



失落的行政從屬性？ ——新修正刑法第190條之1的 實然與應然

Administrative Subordination Lost? :
The Is and Ought of the Newly Amended
Article 190-1 of Criminal Code
of the Republic of China



王晨桓 Chen-Huan Wang
建業法律事務所氣候變遷與
永續發展辦公室召集人
資深合夥律師

壹、緒 論

近年來，層出不窮之公安環保案件，令輿論對於行政權及司法權得否有效遏制投機、確保公眾安全、維護環境公益等，均大加質疑，故「嚴刑峻法，破奸軌之膽」，執事者乃循嚴法之途，現於二方：一方面，於公法規範上，為使行政機關有能力防免不可預測之風險（Riskio），立法者以不確定法律概念方式授予行政機關更大權力，司法機關基於判斷餘地審查，又放鬆了對於行政行為之事後監督，論者有稱之為「風險法治國」者，衍生而來的，則是以「預防原則」為中心，為預測性之立法，甚至為預測性之具體行政作為，例如地方主管機關於法律依據顯有疑義之前提下，於轄

內固定污染源申請許可證展延時，予以減量甚或否准，但此一作法，實有疑慮，按風險評估必須具有高品質操作過程，其研究成果，才足以被認定為充分、確定及精確。為了避免預防原則被濫用，風險評估雖然不必取得具有結論性證據，但須顯示充分科學指標以作為採取預防原則之依據，否則不啻高舉「風險防免」，而致依法行政原則遭到架空破壞。另一方面表現於此種以風險預防為思考中心之刑事立法，也試圖藉由擴大刑法適用範圍之「補漏」思維，以「應實務需求」，2018年6月13日修正公布之刑法第190條之1，即為此脈絡下之一環，而似有「前置預防性刑法」之意味。

而無論修法前或修法後之刑法第190

條之1，作為環境刑法，實則無可避免地關涉環境行政法相關規範之解釋及適用，畢竟環境法治體系，管制重心在行政法，而非刑法，刑法作為環境法之輔助手段，難與行政管制之主戰場相互切割。而於行政管制之脈絡下，手段分為「秩序行政」以及「行政處罰」，兩者彼此交錯適用，互增其效。秩序行政之功能，在於行政秩序之回復與維持，矯正被破壞的公益狀態，故其目的在於「將來」行政秩序的回復或維持。而秩序行政下管制性處分之發動，主觀上不以行為人具有違反行政法上義務之故意過失，為其成立要件。

秩序行政係維持行政秩序、達成行政任務之直接措施，在環境法領域中，展現於各種對於義務人之法定要求。至於行政罰，則是針對行為人過去違反行政法上行為的措施，以「制裁」為主要目的，而無論刑事或行政處罰，均以行為人主觀上有故意過失為限，其主要目的並非達成維護安全與秩序，故於行政管制手段上，係與秩序行政權措施（如前述之管制性不利處分）相輔相成，以秩序行政權之管制措施為主，輔以處罰手段，以有效達成管制目的。刑法第190條之1規定，其係典型之環境刑法，而其「投棄、放流、排出、放逸或以他法使毒物或其他有害健康之物污染空氣、土壤、河川或其他水體者」之要件

規定，一方面係立法者透過不確定法律概念給予適用機關一定之判斷餘地，另一方面可謂係秩序行政措施之確保，而該不確定法律概念之構成要件之解釋，實有賴上述「秩序行政」之判斷，須以行政法上之解釋適用為依據，此即刑法上之行政從屬性(Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts)概念，此亦為環境刑法之重要特徵。

承上所述，本次修正，立法者明文將刑法第190條之1修訂為抽象危險犯，係呼應風險法治國對於降低剩餘風險之渴望，而由法益保護之觀點，抽象危險之構成要件，可對於保護法益進行「提前的、且更周延的保護」，再者，對於超個人法益之保護，可以抽象危險犯之方式，有時是「不得不為」，抽象危險犯之運用，可被理解為「使人民不確定感最小化的方式之一。」，但該條規範之前置化，加以同時增列事業負責人之過失與加重結果責任，未遂犯等規定，將大幅增加本條適用之可能性，然而由立法過程、立法本意、或法條文字本身而言，卻不無逸脫行政管制體系，而忽略環境刑法行政從屬性本質之疑慮，而該條規定半開放性之構成要件，與其他個別環境彼此間之適用關係為何，是否將因本條規定與行政罰法第26條、第32條等規定相互適用之結果，而導致本條規定與行政法體系之割裂，實有釐清與討論之必要。

