



論行政罰對「未遂行為」 之處罰問題

王 服 清*

要 目

- | | |
|-------------------------|----------------------|
| 壹、問題提出 | 肆、行政未遂應否處罰之爭論 |
| 貳、行政罰與刑罰的差異 | 一、處罰未遂說 |
| 一、質的差異論 | (一)司法實務 |
| 二、量的區分論 | (二)學 說 |
| 三、立法裁量說 | 二、不處罰未遂說 |
| 四、評 析 | 三、預備行為說 |
| 參、認定行政既遂之實益 | 四、評析：行政未遂之處罰
必要性 |
| 一、繼續犯與狀態犯的區別 | (一)行政管制行為具前瞻性 |
| 二、秩序罰與行政強制措施
(行政執行罰) | (二)違反行政法上義務之行為 |
| 三、漏稅罰與行為罰 | (三)相關法規 |
| 四、小 結 | 伍、代結論：行政未遂「犯」之
謬誤 |

DOI : 10.3966/199516202014110016001

* 雲林科技大學科技法律研究所副教授兼所長，德國慕尼黑大學法學博士。
投稿日期：一〇二年十二月六日；接受刊登日期：一〇三年六月十七日

摘要

刑法第二十五條規定：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」即刑法原則上不處罰未遂，僅例外於法律有特別規定時始處罰未遂犯。惟此項原則可否適用秩序罰，產生爭議。違反行政法義務之行為態樣很多，有須以違反義務之行為發生一定結果為要件者，此時如行為並未發生一定結果，即屬於未遂。對未發生一定結果的未遂行為，是否應比照既遂一律處罰，或法無明文處罰未遂即不必處罰？向來有爭論。可惜我國二〇〇六年二月五日施行的行政罰法仍就行政未遂問題，未明文規定之。本文試圖從社會變遷與風險的方向，主張行政罰的處罰對象無區分既未遂之必要性，提出論述與結論。

關鍵詞：行政罰、行政未遂、既遂犯、行政罰法、秩序罰、刑罰、行政執行

壹、問題提出

刑法第二十五條規定：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減經之。」即刑法原則上不處罰未遂，僅例外於法律有特別規定時始處罰未遂犯。惟此項原則可否適用秩序罰，產生爭議。違反行政上義務之行為態樣很多，有須以違反義務之行為發生一定結果為要件者，此時如行為並未發生一定結果，即屬於未遂。對未發生一定結果的行政未遂行為，是否應比照既遂一律處罰，或法無明文處罰未遂即不必處罰？向來有爭論。可惜我國二〇〇六年二月五日施行的行政罰法仍就行政未遂問題，未明文規定之¹。本文首先對行政罰與刑罰的差異性進行討論，有所謂的質的差異論、量的區分論、立法裁量說等之爭論。再者，本文認定行政既遂存有許多實益，例如其屬繼續犯或狀態犯？秩序罰或行政強制措施（行政執行罰）？抑或漏稅罰與行為罰等，值得深入討論。繼而行政未遂行為應否處罰之爭論向來有處罰未遂說、不處罰未遂說、預備行為說等，然而本文認為有必要處罰行政未遂且行政罰的處罰對象無區分既、未遂之必要性。最後，文章的代結論部分提出行政未遂「犯」之謬誤，來作為本文之結束。

貳、行政罰與刑罰的差異

一、質的差異論

關於行政罰與刑罰之區分，向來區分為質的區分理論與量的區分理論。我國早期傳統多數說係採質的區分說²。質的區分理論為傳統

¹ 李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啟禎合著，行政法入門，第3版，2006年1月，頁423。

² 如林紀東，行政法，修訂版，1994年11月，頁266以下；林紀東，行政犯與刑事犯，載行政法論文集，1973年2月，頁157；涂懷瑩，行政法原理，1980年2月，頁601；涂懷瑩，行政罰與行政刑罰問題，法律評論，第57卷第6期，1991年6月，頁2-11；馬君碩，中國行政法總論，1984年2月，頁274；史尚寬，行

的學說，源自二十世紀之初所倡導的「違法性質區分說」（Unrechtsqualität），以學者M. E. Mayer、Erik Wolf、Ebhard Schmidt等為主要代表，主張行政犯僅關係於「行政利益」的侵害，而非「法益侵害」的問題。從而，行政秩序犯的處罰意旨，乃是一種「義務的警告」（Pflichtenmahnung）與刑罰之具有「倫理、社會的非難性」，性質迥異³。

法律是以建立並維持社會共同生活秩序為目的，在此理念下所形成之創作物，而此並非只是社會共同生活所期待或允許之「行為計劃」（Verhaltensplan）或「行為建議」（Verhaltensvorschlag），而是一種具有「可實踐性」（Durchsetzbarkeit）與「可強制性」（Erzwingbarkeit）之行為規範。因此，法律所建立及維持之法律秩序，是一種經由外力強制的他律作用所形成，如行政法之法秩序屬之；其與經由個人道德或社會倫理之自律作用所形成的倫理秩序，如刑法所規範之法領域特質，顯有不同⁴。

德國刑法學家Gallas氏言：「刑法的制裁作用，並非一種實現正義的絕對目標，而祇是一種以正義的方式達成維護社會秩序目的時，不得不採用的必要手段而已。」⁵此言說明了刑法的謙抑的思想，也說明了刑罰手段的運用，應在必要及合理的最小限度內為之。蓋基於刑罰之威嚇性與極端的制裁性質，非對於個人道德或社會倫理之自律界限予以破壞時，不應輕易為之。這也是刑法本身對於基本法益保護功能之特質，所以刑法要加以處罰者，應侷限於侵害刑法規範所保護

政法論，1978年9月，頁61；黃守高，現代行政罰之比較研究，1970年3月，頁33以下。以上參考文獻轉引自洪家殷，行政罰法論，增訂第2版，2006年11月，頁107（註30）。

³ 何子倫，刑事犯與行政犯之區別初探，國政研究報告憲政-（研）092-005號，財團法人國家政策研究基金會，2003年1月28日，網路資料：<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/092/CL-R-092-005.htm>，造訪日期：2013年10月6日。

⁴ 同前註。

⁵ Wilhem Gallas, Beitrag zur Verrechenslehre, 1968, S. 4.

的基本法益與價值之不法行為，不宜將所有的破壞法秩序的行為，均列為刑罰處罰的對象。刑事制裁係依據刑事司法制裁之法律，此等法律規定之制裁權乃基於「國家主權」（Staatsgewalt）之發動而形成之「刑罰權」（Strafgewalt），由隸屬於司法權之法院，以刑事司法審判之方式，使用死刑、無期徒刑、有期徒刑等刑罰作為制裁手段，行使刑事制裁權。由於此等制裁手段中，有極為嚴厲的生命刑與自由刑，對於憲法所保障的基本權利之剝奪或限制，既深且鉅，在民主憲政國家大多將刑事制裁授權由獨立審判的法院行使。

行政罰者，係指為維持行政秩序，達成行政目的，對於違反行政法義務者所科處之各種制裁，亦可稱之為「行政制裁」。行政制裁係以罰鍰、勒令停工、停業或歇業等方式作為制裁手段，而賦予行政機關裁決權與執行權，以科處「秩序違反行為」（Ordnungswidrigkeit）之行政罰。行政制裁權乃屬於行政機關，其基於行政權之發動所為的制裁，與司法機關行使之刑罰權，迥然有別，其制裁之行為在「不法內涵」（Unrechtsgehalt）上，顯較刑事制裁之犯罪行為為低，在本質上亦僅屬「行政不法」（Vewaltungsunrecht），而非屬刑事不法⁶。行政不法因其不法內涵遠較刑事不法為低，可授權行政機關裁決並執行之，而不必經由法院依刑事訴訟法之程序而為審判。行政制裁法因係由行政機關管轄，且使用秩序罰作為制裁手段，並非如刑事制裁法係由司法機關管轄而使用刑罰作為制裁手段，自不適用刑事訴訟法之程序予以處罰，同時對於不法行為之處罰，亦應無適用刑法總則規定之必要。為了維護現代社會共同生活之秩序，對於破壞秩序之行為人，自應施予相當之制裁。相對於不同的社會秩序，其制裁自應有所不同，以維繫破壞與制裁間的平衡。如果是破壞私人間的契約約定事務或個人法益的侵害，應適用民事法律，施以損害賠償或違約金等制裁手段；對於具有社會非難性的侵害法益行為，或危害社會共同生活秩序所賴以維繫的法益行為，則以刑罰的手段加以制裁；至於違反行政

⁶ 何子倫，前揭註3。

法上作為與不作為義務之行政不服從行為，自應採用行政罰之制裁方式。

我國行政法院有關違反秩序行為之裁判中，仍在於劃清行政秩序罰與刑罰之界限，原則上並不接受兩者間可能之共通處，如刑罰上之牽連犯、連續犯、未遂犯等，概以行政秩序罰不同於刑罰，故無適用刑法之餘地，而全然否定適用刑法。此種態度歷數十年，並未見有明顯之調整。肇致此種現象之原因，一方面或許是受到質的區別說之影響，此說為早期之通說，故根據此種理論做成裁判本無不妥，惟即使是主張質的區別，並不表示刑罰之概念完全不得適用於行政秩序罰，只有在本質有衝突時，如涉及社會倫理道德之價值者，始得排斥而不用。另一方面應在於對違反秩序行為之探討不夠充分，因此，既然採質的區別，而又不知應如何正確的處理違反秩序之行為，則只好推演出刑罰之規定全然不適用之極端結論⁷。

行政法院此種排斥刑罰之適用，卻又不願對違反秩序行為做深入之探究，以考量是否有其他較為適當之解決途徑。相較於刑事法院之法官，須分析各種應受刑罰行為之內涵，以決定該行為之態樣，再選擇適當之法規，以求裁判之妥當正確。反觀行政法院之裁判，經常以一句話「行政罰不同於刑罰」，即不再論究其係一行為或數行為，或各該行為間之關係，或相關法規間之關係，或特殊專業法域之性質等，即可加以處罰，有時幾可認為已達懈怠之地步⁸。

總之，在有關違反秩序行為之態樣上，行政法院之態度仍然相當僵化，一直抱持著質的區別之立場，甚難為不同之對待。值此人民權利保護意識逐漸高漲，行政秩序罰理論趨勢越見明確之際，行政法院實可重行檢視過往之裁判，深入探究相關之理論基礎，以修正不合時宜之觀點。否則若仍待大法官解釋之糾正或行政罰法之公布施行，始

⁷ 洪家殷，行政法院裁判中有關違反秩序行為態樣之檢討，載行政法實務與理論（一），2003年3月，頁36。

⁸ 同前註，頁37。

願意被動調整，將有虧行政法院之職守⁹。行政秩序罰之理論發展趨勢，在與刑罰之關係上，已揚棄純粹質的區別，雖尚無法確立純粹量的區別，然此已為必然之方向，故行政法院在基本之心態上亦應有所調整。在某些行政秩序罰之領域，如一事不二罰原則，行政法院亦已改採與刑罰相同之作法，不過在違反秩序行為之態樣方面，則顯然影響不大¹⁰。

二、量的區分論

由於違反秩序行為之態樣甚為複雜，此牽涉到行為之概念、區別單一行為及多數行為之標準、受侵害之法益、法規之評價及立法政策等多方面之考量，有時並需針對個案之特殊情形，衡酌相關法規之關係，始能作出正確之判斷。刑罰在此領域之發展已相當悠久，理論基礎亦較為雄厚，雖仍存有許多爭議，然亦足以提供行政秩序罰極為豐富之理論來源。尤其刑罰與行政秩序罰間具本質上差異之觀點，已逐漸被放棄，兩者間之關係越形密切¹¹。雖然行政秩序罰往往被賦予特定之行政目的，而與刑罰之單純制裁有所不同，惟若回歸行政秩序罰之本質，其仍以制裁違反秩序之行為為主要目的，故兩者間甚難以行政目的之考量，而為截然之劃分，此亦為適用行政秩序罰時，所必須把持之基本理念¹²。

量的區分理論可分成兩派：一派是否認一切區別意義；另一派則是承認以「行為之輕重」作為量的區別¹³。我國近期多數說係採量的區分說，亦即對於違反法秩序程度較低者，施以行政罰；反之，違反程度高者，則施以刑罰制裁之。現行法中，行政罰法為提升對人民權益之保障，改善過去較為寬鬆之行政罰體系，乃以較為嚴密之刑法為

⁹ 洪家般，前揭註7，頁38。

¹⁰ 洪家般，前揭註7，頁38。

¹¹ 洪家般，前揭註7，頁36。

¹² 洪家般，前揭註7，頁36。

¹³ 詳參何子倫，前揭註3。

重要之參考對象。因此，不少條文即係採取與刑法相同之規範，如處罰法定主義、主觀構成要件、消極行為之處罰、阻卻違法、緊急避難、一行為不二罰原則等。整體而言，行政罰法就行政罰與刑罰之關係，應已較接近學說上之「量的區別說」，即傾向於兩者間並無本質上之明顯差異¹⁴。

雖然量的區別說已在學界廣為流傳¹⁵，惟文獻上對其確實內容仍罕見較為深入之探討，仍欠缺完整之理論基礎及體系。大部分見解，皆視質的部分為過時之理論，不欲再考慮在刑罰或行政罰之間是否仍存有無法量化之「核心領域」？此外，在量的區別部分，則將區別之責任推往立法者，卻未見有對立法者應如何判斷提出說明，亦即立法者判斷之標準何在？且立法者所為之決定，是否皆符合量的區別之要求？等問題，依然懸而未決¹⁶。

