄物以及極可能造成重大污染的結果[362]，亦即立法目的並不必然導出「行為主體必須擴張至一般人」的結論，否則廢清法第41條之於刑事法領域的犯罪評價意義因此形同遭到架空[363]。

此外，若採取本罪係累積犯的觀點，則如前述關於累積犯理論的討論，累積犯、尤其是行政從屬型的環境犯罪構成要件，在所謂「協力義務」的規範限制方

[359] 徐育安，前揭註351，頁28。另外，徐育安亦提及在最高法院104年度第9次刑事庭會議決議中，放棄向來關於集合犯屬性以犯罪具有必然的反覆性作為前提之見解，而只要「通常具有反覆實行之性質」即可，並且該決議即討論適用於本罪之犯罪性質，系爭裁定的結論即呼應最高法院的上開決議，惟其認為此種集合犯屬性的轉變並無合理之理由。

[360] 即「公民營廢棄物清除處理機構及廢棄物檢驗測定機構之管理」。

[361] 徐育安，前揭註351，頁29。

[362] 徐育安，前揭註351，頁31。

[363] 古承宗，前揭註335，頁105；同此結論，參徐育安，前揭註351，頁32。此外的問題，例如日本的非法投棄罪，因其構成要件的描述不夠明確，可能導致透過解釋的方式使處罰範圍無限制地擴張或縮小，結果就是給偵查機關過多的裁量空間，導致必須仰賴警察力量，始能持續維持生活環境。如此一來即超越立法目的要求生活環境保護的框架，產生警察力干預市民生活的問題。參大山弘（2000），〈産業廃棄物の不法投棄に対する刑事規制について: 福島県の取組みと廃棄物処理法による刑事規制の問題点〉，《福島大学地域研究》，11巻4号，頁30。



doi:10.6342/NTU202600402

面，結論係應將此協力義務加諸於事業者較為合適。因此，即使是依照累積犯的理論觀點，本罪的規範主體亦應限定於事業者較為妥當。

## 第三項 重構質的區別說對於本罪之檢討

### 第一款 本罪在重構質的區別說的定位

以本罪所規制的行為，僅有未經許可清除、處理廢棄物即為已足，不要求何抽象危險的發生，而該行為在經驗上也不一定可以直接連結有危險的結果，應可屬於「形式犯」的範疇內，因此其保護的利益只是許可制度本身，並非個人具體利益或間接利益，因此利益的價值並不高。

即使係以累積犯賦予規範正當性基礎，論者認為此時勢必從法益保護導向於純粹規範保護，而把「規範效力之減損」視為法益侵害，因為系爭受禁止的行為可能原本在法律上是無可非議的，但是，為了避免發生規範沖蝕（Normerosion）的問題，便在強行將此種行為視為具可非難性[364]。正如論者所主張，累積犯有如下之缺點：（1）捨棄抽象危險犯對於法益侵害至少應具備經驗上的典型危險，因而背離不法與罪責之間的衡平要求；（2）環境刑法範疇的累積犯不是抽象危險犯，只不過是一種帶有行為經濟理性的制裁策略，實質上是為了減輕環境污染所產生的各種外部社會成本，或是將此等成本不計代價地轉嫁於利用環境資源之人；（3）「假設性的因果累積」，即實際上並無法益侵害或危險，牴觸刑事不法應有的歸責原理[365]。如此一來，只是更顯現出當罰性不足的事實，並非係值得刑法保護的利益[366]。

---

[364] 古承宗，前揭註 344，頁 210。

[365] 古承宗，前揭註 344，頁 209。

[366] 此外，謝煜偉亦提到累積犯的要件構成，並非著眼於「危險（Gefahr）」，而是著眼於「風險」，其認為累積犯係將對於社會系統而言不合宜的狀態，並將其定位為社會風險，再將之歸屬於社會構成員全員的行為或決定（即使因果關係的根據不充分），並從中抽出一定的要素，而認定為刑事



doi:10.6342/NTU202600402

事實上，想以累積犯解釋本罪的前提，正是想要適用於那些「每個單一行為必然會對系統造成微小但同質性損害」的情形[367]，因此就其行為本身而言，社會侵害性程度可謂不高。另一個就社會侵害性程度的觀察，可從近年來法院所宣告的本罪刑度可窺一斑，在 2012 年至 2021 年間的統計資料中，因本罪受宣判之刑度，於有罪後得以宣告緩刑之刑度（亦即2年以下有期徒刑）之比例高達96.5%[368]。並且本罪原本為法定刑為有期徒刑 1 年以上者，惟依上開統計資料，量刑未滿 1 年之比例亦達近 3 成之多，此可做為法院實務就本罪當罰性的態度指標，進而推論本罪並不具有高程度的社會侵害性[369]。

此外，若將本罪僅視為係一種政策選擇，則在政策選擇的技術上，社會內部性的關聯要求往往會比社會外部性的考量更具有優先性，藉由刑法保護純粹社會外部性的自然生態，本文認為不應存在此種刑事政策[370]。因此，本罪目前的規制方式在重構質的區別說中，傾向落入低價值利益及低程度社會侵害性的第三象限內，依本文見解，應以秩序罰為其制裁方式而非刑罰，方屬適當。

### 第二款 重構質的區別說對本罪正當性的建議

#### 第一目 立法論上的建議

環境污染行為關係到國民生命及身體健康，除了行為規範外附加制裁規範並非不合理，然而，環境刑法與環境行政法在環境保護的任務上需各自擔任其應扮演的角色，亦應無疑義。但正如論者所言，在環境刑法的規制中，規範重點不在

---

規制的對象，將過度的預防介入透過累積犯予以正當化，參謝煜偉，前揭註 15，頁 139。

[367] 參謝煜偉，前揭註 15，頁 137。

[368] 詳細比例如下：6 月以下者為 22.1%，6 月以上至 1 年未滿者為 6.5%，1 年以上至 2 年未滿者為 67.9%，2 年以上者僅有 3.5%。參法務統計網站，前揭註 332。

[369] 更不用說這些有罪判決，可能是如前一章所討論的，對於刑法原則的迴避退縮後所得的結果。

[370] 古承宗，前揭註 344，頁 179。



doi:10.6342/NTU202600402

於「刑法是否應就環境污染行為建構一套完全且獨立的不法標準」，而更應該聚焦於「一旦『預防性（或危險防禦）的行政法』與『具有壓制意義的刑法』形成某種程度的緊密齧合」，刑法即有可能因此弱化其應有的規範功能與法治國基礎[371]，故其主張為了避免刑法任意僭越行政法的危險（或風險）防禦功能，也避免刑法最後手段轉變為實質的手段前置，除了違反行政法義務的要件之外，刑法仍有必要將其他的可罰性條件納入考量[372]，該論者所稱的「其他的可罰性」，亦即本文所稱之適性要件，正因如此四象限指引中的第二、四象限才有機會通過檢驗而成為第一象限刑罰領域的當罰範圍內。

關於此處的適性要件，依照本文重構質的區別理論的標準，由於環境保護之法益應需能還原為人類具體利益，因此環境刑法所規制者，應係對於該利益的侵害及危殆化的行為，方有使用刑事制裁之必要性。當然，考量環境保護中環境媒介的特殊性，可以透過環境媒介作為評估侵害及危殆化的節點，將該視角做為劃定具應罰性的法益關連界限，以維持人類的存續[373]。因此，就本罪而言，行為客體具有高度有害性或風險屬性，才能突顯對於人類具體利益的侵害及危殆化[374]。另一方面，若行為人所清除處理之（導致環境污染之廢棄物）數量、期間或場所等，導致上開侵害及危殆化的污染風險提高至超過閾值或不可逆的結果，亦有入罪化的正當性。總之，如非屬於上述範疇之內的行為或行為客體，則採取行政制裁之規制手段較為妥當。

---

[371] 古承宗，前揭註 344，頁 225-226。

[372] 古承宗，前揭註 344，頁 226。

[373] 同此見解，參謝煜偉，前揭註 81，頁 1388-1389。

[374] 此時，德國刑法第 326 條危害環境之廢棄物清理罪規定就值得參考，該條對於廢棄物之屬性限於下列範圍：（1）可能帶有毒性或傳染性病原而引發人類或動物之公共危險性疾病；（2）具致癌性、危害生殖能力，或是改變基因組成；（3）具有爆炸的危險性、自燃性，或是具有超量的放射性；或（4）依其種類、特徵或數量足以導致環境污染或危害動植物之存續者。此外，該條之法定刑我國廢清法第 46 條相近，上限皆為 5 年之有期徒刑。參徐育安，前揭註 351，頁 32-33。



doi:10.6342/NTU202600402

至於處罰的違反行為主體，可建立「事業者或專業人員」與「一般人」之區別規則，前者在前述之「污染環境之虞」的適性要件下，由於高度的法益價值及社會侵害性，而具備納入重構質區別理論的第一象限的適格性，後者則以秩序罰或其他處分為原則，事實上，通常亦係事業者或專業人員，才有可能達成污染環境的閾值門檻。

此外，從管制理論的角度觀察，例如美國的環境規制方法中，通常區分為：由政府決定並命令實施規制基準的「命令・規制方式」（command-and-control approach），以及提供經濟誘因，由市場力量實現規制目的的「經濟（市場）誘導方式」（economic【market】incentive approach）。採取環境刑法的方式即屬於前者，不過，論者認為在未考慮污染行為所處的經濟條件下所一律強制執行的命令或規制，實際上將難以被遵守。因為如此規制有可能流於「為規制而規制」，根本無助於環境污染防止之目的實現，且以對個人自由領域的直接干預方式可能失之過嚴，因此，便出現了要求轉向「經濟誘導方式」的環境保護政策的呼聲[375]，由是可知，並非所有以命令或限制方式的制度，都能達成原來設定的目的。要擔保許可制度的實效性，例如提高秩序罰鍰金額、強化稽查頻率、建立吹哨者獎勵制度以及其他經濟誘導方式，亦應可做為環境保護政策的一環，此亦可做為立法論上的參考。

第二目 解釋論上的建議

環境利用行為需先得到行政機關的許可的原因，應是一種帶有保護目的的觀點，亦即如論者所提到的，除了社會運作效益之外，環境利用行為多少會對環境媒介及他人權益形成一定的危險，因此才將行政許可轉化為帶有保護意義的具體

375 町野朔（2003），〈環境倫理、環境法、環境刑法〉，收於：町野朔（編），《環境刑法の総合的研究》，頁 40-41，東京：信山社。



doi:10.6342/NTU202600402

制度或措施[376]。進而認為行為人若有違反行為，即表徵一定程度的危險性。

從此角度出發，有論者認為，凡某種制度具有作為利益保護必要者，其中之一即為期待「穩定」或「對制度的信賴」，藉由刑事處罰具備實效性，可以強化「某種行為絕不可為」這種堅實的行動準則的功能[377]。其進一步認為此時所謂的「制度（系統）」，並非具有與個別國民的利益分離的抽象性質的社會公共利益，亦非整體主義式的國家利益，而是與每一位國民日常生活中重要且具體的利益直接相關者[378]，如此見解似乎亦可解釋系爭裁定認為業者與非業者都應構成本罪之行為主體的前提。

不過，本文認為此種支持制度及系統的論點除了混淆行政不法與刑事不法的見解，更是忽視了刑法第 11 條的規定及其實質意義。制度做為行政措施的確立與事前規則的設定，確實不僅僅維護行政秩序，也有助於預防和減輕社會制度與環境所面臨的潛在危險狀態。然而，行政刑法一旦選擇刑罰而非秩序罰方式進行制裁，而其基礎僅建立在「信賴感」的主觀意識上，是相當不穩固的，而容易成為一種行為控制的藉口。如果許可制度做為刑罰依據如上所述不能通過刑法的基本原則，原則上就應從刑事法轉移至秩序違反法的範疇，這也是行政不法與刑事不法區別的實益所在。

依照本文的重構質區別說的見解，在第二、四象限中，既然要有超過危險的特定閾值才有刑罰的當罰性，則原本在第三象限的本罪，其規定「未經許可」應解釋為「未經許可而超過特定危險閾值」，使其具有適性犯[379]性質方屬適當。如

---

[376] 古承宗，前揭註 335，頁 108-109。

[377] 上田正和（2011），〈保護法益論（Rechtsgutstheorie）の行方と展望〉，《大宮ロ一レビュ一》第 7 号，頁 24。

[378] 上田正和，前揭註 377，頁 25-26。

[379] 適性犯之概念，係指對於法定構成要件行為予以限縮解釋，亦即從「行為時」（ex ante）的角度切入，要求該特定構成要件行為，於其行為之時，必須具備損害法益的潛在可能性（所謂之「適性」），如果只是形式上符合該構成要件行為，但實質判斷上欠缺損害法益的危險性，則應認定不該當構成要件行為，從而不成立犯罪，參許恒達（2022），〈聚眾妨害秩序罪之解釋釋疑〉，



doi:10.6342/NTU202600402

此解釋的另一方面也是從體系解釋來看，為求本罪可與同法 57 條做區隔所致。又因為超過危險閾值在經驗上常屬於事業者方能為之，一般市民則幾乎不可能達成此數值，則本罪的行為主體在解釋上即應限縮為事業者，一般市民則回到行政制裁手段。

另一種可做為適性要件解釋者係本罪之廢棄物性質，本文認為應解釋為該客體需具有污染之虞者，方屬超過危險閾值而得成為入罪化的正當理由。此亦符合立法目的所指之防止「可能造成重大污染之行為」中的「重大性」要求。事實上，我國最高法院亦有主張廢棄物清理法所稱「廢棄物」，「係採相對性之定義，與標的物質或物品本身於自然狀態下之屬性，並無必然關係，尚應配合處置手段、效用、利用技術、市場經濟價值等因素綜觀而定，甚且尚須考量有無污染環境之虞等因素」[380]，因此，是否有污染環境的危險性，並非不能為我國實務所接受，可成為規制廢棄物刑事責任的重要判斷標準。

此外，關於上開閾值設定，亦可以授權行政機關（如主管機關即環境部）根據科學證據，以命令的方式訂定具體的裁量基準。例如，可以依據廢棄物的「種類」（是否為有害事業廢棄物）、「數量」（例如超過多少公噸或立方公尺）、或「處理方式」（是否使用高污染風險技術），配合總量、累積期間、擴散範圍及不可逆指標等做為判斷的依據。

---

《成大法學》，44 期，頁 102-103。另一方面，適性犯常見於行政不法（秩序違反）與刑事不法（犯行）交錯的灰色地帶。亦即，針對原本帶有行政管制意義的行為，透過適性要件，將不法內涵確實聚焦在刑法上的法益侵害危險。在此意義下，適性犯的規定在特定的社會領域，能夠有效發揮界分行政不法與刑事不法的功能，避免國家僅基於純粹的行為管制需求，使刑法不當地傾向危險防禦的規制思維，參古承宗（2025），〈適性犯與足生損害要件〉，《月旦法學教室》，271 期，頁 55。

[380] 參最高法院 108 年度台聲字第 177 號刑事裁定。



doi:10.6342/NTU202600402

### 第四項 本節結論

經過本節的分析，關於本罪可歸結出以下幾點結論。首先，本罪的本質上屬於行政不法而非刑事不法。由於本罪的結構高度依附於行政許可制度，其構成要件僅要求「未經許可」從事廢棄物貯存、清除、處理，而不論行為本身是否實際造成環境污染或具體危險。這種設計使其本質上屬於「絕對從屬型」的行政刑法，具有濃厚的「形式犯」色彩，其主要目的在於維持行政管制的有效性，而非處罰對法益已造成實質侵害的行為。依本文所採的重構質的區別理論，即應排除於刑事不法的範疇之外，而落入行政不法應予以處理的範圍內。

其次，本罪的規制在廢清法的體系中亦存在明顯矛盾情形。其可能與同條其他各款處罰「可能造成重大污染之行為」的立法目的不完全契合，亦與部分條款要求實害結果或以有害事業廢棄物為客體的要件不同，導致處罰標準不一。亦遑論本罪的行為與同法第 57 條的秩序罰高度重疊，卻產生刑罰與秩序罰競合的適用不協調的現象，破壞了法體系的完整性與可預測性。

再者，最高法院大法庭雖將本罪行為主體擴張及於一般人，但此舉忽視了本罪缺乏「科學驗證的危險門檻」的事實，並有導致處罰範圍過廣的問題。此外，嘗試以「累積犯」理論為其正當性解套亦有困難，因立法之初並未基於科學驗證，難以證明所有未經許可的處理行為皆會導致系統性的崩壞，更遑論累積犯理論本身對於刑法罪責原則本身的破壞及侵蝕，而無法具有正當性。

以上種種缺陷，正是我國學說及實務向來未清楚區分行政不法與刑事不法本質的最佳證明。因此，即有依本文所主張的重構質區別理論重新檢視，並在立法論及解釋論上整合的必要。依照重構質的區別說的四象限指引方針，本罪在現行規定下，所保護的法益價值較低，且社會侵害性不高，因此其定位為第三象限而應落入以秩序罰為主要制裁手段的範疇[381]。

[381] 此恰可呼應學者謝煜偉主張為了兼顧刑法基本原則與行政管制實效性，比較適當的作法是將現



doi:10.6342/NTU202600402

若本罪行為仍要維持刑罰的正當性，如前所述，不論在立法或解釋上，皆應引入「適性」或「閾值」的要件，通過該檢驗要件而明確化刑事不法的門檻。亦即在立法上應增訂客觀的適性或危險門檻，例如限定做為行為客體的廢棄物須具備造成污染環境的「有害性」，以及加上清除處理的數量、場所或方式等已超過足以危及環境的污染閾值，並考慮將規範主體限縮於「事業者」等要件，並授權主管機關依據實證設定前開閾值的具體裁量基準，方得以納入刑罰領域。而在現行法的解釋論上，也唯有將「未經許可」的行為限縮解釋為已產生具體危險或有污染之虞的情形，以區別於單純違反行政義務的行為，亦能將行為主體合理地限縮於事業者，如此解釋始有刑罰之當罰性。

綜上，從廢清法的案例中，可以見到行政不法與刑事不法向來易被混淆的基本問題，而下一節將探討在更為抽象的金融市場規制領域，此問題如何以更複雜的形式出現。

## 第三節 證券交易法第 155 條第 1 項第 7 款

證券交易法（以下簡稱證交法）第 155 條第 1 項第 7 款禁止「直接或間接從事其他影響集中交易市場有價證券交易價格之操縱行為」，係承襲 1961 年證券商管理辦法第 57 條第 5 款規定而來[382]，至於美、日立法則均無類似本款的規定[383]。而依此立法脈絡，顯見該規定最初係由行政管制目的而來，最後以證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款規定賦予刑事責任（以下在本節中均簡稱本罪）。因此，本罪兼具行政管制的本質與刑法的外觀。

---

有的「絕對從屬型」刑罰法規，修改為秩序罰的要求，參謝煜偉，前揭註 81，頁 1421。

[382] 證交法於 1968 年制定時即有本款規定，當時之構成要件為「直接或間接從事其他以影響市場行情為目的之行為者」。

[383] 賴英照（2017），《最新證券交易法解析》，頁 592，自刊。



doi:10.6342/NTU202600402

論者認為本罪的目的，係鑒於操縱市場的行為態樣複雜，為防證交法第 155 條其他各款規定可能掛一漏萬，因此特加上本款之概括規定以補不足[384]。然而即有論者質疑證交法第 155 條第 1 項其他各款規定各有不同特質及適用要件，則本罪以概括條款的形式設立，是否能順利建立通用的適用基準，已不無疑問[385]。此外，操縱行為本質上亦係投機行為之一種，操縱行為與投機行為事實上不易區分，因二者均帶有追求價差目的之共通性，尤其是本罪規定的法定刑如此之重，一旦未從本質上重新予以檢討，則有不當入罪化之高度風險。

因此，本節將在前章對經濟刑法一般理論，以及關於行政從屬性與重構質的區別說的分析基礎上，聚焦於概括條款本身的構造、與例示規定之體系關係，以及實務透過主觀構成要件限縮其適用範圍的解釋策略，進一步檢驗本罪是否仍符合重構質的區別說所要求的雙重門檻，並據此提出制裁方式的調整方向。

## 第一項 本罪規定之結構及特色

### 第一款 立法目的及保護法益

學說就關於本罪乃至於操縱市場行為規制的保護法益，見解均大同小異，不過仍得依其等主要著眼點不同，而可分敘如下。首先，有論者著眼於維持價格自由化之主張，避免因人為操縱之投機行為影響市場價格而誤導投資人，致影響市場交易秩序[386]。其次，亦有論者認為操縱市場行為規制之目的，在於建立一個公

[384] 賴英照，前揭註 383，頁 593。

[385] 王志誠、邵慶平、洪秀芬、陳俊仁（2021），《實用證券交易法》，頁 609，新學林。

[386] 王志誠（2013），〈直接或間接操縱市場行為之構成要件〉，《台灣法學雜誌》，238 期，頁 127。並且，其認為此時之核心概念為資訊，亦即資訊公開、透明及及時係主軸，參王志誠（2021），〈證券交易法上散布流言或不實資料行為之認定標準〉，《月旦法學教室》，228 期，頁 62。此見解亦為最高法院所採，參最高法院 93 年度台上字第 5152 號刑事判決、95 年度台上字第 5487 號刑事判決、97 年台上字第 2012 號刑事判決、97 年度台上字第 5036 號刑事判決、98 年度台上字第 2659 號刑事判決、100 年度台上字第 1313 號刑事判決等。



doi:10.6342/NTU202600402

平的遊戲規則，以免投資人怯於將資金投注於市場之中，故其認為著重之點為公平性或公正性[387]。再者，另有論者著眼於維護證券市場之機能健全，故國家需防制產生足以危害正常經濟活動、干擾經濟生活、減損市場籌集資本及導引資源有效配置的功能之違法行為[388]。

綜合上述論者對於本罪（以及操縱市場行為規制）立法目的或保護法益的觀察，多數見解的主要著眼點似乎係在「維持證券市場及其機能」。而有論者進一步認為，證交法之所以處罰操縱市場行為，其主要目的乃在於避免操縱市場行為危及資本市場所具有的「分配功能性」[389]。因此，「市場機能」或「功能性」，似乎是學者所認為證交法於決定規制甚至制裁方式時所著重的重點。不過，無論如何，本罪保護法益均係指向「超個人的制度性法益」，而非具體的個人財產法益[390]。

### 第二款 危險犯抑或形式犯

依前述提及的實質犯與形式犯的區別標準及實益，關鍵在於有無法律侵害或

---

[387] 吳盈德（2018），〈連續買賣操縱市場之構成要件〉，《台灣法學雜誌》，337 期，頁 204；周振鋒（2022），〈研析美國操縱市場規範－兼論我國連續交易炒作罪〉，收於：台灣企業法律學會編《證券交易與操縱市場規範之比較研究》，頁 25，新學林。

[388] 李開遠（2005），〈證券交易法第一五五條第一項第一款處罰股市「違約交割」刑事責任之探討〉，《銘傳大學法學論叢》，4 期，頁 81-82；許兆慶、邱若曄（2020），〈操縱股價制度的檢討 ──以意圖活絡表象的沖洗買賣及意圖炒作股價的連續買賣為中心〉，《財產法暨經濟法》，60 期，頁 87；林書楷（2011），〈論操縱市場罪 ─資本市場價格形成真實性的觀點〉，《興國財經法律學報》1 期，頁 68-69。

[389] 林書楷，前揭註 388，頁 68-69。其認為資本市場的功能性有三，其一為「制度的功能性」（institutionelle Funktionsfähigkeit），此係指資本市場的機制必須被有效地建構；其次為「操作的功能性」（operationale Funktionsfähigkeit），亦即資本市場中買賣或交易成本必須儘可能的予以降低，資本市場因此而能對投資人維持吸引力；最後則是「分配的功能性」（allokative Funktionsfähigkeit），此指投資人的資金不止被吸引進入市場，而且會往最有效率的方向流動（投資），創造市場的供給與需求而形成金融商品的合理價格。

[390] 相對於多數為商法學者的上述見解，刑法學者李聖傑即指出，本罪規定充滿不確定概念，證交法於立法過程中，對於操縱行為之法益概念並未刻意探求。參李聖傑（2010），〈操縱股票市場之整體刑事責任探討學術研討會系列一〉，《台灣法學雜誌》，155 期，頁 66。



doi:10.6342/NTU202600402

危殆化及法益關連性。以我國實務所承認的本罪行為態樣而言，例如「低價委買，於價格下跌時反而取消委託」、「低價委買後取消委託」、「低價委買後取消委託，卻又立即以相同價格掛買單」，及「以漲停價委買後取消委託，又立即以漲停價委託買進」[391]等，或是俗稱平盤或護盤的行為[392]，似乎導致任何「影響價格」的行為，即使是基於真實資訊的投機行為，都有可能構成本罪行為[393]。論者認為此似乎是藉由抽象危險構成要件來迴避舉證困難的制度設計，進而無庸探討行為人對於結果的故意[394]。如此，以本罪的構成要件規定看來，似乎亦可歸類於抽象危險犯的範圍內。

然而，依照前述的討論，不論是以市場機能、自由化或是效率及公正性作為法益，均過於抽象而與傳統法益及其關連性尚有距離，亦即上述操縱市場規制所謂的立法目的，均難以連結與具體法益的關連性。因此，若規範的目的僅止於集體性或普遍性法益的層次，僅以「影響價格」為要件，不問該影響係源於「真實的市場判斷」抑或「虛偽的欺騙手段」，而與個人法益的關連性薄弱，難以還原為具體的法益或具有中間利益，只為達成某種政策實效性目的，則該規範很有可能脫離危險犯的範疇，只是缺乏實質法益關連性的形式犯規定，而成為達成政策目的的工具。

---

[391] 以上 4 種行為態樣，參臺灣高等法院 103 年度金上重訴字第 38 號刑事判決。

[392] 參最高法院 95 年台上字第 5487 號刑事判決。

[393] 論者即有認為此顯示我國證交法第 155 條之「操縱行為禁止」規範，似有意有別於美國「操縱行為禁止」之以「詐欺」為其規範基礎之規定，而有朝向「特別法定責任」發展之趨勢，參陳俊仁（2008），〈論證券交易法操縱行為禁止之理論基礎與規範缺失──以沖洗買賣觀察〉，《月旦民商法雜誌》，19 期，頁 68。

[394] 林書楷（2010），〈資本市場刑法 ──以內線交易及操縱市場罪為中心〉，《月旦財經法雜誌》，頁 59。



doi:10.6342/NTU202600402

### 第三款 截堵構成要件？

有論者主張本罪係屬所謂「截堵構成要件」（Auffangtatbestand）的性質，其認為由於資本市場上的操縱市場行為手法日新月異，故此等概括條款的運用有其事實上之需要，因為透過一般正常修法的途徑往往緩不濟急，而概括條款則可以在毋庸修正法律的情況下，因應資本市場推陳出新的操縱市場手法[395]。

然而，將個別犯罪行為解釋為截堵構成要件時並非毫無限制，該行為之處罰仍須具備當罰性與要罰性，因為截堵構成要件在針對特定主體（如公務員貪瀆）或客體（如毒品犯罪）而建構的某個犯罪體系之中，係成為該體系中可罰行為的基本規定，網羅其他無法構成具體犯罪構成要件的行為加以處罰[396]。因此若要設計截堵性構成要件之立法方式，則係應以基本構成要件行為之罪為核心，將其設計成一個「不會漏接」可罰行為的基本規定[397]，則基本行為（即截堵性構成要件行為）與加重變體行為僅係法條競合，而非互斥性的關係。

如此觀之，以本罪目前的構成要件規定與同條其他各款例示規定相較，如前所述在所保護法益、立法模式等均有所差異，特別是同條第 3 至第 6 款均明定有意圖之主觀要件，而本罪卻在構成要件上付之闕如，此種在立法結構上的根本差異，已使其是否能作為前述各款之「基本規定」或「截堵構成要件」產生重大疑問。這種結構上的不協調，也迫使司法實務在日後必須面臨是否自行續造構成要件的難題。

---

[395] 林書楷，前揭註 388，頁 88。

[396] 林琬珊，前揭註 291，頁 215-216。

[397] 參林鈺雄（2016），〈貪污瀆職罪之立法展望—以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心〉，《檢察新論》，19 期，頁 62。



doi:10.6342/NTU202600402

### 第四款 與外國立法例之比較

就操縱市場規制之立法模式，我國採取例示規定與概括規定的方式。觀諸外國立法例，有與我國相同者，亦有不同者，茲介紹如下。

#### 第一目 德國立法例

德國之操縱市場規制與我國相同，採取例示規定與概括規定之模式，不過，該國所定之概括條款規定的形式與我國不同。德國概括條款所規定的形式是禁止除前兩款以外之所有「其他詐騙行為」[398]。因此，德國法上的概括條款之立法例，仍可從例示規定判斷其處罰行為可預見的範疇內，其構成要件尚稱明確。

#### 第二目 美國及日本之立法例

美國與日本的操縱市場規制，均無概括規定的立法模式。日本係以例示規定規範操縱市場行為，而美國「操縱行為禁止」仍屬於證券詐欺所涵攝之範圍；亦即，美國「操縱行為禁止」之規範基礎，為普通法詐欺[399]。

美國立法例並不存在關於操縱市場行為的明確定義規定。惟美國實務則傾向嚴格判斷主觀意圖，認為應予以處罰之情形，乃交易人基於欺詐、以不實手段影響正常市場之意圖，因此，基本上美國實務對於違法之操縱市場交易的定義應為：行為人交易之目的，乃將證券價格導入特定方向；交易人認為如無此項交易，價

