



最高檢察署

Supreme Prosecutors' Office

2023
11月 月刊

E-paper



1. 近日媒體報導「議員揭里長揪團赴陸旅遊 質疑中共滲透基層介選」引起國人重視 P1
2. 「臺海上犯罪與國家安全」研討會 P3
3. 檢影集錦 P7
4. 113 年二合一選舉查察座談會 P8
5. 最高檢察署 2023 法學論壇講座
「法學方法論在行政刑罰上之運用」
陳清秀教授專題演講 (二) P9
6. 快樂讀法律 P21

20220921 創刊 (歡迎公益推廣)

ISSN : 2958-0315
EISSN : 2958-0323
GPN : 2011100016

No. 15
2023 年 11 月第 15 期

最高檢察署全球資訊網
<https://www.tps.moj.gov.tw/>

發行：最高檢察署 / 編輯：蘇偉玉、柳瑞宗、許祥珍

► 近日媒體報導「議員揭里長揪團赴陸旅遊 人大常委接待 質疑中共滲透基層介選」、「中國介選招待高雄『中華○○協會』旅遊 22 人到案 2 交保」引起國人重視

112 年 11 月 30 日刑檢察總長泰釗親赴橋頭地檢署嘉勉辦案團隊，並呼籲：天下沒有白吃的午餐，目前境外勢力正以前所未有的利益與方式，意圖影響國人，因此國人赴陸旅遊應避免接受境外敵對勢力指示、委託或資助，以免觸法

一、橋頭地檢署 112 年 11 月 27 日傳訊鄭○○等 22 人到案並認定鄭姓、蔡姓領隊招攬國人赴陸免費接受招待，涉犯反滲透法、總統副總統選舉罷免法及公職人員選舉罷免法等案件，嫌疑重大，分別以新臺幣 15 萬元、5 萬元交保

橋頭地檢署 11 月 28 日新聞稿指出：「鄭○○為某泛○○協會成員，自今年起陸續與中國台辦人員聯繫並招攬團員，中國方面並向鄭○○傳達參與之團員應有特定政治傾向。鄭○○旋即透過社區網絡招攬團員，並率團分別於 112 年 5 月 7 日至 5 月 14 日前往山東；於 112 年 6 月 24 日至 7

月 2 日前往山西；112 年 8 月 3 日至 8 月 13 日前往內蒙古；112 年 9 月 4 日至 9 月 18 日前往新疆；於 112 年 10 月 19 日至 10 月 28 日前往豫州接受中國官方之招待。以上旅遊行程均由中國台辦人員協助進行安排，並由台辦機關全額資助餐飲、住宿、參訪行程等費用，並派員隨行。上開各次行程中亦會穿插安排社區參訪及交流，台辦人員及統戰部人員均會到場並發言，向參與團員宣傳『支持泛○○陣營』、『支持○○黨』、『下架○○黨』、『兩岸和平』、『反台獨』、『兩岸一家親』、『支持九二共識』等言論，鄭○○亦會在



刑檢察總長與橋頭地檢署辦案團隊合影



刑檢察總長嘉勉橋頭地檢署同仁查辦辛勞

場附和，台辦人員並藉機詢問參團人員之政治傾向，利用餐敘敬酒之機會宣傳『支持〇〇合』……等總統副總統選舉相關內容，而鄭〇〇亦會回贈『兩岸一家親』之牌匾予台辦人員。」而上開團員中有數名現任及卸任里長。

二、邢總長 11 月 30 日親赴橋頭地檢嘉勉辦案團隊迅速破獲境外敵對勢力介入選舉案件，並呼籲：天下沒有白吃的午餐，目前境外勢力正以前所未有的利益與方式，意圖影響國人，因此國人赴陸旅遊避免接受境外敵對勢力指示、委託或資助，以免觸法

邢總長表示：「天下沒有白吃的午餐，目前境外勢力正以前所未有的利益與方式，意圖影響臺灣的選舉，國人應警覺帶有政治目的，影響臺灣選舉公正性之交流、旅遊招待等活動。國人赴陸旅遊應避免接受境外敵對勢力指示、委託或資助，以免觸犯反滲透法、兩岸關係條例及選罷法等法律。」

「橋頭地檢署在張春暉檢察長、顏郁山主任帶領下，楊翊煥、鍾葦怡、李侃穎、林世勛、梁詠鈞、朱美綺等檢察官在有限資源下，發揮團隊精神，抽絲剝繭，快速突破，釐清事實，難能可貴。」

三、最高檢察署呼籲：目前距選舉 44 天，接近選舉期間，中國大陸政府及組織邀請國人赴陸旅遊，其數量與型態前所未有，國人進入大陸地區應遵守臺灣法令，避免接受境外敵對勢力指示、委託或資助，以免觸法。尤其選舉期間，國人進入大陸地區接受免費招待，容易引起外界誤解

我國係自由民主國家，目前主管機關仍未開放旅行社招攬民眾及販售赴大陸團體旅遊商品，雖未禁止國人以合法方式赴中交流、參訪，但值此選舉敏感期間，國人赴陸仍應注意相關法律規定，例如非經許可，不得與大陸地區黨務、行政等政治性機關團體為任何形式之合作行為（臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 33 條之 1、第 90 條之 2）；亦不得依境外敵對勢力指示、委託或資助，為特定候選

人宣傳或支持等行為（反滲透法第 4 條、總統副總統選舉罷免法第 43 條）。

據媒體報導，目前有為數眾多的村里長赴陸旅遊，村里長在我國身分地位備受敬重，除為民眾提供生活服務，更是政府與基層民間的溝通橋樑，係我國地方自治體系重要基石，亦為境外敵對勢力特別關注對象，故於赴陸交流時，請注意相關法律規定，以免觸法。

四、依反滲透法規定，如受境外敵對勢力指示、委託或資助，從事選舉有關違法行為，最重可處 5 年以下有期徒刑

依反滲透法第 4 條、總統副總統選舉罷免法第 43 條、公職人員選舉罷免法第 45 條，任何人不得受境外敵對勢力指示、委託或資助有下列行為：公開演講或署名推薦候選人、為候選人站台或亮相造勢、召開記者會、印發、張貼宣傳品或豎立標語、看板，利用網際網路或其他媒體為宣傳，違者最高處五年有期徒刑，得併科 1000 萬元罰金；另依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 33 條之 1、第 90 條之 2，臺灣地區人民或團體，非經許可，不得與大陸地區黨務、行政或涉及對臺政治工作之政治性機關團體，為任何形式之合作。違者，最高可處 50 萬元罰鍰。

五、最高檢察署呼籲：「請國人勇於檢舉，如因而查獲境外敵對勢力介入選舉，最高檢舉獎金新臺幣 2 千萬元。檢舉電話：0800-024099#4。」



邢檢察總長嘉勉承辦檢察官並致贈水果禮盒

➤ 112.11.23 ~ 24 史上首次舉行臺日雙邊檢、警、學 「臺日海上犯罪與國家安全」研討會

一、最高檢察署與中央警察大學共同舉辦「2023 年臺日海上犯罪與國家安全」研討會，深入探討海上犯罪活動與國家安全等議題

海上犯罪活動具一定程度之國際性，僅考量內國刑事法規而進行犯罪訴追活動，易動輒引起國際糾紛，且境外敵對勢力往往藉由海上犯罪活動達到其國家政策目的，有侵蝕我國家安全之風險。有鑑於此，最高檢察署與中央警察大學於 11 月 23、24 日共同舉辦「2023 年臺日海上犯罪與國家安全」研討會，邀請日本海上保安方面的知名學術機構、長崎大學、早稻田大學等專家學者就「灰區衝突與海域執法」、「海上犯罪與刑事訴訟法」、「海域執法機制與管理」、「海上犯罪基礎理論與特別類型」及「中國漁船問題與國家安全」等議題，與臺灣實務界、學界充分交流討論。

會議中大陸委員會主任委員邱太三特別主持「海上犯罪基礎理論與特別類型」議題。檢察總長邢泰釗、法務部常務次長黃謀信、臺灣日本刑事法學研究會理事長林裕順、中央研究院研究員林正義、臺灣大學教授姜皇池、資策會所長蕭宏宜、政治大學副教授陳貞如、中央警察大學副教授葉雲虎、系主任劉春暉、教務長蔡田木及海洋委員會處長黃宣凱等與會主持或參與議程。國家安全局、行政院國土安全辦公室、國家運輸安全調查委員會、法務部調查局、內政部警政署、海洋委員會海巡署、全國各級檢察署亦均受邀派人員參加，現場近 90 人與會。

二、邢總長：臺日專家共聚一堂就海上犯罪各項層面問題深入探討，就制度與實務面評論，為臺灣的社會安定與國家安全提供重要參考

最高檢察署檢察總長邢泰釗指出：「臺灣雖四面環海，但海上犯罪及國安議題，相關法制有欠完備，偵查智能與論述，亦有待強化，感謝警大協助，23、24 日臺日專家共聚一堂進行 2 天的專業交流，隨即就內容進行紀錄彙整，作為第一線檢察官偵辦相

關案件的參考及指引。」、「多樣化的海上犯罪不僅危害治安、破壞寶貴的海洋環境和生態平衡，近年來複雜的國際情勢更影響到國家安全。凡此均涉及複雜的跨國性法律與因應作為。」；「因應之道：司法機關執法人員必須具備充分的專業與語文能力；立法上則必須完備相關法律體系；在國際司法互助及聯繫窗口，更須要加強國際間緊密合作，共同面對挑戰。」

中央警察大學葉雲虎副教授表示：「以往海上犯罪不受到重視，但近年來諸多海上爭端與刑事案件，使得實務與理論能互為驗證及發展。日本專家與我們一起合作、協進打擊海上犯罪，極具意義。」

