



裁罰性不利處分vs. 非裁罰性不利處分

——兼評台北高等行政法院九十九 年度訴字第一五二九號判決

林 明 昕*

要 目

壹、問題緣起	(一)相關規範之「客觀」立法 意旨
貳、引導案例	(二)相關規範之「合憲性」觀點
一、案例事實	(三)裁罰性不利處分之「非難」 意義
二、訴訟經過	(四)「非裁罰性不利處分」之 優先推定
參、案例評析——「裁罰性不利 處分」之判斷	三、判斷步驟
一、前提問題	肆、回顧與展望
二、判斷原則	

DOI : 10.3966/199516202015050017001

* 臺灣大學法律學院副教授，德國慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：一〇三年十二月四日；接受刊登日期：一〇三年十二月十八日

摘要

在我國現行法制中，行政機關就具體個案依法對人民所為之不利處分，究係裁罰性質，抑或非裁罰性質，以致於是否屬於行政罰法第1條及第2條所稱之「其他種類行政罰」，而有該法之適用，始終是實務上高度爭議的問題。職是，本文藉由對相關學說與實務的評析，整理若干有關裁罰性與非裁罰性不利處分之區別判斷的原則，並進而基於憲法基本權利理論中之國家保護義務的觀點，提出不利處分之性質，以非裁罰性為原則，裁罰性為例外的主張，建議相關問題之判斷，寧從「非裁罰性不利處分」優先推定的角度出發；只有在立法者已清楚表明，抑或法規範之客觀立法意旨顯然無疑的情形下，始能推翻推定，例外承認系爭不利處分具「裁罰性質」，為依法應適用行政罰法的其他種類行政罰。

關鍵詞：行政罰法、其他種類行政罰、裁罰性不利處分、非裁罰性不利處分、有責性、非難、國家保護義務、行政管制

壹、問題緣起

我國現行行政罰法，作為兼具行政秩序罰之實體法（第1條至第28條）與程序法（第29條至第44條）性質的總則性法典（第1條參照），在體例上雖與向來影響我國各種行政法制甚深的德國法同，亦以行為人之行為具有「構成要件該當性」、「違法性」及「有責性」作為啟動行政罰之前提要件¹，惟相對於此，在有關處罰之法律效果的設計上，卻一反本即屬我國行政罰法繼受典範的德國違反秩序罰法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG）之相關規定²，非僅以「罰鍰」（Geldbuße）及「沒入」（Einziehung）兩種為限，而是經由同法第1條及第2條的明文指示，廣泛及於「限制或禁止行為之處分」、「剝奪或消滅資格、權利之處分」、「影響名譽之處分」與「警告性處分」等四大項所謂「其他種類行政罰」。從而有疑的是：這四大項極盡擴張之能事的所謂「其他種類行政罰」，在性質上是否果真能與「罰鍰」及「沒入」同，作為處罰行為人因故意或過失而違

¹ 就此，相當於我國行政罰法的德國違反秩序罰法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG）第1條第1項規定：「稱秩序違反者，謂實現法律以科處罰鍰為處罰之構成要件，而違法且非難可能之行為。（Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt.）」即明文以「構成要件該當性」、「違法性」及「有責性（= 非難可能）」作為啟動違反秩序罰之前提要件（參見：Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2005, § 6 Rn. 2 ff.）；至於我國通說，亦多本此以闡述行政罰的成立要件。例見：洪家殷，行政罰法論，第2版，2006年11月，頁15-18。

² 有關我國行政罰法以德國違反秩序罰法作為最主要之法制繼受範本的事實，參見立法院司法委員會編，行政罰法案，2006年8月，頁2，行政院2003年7月11日台法字第0920087790號函中有關行政罰法草案總說明（同書，頁92同時參照）。惟這種法制繼受的現象，在現行法草案之前身，由臺灣大學法律學研究所於1990年所提出之「行政秩序罰法草案」，其實已見端倪（關於該行政秩序罰法草案與現行行政罰法草案間之關係，見廖義男，行政罰法之制定與影響，載行政罰法，2007年11月，頁4）；就此，參見行政院經濟建設委員會委託／國立臺灣大學法律學研究所執行，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，頁9。

反行政法上義務的法律效果？關於這個問題點，行政罰法之立法者固從肯定的立場出發，然而正鑑於此等所謂「其他種類行政罰」，在理論上，乃至在我國既存的各種行政法規中，的確亦有充作處罰以外之其他功能的可能與事實，因此立法者遂於行政罰法第2條另闢所謂「裁罰性之不利處分」的名目，藉以表彰該條所列的各種不利處分，必須在適用的個案中具有「裁罰性質」的前提下，始足稱為「其他種類行政罰」，而受行政罰法之規範³。只不過在此，由於立法者並未同時針對何謂「裁罰性」的問題，加諸任何概念定義式之說明⁴，以致於這個關鍵概念究竟如何定義，遂注定成為我國現行行政罰法的一大懸案⁵。

職是，本文之作，即擬以下列針對相關問題之解決頗具代表性的台北高等行政法院99年度訴字第1529號判決及其後續之相關判決為例，並同時參考國內既有的相關學說與實務，希冀為此一爭議性問題提供若干可能解套的原則性建議。此外，復鑑於我國行政罰法，乃至其他相關之行政法制，原即以德國為最主要的繼受對象，因此德國相關法制的比較觀察，也將是本文所擬採行的研究方法之一；併此

³ 就此，參見：行政罰法第2條立法說明三：「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，……非屬裁罰性之不利處分，無本法之適用……」（立法院司法委員會編，前揭註2，頁8、98；文字下方強調用之橫線，為本文所自加）。職是，另有說明必要者，行政罰法第2條規定：「本法所稱其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分……」的文句，其實頗為不妥，有使人誤解為該條4款所列者必然屬於裁罰性不利處分的可能。換言之，該規定或以「本法所稱其他種類行政罰，指下列不利處分具裁罰性質者……」的文句為宜，始能充分表明其立法意旨，亦即：系爭第2條之4款所列的各種不利處分，在某些法規係作為「裁罰性」使用，又在另某些法規，則作「非裁罰性」使用；唯有在前者的情形，始稱「其他種類行政罰」，而有行政罰法之適用。

⁴ 相同的批評，例見：洪家殷，行政院版「行政罰法草案」有關處罰種類之探討，月旦法學雜誌，第111期，2004年8月，頁24；詹鎮榮，裁罰性與非裁罰性不利處分之區分必要與標準，載行政訴訟論文彙編，第6輯，2009年12月，頁320。

⁵ 就此，已見洪家殷，同前註，頁25之預測。

敘明。

貳、引導案例

一、案例事實

原告為A信用合作社理事主席，而該信用合作社於辦理B公司及其關係戶之授信時，相關徵、授信審核作業有重大違失，以致於貸放後五個月即發生延滯，而使A信用合作社損失達新台幣4,131萬4千元。就此，不但該信用合作社違反依信用合作社法第21條第1項授權訂定之當時信用合作社內部控制及稽核制度實施辦法第2條及第4條第1款規定，並且原告也同有違反該A信用合作社所自訂之授信授權辦法第4條第3款規定，逾越授權逕行核定貸放的問題。此外，又由於原告與授信戶B公司、B公司負責人，以及另兩家由該負責人與其配偶分別所負責之公司有資金往來借貸關係，且有部分逕行貸放資金流入其個人帳戶之情事，而構成信用合作社社員代表理事監事經理人應具備資格條件及選聘辦法（以下稱「選聘辦法」）第7條第8款規定所稱之「從事……不誠信或不正當活動……」，並遭台灣彰化地方法院檢察署檢察官於2009年6月22日以涉嫌刑法第342條第1項背信罪及信用合作社法第38條之2第1項、第2項等罪為由，提起公訴，因此被告機關行政院金融監督管理委員會⁶遂依信用合作社法第27條第1項第4款⁷及

