

行政訴訟制度相關論文彙編

第 7 輯

司法院行政訴訟及懲戒廳 編輯

中 華 民 國 99 年 9 月

例 言

人民與國家的法律關係，經由行政法予以規範，而其權利義務紛爭，則藉由行政訴訟程序，由法院為定紛止爭之最後裁奪。是以，行政實體法及程序法規範及制度設計之良窳，攸關憲法之具體落實，以及司法是否善盡維護社會正義最後一道防線之功能。

有鑑於此，本院自 87 年以來，陸續邀請公法學之專家學者，就行政法的各個領域，撰文論述，除提供學術研究之參考外，亦為本院規劃及建構未來行政訴訟制度，提供寶貴之資訊。

本論文集共收錄 9 篇文章。李建良教授對於行政罰法所定「裁罰性不利處分」之用語及概念意涵，提出批判，並嘗試以「制裁性不利處分」取而代之，頗值注意。

「土地為財富之本」，土地事件僅次於稅務事件，向為行政法院受理案件的主要來源。為分析爭訟原因，研提解決方案以疏減訟源，自去年起，本院即陸續委託學者進行專題研究，而本論文集收錄陳立夫教授所撰 3 篇有關土地徵收相關爭議之論文，即屬專題研究之成果。

新制行政訴訟自 89 年 7 月施行，大幅增加訴訟種類及相關程序規定，其制度之闡釋，以及規範是否完足，均有賴深入研究。劉建宏教授對於訴訟參加制度在我國行政訴訟法上之適用，進行檢視，並就普通參加及輔助參加規定，提出修法建言；賴恆盈教授則就判斷行政訴訟之裁判基準時應考量之因素，以及現行主要訴訟類型之裁判基準時等問題，綜整學說及實務見解，進行系統性之探討。

法與時轉則治，治與世宜則有功。行政法令應與時俱進，其研修亦不能無視外國法制的演進與發展。蔡茂寅教授以 2004 年日本行政事件訴訟法之修正為中心，進行預防性不作為（差止）訴訟之研究；陳世民教授則介紹法國行政法之「行政命令之撤銷」、「國家賠償責任」及

「訴訟程序」等制度，足供我國借鏡；而近年來，公營事業民營化，則為先進國家進行改革及轉型的重要課題，陳耀祥教授以德國行政法學界近年所發展之「管制行政法」概念，觀察聯邦行政法院就管制措施之裁量與審查密度問題所為判決，可作為我國行政法院未來處理類似問題之參考。

本書的付梓，雖經本廳同仁悉心校對文稿，惟疏漏在所難免，尚祈各界先進不吝指正。

司法院行政訴訟及懲戒廳 謹誌

目次

1. 行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及 法適用上之若干基本問題——「制裁性不利處分」 概念之提出	李建良	1
2. 土地徵收失效爭議問題之研究	陳立夫	63
3. 收回被徵收土地爭議問題之研究	陳立夫	99
4. 土地徵收補償合理性審查之研究 ——公告土地現值定性及其與徵收補償之關聯問題	陳立夫	127
5. 訴訟參加制度在我國行政訴訟法上之適用 ——普通參加與輔助參加	劉建宏	185
6. 論行政訴訟之裁判基準時	賴恆盈	241
7. 預防性不作為（差止）訴訟之研究—— 以 2004 年日本行政事件訴訟法之修正為中心	蔡茂寅	309
8. 法國行政法上值得我國借鏡的一些制度	陳世民	329
9. 論管制裁量與司法審查密度 ——德國管制行政法之新興議題	陳耀祥	341

行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題——「制裁性不利處分」概念之提出

李建良*

目 次

壹、問題提出

貳、概念界定：裁罰性處分與制裁性處分

一、大法官解釋中的「裁罰」或「制裁」概念

二、大法官解釋的觀察與分析

三、「制裁性」不利處分概念之創用與區辨

參、制裁性與非制裁性不利處分在法適用上之若干基本問題

一、法律保留原則之適用問題

（一）法律保留原則於制裁性不利處分之適用問題

（二）法律保留原則於非制裁性不利處分之適用問題

二、責任原則之適用問題

三、法規變動之法適用問題

肆、綜合整理

* 中央研究院法律學研究所籌備處研究員、臺灣大學法律學院教授。

壹、問題提出

行政罰法自 94 年 2 月 5 日制定公布、95 年 2 月 5 日生效施行之後，臺灣法治國之基礎法制，大抵趨於完備，與之前陸續制定或修正之國家賠償法、行政程序法、訴願法、行政訴訟法及行政執行法，共同構成臺灣行政法之基本六法。

