



學員論著

淺談行政法上的期待可能性*

姚佑軍**

目次

- | | |
|---------------------------|---------------------------|
| 壹、前言 | (一)學說就行政犯與刑事犯之區別目的與實益 |
| 一、研究動機 | (二)區別實益的視角轉換 |
| 二、研究範圍 | (三)行政犯與刑事犯區別：本文採「質與量的區別說」 |
| 貳、刑事法領域當中的期待可能性概念 | 二、行政法上的期待可能性概念 |
| 一、形式意義：行為人欠缺他行為可能 | (一)基本概念：現有學說看法及實務見解 |
| 二、實質意涵：作為罪責實質內涵的期待可能性概念 | (二)理論體系之定位 |
| 三、期待可能性理論審查模型與困境 | (三)行政法上的「無期待可能性」之要件與該當之標準 |
| 參、行政法領域中的期待可能性概念 | 肆、結論 |
| 一、行政不法（行政犯）與刑事不法（刑事犯）間的區別 | |

* 感謝初審意見提供的寶貴建議，本文除將「貳、刑法領域當中的期待可能性」之內文稍加調整之外，於此亦回應初審意見所提出的想法：初審意見提及，即使在行政法領域當中不使用期待可能性的「獨立概念」，透過本文在解釋論上的耕耘，亦可達到定性賦予行政法上期待可能性獨立意義的效果，因此重點並不在於期待可能性作為概念的定性、影響與坐落，而在於類似思維要如何融入整個行政不法的制裁體系中。確實，本文在行政法上期待可能性的操作基準上借用了相當多期待可能性形式意義以外的基準，作為填充其實質內涵，以便其既能維持與刑事法

摘要

由於行政罰法於立法之初即參考刑法當中的原理原則，而一般多認為期待可能性理論亦適用於行政秩序罰。惟除了司法院大法官第 685 號解釋林錫堯大法官協同意見書及最高行政法院 102 年度第 611 號判決有揭示行政法上的期待可能性概念並提出一定的標準之外，並無學說及實務見解探究行政法上期待可能性概念的理論基礎、理論體系定位、內涵及標準究竟與刑事法上的期待可能性理論有何相同或相異之處。

為說明行政法上的期待可能性概念及其標準，本文先描述刑事法上的期待可能性概念的形式意義、實質意義，以及其以非決定論及規範責任理論為其理論基礎及理論體系定位。於後，本文亦藉由行政不法與刑事不法實質上是兼及質與量的區別，來說明行政法在套用刑法上的概念時，應採取較刑法較為寬鬆的解釋與適用模式。

由於行政法上的期待可能性概念應採取較刑法為寬鬆的解釋與適用模式，是本文主張應以法律見解錯誤與法律選擇錯誤作為欠缺期待可能性的基本雛形，在具體個案情形當檢驗行為人所面臨無法為合法行為的特殊情事是否可歸責於行為人，以斷行為人是否可以自行排除違法風險。而可否歸責則端視行為人與國家機關間的實力差距與是否受有重複裁罰。至於非屬法律見解錯誤的情形，則是在國家機關與行為人存有難以克服的實力差距之下，以行為人是否有提出證據資料以佐證其有相當合理之確信認為其無他無行為可能為標準，以判定行為人是否可減輕與阻卻責任。

上的期待可能性同中有異的特質，而這些填充物事實上是比期待可能性本身的定性更為重要的事項。不過，如果我們放棄為行政法上的期待可能性概念在行政法上體系建構一套屬於它的理論模型，事實上它很可能會被如同刑事法在學說通說與實務的使用般束之高閣。本文以為，惟有正視它在行政法領域內與刑事法領域內之體系定位後，理解它可以被放寬使用、放心地使用，我們才能妥適地回歸行政法自身，也方能肯定此理論得以存在於行政法領域中，同時也只能透過既有且已有存在雖不久，但尚可憑依的期待可能性概念，看見與滿足在行政法領域當中衡平國家於個人間的需求。準此，本文仍然認為整合或梳理行政法上期待可能性的定性、影響與坐落，在尚在發展中的行政罰領域中，仍是重要的事項。