三、陸委會主委邱太三：為避免國際犯罪情形日益嚴重，各國均極為重視跨境合作，臺日關係深厚，應進一步加強雙邊關係

大陸委員會主任委員邱太三指出：「臺日雙方為加強對走私犯罪查緝，於 2018 年 12 月即簽訂『臺日走私及非法入出國應處合作備忘錄』。2019 年臺日執法單位聯手破獲漁船走私毒品案，破獲的毒品數量創下日本第三高紀錄。」即為充分合作的最佳成果。

四、臺日專家從海上毒品走私案及非法駁油案談偵查策略與訴訟佈局

關於 2019 年臺日執法單位聯手破獲漁船走私毒品案，後續日本審判情形，日本早稻田大學北川佳世子教授說明：「被告辯稱停泊者並非原本預定港口，且並無具體卸貨動作，故未著手，最終法院認為在最終登陸前，因與陸上接頭者有密切聯繫、有 GPS 定位，且始終等待指示，隨時依指揮者指示後即可卸貨，因此認為已有接近卸貨狀態，有導致危險發生，可認為已屬著手。」

警大董昀真教官表示：「海上非法駁油現行法制繁複且散落在各主管機關，彼此認定也不同，以至於海巡署在海上蒐證不易，檢察官舉證困難，建議

制定專法，由單一主管機關管轄海上駁油案件，統一認定標準，以遏止海上非法駁油。」

臺日刑事法研究學會林裕順理事長表示：「偵查策略要有故事的概念，包含偵查中如何描述、用哪些證據證明及日後法庭上如何說理。另外，司法警察與檢察官辦案過程，要有偵查跟審判相連結的想法與共識，不然辛苦追訴犯罪、維護正義，但最後卻讓法官判不下去，都是徒勞。」

屏東地檢楊婉莉檢察官表示：「自最高法院大法庭裁定，認若無『刑法適用法』適用，即為訴訟障礙，司法機關不能追訴、審判，此對專屬經濟海域所生走私行為，尤其查緝走私毒品犯罪時是否構成懲治走私條例的違反造成衝擊，值有關機關作進一步研究與討論。」

法務部檢察司白勝文主任檢察官建議：「行政管理永遠都比檢察官事後犯罪偵查來的重要及有效率。針對海上非法駁油，應著重出口管制、金融管制、金融制裁，這些對商人來講，才會真的感覺痛苦。」

五、對於之前發生在馬祖地區海纜毀損問題

退休檢察官陳瑞仁表示：「臺灣面對海纜毀損有幾個可能選項：一、現行犯逮捕後，自行起訴審判；二、現行犯逮捕後，移交外國或大陸地區進行追訴審判；三、蒐證後至外國或大陸地區進行刑事告訴及民事賠償；四、不採司法作為，訴諸國際輿論」。如果沒有執法審判權的話，當有合理理由懷疑時，依國際法理可在公海上行使兩項權利「the right of reconnaissance (偵察權)」 「the droit de visite (right of visit) 探訪權 (海上臨檢)」。

六、中國海警實質上已是中國第二海軍，面對灰區衝突，如何定性衝突行為及決定武器使用，是臺灣面臨最大挑戰

灰區指既非戰爭也非和平的模糊地帶，灰區衝突重要特徵，就是累積不足以構成動武條件的多元漸進戰術，達成戰略效果。中央研究院歐美研究所林正義研究員指出：「灰區衝突是逐步進逼，一步一步改變現狀，最重要的威脅是如何適當判斷、適度

因應及適法辯論。灰區衝突是臺灣面臨最大挑戰。」

臺大姜皇池教授表示：「中國海警原為執法機關，近年性質已逐漸轉變以維權為主要任務。建議可將中國海警船或海軍軍艦與我國海巡船艦對峙等細節有更多的揭露，以引發國際關注。」

日本古谷教授以中國海警船和菲律賓海岸防衛隊近期在仁愛暗沙（菲稱愛尤銀礁，中稱仁愛礁）發生之海上碰撞事件為例指出：「當發生船舶碰撞等衝突時，首先要確認發生水域位置以認定管轄權，其次應判別船舶性質是否為公務船，以判別是否豁免個人刑責的問題。」

警大葉雲虎副教授表示：「行使警察權的武器使用與軍事高權的武器行使是截然不同的概念。如果是警察權的武裝行使，即應適用刑法要件處理；如果是軍事高權的武器行使，則絕對構成軍事高權的核心，不應適用海巡器械使用條例。海巡器械使用條例規定發砲與否要由海巡署署長決定，恐混淆海域執法及武裝衝突二者概念，建議可參考日本法規定分二階段判斷。」

臺北地檢林達檢察官表示：「臺灣海巡使用槍械應避免開槍，如有使用槍械的必要時，由艦長決定，採報備制。至於砲的部分，由署長決定，採許可制，例外由艦長決定。日本法採二階段固然可供參考，但最終仍由艦長決定是否要開砲，困境似仍相同。」

法務部黃謀信次長表示：「近年來各國刑罰域外效力有擴張之趨勢，甚至及於專屬經濟海域，此極易造成國與國間之緊張衝突，而司法互助或刑罰域外效力，除了透過雙方協議外，經由雙重犯罪原則之適用，也是控制衝突之有效方式。」

七、針對海上民兵等問題，現場熱烈交流意見

警大陳國勝教授對於何謂「海上民兵」的認定與如何處理，做詳細論述。

近年來疑似中國民兵案件「近年來，台海發生的幾件事件中，被懷疑有中國民兵船舶存在。

(一)金門快艇事件：2020年3月16日金門海巡隊與金門縣水試所的3艘船舶在小金門檳榔嶼海域進行協同行動，2艘海巡艇驅離大陸船舶，以

利水試所「金門號」清除中國漁船非法佈下的漁網，過程中遭遇中國快艇闖入禁止海域，向台灣海巡艇投擲石塊與空酒瓶，並衝撞其中一艘海巡艇，海巡人員向中國快艇擊發炮彈，才將其驅離台灣管制水域。

(二) 蘭嶼飛彈試射事件：2021 年 4 月起密集試射火炮，區域包含九鵬基地和蘭嶼、綠島及花蓮外海，軍事專家從畫定的危險範圍研判，可能是增程型雷霆 2000 火箭及天弓三增程型飛彈。中國解放軍運城號飛彈護衛艦和情報船也陸續出現蘭嶼外海。此種活動也會伴隨中國漁船出現 12，令人懷疑在以軍艦靠近禁止、限制水域將引來更直接的抗議，改由具有疑似中國民兵船進行蒐情任務。

(三) 東沙圍島事件：2020 年 9 月中國在台灣西南海空域進行大規模的海空軍兵力演練，立法委員王定宇指是東沙遭中國海上民兵船包圍 60 小時以上。

從上面三個案件來分析如何認定民兵船，及民兵船如何的行為需要我們進一步的調查。

(一) 建立認定民兵船參考標準，特徵有五：1.由過往經驗建立之船舶名冊；2.船舶外觀；3.特別為加裝武器留下設計；4.增設特殊通訊設備；5.與一般正常漁船的特質不符。疑似中國民兵船舶之行為有四：1.在可疑的時間地點徘徊；2.在可疑的時間地點有數量多集結；3.抗拒執法的衝撞；4.下網阻航等危險航行。

(二) 增加扣留民兵船調查：「大陸船出現我國禁止、限制水域，目前採『驅離、檢查驅離』及『扣留船舶留置人員調查、處罰』兩種方式。應該增加第三種『扣留船舶留置人員調查，不處罰』，亦即

扣留調查後建立資料、了解目的後，不處罰直接驅離。」

(三) 行政調查與刑事偵查同時進行：當進行調查時，應改變一般案件因受《行政罰法》第 26 條第 1 項的處罰程序「先刑事後行政」原則影響。面對中國民兵船之扣留調查與偵查犯罪程序，將原來「先偵查，再調查」的程序，改以「調查與偵查並行」。當要進行處罰時，再以遵循「先刑事罰，後行政罰」順序處罰之，藉以維護國家安全。

退休檢察官陳瑞仁指出：「海上民兵」的船舶，其船舶並無「辨識軍艦國籍的外部標誌」（反而只有漁船的編號），其上亦無負責指揮之正式名冊內之「軍官」，應非國際法下之「戰艦」，所以應無國家豁免權。對於此種船舶之毀損海纜行為，依一般之「大陸船舶」方式處理即可。

八、依 2023 年國際海事局的統計，發生海盜登船事件最多的地區就在南海與印度洋海域，面對境外取證及執行問題，臺日雙邊檢、警、學充分交流並提出建言

2011 年日本將聯合國「網路犯罪公約」內國法化，以處理刑事訴訟層面跨境犯罪的取證問題。日本長崎大學河村有教教授說明：「關於海外電磁紀錄取證，日本最高法院認為，只要有得到當事人同意或符合網路犯罪公約規定，縱然未經司法互助程序，也未必不能認可其效力。」

依 2023 年國際海事局統計，海盜案件部分發生在我國南海海域，就發生在我國附近，不能不加以關注。下山教授表示：「關於海盜罪之跨境追訴仍有『立法、行政執行面、司法權限』三層次的挑戰與難題，例如海盜罪，與案件無關的第三國，依國



「臺日海上犯罪與國家安全」研討會合影



陸委會邱太三主委擔任主持人

際法普遍管轄權，也可扣押海盜船隻或飛機並將相關人起訴，但前提是該國有將相關國際法內國法化」、「依據聯合國秘書長報告，2006 年到 2011 年共有 20 個國家在其本國法庭起訴索馬利亞沿海海盜事件，起訴總數 1063 件」。

政大陳貞如副教授指出：「美國法立法方式，係直接將國際法所定義之海盜罪援引進來國內法，然後加以追訴；日本法是透過另外制定法律去定義海盜及相關追訴，並賦予海上保安廳應處措施。對應於近期聯合國國際法委員會架構下海盜罪有關之犯罪及其定義之發展，以及相關國家近年之國內法發展，對我國而言，就我國刑法有關海盜罪之規定和適用情形，有關機關應思考相關條文之修正，以便與時俱進。」