貳、行政從屬性理論脈絡

一、行政從屬性之概念運用與司法審查

所謂「行政從屬性」，一言以蔽之，即「某種行為之可罰，取決於行政行為」，此為行政刑法領域上之重要概念。而行政刑法既以違反行政義務為其處罰要件，則行政刑法之構成要件不可避免地存有「行政從屬性」，從概念上界分，包括「（構成要件詞彙）概念上從屬」，即不確定法律概念之構成要件之解釋須以行政法上之解釋為依據；與「法規指示從屬」，此即構成要件中含有須依其他行政法規作判斷之要素；及「空白構成要件」，即刑事責任規定本身只保留部分構成要件或法律效果，而將行為規範置於行政法規或其他法規中，必待補充其空白部分後，方能成為完整之構成要件。此種行政從屬性，係基於行政機關具有專業知識與配備，故立法者基於委任立法之授權，委由主管機關以行政命令予以補充，來完成規範機能，是其補充之內容自應具體、明白及確定，始得依該經授權補充完整構成要件之法條對行為人科予罪刑，以符罪刑法定之精神。而認定行為人是否構成該犯罪行為，應仍以該為補充構成要件之公告、函示等行政行為於行為人行為時業已合法存在並確定其內容為前提，要不得以事後之命令補充該法律授權之空白構成要件，使行為人有受不確定刑

事處分之危險，致有違前揭刑法第1條前段所揭櫫之罪刑法定主義。

行政從屬性之理論脈絡，為行政法對於民、刑事法律之規範效應，學理上有稱為「預先決定效應」（Vorgabewirkung）。一般而言，若行政法規作為民事法律關係之構成要件要素（民法第184條第2項）、規制私法之行政處分影響私法法律關係之產生、變更與消滅、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，都是行政法對民、刑法產生規範效應之例。

而針對行政法對於刑法之規範效應而言，具體表現即為刑法之行政從屬性（Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts），包含對於行政法規之從屬性（Verwaltungsrechtsakzessorietät）、以及對於行政處分之從屬性（Verwaltungsaktsakzessorietät）等。細部整理可大別為三類：

（一）以行政法規作為刑法構成要件要素之（法規範之行政從屬），於此情形下，刑法係輔助性裁罰作用，亦即透過刑法之制裁，確保行政法規之秩序行政受到遵循，例如水污染防治法第36條第1、4項，「事業注入地下水體之廢（污）水含有害健康物質者，處一年以上七年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上二千萬元以下罰金。……第一項、第二項有害健康物質之種類、限值，由中央主管機關公告之。」，而第1項有害健康物質

之種類、限值，是以第4項之主管機關公告（法規命令）為判斷基準。以行政法規範作為行法構成要件要素之情形，普通法院對於命令位階之行政法規範，依循司法院大法官釋字第137號解釋、第216號解釋之意旨，似有個案之審查權限。

（二）以行政處分作為行法之構成要件要素者（行政處分之行政從屬），亦即以行政處分（通常係下命處分）所課負相對人之作為義務或不作為義務，作為刑法構成要件要素，藉由刑法之作用，以確保行政法規範之秩序行政受到遵循。例如水污染防治法第34條第1項，「違反第二十七條第一項、第二十八條第一項未立即採取緊急應變措施、不遵行主管機關依第二十七條第四項、第二十八條第一項所為之命令或不遵行主管機關依本法所為停工或停業之命令者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上五百萬元以下罰金。」空氣污染防治法第56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，處負責人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上五百萬元以下罰金。不遵行主管機關依第三十三條第二項、第六十七條第二項所為停止操作、或依第六十七條第二項所為停止作為之命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。」、集會遊行法第29條，「集會遊行經該管主管機關命令解散而不解散，

