

第一章 序論

第一節 名詞界定

本文所探討之以行政罰為前提的刑事不法（以下簡稱為「本題旨所示之刑事不法」或「本題旨所示之刑事犯罪」），為我國近年來因行政法規蓬勃發展之後的產物，目前在實務上所發生的個案有逐漸增多的趨勢，由於此種犯罪性質較為特殊，在刑事不法中包含行政不法的內涵，使兩種本來截然不同的不法態樣結合在一起，而成為一種特異且極具研究價值的犯罪類型。本文以「以行政罰為前提的刑事不法之研究—兼論其舉證責任及證明標準」為題，即係以此種犯罪為研究重心，茲因探討內容涉及行政罰、刑事不法、行政刑罰、舉證責任、證明標準等多種名詞概念，故在論述本文之前即有必要先就各該相關名詞為意義上的界定，俾令讀者能輕易掌握本論文的研究方向及實際意涵，且藉此將研究主旨作一明確定性。以下名詞除將在各相關章節詳細介紹外，茲先此簡述其在本文當中的定義：

一、行政罰為前提的刑事不法：

指不法行為的內涵提升到犯罪程度，由立法者賦予刑事責任，乃係以行為人因違反行政法上的義務，經行政機關為一定的行政罰後，始足形成而言。

二、行政罰：

本文所稱的行政罰，專指「狹義的行政罰」，亦即科處罰鍰，或限制或停止營業、吊扣證照等有關限制或禁止行為的處分；或命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記等剝奪或消滅資格、權利的處分；或公布姓名或名稱、公布照片等影響名譽的處分；或警告、告誡、記點、記次、講習、輔導教育等警告性處分等行政上的制裁，亦即行政法學者所稱「行政秩序罰」。

三、刑事罰：

刑事罰或稱為刑事刑罰，簡稱刑罰，乃指刑法規範所使用的法律制裁手段，用以做為犯罪行為最主要的法律效果，刑的種類共計有死刑、徒刑、拘役、罰金、褫奪公權、沒收等六種。有學者稱之為「狹義的刑罰」，用以區別「廣義的刑罰」所包含的保安處分。

四、行政刑罰：

指對於違反行政法上義務者，科以刑法上所定如死刑、無期徒刑、有期

徒刑、拘役、罰金等刑名的制裁手段。

五、行政犯：

指因違反國家為達成行政目的所為的誡命或禁止命令，並具可罰性而施以處罰者。

六、刑事犯：

指因本質上含有社會上一般所共認的可罰性，並經刑事法律所規範而施以刑罰者。

七、行政不法：

指不法內涵尚未達刑事不法的秩序破壞或紀律違反程度的不法。

八、刑事不法：

指不法內涵已逾越行政不法，而已達犯罪程度的不法。

九、附屬刑法：

指將構成犯罪的要件及刑罰，附帶規定於某一法律之中者，謂之附屬刑法，例如公司法、著作權法、水污染防治法等。

十、特別刑法：

專指針對特定人、事、時、地、物，在原則之刑事法之外，另行制訂優先適用的非常態性的刑事法。

十一、行政刑法：

指國家為維護政治、經濟及文化等生活秩序，對於人民設有各種行政誡命或禁止，對於違反此等規定的行為人，科以刑罰制裁者。

十二、鄰接區域：

本文所謂的鄰接區域，係指行政罰的制裁內容和制裁種類上，與刑事罰的構成要件產生相互重疊的區域而言。

十三、雙重構成要件：

又稱母子構成要件，在本文而言係指刑法的構成要件當中融入行政處罰的構成要件，為「構成要件裡有構成要件」的組合態樣。

十四、行政從屬性：

指依據刑法條文規定，其可罰性的依賴性，取決於行政法或基於該法所發布的行政處分而言。

十五、司法審查：

本文所稱的司法審查，係指在憲政體制下，司法機關依憲法所賦予的司法權能所為的各種審查行為，其內容應包括依憲法第 77 條規定所為的民事、刑事、行政審判及公務員懲戒程序當中，對於各種所適用的法律或命令適當與否的審查行為，暨依憲法第 78 條規定解釋憲法、統一解釋法律及命令的行

為等。而本文研究範圍限縮在刑事法院對於行政處分適用的法律或命令適當與否的審查行為部分。

十六、舉證責任：

指依法應負舉證責任的訴訟當事人，未依規定提出證據說服法官相信即應負擔敗訴後果的法律上責任，在我國通常指實質的舉證責任。

十七、實質的舉證責任：

又稱客觀的舉證責任，係指某一待證事實存在與否的證明，未能明確達成時，舉證者將受到不利益判斷的法律上責任（即受負擔或危險）而言，因此實質的舉證責任也可以說是承擔敗訴的「結果責任」。

十八、形式的舉證責任：

又稱主觀的舉證責任，乃指負有實質的舉證責任的當事人所為程序面上的負擔之謂也，亦即當事人為使法院形成對已有利的心證，必須為其主張提出證據，否則即有可能蒙受訴訟不利判決，為此目的而積極為舉證行為，故又稱為「行為責任」。

十九、邏輯性轉換：

指舉證責任之一造，已就其主張的事實提出證據並為一定程度的證明，令審判者產生有利的心證時，舉證責任遂因獲得滿足而轉換到對造，對造如否認其主張，自須提出反證以進行其訴訟，若反證可以成立，足以推翻審判者原建立的心證，則舉證責任再轉換至原負舉證責任之一造，此後由一造轉換於他造的情形，可以依此類推。由於此種轉換係因一連串邏輯推理所造成的，故本文稱之為「邏輯性轉換」。

二十、法定性轉換：

指舉證責任的轉換係法律所明定，符合一定條件即由對造負舉證責任。

二十一、證明標準：

指法律規定承擔舉證責任的當事人運用證據證明案件事實應達到的限度，為法院判定舉證責任完成與否的一種規則。

第二節 案例及說明

一、案例

【案例一】違反商業登記法第 32 條第 2 項及建築法第 94 條之罪：

某甲未經向主管機關乙市政府建設局登記並發給登記證，在乙市內開設「A大舞場」，經營舞廳業務。經該管主管機關乙市政府建設局命令停業，並科處罰鍰銀元四千元，詎某甲拒不遵令停業，該主管機關復科處罰鍰銀元五千元，並令其遵令停業。某甲仍拒不停業，經乙市政府各機關公共安全聯合稽查小組於1998年7月2日查獲猶有營業行為，某甲明知上開其所經營之「A大舞廳」所用建築物，未經主管建築機關之許可及領得使用執照，擅自違規使用為舞廳業，經乙市政府於1997年2月10日函科處罰鍰並勒令停止使用，仍繼續違規使用，復經乙市政府於1998年2月18日科處罰鍰並勒令停止使用，經制止不從，於1998年7月2日，再為乙市政府各機關公共安全聯合稽查小組查獲猶繼續違規營業使用中，旋將某甲移送該管檢察官偵查起訴，嗣經法院判決認定某甲所為，係犯商業登記法第32條第2項之罪及建築法第94條之罪¹。

【案例二】違反水污染防治法第38條之罪：

某甲於乙縣設立「A洗衣有限公司」，從事洗衣為業，為水污染防治法所規定之事業負責人，明知「A洗衣有限公司」並未向主管機關申請排放廢水許可證，竟擅自將該公司從事洗衣作業所產生之廢水，排放於地面水體，且其排放廢水所含之有害健康物質超過放流水標準（懸染固體檢驗值778MG/L；水溫現場測值攝氏60度，標準值小於攝氏35度；PH值現場測得PH10.4，標準值PH6-9），而於2003年10月15日17時20分許，經乙縣政府環境保護局稽查採樣查獲，乙縣政府遂於2004年2月6日以府環水處字第13號處分書，為勒令停工之處分。詎某甲於2004年2月16日收受該處分書後，仍不遵行停工，復繼續作業，迄於2004年3月4日13時45分許，經內政部警政署環境保護警察隊第三中隊持本院所核發之搜索票，會同乙縣環保局前往稽查，發現「A洗衣有限公司」未遵行停工命令，仍繼續從事洗衣作業，旋將某甲移送該管檢察官偵查起訴，嗣經法院判決認定某甲所為，係犯水污染防治法第38條之罪²。

【案例三】違反集會遊行法第29條之罪：

某甲為訴求日本政府對前抗戰期間所發生之南京大屠殺事件道歉賠償，未經合法申請許可，即於2002年12月13日10時5分許，率眾前往位於乙市之財團法人日本交流協會前道路旁集會抗議，並以麥克風演說及高舉標語之方式進行室外集會活動，經現場執勤之乙市政府警察局丙分局警員，先後

¹ 參見臺灣臺南地方法院87年度易字第2805號判決。

² 參見臺灣臺南地方法院刑事判決93年度易字第395號。

於當日 10 時 10 分、10 時 17 分及 10 時 24 分，三次舉牌警告、命令解散及制止，仍未解散，迄當日 10 時 30 分許，某甲始因警方欲強制驅離而宣布解散後離去，嗣將某甲移送該管檢察官偵查起訴，嗣經法院判決認定某甲所為，係犯集會遊行法第 29 條之罪³。

二、說明

以上均是以行政罰為前提的刑事不法之典型案例，其中案例一，乙市政府建設局命令某甲停業，並科處罰鍰；案例二，乙縣政府勒令某甲停工；案例三，乙市政府警察局的丙分局警員，先後三次舉牌命令解散等行政作為，分屬禁止為一定行為或剝奪一定資格的處分，皆為行政罰的一種。上開案例當中的行為人某甲，均不遵從或遵行主管機關所為之前揭禁止行為或剝奪資格的處分，仍繼續違規使用、營業或不解散，即分別觸犯商業登記法第 32 條第 2 項、建築法第 94 條、水污染防治法第 38 條及集會遊行法第 29 條等罪，而達犯罪程度的不法。從行政罰與犯罪成立的關聯性而言，犯罪是否成立，完全取決於行政罰的存在與否，是行政罰即為犯罪成立的前提要件，沒有行政罰先行，即無刑事犯罪的成立，換言之，刑事不法係建立在以行政不法為前提的基礎之上，刑事不法係因行政不法的擴散而漸次形成的。

第三節 研究動機與目的

我國司法院大法官釋字第 407 號解釋：「……個別案件是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然。」在該解釋文之解釋理由書中更闡述一段：「……行政罰與刑罰之構成要件各有不同，刑事判決與行政處罰原可各自認定事實。出版品記載之圖文是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，依其確立之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束……」⁴。因此可以確認的是，

³ 參見臺灣臺北地方法院刑事判決 93 年度簡上字第 58 號。

⁴ 本解釋案的聲請人為一家圖書出版公司，於 1993 年 6 月 1 日出版「性愛大全」、「性按摩」等書，因部分圖片及文字涉及妨害風化，經臺北市政府依據出版法規定，以 1993 年 7 月 31 日 82 府新一字第 82058416、82058417 號處分書禁止其出售及散佈，並扣押其出版品，聲請人不服，乃循法提起行政訴訟。行政法院最終以該書內容刊登裸露女性乳部、臀

我國最高司法解釋機關，對於行政機關所為事實認定及法律適用可否拘束刑事法院一節，基本上是採否定的看法⁵，其理由不外乎：依憲法第 80 條之規定，法官須依據法律獨立審判，不受任何干涉，為其應有的職責，在其職責範圍內，關於認事用法，如就系爭之點，有為正確闡釋的必要時，自得本於公正誠實之篤信，表示合法適當的見解⁶。是就法理而言，刑事法院就事實認定及法律適用得不受行政機關所採見解的拘束，乃屬當然。

然而，上開解釋認為刑事法院就事實認定及法律適用不受行政機關的拘束，無非以司法、行政權力分立，及刑事罰與行政罰的構成要件各有不同為理論基礎，但如果行政罰恰為刑事犯罪的構成要件⁷時，是否仍有上開解釋之適用？不無疑問。

依照上開案例一，關於行為人某甲是否構成商業登記法第 32 條第 2 項及建築法第 94 條之二罪名，端視其是否有所謂經商業主管機關命令停業、罰鍰、勒令停止使用後，尚不遵從，經再罰鍰，仍拒不停業，或繼續使用等情形而定。換言之，構成上開二刑罰罪名，係以經行政主管機關的行政罰為前

部且姿態淫蕩的照片，涉及妨害風化，違反限制記載的規定，且部分的圖片及文字說明均足以誘發他人性慾，與傳送正當之性知識與性教育無關。又刑事判決與行政處分，原可各自認定事實，臺北市政府為出版業之地方主管機關，其對聲請人違反出版法之事實，自得依其所得證據，逕為認定，不受刑事判決之拘束等理由駁回聲請人之起訴。參見行政院 83 年度判字第 1801、1959 號判決。

⁵ 蘇俊雄大法官提出不同意見書更進一步認為行政機關所採的見解應以法院認定的結果為限，其理由為「……從比例原則之觀點而言，由於出版法第 39 條以下所設定之行政處分，對於出版自由構成相當強烈的干預限制，具有使出版品完全喪失於市場上流通之機會的效果；若要維持其目的與手段之間的相當性，必然須就其構成要件做嚴格的限定，以避免對出版自由作出不必要的限制。就此而言，如果出版法第 32 條第 3 款所定的構成要件，可以不論該出版品是否達到違反刑法第 235 條『散佈販賣製造猥褻文書圖畫罪』之程度，不以刑事法院有罪判決之宣告為限，而任由行政機關自行認定、適用的話，則我們勢必無法確保行政機關發動各種強烈之行政管制措施的必要性。蓋如果一出版品未被刑事法院認定為是『猥褻出版品』的話，即表示此際尚無以刑法規範的法益保護需要性；此際如果仍可任由行政機關發動各種較諸刑法制裁規範有過之而無不及的強烈行政管制措施（例如出版法第 39 條的禁止出售、散布或扣押），無疑輕重失衡，造成對人民之出版自由不必要的限制。換言之，基於構成要件與法律效果的整體判斷，出版法第 32 條第 3 款並沒有可任由行政機關自行認定何謂出版品之記載觸犯妨害風化罪或者煽動他人觸犯妨害風化罪之餘地；對於該等構成要件，應以刑事法院有關刑法第 235 條以及刑法第 153 條之認定判斷為準……」。

⁶ 參見司法院大法官釋字第 137 號解釋。

⁷ 有學者稱之為「客觀處罰條件」（參見黃常仁著，刑法總論，2001 年 8 月，增訂一版，頁 103）。有稱之為「客觀的可罰性條件」（參見林山田著，刑法通論（上），2002 年 11 月，增訂八版，頁 348）。亦有認為係空白構成要件（參見許玉秀著，水污染防治法的制裁構造—環境犯罪構成要件的評析，主觀與客觀之間，1997 年 9 月，初版，頁 484）。

提要件⁸，有學者將此種關聯稱之為「刑法之行政從屬性（Verwaltungsakzessorietät）」⁹，亦有稱之為「刑法與行政法之交錯」¹⁰或「行政法對於刑法之規範效應」¹¹，實務上則稱之為「先行政後司法」¹²。

於此情形，行政罰與刑事犯罪的關係究竟如何？兩者就事實認定及法律適用可否不同？行政機關的認定結果可否拘束刑事法院？如果答案是否定的，這樣解釋是否會產生問題？行政機關與司法機關對於同一事件竟有不同之認定，是不是會讓人民有無所適從，產生法律適用的混淆或不安定的觀感，而違反法諺「同一理由，同一法律；類似事項，類似判決」¹³所追求公平正義的基本價值？且兩者的調查結果不同，究應以何者為最終的認定？其法理依據為何？又行政法院與刑事法院均可審查行政處分，是否形成雙重軌道，破壞刑事法院、行政法院審判權分隸原則？為能釐清行政罰及刑事犯罪相互交錯所造成的本質上衝突，以上議題遂有再研究的空間。

另外，本題旨所示的刑事不法訴訟應採行何種法制的舉證責任及證明標準，也是一個值得深入探討的問題。按我國過去為職權主義的刑事訴訟制度，在審判中並無所謂當事人負有提出證據責任的概念，亦即在當事人未提出證據時，法院不得逕對其為不利的判決。然於2002年2月8日我國公布新的刑事訴訟法修正條文之後，舊有訴訟制度已產生質的變化，從職權主義修正為改良式的當事人進行主義，此種轉變，不僅是訴訟架構上的改變，更代表截然不同的哲學思惟。傳統刑事訴訟程序基於無罪推定原則，係採用一較高的採證標準，亦即學者所稱「嚴格的證明」¹⁴程序，其說服責任應達「無庸置疑」或「排除合理懷疑」（beyond a reasonable doubt）¹⁵的程度，然而行政訴訟

⁸ 有學者稱之為「先決問題」（參見林永頌著，行政處分對法院之拘束，臺灣大學碩士論文，1986年6月；呂錦峰著，刑事法院對行政處分違法審查之探討，中興大學碩士論文，1996年1月，頁5）。

⁹ 參見鄭昆山著，環境刑法之基本理論，五南圖書出版公司，1998年4月，二版一刷，頁179以下；許玉秀著，同註7，頁483以下；洪家殷等著，行政法實務與理論（一），2003年3月，初版第一刷，頁90。

¹⁰ 參見劉國賓著，公害之刑事處罰，輔仁大學碩士論文，2001年6月，頁189。

¹¹ 參見洪家殷等著，同註9，頁90。

¹² 參見1999年2月3日修正公布施行，同月5日生效之公平交易法第35條修正理由。

¹³ 參見鄭玉波著，法諺（一），1986年6月，頁28。

¹⁴ 作為認定犯罪事實的證據，必須具有證據能力，且經依法定程序之調查，方得採之為證據，其所為之證明，稱之為「嚴格的證明」。參見褚劍鴻著，刑事法學論著，1991年9月初版，頁108。

¹⁵ 所謂「無庸置疑」者，乃指負舉證責任者，必須說服裁判者至確信、無合理的懷疑其主張可能為不實的程度，始稱善盡舉證責任。參見王兆鵬著，刑事訴訟講義（二），2003年6月，初版二刷，頁221。

與民事訴訟有著相類似的屬性，在某些情況下採用相同的舉證責任分配制度¹⁶，應由負舉證責任的一方負責舉證，其就證據說服力的認定基本上係採「優勢證明主義」(preponderance probable)¹⁷，惟如以行政機關所為的決定，如行政規則、行政處分作為刑法構成要件要素時，其所進行的刑事審判程序，是否仍採嚴格的證明程序？且須達無庸置疑的說服程度？不免產生疑問。析言之，在一刑事訴訟程序中，因兼有對行政行為的違法審查任務，其訴訟程序的屬性，究竟較偏向刑事訴訟性質？抑或是偏向行政訴訟性質？又關於作為前提要件的行政罰部分，原有行政程序當中的證據調查模式，是否會因進入刑事訴訟程序之後，因適用環境的改變而有所調整？又該作為前提的事實部分，其舉證責任究竟屬於行政機關、檢察官，抑或是被告？而有關行政機關行政決定的司法審查，應採無庸置疑的證明標準，抑或是採優勢證明標準？皆有疑問。為釐清本題旨所示之特殊性質的訴訟型態，俱有深入探討的必要。適值我國刑事訴訟制度，改採當事人進行主義的歷史時刻，此問題似乎更形重要，因此也引發本人進一步研究的動機。

第四節 研究範圍與限制

我國對於違反行政法規的處罰大體上有行政罰與刑事罰兩種，其中所謂行政罰原有廣狹二義，廣義的行政罰係指凡對於行政上義務的違反者所科的罰則而言，應包括在行政上有特別權力關係的懲戒罰，及強制履行行政上義務的執行罰在內；狹義的行政罰，則指存在於行政上有一般統治關係所為的處罰而言，如對於違反警察上義務所科處的警察罰，對於違反財政上義務所

¹⁶ 行政訴訟法第 136 條規定：「除本法有規定者外，民事訴訟法第 277 條之規定於本節準用之。」而民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」可以說明兩者皆採有利事實舉證責任制度。但有認為民事訴訟法第 277 條於 2000 年 2 月 10 日經修正施行，已從原先主觀舉證責任（證據提出責任）轉化為客觀舉證責任（經法院依職權調查後，事實的過程仍無法重建，當事人所應負擔的舉證責任）的規定，行政訴訟制度經準用結果，應僅指為處理真偽不明事實的舉證責任分配。參見吳東都著，行政訴訟之舉證責任—以德國法為中心，學林文化事業有限公司，2001 年 11 月，一版，頁 66，330。

¹⁷ 所謂「證據優勢」者，乃指負舉證責任者，就待證事實所提出之證據，僅需較對造更具說服力，即為優勢，可謂已善盡其舉證責任（參見王兆鵬著，同註 15，頁 221）。一般通說認為民事訴訟應採優勢證明主義，行政訴訟部分則依案件類型而定，除剝奪或限制人民自由、財產權外，原則上亦採用優勢證明主義，詳本文第八章。

科處的財政罰等，至於所謂懲戒罰及執行罰並不包括在內¹⁸。本文所研究以行政罰為前提要件的刑事不法，其有關行政罰的定義，應指行政秩序罰而言，並不包括懲戒罰或執行罰，甚至於行政刑罰亦因性質上不合亦不在界定之列，已如前述，故本文探討範圍以狹義者為限¹⁹。

另外，行政罰與刑事罰在我國行政法規當中交互運作的結果，大致可區分為以下三種類型：I、專以行政罰為處罰手段者，例如勞動基準法第 79 條、第 80 條、職業災害勞工保護法第 33 條、第 34 條等。II、專以刑事罰為處罰手段者，例如洗錢防制法第 9 條、期貨交易法第 112 條等。III、兼以行政罰及刑事罰為處罰手段者，此種類型又可細分為：(1) 行政罰及刑事罰併為處罰手段者，例如農地重劃條例第 39 條。(2) 依行為情節輕重分別處以行政罰、刑事罰者，例如國家公園法第 25 條、石油管理法第 39 條、第 40 條等。(3) 以行政罰為前提的刑事罰為手段者，例如就業服務法第 64 條第 1 項、建築法第 85 條、第 95 條之 1 第 2 項、第 3 項、公平交易法第 35 條第 1 項、第 36 條、水污染防治法第 34 條等。(4) 兼採依行為情節輕重分別處以行政罰、刑事罰，或以行政罰為前提的刑事罰為手段者，例如臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 79-3 條第 2 項。

本文所欲研究者，即以前開 III (3) 例示之型態為主軸。由於橫跨行政及司法兩個領域，因此除應探討兩者的本質及其差異性外，並應特別強調兩者互有前提條件及結論之邏輯關係(因果關係)，包括兩者在實體面相互連結時所產生的關聯性，及程序面交錯時所造成的各種矛盾與衝突，並藉以從其中找尋磨合的機制，以學理的探討解決可能產生的困境，此即本論文所研究的範圍。

第五節 研究方法與步驟

每種學問都運用一定的方法，或遵循特定的方式來答覆自己提出的問題，法學的研究亦不例外。所謂「法學」係以處理規範性意義下的法規範為其主要任務的學問，其主要探討的是規範意義²⁰。而理解既存的法規範及隱含

¹⁸ 參見管歐著，論行政罰與執行罰，行政法論文選輯，五南圖書出版公司，1994 年 8 月，初版一刷，頁 476。

¹⁹ 本文「行政罰」定義與目前法務部所提出的行政罰法草案相同，參見草案第 1 條立法理由說明(該法業於 2005 年 1 月 14 日經立法院三讀通過)。

²⁰ 參見陳愛娥譯(Karl Larenz 原著)，法學方法論，五南圖書出版公司，1999 年 7 月，初

其中的意義關聯，其方法不外乎透過解釋，解讀各種語言包括法令、法院的裁判、行政機關的行政處分或學者論著的表達及其規範性意義。因此，本論文將嘗試以法規意義為研究的核心，蒐集與本論文相關的國內外期刊、論文、著作、報告文獻、法院判決及司法機關座談會決議，以解釋的方式包括文義解釋、體系解釋、目的解釋、合憲性解釋等作整體的歸納、分析，並以各國體制或立法例為基礎作學術性的比較，循序漸進完成本論文的研究，最後且不揣簡陋提出自己的看法，期能對學術研究貢獻個人棉薄之力。

第六節 論文架構與體系

本文架構係依據題目主旨分層次開展論述，第一章為序論，第二章為行政不法與刑事不法的區別，第三章為以行政罰為前提的刑事不法，第四章為刑事法院對於行政處分的司法審查，第五章為以行政罰為前提的刑事不法訴訟之舉證責任，第六章為以行政罰為前提的刑事不法訴訟之證明標準，第七章為結論。

第一章為序論，先就有關名詞作意義上的界定，例舉有關實例並作說明，最後闡述個人的研究動機與目的、範圍與限制、方法與步驟、論文架構與體系等，作為論文的導讀。

第二章為行政不法與刑事不法的區別，以行政罰為前提的刑事不法，係針對同一行為所作成有先後順序的多次制裁，其不法內涵包括行政不法與刑事不法，而制裁的手段亦分別有行政罰及刑事罰二種，就其彼此之間在內部對應的關係上而言，又互有循序漸進、前因後果的邏輯關聯。是故，要探討以行政罰為前提的刑事不法，必須先確立行政不法與刑事不法、行政罰與刑事罰的實質意涵。本文嘗試從行政及刑事法學的觀點出發，瞭解其個別意義及性質的差異，並研究行政不法與刑事不法、行政罰與刑事罰間應如何區別及其區別的實益，從區別的概念當中解析兩者包容的可能性，其中行政不法與刑事不法的區別部分，並佐以各國學說的探討，藉由比較法的研究，以為「他山之石、可以攻錯」的借鏡，進而檢視兩者的真正意涵，並確立本文論述的基礎，避免因觀念上的混淆而導致誤用的情形發生。次者，由於本題旨所示之刑事不法為一種特殊的刑事犯罪，就處罰的角度而言，亦屬行政刑罰

的一種²¹，故欲研究以行政罰為前提的刑事不法，亦應對行政刑罰有所瞭解，因此本章在後段探討其意義及內涵，並與其他相類似的概念作比較，從立法論及解釋論的角度來理解行政刑罰的本質，俾將本題旨所示的犯罪類型作一明確清晰的定位，以利後續研究。

第三章為以行政罰為前提的刑事不法，由於此種犯罪類型為行政罰與刑事罰的組合，在制裁的光譜上有相互重疊的鄰接區域，故先就該區域的概念、立法型態及法律特色為基礎性的分析。次因以行政罰為前提要件的犯罪類型，與普通刑法有著基本結構上的差異，是本章繼而從犯罪結構的角度，並輔以犯罪理論及刑罰理論，深入探討此種特殊刑罰類型的違犯態樣、特色，及行政罰在犯罪構成要件當中所扮演的角色。另本題旨所示的犯罪類型具有高度行政從屬性，故一併探討該理論，以便作更深入的觀察。最後再從法治國刑事政策的觀點，以各項法治國原則逐一剖析上開犯罪類型除罪化的可能性，以為本章結論。

第四章為刑事法院對於行政處分的司法審查，行政罰係政府機關依據有關行政事項的法律，對於違反行政義務者所為的處罰，人民對於行政機關所為的處罰有所不服，依訴願法、行政訴訟法的規定應提起訴願或行政訴訟以為救濟。但由於民主法治國家的權力分立原則的運作結果，對於以行政罰為前提的刑事犯罪，負責審理的刑事法院能否審查行政罰的效力，即形成很大問題。本章先從司法審查的意義作基礎性的研究，瞭解司法審查在憲政體系中的實質意涵。次就各國有關行政處分拘束法院的理論作介紹，藉以瞭解各國對行政處分能否拘束法院的理論基礎及看法。最後以各種偏差類型的行政處分為分析單位，分別論述其偏差態樣及與刑事法院司法審查的關係，以進一步釐清刑事法院對於行政處分司法審查的可能性。

第五章為以行政罰為前提的刑事不法訴訟之舉證責任，由於以行政罰為前提要件的刑事不法訴訟，兼有對行政處分的司法審查任務，其訴訟程序的屬性即有些微本質上的變化，不免令人懷疑是否有向行政訴訟程序傾斜的可能性。而且由於行政法規的違反，常有舉證不易的特性，例如公害的犯罪問題，檢察官在舉證上即常有「力有未逮」的遺憾²²，適度地考慮將行政訴訟當

²¹ 國家對於人民所為的處罰，大體上可區分為行政罰與刑事罰兩種，其因違反有關行政事項的法律所為非刑罰性質的處罰為行政罰，而觸犯刑事法律所為的刑罰處罰則為刑事罰（參見管歐著，同註 18，頁 493）。對於違反行政法令的不法行為，其情節重大而具有應刑罰性，且由立法者加以犯罪化而規定在行政法上的不法行為所賦予的法律效果，行政法學者就行政法的觀點稱之為行政刑罰，或為廣義的行政罰。參見林山田著，刑罰學，臺灣商務印書館股份有限公司，1998 年 5 月，修訂版第三刷，頁 30。

²² 臺灣臺中地方法院檢察署接獲民眾陳情，指述大安溪畔疑有非法砂石場將污水排入溝水，

中，有關舉證責任轉換的概念，導入一般刑事訴訟舉證責任裡，或許可解決舉證困頓的難處，然在環境保護為現代國家極力追求的目標，及維護人權以程序正義避免無辜者遭受冤屈之間，何者為重仍有待後續的價值驗證。本文基於以上現實面的衝突，嘗試以舉證責任的基本概念、法律規定、對象、分配及轉換等議題為素材，並輔以行政訴訟舉證責任理論的分析及比較，從中理出本題旨所示的刑事訴訟類型所應採用的舉證責任，並深入探討行政訴訟的舉證責任套用在刑事訴訟的可行性。

第六章為以行政罰為前提的刑事不法訴訟之證明標準，由於本題旨所示之刑事不法訴訟有前開所指兼有對行政處分司法審查的特性，其證明標準為何？亦當然同受關注。按世界上不管採用訴訟二元論或三元論的國家，其刑事訴訟與行政訴訟的證明標準率皆不同，刑事訴訟大致上採用「確信」或「排除合理懷疑」之最高證明程度，但行政訴訟則有比照民事訴訟採用「優勢證據」標準，或自成一格採用程度稍高的「高度或然性」標準，惟不管其標準為何，大都低於刑事訴訟的證明標準，因此本題旨所示刑事不法訴訟究應適用何種程度的證明標準，即有探究的必要。為能深入瞭解證明標準的本質，本章先就證明標準作基礎性分析，內容包括證明標準定義、理論基礎、各種學說、特徵、分類等，並佐以美國與日本法制的比較，以便作為研究的學理依據。其次，行政、刑事訴訟的證明標準二元論，也是另一個研究重點，正如前述，通例認為行政訴訟與刑事訴訟的證明標準，是有程度上的差異，然

造成臺中縣后里、外埔及苗栗卓蘭一帶農田覆蓋遭污染的石粉層，影響農作物成長及收成，臺灣臺中地方法院檢察署檢察長朱楠、主任檢察官朱坤茂及立委徐中雄於2000年11月22日上午9時許在第三河川局、警方人員的陪同下，先前往遭污染的農田勘查，並進行砂土、河水的採樣，隨後一行人突擊大安溪旁的兩家砂石場，並未發現不法情事。陳情的民眾則說，污染源是來自大安溪北岸，朱楠等人又趕往對岸的苗栗縣卓蘭鎮與苗栗地檢署檢察長蔡清祥等會合，前往苗栗轄區勘查砂石場，檢方陸續勘查三家砂石場發現，其對污水排放的處理不一，其一設沈澱池未設排水口，將污水直接滲入地下；另一家的水池太淺，完全無法沈澱污泥；而情況最糟的尚豐砂石場未設置任何沈澱排污設備，直接將洗砂污水以暗管排入溝渠，水質混濁，檢方要求第三河川局及警方拍照存證。兩位檢察長勘查後，發現農民所言砂石場廢水污染農田案確有此事，表示會逐一清查廿多家的砂石場。不過，檢方懷疑砂石場洗砂污水污染有限，應該還有其他的污染源，朱楠等人又風塵僕僕的趕往大安溪支流的上游烏石坑溪，赫然發現其正在進行的疏濬工程造成溪水混濁，亦為嚴重的污染原因之一。由於烏石坑溪的河道寬約二、三百公尺，疏濬高度達十到二十公尺深，預計疏濬工程還需再進行半年，檢方建議施工的東勢林管處應該研擬是否設立沈澱池，預防大安溪污染的情形繼續惡化，由於被污染的農田中含有一層石粉層，因此檢方也將採樣確定上游的水質中是否有石粉成份。針對砂石場污染水源的部份，臺中縣環保局建議受害民眾可以向砂石場要求民事賠償，還可以依公害糾紛處理法要求賠償，但是要確認農田污染和某一砂石場污染有直接關係，舉證相當困難。參見2000年11月23日中國時報。

其差異原因何在？區分的必要性何在？有何影響因素？此皆關係本題旨所示的訴訟類型證明標準的採用。本章試著從本質與法制、理論與實務的角度作剖析，探討區分的原因及必要性，末者並依此提出本文對題旨所示的訴訟應採用何種證明標準的看法。另外，行政刑法常有舉證不易的特性，欲減輕檢察官的舉證責任以增進最高行政目的的達成，除運用舉證責任轉換的機制來緩和外，降低證明標準也是一個有相同效果的選擇，然此種方式是否為現代法治國家所容許，亦是值得深思的問題。

第七章為結論，本文探究的重點不外乎行政不法與刑事不法重疊時所產生的問題，其中有實體面，也有程序面。實體面又涉及憲法層次及法律層次、刑法理論及行政法理論、行政罰概念及刑事罰概念等多元面向；而程序面則以舉證責任、證明標準為核心，並橫跨刑事訴訟及行政訴訟的領域。本文在結論部分，除將全文所探討的各項問題，作一重點式的總結外，並提出個人綜合性的看法，以為心得。

第二章 行政不法與刑事不法的區別

第一節 概說

所謂行政不法 (Verwaltungsunrecht)，係指不法內涵尚未達刑事不法的秩序破壞或紀律違反程度的不法²³；而刑事不法 (Kriminalunrecht)，則指不法內涵已逾越行政不法，而到達犯罪程度的不法²⁴。有關行政不法與刑事不法的區別爭議由來以久²⁵，學者之間有以之為區分者²⁶，亦有以行政犯

²³ 參見林山田著，刑法通論（上），2002年11月，八版一刷，頁150。

²⁴ 同上註，頁151。

²⁵ 參見翁岳生主編，行政法（下），2000年3月，二版，頁711。

²⁶ 例如林山田（參見氏著，刑事法論叢二，1997年3月初版，頁31）、陳慈陽（參見氏著，環境法總論，元照出版公司，2000年6月初版，頁151）。

(Verwaltungsstrafdelikt) 與刑事犯 (Kriminaldelikt) 為名作比較者²⁷，名稱雖然有異，但內容卻無二致。其間所稱的區別，主要係指二者究係本質上的差異，抑或係量上的不同。傳統上有以所謂的「法定犯」(mela prohibitta) 與「自然犯」(mela in se) 為名加以區隔，就受行政處罰的行政犯而言，其違反行政義務，僅係對於行政法規上的誡命或禁止規定有所違背而已，因不具社會倫理的非難性，故屬法定犯；而有關刑事犯的刑事處罰，係指依照社會通念，只要身為社會中的一份子，即有不為該行為的道德責任，若有所違背，則應因其反倫理及反道德的行為受到非難，此種非難無須依附在法律的規定之上，故稱為自然犯²⁸。

前開理論即為「質的區別說」的重要根據，主張該說者認為，行政不法與刑事不法在本質上有所不同，謂前者僅係行政違反行為，不具倫理的可非難性；而後者則具有倫理非價內容與社會道德的非難性。至於「量的區別說」，則以兩者皆係不法行為，本質上並無差異，僅有在違法程度上有輕重之分而已，刑事罰即係制裁行為的違法程度較重的法律效果，惟此說在早期並不受重視，質的區別說可謂是當時的通說。然時至今日，隨著社會環境的變遷，區別理論的內容雖然一如往昔，但多數說的見解則已有所變易。

第二節 區別理論的探討

一、學說

有關行政不法與刑事不法的區別，其實即為對一違法行為是否給予刑事不法的評價，抑或是課以行政不法責任即為已足的區別。就立法論而言，這原是立法者認定該項行為是否具有「犯罪性」的取捨問題；但在解釋論上，其最主要的爭議便在於兩者之間究是存有「質」的不同還是「量」的差異，這也屬於刑事犯與行政犯的區分問題。依照德國與我國學者的見解，其區別之理論大致可分為量的區別說、質的區別說以及質與量的綜合論三種，茲說

²⁷ 例如林紀東（參見氏著，行政法，三民書局，1985年9月七版，頁366）、涂懷瑩（參見氏著，行政法原理，五南圖書出版有限公司，1992年7月，五版二刷，頁646）、鄭昆山（參見氏著，環境刑法之基礎理論，五南圖書出版有限公司，1998年4月，二版第一刷，頁139）。

²⁸ 參見洪家殷著，收錄於註3，頁711。

明如後：

（一）量的區別說

此說是以行政不法與刑事不法之間並未存有本質上的差異為基礎，認為行政不法與刑事不法的行為，皆具有可罰性，只要具有構成要件該當性、違法性及有責性時，即應受到懲罰，因此兩者在質的方面並無不同，僅有量的差異而已。換言之，所有的行政或刑事的不法行為，均屬應受規範的不法類型，只不過行政不法的行為，較之於一般刑事犯罪行為，具有較微小的損害性與危險性，或者是說在行為方式，欠缺如同犯罪行為一般的高度可責性，故僅有種類上的差別，而行政不法主要在補充刑事不法之不足，二者僅係在「量」上有所不同，與性質是否涉及社會倫理之非難性無關²⁹。惟隨著社會時空的轉變，所謂行政不法與刑事不法的類型，亦非一成不變，其間仍有游移改變的可能性，也就是說，任何一個刑事犯無不同時也是觸犯行政法規，由行政犯所遞昇。持「量的差異」說的學者，有德國 Ernst Beling、H. Mayer、H. H. Jescheck 以及 W. Sax 等人，而在英美法學者中則有 J. Hall 也採相同的看法，認為兩者僅有程度上的差異，而不是種類上的差別³⁰。另外，我國學者管歐、吳庚、陳新民等人，亦採此類見解³¹。

（二）質的區別說

此說認為行政不法與刑事不法的區別，乃在於質的差異，而非量的不同而已。申言之，刑事不法著重於道德倫理的侵害性觀點，行政不法則著重於行政秩序違犯的觀點，兩者並非單純地屬於侵害程度輕重的差異，而是有本質上的不同，我國學者林紀東、韓忠謨等人即採此說³²。此說依學者所採觀點不同可分為以下幾種看法：

²⁹ 參見洪家殷著，論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限，東吳法律學報第 9 卷第 2 期，1996 年 8 月，頁 100。

³⁰ 參見林山田著，同註 4，頁 35。

³¹ 參見洪家殷著，同註 7，頁 100；陳新民著，公法學劄記，1993 年 10 月，頁 287；管歐著，中國行政法總論，1970 年，六版，頁 468。

³² 參見鄭善印著，刑事犯與行政犯之區別—德、日學說比較，中興大學碩士論文，1990 年，頁 164、166。

1、羅馬法的觀點

關於行政不法與刑事不法的不同，羅馬法提供最傳統的區分方式，亦即以所謂的「自體惡」(mala in se)及「禁止惡」(mala prohibita)等概念來作區別，現代學理則稱之為「自然犯」與「法定犯」³³。此說認為刑事不法具有一種與生俱來的惡性，因其侵害公共秩序、善良風俗，無待法律規定，即為一般社會共同生活所不容，係一實質上違反社會倫理道德的違法行為，屬於自體惡；相對於此，行政不法的惡性，則來自於法律的禁止規定，其本身並無明顯的反社會性與反道德性，係為因應情勢的需要，或貫徹行政措施的目的，對於違反行政義務者加以處罰，屬於禁止惡的範疇。最早採行此一理論的學者為英國法學家 E. Coke，其次有英國法學家 W. Blackstone 與義大利法學家 R. Garofalo，日本學者美濃部達吉亦採此種標準作為區分³⁴。

2、以侵害客體的性質為區別

此說認為犯罪乃對國民權利或國家權利的刑事犯罪，欠缺此項必要條件，則為警察不法 (Polizeiunrecht) 領域的可罰行為。這些主觀權利 (Das subjektive Recht) 皆先於刑罰法規而存在，而所謂刑事不法，原本僅以違法行為為對象，其必以「權利侵害 (Rechtsverletzung)」為前提。與此相反者，乃所謂之警察不法，其非違法行為，僅係國家目的的間接作用，且為國民原本在法律上所能行為者，故其首要內涵乃「法規侵害 (Gesetzesverletzung)」³⁵。

3、以法律的性質為區別

此說稱之為「行政刑法理論」。郭特希密特 (James Goldschmidt) 的理論則以司法與行政之間的區別作為出發點，認為司法的目的，乃在於保護法益與人民的意思領域，為達此一目的必須有持續性的宣示與法律，而這些宣示與法律定為具有強制力的刑法，即稱之為「司法刑法 (Justizstrafrecht)」，違反司法刑法的行為，係一具有法律違反性 (Rechtswidrigkeit) 的不法行為，即為刑事不法。另行政的目的在於促進國家與社會的福利，其促進的手段係行政作為，必須以一具強制力的法規，來確保行政作用，此種法規稱之為「行政刑法」，違反行政刑法者，即為一種

³³ 參見蘇俊雄著，刑法總論 I，自版，1998年3月，修正再版，頁35。

³⁴ 參見林山田著，同註4，頁36；蘇俊雄著，同註11，頁35；陳慈陽著，同註4，頁155。

³⁵ 參見鄭善印著，同註10，頁107-108。

具有行政違反性 (Verwaltungswidrigkeit) 的不法行為，為行政不法。簡言之，前者為直接對於法益與法規的破壞，但後者並非一種結果的侵害，而是促進福利目標的疏忽，僅是造成行政目標不能達成，其本身並未造成任何損害³⁶。

4、文化規範理論

刑法學者麥耶 (M. E. Mayer) 則以文化規範理論來區分行政不法與刑事不法。彼認為法規通常與文化規範 (乃指個人在宗教、道德與日常生活規範的禁止與誠命的總稱) 一致，其拘束力被一般人所熟知及承認。然而，在例外情況下，有時法規與文化規範，也會存有既非矛盾，也非一致的完全無關狀態，這就是「行政刑法」的規範。由於其實質內容與文化無關，故僅是一種法律規範，違反此種規定者為行政不法；相反地，刑事不法則同時違反文化規範與法規。質言之，刑事不法乃基於文化的受損性，而行政不法者，則為法律規定的不法³⁷。

5、以社會倫理價值為區別

在古典的犯罪型態當中，其所為的犯罪行為皆屬於違反傳統社會倫理觀念者，例如殺人、強姦、竊盜、搶奪等，其經非難的社會行為皆具有所謂違反「自然法」、「倫理性 (ethische)」、「道德性 (morallische)」、「宗教性」、「風俗性 (sittliche)」、「前法律性」等禁止規範 (Verbotnormen) 的性質，因此刑事不法所處罰者，乃是倫理不法 (ethisches Unrecht) 且具有社會倫理非價內容的不法行為，而這樣的行為規範存在於法律規範訂定之前。而行政不法則非社會倫理下的產物，其倫理價值具有中立性 (Wertneutral)，亦即行政不法所處罰者，僅是違反行政規章，或是秩序規章 (Ordnungsvorschriften) 的行為，並非牴觸社會倫理的不法行為，故其行為不合倫理非難性。換言之，此說乃以具有社會倫理價值的「非價內涵」為標準，以區分行政不法與刑事不法的不同，本說為英國 Ed. Schmidt 及 Henkel 等人所支持³⁸。

6、以法律所保護客體為區別

³⁶ 參見陳慈陽著，同註 4，頁 156；林山田著，同註 4，頁 38。

³⁷ 參見鄭善印著，同註 10，頁 114；陳慈陽著，同註 4，頁 156；林山田著，同註 4，頁 39。

³⁸ 參見鄭善印著，同註 10，頁 114-115；陳慈陽著，同註 4，頁 156-157；林山田著，同註 4，頁 40。

此說係以法律所保護的客體為區分標準，主張刑事不法所處罰者，乃在實質上對一定法益造成侵害與威脅的不法行為；而行政不法所處罰者，則僅係對法規純粹不服從的不法行為。質言之，刑事不法所保護的客體並非「主觀權利」，而係「法益」。在此意義下，有關刑事犯的概念，此派學說將空洞的權利侵害，代之以實質內容的法益侵害，然行政犯的概念則僅認為形式不法 (Formelles Unrecht)，欠缺刑事不法的實質要素，其內容乃所謂的「不服從犯」 (Ungehorsamsdelikte)、 「單純規範違反」 (einfache Normübertretung) 或「單純不服從」 (Schlichte Unbotmäßigkeiten)，採此理論者有 Kostlin 及 Hugo Meyer³⁹。

7、以法益的侵害程度為區別

此說主張區別的特徵不在保護客體的差異，而在對保護客體「所生作用」 (Einwirkungen) 的不同，亦即以法益 (Rechtsgüter) 的侵害作為區別標準。法益的侵害可分為具體危險與抽象危險，其中對法益造成具體危險甚或構成實害者，應課以刑事罰；若未對法益造成實害或僅是具有抽象危險性，因僅係對法規純粹之不服從，則只是行政犯，應科以行政罰⁴⁰。簡言之，刑事不法的行為係具體地破壞法益，而行政不法的行為，則僅為抽象地危害法益⁴¹。採此見解的學者有義大利學者 Lucchini、Altavilla 與 Pessina 等人⁴²。

8、以被侵害秩序性質為區別

日本學者小野清一郎、福田平等主張「相對性質變」的理論，將社會生活秩序分為兩類：其一為基本生活秩序，乃規範市民社會基本生活構造，為一般國民道德意識所承認的規範，違反此一秩序者屬於自然犯，為刑事不法處罰的對象，將遭受來自法律與社會倫理的非難。其二為派生的秩序，其乃基於特定的行政或政策上的目的，例如財政、經濟等所形成的秩序，並非存在於基本社會生活當中，而是從外圍來確保國家的法律秩序，概為一般國民道德所認識，違反此一秩序者屬於法定犯，即應給予行政不法的評價。而違背此派生生活秩序的原道德性及反社會性，原則上來自於法律規定。此外，

³⁹ 參見鄭善印著，同註 10，頁 108-109；陳慈陽著，同註 4，頁 157；林山田著，同註 4，頁 41。

⁴⁰ 參見洪家殷著，同註 7，頁 94。

⁴¹ 參見鄭善印著，同註 10，頁 109；陳慈陽著，同註 4，頁 157-158；林山田著，同註 4，頁 42。

⁴² 參見林山田著，同註 4，頁 42。

也主張二者之間，隨著社會生活價值觀念的變遷，具有互易性，因此在理論方面，有轉化成量的區別說的趨勢⁴³。

（三）質與量綜合論

質與量的綜合理論，乃量的區別說和質的區別說二者的綜合。此說認為行政不法與刑事不法所處罰的行為，不管是量或質均有所不同。詳言之，說認為刑事不法行為，在質的部分具有深度的倫理非價內涵與社會非難性，而量上則有高度損害性及社會危險性；而行政不法行為則在兩方面皆顯得較為輕微，我國刑法學者林山田採此說⁴⁴。因此當吾人評價不法行為時，在質與量均能兼顧的條件下，將面臨應該如何作決定的問題。關於這個問題，林山田氏提出下列四項標準俾供參考⁴⁵：

- 1、不法行為在倫理道德上的非難性。此乃對於不法行為本身的價值判斷。
- 2、不法行為所破壞與危及之法益的價值與程度。此乃就不法行為的結果所為的價值判斷。
- 3、不法行為的社會危險性，意即該行為有加以制裁的必要。
- 4、刑罰的無可避免性（最後手段性）。

亦有稱「質與量的綜合論」，乃指刑事不法與行政不法間，各有核心領域與外緣領域，兩者核心領域間的區別是「質的區別」，其區別標準在於有無「相當的社會倫理不法內涵」；反之，兩者外緣領域間的區別是「量的區別」，其區別標準在於「倫理非價內涵的程度」⁴⁶。

另外，值得探討的是質與量的相互變化的問題。從自然科學的觀點，量的增減，並不會影響質的問題；惟在人文科學上所發生的現象，則似乎與自然科學上者有所不同，尤其是事涉人類行為的價值判斷問題。詳言之，某種不法行為就其質上觀之，行為本身並不具社會倫理的非價內容，或者只具微量的倫理非價內容，但因其可能造成的損害與危險程度相當高，久而久之，這種不法行為也就會逐漸具有社會倫理的非難性，或者昇高其倫理的非價內

⁴³ 參見陳慈陽著，同註4，頁157-158；蔡墩銘著，中國刑法精義，漢林出版社，1988年6月，五版，頁31；蘇俊雄著，同註11，頁41。

⁴⁴ 林山田教授在其所發表「使用刑罰或秩序罰的立法考量」一文當中有謂：「我們認為兩者在其核心部分存有質的差異，至於在其彼此交接的邊緣部分，則屬量的差異。」參見刑事法雜誌第34卷第1期，頁2。

⁴⁵ 參見林山田著，同註4，頁43-44。

⁴⁶ 參見鄭善印著，同註10，頁122。

容，由於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產生變化，而由行政不法轉化成為刑事不法。因此，在不法行為的價值判斷中，可能會由於量的繁增而影響到質的更迭。換言之，對於不法行為的價值判斷，會存有量變導致質變的現象，故認為行政不法與刑事不法的界限並非確定⁴⁷。

二、我國實務見解

我國行政法院向來採取質的區別說，例如 42 年判字第 21 號判例，認為懲治走私條例規定的處刑，係刑罰制裁，而海關緝私條例規定的沒收船貨及罰金，則是行政上的處罰，二者性質不同；42 年判字第 42 號判例：「走私案件，普通司法機關援用刑法，將私運貨物諭知沒收，係科處從刑之一種；海關依照海關緝私條例，將私運貨物處分沒收，則係行政上之制裁，兩者性質不同。」此外，行政法院 75 年判字第 560 號、77 年判字第 1308 號判決，以行政罰與刑罰性質不同，而認為無類推適用刑罰連續犯以一罪論規定的必要。其他例如對於刑罰與行政罰，是否有「一事不再理」原則的適用，我國行政法院對於該問題，認為行政罰與刑罰性質並不相同，發生競合情形時並非不能併科。故同一行為依懲治走私條例判刑，海關亦可依據海關緝私條例為沒收貨物及罰金的處分，因為「二者性質不同，分別依照規定予以處罰，於法並無限制，不生重複問題」（行政法院 49 年判字第 40 號判例、48 年判字第 83 號、42 年判字第 16 號等判例均有相同意旨）。

另外，我國刑事法院亦從刑罰的角度採相同見解，例如最高法院 89 年度臺非字第 87 號判決：「．．．刑罰復可分為一般刑罰與行政刑罰，前者，通常是就違反社會性之犯罪行為，基於防衛社會與矯治教化為目的所施以之制裁；後者，則係基於行政政策上之考量，對違反行政法上之義務行為，以前揭刑法所定主刑及從刑之刑名加以制裁，此類處罰，屬於刑罰之性質，應由刑事法院依刑事訴訟程序處理之。至行政罰，乃就違反行政法上義務之行為，本於維持行政秩序之目的，由該管主管機關以刑法刑名以外之方法予以處罰，其種類繁多，常見之拘留、罰鍰、罰役、沒入、勒令歇業、禁止發行、限期改善、勒令恢復原狀等皆屬之。足見行政刑罰與行政罰，二者性質有別，不容混淆，然行政刑罰若未能完全達其功能，自非不得再加行政罰予以併罰之．．．」即明顯採質的區別說。並有學者肯定此判決就一般刑罰、行政刑

⁴⁷ 參見林山田著，同註 4，頁 44。

罰及行政罰之間的區隔問題，予以釐清，用以糾正法律適用法則，對刑法體系的完整性，與行政刑罰及行政罰判斷，有指導性的參考價值⁴⁸。

我國學術界及司法實務，早期態度較為保守，除出於理論上的探討不夠深入外，亦肇因於當時行政權過於強大，故堅採質的區別說。蓋採質的區別說，可使行政機關在為行政秩序罰時，不須受到如刑事罰般的嚴格牽制，完全排除刑法的適用，這樣有利行政權的施展，故在威權體制下，質的區別說有其存在的空間⁴⁹。近日來則因時空環境已有變遷，且受到德、奧等國法制的影響，開始有所檢討及改善，現改採量的區別說者逐漸增多⁵⁰。

三、小結

以上有關行政不法與刑事不法區別的三種學說，固然有其歷史發展的成因及立論的基礎，然因說理上仍有過於陳舊、不合潮流或抽象難以確定等缺陷，致始終無法令人獲致完全滿意的答案。首先，純粹的質的區別說並無法順應社會倫理價值的變遷性，且社會倫理非價的標準過於抽象，在判斷各種不法行為的內涵時，無法充分發揮作用，以決定何者具社會倫理非難性，屬於刑事不法應受刑罰制裁，何者僅為行政技術規定的不服從，為行政不法應受行政秩序罰處罰。至於純粹量的區別說，其缺點在於違法行為難以量化，且在判斷不法行為的內涵時，是否可完全無視於社會倫理價值的存在？立法者在考量應將不法行為置於何種制裁體系時，是否可以完全跳脫社會倫理觀念的影響，純粹以「量」的觀點作標準？而立法者又依憑何種標準來決定其「量」的輕重？以上均為採用此說時，不得不思考的問題。另外，質量混合說與量的區別說相同，在刑事不法及行政不法當中各有其所謂的「核心領域」存在，而在此種「核心領域」中完全排除量的考慮，其目的在於如德國聯邦憲法法院所稱之「維持基本法之價值秩序」。是以，質量混合說，可說是把質

⁴⁸ 參見蘇俊雄，論刑罰與行政刑罰及行政罰之範疇界限—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73期，2001年6月，頁156。

⁴⁹ 參見洪家殷著，同註7，頁94；吳庚著，行政法之理論與實用，三民書局，1995年，增訂二版，頁386。

⁵⁰ 例如就業服務法業於2002年1月21日修正公布，同年月23日生效，依修正前就業服務法第57條第1款規定，雇主有聘僱或留用未經許可或許可失效之外國人等行為時，應處刑罰，惟修正後就業服務法第57條第1款雖仍有相同規定，但修正後的新法則於同法第63條規定改處罰鍰，僅五年內再違反者，才處以刑罰。新法係以違法次數作為行政罰與刑罰的分水嶺，足見立法者認為，二者的關係為「量之區別」，而非「質之區別」。2002年11月6日臺灣高等法院暨所屬法院九十一年法律座談會彙編頁406-425；洪家殷著，同註7，頁100。

的區別部分縮小，而留出所謂的「邊界地帶」給量的區別。此種作法固可減少質的區別說的適用，以減輕其負擔，但是無論如何，還是脫離不了該說的包袱⁵¹。

除以上學理性的檢討之外，本文認為質與量的區別理論最重要的任務即在提供立法者一個最佳的立法裁量的思考基礎，俾令立法者在制訂法律時不致有誤判的情事發生，影響到立法的品質，而立法品質的優劣良窳，復攸關人民的福祉與權益，故質與量區別理論的取捨，其實也左右法治基礎的健全與否。換言之，區別理論的確立應有其實用的功能存在。因此，採用何種區別理論較佳，似乎可從立法行為的運作過程當中找到合理的解答。

一般立法者對於行政管制的行為，亦即對於違反行政法上義務的行為，究應專採刑罰手段，抑或是兼採刑罰與行政罰併罰的方式來制裁，本屬立法裁量的範疇，然依據現有刑法立法的模式而言，是否採用刑罰大抵以事件的特性、非難性或危險程度、法益侵害嚴重性、發生的頻率與數量、所欲達到的管制效果等因素，作為決定處罰類型的衡量標準⁵²，但是否處以刑罰，並非單以上開因素即為已足，仍應考量刑罰規範的設計所服膺的法治國家刑法的基本原則，亦即刑罰應具正當性原則、比例原則及最後手段性原則，而避免刑罰與行政罰在適用上產生混淆，導致行政權與司法權分立的原則無法發生作用，也是立法者在為刑罰立法裁量時所不可或缺的。因此從上開刑事立法原則的抽象精髓而言，行政不法與刑事不法區別理論的取捨，實應跳脫單純的「質」或「量」差別的論戰，轉入所謂刑法基本原則的篩選及區分的層次。質言之，行政不法與刑事不法的區分，應偏重從刑法的角度觀察，以上開抽象的刑法原理或原則作為行政刑法的立法基石，始能確保人民的基本權利及刑法價值體系的穩固。近年來立法行為也漸有如此趨勢，如石油管理法⁵³、就業服務法⁵⁴、專利法⁵⁵即是適例，彼等在修法後，已將原來刑罰的規定，分別改為行政罰，採用「先行政後司法」或「行政前置主義」的立法模式，甚至於加以除罪化，可見在刑事立法的議題上，刑法角度的思考比重確實漸漸加重，俾免學者間所詬病「特別刑法肥大症」的現象再度發生。

⁵¹ 參見洪家殷著，同註7，頁104。

⁵² 參見蘇俊雄著，同註26，頁157；洪家殷著，同註7，頁105-107。

⁵³ 石油管理法於2001年10月13日公布生效後，原能源管理法第20條之1有關未經許可經營石油供應事業的刑罰法律已不再適用，而應適用石油管理法第40條行政罰鍰的規定。

⁵⁴ 同註28之座談會。

⁵⁵ 專利法業於2003年2月6日修正公布，刪除第125條、第126條、第128條至第130條等刑罰罰則，顯見立法者有意將專利法除罪化。

此外，值得一提的是，一旦立法者確立選擇處罰類型的立法基準後，行政不法與刑事不法即有各自的價值體系與法則適用，不能因界限在「質能」上沒有絕對的分野，遂貿然認為刑法的規定得毫無限制的適用到行政罰之上，否則將讓好不容易建立起來的區別架構受到破壞，使一切努力及成果化為灰燼。

第三節 行政罰與刑事罰的區別

有別於行政不法與刑事不法的區別，行政罰與刑事罰的區別強調的是制裁手段及法律效果的區隔，而非不法內涵及程度上的差異。惟縱然如此，法律效果的發生，必然以違犯法律的行為為前提，無違法行為即無法律效果，故法律效果可說是具有不法內涵行為概念的延伸，兩者有發展進程的關聯性，區隔行政罰與刑事罰，其實即等同於從另一角度來觀察行政不法與刑事不法的差異性，仍有其存在的價值與意義。由於本文所探討的以行政罰為前提要件的刑事不法，其間牽涉行政罰與刑事罰的結合，形成一種特殊類型的刑事法，故本文再將行政罰與刑事罰的區別提列出來研究，以作為探討該種特殊刑事不法屬性的基礎。

一、行政罰

(一) 意義

現代法治國家為達特定的行政目的，以法律要求人民（含法人）負有一定作為或不作為義務，若人民違反該行政法上的義務時，行政主體（國家或自治團體）即可對違法者施加一定的制裁手段，該制裁手段即為行政罰。

目前我國行政罰種類不一，學者依其內容可區分為⁵⁶：(1)最狹義的行政罰：指專科處罰緩者。(2)狹義的行政罰：指除科處罰緩之外，尚科處包括限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請或其他限制或禁

⁵⁶ 參見尤重道著，土地事務行政罰與行政刑罰問題研析，土地事務月刊，1998年12月1日，頁4。

止為一定行為的處分（限制或禁止行為之處分）；命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利的處分（剝奪或消滅資格、權利之處分）；公布姓名或名稱、公布照片或其他相類似的處分（影響名譽之處分）；警告、告誡、記點、記次、講習、輔導教育或其他相類似的處分（警告性處分）⁵⁷等行政上的制裁，學者稱此為「行政秩序罰」。(3) 廣義的行政罰：指除科處罰鍰或行政上制裁措施外，包括併科或單科徒刑或罰金的「行政刑罰」者⁵⁸。(4) 最廣義的行政罰：指除包括上述種類國家基於一般統治關係所科的處罰外，尚包括國家基於特別權力關係對於服從特別權力之人，就其特別義務的違反，所科的處罰，例如對公務員、軍人、學生所為的懲戒罰（撤職，記過，開除等）。

學者間亦有認為，行政罰依其性質可分為行政刑罰、行政秩序罰、懲戒罰、執行罰四種。行政秩序罰係狹義的行政罰，通常稱行政罰者，係指行政秩序罰而言。廣義的行政罰，包括行政刑罰與行政秩序罰。最廣義的行政罰，則包括行政刑罰，行政秩序罰，懲戒罰，執行罰四種⁵⁹。惟亦有學者認為，廣義的行政罰雖包括行政刑罰與行政秩序罰，但行政刑罰係以刑事罰為制裁手段，本質上為刑事不法，屬於附屬刑法的範圍；而以行政罰為制裁手段者，則屬行政不法，為行政秩序罰法（或行政處罰法）的領域⁶⁰。

由於本文係以行政罰為前提的刑事不法為研究主軸，此處所稱的行政罰專指行政秩序罰，所以本文主旨所稱的行政罰即為「狹義的行政罰」，以學者間所稱之「行政秩序罰」為限。茲所謂行政秩序罰，乃指對於違反行政法上的義務者，科以刑法上刑名以外的制裁而言。其處罰的種類，極其眾多，除科處罰鍰之外，尚有限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請、命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除、公布姓名或名稱、公布照片、警告、告誡、記點、記次、講習、輔導教育⁶¹等。

在最廣義的行政罰概念中，除行政秩序罰外，尚包括執行罰、懲戒罰及行政刑罰，已如前述。其中執行罰與懲戒罰在概念上，亦經常讓人與行政秩

⁵⁷ 參見 2003 年 7 月 9 日第 2847 次行政院會議通過之行政罰法草案第 2 條所規定之不利處分（該法業於 2005 年 1 月 14 日經立法院三讀通過）。

⁵⁸ 參見董保城著，行政法講義（合訂本），1994 年 9 月，頁 261。

⁵⁹ 參見林錫堯著，行政法要義，法務通訊雜誌社，1991 年 1 月，初版，頁 233。

⁶⁰ 參見林山田著，同註 4，頁 67；廖義男著，行政處罰之基本爭議問題，臺灣行政法學會學術研討會論文集一（1999）行政救濟、行政處罰、地方立法，元照出版公司，2000 年 12 月，初版第一刷，頁 275。

⁶¹ 同註 35。

序罰產生混淆，故有予釐清的必要。所謂執行罰，係人民違反行政義務時，為督促其履行，以實現與該義務已履行的同一狀態，由行政機關採取行政上強制執行的手段⁶²。雖執行罰與行政秩序罰一樣，同為國家對於違反行政義務者，所施以之不利益，但行政秩序罰，在制裁人民過去行政義務的違反；而執行罰則係促使行為人未來履行其義務，以實現義務已履行的狀態。因此，執行罰著重於督促人民履行其義務，其本質應非處罰，而是行政上強制執行的一種手段。但不可否認的是，就如同行政秩序罰於制裁之後，往往可達預防的效果一樣，某些行政強制執行有時也會寓含行政秩序罰的色彩⁶³。

至懲戒罰，則係行政主體對於具有特定身分關係之人，例如公務員、軍人及專門職業之執業人員等，為維持其間的紀律，對違反其義務者所課加的處罰，因此，有「紀律處置」(Disziplinemaßnahmen)之稱⁶⁴。此與行政秩序罰係行政主體基於一般統治關係，對於不具特定身分的普通人民，為維持一般的行政秩序，對違反者所為的制裁有所不同。換言之，懲戒罰僅適用於某些特定身分關係之人，而行政秩序罰則以一般人民為對象。此外，兩者在處罰程序上也有差異，懲戒罰大多設有專門處罰的特別法規。例如，對公務員的懲戒有公務員懲戒法等相關規定；對醫師的懲戒，有醫師懲戒辦法；對律師的懲戒，則有律師懲戒規則。

(二) 種類

行政罰一般係由行政機關單方作成，且針對相對人具體違法事件，發生處罰效果的公權力措施，故性質上為一種行政處分，且由於直接對相對人發生不利益的法律效果，故屬一種「負擔行政處分」(Belastende Verwaltungsakte)⁶⁵。一般又可再作以下的分類：

1、警察罰：對於違反警察法規或處分所為的行政罰。例如社會秩序維護法所規定，有關妨害安寧、秩序、交通、風俗、衛生、公務及他人身體財產

⁶² 參見洪家殷著，同註7，頁84。

⁶³ 同上註，頁84。

⁶⁴ 迄今仍有學者將懲戒罰定義為對特別權力關係所為的制裁(例如林紀東，同註5，頁365；林錫堯著，同註37，頁235)，近日則多不再強調其間的特別權力關係，而著重於相對人的特別身分。蓋特別權力關係理念，已不斷地被檢討，不宜經常使用，且如對專門職業之職業人員之懲戒，亦難以為特別權力關係所涵蓋。參見洪家殷著，同註7，頁85；吳庚著，同註27，頁386；陳新民著，行政法學總論，1991年6月，修訂二版，頁274。

⁶⁵ 參見洪家殷著，同註7，頁86。

的妨害社會秩序行為等，均科以警察罰即是適例。其處罰的種類包括（同法第19條）：（1）拘留：一日以上，三日以下；遇有依法加重時，合計不得逾五日。（2）勒令歇業。（3）停止營業：一日以上，二十日以下。（4）罰鍰：新臺幣三百元以上，三萬元以下；遇有依法加重時，合計不得逾新臺幣六萬元。（5）沒入。（6）申誡：以書面或言詞為之。不過基於保障人民在憲法上的自由權利，在立法體例上，除違反同法行為，專處罰鍰或申誡之案件、選擇處罰鍰或申誡之案件、依第一款、第二款之處分併宣告沒入者、單獨宣告沒入者、認為對第一款、第二款之案件應免除處罰者等以外，均應由警察機關於訊問後，移送該管法院簡易庭裁定之（同法第45條第1項）。

2、財政罰：對違反財政上義務所為的處罰，謂之財政罰。例如各種違反稅法所定的納稅義務等即是。其處罰的種類，多為罰鍰、加收滯納金、停止營業及沒入，情節重大者，並得依法移送司法機關科處徒刑或拘役⁶⁶。

3、其他行政罰：除上開行政罰之外，為規範現代社會中的內政、社會治安、智慧財產權、金融經濟、地政、教育、交通、勞工、衛生、環保、資訊、兩岸等各類活動，立法者制定各項行政罰，藉行政機關公權力的強力執行，以維繫整體社會的正常發展，例如「經濟罰」、「衛生罰」、「教育罰」等。其處罰的種類亦相當繁多，包括罰鍰、沒入及其他各種限制或禁止行為的處分、剝奪或消滅資格、權利的處分、影響名譽的處分及警告性處分等。

二、刑事罰

（一）意義

刑事罰或稱為刑事刑罰（Kriminalstrafe），簡稱刑罰⁶⁷，乃指對於一項重大的法律破壞行為，施以與其違法責任相當程度的痛苦，以此種報應，藉以公開對該行為表示反對，從而維護法律和平秩序的衡平措施⁶⁸。換言之，刑

⁶⁶ 參見涂懷瑩著，同註5，頁644。

⁶⁷ 參見林山田著，刑法通論（下），2002年12月，八版一刷，頁371；何子倫著，刑事犯與行政犯之區別初探，國政研究報告，2003年1月28日，轉引自<http://www.npf.org.tw/publication/cl/092/cl-r-092-005.htm>，2004年3月11日查閱。

⁶⁸ 參見蘇俊雄著，同註11，頁29。

事罰乃刑法規範所使用的法律制裁手段，用以做為犯罪行為最主要的法律效果，行為人只有違犯刑法規範所明定的犯罪行為，經由刑事法院，依據刑事程序法的規定，進行刑事訴訟程序，始得科處刑罰。根據我國刑法第 33 條及第 34 條的規定，刑的種類共計有死刑、徒刑、拘役、罰金、褫奪公權、沒收等六種。有學者稱之為「狹義的刑罰」，用以區別「廣義的刑罰」所包含的保安處分⁶⁹。

刑事罰乃用以公正地報應犯罪，衡平犯罪惡害的法律手段，它具有社會倫理的非價內涵，而作為對行為人倫理性的非價判斷，或做為社會對於犯罪行為違反社會倫理性的譴責或非難⁷⁰。此外，刑事罰並有威嚇或教育社會大眾，產生嚇阻犯罪的一般預防功能，及利用執行刑罰的機會，從事受刑人的矯治與再社會化的工作，而收教化的個別預防功能，此即構成刑事罰的目的與意義之兩大基本思想—報應思想與預防思想⁷¹。

相較於行政罰，刑事罰的強制制裁，動輒剝奪人的生命、自由或財產，手段嚴厲，與人權的侵害關係較為密切。德國刑法學家 Gallas 氏即言：「刑法的制裁作用，並非一種實現正義的絕對目標，而祇是一種以正義的方式達成維護社會秩序目的時，不得不採用的必要手段而已」⁷²。因此，基於憲法保障基本權的精神，刑事罰的運用，應在必要及合理的最小限度內為之，這也就是學者間所稱之「刑法謙抑思想」。

刑事罰之所以能以國家強制力為後盾，對於一定的犯罪行為，有效發揮制裁的作用，實係因其具有保護法益的功能。處罰犯罪與保護法益，具有一體兩面性，而本於刑法謙抑主義及保護法益的關聯性，可謂為刑事罰存在與正當化的依據之所在。德國的刑法學界，更直認刑法就是一部「法益保護法」，如果沒有法益保護的必要性，自無刑事罰的需要性可言⁷³。

（二）種類

由於法益的剝奪與刑事罰有密不可分的關係，所以刑事罰的分類其實就是法益剝奪的分類。對個人而言，各種人格權及財產權，均可成為刑罰所欲

⁶⁹ 同上註，頁 22。

⁷⁰ 參見林山田著，同註 45，頁 375。

⁷¹ 同上註，頁 386。

⁷² 參見何子倫著，同註 45。

⁷³ 參見何子倫著，同註 45。

予以剝奪的法益，故依其重要性，刑事罰可區分為生命刑、身體刑、自由刑、名譽刑與財產刑等。其中身體刑雖曾為古代刑法所採用，但現行法已不採之⁷⁴。至生命刑乃指死刑；自由刑則可分為無期徒刑、有期徒刑與拘役三種；名譽刑則有褫奪公權；財產刑則被區分為罰金與沒收二種。此外，依可否獨立科處作標準，刑事罰又可分為主刑與從刑，其中主刑依次為死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金（刑法第 33 條），而從刑係指褫奪公權及沒收而言（刑法第 34 條）。

犯罪的種類，雖然不依所科刑罰種類或刑期高低作區分，然不可否認，依照刑罰種類或刑期高低的差異，卻可區別出犯罪情節的輕重。一般而言，對於法益剝奪較多或較重者，其犯罪情節為重，剝奪較少或較輕者，其犯罪情節為輕。惟所謂犯罪的情節，固得以刑罰種類或刑期高低作區別，但此並非唯一標準，若刑罰種類或刑期高低，無法分出差異性時，此時僅能求諸犯罪本身，否則將無法定出犯罪的輕重⁷⁵。以上分類均係刑事罰在實體面所展現的形貌，雖有名稱或程度上的不同，但其對於犯人同具剝奪法益、產生害惡的效果則無二致。

三、行政罰與刑事罰的比較

行政罰與刑事罰，皆屬國家依據具有禁止或誡命內容的法律，對於人民的不法行為所施加之處罰，均為反社會行為後的法律效果。其中行政刑罰更是與行政罰，同屬針對行為人因違反法規所賦與的行政義務所實施的制裁。然除此之外，兩者不管是法律依據、制裁手段，抑或是制裁對象則均有所不同。茲就彼等主要差異比較如下：

1、法律的依據不同：

刑事罰處罰的依據為刑法或刑事特別法，而行政罰則為各種行政秩序罰法，兩者雖各有所本，但傳統見解認為，有關刑事罰的法律係違反倫理道德義務的「自然犯」規範，而規定行政罰的法律則為違反行政義務的「法定犯」規範，兩者據以處罰的法律規定各有不同。

2、處罰的主體不同：

刑事罰屬於法院處斷的權限，由法院依刑事訴訟程序裁判之；至於行政罰則以行政機關為處罰的主體，行政機關行使其法定的職權，為達到或完成

⁷⁴ 參見蔡墩銘著，同註 21，頁 304。

⁷⁵ 同上註，頁 305。

行政上的目的或作用，對於行政上義務的違反者，法律上賦予處罰之權以資制裁。然行政罰的處罰主體，仍有少數例外，例如依社會秩序維護法規定，影響人民權益較為重大的制裁，如拘留及勒令歇業，由地方法院的簡易庭裁罰。故處罰的主體不同，乃行政罰與刑事罰區別的要點。至於法規的本身，究為行政法規，抑為司法法規，有時頗難認定，法規的性質雖屬於行政範圍，惟其所規定的處罰，限於司法機關或軍法機關始得為之，此種罰則有稱之為行政刑罰，認為其本質屬於刑事不法，為刑事罰之一種⁷⁶。但亦有學者認為此種刑罰，並不影響行政法規的性質，因其法規的作用，仍屬於行政事項的範圍，僅其中規定的罰則有刑罰性質而已，其本質仍屬行政罰⁷⁷。

3、處罰的刑名不同：

刑事罰處罰的刑名，有主刑及從刑之別，主刑有死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金五種，從刑有褫奪公權及沒收二種（參照刑法第 31、34 條）；而行政罰的刑名，原無統一的規定，亦無獨立的法典，僅散見於各種行政法規之中⁷⁸，但於 2005 年 1 月 14 日後，立法院已三讀通過行政罰法，其規定的罰則，有罰鍰、停止營業、吊扣證照、命令停工、停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請、命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除、公布姓名或名稱、公布照片、警告、告誡、記點、記次、講習、輔導教育等，其處罰的刑名除明顯與刑事罰不同外，亦無主從之分。惟刑法總則第 11 條規定：「本法總則，於其他法令有刑罰之規定者，亦適用之，但其他法令有特別規定者，不在此限。」故行政法規內的行政刑罰，原則上仍適用刑法總則的規定。

4、處罰的效果不同：

刑事罰所為的處罰，其嚴厲性大致高於行政罰，不管是剝奪人身自由或財產權，刑事罰均較行政罰為高。雖然在某些情況之下，罰鍰的數額會高於罰金，但刑事罰畢竟係有罪判決確定後的法律效果，需經繁瑣的訴訟程序，當對行為人造成較多的勞費而形成負擔，況留下前科亦對行為人不利，故行政刑罰的處罰效果是大於行政罰的。

5、處罰的對象不同：

行政罰與行政刑罰，固均係對違反法規所賦與的行政義務為其處罰的客

⁷⁶ 參見林山田著，同註 4，頁 67。

⁷⁷ 參見管歐著，論行政罰與執行罰，行政法論文選輯，五南圖書出版公司，1994 年 8 月初版一刷，頁 479。

⁷⁸ 同上註，頁 480。

體，惟刑事罰的處罰對象，原則上以自然人為限，若處罰金刑，法人例外可成為刑罰的對象⁷⁹；行政罰則不然，自然人固得為行政罰處罰的對象，即法人亦得為行政罰處罰的對象，關於公司因違反納稅義務，而處以罰鍰，乃為習見之事例。又刑罰處罰的對象，恆及於共犯，故凡教唆他人犯罪者的教唆犯，及幫助他人犯罪者的從犯（參照刑法第 29、30 條）均不能免其罪責；行政罰的處罰則不然，除二人以上共同違反行政上的義務者，均為行政罰處罰的對象，應分別處罰之外⁸⁰，並無共犯的概念，故對於違反納稅義務之處罰，僅對正犯為之，並不及於教唆犯及從犯⁸¹。

6、處罰的救濟方法不同：

對於刑罰的處罰，如有不服，須依照刑事訴訟程序向上級審判機關上訴或聲請再審，以求救濟；對於行政罰的處罰，除法律有特別規定外，則得以聲明異議、復查、訴願、再訴願或行政訴訟等方法以請求救濟，其中訴願及行政訴訟，尤須依照法定的程序為之。

7、證據的認定不同：

有關刑事罰與行政罰在證據認定上的關係，實務上認為因兩者間的構成要件不同，故彼此不受拘束，可各自認定事實，即使刑事法院仍在審理中，行政法院仍得根據相關的證據，認定事實作成判決，無等待刑事法院判決確定的必要；惟若兩者的事實既屬相符，則行政罰根據刑事罰所認定事實予以處罰，亦無不可⁸²。不過有學者認為，就刑事罰所認定的事實，何以亦屬行政秩序罰的事實，實務上應為更明確的說明，且為避免日後發生判決歧異的情形，各自認定事實時應審慎為之才是⁸³。

⁷⁹ 例如，銀行法第 125 條規定：「違反第二十九條第一項規定者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。經營銀行間資金移轉帳務清算之金融資訊服務事業，未經主管機關許可，而擅自營業者，依前項規定處罰。法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人。」第 127-4 條規定：「法人之負責人、代理人、受雇人或其他職員，因執行業務違反第一百二十五條至第一百二十七條之二規定之一者，除依各該條規定處罰其行為負責人外，對該法人亦科以各該條之罰鍰或罰金。」保險法第 167 條規定：「非保險業經營保險或類似保險業務者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。法人犯前項之罪者，處罰其行為負責人。」等。

⁸⁰ 實務上認為，行為人之間若具備事前的犯意聯絡及事後行為（利益）的分擔即可成立共犯關係，參照最高行政法院 91 年度判字第 1626 號判決。

⁸¹ 參見管歐著，同註 55，頁 480。

⁸² 參見最高行政法院 91 年度判字第 189、793 號判決。

⁸³ 參見洪家殷著，九十一年度行政法院裁判之檢討—行政秩序罰部分，臺灣本土法學第 51

8、處罰的時效不同：

刑法第 80、84 條分別就刑事罰的追訴權及行刑權時效有所規定，追訴權時效從一年到二十年不等，而行刑權時效則從三年到三十年不等；行政罰方面，目前除極少數的法規特別規定追訴時效外⁸⁴，其餘則付之闕如，惟行政執行法第 7 條，則不分種類統一規定，行政罰的執行時效為五年。是故，兩者有關時效的規定亦有所不同。

9、主觀構成要件認定不同：

此部分涉及刑事罰與行政罰在行為人主觀上故意過失的認定問題。對於行為人的處罰，須具備故意過失的要件，此在刑事罰及行政罰並無差異，只是依大法官會議釋字第 275 號解釋，行政罰有關過失的舉證責任，採推定的方式，以減輕行政機關的負擔。故若行為人的行為，經刑事法院認定無過失者，行政機關除非有充分具體的理由，否則即應予以尊重。然因行政機關所據以處罰的條文不同，構成要件有異，故得自行認定其主觀要件是否具備，應無不妥。另實務上，仍強調行政刑罰與行政罰的構成要件，並不相同，且責任條件有異，故行政機關就行為人的過失行為加以處罰，應無不當⁸⁵。行政刑罰及行政罰兩種處罰在主觀的構成要件既有所不同，則行政罰對於責任要件的認定即不受檢察官在刑事責任認定的拘束⁸⁶。

四、有關行政罰適用刑法總則的爭議

由於我國受德、日學說的影響，認為行政罰著重在行政的合目的性，僅具有警告的機能，並不含贖罪的要素與倫理的評價，故與刑事罰之間實有顯著的差別。學界對於行政罰是否能類推適用刑法總則的規定，雖迭有爭議，但通說認為行政罰與刑事罰的性質相異，並不能類推適用刑法總則⁸⁷，實務上復認為刑法總則當中有關責任能力⁸⁸、共犯⁸⁹、未遂⁹⁰、想像競合犯、牽連犯⁹¹等

期，2003 年 10 月，頁 121。

⁸⁴ 例如稅捐稽徵法第 21 條之有關核課期間內未發現應徵之稅捐者，則於該期間內即不得再為補稅處罰的規定。

⁸⁵ 參見最高行政法院 91 年度判字第 1660 號判決。

⁸⁶ 參見洪家殷著，同註 61，頁 122。

⁸⁷ 參見林宗勇著，行政秩序罰實體運用基本原則之研究—兼論與刑罰之異同（上），軍法專刊第 25 卷第 3 期，頁 18；尤重道著，同註 34，頁 6；涂懷瑩著，同註 5，頁 648。

⁸⁸ 參照最高行政法院 81 年判字第 1285 號判決。

⁸⁹ 司法院院字第 76 號解釋文：「查印花稅暫行條例所列應貼印花之文件，究竟應由何人貼

法理，於行政罰亦無適用的餘地。至於過失犯、一事不二罰等刑事法理部分，則係透過大法官會議釋字第 275、503 號等解釋文，承認並採用後，方能解決法理上混沌不明的困境。準此可知，由於缺乏共通適用的法律，致行政罰得否類推適用刑法總則或其他刑事處罰法律規定，或引用其等法理，理論不一，見解分歧。目前實務上雖仰賴司法院的解釋、行政法院判例或判決及行政解釋作為依循，但常因時空變遷或具體個案的考量而屢生爭議。基此，法務部自 1995 年 1 月起，即針對制訂統一性、綜合性行政罰法的問題進行研究，於 2000 年 5 月成立行政罰法研究制定委員會，邀集學者、專家及實務界人士進行草案研擬工作，嗣後經行政院會議通過行政罰法草案⁹²，目前該法已於 2005 年 1 月 14 日經立法院三讀通過，藉以解決長期以來行政機關在執行法律時，屢生窒礙，甚至前後標準不一，所產生的不公平現象。根據新法內容，行政罰有自己的總則規定，其中有關行政罰的概念範圍、重要原則（如處罰法定主義、一行為不二罰、數行為分別處罰、便宜主義）、阻卻違法事由（如依法令行為、依職務命令行為、正當防衛、緊急避難）、責任能力、責任條件等重要法理均有明文規定，與刑法總則的規定相去不遠，所以從此角度觀察，行政罰與刑事罰還是有某種程度的同質性，也間接證實兩者之間，應僅有「量」的差別。

第四節 行政刑罰的探討

有學者認為，將附屬刑法稱為「行政刑法」，行政刑法使用的處罰手段，稱為「行政刑罰」，而違犯行政刑法者，即為「行政犯」，皆非妥當的概念，足以混淆刑事不法與行政不法的區別，就刑法的觀點，應無所謂的「行政刑法」，或「行政刑罰」⁹³。然本文認為，「行政刑法」或「行政刑罰」僅是觀察角度不同的問題而已，若僅是以附屬刑法一語來涵蓋所有刑法典以外的特殊

用印花，當依各文件之性質認定之，不得僅以交付或使用為標準，因之應受同條例處罰之人，亦當視其文件之性質而為判斷，仍分別解釋如下．．．(五)不問其人數若干，每件祇能處一個罰金。」依此解釋之結果，雖二人以上共同對於法規有違反行為，原則上不適用刑法關於共同正犯的規定，而僅共同負連帶義務。參見林宗勇著，同註 65，頁 23。

