行政罰法中刑事優先原則爭議問題之研究——以德國法制之比較分析為中心

The Research on the Issues of Criminal Priority Principle of the Administrative Penalty Act: Focusing on Comparison and Analysis of German Legal Scheme

陳信安

Hsing-An Chen

摘　要

對於行政罰法第 26 條及第 32 條等規定，行政法院實務見解均認為其內含有所謂刑事優先原則之要求。依行政法院相關裁判見解，可知該等原則在程序法方面所彰顯者，乃是行政機關唯有在刑事程序因該法第 32 條第 2 項所定情形而終結後，方得對該同時違反行政法上義務規定之同一行為裁處罰鍰；反向而言，即係行政機關在該等刑事程序尚未終結前，不得先行該同一行為裁處罰鍰，否則即屬違法而得撤銷之。然而，此等裁判見解往往導致行政機關陷於無法及時追究違反行政法上義務規定之行為之窘境，同時並可能衍生例如罰金明顯輕於罰鍰等爭議問題。有鑑於此，本文乃以台南地方法院行政訴訟庭 107 年簡字第 71 號，以及高雄高等行政法院 107 年訴字第 505 號等二則判決所涉及之法律爭議，以及裁判見解為基礎，分析在刑事優先原則下是否容許有例外之可能。此外，本文並將由比較法之觀點，探究德國秩序違反罰法相關規定之規範內容與所形構之處理機制，進而反思我國法制，並嘗試對行政機關所面臨之困境提出可能之解決途徑。

關鍵詞：

行政罰法、刑事優先原則、德國秩序違反罰法、刑事不法、行政不法

Abstract

The judgements of the Administrative Court generally consider that regulations stipulated in Article 26 and Article 32 of the Administrative Penalty Act encompass the Criminal Priority Principle. Based on the relevant judgements of the Administrative Court, the manifestation of this principle in procedural law is as follows: If an act simultaneously constitutes a criminal offense and a breach of duty under administrative law, administrative agencies are able to impose administrative fines for the breach of duty under administrative law only after the criminal procedures for the same act have ended due to the conditions stated in Paragraph 2, Article 32 of the Administrative Penalty Act. Conversely, administrative agencies shall not impose administrative fines for an act of the aforementioned type before the completion of criminal procedures; otherwise, the imposed fines could be revoked on the grounds of illegal practice. However, the aforementioned judgements typically place the administrate agencies in the predicament of being unable to hold the relevant individual for the breach of duty under administrative law in a timely manner. In addition, these judgements may result in controversial problems such as the imposed fine being substantially smaller than the imposed administrative fine. Accordingly, the current study analyzed the possibility of exceptions under the criminal priority principle. Legal controversies and judgements for two cases - namely 2018 Jian Zhi No. 71 Judgement of Administrative Litigation Division of Tainan District Court and 2018 Shu Zhi No. 505 Judgement of Kaohsiung High Administrative Court - were used as bases of the analysis. From the perspective of comparative law, the researchers also examined the procedural mechanism shaped by the contents stipulated in the relevant regulations of Germany's Act on Regulatory Offences, reflected on Taiwan's legislation, and proposed

possible solutions for the problem faced by the respective administrative agencies.

Keywords:
Administrative Penalty Act, Criminal Priority Principle, Germany's Act on Regulatory Offences, Criminal Illegality, Administrative Illegality

行政罰法中刑事優先原則爭議問題之研究——以德國法制之比較分析為中心

陳信安*

目 次

壹、由兩則判決談起

一、臺灣臺南地方法院行政訴訟庭 107 年簡字第 71 號判決

二、高雄高等行政法院 107 年訴字第 505 號判決

三、問題之提出

貳、刑事優先原則下之刑事處罰優先與例外容許性

一、刑事優先原則下之規範結構

（一）行政罰法第 26 條規定

（二）行政罰法第 32 條規定

二、刑事優先原則下之例外容許性？

（一）刑事不法與行政不法之區別

（二）刑事優先原則之例外——德國法之觀察

（三）裁判歧異之問題？

參、刑事優先原則下之刑事程序優先？

一、德國法制之觀察

（一）1952 年版秩序違反罰法之程序規定及其缺陷

投稿日期：109.04.14 審稿日期：A. 109.06.10 B. 109.05.13 B. 109.07.09 接受刊登日期：109.09.25
責任校對：陳有光

* 德國敏斯特大學法學博士，國立中興大學法律學系專任副教授，hsinganchen@nchu.edu.tw（Ph.D. in Law, University of Muenster, Associate Professor, Department of Law, National Chung Hsing University, hsinganchen@nchu.edu.tw）。感謝兩位審查人對本文內容之斧正，使本文作者受益良多，部分問題因礙於研究主題之聚焦，僅能另文處理。另外，本文原以「行政罰法第 26 條刑事優先原則下行政機關之執行困境」為題而發表於 2019 年 12 月 13 日由台南市政府所主辦之「2019 臺南市政府行政法學與科技趨勢法制研討會」。在此亦一併感謝該次研討會之主持人時任台南市政府法制處代理處長尤天厚先生，以及兩位與談人國立中正大學法律學系劉建宏教授及陳韋利律師對本文內容之評析與建議。

（二）修法後現行秩序違反罰法之罰鍰裁處程序規定
二、我國法制之省思
（一）嚴格區分檢察機關與行政機關之權限所生問題
（二）行政機關之移送義務與接續處理問題
（三）以「案件」或「一行為涉及刑事部分」作為移送對象之問題
（四）已裁處罰鍰處分之處理問題
肆、結論

壹、由兩則判決談起

一、臺灣臺南地方法院行政訴訟庭 107 年簡字第 71 號判決

A 為台南市某私立幼兒園之幼教助理教師，經民眾檢舉其對就讀於該幼兒園之幼童有不當對待之情事，經台南市政府派員至該園查核並檢視相關監視錄影帶畫面，發現 A 分別於 2018 年 1 月 23 日、2 月 7 日、2 月 8 日，以及 2 月 9 日中有徒手對不同兒童為拉腳、推身、抓臂，以及抵額等行為，經請 A 陳述意見後，以 A 為幼教助理教師，卻未提供兒童適切之生活照顧及教育，而施以粗暴及強迫式對待兒童為由，認為已該當行為時之兒童及少年福利與權益保障法（以下稱行為時之兒少法）第 49 條第 15 款所定之不正當行為，乃依同法第 97 條規定，裁處 A 新台幣（以下同）6 萬元之罰鍰。A 不服該等裁罰處分，於經向行政院衛生福利部提起訴願未果後，以台南市政府為被告機關，向管轄之臺南地方法院行政訴訟庭提起撤銷訴訟[1]。

在該撤銷訴訟中，A 所提出而與本文所欲探究之問題相關之主張，乃係以行政罰法第 26 條規定為依據，而認為其行為既已涉及刑事責任，並已進入刑事司法調查階段，則被告機關在未先行確認是否存在有該條第 1 項但書及第 2 項等規定之情況下，即以 A 違反前述行為時之兒少法第 49 條第 15 款規定為由對其裁處罰鍰，即屬違法。對此，被告機關台南市政府則是以 A 所涉及之刑法傷害罪，以及其據以裁罰之兒少法二法之規範目的並不相同，故而應無一事二罰之情形，亦與行政罰法第 26 條第 1 項規定無涉予以反駁。

而在判決理由部分，承審之臺南地方法院行政訴訟庭可說是贊同 A 之主張。其首先係以行政罰法第 26 條第 1 項規定及其立法理由，以及臺灣高等法院 97 年度交抗字第 481 號判決為依據，認為該條規定

[1] 本案事實之詳細說明，參閱臺灣臺南地方法院 107 年簡字第 71 號行政判決。

係為「避免對同一違反刑事法律及行政法上義務規定之行為為雙重處罰所制定」。繼之乃以前述 A 對於兒童所為之行為已經家長提起傷害之刑事告訴，並正由檢察官偵辦中為由，認為被告機關未先行確認本件是否有行政罰法第 26 條第 1 項但書及第 2 項規定所定之情事，即逕以 A 違反兒少法第 49 條第 15 款規定遽為罰鍰之裁處，乃於法未合，從而撤銷該裁罰處分及訴願決定。

二、高雄高等行政法院 107 年訴字第 505 號判決

除上述情形外，台南市政府家庭暴力暨性侵害防治中心於 2018 年 3 月 15 日依通報查核該幼兒園之監視錄影帶畫面，再次發現 A 又曾分別於 2018 年 1 月 30 日及 2 月 13 日午休時間出現對於兒童係屬不正當之行為，台南市政府乃依行為時之兒少法第 49 條第 15 款規定及第 97 條規定對其裁處 6 萬元之罰鍰並公布姓名。A 不服該等裁罰處分，於向行政院衛生福利部提起訴願未果後，再次以台南市政府為被告機關，向高雄高等行政法院提起撤銷訴訟[2]。

在該訴訟中，A 除主張其所被指謫之行為非屬行為時之兒少法第 49 條第 15 款規定所定之不正當行為外，乃再次主張該等被指謫之行為既已由檢察官偵辦中，則依行政罰法第 26 條第 2 項及第 32 條第 2 項等規定可知，被告機關在刑事程序尚未終結前並無事務管轄權限。也因此，其認為被告機關在其是否應受刑罰制裁仍未有定論之前，即對其裁處罰鍰及公布姓名等行政罰，即屬違反事物管轄權所作成之行政處分，依行政程序法第 111 條第 6 款規定應屬無效。

而在法院判決理由部分，則與前述臺南地方法院行政訴訟庭之判決見解相近，認為由文義及體系解釋，乃至於立法理由等觀點而論，罰鍰處分並無行政罰法第 26 條第 1 項但書規定所定例外情形之適用，毋

[2] 本案事實之詳細說明，參閱高雄高等行政法院 107 年訴字第 505 號判決。

寧仍須回歸適用該條項本文之規定，亦即如依刑事法律對行為人科處刑罰即可達成制裁之行政目的，再無必要就同一行為另行裁處罰鍰。此外，該判決並依行政罰法第 26 條第 2 項及第 32 條等規定而認為，在一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之情形中，該行為之刑事訴追或審判程序之終局結果為何，將直接影響行政機關得否對該行為裁處罰鍰。換言之，在刑事程序確定終結前，因無法判斷是否符合行政罰法第 26 條第 2 項規定，故而行政機關在此之前當無逕予裁處罰鍰之可能。基此，前述被告機關所裁處之罰鍰處分即屬違法，而應予以撤銷。

三、問題之提出

經由上述二則判決內容之簡要說明，可知行政法院裁判見解或已肯定針對一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之情形而定之行政罰法第 26 條及第 32 條等規定，係內含有所謂刑事優先原則之要求。依上述判決之觀點，該等原則在程序法方面所彰顯之意義，即是行政機關唯有在刑事程序已因不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定而終結後，方得對該同時違反行政法上義務規定之同一行為裁處罰鍰；反向而言，即係行政機關在該等刑事程序尚未終結前，不得先行該同一行為裁處罰鍰，否則即屬違法得予以撤銷之行政處分。姑且不論行政罰法第 26 條及第 32 條等規定是否應依上述行政法院判決之觀點加以理解，亦不論刑事優先原則在立法政策上是否有其必要性，相對於行政調查及追究程序，刑事追訴及審判程序雖較為嚴謹，但往往亦較為冗長耗時，因此而有導致行政機關陷於無法及時追究違反行政法上義務規定之行為之窘境。對此而應如何解決，乃係本文所關切並欲深入探討之問

題[3]。

不僅如此，另一個亦為行政機關在實務上時常會面臨之問題，為多數專業行政法就違反行政法上義務規定之行為所明定得以裁處之行政罰罰鍰額度，與刑事法律所定之罰金額度有明顯輕重失衡之落差，導致如堅持前述刑事優先原則之觀點，將會出現刑罰明顯輕於行政罰之情形，進而引發是否有嚴格堅持該等原則之必要，抑或容有例外情形，乃至於是否應為相應之修法等爭議。對此，本文亦將於以下相關部分予以探討。

---

[3] 另一個在實務上曾經出現的爭議是，行政機關先行對違反行政法上義務規定之行為人作成裁罰性不利處分並予以執行，後行為人依序進行行政救濟，並經行政法院以違反刑事優先原則之要求而撤銷該處分後，行為人得否再向行政機關請求國家賠償之問題。對此，高雄高等行政法院 106 年訴字第 480 號判決曾謂：「惟關於行政罰與刑罰競合時，如前所述，本院認依行政罰法第 26 條第 1 項、第 32 條規定，應由司法機關享有優先管轄，行政機關即應將有涉及刑事部分移送到司法機關。然學理上亦有認為行政罰法第 32 條規定雖係行政機關的義務，但此時行政機關仍有義務就該案件應先予裁罰，並將刑事部分依職權移送檢察署。如果該行為經刑事判決有罪，並處以有期徒刑或罰金之刑，依行政罰法第 26 條第 1 項之規定，原行政罰之罰鍰部分，即應予廢止。且行政罰法第 26 條刑事優先原則，其結果係採吸收主義，亦即刑罰吸收罰鍰部分，但此之不另處以罰鍰之前提，係『依刑事法律處罰確定』，亦即同一行為必須經過司法判決『有罪』確定，始能吸收罰鍰。因現行實際執行層面，由於刑事案件程序曠日廢時，而行政機關可以迅時赴事，立即作成相關處分，俟刑事有罪判決確定後，再行廢止原罰鍰處分。惟若行政機關凜於『刑事優先原則』，畏乎事後冗長廢止程序，往往案件一經移送檢察官偵辦，即不再另處以行政罰，殊屬前後倒置的作法。其結果是一旦移送司法機關偵辦，事隔多年獲不起訴或無罪確定，當事人多已脫產完畢，縱行政機關再裁處罰鍰，亦已無效果，應非正確處理方式（參李惠宗，行政法要義，頁 560-561，元照出版有限公司，2016 年 7 版）。是行政罰法第 26 條適用時，學理上亦有行政機關並非不得先行裁罰，縱程序上有違反刑事優先原則之虞，但只要原裁罰處分最終可獲得正當性，解釋上應維持該處分之合法性之闡釋。本件關於刑罰優先原則，固經本院闡釋如前，並據之撤銷被告原處分、訴願決定關於罰鍰之部分；然如上所述，學理上就此仍有不同之歧異看法，而被告就本件事實除移送檢察官偵查外，並同時為罰鍰處分之裁處，顯係採取上開不同於本院之學理上見解，且亦非無憑。依首開說明，本院認上開公務員職務之履行，應無故意或過失之可言，則被告所屬公務員之行為，即與國家賠償以公務員之行為屬有責（具有故意、過失）之行為要件不符。從而，原告訴請被告給付 37,154 元之損害賠償，為無理由，應予駁回」可資參考。礙於問題之聚焦，本文對於該等問題即不擬探討。