澎湖地檢吳巡龍檢察官指出：「境外程序取證，我國實務曾有透過我國外交人員幫忙取證，最高法院認為若被告對證據能力有爭執，外交人員出庭作證接受交互詰問後，該份筆錄即有證據能力。」「現行實務如果囑託大陸公安詢問之筆錄，依刑事訴訟法第 109 條之 4 規定有證據能力，但是如果司法警察或檢察官自己透過遠距訊問之筆錄反而沒有證據能力，邏輯並不合理。」

舒瑞金律師表示：「從東北亞日本到臺灣到菲律賓到印尼這段水域，是國際公認的樞紐海域 (hub channel)，臺日有必要簽署海上刑事司法互助條約的可行性來解決問題。」

九、關於境外敵對勢力滲透我國境內從事間諜行為問題，學者從國際法觀點分析相關國際義務

海洋大學吳雨蒼助理教授指出：「從 2013 東帝汶訴澳洲案及 2017 年印度訴巴基斯坦案中可以理解，國家安全這個概念或者是理由，在國際法院沒有無限上綱的空間。往後即使涉及對岸或相關國家的情報人員活動與間諜行為之國安案件，我國仍宜履行作為維也納領事關係公約締約方的國際義務，讓潛在的敵國或派遣國，探視此等間諜行為人，並提供相關的領事探訪協助。」

成大陳怡凱副教授指出：「在和平時期國際習慣法目前沒有形成規範來禁止間諜活動本身，不過也



邢檢察總長開幕致詞

不能反面推論出間諜活動在國際習慣法受到承認與許可。國家在情報活動上仍被課予義務，要去遵守一般國際法原則與規則，例如：內政不干涉原則、領土主權原則、以及外交官法及領事法」。至於禁止間諜活動之雙邊條約幾乎不存在，因為使用間諜常常是以國家安全為理由，而在條約上「國家安全」常常可以被充當逃脫條款而引用來做為可以不遵守條約之事由。

中國充分利用國際法上的灰色地帶，除了海上使用民兵船之外，最近通過「對外關係法」(2023/6/28)與「領事保護與協助法」(2023/7/9)，利用普通人民為間諜，滲透國外、蒐集他國國家機密情報、或從事商業間諜，早已時有所聞，這是將原本應該是由國家情報機關之情報人員所實施之行為，卻改由私人為之，除了架空外交領事關係公約之規定之外，另一個目的是在閃避國際法上「國家責任公約」(Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)之規定。

與會學者指出：「維也納公約畢竟屬於國際公法，但是問題在兩岸之間，是依照協議規定第 15 條，有一些不予協助的例外情形，在該協議第 12 條有互相通報義務，但是第 15 條規定：『因請求內容不符合己方規定或執行請求將損害己方公共秩序或善良風俗等情形，得不予協助』。」

十、關於因應新時代變化，如何培養新世代「逆行者」，變動世代 (VUCA) 的人才與幹部

在所謂 VUCA(Volatility 易變性、Uncertainty 不確定性、Complexity 複雜性、Ambiguity 模糊性) 時代下，野間教授指出：「提高心理安全及安全意

識，在危機前可以更保護自己，並從成功及失敗的案例中學習。」「1975 年美國陸軍研究實驗室採用的檢討會議定義包含五大重點：『確認活動目的、確認活動結果、確認活動內容（確認哪些有效、哪些無效）、為下次活動設定目標、制定實現下次目標策略』，做一個系統性的回顧，作為下次改進參考」。

四元教授及警大教務長蔡田木分別介紹日本及我國關於警察大學之人才養成制度。

警大教務長蔡田木指出：「執法幹部是當民眾往後跑時，更要往前衝的『逆行者』，需具備特殊的職能，警大即在訓練學生達到以下四種職能面向：執法知識、執法技能、人格特質、工作態度，同時也希望本校成為學術教育及訓練兼備的專業大學。」

海洋委員會海域安全處處長黃宣凱指出：「海巡署工作環境，同樣具 VUCA 特性，因此安全管理特

別重要。海巡也要負擔國安工作，所以船上裝備、彈藥等也增加，這些都增加了安全管理上的問題。」

警大蔡奇呈助理教授表示：「VUCA 唯一不變的就是變，航運過程中難免面臨新問題，如何解決問題、提升安全意識並建立安全管理文化，標準作業程序是重要的。制定後更要不斷檢討、滾動修正才能真正減少危險發生。」

十一、臺日雙方就海上犯罪與國家安全議題，於學術與實務方面進行深入交流，提高司法機關對海上危害及犯罪之執法智能

本次研討會所討論的議題，均涉及目前國際間最關心的問題。臺日司法實務與學術界，就海上犯罪與國家安全進行廣泛且深入的專業交流，有助於瞭解近來國際間海上犯罪活動趨勢；海上犯罪的國際法之法律體系及理論；如何因應境外敵對勢力，在灰區戰略下的海上活動型態與對策。凡此均能有效強化相關機關的執法與偵查等作為。

► 檢影集錦



羽球天后戴資穎擔任檢察機關反賄大使
總長親赴高雄拜會戴爸



邢檢察總長秦錫親赴臺南地檢署
慰勉檢警同仁辛勞



最高檢察署與台啤雲豹籃球隊共籌舉辦
法治教育宣導，齊心為臺灣籃球加油

➤ 113 年二合一選舉查察座談會



屏東地檢署守護國之南境選舉公正及國家安全



高雄、橋頭地檢署嚴密佈署，即時橫向聯繫
嚴查認知作戰



臺南地檢署展現無底線、無上限、無時限
之查賄決心



雲林地檢署把握熱區深耕布雷，完善選舉查察業務



嘉義地檢署堅守團隊辦案價值，
展現捍衛民主決心



臺中地檢署秉持布雷重質不重量，
執法中立不偏頗



彰化地檢署查賄團隊嚴格執法，積極面對
「黑」、「紅」、「金」挑戰



基隆地檢署成立四大資訊平台，
發揮最大偵辦能量

➤ 112.8.25 最高檢察署 2023 法學論壇講座 「法學方法論在行政刑罰上之運用」專題演講（二）

東吳大學法學院
陳清秀教授

三、價值法學理論，應融入社會生活，並符合事理，以促進永續發展

法學方法論之學派理論（三）

四、價值法學派：強調法之「正當性」。

1. 「法律概念」蘊含「價值觀念」與價值判斷，
2. 以各項倫理原則建立法之內在體系：法應受「倫理價值理念及各項法律原則」之支配。
3. 法內在價值、社會內在價值（道德融合）、超越社會價值，法與全體國民之倫理道德價值觀念融合。符合當地文化水準與一般社會通念

價值法學理論強調法的正當性。法律概念有一些蘊含一種價值觀念、價值判斷，價值法學理論比較強調法的內在價值體系，法規範應當受倫理價值理念以及一些倫理性法律原則的支配。價值法學理論有三個學派，有一個學派是「法內在價值法學理論」，就法論法，德國法理學者拉倫茲（Larenz）教授，認為法律研究應就法論法，也就是在「法的體系內部」去談它的價值理論，跟凱爾森的理論很類似，凱爾森理論建構法規範統一在整個憲法的規範體系架構裡。法律人對拉倫茲(Larenz)教授這個理論都蠻可以接受。另外一個學派是「社會內在的價值法學理論」，這是德國法學者葉瑟（Esser）教授的理論，他認為法是一個社會規範，所以應該放在整體社會裡面去觀察法的位置，意思是法的制度、解釋適用應該要跟社會價值、社會通念、社會生活習慣及交易習慣無縫接軌，跟社會的倫理價值觀來無縫接軌，所以葉瑟（Esser）教授的這個法的價值理論，變成一個「社會中之法」，社會中的法律就是把法律放到社會裡面，等於社會規範的一部分。

最後是「超越社會的價值法學理論」，這是齊佩利烏斯（Zippelius）教授的理論，。這個教授的理論就有點進入「天人合一」思想，他說這個價值理念不只進入社會觀察，要進入到整體的宇宙空間去觀察，所以會變成超越社會，德國有學者把它稱為超越社會的價值法學理論。超越社會的價值法學理論已經進入到宗教哲學、進到心靈層次，宗教是一種心靈的修煉，這個已經是用人類的自然社會跟靈界的互動關係，把宗教思想的倫理價值理念融入到法的價值裡面來，所以這個理論就進入到天人合一思想，雖然他沒有使用天人合一這四個字，但是他所描述法的價值理念的境界是進入天人合一思想。

我最近研究諸子百家的法律思想，發現歸納出來，諸子百家不管是韓非子、荀子、孟子或者老莊，到最後有一個共通性，都在談「天人合一」。這個價值的三個理論，其實也代表著我們在看問題時要打開心胸跟眼界，心目中不要只看到這個法條，不要只看到刑法，還要看到民法、憲法，看到憲法還不夠，要看到整個國家社會的需要是什麼？能不能福國利民？還要看到上帝的旨意，意思是這樣。雖然我不是信仰上帝，這只是個比喻，你要看到上帝的旨意在哪裡，也就是整個宇宙空間、人類社會要能夠共存共榮，它的合理性在哪裡？到最後就是現在企業所推動的 ESG（ESG 分別是環境保護（E，Environmental）、社會責任（S，Social）以及公司治理（G，Governance）的縮寫，是一種新型態評估企業的數據與指標）。企業的永續發展，它裡面很多理論就是「天人合一」思想，天人合一思想在企業經營的價值理念運用，也就是

