

法務部
「行政罰法之比較法研究與修正建議」
委託研究案

受委託單位：東吳大學

研究主持人：程明修教授

研究期程：107年5月~12月

107年12月

摘 要

立法院於 103 年底為食安事件量身打造，提出專用之不法利得剝奪規定，修正食品安全衛生管理法第 49-1 條，並增訂同法第 49-2 條，更進一步於 104 年底至 105 年上半年間，大幅修正刑法，以期就各種刑事案件所涉之不法利得，有效予以剝奪。同一事件，既可能同時觸發行政裁處與刑事司法程序，如何確實防阻不法行為，剝奪行為人之不法利得，以收警戒嚇阻貪婪之效果，又不致干預行為人過苛，則需要通盤檢視刑法相關規定與本法加重裁罰、追繳不法利得等內容，並對照我國實務見解及外國立法例。本研究計畫第一章提出本研究計畫之問題意識，第二章說明刑罰與行政罰之適用關係，第三章介紹行政罰法上剝奪不法利益制度，第四章探討不法利得之估算，第五章則提出結論。

關鍵字：一行為不二罰、不法利得、加重罰鍰、總額主義、淨額主義

Abstract

In response to the food safety incident happened in the end of 2014, the Legislative Yuan proposed illegal profits retrieve with amending Article 49-1 and adding Article 49-2 of 《Act Governing Food Safety and Sanitation》. Between 2015 and 2016 the 《Criminal Code》 was substantially amended with a view to effectively deprive illegal gains involved in various criminal cases. As a result, one single act might bring on the administrative penalty as well as the criminal punishment. Then it would be crucial to review the related regulations and compare foreign practices and laws to prevent wrongful acts, deprive illegal profits, and deter people from greed, without interfering stringently. To provide possible resolutions, the first chapter presents the issues of this research project, and Chapter two describes the relationships between administrative penalty and criminal punishments. Chapter three focus on the system of deprivation of unlawful profits in administrative penalty, followed by Chapter four discussing the estimation of illegal profits. Finally in Chapter five the conclusion is presented.

Keywords: penalty, illegal profits, aggravated penalty, totalism,
netism

目 錄

摘 要	i
Abstract	ii
第一章 前言	1
第一節 研究主旨	1
第二節 研究方法	1
第三節 章節內容	2
第二章 刑罰與行政罰之適用關係	3
第一節 刑罰與行政罰之性質	3
第二節 行政罰上一事不二罰原則之適用	4
第一項 概說	4
第二項 早期實務看法	5
第三項 司法院大法官解釋	5
第四項 本文見解	7
第三節 刑罰優先性之原則與例外	9
第一項 我國行政罰法第 26 條	9
第二項 德國秩序違反法第 21 條	12
第三項 小結	21
第三章 行政罰法上剝奪不法利益制度	23
第一節 加重罰鍰制度	23
第一項 刑法中追繳/沒收制度與憲法爭議	23
第二項 我國行政罰法第 18 條之爭議	42
第二節 擴大追繳不法利得制度	50
第三節 刑法之沒收、罰金與行政罰法之沒入、加重罰鍰與不法利得追繳間關係 ..	59
第一項 德國與台灣沒收(入)與利得追繳制度之比較	59
第二項 裁罰性沒收(入) vs. 非裁罰性沒收(入)	64
第四章 不法利得之估算	67
第一節 總額主義與淨額主義	67
第二節 耗用費用	71
第三節 租稅	72
第四節 減少之收益	72
第五節 利得事後減失	73
第六節 估算標準之建議	73
第五章 結論	77
附件：行政罰法修正草案	85
參考文獻	89
附件：德國條文對照表	I
附件：出國考察報告書	I

第一章 前言

第一節 研究主旨

行政罰法自民國95年施行以來，不法利得之剝奪規定，在實務案件中，漸經裁罰機關援用，尤以環保爭議為最，如觀音污水廠案、臺灣塑膠工業水污染案等事件。相較學界引發若干討論，法院則相對謹慎，並未高度討論相關條文究應如何解釋，留下許多問題尚待釐清。時至102年末，當大統混油案爆發後，其中有關不法利得剝奪之規定適用問題，方才置入裁判之放大鏡下檢視；其間非但學者競相討論實務見解，就連社會輿論亦多提出看法。於各界壓力下，立法院遂於103年底先為食安事件量身打造，提出專用之不法利得剝奪規定，即修正食品安全衛生管理法第49-1條，並增訂同法第49-2條，以息眾怒，更進一步於104年底至105年上半年間，大幅修正刑法，以期就各種刑事案件所涉之不法利得，有效予以剝奪。同一事件，既可能同時觸發行政裁處與刑事司法程序，如何確實防阻不法行為，剝奪行為人之不法利得，以收警戒嚇阻貪婪之效果，又不致干預行為人過苛，應通盤檢視刑法相關規定與行政罰法加重裁罰、追繳不法利得等內容，並對照我國實務見解及外國立法例。

第二節 研究方法

一、歷史觀察法

法律的形成本無不植基於社會現實；相同之法律規定，亦不見得皆適合於不同文化之土地。是以即有必要從歷史角度，觀察臺灣及其他國家相關運作制度後的社會背景，方能一探或確認社會立法之需求與

運作於究竟¹；在歷史方法方面，本文特別著重立法理由與立法過程之討論，藉以了解立法形成過程並對法條解釋有更適切的理解。

二、文獻分析與比較法分析

針對相關文獻，本文嘗試依循大綱所提之各式爭點予以彙整，期盼能綱舉目張外，更能突顯出我國實務運作尚待改進之處，並透過整理或反思提供對我國既有制度之改進建議。在部分關鍵爭議上，國內論述並未完全成熟，需要外國學理的刺激；兼以比較他國，亦可強化現行制度妥適去留之判斷，而有觀察之必要²。

三、司法實務見解整理分析

我國司法實務對於相關問題有所討論，惟其見解可能隨著時間推移而發展改變，或不同解釋機關有見解差異；本文嘗試整理重要實務見解並加以分析，尤其司法院大法官在歷次解釋中表達的意見，供作理論與實務對照，俾突顯問題並尋求合法並合目的之解決方法。

第三節 章節內容

本研究依期初規劃，如期完成期末報告應完成事項，又配合期中審查會議與更多文獻的整理而調整研究報告之章節內容，對於議題的分析較期初更細緻也更深入。本文第一章對於本研究計畫之內容作一概略介紹，第二章說明刑罰與行政罰之適用關係，第三章介紹行政罰法上剝奪不法利益制度，第四章探討不法利得之估算，第五章則提出本文結論。出國考察報告則附於報告最後之附件以供參考。

¹ 阿部泰隆，政策法学の基本指針，1997年，弘文堂，頁36-37。

² 阿部泰隆，政策法学の基本指針，1997年，弘文堂，頁38-41。

第二章 刑罰與行政罰之適用關係

第一節 刑罰與行政罰之性質

我國行政罰法第 26 條第 1 項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」大法官釋字第 751 號解釋中張瓊文大法官所提部分協同意見書指出，制裁係較高位階之抽象概念，對於違反行政法上義務行為之罰鍰、觸犯刑事法律行為之刑罰及違反各個職業義務之處罰，如公務員懲戒處分，於釋憲實務上均認為係所謂的「制裁」。又各種制裁各有其法律制度上之目的，彼此有互相補充之作用。尤以我國權力分立之現制以觀，國家的公權力制裁並非由司法權所壟斷，司法權所負責者，應僅限於以刑罰為手段的制裁，此外則應由行政權負責，而其抉擇則係立法者之權限。此即司法院釋字第 517 號解釋所謂：「按違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所為立法裁量之權限，苟未逾越比例原則，要不能遽指其為違憲。即對違反法律規定之行為，立法機關本於上述之立法裁量權限，亦得規定不同之處罰……」之意旨。可見刑罰與行政罰間是一種動態變化的情形，行政罰之倫理可非難性，亦未必低於刑罰。

於實證法中時可見到原屬刑事犯罪行為而處以罰金等刑罰者，於除罪化後，轉為以「罰鍰」方式，持續加以控管，且金錢處罰之額度甚至會明顯提高。故傳統上對於行政犯及刑事犯間究係「質」或「量」的區別雖迭有爭議，但近來採「質」的區別說者已屬少數。是以不同體系之制裁間，例如，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務

規定之競合情形，本於行政犯及刑事犯僅係量的區別，為免過度處罰，故立法者於行政罰法第 26 條第 1 項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」立法理由謂係考量刑罰之懲罰作用較強，依刑事法律處罰，惟論理上若採刑罰與行政罰為量的區別說，就行政罰法第 26 條第 1 項之規範而言即有矛盾，換言之，先基於兩者係「量」的區別而予競合，但卻認刑罰與行政罰乃本質上之不同逕以優先適用，加以刑事處罰及行政處罰分屬不同機關之職掌，構成輕重失衡評價不足之現象，即在所難免。因此行政罰法第 26 條第 1 項之規定是否如此嚴格以刑罰應先適用，即有討論研究必要。

第二節 行政罰上一事不二罰原則之適用

第一項 概說

一行為不二罰者，又稱為禁止重複處罰原則，國內亦有文獻將之稱為一事不二罰原則³。一般咸認在刑事法領域中，刑事法上之一事不再理原則，一事不二罰原則及「雙重危險」(double jeopardy)禁止原則，攸關人身自由之保障，不論憲法有無明文規定，皆屬憲法原則。但在行政法上是否有具憲法位階之一行為不二罰原則，或者憲法上是否尚有一個涵蓋不同法律領域之一行為不二罰原則，仍有待商榷⁴。德國基本法第 103 條第 3 項規定：「任何人不得因同一事件而基於普通刑法典處以多次處罰」。該條文係德國基本法承認一行為不二罰原則之成文憲政規範。但我國憲法卻未有相當規定，故欲於我國憲法

³ 洪家殷，行政罰中一事不二罰原則之適用，台灣本土法學雜誌，第 58 期，2004 年 5 月，頁 140。

⁴ 釋字第 754 號解釋許志雄大法官協同意見書。

上直接找出一行為不二罰原則之明文基礎，恐緣木求魚，徒勞無功⁵。

第二項 早期實務看法

我國早期實務判決對於行政秩序罰，承認一行為若違反數個行政法上義務時，可分別依據各該行政法規規定處罰，以貫徹各該行政法規之目的。且在秩序罰與刑罰規定競合時，也採取「併罰主義」，而非從重處罰。由此可知，過往實務不承認有所謂「一行為不二罰原則」⁶。申言之，同一行為若依懲治走私條例判刑，海關仍得依海關緝私條例為沒入貨物及罰鍰之處分。因為「兩者性質不同，分別依規定予以處罰，於法並無限制，不生重複問題」⁷。

第三項 司法院大法官解釋

承前所述，我國早期時見解基於兩者性質不同之故，並不認為刑罰與行政罰並行有重複問題，然而釋字第 503 號解釋打破過。該號解釋認為對於同一行為，同時違反數個行政法規規定，而其行政秩序罰之處罰種類相同者，則如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得就其他行為併予處罰，始符合憲法保障人民權利之意旨。此號解釋有條件承認在（一）處罰種類相同，且（二）「如從一重處罰已足達成行政目的」的情形下，基於比例原則的觀點，應採「一行為不二罰原則」，始符合憲法保障人民權利之意旨⁸。

釋字第 604 號解釋直接論述一行為不二罰原則為法治國家基本原

⁵ 程明修，若世界實有者，即是一合相—大法官釋字第 604 號解釋簡析，台灣法學雜誌，第 76 期，2005 年 11 月，頁 215。

⁶ 陳清秀，行政罰法，修訂三版，2017 年，新學林，頁 221。

⁷ 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，增訂 15 版，2017 年，三民，頁 493-494。

⁸ 陳清秀，行政罰法，修訂三版，2017 年，新學林，頁 222。

則。但該原則之憲法依據，並未言明，僅強調其為法治國之基本原則。參與該號解釋作成之大法官，對於一行為不二罰原則之圖像，亦有不同描繪。許宗力大法官認為一行為不二罰原則之依據為法安定性、信賴保護原則與比例原則，而其內涵則至少包括刑事訴訟法上之一事不再理原則以及秩序罰上禁止國家對於人民同一違法行為同時作成多次的處罰⁹；城仲模大法官亦肯認之依據為法安定性、信賴保護原則（亦為比例原則之表現）¹⁰；許玉秀大法官則認為該原則之依據應為 *Ne bis in idem*（此為比例原則的次類型），其具體內涵，對於制裁而言，即為雙重制裁禁止原則¹¹；彭鳳至大法官則認為一行為不二罰原則為憲法上比例原則在行政處罰範疇中的特殊類型，並非德國基本法明文規定之「一事不再理原則」¹²。

釋字第 751 號解釋提及：「系爭規定一允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，係立法者考量應履行之負擔，其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足，為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，其目的洵屬正當。其所採另得裁處罰鍰之手段，連同應履行之負擔，就整體效果而言，對人民造成之不利益，尚非顯失均衡之過度評價，與目的間具合理關聯性，並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題」。

由上述論述似可推知大法官認為刑法與行政法間，並不存有一行為不二罰之憲法原則。黃虹霞大法官認為：「行政罰法第 26 條第 1 項規定，在現階段作為法律位階，其妥適性尚且有疑，遑論以之為憲法高度之憲法原則。而既非憲法原則，自不生因該規定致生聲請人所

⁹ 釋字第 604 號解釋許宗力大法官協同意見書。

¹⁰ 釋字第 604 號解釋城仲模大法官協同意見書。

¹¹ 釋字第 604 號解釋許玉秀大法官不同意見書。

¹² 釋字第 604 號解釋彭鳳至大法官協同意見書。

指違憲之問題。本席贊成本件解釋未予肯認刑法與行政法間有所謂一行為不兩罰憲法原則之多數意見，本席並認為行政罰法第 26 條第 1 項規定稍嫌超前，立法機關似可本諸立法權再予檢討其妥適性¹³」；羅昌發大法官則認為一行為不二罰原則，應係憲法第 23 條比例原則之下位原則¹⁴。

釋字第 754 號解釋就一行為不二罰原則，也僅係重申釋字第 604 號解釋，認為一行為不二罰原則為法治國家基本原則，其憲法依據亦未言明。許志雄大法官在此號解釋中精確指出：「一行為不二罰原則，究何所指，則並無著墨。因此，適用該原則時，不免產生困惑。例如，何謂一行為？一行為與數行為如何區分？不二罰係絕對或相對要求？又所謂不二罰，係指何種處罰不二罰？其範圍限於行政罰（秩序罰）之間，或尚包括行政罰與刑罰、懲戒罰乃至執行罰？這些問題之解答，從釋字第 604 號解釋本身得不到明確指引或線索，而論者見解分歧，勢所難免¹⁵。」

第四項 本文見解

釋字第 604 號解釋在一行為不二罰原則之論理上並不明確。一行為不二罰原則應係源自於法治國原則中之法安定性、信賴保護原則與比例原則。由此並可以推導出禁止國家對於行為人之同一行為，以相同或類似的措施予多次之處罰。而其所指涉者，可以是訴訟程序中形成訴訟程序障礙的意涵（一事不再理），同時也可能包括實體法上規定行為次數或處罰次數與方式的問題（一行為不二罰）。後者至少包括：（1）在實體法對於一個行為同時違反複數的法規範可否予以重複

¹³ 釋字第 751 號解釋黃虹霞大法官部分不同部分協同意見書。

¹⁴ 釋字第 751 號解釋羅昌發大法官不同意見書。

¹⁵ 釋字第 754 號解釋許志雄大法官協同意見書。

評價、(2) 原本自然意義下的單一行為可否在法律上被視為複數行為，並進而予以重複評價以及 (3) 法律上的單一行為 (為被擬制的本來自然上一行為以及被擬制後的法律上一行為) 可否被同一重複評價的問題。與其要求回答上述三種情形是否違反內涵不明的「一行為不二罰原則」，倒不如回應比較明確的比例原則對於這些問題如何反應。對於 (3) 的問題，如果法律上對於一個自然行為另外看待，這個自然上行為即為這個法律評價基礎的一行為。或者法律上已經對於自然上一行為另作評價 (或者切割)，對於這個法律上所看待的一行為，假如根據同一規範給予多次的處罰，顯然挑戰了立法者對所設想的「罪一刑」、「行為一處罰」相當關係，難為比例原則所接受。「蓋人民之違法行為受到國家的制裁後，法秩序已回復和平之狀態，無須對該行為再予處罰，且行為人對同一行為不再受處罰之期待，國家應予維持¹⁶。」

對於類似刑法想像競合之 (1) 問題，城仲模大法官根據原則與原則衝突的權衡模式指出，立法者若為落實其他憲法價值，並實現各種之保護委託，而需採行多樣之維持秩序措施、執行行為或預防措施時，並非完全不得就人民之同一行為多次地給予不利處分，亦即國家對於人民之同一行為，予以數次制裁之可能性並未完全排除。大法官於釋字第 503 號解釋中闡明，同一行為違反數個租稅法律規定而應處罰者，如其必須採用不同方法而為併合處罰，以達行政目的所必要者，即得併合處罰。

至於原本自然意義下的單一行為可否在法律上被視為 (或切割成) 複數行為，並進而予以重複評價問題 (2)。其認為當立法者將一個單純的自然一行為切割成為複數的法律上行為時，無非是希望讓執法機關對於個別的法律上行為個別獨立評價。所以會形成自然的一行

¹⁶ 參考，釋字第 604 號解釋城仲模大法官協同意見書。

為在法律上被切割後而先後評價的結果。立法者在切割或認定法律上行為個數時，當然就是同時在決定累積處分後的不利益是否合乎比例地與之所以需要切割自然一行為分別認定的正當公益目的相當。釋字第 604 號解釋文稱「立法者固得以法律規定行政機關執法人員得以連續舉發及隨同多次處罰之遏阻作用以達成行政管制之目的，但仍須符合憲法第二十三條之比例原則」，即屬此意。

第三節 刑罰優先性之原則與例外

實務上於 103 年發生食安爭議，大統長基食品公司因違反食管法事件遭彰化縣政府裁罰 18.5 億之訴願案，於 103 年 7 月 8 日經衛福部訴願會決定：「原處分撤銷。」訴願會認為，本件訴願決定已肯認大統製售油品攙偽、假冒之行為，違反食管法而得予行政裁罰，惟因行政裁處後，大統上述行為經彰化地院判處負責人高振利有期徒刑 16 年及罰金 5,000 萬元，基於刑事優先（一事不二罰）原則，彰化縣政府對大統裁處之處分，目前應先予撤銷。訴願會表示，撤銷彰化縣政府之行政罰（罰鍰部分）之裁處，係因行政罰法第 26 條第 1 項規定而一時不能發動，如司法審判日後就大統案判處無罪、免刑等裁判確定（行政罰法第 26 條第 2 項），彰化縣政府仍得依法另為裁罰。本案係因一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定，依行政罰法第 26 條第 1 項規定，依刑事法律處罰之。

第一項 我國行政罰法第 26 條

我國行政罰法第 26 條規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之（第 1 項）。前項行為如經不起訴處分、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，得依違反行政法上義務規定裁處之（第 2 項）。第一項行為經緩起訴處分或緩刑宣告確定且經命向公庫或指定之公益團體、地方自治團體、政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於依前項規定裁處之罰鍰內扣抵之（第 3 項）。前項勞務扣抵罰鍰之金額，按最初裁處時之每小時基本工資乘以義務勞務時數核算（第 4 項）。依第二項規定所為之裁處，有下列情形之一者，由主管機關依受處罰者之申請或依職權撤銷之，已收繳之罰鍰，無息退還：一、因緩起訴處分確定而為之裁處，其緩起訴處分經撤銷，並經判決有罪確定，且未受免刑或緩刑之宣告。二、因緩刑裁判確定而為之裁處，其緩刑宣告經撤銷確定（第 5 項）。」

就此規定，乃規範行政罰與刑罰間競合之問題。一般認為此條規定係刑事優先原則。換言之，當行政罰與刑罰間發生競合時，係由刑事處罰優先。更精確地說，對於刑罰與罰鍰、沒入之關係，係採刑罰優先原則，但在刑罰與其他種類行政罰間，則採併罰原則¹⁷。

而本條規定大抵可拆成以下幾點分述：（一）刑罰優先，先進行刑事訴訟程序；（二）依法律或自治條例而得為沒入之物，在未經法院宣告沒收前，行政機關得沒入之；（三）當應處以其他種類之行政罰時，因此處並非刑罰所能涵蓋、替代，故行政機關可逕自裁處，毋庸等待法院判決；（四）倘檢察官對於刑事案件為不起訴處分或緩起訴確定，或者是法院為無罪、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，行政機關仍得自行裁處之¹⁸。

¹⁷ 林錫堯，關於建構「憲法上一行為不二罰原則」之問題，法學叢刊，第 241 期，2016 年 1 月，頁 13。

¹⁸ 林錫堯，關於建構「憲法上一行為不二罰原則」之問題，法學叢刊，第 241 期，2016 年 1 月，

行政罰法第 26 條所揭櫫之刑事優先原則，已如前述。但該原則是否一律係以刑罰為優先，不無疑義。在個別行政法規上，仍可以找到併罰之規定。例如廢棄物清理法第 64 條規定：「依本法處罰緩案件，涉及刑事責任者，應分別處罰。」由該規定可知，廢棄物清理法第 64 條係刑罰與行政秩序罰得以併罰之規定，排除行政罰法第 26 條之刑事優先原則。

就此問題，我國學者洪家殷認為，對同一違反行政法上義務而應受行政罰與刑罰制裁之行為，若併科以行政罰與刑罰時，由於單一制裁即可達成處罰目的，兩者併科將逾越必要程度，且超過行為人就該行為所應受之處罰，而違反了比例原則。此外，當國家之制裁權於第一次已使用過，倘國家再次行使，亦將破壞法秩序之安定，違背人民的信賴，並影響人民之行為自由。尤有甚者，更侵害其人性尊嚴。且刑罰程序較行政程序謹慎，且基於尊重法院判斷理由等，若依據刑法處罰，應已足達制裁目的，國家就不能再次科以行政罰中之罰鍰¹⁹。

另有認為，由於通說對行政罰與刑罰間係採量的區別說，而就維護社會功能而言，刑罰顯然為主要手段，行政罰僅具補充性，因此行政罰法第 26 條採刑事優先原則。但若嚴格恪守並貫徹量的區別說，在實務上則會輕重失衡。其並以人民盜採砂石之行為為例，此時人民將違反刑法第 320 條與土石採取法第 36 條（處新台幣 100 萬元以上 500 萬元以下之罰鍰）之規定。如法院最後判處人民罰金 500 元，依據行政罰法第 26 條，此時因刑事處罰優先原則之故，不能再課以土石採取法第 36 條之罰鍰，進而造成土石採取法被架空。抽象言之，若行為人同時觸犯一較輕之刑法規定與較重之行政法規，依據行政罰法第 26 條之刑事優先處罰原則，制裁效果僅有較輕之刑法，其中

頁 13-14。

¹⁹ 洪家殷，行政罰法論，增訂二版，2008 年，五南，頁 139。

之輕重失衡，不言可喻。故其建議在立法上可增訂行政罰例外優先之規定²⁰。

此外，亦有學者主張當一行為同時觸犯刑事罰與秩序罰時，雖依行政罰法第 26 條，應以刑事處罰優先。但其仍認為在一定情況仍有例外，而不以刑事處罰為優先。簡言之，其認為在（1）秩序罰規定屬於特別法的情形；（2）犯罪情節輕微，科處秩序罰較符合比例原則等情形中，就例外須以秩序罰為優先。就（1）秩序罰規定屬於特別法的情形而言，當秩序罰處罰對象之事實關係，相對於想像競合的犯罪要件具有「特殊性」時，就應優先適用行政秩序罰，排除行政罰法第 26 條之適用；而就（2）犯罪情節輕微，科處秩序罰較符合比例原則的情形，若以秩序罰罰之，就足以達成行政管理目的時，就僅需為行政處罰，而毋庸追究其刑事責任，以符合比例原則²¹。

第二項 德國秩序違反法第 21 條

行政罰法之立法理由指出其乃參考德國秩序違反法第 21 條之規定。因此有必要先釐清德國秩序違反法第 21 條規定之意涵。本條乃犯罪行為與違反秩序行為競合之規定，其規定「一行為同時為犯罪行為與違反秩序行為者，僅適用刑法。其他法律規定之附隨效果得宣示之（第 1 項）。惟在第一項之情形，如未科處刑罰者，其行為得作為違反秩序行為加以處罰（第 2 項）。」本研究將研究重心置於第 1 項規定，以下針對其內涵說明之²²。

一、 根據本法規定，相對於刑罰，秩序罰僅居於補充性

²⁰ 蔡震榮，鄭善印，行政罰法逐條釋義，修訂二版，2008 年，新學林，頁 369-370。

²¹ 陳清秀，行政罰法，修訂三版，2017 年，新學林，頁 264-266。

²² Vgl. Joachim Bohnert/ Benjamin Krenberger/ Carsten Krumm, Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Aufl., 2018, § 21 Rn. 2 ff.

(Subsidiarität)。對於一個犯罪行為而言，秩序違反行為僅具補充地位，亦即秩序違反行為必須退於犯罪行為之後。若一個行為不僅該當刑法條文的構成要件，而且也該當秩序違反規範的構成要件，則會適用秩序違反法第 21 條第 1 項，此時刑法條文會排斥秩序違反規範。雖然說此規範建立的基礎在於，刑罰比起罰鍰，通常總是具有更加強烈的效果，並且一個犯罪行為的不法內涵經常會超過一個秩序違反行為的不法，因此對於實體法上行為單數之同一個行為，若同時在刑法之觀點下進行追訴，並且也在秩序違反之觀點下去制裁，並不恰當。因此立法者在立法上採取刑罰優先而排除併罰之作法。然而實際上，縱使在個案中，秩序違反行為在不法內涵上 (Unrechtsgehalt) 顯然比起犯罪行為更為嚴重，仍有此原則之適用。就秩序違反法第 21 條的補充性而言，是否刑法規範與行政法義務規定具有同一保護目的 (Schutzrichtung)，或異質 (heterogen) 之保護目的在所不問。

二、 此刑罰優先性條文之適用前提是犯罪行為和秩序違反行為必須是「同時性 (Gleichzeitigkeit)」，而「同時性」是指兩者必須處於實體法上的行為單數，至於行為單數是自然的行為單數或者法律上的行為單數，在所不論。故意的秩序違反行為也必須退於過失的犯罪行為，或者僅是未遂之犯罪行為（前提是未遂之犯罪行為是可罰）之後。若例外地有處罰犯罪行為之預備行為 (Vorbereitungshandlungen) 之刑罰規定時，也同樣會排斥秩序違反規範之適用。而只要秩序違反行為和犯罪行為的部分有所重疊即有本法適用。若行為雖是同時發生，卻非行為單數，此時即無秩序違反法第 21 條之適用。

三、 德國學說上認為秩序違反法第 21 條第 1 項秩序罰之補充性 (Subsidiarität) 也存在著例外的適用情形，亦即秩序違反行為

仍有可能例外排除犯罪行為而需要優先適用。學者 Bohnert 指出，這通常是指立法者針對某一事實，可知其僅欲將之視為秩序違反行為而非犯罪行為時，則秩序違反行為因為所謂的「內涵優先性 (bei inhaltlichem Vorrang)」而應該優先於犯罪行為。其間最重要的判斷標準是秩序違反法規範，作為特別性規範的成分有多少 (Maß an Spezialisierung der OWiNorm)。有時也可以考量規範情境的特別性 (Spezialisierung des Normumfeld)。形式外觀上，尚可以運用輔助標準，亦即，於適用本法第 21 條之時，是否除了刑罰規範，亦可以秩序違反法之規範來承擔規範任務。倘若不是這種情形，則應該優先適用秩序違反法之規範²³。若以刑法單獨科處罰金之額度與行政罰鍰額度之比較，倘若後立法之行政處罰規定額度較高，根據前述標準，就應該進一步討論刑罰在適用上是否存在內涵之優先性。倘若機械性地適用，無異讓行政處罰提高裁罰之立法目的失去意義，同時也可能忽略立法者有實際上希望透過行政處罰承擔主要規制或制裁功能之目的。

四、學者 Gürtler 則指出秩序違反法第 21 條適用之例外情形，其認為當罰鍰構成要件相對於犯罪構成要件而被視為特別規定 (Spezialvorschrift) 時，秩序違反行為會例外排擠犯罪行為。這種案件型態極為罕見。Gürtler 主張，特別關係 (Spezialität) 的判斷，取決於罰鍰構成要件與犯罪構成要件之兩法律在基本構成要件與保護目的上係屬一致，但是罰鍰構成要件卻包含了一個較輕微的特殊情狀 (besondere Umstände mildernder Art) 時，便可加以認定。如果僅有部分重疊，則不該當。因而若一個刑罰之犯罪構成要件和行政罰鍰之程序含有不同的行為方式 (Handlungsweisen) 及保護的法益時，犯罪行為優先適用原則

²³ Vgl. Joachim Bohnert/ Benjamin Krenberger/ Carsten Krumm, Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Aufl., 2018, § 21 Rn. 6.

即仍維持適用²⁴。

例如聯邦狩獵法（Bundesjagdgesetz）第 11 條第 6 項規定，「不符合本條第 1 項第 2 句前段、第 2 項、第 3 項、第 4 項第 1 句、第 5 項規定者，狩獵用益租賃契約（Jagdпachtvertrag）無效。有償的狩獵許可（Jagderlaubnis），其製發不符合本條第 3 項之規定時，亦同。」同法第 39 條第 2 項規定，「有下列故意或過失行為之一者，為違反秩序之行為：1. 未持有有效之獵證，或其本人被禁止狩獵者而狩獵；...。」第 3 項規定：「違反本條規定之違反秩序行為，得科予五千歐元以下之罰鍰。」相對於刑法第 292 條第 1 項之盜獵罪規定，「侵害他人狩獵權或狩獵實施權而為下列行為之一者，處三年以下有期徒刑或罰金：1. 追捕、捕捉、殺害獵物，或使自己或第三人取得獵物之所有者，2. 對於屬於狩獵權之物，使自己或第三人取得所有，損壞或毀棄。」因契約或許可無效而未持有有效之獵證狩獵者，自然會有侵害他人狩獵權或狩獵實施權之情事，惟此種狀況下，行政罰的部分另外包含的構成要件「未持有有效獵證狩獵」是一個相對於侵害他人狩獵權或狩獵實施權較為輕微的特殊情狀，因此例外的優先於刑罰之適用。

五、 另依據林錫堯大法官之分析，有學說認為，當行政罰規定與刑罰規定具有「本質上之同一性（wesentliche Identität）」，且行政罰之要件比刑罰之要件至少附加一個要件，行政罰規定始可構成特別規定，而基於此種明顯的規範關係，形成行政罰優先。此外，如法律有明文規定，或經由解釋，亦可導出行政罰優先之結論；但行政罰優先係屬例外情形，必須從規定內容（處罰規定本身或處罰規定有關之規範整體），探求立法者是否顯然有意形成

²⁴ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn. 7.

