

由公共危害概念論行為與制裁之立法裁量及法實踐

蔡震榮*、余修智**

目 次

壹、前言	(一)不法利得追繳性質分析
貳、公共危害與法制	(二)行政罰法第 18 條第 2 項不得單獨作為裁罰之依據
一、現代公共危害之出現與關注	肆、結語
二、公共危害作為法律概念？	一、立法裁量
參、不法行為制裁制度及其競合	(一)行政罰間之競合
一、我國對於不法行為之制裁制度	(二)刑事優先原則
二、一行為不二罰原則	(三)司法院解釋
(一)行為數之判斷	二、法實踐
(二)一行為不二罰立基於法治國原則	(一)案件調查與移送
(三)司法院釋字第 754 號解釋	(二)制裁公共危害行為之手段抉擇
(四)有關行政罰法第 24 條一行為不二罰司法解釋之分析	三、總結
(五)管轄機關之確定	附錄、我國對於公共危害制裁之實務及其困境（訪談內容節錄）
三、刑事優先原則	一、進行調查程序時所遇之問題
(一)行政罰法第 26 條之性質	(一)檢調單位
(二)德國法與我國法在刑事優先原則適用程序之差異	(二)行政主管機關
(三)刑事優先有無例外	二、制裁公共危害行為之手段抉擇（檢警單位）
(四)司法實務之處理情形	(一)某市警官
(五)沒收修正與刑事優先原則之適用	(二)某檢察署檢察官
四、裁處罰鍰與不法利得之追繳	
(一)行政罰法第 18 條第 1 項及第 2 項之關係	

關鍵詞：違反義務、公共危害、行政罰、刑事罰、立法裁量

Keywords：Breach of a Duty, Common Nuisance, Administrative Punishment, Criminal Sanction, Legislative Discretion

* 玄奘大學法律系系主任，德國杜賓根大學法學博士。

** 財團法人中衛發展中心法務專員，開南大學法律學碩士。

摘 要

基於刑法最後手段性之要求，對於刑罰制裁手段之使用，僅於其他輕微之制裁手段尚不足以抑制此種不法行為所造成之社會損害等不得已情況下，方得以實施之。因此，不法行為之制裁，除非其不法內涵已達到科處刑事罰之程度，否則仍應以行政罰為制裁手段。然而，囿於現代工商社會進步，近年來諸如食安事件、氣爆事件有關公共危害之事件頻傳，涉及人民權益甚鉅，學說及實務就此極度關切，政府在政策考量及民意壓力等因素影響下，卻陷入「刑罰萬能」、「治亂世用重典」之迷思；但另一方面，卻因刑事審判結果過輕不足以達到制裁效果，卻有意廢除刑事制裁改採取較重之行政罰。此乃涉及行政罰及刑事罰制裁手段之選擇，其標準界限在何？是否可基於實務上考量作為界限，有詳加探究之必要。此外，在法實踐面也出現問題，雖然在刑法手段上，也可以採取沒收或不法利得徵收，但法院或檢察官卻忽略採取這些手段，產生徒法不足以自行之情形。本文欲從法實踐面加以探討，以實務訪查檢察官、法院與對上述人員問卷調查方式，實際瞭解法實踐之情形。爰此，本文擬透過比較德國法有關學說與實務案例之整理，以及我國之實務訪查，就上開議題之意義及內涵進一步探究。希冀在對應我國法規發展以及法實踐脈絡後，得以釐清前揭問題，並提供立法建議作為未來修法之方向。

From the Common nuisance Discuss Action and Punishment's Legislative Discretion

Tsay, Jenn-Rong、Yu, Hsiu-Chih

Abstract

The last resort of the request based on criminal law, penal sanctions for the use of only the other minor sanctions insufficient to inhibit damage to the bottom of last resort community caused by the wrongful act of such implemented it. Therefore, Wrongdoing for sanctions, should the level of unlawful degree standard, another word, that is, unless the extent of illegal connotation has been reached at the criminal penalties Branch, otherwise should continue to administrative penalties for sanctions. However, due to modern industrial society caught progress in recent years, such as food safety

explosion hazards of public events related to the event of success, the interests of the people involved is very heavy, Impact Across the doctrine and practice of this indifference, government policy and public opinion pressure and other considerations under factors, fell into “universal punishment”, “heavy penalties in times of trouble,” the myth of ; but on the other hand, because of the outcome of the criminal trial is too light is insufficient to achieve the effect of sanctions, but it intends to abolish criminal sanctions take a heavier administrative money penalty. In this connection, is amassing involves choosing administrative penalty of sanctions and criminal penalties, the standard limits in any event, whether as a boundary based on practical considerations, there is the need to explore in detail. In addition, there is a problem in the law practice surface, although the criminal law means, you can also take the confiscation or expropriation of illegal profits, but the court or prosecutor has ignored these means of taking, therefore, insufficient to produce the only law in their own circumstances, want to be explored in this article from the law practice surface to practice visits prosecutors, court staff and the above questionnaire survey, the actual practice of the law to understand the situation. Based on this, the article about the theory and practice of hope through the case of Germany, Japan and mainland finishing, comparing the merits of the legal system, and then discussed the introduction of a “The Legislative Discretion and Practice of Administrative punishment and Criminal sanction on the concept of Common nuisance”.

壹、前言

近年來我國有關公共危害事件頻傳，諸如 2008 年三聚氰胺、2011 年塑化劑與 2013 年劣質油品等食安事件，以及 2013 年日月光工廠排放廢水等環境污染事件、2014 年高雄地區石化氣爆事件、2015 年八仙塵爆事件、2018 年 1021 普悠瑪事故（普悠瑪號翻車意外）以及 2020 年臺北市林森錢櫃大火等即為典型事例。

由上述案例可以發現皆屬涉及廣大民眾之公共利益，這些公共危害一旦發生，常見政府各級機關束手無策，只一再加重罰則，而忽略立法技術之考量，行政法規中大量引入刑事罰條文，造成行政罰與刑事罰雜亂錯綜之規定。但對於造成多數民眾公共危害部分，由於散布層面廣，政府機關卻仍束手無策。因此，本研究一併分析公共危害之責任界定以及政府應採取之措施。上開違反法定（刑事法、行政法）義務之不法行為，對於我國社會、經濟、民生等領域而言造成重大影響。基此，有關法領域就著重於課予人民積極作為、消極不作為之「行為規範」，以及就違反上開法定義務之行為加以課責或非難之「制裁規範」，是否有立法疏漏或其他缺失？即為學界及實務界所檢討。在我國相關法制之發展過程中，由於政府行政事務龐雜及社會快速發展，導致政府所欲達成之行政目的漸趨多元化，有關行政法上義務之建立及違反前述義務之效果，乃散見於各個行政法律及自治條例之中。我國早期在立法政策考量上，對於某些僅係違反行政法上義務之行為¹，乃科以刑法所列刑名之罰責，此即一般所稱之「行政刑法」、「行政刑罰」或「附屬刑法」，此為目前普遍立法方式，例如衛生環保法規經常出現，在相關法規上如何確定行政刑罰與行政罰之界限，我國似乎委由立法裁量。在部分行政法規會發現立法機關不經意為之情形，例如食品衛生法（修法前）第 44 條以及第 49 條行政罰與刑事罰並列之情形，衍生實務執行之困境。

立法者雖基於上述脈絡之發展，且基於行政機關裁處執行之行政罰（包括行政刑罰、行政秩序罰等），其處罰名稱種類不一、裁處程序及標準互異，並因缺乏共同統一之法典，致生得否類推適用刑法總則等有關規定，有法理裁處之見解分歧等因素，我國乃於 2005 年 2 月 5 日制定公布行政罰法²，但上述爭議行政罰與刑事罰之界限，卻未因此更趨明朗。是以，就行政罰及刑事罰以及一行為不二罰之區辨及制裁而言，我國行政罰法以下規定就有必要予以調整：

一、裁處罰鍰與不法利得之追繳（行政罰法第 18 條第 1 項以及第 2 項）。

¹ 如土石採取法、石油管理法、電子遊戲場業管理條例等是。

² 2011 年 11 月 23 日，行政罰法乃就第 26、27、32、45 及 46 條有所修正。



二、一行為不二罰（行政罰法第 24 條）。

三、刑事罰優先原則（行政罰法第 26 條）。

是故，本文擬以德國法作比較分析，提出他國如何解決行政罰以及刑事罰界限之問題，作為我國未來立法之考量。本文有設計問卷以半開放式深度訪談法³，為取得較具代表性意見，故採立意取樣，訪談對象為學者、專家、司法機關（包括法官）、檢察官及機關主管等 5 人次，將其訪談內容透過記錄及歸納，瞭解國內學者、專家及機關主管之認知及問題提出。

貳、公共危害與法制

一、現代公共危害之出現與關注

人類雖藉由科技之運用及其背後蘊含之知識背景，創造出遠比過往時代更多之福祉及財富，開啟現代化進程，使人類物質文明生活更加便捷及舒適。然而，隨著科學技術之運用，人類在社會生產之製程中，無時無刻地形成嶄新之製程或產品，但於此同時，也將許多危害物質擴散於自己所身處之自然環境中，使與人類共處於自然界中之各種媒介，如水、空氣、土壤等受到負面影響。人類健康更可能透過直接之接觸，或經由食物鏈之循環，而受有危害之疑慮⁴。因應此種多層、複雜之現代社會現象，於是形成「公共危害」之社會名詞，作為集合性、概括性之現象描述⁵。自 1970 年代以來，囿於公共危害現象發生之頻率漸增，且影響層面上更趨廣泛之背景脈絡，人類在追求社會、經濟發展之同時，關注日趨嚴重之公共危害問題。準此，各國政府乃在其政策之形塑上，落實大量之公共危害立法，以衡平科技運用與維護環境品質間之各種利害衝突。

