

「秩序行政」與「秩序罰」之分野

編目：行政法



主筆人：溫台大 碩士、律師資格

溫台大常於課堂上表示，就行政法考試而言，面對實例題的第一步，乃找出系爭案例中之「行政行為」，也就是須將繁雜之事實「簡化」為各該行政法上具有意義之行為。於有限之時間內，以體系化、易於吸收的方式，使學生充分駕馭行政法。

◎最新課程請點閱高點法律網 lawyer.get.com.tw

一、問題意識

設例一：

某甲於臺北 101 大樓旁道路設置簡易鐵架，擺攤販賣少淑女流行服飾營生。某日，警察某乙見甲於路旁擺攤，已明顯違反道路交通管理處罰條例第 82 條規定，除令某甲拆除該鐵架，並停止擺攤行為外，並裁處某甲罰鍰新台幣 1200 元。某甲不服，於救濟程序中主張某乙的行為已經抵觸一行為不二罰原則，該主張是否有理？

參考條文：道路交通管理處罰條例第 82 條規定

有下列情形之一者，除責令行為人即時停止並消除障礙外，處行為人或其雇主新臺幣一千二百元以上二千四百元以下罰鍰：十、未經許可在道路擺設攤位。

設例二：

某丙於阿里山山區擁有祖傳之農地一筆，幾乎未曾造訪。2012 年 3 月 10 日，主管機關發現該地遭受某丁公司之嚴重污染，故請某戊公司進行整復。2012 年 8 月 10 日，某丙接獲主管機關來函，要求其負擔整復費用共計新台幣 1200 萬元。某丙不服，認為其對農地遭受污染一事毫不知情，故拒絕給付該筆費用，試問，某丙之主張有無理由？

參考條文：土壤及地下水污染整治法第 31 條第 1 項規定

污染土地關係人未盡善良管理人注意義務，應就各級主管機關依第十三條第二項、第十四條第三項、第十五條、第二十二條第二項及第四項、第二十四條第



高點律師司法官班 <http://lawyer.get.com.tw/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

三項規定支出之費用，與污染行為人、潛在污染責任人負連帶清償責任。

按行政罰法第 2 條規定，將限制或禁止行為之處分（如限制或停止營業）、剝奪或消滅資格、權利之處分（如命令歇業）、影響名譽之處分（如公布姓名）、警告性處分（如警告、講習、輔導教育）等，列為處罰種類。若為處罰，則應以相對人之故意過失為要件，並有一行為不二罰原則之適用。惟細繹該等規定之目的，似並非以「處罰」為其主要目的，而係著眼於危險狀態之排除或行政秩序之回復。若要求其以主觀上有故意過失為發動要件，勢將造成行政目的無法達成、行政效能無從發揮之窘境。爰提出淺見，並就教方家。

二、秩序罰與秩序行政之區辨

欲理解上述問題，須回溯至行政處罰法制之師承對象，即德國行政法之實務及理論中，有關「秩序行政」與「秩序罰」（亦稱行政罰）兩者之分野，方得明辨。有關秩序行政與秩序罰之概念，約略如下：

(一)秩序行政

秩序行政之作用，在於行政秩序之回復與維持，矯正被破壞之公益狀態，有「向將來」之屬性，主觀上亦不以行為人之故意過失為成立要件；後者則係對過去違反行政秩序行為之處罰，須以行為人主觀上有故意過失為要件。

秩序行政權作為一種干預行政權，係針對侵擾安全及秩序者而為，目的在於排除妨害人（Störer）所導致之危險情狀。因此，干預行政作用自須針對就危險之產生應負責任之妨害人（Verantwortlicher Störer）而為（註 1），引起危害之方式，若為由「人」的行為導致，稱為「行為責任」；如因物之性質或狀態導致，則為「狀態責任」。秩序行政之妨害人，分別稱為「行為妨害人」（Verhaltenstörer）與「狀態妨害人」（Zustandstörer）。因此「責任」之要件，實為行政干預手段發動之前提要件。應負責任之滋擾者（亦即秩序行政之義務人）不但必須忍受秩序行政機關之干預，同時往往亦須承擔為排除危險所產生之費用，且其無權請求行政秩序機關加以補償（註 2）。秩序行政中責任要件之要求，亦充分表現了法治國的基本理念：只有對危險之產生具有「責任」，而須承擔責任者，始須服從行政機關用以排除危險之禁止或命為做為之誠命，而無「責任」者，原則上並不受到行政機關行政措施之拘束（註 3）。由於責任性要件之要求為認定侵擾者之前提，從而亦方能進而確定行政法上義務人（註 4），而行政法上義務人之權利自然受到干預行政