一種排除刑罰優先原則之例外規定而定²⁵。另有學者認為，如法律先就某一行為設刑罰規定，其後又設與刑罰規定相同之行政罰規定，則亦可依後法優於前法之原則，優先適用行政罰²⁶。

六、 我國實務見解檢視

判決	基本事實	競合之行政罰與刑罰規定	法院見解
一、最高行政法院 107 年度判字第 390 號判決	A 為製造食品及食品添加物之公司，向越南業者購買食用級原料豬油（實際僅能作為飼料用）製成食用油品於市面販售。	<p>食品安全衛生管理法（103 年 12 月 10 日前）第 15 條：「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：...七、攙偽或假冒。...九、從未於國內供作飲食且未經證明為無害人體健康。...」。</p> <p>食品安全衛生管理法第 44 條：「有下列行為之一者，處新臺幣六萬元以上二億元以下罰鍰；情節重大者，並得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；經廢止登錄者，一年內不得再申請重新登錄：...二、違反第十五條第一項、第四項或第十六條規定。...」</p> <p>食品安全衛生管理法第 49 條第 1 項：「有第十五條第一項第三款、第七款、第十款或第十六條第一款行為</p>	<p>行政罰法第 26 條第 1 項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」亦揭示一行為涉及刑事罰與行政罰競合時，不二罰之原則。依其立法目的，無非係因刑罰與行政罰同屬對不法行為之制裁，且刑罰之懲罰作用較強，故行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，依刑事法律處罰即足資警惕時，實無再處行政罰之必要。且刑事法律處罰，由法院依法定程序為之，較符合正當法律程序，應予優先適用。而該規定係以「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定」為要件，其重點在於一行為符合刑事犯罪構成要件與行政罰構成要件時，使行政罰成為刑罰之補充，祇要該行為之全部或一部構成犯罪行為之全部或一部，即有刑罰優先原則之適用，規範目的是</p>

²⁵ 參考，林錫堯，行政罰法，二版，2012 年，元照，頁 77 以下。

²⁶ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn.7a.

		<p>者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金。情節輕微者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣八百萬元以下罰金。」</p>	<p>否相同，在所不問（法務部 95 年 2 月 9 日法律字第 0940049063 號函釋亦同此意旨）。復依行政罰法第 32 條「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，應將涉及刑事部分移送該管司法機關（第 1 項）。前項移送案件，司法機關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、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者，應通知原移送之行政機關（第 2 項）。」規定可知，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，否則即有違反行政罰法第 26 條第 1 項規定之情事。</p>
<p>二、最高行政法院 107 年度判字</p>	<p>B 為前擔任內政部營建署署長，依公職人員財產申報法規定，向監察院辦理財產申報，就應申報之財產項目，未據實申</p>	<p>公職人員財產申報法第 12 條第 1 項：「有申報義務之人故意隱匿財產為不實之申報者，處新臺幣二十萬元以上四百萬元以下罰鍰。」</p>	<p>「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」為行政罰法第 26 條第 1 項之規定。惟是否係此所謂「一行為」，須就具體個案事實情節依據行為人主觀犯意、構成要件實現、受侵害法益及所侵害法律效果，斟酌被違反行政法上義務條文文義、立法意旨、制裁意義、期待可</p>
		<p>貪污治罪條例第 6-1 條：「公務員犯下列各款所列罪嫌之一，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自公務員涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入顯不相當時，得</p>	

<p>第 388 號 判 決</p>	<p>報其本人借用訴外人 C 名義之存款與股票，經核認有故意隱匿財產為不實申報情事</p>	<p>命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金：一、第四條至前條之罪。...」</p>	<p>能性與社會通念等因素綜合判斷決定。貪污治罪條例第 6 條之 1 規定之立法目的，除在積極杜絕公務員貪污牟取不法財產，以遏止公務員貪腐行為與剷除官商勾結之溫床外，其因特定職務或身分之公務員本有依法據實申報財產之義務，而在偵查機關已追查知悉公務員有未據實申報且來源可疑財產之情形，倘漠視可疑財產之存在而不究明來源，非但使公務員申報財產制度形同具文，更將過度增加偵查機關進一步究明其來源合法性之偵查成本。換言之，本罪目的，旨在落實公務員財產申報制度，彌補單純課予行政處罰之規範不足，同時兼顧「不自證己罪特權」（緘默權）之保障，使偵查機關不致無端虛耗偵查成本，而與其他制裁貪污犯罪之刑罰規範得以相輔相成，俾達到積極防免公務員藉由身分、地位或職務之便斂取不法財產。至公職人員財產申報制度立法意旨，在藉由據實申報財產，端正政風，確立公職人員清廉之作為及建立公職人員利害關係之規範，一般人民亦得以得知公職人員財產之狀況，故重在公職人員須依法據實申報財產。是以，公職人員若未能確實申報財產狀況，即使其財產來源正當或並無隱匿財產之意圖，無論其申報不實係基於直接故意或間接故意，均符財產申報法故意申報不實違章行為之「故</p>
------------------------------------	---	--	--

			<p>意」要件，兩者立法目的不盡相同。就保護法益而言，貪污治罪條例第 6 條之 1 規定，係為維持公務員廉潔，避免從事不法利益輸送，導致國家公權力行使制度之崩壞，並基於相關貪瀆犯罪追查不易等理由，針對不說明之行為予以刑事責任，而財產申報法第 12 條規定，則是為財產申報之秩序與財產內容之正確性維持，二者所欲保護之法益明顯不同。此外，兩者行為義務產生之依據亦不同，貪污治罪條例第 6 條之 1 構成要件係以「檢察官於偵查中所命之說明」為前提，而財產申報法則係以公職人員依該法第 3 條所定之申報時點所產生之申報義務，故若行為人於檢察官偵查中命其就來源可疑之財產提出說明，因斯時非其依財產申報法所提出之財產申報，是該行為人當然不會構成財產申報法第 12 條申報不實等要件。因此，本件上訴人縱已依貪污治罪條例第 6 條之 1 規定判處有期徒刑，併科罰金，原處分再依財產申報法第 12 條規定裁處，因兩者在立法目的、保護法益及行為義務產生之依據既不盡相同或明顯不同，並不生一行為二罰之問題，與行政罰法第 26 條第 1 項之規定，並無牴觸。</p>
三、最高	D 所有土地屬非都市土地特定農業區	區域計畫法第 15 條第 1 項：「區域計畫公告實施後，不屬第十一條之非都市土地，應由有關直轄市或縣	原審原告在前案 5 筆土地回填堆置轉爐石級配料，於 102 年 9 月 18 日遭原審被告裁罰後，原審原告於相鄰之系爭土地上，

<p>行政法院 105 年度判字第 573 號判決</p>	<p>農牧用地，前因遭盜濫採土石遺留坑洞而列管。E 為回填坑洞而在系爭土地堆置轉爐石級配料。被認為非屬農牧用地之容許使用項目，違反區域計畫法第 15 條第 1 項規定</p>	<p>(市)政府，按照非都市土地分區使用計畫，製定非都市土地使用分區圖，並編定各種使用地，報經上級主管機關核備後，實施管制。變更之程序亦同。其管制規則，由中央主管機關定之。」</p> <p>區域計畫法第 21 條第 1 項：「<u>違反第十五條第一項之管制使用土地者</u>，由該管直轄市、縣(市)政府處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得限期令其變更使用、停止使用或拆除其地上物恢復原狀。」</p> <p>廢棄物清理法第 46 條規定：「有下列情形之一者，處一年以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金： ...三、<u>未經主管機關許可，提供土地回填、堆置廢棄物</u>。四、未依第四十一條第一項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理，或未依廢棄物清除、處理許可文件內容貯存、清除、處理廢棄物。...」</p>	<p>另有繼續回填堆置轉爐石級配料之事實，為原審所確定之事實，基於上開事實，原判決以原審原告於系爭土地回填堆置轉爐石之事實，業經檢察官對原審原告提起公訴，經高雄地院認原審原告所為係犯廢棄物清理法第 46 條第 3 款、第 4 款之罪，依刑法第 55 條規定，從情節較重之廢棄物清理法第 46 條第 4 款之非法清理廢棄物罪，判處有期徒刑 4 年，併科罰金 300 萬元，並以原處分認定原審原告違反區域計畫法第 15 條第 1 項行政法上義務之行為，與上開刑事判決評價之犯罪行為，係屬同一行為，而該刑事案件經一審判決有罪後，於原審言詞辯論終結時，仍在上訴程序進行中，尚未判決確定，認原審被告於刑事判決確定前，逕依區域計畫法第 21 條第 1 項規定，以原處分對原審原告裁處 30 萬元罰鍰，有違反行政罰法第 26 條第 2 項規定之違法，而將原處分關於罰鍰部分撤銷，揆諸前開說明，並無不合。</p>
-------------------------------	---	--	--

若以前揭三個代表性的案例說明，行政罰法第 26 條適用的前提，必須涉及「『一行為』同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。」因此若非一行為，自然如同第二案例一般，因為事涉複數行為分別違反行政罰與刑罰規定，兩者規範在立法目的、保護法益及行為義務產生之依據既不盡相同或明顯不同，不只

不生一行為二罰之問題，當然也不會有行政罰法第 26 條適用之爭議。至於第三案例，在適用上應該就是典型一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之例子，此時原則上應適用刑罰之規定。

至於第一個案例，行為人販賣標示正常油品之劣質油品，雖可能同時該當食品安全衛生管理法（103 年 12 月 10 日前）第 15 條：「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：...七、攙偽或假冒。...。」以及刑法第 191 條（製造販賣陳列妨害衛生物品罪）：「製造、販賣或意圖販賣而陳列妨害衛生之飲食物品或其他物品者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」然而若是根據德國法之理解判斷，也似乎可以再進一步分析行政罰法與刑罰制定之先後，同時審視兩者構成要件之間，行政罰構成要件之「販賣攙偽或假冒食品」是否相較於「販賣妨害衛生之飲食物品或其他物品」，是否屬於行政罰規定與刑罰規定具有「本質上之同一性（wesentliche Identität）」的情形，同時在這個前提下再判斷是否可能包含了一個較輕微的特殊情狀（besondere Umstände mildernder Art）（意即「攙偽或假冒」）？倘若沒有這種解釋的空間，則可能根本就是目的不同下應該兩罰的情況；或者仍應以刑罰優先。反之，若兩法規定具有「本質上之同一性」的情形，同時行政處罰規定又包含了一個較輕微的「攙偽或假冒」特殊情狀時，行政處罰則應該優先。

第三項 小結

我國行政罰法第 26 條基本上以德國秩序違反法第 21 條作為藍本。德國法上例外適用行政罰優先之見解是否亦可適用於我國，林錫堯大法官指出，如採納此種見解，行政罰規定是否構成刑罰規定之特別規定，而形成行政罰優先，必須從法律規制內容可以明白認定法律

有意僅處以行政罰而不處以刑罰，始足當之。換言之，必須一行為人之行為所違反之刑罰與行政罰之規定，內容基本上相同而依行政罰之規定所附加之其他要件，可認知立法者有意就此種違反行政法上義務之處罰設特別規定者，始得解為行政罰優先。一旦認定係行政罰優先，而於具體個案符合行政罰之處罰要件，則當不再考慮適用刑罰規定；倘若未具備行政罰之要件，則仍可依刑罰規定辦理。同時根據德國秩序違反法第 21 條之適用學說，在形式外觀上之輔助標準指出，於適用本法第 21 條之時，尚需要判斷是否除了刑罰規範，亦可以秩序違反法之規範來承擔規範任務，亦即兩者之規範承擔能力相當，始優先適用刑罰規定。反之，倘若不是這種情形，則應該例外優先適用秩序違反法之規範。在我國實務上常見，刑法單科罰金之法定刑額度低於行政罰最高法定罰鍰額時，是否仍應優先依刑事法律處罰之爭議？若依循這項法理，顯然刑罰與行政罰在規範能量上出現重大差異。原本行政罰法預想刑罰優先之預設邏輯並不存在。同時以刑罰或以行政罰進行規範所能達到之規範目的，顯然出現落差。單純依賴刑罰並無法達到預設承擔規範任務之目的時，即容有例外適用之可能性。

第三章 行政罰法上剝奪不法利益制度

第一節 加重罰鍰制度

第一項 刑法中追繳/沒收制度與憲法爭議

行政罰法第 4 章規定「裁處之審酌加減及擴張」，第 18 條第 2 項規定，「前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。」形成了所謂「加重罰鍰」的制度。行政罰作為一種與刑罰相較，屬於量小而質同之制度。刑法中針對犯罪所得金額追繳的部分，也有擴張加重的規範。

台灣於 104 年修訂刑法第 38 條規定，「違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之（第 1 項）。供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定（第 2 項）。前項之物屬於犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，而無正當理由提供或取得者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定（第 3 項）。前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額（第 4 項）。」第 38-1 條規定，犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定（第 1 項）。犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得（第 2 項）。前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額（第 3 項）。第一項及第二項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息（第 4 項）。犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追

徵（第 5 項）。」

上述新刑法規定於增訂第 5 章之 1 中為落實「窮盡剝奪犯罪所得」之構想，一改過往將沒收限於從刑之理解，而將沒收定性為一種「獨立（亦即，相對於主刑，已經喪失從屬性）之法律效果」，並將犯罪所得沒收被視為「準不當得利的衡平措施」。在體系上區分「犯罪所得沒收（第 38 條之 1）」、「違禁物沒收」與「犯罪工具產物沒收（第 38 條）」。²⁷特別是在「犯罪所得沒收」部分，依新法規定，此一沒收已經喪失刑罰之特性。犯罪所得沒收之對象不限於犯罪行為人，而擴及於犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體。又，新法規定之「犯罪所得」則包括「違法所得、其變得之物或財產上利益及其孳息（第 38 條之 1 第 4 項）」。²⁸

第一款 德國 2017 年前之舊刑法制度作為台灣刑法沒收新制之參照領域

我國沒收新制，乃至本文更重視有關「犯罪所得沒收」部分，明顯受到德國制度（指德國 2017 年 7 月 1 日前舊刑法）之影響²⁷。德國 2017 年 7 月 1 日前舊刑法，在體系上分別針對利得之追繳（Verfall）與犯罪物沒收（Einziehung）²⁸加以規定²⁹。其中有關追繳之規定包括，「正犯或共犯實行違法行為，並為實行該行為或自該行為而所得者，法院應對之宣告追繳（第 73 條第 1 項）。」追繳宣告

²⁷ 余麗貞，「刑法沒收新制介紹」，檢察新論，第 20 期，2016 年 7 月，頁 104 以下。

²⁸ 德國舊刑法第 74 條規定：「因實行故意犯罪行為所產出之標的，或為實行或準備該行為所用或預定供此之用的標的，沒收之（第 1 項）。下列之標的，得沒收之：1.該標的於裁判時屬正犯或共犯所有或其有權支配，或 2.該標的依其種類及情況對公眾有危害或存在供作實行違法行為之危險（第 2 項）。當符合第 2 項第 2 款要件時，縱行為人行為時無罪責，亦得對該標的沒收（第 3 項）。除第 1 項外，當有其他特別規定准予沒收時，第 2 項、第 3 項規定準用之（第 4 項）。」

²⁹ 這種立法體例實際上也是我國行政罰法「不當利得追繳（第 18 條第 2 項與第 20 條）」與「沒收（第 21 條以下）」二分所繼受之體例。

之效力及於「衍生之利益或孳息」、「正犯或共犯透過轉讓其所得之特定標的所獲得之標的」、「其因該特定標的遭毀損或剝奪而獲得之賠償」、「根據其違法所得之特定權利而獲得之標的」(第 73 條第 2 項)。對於正犯或共犯為(不限自然人之)他人而實行違法行為,該他人並因而有所得者,則依第 1 項、第 2 項之追繳宣告之效力亦及於該他人(第 73 條第 3 項)。「倘若某特定標的...應予追繳,惟該標的屬於正犯或共犯以外之第三人所有,或該第三人對此標的有權支配時,則當該第三人係為實行違法行為而交付該標的,或於知悉犯罪情節之其他情況下猶交付該標的者,亦得對該標的宣告追繳(第 73 條第 4 項)。」此外,舊刑法第 73d 條(第 1 項)並規定所謂「擴大追繳³⁰」,若「違犯明文規定應適用本條規定之法律所定的違法行為,而有事實足以認定,正犯或共犯所有之財產標的係因違法行為所得或出自違法行為所得者,法院亦應宣告沒收之(第 1 句)。若該標的僅係供違法行為之用或自該違法行為而得,因而不屬於正犯或共犯所有,或無權支配者,第一句之規定亦適用之(第 2 句)。...。」

一 追繳之定性及合憲性爭議

德國舊刑法之規定,於修法之初,在學說上本即存在定性(是否具有刑罰特性)之爭議。採肯定刑罰性質說者主要理由是 1992 年修法時,因為改採總額主義(Bruttoprinzip),而將法條中追繳客體從因為違法行為所獲得之「財產益處(Vermögensvorteil)」,改成中性描述的「所獲(Etwas)」,換言之,1992 年起生效之舊刑法已經擺脫「獲利(Gewinne)」追繳之思維,而改採「所獲取(Erlangte)」

³⁰ 雖然論者多謂我國刑法新制參酌德國法制,然而仔細比較,我國刑法第 38 條之 1 第 2 項立法理由稱,本項擴張針對第三人所為之「擴大沒入」實非德國舊刑法第 73d 條(第 1 項)規定之「擴大追繳」。前述請參吳耀宗,刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收,林鈺雄主編,沒收新制(二):經濟刑法的新紀元,2016 年,元照,頁 157。

的概念，來描寫追繳之內容。因此有極具有代表性的不少學者主張，舊刑法中追繳之性質並非不具有刑罰效果的準不當得利措施，毋寧已經是一種超過「獲利掏盡（Gewinnabschöpfung）」，而具有刑罰色彩之非難³¹。

不過儘管學說上如此有力主張，德國聯邦最高法院卻不支持這項見解³²。最高法院認為，即使超過「淨獲利（Netto-Gewinn）」範圍而就「所獲取（Erlangte）」之部分進行追繳，其仍主要是基於預防之目的³³。甚至於針對第三人所為之追繳也是非刑罰之追繳，同時也不能把它當作是整體制裁的一部份³⁴。刑法納入總額原則，並未因此變更利得追繳作為獨立型態之處置措施的法律性質，換言之，並未因此而質變為刑罰或類似刑法之處置措施³⁵。聯邦最高法院甚至認為，即便在適用總額原則之情況下，利得追繳亦未侵害財產基本權（基本法第 14 條第 1 項）。系爭之財產地位（Vermögenspositionen）並不屬於基本權利之保護領域。因而在此並未涉及既得權益，而係涉及自始即屬已被非難之財產地位³⁶。同時因為有舊刑法第 73c 條「防苛條款（Härteklausele）」規定，「若宣告沒收將對於利害關係人造成不合理之嚴苛時，則不予下令追繳。倘違法所得之價值於裁判時不復存於利害關係人之財產中，或該所得僅具有低微價值時，得不予下令追繳。」因此最高法院認為，此已能防止適用上不符合比例原則之情形發生³⁷。

³¹ 支持此說為數極多之文獻內容，vgl. Thomas Fischer, Strafrecht, 58. Aufl., § 73 Rn. 3.

³² Vgl. BGH 47, 260, 265; 47, 369, 372 ff.

³³ Vgl. BGH 51, 65, 67.

³⁴ Vgl. NStZ-RR 04, 214, 215.

³⁵ Vgl. BGH NStZ 1995, 491; NJW 1998, 1723, 1728; NStZ 2001, 312.

³⁶ 茲參考陳信安、王玉全，總額原則於利得沒收之適用 – 德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 47, 369 譯介，林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 436。

³⁷ Vgl. BGH 51, 65, 69 ff.

二 擴大追繳之合憲性爭議

德國舊刑法中第 73d 條規定之擴大追繳制度 (Erweiterer Verfall)，主要之爭議，並不是在是否有所謂一事二罰之爭 (亦即不是一事被重複評價，而是一事而給予多重的法律效果，可能需要探討的應該是比例原則的問題)，而是因為在適用上從「淨額原則」改變成「總額原則」所造成的違憲疑義。

德國刑法導入擴大追繳的制度之時，同時也導入國際公約舉證責任倒置 (Beweislastumkehr) 的法理³⁸。具體而言，聯合國 1988 年 12 月禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約 (United Nations Convention Against Illicit Traffic In Narcotic Drugs And Psychotropic Substances) 第 5 條第 1 項規定，「各締約國應制定可能必要之措施以便能夠沒收：(a) 根據第 3 條第 1 款確定的犯罪中所得之收益或價值相當於此種收益之財產；(b) 已經或意圖以任何方式用於根據第 3 條第 1 款確定之犯罪之麻醉藥品和精神藥物、材料與設備或其他工具。」同時在本公約第 7 項中規定，「各締約國可考慮在符合其內國法律原則與司法程序或其他程序的前提之下，導入推測收益或應予沒收之其他財產之合法來源之舉證責任倒置制度。」

立法者基本上認為在基於重大公共利益之強烈必要情況下，導入擴大追繳制度本身並不會有違憲疑義。特別是用來對抗嚴重的個人法益或公益遭受重大危害的刑事犯罪方式。有疑問的是，實務上將這個不法利得沒收的制度多用在對抗組織犯罪的類型中，是否就是為了特別被高度重視而加以分類的公共利益？換言之，必須進一步問的問題是，有效的所得剝奪 (所謂「獲利掏盡」，effektive Gewinnabschöpfung) 是否就是對抗組織犯罪，使其犯罪經濟基礎被

³⁸ BT-Drucks 12/ 3346 S. 19.

剝奪之最重要目的？相對地，立法者從憲法保障財產權的角度也認為，不可能僅藉由以下的手段就可以填補刑法所得剝奪的漏洞，亦即為了避免所有財產被沒收，而課予被告對於其中合法獲取的財產加以證明之義務。立法者認為，唯一可以弱化違憲疑慮的因素只有基於極重大之公益理由（überwiegende Interessen des Gemeinwohls）。換言之，如前所述，基於對抗嚴重對個人法益與公益具有危害性的犯罪方式所強烈必要（im Hinblick auf die Bekämpfung von schweren, für die Rechtsgüter des einzelnen wie der Allgemeinheit besonders gefährlichen Kriminalitätsformen, dies zwingend erfordern），始得正當化如此侵害財產權之措施³⁹。

至於學界則是提出相當多嚴厲的違憲批判，主要集中在「無罪推定（Unschuldsvermutung）原則」（基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項與法治國原則）與財產權保障（基本法第 14 條第 1 項）之疑慮⁴⁰。認為新法違反無罪推定原則的論點者主要是將沒收的措施當作是一種「犯罪行為」（Straftat）。因此要針對個人財產標的進行沒收，主要也是因為他從事一個必須以刑罰加以威嚇的行為。然而這個

³⁹ BT-Drucks 12/ 989 S. 23. 國內學者有認為，「本條同時也在防堵某些刑法上利益剝奪可能發生缺口之情形，例如在某些犯罪的調查當中，發現到有無從確定其係屬合法收入之財產標的，但此等財產標的卻讓人相信，其有高度可能是源自於犯罪獲利，尤其在毒品犯罪的情形，被逮捕的行為人通常雖僅持有少量的毒品，卻同時查獲其擁有為數不少的現金或財產，而且經常是小額現鈔。在此等情況下，立法者有意採取證據減輕之方式以達有效的利益剝奪。」前述參考吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 136。單就這樣的描述，可能會忽略立法者更強調的公益目的取向，誤以為只要有此高度疑慮，在舉證責任轉換下即可正當化財產之剝奪。

⁴⁰ Vgl Eser, in: Wilfried Küper/ Jürgen Welp/ Friedrich Dencker, Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 833; Hans-Jürgen Albrecht, Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, Rechtsvergleichende Untersuchung, Bundesrepublik Deutschland, Jürgen Meyer, Axel Dessecker und Jürgen Rüdiger Smettan, Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteln, Rechtsvergleichende und kriminologische Untersuchung, BKA-Forschungsreihe, Sonderband, 1989, S. 59 f.; Edda Weßlau, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? - Vermögensstrafe, Beweislastumkehr, StV 1991, 226; Karl-Peter Julius, Einziehung, Verfall und Art 14 GG, ZstW 109(1997), S. 58, 94 ff.

行為卻可能不需要被終局確定 (rechtskräftig feststellen)。而在沒有終局確定罪責之前，根據無罪推定原則應該不得科處其刑罰或類似刑法的制裁⁴¹。至於從憲法財產權保障的觀點，持違憲論者的質疑主要是因為新法的規定，並無法符合刑事訴訟程序而證明其應予沒收的不法財產來源係屬違法⁴²。另外對於合憲論者主張，基於基本權失效理論 (Grundrechtsverwirkung)，被用於犯罪行為的財產或者源自於犯罪行為之財產，並不值得加以保障的觀點，違憲論者也認為這種理由並不充分。因此若欲進行財產的擴大追繳，必須法院因為犯罪行為而能夠充分證明其屬於有責，同時毫無疑問地證明該財產的運用違反公共利益，同時法院也必須在能證明欲被裁判的待證行為與財產的濫用之間，存在具體的關連性時，始得為之⁴³。

相對於學界的批判，德國實務上則相對保留。德國最高法院刑事第 4 庭的判決影響深遠。它採取了合憲性限縮解釋的方式認為新法規定並不違憲。最高法院基本上並不採取立法者之意見。立法者認為舊刑法第 73d 條第 1 項第 1 句的構成要件「如有事實足以認定(wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen)」可以承認的前提是，合法的財產來源雖然無法確定，但是從行為的情境以觀，客觀上足以認定財產源自於違法行為與過往擁有之財產，亦即如有事實足以認定，犯罪行為人所有之財產標的係源自其他犯罪⁴⁴。但聯邦最高法院卻認為，僅要求系爭標的具有「極高度可能性 (ganz hohe

⁴¹ Vgl. Edda Weßlau, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? - Vermögensstrafe, Beweislastumkehr, StV 1991, 226, 232.

⁴² Vgl. Edda Weßlau, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? - Vermögensstrafe, Beweislastumkehr, StV 1991, 226, 232.

⁴³ Vgl. Andreas Hoyer, Die Rechtsnatur des Verfalls angesichts des neuen Verfallsrechts, GA 1993, 406, 412; Michael Köhler/ Wolfgang Beck, Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen, JZ 1991, 797, 799; Edda Weßlau, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? - Vermögensstrafe, Beweislastumkehr, StV 1991, 226, 233.

⁴⁴ Vgl. BT-Drucks 11/ 6623 S. 7.

Wahrscheinlichkeit)」⁴⁵源自於犯罪行為，即得予擴大追繳宣告的解釋，雖然符合立法本旨，但仍不足以排除違憲疑慮。從財產權保障的角度，應該提高證明犯罪嫌疑財產標的來源的要求。因此要求在擴大追繳時，解釋法條規定之標準應如同確認有罪宣告（Schuldspruch）所依據的事實與狀態一般的嚴格。德國聯邦最高法院認為，無論是採取如何高的可能性標準，必要的法官確信（Überzeugung）卻不能被取代之。因此若忽略法官的確信而僅基於懷疑的理由（即使是極高度可能性的懷疑），即採取擴大追繳的刑事手段，被告之基本權利將受到侵害。可是相對地，若要求法官，必須對於被告保有之財產標的之犯罪來源，具有百分之百之確信之後，始能為擴大追繳之宣告，又顯然有違立法本旨。從而，德國聯邦最高法院認為，就系爭標的犯罪來源之證明，法官必須基於窮盡證據提出與證據評價程序之基礎（auf Grund erschöpfender Beweiserhebung und-würdigung），形成「完全的確信（die uneingeschränkte Überzeugung）」，而非被告自己完全地證明財產非源自於違法犯罪行為⁴⁶。在連結這個「法官無瑕疵地形成確信（die rechtsfehlerfreie richterliche Überzeugungsbildung）」後，現行規範之違憲疑慮始得排除⁴⁷。總結而言，德國聯邦最高法院認為，為符合憲法之要求，德國舊刑法第 73d 條第 1 項第 1 句規定：「有事實足以證明」被告擁有或支配之財產標的係源自犯罪行為，應限縮解釋為，以事實審法官經過窮盡證據提出與證據評價程序，並考量被告個人情況以及其經濟生活狀況之後，得到完全的確信心證，認為系爭標的確係源自犯罪行為為前提⁴⁸。

舊刑法中擴大追繳的制度誠然是為了打擊組織性犯罪，而認為

⁴⁵ Vgl. BT-Drucks 11/ 6623 S. 5.

⁴⁶ Vgl auch BGH, Beschluss vom 6. 7. 1994-3 SeR 668/93-.

⁴⁷ Vgl. KK Engelhardt § 261 Rn 2 bis 4 mwN.