** 法務部司法官學院 60 期學員、國立臺灣大學法律學碩士班刑事法組碩士。



壹、前言

一、研究動機

我國行政罰法的規範內容，係模仿刑法總則之體例，並以德國違反秩序罰法為重要參考對象¹。之所以援引刑法總則之體例，並援引刑法領域當中的原理原則，係因行政法之發展與民刑法相比較為和緩，因此行政法領域常需借助許多民、刑法之一般原理原則。惟因為違反行政秩序行為之特性一般多較輕微、瑣碎且反覆性高，加上數量龐大等因素，是否能將刑法上的一般原則全盤適用於行政法領域，仍有許多爭議²。然而，向來無論是刑事法或行政法領域，多僅針對刑事犯與行政犯之區別——什麼行為該以刑罰或行政罰處罰，亦即就立法論層次加以著墨，並無深究「區別以後」於解釋論上行政法上的構成要件該當性、違法性及罪責三層次當中的各該要素究竟具體而言與刑事法當中者有何不同、如何解釋、具體化與適用。

在行政法領域，雖我國行政法學說

及實務見解多肯定「無期待可能性」可作為行政法領域當中的超法規阻卻罪責事由，惟始終未細究援用刑法上的期待可能性理論的行政法是否當採與刑事法相同的實質內涵與標準；我國晚近實務更是多半僅簡單摘取司法院大法官第 685 號解釋林錫堯大法官協同意見書及最高行政法院 102 年判字第 611 號判決的文字作為參考依據，而未探究是否當因應行政法自身的特殊性而放寬或減縮適用期待可能性的空間。另外，在刑事法領域當中，由於期待可能性理論的內容模糊、操作上存有相當的恣意風險，如浮濫地使用則可能使得刑法的一般預防目的及法安定性受到侵擾，故無論是我國或係德國學說基於維護刑法的嚴肅性及避免刑法弱化等理由，多對於具體個案中適用期待可能性概念抱持較為保守的態度³；於德國刑事實務見解中，更是明白否定故意犯適用期待可能性理論作為超法規的阻卻或減輕罪責事由，而僅肯定期待可能性理論僅適用於法律明文的情況，例如避難過當或防衛過當等情形⁴。準此，在行政法領域中援

¹ 廖義男，行政罰法之制定與影響，收錄於《行政罰法》，元照，2 版，2008 年 9 月，5 頁。

² 陳春生，論行政罰法中之共同違法，收錄於《行政罰法》，元照，2 版，2008 年 9 月，119 頁。

³ 蘇俊雄，《刑法總論 II》，元照，2 版，1998 年 12 月，316-317 頁。

⁴ 關於德國實務見解對於期待可能性理論的看法，可參考：陳友鋒，期待可能性實務見解之巡歷

引期待可能性理論時，究竟於解釋論上是否當採取較刑事法領域者不同的解釋路徑、在法概念上是否應採取較刑事法領域更為寬鬆或嚴格的範圍，在我國行政法實務見解已明白承認期待可能性理論之運用的現狀下，已成必須回答的問題。

二、研究範圍

本文雖將於以下內文不斷抽換使用「行政法領域」、「行政犯」、「行政不法」等詞彙，惟本文的研究範圍及對象僅限於行政罰法——以制裁違反行政法上義務之行為為目的的行政秩序罰，並不包括行政刑法。亦即，本文將行政不法限縮於行政秩序罰，而此作法與一般德國學說不謀而合；至於日本學說一般則係將行政刑法與行政秩序罰均歸納為行政不法。有文獻認為，此係因德國學說係自立法論的角度探求行政不法與刑事不法的區別，日本法則是從解釋論、概念法學與自由法學的角度看待行政犯與刑事犯間的不同之處⁵。更甚者，

由於日本學說一般多認為行政秩序罰係處罰僅間接地影響行政秩序及至多有影響行政秩序危險之行為，本質上僅係單純義務的懈怠。因為未直接對行政施加直接侵害，因此原則上為了維持行政秩序，僅以科處罰鍰作為處罰手段⁶。同時，日本學說亦多認為，此種單純違反行政秩序的行為既然並非刑罰，則無刑法總則的適用，因此有認為行為人違反此種單純違反行政法上義務之行為不問係出於故意或過失均可加以處罰者，亦有主張雖行政秩序罰之處罰原則上不適用刑法總則之規定，然而行為之處罰應限定在有故意或過失為必要，故此應為不適用刑法總則之例外，是凡係行政犯（含違反行政刑法與行政秩序法者）皆應以行為係出於故意過失作為處罰的前提者⁷，而此和我國法已於行政罰法第7條明文肯定處罰違反行政秩序之行為必須要以行為人本於故意或過失始足當之者，並不相同，是本文進行比較法之考察時，將主要以德國法為主，合先敘明。

（一），《軍法專刊》，40卷4期，1994年4月，20頁；張麗卿，期待可能性在刑法的運用，《東海大學法學研究》，29期，2008年12月，67-68頁。

⁵ 關於此部分可參照：鄭善印，刑事犯與行政犯之區別—德、日學說比較—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，62、100-101頁。