說，企業要講究道德，而這個道德要能跟社會融合，不要危害社會，企業不要生產黑心食品來危害大家，賺該賺的錢，但不要傷害到別人，是吧？如果共存共榮，企業生產商品提供給消費者使用也是在做功德，滿足大家的生活需要也是很好，但要賺合理的錢，不要變成黑心商品，不要虛偽的不實標示，在商品上標示什麼天然的，然後實際上都是人造的。我們希望大家做事情要講道理、要有倫理，這個是企業倫理。我們法律倫理也是如此，我一直認為我們的法律倫理學有點走偏，法律倫理學一直在談迴避利益衝突，那已經是芝麻蒜皮小事，更重要的是這個法律倫理，整個法規範的構造要符合天人合一思想、要符合整體人類社會合理發展的方向，這個才是法律倫理的最高境界，而不是只談論要不要迴避利益衝突。如果是一個公正的人，就是利益衝突不迴避他也可以很公正的處理；如果碰到不公正的人，就算沒有利益衝突，他照樣處理不公正。所以我的意思是，迴避利益衝突，不是不重要，但重要性沒有強化到那麼重要。整個法規範、法秩序，包括立法面、執行面，還有司法審判、律師執業，整個法界的秩序，應該要營造一個合理化、倫理的方向。所以天人合一思想其實是一種倫理學，是一種法的倫理學，或者是一種跟整體人類社會能夠共存共榮、永續發展的倫理學。這個是我們在談論價值法學理論，討論這些倫理價值的時候，不要忽略「道法自然」這個方向，這些價值還是要進入到倫理的境界。

這個價值導向思維，比如說租稅法定主義、罪刑法定主義，還有責罰相當原則、罪刑相當原則，許多價值理念背後有它的道理，所以在研究價值法學理論時，如果只談到這個價值就結束那還不夠，還要再深入探究背後的道理，這個價值法學必須要建立在利益法學上，利益要衡平，然後還要進入到自然法的合理性、事情道理的合理性。

社會內在之評價法學：本國文化價值觀融合

1. 社會中之法：與人類社會文化相融合，符合人類社會生活需要之法（龐德：社會法學理論），日本政教分離之判例：政府參與一般性宗教活動，如果屬於「社會民俗文化」與「風俗習慣」之一環，應予以尊重；
2. 習慣導向之法：行政法規解釋尊重當地文化與交易習慣，避免與之對立、矛盾。人類生活習慣，常反應人民生活正當需要

有關社會內在評價法學，最近看日本最高法院一些裁判，日本因為憲法規定政教分離，但日本很多中央或地方政府的官員，有時候會去參加一些宗教儀式活動，人家就質疑是否違反政教分離原則？日本最高法院裁判認為：如果這些宗教性的活動只是整個社會文化生活的一部分，例如民俗節慶活動，這些政府官員去參加，也只是參加一種世俗的節慶活動而已，所以並沒有違反政教分離原則，這是從社會的一般通念，認為這是社會的一種生活文化習慣、一種民俗節慶活動，等於是參與一個文化活動，用這個角度來觀察這個法規範如何解釋。法規範可以從嚴解釋，也可以從寬解釋。日本最高法院的判決，就是從社會文化、風俗習慣、節慶文化等活動角度以及一般社會通念，來觀察這個法規範如何解釋，它在某種程度也是進入到葉瑟(Esser)教授所談的社會中之法。法規範不是獨立存在，並不是純粹的邏輯解釋而已，還要從社會文化、生活習慣來觀照。我們的最高法院也有創造出一些判例、判決，提到「社會相當性原則」阻卻違法，符合社會相當性，在法律上的評價等於是合理的範圍，在合理範圍就不要繩之以法。日本最高法院這個判決讓我印象很深刻，他們在思考法規範解釋並不是純粹就法論法，而已經進入到社會文化、生活的面向來觀察法規範應如何跟社會文化融合、無縫接軌，這個是蠻有意思的。

- 憲法基本人權及價值理念
- 各個部門法領域（或個別法律）之指導原則
- 事物本質導出之倫理性原則

法教義學（法釋義學）理論：融合「概念法學派」與「價值法學派」理論

一、概念論證：法律規範及法律概念之精確適用（概念法學）

二、體系論證：建立金字塔之法體系

1. 以邏輯觀點進行類型化、系統化與體系化，建立法之「外部體系」（外在形式美）
2. 以基礎法律原則（倫理性價值原則）建立法之「內在體系」（內在美）。

三、理論特色：融合「概念法學派」與「價值法學派」理論協助解決個案問題，「結果導向」、「因果關係」之法學（功利主義），以利益眾生，伸張正義。

價值法學理論就是一種社會內在的評價法學，我的一本法理學的書有整理剛剛提到的三個學說，拉倫茲(Larenz)教授的法內在評價法學；葉瑟(Esser)教授提的社會內在評價；還有齊佩利烏斯(Zippelius)教授的超越社會的評價法學。評價法學理論如果把它具體化，有三個面向，基本人權的價值，各個部門還有一些法律的指導原則、事物本質的一些倫理性原則，還有一個法理學理論叫做法教義學、法釋義學，法釋義學大概是融合概念法學跟價值法學理論，一方面建構一個精密的法律概念、法律規範、條文，一方面建構一個金字塔的法律體系，以這個倫理價值的原則來建立法的內在體系，它融合了概念法學跟價值法學，依此解決個案的問題，當然也希望能夠有一些通案透過這個法體系去發展創造新的法則規律，這個就是當代德國的法教義學。

四、概念法學理論，應與價值法學理論及自然法思想融合

正義的法體系理論：上「通」天理 下「達」地理

一個正義的符合法律社會一般可以接受的法律體系，必須植根於符合事理的（事物本質的道理的）價值判斷的基礎，此一價值判斷：

1. 具有倫理價值理念：是由法社會的法律倫理的共識所產生，
2. 符合事理：符合規律標的（規範領域）的事物本質（事物邏輯）構造，而具有事物本質的合理性。

公正的法律乃是經由各項合乎事理的原則的體系所產生（內在的體系）（Das inneres System）。

Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl., 2015, §3 Rz. 10.

正義的法體系、良好的法體系，要上通天理，下達地理。上通天理是說，假設人類的人性尊嚴的價值、基本人權的價值裡面有天理的一個精神色彩的話，那麼下達地理就是要符合事物本質的規律。這個正義法體系的理論，在德國稅法的權威教科書有提及，我稍微整理它的條文內容，就是一個正義的、符合一般大家可以共同接受的法律體系，這個體系的立論基礎必須要符合事理的價值判斷，這個價值判斷有二個，一個是符合倫理價值理念，一個是符合事情的道理。我記得黃茂榮教授上課時候曾說過，我們念法律的人要「上『通』天理，下『達』地理」，就是「上通得了天、下著得了地」，念法律的人最怕的是懸在半空中，上通不了天，下也著不了地，浮在半空中。概念法學就是浮在半空中，因為概念法學一定要再融入到價值法學才上通得了天，融入到自然法學才能夠著得了地，要跟事物本質連結就對了，意思是說「樹頭站得穩，就不怕樹尾颳颳風」，樹頭站得穩就是法一定要融入跟事件的道理結合，所以法一定要建立在情理的基礎之上。我以前當律師做辯護的時候，除了談法律，我更常從情理的觀點、從利益狀態的觀點去分析為什麼當事人是有道理的，他的利益狀態、價值理念是什麼？或者從量能課稅的觀點來看，當事人沒有獲得所得，

要課所得稅的錢從哪裡來？錢不可能從天上掉下來，一定要賺到錢才繳稅，如果一個遊戲規則說沒有賺到錢也要繳稅，那就有問題了。

肆、「天人合一」之王道法學理論： 融合各大門派法學理論

- 一、以概念法學理論作為基礎（邏輯體系之嚴謹性、精密性）：法安定性
- 二、自然法學理論（天理、天道、地道，道家思想）：法應符合事物自然法則規律。「順理」為善，「悖理」為惡。（法合理性）
- 三、利益法學理論（順人心，公平照顧人民利益及生活需要）：各方利益均衡原則，中庸之道（儒家思想）。利益衡量符合人情義理（自然法）。（法公正性）
- 四、價值（評價）法學理論：利益天下蒼生，普渡眾生（法正當性）（佛教思想），倫理價值理念，從事物本質之道理導出（自然法）。追求「法之合理性」「利益安樂眾生」作為共同目標。價值相對主義容易誤入歧途。
- 五、天地人三合一：王道法學理論，融合自然法、利益法學及價值法學。
易經：各正性命，保合太和。致中和（營造祥和社會）

我覺得德國這個稅法的教科書，由 Tipke 教授與 Lang 教授合寫的教科書，也摸索到「天人合一」的道理，當然沒有使用天人合一這四個字表達。那我自己將這四個門派，以概念法學理論做基礎，那個邏輯體系是很嚴密的，然後融合自然法學理論、利益法學理論、價值法學理論，融合後變成天地人三合一。天地人三合一就是一個「王」字，這就是「王道法學理論」，另一種表達是「天人合一的思想」，因為天地人三合一太長，所以簡化成天人合一思想。

法律解釋、適用之方法論概說

- 一、法律解釋方法論（解釋過程）：文義、體系、歷史、目的、合憲性因素
- 二、法律漏洞補充方法論：類推適用、目的性限縮、擴張，舉輕明重、舉重明輕
- 三、法律適用方法論
 1. 行為時法原則
 2. 行政法規實體從舊、程序從新原則
 3. 信賴保護原則：不滿既往原則與過渡期間條款（釋字第525號）
 4. 從舊從輕原則（刑罰）、從新從輕原則（秩序罰）
 5. 不真正溯及既往理論：概念法學思維模式，法規構成要件「全部實現時」之法律為準

「結果導向」之法律解釋方法論

解釋之衝擊影響評估，合理化：

1. 解釋結果對於國家社會之良善發展引導作用
2. 解釋結果對於經濟發展、社會教育文化等各面向、環境保護永續發展之影響
3. 符合成本效益（法律經濟分析）
4. 確保解釋結果之合理性、正當性
5. 掌握充分資訊，調查了解各方利益狀態，事件合理性（實質政策分析與制定，扮演立法者角色）
6. 大法官解釋、指標性重大案件之解釋、通案性行政函示