⁴⁸ 可另參考，潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋 – 德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40, 371 譯介，林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 446。

有必要透過進一步剝奪不法利得，澈底抽走犯罪行為人之犯罪資本，以避免其將來又被繼續用於犯罪。但是德國聯邦最高法院也同時指出，為了限定範圍，只有立法者明文規定之特定犯罪，亦即在刑法分則或者特別刑法中有另外指定適用之條款時，才可適用擴大利得追繳之規定，不可類推適用到其他犯罪類型之上。至於德國實務上，則大約有八成的擴大利得追繳是使用在毒品犯罪之上⁴⁹。

德國聯邦憲法法院在較早針對舊刑法第 73d 條規定的判決中⁵⁰曾經表示，據此條規定而剝奪人民財產的措施，作為刑事裁判之附隨效果，其主要的思考邏輯是當財產作為犯罪行為而被利用或者因犯罪行為而取得，並不值得保護（*schutzwürdig*），因此也就可以加以剝奪。重要的是，此時剝奪財產並非僅是基於單純懷疑即得為之。而是必須當法院無法以其認知之可能性確認財產來源，以及系爭標的具有「極高度可能性（*ganz hohe Wahrscheinlichkeit*）」源自於犯罪行為時，始得擴大追繳宣告。

之後德國憲法法院於 2004 年 1 月 14 日作出更重要的憲法判決，確認刑法擴大追繳宣告規定之合憲性⁵¹。憲法法院的論點主要在於：

（一）擴大利得追繳（舊刑法第 73d 條）所追求的並不是「抑制－應報性（*repressiv-vergeltende*）」之目的，而是「預防－管

⁴⁹ 潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋－德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40, 371 譯介，林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 462 以下。

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 22, 387, 422.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 110, 1 ff.; BVerfG Beschl. V. 14. 1. 2004 -2 BvR 564/95, NJW 2004, S. 2073 f. 國內文獻可參考，吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 148 以下；連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判－德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/ 95 (BVerfGE 110, 1) 譯介，林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 459 以下。

制性 (präventiv-ordnende)」之目的，因而其非屬於受到罪責原則拘束之類似刑罰之措施。具體而言，對於已出現的財產秩序破壞之消除固然係以過去發生之事實為前提，惟此等國家用以導正因犯罪所造成的財產狀態之干預手段卻未必是抑制。此等消除破壞狀態之措施雖然與過去已發生的事實相聯結，其目的卻是針對未來的。換言之，並非對於該違法行為之非難究責，而是阻止此等已遭破壞的財產秩序狀態延續到未來，因此舊刑法第 73d 條所追求的乃是一種預防目的（與公法上危害防止措施有相同之思維），其使得相關人無法繼續保有犯罪所獲得之標的⁵²。又基於利得沒收與德國民法第 817 條第 2 句拒絕權利保護 (Rechtsschutzverweigerung) 之基礎思維密切有關，立法者已清楚表明，該法機制僅係否定受宣告沒收者所享有的法律上優惠 (Begünstigung)，而使其必須承擔被發現的風險分配 (Risikoweisung)，但立法者並無意創設新的處罰之法律效果。亦即，刑法第 73d 條之利益剝奪並不是對於相關人先前違反規範的行為之刑罰反應，它係以一種導正與強化規範之干預手段 (einem korrigierenden und normebekräftigenden Eingriff)，而對於現在財產秩序的破壞狀態所作之回應。從而，擴大利得追繳追求的並非不是「抑制 - 應報性 (repressiv-vergeltende)」之目的，而是「預防 - 管制性 (präventiv-ordnende)」之目的，非屬受罪責原則拘束之類似刑罰措施⁵³。進而，利得沒收制度既非謀求特定處罰法律效果之措施，非屬刑事制裁，而僅係具準不當得利性質之獨立處置措施。毋寧係基於對犯罪行為人施加處罰之同時，若仍使其得繼續保有因犯罪行為所獲之一切，將毫無嚇阻犯罪之實益可言之觀點。聯邦憲法法院認為利得沒收僅在於謀求財產規制及穩定規範等目的而已。利得沒收之法

⁵² 茲參考吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，林鈺雄主編，沒收新制 (二)：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 150。

⁵³ 茲參考吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，林鈺雄主編，沒收新制 (二)：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 151。

制，也並沒有因為立法者在刑法中，將此前適用於利得沒收法之淨利原則（剝奪扣除犯罪成本之犯罪收益）改採總額原則（剝奪「所獲」，剝奪犯罪收益時不扣除為了犯罪所付出之費用）而有了類似刑罰之性質。即便適用總額原則作為計算利得沒收範圍之基礎，對原本利得沒收制度非屬刑事制裁之內涵並沒有任何改變。同時對於犯罪參與者而言，其因犯罪而獲得之財產利益經由擴大利得追繳而遭受剝奪，基本上也屬可預期⁵⁴。

（二）擴大利得追繳之法機制與罪責原則並不衝突，因其並無刑罰或類似刑罰之特質。舊刑法第 73d 條之目的，並不在於對被追繳人違犯來源犯罪之事作為錯誤行為加以指責，且因而對之應報式地施以惡害。舊刑法第 73d 條之規定目的，毋寧係追求財產秩序之規制及規範之穩固（vermögensordnende und normstabilisierende Ziele）。在擴大利得追繳時所適用之總額原則，對此並無改變⁵⁵。

（三）舊刑法第 73d 條未違反無罪推定原則。因為擴大追繳之措施只需要一個違法行為存在，卻並不以確認罪責為前提條件，再加上其效果也並不同於刑罰，因此並無牴觸無罪推定原則。如果事實審法官窮盡經由現存證據資料之充分運用審酌而確信該標的係屬犯罪來源，即構成舊刑法第 73d 條第 1 項第 1 句所稱之「如有事實足以認定（wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen）」之要件。

第二款 德國 2017 年新刑法制度作為台灣刑法沒收新制之反省領域

德國於 2016 年起針對舊刑法規定，啟動新一波的修法動議。其

⁵⁴ 茲參考陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 71。

⁵⁵ 茲參考連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判 – 德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/ 95 (BVerfGE 110, 1) 譯介，林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，元照，頁 477。

內在的動力來自於對於舊法解釋適用之疑慮，以及執行成效不彰的反彈。外在的動力則是 2016 年 10 月 4 日前轉化「歐盟保全與沒收犯罪工具與犯罪所得之指令（Richtlinie über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der EU，2014/42/EU）的壓力。遂修法通過於 2017 年 7 月 1 日施行刑法沒收新制。新刑法規定在體系上最大的變革是將舊刑法中區分犯罪所得追繳（Verfall）與犯罪物沒收（Einziehung）統合稱之為「沒收（Einziehung）」，成為名符其實的沒收新制⁵⁶。其重要具體之內涵，包括新刑法第 73 條規定（正犯或共犯犯罪所得之沒收），「正犯或共犯由違法行為或為了違法行為之所得，法院應沒收之（第 1 項）。正犯或共犯自犯罪所得取得之利益，法院亦應沒收（第 2 項）。正犯或共犯有以下情形之一者，法院亦得對之沒收：1.處分犯罪所得而取得之標的，或犯罪所得遭毀損或剝奪而獲得之賠償。2.基於所取得之權利而取得之標的（第 3 項）。」第 73a 條規定（正犯或共犯犯罪所得之擴大沒收），「犯某一違法行為之正犯或共犯，由其他違法行為或為了其他違法行為取得之標的，法院亦應沒收之（第 1 項）。正犯或共犯於第 1 項沒收命令之前有參與其他違法行為，法院須再次對其標的裁判沒收時，應考量已作出之沒收裁判（第 2 項）。」第 73b 條規定（第三人犯罪所得之沒收），「正犯或共犯以外之他人，有以下情形之一者，依第 73 條與第 73a 條規定沒收之：1.他人自犯罪有所得，而正犯或共犯為其實行行為。2.他人 a) 係無償或無法律上原因而取得犯罪所得。b)明知犯罪所得源自違法行為或可得而知者。3.他人因以下身分取得犯罪所得：a)繼承人。b)特留分繼承人或遺產受贈人。他人不知或非可得知犯罪所得源自違法行為，而有償且具法律上原因取得犯罪所得者，不適用第 1 句第 2 款與第 3 款規定（第 1 項）。於第 1 項第 1 句第 2 款或第 3 款情形，對於他人取得符合犯罪所得價值之

⁵⁶ 有關 2017 年德國新刑法規定內容之詮釋，茲參考王士帆，二〇一七年德國犯罪所得沒收新法－刑法基礎規定綜覽，政大法學評論第 153 期，2018 年 6 月，頁 81 以下。

標的或利益，法院亦應沒收（第 2 項）。於第 1 項第 1 句第 2 款或第 3 款情形，法院亦得沒收以下所得：1.由處分犯罪所得而取得之標的，或犯罪所得遭毀損或剝奪而獲得之賠償。2.基於所得之權利而取得之標的（第 3 項）。」

一 新制中防止過苛條款從實體法移至程序法

為避免刑法追繳或沒收執行時違反比例而造成過苛之財產剝奪，舊刑法第 73c 條「防苛條款（Härteklausele）」規定，若沒收會造成不合理之嚴苛時，可不予以追繳。或者當違法所得之價值於裁判時不復存於利害關係人之財產中，或該所得僅具有低微價值時，亦得不予追繳。但是這樣的規定卻可能造成財產隱匿，於裁判時未下令沒收，致使事後發現隱匿之財產時，無從沒收的漏洞。因此新刑法刪除舊刑法第 73c 條，但是卻在刑事訴訟法上增訂刑事執行程序之防苛條款（ Vollstreckungsrechtliche Härteklausele ）。德國刑事訴訟法第 459g 條於是規定，「犯罪所得之價值不存在於被沒收人之財產，或執行有違反比例原則時，法院應命令停止執行。事後知悉...時，再予執行。」除了可以填補上述無法執行之漏洞外，透過此一條款之適用，另一方面尚可以避免到了執行階段，始發現執行過苛的顧慮，但依據舊法仍得執行的狀況發生。然而根據新法規定，可以有效預防沒收裁判發生「絞殺（erdrosseln）」被宣告人之危險效力，由法院命令停止執行，待日後發現被宣告人之財產或執行追繳不違反比例原則時，再命執行⁵⁷。

⁵⁷ 茲參考王士帆，二〇一七年德國犯罪所得沒收新法 – 刑法基礎規定綜覽，政大法學評論第 153 期，2018 年 6 月，頁 104 以下。

二 擴大沒收之適用範圍

2017年新刑法沒收新制中，最受質疑者可能是第73a條有關「擴大沒收」的規定在適用的範圍上，溢脫了「歐盟保全與沒收犯罪工具與犯罪所得之指令」的限縮。如前所述，舊刑法第73d條在適用上，並非毫無侷限地在任何的犯罪類型中都可以加以宣告。毋寧是只有在刑分章節或特別法中，有特別指引適用第73d條規定時，方得宣告擴大沒收。新刑法第73a條之立法理由指出，本條之適用並無如同舊刑法第73d條之適用條件。而是盡最大可能地延伸「擴大沒收」的適用範圍。換言之，新刑法的「擴大沒收」可以適用於所有的犯罪類型。然而，2017年修訂刑法規定之目的，即是為了轉化「歐盟保全與沒收犯罪工具與犯罪所得之指令」之內國法化作業。而指令並無此種任何犯罪均有適用的原意⁵⁸。

實際上，指令第5條有關「擴大沒收」之內容為，「當法院根據個案情狀，包括具體之事實與掌握之證據，以及財產標的之價值與被判有罪之人合法收入之間呈現不成比例之事實，確信相關之財產標的來自於犯罪行為時，會員國應採取必要措施，確保屬於因犯罪行為被判決有罪之人，直接或間接獲得之經濟利益範圍內之財產標的，可以全部或部分地加以沒收(第1項)。」、「為實現本條第1款之目的，「犯罪行為 (Straftat)」之概念至少應包括：(a) 根據第2003/568 / JI號框架決定 (Rahmenbeschluss) 第2條，私部門之賄賂與貪污；與涉及聯盟或成員國機構公務員參與之賄賂與貪污；以及根據反貪腐公約第2條與第3條，涉及公務員參與之賄賂與貪污；(b) 參與框架決定第2條所述犯罪組織相關之犯罪行為，至少在這關係中，該犯罪行為獲致了經濟上利益；(c) 安排或招募兒童參與色情表演，或根

⁵⁸ Vgl. Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 65. Aufl., 2018, § 73a Rn. 9a.

據 2011/93/EU 指令第 4 條第 2 項規定，當兒童已屆性行為年齡，而基於相同目的以此或其他方式剝削兒童而獲利；銷售，分發或進一步散布根據指令 2011/93 /EU 第 5 條第 4 項規定之兒童色情製品；提供，交付或以其他方式提供根據該指令第 5 條第 5 項規定之兒童色情製品；製作根據該指令第 5 條第 6 項規定之兒童色情製品；(d) 當透過 2013/40/EU 指令第 7 條所稱，主要被用來解析或維修之行為工具之運用，而造成資訊系統大量損害時，形成指令第 4 條和第 5 條規定之違法系統侵害與對數據之違法侵害；根據指令 2013/40/EU 第 7 條，至少當沒有其他更輕微的情況時，目的在於使用作為犯罪工具之利用、進口、散播或供其他方式之運用，而故意製造、銷售或採購；(e) 根據本法第 3 條所規定法律手段，或者有關法律手段未規定任何處罰之情況下，根據國家法律，最高可判處四年以上有期徒刑之犯罪行為（第 2 項）。」從而可知，指令要求各會員國在進行內國法轉化時有其最低門檻。同時指令最低門檻的要求，也早已溢脫了這個制度實施之初，原本用在租織犯罪類型的「擴大沒收」，已不再連結特定的犯罪類型。然而新法如此跳脫指令之預設，鋪天蓋地的適用擴大沒收制度，從基本權利干預的強度（Intensität des Grundrechtseingriffs）思考，新制度之立法目的就極其可疑⁵⁹。2017 年前後刑法有關擴大追繳或擴大沒收之修訂，造成過去相較於一般追繳屬於具有補充性之例外的擴大追繳制度搖身一變成為一般正常的追繳制度。舊刑法第 73d 條第 1 項第 1 句構成要件「如有事實足以認定（wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen）」要求法官存在確信始得擴大追繳之條款被新法取代之後，將使得日後作為原則而非例外的裁判都變成了「蓋然性判決（Wahrscheinlichkeitsurteil）」⁵⁹。再者也將使得過去擴大追繳制度因為適用範疇受到限縮，因此這種重大財產權限制的措施，也因此在特定

⁵⁹ Vgl. Hellen Schilling/ Johannes Corsten/ Yannic Hübner, Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, StraFo, 7/2017, 308.

重大公益目的下，勉強掩飾了其憲性上廣受之質疑。但是如今一改而成為普遍性之沒收制度，其違憲性之質疑將因此大幅提高⁶⁰。

第三款 台灣刑法沒收新制之合憲條件

整體來說，德國刑法有關追繳或沒收制度，是高舉著任何人不得擁有不法所得的正義大旗，朝向一個不斷擴大追繳或沒收範圍與期待強化執法效益的方向邁進之發展。儘管在配置相關的緩和財產衝擊機制下，聯邦最高法院或聯邦憲法法院對於舊刑法給予合憲之評價，相關違憲之批判也從沒有少過。2017 年後的修法，更是在這個合憲與違憲爭議緊繃的極限下，立法者再進一步地果敢修法。台灣刑法修法循著德國的法治發展脈動，自然也應該如同德國法制面對以及回應憲法上的挑戰。

一 刑法沒收之性質

根據德國以及制度精神繼受德國的台灣修法現狀理解，刑法沒收之法律性質，是「不再」具有刑罰效果之準不當得利平復措施，其雖是一種透過總額主義的運用下的「獲利掏盡（Gewinnabschöpfung）」制度，但已經「不再」具有刑罰之色彩。從這個法制發展的軌跡觀察，若維持讓沒收制度作為一種刑罰手段，落實憲法價值的刑法原則（最重要的罪責原則），將會是沒收執行成效無法達成的主要障礙。當人們可能質疑沒收制度跟罪責原則的連結性不足時，立法者的回應卻是將沒收的性質改成不具刑罰性作為憲法回應。也因為立法者（或德國終審與聯邦憲法法院）將之認定為不具刑罰性，也請質疑者不要再拿那些憲法要求的罪責原則或無罪推定原

⁶⁰ Vgl. Thomas Rönnau/ Moritz Begemeieq, Die neue erweiterte Einziehung gem. § 73a Abs. 1 STGB-E: mit Kanonen auch auf Spatzen?, NZwist 2016, 260, 262 ff.

則來加以質疑。這種催眠式的合憲論述邏輯要是可接受的話，立法者要將目前的任何一種刑罰措施推離罪責原則的連結，也只要在立法上宣說它不再是一種刑罰手段就可以了事，那刑法的價值也太過廉價了。

國家的制裁措施是否構成刑罰性？德國聯邦憲法法院認為刑罰性之制裁是指針對具有罪責的規範違反行為，所施加有非難性且讓人感受到痛苦、不愉快之不利後果之義務（*die tadelnde Auferlegung eines Übels*）。若是單純只是損及財產或自由並不足以立即認定其具有刑罰或刑罰性。立法理由與目的便屬於重要的標準⁶¹。除此之外，歐洲人權法院則提出一個所謂「天使標準（*Ergel-Kriterien*）」，另外輔以威嚇施加制裁之程度與嚴重性來加以判斷⁶²。針對台灣刑法沒收新制（或者德國 2017 年前後兩個刑法版本），受到比較大關注的問題點往往是在超過行為獲利的獲利掏盡機制（延伸到第三人或者擴大追繳），是否真的不具刑罰性。如果輔以上述本質性或重要性理論的標準來理解，獲利掏盡下沒收或者追繳，對於相對人財產侵害的強度與持續性越高，沒收與追繳之性質就越接近刑罰之措施⁶³。特別是在總額主義下對於被沒收或被追繳人整體財產的剝奪效果與罪責原則脫勾的立法方式，果真無疑嗎？若從比較法觀察，至 2017 年有效之瑞士刑法典 72 條規定，也是針對集團犯罪，無庸證明犯罪來源而採取整體財產價值的掏盡制度，而其性質依然是定性為一種需要罪責原

⁶¹ Vgl. BVerfGE NJW 2004, 2073 f.

⁶² Vgl. EGMR, Urt. v. 08.06.1976-5100/71 (Engel u. a. v. Niederlanden), Rn. 82= EGMR-E1, 178, 190=EuGRZ 1976, 221, 231; EGMR, Urt. v. 21.02.1984-8544/79 (Öztürk v. Deutschland), Rn. 50, 53 f. = EUGH 1985, 62, 67 f.

⁶³ Vgl. Jon Petter Rui / Ulrich Sieber (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, 2015, p. 253, 264; Jan Gericke *Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung für die Anhörung am 23. November 2016*, S. 4 f.; WisteV, *Stellungnahme zum Referentenentwurf „Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“*, 2016, S. 3; Frank Saliger, *Grundfragen der Vermögensabschöpfung*, ZSTW 2017; 129(4): 1007(<https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0047>).

則認定之刑罰制裁⁶⁴。

二 「任何人都不得保有犯罪所得」作為憲法價值？

刑法新制改變最受到關注的憲法核心問題應該是立法目的。從德國 2017 年前後新舊法律的變遷過程來看，針對 2017 年前舊刑法擴大追繳的立法，一個很重要的合憲解釋前提是在於，擴大了獲利掏盡制度的輻射範圍，造就一個正義的國度，不是只需要一個正義的口號就可以被容許。立法正當性的理由甚至指出所羅門箴言第 10 章 2 節「不義之財毫無益處，惟有公義能救人脫離死亡（Unrecht Gut gedeiht nicht, Gerechtigkeit aber rettet vor dem Tod.）」也因此使得「任何人都不得保有犯罪所得⁶⁵」成了一個支撐這個制度蔓延擴張的最強支柱。然後一路從與罪責原則脫勾，走到 2017 年新刑法一個全面的正義王國。

但是我們不要忘了，2017 年德國舊刑法下的沒收或追繳範圍規定，被聯邦憲法法院容忍得很重要前提是，這個制度是為了用來對抗嚴重的個人法益或公益遭受重大危害的刑事犯罪方式。甚至於還不好說將這個沒收或追繳的制度用在對抗組織犯罪的類型中，就一定是為了特別被高度重視而加以分類的公共利益。換言之，只有明確指出，是基於對抗嚴重對個人法益與公益具有危害性的犯罪方式所強烈必要，始得正當化如此侵害財產權之措施。因此 2017 年新刑法統合以往沒收與追繳的沒收新制，不限縮適用的案件類型，正好就挑戰了 2017 年舊刑法被憲法容忍的底線。

台灣刑法沒收新制雖然還沒有走到 2017 年德國刑法沒收正義

⁶⁴ Vgl. Jürg-Beat Ackermann/ Günter Heine, Wirtschaftsstrafrecht in der Schweiz, 2013, § 11 Rn. 3.

⁶⁵ 國內學者指出，這已經是一個長久存在的普世基本法律原則。前述參考林鈺雄，不法原因給付與犯罪所得沒收—初探刑法上之準不當得利，政大法學評論，第 152 期，2018 年 3 月，頁 92。

天國境界，但是嚮往期待的仰慕聲音也時有所聞。在目前制度（特別是第 38 條之 1）的適用上，其實就已經必須要念念不忘「任何人都不得保有犯罪所得」並不是一個憲法的價值，而是一個必須要被憲法檢驗的目的，因此不能只想要實現「任何人都不得保有犯罪所得」的價值，而忽略憲法所不能容許的基本權界線是否被逾越。套用學者所言，「正如刑事訴訟法上沒有不計代價的發現真實，發現真實必須謹守憲法原則及基本權所劃定的犧牲界限，刑事沒收的現代化，不代表躁進地擴張沒收的權限就有正當性。我們必須合理考量沒收的打擊犯罪成效可能有限，平衡兼顧被沒收人的財產權保障，在擴大沒收權限上如履薄冰⁶⁶。」

三 比例原則與防苛條款

台灣刑法沒收新制雖說來自德國靈感，但是卻未必同時思考德國制度上仍然存在自我限制的理性。正因為沒收或追繳對於財產造成嚴苛的剝奪效應，因此即便可以正當化其立法目的，也還必須要在手段的執行上審視是否違反比例原則，引免造成過苛之剝奪。因此舊刑法第 73c 條「防苛條款」的精神，不論是否立法，都是一個法治國的普世價值。換言之，若沒收會造成嚴苛不合理情形時，即不應予以追繳。或者當違法所得之價值於裁判時不復存於利害關係人之財產中，或該所得僅具有低微價值時，追繳亦可能有違比例原則。另外在新刑法的適用上，雖然實體法上刪除舊刑法第 73c 條，但不代表比例原則不再重要，而是透過德國刑事訴訟法第 459g 條，可以避免到了執行階段，始發現執行過苛的顧慮，但依據舊法仍得執行的嚴苛狀況發生。同時也可以有效預防沒收裁判發生「絞殺」被宣告人之危害，得由法院命令停止執行，待日後發現被宣告人之財產或執行追繳不違反

⁶⁶ 薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，臺大法學論叢，第 47 卷第 3 期，2018 年 9 月，頁 1113。

比例原則時，再命執行。凡此，均可理解德國除了 2017 年新法擴大沒收無限量擴大之外，也都還是同步思考如何避免過當違反比例原則的適用違憲狀態發生。

第二項 我國行政罰法第 18 條之爭議

我國行政罰法第 18 條規定，「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力（第 1 項）。前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制（第 2 項）。依本法規定減輕處罰時，裁處之罰鍰不得逾法定罰鍰最高額之二分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之二分之一；同時有免除處罰之規定者，不得逾法定罰鍰最高額之三分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之三分之一。但法律或自治條例另有規定者，不在此限（第 3 項）。其他種類行政罰，其處罰定有期間者，準用前項之規定（第 4 項）。」

行政罰法第 18 條第 1 項與第 2 項分別規定，「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。」「前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。」此規定涉及裁罰額度與違規行為人所得利益之間的關係，即是否應以違規行為人所得之不法利益作為裁罰之上限額度，我國學說對此有「外加說」與「內含說」之爭。本文以下從行政罰法第 18 條第 2 項規定之立法歷程觀察，並比較本條項所參照之德國秩序違反法第 17 條第 4 項，進行相關研究。

一、行政罰法第 18 條第 2 項之立法過程

本法第 2 項之立法模式，首見於 1990 年行政院經建會委託台大法研所執行研究之「行政不法行為制裁規定之研究（行政秩序罰法草案）」中。於此一簡稱為「經建會草案」之第 17 條第 2 項中規定，「裁處之罰鍰應與行為人因行政不法行為所獲得之經濟利益相當，不受法定罰鍰最高金額之限制。」而在法務部研擬制訂行政罰法之草案中，經建會草案文字在若干調整後也被納入成為第 17 條第 2 項之「甲案」文字。「甲案」第 17 條第 1 項與第 2 項規定，分別為：「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務所生影響與受處罰者應受責難程度及其資力」、「裁處之罰鍰應與受處罰者因違反行政法上義務所得之利益相當，不受法定罰鍰最高額之限制。」「乙案」則將「甲案」第 17 條第 1 項獨立成第 17 條，將甲案第 2 項以下規定另定成第 17 條之 1。第 17 條之 1 第 1 項規定，「裁處罰鍰外，除依前條規定外，並應審酌受處罰者之資力及因違反行政法上義務所得之利益。如所得之利益超過法定罰鍰最高額，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制⁶⁷。」現行法之文字雛形，至此初現。之後的討論中，有關「行為人資力」之考量，多數委員認為應該移除此項有關剝奪不法利益之規範之外，條文文字則成「裁處罰鍰外，除依前條規定外，並應審酌受處罰者之資力及因違反行政法上義務所得之利益。如所得之利益超過法定罰鍰最高額，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。」最後提出於立法院之草案版本（亦為現行法內容），則在這個基礎上，調整文字而成。

由上述立法源由可知，本法之立法目的並非在於賦予行政機關裁罰衡量時之參數，因此將義務違反者之資力因素排除在外。其真正目

⁶⁷ 法務部，法務部行政罰法研究制定委員會歷次會議紀錄及委員發言要旨彙編（一），2002 年，法務部，頁 198。

的毋寧在於不讓行為人取得不法利益⁶⁸。這也是現行法第 18 條第 1 項與第 2 項本該有之不同立法目的。然而因為現行法第 18 條第 1 項之規定，「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。」復將不法所得利益納入裁罰衡量因素，使得此二項之規範目的似乎又有重疊⁶⁹。本文認為第 1 項規定，並非涉及法定裁罰額度外的加重問題，而是法定裁罰額度內裁罰額度衡酌的參數之一。而從上述之立法過程觀察，似乎並沒有相當直接之證據可以說明，有關「得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制」之規定，在實際適用時，不法利得與法定罰鍰最高額之間，外加或內含之關係。

二、德國秩序違反法第 17 條第 4 項之參據

由於行政罰法立法之時，於立法理由中指出本法係參考德國秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten）第 17 條之規定。因此從比較法之角度觀察，或許可以尋得若干啟發。

根據德國秩序違反法第 17 條第 4 項規定，「罰鍰額度應超過行為人因違反行政法上義務所得之經濟利益。於此情形，法定罰鍰最高額尚不足時，罰鍰額度得超過法定罰鍰最高額（Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß

⁶⁸ 法務部，法務部行政罰法研究制定委員會歷次會議紀錄及委員發言要旨彙編（一），2002 年，法務部，頁 162（廖義男委員發言）。本法之立法目的也指出，其目的在於有效剝奪行為人之不法所得，以警戒貪婪。參考，立法院司法委員會編，行政罰法案，2006 年，頁 112 以下。

⁶⁹ 類似見解，如陳清秀，行政罰法，2012 年，新學林，頁 245。同作者提出四項裁罰審酌因素，但認為這是第 1 項與第 2 項共同規範之意旨。相對地，也有學者似乎仍有所區隔此二項之規範意旨，如林明昕，裁處之衡酌加減及不法獲利之追繳，廖義男主編，行政罰法，2007 年，元照，頁 195；林錫堯，行政罰法，二版，2012 年，元照，頁 194。

hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.)⁷⁰」。

關於秩序違反法第 17 條之適用，學說指出此一制度除係對於違法行為加以制裁外，尚有獲利掏盡（Gewinnabschöpfung）的功能，亦即應完全剝奪行為人因違反秩序行為所得之經濟上利益（wirtschaftlicher Vorteil），避免其日後因違法行為仍留有不法之獲利⁷¹。在此酌量增加的罰鍰（Geldbusse），其目的並非在於賠償（衡平）違法行為所破壞的社會倫理責任，而是承擔獲利掏盡的功能⁷²。國內學者研究指出，此時，罰鍰裁處雖包含兩部分，即核心之制裁部分與外加之利益剝奪部分，但二者性質不同，應分開觀察。後者（剝奪利益部分）雖具有裁罰性之外觀，但實際上不具有制裁性（nicht pönalen），而是有預防規範之特性（präventiv-ordnender Charakter），因此有別於行為的可非難性（von der Vorwerfbarkeit der Handlung unabhängig）。至於本條規定之不法利益之範圍應採取淨額原則（Nettoprinzip），即計算行為人自實行違法行為所產生（aus der Begehung der Tat）之利得，扣除費用等支出，結算剩餘之金額⁷³。

⁷⁰ 此規定條文之翻譯，尚可參考，吳綺雲翻譯，德國違反秩序法，頁 14。其譯文為：「(1)罰鍰之金額，最低為五歐元，除法律另有規定者外，最高為一千歐元。(2)法律規定對故意及過失行為科處罰鍰制裁，而對最高金額限度無加以區別者，則對過失行為處罰之最高金額限度，僅得為制裁罰鍰最高金額之半數。(3)罰鍰之量罰，應根據違反秩序行為之重要性及行為人遭受之非難。行為人之經濟狀況亦應審酌；惟於輕微之違反秩序行為情形，此通常不與斟酌。(4)罰鍰應超過行為人經由違反秩序行為所獲得之經濟利益。為此，法定最高金額尚不足者，罰鍰金額得超過法定最高金額。」，<https://www.judicial.gov.tw/work/work03/德國違反秩序法.doc>，（最後瀏覽日：2018 年 8 月 13 日）。

⁷¹ 參考，傅玲靜，行政罰上不法利益之審酌及追繳，月旦法學雜誌，2009 年 11 月，第 174 期，頁 329。

⁷² Vgl. Podolsky/Brenner, Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, 3. Aufl., 2007, S. 177.

⁷³ 茲參考黃士元，從適用論刑法第 58 條規定之存廢—兼評「沒收新法—雷神索爾的戰錘」幾點質疑，台灣法學雜誌，第 297 期，2016 年 6 月 14 日，頁 72。

根據德國學者之解釋，此一規定意涵是指，罰鍰之額度不得低於應受裁罰者之不法利得。以避免其因任何違反行政法上之義務行為而有「賺頭」。因而在不法利得超過法定罰鍰最高額時，則可以不受此法定最高額之限制，超過額度而加以處罰⁷⁴。根據前引學者之見，本條第 4 項第 1 句在解釋上，應是仍未超過法定罰鍰額度下，應以不法利得作為裁罰「下限」之規定⁷⁵。而第 2 句之規定，方屬超過法定裁罰額度上限之裁罰例外⁷⁶。

換言之，本條僅是一個「下限」值的規定，但並無規定所謂加重裁罰之「上限」。對此，德國學界通說認為，在考量加計不法利得之案例中，裁罰最高額不得超過因違法行為「不法利得『加上』法定罰鍰最高額」(nicht höher sein darf als der wirtschaftliche Vorteil des Betroffenen aus der Zuwiderhandlung „zuzüglich“des angedrohten Höchstmaßes der Geldbuße)⁷⁷。另有學者更清楚地描述，第 17 條第 4 項第 2 句之適用結果，將使得應受裁罰者無法留住其不法利得，同時除此之外還必須接受法定之裁罰。不過裁罰之最高額度依然不得超過不法利得加上法定罰鍰之最高額⁷⁸。綜合以上說明，德國法制似應採取法定罰鍰最高額「外加」不法利得作為裁罰上限之制度。

三、行政罰法第 18 條第 2 項之解釋

⁷⁴ Vgl. Steindorf, in: Karlheinz Bonjong (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2000, § 17 Rn. 116, 117.

⁷⁵ 例如法定裁罰額度為 100 歐元，而不法利得為 80 歐元。則適當之裁罰級距則為 80-100 歐元之間。不法利得之額度即成為下限要求。

⁷⁶ 例如法定裁罰額度為 80 歐元，而不法利得為 100 歐元。則裁罰可不以 80 歐元為限，但是「下限」仍為 100 歐元。

⁷⁷ Vgl. Erich Göhler/ Hans Buddendiek, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 12. Aufl., 1998, § 17 Rn. 50; Steindorf, in: Karlheinz Bonjong (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2000, § 17 Rn. 140.

⁷⁸ Vgl. Michael Lemke/ Andreas Mosbacher, Ordnungswidrigkeitengesetz, 2. Aufl., 2005, § 17 Rn. 42.

