

[illegible]

中華民國九十年二月二十七日

摘要：

1. 行政處分作為私法關係的構成要件，根據從權力分立衍生而來的行政處分構成要件效力，法院應受行政處分的拘束，不得加以審查。惟本研究發現在許多案件即便行政處分不具重大明顯瑕疵，民事法院皆仍對之進行實質審查。

2. 獲得行政機關許可的行為，民事上依然可能被認定為違法，換言之，並不影響第三人民事法上權利的主張。因主管機關決定核發許可與否，根本就不許，也沒有能力審查民法的情況，所作決定也當然就影響不了民事法律關係。且如果概括認定官署的許可會影響第三人私法請求權的行使，可能會有違憲的顧慮。因在法律明定官署的許可可以排除第三人特定民事請求權之行使的情形，立法者都有補償第三人的配套措施，現如果欠缺法律明文，依然認定第三人的請求權也受到影響，不啻意謂第三人的請求權可以未經任何補償地遭到犧牲。

3. 符合公法規定之行為，仍可能負民法上侵權行為損害賠償責任。因公法規定的行政安全管制標準只是一般性控制，它並不試圖，也無法一一掌握、斟酌未來每一侵權個案所涉各個情況因素，所以對個案正義的型塑它是無能為力的；反之，民法侵權責任制度機制，特別是其過失責任標準，特色正在於斟酌具體個案情況，發揮「微調」功能，型塑出個案正義，透過賠償責任的追究，以嚇阻未來侵害之發生。兩種制度功能，前者重在一般性嚇阻，後者則在以「經濟誘因」方式，促使行為人考慮個案因素，以避免侵害之發生。既然控制功能、效果都不相同，就不能互為取代。

4. 法規命令作為刑法構成要件要素時，根據刑法的行政從屬性與功能最適的權力分立觀點，刑事法院應不得審查法規命令的適法性。這項研究發現與主張法官擁有命令違法審查權的通說有別。

5. 解釋刑法規範的行政規則，只具行政內部拘束效力，故法院不受其拘束，這一點實務與學說立場尚稱一致。

6. 以不服從官署的行政處分作為處罰要件，行政法學通說根據行政處分的構成要件效力，主張除非行政處分具重大明顯瑕疵，否則法院應受其拘束，不得審查行政處分的適法性。本研究發現通說的主張是可以維持的，因法益是否脆弱、不具可回復性，是否要直接以對官署決定的不服從作為處罰要件，而不問官署決定的適法性，其判斷本身帶有濃厚政策考量色彩，所以應交由有直接民意基礎的立法者決定，並不適合由司法者逕自判斷。總之，如果立法者不以行政處分的生效為滿足，就須明白要求合法性，如果立法者不明白要求合法性，刑事法院就不得審查行政處分的適法性。

7. 以行政處分作為消極處罰要件，法院亦不得審查行政處分的適法性，即便明知行為人是基於詐欺、脅迫、賄賂等不正當手段而取得許可處分，因行政程序法未將此列為行政處分無效事由，而只是得撤銷，且撤銷與否，權屬行政機關與行政法院，刑事法院尚無權置喙。

行政法對民、刑法的規範效應

計畫主持人： 許宗力 台大法律系教授
研究助理： 黃士洲 台大法研所研究生
林光彥 台大法研所研究生

壹、計畫緣由與目的

公法、民法與刑法鼎足而立的三分之勢，已是當今我國法學公認的現實。由於這三大實定法領域各自都有其目標、架構、基本原則、評價標準、制裁手段與救濟途徑，所以如何儘可能清楚地劃分公、私法的界限，一直是學界奮力不懈的一個議題。然三大法領域在各自獨立、區分的前提下，仍有相互連結、交織現象。這種相互連結、交織現象是多面向的：民法與刑法可能對公法產生規範效應，公法也反過來可能對民、刑法產生規範效應。

行政法對民、刑法的規範效應是本研究關注的重點。稱行政法對民、刑法的規範效應，是行政法立場的觀察；從民、刑法觀點出發，則稱為民、刑法的行政從屬性（*Verwaltungsakzessorietät*）。不同的角度觀察，賦予不同名稱，所指涉其實是同一件事。一般而言，如行政法規作為民法的構成要件要素（民法§184II）、規制私法的行政處分影響私法法律關係的產生、變更與消滅（如公平法第十一條許可事業結合）、行政法規作為刑法構成要件要素（如常見的空白刑法法規）、行政法義務之違反作為刑法構成要件要素（如公平法第三十六條）等等，都是行政法對民、刑法的範限作用的適例。

公、私法如何區分，向來是行政法學傳統研究重點，相對的，公、私法相互交織與連結的相關問題，則較少受到學界青睞，以致比方說行政法所明白允許的行為是否也會構成民事與刑事的不法（如排放廢氣未違反法定排放標準，仍造成鄰人損害，應否負民法損害賠償責任？），或單純不服從行政處分作為刑事制裁的構成要件，該行政處分對法官是否有何種程度的拘束力（如審理違反水污法第三十六條規定，經主管機關命停工而不停止之刑事案件，法官可否審查命停工之行政處分的適法性？）等之問題，在我國就長期以來一直未獲釐清，對法安定性造成重大危害。本研究計畫的提出與執行，目的即在以學說與實務的剖析並進的路徑，對此問題作較深化、細緻的研究，期望能夠釐清一些問題，用供實務參考，並促成行政法學進一步發展。