法律解釋適用裡面，有所謂的文義解釋、體系解釋、歷史解釋、目的解釋、合憲性解釋。陳愛娥老師翻譯的拉倫茲(Larenz)教授的書裡有提及，當代德國現在最流行的解釋方法論就是這幾個。法律漏洞補充、類推適用、目的性限縮、擴張解釋、舉輕明重、舉重明輕，這些大概也都有。有一個是不真正溯及既往，這個稍後再講。另外一個解釋方法論叫做「結果導向的解釋方法」，剛剛講過，結果要能夠利益眾生，並福國利民，要符合成本效益及合理性。我個人贊成這個解釋方法論擁有這麼多的要素，裡面有一個很重要的部分是「結果要合理」，不管怎麼解釋，如果解釋的結果是傷天害理就不對，應該要有這種合理性。拉倫茲(Larenz)教授是用合憲性做控制標準，意思是解釋的結果不要違憲。另外一個講法就是，不只不違憲，還要合理。那合理當中，我覺得客觀目的解釋很重要，因為客觀目的解釋代表它上通得了天、下走得了地。客觀目的解釋有兩個要素，一個是它符合整個法的價值體系的倫理原則；第二個是符合事物的構造、事情的道理，就好像莊子庖丁解牛，庖丁解牛的故事給我們一個啟發，就是做事情如果符合道理就會很順暢。莊子的庖丁解牛是說，按照牛的構造將牠解剖，刀子都還可以保持鋒利狀態，並沒有受到任何傷害，那代表什麼意思呢？你不會去切骨頭，因為他按照牛的構造去處理，這個就是無縫接軌，是刀子的無縫接軌，讓肉可以很自然地分離，刀子不會受傷，這是很高的境界。所以我覺得莊子的理論思想已經進入到金剛經

的境界，進入到般若心經的境界，大家看般若心經如果看不是很懂，看金剛經看不是很懂，你回頭去看看莊子，再回來將兩者印證一下，你會發現到，莊子已經進入到金剛經的思想境界。所以我們研究道家的理論，要用佛經的理論來看它；看佛經的時候，要用道家理論來看它，就會看得更清楚。儒家思想後來為什麼能夠往上提升？在漢朝的時候，很多儒家思想的大師是接受並吸收道家理論之後，才讓儒家思想更豐富起來，所以在漢朝時很多的名著，例如黃帝內經等一些思想理論也是吸收道家的思想。你看孔子不是有一次還去拜會老子跟他請法，所以孔子也是老子的學生，老子給他傳法之後，讓孔子的思想境界往上提升，因為孔子的思想就是在人類的倫理學範圍，可是人類倫理學還有更高的指導原則，那個指導原則就是道，就是老子傳的那個道，道的更高指導原則就是佛經講的成佛之道的境界，是菩薩的境界。

「利益法學理論」導入法律解釋、適用之方法論1.

- 一、對等正義：雙務契約之交易正義、等價（對價）原則、受益負擔原則、損害賠償，不當得利之返還
- 二、數個利益（法益）衝突時之比較衡量
 1. 各項基本人權相互衝突時，進行利益衡量：新聞自由與隱私權之保障之衝突：新聞採訪者於有事實足認特定事件屬大眾所關切並具一定公益性之事務，而具有新聞價值，如須以跟追方式進行採訪，其跟追倘依社會通念認非不能容忍者，即具正當理由，而不在首開規定處罰之列（釋字第689號解釋）。
- 三、法律適用之整體性及權利義務之平衡，不得任意割裂適用（釋字第385號解釋）
- 四、實質課稅原則（按照實質經濟利益課稅原則）、量能課稅原則
- 五、罪罰相當原則、責罰相當原則；應報主義
- 六、衡平法理：避免發生顯失公平結果

立法學的導論，以契約來講有對價、等價、損害賠償這些，當利益衝突的時候，要做利益的衡量，就權利義務要做一個利益平衡的兼顧。最近研究黑格爾的法律思想，他在談處罰的罪罰相當時，黑格爾主張：犯罪行為人侵害的法益有多嚴重，處罰也要對等，這是罪刑相當原則或稱責罰相當原則。就是當你傷害人家的法益有多嚴重，那自己的處罰也要相當，所以殺人為什麼要償命？你殺害一條性命，當然要用一條命換他，所以殺人償命是天經地義、符合天理的，因為利益法則衡平的結果就是殺人要償命，所以不要殺人就不用償命，如果不是殺人就不要判處死刑，不是殺人卻要判死刑，這個就有點過度。所以它是一種對等關係，對等關係在佛教裡面就是因果報應，種什麼因得什麼果，有時候你會發現佛教講因果報應的關係還蠻可怕的，種一個很小的因，就得一個很大的惡果出來，因果報應的循環有時候真的超出可預測範圍，有些人做一件小的壞事，居然產生很大的因果報應結果出來。所以佛教強調要種善因，盡量避免種惡因，因為可能產生無量無邊的、不可預測的結果。當然我們的刑法理論採相當因果關係，不會有無量無邊的結果跟懲罰，它透過法規範管制，透過評價法學理論之後，通過價值、通過可歸責性來界定它的相當因果關係及要承擔處罰的責任範圍。所以承擔處罰責任範圍這個部分又進入到評價法學，評價這個人的可歸責性到哪裡，處罰就只能到那裡。法律的責任跟宗教的道義責任並不相同。

五、政府應注重道義責任

如果從宗教的道義責任來看法律，尤其像民法，比如說你傷害到人，應該要損害賠償；你不當得利，總應該返還。以前國家賠償法規定五年即消滅時效完成，如果採權利絕對消滅說，那時效完成後政府連一毛錢都不用賠償；所以我們採「抗辯權說」來衡量，如果你自知理虧，確實有鐵證如山證明你是加害人，就應該承擔起道義責任，而不要行使抗辯權，所以抗辯權的設計是符合人世間的公理正義，符合上帝的法則及因果關係的規定。如果種一個惡因傷害別人，結果請求權兩年期間超過就不理會你，那當事人就產生損害，所以我比較主張我們政府要負起道義責任，如果政府都不講道義，那老百姓更不講道義。一個社會如

果不講道義，那是資本主義社會的弱肉強食，這不是人類和諧社會應該看到的現象。所以政府要講道義，不要行使抗辯權並給予人民賠償，我覺得這是合理的，如果事證很明確，政府就不要行使時效抗辯，所以國家賠償法採取抗辯權說是有道理的。德國行政程序法，人民對政府的公法上請求權不是採權利絕對消滅，而是採取抗辯權說，所以德國的行政程序法是講道義的。臺灣的行政程序法不講道義，它採權利絕對消滅主義，時間經過就對不起、不理你。採權利絕對消滅說應該是政府對人民，例如政府對人民課稅，不能因為老百姓不知法律、不知採取時效抗辯，你就向他收稅，如果他知道時效抗辯你就不收稅，這對老百姓不公平。所以在德國的租稅通則，政府對人民行使租稅債權是採權利絕對消滅主義，可是反過來，老百姓對政府的公法上請求權，德國行政程序法的通說是採取抗辯權主義，跟民法一樣。因為抗辯權主義代表你雖然沒有法律責任，但你有道義責任，你有道義責任的時候，就要摸著良心看看，是不是這個案子多少要部分賠償，不要說一毛錢都不給，明明人家確實是受害人。我們的轉型正義在談過去幾十年的案子也要給予賠償，這個就是一種道義責任，轉型正義是種道義責任，但是反過來不應該人民已經死亡還繼續追查，曾經我們有一個條例說年資可以併計，現在卻追查過去黨職併公職、公職併黨職的退休金，這個是惡法，這是法律追溯既往對人民做出不利的處理，違反現代法治國家人權保障的基本原則，法律怎麼可以追溯既往沒收人民財產呢？追溯既往必須有正當性、合理性。如果是重大侵害人權那要追究，回歸道義責任，但這給公務員利益哪有侵害人權？那是黨國一體時代延攬人才並讓人才流通的做法，這個做法本身沒有什麼對錯，甚至以人力資源管理的角度上來看才是對的，人才的流通有助於國家社會，以時代的角度來看，當年這個法律制度的設計有善用人力資源的優點。我當然認為黨、國應該要分開，不要結合在一起，但那是事後價值判斷的改變，你不能否定過去它確實是一個好的制度，這種價值觀的改變不能追溯既往。我記得德國的行政法院或是聯邦憲法判決曾提到，價值觀改變時，如果對人民有利，就用最有利的觀點來處理過去案件。我的行政訴訟法書籍裡有引用到這個裁判基準時理論，到底應該適用行政處分做成時，或是裁判時的觀點？原則以裁判時為基準對當事人更有利，因為人權觀念不斷地推陳出新，對人權的保障更卓越，用新的觀點對當事人是比較有利，所以認為應該採裁判基準時，以裁判時的見解來處理案件。

德國有時候也會採行政處分時說，按照行政處分當時觀點來判斷它的合法性，但我記得在驅逐出境案件，德國是從人權保障觀點來看，採裁判時說來保障這個當事人的權益。所以通常法律追溯既往，是要糾正過去的不公不義，不是拿轉型正義來侵害人權，而是要回歸社會的公理正義，所以我們轉型正義有些地方是做過度的，不應該這樣處理，不能追溯既往。追溯既往就違反價值法學理論、違反法律不溯及既往原則，法律不溯及既往原則的唯一例外是對人民有利時才可以追溯既往。另外一個例外就是面對傷天害理的事，這個是替天行道，但像是過去退休金的計算並不算是傷天害理的事。如果是傷天害理的事，我們才突破時效而去追溯，等於是一個道義責任，面對道義責任都要補償，所以對於 228 事變的受害者需要補償，還有戒嚴時期有些因為匪諜條例的受害者要補償或改判無罪，還他們一個公道，這是對當事人有利的。如果是對當事人不利，還是需要慎重一點，古代面對人神共憤的案子，即使那個人已經死亡也要鞭屍一下，如果不是這種人神共憤的案子，應該還是要回歸到法的安定性，因為已經沒有所謂的正義可以追求，當然這算是一種利益衡量，有時候我們的利益衡量可能有些偏差，也許是因為政治的考量而不是純粹從法的觀點來衡量。