---

[398] 其具體行為方式約略有三種，亦即錯誤事實之欺騙，指誤導投資人對於一不合乎事實之狀態信以為真；或是扭曲真正事實，指增加或減除某些要件使正確事實原貌扭曲；最後則是隱藏真實事實，指隱匿真實事實使人不知其真相。以上各項處罰構成均屬結果犯，亦即必須發生操縱市場交易價格之結果始構成，若無法證明對於市場價格的確因此遭到影響，則屬於秩序罰之範圍，參楊雲驊（2015），〈刑罰明確性要求—以證券交易法第 155 條第 1 項第 7 款「其他操縱行為」為例〉，《台灣法學雜誌》，277 期，頁 64；徐珮菱（2016），〈從比較法觀點論操縱市場概括條款之主觀構成要件〉，《台灣國際法季刊》，13 卷 4 期，頁 180。此外，在德國的秩序罰構成要件中，僅要求行為人之股價操縱行為「足以」影響股票交易價格及證券市場行情，即為已足；而成立刑事罰則是要求行為人之股價操縱行為已「實際上」影響了股票交易價格及證券市場行情，參林雍昇，前揭註 110，頁 49。

[399] 陳俊仁，前揭註 393，頁 68。



doi:10.6342/NTU202600402

格則不可能往該方向移動；及交易者之獲利純粹來自交易者影響價格波動的能力[400]。

日本立法例較近似我國證交法者為《金融商品取引法》，首先，在該法所規定之立法目的，係「國民經濟的健全發展及投資者保護」，與我國僅著眼於國民經濟及投資制度者似乎有所差距。此外，日本於 2004 年時，在該法中導入我國法所無的課徵金制度，以行政制裁方式填補刑事制裁之不足處，論者認為甚至逐漸成為主要之制裁手段[401]。

第三目 英國立法例

英國亦未有概括條款的規定，而對證券市場操縱行為之規範主要採取行政與刑事制裁的方式。其中，行政制裁措施最大特色在於罰鍰金額並無上限，主管機關得以依個案之嚴重程度決定其金額[402]，如此可真正達到嚇阻效果。

實務上，則透過下列三項標準來決定系爭案件究竟屬於行政抑或刑事案件：即法規範對於系爭事實之歸類、系爭事實之本質及懲罰之潛在嚴厲性。儘管如此，實際上有時仍難以在刑事與行政罰之間畫下清楚的界線，因此若案件之嚴重性與複雜度越高、可能招致的懲罰越嚴厲，就必須採取較高的證據認定標準，並給予行為人更高的程序保障。目前實務上對市場操縱行為之處罰主要仍仰賴行政制裁之方式。由於英國法認為內線交易及操縱市場行為之禁止，係基於保護市場法益，亦即市場濫用行為會損害整體市場之運作，破壞投資人對市場的信心，因而對行

[400] 徐珮菱，前揭註 398，頁 190；周振鋒，前揭註 387，頁 27-28。

[401] 張天一（2017），〈日本「金融商品交易法」上課徵金制度之簡介──兼論強化證券交易法上行政制裁之必要性〉，《檢察新論》，21 期，頁 244。此制度係認為倘若所有情形之違反行為皆藉由刑罰予以制裁時，則可能有過於苛刻之感，並認為此制度之引進，除在於填補既有行政制裁不足之處，以強化規範效果外，亦在緩解刑事制裁所欠缺之彈性（例如舉證責任的分配），而能因應個案情節上之差別，參張天一，同文，頁 257。

[402] 郭大維（2022），〈論英國對證券市場濫用行為之規範－以操縱市場為核心〉，收於：台灣企業法律學會編《證券交易與操縱市場規範之比較研究》，頁 86，新學林。



doi:10.6342/NTU202600402

為人進行處罰。個別受害投資人並非其關切之焦點，故無民事損害賠償之規定[403]。

第四目 小結

由上述各國立法例的介紹，首先，在先進國家（德國、美國）的操縱市場犯罪，其規範核心及本質在「欺騙性」或「傳遞不實或誤導性訊息」，此與本罪僅要求「影響價格」的模糊規定形成鮮明對比。其次，日本和英國的立法例顯示了，在處理市場違規行為時，靈活且具威嚇性的行政制裁（如日本的課徵金制度或英國的無上限罰鍰）可能更是有效的手段。相對於此，我國法制就可能存在下列的問題：第一、入罪門檻過低，而考驗司法機關在保障人權與經濟政策間需作出搖擺選擇；第二，缺乏行政不法的彈性手段、範圍及思考方式，而擴充刑事不法範圍又失其正當性的問題。

## 第二項 本罪在證交法體系及實務解釋之觀察

### 第一款 從本法體系出發之觀察

從證交法的體系來看，本罪的問題在於與例示規定間無規範一致性以及可預見性。如前所述，概括條款之立法設計，旨在補充結構規範的遺漏，從而具有承接性規範（Auffangnorm）的功能，亦即其與列舉條款間應具有相當程度之內在一致性。而其列舉條款之關係，基於補充性原則（Subsidiaritätsprinzip）之要求，立法者於立法時，需儘可能依列舉原則，將可規範之事實類型化、列舉、例示、或轉引後，方得輔以不確定法律概念為構成要件之法律條款，如此也才能避免違反明確性原則之質疑[404]。然而，比較本條例示規定之性質，首先，例如第 1 款係適性犯規定、第 4 款則係具體危險犯規定，概括條款如何將二不同本質之犯罪透

[403] 郭大維，前揭註 402，頁 87-88。

[404] 楊雲驊，前揭註 398，頁 69-70。



doi:10.6342/NTU202600402

過規定及解釋予以適用？其次，例如第 3 至 6 款均有意圖之規定，本罪卻不需要意圖，則明顯在主觀要件即非具有一致性。上開的差異及扞格之處，顯見本罪並無貫徹概括條款所應具備的補充性原則，此將使行為人無可預見性，而有違反明確性原則之問題。

另一個從本法體系可供觀察及討論的角度，係本法第 171 條第 6 項規定「如損及證券市場穩定者，加重其刑至二分之一」。依該規定反面解釋，本罪的客觀構成要件並不以實際「損及證券市場穩定」為必要。如此一來，除了「損及」及「影響」的規定解釋具有高度不明確性外，也突顯了本罪在本法體系上的兩項問題。其一為，既然係本罪之構成要件要素中有「影響集中交易市場交易價格」之客觀要件，則此行為又如何不損及證券市場穩定？其二則承上述邏輯，若要將兩者規定均作有效解釋而非具文化，則只能將本罪的構成要件要素解釋為「不影響證券市場穩定」的單純違序行為，但如此一來，可能更讓本罪落入前述所提及之「形式犯」的解釋範圍內。

### 第二款 實務在本罪運用上的特殊解釋

本罪在我國實務上之解釋最特殊者，即為增加本來構成要件所無之主觀要件。亦即，最高法院認為本罪之行為「乃指意圖以人為方式影響證券市場價格，誘使或誤導他人為交易，使某種證券之市場價格以異於正常供需方式而變動者」[405]，因此強調「亦須有相當證據證明行為人係基於操縱行為之主觀犯意而為，始得以該罪名相繩」[406]。本文認為就法律效果的角度來看，最高法院所採取的是一種對於本罪為限縮解釋的立場。

最高法院並未說明其所創造上開主觀上不成文構成要件之理由，不過，高等

[405] 參最高法院 97 年度台上字第 2012 號刑事判決。

[406] 參最高法院 106 年度台上字第 778 號刑事判決。另外，主觀上是否具有操縱股價之意圖，得以有無變態交易等客觀之事實，予以判斷，參最高法院 100 年度台上字第 597 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

法院曾對此種解釋方式表示意見，該判決認為「以概括條款之方式描述可罰性之犯罪行為之界限，雖然可以完整無漏洞地保護法益，但卻使可罰行為欠缺明確之可辨識性，此時，即應採合憲法律解釋予以具體化」，另提及證交法第 155 條的例示規定「就消極面而言，各列舉規定之出罪事由，在性質相近範圍內，亦可作為概括條款規範案型之出罪事由」，因此最高法院主張其所續造之上開不成文主觀構成要件要素，與前面之例示規定「可謂具有內在一致性」[407]。

因此，可推敲實務係以刑法的明確性原則為前提，採取合憲性解釋的方法，將本罪的構成要件另外加上意圖要件，藉以限縮本罪的適用範圍。學說多數均認同實務上開解釋方法的結論[408]，而其等之立論基礎除與實務上開所持理由者相同者外，另有論者主張以如此解釋方式方「較符合其不法行為之本質」[409]，亦有論者認為如此可以避免「阻礙正當投資意願」[410]，另有論者引美國著名商法權威學者 Daniel Fischel 之見解，認為交易者具備「正當」意圖（善意），其交易目的是基於其意料之中之價格變動，即不屬於操縱[411]。

不過，合憲性解釋係指「系爭法律倘若有數個可能合理的解釋，只要其中一個解釋可能可以導致法律獲致合憲之判斷，釋憲者即有義務依此方向解釋法律，並為法律合憲之判斷」[412]，然而其適用亦有其界限，「例如不得逾越文字可能合

---

[407] 參臺灣高等法院 111 年度金上重更三字第 4 號刑事判決，另臺灣高等法院 103 年度金上訴字第 50 號刑事判決亦同此旨。

[408] 王志誠，前揭註 386，頁 129；楊雲驊，前揭註 398，頁 72-75；林書楷，前揭註 394，頁 74；李開遠（2004），〈證券交易法第一百五十五條第一項第四款處罰股價操縱行為─「不法炒作」刑事責任之探討〉，《銘傳大學法學論叢》，2 期，頁 218；莊永丞（2008），〈論證券價格操縱行為之規範理論基礎－從行為人散布流言或不實資料之操縱行為開展〉，《東吳法律學報》，20 卷 1 期，頁 189。

[409] 王志誠，前揭註 386，頁 129。

[410] 李開遠，前揭註 408，頁 218。

[411] 徐珮菱，前揭註 398，頁 173。

[412] 參釋字第 585 號解釋許宗力大法官之部分不同意見書。



doi:10.6342/NTU202600402

理理解的範圍、不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定與規範核心」[413]。本文認為上述實務見解係增加立法者所無之規定，具有逾越原條文可能合理理解範圍之疑慮。

實務上的作法或許有其他現實考量，例如避免任何在市場上進行交易而「影響」價格的投機客，都成為司法偵審的對象，恐怕會造成司法資源的過度濫用，亦會打擊證券市場的投資意願及交易行情；另外的考量也許正是立法者並沒有提供行政不法及刑事不法的明確界限，造成司法者必須自己畫出界限來篩選具有入罪正當性的惡意行為，正如論者所言，如此作法也可能在抽象危險犯領域中，為了要找出刑罰前置的合理性，更須深入分析抽象危險犯的處罰根據─抽象危險─的內在限定原理，而試圖找出司法解釋與立法之間平衡點的途徑，其並指出此處所謂的「限定解釋」，係指透過一定的內在原理，將法律文意可讀出的可罰性範圍加以限定，以避免處罰範圍過度擴張。此種解釋方式與「合憲性限縮解釋」之意義並不完全相同。縱使在明確且合憲的文義範圍內，依舊有處罰過廣而需進一步採取限定解釋以避免可罰性範圍過廣的問題[414]，本文亦贊同之。

## 第三項 重構質的區別說對本罪的檢討

### 第一款 本罪在重構質的區別說的定位

首先，本罪的問題在於能否從操縱行為的立法目的中，確認其所保護之法益具有適格性？在前文曾提到操縱行為之立法目的中，所謂的「價格自由化」、「效率與公平性」、「市場及其機能」的描述，都是一種傾向於「系統（制度）保護」或「對系統（制度）的信賴保護」的想法。固然系統對於整體社會相當重

[413] 同前揭註之許宗力大法官部分不同意見書。

[414] 參謝煜偉（2016），〈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》，1 期，頁 73。本文亦贊同之。



doi:10.6342/NTU202600402

要，但此種想法與其說是強調保護整體社會秩序或個別財產的侵害，毋寧說更重視防止特別及有限的領域—即資本市場—發生混亂，而這種對於市場秩序的憂心，事實上無法從個別的具體行為導出市場混亂的因果關係或經驗法則，可說是抽象程度相當高的一種利益，因此，依照 Nicolai Hartmann 的見解[415]，尚須確認一個具備獨立保護需要的中間法益，刑事制裁方能取得更堅強的正當性。

不過，由於本罪性質曖昧及立法方式的缺陷，導致具有保護必要性的中間利益，多已為同條前幾款的例示規定所涵攝[416]。又由於社會對於個人或企業的經濟活動過程中行為的倫理評價未必完全一致，然而國家欲藉由活用刑事制裁方式，在一定程度上改變國民的行動模式，成為論者所謂的刑法趨向「（倫理）形成性功能」[417]，本罪似乎亦有此種傾向，因此此處的中間利益相當模糊。然而，正如該論者所言，即便採取這種形成性功能的刑法，若未充實對處罰前提的違規行為的監控制度，又係在社會並無共識下所制定的政策，要做為「道德或倫理」而以刑罰威嚇手段來強制國民行為，從憲法的觀點也是會有疑慮的[418]。不過本罪行為確有與例示條款行為重疊的部分，因此，本罪在利益的價值性上，本文採取雖可歸於高價值但保留的態度。

其次，就社會侵害性的角度而言，從經濟學之供需理論出發，例如論者所主張，有價證券之買進或賣出，當然會直接導致有價證券價格之漲跌。有價證券之

---

[415] 依據 Nicolai Hartmann 的主張，形成最高價值的所有利益當中，抽象程度愈低的利益也是愈強的利益，所以應該受到愈多的法律保護；反之則其受保護的必要性就愈小。對於經濟刑法而言，因為複雜且多層次的經濟活動中，在個人需求與利益，及國家的公共福祉之間，穿插有許多的中間目的與中間法益，此又稱為價值強度法則理論，參林雍昇，前揭註 110，頁 43-44。本文認為中間利益係「連結抽象法益與具體個人法益之界接」，然而，是否得以作為保護標的，仍是以是否可以本文所提出之重構質的區別理論、而被檢驗及論證可還原與個人自由及生存發展所需為其要件。

[416] 這也可以從我國實務於 2006 至 2024 年中的諸多關於操縱行為的判決中，以例示條款與本罪的競合後，均論以例示條款之罪的結果可見一斑，詳後述。

[417] 嘉門優，前揭註 19，頁 52。

[418] 嘉門優，前揭註 19，頁 52。



doi:10.6342/NTU202600402

市場價格變化，亦可能受到許多因素左右，不可一概而論。就操縱市場行為之性質而言，不一定均具有可非難性[419]。正如論者所言，操縱行為本質上亦係投機行為之一種，操縱行為與投機行為不易區分，二者均帶有追求價差利益目的之共通性，除非操縱行為已構成過度投機而足以傷害國家經濟體制者外，法律尚難加以禁止[420]，亦不可謂其本身社會侵害性程度甚高。

其次，依我國實務的操作現況觀之，以 2012 至 2021 年之 10 年間違反證券交易法案件裁判確定之資料，其中違反第 171 條第 1 項各款者，多數判處 1 年以上至 3 年未滿者（占比為 63.4%），其次為 3 年以上者（占比為 18.7%）[421]，顯示實務整體上認為證交法違反行為具有當罰性及高度社會侵害程度。

然而，若以本罪為單獨所犯法條之人數及宣告刑為觀察[422]，從 2006 年至 2024 年間，判決確定之被告人數為 8 人，判處未滿 2 年者為 6 人，並且所有人均得緩刑，占比高達 75%。相較而言，我國實務對於單純涉犯本罪之人，似乎採取較為寬容的態度，甚至採取附帶轉向的措施[423]，此另一方面也顯示實務對於本罪行為人之社會侵害程度及當罰性不高的看法。當然，上述 2006 至 2024 年間之分析結果，係扣除本罪與其他例示條款想像競合的情形而來（此時，均以例示條款為論

---

[419] 賴源河、王志誠（2021），〈證券交易法上相對委託行為之認定基準〉，《華岡法粹》，70 期，頁 7。

[420] 李開遠，前揭註 388，頁 80-81。

[421] 參法務部法務統計網站（2022），《違反證券交易法案件統計分析》https://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebListFile.ashx?list_id=1780（最後瀏覽日：12/14/2025）。

[422] 參司法院裁判書查詢系統網站，https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/default.aspx（最後瀏覽日：10/18/2025）。本文以「證券交易法第 155 條第 1 項第 7 款」為關鍵字進行查詢，共計 86 則判決，單獨以本罪論罪之判決有 4 則，分別為最高法院 112 年度台上字第 4290 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 107 年度金上重訴字第 2 號刑事判決、臺灣高等法院 103 年度金上訴字第 50 號刑事判決、臺灣高等法院 99 年度金上訴字第 53 號刑事判決。

[423] 上開判決中宣告緩刑之 6 人，法院均諭知附有條件，例如向財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心支付現金（臺灣高等法院高雄分院 107 年度金上重訴字第 2 號刑事判決）、或向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供義務勞務。



doi:10.6342/NTU202600402

罪法條），不過此種情形亦更可證明本罪在司法實務上的實際運用頻率與重要性相對有限，即有檢討本罪是否有存續的必要。

因此，本文認為本罪所保護的法益過於抽象，僅屬維持體制運作的「制度性利益」，即便肯認其本身利益具有高價值（例如金融市場或秩序乃至於資本主義經濟所帶來的福祉及利益），仍是一種社會侵害性程度並不高的行為。因此係落在本文重構質的區別理論四象限指引中的第四象限，依照本文的主張，制裁方式避免重刑化固無庸論，亦應以秩序罰、或刑罰以外的替代制裁方式為之，較為妥當。

### 第二款 重構質的區別說對本罪正當性的建議

#### 第一目 立法論的建議

本罪的立法爭議，主要肇因於市場完整性（制度性法益）為出發點的法益主張，與投資者決策自主（個人法益）之間的緊張關係。由是觀之，本罪如要取得正當性，首先，社會要普遍認為該行為具有非難性，而取得社會的普遍共識的前提，除了行為人的主觀惡性評價外，必然需與該行為有造成一定的損害有所連結[424]，至少要有中間利益或中介事項，才能稱為具有法益適格性或法益關連性，方能讓社會普遍接受其可非難性。因此，承前所述，保護法益的中間利益應該是對於操縱市場的投資人造成一定的損害或危殆結果，才能容易取得社會的普遍共識，認為經濟秩序已受有損害或具有危險。

其次，如有其他替代的制裁手段即可達成實效性（不論是威嚇或是預防，或

[424] 操縱行為必須達到何種程度，才能被歸納為影響證券市場正常運作的程度之問題，有學者認為，市場效率之區別標準為證券市場股價反映資訊之程度。此時，操縱者欺詐市場之主觀要件更顯重要，重點不在個別受害者之委屈，而是懲治竄改市場正常原貌之操縱者。縱然行為金融學（behavioral finance）在一定程度上質疑效率市場假說之假設，惟效率市場假說仍足以解釋操縱股價行為，必然以操縱者使投資人受到虛假、錯誤之引誘為必要處罰條件。參徐珮菱，前揭註 398，頁 176-177。不過，本文雖贊同該學者對於行為人主觀要件的關注，惟仍認為客觀上仍需達到影響證券市場正常運作的程度始有入罪化之必要。



doi:10.6342/NTU202600402

是兩者兼備），則刑法做為備位性質的最後手段，立法上的選擇應以其他替代制裁手段為優先。最後，專業判斷的行政機關至為重要，尤其是操縱行為多樣化，行政機關所擁有的專業性、彈性與機動性（不論在人力資源上以及主動積極面上，更重要的還有行政績效的誘因），絕非司法機關能比擬的，如果要達成該行為所欲規制效果，其功能適足以分配於行政機關者，則司法機關是無從代勞的。因此，前述所提及日本的「課徵金制度」及英國的「無上限罰鍰制度」，即可由主管機關（金管會）直接課處與不法利得連動的秩序罰鍰，填補目前秩序罰與刑罰間所存在的巨大鴻溝[425]。

綜上，以本文的觀點出發，本罪在立法論上可有兩種取徑：第一，本罪的現行規定，並無實證證立其在一般通念係具有違反倫理性的刑事不法行為，通不過本文所主張的重構質區別說的檢驗，並不具有當罰性，故而應予以廢除。第二，若要繼續維持本罪概括條款的架構，前提應先建立在例示條款（即 1 到 6 款）無法涵蓋時的補充條款，並且該概括或補充條款需達到特定危險的門檻或閾值，始得予以入罪化。舉例言之，除將實務見解所採之主觀要件明文化外，亦應增訂對於市場投資人或交易制度造成一定損害結果、或發生具有經驗法則上高度危險的客觀構成要件，始能接近本文的主張。另外，亦有學者主張應授權主管機關頒布行政命令讓概括條款加上客觀上之要件之方式為之，並認為如此一來可彌補列舉規定的不足，一來以主管機關頒布行政命令的方式較修改法律具機動性，較能迅速反應市場上操縱行為的變化[426]，不啻為立法上之參考作法。

---

[425] 甚至有學者提出委由技術性預防可能性或相關領域的民法規定來處理。參 Roland Hefendehl 著，馮聖晏譯（2012），〈市場濫用法的新發展－抑或：論刑法的現況〉，《世新法學》，14 卷 1 號，頁 186。該學者認為理由係「雖然我們沒有根本性地拒絕用刑法來保護集體法益，但也不想膨脹地使用法益保護的思維而減損法益保護的聲譽」。

[426] 郭大維，前揭註 402，頁 101。例如藉由法律明確授權主管機關，根據市場實證數據，以行政命令或指引的方式，定期公布「足以引發刑事不法」的客觀行為量化指標。如此既能保持規範的彈性（主管機關可隨市場變化調整標準），同時賦予司法解釋一個明確的參考基準。當然，此處可能有違明確性原則的疑慮，並且仍有另外討論是否符合行政從屬性原則的必要，不過更顯現此領



doi:10.6342/NTU202600402

第二目 解釋論的建議

承前文所提到的抽象危險犯的限定解釋方向，立法論與解釋論本應相互呼應，前者提供規範設計的內涵，後者則在適用上尋求平衡，本罪在解釋論上，也應儘量趨於上述立法論的方向，例如上開實務見解就主觀要件所採的限縮解釋，即符合本文所主張的重構質區別說的要求。此外，本罪在客觀構成要件要素限縮解釋的要求，本文認為本罪構成要件中，所謂「影響集中市場有價證券交易價格」中，即可有進一步討論及補充的機會。

進一步言之，「影響」與「影響可能性」二者間本具有關連性，於解釋時即可以此構成要件要素為基礎，導入適性的成罪要件，要求有量化指標及閾值設定的可能性，例如異常的成交率或取消率、相對成交量等，而該比例或數量應經實證數值的累積及市場運作的經驗結果，可估算出該閾值設定的具體區間或數字，提供解釋者判斷是否「影響」交易價格的依據，此亦為本文所提出之重構質區別說的四象限指引時曾提及解釋基準。我國實務亦有見解主張，本罪在「客觀上仍應審酌行為人之行為，是否使交易市場上有價證券之市場價格以異於正常供需方式而改變」[427]，即相當接近本文此處之見解。

## 第四項 本節結論

從本節的討論結果，可得出本罪在立法政策上，除了與例示規定的扞格之處外，其本身規定亦因有所缺失，以致於最高法院需自行增加不成文的主觀構成要件，讓本罪不失其存在正當性，此見解縱然有逾越構成要件之範圍，仍為學說所

域為行政不法與刑事不法交錯的模糊特徵，而有以謙抑原則節制使用刑罰的必要。

[427] 參臺灣臺中地方法院 100 年度金重訴字第 381 號刑事判決。另亦有判決認為本罪「除應審酌行為人主觀上有無違反證券交易法之犯意外，更應審酌行為人行為，是否已經有害於證券交易市場上發展國民經濟及保障投資之情形，否則將妨害證券交易市場正常交易行為」，應為類似之主張，參臺灣高等法院 96 年度上訴字第 1907 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 100 年度金上訴字第 764 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

支持。不過，不論最高法院或是多數學說，均未意識到本罪在規定上的問題核心，恐怕是立法者將一個本質上可能僅屬「行政不法」（單純影響價格，但無欺騙意圖或是難以直接轉化為可驗證的個別法益侵害）的行為，直接歸於刑事不法的領域內的結果。再加上我國並無日本課徵金制度或英國無上限罰鍰的強力行政制裁的設計，造成司法者在現行制度下只得上述方式因應。

本罪源自於行政監理條款、後轉以刑罰做為制裁手段，並以概括規定做為例示條款之補充；然操縱與投機在行為目的上高度相似，加以本罪法定刑甚重，若無具體的入罪理由，以及更嚴密之構成要件與適用基準，即有存在擴張入罪之高度風險。經過本節的討論，本罪作為一款禁止市場操縱的「概括條款」，在立法結構、實務適用與理論正當性上均存在重大缺陷。

首先，本罪僅禁止「影響交易價格」的行為 ，使得合法的「投機」與惡意的「操縱」難以區分。相較於德、美等國立法例強調「欺騙性」或「詐術」為操縱行為的核心，本罪因缺乏此類實質要件，使其本質更接近「形式犯」，而非具備實質法益侵害性的「危險犯」。再者，本罪在通說上所宣稱保護的「市場機能」、「效率與公平性」等法益，因過於抽象難以具體找出中間利益，更遑論其規定在本身法體系內部的矛盾與扞格，致本罪的入罪化顯得不當。

由於立法規制所存在上述的模糊與矛盾性，造成我國實務被迫在解釋上自行增加「不成文的主觀構成要件」，並認為此方式係合憲性解釋的運用。此種解釋雖然有助於避免刑罰過度擴張，但也不免流於司法造法、招致違反立法者意思的權力分立原則的批判。依本文之探討，其根本仍在於本罪立法者在設定當罰性時的重大瑕疵所致，亦即本罪是一種在並未清楚認定保護法益為何、以及未釐清行政不法與刑事不法的前提下，基於嚴罰化思想的立法模式，以致於本罪具有形式犯的本質，而有違反刑法最後手段性要求的疑慮。

無論如何，就一項非核心刑法的刑事規定而言，於討論其制裁方式及正當性



doi:10.6342/NTU202600402

時，具有行政不法與刑事不法區辨的自覺，實至為重要[428]。本文運用重構質的區別理論，將本罪定位於應由「秩序罰」或替代制裁（如日本的「課徵金制度」）處理的範疇，故應予除罪化。若要入罪化，在立法上則應增加符合閾值檢驗的門檻，以符合法益侵害及當罰性的要求，本文的建議例如在主觀要件上加入惡意（欺騙）意圖，客觀上則增加「造成一定損害結果」或設定「特定危險的門檻或閾值」（如主管機關可訂定異常成交率等量化指標）為宜。而在解釋論上，在依本文重構質的區別理論主張進行修法前，使用重構質的區別理的標準，法院應繼續採用之前所提出之限縮解釋見解，並且考慮在客觀要件上，將「影響價格」解釋為必須達到特定「量化指標」或逾越「閾值」（如異常的成交率或取消率），以證明其已達到「異於正常供需方式」的影響程度，始為妥當。

綜合證交法的分析顯示，當法益越抽象，刑罰的界線就越容易模糊，並且在將原先係行政不法規制的領域跨越至刑事不法範疇的過程中，更是需要縝密的分析及設計。另外產生的疑問是，在涉及基本人權衝突的個資法領域，刑罰的介入、亦即行政不法與刑事不法間的界線又該如何拿捏？

## 第四節 個人資料保護法第 41 條

個人資料保護法（以下簡稱個資法）所保護之法益，相較於前兩節所提及之環境法益及經濟法益而言，表面上並非純然集體性的抽象法益，未必能完全比照環境或經濟法益的處理方式，不過實質上仍有值得討論之處。個資法第 41 條（以下簡稱本罪）係自 2016 年施行迄今，然而本罪於 2012 年開始施行時，原條文規定並不具營利意圖者亦構成犯罪，惟於 2016 年再次修正時，立法理由卻認為「行為人非意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益……因其可受非難性之程度較低，原則以民事損害賠償、處以秩序罰為已足」，反之，若超出此要件，

[428] 此處亦可從日本及英國就操縱市場行為規制，大量採取行政制裁方式可見一斑。



doi:10.6342/NTU202600402

則其非難性即顯著提高，是立法理由似以行為人之主觀意圖做為判斷刑事不法內涵之門檻或適性要件。

再者，本罪之客觀上的行為態樣，亦有可能構成個資法第 47 條之秩序罰規定。因此，本罪之不法內涵，可謂係處於行政不法與刑事不法之交錯領域，故有以本文所主張的重構質的區別理論檢視的可能性。本文以下將以實務較常見之行為人為非公務機關而觸犯本罪之情形為討論中心。

## 第一項 本罪之特性及與外國立法例之比較

### 第一款 立法目的的觀察

不論是個資法的前身「電腦處理個人資料保護法」，或是現行的個資法，其立法目的均提及係「避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用」，因此，可知個資法的立法目的，係為了追求兼顧「人格權保護」及「個人資料之合理利用」的衡平而訂定。

立法目的中的「人格權」究指為何，在立法過程並未明示。一般而言，人格權乃是極度概括之權利，因此，仍有必要進一步確定該所謂「人格權」的內涵，才能在解釋上順利適用個資法所訂之規範，尤其是刑罰規定是否符合罪刑相當性原則[429]。既然立法者並未明示，即只能藉由分析司法實務的解釋及操作，視有無線索可循。

我國司法院大法官在同為個資法所定個人資料之一的「指紋」案例中，於釋字第 603 號解釋主張：「隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障……其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，

[429] 潘怡宏（2012），〈論個資法第 41 條第 1 項違法侵害個資罪之保護法益〉，收於甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下冊）》，頁 513-514，承法。



doi:10.6342/NTU202600402

並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權」[430]。另外，在個資法所定個人資料中的特種個人資料即「健保資料」案例中，大法官亦再次於憲法法庭 111 年憲判字第 13 號判決中確認：「憲法第 22 條保障人民資訊隱私權……資訊隱私權保障當事人原則上就其個資，於受利用之前，有同意利用與否之事前控制權，以及受利用中、後之事後控制權……事後控制權之內涵並應包括請求刪除、停止利用或限制利用個資之權利」。