對於我國行政罰法第 18 條第 2 項裁罰上限之解釋，學說見解似尚未見有深論。林錫堯大法官表示，「第 2 項則係參考刑法第 58 條規定，突破各個法律或自治條例所定法定罰鍰最高額之限制，以受處罰者因違反行政法上義務而獲得之利益，超過法定罰鍰最高額時，可以不受法定罰鍰最高額之限制，改於其所得利益之範圍內裁量⁷⁹。」然終究未明確表示裁罰之上限如何決定。不過循此行文脈絡推測，林大法官之論述似乎僅限於裁罰上限之取代，似有以不法利得作為裁罰上限之意。同樣地，學者蔡震榮、鄭善印之說明亦無法令人確認。其認為「此處法律特別例外允許於符合一定的要件下（所得之利益超過法定罰鍰最高額），行政機關得於法定最高額外，行使裁量權。從而此處雖不受法定罰鍰最高額之限制，但仍應於所得利益之範圍內行使裁量權始為合法⁸⁰。」

至於實務上，例如臺北高等行政法院 99 年度簡字第 755 號判決指出，「裁處罰鍰的目的，除了督促行為人注意其行政法上義務外，還有警戒貪婪的作用，此於經濟及財稅行為，尤為重要，所以如因違反行政法上義務而獲有利益，且所得之利益超過法定罰鍰最高額者，為使行為人不能保有該不法利益，行政罰法第 18 條第 2 項復規定：『前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。』可見，行政機關對人民處以罰鍰，應為合法之裁量權行使，不得逾越法定罰鍰之最高額，僅於符合一定要件即所得利益超過法定罰鍰最高額時，法律特別例外規定行政機關得於法定最高額外，行使裁量權。」「本件被告以系爭 26 則廣告為一個違規行為而予以裁罰，卻於無任何證據足以證明原告因該違規行為，所得利益超過法定罰鍰最高額 25 萬元情況下，對原告裁處罰鍰 30 萬元，明顯超出法律授權範圍，有裁量逾越之違法。」本

⁷⁹ 林錫堯，行政罰法，二版，2012 年，元照，頁 194。

⁸⁰ 蔡震榮/ 鄭善印，行政罰法逐條釋義，修訂二版，2008 年，新學林，頁 266。

件裁判，法院亦非針對裁罰上限表示見解。

透過以上之說明，我國不論學界或實務界，對本文指出之問題尚乏共識。從立法之脈絡觀察，本法源自「經建會草案」之第 17 條第 2 項中規定，「裁處之罰鍰應與行為人因行政不法行為所獲得之經濟利益相當，不受法定罰鍰最高金額之限制。」若不論其與現行法間文字之變異，立法過程中似未見有針對本文之問題有明確討論或改變見解之線索。因此，本文大膽推測，此一草案之精神已經內化到現行法中。如果此一推測是對的，則該草案認為「裁罰」與「不法利得」應相當，似乎有將不法利得之額度作為裁罰額度之意。換言之，此一立法原意，似採「內含」之意。

相反地，如果對照我國法所參考之德國法制，則應採外加之說。然而從上述德國法制之說明可知，我國立法理由雖言參考德國法制，然而卻非全然貫徹。例如，我國法上並未採納德國法上原則上不會留給受裁罰者任何不法利得，而將不法利得作為裁罰下限之精神。因此，本文也大膽推測，我國制度其實在細節上與德國制度還有相當大的落差，立法研究之時，恐怕也沒有作細項繼受的研議，而僅有追索不法利得的粗略思維。

因此本文認為，較貼近我國現行法的解釋，應採前說，亦即採取所謂「內含」之解釋。於不法利得超過法定裁罰最高額時，將不法利得之上限作為裁罰之上限。同時不論採取內含或外加的理解，都不改行政罰法上不法利得的加重裁處仍是一種行政罰的性質。

四、立法論：酌量加重是否能有效懲戒貪婪？

從行政罰法第 18 條規定之規範體系、立法理由、比較法制等角度予以檢視，基本上仍是罰鍰「額度」裁處之問題，無論是否酌量加

重，皆屬行政裁量之範疇。則如我國行政罰法第 18 條第 2 項，其僅規定罰鍰「得於所得利益之範圍內酌量加重」，並無須窮盡追繳不法利得之義務，此乃我國與德國法之差別所在；換言之，德國法設有罰鍰額度不得低於不法利得之基本要求。此一要求若嚴格貫徹，則於行為人取得之經濟上利益高於法定罰鍰最高額之情形，裁罰機關即須窮盡追繳行為人所獲取之不法利益，學說上稱為「經濟利益之窮盡追繳」（Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils），寓有行為人不得因違法而獲利之立法意旨⁸¹。這也貼近過去德國刑法規範模式的思維。是有類採德國見解者認為，從違反秩序行為所取得之經濟上利益，在原則上，應構成罰鍰額度之下限。亦即以該經濟上利益金額作為「最低罰鍰金額」，超過該不法利得金額以上部分，才真正具有「制裁處罰」之精神。因此，如僅處罰不法利得金額之罰鍰，無法嚇阻行為人繼續從事違法行為時，則應課予比不法利得更高金額之罰鍰，以達成罰鍰特別預防之目的⁸²。一言以蔽之，若採本法模式，於「不法所得利益」之範圍內裁處罰鍰數額，對行為人之裁罰效果可能打折；按其本不該保有不法所得，必須在追繳不法利得之外，尚有罰鍰處分，方能收懲戒貪婪之效，並充分評價行為人之主觀惡性⁸³。

⁸¹ 李建良，論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係－評析《和平電廠超額使用生煤案》之相關判決與法制，月旦法學雜誌，第 235 期，2014 年 11 月，頁 98-99。

⁸² 陳清秀，行政裁罰事件追繳不法利得之研究，軍法專刊，第 60 卷第 3 期，2014 年 6 月，頁 53-54；劉如慧，行政罰法上剝奪不法利得制度之比較法研究，興大法學，第 22 期，2017 年 11 月，頁 24。

⁸³ 有認為，依據第十八條立法理由並援引德國之違反秩序法第十七條及第二十九條之一規定，進一步認為追繳不法利益之處分，屬行政罰態樣之一，故仍應受行政罰法之可歸責原則限制，並且與罰鍰處分得各自獨立，視為兩個行政處分。此外，規定性質雖類似於刑法第五十八條之酌量加重罰金規定，但非完全應與刑法為相同解釋，而應作補充性原則定性，即對於「不法利益」之解釋，應嚴格的枯竭「不法利益」之範圍。因行政罰法第十八條第一項規定，裁處罰鍰處分應審酌之法定因素，係採權衡原則，然於受處罰者所得利益遠高於罰鍰之最高額時，同條第二項規定，則於所得範圍內，酌量加重罰鍰，不受法定罰鍰最高額之限制，因此，若所得之不法利益，不作補充性原則之定性，則受處罰者將會受到二次不法評價及二次處罰，其更不符合「一行為不二罰之概念」。前述請參林明鏘，行政罰法上「不法利益」規定之基本問題－以屏東縣悠活案為例，台灣環境與土地法學雜誌，第 8 期，2013 年 12 月，頁 188-189。

故為完全防阻不法行為、剝奪不法利益之目的，有主張未來應修改為外加型立法，變成加重罰金（鍰）之額度高於「所得利益」之德國模式，而非現行之內含型態。此際，有謂將有違反法明確性原則之疑慮，惟支持者認為，條文文義雖僅顯示加重罰鍰的「下限」，而無「上限」的標記，然為完全發揮剝奪行為人全部不法利得及懲罰惡性之功能，同一法條未明文標示的「上限」，顯然即應對應地解釋為擬剝奪的行為人不法利得之全部，再加上各該罰鍰規定中之原法定罰鍰最高額，始能充分。必要時，或亦可將此「上限」直接明定於修正後的法條中，以杜爭議⁸⁴。此外，罰鍰額度之加重亦須謹慎，避免機關忽略原有作為。學者具體指出，此即鑑於行政機關習以處罰（罰鍰）為主要管制工具的當前現狀，若將行政罰法第 18 條之裁罰效果不當擴張，無形間將豢養巨靈般的裁罰機器，讓行政部門更加有意願地傾向動用罰鍰手段，而捨棄傳統那些行政檢查、命改善、令停工、行政執行等較為麻煩之規制工具，甚至於破壞整體秩序行政法的管制目的，扭曲自由民主法治國家的基本精神⁸⁵。而前開相同討論，亦適用於同法第 15 條第 1 項及第 2 項所謂「併罰制」之情形。易言之，作為併罰對象的私法人之董事或其他有代表權之人，亦可配合前揭同法第 18 條第 2 項之修正建議，將行政罰法第 15 條第 3 項但書，改為外加型立法，加重罰金（鍰）之額度高於「所得利益」之模式。

第二節 擴大追繳不法利得制度

我國行政罰法上追繳不法利得制度，可見於行政罰法第 18 條第 2 項與同法第 20 條之規定，兩者之規範目的同為追繳不法利得，然其

⁸⁴ 林明昕，論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心，臺大法學論叢，第 45 卷第 3 期，2016 年 3 月，頁 787-788。

⁸⁵ 李建良，論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係－評析《和平電廠超額使用生煤案》之相關判決與法制，月旦法學雜誌，第 235 期，2014 年 11 月，頁 120。

所規範之情形與追繳之對象皆有所不同。行政罰法第 18 條第 2 項之分析已如前述，本文以下就行政罰法第 20 條進行分析。行政罰法第 20 條規定，「為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳（第 1 項）。行為人違反行政法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳（第 2 項）。前二項追繳，由為裁處之主管機關以行政處分為之（第 3 項）。」本條所定不當得利之追繳，有別行政罰法第 18 條第 2 項之設計，係基於實現公平正義等理念而設，性質上並非制裁⁸⁶。由本法第 3 項規定亦可知，行政罰法第 20 條擴大追繳行為人以外第三人利得制度，並非行政罰。

一、行政罰法第 20 條之概說

本條所稱「得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳」等語，一般咸認，此處所稱的不法利益範圍，與前述行政罰法第 18 條同包含積極利益及消極利益，如違規行為之對價或報酬，及從事違規行為而直接獲得之財產上利益（但不包括間接利益，然不法利益所生之利息仍得追繳），抑或怠於遵行法令所節省之必要費用；計算利得數額時，按照目前國內學者看法，鑑於本條追繳不法利得規定究屬初設，執行不宜過苛，又應與同法第 18 條第 2 項之價值判斷相符，而應採「淨利原則」⁸⁷。且本條之立法目的既非屬制裁，不以受益人之故意

⁸⁶ 立法理由指出：「行為人為他人之利益所為之行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰時，若行為人因該行為受有財產上利益，而無法對該行為人裁罰，即形成制裁漏洞。為填補制裁之漏洞，並防止脫法行為，故於第一項規定此時得單獨對行為人於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳，以避免其違法取得不當利益，俾求得公平正義。反之，行為人違反行政法上義務應受處罰，但未受處罰之他人卻因該行為受有財產上利益時，如未剝奪該他人所得之利益，顯失公平正義，爰為第二項規定，單獨對該他人於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳，避免他人因而取得不當利益，以防止脫法及填補制裁漏洞。」

⁸⁷ 林明鏘，行政罰法上「不法利益」規定之基本問題：以屏東縣悠活案為例，臺灣環境與土地法學雜誌，第 1 卷第 8 期，2013 年 12 月，頁 188-189；劉如慧，行政罰法上剝奪不法利得制度

過失為要件，更應採淨額主義，避免失之過苛⁸⁸。

然亦有有力見解⁸⁹認應採總額主義，其認追繳不法利益之目的，為防止脫法行為及填補制裁漏洞功能，並不具有制裁性質，即不受罪責原則（Schuldgrundsatz）之限制，本質上宜參照民法上不當得利調節一方受有利益與他方受有損害之利益衡平法理，追繳為不當得利者應負擔之風險，故宜採總額主義，為獲得財產上利益而為之給付及支出即不得扣除。如因此對於受追繳人產生嚴厲的後果，則應於個別案件中基於合義務之裁量予以衡平。

二、德國秩序違反法第 29a 條之參照

我國行政罰法第 20 條之規定，甚接近 2017 年配合刑法修訂之前，舊德國秩序違反法第 29a 條之規定。立法理由即援引德國秩序違反法第 29a 條之規定，認為這也是「追繳不法利得」之處分，並非行政罰，而係一種「準不當得利」之措施。舊德國秩序違反法第 29a 條針對「追繳（Verfall）」規定，「行為人為了（für）一個應科處罰鍰之行為，或由（aus）該項行為有所獲得，而對之不因該行為科處罰鍰者，得對其命令繳交最高與所獲得價值相當之追繳金額（第 1 項）。行為人為他人為一個應科處罰鍰之行為，該他人因而有所獲得者，得對其命令繳交最高為第一項所指稱追繳金額（第 2 項）。所獲得之範圍及其價值得估定之。第十八條規定準用之（第 3 項）。對該行為人不進行科處罰鍰程序或停止該程序者，得獨立命令繳交追繳金

之比較法研究，興大法學，第 22 卷，2017 年 11 月，頁 30-33；林明昕，裁處之審酌加減及不法獲利之追繳，收錄於廖義男編，行政罰法，二版，元照，2017 年，頁 227；許絲捷，環境犯罪之利得沒收——行政與刑事之交錯，月旦法學雜誌，第 278 期，2018 年 6 月，頁 10。

⁸⁸ 劉如慧，行政罰法上剝奪不法利得制度之比較法研究，興大法學第 22 期，2017 年 11 月，頁 28；李惠宗，追繳公法上不法利得之當事人適格性，法令月刊第 64 卷第 4 期，2013 年 11 月，頁 7-8。

⁸⁹ 傅玲靜，行政罰法上不法利益之審酌及追繳，月旦法學雜誌第 174 期，2009 年 10 月，頁 333。

額（第 4 項）。」配合 2017 年 7 月 1 日德國刑法之修正，原本作為台灣行政罰法參照藍圖的秩序違反法也同步修正第 29a 條。而原本第 29a 條「追繳（Verfall）」之條名，隨之改為「犯罪利得之價值之沒收（Einziehung des Wertes von Taterträgen）」。新規定內容為，「行為人透過（durch）一應科處罰鍰之行為，或為了（für）該項行為而有所獲得，而對之不因該行為科處罰鍰者，得對其命令繳交最高與所獲得價值相當之追繳金額（第 1 項）。（第 1 句）有下列情形之一時，得對非行為人之第三人為最高至第一項額度之沒收金錢所得之命令：1. 第三人透過（durch）一應科處罰鍰之行為而有所獲得，且行為人為其實施行為；2. 第三人之所得 a) 係無償或無法律上原因而取得。b) 明知或可得而知所得源自一應科處罰鍰之行為而獲得。3. 第三人因以下身分取得所得：a) 繼承人。b) 特留分繼承人或遺產受贈人。（第 2 句）第三人不知或非可得知所得源自一應科處罰鍰之行為而獲得，而有償且具法律上原因獲得所得者，不適用第 1 句第 2 款與第 3 款規定。...（第 2 項）。」很顯然是仿效新刑法第 73b 條規定（第三人犯罪所得之沒收）之立法例。在對第三人之追繳上，相當程度地擴大了適用範圍。

但是台灣行政罰法立法時參酌之舊德國秩序違反法第 29a 條之規定，其實自一開始即不採德國刑法第 73 條以下之規範模式，比較舊刑法第 73 條第 1 項規定：「正犯或共犯實行違法行為，並為實行該行為或自該行為而所得者，法院應對之宣告追繳。」第 73 條第 3 項規定，「對於正犯或共犯為（不限自然人之）他人而實行違法行為，該他人並因而有所得者，則依第 1 項、第 2 項之追繳宣告之效力亦及於該他人。」即與秩序違反法之規定有差異。

德國秩序違反法第 29a 條不論新舊法，在適用上有一個重要的前提，亦即，若在罰鍰處分作成之後，已經根據秩序違反法第 17 條第

4 項（即「罰鍰應超過行為人經由違反秩序行為所獲得之經濟利益。為此，法定最高金額尚不足者，罰鍰金額得超過法定最高金額。」）對於違法獲利掏盡追繳時，第 29a 條規定即無適用可能。具體而言，第 29a 條僅於「獨立獲利追繳（bei selbstständiger Abschöpfungsbescheidung）」的情況時，才有本法之適用。從而，若有罰鍰處分作成，則是後續第 17 條適用的問題。反之，第 29a 條的適用前提，則未有確定之罰鍰處分⁹⁰。我國行政罰法第 20 條之適用，在理論上亦應採相同解釋。換言之，我國行政罰法第 18 條第 2 項罰鍰之酌量加重（對照德國秩序違反法第 17 條第 4 項）與第 20 條不當利得之追繳（對照德國秩序違反法第 29a 條前兩項）之規定，如前所述均屬於針對違法行為所生不當利得加以剝奪之衡平措施。裁罰機關得依職權裁量是否及如何剝奪其利得額度，彼此間具有互相填補制裁漏洞之功能，惟僅能擇一適用。當行為人或他人因行為人之違法行為而獲有不法利得，若行為人已受科處罰鍰之處分，且利得超過法定罰鍰最高額時，行政機關應依行政罰法第 18 條第 2 項之規定，根據淨利原則酌量加重罰鍰金額，復不受法定罰鍰最高額之限制；至於行為人或他人因故未受科處罰鍰之處分時，行政機關則應依行政罰法第 20 條（第 1 項或第 2 項）之規定，依總額原則計算利得之範圍而剝奪受益人之利得⁹¹。

另外對於違法獲利掏盡追繳時，實務上最棘手的判斷問題之一是獲利範圍之計算。就此，德國秩序違反法第 29a 條第 3 項規定，「所獲得之範圍及其價值得估定之」，應可供將來我國行政罰法第 20 條增修時納入考量。甚至於，於我國行政罰第 18 條就有關不法利得之計算，不論採取總額主義或淨利主義，亦均有估算之必要。爰一併提出

⁹⁰ Vgl. Joachim Bohnert/ Benjamin Krenberger/ Carsten Krumm, Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Aufl., 2018, § 29a Rn. 1.

⁹¹ 參考，黃士元，從適用論刑法第 58 條規定之存廢－兼評「沒收新法－雷神索爾的戰錘」幾點質疑，台灣法學雜誌，第 297 期，2016 年 6 月 14 日，頁 73。

行政罰法增列第 18 條第 5 項與第 20 條第 4 項修正文字建議。

現行法	修正建議
<p>第 18 條</p> <p>裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。</p> <p>依本法規定減輕處罰時，裁處之罰鍰不得逾法定罰鍰最高額之二分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之二分之一；同時有免除處罰之規定者，不得逾法定罰鍰最高額之三分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之三分之一。</p> <p>但法律或自治條例另有規定者，不在此限。</p> <p>其他種類行政罰，其處罰定有期間者，準用前項之規定。</p>	<p>第 18 條</p> <p>裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。</p> <p>依本法規定減輕處罰時，裁處之罰鍰不得逾法定罰鍰最高額之二分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之二分之一；同時有免除處罰之規定者，不得逾法定罰鍰最高額之三分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之三分之一。</p> <p>但法律或自治條例另有規定者，不在此限。</p> <p>其他種類行政罰，其處罰定有期間者，準用前項之規定。</p> <p><u>第二項規定所得利益範圍，得估算之。</u></p>
<p>第 20 條</p> <p>為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。</p> <p>行為人違反行政法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。</p>	<p>第 20 條</p> <p>為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。</p> <p>行為人違反行政法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。</p>

前二項追繳，由為裁處之主管機關以行政處分為之。

前二項追繳，由為裁處之主管機關以行政處分為之。

第一項與第二項規定所受財產上利益價值範圍，得估算之。

三、行政罰法第 20 條之分析

觀諸我國行政罰法第 20 條「他人違反行政法上義務應受處罰者」及「行為人違反行政法上義務應受處罰」等語，可知處罰即以一方具有責性為前提，與本條所稱剝奪不法利得之「客觀性⁹²」不符，亦即客觀性係指：任何客觀上違反秩序的財產移動，原則上均應予以調整，是故有學者指出未來修法應予注意，以追繳行為人為自己利益實施違法行為之不法利得⁹³。

論者這種接近刑法沒收制度的理念（如刑法第 38-1 條第 1 項規定，犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。），是否也應該，或者如何在行政罰法中納入，自然牽動其與行政罰法第 18 條第 2 項之關連性。本文認為在行政罰法中，似乎還不到新刑法沒收制度對抗或預防重大犯罪的公益需求，再加上新刑法體系合憲性疑慮的考量，透過行政罰法第 18 條第 2 項擴大裁罰範圍之適用，似尚無在體系上變革第 20 條規定之必要性。另外有學者特別評析行政罰法第 20 條第 1 項及第 2 項規定之適用，指出尚有若干案件類型無從適用追繳制度，這是因為該兩項規定過度執著於追繳必須以行為人或他人至少有一方違反行政法上義務「應受處罰」為前提所致。然如此前提設定毫無必要，按此與追繳，即不法利得之剝奪用以調整客觀上違反法秩序之

⁹² 申言之，觀諸本法第 20 條之立法說明乃以「本條所定不當得利之追繳...係基於實現公平正義等理念而設，性質上並非制裁，故與責任能力、責任條件等無關」準此，該條文第 1 項及第 2 項之追繳，何以需行為人或他人至少有一方違反行政法上義務「應受處罰」，即「具有責性」為前提？

⁹³ 劉如慧，行政罰法上剝奪不法利得制度之比較法研究，興大法學第 22 期，2017 年 11 月，頁 28。

財產變動的目的相悖⁹⁴。

申言之，行政罰法第 20 條之立法說明乃以「本條所定不當得利之追繳...係基於實現公平正義等理念而設，性質上並非制裁，故與責任能力、責任條件等無關」。準此，該條文第 1 項及第 2 項之追繳何以行為人或他人至少有一方違反行政法上義務「應受處罰」，即「具有責性」為前提？更甚者，依行政罰法第 20 條第 1 項及第 2 項之設計，不法利得之追繳的對象原已非違反行政法上義務「應受處罰」之他人或行為人本身，何以引發追繳之他人（第 1 項）或行為人（第 2 項）違反行政法上義務之行為，須具備具有責性，此與追繳制度之關聯，同令人費解⁹⁵。

依據該行政罰法第 20 條第 1 項規定，行為人僅於「為他人利益而實施行為」時，始有必須就自己「受有財產上利益而未受處罰」的情形接受追繳。準此，有疑的是：行為人並不為他人，純粹為自己之利益而實施行為時，假使因欠缺有責性或基於其他事由，以致於同樣具有「受有財產上利益而未受處罰」的結果，反而竟無接受追繳的必要，可能尚屬立法漏洞（對照行政罰法第 18 條第 1 項將追繳不法利得定性為行政罰之延伸，以致解釋上，需行為人具備故意過失之有責性要件不可；此外，當行政法第 1 條規定之「其他種類行政罰」，若在某法律中以單一處罰效果之姿態出現，而無同時與罰鍰併用者，則由於行政罰法第 18 條第 2 項之加重罰鍰於此無適用的可能性，因而針對僅能裁處其他種類行政罰的案件類型，同須另謀他途，始能處理其行為人之不法利得之剝奪的問題。）同條第 2 項規定亦有類似情形。因該條項僅以「行為人違反行政法上義務應受處罰」時，「因該

⁹⁴ 林明昕，論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心，臺大法學論叢第 45 卷第 3 期，2016 年 3 月，頁 795。

⁹⁵ 林明昕，論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心，臺大法學論叢第 45 卷第 3 期，2016 年 3 月，頁 796。

行為受有財產上利益而未受處罰」之他人始受追繳。同樣有疑者，當行為人違反行政法上義務，因故未受處罰時，為何同樣「因該行為受有財產上利益而未受處罰」之他人卻毋庸追繳⁹⁶？

學者因而指出，行政罰法第 20 條第 1 項及第 2 項中以行為人或他人至少有一方「違反行政法上義務『應受處罰』」為發動追繳的前提，乃不必要之錯誤設計。建議修法重新回歸該系爭條文原所繼受之德國秩序違反法第 29a 條第 1 項及第 2 項之規範模式為優先。亦即，未來得以本法第 1 項追繳行為人違法但無責之行為所獲之利益，並以第 2 項及於第三人因行為人違法有責或無責之行為所獲之利益，始能有效地達成不法利得之剝奪，調整違反法秩序之財產變動的客觀目的⁹⁷。在我國現行行政罰法體系中，另多有組織之從業人員因違反行政法上義務之行為，而致組織本身負行政罰之責的所謂「轉嫁制」，為德國法制之所無。因此本文同時建議，現行行政罰法第 20 條第 1 項具有追繳該從業人員可能受有之不法利得的功能，故應予保留，經文字內容上的適度修正，改列為修正後同條第 3 項⁹⁸。

行政罰法第 20 條規定是行政罰法一種特殊之非裁罰性質之追繳制度。以上對於行政罰法第 20 條批判者，基本上乃是以舊德國秩序違反法第 29a 條之制度思維出發。當時德國制度一方面不以刑法追繳體系作為對照，另一方面則是與罪責原則保持距離。側重的是不法利得之追繳，因此行使之條件相對無須以自己或他人之罪責成立為前提。論者批評現行法的前瞻想像，也是掏盡不法獲利目的下之合理解釋。行政罰法第 20 條規定之不法利得追繳並非裁罰。對於不法利得

⁹⁶ 林明昕，論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心，臺大法學論叢第 45 卷第 3 期，2016 年 3 月，頁 795。

⁹⁷ 林明昕，論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心，臺大法學論叢第 45 卷第 3 期，2016 年 3 月，頁 796。

⁹⁸ 林明昕，論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心，臺大法學論叢第 45 卷第 3 期，2016 年 3 月，頁 799。

被追徵者，並不以其具有罪責作為前提，至於是否以他人構成犯罪或具有罪責，抑或僅具備違法性而始得或即得採取追繳措施，本文認為此可由立法裁量後決定為成立追繳的條件。甚而是否立法要更弱化追繳不法利得成立之條件，自有可能。然對目前規定評之為「不必要之錯誤設計」，似也不至於該當如此嚴重之指責。至於德國 2017 年秩序違反法第 29a 條之修法方向是一改過去與舊刑法規定保持距離的態度，轉而複製新刑法的規範模式，我國並無此一修法背景。再加上德國新刑法極度擴張了不具刑罰性質之追繳不法利得之範圍，行政罰法第 20 條有無必要採取對應修改之正當性與必要性，似可再斟酌。

第三節 刑法之沒收、罰金與行政罰法之沒入、加重罰鍰與不法利得追繳間關係

第一項 德國與台灣沒收（入）與利得追繳制度之比較

德國秩序違反法在 2017 年之前的體系是建立在物與權利之剝奪（所謂「沒入或沒收（Abschöpfung von Sachen und Rechten, Einziehung）」）與財產獲利價值之剝奪（所謂「追繳（Abschöpfung von Vermögensvorteilen, Verfall）」）二元區分前提。後者指的即是秩序違反法第 17 條第 3 項、第 4 項與第 29a 條之規定。原本根據舊法之理解，不論第 17 條或第 29a 條之加重或追繳均非屬裁罰性之措施。特別是第 17 條之內涵（罰鍰加上不具裁罰性質之加重），這是與台灣法制差異極大的地方。2017 年後配合刑法之修正，刪除了秩序違反法條文（包括第 29a 條，第 30 條，第 99 條，第 110b 條等）或者章節名稱中「追繳（Verfall）」之用語，配合新刑法的理解，也是在創設一個與刑法體系相同，具非裁罰性質的統一沒入（收）制度。

本研究雖較集中於不法利得之沒入或追繳討論，但仍可將德國與台灣沒收（入）與利得追繳制度之比較，作成下圖以資參考⁹⁹。

德國與台灣沒收（入）與利得追繳制度之比較

	德國				台灣		
	2017年 新刑法	舊 刑法	2017年 秩序違反法	舊 秩序違反法	行政罰法	舊 刑法	2015年 新刑法
1933年舊 刑法§27c I	N/A	N/A	§17 III	§17 III	利益審酌 §18 I	§58 第一句	§38-1 I
1933年舊 刑法 §27c II, III	N/A	N/A	§17 IV	§17 IV	加重不當利得 §18 II	§58 第一句	§38-1 I
	§73 b	§73 III	§29a (擴大)	§29a	不當利得追繳 §20	N/A	§38-1 II
	§74	§74	§22 I, II①	§22 I, II①	物之沒入 §21	§38②③	§38 II
	§74a	§74a	§23	§23	物之擴大沒入 §22	N/A	§38 III
	§73c	§73a	§25 I	§25 I	價值沒入 §23 I	N/A	§38 IV
	§74c	§74c	§25 IV	§25 IV	價值追徵 §23 II	N/A	§28 IV
	§74b	§74II ②	§22 II②	§22 II②	違禁物沒入 N/A	§38 I①	§38 I
	§73a	§73d	N/A	N/A	擴大追繳 N/A	N/A	N/A
防苛條款	§ 459g StPO ¹⁰⁰	§ 73c ¹⁰¹					

反觀台灣制度，即使新刑法實施之後，行政罰法在沒入與追繳體系上卻未同步進行修正。所謂具有裁罰性與不具有裁罰性之沒入或追繳制度區分仍存在於目前行政罰法之中。

有關加重裁罰與不法利得追繳間關係，國內學者主張，罰鍰有制裁及剝奪不法利得之雙重功能，後者即以經濟觀點，使違反行政法義

⁹⁹ 有關沒入部分之研究，可參考，詹鎮榮，行政罰定義與種類之立法政策上檢討－以裁罰性不利處分與沒入為中心，法學叢刊，第 61 卷第 4 期，2016 年 10 月，頁 1-30。此處圖表也部分參酌本文之研究成果。

¹⁰⁰ 德國刑事訴訟法第 459g 條規定，「犯罪所得之價值不存在於被沒收人之財產，或執行有違反比例原則時，法院應命令停止執行。事後知悉…時，再予執行。」

¹⁰¹ 舊刑法第 73c 條規定，「若宣告沒收將對於利害關係人造成不合理之嚴苛時，則不予下令追繳。倘違法所得之價值於裁判時不復存於利害關係人之財產中，或該所得僅具有低微價值時，得不予下令追繳。」

務之人，不因違規行為而額外獲得利益，貪圖僥倖，將違法行為之一般代價（罰鍰）內部化為成本；有謂更係任何人不得從「自己的過錯行為中獲得利益」之法理表現¹⁰²。細觀我國行政罰法第 18 條第 1 項規定，審酌罰鍰額度時須考量違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及違反行政法上義務所得之利益、受處罰者之資力，決定罰鍰額度。對照立法理由所言，督促行為人注意其行政法上義務外，尚有警戒貪婪之作用，讓行為人蒙受財產上額外損失，才能感受罰鍰之痛苦，故已將所得利益列入裁罰時應考量之因素，成為罰鍰加重之事由，似為制裁之一環¹⁰³。

有關裁罰與不法利得追繳間關係，學者指出，行政罰法第 18 條第 2 項規定，前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制，此乃**避免不法行為所得利益超過罰鍰額度，行為人再次違序之動機**，授予裁罰機關得超過法定罰鍰最高額之裁罰權限，不致構成「裁量逾越」之違法（此稱罰鍰之補充性）。故行政罰法第 18 條第 2 項規定，並非一獨立於專業行政法規外，得單獨作為裁處罰鍰之實定法規範，尚不解為主管機關對違章行為人同一違反行政法上義務之行為，得以行政處分形式分別裁處獨立可分之罰鍰處分及不法利得處分。

因此，所獲不法利益逾越法定罰鍰最高額度時，解釋上宜視為實際罰鍰裁處之最高額限制；於此前提下，行政機關乃就違規情節與預防再犯之雙重目的所為，並不生一行為二罰之情形。換言之，行政罰法第 18 條第 2 項既規定所得利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，旨在授予裁罰機關得超過法定罰鍰最高額之

¹⁰² 陳清秀，行政裁罰事件追繳不法利得之研究，軍法專刊第 60 卷第 3 期，2014 年 6 月，頁 52；李惠宗，追繳公法上不法利得之當事人適格性，法令月刊第 64 卷第 4 期，2013 年 11 月，頁 3。

¹⁰³ 傅玲靜，行政罰法上不法利益之審酌及追繳，月旦法學雜誌第 174 期，2009 年 10 月，頁 330。

裁罰權限，不致構成「裁量逾越」之違法，是行政罰法並無另以「追繳所得利益」取代「罰鍰」之規範意旨¹⁰⁴。

承前，甚者有謂¹⁰⁵，本條之立法理由既提及參考刑法第 58 條規定，且後者規定：「科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯罪行為人之資力及犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。」亦與行政罰法第 18 條第 2 項，內容幾乎同出一轍，前開刑法條文之制度目的、相關實務裁判與學說見解，即可作理解行政罰相關條文之對照基礎，而得認此二者處罰皆屬以剝奪財產對應不法行為的處罰手段，並未承擔追繳不法利益的任務，於適用時仍須顧及比例原則與責任原則，避免行為人承擔的罰鍰超過其不法行為所生之危害程度。

申言之¹⁰⁶，犯罪所得不法利益之剝奪，多透過「沒收犯罪所得」制度辦理，實務判決也較少對不法利得規定的規範意涵作抽象論述，而過去刑法學說的討論，尚集中在區隔罰金刑與犯罪所得之沒收，並檢討刑法第 58 條規定下加重罰金規定與罪責原則是否相符之法政策問題。

以刑罰與行政罰之量的區別說而言，尚可參照學者就刑罰利得沒收之分析¹⁰⁷，即該法制不僅除去利益導向之犯罪誘因，更欲除去因不法行為所形成對合法財產秩序之侵擾狀態，在立法目的上洵屬正當，且採取之沒收手段，可降低由國家誘使各類利益導向之犯罪行為之實

¹⁰⁴ 李建良，論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係－評析《和平電廠超額使用生煤案》之相關判決與法制，月旦法學雜誌第 235 期，2014 年 11 月，頁 95。

¹⁰⁵ 李建良，論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係－評析《和平電廠超額使用生煤案》之相關判決與法制，月旦法學雜誌第 235 期，2014 年 11 月，頁 96-98。