⁹⁰ 參照最高行政法院 46 年判字第 50、54 號判決。

⁹¹ 參照最高行政法院 84 年判字第 61 號判決。

⁹² 參照林錫堯著，淺析「行政罰法」草案，法學叢刊第 192 期第 48 卷第 4 期，2003 年 10 月，頁 2。

⁹³ 參見林山田著，同註 1，頁 152。

刑法，恐怕無法將與行政類別有關的刑法區塊作一明確界定或標示，似乎不利其屬性的研究與分析，故本文淺見認為「行政刑法」、「行政刑罰」等概念應該存在。

本文所探討之以行政罰為前提的刑事不法，其實為一種特殊的刑事犯罪，就制裁手段的角度而言，即係行政法學者所稱的行政刑罰的一種⁹⁴。因此，本文認為，欲探討以行政罰為前提的刑事不法，也應從瞭解行政刑罰的意義與性質著手。

一、行政刑罰的意義

在我國，「行政刑罰」是行政法學常見的用語，但刑事法學論著則鮮少使用之⁹⁵。其理由無他，乃行政法學者為能充分闡述行政罰的實質內涵，故將行政罰作多種層次且精緻化的分析，因而衍生「行政刑罰」的名詞，其探討的角度係從「處罰」出發。然刑事法學者則有所不同，基本上係從實定法的角度觀察刑罰的差異性，藉由各種同具刑法性質但名稱不同的制定法，作屬性上的分析及比較，以區隔其間的不同，故分類時多以「○○刑法」稱之。一般而言，「行政刑罰」是行政法學者在研究行政罰領域時所獨創的名詞，僅是學理上的用語，並非實務上的名稱⁹⁶，所以要解析「行政刑罰」的實質意義與內涵，非從行政罰的面向切入，似難探究其精髓。

⁹⁴ 國家對於人民所為的處罰，大體上可區分為行政罰與刑事罰兩種，其因違反有關行政事項的法律所為非刑罰性質的處罰為行政罰，而觸犯刑事法律所為的刑罰處罰則為刑事罰（參見管歐著，同註 55，頁 493）。對於違反行政法令的不法行為，其情節重大而具有應刑罰性，且由立法者加以犯罪化而規定在行政法上的不法行為所賦予的法律效果，行政法學者就行政法的觀點稱之為行政刑罰，或為廣義的行政罰。參見林山田著，刑罰學，臺灣商務印書館股份有限公司，1998 年 5 月，修訂版三刷，頁 30。

⁹⁵ 行政法學者以「行政刑罰」為名者，有管歐（參見氏著，同註 55，頁 493）、林紀東（參見氏著，同註 5，頁 365）、涂懷瑩（參見氏著，同註 5，頁 643）、洪家殷（參見翁岳生主編，同註 3，頁 688）等；刑事法學者多以「行政刑法」、「附屬刑法」、「特別刑法」、「廣義刑法」或「實質刑法」等稱之，如蔡墩銘（參見氏著，同註 21，頁 2）、林山田（參見氏著，同註 1，頁 68）、鄭昆山（參見氏著，同註 5，頁 16）、黃榮堅（參見氏著，基礎刑法學上，元照出版有限公司，2003 年 5 月，初版一刷，頁 8）、褚劍鴻（參見氏著，刑法總則論，1994 年 7 月增訂十版，頁 8）等，僅林山田、蘇俊雄另於所著當中，以「處罰」的角度分別提出「行政刑罰」一語（參見林氏著，刑罰學，臺灣商務印書館股份有限公司，1998 年 5 月，修訂版三刷，頁 30；蘇氏著，同註 26，頁 155）。

⁹⁶ 參見涂懷瑩著，同註 5，頁 643。但近年來各級法院也漸有「行政刑罰」之名稱出現，例如最高法院 92 年度臺上字第 2718 號、最高行政法院 92 年度判字第 159 號等判決。

所謂「行政刑罰」，乃對於違反行政法上義務者，科以刑法上所定如死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金等刑名的制裁⁹⁷。此處所稱的「行政」，狹義係指有組織法或組織條例的國家行政機關，廣義者則包括以私法組織方式出現的行政、半官方機構，或經委託而承辦官方業務的私人或團體，最廣義則甚至包括農田水利會、農會、漁會、各種同業公會等，於法律授權範圍內承辦自己業務，與接受國家委託辦理事務的人民團體⁹⁸。本文認為違反行政義務而應處以刑罰事項的取締與管理，其並不以有組織法或組織條例的國家機關為限，故採最廣義說。至於所謂的「法」，基於刑罰應有法律保留原則的適用，毫無疑問應專指法律，並不包括法規命令、職權命令、行政規則，或廣義之憲法上原理原則、大法官解釋、法院的判決或判例等等。因此，在上述定義下，行政法的領域相當寬廣，應包括公務員法、經濟法、社會法、環境法、交通法、教育法、文化藝術法、國土規劃（含國家綜合發展計畫、區域計畫、都市計畫）暨建築法，地方自治法、警察法（其實質內容為內政與秩序法規）、媒體法、財政法、國防暨兵役法、宗教法等⁹⁹。

另就違反行政刑罰的法律效果而言，雖與一般刑事罪犯所科處的刑罰，並無差異，但其處罰的行為態樣，則屬法定犯，與違反倫理或道德規範，屬於自然犯的一般刑事犯罪不同。學者間分別以「行政犯」(Verwaltungsdelikt)及「刑事犯」(Kriminaldelikt)，或「行政不法」(Verwaltungsunrecht)及「刑事不法」(Kriminalunrecht)來加以區分¹⁰⁰。在我國，規定行政刑罰者，散見於各種具有實質意義的刑事法規當中，有單一立法者，如「妨害國家總動員懲罰暫行條例」(已於2004年1月7日廢止)、「妨害兵役治罪條例」；也有附屬於行政實體法立法者，如「著作權法」、「專利法」、「森林法」、「礦業法」、「水利法」等，其中以後者的立法型態為最大宗。相較於普通刑法的關係，學者稱之為「特別刑法」，依特別法優於普通法的法理，應優先於普通刑法的適用。又「行政刑罰」既為「特別刑法」的一種，以刑法上的處罰作為制裁的手段，除有特別規定外，當有刑法總則規定的適用¹⁰¹，且科罰的主體在法院，而非一般行政機關。

在行政法的研究領域中，有學者認為「行政刑罰」為刑事制裁，並非行

⁹⁷ 參見涂懷瑩著，同註5，頁643；最高法院89年度臺非字第87號判決。

⁹⁸ 參見翁岳生主編，行政法（上），2000年7月，二版二刷，頁34。

⁹⁹ 同上註，頁34。

¹⁰⁰ 參見蔡墩銘著，同註21，頁31；林山田著，同註4，頁32。

¹⁰¹ 依刑法第11條規定：「本法總則於其他法令有刑罰之規定者，亦適用之。但其他法令有特別規定者，不在此限。」此為其他刑罰法規適用刑法總則的主要法源，但亦有直接於各該刑罰內設過渡條款者，如懲治走私條例第11條、貪污治罪條例第19條。

政制裁，故非「行政罰」的一種¹⁰²；但有更多學者將之歸類為廣義行政罰的範疇¹⁰³，主張「行政刑罰」與「行政罰」僅有量的差異，並無質的區別¹⁰⁴。

由於行政刑罰具有行政法色彩，且有刑罰的性質，因此在法學研究的領域當中，其意涵常因學者研究的角度歧異，而有截然不同的解讀。有行政法學者不認為它是行政法上的制裁行為，也有刑事法學者將它劃歸為行政法，或有恰好相反的定性，如此龐雜且分歧的見解，常令行政刑罰的地位始終妾身未明。

二、行政刑罰的立法模式

在立法的型式上，除少數係單獨立法外，行政刑罰泰半以附屬於行政實體法的方式制訂之，例如「著作權法」、「森林法」、「礦業法」、「水利法」等；而就實定法呈現的態樣而言，行政刑罰亦非僅止於單一型態，偶爾因行政罰交錯混入的緣故，致行政刑罰的立法模式顯得複雜且多元。

我國對於違反行政管制行為的處罰，大體上有行政罰與行政刑罰兩種，茲因二種處罰在立法體例上個別或交互運作的結果，其法律制訂的型式大致上可區分為以下三種類型：

1、專以行政罰為處罰手段者：例如勞動基準法第 79 條、第 80 條、職業災害勞工保護法第 33 條、第 34 條等。

2、專以刑事罰為處罰手段者：例如洗錢防制法第 9 條、期貨交易法第 112 條、勞工安全衛生法第 31 條、稅捐稽徵法第 41 條¹⁰⁵、銀行法第 125 條¹⁰⁶等。

3、兼以行政罰及刑事罰為處罰手段者：此種類型又可細分為：(1) 行政

¹⁰² 參見管歐著，法學緒論，1982 年 5 月，增訂四十六版，頁 481；同註 1，頁 493。

¹⁰³ 如林紀東（參見氏著，同註 5，頁 365）、涂懷瑩（參見氏著，同註 5，頁 643）、洪家殷（參見氏著，收錄於註 3，頁 688）等人。

¹⁰⁴ 例如林紀東教授謂：「違反行政法上義務之人，在何種情形之下，應處以行政刑罰？又在何種情形之下，應處以行政上之秩序罰？此在法令上尚無明顯之界限，學理亦尚乏定說。大致有惡性而直接侵害社會法益者，宜處以行政刑罰；僅因義務之懈怠，致有影響社會秩序之危險者，則僅處以行政上之秩序罰，因後者在刑事政策上，無科以刑罰之必要也。」（參見氏著，同註 5，頁 366）即認為兩者的區別標準在法益侵害的程度輕重，侵害程度較重者依行政刑罰論處，輕者則依行政罰論科，顯然採用「量的區別說」（質、量區別理論容後說明）。

¹⁰⁵ 參見最高法院 90 年度臺上字第 604 號判決。

¹⁰⁶ 參見最高法院 88 年度臺上字第 454 號判決。

罰及刑事罰併為處罰手段者，例如農地重劃條例第 39 條。(2) 依行為情節輕重分別處以行政罰或刑事罰者，例如國家公園法第 25 條、石油管理法第 39 條、第 40 條等。(3) 以行政罰為前提的刑事罰者，例如就業服務法第 64 條第 1 項、建築法第 85 條、第 95 條之 1 第 2 項、第 3 項、公平交易法第 35 條、第 36 條、水污染防治法第 34 條、第 38 條、人民團體法第 61 條、集會遊行法第 29 條等。(4) 兼採依行為情節輕重分別處以行政罰、刑事罰，或以行政罰為前提的刑事罰者，例如臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 79-3 條第 2 項。

其中第 2、3 類型係以刑罰為制裁手段，且以違反行政法上義務為構成要件，故為本文所稱之行政刑罰。

表格 1 (行政處罰之立法類型)

類	型	相 關 法 規
1、專以行政罰為手段者		勞動基準法第 79 條、第 80 條、職業災害勞工補償法第 33 條、第 34 條等。
2、專以刑事罰為手段者		洗錢防制法第 9 條、期貨交易法第 112 條、勞工安全衛生法第 31 條、稅捐稽徵法第 41 條等。
3、兼以行政罰及刑事罰為手段者	(1) 行政罰及刑事罰併為手段者	農地重劃條例第 39 條。
	(2) 依行為情節輕重分別處以行政罰或刑事罰者	國家公園法第 25 條、石油管理法第 39 條、第 40 條等。
	(3) 以行政罰為前提的刑事罰為手段者	就業服務法第 64 條第 1 項、建築法第 85 條、第 95 條之 1 第 2 項、第 3 項、公平交易法第 35 條、第 36 條、水污染防治法第 34 條、第 38 條、人民團體法第 61 條、集會遊行法第 29 條等。

	(4) 兼採依行為情節輕重分別處以行政罰、刑事罰，或以行政罰為前提的刑事罰者	臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 79-3 條第 2 項。
--	--	-------------------------------

前開 1、2 二種型態較為單純，立法者依照行政法規的性質，及其應受遵行的目的要求，分別設計出不同強度的約制效果。而第三種型態的設計，原則上以放大處罰種類的方式，給予處罰機關有較寬的裁量空間，俾能因應不同程度的行政法益之侵害，較符合相當性原則（比例原則）。其中 3、(3) 型態的設計，基本上則採取漸進式的思考模式，立法者有鑑於行政法規的規範目的，有著不易改善或改善成本較高的特性，乃由行政機關先依行政程序處罰，再移送司法機關審理的方式逐漸加強約制力道要求改善，有先期預警的效果，以期兼顧人民權益及行政目的之達成。

此外，行政法中有關罰則的規定，除如刑法所採的立法例，於罰則條文中即直接定明應受處罰的行為外，大多於條次在前的條文中，為禁止事項或作為義務的規定，復於其後的罰則條文內，僅規定違反第幾條規定者應予如何之處罰。例如，證券交易法第 172 條規定：「證券交易所及證券投資信託事業之董事、監察人或受僱人，對於職務上之行為，要求期約或收受不正利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二百四十萬元以下罰金。前項人員對於違背職務之行為，要求期約或收受不正利益者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。犯前二項之罪者，所收受之財物沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」即屬前者，而同法第 175 條規定：「違反第十八條第一項、第二十二條、第二十八條之二第一項、第四十三條第一項、第四十三條之一第二項、第三項、第四十三條之五第二項、第三項、第四十三條之六第一項、第四十四條第一項至第三項、第六十條第一項、第六十二條第一項、第九十三條、第九十六條至第九十八條、第一百十六條、第一百二十條或第一百六十條之規定者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百八十萬元以下罰金。」即為後者之適例。

三、相類似概念的釐清

行政刑罰雖僅係法律效果，但因其屬附設於行政法規內具有刑罰性質的處罰規定，在法律效果之上另賦予其犯罪屬性，故性質上亦融有某種程度的不法評價，因此欲瞭解行政刑罰的真正意涵，亦不妨從釐清與其相類似的各種刑法概念著手。一般而言，行政刑罰多以附屬的型式規定在行政法規當中，而有別於主刑法的刑罰規定，因此行政刑罰具有附屬性、特別性及行政性。然刑法學者口中所稱的附屬刑法、特別刑法及行政刑法等概念，是否與行政刑罰有相同意涵，即有深入探究的必要。

(一) 附屬刑法與行政刑罰

1、附屬刑法的意涵

以立法體例加以分類，刑事法應有單一刑法與附屬刑法二種。凡以罪與刑為內容，定名為法、律或條例所制訂的刑法，謂之單一刑法，例如中華民國刑法、貪污治罪條例、懲治走私條例、毒品危害防制條例等。凡將構成犯罪的要件及刑罰，附帶規定於某一法律之中者，謂之附屬刑法，例如公司法、著作權法、商標法等¹⁰⁷。

附屬刑法一詞來自於德文 Nebenstrafrecht¹⁰⁸，國內學者有稱之為「實質刑法」¹⁰⁹。通常其所附屬的法律並非刑法，僅在該法當中以另立一章罰則，或另立一條、數條甚或一項的方式規定罪刑，其內容實係為達該法的立法目的，對於違反該法重要事項所為的制裁¹¹⁰。由於附屬刑法的處罰大都規定在行政法規中，所以有稱之為「行政罰」者¹¹¹，但就處罰的內涵而言，附屬刑

¹⁰⁷ 參見褚劍鴻著，同註 73，頁 10。

¹⁰⁸ 參見韓忠謨著，行政犯之法律性質及其理論基礎，臺大法學論叢第 10 卷第 1 期，1980 年 12 月，頁 3。

¹⁰⁹ 參見蔡墩銘著，實質刑法序論，軍法專刊第 30 卷第 12 期，1984 年 12 月，頁 17；特別刑法之檢討，法令月刊第 35 卷第 10 期，1984 年 10 月，頁 7。

¹¹⁰ 參見鄭昆山著，同註 5，頁 214；褚劍鴻著，同註 73，頁 10。

¹¹¹ 參見黃茂榮著，行政處罰的概念及其建制原則，經社法制論叢第 1 期，1988 年 1 月，頁 41；林錫堯著，同註 37，頁 233。

法為刑事罰的性質，與前開所稱的「狹義的行政罰」概念不合，故充其量僅能稱之為「廣義的行政罰」。

不過有部分學者認為附屬刑法均與行政事項有關，因此主張所謂「行政刑法」即為「附屬刑法」¹¹²。惟本文認為，附屬刑法的制訂固然與行政法規有絕大關聯，亦即附屬刑法的刑罰規定，多數係附屬於行政法規之中，但仍極少數的附屬刑法是規定在非行政屬性的法規裡。例如破產法，僅單純規定破產或和解的事由、程序及其權利義務關係，屬於民事事件，其主管機關亦是法院，顯然與基於行政管理的目的所制訂的行政法規不同，所以其附帶所制訂的刑罰規定雖屬附屬刑法的一種，但並非與行政事項有關，故稱「行政刑法」即為「附屬刑法」似乎有以偏蓋全的疑慮。因此，可以認定附屬刑法，並不以行政法規的附屬刑罰為限，尚應包括非行政類的附屬刑罰。

2、附屬刑法的特色

近年來，由於附屬刑法具有輔助刑法的功能，故以該型態制訂的法律有日益增加的趨勢，但因其本質究與傳統刑法有所不同，故附屬刑法在普遍運用的情況下獨自發展出以下特色¹¹³：

(1) 抽象危險犯的運用：

由於某些不法類型的危害內容難以界定，或雖未發生一定實害，但卻已對社會秩序造成一定的妨礙，為遏止此類不法行為的發生，故採用抽象危險犯的立法型式。例如，公平交易法第36條規定，違反第19條有關限制競爭或妨礙公平競爭的規定，經中央主管機關依第41條規定，限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五千萬元以下罰金。其所保障的是自由競爭的制度，因立法者無法對於實害的出現做一個明確的界定，所以並未以一定的實害結果作為構成要件規範之，採用的是抽象危險犯的立法態樣。

(2) 刑法手段的強調：

行政法規的處罰手段雖不以刑罰為限，但刑罰的制裁方式卻俯拾皆是，

¹¹² 參見林山田著，同註4，頁67。

¹¹³ 參見林佳璋著，論附屬刑法之立法裁量，中央警察大學法學論集第8期，2003年8月，頁134-136；邱英武著，淺論附屬刑法與行政刑法、特別刑法之關係，軍法專刊第43卷第8期，1997年8月1日，頁31。

例如，就業服務法保護的是就業市場的制度，國家公園法保護的是環境、生態的需求，公平交易法的禁止企業聯合行為，保護的是自由競爭的經營，證券交易法的禁止內線交易行為，保護的是證券市場公平性，均非傳統刑法規範的範疇，但均是以刑罰的手段，對於違反的行為加以處罰，將刑罰手段發揮的淋漓盡致。

（3）非道德倫理的違反：

被處罰的對象，僅是被附帶之本法法律的違反，並不具反道德或反倫理的色彩，例如，電子遊戲場業管理條例第22條規定：「違反第15條（未依本條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業）者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。」即僅是基於保護抽象的行政管理公益而加以處罰，不具社會倫理、道德違反的性質。

（4）補充刑法的不足：

刑法本來就有不完整的特質，惟該不完整性並不是刑法的立法缺失，在規範內容上，不完整性是為能留給刑罰的運用者更多的斟酌空間，透過漏洞補充的可行性的考量，及對新興犯罪的特質與非難意識深入的體察，讓其他較低度的社會規範體系先行發揮作用，最後才考量刑罰的運用。所以，附屬刑法的補充並無必要性與急迫性，主刑法或許有立法怠惰的可能，但不是附屬刑法的立法理由。

（5）立法經濟的考量：

在立法技術上就特定領域的規範，附帶的對嚴重違反誠命者論以刑罰，毋寧是較為經濟的作法。尤其是對某些內涵複雜的法定犯，如破產犯罪是源於對破產宣告制度的保護，要完整描述其構成要件供執法者適用，即需大費週章，所以將此刑罰規定附屬於破產法，在現行立法程序上有其一定的價值與便利性。

（6）行政目的的貫徹：

大部分附屬刑法具有「行政從屬性」，所以刑罰目的會與行政目的產生連結。一般行政法規中的處罰，雖以罰鍰或其他不利處分為主，但就約制的強度而言，仍以刑罰的效果最佳。茲因行政目的重視推行的實效，故刑罰的威嚇作用常是立法的主要理由，換言之，刑罰最能達到就一般預防的效果，也最能達成行政法規所欲追求的目的。

（7）公共利益的維護：

由於時代進步，社會發展多元化，各種危害到公共安全的現象層出不窮，例如交通、金融、經濟、衛生、勞工或環保等問題，在在都影響到民眾的權

益。立法者基於保障公共利益及維護社會秩序，乃在各種行政法規當中，附帶增訂具有刑罰性質的罰則，以遏止不法行為的發生與蔓延。這些立法幾乎都是針對抽象的制度或機能而制訂，所以保護的客體為社會法益或國家法益，並非個人法益。例如，公司法第9條規定，公司應收的股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明由股東收足，或股東雖已繳納而於登記後將股款發還股東，或任由股東收回者，公司負責人處五年以下的有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金，所保護的不是公司股東個人，而是國家對於公司資本體制健全的管理機能。

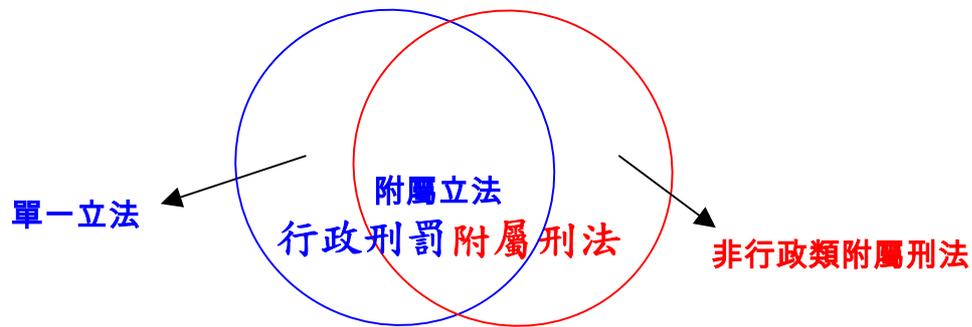
3、附屬刑法與行政刑罰的比較

就概念而言，附屬刑法是相對於單一刑法，而行政刑罰則是相對於行政罰；就性質來說，附屬刑法係依據刑事法的立法體例加以分類，而行政刑罰則是從行政處罰的角度所為的一種區別；就基本意義而言，附屬刑法是指對於商事法、經濟法、租稅法、衛生法、勞工法、交通法等非刑事法規中的犯罪，科以刑事處罰的法律條文；而行政刑罰乃是對於違反行政法上義務者，科以刑法上所定如死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金等刑名的制裁。因此，附屬刑法與行政刑罰的差異，顯然係因觀察角度的不同所造成。

在立法體例上，行政刑罰所由來的構成要件規定多係以附屬刑法的模式呈現，僅有少數例外係單一立法¹¹⁴，故稱行政刑罰是附屬刑法的一部分，應不為過。另就犯罪屬性的角度觀察，行政刑罰係以具有行政犯性質的犯罪為前提，而附屬刑法卻非以刑罰性質是否具有行政色彩為界定標準，其適用範圍並不侷限於行政法規的違反，所以兩者分類的基礎點不同。惟在現行法制當中，非行政類的附屬刑法可說是非常的少，因此，行政刑罰與附屬刑法的刑罰規定有很高程度的重疊性，兩者極為接近，故一般人容易將「行政刑罰」與「附屬刑法」兩者觀念混淆，其原因即在此。

¹¹⁴ 目前僅見妨害國家總動員懲罰暫行條例（已於民國93年1月7日廢止）、妨害兵役治罪條例等少數法令。

圖表 1 (附屬刑法與行政刑罰的比較)



(二) 特別刑法與行政刑罰

1、特別刑法的意涵

以適用對象與範圍加以分類，刑事法應有普通刑法與特別刑法二種。前者指對於一般的犯罪行為及其行為人，均可適用的刑事制裁法，後者則專指針對特定人、事、時、地、物，在原則的刑事法之外，另行制訂優先適用的非常態的刑事法。所以可以說，「限制適用即為特別」，特別刑法是因應特別情況，而制定的例外刑法，本質上也是一種刑法法典。然因係因應一時環境或事實需要而制定，亦常因時勢的變異而隨時予以修訂或廢止，故極其零散，且為數眾多¹¹⁵。惟其既係在特別的情形下制定的法律，大多屬於落日條款，於法條規定的時間經過後自動的失效，回復普通刑法¹¹⁶。

依照前開說明，特別刑法固然以普通刑法存在為前提，且兩者間相互依存及對立，然何謂普通刑法？其定義為何將影響到特別刑法的範圍，茲將各種學說分述如後：

(1) 狹義說：

¹¹⁵ 參見陳煥生著，刑事特別法除罪化之研究，當代法學名家論文集—慶祝法學叢刊創刊四十週年，法學叢刊雜誌社，1996年1月出版，頁373。

¹¹⁶ 參見邱英武著，同註91，頁33。

關於特別刑法的實質意涵，有學者嘗試以主、輔刑法的概念來加以說明，認為刑法法典為普通刑法，其他刑法皆屬特別刑法，亦即主刑法為普通刑法，輔刑法為特別刑法¹¹⁷。

(2) 廣義說：

普通刑法不以主刑法為限，主刑法以外的輔刑法亦可為普通刑法，只要主刑法以外有二種輔刑法規定相同刑法，則一個為普通刑法，另一個則為特別刑法。此說認為輔刑法僅是出於立法技術上的考量，因故未規定於主刑法之中而已，普通刑法與特別刑法的區分，或主刑法與輔刑法的區分，均是建立在不同基礎之上，概念上不可混淆，不可誤認普通刑法即是主刑法，而所有之輔刑法，均屬特別刑法。而輔刑法包含以刑事單一立法的法律與分散規定於刑法以外而具刑罰的法律二種，前者為特別刑法，後者為附屬刑法，二者均為輔刑法。輔刑法中的附屬刑法，可能為特別刑法¹¹⁸，也可能為普通刑法¹¹⁹。

目前廣義說為多數說，舉例說明，刑法第320條竊盜罪與森林法第50條竊取森林主副產物罪，同屬有關竊盜行為的刑罰規定，由於普通刑法為主刑法，則森林法即為相對應的特別刑法；另外公職人員選舉罷免法第86-95條、集會遊行法第29-31條、九二一震災重建暫行條例第71條、國家公園法第24條、第13條第1款等有關刑罰部分，已分別在普通刑法的妨害投票罪章（第142-148條）、妨害公務、妨害秩序、誹謗罪章（第140、149、150、152、310條）、公共危險罪章（第182條、第175條第1項）設有規定，亦屬相同情況。又野生動物保育法第40條至第42條刑罰規定中，有關「未經中央主管機關同意，輸入或輸出保育類野生動物之活體或其產製品者」、「未經主管機關同意買賣或意圖販賣而陳列、展示保育類野生動物或瀕臨絕種及珍貴稀有野生動物產製品」及「違反規定獵捕、宰殺保育類野生動物」等行為，為主刑法中所未規定的行為，因此野生動物保育法仍屬普通刑法。此種立法方式是因應立法技術上的考量，因為該類法規大都是專業技術用語的法規，規定於普通刑法中並非不可，但是將它規定於非普通刑法中則更恰當，只要在普通刑法典中加以說明引用該條文即可。所以在設計上僅是考慮立法技術上便宜裁量而已，

¹¹⁷ 參見刁榮華著，特別刑法各論，漢林出版社，1983年9月六版，頁2；蔡振修著，特別刑法之理論與實用，1986年6月，頁6。

¹¹⁸ 有學者認為特別刑法以單一立法的型式為限，並不包括刑法典以外的附屬刑罰規定（參見邱英武著，同註91，頁34）。但此說似乎忽略附屬刑法當中部分法律有異於主刑法的特殊性，並非可採。

¹¹⁹ 參見林山田著，同註1，頁53。

不是普通與特別的問題，所以不可認為只要規定於普通刑法以外的任何刑法，均是特別刑法¹²⁰。

狹義說的判別基準簡單明瞭，然其缺點為主刑法所未規定部分該如何界定其屬性？是普通刑法？抑或是特別刑法？蓋依前開說明，主刑法所未規定者即無普通刑法存在，其他法律縱使有刑罰規定者均不能稱為特別刑法。故主刑法所未規定部分，是否仍有普通法與特別法的關係？將形成一個盲點。至於廣義說固然堅守普通與特別的相互依存及對立的原則，但可能因新興法律不斷以單一立法或附屬立法的形式創設，導致「普通法特別化」的情形發生而紊亂體系，亦非妥適見解。本文傾向採最狹義說，基本上內容與第一說相同，但特別強調即使主刑法所未規定，亦應視為一種消極規定，換言之「沒有規定亦是一種規定」，此時只要是針對特定人、事、物、時、地所為的規定，均應歸類為特別刑法，此說與第一說最大的差別乃在於主刑法未規定時的處理立場。本說不但能兼顧特別法應與普通法對立依存的原則，且能真正落實其法律的特殊性，不因普通法過度膨脹而使得觀念體系混淆不清。當然法條因一定特殊條件完成後自動失效，此時即應恢復主刑法的規定，處於不處罰的狀態。

表格 2 (刑法體系表)

廣義刑	主刑法	核心刑法、普通刑法 (即中華民國刑法)
-----	-----	---------------------

¹²⁰ 參見林山田著，我國特別法之檢討，中國比較法學會學報，第 9 期，1988 年，頁 149。

法	輔刑法	單一立法法規	特別刑法（例如：陸海空軍刑法【人】、貪污治罪條例【事】、戰時軍律【時】、妨害國家總動員懲罰暫行條例【時】 ¹²¹ 、要塞堡壘地帶法【地】 ¹²² 、毒品危害防制條例【物】、槍砲彈藥刀械管制條例【物】）	
		刑法典以外之附屬刑罰規定	附屬刑法	特別刑法（例如：野生動物保育法第 40 條至第 42 條、公職人員選舉罷免法第 86-95 條【人】、集會遊行法第 29、30、31 條【事】、九二一震災重建暫行條例第 71 條【時】、國家公園法第 24 條、第 13 條第 1 款【地】、森林法第 50 條【物】）

2、特別刑法與行政刑罰的比較

就概念而言，特別刑法是相對於普通刑法，而行政刑罰則是相對於行政罰；就性質來說，特別刑法係依據適用對象與範圍所為的一種分類，而行政刑罰則是從行政處罰的角度所為的一種區別；就基本意義而言，特別刑法是指針對特定人、事、時、地、物，在原則性的刑事法之外，另行制訂優先適用的非常態刑事法；而行政刑罰乃對於違反行政法上義務者，科以刑法上所定如死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金等刑名的制裁。因此，特別刑法與行政刑罰的差異，顯然亦係因觀察角度不同所造成。

在犯罪屬性上，行政刑罰畢竟係以具有行政犯性質的犯罪為前提，規範的對象為特定的事物，故相對於主刑法的刑罰而言，仍具有特殊性，其屬特別刑法的刑罰規定無訛。而目前我國特別刑法的立法模式，除單一立法之外，部分係以在行政法規當中附帶罰則的方式呈現，所以行政刑罰與特別刑法的刑罰規定具有某種程度的重疊性，一般人容易將「特別刑法」與以行政刑罰

¹²¹ 我國適用於特定時的戰時軍律、妨害國家總動員懲罰暫行條例已分別廢止，故現行法制中已無單一立法適用於特定時的特別刑法。

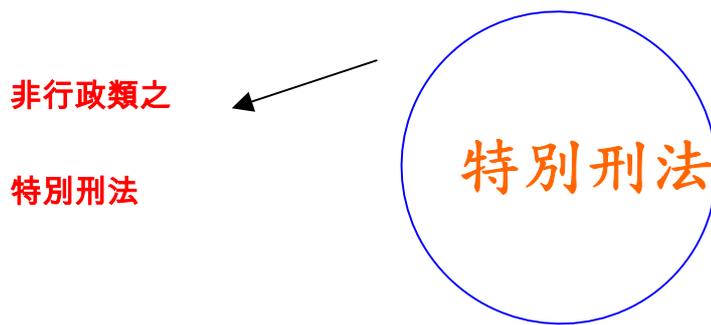
¹²² 但有學者認為臺灣省菸酒專賣暫行條例廢止後，現行法制中已無適用於特定地的特別刑法（參見林山田著，同註 1，頁 53）。

為法律效果的「行政刑法」觀念混淆。不過，由於特別刑法並非以其刑罰性質是否具有行政色彩為界定標準，所以其所為的處罰並不侷限於行政刑罰，因而從行政犯的角度觀察，特別刑法所涵蓋的領域顯然是比行政刑罰所由來的刑法規定大得多，吾人固可稱行政刑罰為特別刑法的一種刑罰類型，但絕不可稱特別刑法的處罰即等於行政刑罰。

由於行政刑罰與特別刑法均係因特別性質所為的分類，僅是在分類的角度上有所不同，所以相對於普通刑法，兩者具有同質性。又因行政刑罰所由生的刑法規定與特別刑法有相互包攝的關係，亦即特別刑法的範圍是大於行政刑罰所由生的刑法範圍，行政刑罰包含於特別刑法之內，兩者有某種程度的重疊性，所以行政刑罰所由生的刑法應相同於特別刑法，與普通刑法之間保有特別法與普通法的關係。在這層意義上，即可說明為何一般學者均將行政刑罰定義為「附屬於行政法所制定的刑罰，而非主刑法所規定的刑罰」之緣故。蓋行政刑罰雖以附屬於行政法所制定者為大宗，但主刑法當中亦不乏具有違反行政管理須加以制裁的犯罪，例如刑法第 149 條之公然聚眾不遵令解散罪，此時依照上開區別理論，附屬於行政法的刑罰部分即與主刑法形成特別法與普通法的關係，依特別法優於普通法的法理，行政刑罰所由生的刑法即應優先於主刑法而適用¹²³，所以通說才會認為行政刑罰並不包含主刑法內具有行政違犯性質的刑罰，此處即可發現行政刑罰與特別刑法相互比較有其實益在。

圖表 2 (特別刑法與行政刑罰的比較)

¹²³ 本文認為行政刑罰屬附屬刑法的一部分，有附屬刑法的性質，相較於主刑法，應有特別法與普通法的關係。但有學者認為，刑事法領域只有附屬刑法而無特別刑法，即「刑法典」(刑法總則、刑法分則)是核心(本宗)刑法，各別制定在刑法典以外的刑事法條只能稱為「附屬(旁支)刑法」(例如少年事件處理法、漁業法、森林法、肅清煙毒條例...等)。刑法上所謂法條競合的特別關係，乃是犯罪行為成立要件(構成要件)比較的關係，不是法律效果(刑度)高低比較的問題，所以並無所謂「附屬刑法」優越於「核心刑法」，也無所謂「附屬刑法」就是「特別刑法」，最後只有附屬刑法而無特別刑法，也是一說。參見陳志龍著，只有附屬刑法沒有特別刑法—對目前將「附屬刑法」誤解為「特別刑法」的反思，自由時報，1989年10月27日，四版(轉引自邱英武著，同註91，頁34)。



(三) 行政刑法與行政刑罰

1、行政刑法的緣由

行政刑法 (Verwaltungsstrafrecht) 一詞為德國郭特希密特 (James Goldschmidt) 於其所著「Das Verwaltungsstrafrecht」一書標題中提出，日本直譯為行政刑法，國內則繼受之沿用此名稱¹²⁴。所以，欲瞭解行政刑法的真正內涵，非從其發展的歷史開始探討，難以窺得其精髓。

於 1810 年的法國刑法中，依據行為的危害輕重程度，將犯罪行為區分為違警罪、輕罪、重罪三種。至 1813 年的拜耶王國刑法 (Das byerische StGB)，也是第一部德國刑法，承襲法國刑法的分類方法，將犯罪區分為違警罪、輕罪、重罪，但是所依據的區分方法不同。該法的起草人封·費爾巴哈 (Von Feuerbach) 認為該法的區分方法，是重罪與輕罪為一個組合的概念，與違警罪相對，除科處刑罰有差異外，內在亦有不同。在當時，德意志各地王國林立，重視集體主義，警察權高漲。於是在刑法之外，各王國都另外制定「警察刑法法典」，以處罰違反違警罪之人。直到德意志各邦統一，建立德意志帝國，於 1871 年制頒德意志帝國刑法時，因為在界定區分「刑事不法」與「警察不法」時產生困難與各家學說爭論不休。於是，承襲法國刑法典與拜耶王國的三分法，將各王國的警察刑法典中，對於違警罪的規定加以綜合整理，最後，規定於該法分則的 29 章，第 360 條以下，並新創立「拘役」的處罰規

¹²⁴ 參見邱英武著，同註 91，頁 29。

定，作為違警罪的法律效果¹²⁵。此時的德國刑法雖承襲三分法，但採用法國刑法的編排方式，不採行拜耶王國刑法的編列方式，造成違警罪逐漸與輕罪、重罪同化，而失去其行政刑法性質，變成與刑事犯僅在量上有不同的輕微犯罪¹²⁶。此種編排方式在德國產生過不小的反對聲浪，如法學者封·李士特（F. von Liszt）於1902年德國第26屆法學會議中所提出的鑑定報告，與法學者卡爾（W. Kahl）所提出的專論，以及1909年召開的第二十九屆德國法學會議法學者葛來斯葩（Gleispach）所提的專論，均認為違警罪係屬秩序違反行為，而建議立法者將違警罪自刑法法典提取出來¹²⁷。

德國法學者郭特希密特（James Goldschmidt）針對上述的爭議，在1902年首倡行政刑法（Verwaltungsstrafrecht）一詞，認為在傳統的刑事刑法（Kriminalstrafrecht）之外，應另行制定行政刑法，以規範違警罪的問題，他的主張雖受到批評，但卻獲得德國刑法學者沃爾夫（Erik Wolf）的肯定與認同，沃氏並就法哲學、法論理與法政策的觀點，就郭氏的理論與主張加以發揚光大，後再經德國刑法學者希密特（Eberhard Schmidt）的努力，終能使行政刑法理論得以落實在西德1949年的【經濟刑法】（Wirtschaftsstrafgesetz）之中。特別是1952年5月25日制頒的【秩序違反法】，更使行政刑法理論得以具體實現¹²⁸。因此，關於違警罪的罪行，已從刑法體系中劃出，成為一獨立體系，學理上已不再產生刑事不法與行政不法（或警察不法）應如何區分的爭議。

基上說明，德國學者雖首倡「行政刑法」一詞，並以「刑法」名之，但究其實質內涵與立法演進而論，卻係指秩序違反法。而將行政刑法理論發揚光大的刑法學者沃爾夫（Erik Wolf）亦在其著作中的「行政犯」（Verwaltungsdelikte）之後特別以括號指出與「違警犯」（Polizeiübertretungen），或「違反秩序犯」（Ordnungswidrigkeiten）同義，並將刑法中規定的違警罪稱為行政犯；至於警察刑法（Polizeistrafrecht），則與行政刑法等同並列。因此，在德國、法國、葡萄牙及義大利的學者大多認為，第二次世界大戰結束之前德國所稱之「行政刑法」即為今日所稱「秩序違反法」（Ordnungswidrigkeitenrecht）。德國刑法學者葉謝克（H.-H. Jescheck）亦將行政刑法與警察刑法視為同一物，而加以並列。學者米謝氏（Michels）將警察刑法、秩序刑法（Ordnungsstrafrecht）

¹²⁵ 參見林山田著，同註4，頁59-60。

¹²⁶ 參見邱英武著，同註91，頁32。轉引自鄭善印著，同註10，頁21-22。

¹²⁷ 參見林山田著，同註4，頁60-61。

¹²⁸ 同上註，頁62。

與行政刑法當作同義字，而作為刑事刑法（即刑法）的相對概念¹²⁹。

2、行政刑法的意涵

德國首創的 *Verwaltungsstrafrecht*，流傳到我國亦直譯為行政刑法，不過其原來的意涵，已與德國法有所不同。有學者認為行政刑法係指刑法典以外規定於行政法規中的刑罰條款¹³⁰，亦有學者認為此類的刑罰條款即應稱為附屬刑法¹³¹。這些定義，均與德國法歷史意義所稱「行政犯」（*Verwaltungsdelikte*）、「違警犯」（*Polizeiübertretungen*）或「違反秩序犯」（*Ordnungswidrigkeiten*）的原意大異其趣。

關於我國行政刑法的定義，本文採用前說，亦即所謂行政刑法，乃係刑法典以外，國家為維護政治、經濟及文化等生活秩序，對於人民設有各種行政誡命或禁止，對於違反此等規定之行為人，科以刑罰制裁者¹³²。至於後說主張，行政刑法即為附屬刑法者，本文認為似乎有過於偏狹之嫌，故不採之。以上二說的差異，依本文淺見認為，乃肇因於對於「行政」範圍的界定產生歧異所致。就如同本文首開就「行政」的範圍，採用最廣義的定義所言，此處所稱的「行政」，應包括有組織法或組織條例的國家行政機關、以私法組織方式出現的行政、半官方機構或經委託而承辦官方業務的私人或團體，及農田水利會、農會、漁會、各種同業公會等，於法律授權範圍內，承辦自己業務與接受國家委託辦理事務的人民團體等。按此定義，則行政刑法應指附屬於公務員法、經濟法、社會法、環境法、交通法、教育法、文化藝術法、國土規劃（含國家綜合發展計畫、區域計畫、都市計畫）暨建築法、地方自治法、警察法（其實質內容為內政與秩序法規）、媒體法、財政法、國防暨兵役法、宗教法等行政法規的刑罰條款。但實際上附屬法規並不以此為限，其中商事法（例如破產法、動產擔保交易法等民事法規）因非以行政機關為取締與管理的機關，故非行政法規，惟附屬其內的刑罰條款，仍應稱為附屬刑法，因此將行政刑法與附屬刑法直接劃上等號，似乎有過度擴張之嫌。然而依照

¹²⁹ 同上註，頁 62-63。

¹³⁰ 參見陳樸生著，*實用刑法*，1993 年 7 月，重訂再版，頁 30。

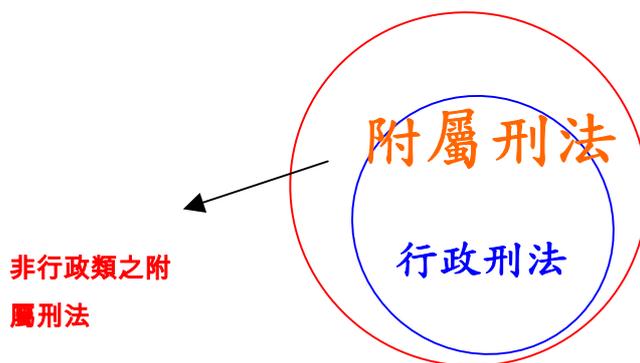
¹³¹ 參見林山田著，同註 4，頁 67；許玉秀著，第十四屆國際刑事法學大會紀要—行政刑法與刑法在法學上及實務上之區別討論會述評，*刑事法雜誌*第 34 卷第 2 期，1990 年 4 月，頁 8。

¹³² 參見邱英武著，同註 91，頁 31。轉引自陳樸生著，*略談刑事刑法與行政刑法之關係*，*法令月刊*第 36 卷第 11 期，1984 年 11 月，頁 1。

後說見解，其所謂的「行政法」將無所不包，即使與行政事項無關的民事法、租稅法亦涵攝其內，如此的未將行政法與其他類型法規嚴格劃分的區別標準，似乎過於寬鬆，委實不可採。

另有學者主張行政刑法並無法包含整個附屬刑法的規定，二詞在意義上亦有不同，為避免造成混淆，故不採行政刑法的名稱¹³³，並有認為我國所規定的行政刑法，其實並非行政刑法，乃屬「實質意義的刑法」或「特別刑法」¹³⁴。但依照前開說明，行政刑法係依據刑法屬性的不同所作成的一種分類，理論上行政刑法，並不一定係以附屬刑法的型態展現，亦有可能係指主刑法當中任何具有行政色彩的刑罰條款，惟依照學理通說均將其歸類在附屬刑法的範疇之內，惟縱然如此，亦不能認為行政刑法即為全部的附屬刑法，蓋附屬刑法仍包含其他非行政類的刑罰規定，例如商事法、租稅法等非行政法規。換言之，附屬刑法的範圍是大於行政刑法，行政刑法僅是附屬刑法的一部分。準此，行政刑法這個名詞仍有存在價值，可藉以區別附屬刑法當中，有關行政刑法與非行政刑法的分類，仍有其區別實益。

圖表 3 (行政刑法與附屬刑法的比較)



行政刑法畢竟係以刑事刑罰為制裁手段，本質仍屬刑事不法，並非行政不法，故違犯行政刑法者，仍為刑事犯，而非行政犯。換言之，凡法律賦予刑罰的法律效果的行為，無論係規定在刑法法典，或規定在刑法法典以外的任何其他法律，均屬具有刑事不法本質的刑事犯，而不因係規定在刑法法典

¹³³ 參見邱英武著，同註 91，頁 29。

¹³⁴ 參見涂懷瑩著，同註 5，頁 643。

以外的法律中，即成為行政犯¹³⁵，於此不得不辨。

由於行政刑法的概念引入國內也有相當的歷史，在我國經過長時間的發展後業已自成一格，與德國法有不同的意涵，此種意涵或因學者間認識有所不同而產生歧異，但基本而言，其所賦予的現代意義已非如德國於二次大戰前，所稱的行政刑法。這樣的發展其實是貼合我國現實的法制環境，有其時代性意義及研究的價值，不可偏廢。

3、行政刑法與行政刑罰的比較

就概念而言，行政刑法是相對於非行政類刑法，而行政刑罰則是相對於行政罰；就性質而言，行政刑法係依據刑法屬性所為的一種分類，而行政刑罰則是從行政處罰的角度所為的一種區別；就基本意義而言，行政刑法是指國家為維護政治、經濟及文化等生活秩序，對於人民設有各種行政誡命或禁止，對於違反此等規定的行為人，科以刑罰制裁者；而行政刑罰乃對於違反行政法上義務者，科以刑法上所定如死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金等刑名之制裁。因此，行政刑法與行政刑罰就上位概念的犯罪屬性而言是相同的，同指違反行政法令有關的刑事制裁，僅在區分標準與觀察角度上因界定不同而有所差異。

在立法上對於違反法律規定的不法行為，究應賦予刑罰的法律效果，而使該不法行為成為犯罪行為，抑僅賦予秩序罰的法律效果，而使該不法行為成為秩序違反行為，本是立法工作上相當重要且難以作成的決定。學理上乃提出刑事不法與行政不法，以協助立法者解決此一難題¹³⁶。惟縱然行政刑法冠有「行政」一語，但究其本質，仍具刑罰的法律效果，為刑事制裁的一種，也是刑事不法的一部分，與行政不法有別。然相對於行政刑法的區分標準，有學者謂行政刑罰為關於違反行政法規行為的處罰，基本上屬於行政犯¹³⁷等語，此類見解，與前開所稱以刑事刑罰為制裁手段，其本質仍屬刑事不法，並非行政不法的理論明顯不同，為本文所不採。因此，不論行政刑法或行政刑罰，本文俱認為兩者皆有刑罰的法律效果，故為刑事制裁的一種，同屬刑事不法的一部分，均非行政犯。

¹³⁵ 參見林山田著，同註4，頁67。

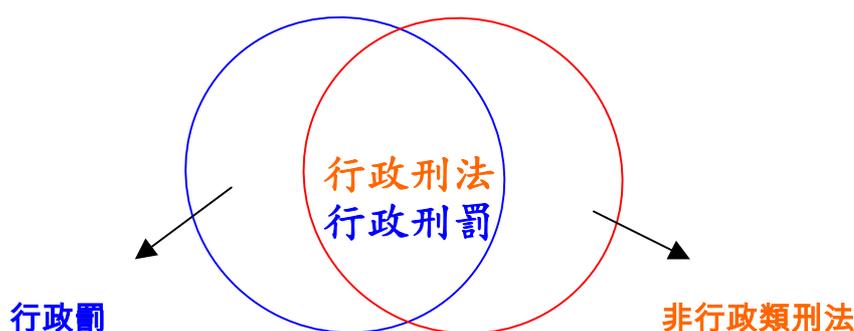
¹³⁶ 參見林山田著，同註4，頁66。

¹³⁷ 參見涂懷瑩著，同註5，頁643；林錫堯著，行政罰，收錄於財稅人員進修月刊第90期，1990年1月15日，頁20。

另從法治國家權力分立的角度而論，唯有司法機關才擁有刑罰權，行政機關僅有秩序罰的制裁權並無刑罰權，若令行政機關擁有刑罰權，除侵犯司法權破壞憲法上權力分立的架構外，也侵犯憲法所保障的人民基本自由及人權，因此有關刑事不法及行政不法的事項，必須嚴加區分。行政刑法與行政刑罰既均有刑罰性質，則毫無疑問地，僅有司法機關透過司法權的運作，才能發生拘束人民的效力，行政機關並無適用的餘地。換言之，該等制裁只有依循刑法總則的實體規定與刑事訴訟法的程序規則才能進行，捨此之外，別無刑罰制裁的可能¹³⁸。

準以說明，儘管行政刑法與行政刑罰在名稱上有明顯差異，但從以上法治國家權力分立、立法體例、犯罪屬性等角度觀察，兩者的內涵其實是相同的，均係針對違反行政法令所為的刑事處罰，在不法規範的領域當中是重疊一致。吾人可稱行政刑法的法律效果即為行政刑罰，行政刑罰所由生的刑法規定即為行政刑法，兩者互為法律要件與法律效果的關係。

圖表 4 (行政刑法與行政刑罰的比較)



第五節 行政刑罰與行政犯

行政刑罰的本質究應定位為行政犯？抑或是刑事犯？學者之間迭有爭議，莫衷一是。其間所產生的觀念上混淆，除因行政刑罰兼具行政及刑事處

¹³⁸ 參見林山田著，同註4，頁68。

罰的複合性質所導致之外，自古以來行政犯與刑事犯的定義紊亂，也是形成的原因之一。因此，要界定行政刑罰的屬性，瞭解行政刑罰與彼等之間的關聯，必須從行政犯與刑事犯意義的釐清著手，始能克竟其功。

一、各國學說

(一) 德國學說

在德語當中，「行政犯」一詞的內涵與「行政不法」相當，其具體內容包含德國的秩序違反法(OwiG)，及普通刑法、輔助刑法以外附有行政罰處罰的法律，而其法律效果，最主要的即為「罰鍰」(Geldbuß)；另「刑事犯」一詞的內涵與「刑事不法」相當，其具體內容大約包含普通刑法與輔助刑法，而其法律效果則為「無期徒刑」(lebenslange Freiheitsstrafe)、「有期徒刑」(Freiheitsstrafe)與「罰金」(Geldstrafe)¹³⁹。我們若從形式上立論，可以將法規中有罰鍰規定的行為，視為行政犯，處無期徒刑、有期徒刑或罰金的行為，視為刑事犯。反之，若從實質上立論，究竟何種行為應處「罰鍰」，何種行為應處無期徒刑、有期徒刑或罰金等刑名，則有很大的爭議。

上述行政犯與刑事犯的概念，主要來自於19世紀後半期的德國法學，界於這二概念之間的，尚有一種似乎既屬行政犯領域，又屬刑事犯領域的中間地帶，有關於這一中間地帶的歸屬問題，實為德國有關行政犯與刑事犯區別問題的由來¹⁴⁰。我國學者有將不法行為區分「純正的刑事不法行為」、「純正的行政不法行為」及「不純正的不法行為」，前者係指規定於普通刑法內並科以刑罰刑名者，次者係指規定於行政法內，並科以純粹行政罰處罰者，末者係指規定於行政法內，但卻科以「刑罰刑名」者¹⁴¹。依照上開三分理論，所謂「不純正的不法行為」究應歸屬於「純正的刑事不法行為」，抑或是歸屬於「純正的行政不法行為」，實係德國有關行政犯與刑事犯區別問題的濫觴。而

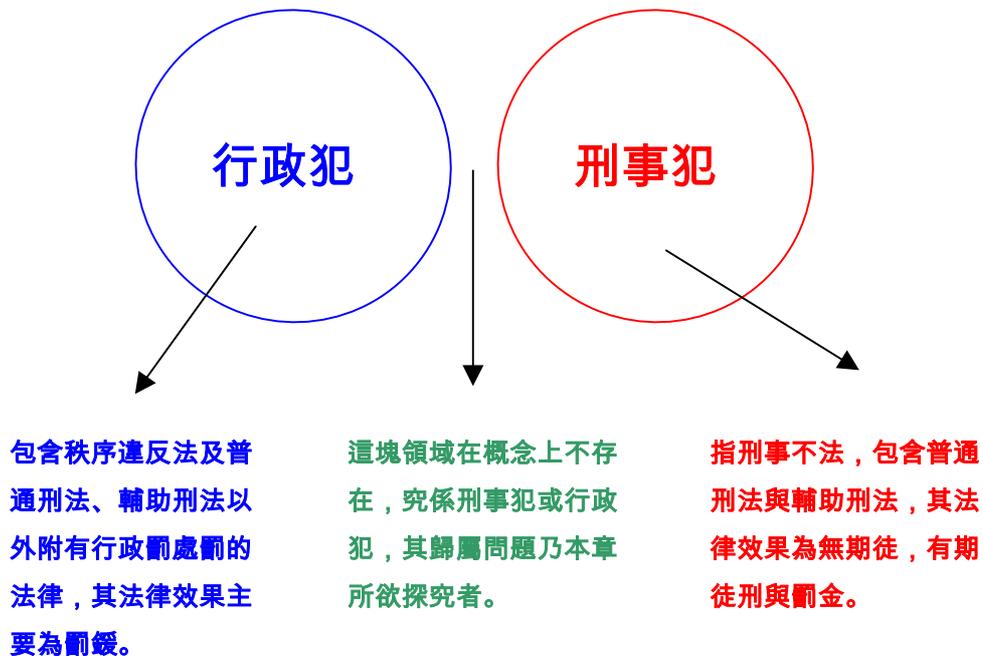
¹³⁹ 參照德國刑法第38條至第40條。德國現行刑法無死刑及拘役之設。德國刑法除上述三種主刑外，另在第44條設有附加刑(Nebenstrafe)的禁止駕駛(Fahrverbot)，及在第45條設有附隨效果(Nebenfolgen)的褫奪公權，包括褫奪服公職的權利，被選舉權及投票權(Verlust der Amtsfähigkeit, der Wahlbarkeit und des Stimmrecht)，唯後二者皆非吾人用以決定是否為刑事犯的標準。除此之外，尚有規定於第74條界於刑罰與保安處分之間的沒收及廢棄(轉引自鄭善印著，同註10，頁7)。

¹⁴⁰ 參見鄭善印著，同註10，頁8。

¹⁴¹ 參見林山田著，經濟犯罪與經濟刑法，三民書局，1984年9月初版，頁128以下。

自郭特希密特（James Goldschmidt）以後的德國學者在論行政犯與刑事犯區別問題時，所存於腦中的研究對象與概念，似為德國舊刑法中的「違警罪」究應留存於刑法中，抑應排除而歸於行政不法領域內的問題。

圖表 5（德國行政犯與刑事犯的比較）

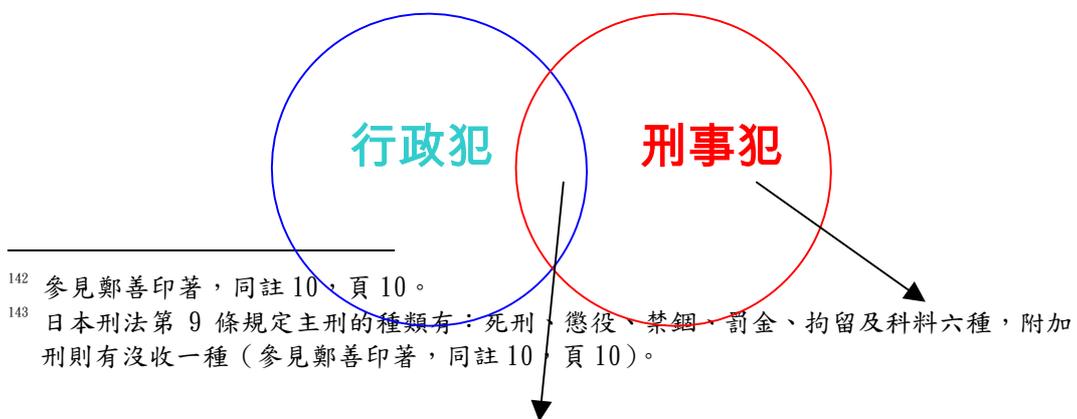


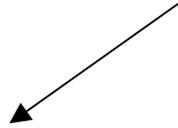
（二）日本學說

德國有關行政犯與刑事犯概念的界定，主要的代表人物為郭特希密特（James Goldschmidt），其所謂的「Verwaltungsdelikt」，日本學者將之翻譯為「行政犯」，而「Verwaltungsstrafrecht」，則翻譯為「行政刑法」。日本憲法及行政法的權威學者美濃部達吉，曾在其所著「行政刑法概論」（昭和 24 年，勁草書房）的第 1 章總論第 1 節有關行政犯的性質當中，開宗明義直接將行政犯與刑事犯作為對立概念，在其論述中，似未將「行政刑法」直視為「行政犯」，所以兩者不能相提並論。書中第 4 頁中明言：「『刑事犯』乃認識行為本身具社會罪惡性，不待國家的命令或禁止，作為社會一員的人民在道德上即有不可觸犯的義務，對此所加之刑罰制裁，乃因其反道德性並具

罪惡性之故；而『行政犯』則為違反行政上目的的國家命令或禁止，故視其為犯罪，而加刑罰制裁的行為」。書中第 8 頁並說：「簡言之，行政犯即行政上取締規定的違反。有關刑事犯的法律規定，乃宣示何者為社會惡，與此相反，有關行政犯的法律規定，乃為行政上目的。詳言之，或為社會之安全福利，或為公企業之經營，或為外交、軍備、財政，而對人民課以必要之義務，為確保其義務之履行，乃對違反者課以制裁。」¹⁴²由上述可知，美濃部氏雖將「刑事犯」明確界定為反道德性的行為，但對「行政犯」的概念卻語意不明。書中第 4 頁認為行政犯係「視其為犯罪，而加刑罰制裁之行為」，然又於同書第 8 頁指稱行政犯係「行政犯即行政上取締規定之違反．．．為確保其義務之履行，乃對違反者課以制裁」，涵蓋我國所稱的「狹義的行政罰」（行政秩序罰）部分，是其範圍為何，著實讓人產生混淆。惟參酌美濃部氏書中前後文意，並從其行政法學背景角度觀察，彼所稱的行政犯應包含兩種，一種係違反行政法上義務而科以「刑名」¹⁴³者，即所謂的「行政刑法」，另一種係科以過料（相當於我國的罰鍰）的行為，兩者合併，並成為該書第 8 頁的所謂「行政犯」。

圖表 6（日本行政犯與刑事犯的比較 1）





指秩序違反犯，其法律
效果主要為過料。

指行政刑法，其法律
效果為懲役及罰金。

具有社會罪惡性，其法
律效果為死刑、懲役，
禁錮、罰金、拘留與科
料。

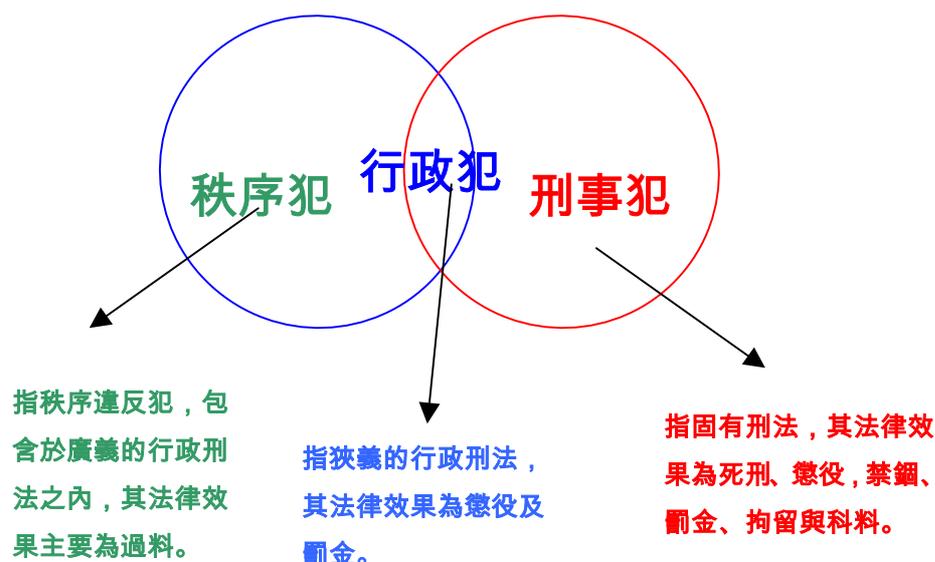
另外與此相反者，有行政法學者塩野宏在其所著「行政法」一書中所採取較為明確的見解，認為行政罰應包括行政刑罰與行政秩序罰。其中刑事罰，實質上係對侵害法益的犯人其惡性的處罰；反之行政罰，則係形式上對侵害行政法目的之不良行為者不遵守行政法規的處罰，並由此主張關於刑法總則的適用應為特別處理（如過失犯等）的見解。然刑事罰與行政罰的區別係屬相對化，於解釋論上，並非以是否排除刑法總則的適用為區別標準，即使是「行政犯」亦應以刑法總則的適用為前提，並藉由解釋刑法第 8 條但書的特別規定¹⁴⁴，以對應「行政犯」的特色者，始為妥當¹⁴⁵；又刑法學者福田平亦在其所著「行政刑法」一書中謂：「刑事犯」乃指固有刑法，而「行政犯」則指「狹義的行政刑法」，蓋行政刑法有廣狹二義，廣義的行政刑法包含行政法上附有刑名及過料的處罰，而狹義的行政刑法則僅指行政法上附有刑名的處罰。狹義的行政刑法就是「行政犯」，而附過料的處罰，則為「秩序違反犯」¹⁴⁶。二人均認為「行政犯」即為專處行政法上附有刑名的處罰，並不包括科處過料的行政秩序罰。

圖表 7（日本行政犯與刑事犯的比較 2）

¹⁴⁴ 日本刑法第 8 條規定：「本法總則對於其他有刑罰規定之法令亦適用之。但其他法令有特別規定者不在此限。」與我國刑法第 11 條規定相當。參見蔡墩銘譯，德、日刑法典，五南圖書出版公司，1993 年 12 月，初版一刷，日本刑法頁 6。

¹⁴⁵ 此為通說，參照東京高判昭和 54 年 9 月 20 日高裁判集 32 卷 2 號 179 頁、行政法判例 98 事件，轉引自劉宗德、賴恆盈合譯（塩野宏原著），行政法，月旦出版社股份有限公司，1996 年 5 月，初版，頁 205。

¹⁴⁶ 參見鄭善印著，同註 10，頁 11。



(三) 美國學說

美國本係相當不信任行政權的國家，早期並無授權行政機關的權限，頂多只是給予其參與民事處罰的訴訟程序而已¹⁴⁷。至 19 世紀中葉以後，由於工商社會的發展，法律的觀念也由個人權利至上的理念，轉向於社會利益的保護，從而立法上產生許多所謂「福利犯」(Public Welfare Offenses) 的犯罪形態。理論上這類的立法異於普通法 (Common Law) 的刑事犯，而視之為國家基於警察權力作用所制定的法規，寓有行政管理的性質，其範圍包括：飲食物品、衛生、醫療、商品標誌、交通秩序、公共設施、及其他公共安全管理、環境保護等事項。這些行政秩序的犯罪處罰，一般公認是以取締單純違反行為為主要對象，並不注重行為的犯意；因此，處罰的手段也以低度的罰金為原則，屬於輕微犯罪 (Petty Offenses)。而受罰的主體，也不以自然人為限，同樣肯定法人的犯罪能力。在這一類的輕微秩序犯的審判，大多適用簡易程序。至其與一般的刑事犯的區別，則不像大陸法系國家嚴謹¹⁴⁸。

美國在 20 世紀初以及最近二十幾年以來，行政權逐漸壯大，立法機關創設諸多的獨立機關 (Agency)，並給予一定的權限，以行政程序來處理人民違

¹⁴⁷ 參見蔡震榮著，行政罰制度之研究，收錄於當代公法新論 (中) — 翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版有限公司，2002 年 7 月，初版一刷，頁 214。

¹⁴⁸ 參見蘇俊雄著，同註 11，頁 43。

反政府規定的行為。而這些權限通常會冠上「民事」(civil)以與刑事加以區別¹⁴⁹。美國行政上的處罰權，大致可分為民事金錢罰與民事沒收(civil forfeiture)二種。其中民事金錢罰存在著兩種類別，其一為法院科處的金錢罰。在此類型下，是由行政機關負有舉證犯罪的責任，由陪審團決定是否犯罪，由法官決定科處的金額。另一類型為行政機關科處的行政罰，此類型依目前的發展可分為兩種不同的程序，一為依正式程序¹⁵⁰，另一為依非正式程序所為的裁決¹⁵¹。

由於美國就行政上的處罰多以民事罰為之，所以美國法有關行政犯及刑事犯的比較，實際上即為民事罰與刑事罰區別的型態展現。美國早期刑事案件是以處罰(penalty)或懲罰性的(punitive)的法律效果來與民事的所謂的矯正(remedy)或補償(compensative)的措施來作區分。Kenneth Mann教授認為，就主觀因素而言，刑事罰著重主觀的犯意，亦即有犯罪的意圖(nocendi voluntas)；民事罰則強調客觀的責任，而沒有道德的非難或譴責。刑事罰所觸犯的是集體的利益，亦即超個人的法益；民事罰則是針對個人法益的損害為處罰。就目的而言，刑事罰是著重對犯罪者的懲罰，而採取對犯罪者非難並處予監禁的手段；而民事罰則是強調對所引起損害的補償，因而採取回復原狀或要求金錢上的給付。就調查程序而言，刑事程序實施調查，通常對人或團體採取較多的干涉，但在同時對其所採取的手段，亦多所限制，例如憲法修正案第4條對警察搜索及扣押的限制。其次，對資料的取得與採用，在刑事程序中較為嚴格，例如在刑事程序中，不得強迫被告於不利於己的訴訟中作證(憲法修正案第5條)，並禁止品格證據¹⁵²。此外，因為刑事罰要比民事罰來得重，所以刑事程序的進行須在證明有排除合理懷疑的情形下為之，而民事程序僅需要具有優勢說服力的證據(preponderance of evidence)即可在訴訟中被採用¹⁵³。

圖表 8 (美國民事罰與刑事罰的比較)

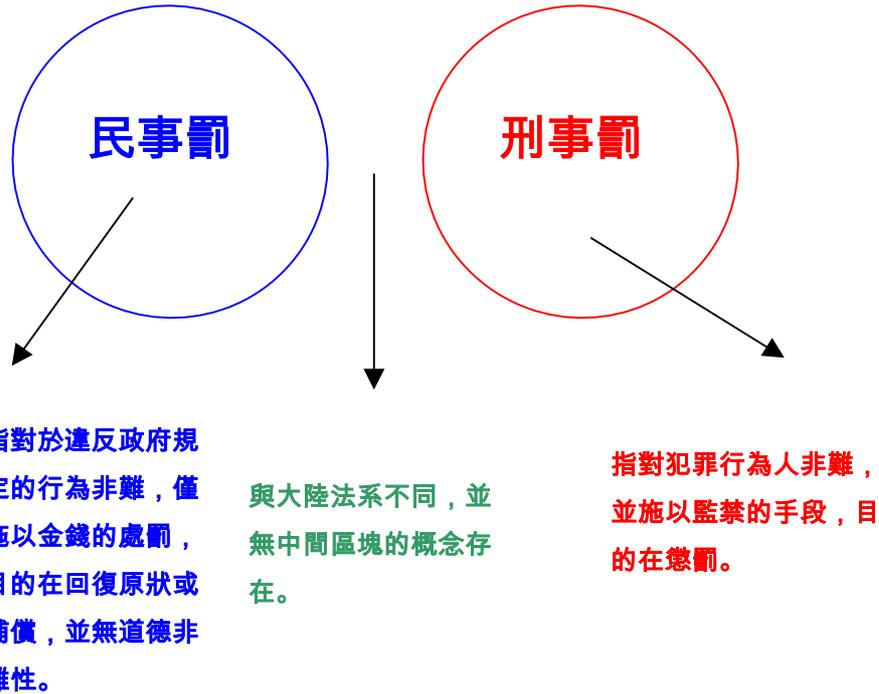
¹⁴⁹ 參見蔡震榮著，同註 125，頁 214。

¹⁵⁰ 正式程序是指依美國聯邦行政程序第 554 (聽證後的裁決)、556 (聽證) 以及 557 (決定內容與紀錄) 條等所為的程序。轉引自蔡震榮著，同註 125，頁 215。

¹⁵¹ 參見蔡震榮著，同註 125，頁 215。

¹⁵² 亦即在訴訟程序中，不得以被告的品格作為被告犯罪的推論。此種禁止乃是基於審判公平性的考量，但在美國聯邦證據法第 608 條有除外的規定。轉引自蔡震榮著，同註 125，頁 223。

¹⁵³ 參見蔡震榮著，同註 125，頁 222-223。



(四) 我國學說

中國漢律以來，已經區別行政犯與刑事犯，其中行政犯亦規定於律內，不單官吏的違法行為，即使人民違反者，亦以律處罰之。舊律所稱公罪、公坐或公負者，即相當於行政犯；而私罪者，則相當於刑事犯。公私罪的區別，已見於漢律，晉代張斐律注有：「犯罪為公為私」等語，後代亦予沿習。唐律注說：「公罪謂緣公事致罪而無私曲者；私罪乃不緣公事而私自犯者」。公私罪的區別，限於官吏犯。故公私罪的區別，不完全與現代法的行政犯與刑事犯的區別相一致¹⁵⁴。

由於我國近代刑法理論師承大陸法系的德、日學說，所以有關行政犯與刑事犯的區別亦不脫德、日見解，茲採擷國內包括刑法與行政法學者的見解，臚列如下：

1、林紀東氏：

認為「行政罰」可區分為二種，一為科以刑法上所定刑名制裁的「行政罰」，一為科以刑法上刑名以外制裁的「行政上秩序罰」。凡是行政罰，無論為行政刑罰，抑為行政上秩序罰，均為「行政犯」。換言之，行政犯包含行

¹⁵⁴ 參見戴炎輝著，中國法制史，三民書局股份有限公司，1981年12月，四版，頁19。

政刑罰與行政秩序罰二概念。至於「刑事犯」，則指普通刑法上之科以刑名者¹⁵⁵。

2、涂懷瑩氏：

認為「行政罰」包括「行政刑罰」及「行政罰」。所謂「行政刑罰」乃對於違反行政法上義務者，科以刑法上所定刑名，例如：死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金等制裁。在形式上，與對一般刑事罪犯所科之刑罰無異，但其處罰之行為，為「行政犯」，與「刑事犯」有別；所謂「行政罰」乃對於違反行政法上之義務者，科以刑法上刑名以外之制裁。其處罰的名稱，極不統一，例如：拘留、罰役、申誡、罰鍰、沒入、停止營業、勒命歇業等¹⁵⁶。

3、洪家殷氏：

認為就應受行政罰的行政犯而言，違反行政義務者，僅係對於行政法規上的命令或禁止有所違背而已，並不具社會倫理的非難性，故屬法定犯；而針對刑事犯的刑罰，係依照社會通念，只要身為社會中的一份子，即有不為該行為的道德責任，若有所違背，即應因其反倫理及反道德的行為受到非難，此種非難無須依恃法律的規定，故稱為自然犯¹⁵⁷。

4、鄭昆山氏：

承受大陸法系的影響，就刑事犯與行政犯的區別，基於司法權與行政權權力分立的原則，一般學說上乃以行政目的性質與社會倫理性的觀點，做為兩者分界的重點。然而其分別的程度，我國學說與立法，大致上以「量」的差別考量為主，主要可以歸類出三大類型，即：刑事犯，法定犯（廣義的行政犯或稱行政附屬刑罰）及行政違警犯（狹義的行政犯）。其中刑事犯與狹義的違警犯尚有質能之區別，但其中間類型的附屬刑罰，其分界的標準，則較為複雜¹⁵⁸。

5、陳樸生氏：

認為刑法有行政刑法與刑事刑法之分，故刑法上之犯罪得分為「行政犯」與「刑事犯」。又認「行政犯」乃「法定犯」係因違反國家為達成行政目的所為之命令或禁止，始具可罰性；而「刑事犯」則為「自然犯」，其本質上含有可罰性，為社會一般所共認。刑事刑法固有法定犯的規定，但行政刑法亦有自然犯的規定¹⁵⁹。

¹⁵⁵ 參見林紀東著，同註5，頁365。

¹⁵⁶ 參見涂懷瑩著，同註5，頁643-644。

¹⁵⁷ 參見洪家殷著，收錄於註3，頁711。

¹⁵⁸ 參見鄭昆山著，同註5，頁139。

¹⁵⁹ 參見陳樸生著，同註110，頁3。

6、蔡墩銘氏：

認為違反行政法的行為，除科以秩序罰之外，另有可科以刑罰之情形。其中科以刑罰者已不再視為違反秩序的行為，而是犯罪行為，因其所違反者為行政刑法，故被稱為行政犯，以示與違反刑法的刑事犯或自然犯有別。由於行政犯係經過行政刑法所承認的犯罪，是其被認為與一般刑事犯不同，具有獨自的特徵¹⁶⁰。

7、褚劍鴻氏：

違反刑法者，為刑事犯，又稱自然犯，此項犯罪，為違背人類自然本性，為反社會性的犯罪，亦即與基本的之德倫理觀令相違背。如殺人、竊盜、詐欺等，皆為自然犯，此項犯罪，無時間與空間的區分，均認為犯罪的行為。違反行政法者，為行政犯，又稱法定犯。行政法為達成國家某種行政上的目的，以法律命令為或禁止為某種行為，如有違反者，即予處罰。但此行為的內容，依一般社會的觀念，並非如自然犯之當然具有反社會性及違背倫理道德觀念，不過基於行政上之目的，而為之規定耳¹⁶¹。

8、林山田氏：

否認「行政犯」及「行政刑法」的概念，並從「制裁法之體系」立論，認為應嚴格區別「行政不法」與「刑事不法」，使行政權與司法權在制裁法制之運作中，能夠簡易清楚。另就刑事制裁的立法技術與立法體例而論，應科處刑罰的犯罪行為無法毫無遺漏地完全規定在刑法法典之中，故將一些尚在進展中的行為類型，例如各種商事法、行政法、經濟法、衛生法、環境法、勞工法、財稅法等具有應刑罰性（Strafwürdigkeit）的刑事不法行為，分散規定在各有關法律之中，這些刑法宜統稱「附屬刑法」（Nebenstrafrecht），以示與核心刑法有所區隔。外國引進的「行政刑法」（Verwaltungsstrafrecht）實係指附屬刑法，包括「戰時經濟管制刑法」、「公司刑法」、「專利商標刑法」、「破產刑法」、「金融刑法」、「商事刑法」、「交通刑法」、「衛生刑法」、「環境刑法」、「選罷刑法」、「勞工刑法」、「礦業刑法」、「電業刑法」、「租稅刑法」。附屬刑法與核心刑法同樣以刑事刑罰為制裁手段，其本質為刑事不法，而非行政不法，故違犯附屬刑法者，仍為刑事犯，而非行政犯。且具有刑事不法本質的刑事犯，兼具「自體惡」的自然犯及具「禁止惡」的法定犯。核心刑法規定處罰的刑事犯，有自然犯，亦有法定犯。惟附屬刑法規定處罰的刑事犯，則只有法定犯，而無自然犯。行政犯應僅指具有行政不法本質，而只能

¹⁶⁰ 參見蔡墩銘著，同註 21，頁 31。

¹⁶¹ 參見褚劍鴻著，同註 73，頁 14。

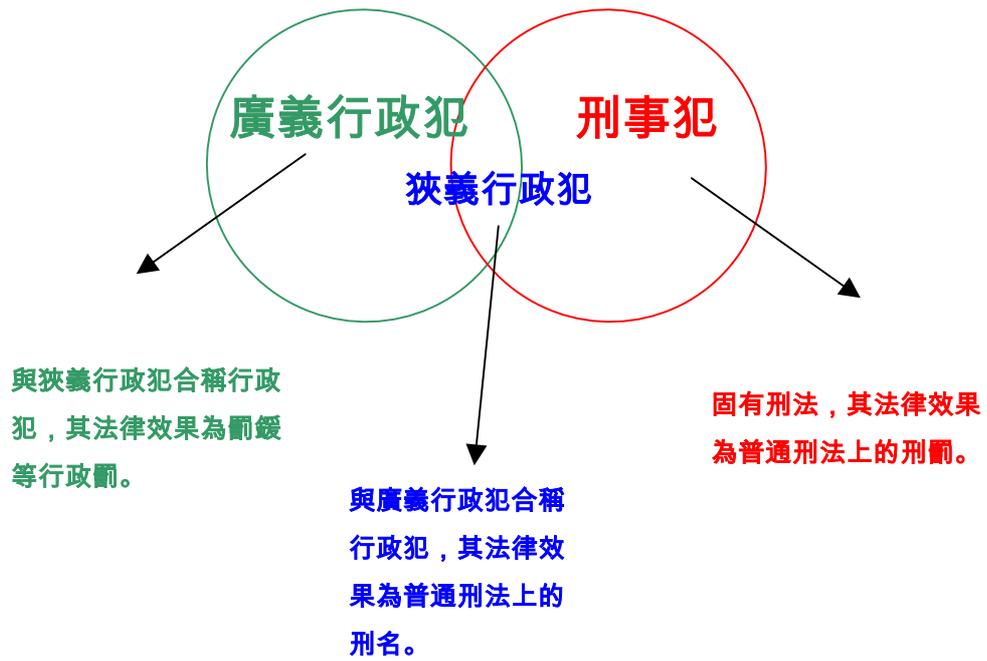
科處秩序罰的「秩序違反行為」，並不包括科處刑罰的犯罪行為，故行政犯即為秩序犯，不可能為科處刑罰的刑事犯。因此，行政犯與刑事犯的區別，或刑事不法與行政不法的界限問題，應指規定在核心刑法或附屬刑法的刑事犯，與科處秩序罰的秩序違反行為的區別問題，而非規定在核心刑法的刑事犯，與規定在附屬刑法的刑事犯之間的區別問題。刑罰的制裁只有依循刑法總則的實體規定與刑事訴訟法的程序規則，捨此之外，別無刑罰的制裁。刑罰係刑事刑罰的簡稱，而非刑罰可分的刑事刑罰與行政刑罰，故在刑罰的制裁體系中並不存在所謂的「行政刑罰」。行政罰應僅指秩序罰，亦即行政機關可以自行裁決並執行的法律制裁手段。凡在行政法領域中，一旦設有動用刑罰而為制裁的規定，即成為刑法，而屬司法權的制裁管轄權，行政機關對於這種違法行為，只能站在告發者的立場，向檢察機關告發，而不能對之加以制裁，故在行政法中使用刑罰的制裁手段，自仍屬刑事刑罰，既不宜稱為行政罰，亦不宜稱為行政刑罰。對行政不法的秩序違反行為，應制定一套「秩序罰法」（相對於使用刑罰的刑法），以作為秩序罰的總則¹⁶²。

以上所蒐集的各家學說，其中林紀東氏、涂懷瑩氏、洪家殷氏為行政法學者，而鄭昆山氏、陳樸生氏、蔡墩銘氏、褚劍鴻氏、林山田氏則為刑法學者，雖然研究的領域有所不同，但彼等就行政犯與刑事犯區別的見解，除林山田氏外，其餘則大致相同，亦即認為「刑事犯」指的是普通刑法，而「行政犯」有廣狹二義，廣義的行政犯兼指科處罰鍰的行為不法，狹義的行政犯則專指行政法上科處刑名的不法，本說見解與上開日本學說相同；另一說則為林山田氏所採，認為「刑事犯」指的是科處刑名的刑事不法，不因其係規定於普通刑法或行政法上而有不同，而「行政犯」則指科處罰鍰的秩序違反行為，不包括科處刑名的犯罪行為，此說與上開德國學說相同。第一說學者的見解，係從不法行為的內涵立論，認行政犯有廣狹二義，乃從實質中區分「刑事犯」與「狹義的行政犯」（並非區分刑事犯與廣義的行政犯）；第二說學者的見解，則從不法行為的形式面立論，認行政犯與刑事犯截然有別，在概念上不可混淆，何種不法行為應屬刑事犯（亦即何種不法行為應科處刑罰），何種不法行為應屬行政犯（亦即何種不法行為只科處罰鍰），乃屬立法者的判斷¹⁶³。

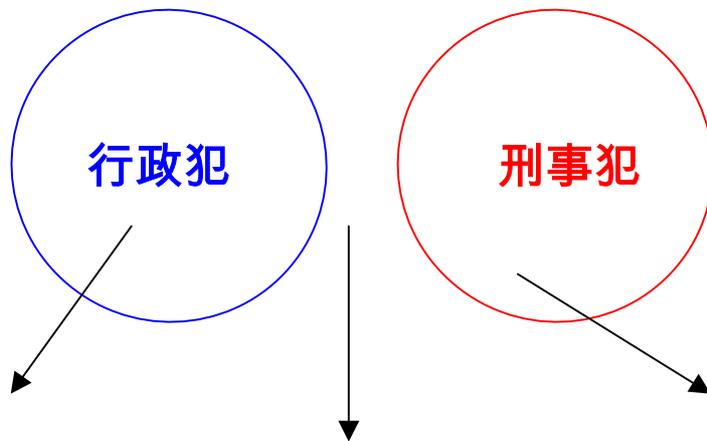
圖表 9（我國行政犯與刑事犯的比較－第一說學者的見解）

¹⁶² 參見林山田著，同註 4，頁 67-68。

¹⁶³ 參見鄭善印著，同註 10，頁 18。



圖表 10 (我國行政犯與刑事犯的比較—第二說學者的見解)



行政不法，凡法律
效果為刑罰以外的
行政罰(主要為罰
鍰)者皆屬之。

在概念上不存在，此
一領域的不法行為，
只能屬於刑事犯或行
政犯二者之一。

刑事不法，凡法律
效果為刑罰者皆屬
刑事犯，不論其係
規定於何種法律
中。

二、我國實務見解

我國實務對於行政犯的解釋，基本上是採第二說見解，亦即行政犯乃專指行政不法行為，以科處罰鍰的秩序違反行為為限，並不包括科處刑名的犯罪行為。例如：最高法院63年度第4次刑庭庭推總會決議（七）決議：「汽車引擎上之號碼，係表示製造工廠及出廠時期之標誌，依刑法第二百二十條規定，以私文書論，且偽刻引擎號碼，足以生損害於公路主管機關之管理及製造廠商之信譽，自應論以刑法第二百十條之偽造私文書罪。（某甲行為如構成行政犯行，應依道路交通管理處罰條例規定處以罰鍰者，亦不妨礙其刑事責任之成立）」；最高行政法院55年判字第2號判例要旨（本則判例不再援用）：「．．．利用記載不實之證件，偽報製成品出口，申請依『外銷品退還稅捐辦法』之規定，退還其原於報運原料進口時所暫繳之進口稅捐，顯屬以不正當方法，違法逃避其報運原料進口所應納之進口稅捐，應依海關緝私條例第二十二條第四款規定處罰。刑事判決與行政處分，原可各自認定事實，何況關於本件原告之行為，刑事判決認定原告代表人之詐欺事實，與原處分認定而為原告所不爭之原告行政犯行，並無矛盾之處，原告逃稅之行為，本身即屬違法，與『外銷品退還稅捐辦法』之是否法律無關。」即可看出端倪。