如上所述，我國實務主張並非以人格權為基礎，而是以憲法 22 條保障隱私權出發，先以此證立資訊隱私權之存在，進而再推導出「資料自主控制權」（或資訊自決權）。

### 第二款 保護法益的爭議

雖然我國實務係以隱私權出發，而認為個資法所涉之保護法益係資料自決權。不過，學說關於本罪可能的保護法益仍有爭議，所討論的數種主張可分敘如下。

一、人格權·隱私權說

人格權或隱私權說認為，參照前揭大法官解釋及憲法判決的意旨，無疑是建立在個資法所揭示以人格權保障為核心的立法目的，並以之作為本法的保護法益。即使有提到資訊自決權，其基礎亦是從隱私權而來。依照人格權·隱私權說的主張，個資法所保護之個人人格利益，係基於人性尊嚴、保障個人人格之自主與完整性理念，所導出之個人對自己資料之自主權。論者認為係因如自己之個資他人得任意蒐集或利用，將使個人言行、活動受到監視掌控，形同生活於他人目光下，對個人造成精神上壓力；可能因畏懼他人之批判或為符合大眾之期待，而導致自我壓縮活動、表現之空間，致該當個人人格自主性、完整性受損害[431]。

---

[430] 另可參照釋字 585、631、689 號解釋，均是相同之推論。

[431] 范姜真媺（2013），〈個人資料保護法關於「個人資料」保護範圍之檢討〉，《東海大學法學研究》，41 期，頁 103。



doi:10.6342/NTU202600402

二、資訊自決（控制）權說

上述由隱私權推導出「資訊隱私權」，進而作為個人資料保護法益的見解，有論者認為如此係混淆同屬憲法一般人格權保障範圍的隱私權與個人自決權的界線。其認為隱私權的核心概念乃在保障每個人都可以有一個「合理隱私期待」的私生活領域，至於經當事人自行公開於外部的個人資訊，雖然不會因當事人公開後即對之喪失控制權，但對於業經公開之個人資料的處分權，似不應再屬於資訊隱私權保障的範圍，而是屬於個人資料的「自主決定權」所應加以保障的領域[432]。進而言之，當事人若無法對公、私機構蒐整處理的個人資料之正確性或以及其可能的使用方式或範圍作有效的掌控，該個人資料的擁有者，勢必會因其個人資料掌握於他人之手，自己卻無能管控而感受到心理上的壓力，進而影響其個人的行為[433]。

本文認為上述「資訊自決權」說雖然有稍有提示其與「人格權／隱私權」說的區別，但對兩者各自的侵害樣態與評價基準（何時仍屬隱私、何時轉入資料控制），尚欠缺更具體的分流指標，不但在立法論上容易混淆，解釋上因此也更為困難。

三、保密義務（關係）說

有論者批評所謂「個人資訊自決（控制）權」的想法，其認為資訊作為一種財貨，原本就具有公共財的性質，因此難以適用從「占有」轉向「所有」這類對排他性財產所設的權利賦予方式，對其事前設定權利也存在困難，因此有論者認為所謂「自決（自己控制）權」作為權利係有其缺陷[434]。

---

[432] 潘怡宏，前揭註 429，頁 540-541。

[433] 潘怡宏，前揭註 429，頁 526。

[434] 林紘一郎（2013），〈「個人データ保護」の法益と方法の再検討：実体論から関係論へ〉，《情報通信学会誌》，31 巻 2 号，頁 81-82。其特別舉出有數點重大的缺陷，例如（1）控制只是保護的手段，並非保護的內容或權利本身；（2） 資訊與資訊主體之間的關係多樣，難以模式化；（3）誤解可以在事前將權利內容詳細設定至細節；（4） 事實上並無任何保證可技術性地實現資訊控制的



doi:10.6342/NTU202600402

因此論者即以英國 confidentiality（保密義務）的法理為依據，將資訊的規制以「關係」的角度加以理解，本文稱之為保密義務（關係）說。此說主張重點如下：「資訊」本身就可理解為「關於某事的消息」及「降低對其他事物不確定性的說明」，因此是一種重視「關係」的概念。因此如英國法在私法框架內處理資訊問題，但將法律責任的重心放在真正實際負責處理個人資料的法人（例如公司）上，而非單純界定為個人對個人的關係，此方式較容易處理爭議[435]。

四、自由權說

自由權說的內容，係將隱私利益理解為「免於社會評價的自由」的學說，論者認為此說具有可以明確區分「名譽」與「隱私」的優點，另一方面也能克服「資訊自決權」的弱點，其認為該說易將本質上無法控制的資訊視為如財產般可以加以管理與支配[436]。本說認為刑法所保護的個人資訊可分為兩種類型，而係基於以下兩種利益概念做區分：一是「免於社會評價的自由」，二是免於對個人生活的不當干預與介入的自由。結論為針對個人資訊的侵害行為，可被定位為對精神性自由（freedom of mind/spiritual liberty）之侵害行為，即對於精神自由的犯罪[437]。

上開四種主張各自具有相當的說服力，不過，主要圍繞在隱私權及自決權與自由權對立之爭議，似乎都未提到個人資訊的誤用或濫用，對於可能的財產或集體性系統受損害（例如巨量不當利用個資，造成對於交易市場甚至政治利益的影響）時，此時的法益定位為何的問題。

---

有效性；(5) 容易傾向於防止隱私侵害，反而有可能妨礙資訊的順利利用；⑥若徹底實行控制，會使其呈現出類似財產權的強烈排他性，可能引發副作用（如租稅天堂等現象）。

[435] 林紘一郎，前揭註 434，頁 87。

[436] 佐藤結美（2017），〈個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（5）〉，《北大法学論集》，67 卷 5 号，頁 454-453。

[437] 佐藤結美，前揭註 436，頁 451。



doi:10.6342/NTU202600402

### 第三款 適性犯？

本罪規定中因有所謂「足生損害於他人」的構成要件，學說多將之歸類於危險犯中的「適性犯」規定[438]。通說認為傳統抽象危險犯與具有此適性要素的犯罪之間的區別，在於前者已由立法者基於某一行為類型就原則、類型上的危險性作預設，相對於此，而後者一般而言則將是否具有危險性之判斷留給法官裁量[439]。總之，論者認為其特徵在於：立法者無法於立法時對行為所帶來的危險性進行判斷，而需委由法官在個案中進行具體斟酌，可說是一種彈性的立法形態[440]。本罪既有此種規定，也許係立法者對於回應本罪保護法益具有模糊性的結果，亦顯示其性質介於行政不法與刑事不法之間。

### 第四款 與外國立法例之比較

#### 第一目 英國立法例[441]

英國的「2018 年資料保護法（Data Protection Act 2018）」中，包含了三個獨立的資訊保護制度：關於一般個人資訊處理的規範 UK GDPR、為執法機關設立的個別制度，以及為三個情報機關設立的獨立制度；此外並規定了作為獨立第三方機構的資訊保護監督主管機關—資訊委員會（Information Commissioner's Office，ICO）的職能和權限。在UK GDPR 中針對事業者規定許多關於個人資訊處理及移

---

[438] 參李茂生（2016），〈食品安全衛生管理法下的攙偽、假冒—一個比較法上的省思〉，《法令月刊》，67 卷 10 期，頁 38；徐育安（2014），〈資訊風險與刑事立法〉，《臺北大學法學論叢》，91 期，頁 139。李茂生並認為雖然此為德國法上的概念（稱之為構成要件行為的適格性），但日本法亦有相同概念，稱之為構成要件行為的定型性。

[439] 謝煜偉，前揭註 15，頁 70。

[440] 謝煜偉，前揭註 15，頁 74；徐育安，前揭註 438，頁 139-140。

[441] 以下整理自日本貿易振興機構（ジェトロ）ロンドン事務所海外調査部（2022），《「英国一般データ保護規制（UK GDPR）」実務ハンドブック》，頁 2-8，載於 https://www.jetro.go.jp/ext_images/_Reports/01/b0226c404f93f434/20220001rev2.pdf（最後瀏覽日：12/14/2025）。



doi:10.6342/NTU202600402

轉時應遵守的義務，並且於違反義務時課以極高之制裁金（罰鍰）。

第二目 法國立法例

法國則於 1978 年的「資訊處理、資訊檔案與諸自由相關法律」規範了個人資訊的適當處理規定。除刑罰外，並由獨立的第三方機構 CNIL（Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés）進行監督個人資訊的處理，CNIL 可以對個人資訊處理的責任人發出停止違規行為的催告；並且，對於未遵從該催告的個人資訊處理責任人，CNIL 則有權課處金錢制裁。CNIL 的年度報告書曾指出，由於 CNIL 相較於法院在資訊保護方面具有更高的專業性，處理個人資訊的事業者多對 CNIL 的監督保持合作的態度，而實際遭受金錢制裁的情形，大多僅限於極為惡劣的案件。因此在法國，相較於刑罰，CNIL 所行使的制裁手段對於個人資訊的保護更為有效[442]。

第三目 德國立法例

在德國，聯邦資料保護法及各邦的資料保護法各自對個人資料的適當處理作規定，並設有對侵害行為的罰鍰規定與刑罰的規定[443]。針對聯邦公部門對個人資料的處理，由「聯邦個人資料與資訊自由保護監察官」負責監督；而針對各邦轄內的民間部門，監督體系則依各邦而異。不過實際上只有在造成大規模損害，或違反行為反覆發生等惡劣的案件，才會科處罰鍰，至於科處刑罰的案例幾乎未見實例。論者認為多數處理個人資料的事業者，對於監督機關如監督部門或獨立委員會的業務，普遍採取合作的態度[444]。

[442] 佐藤結美（2017），〈個人情報の刑法的保護の可能性と限界について〉，《刑法雜誌》，56 卷 2 号，頁 171-172。

[443] 佐藤結美，前揭註 442，頁 172-173。

[444] 佐藤結美，前揭註 442，頁 172-173。



doi:10.6342/NTU202600402

## 第二項 本罪在該法體系上及實務上適用之觀察

### 第一款 同法體系上之觀察

#### 第一目 與同法第 47 條之比較

對於自然人而言，違反個資法第 19 條或第 20 條第 1 項之規定而為個人資料之蒐集、處理及利用者，除了可能涉及本罪外，也可能涉及同法第 47 條之秩序罰規定。不過二者的區別在於，刑事罰較秩序罰多了「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」及「足生損害於他人」的構成要件。

由上可知，立法者欲透過秩序罰原有的構成要件之外的主觀及客觀要件，賦予本罪當罰性的基礎及區別標準，然而，至少實務運作時，在主觀要件上也曾有不同的見解，直至後文所提及的大法庭裁定方有定論，因此，此一立法者預設的區別標準，實際運作上恐並未如其預期般明確。

#### 第二目 同法第 51 條第 1 項第 1 款之影響

就個人為蒐集、處理或利用他人之個人資料的情形，個人資料保護法第 51 條第 1 項第 1 款規定「自然人為單純個人或家庭活動之目的，而蒐集、處理或利用個人資料」，即不適用本法規定，亦即如本罪行為人所涉屬於個資法第 51 條第 1 項第 1 款之情形時，即得阻卻不法。

考察個資法第 51 條第 1 項第 1 款之立法理由為「有關自然人為單純個人（例如：社交活動等）或家庭活動（例如：建立親友通訊錄等）而蒐集、處理或利用個人資料，因係屬私生活目的所為.....恐造成民眾之不便亦無必要」，另外，實務上亦曾主張所謂「家庭活動」應係指「一般家庭通常可能為之單純家庭活動，非謂牽涉家庭事務，即可認為屬家庭活動」[445]。而事實上，在個資法施行後，法

[445] 參臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 261 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

務部就多次依據上述規定作成相關函釋，明確表示自然人在網路上（例如「臉書」）公布親友照片或影片，或自然人將第三人之電話提供予友人等情形，並無個資法的適用[446]。

然而，隨著網際網路的發達，人際間的溝通有更多便利性的社群網路及通訊軟體後，蒐集、處理或利用個人資料也隨之容易化，就個人而言，私生活與公眾間的交流界線也日趨模糊，則一旦本罪的行為與個資法第 51 條第 1 項第 1 款發生交錯時，要以何基準做為判斷，即有疑問。舉例而言，實務曾有行為人利用社群軟體 facebook（以下簡稱臉書）蒐集到告訴人聯絡電話之方式，再將該告訴人之電話公佈於通訊軟體 LINE 群組裡，而判決認為係屬於自然人之私生活目的所為，屬於一般家庭活動者，故不構成犯罪[447]。另有實務認為行為人使用告訴人之臉部照片、學歷及現居地等資料，登載為臉書帳戶之使用者資料，繼而將之公開而使用該臉書帳戶者，如此已造成告訴人日常生活及人際關係之困擾，並非單純「個人活動」，故仍構成本罪之見解[448]。相對而言，後者之行為人之行為更接近於個人於私生活所為之行為，卻未如同前者般排除本罪之適用，實務之判斷基準確值得探究。

此處，我國實務似乎並非以行為人之客觀行為為判斷基準，而多係以其主觀犯意為判斷依據，認定的公式用語通常是行為人「其行為具有惡意性，而非出於正當或純粹之目的，明顯脫逸個人資料保護法第 51 條第 1 項第 1 款所指『為單純

[446] 劉定基（2020），〈個人資料保護法〉，《月旦法學教室》第 218 期，頁 60。

[447] 參臺灣高等法院 112 年度上訴字第 2765 號刑事判決，不過該判決並未直接引用個資法第 51 條第 1 項第 1 款做為阻卻事由，但本文認為無罪之主要理由，係並未侵害告訴人主觀上合理期待之隱私之見解，應可歸於該款之規範目的內。另外，臺灣新北地方法院 112 年度訴字第 666 號刑事判決認為，「關於告訴人婚姻、家庭、教育、醫療、性生活、財務情況等告訴人之個人資料，均係被告與告訴人交往期間而知悉之資料，換言之，係被告單純個人社交生活而知悉之資料」，並在第三人主動關心詢問下，而被動透露予第三人，係個資法第 51 條第 1 項第 1 款之適用範圍。

[448] 參臺灣高等法院臺中分院 105 年度上訴字第 1070 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

個人活動目的』之範疇」[449]。然而，將不法內涵僅訴諸於主觀要素，不僅缺乏可供檢驗的客觀標準，更凸顯我國實務對於行政不法與刑事不法區別的意識模糊，未能區辨二者本質差異的問題。

### 第二款 實務之特殊解釋

關於本罪規定之主觀構成要件即「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」，其中之「利益」，是否僅限於財產上之利益？實務向來有肯否二說。不過，最高法院刑事大法庭 109 年度台上大字第 1869 號裁定則採否定說的見解，系爭裁定之理由大致為：個資法於本次修法過程中，並未採納行政院將舊法第 41 條第 1 項除罪化之提案，係立法者有意區別。此外，「意圖損害他人之利益」者，即此行為人之目的在於造成他人之損害，此與「意圖營利」之意義截然不同，再從個人資料保護法之立法目的原係為避免人格權受侵害以觀，此部分應不限於財產上之利益。不過，關於「意圖為自己或第三人不法之利益」之「利益」，經與舊法之規定比較應循原旨限縮解釋為財產上之利益。

然而，系爭裁定亦有法官提出部分不同意見書[450]，其認為本罪主觀構成要件中的「利益」，均應限於財產上之利益。其主張概要如下：立法者顯有意限縮非法使用他人個人資料之刑事處罰範圍，因此主觀構成要件中之「利益」，為目的性限縮解釋，均限於「財產上之利益」，以符修法意旨。多數意見就主觀要件採取「區分說」見解，除論理形式上之瑕疵外，尚難以合理說明將輕微行為除罪化（即個資法第 51 條）之立法目的，以及如何區別單純個資利用之困難。此外，適用範圍應限縮於損害財產上利益，可避免壓縮個人自由與產業創新。最後，依刑

[449] 參臺灣苗栗地方法院 111 年度訴字第 485 號刑事判決、臺灣苗栗地方法院 111 年度訴字第 437 號刑事判決、臺灣桃園地方法院 110 年度訴字第 1275 號刑事判決、臺灣高等法院 104 年度上易字第 2391 號刑事判決。

[450] 梁宏哲法官之部分不同意見書參照。



doi:10.6342/NTU202600402

法謙抑思想及最後手段性等刑罰正當性原則，並慮及司法資源之有限分配及資訊社會之發展潮流，及兼顧對憲法言論自由基本權之保障，均應目的性限縮於財產上利益。

雖然系爭大法庭裁定解決了部分爭議，但針對「損害他人利益」之「利益」，其範圍為何？仍未有明確的定論。其次，相對於主觀要素，客觀構成要件要素中的「足生損害」，實務通常係以「係指他人可受法律保護之利益，因此有遭受損害之虞，不以實際發生損害為要件，惟客觀上仍須足認該不法行為將有使保護法益遭受侵害之風險」[451]，並未見實務多加闡述其具體標準及內容，而所謂「可受法律保護之利益」，其範圍似乎過於寬泛，雖然此也反映了實務見解對於個資法益以人格權為基礎的觀點，然不免流於恣意及過度入罪化的傾向，甚至架空了本罪原有的「適性犯」的限縮刑罰設計。

## 第三項 重構的質區別說對本罪的檢討

### 第一款 本罪在重構質的區別說的定位

從法益角度來看，不論係採取前述法益理論的哪一項法益主張，都可見到該保護法益確係與個人有關，相較於前述二節的環境法益及經濟法益而言，更可以直接認定係一種具有高度價值的利益[452]。

而從社會侵害的程度觀察，相較於本文以實務量刑傾向做為判斷前述的環境法益及經濟法益的侵害程度，由於個資法益不同於前述二項法益的特徵，則以量刑傾向作為判斷依據即有失準的可能。不過，分析我國實務中所涉及的案例類型，行為人多半是一般個人而非業者或組織，此即有進一步討論的必要。雖然一般個人確實有可能透過本罪的行為對他人造成損害，然而，正如論者所言，個人資料

[451] 僅參最高法院 112 年度台上字第 680 號刑事判決。

[452] 不過，本文在後文仍會進一步討論個資法所保護的法益內涵。



doi:10.6342/NTU202600402

保護法制的建構主要仍在處理具組織性、系統性的資料蒐集、處理或利用行為，論者認為此由個人資料保護法是對資訊生命週期（information lifecycle）的整體規範可以得知。如果在個案中，過度聚焦在個人的單一行為（特別是單一的資料「利用」行為），忽略了行為人在資料蒐集、處理等階段，其實原本就不在個資法所適用的範圍（例如：向資料當事人告知、允許資料當事人行使查詢權），恐怕是不當擴張了個人資料保護法的打擊範圍，也侵蝕了其他法律的存在基礎[453]。更何況，在自然人非出於職業或業務目的，或非係有組織、系統性蒐集、處理或利用個人資料的情形，即使是在網路上針對不特定人散布含有他人個資的內容，仍有主張個資法中排除適用條款的空間[454]。

本文亦贊成此見解，尤其是本罪規定並不區分一般個人資訊或機敏資訊均同受處罰，且在實務於本罪主觀意圖要件的寬鬆認定的背景下，本罪在社會侵害性程度上極有可能落入程度較低的光譜，因此本罪係屬第四象限的範疇。亦即，本質上違反個資法行為仍係行政不法的領域，基本上依行政手段規制即為已足。換言之，如同本文重構質的區別理論所主張，若要進入第一象限的入罪化範圍，則必須通過雙重門檻的檢驗，才有可能進入刑事不法的守備範圍內。

### 第二款 重構質區別說對本罪正當性的建議

#### 第一目 立法論上的建議

如前所述，個資法的規制基本上係屬行政不法的範圍，而究應如何設計刑事制裁的要件？本文認為仍要從個資的保護法益開始檢討。

正如論者所批評，以個人的自主決定權或自我認同作為隱私權的共通定義並

[453] 劉定基，前揭註 446，頁 65-66。

[454] 簡至鴻（2022），〈個人資料保護法第 41 條「違法侵害個資罪」之基本課題─以最高法院 109 年度台上大字第 1869 號刑事裁定的檢討為契機〉，《刑事政策與犯罪防治研究》，32 期，頁 170。



doi:10.6342/NTU202600402

無太大意義。由於基本上每種人權的核心都與自主決定權相關，若沒有一個相異於其他權利的保護利益存在，則隱私權並無獨立存在之必要。因此，僅以自主決定權作為隱私權概念的內涵，將無法與他項人權為有效區隔，並因此斲傷隱私權的存在價值[455]。誠如斯言，則以隱私權或資訊決定權做為保護法益，必定有其因為過於抽象而無法對焦、以致無從確認法益保護範圍而導致當罰性模糊不清的結果，此也可由我國立法及現行實務運作上所發生的問題可獲得印證。

此時，依木村草太整理美國法院實務在隱私權中所討論的個人資訊可資參考。其將此處的個資整理為（1）貶損社會評價的資訊、（2）令人心生痛苦的資訊[456]、（3）誘發違法行為的資訊[457]、（4）會被差別待遇的資訊[458]等 4 種類型，並認為上述個別種類的資訊被公開或利用，其所侵害的法益也各有差異[459]。進一步言之，其認為關於（1）係與個人評價相關的資訊，應由名譽權加以保護。至於（2）則是隱私權的核心保護對象，（1）與（2）結合則屬於機敏資訊的範圍，若未經同意即被他人知悉，將導致本人不樂見的評價，並基於此評價形成人際關係，進而造成心理上的痛苦。至於（3）因為並非係資訊被知悉所產生的主觀上心理的痛苦，而是應從「究竟會對生命、身體、財產、平穩的生活環境等，引發出何種程度的危險」此一客觀觀點，來劃定其內容，因此或可稱之為「資訊安全權（right to information security）」。最後，（4）則並非因「知悉」，亦係因「利用」始產生權利侵害的資訊[460]。

---

[455] 張陳弘，(2018)，〈新興科技下的資訊隱私保護：「告知後同意原則」的侷限性與修正方法之提出〉，《臺大法學論叢》，47 卷第 1 期，頁 241。

[456] 亦即僅僅是被他人知道就足以產生心理上痛苦的個人資訊。參木村草太（2025），〈プライバシーと差別〉，《東京都立大学法学会雑誌》，66 巻 1 号，頁 74。

[457] 例如住址或信用卡密碼。參木村草太，前揭註 456，頁 76。

[458] 例如同性戀的性傾向。參木村草太，前揭註 456，頁 77。

[459] 木村草太，前揭註 456，頁 77。

[460] 木村草太，前揭註 456，頁 89-90。



doi:10.6342/NTU202600402

從木村的上述分類，似乎可以看出目前個資法制爭議的源頭，亦即我國法制欲將不同類別之個人資訊，強行以同一套規範予以規制，而導致有些地方保護不足，而有些地方又有過度入罪的疑慮。進一步言之，藉由上述的分類所對應至我國個資法制所欲保護的法益：（1）與（2）所涉及的令人心生痛苦的資訊，進而影響被害人個人的行為，應屬於行為自由受侵害或有危殆可能所要處理的範圍；而（3）所涉及的個人資訊，由於其係誘發財產犯罪的關鍵因素；且相較於敏感性資訊，此類個人資料更具有公共財的性質。因此，本文認為本罪的保護法益應包含自由及財產法益，而各自有其保護的對象及範圍，如此一來，較之通說的隱私權或資訊自決權更為具體，藉由明確特定侵害或危殆化的對象，也不會因隱私權或自決權的擴大當罰性的範圍。

承上述之分類，本文認為我國個資法規定可歸於（1）者，主要包括「犯罪前科」，以及「職業」、「教育」、「社會活動」等關乎個人評價的資訊；可歸於（2）者，主要係特種個資中的「病歷」、「醫療」、「基因」、「性生活」、「健康檢查」等資訊。無獨有偶，不論是隱私權說或是資訊自決權說，如前所述都提到了不正利用個資的行為造成當事人心理壓力而其活動受到限縮的結果。其次，可歸於（3）者，主要對應到一般個資中的姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、婚姻、家庭狀況、聯絡方式、財務情況等資訊。職是之故，我國個資法所規定的個人資料即各自依其保護法益而具備不同的要罰性質，即可在立法論上取得其正當化之基礎。

釐清個資法益的問題後，在立法論上討論社會侵害程度時，由於本罪規定如前述社會侵害程度較低，需要能通過行為門檻檢驗者，應考量受影響之被害人的數量、資料敏感度與再識別風險、擴散範圍與能否有效回收或封鎖、持續期間與重製利用可能性、被害人行為自由之實質限制、直接財產減損或個人評價減損風險性等要件，共同成為計算閾值的內容，如此一來該行為態樣，在立法論上應傾



doi:10.6342/NTU202600402

向以「具組織性、系統性的資料蒐集、處理或利用行為」為其客觀要件，而排除一次性、偶發性等單一資料的利用行為[461]。

此外，得以組織性、系統性的蒐集、處理或利用資料者，通常攸關犯罪主體的問題。如同在日本的個人資訊保護法中規定，構成犯罪的主體被限定為個人資訊處理業者及其從業人員，因此有論者認為由於通常只有業者與其從業人員才有機會接觸一般人無法取得的個人資訊，若將主體擴張至一般人，將導致處罰範圍過度擴張，故立法論上的犯罪主體僅限於業者[462]，不過本文既將刑事不法的重點之一，置於具組織性、系統性的資料蒐集、處理或利用行為，則事實上行為主體就不見得要與日本立法模式相符[463]。

第二目 關於解釋論

一、關於本罪「損害他人利益」之「利益」所指為何？

關於本罪「損害他人利益」之「利益」所指為何？有論者主張「應排除單純侵害資訊自決權或資訊隱私權」者，認為行為人所欲造成的損害，應是非隨著「違法侵害個資」所必定出現之資訊自決權或資訊隱私權侵害，而是透過侵害個資進一步引發其他的利益侵害，例如生命、身體、自由、名譽或財產等[464]。有論者則主張仍應限於財產上利益，認為本罪應著眼基於商業目的而驅動有組織、系統的蒐集、處理或利用個人資料的行為，以及其潛在對於個人財務資訊安全乃至於遭侵害所導致的不利益[465]。而實務則多數認為「包含各種法律上所保護之利益，

[461] 同此見解，參簡至鴻，前揭註 454，頁 179。

[462] 佐藤結美，前揭註 442，頁 179。

[463] 例如若有專業的特定一人或數人駭客，亦有可能做到一般業者所為的巨量資料蒐集、處理及利用的情形，此時該行為人縱非業者，也應受到個資法的刑事規制。

[464] 薛智仁（2021），〈侵害個資罪之利益概念─兼評最高法院 109 年度台大上字第 1869 號裁定〉，《月旦法學雜誌》第 313 期，頁 71。

[465] 簡至鴻，前揭註 454，頁 166-174。



doi:10.6342/NTU202600402

自亦包含資訊自決權及資訊隱私權」[466]。

本文認為上述說法皆未體認到個資法所保護法益的區分必要性，亦即該保護法益本應區分為二，而本罪所規定的兩種意圖類型，即「為自己或第三人不法之利益」及「損害他人之利益」，則各自可對應到上述二類別的保護法益。進言之，前者與核心刑法中對於財產法益的主觀要件規制大致相符，因此與資訊安全有關者、亦即一般個人資訊，即屬此類別之利益，此亦與上開大法庭裁定認為前者之利益限於財產上利益的解釋相符。至於後者，則屬於無法歸類於前者，而屬於保護自由法益的範圍，其內容為令人心生痛苦的資訊，亦即「犯罪前科」、「職業」、「教育」、「社會活動」及特種個資屬之。本文認為如此區分可脫離該「利益」是否包括本罪所保護的資訊自決權及隱私權的爭議，亦可妥適解釋立法者對於同一法條中「利益」的涵攝範圍，並限縮適用範圍。

二、關於「足生損害於他人」之解釋

關於本罪的「足生損害於他人」的解釋，有論者認為因本罪的構成要件行為的性質，乃是「基本權侵害（或干預）的授權規定」，也就是依上開規定實行蒐集、整理、運用或傳遞個人資料的行為本身，雖然已侵害個人資料擁有者之「資訊自決權」，但因已遵循個資規定的法定條件而得正當化，因此未遵行上開規定所實施的蒐集、整理、運用或傳遞個人資料的行為，就已然對於他人的資訊自決權造成現實的侵害，而不僅只是「足生損害」於他人的權益而已，故認為是贅文而應予刪除[467]。

不過，正如本文前述對於本罪之法益保護的論述，僅以「資訊自決權」或基本權的角度解釋本罪，不是有所偏頗，就是有失寬泛。再基於本文所主張之重構

[466] 參最高法院 111 年度台上字第 3494 號判決、最高法院 113 年度台上字第 645 號判決。另有學者亦同此說，參劉邦揚（2022），〈個人資料保護的刑法問題－以數位足跡為例〉，《法律扶助與社會》，8 期，頁 188。

[467] 潘怡宏，前揭註 429，頁 549。



doi:10.6342/NTU202600402

質的區別理論的主張，個資違規行為既屬於行政不法的範疇，則只有在附加適性要件時，才有通過門檻納入刑事不法的可能。進一步言之，在適性犯的規定中，立法者規範的定型構成要件行為，不能僅符合法條的字面要求，還必須具體判斷該行為實行同時，考量行為本身與「行為時」的周邊情事，足可認定產生法益充分的危險性，才能成立犯罪[468]。因此「行為之具體危險」即是適性犯成立與否的判斷重點，亦即本罪的利用個人資料行為此構成要件行為，其具體危險的判斷（亦即判斷「足生損害於他人」時），應在於「行為時」的個人資料的性質、保護或查詢該個資所需之成本、可得預期的影響狀態及範圍、是否造成當事人法益損害狀態的升高等，才可以判定該構成要件行為有無足生危險適性[469]，滿足該危險適性的行為模式，始能該當本罪構成要件行為。

具體的解釋亦依法益的不同而為如下所述：當個資保護的法益在於自由時，則違規蒐集、處理及利用該類型個資的行為，必須視該行為時是否達於現實上被害人的生活上自由受限的損害升高，或至少可與該損害有所連結（危殆化）；而在個資保護的法益在於財產時，則需考慮違規行為人的行為，是否得以誘發被害人更高的財產上損害發生，並且該誘發的風險，必須超出通常為防止該財產損害所可容許之成本及範圍，始有入罪化之必要[470]。