行政罰法為各行政機關共通適用之統一性、綜合性法律，計 9 章，共 46 條，對照立法總說明，內容包含：

- 一、明定本法之適用範圍，限於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（第 1 條）。
- 二、定義「其他種類行政罰」，指限制或禁止行為、剝奪或消滅資格或權利、影響名譽或警告性等四大類具有裁罰性之不利處分（第 2 條）。
- 三、定義「行為人」之概念（第 3 條）。
- 四、明定「處罰法定主義」，以行為時法律或依地方制度法規定得為裁罰之自治條例有明定者為限（第 4 條）。
- 五、明定行政罰之「時」之效力與「地」之效力（第 5、6 條）。
- 六、明定行為人之「責任條件」、「責任能力」（第 7、8、9 條）及減輕或免除處罰規定（第 11、12、13 條）。
- 七、明定「消極不作為」之處罰原則（第 10 條）。
- 八、明定共同違法之處罰原則（第 14 條）。
- 九、明定私法人違法之併罰原則（第 15-17 條）。
- 十、明定裁處之審酌加減及擴張（第 18-20 條）。
- 十一、明定沒入之原則（第 21-23 條）。
- 十二、明定單一行為違反數個行政法上義務規定之處罰原則（第 24-25 條）。
- 十三、明定一行為不二罰之原則（第 26 條）。
- 十四、明定行政罰之裁處權時效（第 27-28 條）。
- 十五、明定行政罰之管轄機關（第 29-32 條）。

十六、明定裁處程序及救濟（聲明異議）程序（第 33-44 條）。

十七、明定本法施行前違反行政法上義務之行為應受處罰而未經裁處者之處理原則（第 45 條）。

以上原則及規定，對於依法行政之落實及人民權益之保障，甚有裨益，無待多言。然因行政罰法之適用範圍，除罰鍰及沒入外，尚及於所謂「裁罰性不利處分」之其他種類行政罰。初觀內容，其中頗多與「處罰」或「制裁」之本質未必相侔者，例如禁止出入港口、機場或特定場所、撤銷或廢止許可或登記等，其於適用行政罰法之所謂「統一性」原則或規定時，有無窒礙或扞格之處，容有探究之必要。

貳、概念界定：裁罰性處分與制裁性處分

一、大法官解釋中的「裁罰」或「制裁」概念

行政罰法第 2 條雖使用「裁罰性之不利處分」一詞，惟如所週知，「裁罰性處分」之概念，原非法制用語¹，而是大法官解釋所創。因此，若要掌握此一概念之內涵及法治上之意義，非從大法官解釋著手莫辦。筆者嘗試以「裁罰性」、「裁罰」、「制裁」及「行政罰」等用語或類似概念，檢索大法官解釋，得出如下之用語及相關解釋（參見「附錄一」）：

（一）裁罰性之行政處分：1.釋字第 394 號解釋：警告處分、撤銷登記證書之處分（營造業從業人員）；2.釋字第 402 號解釋：警告、停止執行業務或撤銷執業證書之處分（保險從業人員）；3.釋字第 418 號解釋理由書：罰鍰、吊扣駕駛執照及汽車牌照；4.釋字第 510 號解釋：航空人員之體格檢查不合標準之不及格處分、准予缺點免計處分；5.釋字第 619 號解釋：罰鍰；6.釋字第 638 號解釋：罰鍰。