¹⁰⁶ 李建良，論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係－評析《和平電廠超額使用生煤案》之相關判決與法制，月旦法學雜誌第 235 期，2014 年 11 月，頁 96-97。

¹⁰⁷ 陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，月旦裁判時報，第 48 期，2016 年 6 月，頁 106。

行可能，有助於前述立法目的之實現，且唯透過沒收犯罪行為所獲各類利益，方能竟其功；在相當性部分，衡諸因利得沒收法制之執行，利得人所失去對犯罪行為所得財產之支配，與前述利得沒收法制所欲實現之目的間，亦無出現顯失均衡之情形。

從以上之論述可以理解，我國目前刑法與行政罰法體系上的重大歧異之源頭在於新刑法創造了一個獲利掏盡制度，但是卻沒有同步處理刑法第 58 條的關連性問題¹⁰⁸。然而在行政罰法中，以裁罰之手段承擔極大實質上可以達到獲利掏盡功能的第 18 條規定，卻是一個與刑法第 58 條規定有重大類似性的條款。同時可以比較德國的制度，雖然在新刑法中沒有 1933 年舊刑法第 27c 條¹⁰⁹之類似規定，但是在 2017 年前後的刑法規定中，均有舊法第 73d 條與新法第 73a 條之規定，更擴大不法利得之追繳。這些重大的體系出入，是在檢討我國制度時，比較德國法前，需要更加注意之處。

由於新刑法創造了不具裁罰性的沒收新制，在針對犯罪人部分的所得沒收，於行政罰法第 26 條之適用上，因其非屬刑罰上之處罰，故無須考量行政罰法上因為適用第 18 條加重處罰時，是否會有二罰的爭議問題。但是這並不代表刑法上之沒收與行政罰法上之加重罰鍰必然可以同步為之。因為這種對於財產權上所造成之負擔仍須整體考量比例原則之權衡。是以，若法院裁判沒收之犯罪所得，得否再依行政罰法第 18 條加重處罰？在司法院釋字第 751 號解釋中明白指出，若另有特殊規範目的，則並不排斥針對同一行為使用不同干預手段，只要不違反比例原則，即非顯失均衡之過度評價，解釋指出：「致其

¹⁰⁸ 刑法第 58 條規定，「科罰金時，...。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。」似乎並沒有因為刑法沒收新制而改變其罰金的性質。

¹⁰⁹ 德國舊刑法第 27c 條規定，「罰金的裁量應審酌行為人的經濟情況（第 1 項）。罰金應超過行為人為了犯罪收受的報酬，及行為人從犯罪行為取得的利潤（第 2 項）。法律規定的最高額不足時，可以超過科處之（第 3 項）。」

財產或人身自由將受拘束，對人民而言，均屬對其基本權之限制，具有類似處罰之不利益效果。從而國家對於人民一行為先後課以應履行之負擔及行政法之罰鍰，其對人民基本權造成不利益之整體效果，亦不應過度，以符比例原則之要求。系爭規定一允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，係立法者考量應履行之負擔，其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足，為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，其目的洵屬正當。其所採另得裁處罰鍰之手段，連同應履行之負擔，就整體效果而言，對人民造成之不利益，尚非顯失均衡之過度評價，與目的間具合理關聯性，並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題。」因此若法院裁判沒收之犯罪所得，得否再依行政罰法第 18 條加重處罰，雖不涉及一行為二罰之問題，然仍應以比例原則衡量之。

另外一種思考的方向是將行政罰法第 18 條朝向德國秩序違反法去裁罰化之規範方向修正，規避行政罰法第 26 條之適用。屆時將考量一個不具裁罰性的不法利得加重剝奪與一個不具刑罰性之利得沒收，同時為之時，是否過當而違反比例原則的問題。此將涉及行政罰法體系之重大變革。即便不作行政罰法體系上的變革，新刑法所欲實現的不法獲利掏盡目的，也不會有影響。

第二項 裁罰性沒收（入）vs.非裁罰性沒收（入）

本研究計畫重心較置重於不法利得剝奪之論述，然而相關的爭議，亦不免涉及其他如沒入制度之討論。由於刑法沒收制度之去刑罰化，行政罰法之沒入仍屬主裁罰類型的情況下，行政罰法第 26 條但書規定，「但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院

宣告沒收者，亦得裁處之。」之規範目的，實際上已經喪失，而有修正刪除「或得沒入之物而未經法院宣告沒收」之必要¹¹⁰。而在沒收與沒入不再具有競合關係的前提下，因為物之沒收或沒入都會因為標的單一，而產生事實上執行的排斥效果。在無涉及行政罰法第 26 條之前提下，基於執行之實效性考量，只要有行政機關或法院為沒收或沒入之處置即可達到保安處分之效果。而一般推測，行政機關執行之及時與實效性應可預期¹¹¹。就此部分，應無於行政罰法中修正規定之必要。

其次是行政罰法沒入制度是否隨同刑法沒收制度之變革，而同時將之修改以去裁罰化？在德國新刑法修正後，秩序違反法上有關沒入制度之規定，如同第 17 條一般，並無文字上的調整。因為德國秩序違反法上之沒入本是具有裁罰與保安處分功能之一種「附帶效果」。在整部刑法與秩序違反法中之沒入制度去刑罰或裁罰性之後，條文變動之影響並不大，同時也可以繼續扮演其非裁罰性效果之功能。德國法上因為去裁罰化之後，更加確認所有各論法律中之沒入程序，均以秩序違反法上之規定作為一般總則性之規定。然而因為我國行政罰法中之沒入是一種行政罰，因此在各論中之「沒入」規定還得如同裁罰性不利處分一般，進一步區分具有裁罰性質之沒入或不具有裁罰性質之沒入。同時也因為這樣的區分使得後者之程序並無一般性的規範，全委由各論法律進行規範。然而，各論法律是否確實存在詳盡之程序性規範，則大有疑問。因此有學者提出配合刑法沒收制度的改革，避免各論法律立法上之懈怠不作為，行政罰法亦應借此機會建構一般性之沒入總則性規範，而其前提則必須先調整目前行政罰法僅僅針對沒

¹¹⁰ 詹鎮榮，行政罰定義與種類之立法政策上檢討－以裁罰性不利處分與沒入為中心，法學叢刊，第 61 卷第 4 期，2016 年 10 月，頁 24。

¹¹¹ 同此見解，詹鎮榮，行政罰定義與種類之立法政策上檢討－以裁罰性不利處分與沒入為中心，法學叢刊，第 61 卷第 4 期，2016 年 10 月，頁 23 以下。

入裁罰加以規範之侷限¹¹²。本研究贊同此一體系調整建議。並可建議以下修正條文文字。不過應附帶說明的是，此一議題之討論與刑事程序與行政處以沒入之程序間如何避免衝突的問題無涉。

現行行政罰法	修正行政罰法
<p>第 2 條 違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。</p>	<p>第 2 條 違反行政法上義務而受罰鍰或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。</p>
<p>第 23 條 得沒入之物，受處罰者或前條物之所有人於受裁處沒入前，予以處分、使用或以他法致不能裁處沒入者，得裁處沒入其物之價額；其致物之價值減損者，得裁處沒入其物及減損之差額。 得沒入之物，受處罰者或前條物之所有人於受裁處沒入後，予以處分、使用或以他法致不能執行沒入者，得追徵其物之價額；其致物之價值減損者，得另追徵其減損之差額。 前項追徵，由為裁處之主管機關以行政處分為之。</p>	<p>第 23 條 得沒入之物，受裁處者或前條物之所有人於受裁處沒入前，予以處分、使用或以他法致不能裁處沒入者，得裁處沒入其物之價額；其致物之價值減損者，得裁處沒入其物及減損之差額。 得沒入之物，受裁處者或前條物之所有人於受裁處沒入後，予以處分、使用或以他法致不能執行沒入者，得追徵其物之價額；其致物之價值減損者，得另追徵其減損之差額。</p>

¹¹² 洪家殷，論行政罰法上沒入之性質，東吳法律學報，第 29 卷第 3 期，2018 年 1 月，頁 1-27。不同見解，詹鎮榮，行政罰定義與種類之立法政策上檢討－以裁罰性不利處分與沒入為中心，法學叢刊，第 61 卷第 4 期，2016 年 10 月，頁 21 以下。

第四章 不法利得之估算

第一節 總額主義與淨額主義

德國秩序違反法上不法利得追繳的制度規定在第 17 條（罰鍰之金額）：「（1）罰鍰之金額，最低為五歐元，除法律另有規定者外，最高為一千歐元。（2）法律規定對故意及過失行為科處罰鍰制裁，而對最高金額限度無加以區別者，則對過失行為處罰之最高金額限度，僅得為制裁罰鍰最高金額之半數。（3）罰鍰之量罰，應根據違反秩序行為之重要性及行為人遭受之非難。行為人之經濟狀況亦應審酌；惟於輕微之違反秩序行為情形，此通常不與斟酌。（4）罰鍰應超過行為人經由違反秩序行為所獲得之經濟利益。為此，法定最高金額尚不足者，罰鍰金額得超過法定最高金額。」

秩序違反法第 17 條第 4 項規定的意義於，對於秩序違反之行為人而言，除了要確定構成要件、違法性與「可咎責性（Verwerfbarkeit）」之外，同時立法目的尚有不使違反義務之人自己繼續保有因為違法行為而獲得之利益，以及剝奪其不法利得的措施仍同時具有作為一種「罰鍰（Geldbuße）」之功能。

對於法條中的「經濟利益（Wirtschaftlicher Vorteil）」是一個複雜的判斷問題，包括範圍以及判斷基準時。目前的法條用語不同於 1952 年舊法第 6 條所使用的獲取之所得（das empfangene Enthalt）」或「得出之收益（der gezogene Gewinn）」。現行法使用「經濟利益」應該包括所有事實上連結到行為人的收益與利用（Gewinn und Nutzen）¹¹³。具體而言，他不會只限於以金錢形式存在的收益而已，

¹¹³ OLG Karlsruhe NJW 1975, 793; KK OWiG Steindorf § 17 Rn. 118; RRH § 17 Rn. 47; Drathjer S.

而是包括了其他經濟型態的益處 (Vorteile)，例如相較於其他競爭者更佳的市場狀態¹¹⁴；使用上的優勢 (Gebrauchsvorteile)¹¹⁵；必要費用的節省¹¹⁶；確定將來可以取得，而不是只是預測之收益。而這些利益都必須限於「經濟上」的利益，而非只是屬人性的個人利益 (persönliche Vorteile) 而已，例如個人觀瞻。立法者這種預設的計算方式，其實是將所有能算到行為人名字上的所有的付費、其他獲取的利益，扣除耗用的支出 (行為人從事違反行政法上義務行為之對待給付或其他費用支出) 後加總計算，這種計算原則稱之為「淨額主義 (Nettoprinzip; Saldierungsprinzip; Saldierungsgrundsatz)」¹¹⁷。相對地，則是採取所謂的「總額主義 (Bruttoprinzip)」，單純以違反行政法上義務行為所得之整體為計算基準，而不扣除對待給付或其他成本費用。不法利得之計算則是以每一個違反行政法上義務而應受罰鍰相對人 (der jeweilige Bußgeldadressate) 的財產整體狀態作為計算基準。同時也是比較其違反行政法上義務行為前後之經濟狀況所得出之結果。

不法利得的追徵計算上，是否應扣除違規行為所直接關聯的必要成本，容有爭議；就此，學說上有上述「總額主義」與「淨額主義」兩說之爭，而我國學說對於兩者之見解則分析如下。

一、總額主義說

有鑑於現行行政罰法第 18 條規定，係以不法利益作為罰鍰金額

62.

¹¹⁴ BT-Drucks V/2600/2601 S. 4; OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1002; BayObLG wistra 1998, 199; BayObLG NJW 1998, 2461, 2462; OLG Karlsruhe NJW 1975, 793; Göhler OWiG § 17 Rn. 41; KK OWiG Steindorf § 17 Rn. 118, 123; RRH § 17 Rn 47.

¹¹⁵ OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1002; OLG Karlsruhe NJW 1975, 793.

¹¹⁶ OLG Düsseldorf MDR 1994, 1237; Göhler OWiG § 17 Rn 41; KK OWiG Steindorf § 17 Rn 138.

¹¹⁷ OLG Karlsruhe NJW 1975, 793; KK OWiG Steindorf § 17 Rn. 122; Göhler OWiG § 17 Rn. 41; RRH § 17 Rn. 47.

之上限，不足達到警戒貪婪作用之目的，此時即有謂¹¹⁸無庸擔心過於嚴苛，反而有過於寬怠之嫌，故或可採取總額主義，達成立法所期盼之預防作用。

二、淨額主義說

多數見解採淨額主義說，即此認不法利得的範圍是以財產法上整體狀態的淨額利益為準，並應以經濟上的事實觀察方法調查決定¹¹⁹。易言之，應依據收支結算之「差額原則」，不僅是財產收入增加，也包括強制的必要的義務費用支出節省，均應納入考慮。由於不法利得之計算，是採取經濟上觀點之實際觀察方法，其淨利潤之計算，應將違規行為取得之收入，扣除與該違規行為直接關聯之成本費用支出，例如銷售貨物之收入，應扣除其標的物之進貨成本價金，其與違規行為有關之違法賄賂款項支出也應扣除，以核實認定其淨額利益。

基於文義解釋及目的解釋，行政罰目的，既意欲剝奪違規行為所取得之經濟上利益，即返還「不當得利」，以回復合法之利益狀態，禁止從違規行為獲得所得獎賞，以符合「責罰相當」之要求，並達到特別預防目的¹²⁰。反之，若採取總額收入原則，將使不法利得之計算，單純以收入為準，致過於嚴苛，而違反比例原則¹²¹。尤其我國行政罰之法規，對違反秩序行為之追究處罰，原則採法定原則，與德國採取

¹¹⁸ 劉如慧，行政罰法上剝奪不法利得制度之比較法研究，興大法學，第 22 期，2017 年 11 月，頁 25。另有學者主張，若要採取總額主義，應立法明訂，且限於故意違反行政法義務之類型。參考，李惠宗，追繳公法上不法利得立法政策之商榷—兼論食安法第 49 條之 2 立法的適當性，法學叢刊，第 62 卷第 2 期，2017 年 4 月，頁 38。

¹¹⁹ 陳清秀，行政裁罰事件追繳不法利得之研究，軍法專刊，第 60 卷第 3 期，2014 年 6 月，頁 57；李建良，論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係—評析《和平電廠超額使用生煤案》之相關判決與法制，月旦法學雜誌，第 235 期，2014 年 11 月，頁 102-103。

¹²⁰ 傅玲靜，行政罰法上不法利益之審酌及追繳，月旦法學雜誌，第 174 期，2009 年 10 月，頁 332。

¹²¹ 張嘉真、姜威宇，以花蓮和平電廠案為例淺論行政罰法第 18 條第 2 項「不法利得追繳」之適用，萬國法律，第 187 期，2013 年 2 月，頁 34-35。

便宜原則不同；後者情況下，縱採總額原則計算不法利得，仍可透過便宜原則加以緩和，較不必擔心違反比例原則之問題¹²²。

行為人所受利益嗣後不存在，如行為人嗣後已經償還行政機關就其違規行為之代履行費用，或給予違規行為之被害人損害賠償或已經確定判決應給予損害賠償時，即應於計算不法利得時扣除，以免造成行為人雙重負擔。抑或為禁止雙重負擔，裁罰機關在處罰程序中，得將因課稅負擔而減少之不法利得，排除在罰鍰剝奪不法利得之範圍外，甚者稽徵機關應在課稅程序中，僅以罰鍰剝奪不法利得後之剩餘金額，作為所得課稅¹²³。

是否要扣除被處罰者於獲取不法利益過程中所支出之成本，在「淨利原則」與「總額原則」之間取捨。我國目前學說上，相較於刑法沒收制度下採總額主義之立論¹²⁴，於行政罰法第 18 條不法利得之追繳上較多傾向淨利原則，並將該利得數額作為裁罰上限¹²⁵。然亦有

¹²² 陳清秀，行政裁罰事件追繳不法利得之研究，軍法專刊第 60 卷，2014 年 6 月，第 3 期，頁 60 以下。

¹²³ 陳清秀，行政裁罰事件追繳不法利得之研究，軍法專刊第 60 卷，2014 年 6 月，第 3 期，頁 61 以下。

¹²⁴ 雖說立法意圖趨向德國法理而採此說，然而實務上卻已見折衷見解。例如臺灣高等法院高雄分院 105 年上訴字第 601 號刑事判決：「就本件犯罪所得沒收之範圍及估算部分，按犯罪所得之沒收乃為避免任何人坐享犯罪所得，並為遏阻犯罪誘因及回復合法財產秩序之準不當得利衡平措施。基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，固不問成本及利潤，而以總額沒收為原則，例如純然非法之竊盜、搶奪、強盜、擄人勒贖等行為。然而，無被害人本質上屬於民事非法、脫法之行為，僅因犯罪行為人實行刑事違法行為，致能成為契約締約者或取得優勢地位，但犯罪行為人仍本於契約本旨履行，契約相對人亦合法受領對待給付，並未因此受害，此時如一概採取總額沒收原則，即非事理之平而顯屬過苛，法院自應就各個犯罪類型及具體個案建立類型審查標準，例外採取淨利沒收，始符合比例原則之要求。」

¹²⁵ 林明鏞，行政罰法上「不法利益」規定之基本問題：以屏東縣悠活案為例，臺灣環境與土地法學雜誌，第 1 卷第 8 期，2013 年 12 月，頁 190；劉如慧，行政罰法上剝奪不法利得制度之比較法研究，興大法學，第 22 卷，2017 年 11 月，頁 25；洪家殷，行政罰法之重要爭議及發展特色，收錄於台灣行政法學會主編，行政執行／行政罰／行政程序／政府資料開放／風險社會與行政訴訟，2017 年 1 月，頁 95；林明昕，裁處之審酌加減及不法獲利之追繳，收錄於廖義男編，行政罰法，二版，元照，2017 年，頁 220。

不同意見者主張，如此一來，即便達成剝奪利得之目的，卻無制裁效用，按在行為人之不法利得已超越法定罰金（鍰）最高額之際，且不法利得經全數剝奪後，勢必因行政罰法第 18 條第 2 項之天花板限制，而無另以罰鍰制裁惡性之餘地；罰鍰之裁處，形同將違法行為所得之利益交出，回復到違法前之財產狀態，並無另外制裁違法行為人之用，顯然已失其輕重¹²⁶。本研究認為，在行政罰法第 18 條之裁罰性質不變之前提下，仍以採淨利原則為宜。

第二節 耗用費用

一、 與違反義務之行為具有直接關連性的耗用費用

首先應該扣除的費用是將與違反義務之行為具有直接關連性，而能算到行為人身上的耗用支出。例如因為違規經營民宿應受裁罰，同時追徵不法利得，此時不法利得之計算應該扣除經營管理民宿的費用，水電費用，垃圾清除費用等支出。又例如雇用非法入境勞工應受裁罰，同時追徵不法利得，此時不法利得之計算應該扣除為此等勞工支付的保險費用支出。

二、 固定費用（Fixkosten）

這裡指的是有時間性（zeitabhängig）的固定費用，例如工資、保險費、房屋租金等。舉例而言，貨運公司違規超載，但是對於貨車而支付的稅捐、司機費用、車庫停放費用或保險費等，均屬此類費用。對此德國實務與學界意見基本上一致。對此，德國斯圖加特高等行政法院認為，可以計算的不法利得費用應該只限於那些正好就是源自於

¹²⁶ 林明昕，論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心，臺大法學論叢，第 45 卷第 3 期，2016 年 3 月，頁 786。

違反義務行為而形成的費用。上述這類費用並沒有因為違反義務行為本身而提升¹²⁷。此一見解也獲得若干學者支持¹²⁸。但是必須注意的是，如果公司本身就是一個違法經營的狀態，這些固定費用就需要另當別論¹²⁹。

第三節 租稅

有關稅捐支出可否扣除，理論上基於「責任與處罰相當原則」、「避免過度處罰原則」、「重複負擔原則」或「無所得不課稅原則」，稅捐支出的扣除應可理解¹³⁰。因此裁罰機關在裁處程序中，將因課稅負擔而減少之不法利得，排除在罰鍰剝奪不法利得之範圍之外，或者稽徵機關應該在課稅程序中，僅以罰鍰剝奪不法利得後之剩餘金額，作為所得課稅¹³¹。德國聯邦憲法法院對此以採肯認見解¹³²。

第四節 減少之收益

另外一種是否得以扣除之不法「利得」則是假設若為違法行為本來預期可以獲取之利益。對此德國實務多數說採取否定說¹³³。其最有利之理由當然是，若容許這種扣抵，無異於與刑事犯罪政策上想要藉由獲利掏盡制度遏止不法之目的相牴觸。同時也無異於對於不法行為還有鼓勵之作用。而這些利益甚至於還只是一種預測假設之利益而

¹²⁷ VRS 46, 144 (146).

¹²⁸ Göhler OWiG § 17 Rn 42; KK OWiG Steindorf § 17 Rn 132.

¹²⁹ FK Achenbach, § 38 Rn. 563.

¹³⁰ 蔡志方，論行政違規行為之處罰與利益之追繳的重新處分—以日月光 K7 廠排放事件為例，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023732，（最後瀏覽日：2017年12月12日）。

¹³¹ 陳清秀，行政裁罰事件追繳不法利得之研究，軍法專刊，第60卷，2014年6月，第3期，頁63。

¹³² Vgl. BVerfG-Beschluß v. 23.1.1990.

¹³³ Vgl. OLG Hamburg, NJW 1971, 1000, 1002; BayObLG, BB 1995, 1084.

已。

第五節 利得事後滅失

有關行為人不法利得若事後滅失，是否仍得扣抵極有爭議。例如對於第三人民法上之請求權（如被害人之損害賠償或其他不當得利返還請求）之行使而給付後，是否仍得於計算不法利得時扣抵。德國學說在此呈現分歧。國內學者有主張認為行為人嗣後給予違規之被害人損害賠償者，於計算不法利得時應予以扣除，以免造成行為人雙重負擔¹³⁴。對此本研究亦贊同之。如同德國舊刑法第 73 條第 1 項第 2 句規定，「當被害人因前述行為而產生民事權利請求權，且該權利之行使將剝奪正犯與共犯因該違法行為而有所得之同類價值時，無前句規定之適用」（亦即，不沒收之）。基於違反義務之行為人不得保留不法利得之主要思考，至少在因為違法行為而導致第三人對行為人行使賠償請求權之情形，於計算不法利得時應予以扣除，以免與上述原則相抵觸¹³⁵。

第六節 估算標準之建議

有關追繳不當利得時，不論採總額或者淨利主義，於不法利得之計算上最棘手者即是如何計算不法利得之實際金額。刑法沒收新制中，對此問題之回應係於第 38-2 條中規定，「前條犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之¹³⁶。」而在行政罰法

¹³⁴ 參考，陳清秀，行政裁罰事件追繳不法利得之研究，軍法專刊，第 60 卷，2014 年 6 月，第 3 期，頁 60。

¹³⁵ Vgl. Johann Drathjer, Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteil im Ordnungswidrigkeitengesetz, 1997, S. 81.

¹³⁶ 實務見解之操作例如臺灣士林地方法院 106 年度金簡上字第 2 號刑事判決：「（二）而按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；所謂犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息，刑法第 38 條之 1 第 1 項、

上，目前我國實務上似仍較為保留。例如最高行政法院 101 年度判字第 703 號判決指出，「原處分認定被上訴人於 96 年 11、12 月間，違反土石採取法第 36 條規定，採取系爭土地上之土石，因而獲取超過該條所定罰鍰最高額（即 500 萬元）以上利益等事實，並無證據可資證明，且此等關於原處分適法性之要件事實真偽不明所生之不利益，應由被上訴人承擔。從而，上訴人以被上訴人有上述違法事實，依土石採取法第 36 條及第 42 條規定，裁處被上訴人罰鍰 8,828,992 元，並禁止其繼續採取土石，且不得將已採取之土石外運，即屬違誤為由，將原處分及訴願決定均予撤銷，經核於法尚無違誤。」

德國法上對於秩序違反法上不法利得之追繳，欲實現違法獲利掏盡追繳之目的時，但實務上最棘手的判斷問題之一也是獲利範圍之計算。而舊德國秩序違反法第 29a 條第 3 項規定，「所獲得之範圍及其價值得估定之」（新法第 4 項），原則是容許推估。不過於裁決時，

第 3 項及第 4 項定有明文。而在計算、確定應沒收不法利得範圍及數額時，應注意之事項有二：一：為犯罪所支出之必要成本不應扣除：依刑法第 38 條之 1 之立法理由，基於徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收（本條立法理由五(三)參照），亦即在計算不法利得及應沒收範圍時，行為人為實行犯罪所支出之必要成本，亦應沒收而不予扣除。二：不法利得之計算應正確反映該罪所欲制裁之不法內涵：不法利得之計算固不應扣除成本，但仍應先確認行為人為獲取不法利得所實施之行為，是否包攝於該罪名所欲制裁之不法內涵中，亦即，應先審視該罪所欲制裁之行為其不法內涵為何，據此確定行為人何部分所得係合致於該不法內涵而應予沒收，何部分則否；以非法買賣股票等有價證券之非法經營證券業務罪而言，私人間交易股票本不在法律禁止之列，法律所禁止者，乃未經主管機關許可經營證券業務，因此真正能確實反映本罪不法內涵之犯罪所得，係行為人出售股票之獲利，而不包括該股票之取得成本，換言之，在計算本罪行為人之犯罪所得時，應不包括行為人取得股票之成本而應予扣除。(三)又按犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之，第 38 條之追徵，亦同；宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞者，得不宣告或酌減之，刑法第 38 條之 2 第 1 項、第 2 項亦有明文。經查，被告於警詢時即已坦承其每張股票毛利為 2 萬元，其中 1 萬 2000 元至 1 萬 5000 元是要給業務人員的佣金，其只有約 8000 元之獲利，這些獲利又必須負擔租金、水電開銷等成本等語（調查卷第 14 頁），揆諸前開說明，被告之犯罪所得毋須扣除佣金、租金、水電開銷等成本，應以每張毛利 2 萬元計之，故被告犯罪所得經估算結果應為 148 萬元【(附表一所示賣出張數 77 張－編號 18 林倉兆未付款之 3 張) 2 萬元/張＝148 萬元】，本院原應依法宣告沒收或追徵其價額，然因被告於本院審理時已與被害人即投資人成立和解，願賠償被害人 218 萬 7,300 元，其和解金額已超出犯罪所得，如再予沒收本件犯罪所得，有過苛之虞，爰依刑法第 38 條之 2 第 2 項之規定不予宣告沒收之，併此敘明。」

應該要將推估之判斷基礎提出。使得後續若發生爭議時，得有審查之根據¹³⁷。於我國行政罰法在適用上，或修正時均可予以參考。不過在推估時仍有基本原則應該注意，而非所有的違法事實，是否屬於獲利之內容也都推估。換言之，容許推估的是一個「量」的問題，也就是獲利額度有多高的問題¹³⁸。同時容許推估的另一個前提並不得僅僅只是因為程序經濟性的考量而已。毋寧必須是在投入調查能量或者因為證明之困難程度而無法調查時，始得容許推估¹³⁹。德國實務上，如在卡特爾法領域，也同樣在法律中授權訂定一般行政原則以供聯邦卡特爾署衡酌罰鍰時之裁量之用。

相較於透過行政罰法規範推估之授權，其實並不如各論法律中基於個別裁罰或追繳之特性，自行授權訂定推估辦法。例如我國實務上如水污染防治法第 66-2 條規定，「違反本法義務行為而有所得利益者，除應依本法規定裁處一定金額之罰鍰外，並得於所得利益之範圍內，予以追繳（第 1 項）。為他人利益而實施行為，致使他人違反本法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，予以追繳（第 2 項）。行為人違反本法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，予以追繳（第 3 項）。前三項追繳，由為裁處之主管機關以行政處分為之；所稱利益得包括積極利益及應支出而未支出或減少支出之消極利益，其核算及推估辦法，由中央主管機關定之（第 4 項）。」環保署據此而制訂「違反水污染防治法義務所得利益核算及推估辦法」。本辦法第 2 條規定：「本辦法專用名詞，定義如下：一、積極利益：因違反本法義務而獲有財

¹³⁷ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn.37a.

¹³⁸ Vgl. Johann Drathjer, Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteil im Ordnungswidrigkeitengesetz, 1997, S. 111.

¹³⁹ gl. Johann Drathjer, Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteil im Ordnungswidrigkeitengesetz, 1997, S. 114.