⁶ 該機關現名為「金融監督管理委員會」，亦即配合2010年3月2日修正公布，並於2012年1月1日起施行的行政院組織法第4條第3款規定，而去除了原冠有的「行政院」三個字。

⁷ 信用合作社法第27條第1項：
「信用合作社違反法令、章程或無法健全經營而有損及社員及存款人權益之虞時，主管機關得為左列處分：
一 撤銷各類法定會議之決議。但其決議內容違反法令或章程者，當然無效。
二 撤銷經理人、職員，或命令信用合作社予以處分。
三 限制發給理事、監事酬勞金。
四 停止或解除理事、監事職務。
五 停止部分業務。」

選聘辦法第46條第1項⁸等規定，於同年7月29日以金管銀合字第09800304271號裁處書（以下稱「原處分」）解除原告A信用合作社理事職務，並自原處分送達之次日起生效。對此，原告不服，經提起訴訟願遭駁回後，爰向所轄之台北高等法院提起本件行政訴訟。

二、訴訟經過

在本件的行政訴訟中，原告爭執該原處分之合法性；至於其中所持之理由之一為：「原處分係屬違反行政法上之義務而對於過去不法行為所為之裁罰性不利處分，非屬機關與機關之間、機關與人員之間，而不直接涉及人民之公行政內部管制性不利處分，是本件顯有行政罰法第27條消滅時效規定之適用。苟被告所認定之事實為真正且其所裁罰之法律依據，在客觀上已達明確之程度，則本件發生違法放款之時間分別為〔本文按：民國；下同〕94年3月1日及同年4月1日，而發生遲延繳息之時間則為94年9月1日，是依行政罰法第27條第2項之規定，94年9月1日為行政罰之裁處權之時效起算日，被告之行政罰裁處權至遲應於97年9月1日前行使，逾期則因時效完成而消滅。被告遲至98年7月29日始為裁處，顯已逾越3年之時效期間，其裁罰權業已消滅，被告遽行解除原告A信用合作社理事之職務，顯非合法，應予撤銷。」

就此，被告機關則主張：「信用合作社法第27條及選聘辦法第46條之立法意旨，係為強化金融監理及維護信用合作社理事、監事之品德操守，以確保信用合作社之健全經營，保障社員及存款人之權益，賦予主管機關對於信用合作社倘有違反法令、章程或有礙健全經營之

六 勒令停業清理或合併。

七 命令解散。

八 其他必要之處置。」

⁸ 選聘辦法第46條第1項：

「社員代表、理事、監事於任期內發生或不符第三條、第四條、第六條或第七條情事之一者，當然解任，並由直轄市政府財政局或縣（市）政府註銷其相關登記。」

虞，除得對信用合作社為處分外，並得視情節之輕重，施以其他如解除理事、監事職務等必要之處置……。依信用合作社法第27條第1項第4款規定，被告基於A信用合作社違反法令及無法健全經營而有損及社員及存款人權益之虞，而解除原告理事職務，以排除不適任之人繼續擔任理事，所依據之法令非屬信用合作社法罰則章節，性質上係屬於管制性措施之不利處分，非屬行政罰法所稱違反行政法上義務所為之行政罰，有最高行政法院98年度判字第581號判決可供參照。爰此，被告依信用合作社法第27條第1項及選聘辦法第46條之規定，解除原告理事職務，以維護重大公共利益，乃基於法律明定管制目的所為之管制性措施之不利處分，非屬裁罰性之不利處分，故自無行政罰法有關裁處權期間規定之適用。」

至於針對雙方當事人前揭就該原處分是否屬「裁罰性不利處分」，而有行政罰法第27條3年時效之適用所生的爭議，台北高等行政法院作成之判決理由則稱：「行政罰法第1條前段……其他種類行政罰係指裁罰性之不利處分，所謂裁罰性指對違反行政法上義務者，所為具有非難性的處分行為，始有行政罰法之適用；如單純命違反義務人除去違法狀態或停止違法行為者，與裁罰性質不符，非行政罰法所稱之裁罰性不利處分，或預防性不利處分，其目的不在非難，亦非屬裁罰性之不利處分，均無行政罰法之適用。……查上開選聘辦法規定信用合作社理事不得有從事或涉及不誠信或不正當活動，作為對於信用合作社負責人監督管理方法之一，當有事實顯示其不適合擔任負責人時，其監督管理目的事實上完全無法達到，即無法信任該負責人將來能夠負責健全公司經營，前揭規定以此為當然解任理事之法定理由，乃主管機關基於法律明定管制目的所為之預防性管制措施，回復法律明定管制狀態。是以，本件被告所為之原處分屬預防性不利處分，其目的不在非難，非屬裁罰性之不利處分，並無行政罰法之適用，要可認定。原告主張本件有行政罰法第27條消滅時效規定之適用，於法不合，自不可採。」就此，又由於原告之其他主張亦不為法院所肯認，是原告第一審訴訟爰為台北高等行政法院於2010年11月25

日以「本件原告之訴為無理由」判決駁回。

最後值得一提者，針對本件訴訟，原告後雖提起上訴，並獲最高行政法院於2011年9月30日以100年度判字第1689號判決發回更審；惟最高行政法院所持發回更審的理由中，卻不涉及本件原處分是否果為裁罰性不利處分，乃至有無適用行政罰法第27條之3年時效等問題。嗣在更審程序中，原告再次爭執原處分之裁罰性或非裁罰性不利處分的性質，但台北高等行政法院主要仍以「原處分乃屬預防性的不利處分，其目的不在非難，自非屬裁罰性之不利處分，並無行政罰法之適用……」等為由，又否定原告主張，並進而於2012年9月4日以100年度訴更一字第195號判決，同樣駁回原告之訴。就此，原告雖仍反覆不斷地向最高行政法院提起上訴及再審，並再三主張原處分具有裁罰性質，故有行政罰法第27條消滅時效規定之適用云云，只是這些主張均不為最高行政法院採納；相反地，該法院無論在針對原告就更審判決之上訴所作成的102年度判字第117號判決，抑或在原告就此判決復提起再審之訴而所為的102年度判字第776號判決，均肯認台北高等行政法院前揭有關原處分乃非裁罰性之不利處分的見解，並因此駁回原告的上訴及再審之訴。不過，由於最高行政法院就此並無提出任何另外的特殊新觀點，從而相關的說明不續贅。

參、案例評析——「裁罰性不利處分」之判斷

一、前提問題

本文所處理之議題，如前開引導案例所示，主要是涉及我國現行各行政法規中具有行政罰法第2條各款所例示並進而概括說明之不利處分的性質者，究竟如何判斷其是否屬於同條所稱之「『裁罰性』不利處分」的問題。由於此一概念判斷的問題，同時關係著擬為判斷對象之不利處分，是否因此應依行政罰法第1條適用同法其他規定（以前揭引導案例為例，即同法第27條之裁處權時效），乃至其他法規中，例如地方制度法第26條第2項至第3項有關行政罰之規定等各種相

牽連議題的探討，而具行政與司法實務的重要性，固不待言⁹；惟在此之前必先澄清者，則是行政罰法第2條各款所稱之各種不利處分，不拘其名目為何，是否至少有一項具有裁罰性質之潛在可能，以致於得以作為處罰行為人因故意或過失而違反行政法上義務之法律效果的先決問題。因為假使此一問題之答案係屬否定，則行政罰法第2條終將欠缺可適用之對象，成為現實上不具任何規範作用的空文；從而本文以下的任何論述，非但毫無意義，並且事實上更無從繼續進行。

