

發文字號：法務部 93.09.30 法律字第 0930700483 號函

發文日期：民國 93 年 09 月 30 日

要 旨：菸酒管理法第 46 條至第 48 條修正條文施行後有關其施行前已查獲而尚未處罰確定案件之法律適用問題

主 旨：關於菸酒管理法第四十六條至第四十八條修正條文施行後有關其施行前已查獲而尚未處罰確定案件之法律適用問題乙案，復如說明二。請 查照參考。

說 明：一、復 貴部九十三年四月九日台財庫字第○九三○三五○五七五號函。
二、主旨所揭疑義，經本部於九十三年八月十八日邀請學者專家討論，多數見解認為可由該管主管機關依據司法院院解字第三三八九號解釋意旨，依修正後條文處以行政罰。以上會議討論情形及結論，提供 貴部做為處理此類案件參考。

正 本：財政部

副 本：抄陳本部林次長、本部法規委員會、本部法律事務司（三份，均含附件）

附 件：研商「菸酒管理法第四十六條至第四十八條修正條文施行後有關其施行前已查獲而尚未處罰確定案件之法律適用問題」事宜會議紀錄

壹、開會時間：九十三年八月十八日（星期三）上午九時三十分

貳、開會地點：本部三樓會議室

參、主 席：林次長錫堯

肆、出席單位及人員：

吳 庚 前司法院大法官

李建良 中央研究院社科所法律組副研究員（請假）

洪家殷 私立東吳大學法律學系教授（請假）

陳愛娥 台北大學法律系教授

曾華松 前司法院大法官

黃榮堅 台大法律學院教授（請假）

董保城 政治大學法律系教授（請假）

劉宗德 政治大學法律系教授

蔡進田 最高行政法院法官（請假）

謝榮盛 本部法規會首席參事

陳明堂 本部法規會參事

伍、列席單位及人員：

財政部國庫署	副署長	鄭裕博
	科長	馬小惠
本部法律事務司	司長	林朝松
	副司長	林秀蓮
	科長	黃慶元
	編審	黃荷婷
	編審	李世德
	專員	陳忠光

陸、主席致詞：（略）

柒、主辦單位報告：（略）

捌、討論事項：如原開會通知單所附會議資料，另財政部國庫署於會場發送「菸酒管理法修正前規定處刑罰與修正後處行政罰規定之條文對照分析表」（詳見附件）乙份供參。

玖、發言要旨：

李副研究員建良：（書面意見）

關於菸酒管理法第四十六條至第四十八條修正條文施行前已發生之違案件，其處理情形約可分為四類：一、施行前已查獲，經檢察官起訴、法院判決，施以刑事制裁者。二、施行前已查獲，因犯罪嫌疑不足等原因，經檢察官依刑事訴訟法第二百五十二條第十款規定為不起訴處分，或經法院依刑事訴訟法第二百零一條第一項規定諭知無罪之判決。三、施行前已查獲，因犯罪後之法律已廢止其刑罰，經檢察官依刑事訴訟法第二百五十二條第四款規定為不起訴處分，或經法院依刑事訴訟法第二百零二條第四款規定諭知免訴之判決。四、施行前已發生，施行後始查獲者。

上述四種情形中，第一種情形，因系爭案件業經司法機關為實體之審斷及處罰，故行政主管機關不得再予以裁處。第二種情形，若依行政罰法草案第二十六條第二項規定，似仍有由行政機關裁處之可能。惟此一可能性之前提，繫於主管機關對系爭案件得依修正後條文予以裁處，於此涉及主管機關在第三、四種情形得否依修正後條文予以裁處之問題。就所擬建議方案，拙見認為以「甲案」為宜，理由如下：

一、行政罰與刑罰均係國家對於人民不法行為所施以之制裁，惟因其處罰機關、種類及效果，皆有不同，故行政罰與刑罰之區別

，在學理上素有論辯，見解分歧之程度，甚至被認為是「使學者絕望之區別」（林紀東，行政法，頁 367）。上述爭議向來分為「質的區分說」與「量的區分說」二派，前者為舊日學者所採；後者是晚近學說之趨勢。近來確有「質量混合說」之提出，然其重心仍偏向於「量的區分」。此一見解趨向除攸關「一事不二罰」原則之運用外，亦可作為解決上開問題之法理基礎。