六、行政法規應注重各方利益平衡

「利益法學理論」導入法律解釋、適用之方法論²。

- 行政處罰之利益衡量論：處罰效果愈嚴厲，對應構成要件行為侵害法益之危害性愈重大（衡平法理）
- 法益侵害之比較衡量：抽象危險犯、具體危險犯、實害犯
- 處罰必要性：比例原則，刑罰謙抑原則，一行為不二罰原則
- 罪刑相當原則：責任程度原則。因果關係之可預測性以及可非難性
- 違法搜集證據有無證據能力：人權保障與公共利益之比較衡量（91台上2905）。

從利益法學理論的利益衡量來看，處罰效果如果越嚴厲，那表示其構成要件所指涉的法益危害性也要越大，以使法益平衡。我們不要用大砲打小鳥，以符合比例原則。過去在看利益衝突迴避法，有些案例就是法重情輕，處罰可能達到 100 萬，但案子的違規情節其實非常輕微，這樣要罰 100 萬其實罰不太下去，想想公務員一個月薪水才多少，罰 100 萬豈不是要他一年都不要吃飯嗎？所以我們廉政署也蠻悲天憫人的，就說因為你不諳法令，我可以漸減到罰 1/3，我覺得蠻好，當時在行政院訴願會看到這案子，我都覺得蠻值得同情，所以我覺得廉政署做得很好，當然有人會質疑，難道他真的不知法律嗎？但是從另外一個角度思考，處罰那麼嚴厲的目的是在釣大魚，所以理論上如果處罰很嚴厲，構成要件的解釋就不可以無量無邊的擴張，應該要限縮解釋。法律規定既然這麼嚴厲，對應的構成要件危害性，也就是損害公益或侵害法益也要很高，如此才能對等，否則比較容易傷及無辜，過去對於傷及無辜的案例會將處罰打個折，例如 100 萬的 1/3 折是 33 萬左右，假如公務員月薪 7 萬元，也罰到超過 4 個月的工作薪水；有些過失犯，例如打考績，打考績都是例行公事，只是忘記哪個地方不要蓋章，一蓋章就值 100 萬，這個法規是不是太嚴苛了？這時候我們就透過構成要件的解釋讓法規鬆綁，不要綁那麼緊，綁太緊就變成酷吏。所以如果從價值法學理論來看，根據保護法益的價值有多高、侵害法益的價值有多高，構成要件也應該要有一個合理的調整，這樣的處罰跟構成要件才會合乎比例，所以處罰的時候要注意到比例原則。比如這個案子可以用行政秩序罰來處罰，就不一定要移送法辦以刑事來制裁，因為有些案件類型，其實是情有可原，它可能只是程序瑕疵，惡性沒有那麼重大，損害的法益也很輕微，或者根本沒有發生損害法益的情況。在這裡利益法學理論其實讓我們再去回顧一些法律概念的制度設計，有些地方可能沒有那麼周延，可能就需要讓法規鬆綁一下，如果綁得太緊就會造成不合理，而一個法如果規劃不合理，遵守起來就很困難，這個是處罰的必要性。

七、不真正溯及既往理論，應符合憲法基本價值以及利益平衡

「價值法學理論」導入法律解釋、適用之方法論

1. 客觀目的解釋：導入倫理性原則以及事物本質之道理
2. 法律漏洞補充：平等權要求類推適用、舉輕明重、舉重明輕、目的性擴張。
憲法上比例原則目的性限縮
3. 法律之適用原則：信賴保護、利益衡量
 - a. 行為時法原則、從舊從輕原則：期待可能性及信賴保護之要求
 - b. 不真正溯及既往理論之界限：利益法學及價值法學思維模式。公益與私益平衡，兼顧人民信賴保護利益
 - c. 行政法規變更之過渡期間條款（釋字第525號解釋）：行政法規變更，公益與私益平衡，兼顧人民信賴保護利益，設定過渡期間條款。信賴保護原則之要求。
 - d. 解釋令函之變更與信賴保護：稅捐稽徵法第1條之1

「概念法學」與「利益法學及價值法學」觀點之差異：以不真正溯及既往為例

- 一、概念法學思維模式：釋字第620號解釋理由書：「新法規範之法律關係如跨越新、舊法施行時期，當特定法條之所有構成要件事實於新法生效施行後始完全實現時，則無待法律另為明文規定，本即應適用法條構成要件與生活事實合致時有效之新法，根據新法定其法律效果。」
- 二、利益法學及價值法學之思維模式（德國聯邦憲法院見解）
 1. 繼續性事實或繼續性法律關係，如具有可分性，應「分段適用」新舊法，以衡平新舊法之當事人利益，無人佔新法或舊法之便宜（不當得利）。
 2. 如具有不可分性，必須「整體適用」時，應依據「信賴保護原則」以及「期待可能性原則」，判斷新舊法何者應優先適用，進行比較「利益衡量」：舊法之信賴利益與新法之公共利益之比較衡量。

價值法學也一樣，價值法學理論就是客觀目的解釋，剛剛講的法律漏洞補充，還有像是大法官的不真正溯及既往理論。關於不真正溯及既往理論我覺得過去實務有點偏差，我們用概念法學思考新舊法規範，當繼續性事實關係或者法律關係橫跨新舊法的時候，當構成要件於新法施行後完全實現時，就全部適用新法，這是概念法學的思維模式，包括有關年金改革的大法官解釋就是採取這個思維模式，但這個思維模式其實是有問題的，為什麼？如果從利益狀態觀察的話，這個法律關係、事實關係具有可分性，那新舊法應該要「分段適用」。比如大法官釋字第 620 號解釋是針對夫妻財產制，夫妻財產制度新法跟舊法不一樣，最高法院及最高行政法院採分段適用，採分段適用比較合理，就是在舊法時代就用舊法去算夫妻財產，新法時代就按照新法來計算，採分段適用。退休金也一樣，假設退休金法律修改，過去的退休金就按照舊制，新制的費用就按照新制，也就是新制開始施行後的勤務關係、勞動契約關係才按照新制，新舊制分段適用，這樣雙方當事人都沒有誰佔便宜或誰吃虧，現在採一個不真正溯及既往，一輩子的退休金把它追溯既往，這就顯失公平。如果是對人民有利那還好，假設是對某一方不利，他又不是上帝，怎麼知道三十年後會變成這樣？所以我覺得大法官對於年金改革的解釋，使用概念法學的思維模式認為構成要件全部實現的時候就全部適用新法，顯失公平。以稅法為例，我們年度所得稅是在當年 12 月 31 號晚上 12 時發生，構成要件全部實現是在這個時點，假設今天立法院到 12 月間修法說要增加很多的納稅義務，那人民生活的期間大部分都在舊法時代，怎麼到新法時代才隔幾天，就要不真正溯及既往，這就顯失公平。所以現在德國聯邦憲法法院已經不採這個看法，我們大法官解釋的看法是德國聯邦憲法法院所不採納的、舊的見解。我們臺灣在繼受外國立法例的時候，繼受到陳舊的見解，現在沒有人這樣講。在我的稅法總論那本教科書，引用德國聯邦憲法法院 2010 年的裁判，裡面提到不真正溯及既往還要進行利益衡量，當事人的信賴利益或是維護適用新法的公共利益，二者要衡量，大部分情況下新法的公共利益沒有強到要超越人民的信賴保護。稅法講的只是一個年度，今天年金改革是三十、五十年，人家一輩子工作三十年退休，現在才講說對不起，以前講的全部都不算，弄一個不真正溯及既往來正當化，實際上就是溯及既往，傷害人民的善意信賴保護，公務人員的生命沒有辦法從二十歲再重新活起，這個部分已經無法回復原狀，而信賴保護就在談論，人民的生活安排已經沒有辦法恢復原狀，所以要保護他既有的利益，因此年金改革可以進行，但制度的設計應該要漸進性，或採用剛剛講的分段適用，分段適用是假設過去二十年是舊法時代任職期間就按照舊法，在新法時代任職期間就依照新法，這樣的話就算想再換個職業也還可以，不能人家工作一輩子都退休，才來改革，採用不真正溯及既往來正當化全部，世界上沒有這種道理。我在東吳法律學報發表過一篇文章：「行政法上實體從舊與程序從新原則及法律不溯及既往原則」（東吳法律學報 / 第 31 卷 第 2 期 / 1-45 頁），討論實體從舊、程序從新原則，以及法律不溯及既往，探討不真正溯及既往理論，整理德國跟日本的判例、學說。

這個不真正溯及既往的理論，某位前任大法官極力主張，因為我的見解跟這位大法官完全不一樣，有次私底下我請教這位老師的理論是從何而來？她說拉倫茲(Larenz)法學方法論的教科書有寫，也就是陳愛娥老師翻譯的那本，可能是我自己學藝不足，沒有看到。不過基本上不真正溯及既往的理論，是「概念法學」的思維模式，還要再進入到「利益法學以及價值法學理論」，利益法學就在談論「利益衡量」，談論信賴保護利益與公共利益之爭，兩邊如何兼顧，如果時間拉長，人民的信賴保護利益就會很強。這也涉及價值法學理論中的憲法上信賴保護原則。我記得日本有一個判決，說如果今天立法者是三月公布新修正的所得稅法而要追溯到元旦適用，因為不真正溯及既往期間只有三個月，考量一年有十二個月，十二分之三還沒

過半數，所以還可以忍受。所以時間公布的越晚，人民的信賴保護就要越強，也就是說，新法時間公布的越晚，信賴保護就會大於公共利益。過去財政部的做法還不錯，是採「分段適用」，過去所得稅法曾經就退休金給付課稅修法，例如在六月修法，他說六月以前退休的部分照舊法，六月以後退休的部分照新法，採用分段適用盡量不要誰占誰的便宜。所以不真正溯及既往違反利益衡平理論，還有違反信賴保護原則，因為信賴保護原則是憲法原則，不能違反憲法的原則，所以不真正溯及既往理論有它的瑕疵。這個理論是有危險的，而且現在德國聯邦憲法法院判例也沒有採納這個理論，我們在跟國際接軌時，自創一個不真正溯及既往理論來正當化一切，實質去追溯既往，這個是有問題的。