（二）裁罰：1.釋字第 247 號解釋：罰鍰；2.釋字第 640 號解釋：罰鍰；3.釋字第 641 號解釋：罰鍰。

¹ 檢索現行法規，亦僅行政罰法使用「裁罰性」不利處分一詞，於其他法律中，並無「裁罰性」行政處分之用語。

- (三) 裁罰權：釋字第 585 號解釋：罰鍰。
- (四) 行政處分性質之行政秩序罰：釋字第 289 號解釋：罰鍰。
- (五) 裁罰標準（裁罰事宜）：釋字第 604 號解釋（解釋文）：罰鍰²。
- (六) 制裁性之條款：釋字第 394 號解釋：警告處分、撤銷登記證書之處分（營造業從業人員）³。
- (七)（行政）制裁⁴：1.釋字第 275 號解釋（理由書）：罰鍰；2.釋字第 313 號解釋（理由書）：罰鍰；3.釋字第 317 號解釋（解釋文）：罰鍰；4.釋字第 327 號解釋（解釋文）：罰鍰；5.釋字第 356 號解釋（解釋文）：滯報金、怠報金；6.釋字第 394 號解釋（理由書）：警告處分、撤銷登記證書之處分（營造業從業人員）；7.釋字第 503 號解釋（理由書）：滯報金、怠報金；8.釋字第 514 號解釋（理由書）：撤銷營業許可（電動玩具業）；9.釋字第 517 號解釋（理由書）：罰鍰；10.釋字第 612 號解釋（理由書）：撤銷清除、處理技術員合格證書之處分；11.釋字第 616 號解釋（解釋文、理由書）：滯報金（罰鍰之一種）；12.釋字第 638 號解釋（理由書）：補足股份成數之處分⁵；13.釋字第 641 號解釋（理由書）：罰鍰。
- (八) 行政罰⁶：1.釋字第 49 號解釋（解釋文）：罰鍰；2.釋字第 275 號解釋（解釋文）：罰鍰；3.釋字第 356 號解釋（理由書）：滯報金、怠報金；4.釋字第 407 號解釋（理由書）：「猥褻」出版品之警告、禁止出售及散佈、扣押、定期停止發行；5.釋字第 495 號解釋（理由書）：沒入；6.釋字第 545 號解釋（解釋文）：停業處分或撤銷執業執照（醫

2 釋字第 423、511、564 號解釋，亦同。

3 大法官在此所引述之釋字第 367 號解釋，並非涉及罰鍰或其他裁罰之制裁性條款，而是變更申報繳納（營業稅）主體之施行細則。

4 大法官解釋中，使用「制裁」一詞者，數量頗多，其中率多涉及刑事處罰或公務員懲戒，此處僅列與行政處罰有關者。

5 理由書謂：「至於補足股份成數，係屬行政法上之義務，不具裁罰性，與罰鍰為行政制裁之性質不同，相關法令如規定違反行政法上義務之人受處罰後，仍不能免除其義務之履行，尚不生違反一事不二罰原則問題。」

6 大法官於解釋中使用「行政罰」一詞者，多半用與「刑事罰」相對比。

行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題——「制裁性不利處分」概念之提出

師)。

- (九) 其他：1.釋字第 390 號解釋：停工或勒令歇業之處分；2.釋字第 612 號解釋：撤銷清除、處理技術員合格證書之處分。

茲將上述解釋列表整理如「附錄二」，以利觀察。

二、大法官解釋的觀察與分析

觀察大法官歷來解釋，可以先作如下的初步歸整與分析：

- (一) 「裁罰」二字最早出現在釋字第 247 號解釋，本案涉及匿報、短報或漏報所得稅之處罰，裁罰一詞應是指罰鍰，惟只有描述作用，不具規範上之意義。
- (二) 「裁罰性之行政處分」一詞之創設，約在 85 年間，旨在涵蓋罰鍰以外之其他不利處分，如警告處分、撤銷登記證書（釋字第 394 號）、停止執行業務、撤銷執業證書（釋字第 402 號）等⁷。此一概念之運用，主要涉及法規命令是否牴觸法律之問題，亦即法規命令是否牴觸母法、符合法律保留原則，或者說法律本身是否符合授權明確性原則之檢驗。大法官創設此一用語之目的，在於提高對系爭規定之違憲審查標準（從嚴審查），將上開不利處分等同於處罰，強調「處罰之構成要件及法律效果，應由法律定之；若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確」。事實上，大法官以此為理由而宣告行政命令違憲者，首推釋字第 313 號解釋。該件釋憲案涉及罰鍰之科處，大法官僅提及「行政罰制裁」等語，由此益證大法官欲以「裁罰性」一詞將非罰鍰之不利處分納入行政處罰之範疇，以提高授權明確性之要求。
- (三) 大法官雖繼續沿用「裁罰性之行政處分」或「裁罰」概念，惟其適用範