二、公共危害作為法律概念？

從我國實際經驗出發，自 1986 年以來多次歷經杜邦設廠事件、高雄林園廢水事件後，乃效仿日本 1961 年公共危害對策基本法⁶之立法體例⁷，制定公害糾紛處理

³ 本文之問卷與研究結果，係為執行 2015 年科技部研究案「由公共危害概念論行政罰及刑事罰之立法裁量及法實踐」所設計並調查之，遂訪談內容皆為 2015 年之議題與事件。

⁴ 傅玲靜，〈我國化學物質法制規範體系之檢討—以德國法制之觀察及比較為中心〉，《科技法學評論》，2013 年 12 月，第 10 卷第 2 期，頁 164。

⁵ 邱聰智，《公共危害法原理》，輔仁大學法學叢書編輯委員會，1987 年 5 月增訂再版，頁 3、5；吳啟賓，〈公共危害與法律〉，《法令月刊》，1990 年 10 月，第 41 卷第 10 期，頁 256。

⁶ 日本公共危害對策基本法於 1993 年 11 月 19 日隨環境基本法之制定而廢止。

⁷ （舊）日本公共危害對策基本法第 2 條第 1 項規定：「本法所稱之『公共危害』，係指妨礙環境保護、

法，並於法條中明訂公共危害之定義，且於法規中規範公害之範圍⁸。準此而言，可認為公共危害乃係因人為活動，致破壞生活環境，進而危害廣大地區一般居民之生活權益、或有危害其權益之虞之法律事實⁹。

然而，在此尚須進一步探討者是，立法者雖因應環境污染或環境破壞之事實狀態，將公共危害概念自社會用語轉變為實定法上之用語。但於此同時，是否即代表「公共危害」之事實狀態，業已作為行政機關進一步採取保護或管制措施之要件？事實上，公共危害概念背後所關注之環境破壞或環境污染問題，乃屬於傳統警察法（*Polizeirecht*）所關注之對象，其規範目的係在確保危害（*Gefahr*）或實害（*Schaden*）不致發生¹⁰，而基於此種危害防止之任務，在措施上乃是透過刑事或行政秩序之法規範中，以管制之角度進行規範¹¹。

上述管制模式之選擇，乃係基於自由法治國之精神下，人民對於任何國家權力之運作須在事前即得以預測。所謂危害，乃是可預見之即將損害¹²。準此而言，公共危害之概念被侷限在下列二種特徵之上，例如對公共安全或秩序所生之損害，以及此種損害有發生「足夠可能性」¹³。換言之，僅有在確知危害之存在後，行政機關方有透過干預措施予以介入之必要性。而有關於危害之認定，基本上乃係建立在線性因果關係之上，透過經驗法則予以預測。然而，此種公共危害概念，雖然在其概念範圍上，與警察法中之危害有所重疊，但現代公共危害尚具有所謂不確定性特徵，亦即在現代科學技術之發展過程中，環境是否因此致生損害？或產生危害？乃經常缺乏確切之因果關係，或係難以透過既有智識經驗予以判定。對此，在 1980 年代 Beck 提出風險社會理論後，此種囿於人為因素，而對於環境或人類健康所造成不利影響，乃被認為屬於所謂風險。所謂風險，係指有導致健康受妨礙之效果，且該效

事業第三人之活動所伴隨而生之相當範圍之空氣污染、水質污濁（水除水質以外之狀態又包含水底沉積物之惡化。除第九條第一項外，亦同。））、土壤污染、噪音、震動、地層下陷（開採礦物所須之土地挖掘除外。以下亦同。）以及惡臭、人體健康或生活環境（包含與人之生活具有密切關係之財產及與人之生活有密切關係之動植物及其生活環境。以下亦同。）及其他所生之損害。」

⁸ 公害糾紛處理法第 2 條第 1 項規定：「本法所稱公害，係指因人為因素，致破壞生存環境，損害國民健康或有危害之虞者。其範圍包括水污染、空氣污染、土壤污染、噪音、振動、惡臭、廢棄物、毒性物質污染、地盤下陷、輻射公害…。」1992 年 1 月 16 日制定，並於同年 2 月 1 日公布。

⁹ 史慶璞，〈公共危害犯罪與社會立法〉，《工業污染防治》，1999 年 4 月，第 18 卷第 2 期，頁 119。

¹⁰ 王毓正，〈論環境法於科技關連下之立法困境與管制手段變遷〉，《成大法學》，2006 年 12 月，第 12 期，頁 101-102。

¹¹ 傅玲靜，前揭（註 4），頁 164。

¹² 陳英淙，〈探討警察法之危害概念〉，《政大法學評論》，2015 年 3 月，第 140 期，頁 168。

¹³ Götz, "Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht", 14. Aufl., 2013, S.35.

果將有實現（對於健康）危害之可能性¹⁴。

有關公共危害之事先預防，亦即如何防制危害產生的事先預防，學術界已有多篇文章探討¹⁵，本文即不再多作贅述。但如果公共危害產生實害，就應該回歸法律制裁體系。本文經研究發現食品安全衛生管理法，對於公共危害之行為進行制裁時，有刑罰與行政罰構成要件重複之情形，致生適用上之疑慮，本文遂以此為題作進一步之分析。

參、不法行為制裁制度及其競合

一、我國對於不法行為之制裁制度

制裁之基礎乃基於憲法第 23 條所揭示，國家作出制裁時之正當理由，限制個人自由權利之正當事由唯有訴諸於對自由之內在限制，亦即承認個人自由權利之行使必須以服從團體生活之約束為其前提¹⁶。換言之，當違反團體生活之約束時，國家即可作出制裁。

制裁乃是「針對違反社會規範者，為否定或制止該行為所為之反作用，且以剝奪一定之價值、利益或賦課一定之反價值、不利益為內容之作用。」制裁可大致分為以國家為主體、定有法制度且以組織化之「法律制裁」，以及其他之「社會制裁」¹⁷。我國對於不法行為制裁，主要有刑事罰與行政罰¹⁸，刑事罰之種類，大致可分為死刑、無期徒刑、有期徒刑與拘役以及罰金等¹⁹。行政罰之種類，則有罰鍰、沒入以及其他裁罰性之不利處分²⁰。

二、一行為不二罰原則

¹⁴ 李寧修，〈「預防原則」於食品安全法制之應用〉，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2012 年 2 月，頁 5。

¹⁵ 參閱林明鏘，〈由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制〉，《國立臺灣大學法學論叢》，2010 年 12 月，第 39 卷 4 期；陳正根，〈從警察任務探討食品安全之危害防止〉，《科技法學論叢》，2019 年 12 月，第 15 期；陳英淙〈從危害概念論警察法中的資訊式職權（informationelle Befugnisse）——以監視錄影為例探討之〉，《軍法專刊》，2019 年 10 月，第 65 卷 5 期；李寧修，同前註，頁 1 以下；李寧修，〈論歐盟及德國食品案全法制與其通報系統〉，《中興大學法學》，2013 年 5 月，頁 1-46。

¹⁶ 余振華，〈刑法違法性理論〉，元照出版，2001 年 3 月，初版。

¹⁷ 左伯仁志，〈制裁論〉，2009 年，有斐閣，頁 7。

¹⁸ 美國有民事罰之概念，而我國沒有。參照蔡震榮、鄭善印、周佳宥，〈行政罰法逐條釋義〉，新學林出版，2019 年 7 月，3 版，頁 29 以下。

¹⁹ 參閱刑法第 33 條。

²⁰ 參閱行政罰法第 1 條與第 2 條。

一行為不二罰原則，在德國稱一事不二罰原則（*ne bis in idem*），於美國法則稱禁止雙重危險原則（*double jeopardy*），在日本則稱禁止雙重處罰原則（二重処罰の禁止），各國皆將其精神明文於憲法之中²¹。惟須注意，上述各國憲法文義所指稱之「事」與我國之「行為」²²；以及罰與罰間意義是否相同²³，亦有所討論。本文認為，德國所稱「事」是指程序基本權之保障，賦予個人之一定法安定性及依本質形成「刑罰追訴一次性權利」（*Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung*）²⁴。一行為不二罰於我國乃基於司法院釋字第 503 號及第 604 號解釋，分別敘明原則之特性，且確立其憲法原則之地位，並賦予其正式名稱，使其更加鞏固與肯定—「一行為不二罰原則」為法治國家基本原則。

（一）行為數之判斷

「一行為不二罰原則」行為數與罰則數之細節判斷，乃牽扯國家制裁力之行使，以致於影響人民之基本權，不可不作進一步瞭解。如按照刑法行為數之判斷，可分為自然上一行為與法律上一行為，自然上一行為與法律上一行為之差異與判斷分述如下：

自然上一行為，須具有單一與同種類之意思決定及時空緊密關聯，且經客觀判斷為同一行為²⁵。故此，必須從自然生活或經驗來觀察，凡是一個行為可以被分割為數個動作，但該等動作僅能構成一個有意義之生活事件，則行為人之行為若係基於單一與同種類之意思決定，而數個具時空緊密關聯性之舉止，再經客觀判斷，得以被視為是單一之綜合行為，而無法做分割者，即屬於自然上一行為²⁶。

法律上一行為，須具有構成要件之一行為、繼續違法行為，以及連續違法行為

²¹ 德國德意志聯邦共和國基本法第 103 條第 3 項 “Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.” 美國憲法增修條文第 5 條後段 “nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” 日本國憲法第 39 條後段：「又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」

²² 我國學者彭鳳至認為：「德國基本法第 103 條第 3 項規定如果譯為『一行為不二罰原則』，從字面而言，故無不可。但是，該項規定無論譯為『一行為不二罰原則』或『一事不二罰原則』，其中『行為』或『事』，都是完全訴訟法上『事實』之概念，與實體法上之『行為』之概念不同。」參照彭鳳至，〈一事不二罰原則與「一行為不二罰原則」之辯證—為司法院釋字第 604 號解釋請命（中）〉，《司法周刊》，2014 年 12 月，第 1729 期。