此外，量的區分論觀點顯然忽略了刑法與行政法的「任務」與「目的」係截然不同，當然有其可議之處，這也是此立法基礎上引為詬病之處¹⁷。依刑法體系論的觀點，不論是核心刑法或其他附屬刑

¹⁴ 洪家殷，前揭註2，頁110；洪家殷，新「行政罰法」簡介，台灣本土法學雜誌，第67期，2005年2月，頁241以下。

¹⁵ 如李惠宗，行政罰法之理論與案例，2005年6月，頁9以下；陳新民，行政法學總論，第8版，2005年9月，頁276以下；陳新民，行政罰的適用原則，法令月刊，第38卷第2期，1987年2月，頁12以下；吳庚，行政法之理論與實用，增訂第9版，2005年8月，頁365；韓忠謀，論行政犯之法律性質及其理論基礎，國立臺灣大學法學論叢，第10卷第1期，1980年12月，頁67；林山田，〈使用刑罰或秩序罰的立法考量〉，載廖義男主持，〈行政不法行為制裁規定之研究〉，行政院經濟建設委員會委託之研究計畫，台灣大學法律研究所執行之研究計畫，1990年5月，頁18。又國內有關刑罰與行政罰之界限問題，以往似乎刑法學者比起公法學者，有較高之興趣，此或許由於與刑法之基礎理論關係較為密切，且行政罰較不受公法學者重視有關。以上參考文獻轉引自洪家殷，前揭註2，頁107（註31）。

¹⁶ 洪家殷，前揭註2，頁110。

¹⁷ 陳志龍，法益危險與刑事立法——對動員勸亂時期集會遊行法與動員戡亂時期人民團體法之「刑事處罰規定」與「行政罰則」間劃分標準的質疑，載法益與刑事立法，1997年9月，頁228。

法，均要求至少要有對法益已構成危險情形，始具有施以刑罰之必要性。亦即，倘無刑法所保護之法益遭受侵害（實害犯），或有遭受侵害之危險（危險犯）時，對於只是單純的不服從法律秩序，則該等行為僅係違反該法律秩序之目的，並不具備有刑法規範所欲制裁之性質，則該等違反秩序之行為，最多只能以「行政罰」予以糾正或制裁，而這也是刑法與行政法之「任務」與「目的」的最大相異處¹⁸。相對於美國法繼承普通法之制度，其制裁體系通常只區分成刑事罰與民事罰。關於我國法違反行政法規的犯罪，美國法通常稱為“regulatory crime”（行政犯或法定犯），這些是屬於違反行政管制之犯罪行為，與我國行政法規中對於違反行政義務之行為，而科以刑罰制裁之制度相當¹⁹。

三、立法裁量說

隨著國家與社會日益密切的交融，認為在所謂「行政犯」與「刑事犯」間存在有本質上之差異的傳統見解，早已為論者所揚棄，而代之以「量的區分說」或者「危險程度理論」；立法者因此擁有相當程度的規範形成自由，得從社會需要與政策考量等觀點，衡量該等違法行為的危險性，據以決定處罰的方式（制裁體系的選擇）²⁰。立法者對於不法行為之制裁應綜合考慮以下六種因素以為判斷²¹，其在整個光譜程度之位置：(一)非難性程度；(二)危險程度；(三)法益侵害程度；(四)發生頻率與數量：一些社會上常見的典型大量、瑣碎、反覆之違警行為，可考慮處以秩序罰即可；(五)制裁制度之特性：刑罰制裁較重，其制度即較重視人權保障，秩序罰制裁較輕，制度重在行政目的之達成與程序經濟之效果，故應考慮二者制度特性作出選擇；(六)權力分立：

¹⁸ 同前註，頁299；陳文貴，行政罰與刑罰法理之研究，載司法院研究年報第29輯，2012年12月，頁14。

¹⁹ 陳文貴，同前註，頁9。

²⁰ 釋字第517號大法官蘇俊雄不同意見書。

²¹ 洪家殷，前揭註2，頁114-116。

倘將輕微之違警事件劃歸為刑罰範疇，顯有混淆司法、行政權分際，侵越行政權限，而違反權力分立之虞。亦即立法者在綜合上述各種判斷因素後，再決定某種行為究竟應受刑罰制裁，抑或僅受行政秩序罰即可。又立法者雖其享有形成之空間，但仍須依據相關之各種因素作為其立法裁量之基礎²²。至於何種行為應受行政罰或刑罰之制裁，由立法者本於立法政策上之需要決定之²³。誠如德國學者Jescheck²⁴所言，不論是違反秩序行為或犯罪行為，皆會對於法益或行政利益造成相當程度之危險，因此，必須由國家採取壓制手段之制裁來保護公共秩序。惟一般而言，違反秩序行為之危險程度顯較犯罪行為為低，在對於受保護行為客體之干預上，亦較為輕微。此外，在可非難性之程度上，也有差異。

釋字第五一七號解釋（有關官兵役條例就遷居致召集令無法送達者處刑罰規定之是否違憲問題）理由書中強調：「違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所為立法裁量之權限，苟未逾越比例原則，要不能遽指其為違憲。即對違反法律規定之行為，立法機關本於上述之立法裁量權限，亦得規定不同之處罰，……，並非謂對行政法上義務之違反，某法律一旦採行政罰，其他法律即不問保護法益有無不同，而不得採刑事罰。」足見，對於一個破壞法秩序的行為，其制裁的手段究竟應採刑罰或行政罰的方式，雖屬立法機關其立法裁量之權限，但並非漫無標準，仍應衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，並符合憲法第二十三條所規定之限制原則，在此等原則之下，立法機關方得考量行政罰與刑罰本質

²² 洪家殷，前揭註2，頁116。

²³ 參閱陳新民，行政法學總論，前揭註15，頁276。另李震山亦以刑事政策事實上仍受時空性刑法理論擺盪之牽制，最後仍以立法形成自由收場：參閱李震山，行政法導論，第6版，2005年10月，頁374以下。

²⁴ H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, § 7 V3 b, S. 52.

與目的之差異，透過立法方式對於法秩序之破壞者，施以刑罰或行政罰，甚至刑罰與行政罰等制裁手段並採之。

不過有大法官批判認為²⁵，關於附屬刑法規範的合憲性審查，歷來之大法官解釋毋寧均採取相當寬鬆的標準，尊重並容認立法者所為的規範形成決定，不深究刑罰制裁的必要性（參見釋字第二〇四號、第四四五號解釋）。釋字第五一七號亦進一步確定以比例原則作為該等「立法裁量權限」的界限，並據以為審查基準，論證系爭規範的合憲性。附屬刑法的規範形成決定，涉及「事件特性、侵害法益之輕重程度以及欲達到之管制效果」等諸多因素的預測與衡量，應可適用「可支持性審查」之此種中度的審查標準，而對立法者的規範形成決定予以適度之尊重；惟若其規範設計嚴重背離法治國家刑法的基本原則，以致無法維持其「罪」與「刑」的衡平關係時，則該等規範仍應被評價為違反比例原則，而應受違憲之宣告²⁶。

四、評析

本文認為刑罰與行政罰有以下之顯然區別：

(一)刑法第十二條規定：「行為非出於故意或過失者，不罰。過失行為之處罰，以有特別規定者為限」刑罰主要是在處罰行為人故意的行為，如因過失所為，則必須法律有特別規定才處罰之；行政罰法第七條規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，雖不以出於故意為必要，法律無特別規定者，過失仍為其責任條件而處罰之。

(二)就刑罰的沒收對象而言，刑法第三十八條規定：「如屬違禁物者，不問屬於犯人與否均沒收之；如屬供犯罪所用或供犯罪預備之物及因犯罪所得之物，除有特別規定外，以屬於犯人者為限，得沒收之」。換句話說，刑罰的沒收對象，須以物品性質及何人所有來決定

²⁵ 釋字第517號大法官蘇俊雄不同意見書。

²⁶ 同前註。

是否予以沒收；而行政罰沒入處分的對象，不限於所有人，也及於實際管領人或持有人，例如：作為走私工具的車輛，並非必須為走私人所有才能予以沒入，亦不問該車主是否知情，走私人係向他人租用或借用，海關均得予以沒入。

(三)行政罰與司法刑事裁判，各有其不同的領域，且對不同不法行為（倫理不法／秩序不法）予以制裁，而刑罰之懲罰作用較強（倫理非難性）且刑事法律處罰，係法院依法定程序為之，較符合正當法律程序，應予優先適用，故依刑事法律處罰，即足資警惕作用時，實無一事二罰，再處行政罰之必要；而依「行政罰法」第二十六條：「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。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。前項行為如經不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之」規定，同一行為主體的一個走私行為如經司法機關為不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定後，海關即得引用「海關緝私條例」之規定，仍得科予行政罰，甚至基於不同行政目的，課予不同種類之行政罰。

(四)另如刑罰上之牽連犯與連續犯，在刑法尚未修正以前，其皆得在法律上只視為一個行為而受到一次之處罰；而在違反秩序之牽連行為及連續行為，行政秩序罰不同於刑罰而為數行為，並得受到多次之處罰²⁷。

(五)刑罰以結果犯或實害犯為原則，故刑法特別規定中止犯之減免罪責；而行政罰法未有中止犯之相關規定，可推論出立法者故意無欲去規定之，蓋行政犯非以個人法益危害的結果犯或實害犯為基礎，因此幾乎無成立中止未遂之空間。就便宜原則而言，違反秩序行為適用便宜原則之實質理由在於基於違反秩序之意義及處罰之目的，即違反秩序行為對法秩序之危害較少，且比起應受刑罰之行為，其顯示出較

²⁷ 洪家殷，前揭註7，頁38。

小的不法內涵。因此，在特別情形下，違反秩序之不法內涵是如此的渺小，以及對危險是如此的遙遠，以致於加以追訴及處罰是不恰當的，或無論如何不再是必要的，故例外地不予追訴及處罰²⁸。本於合目的之觀點，即處以行政罰之主要目的在於維持特定秩序，因此，介於所欲達成之目的，如交通安全或環境保護等，與處以行政罰二者間之關係，加以權衡，是否以其他方法，如做成負擔處分或施以行政強制執行手段，反而更能有效地達成到目的，即無須加以處罰。此外，更重要的是，違反行政法上義務之行為對社會秩序所生之效果，往往在個別的专业領域中，有所不同，如環境、勞工或交通等，對於特定違反者之制裁，須加強或減少，並不完全一致。因此，本於個別領域的特殊情形，有時處以行政罰不再是必要的手段²⁹。

因此，本文以為，不論是刑罰或行政罰皆是國家對於不法行為之制裁，前者施用於較重之犯行，後者則以較輕者為對象，而由立法者綜合各種相關之因素後決定之³⁰。而且立法者綜合各種因素考慮後，一旦最後決定採用刑罰或行政秩序罰後，應當以法律規定是否刑名制裁之「形式標準」作為判斷³¹，其二者區別之實益仍重大關係著是否有適用刑法理論之餘地。一旦立法者裁量決定以何種處罰之「形式」後，行政罰與刑罰二者便啟動區別開端，無論其本質、制裁目的以及處罰法理（刑法或行政法原理）等顯然有所不同。吾人反對我國行政法院採取質的差異論，有關違反秩序行為在於劃清行政秩序罰與刑罰之界限，原則上並不接受兩者間可能之共通處。然而本文認為，雖然質的差異論不足完全令人信服，同樣地也不能陷入另一種極端而認為行政未遂之違法性與可罰性一概應該採取有關刑法未遂犯之理論，至

²⁸ 洪家殷，行政罰，載行政法（上），第3版，2006年10月，頁634。

²⁹ 同前註。

³⁰ 洪家殷，前揭註2，頁118。惟其認為二者間應無本質上之差異。

³¹ 二者之區別非本質上絕對不同，常出於立法政策之裁量，因此以法律規定是否刑名制裁之形式標準作為判斷，請參閱陳敏，行政法總論，第4版，2004年11月，頁704以下。

少未必一定比照刑法第二十五條之規定，而認為行政未遂之處罰以有法律特別規定者為限，始具有違法性，並得按既遂犯，減輕責任性。

參、認定行政既遂之實益

一、繼續犯與狀態犯的區別

刑法上之既遂犯可區別狀態犯與繼續犯，在追訴時效及罪數上面有實益。在追訴時效上，狀態犯時效自犯罪既遂時起算，繼續犯自行為終了時起算；在罪數上，狀態犯在犯罪完成如果再有行為，會構成另一個犯罪，繼續犯再犯罪繼續後的持續行為，不會另成立一個犯罪。同理，在行政法上之既遂區別狀態犯和繼續犯，同樣地區分秩序罰和執行強制措施、處罰次數以及裁處時效上面有實益³²。

違反道路交通管理處罰條例第五十六條第一項第一款規定，將摩托車停放在禁止停車處所達十四個小時。在摩托車停放完成時，行為人的違規事實即告完成，只是違規行為持續存在並未終止，直到十四小時之後，方才終止違規行為，這種違反法律的事實完成後，經過一定時間，行為人方才終止違規行為的違規型態，也就是行為終止在違法事實既遂之後的違規型態，應該類比於刑法上繼續犯的構成要件類型³³。

在繼續犯（Dauerdelikt）雖然犯罪完成後行為仍然持續進行³⁴，仍然論以一罪，因為在既遂結果（=犯罪完成）發生之後，仍舊持續的行為與導致犯罪結果發生的行為是同一個行為，沒有另外產生任何其他行為。例如刑法第三〇二條妨害自由罪，拘束他人行動自由後，

³² 釋字第604號大法官許玉秀不同意見書。

³³ 根據台灣高等法院台中分院91年度交抗字第844號刑事裁定；學說上（洪家殷，行政秩序罰論，2000年7月，頁133）有誤以為狀態犯者，另吳庚，前揭註15，頁506，似乎將無照起造建築物歸類為繼續犯，如果無照起造建築物是繼續犯，裁處時效應該自建築物拆除後起算，而不是自建築物完成後起算。兩份文獻都局部誤解繼續犯與狀態犯的概念。

³⁴ Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil I (AT I), 3. Aufl., 1997, 10/105.