本文以下將先由行政罰法第 26 條與第 32 條等規定出發，分析在刑事優先原則之要求下關於刑事處罰優先之規範結構與例外情形之容許性，並附帶針對前述高雄高等行政法院所可能衍生之裁判歧異問題探究可能之解決途徑。繼之，並將探究刑事優先原則係否亦包括刑事程序優先之要求在內，對此，將以德國法制作為比較與分析之對象以省思我國法制，進而嘗試由解釋論與立法論之觀點提出建議。

貳、刑事優先原則下之刑事處罰優先與例外容許性

一、刑事優先原則下之規範結構

（一）行政罰法第 26 條規定

相對於我國學理及實務早期對於同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之一行為得否為刑罰與行政罰之併罰所生爭議，似較傾向於肯定之立場[4]，在行政罰法於 2005 年公布，並自 2006 年 2 月初開始施行後，乃因該法第 26 條規定而有不同於以往之解讀及發展趨勢。首先，該條第 1 項明確規定一行為如同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，應依刑事法律處罰之。之所以要求應依刑事法律處罰該一行為，理由主要有二：其一，雖然刑罰與行政罰在性質上均屬對不法行為所施加之制裁，但如就懲罰作用之強弱而言，立法者認為刑罰係較行政罰為強，故而如依刑事法律制裁即足生警惕之效時，再無另以行政罰制裁之必要。再者，立法者由程序面向出發，認為刑事法律之處罰係由法院依法定程序所為，如此較符合正當法律程序之要求而應優先予以適

4 關於早期學理及實務見解之說明，參閱林錫堯，行政罰法，頁 67 以下，元照出版有限公司，2012 年 2 版；李惠宗，行政罰法之理論與案例，頁 117 以下，元照出版有限公司，2007 年 2 版；洪家殷，行政罰法論，頁 136 以下，五南圖書出版股份有限公司，2008 年增訂 2 版。

用[5]。

或因受到上述行政罰法第 26 條第 1 項規定及其立法理由之影響，實務上不論是行政機關相關解釋函令[6]，抑或是行政法院相關裁判見解[7]，均明確以該條規定為依據而推導出所謂「刑事（罰）優先原則」之要求。不僅如此，此等觀點亦可見於學理相關文獻中而已成為通說見解[8]。也因此而可以肯定的是，行為人之一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，應優先以刑罰對該行為施加制裁，如經此而足以達到制裁目的者，即無須再另行施加行政罰之制裁，已成為當前學理及實務所肯認之法律解釋及適用原則。

但即便確立前述刑事優先原則，仍須輔以其他配套措施，以填補前述同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之一行為，在未經刑罰制裁之情況下所可能衍生之漏洞問題，而此即行政罰法第 26 條第 2 項功能之所在。換言之，倘若該一行為因不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定而確定已不會遭受刑罰之制裁者，行政機關即得依其所違反之行政法上義務規定對其裁處行政罰。

（二）行政罰法第 32 條規定

上述學理或實務對於由行政罰法第 26 條第 1 項及第 2 項等規

---

5 就此，參閱行政罰法第 26 條之立法理由，法務部主管法規查詢系統，https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL034026&LawNo=26（最後瀏覽日：2019 年 11 月 12 日）。

6 例如法務部（108）年法律字第 10803514430 號、（107）年法律字第 10703515350 號及（107）年法律字第 10703509270 號等函。

7 除本文前述臺灣臺南地方法院行政訴訟庭及高雄高等行政法院之判決外，尚有最高行政法院 106 年裁字第 377 號裁定，亦明確言及刑事優先原則。

8 就此，可參閱林錫堯，同註 4，頁 68 以下；陳清秀，行政罰法，頁 258 以下，新學林出版股份有限公司，2017 年 3 版；蔡震榮，廖義男編，行政罰之管轄權確定原則，行政罰法，元照出版有限公司，頁 335，2017 年 2 版。

定所推導得出之刑事或刑罰優先原則之見解，主要著重於確定實體法上制裁性法律效果之先後順序，然而，若缺少程序法方面之配合，或將產生無法竟全功之憾。也因此，例如前大法官林錫堯教授即基於該原則而進一步推導出應優先進行刑事訴訟程序之要求[9]，而此等要求或可見於行政罰法第 32 條規定。綜合觀察該條第 1 項及第 2 項規定可知，在個案中如出現一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法義務規定之情形時，行政機關即應將該一行為涉及刑事部分移送該管司法機關進行刑事訴究程序。倘若司法機關進行刑事訴究程序之結果，係就刑事案件為不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者，司法機關即應通知原移送之行政機關，使其得以依前述行政罰法第 26 條第 2 項規定，依所違反之行政法上義務規定對該一行為裁處行政罰。

除此之外，在 2011 年修正行政罰法時，乃於第 32 條第 2 項規定中新增如有撤銷緩刑之裁判確定，或撤銷緩起訴處分後經判決有罪確定等情形時，司法機關亦應通知原移送之行政機關。換言之，在此等情形中，由於該一行為已遭受刑罰之制裁，基於前述刑事優先原則之要求，乃課予司法機關應通知原移送機關，使其得適時依受處罰者之申請或依職權撤銷原行政罰之裁處[10]。

對於前述行政罰法第 32 條規定，實務上多認為倘若同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之一行為已經該管司法機關開始進行像是偵查等刑事程序時，行政機關即已喪失管轄權。也因此，其即不得在

9 林錫堯，同註 4，頁 70。

10 就此，參閱行政罰法第 32 條第 2 項之修正理由之說明，法務部主管法規查詢系統，https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL034026&LawNo=32（最後瀏覽日：2019 年 11 月 12 日）。

該等刑事程序終結前就違反行政法上義務之行為裁處行政罰[11]。唯有該等刑事程序係因不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定等情形而終結時，行政機關方得再對該一行為裁處行政罰。

二、刑事優先原則下之例外容許性？

（一）刑事不法與行政不法之區別

前述行政罰法第 26 條規定之立法，以及學理及實務從中所得出之刑事優先原則之要求，乃涉及所謂刑事不法與行政不法二者之區分問題。早期對於刑事不法與行政不法之區分，主要著眼於該二類違反行為及處罰之根本性差異[12]。然而，此等原本應屬涇渭分明之本質區別，乃隨著國家角色之大幅轉變、任務日益多元化，以及其與人民之互動關係更加緊密而無法清楚界分[13]。換言之，目前學理上較多傾向所謂量的區別說，亦即認為刑事不法與行政不法二者間在本質上並無楚河漢界之差異，毋寧僅係一種相對的、量的差異而已[14]。

---

11 例如最高行政法院 106 年判字第 582 號判決即基於行政罰法第 26 條及第 32 條等規定而謂：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定，行政機關得否科以與刑罰相類之行政處罰，端視該行為之刑事訴追或審判程序終局結果而定，在刑事審判程序尚未終局確定前，行政機關自不得逕予裁罰。」此外，法務部（107）年法律字第 10703505410 號函亦謂：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定，並經該管司法機關於行政罰裁處時效完成前開始偵查處理時，行政機關即已喪失管轄權，自不得就違反行政法上義務之行為裁處之，更無裁處權時效進行可言。」

12 關於理論，尤其是德國學理，以及該國聯邦憲法法院相關裁判見解發展之詳細說明，參閱陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（上），興大法學，第 15 期，頁 183 以下，2014 年 5 月。

13 司法院釋字第 517 號解釋蘇俊雄大法官不同意見書；陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（下），興大法學，第 16 期，頁 193，2014 年 11 月。

14 相關學理見解之整理說明，參閱洪家殷，論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限，東吳大學法律學報，第 9 卷第 2 期，頁 100 以下，1996 年 8 月；陳文貴，從行政罰法看行政

但即便如此，本文認為不論是質的區別說或量的區別說，從該二類見解中乃可得出某類群之行為或因具有社會倫理非難性，或因對於公共利益或特定法益造成嚴重之侵害，而須以刑罰加以制裁；相反地，某類群之行為則係因不具任何社會倫理非難性，或並未對於公共利益或整體社會秩序造成太大之損害，從而即無以刑罰加以制裁之必要，至多僅能以行政罰加以因應之結論。換言之，不論係以質的區別說，抑或是由量的區別說之觀點出發，對於前述此二種類群之行為均應將得出相同之結論[15]。但即便如此，由於質的區別說僅係以性質係屬價值判斷產物之社會倫理可非難性之有無為斷，因而在判斷時極可能出現因量變而導致質變之情形，也因此，若將其適用於當今國家與人民，以及人民彼此間五花八門之互動態樣，恐將力有未逮[16]。基此，本文認為在依該二類見解所區分之二類行為類群間應存有一可能橫跨二者之邊界領域。在該邊界領域中，究應將某類行為定性為應以刑罰加以制裁之刑事不法行為，抑或係屬以行政罰加以因應即屬已足之行政不法，立法者乃享有立法形成自由之空間。也因此，本文認為在該等邊界領域內所生刑事不法與行政不法之區別爭議重點，其實已聚焦於應如何對於立法者所享有之該等形成自由空間確立何等內容之界限，以及如何判斷其所為之刑事不法或行政不法之立法決定，乃至於制裁手段之選擇有無牴觸該等界限等問題面向[17]。

不法與刑事不法之交錯，法令月刊，第 58 卷第 11 期，頁 46 以下，2007 年 11 月；陳信安，同前註 13，頁 186 以下。然而有趣的是，司法院大法官在就刑法通姦罪之合憲性爭議所作成之司法院釋字第 791 號解釋中，乃謂：「基於刑法謙抑性原則，國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範圍」。其中以「侵害公益、具有反社會性之行為」作為刑罰制裁之對象以觀，似乎係採質的區別說。

15 陳信安，同註 13，頁 193。

16 陳信安，同註 13，頁 193。

17 陳信安，同註 13，頁 194。

姑且不論本文前述對於刑事不法與行政不法之區分所持見解，若回歸行政罰法第 26 條第 1 項規定之規範內容，及其立法理由所言之刑罰懲罰作用較強等觀點而論，應可確認其係立基於前述量的區別說之思維而為立法。對此，學者程明修教授則是認為，該條項規定一方面係基於量的區別而將刑罰與行政罰予以競合，另一方面卻又以二者在本質上有所不同而認為應優先適用刑罰，因而呈現相互矛盾之情，復以刑罰及行政罰又分由不同機關執掌，凡此種種，即導致今日「輕重失衡評價不足」之結果[18]。對於程明修教授之觀察，本文在結論上極為贊同。但本文認為之所以會有輕重失衡評價不足之結果，係因為立法者既是固守刑罰在量的方面乃重於行政罰之思維，故而認為二者相互競合時，原則上應優先適用刑罰加以制裁應即已足，卻又於嗣後立法時，大幅提升行政罰，尤其是罰鍰之裁罰額度所導致。也因此，在行政機關實務運作過程中，乃頻繁地出現在刑事優先原則要求下，反而使行為人在刑事程序中僅因被科處較為輕微之刑罰，尤其是罰金刑，而得免於被裁處額度較該等罰金刑為高之罰鍰之情形。

對此，應先行探究者，係刑罰在量的方面重於行政罰之思維從何而來之問題。對此，本文認為或係因為即便在量的區別說之觀點下，仍無法完全去除過往質的區別說所強調而認為刑事不法係具有社會倫理非難性，以及刑罰係專門針對該等社會倫理非難性所為之制裁等內涵所導致，從而乃直覺式地認為，不論何等類型之刑罰，由於其所針對者，係該等具有社會倫理非難性之行為，故而在量方面均重於行政罰。除此之外，另一種可能導致前述思維反應者，在於刑罰與行政罰二者對於受處罰者所產生之制裁法律效果有所不同之緣故。以刑罰而言，其絕大多數均以科處自由刑之方式，而於特定期間內剝奪行為人之身體自由作為其

18 就此，參閱程明修，法務部「行政罰法之比較法研究與修正建議」委託研究案，頁 4，法務部委託東吳大學研究，2018 年。

制裁之法律效果；相對而言，在行政罰之制裁法律效果部分，則主要係以裁處罰鍰之方式而限制行為人之財產權[19]。依據司法院大法官相關解釋之意旨可知，身體自由係一切自由、權利之根本[20]，換言之，縱使所科處之自由刑僅限於一定期間，但行為人於該等期間內亦將無法有效地行使其他基本權利。相對於行政罰僅係藉由罰鍰之裁處而限制行為人部分之財產權，刑罰在量，也就是前述立法理由所言之懲罰作用方面，即會自然而然地被認定為較行政罰為重。

（二）刑事優先原則之例外——德國法之觀察

由我國行政罰法第 26 條規定之立法理由以觀，很明顯地，係仿效德國秩序違反罰法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG）第 21 條規定而來。依據該條第 1 項規定：「一行為同時為犯罪行為及秩序違反行為者，僅適用刑法。其他法律所定之附隨效果，得宣示之」；另外，該條第 2 項乃規定：「前項所定之行為未受刑罰之宣告者，仍得以作為秩序違反行為裁罰之」。對於該等規定，德國學理認為係刑事優先之具體化規定，換言之，在一行為同時係屬犯罪行為及秩序違反行為之情形中，犯罪行為將排斥秩序違反行為，而秩序違反行為所該當之罰鍰構成要件規定對於犯罪構成要件規定而言，充其量僅具有補充性（Subsidiarität）之地位而已[21]。

然而，即便前述秩序違反罰法第 21 條規定已明確宣示刑事優先之

---

19 例如司法院釋字第 780 號解釋即謂：「對人民違反行政法上義務之行為處以罰鍰，係對人民財產權之限制……。」而司法院釋字第 786 號解釋亦謂：「對人民違反行政法上義務之行為處以罰鍰，涉及對人民財產權之限制，其處罰應視違規情節之輕重程度為之，俾符合憲法責罰相當原則。」

20 例如司法院釋字第 708 號解釋即強調：「人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。」

21 Franz Gürtler, in: Erich Göhler (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17. Aufl., 2017, § 21 Rn. 1; Wolfgang Mitsch, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, § 21 Rn. 1.