²³ 若望文生義，德國與日本皆憲法明文者「罰」乃是專指刑事罰。我國有學者以此論採之。

²⁴ 司法院釋字第 751 號蔡明誠大法官協同意見書，頁 3。

²⁵ 蔡震榮、鄭善印、周佳宥，《行政罰法逐條釋義》，新學林出版，2019 年 7 月，3 版，頁 50。

²⁶ 蔡志方，《行政罰法釋義與運用解說》，三民出版，2006 年 11 月，頁 189。



等三項準則²⁷。基於法律感情或法律政策，在立法技術上經由法律構成要件之結合，評價為單一行為。學說乃將法律構成要件上之一行為、繼續性，而無偶發不同要件行為發生或法定時空間隔、連續之違法行為狀態，論以法律上一行為²⁸。



圖 1

自然上行為數與法律上行為數不同之交錯情形，有討論與舉證之必要，故試舉例如下：

甲工廠設置數個放流口用以違規排放污水，實施一個排放行為，主管機關依水污染防治法第 58 條作分別處罰²⁹，並不違反一行為不二罰原則。此情形由自然上行為數之審核標準上審視，難謂其有數個行為。惟從法律上行為數論之，水污染防治法第 58 條構成要件評價為一放流口是一行為。是故，此為自然上一行為而構成法律上數行為之情形。此種為水污染防治法所規定之行為數，並未符合刑法上行為數之計算。

乙工廠設置於空氣污染物之總量管制區內，從事廢鐵之融化、煉製再鑄造之行為，所產生之污染物未經排放管道排放。主管機關依空氣污染防制法第 32 條第 1 項

²⁷ 蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭（註 25），頁 50。

²⁸ 蔡志方，前揭（註 26）。

²⁹ 水污染防治法第 58 條規定：「同一事業設置數放流口，或數事業共同設置廢水處理設施或使用同一放流口，其排放廢水未符合放流水標準或本法其他規定者，應分別處罰。」

第 1 款³⁰與第 2 項規定裁罰，並不違反一行為不二罰之原則。此情形自然上行為數之審核標準上審視，當然為數行為。惟從法律上行為數論之，空氣污染防治法第 32 條構成要件將其評價為同一行為。是故，此為自然上數行為而構成法律上一行為之情形。

(二) 一行為不二罰立基於法治國原則

司法院釋字第 503 號解釋乃對「二罰」之處罰分界作解釋與確立，分辨何謂「一罰」與「二罰」之義，並且進一步敘明一行為不二罰原則為現代民主法治國家之基本原則³¹。有學者認為：「若為同一行為，處罰目的及處罰要件不同，且處罰之性質與種類不同，若必須採用不同方法而為併合處罰，以達行政目的所必要時，似即得重複處罰。」³²由上述可知對於罰則之合併處罰與分別處罰之分辨，乃是用行政目的做判斷。對同一行為可否二罰，判斷依據在於該法規之間有所謂互為構成要件時，如同司法院釋字第 503 號所稱「違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者」，且兩者皆處以罰鍰時，則從一重處罰即可。本號解釋原則上以法規行政目的，作為可以分別處罰之依據，但若法規行政目的有互為構成要件時，則僅能選擇從一重處罰。司法院釋字第 503 號解釋，就「不二罰」部分，將所謂法規競合中之特別關係（漏稅罰以漏開統一發票作為其方法之一）概念納入，就此只能從一重處罰。然最高行政法院 94 年度判字第 1409 號判決：「況二者稅目不同、行為態樣、處罰種類及處罰目的不同，自無適用上開解釋所指不得就其行為併予處罰之適用」此判決指出，違反行政法上義務行為是否得予併罰，應視該當兩個構成要件所規定之「稅目、行為態樣、處罰種類及處罰目的是否不同」而定。亦即該判決仍強調以構成要件性質決定行為數，若構成要件不同行為即非同一，自無「不二罰」之適用³³，而有別司法院釋字第 503 號從一重處斷之決定。

司法院釋字第 604 號解釋則進一步，針對行為數之疑義部分做闡釋，並且正式出現「一行為不二罰」原則之名稱，一自然存續之違規行為，得因舉發次數，在符合比例原則及法律授權明確性原則之下，切割分為數次違規行為，進而予以數次處罰³⁴，顯見本號解釋仍尊重立法法規裁量。

³⁰ 參閱空氣汙染防制法第 32 條。

³¹ 司法院釋字第 503 號解釋主文：「…除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。是違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。」

³² 黃俊杰，《行政罰法》，翰蘆圖書出版，2006 年 3 月，頁 124。

³³ 鄭善印，〈行政罰上與刑罰上一行為之研究〉，蔡震榮主編，《變遷中的警察法與公法學—皮特涅教授七十歲祝壽論文集》，五南圖書出版股份有限公司，2008 年 8 月，初版，頁 356-356；該判決仍強調以立法作為行為數之分割，仍有別該號之解釋。

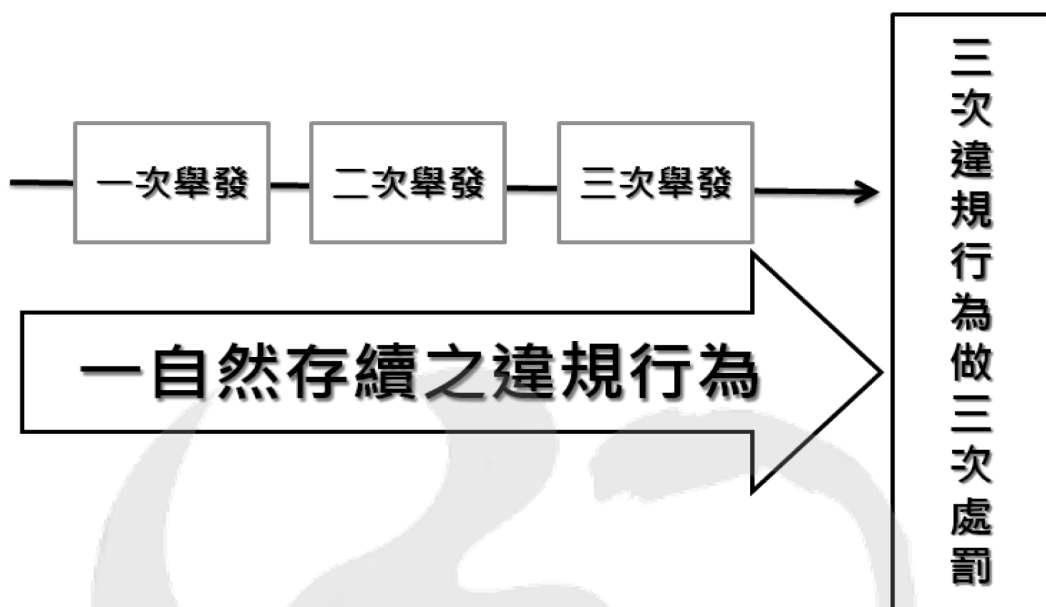


圖 2

(三) 司法院釋字第 754 號解釋

1. 解釋文

最高行政法院 100 年度 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議有關：「…進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，故實質上為 3 個申報行為，而非一行為。如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第 37 條第 1 項第 4 款、貨物稅條例第 32 條第 10 款暨營業稅法第 51 條第 7 款規定者，應併合處罰，不生一行為不二罰之問題…」之決議，與法治國一行為不二罰原則並無牴觸。

2. 解釋理由書摘要

- (1) 違反租稅義務之行為，涉及數處罰規定時，如係實質上之數行為，原則上得分別處罰之。至行為數之認定，須綜合考量法規範構成要件、保護法益及處罰目的等因素。
- (2) 為簡化稽徵程序及節省稽徵成本，除進口稅本由海關徵收外，進口貨物之

³⁴ 司法院釋字第 604 號解釋主文：「得藉舉發其違規事實之次數，作為認定其違規行為之次數，從而對此多次違規行為得予以多次處罰，並不生一行為二罰之問題，故與法治國家一行為不二罰之原則，並無牴觸。立法者固得以法律規定行政機關執法人員得以連續舉發及隨同多次處罰之遏阻作用以達成行政管制之目的…」

貨物稅及營業稅亦由海關代徵，且由納稅義務人「填具一張申報單」，於「不同欄位申報 3 種稅捐」，仍無礙其為 3 個申報行為之本質，其不實申報之行為自亦應屬數行為。

- (3) 國家基於不同之租稅管制目的，分別制定法規以課徵進口稅、貨物稅及營業稅，於行為人進口貨物未據實申報時，固得依各該法律之規定併合處罰，以達成行政管制之目的，惟於個案併合處罰時，對人民造成之負擔亦不應過苛，以符合憲法第 23 條比例原則之精神，併此指明³⁵。

(四) 有關行政罰法第 24 條一行為不二罰司法解釋之分析

從上述司法院釋字第 503 號、第 604 號以及第 754 號解釋，可以看出行政罰上一行為之概念與刑法上一行為概念仍有所差異。惟司法院在此三號解釋，得以探知，司法院係採取尊重立法機關裁量，主要以法規作為行為數分割之見解。

首先，從司法院釋字第 503 號可以得出，一行為同時違反數構成要件間，若有方法或結果上之關聯，仍可視為一行為。亦即同時違反之行為罰（作為）與漏稅罰（不作為），若存有構成要件關聯性（法規競合），則應視為一行為，而不得重複處罰³⁶。

其次，從司法院釋字第 604 號解釋觀之，其有關違規停車之行為，如以刑法觀點應屬於自然上一行為，但本號解釋卻認為，以立法方式將持續違規狀態，透過警察舉發方式分割為數行為，不違背一行為不二罰原則。由本號解釋，顯見司法院尊重立法法規之決定。