產上收入增加利益之營業淨利、對價或報酬。二、消極利益：因違反本法義務應支出而未支出或節省費用減少支出之所得利益，指規避、延遲或減少支出獲有之利益。...。」第 4 條規定，「積極利益分為下列二類：一、違反本法義務行為期間所產生之營業淨利、對價或報酬，且與違反本法義務有關者。二、他人與違反本法義務受處分對象有契約或其他法律關係，直接因違反本法義務行為而受有之財產收入、報酬或對價等經濟利益。」第 7 條規定，「消極利益分為下列三類：一、資本投資支出成本，指所有為符合本法義務所應投資資本設備之支出，如廢（污）水或污泥處理設施、自動監測設施、檢驗設備等之設計、安裝及購買等費用。二、一次性支出成本，指一次且非折舊性之支出，如土地購買、員工之初始訓練、緊急應變措施、或依本法應辦理之許可證（文件）申請等費用。三、經常性支出成本，指符合本法義務所需相關設備（施）操作維護及管理費用之支出，如維持廢（污）水處理設施正常操作、監（檢）測及申報、污泥處理等工作之相關支出，如電費、燃料費、藥品費、材料費、污泥清除處理費、污水下水道使用費、設備更新或改善費、設置廢（污）水處理專責單位或人員費、人事費、差旅費、檢測申報費、水質（量）自動監測（視）及連線傳輸設施操作維護費，或其他經主管機關認定之相關經常性支出成本費用。」第 5 條進一步規定推估之公式：「前條積極利益之產生與廢（污）水量有關者，得以下列方式之一計算，有不同方式之計算結果者，則以平均值認定之：一、以符合中央主管機關或目的事業主管機關規定之許可、申報、監（檢）測、查證資料核算，公式如下：營業淨利（元）×違法水量（立方公尺）÷總水量（立方公尺）。...。」

第五章 結論

綜合以上論述，本研究提出以下結論：

- 一、在我國行政罰法第 26 條規定部分，參酌德國秩序違反法第 21 條之解釋適用後發現，所謂刑法優先性原則雖是刑罰與行政罰競合時之基本原則，但德國法上容許例外時，行政罰優先的情形亦可能發生。對於我國行政罰法第 26 條之解釋適用有重要啟發。
- 二、德國學說上認為秩序違反法第 21 條第 1 項秩序罰之補充性（Subsidiarität）所存在之例外適用情形，通常是指立法者針對某一事實，可知其僅欲將之視為秩序違反行為而非犯罪行為時，則秩序違反行為因為所謂的「內涵優先性（bei inhaltlichem Vorrang）」而應該優先於犯罪行為。其間最重要的判斷標準是秩序違反法規範，作為特別性規範的成分有多少。形式外觀上，尚可以運用輔助標準，亦即，於適用本法第 21 條之時，是否除了刑罰規範，亦可以秩序違反法之規範來承擔規範任務。倘若不是這種情形，則應該優先適用秩序違反法之規範。
- 三、其次，刑罰優先性之例外情形，亦可能發生在罰鍰構成要件相對於犯罪構成要件而被視為特別規定時，秩序違反行為會例外排擠犯罪行為。所謂特別關係的判斷，取決於罰鍰構成要件與犯罪構成要件之兩法律在基本構成要件與保護目的上係屬一致，但是罰鍰構成要件卻包含了一個較輕微的特殊情狀時，便可加以認定。
- 四、在我國實務上常見，刑法單科罰金之法定刑額度低於行政罰最高法定罰鍰額時，是否仍應優先依刑事法律處罰之爭議？若依

循這項法理，顯然刑罰與行政罰在規範能量上出現重大差異。原本行政罰法預想刑罰優先之預設邏輯並不存在。同時以刑罰或以行政罰進行規範所能達到之規範目的，顯然出現落差。單純依賴刑罰並無法達到預設承擔規範任務之目的時，即容有例外適用之可能性。換言之，倘若後立法之行政處罰規定額度較高，應該進一步討論刑罰在適用上是否存在內涵之優先性。倘若機械性地適用，無異讓行政處罰提高裁罰之立法目的失去意義，同時也可能忽略立法者有實際上希望透過行政處罰承擔主要規制或制裁功能之目的。此時仍得在比例原則之範圍內，依據行政處罰之規定科處罰鍰。

- 五、 在德國新刑法建構獲利掏盡之正義藍圖之下，制度違憲性之疑慮並未稍歇。在這個論述中，本研究提出對於台灣新刑法之詮釋更應該符合憲法解釋之要求。
- 六、 本研究指出，國家的制裁措施是否構成刑罰性？德國聯邦憲法法院認為刑罰性之制裁是指針對具有罪責的規範違反行為，所施加有非難性且讓人感受到痛苦、不愉快之不利後果之義務。若是單純只是損及財產或自由並不足以立即認定其具有刑罰或刑罰性。另外輔以威嚇施加制裁之程度與嚴重性來加以判斷。從比較法觀察，至 2017 年有效之瑞士刑法典 72 條規定，也是針對集團犯罪，無庸證明犯罪來源而採取整體財產價值的掏盡制度，而其性質依然是定性為一種需要罪責原則認定之刑罰制裁。因此，新刑法之沒收制度是否果真無處罰性，仍有斟酌空間。
- 七、 新刑法中特別是第 38 條之 1 規定之適用上，必須要念念不忘「任何人都不得保有犯罪所得」並不是一個憲法的價值，而是

一個必須要被憲法檢驗的目的，因此不能只想要實現「任何人都不得保有犯罪所得」的價值，而忽略憲法所不能容許的基本權界線是否被逾越。

- 八、沒收或追繳對於財產造成嚴苛的剝奪效應，因此即便可以正當化其立法目的，也還必須要在手段的執行上審視是否違反比例原則，引免造成過苛之剝奪。德國舊刑法第 73c 條中「防苛條款」的精神，不論是否立法，都是一個法治國的普世價值。換言之，若沒收會造成嚴苛不合理情形時，即不應予以追繳。或者當違法所得之價值於裁判時不復存於利害關係人之財產中，或該所得僅具有低微價值時，追繳亦可能有違比例原則。
- 九、在行政罰法第 18 條之研究上，本文指出，第 18 條第 1 項與第 2 項本該有之不同立法目的。然而因為現行法第 18 條第 1 項之規定，「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。」復將不法所得利益納入裁罰衡量因素，使得此二項之規範目的似乎又有重疊。本文認為第 1 項規定，並非涉及法定裁罰額度外的加重問題，而是法定裁罰額度內裁罰額度衡酌的參數之一。
- 十、比較行政罰法第 18 條與德國秩序違反法第 17 條之規定，可以發現，德國規定除係對於違法行為加以制裁外，尚有獲利掏盡的功能，亦即應完全剝奪行為人因違反秩序行為所得之經濟上利益，避免其日後因違法行為仍留有不法之獲利。在此酌量增加的罰鍰，其目的並非在於賠償（衡平）違法行為所破壞的社會倫理責任，而是承擔獲利掏盡的功能。國內學者研究指出，此時，罰鍰裁處雖包含兩部分，即核心之制裁部分與外加

之利益剝奪部分，但二者性質不同，應分開觀察。後者（剝奪利益部分）雖具有裁罰性之外觀，但實際上不具有制裁性，而是有預防規範之特性，因此有別於行為的可非難性。這是與我國規定內涵差異最大之處。

十一、德國秩序違反法第 17 條之適用，應採取法定罰鍰最高額「外加」不法利得作為裁罰上限之制度。至於我國規定，本研究認為，較貼近我國現行法的解釋，應採取所謂「內含」之解釋。於不法利得超過法定裁罰最高額時，將不法利得之上限作為裁罰上限。

十二、行政罰法第 20 條所定不當得利之追繳，有別本法第 18 條第 2 項之設計，係基於實現公平正義等理念而設，性質上並非制裁。由本法第 3 項規定亦可知，行政罰法第 20 條擴大追繳行為人以外第三人利得制度，並非行政罰。

十三、台灣行政罰法第 20 條立法時參酌之舊德國秩序違反法第 29a 條之規定，其實自一開始即不採德國刑法第 73 條以下之規範模式，在 2017 年修法時顯然是仿效新刑法第 73b 條規定（第三人犯罪所得之沒收）之立法例。在對第三人之追繳上，相當程度地擴大了適用範圍。

十四、德國秩序違反法第 29a 條不論新舊法，在適用上有一個重要的前提，亦即，若在罰鍰處分作成之後，已經根據本法第 17 條第 4 項對於違法獲利掏盡追繳時，第 29a 條規定即無適用可能。具體而言，第 29a 條僅於「獨立獲利追繳」的情況時，才有本法之適用。從而，若有罰鍰處分作成，則是後續第 17 條適用的問題。反之，第 29a 條的適用前提，則未有確定之罰鍰處分。我國行政罰法第 20 條之適用，在理論上亦應採相同解

釋。

十五、對於違法獲利掏盡追繳時，實務上最棘手的判斷問題之一是獲利範圍之計算。就此，德國秩序違反法第 29a 條第 3 項規定，「所獲得之範圍及其價值得估定之」，應可供將來我國行政罰法第 20 條增修時納入考量。

十六、學說建議未來修法應予注意，以追繳行為人為自己利益實施違法行為之不法利得。本研究認為這種接近刑法沒收制度的理念，是否也應該，或者如何在行政罰法中納入，自然牽動其與行政罰法第 18 條第 2 項之關連性。在行政罰法中，似乎還不到新刑法沒收制度對抗或預防重大犯罪的公益需求，再加上新刑法體系合憲性疑慮的考量，透過行政罰法第 18 條第 2 項擴大裁罰範圍之適用，似尚無在體系上變革第 20 條規定之必要性。

十七、對於不法利得被追徵者，並不以其具有罪責作為前提，至於是否以他人構成犯罪或具有罪責，抑或僅具備違法性而始得或即得採取追繳措施，本文認為此可由立法裁量後決定為成立追繳的條件。甚而是否立法要更弱化追繳不法利得成立之條件，自有可能。德國新刑法極度擴張了不具刑罰性質之追繳不法利得之範圍，行政罰法第 20 條有無必要採取對應修改之正當性與必要性，似可再斟酌。

十八、新刑法創造了不具裁罰性的沒收新制，在針對犯罪人部分的所得沒收，於行政罰法第 26 條之適用上，因其非屬刑罰上之處罰，故無須考量行政罰法上因為適用第 18 條加重處罰時，是否會有二罰的爭議問題。但是這並不代表刑法上之沒收與行政罰法上之加重罰鍰必然可以同步為之。因為這種對於財產權

上所造成之負擔仍須整體考量比例原則之權衡。

十九、若法院裁判沒收之犯罪所得，得否再依行政罰法第 18 條加重處罰？在司法院釋字第 751 號解釋中明白指出，若另有特殊規範目的，則並不排斥針對同一行為使用不同干預手段，只要不違反比例原則，即非顯失均衡之過度評價。因此若法院裁判沒收之犯罪所得，得否再依行政罰法第 18 條加重處罰，雖不涉及一行為二罰之問題，然仍應以比例原則衡量之。

二十、由於刑法沒收制度之去刑罰化，行政罰法之沒入仍屬主裁罰類型的情況下，行政罰法第 26 條但書規定，「但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」之規範目的，實際上已經喪失，而有修正刪除「或得沒入之物而未經法院宣告沒收」之必要。

二十一、在沒收與沒入不再具有競合關係的前提下，因為物之沒收或沒入都會因為標的單一，而產生事實上執行的排斥效果。在無涉及行政罰法第 26 條之前提下，基於執行之實效性考量，只要有行政機關或法院為沒收或沒入之處置即可達到保安處分之效果。而一般推測，行政機關執行之及時與實效性應可預期。就此部分，應無於行政罰法中修正規定之必要。

二十二、配合刑法沒收制度的改革，避免各論法律立法上之懈怠不作為，行政罰法亦應借此機會建構一般性之沒入總則性規範，而其前提則必須先調整目前行政罰法僅僅針對沒入裁罰加以規範之侷限。本研究提出體系調整建議。具體建議草案文字如下：第 2 條：「違反行政法上義務而受罰鍰或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。」第 23 條：「得沒入之物，受裁處者或前條物之所有人於受裁處

沒入前，予以處分、使用或以他法致不能裁處沒入者，得裁處沒入其物之價額；其致物之價值減損者，得裁處沒入其物及減損之差額（第 1 項）。得沒入之物，受裁處者或前條物之所有人於受裁處沒入後，予以處分、使用或以他法致不能執行沒入者，得追徵其物之價額；其致物之價值減損者，得另追徵其減損之差額（第 2 項）。」

二十三、是否要扣除被處罰者於獲取不法利益過程中所支出之成本，在「淨利原則」與「總額原則」之間取捨。我國目前學說上，相較於刑法沒收制度下採總額主義之立論，於行政罰法第 18 條不法利得之追繳上較多傾向淨利原則，並將該利得數額作為裁罰上限。

二十四、有關追繳不當利得時，不論採總額或者淨利主義，於不法利得之計算上最棘手者即是如何計算不法利得之實際金額。刑法沒收新制中，對此問題之回應係於第 38-2 條中規定，「前條犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之。」德國法上對於秩序違反法上不法利得之追繳，欲實現違法獲利掏盡追繳之目的時，但實務上最棘手的判斷問題之一也是獲利範圍之計算。而舊德國秩序違反法第 29a 條第 3 項規定，「所獲得之範圍及其價值得估定之」（新法第 4 項），原則是容許推估。

二十五、容許推估之前提包括：一、於裁決時，應該要將推估之判斷基礎提出。二、並非所有的違法事實，是否屬於獲利之內容也都推估。換言之，容許推估的是一個「量」的問題，也就是獲利額度有多高的問題。三、同時容許推估的另一個前提並不得僅僅只是因為程序經濟性的考量而已。毋寧必須是在投入調

查能量或者因為證明之困難程度而無法調查時，始得容許推估。

二十六、相較於透過行政罰法規範推估之授權，更適當的作法是在各論法律中基於個別裁罰或追繳之特性，自行授權訂定推估辦法。

附件：行政罰法修正草案

修正條文	現行條文	立法說明
<p>第 2 條 違反行政法上義務而受罰鍰或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。</p>	<p>第 2 條 違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。</p>	<p>一、刪除沒入之用語。 二、按德國刑法及繼受之台灣刑法，刑法沒收之法律性質，「不再」具刑罰效果，而僅係準不當得利之平復措施，乃透過總額主義之「獲利掏盡（Gewinnabschöpfung）」制度。然行政罰法在沒入體系上卻未同步修正。此係因我國行政罰法之沒入係屬行政罰，而在各論中之「沒入」規定還尚得依各該規定，進一步區分具有裁罰性質之沒入或不具有裁罰性質之沒入。故為配合刑法沒收制度之改正，避免各論法律立法上之懈怠不作為，行政罰法亦應趁機建構一般性之沒入總則性規範，而其前提則必須先調整目前行政罰法僅針對沒入裁罰加以規範之侷限，爰將沒入自行政罰法下之處罰種類刪除，使沒入不論是否具裁罰性質，均得一概適用本法相關規定。</p>
<p>第 18 條 裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得</p>	<p>第 18 條 裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得</p>	<p>一、新增第 5 項。 二、按追繳不當利得時，如何計算不法利得之實際金額易生困擾。相較刑法沒收新制，已於該法第 38-2 條規定：「前條犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之。」而在行政罰</p>

<p>於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。</p> <p>依本法規定減輕處罰時，裁處之罰鍰不得逾法定罰鍰最高額之二分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之二分之一；同時有免除處罰之規定者，不得逾法定罰鍰最高額之三分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之三分之一。但法律或自治條例另有規定者，不在此限。</p> <p>其他種類行政罰，其處罰定有期間者，準用前項之規定。</p> <p><u>第二項規定所得利益範圍，得估算之。</u></p>	<p>於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。</p> <p>依本法規定減輕處罰時，裁處之罰鍰不得逾法定罰鍰最高額之二分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之二分之一；同時有免除處罰之規定者，不得逾法定罰鍰最高額之三分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之三分之一。但法律或自治條例另有規定者，不在此限。</p> <p>其他種類行政罰，其處罰定有期間者，準用前項之規定。</p>	<p>法上，目前我國實務上似仍較為保留。如最高行政法院 101 年度判字第 703 號判決指出：「原處分認定被上訴人於 96 年 11、12 月間，違反土石採取法第 36 條規定，採取系爭土地上之土石，因而獲取超過該條所定罰鍰最高額（即 500 萬元）以上利益等事實，並無證據可資證明，且此等關於原處分適法性之要件事實真偽不明所生之不利益，應由被上訴人承擔。從而，上訴人以被上訴人有上述違法事實，依土石採取法第 36 條及第 42 條規定，裁處被上訴人罰鍰 8,828,992 元，並禁止其繼續採取土石，且不得將已採取之土石外運，即屬違誤為由，將原處分及訴願決定均予撤銷，經核於法尚無違誤。」</p> <p>三、參考德國秩序違反法第 29a 條第 3 項規定，「所獲得之範圍及其價值得估定之」（新法第 4 項），原則上是容許推估。不過於裁決時，應該要將推估之判斷基礎提出。使得後續若發生爭議時，得有審查之根據。</p>
<p>第 20 條</p> <p>為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受</p>	<p>第 20 條</p> <p>為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受</p>	<p>一、新增第 4 項。</p> <p>二、按行政法罰第 20 條所定不當得利之追繳，有別本法第 18 條第 2 項之設計，係基於實現公平正義等理念而設，性質上並非制裁。</p>

<p>財產上利益價值範圍內，酌予追繳。</p> <p>行為人違反行政法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。前二項追繳，由為裁處之主管機關以行政處分為之。</p> <p><u>第一項與第二項規定所受財產上利益價值範圍，得估算之。</u></p>	<p>財產上利益價值範圍內，酌予追繳。</p> <p>行為人違反行政法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。前二項追繳，由為裁處之主管機關以行政處分為之。</p>	<p>三、行政罰法第 20 條立法時參考德國秩序違反法第 29a 條規定。而後者於違法獲利掏盡追繳之際，其獲利範圍之計算乃規定：「所獲得之範圍及其價值得估定之」即可供本條修訂時參考。</p>
<p>第 23 條</p> <p>得沒入之物，受<u>裁處</u>者或前條物之所有人於受裁處沒入前，予以處分、使用或以他法致不能裁處沒入者，得裁處沒入其物之價額；其致物之價值減損者，得裁處沒入其物及減損之差額。</p> <p>得沒入之物，受<u>裁處</u>者或前條物之所有人於受裁處沒入後，予以處分、使用或以他法致不能執行沒入者，得追徵其物之價額；其致物之價值減損者，得另追徵其減損之差額。</p>	<p>第 23 條</p> <p>得沒入之物，受<u>處罰</u>者或前條物之所有人於受裁處沒入前，予以處分、使用或以他法致不能裁處沒入者，得裁處沒入其物之價額；其致物之價值減損者，得裁處沒入其物及減損之差額。</p> <p>得沒入之物，受<u>處罰</u>者或前條物之所有人於受裁處沒入後，予以處分、使用或以他法致不能執行沒入者，得追徵其物之價額；其致物之價值減損者，得另追徵其減損之差額。</p> <p><u>前項追徵，由為裁處之主管機關以行政處分為之。</u></p>	<p>一、爰將處罰用語改為裁處，並配合裁處等語刪除第 3 項。</p> <p>二、按行政罰法既已欲建構一般性之沒入總則性規範，且已就目前行政罰法僅僅針對沒入裁罰加以規範之侷限予以修正，故本法所稱沒入既不限裁罰性質，爰配合修正。</p> <p>三、而沒入之發動既亦已稱「裁處」，則已無必要另外賦予主管機關發動處分之權限，故刪除原第 3 項內容。</p>
<p>第 26 條</p> <p>一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰，亦得裁處之。</p>	<p>第 26 條</p> <p>一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經</p>	<p>一、刪除第 1 項但書部分文字。</p> <p>二、按刑法沒收制度之去刑罰化，行政罰法第 26 條但書規定，「但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」</p>

前項行為如經不起訴處分、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，得依違反行政法上義務規定裁處之。

第一項行為經緩起訴處分或緩刑宣告確定且經命向公庫或指定之公益團體、地方自治團體、政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於依前項規定裁處之罰鍰內扣抵之。

前項勞務扣抵罰鍰之金額，按最初裁處時之每小時基本工資乘以義務勞務時數核算。依第二項規定所為之裁處，有下列情形之一者，由主管機關依受處罰者之申請或依職權撤銷之，已收繳之罰鍰，無息退還：一、因緩起訴處分確定而為之裁處，其緩起訴處分經撤銷，並經判決有罪確定，且未受免刑或緩刑之宣告。二、因緩刑裁判確定而為之裁處，其緩刑宣告經撤銷確定。

法院宣告沒收者，亦得裁處之。

前項行為如經不起訴處分、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，得依違反行政法上義務規定裁處之。

第一項行為經緩起訴處分或緩刑宣告確定且經命向公庫或指定之公益團體、地方自治團體、政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於依前項規定裁處之罰鍰內扣抵之。

前項勞務扣抵罰鍰之金額，按最初裁處時之每小時基本工資乘以義務勞務時數核算。依第二項規定所為之裁處，有下列情形之一者，由主管機關依受處罰者之申請或依職權撤銷之，已收繳之罰鍰，無息退還：一、因緩起訴處分確定而為之裁處，其緩起訴處分經撤銷，並經判決有罪確定，且未受免刑或緩刑之宣告。二、因緩刑裁判確定而為之裁處，其緩刑宣告經撤銷確定。

之規範目的，實際上有修正刪除「或得沒入之物而未經法院宣告沒收」之必要，爰刪除本條第1項但書相關文字。

三、此外，因為物之沒收或沒入都會因為標的單一，而產生事實上執行的排斥效果。在無涉及行政罰法第26條之前提下，基於執行之實效性考量，只要有行政機關或法院為沒收或沒入之處置即可達到保安處分之效果。而一般推測，行政機關執行之及時與實效性應可預期。就此部分，應無於行政罰法中修正規定之必要，併此敘明。

參考文獻

一、中文文獻

(一) 教科書或專書

立法院司法委員會編，行政罰法案，2006年。

法務部印，行政罰法解釋及諮詢小組會議記錄彙編，2009年2月。

法務部，法務部行政罰法研究制定委員會歷次會議紀錄及委員發言要旨彙編（一），法務部，2002年。

王韻茹，罰鍰裁量與司法審查—以行政罰法第十八條適用為中心，收錄於2010行政管制與行政爭訟，中央研究院法律學研究所，2011年11月。

林錫堯，行政罰法，二版，元照，2012年11月。

林子儀，行政秩序罰之責任能力與責任條件，收錄於廖義男主持，行政不法行為制裁規定之研究，行政院經濟建設委員會委託研究，1990年5月。

林山田，使用刑罰或秩序罰的立法考量，收錄於廖義男主持，行政不法行為制裁規定之研究，行政院經濟建設委員會委託研究，1990年。

林明昕，裁處之審酌加減及不法獲利之追繳，收錄於廖義男主編，行政罰法，二版，元照，2007年8月。

林明昕，論行政罰法中「單一行為」之概念，收錄於王必芳主編，2008年行政管制與行政爭訟，中央研究院法律學研究所籌備處，2009年11月。

林明鏘，論行政罰之處罰對象，收錄於廖義男主編，行政罰法，二版，元照，2008年9月。

- 阿部泰隆，政策法学の基本指針，弘文堂，1997年。
- 洪家殷，行政秩序罰論，五南，1998年2月。
- 洪家殷，行政秩序罰上之參與者(共犯)，收錄於台灣行政法會主編，行政法爭議問題研究(下)，五南，2000年12月。
- 洪家殷，行政秩序罰上空白構成要件之探討，收錄於法治斌教授紀念論文集:法治與現代行政法學，元照，2004年5月。
- 洪家殷，行政罰法之重要爭議及發展特色，收錄於台灣行政法學會主編，行政執行／行政罰／行政程序／政府資料開放／風險社會與行政訴訟，2017年1月
- 洪家殷，行政罰法論，二版，五南，2006年6月。
- 洪家殷，行政制裁，翁岳生編，行政法(下冊)，元照，2006年10月。
- 洪家殷，行政罰法之概念與種類，載於2004年法務部行政罰法草案研討會實錄。
- 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，十五版，三民，2017年10月。
- 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，收錄於林鈺雄主編，沒收新制(二):經濟刑法的新紀元，元照，2016年。
- 陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，收錄於林鈺雄主編，沒收新制(二):經濟刑法的新紀元，元照，2016年。
- 陳信安、王玉全，總額原則於利得沒收之適用－德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt 47, 369譯介，收錄於林鈺雄主編，沒收新制(二):經濟刑法的新紀元，元照，2016年。
- 陳清秀，行政罰法，三版，新學林，2017年11月。

許宗力，行政秩序罰的處罰對象，收錄於行政院經濟建設委員會委託研究、廖義男主持，行政不法行為制裁規定之研究（行政秩序罰法草案），1990年5月。

連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判—德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/ 95 (BVerfGE 110, 1) 譯介，收錄於林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，元照，2016年

葛克昌，行政罰之裁處程序，收於廖義男主編，行政罰法，二版，元照，2008年9月。

潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋—德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40, 371 譯介，收錄於林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，元照，2016年。

廖義男，行政處罰之基本爭議問題，收於氏著，行政法之基本建制，自版，2003年6月。

蔡震榮、鄭善印合著，行政罰法逐條釋義，二版，新學林，2008年5月。

蔡震榮，行政罰之管轄權確定原則，收錄於廖義男主編，行政罰法，二版，元照，2008年9月。

（二）期刊或研討會論文

王士帆，二〇一七年德國犯罪所得沒收新法—刑法基礎規定綜覽，政大法學評論第 153 期，2018年6月

李惠宗，追繳不法利得作為主要行政罰的適法性與適當性，行政院 103 年學術研討會「行政罰法上裁處不法利得之理論與實務」，2014年9月。

李惠宗，追繳公法上不法利得之當事人適格性—評最高行政法院 100 年度判字第 2175 號判決及行政院訴願會有關追繳不法利得之決定，法令月刊，第 64 卷第 11 期，2014年5

月。

李建良，水污染防治法有關按日連續處罰規定之適用問題—以台北畜產公司排放廢水之處罰事件為例，台灣本土法學雜誌，第 7 期，2000 年 2 月。

李建良，行政秩序罰與一事不二罰原則，月旦法學雜誌，第 58 期，2000 年 5 月。

李建良，納稅義務人之協力義務、稅捐稽徵之職權調查原則與租稅法律主義—釋字第 660 號解釋，台灣本土法學雜誌，第 130 期，2009 年 6 月 15 日。

李建良，論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係—評析《和平電廠超額使用生煤案》之相關判決及法制，行政院 103 年學術研討會「行政罰法上裁處不法利得之理論與實務」，2014 年 9 月。

李震山，論行政罰法「具裁罰性之不利處分」及「特別法優先適用原則」，法學叢刊，第 207 期(第 52 卷第 3 期)，2007 年 7 月。

余麗貞，刑法沒收新制介紹，檢察新論，第 20 期，2016 年 7 月。

辛年豐，對環境影響評估程序提起訴訟之法理分析—以開發行為之評估程序為核心，東海大學法學研究，第 34 期，2011 年 6 月。

吳俊毅，因違法行為所得沒收(Verfall)之法律性質—以德國刑法第 73 條及第 73 條 a—e 作出發，法務部調查局九十四年洗錢防制工作年報，2006 年 5 月。

林明昕，論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心，臺大法學論叢，第 45 卷第 3 期，2016 年 3 月。

林明鏘，行政罰法上「不法利得」規定之基本問題—以屏東縣悠活

- 案為例，臺灣環境與土地法學雜誌，第 8 期，2013 年 12 月。
- 林鈺雄，不法原因給付與犯罪所得沒收—初探刑法上之準不當得利，政大法學評論第 152 期，2018 年 3 月。
- 林錫堯，淺析「行政罰法」草案，法學叢刊，第 192 期，2003 年 10 月。
- 林錫堯，關於建構「憲法上一行為不二罰原則」之問題，法學叢刊第 241 期，2016 年 1 月。
- 林錫堯，西德違反秩序罰法第 130 條規定之研究—營業或企業所有人違反監督義務之制裁，刑事法雜誌，第 31 卷第 3 期，1987 年 6 月。
- 洪家殷，行政罰上便宜原則之研究，發表於東吳大學法律系公法研究中心成立大會暨第三屆東吳公法研討會，公法上債之關係與法益權衡機制，2006 年 6 月。
- 洪家殷，九十一年度行政法院裁判之檢討—行政秩序罰部分，台灣本土法學雜誌，第 51 期，2003 年 10 月。
- 洪家殷，行政罰中一事不二罰原則之適用，台灣本土法學雜誌，第 58 期，2004 年 5 月。
- 洪家殷，行政罰：第一講—行政罰之概念與種類，月旦法學教室，第 84 期，2009 年 10 月。
- 洪家殷，論行政罰法上沒入之性質，東吳法律學報第 29 卷第 3 期，2018 年 1 月。
- 許澤天，刑事罰與行政罰競合之刑事優先與一事不再理原則——評大統混油案之訴願決定，台灣法學雜誌，第 261 期，2014 年 12 月
- 許絲捷，環境犯罪之利得沒收——行政與刑事之交錯，月旦法學雜

- 誌，第 278 期，2018 年 6 月。
- 盛子龍，行政機關作為不法利得裁處對象之研究，行政院 103 年學術研討會「行政罰法上裁處不法利得之理論與實務」，2014 年 9 月。
- 張英磊，由法經濟學及比較法觀點論環境罰鍰核科中不法利得因素之定位，中研院法學期刊，第 13 期，2013 年 9 月。
- 陳正根，論一行為不二罰——以交通秩序罰為探討重心，國立高雄大學法學論叢，第 4 期，2008 年 11 月，頁 58。
- 陳清秀，行政罰實務問題之研討——以行政罰法為中心(上)，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 06 月。
- 陳清秀，行政罰實務問題之研討——以行政罰法為中心(下)，月旦法學雜誌，第 158 期，2008 年 07 月。
- 陳清秀，行政罰法上不當利益之追繳問題，法學叢刊，第 55 卷第 4 期，2010 年 10 月。
- 陳清秀，滯報金法律問題之探討，台灣本土法學雜誌，第 88 期，2006 年 11 月。
- 陳清秀，加值型營業稅之「所漏稅額」之計算——釋字第 660 號解釋評析，東吳法律學報，第 21 卷第 4 期，2010 年 4 月。
- 陳清秀，違憲法規之解釋效力問題——兼論違憲法規限期失效，於過渡期間之效力問題，法令月刊，第 61 卷第 12 期，2010 年 12 月。
- 陳清秀，營業稅法上課稅主體及逃漏稅之認定問題探討——評析最高行政法院九十八年度判字第一〇六一號判決，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月。
- 陳清秀，違規行為不當得利之追繳——台北高等行政法院 99 年度訴字第 707 號判決評析，台灣法學雜誌，第 194 期，2012 年 2

月 15 日。

陳清秀，行政裁罰事件追繳不法利得之研究，軍法專刊，第 60 卷第 3 期，2014 年 06 月。

陳愛娥，行政院版「行政罰法草案」關於處罰對象之規定方式的檢討，月旦法學雜誌，第 111 期，2004 年 8 月。

陳愛娥，行政罰的違法性與責任，發表於台北市政府與世新大學合辦，行政罰法實務暨學術研討會，2006 年 11 月。

宮文祥，依行政罰法加重裁罰行政機關不法利得之適用性-以比較法規觀點提供建言，收錄於「102 年推動環境執法變革裁處不法利得論壇」，行政院環境保護署出版，2013 年 3 月。

宮文祥，環境污染裁罰制度之實然與應然，法學叢刊，第 224 期，2011 年 10 月。

張嘉真、姜威宇，以花蓮和平電廠案為例淺論行政罰法第 18 條第 2 項「不法利得追繳」之適用，萬國法律第 187 期，2013 年 2 月

程明修，若世界實有者，即是一合相—大法官釋字第六〇四號解釋簡析，台灣法學雜誌第 76 期，2005 年 11 月。

薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，臺大法學論叢第 47 卷第 3 期，2018 年 9 月

傅玲靜，行政罰法上不法利益之審酌及追繳，月旦法學雜誌，第 174 期，2009 年 11 月。

黃士元，從適用論刑法第 58 條規定之存廢—兼評「沒收新法—雷神索爾的戰錘」幾點質疑，台灣法學雜誌，第 297 期，2016 年 6 月 14 日

詹鎮榮，行政罰定義與種類之立法政策上檢討—以裁罰性不利處分與沒入為中心，法學叢刊第 61 卷第 4 期，2016 年 10 月

劉如慧，行政罰上剝奪不法利得制度之比較法研究，興大法學，第22期，2017年11月

蔡志方，論行政違規行為之處罰與利益之追繳的重新處分—以日月光 K7 廠排放事件為例，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023732

(三) 學位論文

石秉鑫，行政機關違反環境法規所生不法利得之研究，東吳大學法律學系法律專業碩士論文，2014年。

呂月瑛，一事不二罰原則之研究，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，2006年。

何國彬，行政罰管轄權之研究，中央警察大學行政警察研究所碩士論文，2006年。

邱鼎翔，水土保持法上限期改正及按次分別處罰之研究，國立中正大學法律研究所碩士論文，2010年。

林麗芬，環境法上按日連續處罰問題之研究，東海大學法律研究所碩士論文，2005年。

姚俊吉，道路交通管理處罰條例裁罰原則與行政罰法之比較研究，中央警察大學交通管理研究所碩士論文，2006年。

胡家瑋，一行為不二罰原則與違規停車連續處罰--以大法官釋字第604號為中心，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，2008年。

洪韻婷，論行政法上一行為不二罰原則之適用，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2009年。

郭志豪，行政制裁之研究，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2005年。

- 黃士元，經濟犯罪被害人財產權保障之救濟--從憲法觀點論刑事附帶民事訴訟之修改方向，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2010年。
- 黃郁炘，租稅秩序罰之責任條件與歸屬，國立台北大學法律學系碩士論文，2009年。
- 黃國樑，論行政罰法上一事不二罰原則—以土地使用管制為例，玄奘大學法律系碩士論文，2009年。
- 黃義偉，「行政法上一行為不二罰原則理論與實務之研究」，國立臺北大學法律學系碩士論文，2009年。
- 許哲維，論一行為不二罰原則於我國行政罰之適用，暨南國際大學公共行政與政策學系碩士論文，2008年。
- 許逸明，行政法上連續處罰之研究，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2007年。
- 游接慶，酒後駕車交通違規之研究-以取締程序及法規規範爭議為中心，國立高雄大學法律學系碩士論文，2009年。
- 楊一帆，法條競合與想像競合之間，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2004年。
- 楊永助，租稅秩序罰之研究—以釋字第503號解釋為中心，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，2005年。
- 詹凱傑，刑罰上與行政罰上一行為之研究，中原大學財經法律研究所碩士論文，2009年。
- 劉宜人，行政罰法對租稅罰影響之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2008年。
- 劉佳龍，行政罰法上一行為與數行為之探討—以法院實務見解為中心，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2008年。
- 鄭國榮，行政罰法「重複處罰禁止」之研究，臺灣大學國家發展研

究所碩士論文，2008年。

賴建豪，一行為不二罰原則在行政罰上之適用，淡江大學公共行政學系碩士論文，2008年。

戴邦芳，行政秩序罰上行為數認定問題之研究，東吳大學法律學系碩士論文，2013年。

戴育仁，我國行政罰法第二十六條之再探，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2013年。

謝志忠，我國道路交通違規處罰及爭訟制度之研究，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2009年。

鍾瑞蘭，行政罰法中一行為不二罰原則適用之研究，臺灣大學國家發展研究所碩士論文，2007年。

(四) 大法官意見書

司法院大法官釋字第 604 號解釋，城仲模大法官協同意見書

司法院大法官釋字第 604 號解釋，許宗力大法官協同意見書

司法院大法官釋字第 604 號解釋，許玉秀大法官不同意見書

司法院大法官釋字第 604 號解釋，彭鳳至大法官協同意見書

司法院大法官釋字第 751 號解釋，黃虹霞大法官部分不同部分協同意見書

司法院大法官釋字第 751 號解釋，羅昌發大法官不同意見書

司法院大法官釋字第 754 號解釋，許志雄大法官協同意見書

二、德文文獻

Achenbach, Neuigkeiten im Recht der Kartellordnungswidrigkeiten, *wistra* 2006, 2 ff.