⁶ 新井隆一，《行政法》，青林書院，1992年2月，192-193頁。

⁷ 今村暢好，行政刑法の特殊性和諸問題，《松山大論集》，第23卷第4期，2011年10月，160-161頁。



貳、刑事法領域當中的期待可能性概念

「期待可能性」的概念首見 1897 年德國德意志帝國法院之「繞韁癖馬」過失傷害案例判決，而後經該國學者的研究與發展，並為日本與我國繼受⁸。且目前多認為行政罰領域亦適用之⁹。既然期待可能性之概念乃源自於刑事法領域，那麼在探求行政法上的期待可能性之要件、和刑事法領域之差異前，必須先將視角轉往刑事法領域。

一、形式意義：行為人欠缺他行為可能

刑事法領域的「欠缺期待可能性」或「無期待可能性」及「期待可能性顯著降低」在解釋上，係指當行為人處於極度不尋常的狀態或異常情境下，無法期待或強求行為人做出符合法規範要求的行為，因此刑事法在罪責層次給予其阻卻責任或減免責任的評價¹⁰。據此，

就刑事法領域的「欠缺期待可能性」及「期待可能性顯著降低」的觀察重點便在於行為人所處的情境是否屬於「極度不尋常的狀態」或「異常情境」，以至於其無法所出遵守法律規範的決定，而此即屬「欠缺期待可能性」在刑事法領域當中的重要要件。

不過，由於「期待」與否，或「極度不尋常的狀態」及「異常情境」均屬於不確定之概念，因此作為阻卻罪責或免除罪責事由的「欠缺期待可能性」得否被廣泛適用，在刑法學界和實務界尚有爭議。質言之，目前無論是刑法通說還是實務見解，多採取「不法」和「罪責」二層次區分說。不法層次所要考量者係行為人之行為的社會損害性；罪責層次則是要進一步衡量該具有社會損害性之行為是否有加諸刑罰的必要，而衡量的標準乃「刑罰目的」¹¹。學說及實務見解多認為，若認可刑罰之目的之一為「一般預防」，亦即刑罰的作用主要係藉由刑罰本身的威嚇力與刑罰的執行

⁸ 關於期待可能性的發展史與概念史，可參照楊皓潔，〈從刑法期待可能性概念論軍職人員依上級為法命令之行為—以〈德國邊境圍牆守衛案〉為核心探討素材〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 1 月；亦可參照臺灣高等法院臺南分院 104 年度交上易字 606 號刑事判決。

⁹ 司法院大法官第 685 號解釋林錫堯大法官協同意見書；最高行政法院 102 年判字第 611 號判決；林錫堯，《行政罰法》，元照，2012 年 11 月，2 版，146-148 頁；陳清秀，《行政罰法》，2017 年 11 月，3 版，142 頁。

¹⁰ 王皇玉，《刑法總則》，新學林，2016 年 9 月，2 版，338-330 頁。

¹¹ 楊皓潔，同前註 8，104 頁。

（消極的一般預防理論）或對社會大眾宣示法律秩序的不容破壞性（積極的一般預防理論）¹²，那麼概念模糊、標準不明確與界限不明的「欠缺期待可能性」對於學界與實務界而言，似不該輕易發動或作為普遍適用的阻卻責任事由，否則將嚴重影響法安定性及使得一般預防的目的落空¹³。然而，本文認為這種對於期待可能性操作上的恐慌事實上是本於對於「期待可能性」作為罪責的核心價值，乃至於有抵抗權之實質內涵的不理解使然。當我們面臨個案中不斷襲來的窘迫感與無奈感時，在意的或許不是法律體系的崩潰，而是人民與國家間的地位落差所致的突兀感，該突兀感如果已能與「欠缺期待可能性」或「期待可能性顯著降低」時，作為平衡前開實力差距的工具，調節個案的不正義，在個案中操作期待可能性概念即很可能成為勢在必行的途徑。準此，我們勢必要從刑法上的期待可能性理論史、概念史及發展史觀察其背後的實質內涵。

二、實質意涵：作為罪責實質內涵的期待可能性概念

就期待可能性理論的發展史與概念史觀之，期待可能性理論係根基於責任理論所本諸的非決定論之上。所謂非決定論係指人類的意志是絕對自由的，得以意識並控制自己的思想與行動，亦即人具有自由意志¹⁴。這種絕對意志的原子式自由主義觀點嗣後受到極大的挑戰，論者紛紛改採取修正式的非決定論，認為雖人具有一定空間的自由意志，然自由意志會受到自我人格、心理因素、外在環境或社會條件等內外在此的影響，從而人雖能在一定的範圍內自由地控制自己在合乎規範與違反規範內進行決定與選擇，惟不得忽略外在因子對人的決定所產生的干擾¹⁵。無論如何，由於人的自由意志無法被科學所驗證，因此實質上人的自由意志應為一種法律規範上的要求與評價，評價的前提即係假設每一個人皆能在合法與不合法之間進行意思決定與選擇，且被期待要從符合法律規範的方向來形成自己的決定，既然行為人選擇實行與規範不相一致的