本研究關注的重點有二：其一，行政法的規範與標準可在何種程度與範圍影響民法與刑法？其二、在行政機關、行政法院評事、民庭法官與刑庭法官間，誰有權終局決定行政法的規範與標準有無被遵守。本研究將檢索涉及行政法對

民、刑法產生規範效應的現行法規，並找出相關民、刑事判決，作系統地整理與評析，並從比較法觀點，探討法院實務，乃至相關法律是否有應興應革之處。

貳、行政法對民法的規範效應

一、規範效應類型

1.行政法規範作為民事法律關係的構成要件

民法第一八四條第二項規定，「違反保護他人之法律者，推定其有過失。」該違反保護他人之法律，幾乎都是公法規範，且其範圍非僅止於立法院通過，總統公佈的法律而已，甚至還包括法規命令。例如最高法院 66 年度台上字第 1015 號判例就指出，交通部會同內政部依道路交通管理處罰條例第九十二條所訂定之道路交通安全規則第一百二十二條第一款及第一百二十八條分別規定：「腳踏車載物寬度，不得超過把手」，「慢車(包括腳踏車)在夜間行車，應燃亮燈光」，倘行為人夜間乘腳踏車未燃亮燈光，而其後載竹簍復超過規定寬度，即係違反前述保護他人之法律¹。此外，民法第七十一規定，「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。」法條所稱強制或禁止之規定亦多屬公法規範。最後，實務上也有以行政命令作為民事契約之內容者，例如財政部所定之標準火險保單，實務亦不審查其內容而以之為判決依據（地方法院 83 年度保險字第 71 號判決參照）。

2.行政處分影響民事法律關係的發生、變更或消滅

這種規範效應類型，學說多稱之為規制私法的行政處分或形成私法的行政處分，其目的有在促成私法關係之產生者（如許可、核准或認可某私法契約），也有在變更私法關係之內容者（如強制減定房租），甚至也有在消滅私法關係者（如註銷耕地租約、撤銷人民團體決議）的行政處分²。此外，德國法則有一種以行政處分之作成排除民法特定請求權之行使的類型，例如聯邦防止有害物質侵入法（Bundesimmissionsschutzgesetz）第十四條規定，放射性設施營運許可執照的核發，可以排除鄰人根據民法的妨害防止與除去請求權之行使。德國原子能法第七條第六項與航空法第十一條也有類似規定。

3.行政法對私法的重疊適用

¹ 另請參閱王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論一般侵權行為，頁 349 以下。

² 許宗力，論規制私法的行政處分，收錄於同作者，憲法與法治國行政，頁 315 以下。

國家從事私經濟行為，為避免國家「遁入私法」，逃避公法的束縛，一般咸認為國家在此不能如一般私人般地主張私法自治，毋寧仍須受公法原理原則，例如平等原則、比例原則等的拘束³，這種行政法對民法的規範效應類型，特徵即表現在行政法對私法的重疊適用上。

4.行政法作為民法規範的解釋準據

還有一種規範效應類型，即援引行政法規定的標準作為民事法概括條款的解釋準據。例如民法第七百九十三條，「土地所有人，於他人之土地有煤氣、蒸汽、臭氣、煙氣、熱氣、灰屑、喧囂、振動、及其他與此相類者侵入時，得禁止之。但其侵入輕微，或按土地形狀、地方習慣，認為相當者，不在此限。」認定氣響侵入是否「按地方習慣認為相當者」，就可以以空污法與噪音管制法授權主管機關所定管制標準作為解釋這些概括條款的參考⁴。

二、爭點

1.行政處分作為私法關係的構成要件，法院可否審查？

當行政處分依法作為私法關係的構成要件時，根據權力分立原則，除非該行政處分有明顯、重大的違法瑕疵，否則民事法院必須受該行政處分的拘束，不得自行審查其適法性，行政法學稱此為行政處分的構成要件效力⁵。行政處分的構成要件效力雖早已蔚為行政法通說，但最高法院多號判決仍明白表示關於自耕能力之證明，係屬事實認定問題，其立證方法，非以鄉、鎮、市、區公所核發之自耕能力證明書為唯一之證據。即令已取得自耕能力證明書，法院仍應就各具體個案，斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，就其是否具有自耕能力為實體之認定（最高法院 86 年度台上字第 1315 號判決、87 年度台上字第 910 號判決）。亦即，最高法院在此種情形，並不認為民事法院應受行政處分之拘束，即令該行政處分沒有明顯重大瑕疵，民事法院仍作實質的適法性審查。顯然民事法院法官對行政法仍有相當隔閡。

2.獲得官署許可的行為，民事法上仍可能被認定為違法？

³ 詳請參照許宗力，基本權利對國庫行為之限制，收錄於同作者，法與國家權力，頁 1 以下。

⁴ 由於基本權對包括民法在內的一切下位階法規的放射作用，所以民事法院解釋民法概括條款（例如民法第七十二條的公序良俗、第一八四條第一項的善良風俗）時，也應參酌基本權保護的精神作解釋。這種現象我們無妨稱之為憲法對民法的規範效應，因本文關注重點在行政法對民法的規範效應，故不擬再作討論。

⁵ 有關行政處分的構成要件效力，詳請參照許宗力，行政處分，翁岳生編《行政法》，頁 586 以下。

行政法所允許的，刑法不能加以處罰。這句話固然不錯，但是否也可以適用在行政法與民法的關係上？例如獲得行政官署許可的行為，民事上是否仍可能被認定為違法？或換一個角度說，行政處分可否拘束民事法院對私法關係的認定？例如依法獲有建築許可執照之行為，鄰人是否仍可能根據民法第一八四條或第七百九十三條主張損害賠償請求權或氣響侵入禁止請求權？