三、小結

關於行政刑罰是否行政犯這個問題，本文認為應從行政犯界限的角度切入，如果將行政犯界定在狹義的行政罰範圍內，亦即僅限於行政秩序罰類型，則行政刑罰因有刑事罰的性質，毫無疑問與行政犯無何關聯；但若是認為行

政犯尚包括廣義的行政罰，則行政刑罰即在其概念的涵射範圍之內，因此這個問題答案的癥結點即在行政犯的定義之上。依照前開有關行政不法與刑事不法的區別學說，若採質的區別說，行政犯與刑事犯的區別標準在於是否有社會倫理道德的非難性，則行政刑罰因屬違反行政法義務的制裁，依傳統見解認為並不具有社會倫理道德的違犯性，所以應屬行政犯的一種，而非刑事犯。但若採量的區別說，則因區別標準不再是社會倫理道德的非難性，而改以法益侵害程度為區別準則，亦即不管是行政犯或是刑事犯，因其均無本質上的差異，僅有侵害程度之「量」的差別，所以從行政罰係以侵害程度輕重區分行政秩序罰及行政刑罰的角度觀察，行政刑罰因屬對於危害性較大的違犯行為所為的制裁，故仍屬刑事犯的一種，而不在行政犯範圍之內。

然一個行政目的的違反，甚至一個社會不法行為，應用何種法律或採何種處罰方式，皆係立法者決定，故不能專以立法的後果作為判斷行為是否有道德可非難性。且社會的道德非難性並非一成不變，國家所制定的法律，尤其是行政法，應承認其具有形成社會道德律的功能。換言之，社會的道德觀是可由國家實證法律予以補充。因此，單以道德非難性來作為區分行政犯與刑事犯的理由，恐怕過於牽強。本文所採之見解，基本上為量的區別說，但仍不否認社會倫理道德非難性的因素存在。爰參酌學者洪家殷所列六項區別行政不法與刑事不法的標準，包括非難性的程度、危險的程度、法益的侵害、發生的頻率與數量、制裁制度的特性、權力分立的理念¹⁶⁴等，本文認為在立法論上，行政刑罰的非難性、對社會的危害、法益的侵害及發生頻率多寡等，顯然係大於行政秩序罰；然從解釋論的角度分析，行政刑罰發生的頻率與數量則均較行政秩序罰為低，但制裁手段卻遠遠比行政秩序罰為重；又前者重視人權的保障，而後者則偏向於行政目的的達成及程序經濟的效果，前者由法院負責審理，後者則由行政機關認定與執行，權力分立的色彩鮮明，因此可認定行政刑罰為刑事犯，並有刑事不法的性質，絕非行政犯或行政不法可相比擬。

第三章 以行政罰為前提的刑事不

¹⁶⁴ 參見洪家殷著，同註7，頁105-107。

法

以行政罰為前提的刑事不法，其實為一種特殊的刑事犯罪。從不法行為的屬性而言，彼雖被定位為刑事犯，但因該種犯罪大多以附屬於行政法規的形式呈現，故具有濃濃的行政犯的色彩；從犯罪構成要件的內容而言，其犯罪的成立係以一定的行政罰為先決要件，刑事不法的要件當中，夾藏行政不法的構成要件，故有構成要件相互重疊的情形發生；從處罰的角度而言，其制裁手段雖以刑名為主，被界定為刑罰的一種，但在為刑罰之前仍以行政罰為前提，復將此刑罰規定於行政法規當中，故行政法學者有稱之為行政刑罰的一種。由此可見，以行政罰為前提的刑事不法，在性質上雖屬刑事法，但不同角度、不同觀點，卻可分別呈現與行政犯、行政不法、行政罰一定程度的關聯性，因此增加其本質內涵研究的複雜性與多元化。本文考慮到以上行政不法與刑事不法交錯重疊的情狀，故以此為論述的基礎，藉由兩者的歸納、比較，分別從行政罰與刑事罰的臨接區域、違犯型態分析、刑法特色、行政從屬性等角度，深入探討本題旨所示的犯罪類型，以釐清其真正意義與內涵，最後再從法治國刑事政策的角度，逐一檢視其除罪化的可行性。

第一節 犯罪內涵的探討

一、行政罰與刑事罰的鄰接區域

（一）鄰接區域的概念

本文所謂的鄰接區域，係指行政罰的制裁內容和制裁種類上，與刑事罰的構成要件產生相互重疊的區域而言，也有學者稱之為「重疊交錯關係」¹⁶⁵。在這個定義之下，行政罰與刑事罰的關聯性應有兩層意涵，第一層意涵為對於同一違反行政法義務的行為，同時有行政罰與刑事罰的兩種制裁手段；第

¹⁶⁵ 參見許玉秀著，水污染防治法的制裁構造—環境犯罪構成要件的評析，主觀與客觀之間，1997年9月，初版，頁477。

二層意涵則為刑事犯罪的成立，係以行政罰為前提要件，亦即在刑事法制的設計上，犯罪的構成要件，係先經行政機關為具有行政罰性質的行政處分後，再有一定的違犯作為始能該當，簡言之，行政罰為刑事犯罪的構成要件，刑事犯罪的成立以行政罰為前提。本文固然以後者為探討的重點，然前者與後者一樣，同處於本文所稱的鄰接區域內，亦為常見的立法模式，在法制的設計上同等重要。

以公平交易法為例，該法即採取行政制裁與刑事制裁併行的雙軌制，不但同一行為有可能同時受到刑事和行政的制裁，行政制裁亦有可能成為刑事制裁的前提要件。公平交易法第23條規定：「多層次傳銷，其參加人如取得佣金、獎金或其他經濟利益，主要係基於介紹他人加入，而非基於其所推廣或銷售商品或勞務之合理市價者，不得為之。」第35條第2項規定：「違反第二十三條規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。」第42條規定：「違反第二十三條規定者，除依第四十一條規定處分外，其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。」對於違反公平交易法第23條的行為，除司法機關可依同法第35條第2項規定，對行為人處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金外，行政機關亦可依同法第42條的規定，在情節重大的情形下，對行為人為命令解散、停止營業或勒令歇業的行政處分。行為人固然因同一行為受到重複處罰，但由於以上刑罰及行政罰各有其目的，其中刑罰以制裁應報為目的，係對過去行為的懲處，而行政罰則以禁止再犯為目的，有使危害法秩序的行為不再繼續的作用，其產生的效果係對未來發生，因此兩者併存不生本質上的衝突，故應無違反「雙重評價禁止原則」的問題。

至於同法第42條規定，主管機關公平交易委員會尚可依第41條規定，對於違反規定的事業為：「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止」等處分，由於第41條的規範對象為「事業」，也就是法人，如第35條的處罰對象是自然人時，第42條的行政制裁和第35條的刑事制裁，自然可以併存，因為法人與自然人之間有類似共同正犯的關係，各有其責任歸屬，但如依第38條的規定，對法人科處第35條的罰金時，則法人將因同一行為而受刑罰和行政罰雙重處罰。

另外，在公平交易法第35條第1項規定：「違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其

行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。」則屬以行政罰為前提的刑事不法模式展現，亦即是否構成公平交易法第35條第1項的罪名，必以違反行政機關所為停止、改正其行為或採取必要更正措施等命令，逾期仍未遵守或停止後再為相同或類似違反行為者，始足當之。換言之，行政機關的禁止命令成為犯罪行為的前提要件。

（二）鄰接區域的產生背景

1、傳統法制的改進

於第二次大戰期間，德國政府曾頒行各種財經管制法令，戰後為能穩定經濟秩序，重新整理法規體系，乃於 1949 年制定新設計的「經濟刑法」(Wirtschaftsstrafrecht)，就應受處罰的經濟犯罪行為，採用「混合的構成要件」(Mischtatbestände)的立法方式，依行為事實的內容，若合於該法所定的構成要件，足堪認定為犯罪時，即科以刑事制裁；反之，如認定性質僅屬行政目的的違反者，則科以行政罰鍰(Geldbuße)。從而在傳統的行政犯與刑事犯之間，產生中間類型的「行政刑法」或「行政刑罰」的概念¹⁶⁶。

2、行政制裁手段的提昇

行政罰與行政刑罰，均屬國家對於人民因違反一定法規範所為的一種強制手段，故同具公法性質。其中行政罰係人民違反行政法義務時，國家為能確保這些義務的履行，乃對於違反義務者施以一定的制裁。這些制裁規定有使用刑罰或秩序罰為手段，亦有併用者，行政法的制裁規定中若以刑罰為法律效果的罰則條款，即屬附屬刑法，而與主刑法同樣適用刑法總則的規定¹⁶⁷，若以行政罰（秩序罰）為法律效果者，原則上由行政機關自為處分。由此可見，在行政法的領域當中確實存在有行政罰與刑事罰接鄰的區塊，這個區塊或許是依法益的損害程度，也或許是依侵害客體的差異等原因作區隔，但不管立法者的考量為何，彼等均為達成特定行政目的的手段則無二致。

¹⁶⁶ 參見何子倫著，刑事犯與行政犯之區別初探，國政研究報告，2003年1月28日，<http://www.npf.org.tw/publication/cl/092/cl-r-092-005.htm>，2004年3月11日查閱。

¹⁶⁷ 參見林山田著，刑法通論（下），2003年12月，增訂八版一刷，頁68。

3、特殊議題的抬頭

由於時代進步，對於人權的保障，已從最原始的生命、身體等權益，提昇至對人身自由、名譽、信用及有形財產權的保護，近世更有所謂環境權、智慧財產權等，雖非人類基本權但與之息息相關的重要權益受到關切與重視。這些屬於人類精緻化的需求觀念逐漸在人類心目中深植，甚至於有將之視為基本權而與財產權同等看待，蓋無論是環境權或者智慧財產權，均係人類賴以生存的資源，和財產並無不同¹⁶⁸。以環保議題為例，我國近年來陸續制訂多種與環境保護有關的法律，其中水污染防治法、空氣污染防制法、飲用水管理條例等均兼採刑罰和行政罰為制裁手段。水污染防治法於1991年5月6日修正前僅有七條行政罰的規定，目前已增訂至六條刑罰條文、十五條行政罰條文；空氣污染防制法於1992年2月1日修正前原有六條行政罰條文，但無刑罰規定，目前已增訂至六條刑罰條文、二十條行政罰條文；飲用水管理條例原各有一條行政罰和刑罰規定，於1999年12月22日修正後則增加為刑罰四條、行政罰七條。另在刑法公共危險罪章第187條之1和之2增設不法使用核能或放射線及非法製造、販賣，運輸或持有核子原料的處罰規定，並於第190條之1增設投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物而污染空氣，土壤，河川或其他水體，致生公共危險的處罰規定。顯見行政罰與刑事罰鄰接區域的產生也與各種時代議題有著密不可分的關係。

（三）我國鄰接區域的立法型態

我國現行對於違反行政法上的作為或不作為義務所加的制裁，除專以行政罰或刑事罰為處罰手段外，最常見的立法型態即為行政罰與刑事罰以併列的方式處罰者，此種型態即處於本文所稱的鄰接區域，其立法體例大致可分為如下四大類型：

1、行政罰及刑事罰併為處罰手段者

對於違反行政法上的義務者，同時併處行政罰與刑事罰，亦即科處刑事罰與行政秩序罰而予以雙重處罰。例如：

¹⁶⁸ 參見許玉秀著，我國環境刑法規範的過去、現在與未來，主觀與客觀之間，1997年9月，初版，頁497。

I、刑法第185-3條：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。」道路交通管理處罰條例第35條：「汽車駕駛人，駕駛汽車經測試檢定有左列情形之一者，處新臺幣一萬五千元以上六萬元以下罰鍰，並當場移置保管其車輛及吊扣其駕駛執照一年；因而肇事致人受傷者，並吊扣其駕駛執照二年；致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再考領：一、酒精濃度超過規定標準．．．。」依我國實務通說，若行為人於酒後駕車，其呼氣酒精濃度達每公升零點五五以上，即符合前揭刑事罰與行政罰的處罰標準，可予以併罰。然因此種立法模式係行政罰與刑事罰分開立法，並不合於本文所稱的行政刑罰（請參考本文第二章第四節有關特別刑法與行政刑罰的比較），併予敘明。

II、農地重劃條例第39條：「有左列行為之一者，處一年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金，並責令恢復原狀：一、未經許可，私自變更重劃農地之使用者。二、違反依第九條規定之公告，致妨害農地重劃之實施者。三、以占有、耕作、使用或其他方法，妨害農地重劃計畫之實施者。」

2、依行為情節輕重分別處以行政罰、刑事罰者

對於違反行政法上的義務者，依其行為情節輕重分別處以行政罰或刑事罰。例如：

I、國家公園法第25條：「違反第十三條第二款、第三款、第十四條第一項第一款至第四款、第六款、第九款、第十六條、第十七條或第十八條規定之一者，處一千元以下罰鍰；其情節重大，致引起嚴重損害者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」

II、石油管理法第39條：「有下列各款情事之一者，處新臺幣二百萬元以上一千萬元以下罰鍰：一、違反第六條第一項規定，未取得石油煉製業經營許可執照，且非煉製試車而蒸餾、精煉或摻配石油。二、違反第十條規定，未取得石油輸入業經營許可執照，且未依第十二條或第十三條規定，經專案核准，而輸入石油。前項所蒸餾、精煉、摻配或輸入之石油，沒入之。有第一項各款情事之一，致生公共危險者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰金。法人犯前項之罪者，除處罰其行為負責人外，對該法人亦科以前項之罰金。」第40條：「有下列各款情事之一者，處新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰：一、違反第十六條第二項規定，未經登記而經營汽、柴油批發業務。二、違反第十七條第一項或第二項規定，經營汽、柴油或供車輛使用之液化石油氣零售業務。三、違反

第十八條第一項規定，未經申請核准而設置自用加儲油（氣）設施。四、違反第三十三條第一項規定，未經申請核准而設置儲油設備。前項供銷售或自用之石油製品及所使用之加儲油（氣）設施器具，沒入之。有第一項各款情形之一而致生公共危險者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以上三百萬元以下罰金。法人犯前項之罪者，除處罰其行為負責人外，對該法人亦科以前項之罰金。」

Ⅲ、水利法第92條：「未得主管機關許可，私開或私塞水道者，除通知限期回復或廢止外，處六千元以上三萬元以下罰鍰；因而損害他人權益者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科四千元以上二萬元以下罰金；致生公共危險者，處五年以下有期徒刑，得併科六千元以上三萬元以下罰金。」

3、以行政罰為前提的刑事罰為手段者

其中依違犯行為的性質，又可再區分為違反行政法規及違反行政處分二種：

(1) 違反行政法規（禁止或誡命規定）者，例如：

Ⅰ、就業服務法第64條：「違反第四十五條規定者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。五年內再違反者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以下罰金。」

Ⅱ、水污染防治法第34條（前段類型）：「違反第二十七條第一項未立即採取緊急應變措施，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」

Ⅲ、空氣污染防治法第46條（前段類型）：「違反第三十二條第一項未立即採取緊急應變措施，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」

Ⅳ、會計師法第49條：「未依法取得會計師資格，而擅自執行會計師業務，或刊登廣告招攬會計師業務者，除依法令執行業務者外，得由省（市）主管機關處三千元以下之罰鍰。前項所定之罰鍰拒不繳納者，移送法院強制執行。受第一項處分三次以上，而仍繼續從事會計師業務者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金。」

(2) 違反行政機關所為行政處分（禁止或誠命處分）者，例如：

I、建築法第85條：「違反第十三條或第十四條之規定，擅自承攬建築物之設計、監造或承造業務者，勒令其停止業務，並處以六千元以上三萬元以下罰鍰；其不遵從而繼續營業者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。」同法第95-1條：「室內裝修從業者違反第七十七條之二第三項規定者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得勒令其停止業務，必要時並撤銷其登記；其為公司組織者，通知該管主管機關撤銷其登記。經依前項規定勒令停止業務，不遵從而繼續執業者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三十萬元以下罰金；其為公司組織者，處罰其負責人及行為人。」

II、公平交易法第35條：「違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。違反第二十三條規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。」同法第36條：「違反第十九條規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五千萬元以下罰金。」

III、水污染防治法第34條（後段類型）：「不遵行主管機關依第二十七條第四項所為之命令，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」同法第38條：「事業不遵行主管機關依本法所為停工或停業之命令者，處負責人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。不遵行主管機關依第五十二條所為停止作為之命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰金。」

IV、空氣污染防制法第46條（後段類型）：「不遵行主管機關依第三十二條第二項所為之命令，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」

V、人民團體法第61條第1項：「未經依法申請許可或備案而成立人民團體，經該管主管機關通知限期解散而屆期不解散，仍以該團體名義從事活動經該管主管機關制止而不遵從，首謀者，處二年以下有期徒刑或拘役。」

VI、集會遊行法第29條：「集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役。」

VII、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第81條第1項：「違反第三十六條第一項或第二項規定者，處新臺幣二百萬元以上一千萬元以下罰鍰，並得限期命其停止或改正；屆期不停止或改正，或停止後再為相同違反行為者，處行為負責人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。」

VIII、光碟管理條例第17條第1、2項：「有下列情事之一者，應令其停工，並處新臺幣一百五十萬元以上三百萬元以下罰鍰：一、違反第十條第一項規定，未申請核發來源識別碼而製造預錄式光碟者。二、違反第十條第二項規定，製造預錄式光碟未壓印標示來源識別碼或為虛偽不實標示者。三、違反第十條第三項規定，將來源識別碼交由他人使用於預錄式光碟之壓印標示者。經依前項規定，命令停工或處罰鍰後，另有前項所列情事之一者，應再命其停工，並處新臺幣三百萬元以上六百萬元以下罰鍰；再不遵從者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三百萬元以上六百萬元以下罰金。」

IX、飲用水管理條例第16條：「有左列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役，得併科新臺幣六萬元以下罰金：一、違反第五條第一項規定，經禁止為該行為而不遵行者。二、違反第六條第一項規定，經禁止作為飲用水水源而不遵行者。三、違反第十一條第一項規定，經禁止供公眾飲用而不遵行者。犯前項之罪因而致人於死者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以下罰金。致重傷者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣十五萬元以下罰金。」

4、兼採依行為情節輕重分別處以行政罰、刑事罰，或以行政罰為

前提的刑事罰為手段者

例如：臺灣地區與大陸地區人民關係條例第79-3條第2項：「違反第五條之一規定者，處新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰鍰；其情節嚴重或再為相同、類似之違反行為者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。」

（四）鄰接區域的法律特性

如同前述，行政罰與刑事罰在我國行政法規當中交互運作的結果，大致可區分為以下三種類型：一為專以行政罰為處罰手段者，二為專以刑事罰為處罰手段者，三為兼以行政罰及刑事罰為處罰手段者。其中第三種又可細分為：以行政罰及刑事罰併為處罰手段者、依行為情節輕重分別處以行政罰或刑事罰者、以行政罰為前提的刑事罰者，及兼採依行為情節輕重分別處以行政罰、刑事罰，或以行政罰為前提的刑事罰為手段者等四種。本文所稱之鄰接區域專指第三種類型，由於該類型係以第一、二種類型衍生發展而來，故欲探討其法律特性，將無法偏離第一、二種類型法律特性的探討。

其中第一、二種類型較為單純，立法者依照行政法規的性質，及其應受遵行的目的要求，分別設計出不同強度的約制效果。一般而言，其保護法益層面較大（如保護國家或社會法益）或價值較高（如生命、身體）者，以刑事罰為手段；保護法益層面較小（如個人法益）或價值較低（如財產）者，則以行政罰為手段，此屬立法裁量的範疇，自有其立法上的考量。例如，專以行政罰為手段者，有勞動基準法第 79、80 條所規範之違反依限期給付工資、調整工作時間的命令，及違反假期或事假以外期間內工資給付的最低標準等；職業災害勞工保護法第 33 條、第 34 條所規範之違反勞動檢查員至勞工工作場所檢查、發給勞工資遣費、安置適當的工作並提供其從事工作必要的輔助設施、依法應為所屬勞工辦理加入勞工保險等。以上屬專以行政罰為手段的法規，其所保護者泰半屬於層面較小的勞工個人權益，或有認為勞工法益為社會福利之一環，屬於社會法益，而非單純個人法益，但無論如何其僅保護價值較低的財產權則是不爭的事實。另外，專以刑事罰為手段者，有洗錢防制法第 9 條所規範的違法洗錢的處罰；期貨交易法第 112 條所規範的違法擅自經營期貨交易所或期貨交易所業務、擅自經營期貨結算機構者、擅自經營槓桿交易商、擅自經營期貨信託事業、期貨經理事業、期貨顧問事業，或其他期貨服務事業、期貨信託事業違反同法第 84 條第 1 項規定募集期貨信託基金等；勞工安全衛生法第 31 條所規範之違法保護勞工安全的法律造成職業災害；稅捐稽徵法第 41 條所規範之納稅義務人以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐等。以上專以刑罰為手段之法規，其所保護者泰半屬於層面較大的社會法益，如社會治安、期貨金融秩序、稅賦公平等事項，其中雖有單純保護勞工個人法益，惟因涉及勞工生命、身體安全，故亦認為屬於保護價值較高的法益，亟需以刑罰作為達成特定行政目的的手段。當然以刑罰作為制裁手

段者，其約制力道較強，較能讓人民心生警惕，達到威嚇的效果，因此在法益保護的選擇上，立法者應以層面較大、價值較高、有急迫性作為最優先的考慮，乃不言而喻。

相對於以上第一、二種類型，第三種類型則顯得較為複雜。其複雜程度的表現，除反應在法律構成要件的設計面，亦反應在立法政策的考量上。而第三種類型中之「行政罰及刑事罰併為處罰手段者」型態的設計，原則上係以放大處罰種類的方式，增加行為人的負擔，以達一般預防的效果，或增加執行技巧，課以特定的義務，以利行政目的的完成。至於「依行為情節輕重分別處以行政罰或刑事罰者」型態的設計，則是針對違反行政管制行為的危害程度所作的區分，其進一步細分行政罰與刑事罰的適用標準，並給予執法者明確的裁量指示，將標準具體化，以情節輕重劃分之，俾能因應不同程度的行政法益侵害，較符合比例原則。另「以行政罰為前提的刑事罰為手段者」型態的設計，基本上係採取漸進式的思考模式，立法者有鑑於行政法規的規範目的有著不易改善或改善成本較高的特性，乃由行政機關先依行政程序處罰，再移送司法機關審理，以逐漸加強約制力道的方式要求改善，有先期預警的效果，期能兼顧人民的權益及行政目的的達成。「兼採依行為情節輕重分別處以行政罰、刑事罰，或以行政罰為前提的刑事罰為手段者」型態的設計，則屬綜合類型，立法者擇取各種型態的優點於一身，亦即一方面給予處罰機關有較寬廣的裁量空間，並給予明確的裁量指示，俾能因應各種不同程度的行政法益侵害，以符合比例原則；另一方面則以逐漸加強約制力道要求改善，產生先期預警的效果，俾兼顧人民權益及行政目的之達成。

二、犯罪類型及特色分析

所謂以行政罰為前提的刑事不法，係指不法行為的內涵提升到犯罪程度，由立法者賦予刑事責任，乃以行為人因違反行政法上的義務，經行政機關為一定的行政處分後，始足形成而言。簡言之，刑事犯罪成立與否，乃取決於行政機關所為行政處分之原因事實的再違反，沒有行政處分的存在即無刑罰，沒有行政處分的再違反亦不構成犯罪，行政處分與刑事犯罪息息相關，相互依存。而此處所稱的行政處分乃專指行政秩序罰，並以罰鍰、限制或禁止行為之處分、剝奪或消滅資格、權利之處分為限，具體項目尚包括限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請或其他限制或禁止為一

定行為的處分（限制或禁止行為的處分）；命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利的處分（剝奪或消滅資格、權利的處分）等為限¹⁶⁹，惟「行政刑罰」及「懲戒罰」、「執行罰」與「以行政罰為前提的刑事不法」本旨不符，故不與焉¹⁷⁰。另因與行政法有一定程度的關聯，故此類刑事罰通常係以附屬刑法的型式呈現，並由於其具有行政程序先行，司法程序在後的特性，故有學者稱之為「先行政後司法」的制裁手段¹⁷¹。

（一）違犯型態分析

以行政罰為前提要件的犯罪類型，係以行政罰為先決條件，作為先決條件的行政罰雖僅係違反行政法規範的法律效果，但法律效果的發生其實已隱含法律構成要件的違反，故區分此種特殊刑罰的違犯型態，其組合而成的個別構成要件也將成為一個觀察的重點，其中包括作為前提要件的行政罰所由來屬於行政法規的構成要件（以下簡稱行政罰構成要件），及作為主體的刑法構成要件。茲就各種違犯型態分述如後：

1、以時間限制與否為區分

此處的分類，主要係以犯罪構成要件行為是否附加時間限制來作區分，例如，就業服務法第64條規定：「違反第四十五條規定者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。五年內再違反者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以下罰金。」條文當中所謂「違反第四十五條規定者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰」，即為作為前提要件的行政罰構成要件，惟因受限於立法用語精簡的要求，所以其完整的構成要件仍須參考同法第45條的規定內容。至於「五年內再違反」則為犯罪行為論當中的「一定作為」型態，比較特別的是，條文當中在犯罪行為部分附加五年的時間限制，亦即此次違犯行為距離前次違犯行為，不得逾五年，若已逾五年，則不構成犯罪。此處所稱「五年內再違反」，必以前次違犯行為，已經行政機關查悉並處罰確定在案為限，若有違犯行為，但始終未被查悉並處罰，則無從計算五

¹⁶⁹ 參見 2003 年 7 月 9 日第 2847 次行政院會議通過行政罰法草案第 2 條第 1、2 款之具有裁罰性的不利處分（該法業於 2005 年 1 月 14 日經立法院三讀通過）。

¹⁷⁰ 參見前註行政罰法草案第 1 條立法理由說明。

¹⁷¹ 參見李震山著，先行政後司法之行政制裁，月旦法學雜誌第 60 期，2000 年 5 月，頁 26-27。

年的起迄點，當無該當犯罪構成要件之餘地。又五年的計算起點，應以前次違犯行為的時間為準，蓋條文係以「再違反」為構成要件，則時間的起算，自應與違犯的時間相呼應才是。

2、以行政處罰的次數為區分

此處的分類，主要係以作為前提要件的行政罰構成要件部分是否附加次數上的限制來作區分，例如，光碟管理條例第 17 條第 1、2 項規定：「有下列情事之一者，應令其停工，並處新臺幣一百五十萬元以上三百萬元以下罰鍰：一、違反第十條第一項規定，未申請核發來源識別碼而製造預錄式光碟者。二、違反第十條第二項規定，製造預錄式光碟未壓印標示來源識別碼或為虛偽不實標示者。三、違反第十條第三項規定，將來源識別碼交由他人使用於預錄式光碟之壓印標示者。經依前項規定，命令停工或處罰鍰後，另有前項所列情事之一者，應再命其停工，並處新臺幣三百萬元以上六百萬元以下罰鍰；再不遵從者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三百萬元以上六百萬元以下罰金。」會計師法第 49 條規定：「未依法取得會計師資格，而擅自執行會計師業務，或刊登廣告招攬會計師業務者，除依法令執行業務者外，得由省（市）主管機關處三千元以下之罰鍰。前項所定之罰鍰拒不繳納者，移送法院強制執行。受第一項處分三次以上，而仍繼續從事會計師業務者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金。」以上例舉均屬此種類型。

其中光碟管理條例第 17 條第 1、2 項條文當中，所謂「有下列情事之一者，應令其停工，並處新臺幣一百五十萬元以上三百萬元以下罰鍰」即為作為前提要件的行政罰構成要件，另「經依前項規定，命令停工或處罰鍰後，另有前項所列情事之一者，應再命其停工，並處新臺幣三百萬元以上六百萬元以下罰鍰」，亦為前提要件的行政罰構成要件，惟屬第二次的性質。條文當中所稱「再不遵從者」即為第三次違犯行為，惟因已該當本條文所規定的犯罪的構成要件，故不再處以行政罰，而應逕依刑事罰論處，茲值一提的是條文所稱「再不遵從者」，雖係消極不遵守的行為，但在犯罪行為論當中，卻是屬於作為犯的性質。又此種犯罪係以行政罰的次數，作為構成要件者，其犯罪的成立必以一定次數以上的行政罰為前提，次數未達構成要件要求的次數，即不構成犯罪，惟超過法律要求的次數以上，無論次數多寡均可構成刑事犯罪。至於達法律所要求的最低行政罰次數以上，仍有多次再次違犯行為，是否構成連續犯，或者可成立數罪併罰？不無疑問。或有謂法文既稱「再不遵從者」，並無語帶刑罰次數限制之意，故仍可繼續處以刑罰，因此可視其情

況，分別成立連續犯或數罪併罰。然本文見解認為，基於一事不二罰的法理，其前面的行政罰既經本次犯罪構成要件該當性的評價，則不再累積論計，亦即行政罰既經犯罪認定所引用，已隨之耗盡次數之累計，此時若再認定其是否成立犯罪，即應重新起算前面的行政罰次數，不可相互援用。此外，以為犯罪前提的行政罰，必以經行政機關查悉並處罰確定在案為限，若有違犯行為但始終未被查悉並處罰，即無從計算其違犯次數，故當無適用刑罰之餘地，乃當然之解釋。

另外，前開就業服務法第 64 條規定的刑事罰，除係以時間設限的特殊型態外，亦屬以行政處罰次數設限的立法型態，故可謂兼具雙重特殊性的立法，附帶說明之。

3、以行為態樣的不同為區分

此處的分類，主要係以刑事犯罪的違犯行為態樣來作區分。由於行政法規違犯型態的種類眾多，所以連帶使得以之為前提要件的刑事犯罪種類也相對複雜化。其行為態樣大致可區分為積極作為及消極不作為者，前者如就業服務法第 64 條之「再違反者」、公平交易法第 35 條、第 36 條「停止後再為相同或類似違反行為者」、會計師法第 49 條「仍繼續從事會計師業務」、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 81 條第 1 項：「停止後再為相同違反行為」等；後者則如建築法第 85 條、第 95-1 條「不遵從而繼續營業者」、公平交易法第 35 條、第 36 條「逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為」、水污染防治法第 34 條、第 38 條：「未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關所為之命令」、空氣污染防制法第 46 條「未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第三十二條第二項所為之命令」、人民團體法第 61 條第 1 項「經該管主管機關制止而不遵從」、集會遊行法第 29 條「經制止而不遵從」、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 81 條第 1 項「屆期不停止或改正」、光碟管理條例第 17 條第 1、2 項「再不遵從者」、飲用水管理條例第 16 條「經禁止為該行為而不遵行者」等。

以行政罰為前提的刑事犯罪之違犯種類，在形式上固有以上積極作為及消極不作為等型態之分，但細究其內容，不外可統一歸納為行政法規（禁止規範¹⁷²或誡命規範¹⁷³）或行政機關所為行政處分（禁止或誡命處分）之違反。

¹⁷² 所謂禁止規範乃指要求受規範者禁止為特定行為，例如透過普通殺人罪（刑法第 271 條）之規定，明揭「你不得殺人」。參見林山田著，刑法通論（上），自版，2002 年 11 月，增訂八版一刷，頁 46。

¹⁷³ 所謂誡命規範乃指要求受規範者為特定行為，例如透過遺棄罪（刑法第 293、294 條）之

在行政法規的違反型態上，行為人的積極作為（例如持續從事業務行為、污染行為等），其實就等於法規的禁止或誡命規定的違反；另在行政處分的違反型態上，除當然直接違反行政處分的內容外，其背後所依循的禁止或誡命規定，亦在違反之列則不在話下，兩者只有直接與間接的差別而已。而兩者的共通處，即在於該等法規或命令的違反，均係因行為人的一定作為所造成，所以可稱以行政罰為前提的刑事犯罪，蘊含有「不作為裡面的作為」的特色，似不為過。其中的「不作為」指的是「法規遵守」義務的不作為，而所謂「作為」即為積極違反法規的行為。再由於行政罰，係源於行政法規當中的禁止、誡命規定或行政處分的違反，經行政機關依一定行政程序所為的處罰，故已經行政機關為一定的違法性審查，是以行政罰為前提的刑事犯罪亦具有「先行行政後司法的審查」、「雙重審查」等特質已不待言。

4、以行政罰的法律效果不同為區分

此處的分類，主要係以作為前提要件的行政罰法律效果是否為罰鍰為區分標準，由於以行政罰為前提要件的刑事犯罪當中的行政罰，可為罰鍰處分、限制或禁止行為的處分、剝奪或消滅資格、權利的處分等形式呈現，故行政罰的法律效果，亦可作為本題旨所示的犯罪類型區分的一種標準。以罰鍰為法律效果者，例如：就業服務法第64條、會計師法第49條等；以罰鍰以外的處分為法律效果者，例如：建築法第95-1條之「勒令停止業務」、公平交易法第35條之「限期停止、改正其行為或採取必要更正措施之命令」、水污染防治法第34條之「主管機關依第二十七條第四項所為之命令」、第38條之「主管機關依本法所為停工或停業之命令」、「主管機關依第五十二條所為停止作為之命令」、空氣污染防制法第46條之「主管機關依第三十二條第二項所為之命令」、人民團體法第61條第1項之「主管機關通知限期解散之命令」、集會遊行法第29條之「主管機關解散之命令」、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第81條第1項之「限期停止或改正之命令」、飲用水管理條例第16條之「禁止為違反第五條第一項規定行為之命令」、「禁止違反第六條第一項規定使之作為飲用水水源之命令」、「禁止違反第十一條第一項規定使之供公眾飲用之命令」等；或兩者同為法律效果者，例如：建築法第85條之「勒令其停止業務，並處以六千元以上三萬元以下罰鍰」。另外，值得一提的是，光碟管理條例第17條第1項規定：「有下列情事之一者，應令其停工，並處新臺幣一百五十萬元以上三百萬元以下罰鍰：一、違反第十條第一項規定，未

規定，明揭「你要救助欠缺自救力的人」。參見林山田著，同上註，頁47。

申請核發來源識別碼而製造預錄式光碟者。二、違反第十條第二項規定，製造預錄式光碟未壓印標示來源識別碼或為虛偽不實標示者。三、違反第十條第三項規定，將來源識別碼交由他人使用於預錄式光碟之壓印標示者。」其條文當中既稱「應令其停工，並處新臺幣一百五十萬元以上三百萬元以下罰鍰」，顯然屬於併罰的效果，亦即若有違犯所列舉的事項，即應命令其停工，同時並應科處罰鍰才是。惟其第2項竟規定：「經依前項規定，命令停工或處罰鍰後，另有前項所列情事之一者，應再命其停工，並處新臺幣三百萬元以上六百萬元以下罰鍰；再不遵從者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三百萬元以上六百萬元以下罰金。」其處罰的效果以「命令停工或處罰鍰」之形式呈現，表示行政機關可單獨為「停工」的命令，或僅處罰鍰即可，兩者可擇一為之，擁有處罰裁量權，顯然與第1項的立法旨趣相互矛盾，其有立法上的瑕疵，至為明顯。

5、以違犯法令型態的不同為區分

此種區分，主要係以觸犯刑罰的行為所違反的法令型態究為行政法規本體，抑或是其所衍生由行政機關所為的行政處分之不同來作區分。簡言之，犯罪行為之可罰性，究係源於行政法規本體或是行政處分的違反，為本題旨所示犯罪類型的區分標準。首先，違反行政法規者，例如：就業服務法第64條之「違反第四十五條規定者」、水污染防治法第34條之「違反第二十七條第一項且未立即採取緊急應變措施者」、空氣污染防制法第46條之「違反第三十二條第一項且未立即採取緊急應變措施者」、會計師法第49條之「未依法取得會計師資格，而擅自執行會計師業務，或刊登廣告招攬會計師業務者，除依法令執行業務者外」等，以上所謂「第四十五條」、「違反第二十七條第一項」、「第三十二條第一項」、「未依法取得會計師資格，而擅自執行會計師業務，或刊登廣告招攬會計師業務者，除依法令執行業務者外」等均為行政法規本法當中的規定，立法者直接以該等法律所訂禁止或誡命規定的違反作為刑罰可罰性之依據；另外，違反行政機關所為行政處分者，例如：建築法第85條、同法第95-1條之「停止業務之命令」、公平交易法第35條、同法第36條之「中央主管機關依第四十一條規定限期停止、改正其行為或採取必要更正措施之命令」、水污染防治法第34條之「主管機關依第二十七條第四項所為之命令」、同法第38條之「主管機關依本法所為停工或停業之命令」、空氣污染防制法第46條之「主管機關依第三十二條第二項所為之命令」、人民團體法第61條第1項之「主管機關所為限期解散之通知」、集會遊行法第29條之「主管機關解散之命令」、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第81條

第1項之「限期停止或改正之命令」、光碟管理條例第17條第1、2項之「停工命令」等，以上所稱「停止業務之命令」、「停止、改正其行為或採取必要更正措施之命令」、「依第二十七條第四項所為之命令」、「依本法所為停工或停業之命令」、「依第三十二條第二項所為之命令」、「限期解散之通知」、「解散之命令」、「停止或改正之命令」及「停工命令」均為行政機關依據各該法律所為的行政處分，其刑罰的可罰性並非直接源於法律本身，而係行政機關依據法律規定所衍生之禁止或誡命性質的行政處分的違反。不過，由於後者仍具有違反行政法規的本質，故兩者實際的差別僅在於直接或間接的關係而已。

6、以實害結果的有無為區分

此種分類，主要係以犯罪是否產生實害結果為區別，由於此種限制並非常見，故為一種特殊型態。例如，水污染防治法第34條規定：「違反第二十七條第一項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第二十七條第四項所為之命令，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」空氣污染防制法第46條規定：「違反第三十二條第一項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第三十二條第二項所為之命令，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」等即為適例。其中法律當中所訂之「致人於死」、「致重傷」、「致危害人體健康導致疾病」即為實害結果，因有具體危害，故為實害犯。

我國向來的立法結構，「致死」和「致重傷」屬於傳統概念的加重結果，有刑法第17條加重結果犯規定的適用。依該條規定，加重結果於行為人能預見的情況下，方能歸責於行為人，亦即行為人對加重結果至少應有過失¹⁷⁴，依通說的看法，如對加重結果有故意，則另成一罪。但無論如何，皆表示有「有責原則」的適用，蓋「有責原則」的基本內涵，即行為人對於構成要件要素有故意或過失的情況，且同時確定「死亡」及「重傷」結果為構成要件

¹⁷⁴ 我國刑法第13條第2項「間接故意」及同法第14條第2項「無認識過失」的規定，均以「預見」為要件，故行為人對犯罪事實能於事前有所「預見」，最起碼應負過失責任。

要素。而在採取結果犯的制裁方式之下，如果要放寬處罰的標準，擴張制裁機會，學理上可採行二種理論來加以解決。第一種為「不純正結果加重犯（Unechte erfolgsqualifizierte Delikte）」¹⁷⁵理論，亦即違反環境行政義務，不論是否具有犯罪故意，只要產生上開「致人於死」、「致重傷」、「致危害人體健康導致疾病」等結果，即可加以處罰。此與傳統概念的加重結果犯最大的不同，在於後者係因故意犯一罪（基本構成要件部分），而因過失產生加重結果（加重結果構成要件），有學者稱之為「故意與過失的連結（Vorsatz Fahrlässigkeit Kombination）」¹⁷⁶；但「不純正結果加重犯」並無所謂基本構成要件與加重結果構成要件之分，且不以故意犯罪為必要，故其構成要件較為寬鬆，有加強制裁的效果。第二種則可採用客觀處罰條件的理論¹⁷⁷，將上開結果視為客觀處罰條件，目前我國即採此理論¹⁷⁸。採用客觀處罰條件理論，可將上開實害結果排除於構成要件之外，以縮小主觀犯意的證明範圍，且因具有中立性質，不但與行為人的「故意」、「過失」無涉，亦與「既遂」、「未遂」無關¹⁷⁹。客觀處罰條件雖非構成要件的一部分，但仍為犯罪處罰的必要條件，若未有該等處罰條件發生即不予處罰，縱使已有構成要件行為亦不生影響。由於此種犯罪型態的結果為處罰條件，並非「結

¹⁷⁵ 參見鄭昆山著，環境刑法之基本理論，五南圖書出版公司，1998年4月，二版一刷，頁238。

¹⁷⁶ 參見林山田著，刑法通論，1993年，頁118。轉引自鄭昆山著，同上註，頁242。

¹⁷⁷ 客觀處罰條件理論，和許多其他刑法理論一樣，可溯及德國法學大家賓頂（Binding）。賓頂於1872年提出規範論（Normtheorie）時，曾提及客觀處罰條件的概念，在1950年代至70年代初期，客觀處罰條件，曾經是刑法理論上引起極大爭議的問題，在爭論之中立法者已經採用這個概念。爭議的焦點是，究竟它是擴張罪責抑或是限制罪責的條件？70年代初期，葉學克（Jescheck）以「偽裝的擴張罪責條件」（Verkappeter Strafschärfungsgrund）和「真正的限制罪責條件」（reiner Strafeinschänkungsgrund）的分類，結束爭論，近二十年來，關於這個問題，只有極零星的討論。爭論雖然停止，但問題並未澄清，已經被立法者採用的規定，依舊存在，往後的立法者似乎也沒有進一步利用這個理論的意思。究其原因，一方面由於「擴張罪責條件」這個心結，另一方面應該是沒有立法機會的緣故。參見許玉秀著，同註4，頁495。

¹⁷⁸ 有學者認為此種結果屬於處罰條件相當的結果。按依據結果在刑法評價上的作用，結果可以區分為構成要件該當的結果與處罰條件相當的結果。前者係指構成要件所規定的結果，行為必須發生這種結果，始有可能具備構成要件該當性。後者則指客觀的可罰性相當的結果，亦即做為處罰條件的結果，例如聚眾鬥毆罪（刑法第283條）所規定的「致人於死或重傷」的結果。這種結果係立法者出於刑事政策上的考慮，做為特定罪的可罰性及具有決定性的條件。參見林山田著，同註8，頁179。另有學者認為此等條文對生命、身體造成實害的處罰規定，猶如特殊的公共危險加重結果犯，係以加重結果的發生為處罰條件。參見許玉秀著，同註4，頁478、494。

¹⁷⁹ 參見黃常仁著，刑法總論（邏輯分析與體系論證），2001年8月，增訂一版，頁103。

果犯」的結果¹⁸⁰，故亦與加重結果犯不同。但不管採用何說均有擴張罪責的效果，引用時不可不慎。

另外值得一提的是，並非無論如何只要人體受到侵害，犯罪即告成立，以前開例示的法規而言，若行為人能立即採取緊急應變措施，或遵行主管機關依有關規定所為的命令，縱使行為人有違反水污染防治法第34條、空氣污染防制法第46條的情形，並且致人於死、重傷或危害人體健康導致疾病，仍不構成上開罪名，於此不得不辨。

7、以加重結果犯的有無為區分

此種分類，主要係以犯罪構成要件是否增設加重結果犯作為區別，由於此種增設情況並非常見，故為一種特殊型態。例如，飲用水管理條例第16條：「有左列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役，得併科新臺幣六萬元以下罰金：一、違反第五條第一項規定，經禁止為該行為而不遵行者。二、違反第六條第一項規定，經禁止作為飲用水水源而不遵行者。三、違反第十一條第一項規定，經禁止供公眾飲用而不遵行者。犯前項之罪因而致人於死者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以下罰金。致重傷者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣十五萬元以下罰金。」條文當中所規定之「致人於死」、「致重傷」固為構成要件該當的結果，但非基本構成要件該當的普通結果，而係構成要件的加重結果。蓋本條文第1項已有獨立的構成要件及法律效果，若完成該項構成要件行為，犯罪即已成立，而第2項部分雖亦有獨立的法律效果，但因其構成要件（包括主、客觀構成要件）係沿用第1項的規定而來，故其本身並無獨立性，僅係前者結果的延伸。此種條文構造即符合加重結果犯的法律概念及立法模式，其中第1項即為刑法學者所稱的基本構成要件，而第2項則為構成要件的加重結果。加重結果僅係比基本構成要件該當的普通結果（可能為危險結果或實害結果）更為嚴重的實害結果，與犯罪的成立無涉，僅生罪責加重的效果¹⁸¹。換言之，加重結果並非基本構成要件的一部分，不待加重結果的發生即可成立犯罪，此與將「致人於死」、「致重傷」等當作基本構成要件該當的結果，或與前述的處罰條件相當的結果均有所不同。另外，加重結果犯，以行為人能預見其結果的發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見的情形不同，若主觀上有預見，而結果的發生又不違背其本意時，則屬故意範圍¹⁸²，應論以最終結果的故意

¹⁸⁰ 參見黃常仁著，同上註，頁105。

¹⁸¹ 參見林山田著，同註8，頁179。

¹⁸² 參見最高法院47年臺上字第920號判例。

犯。準此說明，苟行為人基於殺人的故意，實施飲用水管理條例第16條第1項所規範的各種行為，並且致人於死，則應構成刑法第271條第1項的殺人罪，而非該條第2項的加重結果犯，於此不得不辨。

（二）以行政罰為前提的刑事不法之特色

1、行政法規範的屬性

由於以行政罰為前提的刑事不法，其所為的刑事處罰，即為學界所稱行政刑罰之一種類型，所以要界定其屬性，即應先從行政刑罰的角度著手。在行政法的研究領域中，有學者認為「行政刑罰」為刑事制裁，並非行政制裁；但亦有學者將之歸類為廣義行政罰，主張「行政刑罰」與「行政罰」僅有量的差異，並無質的區別。然無論採用何種見解，彼等均認行政刑罰的目的，乃在維持行政法秩序則無二致。蓋行政刑罰有相當程度的「行政從屬性」(容後說明)，所以刑罰的目的即與行政的目的產生連結。一般行政法規中的處罰，雖以罰鍰或其他不利處分為主，但就約制的強度而言，仍以刑罰的效果為最佳。因此，行政刑罰最能達到一般預防的效果，也最能達成行政法規所欲追求的目的，所以從目的論的角度觀察，行政刑罰應屬於行政法規範的範疇無疑。

再者，以行政罰為前提的犯罪型態而言，均以先有行政機關所為的罰鍰處分、禁止處分或誡命處分為前提，嗣經行為人再有違反原行政法規的禁止或誡命規定，或行政機關先前所為的禁止處分或誡命處分，始克當之。以水污染防治法第34條、空氣污染防制法第46條的規定為例，必以行為人未立即採取緊急應變措施，或不遵行主管機關依照有關規定所為的禁止命令，並致人於死、重傷或危害人體健康導致疾病，方構成犯罪。這樣的制裁形態，有兩層意涵：第一層意涵是藉著主管機關的制止命令，證明行為的客觀危險性，第二層意涵是藉著不服從主管機關的制止命令，突顯行為人對法益及法規範的敵視態度。這兩層意涵即是藉行政機關的裁量權來決定刑罰的必要性，表面上看來似乎是刑法謙抑的具體表現，但事實上卻是環保政策上的一種妥協¹⁸³。不過，不能否認的是，行政機關在此種刑罰形成的過程當中，扮演舉足輕重且具決定性的角色，可謂沒有行政機關的初步審查，將無司法機

¹⁸³ 參見許玉秀著，同註4，頁462。

關的刑事審判活動，因此若稱以行政罰為前提的刑事不法具有濃郁的行政規範色彩，其實一點都不為過。

另從法益保護的角度而論，所謂法益係抽象的個人或社會公共的生活利益，或一種法律所保護的社會秩序的抽象價值，亦可視為不法構成要件所要保護的客體，然並非行為客體¹⁸⁴。以水污染防治法第 34 條、空氣污染防治法第 46 條的規定為例，當行為人不遵行主管機關依照有關規定所為的禁止命令，並致人於死、重傷或危害人體健康導致疾病時，即符合犯罪的構成要件，所以其刑罰的可罰性即在於對行政機關依據相關法律所為禁止或誡命的行政處分之違反，並以之為構成要件行為，亦即以行政罰為前提的刑事不法所保護的法益，即為法規（或法秩序）威信的維持及行政目的的貫徹執行。從而，以行政罰為前提的刑事不法為行政法規範，亦可從法益保護的角度獲得更進一步的證實。

2、單元立法

由於國際環境及政治局勢的特殊，在過去五十多年當中，用以規範臺灣地區人民生活的法律，大多具有過渡性的特質。此種過渡性規範，就其形式意義而言，係因應一定時空變遷的暫時性法律，就其實質意義而言，所規範的內容又往往與一般性的法律規定相互重疊，規範範圍也較之擴張，刑罰效果亦隨之加重，在國家正處於動員勸亂時期的當時，此種特別立法的模式可說是十分常見¹⁸⁵。

就在這種過渡性規範的模式底下，我國的立法例上也漸漸發展出所謂「單元立法」的型式，亦即透過個別立法的方式來解決社會上新興或新衍生的公共議題，這種的公共議題可說無所不包，舉凡內政、社會治安、智慧財產權、金融經濟、地政、教育、交通、勞工、衛生、環保、資訊、兩岸等等，都在此種立法模式的涵射範圍之內，一種議題一個立法。此種立法的優點，在於可隨時因應政局、時勢的變遷，以制訂刑罰的方式來強化行政權的力量，達到體制上調整的目的，在處理機制上較具彈性而且機動。但缺點則為學者間所稱有「特別刑法肥大症」的趨勢，不但紊亂法制體系外，也破壞刑法常規的整體性。最嚴重的問題是，民眾常因特別刑法多如牛毛，且是附隨行政法當中，瞭解有限，因而誤觸法網而不自知，筆者從事審判工作多年，即經常遇到違反特別刑法的當事人，以不知法律為由作無罪的抗辯，這種現象的發

¹⁸⁴ 參見林山田著，同註 8，頁 232。

¹⁸⁵ 參見許玉秀著，同註 4，頁 464。

生究竟是民眾法律教育不足，抑或是法律制訂的環節出問題？實在值得深入檢討。

3、雙重構成要件

以行政罰為前提的刑事不法，顧名思義即係以一定的行政罰為先決要件的刑事犯罪，該行政罰必經行政機關依照有關行政法規，並遵循一定行政程序為之始克完成。由於此種犯罪型態，在其刑法的構成要件當中本即融入行政處罰的構成要件，因而此種型態的刑法，即成為「構成要件裡有構成要件」的組合態樣。此種特殊的構成要件吾人姑且稱之為「雙重構成要件」或「母子構成要件」。

當然兩種構成要件仍有本質上的差異，以水污染防治法第 34 條的規定為例，其刑罰本身的構成要件為「不遵行主管機關依第 27 條第 4 項所為停業或部分或全部停工之命令」、「因而致人於死、重傷或危害人體健康導致疾病」等，然其行政罰的構成要件即為同法第 27 條所規定之「事業或污水下水道系統排放廢(污)水，有嚴重危害人體健康、農漁業生產或飲用水水源之虞時」、「情節嚴重」等，一為行政處罰的構成要件，一為刑罰本身的構成要件，在制裁的屬性、種類及方式上均有所不同，而且兩者互有前提、基礎的關係。

再者，本文所稱以行政罰為前提的刑事不法，其犯罪構成要件型態仍有別於學者間所稱「有待補充的構成要件」(ausfüllungsbedürftiger Tatbestand)。所謂「有待補充的構成要件」，乃相對於「完整的構成要件」(geschlossener Tatbestand)的概念，係指未完整地規定犯罪事實的構成要件，而須待其他法律、行政規章或命令等的補充，始能運作的不法構成要件。此種「有待補充的構成要件」包括「空白構成要件」或「過失犯的不法構成要件」兩種態樣¹⁸⁶，例如懲治走私條例第 2 條規定：「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。以犯前項之罪為常業者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」條文第 4 項所稱之「管制物品及其數額」即為有待補充的空白構成要件，而補充方式即為「行政院公告」。「有待補充的構成要件」類型，其有待補充部分與其他構成要件部分係立於同時並存的地位，僅有相互補充關係，但無原因與結果、前提與基礎等序位關係，然而以行政罰為前提的刑事不法除具補充性質外，亦內含原因與結果、前提與基礎等特殊的關聯性。縱然可將以

¹⁸⁶ 參見林山田著，同註 8，頁 210。

行政罰為前提的刑事犯罪稱作是「有待補充的構成要件」的一種類型，但絕不可謂兩者為恆屬相同的概念。

4、行政罰為刑事不法的先決條件

如同前述，以行政罰為前提的刑事犯罪，具有雙重構成要件的結構，亦即該刑罰當中，除有行政罰的構成要件外，另有刑罰本體的構成要件，由兩者組合成一獨立且新型的犯罪型態，且行政罰並為刑事本案審理所必要者。惟有別於空白構成要件的犯罪類型，此類刑罰當中的行政罰即為刑罰本身的前提要件或先決條件，意即必以行政罰的先行成立，始有刑事罰產生的可能性，若無行政罰存在即將無刑罰的成立，反之，若能構成刑罰則其必然存在行政罰，而非僅是單純的補充而已，故前提要件為此類刑罰最具特色的表徵。

另值得一提的是，此項前提要件的審查機關應有別於刑事法院，蓋如果該刑罰的前提要件，仍屬刑事法院得審理並決定的範圍，則可由刑事法院逕就全部構成要件加以審查即可，實無再區隔行政機關與刑事法院個別審查的必要，況各構成要件，既因同時審查的結果，亦將無任何所謂「前提或先決」的順序問題，此時自當毋庸特別強調前提要件的重要性，予以專文探討或研究，將無任何意義可言。

5、以行政作為義務的違反為構成要件

刑法規範為能達到保護法益與維護法律秩序的功能，不但命令受規範者不得為特定行為，而且同時亦期待受規範者在特定情狀下為特定行為。行為人唯有在這種特定情狀下，不為刑法規範所期待的特定行為，始有刑法上的不作為。因此，每一個不作為的背後，均存有一個被期待的行為，法律規範若無這種被期待的行為，則無不作為可言¹⁸⁷。在形式上，以行政罰為前提的刑事不法應有二種行為模式的呈現，一為積極作為，一為消極不作為。在後者的行為模式當中，行政機關依照相關行政法規下達一定有禁止或誡命性質的命令（行政處分），飭令違反規定的行為人遵守，此時行為人即被期待應為特定的行為，例如：建築法第 85 條、第 95-1 條之「應遵從停止業務的行政處分」、公平交易法第 35 條、第 36 條「應遵守停止、改正其行為或採取必要更正措施之行政處分」、水污染防治法第 34 條、第 38 條及空氣污染防治法第 46 條「應遵行主管機關所為之命令」、人民團體法第 61 條第 1 項「應遵從主管機關之制止」、集會遊行法第 29 條「應遵從制止」、臺灣地區與大

¹⁸⁷ 參見林山田著，同註 8，頁 171。

陸地區人民關係條例第 81 條第 1 項「應遵從停止或改正之行政處分」、光碟管理條例第 17 條第 1、2 項「應遵從停工之行政處分」、飲用水管理條例第 16 條「應遵行禁止為該行為之行政處分」等，若行為人不為刑法規範所期待的特定行為，亦即不遵從如上開所舉的禁令，自可定義為純正不作為犯¹⁸⁸。

茲比較特別之處在於，以行政罰為前提的刑事犯罪，雖有法規或命令應遵守而不遵守之不作為情況存在，但該等法規或命令的違反均係因行為人的一定作為所造成的，故亦可稱此類犯罪蘊含有「不作為」與「作為」的兩種特質。其中的「不作為」指的是「法規遵守」義務的不作為，而所謂「作為」即為積極違反法規的行為。由於這種刑罰的可罰性係來自於對行政法規當中的禁止或誡命規定的違反，且經行政機關依一定行政程序為行政處罰後行為人消極的不遵從，故從刑法的行為論而言，此種「不作為犯」實際上已兼具「作為犯」的性質。

另外，此種僅是單純「義務違反」或「命令的不服從」，是否即應課予行為人刑事罰，固然屬於立法裁量的範疇，應由立法者依照公共利益、人權價值及社會型態等因素作整體性的考量決定之。然有學者批判：1、命令之不順從，覈其行為性質並不具主觀的侵害法益的目的方向（意圖）；2、對於外在的法益世界並不具有危險性，也可以說並不符合刑法意義下的「行為」概念；3、此處行為並無「法益」的危險性，不能只是以「義務違反」或「命令之不服從」等理由，即課予「行為人」刑事處罰，蓋單純的行政秩序的違反（或命令的不遵從），若將其誤解具有刑法性質，即可謂開立法史上的倒車，開創「無法益的危險」卻逕為刑罰構成要件的惡例；4、對於犯罪的認定，取決於行政機關的判斷，是屬於刑法中的行政處分從屬性（Verwaltungsaktsakzessorietät，容後說明），與法治國原則似有所違背¹⁸⁹。此說從犯罪行為論切入探討，除其本身欠缺主觀不法構成要件的特別主觀不法要素外，而且缺少刑法評價的對象—行為，蓋犯罪係具有刑事不法本質的人類行為，必須先有人類行為的存在，而後經過刑法的評價，始有可能成立犯罪，若無人類行為的存在，即無從為刑法的評價，亦無由成立犯罪，故無行為即無犯罪¹⁹⁰。本文亦認為，從規範結果看來，「命令不服從」僅屬行

¹⁸⁸ 學者間多主張集會遊行法第 29 條及刑法第 149 條，乃處罰行為人不遵守主管機關的解散命令，係以不作為的手段，構成刑法法條中犯罪的要件，故為純正不作為犯。參見鄭昆山著，集會行政與集會刑罰，黃宗樂教授六秩祝賀—公法學篇（一），學林文化事業有限公司，2002 年 5 月，一版，頁 162。

¹⁸⁹ 參見鄭昆山著，同上註，頁 164-165。

¹⁹⁰ 參見林山田著，同註 8，頁 167。

政秩序的違反，並無任何法益直接受到侵害，充其量僅有行政機關因公權力的行使受到挑戰而已，但此種挑戰卻與一般法律的違反無多大分別，與法律所要保護的抽象價值遭到破壞仍有一段距離，不能與直接侵害法益的行為等同看待。換言之，此種規範的首要功能僅是在強化行政法規的威信，亦即以刑罰強化行政法規的威信，而法益只受到反射性的保護，所以這種「命令不服從」並不能視為具有刑法規範價值的行為。因此，現行以行政罰為前提的刑事法結構，確實有以「命令不服從」之不作為充作犯罪行為的不合理現象，其間仍留有商榷的空間。

再者，亦有學者批判：以行政罰為前提之刑事犯罪，或以違抗行政機關禁止或誡命處分，或以違反行政上的管制或防護規定，為構成要件行為，其中包含對內政、社會治安、智慧財產權、金融經濟、地政、教育、交通、勞工、衛生、環保、資訊、兩岸等公共安全或議題的戕害或威脅及對規範權威的挑戰。以水污染行為為例，危害公共衛生的行為必經制止不理，方能加以處罰，制止不理一方面表示對公共衛生的威脅繼續，一方面表示對行政監督權的不服從，對公共危險的威脅是假設，對行政監督權的不服從則是事實，從這樣的處罰結構，實在不易確定處罰的真正對象何在¹⁹¹，也是值得深思之處。

6、危險犯性質與舉證責任的減輕

由於本題旨所示的刑罰係違反行政法上義務而處以刑罰的制裁手段，有其維持行政法秩序的目的性存在，故不以生實害為必要，此觀前開所舉就業服務法第64條、建築法第85條、第95之1條、公平交易法第35條、會計師法第49條等刑罰規定，均未以一定的實害結果為要件即可知。甚至在某些環境公安的法規上，考慮到犯罪追訴，係以多量統計的方式來作個別確定，所需要的配合條件並不容易掌握，使得因果關係證明困難度高，因而影響環境犯罪的防制，所以多採危險犯構成要件類型，藉此迴避因果關係的證明需求¹⁹²。但並不是所有的危險犯均毋須證明，仍應視其種類而有所區隔。若為抽象危險犯¹⁹³，因未將危險狀態當作構成要件要素而規定，故行為只要符合不

¹⁹¹ 參見許玉秀著，同註4，頁450。

¹⁹² 但許玉秀教授則認為，不管從人本法益思想或非人本法益思想出發，只要環境一受到破壞，皆可認為是實害犯，蓋「環境」原是人类賴以生存的資源，與財產並無不同。參見氏著，同註4，頁455。

¹⁹³ 所謂抽象危險犯係指符合構成要件中所預定的抽象危險的危險犯，此種抽象危險係由立法者依其生活經驗的大量觀察，認為某一類型的行為對於特定的保護客體帶有一般危險性，故預定該類型的行為具有高度危險，無待法官就具體案情而作認定。例如行為人故

法構成要件所描述的事實，即可認定具有這種抽象危險，無待法官就具體案情而作認定，固無舉證證明因果關係的問題；然若採具體危險犯¹⁹⁴，因已將危險狀態做為構成要件的一部分，法官必須就具體的案情逐一審酌判斷，並須認定構成要件所保護的行為客體是否真存有具體危險，因此仍有證明因果關係存在的問題。然以證明危險可能性而言，現代客觀歸責理論已採用「相當因果關係」概念，以不偏離常軌的危險概念即可引起法律上危險的可能性來證明因果關係，則較以往要求的證明負擔減輕許多¹⁹⁵。

在我國立法例上，以行政罰為前提的刑事犯罪即基於因果關係證明困難的考量，所以多採抽象危險犯構成要件類型，以減少證明責任的負擔，並加強各種公共議題或安全的維護。且從可罰性角度而言，由於行政法規或行政處分具有先行審查的功能，因此，此種刑罰類型猶如透過行政法規和行政處分的違反逕行宣告行為的危險性，並反映出行為對法益的負面作用，進而確立行為的可罰性，所以將之歸類為抽象危險犯的類型更是理所當然。

但應有所區別者，乃以行政罰為前提的刑事犯罪，並不以單純違反行政禁誡規定或禁誡處分的抽象危險犯為限，尚包括制裁對於生命、身體的實害犯。例如，水污染防治法第34條規定：「違反第二十七條第一項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第二十七條第四項所為之命令，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」空氣污染防制法第46條規定：「違反第三十二條第一項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第三十二條第二項所為之命令，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」等，條文當中所訂「致人於死」、「致重傷」、「致危害人體健康導致疾病」即係以侵犯生命、身體的實害結果作為客觀性的處

意放火燒燬現供人使用的住宅，即可構成刑法第173條第1項的放火罪。參見林山田著，同註8，頁219。

¹⁹⁴ 所謂具體危險犯係指將危險狀態做為構成要件要素而規定於刑法條款之中，法官必須就具體的案情，逐一審酌判斷，而認定構成要件所保護的行為客體果真存有具體危險時，始能成立犯罪的危險犯。這種以危險狀態做為構成要件要素的情形在現行刑法中例有第174條第2項及第3項後段，以及第175條第1、2、3項等的放火罪或失火罪中的「致生公共危險」。參見林山田著，同註8，頁218。

¹⁹⁵ 參見許玉秀著，同註4，頁497。

罰條件，因有具體危害性質，故為實害犯。此種造成人類生命、身體的具體實害，雖係違反以上水污染防治法及空氣污染防制法行為所導致的結果，但此一結果並非所謂「結果犯」的結果¹⁹⁶，蓋以上行政法規範的性質係屬抽象危險犯，亦即該規範乃在禁止各種污染水源、空氣的危險性，而「致人於死」、「致重傷」、「致危害人體健康導致疾病」的結果，僅係限制污染水源、空氣行為的處罰條件¹⁹⁷，若將「致人於死」、「致重傷」、「致危害人體健康導致疾病」廣解為「結果犯」的結果，則實行污染水源、空氣之人的故意必須及於此一結果，如此一來即無以上行政刑罰規範的必要，可逕自適用刑法第271條「殺人罪」或刑法第278條「重傷罪」的規定。更何況「致人於死」、「致重傷」或「致危害人體健康導致疾病」，是否為每一實行污染行為者之故意或過失所及，亦並非所問。故有學者主張此種類型的犯罪為「不純正結果加重犯（Unechte erfolgsqualifizierte Delikte）」，以與傳統概念的加重結果犯作區隔¹⁹⁸。此種情形與刑法第283條的聚眾鬥毆罪是否可罰，端賴「致人於死或重傷」的客觀性處罰條件是否成就為斷¹⁹⁹相同。

另外，在以行政罰為前提的刑事不法犯罪類型當中，並有加重結果犯的實害態樣。飲用水管理條例第16條：「有左列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役，得併科新臺幣六萬元以下罰金：一、違反第五條第一項規定，經禁止為該行為而不遵行者。二、違反第六條第一項規定，經禁止作為飲用水水源而不遵行者。三、違反第十一條第一項規定，經禁止供公眾飲用而不遵行者。犯前項之罪因而致人於死者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以下罰金。致重傷者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣十五萬元以下罰金。」條文當中所規定之「致人於死」、「致重傷」固為構成要件該當的結果，但非基本構成要件該當的普通結果，僅係構成要件的加重結果。此種加重結果類型，行為人對於加重結果並不能有故意，否則將如同前開所述的客觀性處罰條件類型一樣，應直接論以「殺人罪」或「重傷罪」等。但應特別強調的是，加重結果類型的基本構成要件（即飲用水管理條例第16條第1項）亦同為抽象危險犯，此從條文結構及危險審查功能均與其他以行政罰為前提要件的刑事犯罪類型相同即可知。然因其實害結果仍屬加重結果構成要件的一部分，故有因果關係舉證證明的問題，此與抽象危險犯不同。然因

¹⁹⁶ 但亦有學者不認同此種見解，認為它仍屬「結果犯」的一種結果。參見褚劍鴻著，刑法分則釋論（下），頁925。

¹⁹⁷ 但有學者將其解為「構成要件要素」者，參見周治平著，刑法各論，頁651。

¹⁹⁸ 參見鄭昆山著，同註11，頁238。

¹⁹⁹ 參見黃常仁著，同註15，頁106。

公共安全的危害較為緩慢，例如水質污染行為造成的人體的損害往往是累積漸進的，真有重傷或死亡結果發生，因果關係恐怕難以證明，要發揮制裁功能的機會恐怕不大。因此有學者認為，可以考慮採取客觀處罰條件理論解釋加重結果以增加適用的可能性，甚至於直接採取抽象危險犯的構成要件類型，排除證明因果關係困難程序以增加制裁機會，進而強化行政法規的威信²⁰⁰，在環境污染及山林破壞日益嚴重的今日，似屬可行的立法模式，頗值參考。

7、預警及緩衝效果

以一般法益保護的角度來看，一旦法益遭受威脅或破壞，刑法即應挺身捍衛，豈有先予警告再作懲戒之理？即使是刑事政策上的特別考慮，也不脫法益危害與破壞的程度、行為人主觀不法的惡性層次等犯罪行為論的思考範疇，並不存在行政機關決定處罰範圍或界限的問題。例如，違反公共用水給水標準、飲用水標準和空氣排放標準，其是否構成犯罪，依照傳統構成要件理論，只能就行為人的故意或過失加以區別，並無所謂以是否受制止而不遵行來決定行為的不法性。然而，在以行政罰為前提的刑事不法領域當中卻有著與眾不同的刑事政策與立法模式，對於違反行政法規的行為並未馬上待以刑事處罰，而係以行政機關先行制止為前提要件，當再有違反行政法規（包括一定的行政法規或行政處分）時始課以刑事責任，這種立法例屬於例外情形，普通刑法僅於第 149 條公然聚眾不遵令解散罪訂有規定，然於本題旨的行政刑法卻大量運用之，與通例不同。

此種類型的立法例，基本上是採取漸進式的思考模式。立法者有鑑於行政法規的規範目的有著不易改善或改善成本較高的特性，乃由行政機關先依行政程序處罰，再移送司法機關審理的方式逐漸加強約制力道要求改善，有先期預警的效果，以期兼顧人民權益及行政目的的達成。行政機關先依行政程序處罰通常具有緩衝的性質，即所謂的傳統人情法律的色彩，讓違反行政法規的行為人在接受制裁之前，尚有補救轉寰的餘地，同時如此一來，可以減少刑事案件，降低受處罰者對制裁規範的反抗強度。另外，行政程序先行制度也有過濾篩選的性質，若欲構成刑事犯，即必須先經行政機關依照行政程序為一定的審查及認定，經為行政處罰後始能構成刑事犯罪。由於我國這五十多年來，憲政結構和憲政秩序一直處在動盪不成熟的狀態，立法和執法上的瑕疵，均使得法規威信經常受到嚴厲的挑戰，且法律的執行也往往東

²⁰⁰ 參見許玉秀著，同註 4，頁 509。

折西扣未能貫徹，而有「立法從嚴，執法從寬」之譏，因此事先警告制度的設計，無疑地是在反映現實面的作法。只是以此方式來減少執法的阻力，能否達到法律規範威信的提高，則頗令人懷疑²⁰¹。

8、預備與補充關係

以行政罰為前提要件的刑事犯罪類型，具有兩種預備與補充性質，一種存在於刑法與行政刑法之間，另一種則存在於行政法與行政刑法之間。

以第一種而言，雖然普通刑法與行政刑法所欲保護的法秩序有別，但是對社會乖離行為的矯治，兩者卻有著預備及補充的階段性關係。對於刑法而言，行政刑法屬於預備規範，有養成遵守一般法律習慣的公民教育功能，行政刑法所規範的行為是屬於對法益侵害較輕微，或對法益只有間接威脅的行為，若進一步侵害或直接威脅法益的行為，則屬於刑法規範的對象，從能遵守行政刑法的高難度規範，必然能遵守普通刑法的低難度規範的角度而言，刑法規範實具有補充性質，亦即在整體的規範及制裁體系中，刑法和行政刑法形成預備及補充的關係。在發揮互相補充的作用時，兩種制裁方式固然可以併存，但因法規競合之故，並不容許互相重疊的現象發生，例如，水污染防治法第 34 條規定，因違反同法第 27 條第 1 項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第 27 條第 4 項所為之命令，因而致人於死、重傷者的刑事處罰規定，與刑法第 271、278 條規定之殺人及重傷罪，即僅能依其行為態樣選擇其一處罰之。

至於第二種情形，雖行政法與行政刑法所欲保護的法秩序幾乎相同，但對於反社會行為的矯正，兩者卻有著輕重程度及先行後置的階段性關係，對於行政刑法規範而言，行政法屬於預備規範，有初步審查的功能，也有養成遵守特定法律習慣的公民教育功能，而行政刑法則立於補充的地位，對於行政法所完成的初步審查程序，及給予在懲戒評價上屬於較輕微的行政罰，均具有複審、提高制裁手段的補充或加強效果，亦即在整體的規範及制裁體系中，行政法和行政刑法構成預備與補充的關係，並藉此達到特定的行政目的及法秩序的維持。然在發揮此種預備及補充的作用時，兩種制裁方式亦同樣雖可併存，但卻不容許互相重疊的現象發生，其理由並非雙重處罰的禁止，而係本題旨的犯罪類型因具有前提關係的性質使然，必然係先行與後置的順序，不可能同時存在，否則即與其本質不合。

²⁰¹ 參見許玉秀著，同註 4，頁 462。

9、刑罰最後手段性

基於比例原則，對於違法行為的制裁，倘有許多措施可行時，宜先用輕罰，俟未能達遏止目的時，始動用重罰。且為避免過於嚴苛，對於單純的行政違犯行為之管理，宜以行政處理為優先。而刑罰為國家對於不法者最後且最重的制裁手段，如行政罰手段足以達管理目的時，即不再論以刑罰。因此以行政罰為前提的刑事法即是最符合「刑罰最後手段性」原則的立法例。

第二節 行政從屬性的探討

我國為規範現代多元的社會現象，例如內政、社會治安、智慧財產權、金融經濟、地政、教育、交通、勞工、衛生、環保、資訊、兩岸等等議題，在法律制度中，逐漸出現許多管理或保護的行政法規。為建立該等行政規範不容破壞的法律威信，在立法上遂有必要對於重大的違反行為加以犯罪化處理。因而，在行政法中的行政刑罰漸有增多的趨勢。這些以附屬刑法模式呈現的刑罰，若以空白刑法的立法方式而為規定者，則有待行政命令、規章或行政機關的行政處分等的補充，才能具體運作，故使得這些規定於行政法中的行政刑罰，具有行政從屬性（Verwaltungsakzessorietät）²⁰²。

一、行政從屬性的概念

所謂行政從屬性，係指依據刑法條文規定，其可罰的依賴性（Abhängigkeit der Strafbarkeit），取決於行政法或基於該法所發布的行政處分而言²⁰³。此處所謂「行政法或基於該法所發布的行政處分」，在德國第二次環境犯罪防制法§330 d Nr. 4 規定中有相當明確的列舉，該款規定：「行政法義務係指出自下列所規定，而為防護環境，特別是人類、動物植物、水體、空氣或土壤之危害或侵害性作用者而言，(a) 法令規定 (b) 法院判決 (c) 可執行之行政處分 (d) 可執行之負擔 (e) 公法契約，而得以行政處分附予義務者而言。」所以有稱之為「違反保護法規之行政法從屬性」、「可執

²⁰² 參見林山田著，同註 8，頁 68。

²⁰³ 參見鄭昆山著，同註 11，頁 180。

行的行政處分之行政處分從屬性」或「行政契約從屬性」、「行政裁判從屬性」²⁰⁴。我國並沒有如此明確的規範，僅有學者依照現行法令結構，大致歸納出取決的依據有行政命令、規章或行政機關的行政處分²⁰⁵。在本文所探討之以行政罰為前提的刑事犯罪，其範圍則限定在行政法規及行政機關所為行政處分的違反，不過違反行政機關所為的行政處分，其必然違反行政法規，蓋行政處分皆係依據法律或行政命令的規定而來，簡言之，行政從屬性之可罰的依賴性，其實僅取決於行政法規義務的違反。

另就結構面而言，行政從屬性其實就是構成要件從屬的問題，該問題主要導因於犯罪的行政法規指示和空白構成要件類型。蓋行政機關的許可或對於違反行政法規行為的行政處罰，及行政法規所設定的各種要求，往往是排除危害特定行政價值或利益的防護措施，各種附屬在行政法規內的犯罪行為通常係以破壞上開防護措施為實質內涵，因此該等犯罪的不法內涵即受到行政機關或行政法規的宰制，構成要件該當與否往往一部或全部取決於是否符合行政法上的要求，此即行政從屬性的基本結構。

二、行政從屬性的分類

行政從屬性依其程度、功能可分別作以下的分類²⁰⁶：

(一) 依從屬程度區分

1、絕對從屬行政的刑法

此種類型係指絕對依賴行政的刑法，亦即刑法係以行政法的附屬物、附則或罰則之形式展現，故此種刑法均規定於行政法典當中。而依其從屬方式尚可區分為行為人未獲行政主管機關的授權或許可、違反特定的行政處分或行政法律上義務等，其中法律上義務有未明白規定於刑法者，亦有以行政命令補充者。例如我國石油管理法第 39 條規定未取得石油煉製業經營許可執照，且非煉製試車，而非法蒸餾、精煉或摻配石油者，處新臺幣二百萬元以上一千萬元以下罰鍰；建築法第 85 條規定違反停止業務之命令繼續營業，處

²⁰⁴ 參見鄭昆山著，同註 11，頁 180、215。

²⁰⁵ 參見林山田著，同註 8，頁 68。

²⁰⁶ 參見鄭昆山著，同註 11，頁 182 以下。

一年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金等，即為典型立法例。此等立法，主要目的在有效確保行政機關對於特定社會活動的監控及管制，達成行政法上防護的功能，而以刑事制裁作為嚇阻各種違犯行為發生的手段，因此具有高度行政強制的效果。

2、相對從屬行政的刑法

此種類型屬於一般刑法法典的規範，但因具有保護具體行政法益的功能，且有賴行政法規的補充，故成為一種相對依賴行政的刑法，例如刑法第192條第1項規定違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金即是。

3、絕對獨立於行政的刑法規範

此種類型亦規定於刑法法典當中，因獨立於行政法之外，故形式上並沒有依賴行政，但因其立法目的在於具體防護人民的身體、生命所遭受的危害，以獨立立法的形式達到行政從屬性的結果，故亦屬之。例如刑法修正第190條之1關於水、空氣污染導致公共危險之處罰；刑法第177條逸漏氣體罪，或逸漏毒物以及重大危害人體健康危險者。

(二) 依從屬功能區分

1、構成要件的行政從屬性

(1) 概念的行政從屬性：

係指在特別刑法的構成要件當中，某一構成要件的概念必須從屬於行政法規而言。例如水污染防治法中之「地下水體」、「廢水」、「污水」，公平交易法中之「競爭」、「獨占」、「聯合行為」，或光碟管理條例中之「光碟」、「預錄式光碟」、「來源識別碼」等，亦即刑法的構成要件係藉由行政法規當中的概念來作解釋。

(2) 指示形式的行政從屬性：

特別刑法中的構成要件，直接引用行政法的規定，指示就該部分適用行政法。此種法律的制訂主要是基於立法經濟的考量，例如違法使用應經行政許可的設備，是否應經行政許可的設備，應依有關的行政法的規定決定之，在這種情形下，就會產生該等行政法的內容有刑法加以承受的結果。

(3) 空白刑法的立法技術（空白構成要件）：

特別刑法中沒有明確規定構成要件，而將行政法上的禁止或誡命規範，納入刑法規範當中，與其他構成要件結合成一體，由刑法規範予以保護。亦即刑法必須依賴行政法上之低於法律的規範，或授權行政機關以法令來填補。指示從屬性僅在重複某種行政法律條文，為能精簡條文起見，乃以指示的方式在刑法條文中出現。而空白技術從屬性，則指犯罪構成要件的一部分係由法律原則或行政處分來填補，空白補充規範本身並非刑事法律的一部分。二者進一步的區別是，在前者，行政法的立法者因而對犯罪構成要件有形成權；在後者，行政處分的製作者，尤其是行政機關，對犯罪構成要件有形成作用。

2、合法化的行政從屬性之區分

此種從屬性又稱為阻卻違法的行政從屬性，其情形又可區分為：

(1) 行政主管機關的許可或核准：

具有禁止或誡命性質的行政法規，有時以未經行政主管機關許可或核准作為違法事由，甚至是犯罪構成要件的一部分²⁰⁷，亦即行為人如果在事前已經行政機關的許可或核准，即不能認為該當犯罪的構成要件，縱若認已違反具有禁止或誡命性質的行政法規，仍應阻卻違法而可免除刑法的制裁。例如，農地重劃條例第 39 條：「有左列行為之一者，處一年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金，並責令恢復原狀：一、未經許可，私自變更重劃農地之使用者。二、違反依第九條規定之公告，致妨害農地重劃之實施者。三、以占有、耕作、使用或其他方法，妨害農地重劃計畫之實施者。」其中第一款所規定之「許可」即為免除刑法制裁的條件，此外石油管理法第 39 條所規定之「取得石油煉製業經營許可執照」、「取得石油輸入業經營許可執照」；水利法第 92 條所規定之「主管機關許可」；人民團體法第 61 條第 1 項所規定之「申請許可或備案」均屬之。

(2) 犯罪結果或行政違法後果的控制：

係指發生違法結果，儘量防止或減少危害的發生而阻卻刑責。例如，公

²⁰⁷ 學者之間對於行政機關的許可究為何種條件有不同認知，奧地利法及我國法均採構成要件說，但學者許玉秀則認為，將之視為阻卻違法事由，似乎較能突顯出刑法的獨立不法價值標準，以及「環境法益」的獨特價值（參見氏著，同註 4，1997 年 9 月初版，頁 484）。另與阻卻違法事由或構成要件不該當的概念相接近者，尚有客觀的可罰性條件。按客觀的可罰性條件係指與行為具有直接關係，但既不屬於不法，亦不屬於罪責的行為情狀，乃構成要件以外的一種犯罪要素，屬於可罰性的實體要件（參見林山田著，同註 8，頁 348）。在法律條文的結構上，將行政機關的許可當成犯罪的客觀可罰性條件，也可能是阻卻違法事由及構成要件以外的另一種解釋。

平交易法第 35 條第 1 項規定：「違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。」其中行為人若能停止、改正其行為或採取必要更正措施，則其縱有違反第 10 條、第 14 條、第 20 條第 1 項等規定，仍不構成犯罪。

（三）依據從屬的規範區分

1、從屬於行政法規範

係指刑法的構成要件必須藉由其他立法例來填補者。例如，就業服務法第 64 條：「違反第四十五條規定者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。五年內再違反者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以下罰金。」其中同法第 45 條所規定「任何人不得媒介外國人非法為他人工作」即是其他立法例。

2、從屬於行政處分

依具體事實所為具有禁止或誡命性質的行政處分作為從屬規範，例如水污染防治法第 34 條：「違反第二十七條第一項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第二十七條第四項所為之命令，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」其中主管機關依同法第 27 條第 4 項所為的命令，即為行政機關所為具有誡命性質的行政處分，行為人不遵從命令，致生危害人類，即應科以刑罰。

三、現行法的行政從屬性

以行政罰為前提的刑事犯罪，既以行政罰的存在為先決條件，其有行政從屬性毫無疑問。例如，光碟管理條例第 17 條第 1、2 項：「有下列情事之一

者，應令其停工，並處新臺幣一百五十萬元以上三百萬元以下罰鍰：一、違反第十條第一項規定，未申請核發來源識別碼而製造預錄式光碟者。二、違反第十條第二項規定，製造預錄式光碟未壓印標示來源識別碼或為虛偽不實標示者。三、違反第十條第三項規定，將來源識別碼交由他人使用於預錄式光碟之壓印標示者。經依前項規定，命令停工或處罰鍰後，另有前項所列情事之一者，應再命其停工，並處新臺幣三百萬元以上六百萬元以下罰鍰；再不遵從者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三百萬元以上六百萬元以下罰金。」其條文當中所規定「經依前項規定，命令停工或處罰鍰」、「再命其停工」均有行政罰的性質，當被處罰人再有不遵從的行為時，即該當上開犯罪構成要件。換言之，行政機關所為「經依前項規定，命令停工或處罰鍰」、「再命其停工」等禁止命令或罰鍰為構成要件的一部分。因此，本刑罰規定完全以行政規範為構成要件的內涵，可說是犯罪構成要件的行為即等於違反行政法規定的行為，違反行政法規定的行為即等於犯罪，行政不法等於刑事不法，構成要件的不法內涵完全決定於行政法規，構成要件要素實際上規定於行政法上。

第三節 法治國刑事政策下之以行政

罰為前提的刑事立法—代本章結論

一、法治國的刑事政策

法治國 (Rechtsstaat) 一詞是德國法的產物，大約形成於十九世紀，它的核心概念即是依法而治 (rule of law)。該原則的形成歷史，最早可追溯自英國大憲章所揭示拘束貴族人身自由必須依循法定程序的規定，這也是正當程序 (due process) 的濫觴²⁰⁸。所謂法治國，是一種具備權力分立且權