¹² 王皇玉，同前註 10，14-18 頁。

¹³ 我國實務見解有採取此看法者：臺灣高等法院臺南分院刑事判決 104 年度上易字第 606 號。反對見解：楊皓潔，同註 8，頁 117-118。

¹⁴ 王皇玉，同前註 10，312 頁。

¹⁵ 王皇玉，《刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，元照，2009 年 4 月，262-263 頁。



行為，即應為其所為的行為負責，此即罪責的實質內涵。據此，修正的非決定論可以導出期待可能性的概念，並為刑法通說所採行的規範責任論所沿用，而期待可能性則成為規範責任論的核心，同時也是罪責要素之一¹⁶。所謂規範責任論，係指責任的基礎不在於行為人與行為間所具有的內部心理關係（故意或過失）之上，而係在於對行為人意志形成與意志活動的可責難性，也就是將重點擺在基於心理狀態所為的規範上評價，此意味著罪責乃「心理事實」與「價值判斷」的具體結合關係，而有別於心理責任論僅以行為人內在主觀面的心理狀態做為責任的為一內涵¹⁷。於後，規範責任論受到目的行為論的影響，原本罪責當中的故意和過失移至構成要件階層，成為主觀構成要件要素，而罪責理論下的罪責要素僅包括不法意識與期待可能性，而責任能力則係罪責非難的前提¹⁸。

在上述理論的鋪陳下可知，期待可能性理論之所以成為責任理論的核心內涵，乃肇因於該理論的功能得以消除行為與責任顯不相當的情形，企圖使法律運作符合社會公平正義，以免人民與法律間的矛盾逐漸擴大。於這樣的基礎下，我們甚至可認為期待可能性概念既然係為避免刑罰過度苛刻而生，則應可解為具有特殊困難之人對於國家的抵抗權概念¹⁹。最後，期待可能性既然係罪責的實質內涵，期待可能性作為決定行為人擔負責任與否及多寡的程次，在理解上應係期待可能性越高時，行為人所擔負的罪責即越高，如期待可能性為零時，即無罪責²⁰。

三、期待可能性理論審查模型與困境

在刑事法領域中，縱使仍存有部分爭議，大抵上來說，期待可能性理論的審查模型（包含「無期待可能性」及「期

¹⁶ 王皇玉，同前註 10，313 頁；張麗卿，同前註 4，71 頁。

¹⁷ 王皇玉，同前註 10，314 頁；張麗卿，《刑法總則理論與運用》，五南，6 版，2016 年 9 月，115-116 頁。

¹⁸ 陳友鋒，期待可能性—刑法上地位之回顧與展望，私立天主教輔仁大學法律學研究所碩士論文，1993 年 5 月，66-69 頁；劉崢，期待可能性於刑事立法之芻議，國立臺灣海洋大學海洋法律與政策學院海洋法律研究所碩士論文，107 年 1 月，19-21 頁。

¹⁹ 劉崢，同前註 18，15-16 頁。

²⁰ 張永政，論制度缺失下的期待可能性，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，107 年 1 月，35 頁。

待可能性顯著降低」)應可歸納為以下二階段的審查：一、形式審查，亦即必須要是存在「極度不尋常的狀態」及「異常情境」之特殊情事，並進而導致行為人無以選擇為合法的行為；二、通過形式審查後，即應推定行為人不具有合法作為之期待可能性，此時則應更進一步行實質審查，試圖以反證推翻的方式，判斷行為人是否事實上存有合法作為的可能。具體而言，在實質審查階段應依照行為人標準說／平均人標準說／國家標準說／類型人標準說／折衷標準說等判斷標準來確認具體個案中的行為人是否確實無可能符合規範上應為合法作為的期待。如能反證行為人僅具有不完整的期待可能性者，則應論以「期待可能性顯著降低」；如無法反證推翻，即無期待可能性²¹。不過，雖然應然層次上可將期待可能性的審查分成形式審查和實質審查，由於「特殊情事」的概念過於模糊，實質上仍須仰賴實質審查當中的各該標準來判斷行為人是否具有為合法行為之可能，以符合規範上的期待，是實際上凡存有特殊情事的形式