行爲之限制，基於法治國之依法行政原則，秩序行政機關須具備法律授權依據始得爲之。

(二)秩序罰

行政罰是針對行爲人過去違法行爲（違反行政法上義務）之制裁，以行爲人主觀上有故意過失爲限，以「制裁」爲主要目的。例如：罰鍰。德國違反秩序罰法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG）第 10 條明定，行爲除出於行爲人之故意（Vorsatz）或過失（Fahrlässigkeit）外，不得課處行政罰。行政罰鍰之裁處本身，其本身縱使有懲罰違反行政法上義務者之功能，但實無法有效達成維護安全與秩序之目的，故於德國之行政管制上，係與秩序行政措施相輔相成，以秩序行政管制措施爲主，輔以秩序罰之手段，以有效達成管制之目的。就行政執行之手段中，應予辨明者，係行政執行法第 30 條、或德國行政程序法第 11 條規定，對於不履行一定之義務者，得課處「怠金」（Zwangsgeld）。怠金之課處，作用在於迫使行爲人履行一定之公法上義務，爲「秩序行政措施」之一種，與德國違反秩序罰法之「罰鍰」（秩序罰）有異。行政罰法爲行政處罰之統一性法律，諸多原理原則、裁處程序、救濟途徑（德國之行政罰係適用刑事救濟程序），均自成體系，與行政程序法、行政執行法互不相屬。因此德國聯邦行政程序法第 2 條第 2 項第 2 款將違反秩序行爲之處罰（Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten）排除於該法之適用範圍。

	秩序行政	秩序罰
主觀要件	不以主觀上故意過失爲要件	以主觀上之故意過失爲要件
目的	督促未來行政法上義務履行	制裁過去違反行政法義務之行爲
適例	怠金	罰鍰

三、對於現行行政罰法法制之理解

(一)規範模式：擴張行政罰之種類

在立法例的比較上，德國違反秩序罰法以「罰鍰」（Bußgeld）爲處罰手段（德國行政罰法第 1 條規定參照）。相較而言，行政罰法第 1 條規定：「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時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。」因此，除罰鍰外，上包含「沒入」及「其他種類行政罰」。同法第 2 條進一步就「其他種類行政罰」爲規定。



(二)擴張行政罰種類之妥適性

在立法論上，行政罰法所規範之處罰種類，除罰鍰外，尚包含「其他不利處分」（如撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照等，又稱管制罰）是否妥適，有相當之爭議：

1.肯定說

(1)管制罰具有強烈制裁性質

管制罰係針對特定行政上義務違反之制裁，具有強烈之裁罰性質，與一般之不利處分不同，應嚴格管制其科處要件。

另外，不利益處分之撤銷或廢止，均由原處分機關作成，但管制罰性質之撤銷或廢止，則不當然由原處分機關作成，通常另由專責機關作成（如警察機關、公平會等）。

(2)增加管制罰之警示作用

若行政罰之內涵僅限於罰鍰、沒入等，將無法有效達成對行為人之警示作用。

(3)有效達成行政目的

不利處分與秩序罰若能搭配運用，較能達成行政監督管制目的(註 5)。

將管制罰納為行政處罰之一種，已是「潮流趨勢」(註 6)。

2.否定說

(1)混淆行政罰與不利益處分之分界

「裁罰性不利處分」之其他種類行政罰，當中有諸多與「處罰」之性質，並不相符，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。管制罰所列舉之各項措施，性質上其實即為行政法上之不利益處分（如證照之撤銷或廢止），若將之納入行政罰之範疇，將模糊行政罰與其他不利益處分之界線。

(2)管制罰措施與行政罰之本質不符

管制罰之各項措施，係對於特定行為之持續性管制，以避免公益受進一步之危害，具有「向將來」之特性，與「制裁過去違法行為」之行政罰，本質即不相容。

實則，行政罰法擴張行政罰之範圍，實為遷就立法現實之舉。因許多個別行政法規早已將許多不利益行政處分列為「罰則」，而地方制度法第 26 條亦已將許多不利益處分列為「處罰」之範疇。學理上則認為，大法官創設「裁罰性不利處分」之概念，旨在將罰鍰以外之不利處分，類比為「行政處罰」，希望能透過「處罰法定主義」之橋樑，證立系爭