²⁰⁸ Herzog, in: Maunz/Durig, Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2003, 20 VII/2 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 1998, 20 (Rechtsstaat) /4 ff., 10 ff. 德國憲法上的法治國概念當然已超越 rule of law 及所發展形成的正當程序的概念範圍。轉引自大法官會議第 574 號解釋註 1。

力依法運作的國家權力運作模式，德國基本法第20條第2項及第3項就此規定甚明。該條第1項規定德國的國家型態，為聯邦國、共和國、民主國及社會國；第2項及第3項則規定國家權力來源以及權力的運作模式；第4項規定國家權力來自國民全體，當國家權力運作偏離權力基礎時，權力來源可以收回權力，這也就是人民的抵抗權²⁰⁹。學界將該條前三項規定稱為憲法基本原則，也就是目前公法學者間所稱之民主國、社會國和法治國，其中法治國是對民主國國家權力運作模式的描述。

由於法治國係權力分立及權力依法運作的國家權力運作模式，而權力又來自人民，所以法治國的基本價值即是以人民為主體的價值，其具體內容包括必須以法治國的精神來保護所有人民在社會上的基本權利，及藉由法治國原則來維繫國家權力及社會秩序的正常運作，以創造出一個不受非法或不當侵害的生存空間。此一理論投射在刑法上面，即產生刑法必須受到法治國原則嚴格把關及檢視的結論，蓋刑法係針對人民而創設，由於其執行的結果將直接限制或剝奪人民的財產權、自由權甚至於生命權，故在運用時應格外小心謹慎，不但應有法律優位、法律保留等原則的適用，且要求運用時的界限必須清晰明確，類推適用與溯及既往等情形與刑法追求的價值不合，亦不容出現。這些針對刑事罰的運用所加諸的限制，其實即為法治國原則的具體展現，亦即學者口中所稱的法治國刑事政策。

法治國刑事政策的主要任務及功能包括：1、保護刑法法益、社會倫理價值、人民的基本人權及維持社會秩序；2、威嚇鎮壓社會大眾，產生警世效果及一般預防作用；威嚇鎮壓犯罪行為人，防止再犯，產生特別預防作用²¹⁰。上開法治國刑事政策所具備的保護及預防功能，其實也就是刑罰所欲追求者，所以法治國刑事政策也是刑罰執行的最高指導原則，舉凡刑罰的產生、種類、方式、範圍、效果無一不與之有密切關聯。而法治國刑事政策雖係刑法社會的極致概念，看似虛無飄渺，但從其所欲追求的理念價值則可抽繹出具體的原理、原則供各界遵循。綜合學者見解，大致可提出以下幾種檢視標準²¹¹：1、刑法補充性、正當性、合法性原則（即最後手段性）；2、罪法定原則；3、罪責原則；4、禁止過渡原則（衡量性原則）；5、人道原則；6、必要原則（慎重用刑）；7、目的原則（抗制犯罪）；8、平等原則；9、再社會化原則等；10、明確性原則；11、法官保留（Vorbehalt des Richters）原則；

²⁰⁹ 轉引自大法官會議第574號解釋註2到註4。

²¹⁰ 參見鄭昆山著，誣告反坐在特別刑法的法治國原則思辯—評大法官釋字第五五一號解釋，月旦法學雜誌93期，2003年2月，頁283。

²¹¹ 同上註，頁283-284。

12、合憲性原則；13、專業原則；14、權力分立原則等。

以上法治國的原理、原則即是刑事政策的檢視標準，在行政法制當中，對於違反行政法上義務的行為，究應採取行政罰或刑事罰的手段來制裁，固然可以上開原理、原則作為立法裁量的基礎，但換個角度而言，現行行政刑法當中，是否有除罪化的必要，也同樣係以上開原理、原則作為衡酌的依據，兩者的理論基礎是相同的。

二、以行政罰為前提的刑事立法除罪化之檢視

在前章第四節已有說明，行政刑罰與特別刑法有相互包攝的關係，亦即特別刑法的適用範圍是大於行政刑罰，行政刑罰包含於特別刑法之內，兩者有某種程度的重疊性。本文所稱以行政罰為前提的刑事處罰既屬行政刑罰的一種類型，已如前述，所以該種處罰應否除罪的檢視，其實也可以從緊縮特別刑法立法的角度觀察。

在法治國原則當中，與刑事罰最有關聯者，不外乎最後手段性原則、罪刑法定原則、罪責原則、禁止過度原則、必要性原則、明確性原則及權力分立原則等，茲就以上重要原則一一檢視，以探討本題旨所示的犯罪類型除罪化的可行性。

1、最後手段性原則：亦稱刑法補充性原則、正當性原則。社會秩序的控制手段甚為多元，刑罰非唯一選擇，但由於刑事制裁手段對於人民自由權益的影響最鉅，故在運用時應審慎為之，以貫徹法治國原則「以人為本」的最終價值。如一昧迷信「刑法萬能論」、「治亂世用重典」及「法律條文之靜態威嚇力」²¹²，企令刑法承擔一切社會亂象的責任，並不符人權保障的思想，唯有於其他社會規範均無法收矯治之效時始行介入，才符合「最後手段性」原則的要求，此亦為刑法謙抑思想的表現。本章的犯罪類型，係以行政罰為前提，當前提要件成就時才侍以刑罰，其有循序漸進的比例效果，將輕罰置於前面，俟輕罰未能達到遏止目的時，始動用重罰。因此在本文所探討之以行政罰為前提的刑事不法即是「刑罰最後手段性」的最佳典範。

2、罪刑法定原則：所謂罪刑法定原則，即犯罪的處罰以行為時法律有規定者

²¹² 參見林山田著，論特別刑法，法律學研究第三輯，特別刑法論文選輯，1986年10月，頁26。

為限，此原則亦係從法治國原則衍生而來，蓋刑罰若可以未來的法律實施之，人民將可能在不知不覺中誤觸刑法，這對基本人權不啻有重大危害，且違反刑罰明確性原則至為灼然，故罪刑法定原則亦係法治國原則的一環，無法偏廢。由於本題旨所探討的犯罪類型具有一定程度的行政從屬性，將難以避免構成要件從屬的問題產生，亦即犯罪的成立，取決於行政法規指示或空白構成要件的填補，並不利罪刑法定原則的貫徹，故依此原則而言，本題旨所示的犯罪類型即有違反法治國刑事政策的疑慮，此或可作為除罪化的一個理由。

- 3、罪責原則：是否採用刑罰作為制裁手段，應先確立行為人在刑法上的可責性（可非難性），亦即罪責為刑罰的前提要件，欠缺罪責的行為，即不得科處刑罰，無罪責即無刑罰（keine Strafe ohne Schuld）²¹³，故罪責原則可說是刑法制裁的基礎。其次，罪責原則所強調的就是罪責相當理論，亦即引致國家刑罰權的行使，必須該行為已達到能課以刑罰的責任程度，若行為責任輕微，以行政罰為制裁手段即為已足時，自無課以刑罰的必要；反之，若行為責任依照一般標準，僅需課以行政罰，卻處以刑罰，抑或應處以刑罰，卻改以行政罰制裁，致有輕縱之嫌，均與罪責相當理論相悖離，不符罪責原則，亦即與法治國精神有違。本章的犯罪類型除有以傳統加重結果犯作為區別的型態之外，另有以實害結果發生作為區分標準者。例如，水污染防治法第 34 條規定：「違反第二十七條第一項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第二十七條第四項所為之命令，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」及空氣污染防制法第 46 條規定：「違反第三十二條第一項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第三十二條第二項所為之命令，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。」等，條文當中所訂「致人於死」、「致重傷」、「致危害人體健康導致疾病」雖為犯罪的結果，但非傳統的加重結果犯，因不以犯罪的故意、過失為必要，故其較一般刑法典容易成罪，不過與罪責原則背道而馳，是否允當亦是一個值

²¹³ 參見鄭昆山著，同註 46，頁 284。

得觀察與深思的重點。

- 4、禁止過度原則：禁止過度原則又稱衡量性原則，其與必要性原則均源於憲法比例原則的概念，依據德國通說認為，廣義的比例原則包括「適當性」（Geeignetheit）、「必要性」（Erforderlichkeit）及「禁止過度」（Angemessenheit）原則²¹⁴。其中適當性原則係指行為應適合於目的的達成；必要性原則則為行為不能超越實現目的的必要程度，亦即達成目的須採影響最輕微的手段；至禁止過度原則乃指手段應按目的加以衡判，又稱狹義的比例原則，即任何干涉措施所造成的損害，應輕於達成目的所獲致的利益，始具有合法性²¹⁵。由於比例原則具有憲法位階，是以不僅行政行為，對於立法及司法行為都有其適用，換言之，不論行政行為、立法行為或是司法行為，均必須遵守比例原則，否則即屬違憲。本章所探討的犯罪類型，屬於特別刑法的一種，故其制裁的方式也與一般刑法的種類相同，有死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金等。刑罰的高度應針對行為對法益實害或危險程度加以衡酌²¹⁶，觀諸本犯罪類型，就其產生危害的程度分別課以一年至數年不等的法定刑，其中造成他人死亡者，其刑度更提高到無期徒刑的刑度，例如水污染防治法第 34 條、空氣污染防制法第 46 條，符合一般生命、身體為最高保護價值的思想；另金融、經濟方面的行政刑罰，更特別加重其罰金刑度，例如公平交易法第 35、36 條的罰金刑即高達 1 億及 5 千萬元，對於金融犯罪不得不謂有一定程度的嚇阻效果。以行政刑罰立法的意旨在於追求行政目的達成的角度而言，其所課以的刑罰手段，與欲達成的目的及所需處罰的程度相較，似乎無違禁止過度原則。
- 5、必要性原則：又稱刑罰謙抑原則，違反行政管制行為，應否刑罰化；或從反面而言，是否除罪化，也可從必要性原則思考。所謂必要性，其實就是比較的問題，特別是在比較「刑事制裁」與「行政制裁」何者更容易達成目的²¹⁷。從整體的刑事政策考量而言，必待即使透過刑法典，仍無法作相當制裁時，始有制訂行政刑罰的必要，若刑法典予以適當修正即可達成一定行政目的，行政刑罰斷無存在的必要，否則太過浮濫的行政刑罰，就如同「特別刑法肥大症」一般，不但破壞正常的刑法體系，使普通刑法名存實亡，無法正常運作，且易遭疊床架屋之譏。由於行政刑罰係違反行政法

²¹⁴ 參見李惠宗著，憲法要義，敦煌書局，1997 年 9 月，初版，頁 87-88；大法官會議第 577 號解釋文附件。

²¹⁵ 參見大法官會議第 577 號解釋文。

²¹⁶ 參見李惠宗著，同註 50，頁 34。

²¹⁷ 參見鄭昆山著，同註 46，頁 286。

上義務而處以刑罰的制裁手段，有其維持行政法秩序的目的存在，故在立法體制上並不以生實害為必要，此觀前開所舉就業服務法第 64 條、建築法第 85 條、第 95 之 1 條、公平交易法第 35 條、會計師法第 49 條等刑罰規定，均未以一定的實害結果為要件即可知。甚至在某些環境公安的法規上，考慮到犯罪追訴係以多量統計的方式來作個別確定，所需要的配合條件並不容易掌握，使得因果關係證明困難度高，因而影響環境犯罪的防制，所以多採危險犯構成要件類型，藉此迴避因果關係的證明需求。本章的犯罪類型多不以具體實害為要件，固有其立法背景的考量，但將處罰的門檻降低到危險犯的層次，尤其是抽象危險犯，直接將危險責任以抽象尚未達實害的行為作為處罰的依據，對於人權的保護未免過於輕率。一般而言，刑罰所處罰者，乃係對各種法益的直接危害，雖然危害可區分為實害結果與抽象結果二種危害，但其行為的歸責對象終究以實害結果為常態，危險僅是違反常規的非常狀態²¹⁸，故以危險犯作為歸責對象應屬少數情形，但由於立法者認為某些抽象結果所造成的危害，實與實害結果所造成的危害無異，故特別降低層次，僅達危險程度即給予處罰，其中又以抽象危險犯的處罰是最寬鬆的，直接以客觀事實的描述，即賦予刑罰的罪責，不需任何危險情境記載在條文之內。然而，本犯罪類型大都以危險犯為規範常態，似乎與必要性原則有違，亦即為達成目的所採行的手段過於嚴厲，也有檢討的必要。

- 6、明確性原則：所謂明確性原則，顧名思義即係處罰的規定必須明白確定，一般人均可從法文當中理解處罰的範圍及效果，俾產生一般預防的作用，否則處罰規定撲朔迷離，不但人民一頭霧水，執法者亦陷於徬徨無所適從的情況，則易生僥倖、鑽取法律漏洞之人，更嚴重的可能有「不教而殺」的疑慮，對人權將有重大危害。本章所探討以行政罰為前提的刑事犯罪，其違犯型態多以再度違反相同行政管制措施，或不遵守、不遵從行政機關所為的行政處分為主，故較無規範不明確的問題，但其他行政刑罰類型則常有不確定法律概念的構成要件，例如國家公園法第 25 條所規定「情節重大」及臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 79-3 條所規定「情節嚴重」等，均非明確，有害法治國刑事政策的落實，應予檢討。
- 7、權力分立原則：由於國家體制龐大，故為能有效率處理與國家有關的各種公共事務，乃將各種處理權限委由各個機關負責，各司其職。不過這僅是權力分立的表層原因，其真正原因乃在於三權分立的憲法體制架構的設

²¹⁸ 參見林山田著，同註 8，頁 217。

計，亦即行政、立法、司法三權各自運作，也各自監督。其獨自運作的權力乃衍生出行政權、立法權及司法權相互承認原則，國家機關就各該管事項所為的行為，他機關應加以尊重，這也是為保持國家人格統一性的要求所必然，各有其權力界線，不容侵犯；而監督權力的體現，則發展出各種制衡機制，例如與司法權有關的違憲審查權，即係對於立法權的不信任與監督。然此種根基並不穩固，因為獨力運作與監督兩股力量有時是衝突的，這在本文所探討之以行政罰為前提的刑事犯罪裡，即完全展現無遺。首先行政權與司法權既有其獨自的國家權力，若基於相互承認的立場，則刑事法院到底可否審查由行政機關所為的行政處分？若不審查，把行政處分當作既有事實看待，法院又如何實踐其基於憲法獨立審判及刑事裁判完整性的權力？所以本文所探討的問題，實非單純由行政、司法權相互承認的原則即可理解。再者，以國家人格統一性而言，法院就先決問題所為的判斷，與行政機關的判斷不同時，實際上國家意思即不免產生歧異。倘極端以國家人格的統一性為慮，勢必推論出所有行政行為絕對不受司法審查的結論，如此即與法治國的原則背道而馳²¹⁹。因此在這行政與司法交錯的灰色地帶，容易造成權力分立原則的混淆（此部分本文第四章將再作深入探討）。

本題旨所示的犯罪類型，固然在立法之初經過最高民意機構的立法院三讀通過，取得人民以間接的方式授與權力的正當性，但較有疑義的是，法的本身是否因此獲得法治國刑事政策的背書，變成保障人權、增進人民福祉的法案？也就是立法者依照法定程序所制訂的法律是否能完全確保法治國精神的貫徹？其實並不盡然。透過以上法治國刑事政策的檢驗，在現行立法例當中，仍不難發現存在許多與現代法治國家不合的刑事立法，其能否確實保障人權已不言而喻。然細究其原因，或許是與當代輿情有關係吧！當人民覺醒大自然環境或其他公共安全已不容再被破壞時，立法者即會順應民意制訂一些立即而有效的法律，也許是採行容易執法的構成要件設計（例如本章所探討之危險犯，執法者毋須就該危險結果舉證，行為一發生自然涵射而成罪），也或許是加強重罰，但往往這些法律的制訂都是急就章，並沒有作通盤考量，並融合現代法治的觀念，所以一些特別刑法、欠缺法治國原則驗證的刑法就紛紛出籠，這不是一個法治國家的常態，值得大家深思。

²¹⁹ 參見呂錦峰著，刑事法院對行政處分違法審查之探討，中興大學碩士論文，1996年1月，頁18-19。

第四章 刑事法院對於行政處分的 司法審查

行政處分除可拘束行政機關之外，是否也同時拘束普通法院，尤其是刑事法院？不無問題。對一個既有的行政處分，法院原則上只能把它當作一個既成事實，承認其存在，並納為自身判決的一個基礎構成要件事實。行政處分之所以對法院亦擁有拘束力或是構成要件效力，毋寧說是出自權力分立原則的要求，而非行政機關之間基於權力分配相互尊重的結果。從權力分立的角度觀察，可以導出行政處分對法院同樣擁有拘束力，惟權力分立的内容除權力區分外，尚有權力制衡一項。權力制衡不僅是行政機關自我謙抑的外在約制，要求一切行政作為需在合法、合憲的範圍內進行，甚至是法院對行政處分作適法性審查的依據。在法院有權對行政處分作適法審查的場合，行政處分自不可能對法院擁有構成要件效力。然而，法院有權審查行政處分適法性的時機為何？其界限又在哪裡？非無爭議。

倘法律明定法院對行政處分有審查權限，例如我國行政訴訟法第 4 條所規定行政法院就負擔處分的違法審查，社會秩序維護法第 55 條以下所規定地方法院簡易庭就警察機關所為處分的違法審查，以及道路交通管理處罰條例第 87 條以下所規定地方法院交通法庭就公路主管機關、警察機關或交通事件裁決所所為處分的違法審查，該等行政處分即為審查對象，自不可能對各該法院有拘束力。惟倘未明定法院對行政處分的審查權限，而只是規定以抗拒行政處分的執行作為處罰構成要件，例如刑法第 135 與 136 條的妨害公務罪；或以對行政處分的單純不服從作為處罰的構成要件，例如集會遊行法第 28 條第 1 項、人民團體法第 60 條、水污染防治法第 36 條、空氣汙染防制法第 32 條等，此時該等行政處分是否亦對刑事法院有構成要件效力，或刑事法院可否審查行政處分的合法性，即有待進一步研究。

本文所欲探討以行政罰為前提的刑事不法，其中為前提要件（或先決問題）的行政罰即為負擔行政處分之一種，由於此種犯罪類型係混合行政罰與刑事罰的性質，具有濃烈的行政從屬性，使得刑事法院的法官在審理該等案件時亦同樣面臨上開問題，再加以我國法律並未明定刑事法院就該等案件審

理行政處分的權限及範圍，故以上有關行政處分的拘束力及適法性的司法審查即為本文所欲探討的另一個重點。

第一節 司法審查的概念

在探討刑事法院如何審查行政機關所為的行政罰之前，本文先就司法審查的意義稍作釐清。所謂「司法審查」一語源自美國「judicial review」的英譯，亦有譯為「法令審查」或「違憲審查」或「違憲立法審查」。以美國而言，其雖為司法審查制度的發源國，但在該國憲法當中並無明文規定，今日美國司法審查的制度係從聯邦最高法院的判例逐漸發展而成。而美國所謂「司法審查」係指司法機關處理依法定（正當）程序提出訴訟的繫屬案件，該繫屬案件的合憲性爭議問題已成為解決整個紛爭事件的重要關鍵，此時司法機關對於統治機關（行政機關）行為的合憲性與否，擁有審查與判斷的權限，所以在美國所指司法審查與憲法訴訟的意義係相同的²²⁰。

在我國，對於司法審查則有各種不同解讀。有學者將普通法院、行政法院、公務員懲戒委員會的審查稱為「一般司法審查」²²¹；亦有學者認為司法審查為各級法院的違法審查²²²；另有學者認為司法審查即為違憲審查²²³。惟本文認為司法審查，係指在憲政體制下，司法機關依憲法所賦予的司法權能所為的各種審查行為，其內容應包括依憲法第 77 條規定所為的民事、刑事、行政審判及公務員懲戒程序當中，對於各種所適用的法律或命令適當與否的審查行為，暨依憲法第 78 條規定解釋憲法、統一解釋法律及命令的行為等，所以相對於違憲審查或違法審查，司法審查應為一種上位概念，違憲或違法審查均涵蓋在其內。而本文當中所稱的司法審查，將界定在刑事法院對於行政處分適用的法律或命令適當與否的審查行為。

²²⁰ 參見歐廣南著，論司法審查的提起要件問題（上），軍法專刊第 49 卷第 2 期，2003 年 2 月 1 日，頁 1。

²²¹ 參見翁岳生著，論命令違法之審查，行政法與現代法治國家，1976 年 6 月，再版，頁 115。

²²² 參見李建良等著，行政法入門，元照出版公司，2000 年 7 月，頁 108。

²²³ 參見吳庚著，違憲審查制度之起源功能及發展，法官協會雜誌第 3 卷第 2 期，2001 年 12 月，頁 1。另有國內著名學者如李鴻禧教授、蘇永欽教授、林紀東教授等有時也將「司法審查」稱為「違憲審查」。

第二節 行政處分拘束法院的理論基礎

關於行政處分是否拘束法院的問題存在已久，各國學者間雖有深入性的探討，但由於各該國法制發展的背景不同，所以理論基礎也有所差異。例如法國強調行政權與司法權分立原則，所以賦予行政權先決的特權，德國法則以構成要件效力理論來建構行政權的優越地位，至於日本及我國則以公定力為主要理論基礎，分別以實體法或程序法的觀點來解析行政處分在普通法院的地位，各有所本。我國行政刑法體系中，以行政處分充作構成要件要素的情況亦相當多，在該等行政處分成為刑事案件的先決問題時，刑事法院是否應受行政處分的拘束而不得做任何程度的審查？倘受行政處分的拘束則其理論基礎何在？本文以下試就法國、德國，日本與我國學說，及實務對問題的見解略作解析，俾便了解行政處分拘束刑事法院的理論基礎。

一、法國—先決的特權理論

法國大革命之後，法國確立權力分立原則，與著重機關事務分配的德國，及重視權力制衡與司法優位的美國明顯不同。這種強調行政權與司法權應嚴格區分的特色，在法國的法律與憲法當中屢見不鮮，例如 1790 年 8 月 16、24 日所頒行的法律第 2 篇第 13 條即規定：「司法作用與行政作用不同，兩者應加以區別。法官不得以任何方法妨害行政機關之活動，而且也不不得以其職務為理由而傳喚行政官員，倘有違反者，將構成瀆職罪。」²²⁴ 1791 年 9 月 3 日憲法第 3 篇第 5 章第 3 條亦規定：「法院不得干涉立法權之行使，也不能停止法律之執行，更不得侵害行政作用，或以職務為由傳喚行政官員。」²²⁴ 另 1795 年 3 月 16 日所頒行的訓令規定：「嚴禁司法裁判所對於任何行政行為的審查行為。」²²⁵ 及 1795 年 9 月 2 日的法律規定：「法院不得審理人民對行政機關行政行為之異議，亦不得審理人民請求行政機關返還其所支付國庫之金錢、

²²⁴ 參見林永頌著，行政處分對法院之拘束，臺大碩士論文，1986 年 6 月，頁 6。

²²⁵ 參見林永謀著，法國刑事法院之行政處分審查權—權力分立與人權保障，憲政思潮 14 期，1971 年 4 月，頁 156。

物品之訴訟。」²²⁶等，均有相同意旨。可見在法國的體制上，行政處分是不受司法權的約制，審理行政事件的中央行政法院與地方行政法院係隸屬於行政機關之下，普通法院不得受理行政行為的撤銷請求，且當行政處分的有效性或適法性成為本案的先決問題時也不得審查，而必須移送有審判權的行政法院。

由於法國這種行政權優位的特殊歷史背景，使得1810年以前的人民對於成為民、刑事事件先決問題的行政處分(Acte Administratif)均不能在該民、刑事本案當中為違法抗辯(exception d' illggalité)，而應依當時的法制向行政法院提起越權訴訟(recours pour excès de pouvoir)²²⁷，先就該先決問題的行政處分為適法性審查。迄於1810年以後至19世紀末，法國才慢慢承認普通法院可以自行審查先決問題的行政處分的適法性，此乃因當時行政訴訟制度尚不完備，為保障人民權利所不得不然的措施，而成為權力分立的例外²²⁸。

在法國，行政處分係先於法官的判斷而享有適法性的推定(Présomption de conformité au droit)，因此與私法行為不同，不須由法官於事前確認其適法始生效力，僅由行政機關依法確認即可創設法律關係。換言之，作為行政處分對象的人民，於行政處分作成之時，即成為權利或義務的主體而賦予新的法律地位。職是之故，行政處分適法性的推定通常只能透過越權訴訟，或經由「違法抗辯」等的援用才得以否定，且即使於起訴後也不能停止執行，在法官確認行政處分違法性以前，仍有完全的效力，此即為先決的特權(日本譯「預先的特權」)。另法國有瑕疵的行政處分尚可區分為「無效的行政處分」和「行政處分不存在」兩種，前者「無效的行政處分」與德國、日本所謂「撤銷的行政處分」相當，必須經過越權訴訟的撤銷判決或違法審查訴訟(recours en appréciation de la légalité ou validité)的違法宣告始能確定。而後者係指行政處分具有重大而明白的違法瑕疵而言，此時該處分已變質(dénaturer)而失去應受權力分立原則保護的行政性質(nature administrant)變成單純的個人行為(simple particulier)，倘被執行即構成「暴力行為」(voie de fait)，此時行政機關「喪失特權而該行為即必須

²²⁶ 參見林永頌著，同註5，頁6。

²²⁷ 法國越權訴訟乃原告主張行政機關的單方行政處分違法而請求將之撤銷的訴訟型態，此訴的功能主要在於維繫公權秩序及對合法性的尊重，其判決有對世效力，原則上係對行政處分為之，與德國及奧國的撤銷訴訟大致相同。參見呂錦峰著，刑事法院對行政處分違法審查之探討，中興碩士論文，1996年1月，頁11-12。

²²⁸ 參見林永頌著，同註5，頁7。

由普通法院審查」。換言之，關於行政處分的不存在與暴力行為的存在，不產生應先移送行政法院進行適法審查訴訟的先決問題，因此普通法院得獨自認定而為行政處分的違法審查²²⁹。

二、德國－構成要件效力理論

在法國先決問題主要發生於行政訴訟，而民事法院並無直接否定行政處分效力的裁判權限。反之，德國對於先決問題的討論，主要集中於民事訴訟上的行政法先決問題，文獻上有稱之為「行政處分對民事法官的拘束」或「民事訴訟中對行政處分的審查」，而對於刑事訴訟或行政訴訟上的行政法先決問題較少論及²³⁰。

德國學者就有關行政處分（Verwaltungsakt）拘束普通法院的依據，有從構成要件效力（Tatbestandswirkung），有從行政處分的有效性（Wirksamkeit）、行政權與司法權相互承認原則、法院間權限分配（die Zuständigkeitsverteilung zwisch dem Gerichtszweigen）、實體法說等多方探討²³¹。惟通說主要以構成要件效力來說明行政處分對法院的拘束，但關於構成要件效力的理論依據，多輔以其他各說說明之。

德國行政法學討論構成要件效力，最初被使用在訴訟法上，其原來意義是法規以一定的法院判決的「存在」為構成要件效力，而給予一定的法律效果，故又稱為附隨效力（Nebenwirkung）或反射效力（Reflexwirkung），但後來德國學者 Kormann 把它延伸到行政機關所為的行政處分，將構成要件效力定義為一種國家行為（Staatsakt）或高權行為（hoheitlicher Akt）。他認為在所謂構成要件效力，係「國家行為透過其因存在的單純事實所具有的效力」，與拘束性的效力（die Wirkung der Verbindlichkeit）並無不同，具所有法律行為的國家行為特性，所以應包括所有違法行為在內，但絕對無效的國家行為則不在此限²³²。換言之，Kormann 將行政處分因單純存在所產生的效力，作為行政處分拘束法院的依據，惟先決問題以行政處分的單純存在而賦予一定法律效果者，實際上甚為罕見，故學者乃漸漸擴大構成要件效力的內涵，目前通說認為不僅行政處分的存在，同時其內容亦對其他行政機關

²²⁹ 參見呂錦峰著，同註 8，頁 11-12、13-15。

²³⁰ 參見林永頌著，論德國行政處分對法院之拘束，憲政時代第 12 卷第 2 期，1986 年 10 月，頁 61。

²³¹ 參見呂錦峰著，同註 8，頁 16。

²³² 參見林永頌著，同註 11，頁 81。

或法院產生拘束的效力²³³。

行政處分何以能具有構成要件效力拘束其他行政機關與法院？其根據為何？學者間曾提出以下見解：

1、實定法的規定：

對於行政處分的構成要件效力，有學者認為限於依特別的法律作成且為構成要件事實的行政處分才有此效力，易言之，構成要件效力係基於實定法的規定而來，毋須其他特別的依據。事實上，早期行政法學者雖然將構成要件效力定義成附隨效力，但大部分學者又將形成力當作構成要件效力，因此認為確認性質的行政處分須有法律明文規定才具有構成要件效力，但形成性質的行政處分則一律有構成要件效力，不待法律明文規定。然今日通說認為，構成要件效力係依行政處分的內容而來，無待法律明文規定²³⁴，亦即構成要件效力主要係指行政處分經公布而確實存在之後，其內容即發生拘束其他行政機關及法院的效力，不待法律的明文規定，故除附隨效力或特別的構成要件效力外，實定法的規定已非構成要件效力的根據，故此說難以成為構成要件效力的理論基礎。

2、行政權、司法權相互承認原則：

與法國一樣，德國許多公法學者認為，行政處分具有構成要件效力可拘束法院，主要是基於國家權力分立之行政、司法權相互承認原則而來，亦即國家既然將處理一定事項的權限委由某機關負責，該機關就該事項所為的行為，他機關即應加以尊重，此亦為保持國家人格統一性的要求所必然²³⁵。雖有謂法院就先決問題所為的判斷，與行政機關的判斷相左時，實際上國家意思即難統一云云。然在理論上，先決問題的判斷因不生既判力，其判斷即非國家最終且確定的意思，且該事項所確定的國家意思，亦僅係以行政處分的形式展現，亦未必破壞意思的統一性，此時若極端的以國家人格統一性為慮，恐怕將導出所有行政行為絕對不受司法審查的結論，如此一來則與法治國原則背道而馳²³⁶。再者，於權限分配時，應考慮組織結構、事實的接近程度及專門性等問題，如果將較接近事實的專門機構所為的處分，交由對事實瞭解不深且非專門機構審查，亦不合理。不過，此說也有其缺點，蓋從權力分立的角度分析，國家將各種權限委由各個機關，其目的即在於要求各機關之間的相互制衡，不受對方行為的拘束，而且在現代法治國家中，行政權理應受

²³³ 參見呂錦峰著，同註8，頁16。

²³⁴ 參見林永頌著，同註11，頁82。

²³⁵ 參見林永頌著，同註11，頁83。

²³⁶ 參見呂錦峰著，同註8，頁18-19。

司法權的制約，為何反而能凌駕在法院之上，故以行政、司法權相互承認的原則來解釋構成要件效力理論似乎也有不盡周延之處。

3、行政處分的有效性：

德國學者 Kormann 認為行政處分構成要件效力係來自於行政處分拘束性的效力。Kopp 認為行政處分的構成要件效力是行政處分本質的部分 (wesentlicher Bestandteil)，是行政處分「有效性的正式結果」(eine normale Folge der Irksamkeit)，無待法律特別規定。另學者 Wolff/Babhof 則認為行政處分的有效性 (Wirksamkeit)，即意味著拘束性 (Verbindlichkeit)，而拘束性是行政處分特定的要素，是一個高權規定 (hoheitliche Regelung)，若無拘束性即會產生一種矛盾的現象，因此行政處分的拘束性毋須特別理由，授權行政機關發布行政處分的同時即賦予該行政處分拘束性²³⁷。

綜上所述，關於構成要件效力的理論基礎，德國的學說甚為分歧，並無定論，惟不論採何見解，其利益衡量或價值判斷的主要因素，不外乎是對於人民權利保護的必要性及法安定性的要求。亦即在以行政處分的適法性、有效性為先決問題的刑事案件，若無其他如基本人權保障等特殊的考量，在理論上刑事法院即應受其拘束，當無違法審查的餘地，故縱使刑事被告抗辯行政處分違法，亦無從解免其罪責。

三、日本—公定力理論

日本學界就有關行政處分拘束法院理論依據的探討，固有公定力、構成要件效力、確認效力、行政權與司法權相互拘束原則等學說，惟大多數學者均以公定力來說明行政處分拘束法院的依據。

(一) 公定力的意義

日本早期如美濃部達吉、田上穰治、田中二郎等學者的公定力理論，和德國「自己確認說」、「有效性或適法性推定說」相近，係以實體法觀點來了解公定力，也就是學者間所稱「實體法的公定力」。這些見解均是從實體法的

²³⁷ 參見林永頌著，同註 11，頁 82-83。

觀點，認為得撤銷的行政處分在撤銷之前，縱使違法，仍被推定有效，強制要求承認其拘束力，與民法得撤銷的法律行為相同，而公定力的主觀範圍不限於法院和其他行政機關，尚包括處分相對人，至於行政處分的違法於何種程序由何人判斷，則未加以說明。1943年學者柳瀨良幹提出「程序法的公定力」理論，他認為公定力只是有關程序事項的概念，而與實體法上的效力問題無關。公定力並非行政處分內在應有的法律效果，其僅因撤銷訴訟專屬管轄的規定所產生的反射效果而已，故不受適法推定，而是適法、違法未決應認為有效的效力，法院自得在不侵犯撤銷訴訟專屬管轄的前提下，對行政處分進行違法與否的審查。他並批判傳統上將行政處分的公定力限於得撤銷的行政處分是混淆實體法和程序法的關係，因此他認為無效的行政處分仍有公定力，民事法院無權認定行政處分是否無效。柳瀨良幹主張無效行政處分仍有公定力的見解，固然與當時通說相左，但其所提出的程序法的公定力說則影響日本往後學說甚為深遠，而成為今日的通說²³⁸。

知名學者兼子仁即認為拘束力是相應於法律行為內容的法律效果，不論是公法行為或私法行為，皆有此種實體法效果及有效性的拘束力。反之，公定力是行政處分的實體法效果及拘束力在程序上通用化、實在化的效力，是手續法的效力。另外，日本大部分的學者也均以撤銷之訴的排他管轄為公定力的根據，而認為公定力是程序法上的效力。又公定力的機能限於行政處分為他訴訟的先決問題時所具有的通用效力。因此所謂公定力，乃指行政處分為他訴訟的先決問題時，在有權機關撤銷之前，即使行政處分存有違法但非無效的瑕疵，仍應視為有效而具有一定的拘束力而言。其主觀範圍主要是受理他訴訟的法院，而其意義也與德國通說的構成要件效力相當²³⁹。

（二）學者見解²⁴⁰

日本首先提出公定力理論者為美濃部達吉，氏於明治36年（1903年）翻譯德國學者Otto Mayer的「德國行政法」後，於明治42年（1909年）出版與前述德國行政法同一體系的日本行政法（第1卷），於書中首先提出「公

²³⁸ 參見林永頌著，論日本行政處分對法院之拘束，憲政時代第12卷第3期，1987年1月，頁61。

²³⁹ 同上註，頁62-63。

²⁴⁰ 參見呂錦峰著，同註8，頁22-24。

定力」一語，此乃日本公定力概念的起源。氏於書中謂：「違法之行政處分原則上無效。然而．．．行政機關於某程度內有自行解釋法規之權與有依法規適用之事實認定權，在解釋權與認定權的範圍之內，倘其解釋或認定之事實有誤導致違法時，在未依法院判決、訴願裁決或其他有權限之行政機關決定違法以前，應將其視為合法，應與適法之處分完全相同地發生效力。若對此處分已不許其提起訴願或行政訴訟或上級行政機關不為撤銷時．．．認定該處分有最終的公定力，應以其適法而發生完全之效力。」惟美濃部達吉的公定力理論真正體系化則是在稍後才完成。進入昭和年代之後，氏將公定力認係公法關係特質的核心予以進一步闡述，在昭和 8 年渠所著的「行政法撮要上卷」（4 版）內即述稱：「公法關係亦為權利義務關係，國家與人民均受法規之規範，惟權利義務關係與私法關係不同．．．公法關係於左列諸點與私法關係有相異的特色。在公法關係上，國家的意志有公定力，在經正當有權機關撤銷或確認其無效以前應受適法之推定，人民不得自行否定其效力」，另於昭和 11 年所著的「日本行政法上卷」提出「行政行為之公定力」，而與拘束力、執行力、推定力（不可爭力或不可變更力）合稱為行政處分的效力。至此，美濃部達吉的公定力理論即正式在日本以 Otto Mayer 的「自己確認說」類型展開。

繼美濃部達吉之後，田中二郎與田上穰治再進一步就公定力理論予以闡述發揚，使公定力的意義與內涵更趨於明確。其中田中二郎於其所著的行政法總論中曾謂：「有瑕疵之行政處分，原則上，不得因其有瑕疵之故而否定其效力，在撤銷以前，必須尊重其為有效之行為，此說一般為學說判例所承認，在我國稱此行政處分之效力為公定力」，又進一步認為：「因行政處分具有公定力而受適法性推定之故，爭執其效力而請求撤銷者，原則上，應就行政處分撤銷原因之存在負舉證責任」。其於嗣後所著的新版行政法上卷亦明確指出：「違法的行政處分，除當然無效外，在正當而有權限之機關撤銷之前，應受適法之推定，對造之人民、第三人，甚至其他國家機關均不得無視行政處分之效力．．．關於公定力之意義及公定力之依據。學說上眾說紛云，意義上依上述立論較妥，而其依據應求諸於對行政機關判斷之尊重及僅得依抗告訴訟形式爭執之論點。」因此，田中二郎的公定力理論可說與 Walter Jellinek 的「適法性推定說」類型相當。

田上穰治亦認為行政處分乃行政機關公法上的法律行為，與私法行為相同，基於效果意思與法規的規定，拘束為處分的行政機關與相對人，在行政機關依職權或以行政訴訟方式撤銷處分之前，受適法性的推定，且所有行政機關、法院與人民之一方，均不得推翻其要件的認定與拘束力，此即行政處

分的公定力。

（三）目前通說見解²⁴¹

1、實定法上的根據：

近期日本學者在討論公定力的根據時，已放棄傳統上以國家權威為理由的見解，而尋求實定法上的根據和更實質的理由。依通說見解，公定力在實定法上的根據是撤銷訴訟的排他管轄，亦即依行政不服審查法和行政事件訴訟法的規定，人民欲爭執違法行政處分的效力，只能經由不服審查和撤銷訴訟等制度獲得救濟，而且依行政不服審查法第 14 條第 1 項及行政事件訴訟法第 14 條第 1 項的規定，不服審查須於六十日內提起。撤銷之訴須於三個月內提起，如果人民逾此期限，即不得再提起不服審查和撤銷訴訟，在其他訴訟程序中也不得再作爭執。如果人民可以在其他訴訟程序爭執行政處分的效力，甚至逾越撤銷訴訟的起訴期間亦可如此，則法律所設定撤銷訴訟的制度及其起訴期間均變成毫無意義。另外也有學者認為行政處分的自力執行力也是公定力的根據之一。也有學者認為行政不服審查法第 34 條第 1 項及行政事件訴訟法第 25 條第 1 項所規定執行不停止原則，係公定力的延長及強化。

2、理論上的根據：

如前所述，早期學者認為行政處分和法院判決相似，故行政處分有公定力如同判決有既判力。然而如今通說認為行政處分在性質上較接近民法上的法律行為，而非法院判決。那麼為何行政處分具有公定力呢？固然撤銷訴訟的排他管轄可做為公定力在實定法上的根據，但實定法為何要設計撤銷訴訟排他性的制度呢？大部分學者均認為如果人民可以在任何時候於任何訴訟程序爭執行政處分的效力，而法院也可以隨時在不同訴訟程序否定行政處分的效力，則行政作用無法圓滑進行，行政目的也無法順利達成，而且人民對行政處分的信賴也無法獲得保障，行政上法律關係的安定性也將遭到破壞。因此為達成行政目的，確保公益的實現，保障人民的信賴，維持法律的安定性，應承認行政處分有公定力，使違法行政處分的效力僅能於一定時間內一定程序下才能被爭執。

²⁴¹ 參見林永頌著，同註 19，頁 63-64。

（四）實務見解

司法實務亦深受美濃部達吉、田中二郎、田上穰治公定力理論的影響，其中最具代表性者乃最高裁判所昭和 30 年（1955 年）12 月 26 日第三法庭判決，事實概要略為：甲就乙所有的農地，主張於昭和 20 年因雙方訂立租賃契約而取得租賃權，但為乙否認，甲遂向村農地委員會申請租賃權回復的裁定，而村農地委員會即於昭和 23 年（1948 年）7 月依農地調整法確認甲有租賃權的裁定，乙對此裁定不服遂向縣農地委員會聲請訴願，然於昭和 24 年（1949 年）12 月遭裁決駁回，後依乙之聲請對上開裁決再議，結果，於昭和 26 年（1951 年）6 月認乙的主張有理由，而撤銷上開訴願駁回裁決與村農地委員會租賃權設定的裁定，而改為訴願有理由的裁決，因此，甲以乙為被告請求確認耕作權存在並交付耕地，但第一、二、三審均遭敗訴，最高裁判所認為：「因訴願裁決機關，原則上不得自行撤銷已為的訴願裁決．．．故縣農地委員會．．．撤銷先前所為的裁決，進一步地為訴願有理由的裁決應屬違法，然而，行政處分即使違法，除以該違法係重大明顯而認為該處分無效者外，於未經依法撤銷前應認為有完全的效力．．．縣農地委員會所為撤銷訴願裁決的裁決，至今尚未經撤銷既為原判決所確定的事實，因此，不能認為當然無效。」依此判決，撤銷原訴願裁決的裁決，除非甲主張該裁決無效或被撤銷，否則法院必須以該裁決有效為前提而判斷²⁴²。

（五）公定力的界限

行政處分可否不問行政機關本身的瑕疵，或處分內容、形式及程序上的瑕疵，而絕對擁有公定力？若得為否認其公定力時，究竟應存在何種瑕疵時方得否認之？此即所謂行政處分公定力的界限問題。

承認行政處分公定力的實質理由乃在於使行政處分得於圓滿地執行以達成行政目的，保障人民對行政處分的信賴，避免行政法上的關係陷於混亂等。倘行政處分的瑕疵特別重大，且依一般理性之人予以合理判斷即可明顯發現者，則通說認為係屬無效的行政處分並無維持其法安定性或實現行政目的的合理理由，此時因瑕疵重大明顯也無信賴保護的必要，因此應著重於行政處

²⁴² 參見林永頌著，同註 19，頁 24-26。

分相對人權利保護，而否定行政權的優越，故無效的行政處分並不具有公定力。其他國家機關、行政處分相對人、第三人均得獨自判斷而無視其存在，而且不受爭訟期間及形式的拘束，故日本行政事件訴訟法第3條第4項的規定，可對無效的行政處分提起無效確認之訴，但此訴訟並無起訴時間的限制，因此不具有撤銷訴訟的排他性，在行政處分成為刑事訴訟之先決問題時，刑事法院自得認定行政處分無效而宣告被告無罪²⁴³。

四、我國

我國學界在探討此一問題時，多以公定力說明之，晚近或有採構成要件效力說者，然斯二者均係受到德、日學說的影響，其具體內涵不盡相同。茲將本國學說臚列如後：

（一）公定力說

1、林紀東氏：

「國家之意思，具有公定力，即在行政法關係上，國家機關之意思行為，對於該法律關係，有決定之效力，除有正當權限之機關，將其撤銷或確認其無效外，常受適法之推定，相對人不能否認其效力。是亦行政法關係與私法關係主要區別之一，蓋在私法關係，兩方當事人間，有對等之意思力，故私法關係之爭執，必待民事裁判之確定。而在行政法關係，國家則可確定於先，人民亦不得不先服從之，僅能以行政爭訟，為事後救濟之手段耳。」²⁴⁴林氏明白肯定公定力的見解，認為行政處分應受適法性的推定；另林氏亦認為「凡有效成立之行政處分，均於兩方面發生效力，即一方面有拘束受其效果之相對人之力，而在另一方面，又有拘束國家自身之力．．．至謂行政處分對國家自身之拘束力，則指所有國家機關，對於有效之行政處分，均應承認其為有效之規律．．．」²⁴⁵亦明白指出行政處分的拘束力及於法院，其就公定力的定義顯採「適法性推定說」。

2、管歐氏：

²⁴³ 參見呂錦峰著，同註8，頁37-38。

²⁴⁴ 參見林紀東著，行政法，三民書局，1985年9月，七版，頁26。

²⁴⁵ 同上註，頁324。

「行政處分之本身，原為公的權利，既經有效成立，則未依法變更或喪失其效力前，任何人不能否認其效力，且有強制他人承認其效力的力量，例如依法所為之地籍登記，有絕對效力，司法機關及其他任何機關均應承認其登記之效力，以為審判、納稅或徵收等行為之依據。」²⁴⁶ 管氏認為法院應受拘束，但並未進一步推論行政處分受適法性的推定。

3、翁岳生氏：

「公定力之概念仍為我國與日本行政法學者所通用，目前日本之通說認為：行政處分之公定力係謂行政處分生效以後，除由特定之機關，經過一定之程序予以撤銷外，行政處分對相對人，其他利害關係人或所有國家機關均有拘束力；亦即謂法律上祇能經由提起訴願、再訴願及行政訴訟，訴請撤銷違法之行政處分，除此項特定之救濟途徑以外，人民無其他撤銷該行政處分之救濟方法，學者稱其為『撤銷制度之排他性』。」²⁴⁷ 翁氏以日本通說作為依據，特別強調撤銷訴訟的專屬管轄理論。

4、陳秀美氏：

「行政處分之公定力，係指行政機關本於職權所作之行政處分，在原則上，均應受適法之推定，於未經依法變更或經有權機關加以撤銷或宣告無效前，任何人均不得否認其效力，即係有強制他人承認其效力之謂。．．．就行政處分之適法與否之判斷，授與法院最後決定之權。受處分之相對人、關係人甚或為處分之行政機關本身均不得自行判斷該處分為違法或不當。．．．行政處分適法性之推定，乃指形式意義的適法性之推定，而非實質意義之適法性之推定。行政處分之公定力之存在與否，端視實定法是否承認行政權可依行政處分課人民以義務，同時為確保該義務內容之履行而賦予自力強制執行之力而定。法令上之所以賦與行政處分具有自力執行之力，乃基於該行政處分被假定為適法妥當之前提上。此即行政處分具有公定力之依據與性質。．．．所謂行政法上適法之推定，乃指某行政處分其法律要件是否具備尚有疑義時，在未經有權限之行政機關或法院撤銷以前，原則上要求任何人承認其有拘束力之謂。換言之，即所謂『具有公定力』。實際上，此種『公定力』僅係在理論上為說明行政處分之特性起見而創設之一種假設。行政處分之公定力，絕未意味該處分已具有實質上及客觀上之適法性。因此，行政處分公定力之存在，於法院受理行政爭訟程序中對舉證責任分配之原則，應不受任何

²⁴⁶ 參見管歐著，中國行政法總論，1986年5月，修訂二十四版，頁460。

²⁴⁷ 參見翁岳生著，論行政處分，法治國家之行政法與司法，月旦出版社，1994年8月，一版二刷，頁18。

影響。」²⁴⁸陳氏對於行政處分公定力的定義，大致上與通說相同，惟值得注意的是，渠雖主張行政處分受適法性的推定，但卻指出「形式意義的適法性之推定」，而與Otto Mayor以來的「自己確認說」或「適法性推定說」不同，前者「僅係在理論上為說明行政處分之特性起見而創之一種假設」，換言之，適法性的推定，僅為說明行政處分為何具有公定力的理論基礎而已，在實體上既不具有實質上的法律效果，且程序上也不影響舉證責任的分配；而後者，適法性的推定即有實體法上的效力，因為國家及其他公權力的主體有被容許錯誤的強大特權，所以應賦予行政處分適法性與有效性推定的效力。而於撤銷之訴，除非原告能提出反證，否則行政處分被推定為適法，民事訴訟法上舉證責任分配的原則無適用的餘地²⁴⁹。

5、董保城氏：

「行政處分不因其瑕疵而影響該行政處分之法律效力，行政處分以通知到達相對人即生效力，而不問該行政處分是否合法，除非有正當權限之機關將其撤銷或確認無效外，原則上推定為適法，在未依一定法定程序為撤銷之前，不獨對訟相對人，對於第三人亦有拘束力。只有當行政處分很明顯或重大明白之違法情形，該行政處分則為自始絕對無效，而不生任何拘束力。」²⁵⁰董氏就公定力的理論，基本上採日本早期實體法公定力說，行政處分在未經撤銷之前，其他機關不得質疑其適法性，與程序法公定力說不同。

6、蔡志方氏：

「例如依土地法所為之登記有絕對之效力，縱然登記內容有誤，未經法律程序予以撤銷前，該登記仍然有效，因為公權力機關被賦予某些權限，即使其依法所為之行為有誤，但未依法定程序將之撤銷前，亦僅能承認其效力，否則易破壞公信力。公定力與公信力間雖有相關，但兩者並不相同。公信力是因有公定力，而一般人相信由公權力機關所發之證明書有推定為真正之證據力。日籍學者遠藤博也於其教授論文中為行政處分之公定力理論下一結論：公定力即排他性管轄（專屬管轄），行政處分無效確認權之專屬。即一處分作成後，並非任何人或任何機關可任意撤銷，須經由法律上規定有合法權限可撤銷之機關撤銷始可，例如原處分機關、訴願機關、原處分之上級機關、法院（行政法院）等。」²⁵¹蔡氏對公定力理論採日本目前的通說—程序法公

²⁴⁸ 參見陳秀美著，行政訴訟上有關行政處分之研究，司法週刊社，1994年7月，再版，頁131-133。

²⁴⁹ 參見呂錦峰著，同註8，頁42。

²⁵⁰ 參見董保城著，行政法講義，1993年5月，頁104-105。

²⁵¹ 參見蔡志方著，行政法三十六講，1993年9月，初版，頁142。

定力說，將公定力的依據求諸於實定法上撤銷訴訟的排他管轄，而實質上理論的依據則著重於確保對行政處分的相對人或第三人的信賴保護。

7、林錫堯氏：

「行政處分之內涵，可由『拘束力之發生』、『排他性之範圍』兩方面加以說明。由於行政處分公定力於行政處分成立時即已發生，則行政處分之拘束力亦應於行政處分成立（送達或公布）之時起，即已發生。且其他行政機關或法院在處理其他案件時，亦應視該處分為既成事實，作為判斷之依據（西德學者稱之為構成要件效力），已超過僅僅拘束作成行政處分之機關及相對人之效力。因而，除對該行政處分提起撤銷爭訟以外，在其他訴訟程序中，即不能以行政處分違法為由，否定該行政處分之效力。由於行政處分公定之概念係出自撤銷制度之排他性，而不包含『適法性之推定』，因此，行政處分公定力之內涵，僅限於撤銷違法之行政處分（即否認行政處分之效力）之排他性乙節，對於行政處分是否違法之判斷，應不在排他性之列。」²⁵² 林氏關於公定力的定義明確採取日本通說的程序法公定力說，認公定力在實體法上並不受適法性的推定，僅為「撤銷訴訟專屬管轄」的反射效果而已，因此在不侵害「撤銷訴訟專屬管轄」的前提下，其他機關對涉及「先決問題」之行政處分的違法性，均可自行認定。總而言之，公定力係指適法、違法未決而承認其效力而言。此外，就公定力內涵中「拘束力之發生」，尤其在先決問題的處理上，認為與德國學說上所稱之構成要件效力相當²⁵³。

（二）構成要件效力說

1、吳庚氏：

「無論行政處分之內容為下命、形成或確認，均有產生一種行政法上法律關係之可能，不僅應受其他國家機關之尊重，抑且在其他行政機關甚至法院有所裁決時，倘若涉及先前由行政處分所確認或據以成立之事實（通常表現為先決問題），即應予以承認及接受，是故稱為確認效力，上述事實既為嗣後其他機關裁決之既定的構成要件，故又稱為構成要件效力，例如享有華僑回國投資條例（已廢止）之優惠者，首應具備華僑身分，而華僑身分之認定係由僑務主管機關為之，經認定為華僑者，其他機關或法院均應接受此項確

²⁵² 參見林錫堯著，行政法要義，法務通訊雜誌社，1991年1月初版，頁184。

²⁵³ 參見呂錦峰著，同註8，頁45。

認之事實；如主管投資機關依據上述條例之規定，核准申請回國投資之案件時，此項關於華僑之身分，即為其核准處分之構成要件事實的一部份。²⁵⁴吳氏見解與德國通說所謂的構成要件效力相當，並認為美濃部達吉所創設的公定力概念，深受 Otto Mayer 影響，均屬官憲國家 (Obrigkeitsstaat) 的產物，以權威或勢力充當行政行為合法及有效的基礎，自與民主主義的法治國理念不符。彼氏認為行政處分受合法推定早已被多數學者所揚棄，公定力的概念不宜繼續引用。

2、翁岳生氏：

翁氏除前開提及公定力學說外，同時也於文中介紹構成要件效力的見解，認為構成要件效力超越原處分機關，處分的相對人或有利害關係的第三人，「而對其他之人或行政機關，甚至法院，要求其尊重該有效之行政處分，於其行為或作成決定時，應以該行政處分之存在或內容為構成事實之基礎。行政處分此項效力，不待法律之特別規定。」²⁵⁵其對於構成要件效力學說雖有所論述，但並未進一步介紹有關的理論基礎。

3、蔡志方氏：

「構成要件效力，指一行政處分若構成另一行政處分或其他法律行為之先決要件，且此行政處分未受撤銷，則須將之視為有效，以其為基礎而為其他法律行為。」²⁵⁶此說前段以先決問題闡述構成要件效力的概念，而後段再以公定力說補述之，可謂兼容二說精神，為一創新見解。

(三) 實務見解

有關為前提條件的行政處分是否拘束法院的爭論，我國實務向採肯定的立場，其主要見解有：

1、民事類：

最高法院 52 年臺上字第 694 號民事判例認為：「法院應就被告主張之行政處分是否存在，有無效力，而為審究，如其處分確係有效存在，雖然內容有不當或違法，而在上級官署未依訴願程序撤銷以前，司法機關固亦不能否認其效力，反之例如該處分為絕對權限外之行為，應認為無效時，則其因此

²⁵⁴ 參見吳庚著，行政法之理論與實用，三民書局，1993 年 7 月增訂版，頁 299。

²⁵⁵ 參見翁岳生著，同註 28，頁 20-21。

²⁵⁶ 參見蔡志方著，同註 32，頁 143。

所受之損害，自不能不負賠償責任。」然該判例並未一併提出法院應受行政處分拘束的依據或理論基礎。

2、刑事類：

臺灣高等法院暨所屬法院1999年法律座談會刑事類提案第55號法律問題：法院審理修正後公平交易法第35條第1項之刑事案件時，得否審查公平會第一次之處分？

討論意見：甲說：（否定說）。

（1）考諸公平法第35條有關「先行政後司法」之修法說明，係謂：「基於比例原則，對於違法行為之制裁，倘有許多措施可行者，宜先用輕罰，俟未能遏止目的時，始動用重罰。而刑罰為國家對於不法者最後且重之制裁手段，如以行政罰手段足以達管理目的，即先循行政罰手段。本法為經濟法，須配合國內經濟環境，為最適之管理。現行條文對於濫用市場獨占力量等行為逕處刑罰之規定，施行以來迭經業者反映過於嚴苛，學者專家亦多次建議經濟秩序行為之管理，宜以行政處理為優先。且本法存有若干不確定法律概念，如「其他濫用市場地位」、「競爭關係」等，尤須先有行政權介入以為預警。故本條對於違反第10條、第14條及第20條規定之處罰，宜改採「先行政後司法」之處理原則。即基於比例原則及先期預警等由，修正為先由公平交易委員會為行政處理後，無效果，再移由司法機關處以刑責」。基於公平會為公平法之主管機關立場，對於公平會本於專業性判斷所為之行政處分，應要求法院儘量予以尊重，以落實前開「先行政後司法」原則之立法目的，並提高公平會執法之公信力。

（2）公平法第28條規定，公平會依法獨立行使職權，故上開構成要件要素乃客觀事實存在與否問題，故受理公平法第35條第1項案件之司法機關僅須就公平會處分命令之存否、事業是否逾期未依該命令為停止、改正或採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似行為等事實加以審酌，而不及於公平會處分命令當否。

（3）就行政處分之公定力而言，在處分未被撤銷前，其他機關應予尊重。且主張行政處分具構成要件效力之見解，以行政處分除有限制原處分機關、處分之相對人或利害關係之第三人效力外，對其他之人、行政機關，甚至法院，均要求其尊重該有效之行政處分，於其行為或做成決定時，應以該行政處分之存在或內容為構成事實之基礎。且循本次修法意旨以觀，係對於行政處分未達遏止不法者，始科以刑罰。

（4）行政處分本身已有訴願及行政訴訟等救濟管道，為避免認定不同造成執法之矛盾，司法機關似不宜再為審查。且修正後行政訴訟法第12條規定：

「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟確定之（第一項）。前項行政爭訟已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序（第二項）。」據此可認法院應受公平會處分之拘束。

乙說：（肯定說）。

（1）按公平交易法第35條第1項之犯罪構成要件，係以行為人違反第10條、第14條或第20條第1項規定，且經公平會依公平法第41條處分而不遵從，或停止後再為相同或類似違反行為為要件。此項犯罪類型，並非行為人違反公平交易法任何規定且經公平會處分而不遵從即可構成，而僅限於違反第10條、第14條或第20條第1項者，其考量點即在於該等行為較諸其他違反公平交易法規定（但第23條除外）之行為，有較重之非難性。則行為人是否有違反第10條、第14條或第20條第1項規定、是否經公平會處分等，均為法院必須加以審查之要件；如審查結果，行為人並未有前開較具非難性之違反公平法行為，卻被公平會處分，法院基於正確適用法律之立場，不可能置而不論，而逕以行政機關之違法處分，做為科處行為人刑責之基礎，故司法機關當可就受理之個案所涉公平會處分適法與否予以審查。

（2）公平法第35條第1項之修正係為增加執法者之彈性，經濟法本身偏重於合目的性之考量，但仍不可逸脫公平、正義、安定及平等等考量。公平法條文本身因存在許多不確定之法律概念，其不確定性過高，而執法者彈性考量之結果，有時反而無法達到原有之政策目的。且公平會仍屬行政機關，所為行政處分自應接受法院之審查，不得以判斷餘地或獨立機關職權等由排除法院之審查。

（3）對於國家賠償事件之處理，有認為行政處分違法時，該行政處分不具公定力，雖未經法定程序以撤銷，法院仍可逕行認定行政處分違法。或謂當行政處分之適法與否或有效與否成為刑事判決之先決問題時，因刑事判決涉及人民人身自由權利之重大侵害，法院就構成該等犯罪之各種要件及事實，均有審查及認定之權限，尚不得以該行政處分具公定力而排除法院之權限。

丙說：（形式審查說）。

按公平會所為行政處分之存在，固為行為人犯公平交易法第35條第1項或36條案件之構成要件的一部，惟有關行政處分違法與否之判斷，係專屬於行政法院之權限（參照修正後行政訴訟法第12條），一般法院不宜介入；故刑事法院僅宜就公平會行政處分之存在，為形式上的審查，如處分書有無合法製作完成？有無合法送達？或有無行政程序法第111條所定無效之事由存在等，而不及於行政處分之實質合法性。且以行政處罰作為刑罰之構成要件者，

建築法已有前例，司法實務上亦僅作形式審查。

丁說：（折衷說）。

公平法本身涵攝專業之經濟法理論，且法律明文規定公平會依法獨立行使職權，是於事實認定部分，除非違反法律或有重大瑕疵，原則上應以公平會處分為準；僅於適用法律部分，得由司法機關自主審查。

審查意見：採丙說。

研討結果：照審查意見通過。

以上兩實務結論似乎有些微不同，首先最高法院 52 年臺上字第 694 號民事判例意旨採行「適法性之推定」說，承認行政處分的公定力，然臺灣高等法院暨所屬法院在 1999 年法律座談會刑事類提案第 55 號法律問題的結論，則承認刑事法院有形式上的審查權限，雖然仍有公定力理論的影子，但已受到某種程度的壓抑，與前開民事判例有所不同。

（四）小結

就行政處分能否拘束法院的爭議，我國學界也與實務界看法一致，均採肯定見解，只不過早期實務界對於拘束的學理性探討著墨較少，令人難以充分理解其真正的理論及依據。而學界縱有深入研究，然其理論基礎也有著德、日學派的區別，各有其獨到專擅之處。不過大體而言，國內學界採用日本公定力學說者還是居大多數，儼然成為學術上的主流學說。這種風潮也逐漸吹進實務界而影響法院的判決，例如前述臺灣高等法院暨所屬法院法律座談會第 55 號法律問題，其中即有兩說（肯定說、否定說）明白引用公定力的概念作為理論基礎，雖然最終採形式審查說，但該說基本上亦係以公定力理論為基礎，且特別強調公定力的概念係源於撤銷制度的排他性，並不是依據「適法性之推定」說而來。此種結論恰與前開林錫堯氏所指出：「．．．行政處分公定力之內涵，僅限於撤銷違法之行政處分（即否認行政處分之效力）之排他性乙節，對於行政處分是否違法之判斷，應不在排他性之列．．．」等理論相符，所採用者即為日本通說的程序法公定力說，認為公定力在實體法上並不受適法性的推定，僅為「撤銷訴訟專屬管轄」的反射效果而已，故在不侵害「撤銷訴訟專屬管轄」的前提下，其他機關對涉及「先決問題」的行政處分的違法性，均可自行認定之，只不過上開座談會的結論把可審查的範圍界定為形式上審查，限於「如處分書有無合法製作完成？有無合法送達？或有無行政程序法第一百十一條所定無效之事由存在等」，並不及於行政處分

的實質合法性。因此，以本題旨所示犯罪類型而言，審理的刑事法院，可自行認定行政罰違法而為被告無罪的宣告，然因立法政策上行政法院有專屬的違法審查權，刑事法院雖可據以認定被告無罪，但尚不得逕行撤銷行政處分。

另外值得一提的是，我國學界對於行政處分可否拘束法院問題的研究，雖可謂鞭辟入裡，深入德、日學說的精髓，但對於各種訴訟種類可否一體適用，卻未見精緻化分析，因此造成民事、刑事及行政訴訟等不同領域雖同採公定力說，但對內涵的解釋卻各說各話、毫無交集的窘境發生。其實，欲解決行政處分可否拘束法院的難題，除將公定力或構成要件效力學說的採行統一外，尚應斟酌民事、刑事、行政訴訟的特性，分別採取合適的學說，藉以進一步探討拘束的可行性及其範圍與程度。以本題旨所示犯罪類型的刑事程序而言，人權保障的利益應是有別於其他訴訟程序而應予特別衡量的因素，因此本文認為前開臺灣高等法院暨所屬法院座談會有關刑事法律問題的結論，不援引上述最高法院 52 年臺上字第 694 號民事判例意旨所採行「適法性之推定」說，逕行放大法院就行政處分得以審查的範圍改採「程序法公定力」說，固然對於人權保障有較多的進展，但其將審查範圍限定在「形式上審查」，顯然未將人權保障列為最優先考量，則頗令人感到惋惜。

近年來我國已將這個問題的解決明文化，例如行政程序法第 110 條（1999 年 2 月 3 日總統公布，2001 年 1 月 1 日實施）規定：「書面之行政處分自送達相對人及已知之利害關係人起；書面以外之行政處分自以其他適當方法通知或使其知悉時起，依送達、通知或使知悉之內容對其發生效力。一般處分自公告日或刊登政府公報、新聞紙最後登載日起發生效力。但處分另訂不同日期者，從其規定。行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。無效之行政處分自始不生效力。」即明白揭示除無效的行政處分外，只要具備一切形式要件的行政處分，在未經有權機關撤銷、廢止，或未因其他事由而失效之前，其效力繼續存在，已顯示出公定力最重要的元素—「適法性推定」。另行政訴訟法第 12 條（1998 年 10 月 28 日總統公布，2000 年 7 月 1 日實施）規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」亦揭示行政處分是否無效或違法，應依行政爭訟程序確定之，而有所謂「撤銷訴訟專屬管轄」的概念隱含其中。以上二法規的結合，公定力的意涵已呼之欲出，惟比照前開日本公定力的理論，前述「適法性推定」係實體法公定力說的元素，而「撤銷訴訟專屬管轄」則是程序法公定力說的元素，兩者融合在一起似乎是有點扞格不入。另外，其未依屬性不同將民事、刑事訴訟區隔，一律適用行政訴訟法第 12 條

規定，由行政法院決定行政處分的適法性，忽略刑事程序特別重視人權保障的特殊性，亦有不妥。

第三節 刑事法院對於行政處分的審查

在語意邏輯上，行政處分可否拘束法院，與法院可否審查行政處分本屬一體二面的關係。換言之，行政處分若可拘束法院，則法院當無審查行政處分的餘地；反之，行政處分不可拘束法院，則法院本於職權自有審查行政處分的權限。關於以上問題，雖然法、德、日等國在學理上分別有先決的特權、構成要件效力及公定力等不同理論可加以解決，而貫徹上開理論的結果，持肯定的見解也應無二致。惟前述理論雖係各國的重要學說，但並非放諸四海皆準的學說，仍有一些區分，尤其在刑事法院遇有以行政處分為先決要件時，行政處分可否拘束法院的問題，即顯得詭異且棘手，此觀上開說明即可知。以德國為例，構成要件效力的理論固然為其重要學說，但到目前為止，該說仍甚為分歧，並無定論，且在以行政處分的適法性、有效性為先決要件的刑事案件當中，因有基本人權保障等特殊考量，依照現行德國通說，刑事法院亦非毫無限制的受到行政處分的拘束，而無違法審查的餘地，其處理的方式與民事訴訟或行政訴訟深受構成要件效力理論的影響是截然不同的。因此，縱然法、德、日等國有先決的特權、構成要件效力及公定力等學說作為處理問題的主軸，但對於法院，尤其是刑事法院能否審查行政處分的問題，卻始終無法周延且圓融的解決，故關於刑事法院可否審查行政處分的議題，即有再深入探討之必要。

一、行政處分的偏差與刑事法院的審查

由於行政從屬性的原因，使得行政法規範與刑法犯罪構成要件間產生一定程度的連結。在以行政罰為前提的刑事犯罪當中，此種連結屬於原因與結果關係時，尤為明顯。然居於主導地位的行政處分，若有違實質正義，則附隨的刑法勢必遭到誤導，影響刑事制裁的正確性及公正性。因此刑事法院可

否對於該行政處分為一定程度的司法審查，即顯得格外重要。

由於不同偏差態樣的行政處分，會導致不同的法律效果，也將影響法院是否介入審查的功能性考量，尤其是刑事法院審理的結果影響人民的權益最大，更是關係密切，故行政處分的偏差態樣，即可作為刑事法院可否審查行政處分的一個觀察重點。茲就各種偏差類型的行政處分，分別論述其與刑事法院審查的關係如下：

（一）行政處分無效時

行政處分若存有可導致無效的違法瑕疵時，則該行政處分即自始、當然不生所意欲的法律效果，此即無效的行政處分²⁵⁷。德國在1976年行政手續法第44條第1項明白界定無效的行政處分為：「行政處分有特別重大之瑕疵，依其一切足以斟酌之情形加以合理之判斷，可認為公然者。」²⁵⁸強調無效的行政處分具公然性，有明顯易見的內涵。關於為先決要件的行政處分若存有無效的瑕疵時，據為構成要件的刑事不法是否受到影響，大致有二種學說。一說認為該填補的行政處分應被視為法規範的真空無效（*rechtliches nullum*），直接認定構成要件不該當，不構成犯罪，此說為德國環境刑法所採用的通說。另一說為少數意見，認為應從刑法本身的無效原因作審查，然因刑法欠缺獨立的無效理由，即等同於拒絕審查，當然不發生無效認定的結果，仍應承擔刑事責任²⁵⁹。站在罪刑法定主義及人權保障的觀點，顯然以前說較為可採。

然滋生疑義的是，該無效的行政處分如果因故繫屬於刑事法院，且為法院認定是否成罪的先決條件時，刑事法院究竟有無審查權限？亦即前開德國的構成要件效力說，在此有無適用的餘地？不無疑問。關於這一點，德國通說對於刑事法院擁有無效行政處分的審查權，基本上係持肯定的立場，認為無效的行政處分既有重大而明顯的瑕疵，則其他關係人、行政機關、法院均可輕易判斷其法律效果，此時刑事法院自行認定行政處分無效，尚不致於對行政目的、信賴保護、法安定性等具有重大影響，為保障人權起見，刑事法院自不受無效行政處分的拘束，當可附帶對行政處分為有效或無效的實質審

²⁵⁷ 參見翁岳生主編，*行政法（上）*，2000年7月，二版二刷，頁607。

²⁵⁸ 參見呂錦峰著，同註8，頁78。

²⁵⁹ 參見鄭昆山著，*環境刑法之基本理論*，五南圖書出版公司，1998年4月，二版一刷，頁191。

查，並進一步確認行政處分為無效而否定其犯罪成立²⁶⁰。此說從人權角度出發，符合現代法治國保護人民基本人權的精神，應屬可採。

（二）行政處分違法時

此種偏差情況又可區分為違法授益行政處分及違法不利行政處分二種類型：

1、違法授益行政處分類型

授益處分係指凡對相對人產生設定或確認權利或法律上重大利益的行政處分而言，諸如核發各種執照、准予商標註冊、給予社會救助金、任命為公務員、確認具某某公職候選人資格、確認有自耕能力等皆是²⁶¹。以一定授益行政處分為前提的刑事不法，若該行政處分有違法情事，依據本章第二節德國構成要件效力說的立場而言，違法的行政處分在有權限的機關撤銷以前，仍有構成要件效力，故刑事法院就以行政處分的有效性作為犯罪構成要件的案件，並不得認為行政處分違法，並據以否定其效力而宣告無罪。舉例而言，水污染防治法第36條規定：「事業無排放許可證或簡易排放許可文件，且其排放廢水所含之有害健康物質超過放流水標準者，處負責人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。前項有害健康物質之種類，由中央主管機關公告之。」其中的「事業排放許可」或「簡易排放許可」如果有瑕疵，依照構成要件效力說，仍有構成要件效力，如此一來，勢必影響以構成要件判定犯罪與否的機能，行政機關可能由於人謀不臧或疏忽過失，授予行為人有實質瑕疵的許可，卻因採行構成要件效力說，而使得危害環境行為擁有合法侵害法益的執照。

此種情形發生時，前開法、德、日各國一致認為應該予以補救，只是採取的見解有寬嚴不一的區別。德國多數說則採最嚴格說，仍認為機關的核准僅發生行政法上形式的效力，因不法所宣布的核准行為，在撤銷之前原則上仍為適法。此乃基於違法行政處分的公定力原則(Prinzip der Bestandskraft rechtswidriger Verwaltungsakte)，並且將對人民的信賴保護(Vertrauensschutz des Bürgers)納入考量，蓋要求人民對於複雜的核准處

²⁶⁰ 參見呂錦峰著，同註8，頁79。

²⁶¹ 參見翁岳生主編，同註38，頁572。

分進行完整的適法性審查，並無期待可能性。因此，基於法秩序一致性的原則，不法的可罰性不應限制於違反實質適法的行政處分，而在刑法的審查上另行採用特殊標準。換言之，刑事法官在審理具有行政從屬性的刑事案件時，應受到公定力的拘束，僅能就行政處分進行形式違法性審查，若對於行政處分為實質審查將有逾越權限的問題。在這種情況之下，授益處分的相對人因信賴行政機關所為的行政處分，其縱有侵害到行政法益的情事，仍應依據客觀阻卻違法（objektivgerechtfertigt）或依據禁止錯誤（Verbotssirrtum）來處理，認定該相對人之行為不罰²⁶²。此說能權衡法秩序一致性及人權保障的觀點，作最有利行為人的解釋，符合法治國原則，頗值稱許。然較為可議之處，乃何以在無效的行政處分部分，可由刑事法院自行認定該處分無效而不受其拘束，縱與行政處分公定力或構成要件效力的理論相衝突，甚且妨害法秩序的一致性，仍可加以審查，反而在違法的行政處分部分，卻需考慮公定力及法秩序一致性等價值問題，其間的差異是頗耐人尋味。

另外也有疑義的是，倘相對人係以詐欺、強制、賄賂或藉著與行政主管機關的其他秘密勾結行為而獲得授益行政處分時，其效果又該如何？刑事法院能否加以審查？德國通說認為，此種情形應運用「權利濫用（Mißbrauch）」的理論²⁶³加以解決，不可主張獲得行政機關的許可而阻卻犯罪構成要件²⁶⁴，應以行為人係利用不正方法取得，刑事法院例外地不受構成要件效力所拘束，直接就許可處分為無效性審查，基本上持肯定見解。另奧地利和部分德國學者雖也採肯定見解，但彼等認為違法的行政處分，必然違反行政法規，亦即違反據以作成行政處分的法律或行政命令，因此違法的行政處分，亦即違法的許可並不能阻卻犯罪構成要件，其構築的理由明顯與前說不同²⁶⁵。

關於此，本文亦採肯定說，主要的理由為：行為人以不正方法取得違法的行政處分，不能加以保護，亦即權利濫用者，不得享有不法取得的權利；以詐欺、強制、賄賂或藉著與行政主管機關的其他秘密勾結行為等所獲得的授益行政處分，亦等同於有特別重大的瑕疵存在，可當成無效的行政處分來處理，依照前開說明，應承認刑事法院有司法審查權；倘刑事法院自認無權審查而不予審理，豈非自廢武功捨棄完整裁判權，這將對人權的保障有重大

²⁶² 參見鄭昆山著，同註 40，頁 191-192。

²⁶³ 德國的權利濫用理論源自於民法權利行使逾越社會容許性禁止的概念，後來在公法領域亦普遍加以運用。例如德國刑法典§330d Nr. 5 StGB 模仿外貿法§34 VIII 8 AWG 的規定，引進濫用條款，亦稱為共謀勾結（Kollusion）條款。參見鄭昆山著，同註 40，頁 190。

²⁶⁴ 參見鄭昆山著，同註 40，頁 192；許玉秀著，水污染防治法的制裁構造—環境犯罪構成要件的評析，主觀與客觀之間，1997 年 9 月，初版，頁 489-490。

²⁶⁵ 參見許玉秀著，同註 45，頁 489-490。

的妨害，且拖延的結果，亦有違刑事案件要求迅速、正義的原則。再者，刑事法院僅是就行為人為有罪與否的認定，在確定刑罰權有無的範圍內否認其效力，對行政處分所規範的行政法關係並無影響，尚不致侵犯行政法院專屬裁判權，因此，此種情形應例外地否認其構成要件效力為當。

2、違法不利行政處分類型

不利行政處分包括拒絕、下令及附負擔等，不一而足。其中負擔處分係指凡對相對人產生不利效果的，無論是課與其作為、不作為或忍受義務（如徵兵、課稅、禁止集會等），或變更、消滅其權利或法律上的利益（如免職、調職、開除、撤銷許可、吊銷執照等），乃至於拒絕其授益上的請求（如拒絕核發執照、拒絕社會救助金之申請等）等前述的消極處分，俱為負擔處分²⁶⁶。因此本類型的違法不利行政處分，尚可區分為消極型的違法不利行政處分與積極型的違法不利行政處分。

消極型的違法不利行政處分，係指違法不利於相對人的行政處分，屬於行政機關拒絕其授益上請求的消極處分，例如違法未授予相對人許可，依照德國通說認為，縱然相對人在實質上具備獲得許可的條件，但其行為若逾越行政利益容忍的最高限度，仍為法規範所不許，依舊構成犯罪，這種處罰當然傾向於保護法規範的威信²⁶⁷。但德國也有少數見解認為，刑事法官對於此類具有行政從屬性的刑事案件應該跳脫行政處分公定力的拘束，蓋對於違反實質不法而發布的行政處分，通常也應該不會侵害實質的行政利益。但德國聯邦最高法院判決指出，如相對人違反違法但仍具公定力的行政處分時，仍具有可罰性²⁶⁸，顯然公定力原則在違法不利行政處分類型仍有適用。

本文認為，就消極型的違法不利行政處分而言，相對人所違反者，乃行政法當中具有禁止或誡命性質的法規範要件，如前開所舉水污染防治法第36條的規定，行為人所違反者，乃其排放廢水所含之有害健康物質超過放流水標準而言，並非行政機關不核發排放許可證或簡易排放許可文件所為的消極處分本身，亦即上開行為的可罰性在於「無排放許可證或簡易排放許可文件，仍違法排放含有害健康物質超過放流水標準之廢水」，其所強調者乃「明知故為」的主觀惡性，縱然該不核發的行政處分有違法情事，但既經行政機關為不予核發的處分，行為人仍故意違犯，即符合上開罪名的主客觀構成要件，

²⁶⁶ 參見翁岳生主編，同註38，頁572。

²⁶⁷ 參見許玉秀著，同註45，頁491。

²⁶⁸ 參見鄭昆山著，同註40，頁192。

要非行為人執「行政機關違法未予許可」一語所得抗辯。由於該許可文件的核發屬於行政機關的裁量權限，行政機關有絕對的判斷餘地，基於行政、司法分立原則，即非刑事法院所得審查者；況以上開罪名為例，其規定「事業無排放許可證或簡易排放許可文件」的構成要件，刑事法院也無太多得審查的空間，故在消極型的違法不利行政處分類型，本文傾向刑事法院對於該行政處分僅有形式上審查的權限，而且僅限定在許可是否存在的層次，不及適法性或有效性的層次，當然如果原行政處分被行政院所撤銷，依我國刑事訴訟法的規定，違法不利的行政處分經撤銷，應該屬於新證據的發見，可經再審程序更正原判決（刑事訴訟法第420條第6款），乃屬另一問題。

另積極型的違法不利行政處分，則指違法不利於相對人的行政處分，係課與作為、不作為或忍受義務，或變更、消滅其權利或法律上的利益的積極處分而言，例如不利於相對人的違法行政處分為停工或停業等情形。根據目前德國和奧地利的通說，違法的停工或停業處分如經撤銷，則可援為解除刑罰事由，縱然犯罪判決已確定，亦可援為更正原判決的理由²⁶⁹。

本文認為，相對人所違反者，乃行政機關所為的一定具有禁止或誡命性質的行政處分，如建築法第85條：「違反第十三條或第十四條之規定，擅自承攬建築物之設計、監造或承造業務者，勒令其停止業務，並處以六千元以上三萬元以下罰鍰；其不遵從而繼續營業者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。」行為人所違反者，乃勒令其停止業務的行政處分，並非法文當中所稱「第十三條或第十四條之規定」本身，亦即上開行為的可罰性在於「勒令其停止業務，仍不遵從而繼續營業」，此與上開消極型的違法不利行政處分類型明顯不同。由於上開積極型的違法不利行政處分即為構成要件本身，若該行政處分有違法情事，刑事法院自不受行政處分的拘束，可自行認定行政處分是否適法，以作為判決的基礎。蓋刑事法院對於行政處分進行違法審查，倘若認係違法而宣告被告無罪，並不直接影響原有行政法的關係，亦即並無否定行政處分效力的問題，行政作用自不受影響。雖然刑事法院自行認定行政處分是否違法，也會和行政法院發生判決矛盾的現象，但由於刑事制裁關係人民自由、權利甚鉅，因此於行政處分適法性成為刑事訴訟先決條件時，人權保障的考慮遠比判決矛盾的預防更為重要，故在積極型的違法不利行政處分類型，本文傾向刑事法院得對於行政處分為適法性的審查。

²⁶⁹ 參見許玉秀著，同註45，頁491。

（三）欠缺行政規範時

此種情形係指為前提要件的行政處分因疏忽未作成，或欠缺明確規範致該行政處分無從依循作成時，則將影響刑罰的成立。例如，建築法第 85 條規定：「違反第十三條或第十四條之規定，擅自承攬建築物之設計、監造或承造業務者，勒令其停止業務，並處以六千元以上三萬元以下罰鍰；其不遵從而繼續營業者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。」行為人一犯時，行政機關應先對行為人為勒令停止業務及一定罰鍰的處罰，始能於二犯時處以刑罰，然行政機關疏忽僅對行為人為一定罰鍰的處罰而未為停業的處分；或者行政法怠於為不法規範的制訂與宣示，例如水污染防治法第 36 條規定：「事業無排放許可證或簡易排放許可文件，且其排放廢水所含之有害健康物質超過放流水標準者，處負責人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。前項有害健康物質之種類，由中央主管機關公告之。」其中所謂「有害健康物質」、「放流水標準」均有待主管機關另立單行法規補充之，但未明文規定；或放流水的標準低於安全標準，在行政法規未修正或未經過違憲審查之前，自然具有基本的法律效力，行為人縱有實質危及環境的行為，根據上開水污染防治法的規定，亦不構成犯罪，除非造成其他生命、身體、財產的損害，可適用刑法之有關規定。

因此，具有行政從屬性的刑法，完全以行政法規的內涵為內涵，行政法沒有宣示為不法的行為即等於合法，刑法毫無機會表現獨立的不法評價，即使另包含其他如「致死」或「致重傷」的構成要件要素亦無不同，縱然可能仍有被處罰的機會，但與其原始的立法目的已毫無關聯。其積極意義只是制定特殊類型的過失致死罪和過失重傷罪，更剖白地說，只是在特別法中提高過失致死罪和過失重傷罪的刑度，其立法功能似乎僅是在維護行政法規和行政機關的尊嚴而已。

二、我國刑事法院的行政處分審查權

（一）實定法的規定

現行行政訴訟法第 12 條規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是

否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」另在其修理由記載：「我國採司法二元化制度，同一基礎事實所衍生之民、刑事訴訟及行政訴訟分由普通法院與行政法院審理，難免會有法律見解不同或對於事實之認定互相牴觸之情形發生。對於法律見解之歧異，固應聲請大法官統一解釋以資解決；對於事實認定之歧異，如非屬先決問題者，應由不同之受理法院互相尊重對方所認定之事實；惟事實之認定，如屬先決問題者，則應依訴訟上有關停止審判之規定辦理，其以行政處分是否無效或違法為據者，應由認定先決事實之行政法院先為裁判後，以該確定裁判所認定之事實供為普通法院裁判時認定事實之依據，例如現行商標法第六十條規定：『在評定程序中，凡有提出關於商標專用權之民事或刑事訴訟者，應於評定商標專用權之評決確定前，停止其訴訟程序之進行。』即其適例，爰設本條，俾防止不同法院裁判結果互相牴觸之情形發生。」已就普通法院可否審查行政處分的問題為反面且間接的規定，然此程序性的規定，是否可進一步引伸為行政處分有拘束普通法院的實體法效力，則尚有討論的空間。

此外司法院行政訴訟制度研究修正委員會亦曾就「行政處分是否違法，普通法院能否自行判斷？若否，應如何處理？」的問題有過熱烈討論，茲將與會學者專家陳述的意見臚列如後²⁷⁰：