外觀，即應進行第二層次的實質審查才是。有文獻提出應以核心法益受到嚴重危害，致使行為人的個人意志受到壓迫乙節，來判斷行為人是否處於無他行為可能性之特殊情事者，用以進一步限縮與具體化與類型化形式審查的標準。申言之，氏認為行為人處於特殊情事進而威脅「自己的」「生命、身體法益」與個人最密切相關的核心法益，如不為該行為，將使自己招致核心法益受侵害的危險，始可認定屬於無期待可能性，阻卻罪責而不罰；至於其他法益的侵害類型，如侵害核心法益以外的法益類型，致使行為人選擇為合法行為的自由意志受到極端地壓抑，則應合於期待可能性顯然降低的形式標準²²。然而，這樣的區分是否有道理，不無疑問。固然向來多認為法益具有優越位階順序，由位階高至低為生命、身體、自由、財產法益²³，然而期待可能性既然係作為個案調節國家刑罰權的發動之用，似不應囿於形式上的法益位階，即否定核心法益以外的法益類型有「無期待可能性」以阻卻罪責的適用，否則無令強求行為人

²¹ 此論證模式乃參考自劉擘，同前註18，106-107頁，惟本文於此並不細究實質審查的標準以及期待可能性是否是罪責要素之一或係責任能力與不法意識額外的要件等問題，因此本文僅取該文當中所提及一般刑事法領域多會選擇的期待可能性審查模型，至於其餘細部問題則稍作擱置。

²² 劉擘，同前註18，82-84頁、109-110頁。

²³ 林書楷，《刑法總則》，五南，3版，2016年9月，163頁。



辨識自己有無被他人侵害「自己」的「法益」且進而被壓抑選擇合法行為的自由，甚至要求行為人自身辨識自己所被侵害的法益是否為核心法益。例如甲基於侵入住宅竊盜之犯意，進入乙、丙所在之住宅竊取乙所持有的財物，於得手前為乙、丙所發現，甲遂犯意升高為強盜持刀挾持丙，令乙拿出財物之情形，在實體法上於應評價為強盜取財罪，而一般認為強盜取財罪的保護法益係自由法益與財產法益，至於生命、身體法益至多僅係附隨利益。此時乙或丙為保全「自己」或「他人」的自由與財產法益，進而攻擊甲時，在具體情形中如不符合阻卻違法事由之要件，即應轉往考量是否符合無期待可能性的情形，否則對乙或丙而言失之過苛，且明顯與國民感情不符。準此，本文認為，即使第一階層之形式審查現實上被第二階層的實質審查所架空，然而此係因應期待可能性理論所附具的個案調節性的彈性使然，屬於不得不接受的結果。

至於實質審查部分，實質審查當中的「行為人標準說」，係指應以行為人

於行為時所處的具體情狀，依照行為人個人能力以判斷行為人是否有為合法行為之可能²⁴；「平均人標準說」則係以客觀之第三者（平均人）立於行為人之立場，如平均人在相同的情境下可實行合法行為時，則應可期待行為人實行合法行為，從而違反此種期待的行為人，即應為其所為負責²⁵；「國家標準說」則認為，期待可能性係期待者（國家）與被期待者（行為人）間之對立緊張關係而由期待主體所為之判斷，故期待可能性的標準不應於行為人或通常人等被期待之一方求之，而應求諸於國家的法秩序，以現實之國家法秩序所期待行為人採取適法行為之具體要求為標準，唯有違反依據國家理念及法秩序所生之義務時，始應受非難之評價²⁶；「類型人標準說」則指應以行為人本身所屬的同類型群團人（例如本人的年齡、性別、職業、經歷等），立於行為人行為時的同一處境下，是否有為違法行為以外之他行為的可能²⁷；至於折衷說則係行為人標準說、平均人標準說及國家標準說三者以孰者為主，以孰者為輔的排列組

²⁴ 蔡墩銘，刑事責任與期待可能性，《法令月刊》，41卷10期，1990年，138頁。

²⁵ 蔡墩銘，同前註24，138頁。

²⁶ 陳友鋒，同前註18，176-177頁。

²⁷ 陳友鋒，同前註18，192頁。

合²⁸。關於究竟應當採取何種標準，各學說多有討論，而我國實務見解依文獻之分析，應係採取平均人標準。本文於此礙於篇幅，暫不深入探討各標準的優劣，不過初步的想法是，由於無論是行為人標準、平均人標準或是類型人標準說，或是以前二者與國家標準說為排列組合的折衷說，本諸這些標準均無從透過科學方法加以檢驗，是事實上無論採取何種說法，終歸法官本於其法律確信，依經驗法則及論理法則加以衡量，因此毋寧結論上僅是「法官標準說」而已。準此，真正重要的是法官應本於刑法上的罪責原則及刑法的最後手段性原則、謙抑性原則，依照憲法上比例原則及保護人民基本權的誠命，妥適地以期待可能性理論調節不合比例地刑罰權，同時亦應注意濫用期待可能性理論可能造成法安定性與刑罰一般預防目的落空等負面影響，亦即濫用的結果形同不當的法官造法，違反憲法之權力分立原則及變相地使罪刑法定原則走向衰亡。