犯罪即告完成（既遂），待他人恢復自由之後，妨害自由的行為方才終止。繼續違反秩序行為即如同刑法上之繼續犯，違規停車就是屬於此種類型，車子一經停置於禁停區，違規停車行為即告完成，但在車子離開禁停區之前，違規行為持續存在，必待車子離開禁停區之後，違規行為才告終止³⁵。

相對之，是狀態犯（Zustandsdelikt）³⁶。就狀態犯而言，由於犯罪在行為既遂後即已完成，因此後續所存續者，已是犯罪結果的存續，並非犯罪行為的繼續。狀態犯是行為在犯罪完成前已終止，或完成時同時終止的情形，才有未遂之情形。例如殺人罪，結果可能在行為終了時發生，或行為終了後，結果方才發生，例如送醫不治；又如竊盜罪，竊盜罪完成時，竊盜行為已告終了，在犯罪完成後，沒有行為存在，只有法益受害的狀態存在。無照起造建築物的行為屬於此種類型，在違章建築蓋好之後，違規事實既遂，違規行為亦告終止，只有侵害法益的違規狀態存在³⁷。排放廢污水的情形，亦復相同，排放廢污水的行為終止時，違規以廢污水污染環境的事實也告完成，所繼續存在的是污染的違規狀態³⁸。

二、秩序罰與行政強制措施（行政執行罰）

秩序罰，是對過去所犯錯誤的制裁，制裁效果主要是處以罰鍰；行政強制措施（行政執行罰）是督促未來履行義務的強制手段，其強制手段主要是處以怠金；秩序罰是一種制裁手段，而執行罰是行政強制措施，但究其本質並非制裁手段³⁹。

³⁵ 前揭註32。

³⁶ Roxin, aaO. (Fn. 34), 10/106.

³⁷ 前揭註32。

³⁸ 在行為數的認定上有困難的是自動化的行為，這類行為應該成立一個獨立的構成要件類型。

³⁹ 吳庚，前揭註15，頁469-470；陳敏，前揭註31，頁699、801；洪家殷，前揭註33，頁1-10；城仲模，行政法之基礎理論，1999年10月，頁248-249；林紀東，前揭註2，頁361-362、377-378。

在狀態犯（違規），除了對已經完成的違規事實加以處罰之外，還有排除違規狀態的問題，因為行為已經終了，所以排除違規狀態是執行的問題⁴⁰。狀態犯，因為行為已經終了，所以應無法期待義務人履行其行政法義務，例如義務人已經隨地便溺⁴¹，此時便溺行為既已終了，對於環境維護公共利益之破壞，也已發生，自然無法再以連續處罰方式規範義務人不得隨地便溺，反而應考慮的係以代履行或直接強制以排除違規狀態的問題，例如由清潔隊員進行清潔（代履行），其費用則命義務人繳納。亦即行政罰應係針對違反行政法上義務之行為予以處罰，只要負有行政法上義務之人，違反其應為或不應為之義務時，即應予以行政處罰，無待結果發生與否之判斷，同時對於後續存在的違法事實狀態，因為行為已經完成並無改善空間，只有後續排除違規狀態的問題，故應施以行政執行手段，以代履行或直接強制措施。

在繼續犯（違規），則在違規事實既遂之後，因為違規行為持續存在，因此排除違規行為與繼續處罰違規行為同時存在，也就是執行罰與秩序罰並存，違規行為的持續，是構成要件不法的持續實現，隨著時間經過，在行為終了之前，仍然可以對過去的錯誤予以制裁，同時可以採取強制手段，排除違規行為以排除違規狀態，例如妨害自由期間的妨害自由，屬於妨害自由罪的構成範圍，妨害自由時間的久暫，會反映在量刑上面，而同時可以命行為人釋放被害人或強力排除行為人對被害人行動自由的拘束，以排除妨害自由的狀態。在違規停車的情形，可以責令行為人自行移置車輛、由交通勤務人員代為移置或逕行拖吊，以排除持續的違規行為所造成的違規狀態，在違規行為沒有終止之前，違規行為還是在繼續實現違規不法構成要件，因此有學者認為仍然是秩序罰的處罰對象。如果只看到如何利用行政執行強

⁴⁰ 前揭註32。

⁴¹ 廢棄物清理法第27條第7款。

制措施排除違規狀態⁴²，看不見違規行為持續危害交通安全侵害法益的事實，而不施以秩序罰，則屬評價不足而與比例原則不合⁴³。

然而，對於上述見解也有學者持相反見解⁴⁴認為，我國現行實務上，原則係將繼續違反秩序行為視為一個行為，即先以處以一個行政罰，惟經處罰後，如行為人之行為仍然繼續存在時，則可再處以另一個行政罰，迄其結束行為為止。由於此種繼續違反秩序行為係單一的實現行政罰之構成要件，僅係在時間上延續下去，致使其違法狀態繼續存在。因此，其完成及繼續效力應被視為構成要件單一，在法律也只能視為單一行為，並只受一個行政罰之處罰。惟該行為是否會因受處罰而中斷，即有疑義。雖然我國現今實務採取中斷的見解，然而若過度貫徹，將會造成一個單一行為受到多次連續處罰的結果，而與一行為不二罰之原則有違，且使得現行法上很多連續處罰之規定形同贅文。此外，與連續行為相較之下，亦有過重之虞。即立法者得規定對於繼續行為予以多次之處罰，此見解即忽略繼續行為之性質，並混淆了行政罰與行政強制執行之界限。

三、漏稅罰與行為罰

按租稅秩序罰處罰之違法行為樣態，可分為漏稅犯及秩序犯。漏稅犯，係指違反租稅法上之義務，而對國家之稅收直接發生侵害之行為，其性質上應以致國家租稅收入減少為構成要件，故為結果犯。

秩序罰之實施，與道義之評價無關，純係以維護行政所欲建立之合目的的秩序為其目的，故只須有違反行政法定義務之行為存在，不問既遂未遂，即屬秩序罰科處之對象，故秩序罰之對象，具有純粹之形式之特色⁴⁵，應係指秩序犯之情形而言。秩序犯係指違反租稅法上一切作為或不作為之義務，而國家租稅徵收之秩序發生妨礙之行為，

⁴² 參照釋字第604號楊大法官仁壽及曾大法官有田意見書。

⁴³ 前揭註32。

⁴⁴ 洪家般，前揭註28，頁666。

⁴⁵ 參見黃守高，前揭註2，頁109。

其性質上只要一有違反秩序之行爲發生，即足以構成秩序犯而加以處罰，故爲形式犯，亦即並無既遂未遂之分。

至於「漏稅犯」，其性質上爲「結果犯」，應以致國家稅收減少爲構成要件，若未致國家稅收減少者，僅屬「未遂」之行爲，是否應該適用「刑法未遂犯」規定原則上除非法律有特別規定外，否則不能處罰？產生爭議。

營業稅法就未依限申報銷售額徵怠（滯）報金之規定違憲？釋字第三五六號（民國八十三年七月八日）：「營業稅法第四十九條就營業人未依該法規定期限申報銷售額或統一發票明細表者，應加徵滯報金、怠報金之規定，旨在促使營業人履行其依法申報之義務，俾能確實掌握稅源資料，建立合理之查核制度。加徵滯報金、怠報金，係對營業人違反作爲義務所爲之制裁，其性質爲行爲罰，此與逃漏稅捐之漏稅罰乃屬兩事。上開規定，爲增進公共利益所必要，與憲法並無牴觸。惟在營業人已繳納其應納稅款之情形下，行爲罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金與怠報金，又無合理最高額之限制，依本院大法官釋字第三二七號解釋意旨，主管機關應注意檢討修正，併此說明。」又行爲符行爲罰及漏稅罰要件時得重複處罰？釋字第五〇三號（民國八十九年四月二十日）：「納稅義務人違反作爲義務而被處行爲罰，僅須其有違反作爲義務之行爲即應受處罰；而逃漏稅捐之被處漏稅罰者，則須具有處罰法定要件之漏稅事實方得爲之。二者處罰目的及處罰要件雖不相同，惟其行爲如同時符合行爲罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。是違反作爲義務之行爲，同時構成漏稅行爲之一部或係漏稅行爲之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行爲併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。本院釋字第三五六號解釋，應予補充。」我國司法院釋字第三三

七號解釋及釋字第五〇三號，亦已表現漏稅罰之此一意旨⁴⁶。但未發生漏稅結果是否即行政處罰之，不得而知。

關於無漏稅結果而課予漏稅罰的問題，現行法有直接明文規定對於「無漏稅額」而課予「漏稅罰」之情形者，例如，所得稅法第一一〇條第三項規定：「營利事業因受獎勵免稅或營業虧損，致加計短漏之所得額後仍無應納稅額者，應就短漏之所得額依當年度適用之營利事業所得稅稅率計算之金額，分別依前兩項之規定倍數處罰。」至於營業稅法第五十二條所定者：「營業人漏開統一發票或於統一發票上短開銷售額經查獲者，應就短漏開銷售額按規定稅率計算稅額繳納稅款外，處1倍至10倍罰鍰。1年內經查獲達3次者，並停止其營業。」則是在自動報繳稅捐，於尚未發展至違反繳納義務結果之階段⁴⁷，便課予漏稅罰之情形。上揭所得稅法第一一〇條第三項與營業稅法第五十二條之規定，究係對「既遂」或「未遂」所為之規定，容有探討之空間，吾人認為，二者之規定應係現行稅法上對於未遂之行為亦加以

⁴⁶ 司法院釋字第337號解釋略以：「營業稅法第51條第5款規定，納稅義務人虛報進項稅額者，除追繳稅款外，按所漏稅額處5倍至20倍罰鍰，並得停止其營業。依此規定意旨，自應以納稅義務人有虛報進項稅額，『並因而逃漏稅款者』，『始得』據以追繳稅款及『處罰』。財政部中華民國76年5月6日臺財稅字第7637376號函，對於有進貨事實之營業人，不論其是否有虛報進項稅額，並因而逃漏稅款，概依首開條款處罰，其與該條款意旨不符部分，有違憲法保障人民權利之本旨，應不再援用。」

⁴⁷ 財政部79.02.19.臺財稅字第780323841號函：「說明：二、營業稅法第52條規定，營業人漏開統一發票或於統一發票上短開銷售額經查獲者，應就短、漏開銷售額按規定稅率計算稅額繳納稅款外處5倍至20倍罰鍰、現行法已修訂為1倍至10倍，1年內經查獲達3次者，並停止其營業。揆諸本條立法旨意，係以營業人銷售貨物或勞務應開立統一發票交付買受人，並於次月（期）15日以前檢附統一發票明細表及有關文件申報上月份（期）銷售額。但在法定申報期限前，即經稽徵機關查獲短、漏開統一發票銷售額者，『事後如將』上開被查獲之短、漏開發票銷售額合併於當月（期）銷售額於次月（期）15日以前申報期限內辦理申報『因不發生逾期申報或短、漏報銷售額之情形』不得依同法第51條之規定按所漏稅額處罰，故於74年11月15日修正營業稅法時，乃增訂本條條文，應以經查獲短、漏開統一發票之銷售額計算處罰為依據俾資適用。是以稽徵機關對於查獲短、漏開統一發票或短、漏報銷售額之案件，對上開規定之適用，應分別認定辦理。」

處罰僅有之規定。惟所得稅法第一一〇條第三項之情形並無「實質之漏稅額」，仍依一般漏稅罰之規定處罰。另觀之營業稅法第五十二條之規定，其本質應為「行為罰」，則其與違反同法第五十一條「漏稅罰」之規定一樣，以經查獲短、漏開統一發票之銷售額計算處罰為依據，同處1倍至10倍之罰鍰⁴⁸。是故，對於「漏稅之預備行為」或其他「未引起漏稅結果」之行為規定，直接法律課予漏稅罰。

關於漏稅罰要件之規範，偏重於行為繳納義務的違反，在主觀上應以故意或過失為要件，以及在客觀上應以導致國家稅捐收入減少之虞為要件。在現行法課予漏稅罰的情形，若未明確明白規定以有漏稅結果為其處罰要件，容易引起漏稅罰是否應以「有漏稅結果」為要件的疑問。實務上若以「無實質之漏稅額」而仍依一般漏稅罰之規定處罰⁴⁹，此時，漏稅罰與行為罰之二者區別，似乎已無討論行政未遂是否應予處罰之實益。

四、小 結

據以上幾點之論述，刑法上之既遂犯可區別狀態犯與繼續犯，其在追訴時效及罪數上面有實益；而在行政法上之既遂區別狀態犯和繼續犯，在秩序罰和執行強制措施、處罰次數（一事不二罰原則）以及裁處時效上面有實益。此外，漏稅罰與行為罰之二者區別討論，似乎已無「結果犯」之行政未遂是否「應該處罰」之問題價值，而卻有重