三、關於本罪之主觀要件要素之「意圖」

---

[468] 許恒達，前揭註 379，頁 103。

[469] 正如 Andreas Hoyer 主張，適性犯雖不要求侵害結果，但仍不完全拋棄規範中所內含的被害關聯性（Opferbetroffenheit），亦即，主張基本上假定的、抽象的被害關聯性仍需充份，參謝煜偉，前揭註 15，頁 70。又如 Gallas 認為，適性犯之行為的一般危險性判斷，應以客觀事實與對該事實的自然科學知識為依據，因此，此代表可被事後檢證之客觀構成要件，在此範圍內，可謂為行為之「潛在的」結果無價值或危殆無價值的問題，參謝煜偉，前揭註 15，頁 72。

[470] 我國實務上曾有判決認為：「足生損害於他人係指行為人之行為，足以造成他人資訊自決權、資訊隱私權受到可『連結』、『還原』至現實生活的損害，包含透過侵害資訊自決權或資訊隱私權而連結、影響名譽權、隱私權、財產權或者其他法律保障之權利，亦無不可」，本文認為此判決亦係注意到本罪所涉保護法益過於概念化，而嘗試以適性要件做為具體限縮成罪之空間，雖與本文視角不同，但仍足參考，參臺灣雲林地方法院 112 年度原訴字第 3 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

本罪的主觀構成要件中有包括「意圖」，「意圖」係與「故意」層次相異的、另一重的主觀意思，通常意味著該罪是一種「目的犯」。在目的犯中，行為人的主觀心理事實，除具有一般故意犯所要求之「故意」外，還必須同時抱持著超越故意的「目的」的主觀要素（超過的內心傾向），亦即為了希望將來出現某種特定的法益侵害或危殆化效果、或邁向有此作用的下一步行動，才選擇現在做這件事的意思。因此，本文認為本罪的意圖可作為一種限縮故意犯適用範圍的立法模式[471]。

本文此處援引學說關於目的犯新型分類[472]之觀點，其中一種分類[473]的內容，係行為本身所存在的「實現目的之危險性」，或許可從行為遂行本身即認定具有實現目的之高度危險性，但也可能存在未達此程度危險性的情形。並且，由於法益侵害性的決定並非取決於行為本身的本質，故難謂行為與目的實現之間具有密切關連。此處的行為，可能是正當亦可能是違法的；此時「目的」之有無將導致處罰範圍的差異，其理由在於，法益侵害或危殆化的程度會因「目的」之有無而有所不同。因此，其內容不應被解釋為僅有「對目的實現的未必認識與容認」即為已足[474]，此分類下的「目的」理應被允許解釋為包含「意圖」與對於客觀事實

---

[471] 參黃宗旻（2023），〈毒品販賣意圖之認定—最高法院111年度台上字第254號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，137期，頁61；淺田和茂，前揭註130，頁125。因此，在故意犯的主觀要素所多加的意圖要素，有限縮故意犯成罪的功能。

[472] 目的犯在傳統上被分為二類，一係以偽造貨幣罪為首的「縮短之二行為犯」（以後行為為其目的之犯罪），以及以誣告罪為首的「斷絕之結果犯」（以結果為目的之犯罪），參伊藤亮吉（2015），〈目的犯における目的の内容〉，《刑法雜誌》，54 卷2号，頁199。

[473] 另一種類別係是「行為本身」與「目的實現」具有強烈關連的情形。例如，在偽造貨幣罪中，偽造行為本身被要求須達到足以使一般人誤信為真正貨幣的程度。若偽造貨幣已達此程度，考量到行使行為可由任何人為之，則無論行為人有無行使之目的，該偽造貨幣被置於流通的可能性甚高，故可認定偽造行為本身即具有侵害貨幣之公共信用的高度危險性。參伊藤亮吉，前揭註472，頁205。

[474] 伊藤亮吉，前揭註472，頁207。



doi:10.6342/NTU202600402

有「確定的認識」兩者[475]。本文認為由於個資法益的特殊性，意圖即適合歸類於此種類型。

因此，對於本罪意圖的解釋，行為人必須對於該不法或損害係具有意圖，並且對於客觀事實有確定認識，此外也強調係具有高度目的性的要求，而非僅是次要或附帶的結果[476]，若非如此，則應係行政不法的範圍，如此亦可畫清本罪與個資法第 47 條處罰範圍的界線。

四、善用個資法第 51 條第 1 項第 1 款之限縮解釋方式

個資法第 51 條第 1 項第 1 款係本法的除外規定，亦即即使該當本罪行為，如可適用該除外規定者即可除罪化，其對該款之解釋即有可能影響本罪之適用範圍。尤其係在目前使用網路之自然人為數眾多的現況，不論是社群軟體或通訊軟體，皆有可能以網際網路使用之方式而成為本罪的處罰範圍。

不過，論者認為由於在決定「個人或家庭生活」的範圍時，仍必須妥善考量個人資料保護與其他自由權利的平衡。如果忽略了網際網路的正面功能，一味限縮「個人或家庭生活」除外規定的適用範圍，將自然人絕大多數的網路活動都納入個資保護法制的規制範圍，恐易加深「重個人資料保護，輕言論自由或資訊自由流通」的扭曲後果[477]。由於現今的網際網路日趨發達，傳遞資訊方式亦倚重於網際網路及其工具，資訊數量及流通方式亦非以往的規模能比擬，因此，本文認為「個人或家庭生活活動」之範圍，亦應隨之擴大。

因此，個資法第 51 條第 1 項第 1 款的解釋適用，論者有謂參考歐盟「工作小

---

[475] 伊藤亮吉，前揭註 472，頁 207-208。

[476] 例如曾有判決提到，「關於個人資料保護法第 41 條規定『損害他人利益』之構成要件，如於個案中與個人言論自由相牽連者，則關於『損害他人利益』要件之解釋，仍應參照刑法第 311 條及司法院大法官釋字第 509 號解釋文意旨，以處罰具有真實惡意者為必要，否則個人資料保護刑罰條文之規定，將成憲法保障言論自由之化外之地，殊非立法之本旨」（參臺灣高等法院臺南分院 111 年度上訴字第 1525 號刑事判決），亦可視為係本文此處主張的換句話說，「真實惡意」與「侵害個資法益的高度目的性（而非附帶或次要目的）」應是一體兩面。

[477] 劉定基，前揭註 446，頁 65。



doi:10.6342/NTU202600402

組」的意見[478]，並自上述規定立法理由出發，不以是否獲有利益，也不應以個人資料傳遞的對象範圍作為「唯一」的判斷標準。換言之，只要自然人並非出於職業或業務目的，或有組織、有系統的蒐集、處理或利用個人資料，即使是在網際網路上針對不特定人散布含有他人個人資料的內容，仍有主張上述規定排除本罪適用的空間。如此才能真正發揮個資法的功能，維持個資法與其他法律的適用關係，也才能達成「避免造成民眾不便」的立法目的[479]。本文亦贊同此種見解，並將擴張解釋第 51 條第 1 項第 1 款作為本罪解釋論的一環。

### 第四項 本節結論

本罪作為行政刑法體系的一環，其規範位置恰位於行政不法與刑事不法的交錯之處。而依本文所主張的「重構質的區別說」，本罪的規範本質落在四象限指引中的「高價值、低侵害」的第四象限，其本質上仍屬行政不法的範疇，應優先以行政手段規制。立法及司法解釋者不察，才讓本罪的「利益」、「足生損害」及「意圖」的構成要件設計及解釋偏誤，並讓同法第 51 條第 1 項第 1 款之限縮條件被架空。

因此，透過重構質的區別理論的重新檢視，若立法者仍欲以刑罰介入此類行為，使其通過行為門檻至第一象限的刑事不法領域，則必須在立法論與解釋論上加入質變的「適性」要件，亦即可驗證的危險與明確的閾值或門檻，才是本罪正當化及具有當罰性的基礎，始能真正實現個資法在保護法益及刑罰謙抑性之間的

[478] 歐盟工作小組具體建議，該活動原本需完全「與職業或商業活動無關」的要件，應該修正為與「追求職業或工作目的（in pursuit of a professional or commercial objective）」的目的，以避免個人資料保護法過度涉入人民日常的言論表達。另外，工作小組雖然認同個人資料傳遞對象範圍可以是判斷因素「之一」，但必須務實的考量現今社群網路使用者中，有相當數量的人對於其貼文並未限制閱讀者的範圍（俗稱「開地球」：任何人都可以瀏覽），若僅以個人資料傳遞對象範圍作為唯一的標準，個人資料保護法的規範範圍恐怕過於擴大，不但不切實際，也會對使用者的言論自由等權利造成一定的影響。參劉定基，前揭註 446，頁 63-64。

[479] 劉定基，前揭註 446，頁 66。



doi:10.6342/NTU202600402

衡平。

## 第五節 本章之本文立場

Prittwitz 在檢討德國環境刑法、經濟刑法等行政刑罰規定後，曾批評雖然這些法律都「承諾能夠解決社會所迫切要求的各種問題，但依照許多角度來看，它們可能無法真正實現這些承諾」。換言之，為了彌補法律在預防方面的現實不可能性或失敗結果，立法者選擇制定象徵性刑法，以此暫時回應社會的要求。然而 Prittwitz 認為，接連不斷地制定目的在於象徵效果的立法方式，從中長期來看，可能會導致遵法意識的下降、人們對法秩序拘束性的信任降低，甚至使法秩序本身的有效性減弱[480]，從而當然大幅減低當罰性及入罪的正當性。在本章所討論的行政刑罰規範中，亦可見此傾向：透過刑罰強化管制效果，實際上卻未必能發揮行為規範功能，反而引發當罰性上的疑問。

本章旨在將前一章所建構的「重構質的區別說」付諸實踐，透過對我國行政刑法中三個具代表性條文的實證檢視，驗證該理論作為劃分行政不法與刑事不法界線分析工具的有效性。而就本章所選取的三個規制條文而言，其分析結果呈現高度的一致性：即皆存在混淆行政不法與刑事不法本質性界線的重大缺陷，並一致地暴露立法者傾向以刑罰作為強化行政管制的工具，淪為「象徵性刑法」，而非堅守刑法的最後手段性。此種立法模式不僅導致法體系內部的紊亂與矛盾，使得司法實務在解釋適用上面臨掣肘與困難，更可能侵蝕對於刑事規範的信賴與法秩序效力。

本章的實證分析證實，「重構質的區別說」之核心主張即刑罰必須繫於「可驗證的危險與明確的門檻」，而非僅繫於行政義務的違反，確為一種有效且必要的分析框架。重構質的區別說能在不同管制領域中，透過法益價值及社會侵害性

[480] 金尚均，前揭註 18，頁 75。



doi:10.6342/NTU202600402

的分析，將刑罰之當罰性具體落實於立法論及解釋論中。本章亦展現「四象限指引」於檢驗高爭議條文之可操作性：一方面以體系、實務觀察與比較法相互稽核；另一方面提出「從行政不法到刑事不法之閾值條件」與「適性要件」的具體化路徑，不論在立法論或解釋論上，均應為上開條文導入具體的適性要件或門檻：增訂客觀的危險閾值、量化指標、限定行為客體、或限縮犯罪主體甚至是意圖的限縮。唯有如此，方能釐清不法內涵，使刑罰回歸其應有的謙抑性，在風險社會的治理需求與法治國的罪責原則之間取得平衡。

本章透過三個具體條文的「微觀」檢視，所觀察到的此種行政不法與刑事不法間交錯所生的混亂，是否僅是行政刑法中的特例？下一章將鳥瞰式地「宏觀」檢討行政刑法的立法模式，將可更清楚看清這種混亂，是普遍現象還是僅存於本章所討論的規範的特例之中。



doi:10.6342/NTU202600402

# 第五章　行政刑法立法模式之總體檢討

## 第一節　前言

本章的核心議題係以向來做為行政刑法中處罰合理性基礎的從屬性出發，先檢視其與刑罰之間的關連性，進一步探究該關連性對於刑罰介入的影響以及其合理性。若僅能確認從屬性與刑罰之間存在形式上的關連，而無法證立其當罰性或要罰性者，依本文所採取的重構質區別說的立場，即欠缺刑罰介入的必要，而應考慮由秩序罰負擔規制的功能。

本章將從金融七法的行政從屬性開始，繼而分析另一種從屬性模式—即混合式立法。藉由對照典型從屬性與混合式立法的行政刑罰模式，可具體呈現兩種模式間的異同之處，亦可互相揭示各自不足之處。但不論如何，藉由前置的行政行為即可做為後階段刑罰的基礎，其間的關連性乃至於合理性的問題係永遠存在的。

## 第二節　行政從屬性的角度—以金融七法為中心

### 第一項 前言

我國於 2004 年 1 月經由國會修法，對於銀行法、金融控股公司法、票券金融管理法、信託業法、信用合作社法、保險法及證券交易法（後來即統稱為金融七法）的刑事責任，大幅提高制裁的刑度[481]。觀諸我國金融業之規範模式，除大量採行規則基礎之規範模式[482]，分別對於各種金融機構制定剛性之金融業法，晚近

[481] 李聖傑（2016），〈從例外狀態考量財經刑法的新課題〉，《月旦刑事法評論》，第 1 期，頁 20。

[482] 所謂規則基礎之規範模式，係指政府應制定明確之規範要求，以供被規範者遵守，並由主管機關嚴格執法。其雖有金融法規多如牛毛、過於龐雜、法令遵循成本相當高、市場進入管制等導致限制競爭，且因規範密度過高，反而使法規目的不易達成等缺點，但具有紀律嚴明，較大之確定性及可預測性之優點。參王志誠（2017），《現代金融法》，頁 49-50，新學林。依此定義，此處所



doi:10.6342/NTU202600402

尚搭配採取以機構為基礎之規範模式[483]，而在各種金融業法之授權下，由主管機關針對各種金融機構分別訂定法規命令，要求金融控股公司、銀行、信用合作社、票券商、信託業、保險業、證券暨期貨市場各服務事業皆應依其實際狀況，自行量身建立內部控制制度及內部稽核制度[484]，因此金融七法可謂係高度行政從屬性的規制場域所在。

如前所述，行政刑罰法規得依與行政規範之連結程度區分為獨立型、絕對從屬型與相對從屬型三種典型模式。前者於構成要件上較能透過自身之規範目的解讀出法益關連性，後二者則多以「違反某法令或處分」作為入罪基礎，易流於僅維護行政管制實效。本文即以金融七法為觀察對象，對各條文進行類型化，並依重構質的區別理論予以檢驗其正當性。

## 第二項　各類型的檢討

以下先將金融七法各條文進行類型化如表三，以利後文之討論。

**表三：金融七法之類型化**

| | 條號及罪名 |
|---|---|
| 獨立型 | 1、信用合作社法 38 條之 1 散布流言或詐術損害信用合作社信用罪<br>2、信用合作社法 38 條之 2 第 1 項違背職務致生損害罪<br>3、信用合作社法第 38 條之 3 第 1 項違法製作財產權罪<br>4、信託業法第 48 條之 1 第 1 項違背職務致生損害罪<br>5、信託業法第 48 條之 2 第 1 項違法製作財產權罪<br>6、票券金融管理法第 58 條第 1 項違背職務致生損害罪<br>7、票券金融管理法第 58 條之 1 第 1 項違法製作財產權罪<br>8、金融控股公司法第 57 條第 1 項違背職務致生損害罪<br>9、金融控股公司法第 57 條之 1 第 1 項違法製作財產權罪<br>10、 銀行法第 125 條之 1 散布流言或以詐術損害銀行信用罪<br>11、 銀行法第 125 條之 2 第 1 項違背職務致生損害罪<br>12、 銀行法第 125 條之 3 第 1 項違法製作財產權罪 |

謂的規則應包括法規命令及行為規則。

[483] 所稱機構基礎之規範模式，其特點主要係要求被規範者應建立內部之自我遵循機制，主要包括被規範者應設置法令遵循主管、建立內部之遵循法令政策及程序、自行評估制度及職業倫理規範。王志誠，前揭註 482，頁 50。

[484] 王志誠，前揭註 482，頁 50。



doi:10.6342/NTU202600402

| | |
|---|---|
| | 13、 保險法第 166 條之 1 散布流言或以詐術損害保險業信用罪<br>14、 保險法第 168 條之 2 第 1 項違背職務致生損害罪<br>15、 證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款<br>（1） 虛偽詐欺罪（違反同法第 20 條第 1 項）<br>（2） 虛偽記載特定文件罪（違反同法第 20 條第 2 項）<br>16、 證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款違法為不利益交易致受損害罪<br>17、 證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款違背職務致生損害罪<br>18、 證券交易法第 174 條第 1 項第 2、5、6、7 款虛偽記載特定文件罪<br>19、 證券交易法第 174 條第 1 項第 9 款偽造變造紀錄文件罪<br>20、 證券交易法第 174 條第 2 項第 1 款（律師）虛偽記載特定業務文件罪<br>21、 證券交易法第 174 條第 2 項第 2 款（會計師）虛偽記載特定業務文件罪 |
| 絕對從屬型 | 1、信用合作社法第 38 條收受不當利益罪<br>2、信用合作社法第 39 條第 1 項違法擔保授信罪[485]<br>3、信託業法第 48 條第 1 項非信託業違法辦理信託業務罪<br>4、信託業法第 49 條前段經營信託業務詐欺罪（違反同法第 23 條者）<br>5、信託業法第 49 條後段違法募集共同信託基金罪（違反同法第 29 條第 1 項者）<br>6、信託業法第 50 條信託業濫用信託財產罪<br>7、信託業法第 52 條第 1 項違法使用信託業名稱罪<br>8、信託業法第 52 條第 2 項違法投資或經營信託業罪<br>9、票券金融管理法第 60 條第 1 項違法擔保授信罪<br>10、 票券金融管理法第 61 條前段違法經營票券罪<br>11、 票券金融管理法第 61 條後段濫用票券業名稱罪<br>12、 票券金融管理法第 62 條收受不當利益罪<br>13、 金融控股公司法第 59 條收受不當利益罪<br>14、 銀行法第 125 條第 1 項前段及第 2 項違法經營辦理銀行業務罪<br>15、 銀行法第 126 條違反承諾行為罪<br>16、 銀行法第 127 條第 1 項、第 2 項收受不當利益罪<br>17、 銀行法第 127 條之 1 第 1 項違法擔保授信罪<br>18、 銀行法第 127 條之 1 第 3 項外國銀行違法擔保授信罪<br>19、 銀行法第 127 條之 5 第 1 項濫用銀行業名稱罪<br>20、 保險法第 167 條第 1 項違法經營保險業務罪[486]<br>21、 保險法第 167 條之 1 第 1 項前段違法代理經紀或招攬保險業務罪[487] |

[485] 立法理由明示「與銀行法第 127 條之 1 所為之處罰規定相同」。銀行法第 127 條之 1 第 1 項之立法理由並未有何論述，僅有由秩序罰改為刑罰乃「藉收懲儆之效」。本類型其他各罪之共同特色為，至少在立法理由，完全無何法益侵害之說明，或是可以看出有保護具體法益存在。

[486] 本條之規範目的參考臺灣高等法院 95 年度上訴字第 2010 號刑事判決之見解，係「保險法第 167 條規範目的，乃在於防止未經許可之保險人經營保險或類似保險契約，以避免該經營者未經政府監督，大量吸金而無力履行契約，或未能提存責任準備金而無法賠付，進而造成金融市場秩序紊亂」。是本條規定之行為態樣較接近於「未經政府許可」從事經營保險業務，本文因而將之歸類於絕對從屬型。

[487] 本條之立法理由為「提升國內消費者投保權益」，而臺灣高等法院高雄分院 104 年度金上易字第 1 號刑事判決則進一步認為「保險法第 167 條之 1 第 1 項規定，其保護法益為金融市場秩序及保障消費者權益……而其立法目的在於強化市場紀律，維護金融市場秩序，保障消費者權益」。因



doi:10.6342/NTU202600402

| | |
|---|---|
| | 22、 證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款<br>（1） 操作市場行為罪<br>（2） 內線交易罪<br>23、 證券交易法第 172 條第 1 項職務上收賄罪[488]<br>24、 證券交易法第 174 條第 1 項第 1、3、4 款虛偽記載特定文件罪<br>25、 證券交易法第 175 條第 1 項違法經營證券相關事業罪、違法買回股份罪、未以現款現貨交割罪、違法公開收購罪、違法私募罪、違法經營證券業務罪、違反業務限制罪、違法買賣有價證券罪、違法設立證券交易所罪、違反經營資格限制罪、濫用名稱罪、（業務上）洩密罪、違法於非法場所接受有價證券買賣委託罪<br>26、 證券交易法第 175 條第 2 項未以現款現貨交割罪、違法公開收購罪、違法買回股份罪、違法私募罪<br>27、 證券交易法第 175 條第 3 項違法公開收購罪<br>28、 證券交易法第 177 條第 1 項違法交付股票或公司債券罪、違法藉核准為宣傳罪、違反私募有價證券再轉讓之條件罪、違反兼營買賣之區別罪、濫用名稱罪、違法交割結算基金罪、違法於非法場所買賣有價證券罪、違法監理人員指示罪<br>29、 證券交易法第 177 條第 2 項違法藉核准為宣傳罪、違法於非法場所買賣有價證券罪、違反私募有價證券再轉讓之條件罪 |
| 相對從屬型 | 1、信用合作社法第 40 條第 1 項違反主管機關處置罪<br>2、信用合作社法第 40 條第 2 項違反主管機關處置罪[489]<br>3、信託業法第 51 條第 1 項經營信託業濫權（輕度行為）罪<br>4、信託業法第 51 條第 2 項經營信託業濫權（重度行為）罪<br>5、票券金融管理法第 59 條第 1 項違反主管機關處置罪<br>6、票券金融管理法第 59 條第 2 項違反主管機關處置罪<br>7、金融控股公司法第 58 條第 1 項違法擔保授信罪[490]<br>8、銀行法第 127 條之 2 第 1 項違反主管機關處置罪<br>9、銀行法第 127 條之 2 第 2 項違反主管機關處置罪<br>10、 保險法第 168 條第 6 項違法放款罪<br>11、 保險法第 172 條之 1 妨礙主管機關（派員）監管罪<br>12、 證券交易法第 172 條第 2 項違背職務行為受賄罪 |

此本文認為本罪屬於單純違反義務的行為規範。

[488] 學者認為本條規範之財務或商業活動通常帶有公共事務或公共利益的關聯性，具有非常強烈的公共服務屬性，證交所本身的企業營運盈虧不是規範重點，受僱於此類具有公共服務企業的員工，其負有義務類似服務於公部門之公務員的義務內涵，立法者才會仿造與刑法相類似結構之行收賄責任，尤其是將公部門「職務上行為／違背職務行為」的二元結構，整體地納入具有強烈公共事務導向的商業賄賂法規之中。參許恒達（2018），〈商業賄賂罪立法方向評析〉，《檢察新論》，24 期，頁 52-53。因此僅為單純違背義務之行為，故本文將之列入絕對從屬型之範圍。

[489] 該條第 2 項規定，行為規範的外觀上雖然因係行為人違反行政機關監管或接管或勒令停業之命令，而可能歸類於絕對從屬型的類型，不過，由於該項各款所列行為態樣中，仍有例如隱匿或毀損、虛偽陳述或捏造等一定的「行為」或「外界狀態變更」之具體描述，本文認為較傾向於存有獨立解釋構成要件之空間，故將之歸類於相對從屬型。對此類規制方式，後文仍會進一步討論。

[490] 本規定中設有「無十足擔保或條件優於其他同類放款對象」之「外界狀態」的具體描述，故將之歸類於相對從屬型。



doi:10.6342/NTU202600402

| | |
|---|---|
| | 13、 證券交易法第 173 條第 1 項違背職務行為行賄罪<br>14、 證券交易法第 174 條第 1 項第 8 款違法擔保及背書罪<br>15、 證券交易法第 174 條第 2 項第 3 款違法募集發行有價證券罪[491] |

### 第一款 獨立型的檢討

以表三之類型區分可知，採取獨立型的立法規制方式，整體上呈現出明顯的重刑化的傾向[492]。如前所述，就獨立型而言，通常可以依照內在於法規範的規範目的來進行法益關連性的和目的性解釋，因此較易從構成要件中判讀出法益關連性。誠然，就歸類於獨立型的金融七法刑罰規定，多數屬於具有實質法益侵害性的實害犯規定[493]，在利益的價值性及社會侵害性的程度上，依重構質區別說的見解，亦具有刑罰之一定正當性。然而就其所採取的刑度而言，罪責原則既係刑法基本原則，金融七法刑罰中的重刑化傾向，甚至有僅因「犯罪所得」達一定金額者即大幅加重法定刑之設計，是否乃能符合罪責原則，實有檢討之必要。

對於經濟刑法的重罰化持肯定見解的論者，係主張由於全球化的浪潮所改變資本結構的社會中，公私權力已有翻轉的現象，社會權力結構已經發生本質性的改變，標榜「法益」功能的刑法結構即不應再成為刑罰適當性判斷的唯一標準，進而應超越固有侵害法益的論述分析，成為一種刑罰的獨立特殊性質[494]。並且主張以利益獲得方式的進行行為刑事不法的容許性判斷，及以之作為犯罪構成要件設計的檢視基礎，行為的刑事不法甚至應該可以來自於不正當或不符合公平性的

---

[491] 因本款規定前置有「核准之重要事項」此行政法上處分，而行為人復有虛偽記載及散布於眾之行為，故將之歸類於相對從屬型。

[492] 依此分類中的 21 則刑罰規定顯示，有高達 14 則之刑度，係屬於得處 3 年至 10 年有期徒刑的重刑之規定（即佔全體之 3 分之 2）。

[493] 可參後文表四之整理。不過，亦有論者認為該等刑事規制應放置在抽象危險犯的軸線上加以詮釋，而係「以金融機構之財產上損害」作為認定 「不特定多數存款戶以及投資者的財產損害」，以及「整體金融秩序紊亂」之類型上危險性，因此屬於「侵害測定困難的抽象危險犯」。參謝煜偉（2016），〈論金融機構特別背信罪〉，《臺大法學論叢》，45 卷 4 期，頁 2084。

[494] 李聖傑，前揭註 481，頁 23。



doi:10.6342/NTU202600402

利益取得方式，進而主張固有刑法所標榜的罪責原則，也可能因為刑罰必要性，而被重新檢討[495]。

然而，仍有不少論者質疑刑度加重的實質理由何在，與是否符合罪刑相當與均衡原則等問題[496]。另外亦有論者認為我國財經犯罪體系，於立法之始沿襲美國法制，不僅相關法理、文字敘述，甚至法條解釋、案例說明無不援引美國法制，如此作法不但悖離大陸法制的犯罪論體系，更造成實務運作上之困擾[497]。其更進一步認為如此以美國法為核心之財經犯罪體系，不但根本無法正本清源地解決財經犯罪訴訟，反而突顯出立法上之不當及草率之處[498]。

本文認為此處問題的本質，仍需回到刑法第 11 條的誡命規定，既然金融七法的制裁規制仍欲使用刑罰之規定，則仍需符合刑法基本原則的約束。而論者認為罪責原則有兩大基本命題，一是強調「有罪責始有犯罪」，要求不能僅憑客觀上的違法行為就認定行為人的罪行，必須觀察有無責任非難的前提，另一則是強調「刑罰與罪責程度相當」的罪刑均衡原則（或稱罪刑相當原則）[499]。獨立型的立法模式許多規制都與普通刑法相同，並且亦損及特定人的財產利益，刑度差距如此大的理由，也許只是多了所謂「金融秩序之危害」或「金融市場之穩定」的事由。然而，正如本文所主張的重構質區別理論所述，即使是金融秩序或市場可做為一種高價值的利益，但其社會侵害性之程度，仍應證立行為人的犯罪行為確實造成了利益（亦即做為個人自由發展之前提條件的利益）的重大危害時，方能間

---

[495] 李聖傑，前揭註 481，頁 24。

[496] 王正嘉（2015），〈從經濟刑法觀點看特別背信罪〉，《台灣法學雜誌》，286 期，頁 50；林國彬、吳艾倫（2021），〈從保險法特殊背信罪案例談落實公司治理之重要性〉，《檢察新論》，30 期，頁 80。

[497] 曾淑瑜（2010），〈建構符合我國刑事實體法及程序法之財經犯罪體系〉，《台灣法學雜誌》，160 期，頁 59。

[498] 曾淑瑜，前揭註 497，頁 60。

[499] 謝煜偉（2024），〈抽象危險犯的合憲性檢驗與實質適性解釋—評最高法院 112 年度台上字第 2376 號刑事判決〉，《當代法律》，29 期，頁 121。



doi:10.6342/NTU202600402

接與個人法益的侵害有所關連，才構成立法者所想定的法益侵害（或危殆化），如此才能符合罪責原則中的罪刑相當原則，此不惟可作為立法論的參考，也可作為適用本類型犯罪時解釋論的依據[500]。

### 第二款　絕對從屬型的檢討

以實質犯及形式犯的區別標準，可以看到此部分規定多數落入形式犯範圍的傾向，例如下文表四所整理的，在歸類於絕對從屬型立法模式之形式犯中，行為人所從事各該金融行為並不會當然生何法益上的侵害，其違法性僅建立在未經主管機關核准、許可而為某些行為，而確實容易引來欠缺適格保護法益、僅保護行政管制實效之犯罪規定之批評[501]。

在此類型中屢屢可見的「報告義務違反罪」，若從另一角度觀察，可視為警察法上不法行為的現代化身，藉由此種預防措施所直接保護的利益，多僅涉及行政運作之便宜及效率性，其正當化基礎固然宣稱為「公共福祉的增進」的行政目的，然而其結論仍不免是模糊曖昧的利益[502]。