最後，司法院釋字第 754 號解釋認為 3 個漏稅行為構成要件迥異，且各有稅法專門規範及處罰目的，分屬不同領域，保護法益亦不同，為達成行政管制之目的，固得依各該法律之規定併合處罰。惟如以刑法觀點，申報行為應包括數個申報動作（Handlung），仍屬一個申報之自然上行為（Tateinheit），而非解釋文所稱「無礙其為 3 個申報行為之本質」。其實，司法院釋字第 754 號解釋是針對便民之一個申報行為，申報人進口貨物，將三種密切關聯且相互依存（進口稅、貨物稅以及營業稅等三種稅）是環環相扣無法分割之稅則，合併為一申報行為。因此，3 個申報過程，應屬單一報稅之意思表示，分解為數個不同稅則之報稅活動，其實應屬刑法上所謂法律上一行為³⁷。

³⁵ 參閱司法院釋字第 754 號解釋摘要，解釋公布日期：2017 年 10 月 20 日。

³⁶ 蔡震榮，〈有關刑事與行政處罰競合問題之探討〉，《月旦法學教室》，2012 年 3 月，第 114 期，頁 13。

³⁷ 游文昌，〈一行為不二罰之探討—以關稅案件為中心〉，中原大學財經法律學系碩士論文，2020 年 6 月，頁 104 以下。

綜上所述，司法院釋字第 754 號解釋明顯有意跳脫司法院釋字第 503 號解釋（法規競合一行為論斷），而單以法律規範行政管制之目的不同，切割分為數法律上行為之意旨。透過上述司法院解釋分析，我國行政罰法有關行為數之計算，屬於行政罰特有以法規行政目的之計算方式，有別刑法上一行為之計算。在不同行為數計算，適用行政罰法第 26 條刑事優先原則情形下，可能產生刑事所認定之一行為，如司法院釋字第 754 號解釋之案件，如觸犯刑事規定，法院通常認定屬申報一行為，但若該案件，移回行政機關裁處行政罰時，卻又變成數行為處理之情況，同一事件之行為數，卻因不同單位處理，衍生不同之處理結果，值得吾人深思。

（五）管轄機關之確定

行政罰法第 31 條第 2 項³⁸係將有關罰鍰以及其他種類行政罰，管轄權確定原則具體明文化之規定。惟在稅法上罰鍰之計算，卻經常不以法定高低額，而係以倍數方式規定之，如何計算所謂之法定罰鍰額最高主管機關就會產生困難。如加值型及非加值型營業稅法第 51 條第 1 項³⁹明定，對違反該條規範者，按其所漏稅額處五倍以下之罰鍰。又如稅捐稽徵法第 44 條第 1 項前段⁴⁰明定，對違反該條規範者，就所認定總額處罰鍰百分之五。以及海關緝私條例第 37 條第 1 項⁴¹明定，對違反該條規範者，處所漏進口稅額五倍以下之罰鍰。上述法規都以倍數計算，實有別於行政罰法第 31 條第 2 項之規定。

稅務實務上經常發生無法確定何者為法定罰鍰最高機關時，則必須以函釋來解決困境，財政部 97 年 6 月 30 日台財稅字第 09704530660 號函釋即稱：「營業人觸犯加值型及非加值型營業稅法（以下簡稱營業稅法）第 51 條第 1 項各款，同時違反稅捐稽徵法第 44 條規定者，依本部 85 年 4 月 26 日台財稅第 851903313 號函規定，應擇一從重處罰。所稱擇一從重處罰，應依行政罰法第 24 條第 1 項規定，就具體個案，按營業稅法第 51 條第 1 項所定就漏稅額處最高 5 倍之罰鍰金額與按稅捐稽徵法第 44 條所定經查明認定總額處 5% 之罰鍰金額比較，擇定從重處罰之法據，再依該法據及相關規定予以處罰。」

對此，將來在立法是否有必要對行政罰法第 31 條「法定罰鍰額最高之主管機關

³⁸ 參閱行政罰法第 31 條第 2 項。

³⁹ 加值型及非加值型營業稅法第 51 條第 1 項規定：「納稅義務人，有下列情形之一者，除追繳稅款外，按所漏稅額處五倍以下罰鍰，並得停止其營業…」。

⁴⁰ 稅捐稽徵法第 44 條第 1 項前段規定：「營利事業依法規定應給與他人憑證而未給與，應自他人取得憑證而未取得，或應保存憑證而未保存者，應就其未給與憑證、未取得憑證或未保存憑證，經查明認定之總額，處百分之五罰鍰。…」。

⁴¹ 海關緝私條例第 37 條第 1 項規定：「報運貨物進口而有下列情事之一者，得視情節輕重，處所漏進口稅額五倍以下之罰鍰，或沒入或併沒入其貨物…」。

管轄」，作例外補充規定，或可在第 31 條加上但書「但法律有特定計算方式時，從其規定計算之」規定，值得探討。

三、刑事優先原則

(一)行政罰法第 26 條之性質

刑事優先原則規範於行政罰法第 26 條第 1 項前段，其立法乃參考自德國違反秩序法第 21 條第 1 項前段⁴²。我國行政罰法第 26 條第 1 項前段規定，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。明白揭示刑事優先原則，其立法理由乃因為一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，由於刑罰與行政罰同屬對不法行為之制裁，而刑罰之懲罰作用較強，故依刑事法律處罰，即足資警惕時，實無一事二罰再處行政罰之必要。且刑事法律處罰，由法院依法定程序為之，較符合正當法律程序，是故應予優先適用。

上述規定，一方面強調因為刑罰較行政罰（罰鍰）為重，故將其吸收之意，僅彰顯刑罰之效果，兩者間屬量之差異。但另一方面，卻又認刑罰（具倫理非難）程序上優於行政罰程序（秩序違反），具優先處理地位，且本質上不同執掌，逕以優先適用，顯採質之差異說，而產生矛盾之情形⁴³。

然而，行政罰法第 26 條有刑事優先原則之例外，依行政罰法第 26 條第 1 項後段規定，但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。若行政罰與刑罰有不同種類之別時，就不會發生上述之吸收效果，亦即罰鍰以外之沒入及其他種類行政罰，兼具維護公共秩序之行政目的，行政機關仍得併予處罰。

(二)德國法與我國法在刑事優先原則適用程序之差異

德國違反秩序法與我國行政罰法，處罰種類與處罰程序皆有所差異。處罰種類部分，德國法僅罰鍰一種，無我國所稱裁罰性不利處分。處罰程序部分，依據德國違反秩序法第 21 條第 2 項⁴⁴之規定，該項罰鍰處分之管轄機關，為原受理判決之管轄（刑事）法院。因此，在德國法並無我國法所謂移送行政機關之規定。

⁴² 德國違反秩序法第 21 條第 1 項前段規定：「一行為同時為犯罪行為與違反秩序行為者，僅適用刑法。」（Ist eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit, so wird nur das Strafgesetz angewendet.）

⁴³ 程明修，〈行政罰法之比較法研究與修正建議〉，法務部委託研究案，研究期程：2018 年 5 月～12 月，頁 4。

⁴⁴ 德國違反秩序法第 21 條第 2 項規定：「前項行為如未科處刑罰時，仍得處與秩序（違反）罰。」（Im Falle des Absatzes 1 kann die Handlung jedoch als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, wenn eine Strafe nicht verhängt wird.）

另外若主管機關已作成罰鍰確定，於法院受理刑事案件後，得否廢棄原處分機關所作成罰鍰處分之問題。從德國違反秩序法第 86 條第 1 項⁴⁵前段規定觀之，德國違反秩序法第 86 條刑事罰裁處罰金或其他有義務支付金錢給付之裁處，則原本已裁處之罰鍰處分被廢棄⁴⁶。

是故，對德國現行制度由刑事法院同時處理罰鍰之問題，有無值得參考之處。本文認為，我國行政罰法仍存有基於行政目的之裁罰性不利處分存在，與德國法僅罰鍰一種明顯不同，我國罰鍰及裁罰性不利處分在程序上可分別處理，若產生爭議，裁罰性不利處分仍屬行政機關優先管轄。而一行為同時觸犯刑罰與行政罰之刑事優先部分，僅及於罰鍰，就此部分移由刑事法院管轄，法院與行政機關針對一行為認定部分，有可能會產生不同見解，係因我國行政罰法之結構與規定，與德國法存在之差異，仍不宜冒然引進。

我國現行法規範，有關刑事優先管轄權競合出現立法缺漏之情形，茲舉以下兩例說明之：

1. 食品安全衛生管理法

食品安全衛生管理法是行政罰與刑事罰交錯規範，該法第 44 條⁴⁷屬行政罰處罰之規定，對於違反同法第 15 條第 1 項與第 16 條規範者，處新臺幣（下同）6 萬元以上 2 億元以下罰鍰；至於情節重大者，得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；且經廢止登錄者，1 年內不得再申請重新登錄。又從該法第 49 條第 1 項與第 2 項⁴⁸規定觀之，違反同法第 15 條第 1 項第 3 款、第 7 款、第 10 款或第 16 條第 1 款行為者，處 7 年以下有期徒刑，得併科 8 千萬元以下罰金。若情節輕微者，則處 5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 8 百萬元以下罰金。至於情節重大足以危害人體健康之虞者，則處 7 年以下有期徒刑，得併科 8 千萬元以下罰金；致危害人體健康者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 1 億元以下罰金。就上述條文分析比較，違反該法第 15 條第 1 項第 3 款、第 7 款、第 10 款，以及第 16 條第 1 款行為者，將同時受有行政罰與刑事罰重疊處罰之情形。

⁴⁵ 德國秩序違反法第 86 條第 1 項前段規定：「對當事人作成罰鍰裁決，之後其因同一行為於一刑罰程序受有罪判決者，罰鍰裁決在該範圍內被廢棄。」（Ist gegen den Betroffenen ein Bußgeldbescheid ergangen und wird er später wegen derselben Handlung in einem Strafverfahren verurteilt, so wird der Bußgeldbescheid insoweit aufgehoben.）