要求，德國學理仍持續探究是否有行政罰例外優先於刑罰之可能。對此，德國學理多持肯定見解，而認為罰鍰構成要件規定於某些例外情形中，乃會被作為特別規定而優先於犯罪構成要件規定予以適用[22]。然而，對於何時，抑或於具備何等要件時，方可謂罰鍰構成要件規定係犯罪構成要件規定之特別規定而應優先適用之問題，德國學理見解則未見一致。例如學者 Gürtler 認為，倘若在罰鍰構成要件規定及犯罪構成要件規定二者之基本構成要件（Grundtatbestand）及保護目的（Schutzzweck）係屬一致之情況下，該等罰鍰構成要件規定相對於犯罪構成要件規定乃內含有一較為輕微之特殊情狀（besondere Umstände mildernder Art）時，即可認為該等罰鍰構成要件規定係該犯罪構成要件規定之特別規定而應優先予以適用；相反地，如該二規定僅有部分重疊者，即非屬之[23]。除此之外，氏並認為，若立法者對於某一行為先將其定性為犯罪行為而以刑罰予以制裁，事後如再制定與該等刑罰規定相同之罰鍰規定，即應無秩序違反罰法第 21 條規定之適用。換言之，於此等情況下依後法優先原則，即應先行適用該罰鍰規定；反之，則應先行適用刑罰規定，乃屬當然[24]。

除此之外，學者 Mitsch 則是認為，除非法律已就罰鍰構成要件規定之優先適用予以明文，否則唯有在罰鍰構成要件規定與犯罪構成要件規定二者間具有緊密之規範關係，亦即其一方面具有本質上之同一性（wesentliche Identität），另一方面則是罰鍰構成要件規定相對於犯罪構成要件規定至少附加有一額外之構成要件要素時，方可謂其係犯罪構成

22 Heribert Blum, in: Heribert Blum/Kathi Gassner/Sebastian Seith (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 2016, § 21 Rn. 9; Mitsch, a.a.O. (Fn. 21), § 21 Rn. 7; Gürtler, a.a.O. (Fn. 21), § 21 Rn. 7.

23 Gürtler, a.a.O. (Fn. 21), § 21 Rn. 7.

24 Gürtler, a.a.O. (Fn. 21), § 21 Rn. 7a.

要件規定之特別規定而應優先予以適用[25]。至於學者 Blum 之見解似乎是綜合前述 Gürtler 及 Mitsch 之觀點，而認為當罰鍰構成要件規定及犯罪構成要件規定具有本質上之同一性時，罰鍰構成要件規定乃進一步藉由一額外的，且相對於犯罪構成要件規定而言，所呈現之不法程度係屬較為輕微之構成要件要素而與犯罪構成要件規定得以相區別時，該等罰鍰構成要件規定即為特別規定[26]。對此，Blum 又進一步強調必須是立法者很明顯地僅係欲將系爭事實作為秩序違反行為，而非作為犯罪行為予以裁罰時，方屬之。而於此，則又是取決於秩序違反行為構成要件之特別化程度而定[27]。

其實德國立法者於 1968 年修正秩序違反罰法時，曾於修正理由中指出，秩序違反行為相對於犯罪行為係處於補充性地位之此一原則，並未排除罰鍰構成要件規定有在例外情形中被視為犯罪構成要件規定之特別規定，進而排斥犯罪構成要件規定適用之可能。繼之，其並明確指出在罰鍰構成要件規定及犯罪構成要件規定二者之基本構成要件及保護目的係屬一致之情況下，倘若罰鍰規定之構成要件內含有一額外且較為輕微之構成要件要素時，即可認為其係犯罪構成要件規定之特別規定而應優先適用[28]。但即便如此，德國立法者於該次修法時並未將前述例外情形之要件納入規範。

其實上述德國學理關於例外應優先適用行政罰之見解，亦可見於我國相關文獻中[29]，而頗具參考價值。然而，不可諱言的是，縱使是以該等見解作為認定行政罰例外優先於刑罰而適用之判斷依據，因本質上仍係涉及法規範之解釋及適用問題，難免有面臨諸多解釋之不確定性，乃

25 Mitsch, a.a.O. (Fn. 21), § 21 Rn. 7 f.; Blum, a.a.O. (Fn. 22), § 21 Rn. 9.
26 Blum, a.a.O. (Fn. 22), § 21 Rn. 9.
27 Blum, a.a.O. (Fn. 22), § 21 Rn. 9.
28 BT-Drucksache V/1268, S. 55.
29 例如林錫堯，同註 4，頁 78 以下；程明修，同註 18，頁 13 以下。

至於不同行政機關間見解歧異、衝突之可能，而尚須經由法院逐步累積相關個案裁判以形成固定見解之必要，也因此，前大法官林錫堯教授方謂有待實務進一步發展[30]。對此，本文認為，與其說現行行政機關日常實務中常見之問題，在於是否存在有例外應優先適用行政罰以制裁違反行政法上義務規定之行為，不如說是因多數專業行政法就違反行政法上義務規定之行為所定之罰鍰額度，與刑事法律所定之罰金額度有明顯輕重失衡、評價不足之落差，導致如堅持刑事優先原則，將會出現刑罰明顯輕於行政罰之情形，只是對於此等輕重失衡、評價不足之問題，其中一種解決途徑即是嘗試藉由前述法解釋之方式，而於行政罰法第 26 條第 1 項規定之規範脈絡下，另行創設應優先適用行政罰之例外情形。

但除此之外，如依本文前述之思維脈絡，之所以認為刑罰在量的方面重於行政罰，除係因難以擺脫刑事不法仍具有社會倫理非難性此等根深蒂固之認知外，主要是因為刑罰絕大多數係以科處自由刑之方式，而於特定期間內剝奪作為行為人一切自由、權利根本之身體自由所致。但倘若對於實施刑事不法行為之行為人所科處者，僅係對其產生財產權限制效果之罰金刑時，能否單純以罰金刑為刑罰性質為由，而逕行得出其較罰鍰為重之結論，即有疑問。換言之，本文認為，在此等情況下，不論制裁之名稱為罰金，抑或為罰鍰，就被制裁之行為人所生者，均係對其財產權產生限制之法律效果，也因此，在量的區別說之觀點下，孰輕孰重毋寧應由財產權所可能被限制之程度，亦即所定之罰金或罰鍰額度而定。從而，倘若對於同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之行為所得科處之罰金刑額度低於所得裁處之罰鍰額度，在本文之思維脈絡下，即應無前述行政罰法第 26 條第 1 項規定之立法理由所言刑罰懲罰作用較強之情形，反而有評價不足之可能。

30 林錫堯，同註 4，頁 79。

對此，本文認為或可參考例如道路交通管理處罰條例第 35 條第 11 項規定之立法模式以為因應。依該條項之規定，汽機車駕駛人有該條有第 1 項、第 3 項或第 4 項等規定所定之情形而同時違反刑事法律者，其事後經裁判確定所被科處之罰金如低於依該條例第 92 條第 4 項規定授權所定最低罰鍰基準之規定，應依該條例裁決繳納不足最低罰鍰之部分。對於該條項規定，相關法院裁判見解認為係立法者鑑於法院科處罰金低於行政罰基準之情形顯有不當，從而藉由該條項規定之制定，進一步要求行為人應繳納不足最低罰鍰之差額部分[31]。換言之，倘若刑事法院就行為人同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之行為所裁處之罰金金額低於法定罰鍰之最低額時，則行政機關得再行對該行為裁處以法定罰鍰最低額與所被科處之罰金金額二者間之差為額度之罰鍰。除此之外，或亦可參考行政罰法第 26 條第 3 項之立法模式，亦即先行由行政機關依所違反之相關行政法上義務規定所定之罰鍰額度對該等行為裁處罰鍰後，再扣除所以被科處之罰金金額。

於此須再強調的是，依本文之見解，前述立法建議僅限於該等同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之行為，僅被刑事法院科處罰金刑，且罰金刑之金額係低於法定罰鍰最低額，抑或是行政機關依相關規定所裁罰之罰鍰金額之情形。換言之，倘若刑事法院所科處之罰金刑係依相關法律規定而與自由刑併罰，由於已涉及人身自由之剝奪，縱使該等罰金刑金額低於法定罰鍰最低額，抑或是行政機關如依相關規定所可能裁罰之罰鍰金額，本文仍認為不適合再依前述方式處理。基此，本文建議或可將行政罰法第 26 條第 2 項規定修正為：「前項行為經裁判確定僅科處罰金，且額度低於法定罰鍰最低額者，得裁處不足法定罰鍰最低額部分之罰鍰」，或是「前項行為經裁判確定僅科處罰金，且額度低於法定罰鍰最低額者，得依違反行政法上義務規定裁處之。但應於裁處

31 就此，參閱臺灣臺中地方法院 108 年交簡上字第 170 號刑事判決。

之罰鍰內扣抵該罰金」。至於原本第 2 項至第 5 項等規定，則依序往後調整項次，並將「前項」修正為「第 1 項」。

最後尚須說明的是，由於本文認為在我國現行行政罰法之規範脈絡下，所謂之刑事優先原則，應僅限於刑事處罰部分，而未包括刑事程序之進行在內。換言之，在行政罰法第 32 條第 1 項規定之規範文義下，行政機關所移送者，應為該行為事實中涉及觸犯刑事法律之部分，至於涉及違反行政法上義務規定部分，其仍應繼續享有追究之管轄權，此部分容待後述。但也因此，前述之修正建議，在本文之觀點下，應僅適用於行政機關將行為涉及刑事部分移送司法機關後，未進一步對違反行政法上義務規定之部分行使追究及裁罰權限，而是直到法院對涉及刑事部分裁判確定而僅科處罰金之情形，合先敘明。

（三）裁判歧異之問題？

另外附帶說明的是，在前述判決中尚涉及若日後刑事法院認定 A 之行為係屬犯罪行為時，行政機關得否再對之裁處罰鍰之爭議。對此，若從該判決所涉及之行為時之兒少法第 49 條第 15 款及第 97 條等規定綜合觀察，可知立法者係以違反行為時兒少法第 49 條各款規定之一作為裁處罰鍰之構成要件，從而，以該判決所涉之事實而言，應係以行為人 A 有該條第 1 款至第 14 款所定情形以外之其他對兒童為犯罪行為或為不正當之行為，作為裁處罰鍰之要件。換言之，既然係以其他對兒童為犯罪行為之情形作為裁處罰鍰之要件，應當係指行為人經刑事法院判決確定其對兒童有實施犯罪行為時，行政機關即得以具備兒少法第 97 條規定所定之要件為由，再行對其裁處罰鍰，而非指行為人如經刑事法院判決確定其對兒童有實施犯罪行為後，即逕行以行政罰法第 26 條第 1 項規定所定之刑事優先原則為由，而免除其再受行政罰之裁處可能。

或有謂前述見解是否有牴觸一行為不二罰原則之要求？對此，本文

認為不論是由行政罰法第 26 條第 1 項規定之立法理由，乃至於司法院大法官相關解釋及個別大法官所提之意見書，均無法得出只要行為人被法院科處刑罰後，立法者即絕對不得再授權行政機關對其裁處罰鍰之結論；相反地，以立法理由為例，其雖謂刑罰之懲罰作用較強，進而認為如依刑事法律處罰，即足資警惕時，實無一事二罰而再處行政罰之必要。從中，應可得出倘若立法者認為以刑事法律加以處罰尚不足以令行為人警惕時，則仍有再為裁處行政罰空間之結論。同樣之解釋觀點，亦可見於司法院釋字第 503 號解釋[32]及第 604 號解釋個別大法官所提之意見書[33]。也因此，本文認為，立法者或係基於「促進兒童及少年身心健全發展，保障其權益，增進其福利」等立法目的，而認為相較於成人，對於兒童乃有提升保護程度之需要，故而方經由前述行為時之兒少法第 49 條及第 97 條等規定之立法，對於對兒童及少年實施犯罪行為之行為人，再行授權行政機關得對其裁處罰鍰。

基於本文前述觀點，行為時之兒少法第 49 條第 15 款所規範者，乃係對兒童及少年為「其他犯罪行為」，以及未達犯罪行為程度之「不正當行為」[34]二種行為態樣，換言之，如就對兒童權益之侵害程度而言，該二類行為彼此間應係屬於一種層升而互為補充之關係。從而，在

---

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

33 例如城仲模大法官於該號解釋所提之協同意見書中，即明確指出：「『一行為不二罰』原則雖有其憲法上之根據，惟立法者若為落實其他憲法價值，並實現各種之保護委託（Schutzauftrag），而須採行多樣之維持秩序措施（Ordnungsmaßnahmen）、執行行為（Vollstreckungsakte）或預防措施（Präventivmaßnahmen）時，並非完全不得就人民之同一行為多次地給予不利益處分，亦即該原則並非將國家對於人民之同一行為，予以數次制裁之可能性完全排除。」