關於這個前提問題，在國內可稽的文獻中，或不乏質疑的聲音¹⁰。雖然在此，論者主要係以德國違反秩序罰法為據，主張作為行政罰之手段應僅以「罰鍰」與「沒入」兩種為限，而不可能另含其他，不過此一比較法制之觀察，其實有誤，而不足為訓。蓋同樣作為行政秩序罰法之總則性規定的德國違反秩序罰法，固係僅以罰鍰（第1條）與沒入（第22條）作為處罰的手段，但這個原則，仍有若干例外；其中最明顯者，即屬道路交通法（Straßenverkehrsgesetz, StVG）第25條的「禁止駕駛」（Fahrverbot）¹¹或聯邦狩獵法（Bundesjagdgesetz, BJadG）第41a條的「禁止行使狩獵權」（Verbot der Jagdausübung）¹²。由於這種處罰的手段，性質略同與我國道路交通管理處罰條例常見的「吊扣駕駛執照」¹³或其他證照之一時性吊扣¹⁴的情形，而屬行政罰法第2條第1款所稱「限制或禁止行為之處

⁹ 有關判斷「裁罰性之不利處分」概念在實務上的意義，詳見詹鎮榮，前揭註4，頁322-323。

¹⁰ 就此，似見：司法院釋字第612號解釋彭鳳至、徐璧湖大法官之協同意見書（尤見該協同意見書中「四、附論：藉狹義不利益行政處分為行政處罰方式之商榷」部分）。此外，陳敏，行政法總論，第8版，2013年8月，頁703-704，似亦高度懷疑行政罰法第2項所列的各種類型之不利處分具有裁罰性質。

¹¹ 有關德國相關法制之說明，詳見Mitsch, aaO. (Fn. 1), § 19 Rn. 1 ff.。

¹² 有關德國相關法制之說明，詳見Mitsch, aaO. (Fn. 1), § 19 Rn. 19 f.。

¹³ 例見該條例之第29條第4項及第63條第3項規定等。

¹⁴ 例見公路法第77條及第77條之3之吊扣車輛牌照1個月至3個月或2個月至6個月；核子反應器設施管制法第11條第3項之吊扣核子反應器運轉人員執照3個月至18個月；護理人員法第31條之吊扣護理人員證書2年。

分」（即「吊扣證照」），因此即以德國法制為比較法依據，我國行政罰法第2條各款所規定的不利處分類型，非無因具「裁罰」性質，而為「其他種類行政罰」適用同法其他規定的可能性。

其實行政罰者，係以不利之結果施加於因故意或過失違反行政法上義務之行為人或其他應同受裁處之人，以昭炯戒，而避免再犯；在立法論上，任何類型之處分，只要其具有不利益性質，而能使行為人等感受痛苦，本即有充作行政罰的可能性。準此，行政罰法第2項所規定的各種類型之不利處分，均非不得設計成為具有裁罰性質的「其他種類行政罰」；只不過在此必須注意者，是該等不利處分果被立法者選用為行政罰之種類時，從立法政策的觀點，是否妥當，亦即所謂「合目的性」（Zweckmäßigkeit），以及從憲法的觀點而言，是否甚至違憲的問題而已。從而，有關行政罰法第2條各款所稱之各種不利處分，是否「可能」具有裁罰性質，以致於得以作為行政罰法之處罰法律效果的問題，應予肯定；並且在此一前提下，本文將以同時兼顧前開「合目的性」與「合憲性」的觀點，繼續追究我國現行各行政法規中具有行政罰法第2條各款所示之不利處分的性質者，如何判斷其是否屬於同條所稱之「『裁罰性』不利處分」的主要爭議。

二、判斷原則

在有關前開裁罰性不利處分之概念如何判斷，亦即不利處分之「裁罰性」與「非裁罰性」如何正確區別的問題上，我國目前的行政與司法實務其實尚未發展出一套具有體系性的具體判斷或區別之標準¹⁵。即以本文前揭引導案例中台北高等行政法院99年度訴字第1529號判決為例，法院的相關理由說明同樣晦黯不明，並無提供具體且清晰的分辨方法，用能適用於各種爭議案件中，藉以判斷系爭之不利處分究竟有無裁罰的性質；從而也無怪乎嗣後原告在針對該判決所提起的一連串救濟程序中，仍就此反覆表示不服。只不過原審、且同時也

¹⁵ 相關說明，詳見詹鎮榮，前揭註4，頁324-332。

是更審管轄的台北高等行政法院，抑或上級審的最高行政法院，依然僅為與原審判決無異或類似的重複說明或肯認；更多或較詳細的裁罰性或非裁罰性的分辨標準，卻吝於提出。換言之，法院針對原告的主張究竟有無真正的回應，相當令人懷疑。

然相對於實務界這種偏向消極的態度，國內學者自行政罰法施行以來，則已分別提出不同的觀點，希冀為混亂的法規現況提供比較完善的裁罰性與非裁罰性不利處分之區別方案。雖然這些學說上的建議，內容各異，不一而足，且本文在此亦不擬深論¹⁶，惟若就該等學說細繹之結果，並又參酌實務的其他相關見解後，卻仍非不得整理出以下若干原則，作為「裁罰性不利處分」之概念判斷的主要依據。就此，試說明如下：

(一)相關規範之「客觀」立法意旨

首先，相較於若干學者試圖僅憑各行政法規中有關不利處分之規定所在的章節等法規編輯的形式外觀，得出「裁罰性不利處分」與「非裁罰性不利處分」的區別標準¹⁷，絕大部分的學者均主張針對規範內容之實質觀察法，利用解釋各種不利處分所在之條文規定的「立法意旨」，來判斷各系爭不利處分之具裁罰性的有無¹⁸。就此，由於我國各種行政法規的立法例，除罰鍰外，向來針對其他不利處分類型何種具有裁罰性，又何種不具裁罰性的問題，規範上之定性本即相當

¹⁶ 相關學說之進一步說明與評析，詳見詹鎮榮，「裁罰性」不利處分之概念及其範圍界定——兼論於害防制法第二三條「戒於教育」之法律性質，台灣本土法學雜誌，第93期，2007年4月，頁131-132；詹鎮榮，前揭註4，頁333-334。至於詹鎮榮氏本身所提出之觀點，見詹鎮榮，前揭註4，頁335-343（尤見頁338-342）。此外，李建良，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，月旦法學雜誌，第181期，2010年6月，頁138-144、161-162，則係相關學說中較新者，而為詹鎮榮氏所未及說明與評析的對象。

¹⁷ 例見：吳庚，行政法之理論與實用，第12版，2012年9月，頁471。

¹⁸ 例見：李建良，前揭註16，頁139；林錫堯，行政罰法，第2版，2012年11月，頁35-36；陳敏，前揭註10，頁704；詹鎮榮，前揭註4，頁339。

紊亂¹⁹，以致於現行行政罰法立法之初，雖提出「裁罰性不利處分」的概念，但亦無從僅依各行政法規之規定安排秩序提出任何有關係爭概念的判斷標準，而僅於相關之立法說明中，以例示方式間接指出規範之立法意旨的判斷可能²⁰，因此前開國內大多數學者所建議的模式，基本上可採；只是在適用之際，容有補充說明者二：

第一，裁罰性與非裁罰性不利處分之區別以探尋規範「立法意旨」的方式進行，主要當然是涉及系爭之相關法規如何解釋的問題。不過在此，正鑑於國內立法者普遍欠缺「裁罰性不利處分」與「非裁罰性不利處分」兩種概念區分之意識，因此有關所謂「立法意旨」的探尋，原則上寧以規範解釋方法學中的「客觀論」（objektive Theorie）為宗。換言之，法規中「（歷史）立法者」之主觀意思明確可辨者，從民主正當性的觀點，自須遵循其安排；惟若立法者之主觀意思何在不可期，抑或思慮已自相矛盾時，則應從一個理性者的立場，追求客觀的立法目的²¹。

第二，有關各行政法規中不利處分之裁罰性或非裁罰性的判斷，一如前述，固不應以各系爭法規之章節編排如何為依據；但同樣基於規範解釋方法論的立場，法規章節條次等所謂「外在體系」（äußere Systematik）的觀察，亦不能偏廢不顧。在此，由於行政法規中不利處分之規定置於法規之「罰則」章節外，且不與罰鍰之規定同條相次者，通常具有非屬裁罰性不利處分之立法者意圖的間接憑證（Indiz），因此除非另有其他反證的存在，否則原則上即得將系爭不利處分推定為「非裁罰性不利處分」²²。反之，我國立法者向來對於