(1) 楊建華氏：

民、刑事訴訟、行政訴訟此三種訴訟各有其目的及裁判系統，就民事訴訟及刑事訴訟而言，皆屬普通法院管轄，由於希望裁判結果一致，因此訴訟法上規定「得停止訴訟」，但法律並無相互拘束的作用，實務上獨立的民事訴訟並不受刑事訴訟影響，更遑論行政訴訟屬另一裁判系統。惟依五權憲法的劃分，各機關各有所職掌，行政處分是否違法應屬行政救濟程序，專屬行政法院審理，普通法院應無審判權，祇能就行政處分形式上是否有效而為認定，至於是否違法，則無權認定。

(2) 翁岳生氏：

我國一般民事訴訟法學者因受日本的影響，尤其在國家賠償法案件，皆認為可不循行政救濟程序，而可由民事法院逕行判決。但事實上日本的行政訴訟制度與我國不同，彼國採司法一元化，普通法院即有權審查行政處分是否違法問題，而我國的行政訴訟制度與德奧兩國相同，行政處分違法與否應

²⁷⁰ 參見司法院第三廳編，司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編(一)，司法院秘書處，1985年6月出版，頁1018、1304、1019、1021-1022、1031-1032、1033-1034、1034-1035。

由行政法院為權威性的判斷。另行政處分乃屬國家公權力的行使，其效力未經有權機關否定前仍應有效存在，普通法院倘因國家賠償法的規定而有權認定行政處分違法，則可能會造成人民對行政處分違法侵害其權利時不循行政救濟程序而僅依國家賠償法請求賠償，違反我國司法體制。

(3) 張特生氏：

行政訴訟的性質與思考模式和民、刑事訴訟皆有差別，行政法院既為行政訴訟的最高裁判機關，則行政處分違法與否之問題應由行政法院裁判較為適宜，普通法院若有相反的裁判，易令人民無所適從。

(4) 城仲模氏：

行政處分是否違法不得由普通法院判斷。蓋就體制上而言，我國是行政國家，法律體系向來分成公法與私法，普通法院與行政法院之管轄範圍應有所不同。因此，若將公法爭議案件交由普通法院審理，顯然與制度不合，所以，行政處分違法與否應由行政法院審理。由能力上而言，普通法院的法官偏向私法訓練，若將公法案件交由其裁判，除非設有各種專業法庭，否則在能力上恐有問題；但是，以目前我國制度而言，似乎尚無法達到如此專業化的程度。因此，行政處分的違法與否應由行政法院判斷之。

(5) 張劍寒氏：

普通法院並無權審理行政處分是否違法的問題，因為：I、在司法二元化體制下，既設有行政法院審理行政訴訟，其他機關就不宜過問，以免權責劃分不清；II、英美國家雖採司法一元化，普通法院兼行政訴訟，但在第二次世界大戰後，由於行政訴訟日趨專業化及技術性，是以紛設行政法庭，對專門問題有最後認定權，一經認定不得上訴；III、行政法院有其專門性，在將來更宜設置各種專庭，由專門人才來判斷行政處分是否違法問題，如此始能保障人民權益以維持公平正義；IV、各機關的權限應相互尊重，行政法院就處分是否違法為審查時，普通法院應予以尊重。縱然目前行政法院的人員不足，組織尚未臻健全，但此皆以後改進的問題，法制的維護，應以正統為要。

從上開修法理由及學者見解可知，行政訴訟法第12條修訂的目的即在尊重行政法院審判權及專業能力，並防止裁判矛盾，因此在該法條修訂之後，我國對此問題已確定採否定見解，縱能審查充其量也僅限於形式上審查而已²⁷¹。

²⁷¹ 參照臺灣高等法院暨所屬法院八十八年法律座談會刑事類提案第五十五號法律問題結論（採丙說）。

（二）實務見解

刑事法院可否對於為先決問題的行政處分為違法審查，臺灣高等法院暨所屬法院在 1999 年法律座談會刑事類提案第 55 號法律問題對此有所探討，依照該座談會結論認為，行政處分違法與否的判斷係專屬於行政法院的權限（參照修正後行政訴訟法第 12 條），一般法院不宜介入；故刑事法院僅宜就公平會行政處分的存在，為形式上的審查，例如：處分書有無合法製作完成？有無合法送達？或有無行政程序法第 111 條所定無效的事由存在等，並不及於行政處分的實質合法性。此項見解顯然係依照修正後行政訴訟法第 12 條的規定而來，如果允許作審查，充其量也只是低密度審查，故我國實務上也否認刑事法院對行政處分有實質審查的權限。

另外，最高行政法院 86 年度判字第 3314 號判決：「按瑕疵之行政處分之撤銷須受信賴保護原則之限制，此一原則係在保護善意之相對人或『第三人』因信賴行政處分之公定力而取得法律上值得保護之利益。質言之，信賴保護原則乃一利益衡量之原則，其具體之適用即在衡量善意相對人或『第三人』之信賴利益與撤銷瑕疵處分所生之利益何者為重，而非僅在衡量相對人與撤銷處分所生之利益何者為重，而各該利益無論係屬『私益』或『公益』，均應在衡量之範圍內．．．本案如將系爭之執照予以撤銷而使該區之道路等公用設施成為無照建物，則其上眾多之合法住戶就該等設施均不能合法使用，其結果並非原告所稱僅影響起造人福○建設股份有限公司一人之利益，而係對多數生活利益之嚴重侵害，此等利益洵屬法律上值得保護之利益。其既未基於惡意詐欺，脅迫或其他不正方法取其行政處分而獲得，且又顯然大於原告因撤銷系爭執照所能取得之財產利益，衡諸信賴保護原則，被告否准原告之請求，揆諸首揭判例及內政部函釋意旨，原處分並無不合。」此判決對於基於惡意詐欺，脅迫或其他不正方法取得的授益行政處分可否司法審查部分亦稍有論及，基本上係採肯定見解，然因該判決係針對行政爭訟事件而來，與刑事訴訟無關，因此刑事法院在此情形下是否有司法審查權，該判決並沒有提供解答。

三、小結

刑事法院可否審查行政處分的問題，本章係以行政處分的各種偏差態樣

作為分類，逐一探討。依我國實務通說，在無效的行政處分類型上，刑事法院可依照人權保障的原則，逕行認定該行政處分無效而否定其拘束力，並宣告被告無罪；但反而在違法的行政處分類型上，卻捨人權保障原則不顧，改依信賴保護、法秩序一致性等原則作出不同的結論，認為行政處分有公定力應給予尊重，刑事法院僅能作形式上的審查等。其兩者之間顯然存有雙重標準，容與公平正義原則不合。茲細究其原因，乃係由於個別的目的考量所造成，此種目的性思考，或係基於保障人權，或係基於維護公權力，因個別案情的不同而有異，但由於思考邏輯與理論並非一貫，故而造成以上矛盾的現象。然刑事案件的審理，首重被告人權的保障，有關人民自由、權利的保護應比判決矛盾、法秩序一致性、公定力、構成要件效力等法理的適用來得重要。所以在德國的學說當中即不難發現，在遇有以偏差行政處分為前提的刑事犯罪當中，縱使其偏差型態各有不同，但判決無罪的結論則是趨近一致，此乃因該國刑事法院的審判價值明顯偏向人權保障的角度所致。

另外，依本文的見解，不利的行政處分依其性質是否具有消極性或積極性，也影響刑事法院得否審查行政處分的結論，蓋屬性的不同決定行政處分是否為犯罪的構成要件，也當然決定是否為刑事法院審查的範圍。消極性的類型，不以行政處分為可罰性的違反對象，刑事法院自難對之為司法審查；但積極性的類型，本即以行政處分的違反作為可罰性依據，在理論上，刑事法院對之審查較具正當性，以人權保障的理由來排拒避免判決矛盾、維持法秩序的一致性、公定力等原則的適用，也比較有說服力，故同樣是不利的行政處分，能否拘束刑事法院，也應視情況而定。

當然違法型與無效型的行政處分，其本質也左右著刑事法院對於行政處分的審查權能。以違法與無效的法律效果而言，行政處分具有違法性的瑕疵，並非當然招致行政處分無效的結果，但無效的行政處分，依照法理上的解釋，卻是自始、當然的無效，兩者有層次上的差別。此種差別其實就是瑕疵程度的差異，瑕疵程度高者，依一般理性之人予以合理判斷即可明顯發現，自無維持其法安定性或實現行政目的的正當理由，且無給予信賴保護的必要，因此應著重於行政處分相對人的權利保護，並否定行政權的優越，且無效的行政處分並不具有公定力，刑事法院當可獨自判斷而不受其拘束；反之，瑕疵程度低者，非一般人可輕易判斷或發現，故應由具有一定專業能力的人員作審查，此時避免裁判歧異、行政、司法權力分立、信賴保護等原則即應運而生，相較於刑事法院，行政權自然相形重要，其所為的行政處分也應擁有較大的影響力及持續力，刑事法院不能無視於行政作用的存在，在與之相衝突時更應作某種程度的退讓，並限縮其對行政處分審查的權能。

刑事法院是否有行政處分的違法審查權，我國實務見解基於對行政裁判權的尊重、司法二元化體制（即在普通法院外另設行政法院）的維護及裁判矛盾防止等考量，傾向採否定看法。不過此項結論顯然與本章第二節法、德、日等國的主要學說見解不同。法、德、日三國雖與我國同為司法二元制的國家，但卻無如我國行政訴訟法第 12 條的立法例，且其實務、學說亦均以保障基本人權為出發點，肯定刑事法院對於行政處分有某種程度的違法裁判權，然反觀我國在思考此問題時，卻未將之置於首位，列為最優先思考的因素，似乎與法學先進國家背道而馳，值得深思。

第五章 以行政罰為前提的刑事不法訴訟之舉證責任

以行政罰為前提的刑事不法訴訟，因兼有對行政行為的違法審查任務，其訴訟程序的屬性是否因而產生變化，即有疑義。以本文第一章所舉違犯商業登記法第 32 條第 2 項及建築法第 94 條的個案為例，該案當中的某甲，若另就其被乙市政府建設局命令停業，並科處罰鍰銀元四千元的行政處分提出訴願及行政撤銷訴訟，此時行政訴訟及刑事訴訟對同一行政罰即形成審查競合的關係，由於行政訴訟與刑事訴訟的舉證責任制度不同，不管是舉證責任的法律性質、實定法規定、證明對象、分配及轉換皆有差異，故在理論上，兩種訴訟類型即有可能產生不同的審查結果，此時審理某甲構成商業登記法第 32 條第 2 項及建築法第 94 條二罪的刑事法院，是否需考慮此種變素所造成的不公平現象？如果答案是肯定的，則其舉證責任是否應融入行政訴訟的概念？關於作為前提要件的行政罰部分，原有行政程序當中的證據調查模式，是否會因進入刑事訴訟程序之後，適用環境的改變而該有所調整？又該作為前提的事實部分，其舉證責任究竟誰屬？是行政機關、檢察官，抑或是被告？在在俱因行政與司法的本質不同，因而產生一定程度的矛盾與衝擊，故有深入探討的必要。另外，由於本題旨所示的犯罪類型多與公共行政、環保衛生、金融秩序、消費者權益等公共議題有關，礙於該等刑事案件有舉證不易的現實，是否有必要就舉證責任的分配或轉換作一適度調整，以減輕檢

察官的舉證責任，維護公共利益？這也是一個近年來新興的議題，值得深思。為釐清本題旨所示具有特殊性質的訴訟型態，故本文嘗試就兩制的舉證責任作比較，藉以找尋上開問題的解答。

第一節 舉證責任通則

一、概說

舉證責任這一概念最早出現在羅馬法中，後為世界各國所普遍採用²⁷²。舉證責任可謂是訴訟法證據制度的核心，日本有多名學者在民事訴訟或證據法則研究的領域當中曾先後詠歎：「舉證責任是民事訴訟的脊椎（

）」一語²⁷³，即清楚道出舉證責任在訴訟制度裡所扮演的重要角色。各國法學界對於舉證責任的研究始終未曾間斷過，不管是民事訴訟、刑事訴訟，或是行政訴訟的範疇，都有相當多的學者或實務界的耆英投入不可計數的時間、心力加以研究著墨，這除可表示舉證責任確實在訴訟制度當中占有相當程度的關鍵地位外，更可說明舉證責任的存在是全面性，並不侷限在某種特定訴訟型態上，其具有舉足輕重的地位已不言可喻，若稱之為「訴訟法的脊椎」亦不為過。

關於舉證責任的定義，有認為係「舉證未盡時，當事人一方將受不利益判斷的原則」²⁷⁴、「乃為實質的舉證責任（即指負提出證據與說服法官相信之完全的舉證責任）」²⁷⁵。亦有學者謂為「當事人請求依其主張為裁判，須就其主張待證的事實，有舉證證明的負擔，如不能舉證證明，則負擔不能依其主張為裁判的危險」²⁷⁶。而我國民事訴訟法第 277 條前段則定義為「當事人主張有利於己之事實，他造對之有爭執者，有提出證據證明其事實為真實的責任。」²⁷⁷以上定義用語或有差異，或係不同研究領域的學者以個別的觀點所

²⁷² 參見陳榮宗著，舉證責任分配與民事程序法（二），國立臺灣大學法學叢書（十七），1984年3月，頁5-7。

²⁷³ 參見小林秀之著，新證據法，弘文堂株式會社，1999年6月15日，初版一刷，頁160、174；三月章著，民事訴訟法，法律學全集，昭和34（1959年），頁407；（倉田卓次譯），證明責任論，全訂版，昭和62（1987年），頁73、87。

²⁷⁴ 參見黃朝義著，刑事訴訟法（證據篇），2002年11月，初版一刷，頁215。

²⁷⁵ 參見黃朝義著，同註3，頁217。

²⁷⁶ 參見李學燈著，證據法比較研究，五南圖書出版公司，1992年4月，初版一刷，頁356。

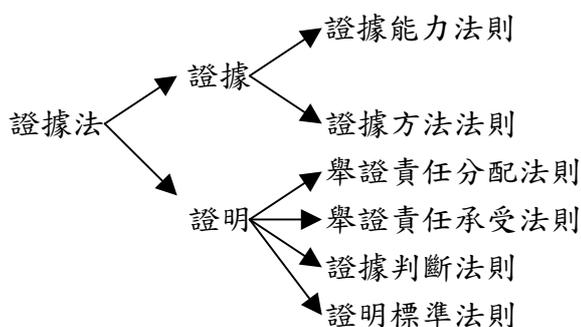
²⁷⁷ 參見姚瑞光著，民事訴訟法論，1989年3月，頁358。

作的詮釋，但其應有「依法應負舉證責任之訴訟當事人，未依規定提出證據說服法官相信即應負擔敗訴後果的法律上責任」的基本意涵並無二致。

由以上定義觀之，欲瞭解證據法則必然離不開舉證責任的探討，舉證責任可謂是證據法則中極為重要的一環。就兩者的關聯性而言，舉證責任是證據在法庭活動當中所呈現的具體作為²⁷⁸及利益與否的反射效果²⁷⁹，而證據則為舉證責任在訴訟制度中的實踐標的，兩者之間關係密切且相互依存。

誠如所言，證據是既往發生的事實在事過境遷之後留下的痕跡，憑藉這些痕跡，吾人可以推斷事實發生的蓋然性。一般說來，學界所探討的證據法主要包括證據與證明兩大部分。前者，包括證據能力法則和證據方法法則；後者，包括舉證責任分配及承受法則（如舉證責任分配法則、司法認知法則、推定法則、自認法則、證明妨礙法則、事實不證自明或表見證明法則等）、證據判斷法則及證明標準法則²⁸⁰。茲以樹狀圖表示如下：

圖表 111（證據法樹狀圖）



二、舉證責任語義辨析

所謂舉證責任，舊說有僅稱為舉證，或僅稱為證明。無論依拉丁的語源，或依英、法、德的字義，舉證責任的本義均指負擔而言。日本譯為舉證責任

²⁷⁸ 即學者間所稱的提出證據與說服法官相信的責任。

²⁷⁹ 指舉證未盡時，當事人一方將受不利益判斷的法律效果。

²⁸⁰ 參見陳界融著，大陸證據立法若干問題研究，月旦法學雜誌第 103 期，2003 年 12 月，頁 9。

或立證責任，沿用迄今²⁸¹。我國亦承襲德、日等大陸法系國家採用此一證據制度上的法律術語，此從我國現行民事訴訟法及刑事訴訟法雖各有其證據章節的規定，但關於證明責任部分分別使用「舉證之責任」（民事訴訟法第 277 條）及「舉證責任」（刑事訴訟法第 161 條第 1 項）即可知。

在邏輯概念的階層上，「舉證責任」是從屬於「法律責任」的下位概念，舉證責任係法律規範下的產物，無法律規定或相當於法律規定的法規範²⁸²即無舉證責任，故而舉證責任必然係違反法律的效果，舉證責任的性質為法律責任，殆無疑義。

法學界對法律責任性質的界定，本即眾說紛紜、莫衷一是，傳統理論大致有「權利說」、「義務說」、「法律效果說」、「法律必要說」等四種學說。而關於舉證責任的性質，同樣係眾說不一，其主要學說理論亦不外乎上開四種。主張權利說者，謂舉證之一造，得提出證據，實為一種權利。主張義務說者，謂因舉證責任之分配，既命一造當事人舉證證明其主張，否則不能依其主張為裁判，故舉證實任為法律上的義務；且從譯名舉證責任言之，責任即義務之意。主張法律效果說者，謂當事人為求得利己的心證，避免受不利益的裁判起見，而有舉證證明其主張事實的必要，否則在訴訟上將發生不利的效果，因此謂舉證責任非權利，非義務，而為效果。主張法律必要說者，謂舉證責任原為舉證之必要，既非權利，亦非義務²⁸³。

然亦有學者採不同見解，有謂責任者，乃強制實現一定義務的手段，亦即義務的擔保²⁸⁴；亦有稱責任或義務者，無非係對己的責任或義務而已，舉證責任的性質，實與權利的行使不同，蓋當事人就其主張的事實，有時無庸舉證，此時稱為負擔的免除，並不能稱為剝奪其權利。且舉證責任原來的字義，本指負擔，當事人不能舉證證明其主張者，不過因此負擔不能依其主張受到勝訴裁判的危險，法院及他造當事人並無要求其必須舉證證明的權利。權利與義務相對應，無權利即無義務可言，亦即該造當事人並不因此負有賠償之責，或受其他的制裁。又所謂效果者，乃課以當事人負擔²⁸⁵。舉證責任

²⁸¹ 參見李學燈著，同註 5，頁 357；參見汪一凡譯（三月章原著），日本民事訴訟法，1997 年 6 月，初版一刷，頁 438。

²⁸² 於立法例上，有不將舉證責任規定於訴訟法中者，如德、日兩國民事訴訟法，其對於舉證責任的分配均無明文規定，法院的審判實務所依據的原則，端賴學說及判例的指導；另將之明文規定者，如我國民事訴訟法第 277 條及匈牙利民事訴訟法第 269 條。參見姚瑞光著，同註 6，頁 359；陳榮宗著，同註 1，頁 2。

²⁸³ 參見李學燈著，同註 5，頁 357。

²⁸⁴ 參見鄭玉波著，民法債編總論，三民書局股份有限公司，1983 年 1 月九版，頁 11。

²⁸⁵ 參見李學燈著，同註 5，頁 357。

應與主張責任的性質相同，並非義務，而係一種危險負擔，當事人不盡舉證的責任，亦即不願為舉證負擔時，為其自由，結果不過受敗訴的判決而已，對於他造並不負不履行義務的責任，故有謂舉證責任係對自己的義務，而非對他造的義務²⁸⁶。均認為舉證責任，非權利，非義務，而係負擔。

另有學者認為法律責任既非權利亦非義務，而係對此二者加以救濟所設置的法律手段，其內容為對「權利」、「義務」的規範在運作上加以權威評價。就本質上而言，法律責任與法定權利聯繫密切，是國家對違反法定義務、超越法定權利或濫用權利的違法行為所作的否定性法律評價，是國家強制負擔責任之人作出一定行為或不作一定行為，補償或救濟受到侵害或損害的合法利益和法定權利，恢復被破壞的法律關係和法律秩序的手段。有權利必有義務，有義務必有權利，對權利與義務內在聯繫的強調，也可使我們作出這樣的推斷，責任是對違反法定義務的否定評價與救濟。所以認為舉證責任是證據審查過程中對法律責任的一種訴訟法上的具體化，承擔舉證責任的主體未盡證明責任時，將遭受不利於己、敗訴的法律後果，這是在司法程序上對法律責任制度內涵的體現²⁸⁷。此說亦有獨到之處，頗值參考。

三、舉證責任與證明責任辨析

不管是英美法系或大陸法系，證據法學理上都曾出現「證明責任」一語，從中文字面上觀察，其與「舉證責任」有明顯不同，但若從其實質意義面探討，兩者之間似乎無太大差別。然而，這二個用語本源於不同法系，雖然英文「burden of proof」及德文「Beweislast」均可直譯為「證明責任」或「證明負擔」，然因二者分別隸屬於不同法制，所以就其個別意涵上即可能有不同解讀。

（一）美國法

美國法所認為的舉證責任，應包含兩大意義：一為提證責任（the burden of producing evidence），指當事人為證明其主張的事實，應提出證據，而

²⁸⁶ 參見姚瑞光著，同註6，頁358。

²⁸⁷ 參見張鋒、陳維松合著，行政訴訟的證明責任初探，<http://www.law-star.com/classnews/fzlt/2002010830.htm>，2003年12月11日查閱。

於雙方進行提出證據時，訟爭事實遂得逐漸明朗²⁸⁸。亦即當事人負有提出證據責任時，有義務向法院提出相當證據，證明待證事實，若無法提出相當證據，則法院無待審核證據的真實性及證明力，亦無須經實體審理，即得作出對其不利的判決²⁸⁹。證據法學者蔡耶（James Bradley Thayer）稱之為「證據進行責任」（the duty of going forward with the evidence）²⁹⁰，現在美國逕稱為「提出證據的責任」（the burden of producing evidence），或簡稱「提證責任」（the producing burden）、「證據責任」（the burden of evidence）。另一意義則為心證責任（the burden of persuasion），謂當事人提出證據的目的，在建立主題事實，使審理事實者，消除心中的懷疑，相信為真實的事實，才可以獲得勝訴²⁹¹。亦即負此責任者，必須說服裁判者相信其所提出的證據，並相信其主張為真實的責任，若不能說服裁判者（法官或陪審團）其主張為真實，則裁判者必須就該待證事實作出敗訴的判決²⁹²。證據法學者蔡耶稱之為「主題建立責任」（the duty of ultimately establishing any given proposition）²⁹³。現在簡稱為「心證責任」或「說服責任」（burden of persuasion 或 persuasion burden）。惟美國許多法院判決常將「證明責任」一詞，用作「心證責任」的意義，例如1972年麻薩諸塞州最高法院法官 Tauro，在 Knowles v. Gilchrist Co. 請求損害賠償事件提出的意見書；1967年密蘇里州最高法院判決 State v. Holt 刑事案件關於被告的責任；1970年密西根州 People v. Young 刑事案件關於檢察官的責任；以及1959年聯邦第二巡迴法院法官 Swan 在 Alexander v. Kramer Bros Freight Lines Inc. 一案判決意見，均將當事人負擔使審理者相信為真實的「心證責任」稱為「證明責任」。加州證據法（Cal. Evid. Code）於第110條定義：「提出證據的責任（Burden of producing evidence），即當事人引介證據的義務」，第115條定義：「證明責任（Burden of proof），即當事人以證據在法院或審理事實者內心，建立關於訟爭事實必要相信程度的義務」；其所稱「提出證據的責任」，即是「提證責任」，所稱「證明責任」的意義，亦與上述法院判決用語相同，係指「心證責任」而言。可知美國法律文獻使用「證明責任」一詞，雖可包含「提證責任」與「心證責任」，其實是專指「心

²⁸⁸ 參見周叔厚著，證據法論，1992年增訂版，頁137。

²⁸⁹ 參見王兆鵬著，刑事訴訟講義（二），2003年6月，初版二刷，頁219。

²⁹⁰ 參見周叔厚著，同註17，頁137。

²⁹¹ 參見周叔厚著，同註17，頁137。

²⁹² 參見王兆鵬著，同註18，頁219。

²⁹³ 參見周叔厚著，同註17，頁138。

證責任」的意義²⁹⁴。

(二) 日本法

證明責任本為德國證據制度上的一個法律術語，其原文為 *Beweislast*，可直譯為證明負擔²⁹⁵。若套用本文前開關於「舉證責任」的語意辨析，責任有負擔之意，則把它翻譯成證明責任似也無妨。

日本法原為大陸法系之一支，長期以來深受大陸法制度及觀念的影響(尤其是德國法)，第二次世界大戰之後，雖漸朝英美法制的方向發展，但仍遺留大陸法制的精神，證據法則也不例外。近代日本有關證據法的論著，對於舉證責任的用語並未統一，刑事法學者多譯為「舉證責任」或「立證責任」²⁹⁶，行政法及民事法學者則將舉證責任譯為「證明責任」²⁹⁷。然經比較分析日本學者就舉證責任的詮釋，其主要的意義有二，其一為對於待證事實無法提供可達一定心證程度的證據證明，導致事實不明無法判斷的狀態時，應受不利益判決之謂也，其二為在程序上應提出證據的責任之謂也。前者被定位為結果責任，後者則定位為行為責任²⁹⁸。

日本法學界對於舉證責任概念的理解也是相當混亂而且分歧，雖然有很多刑事訴訟法教科書稱之為「實質的舉證責任」，但以「客觀的舉證責任」的用語較為普遍。民事訴訟法學者也有稱為「立證責任」，在英美證據法影響之下，也有稱為「說服責任」，但不管以上用語如何，其所指都是相同意義的舉證責任²⁹⁹。另相對於前述的內涵，舉證責任尚有第二種概念，學者稱之為「形

²⁹⁴ 參見周叔厚著，同註 17，頁 139-140。

²⁹⁵ 參見張文郁著，中國大陸統一證據法草案之評論，月旦法學雜誌第 103 期，2003 年 12 月，頁 27。

²⁹⁶ 如白井滋夫所著刑事法重點講座理論 實際～證據(1993 年 11 月 10 日，新版一刷)；熊谷弘等四人所編證據法大系 I 證明(1985 年 1 月 10 日，一版十刷)；增井清彥所著(易解)刑事證據法(1993 年 12 月 10 日，初版五刷)；石井一正所著刑事實務證據法(1992 年 1 月 10 日，初版五刷)。國內亦有學者認為立證責任與舉證責任不同，立證責任為舉證責任之上位概念，立證責任因立證效果之不同，區分為舉證責任與提出證據責任二種(參見陳樸生著，刑事證據法，1992 年 10 月，再版，頁 152)，此見解與國內外學者看法並不一致。

²⁹⁷ 如小林秀之所著新證據法(同註 2)；雄川一郎等三人所著現代行政法大系 5 行政訴訟 II(1989 年 8 月 30 日，初版三刷)。

²⁹⁸ 參見石井一正著，同註 25，頁 344-345；熊谷弘等四人所編，同註 25，頁 50；小林秀之著，同註 2，頁 162。

²⁹⁹ 參見熊谷弘等四人所編，同註 25，頁 49。

式的舉證責任」或「主觀的舉證責任」。由於負擔實質或者客觀舉證責任的當事人，為防止受到不利益判斷的結果，必須竭盡所能努力舉證，所以在此概念下，當事人提出證據的行為責任就僅是所謂的形式或主觀舉證責任的表現而已³⁰⁰，權衡其性質，應屬於程序面的舉證負擔。以上分類是從德國法學 Beweislast(舉證責任)的概念發展而來，但近來日本也漸受英美法的影響，採用「證據提出責任」的理論，形成日本刑事訴訟法特有的觀念³⁰¹，也有學者稱之為「舉證之必要」，是與舉證責任無關而產生的責任³⁰²。至於「實質的舉證責任」與「形式的舉證責任」，或「客觀的舉證責任」與「主觀的舉證責任」的差異與比較，容後說明。

雖然日本法學界曾就所謂實質的舉證責任詮釋為說服責任，但亦僅限於民事訴訟法學的領域，在刑事訴訟法舉證責任的探討裡似乎不是那麼強調「說服的過程」，而是強調「無法舉證將受敗訴的結果」，其原因就在於大陸法系的訴訟活動中並無陪審團制度所致³⁰³，所以在無陪審團的大陸法系的訴訟制度當中，傳統上是不嚴格區分所謂的「證據提出責任」及「心證責任」。因此，在大陸法系國家，無論舉證責任的用語是「證明責任」或「證明負擔」，依其證據法制的理論發展背景及實務運作情形而言，是採廣義內涵的，包含「對於待證事實無法提供可達一定心證程度的證據證明，導致事實不明無法判斷的狀態時，應受不利益判決」及「在程序上應提出證據的責任」兩種意義，其與英美法專指「心證責任」(或「說服責任」)採狹義說法不同。

³⁰⁰ 參見熊谷弘等四人所編，同註 25，頁 49-50。

³⁰¹ 參見熊谷弘等四人所編，同註 25，頁 50。

³⁰² 參見宋英輝、董璠與合譯(土本武司原著)，日本刑事訴訟法要義，五南圖書出版有限公司，1997年5月，初版一刷，頁 306。

³⁰³ 在陪審團制度之下，因法官與陪審團的職權有所劃分，所以有區別提出證據責任(burden of production)與心證責任(burden of persuasion)的必要。當事人一方提出證據，對方可以表示異議，由法官裁決。如果法官認為該項證據是重要的，或有關聯的，且為適格的，即駁回對造的異議，將該項證據列入紀錄，交由陪審團衡量其信用及分量價值；如果法官認為是不適格的，不重要的，或無關聯的，不容許為證據時，則以對方的異議為有理由，支持對方的異議，將該項證據排斥。經排斥的證據，陪審團不得對該項證據的信用及分量價值予以斟酌。故在陪審案件，當事人提出證據，欲達其主張事實證明的目的，必須先通過法官，然後交由陪審團衡量，始完成證明的責任(參見周叔厚著，同註 17，頁 137)。所以事實認定的權責係由法官及陪審團所共有，其中當事人對於陪審團所負擔者即為說服責任。

(三) 我國法

我國的法制較偏向大陸法系，實定法中雖無「證明責任」的名稱³⁰⁴，但實務上無論是民事或刑事，卻不乏使用如「證明之責」、「證明」等相類似用語。18年上字第2855號民事判例：「原告對於自己主張之事實，已盡證明之責後，被告對其主張，如抗辯不實，並提出反對之主張者，則被告對其反對之主張，亦應負證明之責」。該判例所謂「證明之責」，是否指舉證責任而言？在50年臺上字第1659號民事判例即明白指出：「支票為無因證券，僅就支票作成前之債務關係，無庸證明其原因而已。至該支票本身是否真實，即是否為發票人所作成，即應由支票債權人負證明之責，此觀民事訴訟法第二百七十七條規定之法理至明。」給予肯定的答案。另30年上字第128號刑事判例稱：「所謂證據，係指直接、間接，足以證明犯罪行為」，其他刑事判例，亦皆使用「證明」一詞，而在文義上「舉證責任」與「舉證之責任」相同，故刑事訴訟法第161條所稱「舉證責任」即為「證明之責」或「證明責任」³⁰⁵。所以在同為大陸法系的我國，似乎可將舉證責任與證明責任劃上等號。

另外，在我國現行法制下所稱舉證之責或舉證責任的內涵，又是否包含有提出證據及心證的責任？關於此問題，法律並無明文規定。但依最高法院19年上字第1039號民事判例：「應由原告提出確實證據，證明所有權均屬於己」。又依30年上字第591號刑事判例：「當事人可及時提出證據，請求調查。縱令舉證稍遲，而其是否可採，仍不外證據之證明力問題」。由此可見民事及刑事判例，稱提出證據證明或提出證據的證明力為何，皆為當事人「舉證」的內涵。所以，法律上「舉證之責」或「舉證責任」所稱的「舉證」，不僅須舉出證據，尚包含有確信證明力的心證，應達到使法院相信「所有權均屬於己」或相信提出的證據「有證明力」可予採信，並非單純的舉出證據而已³⁰⁶，與上述的日本法制並無太大差別。

³⁰⁴ 我國現行民事訴訟法第277條及刑事訴訟法第161條第1項分別使用「舉證之責任」、「舉證責任」等語。

³⁰⁵ 參見周叔厚著，同註17，頁141-142。

³⁰⁶ 參見周叔厚著，同註17，1992年增訂版，頁142。

（四）小結

根據以上比較分析後，可得知美、日所稱的證明責任概念並不完全一致，美國法的舉證責任固然包括證據提出責任與心證責任（說服責任），但所謂證明責任的概念，因有陪審團制度的設計及法官與陪審團角色分工的關係，故僅侷限在心證責任的意涵範圍內。而日本法的證明責任與舉證責任的內涵，基本上無太大區別，僅是用語上的不同，同樣指「對於待證事實無法提供可達一定心證程度的證據證明，導致事實不明無法判斷的狀態時，應受不利益判決」及「在程序上應提出證據的責任」兩種意義，範圍較美國法制為寬。

考察國外證明責任理論的歷史發展，有相當長的時期學者們都是從證據提出責任的立場去掌握證明責任的本質。而幾乎是在同一時期（19世紀末），兩大法系的學者打破傳統理解，不約而同地將證據提出責任作為證明責任的派生或非本質部分，承認證明責任（或曰說服責任）為其本質，奠定了現代證明責任的理論基礎。比較舉證責任與證明責任兩個術語，似乎後者更體現此種制度的精髓³⁰⁷。

四、舉證責任層次辨析

英美法系與大陸法系因訴訟制度的設計不同，所以延伸發展出來的舉證責任理論及概念也隨之歧異。隨著現代科技的高度發展，國與國之間的界線日益模糊，所謂世界村、地球村的觀念不斷在客觀與主觀環境中形成，各國的法制也有較多的機會作比較及競爭，經過一番截長補短、擇優汰劣之後，兩大體系漸有相互融合的趨勢³⁰⁸，為尋求能精準掌握不同法系箇中的差異，以為本文立論及比較的基礎，所以有再進一步針對舉證責任的層次問題加以辨正及釐清的必要。

³⁰⁷ 參見張鋒、陳維松合著，同註16。

³⁰⁸ 我國刑事訴訟法於2003年2月6日經總統公布，修改條文凡百餘條，正式宣告揚棄過去傳統的職權主義，改採所謂改良式的當事人主義，其中有關搜索、扣押、交互詰問、證據法則等均有美國法的影子即是適例。

（一）英美法系

英美法系向來是以證據提出責任及心證責任或說服責任來作為舉證責任的主要內涵。當某造當事人負有「提出證據的責任」時，有義務向法院提出相當證據，證明待證事實。若無法提出相當的證據，則法院無待審核證據的真實性及證明力，亦無須經實體審理，即得作出對其不利的判決。而所謂的「說服責任」，乃負此責任者，必須說服裁判者（法院或陪審團）相信其所提出的證據，並相信其主張為真實的責任。若不能說服裁判者其主張為真實，則裁判者必須就該待證事實作出其敗訴的判決³⁰⁹。在陪審團制度之下，因法官與陪審團的職權有所劃分，所以有區別證據提出責任與心證責任的必要。當事人一方提出證據，對方可以表示異議，由法官裁決。如果法官認為該項證據是重要的，或有關聯的，且為適格的，即駁回對造的異議，將該項證據列入記錄，交由陪審團衡量其信用及分量價值；如果法官認為是不適格的，不重要的，或無關聯的，不容許為證據時，則以對方的異議為有理由，支持對方的異議，將該項證據排斥。經排斥的證據，陪審團不得對該項證據的信用及分量價值予以斟酌。若有提出責任的一方在爭點上始終無法提出證據時，對方當事人亦享有請求法官逕為裁決（directed verdict）的權利³¹⁰。故在陪審案件，當事人提出證據，欲達其主張事實證明的目的，必須先通過法官，然後交由陪審團衡量，始完成證明的責任。因此，證據提出責任與心證責任的區別有其特殊的歷史背景及制度存在。

（二）大陸法系

大陸法系舉證責任的用語本身具有多層意義，計有「實質的舉證責任」、「形式的舉證責任」、「舉證之必要」、「提出證據之責任」等稱呼。其中被認為最基本稱謂者，乃為「實質的舉證責任」（即指負提出證據與說服法官之完全的舉證責任）。因此，在刑事訴訟程序中，一般單指舉證責任時，即指此一實質的舉證責任。所謂實質的舉證責任，在意義上，係指某一待證事實存在與否的證明，未能明確達成時，舉證者將受到不利益判斷的法律上責任（即

³⁰⁹ 參見王兆鵬著，同註18，頁219-220。

³¹⁰ 參見蔡秋明三人合譯（Arthur Best 原著），證據法入門，元照出版有限公司，2002年12月，初版一刷，頁297-298。

受負擔或危險)而言,因此實質的舉證責任也可以說是承擔敗訴的「結果責任」。至於形式的舉證責任,乃指負有實質的舉證責任的當事人所為程序面上的負擔之謂也,亦即當事人為使法院形成對已有利的心證,必須為其主張提出證據,否則即有可能蒙受訴訟不利判決,為此目的而積極為舉證行為,故又稱為「行為責任」³¹¹。

由於大陸法系並沒有如英美法系的陪審團制度,雖不特別強調心證責任(說服責任)的重要性,但此並不意味著大陸法系沒有這種說服責任的概念。大陸法系的訴訟法制係由法官主司事實的認定工作,負舉證責任的一方當事人應向法官提出證據,並應竭盡所能使證據達到一定的證明程度以說服法官,讓法官形成有利於己的心證,俾能獲得勝訴判決,所以大陸法系的說服責任是放在整個舉證責任的大概念底下,沒有被突顯出來,若稱它是隱藏的、潛在的,似乎也無不可。只是相對於英美法強調的提證責任與心證責任的區分,大陸法系更著重在責任後面的法律效果,也就是訴訟程序中沒有善盡舉證責任所應承擔的不利益或危險後果,所以大陸法系強調的是實質面(實體法的要求)及形式面(程序法的要求)的舉證責任劃分。

(三) 兩大法系的比較

綜合以上兩大法系對於舉證責任概念的闡述,英美法所指的舉證責任應包括「證據提出責任」及「說服責任」,就「責任」二字原本義而言,亦可逕行翻譯為負擔。所謂「證據提出責任」,係指負有提證責任的一方當事人,有義務向法院提出相當證據以證明待證事實;而所謂「說服責任」,則謂負此責任的當事人,必須說服裁判者(法院或陪審團)相信其所提出的證據,並相信其主張為真實的責任。兩者共通處即為:當事人若無法滿足其責任內涵時,即應承擔不盡責任後的不利益或危險的法律效果,亦即法院應對其作出敗訴判決。大陸法系對於舉證責任的見解則較為分歧,有認為舉證責任包括「證據提出責任」及「說服責任」,與英美法系相同,惟名稱上分別以「實質的舉證責任」、「形式的舉證責任」或「客觀的舉證責任」、「主觀的舉證責任」代之,例如研究行政法學的李惠宗氏³¹²、吳東都氏³¹³及民事法學的陳榮宗氏

³¹¹ 參見黃朝義著,同註3,頁217-224;林鈺雄著,刑事訴訟法(上),2003年9月,三版,頁422-423。

³¹² 參見翁岳生主編,行政訴訟法逐條釋義,五南圖書出版股份有限公司,2003年5月,初版二刷,頁474-475。

³¹⁴；亦有學者雖採用「實質的舉證責任」、「形式的舉證責任」或「客觀的舉證責任」、「主觀的舉證責任」等詞彙，但非用以區分「證據提出責任」及「說服責任」，彼等認為「實質的舉證責任」或「客觀的舉證責任」是完全的舉證責任，已包括英美法「提出證據責任」及「說服責任」等內涵，而「形式的舉證責任」或「主觀的舉證責任」僅指當事人在程序面的負擔，是「實質的舉證責任」或「客觀的舉證責任」於程序上的反映。「實質」、「形式」或「客觀」、「主觀」所強調的是「結果」與「行為」的關係，所以用「結果責任」、「行為責任」來區分舉證責任的內涵，例如研究刑事法學的黃朝義氏³¹⁵、林鈺雄氏³¹⁶。換言之，「結果責任」係指待證事實至審理最後時點仍然無法確定或未經證明時的法律效果問題，而「行為責任」則為當事人為使法院形成對己有利的心證，必須積極不斷為其主張提出證據，否則即有可能蒙受訴訟上不利判決的問題。本文認為此說特別強調「結果」與「行為」的關係，與大陸法系向來的觀念較為接近，故採之。另有學者將「形式的舉證責任」改稱為「舉證之必要」，例如研究刑事法學的本武司氏³¹⁷。因此，大陸法系學者對於「實質」、「形式」或「客觀」、「主觀」等概念的解讀是分歧的，或許是因研究的領域不同，也或許是因受英美法的影響所致。

英美法與大陸法的舉證責任理論除以上差異外，並由於英美法的訴訟法制均採行當事人進行主義，並有陪審團的設計，而且法官與陪審團對於事實的認定各有分工，所以不管是實質意義或形式意義舉證責任的踐行都清晰可見，較無疑義。惟大陸法制有採職權調查主義或改良式當事人進行主義³¹⁸，也沒有陪審團，所以對於這套舉證責任理論的運作復有些許不同之處：

1、英美法的「證據提出責任」及「說服責任」均為直接責任，應負責任的當事人一方未善盡責任，法院即應直接為其敗訴判決（就刑事案件而言，包括當事人未提出證據由法官逕為敗訴的判決³¹⁹及證據無法說服陪審團的無

³¹³ 參見吳東都著，行政訴訟之舉證責任—以德國法為中心，學林文化事業有限公司，2001年11月，一版，頁65-66。

³¹⁴ 參見陳榮宗著，同註1，頁7。

³¹⁵ 參見黃朝義著，同註3，頁217-224。

³¹⁶ 參見林鈺雄著，同註40，三版，頁422-423。

³¹⁷ 參見本武司著，同註31，頁304-306。

³¹⁸ 我國現行的刑事訴訟制度即採此制，以當事人進行主義為主，職權調查主義為輔。

³¹⁹ 逕為裁決(directed verdict)，通常在審判中原告舉證完畢後，由被告聲請法院逕為裁決，主張原告未能舉證至「所訴堪認成立」的程度，被告毋庸舉證，應直接判原告敗訴。法院須以最不利於聲請人的角度，來斟酌原告所提出的證據，是否確實未能舉證至「所訴堪認成立」的程度。假設原告就其請求的某一要件，未盡提出責任，即未提出任何證據，則法院應直接為逕為裁決，判決原告敗訴（參見 Arthur Best 著，同註39，頁297）。這

罪判決)。大陸法系的「結果責任」為直接責任，訴訟進行到最後階段，經裁判者內心評價證據後，不管事實明確與否，均應依據舉證分配的結果直接對當事人為有利或不利的判決。「行為責任」則有可能是間接責任，由於行為責任為浮動可調的概念，是隨著訴訟程序的進行所產生的行為規範，主張有某事實的一方，先負擔提證責任，但先負提證責任的一方提出證據後，對方如果亦有提證責任時，則轉移對方負擔提證責任，所以其責任的產生必待雙方當事人就提證責任評價之後才產生，所以在這種情形下可以認為是間接責任。但應負最初提證責任的一方，自始未提出證據證明待證事實，經法官曉諭仍未盡此義務，則法官逕為其敗訴判決的情形，則又成為直接責任。

2、大陸法系當中的「形式的舉證責任」(或「主觀的舉證責任」)概念會因訴訟體制採用模式的不同而影響其運作的功能。蓋「實質的舉證責任」(或「客觀的舉證責任」)為舉證終了後的裁判基準，一開始即固定分配於特定當事人，並不因訴訟的經過而移轉給對方當事人，因而只要是事實認定，不論為職權進行原則或當事人進行原則下的訴訟制度皆存在著；相對地，「形式的舉證責任」為隨訴訟程序進行所產生之當事人的行為規範，機動的在當事人之間移動，具有可變性，因此倘若非採用當事人進行原則的訴訟制度，「形式的舉證責任」即不成立。基此，在純粹的職權進行原則下，判斷事實真偽不明的責任，由於接棒的關係，最後卻由法院負擔。在此情況下，只有法院的職權調查證據義務，及法院審理可能不詳盡的問題殘存著（舉證責任觀念被淡化），而沒有當事人的「形式的舉證責任」存在的問題。另一方面，在貫徹無罪推定理念的訴訟制度下，負有舉證責任的當事人（檢察官）為期避免不利益的判斷，必須竭盡心力地進行舉證行為，此亦為當事人負有「實質的舉證責任」的當然結果。是故，「形式的舉證責任」只不過是「實質的舉證責任」的反射品，不可能擁有獨立的意義，被告基本上亦無需要積極的負此舉證責任，蓋因被告擁有不自證己罪的特權。

3、在英美法系，不管是刑事訴訟，或是民事訴訟、行政訴訟³²⁰案件，均使用相同的舉證責任理論，僅有在說服責任當中的證明標準有程度上的差別。刑事訴訟案件要求應達到「無庸置疑」或「排除合理懷疑」(beyond a reasonable doubt)的程度，民事訴訟及行政訴訟則達「證據明確」(clear

種情形可認為是陪審團進行事實認定的前提要件。

³²⁰ 美國雖嚴格遵守「依法行政」(principle of administrative legality)的原則，然監督行政合法的責任屬於普通法院，並非行政法院，因為美國並無所謂的行政訴訟法，對於行政處分的司法監督與民事訴訟同其程序。參見法治斌、段重民合著，美國法律論壇，幼獅文化事業公司，64年12月，頁144。

and convincing evidence)、「證據優勢」(preponderance of evidence)的程度即可³²¹。然大陸法系因訴訟型態差異之故，不但證據標準在程度上有別，即使舉證責任的層次理論也有所不同。在採用辯論主義的民事訴訟，舉證責任理論大致與英美法系相同，咸認舉證責任的內容應包含「證據提出責任」及「說服責任」，只不過改用「形式的舉證責任」及「實質的舉證責任」或「主觀的舉證責任」、「客觀的舉證責任」等名稱代替。行政訴訟雖採用職權調查主義，法院應依職權調查事實，不受當事人事實主張及證據聲請的拘束(如德國行政法院法第86條第1項及我國行政訴訟法第125條第1項)³²²，但其關於舉證責任的理論亦與前開民事訴訟相同。至於刑事訴訟部分，其就「實質」、「形式」或「客觀」、「主觀」等舉證責任概念的解讀，明顯與民事訴訟、行政訴訟不同，這應與刑事訴訟採用高度職權調查色彩有關。

4、另外，從以上因訴訟型態差異性所發展出截然不同的舉證責任理論也可看出，民事、行政法學者與刑事法學者對於舉證責任理論的研究也有著明顯相左的結論。民事及行政法學者見解較為一致，歸納其原因應是民事訴訟與行政訴訟的體制背景較為相似所致。雖然我國現行行政訴訟採用職權調查主義，但行政訴訟法於1998年10月28日總統公布修法之前係採用當事人提出主義(辯論主義)³²³，與民事訴訟所採行者相同，所以其發展出來的舉證責任理論自然也比較接近。至刑事訴訟制度一直以來均有濃烈的職權調查主義的色彩，雖然我國刑事訴訟法於2003年2月6日經總統公布實施，改採所謂改良式的當事人進行主義，然仍有職權調查的規定(刑事訴訟法第163條第2項)，職是之故，其發展的舉證責任理論與民事、行政法學者不同即不足為奇。

(四) 小結

基本上，本文亦認為舉證責任應包括「實質的舉證責任」及「形式的舉證責任」(或稱為「客觀的舉證責任」及「主觀的舉證責任」)。所謂「實質的舉證責任」，應為一種完全責任，就其內容而言應包括「證據提出責任」與「說

³²¹ 參見周叔厚著，同註17，頁190-192。

³²² 參見吳東都著，同註42，頁66。

³²³ 參見張文郁著，行政救濟法中職權調查原則與舉證責任之研究，臺灣行政法學會學術研討會論文集一(1999)行政救濟、行政處罰、地方立法，2000年12月，初版一刷，頁229、235。

服責任」，在大陸法系的訴訟法制當中所稱的舉證責任應僅指此類。在訴訟制度的設計上，不管是採行職權調查主義或是當事人進行主義，法院永遠是基於公正客觀的第三人立場來審理各類型案件，基於不告不理及公平法院的原則，法院並無主動發覺案件³²⁴並蒐集證據的義務³²⁵。因此，對於訴訟案件的產生及證據的提出，當事人均責無旁貸，不因採用何種訴訟制度而有所不同。只是，在採行職權調查主義的法制當中，會產生當事人的「形式的舉證責任」與法院「職權探知義務」競合的情況，亦即負舉證責任的當事人與法院在某種尚待證據以補強裁判者心證的場合，同時負有程序上的行為責任，不是由當事人聲請調查，就是由法院依職權發動調查，藉此達到案件事實明朗化的狀態。因此可以說，職權調查的色彩越濃厚，法院介入調查的越多，則當事人的「形式的舉證責任」將更形萎縮、淡化，到達接近零的程度，有如坐翹翹板一般。準此而言，個人淺見認為即使在採行職權調查主義的訴訟制度當中，仍有所謂的「證據提出責任」及「形式的舉證責任」，其中「證據提出責任」均始終存在，未曾消失，只是因「說服責任」過於突出致未受到應有的關注而已；而「形式的舉證責任」更是因案件進行的方式或證據調查的模式不同而有被弱化的可能，並非完全不存在，此說與上開部分學者認為依職權調查的訴訟類型並無所謂證據提出責任的觀點是不同的。

英美法系對於舉證責任內涵的輪廓較為清晰明確，學理的說明及實務的運作上大致上亦較無疑問。然大陸法系則受限於訴訟法制採用職權調查主義或當事人進行主義而顯得有點撲朔迷離，這或許是近年來大陸法系國家對於證據法則的研究或多或少受到英美法的影響所致。我國的刑事訴訟法已於2003年2月6日作相當多條文的修正，制度上有重大變革，從過去傳統的職權調查主義改採所謂改良式的當事人進行主義，亦深受英美法影響，其中第161條規定（另於2002年2月8日修正）：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，

³²⁴ 以刑事訴訟程序為例，審判機關與訴追機關是分立的，刑事案件非經訴追機關的訴追，審判機關不得逕行裁判，此即所謂「無訴即無裁判」（*nemo iudex, sine actore*）原則，或稱不告不理原則。在此原則支配之下，法院不得逕行擬定其裁判對象，且不得就起訴事實以外的事實審判，是其審判範圍不得超越起訴範圍。參見司法研究年報第十七輯第十五篇，刑事訴訟舉證責任之研究，頁5。

³²⁵ 我國最高法院判決認為：「當事人固得聲請法院調查證據，而法院為發見真實，亦得依職權調查證據，僅於維護公平正義或對被告之利益有重大關係之事項，始應依職權調查之，修正刑事訴訟法第一百六十三條第一、二項定有明文。故法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白，而卷內復有其他足認為有助於發現真實又足以影響判決結果之證據存在，且有調查之可能者，固得依職權調查證據，但並無蒐集證據之義務；蒐集證據乃職司追訊犯罪之檢察官之職責，事實審法院調查證據之範圍仍以案內存在之證據為限。」參見91年度臺上字第4091號、91年度臺上字第5846號判決。

並指出證明之方法。法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。違反前項規定，再行起訴者，應諭知不受理之判決。」已明顯強化當事人的舉證責任，第2項的規定甚至有類似英美法中「逕為判決（directed verdict）」的影子³²⁶。因此，就我國現行刑事訴訟制度而言，舉證責任理論也將因法令的修正慢慢往英美法制的方向移動靠攏。

第二節 舉證責任的法規範

舉證責任的法規範，本文認為可從法律性質與實定法二個角度分析，茲敘述如後：

一、舉證責任的法律性質

（一）行政訴訟

舉證責任分配的法則究屬程序（訴訟）法的規範，抑實體法的規範，以往頗多爭論。我國民事訴訟法第277條與行政訴訟法第136條等有關舉證責任的規定均臚列於程序法當中，似乎將之界定為程序法性質。但推究其實質面，舉證責任主要在決定，主張某一事實者，如果無法證明其存在，法官必須將其不利益的風險分配予當事人的負擔問題，其本質上應屬實體法³²⁷。準此說明，民事事件中舉證責任的法則，應求諸民法的規定；行政事件中舉證責任的法則，則應取決於各種行政法規。在行政訴訟法，多數說認為舉證責任是屬於實體法，舉證責任的歸屬應從實體法規範導出，故有稱之為存在於實體法規範構成要件要素背後不成文的法則。不過關於本案判決的要件事實若有疑問，其舉證責任如何進行的技術則屬於程序法，此與民事訴訟法的通說相同³²⁸。

³²⁶ 參見法治斌、段重民合著，同註49。

³²⁷ 參見翁岳生主編，同註41，頁473。

³²⁸ 參見吳東都著，同註42，頁72。

(二) 刑事訴訟

關於刑事訴訟法舉證責任的法律性質部分，學者間鮮有探討，其原因或許與我國刑事訴訟法長期以來一直採行職權調查主義有關。由於舉證責任僅發達於對抗型的訴訟型態，職權調查主義的訴訟制度並無主觀的舉證責任(即證據提出責任)，而客觀的舉證責任亦僅屬結果責任的性質，於事實真偽不明的情況才發生一定法律效果，所以民事、行政法學者通說認為「舉證責任屬於實體法，舉證責任的歸屬應從實體法規範導出」的理論在刑事訴訟法是不能適用的。蓋客觀的舉證責任是恆定的，不因訴訟的類型異其性質，也不因訴訟進行的程度產生變化，而是在訴訟一經提起之後，應由誰負舉證責任早就明訂於訴訟法中而無法改變。應負舉證責任的一方未能善盡舉證之責，致事實真偽不明時，基於無罪推定原則或罪疑不立原則，即應將此不利益的危險由立證方負擔，無從再依實體法規範個別判斷，此與民事、行政事件係由個別的實體法規定來決定舉證責任的歸屬是截然不同的。我國刑事訴訟法第161條第1項即明訂檢察官就被告犯罪事實應負舉證責任，即已確立上開舉證責任的基本原則，各國立法例亦並無不同。因此，在刑事訴訟的領域當中，舉證責任的法律性質是有別於民事訴訟或行政訴訟，將之界定為程序法性質，較能符合其本質。

二、舉證責任的實定法解釋

(一) 行政訴訟

1、日本法³²⁹

在日本，行政訴訟沒有特別規定的事項應根據民事訴訟之例，由於行政案件訴訟法等並沒有關於舉證責任的特別規定，所以行政訴訟的舉證責任即

³²⁹ 參見小林秀之著，同註2，頁205-206。

應準用民事訴訟的有關規定。另外一方面，行政訴訟與民事訴訟並不相同，一般認為有職權調查證據可以補充（日本行政訴訟法第 24 條）。還有，在訴訟型態方面，行政訴訟包括抗告訴訟、當事人訴訟、民眾訴訟、機關訴訟四種，也有異於通常的民事訴訟型態。

日本行政訴訟固然兼採職權調查證據主義，但若因此認為其行政訴訟並無證明責任的存在，並不恰當。蓋只要有真偽不明的情事發生，不管是怎樣的訴訟，即使是採取職權探知主義的訴訟型態，也必然產生客觀的舉證責任概念。雖然相較於那些不承認的情況，依職權調查證據可以減少真偽不明情形的發生，但不可否認的，還是會遺留真偽不明的情形，所以客觀的舉證責任的概念在這種場合仍然有其用途。至於證據提出責任（主觀的舉證責任），既然德國的行政訴訟採用職權探知主義（德國行政法院法第 86 條）承認之，則日本雖採用辯論主義，但仍補充以職權調查主義，也應該解釋有證據提出責任的概念存在才是。

2、我國法

我國行政救濟程序（含復查、訴願及行政訴訟）舉證責任的分配，除於舊行政訴訟法第 33 條規定：「本法未規定者，準用民事訴訟法。」明確指出行政訴訟舉證責任的分配，可準用民事訴訟法第二編第一章第三節證據的規定外，餘均付之闕如。雖早期有謂行政救濟舉證責任採行「行政處分公定力理論」者，即主張依據法令所為的行政處分係屬違法之人，應對其根據事實負舉證責任，但此係立於行政權對私人具有優越性的前提，已為今日實務所不採。今日實務從承認行政訴訟上當事人之法的對等性觀念，認為無論是行政訴訟或訴願的舉證責任分配，應採民事訴訟上舉證責任分配原則，加以修正後，準用於行政救濟程序。換言之，行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法事實。倘不能證明違法事實的存在，其處罰即不能認為合法³³⁰。惟於行政官署舉證證明當事人違章行為後，或當事人自認的事實，行政官署毋庸舉證；當事人主張另有事實存在者，參照民事訴訟舉證責任轉換的原則，當事人對其主張之事實，須負舉證責任³³¹。可知，刑事訴訟法有關證據的規定，似不適用於行政救濟程序³³²。

³³⁰ 參見最高行政法院 39 年判字第 2 號判例。

³³¹ 參見最高行政法院 36 年判字第 16 號判例。

³³² 參見最高行政法院最高行政法院 85 年度判字第 960 號判決。

我國舊行政訴訟法原採當事人提出主義，因此依行政法學通說認為當事人就為裁判基礎的必要事實，不但負有主張責任，更須自行負責蒐集並提出於法院，如他方當事人對主張的事實有所爭執時，並應負主觀的舉證責任，亦即其亦需提出證據供法院調查，以證明此項有爭執事實的真象。若當事人未盡其主觀的舉證責任，法院即不能將此項有爭執的事實採為判決基礎，因而常導致該當事人敗訴的結果³³³。然為達到保障人民權益、維護公益以及貫徹行政行為合法性的審查，我國於1998年10月28日經修正公布的行政訴訟法改採職權調查主義。依新法第125條第1項規定：「行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束。」依本項規定，查明為判決基礎所要的事實乃是行政法院的義務，當事人不但不負主張之責，原則上亦無證明的義務，縱使其有所陳述、主張或聲請調查證據，行政法院亦不受拘束，以免法院的真實發現受制於當事人的行為，其立法依據有濃濃的公益色彩。另同法第133條規定：「行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據；於其他訴訟，為維護公益者亦同。」本規定的主要論據乃是著眼於當事人武器平等原則及公益的維護。適用職權調查主義的結果，既不受當事人主張的拘束，則當事人之自認亦無拘束法院的效力，即使當事人自認，法院認為必要時，仍得調查其他必要的證據（同法第134條）。在此新制之下，行政法院對於所有的行政訴訟案件皆應依職權調查事實（同法第125條第1項），另於撤銷訴訟及其他與公益的維護有關的訴訟則可更進一步調查證據（同法第133條）。

在採職權調查主義的訴訟制度當中，理應無所謂的舉證責任³³⁴。我國新行政訴訟法基於公益的考量既採用職權調查主義，何以仍延續舊法在第136條規定：「除本法有規定者外，民事訴訟法第二百七十七條之規定，於本節準用之。」之有關舉證責任的規定？按民事訴訟係以解決人民之間的私法爭議為標的，信守當事人平等原則，然其有關舉證責任的重要規定竟可準用於具有公益色彩的行政訴訟則顯得有些突兀。不過這個問題或許可以從行政訴訟法第136條的立法理由找到答案。

行政訴訟法第136條立法理由謂：「行政訴訟之種類增多，其舉證責任自應視其訴訟種類是否與公益有關而異。按舉證責任，可分主觀舉證責任與客觀舉證責任。前者指當事人一方，為免於敗訴，就有爭執之事實，有向法院提出證據之行為責任；後者指法院於審理最後階段，要件事實存否仍屬不明

³³³ 參見翁岳生主編，同註41，頁426。

³³⁴ 通說認為舉證責任乃發達於對抗制（即學界所稱之當事人進行主義、當事人提出主義或辯論主義），採職權調查主義的訴訟程序，法官應自行設法蒐集證據，當事人雙方均無提出證據的義務。詳情請參照前節說明。

時，法院假定其事實存在或不存在，所生對當事人不利益之結果責任。本法於撤銷訴訟或其他維護公益之訴訟，明定法院應依職權調查證據，故當事人並無主觀舉證責任。然職權調查證據有其限度，仍不免有要件事實不明之情形，故仍有客觀之舉證責任。至其餘訴訟，當事人仍有提出證據之主觀舉證責任，爰規定除本法有規定者外，民事訴訟法第二百七十七條之規定於本節準用之。」從立法理由觀察，其判定行政訴訟是否有舉證責任的問題，端以該訴訟類型是否涉及公益為斷，像撤銷訴訟或其他維護公益的訴訟，因有公益色彩，法律乃明文規定法院負有調查證據的職責，故當事人並無主觀的舉證責任³³⁵（按其定義係指證據提出責任），全部仰賴法院依職權調查可以證明訟爭事實的證據。反之，若不具有公益性質，如與民事訴訟法相同的確認及給付訴訟，則仍有證據提出責任。惟不管是否為有關公益性質的訴訟，亦無論是否採行職權調查主義，其證據的調查不免時有所盡，要件事實不明的情形仍有可能發生，故需有客觀的舉證責任。為此乃規定本法仍準用民事訴訟法第 277 條的規定。

民事訴訟法第277條原規定：「當事人主張有利於自己之事實者，就其事實有舉證之責任。」此規定有認為是屬於定舉證責任分配原則的規定者，也有認為該法文既未明定何種規定對原告有利，何種規定對被告有利，故仍有賴舉證責任分配學說³³⁶的輔助說明才能加以釐清。昔日本學者兼子一批評我國該條規定，謂有利於當事人一造的事實，其相反事實即為不利於對造的事實，所以該規定並沒有徹底解決舉證責任問題³³⁷。另有學者從該條規定的立法沿革及現行規定內容，認為該規定係證據提出責任，為大陸法系國家常用的行為責任定義之，而非處理真偽不明的結果責任³³⁸。此從我國實務判決內常有「當事人主張事實須負舉證責任，倘所提出之證據不足為其主張事實之證明，自不能認其主張為真實」、「未能舉證以實其說，自難信為真實」等用語即可窺知一二。

嗣民事訴訟法於2000年2月11日修正第277條為「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證的責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」依修正說明，明白指出此規定係關於解決真偽不明時的舉證責

³³⁵ 民事、行政法學者均一致認為此時應無主觀的舉證責任，本文一貫見解認為在職權調查主義下，主觀的舉證責任並非不存在，僅是式微而已。參見上一小節的結論。

³³⁶ 舉證責任的分配學說大致有待證事實分類說、法律要件分類說、危險範圍說、利己事實說等。參見姚瑞光著，同註 6，頁 359-364。

³³⁷ 參見吳東都著，同註 42，頁 69。

³³⁸ 參見陳計男著，行政訴訟法釋論，89 年 1 月，頁 433。

任分配問題。中央法規標準法第17條規定：「法規對某一事項規定適用或準用其他法規之規定者，其他法規修正後，適用或準用修正後之法規。」依此規定，行政訴訟法第136條所準用者，乃修正後的民事訴訟法第277條規定，此規定為關於客觀舉證責任的規定³³⁹。

最後，行政法院基於職權調查義務，應自行蒐集一切為裁判基礎所需的訴訟資料、認定必要的事實並為實體判決（於訴訟要件已具備時），不得將案件以事證尚未明確為由，發回受理訴願機關或原為行政處分的機關，要求重新調查。

（二）刑事訴訟

1、日本法³⁴⁰

在日本，當刑事訴訟與民事訴訟的舉證責任作比較時，可發現其間存有很大的歧異。這個歧異產生的主要原因就在於刑事訴訟有「懷疑是被告的利益」的大原則在主導。「懷疑是被告的利益」存在的結果，在刑事訴訟當中，檢察官對於犯罪事實的存在如果不能舉證到排除合理懷疑的程度時，被告是無罪的，應該接受無罪推定的結果。世界人權宣言第11條第1項規定：「所有接受犯罪追訴者，應給予為自己辯護所必要之全部保障，及公開審判、按照法律證明到有罪為止、被推定無罪等權利。」即明白揭櫫被告無罪推定原則，此項原則並為世界各國所確立。日本刑事訴訟法第336條規定「關於被告的案件，其犯罪無法證明時，不得不作無罪之宣判。」即為被告無罪推定原則存在的基礎。

由於被告無罪推定的結果，刑事訴訟全部的犯罪事實應由檢察官負實質的舉證責任，但因為若干的規定被解讀為被告應負擔舉證責任，故使這個例外的情形變成一個焦點。這樣被例外解讀的規定，如日本刑法第207條的共同傷害、同法第230條之2在名譽毀損裡面的事實證明、兒童福祉法第60條第3項的「但書，無過失時，不在此限」等都是適例。

在舊刑事訴訟法時期，由於有強烈的職權主義色彩，故通說否認有舉證

³³⁹ 參見吳東都著，同註42，頁70-71。

³⁴⁰ 參見小林秀之著，同註2，頁207-209。

責任的概念，但現行法下的學說則幾乎一致肯定刑事訴訟有舉證責任。在舊刑事訴訟法時期，舉證責任之所以被否定，乃是因為刑事訴訟不採取當事人主義的構造，即使產生真偽不明的狀態，也本於「懷疑是被告的利益」的原則判決被告無罪。進一步而言，在現行法，由於是採取當事人主義的構造，即使是真偽不明以外的舉證問題，若不承認舉證責任的概念則刑事訴訟將難以運作，所以從樹立訴訟法學共通概念的觀點出發，現行刑事訴訟法的通說承認舉證責任的概念是想當然耳的事。

在刑事訴訟，最近學說均一致承認舉證責任，但用語及定義卻是相當混亂，目前為止可以敘述者，以客觀的舉證責任或實質的舉證責任等用語較為刑訴法學所共通使用的，但另外所謂形式的舉證責任、立證（舉證）的負擔、立證的必要、證據提出的責任的用語也在使用。

依照通說見解，形式的舉證責任係指當事人應負擔怎樣程度的訴追責任的問題，而實質的舉證責任則指訴追責任所反射出來的概念。當思考當事人在訴追方面的舉證（行為責任）時，立證（舉證）的負擔和立證的必要，均可包含在形式的舉證責任之內，與前述的證據提出責任（主觀的證明責任）幾乎是相對立的。

所謂證據提出責任是源於美國法「證據提出責任（burden of producing evidence；burden of going forward with evidence）」的概念，假如一次證據的提出即完成舉證責任，則顯然輕於前述的證據提出責任（主觀的證明責任）。在阻卻犯罪的成立，事實和刑減免事由的滿足等等的場合，在要求被告負舉證責任時也會使用此種概念。

2、我國法

如前所述，要瞭解舉證責任，就必須先瞭解其採用的訴訟構造究竟為何。通常在職權調查主義的訴訟程序當中，形式的舉證責任幾乎是不存在的，但縱使法院負有依職權調查事實真象的義務，還是可能發生事實最後仍屬不明的情形，此時法院不能拒絕審判，仍應為有罪、無罪或勝訴、敗訴的最終判決，所以還是有實質的舉證責任存在。至於採行當事人進行主義的訴訟結構，因以當事人為訴訟中心，判決基礎的事實由當事人提出，當事人並應就有利於己的事實提出證據以說服法官相信，法院不得代當事人提出證據，此種提出證據的義務被稱為形式的舉證責任。另當事人均不提出證據導致真象不明，或雖有提出但法官仍無法據以判斷待證事實的真偽，負舉證責任的一方

即應受到不利判決的結果，此種舉證責任則被稱為實質的舉證責任，故而採當事人進行主義者，其舉證責任的內涵是屬於較廣義的，也因此在不同的訴訟構造下，當事人的舉證責任是迥然不同。

在採行職權調查主義的刑事訴訟制度中，由於受到「無罪推定」(Unschuldvermutung)及「罪疑唯輕原則」(in dubio pro reo)的支配，法院在審理之後仍無法形成有罪判決的心證，亦即法院經過證據的調查之後，對於被告犯罪事實的心證未能到達確信無疑的有罪判決門檻時，被告就應受前開原則的保護，法院應為被告無罪的判決。此點，可謂刑事訴訟上最為重要的舉證責任分配規則，也因為上述這種特性，有認為民事訴訟舉證責任的概念並不適用於刑事訴訟³⁴¹。固然，刑事審判程序採行職權調查主義，並不違反無罪推定原則，而維護被告訴訟權益，亦並非採當事人進行原則不可，然而關於審判程序的證據調查，採行當事人進行主義，乃為確保審判的道義性—公平原則，故採行職權調查主義的同時，若能佐以當事人進行主義的一些功能，必可使被告的權益獲得較為充分的保障，緩和職權調查所帶來的缺點，所以定位檢察官為對等當事人，且由當事人主導證據調查是有其必要的，這也是我國修法的核心價值所在。

(1) 現行法令的規範

我國刑事訴訟法過去對於舉證責任並無明文規定，因採職權調查主義，法院依法應盡調查之能事，導致檢察官未能善盡其追訴的職責，只在偵查階段進行調查，起訴後則不再聞問，其舉證責任的觀念相當模糊。甚至有謂「因採職權調查主義，檢察官遂無舉證責任」者³⁴²。直到1967年，我國刑事訴訟法在修法時加入具有當事人主義色彩的第161條檢察官的舉證責任後，這種極度傾斜的現象才受到緩和。然而，舉證責任的問題並未因此獲得終極的解決，由於刑事訴訟法第163條第1項仍規定法院應依職權調查證據，此種保有職權主義色彩的規定便經常干擾著檢察官應負舉證責任的運作，使得立法者有意擺脫糾問色彩的立法意旨遭到某種程度的扭曲。

由於上開規定在適用上的衝突，我國的刑事訴訟制度始終擺盪在職權主義與當事人主義之間，如何折衝便成為學者間最常討論的議題。修法之後關於法院依職權調查與檢察官舉證責任的界限問題，最高法院曾以64年臺上字第2962號判例作出說明，其謂：「事實審法院應予調查之證據，不以當事人

³⁴¹ 參見林鈺雄著，嚴格證明與刑事證據，學林文化事業有限公司，2002年9月，一版，頁194。

³⁴² 參見李學燈著，同註5，頁384。

聲請者為限，凡與待證事實有關之證據，均應依職權調查，方足發現真實，否則仍難謂無刑事訴訟法第 379 條第 10 款之違法。」歸納上述最高法院的見解，可得出兩個結論。其一為，關於證據的提出，法院可依當事人的聲請或依職權為之。其二為，關於證據的提出，依聲請與依職權兩者在調查程序中所佔的比例與界限，最高法院認為「凡與待證事實有關之證據，均應依職權調查。」換言之，只要與待證事實有關，法院依職權調查證據並無任何限制，證據調查依當事人聲請者與依法院職權蒐集者相比，後者顯居獨大的地位，而當事人舉證活動的空間則相對的被壓縮。刑事訴訟法第 161 條在第 163 條第 1 項的衝擊下，最高法院顯然僅賦予其宣示性的意義。這樣的見解，與立法者在修法時刻意引進當事人主義的立場是否相符，不無疑問³⁴³，不過這個判例已在 2001 年 9 月 4 日經公告不再援用³⁴⁴。

我國刑事訴訟法雖然有採行職權調查主義或當事人進行主義路線之爭，但檢察官負有舉證責任的基本原則卻是一直沒有改變，只不過因制度設計之故，檢察官舉證責任的功能始終無法在法庭裡展現，以致原先修法希望由糾問制往對抗制方向修正的實質進度始終原地踏步、躊躇不前。有鑑於此，立法當局為讓檢察官的舉證責任內容更加明確，以落實檢察官的舉證責任³⁴⁵，遂於 2002 年 2 月 8 日將第 161 條第 1 項修正為「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」除明確指出檢察官有舉證責任外，並進一步揭櫫檢察官有指出證明方法的負擔。所謂證明方法的指出無疑與證據提出有相同的效果，所以有學者認為這樣的舉證責任即是實質的舉證責任³⁴⁶。可見我國刑事訴訟制度朝當事人進行主義方向發展的過程並非一步到位，而是邊走邊修正，不斷地搬除可能妨礙發展的絆腳石。

若提到我國刑事訴訟法中最能代表檢察官負有舉證責任的規定，則非第

³⁴³ 參見張哲倫著，評最高法院六四年臺上字第二九六二號判例—以檢察官之舉證責任為中心，判解研究彙編（一）務實法學基金會八十五年第一屆法學論文徵選得獎作品集，2001 年 1 月，一版，頁 40。

³⁴⁴ 本則判例於 2001 年 9 月 4 日經最高法院九十年第七次刑事庭會議決議不再援用，並於同年 10 月 4 日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第九點規定以（90）臺資字第 00605 號公告之。

³⁴⁵ 刑事訴訟法第 161 條修法理由謂：「明文規範檢察官舉證責任之內涵，除證據之提出外，另應就被告犯罪事實，指明道出其證據方法，以說服法官，藉此督促檢察官善盡實行公訴之職責。」

³⁴⁶ 陳運財教授引用刑事訴訟法於 2002 年 2 月 8 日修正的第 161 條第 1 項立法理由：「鑑於我國刑事訴訟制度之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之舉證責任」，認為修正後的舉證責任為實質的舉證責任。參見陳運財著，刑事訴訟制度之改革及其課題，月旦法學雜誌 100 期，2003 年 9 月，頁 74-75。

161條第1項莫屬。然而，我國現行法令是不是只有舉證責任的輪廓，空泛的記載某方負有舉證責任，而沒有舉證責任的實質內涵？按舉證係以經主張的事實為對象，故言舉證，必先有主張，沒有主張，則無所謂舉證責任，是舉證責任的首要內涵，即為關於訴訟上爭點的主張責任，此種概念在英美法或大陸法系國家皆是如此³⁴⁷。我國刑事訴訟法係採不告不理的彈劾主義，已說明我國刑事法院的案件均來自於當事人的主張，而非法院依職權糾問的結果。而且法條另明文規定「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告」（刑事訴訟法第3條）；「起訴書應記載．．．犯罪事實及證據並所犯法條」（刑事訴訟法第264條）；「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人」（刑事訴訟法第266條）；「法院不得就未經起訴之犯罪審判」（刑事訴訟法第268條）；「檢察官於第一審辯論終結前，發見有應不起訴或以不起訴為適當之情形者，得撤回起訴。」（刑事訴訟法第269條第1項）；「檢察官應陳述起訴之要旨」（刑事訴訟法第286條後段）；「調查證據完畢後，應命依下列次序，就事實及法律分別辯論之：一、檢察官。二、被告。三、辯護人。」（刑事訴訟法第289條第1項）；「檢察官實行公訴」（法院組織法第60條）；「自訴狀應記載．．．犯罪事實及證據並所犯法條」（刑事訴訟法第286條後段）；「告訴或請求乃論之罪，自訴人於第一審辯論終結前，得撤回其自訴」（刑事訴訟法第325條第1項）；「檢察官於審判期日所得為之訴訟行為，於自訴程序，由自訴代理人為之」（刑事訴訟法第329條第1項）。從以上起訴書（自訴狀）的記載、起訴被告的指定、起訴範圍的特定、檢察官、自訴人擁有案件進行與否的處分權等規定可看出，欲要求刑事法院對被告審判，檢察官或自訴人均應先就被告犯罪事實為一定主張，並進而提起公訴或自訴而請求法院依其主張為裁判，已營造出適合舉證責任制度生存的空間，這就符合上開所述舉證責任的重要內涵，所以我國刑事訴訟法並非空有舉證責任的骨架而已，而是有血有肉具有舉證責任的實質內涵。

另外，依刑事訴訟法規定，「起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決」（刑事訴訟法第303條第1款）；「犯罪事實，應依證據認定之」（刑事訴訟法第154條第2項）；「不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決。」（刑事訴訟法第301條第1項）。起訴書或自訴狀既以記載證據為要式，當事人依法亦得聲請調查證據，而且所謂就事實及法律辯論者，亦須依證據為辯論，如謂公訴人或自訴人無舉證之責，又何必有上述有關證據的規定？另外，法院可依職權調查證據，證據的提出不以當事人為限，固可緩和當事人的舉證責

³⁴⁷ 參見林萬生著，刑事訴訟舉證責任之研究，司法研究年報第十七輯第十五篇，頁3。

任，此在民事訴訟依職權調查證據時亦復如此，然並不能藉此即謂當事人無舉證責任。

(2) 修正後第 161 條與 163 條的關係

如前所述，我國刑事訴訟法始終徘徊在職權調查主義及當事人進行主義之間，其中最為重要的核心規範便是第 161 條及第 163 條。由於這兩條規定係分別源自不同體制的產物，所以有許多學者稱之為混合型的訴訟體制。為解決兩大主義交錯的紛爭，我國曾於 2002 年 2 月 8 日就上開條文作基本面的修正，其中第 161 條第 1 項將檢察官的舉證責任明確修正為實質的舉證責任，而第 163 條則大大限縮法院應依職權調查證據的範圍，確立由當事人主導證據調查的範圍、順序及方式，架構當事人進行主義的樑柱基礎。

此次刑事訴訟法第 161 條修法理由謂：「明文規範檢察官舉證責任之內涵，除證據之提出外，另應就被告犯罪事實，指明道出其證據方法，以說服法官，藉此督促檢察官善盡實行公訴之職責。」第 163 條修法理由謂：「為貫徹無罪推定原則、維護被告訴訟權益、實現公平法院之理想，法院與檢察官之權責應重新界定．．．而為避免審判及偵查分際之混淆，法院不宜接續檢察官主動蒐集犯罪證據之工作，實應居於客觀、中立、超然之立場，在當事人互為攻擊，防禦之訴訟架構下，依據實質正當法律程序之原則進行審判，僅於當事人主導之證據調查後，仍無法發見真實時，始斟酌個案情形，無待當事人之聲請，主動依職權介入調查。」由以上的修法理由說明可見，關於檢察官的定位問題出現競合衝突的現象。具體言之，就審判階段的證據調查而言，修正第 161 條第 1 項的規定確立檢察官實質的舉證責任，同時修正第 163 條第 1 項的規定使證據調查的範圍及程序由當事人主導，突顯審判階段檢察官的當事人地位。而刑事訴訟法第 161 條與第 163 條的修正，最重要的是要解決實務長期以來檢察官與法官角色扮演不清，法官裁判兼球員的問題，由當事人主導審判期日的證據調查，法院基本上不介入調查證據呈現事實的過程，以貫徹公平審判。且當審判期日檢察官提出證據調查結果，犯罪事實存在與否仍真偽不明時，法院原則上應逕為被告無罪判決，無庸再超出檢察官舉證的範圍來調查不利於被告的證據以澄清真實³⁴⁸。

刑事訴訟法第 161 條第 1 項為貫徹無罪推定及控訴原則，由原告當事人的檢察官負實質的舉證責任，以作為採行當事人進行主義的核心，然而卻於第 163 條第 2 項但書殘留法院為維護公平正義的職權調查義務，理念上與檢

³⁴⁸ 參見陳運財著，同註 75，頁 75。

察官負舉證責任及當事人進行原理相矛盾。我國在修正第 161 條及第 163 條的規定，採行所謂的改良式當事人進行主義後，再由本案審判的法院負責審查檢察官公訴權的行使，是否妥當，值得檢討。

另外，我國此次修法為貫徹公平法院的思考，既已課以檢察官實質的舉證責任，在採行當事人進行主義的訴訟構造下，基於當事人處分權的精神，關於案件有無追訴的必要，實不宜再由法院介入審查，以免造成法院的糾問。具體言之，就起訴審查制度而言，依新修正的第 161 條第 1 項規定檢察官應負舉證責任，其修法理由並明白強調此舉證責任，係實質的舉證責任，若是如此，則遇有檢察官起訴所提的證據顯無法證明被告犯罪的可能者，法院應即為無罪判決，惟同條第 2 項竟先容許檢察官補提證據，如未補提，始得以裁定駁回起訴，如同法院在指揮檢察官進行偵查。況且，此種情形，被告仍有受再行追訴的風險及承擔額外訴訟勞費的問題，對被告的權利保障，並不徹底。所以，第 161 條第 1 項與第 2 項在理論上前後矛盾。

在刑事訴訟當中，基於被告無罪推定原則，舉證責任幾由主張犯罪成立的檢察官負擔，然在不同的訴訟構造下，檢察官的舉證責任迥然不同。一般認為，職權調查主義重在發見實體真實，以維護社會安全；當事人進行主義則重在維持程序公正，以保障個人自由。如為達到發見真實的目的，而採行職權調查主義，則國家刑罰權的威嚇作用，可能較容易收到功效，對防護社會安全而言，有其正面且積極意義。惟過分側重職權調查主義，有時不免產生冤抑，有侵犯人權的可能性。反之，如過分偏重個人權益上的保障採行當事人進行主義，雖可降低冤抑的機會，但在除惡務盡方面，則難期週全。

第三節 舉證責任的對象

舉證責任是各類型訴訟證據制度的核心，舉證責任明確對於訴訟能迅速、公平、正確、合法的審理具有關鍵性的意義。其中又以證明對象的確定最為重要，惟有先確定證明的對象，才能進一步釐清應由何造負責提出證據加以證明（舉證責任）、如何進行證明活動（證明程序）、證明到何種程度為止（證明標準）。也只有確定證明的對象，證據的取得、提出、辯論和認定等一連串證明活動才能在目標明確的情況下明快進行，不致浪費有限的訴訟資源。

由於一般訴訟的待證事項包括實體事項與程序事項，其中程序事項（或訴訟事項）多屬法院應依職權調查的對象，即使採當事人主義的民事訴訟亦

不例外³⁴⁹，故本文探討內容將以實體事項為限。

一、行政訴訟

在我國實務的運作上，由於行政訴訟多有準用民事訴訟的規定，且訴訟類型及性質亦與民事訴訟相去不遠，故常見法官運用民事證據理論或者證據觀念去審理行政案件，以致行政訴訟的證明重心均置放在案件事實或引發行政爭議的事實調查上，而忽略行政行為合法性的審查，這是否為正確的作法值得深入探討。

法治國家的行政機關，依法行政為其法律義務，故行政機關必須擔保行政行為（包括行政契約、行政處分、行政命令等）具有合法性。我國行政訴訟法第1條即開宗明義指出，確保國家行政權的合法行使為行政訴訟的宗旨之一。因此，行政訴訟所欲審查的對象應為行政機關行政行為的合法性，而非僅是調查案件事實的真象為已足。換言之，不論是原告（行政行為的相對人）或被告（行政機關），其欲證明的主要對象，基本上是圍繞在行政行為的合法性而展開。如果被告不能舉出充足的證據證明行政行為的合法性，必須承擔敗訴的風險。當然，如果原告不能提出有效的證據證明爭議事實存在的話，也有不被受理的危險。所以，從這層意義而言，無論是原告或被告，其欲證明的對象均是與行政行為的合法性有關，這與民事訴訟和刑事訴訟的待證對象有很大的差別³⁵⁰。

詳言之，在所有行政訴訟中，給付訴訟與確認（公法關係存否）訴訟的性質與民事訴訟較為接近，均是請求行政法院為一定權利的保護，在請求保護之前原告必須主張其請求所依據的法定要件已經存在³⁵¹，故給付訴訟與確認訴訟與行政機關的行政上作為或不作為的合法性有關，而以之為證明對象。惟撤銷訴訟及確認行政處分無效訴訟的舉證責任較為特殊，其中提起撤銷訴訟請求行政法院撤銷的對象為行政處分，無論是何種性質的行政處分，