二、若謂行政罰與刑罰並無本質上之差異，則在不逾越憲法界限之前提下，立法機關得依合理之裁量，選擇其一，或併合運用，或相互轉換。於此立論下，菸酒管理法第四十六條至第四十八條對於產製、販賣、運輸、轉讓或陳列私菸、私酒、劣菸、劣酒等行為，先以刑罰制裁，後改以行政罰裁處，乃立法機關所為制裁方法之轉換，至於上開行為之違法性並未因此而有所改變。換言之，立法機關並無使上開行為合法化之用意。準此，於上述第三、四種情形，主管機關仍得依修正後條文裁處之。司法院院解字第三三八九號解釋所涉情節雖略有不同，惟其法理相通，應可援用。

三、再從法律規範目的及行政管制之角度而言，若採「乙案」，恐有違立法目的之落實及行政秩序之維護，此於沒入規定之適用尤然。按沒入處分，原則上屬於一種行政罰，且具「從罰」之性質，類如刑法之沒收，故其運用通常須以人民違反行政法上之義務，且得科以罰鍰為前提。菸酒管理法第五十八條規定，對私菸、私酒、劣菸、劣酒之沒入或沒收，以「依本法查獲」者為限，即本此旨趣。是故，上開情形倘不適用修正後之菸酒管理法第四十六條至第四十八條等規定予以處罰，則其所查獲之私菸等違禁品能否沒入，即生疑義，若因此而發生既不能沒入，又不能沒收之結果，恐與修法之意旨不符。

四、至於行政罰法草案第四條規定：「違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。」旨在使行為人預知其行為之不法性，進而擔負其在法律上應有之責任。反觀上開情形，行為人於行為時，法律已對該行為科以刑事制裁，行為人對其行為之不法性，理應知之甚稔，故行政機關以修正後之規定予以處罰，並未違反「處罰法定主義」之精神。

陳教授愛娥：

首先，本人結論與李教授建良之書面意見結論（甲說）相同，但說理上小有不同。有關「從新從輕」原則，法律多有所採，例如中央法規標準法第十八條針對人民申請許可案件之規定、刑法第二條第一項行為後法律有變更時適用裁判時法律之規定、社會秩序維護第三條行為後本法有變更時適用裁處時法律之規定等，反而是乙說之「實體從舊，程序從新」原則，較無法律上之明文依據。因此，前者較符合法治國家之原理及法制進步之考量，且法律規定既已修改，則應適用修改後之法律，此亦為修改原因之所在，而從新從輕，乃因人民在行為時無從得知將來法律之變更，如行為時法律對其較為有利，為保護其對法秩序之信賴，故例外依行為時法律加以制裁。本人較不傾向於援引行政罰草案，因其在立法上具不確定性，如援引既有現行之法律規定，且同樣是處罰規定者，例如社會秩序維護法、刑法，尤其是本案尚涉及由刑罰轉換為行政罰之處罰情形，故在說理上以後者較為妥適。

其次，刑罰轉換為行政罰，並非轉換為不罰，而是法律制度上將刑罰與行政罰區分開來，但本質上仍是處罰，不能因為原為刑罰，而修正結果非為較輕之刑罰，則謂無法適用刑法第二條之規定，此在行政罰上亦同其理。如認不應處以行政罰，乃忽視此為同一法律之修正，且修正結果非為全部不罰，僅為刑罰轉換為行政罰，為處罰之領域（種類）不同，適用不同程序而已。此觀諸李建良教授之書面意見有關處理情形有四類部分，其中第三種認為，經檢察官依刑事訴訟法第二百五十二條第四款規定為不起訴處分，或經法院依刑事訴訟法第二百零二條第四款規定諭知免訴之判決等，此情形乃當作新法不存在而不適用，反而是違反修法之精神。準此，李教授所謂本件行政罰與刑罰之區別，為「量的區分」，其意在此。

綜上，基於法律修正結果非為全部不罰，僅為處罰種類不同，以及「從新從輕」原則之考量，故應依新修正規定加以處罰（採甲說）。

另外，劉宗德教授有關行政部門立法準備過程中有闕漏，無法透過解釋加以彌補之立論，個人認為尚值細究。假使主政機關財政部當時立法時，對此已考量並作交代，則於法律適用上會更趨明確，是較圓滿之作法，但不表示未做此事，即為立法闕漏，假使屬法律保