34 前述高雄高等行政法院之判決即係將不正當行為，理解為未達犯罪程度而「使兒童受有身體或心裡之傷害或痛苦，不利於身心健全成長，或客觀上使兒童生命、身體、健康陷於遭受惡害之危險」之行為。就此，參閱高雄高等行政法院 107 年訴字第 505 號判決。

此等規範關聯性下，個案中倘若同一行為經評價為其他犯罪行為，即無須再論以該款規定所定之不正當行為；反之，倘若認為尚未達犯罪行為之程度，則仍有評價為不正當行為之可能。也因此，殊難想像有同一行為非屬不正當行為，卻為犯罪行為之情形。又，由於本文認為立法者於行為時之兒少法中，係以前述其他犯罪行為或不正當行為作為裁處行為人罰鍰之構成要件，也因此，應無基於刑事優先原則之要求而在行為人之同一行為經法院有罪判決確定後，即不得另行裁處行政罰之理[35]。

參、刑事優先原則下之刑事程序優先？

如前所述，部分學理由刑事優先原則進一步推導出在一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，應優先進行刑事程序之要求。而由行政罰法第 32 條第 1 項規定以觀，行政機關於此等即應將一行為中涉及刑事之部分移送該管司法機關進行刑事訴究程序，與此同時，行政機關及法院裁判見解乃進而認為行政機關在為移送後，即喪失對該一行為裁處罰鍰之管轄權限。然而，何謂一行為中涉及刑事部分？

35 另外，在前述高雄高等行政法院之判決中，被告機關台南市政府以 A 之行為係屬行為時之兒少法第 49 條第 15 款規定所定之不正當行為，故除依該法第 97 條規定對其裁處罰鍰外，並公布 A 姓名。然法院判決則是認為 A 所被指謫之行為並非屬行為時之兒少法第 49 條第 15 款規定所定之不正當行為，從而認定被告機關對 A 所為公布姓名之處分係屬違法，而予以撤銷。其中在公布姓名部分，姑且不論行為時之兒少法第 97 條規定所定之「並得公布其姓名或名稱」，性質是否屬行政罰法第 2 條第 3 款規定所定影響名譽之裁罰性不利處分，若在前述判決將其認定為係屬裁罰性不利處分之脈絡下，亦會衍生若日後刑事法院認定 A 之行為係屬犯罪行為時，行政機關得否再公布其姓名之爭議。對此，本文初步認為，在前述將行為時之兒少法第 49 條第 15 款規定所定之「其他犯罪行為」及「不正當行為」解釋為係屬二類不同要件之觀點下，或可認為行政法院判決之實質確定力範圍僅及於非屬不正當行為之認定部分，換言之，行政機關不得在法律或事實狀態均未有所改變之情況下，再次對行為人作成公布姓名之裁罰。但倘若刑事法院事後認定行為人之系爭行為係屬該款規定所稱之其他犯罪行為，則或可認為事實狀態已有所變更，從而行政機關得再次作成公布姓名之裁罰，而不受到先前行政法院判決實質確定力之拘束。由於此尚涉及行政法院裁判既判力範圍，以及法律狀態與事實狀態變更之認定等爭議問題，礙於問題聚焦與篇幅限制等因素，僅能留待日後以他文處理。

此是否表示同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之一行為可界分為涉及刑事部分與涉及行政罰部分？若是如此，或將衍生出應如何界分，以及既然行政罰法第 32 條第 1 項規定僅言及應將「涉及刑事部分」移送該管司法機關，是否因此而得理解為剩餘之涉及「行政罰部分」，仍屬行政機關之管轄權範疇等有待進一步探究之問題。

由於行政罰法第 32 條規定之規範內容，依其立法理由之說明，主要係參考德國秩序違反罰法第 41 條及第 43 條等規定而來，以下即先行由比較法之觀點，就該法第 41 條及第 43 條，乃至於相關規定之規範內容進行說明，以釐清在繼受過程中是否有所失誤，並以之作為比較及解釋之基礎。

一、德國法制之觀察

（一）1952 年版秩序違反罰法之程序規定及其缺陷

德國秩序違反罰法中關於罰鍰裁處程序（Bußgeldverfahren）之規定，主要明定於該法第二部分第一章第 35 條至第 45 條等規定中。依德國學者 Lampe 之觀點，該等罰鍰裁處程序之規定一方面主要係立基於在實體法上應將秩序違反行為之裁罰與犯罪行為之處罰相互界分之思維，但另一方面則又顧及秩序違反行為之裁罰與犯罪行為之處罰二者，在本質上並無法予以明確界分，且其界線亦非屬固定不變，毋寧係具流動性等觀點加以形構而成[36]。若回顧立法沿革，可知制定並施行於 1952 年之秩序違反罰法（以下稱 1952 年版秩序違反罰法）最初係延續先前於 1949 年所制定施行之經濟刑法（Wirtschaftsstrafgesetz）之立法模式。簡而言之，基於當時學理上所普遍支持之異質理論（Aliudtheorie）觀點，認為罰鍰裁決（Bußgeldbescheid）不僅在形式上，且

[36] Joachim Lampe, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, vor § 35 Rn. 1.

在實質內容方面應屬具行政處分形式之義務告誡（Pflichtenermahnung），故而於立法時亦將罰鍰裁處程序定性為終局性之行政程序（abschließendes Verwaltungsverfahren）而為規範[37]。而此等在實體法上對犯罪行為與秩序違反行為加以界分之情形，更進一步藉由可說是十分僵化的管轄權規定而成為一完整體，換言之，1952 版秩序違反罰法乃明定行政機關對於秩序不法行為之追究（Verfolgung）及裁罰（Ahndung）具有專屬之管轄權限。雖然當時亦已經就檢察機關之參與情形予以規定，但充其量僅係考量在進行案件之審查時亦有同時涉及刑事法規定之可能而已[38]。

然而，自 1952 年版秩序違反罰法施行以來，德國立法者則是進一步將秩序違反法制擴張而及於整體附屬刑法之規範領域，例如經常可見將抽象危險犯（abstrakte Gefährdungsdelikte）評價為秩序違反行為，亦即包括違反應有助於生命及健康保護之誡命及禁令等之違反行為（Zuwiderhandlungen）在內，均可見此等立法政策之轉變[39]。除此之外，在相關修法時，德國立法者亦將為數眾多之違警行為（Übertretung），乃至於所謂輕罪（Vergehen）轉換為秩序違反行為，甚至予以刪除，像是 1969 年修正之秩序違反罰法施行法乃將交通違警行為（Verkehrsübertretung）轉換為秩序違反行為，以及 1974 年所修正之刑法施行法將原屬犯罪形式（Deliktsform）之違警行為予以刪除等，均屬之。從中可知，德國立法者係有意識地將是類不具有倫理非價內涵，且如單就法政策之觀點而論亦無以刑罰加以制裁必要之行為，評價為單純之秩序違反行為[40]。

---

37 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 3 f.

38 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 3 f.

39 BT-Drucksache V/1268, S. 23; Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 8.

40 詳細說明，參閱 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 8.

隨著此等評價觀點之轉變，除對於秩序違反行為之追究及裁罰再也無法立基於前述異質理論繼續發展相關之程序準則外，1952 年版秩序違反罰法所形構而成之追究及裁罰程序規定，尤其是就行政機關與檢察機關二者間之管轄權為僵化區分之規定，更是無法適切地因應秩序違反行為與犯罪行為二者間之界分界線具有流動性之立法趨勢，其不合理性可見一斑[41]。除此之外，依據 Lampe 之研究認為，在形構關於秩序違反行為及犯罪行為之追究或追訴之程序法規定時，尚必須考量在開始調查或偵查時，往往會面臨是否應將某一行為作為秩序違反行為，抑或應作為犯罪行為進行判斷之爭議[42]。氏認為如以 1952 年版秩序違反罰法僵化之管轄權限劃分規定為基礎，則行政機關若以某一行為涉及犯罪行為為由，拒絕將其定性為秩序違反行為並進行追究，而檢察機關則以相反之理由終止犯罪偵查程序，將會因此而產生所謂消極權限衝突之情形。其並強調倘若個案中之行為涉及犯罪行為與秩序違反行為二者間之臨界領域，則該等程序規定除甚難發揮應有之功能外，亦將連帶導致無法基於行為人及司法機關之利益而簡化程序並加速其進行[43]。

不僅如此，氏並指謫 1952 年版秩序違反罰法之程序性規定，乃存在有無法在單一程序中處理所謂相牽連之行為事實（Zusammenhangstaten）之缺陷。且此等缺陷，在立法者將道路交通法中原本所定之抽象危險犯轉換為秩序違反行為之後，更是明顯可見[44]。由

41 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 6, 9.

42 Lampe 於此所舉之事例，為在個案中雖然確定行為人之行為係侵害道路交通之先行權而屬秩序違反行為，但有疑問的是，其是否同時亦屬於刑法上所定嚴重違反交通規則，並因此而危害他人之身體或生命，或是貴重物品之魯莽駕駛行為。就此，參閱 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 11.

43 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 11.

44 Lampe 於此所舉之事例，為發生交通事故之二位行為人中，倘若其中一位僅被指謫違反交通秩序，另一位則被控告輕罪，則對其二位即無法在單一程序中論罪科刑或裁罰。又即便該二位行為人同時被指謫違反交通秩序及控告肇事逃逸之輕罪，亦同樣無法在單一程序中對其論罪科刑及裁罰。就此，參閱 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 12.

於無法在單一程序，而是必須在二個不同程序中處理該等具相牽連關係之行為事實，並分別對其論罪科刑或裁罰，連帶衍生有裁判相互歧異之風險，乃至於龐大之程序成本[45]。凡此，均成為德國立法者對 1952 年版秩序違反罰法之程序性規定進行修正之原因。

（二）修法後現行秩序違反罰法之罰鍰裁處程序規定

在 1968 年修正秩序違反罰法時，德國立法者已清楚意識到在 1952 年版秩序違反罰法中對於秩序違反行為及犯罪行為之處理程序，連同行政機關與檢察機關二者之權限予以嚴格區分，已造成諸多滯礙難行之不利益。也因此，其乃揚棄理論之爭，而基於為能在單一程序中追究所有秩序違反行為此一目的而生之融合行政行為之追究及刑事訴究二者之必要性，就相關程序性規定進行修正，期望藉由混合之程序形式以發揮互補之功能[46]。以下即先行就現行德國秩序違反罰法第 35 條以下等規定所形構而成之整體罰鍰裁處程序為鳥瞰式之介紹；繼之，則是就與本文研究主題直接相關之規範內容進行說明。

1. 概論

首先，對於秩序違反行為之追究及裁罰，以及犯罪行為之訴究，在修法後仍係維持分別由行政機關與檢察機關各自管轄之基本區分。然而，藉由秩序違反罰法第 35 條規定，乃揚棄 1952 年版秩序違反罰法所定行政機關對於秩序違反行為之追究及裁罰享有專屬管轄權限之情形；取而代之者，乃是將對於秩序違反行為之追究及裁罰，再行區分為行政機關之原始管轄權（Primärzuständigkeit），以及檢察機關（Staatsanwaltschaft）與法院之次位管轄權（Sekundärzuständigkeit）。換言之，基於專業性及加速程序之進行等觀點，對於秩序違反行為之追究

45 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 12.
46 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 15, 26.

及裁罰，行政機關原則上享有優先管轄權限，唯有如此，方能因應因秩序違反罰法之法制大幅擴張其適用範圍而連帶大量出現秩序違反行為之情形[47]。至於在檢察機關之次位管轄權部分，則係屬於內含有嚴格限制要件之例外規定，換言之，檢察機關一方面對於行為之追訴，在秩序違反罰法之觀點下，亦享有管轄權；另一方面則是直到罰鍰裁決作成前，在具備相關規定所定要件之情況下，其乃享有接管秩序違反行為之追究之權限，並將因此導致刑事案件之管轄法院進而取得裁罰秩序違反行為之管轄權。此乃分別規定於秩序違反罰法第 40 條及第 42 條等規定中，而將於本文後部分予以說明。

另外，在個案中界分行政機關與檢察機關之管轄權範圍時，應審酌近似於我國行政罰法第 26 條規定之秩序違反罰法第 21 條關於犯罪行為排斥秩序違反行為之規定。換言之，倘若在個案中存在有系爭行為係屬犯罪行為之依據（Anhaltspunkte）時，追究秩序違反行為之行政機關即應依秩序違反罰法第 41 條第 1 項規定，將案件移送予檢察機關，此即所謂刑事程序優先於罰鍰裁處程序之具體化規定，但即便如此，行政機關與檢察機關彼此間仍有可能出現權限衝突之情形。為避免該等衝突，秩序違反罰法第 44 條乃進一步規定，對於檢察機關就是否應將系爭行為作為犯罪行為進行追訴所作成之決定，行政機關應受其拘束。

2. 原始管轄權及次位管轄權

如前所述，德國秩序違反罰法第 35 條係關於行政機關就秩序違反行為之追究及裁罰享有原始管轄權，以及檢察機關與法院在具備所定要件時乃享有次位管轄權之規定。首先，在秩序違反行為之追究部分，該條第 1 項規定明定：「秩序違反行為之追究，除依本法規定應由檢察機

47 Lampe, a.a.O. (Fn. 36), vor § 35 Rn. 28.

關為之，或由法官代其為個別之追究行為者外，由行政機關管轄之。」而在裁罰部分，該條第 2 項則是規定：「秩序違反行為之追究，除依本法規定應由法院為之者外，亦由行政機關管轄之。」藉此一方面確立行政機關在對秩序違反行為之追究方面享有優先於檢察機關，以及在裁罰方面乃享有優先於法院之管轄權[48]，另一方面則是藉由法院及檢察機關之管轄權以劃定行政機關之管轄權範圍[49]。

所謂追究，德國學理上認為在概念上內含有以下二面向，其一係為探究、釐清個案所涉之事實而獨立且自我負責地進行調查；再者，則係藉由事實之提交，進而對於法院裁判之作成提供直接，且應對之亦應予負責之協力[50]。至於所謂裁罰，係指於完成調查後接續依相關法律之規定對行為人之行為作成判斷，以決定對其所應施加之法律效果[51]。在秩序違反行為之追究部分，首先，德國學理認為，行政機關應僅限於前者，亦即為探究、釐清個案所涉之事實而獨立且自我負責地進行調查而已，而不包括在法院程序中提供協力之情形。換言之，其在法院程序中並未具有追究機關之地位，至多僅係扮演協助之角色，而藉由例如陳述意見等方式以協助法院釐清事實而已[52]。再者，該等追究秩序違反行為之管轄權，亦非專屬於行政機關，換言之，如前所述，檢察機關如具備

48 Franz Gürtler, in: Erich Göhler (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17. Aufl., 2017, § 35 Rn. 1; Sebastian Seith, in: Heribert Blum/Kathi Gassner/Sebastian Seith (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 2016, § 35 Rn. 1; Joachim Lampe, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, § 35 Rn. 1.