¹⁹ 相同觀察，亦見：林錫堯，同前註，頁36。

²⁰ 就此，參見行政罰法第2條立法說明三（立法院司法委員會編，前揭註2，頁8-9、98-99）。

²¹ 同說，亦見：詹鎮榮，前揭註4，頁339。

²² 從而，在本文前開引導案例中，有關原處分之屬性問題，被告機關主張「依信用合作社法第27條第1項第4款規定，被告基於A信用合作社違反法令及無法健全經營而有損及社員及存款人權益之虞，而解除原告理事職務，以排除不適任之人繼續擔任理事，所依據之法令非屬信用合作社法罰則章節，性質上係屬於

裁罰性與非裁罰性不利處分普遍欠缺分辨的意識，已如前述。由於這種概念使用的紊亂現象，在經驗上係以處於各行政法規中罰則章節內之規定者最甚，因此上開有關外在體系的觀察模式，則不應適用。在這種情形下，解釋相關不利處分的屬性問題，正特別需要嚴格地藉助該不利處分所在之各規定的實質內容，探尋其規範的客觀立法意旨，以正確判斷系爭不利處分之裁罰性質的有無²³。

(二)相關規範之「合憲性」觀點

在我國行政罰法施行以來的司法實務中，司法院釋字第612號解釋是一次辯論某特定不利處分究係裁罰性或非裁罰性，而相當激烈的釋憲事件。雖然本件其實僅涉及舊廢棄物清理法第21條是否違反授權明確性原則，以及依該條所授權訂定的公民營廢棄物清除處理機構管理輔導辦法（已廢止）第31條第1款有無逾越母法授權範圍等問題²⁴，而非另以系爭不利處分之屬性為何作為憲法解釋的標的；惟相對於此，參與該解釋的若干大法官卻紛紛於其所出具的協同或不同意見書中，大幅探討前開辦法第31條所規定的清除、處理技術員合格證書之

管制性措施之不利處分，非屬行政罰法所稱違反行政法上義務所為之行政罰……」（文字下方強調用之橫線，為本文所自加），原則上可資採信。

²³ 同說，陳敏，前揭註10，頁704；不同見解，但見：吳庚，前揭註17，頁471。

²⁴ 司法院釋字第612號解釋主要所涉之法規規定分別如下（不過事實上這些法規在2006年6月16日該號解釋案作成當時，均已修正或廢止）：

2001年10月24日修正公布前之廢棄物清理法第20條

公、民營廢棄物清除、處理機構經營廢棄物之貯存、清除或處理業務，應列明專業技術人員與貯存清除、處理之工具、方法、設備及場所，向地方主管機關申請核發許可證。但從事有害事業廢棄物之貯存、清除或處理者，地方主管機關應先報請中央主管機關核准，始得發給許可證。

第21條

前條公、民營廢棄物清除、處理機構管理輔導辦法及專業技術人員之資格，由中央主管機關定之。

2002年10月9日已廢止之公民營廢棄物清除處理機構管理輔導辦法第31條第1款清除、處理技術員有下列情形之一者，主管機關應撤銷其合格證書：

一 因其所受僱之清除、處理機構違法或不當營運，致污染環境或危害人體健康，情節重大者。

撤銷（按：應係「廢止」之誤²⁵）的裁罰性或非裁罰性爭議²⁶。這些問題的討論誠然彌足珍貴，不過在此本文更加關心者，則是由該問題討論所顯示的另一個問題，亦即不利處分之裁罰性或非裁罰性的解釋與該不利處分規定之合憲與否究竟有何關係。

按依據我國司法院大法官釋憲實務約自釋字第313號以來所逐步建立的慣例，凡不利處分（含罰鍰）涉及裁罰性質者，在有關法律之授權明確性，乃至法律保留原則問題的審查上，傾向提高違憲審查的密度，而採從嚴審查之標準²⁷。就此，鑑於刑法上之罪刑法定原則（第1條）及相對應的行政罰法上之處罰法定原則（第4條），原屬公法中一般通稱之法律保留原則的強化性特別規定²⁸，大法官的立場雖然可資理解，但這種違憲審查之嚴格度的問題，並不當然等同於不利處分非具裁罰性質者絕無或至少罕有合憲與否的爭議。事實上，行政法規設有裁罰性不利處分者，其相關規定固需嚴守處罰法定，乃至處罰與行為人之有責程度相當等憲法原則；惟行政法規中之不利處分縱

²⁵ 同說，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六一二號解釋，台灣本土法學雜誌，第85期，2006年8月，頁216。

²⁶ 相關討論之研究與評析，詳見林錫堯，行政罰法上「行政罰」之概念——從司法院釋字第612號解釋談起，載二十一世紀公法學的新課題——城仲模教授古稀祝壽論文集II。行政法總論篇，2008年10月，頁383-412；同時參見李建良，同前註，頁213-218；蔡震榮，由釋字第六一二號解釋論不利益處分或裁罰性不利處分，台灣本土法學雜誌，第88期，2006年11月，頁147-154。

²⁷ 就此，詳見李建良，前揭註25，頁215-216；李建良，前揭註16，頁136-139之分析。同說，亦見：蔡震榮，同前註，頁150註11。

²⁸ 詳見：BVerfGE 71, 108 (114); 75, 329 (341); 78, 374 (382); 92, 1 (12); Georg Nolte, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl., 2012, Art. 103 Rn. 169; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 2. Aufl., 2008, Art. 103 Rn. 17, 29; 中文文獻，並參見李建良，前揭註16，頁144；洪家殷，前揭註1，頁58。此外，大法官釋憲實務，自司法院釋字第131號解釋稱：「對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之……，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨……」以來，實亦同斯旨。

非具裁罰性質，其相關規定仍同有法律保留、授權明確性及比例原則等合憲性的要求²⁹。換言之，行政法規中各種不利處分之規定容有裁罰性或非裁罰性的區別，不過無論如何，相關之規定均不得牴觸憲法，則屬同一。

此外另值一提者，司法院大法官對於不利處分之具有裁罰性質，抑或不具裁罰性質，固如前述，原有違憲審查從嚴與否的傾向，然這種違憲審查的密度問題，並不得曲解為，在吾人判斷各行政法規中相關不利處分之屬性時，應直接據以為系爭不利處分之具裁罰性或非具裁罰性的推定。蓋一方面，不利處分無論具有裁罰性，或不具裁罰性，如上開所示，本均不得牴觸憲法；而另一方面，不利處分之屬性問題仍須以解釋相關法規之立法意旨為何為主要依據，絕不容許跳脫此一依據，逕從期待憲法對系爭不利處分之拘束嚴格一點，或寬鬆一點的觀點，將其視為具有裁罰性質，抑或不具裁罰性質³⁰。更何況依據前揭我國司法院大法官的釋憲實務，裁罰性或非裁罰性不利處分之區別與其合憲與否的關係，也並非憲法對裁罰性或非裁罰性不利處分之拘束本身的寬與嚴，而是大法官審查系爭不利處分是否違憲時所採取的審查密度；後一個審查密度大小的問題，自與前一個憲法拘束之寬嚴問題有別，當然更不可能直接推導出系爭不利處分究屬裁罰性質，抑或非裁罰性質³¹。

總之，不利處分之裁罰性質或非裁罰性質，或許在我國有影響憲法對該不利處分之拘束的嚴或寬，乃至違憲審查密度的大或小等可能；但後二者，究係不利處分之性質判斷後的結果，實不容導果為

²⁹ 關於這一點，同時也是李建良，前揭註25，頁217-218；李建良，前揭註16，頁144、162所特別強調的。

³⁰ 惟有此傾向者，似見：林錫堯，前揭註26，頁409-411。相關批評，參見李建良，前揭註25，頁218。

³¹ 有關不利處分之裁罰性或非裁罰性的定性，以及不利處分之違憲與否的審查密度等兩項問題之區分處理與正確操作模式，例見：李建良，前揭註25，頁216-218；並參見李建良，前揭註16，頁144-151。