留事項，法律無規定即別無選擇，此為另一層次之問題。個人想法是，行政法律領域尚有諸多原則存在，如立法當時將此諸多原則考量在內並作明文規定，固屬最佳狀況，避免爭議，但是行政機關作為執法機關，即使立法當時未盡妥善周全，如無涉須以法律明定之情形者，行政機關於其主管立場，仍有解釋之空間。

劉教授宗德：

財政部就此法律修正之重大轉變，以往亦有諸多案例，修法過程中未有適當之過渡條文安排，就此結果應負起責任，個人認為應該採取乙說。雖就行政部門執法感情上應採甲說，但就立法的結果應採乙說，在於酒管理法九十三年一月份修正時，行政罰法之概念已臻成熟，有關此除罪化之修正，在第四十六條至第四十八條條文中已完全顯現，設想詳細，並輔以第四十九條規定，不能認為係有闕漏，當時修法行政機關未有適當之處理，如今以法律解釋方式處理，負擔何其沈重。試問：法務部立場如何？行政機關作成行政解釋函令釋示於酒管理法第四十六條至第四十八條之條文如何適用，行政機關如何擁有如此大之權責？除非該被解釋之內容係民眾一目了然，若然，似也無須法務部及財政部解釋。財政部以於酒管理法之執行法機關立場，對於此類立法缺漏，如何彌補？是否以解釋令函為之？此涉及行政罰則之類型、構成要件，可否以解釋函令彌補？個人擔憂，法務部將本次會議意見回復財政部，機關間之行文其法律性質為何？財政部收到後之認知為何？財政部據此，以自己名義再作成行政解釋函令，闡釋第四十六條與第四十八條可以現行法第一項所行政罰加以處罰，此財政部之行政解釋函令又係何種性質？如果是行政程序法第一百五十九條第二項第二款解釋性行政規則，並刊載政府公報發布，在行政罰處罰法定原則下，處罰之類型、構成要件可否以行政規則補充？個人認為頗有問題。除非如陳愛娥教授採甲說之見解，則根本不必發布解釋函令，又試問法務部及財政部有可能、膽量或願意完全沒有經過任何法解釋學之說理，逕行依現行法第四十六條、第四十八條第一項規定之行政罰則科處之？而其行政罰則科處之程序如何進行？該裁罰之不利益處分是否應重新進行？個人擔憂的是：一、是否要作成解釋函令？其法律性質如何？行政罰核心問題，及構成要件可否以解釋函令補充之？二、如肯認可以解釋函令補充行政罰之構成要件，其程序如何重新開始進行？

以上先決問題確認後才可進入是否可罰性問題討論。李建良教授係由行政罰乃處罰之行為，在以往重的刑罰都可，顯見其可罰性依舊存在，從行為人對犯罪構成要件行為，具有預見可能性與可罰性之觀點說明。個人從行政法基礎上，法務部回覆財政部的行文、財政部發布解釋函令第四十六條、第四十八條第一項規定之行政罰則是否適用？個人認為行政部門就此種立法疏漏，層出不窮。此種在立法上應予規範者，不容許再容認由行政機關以法解釋學之操作以發布行政解釋函令方式補充立法缺漏。此種以解釋函令補充行政罰之構成要件，其程序如何重新開始？對於犯罪構成要件行為之預見可能性與可罰性之觀點可否運用於行政罰之案件？以上疑義，個人認為頗有『深究』之餘地。

關於院解字第三三八九號解釋，當時舊法之刑罰與新法之行政罰均由法院裁定，該解釋是否認為因法院之程序較為慎重而作如此解釋？又菸酒管理法九十三年一月份修正前已有 SARS 條例之立法例在前，為何當時不考慮 SARS 條例之過渡條款立法技術？若今日會議結論採甲說，先前所提出之疑問，試問財政部要如何處理？是否作成解釋函令？不利處分之裁罰程序如何進行？是否應考慮如今行政罰之裁處改由行政機關為之，其程序之遵行及當時法院之信賴等因素，財政部準備如何處理？