八、概念法學的思維方法，仍須依賴價值法學理論導正

「概念法學」與「利益法學及價值法學」觀點之差異： 以緩課股票拍賣所得之計算為例

法規範：未分配盈餘轉增資發行股票，股東暫緩納入所得課稅，將來股東轉售該股票時，再按照轉售價格課稅，如轉售價格低於面額時，以轉售價格為準。

案例：某甲取得乙公司發行未分配盈餘股票，面額三億元，某甲於取得年度暫緩課稅，數年後乙公司倒閉，甲亦倒債，其持有之股票被法院查封（存放集保公司保管）並拍賣，拍賣金額2千萬元。某甲之所得應如何計算？

1. 概念法學理論邏輯演繹推論思維模式：「查封時」轉讓股票與集保公司保管，此一「集保寄託」並非「買賣」，故應以股票面額三億元計算所得。應納所得稅額一億餘元。（侵犯生存權或財產權之「絞殺性課稅」）
2. 利益法學及價值法學思維模式：本案被「拍賣」股票，其銷售價格為二千萬元，某甲實際上僅獲利2千萬元，故應以拍賣金額（市價）為準，以符合實質課稅及量能課稅原則。

概念法學的思維會有一些盲點，我這邊舉個例子 - 未分配盈餘轉增資的緩課股票，這個緩課股票面額有3億元，然後立法者很善意地規定，如果緩課股票將來轉讓出售的時候低於面額，就以買賣交易價格為準。這個案子有趣的地方是，因為該公司倒閉，緩課股票被查封拍賣，只賣得二千萬元，如何課稅？過去曾經有判決認為應以查封時（轉讓集保公司保管）作為課稅基準日，結果查封時沒有買賣所以沒有交易價格，因此就解釋認為應以面額3億元計算所得，應課徵所得稅1億2千萬元。實際上這個案子的事物本質不在查封，其目的是在拍賣，查封的目的是要拍賣，所以拍賣等於是買賣的一種，既然是買賣的一種，拍賣的交易價格是2千萬元，你就用2千萬所得課徵所得稅，現在你用3億元計算所得課稅，所得稅要繳納1億2千萬元，等於拍賣的價額全部送給國稅局還不夠，這在德國稅法上有一個名稱，叫做「絞殺性課稅」，簡單來講就是把人民財產全部沒收充公，是一種過度侵犯人民財產權的違憲課稅方式。這個案子，沒收充公還不夠，人民還要傾家蕩產來繳稅，就是「顯失公平」。一個法律解釋到顯失公平，代表我們的法律或法律執行有問題，如果我們的法律沒有問題，那就是財政部的解釋令函、行政法院的判決有問題，為什麼一個法律見解不採拍賣時說，而採查封時說呢？查封本身，不會實現所得，所得是買賣之後才會進來，查封只是交付集保公司「保管寄託」而已，怎麼會產生所得？比如東西放在倉庫裡都沒賣，怎麼會有所得？所以這個裁判解釋的邏輯演繹推論「明察秋毫，不見輿薪」，違反所得實現原則以及量能課稅原則。這個查封移轉法律概念的操作、邏輯推論是有問題，所以為什麼說概念法學有危險性，當純粹用邏輯推論的時候，會不知道推論到哪裡去，這是典型的概念法學派，推論進入死胡同，沒有通情達理，這個地方我覺得是有問題的。

九、故意違反已經知悉的法律上義務，才成立故意犯

行政法上義務之認識

- 一、行政法規多如牛毛，人民尤其營業人有知悉「法規」義務，並無知悉解釋令函（行政規則）之義務。
- 二、諮詢專家義務：
- 三、選任監督義務：防止違規之義務
- 四、不知法規所課予之義務，導致違法性認識錯誤
 - （1）阻卻故意：德國聯邦最高法院刑事判決：對於海外所得不知有納稅義務，漏未申報，阻卻故意犯罪
 - （2）可能有可歸責之過失：秩序罰鍰

逃漏租稅罪之犯罪故意

美國立法及最高法院判例：

1. 納稅義務人已經知悉負擔稅法上納稅義務
2. 意圖違反此一納稅義務，構成故意

Willfulness simply means a voluntary, intentional violation of a known legal duty.

-United States v. Pomponio, 429 U.S. 10(1976)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/10/>

最後，有關犯罪的故意理論，受到德國部分學說影響，但這個理論有一點問題，違法性的認識在行政法上是違反行政法義務，所以必須是故意違反行政法上義務，那要故意違反行政法上義務之前提，人民必須要先了解這個義務，知道有這個義務才有故意違法。我看美國及德國的判例都強調這個違法性認識，義務的認識是故意的要件。在臺灣，我們用一般刑法理論認為這個違法性認識不是故意的內涵，比如以所得來講，有一筆所得並未申報，在臺灣依照一般刑法理論，可能會認為就是故意沒有申報，就是故意犯罪成立。可是德國跟美國判例不一樣，他們認為人民要知道自己有所得稅的納稅義務而沒有去申報，才是故意違反所得稅的納稅義務，才構成犯罪，二者並不相同。一個是自然事實的狀態，有這一筆所得是自然事實，知道有一筆所得沒有申報是一種自然的事實，在我們的刑法理論就變成是故意，而違法性認識，對於義務有沒有認識，那只是可歸責性，要不要減免的問題。但是我看德國、美國判例的理論，把違法性認識納入故意的要件，人民必須要認識這個行政法規，負擔有行政法上義務的認識，故意違反法律上義務才會構成犯罪。這代表什麼意思呢？代表你要知悉法規的義務、知悉所得稅法、知悉有課稅、納稅義務，比如說公共拆遷補償費，你想這個是損害賠償應該免稅，可是國稅局說不行，公共拆遷補償費還是要納入所得課稅，計算成本費用之後列入所得還是要課稅。有些當事人可能不知道損害賠償或損失補償也要課稅，當沒有認識到法律上義務這件事情時，就不能用故意犯罪來處罰。那當然可能有過失，有過失的時候我們使用行政秩序罰，刑法跟秩序罰不太一樣的地方是，秩序罰多了過失的部分，刑法是處罰故意犯。我們現在比較麻煩的地方是有一些行政法規只有規範到刑法的處罰而沒有秩序罰的部分，只有罰或不罰的區分。德國則有折衷辦法，例如雖然沒有故意，但是因為違規而產生的不當得利還是要沒收，德國的行政罰法有這個規定，雖然可能沒有故意，但是因為違規而產生的不法利得還是可以沒入，等於追徵不當利益，這是一個折衷辦法。我也特別去查過美國的判例，美國 2022 年所得稅教科書裡面，提到一個字"willfulness"，實務上認為"willfulness" simply means a voluntary, intentional violation of a known legal duty。意指故意逃漏稅行為是指故意違反已經知悉的法律上義務責任 - legal duty，人民要了解這個納稅義務，而故意違反這個義務。另外我也引用德國聯邦最高法院的刑事判決，這個判決認為如果人民不知道海外所得要申報所得稅而沒有申報，人民的納稅義務、租稅債務認知錯誤，就成「構成要件錯誤」，不成立故意的逃漏稅行為。

我認為在操作此處時，如果是新康德學派、價值法學派的話，因為談價值一定是論評價，當評價一個行為有沒有構成犯罪、有沒有故意，是不是也應該考慮到當事人對於這個義務的違法有沒有認識。如果是刑法的一般自然犯，不能殺人放火是基本常識，你不能講說我不知法律，因為這說不過去；可是行政法規多如牛毛，就算是法律專業人也不一定搞得懂。

112年憲判字第5號判決

中華民國91年2月6日修正公布之證券交易法第175條規定：「違反……第43條之1……第3項……之規定者，處2年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣180萬元以下罰金。」第43條之1第3項規定：「任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。」第43條之1第4項後段規定：「……前項之一定比例及條件，由主管機關定之。」（上開3項條文，嗣經修正，現行法僅微調文字，規範意旨相同）及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第11條第1項規定：「任何人單獨或與他人共同預定於50日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份者，應採公開收購方式為之。」結合上開四規定，係對違反應公開收購規定者，科以刑罰制裁，與刑罰明確性原則均尚屬無違。

預定「於50日內取得」20%股份之解釋

案例爭議問題：

甲公司訂立「一次股份買賣契約」，預定購買20%以上之股份，但約定分批次履行移轉取得股份合計20%以上，分次移轉避開「於50日內取得」之要件，是否違法構成犯罪？

1. 締約前：詢問主管機關主辦人員，表示應無違法。
2. 締約前諮詢兩家律師事務所律師：法律諮詢意見認為既然並未「在50日內取得」20%股份，構成要件不該當，應無違法。採取「物權移轉」理論。