又以信託業法第 49 條後段之刑事責任而言，該規制係以違反同法第 29 條第 1 項之行為規範為據，再觀諸同法第 29 條第 1 項之立法理由，係「共同信託基金因涉及向社會大眾集資之行為，爰規定信託業必須擬具發行計畫，報經主管機關核准後方得為之」。依該立法理由，看似係為保護社會大眾，以免受未經主管機關

---

[500] 即便是採取抽象危險犯而非實害犯的主張，例如學者謝煜偉亦認為在個案適用上，當行為本身根本欠缺立法者事前所想定的「類型上危險性」時，亦即，當行為所可能產生的影響範圍僅止於單一債權人或存款戶之損失，即使外觀上已經符合金融機構本身財產上損害的變動狀態，仍有排除適用此種類型犯罪構成要件之必要。參謝煜偉，前揭註 493，頁 2084。

[501] 例如論者有謂依證交法第 177 條第 1 項中，關於證交所或證券商不遵監理人員指示罪（證交法第 165 條），依其性質應僅是行政義務之違法，就其行為態樣、危害證券市場秩序之程度尚未達到侵害本法法益之情形，動輒處以刑罰，實乃違反比例原則，而認以秩序罰取代刑罰即可。參曾淑瑜（2013），〈證券犯罪類型化之研究〉，《台灣法學雜誌》，223 期，頁 127-128。

[502] 生田勝義，前揭註 34，頁 65。



doi:10.6342/NTU202600402

核准之共同信託基金集資者之集資行為所侵害，然而，是否受有核准，與該集資行為是否損及出資者，似乎並無絕對之因果關係[503]。此外，一旦有損及出資者之利益（主要是財產法益），本即有普通刑法之詐欺、侵占或背信罪責得以相繩。因此，該條之刑事規制，似乎僅在於保護主管機關核准後管理該業者之實效性。

再者，此種類型中也易產生行政機關以命令或處分僭為立法者的現象。在現代社會中，由於技術的快速變化，因此對於叢生社會問題的因應，原則上由具有專業及多元化的行政機關進行，是符合功能最適原則的機關職權分配要求。而因應方式是否要由刑罰為之，以及是否以從屬性的模式規制，亦均在立法者的職權之內。但依本文的分析，在專業領域尤其是金融規制的領域內，立法者大量採取從屬性模式的結果，連帶係將該處罰的權力大量授予行政機關決定，此狀態在司法機關嚴格審查時尚有制衡的可能，但若司法機關未恪盡其責時，即有失刑法謙抑性的要求。

### 第三款　相對從屬型的檢討

從表三的分類，可明顯看出在相對從屬型的類型中，具有兩種違反主管機關處置罪。亦即在信用合作社法第 40 條、票券金融管理法第 59 條、銀行法第 127 條之 2 之中，分別於第 1 項及第 2 項規定了不同的違反主管機關處置罪，而信用合作社法第 40 條第 1 項及票券金融管理法第 59 條第 1 項即明文規定其處置方式係準用銀行法第 62 條第 1 項而來，是三者的關係原本即密不可分。以下就上述三者之兩種違反主管機關處置罪，分別以第 1 項及第 2 項稱之。

觀諸第 1 項之違反主管機關處置罪之事由，為「銀行因業務或財務狀況顯著惡化，不能支付其債務或有損及存款人利益之虞時，主管機關應派員接管、勒令停業清理或為其他必要之處置」（銀行法第 62 條第 1 項）。因此規制客體即行政

[503] 即便是經核准之合法集資者，也不一定會將所集得之資金為合法之運用。



doi:10.6342/NTU202600402

機關之處分，在於主管機關之接管、勒令停業清理或其他必要處置，行為主體則在於「行為負責人」，行為態樣則屬開放性質。又依票券金融管理法第 59 條第 1 項之立法理由說明，該處置係因「票券金融公司經營發生重大危機，為維護社會公益所為之措施。基於有效消弭票券金融公司經營危機所帶來之不利影響」。因此可知，不論是信用合作社、票券金融公司或銀行，在主管機關依此部分規定而為處置時，皆限定於經營發生重大危機之際，此外，即便在該金融機構值此經營重大危機時，行為人之行為仍需具備「足以生損害於公眾或他人」之適性要件才會入罪，依照本文重構區別理論的看法，不論是在利益價值以及侵害程度，均有設計跨越至第一象限之門檻或閾值，而認其具有刑罰之當罰性。

至於第 2 項之規制客體，在於以主管機關之監管、接管、勒令停業等行為做為前置之行政處分，而行為人則限於負責人或職員，行為態樣則採列舉式。依銀行法第 127 條之 2 第 2 項之立法理由，係認為「監管、接管之目的，在迅速有效處理問題銀行，為免銀行相關人員藉拒絕移交、隱匿或毀損帳冊文件或財產，不為答覆或偽造、承認不真實之債務等手段，延宕破壞中央主管機關之處理」。

因此，不論是信用合作社、票券金融公司或銀行，在主管機關依第 2 項規定而處置時，經營並不限於發生重大危機，而很有可能只是存在經營上的問題，甚至僅是內部人的告發，抑或係因發生重大危機而為主管監管，惟未如第 1 項般附加「足以生損害於公眾或他人」的適性限縮要件即可入罪，惟其刑度卻與第 1 項相同，此外，第 2 項之規範目的僅為避免「延宕破壞中央主管機關之處理」，只是維護中央主管機關處理問題銀行之時限效能，顯係基於行政實效性之考量，其所保護之利益價值相對較低。

綜上，依重構質的區別理論主張，可將第 2 項歸屬於第三象限之範圍。因此，在立法建議上應以秩序罰為原則。至於在解釋論上，入罪條件則應加入適性要件為宜，例如銀行法第 127 條之 2 第 2 項第 1 款之「必要事項」、第 2 款之「帳冊



doi:10.6342/NTU202600402

文件」、第 4 款之「虛偽陳述」，均限定於與經營有關之重大事項或足生損害於公眾或他人之重要性事項，始得該當於如此重刑之刑罰。事實上，實務亦曾有限縮解釋的案例，例如將信用合作社法第 40 條第 2 項第 1 款中的「拒絕移交」，限縮於「應指能辦理移交之情形下，無故明示或默示拒絕移交者，若僅『未辦理移交』，即非本條文規範處罰之對象」[504]，雖然事實上「未辦理移交」，亦有可能構成該項中「隱匿」或「虛偽陳述」的問題，然而法院上述主張，亦應可解釋為以「是否具體足以生損害」作為判斷門檻，若僅屬維護處置流程之實效，即難認達刑罰的要罰性，符合本文重構質的區別理論見解。

## 第三項　橫斷角度的綜合檢討

在以行政從屬性的角度縱觀金融七法後，再以橫斷的角度分析此三種類型如下。

### 第一款 從法定刑度併同實質犯與否的角度觀察

以金融七法上開各類型的分類為據，再以實質犯（包括實害犯、具體危險犯、適性犯及抽象危險犯）及形式犯的區分為橫軸、以刑度高低為縱軸，可呈現如表四般的分佈狀態。

**表四：金融七法之法定刑度併同實質犯與否之分類**

| | 實害犯 | 具體危險犯 | 適性犯 | 抽象危險犯 | 形式犯 |
|---|---|---|---|---|---|
| 3 至 10 年 | 獨立型：2 至 9、11、12、14、15（1）、17 | 獨立型：16 | 絕對從屬型：22（1）[505] | 獨立型：15（2）<br>絕對從屬型：3、14、20、22（1）[506]、23（2） | 絕對從屬型：22（1）[507] |

[504] 參臺灣高等法院高雄分院 89 年度上易字第 1210 號刑事判決。

[505] 涉及證券交易法第 155 條第 1 項第 1、4 款者。

[506] 涉及證券交易法第 155 條第 1 項第 3、5、6 款者。

[507] 涉及證券交易法第 155 條第 1 項第 7 款者。至於此款屬於形式犯之論證，詳如第四章所述。



doi:10.6342/NTU202600402

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 1至7年 | 絕對從屬型：4<br>相對從屬型：4 | 相對從屬型：14 | 相對從屬型：1、5、8 | 獨立型：18、19<br>絕對從屬型：24<br>相對從屬型：2、6、9、11、12 | 絕對從屬型：5 |
| 5年以下 | 獨立型：1、10、13 | | | 獨立型：20、21<br>絕對從屬型：23[508]<br>相對從屬型：3、15 | |
| 3年以下 | | | | 絕對從屬型：1、6、10、12、16、21<br>相對從屬型：7、10、13 | 絕對從屬型：2、9、11、13[509]、15、17、18、19 |
| 2年以下 | | | | | 絕對從屬型：26至28 |
| 1年以下 | | | | | 絕對從屬型：7、8、29、30 |

從表四所顯示結果，再以各類型主要採用的刑度觀察，金融七法中絕對從屬型規制的刑度多半落在3年以下有期徒刑，相對從屬型規制的刑度則係1至7年，而獨立型規制則為3至10年，形成一種似乎具有規則的類型化參考。此一配置表面上反映了「實質/具體危險」適用較高刑度、「形式/抽象危險」適用較低刑度的直觀規制，但基於金融七法的強烈工具性格，仍值得進一步探討。

從表四觀之，絕對從屬型與其他二類型的刑度相較而言，立法者以輕刑度作為調節，似乎帶有回應入罪化依據薄弱的意義。然而，在實務運作下，只要是初犯，此種規制之刑度亦多半得以易科罰金或宣告緩刑，甚至以緩起訴處分等轉向處分處理[510]。雖然乍看之下，入罪化對於市民的影響或權利侵害並不甚鉅，但如

[508] 若依照許恒達前揭註 494 文之見解，則本條之保護法益即與公務員收賄罪相同，在於執行職務之公正性及人民對公務執行之信賴，連結至對於制度的保護，因此具有抽象危險犯的傾向。

[509] 金融控股公司法第 59 條係違反該法第 17 條第 4 項而來，而該法第 17 條第 4 項之立法理由僅係「為維護金融控股公司之負責人及職員之品德操守，並避免不當利益輸送或舞弊事件發生」，顯見其僅係在保護道德情感，而無實質法益的需求。

[510] 以 2012 至 2021 年為例，該 10 年內違反證券交易法案件裁判確定有罪 1,791 人，以判處 6 月以下有期徒刑者（占 40.9%）最多，而判處 1 年以上有期徒刑合占 46.8%。主要法條中，違反第 171



doi:10.6342/NTU202600402

此運作結果的另一面解釋，也不免有既然立法者所定者有輕刑的傾向，司法者亦採取從輕量刑的結果，則此類型規制是否僅有象徵功能而無實質意義的疑問。

直罰式的獨立型明顯地係出於嚴罰重刑化的立法政策而來，但其中諸規制類同於普通刑法的構成要件者，例如誹謗、背信、妨害電腦等罪，以兩者的刑度相較，便可明顯看出行政刑罰法規有偏重的傾向，因此是否果有其差別對待之必要，本文認為不無疑問。例如在銀行法第 125 條之 2 第 1 項的加重原因，立法者在立法理由中提及係因「參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度[511]，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任」。然而，本文認為很難想像「銀行負責人或職員」與組織犯罪防制條例中的「發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者」、以及「銀行」與「犯罪組織」之間各自的關連性以及等值對比性，因此，如僅以此做為較刑法背信罪加重之理由，可能仍有待商榷。

最後，相對從屬型在違反主管機關處置罪採取並不寬縱（係無法易科罰金之刑）之刑度，縱然有加上一定的行為或外界狀態的描述，只要一旦觸法則仍有重刑的高度風險，實際上難免隱藏僅有擔保行政處置實效性的核心想法。

---

條第 1 項各款均以判處一年以上至三年未滿者為主，占比均在 5 成以上，3 年以上者居次；第 174 條（虛偽記載）判處 6 月以下、 逾 6 月至 1 年未滿及 1 年以上至 3 年未滿者，分占 38.3%、22.6%、31.3%；第 175 條（非法經營證券業務）則以 6 月以下有期徒刑者居多，占比近 84%。參法務部法務統計網站，前揭註 421。再以 2018 年至 2023 年為例，該 5 年執行重大經濟犯罪案件裁判確定有罪人數前三大罪名之刑名結構，銀行法及證券交易法占其中之第 1、3 位，其中違反銀行法判處有期徒刑 2 年以上者逾 5 成；違反證券交易法判處 2 年以上有期徒刑者占 34.2%，1 年以上至 2 年未滿及 6 月以下者占比相當，各約二成八（即共計 56%）。進一步觀察該二罪名之有期徒刑者平均刑度，違反銀行法為 40.6 個月，證券交易法為 27.4 個月。參法務部法務統計網站（2024），《重大經濟犯罪案件統計分析》，https://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/common/WebListFile.ashx?list_id=1929（最後瀏覽日：12/14/2025）。而此種輕罰或轉向的現象，在日本亦可見有類似的趨勢，參宇賀克也（2021），《行政法概說I 行政法総論（第 7 版）》，頁 269，東京：有斐閣。

[511] 該條之立法理由為「參考刑法第一百五十四條及外國立法例，將參加犯罪組織之行為，認定為具預備犯性質之犯罪。且將刑法必要共犯之首謀及參與犯罪組織之犯行，針對現行犯罪組織之複雜性，擴張其概念，使及於發起、主持、操縱、指揮等不同層次之犯行，均予規範處罰，以收遏制之效」。因此，立法者對該條之設定為「預備犯」性質，與銀行法第 125 條之 2 第 1 項之性質是否相同，亦有疑問。



doi:10.6342/NTU202600402

### 第二款 適性犯的比例偏低及其解決之建議

經由表四所整理的結果，亦可發現金融七法中有關具體危險犯及適性犯規制方式的比例偏低，並且立法者傾向大量運用抽象危險犯的立法模式（尤其是在絕對從屬型及相對從屬型的領域）。因此，若在立法政策無法改變時，則落在此範疇內的法規範，依本文之見解即有限縮解釋以符合刑法謙抑性的必要。此時，學者所提出的抽象危險犯限定解釋論，即將所有的抽象危險犯理解為是實質適性犯的思考方向[512]，即有其參考的重要可能性。而此種主張亦符合本文重構質的區別理論中，需要增加適性條件做為提高門檻或閾值、始得進入第一象限刑事不法領域的主張。

此種限定解釋論的主張，係於現有關於抽象危險犯的條文文義範圍內，進行各構成要件要素的危險適性解釋，在各要素文義範圍內析出危險適性，以提高預測危險的準確率。論者認為對抽象危險犯進行「全要素的限定解釋」的目的，係為了讓構成要件要素更能彰顯出類型上的危險性，以提高預測危險的準確率[513]。其次，各個要素要如何進行實質適性解釋，論者則認為應根據保護法益的需求，以及立法者設定危險實現路徑的精準程度來決定[514]。

以上述的適性要件限定解釋論的觀點，本文即以表四中歸類於抽象危險犯的刑罰規定、即證交法第 171 條第 1 項第 1 款虛偽記載特定文件罪為例，嘗試為該刑罰規定找出朝向適性犯的限定解釋，並引用我國實務的相關見解，以茲證明此種解釋方向係屬可行，可避免大量行政不法直接躍升為刑事不法的現象。

證交法第 171 條第 1 項第 1 款之虛偽記載特定文件罪，係發行人違反依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件內容不得有虛偽或隱匿之規定（即同

[512] 謝煜偉，前揭註 499，頁 125。

[513] 謝煜偉，前揭註 499，頁 125-126。

[514] 謝煜偉，前揭註 499，頁 130。



doi:10.6342/NTU202600402

法第 20 條第 2 項之規定），所施以之刑罰規制，目的乃在保障理性投資人權益及證券市場之交易秩序[515]（即集體法益）。因此，其背後所預設的危險實現路徑，本文認為傾向係「財報不實之內容→投資人及閱讀文件或報告者觀看到該不實之內容→影響其判斷→陷於錯誤而決定投資買賣策略→影響有價證券市場之誠信及發展」。然而，此種預設的想像是否有充分事實或要件支持，則有疑問。

論者有謂從證交法第 20 條第 2 項之規範目的觀察，目的係在於避免投資人因不實資訊而作成錯誤之投資決定。理論上若非重大事項之虛偽或隱匿，應不致於影響投資人之投資判斷，故應將證交法第 20 條第 2 項關於財務報告及財務業務文件之虛偽或隱匿，限於主要內容之不實。亦即發行人虛偽或隱匿財務報告或財務業務文件之資訊，應具備重大性。另外，從體系解釋，我國於 2006 年證交法修正後，違反第 20 條第 2 項資訊不實之民事責任改為適用增訂後的第 20 條之 1，而其適用之前提係以「主要內容」有虛偽或隱匿之情事為限[516]。亦即整體而言係朝限縮方向解釋，並以「主要內容」為適性要件。

不獨學說上述之限縮見解，我國實務亦發展出所謂「重大性」原則，亦即本罪是否成立，當以虛偽或隱匿之情事，在客觀上是否影響理性投資人之投資判斷者作為基準，判決進一步認為此時應以具備重大性始符其處罰之要件，亦即應以相關資訊之主要內容或重大事項有所虛偽或隱匿，而足以生損害於（理性）投資人為限[517]。

上開學說及實務的主張，均係在立法者所設定的危險實現路徑上，加上該不

---

[515] 參最高法院 109 年度台上字第 5321 號刑事判決。

[516] 郭大維（2018），〈證券交易法財報不實刑事責任的幾點思考〉，《台灣法學雜誌》，338 期，頁 110-111。郭大維另提及「依刑法最後手段性原則，應係民事責任與行政管理已無從有效維護市場秩序時始得啟動刑事處罰機制，若財報不實之刑罰標準低於民事責任之要求，似有違刑法最後手段性原則」，參郭大維同文，頁 111。

[517] 最高法院 109 年度台上字第 5321 號刑事判決、最高法院 112 年度台上字第 2985 號刑事判決參照。此外上開判決中，亦就「重大性」之內容，另發展出「量性指標」及「質性指標」的見解。



doi:10.6342/NTU202600402

實內容係「主要內容」或具備「重大性」之內容的限定解釋，並因此認為才能讓構成要件要素更能彰顯出類型上的危險性，以提高預測危險的準確率，可認為是一種實質上的適性犯限定解釋。

以上係獨立型規制的適性犯解釋演示，同理，在絕對從屬型與相對從屬型規制中，亦可見類似的立法疏漏所導致的必須適性限縮解釋的必要。例如絕對從屬型中的銀行法第 127 條第 1 項收受不當利益罪[518]，實務上所發展之將該罪發生時機需限於「一般金融交易往來」[519]、而「其他顧客」需限定於「與銀行相關業務有長期往來之顧客」[520]，上開附加之要件，本文均認為係妥當的適性要件[521]。又例如相對從屬型中的信託業法第 51 條第 1 項經營信託業濫權（輕度行為）罪[522]，所謂「分別管理」可做為適性的限定解釋，即以依據行為人之管理方式，做為判斷是否確實具備分別管理的本質[523]。由是觀之，此部分的抽象危險犯應該也可以被實質解釋為適性犯，此亦符合本文重構之質的區別理論的主張。

### 第三款 以各類型所著重之規制方向進行檢討

經由本章的整理，金融七法在類型化後，依其各類型所規制之行為態樣，可

518 本文認為本罪之立法者所設定的危險實現路徑為「行為人收受不當利益→存戶、借款人或其他顧客受有損害→金融機構管理失當→有害健全金融體制」。

519 參臺灣高等法院 113 年度金上重訴字第 22 號刑事判決。

520 參臺灣高等法院 102 年度金上訴字第 54 號刑事判決。

521 本文認為限定於一般交易往來，才不致使本罪之適用範圍無限制擴張。又限定於與銀行相關業務有長期往來之顧客，才能彰顯該行為對於本罪所要保護的所謂有效管理及健全的銀行體制的危險性。

522 本文認為立法者於本罪所預定之危險實現路徑係「受託人未將信託財產與其自有財產及其他信託財產分別管理→損及信託財產之特定性及獨立性→發生受託人濫權或不公平管理→影響信託業之健全經營與發展」。

523 參酌信託法第 24 條第 1 項後段之規定，在信託財產為金錢者，得以分別記帳方式為之。因此可知信託管理方式並不是以實質上有無混同為依據，係以依據行為人之管理方式，而觀察是否得以清楚分辨自有財產與信託財產的區別、是否得以確認二者之來源及流向等關連事項，以此方式做為判斷是否確實具備分別管理的本質，即可避免無法監控受託人為濫權或不公平管理之危險。



doi:10.6342/NTU202600402

初步歸納出各類型在各法規中所著重之規制方向，並且由此可看出立法者或有意或無意的，在所規制的行為態樣上所具有的一定近似性。茲將之整理如表五所示。

**表五：金融七法及各類型所規制之行為態樣**

| | 獨立型規制之行為態樣 | 絕對從屬型規制之行為態樣 | 相對從屬型規制之行為態樣 |
|---|---|---|---|
| 信用合作社法 | 散布流言或詐術損害信用、違背職務致生損害、違法製作財產權得喪變更 | 收受不當利益、違法擔保授信 | 違反主管機關處置 |
| 信託業法 | 違背職務致生損害、違法製作財產權得喪變更 | 違法經營信託業務、違法募集共同信託基金、濫用信託財產、違法使用信託業名稱 | 經營信託業濫權 |
| 票券金融管理法 | 違背職務致生損害、違法製作財產權得喪變更 | 違法擔保授信、違法經營票券業、濫用票券業名稱、收受不當利益 | 違反主管機關處置 |
| 金融控股公司法 | 違背職務致生損害、違法製作財產權得喪變更 | 收受不當利益 | 違法擔保授信 |
| 銀行法 | 散布流言或詐術損害信用、違背職務致生損害、違法製作財產權得喪變更 | 違法經營辦理銀行業務、違反承諾行為、收受不當利益、違法擔保授信、濫用銀行業名稱 | 同上 |
| 保險法 | 散布流言或詐術損害信用、違背職務致生損害 | 違法經營保險業務、違法代理經紀或招攬保險業務 | 違法放款、妨礙主管機關監管 |
| 證券交易法 | 詐欺、違法為不利益交易致受損害、違背職務致生損害、虛偽記載特定文件、偽造變造紀錄文件 | 操縱市場、內線交易、違法公開收購、違法交付股票或公司債券、違法藉核准為宣傳 | 違背職務行收賄、違法擔保及背書 |

經由表五的整理，在金融七法中獨立型的規制行為態樣，主要針對行為人的行為致生行為客體損害者[524]，因此可將之歸類於「對於行為客體整體財產的損害行為」的規制；而絕對從屬型的規制行為態樣，主要係針對各該金融機構營業上之規則遵守及其違反時的效果，因此本文將之統整為「對於經營規則的合法性與濫權可能」的規制；最後，關於相對從屬型的規制行為態樣，可發現立法者所著

[524] 本類型中之行為態樣中即使是未有「致生損害」之構成要件者，例如製作財產權得喪變更紀錄而取得他人財產之行為，然該行為亦是直接造成行為客體即金融機構的財產發生不正確及損害的結果。



doi:10.6342/NTU202600402

重之點在金融機構發生重大風險時，主管機關的監管行為是否能遂行其職務或任務，因此，可見「對於維護主管機關的管制權限及實效性」的規制，應可做為相對從屬型的重點。

就上開此三項著眼之重點而言，首先，獨立型因構成要件中強調實害的結果，如上所述認為此種立法模式尚稱合理。而此處之值得討論的問題，應係絕對從屬型與相對從屬型在此處的區分標準檢討。其中的爭議亦即，既然相對從屬型與絕對從屬型的區分，在於有無附加具有所謂一定行為及狀態變更的要件，然而，金融七法的相對從屬型立法模式在實質上有無做到？還是其實只是保護制度及其行政實效性，而落入和絕對從屬型相同的弊病，而僅是形式犯、實質上以秩序罰的方式規制即可？

前文曾提及的信用合作社法第 40 條第 2 項、票券金融管理法第 59 條第 2 項、銀行法第 127 條之 2 第 2 項，除了是相對從屬型在金融七法中的主要規制行為外，也可做為此處分析之最佳例子。正如前述，上開條文之刑事規制未附加適性的限縮要件，而目的僅為避免中央主管機關之處理受到延宕或破壞，似乎在在顯示，此種立法規制只是為了保護監管處置制度及其實效性，實與絕對從屬型的規制目的相同。因此，應可稱其實質上而言，亦具有與絕對從屬型相同之弊病。

若從重構質的區別理論觀察此一結構，可以發現：真正涉及高價值利益且侵害程度明顯的規範，實際上集中於少數獨立型及部分相對從屬型條文；反之，大量絕對從屬型與部分相對從屬型條文所維護者，實際多為行政秩序與程序實效，其法益層次與侵害程度較接近第二、三象限。此種以刑罰擔保行政實效的功能錯位，使刑罰逐漸偏離「保障重要法益的最後手段」之定位，而偏向管理工具與政策象徵。金融七法即透過此種規制方式，實質上將刑事不法的決定權讓渡給行政機關。

因此，在整體立法模式層次，更有必要重新盤點：何種義務違反真有必要藉



doi:10.6342/NTU202600402

刑罰維持，何種則應回歸秩序罰或其他監理手段，而有必要藉刑罰維持者又需以何種適性要件方能納入至刑事不法領域，以落實刑法的謙抑性與本文重構質的區別理論所勾勒之四象限指引。

## 第三節　混合式立法模式之檢討

### 第一項　混合式立法的定義

關於混合式立法的定義，從其規制對象而言，係針對尚未達到犯罪的妨害社會秩序行為及反社會行為。此種規範方式大致上係先依行政法規普遍地禁止一定行為，同時在為違反禁止行為時施以行政命令或處分的規定，進而對於違反該命令或處分的行為課以刑罰的規範方式，亦即係一種將行政上、民事上的規定及刑事上的規定，以連續及整體性相互結合的規範方式[525]。

在混合式立法中，儘管存在以行政命令或處分前提的違反禁止規範的行為，但其本身並非犯罪。作為刑罰對象的「犯罪」，係違反行政命令或處分的行為。亦即，混合式立法的規範模式係在尚未存在「犯罪」的階段，一開始施以行政規定，而在到達違反行政命令或處分行為時，將之認為係「犯罪」階段而移至刑事程序的規定[526]，此可謂此種立法模式之特徵。

至於立法者會選擇混合式立法模式之理由，參考學者北村嘉宣的見解，其認為採取命令前置制度的行政刑罰法規，其理由通常係行政義務內容並非有明確定義，又無法肯認其惡質性或非難可能性的義務違反行為，及義務違反行為的成立需要一定時間經過，並且對該行為無履行的期待可能性時[527]，本文亦同之。

---

[525] 葛野尋之（2009），〈社会的迷惑行為のハイブリッド型規制と適正手続〉，《立命館法学》327・328 号，頁 275-276。

[526] 葛野尋之，前揭註 525，頁 276。

[527] 北村喜宣，前揭註 26，頁 90-91。



doi:10.6342/NTU202600402

## 第二項　檢討實益

論者認為混合式立法方式的優點，係此種混合式立法中的妨害社會行為，雖尚未到達犯罪的程度，但仍具有社會性的弊害，國家認為有限制之必要者，為了防止「損害」可能會擴大其範圍所為之規定，因此迴避與刑事規定有關之複雜程序及障礙，例如有關禁止對象要求需明確、個人責任原則、正當程序等種種程序保障、採取傳聞證據及迴避高度的證明門檻等規定，而採取迅速且彈性為可能手段的預防性規定[528]。除此之外，混合式立法因為並非直接處罰禁止行為，而是將預防性的行政命令或民事假處分（禁制令）作為前置，並以刑罰作為此種命令實效性的擔保。由於對於違反規範之行為並非一開始即施以刑罰，外觀上也可能是一種是符合刑法謙抑性的表現[529]。

不過，這種迴避的規制方式與符合刑法謙抑性原則的說法，其實是互相矛盾的，因為既然要以迴避刑事法原則而迅速達到處罰的目的，但該處罰的結果卻包含刑事制裁，就不能符合刑法謙抑性原則的要求，例如在有關英國 Anti-Social Behaviour Oder（簡稱 ASBO）案例[530]中，英國學者 Andrew Ashworth 就舉出作成 ASBO 的程序，應可說係規避在「刑事犯罪」作成程序所要求的權利保障，造成

---

528 參見葛野尋之，前揭註 525，頁 279。

529 參見葛野尋之，前揭註 525，頁 280。

530 依據英國 1998 年犯罪及秩序法規定，法院為了防止對於附近居民的妨害社會行為，如令人厭惡的、威脅、令人困擾等行為，得對於被申請對象發佈以特定行為為限制的內容的妨害社會防止命令（ASBO）。妨害社會行為的法律規定，係由防止社會妨害行為的 ASBO，以及處罰違反 ASBO 行為的制裁規範結合而成的混合型規定。ASBO 禁止與妨害社會行為有關的特定行為，如與特定人物的交往、夜間外出、接近特定場所、塗鴉、噪音、在街頭中飲酒等等，以及為了防止反覆的妨害社會行為，以法院決定的一種民事禁制令。申請發布 ASBO，係由受妨害社會行為影響的附近住戶提出，並由地方政府、警察等予以實施。ASBO 得規定最短 2 年期間，且違反 ASBO 的行為，直接成為犯罪而係刑罰的對象。違反行為本身當然不至於犯罪，只不過在違反 ASBO 所規定的行為限制時，直接構成犯罪。處罰違反 ASBO 行為的程序，必須在刑事法院進行。刑罰若係以簡式起訴程序則規定判 6 月以下拘禁刑或罰金，若是正式起訴程序則係 5 年以下拘禁刑或罰金。參葛野尋之，前揭註 525，頁 289-291。



doi:10.6342/NTU202600402

容易入罪的結果，即與刑法謙抑性的要求有違[531]。

亦即，混合式立法易流於為「以形式上的前置命令掩飾實質的直接刑罰」的結果。行政機關只要發出一般性命令或個別處分，即可藉由「違反命令」的構成要件，將廣泛的違規行為推升至刑事不法範圍，而無須再為費時費力的事實調查與比例衡量。於是，混合式立法非但未真正減少刑罰介入，反而造成行政機關在前端監督與執行上的「代理人懈怠」現象，規避前端應付出成本的實質調查與行政程序，將維持秩序的成本轉嫁給刑事司法系統，使後端法院成為行政失靈的責任承擔者。