規定有法律保留原則之適用。但自釋字第 443 號解釋理由書提出干預行政之「層級化法律保留」後，此一概念之重要性已逐漸淡化。換言之，大法官創設「裁罰性不利處分」之原因，在於欲建構行政行為應遵循法律保留之基礎。但此一概念，卻為行政罰法第 2 條所援用(註 7)。學說上另有認為以之行政法制與作業情形，雖不必然仿效德國法將行政罰極度縮減為罰鍰單一種類，但朝向「精簡化」之方向修正，應屬正途(註 8)。

(三)現行規範中「秩序罰」與「秩序行政」之釐清

而前述立法論上之爭議，並未因行政罰法之立法而息紛止爭。前述承襲德國傳統見解之否定說，看似在立法上未能取勝，但其已成功將戰場延伸到行政罰法第 2 條規定之解釋與適用上：亦即試圖還原第 2 條「其他種類行政罰」(前述「管制罰」)本應具有之秩序行政面貌，而立主應予限縮適用(註 9)。例如：

1.政府採購法第 101 條

政府採購法第 101 條規定：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：一、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。二、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件參加投標、訂約或履約者。三、擅自減省工料情節重大者。四、偽造、變造投標、契約或履約相關文件者。五、受停業處分期間仍參加投標者。六、犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審為有罪判決者。七、得標後無正當理由而不訂約者。八、查驗或驗收不合格，情節重大者。九、驗收後不履行保固責任者。十、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。十一、違反第六十五條之規定轉包者。十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。十三、破產程序中之廠商。十四、歧視婦女、原住民或弱勢團體人士，情節重大者。廠商之履約連帶保證廠商經機關通知履行連帶保證責任者，適用前項之規定。」，於實務上衍生之疑義為：機關依政府採購法辦理採購，發現廠商有該法第 101 條第 1 項各款情形之一，依該條規定通知廠商將刊登政府採購公報之行為，是否有時效規定之適用？

最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，以「機關因廠商有政府採購法第 101 條第 1 項各款情形，依同法第 102 條第 3 項規定刊登政府採購公報，即生同法第 103 條第 1 項所示於一定期間內不得參



加投標或作為決標對象或分包廠商之停權效果，為不利之處分。其中第 3 款、第 7 款至第 12 款事由，縱屬違反契約義務之行爲，既與公法上不利處分相連結，即被賦予公法上之意涵，如同其中第 1 款、第 2 款、第 4 款至第 6 款為參與政府採購程序施用不正當手段，及其中第 14 款為違反禁止歧視之原則一般，均係違反行政法上義務之行爲，予以不利處分，具有裁罰性，自屬行政罰，應適用行政罰法第 27 條第 1 項所定 3 年裁處權時效。其餘第 13 款事由，乃因特定事實予以管制之考量，無違反義務之行爲，其不利處分並無裁罰性，應類推適用行政罰法第 27 條第 1 項所定 3 年裁處權時效期間。」，故原則上，除破產之事由（不可歸責）外，其餘皆為行政罰之性質。

2. 證券交易法第 66 條第 2 款：

證券交易法第 66 條第 2 款規定，證券商違反本法或依本法所發布之命令者，除依本法處罰外，主管機關並得視情節之輕重，命令該證券商解除其董事、監察人或經理人職務。而命券商解除其董事、監察人或經理人職務，是否為行政罰？

最高行政法院認為，該條之立法目的係為增強對證券商之管理，防止違規與不法情事之發生，而賦予主管機關於證券商違反法令時，除依該法處罰外，並得視其情節之輕重，採取適當之措施或處分（證券交易法第 66 條第 2 款立法理由參照）。核其性質，乃為實現健全證券交易秩序，並保障投資之行政目的所為之行政管制措施，屬於「管制性之不利處分」，此與行政罰法第 2 條所稱之「裁罰性不利處分」，係以違反行政法上義務而對於過去不法行爲所為之行政制裁不同，即非屬行政罰法所指之行政罰，自無行政罰法第 27 條第 1 項裁處時效 3 年規定之適用（最高行政法院 101 年判字第 165 號參照）。