吳教授庚：

司法院院解字第三三八九號解釋係在闡明原處以刑罰之行為，惟其後因法律變更而改處行政罰時，究應如何處理事宜。在未經宣告停整適用前，仍屬有效存在之解釋。以行政機關之立場而言，對於菸酒管理法第四十六條至第四十八條修正條文公布施行前已查獲而尚未處罰確定之案件，引據上揭解釋另依修正後條文處以行政罰，並不發生侵害人民自由或權利之問題，且與立法者之本意，並無牴觸之虞。蓋德國法學家拉倫茲（Larenz）之意見認為，立法者之本意於立法院完成後即不復存在，而轉由執行或解釋適用者加以闡釋，如法律有漏洞時並應予以填補，方能真正呈現法律條文之精神與其規範功能。舉例以言，傳統實務上之意見認為，刑事案件僅得移送法院刑事庭，民事案件僅得移送法院民事庭，斷無刑事案件或行政訴訟案件得移送法院民事庭之理。惟司法院大法官針對依國民住宅條例第二十一條第一項第七款規定收回國民住宅及基地得移送法院

裁定後強制執行之事件，即以法律解釋者之立場破除傳統之作法，明確揭示「行政法院應依職權將該民事事件移送有審判權之普通法院，受移送之法院應遵照該院解釋對審判權認定之意旨，回復事件之繫屬，依法審判」、「本件係行政法院就繫屬中個案之受理權限問題，依行政訴訟法第一百七十八條向本院聲請解釋，為貫徹法律規定之以旨，本院解釋對該個案審判權歸屬所為之認定，應視為既判事項，各該法院均須遵守，自不得於後續程序中再行審究」（司法院釋字第五四〇號解釋理由書參照）。足見傳統之見解未必即應全盤接受，而不容透過解釋方式加以作適當變更。

另傳統之意見亦認為，刑罰為對具社會非難性行為之處罰，行政罰為對違反行政目的行為之處罰。二者不同，故刑罰之法理不能適用於行政罰。又處以刑罰之行為，其後法律有變更者，亦僅得處以刑罰；如新法無處行政罰之規定者，即不得處罰。上揭見解未必盡皆妥適，例如依刑罰之處罰原理，犯殺人罪者，有追訴權時效之適用。如謂上開處罰之原理不能適用於科處行政罰之案件，恐不免發生謬誤之結果，亦即駕車闖紅燈者，一輩子均可對其加以追訴處罰。綜上所述，主張實務上可由該管主管機關以修正後條文處以行政罰，其理由為引用司法院院解字第三三八九號解釋作為處罰之依據，乃「法理之類推」（非為「法律之類推」）。就法學方法論而言，此項類推適用尚無不妥，且亦符合「從新從輕」原則。再者，由該管主管機關以解釋方式依修正後條文處以行政罰，如受裁罰之相對人不服，仍可向行政法院提起行政訴訟或提請大法官解釋。換言之，該管主管機關之處罰最終仍應接受有無違憲之檢驗，並不致發生經該管主管機關裁罰後，已無救濟途徑之情形。

陳參事明堂：

本件類似案例，在近年來「除罪化」修法後，因原有刑罰修正為行政罰，在「行為時」法與「裁罰時」法適用之過渡問題，衍生疑義。本人過去亦採如同乙說嚴格之見解，惟近來則思考「處罰究竟有無改變」？換言之，本件雖然可以說行為時尚有新法之行政罰規定存在，惟該行為在修正前後都要處罰，只是在處罰要件不變之前提下，由刑罰變成行政罰，兩種法律之處罰應皆符合處罰法定主義，並不發生行為人對處罰無可預見之疑慮，故可適用新法之行政罰規定加以處罰，這也可以做為司法院院解字第三三八九號解釋意旨所