### 第三項　本文對於現行法規之分類

混合式立法可視為從屬性原則所衍生的下位概念。原因在於此種立法模式同樣係刑罰從屬於前置的行政行為，但此處的行政行為本身與前述之金融七法規制方式不同之處，係具有制裁性質的行政（秩序）罰。然而，也因前置行政行為已兼具制裁功能，使其產生與一般從屬性原則特異化的樣態，值得予以進一步檢討。因此，以本論文於前述所定義之混合式立法，將我國現行行政刑法中有關之法規及條文表列如下表六。另外，由於金融七法的立法模式已在上一節介紹，因此本節（及表六）之混合式立法模式所適用之法規，即先將金融七法排除，合先敘明。

**表六：混合式立法模式之列表**

| 編號 | 法規名稱 | 規定條項款 | 前置之行政處分 | 入罪之行為態樣 | 最高刑度 |
|---|---|---|---|---|---|
| A | 記帳士法 | 34 條 3 項 | 無資格擅自執行記帳士業務之罰鍰處分 | 受三次以上處分仍繼續從事該業務者 | 1 年 |
| B1 | 會計師法 | 70 條後段 | 限期命會計師停止出借章證或標識處分及罰鍰處分 | 屆期不停止或停止後再為違反行為 | 3 年 |
| B2 | | 71 條後段 | 限期命未有會計師資格者停止已 | 屆期不停止或停 | 2 年 |

[531] 葛野尋之，前揭註 525，頁 301-303。



doi:10.6342/NTU202600402

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | | 限期停止但未停止廣告、招攬或執行業務之處分及罰鍰處分 | 止後再為違反行為 | |
| C | 公職人員財產申報法 | 12條4項 | 罰鍰處分後限期申報或補正之處分 | 屆期未申報或補正 | 1年 |
| D | 專利師法 | 32條2項後段 | 對無資格者罰鍰處分後限期令其停止廣告、招攬業務之處分 | 屆期不停止或停止後再為違反行為 | 2年 |
| E1 | 光碟管理條例 | 15條1項 | （製造光碟）停工命令及限期申請許可及罰鍰處分，違反者再次停工命令及罰鍰處分 | 再不遵從者 | 3年 |
| E2 | | 16條 | （製造場所）停工命令及罰鍰處分，違反者再次停工命令及罰鍰處分 | 再不遵從者 | 2年 |
| E3 | | 17條2項 | 停工或罰鍰，違反者再命停工及罰鍰 | 再不遵從者 | 2年 |
| F | 能源管理法 | 20條後段 | 第一次限期辦理、第二次再限期辦理及罰鍰、第三次停止營業或勒令歇業及加倍處罰 | 仍不遵行者（對負責人） | 1年 |
| G1 | 公平交易法 | 34條 | （獨占及聯合行為）限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施 | 屆期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為者 | 3年 |
| G2 | | 36條 | （限制競爭行為）限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施 | 屆期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為者 | 2年 |
| H1 | 放射性物料管理法 | 32條1項2款 | 停止興建或運轉命令 | 不遵行 | 3年 |
| H2 | | 33條3項 | （擅自建廠）強制拆除後擅自復工經制止處分 | 不從者 | 1年 |
| I1 | 核子反應器設施管制法 | 29條2項 | 罰鍰處分及停止現場作業、運轉或限載運轉命令 | 不遵行 | 3年 |
| I2 | | 30條3項 | （擅自建廠）強制拆除 | 擅自復工經制止不從 | 3年 |
| J | 洗錢防制法 | 22條3項 | （提供帳戶）告誡處分 | 5年內再違反 | 3年 |



doi:10.6342/NTU202600402

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| K1 | 畜牧法 | 38條3項 | （重度違反畜牧法行為）罰鍰處分 | 再違反 | 3年 |
| K2 | | 38條4項 | （輕度違反畜牧法行為）罰鍰處分 | 再違反 | 1年 |
| L1 | 動物保護法 | 30條2項 | （重度違反動保法行為）罰鍰處分 | 五年內故意再違反 | 2年 |
| L2 | | 31條2項 | （輕度違反動保法行為）罰鍰處分並限期令改善（及得按次處罰） | 二年內故意再違反 | 1年 |
| M1 | 就業服務法 | 63條1項後段 | 罰鍰處分 | 5年內再違反 | 3年 |
| M2 | | 64條1項後段 | 罰鍰處分 | 5年內再違反 | 1年 |
| N1 | 環境影響評估法 | 22條後段 | 罰鍰處分及命停止實施開發行為 | 不遵行 | 3年 |
| N2 | | 23條2項 | 罰鍰處分及命停止實施開發行為（併得按日連續處罰） | 不遵行 | 3年 |
| O1 | 水污染防治法 | 34條1項 | （對重度水污染行為）[532]主管機關所為之命令或停工或停業之命令 | 不遵行 | 3年 |
| O2 | | 34條2項 | 主管機關所為停止作為之命令 | 不遵行 | 1年 |
| P | 海洋污染防治法 | 44條 | 罰鍰處分及按次處罰暨情節重大之停工命令 | 不遵行 | 2年 |
| Q1 | 空氣污染防制法 | 56條1項 | 停工或停業命令 | 不遵行 | 3年 |
| Q2 | | 56條2項 | 罰鍰處分、限期改善及按次處罰暨情節重大之停止操作或停止作為命令 | 不遵行 | 1年 |
| R | 土壤及地下水污染整治法 | 35條 | 主管機關所為污染減輕或避免擴大之命令 | 不遵行 | 1年 |
| S | 組織犯罪防制條例 | 3條4項2款 | 主管機關解散命令三次以上 | 不解散者 | 3年 |
| T | 集會遊 | 29條 | 主管機關解散命令[533] | 不解散而仍繼續 | 2年 |

[532] 包含該等水污染行為有嚴重危害人體健康之虞者（同法27條第1項）、疏漏至污染水體者（同法第28條第1項）等行為，相對於同條第2項之規定，本文將之稱為重度水污染行為。

[533] 該解散命令之性質為行政機關之行政處分，我國實務認為，「法院於審理集會遊行法之刑事案件時，自得對上開行政機關所為之行政處分是否合法為實質審查，而不必然受其構成要件效力所



doi:10.6342/NTU202600402

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | 行法 | | | 舉行經制止而不遵從（處罰首謀） | |
| U | 礦場安全法 | 41 條 2 款 | 暫行停止工作之命令 | 違反者 | 3 年 |
| V1 | 毒性及關注化學物質管理法 | 53 條 1 項 | 罰鍰處分、限期改善而未改善之停工或停業命令 | （運作人）不遵行（處罰負責人） | 3 年 |
| V2 | | 53 條 2 項 | 停止作為命令 | （運作人）不遵行（處罰負責人） | 1 年 |
| W | 游離輻射防護法 | 39 條 1 款 | 停止作業命令 | 不遵行 | 1 年 |

依本文所主張之重構質區別理論，一個原本在第二、四象限的秩序罰規定，必須達到一定的門檻及閾值後，始能納入第一象限—亦即具有高價值利益及高程度侵害性—的領域，因此在立法論或解釋論上，在構成要件的設計上，一定的適性要件就相當重要。不過，行政刑罰法規最為人詬病者，即構成要件的粗糙及法益關連性的模糊，因此，以下則檢討表六中混合式立法模式之行政刑罰規定中，立法者用以做為適性要件的因素，是否符合本文重構說的主張。

### 第四項　再違反做為適性要件之檢討

由上述混合式立法模式的定義，可謂立法者將原本秩序罰的違規行為，藉由「再違反」（或不遵從，以下均以再違反統稱之）此一構成要件而納入刑事不法的範圍，因此「再違反」可視為立法者所設定的行政不法跨越至刑事不法的適性或門檻要件。雖然此種門檻或適性的利用方式，似乎無人討論其合理性為何，但再違反的概念，似與刑法理論及實證法中的「累犯」概念類似，並且刑罰係比秩序罰還要嚴厲的制裁方式，也類似累犯加重處罰的概念。因此，本文認為可藉由

拘束」，理由為「合法之行政處分始有以最後手段性之刑事制裁加以保護之必要」，參臺灣高等法院 103 年度上易字第 1223 號刑事判決、103 年度上易字第 1523 號刑事判決、105 年度上易字第 1259 號刑事判決。



doi:10.6342/NTU202600402

討論累犯加重處罰的合理性與否，一窺此立法模式之合理性。

當然，累犯加重處罰的前提，仍在於前後二行為都有刑事不法內涵的倫理非難性，此與混合式立法模式中，前行為僅係具有行政不法內涵有所差異（更遑論後行為是否具有刑事不法內涵亦是爭議）。然而，若藉由累犯加重處罰的討論，至少在累犯加重處罰未有合理論證基礎的某些條件上，混合式立法模式如具備此種欠缺合理條件的情形時，則可檢驗該項立法並無制定的合理性（尤其是在規定後階段的刑事處罰的部分）。

關於累犯加重本刑的正當性，我國大法官曾於 2019 年 2 月 22 日做成釋字 775 號解釋，說明累犯加重之立法目的，基此，有論者即將累犯加重其刑的理由[534]，分析為「特別惡性」（可能的解釋包括高度特別預防需求、較低刑罰感受力、後犯罪的罪責加重非難及後犯罪的不法加重非難）、「刑罰反應力」及「社會防衛」。

在混合式立法中以刑罰為後階段行為的制裁方式的立法理由中，常見到以「惡性重大」或「嚇阻」，為再違反前置處分之行為而以刑事處罰的理由[535]，因此，前述累犯加重處罰理論及實務中的「特別惡性」及「社會防衛」就有討論的參考價值。

累犯加重處罰理論中「特別惡性」的處罰理由[536]，似乎亦皆可成為混合式立

534 參許恒達（2019），〈累犯與處斷刑加重之裁量—評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判〉，《月旦法學雜誌》，294 期，頁 17-27。

535 明言以「惡性」為再違反處罰理由者，有 I2、J、Q2。例如 I2 的立法理由為「擅自復工經制止不從者，實屬惡性重大」；Q2 的立法理由為：「受停工、停業、停止操作或停止作為之處分，仍拒不遵行者，足徵惡性重大，應以刑罰制裁之」。而明示以「嚇阻」為再違反處罰理由者，如 B、D、G、L2。又例如實務常主張的「不遵停工命令而長期違反禁令續為操作，無視公權力之存在，對政府公權力威信之傷害甚鉅，其違反義務之程度嚴重」（參臺灣高等法院 112 年度原上易字第 33 號刑事判決）、「未遵行停工命令……續行操作預拌混擬土拌合、裝料等製程作業，藐視公權力，為使被告余○○深刻瞭解其行為不法」（參臺灣高等法院 112 年度上易字第 1687 號刑事判決），似乎亦是一種以「惡性重大」為出發點的思維方式。

536 許恒達分析累犯加重的理由，有一、必須壓抑行為人的人格惡性，才能產生適足的矯正效果；二、再度犯罪表示形式上相同的制裁內容在實質上仍有差異，以致無法符合公平應報的效果；三、



doi:10.6342/NTU202600402

法中後階段刑罰的正當性基礎。因為行政刑罰法規的行為人確係以後階的再違反行為，表徵出其相對於前置處分的態度。然而，累犯的特別惡性理由，亦均有諸多受人質疑之處而無法被合理化[537]，如未考慮行為人其他因素如人格特性、生活環境、家庭關係等；無法測量所謂刑罰感受力；未從犯罪行為觀察行為人對不法侵害的責任基礎因而牴觸罪責原則[538]；未考慮行為人意志形成上發生病理性或心理性缺陷[539]；法院在制裁時考慮前科，不免有違反一事不再理原則的疑問，並且傾向於人格危險性的素行罪責論[540]。上開理由，無一不可作為反對混合式立法僅以再違反作為刑事不法之適性或門檻要件之依據。

其次，關於累犯加重處罰理論中「社會防衛」的處罰理由，例如反覆再違反的行為人具備不喜歡遵法而為一定之侵害行為的特別惡性、危險性（dangerousness），因而基於社會防衛觀點，必須增加刑罰力道以收隔離之效[541]。不過，此理由最常被批評的就是踰越了刑法的罪責原則，刑法在此意義下單純成

---

行為人人格存在的危險性或長久以來漠視侵害的素行；四、當累犯受過制裁而在接續意志的形成過程中產生梗阻促因（Hemmungsimpluse），卻在後行為實行過程中，內心克服了此梗阻促因，證成後犯罪的行為本身具有更強的可非難性；五、該行為人違反因前罪名所帶來的「不得再一次犯罪」的義務，在此脈絡下，後犯罪行為的實行，同時構成了雙重義務違反效果。參許恒達，前揭註 534，頁 17-27。

537 參許恒達，前揭註 534，頁 17-27。

538 另有學者認為此種觀點（即性格責任論）不當擴張了罪責原則的內涵，將行為人之危險性考慮披上責任外衣。參謝煜偉（2019），〈當弦外之音成為主弦律─評釋字第 775 號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢〉，《月旦法學雜誌》，294 期，頁 48。

539 另有學者認為，這種行為責任增加的觀點，看似非常符合日常生活的直覺；但刑罰的正當性不能夠依照常理與直覺來加以證立。刑罰理論的出現，正是為了要避免直接將直覺套用在國家刑罰權力的行使上而存在。一般人常會誤解以為，本次的加重處罰是為了讓反應遲鈍的行為人學會教訓，但這種想法仍舊不脫特別預防觀點的思維，其與非難程度的提高無關。參謝煜偉，前揭註 538，頁 48。另參西岡正樹（2013），〈累犯加重に関する一考察〉，《山形大学法政論叢》，56 号，頁 6；中島広樹（2005），《累犯加重の研究》，頁 217-220，東京：信山社。中島広樹更認為此理由「將累犯者心理狀態進行準確評估這一難以解決的課題包含在其理論本質之中……其理論維持的破產可說是必然的結果」。

540 同此見解，參謝煜偉，前揭註 538，頁 49。

541 參謝煜偉，前揭註 538，頁 47。



doi:10.6342/NTU202600402

為犧牲累犯者的自由利益，藉以維護社會保安的工具[542]。其中學者亦提到「如果加重累犯的處罰，事實上表示司法者承認刑法並未真正完全貫徹其應有的規範效果，因為如果刑法規範效力已經夠強，理論上不會有任何累犯出現，對累犯的加重不啻對法規範自打嘴巴，甚至還弱化法規範的積極一般預防機能」[543]，甚至有論者認為「從邊際效果遞減的角度來看，同一行為人反覆犯罪，反而代表著每一次犯罪行為破壞規範秩序程度的遞減，不但不應加重處罰，反而應該減輕才對」[544]。

誠然，混合式立法處罰再違反與刑法的累犯不是相同的規制方式，也許不能完全類比。然而，如果前後行為均為刑事不法的累犯行為的嚴罰化，都有其應質疑之處，則前行為僅係行政不法行為的混合式立法中再違反行為的入罪化，豈不應更有值得檢討的理由？更難僅憑惡性重大或社會防衛為由就得通過納入第一象限的檢驗，應該是相當合理的推論。因此，「再違反」不應做為混合式立法模式中後階段刑罰正當性的唯一理由，否則極易使刑罰淪為行政「代理人懈怠」的選項，而非回應法益侵害或社會損害。因此，不論在立法論上或是解釋論上，均應加上其他得以跨越雙重門檻的要求，才能符合與刑罰間的關連性。

既然單純再違反並不適合進入本重構說的第一象限範圍內，則進一步分析表四所列的諸混合式立法模式，除了再違反之外，立法者似乎另設計有幾種適性化要件的選擇，以下再予分別檢討。

---

[542] 許恒達，前揭註 534，頁 25-27；謝煜偉，前揭註 538，頁 47。

[543] 許恒達，前揭註 534，頁 27。

[544] 謝煜偉，前揭註 538，頁 50。



doi:10.6342/NTU202600402

## 第五項　以時間或次數做為適性要件之分析

### 第一款 時間的適性要件：設有期限

觀察表六的分類，混合式立法中有一特殊的立法模式，亦即雖然以犯前置處分為其要件，但卻另外設有期限，可能是超過該期限才有入罪的可能，也有可能是相反，亦即在期限內再違反才構成犯罪，而屬於此類型之法規為 J、L、M。如此，本類型的規制是否得做為適性或跨越門檻納入刑罰的要件呢？

首先，如前所述，此類型除了多了期限的要素外，皆與再違反相同，則再違反所具有上述累犯理論中之缺點，是否可僅因增加此要件（本類型中所設計的期限，甚至於累犯所設計的期限長度都很近似）的要件即可扭轉，已非無疑。

依上述之整理，屬於本類型的規制所佔不比不多，大部分的混合式立法在入罪化時並不會定有期限，定有期限者反而突顯立法者所在意的入罪化實際理由。因此，此時若再觀察在本領域之法規所涉及之法益，如J之經濟秩序法益、L之動物保護道德感情法益[545]、M 之就業市場秩序法益[546]，彼此間似乎並無何共通性可資參照。

進一步細究各該規定之立法理由，L 並無具體之理由[547]；M 則稱考量實務運

---

[545] 參考臺灣高等法院 108 年度上易字第 684 號刑事判決所提到的，「『保護動物』之觀念，係現代文明社會之重要價值之一，我國並特別制定動物保護法，揭示『尊重動物生命及保護動物』之立法旨趣」，並未明確指稱該法所保護之法益為何，僅抽象泛稱該「觀念」係一種「價值」，反而彰顯一種訴諸道德情感的傾向。例如古承宗即認為，將虐待動物行為入罪化的考量，無非是強化一般社會大眾的良知價值而已，是讓將倫理性的動物保護理念，直接充作刑法之保護法益的法理準據。參古承宗（2015），〈環境風險與環境刑法之保護法益〉，《興大法學》，18 期，頁 205-206。

[546] 參考臺灣高等法院106 年度上易字第2505 號刑事判決，該判決曾提及系爭規定係「保障主管機關對外籍勞工之管理與本國國民就業權益」之「社會法益」。

[547] 關於 L 規定的另外批評，學者林明鏘認為動物保護法中混雜秩序罰與刑事罰（加重）之立法體例，此種法理及制度設計不僅悖於刑事通常法理，而且使得刑事罰之目的不清，法官量刑仍會考量其本質為秩序罰之延伸，而給予當事人緩刑或易科罰金刑，造成徒有刑罰之名，但僅有「秩序罰」之實。參林明鏘（2016），〈評臺灣動物保護法二○一五年之修正〉，《月旦法學雜誌》，249 期，頁 156。



doi:10.6342/NTU202600402

作情形，並參酌瑞士法例及除罪化之刑事政策趨勢，再參考畜牧法第33條第2項立法例而來[548]。以此觀之，上述諸規制設置期限之原因，似乎亦無線索可循。

相對清楚的可能是 J 的說明，就該規制中告誡處分的定性，立法者在立法理由中稱係「教育人民妥善保管個人帳戶、帳號法律上義務之目的」，並且「經裁處告誡後逾五年再違反者，應再重新予以告誡」。因此，該處分的目的由立法理由觀之，係在「教育人民有法律上之義務」，顯然是考慮行為人的「再教育需求」，立法者似認為前次處分之教育「效力」可維持「5 年」，一旦逾此期限則效果即告效滅而需重新進行教育[549]。因此，可謂立法者係以該措施來改善行為人行為的思想出發，並且依照惡性高低不同而區分寬嚴處罰之方式，若以刑罰論言之，近似於特別預防理論（個別預防理論），強調其預防再違反的作用。因此，設有期限的基礎，也許在於特別預防理論的目的。

然而，特別預防理論令人詬病者，即為刑罰的必要性取決於犯罪人的危險性格與再違反危險，因此刑罰措施的輕重與時間長短即可能無尺度界限[550]，進而也會影響本款類型入罪化的正當性。縱使混合式立法模式中設定期限，乃在於平衡特別預防理論的缺失，然而，既然以行為人具有社會危險性為前提，卻僅單純設置期限而未有何其他矯正措施，如何能見其成效，並無實證之依據。並且，此種規制仍舊無法說明既然設置期限，行為人再度違反何以不採秩序罰，而僅係因係危險性格及再違反危險而施以刑罰之合理理由。綜上，本文認為僅以再違反而設有期限的此種適性要件，並無法通過雙重門檻的檢驗而納入本文所主張的重構說

[548] 按 2010 年以前之畜牧法第 33 條第 2 項規定，即有列舉事項而情節重大或一年內再違反者，處 3 年以下有期徒刑或併科新臺幣 30 萬元以下罰金。2010 年將「一年內再違反」刪除，其立法理由係為有效打擊不法，防杜死廢畜禽外流，達保障消費者權益之目的。其次，本條在 1998 年制定前，行政院之版本係無「一年內再違反」之規定，於立法院院會時僅以「照黨團協商條文通過」為立法理由，即無從得知以該期限做為再違反處罰條件之原因。

[549] 事實上，從 L 的立法理由來看，亦無法確切得知為何「5 年」的期限，可以成為影響「需否再教育」的因素。

[550] 王皇玉，前揭註 208，頁 21。



doi:10.6342/NTU202600402

的第一象限內，應屬當然。

### 第二款 次數的適性要件：複數前置處分

表六的前置處分中亦存有複數處分的特殊類型，亦即行政機關為前置處分後，行為人再違反該前置處分，並不會馬上施以刑罰，而可能先再受行政機關之處分後，再違反第二次（及第三次以後）的行政處分或秩序罰者，才有可能成為刑事不法的範疇。此類型是否可做為合理所為之適性要件，進一步分析如下。

本文認為屬於本類型之規制者如下：A（受三次以上處分）、E（需再次為停工及罰鍰之命令）、F（經歷三次並且加倍處罰）、I2（還要先經制止之處分）、P 及 Q2（均限期改善+按次處罰+情節重大）、S 及 T（複數以上之解散命令）。依此分類之結果，屬於本類型法規之保護法益相差甚大，實無從理解立法者係以何標準決定需為複數前置處分後，再違反始予入罪化；亦難以窺見行政機關係如何決定及分配各該複數前置處分之時機及標準。只能先從各條文的立法理由先行探求。

首先，仍有無法從立法理由中探求標準的法規，例如 A、E、P。然而，A 及 E 係在保護記帳士制度及光碟之管理所需，而屬於行政不法之範圍，考其實質亦無明顯有重大價值利益及社會侵害性存在，依本文之重構說的主張，即使再違反亦未能納入刑事不法的範圍。至於 P，做為停工命令的理由可大致分為兩類，一類為從事海洋棄置作業致嚴重污染海洋或有嚴重污染海洋之虞時而未即採取措施（同法第 50 條），另一類則為違反法規命令或原定計畫（同法第 48 條、第 55 條），是依該停工命令之理由，前後兩類顯然有不同之內容，未可一概而論。前者之性質本來就具有適性要件（「致嚴重污染海洋或有嚴重污染之虞」），而該適性要件確實具有保護環境媒介之法益關連性，則其再違反之行為確有通過雙重門檻而進入刑事不法之當罰性（即四象限指引中之第一象限領域）。而後者相較



doi:10.6342/NTU202600402

於前者，顯然較偏向保護行政管制之實效性，又無其他適性要件，依本文的重構理論及雙重門檻主張，尚難僅以再違反該命令即可納入刑事不法範疇。

其次，關於 F，立法理由提到「由於能源為重要物資，若能源供應事業未能遵行法令經營能源業務，不分情節輕重概處秩序罰，尚難收管理之效……另並參酌商業登記法第 32 條及第 33 條之立法例，增列於處秩序罰無效後，改科以刑罰」。對照該立法理由與 1999 年修正前之商業登記法立法理由，似乎係以「管理」為其目的，因此，難謂其規範目的具有僅係以刑罰擔保行政實效性的缺陷。尤其係商業登記法於 1999 年修正後，上述立法例示之規定已除罪，並回歸完全由秩序罰處理（得按月連續處罰）。因此，既然做為參考對象之立法例已除罪，則 F 之規定自應有比照辦理之理。雖然商業登記之行政管理，與能源此種重要物資之管理重要性不可比擬，然而能源管理法既然亦選擇多達 3 次得以命行為人修正其行為之空間，相較於 1999 年修正前之商業登記法僅有 2 次的修正空間，F 似乎又對於行為人之行為更寬鬆對待，是否反而可徵能源管理在行政管理上的重要性不見得比商業登記高，並且 F 的違反行為之倫理非難性的程度並不足以入罪？

再者，在 I2 及 Q2 的立法理由中，都提及了係因為不從或不遵行者「惡性重大」所以入罪，正如前述討論再違反時的內容，如此不但有悖於行為刑法的原則，純以特別預防為導向的行為人刑法，與罪責原則及罪刑法定之明確性原則間，也因具有內在的緊張關係，容易導致國家權力極度擴張[551]。不過，I2 規制對象涉及核子反應器設施、及 Q2 涉及污染空氣此種環境媒介，外觀上確有可能對市民之人體健康造成實害或危殆。然而，I2 所規制行為實際上只是在建廠階段，並不涉及核子反應器設施的運轉，似乎並無將違反行為做為入罪化之非難理由，可能僅是立法者基於行為人刑法的預防立場為之，因其侵害程度並不高，屬於本文所主

[551] 參林鈺雄，前揭註 231，頁 136-137。其另提及行為刑法係指刑法制裁僅為對個別行為的回應，與行為人的整體人格或未來預期的危險行為無關。



doi:10.6342/NTU202600402

張之四象限中之第四象限範圍，而以秩序罰對應較為妥適。Q2 則係除了再違反外，以「主管機關之相關命令與控制污染風險或防免污染擴大」為其要件[552]，則因有設置適性要件做為檢驗門檻，其入罪化至第一象限尚屬適當[553]。換言之，入罪理由可能僅是立法者基於行為人刑法的預防立場，縱然其所規制之利益具有高價值，但仍需視其侵害程度，需要一定的適性要件始能通過雙重門檻而將之納入第一象限的刑事不法領域。

至於 S，該規定在行政院版本並未見，而係於立法院討論時依照立委之修正動議通過。依照該動議之說明，S 之立法理由[554]可見係基於防止犯罪組織之行為外溢而危及公共安全及秩序，進而造成市民的法益受到侵害及危殆化，在保護利益的價值程度及社會的侵害性程度都有一定高度，本文認為可通過重構質區別理論的標準，因此其規制尚屬正當。不過 T 相對於 S，其立法理由僅係因「危害社會安定，對首謀者處予刑罰」，然而前文已提及此類型之行為人並不同於組織犯罪之群眾，直接以刑罰規制似乎並不具有當罰性。雖然將處罰範圍限於首謀，不過此種只針對特定人而非行為的制裁方式，亦有可能落入前述的行為人刑法的缺失，因此，縱使有多次的解散命令，亦無法做為入罪要件。

## 第六項　罰鍰做為前置處分的適性要件之分析

關於秩序罰之種類，我國行政罰法分別規定於第 1 條及第 2 條。第 1 條係罰鍰之規定，亦為向來通說所肯認之典型的秩序罰。至於我國行政罰法第 2 條所謂

[552] 例如由主管機關訂立未經排放管道排放空氣污染行為之行為管制準則，管制產生明顯粒狀污染物散布於空氣或他人財物。

[553] 學者謝煜偉於討論上述 Q2 規定時，另提到「若主管機關之相關命令與控制污染風險或防免污染擴大無關者，則行為人之不遵守應屬構成要件不該當」，依本文的雙重門檻觀之亦同，參謝煜偉，前揭註 81，頁 1395。

[554] 節錄其立法理由：「近來黑道幫派高調舉辦春酒、聚會、公祭等大型活動，聚集大量幫派份子，刻意壯大聲勢，高調炫富，公然挑戰公權力，造成出入會場附近民眾不安，引發社會不良觀感」。



doi:10.6342/NTU202600402

之「其他種類秩序罰」，則僅限於該條各款所列舉之「裁罰性之不利處分」，並以「違反行政法上之義務」而應受「裁罰性」之「不利處分」為要件[555]。惟因現行行政法規具有制裁性質者類型眾多，立法者似乎擔心「裁罰」與「非裁罰」之處分會受到混淆，因此即在行政罰法之立法理由中，先交代數種不具裁罰性之處分作為判斷依據，然而學說就何謂「裁罰性」仍有不同之解讀。

當然，上述所謂的「裁罰性」係以行政不法的角度來觀察，而此裁罰性是否會對混合式立法中後階段的刑事制裁的當罰性產生影響？亦係此部分欲探討的問題。因此，此部分將以罰鍰此種最典型的裁罰性不利處分為首，探討以該種典型行政不法領域做為再違反後的刑事制裁適性要件是否合理？再進一步探討無罰鍰或與其他種類秩序罰併存的前置處分，其做為適性要件是否又會與單純罰鍰的結論有所不同？

### 第一款　僅有罰鍰為前置處分者

所謂罰鍰，是指國家機關對於違反行政法義務者所為財產上剝奪之處罰。若為罰鍰處分，受處分人既係直接受有財產上不利益，基本上應歸類於懲罰性不利處分的範圍，此亦可由我國行政罰法將罰鍰與其他裁罰性之不利處分並列，可推知罰鍰之本質。我國行政罰法係參考德國秩序違反法而來[556]，不過，德國的秩序違反法原則上秩序違反行為僅得科予罰鍰[557]。此外，計算罰鍰時，其主要考量依據是行為人義務違反性的責難，此時違反秩序規章之行為人的身家資歷，並非考

[555] 林明鏘，前揭註 49，頁 277；黃俊杰（2005），〈行政罰法：第一講　處罰之形成與審酌〉，《月旦法學教室》，31 期，頁 56。不過，林明鏘亦稱此種分類方式極為困難，例如建築法第 58 條之「停工處分」，或是行政機關對違法授益行政處分之撤銷，是否屬裁罰性不利處分，即有問題。