就前揭問題，有幾點理由，本文以為，除非法律明定官署的許可可以排除第三人特定民事請求權之行使⁶，否則行政處分的作成（例如建築許可執照的發給），並不影響第三人民事法上權利的主張：（1）主管機關決定發給執照與否，基於管轄權之分配，根本就不許，也沒有能力審查民法的情況，所作決定也當然就影響不了民事法律關係⁷。（2）如果我們概括地認定官署的許可會影響第三人私法請求權的行使，可能會有違憲的顧慮。因在法律明定官署的許可可以排除第三人特定民事請求權之行使的情形，立法者都有補償第三人的配套措施⁸，現如果我們欠缺法律明文，依然認定第三人的請求權也受到影響，不啻意謂第三人的請求權可以未經任何補償地遭到犧牲⁹。再說，在核發許可的行政程序中，第三人也未必有機會表示意見。

但在所謂派生的私法(*derivatives Privatrecht*)，也就是行政法規之違反可以導出私法效果的情形，就不一樣。以民法第一八四條第二項之規定為例，雖然違反保護第三人之法律推定為有過失，但如果行政機關根據建築法第五十一條，許可某紀念性建築物突出於建築線之外，此時民事法院就不能自行否定該許可的效力，以違反保護第三人之法律為理由而承認第三人的損害賠償請求權¹⁰。

3.符合公法規定之行為，是否仍可能負民法上損害賠償責任？

另一個類似的問題，符合公法規定之行為，是否仍可能負民法上損害賠償責任？例如工廠排放空氣污染物，符合環保署依空氣污染防治法公告之排放標準，但如果仍造成鄰人損害，鄰人對其是否仍能主張侵權行為損害賠償請求權？

排放標準屬民法第一八四條第二項所稱保護第三人之法律，一般並無異議¹¹，

⁶ 例如前揭德國聯邦防止有害物質侵入法第十四條（放射性設施營運許可執照的核發，可以排除鄰人根據民法的妨害防止與除去請求權之行使）、原子能法第七條第六項與航空法第十一條的規定等是。此種規定是否合憲，已是另一問題。德國學界對此有熱烈討論，可參閱 Gerhard Wagner, *Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit*, Köln, Berlin u.a., 1989, passim. 我國法迄今似尚未有類似規定。

⁷ Ossenbühl, *Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht*, DVBl.1990; S.968.

⁸ 德國法明文承認官署的許可可以消滅第三人民事請求權，其要件非常嚴格，除要有補償的配套措施外，有些法律甚至規定唯有經公眾參與程序的許可才能排除第三人的請求權。

⁹ Hans D. Jarass, *Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht*, VVDStRL 50(1991), S.263f.

¹⁰ Vgl. auch Ossenbühl, DVBl.1990, S.968; Jarass, VVDStRL 50(1991), S.267.

¹¹ 王澤鑑，註一前揭書，頁 352；龐立雄、孫迺翊，從鶯歌鎮陶瓷廠空氣污染糾紛談我國公害民事救濟關於因果關係與違反性之認定，月旦法學雜誌，第 8 期，1995/12，頁 98；最高法院 72 年度台上字第 5141 號判決。

故遵守排放標準，至少可以確定不構成第一八四條第二項的侵權行為責任¹²。惟是否仍能免除同條第一項前段之責任？在纏訟經年的鶯歌鎮陶瓷廠空氣污染糾紛中，各審法院見解不一，第二次更審判決（高等法院 74 年上更（二）字第 229 號判決）認為，被告工廠既已遵守環保標準，並無故意過失，自不負損害賠償責任。惟最高法院 75 年度台上字第 588 號判決認為，排放之污染物未超過政府公告之標準，仍無法排除其有損害農作物之可能，在此情形下，被告工廠未設置回收設備，怠於防範，能否認其無故意過失，亦非無疑。但第四次更審判決（高等法院 76 年重上更（四）字第 27 號判決）仍堅持認為，被告工廠所排放廢氣既合乎法令規定，即難指其無回收設備即有過失，且未逾法定標準，自屬輕微，依據民法第 793 條但書規定，氣響侵入輕微，或按土地形狀、地方習慣，認定相當者，土地所有人不得禁止他人為之，因此本案尚難推定為有過失。

本文認為，符合排放標準之行為，並不當然能免除侵權行為損害賠償責任。因像排放標準之類的行政安全管制標準即便屬保護第三人之法律，所能做到的仍只是一般性控制，它並不試圖，也無法一一掌握、斟酌未來每一侵權個案所涉各個情況因素，所以對個案正義的型塑它是無能為力的；反之，民法侵權責任制度機制，特別是其過失責任標準，特色正在於斟酌具體個案情況，發揮「微調」功能，型塑出個案正義，透過賠償責任的追究，以嚇阻未來侵害之發生。兩種制度功能，前者重在一般性嚇阻，後者則在以「經濟誘因」方式，促使行為人考慮個案因素，以避免侵害之發生。既然控制功能、效果都不相同，就不能互為取代¹³。故如果認為合乎行政法上的安全管制標準，在民法上就當然阻卻違法¹⁴，或完全不考慮具體事實，放棄斟酌具體情況，依個案去認定行為人是否盡了善良管理人責任¹⁵，就逕行免除行為人的民事侵權賠償責任，顯係誤解、混淆兩種不同制度功能所致。綜此，本文認為符合公法規定之行為，並不當然免除民法侵權責任。