⁴⁸ 行政院經建會行政秩序罰法草案第12條原擬定：「行政不法行為未遂者，其處罰以法律有明文規定者為限（第1項）。未遂之處罰按既遂行為減輕之（第2項）。對於已著手實行構成違反行政義務事實之行為，行為人出於自由意志中止其行為之完成及防止其結果之發生者不罰（第3項）。」惟現行行政罰法並未規定行政未遂之問題。

⁴⁹ 參照財政部80.02.22臺財稅字第800033691號函略以：「說明：二、本部78年7月24日臺財稅第781148237號函，以營業人短、漏開發票，依營業稅法第52條規定處罰者，免再依稅捐稽徵法第44條規定處罰，係因該條規定短、漏開發票之行為與不依規定給予他人憑證之行為，依立法精神該二者之處罰，均屬『行為罰』，為免『重複處罰』，乃核定應從重依營業稅法第52條規定處罰，免再依稅捐稽徵法第44條規定處罰。」依該函釋之說明，財政部已認定依營業稅法第52條規定處罰者，其為行為罰。

要關係到「處罰輕重」之實益。

行政違法性不是以行政既遂作為原則，也不以行政未遂為例外，也就說行政既遂或行政未遂皆不影響行政違法性，僅在行政處罰上之裁量輕重因素，行政處罰係以風險預防為法理基礎，就防止危害之性質與目的，應該透過個別法規明確規定行政既遂或未遂之不同處罰輕重密度，賦予行政機關依照行政不法行為的階段性，進行不同的行政處罰裁量，如此才能終局解決行政未遂是否行政處罰之爭論。

肆、行政未遂應否處罰之爭論

一、處罰未遂說

(一)司法實務

行政法院對於行政犯之責任原則上無既遂、未遂之分，均同其處罰。而且行政法院建立「重要階段行為理論」及「一個整體不法行為理論」，認為行為人之行為倘已達到行政法法規規範內容之重要階段，即得加以處罰；或某一階段之行為視為一個整體不法行為，參與其中一部分即屬成立而予以處罰⁵⁰。以下整理相關行政法院裁判，以資說明：

1. 最高行政法院四十二年判字第二十一號判例（民國四十二年九月十五日）：「懲治走私條例規定之處刑，係刑罰之制裁，而海關緝私條例規定之沒收船貨及罰金，乃行政上之處罰，二者性質不同。故私運物品進出口之行為，不能適用懲治走私條例科刑者，仍可援引海

⁵⁰ 最高行政法院95年判字第808號（民國95年06月07日）上訴意旨：「縱使被上訴人尚未實施銷售行為，然其已著手進口行為，非僅在預備階段，可認已達公平交易法第24條規定『足以影響交易秩序之顯失公平行為』的重要階段，上訴人依法予以論處，要無違誤。另從『一個整體不法行為理論』觀之，被上訴人進口或販售系爭商品僅係一個整體不法行為之不同階段而已，被上訴人縱使僅實施其中部分之行為，亦構成違法，不因其後階段尚未完成，而影響該行為論究違法之整體評價，是被上訴人縱使僅實施進口行為，亦屬公平交易法第24條不法評價之範圍內，上訴人自得予以論處裁罰。」

關緝私條例處罰。」此外，最高行政法院九十三年判字第一一〇六號判決：「懲治走私條例相關規定認尚未達未遂階段，而應審查其違法行為是否與海關緝私條例之規定相符，違法行為人主張處罰機關對其走私行為沒入系爭船舶為於法無據，顯無理由⁵¹。」

2. 最高行政法院四十六年判字第五十號判例⁵²（民國四十六年九月二十四日）：「銀元銀條為禁止出口之物，原告以之密藏於麥芽糖內，既已進存碼頭聯鎖倉庫，復已預訂艙位，請得出口簽證，自應認為已著手實行私運貨物出口之行為，其尚未報關裝船出口，在刑事上固可發生未遂犯之問題，在行政犯之責任上，則無既遂未遂之分。至於原告已知悉事已敗露，而取消簽證，自尤不足解免其責任。被告官署依海關緝私條例第二十一條第四項之規定，將該項私運之銀元銀條

⁵¹ 最高行政法院93年判字第1106號（民國93年08月31日）：「原判決引據懲治走私條例相關規定認尚未達未遂階段，而未審查其違法行為是否與海關緝私條例第三十六條第一項之規定相符，認上訴人以被上訴人對臺灣地區有走私行為沒入系爭船舶為於法無據，殊嫌速斷。」

⁵² 本則判例經最高行政法院91年10、11、12月份庭長法官聯席會議決議嗣後不再援用，並經司法院以91年12月13日(91)院台廳行一字第31707號函、91年12月23日(91)院台廳行一字第32470號函、92年1月3日(92)院台廳行一字第00267號函准予備查。之前同樣類似之判例，最高行政法院31年判字第59號判例（民國31年12月29日）：「浙江省戰時管理捲菸進口運輸販賣辦法所定罰則乃行政罰之一種並無非故意之行為得以不罰之明文當事人既有販賣偽證捲菸之事實無論是否出於故意或已遂未遂要不能推卸違章之責任前項辦法內所謂使用偽證自係指持偽證黏貼於捲菸容器者而言」（本則判例不再援用）；此外亦根據此號判例之意旨，行政法院74年度判字第626號判決，以行為人虛報外銷品重量行為，已構成行為時海關緝私條例（67年5月29日修正公布）第37條第4項所明定之應受處罰行為；最高行政法院56年判字第161號判例（民國56年06月27日）：「若屬免稅且非管制物品，則與稅收或物資之管制無關，若因進口或出口時漏未報關，即一律論以私運進口或出口，依海關緝私條例第二十一條第一項及第四項論處，與走私行為同科，殊有違海關緝私條例之立法本旨。本件原告攜帶免稅且非管制物品出口，固仍應報關先經檢查，惟在未經檢查完畢前，當僅可不予放行，要難依海關緝私條例第二十一條第四項規定，將該項貨物沒收。」本則判例經最高行政法院102年度3月份第1次庭長法官聯席會議決議不再援用，並於102年3月14日由最高行政法院依據最高行政法院判例選編及變更實施要點第6點規定以院田文字第1020000149號公告之。

處分沒收，原決定予以維持，均無不合。」

3. 最高行政法院四十六年判字第五十四號判例（民國四十六年十月三日⁵³：「海關緝私條例與有關金融措施辦法及其他關係法令之處罰規定，均係行政罰性質，而非刑罰。與妨害國家總動員懲罰暫行條例之屬於特別刑事法規，而有刑法總則關於既遂未遂規定之適用者，不可同日而語。船舶飛機服務人員禁帶金銀外幣出境，並無免罰之規定。如已著手實施攜帶出境，而達於重要階段之行爲，即得予以沒收之處分。」

4. 最高行政法院五十四年判字第二六七號判例（民國五十四年十二月二十七日）：「原告溢報其出口製成品柳案夾板之面積數量，亦即溢報其耗用進口原料之數量，以請求溢量沖銷該項原料之進口稅捐之記帳，自足構成海關緝私條例第二十二條第四款所規定同條前三款以外違法漏稅之行爲，不因其尙未准予沖銷，而可謂其行爲當未成立。（本則判例不再援用）」

5. 最高行政法院五十五年判字第十二號判例（民國五十五年二月十日）：「藉口製成品外銷，報運原料進口，而以虛報不實之方法，偽報出口成品，矇請沖銷該項進口原料稅捐之記帳者，即係以不正當之方法，逃避進口原料應繳之稅捐，其報運原料進口及偽報成品出口，以至申請沖銷進口原料稅捐之記帳，均屬逃避原料進口稅捐之一個整體不法行爲，故雖僅有偽報出口行爲，而尙未據以申請沖銷原料進口記帳稅捐，亦即應依海關緝私條例第二十二條第四款之規定處罰。（行政犯無未遂之觀念本則判例不再援用）」

6. 最高行政法院五十八年度判字第七十二號判決（民國五十八年三月四日）：「查行政犯行不以故意爲必要，又其行爲一經著手，即可成立，無未遂之觀念，且不因其不知情或非在船上查獲，而謂不構成私運出口之要件。黃金外幣均爲國家總動員物資，原告私帶日幣出

⁵³ 最高法院以往對攜外幣出口，認為在機場碼頭查獲，即爲既遂，見最高法院庭長會議62年3月12日決議。

境，自應係私運貨物出口，至蜂王蜜雖非管制或應稅物品，但依『船員攜帶土產食品出口辦法』第四條、第五條及第七條之規定，不得攜帶未經報關之土產食品上船私運出口。原告私帶蜂蜜土產食品上船出口，自亦構成私運貨物出口之行爲。原告既爲私運行爲之行爲人，依法即應爲處罰之對，不以該項貨物非其所有，而可邀免責。」

7. 最高行政法院五十九年度判字第六十號判決（民國五十九年三月三日）：「查原告未經被告官署核准，駕車運載十餘人進入高雄港，並等候載運私貨，顯已著手實行搬移私貨進口之行爲，其因警察查緝而未及載運，在刑事上固可發生未遂問題，在行政犯之責任上，則無既遂未遂之分，二者性質不同，本可各自認定事實，彼此不受拘束，被告官署依海關緝私條例第十四條之規定將原告所駛卡車處分沒收，尙非無據。」

8. 最高行政法院五十九年度判字第二三〇號判決（民國五十九年六月十六日）：「本件原告隨輪私帶物品進入我國領域，業已完成私運貨物進口之行爲，該項貨物究屬於原告所有或係他人託帶，與原告行政犯行爲之構成，並無影響。而行政犯行爲之處罰亦無已遂未遂之分，與懲治走私條例之犯罪行爲，係屬兩事。原告已完成其私運貨物進口之行爲，更不得藉口於未遂。被告官署科處原告以貨價一倍之罰金，並將該項私運進口之貨物沒收，按之海關緝私條例第二十一條第一項及第四項之規定，洵無不合。」

9. 最高行政法院六十二年判字第五九八號判例（民國六十二年十二月十八日）：「查免稅出口並適用外銷品沖退稅捐辦法之貨物，於出口時偽報貨物之品質，企圖冒退稅款者，應以原料進口之稅捐爲其匿報之稅款，依海關緝私條例第二十二條第二款處以匿報稅款二倍至十倍之罰金，並得沒收其物。（本則判例不再援用）」

10. 最高行政法院六十九年度判字第六三〇號判決（民國六十九年九月四日）：「以同一批外銷品重複申請沖退原料進口稅捐，即構成以不正當方法請求退稅之違章行爲。以不正當方法請求退稅，而行政罰原不以故意爲要件，亦無既遂與未遂之分，則原告訴稱，原告公司

無重複申請退稅之不法意圖，實係經辦退稅職員一時疏忽致使重複云云，仍不能持為解免原告對本案應負違章行為之責任，……」

11.最高行政法院六十九年度判字第八八六號判決（民國六十九年十二月三十一日）：「行政犯之處罰，祇問有無違法之事實，而不問是否出於故意，亦不問其為既遂未遂，本件拆除貨櫃封條並將汽車零件卸下予以藏匿等情事，不論是否出於原告之主使，但其經過原告之許可而由工人為之，則已事證確鑿，而工人乃在原告指揮下從事於貨物之搬運，對於法規之是否違反工人不負任何責任，則違法情事一旦發生，自應由原告負責，從而被告機關對原告科以貨價兩倍之罰鍰並沒入貨物，揆諸首揭說明，並無不合。」

12.最高行政法院七十年度判字第四十八號判決（民國七十年一月二十三日）又再次強調上開判決之一個整體行為的理論：「將偽報成品出口（包括虛報所運貨物品質在內）認係一個整體行為中之一個階段之法理，斷不因修正後之海關緝私條例第三十七條第四項有更為詳盡具體之規定而有所變更，原告謂其尚未著手申請退稅，不應依該條項之規定處罰云云，殊屬誤解。」

13.最高行政法院七十一年度判字第二一一號判決（民國七十一年二月二十六日）：「所謂『以載運私貨為主要目的』，係指船舶於案發當時確係以私運貨物進口、出口為其使用之主要目的，且其實際管領使用之人又係知情供給使用為已足，並不以船舶所有人知情供給使用為必要。又行政罰之行為，並無中止犯與未遂犯之規定，此與一般刑事犯之性質不同，亦不以構成刑法上之犯罪為前提條件，自不因該實際管領使用之行為人未受刑事處罰而免其行政罰之責任。」

14.最高行政法院七十四年度判字第五七六號判決（民國七十四年四月三十日）：「未依法申請核准，而經營汽車運輸業者，以車輛所有人為其處罰之對象，此觀諸公路法第七十七條第二項後段之規定甚明。駕駛自用小客車載送搭車者，而要求分擔汽油錢，係以提供勞務而取得代價，即屬營業行為。行政罰鍰不以故意或過失為其成立要件，亦無既遂，未遂之區分。本件行為人而其攬客雖尚未收取分擔之

油錢。惟其既有以攬客而收取汽油錢之營業行爲，自應依法科罰。」

15.最高行政法院七十四年度判字第二一〇四號判決（民國七十四年十二月三十一日）：「以同一號碼及內容之出口副報單暨其補發本，重複申請退稅者，顯然有以不正當方法請求退稅之違法行爲。又按行政罰係以行爲人有違法事實爲已足，至其違法行爲之成立，並不以故意或過失爲要件，亦無既遂未遂之分。」