[556] 立法史介紹，參蔡震榮（2014），〈秩序罰與刑事罰界限問題之探討〉，《法令月刊》，65 卷 1 期，頁 43-44。

[557] 許恒達，前揭註 123，頁 161。



doi:10.6342/NTU202600402

量的重心所在，而毋寧係純粹依據其違反義務的效果賦予定額制裁[558]。因此，本文認為罰鍰應係行政不法中最典型的制裁方式[559]。

表六之混合式立法中，以前置處分僅有罰鍰者，應係 A、K、L1、M。以此分類結果來看，僅有罰鍰處分做為此種前置處罰類型者，似乎較傾向於違反秩序的單純行政不法（如 A 之記帳士制度管理秩序[560]、K 之畜牧業管理秩序[561]、L1 之動物保護道德感情、M 之就業市場公平秩序），其不法內涵之刑法法益關連性及社會侵害性都不算太高[562]，此現象事實上也反應了罰鍰做為典型行政秩序罰的本質，因此此種違反行為之本質，依照本文所主張之重構質的區別理論的看法，無法跨越至四象限指引中第一象限之入罪領域。

做為另一個可考慮的理由，行政機關在罰鍰的裁處中常常具有裁量權，因此向來缺乏明確的標準，雖然依行政罰法第 18 條第 1 項明文規定，行政機關於裁處罰鍰時須審酌之事項，然而，正如論者所言，行政機關如何審酌各點之情形，以及是否應全部考量，則只能針對個案之情形判斷之，且皆屬相當不確定之法律概念，適用於各種不同之具體個案時，如何審酌仍非易事，更何況有可能無法全面

---

[558] 許恒達，前揭註 123，頁 162。

[559] 學者詹鎮榮亦提及由於不利處分是否具有裁罰性，必須取決於立法目的，操作上仍無法排除解釋者之主觀認知；欲達客觀一致性，難度甚高。除非未來修法將秩序罰之種類縮減成僅有罰鍰一種，否則在現行規範架構下，秩序罰概念之區辨與定性，仍是無法規避之問題，爭議可想像地當也會持續存在。參詹鎮榮（2022），〈行政法傳統學理的反思與開展──行政處罰、裁罰性不利處分與管制性不利處分〉，《月旦法學雜誌》，329 期，頁 27。

[560] 參該法第 1 條規定「為建立記帳士制度，協助納稅義務人記帳及履行納稅義務，特制定本法」。

[561] 參畜牧法第 38 條之立法理由中提及係為「防杜死廢畜禽外流，達保障消費者權益之目的」。

[562] 例如在 M2 的情形，有論者認為非法容留外國人從事工作並不會造成對公眾生命安全之直接侵害或危害，充其量也不過對於人民的工作權有間接的影響，應認為僅屬單純的行政命令規定，卻以刑罰的手段加以制裁，而未考量到該等違法行為本質上係屬行政命令之違反行為，而僅為貫徹所謂的抽象行政目的，即以刑罰的手段加以制裁，顯然已屬刑罰手段的濫用。參陳文貴（2008），〈談我國行政罰法制度下的行政不法行為與刑罰之界限—行政法學與刑事法學的對話〉，《法學新論》，4 期，頁 124。



doi:10.6342/NTU202600402

審酌[563]。因此，要以此種不明確的裁量基準做為入罪化的前置行為，更顯有違法律明確性原則之疑慮。

### 第二款　未以罰鍰做為前置處分者

表六之混合式立法中，其前置行為並未以罰鍰處分為要件者有 G、H、I2、J、O、Q1、R、S、T、U、V2、W。此處，依照本文重構質的區別說的主張，先從法益關連性的角度進行分析。

依此範圍內規制之目的事項，可再分為（一）H、I2 及 W 涉及在經驗及科學上證明對於人體有高度危害之放射性物質，O、Q1 及 R 則涉及對於環境媒介的高度危害可能性，上述規範之客體，均確有導致市民的健康利益受到危殆之可能[564]。（三）S 的檢討已如前文所述。（四）U、V2 因係行為地點均係在高度危險工作場域，涉及於該工作場域勞動者之身體健康及安全利益。因此，以上入罪化之行為態樣，本文認為確具有法益關連性，尚非單純為了確保行政管制實效性所為。

至於其他尚未提及的刑事規制，如 G 的部分，既已限期必要措施，在未為該命令措施時，並無考慮採取其他秩序罰（例如罰鍰處分）而逕為刑事處罰，在通說認為公平交易法的保護法益並不及於個人法益時[565]，其入罪化的規定即有所疑慮。其次，T如前述，難謂其亦與 S 相同具有可罰之正當性。

至於 J，其立法目的與處罰關連性並不適當已如前述，而參酌洗錢防制法規

---

563 洪家殷（2017），〈行政罰法之重要爭議及發展特色〉，收於：社團法人台灣行政法學會編《行政執行／秩序罰／行政程序／政府資料開放／風險社會與行政訴訟》，頁 90，元照。

564 同此見解，參謝煜偉，前揭註 81，頁 1395。不過，關於 I2 的進一步討論，見下述第五項。

565 論者認為公平交易法的立法目的及保護之法益，係（一）維護交易秩序、（二）確保公平競爭、（三）維護消費者利益、（四）促進經濟之安定與繁榮。其中雖有提及消費者利益，不過論者認為該利益僅係重視而非保護之重點，在消費者利益與事業在市場上自由競爭之利益不能兼顧時，應從維護競爭制度與功能，以及整體經濟利益之觀點予以衡量取捨。因此，消費者個人利益仍無法做為公平交易制度（及秩序）與個人法益間之中間利益。參廖義男（1992），〈公平交易法之立法目的與保護之法益－第一條之詮釋〉，《公平交易季刊》，創刊號，頁 1-10。



doi:10.6342/NTU202600402

定之目的為「防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，促進金流之透明，強化國際合作」（參該法第 1 條），依該目的而言應係偏向保護關於社會整體之公共利益，而金融秩序及金流透明程度，亦繫諸於行政機關所具體認定及管制之規則，才能決定是否成立可罰性，因此本文認為該法之目的，應較為偏向行政管制之目的而設[566]。又立法理由提及本條係為「截堵」必要而設，論者亦認為依洗防法本條之規定，立法者明確認為提供帳戶給人使用，正是法制上應管制卻尚無清楚規範處理的脫法行為，為了截堵此種可能帶來洗錢後果的脫法行為，特別立法予以管制，故單純無正當理由提供人頭帳戶尚無法直接納於刑事制裁範圍[567]，而亦寓有事前預防之用意。告誡處分顯然係因著眼於行為人違反或有危害於公共秩序之行為而來，依立法者的意圖，認為至少就交付提供兩個以下帳戶之行為而言，僅係違反行政法上之義務，而係對於有害於社會公共利益之危險行為，惟因尚未達到社會侵害之高程度，因此有以警察機關事前預防之告誡處分方式施以秩序罰之必要[568]。因此，從本文所主張的重構質的區別說的觀點，即使再違反亦難認已達到侵害高價值利益之程度，因而可能歸於第三象限的範圍內。

綜上，非罰鍰的前置處分，似乎即因其處罰對象多半與高價值利益或高程度的社會侵害性有關，因此其性質可能會落在四象限指引的第二或四象限內，而得以利用雙重門檻檢驗是否進入刑罰領域的要件，如此也更可證立本文所主張的重構質區別理論及四象限指引的合理性。此外，依上述的觀察，以罰鍰做為前置處分者，較非以罰鍰做為前置處分者，處罰行為人再違反的刑罰當罰性程度偏低。

---

566 有論者認為該法保護法益係「透過保全國家沒收犯罪所得之請求權，間接達成保護前置犯罪法益的效果」，參薛智仁（2021），〈詐欺集團的洗錢罪責：新洗錢防制法的難題〉，收於：吳俊毅、薛智仁主編，《經濟刑法的在地實踐》，頁 164，新學林。縱如該論者所主張，仍可見洗防法所保護者係較傾向公共利益而非個人法益。

567 許恒達（2023），〈評洗錢防制法第 15 條之 2 交付帳戶罪—以最高法院 112 年度台上字第 2673 號刑事判決為中心〉，《月旦實務選評》，3 卷 12 期，頁 132。

568 至於本條以交付帳戶數量、期約對價與否等要素，直接做為法益侵害的刑事不法構成要件要素（立法理由稱之為違法性要素）之入罪方式，因並非混合式立法模式，並非此部分之討論範圍內。



doi:10.6342/NTU202600402

這可能可顯示罰鍰做為一種典型的行政秩序罰，所處罰的行為本質上屬於純粹的行政不法領域，以本文前述所提及的四象限指引而言，此部分會落在第三象限範圍內，很難藉由其他適性要件而跨越門檻進入第一象限的刑事不法領域內。

## 第七項　本節小結

從本節的檢討可以發現混合式立法模式，存在許多法益關連性薄弱的入罪化傾向，顯示出一種擔保行政實效性，並且以行政上的危險預防為目的的思考方式。雖然預防（包括一般預防及特別預防）也可能做為刑罰正當化的基礎，然而，論者批評對於危險預防的想法，是此想法使得刑罰的執行變得無謂，無法說明為何要採取何種刑罰以及量刑程度的理由，刑罰課賦的正當性建立在相當貧弱且虛無飄渺的基礎上，並且更根本的問題在於，應以刑罰手段鞏固的社會統合價值究竟應由誰決定，以及如何決定等問題都無明確的答案[569]。此外，上述的預防觀點仍是從刑法角度的批評，對於混合式立法模式更多的批評，還是來自此係以行政上的危險預防為目的，卻使用最後手段的刑罰制裁予以遂行的重大問題。

混合式立法如前所述，其前置處分通常係由行政機關為之。然而，亦有一種刑罰模式係由法院為前置之處分，而違反該前置處分者亦有入罪化之規制，如下表七之整理。

**表七：法院前置處分之刑罰法規列表**

| 編號 | 法規名稱 | 條項規定 | 前置命令或處分 | 入罪化條件 | 刑度 |
|---|---|---|---|---|---|
| 甲 | 毒品危害防制條例 | 23 條 2 項 | 法院之觀察勒戒或強制戒治裁定執行完畢 | 3 年內再違反 | 5 年；3 年 |
| 乙 | 跟蹤騷擾防治法 | 19 條 | 法院所為之保護令 | 違反保護令 | 3 年 |
| 丙 | 家庭暴力防治法 | 61 條 | 法院所為之保護令 | 違反保護令 | 3 年 |
| 丁 | 智慧財產案件審理法 | 72 第 1 項 | 法院所為之秘密保持命令 | 違反者 | 3 年 |

[569] 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 160。



doi:10.6342/NTU202600402

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 戊 | 商業事件審理法 | 76 條第 1 項 | 法院所為之秘密保持命令 | 違反者 | 3 年 |

在表七所整理的違反法院所為裁定或命令之人，刑度幾乎相同係 3 年[570]。既然係法院所為之命令或裁定，相對於行政機關所為之處分（秩序罰），在程序及權利保障上相對而言應較為周全，受處分（裁定）人應更具備有受該處分或裁定之遵法意識，而立法者就行為人仍違反該等處分所規制的刑度，可知上限即為 3 年，本文認為此刑度亦可做為判斷表四所列法規之刑度的衡量標準。執此，觀諸表四所列法規之刑度，大部分之上限亦為 3 年，則不禁要問：相較於違反法院所為之命令或裁定，違反行政機關之命令或處分者，是否有同等刑事責任之價值、而符合罪刑相當原則之要求？事實上，以法院命令前置之宣告刑度大部分落在拘役的範圍，而以行政機關前置之宣告刑度卻有相當大的比例在有期徒刑之範圍。在實務操作上，似乎已有違反罪刑相當原則的表現[571]。

尤其是觀諸表七所涉及的法益，與個人意思決定、行動自由及財產法益等傳統法益多有關連[572]，較能表徵以刑罰保護之必要性。然而，表六所列法規的最高刑度為3年者，如B1、E1、J、K1、M1等，除了入罪化的條件存有前述檢討的各項問題外，依該等刑事責任反映在與表七對照的刑度上，更能突顯二者不相當的特點，而可知混合式立法需要個別檢討其刑事立法政策之合理性。

---

[570] 除了毒品危害防制條例第 23 條 2 項、同條例第 10 條第 1 項之刑度係 5 年，因為該條係規範關於施用第一級毒品之行為，相對於同條例第 10 條第 2 項，係施用第二級毒品之行為。

[571] 例如以丙、O、Q1 三項規定做比較，以 2024 年為例，丙之受有罪判決之 2305 人中，處 6 月以下有期徒刑者為 443 人，處拘役者為 1745 人；O 之受有罪判決之 7 人中，處 6 月以下有期徒刑者為 4 人，處拘役者為 3 人；Q1 之受有罪判決之 11 人中，處 6 月以下有期徒刑者為 10 人，處拘役者為 1 人。參法務部法務統計網站（2025），《地方檢察署執行家庭暴力案件裁判確定情形（違反保護令罪）》https://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList3_Report.aspx?menu=INF_COMMON_P&list_id=1126（最後瀏覽日期：12/14/2025）；另參環境部網站，前揭註 331。

[572] 不過，有論者認為表七中乙的保護法益有所疑慮，尤其是該法第 3 條將跟騷行為直接視為刑事構成要件，則本罪隨即面臨構成要件明確性與刑事制裁正當性的挑戰，並認為此種犯罪預防目標，與刑法自身存立的基礎不符。參廖宜寧（2022），〈由行為不法角度建構跟蹤騷擾罪之刑罰正當性〉，《興大法學》，32 期，頁 113。



doi:10.6342/NTU202600402

在本節的檢討中，除了混合式立法的當罰性外，本文另外想提出的問題是，行為人會在有前置行政處分下仍為違反該處分之行為，究其根本上的原因，是否為前置行政處分（秩序罰）本身並無實益或失靈的問題？而該問題內涵可能是在政策設計上，對於管制方向或標的的錯誤、或是管制資源配置的不當、或是管制範圍及程度的問題？如果是上述問題，則在行為人違反該前置處分而負有刑事責任時，恐怕只是轉嫁行政機關管制政策的失敗或錯誤，而將該責任逕由該行為人負擔，此除了並非刑事不法所要求的非難本質，如第二章所提及行政法上的管制理論，此種責任轉嫁也與現代國家管制理論所要求的不相符。

此外，縱使刑罰是擔保前置行政處分（秩序罰）的實效性，那麼本文質疑的是，既然實效性已被再違反（而擔負刑事責任）所破壞，表示原有的前置行政處分的實效性或拘束力有所瑕疵，則原有的前置行政處分所需被擔保其效力的刑罰機能是否應也隨之降低？此時，如果秩序罰無效是因為管制方向或手段的錯誤，則再違反後直接得以跨越門檻或閾值入罪，不僅無法解決問題，也違反了刑法謙抑性的要求。進步言之，與一般法規範的對象是一般市民有所不同，原前置的行政處分所規制的對象是特定的受處分人，該受處分人再違反之理由，恐怕不是只有前述所謂「惡性重大」一言得以概之。

此時另一個問題，係設若該行政處分之實效性對該再違反之受處分人無處罰之效果，則於行為人依法受有刑事制裁後，是否仍應再賦予一次行政處分（或秩序罰）後，再次違反該（第二次）之行政處分（秩序罰）才有依法課予刑事責任之必要，而非同現在實務之作法，以同一行政處分（秩序罰）即可作為嗣後歷次再違反行為之前置處分[573]，此作法實有可疑。

[573] 目前實務的通說見解，以臺灣高等法院高雄分院 107 年度上訴字第 304 號刑事判決為例，該判決認為「雖客觀上是違反同一停工命令，但因接續實行犯罪後，分別於 105 年 10 月 24 日遭環保局稽查查獲、於 105 年 11 月 16 日環保局偕同員警查獲而各遭中斷，事後被告再度實行犯罪，難謂與查獲前之犯罪行為係出於同一犯意；且犯行既遭查獲，依社會通念，亦期其因此自我檢束不再違反罪，乃竟重蹈前非，自應認係另行起意（最高法院 101 年度台上字第 3740 號判決亦同此



doi:10.6342/NTU202600402

最後，可與前述問題對照的，即前述複數前置處分式的規制，亦即為何經過數次的秩序罰後，尤其是如前文所討論的，無法經過雙重門檻檢驗而具有刑事不法內涵的行為，是否仍有課以刑罰意義？行為人既經過數次的秩序罰後，甚至再違反而受刑事懲罰後，仍可能違反該行政機關之處分，是否更可以說明，該行政手段（秩序罰）對其所欲管制之風險係無實效？此時是否應檢討仍要以刑事手段介入，還是考量是否有其他的管制手段（例如課徵金）可運用？或其實並非管制手段發生問題而係在更前階段即產生爭議[574]？特別是在行政罰法將「裁罰性不利處分」概念「極大化」後？更可以看出我國立法模式上混淆刑事不法與行政不法的重大缺陷。

## 第四節 命令模式與處分模式之比較

從前文的介紹可知，採取行政從屬性架構的行政刑罰法規規定，其所從屬的對象可大致區別為「法規命令」及「行政處分」兩大類型。而前述以金融七法為中心的行政從屬路徑，大部分係屬前者的規制方式（以下簡稱命令模式），而混合式立法模式則幾乎係以行政處分（秩序罰）做為刑罰從屬的對象，故屬於後者的範疇（以下簡稱處分模式）。

---

旨），應予分論併罰」。該判決所引之最高法院 101 年度台上字第 3740 號判決要旨為：「行為人實行犯罪後，於遭警方或檢察官查獲之際，其主觀上之犯意及客觀上之犯罪行為，俱因遭查獲而中斷，事後行為人再度實行犯罪，難謂與查獲前之犯罪行為係出於同一犯意；且犯行既遭查獲，依社會通念，亦期其因此自我檢束不再違反罪，乃竟重蹈前非，自應認係另行起意」。

[574] 以管制理論中的「政策工具」與「執行手段」的區別，可做為國家治理在選擇刑罰或刑罰以外方式做為制裁規範時的思考方式基礎。並且，政策工具與執行手段區別的實益，在於強調政策工具選擇問題的重要性。論者認為刑罰在管制領域，僅是個執行手段，不是個政策工具，決策者於作制度設計時，理應先行選擇政策工具，再針對該政策工具的執行，考慮是否選擇刑罰此一執行手段，參葉俊榮（2010），《環境政策與法律》，頁 154，元照。其所提到關於環境行政中的具體作法，包括環境教育、軟性的行政指導、限期改善等，參葉俊榮同書，頁 160。此外，在其他制度的活用方面，有論者認為促進業者的內部管理，對於預防違反行為也相當重要，參筑紫圭一（2013），〈環境法執行と行政制裁〉，《法律時報》，85 卷 12 号，頁 13。



doi:10.6342/NTU202600402

從前文的討論中，可見到命令模式中，有許多以維護行政實效為核心的形式犯規定（絕對從屬型），縱使在相對從屬型規制時加上行為或狀態的要件，但仍不一定可通過本文主張之重構質區別理論的適性要件門檻，相較於處分模式，命令模式似乎更符合行政機關追求管制效率的需求。再者，相較於處分模式的行為人，在命令模式下的行為人是否實際認識相關命令或規則，正如第三章所述，往往影響到實務對於罪刑明確性原則及罪責原則的運作，亦即，命令模式在操作上較易迴避刑法基本原則的拘束，從而更有利於行政機關追求管制的實效性。

處分模式的問題則不同於命令模式，亦即除了再違反外，立法者亦附加許多適性要件，似乎希望讓原本行政不法領域的行為，可因此質變至刑罰制裁的第一象限內。並且由於處分模式的行為人透過合法送達或通知，有極大機率認識該處分，則對於罪責原則較無妨礙。然而，正如前文所討論的，處分模式的爭點仍在於該違規行為與刑事不法的關連性及社會侵害程度，亦即重點不在於是否質變，而係是否得以通過雙重門檻的檢驗而得納入刑事處罰的領域。

因此，雖然兩種模式皆屬於行政從屬性的範疇，而其本身的核心「法規命令」及「行政處分」即令是不同的內涵及定義[575]，在本文所主張之重構質的區別理論下，所觀察的重點、以及在立法論暨解釋論上的要求，並無重大差異。只不過在細部分析時，仍有不同。例如在法院的審查密度、程序保障及前置手段定位差異等，茲整理如表八所示。

**表八：命令模式與處分模式之比較**

| | 命令模式 | 處分模式 |
|---|---|---|
| 不法內涵 | 違反抽象的法規命令 | 違反具體的、特定個人的行政處分 |
| 罪責基礎 | 「應知法律」的推定 | 已收到明確的處分仍再違反的「惡性」 |
| 程序保障 | 法規命令通常以公告形式周知受規範者，違規之行為人直接進入刑事程序 | 前置處分做成時有正當程序的要求，並於合法送達後，違規行為人可對前置處分提起訴願或行政訴訟 |
| 前置手段 | 讓後階段的刑罰直接作為行政 | 仍為第一線的管制工具，後階段的刑 |

[575] 本文的定義依行政程序法第 92 條第 1 項規定。



doi:10.6342/NTU202600402

| | | |
|---|---|---|
| 之定位 | 管制目的或實效性確保的手段 | 罰僅限於針對不遵行處分者之對應手段 |
| 法院審查密度 | 就法規命令本身為審查[576] | 就行政處分之合法性審查 |

相較而言，在處分模式中，行為人若對前置的行政處分不服，可提起訴願及行政訴訟等救濟程序，因此很可能該次「初犯」的違規事實已經經過行政法院的審查及確認，此點係較命令模式下的行為人在程序上更有保障。此外，此種救濟程序也讓處分扮演了「緩衝」或「過濾」的功能，亦即國家並非在「初犯」就動用刑罰，相較命令模式中直接處罰行為人的規制，使得行政管制的需求輕易地進入刑事不法的領域，容易與刑法謙抑性的要求產生緊張關係。因此，在刑事政策上，處分模式似乎較命令模式更可具備在具體個案中做為檢驗「質變」與否、而有進入刑事不法領域的正當性。所以在立法論上規畫命令模式之規制時，建立有某種程序的救濟制度，例如給予申訴或陳述機會、甚至有司法權介入審查的可能，而非逕予進入刑事不法領域處理，以縮減命令模式與處分模式間的落差，似乎係比較二模式後可提供的思考方向。

綜上，雖然處分模式在程序保障上略優於命令模式，惟二者本質上均仍有行政不法與刑事不法界線模糊的缺點。故依本文重構質的區別理論見解，無論何種模式，均須透過實質適性犯化的解釋，確保刑罰係在四象限指引中第一象限的範圍內始得予介入。

## 第五節　本章結論

從本章的討論可清楚看出，就行政刑法而言，實難歸納出統一的立法模式，即使透過本章之分類視角觀察，各類型間之刑罰規制仍存在難以解釋的差異。本

[576] 主要審查及解釋法規命令的內容，重點在於授權明確性的要求。不過，除授權明確性外，學者亦提及法規命令的問題，有可能產生「規範與實踐呈現不一致情形」、「中央與地方法規衝突或矛盾的情形」、「牴觸母法」、「再授權禁止」等問題，參林明鏘，前揭註 49，頁 352-360。



doi:10.6342/NTU202600402

文認為會發生如此的差異，首先是行政刑法的領域過於廣泛，在各自的法領域中，原本所要求的規範（或管制）目的即各有不同，因此也很難找出統一的立法模式。其次，立法者的知識領域及預測能力亦有其限制，當然也包括時代背景的限制。最後，立法者的更迭變動，也增加了法律的制訂及增修的變數。

然而，雖然無法歸納出統一的立法模式，但依照本文重構質的區別理論的審查後，卻相同地經常出現不應進入刑事不法領域（即四象限指引中的第一象限）的刑罰規制。關於此原因，本文認為恐怕還是來自於前述所不斷提及的「現象立法」的情形：其等入罪化的原因，並不在於審酌該行為是否具有當罰性及要罰性，而是在於是否能即時回應社會現象及人民的「信賴感」，因此才會看到如同本章所檢討的諸多不合理的構成要件規定或是刑度的要求。從而，大量本質上落在行政不法領域的秩序違反行為，被不合理的納入了刑事不法的範疇內。於是，許多入罪化立法規制，係以行政實效為目的，又由於法益關聯性程度不足，導致刑罰與非難性脫節；或是行政機關處分的違反行為重於法院裁定的違反行為的價值倒錯現象，忽視程序正義及違反罪刑相當原則；或是前置秩序罰若本身無效，再賦予其刑事擔保意義不具正當性等疑慮。

因此，即使是無法統合出固定的立法模式，但既然是使用刑罰，仍應符合我國刑法第 11 條的要求，並且終究仍應回到刑罰的目的。而本論文於前文所提及的事後處理機能，正是得檢驗此種立法方式入罪化的目的的標準。

當然，即使承認刑罰的犯罪事後處理機能目的，亦有不同的觀點。有論者認為刑事制裁發揮如「抑制報復性懲罰慾望的功能」、「賦予意義／確認的功能」、「安定心理上情緒的功能」等作用。其舉企業活動的規制領域為例，在該領域中由於行為的性質，「賦予意義／確認功能」的作用特別顯著[577]，透過懲罰犯人，

[577] 松原英世（2000），《企業活動の刑事規制—抑止機能から意味付与機能へ》，頁 162，東京：信山社。



doi:10.6342/NTU202600402

平息因行為所引起的憤怒或情緒反彈，與此同時，也藉由釐清「發生了什麼」，從而解消社會的不安與心理動搖狀態，並且明確指出該行為為犯罪，藉此回復因該行為而受損的對社會制度的信賴感[578]。因此，其所主張之行政刑法之犯罪事後處理機能的目的，在於讓人民回復因該行為受損的信賴感。

本文則採取與上開論者不同方向的解釋方式。亦即，正如吉岡一郎所主張，刑罰的機能不在於積極的犯罪預防，而在於消極的犯罪事後處理。犯罪事後處理機能並不強調法秩序回復與規範再確認的面向，而要從具體的人際關係的事後修補以及對應著手[579]。

論者認為，在這種以消極事後處理為依據的刑罰理念下，罪刑均衡或合比例概念只不過是作為刑罰上限的條件，並不代表「有犯罪即有處罰」，當有其他替代刑罰的方法，例如轉向措施（diversion）、自由刑替代方案等，得以適切處理並修補犯罪所引起的破損時，即無需使用或減少使用刑罰。因此，重點在於犯罪發生後應採取何種對應方式，而該對應方式不在設定一個明確的「目的」，而在於著眼於眼前的關係（傷痕）修補[580]。只不過，依照本文上述的檢討，行政刑法所採用的刑罰目的，通常不是產生了什麼明確的關係破裂（傷痕）的緣故。因此，優先考慮秩序罰（以及其得以連續處罰）的優點，配合其他轉向措施或誘因手段，可能才是避免原本所設定的關係破裂狀態的最佳解。

如果採取事後處理機能的看法，認為該前提是刑事制裁的作用在於對犯罪的心理層面進行事後處理方面的貢獻，正如論者所述，對於有害事態的預防應當致力於經驗科學的犯罪學研究，並根據其成果活用其他規制手段，有必要藉由設計制度及組織架構本身來達成，而非依賴輕率或廉價的刑事制裁作為防制的策略，

[578] 松原英世，前揭註 577，頁 163。

[579] 謝煜偉，前揭註 569，頁 193，註 117。

[580] 謝煜偉，前揭註 569，頁 388。



doi:10.6342/NTU202600402

正是一種值得進行的方式[581]。本文認為對於已經制訂的諸多行政刑罰規定，以上開方式重新檢討係屬當然，而對於未來欲制訂的行政刑罰法規，更應該透過重構質的區別理論的判準，基於具有經驗科學的犯罪學研究，確認其危險實現路徑的可預測性後，再予以罪刑相符的入罪化規定，方能呼應本論文對於當罰性與要罰性之合理分配，以及行政不法與刑事不法合理及明確界限的要求，建立符合法治國原則及有效回應現代社會需求的制裁體系。

[581] 松原英世，前揭註 577，頁 165。



doi:10.6342/NTU202600402

# 第六章　結論

本論文始於對當代法治國核心困境的深切反思，面對「風險社會」以及國家任務向「預防國家」的積極轉型，檢討我國行政刑法現在所呈現出「肥大化」與「刑罰通膨」的趨勢。傳統刑法所強調的「最後手段性」原則、罪刑法定原則與法益保護原則，在立法政策及司法實務運作中遭遇嚴重侵蝕，本論文認為其理論根源，在於我國學界與實務通說所採的「量的區別理論」。此說將行政不法與刑事不法的界線視為僅是「量」或「程度」的差異，從而將劃界權委諸立法者的裁量，為行政權藉由刑罰擔保行政實效性提供了理論上的基礎。

本論文研究成果的核心，即在於對「量的區別理論」提出批判性反省，並嘗試在現代法治國的架構下，重新肯認行政不法與刑事不法之間存在「質」的差異。為此，本論文揚棄了傳統質的區別說依賴抽象「社會倫理非難性」的標準，重構了具有雙重門檻的質的區別理論。

本論文先在第二章探討當罰性與要罰性，並分析行政刑罰法規之特異性，以此做為區分刑事不法與行政不法的重要前提。進一步在第三章提出重構質的區別理論，建立「法益的門檻」（利益價值高低）與「行為的門檻」（社會侵害性程度高低）的雙重審查框架。亦即，藉由法益的門檻，強調刑罰所保護的利益，必須與「可還原為個人利益」的途徑具有可驗證的關連性（個人主義取徑），而非僅為抽象的「國家系統制度」或「行政實效性」；而行為的門檻則透過實證化指標（如損害的可逆性、擴散性、實務量刑趨勢等）衡量行為對社會的侵害程度，以確保刑罰僅作用於破壞倫理非難性、造成實質社會損害的行為。