¹² 在此係以第 184 條第 2 項構成獨立侵權行為請求權基礎為立論基礎。參王澤鑑註 1 前揭書，頁 341 以下。

¹³ 侵權責任制度與行政安全管制規定兩者不同的嚇阻功能，主要參照張英磊，由嚇阻功能與損害分散談損害填補機制之配置，台大法研所碩士論文，1998 年，頁 35 以下。

¹⁴ 合乎法定安全管制標準，並不當然阻卻違法，就此點而論，我國實務與學說似均無異議。例如最高法院 83 年度台上 2197 號判例謂：「土地所有人經營工業及行使其他之權利，應注意防免鄰地之損害，民法第七百四十七條定有明文。而空氣污染防治法係行政法，其立法目的，係在維護國民健康、生活環境，以提高生活品質，此觀第一條之規定自明。故工廠排放空氣污染物雖未超過主管機關依空氣污染防治法公告之排放標準，如造成鄰地農作物發生損害，仍不阻卻違法。」（惟本判例認為廢氣排放標準的目的，僅在於維護國民健康等公益目的，而不及第三人之保護，即非無商榷餘地。）民法學者也都採相同看法，認為經行政機關許可之行為固具有適法性，但行政機關之許可並非認許對第三人之權利亦得侵害。故即使在許可範圍內之行為，亦應斟酌具體事實，判斷該個別利益的侵害，是否為社會一般觀念所允許，不得以已得行政機關的許可，即認為該行為合法而阻卻違法。參見史尚寬，債法總論，頁 122；同氏著，物權法論，頁 81 以下；孫森焱，民法債編總論，頁 157 以下；邱聰智，公害民事救濟法，收錄於氏著，公害法原理，頁 240。

¹⁵ 如前揭鶯歌陶瓷廠空氣污染糾紛案件，高等法院第二次與第四次更審判決所持見解般。

參、行政法對刑法的規範效應

一、規範效應態樣

行政法規作為刑法構成要件要素，或行政法義務之違反作為刑法構成要件要素等，所在多有，我們稱此現象為行政法對刑法的規範作用，或刑法的行政從屬性。

1. 行政法規作為刑法構成要件要素

最為一般人所熟悉的規範效應態樣，當屬以行政法規作為刑法的構成要件要素。在此，刑法扮演的是輔助性的制裁法功能，亦即透過刑法的制裁以確保行政法規之獲得遵行。須注意的是，作為刑法構成要件要素的行政法規，除了可能是法律外，也有可能是法規命令。在法學上較有探討實益的，都是法律授權行政機關以法規命令建構刑法構成要件要素之情形¹⁶，例如懲治走私條例第 2 條，「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處七以下有期徒刑，得併科新台幣二十萬元以下罰金。第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」或水污法第 34 條，「事業無排放許可證，且其排放廢水所含之有害健康物質超過放流水標準者，處負責人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三萬元以下罰金。前項有害健康物質之種類，由中央主管機關公告之。」就都是以法規命令作為刑罰構成要件要素之適例。

此外，雖未經法律明白授權，但有舉發不法之職責的行政機關為執行法律之便，也有可能自訂屬內規性質的行政規則。該行政規則縱不屬嚴格意義的行政法規，但對刑法構成要件該當與否的判斷也發揮很大的影響作用，例如刑法第 185 條之 3，「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處... ..」。檢警機關為執行該法，遂由法務部於八十八年五月十日邀集司法院刑事廳、交通部、衛生署、高等法院檢察署、警政署與中央警察大學等相關單位研商，決議「以呼氣後酒精濃度達每公升〇點五五毫克，即認為已達不能安全駕駛之標準，至於標準以下之行爲，如輔以其他客觀事實得作為不能安全駕駛之判斷時，亦應依刑法第一八五條之三規定移送法辦處以刑罰。」並通函各機關辦理。該〇點五五毫克標準的法律性質應屬行政程序法第一五九條所稱之行政規則，且是屬認定事實的解釋性行政規則，其對刑事法院的認事用法有影響力自不待言。

2. 個別具體行政法義務之違反，作為刑法構成要件要素

¹⁶ 刑法學通稱為空白刑罰法規。

以行政處分或負擔課予相對人的作為或不作為義務，作為刑法構成要件要素，也是常見的規範效應類型。在此，刑法扮演的同樣也是輔助性的制裁法功能，亦即透過刑法的制裁以確保個別具體行政法義務之獲得遵行。像水污法第 36 條，「事業不遵行主管機關依本法所為停工或停業之命令者，處……」，空污法第 45 條，「公私場所不遵行主管機關依本法所為停工或停業之命令者，處……」，公平法第 35、36 條，「違反第○○條之規定，經主管機關限期命其停止、改正、更正而逾期未停止者，處……」，集遊法第 29 條，「集會遊行經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行，經制止而不遵從，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役。」等，都是此規範效應類型的適例。

3. 許可作為處罰的消極構成要件或阻卻違法要件

最後還有一種行政法對刑法的規範效應類型，即以許可作為處罰的消極構成要件或阻卻違法要件，例如水污法§35「違反第三十條第一項未經省（市）主管機關許可，將含有害健康物質之廢（污）水注入於地下水體或排放於土壤者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三萬元以下罰金。」反面解釋，取得主管機關的許可，犯罪構成要件即不該當。