7 在釋字第 418 號解釋的理由書中出現：「道路交通管理處罰條例中所規定之處罰計有罰鍰、吊扣駕駛執照及汽車牌照等，均係行政機關對違反秩序行為之裁罰性行政處分」等字句。本號解釋係涉及法律規定受處分人因交通違規事件，不服主管機關所為之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所為之裁定，得為抗告，但不得再抗告，是否牴觸憲法第 16 條保障訴訟權之問題。

圍似逐漸侷限在罰鍰（釋字第 585、619、640、641 號），且多僅是敘述性用語。至於大法官解釋中偶提及「裁罰標準」或「裁罰事宜」者（釋字第 423、511、564、604 號），只是法規名稱之複述，且專指罰鍰而言。

（四）大法官原本欲以「裁罰性之行政處分」一詞涵蓋如撤銷登記證書之不利處分，近期似有放棄之傾向，值得注意。例如釋字第 612 號解釋涉及撤銷「清除、處理技術員合格證書」之問題，而其主要爭點在於行政院環境保護署依據廢棄物清理法之授權所發布之公民營廢棄物清除處理機構管理輔導辦法，其中有關撤銷清除、處理技術員合格證書之規定是否逾越前開廢棄物清理法之授權範圍。此種情形與釋字第 394 號及第 402 號解釋之情形相當，惟大法官通篇未使用「裁罰性之行政處分」一詞，且認為此項處分「乃為達成有效管理輔導公、民營廢棄物清除、處理機構之授權目的，以改善環境衛生，維護國民健康之有效方法」，甚至在理由書中強調「衡諸現代廢棄物有賴專業處理，以預防環境污染而危害國民健康及環境生態事件發生，否則一旦發生損害，其影響可能延續數代而難以回復，事後制裁已非達成防制環境污染立法目的之最有效手段」，前後對照，大法官似乎已不再將執業證照之撤銷理解為（事後）裁罰性之行政處分，而是一種「預防性之不利處分」。此點亦可從釋字第 510 號解釋得到佐證，於本號解釋大法官明白表示，航空人員體格檢查不合標準之不及格處分等措施，係「基於航空人員之工作特性，就職業選擇自由個人應具備條件所為之限制，非涉裁罰性之處分」。

（五）除裁罰性處分之用語外，大法官對於行政處罰之用語尚有「行政秩序罰」、「行政罰」、「制裁」或「制裁性之條款」等，其中「制裁性之條款」僅使用過一次，且與「裁罰性之行政處分」同時（第一次）出現在釋字第 394 號解釋。考其用意，殆與大法官為從嚴審查系爭規定之特殊釋憲背景有關（見前述），此後即不復見。至於「行政秩序罰」、「行政罰」、「制裁」等語率多用以指稱罰鍰（釋字第 49、275、289、313、317、327、517、641 號），或滯報金、怠報金（釋字第 356、503

號)等與罰鍰性質相當之財產罰。

- (六) 大法官解釋中使用制裁或行政罰等詞，而其指涉對象為罰鍰等財產罰以外之處分者，計有四種情形：1.釋字第 407 號解釋：「猥褻」出版品之警告、禁止出售及散佈、扣押、定期停止發行。2.釋字第 495 號解釋：沒入。3.釋字第 514 號解釋：撤銷營業許可（電動玩具業）。4.釋字第 545 號解釋：停業處分或撤銷執業執照（醫師）。其中，「沒入」向為行政罰之一種⁸，而釋字第 407 號解釋之標的一出版法業已廢止，不再有依該法禁止出售及散佈、扣押、定期停止發行出版品之處分⁹，且本號解釋之重點在於如何定義「猥褻」，以及法官於審判時是否受行政機關解釋拘束之問題，由此尚難論定上述處分為行政處罰。
- (七) 釋字第 514 號解釋明確將撤銷（電動玩具業）營業許可定性為「違反義務之制裁」。本號解釋之重點亦在法律保留原則之審查，亦即上開處分應有法律或法律授權之依據，始得為之。不過，若對照釋字第 390 號解釋所處理之不利處分：停工或勒令歇業之處分，在效果上略與撤銷營業許可相當，均涉及人民憲法上工作權及財產權之保障。惟在本號解釋中，大法官亦僅謂：「對於人民設立工廠而有違反行政法上義務之行為，予以停工或勒令歇業之處分，涉及人民權利之限制」，而未指其為「違反義務之制裁」，可見大法官前後見解不盡一致。
- (八) 釋字第 545 號解釋所涉及之停業處分或撤銷執業執照（醫師），係（舊）醫師法第 25 條之規定：「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處一個月以上一年以下停業處分或撤銷其執業執照。¹⁰」從法條