因，從憲法對系爭不利處分之拘束，抑或相關之違憲審查的密度等問題，任意反推得出該不利處分的性質。不利處分之具裁罰性或不具裁罰性的答案，無論如何，依然僅能憑藉解釋規範該不利處分之相關法規的立法意旨本身為何，方能得知。

（三）裁罰性不利處分之「非難」意義

有關不利處分之屬性的判斷，原則上應從解釋相關規範，探求其立法意旨開始，既如前述；隨之有待進一步說明者，則是所謂「立法意旨」究係何指的問題。這個問題點實與裁罰性不利處分或非裁罰性不利處分的「功能」有關。換言之，吾人在此必須從系爭法規所規定之不利處分的內容，特別是啟動處分的法定要件等查明該不利處分所欲追求的目的：其基於裁罰目的者，為裁罰性不利處分；其非因裁罰而發動者，則屬非裁罰性不利處分。只是由於所謂「非裁罰性不利處分」，並非單一的法律制度，而係許多制度的通稱，因此在吾人探尋不利處分之存在目的時，寧個別考量相關之不利處分，究屬哪種非裁罰性的制度，而不宜過度籠統，致失判斷的精準度。

不過在另一方面，通屬非裁罰性不利處分的各種制度中，其與裁罰性不利處分容易混淆者，依據我國現行法制上的經驗，主要僅有行政執行、保全措施、行政處分之撤銷與廢止，以及基於除去違法狀態或停止違法行為，乃至防止危害之發生或擴大等目的而有的各類「行政管制」（Überwachung）³²等數種³³。其中，尤其是所謂「行政管

³² 「行政管制」、「管制性（不利）處分」及「預防性（不利）處分」等概念的說明。中文文獻：林麗瑩，論行政秩序罰之處罰種類，載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，頁100-114；林三欽，作成「預防性行政處分」之時間上限制，載行政訴訟論文彙編，第6輯，2009年12月，頁348-358；林錫堯，前揭註18，頁22-26。德文文獻：Hans-Wolfgang Arndt, in: Udo Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, VII Rn. 237 ff.; Peter M. Huber, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2008, 3. Kap. Rn. 167 ff.; Rolf Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl., 2011, S. 204 ff.。從前揭相關文獻進而可知，所謂「行政管制」，主要目的在於危險之預防或排除；至於行政機關基於此一目的而採行的各種不利處分，則可稱為「管制性（不利）處分」。

制」，因其所採用的不利處分之手段，最常與裁罰性不利處分相類同³⁴，故而在實務上，特別必須藉助制度功能之判斷，來界清裁罰性不利處分與管制性不利處分之間的區隔所在。易言之，明辨行政（秩序）罰之目的，並其與行政管制的關係，寧為解決問題的關鍵。只不過何謂行政罰之目的，在此自有更加說明的必要。

查關於行政罰之目的，有謂「預防」（Prävention）者，亦有謂「非難」（Vorwurf）者，眾說紛紜³⁵；惟若吾人觀察我國行政罰法採用德國制度，且德國相關的違反秩序罰法又採取與刑法對應設計的立場³⁶，則應能確定：行政罰之目的，與刑罰同³⁷，固然均在於「預

或「預防性（不利）處分」。不過在此，「預防性（不利）處分」用語其實不妥。因為行政管制除「預防」危害發生外，亦有「排除」已生之實害的功能；就後一功能而言，其手段當非能稱為「『預防性』（不利）處分」。同說，亦見：吳庚，前揭註17，頁472；李建良，前揭註16，頁140註23。

³³ 事實上，這幾個制度容易與行政秩序罰相混的事實，在現行行政罰法立法之初即已預見。就此，參見：行政罰法第2條立法說明三：「……處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……。又依稅捐稽徵法第二十四條規定所為限制納稅義務人之財產不得移轉或設定他項權利、限制其減資或註銷登記及限制出境之處分，及依海洋污染防治法第三十五條規定所為限制船舶及相關船員離境之處分，均屬保全措施，不具裁罰性，亦非屬『裁罰性之不利處分』，無本法規定之適用。」（立法院司法委員會編，前揭註2，頁8-9、98-99）。

³⁴ 關於這兩個制度間的區別不易，從李建良，前揭註16，頁139-144及林錫堯，前揭註26，頁396-411針對同樣類型之不利處分，卻常分別有「管制性不利處分」及「裁罰性不利處分」兩種立場迥異的判斷結果，即可得知。

³⁵ 就此，參見司法院釋字第612號解釋許玉秀大法官之不同意見書。

³⁶ 有關德國式的行政秩序罰與刑罰制度間的所謂「量」之區別問題，詳見Mitsch, aaO. (Fn. 1), § 3 Rn. 7 ff.; Claus Roxin, Strafrecht — Allgemeiner Teil, Bd. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006, § 2 Rn. 130 ff.; Joachim Bohnert, in: Lothar Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG, 3. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 50 ff.; Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., 2007, § 65 Rn. 40 ff.; 中文文獻，參見林山田，論刑事不法與行政不法，載刑事法論叢(二)，1997年3月，頁31-57；洪家殷，前揭註1，頁99-118。此外，最近採

防」；惟二者若與其他同樣具有預防性功能的法律制度相比較，則其特別之所在，係行政罰及刑罰，無論何者，皆藉對於行為人過去具有故意或過失及其他有責性（Schuld）要素³⁸之違法行為的處罰，顯示「非難」，以警戒行為人及一般人民，避免重蹈覆轍，用能達到所謂「特別預防」與「一般預防」的功能。換言之，行政罰的預防功能，與刑罰同，只是一種警惕，消極且間接；故其所採用的裁罰性不利處分之主要目的，仍在於非難！惟又由於所謂「非難」，旨在彰顯行為人對其犯行於主觀意志上的迴避可能，因此裁罰性不利處分之施加，必以行為人具有故意或過失等有責性為前提³⁹。總之，作為行政罰的裁罰性不利處分具有從「有責」（要件），經「非難」（作用），以達「『消極且間接』預防」（目的）的一連串過程的特性，並進而與「管制性不利處分」，甚至其他類型之非裁罰性不利處分，不以相對人具有故意或過失等有責性為前提，並以「積極且直接」排除或預防

取相同立場者，如：李建良，前揭註16，頁140；李惠宗，行政罰法之理論與案例，2005年6月，頁9-13；洪家殷，前揭註1，頁112-118。

³⁷ 關於刑罰之功能，中文文獻，詳見林山田，刑法通論 下冊，第9版，2005年9月，頁372-417；林鈺雄，新刑法總則，第2版，2009年9月，頁13-19；德文文獻，詳見Roxin, aaO., § 3 Rn. 1 ff.。

³⁸ 有關刑法及行政罰法上之各種有責性要素的問題，詳見林鈺雄，同前註，頁293-303；陳愛娥，行政罰的違法性與責任，載行政罰法，2007年11月，頁89-117；德文文獻，參見Mitsch, aaO. (Fn. 1), § 10 Rn. 6 ff.。

³⁹ 就此，在現行行政罰法制定前身已作成的司法院釋字第275號解釋（1991年3月8日）已稱：「人民因違反法律上義務而應受之行政罰，係屬對人民之制裁，原則上行為人應有可歸責之原因，故於法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任條件……」，可資參照。至於同解釋中主張的所謂「推定過失」，嗣後則不為現行行政罰法所採用。相關的問題點說明，並見行政罰法第7條立法說明一：「現代國家基於『有責任始有處罰』之原則，對於違反行政法上義務之處罰，應以行為人主觀上有可非難性及可歸責性為前提，如行為人主觀上並非出於故意或過失情形，應無可非難性及可歸責性，故第一項明定不予處罰。」及同條立法說明三：「現代民主法治國家對於行為人違反行政法上義務欲加以處罰時，應由國家負證明行為人有故意或過失之舉證責任，方為保障人權之進步立法。」（立法院司法委員會編，前揭註2，頁11、102-103；文字下方強調用之橫線，為本文所自加）。