二、爭點

1. 法規命令作為刑法構成要件要素，法院可否審查法規命令的適法性？

當法規命令作為刑法構成要件要素時，刑事法院可否審查該法規命令的適法性，並於認定不適法時，逕行排斥不適用而認定系爭案件不構成犯罪？我國學說幾乎一面倒地採肯定說，認為法院有命令違法審查權¹⁷。至於實務看法，大法官在早期的釋字第 38 號解釋指出，「憲法第八十條之規定，旨在保障法官獨立審判，不受任何干涉。所謂依據法律者，係以法律為審判之主要依據，並非除法律以外，與憲法或法律不相抵觸之有效規章，均行排斥而不用。」似亦間接承認法官對與法律相牴觸之「有效規章」得逕行排斥不用。目前行政法院審理行政訴訟，於判斷行政處分是否違法時，審查所依據之法規命令是否違法的例子也確實已所在多有。但我國刑事法院是否也有審查法規命令的適法性，雖然學者肯定之，筆者則暫持保留態度。因學者所舉刑事法院曾就法規命令之適法性亦進行審查的實例，究其實是行政規則（即所謂有關法規釋示之行政命令）而非法規命令¹⁸。且依筆者檢索最近幾年判決，如彰化地院 86 簡 103 號判決、86

¹⁷ 翁岳生，論命令之違法審查，收錄於氏著，行政法與現代法治國家；陳敏，行政法總論，頁 90 以下；吳庚，行政法之理論與實用，頁 70。

¹⁸ 例如台灣高等法院 52 年財抗字 569 刑事裁定所審查的台灣省財政廳 51 年 11 月 20 日財六字

易 245 號判決、桃園地院 85 易 1085 號判決審理違反水污法案件，法院對環保署所公佈放流水標準的形式與實質適法性俱不作審查。有關違反懲治走私條例案件，對行政院所公告的管制物品，法院亦未曾作任何形式或實質審查。

主張刑事法院有權審查法規命令之適法性者，似都以普通法院法官為法律專家作為理由。但基於下面兩點理由，本文認為還是以採否定說為宜：一，從刑法對行政法的從屬性觀點看，刑法制裁在此只具輔助性功能，主要目的只是用來確保行政法義務之獲得遵行，故職司刑法制裁的刑事司法實不宜擅自將自己從配角晉升為主角地位；其二，從功能最適觀點出發，刑事法院對具有專業知識與配備之行政機關依法律授權所訂定法規命令，是否符合授權目的，有無逾越授權範圍等等問題，亦難以做更「正確」的判斷。例如放流水標準與進出口管制物品的公告，涉及強烈專業性格，筆者就很難理解普通法院的法官可以審查其適法性。綜上，本文認為刑事法院應受法規命令之拘束，不應擁有命令違法審查權。即便要採肯定說，也只能承認法院有形式審查權（例如有無法律授權，有無履踐法定的命令訂定程序等），實質審查權則仍不宜賦予之。

2. 對於解釋刑法規範的行政規則，法院是否受其拘束？

前文提到，為執行刑法第 185 之 3 條「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處... ..」之規定，檢警機關曾訂有以○點五五毫克作為判斷標準的行政規則。該行政規則對刑事法院有影響作用固不待言，問題是，刑事法院是否受其拘束，而不能做相異之認定？

台北地方法院 88 年度北簡字第 1484 號判決主張法院審理時不受該標準拘束，認為不能單以酒精濃度逾每公升○點五五毫克，就認定被告已達不能安全駕駛的地步，毋寧，是否不能安全駕駛，仍應依被告行為當時之主觀精神狀態及客觀駕駛狀態認定之。本判決認為檢警機關○點五五毫克的標準對法院沒有拘束力，其結論是可以贊同的，因行政規則只用來拘束下級機關，法院本就不受拘束，且大法官不僅在早期的釋字第 137 號解釋就已表示，「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令（作者按：實即行政規則），固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。」即近期的釋字第 407 號解釋也明確表達，「至於個別案件是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，依其獨立確言之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束。」故刑事法院之不受行政規則拘束，應無疑義。總之，作為行政規則，○點五五毫克標準在效力上充其量只能視為是一種鑑定，其固然可供法官作證據認定上之參考，但對法官無法拘束力。然法院於本判決援引罪刑法定主義，並主張是否不能安全駕駛，只能以個案具體認定之，而不能出自於一個

71392 號令第二段第二點，以及同院 52 年上易字 1326 號刑事判決所審查的經濟部 62 年國營字 03069 號函，其實都是解釋法律的行政規則，並非法規命令。

一般的抽象標準，其忽略了本條是抽象危險犯的事實¹⁹，就明顯是記刺偏了的矛頭²⁰。

3.以不服從官署的行政處分作為處罰要件，法院可否審查行政處分的適法性？

如前述，以不服從官署的行政處分作為處罰要件的例子相當多，但也因此衍生一個問題：刑事法院可否審查行政處分的適法性？例如根據水污法第 36 條，事業不遵行主管機關依本法所為停工或停業之命令者，處以一定之刑罰，則刑事法院可否審查環境主管機關所為停工、停業令的適法性？或例如根據集遊法第 29 條，集會遊行經主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行，經制止而不遵從，首謀者處二以下有期徒刑或拘役。則刑事法院可否審查警察機關命解散處分之適法性？