8 至於「沒入」處分是否尚有獨立之制度功能，容後詳述。

9 但仍不排除行政機關以其他法律為依據，為禁止販售書籍之處分。例如依消費者保護法第 36 條命某一書籍自即日起不得再行販售。參見臺北高等行政法院 97 年度訴字第 3255 號判決。惟此種處分顯然是基於保護消費者之目的（防止危險），而非為了處罰該書之作者或出版社。

10 現行規定為醫師法第 28 條之 4：「醫師有下列情事之一者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，得併處限制執業範圍、停業處分一個月以上一年以下或廢止其執業執照；情節重大者，並得廢止其醫師證書：一、執行中央主管機關規定不得執行之醫療行為。二、使用中央主管機關規定禁止使用之藥物。三、聘僱或容留違反第二十八條規定之人員執行醫療業務。四、將醫師證書、專科醫師證書租借他人使用。五、出具與事實不符之診斷書、出生證明書、死亡證明書或死產證明書。…」其規範構造與舊法相同。

規範構造及文義字句（「處」）以觀，停業處分或撤銷其執業執照應屬一種違反義務之事後制裁。惟須指出者，上述不利處分屬於專門職業人員懲戒之一環¹¹，與行政機關對一般人民所為不利處分之性質略異。尤其基於「職業自治」及「專業自主」之原則，此種懲戒多由相關領域專家學者組成之懲戒委員會為之¹²，與一般之行政秩序罰已難相提並論。

三、「制裁性」不利處分概念之創用與區辨

經由上述對大法官解釋之初步分析，可知「裁罰性行政處分」一詞之創用，旨在將罰鍰以外之若干不利處分類比為「行政處罰」，希冀透過「處罰法定主義」之橋樑，證立系爭規定違反法律保留原則（特別是授權明確性原則）之結論。此一概念在法律保留原則之實踐上，確實曾經發揮功能，對於大法官釋憲實務之運作與人民權利之保障，著有貢獻。不過，由於大法官始終未就「裁罰性處分」概念作出明確之界定。因此，欲以此一不明確之概念操作「授權明確性原則」，究竟不可得。隨著大法官對於法律保留原則之運用日臻成熟，甚至建立起所謂「層級化之法律保留」，「裁罰性行政處分」此一概念之重要性逐漸退卻，釋字第 612 號解釋即為例證¹³。

「裁罰性行政處分」一詞在完成其歷史性任務後，理應功成身退之際，竟又為行政罰法所承續，成為法制用語，並大舉擴增其內容¹⁴，馴至幾與「不利益之行政處分」等而同之。「裁罰性不利處分」之運用，若只是為了提高法律保留原則之適用，尚不足慮¹⁵。然因行政罰法乃行政處罰之統一性、綜合性法

11 參見醫師法第 25 條之 1：「醫師懲戒之方式如下：一、警告。二、命接受額外之一定時數繼續教育或臨床進修。三、限制執業範圍或停業一個月以上一年以下。四、廢止執業執照。五、廢止醫師證書。前項各款懲戒方式，其性質不相抵觸者，得合併為一懲戒處分。」

12 參見醫師法第 25 條之 2。

13 參見李建良，〈「裁罰性處分」、行政處分之廢止與法律保留原則—簡析司法院大法官釋字第 612 號解釋〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 85 期，2006 年 8 月，頁 213 以下。