16.最高行政法院七十五年度判字第七七四號判決（民國七十五年五月六日）：「爲運銷貨物稅貨物之行爲，所謂運銷，係指運儲、銷售而言，其運儲、銷售行爲，有一即爲已足，無須兼俱，且行政犯之責任，一經手實施，即應處罰，無既遂未遂之分。」

17.最高行政法院七十七年度判字第二七七號判決（民國七十七年二月二十九日）：「本件原告報單已遞進被告機關違規行爲即已構成，自無未遂可言，原告主張應比照刑法第二十六條有關未遂犯之規定，減輕處罰云云，亦屬無據，自非有理。」

18.最高行政法院七十七年度判字第五五〇號判決（民國七十七年四月十三日）：「行政犯無既遂、未遂之分，一經著手即應處罰，是原告縱未將機車駛出港區，亦應負私運行爲之違章責任。」

19.最高行政法院七十八年度判字第二二二七號判決（民國七十八年十月二十七日）：「原告手提袋有大量IC，申報單未申報並未提示檢查，其規避檢查、矇混闖關之行爲至爲明確。雖然尚未出海關大門，惟行政罰無既遂、未遂之分，其規避檢查之行爲既已著手實施，即應依法論處。」

20.最高行政法院九十二年度判字第三〇七號判決（民國九十二年三月二十七日）：「行政犯無既遂、未遂之分，一經著手即應處罰，前行政法院四十六年判字第五十號判例、七十七年判字第五五〇號判決及七十八年判字第四八四號判決⁵⁴可資參照。本件上訴人等裝運管

⁵⁴ 最高行政法院78年判字第484號（民國78年03月16日）：「以捕魚名義，利用漁船私運貨物出口，是否知其爲走私，與私運貨物之行政罰責不生影響。」

制物品，規避檢查，雖其私運出口之行為尚未完成，揆之前開判例及判決意旨，自不生影響。」

21.最高行政法院九十三年度判字第一六五號判決（民國九十三年二月二十六日）：「查行為時海關緝私條例第三十七條第一、四項之規定，屬行為罰，祇須有該條項規定虛報出口貨物之品質規格，而可得溢額沖退稅捐之違章行為，其應罰要件即已構成，不以實際已獲沖退稅捐為必要。上訴人以其未獲溢額沖退稅之事實，遽予處罰顯然違法云云，即不足取。且上開規定之處罰，係行政罰性質，無未遂之觀念，而此項觀念乃行政法理所當然，不因本院五十五年判字第十二號判例不再援用，而改變。上訴人以上開判例所揭『行政罰無未遂觀念』不再援用，執以指摘原判決不當，亦不足取。」

22.最高行政法院九十六年度判字第一一二一號判決（民國九十六年六月二十八日）：「又行政、刑事、民事法律規範之領域及目的各不相同，縱上訴人與消防署業已解除買賣契約，然不能否定二者間確曾成立買賣之交易行為。上訴人既違反與受內政部政務次長監督之機關即消防署為上揭買賣之交易行為，即已違反該不當利益交易行為之禁止規定，被上訴人依利益衝突迴避法第十五條之規定，處該交易行為金額一倍至三倍之罰鍰，並無不合。另未遂犯乃刑事法律之規定，與本件行政罰之性質及規範目的均有不同，本件上訴人雖與消防署解除買賣契約，然該買賣交易行為既有成立之事實，即該當該行政罰之要件，核與刑事未遂犯無涉，乃無未遂犯適用之問題。」

23.最高行政法院判決一〇〇年度判字第九三八號⁵⁵判決：「倘該貨物雖在海關可得控制監管下之運輸工具或其他處所之範圍內擅行移動或搬運，惟查獲有調包私運進口之企圖及充分事證者，縱使未遂，仍須按同條例第三十六條論處。」亦經前海關總稅務司署以民國六十六年函釋在案，該函釋之意旨乃前海關總稅務司署本諸主管機關職

⁵⁵ 延續採用最高行政法院69年度判字第886號及最高行政法院77年度判字第550號二判決之見解。

責，為執行海關緝私條例第三十六條規定所為之技術性之行政規則，與該條例之立法目的無違，亦未逾越前揭釋字第五二一號解釋有關「依海關緝私條例第36條規定處罰，應以行為人之故意或過失為其責任條件」之意涵，並未違反法律保留原則，況行政犯之處罰並無既遂、未遂之分，被上訴人執行職務時自得引用。

最後綜上所述，在司法實務上以解釋論向來較著重於行政目的之達成及行政義務之違反，對於結果之發生與否，較不重視，故在行政罰中否認有違反行政法上義務未遂之存在，亦即只要著手於構成要件之實行，即屬行政違法，不論是否尚未完成實行行為，或實行行為雖已完成，但尚未發生違反行政法上義務之結果，皆同既遂處罰之⁵⁶。亦即行政法院在其裁判中，凡涉及未遂行為者，大都否定違反行政法上義務行為亦有如同刑罰之未遂犯之適用⁵⁷，認為行政犯之責任無既遂未遂之分，不適用刑法總則有關未遂之規定。因法律未明確規定行政未遂之是否應該處罰，司法實務以解釋論填補是否處罰規定之法律漏洞，實能諒解其用意，正本清源之計仍是行政法規範以立法論來解決問題，有待立法者明確規定之。

(二) 學說

學說亦有不少支持實務上之見解（處罰未遂說）者：

1. 如吳庚教授認為⁵⁸：「實務上自不應一如往昔以所謂行政罰與刑罰不同，無既遂未遂之分，而一概處罰。惟若干特殊事例則不妨從事實認定之，合理界定既遂的階段，先前行政法院就類此案件，以先例所建立理論（重要階段行為理論以及一個整體不法行為理論），仍有實用上參考價值：其一為重要階段行為理論已突破既遂未遂之困

⁵⁶ 洪家般，前揭註2，頁256。

⁵⁷ 洪家般，前揭註2，頁257。

⁵⁸ 吳庚，行政法之理論與實用，第12版，2012年9月，頁485。上述見解顯然肯定行政法院一向以著手行為即須課予行政處罰之裁判見解，已突破既遂未遂之困境，以維護行政目的之實現。

境，以維護行政目的之實現。」

2. 「秩序罰之實施與道義之評價無關，純粹以維護行政所欲建立之合目的的秩序為其目的，故祇須有違反行政秩法所定義務之行為存在，不問既遂未遂，即屬秩序罰科處之對象，故秩序罰之對象，具有純粹之形式犯之特色，與刑罰有刑法總則關於既遂未遂規定之適用者，不可同日而語⁵⁹。」

3. 「以未遂與既遂可以區別乃限於結果犯，違反行政義務之行為僅違反義務已足，不附帶結果。且既、未遂的區分對行政機關之執法人員而言，恐有相當之困難⁶⁰。」

4. 「又理論上，如果行政不法行為應以已發生違反行政法上義務之結果為要件者，則自應有既遂與未遂之分，但因行政不法行為的階段性，並不明顯，且是否既遂往往繫乎行政機關之審查，如果以刑事法既遂犯的理論套用於行政不法行為，則將對公共利益有過度之犧牲，且須使行政成本支出過多，於行政效率方面將有負面影響⁶¹。」

二、不處罰未遂說

行政法學說大多數認為，違反秩序之行為是為既遂或未遂，法律上應有不同評價，行政制裁應以違反秩序之行為達既遂為原則，對未遂行為之處罰，應以法律有明文規定處罰未遂行為時為限。此觀之外國立法例（德國秩序違反法第十三條第二項及奧地利行政罰法第八條第一項），對未遂犯僅於法律有明文規定時，始予以處罰即明。

德國違反秩序罰法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten）第十三條（未遂）：「違反秩序罰之未遂，係指行為人依其計畫，直接開始實行構成事實之行為（第1項）。未遂之處罰，以法律有明文規定者為限（第2項）。行為人自行終止繼續實行其行為，或其行為之完成防

⁵⁹ 參閱黃守高，前揭註2，頁109。

⁶⁰ 參閱廖義男主持，〈行政不法行為制裁規定之研究〉，行政院經濟建設委員會委託，台灣大學研究所執行，1990年5月，頁410。

⁶¹ 李惠宗，前揭註15，頁82。

止結果之發生者，不罰。行為如無行為人之參與不能發生結果者，行為人已盡自行與真實之努力，即視其已防止結果之發生（第3項）。多數人參與之行為，其出於自由意志防止結果之發生者，不罰。如無行為人之參與，行為將不能發生結果或違法行為完全與其先前之參與無關者，只要出於自由意志或真實之努力防止結果之發生者，視為已防止結果之發生（第4項）。」

奧地利行政罰法第八條：「故意著手違反行政義務之實行，而未完成者為行政未遂犯，行政未遂犯之處罰，以行政法規有明文規定者為限（第1項）。以己意中止或阻止其實行，或避免其結果之發生者，不罰。」以及德國違反秩序法第十三條第二項及奧地利行政罰法第八條第一項即明文規定，未遂之處罰，皆以法律有明文規定者為限。再觀之德國租稅通則法第三七〇條第二項雖規定「未遂犯罰之」，但該條係對租稅刑事罰之規定。德租稅法對租稅秩序罰（第三七八條）並無準用刑事罰之規定，故對於未遂之行為不行政處罰之⁶²，亦採相同之見解。二〇〇五年二月五日公布之行政罰法對於未遂之行政罰問題，並未為規定，仍有待未來修法時補充規定之⁶³。

行政罰上有關未遂（Versuch）之概念，原則上應與刑法所稱之未遂並無不同⁶⁴，指行為人已著手實行違反行政法上義務之行為，但尚未完成實行行為，或實行行為雖已完成，但尚未發生違反行政法上義務之結果者。否則，若實行行為已完成或結果已發生，則該行為已達到既遂階段⁶⁵。未遂行為在基本上並不構成犯罪，只有當法律有明文規定時，始構成未遂犯，並受到處罰⁶⁶，我國刑法第二十五條即有明

⁶² 陳敏譯，德國租稅通則，1985年3月，頁410。

⁶³ 李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啟禎合著，前揭註1，頁424。

⁶⁴ 洪家殷，前揭註2，頁256-259。

⁶⁵ 林山田，刑法通論（上），第6版，1997年9月，頁300、310；蔡墩銘，中國刑法精義，1982年9月，頁194。

⁶⁶ 林山田，同前註，頁304以下。

文規定⁶⁷。行政罰上對於未遂行為之處罰，本來應與刑罰並無不同，即除非法律有明文規定，否則不得加以處罰，此為外國立法例所普遍採行（例如德國、奧地利）。於行政罰法中對此即未加規定，故除非其他法律有明文之規定，即不受處罰⁶⁸。

有主張傾向於原則上不加以處罰⁶⁹，如學者所提的行政秩序罰法草案中⁷⁰，皆有未遂規定之存在，且只有在例外之情形下，始加以處罰。由於違反行政法上義務行為之未遂，係已開始實行構成要件之行為，若未受干擾，將會使構成要件得以完全實現，由此顯示出，對被保護法益在客觀上的危險，因此其具有可罰性⁷¹。只是，未遂行為尚未完全實現違反行政法上義務之構成要件，其可非難性應較既遂輕微，且一般並不視為對被保護法益具有值得注意的危險⁷²。此外，縱

⁶⁷ 洪家殷，前揭註2，頁256。

⁶⁸ 洪家殷，前揭註2，頁256。

⁶⁹ 如李震山以參考刑法精神，並無對行政未遂一律課予行政罰之必要；參閱李震山，前揭註23，頁300（註10）。

⁷⁰ 如張劍寒主持之研究計畫所擬草案第11條：「違反行政義務未遂行為之處罰，以法律有明文規定者為限（第1項）。未遂行為之處罰，得按既遂行為減輕之。但其行為係不能發生結果或因行為人出於自由意志中止其行為之實行或防止其結果發生者，亦同。」其理由在於，違反行政義務行為未遂者，並不造成對行政事務推行之阻礙，故原則上實無必要加以處罰，參閱張劍寒主持，〈行政制裁制度〉，行政院研考會委託之研究計畫，行政院研考會，1979年6月，頁26。另廖義男主持之研究計畫所擬草案第12條：「行政不法行為未遂者，其處罰以法律有明文規定者為限（第1項）。未遂行為之處罰，依既遂行為減輕之（第2項）。對於已著手實行構成違反行政義務事實之行為，行為人出於自由意志中止其行為之完成或防止其結果之發生者，不罰（第3項）。」其理由為，行為人既已著手實行構成違反秩序義務事實之行為，則已有可非難性。至於此可非難性程度，是否已達應處罰之必要，應由立法者衡量判斷，並明確宣示，參閱廖義男主持，前揭註60，頁220。

⁷¹ Vgl. E. Dreher/H. Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., 1995, 11 zu § 22; Vgl. E. Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar (zit. OWiG), 14. Aufl., 2006, § 13 Rn. 4a.

⁷² 如德國違反秩序罰法相關草案中之立法理由即採此見解。Vgl. Rengier, in: K. Boujong (Heraus.), Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz (zit. KKOWiG-Rengier), 3. Aufl., 2006, § 13 Rn. 2.