我們先看看實務是如何看待這個問題。有關違反集會遊行法案件，刑事法院充其量只審查警方有無依法三次舉牌命令群眾解散（台中地院 85 易 2222 號判決），至於命解散處分本身的適法性，則不審查（例如屏東地院 84 易緝 83 號判決），甚至有的判決還明文表示：「警方舉牌表示及相距時間是否妥適，係屬行政權範圍，非本院所得審酌」（台灣高等法院 83 上易 5278 號判決）。有關違反水污法案件，法院同樣也都不審查環保機關的停工或停業令的適法性（例如高雄地院 85 易 490 號判決、雲林地院 84 易 977 號判決）。至於違反前專利法第 107 條案件，台灣高等法院台南分院 83 上易 1194 判決雖主張在理論上，普通法院不欲承認行政處分之拘束效果，而傾向由地院自行審查行政處分的有效與否。但緊接著又指出，尤其行政處分有特別重大之瑕疵，並依一切可供斟酌之情形加以合理判斷，其瑕疵足可認為公然明顯者，其行政處分無效。最後並以該案中標局之行政處分具重大明顯瑕疵為由，而認定其無效。整體而言，其實也都未逸脫出傳統行政處分構成要件效力的理論範疇。換言之，承認行政處分除非因具重大明顯瑕疵而導致無效，否則刑事法院即受其拘束，不能作再進一步的適法性審查。

比較特殊的是違反都市計畫法案件。根據都市計畫法第 80 條，不遵地方政府依第 79 條規定命拆除、改建、停止使用或恢復原狀之命令者，除依法予以行政

¹⁹ 張麗卿，酗酒駕車在交通往來中的抽象危險——評台北地方法院八十八年度北簡字第一四八四號等判決，月旦法學雜誌，54 期，1999/11，頁 173 以下。

²⁰ 在德國，一般也認為刑事法院不受行政規則拘束直接以對官署決定的不服從作為處罰要件。不過環境法領域涉及環境安全管制標準的所謂「規範具體化的行政規則」（normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften），行政法學者 Ossenbühl 認為對刑事法院也有拘束力（Ossenbühl, DVBl.1990, S.972.），刑法學者例如 Tiedemann 等則堅持刑事法院僅受以法律或法規命令形式表現的環境管制標準拘束，行政規則則沒有拘束力（Tiedemann/Kindhaeuser, NStZ 1988, S.344.）。由於德國基本法第 80 條明定法規命令必須有法律授權，所以德國法在不得已情況下才發展出這種有外部效力的「規範具體化的行政規則」乃至所謂「代替法律的行政規則」，我國情形則未必如此，所以德國行政法學界縱有主張環境法領域的行政規則對刑事法院有拘束力者，也難以在我國適用。

強制執行，並得處六個月以下有期徒刑、拘役或科三千元以下罰金。士林地院 85 易 1928 號判決則實體審查該命拆除之行政處分的適法性，在認定該行政處分於法有違後，諭知被告無罪之判決。

對此問題，行政法學通常援引從權力分立原則衍生而來的行政處分的「構成要件效力」，主張行政處分縱令有違法的瑕疵，但只要瑕疵不到重大明顯而導致無效地步，對刑事法院仍有拘束力，也就是說，法院無權審查行政處分的適法性²¹。據此，則即便該違法行政處分事後遭撤銷，刑事法院還是受其拘束²²。

但這種看法遭致刑法學陣營嚴重批評，因單純形式秩序的維護尚不足以構成可罰性的基礎²³，「國家權威必須具有正當性，服從本身並不值得保護²⁴。」學者乃試圖對行政法的通說作進一步修正，主張是否處罰，視行政機關有無經有權機關廢棄而定，質言之，其認為行政處分事後的廢棄，不僅在行政法上，即刑法上也應同樣具有溯及效力，廢棄既然有溯及效果，當然會影響刑罰構成要件該當與否的判斷²⁵。此說固非無道理，惟要求人民必須自己提起行政救濟，始得冀求免罰，而無須國家證明自己行為的合法，似又與無罪推定原則不符²⁶。最後，學說上也有人乾脆主張由刑事法院逕行依循行政法的適法性判斷標準審查行政處分的適法性²⁷。此說不啻全面否定行政處分的構成要件效力，其表面上似對人權保障更有利，但在權力分立面前則難站得住腳，何況由專業知識、配備均難與行政機關匹配的刑事法院審查行政處分的適法性，果真對人權保障較有利，也不盡然。

其實，經驗顯示，為能有效保護某些脆弱的、不具可回復性的法益，例如交通秩序與環境法益等，要求人民須無條件即時遵守、服從官署的決定，往往是唯一的可能選擇。所以立法者倘若準此考慮，設計成抽象危險犯的處罰要件，也就是直接以對官署決定的不服從作為處罰要件，而不問該決定的合法或非法，事後有無被廢棄，就非不能想像²⁸。在此情形，刑事法院須受該行政處分的拘束，不得審查其適法性，自屬當然。這種刑罰類型因只問官署決定有無被遵守，而不問決定本身的適法與否，表面上看來雖然好像目的只在單純維護國家權威與形式秩序，其實目的還是在維護背後的實質法益，所以學說有關承認行政處分的構成要件效力不啻以形式秩序與國家權威的維護作為可罰性基礎的批評，其實並不中肯²⁹。

²¹ Breuer, NJW 1979, S.1862,1870; Horn, NJW 1981, S.1,2; Schröder, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil und Strafrecht, VVDStRL (50), 1991, S.221ff.; Ossenbühl, DVBl 1990, S.971ff.

²² 德國法院曾採此見解，參見 OLG Hamburg MDR 1968, S.1027; OLG Karlsruhe NJW 1978, S.116.