49 Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 1.

50 Gürtler, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 4, 9; Seith, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 6; Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 1.

51 Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 19; Gürtler, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 10; Seith, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 9.

52 Gürtler, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 5; Joachim Bohnert/Benjamin Krenberger/Carsten Krumm, Ordnungswidrigkeitengesetz, 4. Aufl., 2016, § 35 Rn. 20; Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 12.

例如秩序違反罰法第 40 條及第 42 條等規定所定之要件[53]時，亦將對秩序違反行為之追究取得管轄權[54]。至於法院，則無追究秩序違反行為之管轄權[55]。

而在對於秩序違反行為之裁罰部分，行政機關原則上同樣享有優先之原生管轄權，此係基於所謂行為人自我屈從（Selbstunterwerfung）之思維而來，亦即由罰鍰裁決之法律本質而論，行為人得自行決定是否屈從於行政機關所為之決定，抑或向法院尋求救濟[56]。倘若行為人決定對罰鍰裁決聲明異議，將進而使法院對秩序違反行為之裁罰取得管轄權。除此之外，例如像是檢察機關在依秩序違反罰法第 42 條規定接管秩序違反行為之追究後，亦同樣會導致法院取得裁罰之管轄權[57]。但與前述情形不同的是，檢察機關對於秩序違反行為之裁罰，自始均無任何管轄權可言，換言之，其非但不得作成罰鍰裁決，亦無法向法院申請作成罰鍰裁判，至多僅有促使法院作成該等裁判之可能而已[58]。

3. 檢察機關對於秩序違反行為之追究

依德國秩序違反罰法第 40 條規定，除法律另有規定者外，檢察機

---

53 依據 Lampe 之整理，德國秩序違反罰法關於檢察機關就秩序違反行為之追究享有管轄權之情形，約略可概分為如下三大類型：首先，係該法第 40 條規定所定之情形；再者，為該法第 42 條規定所定在相牽連案件中進行接管之情形；最後，則是例如在行為人對於罰鍰裁決聲明異議後所進行之法院程序中（該法第 69 條第 4 項第 1 句規定）、在對罰鍰裁決重開程序中（該法第 85 條第 4 項第 3 句規定），以及在法院對於罰鍰裁決或由法院作成罰鍰裁判所進行之事後程序中，檢察機關乃對於追究享有專屬之管轄權。就此，參閱 Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 13.

54 Gürtler, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 2; Seith, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 7; Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 2, 13.

55 Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 15; Seith, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 8.

56 Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 20; Gürtler, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 10.

57 Gürtler, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 10; Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 22; Seith, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 10.

58 Lampe, a.a.O. (Fn. 48), § 35 Rn. 23.

關於刑事程序中，亦得基於秩序違反行為之法律觀點而對所謂「行為事實」取得管轄權。對此，德國學理認該條規定係針對行為人以同一行為觸犯刑事構成要件規定及違反罰鍰規定之情形所為之程序性規定。換言之，第 40 條規定毋寧係同法第 21 條關於秩序違反行為受犯罪行為所排斥之實體規定在程序方面之展現[59]，且在第 40 條規定之規範脈絡下，檢察機關本來對於犯罪行為所享有之控訴專屬權即具有優先地位，同時行政機關依前述第 35 條第 1 項規定對於秩序違反行為之追究所享有之原始管轄權，亦將因本條規定而受有限制[60]。亦即其於刑事程序中原則上乃得基於犯罪行為，亦得基於秩序違反行為之法律觀點而對行為事實之追訴享有原始之管轄權[61]。

須注意的是，該條規範文義所稱「行為事實」，德文原文為「Tat」一詞，其乃隨著在規範結構中之不同定位而有不同之概念內涵。對此，德國學理多認為該條所稱之行為事實，其規範意義等同於德國刑事訴訟法第 264 條及基本法第 103 條第 3 項等規定所定之行為事實[62]，從而應由程序法之觀點加以理解[63]。雖然德國基本法第 103 條第 3 項，乃至於德國刑事訴訟法第 264 條及秩序違反罰法第 40 條等規定並未進一

---

59 Joachim Lampe, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, § 40 Rn. 1.

60 Franz Gürtler, in: Erich Göhler (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17. Aufl., 2017, § 40 Rn. 1; Sebastian Seith, in: Heribert Blum/Kathi Gassner/Sebastian Seith (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 2016, § 40 Rn. 1; Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 1.

61 Seith, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 1.

62 對此，我國學理上或有將其譯為「事件」，例如彭鳳至大法官於司法院釋字第 604 號解釋所提之協同意見書中，即是採取此等譯法。除此之外，蔡明誠大法官於司法院釋字第 751 號解釋所提之協同意見書中，則是將其譯為「行為事實」。本文認為將其譯為行為事實或較能體現其作為檢察機關及法院訴究對象之意旨，且亦可避免與秩序違反罰法第 41 條所稱之「案件（Sache）」出現概念混淆之可能，故而從之。

63 Seith, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 4; Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 2. 也因此，德國學理乃有以 Tat im prozessualen Sinn 或 prozessuale Tateinheit 等用語稱之。就此，參閱 Bohnert/Krenberger/Krumm, a.a.O. (Fn. 52), § 19 Rn. 21.

步對行為事實之概念加以定義，但學理上認為其首先應與實體法上，尤其是與該國刑法第 52 條與第 53 條，以及秩序違反罰法第 19 條與第 20 條等規定有關之非行單數（Tateinheit）或非行複數（Tatmehrheit）等概念[64]相區分，換言之，二者在概念內涵上並非相同[65]。再者，德國聯邦憲法法院認為基本法第 103 條第 3 項規定乃係延續在基本法制定時即已存在之訴訟法制，以及由相關法院裁判見解所形構而成之整體圖像。因此，於探究該等行為事實之概念內涵時，應以所謂「由自然觀點進行判斷之單一生活進程」為基礎[66]，從而，對於在秩序違反罰法之罰鍰裁處程序中所涉之行為事實，即應將之理解為某一個在時間及事物方面均可進一步加以界分之歷史進程（geschichtlicher Vorgang），且行為人乃藉由該等歷史進程而應已實現某一罰鍰構成要件[67]。

至於行為事實範圍之界分，並非以行為人其本身所呈現之人員關聯

64 在德國競合論之觀點下，此等「非行單、複數」（於刑事法領域亦有譯為犯罪單、複數）之概念，則又與下述之「行為單、複數」有所不同。簡而言之，在欲藉由競合論而對行為人在一行為事實中所實施之行為決定其法律效果時，應先行釐清該等行為究竟應屬行為單數，抑或行為複數。倘若經認定係屬行為單數，縱使其違反數個刑法或行政法上義務規定，在排除法條競合之情形後，亦應僅將其評價為非行單數，進而屬想像競合（Idealkonkurrenz）之情形；但倘若行為經認定為行為複數，則在排除與罰之前、後行為後，對於其數次違反同一刑法或行政法上義務規定，或是違反數個刑法或行政法上義務規定等情形，則應評價為非行複數，進而屬實質競合（Realkonkurrenz）之情形。於確認非行單數或複數後，再分別依德國刑法第 52 條或秩序違反罰法第 19 條，以及刑法第 53 條或秩序違反罰法第 20 條等規定決定其法律效果。也因此，學理上乃強調行為單、複數之認定，實為整體競合判斷過程之開端。就此，參閱 Franz Gürtler, in: Erich Göhler (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17. Aufl., 2017, vor § 19 Rn. 1, 25 ff. 中文文獻部分，參閱林明昕，王必芳編，論行政罰法中「單一行為」之概念，2008 行政管制與行政爭訟，頁 49 以下，新學林出版股份有限公司，2009 年；林鈺雄，新刑法總則，頁 579 以下，元照出版有限公司，2018 年 6 版。

65 Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 3; Kathi Gassner, in: Heribert Blum/Kathi Gassner/Sebastian Seith (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 2016, Einleitung Rn. 124.

66 BVerfGE 56, 22, 28; Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 6. 中文文獻之說明，可參閱司法院釋字第 604 號解釋彭鳳至大法官協同意見書。

67 Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 6.

性及其整體計畫內容為斷，相反地，是否與前述單一生活進程間具有必要之內部連結，必須是直接由該等進程所立基之行為（Handlungen）及事端（Ereignisse）本身加以認定。對此，德國學理認為，倘若在個案中並未存在有任何本身得單獨被合理評價之進程，且如對其分別評斷，將會使單一生活進程出現被非自然割裂之結果時，即可肯定有前述內部連結之存在，進而可將其認定係屬於同一行為事實之範疇[68]。又，依據德國法院裁判見解，於判斷是否存在有前述內部連結，以及是否屬於同一行為事實之範圍時，各該行為之類型、所生損害之規模，乃至於非價（Unwert）情形等，乃扮演重要之角色而應予以審酌[69]。而將行為事實此等程序法方面之概念，與行為及非行等實體法方面之概念相互併置之結果，即是在個案中由「自然的行為單數（natürliche Handlungseinheit）」所導致之實體法上非行單數情形，亦理所當然地同時被認定為係一行為事實[70]。再者，「法律上的行為單數（rechtliche Handlungseinheit）」亦通

---

68 Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 6.

69 BGHSt 13, 21, 26; BGHSt 23, 141, 146; Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 6.

70 於此須說明的是，德國刑法學界於探討競合論處理行為單數與行為複數之問題時，多將行為單數區分為行為單數基本型態之「自然意義的一行為（eine Handlung in natürlichen Sinne）」，與經由法學或規範觀點予以評價而成為行為單數之「法學意義的一行為（eine Handlung in juristischen Sinne）」兩種類型，後者又分為「構成要件的行為單數（tatbestandliche Handlungseinheit）」與「自然的行為單數（natürliche Handlungseinheit）」二種子類型。其中構成要件的行為單數，乃係立法者藉由構成要件之形構，而將二個以上本得分別觀察、評價之自然意義的一行為予以整合，並預設為一個獨立的構成要件規定。而自然的行為單數則未經前述立法者之整合與預設過程，毋寧係基於法學或規範觀點而將二個以上本得分別觀察、評價之自然意義的一行為作為一個行為單數而進行整體性地觀察與評價。關於德國與我國學理就行為單數之分類情形，以及相關爭議之說明，可參閱林鈺雄，同註 64，頁 580 註 18，以及頁 590 註 38；林明昕，同註 64，頁 60 以下。至於在德國秩序違反罰法部分，雖然對於行為單、複數，以及非行單複、數等概念之理解，多係依循該國刑法學理而來，但在行為單數類型之區分方面，除常將前述構成要件的行為單數改以「法學的，或法律上的行為單數」稱之外，並有認為前述自然意義的一行為與自然的行為單數二者並無區分之實益與必要。例如 Bohnert 及 Mitsch 等學者均認為，倘若該等區分之用意，在於將某一個本質上係屬緊湊且完整之意思活動（Willensbetätigung）的可能性視為自然意義的行為，則該等區分將無法落實。理由在於其認為人類每一個行為舉止（Verhalten）均係在自

常會得到存在有一行為事實之結論，但倘若在個案中行為人之行為經判斷係屬行為複數，並因此必須將其認定為非行複數之情形時，對於程序法之審查而言，此充其量僅具有所謂表徵意義（indizielle Bedeutung）而已。換言之，於此等情形中，原則上應可認為存在有數個行為事實之情形[71]。藉由在個案中對前述行為事實範圍，亦即所謂「行為事實同一性（Tatidentität）」進行認定，在訴訟程序方面乃因此而得以劃定法院裁判確定力（Rechtskraft）之範圍，並進而落實法安定性之要求[72]。

基此，倘若檢察機關認為某一行為事實所涉之秩序違反行為同時亦為犯罪行為，則其依據秩序違反罰法第 40 條規定所課予在整體刑事程序中之追訴（究）義務，對於該行為事實即享有原始之管轄權，並得基於秩序違反罰法之觀點追究該行為事實，進而將其起訴或聲請處刑命令（Strafbefehl）之範圍進一步擴及於該秩序違反行為部分[73]。而隨之而來的是，依秩序違反罰法第 82 條第 1 項規定並將使法院在刑事程序

然之理解觀點中進一步被合成，直到經由所謂立義性（sinnstifend）之觀察方式進行觀察後，方會彙整而成為一個整體。Mitsch 並以拳擊術語所稱之勾拳（Haken）為例，而認為拳擊手作出勾拳此一手臂動作，實際上乃係由數個連續且彼此融合為一體之動作要素（Bewegungselemente）組合而成，且在用語方面亦未曾給與該等數個最小單元（Kleinst-Einheiten）個別之名稱。此外，Bohnert 及 Mitsch 均認為，基於秩序違反罰法第 20 條關於數個秩序違反行為應分別處罰之嚴格法律效果規定，對於自然之行為單數，乃有予以寬鬆認定之需要。就此，參閱 Wolfgang Mitsch, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, § 19 Rn. 8; Joachim Bohnert, in: Lothar Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitsgesetz, 3. Aufl., 2006, § 19 Rn. 19. 也因此，相對於前述刑法學界之分類，德國秩序違反罰法之學理與相關裁判實務多將行為單數區分為「法律上的行為單數」與「自然的行為單數」二種類型。關於分類之說明，並可參閱 Gürtler, a.a.O. (Fn. 64), vor § 19 Rn. 2 ff.; Bohnert/Krenberger/Krumm, a.a.O. (Fn. 52), § 19 Rn. 3 ff. 中文文獻部分，參閱林明昕，同註 64，頁 72 以下，以及註 56 之說明。

71 換言之，唯有在例外情況下，方會使得不同的、導致非行複數情形發生之行為複數，進一步結合而成為一個程序上之行為事實。就此，參閱 Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 7.