14 參照行政罰法第 2 條立法理由 1：「為因應我國目前實務上需要，使各種法律有效達成行政目的，並基於維護公益之考量，本法之適用，除因違反行政法上義務應受罰鍰或沒入之裁處外，亦將行政機關所為之不利處分中具有裁罰性者視為行政罰，由於其名稱種類有一百餘種之多，爰概稱為『其他種類行政罰』，並參酌司法院釋字第 394 號等解釋使用『裁罰性行政處分』之用語，將其適用本法應具備『裁罰性』及『不利處分』之要件予以明定，以界定本法之適用範疇。」

15 大法官創設「裁罰性行政處分」一詞，亦僅運用於法律保留原則之問題上，不及其他。

律，不論在基本原則上（包括責任原則、共同違法之處罰原則、併罰原則等）或裁罰程序及救濟制度上，均自成一體，與行政程序法及行政執行法併立而互不相屬¹⁶。於今因「裁罰性不利處分」概念「極大化」之結果，可能產生之觀念混淆及可能肇致之法律適用及制度運作上之齟齬，委實令人憂心。尤其將「證照之撤銷或廢止」等同於「行政罰」，猶如以方枘入圓鑿，扞格而難契。蓋許可或登記之撤銷或廢止，實屬秩序行政之管制措施，與行政處罰係對「過去」不法行為所施加之制裁，迥然有別。行政管制措施具有「向將來性」，不以「過咎之制裁」為要，尚具有終止或除去不法結果，恢復合法狀態之多面向功能。是以，將「撤銷或廢止許可或登記」納入行政處罰體系，並適用諸如故意過失之有責原則（行政罰法第 7 條）、責任能力（行政罰法第 9 條）等規定，恐難全然脗合行政管制之功能考量及制度本旨¹⁷。尤有甚者，許可或登記之撤銷或廢止，核其性質，實即授益行政處分之撤銷與廢止，行政程序法第 117 條至第 127 條對之亦設有規定。授益行政處分之撤銷或廢止苟若等同於行政罰，則依據行政程序法撤銷或廢止許可或登記（授益行政處分）時，是否亦應適用行政罰法之規定，難免生疑。

按不利益之行政處分是否具有制裁（處罰）性質（行政罰），無法單從法律效果予以認定，而須著眼於各該規範之取向及目的¹⁸。行政罰法第 2 條將「其他種類之行政罰」（裁罰性之不利處分）區分為「限制或禁止行為」、「剝奪或消滅資格或權利」、「影響名譽」或「警告性」等四大類，基本上只是從法律效果出發，而未細辨各該處分之規制目的，確有涵蓋過廣之病，而衍生法律適用上之困擾與疑義¹⁹。由於「裁罰性之不利處分」業已為「立法者²⁰」

16 德國聯邦行政程序法第 2 條第 2 項第 2 款將違反秩序行為之處罰（Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten）排除於該法之適用範圍，其理在此。

17 另外，行政罰法第 24 條第 2 項容許在處罰鍰之外併為裁處其他種類行政罰，適可反證其他種類之行政罰並非真正之行政秩序罰，蓋一事不二罰原則不僅是行政機關適用法律之原則，同時亦是立法者所應遵循之憲法原則。設若其他種類行政罰具有與罰鍰相同（行政罰）之性質者，則上開允許併罰之規定不啻抵觸一事不二罰原則而構成違憲。

18 同樣是課予人民公法上金錢給付義務之罰鍰與怠金（不利處分），其法律效果相同，規範取向卻迥然相異，其理即在此。

19 行政罰法第 2 條立法理由 3 有如下說明：「本法所稱『其他種類行政罰』，僅限於本條各款所定『裁罰性之不利處分』，並以『違反行政法上之義務』而應受『裁罰性』之『不利處分』為要件，如其處

（誤）寫入法典成為法律用語，若要避免造成混淆，允有必要另創「制裁性之不利處分」一詞及概念，以資區隔，並篩選稀釋出屬於處罰性質之不利處分，作為啟動行政罰法之樞紐。

行政處罰、行政罰、行政制裁或行政秩序罰，無論用語為何，均不脫（亦不能脫）「處罰」的本質，即對違法行為予以法律上的譴責及非難，並以特定之不利益（剝奪生命、自由、財產、名譽）作為違法過犯之「代價」，其目的不外以資警誡，並惕勵改過從善。因此，在功能上，處罰對被處罰者而言，乃是對其過去違法行為的一種「償罪」或「贖咎」（受罰以贖前過）。所謂「行政罰」（行政制裁或行政秩序罰），在作用上亦係針對「過去」的違法（違反行政上之義務）行為之制裁，即以制裁過去之義務違反為主要目的。是以，凡寓有阻止危險之發生，或排除違法之狀態、或督促未來義務履行之目的，在制度取向上，均非屬行政罰（行政制裁或行政秩序罰）²¹。