⁴⁶ 蔡震榮，〈行政罰與刑事罰界限問題之探討〉，《法令月刊》，2014 年 1 月，第 65 卷 1 期，頁 56。

⁴⁷ 參閱食品安全衛生管理法第 44 條第 1 項。

⁴⁸ 參閱食品安全衛生管理法第 49 條第 1 項與第 2 項。

再就上述條文進一步分析，違反該法第 15 條第 1 項第 3 款、第 7 款、第 10 款，以及第 16 條第 1 款等規定之行為者，得處行政罰（第 44 條），情節重大足以危害人體健康之虞（具體危險犯）轉而得處刑罰（第 49 條第 2 項），亦得直接處刑罰（抽象危險犯）（第 49 條第 1 項）。此顯示當時急於修法，除提高罰鍰金額，也將若干抽象危險直接規定刑罰之處罰，產生法規對同一事件（第 15 條第 1 項），因不同規定（抽象、具體危險）而產生不同處罰結果。但未顧及到行政罰法第 26 條刑事優先原則之適用，巨額罰鍰如第 44 條之規定，在適用刑事優先原則下，將形同具文。

2. 政府採購法

政府採購法中有關廠商借牌之爭議，於該法第 101 條⁴⁹規定，有第 2 款借用或冒用他人名義或證件投標之行為者，由主管機關直接裁處停權。而有第 6 款犯同法第 87 條至第 92 條之罪者，則須等到刑事法院判決確定，始得作出停權處分，兩者有時間上之差異。

於此欲探討主管機關可否直接適用政府採購法第 101 條第 1 項第 2 款，對投標廠商作出停權之處分？或基於刑事優先原則，必須等到該條第 6 款法院判決確定後，才能作出停權處分？同時出現刑事優先與行政罰管轄爭議之情形，又是一個值得探究之問題⁵⁰。

（三）刑事優先有無例外

德國學者 Bohnert 以為，立法者針對某一事實，其僅欲將之視為秩序違反行為而非犯罪行為時，則秩序違反行為因為所謂的「內涵優先性」（bei inhaltlichem Vorrang）而應該優先於犯罪行為，亦即依立法者之意志，對於一事實有意以秩序違反優於犯罪行為而適用⁵¹。另德國學者 Gürtler 主張，若罰鍰構成要件相對於犯罪構成要件而被視為特別規定（Spezialvorschrift）時，秩序違反行為會例外排擠犯罪行為。此種特別性（Spezialität）的判斷，取決於罰鍰構成要件與犯罪構成要件之兩法律，在基本構成要件與保護目的上係屬一致，但是罰鍰構成要件卻包含了一個較輕微的特殊情狀（besondere Umstände mildernder Art）時，即可加以認定⁵²。

從上述可知，德國學者亦認為該國違反秩序法第 21 條之刑事優先適用原則，並

⁴⁹ 參閱政府採購法第 101 條。

⁵⁰ 林家祺，〈公法上裁處時效之探討—以政府採購借牌投標之停權處分時效為中心〉，2020 年台灣行政法學會，「行政罰法與相鄰行政法之關係」學術研討會，2020 年 7 月 11 日，頁 7 以下。

⁵¹ Vgl. Bohnert, OWiG Kommentar, 2. Auflage, 2007, § 21 Rn. 6。

⁵² Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 21, Rn. 7。



非絕對。例外時，若秩序違反之構成要件，其法律事實之規定相較於刑罰構成要件具有所謂特別關係，而與刑法規範比較係處於特別法之情形時，則仍得優先適用違反秩序之處罰法規⁵³。若罰鍰構成要件規定與犯罪構成要件規定，二者基本構成要件與保護目的係屬一致，但罰鍰構成要件含有較輕微之特別狀況時，則應優先適用行政罰⁵⁴。

在我國，若行為人一行為同時違反刑事法規範以及秩序法規範，而刑罰效果低於行政罰之效果時，其所產生之不利制裁效果反而會減輕，其中之輕重失衡，顯然可見。未來立法技術上似可考慮若干例外情形，基於立法政策之考量，可採行政罰優先處理，排除刑罰優先之適用，基於此一構思斟酌增訂一些行政罰例外優先之規定⁵⁵。目前我國行政專業法規，如食品安全衛生管理法，大幅提高行政罰鍰數額。反之，在刑事罰金部分雖有提高，但與巨額罰鍰仍有差異之情形下，對當事人而言，行政罰巨額罰鍰所造成財產上負擔，可能比刑罰罰金更大。是以就上述情狀，是否仍堅持刑事優先原則，容有討論空間。

(四)司法實務之處理情形

我國實務一般處理情形，如屬一行為同時觸犯行政罰與刑事罰規定時，則行政機關就該涉及刑事罰部分移送檢察官，在此情形，僅就罰鍰部分有刑事優先原則之適用。至於罰鍰以外其他種類之行政罰不移送，行政機關基於行政目的仍保有管轄權，亦即就此部分不受刑事優先原則之影響。例如廠商借牌參與投標，同時涉及行政罰與刑事罰，主管機關就是否對廠商處以停權處分，屬其他種類之行政罰，不移送檢察官，得基於本身之管轄權處理之，不受刑事優先原則之影響，得以併行處罰之。但若停權與否之構成要件，須以法院刑事判決確定為基準時，停權處分則不得單獨處理之。

(五)沒收修正與刑事優先原則之適用

⁵³ 蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭（註25），頁28。

⁵⁴ 林錫堯，《行政罰法》，元照出版公司，2012年，2版，頁78；蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭（註25），頁396。

⁵⁵ 蔡震榮，〈行政罰之管轄權確定原則〉，《行政罰法》，元照出版，2008年9月，2版，頁303。國內學者持相同主張者：林錫堯，《行政罰法》，2013年最新版，頁78；程明修，「行政罰法之比較法研究與修正建議」法務部委託研究案，2018年12月，頁13以下。蔡震榮、鄭善印、周佳宥，前揭（註25），頁28。司法院釋字第751號解釋所附湯德宗大法官不同意見書認為：「惟憲法上一事不二罰原則並不等於行政罰法第26條第1項所定之刑罰優先原則。雖行政罰法第26條第1項前段規定刑罰優先並阻斷行政罰鍰之原則確可理解為立法者為體現憲法上一事不二罰原則所為之立法抉擇。然該條所定之刑罰優先原則本有例外（該條項但書參照），且違反該原則亦不當然牴觸憲法上一事不二罰原則。」，頁10。

行政罰法第 26 條第 1 項但書規定，行政機關之沒入，應先等法院案件確定而未宣告沒收，才得另裁處沒入，受法院之拘束⁵⁶。

在刑法沒收制度修正前，有關業者販賣私菸，如經檢察官緩起訴處分確定，行政機關依菸酒管理法裁處罰鍰並沒入私菸，但緩起訴處分屆滿前檢察官撤銷該緩起訴處分，改聲請簡易判決，行政機關應俟法院判決有罪確定後，撤銷原罰鍰處分。如法院已同時宣告沒收，仍應依行政罰法第 26 條第 1 項但書規定意旨併予撤銷沒入處分⁵⁷。因此，修正前仍採刑事優先原則。

修正後刑法將沒收去從刑化，並將其定性為獨立於刑罰與保安處分以外之法律效果後，原本但書所蘊含之一行為不二罰立法基礎已有所鬆動，但書之規定勢必做重新修正為宜。有建議將行政罰法第 26 條但書現有文字「得沒入之物而未經法院宣告沒收」予以刪除，並微調相關文字即可⁵⁸。對此意見，本文贊同。

本文認為行政機關本於專業裁處沒入，較依法審判之法院更為精確，在司法實務上法院經常會尊重行政機關之專業，且行政機關之沒入如果與刑事處罰並非屬同一行為而法規所保護目的不同，則不應受刑事優先原則之拘束。

1. 有關刑事優先原則在司法實務之適用

(1) 最高行政法院 100 年度判字第 1130 號行政判決

該判決稱：「…再查水利法第 93 條之 5 既已明定違反同法第 78 條第 1 款情形者，主管機關得沒入行為人使用之設施或機具，並得公告拍賣之，並不以有刑事案件確定判決為要件，且刑事案件沒收之要件與違反水利法而予沒入之要件並不相同，二者競合時，後處理之機關就已經沒收或沒入確定者固毋庸再為沒入或沒收，但並非刑事案件有優先為沒收之順位關係。…本件既尚無司法為沒收判決確定之情形，則上訴人依系爭挖土機 1 部及鏟土機 2 部，分別為被上訴人違法傾倒廢土至寶斗厝溪內填塞河川水路所使用之設施及機具，合於水利法第 93 條之 5 規定得為沒入之規定，而為沒入之處分，於法並無違誤。」本案被上訴人係以其行為涉犯山坡地保育法第 15 條、水土保持法第 32 條第 1 項、刑法第 185 條第 1 項、廢棄物清理法第 46 條等法規為起訴，而與水利法之沒入法規保護目的有別⁵⁹。

⁵⁶ 法務部 95 年 5 月 10 日法律字第 0950700277 號函釋。

⁵⁷ 法務部 97 年 6 月 9 日法律決字第 0970018233 號函釋。

⁵⁸ 詹鎮榮，〈行政罰定義與種類之立法政策上檢討—以裁罰性不利處分與沒入為中心〉，《法學叢刊》，2016 年 10 月，第 61 卷第 4 期，頁 24；洪家殷，〈論行政罰法上沒入之性質〉，《東吳法律學報》，2017 年 10 月，第 29 卷第 3 期，頁 21 以下。

⁵⁹ 該判決強調行政罰之沒入，在刑事判決未為沒收，當然行政機關得裁處之；本判決所稱「後處理之機關就已經沒收或沒入確定者固毋庸再為沒入或沒收，但並非刑事案件有優先為沒收之順位關係」此見