從上開論述可以知悉，任何實質審查當中的標準，事實上均仰賴法官依據個人的確信判斷行為人是否有他行為可能，而法官在操作期待可能性理論時，必然將會因為刑罰自身的嚴厲性格與高度的法安定性需求而趨於保守。至於行

政法是否該採取不同的解釋路徑，當端視行政犯與刑事犯的區別為何、行政秩序罰的特殊性是什麼，始得加以定奪。

參、行政法領域中的期待可能性概念

縱然學說及實務承認刑法上的「欠缺期待可能性」作為超法規的阻卻、免除或減輕罪責事由，惟此事由的發動如前所述，受到學界與實務界相當程度的節制，可謂將「欠缺期待可能性」視作一刑罰節制之原則，乃在極端情形下才可適用之例外。據此，我們必須思考的是，如果刑法上的「欠缺期待可能性」與「期待可能性顯著降低」乃一例外般的存在，那麼此時就必須回答行政罰法領域的「欠缺期待可能性」、「期待可能性顯著降低」需否比照辦理？或是能會有自己獨立的要件等等問題，以下討論之。

一、行政不法（行政犯）與刑事不法（刑事犯）間的區別

既然違反行政秩序之行為的處罰多係援引刑事法領域的概念進行論證與檢驗，則在談行政法上期待可能性的具體內涵前，仍必須說明行政不法（行政

²⁸ 陳友鋒，同前註18，180-181頁；劉崢，同前註18，42-43頁。



犯)與刑事不法(刑事犯)之間的不同之處為何,方得以說明行政法上的期待可能性是否該採取與刑事法領域者不同的標準。

(一)學說就行政犯與刑事犯之區別目的與實益

向來就違法行為究竟應科處行政罰或刑罰乙節,國內外學者係透過討論「行政罰」和「刑罰」究竟該如何加以區分,亦即行政不法和刑事不法應如何進行分工來進行推演,而區分的基準向來有「質的區別說(行政犯與刑事犯有本質上之不同)」、「量的區別說(行政犯與刑事犯本質上相同,僅係違法之程度不同)」、「質與量的區別說(行政犯與刑事犯兼有質與量的區別)」等學說²⁹。經學者黃宗旻之考察,比較法上之所以有此區分,乃在於試圖要解決在法益概念稀薄化以及奉行刑罰萬能論的情況下所產生的刑事罰肥大化現象,該如何透過行政不法跟刑事不法的歸納,將本不應受刑事法規制的行為交還

予本該交由行政法規制的行為³⁰。

不過,無論學說為解決無限膨脹的刑事罰而在行政不法與刑事不法的區隔間進行相當的努力與耕耘,事實上不管是質的區別說、量的區別說或質與量的區別說,係將視角擺在保護客體內容上的差異,或將視角置於對於保護客體所生作用的差異,又或係著重於實質違法性、社會損害性的概念或程度等,多半仍不脫離或者多少與權利或法益侵害的概念相關聯,如果法益稀薄化的現象已是不可抵擋的趨勢,這些憑藉法益概念進行的討論似乎也僅是循環論證。申言之,在風險社會下,各國為了回應社會對於新型風險的出現而產生的危殆感,開始以刑事制裁作為管控風險的手段,進而使刑事立法朝向擴大入罪範圍及重刑化的方向前進,亦即出現處罰前置化(法益保護早期化)及法益概念抽象化(普遍法益概念),使得刑罰不再是「最後手段」,近乎在實際上成為「最初手段」的存在³¹,任何僅與古典的生命、

²⁹ 鄭善印,同前註5,107-146頁。洪家殷,論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限,《東吳大學法律學報》,第9卷第2期,1996年8月,94-95頁。

³⁰ 黃宗旻,重訪刑法與行政法之區分問題,收錄於《法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集—刑法卷》,2016年7月,53-61頁。