³⁴⁹ 參見周叔厚著，同註17，頁442。

³⁵⁰ 參見大陸學者湯維健著，行政訴訟證據中證明問題，轉引自 <http://www.everwinlawyer.com.cn/xz021011.htm>，2003年12月11日查閱。

³⁵¹ 我國行政訴訟法第6條的確認訴訟，若屬於公法關係的積極的確認訴訟，其舉證責任屬原告，消極的確認訴訟則歸被告，與民事訴訟無殊；同法第8條的給付訴訟，與民事訴訟性質相同者，所在多有，其舉證責任的分配，尤為雷同。參見吳庚著，行政爭訟法論，1999年5月修訂版，頁167-168。

行政機關均應就行政處分合法性事實負舉證之責³⁵²。其證明的對象更是以行政處分的合法性為範圍，此觀我國行政訴訟法第4條第1項：「人民因中央或地方機關之『違法』行政處分．．．得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」之規定自明。另國家賠償之訴性質上屬於給付訴訟，國家賠償請求權的成立，常以公務員違法行為的存在為前提，是其證明對象為行政機關處分行為的合法性，國賠事件雖採雙軌制，然無論是類訴訟由民事法院或行政法院審理，賠償責任機關負主要舉證責任，證明其所屬公務員的行為合法並無故意或過失，被害人僅須證明其損害係因賠償責任機關的公務員行為所致為已足³⁵³。

雖行政處分可推定其存續力（參照行政程序法110條第3項），但訴訟上不應推定其合法性，故人民對行政處分有所指摘時，應由行政機關對其合於法律義務狀態先行舉證³⁵⁴。惟何謂「合於法律義務狀態」之舉證？一般而言，係指行政機關對其作成行政處分符合法定要件的事實應負舉證責任³⁵⁵。由於合法的行政處分，應要求其實體及程序均須符合法令的規定，所以與被訴具體行政處分合法性有關的事實，顯然涵蓋實體法事實及程序法事實二部分。其中所指實體法事實部分，應包括被處分人違法的事實、行政處分是否合法及合理的事實，甚至於具體行政處分所依據的規範性文件（包括法規命令、行政規章、行政函釋、行政處分等）都應提出³⁵⁶。例如，我國最高行政法院85年度判字第1407號地價稅事件中，被告因能提出財政部1994年5月24日臺財稅第831595531號函釋：「桃園縣．．．第一高爾夫球場經目的事業主管機關核准許可設立後，未經核准開放使用前，可通知土地所有權人取具主管機關核准延期證明文件以憑認定其是否已按核定規劃使用，其無法取具主管機關證明文件者，應認為未按核定規劃使用，自無土地稅法第十八條規定之適用。」證明原告所有系爭土地，雖變更為第一高爾夫球場用地，且該球場經教育部准予設立發給許可證，已興建完成並自1990年4月16日開始

³⁵² 參見吳庚著，同註80，頁170-171。

³⁵³ 參見吳庚著，同註80，頁172-173。

³⁵⁴ 參見翁岳生主編，同註41，頁479。

³⁵⁵ 參見吳庚著，同註80，頁170。

³⁵⁶ 有論者認為以上規範性文件屬於法律層面，可直接為司法所認知，不用審查，為訴訟過程中的依據；也有認為該等規範性文件為事實性質，不能直接司法認知，應該視為證據加以審查。一般民、刑訴訟除援用書證、物證作為證明具體爭議事實的證據外，鮮有將國家的法規、規章和其他抽象結論作為規範性文件。而在行政訴訟過程中，卻引用相當多的法規、規章和其他抽象結論作為規範性文件，這是行政訴訟特有的現象（參見湯維健著，同註79）。這類規範性的文件不見得為法院或人民所明知，本文認為似可仿照我國行政訴訟法第137條：「習慣及外國之現行法為行政法院所不知者，當事人有舉證之責任．．．」的規定，賦予證據地位，並課以當事人舉證責任。

營業，由被告設籍課稅在案，惟迄未經教育部核准開放使用；而反觀原告雖已興建球場，惟始終未取具目的事業主管機關—教育部之核准延期或開放使用的證明文件，自難證明已按核定規劃使用，而謂符合首揭土地稅法第 18 條第 1 項第 2 款適用特別稅率規定，因而判決被告勝訴即是適例。

但以行政處分的合法性作為行政訴訟的證明對象，也可能無法避免產生被告與法院共同審理原告的奇特現象。以撤銷訴訟為例，其訴訟發生的原因，或行政行為的相對人有違法行為，或行政機關認為相對人有違法行為，對其進行處分行為，因而損害其權利或法律上的利益，相對人不服經過訴願後向法院提起訴訟（行政訴訟法第 4 條第 1 項）。相對人的行為是否構成違法，固然是待證事實之一，但並非行政訴訟證明對象的全部。因為相對人即使有違法行為，也並不能完全證明被告所作的具體行政行為即為合法。如果把行政訴訟證明對象僅僅理解為相對人是否有違法行為，就會出現法院與被告聯合起來審理原告，從而使行政訴訟發生變形，審查被告具體行政行為合法性的主要任務，就被曲解為審查原告行為的違法性³⁵⁷。

基於行政訴訟舉證責任的對象為行政行為合法性的這層意義，遂有將行政訴訟稱之為「司法審查」³⁵⁸，亦即行政訴訟並不是純然的在解決爭議而已，而是一個審查行政機關的行為合不合法的過程，此為行政訴訟證據制度中非常獨特的一項特徵。

二、刑事訴訟

我國刑事訴訟程序雖兼採國家訴追制（公訴）及被害人訴追制（自訴），惟目的僅有一個—即確定國家刑罰權的存在。然無論是檢察官提起公訴，抑或自訴人提起自訴，均應於起訴書或自訴狀記載被告的姓名及其犯罪事實，以確定其審判的對象及範圍（同法第 264 條、第 320 條），法院不得就未經起訴的犯罪審判（同法第 268 條）。故法院實行刑罰權其須待認定的要證事實，應以檢察官起訴或自訴人自訴者為其界限³⁵⁹。亦即刑事訴訟舉證的對象為單純的案件（犯罪）事實，這與上述行政訴訟證明的對象是以行政行為的合法

³⁵⁷ 參見大陸學者馬懷德、劉東亮合著，行政訴訟證據問題研究，轉引自 <http://www.jcrb.com/zyw/n6/cal2525.htm>，2003 年 12 月 11 日查閱。

³⁵⁸ 參見翁岳生主編，同註 41，頁 26。

³⁵⁹ 參見呂潮澤著，刑事證據法則實用之研究，司法研究年報第 10 輯(中)，1990 年 6 月，頁 919。

性為主有所不同。

一般而言，刑事訴訟舉證責任的對象主要為犯罪事實，但刑罰事實、處罰條件事實、裁判基礎事實、特別法規，或與犯罪事實息息相關，或為被告成罪或加重、減輕、免除其刑與否的關鍵，故應包含在刑事案件實體事項的審查範圍之內。因此，刑事訴訟的證明對象應包括³⁶⁰：

(一) 犯罪事實

1、構成要件事實：

(1) 主觀要素：包括故意、過失、錯誤等。

(2) 客觀要素：包括行為、結果、行為與結果間的因果關係、犯罪的形式（是否既遂及共犯關係）及個數（單純數罪、數罪併罰、連續犯、繼續犯、接續犯、牽連犯、想像競合犯、吸收犯、結合犯）等事實。

2、犯罪的動機、日時、場所、方法、被害人、被害物件等。

3、阻卻責任性事由：如未滿十四歲之人的行為不罰（刑法第 18 條第 1 項）、心神喪失之人的行為不罰（同法第 19 條第 1 項）。

4、阻卻違法性事由：

如依法令的行為不罰（同法第 21 條第 1 項）、業務上的正當行為不罰（同法第 22 條）、正當防衛行為不罰（同法第 23 條）、緊急避難行為不罰（同法第 24 條）等是。

(二) 刑罰事實

1、刑罰加重減免事由：

(1) 屬於犯罪構成事實之一部者：如加重結果犯的加重（刑法第 17 條）、未遂、不能、中止犯的減輕或免除（同法第 26 條、第 27 條）、從犯減輕（同法第 30 條第 2 項）、因公務員假借職務上的權力犯罪之加重（同法第 134 條）等是。

(2) 法律上應加重減免事由：如累犯加重（刑法第 47 條）、自首減輕（同法第 62 條）、偽證或誣告自白減免事由（同法第 172 條）。

(3) 裁判上得加重減免事由：如不知法律人犯罪得減輕或免除其刑（刑法第 16 條）、未滿十八歲之人的行為得減輕（同法第 18 條第 2 項）、滿八十歲之人的行為得減輕（同法第 18 條第 3 項）、精神耗弱之人的行為得減輕（同法第 19 條第 2 項）、瘖啞人的行為得減輕（同法第 20 條）、裁判上得加重罰金（同法第 58 條）、裁判上得酌減其刑（同法第 59 條）、裁判上得免除其刑（同法第 61 條）。

³⁶⁰ 同上註，頁 920。

2、量定刑罰事實：如犯罪的動機、手段、損害、犯人的身分地位、學歷、犯罪後之態度、與被害人的平日關係等。

3、確定刑罰範圍事實：如森林法第 52 條第 1 項規定贓額的多寡，為確定併科罰金數額的範圍。

4、沒收條件事實。

（三）處罰條件事實

如破產法第 154 條詐欺破產罪，同法第 156 條過怠破產罪的犯罪主體須經宣告破產為處罰條件；刑法第 123 條事前受賄罪須受賄人於受賄後成為公務員或仲裁人為處罰條件；刑法第 238 條詐術締婚罪須詐欺締結的婚姻有無效或得撤銷之原因經裁判確定為刑罰權產生的要件。

（四）裁判基礎事實

如免訴判決事由（刑事訴訟法第 302 條）、不受理判決事由（同法第 303 條）、管轄錯誤事由（同法第 304 條）。

（五）特別法規³⁶¹

1、外國法。

2、地方制訂之自治法規。

3、習慣。

但限於非法官職務上所已知者，若為法官所明知，不論何人所提供，抑或是法官自行查考，均得引用之而為認定，無庸舉證。

此外，根據經驗歸納而成的知識、規律、日常生活、自然法則和專門學科的法則（即經驗法則）部分，僅相當於判斷所用的三段論的前提，並非具體事實。一般人均熟知的經驗法則，法官在運用時可不加任何證明，故不屬於證明的對象。但屬於專門知識而不為一般人所知的經驗法則即屬於證明的對象，法官即便在該專門領域內造詣很深，也應給予當事人陳述意見及辯論的機會，以確保公平、完善的證明程序³⁶²。

第四節 舉證責任的分配

舉證責任的分配是指按照一定的標準，將不同法律要件事實的舉證責

³⁶¹ 日本最高裁判所昭和 29 年 11 月 24 日判決認為，法規似非調查證據的對象。參見呂潮澤著，同註 88，頁 940。

³⁶² 參見陳浩然譯（石井一正原著），日本實用刑事證據法，五南圖書出版有限公司，2000 年 5 月，一版一刷，頁 25。

任，在雙方當事人之間預先進行分配，使訴訟當事人各對其中的一部分事實負有舉證責任。舉證責任一般的分配原則，有由希望改變現狀者負舉證責任，或本於經驗法則，由主張之人負舉證責任。如請求侵權行為的損害賠償者，應就侵權行為事實負舉證責任。有以對相關事實最容易得到證據或知識者，負舉證責任，或事實如屬於一造當事人的特殊知識，該造有舉證責任。又有依法律、經驗、政策、公平、正義的考慮，而要求某造當事人負舉證責任³⁶³。如果舉證責任分配毫無章法，也就必然伴隨訴訟程序的不平等，舉證責任分配只能聽從法官的主觀臆斷，可能對當事人造成形式上或實質上的不利益，因此有一套切合實際並能符合公平原則的分配規則極為重要。

有謂在職權調查主義支配之下，不生舉證責任分配的問題³⁶⁴，蓋因法院應本於職權調查證據以發見真實，本不勞當事人舉證證明，因此無舉證責任的概念，遑論舉證責任的分配問題。然現行法制不乏兼採職權主義及當事人主義者，既有當事人進行的色彩，則舉證責任於焉產生，我國行政訴訟及刑事訴訟法制即是如此，故仍有舉證責任及分配的問題。以三大訴訟類型的舉證責任分配標準相互比較，其中刑事訴訟以確定犯罪行為之有無及其處罰為目的，舉證責任分配最簡單，幾乎所有案件種類均由檢察官或自訴人承擔舉證責任³⁶⁵；行政訴訟則視案件種類，分別由原告或被告負實質的舉證責任，但因行政訴訟多與行政機關的行政行為有關，故由作為被告的行政機關對具體行政行為負舉證責任的情況為最大宗，原告僅對起訴符合法定條件、在起訴被告不作為的案件中其提出申請的事實、在一併提起的行政賠償訴訟中因受起訴行為侵害而造成損失的事實負舉證責任；而民事訴訟雖僅係解決私人間之紛爭為目的，但其舉證責任的分配最複雜，通說認為主張權利或法律關係存在的原告，就權利發生事實（權利發生的特別要件事實）與權利消滅的一般要件欠缺的事實，負有舉證責任。反之，主張權利不存在的被告，就權利障礙事實（權利發生的特別要件欠缺的事實）及權利消滅事實（權利消滅的特別要件事實），負有舉證責任³⁶⁶。所以訴訟性質不同，決定舉證責任應採用不同的規則。

³⁶³ 參見王兆鵬著，同註 18，頁 227-228。

³⁶⁴ 參見吳庚著，同註 80，頁 166。

³⁶⁵ 參見駱永家著，民事舉證責任論，1995 年 4 月，初版八刷，頁 80。

³⁶⁶ 同上註，頁 79。

一、行政訴訟

(一) 日本法³⁶⁷

在日本行政訴訟當中，有關行政案件訴訟法等沒有特別規定的事項，應根據民事訴訟之例，由於行政案件訴訟法等沒有關於舉證責任的特別規定，故在論理上，行政訴訟的舉證責任分配即應根據民事訴訟之例，然民事訴訟有關舉證責任分配部分雖採修正法律要件分類說，但依然是混沌不明。

關於行政訴訟的舉證責任分配，要充分考慮行政訴訟的特殊性，在日本廣為討論的學說，包括修正法律要件分類說及利益衡量說等，並不能涵蓋或決定所有類型，蓋因行政訴訟裡面的舉證責任是非常特別的，其學說運用的關鍵，除了訴訟的種類乃至於態樣外，也包括應被適用的個別訴訟及把個別、抽象的法規分類等。確實，在行政訴訟的情形，因訴訟的種類、態樣問題所轉變成的事項是大異其趣，例如行政處分的撤銷，若單純僅是在抗告訴訟中提起撤銷之訴原則上是成問題(行政訴訟法第3條第2項、第3項)。但是，關於同一行政法規，原告會因為選擇訴訟型態之不同而有全然相異的證明責任，這種現象可說是相當奇妙。還有，以特徵而言，行政訴訟也是不同於民事訴訟，例如當事人關係不對等、重視私益和公益的調整、行政法規本身的適用對於行政機關有行為規範性格、舉證責任分配的意識等等，不勝枚舉。另外在行政訴訟的舉證責任中，有關行政機關和人民在訴訟地位上的問題也逐漸受到法學界的矚目，有關的法理學說也慢慢形成。

行政訴訟舉證責任學說的討論與民事訴訟是有很大差異，討論時應充分的考慮像上開那樣的特殊性，並進行種種利益的衡量，而類型方面也應當作為判斷(在這個時候應從確保行政的適法性、市民的權利、自由的保護的觀點判斷)利益衡量方向的有力角度。

基本上，為確保當事人之間實質方面的武器平等原則的重要性，關於行政訴訟舉證責任分配的問題，採用利益衡量說應是最佳選擇。例如，向來有力學說認為，行政行為因具有公定力，應受適法性的推定，因此起訴請求撤銷該行政行為，原告應就行政行為有違法原因負舉證責任。但在行政訴訟裡面，由於行政行為的公定力理論本身有其侷限性，採此理論有違當事人武器

³⁶⁷ 參見小林秀之著，同註2，頁206-207。

平等原則，且思考這個問題時也應一併考量確保行政的適法性、市民的權利、自由的保護等觀點，故此理論在今日已漸漸不受重視。

（二）我國法

縱然我國行政訴訟法第 136 條規定，行政訴訟法除有特別規定外，準用民事訴訟法第 277 條有關舉證責任的規定。然迄今為止，在民事訴訟學理上，並無單一的舉證責任分配法則，可以精準且毫無爭議地適用於各種案件類型，行政訴訟與民事訴訟有諸多相似之處，自當不例外。況因行政訴訟的種類眾多，且性質上有公、私益之分，所以在上開第 136 條法文內設有排除規定，以因應各種複雜的訴訟類型，故其舉證責任的分配不能一概而論，應予個性化配置³⁶⁸。

1、撤銷訴訟及確認行政處分無效訴訟

首先，撤銷訴訟及確認行政處分無效訴訟的舉證責任較為特殊，其中提起撤銷訴訟請求行政法院撤銷的對象為行政處分，因行政處分有不同的分類，故舉證責任的分配問題，應從不同性質的處分出發分別論斷之：

（1）負擔處分：

按人民的權益當然受憲法及法律的保障，行政機關就具體事件行使公權力對人民的權益有所限制、剝奪或增加其負擔，通常以負擔處分的方式為之，在依法行政原則支配之下，作成行政處分不僅須有法律的依據，而且應符合法定的要件，此乃現代法治國家不證自明的公理³⁶⁹。因此就負擔處分的合法法定構成要件，行政機關應先行舉證³⁷⁰。

（2）撤銷或廢止既存的授益處分：

撤銷或廢止既存的授益處分等同於負擔處分，故撤銷或廢止的法定要件事實（參照行政程序法第 117、123 條）係屬存在，應由行政機關負舉證責任³⁷¹。

³⁶⁸ 參考行政訴訟法第 136 條之立法理由；張文郁著，同註 52，頁 264。

³⁶⁹ 參見吳庚著，同註 80，頁 170。

³⁷⁰ 「當事人主張事實，須負舉證責任，倘其所提出之證據，不足為主張事實之證明，自不能認其主張之事實為真實。又行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實。倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法。」最高行政法院 39 年判字第 2 號判例可資參照。

³⁷¹ 參見翁岳生主編，同註 41，頁 479；吳庚著，同註 80，頁 171。

(3) 裁量處分：

行政機關的行政裁量包括「決定裁量」及「手段裁量」，行政處分雖有裁量權限，但並非容許其有恣意的自由，故裁量處分應屬「合義務性裁量」。行政機關除應舉證證明該裁量處分係在法律規定的範圍內，為法律效果的正確選擇外，亦應就其未違反法律授權意旨的「合義務性」所考慮的各種因素，包括遵守一般法律原則，合乎法律授與裁量權目的等為舉證。另對裁量處分不服而提起訴訟的一造，則應就構成裁量逾越或裁量濫用的要件事實，負舉證責任³⁷²。

(4) 雙重效力處分（或第三人效力處分）：

同一處分行為對受處分的相對人係授益性質，對第三人則產生負擔的結果，由該第三人提起撤銷行政處分的訴訟時，其舉證責任該如何分配？此有不同的主張。德國聯邦行政法院固然認為，為兼顧相對人利益的均衡，不宜由行政機關或相對人負舉證責任，應改由該第三人負責舉證，然本文認為，撤銷訴訟涉及行政行為的合法性監督，難謂與公益無關，其職權主義的色彩相當濃厚（見行政訴訟法第 133 條），而利害關係的第三人與負擔處分的相對人無異，由其負責舉證，非僅與依法行政原則的精神有違，抑且不符合公平原則，是故行政機關的舉證責任仍不應免除³⁷³。

(5) 涉及不確定法律概念判斷：

不確定法律概念包括「經驗性」與「價值性」的不確定法律概念，此時行政處分須舉證證明其判斷正確而合乎經驗或法律目的的價值³⁷⁴。

撤銷訴訟及確認行政處分無效訴訟除有以上舉證責任分類外，尚有下列的特殊案型³⁷⁵：

I、常態事實與異態事實：

常態事實可以推定，異態事實（或稱變態事實）則由主張其存在者負舉證責任，例如：「查原告之個人計程車係用於經營客運業，個人計程車之行駛，當以營業為其常態。因此，原告主張其將該個人計程車交由王○章駕駛時，並無營業情事，依舉證責任分配之原則，應由原告就王○章駕駛該個人計程車時，並無營業之事實，負舉證之責，茲原告既未對該無營業之事實舉證以實其說，空言徒托，亦無可採。」（最高行政法院 78 年判字第 2653 號判決）

³⁷² 參見翁岳生主編，同註 41，頁 479；吳庚著，同註 80，頁 172。

³⁷³ 參見吳庚著，同註 80，頁 171-172。

³⁷⁴ 參見翁岳生主編，同註 41，頁 479-480。

³⁷⁵ 參見翁岳生主編，同註 41，頁 480-481。

II、積極事實與消極事實：

(I) 主張積極事實者應負舉證責任，乃為舉證責任分配的原則，蓋積極事實的存在，常有軌跡，故主張事實存在者，須負舉證責任。例如：「無償乃消極事實，在舉證分配上無庸舉證，只要有給與之行為，即屬完成，而有償係積極事實，主張積極有償之事實，即應舉證。」(最高行政法院 89 年度判字第 431 號判決)；「原告又謂其在執檢關員開始檢查其所攜行李之前，已口頭申報一節，既為被告機關所否認，基於舉證責任分配原則，原告主張是項有利於己之積極事實，應由原告舉證證明，茲原告未能舉出任何證據以實其說，徒託空言委難信為真實。」(最高行政法院 75 年判字第 168 號判決)。

(II) 消極事實係未發生的事實，本無庸舉證，但如果依經驗法則該事實通常會發生，依經驗法則可推定時，未發生的事實，屬非常態的事實，應由主張未發生者舉證，例如：「有利息約定之抵押借款，稅務機關對債權人應作有按時息之認定，並依法繳納利息所得稅，納稅義務人如主張未收付實現之有利於己之事實，應就其事實負舉證責任。」(最高行政法院 78 年判字第 2224 號判決)。

III、特別事實與普通事實：

此特別事實係指在一般人預料之外的事實，主張其存在者，應負舉證責任。例如：「查申報要點第三條第二款係就申報義務主體所取得之股份範圍加以規範。其中由於本人與其配偶、未成年子女及二親等以內親屬之間，關係密切，除非有特別情事，依經驗法則，渠等所主導或控制之公司會與本人擔任董事長之公司取得同一家公開發行公司之股票，合計超過其已發行股份總額百分之十，應非巧合，堪認係有意之安排。而是否有特殊情事，舉證責任在行為人，不在主管機關，故主管機關在無反證之情況下，依申報要點所揭示之親屬關係，就渠等所主導或控制之公司所取得之股份，解為具有意思聯絡或利用關係而算入共同取得之股份，並無違經驗法則，於此範圍內上開要點未違反證券交易法第四十三條之一第一項之立法意旨，得予適用。」(最高行政法院 93 字第 48 號判決)此判決中所稱的「特別情事」實指特別事實，應由主張之人負舉證責任。

2、給付訴訟與確認(公法關係存否)訴訟

在所有行政訴訟中，給付訴訟與確認(公法關係存否)訴訟，其舉證責任分配的法則基本上與民事訴訟無異，凡請求行政法院為權利保護者，必須

其請求所依據的法定要件已經存在³⁷⁶。至於我國行政訴訟法第 6 條的確認訴訟，若屬於公法關係的積極確認之訴，其舉證責任屬原告，消極確認之訴則歸被告，與民事訴訟無殊，而行政訴訟法第 8 條的給付訴訟，在民事訴訟性質相同者，所在多有，其舉證責任的分配，尤為雷同³⁷⁷。

3、其他規範

雖然行政訴訟的舉證責任分配，法律並無明確規定，故僅能就學理及司法實務觀點加以討論。惟在極少數的情形，法律對舉證責任的歸屬或提供證據資料的義務設有規定者，適用之際自須遵守。例如：稅捐事件固無所謂當事人進行主義，但法律如規定納稅義務人在稽徵機關作成原處分前，有提出證據資料的義務而未予遵守時，在後續的爭訟程序中，納稅義務人始行提示，行政法院即不予斟酌，此乃行政法院對所得稅法第 83 條第 1 項規定所持的見解（高行政法院 81 年判字第 2608 號判決）³⁷⁸。另外海關緝私條例第 31 條之 1 但書、第 36 條、所得稅法第 14 條第 1 項第 5 類之 4 及遺產及贈與稅法施行細則第 13 條，亦皆有舉證責任分配的意涵³⁷⁹。惟此處有關舉證責任的實質規範，均屬行政實體法因特別的行政考量所作成之具有訴訟法性質的規定，與行政訴訟法畢竟無直接關聯，故並非該法第 136 條所稱「除本法有規定者外」的特別法，此不得不辨³⁸⁰。

二、刑事訴訟

所謂舉證責任的分配，乃訴訟當事人依照法律的規定，對於不同的事項需要承擔實質性舉證責任之謂也。雖然，「存在疑問時不處罰」、「具有疑問時應有利於被告」等法諺未形諸明文，但其意涵卻與「無罪推定」原則並無太大差異，同屬刑事訴訟法上保護被告不受未經證明即認定有罪危害的基本原

³⁷⁶ 我國行政訴訟法第 6 條的確認訴訟，若屬於公法關係的積極的確認訴訟，其舉證責任屬原告，消極的確認訴訟則歸被告，與民事訴訟無殊；同法第 8 條的給付訴訟，與民事訴訟性質相同者，所在多有，其舉證責任的分配，尤為雷同。參見吳庚著，同註 80，頁 167-168。

³⁷⁷ 參見吳庚著，同註 80，頁 168。

³⁷⁸ 參見吳庚著，同註 80，頁 173。

³⁷⁹ 參見吳東都著，同註 42，頁 336-337。

³⁸⁰ 有學者認為行政實體法有關舉證責任的實質規範即為行政訴訟法第 136 條所稱之特別規定。參見吳東都著，同註 42，頁 330、336。

理原則³⁸¹。當法院盡其職權調查之能事，犯罪事實仍不明時，無論採用刑事訴訟舉證責任肯定說或否定說，均一致認為基於「無罪推定」原則，應宣告被告無罪，因此有學者認為「無罪推定」原則其實就是刑事訴訟舉證責任分配的原則³⁸²。所以，從這層意義而言，可以導出檢察官對於犯罪事實負有舉證責任的原始理論。

我國傳統見解認為，檢察官就被告犯罪事實，依刑事訴訟法第 161 條因應盡舉證責任，但僅須負使法院產生「合理可疑」的「形式舉證責任」為已足，其未達確信有罪程度的剩餘空間，均屬法院職權調查義務的範圍³⁸³。亦即被告犯罪事實的實質舉證責任，依同法第 163 條規定係屬於法院的職責。然而這樣的見解，不但容易造成濫訴的現象，而且混淆控訴原則的審檢角色，並不為現代訴訟法學者所採納³⁸⁴。我國刑事訴訟程序雖採行當事人主義，但仍留有濃厚的職權主義色彩，這對舉證責任的分配有一定程度的影響。在某些情況下，當事人雖負有舉證責任，應對事實有所主張並提出證據，惟法院基於職權主義及真實發見的必要，縱使當事人未予主張，仍應就被告有利與不利之點一律注意，並主動予以調查³⁸⁵。基於這樣的背景，依通說見解本應認為，當事人即無所謂的「主觀的舉證責任」或「形式的舉證責任」³⁸⁶，亦即沒有提出證據的責任，僅有在經法院調查後事實真偽仍然不明的情況下，當事人始負「客觀的舉證責任」或「實質的舉證責任」，承擔敗訴或不利的後果。但由於刑事訴訟法性質特殊，除為達成發現實體的真實目的，課以法院應依職權調查的義務外，同時為減輕法院的負擔，以利訴訟的進行，亦課以檢察官提出證據的責任。我國刑事訴訟法在 2003 年 2 月 6 日修正時在第 161 條第 1 項後段增訂「並指出證明之方法」，利用大陸法系所謂的當事人證據提出責任（形式的舉證責任）的增訂，來突顯同條前段所規定的「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任」係一種結果責任，即當事人無法證明犯罪事實應負敗訴結果的責任（實質的舉證責任），以強化當事人進行主義的功能。因此有學者參考該條文的修法理由認為，刑事訴訟法第 161 條經修正後已確立

³⁸¹ 參見石井一正著，同註 91，頁 326。

³⁸² 參見吳東都著，同註 42，頁 135。

³⁸³ 參見陳運財著，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於刑事證據法則之新發展—黃東熊教授七秩祝壽論文集，2003 年 6 月，一刷，頁 439。

³⁸⁴ 參見林鈺雄著，同註 70，頁 201-203。

³⁸⁵ 參見褚劍鴻著，刑事法學論著，1991 年 9 月，初版，頁 128。

³⁸⁶ 參見翁岳生主編，同註 41，頁 474；林鈺雄著，同註 70，頁 195；黃朝義著，同註 3，頁 223；吳庚著，同註 80，頁 167；吳東都著，同註 42，頁 113；陳計男著，同註 67，頁 433。

檢察官實質舉證責任的地位，檢察官應負擔提出證據及說服責任³⁸⁷。換言之，在我國現行的刑事訴訟程序當中，檢察官兼負有「主觀與客觀」或「形式與實質」的舉證責任，亦即檢察官不但有提出證據證明被告犯罪事實的行為責任，且於證據無法證明犯罪事實致真偽不明時，亦應負不利判決的結果責任。

惟我國刑事訴訟法畢竟係兼採職權主義，法院仍有一定的調查證據的義務，在這樣的衝擊下，檢察官的舉證責任即不同於一般民事訴訟的舉證責任，程度上應有所區別。惟縱然有所影響，仍僅限於證據提出責任之有無，並不及於應負擔敗訴結果的責任，蓋檢察官對於犯罪構成要件事實應負最終的舉證責任未曾改變。因此，要釐清當事人間舉證責任的對象，並應考量職權主義介入後舉證責任變化的問題。

準此說明，本文參考日本學者石井一正的見解³⁸⁸認為，檢察官舉證責任分配的範圍應有（主要內容請參閱刑事訴訟的證明對象）：

（一）犯罪事實

- 1、構成要件事實：包括主觀要素及客觀要素等事實。
- 2、犯罪的動機、日時、場所、方法、被害人、被害物件等。
- 3、阻卻責任性事由的不存在。
- 4、阻卻違法性事由的不存在。

（二）刑罰事實

- 1、刑罰加重事由的存在與減免事由的不存在：
- 2、不利被告的量定刑罰事實。
- 3、確定刑罰範圍事實。
- 4、沒收條件事實。

（三）處罰條件事實

（四）裁判基礎事實

（五）特別法規

以上待證事實，或為犯罪主體事實，或直接決定被告是否有罪，視為犯

³⁸⁷ 參見陳運財著，同註 75，頁 75。

³⁸⁸ 日本學者石井一正認為：「所謂的犯罪事實，包括犯罪構成事實、被告即犯罪人的事實以及違法阻卻事由及責任阻卻事由不存在的事實。因此，假定是否正當防衛不明時，或者被告是否心神喪失不明時，其產生的不利結果應歸於檢察官，被告應無罪。對於係處罰條件的事實、阻卻事由不存在的事實舉證責任。檢察官負有對於法定的刑罰加重事由的存在或者刑罰減免事由的不存在，同樣是檢察官負有舉證責任。關於訴訟條件的存在與否，適用『具有疑問時應有利被告』的原則，其存在與否不明的時候，檢察官應承擔不利結果。肯定檢察官一方請求證據調查的證據能力的事實（如自白的任意性），檢察官也負有舉證責任。」參見石井一正著，同註 91，頁 326。

罪事實，或有加重被告刑罰的效果，原則上應由檢察官負舉證責任，除為事實的主張外，並應提出證據證明之。惟其中刑罰加重事由、不利被告的量定刑罰事實、確定刑罰範圍事實、沒收條件事實等事項，無關乎被告是否成罪，檢察官未予主張，或雖有主張，但未提出證據時，法院仍應本於職權主義，為發現真實，或為維護公平正義及被告的重大利益必要主動調查。但於法院調查之後，仍無法為上開事實的認定時，即應基於「實質的舉證責任」所賦與的法律效果，給予被告有利的認定。

犯罪構成要件事實既經檢察官證明存在，即可推定阻卻違法性事由及阻卻責任事由事實的不存在。故已就相當於犯罪構成要件的事實舉證，自無庸再就違法性及有責任的存在舉證。至法院對於此項事實是否存在有疑義時，檢察官應否負舉證責任，承擔敗訴或不利認定的結果？本文認為，基於保障人權，貫徹被告在刑事訴訟法第 154 條第 1 項所規定「無罪推定原則」的保護機能，應採肯定見解才是³⁸⁹。惟亦有學者採相反看法，認為我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項僅就檢察官對被告犯罪事實負舉證責任設其規定，並未包括阻卻違法性事由及阻卻責任事由之存在，被告主張以上事由不存在純係抗辯事實，應由被告負主張及提出證據責任³⁹⁰。

第五節 舉證責任的轉換

舉證責任的轉換，學者間有稱之為舉證責任的倒置或舉證責任的倒轉，名稱雖有不同，但內容並無差異³⁹¹。所謂舉證責任的轉換，乃訴訟進行中，一造提出的證據足以支持其主張，他造欲推翻對造的證據，或使其陷於可疑難信的地步，或另有積極肯定的主張，此時舉證責任即由一造轉換至另一造，他造亦須舉證以進行其訴訟者而言³⁹²。一般而言，舉證責任的轉換應可區分為法定性質及邏輯性質。前者係法律所明定，符合一定條件即由對造負舉證責任，例如民事訴訟法第 281、355、356、358 條等有關法律上推定的事實及本國公、私文書、外國公文書推定的規定，及大法官釋字第 275 號有關應受行政罰的行為人，若其行為僅違反禁止規定或作為義務，而不以發生損害或危

³⁸⁹ 日本學者石井一正及我國學者黃朝義均採此見解。參見石井一正著，同註 91，頁 326；黃朝義著，同註 3，頁 225。

³⁹⁰ 參見陳樸生著，同註 25，頁 159。

³⁹¹ 參見吳庚著，同註 80，頁 174；吳東都著，同註 42，頁 166。

³⁹² 參見李學燈著，同註 5，頁 396。

險為其要件者，應推定行為人有過失，將行政機關應負的舉證責任轉換至行為人³⁹³均是；後者則指舉證責任之一造，已就其主張的事實提出證據並為一定程度的證明，令審判者產生有利的心證時，舉證責任遂因獲得滿足而轉換到對造，對造如否認其主張，自須提出反證以進行其訴訟，若反證可以成立，足以推翻審判者原建立的心證，則舉證責任再轉換至原負舉證責任之一造。此後由一造轉換於他造的情形，可以依此類推³⁹⁴。由於此種轉換係因一連串邏輯推理所造成的，故本文稱之為「邏輯性轉換」。至於應達何種證明程度才能發生舉證責任移轉的效力，通說以各該訴訟類型要求的證明程度而定³⁹⁵。後述邏輯概念的轉換，形式上似符合轉換的過程，但嚴格而言並非一種真正的舉證責任，而是負舉證責任的相對人面臨敗訴時所產生的一種壓力，係實行辯論主義時所衍生的一種訴訟技巧，不過仍有舉證責任的效果，故本文仍歸類為舉證責任的轉換。

推定也是舉證責任轉換的一種型態，可分為「事實上推定」與「法律上推定」兩種。事實上推定實指「推論」，此乃基於經驗法則而推認事實存在的蓋然性，屬合理自由心證的形成過程，法院只要能本於良知，依經驗法則及論理法則判斷證據的證明力，即無問題。所謂法律上推定，是指形諸於成文法律上的推定，一般以「於甲事實（前提事實）存在時，推定為乙事實（推定事實）存在」的形式規定，因法律上推定的結果，原本應就乙事實（推定事實）負舉證責任之一方當事人，如經證明甲事實（前提事實）存在者，則反由他方當事人舉證該推定事實（乙事實）的不存在。又，法律上推定可區分為「不容許反證」的推定與「容許反證」的推定兩種，其中，不容許反證的推定是一絕對性的推定，實指「擬制」而言。在民事程序中可見此種不容許當事人提出反證以期免責的「擬制」或「視為」的規定，但在刑事程序中，擬制或視為的情形並不存在。值得一提的是，容許反證的推定即為一般所指固有意義、狹義的推定³⁹⁶。

有謂舉證責任的分配與轉換，本有概念相通之處，轉換即有分配之意，刻意區分二者似徒生混淆，庸人自擾³⁹⁷。其實會有這樣的疑惑，歸根究底就

³⁹³ 有學者認為舉證責任的分配，涉及當事人在訴訟程序上權利義務事項，屬法律保留問題，大法官會議解釋並非法律上推定。參見陳清秀著，行政訴訟法，1999年6月，頁389。

³⁹⁴ 參見李學燈著，同註5，頁398。

³⁹⁵ 此種通說認為，如果係民事訴訟則為優勢證據的證明標準，若為刑事訴訟，則為排除合理懷疑的證明標準，若為行政訴訟則介於兩者之間，或為優勢證據，或為排除合理懷疑的證明標準。此部分留待下面章節介紹。

³⁹⁶ 參見陳運財著，同註112，頁475。

³⁹⁷ 參見李學燈著，同註5，頁396。

是因為舉證責任概念的不同所造成的³⁹⁸。如果站在舉證責任專指實質舉證責任的立場上，則舉證責任轉換只有在訴訟審理的最後階段才能發揮其功能，訴訟進行中舉證責任的概念尚不致發生作用（如有作用，充其量也只是一種「反映」或「反射」），所以此時舉證責任只有分配問題，而無轉換問題。如同時還承認形式舉證責任概念時，則會增加訴訟審理過程中因具體的舉證活動所形成當事人訴訟利益狀態調整的變素，致產生舉證責任移動的情形，這種移動情形並不是所謂舉證責任的分配可以解釋的，它是訴訟進行之後舉證責任角色的變動，是舉證責任分配後的改變，所以不能與舉證責任的分配劃上等號，因此應定義為舉證責任的轉換。所以如何區別舉證責任的分配與轉換，與舉證責任概念的實質內容有很大的關聯。

本文認為，舉證責任的分配與轉換係屬不同概念，在強調當事人仍有「主觀的舉證責任」或「形式的舉證責任」（行為責任）同時，二者仍有區別的必要。前者，為當事人起訴之初即由法律所規定，早成固定的模式，屬於恆定的概念，不因訴訟進展的不同而有所改變；後者，則視訴訟進行的程度產生變化，當負有舉證責任之人完成一定程度的舉證任務後，依法律或訴訟制度的設計即賦予對造當事人反證的義務，所以舉證責任的轉換係以一定要件為前提，並非於起訴之初即形成固定的模式。兩者有先後順序的關係，通常先有舉證責任的分配，分配後才有轉換的問題，並無同義或者相衝突的情事。

一、行政訴訟

（一）邏輯性轉換

由於行政訴訟種類有公益及私權性質之分，並融合職權主義與當事人主義的色彩，所以舉證責任轉換的型態原則上即與上開舉證責任分配的方式一致，除分別依行政訴訟法第133、136條之規定定其舉證責任的分配外，更以各種訴訟類型作為區分標準。按照行政訴訟法第136條規定：「除本法有規定者外，民事訴訟法第二百七十七條之規定於本節準用之。」其中所謂的特別規定，係指行政訴訟法第133條應依職權調查證據的規定而言，此觀同法第136條的立法理由自明。換言之，若以訴訟種類來區分的話，除行政訴訟法第133條所規定的撤銷訴訟及其他維護公共利益的訴訟外，其餘訴訟類型均可準用

³⁹⁸ 參見三月章著，同註10，頁443；陳榮宗著，同註1，頁66。

民事訴訟法第277條的規定定其舉證責任的分配。從而，有民事訴訟法第277條準用的訴訟類型，其舉證責任的轉換亦應與民事訴訟法相同，也就是原舉證者已先就其主張的事實為足夠的證明，令審判者產生一定的有利心證，舉證責任經邏輯性的轉換後由對造承擔，此時對造為避免法院為不利的認定，自須提出反證以推翻審判者原先建立的心證，否則將承擔最終的不利認定結果。反之，在撤銷訴訟及其他維護公共利益的訴訟類型，因應依職權調查證據，故僅有「實質的舉證責任」而無「形式的舉證責任」³⁹⁹，依照前開說明，舉證責任的轉換既僅在舉證責任兼有「實質的」及「形式的」舉證責任概念時才有存在的空間，則撤銷訴訟及其他維護公共利益的訴訟類型即無舉證責任轉換的適用，乃理所當然。

至於，行政實體法中雖有若干規定課以負舉證責任之對造提出證物的義務，例如所得稅法第83條第1項有關提示各種證明所得額的帳簿、文據的義務，在學理上僅稱之為當事人協力義務，通常僅發生降低證明標準的效力，並不生舉證責任轉換的效果，故兩者不能相提並論，於此不得不辨。

（二）法定性轉換

基本上，行政訴訟程序在法例上是參考民事訴訟，引進相當多的推定法理，包括法律上推定及事實上推定⁴⁰⁰。法律上推定係從非構成要件事實（所謂推定基礎）的存在推論出構成要件事實的存在⁴⁰¹。法律上推定有不得推翻者⁴⁰²，亦有允許加以推翻者。前者如我國行政訴訟法第111條第2項：「被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。」法條的用語為「視為」，即屬於不得推翻之例；後者如民事訴訟法第281條：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證」（行政訴訟法第176條有準用之規定），則為允許以反證推翻的推定，民事訴訟法第355、356、358等條亦同。此類條款的作用在使舉證責任倒轉，減輕原本須負責之當事人的舉證責任，例如對於應受行政罰的行為人，其行為符合處罰的構成要件（包括故意過失），原應由為裁罰行為的行政機關負舉證的責任，但如其行為僅屬違反禁止規定或作為義務，而不以發生損害或危險為其要件者，司法院釋字第275號解釋則稱：

³⁹⁹ 參見行政訴訟法第136條的立法理由。

⁴⁰⁰ 參見行政訴訟法第176條、民事訴訟法第281、282條。有學者稱真正的推定乃「法律上推定」，參見翁岳生主編，同註41，頁483；亦有謂「事實的推定」為無用處的用語，參見周叔厚，同註17，頁24。

⁴⁰¹ 參見吳東都著，同註42，頁25。

⁴⁰² 亦有學者認為不得推翻者不屬法律上推定，參見陳計男著，同註67，頁440。

推定行為人為有過失，則應將該管機關應負的舉證責任倒轉加諸行為人一方⁴⁰³等語，以司法解釋來確立法定性轉換的存在。

事實上推定雖屬事實推論的過程，但仍予明文化以為規範，防止法官專擅，我國民事訴訟法第282條即規定事實的推定。這種規定情形亦具有倒轉責任的效果，凡依日常生活的經驗，某種原因事實的出現常生一定的結果者，如原因事實已明瞭，對結果的發生即具有表見證據⁴⁰⁴或初步證據(Beweis des ersten Anscheins, prima-facie-Beweis)的作用。上述民事訴訟法第282條雖謂：法院得依已明瞭的事實，推定應證事實的真偽(行政訴訟法第176條亦有準用的規定)，當事人並非不得援引本條為有利於自己的主張。欲推翻表見證據的效力，他造當事人須以反證證明依一般經驗，該項原因事實亦有不生此種結果的偶然現象，或者證明結果的發生已因其他原因介入，而非正常的因果關係歷程。一旦反證動搖表見證據的確信，雙方當事人須按一般證據法則，反覆舉證以取得有利判決。表見證據固有減輕舉證責任的功能，使諸如侵權行為損害賠償訴訟被害人在舉證上的負擔減輕，但以行政機關掌握資源的豐富，在撤銷訴訟不難提出表見證據，以支持其處分行為的合法性，此際原告如無提出反證加以推翻，則有受敗訴之虞(客觀的舉證責任)⁴⁰⁵。

另外在個別行政法規上也有相同效果的規定，行政機關得制訂可作為認定事實基準的行政規則充為「法律上推定」，以簡化行政程序，並規避舉證責任⁴⁰⁶。例如，最高行政法院75年度判字第531號判決：「按財產或權利原為出價取得者，以交易時之成交價額減除原始取得之成本，及因取得、改良及移轉該項資產而支付之一切費用後之額為所得額，應併計課徵綜合所得稅，行為時所得稅法第十四條第一項第七類定有明文。又個人出售房屋，除能提出交易時之實際成交價格及原始取得之實際成本並經查明屬實者，得以差額為財產交易所得外，其未能提出者，一律以出售年度之房屋評定價格之百分之二十計算財產交易所得，財政部(67)臺財稅第三二二五二號函釋有案，又租稅負擔公平之原則，為稅制基本原則之一，而所謂負擔之公平，不僅止於形式上之公平，更應就實質上使其實現。依現行稅制。因土地買賣，係按照土地公告現值為核計增值稅之基礎，而房屋買賣則按照實際成交價格計課財產交易所得稅，因此，買賣當事人間為避稅計，鮮有以房地之實際成交價格

⁴⁰³ 參見吳庚著，同註80，頁174。

⁴⁰⁴ 所謂表見證據，乃法院利用一般生活經驗法則，就一再重複出現的典型事象，由一定客觀存在事實，以推斷某一待證事實的證據提出過程。參見陳榮宗著，同註1，頁60。

⁴⁰⁵ 參見吳庚著，同註80，頁174。

⁴⁰⁶ 參見翁岳生主編，同註41，頁484。

報稅，反而類皆以土地公告現值為核計增值稅之基礎，房屋則以房屋評定價格為計算之基礎，據以報稅並完成房地產之所有權移轉登記，而將實際成交價格予以隱瞞，以達到刻意安排之避稅目的，實有違租稅負擔公平之原則，亦即大大違背所得稅法之立法目的。財政部乃主管全國租稅之主管監督機關，其本於租稅負擔公平之原則，根據目前稅制及不動產交易實情，發布上項釋示，核與現行法令、判例、解釋均無違背，自應予以適用。」即指出財政部以行政函釋⁴⁰⁷的方式制訂有調整舉證責任效果的行政規則，該行政規則經法院審查後，認為與法令、判解並無牴觸，則可採用並因而產生舉證責任轉換的效果；反之，行政法院並不受拘束，當然也無法產生任何轉換的結果。可見推定在行政訴訟中被應用得相當廣泛。

（三）其他類型

另外，在行政訴訟領域裡，尚有證明妨礙、證明困境等理論與舉證責任轉換有關，但因屬證明標準探討的範圍，故容後說明，茲不贅述。

二、刑事訴訟

（一）日本法⁴⁰⁸

在日本，由於被告無罪推定的關係，原則上檢察官均負有實質的舉證責任。然像阻卻違法、阻卻責任事由和故意、過失等犯罪主觀要素的不存在，雖有學說認為應由被告負舉證責任⁴⁰⁹，但現在這種見解幾乎是不被支持，即使僅是對被告課以足夠的優勢證據作為證明標準亦不例外，蓋因沒有犯罪卻令被告負舉證責任，容易造成不當處罰的危險，故此說並不恰當。

但若干的例外規定，看起來好像被告因舉證責任轉換而負有舉證責任，但通說認為，由於無罪推定原則，被告實際上並不負實質的舉證責任。例如，日本刑法第 230 條之 2 名譽毀損裡面的事實證明（相當於我國刑法第 310 條第 3 項），即使事實證明為真實，犯罪仍然成立，只不過被告能據此免除其刑，

⁴⁰⁷ 所謂行政函釋係指各主管機關本於法律授權或職權，為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實及行使裁量權，而頒訂的解釋性規定或裁量基準。

⁴⁰⁸ 參見小林秀之著，同註 2，頁 209-211。

⁴⁰⁹ 採此說之學者有小野清一郎、井上正治、滝川還曆等，參見小林秀之著，同註 2，頁 212。

而該有關事實的證明係以記述條件的方式來界定處罰的範圍，並非被告舉證責任的依據，因此可說明沒有任何理由可以將犯罪事實舉證責任的一部分轉換給被告。另同法第 207 條共同傷害的規定和兒童福祉法第 60 條第 3 項的規定情形，通說認為被告只不過負擔證據提出責任，也就是說，在這個場合，因為被告只不過是負擔證據提出責任（形式的舉證責任），並非實質的舉證責任，若能提出一次證據證明的話，被告即可因此免除其舉證責任，此與檢察官應負實質的舉證責任不同。惟在被告負證據提出責任的場合，並沒有必要證明到排除合理懷疑的程度，如果被告能夠證明到證據優越的程度即為已足。

有關證據提出責任的問題，在特別法中有些是以推定的規定來說明的。推定規定的典型例子有公害罪法（「與人的健康有關之公害犯罪之處罰的相關法律」）第 5 條之因果關係的推定及判例（最高裁判所昭和 32 年 11 月 27 日刑事集第 11 卷 12 號第 3113 頁）等，但是在各種兩罰規定裡面的有關企業主的責任，其過失的推定和解釋，以企業主不能舉證自己的無過失為限，至於從業員的違法行為則應自負刑事責任。另外，爆發物取締罰則第 1 條、第 6 條之「妨害治安或侵害人的身體財產的意圖」，其存在與否也是透過推定法理來運作。

在民事訴訟，推定的原則可造成實質的舉證責任轉換，但在刑事訴訟場合，若承認被告負擔推定事實不存在的舉證責任會造成實質的舉證責任轉換，則舉證失敗導致犯罪事實的成立與否不明時，被告豈不是因此要受到處罰嗎？這樣會產生問題。故許多學說認為，推定必須限制在前提事實及推定事實之間有合理的關聯存在才可。關於推定的效果也可解釋證據提出責任的轉換程度，在這個場合，通說認為若被告可以容易提出證據卻不能提出的話，就可視為達到排除合理懷疑的心證程度（容許的推定），但是也有學說指摘這已違反緘默權原則。另外相反的，也有學說認為，僅提出推定事實存在的可疑點並表示是合理的事實即可，藉以減輕證據提出責任。

（二）我國法

1、邏輯性轉換

由於無罪推定原則及正當法律程序的維護，基本上與犯罪事實有關者均由檢察官負舉證責任，被告並無「自證己罪」或「自證無罪」的義務。亦即

舉證責任不應轉嫁於被告，被告不應因其訴訟行為拙劣，舉證失敗而受到處罰，認為被告無所謂的舉證責任⁴¹⁰。雖另有認為被告為自身的利益，有提出反證的必要，但這種情形只是站在從屬的立場，協助法院從事實質真實的職權調查而已⁴¹¹，並非因舉證責任之一造，已就其主張的事實提出證據並為一定程度的證明，令審判者產生有利的心證時，舉證責任遂因獲得滿足而轉換到對造原因所致，故在我國刑事訴訟當中應無「邏輯性轉換」的概念。

另外，我國應無「邏輯性轉換」的概念，亦可從大法官會議第 509 號解釋獲得佐證，該解釋謂：「．．．刑法第三百十條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第 23 條規定之意旨。至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務．．．」等語，即明白強調被告不應負任何舉證責任，縱使係屬於責任阻卻事由亦無不同，此與前開日本法的通說見解相同。

2、法定性轉換

除邏輯性的舉證責任轉換外，推定也可產生舉證責任移轉的效果。如同前述，在刑事訴訟程序當中，真正的推定係指固有意義或狹義的推定，亦即容許以反證推翻的推定。既稱可以反證推翻，顯然其間即存有再行舉證的空間，被告面對因為推定結果將受判決有罪的處境，承擔舉證任務以解免其刑責，就其形式外觀而言，一方面有提出反證的作為，另外一方面又因未舉證或舉證不足將受不利的判決結果，著實符合舉證責任的實質內涵，因此稱之為舉證責任的轉換亦非不可⁴¹²。

⁴¹⁰ 參見陳運財著，同註 112，頁 456。

⁴¹¹ 參見林山田著，刑事訴訟法，1990 年 8 月，增訂三版，頁 210。

⁴¹² 陳樸生教授有不同看法，認為在採職權主義的立法例，因證據的調查係屬法院的職權，並不認當事人有舉證責任。為防止法院縮小調查證據的範圍，亦不認其有推定法則。且法院就該管案件，對於被告有利及不利的事項均應注意，即不生舉證責任分配的問題。惟待證事實，其性質有應依證據證明之者，有仍許其推定者。是推定並非職權主義所絕對禁止，但非舉證責任分配的問題，而係為減輕法院的舉證責任。參見陳樸生著，同註 25，頁 172-173。

一般而論，法律上推定存在著與實體的真實發見原則以及自由心證原則相互矛盾的因素。在刑事訴訟程序裡，若非有特別合理的理由存在，否則實無法被接受⁴¹³。關於法律上推定問題，我刑事訴訟法目前尚無明文規定。基此，為說明法律上推定的例外規定，乃不得不借用外國立法例予以詮釋。以日本公害處罰法（全名為「有關涉及人之健康之公害犯罪處罰法」）第5條為例說明，「因工廠或事業場所之事業活動致排放有害人體健康之物質，其排放已足以對公眾之生命或身體造成危害者，因該排放致可能發生危害之地區內因同種物質而造成生命或身體之危害時，推定該危害係由該排放者排出之物質所產生。」⁴¹⁴檢察官只要證明（1）工廠排放有害人體健康的物質，且其排放量已達妨害公眾健康的程度；（2）公眾的生命或身體的危害，在該排放有害物質影響所及的地區內，有公眾的生命或身體的危害產生。法律上即可推定（3）該危害的結果係由該排放行為所導致。其中（1）及（2）為前提事實、（3）屬推定事實。此乃因為當有複數個公害污染源存在時，究竟公眾生命或身體危害的發生，應歸責於其中何種污染源，之間因果關係的證明困難，故採用所謂的「疫學的因果關係理論」或「疫學證明的法理」（此乃因經由細菌感染的途徑，及經由產生公害原因物質的污染途徑，幾乎無法以科學方法求解答時，而以疫學的知識所得到的結論，論定其間的因果關係，且容許該所得的結果充為裁判上證明用的構想），以減輕檢察官舉證的負擔，而設此項推定規定⁴¹⁵。

另外，就推定的效果而言，一旦前提事實經證明存在，被告若無反證，則法院當然的應認定推定事實存在者，稱為義務的、強制的推定；反之，前提事實雖經證明存在，且被告欠缺反證，此種情形，法院不妨認定推定事實的存在，其得認定推定事實的存在者，稱為容許的、可能的推定。由於強制的推定，課以法院應為推定事實的認定義務，有違自由心證的旨趣，且以此種形式，將推定事實的反證責任加諸於被告，亦不合於無罪推定的法理。故關於推定的效果，應採可能的推定說，較為妥當⁴¹⁶。

第六節 以行政罰為前提的刑事不法

⁴¹³ 參見黃朝義著，同註3，頁227。

⁴¹⁴ 參見平野龍一著，注解特別刑法第3卷公害編，昭和60年11月20日，初版一刷，頁71；陳運財著，同註112，頁476。

⁴¹⁵ 參見陳運財著，同註112，頁476；黃朝義著，同註3，頁228。

⁴¹⁶ 參見陳運財著，同註112，頁476。

訴訟之舉證責任一代本章結論

由以上行政、刑事訴訟的舉證責任比較之後，可以發現二者的舉證責任有本質上的差異。首先，行政訴訟舉證責任的法律性質，通說認為屬於實體法，而刑事訴訟的舉證責任，則屬於程序法；在實定法規範部分，不管是日本或我國法制，行政訴訟的舉證責任，皆可準用民事訴訟制度，並可依職權調查證據，端視案件性質為何而定，此與刑事訴訟的舉證責任，採行單一舉證責任制，不因案件類型不同而異其趣，且刑事訴訟的舉證責任亦無準用他種訴訟制度的規定或法理，更重要的是，刑事訴訟的舉證責任受到「無罪推定原則」的嚴密監控，自難與無此觀念存在的行政訴訟制度相融合，即使行政訴訟制也有職權調查證據的性質，亦無法改變此一結果；關於舉證責任的對象，行政訴訟係以行政行為的合法性，或行政處分的合法性事實為主，而非案件事實的證明，然刑事訴訟則與民事訴訟一樣，皆係以單純的案件事實為證明對象；至於舉證責任的分配，二者亦有明顯不同，行政訴訟部分，在本文所探討的撤銷訴訟當中，基於現代法治國依法行政的理念，作為被告的行政機關應負舉證責任，與刑事訴訟制裡，擔任原告的檢察官恆有舉證責任的設計亦明顯不同；另有關舉證責任轉換的概念上，行政訴訟部分，除法律有特別規定外，基本上因準用民事訴訟法第 277 條規定的結果，仍承認有舉證責任的轉換，並應依民事訴訟的相關規定辦理，而刑事訴訟部分，基本上並無舉證責任轉換的概念，應由檢察官負最後且完全的舉證責任，縱使在法庭內所呈現的證據已對被告相當不利，仍應由法官依自由心證認定之，據以判決有罪，或認為仍存有一絲合理懷疑，基於「懷疑是被告之利益」原則而判決被告無罪，皆無不同，被告並不負任何舉證責任。

行政訴訟的舉證責任，之所以與刑事訴訟的舉證責任有本質上的不同，其理由無非肇因於二者在價值體系上有所區隔所致。行政訴訟偏重於紛爭的解決之上，與民事訴訟的目的較為接近，而刑事訴訟則置重在社會治安與人權的維護之上，有極高度的公益色彩，所以在學理上或想像上，欲加以整合成為一種特殊的訴訟類型，恐怕將會發生極為嚴重的排斥現象；相同地，若欲在行政訴訟當中，運用刑事訴訟舉證責任的法理，或在刑事訴訟當中，運用行政訴訟舉證責任的法理，也會因兩者在本質上格格不入，而顯得窒礙難行。本文所探討之行政罰為前提的刑事不法類型，縱然有刑事包藏行政的性質存在，但從以上二制的比較可以發現，欲將行政訴訟舉證責任的概念，套用在刑事訴訟制度之上，恐怕是方枘圓鑿，無法相容。況以現行的體制而言，

行政訴訟從原來當事人主義漸朝職權主義方向發展，而刑事訴訟則恰恰相反，從原來職權主義改為目前的改良式當事人主義⁴¹⁷，更見兩者整合在一起的可能性是微乎其微，縱使技術層面上的問題可以克服，然勉強整合的結果，將是嚴重破壞二者的價值體系，其代價不可謂不大。因此，以訴訟體質的角度觀察，本文所探討之行政罰為前提的刑事不法類型，應無舉證責任混用的空間。

本文所探討之以行政罰為前提的刑事不法類型，固然與行政法有密切關聯，但因屬對於人民人身自由、財產權甚至於生存權為剝奪的懲罰，在性質上即與刑法相同，在刑事法學研究的領域當中，個人亦把它歸類為刑事特別法或特別刑法的一環，且因其具有行政法規範的特色，應可更精準的把它定義為行政刑法。雖本題旨所示之刑事不法不屬於普通刑法的規範章節內，但本質上仍屬廣義刑法的一種，有刑法總則的適用，此觀刑法第 11 條：「本法總則於其他法令有刑罰之規定者，亦適用之。但其他法令有特別規定者，不在此限。」的規定自明⁴¹⁸。因此，本題旨所示的刑事不法類型仍有如罪刑法定主義⁴¹⁹、禁止類推適用、連續犯⁴²⁰等刑法法理的適用。至於訴訟程序部分，因本題旨所示之刑罰為刑事罰之一種，自當依刑事訴訟法所規定程序進行。從而與刑事訴訟法有關的法理如罪疑惟輕、無罪推定原則、被告緘默權等，在本題旨所示之刑罰仍有適用的餘地。基於以上說明，可知違反本題旨所示之行政刑法者應視為一般刑事案件，其訴訟的進行也毫無疑問應採用刑事訴訟程序，其舉證責任自當適用刑事訴訟法規定由檢察官負擔。

在本題旨所示之刑事不法訴訟當中，行政機關的行政罰為刑事處罰的前提，在前提要件事實未進入刑事法院審理之前，固然由行政機關依職權調查證據（行政程序法第 36 條），亦即需提出證據證明行政處分之相對人有違反行政義務之行為，但進入刑事訴訟程序之後，提出證據的責任即轉由檢察官承擔，就證據提出的角度而言，行政機關與檢察官之間形成一種類似接棒或接力的關係。若在行政程序階段，業經行政機關調查證據完備，則進入刑事

⁴¹⁷ 為達到保障人民權益、維護公益以及貫徹行政行為合法性之審查，我國於 1998 年 10 月 28 日經修正公布之行政訴訟法改採職權主義，與舊制採當事人主義不同；刑事訴訟法則於 2002 年 2 月 8 日將第 161 條第 1 項修正檢察官的舉證責任，可見我國刑事訴訟制度朝當事人進行主義方向發展。

⁴¹⁸ 但亦有直接於特別刑法當中制定過渡條款以適用刑法規定，如懲治走私條例第 11 條規定：「走私行為之處罰，海關緝私條例及本條例無規定者，適用刑法或其他有關法律。」即是。

⁴¹⁹ 參見最高法院 90 年度臺非字第 24 號；臺灣高等法院 87 年度上易字第 3212 號判決。

⁴²⁰ 參見最高法院 67 年度第 6 次暨第 7 次刑事庭推總會決議（一）。

訴訟程序之後，檢察官應僅剩蒞庭論告的責任，而無證據提出的責任；反之，若行政程序階段未經充分的證據調查，則在刑事訴訟程序當中，檢察官仍應負完整且最後的舉證責任，而非單純接收先行調查的成果。不過此種接棒或接力的關係，在法院審理當中也可能變成聯合的關係，最終形成行政機關與檢察官聯手舉證來攻擊被告的怪異現象，似乎有違武器平等原則，這在我國刑事訴訟制度朝向當事人主義的發展，無疑是一種絆腳石。

另值得一提的是，由於違反行政刑法案件多與公共行政、環保衛生、金融秩序、消費者權益等公共議題有關，目前也逐漸有擴大推定及舉證責任轉換適用的趨勢。這種轉變最早是從民事案件開始的，如德國聯邦最高法院就曾以判例的形式，就民法無明文規定的醫療損害、交通事故的損害、商品瑕疵的損害以及公害的損害等事件，依一般侵權行為規定定舉證責任分配之際，多另以各種特殊具體情況的事實存在，作為解釋法律、適用法律的方法，從而將上述類型的侵權行為損害賠償，就加害人故意過失的要件事實及因果關係的事實，從被害人改歸加害人負舉證責任⁴²¹。另外，日本法則更一步將具有舉證責任轉換效果的推定法理適用在刑事法律當中，例如前開所述日本公害處罰法第5條規定即是。這些與傳統見解迥異的舉證責任轉換，逐漸在各國法制蔓延開來，其主要的原由便是基於對公共利益維護的渴求，蓋因某些涉及專業或高科技且有關公共利益的案件，本有舉證不易的問題，適時導入舉證責任轉換的法理，或可解決這種現實面的舉證障礙⁴²²。

然本文以為，刑事被告應承擔的舉證責任絕不可建立在檢察官舉證困難的基礎上，蓋現代新型的犯罪固然有其難以舉證之處，惟犯罪的科技進步，同樣地打擊犯罪的工具及技術也應相對提昇，例如運用通聯記錄、電波追蹤、高空照相、望遠鏡、熱顯像儀⁴²³、全球衛星定位系統、行動電話遠端監控、紅外線感應通報器、遠距離追蹤器、無線電追蹤器⁴²⁴、替換光源掃描器（ALS，Alternate Light Source）⁴²⁵等高科技產物，或遴聘各種高科技人才協助調

⁴²¹ 參見陳榮宗著，同註1，頁64。

⁴²² 參見黃朝義著，同註3，頁216。

⁴²³ 參見王兆鵬著，重新定義高科技時代下的搜索，新刑訴·新思維，元照出版有限公司，2004年10月，初版一刷，頁71-78。

⁴²⁴ 配置在電子偵防車內，移動速度快、行動力強的優點遏止歹徒犯罪，為警方打擊電子犯罪添一利器。參見自由電子新聞網，2002年12月18日，轉引自<http://www.libertytimes.com.tw/2002/new/dec/18/today-c2.htm>，2005年1月22日查閱。

⁴²⁵ 與李昌鈺博士一同來台調查三二九槍擊案的艾里斯博士所研發，是利用不同顏色的光波反射的原理，再戴上特殊的眼鏡，來搜尋肉眼無法辨識的細微化學物質，使所有犯罪證據都無所遁形。參見東森新聞網，2004年4月9日，轉引自

查，皆可解決犯罪偵防的問題，因此以舉證困難為由，主張被告應承擔舉證責任並不具說服力。另被告因舉證責任轉換的結果，不管是邏輯性轉換或者是法定性轉換（推定），須承擔一定程度的舉證責任，必然係基於上開所言舉證責任的本質推論而來，亦即從當事人主義或職權主義的角度、形式或實質的舉證責任的角度去思索答案，而非受一定的目的性思考所左右，因為如果任由執法者依據個別目的恣意決定舉證責任的分配跟轉換，除容易造成舉證責任理論的紊亂外，而且也容易造成執法者的專擅，絕非舉證責任理論的本旨。

第六章 以行政罰為前提的刑事不法訴訟之證明標準

由於我國採訴訟三元制的關係（即訴訟制度分為民事、刑事及行政訴訟三種，程序各有不同），刑事與行政案件的訴訟制度有根本上的差異，所採用的證明標準亦有不同，一般而言，刑事訴訟的證明標準是高於行政訴訟的。本題旨所示之以行政罰為前提的刑事不法訴訟類型，以刑罰權的確定為目的，應適用刑事訴訟程序殆無疑義，但因該訴訟類型兼有對行政行為的司法審查任務，故其刑事訴訟程序是否蒙上幾分行政色彩，不無疑問。本題旨所示的刑事犯罪，其中行政罰部分，若欲對之聲明不服，本應以之為訴訟標的向行政法院提起撤銷訴訟加以救濟，而適用的訴訟程序即為行政訴訟，所採用的證明標準也低於刑事訴訟，但若因行政罰為刑事犯罪的前提要件而繫屬於刑事法院時，則該行政罰被移植到刑事訴訟當中作為審查客體時，其證明標準的要求是否會因適用環境的改變而有所調整？亦即同樣的行政罰在不同的訴訟當中，法院在認定其原因事實所採用的證明標準有無不同？另外，由於本題旨所示的犯罪類型多涉及公共行政、環保衛生、金融秩序、消費者權益等公共議題，礙於該等刑事案件有舉證不易的現實，是否有必要降低證明標準，以減輕檢察官的舉證責任，進而維護公共利益？這都是本章所欲探索的重點。為釐清以上問題，本文嘗試從證明標準基本概念的探討著手，藉由行政訴訟與刑事訴訟間證明標準的比較，以發掘本文題旨所示之訴訟類型所

應適用的證明標準。

第一節 證明標準的概念

從 15 世紀一直到 17 世紀，在西歐的基督教國家裡，大約有十萬的人民開始相信「魔女裁判」，一認定有罪就處以絞首刑或火刑。所謂「魔女」就是獻身於惡魔，並在身體上加上惡魔的標記，被相信擁有魔術及咒語，其魔力可導致惡疫流行、生產困難、新生兒生病或死亡、家畜滅亡、牛乳腐敗及使天候不良、惡化產生暴風雨，並帶來災厄。本來，因為魔女的存在沒有特定的圖像依據，所以魔女裁判是極為殘酷且不合理的一件事。在個別裁判中，以證據而言因為最重視自白，所以為獲得自白，所有的拷問都會被派上用場。然而惡魔為保護魔女乃想盡辦法使其不為自白，所以沒有自白本身也會被視為魔女的標誌，因此形成無限制的重複拷問。與此相同的，被拷問之後如果沒有哭泣，也會被貼上魔女的標誌，但當法官要求被懷疑者哭泣時，卻又改說是惡魔的伎倆，所以結局還是被懷疑為魔女，連逃亡的機會都沒有。另外在一般情形下，為發現惡魔的標記，法官會把魔女裸身，頭髮、腋毛、陰毛等全身上下的毛髮剃光，再把針刺入身體，若無疼痛的感覺則被視為魔女。其中也甚至於將魔女裸身細綁投入水中，沈入水中則無罪，浮出水面則有罪，以此方式來進行所謂的「水中審判」，但最後即使變成無罪也因再三拷問而造成死亡結果⁴²⁶。

現代審判活動則重視證據的蒐集與調查，以證據來證明待證事實。惟證據該如何與待證事實連結形成一定的比例關係？此涉及證據評價的問題。在學理上，證據評價應包括證據證明力的判斷與證明標準兩部分。證據證明力的判斷與證明標準，本屬於證明概念的兩個獨立部分，但因同屬法官自由心證事項，所以並不容易分開⁴²⁷。

傳統證據論中的證明概念，包含二種意義，第一種是「形式上證明」，係指法院使用的證據方法有無限制的問題，及待證事實應該經過如何的證據調查程序始屬合法的問題，有嚴格的證明及自由的證明的區分。第二種則是「實質上證明」，指證據所呈現出來可以反應多少案件事實的證據價值，亦即證明

⁴²⁶ 參見增井清彥著，刑事証法，立花書房，平成 4 年 12 月 10 日，初版第 5 刷，頁 6。

⁴²⁷ 參見陳界融著，大陸證據立法若干問題研究，月旦法學雜誌 103 期，2003 年 12 月，頁 19。

力及證明程度的表現，有確信、證據的優越、疏明（釋明）、高度蓋然性、明顯蓋然性等區分⁴²⁸。可以說，前者是證據能力層次的問題，後者是證明力層次的問題，在審判活動當中各有其分工也相互關聯，刑事案件如此，民事及行政案件亦不例外。

在實務的運作上，像當事人行使訴訟上的權利、律師代理訴訟、法院行使審判權、檢察機關行使審判監督權，及學者間研究與評論法院對於事實的認定，都離不開證明標準。然而，證明標準究竟是證據法所規定具程序性的客觀標準，抑或是證據法所賦予訴訟主體從內心判斷待證事實證明程度的主觀標準？由於國內外有關證明標準理論的研究和著述並不多見，即使有所觸及亦僅止於表面層次，未見深入，所以這個問題始終有很大的探討空間。本文將不揣簡陋深入探討，以發掘其中堂奧，惟因受限於篇幅關係，故探討範圍將侷限在「實質上證明」之內，並以案件事實為限，不包括其他事項，先予敘明。

一、證明標準的定義

證明標準係指法律規定承擔舉證責任的主體運用證據證明案件事實應達到的限度，為法院判定舉證責任完成與否的一種規則。換言之，所謂證明標準實際上也就是衡量舉證責任的尺度，若達到法律所規定的證明程度，則案件有關的證明活動即可獲得滿足，訴訟活動中的舉證任務才算完成。證明標準是一個屬於抽象的法律概念，對證明標準的掌握可以衡量審判者的法理思惟、心理對應和判斷力。日本學者稱之為「證明程度」或「證明度」⁴²⁹，國內學者則有稱為「證明之程度」⁴³⁰或「證明標準」⁴³¹，也有稱為「心證程度」

⁴²⁸ 亦有學者不區分「形式上證明」、「實質上證明」，逕將證明標準區分為「嚴格的證明」與「自由的證明」，所謂「嚴格的證明」係指應達「無合理懷疑」的確信程度才行，而「自由的證明」則僅達「很有可能」、「大致相信」的程度即可。參見林鈺雄著，刑事訴訟法（上），2003年9月，三版，頁419-420。

⁴²⁹ 如石井一正（參見氏著刑事實務證據法，判例時代社刊，頁341以下。）、井戶田侃（參見氏著證明程度，證據法大系I證明，日本評論社，1985年1月10日，一版十刷，頁217以下。）、小林秀之（參見氏著新證據法，弘文堂株式會社，1999年6月15日，初版一刷，頁69以下）。

⁴³⁰ 參見李學燈著，證據法比較研究，五南圖書出版公司，1992年4月，初版一刷，頁390以下。

⁴³¹ 參見蔡墩銘著，刑事證據法論，五南圖書出版有限公司，1997年12月，初版一刷，頁361。

⁴³²，中國大陸的學者則稱之為「證明標準」、「證明要求」或「證明任務」⁴³³。儘管這些用語有些許不同，但就其作為證明尺度的標準並無差異。本文為能明確精準的在論述中表達其實質內涵及與證明尺度之間的關聯，以便於探討證明標準的各種面向問題不致有所混淆起見，故原則上以使用「證明標準」為主。

二、證明標準的理論

法庭中以證據為基礎的證明活動，可以說是審判的核心或靈魂，英國大儒邊沁（Jeremy Bentham）就提出：「證據乃正義之基本」的說法⁴³⁴，道出證據在審判當中的重要性。惟證據能否證明訟爭事實，端視其是否符合「法定性」、「必要性」、「可信性」及「充分性」等四要件而定。所謂「法定性」是訴訟程序上的要求，必符合一定法律要件所取得的證據才可作為認定事實的憑據，因性質上屬於程序事項，故與待證事實無涉；而「必要性」、「可信性」及「充分性」等要件則是所謂的證明力大小與強弱程度的問題，當證據的必要性被確認之後，審判者才開始評價證據的可信性或充分性，以判斷其可信的程度，後三者屬於事實認定範疇，並非程序事項。由於證據要件的審查純係審判者主觀的活動，所以透過訴訟證明的結果，可以回過頭檢視審判者在認證的基礎上，對所有已被認定的證據在訟爭事實當中內心的確信程度。

證據制度是建立在認識論⁴³⁵的理論基礎之上，根據認識論，客觀世界是可以被認識的，與任何其他客觀事實一樣，案件事實也是完全可以被認識的。基於這一思想，只要辦案人員發揮主動積極的態度，全面且正確地收集和審查判斷證據，訴訟案件的事實真象是完全可以發現的。但事實上，訴訟是一種對案件事實的證明活動，而並非一般意義上的認識活動。在很多情況下，案件事實需證明到百分之百的客觀程度，對於訴訟活動而言，既不可能也無

⁴³² 參見周叔厚著，證據法論，1992年，增訂版，頁138以下。

⁴³³ 散見於網路上之文章，有熊志海、張鋒、陳維松、王聖揚等人論著。

⁴³⁴ 參見林世宗著，合理懷疑與優勢證據法則，全國律師9月號，2002年9月，頁65。

⁴³⁵ 認識論（epistemology）最早源於希臘文 episteme 一詞，原意為認識，是探究人類認識的學問，它主要考察認識內容與對象的關係，也就是對知識本質及其確實程度的研究。認識論研究的主題，包括認識的本質、真實性、確實性、最後的根據、對象，以及特有的範圍等等。探討認識論，通常分三個部分，即主體、客體，與主客的關係（或說認識自身，即主體趨向客體的作用或過程）。這之間還包括很多內容，如：懷疑論、獨斷論、批判論、神秘論、不可知論、相對論、理性主義、經驗主義、觀念論、實在論、現象學、詮釋學等方面。參見社會學辭典，貓頭鷹出版社，2003年8月，頁222。

需要，所以關於證明標準的規定，實際上是以希望實現的目標來決定可供操作的標準，這也就是不同訴訟制度應有不同證明程度的理論基礎。

至於證明標準的性質如何？應如何定性？在學說上有諸多探討。有單純以「客觀事實」、「法律事實」來作區分者⁴³⁶，亦有從主、客觀角度，或第三人法官角度，或數學蓋然機率的角度來區分者，學說包括主觀、客觀、第三人控制模式、蓋然性確信、真實確信等五說⁴³⁷。採主、客觀理論者，亦有謂證明標準基本上可分為著重在法官內心形成的主觀性論，及著重點於待證事實的蓋然性的客觀性論兩種⁴³⁸。然而事實蓋然性的客觀性反映因屬法院心證形成的領域，所以兩者的區分並無實益存在，尤其在刑事訴訟程序裡，特別強調須超越單純蓋然性的程度，故主觀性論（即法官內心形成）的重要性相對地提高⁴³⁹。

然不管是採行何種學說，其區分的真正意義不外是「法院認定的事實」及「絕對真實的事實」之間的取捨。原則上法院應將所謂的「絕對真實的事實」查明，但往往受限於人類認識的可能性，所以在一定程度上必須承認法院盡其法律上的義務所完成的事實認定，亦即所謂的「法律事實」的認定。在法律事實認定的前提下，「蓋然性確信理論」或「真實的確信理論」等學說於焉產生，基本上這二種理論即是建構在人類認識的圍限性基礎之上，在評估案件事實的性質及訴訟類型個別的價值之後，分別決定其以蓋然性為區分基準的證明程度。學說當中不管採用主觀說、客觀說或第三人控制模式說都過於偏狹，並不可採。反觀，「蓋然性確信理論」或「真實的確信理論」均是以數學蓋然性為基礎，較具有度量規範的彈性，能因應各種訴訟類型因個性化所可能形成的證明標準差異性，是較為可採的學說。至於「蓋然性確信理論」或「真實的確信理論」二者之間，一般論者認為在程度上有明顯差別，謂「蓋然性確信理論」的蓋然性是51%以上，而「真實的確信理論」的蓋然性是更高的蓋然性，只是高到如何程度，並不明確。然這僅是評論者在字面意義及概念上所作的區分，並無太大意義，反倒是個別案件形成心證所必須到達的證明度應為如何，及如何的蓋然性始足當之才是最重要的。

⁴³⁶ 參見陳光中著，訴訟中的客觀真實與法律真實，引自 <http://www.84999.com.cn/sfxz/chengxu/LWJ/LWJ%201001.htm>，2003年12月11日查閱。

⁴³⁷ 參見吳東都著，行政訴訟之舉證責任—以德國法為中心，學林文化事業有限公司，2001年11月，一版，頁43-46。

⁴³⁸ 參見太田勝造著，裁判證明論基礎，1992年，頁9以下。轉引自黃朝義，刑事訴訟法（證據篇），元照出版有限公司，2002年11月，初版一刷，頁221。

⁴³⁹ 參見黃朝義著，同註13，頁221。

三、證明標準的特徵

證明標準存在於審判者的心理層面，由審判者依自由心證原則，因人、因時、因地、因事而作不同的判別，亦即在司法實務上，並無一個絕對且統一的標準可一體適用在每一個案件或訴訟類型之上，因此證明標準是一個抽象且難以確定的法律概念，即便是經驗豐富的法律專業人員也常常難以在理論上清楚界定之。不過，證明標準仍有其屬於抽象概念的特徵可加以分辨，茲敘述如後：

（一）無形性

證明標準雖然確切地存在於訴訟過程中並發揮著重要的功能，但它與訴訟證據不同，是無形地存在於訴訟之中，無法用視覺、聽覺或觸覺感受的。一般人雖然可感應到它的存在，用理性去分析、研究它的內涵，同時根據司法實踐的經驗和不同訴訟的性質從理論上描繪之，但無論如何都無法將其有形化。所以證明程度是無形的，也是內在的，它是存在於法官、陪審團、檢察官、律師的心中的一把尺，是靠標準的適用者用心智丈量的尺度，也是靠法律人所形成的共識來維繫的。由於證明標準與審判者對證據證明力的評價及由此形成的內心確信的程度緊密相關，所以在研究、說明、適用、檢驗證明程度時便造成重大的困難，使得我們難以用言語和文字精確地說明它，是屬於抽象且不確定的法律概念。

（二）模糊性

證明標準在本質上即具有模糊性，如「確信」、「排除合理懷疑」或「高度蓋然性」、「優勢證據」等證明標準，無一不是模糊性的概念，只有透過闡釋才能讓多數人能領悟其真正意涵，發揮設定「標準」的目的。一般而言，所謂「確信」通常解為「社會上普通人不夾雜任何疑念的相信」，「無合理懷疑」解為「達到道德上確定性的證明，是理性的陪審團依據證據對指控進行推理時，排除了每一個合理的假設，形成犯罪確係被告人實施的確信。」⁴⁴⁰而「優勢證據」則被說是「訴訟中一方當事人所提供的證據比另一方所提供的證據更有說服力或更令人相信」。然而，即便作出解釋，標準仍然不夠清晰，因為還是會遇到有人質疑「消除任何疑念」、「達到道德上的確信」、「一方提

⁴⁴⁰ 參見 Black's Law Dictionary, 5th Edition, West Publishing co., 頁 147。

供的證據比另一方更有說服力」等究竟是怎樣概念的問題。為盡可能精確地說明證明標準，西方學者用百分比來形容優勢證據，將其解釋為 51%：49% 或者 75%：25%，將合理懷疑解釋成 5% 至 25% 之間的懷疑，但此種以數據所作成的證明標準，一旦將其運用於實務，仍然會遇到如何將本證與反證的證明力化為百分比的難題。總之，訴訟中的證明標準雖然可以作為衡量證明結果的尺度，使審判者可以依據這一尺度去判斷待證事實究已獲得的證明，抑或是仍處於不明狀態，此一尺度畢竟是具有相當模糊性的，不可能像天平和規尺一般提供精確的度量標準。

證明標準的模糊性主要是由於標準本身難以精確地劃分和界定，因而主要屬於被動的模糊性。模糊性的存在無疑對說明和掌握證明標準帶來相當大的困難。在美國，法官須向陪審團說明案件所適用的證明標準，這一任務頗令法官頭痛，法官們常常為此大傷腦筋，且吃力不討好。儘管法官費盡心思地加以說明，陪審員仍是難以瞭解其意義及精髓。1973 年，美國俄亥俄州的一個法院曾向 843 名陪審員作過一次問卷調查，請陪審員就調查表上所列的法律命題勾出其認為最難理解的名詞，結果「優勢證據」名列榜首，有 232 位陪審員認為它最令人費解，其次才是「近因」，勾「近因」的有 203 人⁴⁴¹。模糊性的存在還使得審判者即使在奉行同一證明標準時，實際上仍會產生掌握標準寬嚴不一的現象，在美國，倘若問及法官如何具體表達超過合理懷疑作為有罪蓋然性的證明標準時，他們通常會以 0.75 到 0.95 之間的數字（依法官個人而定）來說明，陪審團適用證明標準的數字也大致如此⁴⁴²。

（三）最低性

證明標準為審判者心證形成的一個門檻，是訴訟當中認定事實的一條底線，若證據的證明力達到或高出這條底線，即便還未形成百分之百的確信，也可以認定負有舉證責任的一方當事人所主張的事實為真實，而如果低於這一底線，就需要把事實歸入真偽不明的狀態。證明標準的存在，雖然迫使審判者必須承擔若達到標準所確定的底線即應對事實作出認定的義務，但這並不妨礙審判者透過更多的證據來獲得比標準更高的心證程度，因此證據證明力的總和超出證明標準所設定的底線是很常見的，審判者也經常能夠在更高的確信程度上對事實的真偽作出判斷，所謂證明標準僅是審判者心證形成的最低標準。