此雙重門檻共構出一個可供操作的「四象限指引」，將行政刑罰的規制領域清晰劃分為僅有第一象限為刑事不法核心領域的正當性指引，有效限縮了行政不法侵蝕刑事不法領域的可能性。而本文在考量新興保護法益及社會侵害性測量之困難下，亦提出在難以判斷是否第一象限的檢驗標準（主要存在於第二及第四象



doi:10.6342/NTU202600402

限的邊界）。因此，重構的質區別理論即係在當罰性與要罰性的基礎上取得正當性，並填補量的區別理論的缺失。

為了檢證本論文上開理論的可操作性，透過第四章對《廢棄物清理法》第 46 條第 1 項第 4 款（環境）、《證券交易法》第 155 條第 1 項第 7 款（金融）與《個人資料保護法》第 41 條（資訊）三項高度爭議性條文的實證檢驗，驗證了重構理論的有效性與解釋力。而上述檢驗結果強烈指出現行法規的入罪化理由，多數是基於行政管制之便利性或「現象立法」之產物，而非通過當罰性與要罰性的實質審查。

接著，再進一步以第五章的研究，透過對行政刑法中行政從屬性（以金融七法為中心）與混合式立法兩大模式的類型化檢討，進一步揭露了此種立法模式的結構性問題。在檢討上述實證法及立法模式後，重構的質的區別理論仍能提出具體修法與限縮解釋的建議，足見其具備可操作性，並得對於立法政策及司法實務提供實質貢獻。

本論文雖已提出重構質的區別理論與四象限指引，然而在理論密度與精緻程度上仍有若干可再深化之處。首先，本論文主要立足於刑法釋義學與憲法原則的規範分析，雖然部分借重法律經濟分析、行政管制與風險社會理論，但對於各種法益價值與危險密度之具體衡量，仍多停留於理論推導與比較法的經驗，欠缺更細緻的實證基礎。當然，更多跨領域理論的引進，讓測量或檢驗「社會高度侵害性」的工具更為具體及充分，其內容仍有賴未來進一步的研究與驗證。

其次，四象限指引雖然提供了條理分明的分析架構，但在面對複合法益與多重侵害路徑的案件（例如同時涉及環境、金融與資訊風險的跨國企業行為）時，如何進行法益價值與侵害程度之外更多維度的權衡，仍有待進一步發展更精細的操作準則與案例檢驗。

本論文在實證層面主要聚焦於三個代表性條文與金融七法等領域，雖已呈現



doi:10.6342/NTU202600402

現行行政刑罰制度的若干結構性問題，然仍稱得上只是「節點式」的個案分析。未來可從以下方向加以拓展。首先係立法體系面的橫向分析，亦即應進一步將四象限指引應用於更多行政刑罰法規，例如食品安全、勞動檢查、交通與社會福利等領域，藉由整體的盤點，描繪出系爭行政刑罰法規在法體系中之分布與偏誤，並檢視各領域是否存在一貫的立法原則、或僅是暫時回應社會事件之「現象立法」。

其次則係司法實務面的量化研究。隨著行政刑罰規範之擴張，司法實務亦累積大量相關見解，透過判決查詢系統及資料庫，分析各類行政刑罰條文之涉案事實、起訴率、定罪率、有罪與無罪理由、以及量刑趨勢，觀察實務上回應「重刑化」與「象徵性刑法」的狀態，以及法院在實務操作中是否已隱然採行類似「適性要件」或四象限指引方針的思考模式。

重構質的區別理論與四象限指引的落實，終究有賴司法、行政與立法間操作實務的互動，因此未來可從制度設計上思考以下方向。首先係在違憲審查及審級制度中，憲法法庭及普通法院可將四象限指引納入審查行政刑罰法規的架構。其次則係立法評估與政策辯論機制，由於重構理論要求法益及社會侵害性的程度，則行政機關與立法機關可在制定或修正行政刑罰條文時，要求提出「法益分析報告」與「侵害程度評估」，明示該條文在四象限中的位置及其通過雙重門檻之理由，並檢視是否存在有效的非刑罰替代措施。

最後，風險社會與預防國家的背景短期內恐會繼續持續，現代社會中的環境危機、金融風暴、科技與資訊風險只會不斷翻新。本論文的核心立場並非否認預防與風險管理的重要性，而是主張在此時代背景中，越是面對不確定與壓力，越應堅守刑法作為最後手段的本質，並且釐清行政不法與刑事不法之本質區別，讓原應在各自領域發揮的行為與制裁規範恰如其所地發揮其應有的功能及角色。

重構質的區別理論與四象限指引，嘗試在管制需求與基本權保障之間，提供



doi:10.6342/NTU202600402

一條可被反覆檢驗的取徑：刑罰不再是回應輿論的直覺反應，而是建立在「法益門檻」與「行為門檻」之上的理性選擇；行政刑罰不再以「行政從屬性」自外於刑法原則，而是接受與普通刑法同樣嚴謹的正當性的門檻檢驗。

未來研究可在既有理論之上，結合更深入的哲學基礎，以補強對集合法益與未來世代利益之評價，並反思在高度不確定風險下，刑罰是否仍能維持其正當性與可預測性。而此等研究與實務發展，將決定本理論是否能真正被採納與內化於我國刑事立法與司法解釋之中。本論文期盼藉由重構質的區別理論的提出與具體應用，使行政不法與刑事不法的界線，不再只是立法者未予重視的模糊地帶，而是邁出關鍵的一步，讓更多有志之士共同集思廣益，使區別問題成為法治國家必須認真面對的核心課題。



doi:10.6342/NTU202600402

# 參考文獻

## 壹、中文文獻

一、書籍

王志誠（2017），《現代金融法》，新學林。

王志誠、邵慶平、洪秀芬、陳俊仁（2021），《實用證券交易法》，新學林。

王皇玉（2022），《刑法總則（第 8 版）》，新學林。

林明鏘（2019），《德國新行政法》，五南。

林明鏘（2024），《行政法講義（修訂 8 版）》，新學林。

林鈺雄（2023），《新刑法總則（11 版）》，元照。

陳清秀（2017），《行政罰法（修訂 3 版）》，新學林。

葉俊榮（2010），《環境政策與法律》，元照

蔡震榮、鄭善印、周佳宥（2019），《行政罰法逐條釋義（3 版）》，新學林。

賴英照（2017），《最新證券交易法解析》，自刊。

鍾宏彬（2012），《法益理論的憲法基礎》，春風煦日論壇。

二、書之篇章

古承宗（2018），〈論環境刑法的行政從屬性〉，收於：陳子平教授榮退論文集編輯委員會編《法學與風範—陳子平教授榮退論文集》，頁 495-516，元照。

周振鋒（2022），〈研析美國操縱市場規範－兼論我國連續交易炒作罪〉，收於：台灣企業法律學會編《證券交易與操縱市場規範之比較研究》，頁 23-70，新學林。

洪家殷（2017），〈行政罰法之重要爭議及發展特色〉，收於社團法人台灣行政法學會編《行政執行／秩序罰／行政程序／政府資料開放／風險社會與行政訴訟》，頁 69-118，元照。



doi:10.6342/NTU202600402

郭大維（2022），〈論英國對證券市場濫用行為之規範－以操縱市場為核心〉，收於：台灣企業法律學會編《證券交易與操縱市場規範之比較研究》，頁 71-102，新學林。

許玉秀（2005），〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收於：國際刑法學會臺灣分會主編《民主、人權、正義─蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 365-414，元照。

許澤天（2010），〈刑法規範的基本權審查─作為刑事立法界限的比例原則〉，收於：黃舒芃主編，《憲法解釋之理論與實務（第七輯）上冊》，頁 259-323，中央研究院法律學研究所。

陳俊偉（2021），〈初探經濟刑法中空白構成要件與行政從屬性之界限〉，收於：吳俊毅、薛智仁主編《經濟刑法的在地實踐》，頁 59-96，新學林。

黃宗旻（2016），〈重訪刑法與行政法之區分問題〉，收於：林東茂等編《法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集—刑法卷》，頁 53-76，五南。

葉俊榮（2023），〈行政法研究方法論：三層次分析法的理念與運用〉，收於：翁岳生等編《法學研究方法論：行政法、財稅法編》，頁 1-26，元照。

蔡聖偉（2021），〈經濟刑法中的錯誤問題〉，收於：吳俊毅、薛智仁主編《經濟刑法的在地實踐》，頁 35-58，新學林。

潘怡宏（2012），〈論個資法第 41 條第 1 項違法侵害個資罪之保護法益〉，收於甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下冊）》，頁 503-556，承法。

薛智仁（2021），〈詐欺集團的洗錢罪責：新洗錢防制法的難題〉，吳俊毅、薛智仁主編，《經濟刑法的在地實踐》，頁 151-194，新學林。

謝煜偉（2017），〈財產犯、財產法益與財產上利益〉，收於春風煦日論壇編輯小組編《刑事法與憲法的對話：許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集》，頁 689-716，元照。

三、期刊論文

王玉全（2017），〈私部門貪腐行為與其侵害法益〉，《月旦刑事法評論》，第 4 期，頁 40-71。

王正嘉（2015），〈從經濟刑法觀點看特別背信罪〉，《台灣法學雜誌》286 期，



doi:10.6342/NTU202600402

頁 50-60。

王志誠（2013），〈直接或間接操縱市場行為之構成要件〉，《台灣法學雜誌》，238 期，頁 126-136。

王志誠（2021），〈證券交易法上散布流言或不實資料行為之認定標準〉，《月旦法學教室》，第 228 期，頁 60-77。

古承宗（2015），〈環境風險與環境刑法之保護法益〉，《興大法學》第 18 期，頁 181-231。

古承宗（2018），〈評析 2018 年新修正之刑法第一九○條之一—以抽象危險犯與累積犯之辨證為中心〉，《國立中正大學法學集刊》第 61 期，頁 157-238。

古承宗（2022），〈廢棄物清理法第 46 條第 4 款為身分犯或一般犯之辨證—兼評刑事大法庭裁定後的實務見解趨勢〉，《台灣法律人》8 期，頁 102-118。

古承宗（2025），〈適性犯與足生損害要件〉，《月旦法學教室》第 271 期，頁 47-56。

李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》173 期，頁 145-153。

李茂生（2016），〈食品安全衛生管理法下的攙偽、假冒──個比較法上的省思〉，《法令月刊》67 卷 10 期，頁 29-59。

李建良（2022），〈行政管制與刑事處罰交匯的法治圖像（之二）──以廢棄物清理為中心〉，《月旦實務選評》第 2 卷第 7 期，頁 47-87。

李開遠（2004），〈證券交易法第一百五十五條第一項第四款處罰股價操縱行為─「不法炒作」刑事責任之探討〉，《銘傳大學法學論叢》，第 2 期，頁 171-218。

李開遠（2005），〈證券交易法第一五五條第一項第一款處罰股市「違約交割」刑事責任之探討〉，《銘傳大學法學論叢》，第 4 期，頁 77-104。

李聖傑（2010），〈操縱股票市場之整體刑事責任探討學術研討會系列一〉，《台灣法學雜誌》第 155 期，頁 63-90。

李聖傑（2016），〈從例外狀態考量財經刑法的新課題〉，《月旦刑事法評論》，第 1 期，頁 19-28。



doi:10.6342/NTU202600402

林山田（1976），〈論刑事不法與行政不法〉，《刑事法雜誌》第 20 卷第 2 期，頁 37-59。

林山田（2001），〈割裂式的刑事司法－評最高法院八十九年度臺非字第八七號判決〉，《月旦法學雜誌》第 90 期，頁 299-304。

林明鏘（2016），〈評臺灣動物保護法二○一五年之修正〉，《月旦法學雜誌》第 249 期，頁 136-159。

林倍伸（2024），〈論程序性阻卻違法事由—以「期間內諮詢程序」作為容許墮胎事由為中心〉，《政大法學評論》第 179 期，頁 271-336。

林書楷（2010），〈資本市場刑法—以內線交易及操縱市場罪為中心〉，《月旦財經法雜誌》第 23 期，頁 53-76 頁。

林書楷（2011），〈論操縱市場罪—資本市場價格形成真實性的觀點〉，《興國財經法律學報》第 1 期，頁 61-108。

林書楷（2017），〈環境刑法之體系與難題〉，《玄奘大學法律學報》第 27 期，頁 1-39。

林國彬、吳艾侖（2021），〈從保險法特殊背信罪案例談落實公司治理之重要性〉，《檢察新論》，30 期，頁 74-95。

林琬珊（2019），〈持有概念與持有毒品罪—從最高法院 104 年度臺非字第 199 號判決談起〉，《政大法學評論》，158 期，頁 161-228。

林鈺雄（2016），〈貪污瀆職罪之立法展望—以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心〉，《檢察新論》，19 期，頁 46-73。

林雍昇（2011），〈談秩序罰與刑罰之界定－以證交法上對股價操縱行為〉，《臺灣法學雜誌》，168 期，頁 37-51。

吳盈德（2018），〈連續買賣操縱市場之構成要件/最高院 106 台上 2184 判決〉，《台灣法學雜誌》，337 期，頁 201-210。

范姜真媺（2013），〈個人資料保護法關於「個人資料」保護範圍之檢討〉，《東海大學法學研究》，41 期，頁 91-123。

洪家殷（1996），〈論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限〉，《東吳大學法律



doi:10.6342/NTU202600402

學報》，9 卷 2 期，頁 77-110。

涂予尹（2023），〈刑事與行政制裁區別理論的再檢討－以酒後駕車的制裁為中心〉，《中原財經法學》，50 期，頁 67-162。

莊永丞（2008），〈論證券價格操縱行為之規範理論基礎－從行為人散布流言或不實資料之操縱行為開展〉，《東吳法律學報》，20 卷 1 期，頁 167-204。

徐育安（2014），〈資訊風險與刑事立法〉，《臺北大學法學論叢》，91 期，頁 113-167。

徐育安（2021），〈廢棄物清理法非法清理廢棄物罪構成要件之解釋與適用－簡評最高法院 109 年度台上大字第 3338 號刑事裁定〉，《月旦法學雜誌》，319 期，頁 25-34。

徐珮菱（2016），〈從比較法觀點論操縱市場概括條款之主觀構成要件〉，《台灣國際法季刊》，13 卷 4 期，頁 169-192。

陳文貴（2008），〈談我國行政罰法制度下的行政不法行為與刑罰之界限—行政法學與刑事法學的對話〉，《法學新論》，4 期，頁 101-129。

陳俊仁（2008），〈論證券交易法操縱行為禁止之理論基礎與規範缺失—以沖洗買賣觀察〉，《月旦民商法雜誌》，19 期，頁 57-71。

許兆慶、邱若曄（2020），〈操縱股價制度的檢討 —以意圖活絡表象的沖洗買賣及意圖炒作股價的連續買賣為中心〉，《財產法暨經濟法》，60 期，頁 85-116。

許恒達（2017），〈社會秩序維護法拘留處分之檢討〉，《檢察新論》，22 期，頁 152-168。

許恒達（2018），〈商業賄賂罪立法方向評析〉，《檢察新論》，24 期，頁 48-73。

許恒達（2019），〈累犯與處斷刑加重之裁量—評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判〉，《月旦法學雜誌》，294 期，頁 5-32。

許恒達（2020），〈行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查—評釋字第 791 號解釋〉，《月旦法學雜誌》，305 期，頁 15-32。

許恒達（2022），〈罪刑法定原則與犯罪階層體系—刑法論罪方法論芻議〉，



doi:10.6342/NTU202600402

《台灣法律人》，15 期，頁 69-88。

許恒達（2022），〈聚眾妨害秩序罪之解釋釋疑〉，《成大法學》，44 期，頁 73-126。

許恒達（2023），〈評洗錢防制法第 15 條之 2 交付帳戶罪—以最高法院 112 年度台上字第 2673 號刑事判決為中心〉，《月旦實務選評》，3 卷 12 期，頁 125-140。

許恒達（2024），〈違憲審查與法益概念的刑事立法批判機能〉，《月旦法學雜誌》348 期，頁 19-38。

梁志鳴（2024），〈主要問題原則與美國管制國家之法理基礎—歷史背景、近期發展及可能啟示〉，《政大法學評論》，177 期，頁 275-344。

郭大維（2018），〈證券交易法財報不實刑事責任的幾點思考〉，《台灣法學雜誌》338 期，頁 107-113。

張天一（2017），〈日本「金融商品交易法」上課徵金制度之簡介──兼論強化證券交易法上行政制裁之必要性〉，《檢察新論》，21 期，頁 242-264。

張永健、戴昕（2018），〈比例原則還是成本收益分析—法學方法的批判性重構〉，《中外法學》，30 期 6 號，頁 1519-1545。

張永健（2020），〈經濟人的法經濟學 vs 法律人的法經濟分析〉，《中研院法學期刊》，27 期，頁 293-344。

張陳弘（2018），〈新興科技下的資訊隱私保護：「告知後同意原則」的侷限性與修正方法之提出〉，《臺大法學論叢》，47 卷 1 期，頁 201-297。

黃宗旻（2019），〈法益論的侷限與困境：無法發展立法論機能的歷史因素解明〉，《臺大法學論叢》，48 卷 1 期，頁 159-210。

黃宗旻（2023），〈毒品販賣意圖之認定─最高法院 111 年度台上字第 254 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，137 期，頁 59-67。

黃俊杰（2005），〈行政罰法：第一講 處罰之形成與審酌〉，《月旦法學教室》，31 期，頁 54-64。

黃種甲（2024），〈經濟分析作為刑事立法的檢驗方針〉，《月旦法學雜誌》，348 期，頁 39-55。



doi:10.6342/NTU202600402

黃榮堅（2007），〈讎敵社會裡的修復式司法？－刑事法體系中的損害賠償概念問題〉，《月旦法學雜誌》，146 期，頁 96-119。

惲純良（2021），〈從歷史發展與犯罪結構論不法意圖在背信罪中的消長—兼評特殊背信罪肥大化的立法趨勢〉，《政大法學評論》，166 期，頁 1-89。

Roland Hefendehl（2012），馮聖晏譯，〈市場濫用法的新發展－抑或：論刑法的現況〉，《世新法學》，14 卷 1 號，頁 163-188。

曾淑瑜（2010），〈建構符合我國刑事實體法及程序法之財經犯罪體系〉，《台灣法學雜誌》，160 期，頁 59-76。

曾淑瑜（2013），〈證券犯罪類型化之研究〉，《台灣法學雜誌》，223 期，頁 116-135。

楊雲驊（2015），〈刑罰明確性要求—以證券交易法第 155 條第 1 項第 7 款「其他操縱行為」為例〉，《台灣法學雜誌》，277 期，頁 59-78。

詹鎮榮（2022），〈行政法傳統學理的反思與開展──行政處罰、裁罰性不利處分與管制性不利處分〉，《月旦法學雜誌》，329 期，頁 23-33。

蔡聖偉（2006），〈評 2005 年關於不能未遂的修法─兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，《政大法學評論》，91 期，頁 339-410。

蔡震榮（2014），〈秩序罰與刑事罰界限問題之探討〉，《法令月刊》，65 卷 1 期，頁 39-59。

劉邦揚（2022），〈個人資料保護的刑法問題－以數位足跡為例〉，《法律扶助與社會》，8 期，頁 157-195。

劉定基（2020），〈個人資料保護法〉，《月旦法學教室》，218 期，頁 59-67。

廖宜寧（2022），〈由行為不法角度建構跟蹤騷擾罪之刑罰正當性〉，《興大法學》32 期，頁 107-156。

廖義男（1992），〈公平交易法之立法目的與保護之法益－第一條之詮釋〉，《公平交易季刊》，創刊號，頁 1-10。

潘怡宏（2018），〈現行刑法污染環境媒介罪之修正芻議〉，《月旦法學雜誌》，278 期，頁 31-78。



doi:10.6342/NTU202600402

薛智仁（2021），〈通姦罪之憲法審查─評司法院釋字第七九一號解釋〉，《成大法學》，42 期，頁 1-69。

薛智仁（2021），〈侵害個資罪之利益概念─兼評最高法院 109 年度台大上字第 1869 號裁定〉，《月旦法學雜誌》，313 期，頁 62-75。

賴源河、王志誠（2021），〈證券交易法上相對委託行為之認定基準－兼評臺灣臺北地方法院 107 年度金重訴字第 17 號、109 年度金重訴字第 12 號刑事判決〉，《華岡法粹》，70 期，頁 1-36。

謝煜偉（2009），〈檢視日本刑事立法新動向──現狀及其課題〉，《月旦法學雜誌》，165 期，頁 153-173。

謝煜偉（2010），〈論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢－誰的青春肉體不可褻瀆？〉，《月旦法學雜誌》，186 期，頁 38-59。

謝煜偉（2012），〈交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略〉，《月旦法學雜誌》，210 期，頁 107-130。

謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 139-206。

謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？－從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 369-402。

謝煜偉（2016），〈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。

謝煜偉（2016），〈論金融機構特別背信罪〉，《臺大法學論叢》，45 卷 4 期，頁 2031-2092。

謝煜偉（2019），〈論排放毒物污染環境媒介罪：與各環境行政刑罰法規之關連性〉，《臺大法學論叢》，48 卷特刊，頁 1375-1434。

謝煜偉（2019），〈當弦外之音成為主弦律─評釋字第 775 號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢〉，《月旦法學雜誌》，294 期，頁 33-55。

謝煜偉（2024），〈抽象危險犯的合憲性檢驗與實質適性解釋—評最高法院 112 年度台上字第 2376 號刑事判決〉，《當代法律》，29 期，頁 115-130。



doi:10.6342/NTU202600402

簡至鴻（2022），〈個人資料保護法第 41 條「違法侵害個資罪」之基本課題─以最高法院 109 年度台上大字第 1869 號刑事裁定的檢討為契機〉，《刑事政策與犯罪防治研究》，32 期，頁 131-184。

魏國晉（2018），〈廢棄物清理法上「未經許可受託處理廢棄物罪」之行為主體釋疑—併引介德國環境立法之模式〉，《法令月刊》，69 卷 7 期，頁 83-107

蘇俊雄（2001），〈論刑罰與行政刑罰及秩序罰之範疇—評最高法院 89 年度台非字第 87 號判決〉，《月旦法學雜誌》，73 期，頁 155-161。

## 貳、日文文獻

一、書籍

浅田和茂（2022），《刑法総論（第 2 版）》，東京：成文堂。

生田勝義（2002），《行為原理と刑事違法論》，盛岡：信山社。

生田勝義（2011），《人間の安全と刑法》，京都：法律文化社。

伊藤榮樹原著、勝丸充啓改訂（2016），《軽犯罪法》，東京：立花書房。

今村暢好（2020），《行政刑法論序説》，東京：成文堂。

宇賀克也（2021），《行政法概説I 行政法総論（第 7 版）》，東京：有斐閣。

甲斐克則（2005），《責任原理と過失犯論》，東京：成文堂。

嘉門優（2025），《法益論—刑法における意義と役割》，東京：成文堂。

北村喜宣（2018），《現代環境規制法論》，東京：上智大学。

金尚均（2001），《危険社会と刑法》，東京：成文堂。

佐伯仁志（2009），《制裁論》，東京：有斐閣。

芝原邦爾（2005），《経済刑法研究　上巻》，東京：有斐閣。

謝煜偉（2012），《抽象的危険犯論の新展開》，東京：弘文堂。



doi:10.6342/NTU202600402

田中良弘（2017），《行政上の処罰概念と法治国家》，東京：弘文堂。

中島広樹（2005），《累犯加重の研究》，東京：信山社。

松原芳博（2022），《刑法総論（第 3 版）》，東京：日本評論社。

松原英世（2000），《企業活動の刑事規制—抑止機能から意味付与機能へ》，東京：信山社。

二、書之篇章

井田良（2007），〈社会の変化と刑法〉，收於：三井誠等編《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）》，頁 1-18，東京：成文堂。

板倉宏（1990），〈当罰性（実質的可罰性）と要罰性〉，收於：内藤謙等編《平野龍一先生古稀祝賀論文集·上巻》，頁 95-120，東京：有斐閣。

嘉門優（2024），〈経済刑法と刑法の諸原則〉，收於：斉藤豊治（等編）《新経済刑法入門（第 3 版）》，頁 48-60，東京：成文堂。

立石雅彦（1997），〈環境保全法の罰則について〉，收於：中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編《中山研一先生古稀祝賀論文集 第二巻》，頁 135-150，東京：成文堂。

辻本淳史（2024），〈行政刑法理論について〉，收於：只木誠等編《甲斐克則先生古稀祝賀論文集（上巻）》，頁 421-438，東京：成文堂。

町野朔（2003），〈環境倫理、環境法、環境刑法〉，收於：町野朔（編），《環境刑法の総合的研究》，頁 17-42，東京：信山社。

松原芳博（2020），く第 17 章 ハンス.ヨアヒム.ヒルシュ「行為主義刑法—十分に尊重されている基本原則であろうか」〉，收於《行為主義と刑法理論》，頁 325-338，東京：成文堂。

山中敬一（2007），〈犯罪体系論における行為規範と制裁規範〉，收於：三井誠等編《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）》，頁 39-78，東京：成文堂。

三、期刊論文

浅田和茂（2013），〈辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異(1)～



doi:10.6342/NTU202600402

(4・完)」〉，《法律時報》，1058 号，頁 125-128。

伊藤亮吉（2015），〈目的犯における目的の内容〉，《刑法雑誌》，54 巻 2 号，頁 199-213。

稲谷龍彦（2017），〈身分秘匿捜査の法的規律について ：捜査活動の最適化という観点から〉，《法学論叢》，182 巻 1 号，頁 274-391。

今村暢好（2021），〈軽犯罪法の位置づけ〉，《松山大学論集》，33 巻 5 号，頁 315-339。

今村暢好（2021），〈軽犯罪法の自然犯的性格〉，《松山大学論集》，32 巻特別号，頁 125-147。

上田正和（2011），〈保護法益論（Rechtsgutstheorie）の行方と展望〉，《大宮ローレビュー》，7 号，頁 5-31。

上田正基（2019），〈「過剰な犯罪化（overcriminalization）」について〉，《神奈川法学》，52 巻 1 号，頁 142-119。

大山弘（2000），〈産業廃棄物の不法投棄に対する刑事規制について: 福島県の取組みと廃棄物処理法による刑事規制の問題点〉，《福島大学地域研究》，11 巻 4 号，頁 17-32。

神山敏雄（1984），〈経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（2）－ドイツの法制度・学説・判例を中心に〉，《刑法雑誌》，26 巻 2 号，頁 256-303。

神山敏雄（1987），〈行政犯及び経済犯における違法性の認識〉，《一橋論叢》，98 巻 5 号，頁 659-678。

亀井源太郎（2021），〈刑事立法学の構想〉，《法学会雑誌》62 巻 1 号，頁 157-183。

嘉門優（2011），〈法益論の現代的意義〉，《刑法雑誌》，47 巻 1 号，頁 119-134。

神例康博（2014），〈廃棄物処理法違反の罪をめぐる解釈論的諸問題－不法投棄罪を中心に－〉，《臨床法務研究》，13 号，頁 115-127。

木村草太（2025），〈プライバシーと差別〉，《東京都立大学法学会雑誌》，



doi:10.6342/NTU202600402

66 卷 1 号，頁 67-92。

葛野尋之（2009），〈社会的迷惑行為のハイブリッド型規制と適正手続〉，《立命館法学》，327・328 号，頁 275-317。

小池直希（2023），〈特別刑法と故意〉，《法学セミナー》，826 期，頁 23-29。

三枝有（2001），〈刑事法と社会倫理：刑事法政策における新課題〉，《法政論叢》，38 卷 1 号，頁 107-115。

佐藤結美（2017），〈個人情報の刑法的保護の可能性と限界について〉，《刑法雑誌》，56 卷 2 号，頁 169-184。

佐藤結美（2017），〈個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（5）〉，《北大法学論集》，67 卷 5 号，頁 19-58。

田中良弘（2014），〈行政の実効性確保手段としての刑罰規定のあり方についての一考察―ドイツにおける行政刑法理論と秩序違反法の制定を題材に―〉，《一橋法学》，13 卷 2 号，頁 451-493。

筑紫圭一（2013），〈環境法執行と行政制裁〉，《法律時報》，85 卷 12 号，頁 7-13。

辻本淳史（2023），〈二重処罰の許容性〉，《刑法雑誌》，62 卷 2 号，頁 243-259。

仲道祐樹（2019），〈法益論・危害原理・憲法判断―刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察―〉，《比較法学》，53 卷 1 号，頁 25-70。

福田直樹（2016），〈刑罰の正当化根拠についての一考察：コミュニケーション・改善・市民的制約〉，《北大法政ジャーナル》，23 号，頁 81-114。

松原芳博（2025），〈特別刑法と刑法学〉，《刑事法ジャーナル》，84 号，頁 27-33。

西岡正樹（2013），〈累犯加重に関する一考察〉，《山形大学法政論叢》，56 号，頁 1-131。

林紘一郎（2013），〈「個人データ保護」の法益と方法の再検討：実体論から関係論へ〉，《情報通信学会誌》，31 卷 2 号，頁 77-92。



doi:10.6342/NTU202600402

## 參、網路文獻

日本貿易振興機構（ジェトロ）ロンドン事務所海外調査部（2022），《「英国一般データ保護規制（UK GDPR）」実務ハンドブック》，載於：https://www.jetro.go.jp/ext_images/_Reports/01/b0226c404f93f434/20220001rev2.pdf

法務部法務統計網站（2022），《違反廢棄物清理法案件統計分析》，載於：https://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebListFile.ashx?list_id=1804

法務部法務統計網站（2022），《違反證券交易法案件統計分析》，載於：https://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebListFile.ashx?list_id=1780

法務部法務統計網站（2024），《重大經濟犯罪案件統計分析》，載於：https://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/common/WebListFile.ashx?list_id=1929

法務部法務統計網站（2025），《地方檢察署執行家庭暴力案件裁判確定情形(違反保護令罪)》，載於：https://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList3_Report.aspx?menu=INF_COMMON_P&list_id=1126

環境部網站（2025），《113 年地方檢察署辦理本部主管法令之刑事案件偵查終結、裁判確定及環保人員貪瀆案件裁判確定統計分析》，載於：https://service.moenv.gov.tw/File/Get/moenv/zh-tw/5593RlklEq56cU0



doi:10.6342/NTU202600402