³¹ 謝煜偉,風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙偽假冒罪」的限定解釋,《月旦刑事法評論》,2016年6月,第1期,71頁;黃宗旻,法益論的侷限與困境:無法發展立法論機能的歷史因素解明,《國立臺灣大學法學論叢》,2019年3月,第48卷第1期,166-167、197-198頁;嘉門優,法益論の現代的意義,《刑法誌》,2007年11月,47卷1,38、47頁;高橋則夫,刑法的保護の早期化と刑法の限界,《法律時報》,2003年2月,75卷2,15-16頁。

身體、財產及自有法益僅具有間接連性的新形態法益以空洞化、欠缺穩定性的內容的模式出現，並將可罰性範圍大幅擴增，進而使得被賦予自由主義性格而得以指引解釋與限縮刑罰權範圍的法益功能呈現失能狀態³²。準此，在法益失能的情況下，是否應揚棄法益論作為刑事立法的正當性判準已成問題³³。既然法益論可能已站不住腳，從法益概念來討論刑事不法與行政不法間的區別，似乎僅剩下理論上的實益，已沒辦法解決刑事不法無限制擴張的窘境。

退而言之，即使說明行政犯與刑事犯間的差異是出於質或量，事實上仍無從回答一行為究竟該科以行政罰或是刑罰。學者黃宗旻即精準地指出，不論採取質的區別說或量的區別說，吾人尚需進一步說明究竟是什麼樣的質差或量差以決定二者之間的劃界標準，且行政不法與刑事不法事實上係兩個不同的功能系統，而各自依照自身程式規則，來辨識並捕捉適於自己處理的對象，從而行政法不必然係作為刑法系統的遞補。準此，劃定界限以解決刑法肥大化的努力似乎係陷於稻草人謬誤，真正能解決

「刑罰肥大症」者應係管制刑法系統自身的處理對象才是，而非將視角閉鎖在刑事犯與行政犯之間的差異³⁴。

(二)區別實益的視角轉換

自前述可以知悉，向來學說所提出的「質或量的區別」似係為解決刑罰肥大化的現象而生，然而誠如前述，此種為解決刑罰權的擴張問題而展開的命題在法益稀薄化的情形下，似已失去本來的實益。從而本文認為應當轉換思維，思索在刑事不法與行政不法質或量的區別下，該如何看待行政秩序罰當中借用刑事法領域的概念，亦即本文主張應當將「刑事不法與行政不法的區別」此一命題轉往此二的區別於行政秩序罰領域當中的法釋義學及涵攝模式，如認為行政犯與刑事犯本質上有所不同，那麼即使行政罰法借用刑事法領域相當多概念，亦可在不違背法秩序一體性的憲法誠命下，進行行政法之合目的性的解釋；倘認為行政犯和刑事犯僅係量的區別，例如前者較後者社會損害性較低而前者係惡性較後者為低的違法行為，則更可在不致使法安定性受到過當的影響的限度內，對於行政罰法當中的法規

³² 謝煜偉，同前註31，72頁。關於為成就法益限縮刑罰權機能方賦予法益自由主義性格的討論，可參考黃宗旻，前接註31，169-182頁。

³³ 關於是否應揚棄法益論改採其他刑事立法之正當性判準的討論，可參照：姚佑軍，論兒少色情管制之正當性，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2019年7月，111-120頁。

³⁴ 黃宗旻，同前註30，66頁。



與超法規之阻卻違法或阻卻罪責等等要件，進行較刑事犯更為寬鬆的解釋才是。

(三)行政犯與刑事犯區別：本文採「質與量的區別說」

傳統學說認為「行政秩序罰」和「刑罰」規定的差異，除了要件不同之外，前者不具倫理之可非難性，僅係為了達成國家任務、維持社會秩序所為必要行政措施；後者則具有明顯社會倫理之可非難性，從而二者間具有本質上的差異。然而，處罰是否兼具倫理之非難性實難以區別。晚近行政法學學說則認為，行政罰之制裁並非毫無倫理之可非難性，特定行為是否要處以行政處罰或刑罰，僅係立法者立法政策之考量³⁵。不過，至少可以同意的是，雖然二者並非絕對的不同，但典型的刑事犯確實具有較高的反道德性及反倫理性，對社會足生較大的損害或危險；典型的行政犯則有較低的反道德性或反倫理性，對於社會所產生的損害或危險亦較小，因此，晚近行政法學說進而認為，刑罰和行政罰係處於「量的區別」之關係³⁶。有趣的是，由於行政法有自身的系統，