72 Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 5.

73 Gürtler, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 2; Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 14 f.

中，有同時基於秩序違反行為之法律觀點而對起訴所記載之行為事實進行判斷之義務[74]。但須注意的是，即便如此，並未因此可推導出檢察機關有進一步依秩序違反罰法第 42 條規定自行政機關接管對秩序違反行為之追究之結論，此乃屬二事[75]。

對於檢察機關依秩序違反罰法第 40 條規定同時基於犯罪行為及秩序違反行為之法律觀點調查，並釐清行為事實之情形，德國學理認為將有如下之意義：首先，在犯罪行為之嫌疑無法被證明之情況下，將進而導致秩序違反行為在整體程序方面獲得獨立性之意義[76]，從而，法院在審判程序中，僅能由秩序違反行為之法律觀點對起訴所記載之行為事實進行判斷。倘若法院因此而對於該犯罪行為作成無罪判決，則該等判決之結果亦將同時排除嗣後再因該秩序違反行為而作成有罪判決之可能[77]。此外，秩序違反行為亦得成為量刑時之加重事由。最後，並應注意秩序違反罰法第 21 條第 2 項規定所定之例外情形，亦即同時亦為犯罪之行為，在未被科處刑罰時，尚仍得將其作為秩序違反行為而予以裁罰[78]。

尚須釐清的是，在檢察機關終止對該行為事實之調查後，對於秩序違反行為部分應如何處理之問題。對此，德國學理認為，倘若檢察機關就犯罪行為偵查之結果並不足以支持其提起公訴，抑或是在此等範圍內存在有該國刑事訴訟法第 153 條以下等規定所定之要件時，其得僅就犯罪行為之部分終止偵查程序，並進而喪失原始之追訴權限，同時亦再也不得就秩序違反行為部分進行調查。從而，倘若在個案中有依據顯示該行為事實亦得作為秩序違反行為而應對其進行追究時，其即應將案件

74 Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 1.
75 Gürtler, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 2; Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 15.
76 Gürtler, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 5; Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 16.
77 Gürtler, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 5; Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 16.
78 就此，參閱 Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 16.

移交予管轄之行政機關。在此等情況下，行政機關乃再次取得秩序違反罰法第 35 條規定所定關於追究及裁罰秩序違反行為之原始管轄權。另外，倘若檢察機關先針對多數行為事實進行偵查，隨後卻因故依據該國刑事訴訟法第 154 條規定而僅就其中某一涉及秩序違反行為之行為事實終止偵查程序時，亦將導致前述之結果。但在前述二類情形中，倘若其嗣後又重新進行刑事偵查程序，除非行政機關在此之前已作成罰鍰裁決並產生確定力，否則其將再次對涉及秩序違反行為之同一行為事實取得追訴之管轄權[79]。

可以想像的是，檢察機關於個案中亦可能認為在犯罪行為及秩序違反行為方面均欠缺充分之犯罪或行為嫌疑，或是基於所謂便宜原則，抑或是僅因秩序違反行為方面欠缺充分之行為嫌疑而終止偵查程序。對此，德國學理認為，在是類情形中，只要犯罪行為尚具有可追訴性，進而使檢察機關對於該行為事實有再次進行偵查之可能，則其在此等範圍內所為之各類措施將會對行政機關產生拘束效力，以避免行政機關藉此而淘空其對於犯罪行為之追訴所享有之專屬管轄權。也因此，行政機關僅能在獲得檢察機關同意之情況下，方能再次對該行為事實涉及秩序違反行為部分重新進行追究[80]。須注意的是，德國學理上有認為檢察機關至少在因秩序違反行為方面欠缺充分之行為嫌疑而終止偵查程序之前，原則上應類推適用秩序違反罰法第 63 條第 3 項規定而先行聽取行政機關之意見[81]。

---

79 此部分之詳細說明，參閱 Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 18; Gürtler, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 7; Seith, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 3.

80 Gürtler, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 6; Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 20 f.; Seith, a.a.O. (Fn. 60), § 40 Rn. 3.

81 Lampe, a.a.O. (Fn. 59), § 40 Rn. 22.

4. 行政機關之移送義務

依秩序違反罰法第 41 條第 1 項規定，行政機關於有依據認為行為事實係一犯罪行為時，應將案件移送予檢察機關。此外，同條第 2 項並規定檢察機關如認為無進行刑事程序之必要者，即應將案件交回予行政機關。該條第 1 項關於行政機關移送義務之規定，其實係源自於犯罪行為優先於秩序違反行為，以及因此所生之刑事程序優先於罰鍰裁處程序等要求而來[82]。其中，相對於我國行政罰法第 32 條第 1 項規定，係以同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之一行為中涉及刑事部分作為移送該管司法機關之對象，該條規定則係以案件（Sache）為移送對象。也因此，德國學理認為，除以一行為而實現刑罰及秩序違反處罰構成要件而呈現之一個「行為事實之發展歷程（Tatgeschehen）」外，在德國刑事訴訟法第 264 條規定意義下之一個行為事實範圍內，由複數個行為而實現刑罰及秩序違反處罰構成要件之數個行為事實發展歷程，亦屬前述案件之概念範圍，從而亦應予以移送[83]。

前述行政機關之移送義務，係要求當其在進行罰鍰裁處程序中對涉及秩序違反行為之行為事實進行調查時，如發現存在有犯罪行為之依據時，即應將之移送予檢察機關[84]。對此，並不以存在有犯罪行為之嫌疑（Verdacht einer Straftat）為必要，也因此，德國學理認為只要存在有實施犯罪行為之具體事實，即可謂有犯罪行為之依據。但單純之推定、猜

82 Franz Gürtler, in: Erich Göhler (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17. Aufl., 2017, § 41 Rn. 1; Joachim Lampe, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, § 41 Rn. 1.

83 Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 1.

84 Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 2; Gürtler, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 2; Sebastian Seith, in: Heribert Blum/Kathi Gassner/Sebastian Seith (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 2016, § 41 Rn. 2.

測及假設，則非屬之[85]。至於是否已屬於該國刑事訴訟法第 152 條第 2 項規定所定而作為認定檢察機關應開始進行偵查程序之基準之「充分的事實上根據（zureichende tatsächliche Anhaltspunkte）」，由於係屬法律適用之範疇而涉及刑事程序法概念之涵攝，從而檢察官於此乃享有判斷餘地而應保留由其自行決定，與前述移送義務無涉[86]。此外，該等犯罪行為是否仍具有可追訴性，乃至於是否存在有所謂程序障礙而無法進行刑事程序[87]等情形，原則上並非屬於行政機關應行審查之範疇，而係專屬於刑事司法機關之任務範圍[88]。

在有上述情形而將案件予以移送後，行政機關亦將隨之而喪失對於秩序違反行為之追究管轄權，除非有該條第 2 項規定所定檢察機關又將案件交回之情形，否則其即應避免繼續對秩序違反行為進行追究[89]。無論如何，在移送後由檢察機關就該案件所涉之行為事實是否為犯罪行為所作成之決定，乃有拘束行政機關之效力[90]。須注意的是，倘若檢察機關在行政機關尚未移送之前，即已將同一行為事實作為犯罪行為進行追訴，則其在進行該等刑事程序時，將基於秩序違反行為之法律觀點而享有追究之管轄權，此部分已如前述，換言之，行政機關對於秩序違反行為之追究管轄權將因而告終。

有疑問的是，若行政機關未履行該等移送義務，將生何等之法律效果。首先，倘若行政機關不知有刑事程序之進行，或在未履行移送義務

85 Seith, a.a.O. (Fn. 84), § 41 Rn. 3 f.; Gürtler, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 4; Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 3.

86 Seith, a.a.O. (Fn. 84), § 41 Rn. 4; Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 3.

87 德國學理認為，倘若在個案中已明顯存在有無法進行刑事程序之程序障礙時，為免流於形式主義，行政機關應可在向檢察機關為通知後，無須再行移送。就此，參閱 Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 4; Gürtler, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 5.

88 Gürtler, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 5; Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 4; Seith, a.a.O. (Fn. 84), § 41 Rn. 4.

89 Gürtler, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 9; Seith, a.a.O. (Fn. 84), § 41 Rn. 7.

90 Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 7; Gürtler, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 12.

之情況下作成罰鍰裁決，雖然該等罰鍰裁決在管轄權方面係有瑕疵，然其並不因此而失效，並仍有產生確定力之可能[91]。倘若已生確定力，則其將因秩序違反罰法第 84 條第 1 項規定而無法再對其存續產生任何影響，亦不得將所涉及之秩序違反行為納入犯罪行為之追訴範圍內。唯有其日後起訴該等行為事實，並經法院就同一行為作成有罪判決時，再由法院依秩序違反罰法第 86 條第 1 項規定，於該判決中廢棄該等已生確定力之罰鍰裁決[92]。也因此，德國學理認為，縱使罰鍰裁決已生有確定力，但倘若行政機關是在此之後方發現有犯罪行為之依據，則其仍有將案件移送予檢察機關之義務，且依秩序違反罰法第 84 條第 1 項及第 2 項等規定可知，檢察機關在此等情形中仍得將該案件所涉之行為事實作為犯罪行為進行追訴[93]。

至於在行政機關未履行移送義務而作成罰鍰裁決，行為人並繼而對之聲明異議，亦即在該等罰鍰裁決尚未產生確定力之情形中，則是否因此而得出牴觸秩序違反罰法第 41 條第 1 項規定之結論，應視所進行之刑事程序階段而分別論斷：倘若刑事程序尚在偵查階段，則該等罰鍰裁決並無拘束檢察機關之效力。換言之，其仍得在所起訴之範圍內納入該等秩序違反行為之法律觀點，抑或是終止程序。倘若係在對於聲明異議所進行之法院程序中方發現係屬犯罪行為者，則法院即應依秩序違反罰法第 81 條之規定[94]審酌該等犯罪行為之法律觀點，並在符合該條規定所定之告知當事人將變更法律觀點，並已給予其防禦之機會等要件之要求下，依相關刑事法律之規定作成刑事裁判，亦即轉換為刑事程序接

91 Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 10.

92 Gürtler, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 6; Seith, a.a.O. (Fn. 84), § 41 Rn. 7.

93 Gürtler, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 6; Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 8.

94 該條第 1 項乃規定:「法院於罰鍰裁處程序中並不受將行為事實認定為秩序違反之拘束。當事人如事先已被告知將變更法律觀點，並已給予其進行防禦之機會者，法院得依刑法之規定作成裁判。」

續進行。又，倘若行政機關係在檢察機關就犯罪行為為起訴後方將案件移送，則檢察關應即將卷宗連同該法第 81 條第 2 項規定所定之向行為人告知將變更法律觀點之聲請，移送予法院[95]。

5. 檢察機關之接管權限

依德國秩序違反罰法第 42 條第 1 項第 1 句規定，檢察機關於追訴與秩序違反行為相牽連之犯罪行為時，得於罰鍰裁決作成前接管秩序違反行為之追究。所謂相牽連，依該條項第 2 句規定乃有二種情形屬之：首先係任何人既被控告實施犯罪行為，亦被指謫從事秩序違反行為之情形；再者則是在同一行為事實中一人被控告實施犯罪行為，另一人則被指謫從事秩序違反行為之情形。至於該條第 2 項則規定檢察機關應僅能在有助於程序之加速進行，或是因實質關聯性（Sachzusammenhang），或是基於偵查之其他事由，抑或是裁判係有助於案件之解決等情形中，方得為接管。另外，依該法第 45 條規定，倘若檢察機關對於與犯罪行為相牽連之秩序違反行為進行追究，則刑事案件之管轄法院亦將因此而對秩序違反行為之裁罰取得管轄權。

秩序違反罰法第 42 條規定與前述第 40 條規定二者間之根本差異，在於本條規定並未涉及某一行為事實是否既為犯罪行為，同時亦為秩序違反行為之問題，而是涉及在同一程序中除犯罪行為之追訴外，並同時追究與之具有相牽連關係之秩序違反行為是否符合規範目的之問題[96]。相對於在前者情形中，秩序違反行為與犯罪行為係具有所謂行為事實之同一性，且檢察機關依據法律規定乃有義務基於二者之法律觀點對該行為事實進行追訴，後者所謂相牽連之行為事實，不論是在實體法或訴訟程序上均為各自獨立之行為事實。因此，由檢察官依據第 42 條

95 Lampe, a.a.O. (Fn. 82), § 41 Rn. 10 f.

96 Joachim Lampe, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, § 42 Rn. 1.

規定對具獨立性之秩序違反行為進行追究，性質上係前述秩序違反罰法第 35 條所定行政機關原則上享有原始管轄權之真正例外情形[97]。由於我國行政罰法並未有此等檢察官基於相牽連關係而為接管之規定，基於問題之聚焦，於此即不再詳細說明該條之規範內容。

綜合前述說明可知，德國檢察機關對於秩序違反行為取得追究管轄權之可能性有如下三種：首先是在檢察機關認為某一行為事實除涉及秩序違反行為外，亦同時係屬犯罪行為之情形，於此，其將因此而對該行為事實取得原始之管轄權，並得基於秩序違反罰法之觀點追究該行為事實，進而將其起訴或聲請處刑命令之範圍擴張而及於該秩序違反行為部分。再者，即是行政機關在對涉及秩序違反行為之行為事實進行調查之同時，發現存在有犯罪行為之依據時，乃有義務將案件移送予檢察機關。如檢察機關亦認為該等行為事實涉及犯罪行為，將因此而對秩序違反行為部分取得追究之管轄權。最後，則是檢察機關所追訴之犯罪行為，如與秩序違反行為具有前述之相牽連關係時，其亦得在行政機關對該秩序違反行為作成罰鍰裁決前，決定是否接管該秩序違反行為之追究，如是，亦將因此而取得追究之管轄權。