使行政罰著重行政目的之達成，亦無法完全忽視既遂與未遂在其反社會性、可非難性及可罰性上之差異。因此，區別行為人之違反行政法上義務行為究為既遂及未遂應有其意義，其中未遂行為原則上應不得加以處罰，除非法律上有明文規定，否則不得延伸到未遂行為⁷³。

對於違反行政法上義務之未遂行為之處罰，行政罰法中並未有明確之規定，惟未有規定，並不表示當然可以處罰，倘若不論其行為是否既遂，一概加以處罰，只要著手於構成要件之實行，不論是否已完成或已發生結果，皆視同既遂加以處罰，即有未恰。仍須考量既遂與未遂間在違法性、法益之侵害程度及法規範評價等各方面之差異，如決定應否處罰，以及如何處罰，不宜一概以行政罰不同於刑罰之僵化觀念，即全然否定違反行政法上義務之未遂行為亦有不罰或較低處罰之可能⁷⁴。否則違反秩序之行為，不論在法益之侵害、違法性之程度等，皆遠低於應受刑罰之行為，卻反而須採用較為不利之處罰原則，尤其現行法有關行政秩序罰之處罰有時並不遜於刑罰，會使行為人之權利受到十分嚴重之損害⁷⁵。

若行政法院主張某項行政秩序罰具有特定之行政目的，而難以適用類似刑罰之規定時，即應為明確之說明，何以該項行政目的無法採類似刑罰之作法。如未遂行為，何以在法律無明文之處罰規定時，刑罰無須處罰，而行政秩序罰卻須納入處罰，甚至有預備行為皆一併處罰者，則此種差別待遇之基礎為何？與行政目的有何關係？實須有令人信服之理由⁷⁶。在違反秩序之牽連行為及連續行為，行政法院皆以行政秩序罰不同於刑罰而視為數行為，並得受到多次之處罰。則此種不同處理之理論基礎何在？行政秩序罰究有何不同於刑罰之處，而須為不同之處理？⁷⁷若基於特殊之行政目的，則何者為其行政目的，又

⁷³ 洪家般，前揭註2，頁259。

⁷⁴ 洪家般，前揭註2，頁259。

⁷⁵ 洪家般，前揭註7，頁38。

⁷⁶ 洪家般，前揭註7，頁37。

⁷⁷ 洪家般，前揭註7，頁37。

與須受多次處罰有何關聯？皆須有明確之回答，以及堅強而可信服之理由⁷⁸。

三、預備行為說

行為人若尚未進行實現構成要件之行為，則仍屬預備階段，還稱不上未遂。如故意錯誤地描述貨物，以便規避出口許可之行為，可以構成未遂，但若只是購買未經許可輸出之貨物，則只構成「預備行為」⁷⁹。此種違反行政法上義務之預備行為，其可罰性較未遂為低，故除非法有明文，否則不得加以處罰⁸⁰。我國行政法院裁判之觀點並非全然一致，有認為應仍可處罰者，如行政法院四十一年度裁字第一號判例（民國四十一年一月二十日）：「海關緝私條例所定之罰則為行政罰之一，俾與刑罰不同。在刑罰上對於預備行為容有不罰，依海關緝私條例之規定，如係經營私運貨物，雖尚未至出口之程度，亦在處罰之列。該再審原告應受之行政罰不得因不受刑罰而免除其責任。」本號判決即以行政罰與刑罰不同，故刑罰上雖不處罰預備犯，但在行政罰則仍得加以處罰。惟何以行政罰得罰及預備行為，則未見有進一步之說明。

有採不得處罰之見解者，例如：

行政法院五十年判字第五十五號判例（民國五十年七月二十九日）：「原告此項美鈔，係在原告所居旅館中被查獲。其單純持有外幣之行為，非法令所不許。縱令如被告官署（台北關）所主張，原告有私運此項美鈔出口之意圖，但尚在旅館之中，亦尚未著手實行，自尚不得據以處罰。」

行政法院六十年判字第六四五號判例（民國六十年九月十四日）：「查本院五十年判字第五十五號判例釋明：私運之意圖，尚未著手實行，自尚不得據以處罰。本件原告對於身懷巨款登輪，企圖購

⁷⁸ 洪家殷，前揭註7，頁38。

⁷⁹ Vgl. Göhler, aaO. (Fn. 71), § 13 Rn. 4a.

⁸⁰ 洪家殷，前揭註2，頁259。

買私貨之事實，固不否認，惟查海關緝私條例第二十一條第三項所謂之『購買』，應有著手實施購買貨物之行爲，而該貨又爲船員私運進口者始能具備構成要件，本件原告甫登輪船約十餘分鐘，既未找到船員，亦未買到，私運水果及其他私貨，縱令接獲密告中途查獲原告攜帶巨款，亦僅有收購私貨之意圖，尙未手於購買之實行，且無出售私貨之船員及貨物，按之上開說明，其行爲在著手前之預備階段，自難謂爲未遂，被告官署辯稱原告攜帶巨款登船，意圖兜購私運進口貨物轉售牟利，認爲業已完成著手收購私貨行爲之重要階段，並援引本院四十六年判字第五十號判例所釋行政犯之責任並無既逐未與未逐之分，其法律上之見解，已屬誤會，復按照海關緝私條例第二十一條第三項規定予以三千元罰金之處分，殊難謂爲適法。原決定未予糾正，亦有未洽，自應由本院併予撤銷。」

相較於違反行政法上義務之未遂行爲，此種預備行爲之可罰性實在更低，因此除非法有明文，否則即不得加以處罰。行政法院多數之裁判應亦持此態度，惟亦可發現少數裁判逕以行政罰不同於刑罰，認可罰及預備行爲，實有未當，並不可採⁸¹。

四、評析：行政未遂之處罰必要性

(一)行政管制行爲具前瞻性

國家行政權之行使有多種不同的目的，而維持行政秩序爲其重要目的之一，爲達成此項目的，可以採行之手段甚多，如健全之法規、迅速有效之行政處置、給予必要之處罰及實施行政強制等。因行政罰具有制裁及防阻繼續違法之效果，故常被採用作爲維持行政秩序之手段，以達到維持行政秩序之目的。尤其當涉及行政管制時，爲實現特定之管制目的，如都市計畫、交通、環保、衛生等，須採行干涉人民權利並有拘束效力之各種行政行爲時，行政罰更是扮演重要之角

⁸¹ 洪家殷，前揭註2，頁260。

色⁸²。隨著社會公眾事務與經濟發展議題的複雜，政府的行政管制作為的挑戰亦應受到重視，尤其是政府行政管制與中小企業發展、環境保護與社會秩序維護之間的關係。伴隨一九八〇年代政府改革運動的興起，政府管制措施亦已成為主要的革新對象之一。「管制革新」(regulatory reforms)的概念是在於解除不必要的政府管制，並提升政府必要管制的品質與績效，以促進經濟活動的發展，維繫公平競爭的貿易行為，並對環境保護、安全衛生、消費者權益保護等事宜進行規範保障。⁸³

所謂「管制」乃為國家透過行政權與立法權、司法權彼此合作及制衡以履行其國家任務之整體活動，以防止或除去有減損國民生活或基本權利之安全或不利產業經濟發展，抑排除國家社會安定之危害，亦可謂以人民為規範對象之基本措施。因此，「行政管制」係屬於國家為遂行其政策目標而採行之措施，亦即以人民為規範對象的基本措施之一種，包含法律上之禁止與命令及個別的處分行為，是一種對人民與社會秩序，具有強制性與前瞻性的行為管制。而行政管制的「前瞻性」，於今日科技發展與風險不確定的行政事務中，尤應為行政管制行為的核心。所謂「行政管制行為的前瞻性」，本文以為是行政機關基於預期，估計和預測不利於社會秩序或人民權益的風險控制方式，預先作出的管制行為。同時，為有效掌握對於社會秩序的風險控制，行政管制行為不應消極等待危害結果發生後始對行為人予以制裁，同時應於有危害出現可能時，或根本無危害出現時，即事先且預防性地對社會秩序加以保護，使其免於遭受侵害，亦即行政機關應積極地在一定危險發生之前就預先防止，或採取事先預防性的措施，以

⁸² 洪家殷，前揭註28，頁618；洪家殷，論行政罰與行政管制之關係——兼評最高行政法院93年度判字第433號判決，「2005年行政管制與行政爭訟」學術研討會，中研院法律所籌備處、最高行政法院等主辦，2005年11月19日，頁1-20。

⁸³ 葉俊榮，公害糾紛的處理與行政管制，環保與經濟，第30期，1992年1月，頁64。

避免重大災害的發生，以達成行政管制之目的。是以，行政罰，應以確保行政管制行為的前瞻性為其制裁之目的。

在權力分立下，行政機關依法執行行政行為，其目的在於國家政策的推行與公共利益及秩序的維持。然社會變遷快速，各種社會風險的發生或潛在風險的存在層出不窮，因此現代行政機關之行政行為應著重在風險的積極與主動控管。是以對於破壞公共秩序者，自應施以行政處罰。基於法治國之原則，行政機關施以行政罰之對象，必須符合法律保留之原則，亦即須相對人違反其行政法上之義務時，方可處罰之。

惟關於「行政管制」，國內實務界如我國大法官會議解釋第四四五號解釋理由書、第五四二號解釋理由書與第五九四號解釋理由書中，均可見「行政管制」一詞用語之使用，惟對於「行政管制」之意義，前述大法官會議解釋文中並未見其定義。而我國學界對於「行政管制」之意義似亦無定論：1. 有主張「行政管制」本係行政作用類型之一，如各類許可或證照制度、各類設立或排放標準之訂定，以及諸如限期改正、限期改善或恢復原狀等措施。並不以故意或過失為要件，雖屬不利的行政處分，但其性質則與裁罰性之不利處分有別，並非行政制裁，因而無行政罰適用之餘地者⁸⁴；2. 亦有主張行政管制是一種基於法規目的，行政機關為維持法規目的而做的一種措施，這樣一個措施，不以責任人有故意過失為要件⁸⁵；3. 另有學者⁸⁶則認為行政管制措施是傳統秩序法所使用之措施，包含法律上之禁止與命令及個別的處分行為。因為其涉及相對人作為、不作為及容忍之一定強制

⁸⁴ 黃啟禎，從行政作用之類型探討限期改正與行政罰法之關係——行政管制與行政制裁之區分及運用，東海大學水土保持義務人相關法律疑義與對策分析研討會，2007年11月16日，頁133。

⁸⁵ 李惠宗，從行政作用之類型探討限期改正與行政罰法之關係——行政管制與行政制裁之區分及運用，東海大學水土保持義務人相關法律疑義與對策分析研討會與談人紀錄，2007年11月16日，頁28-42。

⁸⁶ 陳慈陽，環境法總論，第2版，2003年1月，頁313-314。

義務之遵守，且此種措施之採取亦可配合強制手段來執行以及對違反者或不履行者給予制裁，此亦是依據法規就個別具體之事件，對環境之污染者進行事前管制，或者事後之處罰；4.再者亦有主張政府行政管制是政府為了達成經濟與社會方面的管制所衍生出的行政程序或文書作業之限制及規範，也可被視為是因政府管制所衍生出的管制，亦或是政府實施經濟或社會管制的手段及工具⁸⁷；或5.行政管制係政府對於一個政策領域內的客體決定採取監督手段，以期該客體所可能發生的危險能減少或避免⁸⁸。此外，亦有主張「行政管制」之概念是指強調管制活動在行政領域所扮演之重要性而已，若欲完全達成行政任務（管制或不管制之國家目的），則仍不能脫離行政權與司法權之配合，是行政管制之概念僅係強調管制活動在行政領域之落實而已，在概念運用上，一般的「管制」多半即係以介紹「行政管制」的概念為主；或將「行政管制」依照時間區分成，行政管制在過去乃係防止任何人均有被害可能之危害發生之權限，惟於現代則被定位是，為事前對因特定危險遭致被害人之個人或團體予以救濟之權限。⁸⁹

(二)違反行政法上義務之行為

違反行政法上義務之行為即為應受行政罰處罰之對象。又違反行政法上義務充其量對於刑法所保護之法益危害產生風險，而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，應適用行政罰法處罰之。惟遍觀行政罰法之規定，其對於應受處罰之要件，雖明文規定主觀構成要件應出於故意或過失⁹⁰，且規定阻卻處罰之事由⁹¹，並在裁處上規定應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上

⁸⁷ 張其祿，政府行政管制與中小企業之發展：以OECD國家為例，經社法制論叢，第40期，2007年7月，頁40。

⁸⁸ 黃錦堂，台灣地區環境法之研究，1994年4月，頁23。

⁸⁹ 戴鈞宏，我國環境保護法規中連續處罰之研究，雲林科技大學科技法律研究所碩士論文，2010年2月，頁25。

⁹⁰ 參行政罰法第7條。

⁹¹ 參行政罰法第11條至第13條。

義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力⁹²等處罰要件。然而，對於是否「應發生侵害法益結果」並無規定，亦即行政罰法並未如同刑法就「未遂犯」之處罰以明文定之。因此，對於應受行政罰處罰之行為，是否應涵蓋「法益結果未發生之行政未遂」遂生爭議。