仍繼續舉行，經制止而不遵從，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役。」。而此時普通法院或檢察官對於作為構成要件之行政處分，是否有審查權限，則涉及行政處分之「構成要件效力」（Tatbestandswirkung）問題，而存有重大爭議。若回歸行政處分之構成要件效力理論，由權力分立之觀點，若該行政處分並非違法無效（行政程序法第111條參照）或因有失效事由而效力消滅（Erledigung），對刑事法院仍有拘束力，換言之，普通法院無權審查行政處分之適法性。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，但此說並非毫無爭議，而我國司法實務上，對此一問題尚無全然一致性之見解，而學理上亦有認為，只要條文未明定以「合法行政行為」作為處罰要件，刑事法院即不得審查該行政行為之適法性，因法益是否脆弱、不具可回復性，是否要直接以對行政決定之不服從作為處罰要件，其判斷本身，實帶有相當濃厚之政策考量色彩，並不宜由司法者逕行作判斷。所以最後還是要看立法者決定，簡單來說，如果立法者不以行政處分之生效為滿足，就須明白要求合法性，如果立法者不明白要求合法性，普通法院就不得審查行政處分之適法性，且行政處分縱不具重大、明顯瑕疵，但因違法而遭訴願機關或行政法院等有權機關撤銷，行為人之行為即不具可罰性，如堅持行政處分的撤銷不影響可罰性之認

定，顯然牴觸刑罰目的，也使刑罰制裁不合乎比例原則。總之，行政處分撤銷時，倘刑事程序仍在進行中，法院即應以犯罪構成要件不該當為由判決無罪；倘已判決確定，仍應准以再審救濟。

(三)行政法上之許可，作為阻卻違法事由或消極之構成要件要素（合法化／阻卻違法之行政從屬），例如依照自衛槍枝管理條例第6條規定領有槍枝持有執照者，即不該當犯罪構成要件或可主張阻卻違法（刑法第21條第1項規定參照）。以行政處分作為消極處罰要件，行政法學者多主張，普通法院亦不得審查該行政處分的適法性，即便行為人是基於詐欺、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，而僅係得撤銷事由（行政程序法第117條規定參照），且撤銷與否之權限，屬於行政機關及行政法院，普通法院無從干預。

二、其他之行政從屬性之類型運用

另外，學理上對於行政從屬性，尚依從屬功能區分，表現於有關構成要件之用語，此即「構成要件用語之概念行政從屬」，例如對於水源、廢棄物、防制區等之概念，亦有賴於行政法規之解釋與適用、「指示形式行政從屬」，即為求立法經濟，避免重複規定，於刑法條文中，明文規定以違反其他行政法規為構成要件、「空白刑法之立法技術」，亦即刑事立法構成要件，

預留行政機關以命令補充之空間。

另外，由行政從屬性之以從屬程度為區分，可將行政從屬性分為「絕對行政從屬」與「相對行政從屬」。所謂絕對從屬，是指犯罪構成要件的該當完全取決於行政機關的判斷，因此法院無權具體判斷構成要件。這一立法模式之目的，在於確保行政機關對於擬達成行政目的之強大規制力，保證行政機關之管制權限；相對從屬之從屬程度較低，行政行為僅作為法院審查構成要件是否該當的一部分，行政行為不作為決定刑罰與否之惟一判準。

參、刑法第190條之1與行政從屬性

一、修法前條文之行政從屬性適用

2018年6月13日修正公告前之刑法第190條之1第1項規定：「投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，而污染空氣、土壤、河川或其他水體，致生公共危險者，處五年以下有期徒刑。」，規範文字上之「投棄、放流、排出或放逸」、「毒物或其他有害健康之物」、「污染」等，而2018年6月13日修正公告後之刑法第190條之1第1項則規定：「投棄、放流、排出、放逸或以他法使毒物或其他有害健康之物污染空氣、土壤、河川或其他水體者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」，法條文字除「投棄、放流、