²³ Ostendorf, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1991, S.170; Gerhards, Die Strafbarkeit des Ungehorsams gegen Verwaltungsakte, NJW 1978, S.86,88.

²⁴ Ostendorf, ebenda.

²⁵ Janicki, JZ 1968, S.95.

²⁶ 進一步批評，詳見 Ostendorf, JZ 1991, S.171.

²⁷ Mohrbutter, Bindung des Strafrichters an das Handeln der Verwaltung? JZ 1971, S.213.

²⁸ 許宗力，行政處分，翁岳生編，行政法，2000，頁 589；Ostendorf, JZ 1991, S.174.

²⁹ Vgl. Schröder, VVDStRL (50), S.223; Breuer, Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung, DÖV 1987, S.181; Rengier, Die öffentliche rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 1989, S.881.

如果以刑罰規定的目的是否在於保護脆弱、不具可回復性的法益，或者說，是否直接以對官署決定的不服從作為處罰要件，作為是否允許刑事法院審查行政處分適法性的判準，我們進一步面臨的問題是，如何辨識是否屬此情形？如果刑法條文明定以合法的官署行為作為處罰要件，既然官署行為的適法性屬刑罰構成要件之一，法院當然就可以，甚至有義務審查行政處分的適法性。就像妨害公務罪，立法者就是認為對非依法執行的公務加以抗拒，並不適合繩之以妨害公務罪，才於法文明定「依法執行公務」作為犯罪構成要件。但更多情形法條並未明定以合法的官署行為作為處罰要件，例如水污法、空污法、都計法，此時是否就表示立法者有意直接以對官署決定的不服從作為處罰要件，而不問決定本身的適法與否？筆者過去曾撰文認為遇此情形仍應透過法律解釋探求處罰意旨而定³⁰。不過為了法明確性，以及為尊重立法者的立法裁量，本文認為只要法條未明定以合法的官署行為作為處罰要件，刑事法院就不得審查官署行為的適法性，因法益是否脆弱、不具可回復性，是否要直接以對官署決定的不服從作為處罰要件，其判斷本身其實帶有濃厚政策考量色彩，並不宜由司法者逕行作判斷。所以最後還是要看立法者的決定，總之，如果立法者不以行政處分的生效為滿足，就須明白要求合法性，如果立法者不明白要求合法性，刑事法院就不得審查行政處分的適法性。

回到前面舉的幾個案例。違反集遊法與水污法案件，法院不審查行政處分的適法性洵屬正確，因交通與環境法益確具脆弱、不可回復性之特性，要求人民須無條件即時遵守、服從官署的決定，而不問官署決定是否適法，誠有必要，且法文也的確不以行政處分的適法性作為處罰要件。至於專利法與都計法案件，這兩種法律所保護法益是否具脆弱、不可回復性特色，委實說，正反兩種意見都可舉出一番道理來，在兩說相持不下的情況，尊重立法者決定應是權力分立要求下不得不然的選擇。故既然這兩種法律都未明白要求行政處分以合法者為限，則法院當然也就不應逕自審查行政處分的適法性。前揭專利法案件，法院固聲稱其不欲受行政處分的拘束，但所審查者也僅止於行政處分是否有重大、明顯瑕疵而導致無效而已，基本上還是謹守行政處分構成要件效力的約束，所以結論是可贊同的。至於違反都計法案件，法院幾乎可說已對行政處分的適法性作了最強烈、徹底的強烈內容審查，其是否在權力分立面前佔得住腳，就很值懷疑了。

四、以行政處分作為消極處罰要件，法院可否審查行政處分的適法性？

根據水污法§35 之規定，未經主管機關許可，將含有害健康物質之廢（污）水注入於地下水體或排放於土壤者，構成犯罪。本條規定是以取得許可作為免罰要件的範例。在此值得討論的問題是，倘是違法取得許可，刑事法院可否審查許可的適法性？許多刑法學者主張該許可必須具備實質合法性，才可獲致免

³⁰ 許宗力，行政處分，翁岳生編，《行政法》，頁 589。

罰，尤其是基於詐欺、脅迫與賄賂而來的許可，構成權利之濫用，不能主張信賴保護，所以法院應有權審查許可的適法性，不受該許可的拘束³¹。行政法學者如 Ossenbühl 則力主刑事法院對許可的適法性不能審查，認為倘允許刑事法院審查許可的適法性，勢必傷及信賴保護，並且也侵犯行政權與行政法院權³²。刑法學界在此嘗試要擺脫環境刑法的行政從屬性是完全可以理解的，蓋倘一方面明知係以詐欺、脅迫或賄賂手段取得許可，他方面為尊重行政權而只能對此違法獲得的許可處分無可奈何，以致不能對行為人繩之以法，確是與一般人法感不符的。然問題是，立法者在制定行政程序法時，並未將以詐欺、脅迫或賄賂手段取得許可列為無效理由，而只是得由行政機關或行政法院撤銷之，則在法律未有明白相反規定的情形下，刑事法院實很難主張其有權略過行政機關與行政法院，而自行審查該許可處分的適法性。何況刑法學者在此主張行為人不享有信賴保護，也未必中肯，蓋誠如學者所指出³³，即使該行為人是一「惡意」的市民，但至少他也可以主張信賴行政程序法，主張其可能涉及牴觸刑法規範之行為在未經行政機關或行政法院予以撤銷前皆繼續有效。

肆、結論

綜上研究，就行政法對民、刑法的規範效應問題，可整理出如下幾點重要發現：

1. 行政處分作為私法關係的構成要件，根據從權力分立衍生而來的行政處分構成要件效力，法院應受行政處分的拘束，不得加以審查。惟本研究發現在許多案件即便行政處分不具重大明顯瑕疵，民事法院皆仍對之進行實質審查。