違法狀態為目的，而不具非難性有所區隔；二者在此涇渭分明，不可不查⁴⁰。

準此，在本文前揭引導案例中，台北高等行政法院於99年度訴字第1529號之原第一審判決中首先指出：「所謂裁罰性指對違反行政法上義務者，所為具有非難性的處分行為，始有行政罰法之適用；如單純命違反義務人除去違法狀態或停止違法行為者，與裁罰性質不符，非行政罰法所稱之裁罰性不利處分，或預防性不利處分，其目的不在非難，亦非屬裁罰性之不利處分，均無行政罰法之適用。」⁴¹並進而於100年度訴更一字第195號之更審判決中強調：「原處分乃屬預防性的不利處分，其目的不在非難，自非屬裁罰性之不利處分……」為通篇裁判精華所在，可資贊同⁴²。換言之，有關裁罰性不利處分與管制性不利處分，甚至包含與其他非裁罰性不利處分之間的區別判斷，即應把握斯旨，探詢相關規定的立法意旨是否以「非難」為主要目的，以作為解決爭議的關鍵性原則。關於這一點，同樣在前揭引導案例中，最高行政法院於該更審判決後針對相關再審之訴所作成的102年度判字第776號判決另稱：「行政罰法第2條所定之各種『裁罰性不利

⁴⁰ 職是，前大法官彭鳳至及徐璧湖在司法院釋字第612號解釋的協同意見書中稱：「行政處罰為國家對違反行政法上義務之個人，所採取之報償手段（Buße），以消滅其過去違規且有責行為之責任，並一般性預防將來違規行為發生。此一公權力之發動，以個人有故意或過失違反行政法上義務之行為為前提。因此就行政機關維持行政秩序之各種合法手段而言，乃以要求人民不要破壞行政秩序的方式以間接達成行政目的之消極方法。……狹義不利益行政處分〔本文按：即「非裁罰性不利處分」〕，係指行政處罰以外，行政機關為維持行政秩序，依法所得採行之其他限制人民自由或權利之規制手段（Anordnung）。其特質在於以直接形成符合法律要求之行政秩序之方式，以積極實現行政目的……，故其發動不得受制於是否有一個故意或過失違反行政法上義務之行為人之可罰行為等偶發事件，因而本質上無從作為處罰方式……」；旨哉斯言。

⁴¹ 文字下方強調用之橫線，為本文所自加。

⁴² 同以不利處分之「非難性」有無的觀點處理系爭不利處分之裁罰性或非裁罰性的實務見解，並見：台北高等行政法院100年度訴字第327號判決；最高行政法院103年度判字第211號判決。

處分』，即使兼有指向未來之附帶預防性管制功能，但受處分人被處置之主要理由，還是著重在對過去行政違章作為之回應……⁴³，正可為裁罰性不利處分以非難為「主要」目的的命題，作一最佳註腳。

(四)「非裁罰性不利處分」之優先推定

處理不利處分之屬性判斷問題的最主要原則，已如上述；最後針對相關課題還必須補充一點者，厥屬我國法制發展的觀察問題。按在我國現行法制中裁罰性不利處分與非裁罰性不利處分的規定複雜且凌亂；最主要的原因，係過去行政法學，乃至相關之基本法規範發展遲緩所致。目前我國行政法規範中屬基本法律性質者，如行政程序法、行政執行法，乃至與本文爭議最具相關的行政罰法等，均係上世紀末至本世紀初始制定、大幅修正及公布⁴⁴；惟在此之前，則有一段非常漫長的時間，不但這些相關的法律俱未制定（如行政程序法），抑或過於老舊（如修正前之行政執行法），再加上當時的行政法學也剛起步，以致於無論在學說或實務上，有關行政執行、保全措施、行政處分之撤銷及廢止、行政管制，乃至行政秩序罰等制度的輪廓相當模糊。職是，立法者基於便宜行事，率將此等制度所必要的各種不利處分類型，無論其是否具備裁罰性質，籠統且混雜地集中於各法規內稱「罰則」的章節中併合規定，以因應行政實務的實際需要。嗣後，行政罰法制定，雖不得不遷就當時之現實，創造「裁罰性不利處分」的概念，並委由實務自行判斷相關之概念界定問題，然當前揭各部重要的行政法基礎性法律俱已實施有年，且國內行政法學之理論與實務亦有長足發展的今天，面對裁罰性不利處分與非裁罰性不利處分的判斷問題，也似應有觀念上的轉變。

蓋相對於行政罰制度，其他不具裁罰性質的不利處分，原如前所述，具有「積極」且「直接」排除或預防法秩序之違背的性質；準

⁴³ 文字下方強調用之橫線，同樣為本文所自加。

⁴⁴ 按我國行政程序法制定於1999年初，行政執行法大幅修正於1998年末；至於行政罰法，則於2005年始制定公布。

此，既然國家存在的目的在於「防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益」（憲法第23條參照），故基於行政效能的考量，當行政罰與其他管制措施均可能對相對人造成不利益時，相關法規範的設計，乃至行政機關的援用執行，只要無任何違憲之可能，則毋寧應以具有直接與積極者優先考慮，而期能充分發揮針對個人基本權利不受第三人或其他外來侵害之國家保護義務（staatliche Schutzpflicht）的功能⁴⁵。畢竟在國家保護義務的憲法誠命下，國家斷非僅以消極的處罰及非難為目的！換言之，在面對本文所關心的裁罰性與非裁罰性不利處分之區別判斷問題上，除非（歷史）立法者已有明白的意思表示，抑或法規範另具顯然的文義，否則均應依法規範所提供之不利處分內容的屬性，分別推定為不具裁罰性質的行政執行、保全、行政處分之撤銷、廢止，抑或管制性的不利處分，而不認定為行政罰法上所稱的「其他種類行政罰」⁴⁶。在此，法學方法論中解釋法律之結果有複數可能性時，應以最能實現憲法意旨者為優先選擇的所謂「憲法取向性解釋」（verfassungsorientierte Auslegung），是為依據⁴⁷。

⁴⁵ 有關基本權利理論中國家保護義務的觀點，事實上在國內已甚為耳熟，在此毋庸贅述。相關之說明，僅參見吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，2013年9月，頁120-125；李建良，基本權利與國家保護義務，載憲法理論與實踐(二)，第2版，2007年8月，頁59-125。至於德文文獻，並見Horst Dreier, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2013, Vorb. vor Art. 1 Rn. 101 ff. m. w. Nachw.。

⁴⁶ 同說，參見李建良，前揭註16，頁160-161；類似觀點，亦見：司法院釋字第612號解釋彭鳳至、徐璧湖大法官之協同意見書。完全相反的結論，則見：林錫堯，前揭註26，頁403-411；至於氏之所以有此見解，似與其對「裁罰性」概念的極度廣義之特殊認知有關。

⁴⁷ 相關概念說明，參見Horst Dreier, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2013, Art. 1 III Rn. 86 m. w. Nachw.。又，關於此一概念，國內雖間有提及者（例見：司法院釋字第656號解釋許宗力大法官之部分協同意見書）；惟核其實，究係本文在此所專指之憲法意旨應透過法律解釋而「積極」發揮其最佳作用的法律解釋方法，抑或僅是一般法學方法論上「消極」避免法律解釋落入違憲之結果的所謂「合憲性解釋」（verfassungskonforme Auslegung），容有商榷的空間。關於「合憲性解釋」

至於在國內另有學者認為：「裁罰處分的作成應符合較嚴格之要件，例如裁罰條款應符合較嚴格之法律保留標準……」，遂基於「對人民比較有利……」之觀點，提倡裁罰性不利處分優先推定的見解⁴⁸。此說顯與本文前揭的主張正相反對。不過由於其論點，一方面似僅關注於不利處分可能對人民利益之影響，而完全忽略國家採取不利處分的目的何在，且其所謂「裁罰處分的作成應符合較嚴格之要件……」云者，觀察亦過度片面，而與前文「參、二、(二)」已指出的錯誤多所類似，故為本文所不採。職是，關於裁罰性與非裁罰性不利處分之區別判斷，有疑時，最終仍以後一類型之不利處分優先推定為宜。