本文以為，對於此一爭議，應就行政管制之目的進行思考。按相對於刑罰的謙抑本質與最後手段原則；行政罰之手段係作為行政管制之輔助，以維護社會秩序與公共利益及積極增進行政效率為目的。蓋行政罰係行政機關為增進公共利益，維持行政上之秩序或保護特定法益以達成國家行政目的，對於違反行政上作為義務者，所科處之制裁，亦即行政罰是一種透過行政處罰，對於違反行政法上義務者予以制裁，以期維護社會公共秩序的制度。因此，行政罰以「違反行政法上義務之行為」為其成立要件，而所謂「違反行政法上義務之行為」又以有「行政法上義務」之存在為前提。至於人民的行為是否違反了行政法上義務，依據行政罰法第四條必須行為當時法律有明文規定為限，必須法律已有明確的行為標準，亦即明確規範了人民之義務時，對於違反行政法上義務之人民始得課予行政罰。例如，水污染防治法第二十七條規定，工廠不可任意排放廢（污）水，工廠排放廢（污）水，有嚴重危害人體健康、農漁業生產或飲用水水源之虞時，負責人應立即採取緊急應變措施，並於三小時內通知當地主管機關。故工廠同時即負有不可任意排放廢（污）水之不作為義務，與必須採取緊急應變措施並限時通知主管機關之作為義務。而這些環保法規上的作為義務與不作為義務，即係由法規以「義務」的型態，加上違反義務的「處罰條款」而構成。因此，一旦負有行政法上義務之人違反其義務時，即破壞社會秩序，無待法益損害結果之發生，亦無須違法行為之繼續，行政機關即應予以處罰。是以，應受行政罰處罰之行為與刑罰並不相同，應以違反行政法上義務之行為作為行政處罰之對象。

行政機關執行行政管理，執行行政政策，並對於政策執行之成敗

⁹² 參行政罰法第18條。

負責。是以，行政機關的管制行為不宜消極或被動，應符合社會變遷之需要，尤其應重視公共風險之預防，因此對於違反行政法義務者，自不應待法益危害結果發生後始予以處罰；蓋行政罰的對象與目的並不具有倫理非難性，應以公共秩序與公益之維護及行政行為之推動為目的，故本文以為，行政罰不應考量違反行政法上義務之行為法益結果發生有無之判斷，亦即應揚棄刑罰既未遂的觀念，以違反行政法上義務之行為作為行政罰的立法與處罰方向，俾使行政機關的行政行為趨於彈性，更能確實維護公共利益與保障社會秩序之安定。

(三)相關法規

行政未遂若涉及到實害犯或個人法益之侵害，則屬於行政刑罰之領域，此有刑法原理之適用，自不待言。然而，行政處罰之大多立法體例上都處罰風險形成犯居多，所以幾乎無未遂犯之空間，故幾乎無所成立行政未遂犯之空間，而與刑事未遂犯之二者不應有所誤解混淆，以下舉出相關之法條，以說明之：

按食品衛生管理法第十五條第一項規定：「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：一、變質或腐敗。二、未成熟而有害人體健康。三、有毒或含有人體健康之物質或異物。四、染有病原性生物，或經流行病學調查認定屬造成食品中毒之病因。五、殘留農藥或動物用藥含量超過安全容許量。六、受原子塵或放射能污染，其含量超過安全容許量。七、攙偽或假冒。八、逾有效日期。九、從未於國內供作飲食且未經證明為無害人體健康。十、添加未經中央主管機關許可之添加物。」違反此一規定者，依據同法第四十四條規定：「處新臺幣六萬元以上一千五百萬元以下罰鍰；情節重大者，並得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；經廢止登錄者，一年內不得再申請重新登錄。」按食品衛生管理法第二十八條第二項規定：「食品不得為醫療效能之標示、宣傳或廣告。」違反此一規定者，依據同

法第四十五條第三項規定：「(I)違反第二十八條第一項或中央主管機關依第二十八條第三項所定辦法者，處新臺幣四萬元以上二十萬元以下罰鍰；違反同條第二項規定者，處新臺幣六十萬元以上五百萬元以下罰鍰；再次違反者，並得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；經廢止登錄者，一年內不得再申請重新登錄。(II)違反前項廣告規定之食品業者，應按次處罰至其停止刊播為止。(III)違反第二十八條有關廣告規定之一，情節重大者，除依前二項規定處分外，主管機關並應命其不得販賣、供應或陳列；且應自裁處書送達之日起三十日內，於原刊播之同一篇幅、時段，刊播一定次數之更正廣告，其內容應載明表達歉意及排除錯誤之訊息。」

上開依據食品衛生管理法對於食品或添加物及食品廣告之規範，其目的在於管理食品衛生安全及品質，維護國民健康。因此行為人對於食品或食品添加物，如果有攙偽或假冒等情形時，即應處新臺幣六萬元以上一千五百萬元以下罰鍰；同理，如果在食品廣告上為醫療效能之宣傳時，無須俟有發生危害國民健康之結果，亦應處新臺幣六十萬元以上五百萬元以下罰鍰。

按水污染防治法第五十三條規定：「違反第三十二條第一項規定者，處罰鍰，並通知限期補正或改善，屆期仍未補正或完成改善者，按日連續處罰；情節重大者，得命其停工或停業，必要時，並得廢止其注入或排放許可證、簡易排放許可文件或勒令歇業。」本條係對於第三十二條第一項規定：「廢（污）水不得注入於地下水體或排放於土壤。」之禁止管制，亦即廢（污）水必須符合「污水經處理後注入地下水體水質標準」，並依「水污染防治措施及檢測申報管理辦法」⁹³辦理後，始得將廢（污）水注入於地下水體或排放於土壤；空氣污染防制法第五十六條規定：「公私場所違反第二十條第一項、第

⁹³ 環境保護署民國95年10月16日環署水字第0950080183號令，「水污染防治措施及檢測申報管理辦法」。

二十一條、第二十二條第一項、第二項或第三項、第二十三條、第二十四條第一項或第二項未依許可證內容設置、變更或操作。依前項處罰緩者，並通知限期補正或改善，屆期仍未補正或完成改善者，按日連續處罰；情節重大者，得命其停工或停業，必要時，並得廢止其操作許可證或令其歇業。」其中空氣污染防治法第二十條第一項規定：「公私場所固定污染源排放空氣污染物，應符合排放標準。」違反第二十條第一項之行為，本文以為應屬繼續犯之性質。

上開水污染防治法，本文以為依據該法第五十三條，義務人如未依法律規定逕自為排放廢（污）水之行為時，所排放之廢（污）水也已滲入或流入地下水體或土壤，其排放行為已經完成，因此該情狀應屬於違法行為的繼續。而同法第五十六條係對於未符合排放標準之氣體，於公私場所一經排放，因此其違法的排放行為已既遂，亦即行為違法狀態的持續，故亦應屬繼續犯之性質。

建築法第二十五條規定：「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除。」違反此一規定者，依據同法第八十六條的規定：「違反第二十五條之規定者，依左列規定，分別處罰：一、擅自建造者，處以建築物造價千分之五十以下罰鍰，並勒令停工補辦手續；必要時得強制拆除其建築物。二、擅自使用者，處以建築物造價千分之五十以下罰鍰，並勒令停止使用補辦手續；其有第58條情事之一者，並得封閉其建築物，限期修改或強制拆除之。三、擅自拆除者，處一萬元以下罰鍰，並勒令停止拆除補辦手續。」區域計畫法第十五條規定：「區域計畫公告實施後，不屬第十一條之非都市土地，應由有關直轄市或縣（市）政府，按照非都市土地分區使用計畫，製定非都市土地使用分區圖，並編定各種使用地，報經上級主管機關核備後，實施管制。變更之程序亦同。其管制規則，由中央主管機關定之。」違反此一分區使用規定者，依據同法第二十一條：「違反第十五條第一項之管制使用土地者，由該管直轄市、縣（市）政府處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得限期令其變更使用、停止使用或拆除其地上物恢復

原狀。」

本文以為，實施建築法的目的在於實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻；至於區域計畫法的管制目的為促進土地及天然資源之保育利用，人口及產業活動之合理分布，以加速並健全經濟發展，改善生活環境，增進公共福利。未經申請建照即自行在自有土地上興建或增、改建、拆除建築物是否即已發生公共交通或衛生之危害、已有礙市容觀瞻、有害天然資源之保育等，對於法益或公共利益是否發生侵害結果之判斷都不應影響對於違反建築法、區域計畫法義務而對行為人之行政處罰。是以，對於此等行為之處罰，亦係以違反行政法上義務之行為作為處罰之判定標準而非以違反行政法義務之結果。

伍、代結論：行政未遂「犯」之謬誤

行政罰與刑罰在本質上有所不同，故主張著手於行政法規構成要件之實行，不論尚未完成實行行為，或實行行為雖已完成，但尚未發生違反行政法義務之結果，皆具有違法性，應加以處罰，吾人認為容許存有「行政未遂」之情形，卻不應有行政未遂「犯」之刑法概念，蓋行政處罰之立法體例上處罰風險形成犯，行政未遂基本上不涉及到個人法益危害之問題，所以幾乎無成立如同刑法以處罰實害犯或危險犯為前提之未遂犯空間，故根本不應有行政未遂「犯」之刑法概念，以避免與刑法「實害犯」意義下的未遂犯，相互混淆，理由如下：

一、就行政是追求公共利益的國家作用而言，行政乃實現國家目的之一切國家作用，而所謂國家目的者，具體言之，即指公共利益或公共福祉而言，是以，追求公益可謂是行政的一項重要特徵⁹⁴。再者，就行政是積極主動的國家作用而言，行政的作用在於形成社會生活、實現國家目的，特別是在福利國家或社會國家中，國家的任務更

⁹⁴ 翁岳生，行政的概念與種類，載行政法（上），第3版，2006年10月，頁11。

是龐雜而繁重，行政常須積極介入社會、經濟、文化、教育、交通等各種關係人民生活的領域，成爲一隻看得見的手，以滿足人民與社會的需要。固然，行政亦有被動的部分，例如證照核發或行政救濟等事項，須先經由人民的申請，惟類此情形仍不影響行政具有積極主動的本質⁹⁵。刑法第二十五條規定：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，爲未遂犯。未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限，並得按既遂犯之刑減輕之」。換句話說，刑罰係依照犯罪行為著手後是否發生個人法益實害結果決定論罪，區別既遂或未遂，先決定是否構成違法犯罪而後予以較輕不同的處罰，使行為人承擔與既遂犯不同的罪刑之責任；行政罰法就未遂問題是否處罰，未明文規定之。按行政罰之目的，應在於對違反行政法義務之處罰，以告誡負有行政法義務之人，確實遵守或履行其行政法上之義務，同時能藉以維護國家社會秩序並確保公共利益，其目的與具有倫理道德非難性之刑罰迥然不同。因此，凡有違反行政法義務之行為發生時，即應處罰，無待對於個人保護法益是否有危害結果之發生。因此，吾人認爲，違反行政法上義務之行為不管其既遂或未遂因其二者與道德可非難性應較輕微，而且與個人保護法益之值得保護價值亦無關聯性，因此行政未遂未若刑法第二十五條之規定須以有特別規定者爲限，始行政處罰之，故行政罰既然無既、未遂之分，皆屬行政違法之行為，不論行為是否已完成，或實行行為雖已完成，但尚未發生違反行政法上義務之結果，皆具違法性，應一律予以處罰。例如：私運貨物進口，在海岸卸貨尚未得逞就被查獲，仍應由海關以走私處罰。

二、根據行政法學理論，應受行政罰行為必須具備三個要件：(一)客觀要件必須是違反法定義務的行為，即已經存在違法行為，至於是否已經行為完成或達到違法的目的係另一問題；(二)是主觀要件，違反法定義務者主觀上必須有故意或過失；(三)違反法定義務者須有責任能力。據此三要件，吾人認爲：行政違法行為就應該受到行政處罰。在

⁹⁵ 同前註，頁12。

適用行政處罰時，可參照刑法第二十五條規定：「……未遂犯之處罰得按既遂犯之刑減輕之」。換句話說，行政罰係依照是否已經開始著手違法行為來決定是否具備違法性，至於是否達到行政違法目的（或發生違反行政法上義務之結果），僅判斷行為人是否承擔與行政既遂一樣之責任，考量不同輕重的行政罰而已⁹⁶。亦即區別既、未遂，以決定處罰輕重，如此並不違反「比例原則」之問題，這樣處理不僅有助於解決如何處罰違反法定義務者而且有利於案件處罰的確定性。假使俟行政不法產生實際危害結果，始得論具違法性，則顯然無法達成行政立法之目的，為能有效預防損害之發生及生警惕作用，因此行政違法行為就應該受到行政處罰，不應以該行為產生實害結果作為必要要件⁹⁷。

⁹⁶ 行政法院74年4月份庭長評事聯席會議（民國74年04月10日）：「一、海關緝私條例第三十七條所定罰鍰或沒入，純係行政罰，倘報運人申報進出口之貨物名稱、數量、或重量，經海關檢查結果發現與其實際所申報者有所不符而及偷漏關稅及其他稅捐者，即構成『虛報』，應依本條規定按其情節輕重分別處以罰鍰或沒入或併沒入其貨物。至其『虛報』之原因如何，以及其虛報之方法，究係出於偽報、匿報、短報、漏報、抑或夾帶不報，均在所不問。惟虛報而及逃避管制，依同條例第三條第四條之規定趣旨，應屬第三十六條第一項第三項私運貨物進口出口之範疇。二、若有同條例第三十一條第一項及第二項之情形，經海關查明未具有貨物運送契約文件者，依同條例第三項之規定，亦應依同條例第三十六條第一項及第三項論處。」