該判決認為，如刑罰與行政罰除構成要件不同，則不構成同一行為時，即無刑事優先原則之適用，行政機關之沒入則不受刑事決定之影響，可以先行處理之。

2. 最高行政法院 107 年度判字第 732 號行政判決

裁判意旨亦認為刑法上之「沒收」具獨立性，與行政罰法上之「沒入」為行政罰二者之種類並不相同，並不受行政罰法第 26 條刑事優先原則拘束，而稱：「查法律之解釋須符合其規範目的，刑法上之『沒收』具獨立性，與行政罰法上之『沒入』為行政罰，其二者之種類並不相同，適用刑事訴訟程序或行政程序亦屬有別。惟同一人基於同一不法原因事實，獲得之同一物或財產上利益，同時該當刑法之沒收與行政罰之沒入規定時，因沒收和沒入同屬對所得人剝奪該物所有權或財產上利益，且由於國家機關行使公權力使人民受不利益，應受比例原則之拘束，法院為沒收或主管機關為沒入，擇其一行使，即足以達到剝奪該物或財產上利益之目的，自不可重複為之，以免過度侵害人民之財產權。尤其當沒收或沒入有其一先確定時，應沒收或沒入之物或財產上利益，已確定為國家所有，亦無從再為另一沒入或沒收。」

該判決雖沒有說明行政罰法第 26 條但書如何適用，但明顯採取兩者僅不得重複處罰，但不再受刑事優先原則之拘束，如行政機關先行裁處沒入，法院則不得再為沒收之裁定。

3. 本文見解

本文認為，刑法沒收制度新修正，行政罰法第 26 條但書亦應配合修正，將第 1 項但書「而未經法院宣告沒收者」刪除，以符刑法沒收制度之新修正。並應尊重行政機關專業，如行政機關先為沒入，法院即應尊重（如上述最高行政法院之見解）。另沒入法規經常並非單科，常有附帶措施，如水利法第 93 條之 5「主管機關得沒入行為人使用之設施或機具，並得公告拍賣之」，藥事法第 79 條「查獲之偽藥或禁藥，沒入銷燬之」。此種情形，基於行政目的與行政專業，本文贊同在法規尚未修正前，法院基於尊重專業，應給予行政機關先行裁量餘地。

四、裁處罰鍰與不法利得之追繳

(一) 行政罰法第 18 條第 1 項及第 2 項之關係

依據行政罰法第 18 條第 1 項與第 2 項規定：「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受

處罰者之資力。(第 1 項)前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。(第 2 項)」行政罰法第 18 條第 1 項與第 2 項關係密切，第 2 項係根據第 1 項法定罰鍰之加重。

違反行政法上義務所得之利益，係指法規對行為人課予一定行政法上之義務，而行為人因違反該義務獲有利益之謂。此處雖不受法定罰鍰最高額之限制，但仍應於所得利益之範圍內行使裁量權始為合法。行政罰法第 18 條第 2 項規定，係依據專業行政法規裁處罰鍰時，授權主管機關得於違章行為人所得利益之範圍內，酌量加重罰鍰處分金額，不受原專業法規所定法定罰鍰最高額限制之一般總則性規定，該條第 2 項所謂「前項所得之利益」，係指罰鍰裁處之考量因素，旨在授予裁罰機關得超過法定罰鍰最高額之裁罰權限，不致構成「裁量逾越」之違法，第 2 項仍屬「罰鍰額度」之裁處依據。因此，行政罰法第 18 條第 2 項係就第 1 項所得利益，因超出法定罰鍰而加重之裁量授與權，仍屬罰鍰之一部分，亦即如有所得利益超過第 1 項所稱之法定罰鍰，則第 2 項授權主管機關有加重超過法定罰鍰之裁量權，行政罰法第 18 條第 2 項規定是屬於第 1 項裁罰之加重，兩者屬同一事件，應合併為之，不得單獨處罰。

(二)不法利得追繳性質分析

行政罰法第 18 條第 2 項之規定具有處罰性質，需具備故意過失之有責性要件；而為追繳不法利得，不受法定罰款鍰最高額之限制，是由第 1 項所列之各考量要件延伸而來，雖屬法定罰鍰加重之裁量權，但仍屬於罰鍰。

(三)行政罰法第 18 條第 2 項不得單獨作為裁罰之依據

行政罰法第 18 條第 2 項裁罰上限之解釋，學說見解似尚未見有深論。林錫堯大法官表示：「第 2 項則係參考刑法第 58 條規定，突破各個法律或自治條例所定法定罰鍰最高額之限制，以受處罰者因違反行政法上義務而獲得之利益，超過法定罰鍰最高額時，可以不受法定罰鍰最高額之限制，改於其所得利益之範圍內裁量。」⁶⁰其意旨主要係例外允許行政機關於行為人符合下列法定要件時，得於法定罰鍰最高上限額外，行為人所得利益之範圍內，對行為人為罰鍰之裁處。依法行政機關為裁處時，應注意下列四個要件：1、行為人違反行政法上之義務。2、行為人獲得一定之利益。3、違反行政法上之義務與所獲之利益有合理關聯。4、該利益超過法定罰鍰最高額之上限。本文茲就行政罰法第 18 條第 2 項闡述如下：

1. 有以不法利得作為裁罰上限之意

「裁罰」與「不法利得」應相當，似乎有將不法利得之額度作為裁罰額度

⁶⁰ 林錫堯，《行政罰法》，元照出版公司，2012 年 2 版，頁 194。

之意。換言之，此一立法原意，似採「內含」之意⁶¹。德國違反秩序法第 17 條第 4 項規定⁶²，罰鍰額度應超過行為人因違反行政法上義務所得之經濟利益，若法定罰鍰最高額尚不足時，罰鍰額度得超過法定罰鍰最高額之規範。

2. 考量加計不法利得

罰鍰裁處雖包含兩部分，即核心之制裁部分與外加之利益剝奪部分，但二者性質不同，應分開觀察。後者（利益剝奪部分）雖具有裁罰性之外觀，但實際上不具有制裁性（nichtpönalen），而是有預防規範之特性（präventiv-ordnender Charakter），因此有別於行為之可非難性（von der Vorwerfbarkeit der Handlung unabhängig）⁶³。裁罰最高額不得超過因違法行為「不法利得『加上』法定罰鍰最高額」。另有學者更清楚地描述，德國違反秩序法第 17 條第 4 項後段之適用結果，將使得應受裁罰者無法留住其不法利得，除此之外還須接受法定之裁罰。不過在我國，裁罰之最高額度依然不得超過不法利得加上法定罰鍰之最高額。綜合以上說明，德國法制似應採取法定罰鍰最高額「外加」不法利得作為裁罰上限之制度，與我國制度仍有所差異⁶⁴。

肆、結語

近年來造成公共危害之事件頻傳，行政與立法機關不斷提高罰則，如同採用圍堵治洪水一般，真能有效防止其肆虐？反倒是突顯出刑事罰與行政罰之間雜亂錯綜關係。本文嘗試梳理，遂予以文獻上之研究，除我國法規與學術文章以外，更參酌德國法規與文獻，亦予以實務上之研究，訪談多位法律實務工作者，對象包含地方行政機關人員、司法警察，以及司法官等，提供第一線執法所面臨困境與建議。

綜論公共危害事件，乃將其定義為對不特定多數之社會大眾，造成可預期並即將發生損害之事件。因為其不特定性、公眾性，以及發生損害率高等特性。如同公害糾紛處理法第 2 條第 1 項所規定，公共危害係因人為因素，造成破壞生存環境，致生損害國民健康或有危害疑慮之情況。公共危害範圍包括水污染、空氣污染、土

⁶¹ 程明修，前揭（註 42），頁 48。

⁶² 德國違反秩序法第 17 條第 4 項規定：「罰鍰額度應超過行為人因違反行政法上義務所得之經濟利益。於此情形，法定罰鍰最高額尚不足時，罰鍰額度得超過法定罰鍰最高額（Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.）」

⁶³ 程明修，前揭（註 42），頁 45；引自黃士元，〈從適用論刑法第 58 條規定之存廢—兼評「沒收新法—雷神索爾之戰錘」〉幾點質疑，《台灣法學雜誌》，2016 年 6 月 14 日，第 297 期，頁 72。

⁶⁴ 程明修，前揭（註 42），頁 46。

壤污染、噪音、振動、惡臭、廢棄物、毒性物質污染、地盤下陷，以及輻射公害等，對社會大眾之危害可想而知。若公共危害產生實害，就應該回歸法律制裁體系，則如依據食品安全衛生管理法對於公共危害行為進行制裁時，有刑罰與行政罰重疊情形，致生適用上疑慮，更應將之修正以免後患。在此基礎上，本文乃將結論分為「立法裁量」與「法實踐」兩部分，析述如下：

一、立法裁量

(一)行政罰間之競合

行政罰法第 31 條對於一行為違反同一行政法上義務者，以「處理在先之機關」與「法定罰鍰最高之主管機關」擁有管轄權為原則。將來修法是否有必要對行政罰法第 31 條「法定罰鍰最高之主管機關管轄」，作例外補充規定，或可在第 31 條加上但書「但法律有特定計算方式時，從其規定計算之」規定，值得探討。

(二)刑事優先原則

在行政罰法第 26 條規範下，依循刑事優先原則，對於同一不法行為予以同一類型與目的之制裁時，以刑事裁罰程序優先於行政裁罰程序。惟我國行政罰法與立法參考對象德國法，仍有結構與規定上之差異，導致刑事優先管轄權競合出現立法缺漏之情形。如同食品安全衛生管理法第 44 條與第 49 條第 1 項及第 2 項，同時對於違反同法第 15 條第 1 項第 3 款、第 7 款、第 10 款，以及第 16 條第 1 款之行為人進行處罰，導致第 44 條行政裁罰相關規定形同具文。基於行政目的與行政專業，本文建議立法者可採行政罰優先處理原則，排除刑罰優先之適用，並基於此一構思，斟酌增訂一些行政罰例外優先之規定。