三、判斷步驟

以上，本文已就有關裁罰性與非裁罰性不利處分的區別標準，分四大原則予以說明。然綜上總結，有關行政法規中所規定之不利處分是否具有裁罰性質，而依行政罰法第1條及第2條規定稱為「其他種類行政罰」，並適用同法其他規定的問題，依據前開的四項原則，則得進一步整理為以下比較具程序性的判斷步驟：

1. 首先，處理擬判斷之不利處分所在的法條，究竟立於整部法規中之何種章節位置，亦即所謂「外在體系」觀察的問題：
 - 1.1. 其中，假使規範系爭不利處分之規定非立於相關法規中之「罰則」章節內，且不與罰鍰規定處於同條相次的情形時，該不利處分先推定為「非裁罰性不利處分」。
 - 1.2. 不過，萬一規範系爭不利處分之規定立於相關法規中罰則章節內，或雖處於罰則章節外，但卻與罰鍰規定同條相次時，則該不利處分仍優先推定為「非裁罰性不利處分」。蓋我國立法者

與「憲法取向性解釋」的區別，參見Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht — Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 9. Aufl., 2012, Rn. 448。

⁴⁸ 例見：林三欽，前揭註32，頁351。

對於裁罰性與非裁罰性不利處分之區別，如前所述，自身已常陷於問題意識模糊的狀況；因此單純的相關條文在章節秩序上之安排，殊難直接證立立法者對系爭不利處分之性質決定的態度。

2. 其次，在系爭不利處分於前開1.1或1.2等兩種情形，均仍推定為「非裁罰性不利處分」的前提下，必須思索有無例外得以推翻該推定的可能性問題：

2.1. 第一種可能性是：假使系爭不利處分所在的規定，其法條文義業已明確指出該不利處分具有「裁罰」性質，抑或法條本身雖無如此明顯之文義，然該法條之立法說明或其他相關立法文獻卻顯示，歷史的立法者就此已有明白的意思表示，則有關係爭不利處分的性質問題，應推翻先前推定，而判斷為「裁罰性不利處分」。畢竟立法者意志之背後原有其民意基礎，從憲法上民主國原則的觀點出發，自難輕易背離。

2.2. 然而在另一方面，有關非裁罰性不利處分之推定的例外問題，即使並無立法者明確的主觀意思為基礎，也必須注意透過解釋方式所獲致的法律上客觀之立法意旨。就此，例如相關法條以行為人具有故意或過失等有責性事實之存在，作為始能發動其所規範之不利處分的法定要件時，應可認為該不利處分乃具有對行為人非難的意義，故屬裁罰性不利處分。此外，又法條對不利處分之發動至結束，原即已設有一定期間，如本文前揭「參、一」從比較法觀點而舉出的證照之一時性吊扣等，通常該不利處分亦得視為裁罰性質。蓋系爭不利處分若係以排除違法狀態為目的的行政管制，則其手段之適用，也將以該違法狀態是否排除而相依隨；焉有發動與結束，完全繫諸法律已事先預定的一定期間⁴⁹？因此這種不利處分的目的，顯然僅屬對於

⁴⁹ 從而，最高行政法院在本文引導案例中針對原告再審之訴的102年度判字第776號判決亦稱：「如果公益受侵犯之危險性持續存在，預防性管制之規範需求當

造成違法狀態之行爲人的事後非難，而不在違法狀態本身的排除；其具裁罰性質，似無疑義⁵⁰。

3. 有關前揭2.2從法律上客觀之立法意旨來判斷不利處分的裁罰或非裁罰性質，在我國學說與實務中，現階段當屬處理相關爭議最主要的手法。就此，各種被提出的觀點固然甚多，惟無論如何，當相關的論點均不能證立系爭不利處分的裁罰性質時，則該不利處分仍應維持於本文前開1受「非裁罰性」之推定的性質⁵¹。
4. 又，附帶提醒者，不利處分之裁罰性或非裁罰性的判斷問題，與該不利處分所在之法條規定是否違憲並無直接的關聯性。任何希冀迴避前揭1至3的步驟，逕以憲法拘束之寬與嚴，乃至違憲審查密度之大與小等觀點，作為判斷不利處分之屬性的依據，均屬錯誤嘗試，不宜採行。

本文前揭已針對裁罰性不利處分與非裁罰性不利處分之區別問題，提出若干判斷步驟的建議。當然如此的建議，相當原則性與初步

然也持續存在……」；正說明屬於非裁罰性質的管制性不利處分，其行使不可能限制於事先已預定的一定期間內。

⁵⁰ 同說，例見：李建良，前揭註16，頁142。

⁵¹ 最高行政法院101年度6月份第1次庭長法官聯席會議所處理之法律問題，係涉及政府採購法第101條將廠商刊登政府採購公報，及第103條禁止被刊登公報之廠商於3年或1年內參加投標等程序的措施，究係裁罰性，抑或非裁罰性不利處分之爭議。就此，在會議討論的過程中，竟有四說以上的不同觀點被提出；並且這些觀點，細繹之，似亦分別具有高低程度不等的說服力。其問題之難以解決，可見一斑。嗣後，本次會議決議所確立者，則又是該四種觀點以外的另一說。雖然此一決議所確立的觀點，大致符合本文前開2.2的說法，亦即法條對不利處分之發動至結束，原即已設有一定期間者，該不利處分原則上亦得視為裁罰性質，而可資贊同；但既然如此，同一觀點對於該政府採購法第101條第1項第13款之情形，卻又為何例外地認為非屬裁罰性之不利處分？關於這個問題點，本文在此不擬深入追究（相關問題之探討，參見林明昕，2013年行政法回顧——兼論2012年情形，國立臺灣大學法學論叢，第43卷特刊，2014年11月，頁1108-1111）；然以該次最高行政法院庭長法官聯席會議處理相關法律問題的前揭經過為例，正足以說明，裁罰性與非裁罰性不利處分的區別始終具有高度的困難性。這也是本文所以提出將不利處分先推定為非裁罰性，並且在相關判斷之爭議無解時，仍維持為非裁罰性質之建議的原因。因為唯有如此，其時常面臨的左右為難之僵局，始能破除。

性，而與一套完整的不利處分屬性之判斷模式的建構間，尚有一段不小的距離⁵²。惟此一完整模式的建立，原即非本文研究的目的；相反地，本文所欲強調者，毋寧是裁罰性不利處分的單純「非難」功能，及其與非裁罰性不利處分間，就法秩序維護之目的上所因此顯示的消極性與積極性，乃至間接性與直接性的差別。職是，作為秩序行政手段的選擇，無論從立法論或解釋論的觀點，積極與直接的「非裁罰性不利處分」始終應列為優先考慮。至於裁罰性不利處分，最多則僅能使其針對已然發生的行政法上義務之違反，發揮處罰以資責難的作用。

準此，在本文前揭的引導案例中，原、被告間所爭執的信用合作社法第27條第1項第4款及選聘辦法第46條所規定之解除信用合作社理事職務處分的屬性問題，台北高等行政法院及最高行政法院歷審所提出的判斷模式，或嫌粗糙；然其最終將系爭處分定性為「非裁罰性不利處分」的共同結論，則與本文之觀點吻合，而可資贊同。因為該處分，從其所在的信用合作社法及選聘辦法中之相關法規審查，實無以得出任何對被解除職務之合作社理事「非難」的意義⁵³；從而其處分的性質，仍應維持於受非裁罰性不利處分的推定。不利處分的性質，以非裁罰性為原則，裁罰性為例外，在此同時也是本文所擬強調的重點。