⁴⁴¹ 參見周叔厚著，同註 7，頁 192。

⁴⁴² 參見徐昕、徐昀譯（美國學者 Richard Allen Posner 原著），證據法的經濟分析，中國法制出版社 2001 年版，頁 88。

（四）主觀性與客觀性

證明標準存在於事實認定者的內心，並對內心發揮作用，所以與審判者的內心確信密不可分。就心證形成的過程而言，有關證據的分析、評價、判斷等，均屬審判者主觀的認識活動，而利用證明標準去衡量已達到的證明程度，亦係透過審判者對證明標準的理性認識來掌握，故證明標準具有主觀性，殆無疑問。惟即使審判者都同意適用所謂「確信」、「高度蓋然性」等證明標準來作為審判依據，亦因每個審判者對該等標準的理解不同，或掌握標準的尺度寬嚴不一，不免產生認定上的差距，因此在此種相互歧異的情況下，制訂具有主觀性的證明標準時也必須以客觀經驗的累積為基礎⁴⁴³。詳言之，證明標準係源自一般人對訴訟活動中證明規範的認識，由於證明行為必須依嚴格程序法所設定的方式和步驟進行，故此種證明規範應為一般人所認識和掌握，此與自然科學研究中的證明活動規範不同。其次，證明標準亦與審判實務有關，是依據審判實踐的經驗所累積而成，這些從經驗中歸納、抽繹出的證明標準，並非單一或個別、少數的經驗，而是全體審判者的共同經驗，是具有一定的客觀基礎。

（五）法律性

在證明過程中，審判者既要對證據的證明力進行評估，又要用證明標準對證明的結果進行衡量，儘管兩者在證明過程中緊密結合，但在性質上卻是存在重大差異，前者為事實問題，後者則屬於法律問題。蓋因「證明尺度也決定某個具體內容的法官心證，它決定法官必須憑什麼才算得到心證，與證明評價不同（事實問題）的是，證明尺度必須是由法律規定的（法律問題）。因為這乃是一個一般而抽象的關於何種證明尺度在某個法律領域才算『有效』的評價問題」⁴⁴⁴。在有陪審團設計的英美法系國家的訴訟中，法官與陪審團有著明確的分工，法官負責法律問題，事實問題則由陪審團決定，在案件提交陪審團裁判前，法官須就適用於本案件的證明標準向陪審團作出解釋，由此可說明英美法系國家是將證明標準作為法律問題來看待的。

基於法律的安定性、預見可能性及平等性，證明標準應抽象決定，如果證明標準是相對的，亦即每個具體案件視其情況決定證明標準，則法律安定

⁴⁴³ 參見中國大陸學者陳桂明著，論證明標準；席延林著，論我國民事訴訟證明標準之重構（以上兩文均刊於2001年大陸全國訴訟法年會論文）。

⁴⁴⁴ 參見吳越譯（德國學者 Hanns Prütting 原著），現代證明責任問題，法律出版社，2000年版，頁91。

性、預見可能性及平等性將無法確保，因此必須以法律定之，此種以法律定之的型態即具有規則性。另外，規則的證明標準無法滿足實體法上所追求各種目的，因此會有修正證明標準的情形（降低或提高），這種情形又可區分為二類，一種是法律（訴訟法或實體法）明文規定的修正證明標準，另一種是在特定情況透過解釋來修正⁴⁴⁵。

關於證明標準的立法體例，大致有兩種情形。大陸法系國家實行自由心證原則，證明標準屬於對證據自由評價的範疇，因而在訴訟法中並不對證明標準作出原則性規定，而把這一問題留給判例和學說來解決⁴⁴⁶。另一種情形則是在法律中直接規定原則性的證明標準，如澳大利亞聯邦 1995 年證據法第 140 條和第 141 條分別規定民事訴訟和刑事訴訟的證明標準，前者為「或然性平衡」(balance of probabilities)，證明案件達到或然性平衡時，法院即應認定當事人的案件已獲得證明；後者為「排除合理懷疑的證明」(beyond reasonable doubt)，證明已達排除合理懷疑的程度，法院才得確認對被告的起訴成立⁴⁴⁷。

（六）多元性

在各國司法體制當中，均將民、刑訴訟制度兩相區分，甚至於將行政訴訟制度再從民事法院中抽離。由於訴訟型態不同，其所適用的訴訟標準也有所不同，通說均認為刑事訴訟法的證明標準高於民事、行政訴訟的證明標準，不同訴訟型態採用不同證明標準，可以說是目前司法體制的一個趨勢，即使在同種類的訴訟型態當中，因程序事項或實體事項訟爭的不同，或訴求類型、內容等差異，也漸漸產生多元的證明標準。例如在刑事訴訟當中，關於實體法上事實的認定，為保障被告的防禦權益，並確保真實的發現，自應以有證據能力的證據，且經合法調查者，始得作為判斷的依據，依法應採嚴格的證明。而基於當事人進行的原理及貫徹公平審判的目的，舉證責任依法應由原告當事人的檢察官負擔之，至於其證明標準，在無罪推定及檢察官舉證能力等的考量下，自應要求其證明至無庸置疑的確信程度。相對的，關於程序法上事實的認定，雖因無關犯罪事實本身的認定，而採自由的證明即可，然而其證明標準如何，則應視其與犯罪事實的存在與否有無重要關係，以及當事人有無提出證據證明的可能，作個別的判斷。像關於訴訟條件有無欠缺，乃

⁴⁴⁵ 參見吳東都著，同註 12，頁 46、50。

⁴⁴⁶ 參見 Hanns Prütting 著，同註 19，頁 119 以下。

⁴⁴⁷ 參見中國大陸學者何家弘、張衛平主編，外國證據法選譯（上卷），人民法院出版社 2000 年版，頁 276 以下。

法院為實體判決的前提要件，是雖與犯罪事實是否成立本身無關，惟追訴權是否消滅，告訴乃論之罪有無經合法告訴，或被告是否死亡等程序事實，仍有必要徹底釐清，以確定起訴是否合法有效的存在，且基本上提出證據證明上開事實是否存在到達確信的程度，技術上並無特別困難，因此，縱使證明的方法以自由證明為之即可，惟證明的程度仍應要求達到確信的程度。至於，其他訴訟法上的事實，基本上則可緩和至優勢證據的程度即可⁴⁴⁸。另外，像與公害有關的刑事案件，其證明標準也慢慢有所謂民事化的趨勢，而與一般刑事案件所採用的高證明標準有異⁴⁴⁹，主要是因為公害案件本來即有舉證不易的問題，而且兼具有公益性質，為強化公共利益的增進，符合環境保護的現代思潮，並兼顧當事人的權益不致受到太大的傷害，才例外利用訴訟上的技術來克服這種可能產生的不平衡現象。降低證明標準的門檻，固可減輕舉證者的舉證責任，讓舉證者容易達到所需的證明程度，對於舉證不易且又亟需有所突破的案件而言，有迅速釐清案情及維護社會利益的正面價值，但同時也必定侵害到人民受到程序法公平合理對待的權益⁴⁵⁰，故能否以降低證明標準來減輕舉證責任，仍有待實證檢驗。

（七）階段性

所謂證明標準階段性應有二個概念，第一個為司法程序的進程階段概念，第二個為標準高低的階層概念。前者又可區分為狹義進程階段概念及廣義進程階段概念。不同角度的觀察，各有其證明標準階段性的區別意義，可藉此瞭解證明標準的真正內涵。

在刑事司法程序中，通常須經偵查、起訴、審判乃至於判決，每一訴訟程序階段，皆須證明犯罪。因此，在法院形成有罪判決之前，犯罪嫌疑莫不經過多階段的證明。例如犯罪係先由司法警察官員調查之後再移送檢察官偵查者，則其犯罪的證明階段，分別為警方的證明、檢方的證明、起訴的證明、審判的證明及判決書的證明等不同階段。在各階段的證明中，有為官方單獨

⁴⁴⁸ 參見陳運財著，*刑事訴訟之舉證責任與推定*，刑事證據法則之新發展，黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林文化事業有限公司，2003年6月一版，頁29。

⁴⁴⁹ 大陸法系在訴訟實踐當中，為解決被害人舉證困難的問題，對諸如公害訴訟因果關係的證明，以蓋然性作證明程度標準，這是受美國證據優越法則啟迪的結果。參見中國大陸學者張鋒、陳維松合著，*行政訴訟的證明責任初探*，轉引自 <http://www.law-star.com/classnews/fzlt/2002010830.htm>，2003年12月11日查閱。

⁴⁵⁰ 另有學者認為在公害等犯罪日益增加的今天，在立法的考慮上，參酌他國立法例，適度引進舉證責任轉換由被告負責的法理，或改用推定的法理加重被告在訴訟上舉證責任的觀念，以減輕檢察官舉證的困難，也是一種選擇。參見黃朝義著，同註13，頁216。

的證明，有為當事人或辯護人的共同證明，不盡相同。由於提出證明的機關各不相同，因此其所提出的證明方法，尤其證據方法，亦不完全一致。無論證人或證物，雖皆可成為證據方法，但在證物的情形，若只有原物的提出，而未經化驗、檢驗或鑑定，則其所提出的證明方法，自不易成為犯罪嫌疑的證明，是以在各階段的證明中如何充實其證明方法，應係犯罪證明重點之所在⁴⁵¹。由於以上從偵查到判決形成的過程，涵蓋起訴前後的範圍，證明任務因階段性的要求而有所不同，所以證明標準類型也較為繁複。例如，司法警察官員知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查的情形報告該管檢察官及司法警察官（刑事訴訟法第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項）；司法警察官於認定被告有犯罪嫌疑時，即可將其所調查案件移送於檢察官⁴⁵²；檢察官依偵查所得的證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴⁴⁵³（刑事訴訟法第 251 條第 1 項），但檢察官如認為犯罪嫌疑尚未獲得證明，應將案件發回司法警察官員重新查證或補充證據⁴⁵⁴，或逕為不起訴處分（刑事訴訟法第 231 條之 1 第 1 項、第 252 條第 10 款）；審理後應達確信的證明標準始能為有罪的判決（刑事訴訟法第 155 條第 1 項）等，彼此間具有階層關係，且證明程度的要求因制度設計之故越來越高，越來越嚴格，此種涵蓋起訴前後大範圍的探討即稱為廣義進程階段概念。惟此進程階段概念僅為刑事訴訟所獨有，民事、行政訴訟因無檢察官及司法警察官員偵查階段的證明，所以無此階段性概念。

然一般所稱的證明標準多指前述的審判證明及判決書證明而言，亦即法院在審理案件當中所存在的證明標準。由於此種證明標準普遍存在於各種訴訟類型當中，除刑事訴訟外，民事、行政訴訟均有其適用，故為典型的證明標準階段概念，亦稱之為狹義進程階段概念。此種階段性是指同一案件在法院審理過程中，因為進展階段不同所發生證明標準的變化而言。隨著訴訟程序的進行，當事人不斷的提供證據（包括本證及反證）以證明不同階段的訴

⁴⁵¹ 參見蔡墩銘著，同註 6，頁 347。

⁴⁵² 但在尚未移送之前，檢察官命為移送者，不問犯罪嫌疑是否已獲得證明，仍應依法予以移送。參見蔡墩銘著，同註 6，頁 348。

⁴⁵³ 雖然司法警察官員開始調查、將其所調查案件移送於檢察官或檢察官依偵查所得的證據提起公訴等，均要求應達「有犯罪嫌疑」的證明標準，但彼等在證明程度的要求仍有層次上的差別，此從刑事訴訟法第 252 條第 10 款檢察官對於犯罪嫌疑不足者，應為不起訴處分的規定即可知。換言之，司法警察官移送的案件雖達其主觀上所稱「有犯罪嫌疑」的程度，但在理論上此程度應低於檢察官所要求的證明標準，否則將無所謂「檢察官對於犯罪嫌疑不足者，應為不起訴處分」的空間。學者林鈺雄亦認為發動偵查的嫌疑門檻與提起公訴的嫌疑門檻不同，後者顯然高於前者。參見氏著，嚴格證明與刑事證據，學林文化事業有限公司，2002 年 9 月，一版，頁 186。

⁴⁵⁴ 參見蔡墩銘著，同註 6，頁 348。

訟事項，這中間包括程序事項或實體事項。而法院為因應各種程序事項的要求，也分別設定不同證明標準以作為程序事項准否的判別基準。例如在民事、行政訴訟有程序事項裁定（民事訴訟法第 249 條第 1 項、行政訴訟法第 107 條第 1 項）、訴訟救助裁定（民事訴訟法第 107 條第 1 項、行政訴訟法第 101 條）、訴訟程序停止裁定（民事訴訟法第 181-185 條、行政訴訟法第 177 條）、中間裁定（民事訴訟法第 383 條第 2 項、行政訴訟法第 193 條）、中間判決（民事訴訟法第 383 條第 1 項、行政訴訟法第 192 條）、終局判決（民事訴訟法第 381 條、行政訴訟法第 190 條）等；刑事訴訟當中則有被告羈押裁定（刑事訴訟法第 101 條第 1 項、第 101 條之 1 第 1 項）、撤銷羈押裁定（刑事訴訟法第 107 條第 1、2 項）、停止羈押裁定（刑事訴訟法第 110 條第 1 項）、交互詰問異議處分（刑事訴訟法第 167 條第 2 項）、審判停止裁定（刑事訴訟法第 294-297 條）、保全證據裁定（刑事訴訟法第 219 條之 4 第 1、2 項）等。

基本上，不管是狹義進程階段概念或廣義進程階段概念，其證明標準的差異係因司法程序的進行及延續所產生的，不同階段產生不同證明要求，程度或有不同，或有相似，但均應個別考量，不可一概而論，係屬縱向的比較及差異的問題，與不同案件之間橫向的相互比較有所不同。

另外，證明標準亦可依層次或設定門檻的高低作階段性的區分，一般而言，刑事訴訟的證明標準高於民事訴訟，而行政訴訟則介於兩者之間；另大陸法系所稱「確信」的證明標準高於「證據優先」，「證據優先」則高於「疏明」；英美法系所稱「排除合理懷疑」的證明標準高於「明晰可信」，「明晰可信」高於「優勢證據」。此種階段性概念係屬不同案件之間橫向的相互比較，與前開所稱因司法程序的進行及延續所產生的差異，屬於縱向的比較有所不同。

四、證明標準的辨正

（一）證明標準與證明力的辨正

證明力亦稱為證據力，乃證據資料得為證明的價值，亦即審理事實之人對於外部原因的證據，所發生內部意識作用的力量，或謂依證據事實對於待

證事實所置信其真偽存否的力量或程度⁴⁵⁵。亦有學者稱之為作用力，係證據具有對於判斷事實的真偽發生心證上的「作用力」，相當於英美法所稱「證據作用性及信用性」⁴⁵⁶，亦即證據對於審判者形成心證是否發生作用，有無價值的問題，也是審判者得以形成心證的要件。由於證明力是證據的實質價值，其存在與否及程度如何每每因證據不同而有極大的差異，一概由法律來規範並不妥當，實際上也不可能，因而證明力即應委諸審判者自由判斷⁴⁵⁷。

證明力雖與證明標準同為審判者主觀層面的判斷事項，在一定的模擬環境下可加以數據化或量化⁴⁵⁸，但本質上仍存有以下明顯的差異。首先，證明力既是某種力量或是作用力，它強調的便是評價或測量的過程，是一種具有主動性的能量釋放，與證明標準僅是單純且靜態作為度量的尺度不同。其次，各國的法制大多將證明標準法規化，讓一般國民均能明確地掌握證明標準的內涵，所以有主觀客觀化的趨勢；而證明力則係將具體有形可作為證據的人、事、物轉化為法官的主觀評價，所以證明力可以說是客觀主觀化的概念。再者，證明標準為法律問題，而證明力則屬於事實問題⁴⁵⁹。德國學者 Hanns Prütting 曾說：「證明尺度也決定了對某個具體內容的法官心證，它決定了法官必須憑什麼才算得到心證。與證明評價不同（事實問題）的是，證明尺度必須是由法律規定的（法律問題）。因為這乃是一個一般而抽象的關於哪些證明尺度在某個法律領域才算『有效』的評價問題。」⁴⁶⁰即說明兩者在層次上的差異，似乎符合法律邏輯的三段論法⁴⁶¹，其間有大前提與小前提的關聯。

⁴⁵⁵ 參見李學燈著，同註5，頁464。

⁴⁵⁶ 參見林朝榮著，證據能力與證明力—以刑事訴訟所奉行之主義為制高點，刑事證據法則之新發展—黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林文化事業有限公司，2003年6月，一版，頁47。

⁴⁵⁷ 參見宋英輝、董璠與合譯（土本武司原著），日本刑事訴訟法要義，五南圖書出版有限公司，1997年5月，初版一刷，頁307。

⁴⁵⁸ 先預設模擬值（如百分之1到百分之100），在證據與待證事實或證據與證明標準之間，經相互比較之後，可約略估計其到達的程度或強弱大小，並使用數據來表示（如證明標準為百分之80，證明力僅到達百分之50），方便審判者形成心證、當事人評估案情或學者事後研究之用。常於法官之間聽到案件心證程度為「五分五分」，或律師稱案件有「七成勝算」，即是此類數據化的具體表現。

⁴⁵⁹ 參見吳東都著，同註12，頁47。

⁴⁶⁰ 參見Hanns Prütting 著，同註19，頁91。

⁴⁶¹ 形式邏輯學三段論法包括「大前提」、「小前提」、「結論」的論證模式，法律的解釋與適用，係屬法官的職責，惟法律解釋與法律適用，並非同義。前者端在發現或形成一般法律規範，以為裁判的大前提；而後者則以所發現或形成的一般法律規範為大前提，以所認定的事實為小前提，運用「演繹」的邏輯方式，導出結論，此即法律邏輯的三段論法。參見大法官會議釋字第572號解釋楊仁壽協同意見書；翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，五南圖書出版股份有限公司，2003年5月，初版二刷，頁475。

最後，證明標準係法院判斷舉證責任的主體運用證據證明案件事實所應達到的限度，該限度為固定的，雖因訴訟型態有異而有不同的證明標準，例如刑事訴訟採用「確信」或「排除合理懷疑」的證明標準，民事訴訟及部分行政訴訟則採用「優勢證據」的證明標準，一般而言，在同種類的訴訟型態當中只有一種證明標準，其實這種標準也是該訴訟類型在程序方面總體追求的中心價值，價值原則上僅能單一，具有高度穩定不易撼動的特性。反觀，證明力卻是浮動的，原因在於證明力是針對單一證據形成的，與證明標準是針對單一案件不同，單一案件中往往有會有數種證據提出供法院調查，所以兩者在組成範圍上即有明顯的大小差異之分。詳言之，每一個證據經調查後會逐一在法官心中形成個別的證明力，這些形成證明力的證據可能是本證，也有可能是反證，各種證據的證明力就在不斷的相互累積、抵消或減損作用之後，隨著訴訟的進行慢慢形成，直到法官辯論終結為止，所以證明力是隨著證據調查程序的進行而改變著，沒有固定型態，這與證明標準在案件一受理之初就固定成為某種模式不同。兩者的關係就如同溫度計一般，證明標準是溫度計的特定刻度，證明力便是溫度計裡面的水銀，隨著時間經過及溫度的差異而有所改變。

（二）證明標準與「嚴格的證明」、「自由的證明」

的辨正

如前所述，所謂證明標準係指法律規定承擔舉證責任的主體運用證據證明案件事實應達到的限度，也是法院判定舉證責任完成與否的一種準則，由於證明標準是審判者內心裡判斷訴訟最終結果的基準，所以具有主觀及抽象的性質。而「嚴格的證明」與「自由的證明」最早源於大陸法系，係用於區分證明方法的法律概念，前者指認定事實的證據，必須具有證據能力，且經法定程序的調查；後者則以證明事實的證據資料，不以具有證據能力且經合法調查程序為限⁴⁶²。從以上關於內涵的界定，可以說證明標準是證明力層次的問題，而「嚴格的證明」與「自由的證明」則是證據能力層次的問題，兩

⁴⁶² 參見呂潮澤著，刑事證據法則實用之研究，司法研究年報 第10輯(中)，1990年6月，頁915。

者有根本上的不同。又證明標準是判斷舉證責任完成與否的尺度或限度，存於審判者內心世界，具有主觀性；而後二者則為證明方法的兩種類型，存於外在程序的進行，具有客觀性。

德國學者 Ditzgen 認為，實體法上事實的證明歸屬於嚴格的證明範圍，而訴訟法上事實的證明則歸屬於自由的心證或釋明的範圍，至證明所須達的心證程度均相同。日本學者小野清一郎則認為嚴格的證明限定於犯罪構成要件的事實，其他事實（如阻卻事由、刑罰法定加重減免事由等）則以自由的證明為已足。至於證明所須達到心證程度，嚴格的證明須以有證據能力的肯定證據，達到「不容有合理性懷疑存在餘地」的確信程度，自由的證明，則僅以「優勢的證據」（較否定為優的證據）來證明為已足⁴⁶³。以上外國學者的見解基本上認為，嚴格的證明與自由的證明雖為證明的方法，但同時也是證明的尺度與標準。國內亦有部分學者採相同看法，並且指出程序事項，例如有無管轄權、是否合法告訴等，適用自由證明程序為已足。法院對於依照自由證明程序的證據判斷，其心證無須到達確信程度，只要法院在心證上認為「很有可能」或「大致相信」為已足，至於對於特定的訴訟要件是否存在，法院已否產生有足夠的心證，則委由法院合義務性的裁量（nach pflichtgemäßem Ermessen）。這種「很有可能」或「大致相信」的心證程度，約莫相當於我國刑事訴訟法所稱釋明（Glaubhaftmachung）的程度⁴⁶⁴。

然而上述見解顯然與首揭開宗明義所作的定義有所不符。在此應予探究的是，嚴格的證明及自由的證明，與證明所要求的標準或程度，兩者之間是否具有必然的關聯？將「嚴格的證明；確信的程度」與「自由的證明；優越性的程度」分別對應劃上等號，此種二分法式的論斷是否妥當？傳統觀念雖認為，嚴格的證明與自由的證明所要求的心證程度應為確信，但是這樣不加區分即一概要求確信的心證並不妥當。蓋作為各種不同證明對象的事實，在訴訟中的作用並不相同，因此有些要求必須達確信之程度，有些則僅需達優勢證據的程度即可。這種區別是心證程度上的區別，並非取證程序上的要求，不完全與嚴格的證明與自由的證明的區別相對應。換言之，證明程度的差異與證明形式的區別在邏輯上並不相互對應⁴⁶⁵。基於這樣的理由，將「嚴格的證明」與「自由的證明」的證明方法與證明標準或程度嚴格劃分，也是本質上的當然要求。

⁴⁶³ 參見呂潮澤著，同註 37，頁 916-917。

⁴⁶⁴ 參見林鈺雄著，同註 3，頁 420。

⁴⁶⁵ 參見陳浩然譯（石井一正原著），日本實用刑事證據法，五南圖書出版有限公司，2000年5月，一版一刷，頁 323。

另有學者認為，法律明文要求關於犯罪事實的證明方法需採嚴格的證明，其目的無非在於透過證據能力與調查程序二方面的限制，規範法院形成心證的過程，以貫徹無罪推定原則並達到發現真實的目的。至於程序法上的事實，因無關犯罪事實的認定，故無庸嚴格要求其所憑證據應具有證據能力及應經合法調查，採自由的證明即可，惟此並不表示採自由的證明，其證明程度即完全無須要求達到確信的程度。關於證明標準的設定，本質上必須從保障被告防禦權與發現真實的觀點出發判斷，證明的標準如何，究竟要達到確信的程度或僅達到優越性的程度即可，則應從舉證的公平性及技術上是否可能等觀點來判斷。因此，證明方法與證明標準係兩個不同層次的問題，兩者之間不宜直接劃上等號。具體而言，關於實體法上事實的認定，為保障被告的防禦權益並確保真實的發現，自應以有證據能力的證據，且經合法調查者，始得作為判斷的依據，依法應採嚴格的證明。而基於當事人進行的原理及貫徹公平審判的目的，舉證責任依法應由原告當事人的檢察官負擔，至於其證明標準，在無罪推定及檢察官舉證能力等的考量下，自應要求其證明至無庸置疑的確信程度。相對的，關於訴訟法上事實的認定，雖因無關犯罪事實本身的認定，而採自由的證明即可，然而其證明的程度如何，則應視其與犯罪事實的存在與否有無重要關係，以及當事人有無提出證據證明的可能，作個別的判斷。例如關於訴訟條件有無欠缺，乃法院為實體判決的前提要件，是雖與犯罪事實是否成立本身無關，惟追訴權是否消滅，告訴乃論之罪有無經合法告訴，或被告是否死亡等程序事實，仍有必要徹底釐清，以確定起訴是否合法有效的存在，且基本上提出證據證明上開事實是否存在至確信的程度，技術上並無特別困難，因此，縱使證明的方法以自由的證明即可，惟證明標準仍應要求至確信的程度。至於，其他訴訟法上的事實，基本上則可緩和至證據優越性的程度為已足。然關於自白任意性的爭執，依刑事訴訟法第156條第3項的規定，檢察官提出證據證明自白並非出於不正方法取得至確信的程度，並無特別困難，其證明方法雖無庸採嚴格的證明，惟證明的程度仍以確信為必要⁴⁶⁶。

（三）證明標準與自由心證的辨正

與證明標準的概念相接近者尚有「自由心證」一詞，自由心證是相對於

⁴⁶⁶ 參見陳運財著，同註23，頁466。

法定證據主義的概念，是指未經禁止使用，並已經嚴格證明程序的合法調查，取得證據能力並得作為認定待證事實的基礎，然而法官是否必然將其採為裁判基礎，應以法官是否採信為準，唯有法官採信的證據，法官才會將之採為裁判基礎，至於法官到底依照何種規則來判斷這個證據可否採信，由法官在不違反經驗法則及論理法則的前提下，本於確信自由判斷之，此即自由心證原則⁴⁶⁷。簡言之，自由心證是關於如何評價證據的證據價值（證明力）的原則。

法官面對證據資料，要作出三個層面的判定，即證據能力判斷，證明力的審查判斷，證明力是否達到證明標準的判斷，這三個層面包含證據能力與證明力的問題，其中第一項與證據能力有關，第二、三項則與證明力有關。證據能力是證據資料能否成為本案裁判基礎的證據「資格」問題，判斷結果非「有」即「無」；證明力則是指證據資料對於法官形成心證是否發生作用，即法官是否採信該證據資料的證據價值問題，因此又稱為證據價值，判斷結果或高或低⁴⁶⁸。行判斷時證據本身必須先具備證據能力，才能進一步評價其證明力，若無證據能力，法官根本不得採為裁判基礎，遑論評斷其證據價值⁴⁶⁹。從自由心證所欲規範的範圍而言，上開第一項判斷僅能說是自由心證的前提，第二、三項判斷才是自由心證的對象，其中第三項的判斷更是超越證據「採信」與否的層次，到達最後判決結果評斷的階段，三者之間互有循序漸進的層次關係。

由於證明標準與自由心證有概念上的關聯，一般人容易因此產生混淆。基本而言，證明標準對審判者自由心證具有極大的約束力和決定力，尤其是在證明標準不明顯時，審判者自由心證將發揮更大的主觀作用，自由心證的內心確信程度要求與證明標準有著實質性的關係。證明標準與自由心證原則均為審判者主觀層面的思考活動，同屬證據評價及證明力的範疇，且在案件審理終結後均應公開，不過可能因審判者個人差異及恣意而使證據證明力的價值或是否達到標準而有不同，但一般而言自由心證的範圍是稍大於證明標準的範圍⁴⁷⁰。另外，證明標準只適用於作為判決基礎的事實認定方面，而自由心證原則尚可適用於民事損害額⁴⁷¹、證物證據能力有無⁴⁷²等認定事項上。又

⁴⁶⁷ 參見林鈺雄著，同註3，頁411。

⁴⁶⁸ 參見林鈺雄著，同註28，頁103。

⁴⁶⁹ 參見林鈺雄著，同註3，頁411。

⁴⁷⁰ 自由心證範圍包括證明力的審查判斷及證明力是否達到證明標準的判斷，所以自由心證範圍顯然大於證明標準。

⁴⁷¹ 例如我國民事訴訟法第222條第2項規定：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」

自由心證必以證據存在為前提，有證據（且需有證據能力）才會有自由心證運作的空間，這與證明標準不同，證明標準是恆定的，每種訴訟類型都有其既定的標準模式，如刑事案件採「確信」或「排除合理懷疑」程度，民事案件採「優勢證據」程度，並不以證據存在為前提。又自由心證係相對於機械評估的概念，特別強調其「自由」的內涵，而證明標準只有在前述標準模式意涵底下才有所謂「自由」衡量的空間，除此之外並沒有「自由」評估的概念。

再者，由於證明標準僅是審判者依據證據證明力透過內心評斷以決定判決結果的門檻，並非形成心證的方法，所以只有高與低的問題，沒有所謂原則與例外的差別。然自由心證主義是根據發現實體真實為目的而確立的，在評價過程中難免因審判者主觀直覺的成分介入，導致專斷的弊端產生，所以為防止審判者恣意判斷，各國立法例在採行自由心證的同時，多輔以諸多限制加以導正。例如，最早提出「自由心證」的法國認為確立此標準是為與法國大革命以前實行的形式證據規則相對抗，故其後所制定的各法典都規定，案件判決所依據的理由即心證形成的過程，應由法官以書面形式詳細敘述；另日本刑事訴訟法第318條規定：「證據的證明力，由審判官自由判斷。」但同時也輔之以「證據裁判主義」即「認定事實應當根據證據」（第317條），及「法院應當給檢察官或辯護人為了爭辯證據力所需要的適當機會（第308條）。」⁴⁷³我國在自由心證原則方面也作了諸多限制，例如，自由心證必須符合經驗法則及論理法則⁴⁷⁴、應當給予當事人辯論證據證明力的機會⁴⁷⁵、法院依職權調查證據時，應令當事人有陳述意見的機會⁴⁷⁶、有罪的判決書，應於理由內分別記載認定犯罪事實所憑的證據及其認定的理由、對於被告有利的證據不採納的理由⁴⁷⁷、法院為裁判其判斷而得心證的理由應記載於判決⁴⁷⁸、如果判決中不載理由或所載理由矛盾者，為判決當然違背法令，構成上訴第三審

⁴⁷² 例如我國民事訴訟法第353條規定：「法院得命提出文書之原本。不從前項之命提出原本或不能提出者，法院依其自由心證斷定該文書繕本或影本之證據力。」

⁴⁷³ 參見中國大陸學者王聖揚著，論訴訟證明標準的二元制，轉引自<http://library.jgsu.edu.cn/sfzx/chengxu/LWJ/LWJ%201001.htm>，2003年12月11日查閱。

⁴⁷⁴ 參見我國行政程序法第43條、行政訴訟法第189條第1項、民事訴訟法第222條第3項、刑事訴訟法第155條第1項等。

⁴⁷⁵ 參見我國刑事訴訟法第288之2條。

⁴⁷⁶ 參見我國民事訴訟法第288條第2項。

⁴⁷⁷ 參見我國刑事訴訟法第310條第1、2款。

⁴⁷⁸ 參見我國行政訴訟法第189條第2項。

法院的理由⁴⁷⁹等等，這一點又與證明標準不設限制不同。

(四) 證明標準與無罪推定原則

不同於證明標準的適用範圍，「無罪推定原則」僅在刑事訴訟領域當中才有運作的可能，並與所謂的職權主義或當事人主義無關⁴⁸⁰。民事訴訟或者行政訴訟因不涉罪刑的認定，所以沒有類似的概念。

所謂「無罪推定原則」(The presumption of innocence 或稱 assumption of innocence)，美國Ohio州的刑法如是定義：「每個被訴犯罪之人，除非無合理懷疑證明有罪，均推定無罪，且犯罪構成要件的舉證責任由檢察官擔之。」這個定義也是目前美國各州所普遍採行的⁴⁸¹。在我國，「無罪推定原則」原來僅是學者在研究英美法例所經常探討的一個概念，但於2003年2月6日刑事訴訟法修正之後，因該原則具備一定人權保障的指標意義所以就正式納入法律明文中。依修正後第154條第1項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」條文內明確揭示被告除非經審判證明有罪，否則即應推定為無罪。然什麼是「經審判證明有罪」？這就無法避免探討證明標準的問題。如同前述，證明標準係指負舉證者責任之一方運用證據證明案件事實應達到的限度，也就是法院判定舉證責任完成與否的一種規則。就刑事案件而言，所謂「證明到案件事實應達到的限度」或「舉證責任完成與否」，其實就是證據充分到能夠對被告為有罪的判決而言。在前揭美國有關「無罪推定原則」的規定裡，已將「無合理懷疑」界定為證明有罪與否的標準。我國刑事訴訟法第154條第1項「無罪推定原則」的規定，雖未同時將證明標準一併明定，但同法第155條第1項及同法第422條第2、3款的規定，依通說認為我國刑事案件的證明標準應達確信的高度蓋然性（容後說明），與美國法所稱「無合理懷疑」的概念相通⁴⁸²。

⁴⁷⁹ 參見我國民事訴訟法第469條第6款、行政訴訟法第243條第2項第6款、刑事訴訟法第379條第14款。

⁴⁸⁰ 參見林鈺雄著，同註3，頁147-148。

⁴⁸¹ 原文為：「every person accused of an offense is presumed innocent until proved guilty beyond a reasonable doubt, and the burden of proof for all elements of the offense is upon the prosecution。」參見林世宗著，同註9，頁71。

⁴⁸² 參照最高法院76年度臺上字第4986號判例：「認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明

不管是英美法制或我國法制，雖然就證明標準的用語有所不同，但對於被告的罪責必須被證明至令法院產生確信的心證程度之後，法院始能對其為有罪判決的基本原則是一致的。換言之，舉證者所提出的證據足以證明到事實明朗的程度，符合審判者內心的證明標準，審判者即應為被告有罪的認定，否則就應本於「無罪推定原則」判決被告無罪。所以，證明標準是決定「無罪推定原則」適用與否的關鍵或門檻，在證明標準之上為有罪認定的領域，證明標準之下為「無罪推定原則」的範疇，兩者關係密切。

基本上證明標準與「無罪推定原則」也有其共通之處，例如兩者均是無形地存在於訴訟之中，無法用視覺、聽覺或觸覺感受到；也都有審判者主觀的成分存在，均屬審判者內心評價的準則或活動。然而，證明標準係審判者內心對於證據的分析、評價、判斷後，用以衡量證明力是否達到證明要求的尺度，全屬主觀性質的事務，雖然時有學者倡導需將證明標準予以客觀化（此部分議題容後探討），以符合司法民主化的要求，並進一步確保審判的公正性及法的安定性，但不可諱言它仍是存在於審判者的主觀認知當中的抽象概念。惟「無罪推定原則」卻不然，「無罪推定原則」是被告在訴訟法上的權利，在某種程度上是客觀可見的，例如檢察官在未提出任何證據或證據顯然不足證明的情況下，任何人均可輕易判定被告應受「無罪推定原則」的保護，此時即非絕對抽象的原則。更進一步而言，證明標準基本上是法院評價證據之後，也就是依照調查證據程序所得並且以自由心證加以評價之後，才能適用的準則；反之，「無罪推定原則」則支配法院形成有罪確信的時點之前的所有程序，包括偵查程序，亦即偵查機關的作為仍應受到無罪推定原則的拘束⁴⁸³。

另外，「無罪推定原則」在法律上與事實上受到諸多的限制，羈押制度便是其中最為重要的法律上限制，如果嚴格依照「無罪推定原則」，被告既然尚未被判處罪刑，何能先行剝奪其人身自由？其間的矛盾不言而喻。但基於保全被告乃至於保全證據的必要性，許多情形之下，羈押是為能順利進行追訴或審判並發現真實所不得不然的結果，所以未定罪之前的羈押是「無罪推定原則」最顯著的法律上限制⁴⁸⁴。至於「無罪推定原則」所受的事實上限制則來源相當廣泛，例如執法者先入為主的執法心態，媒體採訪時不當報導或畫面的處理，造成媒體審判或輿論審判的問題，都對「無罪推定原則」造成一

尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法。」

⁴⁸³ 參見林鈺雄著，同註3，頁147-148。

⁴⁸⁴ 參見林鈺雄著，同註3，頁148。

定程度的干擾。然證明標準並無任何所謂法律上或事實上適用的限制。

第二節 證明標準的分類

一、美國法的分類

在美國，由於是陪審團作事實的認定，所以要求的證明標準因民事、刑事而有所不同，一般而言有以下三種⁴⁸⁵：

1、排除合理懷疑 (beyond a reasonable doubt)：

就字義而言，係指被告犯罪須達「確切可信，足以排除一切合理的可疑」的程度，此標準專門應用於刑事案件，蓋因刑事事件的有罪認定將影響到被告的生命、自由、名譽等權利，比起對民事事件的當事人影響為大，所以應以憲法上正當法律程序 (due process) 的保護原則作為思考基礎。不過要界定「排除合理懷疑」的證明標準究竟為何卻非易事，對於陪審團而言，這種標準應該非常明確，否則將難以作判斷。但就一般定義而言，其證明標準係指在比較、檢討所有的證據之後，陪審員所應達到道德上的確信狀態，並可信之為有罪的真實。

2、明晰可信 (clear and convincing proof)⁴⁸⁶：

係指必須證明到審判者內心相信「大有可能」(highly probable) 的程度，亦即須有高度可能性而言，不必達百分之百的毫無置疑。此一標準，適用於特殊民事事件，例如詐欺、不當威壓 (undue influence)、滅失的證書和遺言書的內容、口頭契約的特別履行、書面契約的變更等等。美國雖因各州標準不一而有程度上的差別，但基本上，其證明程度仍高於「優勢證據」。

3、優勢證據 (preponderance of evidence)：

係指當事人一造提出的證據較他造的證據更能使審理事實者相信其事實為真實而言，此一標準適用於單純的民事事件及刑事被告抗辯事實。但證據或證人的數量比較多並不意味著所謂物理性的優越，仍應以審理事實者內心形成的心證程度高低為比較基礎來判斷。換言之，就定義而言，在完全沒有

⁴⁸⁵ 參見小林秀之著，同註4，頁71-72；周叔厚，同註7，頁175。

⁴⁸⁶ 一般學者稱之為「明確且說服的證明」或「近於確實的蓋然性」，其蓋然性的程度提高至確實性附近，使蓋然性與確實性相接觸，通常認為其程度應低於「高度蓋然性」的證明標準。參見蔡墩銘著，同註6，頁361-362。

陪審員會產生誤解可能性的情況下，一造所提出的證據比他造所提出者較具說服力時，即使陪審團仍對有說服力一造所主張的事實抱持著懷疑態度，陪審團仍應以之為勝訴判決。

以上有階層關係的證明標準，其中「排除合理懷疑」的心證為最強，「明晰可信」次之，「優勢證據」又次之。第一種為刑事心證，美國刑事案件判決被告犯罪成立，與民事比較，應有較高度的心證（a higher degree of persuasion）；而第二、三種為民事心證，係就兩造爭點所提出的證據，透過相互轉換提證責任的結果，比較其可能性的份量輕重而獲致的心證⁴⁸⁷。

有關「排除合理懷疑」的證明標準大約在第四世紀時即已慢慢形成，但這樣的名詞則遲至1789年蘇格蘭首府都伯林叛亂案的審判後才開始固定⁴⁸⁸。若陪審團對於被告遭起訴的犯罪事實存有「合理的懷疑」時應予宣告無罪，只有在檢察官提出充分的證據，使陪審團相信被告犯罪事實達「無合理的可疑」程度，才能宣告有罪，這就是美國民事與刑事「心證」的主要差別；民、刑事的另一差別則見於陪審案件，刑事陪審員的心證，必須全體一致，而美國民事陪審員（英國民事已不用陪審）的心證並不必全體一致⁴⁸⁹。另外，美國階段證明標準之所以以口語化方式呈現，乃在便於法官對於陪審員於評決前的說明指示（charge；instruction），蓋因有證明標準的指示，陪審員才能精準掌握認定標準而為正確的判斷，所以說明證明標準是有其必要性⁴⁹⁰。

二、日本法的分類

日本法原為大陸法系之一支，但於第二次世界大戰之後，法制及觀念漸受英美法制的影響，證明標準的概念也不例外。日本的證明標準亦可區分為以下三種⁴⁹¹：

1、確信：

所謂確信係指在具有高度蓋然性⁴⁹²，亦即通常人均不可能對其產生懷疑的真實條件下所形成的心證。此一標準適用於作為訴因的犯罪事實、被告即

⁴⁸⁷ 參見小林秀之著，同註4，頁72。

⁴⁸⁸ 參見周叔厚著，同註7，頁178。

⁴⁸⁹ 參見周叔厚著，同註7，頁175-176。

⁴⁹⁰ 參見小林秀之著，同註4，頁72。

⁴⁹¹ 參見石井一正著，同註4，頁323。

⁴⁹² 蓋然性又稱為或然性或計算機率，所謂高度蓋然性（highly probable）乃指有較高的計算機率。參見蔡墩銘著，同註6，頁361。

犯罪人、阻卻違法、責任事由存在等認定。

最早將「內心確信」的證明標準形諸明文的國家為法國，其刑事訴訟法典第 353 條目前仍沿襲此立法例，規定：「在重罪法庭休庭前，審判長應責令宣讀下列訓示，並將內容大字書寫成布告，張貼在評議室最顯眼處，法律並不考慮法官通過何種途徑達成內心確信，法律並不要求他們必須追求充分和足夠的證據，法律只要求他們心平氣和、精神集中，憑自己的誠實和良心，依靠自己的理智，根據有罪證據和辯護理由，形成印象，作出判斷。法律只向他們提出一個問題，你是否已形成內心確信？這是他們的全部職責所在。」第 427 條又規定：「除法律另有規定外，罪行可通過各種證據予以確定，法官根據其內心確信判決案件」⁴⁹³。

由前述規定可以看出，在刑事訴訟當中，證明案件的待證事實，法官只能以提交審理並經過辯論的證據為依據，這些證據能否證明案件，是否符合證明要求達到證明標準，完全取決於其審判者主觀認識，所以「內心確信」的證明標準可以稱為一種主觀標準。

2、證據優先⁴⁹⁴：

所謂證據優先係指肯定證據優先於否定證據的證明，作為一種心證的程度，證據優先比「大致確定」的程度為高，比「高度蓋然性」的程度為低。此一標準適用於訴訟法上的事實認定。

3、疏明（釋明）：

所謂疏明的心證程度，乃以「大致確定」為基準的推斷⁴⁹⁵。而所謂「大致確定」，則是相對於足夠的蓋然性心證，要求須證明到法官產生確信的心證。惟所謂證明到法官的確信究係指何種程度的心證呢？為何種事實認定的證明標準？而法官的確信是否僅指單方面主觀的心理狀態，不可能訂立客觀的基準供法官以外之第三人理解？可否依據特別的或然率表示，以自然科學的方式解明達到法官的心證程度？以上問題，過去沒有很充分的研究，但最近漸漸地有正式的研究發表出來。日本「疏明」的證明標準通常運用於簡易迅速的處理上，例如保全訴訟及程序所派生的事項均特別承認此種證明方式，並限定在可即時調查的證據方法（日本民事訴訟法第 188 條），與我國民事訴訟法第 34 條聲請法官迴避、第 309 條證人拒絕證言、第 370 條保全證據、

⁴⁹³ 法國早在 1808 年即將「內心確信」等詞規定於該國刑事訴訟法典第 342 條，參見中國大陸學者熊志海著，訴訟證明標準述評，轉引自 <http://www.cqdx.gov.cn/cqskwh/200010/1005.htm>，2003 年 12 月 11 日查閱。

⁴⁹⁴ 日本原文為「證據 優越」。

⁴⁹⁵ 參見石井一正著，同註 40，頁 323-324。

第 526 條假扣押原因等所稱的釋明相當。

日本法的三種證明標準，以「確信」心證為最強，「證據優先」次之，「疏明」又次之。

日本關於證明標準的判例，首先有昭和 23 年（1948 年）8 月 5 日最高裁判所的刑事訴訟案件（刑事集 2 卷 9 號 1123 頁），在該案中法官駁斥被告所主張「伊於利用交際機會所竊取並隱藏持有被害人的錢包並沒有不法所有的意圖」的理由當中，有如下的判示：「其實訴訟上的證明，不是自然科學家使用那種以實驗為基礎的論理證明，而是歷史證明。論理證明是以『真實』作為目標，相反的，歷史證明則以『真實的高度的蓋然性』為滿足。舉例而言，在獲得任何通常人都不會感到懷疑程度的大概真實的確信，即可作為證明。所以對於論理證明，必須證明到依當時的科學水準，無任何反證可容許存在的餘地才可，但是對於訴訟上的證明，歷史證明則通常是仍殘留有可反證的空間。」另外日本最高裁判所也有關於民事訴訟證明標準的判例，例如在有關醫療過失的——案（最高裁判所昭和 50 年 10 月 24 日民事集 29 卷 9 號 1417 頁）當中，最高裁判所雖將前開昭和 23 年的刑事判決作某些內容的修正，但基本上也確認同樣的立場，該判例認為「訴訟上因果關係的舉證，並非自然科學的證明，不容許一點點的疑義，只要是按照經驗法則綜合審酌所有的證據，將特定的事實會招來特定結果的發生關係，證明到高度的蓋然性的證明程度，且必須使通常人都不會感到懷疑的真實確信的程度，如此判定即為已足。」⁴⁹⁶

二個最高裁判所的判例不管是民事訴訟或是刑事訴訟，其訴訟上的證明僅須達到「高度的蓋然性」的程度即為足夠，亦即通常人都不會感到懷疑程度的真實確信，這一點是雙方所擁有的共識。但是，在民事訴訟和刑事訴訟當中，其訴訟上的證明是不是要求證明程度同一？或者在刑事訴訟當中的證明度，是否均要求必須高於民事訴訟？而所謂「高度的蓋然性」，或通常人都不會感到懷疑程度的真實確信究竟是怎樣內容的證明？以上判例並未深入探討。

三、美、日法的比較

在美國，刑事訴訟涉及人身自由與財產權，甚至於生存權，所以要求證

⁴⁹⁶ 參見小林秀之著，同註 4，頁 69-70。

據應充分確實，必須達到「排除合理懷疑」的程度，有罪事實才得以認定。美國聯邦憲法第 5 條和第 14 條修正案關於正當程序 (Due Process of Law) 的規定即對此作明確的要求。另美國聯邦最高法院於 1970 年 *In re Winship* 案，以判例闡釋：「憲法正當程序條款保障刑事被告，除非對其控訴構成犯罪的每項事實證據均無合理懷疑，始能定罪。」⁴⁹⁷在刑事訴訟中，控方指訴被告有罪必須承擔被告有罪的證明責任，且須證明所指訴罪行已經達到排除合理懷疑的證明標準。然而什麼是「合理懷疑」？美國加州刑法對合理懷疑作出這樣的表述：「它不僅僅是個可能的懷疑，而是指該案的狀態，在經過對所有證據總的比較和考慮之後，陪審員的內心對指控罪行的真實性，無法得出到達內心確信程度的永久性裁決。」英國刑法學者塞西爾·特納 (Cecil Turner) 在其所著「肯尼刑法原理」一書中對合理懷疑也作出解釋：「所謂合理的懷疑，係指陪審員在對控告的事實缺乏道德上的確信、對有罪判決的可靠性沒有把握時所存在的心理狀態。因為控訴一方只證明一種有罪的可能性（即使是根據或然性的原則提出的一種很強的可能性）是不夠的，而必須將事實證明到道德上據以確信的程度——能夠使人信服、具有充分理由、可以據以作出判斷的確信程度。」⁴⁹⁸足見所謂「排除合理懷疑」實際上是對「內心確信」的另一種表述，是從反面角度說明審判者主觀上已經確信待證事實成立，內心對於訟爭事實已經不再存有「合理懷疑」，因而美國證據法所謂的「排除合理懷疑」可與日本法所稱的「確信」劃上等號⁴⁹⁹。

相對於刑事案件的控方有責任提出無可置疑的證據，證明到排除合理懷疑的程度，民事訴訟及部分行政訴訟的原告則只需在「可能性的天平」上有所傾斜就可勝訴。論者所持的理由主要是因該等訴訟僅涉及財產爭議，所需認定的事實無庸達客觀事實的程度，法律事實即足矣。所以證據只要求比較充分，有證據蓋然性與優勢即可。所謂「優勢證據」一語，係指證據力量更為強大、更為可信者而言，以使審理事實之人對於爭執的事實認定其存在更勝於不存在；或者說證明某一事實的證據份量和證明力比對造的證據更有說

⁴⁹⁷ 參見林世宗著，同註 9，頁 69。

⁴⁹⁸ 參見熊志海著，同註 68。

⁴⁹⁹ 由於日本法深受英美法影響，所以在日本法學理論中，內心確信和排除合理懷疑這兩項證明標準早已達到高度統一，例如日本早稻田大學田口守一教授就曾指出「日本傳統證明的標準是高度的蓋然性」、「證明構成犯罪的證明必須達到這種程度才是可信的判斷」、「現在要求證明的程度必須是無合理的懷疑」、「高度蓋然性的標準是雙重肯定的評價方法，無合理的懷疑的證明標準則是排除否定的評價方法，兩者是同一判斷的表裡關係……」等語即可證明。參見熊志海著，同註 68。

服力，或比反對證明其真實性的證據更具可靠性⁵⁰⁰。

有學者將上開證明標準以數據加以標示：較為可能（優勢證據或證據優先）應大於 50%，確實可信應大於 75%，毋庸置疑應大於 85%。當然優勢證據即可並不等於全部的民事案件證據的證明程度僅需大於 50%，不同的案件應有不同的程度要求，例如消滅時效問題，債權人的證據證明程度大於 50% 即可，但未立書面的特別授權的委任契約（如我國民法第 534 條）、口授遺囑（如我國民法第 1195 條）、因被詐欺或脅迫撤銷意思表示（如我國民法第 92 條第 1 項）的證據就要有較高的證明程度⁵⁰¹。

本文認為，就美國法及日本法的證明標準分類而言，固然同分為三個層次，但其內涵並不完全相同。英美法「排除合理懷疑」的證明標準與大陸法「內心確信」的證明標準同屬於審判者對於案件事實證明的主觀標準，且分別位居最頂級的證明程度，其本質應無太大區別；另英美法「優勢證據」的證明標準與大陸法「證據優先」的證明標準不但名稱相同，且概念亦相通，所以其證明程度應屬相當，殆無疑義。惟獨「明晰可信」與「疏明」的證明程度是否相當？則有探討空間。不過如同前述，在美國法證明標準的分類層次當中，「明晰可信」的證明程度是介於「排除合理懷疑」及「優勢證據」之間，與日本法的證明標準將「疏明」的證明程度置放於「確信」與「證據優先」之後，可見「明晰可信」與「疏明」的證明程度是不同的，「疏明」的證明程度顯然低於「明晰可信」。

第三節 證明標準的降低

一般而言，減輕證明負擔有兩種選擇：一是調整舉證責任的歸屬，改讓相對人負舉證責任；二是降低證明標準，使負舉證責任者容易讓審判者形成確信⁵⁰²。依此理論，舉證責任轉換可解決的問題，降低證明標準亦同樣可以解決。換言之，降低證明標準的主要目的即在於解決舉證責任承擔不公所造成的問題，並借助減輕舉證責任者證明負擔的方式維護審判的公平性。在訴訟的實務當中，會發生因案件性質、證明困境⁵⁰³或證明妨礙⁵⁰⁴等法定原因，導

⁵⁰⁰ 參見 [陳國輝、程春華合著，我國裁判制度的觀察與思考，轉引自 http://www.law.tsinghua.edu.cn/justice_forum/court/8.htm](http://www.law.tsinghua.edu.cn/justice_forum/court/8.htm)，2003 年 12 月 11 日查閱。

⁵⁰¹ 同上註。

⁵⁰² 參見吳東都著，同註 12，頁 76。

⁵⁰³ 德文為「Beweisnot」，意指待證事實因某種特別情事而難以證明，往往是在個案中偶然

致訴訟當事人之一方存有證明負擔過重的問題，是為實現公平正義，也可考慮以降低證明標準的方式來化解此不合理的現象。

一、降低的原因

證明標準降低的原因大致有以下幾種情形：

(一) 案件性質

以案件性質而言，像有關環保方面的公害案件，就有其舉證困難的問題，不管是民事損害賠償、行政的國家賠償，或是刑事的刑罰案件等，都有它難以克服的證明盲點存在⁵⁰⁵。另外，像刑事犯罪裡的主觀構成要件也是一個極難克服的領域，在我國司法實務運作上，經常是透過調查被告的客觀行為來推論其主觀上的不法，例如詐欺犯、背信犯的主觀不法意圖，及誹謗罪的主觀故意等等，還有像傷害致死與故意殺人二罪間主觀要件的不同，也是難以清楚劃分的區塊。這些個案，法官僅能藉由調查一些零星片段的事項來拼湊事實的原貌⁵⁰⁶，俾能釐清被告主觀上是否有以上所稱的不法意圖或故意，這些都是讓從事審判工作的法官們感到頭疼的部分，當然應負舉證責任的檢察

發生。參見吳東都著，同註 12，頁 188。

⁵⁰⁴ 德文為「Beweisvereitelung」，意指因負舉證責任者的相對人之故意或過失行為，妨礙自己原本可能的證明，或使得負舉證責任者的舉證失敗。參見吳東都著，同註 12，頁 164；吳庚著，行政爭訟法論，1999 年 5 月，修訂版，頁 176。

⁵⁰⁵ RCA（美國無線電公司）於 1969 年來臺投資，分別在桃園、竹北、宜蘭設廠，僱用員工高達二、三萬人，且多次被臺灣政府評定為外銷模範工廠，1992 年停產關廠。1994 年環保署揭露 RCA 在臺設廠期間違法挖井傾倒有毒廢料即有機溶劑（三氯乙烯、四氯乙烯等），造成當地地下水和土壤的嚴重污染。1998 年環保署宣佈 RCA 桃園廠址為永久污染區，成為國內首例。RCA 公害污染事件爆發後，已離職多年的員工陸續傳出逾千人罹患各式癌症，專家指出，RCA 員工罹癌率為一般人的二十至一百倍。1992 年關廠後，RCA 將土地轉賣給宏億集團，由於土地因污染問題而無法開發。在環保署的壓力下，RCA 雖然花了兩億元進行地下水、土壤的整治工作，對員工及當地居民卻完全的置之不理，從未對其發表任何言論及賠償措施，並且打算將目前留在臺灣的十餘億臺幣基金撤回美國。而當地環境雖經過多年整治，卻難予以清除，形成了永久性的污染。政府在處理這件事的態度上不甚積極以及提起法律訴訟的費用龐大、疾病與污染源因果關係舉證困難且況日費時，致使受害員工與居民遲遲無法進行相關的求償行動。轉引自高點法律網 <http://www.license.com.tw>，2004 年 5 月 21 日查閱。

⁵⁰⁶ 過去職權色彩較為濃厚的時代，審理的法官就為此感到頭疼。例如詐欺案件，法官即經常圍繞在調查被告於案發當時的債信如何，平日與告訴人金錢往來的情形，無法如期清償的原因，及事後是否積極與告訴人達成和解等事項。

官也常為此感到舉證上的困難。

英美國家也常因面臨相同的問題，所以在法制當中發展出所謂「嚴格責任」(strictliability) 理論⁵⁰⁷。英國法官帕克 (Parke) 認為：「公訴方很難證明『明知』，由於『明知』給公眾帶來的危害遠遠大於因不要求『明知』給被告本人帶來的不公正性。」另英國法官肯尼迪爵 (Kennedy) 也認為：「假如一個人為獲利選擇從事可能給人類健康帶來死亡和傷害危險的出售業務，他就必須為此承擔一定的風險。」⁵⁰⁸在英美刑法中，行為人只要實施法律所禁止的某種行為，或造成法律所禁止的某種後果，即使其主觀上沒有過失，也應對此承擔刑事責任。例如在違反行政管理法規方面的犯罪，因多數具有公眾危害性，且要證明被告的行為是否出於故意或過失是非常困難的，若將犯罪意圖作為犯罪構成的必要條件往往會讓被告逍遙法外，致法律形同虛設。故為平衡公益及人權之間所帶來的矛盾及衝突，英法就發展出「嚴格責任」理論，這種理論與我國所採用的無過失責任理論⁵⁰⁹或舉證責任的轉換⁵¹⁰相當接近。

然不管是英美法所採行的「嚴格責任」理論，或者是我國所採用的無過失責任理論，基本上都是從減輕舉證責任的角度著手，雖與降低證明標準有異曲同工的效果，但方式畢竟不同。降低證明標準的方式固可解決舉證負擔過重的問題，然因證明標準的理論並不發達，所以目前各國在解決上開問題上，似乎仍以減輕舉證責任者為主。

⁵⁰⁷ 刑法中的嚴格責任，是指對於缺乏主觀犯意或主觀犯意不明確的特殊侵害行為，仍然應負擔刑事責任的刑法制度。參見中國大陸學者李翔、夏軍合著，從嚴格責任看我國傳統刑法理論的突破－從姦淫幼女罪個案談起，轉引自 <http://www.law-walker.net/detail.asp?id=697>，2004年3月27日查閱。

⁵⁰⁸ 同上註。

⁵⁰⁹ 我國無過失責任理論僅限於民事或行政事件。例如民法第188條第2項之規定，學者稱之為無過失責任或衡平責任，其適用須於僱用人已盡相當的注意，或縱加以相當的注意仍不免發生損害，而無須與受僱人連帶負賠償責任時，法院始得因「被害人」的聲請，斟酌僱用人與被害人的經濟情況，令僱用人為全部或一部的賠償，是以得為此項聲請者乃「被害人」，非「僱用人」；勞動基準法第62條規定，職業災害補償制度之特質係採無過失責任主義，凡僱主對於業務上災害的發生，不問其主觀上有無故意過失，皆應負補償的責任，受僱人縱使與有過失，亦不減損其應有的權利；勞動基準法第五十九條因職業災害雇主應支付勞工補償的規定，並不因雇主或勞工之有無過失而異其責任，乃係採無過失責任。

⁵¹⁰ 例如消費者保護法第7條規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務的企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」就是採用舉證責任轉換的立法例。

（二）證明困境

在當事人因偶發的特別情事而有舉證困難時，可否以「難以期待其負舉證責任」或「強人所難將違反公平合理原則」等理由而免除其舉證責任，並由對造負舉證責任？這在德國曾有廣泛的討論。理論上為能盡量減少可能誤判的結果，因無法證明的危險必須公平合理的分配，應歸由可期待承受可能錯誤裁判結果的人負擔之，簡言之即誰較可能被期待受敗訴，誰就應負擔此危險。不過，德國聯邦社會法院強力認為，公平合理不能適用在舉證責任分配上，而是適用在心證領域⁵¹¹。然像我國刑事訴訟及部分行政訴訟均有職權調查的色彩，查明事實是法院的責任，只有法院才會有證明困境的情形，當法院陷於證明困境時，負舉證責任的人即應受敗訴判決。此時若令訴訟的對造負舉證責任，反而會產生不公平的現象。再者證明困境的發生，往往是在個案中偶然發生，因此以證明困境作為舉證責任的標準，是把舉證責任的分配繫於偶然的因素，容易造成規範的鬆散而無法維持適用的公平性及法的安定性。而且所謂證明困難應到如何程度始能改由對造負舉證責任，亦欠缺具體明確的標準。因此，在證明困境的情形，解決之道是在證明標準的降低，而非在舉證責任分配上的調整⁵¹²。

（三）證明妨礙

訴訟之一方當事人藉由隱藏、毀滅或妨礙使用證據方法，使負舉證責任的相對人無法舉證或舉證困難，而有故意或過失時，即構成證明的妨礙。我國三大訴訟類型，除刑事訴訟未規定外，其餘民事訴訟及行政訴訟均有證明妨礙的規定⁵¹³。

行政訴訟及刑事訴訟同樣有職權調查的制度設計，為何唯獨行政訴訟法有證明妨礙的規定，而刑事訴訟法無之？本文認為是因二者兼採職權調查主義的強度有所不同所致。蓋證明妨礙是舉證責任的衍生概念，在解決因過分強調舉證責任的作用所產生的不公平現象，所以與舉證責任息息相關，但同時也與職權調查的概念相衝突。職權調查色彩越濃厚，則舉證責任或證明

⁵¹¹ 參見吳東都著，同註12，頁188。

⁵¹² 參見吳東都著，同註12，頁188。

⁵¹³ 民事訴訟法第282條之1規定：「當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實。前項情形，於裁判前應令當事人有辯論之機會。」行政訴訟法第135條規定：「當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，行政法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實。前項情形，於裁判前應令當事人有辯論之機會。」

妨礙適用的機會就越少，反之亦然。雖然我國行政訴訟與刑事訴訟同有職權調查主義的精神存在，但就其適用範圍來說還是有明顯差別的。相較於行政訴訟，刑事訴訟是全面的，只要是為發現真實，或為維護公平正義及與被告有關的重大利益⁵¹⁴，任何案件類型都有適用的可能；而行政訴訟卻不然，僅於撤銷訴訟或為維護公益的情形下⁵¹⁵，才有職權調查的必要，且行政訴訟制度與民事訴訟的模式也較為接近，此觀行政訴訟的現行法多有準用民事訴訟法的規定即可知⁵¹⁶，因此兩者就依職權調查的適用範圍而言是有顯著差異的。換言之，行政訴訟的職權調查的色彩是比刑事訴訟為淡，較利於舉證責任及證明妨礙理論的發展，這也就是為何我國行政訴訟法有證明妨礙法制而刑事訴訟法沒有的原因。

適用證明妨礙的法律效果究竟如何？德國判例及學說游走於舉證責任轉換，與在自由心證領域內作為證據評價的斟酌事項之間⁵¹⁷。有採取舉證責任轉換說，認為依德國民事訴訟法第444條證明妨礙的規定⁵¹⁸，因當事人的特定行為，相對人的主張被視為已證明，法院可以由此非構成要件行為（按即當事人的妨礙行為）推論出所主張的構成要件事實的證明，這樣的操作方式較類似於法律上推定而不是證據評價。部分德國聯邦行政法院判決採之⁵¹⁹。惟大多數說認為應將證明妨礙行為作為全辯論意旨的一部分，由法官自由評價之，聯邦行政法院較多的判決採此說⁵²⁰。與德國民事訴訟法規定不同，我國民事訴訟法及行政訴訟法僅限於「故意」的情況，並不包括「過失」⁵²¹。此種「故意」使證據資料滅失的情事，其行為乃屬違反「誠實信用方法」，並違反當事人在訴訟程序上的「真實完全陳述義務」（行政訴訟法第132條準用民事訴訟法第195條）⁵²²。雖此種行為具有違法性，但在程序法上也只發生行政

⁵¹⁴ 參照刑事訴訟法第163條第2項規定。

⁵¹⁵ 參照行政訴訟法第133條規定。

⁵¹⁶ 參照行政訴訟法第115、131、132、136、176、186、218、221條等有關起訴、訴訟進行、言詞辯論、言詞辯論的準備、舉證責任、證據調查、訴訟程序的停止、和解等均準用民事訴訟法的相關規定。

⁵¹⁷ 參見吳東都著，同註12，頁166。

⁵¹⁸ 本條規定：「為防礙相對人之利用，當事人隱藏、毀滅或使不能使用者，得認為相對人關於證書之性質及內容之主張，已經證明。」參見吳東都著，同註12，頁165。

⁵¹⁹ 德國學者Tietgen採此見解，參見吳東都著，同註12，頁166。

⁵²⁰ 德國學者Weber Grellet採此見解，參見吳東都著，同註12，頁166。

⁵²¹ 但亦有學者質疑本條規定係以「過失」的情況為限，蓋如果有故意證據妨礙，理所當然基於誠信原則，應不必再令當事人有辯論機會。所以本條規定應係就過失（包括抽象輕過失、具體輕過失）所為的規定。至於重大過失應等同故意看待。參見翁岳生主編，同註36，頁165（按此部分為李惠宗氏所撰）。

⁵²² 民事訴訟法第195條規定：「當事人就其提出之事實，應為真實及完全之陳述。當事人對

法院可「審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實」的效果，屬「事實的推定」⁵²³，亦即行政法院可推定「他造關於該證據之主張為真實」或「依該證據應證之事實為真實」，此種推定雖仍得舉反證推翻，但該證據的「證明力」仍須由行政法院依自由心證認定之，而非必然導致該滅失證據者敗訴的結果⁵²⁴。這樣的法律效果係自由心證領域內的證據評價，並非舉證責任的倒置，與上述德國民事訴訟法直接賦予證明力的規定不同。惟不管是採用舉證責任轉換說，或是證據評價說，證明妨礙可作為降低證明標準的一種原因，則是不爭的事實。

二、小結

訴訟的目的在於保障人民的權利或社會上的公共利益，為達到這樣的目的，應以正確的事實認定為前提，也就是作為法院裁判基礎的事實，應儘可能地接近真實，如此才可能獲致正確的裁判。證明標準的降低，確信固然容易形成，但認定事實錯誤的可能性相對增高，錯誤裁判的機率也隨著增加。而透過舉證責任歸屬的調整所為的舉證責任裁判，同樣也無法達到追求客觀事實的目的。所以無論是自由心證領域的降低證明標準，或透過舉證責任歸屬的調整，均有裁判不合於客觀真實的危險。然而，追求客觀真實本身並非訴訟的唯一價值，有時候為因應不同類型的訴訟標的，也要考慮到如訴訟經濟、效率、速度等價值目標，因為這些價值目標也是訴訟制度所欲追求的。刑事案件涉及犯罪人的生命、自由等重大權益，對這些權益的剝奪當然要慎重；但行政訴訟所涉及具體行政行為的合法性和依法行政事項，及民事案件涉及人民身分、財產關係方面的糾紛等，判決結果的影響不若刑事案件，所以需要作更多元的考慮，此時客觀真實就顯得不是那麼迫切需要，否則過於強調客觀真實，把大量司法資源耗費在追求案件真象上，而犧牲其他如訴訟經濟、效益、速度等價值，對司法所欲追求的整體價值而言不見的是件好事。調整舉證責任的歸屬或降低證明標準雖然無法滿足絕對真實的需求，但還是

於他造提出之事實及證據，應為陳述。」本條文規定當事人負有真實義務及陳述義務。

⁵²³ 參見翁岳生主編，同註 36，頁 165。

⁵²⁴ 參照我國民事訴訟法第 282 條之 1 的立法理由略謂：「．．．故意將證據滅失、隱匿或其他致礙難使用之情事，顯然違反誠信原則。為防杜當事人利用此等不正當手段取得有利之訴訟結果，並顧及當事人間之公平，爰於第一項規定當事人有妨礙他造舉證之行為者，行政法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實。即行政法院得審酌當事人妨礙他造舉證之態樣、所妨礙證據之重要性等情形，依自由心證認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實，以示制裁．．．」。

有它存在的必要，尤其在追求程序上的公平與合理，及保障當事人之權益的價值上，更具有一定調節功能。不過，畢竟是對於真實的發現並無太大幫助，所以在以發現真實為目的的刑事案件當中鮮有採行者。近年我國刑事訴訟法已改採改良式的當事人進行主義，檢察官的舉證責任加重，原有的職權主義色彩漸漸褪去，是否仍繼續堅持不能有舉證責任歸屬的調整或降低證明標準的空間⁵²⁵，以維持一定的程序正義或實質正義，則有待觀察。

第四節 主觀證明標準客觀化

一、證明標準客觀化形成的原因及理由

不管是大陸法系或者是英美法系國家，其訴訟證明標準多屬於審判者的主觀標準。由於證明標準與法律的形成一樣，均具有歷史性及地域性，每每受到各國或各地區的歷史文化、風俗民情、倫常道德、政治社會及法律制度等因素影響而有所不同，所以各國之間的訴訟證明標準即難以絕對套用。例如，英美等國家的法制中有陪審團的設計，其法律所規定的證明標準即適用於由陪審團判斷案件事實的審判活動，而像我國等不管是刑事訴訟、民事訴訟均無陪審團的設計，判斷案件事實及認定當事人是否完成舉證責任等工作全賴職業法官為之，其證明標準的立法例或理論學說自與英美法制不同。

由於證明標準是審判者主觀且抽象的意念，並不利於審判公正性的發展，所以世界各國也開始正視證明標準應客觀化的問題，例如英國律師 Ronald Walker 在其《英國法律制度》一書中指出：「無合理懷疑的措辭，已經受到許多司法分析．．．人們曾進行許多嘗試，以改變無合理懷疑這一空洞公式。」另外不少國家也明文規定審判者應將與證明標準有關的判決理由公布，間接將證明標準客觀化，例如俄羅斯聯邦現行刑事訴訟法典雖然明文

⁵²⁵ 在這問題上，我國最高法院 90 年度臺上字第 3115 號判決曾表示：「施用毒品者之指證，其真實性有待其他必要之證據加以補強，若施用毒品者之指證，其真實性仍有合理之懷疑存在時，在此項合理之懷疑未澄清前，自不能遽為有罪之判斷，茲所謂其他必要之補強證據，即在排除此項合理之懷疑，使之達於可得確信之程度，否則即應為被告有利之推定，此亦為刑事訴訟法第一百五十四條，犯罪事實應依證據認定之證據裁判原則，及因保障被告人權，無罪推定原則之所在，此項刑事訴訟基本原則，不能因販賣毒品行為之交易期間短暫、交易方法隱密、交易對象單純，致查獲不易、搜證困難等原因而放棄，或減低對於犯罪構成要件應予嚴格證明之堅持，此項基本原則應為法官證據證明力自由判斷職權行使之限制。」顯然是採取較保守的看法。

規定「內心確信」的主觀標準，但是該法典第 314 條卻明確規定：「宣告有罪的刑事判決的敘事部分應當包括．．．法庭判斷所根據的證據和法庭駁斥其他證據所依據的理由」、「在宣告無罪的刑事判決的敘事部分中，應當指明法庭之所以駁斥作為控訴根據的證據的理由」；法國的多部法典也規定「對每一案件的判決所依據的理由，法官一定要以書面形式特別說明他的心證是如何形成的．．．」等等⁵²⁶。

儘管各國就民事案件、行政案件或刑事案件分別有著高低不同的證明標準，但在這些國家的訴訟法律制度和法學理論中，普遍承認主觀證明標準受到客觀的制約。其理由不外乎：自由心證主義不允許法官肆意判斷，應將主觀證明標準予以客觀的限制，才能防止法官擅斷。

作為衡量案件事實是否已經完成證明的證明標準不應當是個人主觀上的判斷尺度，而是由法律規定的一種社會標準。蓋如果證明標準是訴訟主體的主觀標準，即判斷是否證明完全由其內心確信決定之，則該標準只是法官的內心尺度，旁人無從知悉，也無從評價其認定是否正確，處理是否公正，訴訟中待證事實是否已經證明，也就是說證明標準不具客觀性和公開性，則訴訟程序或實體的公正性也就無法確保。

再從證明標準的意涵來說，若證明標準僅係法官主觀的判斷而不具有客觀性，則所謂的證明標準就不是標準，蓋因標準是衡量的基準，如果不客觀就不能為人們普遍認同和運用，那就失去標準的功能屬性。再者，證明標準必須以法律明確規定，因為在訴訟活動中，審判者對案件事實的認識和對案件的處理都是運用國家權力去處理，影響或干涉人民的重大利益，甚至是自由與生命。如果這種證明和裁判活動沒有客觀、合法的標準以資規範，僅僅交由審判者依憑個人主觀自由判斷，就難以防止審判者濫用權利的可能性。此外，證明標準只是審判者內心的主觀標準，其他訴訟參與人，特別是當事人對於案件事實是否已經證明，自己無從知曉和掌握，只能聽命於審判者的內心活動，當然容易導致人民對於判決結果是否公正、客觀抱持懷疑的態度⁵²⁷。

⁵²⁶ 參見熊志海著，同註 68。

⁵²⁷ 參見熊志海著，同註 68。

二、客觀化的內容

證明標準客觀化的內容應包括證明標準的量化⁵²⁸及證明標準的公開透明化二種。所謂證明標準的量化，係指抽象的證明標準以具體客觀的數據或百分比來表示。通常證據與待證事實之間經評價後會得出證明力，證明力再與證明標準作比較即可決定判決輸贏，其間最方便的比較方式即是以數據來作表示。例如，證據與待證事實經相互評價後得出 90% 的證明力（亦即證據可證明九成可能性的事實），而本件所設定的證明標準為 75%（依其案件種類各有恆定的證明標準），證明力超過證明標準，審判者自應為舉證者勝訴判決；反之，證明力僅有 50%，未超過證明標準，則審判者即應為舉證者敗訴判決。透過證明標準量化的結果，讓所有的證明活動一目了然，人民均可輕易瞭解並掌握判決勝敗的理由，以達公正審判的目的。

另外一種客觀方式就是將證明標準公開透明化，亦即審判者必須將評價證據證明力及形成心證的理由及依據，透過審判或製作判決書的形式公諸於世，讓當事人、辯護人、司法監督單位（上級審法官、民意機關）、司法學術研究者，乃至於全體人民均能清楚瞭解。其中具體的作法如：重大案件的審理採用複數主體制度（合議制）⁵²⁹、主張非專職人員加入判斷主體⁵³⁰、給予當事人辯論證據證明力的機會⁵³¹、法院依職權調查證據時，應令當事人有陳述意見的機會⁵³²、有罪的判決書，應於理由內分別記載認定犯罪事實所憑的證

⁵²⁸ 有學者認為對於證明程度的判斷實無法求諸客觀的數量化，因為證明程度所為的判斷，不外為法院主觀的符合度判斷，無法以百分之一百或百分之九十等數據量化。只要法院認為已符合其所定的標準，即可認為犯罪已獲得證明，否則犯罪尚未獲得證明。參見蔡墩銘著，同註 6，頁 363。

⁵²⁹ 參審的法官越多，判決的結果就越客觀。例如：海上捕獲法庭審判條例第 10 條有關初級海上捕獲法庭審判事件及高級海上捕獲法庭審判事件；法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 65 點有關重大刑事案件或社會矚目案件的搜索票聲請案；法院辦理檢肅流氓條例案件應行注意事項第 10 點有關案情複雜或公眾關注的案件；法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項第 12 點有關重大刑事案件。

⁵³⁰ 參審乃將公民（參審員）與職業法官結為一體，以合作方式（合議體）從事審判，公民與職業法官針對事實認定與適用法律乃具有相同權限。參審制度因構成員的不同又可分為專家參審、平民參審等型態。平民參審制度可強化司法信賴性、司法社會性、司法平民性、司法參與性、反制財團枉法亂紀、反映社會正義與法治教育功能；專家參審制度則可補強職業法官特殊領域專門知識與價值判斷之不足。參見陳怡如著，營造一個混合式公民參與模式的審判體系，轉引自 <http://www.lawformosa.com>，2004 年 7 月 5 日查閱。

⁵³¹ 參見我國刑事訴訟法第 288 之 2 條。

⁵³² 參見我國民事訴訟法第 288 條第 2 項。

據及其認定的理由、對於被告有利的證據不採納的理由⁵³³、法院為裁判其判斷而得心證的理由應記載於判決⁵³⁴、如果判決中不載理由或所載理由矛盾者，為判決當然違背法令，構成上訴第三審法院的理由⁵³⁵等等，俾讓當事人在審理過程中掌握事證的調查，及在審理後瞭解判決理由及心證依據，進而能對判決的結果有所評論，並慢慢形成全體國民對一般案件或特定案件在法院採證標準的認知及遵循。

三、日本證明程度的客觀化⁵³⁶

日本最高裁判所不問民事或刑事訴訟，均要求須達「高度的蓋然性」主觀的確信，亦即通常人均不會有所懷疑的程度。而在下級審判決當中，如東京高等裁判所昭和 59 年（1984 年）12 月 25 日的判決（判時 1144 號 146 頁）則認為一般民事裁判達「證據的優越」或「明白且說服的證明」的證明程度即為足夠，惟仍有例外。不過近年來日本的學說，由於受到美國及德國有關證明程度學說的發展影響，也漸有證明程度多樣化的趨勢。

首先關於刑事訴訟的證明程度的學說，相較於民事訴訟，刑事訴訟應有較高的證明程度，通說認為應到達「排除合理懷疑」的證明程度。此種見解與美國的階段性證明程度的想法是一致的，也就是檢察官應就犯罪事實的存在證明到排除合理的懷疑為止，這是現代的刑事訴訟的基本原則，相反的，民事訴訟則僅要求證明到「證據的優越」和「明白且說服的證明」程度即可，二個形成顯著的對照。

有關民事訴訟的證明程度的學說，通說認為應達法官主觀的確信乃至於高度的蓋然性。廣義來說，所謂高度蓋然性係「在社會上一般人的日常生活能依賴並且安心無憂行動的程度」。但是，少數說卻認為應與美國法相同，民事訴訟僅是「證據的優越」或與此相接近的證明程度即為足夠⁵³⁷，特別是在公害訴訟等的領域是不需要高度的蓋然性，主張一定的蓋然性即為足夠⁵³⁸。最近，因為法官主觀確信的證明程度為高度的蓋然性，內容空洞缺乏客

⁵³³ 參見我國刑事訴訟法第 310 條第 1、2 款。

⁵³⁴ 參見我國行政訴訟法第 189 條第 2 項。

⁵³⁵ 參見我國民事訴訟法第 469 條第 6 款、行政訴訟法第 243 條第 2 項第 6 款、刑事訴訟法第 379 條第 14 款。

⁵³⁶ 參見小林秀之著，同註 4，頁 72-74。

⁵³⁷ 採此說有石田穰、加藤一郎等，參見小林秀之著，同註 4，頁 81。

⁵³⁸ 此說有德本鎮、西原道雄、竹下守夫等，參見小林秀之著，同註 4，頁 81。

是相當困難的（最高裁判所平成元年【1989年】12月8日民事集43卷11號1259頁「鶴岡燈油訴訟事件」）。

另外，運用以上理論，也有可能因為不能充分理解客觀的數值所擁有的意義而導出錯誤結論的危險。舉一個最簡單的例子，在日本，擁有A B血型的人口約有百分之十，但在認知訴訟（確認訴訟）中，原告父親的血型為A B型，經鑑定結果被告的血型也恰為A B型，則其有父子關係存在的準確率約為百分之九十。當見到約百分之九十的數值時，雖然可僅依此直接認定兩者間有父子關係，但此卻有誤判的危險。蓋因A B血型人數眾多，可以滿足與被告同一條件的男性，在日本每十個人就有一人，也就是說，總數大約有五百萬人（約占日本的全男性的百分之十，包含老人到嬰兒的數字）。換句話說，把原告的母親與被告的關係及其他存在的條件一併考慮進來，雖然可達約百分之九十的比例數值，但可以到達證明父子關係存在的證明程度卻不能以百分之九十的數值來計算，所以據此認定父子關係存在應該是錯誤的事實認定。另外，美國有名的克林斯（People v. Collins）案也是一個或然率證明誤用的典型例子（容後介紹），這個理論仍有檢討改進的空間。

這樣的科學的證明和統計資料，也可運用在因實際上舉證困難的現代型訴訟，其成功案例有疫學的證明。所謂疫學的證明，是指集團性的疾病和發生原因之間的因果關係判斷：1、那個因子（發生原因）在發病的一定期間前的作用。2、那個因子的作用程度顯著時，疫病的罹患率是提高的。3、那個因子被除去時，罹患率是下降。4、那個因子是以符合機械學、生物學的作用及原則來說明，滿足以上四條件則其因果關係是可以肯定的。另外，還需考慮怎樣處理集團的因果關係和個別的因果關係，基本上，是從疫學因果關係來肯定法的因果關係。

在通常證明的情況，即使不使用科學的證明和統計資料，利用像美國法那樣的階段性證明程度和較為口語化的定義也是有助於事實的認定。首先，在刑事訴訟和民事訴訟（行政訴訟包含在內），由於國家所剝奪的是個人生命、自由、名譽等超越財產價值的權益，及當事人之間勢力關係不對等，所以刑事訴訟對於證明程度的要求應該是高於民事訴訟。反之，在民事訴訟，關於舉證困難的一定類型事件（現代型訴訟的情形是很多的），依照當事人間的公平觀點和「大致可信的推定」的配合，應該是容許證明程度的減輕。

至於這種階段性的證明程度，究應依怎樣的百分比數字來表現法官心證的證明程度？為了將在客觀方面本來就無法數量化的事物作無理的數量化，而單方面含蓄的以百分比數字來比喻各種情況，其實並不適當。寧可在刑事訴訟要求「排除合理懷疑」的證明程度，在民事訴訟則以比那個為低的「高

度蓋然性」為原則，亦即要求達到「明白且說服」的證明程度，例外情況可依照「大致可信」的推定來減輕其證明程度，關於一定的事件類型可採用「證據的優越」即為足夠，這對於以認定事實的證明程度來顯示法官的內心結構，將有莫大的幫助。

五、克林斯 (People v. Collins) 案

關於證明標準客觀化，美國有一個著名的案例值得供參考，案例⁵⁴⁰為：

【案件要旨】

克林斯夫婦（夫馬爾克姆，妻約奈特）因搶劫嫌疑而被捕逮、起訴，洛杉磯法院在公開判決中認定夫婦兩人有罪，馬爾克姆不服上訴，加州最高法院撤銷原判。

【事實摘要】

馬爾克姆是一個長著連腮鬍鬚的黑人，約奈特則是一個梳著長辮的金髮白人，夫婦倆共有一輛黃色的汽車。案件發生在 1964 年 6 月 18 日中午 11 時前後，在洛杉磯市的大街上。當時，購物回家的阿爾克斯夫人在行走時，裝有剛買的物品和錢包的小箱被人搶走。她本人突然被人從後面推倒在地。阿爾克斯夫人掙扎著抬頭看時，發現一名身著黑衣的年輕金髮女郎正在逃竄（公開審判時，約奈特的金髮歷歷在目，且有證人證實），據阿爾克斯夫人回憶，被搶錢包中約有 35 至 40 美元。正在此時，住在附近的巴斯正在草地上澆水，聽到高聲叫喊回頭看時，正巧發現一名身著黑衣、梳著長辮的金髮女郎匆匆逃來，鑽入一輛黃色的小汽車從他的眼前逃去，開車的是一個鬍鬚和鬢髮均很長的男性黑人。

【審理過程】

在審判中，巴斯指認馬爾克姆為當時開車的同夥，但事後根據警察的當面核對，馬爾克姆鬍鬚雖然長，但鬢髮並不是很長，很難馬上斷定他就是犯罪人。對於案件發生時馬爾克姆的鬢髮是否較長，存在不同的證據，且沒有充分的證據，可以證明犯罪發生當天中午時分克林斯夫婦不在現場。而在犯罪發生後的第二天，夫婦倆因交通事故而被罰款 35 美元。夫婦兩人的收入很低，該 35 美元的罰款來源講不清楚。在公開審判時，被告夫婦否認了所有的罪行，故公開審判前夫婦倆的自白交代也存在著是否合法的問題。

缺乏認定克林斯夫婦就是犯罪人的關鍵證據的檢方，於是在公開的審判

⁵⁴⁰ 參見石井一正著，同註 40，頁 11-13。

中，邀請大學的一名數學教師出庭充當檢方的證人，對兩名被告和下列特徵與犯罪之間的相互關係，用概率原理進行假定性的推斷，並作出證言（對於個別的概率數值未進行實際調查，僅作大致的推測）：

表格 3（克林斯案的概率表）

編號	特徵	個別概率
A	一輛黃色的汽車	10 分之 1
B	長著鬍鬚的男性	4 分之 1
C	梳長髮的女性	10 分之 1
D	金髮女郎	3 分之 1
E	長著鬢髮的黑人	10 分之 1
F	車內乘坐著不同人種的夫婦	1000 分之 1