(四) 秩序行政與秩序罰界限之重新建構

秩序行政與秩序罰之界限，經行政罰法第 2 條規定之混淆後，由前述法院實務見解可知，係於行政罰、制裁性不利處分外，另行創設「管制性之不利處分」，試圖於秩序行政與秩序罰的混沌中，殺出一條血路。學說上(註 10)則主張，立法者誤將「裁罰性不利處分」寫入法典成為法律用語，若要免造成混淆，允有必要另創「制裁性不利處分」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，作為啟動行政罰之樞紐，「行政處罰」之內涵，包括社會秩序維護法上之「拘留」、罰鍰、滯報金、怠報金、一定期間之停業或停止特定行爲（不以改善或排除特定危險為必要條件）、



剝奪資格或權利（不以改善或排除特定危險為必要條件或無回復之可能者）。例如醫師法第 28 條之 4：「醫師有下列情事之一者，處新台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…」，其中「停業處分」不以該違法之醫師是否改善為前提，而是其曾有為法行為之「代價」，故作為一種處罰手段（一定期間之停業或停止特定行為）。反之，如證券交易法第 59 條第 1 項規定：「證券商自受領證券業務特許證照，或其分支機構經許可並登記後，於三個月內未開始營業，或雖已開業而自行停止營業連續三個月以上時，主管機關得撤銷其特許或許可。」其中之「撤銷」雖具有剝奪權利之法律效果，但該證券商仍得再次申請，即不屬之。

行政法院之見解，係試圖重新界定秩序行政之範疇，透過「制裁性不利處分」，將過去屬於秩序行政，卻因行政罰法第 2 條而劃歸為行政罰之領域，逐步予以收復。而學理上則從另一個方向，亦即以「制裁性不利處分」概念，限縮「秩序罰」之範疇，而阻其藉由行政罰法第 2 條規定而任意擴張。雖然方向不同，但卻目的同一：旨在確保行政機關之秩序行政手段，不因「行政罰化」質變，進而影響行政目的之達成。

四、結論

就文首設例一部分，某甲之主張並無理由，因「令某甲拆除該鐵架」之行政作為屬秩序行政之性質，與罰鍰處分並不構成一行為二罰。設例二中某丙之主張亦無理由，其理在於土地所有權人對於土地環境之保持及清除義務，為「狀態責任」，主管機關對之課付之清除義務（包括代履行後代履行費用之收取），為秩序行政，不以其具有主觀上故意過失違反行政法上義務為要件。



【注釋】

- 註 1：Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., Göttingen 2001, Rn.188f.
- 註 2：Karl Heinlich Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: E. Schmidt-Assmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., Berlin 1995, S.135.
- 註 3：蔡宗珍，〈從憲法財產權保障之觀點論建築法上之狀態責任〉，「第二屆行政法院裁判研究」學術研討會，國立中興大學財經法律學系、社會科學暨管理學院、國立高雄大學財經法律學系主辦，2008 年 12 月 12 日，台中。
- 註 4：而除社會秩序維護法外，並無如德國各邦般具有概括性之警察法律或秩序法律規定，各秩序行政領域率多皆以個別之行政法律規範，各該法律通常會規定義務人之範圍。然而，各行政法律中直接規定行政法上之義務人，但卻欠缺該「義務人」責任構成屬性之規定，例如建築法上及直接以所有權人、使用人為義務人，除在個案中易生爭議外。進一步而言，各行政法規中有關義務人範圍之界定是否妥適，其實牽涉立法者對責任範圍之想像，其合憲性亦值得探討。
- 註 5：廖義男，《行政不法行為制裁規定之研究-行政秩序罰法草案》研究報告，第 433 頁。
- 註 6：郭吉助，《論多次違反行政罰鍰處罰規定之適用——以自立晚報刊登小廣告被處罰鍰為例》，載《本土法學雜誌》2000 年第 16 期，第 18 頁。
- 註 7：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〉，載《月旦法學雜誌》2010 年第 181 期，第 138 頁。
- 註 8：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〉，載《本土法學雜誌》2007 年第 93 期，第 138 頁。
- 註 9：洪家殷，〈行政院版「行政罰法草案」有關處罰種類之探討〉，載《月旦法學雜誌》2004 年第 111 期，第 24-25 頁。
- 註 10：李建良，前揭〈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〉文，第 142 頁。