Achenbach in: Baums/Thoma, Kommentar zum WpÜG, Stand Mai 2004, zu § 60.

Achenbach, Verfassungswidrigkeit variabler Obergrenzen der Geldbußzumessung bei Kartellrechtsverstößen, *WuW* 2002, 1154 ff.

Achenbach in: Frankfurter Kommentar zum GWB, Loseblattausgabe, Stand September 2000, zu § 81 GWB.

Achenbach, Die steuerliche Absetzbarkeit mehrerlösbezogener Kartellgeldbußen, *BB* 2000, 1116 ff.

Achenbach, Das neue Recht der Kartellordnungswidrigkeiten, *wistra* 1999, 241ff.

Achenbach, Bußgeldbemessung im Kartellrecht, *WuW* 1997, 383ff.

Achenbach, Bußgeldverhängung bei Kartellordnungswidrigkeiten nach dem Ende der fortgesetzten Handlung, *WuW* 1997, 393ff.

Achenbach, Die Verselbständigung der Unternehmensgeldbuße bei strafbaren Submissionsabsprachen – ein Papiertiger? *wistra* 1998, 168ff.

Achenbach, Haftung und Ahndung, ZIS 2012, 178.
Achenbach/Wegner, Probleme der „reinen Ahndungsgeldbuße“ im Kartellrecht (§ 81 Abs. 5 GWB), ZWeR 2006, 49ff.

Albuschkat, Zur Problematik der Bestimmung des Mehrerlöses bei Kartellverstößen, WRP 1976, 666ff.

Andreas Hoyer, Die Rechtsnatur des Verfalls angesichts des neuen Verfallsrechts, GA 1993

Bangard, Aktuelle Probleme der Sanktionierung von Kartellabsprachen, wistra 1997, 161ff.

Barth/Budde, Ausgewählte Probleme der Ahndung von Verstößen gegen das Kartellverbot nach deutschem Recht, WRP 2009, 1357ff.

Bauer, Mehrere Bußen gegen die Juristische Person bei Beteiligung mehrerer Organmitglieder an einer Kartellordnungswidrigkeit? wistra 1992, 47ff.

Bechtold, GWB, 3. Aufl. 2002.

Bechtold, Das neue Kartellgesetz, NJW 1998, 2769ff.

Bechtold, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 1995–1997, NJW 1997, 1959. 1965.

Bechtold/Uhlig, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 1997–1999, NJW 1999, 3526. ... 1999–2001, NJW 2001, 3159

ff. ... 2001–2003, NJW 2003, 2866 ff. ... 2003–2005, NJW 2005, 2966ff. ... 2005–2007, NJW 2007, 3761 ff. ...2007–2009, NJW 2009, 3699. 2009–2010, NJ 2011, 3484ff.

Beck, Der Neue Bußgeldkatalog, DAR 1989, 321.

Beck/Berr, OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht, 4. Aufl. 2003.
Beck/Speer (ADAC), Der aktuelle Verwarnungs- und Bußgeldkatalog, 2006.

Bender, Der wirtschaftliche Vorteil (§ 13 Abs. 4 OWiG), insbesondere bei der Bardepotverkürzung, ZfZ 1974, 140 ff.

Bender, Sanktionen zur straf- und bußgeldrechtlichen Gewinnabschöpfung gegenüber Gesellschaften ZfZ 1976, 139 ff.

Berz/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrsrechts, Bd. 2 (Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht u. a.), Loseblattausgabe, Stand : Februar 2013.

Bilsdorfer, Die Entwicklung des Steuerstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, NJW 1989, 1587 ff.

Bode, Zur Zumessung der Geldbuße bei Verkehrsordnungswidrigkeiten, VOR 1972, 87 ff.

Bode, Einführung weiterer gesetzlicher Regelfahrverbote? NZV 1991, 10 ff.

Bohnert, Ordnungswidrigkeiten und Jugendrecht, 1989.

Bohnert, Abführung und Rückerstattung des Mehrerlöses nach §§ 8, 9 WiStG zwischen Zivil- und Ahndungsrecht, Rudolf Schmitt-FS, 1992, S. 247 ff.

Bouska, Fahrverbot und internationaler Kraftfahrzeugverkehr, DAR 1995, 93 ff.

Brender, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1989, S. 155 ff.

Brenner, Betriebliche Aufsichtspflicht und ihre bußbare Verletzung, DRiZ 1975, 172 ff.

Brenner, Schwerpunkte des steuerlichen Bußgeldverfahrens, StW 1980, 59 ff.

Briel/Ehlscheid, Steuerstrafrecht, 1997.

Brenner, Gewinnabschöpfung, das unbekannte Wesen im Ordnungswidrigkeitenrecht, NStZ 1998, 557 ff.

Büttner, Schwarzarbeit, Leistungsmissbrauch und kein Ende, GewArch. 1994, 7 ff.

Burmann, Höhere Geldbußen – ein geeignetes Steuerungsmittel ?, DAR 2007, 187 ff.

Burmann, Staatliche Sanktionen und Verkehrssicherheit. Verfahrens- und materiellrechtliche Probleme, DAR 1994, 141 ff.

Buschbell, Straßenverkehrsrecht in der Praxis, 1997.

Claus, Gewinnabschöpfung und Steuer, 2010.

Clausen-Muradian, Zur Anwendung des Rechts der Ordnungswidrigkeiten als Instrument der Rundfunkaufsicht, ZUM 1997, 800 ff.

Coepicus, Eine Bilanz des OWiG 1968, DAR 1985, 97 ff.

Coepicus, Eine weitere Reform des OWiG 1968, ZRP 1996, 169 ff.

Cramer, Peter, Bundeseinheitlicher Bußgeldkatalog, DAR 1988, 297 ff.

Cramer, Steffen, Bemessung von Geldbuße und Verfall gemäß §§ 17, 29a OWiG unter Berücksichtigung der steuerlichen Belastung sowie der Einnahmen aus rechtmäßigem Alternativverhalten, wistra 1996, 248 ff.

Dannecker, Die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen als Mittel zur Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts, MSchrKrim. 1991, 268 ff.

Dannecker/Fischer-Fritz, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989.

Dessecker, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, 1992.

Deutscher, Die Entwicklung des „Regelfahrverbots“ bei Geschwindigkeitsüberschreitungen und Rotlichtverstößen im Jahr 1998, NZV 1999, 111ff. ... im Jahr 2000, NZV 2001, 101ff. ... im Jahr 2001, NZV 2002, 105ff. ... im Jahr 2002, NZV 2003, 117ff. ... im Jahr 2003, NZV 2004, 173ff. ... im Jahr 2004, NZV 2005, 120ff.

Deutscher, Die Entwicklung des straßenverkehrsrechtlichen Fahrverbotes im Jahr 2005, NZV 2006, 123ff. ...im Jahr 2006, NZV 2007, 161ff. ... im Jahr 2007, NZV 2008, 182ff. ... im Jahr 2008, NZV 2009, 111ff. .. im Jahr 2009, NZV 2010, 175ff. ... im Jahr 2010, NZV 2011, 273ff. ... im Jahr 2011, NZV 2012, 105ff. ... im Jahr 2012, NZV 2013, 111ff. ... im Jahr 2013, NZV 2014, 145ff. ... im Jahr 2014, NZV 2015, 366. ... im Jahr 2015, NZV 2016, 209ff.

Deutscher, Erste praktische Erfahrung mit der OWiG-Reform aus gerichtlicher und behördlicher Sicht, NZV 1999, 185ff.

Deutscher, Das „Regelfahrverbot“ bei Geschwindigkeitsüberschreitungen und Rotlichtverstößen, NZV 1997, 18ff.

Doller, Störanfälligkeiten im amtsgerichtlichen Bußgeldverfahren, DRiZ 1981, 201.

Doller, Der künftige bundeseinheitliche Bußgeldkatalog, VGT 1984, 58ff.

Drathjer, Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1997.

Edda Weißlau, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? - Vermögensstrafe, Beweislastumkehr, StV 1991, 226

Ender, Gesetzliche Fristen bei Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr, DAR 1997, 121ff.

Engelbrecht, Kein zwangsläufiges Fahrverbot bei Mißachtung der länger als eine Sekunde andauernden Rotphase – Verteidigung auf der Tatbestandsseite, DAR 1994, 373ff.

Engelbrecht, Rechtliche Folgen von Geschwindigkeitsüberschreitungen, DAR 2007, 12ff.

Erich Göhler/ Hans Buddendiek, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 12. Aufl., 1998

Erlinghagen/Zippel, Der „Mehrerlös“ als Grundlage der Bußgeldfestsetzung bei Kartellverstößen, DB 1974, 953ff.

Firgau, Steuerlich bedingte Vorteilminderungen beim Verfall, NJW 1989, 2112ff.

Fischer/Schomburg, Das neue Weinstrafrecht, NStZ 1983, 11ff.

Frank Saliger, Grundfragen der Vermögensabschöpfung, ZSTW 2017;

Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 6. Aufl., 2005.

Franzheim, Gewinnabschöpfung im Umweltstrafrecht, wistra 1986, 253.

Fromm, Deals im Straßenverkehrs-Ordnungswidrigkeitenverfahren, NZV 2010, 550ff.

Gall, Zur Verfassungsmäßigkeit der heutigen Verkehrsordnungswidrigkeitenverfahren, NJW 1988, 243ff.

Gebhardt, Reform des OWi-Gesetzes, ein Rechts- oder ein Finanzproblem? DAR 1996, 1ff.

Gebhardt, Rotlichtverstöße, ZfS 1999, 324ff.

Geppert, Das ordnungsrechtliche Fahrverbot, §§ 25 StVG und 2 BKatV: Einzelfallprüfung oder schematisierende Anwendung? DAR 1997, 260ff.

Göhler, Zur bußgeldrechtlichen Verantwortung der juristischen Person bei aufgespaltener Zuständigkeit ihrer Organe, wistra 1991, 207ff.

Göhler, Die neue Regelung zum Verfall im StGB und OWiG, wistra 1992, 133ff.

Göhler, Zur Aussetzung der Anordnung eines Fahrverbots durch das BVerfG, NZV 1994, 343ff.

Göhler, Ist die fortgesetzte Handlung mit der Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen, *wistra* 1994, 185, auch in Bußgeldsachen praktisch verabschiedet? *wistra* 1995, 300ff.

Götting, Die Bedeutung der gesetzlichen Strafraumen für die Strafzumessung, *NStZ* 1998, 542ff.

Goydke, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Verkehrsstrafsachen und Bußgeldverfahren, *DAR* 1990, 241ff. 1991, 241ff.

Gramse, Die sachlichen Voraussetzungen der Befugnis der Bußgeldbehörde zur Sachbeweismittelsicherstellung, *BB* 1984, 371ff.

Grohmann, Das neue Abstands-Fahrverbot iS des § 25 Abs. 1 Satz 1 StVG, *DAR* 1990, 283ff.

Güntert, Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, 1983.

Gutzler, Zur Begründung und Durchsetzung des Kartellverbots, in: Günther-FS, 1976, S. 169ff.

Hans-Jürgen Albrecht, Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, Rechtsvergleichende Untersuchung, Bundesrepublik Deutschland, Jürgen Meyer, Axel Dessecker und Jürgen Rüdiger Smettan, Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteln, Rechtsvergleichende und kriminologische Untersuchung, BKA-Forschungsreihe, Sonderband, 1989

Heck, Die neue Bußgeldkatalogverordnung und ihre Auswirkung auf die Anordnung von Fahrverboten, *NZV* 1991, 173ff.

Hellen Schilling/ Johannes Corsten/ Yannic Hübner, Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, StraFo, 7/2017

Hentschel, Die Entwicklung des Straßenverkehrsrechts im Jahre 1984, NJW 1985, 1313ff.

Hentschel, Die Bedeutung der Bußgeldkatalog-Verordnung für das Fahrverbot des § 25 Abs. 1 Satz 1 StVG, JR 1992, 139ff.

Hentschel, Änderung der Straßenverkehrsordnung durch Verordnungen vom 21.12.1992 und neuer Bußgeldkatalog, NJW 1993, 711ff.

Hentschel, Rechtsprobleme bei der Anordnung des Fahrverbots nach § 25 Abs. 1 Satz 1 StVG, Salger-FS, 1995, S. 471ff.

Hentschel, Die Entwicklung des Straßenverkehrsrechts im Jahre 1997, NJW 1998, 649ff. ... im Jahre 1998, NJW 1999, 686ff. ... im Jahre 1999, NJW 2000, 696ff. ... im Jahre 2000, NJW 2001, 711ff. ... im Jahre 2001, NJW 2002, 722ff. ... im Jahre 2002, NJW 2003, 716ff. ... im Jahre 2003, NJW 2004, 651ff. ... im Jahre 2004, NJW 2005, 641ff. ... im Jahre 2005, NJW 2006, 477ff.

Hildebrandt, Der Irrtum im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften, 1990.

Himmelreich, Mehrfachtäter-Punktsystem und Verkehrszentralregister, DAR 1990, 321ff.

Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. 2001.

Jagow, Bußgeldkatalog, Verwarnungsgeldkatalog und Mehrfachtäter-Punktsystem, NZV 1990, 13ff.

Jagow, Fortgesetzte Handlung im Verkehrsstraf- und Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht, VD 1995, 193ff.

Jan Gericke Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung für die Anhörung am 23. November 2016

Janiszewski, Die neue Bußgeldkatalog-Verordnung, NJW 1989, 3113ff.

Janiszewski, Zur künftigen Handhabung des Fahrverbots nach § 25 StVG bei groben Pflichtverletzungen, DAR 1992, 90ff.

Janiszewski, Verkehrsstrafrecht, 5. Aufl. 2004.

Janiszewski/Buddendiek, Verwarnungs- und Bußgeldkatalog mit Punktsystem, 7. Aufl. 2000.

Jesse, Das Abzugsverbot für Geldbußen nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8 EStG, DB 1987, 810ff.

Joachim Bohnert/Benjamin Krenberger/Carsten Krumm, Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Aufl., 2018.

Johann Drathjer, Die Abschöpfung rechtwidrig erlangter Vorteil im Ordnungswidrigkeitengesetz, 1997

Jon Petter Rui / Ulrich Sieber (eds.), Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015,

Jürg-Beat Ackermann/ Günter Heine, Wirtschaftsstrafrecht in der Schweiz, 2013,

Kaiser, Strafrechtliche Gewinnabschöpfung im Dilemma zwischen Rechtsstaatlichkeit und Effektivität, ZRP 1999, 144ff.

Kaiser, Zur richtigen Bemessung der Geldbuße im Bußgeldverfahren, NJW 1979, 1533ff.

Karlheinz Bonjong (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2000

Karlheinz Bonjong (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2000

Katholnigg, Das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und anderer Gesetze, NJW 1998, 568ff.

Karl-Peter Julius, Einziehung, Verfall und Art 14 GG, ZstW 109(1997)

Klusmann, Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht in: Wiedemann (Hrsg.) Handbuch des Kartellrechts, 1999. zitiert:

Klusmann. König, Aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung zum Verkehrsstraf- und –ordnungswidrigkeitenrecht, DAR 2009, 361ff. 2010, 361ff. 2011, 361ff. 2012, 361ff. 2013, 361ff. 2014, 363ff. 2015, 363ff. 2016, 362ff.

Kohlschütter, Die mathematische Modellierung der Strafzumessung, 1998.

Korte, Aus der Rechtsprechung zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, NStZ 1996, 271ff und 320ff. 1997, 471ff. 1999, 341ff. 2000, 407ff. 2001, 582ff. 2002, 583ff. 2004, 18, 671ff. 2006, 24ff. 2007, 21ff. 2008, 80ff. 2009, 18ff. 2010, 22ff. 2011, 23ff.

Korte, Juristische Person und strafrechtliche Verantwortung, Diss. Bonn 1991.

Krehl, Vermögensberücksichtigung bei der Geldstrafenbemessung? NJW 1988, 62ff.

Krumm, Gewinnabschöpfung durch Geldbuße, NJW 2011, 196ff.

Krumm, Verständigung auf eine „Punktstrafe“ im OWi-Verfahren ?, NZV 2011, 376ff.

Kube/Seitz, Zur „Rentabilität“ von Umweltdelikten oder: Viel passiert, wenig geschieht, DRiZ 1987, 41ff.

Kühnen, Mehrerlös und Vorteilsabschöpfung nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2010, 16ff.

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001.

Leube, Neuere Rechtsprechung zum Kartellordnungswidrigkeitenrecht, *wistra* 1987, 43ff.

Lorenzmeier, Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, *ZIS* 2008, 20ff.

Loritz/Falk, Öko-Unterricht für Abfallsünder, *BaWüVerwPr.* 1996, 178ff.

Lutterer/Hoch, Rechtliche Steuerung im Umweltbereich: Funktionsstrukturen des Umweltstrafrechts und des Umweltordnungswidrigkeitenrechts. empirische Untersuchungen zur Implementation strafbewehrter Vorschriften im Bereich des Umweltschutzes, 1997.

Maschke, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen, 1997.

Meier, Der neue Bußgeldkatalog, 10. Aufl. 2003.

Meier/Hasenberg, Rechtliche Probleme bei der Festsetzung von Geldbußen zur Ahndung von Verstößen gegen Ge- und Verbote in kommunalen Steuersatzungen, *KStZ* 2006, 28ff.

Meine, Empirische Erkenntnisse über die Strafzumessung, *wistra* 1986, 94ff.

Michael Köhler/ Wolfgang Beck, Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen, *JZ* 1991.

Michael Lemke/ Andreas Mosbacher,
Ordnungswidrigkeitengesetz, 2. Aufl., 2005

Mittelbach, Zur Bemessung der Geldbuße bei
Ordnungswidrigkeiten, DÖV 1957, 251.

Moosmayer, Die neuen Leitlinien der Europäischen Kommission
zur Festsetzung von Kartellgeldbußen, wistra 2007, 91ff.

Müller, E., Die Stellung der juristischen Person im
Ordnungswidrigkeitenrecht, 1985.

Mürbe, Vereinbarkeit der Bußgeldkatalog-Verordnung mit
höherrangigem Recht? NZV 1990, 94ff.

Müther, Die Vorteilsabschöpfung in Ordnungswidrigkeitenrecht in
§ 17 Abs. 4 OWiG unter Berücksichtigung des deutschen und
europäischen Kartellrechts, 1999.

Mundt, Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, WuW 2007,
458ff.

Oehler, Zur Bußgeldzumessung in Kartellsachen, BB 1980, 446ff.

von Oertzen, Methodenprobleme bei der Bestimmung des
Mehrerlöses aufgrund einer Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 4
des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Bonn
1975.

Paetow, Das Mehrfachtäter-Punktsystem als Rechtsnorm? NJW 1990, 1441ff.

Peltzer, Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Vorteile bei der Bußgeldbemessung im Ordnungswidrigkeitenrecht, DB 1977, 1445ff.

Pfaff, Bemessung der Geldbuße bei Steuerordnungswidrigkeiten, SchlHA 1972, 177ff.

Podolsky/Brenner, Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, 3. Aufl., 2007

Sammer, Die Sorgfaltspflicht im Lebensmittel- und Ordnungswidrigkeitenrecht unter besonderer Berücksichtigung der europarechtlichen Überlagerung, 1998.

Sannwald, Die Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG bei Verstößen gegen handwerks- oder gewerberechtliche Vorschriften, GewArch. 1986, 84ff.

Sannwald, Zur Vorteilsabschöpfung bei Verstößen gegen handwerks- oder gewerberechtliche Vorschriften, GewArch. 1986, 319.

Schall, Die richterliche Zumessung der Geldbuße bei Verkehrsordnungswidrigkeiten, NStZ 1986, 1ff.

Scheffler, „Grober Verkehrsverstoß“ bei Nichtbeachtung einer aus Lärmschutzgründen angeordneten Geschwindigkeitsbeschränkung, NZV 1995, 214ff.

Schnupp, Bemessung der Geldbuße im Bußgeldverfahren, NJW 1979, 2240.

Schöch, Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973.

Schroth, EG-Geldbußen gegen existenzbedrohte Unternehmen, wistra 1984, 164ff.

Schroth, Der Regelungsgehalt des 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts, wistra 1986, 158ff.

Schubert, Höhere Bußgelder für Verkehrsverstöße, DAR 2009, 74ff.

Seidenstecher, Der künftige bundeseinheitliche Bußgeldkatalog, VGT 1984, 39ff.

Seier, Zur Reform des Ordnungswidrigkeitenrechts, NZV 1996, 17ff.

Streng, Modernes Sanktionenrecht? ZStW 111 [1999], 827ff.

Suhren, Der künftige bundeseinheitliche Bußgeldkatalog, VGT 1984, 48ff.

Tanzer, Die Behandlung von Geldstrafen, Bußen und Nebenfolgen einer Straftat im Ertragssteuerrecht, *wistra* 1984, 159ff.

Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 65. Aufl., 2018

Thomas Rönnau/ Moritz Begemeier, Die neue erweiterte Einziehung gem. § 73a Abs. 1 STGB-E: mit Kanonen auch auf Spatzen?, *NZwist* 2016

Tiedemann, Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, *NJW* 1988, 1169ff.

Tiedemann, *HWiStR*, 1990, Stichwort „Gewinnabschöpfung“.

Tiedemann/Vogel, *HWiStR*, 1990, Stichwort „Mehrerlös“.

Vultejus, Trunkenheit im Verkehr. Ein Vergleich BRD – DDR, *DRiZ* 1991, 247ff.

Werner, Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen im GWB, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts*, 1977/78, S. 49ff.

Werner, Zur Subsidiarität des Ordnungswidrigkeitenrechts gegenüber dem Strafrecht bei Verkehrsunfällen, *DAR* 1990, 11ff.

Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999.

Wieser, *Handbuch des Bußgeldverfahrens*, 3. Aufl. 1998.

Wilfried Küper/Jürgen Welp/Friedrich Dencker, Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993

Winkler, Die Rechtsnatur der Geldbuße im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1971.

WisteV, Stellungnahme zum Referentenentwurf „Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“, 2016

Zippel, Der Mehrerlös bei Geldbußen für Kartellverstöße, Diss. Hamburg 1975.

附件：德國條文對照表

德國刑法		
條文、主旨	條文內容	中譯
§73a 正犯或共犯 犯罪所得之 擴大沒收	<p>(1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden, so ordnet das Gericht die Einziehung von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn diese Gegenstände durch andere rechtswidrige Taten oder für sie erlangt worden sind.</p> <p>(2) Hat sich der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung der Einziehung nach Absatz 1 an einer anderen rechtswidrigen Tat beteiligt und ist erneut über die Einziehung seiner Gegenstände zu entscheiden, berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung.</p>	<p>(1) 犯某一違法行為之正犯或共犯，由其他違法行為或為了其他違法行為取得之物，法院亦應沒收之。</p> <p>(2) 正犯或共犯於第 1 項沒收命令之前有參與其他違法行為，法院須再次對其標的裁判沒收時，應考量已作出之沒收裁判。</p>
§73b 第三人犯罪 所得之沒收	<p>(1) Die Anordnung der Einziehung nach den §§ 73 und 73a richtet sich gegen einen anderen, der nicht Täter oder Teilnehmer ist, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. er durch die Tat etwas erlangt hat und der Täter oder Teilnehmer für ihn gehandelt hat, 2. ihm das Erlangte <ol style="list-style-type: none"> a) unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund übertragen wurde oder b) übertragen wurde und er erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, oder 3. das Erlangte auf ihn <ol style="list-style-type: none"> a) als Erbe übergegangen ist oder 	<p>(1) 正犯或共犯以外之他人，有以下情形之一者，依第 73 條與 73a 條沒收之：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 他人由犯罪有所得，而正犯或共犯為其實行行為。 2. 他人 <ol style="list-style-type: none"> a) 係無償或無法律上原因而取得犯罪所得。 b) 明知犯罪所得源自違法行為或可得而知者。 3. 他人因以下身分取得犯罪所得：

	<p>b) als Pflichtteilsberechtigter oder Vermächtnisnehmer übertragen worden ist.</p> <p>Satz 1 Nummer 2 und 3 finden keine Anwendung, wenn das Erlangte zuvor einem Dritten, der nicht erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, entgeltlich und mit rechtlichem Grund übertragen wurde.</p> <p>(2) Erlangt der andere unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 einen Gegenstand, der dem Wert des Erlangten entspricht, oder gezogene Nutzungen, so ordnet das Gericht auch deren Einziehung an.</p> <p>(3) Unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 kann das Gericht auch die Einziehung dessen anordnen, was erworben wurde,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. durch Veräußerung des erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder 2. aufgrund eines erlangten Rechts. 	<p>a) 繼承人。 b) 特留分繼承人或遺產受贈人。</p> <p>他人不知或非可得知犯罪所得源自違法行為，而有償且具法律上原因取得犯罪所得者，不適用第 1 句第 2 款與第 3 款。</p> <p>(2) 於第 1 項第 1 句第 2 款或第 3 款情形，對於他人取得符合犯罪所得價值之物或利益，法院亦應沒收。</p> <p>(3) 於第 1 項第 1 句第 2 款或第 3 款情形，法院亦得沒收以下所得：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 由處分犯罪所得而取得之物，或犯罪所得遭毀損或剝奪而獲得之賠償。 2. 基於所得之權利而取得之物。
<p>§73c 沒收替代價額</p>	<p>Ist die Einziehung eines Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grund nicht möglich oder wird von der Einziehung eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Absatz 3 oder nach § 73b Absatz 3 abgesehen, so ordnet das Gericht die Einziehung eines Geldbetrages an, der dem Wert des Erlangten entspricht. Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben der Einziehung eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten</p>	<p>犯罪所得因性質或其他原因不能沒收，或未依第 73 條第 3 項或第 73b 條第 3 項沒收替代物時，法院應沒收符合犯罪所得價額之金額。沒收物之價額低於原先取得時之價額者，法院除宣告沒收外，另應追徵之。</p>

	zurückbleibt.	
§74 正犯與共犯 犯罪產物， 犯罪工具與 客體之沒收	<p>(1) Gegenstände, die durch eine vorsätzliche Tat hervorgebracht (Tatprodukte) oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind (Tatmittel), können eingezogen werden.</p> <p>(2) Gegenstände, auf die sich eine Straftat bezieht (Tatobjekte), unterliegen der Einziehung nach der Maßgabe besonderer Vorschriften.</p> <p>(3) Die Einziehung ist nur zulässig, wenn die Gegenstände zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen. Das gilt auch für die Einziehung, die durch eine besondere Vorschrift über Absatz 1 hinaus vorgeschrieben oder zugelassen ist.</p>	<p>(1) 因故意犯罪所生之物，或實行犯罪或預備犯罪所用之物，或指定為犯罪所用之物，得沒收之。</p> <p>(2) 犯罪所涉之物，其沒收依特別條款之規定。</p> <p>(3) 犯罪物於裁判時屬於正犯或共犯或由其管理，始得沒收。依第一項以外所規定或所許可之沒收，亦同。</p>
§74a 第三人犯罪 產物，犯罪 工具與犯罪 客體之沒收	<p>Verweist ein Gesetz auf diese Vorschrift, können Gegenstände abweichend von § 74 Absatz 3 auch dann eingezogen werden, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen,</p> <p>1. mindestens leichtfertig dazu beigetragen hat, dass sie als Tatmittel verwendet worden oder Tatobjekt gewesen sind, oder</p> <p>2. sie in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hat.</p>	<p>犯罪物於裁判時屬於第三人或由其管理，而有下列情形，得不依第74條第3項之規定而宣告沒收：</p> <p>1. 第三人因重大過失而使該物成為犯罪工具或犯罪標的，或</p> <p>2. 第三人知悉該物應受沒收，但以可非難之方式而獲得該物。</p>
§74b 保安沒收	<p>(1) Gefährden Gegenstände nach ihrer Art und nach den Umständen die Allgemeinheit oder besteht die Gefahr, dass sie der Begehung rechtswidriger Taten dienen werden, können sie auch dann</p>	<p>(1) 危險物品依其種類與情狀，存有危及公眾或提供違法行為使用之危險，而有下列情形者，亦得沒收：</p>

	<p>eingezogen werden, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. der Täter oder Teilnehmer ohne Schuld gehandelt hat oder 2. die Gegenstände einem anderen als dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen. <p>(2) In den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 wird der andere aus der Staatskasse unter Berücksichtigung des Verkehrswertes des eingezogenen Gegenstandes angemessen in Geld entschädigt.</p> <p>2Das Gleiche gilt, wenn der eingezogene Gegenstand mit dem Recht eines anderen belastet ist, das durch die Entscheidung erloschen oder beeinträchtigt ist.</p> <p>(3) Eine Entschädigung wird nicht gewährt, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. der nach Absatz 2 Entschädigungsberechtigte <ol style="list-style-type: none"> a) mindestens leichtfertig dazu beigetragen hat, dass der Gegenstand als Tatmittel verwendet worden oder Tatobjekt gewesen ist, oder b) den Gegenstand oder das Recht an dem Gegenstand in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zulassen, in verwerflicher Weise erworben hat oder 2. es nach den Umständen, welche die Einziehung begründet haben, auf Grund von Rechtsvorschriften außerhalb des Strafrechts zulässig wäre, dem Entschädigungsberechtigten den Gegenstand oder das Recht an dem Gegenstand ohne Entschädigung dauerhaft zu entziehen. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 正犯或共犯缺乏罪責而使用，或 2. 第三人居於正犯或共犯之地位擁有或管理該物。 <p>(2) 第 1 項第 2 款之情形，視沒收物之交易價值，第三人受國庫金錢補償。因沒收而滅失或損及第三人權利，亦同。</p> <p>(3) 下列情形不提供補償：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 依第 2 項規定之補償權利人： <ol style="list-style-type: none"> a) 重大過失而使該物成為犯罪工具或犯罪標的之用， b) 知悉犯罪物或犯罪物之權利將受沒收宣告，卻可非難而獲得該物。 2. 依照得成立沒收之事由，基於刑法以外之法律規定，允許對於補償權利人持續無償沒收其犯罪物或沒收對於犯罪物之權利。 3.
--	---	---