如將 A 至 F 的所有的個別的概率相乘（本計算方法即項目規則法，每一個概率如相互獨立，則可將其全部相乘），則為一千二百萬分之一。檢方認為，上述概率本身已有一定範圍的針對性，故克林斯夫婦以外的其他人作為犯罪人的概率極低。同時，檢方還認為，「覆蓋合理懷疑的證明」自身已是一種陳腐的觀念，在訴訟中應當採用新的概率性證明方法。據此，一審的陪審團裁決（verdict）克林斯夫婦有罪。

【加州最高法院判決概要】

馬爾克姆不服上述判決，向加州最高法院上訴，該法院作出如下駁回原判的裁定：「正如檢方自己所承認的那樣，個別概率只是一種假定，這種假定實際上究竟具有什麼樣的概率非但未能得到證明，且所謂的六大特徵的概率的相互獨立性是運用項目規則法的大前提，而該大前提本身也未被加以立證。比如，鬢髮濃重的黑人與鬍鬚濃黑的男人兩者之間就很難說是相互獨立的概率，故即便該個別概率的數值本身是準確的，仍然很難避免錯誤或者誇張的結果。再說，檢方的概率主張的前提是六個特徵均為犯罪人所必不可少的，故加以判斷的陪審一方難免受其影響而形成錯覺，從而導致錯誤的判斷。而且，陪審一方想要準確地理解檢方所主張概率的真正含義是非常困難的。再說，假定檢方所主張的概率都是正確的，那麼，一千二百萬分之二的概率，對於認定克林斯夫婦為犯罪人的判斷而言，至少還有百分之四十以上的成對的男女，具有與克林斯夫婦完全相同特徵的可能性。」

在克林斯案件當中，檢察官巧妙分析案件事實的各種可能條件，先個別計算其發生的隨機概率，再利用數學機率論的原理，計算出各種可能條件相

互成就時最終的發生可能性，將一個原本複雜的社會事實以具體可見的數據展現出來，讓一般人均可輕易瞭解並掌握證據證明力及法院判決的理由，可以說符合證明標準客觀化的判決過程。雖然原判決最後因為六項特徵的個別概率及相互獨立性等前提未能證明、無法完全排除是其他人所為的可能性等理由，遭加州最高法院駁回（撤銷），但該案在審理過程中，檢察官及法官能從自由心證主義的觀點出發，嘗試運用概率性證明和統計性資料，以科學化及客觀化的方式來證明犯罪事實，確實是一個創新的突破，對證明標準客觀化的發展有其指標意義。

六、心證的比例認定⁵⁴¹

（一）比例認定的理論

雖然片面的以百分比數字來比喻法官各種情況的心證程度並不適當，已如前述，但在日本實務上仍有採用此說來認定者。此種理論係指在法官的心證方面可達到百分之一的證明程度而言，但即使未到達那樣的情況，心證的或然率也應該呼應事實認定的結果依比例增加。例如，如果說關於事故與後遺症的因果關係存在的部分，法官的心證已達百分之七十，則可認定其有百分之七十的損害賠償額（東京地院裁判昭和 45 年【1970 年】6 月 29 日判時 615 號 38 頁等）。

（二）比例認定的檢討

關於損害賠償訴訟因果關係的比例認定，雖然看起來並沒有不合理（因為在未達到法官心證證明標準的場合，經常是很呆板的選擇肯定或完全否定全部的因果關係），但在這個以外的場合適用則會產生明顯不合的情況（例如，在認知訴訟，如果認定有百分之七十父子關係的可能性，按此理論不是就出現百分之七十的父親資格），不僅如此，要如何精準明確地表現出法官的

⁵⁴¹ 參見小林秀之著，同註 4，頁 78-79。

心證已達百分之七十的數值也有相當疑問。

畢竟，在未達法官心證的證明標準情況下，應該只有舉證責任的問題而沒有事實認定的問題，應以舉證責任解決之，雖然有可能以「肯定或完全否定」以外所顯示的認定點來解決，但不知道在此情況下比例認定的理論是否還有意義，所以這完全是舉證責任規範的問題，沒有事實認定的問題。另外，損害賠償額的認定很多是具有非訟性格的，如果損害賠償額認定的裁量可以用比例評定的話，從正面的方向而言，這個結論應該是可行的。更進一步，在實質方面，雖然依據當事人的舉證來釐清事實，與其他具有相同機能的方式均有助於認定因果關係，但是仍以當事人舉證對於事實釐清最有助益，也比較容易讓人理解。不過，從損害賠償額具有非訟的性格以及當事人的舉證有助於事實釐清的公平分擔觀點，在未到達法官心證證明標準情況下的舉證責任規範，尤其是兩造當事人真偽不明的情況，以比例來分擔損害賠償額應該是可以考慮的作法。

第五節 我國行政訴訟的證明標準

一、行政訴訟證明標準的細分

關於行政訴訟的證據須證明至何種程度，法院始能形成心證？向來有不同見解。有學者認為無須形成絕對的確信，只要達到「高度或然性」程度即可⁵⁴²，若遇有證據的緊急狀態（Beweisnotstand），以現有狀況下所能獲得的高度或然性為已足⁵⁴³；另有學者認為應採用與民事訴訟相同的「優勢證據」原則，亦即何方所提出的證據，較具說服力，法院即可據此判決該方勝訴⁵⁴⁴。學界此處所指的「高度或然性」與前述高雄高等行政法院 90 年度訴字第 1905 號判決所指「合理可信之程度」是否相同？又與民事訴訟法所採行的「優勢證據」標準是否一致？而此一標準是否可統一適用於行政訴訟當中？不無疑

⁵⁴² 參見吳庚著，同註 79，頁 76。

⁵⁴³ 證據緊急狀態指因非可歸責於當事人的原因，致其難於提出證據資料或即使法院也無從取得之謂。德國學者常舉申請庇護的外國人，對其處境或受迫害的事實為例。參見吳庚，同註 79，頁 76。

⁵⁴⁴ 參見李惠宗著，行政程序法要義，五南圖書出版股份有限公司，2003 年 9 月，初版二刷，頁 207。

問。

昔日我國舊行政訴訟法係採當事人提出主義，因此依行政法學通說認為，當事人就為裁判基礎的必要事實，不但負有主張責任，更須自行蒐集並提出於法院，如他方當事人對主張的事實有所爭執時，並應負主觀的舉證責任，亦即需提出證據供法院調查，以證明此項爭執事實的真象。若當事人未盡其主觀的舉證責任，法院即不能將此項有爭執的事實採為判決基礎，因而常導致該當事人敗訴的結果⁵⁴⁵。而我國於1998年10月28日修正公布的新行政訴訟法亦於第136條規定：「除本法有規定者外，民事訴訟法第二百七十七條之規定，於本節準用之。」似乎寓有採用與民事訴訟相同證明標準的意涵，即採用「優勢證據」的證明標準，但本文對這種觀點並不表贊同。蓋所謂優勢證據標準，是指一方當事人證據的證明力及其證明的案件事實比另一當事人更具有可能性而言，有稱之為「差別的蓋然性標準」⁵⁴⁶，通常存在於當事人雙方需各自主張並承擔舉證責任的訴訟模式裡。然我國現行行政訴訟法並不完全採行與民事訴訟法相同的立法例，在現行行政訴訟法第136條立法理由中就明白指出「．．．行政訴訟之種類增多，其舉證責任自應視其訴訟種類是否與公益有關而異．．．」等語，就與公益有關的訴訟類型而言，由於立法意旨在於保障人民權益、維護公益以及貫徹行政行為合法性的審查，所以採行職權調查主義，此部分顯然不能完全比照民事訴訟採用優勢證據的證明標準。

另外，行政訴訟的舉證責任亦有其特定性質，通說認為作為被告的行政機關恆有舉證責任⁵⁴⁷，行政訴訟實際上是對行政行為的一種判斷，所以訴訟的證明標準如何即與個別行政行為有密切關聯。由於行政訴訟案件類型具有特殊性和多樣性，其中部分案件甚至有民事訴訟的色彩，所以要將所有案件的證明標準統一實在有其技術上的困難，而且如此作法也可能因個案本質差異而導致不公平現象產生，所以本文認為統一採用「高度或然性」、「優勢證據」或「合理可信的程度」的證明標準均不科學，應根據行政行為的分類以確定多元的行政訴訟證明標準，茲分述如下：

⁵⁴⁵ 參見翁岳生主編，同註36，頁426。

⁵⁴⁶ 參見中國大陸學者馬懷德、劉東亮合著，行政訴訟證據問題研究，轉引自<http://www.jcrb.com/zyw/n6/cal2525.htm>，2003年12月11日查閱。

⁵⁴⁷ 法治國家的行政機關，依法行政是其法律義務，故行政機關必須擔保行政處分具有合法性，是以行政處分雖可推定其存續力（行政程序法第110條第3項），但訴訟上不應推定其合法，昔日以行政處分具有「公定力」而可推定行政處分具有合法性的觀念已有所改變。故人民對行政處分有所指摘時，應由行政機關對其合於法律義務狀態先行舉證。參見翁岳生主編，同註36，頁479。

1、不利行政處分：

由於這種處分將嚴重影響人民自由權、財產權及名譽權，其影響不可謂不大，所以應採用與刑事訴訟相同的「確信」或「排除合理懷疑」的證明標準，例如限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請或其他限制或禁止為一定行為的處分（限制或禁止行為的處分）；命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利的處分（剝奪或消滅資格、權利的處分）；公布姓名或名稱、公布照片或其他相類似的處分（影響名譽的處分）；警告、告誡、記點、記次、講習、輔導教育或其他相類似的處分（警告性處分）⁵⁴⁸等等。

2、經過聽證程序作出的行為：

行政程序法第107條規定，法規明文規定應舉行聽證及行政機關認為有舉行聽證的必要者，均應依法舉行聽證，若未舉行所形成的行政決定，屬違法的行政決定⁵⁴⁹。經過聽證程序的案件，在爭議進入訴訟前已經過辯論、質證等準訴訟程序，其證明標準也應達到「確信」、「排除合理懷疑」的程度。

3、授益行政行為：

乃授與確認權利或重大法律上利益的行政處分，例如獎學金的給予、准許商標註冊、公務員的任命等⁵⁵⁰。由於該行政機關的行為對相對人權利的影響係介於民事、刑事案件之間，因此應適用介於二者之間的證明標準，即採行清楚、明確、令人信服的明顯優勢證據標準。

4、行政機關採取即時性強制措施：

當遇有嚴重影響國家、集體或人民利益的行為發生，行政機關需採取緊急措施，對行為人的人身或財產予以限制，這是法律賦予某些特定行政機關的一種緊急處置權。由於即時性強制措施的主要特徵是具有緊迫性，對行政機關自然不能要求過高的證明標準，因此只需存在合理懷疑，就應當充分尊重行政機關的判斷⁵⁵¹。

5、非行政行為：

非行政行為訴訟係相對於行政行為訴訟而言，例如行政契約訴訟、事實行為訴訟及行政賠償訴訟等。其訴訟標的並非行政行為，而是行政行為所影

⁵⁴⁸ 參見 2003 年 7 月 9 日第 2847 次行政院會議通過的行政罰法草案第二條所規定的不利處分（該法業於 2005 年 1 月 14 日經立法院三讀通過）。

⁵⁴⁹ 參見李惠宗著，同註 119，頁 234。

⁵⁵⁰ 參見黃默夫著，行政法，新體系與問題研析，2001 年 9 月，頁 461。

⁵⁵¹ 參見馬懷德、劉東亮合著，同註 121。

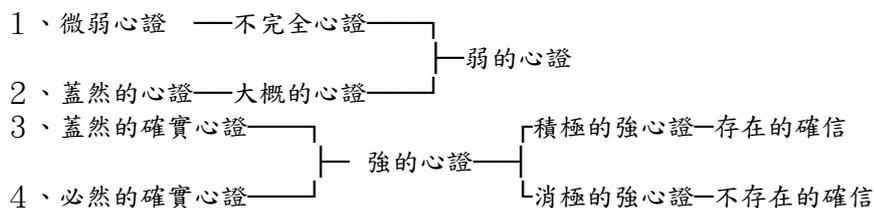
響的民事權益或其他權益，法院在審理非行政行為訴訟時不必完全拘泥於行政訴訟特殊的審理規則，可部分適用行政訴訟的規則，部分適用民事訴訟的規則。因此非行政行為訴訟類似於民事訴訟，其證明標準應採用民事訴訟的優勢證據標準⁵⁵²。

有關前開學者所稱「高度或然性⁵⁵³」，除定位為並非絕對的確信之外，並無其他更具體的說明，其究竟為何並不明確。不過參酌李學燈先生所著《證據法比較研究》一書當中所區分心證強弱的四個等級—微弱心證、蓋然的心證、蓋然的確實心證、必然的確實心證⁵⁵⁴，並參考日本學者中島弘道曾道：蓋然心證的程度是45%，蓋然的確實心證程度是75%以上等語⁵⁵⁵，本文認為所謂「高度或然性」應相當於「蓋然的確實心證」程度⁵⁵⁶，亦即英美學者所稱的「明顯優勢」的證明標準，並未達刑事訴訟要求的「確信」或「排除合理懷疑」的證明標準。至於前述高雄高等行政法院90年度訴字第1905號判決，係與推估所得額俾供稅捐機關作為核定所得稅有關，影響人民的自由權及財產權甚鉅，所以其內文所謂的「合理可信之程度」理應與「排除合理懷疑」的證明程度相當；且從「合理可信」的用語觀察，顯係參仿「排除合理懷疑」而來，故承審法官有意將兩者相提並論，而在該案當中採用與刑事訴訟相同的證明標準。準此可知，學者所稱「高度或然性」與高雄高等行政法院判決所指「合理可信的程度」並非相同的證明標準，「合理可信的程度」的證明程度明顯高於「高度或然性」的證明程度，亦即實務上對於證明標準

⁵⁵² 參見中國大陸學者薛剛凌、王霽霞合著，論行政訴訟制度的完善與發展—行政訴訟法修訂之構想，轉引自 <http://www.xingzhengfa.net/%C2%DB%D0%D0%D5%FE%CB%DF%CB%CF%D6%C6%B6%C8%B5%C4%CD%EA%C9%C6%D3%EB%B7%A2%D5%B9.htm>，2003年12月11日查閱。

⁵⁵³ 所謂「或然性」應與「蓋然性」相通，是一種可能而非必然性質。邏輯上理解為構成歸納結果或推理前提的內容，僅是一種具有一定程度或頻度的可能性。參見陳國輝與程春華合著，同註75。

⁵⁵⁴ 心證的強弱可大別為：



(參見李學燈著，同註5，頁392。)

⁵⁵⁵ 參見駱永家著，民事訴訟法I，1994年9月，修訂六版，頁162。

⁵⁵⁶ 論者有為以下之分級：真實確信的蓋然性是99.8%，度的蓋然性是75%，優勢的蓋然性是51%。參見吳東都著，同註12，頁46。

的要求是高於學者所稱的通說標準。而兩者在程度上雖有明顯差異，但彼等的證明程度均高於民事訴訟的「優勢證據」標準則是毋庸置疑。

綜上所述，國內就行政訴訟法的證明程度究竟應採何種標準，見解並未一致，有認為應採與民事訴訟相同的「優勢證據」標準，也有認為應採「高度或然性」標準，甚至有些學者根本未討論及此。而實務上探討的更是有限，不但有關法律座談會鮮少討論之外，就連各級法院所公布的判決書內也難以覓得芳蹤，這可能跟國內仍始終認為證明標準係屬於審判者內心衡量的標準難以客觀化，及判決書內既交代認定事實所憑的證據及理由、證據不採納的理由、得心證的理由等即已足夠有關。惟不論行政訴訟的類型及性質如何，一律適用相同的證明標準，恐怕會有前開所述不夠科學的弊端產生，這是一個值得深思的問題。

二、影響行政訴訟證明標準的因素

（一）中間性

如同前述，訴訟性質不同，證明標準也應當有所不同。如果把刑事訴訟證明標準和民事訴訟證明標準看作兩個極端，刑事訴訟要求最高，民事訴訟要求最低，行政訴訟的證明標準在整體上應當居於二者之間。不同的訴訟對當事人權利的影響各不相同。相較而言，行政訴訟對公共利益和個人利益的影響低於刑事訴訟，而高於民事訴訟。因此，行政訴訟的證明標準在整體上應當低於刑事訴訟而高於民事訴訟⁵⁵⁷。

（二）轉化性

行政訴訟與其他訴訟不同之處在於行政訴訟程序之前存在一先行的行政程序。由於在行政訴訟過程中，用來證明行政行為合法性的證據，通常情況下已為行政程序所使用，所以行政訴訟中的證據常具雙重性。而作為被告的行政機關，在行政訴訟中的證明任務之一便是證明自己在行政程序中作出具體行政行為時已達到應當達到的證明標準。因此，可以說行政訴訟的證明標準是從行政程序證明標準轉化而來。同一個標準，對行政機關來說是「證明」的標準，對法院來說是「審查」的標準。行政訴訟明標準的確定，必須考慮

⁵⁵⁷ 參見馬懷德、劉東亮合著，同註121。

行政程序的證明標準⁵⁵⁸。

（三）多元性

行政訴訟係一種以全面解決公法上的爭議為目的的法律制度，但須以行政訴訟解決的事件，其內容則呈現多樣狀態，行政法院為審理此等事件，自有必要將事件予以類型化，以期達到能夠大量且合目的性的審查。所謂訴訟類型，是將各種行政訴訟，依其請求並整理分析其共通性，而予以類型化而言⁵⁵⁹。由於不同的行政案件所涉及的法益大小及所適用的程序繁簡各不相同，所需證明的客體亦有差異，所以其要求的證明標準也就不一致。因此行政訴訟證明標準與行政程序證明標準存在著對應關係，行政訴訟證明標準自然也存在著多元面貌。

（四）寬鬆性

另外一種與證明標準有關者，乃證據能力的問題。在行政訴訟過程中，證據能力的嚴格程度遠不如刑事訴訟。基於法治國家的法理，「國家應守法」，人民縱有違法行為，國家的公權力主體亦不得「故意」以違反刑事法的方式（犯罪），對付人民的違法行為。所以有關證據能力的「證據排除法則」於行政程序法中原則上亦有適用。例如為追查企業逃漏稅，故為違法搜索帳冊或違法監聽，其所取得的證據，應否認其證據能力。惟如果人民以違反刑事法的方法（如竊盜）所取得的證據，交付行政機關使用，例如被非法解雇勞工，竊取其所屬公司逃漏稅的資料（內帳），交付稅捐稽徵處，此時稅捐處是否可直接使用該證據？實務上似無此種問題意識，但為貫徹「國家守法」的法治觀念，行政機關如明知該資料來源不合法，應拒絕直接使用，否則有鼓勵違法之嫌⁵⁶⁰。

然而，也基於法治國權力分立原理，行政機關就行政作為保有自主形成的權力，有行政性的形成空間⁵⁶¹，其中行政行為的適法性與否受到所謂判斷餘地⁵⁶²的保障⁵⁶³。行政訴訟當中的證據具有重疊特性，其第一次使用既是由行

⁵⁵⁸ 參見馬懷德、劉東亮合著，同註121。

⁵⁵⁹ 參見陳計男著，行政訴訟法釋論，2000年1月，頁155。

⁵⁶⁰ 參見李惠宗著，同註119，頁210。

⁵⁶¹ 參見陳敏等譯（Erich Eyermann 及 Ludwig Fröhler 原著），德國行政法院法逐條釋義，司法院，2002年10月，頁1313。

⁵⁶² 法院對於行政活動原則上應就事實面與法律面作全面性的審查，但於特定情況時則賦予行政機關判斷餘地（估測特權），並藉此要求法院只能審查行政機關是否遵守法定判斷的界限（規範的授權）。在判斷餘地範圍內，行政機關得以自由享有「最後決定權」。參

政官員依法定程序進行審查，理論上應尊重其行政專業及行政裁量權，承認該證據的合法性及可信性。況行政程序過程中，行政事件的認定有其公共利益的考量，自不能對於證據的蒐集給予太多限制，尤其是處於急迫情況或該證據是維護公益的唯一憑恃時，經尋求公益及私權的衡平考量後，也可採取較包容和尊重的態度去看待證據能力的問題，期能達到行政行為所欲保護的最高價值。因此，行政機關若非以「故意」、「違反刑事法」的方式，僅因「不知」而未以合法方式或工具，所取得的證據即不能認為無證據能力。例如道路交通警察以自國外先進國家進口（其標準嚴於我國之國家標準），但未經中央標準局檢驗合格的酒精測試器，測試汽車駕駛人的酒精濃度，只發生證明力的問題，而非證據能力的問題⁵⁶⁴。又交通警察未向交通部電信總局繳交「頻率使用費」即架設「雷達測速照相機」，以從事車輛超速的取締工作，僅屬以「行政不法」的方式取得證據，尚未至「刑事不法」，亦不發生欠缺證據能力的問題⁵⁶⁵。

基於上開說明，由於行政訴訟的性質特殊，行政訴訟證據合法性的認定並不如刑事訴訟嚴格，換言之，刑事訴訟所採用的「嚴格的證明」證明方法並不能完全適用在行政訴訟之上。然理論上，行政訴訟仍有「證據排除法則」的適用，只不過在非以「故意」、「違反刑事法」的方式取得的證據，基於判斷餘地及公益維護的尊重與考量，並不能認為無證據能力。行政訴訟在這種較具有寬鬆性格的證據法則運作下，其反射在證明標準的呈現上亦當然是具有多元面向，而且也是比較寬鬆為低的。

見 Erich Eyermann 及 Ludwig Fröhler 著，同註 136，頁 1307-1308。

⁵⁶³ 參見 Erich Eyermann 及 Ludwig Fröhler 著，同註 136，頁 1323。

⁵⁶⁴ 參見中國時報，2001 年 3 月 3 日，第三版，「北市停用 28 部無照測速照相機，但不退費」新聞。

⁵⁶⁵ 參見李惠宗著，同註 119，頁 210。

第六節 行政、刑事訴訟的證明標準二

元論

一 理論基礎探討

(一) 本質角度的探討

審判的目的與功能就是查明事實，正確的適用法律，實現公平正義的價值。案件事實作為法律適用之三段論邏輯模式的小前提，直接影響到案件處理的結果，有其重大意義。或有謂：認定事實必須有足夠且相關聯的證據證明；據以認定事實的證據必須經查證明確；證據與證據、證據與案件事實之間的矛盾必須獲得合理的排除；所得出的結論必須是唯一且排他的。亦即認定案件事實的證明必須達確信的程度，不管是民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟均無例外。然而，這樣整齊劃一的證明標準在理論上或是實務運作上是否可行，值得商榷。

由於法院所審理的事實係已經發生的社會現象，固然可以事後所蒐集到的證據來還原事實真象，但畢竟證據所呈現的僅是片段，或因時間久隔而使證據證明力消褪，均難以真實且鉅細靡遺的反應出事實經過，故案件事實的認定有其極限性，要求定案的事實絕對等同於客觀事實，有誇大人對世界的認識能力之嫌，不是務實的作法。且法院認定的事實並非指一般哲學意義上的客觀事實，而係指具有法律意義的事實，是能為證據證明的事實，其邏輯推理主要依靠的是概念或經驗演繹，本即存在模糊性和不周延性，尤其人際關係的認定涉及文化面而非技術面。再者，刑事訴訟涉及被告的人身自由、財產權甚至生存權，故立法者要求證據與事實之間必須符合嚴格的邏輯同一性，亦即具有必然性、排他性；民事訴訟主要涉及當事人的財產利益和身分權益，且民事訴訟當事人及其代理人蒐集證據的手段、能力受到諸多限制，故其證明標準只滿足於蓋然性，即指一種可能而非必然的性質；而行政訴訟法在法律性質上屬公法，行政訴訟既可能涉及當事人的自由權，又可能涉及當事人的直接財產權和間接財產權等各種財產權益和身分權益，故行政訴訟證明標準應與刑事訴訟不同。此外，訴訟追求的價值也不僅限於釐清絕對客

觀事實一端，更值得注意的是訴訟定爭止紛的功能。當訴訟案件對於紛爭解決的需求大於事實應絕對釐清的需求，且公平正義的價值也不是建立在所謂客觀事實的呈現之上時，則法院不必一味追求絕對真實的客觀事實，此際以公平合理的解決紛爭為考量即可。因為各種的訴訟進行有著不同的訴訟標的或價值考量，所以在訴訟制度的設計上，即須因應各種不同案件類型作修正或調整，這中間也包括證明標準的選定。故基於客觀事實的釐清有著實際上的困難，及各種訴訟類型均有其特定性質與目的等考量，採用不同的訴訟標準以決定各種審判類型的進行，應是符合公平原理及維持社會正義的必然選擇。

（二）法制角度的探討

英美法系國家依據不同的案件性質，在法制上建立起二元乃至多元的證明要求或標準，例如，刑事訴訟的證明標準採用「無合理懷疑」或「排除合理懷疑」法則，被告犯罪的證明須達「確切可信，足以排除一切合理的可疑」的程度；而民事訴訟的證明標準，則在兩造「本證」與「反證」的擺盪之間，就其「相當」與「可能性」為選擇與判斷，採用所謂的「優勢證據」法則⁵⁶⁶。在民事案件中，又依其性質不同區分為普通民事案件與特殊民事案件，分別規定不同的證明標準，從而在證明標準上呈現多樣化的趨勢⁵⁶⁷。在大陸法系國家，不同的案件也採用不同的證明標準。例如，法國拉斯大百科全書即認為「刑事原告的责任較民事原告為重。」另外，依德國的判例顯示，至少在某些案件中，民事訴訟中的證明要求是低於刑事訴訟，如在交通事故、產品責任、醫療糾紛、環境污染等訴訟中，德國最高法院為減輕原告舉證上的困難，採用「表見證明」的辦法⁵⁶⁸。而日本刑事訴訟中，由於案件事實內部性質的不同，證明大致上亦分為三個層次：確信、證據優先、疏明。不同的案件有不同的證明標準，在此可見一斑⁵⁶⁹。

不管是英美法系國家或是大陸法系國家，也不管是刑事訴訟或民事訴訟，證明標準始終因為個別訴訟種類的差異性，致法院在個案的審理上會有不同證明標準的運用，已是時勢所趨，當然在行政訴訟上更有其本質上的需要，這不單是行政訴訟與刑事訴訟或民事訴訟有所不同而已，即使是同樣的行政訴訟類型，其個別案件之間也經常潛藏著在證明程度上的差異。

⁵⁶⁶ 參見林世宗著，同註9，頁69。

⁵⁶⁷ 參見李浩著，民事舉證責任研究，中國政法大學出版社，1993年版，頁219。

⁵⁶⁸ 參見大陸學者王聖揚著，同註48。

⁵⁶⁹ 參見前開有關日本證明程度的說明（石井一正著，同註40，頁323-324）。

二、行政訴訟及刑事訴訟的證明標準不同之原因

世界各國對於訴訟案件的受理皆採用多元制，亦即刑事案件由刑事法院審判，民事案件由民事法院審判，而行政案件則視其法制分由民事法院⁵⁷⁰或行政法院審判，各有不同。不同案件由不同法院受理，除有司法分工制度的考量之外，最重要的是訴訟體制上的差異。由於各種訴訟類型有其本質上（如刑事訴訟是懲奸罰惡的程序，民事訴訟是解決當事人私權上糾紛的機制）或訴訟制度上採行的差別（如刑事訴訟採職權主義，民事訴訟採當事人主義），不但處於上位概念的審判權限有差異，其位於下階的證據及證明力等也勢必有所不同。由於證明標準與證據評價、自由心證及舉證制度等運作息息相關，已如前述，因此證明標準也必須隨著案件性質、訴訟目的、訴訟制度等因素的變化作不同的區隔。

（一）訴訟性質不同

行政訴訟與刑事訴訟在本質上有著根本性的差異，亦即刑事訴訟在解決被告是否構成犯罪，及因犯罪應受到何種刑罰的問題；而行政訴訟則是一套法院在解決公法上爭議的司法程序機制，其所涉及者為人民的自由、權利及在公法上的權益。從釐清人民權利、義務的角度觀察，行政訴訟與民事訴訟的性質較為接近。由於行政訴訟與刑事訴訟二者有著性質上的差異，所以彼等所適用的原理原則即多所不同，其反應在具體的制度上也大異其趣，主要表現在：

1、訴訟程序啟動與否不同：

行政訴訟有處分權主義的適用，起訴與否完全掌握在當事人手中，訴訟進行中，除少數限制外⁵⁷¹，亦可由當事人決定是否繼續進行訴訟。但刑事訴訟則實行「公訴為主，自訴為輔」的起訴制度，在我國，除自訴案件外，凡符合法律規定的起訴條件者，檢察機關不得濫用自由裁量權，必須將被告提

⁵⁷⁰ 美國並無行政訴訟法，也無行政法院，對於行政處分的司法監督與民事訴訟同其程序，歸普通法院管轄。參見法治斌、段重民合著，美國法律論壇，幼獅文化事業公司，1975年12月，頁144。

⁵⁷¹ 我國行政訴訟法規定，被告若已為本案的言詞辯論者，撤回訴訟應經被告的同意；若行政訴訟具有公益性質，則不許當事人撤回（參見行政訴訟法第113條第1項、第114條第1項）。

起公訴，否則被害人可依法聲請再議對其形成一定的制約關係（刑事訴訟法第 256 條第 1 項），以督促檢察機關提起公訴或由被害人轉為自訴。雖公訴與自訴均可撤回起訴，但公訴案件的撤回必須於第一審辯論終結前，且以發見有應不起訴或以不起訴為適當的情形者為前提，並應提出撤回書敘述理由（刑事訴訟法第 269 條），條件不得不謂嚴苛；自訴案件的撤回除應於第一審辯論終結前外，並以告訴或請求乃論之罪為限（刑事訴訟法第 325 條第 1 項），均較行政訴訟可撤回的範圍為窄。

2、兩造當事人在訴訟中的地位不同：

在行政訴訟中，不管是原告或被告均處於完全平等的地位，縱使其中一造或二造為行政機關，二者所享有對等的訴訟權利並無不同⁵⁷²。然在刑事公訴案件中，作為追訴者的檢察機關擁有極大的公權力，只要符合法定條件，檢察機關即可對被告發動、實行可限制甚至剝奪人身自由的各種強制措施，而被告僅能在辯護人的協助之下處於消極的防禦地位。

3、法院在訴訟中的職權調查強度不同：

在我國，行政訴訟的類型很多，以當事人的相互關係而言，大致可分為行政機關與行政機關之間，行政機關與人民之間二大類；以訴訟標的的分類而言，可分為因行政契約、行政處分、單規命令合法性爭議涉訟等類型；另以訴訟型態而言，又可分為給付訴訟、確認訴訟、撤銷訴訟等。此外，在行政訴訟法的規定當中，立法者亦將訴訟屬性區分為一般行政訴訟（行政訴訟法第 5-8 條）、維護公益訴訟（行政訴訟法第 9 條）、選舉罷免訴訟（行政訴訟法第 10 條）等三種，其中後二者被界定為具有高度公益色彩的訴訟，而第一者縱然附有矯正行政機關違法性行為的意義，但原則上仍屬私人權益的保護，並非純然基於公共利益的考量⁵⁷³。依我國行政訴訟法規定，限於撤銷訴訟或與維護公益有關者，法院始依職權調查證據，其餘則準用民事訴訟法的規定（行政訴訟法第 133 條、136 條）。惟刑事訴訟則不然，原則上所有的刑事案件均與維護治安的社會公益有關，所以任何案件，只要為發見真實，法院即得依職權調查證據；甚至於為維護公平正義或與被告的利益有重大關係事項，法院更應依職權調查之（刑事訴訟法第 163 條）。足見兩者在訴訟中的職權調查強度是不同的。

4、其他制度亦不盡相同：

行政訴訟中，有選定當事人（行政訴訟法第 29 條）、共同訴訟（行政訴

⁵⁷² 在撤銷訴訟當中，作為被告的行政機關固有較大的公權力，但其公權力的行使與訴訟的進行無直接關聯，並不致影響當事人間的平等關係。

⁵⁷³ 參見翁岳生主編，同註 36，頁 396。

訟法第 39 條)、訴訟參加(行政訴訟法第 41、42 條)、和解(行政訴訟法第 219 條)等制度,但刑事訴訟並無之。雖然某些告訴乃論的刑事案件,可因和解後由告訴人撤回刑事告訴,致法院喪失訴權而為不受理判決,但該和解為體制外的行為,與法院最後的處理結果不必然有絕對關聯。換言之,刑事訴訟不會因告訴人與被告和解而當然消失,這與行政訴訟法規定和解後有終結訴訟程序的法律效果是不同的(行政訴訟法第 222 條準用民事訴訟法第 380 條)。

從上可知,由於訴訟性質的不同,行政訴訟與刑事訴訟實行的訴訟原則和具體制度迥然有異,因而二者實行相同的證明標準在學理上是有問題的。

(二) 訴訟目的不同

刑事訴訟的基本目的在懲奸除惡、打擊犯罪並保障人權,惟其判決結果,將嚴重影響人身自由、財產權,甚至於是生命權。所以無論是從懲罰犯罪的目的出發,或是基於保障人權的考量,都應要求案件事實的認定應達確實可信的程度。畢竟維護社會治安的正義價值具有濃厚公益性,而人權復為現代民主國家追求的最高價值,兩者同屬高位階利益,其反射在可能剝奪上開人民基本權的訴訟活動當中,即應相對呈現最高規格、最嚴格的要求才能相稱合。

行政訴訟則係解決行政事件的爭議以確定公法上權利義務關係的程序,易言之,行政訴訟是以解決因行政事件所衍生的糾紛並確定公法上權利義務關係為目的。此種目的或與民事訴訟在解決民事事件紛爭確定私法上權利義務有所不同,但兩者均具有解決紛爭並定法律上的權利及義務的功能則無差異。在訴訟告一段落後,裁判結果確定並發生一定效力,當事人之間的實體權利及義務即進入相對確定的狀態,除特殊情況外,當事人不得以原事由再行提起訴訟,所以兩者均具有解決紛爭、保障當事人權益的功能。如同學者所言:「兩者(按指行政訴訟與民事訴訟)除在『高層次』之私法與公法的屬性不同,以及管轄之法院有別外,可謂頗為近似,尤其在行政訴訟增設確認訴訟及一般給付訴訟,以及訴訟進行之程序以民事訴訟為模仿對象後,兩者更形接近。」⁵⁷⁴說明行政訴訟與民事訴訟是系出同源,同質性頗高,尤其在法律關係的確認及財產或非財產上的給付,兩者功能可謂幾無二致。既稱行政訴訟與民事訴訟性質接近,那就意味著行政訴訟與刑事訴訟性質迥異,不能相提並論。行政訴訟與刑事訴訟除裁判結果將影響的權益內涵及範圍有所

⁵⁷⁴ 參見吳庚著,同註 79,頁 4。

不同外，行政訴訟也因強調解決紛爭的目的，讓舉證責任的功能相對彰顯，尤其是客觀的舉證責任一即在事實處於真偽不明狀態時，主張該事實的當事人因舉證不力所承擔不利訴訟結果的責任，這種不利的訴訟結果將使當事人所主張的實體法權利無法獲得法院的確認與保護。舉證責任制度的強化，代表證明標準的設定是有較大的彈性空間。其實證明標準的高低是與舉證者的舉證能力有絕對關聯，舉證能力強者其證明標準的設定應比較高，舉證能力弱者，基於公平法院及武器平等原則，證明的要求就不應過於嚴苛。例如在刑事法院當中，負責舉證的檢察官擁有強大的公權力，其舉證能力強，所以應負擔較重的舉證責任，證明標準的門檻相對為高；至於行政訴訟，因屬人民與行政機關之間的抗制，其證明標準的高低取決於舉證責任分配結果，由人民舉證者，其舉證能力弱，基於公平的考量，應給予較低的證明標準；反之，舉證責任在行政機關的話，則應課以較高的證明要求，蓋因其有較強的舉證能力，要求較高的證明標準反而是一種公平的表現。所以，這也是本文認為行政訴訟應視其案件性質採取不同證明標準的原因。

由此可見，不同的訴訟目的影響著訴訟證明標準的高低。一般而言，比較強調正義目的者，就會在某種程度上偏重高標準的證明設定，因為它往往是以懲罰來滿足正義價值的追求，為保障人民權益必須有較高的證明標準，例如刑事案件即是，但某些涉及行政處分的行政案件也屬之；而強調公平目的者，則是希望紛爭能公平解決，所以著重在程序上的平等地位，但又考慮當事人有舉證不力的可能，導致毫無止境的爭訟，遂在程序上強化當事人的舉證責任，不能舉證或舉證後事實仍處於真偽不明狀態，舉證者即應承擔不利的結果，讓紛爭早日落幕或獲得解決，所以當事人所提出的證據原則上以作優勢與否的比較即可，不力求絕對客觀事實的呈現，如民事案件的審理。然行政案件的性質特殊，雖說是追求程序上的平等，但因為對抗的一方常是擁有龐大公權力的行政機關，造成「小蝦米對抗大鯨魚」的不合理現象，所以有必要揉合實質性的平等在其間，以舉證能力的強弱來決定證明標準的高低。因此，僅在因行政行為影響民事權益或其他私權的行政案件才有優勢證據原則的適用，否則仍應比照刑事訴訟採用較高的證明標準。本文認為，不同訴訟目的確實左右證明標準的適用。

（三）推定的運用不同

推定係指在缺乏證據直接證明特定事實時，根據某些合理的因素和情況，判定該事實存在的機制。在刑事訴訟中，根據推定的效果分為無罪推定與有罪推定兩種。在保障人權及實現現代文明的意義上，有罪推定顯然是

合潮流的，無法為世界各國所認同，所以絕大多數國家均實行所謂的「無罪推定原則」。在我國，除「無罪推定原則」外，幾無其他運用推定的法理來進行訴訟程序者。

惟行政訴訟程序則不然，在法例上參考民事訴訟，引進相當多的推定法理，包括法律上推定及事實上推定。然不管是法律上推定及事實上推定，其作用即在使舉證責任倒轉，減輕原本須負責之當事人的舉證責任。例如所得稅法第83條：「稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；其未提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。前項帳簿、文據，應由納稅義務人依稽徵機關規定時間，送交調查；其因特殊情形，經納稅義務人申請，或稽徵機關認有必要，得派員就地調查。納稅義務人已依規定辦理結算申報，但於稽徵機關進行調查時，通知提示有關各種證明所得額之帳簿、文據而未依限期提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準核定其所得額；嗣後如經調查另行發現課稅資料，仍應依法辦理。」本條即所謂的「推計課稅」的推定，為單純推定的規定，基本上是在規範課稅要件及法律效果。當作為課稅要件的所得額不明時，在以納稅義務人違反提示有關各種證明所得額的帳簿、文據的協力義務的前提下，得「依查得之資料或同業利潤標準所計算出之所得額，核定為其所得額。」此「推計課稅」的規定，是一種「推定」⁵⁷⁵。

在行政訴訟中，推定被應用得相當廣泛，這不僅是因採用嚴格的推定，案件事實透過經驗法則及論理法則的運作仍可精準判斷，而且實行推定也有利於訴訟經濟，同時可以緩解某些事實證明上的困難，兼顧迅速解決紛爭的目的。另外，推定（按指法律上推定或事實上推定）往往與舉證責任有關，蓋推定運用的結果原則上會產生舉證責任轉換的效果，在當事人之間形成訴訟利益調整的變化，而舉證責任的轉換又往往與證明標準的降低有異曲同工的關聯（參閱本章第三節），同樣可減輕當事人的舉證承擔。依照「同一理由，同一權利」（*Ubi eadem est ratio jus*）的古法諺⁵⁷⁶，相同背景應有相同效果的法理，行政訴訟與廣泛採用推定法理的民事訴訟性質接近，其採用的證明標準亦應與民事訴訟相關聯；反之，刑事訴訟除無罪推定外，原則上不採用推定法理⁵⁷⁷，則其證明標準的適用，應與行政訴訟不同。一般而言，在承

⁵⁷⁵ 參見吳東都著，同註12，頁28-30。

⁵⁷⁶ 參見鄭玉波著，法諺（一），1986年6月，再版，頁27。

⁵⁷⁷ 我國刑事法雖無推定法理，但日本公害處罰法有推定規定。參見平野龍一等著，注解特別刑法第3卷公害編，昭和60年11月20日，初版一刷，頁71；陳運財著，同註23，頁476。

認推定的訴訟制度中，其證明標準較低，也較具有彈性，可因應不同類型的訴訟內容作靈活調整；反之，不採用推定法理者，其證明標準通常較為穩定，可一以貫之，適用於各種內容訴訟的類型。

（四）職權調查主義的影響

職權主義乃當事人主義的相對概念。就刑事訴訟制度而言，美、日從當事人主義，我循大陸法系之例，從職權主義（但近年來改採改良式當事人主義）。惟我民事訴訟，則又從當事人主義。當事人主義的要義，在於：1、就訴訟標的而言，採處分權主義；2、就訴訟資料而言，採辯論主義（當事人提出主義）；3、就訴訟程序而言，採當事人進行主義。而職權主義的要義，則在於：1、就訴訟標的而言，採干涉主義；2、就訴訟資料而言，採職權調查主義（職權探知主義）；3、就訴訟程序而言，採職權進行主義⁵⁷⁸。

所謂職權調查主義係指法院對於涉及裁判的重要事實關係，得自行確定，不受當事人聲明或主張的拘束，縱令當事人未提出的訴訟資料，法院亦得依職權調查之⁵⁷⁹，所以採職權調查主義者，當事人間並無所謂的主張責任及證據提出責任。而職權調查主義的意涵，主要指法院負有澄清義務的調查原則，亦即在訴訟進行中，承認法院有職權調查的權限，且為發現真實的目的，在所謂公平正義及有利被告的範圍內，法院本於職權負有查明事實真象的澄清義務⁵⁸⁰，因此職權調查主義也經常伴隨所謂的實質的真實發現主義⁵⁸¹，其目標便在查明事實真象以維護公共利益，將所謂的客觀真實呈現出來。通常在這種目的驅使下，縱使當事人有所陳述、主張或聲明調查證據，法院亦不受拘束，以免法院的真實發現受制於當事人的行為。因此，採用職權調查主義者，其應查明的事實係往「絕對真實」的方向無限延伸，證明標準設定在最高位置乃理所當然。

職權主義與當事人主義過去所採取技術方法及其調和社會與個人利益所置重之點雖有不同，但於發現真實的規範目的，彼此之間並無差異，所以兩者在訴訟程序及證據法則即有漸為相互借鏡並融合的趨勢。亦即，職權主義雖以法院主動調查證據為主要內容，但基於真象愈辯愈明，所以也能接受當

⁵⁷⁸ 參見林朝榮著，同註 31，頁 51。

⁵⁷⁹ 參見陳計男著，同註 134，頁 339。

⁵⁸⁰ 參見林鈺雄著，同註 3，頁 70-71。

⁵⁸¹ 相對於形式的真實發現主義，有謂我國民事訴訟法採形式的真實發現主義，刑事訴訟法則採實質的真實發現主義。參見曹偉修著，民事訴訟法釋論（上），1972 年 8 月再版，頁 23；陳樸生著，刑事訴訟法實務，1994 年 9 月，九版，頁 7-8。

事人積極參與訴訟程序並為證據調查的聲明；而辯論主義的法制，雖以當事人的自由立證為主，然亦有認不宜漫無限制任由訴訟延滯，為達解決紛爭的目的，法院應隨時為必要的干預。由於行政訴訟性質特殊，其證明標準究竟如何，應以是否採用職權調查主義為判斷基準。撤銷訴訟或與公益有關者均採職權調查主義，法院有查明真象的義務，所以其證明標準應比照刑事訴訟採用較高的證明標準；而其餘訴訟類型，則偏重糾紛的解決，應參考民事訴訟或採「明顯優勢證據」，或採「優勢證據」的證明標準。

第七節 我國行政訴訟及刑事訴訟的證明標準

我國刑事訴訟中的定罪，以及民事、行政訴訟中對被告法律責任的確定，都需要承擔舉證責任的一方，將案件事實證明到某種程度始稱完足，然這種完足的證明標準究竟為何？有學者認為我國現行法律並未規定審理事實者衡量證據證明力產生心證的標準⁵⁸²，亦有學者認為我國僅在民事訴訟法當中有證明與釋明的區分，除此之外別無相關證明標準的規定及實例⁵⁸³。然我國是否真如前述學者所言並無證明標準的規定或實例？則有商榷的空間。

我國刑事訴訟法第155條第1項規定：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」及同法第422條第2、3款規定：「有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，有左列情形之一者，為受判決人之不利益，得聲請再審：．．．二、受無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者。三、受免訴或不受理之判決，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因者。」依本文見解，其中所規定的「確信」、「確實」等用語即是證明標準的規定⁵⁸⁴，而證明程度應達確信的高度蓋然性。另外，關於上開法律規定的「確信」一詞，實務

⁵⁸² 如周叔厚著，同註7，頁174-175。

⁵⁸³ 如李學燈著，同註5，頁390。

⁵⁸⁴ 參見前開法務部所屬檢察機關法律問題研究座談會（法務部發文字號：法檢字第0920803509號發文日期：民國92年8月19日，臺灣南投地方法院檢察署法律問題提案，資料來源：法務部公報第311期頁147-149）。

上亦以類似英美法所稱「排除合理懷疑」的概念替代，最高法院76年度臺上字第4986號判例：「認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法。」即是適例。而學者則更一步闡明，所謂「不容有合理性之懷疑存在之餘地」的心證，美、日刑事訴訟法學者雖有各種論說，但均未能對此種微妙的心理為周延的說明，惟「道德性之確信」(moral certainty)一說較能為一般人所接受，亦即法官依其良心確實認為被告有罪才符「確信」的真諦⁵⁸⁵。

我國行政訴訟法第200條固然規定：「行政法院對於人民依第五條規定請求應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，應為左列方式之裁判：．．．三、原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判令行政機關作成原告所申請內容之行政處分。四、原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」其中所稱的「事證明確」、「事證尚未臻明確」是否為證明標準？不無疑問。有認為該用語僅是判定是否已達判決成熟度(Spruchreife)的基準，基本上係針對原告對行政處分的作成是否擁有請求權一事而言⁵⁸⁶；亦有認為所謂「事證明確」係指已達可為裁判的程度⁵⁸⁷。基本上，前述見解均認為事證明確與否，僅是作為判別可否逕為裁判的基準，而非本文所謂的證明標準。換言之，所謂「事證明確」、「事證尚未臻明確」並非行政訴訟中判斷當事人是否完成舉證責任，法院可據以決定訴訟結果的標準。

我國民事、行政訴訟雖無關於證明標準的明文規定，然在實務上則分別承認證明標準的存在，例如最高法院18年上字第209號民事判例：「認定事實應憑證據，至法院採為認定事實之證據，必於訟爭事實有相當之證明力者而後可．．．」指出當事人雖有證據提出，但提出的證據若未達相當的證明力，即不能獲得勝訴判決的結果，可認為是證明標準的一種論述，惟其標準如何並未見具體化，仍流於空泛；另高雄高等行政法院90年度訴字第1905號判決：「．．．故稅捐稽徵機關核課稅捐，須具備稅法所規定之一定要件者，始有

⁵⁸⁵ 參見黃東熊著，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，1989年4月，四版，頁375。

⁵⁸⁶ 參見翁岳生主編，同註36，頁574。

⁵⁸⁷ 參見吳庚著，同註79，頁195。

課稅處分之權能，其欲主張稅法所規定之法律效果者，即應就該規定之要件，負舉證責任。查營利事業所得稅，係就營利事業年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之所得淨額計徵之，故交易所得之事實，係屬課稅要件，稅捐稽徵機關為課徵所得稅，即應就納稅義務人之交易所得資料負舉證之責。按稅捐稽徵機關若能自納稅義務人之帳冊憑證中直接獲取充分課稅資料，以從事交易事項之逐項核對時，固容易正確核算課稅所得額，達成實額課稅之目的。惟若於帳冊憑證記載不正確、不完全或全部、一部未能提示時，欲採用上開直接舉證方法，洵屬窒礙難行，為確保課稅之公正、公平，維護國家稅收及實現量能課稅原則，不得已始認允稅捐稽徵機關得以間接所得資料推算所得額課徵所得稅，我國所得稅法第八十三條第一項、第七十九條即屬上開間接證明推計課稅方法之明文規定。職故，所得稅法關於推計課稅之規定，係為發現客觀真實、減輕稅捐稽徵機關證明程度所設，其旨非謂容許稽徵機關得以恣意或臆測之方法認定所得，對於推計之方法與結果之合理性，稽徵機關仍應予以證明。故稅捐稽徵機關因納稅義務人未盡其提出課稅所得資料之協力義務，而欲按所得稅法第八十三條第一項規定依查得資料或同業利率標準推估其所得額時，舉凡查得資料之正確性、推計方法之妥當性與適切性、推論過程合乎一般經驗及論理法則，均應被證明已達合理可信之程度，始得謂稽徵機關業盡其舉證之責。．．．」亦明確指出當事人（稅捐機關）有舉證責任，且應證明到「合理可信」的程度，始謂業盡其舉證之責，其有證明標準的存在已不言而喻。

另外臺灣臺北地方法院87年度簡上字第98號民事判決亦指出：「．．．刑事訴訟之目的在於發現實體之真實，民事訴訟的目的在於解決紛爭，並保護當事人的私權。因此兩者法院舉證責任分配法則以及心證程度並不相同。前者，法院必須要得到『不容有合理性的懷疑』的確切心證，方可認定其犯罪事實。但後者只要收得『證據之優勢』，已經足使法院取得蓋然性的心證。而所謂心證，乃指審理事實之人因證據作用而引起之傾向，此種傾向，有程度之不同，傾向程度較大者，心證較強，傾向程度較小者，心證較弱。證據之證明力，依證據價值之大小而定，如有相反之證據，則由本證之積極的證據加之總和，扣除反證之消極證據力之總和，其所剩之力，可稱為『全證據力之決算量』，審理事實者之心證，乃依『決算量』（按並非所謂之『數』量）之大小而定其強弱，是依言詞辯論終結時，如決算量獲得極強的確實心證時，如為積極的確實心證，則要證事實，將可受肯定之判斷，如為消極的確實心證，則將可受否定之判斷，如屬微弱心證以下的心證，亦應予否定之。又心證已達於蓋然的心證時，在民事則可基於事實之概然性，多可符合真實

之經驗，亦可肯定待證事實之存在，在刑事則因刑事有罪判決，對於人之生命、身體、自由等關係重大，一經誤判，則將殃及無辜，則須否定之。是在民事事件，解除舉證責任（按民事訴訟人當事人主張常伴隨舉證責任，而舉證責任之所在，亦通常為敗訴之所在），即須有證據之優勢；刑事案件，證明被告犯罪，須無合理懷疑；即公訴人或原告所提出被告犯罪之證據，須達於英美法上所稱良知之確信，足以排除一切合理之懷疑。由上可知民事之證明程度較諸刑事為輕。又民事事件上，證據之證明力，較為強大，更為可信者，即足以使審理事實之人對於爭執之事實認定其存在，更勝於不存在，即達到前開蓋然的心證，即為所稱之優勢證據，或所謂之優勢證據主義亦係指此。是在具體案件審理中，若兩造所主張之事實及提出之證據，經衡量後對『待證事實』可達到前開所稱蓋然之心證時，法院即應為信該當事人所主張之事實為真。」更進一步說明證據的證明力，係依證據價值的大小定之，如有反證，則以本證所產生的積極證明力加計量扣除反證所產生消極證明力加計量，所得即稱為「全證據力之決算量」，審判者的心證乃依「決算量」（按並非所謂的「數」量）的大小定其強弱。在民事案件當中因事實的蓋然性已可符合真實的經驗，故可以肯定待證事實的存在；然在刑事案件當中則因關係人的生命、身體、自由等重大事項，故要求較高，須有高度蓋然性才可加以認定。換言之，民、刑事的證明標準是有所不同，刑事採「不容有合理性的懷疑」的證明程度，民事則採「證據的優勢」的證明程度，民事的證明程度較諸刑事為輕。

由以上說明可知，目前我國訴訟法上的證明標準並未全面規範，僅於刑事訴訟法上有較明確的規定，而民事及行政訴訟案件則僅停留在司法解釋階段，且多屬下級審法院的見解，尚缺如法律、大法官會議解釋或最高法院等較有拘束力的法規範，以長遠的眼光而言，為避免法官因審查標準寬嚴不一而有裁判歧異的現象發生，似乎有將各種訴訟證明標準明文化的必要。

第八節 以行政罰為前提的刑事不法

訴訟之證明標準—代本章結論

本文題旨所示的刑罰類型包含在行政刑罰之內，又行政刑罰在本質上屬於廣義刑事罰的一種，已為前述。因此，本題旨所示的刑罰仍有如罪刑法定

主義、禁止類推適用及溯及既往等刑法法理的適用，訴訟上並應依刑事訴訟法所規定程序進行，有關罪疑惟輕、無罪推定原則、被告緘默權等法理，在本題旨所示的刑罰當中仍有適用的餘地。基此可知，違反本文所探討的不法規定者應視為一般刑事案件，其訴訟的進行也毫無疑問應採用刑事訴訟程序，證明標準也應當比照刑事訴訟採用最高的證明程度，亦即「確信」或「排除合理懷疑」標準。

另從行政不法的角度觀察，行政罰為行政處分的一種，其處分結果將影響人民自由權、財產權及名譽權，法律效果與刑事罰相當；且若因行政處分的違法致生損害於人民的權利或法律上利益等情形而於行政法院涉訟，因屬撤銷訴訟的類型，依行政訴訟法第 125、133 條的規定，應採行職權調查主義。詳言之，當事人在行政訴訟程序當中既無主張責任，也沒有證據提出責任；對於訴訟標的採干涉主義、程序進行依職權進行主義、訴訟資料與裁判的形成採職權調查主義；而舉證責任也只剩實質的舉證責任，形式的舉證責任已然消失，沒有推定法理的適用；並因訴訟性質具有高度的公益色彩，正義價值在追求法律秩序之前提下被突顯出來，事實真象的追求遠大於紛爭的解決，法院介入的色彩濃厚，不受當事人主張聲明所拘束等等，均符合行政訴訟當中應採用最高層級證明標準的特徵，故從行政不法的角度觀察，本文認為其證明標準也應比照刑事訴訟，採用最高標準，即「確信」或「排除合理懷疑」標準，並無優勢證據或其他證明標準適用的餘地。

不管是從刑事不法的角度，或是從行政不法的角度而言，本題旨所示之刑事訴訟類型皆應採用最高標準的證明程度，要無疑義。但值得一提的是，在本題旨所示之刑事不法訴訟當中，行政機關的行政罰為刑事處罰的前提，在前提要件事實未進入刑事法院審理之前，固然由行政機關依職權調查證據（行政程序法第 36 條），其行政程序中係採「優勢證據」的證明標準⁵⁸⁸，惟進入刑事訴訟程序之後，其原來在行政程序當中所採用的證明標準是否會重新受到檢視，必須基於訴訟一體原則，比照刑事訴訟的要求，將原來「優勢證據」的證明標準，提升到「確信」或「排除合理懷疑」標準，即成為一個問題。不過，此問題其實與刑事法院能否審查行政處分有關，如同本文第四章所探討者，我國實務通說認為，除非係顯而易見且具有重大瑕疵的無效行政處分，否則刑事法院僅能就行政處分為形式上的審查，在此情形下，前開問題所提及行政程序的證明標準必須重新受到檢視，並將原來的證明標準，提升到刑事訴訟所要求的最高標準的爭議即不存在；但如依本文研究得出的

⁵⁸⁸ 參見李惠宗著，同註 119，初版二刷，頁 207。

結論而言，本題旨所示作為前提要件的行政罰，係具有積極性的不利行政處分，本屬該種犯罪類型可罰性的依據，在理論上，刑事法院對之審查較具正當性，以人權保障的理由來排拒避免判決矛盾、維持法秩序的一致性、公定力等原則的適用，也比較有說服力，故本文認為可對之為實質審查，不受拘束。從而，當以行政罰為前提的刑事不法案件進入刑事訴訟程序後，其行政罰的原因事實在行政程序當中所採用的證明標準即需重新檢討，應比照刑事訴訟的要求，將原來「優勢證據」的證明標準，提升到「確信」或「排除合理懷疑」標準，俾符法制。

另如同本章引言所述，當該等訴訟案件涉及公共行政、環保衛生、金融秩序、消費者權益等公共議題時，可否因為其性質上不易舉證，為維護公共利益，即准許調降證明標準讓案件容易成罪，以減輕檢察官的舉證責任？就此，本文曾在第五章有關舉證責任部分，敘及許多涉及公共議題的訴訟案件，目前也逐漸有擴大推定及舉證責任轉換適用的趨勢，例如德國聯邦最高法院就曾以判例的形式，就民法無明文規定的醫療損害、交通事故的損害、商品瑕疵的損害以及公害的損害等事件，承認應由加害人負舉證責任；日本公害處罰法第5條則更一步將具有舉證責任轉換效果的推定法理適用在刑事訴訟當中，以減少檢察官舉證責任的負擔。以上舉證責任轉換或推定的設計，無非就是要解決上開舉證不易的問題。然如同前述，證明標準與舉證責任兩者息息相關，證明標準與舉證責任同具有調節當事人舉證負擔的輕重、法官心證形成的難易程度等功能，所以證明標準有時可取代舉證責任，扮演訴訟當中決定輸贏的關鍵角色。因此，同樣的問題也在證明標準部分被突顯出來。

關於以上問題，本文先從證明標準的基本概念加以探討。如同前述，證明標準最引人注意的就是其具有無形性、模糊性、主觀性等特徵，由於以上特徵，證明標準被定位為抽象且不易確定的法律概念，因此如果一個抽象且難以確定的法律概念，可任由執法者個人依憑主觀的認知自由調整，不但會造成執法者專擅，且將讓被訴的當事人無法依照一般案件的證明標準，就最終的判決結果作合理的預期，這將嚴重侵害到當事人的信賴保護原則，不啻與違反罪刑法定主義沒有兩樣。而證明標準本即有多元化的特性，不同訴訟採用不同的證明標準，如果刑事訴訟降低原有的證明標準，改採本應適用於民事訴訟或部分行政訴訟所採用屬於較低的「高度蓋然性」，甚至於「優勢證據」的證明標準，是否會破壞訴訟體制的本質？也值得觀察。另外，證明標準也具有階層性，按刑事訴訟採單一證明標準制，亦即所有案件原則上均採用最高層級之「確信」或「排除合理懷疑」的證明標準，若可因某種特殊的行政上考量，即容許改採較低的證明標準，任由法官創設諸多例外，是否會

造成「同一訴訟、雙重標準」的疑慮，而有違公平正義原則？又法院審理當中的證明標準若允許降低，則會不會造成法院審判的證明標準與檢察官起訴的證明標準相同，甚至於低於起訴證明標準的窘境？非無疑問。

次者，從比較層面觀察，證明標準僅是單純且靜態的作為度量尺度，在案件受理之初即固定成型，與證明力是隨著證據調查程序的進行而改變並沒有固定型態不同，若在同一種訴訟類型當中允許證明標準作不同的調整，豈非與證明力游移的特性並無不同，而引發觀念上的混淆？甲案採A標準，乙案採B標準，毫無章法，此將紊亂證明法則的體系，令人無所適從。況且刑事訴訟最基本的原則就是「無罪推定原則」，任何類型的刑事案件均無例外，證明標準是決定「無罪推定原則」適用與否的關鍵及門檻，在證明標準之上為有罪認定的區域，證明標準之下為「無罪推定原則」的範疇，兩者關係密切。所以在「無罪推定原則」的制約下，刑事訴訟的證明標準幾無調降的空間，否則將破壞與「無罪推定原則」的和諧關係。

另為解決不合理的舉證負擔問題，維護訴訟的公平合理原則，在案件性質特殊、證明困境、證明妨礙等情況下，學說或立法例固然承認證明標準可作某種程度的調降以為因應，但以上學說及立法例均係針對民事訴訟及部分的行政訴訟而來，且由於刑事訴訟的職權調查色彩仍然濃厚，所以目前並無任何學說或立法例支持刑事訴訟有以上法理的適用，故上開減輕證明標準的本質亦與刑事訴訟不符，難以相互移用。

此外，在本題旨所示的刑事犯罪，固然兼有行政不法的內涵，但其可否採用行政訴訟的證明標準，也可從刑事訴訟與行政訴訟二元論的觀點來觀察。由於刑事訴訟涉及被告的人身自由、財產權甚至生存權，故立法者要求證據與事實之間必須具有必然性、排他性；而行政訴訟法在法律性質上屬於公法，行政訴訟既可能涉及當事人的自由權，又可能涉及當事人的直接財產權和間接財產權等各種財產權益和身分權益，故行政訴訟證明標準應與刑事訴訟不同。再者，就訴訟目的而言，刑事訴訟比較強調正義目的，應在某種程度上偏重高標準的證明設定；而行政案件的性質特殊，雖說是追求程序上的平等，但因為對抗的一方常是擁有龐大公權力的行政機關，造成「小蝦米對抗大鯨魚」的不合理現象，所以有必要揉合實質性的平等在其間，以舉證能力的強弱來決定證明標準的高低，因此，僅在因行政行為影響民事權益或其他私權的行政案件當中，才有優勢證據原則的適用，否則仍應比照刑事訴訟採用較高的證明標準。

本章復探討有關證明標準客觀化的問題，由於證明標準純係法官主觀的認知，內容空洞缺乏客觀的合理性，且要合理的評論及掌握法官心理形成的

程度並不可能，所以近年來，日本跟隨德國的腳步，開始研究證明標準客觀化的可行性，運用或然率的概念來說明證明標準，使證明的理論客觀化。但研究結果顯示，客觀的數值所擁有的意義可能因為不能充分理解致導出錯誤的結論，像美國有名的克林斯（People v. Collins）案就是一個或然率證明誤用的典型案例，所以這個理論仍有再檢討改進的空間。在日本，另有將疫學的證明運用在舉證困難的現代型訴訟上，固然經實證檢驗後獲得一定的成效，但所謂疫學的證明，僅是作為集團性的疾病和發生原因之間的因果關係判斷，為事實認定的問題，與證明標準作為法律性的衡量尺度畢竟是有所不同。故要以客觀化的證明標準解決涉及公共行政、環保衛生、金融秩序、消費者權益等公共議題的刑事案件時，目前恐怕仍有一段路要走。

基於上開說明，刑事訴訟進行中所採用的證明標準，不管是從基本概念、比較層面、訴訟體質層面或二元論的觀點，均不適宜作調降處理，縱然有因案件性質特異，或因偶有證明困境、證明妨礙，致使訴訟的一方負有過重的舉證責任而產生不合理的現象，仍不受影響。畢竟，刑事案件與人民的人身自由、財產權，甚至於是生存權的剝奪有關，基於保障人權是現代法治國家追求的最高價值應優先考量的立場，並不適合以降低證明標準的方式改變成罪的難易程度。當然如此作法可能讓行政刑法立法的目的不易達成，無法遏止行政犯罪，導致像內政、教育、經濟、交通、衛生福利、農業、勞動、環保等公共安全問題日益惡化，但這純然是價值取捨的問題。本文認為不能以特定的行政目的為由，犧牲人民在法律之前的訴訟平等權及各項保護人權原則的適用，既然現代許多公安問題（如環境污染問題）係科技文明所造成，當然科技也能解決檢察官舉證困難的問題，例如利用本文前章所指出的通聯記錄、電波追蹤、高空照相、望遠鏡、熱顯像儀、全球衛星定位系統、行動電話遠端監控、紅外線感應通報器、遠距離追蹤器、無線電追蹤器、替換光源掃描器（ALS, Alternate Light Source）等高科技產物，或者遴聘有關的專門技術人員或高科技人才協助調查，增加檢察官的蒐證能力，皆可解決犯罪偵防的問題，因此以舉證困難為由，主張應降低證明標準達到公共利益維護的目的並不具說服力。

第七章 結論

本文所探討以行政罰為前提的刑事不法，為我國近年來因行政法規蓬勃發展之後的產物，目前在實務上所發生的個案有逐漸增多的趨勢，在本文第一章所提出的三件實例即是實務上發生的典型案例。茲因此種犯罪性質較為特殊，在刑事不法中包含行政不法的內涵，使兩種本來截然不同的不法態樣結合在一起，而成為一種特異且極具研究價值的犯罪類型。另其特別的結合關係，除影響到實體面的犯罪本質之外，在學理的探討上，也可能連帶影響到程序面的運作，故本文俱將之作為研究重點。茲綜合前開所探討的各項問題，於此作一總結及評論，以為心得。

一、以行政罰為前提的刑事不法之屬性分析

從立法論及解釋論的角度觀察，此種不法行為雖以行政不法為前提，但卻是以刑罰為手段，且係附屬於行政法的刑罰，並非單純行政秩序的違反，故應歸類於刑事不法的範疇。另從行政不法與刑事不法的區別理論而言，現今區別理論已不再侷限於是否具有社會倫理道德的非難性作為唯一的判別基準，隨著法學研究的發達，諸如對社會法益的侵害性、發生的頻率與數量、制裁手段的輕重、人權保障的重視與否、目的達成的考量、程序經濟的效果等等，也逐漸成為決定其屬性的準繩或考慮因素。況所謂社會倫理道德的非難性絕非一成不變，應該隨著社會道德觀感的轉變而賦予時代意義，立法者既將之刑罰化，必然認為該違犯行為具有一定的可責性或非難性，此種可責性或非難性的社會現象經過一段時間的道德醞釀及發酵後，也可能因社會化而變成國民道德的一部分，如刑法第 189 條之 2 阻塞逃生通道罪、第 190 條之 1 投放毒物罪等原來僅是附屬於行政法的刑罰規定，現已提昇直接規定於主刑法當中而具有相當道德化，即是適例。故以特定的立法形式作為判斷是否具有道德非難性的依據，顯然欠缺「情事變更」的法理思考，其實從某種角度觀察，法律可能是倫理道德形成的指標。所以，將以行政罰為前提之刑事不法定位為刑事犯而非行政犯，不但論理較為周延，且符合現代法學的思潮。

二、以行政罰為前提的刑事立法在法治國原則下的檢視

本題旨所示之刑事犯罪，係以行政罰為前提，當前提要件成就時才待以刑罰，其有循序漸進的比例效果，將輕罰置於前面，俟輕罰未能達到遏止目的時，始動用重罰，因此符合「刑罰最後手段性」原則。另本犯罪型態依產生危害的程度分別課以一年至數年不等的法定刑，其中造成他人死亡者，其刑度更提高到無期徒刑的刑度，例如水污染防治法第 34 條、空氣污染防治法第 46 條，符合一般生命、身體為最高保護價值的思想；而金融、經濟方面的行政刑罰，更特別加重其罰金刑度，例如公平交易法第 35、36 條之罰金刑即高達 1 億及 5 千萬元，對於金融犯罪不得不謂有一定程度的嚇阻效果，以行政刑罰立法的意旨在於追求行政目的達成的角度而言，其所課以的刑罰手段，與欲達成的目的及所需處罰的程度相較，似乎無違禁止過度原則。

然就其他法治國原則的檢視而言，則仍有可予檢討改進的空間。首先，本刑罰類型具有一定程度的行政從屬性，將難以避免構成要件從屬的問題產生，亦即犯罪的成立，取決於行政法規指示或空白構成要件的填補，並不罪刑法定原則的貫徹，有違法治國刑事政策的疑慮。另本刑罰類型除有以加重結果犯作為區別的型態之外，亦有以實害結果發生作為客觀性處罰條件者，但由於該處罰條件並非傳統的加重結果要件，不以犯罪的故意、過失為必要，故較一般刑法典容易成罪，與罪責原則背道而馳，並非允當。又本犯罪類型多不以具體實害為要件，固有其立法背景的考量，但其將處罰的門檻降低到危險犯的層次，尤其是抽象危險犯，直接將危險責任以抽象尚未達實害的行為作為處罰的依據，對於人權的保護未免過於輕率，似乎與必要性原則有違，亦即為達成目的所採行的手段過於嚴厲，也有檢討的必要。再本章所探討以行政罰為前提的刑事犯罪，其違犯型態多以再度違反相同行政管制措施，或不遵守、不遵從行政機關所為的行政處分為主，故較無規範不明確的問題，但其他犯罪類型則常有不確定法律概念的構成要件，例如國家公園法第 25 條所規定「情節重大」及臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 79-3 條所規定「情節嚴重」等，均非明確，有害法治國刑事政策的落實，亦應檢討。此外，在本文所探討之以行政罰為前提的刑事犯罪裡，也有權力分立的問題。若刑事法院不能審查行政機關所為的行政處分，則將無法實踐基於憲法獨立審判及刑事裁判完整性的權力，若可審查，則又有權力分立的衝突產生。再者，以國家人格統一性而言，法院就先決問題所為的判斷，與行政機關的判斷不同時，則國家意思即不免產生歧異，惟倘若以國家人格的統一性為慮，勢必推論出所有行政行為絕對不受司法審查的結論，如此即與法治國的原則背道而馳。

綜上，本題旨所示的犯罪類型，固然係經立法院三讀通過，取得人民以

間接的方式授與權力的正當性，但仍有一些無法通過法治國原則驗證的情形，此非法治國家的常態，值得大家深思。

三、我國行政處分拘束法院問題的檢討

我國學界、實務界對此問題，採用日本公定力學說者仍屬多數，但對於各種訴訟種類可否一體適用，卻未見精緻化分析，因此造成民事、刑事及行政訴訟等不同領域雖同採公定力說，但對內涵的解釋卻各說各話、毫無交集的窘境發生。本文第四章所引臺灣高等法院暨所屬法院在1999年法律座談會刑事類提案第55號法律問題的結論，雖較最高法院52年臺上字第694號民事判例意旨所採行「適法性之推定」說為寬鬆，放大法院就行政處分得以審查的範圍，但僅將審查範圍限定在「形式上審查」上，顯然未將人權保障列為最優先考量的因素，則頗令人感到惋惜。蓋保障人權是法治國最基本的價值與精神，在刑事訴訟程序當中尤應特別受到重視，若裁判矛盾預防、權力分立原則等價值與之相衝突，即應有所節制或讓步，以突顯保障人權基本價值的重要性。故為能正確運用，即有必要針對不同訴訟類型的特性，作一適性合理的分析，方可兼顧各種法治國原則的貫徹執行。

近年來我國雖將這個問題的解決明文化，例如行政程序法第110條明白揭示除無效的行政處分外，只要具備一切形式要件的行政處分，在未經有權機關撤銷、廢止，或未因其他事由而失效之前，其效力繼續存在，顯示出公定力最重要的元素—「適法性推定」；另行政訴訟法第12條亦規定行政處分是否無效或違法，應依行政爭訟程序確定之，而有所謂「撤銷訴訟專屬管轄」的概念隱含其中。二法規的結合，已將公定力的意涵完全呈現，但比照日本公定力的理論，前述「適法性推定」係實體法公定力說的元素，而「撤銷訴訟專屬管轄」則是程序法公定力說的元素，兩者融合在一起似乎是有些扞格不入。且行政訴訟法第12條規定未依屬性將民事、刑事訴訟區隔而一體適用，由行政法院決定行政處分的適法性，亦忽略刑事程序特別重視人權保障的特殊性，似有不妥。

四、刑事法院審查行政處分問題的探討

本文以行政處分的各種偏差態樣作為分類，逐一探討其與刑事法院審查行政處分的關係。(一)在無效的行政處分類型上，本文及德國見解均傾向認同刑事法院擁有無效行政處分的審查權，刑事法院可自行認定行政處分無

效，不受無效行政處分的拘束，以符合現代法治國保護人民基本人權的精神。

(二) 在違法的授益處分類型上，德國學說認為授益處分的相對人因信賴行政機關所為的行政處分，其縱有侵害到行政法益的情事，仍應依據客觀阻卻違法或依據禁止錯誤來處理，認定該相對人之行為不罰，顯然認為行政處分具有公定力，因而否定刑事法院對於行政處分有審查權存在。至於相對人係以詐欺、強制、賄賂或藉著與行政主管機關的其他秘密勾結行為而獲得授益行政處分時，德國通說及本文見解均認為行為人係利用不正方法取得，刑事法院例外地不受行政處分拘束，可直接就許可處分為無效性審查。(三) 在違法不利行政處分的類型上，又可分消極型與積極型的違法不利行政處分，就前者而言，本文及德國通說見解採否定說，亦即該行政處分仍具有公定力，刑事法院應受其拘束，不得加以審查；就後者而言，本文見解認為積極型的違法不利行政處分即為犯罪構成要件本身，若該行政處分有違法情事，刑事法院自不受行政處分的拘束，可自行認定行政處分是否適法，以保障人權。

刑事法院可否就以上偏差的行政處分為審查，雖分別有不同論述過程，但貫穿其間的中心觀點無非係人民信賴保護、法秩序一致性及保障人權等原則的取捨而已。然而在刑事案件的審理上，人權保護的觀點尤應特別強調，一遇有人民自由、權利的保護，與判決矛盾的預防、法秩序一致性的維護及公定力等價值相衝突時，後者即應退讓，讓人權保障的價值被突顯出來。況本文所探討之以行政罰為前提要件的刑事不法，行政罰僅係預備規範，具備初步審查的功能，而刑事罰則立於補充的地位，對於行政罰有複審的功能，其認定事實不同，就如同第二審法院撤銷第一審法院的判決、第三審法院撤銷第二審法院的判決一般，符合救濟的精神並無不妥。所以刑事法院在此情形下，應具有事實認定的最後權限。德國的學說固然也以行政處分的偏差態樣作區分標準，但其論述過程則始終以人權保護的觀點為核心，與我國實務上採「適法性之推定」說或「形式上審查」說，偏離人權觀點的思考不同，是一個值得借鏡的地方。

五、以行政罰為前提的刑事不法訴訟之舉證責任

本文所探討之以行政罰為前提的刑事不法類型，固然與行政法有密切關聯，但因屬對於人民人身自由、財產權甚至於生存權為剝奪的懲罰，在性質上即與刑法相同，且因其具有行政法規範的特色，故本文將之歸類為行政刑法。因此，其有刑法總則，及罪刑法定主義、禁止類推適用等刑法法理的適用。至於訴訟程序部分，因本題旨所示之刑事不法屬犯罪處罰的性質，自當

依刑事訴訟法所規定的程序進行，從而與刑事訴訟法有關的法理如罪疑惟輕、無罪推定原則、被告緘默權等，在本題旨所示之訴訟程序當中仍有適用的餘地。故可知違反本題旨所示之行政刑法者，即應視為一般刑事案件，採用刑事訴訟程序進行審理，其舉證責任也自當適用刑事訴訟法的規定由檢察官負擔。

在本題旨所示之刑事不法訴訟當中，行政機關的行政罰為刑事處罰的前提，在前提要件事實未進入刑事法院審理之前，固然由行政機關依職權調查證據，但進入刑事訴訟程序之後，提出證據的責任即轉由檢察官承擔，就證據提出的角度而言，行政機關與檢察官之間形成一種類似接棒或接力的關係。不過此種接棒或接力的關係，在法院審理當中也可能變成聯合的關係，最終形成行政機關與檢察官聯手舉證來攻擊被告的怪異現象，似乎有違武器平等原則，這在我國刑事訴訟制度朝向當事人主義的發展，無疑是一種絆腳石。

六、刑事訴訟可否融入行政訴訟的舉證責任概念

本題旨所探討之犯罪類型，縱然有刑事包藏行政的性質存在，但從其訴訟制度的比較可以發現，欲將行政訴訟的舉證責任概念，套用在刑事訴訟制度之上，恐怕是方枘圓鑿，無法相容。況以現行的體制而言，行政訴訟從原來當事人主義漸朝職權主義的方向發展，而刑事訴訟則恰恰相反，從原來職權主義改為目前的改良式當事人主義，更見兩者整合在一起的可能性是微乎其微，縱使技術層面上的問題可以克服，然勉強整合的結果，將是嚴重破壞二者的價值體系，其代價不可謂不大。因此，以訴訟體質的角度觀察，本文所探討之訴訟類型，應無舉證責任混用的空間。

另由於違反行政刑法案件多與公共行政、環保衛生、金融秩序、消費者權益等公共議題有關，該等案件本有舉證不易的問題，為維護公共利益，雖然外國立法例目前有逐漸擴大推定及舉證責任轉換適用的趨勢，但本文以為，刑事被告應承擔的舉證責任絕不可建立在檢察官舉證困難的基礎之上，蓋現代新型的犯罪固然有其難以舉證之處，惟犯罪的科技進步，同樣地打擊犯罪的工具及技術也應相對提昇，例如運用通聯記錄、電波追蹤、高空照相等高科技產物，或遴聘各種高科技人才協助調查，皆可解決犯罪偵防的問題，因此以舉證困難為由，主張被告應承擔舉證責任並不具說服力。另被告因舉證責任轉換的結果，不管是邏輯性轉換或者是法定性轉換（推定），須承擔一定程度的舉證責任，必然係基於上開所言舉證責任的本質推論而來，亦即從

當事人主義或職權主義的角度、形式或實質的舉證責任的角度去思索答案，而非受一定的目的性思考所左右，因為如果任由執法者依據個別目的恣意決定舉證責任的分配跟轉換，除容易造成舉證責任理論的體系架構紊亂外，而且也容易造成執法者的專擅，絕非舉證責任理論的本旨。

七、以行政罰為前提的刑事不法訴訟之證明標準

從刑事不法的角度觀察，本題旨所示的犯罪類型，應適用刑事訴訟法所規定的訴訟程序，業如前述，故其證明標準自應採用最高的證明程度，亦即「確信」或「排除合理懷疑」標準，殆無疑義。另從行政不法的角度觀察，行政罰為行政處分的一種，其處分結果將影響人民自由權、財產權及名譽權，法律效果與刑事罰相當，依刑事訴訟的證明標準來要求，應屬合理。且若因行政處分的違法致生損害於人民的權利或法律上利益等情形而於行政法院涉訟，因屬撤銷訴訟的類型，依行政訴訟法第125、133條的規定，應採行職權調查主義。詳言之，當事人在行政訴訟程序當中既無主張責任，也沒有證據提出責任；對於訴訟標的採干涉主義、程序進行依職權進行主義、訴訟資料與裁判的形成採職權調查主義；而舉證責任也只剩實質的舉證責任，形式的舉證責任已然消褪，沒有推定法理的適用；並因訴訟性質具有高度的公益色彩，正義價值在追求法律秩序的前提下被突顯出來，事實真象的追求遠大於紛爭的解決，法院介入的色彩濃厚，不受當事人主張聲明所拘束等等，均符合行政訴訟當中應採用最高層級證明標準的特徵，故從行政不法的角度觀察，本文認為其證明標準也應比照刑事訴訟，採用最高標準，即「確信」或「排除合理懷疑」標準，並無優勢證據或其他證明標準適用的餘地。

八、行政罰進入刑事訴訟審查前後其證明標準的變化

在本題旨所示之訴訟當中，行政機關的行政罰為刑事處罰的前提，在前提要件事實未進入刑事法院審理之前，固然由行政機關依職權調查證據，其行政程序中係採「優勢證據」的證明標準，惟進入刑事訴訟程序之後，其原來在行政程序當中所採用的證明標準是否會重新受到檢視，而將原來「優勢證據」的證明標準，提升到「確信」或「排除合理懷疑」標準，即成問題。此問題其實與刑事法院能否審查行政處分有關，如同本文第四章所探討者，我國實務通說認為，除非係顯而易見且具有重大瑕疵的無效行政處分，否則刑事法院僅能就行政處分為形式上的審查，在此情形下，前開問題所提及行

政程序的證明標準必須重新受到檢視，並將原來的證明標準，提升到刑事訴訟所要求的最高標準的爭議即不存在；但如依本文第四章研究得出的結論而言，本題旨所示作為前提要件的行政罰，係具有積極性的不利行政處分，本屬該種犯罪類型可罰性的依據，在理論上，刑事法院對之審查較具正當性，以人權保障的理由來排拒避免判決矛盾、維持法秩序的一致性、公定力等原則的適用，也比較有說服力，故本文認為可對之為實質審查，不受原行政處分效力所拘束。從而，當以行政罰為前提的刑事案件進入刑事訴訟程序後，其有關行政罰原因事實的認定在行政程序當中所採用的證明標準即需重新檢視，應比照刑事訴訟的要求，將原來「優勢證據」的證明標準，提升到「確信」或「排除合理懷疑」標準，俾符法制。

九、刑事訴訟的證明標準可否降低

由於證明標準具有無形性、模糊性、主觀性等特徵，若可任由執法者個人依憑主觀的認知自由調整，不但會造成執法者專擅，且將讓被訴的當事人無法依照一般案件的證明標準，就最終的判決結果作合理的預期，這將嚴重侵害到當事人的信賴保護原則，與違反罪刑法定主義沒有兩樣；證明標準亦具有多元化的特性，不同訴訟採用不同的證明標準，如果刑事訴訟降低原有的證明標準，改採本應適用於民事訴訟或部分行政訴訟之屬於較低的證明標準，將破壞訴訟體制的本質；另證明標準具有階層性，若可因某種特殊的行政上考量，即容許改採較低的證明標準，任由法官創設諸多例外，也將造成雙重標準而有違公平正義原則，且如此作法可能造成法院審判的證明標準與檢察官起訴的證明標準相同，甚至於低於起訴證明標準的窘境。

另從比較層面觀察，證明標準僅是單純且靜態的衡量尺度，若在同一種訴訟類型當中允許證明標準作不同的調整，豈非與具浮動性質的證明力相同而引發觀念上的混淆？況刑事訴訟最基本的原則就是「無罪推定原則」，任何類型的刑事案件均無例外，證明標準是決定「無罪推定原則」適用與否的關鍵及門檻，在證明標準之上為有罪認定的區域，證明標準之下為「無罪推定原則」的範疇，兩者關係密切，若允許證明標準調降，將破壞與「無罪推定原則」的和諧關係。

刑事訴訟進行中所採用的證明標準，依其性質並不適宜作調降處理，縱然有因案件性質特異，或因偶有證明困境、證明妨礙，致使訴訟的一方負有過重的舉證責任而產生不合理的現象，仍不受影響。畢竟，刑事案件與人民的人身自由、財產權，甚至於生存權的剝奪有關，基於保障人權是現代法治

國家追求的最高價值應優先考量的立場，並不適合以降低證明標準的方式改變成罪的難易程度。當然如此作法可能讓行政刑法的立法目的不易達成，無法遏止具有行政屬性的犯罪，導致像內政、教育、經濟、交通、衛生福利、農業、勞動、環保等公共安全問題日益惡化。但本文認為這純然是價值取捨的問題，不能以特定的行政目的為由，犧牲人民在法律之前的訴訟平等權及各項保護人權原則的適用，既然現代許多公安問題（如環境污染問題）係科技文明所造成，當然科技也能解決檢察官舉證困難的問題，例如利用本文前開所指出的通聯記錄、電波追蹤、高空照相等高科技產物，或者遴聘有關的專門技術人員或高科技人才協助調查，增加檢察官的蒐證能力，皆可解決犯罪偵防的問題，因此以舉證困難為由，主張應降低證明標準達到公共利益維護的目的，並不具說服力。