法院判決：

故意「規避犯罪構成要件」之實現，不符合應公開收購之立法目的，仍應處罰。

採取「債權」移轉理論，違反民法及公司法之「股權移轉」採取物權說之理論。

憲法法庭判決：

似乎採取「經濟上所有權」移轉理論，法律上股權雖未移轉，但事實上處分權應已經移轉（買賣契約約定：股東權益之行使，應聽從買方指示辦理）。

概念法學：

法律上所有權移轉，本案似乎採經濟上所有權移轉之概念，超越一般法律專業者之法律上理解範圍。如要採取「經濟上所有權」移轉理論，應以法律特別規定為依據，預測可能性。

我們來看這個股份公開發行的案例，當事人諮詢兩家大型律師事務所，也打電話去詢問主管機關的承辦人確認做法是否合法？大家都認為沒有問題，結果後來檢調有不同意見，這個案例涉及證券交易法，說如果預定在 50 日內取得公開發行公司百分之 20 以上股權的話，要公開收購（按公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條第 1 項規定：「任何人單獨或與他人共同預定於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之 20 以上股份者，應採公開收購方式為之。」），當事人會規避這 50 天內取得股份，以避免違反行政法上義務之構成要件，所以約定買賣是一次買，但分批履行債務，也就是分批取得，讓時間超過法定的 50 天，因為分段執行就避開 50 天內取得百分之 20 的規定。這個取得什麼意思呢？蔡明誠大法官有所謂的債權說及物權說，想取得股份，如果只是買還沒有過戶的話，還不算取得，因為取得是一個物權行為，物權行為需所有權要移轉才算取得，一定要所有權移轉才算取得。如果是概念法學，應該可以這樣理解。現在實務認為，明明買的時候就超過百分之 20，應該要公開收購，這種做法是故意規避犯罪要件的該當，如果是故意規避犯罪要件該當，要不要視同是犯罪要件該當？我們今天「視同」是要件該當，這其實在法理學理論上，就是一個「犯罪事實的擬制」或法規的「類推適用」，另一種法律解釋叫做「目的性擴張」，根據立法目的，這種類型也應該要公開收購，履行公法上義務。以這個案子來說，當事人去諮詢兩家大型律師事務所，律師又打電話跟主管機關承辦人請教這樣的行為到底有沒有違法？大家都認為沒有違法，所以他們才進行交易。連律師都不知道這樣違法，結果我們的大法官認為從事這個行業應該知道這個法規，律師說明連主管機關的承辦人員都不知道，這個案子如果還認為當事人行為是不合理的，是不是應該用秩序罰或是不法利得去處理，而不要做成有罪判決。因為做成有罪判決，變成是類推適用，已經超越文字意義的可能性範圍，取得股份就是要所有權移轉才叫取得，否則買了還沒過戶怎麼能叫取得？那只是債權請求權，一個股份移轉的請求權，當請求權還沒實現的時候還沒有取得。我們概念法學的思維會認為這個是構成要件不該當。我今天採取一個法律關係規避犯罪構成要件，構成要件該當才構成犯罪的處罰要件，構成要件不該當要怎麼處罰呢？只能類推適用，只能目的性擴張，所以我們實務上就採目的性擴張處罰人民，這樣並不妥適。另外一個觀點是，如果要處罰，至少可歸責方面研究是不是可以減免，因為連律師、主辦機關都認為沒有問題，當事人除了經公司內部的法務室確認過，還諮詢外部兩家國內知名的律師事務所，連國內知名律師事務所得出的答案都認為沒有違法，行政機關最後卻說這個是違法的，那老百姓該怎麼辦？所以美國最高法院有個判例，說當事人不諳法律，要諮詢專業律師，如果諮詢專業律師有錯誤，那不可歸責於當事人，沒有故意過失而免罰。我所著「稅法總論」提到：在秩序罰的部分有討論是可以免罰的，因為沒有故意，連過失都不該當。但這個案子，我們是用刑法去處罰，所以當事人嚙不下這

口氣，提起憲法訴訟，憲法法庭裁判（112年憲判字第5號）認為當事人從事這個行業應該要知道法律上義務，但就是大家都不知道，不要說當事人不知道，連律師都不知道，連主管機關承辦人都不知道。我們行政法院的判決常認為不知道的時候應該去問國稅局，但要問國稅局哪個人？我問國稅局某甲，某甲說的算數嗎？某乙說的算數嗎？國稅局可能會說，這個要簽給賦稅署解釋，解釋還沒出來前誰敢保證他說的一定算數？就算是法學教授講的，就算法官私下諮詢也不能算數。所以我們的法規範要有可預測性，讓大家能夠遵守，法規範的構成要件要具體明確，能夠有共同的遊戲規則，不然這種各說各話價值判斷就很麻煩。

十一、故意規避行政法上義務，與違反行政法上義務，兩者構成要件不同，不應「類推適用」處罰人民，以符合罪刑法定主義

租稅規避與逃漏稅之區別

稅法處理模式：

國際稅法因應方案：友善企業經濟活動

1. 可能認定尊重當事人契約自由，但甲乙公司間之關係人交易價格不合常規偏低，應依「TP移轉訂價制」予以調整為90元。
2. 乙公司為甲公司所控制之外國公司，應適用CFC稅制，乙公司之「保留盈餘應強制分配」，歸屬甲公司所得課稅。
3. （稽徵機關見解）濫用民法之契約關係安排，規避課稅要件之該當可能認定乙公司之存在，欠缺合理商業目的，純為規避租稅，應否認乙公司之法人格調整補稅或加以處罰鍰（納保法第7條）。
4. （少數實務見解）認定乙公司為虛設行號，以詐欺或不正當方法逃漏稅捐罪（稅捐稽徵法第41條）。

我舉上述這個例子也是蠻同情這個當事人，李建良教授曾經在憲政時代發表一篇文章談這個案例，他也覺得應該是構成要件不該當，因為尚未取得所有權。如果說他規避，稅法上也有相同問題，有人會利用成立人頭公司規避納稅義務，那規避納稅義務算不算詐欺？或是以不正方法逃漏稅捐？這也是蠻大的問題。國際上，租稅規避有一套理論規則在處理，我們臺灣現在跟國際接軌，基本上也導入國際稅法的處理模式，但少部分還是會用詐欺、不正方法逃漏稅捐這種方法查辦。有些人其實是租稅規避案件，就是故意不要落入課稅要件該當，故意不要落入犯罪構成要件的該當，我們如果採構成要件該當性理論，構成要件不該當就不能處罰，雖然覺得他很可惡，但是構成要件就不該當，構成要件不該當可能要靠修法來處理。我們現在納稅者權利保護法有一條規定，濫用法律形式故意使課稅的構成要件不該當還是要補稅。你有揭露義務而沒有揭露，還是可以處罰，但那是秩序罰，還沒有提升到犯罪的程度，這個地方的界線有時候是很模糊，如果有一些虛偽、假造的東西那當然另當別論，有沒有虛偽假造我們說自由心證，有時候也是很麻煩。



「法學方法論在行政刑罰上之運用」
陳清秀教授專題演講



邢檢察總長致贈「2023 法學論壇講座」琉璃法秤

憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決（民國 112 年 8 月 4 日）：

一、本件聲請釋憲事實：

聲請人黃○清、賴○祥、郭○男、沈○霖、王○福等 5 人（下稱聲請人一至五）均因涉犯刑事罪嫌受有罪判決確定，法院於審理各該原因案件時，依刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款（下稱系爭規定一）或第 1 款（下稱系爭規定二）規定，認定未到庭之證人於警詢所為陳述具有證據能力，並作為裁判基礎，聲請人一至五均主張系爭規定一或二侵害被告之對質詰問權而違憲。

二、本案法律爭點：

系爭規定一及二是否違反憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條人民訴訟權保障？

三、憲法法庭判決見解：

（一）判決主文：

刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款及第 3 款規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。……三、……所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。」係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為證據，致減損被告防禦權之例外規定。法院於適用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平衡。於此範圍內，上開規定尚不牴觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨。

（二）判決理由要旨：

1. 本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權，包含於審判中對證人對質、詰問，以爭執其證詞真實性之權利。證人未到庭接受對質、詰問之審判外陳述，原則上不得作為被告有罪之證據。
2. 系爭規定一及二係為實現刑事訴訟發現真實之目的，賦予該警詢陳述有證據能力，得為證據，其乃刑事訴訟法第 159 條第 1 項所定之例外規定，性質上屬原則上得適用於各類刑事案件之一般性規定。
3. 法院依系爭規定一及二之規定，而認定未到庭證人之警詢陳述得為證據者，被告於刑事訴訟上原可享有之防禦權，即因其無從對該未到庭證人行使對質、詰問權而有減損。立法者就系爭規定一及二除應從嚴設定其適用之法定要件，以確保其為證據取得上之例外性與最後手段性外，並應確保被告仍充分享有受法院公平審判之權利。

4. 就系爭規定一及二之法定要件而言，警詢陳述得例外為證據之要件，須符合相關警詢陳述經證明具有可信之特別情況，以及該警詢陳述證據為證明犯罪事實之存否所必要之要件。系爭規定一及二減損被告之防禦權，則對於被告之防禦權損失，即須於刑事訴訟程序中予以相當之平衡補償，例如：

- (1) 於未到庭證人之警詢陳述證據能力有無之調查程序中，被告即得對警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人行使詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明未到庭證人之警詢陳述是否存在特別可信之情況，而得為證據。
- (2) 另法院於後續審判期日調查證據程序中，亦應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失；包括在調查證據程序上，強化被告對到庭證人之對質、詰問權。
- (3) 在證據評價上，法院尤不得以未到庭證人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，而應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。

四、本案適用之法律原則：

本件憲法法庭判決揭示「正當法律程序原則」及「公平審判原則」。

所謂正當法律程序原則，依據司法院釋字第 384 號解釋理由書意旨，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件。前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。

至公平審判原則，司法院釋字第 752 號解釋理由書明白指出：憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（司法院釋字第 418 號解釋參照）。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第 396 號、第 574 號及第 653 號解釋參照）。

建議

- (一) 為保障被告應享有依正當法律程序，受法院公平審判之權利，如係為證明犯罪事實存否所必要之證人（多為共同被告或被害人），除非案件移送地方檢察署前，該證人已死亡或所在未明，則建議除由司法警察進行證人詢問外，宜再由承辦檢察官命證人具結並訊問，必要時給予被告行使防禦權及對質詰問權，俾使發現真實之重大公益與被告依法受公平審判權利獲致平衡。
- (二) 如證明犯罪事實存否所必要之證人於偵查中死亡，或所在未明而無法傳喚或傳喚不到，建議承辦檢察官不得以未到庭證人之警詢陳述為認定被告涉有犯罪嫌疑之唯一或主要證據，而應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。