肆、回顧與展望

在我國現行成文法律體系中，行政罰法與行政程序法、行政執行法、訴願法、行政訴訟法及國家賠償法，或有合稱為「臺灣行政法之

⁵² 相關之完整且具體的判斷模式，如：李建良，前揭註16，頁140-144；詹鎮榮，前揭註4，頁335-343（尤見頁338-342）所提供者，則非常值得參考。

⁵³ 職是，非裁罰性不利處分的目的既不在於非難，而只在於危險之預防或實害之排除，故必要時，也得利用補償等方式作為配套措施，藉以填補相關之不利處分對人民所造成的實際損失。就此，司法院釋字第612號解釋許玉秀大法官之不同意見書似亦有類似的觀點。

基本六法」者⁵⁴。其中，相對於其他五部法律，無論從首次制定或完全翻修的時間觀點而言，行政罰法可謂最晚問世的一部法律⁵⁵。不過即使如此，這一部法律迄今所呈現的實務上之問題，似乎也是最多且最難解決的。本文以上所處理者，乃有關裁罰性與非裁罰性不利處分的區別，正為難題之一。在此，本文雖藉由評釋台北高等行政法院99年度訴字第1529號判決所涉之一案的機緣，指出裁罰性不利處分所具有的「非難」之特性，並進而建議不利處分之判斷以先推定為「非裁罰」性質，再尋求有無推翻該推定之可能的模式進行，希冀為相關的難題尋求一個解套的關鍵；然除此之外，行政罰法其實尚有許多問題，亟待處理。舉其犖犖大者，如往昔司法院釋字第604號解釋即已凸顯的罰鍰之連續處罰⁵⁶，以及近日食安風波而接連牽扯出來的行政罰與刑罰之競合（行政罰法第26條參照），乃至不當利得之追繳（同法第18條第2項與第20條參照）等方興未艾的議題⁵⁷均是。這些爭議始終困擾著實務，且迄今未能全面釐清。查行政罰法在我國適用範圍甚廣，而可謂秩序行政實務中一部相當重要的通則性法律；惟其既然疑點重重，顯然相關問題的發掘與解決，當屬行政法學界無可迴避的重任。

⁵⁴ 語出李建良，前揭註16，頁133。

⁵⁵ 按行政罰法於2005年始制定公布；相對於此，行政程序法制定於1999年初，行政執行法大幅修正於1998年末，而訴願法與行政訴訟法也同時大幅修正於1998年10月。至於國家賠償法，則早已於1980年制定公布。

⁵⁶ 相關討論，例見：洪家殷，違規停車連續處罰相關問題之探討——以釋字第六〇四號解釋為中心，月旦法學雜誌，第129期，2006年2月，頁179-196。

⁵⁷ 相關討論，例見：陳英鈴，追繳不法利得不生一罪二罰問題——一〇三年衛部法字第一〇三〇一一七五二〇號訴願決定評析，月旦裁判時報，第29期，2014年10月，頁5-15。

參考文獻

一、中文

(一)專書

1. 立法院司法委員會編，行政罰法案，立法院公報處，2006年8月。
2. 行政院經濟建設委員會委託／國立臺灣大學法律學研究所執行，行政不法行為制裁規定之研究——行政秩序罰法草案，行政院經濟建設委員會健全經社法規工作小組，1990年5月。
3. 吳庚，行政法之理論與實用，第12版，三民，2012年9月。
4. 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，自版，2013年9月。
5. 李建良，基本權利與國家保護義務，載憲法理論與實踐(二)，第2版，學林，2007年8月，頁59-125。
6. 李惠宗，行政罰法之理論與案例，元照，2005年6月。
7. 林三欽，作成「預防性行政處分」之時間上限制，載行政訴訟論文彙編，第6輯，司法院，2009年12月，頁345-371。
8. 林山田，論刑事不法與行政不法，載刑事法論叢(二)，自版，1997年3月，頁31-57。
9. 林山田，刑法通論 下冊，第9版，自版，2005年9月。
10. 林鈺雄，新刑法總則，第2版，自版，2009年9月。
11. 林錫堯，行政罰法上「行政罰」之概念——從司法院釋字第612號解釋談起，載二十一世紀公法學的新課題——城仲模教授古稀祝壽論文集II. 行政法總論篇，財團法人台灣法治暨政策研究基金會，2008年10月，頁383-412。
12. 林錫堯，行政罰法，第2版，自版，2012年11月。
13. 林麗瑩，論行政秩序罰之處罰種類，載行政不法行為制裁規定之研究——行政秩序罰法草案，行政院經濟建設委員會健全經社法規工作小組，1990年5月，頁93-118。
14. 洪家殷，行政罰法論，第2版，五南，2006年11月。
15. 陳敏，行政法總論，第8版，自版，2013年8月。
16. 陳愛娥，行政罰的違法性與責任，載行政罰法，元照，2007年11月，頁83-117。

17. 詹鎮榮，裁罰性與非裁罰性不利處分之區分必要與標準，載行政訴訟論文彙編，第6輯，司法院，2009年12月，頁319-344。
18. 廖義男，行政罰法之制定與影響，載行政罰法，元照，2007年11月，頁1-21。

(二) 期刊論文

1. 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六一二號解釋，台灣本土法學雜誌，第85期，2006年8月，頁213-218。
2. 李建良，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，月旦法學雜誌，第181期，2010年6月，頁133-163。
3. 林明昕，2013年行政法回顧——兼論2012年情形，國立臺灣大學法學論叢，第43卷特刊，2014年11月，頁1075-1125。
4. 洪家殷，行政院版「行政罰法草案」有關處罰種類之探討，月旦法學雜誌，第111期，2004年8月，頁21-33。
5. 洪家殷，違規停車連續處罰相關問題之探討——以釋字第六〇四號解釋為中心，月旦法學雜誌，第129期，2006年2月，頁179-196。
6. 陳英鈺，追繳不法利得不生一罪二罰問題——一〇三年衛部法字第一〇三〇一一七五二〇號訴願決定評析，月旦裁判時報，第29期，2014年10月，頁5-15。
7. 詹鎮榮，「裁罰性」不利處分之概念及其範圍界定——兼論菸害防制法第二三條「戒菸教育」之法律性質，台灣本土法學雜誌，第93期，2007年4月，頁125-139。
8. 蔡震榮，由釋字六一二號解釋論不利益處分或裁罰性不利處分，台灣本土法學雜誌，第88期，2006年11月，頁147-154。

二、德 文

◎ 專 書

1. Dreier, Horst, (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 2. Aufl., 2008.
2. Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2013.

3. v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl., 2012.
4. Mitsch, Wolfgang, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2005.
5. Roxin, Claus, Strafrecht — Allgemeiner Teil, Bd. I : Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006.
6. Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht — Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 9. Aufl., 2012.
7. Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2008.
8. Senge, Lothar (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG, 3. Aufl., 2006.
9. Steiner, Udo (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003.
10. Stober, Rolf, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl., 2011.
11. Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., 2007.

Adverse Actions of Punitive Nature vs. Adverse Actions of Non-punitive Nature

Ming-Hsin Lin *

Abstract

It remains a controversial practice whether an adverse action taken by administrative agencies is of punitive or non-punitive nature and thus belongs to “other types of administrative penalties” provided by Articles 1 and 2 of the Administrative Penalty Act. This paper therefore describes multiple rationales of distinction between punitive and non-punitive actions, and argues for a presumption of non-punitiveness from the constitutional perspective of state obligations to protect human rights. Namely, punitive actions are exceptionally recognized as other types of administrative penalties under statutory provisions or the objective meaning thereof.

Keywords: Administrative Penalty Act, Other Types of Administrative Penalties, Adverse Actions of Punitive Nature, Adverse Actions of Non-punitive Nature, Responsibility, Reprehension, State Obligations to Protect Human Rights, Administrative Supervision

* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University; Dr. iur. Ludwig-Maximilians University of Munich, Germany.

Received: December 4, 2014; accepted: December 18, 2014