6. 檢察機關之移交義務

除前述秩序違反罰法第 41 條規定就行政機關之移送義務有所明文外，該法第 43 條規定亦針對檢察機關應，以及得將案件移交予行政機關之情形予以明定。其中與本文較為直接相關者，係該條第 1 項之部分規定。依該條項之規定可知，檢察機關在第 40 條規定所定情形中僅因犯罪行為部分而終止程序，或是在第 42 條規定所定情形中並未接管秩序違反行為之追究，如存在有得將行為事實作為秩序違反行為進行追究之依據時，即應將案件移交行政機關。姑且不論該條項規定中與前

97 Lampe, a.a.O. (Fn. 96), § 42 Rn. 1.

述第 42 條接管有關之規定部分，可知其功能在於補充前述第 40 條關於管轄權分配之規定，以確保當檢察機關基於刑事程序之事由而不再對秩序違反行為進行追究時，行政機關仍有繼續履行對於秩序違反行為之追究義務之可能[98]。

由秩序違反罰法第 43 條第 1 項規定可知，檢察機關之移交義務係以存在有得將行為事實作為秩序違反行為之依據為其要件。該條項所稱之依據，乃如同前述第 41 條第 1 項規定般，係指在系爭之行為事實中存在有實施秩序違反行為之具體事實，且該等秩序違反行為仍具有可追究性而言[99]。從而檢察機關首先應由事實面出發，審查該等依據對於系爭之行為事實而言，是否已屬充足；至於在法律面部分，則須審查該等行為事實是否亦涉及秩序違反行為，以及是否存在有可能導致無法進行追究之程序障礙[100]。倘若在事實方面，例如對於系爭之行為事實是否涉及秩序違反行為生有爭議時，應由所被移交之行政機關加以釐清；但如僅係涉及例如有無程序障礙等法律面之爭議，則應由檢察機關決定之[101]。

依據德國學理見解，當檢察機關作成終止刑事程序之決定時，行政機關隨即重新取得對於秩序違反行為之追究管轄權。基此，檢察機關在具備前述要件之情況下，乃有義務進行案件之移交，而無所謂決定空間可言。也因此，其認為在此所謂之移交義務，並不具有形成或創設行政

98 Joachim Lampe, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, § 43 Rn. 1.

99 Sebastian Seith, in: Heribert Blum/Kathi Gassner/Sebastian Seith (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 2016, § 43 Rn. 4; Lampe, a.a.O. (Fn. 98), § 43 Rn. 11.

100 Lampe, a.a.O. (Fn. 98), § 43 Rn. 11; Franz Gürtler, in: Erich Göhler (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17. Aufl., 2017, § 43 Rn. 5.

101 Gürtler, a.a.O. (Fn. 100), § 43 Rn. 5; Seith, a.a.O. (Fn. 99), § 43 Rn. 4; Lampe, a.a.O. (Fn. 98), § 43 Rn. 12.

機關追究管轄權之效力，毋寧僅具有單純卷宗寄送之意義而已[102]。

7. 行政機關之拘束

依據秩序違反罰法第 44 條規定，對於檢察機關就是否將行為事實作為犯罪行為進行追訴所為之決定，行政機關應受其拘束，藉此，以避免二者產生權限衝突之情形[103]。該條規定主要適用於犯罪行為與秩序違反行為在同一行為事實中所產生之所有競合情形，換言之，具有拘束效力者，乃係檢察官就犯罪行為與秩序違反行為在實體法上所生之非行單數或非行複數等競合關係所作成之決定。也因此，該等拘束效力乃同時及於該等對程序上之行為事實，以及是否存在有程序障礙等事項所作成之判斷[104]。

倘若檢察機關認為個案所涉之行為事實並未有犯罪行為之存在，則行政機關即應受該等決定[105]之拘束，換言之，其即不得基於反對之立場而認定在該等行為事實中係有犯罪行為之存在，亦不得因此而依秩序違反罰法第 21 條規定拒絕將行為事實作為秩序違反行為進行追究[106]。相反地，倘若檢察機關認為行為事實中有犯罪行為之存在，進而開始進行

---

102 Seith, a.a.O. (Fn. 99), § 43 Rn. 5; Lampe, a.a.O. (Fn. 98), § 43 Rn. 4.

103 Joachim Lampe, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, § 44 Rn. 1; Sebastian Seith, in: Heribert Blum/Kathi Gassner/Sebastian Seith (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 2016, § 44 Rn. 1; Franz Gürtler, in: Erich Göhler (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17. Aufl., 2017, § 44 Rn. 1.

104 Lampe, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 2 ff.; Seith, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 2; Gürtler, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 3.

105 依據德國學理之分析，該等決定或可能基於如下之情形而作成，亦即：檢察機關未因刑事告發而開始進行偵查程序、在行政機關提交卷宗後，從中並無法獲得支持其認為存在有犯罪行為之依據之觀點，並將案件交回行政機關、因犯罪行為未具有充分之嫌疑而終止程序，並依秩序違反罰法第 43 條第 1 項規定將案件移交行政機關，或是基於便宜原則之觀點而終止刑事程序等。就此，參閱 Lampe, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 8; Gürtler, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 7.

106 Lampe, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 8.

偵查程序，甚或已經予以起訴，則該等拘束效力將對行政機關產生所謂追究障礙，使其不得再繼續進行罰鍰裁處程序，換言之，其在此等情況下即須依秩序違反罰法第 41 條第 1 項之規定，將案件移送予檢察機關。倘若檢察機關向行政機關請求移送相關卷宗，以審查對於犯罪事實是否存在有充分之依據時，被請求之行政機關即應基於職務協助之觀點而滿足該等請求[107]。

須注意的是，前述決定所生之拘束效力，僅具有暫時性，換言之，行政機關應受到檢察機關所作成之各該現行決定（jeweils geltende Entscheidung）之拘束，倘若檢察機關嗣後終止偵查程序，則先前所生之拘束效力將因此而消失。也因為偵查程序僅係一種暫時性之追究障礙，故而由行政機關在因考量已開始進行刑事程序後所為中止罰鍰裁處程序之決定，亦同樣僅具有暫時性[108]。但倘若檢察機關又重新進行偵查程序，則原先所消失之拘束效力將會再次出現，從而，行政機關必須再次依秩序違反罰法第 41 條第 1 項之規定，將案件予以移送[109]。

對於檢察官之決定，行政機關並無法向法院訴請撤銷，至多僅能循陳述意見（Gegenvorstellung）或進行職務監督之異議（Aufsichtsbeschwerde）程序等方式，方有開始或重新進行原本由檢察官所拒絕或所終止之偵查程序之可能[110]。

二、我國法制之省思

（一）嚴格區分檢察機關與行政機關之權限所生問題

經由上述對於德國法制之說明，應可清楚知悉我國法制與彼邦差異

107 Gürtler, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 6; Lampe, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 9.
108 Lampe, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 10.
109 Lampe, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 10; Gürtler, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 8.
110 Lampe, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 11; Seith, a.a.O. (Fn. 103), § 44 Rn. 2.

之所在。簡而言之，德國立法者在經歷 1952 年版秩序違反罰法因對檢察機關及行政機關二者間就犯罪行為及秩序違反行為之管轄權所為之僵化界分而生之諸多不利益後，轉而著眼於在界分犯罪行為及秩序違反行為二者時所可能出現之界線流動性情形，乃至於因此所衍生在個案中不易明確判斷系爭行為事實是否亦應作為犯罪行為而進行追訴之爭議，以及避免權限衝突等程序經濟之觀點後，重新形構程序性規定，藉由融合秩序違反行為之追究及犯罪行為之追訴之程序形式，使二者得以發揮互補之功能。

對照我國行政罰法第 26 條及第 32 條等規定所形構而成程序機制，立法者雖在立法理由中明言係參考前述德國秩序違反罰法第 21 條、第 41 條，以及第 43 條等規定，但很明顯地，我國行政罰法在立法時並未完全，而僅係片段地繼受前述德國秩序違反罰法相關規定之部分規範內容。然而，須強調的是，並非所有問題均係源自於立法者未完全繼受而生，本來立法者於形構相關制度及其程序時，除參考外國法制外，亦有思考在法政策上是否應兼顧既有制度及程序之運作模式而予以維持或微調，抑或是應全面予以變革之必要。換言之，本文認為，雖然德國現行秩序違反罰法藉由融合秩序違反行為之追究及犯罪行為之追訴之程序形式，使二者得以發揮互補之功能，但若要將其全盤繼受並移植至我國，恐非易事。理由即在於我國各項制度均係立基在檢察官應僅就觸犯刑事法律之犯罪行為進行追訴，刑事法院亦僅就檢察官所起訴之犯罪行為進行審判，至於其餘非屬犯罪行為之部分則係屬行政機關之管轄範疇之界分思維而為設計與運作，若欲加以調整或改變，所需面臨者，已非單純討論法政策是否妥適之問題，毋寧更多的是人事與機關本位主義之爭議。也或許因為如此，使得立法者於制定行政罰法時，乃選擇兼顧既有制度及程序之運作模式而予以維持或微調之立法模式，而非全面變革。

然而，此等立基於檢察官與行政機關二者之管轄權限應予以界分之

思維所為之立法，如未顧及立法者在實體法上往往係以流動性之界線來界分犯罪行為與違反行政法上義務規定之行為二者，以及因此而極有可能提高在個案中明確判斷之困難度，或將重蹈德國 1952 年版秩序違反罰法之覆轍。但在現階段全面變革恐有難度之情況下，或僅能藉由法解釋之方式探尋可能之解決途徑。

（二）行政機關之移送義務與接續處理問題

繼之，姑且不論我國法制在未來是否亦有必要引進例如前述德國秩序違反罰法第 42 條規定處理犯罪行為及秩序違反行為具有所謂相牽連關係之程序規定，我國行政罰法第 26 條及第 32 條等規定之適用，係以個案中存在有所謂同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之一行為為前提。在實際上或有以下二種可能性：其一為檢察機關因告訴、告發、自首或其他情事而知悉行為人有觸犯刑事法律（且同時有違反行政法上義務規定）之嫌疑，即先於行政機關開始對該等行為進行刑事偵查。對此，在現行學理及實務對於刑事優先原則，及因此所得出之刑事程序優先之要求脈絡下，行政機關當無另行對違反行政法上義務規定之行為部分進行追究之必要。然而，事實上行政罰法對此等情形並未予以明文規定。以該法第 32 條第 2 項規定而論，其所規範之情形乃係「前項移送案件」經司法機關訴究後有該條項所定之情形時，方應通知原移送之機關。同樣之規範思維，亦可見於依該條第 3 項規定授權所訂定之「行政機關與司法機關辦理行政罰及刑事罰競合案件業務聯繫辦法（下稱業務聯繫辦法）」中。從而，恐會衍生已先於行政機關進行追訴之檢察機關事後如依刑事訴訟法之相關規定終止偵查程序，或法院為無罪判決後，行政機關應自何時起，以及應如何接續處理等問題。

另一種可能之情形，即為行政機關因故而知悉行為人有違反行政法上義務規定之行為，並先於檢察機關對之進行追究，於過程中又知悉該行為同時觸犯刑事法律，進而將該等部分移送檢察機關。然而如單就行

政罰法第 32 條第 1 項規定以觀，並無法清楚得知行政機關自何等時點起乃生有移送之義務，是如同前述德國秩序違反罰法第 41 條第 1 項規定般，只要其認為個案中所涉及之行為同時亦有觸犯刑事法律之依據，即應予以移送，抑或是應如同我國刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定所定，須達知有犯罪嫌疑之程度，方應為移送？如進一步觀察前述業務聯繫辦法第 2 條第 2 款關於行政機關於移送案件時，應於移送書中記載犯罪事實及證據並所涉法條之規定而論，可知其係直接移植刑事訴訟法第 264 條第 2 項第 2 款關於檢察官於提起公訴時應於起訴書中記載事項之規定而來，因此，至少在解釋上似可得出行政機關應於知有犯罪嫌疑之程度時，方有移送之義務。然而，此等將行政機關移送時所應具備之犯罪事實之判斷程度，與檢察官提起公訴所應具備之犯罪事實判斷程度等同視之之規定是否妥適，容有疑問。且若是如此，亦恐將出現行政機關某種程度上其實已經行使應專屬於檢察官追訴權限之疑慮。

（三）以「案件」或「一行為涉及刑事部分」作為移送對象之問題

除此之外，如再觀察行政罰法第 32 條第 1 項規定，可知行政機關所應移送者，乃係一行為中「涉及刑事部分」，但在該條第 2 項規定，乃至於前述業務聯繫辦法中，則又係將移送對象規定為「案件」，如此，或將衍生「一行為中涉及刑事部分」與「案件」二者之概念內涵是否相同之疑問。倘若係以一行為中涉及刑事部分作為移送對象，則在個案中行為人系爭之行為是否為一行為，即成為行政機關首要釐清並作成判斷之問題。然而，系爭行為是否為一行為，畢竟是屬於實體法上之問題，以實體法上之問題作為程序法上相關程序應如何進行之判斷要件，是否妥適，本文認為亦有疑問。不僅如此，縱使行政機關在個案中得以明確判斷系爭行為是否為一行為，其仍必須在確定為一行為後，將該一行為涉及刑事部分移送檢察機關，此將進而再衍生如何將經依實體法相關規定認定為一行為之行為明確切分為刑事部分與非刑事部分，以