⁹⁷ 最高行政法院95年度判字第808號判決（民國95年06月07日）：「公平交易法第24條規定係屬公平交易法各條規定之補充條款，非僅屬公平交易法第18條至第23條規定以外之不公平行為類型而已。因此，如事業以攀附他人聲譽或不當仿襲他人商品外觀，以他人外觀設計與行銷投入，即屬謀取他人努力成果之行為，不符合商業競爭倫理，此種情形縱未違反公平交易法第20條之規定，惟對於被仿襲之事業言，亦造成相當之損害，違反市場公平競爭機制，仍有同法第24條之適用，始足以維護交易秩序及確保市場自由公平競爭。原審以上訴人既認被上訴人無違公平交易法第20條規定之情事，即不得就被上訴人輸入之行為逕依公平交易法第24條規定為處分，尚有未合。再查，公平交易法第24條之立法意旨旨在維護交易秩序、確保自由公平競爭，倘俟實際危害結果產生，始得論以違法，顯然無法達成立法目的，為能有效防範損害之發生及警惕事業，應認本條規定之構成要件不以該行為產生實害為必要。是判斷事業行為是否構成該條所稱『足以影響交易秩序』，只要該行為實施後有足以影響交易秩序之可能性，達到抽象危險性之程度為已足。」

三、我國刑事法律對犯罪規定了「預備、未遂、中止、既遂」的四種型態，上述係以個人法益之危害程度作類分之標準。若是行政不法行為如同刑事法以發生個人法益損害結果發生為違法要件，沒有不承認行政未遂的道理⁹⁸。如此在國家全面行政法規中，也應該必要規定出不同的行政違法型態以及是否或如何處罰。事實上不然，不僅我國行政罰法恰巧對四種型態皆未予以統一規定區分，尤其未規定如同刑事法以個人法益實害結果為處罰前提要件的未遂、中止，而且多數具有行政罰之立法例，對於單純違反禁止規定或作為義務，並不以結果或實害之發生為必要，多未區分既遂或未遂，可見立法者注重強調於是否著手於行政法規構成要件之實行，而非探究是否完成違反行政法義務之行為或產生個人法益實害之結果，例如私運貨物進口、出口而運輸貨物尚未已經進、出國境⁹⁹。進一步言，若行政罰立法者認為，未遂行為亦應有明文之規定始處罰之時，則行政秩序罰法草案第十二條原本即應可比照刑法第二十五條第二項明文規定之，然而後來行政罰法正式立法通過時予以刪除，可見不採刑法理論之模式。然而違反行政法上義務由於其危害性較低，故未遂行為之處罰應該只限於故意行為，過失行為則被排除在外¹⁰⁰，限縮行政處罰之範圍。然而又在真正的不作為犯中，如違反申報義務，其未遂一樣也得處罰之¹⁰¹。

⁹⁸ 行政院經建會行政秩序罰法草案第12條擬規定：「行政不法行為為未遂者，其處罰以法律有明文規定者為限（第1項）。未遂之處罰得按既遂行為減輕之（第2項）。對於已著手實行構成違反行政義務事實之行為，行為人出於自由意志中止行為之完成及防止其結果之發生者，不罰（第3項）。」

⁹⁹ 裁判字號：最高行政法院100年度判字第938號判決（民國100年06月09日）：「行為時海關緝私條例第3條規定，所稱私運貨物進口、出口，謂規避檢查、偷漏關稅或逃避管制，未經向海關申報而運輸貨物進、出國境。同條例第36條第1項規定，私運貨物進口、出口或經營私運貨物者，處貨價1倍至3倍之罰鍰。同條例第3項規應，前2項私運貨物沒入之。故運輸貨物進、出國境而有規避檢查、偷漏關稅或逃避管制或未向海關申報者，即該當私運行為之構成要件，又私運貨物行為之處罰，不以故意行為為限，縱行為人有因過失而違反規定時，亦得予以處罰。」

¹⁰⁰ Vgl. Göhler, aaO. (Fn. 71), § 13 Rn. 3.

¹⁰¹ Vgl. Göhler, aaO. (Fn. 71), § 13 Rn. 4a.

四、如果行政不法行爲應以已發生違反行政法上義務之結果爲要件者，則自應有既遂與未遂之分。又若對行政未遂行爲之處罰以法律有明文規定之爲限，則因爲在龐雜大量之個別專業法規中，甚少見有對行政未遂處罰有加以明文規定者¹⁰²，僅發生在有關無漏稅結果而課予漏稅罰的未遂行爲，少數現行稅法有明文規定，在此種情形下，絕大多數現行法律對行政未遂處罰之規定密度極低，若採取以違反行政法義務結果才被認定爲既遂行爲，著手違反行政法義務行爲之結果完成，始論違法處罰，則將發生大批因法律未明確規定行政未遂之應該處罰而卻無處罰規定之法律漏洞。國家爲達成保護公眾之目的，防止危害公益任務之遂行，在理論上不應有法律漏洞，且必須能有效預防及排除可能公益之危害或滋擾，乃爲公益保護基本原則。又假使須如同刑法「預備、未遂之須明文規訂違法性；中止未遂之減輕責任」，分別由體系分散的相關行政法律明文列舉規定之，現行大部分行政法規之規定密度又沒有明確區分「預備、未遂、中止、既遂」的違法型態時，容易發生掛一漏萬，造成行政執行法律時大量案件難以行政處罰之現象，在行政法學理論上產生「著手違反行政法義務之實行，卻因其未遂無違法性而不處罰」的矛盾論述，例如違法私運物品出口或出境，若須等待其離開口岸或越出國境，方以緝私船艦飛機追回，未免膠柱鼓瑟¹⁰³。

五、隨著科技資訊的進步，社會問題的發生亦更加多元，對於社會公益的潛在風險也趨於複雜，這些問題都是行政機關必須直接面對並加以控制的。因此，爲了貫徹行政管制行爲的前瞻性與積極性，行政罰手段的運用自應與行政管制行爲相輔相成，管制的重點應在於行政法義務違反之有無，非損害結果發生之有無。按國家訂定法律，規定人民應遵守行政義務，如有違反則課予行政罰，其構成要件必須十分明確，又處罰人民之法規範須在行爲時已經存在，始可對該行爲發

¹⁰² 洪家殷，前揭註2，頁256。

¹⁰³ 吳庚，前揭註14，頁494。

生明確的效力。再者，國家基於處罰目的之考量，對於違反秩序行為之處罰，法規上通常會有不同規定，因而呈現不同違反秩序行為之態樣，如有對於違反公共秩序行為之狀態，或有對於違反秩序之結果行為處罰等，即如預備犯、未遂犯或結果犯（狀態犯及繼續犯），均應對於人民違法行為之態樣予以明確規定，人民如有違反規定，方得處罰，此為法治國家中之法律保留原則。惟究竟應採預備犯、未遂犯或結果犯之處罰判斷，立法機關應視國家管理之目的與社會變遷及資訊科技之進步而分作不同密度之處罰規定。

參考文獻

一、中文

(一)專書

1. 史尙寬，行政法論，史吳仲芳出版，1978年9月。
2. 吳庚，行政法之理論與實用，增訂第9版，三民，2005年8月。
3. 吳庚，行政法之理論與實用，第12版，三民，2012年9月。
4. 李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啓禎合著，行政法入門，第3版，元照，2006年1月。
5. 李惠宗，行政罰法之理論與案例，元照，2005年6月。
6. 李震山，行政法導論，第6版，三民，2005年10月。
7. 林山田，刑法通論（上），第6版，三民，1997年9月。
8. 林紀東，行政犯與刑事犯，載行政法論文集，三民，1973年2月，頁153-168。
9. 林紀東，行政法，修訂版，三民，1994年11月。
10. 城仲模，行政法之基礎理論，三民，1999年10月。
11. 洪家殷，行政秩序罰論，五南，2000年7月。
12. 洪家殷，行政法院裁判中有關違反秩序行為態樣之檢討，載行政法實務與理論(一)，台灣大學法律學院出版，2003年3月，頁4-38。
13. 洪家殷，行政罰，載行政法（上），第3版，元照，2006年10月，頁617-691。
14. 洪家殷，行政罰法論，增訂第2版，五南，2006年11月。
15. 翁岳生，行政的概念與種類，載行政法（上），第3版，元照，2006年10月，頁1-29。
16. 馬君碩，中國行政法總論，台灣商務印書館，1984年2月。
17. 涂懷瑩，行政法原理，三民，1980年2月。
18. 陳文貴，行政罰與刑罰法理之研究，載司法院研究年報第29輯，司法院，2012年12月，頁1-30。
19. 陳志龍，法益危險與刑事立法——對動員勘亂時期集會遊行法與動員戡亂時期人民團體法之「刑事處罰規定」與「行政罰則」間劃分標準的質疑，載法益與刑事立法，台灣大學出版，1997年9月，頁

220-230。

20. 陳敏譯，德國租稅通則，財政部財稅訓練所，1985年3月。
21. 陳敏，行政法總論，第4版，三民，2004年11月。
22. 陳慈陽，環境法總論，第2版，元照，2003年1月。
23. 陳新民，行政法學總論，第8版，三民，2005年9月。
24. 黃守高，現代行政罰之比較研究，中國學術著作獎助委員會，1970年3月。
25. 黃錦堂，台灣地區環境法之研究，月旦，1994年4月。
26. 蔡墩銘，中國刑法精義，漢林，1982年9月。

(二) 期刊論文

1. 李惠宗，從行政作用之類型探討限期改正與行政罰法之關係——行政管制與行政制裁之區分及運用，東海大學水土保持義務人相關法律疑義與對策分析研討會與談人紀錄，2007年11月。
2. 洪家殷，新「行政罰法」簡介，台灣本土法學雜誌，第67期，2005年2月，頁241-247。
3. 洪家殷，論行政罰與行政管制之關係——兼評最高行政法院93年度判字第433號判決，「2005年行政管制與行政爭訟」學術研討會，中研院法律所籌備處、最高行政法院等主辦，2005年11月。
4. 涂懷瑩，行政罰與行政刑罰問題，法律評論，第57卷第6期，1991年6月，頁2-11。
5. 張其祿，政府行政管制與中小企業之發展：以OECD國家為例，經社法制論叢，第40期，2007年7月，頁39-66。
6. 陳新民，行政罰的適用原則，法令月刊，第38卷第2期，1987年2月，頁11-26。
7. 黃啓禎，從行政作用之類型探討限期改正與行政罰法之關係——行政管制與行政制裁之區分及運用，東海大學水土保持義務人相關法律疑義與對策分析研討會，2007年11月。
8. 葉俊榮，公害糾紛的處理與行政管制，環保與經濟，第30期，1992年1月，頁62-70。
9. 戴鈞宏，我國環境保護法規中連續處罰之研究，雲林科技大學科技法律研究所碩士論文，2010年2月。

10. 韓忠謨，論行政犯之法律性質及其理論基礎，國立臺灣大學法學論叢，第10卷第1期，1980年12月，頁1-69。

(三) 網路資料

- ◎ 何子倫，刑事犯與行政犯之區別初探，國政研究報告憲政-（研）092-005號，財團法人國家政策研究基金會，2003年1月28日，網路資料：<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/092/CL-R-092-005.htm>，造訪日期：2013年10月6日。

(四) 其他

1. 林山田，〈使用刑罰或秩序罰的立法考量〉，載廖義男主持，〈行政不法行為制裁規定之研究〉，行政院經濟建設委員會委託之研究計畫，台灣大學法律研究所執行之研究計畫，1990年5月，頁18。
2. 廖義男主持，〈行政不法行為制裁規定之研究〉，行政院經濟建設委員會委託，台灣大學研究所執行，1990年5月，頁410。
3. 張劍寒主持，〈行政制裁制度〉，行政院研考會委託之研究計畫，行政院研考會，1979年6月，頁26。

二、外文文獻

1. Dreher, E./Tröndle, H., Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., 1995.
2. Gallas, Wilhem, Beitrag zur Verbrechenlehre, 1968.
3. Göhler, E., Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar (zit. OWiG), 14. Aufl., 2006.
4. Jescheck, H.-H., Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988.
5. Rengier, in: K. Boujong (Heraus.), Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz (zit. KKOWiG-Rengier), 3. Aufl., 2006.
6. Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil I (AT I), 3. Aufl., 1997.

On the Issues of Administrative Penalty for Attempted Behavior

Fu-Ching Wang *

Abstract

The Penal Code § 25 in Taiwan provides: “The attempted penalty that has embarked on criminal acts, but are not the implementation of those, has are limited to special provisions, and by them, the attempted penalty may reduce the torture of the complete crime.” That is the principle of criminal law which imposes no penalty on administrative attempted behavior only exception to the law when there are special provisions for attempted penalty. But that principle leads to generate controversy, should this principle be applicable to the administrative order penalty? There are types of the breach of the duty of the state administration. There shall be in breach of the duty of the state administration which happen to some results for the elements from the breach of the duty of the state administration, such as the administrative attempted behavior does not occur a certain result of accomplished penalty. The administrative attempted behavior does not occur on a certain outcome, and should it be imposed by penalties, or the law not expressed do not have penalties for administrative attempted behavior? There have always been controversial. Unfortu-

* Associated Professor in the National Yunlin University of Science and Technology: Graduate School of Science and Technology Law; Dr. jur., Ludwig-Maximilians-universität München.

Received: December 6, 2013; accepted: June 17, 2014

nately, our Administrative Penalty Act on February 5, 2006 in force is not expressly provided for administrative attempted behavior. This paper attempts, from the direction of social change and risk, to advocate the object of the penalty without the necessity to distinguish between attempted penalty and accomplished penalty, and both of them are proposed with discussion and conclusions.

Keywords: Administrative Penalty, Administrative Attempted Behavior, Accomplished Penalty, Administrative Penalty Law, Administrative Order Penalty, Penalty, Administrative Enforcement