(三)司法院解釋

從探討違法行為與處罰規範競合間之司法院解釋，包括司法院釋字第 503、604 以及 754 號解釋檢視之，司法院釋字第 503 號解釋，係以法規構成要件，作為行為數之判斷基礎；司法院釋字第 604 號解釋，乃以立法方式將持續違規狀態，透過警察舉發方式分割為數行為；至於司法院釋字第 754 號解釋，則以規範及處罰目的分屬不同領域，保護法益亦不同，為達成行政管制之目的，固得依各該法律之規定予以處罰。綜觀上述三號司法院解釋，可得而知司法院係採取尊重立法機關裁量，主要以法規作為行為數分割之見解。

二、法實踐

本文為完備實務上之研究，訪談多位法律實務工作者，對象包含地方行政機關人員、司法警察，以及司法官等，提供第一線執法所面臨困境與建議。

(一)案件調查與移送

從實務訪談資料整理中得知，進行調查之際，行為人之阻擋、滅證或是污染自然易散導致不易調查。或是行政機關與檢警單位之協調不易，以及機關間移送等問題。即使上述問題檢警機關與行政機關皆能夠克服，要能夠證明污染與損害之因果關係亦是一大難題，上述種種因素皆可能造成不法行為人逍遙法外。本文建議應以行政主管機關協同檢警單位共同執行調查，以行政主管機關之專業性與檢警單位之強制性，二者相輔相成，始能懲治不法，亦能順利移交案件，不至於有銜接問題⁶⁵。

(二)制裁公共危害行為之手段抉擇

綜整實務訪談資料得知，實務界傾向應以透過行政罰方式，讓黑心廠商「罰得到、罰到痛」，先由行政機關裁處，亦適足得以規制相類行為，保有刑法謙抑性，又不致使偵查或司法機關訴訟資源有限性，窮於受理承辦而未盡有嚇阻成效⁶⁶。

三、總結

本文以為若要針對處理公共危害事件進行修法，應雙管齊下，法定最低罰則應予以提高，使嚇阻力加強。但是不可顧此失彼，似應在若干部分範圍，以先行政後司法作為方向，加強增修行政管制以及行政制裁，並適度修改行政罰法第26條第1項之刑事優先原則，擴大行政罰優先之例外範圍，如基於行政專業考量，以罰鍰與沒入以外之其他種類之行政罰做管制後之先行制裁，若行為人不予改正，再予以刑事制裁或是行政罰鍰與沒入，如此既符合刑法謙抑性，又不浪費司法資源，未嘗不是一個值得努力之方向。

附錄、我國對於公共危害制裁之實務及其困境（訪談內容節錄）

一、進行調查程序時所遇之問題

(一)檢調單位

1. 某市警官

(1)行政難題

- a、國家廣立機關，設官分職，各有職掌或管轄，旨在分別負責，以共同達成國家目的，必要時仍須相互配合，彼此協助，以達「行政一體」，行

⁶⁵ 參閱附錄、我國對於公共危害制裁之實務及其困境（訪談內容節錄）一、進行調查程序時所遇之問題，其中訪談對於調查程序時所遇問題之建議。

⁶⁶ 參閱附錄、我國對於公共危害制裁之實務及其困境（訪談內容節錄）二、制裁公共危害行為之手段抉擇，其中訪談對於制裁公共危害行為手段抉擇之建議。

政機關間有職務上相互協助之義務，有關職務協助法令依據分類如下：

(a)一般法律規定

依行政程序法第 19 條規定，分別規範職務協助要件、書面原則、應拒絕之要件、得拒絕之要件、拒絕理由之通知及異議之解決、費用之分擔，係一般職務協助之通則性規定。另依行政執行法第 6 條第 1 規定，執行機關無適當之執行人員者、執行時有遭遇抗拒之虞者、執行目的有難於實現之虞者等原因，得請求其他機關協助之，係對協助行政強制執行所為之規定，稱為執行協助。

(b)個別法令之規定

個別法令散見於各行政機關主管法規中，如海關緝私條例第 16 條規定，海關緝私，遇有必要時，得請軍警及其他有關機關協助之。所得稅法第 112 條第 3 項規定，本法所規定之停止營業處分，由稽徵機關執行，並由警察機關協助之。動物保護法第 23 條規定，動物保護檢查員於執行職務時，必要時得請警察協助之。以及食品安全衛生管理法第 42 條之 1 規定，為維護食品安全衛生，有效遏止廠商之違法行為，警察機關應派員協助主管機關等規定。

- b、內政部警政署（下稱警政署）對簡化警察業務，列為當前警政重要工作之一；惟各行政機關法規明訂有警察職務協助事項，短期修法不易，惟警政署現階段對簡化警察業務，研議在適法基礎上，採取相關作法，希冀減低警察勤（業）務壓力，律定規則臚列如下：

(a)法令上有規定者，除依相關法規辦理外，警政署並要求各警察機關職務協助時，應秉「個案性」、「輔助性」與「臨時性」之原則，拒絕「通案性」、「常態性」之協助，清楚界定主管與協助機關之立場，以免造成責權不分。

(b)法令上無明文規定者，為避免行政機關沿循舊例，動輒請求警察協助，應本「權力分立原則」，凡與治安、交通無關事項，各警察機關應堅守「國家分官設職，各有所司」之立場，警政署亦堅決反對不合警察職權及其行使方式，地方政府若有逾越現行法制現象，各警察機關應適時說明，捍衛警察職權。

- c、另於職務協助時，尤應注意警察職權行使法第 28 條第 2 項行使職權之規定。即對於其主管事務所產生之秩序或障礙，法律制度將第一次秩序與除去障礙處理權，授予專業主管機關，無法或適時排除其障礙者，警察機關僅居於補充地位，始得暫時介入排除。

(2)機關協調難題

次查臺灣板橋地方法院 91 年度訴字第 2333 號判決中，法院認為環保警察為司法警察，惟同案上訴審臺灣高等法院 92 年度上訴字第 1413 號判決及臺灣高等法院 95 年度上更（一）字第 610 號判決認為，依行政院環境保護署及環保警察隊配合執行勤務要點第 2 條第 2 款暨第 5 款後段「有關協助排除稽查或取締違法清除、處理有害事業廢棄物之阻礙」規定，係協同環境警察隊配合該署執行稽查勤務，故其任務編組性質僅屬「單純之行政協助」。

(3)機關移送難題

有關行政不法與刑事不法之界限，經法學界不斷研究討論，目前取得共識係若立法者立法裁量，形成有效嚇阻犯行之法規範，惟處罰規定再重，若證據不足，定罪率低，其結果亦未能收到預期效果，環保及食安問題始終存在，甚至有坐大情形。以環境問題為例，環境刑事案件具有高度科學性與技術性，認定污染情形須以科學證據為主，惟警察機關未設有專責「環境污染鑑識」之單位，亦未設有環境污染之專責研究單位或資訊資料庫，故對於環境污染之產生原因、污染者所使用之物質（化學物質、毒性化學物質）、污染之程序及對於人體及生態之影響等，難以蒐證齊備，須由具有專責環境檢驗單位與大量投入環境污染及防制研究之環保等行政機關調查並蒐集證據後，若發現有犯罪嫌疑，始進行其刑事偵查程序。

(4)綜上，行政調查有能，但無強制權；刑事偵查檢警有權，但專業性有限，二者需相輔相成，始能懲治不法，故於偵辦環保及食安等案件調查程序中，警察機關係位居被動之職務協助角色，在旁保護行政（專業）機關人員安全，維護秩序，若行政機關依其專業性蒐證發現有涉及刑事不法，則續由警察機關發動強制處分權（例如申請搜索票），共同將不良業者移送法辦。

2. 某檢察署檢察官

(1)行政難題

行政機關告發部分，如無結合檢警調機關事先偵查技巧之配合，或者有時效遲滯（如：調閱監視器、調閱通聯紀錄），查辦方向（法條適用、行為主體認定）等誤失可能發生，如何先期嚴密結合能量，仍屬精進之課題。

(2)機關協調難題

司法偵查與行政調查，因個案之狀況，有多元之合作模式。首先，司法偵查機關與行政機關，平日有事前之例行性溝通平台（如聯繫窗口、協調會議）；其次，對於偵辦之合作方式，如有涉重大敏感案件（如公司行號規模較大、涉及直接影響民生者…等），行政機關有結合地方調查單位、警察機

關後，再向檢察署報請檢察官指揮統籌偵辦，方式均視案件態樣有所不同。

(3) 機關移送難題

基於偵辦公共危害案件之專業性需求，本機關成立打擊民生犯罪專組，共 2 組人力，如有環保、食安等案件，均劃歸由該專組承辦人辦理。該專組並優先選送年度參加各項環保、食安、國土等法律與實務訓練。目前行政不法之認定，仍以函詢目的主管機關為主，部分輔以承辦人作為證人之角色到案說明闡述，因個案之必要，囑請鑑定，以及到場勘驗，是「函詢」、「證述」、「鑑定」、「勘驗」均為目前實務對行政不法認定之可能手段。

(二) 行政主管機關

1. 某市環保稽查人員

(1) 行政難題

本機關進入各企業、工廠調查（稽查）係依據相關環保法規（如水污染防治法第 26 條，空氣污染防制法第 43 條，廢棄物清理法第 20、37、56、59 條等），基本上進入合法工廠均可順利入廠稽查檢視其相關製程設備或廢棄物是否依相關規定擺放申請，如違反規定則依上述法條告發。一般所遭遇之困難如廠房大門緊閉（非合法登記之工廠）在內工作，稽查同仁在外無法窺知廠內情況，僅能於周邊巡視有無污染違法情事（如偷排廢水、煙囪異常排放等），如確實發現可疑，即使工廠大門關閉，本機關仍會運用儀器設備蒐證，如架設監視設備監控，或使用 FLIR 熱顯像儀來偵測煙囪溫度以判斷是否有作業事實，後續亦會請警察單位協助跟車蒐證等（利用此方式已破獲數件環保案件）。但仍有部分執行上之困難如：