排出、放逸」外，尚增列「或以他法」、另同樣有「毒物或其他有害健康之物」、「污染」等，則本條項規定，是否具有行政從屬性？由條文文字本身而言，正反兩方解釋，似均有其空間。

對於修法前之刑法第190條之1規定，揆諸法院實務見解，在一定程度上，接受本條項規定之行政從屬性：

類型一：因未超過法定標準，認為不構成「毒物」、「有害健康之物」要件者

◎高等法院臺中分院95年度上訴字第2043號判決（摘錄）

「……依同法第2條關於事業廢棄物之定義，事業廢棄物分成有害事業廢棄物及一般事業廢棄物，有害事業廢棄物係指由事業所產生具有毒性、危險性，其濃度或數量足以影響人體健康或污染環境之廢棄物；而一般事業廢棄物則指由事業所產生有害事業廢棄物以外之廢棄物。則環保署係因臺電公司未能適當處理一般事業廢棄物而處罰，並未認定系爭工程所排放之廢水係屬有害事業廢棄物，尚難執此認定系爭工程所排放之廢液係有害事業廢棄物，亦難認係刑法第190條之1所謂之『毒物或其他有害健康之物』。(六)國立中興大學農學院土壤調查試驗中心派員於2002年5月1日至系爭工程施工處所採樣檢驗結果，固認系爭工程隧道中西口底泥PH值為

10.4，交換性鈣為14600MG/KG，交換性鎂為828 MG/KG，此有該中心01258號委託分析結果報告1份在卷可憑（見93年度偵字第475號偵查卷宗第18頁），亦即認系爭工程所排放之廢液使水質呈PH值10.4。惟核諸當時即2001年3月7日訂定適用之有害事業廢棄物認定標準第4條第3項第1款規定，毒性有害事業廢棄物之腐蝕性事業廢棄物，係指事業機構產生之廢棄物，具有廢液氫離子濃度指數（PH值）大於或等於12.5，或小於或等於2.0者。則系爭工程所排放之廢液PH值為10.4，亦非屬上揭毒性有害事業廢棄物之腐蝕性事業廢棄物。」

由該案判決可知，法院一方面認為環保署係因臺電公司未能適當處理一般事業廢棄物而處罰，並未認定系爭工程所排放之廢水係屬有害事業廢棄物，另一方面認為其廢液PH值未及法定標準，故不構成排放毒物或有害健康之物之要件。

◎臺灣新竹地方法院97年度簡上字第60號判決（節錄）

「……三、不另為無罪諭知部分：(一)公訴意旨另以：被告等業務過失散逸之珍珠岩粉雖不具毒性，但會使接觸者喉嚨、眼部、皮膚不適，單次大量接觸並將造成肺功能損失（含呼吸道阻塞性肺疾病、肺部纖維化）及氣管高度敏感，屬刑法第190條之1第1項所規定之其他有害健康之物，因認被告等亦涉犯刑法第190條之1第4項、第1項之罪嫌云云。

(二)查：本件所涉及之珍珠岩粉，其健康危害效應為：吸入會引起喉嚨不舒服、咳嗽，眼睛接觸會引起眼睛不舒服、異物感，皮膚接觸會造成皮膚乾澀，物理性及化學性危害、特殊危害則均無，有物質安全資料表一份在卷可稽（見他卷(一)第65至66頁），其含有之鉻、砷、鎘、汞等重金屬均小於5ppm，鉛則為80±5ppm，有工業技術研究院分析檢驗報告附卷可佐（見他卷(一)第148頁）。而鎘、汞等物質雖為行政院環境保護署公告列管之毒性化學物質，但其所含鎘、汞濃度均未達法令管制濃度，有該署97年10月8日環署毒字第0970075619號函1份可參（見二審卷第117頁），且經查目前醫學研究報告或物質安全數據報告顯示，珍珠岩粉並未被歸屬為有毒物質，亦有臺灣大學鑑定（諮詢）案件回覆書附卷（見二審卷第121頁）。