處罰，除專門職業之懲戒外，在制度上，向有刑事罰與行政罰之區分與運行。此二制度之區別及質量關係，素有爭議，聚論經年，迄無定說，近則多傾向二者僅有量之差別，而無質的不同²²。因此，在制度內涵及運用原理上，刑事罰與行政罰存有可相互參酌之處²³。相對而言，屬於「秩序行政」領域之行

分係命除去違法狀態或停止違法行為者，因與行政罰之裁罰性不符，非屬裁罰性之不利處分，無本法之適用。此外，行政機關對違法授益行政處分之撤銷及合法授益行政處分之廢止，是否屬本法所規範之『裁罰性之不利處分』，而有本法規定之適用，應視其撤銷或廢止之原因及適用之法規而定，未可一概而論。」其中對於「裁罰性之不利處分」之說明與界定，只是「同語反覆」（以定義解釋定義），毫無意義，但至少點出「命除去違法狀態或停止違法行為」非屬裁罰性不利處分之意旨。

20 在臺灣談及「立法者」，指的未必是立法院或各別之立法委員，而是所有參與法律研議之人員，包括主管部門之行政人員，以及專家、（特別是法律）學者在內。

21 行政院於 94 年 8 月 8 日訂頒之「行政機關因應行政罰法施行應注意之法制事項」，第二點規定：「各機關就主管法律或自治條例訂定行政罰時，應檢視下列情形：…（二）違反行政法上義務應受『不利處分』，且該不利處分具『裁罰性』，而非屬預防性不利處分、保全措施或行政執行方法。」其中區分「裁罰性」不利處分與「預防性」不利處分，雖指出不屬於處罰性質之部分，惟範圍似乎過狹，例如「事後」違法狀態之排除仍可能落入裁罰性不利處分之概念範圍，其卻不具處罰性質。

22 行政罰法第 26 條第 1 項前段規定：「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。」除為避免處罰過苛、違反一事不二罰原則外，主要即建立在行政罰與刑事罰不具質之差異的理論基礎上。

23 在德國，行政罰（秩序罰）雖與刑事法分屬不同之領域，惟其制度功能及規範卻頗為相近，且互為補充。參見 Michael Lemke/Andreas Mosbacher, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 2005, Einleitung, Rn. 12（本書作者 Andreas Mosbacher 為刑事法教授）。

政處分法制，則迥異於行政處罰。秩序行政之基本任務在於維護社會應有的公共秩序之安全無虞，秩序行政一方面具有干預之性質，於公共秩序與安全面臨危害威脅時，行政權得以發動，介入干預；另方面，在足以確認可能發生損害之「危險」時，亦得採取防禦之措施，並排除已生之危險狀態，故「危險防禦」（Gefahrenabwehr）乃典型之秩序行政任務，而排除危險以回復秩序與安全，復又構成秩序行政（法）之共同目的。換言之，秩序行政係於公共秩序與公共安全受到侵擾或危害時所為之行政作用，目的即在於排除公共秩序與安全之危害，回復秩序與安全。因此，行政罰法第 2 條第 1 款所列之「限制或停止營業」、「命令停工」、「命停止使用」、「禁止行駛」、「禁止出入港口、機場或特定場所」、「禁止製造、販賣、輸出入」等限制或禁止為一定行為之處分，其主要目的在於排除或防止特定之危險，寓在危險防禦，而非處罰，也因此，一旦確定不存在危險，或危險業已排除（經由義務人之自行改善或處理，或由行政機關以公權力為之），上開處分即應撤銷或廢止。