及既然所應移送者，僅係該一行為之刑事部分，則非刑事，亦即違反行政法上義務規定之部分是否仍屬行政機關管轄範疇等爭議。

對照前述德國秩序違反罰法第 35 條、第 40 條，以及第 41 條等規定以觀，可知其所確立之判斷基準，並非實體法上之一行為，而是程序法上之行為事實概念。換言之，基於行為事實同一性之要求，進而建構並確立個案中檢察機關與行政機關之追訴及追究管轄權之劃分標準，且在行政機關之移送義務部分，亦主要係以行為事實之發展歷程，可能是一行為，亦可能是多數行為實現刑罰及秩序違反處罰構成要件等情形為內容之案件作為其移送之對象。對此，本文認為於解釋我國行政罰法第 32 條第 1 項規定時，雖可參考前述德國法制之觀點，至少應以行為事實作為理解之出發點，進而得出如德國法制之要求般，認為行政機關所應移送者，係以包含觸犯刑事法律及違反行政法上義務二者之行為事實發展歷程為內容之案件，但此等解釋方式卻又有可能忽略我國行政罰法並未如同德國秩序違反罰法般，內含有檢察機關亦得基於違反行政法上義務規定之行為此一面向所涉及之法律觀點追究行為事實之規定。

換言之，在德國秩序違反罰法程序性規定之規範脈絡下，除一方面在第 40 條規定檢察機關於刑事程序中亦得基於秩序違反行為之法律觀點而對行為事實取得管轄權外，另一方面亦於第 41 條中明文規定行政機關案件移送予檢察機關之義務。二者相互配合之結果，使得行政機關縱使為履行該等移送義務而將案件移送予檢察機關，並進而喪失對該案件中之行為事實涉及秩序違反行為部分之追究管轄權，該等秩序違反行為之追究並不因此而停止，毋寧係由檢察機關接續在刑事程序中進行追究，甚至在後續起訴時亦得將之納入起訴之範圍，而由刑事法院依該法第 82 條第 1 項之規定，同時基於秩序違反行為之法律觀點對該所被起訴之行為事實進行判斷。從而，倘若刑事法院認定該行為事實中確有犯罪行為，即可無須顧及該秩序違反行為而作成有罪判決；反之，如

其認為所被起訴之行為事實中涉及犯罪行為之部分並無法被證明，但認為有秩序違反行為之存在時，即應對其作成裁處罰鍰之判決。但倘若二者皆無法被證明，則應作成一體性之無罪判決[111]。

也因為我國行政罰法並未有如同前述德國秩序違反罰法就行政機關、檢察機關及法院彼此間之管轄權關係定有互補性之規定，故而於理解該法第 32 條第 1 項規定時，能否與彼邦之法制般將其理解為刑事程序優先，或行政機關於將一行為涉及刑事部分移送檢察機關後，即因此而同時喪失對於違反行政法上義務行為之追究管轄權，或有再行思考之必要。從而，本文認為在我國行政罰法現行之規範框架下，所謂之刑事優先原則，應僅限於刑事處罰部分，而未包括刑事程序之進行在內。換言之，在前述行政罰法第 32 條第 1 項規定之規範文義下，行政機關所移送者，應為該行為事實中涉及觸犯刑事法律之部分，至於涉及違反行政法上義務規定部分，其仍應享有追究之管轄權。只是於此行政機關或可依個案具體情狀而自行決定是否對違反行政法上義務規定部分進行追究及裁罰，抑或是直到刑事法院裁判確定後，再依裁判結果決定如何繼續處理。

（四）已裁處罰鍰處分之處理問題

然而，不可諱言的是，在本文前述觀點之脈絡下，倘若行政機關選擇前者，則尚必須面臨如行政機關已先行就違反行政法上義務規定之行為部分裁處罰鍰，事後法院又就觸犯對刑事法律之部分作成有罪判

111 此部分係涉及德國秩序違反罰法第 82 條第 1 項規定之規範內容。就此，參閱 Uwe Schulz, in: Heribert Blum/Kathi Gassner/Sebastian Seith (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 2016, § 82 Rn. 6; Helmut Seitz/Martin Bauer, in: Erich Göhler (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17. Aufl., 2017, § 82 Rn. 10 f.; Hans-Joachim Lutz, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018, § 82 Rn. 7.

決，尤其是科處自由刑時，應如何處理該等罰鍰處分，以符合行政罰法第 26 條第 1 項規定之問題。對此，行政罰法於 2011 年修正時進一步擴充第 32 條第 2 項規定之適用範圍，而新增在有緩起訴處分確定，或不付保護處分、免刑、緩刑、撤銷緩刑之裁判確定，抑或撤銷緩起訴處分後經判決有罪確定等情形時，亦應通知為移送之行政機關。其中在撤銷緩刑之裁判決定及撤銷緩起訴處分後經判決有罪確定部分，該條修正理由明確指出依該法於該次修正時之第 26 條第 2 項規定，一行為如經緩起訴處分確定或緩刑之裁判確定者，行政機關應對該違反行政法上義務規定之行為予以裁處，但倘若緩起訴處分或緩刑宣告復被撤銷確定，則應由主管機關依受處罰者之申請或依職權撤銷原裁處。為使行政機關得以適時處理，乃課予司法機關有通知原移送之行政機關之義務[112]，同時增定第 5 項規定，課予行政機關在依申請或依職權撤銷原裁處後，並有無息退還已收繳之罰鍰之義務。但令本文不解的是，既然修正後之第 26 條第 2 項規定允許行政機關於緩起訴處分確定或緩刑之裁判確定後，對違反行政法上義務規定之一行為裁處罰鍰，又何以在事後緩起訴處分或緩刑宣告因故被撤銷確定的情況下，卻認為行政機關應以撤銷之方式處理先前作成之罰鍰處分，換言之，何以認定該等罰鍰處分係屬違法？

也因此，或有謂在行政機關已先行就違反行政法上義務規定之行為部分裁處罰鍰，事後法院又就觸犯對刑事法律之部分作成有罪判決時，應依行政程序法第 122 條規定廢止該罰鍰處分[113]。從而，在此等見解脈絡下，倘若受裁罰者尚未依原罰鍰處分繳納罰鍰，則該罰鍰處分既已自廢止時，或自廢止處分所指定較後之日時起失其效力，原罰鍰繳

112 就此，參閱法務部主管法規查詢系統，https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL034026&LawNo=32（最後瀏覽日：2019 年 11 月 12 日）。

113 就此，參閱李惠宗，同註 4，頁 129。

納義務亦自該等時點起不復存在，也因此，其無須再繳納罰鍰[114]。但較為棘手者，乃是受裁罰者已依原罰鍰處分繳納罰鍰之情形。如就行政程序法第 122 條及第 125 條等規定以觀，可知除在合法授益行政處分因受益人未履行負擔致行政處分受廢止之情形中，行政機關得溯及既往廢止外，其餘之合法行政處分均應自廢止時，或自廢止機關所指定較後之日時起失其效力。也因此，受裁罰者恐亦無類推適用行政程序法第 127 條規定，向行政機關請求返還所已繳納之罰鍰金額之空間。同樣的，由於係以廢止而非撤銷之方式處理原罰鍰處分，以及無法溯及廢止等因素，本文認為亦無類推適用行政罰法第 26 條第 5 項規定返還已收繳之罰鍰之空間。

如欲兼顧罰鍰返還之問題，在本文觀點脈絡下，或可考慮以該行為事後經法院判處有期徒刑以上之刑確定者作為罰鍰處分之解除條件，並使其溯及既往失效，進而再類推適用行政罰法第 26 條第 5 項規定返還所已收繳之罰鍰。至於在法院如僅係科處罰金刑部分，由於本文鑑於避免出現評價不足之問題，故而建議應修正行政罰法第 26 條第 2 項規定，此部分已如前述。也因此，倘若該等罰金刑之金額係低於法定罰鍰最低額者，行政機關應仍得依本文前述修正建議而再行裁處。

肆、結論

經由上述說明，本文結論或可彙整如下三部分：首先，之所以認為刑罰在量的方面重於行政罰，一方面係因難以擺脫刑事不法仍具有社會倫理非難性之固有認知，另一方面則係因為刑罰絕大多數係以科處自由刑之方式，而於特定期間內剝奪作為行為人一切自由、權利根本之身體自由所致。但倘若對於實施刑事不法行為之行為人所科處者，僅係罰金

114 就此，參閱法務部（93）年法律決字第 0930047797 號函。

刑時，就所生之法律效果而言，將與行政罰性質之罰鍰相同，均係對其財產權加以限制而已。也因此，在量的區別說之觀點下，孰輕孰重毋寧應由對財產權所可能產生之限制程度，亦即所定之罰金或罰鍰額度而定。從而，為避免有評價不足之情形，本文認為或可參考例如道路交通管理處罰條例第 35 條第 11 項規定之立法模式以為因應。換言之，倘若刑事法院就行為人同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之行為所裁處之罰金金額係低於法定罰鍰最低額，則行政機關得再行對該行為裁處以法定罰鍰最低額與所被科處之罰金金額二者間之差為額度之罰鍰。對此，本文建議或可於行政罰法第 26 條第 2 項規定修正為：「前項行為經裁判確定僅科處罰金，且額度低於法定罰鍰最低額者，得裁處不足法定罰鍰最低額部分之罰鍰」，至於原本第 2 項至第 5 項等規定，則依序往後調整項次，並將「前項」修正為「第 1 項」。除此之外，或亦可參考行政罰法第 26 條第 3 項之立法模式，亦即先行由行政機關依所違反之相關行政法上義務規定所定之罰鍰額度對該等行為裁處罰鍰後，再扣除所以被科處之罰金金額。若是如此，或可考慮同樣修正行政罰法第 26 條第 2 項規定為：「前項行為經裁判確定僅科處罰金，且額度低於法定罰鍰最低額者，得依違反行政法上義務規定裁處之。但應於裁處之罰鍰內扣抵該罰金」。至於原本第 2 項至第 5 項等規定，亦隨之調整項次，並將「前項」修正為「第 1 項」。

再者，在裁判歧異之疑義部分，本文認為行為時之兒少法第 49 條第 15 款規定所規範者，乃係對兒童及少年為「其他犯罪行為」，以及為未達犯罪行為程度之「不正當行為」 二種行為態樣，該二類行為彼此間應係屬於一種層升而互為補充之關係，從而，殊難想像有同一行為非屬不正當行為，卻為犯罪行為之情形。從而，在此等規範之關聯性下，個案中倘若同一行為經評價為其他犯罪行為，即無須再論以不正當行為；反之，倘若認為尚未達犯罪行為之程度，則仍有評價為不正當行為之可能。又，由於本文認為立法者於行為時之兒少法中，係以前述其

他犯罪行為或不正當行為作為裁處行為人罰鍰之構成要件，也因此，應無基於刑事優先原則之要求而在行為人之同一行為經法院有罪判決確定後，即不得另行裁處行政罰之理。

最後，本文認為在我國行政罰法現行之規範脈絡下，所謂之刑事優先原則，應僅限於刑事處罰部分，而未包括刑事程序之進行在內。換言之，在前述行政罰法第 32 條第 1 項規定之規範文義下，行政機關所移送者，應為該行為事實中涉及觸犯刑事法律之部分，至於涉及違反行政法上義務規定部分，其仍應享有追究之管轄權。然而，於此尚必須面臨如行政機關已先行就違反行政法上義務規定之行為部分裁處罰鍰，事後法院又就觸犯對刑事法律之部分作成有罪判決，尤其是科處自由刑時，應如何處理該等罰鍰處分，以符合行政罰法第 26 條第 1 項規定之問題。對此，或可考慮者，係以該行為事後經法院判處有期徒刑以上之刑確定者作為罰鍰處分之解除條件，並使其溯及既往失效，進而再類推適用行政罰法第 26 條第 5 項規定返還所已收繳之罰鍰。至於在法院僅係科處罰金刑時，由於本文鑑於避免出現評價不足之問題，故而建議應修正行政罰法第 26 條第 2 項規定，此部分已如前述。

經由本文之分析，明顯可知在法規範有所不足或相互衝突之情況下，即便透由法解釋勉予填補，仍出現挖東牆補西牆，僅能兼顧二三而無法面面俱到之憾。也因此，或有必要重新檢視現行行政罰法在實務運作上所衍生之諸多權限衝突及評價不足之問題，而透過修法方式畢其功於一役地予以解決，方屬正辦。

參考文獻
References

一、中文部分（Chinese）

（一）書籍（Books）

李惠宗，行政罰法之理論與案例，元照出版有限公司，2007 年 2 版。
李惠宗，行政法要義，元照出版有限公司，2016 年 7 版。
林明昕，王必芳編，論行政罰法中「單一行為」之概念，2008 行政管制與行政爭訟，新學林出版股份有限公司，2009 年。
林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，2018 年 6 版。
林錫堯，行政罰法，元照出版有限公司，2012 年 2 版。
洪家殷，行政罰法論，五南圖書出版股份有限公司，2008 年增訂 2 版。
陳清秀，行政罰法，新學林出版股份有限公司，2017 年 3 版。
蔡震榮，廖義男編，行政罰之管轄權確定原則，行政罰法，元照出版有限公司，2017 年 2 版。

（二）期刊（Volumes & Periodical Papers）

洪家殷，論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限，東吳大學法律學報，第 9 卷第 2 期，1996 年 8 月。
陳文貴，從行政罰法看行政不法與刑事不法之交錯，法令月刊，第 58 卷第 11 期，2007 年 11 月。
陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（上），興大法學，第 15 期，2014 年 5 月。
陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（下），興大法學，第 16 期，2014 年 11 月。

（三）其他資料（Other Materials）

程明修，法務部「行政罰法之比較法研究與修正建議」委託研究案，法務部委託東吳大學，2018 年。

二、德文部分（German）

Blum, Heribert/Gassner, Kathi/Seith, Sebastian (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 2016.

Bohnert, Joachim/Krenberger, Benjamin/Krumm, Carsten, Ordnungswidrigkeitengesetz, 4. Aufl., 2016.

Göhler, Erich (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17. Aufl., 2017.

Mitsch, Wolfgang (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., 2018.

Senge, Lothar (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitsgesetz, 3. Aufl., 2006.