(三)綜上，本件所涉及之珍珠岩粉並無毒性，而刑法第190條之1第1項所指『其他有害健康之物』，既係與『毒物』並列，是該『其他有害健康之物』並非泛指一切可能有害於健康之物質，仍應以具有相當毒性之物質始足該當，是本件珍珠岩粉既未具毒性，即難以認定係屬該條第1項所指『其他有害健康之物』，而不應論以刑法第190條之1第4項、第1項之罪，惟檢察官認為此部分與前開論罪科刑之業務過失傷害犯行有想像競合犯之裁判上一罪關係，爰不另為無罪諭知，併此敘明。」

法院於本案中認為，鎘、汞等物質雖為行政院環境保護署97年10月8日環署毒字第0970075619號函公告列管之毒性化學物質，但其所含鎘、汞濃度均「未達法令管制濃度」，且法院進一步指出，刑法第190條之1第1項所指「其他有害健康之物」，既係與「毒物」並列，是該「其他有害健康之物」並非泛指一切可能有害於健康之物質，仍應以具有「相當」毒性之物質始足該當。

類型二：雖超逾法定標準，但無法證明已有「污染」

◎臺灣高等法院臺南分院106年度上訴字第401號判決

「查本件起訴意旨所舉證據，固足以證據被告吳來長、吳葉月柳有繞流排放含有逾放流水標準及有害事業廢棄物認定標準之廢水之行為，惟稽查人員於104年9月15日至○○○公司採集廢水之地點，係被告等人設在○○○公司廠區圍牆外之管線，稽查人員並未至三爺宮溪或附近土壤進行採驗乙節，此據證人顏肇毅證述：當天伊沒有去三爺宮溪放流口（即偵卷第137頁圖29所示位置）採樣，因為那個地方比較難下去，大約有兩、三層樓高，伊係在偵卷第135頁圖22的位置採樣（廠外圍牆邊之管線），伊將塑膠管提起來，然後採水等語明確（見本院卷第141、143頁），並有採證照片可按（見偵卷第135頁）。又偵卷第

137頁圖29所示有紅色液體由暗管流入三爺宮溪乙情，係稽查人員為了要試驗水流方向，以紅色染劑投入暗管，確認該暗管會通到三爺宮溪，亦據證人顏肇毅證述明確（見本院卷第138頁），並有○○○公司繞流排放查處報告及照片可佐（見偵卷第136頁反面～第137頁），但案發當天被告等人排放的廢水流到該溪後是否有達到污染的程度，並無證據可資證明，且綜觀全卷，亦查無其他證據足認被告2人之行為已造成河川、土壤污染，達致生具體公共危險之程度，則既無具體積極證據足認被告2人所為確已達致生公共危險之具體危險程度，自不得僅因被告2人犯行危害可能性重大，而逕以推測之方法，遽論被告2人涉有此部分犯行。」

本案中，行為人確實有有繞流排放含有逾放流水標準及有害事業廢棄物認定標準之廢水之行為，但因檢察官無法證明其已達到「污染」之程度，亦無證據證明其已達到公共危險之程度。

◎臺灣彰化地方法院96年度訴字第637號 判決

「三、查本件公訴人固舉出上揭證據為證，惟該次採樣地點係在被告工廠廢水排放口處之排水溝，是上揭證據雖足以證明被告將含有有害健康物質超過放流水標準之廢水，排入工廠前排水溝之事實，然尚無法以之作為證明有何河川、土壤已受如何程度污染之證明，且遍翻全卷，亦查無其他證據足認被告排放之廢水已造成河川、土壤污染，達致生具體公共危險之程度，則既無具體積極證據足認被告所為確已達致生公共危險之具體危險程度，自不得僅因被告犯行危害可能性重大，而逕以推測之方法，遽論被告涉有此部分犯行。」

同樣地，於此案例中，行為人的確將有害健康物質超過放流水標準之廢水，排入工廠前排水溝，但無法證明河川、土壤已受到污染，且無證據足認被告排放之廢水已造成污染，達致生具體公共危險之程度。

完整全文，請參見：月旦司律評，創刊號，2018.09月。

訂閱網址：<http://qr.angle.tw/9mx>

關鍵詞：行政從屬性、刑法謙抑性、風險預防、污染、行政管制

DOI：10.3966/261730692018090000006