	Abweichend von Satz 1 kann eine Entschädigung jedoch gewährt werden, wenn es eine unbillige Härte wäre, sie zu versagen.	如拒絕補償之理由難以成立，得無視第 1 句之規定，仍予以補償。
§74c 犯罪產物， 犯罪工具與 犯罪客體價 值之沒收	<p>(1) Ist die Einziehung eines bestimmten Gegenstandes nicht möglich, weil der Täter oder Teilnehmer diesen veräußert, verbraucht oder die Einziehung auf andere Weise vereitelt hat, so kann das Gericht gegen ihn die Einziehung eines Geldbetrages anordnen, der dem Wert des Gegenstandes entspricht.</p> <p>(2) Eine solche Anordnung kann das Gericht auch neben oder statt der Einziehung eines Gegenstandes treffen, wenn ihn der Täter oder Teilnehmer vor der Entscheidung über die Einziehung mit dem Recht eines Dritten belastet hat, dessen Erlöschen nicht oder ohne Entschädigung nicht angeordnet werden kann (§ 74b Absatz 2 und 3 und § 75 Absatz 2). 2Trifft das Gericht die Anordnung neben der Einziehung, bemisst sich die Höhe des Wertersatzes nach dem Wert der Belastung des Gegenstandes.</p> <p>(3) Der Wert des Gegenstandes und der Belastung kann geschätzt werden.</p>	<p>(1) 正犯或共犯處分、使用或有其他情形，致特定犯罪物無法沒收，法院得依犯罪物之相當價值，諭知金錢數額之沒收。</p> <p>(2) 正犯或共犯於沒收裁判前，使第三人對於犯罪物獲得權利，權利並未喪失或未受補償不得宣告沒收（第 74b 第 2、3 項及第 75 條第 2 項）法院於犯罪物沒收之外或取代犯罪物之沒收得為犯罪物價值之沒收。法院諭知犯罪物價值之沒收，得依該物之負擔價值而衡量。</p> <p>(3) 犯罪物及其負擔之價值，法院得估算之。</p>
舊§73 利得沒收之 要件	(1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.	(1) 正犯或共犯實行刑事違法行為，並為實行該行為或自該行為而有所得者，法院應對之宣告追繳。當被害人因前述行為而產生民事權利請求權，且該權利之行使將剝奪正犯與共犯因該違法行為而

	<p>(2) Die Anordnung des Verfalls erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. Sie kann sich auch auf die Gegenstände erstrecken, die der Täter oder Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder auf Grund eines erlangten Rechts erworben hat.</p> <p>(3) Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls nach den Absätzen 1 und 2 gegen ihn.</p> <p>(4) Der Verfall eines Gegenstandes wird auch angeordnet, wenn er einem Dritten gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat.</p>	<p>有所得之同額價值時，則無前句規定之適用。</p> <p>(2) 追繳宣告之效力及於衍生之利益或孳息。追繳宣告之效力亦得及於下列標的：正犯或共犯透過轉讓其所得之特定標的所獲得之標的，或其因該特定標的遭毀損或剝奪而獲得之賠償，或根據其違法所得之特定權利而獲得之標的。</p> <p>(3) 正犯或共犯為(不限自然人之)他人而實行刑事違法行為，該他人並因而有所得者，則依第 1 項、第 2 項之追繳宣告之效力亦及於該他人。</p> <p>(4) 倘若某特定標的依前述規定應予追繳，惟該標的屬於正犯或共犯以外之第三人所有，或該第三人對此標的有權支配時，則當該第三人係為實行刑事違法行為而交付該標的，或於知悉犯罪情節之其他情況下猶交付該標的者，亦得對該標的宣告追繳。</p>
<p>舊§73a 替代價額</p>	<p>Soweit der Verfall eines bestimmten Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von dem Verfall eines Ersatzgegenstandes nach §</p>	<p>倘若特定標的因其狀態或因其他理由而不能追繳，或無法依前條第 2 項第 2 句追繳替代標的時，法院應宣告追</p>

	73 Abs. 2 Satz 2 abgesehen wird, ordnet das Gericht den Verfall eines Geldbetrags an, der dem Wert des Erlangten entspricht. Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben dem Verfall eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt.	繳與不法所得價值相當之替代價額。當不法所得價值貶低，致未達原先所得之價值時，法院除宣告追繳特定標的外，亦應宣告追繳替代價額。
舊 73c 過苛條款	(1) Der Verfall wird nicht angeordnet, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Die Anordnung kann unterbleiben, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat. (2) Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42 entsprechend.	(1) 若宣告追繳將對於利害關係人造成不合理之嚴苛時，則不予下令追繳。倘違法所得之價值於裁判時不復存於利害關係人之財產中，或該所得僅具有低微價值時，得不予下令追繳。 (2) 寬限給付追繳價額之准許，準用第 42 條之規定。
舊 §73d 擴大利得追繳	(1) Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn ein Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer nur deshalb nicht gehört oder zusteht, weil er den Gegenstand für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat. § 73 Abs. 1 Satz 2, auch in Verbindung mit § 73b, und § 73 Abs. 2 gelten entsprechend. (2) Ist der Verfall eines bestimmten	(1) 違犯明文規定應適用本條規定之法律所定的違法行為，而有事實足以認定，正犯或共犯所有之財產標的係因違法行為所得或出自違法行為所得者，法院亦應宣告追繳之。若該標的僅係供違法行為之用或自該違法行為而得，因而不屬於正犯或共犯所有，或無權支配者，第一句之規定亦適用之。第 73 條第 1 項第 2 句，亦結合第 73b 條、第 73 第 2 項等規定準用之。 (2) 當特定標的於違法

	<p>Gegenstandes nach der Tat ganz oder teilweise unmöglich geworden, so finden insoweit die §§ 73a und 73b sinngemäß Anwendung.</p> <p>(3) Ist nach Anordnung des Verfalls nach Absatz 1 wegen einer anderen rechtswidrigen Tat, die der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung begangen hat, erneut über den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers zu entscheiden, so berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung.</p> <p>(4) § 73c gilt entsprechend.</p>	<p>行為後全部或局部無法追繳時，則第73a條、第73b條於意義相符之範圍內準用之。</p> <p>(3) 依第1項宣告追繳後，因正犯或共犯於追繳命令前所為之其他違法行為，應重新對於正犯或共犯之標的決定追繳時，法院就此應考量已作成之追繳。</p> <p>(4) 第73c條準用之。</p>
<p>舊§74 犯罪物沒收之要件</p>	<p>(1) Ist eine vorsätzliche Straftat begangen worden, so können Gegenstände, die durch sie hervorgebracht oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, eingezogen werden.</p> <p>(2) Die Einziehung ist nur zulässig, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die Gegenstände zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen oder 2. die Gegenstände nach ihrer Art und den Umständen die Allgemeinheit gefährden oder die Gefahr besteht, daß sie der Begehung rechtswidriger Taten dienen werden. <p>(3) Unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 Nr. 2 ist die Einziehung der Gegenstände auch zulässig, wenn der Täter ohne Schuld</p>	<p>(1) 因實行故意犯罪行為所產出之標的，或為實行或準備該行為所用或預定供此之用的標的，沒收之。</p> <p>(2) 下列之標的，得沒收之：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 該標的於裁判時屬正犯或共犯所有或其有權支配，或 2. 該標的依其種類及情況對公眾有危害或存在供作實行違法行為之危險。 <p>(3) 當符合第2項第2款要件時，縱行為人行為時無罪責，亦得</p>

	<p>gehandelt hat.</p> <p>(4) Wird die Einziehung durch eine besondere Vorschrift über Absatz 1 hinaus vorgeschrieben oder zugelassen, so gelten die Absätze 2 und 3 entsprechend.</p>	<p>對該標的沒收。</p> <p>(4) 除第 1 項外，當有其他特別規定准予沒收時，第 2 項、第 3 項規定準用之。</p>
<p>舊 §74a 犯罪物品沒收之擴大要件</p>	<p>Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so dürfen die Gegenstände abweichend von § 74 Abs. 2 Nr. 1 auch dann eingezogen werden, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist, oder 2. die Gegenstände in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hat. 	<p>當其他法律明定適用本條規定時，縱某標的於裁判時屬於正犯或共犯以外之他人所有或有權支配，亦得於該他人具有下列情況下，對之沒收：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 至少出於重大過失，協助該物或權利用作實行或準備犯罪之工具或標的，或 2. 於認知該標的得沒收之情況下，仍以可非難之方式獲取之。
<p>舊 §74c 替代價額之沒收</p>	<ol style="list-style-type: none"> (1) Hat der Täter oder Teilnehmer den Gegenstand, der ihm zur Zeit der Tat gehörte oder zustand und auf dessen Einziehung hätte erkannt werden können, vor der Entscheidung über die Einziehung verwertet, namentlich veräußert oder verbraucht, oder hat er die Einziehung des Gegenstandes sonst vereitelt, so kann das Gericht die Einziehung eines Geldbetrags gegen den Täter oder Teilnehmer bis zu der Höhe anordnen, die dem Wert des Gegenstandes entspricht. (2) Eine solche Anordnung kann das Gericht auch neben der Einziehung eines Gegenstandes oder an deren Stelle treffen, wenn ihn der Täter oder Teilnehmer vor der Entscheidung über die Einziehung 	<ol style="list-style-type: none"> (1) 當正犯或共犯對於犯罪時屬其所有或其有權支配並得沒收之標的，於沒收裁判前耗用，特別是轉讓、消費，或為其他造成沒收該標的之阻礙時，法院得對於正犯或共犯宣告沒收與該標的價值相符之價額。 (2) 當正犯或共犯於沒收裁判前承擔第三人對該標的上之權利，未經賠償不得命令解除該第三人之權利，或無從宣告沒

	<p>mit dem Recht eines Dritten belastet hat, dessen Erlöschen ohne Entschädigung nicht angeordnet werden kann oder im Falle der Einziehung nicht angeordnet werden könnte (§ 74e Abs. 2 und § 74f); trifft das Gericht die Anordnung neben der Einziehung, so bemißt sich die Höhe des Wertersatzes nach dem Wert der Belastung des Gegenstandes.</p> <p>(3) Der Wert des Gegenstandes und der Belastung kann geschätzt werden.</p> <p>(4) Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42.</p>	<p>收時(第 74e 條第 2 項及第 74f 條), 法院得於宣告沒收特定標的外, 或取代特定標的之沒收裁判, 宣告沒收替代價額; 當法院除沒收宣告外, 另宣告沒收替代價額時, 則應依該標的上所承擔權利之價值計算替代價額之額度。</p> <p>(3) 對於特定標的與其上權利負擔之價值, 得為估算。</p> <p>(4) 寬限給付沒收價額之准許, 適用第 42 條之規定。</p>
--	---	--

德國秩序違反法		
條文、主旨	條文內容	中譯
17	<p>(1) Die Geldbuße beträgt mindestens fünf Euro und, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, höchstens eintausend Euro.</p> <p>(2) Droht das Gesetz für vorsätzliches und fahrlässiges Handeln Geldbuße an, ohne im Höchstmaß zu unterscheiden, so kann fahrlässiges Handeln im Höchstmaß nur mit der Hälfte des angedrohten Höchstbetrages der Geldbuße geahndet werden.</p> <p>(3) Grundlage für die Zumessung der Geldbuße sind die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft. Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters kommen in Betracht; bei geringfügigen Ordnungswidrigkeiten bleiben sie jedoch in der Regel unberücksichtigt.</p> <p>(4) Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.</p>	<p>(1) 罰鍰之金額，最低為五歐元，除法律另有規定者外，最高為一千歐元。</p> <p>(2) 法律規定對故意及過失行為科處罰鍰制裁，而對最高金額限度無加以區別者，則對過失行為處罰之最高金額限度，僅得為制裁罰鍰最高金額之半數。</p> <p>(3) 罰鍰之量罰，應根據違反秩序行為之重要性及行為人遭受之非難。行為人之經濟狀況亦應審酌；惟於輕微之違反秩序行為情形，此通常不與斟酌。</p> <p>(4) 罰鍰應超過行為人經由違反秩序行為所獲得之經濟利益。為此，法定最高金額尚不足者，罰鍰金額得超過法定最高金額。</p>
21	<p>(1) Ist eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit, so wird nur das Strafgesetz angewendet. Auf die in dem anderen Gesetz angedrohten Nebenfolgen kann erkannt werden.</p> <p>(2) Im Falle des Absatzes 1 kann die Handlung jedoch als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, wenn eine Strafe nicht</p>	<p>(1) 一行為同時為犯罪行為與違反秩序行為者，僅適用刑法。其他法律規定之附隨效果得宣示之。</p> <p>(2) 惟在第一項之情形，如未科處刑罰者，其行為得作為違反秩序行為加以處</p>

	verhängt wird.	罰。
29a	<p>(1) Hat der Täter durch eine mit Geldbuße bedrohte Handlung oder für sie etwas erlangt und wird gegen ihn wegen der Handlung eine Geldbuße nicht festgesetzt, so kann gegen ihn die Einziehung eines Geldbetrages bis zu der Höhe angeordnet werden, die dem Wert des Erlangten entspricht.</p> <p>(2) Die Anordnung der Einziehung eines Geldbetrages bis zu der in Absatz 1 genannten Höhe kann sich gegen einen anderen, der nicht Täter ist, richten, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. er durch eine mit Geldbuße bedrohte Handlung etwas erlangt hat und der Täter für ihn gehandelt hat, 2. ihm das Erlangte <ol style="list-style-type: none"> a) unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund übertragen wurde oder b) übertragen wurde und er erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer mit Geldbuße bedrohten Handlung herrührt, oder 3. das Erlangte auf ihn <ol style="list-style-type: none"> a) als Erbe übergegangen ist oder b) als Pflichtteilsberechtigter oder Vermächtnisnehmer übertragen worden ist. <p>Satz 1 Nummer 2 und 3 findet keine Anwendung, wenn das Erlangte zuvor einem Dritten, der nicht erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer mit Geldbuße bedrohten Handlung herrührt, entgeltlich und mit rechtlichem Grund übertragen wurde.</p> <p>.....</p>	<p>罰。</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) 行為人透過一應科處罰鍰之行為，或為了該項行為而有所獲得，而對之不因該行為科處罰鍰者，得對其命令繳交最高與所獲得價值相當之追繳金額。 (2) 有下列情形之一時，得對非行為人之第三人為最高至第一項額度之沒收金錢所得之命令 <ol style="list-style-type: none"> 1. 第三人透過一應科處罰鍰之行為而有所獲得，且行為人為其實施行為； 2. 第三人之所得 <ol style="list-style-type: none"> a) 係無償或無法律上原因而取得。 b) 明知或可得而知所得源自一應科處罰鍰之行為而獲得。 3. 第三人因以下身分取得所得： <ol style="list-style-type: none"> a) 繼承人。 b) 特留分繼承人或遺產受贈人。 <p>第三人不知或非可得知所得源自一應科處罰鍰之行為而獲得，而有償且具法律上原因獲得所得者，不適用第1句第2款與第3款規定。</p> <p>.....</p>

<p>舊 29a</p>	<p>(1) Hat der Täter für eine mit Geldbuße bedrohte Handlung oder aus ihr etwas erlangt und wird gegen ihn wegen der Handlung eine Geldbuße nicht festgesetzt, so kann gegen ihn der Verfall eines Geldbetrages bis zu der Höhe angeordnet werden, die dem Wert des Erlangten entspricht.</p> <p>(2) Hat der Täter einer mit Geldbuße bedrohten Handlung für einen anderen gehandelt und hat dieser dadurch etwas erlangt, so kann gegen ihn der Verfall eines Geldbetrages bis zu der in Absatz 1 bezeichneten Höhe angeordnet werden.</p> <p>(3) Der Umfang des Erlangten und dessen Wert können geschätzt werden. § 18 gilt entsprechend.</p> <p>(4) Wird gegen den Täter ein Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder wird es eingestellt, so kann der Verfall selbständig angeordnet werden.</p>	<p>(1) 行為人為了一個應科處罰鍰之行為，或由該項行為有所獲得，而對之不因該行為科處罰鍰者，得對其命令繳交最高與所獲得價值相當之追繳金額。</p> <p>(2) 行為人為他人為一個應科處罰鍰之行為，該他人因而有所獲得者，得對其命令繳交最高為第一項所指稱追繳金額。</p> <p>(3) 所獲得之範圍及其價值得估定之。第十八條規定準用之。</p> <p>(4) 對該行為人不進行科處罰鍰程序或停止該程序者，得獨立命令繳交追繳金額。</p>
--------------	--	--

附件：出國考察報告書

出國報告（出國類別：研究）

法務部「行政罰法之比較法研究與修正建議」委託研究案

服務機關：東吳大學

姓名職稱：程明修教授

派赴國家：德國

出國期間：2018.7.24~8.22

報告日期：2018年9月

壹、目的

本次研究主題為：「行政罰法之比較法研究與修正建議」，更具體而言，乃是涉及「不法利得沒入」相關法規範之適用爭議。有關「不法利得沒入」的規定主要是我國行政罰法第 18 條以及第 20 條，其中第 18 條規定：「裁處罰鍰，應審酌違法行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違法行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力（第 1 項）。前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制（第 2 項）。」另外，第 20 條規定：「為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳（第 1 項）。行為人違反行政法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳（第 2 項）。前二項追繳，由為裁處之主管機關以行政處分為之（第 3 項）。」

而在行政罰法總說明當中，第 18 條的部分則表示：「裁處罰鍰時為求公平適當並符合比例原則，除應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度及所生影響，並得考量受處罰者之資力等因素外，亦應審酌因違反行政法上義務所得之利益。爰就裁處罰鍰之審酌事由及因所得利益逾法定罰鍰最高額之酌量加重、依本法減輕處罰或同時有免除處罰時其裁處罰鍰之最高額與最低額明定之；並規定於其他種類行政罰定有處罰期間者準用之，以定其得處之最高與最低處罰期間。¹」由以上立法說明可以得知，行政罰法第 18 條第 2 項所規定的罰鍰同時具有雙重性格，分別是：「對於違法行為的制裁」、「對於因違法行為

¹ 參考，<https://www.moj.gov.tw/dl-19418-ff34615ddb11498490ebd0de4287e105.html>（最後瀏覽日：2018 年 9 月 6 日）。

所生利得的沒入」²，乃參考德國「秩序違反法」第 17 條第 4 項的規定來立法。就處罰的部分，得依照行政機關發布的罰鍰量表來決定；就追繳不法利得的部分，具有預防性、維持公平秩序的機能³。

但在實務上，關於行政罰法第 18 條第 2 項的適用，卻時常出現爭議，關鍵在於行政機關並沒有正確認識到本條項的雙重性質，僅將第 18 條第 2 項之罰鍰限縮在處罰的性質，而與同法第 20 條作不同的理解。例如衛福部食品藥物管理署於 2013 年 10 月 26 日即決議：「依本法（食品衛生管理法）第 55 條規定，……各直轄市、縣（市）主管機關依其權限仍應執行不法利得之裁處，惟加重裁處不法利得之罰鍰時，應注意宜先扣除歷次已為裁處書所處之罰鍰，方為妥適。」以大統長基案為例⁴，彰化縣政府在作成五次罰鍰處分之後，為了追繳不法利得，只好將先前所為的五個罰鍰處分撤銷，再重新作成處分，不僅沒有達到行政便利之目的，也滋生一行為數罰的爭議⁵。

我們行政罰法制上不法利得之追繳、罰鍰的適用關係，除在行政實務上有爭議外，在學說上也有爭議。如同前述，我國行政罰法第 18 條有關不法利得沒入的規定，既然係以德國「秩序違反法」（Ordnungswidrigkeitengesetz, OWiG）第 17 條第 4 項的規定為範本，自然在釐清相關爭議上，該條文的學理闡釋及實務運用即具有高度的參考與研究價值。但囿於國內對德國最新文獻及資料的更新速度

² 參考，陳清秀，行政裁罰事件追繳不法利得之研究，軍法專刊第 60 卷第 3 期，2014 年 6 月，頁 52。

³ 參考，尤美女立委所提的「行政罰法增訂第十八條之一條文草案總說明」第一點，網址：lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/word/08/07/11/LCEWA01_080711_00025.doc（最後瀏覽日：2018 年 9 月 6 日）。

⁴ 關於本案的過程，尤其是在刑事處罰與行政制裁之間的裁決歷程，參考，林明昕，論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心，臺大法學論叢，第 45 卷第 3 期，2016 年 9 月，頁 759-760。

⁵ 參考，尤美女立委所提的「行政罰法增訂第十八條之一條文草案總說明」第三、四點，網址：lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/word/08/07/11/LCEWA01_080711_00025.doc（最後瀏覽日：2018 年 9 月 6 日）。

有限，自然無法僅從國內的文獻庫及網路資料滿足「掌握最新德國學說及實務操作」的需求，準此，即有實地前往德國蒐羅相關資料的必要。

貳、過程

透過目前正在德國耶拿大學就讀博士班的台灣同學的幫忙，先與德國耶拿大學法學院 Knauff 教授取得聯繫，並蒙 Knauff 教授及其秘書 Frau Weidner 的協助，於六月初順利申請到耶拿大學的訪問學人宿舍，使筆者在德國停留期間能夠專心蒐集資料並研析相關爭議。

在筆者於 2018 年 7 月底抵達德國法蘭克福機場後，Knauff 教授即開車來機場接筆者。除與 Knauff 教授一家人共同用餐及進行簡單的城市導覽外，亦與 Knauff 教授就相關問題進行討論、交流，藉此了解行政罰鍰在不法利得沒入時，所扮演的角色，以及德國目前學說、實務上對於此議題的最新討論。

與 Knauff 教授交流後，遂定期前往德國耶拿大學的法學圖書館，除蒐羅最新的文獻之外，亦利用該校法學圖書館的電子資料庫，檢視目前德國關於此議題的最新文章、實務判決等。以德國「秩序違反法」的註釋書（Kommentar）來說，主要包括下列資料：

- | | |
|----------------------------|---|
| Bohnert/Krenberger/Krumm | Ordnungswidrigkeitengesetz, C.H.BECK, 5. Aufl., 2018 |
| Göhler, Erich | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, C.H.BECK, 17. Aufl., 2017 |
| Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.) | BeckOK OWiG, 19. Edition, Stand: 15.06.2018 |
| Mitsch, Wolfgang (Hrsg.) | Karlsruher Kommentar zum OWiG, C.H.BECK, 5. Aufl., 2018 |

參、心得及建議

由於筆者此次前往德國之目的，主要是在蒐集並研析德國「秩序違反法」有關不法利得沒入、追繳的學說見解及實務決定；另外，如同前述，我國行政罰法第 18 條第 2 項主要是以德國「秩序違反法」第 17 條第 4 項為參考對象，因此就心得來說，以下將集中在筆者目前就德國「秩序違反法」第 17 條的初步研究心得，尤其是集中在該條第 4 項的規定。至於後續更多的細部研究心得，自會呈現在期中報告以及期末報告之中。

一、心得：德國秩序違反法（OWiG）第 17 條之初步研究

（一）經濟利益（wirtschaftlicher Vorteil）的範圍及定義

德國秩序違反法第 17 條係就「罰鍰之額度」（Höhe der Geldbuße）作規定，各項規範如下⁶：

第 1 項：罰鍰額度最低為五歐元，若法律無其他規定時，最高為一千歐元。

第 2 項：若法律同時處罰故意及過失之行為，但卻未區分最高罰鍰額度時，則過失行為至多僅能處以法定最高額度一半的罰鍰。

第 3 項：罰鍰額度的裁量基礎在於「違反秩序行為之重要性」以及「違法行為人之非難性」。違法行為人的經濟狀況亦應納入考量；但若在輕微違法行為的情況下，則通常不予以考量。

⁶ 本條文之中譯文主要是參考吳綺雲博士所翻譯的德國「秩序違反法」，並略作文字的修改，參考，司法院中譯外國法規網站：<https://www.judicial.gov.tw/db/db04.asp>（最後瀏覽日：2018 年 9 月 4 日）。

第 4 項：罰鍰應超越違法行為人基於違法行為所獲得之經濟利益。倘若法定最高金額仍不足時，罰鍰金額得超過法定最高金額。

與本次研究主題最為相關者，自屬該條第 4 項之規定。首先，就本項適用範圍來說，秩序違反法第 17 條第 4 項的處罰對象僅限於有藉由親自參與違法行為而獲取利益的自然人，相對來說，縱使同法第 30 條第 3 項有回溯至第 17 條第 4 項的規定，但第 29、30 條的適用對象仍是以第三人為主⁷。如同前述，秩序違反法第 17 條第 4 項的規定，彰顯了罰鍰的雙重特性（Doppelcharakter der Geldbuße）⁸：

- 制裁的部分：呈現在「裁罰基準表」（Bußgeldkatalog）當中的規定；
- 帶有預防規制性質的「利益沒入」（Gewinnabschöpfung）。

在德國行政實務上，由各邦在權限範圍內所制定的「裁量基準表」具有相當程度的重要性。所謂「裁罰基準表」（Bußgeldkataloge）是對於「罰鍰數額的決定」提供一個穩定的衡量標準，以達到公平對待的目標⁹。「裁量基準表」又可區分為下列兩種：

（1）僅有內部指令效力者：除道路交通法規之外，德國的「裁罰基準表」原則上皆屬於此類；

（2）屬於法規命令性質者：根據道路交通法（StVG）第 26a 條授權制定的「裁量基準規則」（Bußgeldkatalog-Verordnung, BKatV）即屬此類型。在實務運作上，本部「裁量基準規則」（BKatV）為德國運用最頻繁，也是最重要的裁罰基準表¹⁰；在法律效力來說，其不僅

⁷ Vgl. Krumm, Gewinnabschöpfung durch Geldbuße, NJW 2011, S.196.

⁸ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn.37a.

⁹ Vgl. Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, 5. Aufl., 2018, § 17, Rn.34.

¹⁰ Vgl. Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, 5. Aufl., 2018, § 17, Rn.35.

對外生效，對於法院也有拘束力¹¹。

第二，就「經濟利益」(Wirtschaftlicher Vorteil)而言，首先是指行為人透過違法行為所獲取之實質上利益，也包括因此所節省的支出在內¹²，至於非物質的利益，因為並不符合「實質性」的要件，故加以排除。另外，目前多數學說是採取「淨利原則」(Nettoprinzip)的看法，即必須在扣除必要的成本與支出之後，所獲得的利益才是第17條第4項所稱的經濟上利益。相對而言，「經濟地位」的變化，例如自身市場地位的強化，或者是未來營收的前景等，縱使表面來看是屬於非物質性的，但仍具有「經濟性」(wirtschaftlicher Natur)，因此仍要就個案具體調查才可決定¹³。若以貨車超載違規來說，因為超載所必要支出的費用，也要從收益當中扣除¹⁴；就算是合法情形之下所要支出的部分，例如社會保險費用、車輛租金等，也得以從收益當中扣除¹⁵。

除此之外，租稅的繳納也應予以注意及審酌，若是一方面就違法行為所得之利益加以課稅，另一方面又沒入「利益之全額」(在未扣除稅額的情形下)的話，即與前述「淨利原則」(Nettoprinzip)有所違背，也不符基本法第3條所保障的平等原則¹⁶。因此，無論該筆租稅(尤其是指營業稅)是否已經繳納，基於租稅本身就是屬於「利益取得的直接非成本要素」(einen unmittelbaren Unkostenfaktor zur Erlangung des Vorteils)¹⁷，都應該自利益的範圍內扣除¹⁸。

¹¹ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn.27.

¹² Vgl. OLG Düsseldorf, Wistra 1995, 75 = BeckRS 2010, 29868.

¹³ Vgl. Krumm, Gewinnabschöpfung durch Geldbuße, NJW 2011, S.196.

¹⁴ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn.41a.

¹⁵ Vgl. Krumm, Gewinnabschöpfung durch Geldbuße, NJW 2011, S.196.

¹⁶ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn.44; Krumm, Gewinnabschöpfung durch Geldbuße, NJW 2011, S.197.

¹⁷ 所謂「利益取得的直接非成本要素」(unmittelbaren Unkostenfaktor zur Erlangung des Vorteils)，

第三，該不法利益必須要源自於違法行為（*Herkunft des Vorteils „aus der“*），才能加以沒入。例如報酬等直接利益，皆無認定上的困難，得以沒入。但在「間接利益」（*mittelbare Tatvorteile*）方面，則稍有疑義。按第 17 條第 4 項的文義，並無排除「間接利益」；此外，立法者亦有意讓違反秩序法上「利益沒入」的範圍大過於刑法「追徵」（*Verfall*）的範疇，以符合刑事政策上的需求¹⁹，因此「間接利益」亦可加以沒入²⁰。

第四，不法利得沒入的範圍僅限於行為人本身所獲得的利益。然而有爭議的情況在於：倘若行為人是為第三人從事行為時，違反了相關法規，此時所獲得之利益是否屬於行為人本身所取得之利益？在此種情形下，如何區分「個人利益」（*eigene Vorteile*）以及「第三人利益」（*Dritt Vorteile*）？首先，當行為人本身是法人或人民團體（*Personenvereinigung*）的代表人時，則其違法行為所獲得之利益，並不納入行為人自己所取得的利益範圍之內，因此並非第 17 條第 4 項所要規範的客體，而是由第 29a、30 條加以處理²¹。其次，不同於前述情形，當行為人不僅是有限公司（*GmbH*）的執行董事（*der handelnde Geschäftsführer*），同時也是該公司唯一的股東（*Gesellschafter*）時，由該違法行為所取得之利益，也應納入行為人自己的利益範圍之內，並得加以沒入，毋庸依照第 30 條對公司或人民團體作成一個「結社罰鍰」（*Verbandsgeldbuße*）²²。

除了營業稅（*Umsatzsteuer*）、交易所營業稅（*Börsenumsatzsteuer*）等稅收之外，也包括像是有價證券的購買價格（*Einkaufspreis der Wertpapiere*）或者是仲介費（*Provision*），Vgl. BayObLGSt 1980, S.40.

¹⁸ Vgl. Krumm, Gewinnabschöpfung durch Geldbuße, NJW 2011, S.196.

¹⁹ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn.39b.

²⁰ Vgl. Krumm, Gewinnabschöpfung durch Geldbuße, NJW 2011, S.197.

²¹ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn.39c.

²² Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 17, Rn.39c.

(二) 裁量決定及審查順序

按照德國違法秩序罰法第 17 條第 4 項第 1 句的規定，罰鍰數額「應」(soll) 超越不法利得，換言之，此項屬於「應為規定」(Sollvorschrift)²³；但是德國學說認為此處的「應」必須解釋為「得」(Kann)，因為第 4 項與違法秩序行為整體構成要件相比，並無相一致的強大拘束力²⁴，另外，通說也基於本項的立法理由，認為第 4 項的規定也僅是一個「審酌規則」(Zumessungsregel)而已²⁵。換言之，是否要將罰鍰數額超過不法利得，主管機關仍有一定的裁量空間，倘若有下列重要的例外事由時，即可例外的免除不法利得之沒入：(1) 行為人經濟狀況的惡化 (OLG Celle, NJW 2004, 2396)；(2) 利益部分的喪失 (例如轉予第三人)，並由提起此理由者證明利益之「喪失」(Entreicherung)；(3) 對於調查「經濟利益」有所困難。然而，此例外事由的存在並不意味後續「法院的職權調查義務」(Amtsermittlungspflicht durch das Gericht) 得以免除，因為就實務而言，行政機關為免去調查所產生的負擔，因而將罰鍰金額降低的情形亦非罕見；(4) 符合取得一個「許可」的要件，且在取得「許可」之後即可避免行政法規的違反；(5) 由青少年所為的違法行為。

二、建議

此次參訪，除獲得前述初步的研究心得之外，也建議我國相關研究單位以及行政機關，能夠即時更新德國相關學說以及實務的文獻資料，以利往後爭議問題的解決，達到「他山之石，可以攻錯」的成效。

²³ Vgl. Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, 5. Aufl., 2018, § 17, Rn.28.

²⁴ Vgl. Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, 5. Aufl., 2018, § 17, Rn.28.

²⁵ Vgl. Krumm, Gewinnabschöpfung durch Geldbuße, NJW 2011, S.197.