示之法理。至於「從新從輕」原則，在行政罰法尚未制定公布前，仍受制於最高行政法院判例「實體從舊、程序從新」原則，不宜貿然引用「從新從輕」原則，惟參考行政院勞工委員會九十一年六月十二日勞職外字第○九一○○一九六九九號函意旨，雖結論如同採甲說，然其理由卻大膽地引用「從新從輕」原則略以：「對於聘僱未經許可、許可失效或他人所申請聘僱之外國人者無論依修正後或修正前本法之規定，均認屬違法行為，並均定有處罰之規定。由於修正後本法對雇主於本法修正前之上開違法行為並未訂有免責規定，又修正後本法第六十三條有關雇主有上開違法行為時，先處予行政罰、五年內再違反者，始處刑事罰之規定觀之，已界定『行政罰』為輕，『刑事罰』為重。因此，基於『從新從輕原則』，雇主於本法修正前若有上開違法事實而移送司法機關，而於本法修正後經檢察官、法官以『犯罪後之法律已廢止其刑罰者』為由而以不起訴處分或諭知免訴判決者，自仍應依修正後之本法相關規定處以行政罰。」，換言之，前後兩種處罰皆符合法定主義，又引用行政罰草案之「從新從輕」原則，界定輕之新「行政罰」替代舊之重「刑事罰」，這似乎還說得過去，不過我仍不完全同意在目前即擅行引用「從新從輕」原則，我認為符合處罰法定主義且構成要件未變更之前提下，採甲說較為適當。另是否要制定過渡條款，我個人認為如同司法院院解字第三三八九號解釋意旨，在符合處罰法定主義範圍下，適用新法之行政罰規定加以處罰，似屬當然解釋，無庸再以法律明定，縱使訂定過渡條款，只不過重申上開當然解釋之意旨。

謝首席參事榮盛：

法規會對「刑罰除罪化後銜接適用新法行政罰」問題，已有注意與研究，惟顧及行為時尚無行政罰規定之事實，如本會參加其他機關單位法制作業時，一但新法適用上可能會遇到民眾認知不明確時，常建議增訂過渡條款，例如：嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例第十八條之五規定：「本條例中華民國九十二年五月二日制定公布後至九十二年六月五日公布前，有違反本條例相關規定者，依當時之規定處罰。但修正公布後之規定有利於行為人者，依有利於行為人之規定處罰。」準此，本件在處罰要件不變之前提下，因刑罰除罪化而適用新法之行政罰規定加以處罰，於處罰法定主義與行為人主觀違法認識上，應無違背，雖然無過渡條款仍得依司法院

院解字第三三八九號解釋意旨來適用新法，然一般民眾不太會注意上開解釋，在法制作業皆段仍宜增訂過渡條款，以期立法上有一明確根據。

曾教授華松：

本人贊成甲說，其理由如下：一、司法院院解字第三三八九號解釋既未經大法官宣告停止適用，仍屬有效存在之解釋。二、實務上不乏法律雖已失效，惟仍然加以引據適用之例子。例如大法官提名，憲法舊條文已因修正而失效，惟新修正條文須至九十二年間始生效。當時為因應實際需要，仍引據舊法條文辦理提名作業；又如依修正前獎勵投資條例之規定，獎勵之期間為五年，惟投資人之案件於屆滿第二年後，該條例即已失效。此際，有關其後三年投資人之權利與義務問題，即係以解釋方式認定其應依舊法負擔義務。從而，菸酒管理法第四十六條至第四十八條修正前已查獲而尚未處罰確定之案件，於修正條文施行後，延續由該管主管機關予以處罰，較符合公平合理之原則。三、就行政罰與刑罰之本質而論，美國實務上之意見認為，一行為同時處以刑事罰與行政罰時，如刑事罰較輕，而行政罰較重，則應予廢棄。惟如刑事罰較重，而行政罰較輕時，則可予維持。從而，產製私菸酒等行為，菸酒管理法修正前係處以刑罰，於修正後改處以行政罰，既同屬對過去不法行為之制裁，僅將處罰之種類變為較輕微而已，故由該管主管機關依前揭司法院院解字第三三八九號解釋意旨，以修正後條文處以行政罰，似無不妥。

財政部國庫署鄭副署長裕博：

有關立法技術問題，當時行政院版菸酒管理法修正草案並未廢除刑罰，而係採加重刑罰之立法政策，迨立法院審議時才由立法委員自行提案除罪化，改採行政罰，故非由行政部門主管，本部無從處理此一過渡條款問題。另財政部初步想作成解釋令函以為補充，並根據此而對個案作成不利處分，自會踐行行政程序法相關規定，給予陳述意見機會。

拾、會議決議事項：

本件採甲說者計有吳大法官庚、李教授建良、陳教授愛娥、曾大法官華松、謝首席參事榮盛、陳參事明堂等六位，採乙說者有劉教授宗德一位。多數採甲說，會後將相關學者專家意見彙整供財政部參考。

拾壹、散會：十時五十分。

主席：林錫堯

紀錄：李世德