2. 獲得行政機關許可的行為，民事上依然可能被認定為違法，換言之，並不影響第三人民事法上權利的主張。因主管機關決定核發許可與否，根本就不許，也沒有能力審查民法的情況，所作決定也當然就影響不了民事法律關係。且如果概括認定官署的許可會影響第三人私法請求權的行使，可能會有違憲的顧慮。因在法律明定官署的許可可以排除第三人特定民事請求權之行使的情形，立法者都有補償第三人的配套措施，現如果欠缺法律明文，依然認定第三人的請求權也受到影響，不啻意謂第三人的請求權可以未經任何補償地遭到犧牲。

3. 符合公法規定之行為，仍可能負民法上侵權行為損害賠償責任。因公法規定的行政安全管制標準只是一般性控制，它並不試圖，也無法一一掌握、斟酌未來每一侵權個案所涉各個情況因素，所以對個案正義的型塑它是無能為力的；反之，民法侵權責任制度機制，特別是其過失責任標準，特色正在於斟酌具體個案情況，發揮「微調」功能，型塑出個案正義，透過賠償責任的追究，以嚇阻未來侵害之發生。兩種制度功能，前者重在一般性嚇阻，後者則在以「經濟

³¹ Rudolphi, NStZ 1984, S.197; Dölling JZ 1985, S.469; Bloy, ZStW 900(1988); 許玉秀，水污染防治法的制裁構造——環境犯罪構成要件的評析，收錄於同氏著，主觀與客觀之間，頁 490 以下。

³² Ossenbühl, DVBl.1990, S.973.

³³ Eckhard Horn, Bindung des Strafrechts an Entscheidungen der Atombehörde? NJW 1988, S.2337.

誘因」方式，促使行為人考慮個案因素，以避免侵害之發生。既然控制功能、效果都不相同，就不能互為取代。

4. 法規命令作為刑法構成要件要素時，根據刑法的行政從屬性與功能最適的權力分立觀點，刑事法院應不得審查法規命令的適法性。這項研究發現與主張法官擁有命令違法審查權的通說有別。

5. 解釋刑法規範的行政規則，只具行政內部拘束效力，故法院不受其拘束，這一點實務與學說立場尚稱一致。

6. 以不服從官署的行政處分作為處罰要件，行政法學通說根據行政處分的構成要件效力，主張除非行政處分具重大明顯瑕疵，否則法院應受其拘束，不得審查行政處分的適法性。本研究發現通說的主張是可以維持的，因法益是否脆弱、不具可回復性，是否要直接以對官署決定的不服從作為處罰要件，而不問官署決定的適法性，其判斷本身帶有濃厚政策考量色彩，所以應交由有直接民意基礎的立法者決定，並不適合由司法者逕自判斷。總之，如果立法者不以行政處分的生效為滿足，就須明白要求合法性，如果立法者不明白要求合法性，刑事法院就不得審查行政處分的適法性。

7. 以行政處分作為消極處罰要件，法院亦不得審查行政處分的適法性，即便明知行為人是基於詐欺、脅迫、賄賂等不正當手段而取得許可處分，因行政程序法未將此列為行政處分無效事由，而只是得撤銷，且撤銷與否，權屬行政機關與行政法院，刑事法院尚無權置喙。

重要參考文獻

- 1.王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論一般侵權行為。
- 2.吳庚，行政法之理論與實用，
- 3.翁岳生，論命令之違法審查，收錄於氏著，行政法與現代法治國家。
- 4.許宗力，論規制私法的行政處分，收錄於氏著，憲法與法治國行政，頁 315 以下。
- 5.許宗力，行政處分，翁岳生編《行政法》，頁 586 以下。
- 6.許玉秀，水污染防治法的制裁構造---環境犯罪構成要件的評析，收錄於同氏著，主觀與客觀之間，頁 490 以下。
- 7.張麗卿，酗酒駕車在交通往來中的抽象危險---評台北地方法院八十八年度北簡字第一四八四號等判決，月旦法學雜誌，54 期，1999/11，頁 173 以下。
- 8.張英磊，由嚇阻功能與損害分散談損害填補機制之配置，台大法研所碩士論文。
- 9.陳敏，行政法總論。
- 10.顧立雄、孫迺翊，從鶯歌鎮陶瓷廠空氣污染糾紛談我國公害民事救濟關於因果關係與違反性之認定，月旦法學雜誌，第 8 期，1995/12，頁 98 以下。
- 11.Breuer, Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung, DÖV 1987, S.181ff.
- 12.Gerhards, Die Strafbarkeit des Ungehorsams gegen Verwaltungsakte, NJW 1978, S.86ff.
- 13.Horn, Bindung des Strafrechts an Entscheidungen der Atombehörde? NJW 1988, S.2337ff.
- 14.Jarass, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, VVDStRL 50(1991), S.263f.
- 15.Mohrbotter, Bindung des Strafrichters an das Handeln der Verwaltung? JZ 1971, S.213ff.
- 16.Ossenbühl, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, DVBl.1990, S.968ff.
- 17.Ostendorf, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1991, S.170ff.
- 18.Rengier, Die öffentliche rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 1989, S.881ff.
- 19.Schröder, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil und Strafrecht, VVDStRL (50) , 1991, S.221ff.
- 20.Wagner, Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit, Köln, Berlin u.a., 1989.