- a、法令有規範標準，事業單位只要符合法規即可，與民眾認知（零排放、零污染）有落差，無法達到民眾之期待性。
- b、感官性污染稍縱即逝（如噪音、異味），蒐證不易，往往錯過最佳排放蒐證時間。
- c、污染事證直接關聯性舉證不易，例如排放污水流入河川後，污染事證不易掌握，源頭不易釐清。

(2) 機關協調難題－行政機關與檢警單位協調偵辦犯罪

- a、建立單一窗口：可建立三方聯絡窗口及情資通聯管道，由各單位具有決策性及代表性人員擔任，當有助情資及資源共享，溝通及合作管道更為順暢，但實際執行面僅靠各單位承辦人合作默契維持（因為各單位人員異動頻繁）。
- b、公開可用資源：基於互助共享精神，建議整合調查三方可供運用之資源

及設備，屬於環境污染檢驗設備及技術亦可由環保署統一調查建檔。

- c、人力調度合作：屬於跨縣市污染或區域性議題，建議可建立三方跨縣市合作偵辦機制。
- d、以目前實務面來說，本機關在發現違反環保法規業者時，如有達到疑似違反廢棄物清理法第 41、46 條規定，將先通知警政署保安警察第七總隊（環保警察）刑事警察大隊（或者當地分局員警）共同前往稽查，確認違法情事即交由會同之警方人員製作行為人筆錄移送當地地檢署偵辦。環保局人員主要係針對法規認定（行政部分）或現場廢棄物採樣，當違法明確時即進入刑事司法程序，交由警方作後續偵訊移送地檢。

(3)機關移送難題

通常司法機關在接獲民眾檢舉案件時，處理方式有二：一、先行派員勘查是否有違反環保相關法令，如有違法事實則依相關環保法令移送，如未發現違法情事，則發文環保機關依民眾陳情案前往稽查。二、直接轉發民眾陳情資料予環保機關辦理。

(4)管轄權競合

以跨局處聯合稽查或會勘方式執行，再協調各單位秉權責辦理。

2. 某市食品安全衛生稽查人員

(1)行政難題

- a、在地方發生之食安情資，大多是靠線報而來，原因在於普查或聯查從表面上看不出何處有問題，例如廠商用次級品代替，或者因成本而以工業用原料代替食用原料等，都必須靠線報才有辦法查獲。
- b、稽查時法規面或義務人等並無太大問題，義務人大多會配合，若不配合他會吃虧，義務人難以對抗公家機關，即使稽查時惡意關門，我們還是進得去。倒是有時會有民代來關心，若不給民代顏面，則屆時預算或在議會質詢時多少都會碰到困難，故民代關心倒是一個稽查時的棘手問題。
- c、工業原料竟然會用到食品上頭，可見工業原料之管理也是一大問題，這一方面若沒有澈底管控，最後還是難以阻斷違法行為。
- d、目前最難的是「先行放行」問題，因為一旦放行後，例如魚蝦放在一般池水中，容易在取貨時狸貓換太子，或者改善違規程度。故應有一個固定倉儲或地點先行存放放行之物，避免有其他調換情形發生。這方面原是食藥署之權責，但宜交給地方辦理。

(2)機關協調難題

- a、檢、警、調三個單位通常會依行政程序法第 9 條之規定，來與行政機關

作業務協調或職務協助，各機關也都有相關機制及對口單位，沒有機關敢抗拒。衛生單位通常在有情資時，邀集其他單位協助。調查局因有業績壓力，也經常來衛生單位探聽一下有沒有情資可以提供，我們若有情資也不會吝於提供。

- b、警察局員警很少到衛生單位來，警察局通常應衛生單位有關職務協助之要求。我們通常在稽查時，發現刑事事證明確，即會直接移給地檢署，不會再經過警察局。我們請警察局到場協助時，他們因專業問題，大多只是配合我們辦理，很少有主動移給警察偵辦。

(3)機關移送難題

- a、檢警調若自行調查食安違法問題，幾乎沒有聽過調查後又將問題轉交給衛生單位認定有無行政不法之情形，除非衛生單位有跟案，否則難有回饋情形。我們將案件移給地檢署後，他們也沒有將後續處理情形轉告給我們，故是否起訴，我們無從接獲通知。衛生單位因為要自己蒐集情報，以便知曉哪一家公司行號專作違法勾當，我們會追蹤自己處理過的及移送地檢的案件，一直到案件底定為止。
- b、通常檢察官出面聯合各單位查案時，檢察官會當頭，指揮偵辦。雖然檢調之間不見得相當交融，但檢警之間一定會互相配合。因稽查多靠地方基層，我們又是這方面專家，有無危害人體健康都要靠我們來認定，故都會要我們配合。我們在出面配合後，仍然有自己的一條管道要上報到市政府主管單位。

(4)管轄權競合

管轄競合時，解決方式不外聯合查察，或依土地管轄及事務管轄來解決。各縣市主管機關之間會有默契，該誰管之案就誰管，中央通常不會多作干預。行政與刑事競合時，以刑事優先，故依行政程序法及行政罰法，大體上已可解決各種管轄上競合問題。裁處後若有不服，則依訴願等程序處理。

3.某市環保局科長

(1)行政難題

我們常會碰到行政難題，當我們稽查員去稽查水污染時，看到河川有一股廢水排出來，經過追查大概知道在哪一個位置，但要進去工廠稽查，受到干擾，大門深鎖，找到工廠負責人，百般干擾而不願意開門，不得其門而入，後來我雖然開了一個拒絕稽查之罰單給他，但是實務上並沒有辦法立刻發現他偷排廢水之行為，後來我去跟檢察官說明這個情形，檢察官也蠻支持我們的。之後我們會同保七總隊，或者環保署，由檢察官帶隊，申請搜索票，但



是很不幸的整個過程大概花費了 3 天，當我們強行進入這家工廠時，證據已經被湮滅了，我們在現場也發現了一些偷排的管線，事實上如果我當時能夠第一時間進去，這個情形是不會發生，而且能夠當場查獲偷排之行為，很可惜我們在法令上沒有辦法強制進入，後來也沒有辦法處罰，雖然移送法辦，但是證據方面還是缺乏，所以在實務上有時候沒有辦法第一時間進去調查，這個是有實務上的困難。

(2)機關協調難題

實務上來說，我們與地檢署、警察單位共同組成一個「環檢警」聯合稽查機制，固定一段時間就會交換意見，針對一些可疑之廠商去過濾資訊，共同打擊這些犯罪行為，當然環檢警會共同稽核情況是針對有違反刑法之部分，就是行政法規裡面有刑事法規部分，如果單純只是行政處罰部分，就由環保局自行處理。當大家已經有懷疑某一些業者有違法行為，透過環檢警之平台，去進行一個跟監動作，最後收網。如果臨時發現一些違規行為（例如偷排行為），就算是請警察來，有時候還是很難進去，必須要有搜索票，聲請搜索票的過程是比較花時間，因為檢察官雖然樂意協助，但是必須要向法院聲請搜索票，比較麻煩，通常夜間是很難直接聲請到搜索票，然後強行進入搜索現場，超過一段時間，違法行為就不見了，所以很難即時取得所需要之搜索票。

(3)機關移送難題

有時候民眾檢舉直接向檢察官反映，如果檢察官認為只是涉及單純的行政法部分而沒有涉及刑事法，檢察官會告訴我們，請我們先過去抽查，然後依照行政處罰之方式處理即可，除非有涉及到刑事部分，檢察官才會指揮地方政府環保局或是環保署來配合。

(4)管轄權競合

以環保局處理環境保護業務來說，如果說跟臺南市有管轄競合問題，通常是採取聯合稽查方式，現行部分比較沒有問題因為中央有環保署，有涉及到跨區的時候環保署會出來主導，這點倒是沒有遇到困難，中央會出來主導。

二、制裁公共危害行為之手段抉擇（檢警單位）

(一)某市警官

1. 食品安全衛生管理法第 49 條第 5 項規定：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯第一項至第三項之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以各該項十倍以下之罰金」。
2. 以「味全混攪大統長基銅葉綠素油案」為例，臺北地檢署檢察官認為味全公

司銷售大統長基銅葉綠素混油案，違反食品安全衛生管理法第 15 條第 1 項第 7 款「摻偽或假冒」與第 10 款「添加未經中央主管機關許可之添加物」，建請法院依同法第 49 條第 5 項對味全公司科處最重罰金刑，嗣大統長基混油案雖遭到行政裁罰 18.5 億，卻因行政罰法規定「一事不二罰原則」及「刑事處罰優先」，在法院判決罰金 3,800 萬後，18.5 億之行政裁罰卻遭到撤銷，引發輿論譁然，因而在這次食安修法中，建請行政院刪除該條科處法人罰金刑之規定，透過行政罰方式讓黑心廠商「罰得到、罰到痛」。

3. 目前行政院所擬食品安全衛生管理法修正草案，新增屬於從刑性質之第 49 條之 1 第 2 項「法人因其代表人、代理人、受僱人或各其他從業人員犯本法之罪而取得財物或財產上利益，除應發還被害人外，沒收之。如全部或一部不能沒收時，應追徵其價額或以其財產抵償之」，是否衍生沒收「沒判有罪者」財產之疑義，依刑法第 38 條第 3 項規定「犯罪所得之物以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定」，既然允許例外規定，修正食品安全衛生管理法規定單獨沒收法人不法所得，尚無違反刑法精神。

(二)某檢察署檢察官

本人傾向於立法管制，朝「先行政後司法」模式。如公平交易法對於涉獨占、聯合、限制競爭等行為，均先依照同法第 40 條第 1 項規定限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，而屆期未停止、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，始有刑事處罰，此有助於對於相關專業事務之不法認定。再如就業服務法第 63 條、第 64 條，針對雇主違法聘僱外國人等情形，以有 5 年內再犯者，始處以刑罰，先由行政機關裁處，亦適足得以規制相類行為，保有刑法謙抑性，又不致使偵查或司法機關訴訟資源有限性，窮於受理承辦而未盡有嚇阻成效。