同理，行政罰法第 2 條第 2 款規定之「命令歇業」、「命令解散」、「撤銷或廢止許可或登記」、「吊銷證照」、「強制拆除」等剝奪或消滅一定資格或權利之處分，其規制之主要目的亦在排除公共秩序與安全之危害，回復秩序與安全。尤其「強制拆除」，例如危險建築物之拆除，旨在排除因該建築物所生之公共危險，而非以拆除特定建築物作為「贖咎」之手段，也因此，強制拆除之標的應僅限於具有危險性或可能致生危險之物，而不及其他；拆除處分之特定標的物若已不具危險性（經由義務人之自行改善或處理，或由行政機關以公權力為之），則該不利處分即因規制作用不存在而告解消（消滅）。

再者，行政罰法第 2 條第 3 款所定之「公布姓名或名稱」、「公布照片」或其他相類似之處分，究為制裁性之處罰措施，抑或秩序行政處分，端視其規範目的而定。設若「公布姓名或名稱」、「公布照片」之用意在於藉此讓違反義務人因此心生愧疚（羞愧）而改過從善之，則不失為一種制裁措施；反之，若旨在揭示該等違反義務人之違法情事或特性之公眾，或藉此協尋違反義務人

或確認該違反義務人之身分²⁴，則應為秩序行政之危險防免措施。以上二種解釋之可能性，前者實無異於逼迫違反義務人「公開道歉」或使其處於受公然羞辱之處境，從人性尊嚴保障之角度以言，不無違憲之嫌²⁵。基於「法律合憲解釋原則」，上述不利處分允應解為秩序行政措施，從而法規中與危險排除無關之公布姓名或名稱或公布照片規定，殊有違憲之疑義。

最後，行政罰法第2條第4款所定警告、告誡、記點、記次、講習、輔導教育等所謂「警告性處分」之屬性判定，較須費思。先可指出者，此款所稱之「告誡」，與行政執行上之「告戒」制度²⁶，不能混為一談。次者，本款基本上兼納二組措施，一組是「警告、告誡、記點、記次」；另一組為「講習、輔導教育」。前者通常是採取特定（相對較為嚴厲）處分之前置或先程序，揆其旨趣，乃冀期義務違反人自動改正其行為，或停止違法行為之繼續，意於防患未然，故通常會伴隨明示或默示之限期改善處分，在性質上應較接近秩序行政之防危措施；後者則是在人民違反特定義務後，透過一定之教育或輔導措施，期以改正其行為²⁷，亦旨在避免危險之發生，性質上類同於刑法之保安處分，但非嚴格意義之處罰²⁸。

本乎上，「制裁性不利處分」之內涵與外延，基本上可相對於秩序行政之危險防禦措施，並取法於刑事罰之「主刑」制度構造，而有如下之內容：主罰：拘留²⁹、罰鍰、滯報金、怠報金、一定期間之停業或停止特定行為（不以

24 例如：臺北市一般廢棄物清除處理費徵收自治條例第6條第2項規定：「環保局稽（巡）查人員，對違反本自治條例之人請求提示身分證明，其無故拒絕或無證明文件或告知不實身分者，稽（巡）查人員得拍攝或錄製其照片，除明確告知其所違反之行為及規定，與向警察機關、民政機關或附近社區民眾查證其身分外，並登載環保局網站，請求網友協助辨識其身分，經查明違規行為人之身份者，依廢棄物清理法相關規定處罰。但違規人已繳納罰鍰者，環保局應刪除登載網站之照片。」

25 參見司法院大法官釋字第656號解釋。

26 參照行政執行法第27條第2項。

27 例如道路交通安全管理處罰條例第21條3項、24條、第31條第4項、第43條第4項），或戒於教育（菸害防制法第28條第1項）。

28 因此，法律中所定之「矯治」、「戒治」（參照戒治處分執行條例）或「矯正」（參照少年矯正學校設置及教育實施通則）等措施，均非處罰。

29 以「拘留」作為行政處罰手段，目前僅見於社會秩序維護法（第63-70、80-82、85、87條）。至於要塞堡壘地帶法第4條第7款規定「本區內禁止人民遷入居住。但要塞司令對於已居住區內及經過之人應詳加考核，如認為確有窺察軍事之嫌疑者，得加以拘留、偵訊，依法處理。」其中之「拘留」為危險防禦之暫時性措施，而非處罰。