且行政法必須因應國家政策及時代的需求快速變遷，具有相當高程度的複雜性，而前開學說亦認為刑事犯與行政犯並非絕對的不同，亦即仍有不同之處，則行政犯與刑事犯是否屬於量的區別，不無問題。就此，即有學說認為，即使我國現行學說多放棄過往「質的區別說」，我國實務見解仍實質上有採取質的區別說的傾向³⁷，而本文認為這樣的傾向係來自於實務見解仍難以如學說般忽略行政法之於刑事法的特殊性使然。在刑事法領域中，則有提出質與量的區別說者，而本文認為此說較能反映刑事犯與行政犯理論上與現實上的差異。質與量的區別說論者認為刑法核心領域的所有重要不法構成要件皆具有相當的社會倫理不法內涵，而行政秩序法所保護者則係輕微或缺社會倫理根源，但在高度發展的工業社會中仍不可放棄的重要價值³⁸。也就是說，採取質與量的區別說意味著無論是基於質與量，行政秩序罰的不法內涵勢必較刑罰為低。

退而言之，如果我們切換角度，仍自行政不法與刑事不法的區別結合法益理論來加以觀察，要維持法益理論所

³⁵ 林明鏘，《行政法講義》，新學林，2014年10月，240頁。

³⁶ 陳敏，《行政法總論》，2016年9月，9版，713頁。

³⁷ 吳庚、盛子龍，《行政法之理論與實用》，2017年9月，15版，453頁。

³⁸ 鄭善印，同前註5，121-122頁。

欲達成的可罰性限縮、立法批判的功能，就必須賦予法益古典自由主義的性格³⁹，而這種古典自由主義的性格如果要在刑事法領域中維持一貫性的話，在罪責層次即應改採取古典的非決定論，亦即人具有絕對的自由意志才對。此時如果秉持著這樣的看法，除了可能會大幅度變更罪責的實質內涵以外，似乎即可從另一種特別的「質的區別」和不採取法益理論的行政秩序法做出區隔。不過，法益理論的缺失已為晚近學說所發現，已如前述，並且有對此提出改以比例原則作為刑事立法的正當性判準之看法者⁴⁰。準此，在這樣的看法下，既然法益的功能已可藉由比例原則來加以取代，那麼在刑事法的罪責理論繼續採用修正式的非決定論做為根基，似已無太大的問題。如果贊同這樣的看法，那麼行政法上的期待可能性在解釋與適用上又回到了該如何與刑事法的期待可能性相區隔的問題。

無論如何，在採取質與量的區別說下，行政法領域的「欠缺期待可能性」概念之適用，是否會因為違反行政法上義務之行為的不法程度較低，進而放寬

之？便成一重要的爭點。直觀而言，既然違反行政法上義務之行為的不法程度較低，且行政秩序罰的目的係在維護行政目的、確保行政秩序而和刑罰有所不同，那麼相較於刑法嚴格適用超法規阻卻或減輕責任事由而言，行政罰領域似可放寬其要件並加以適用才是，亦即行政法可以採取較刑法不同的期待可能性理論。

二、行政法上的期待可能性概念

(一)基本概念：現有學說看法及實務見解

行政法學說提及在行政法當中期待可能性係一「發展性的法律概念」，其內涵與作用則視其判斷標準之立場而有所不同⁴¹，不過其並未說明具體的「不同之處」為何。司法院大法官第 685 號解釋林錫堯大法官協同意見書中指出「…至何種情形始可認為行為人欠缺期待可能性，原則上宜視個案情節及相關處罰規定認定之，但於行政法至與法理之建構過程，亦宜設法逐步釐清其判斷標準。」可見得「欠缺期待可能性」在我國行政法領域當中尚未建立完整的判

³⁹ 姚佑軍，同前註 33，頁 98。

⁴⁰ 例如：許澤天，刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，收錄於《憲法解釋的理論與實用第七輯（上冊）》，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處，2010 年 12 月；黃宗旻，同前註 31。

⁴¹ 林錫堯，同前註 9，146 頁。



斷標準。最高行政法院 102 年度判字第 611 號判決進一步提出行政法上的期待可能性原則：「是公權力行為課予人民義務者，依客觀情勢並參酌義務人之特殊處境，在事實上或法律上無法期待人民遵守時，上開行政法上義務即應受到限制或歸於消滅，否則不啻強令人民於無法期待其遵守義務之情況下，為其不得已違背義務之行為，背負行政上之處罰或不利益，此即所謂行政法上之『期待可能性原則』，乃是人民對公眾事務負擔義務之界限⁴²。」依此，行政法上的「欠缺期待可能性」，必須視義務人處於事實上或法律上無法遵守法律規範之客觀情勢時才可據以阻卻責任，而後續有許多實務見解援引此判決的看法。至於究竟何種情況才屬於義務人事實上或法律上無法遵守法律規範的客觀情勢，應可參酌司法院大法官第 685 號解釋林錫堯大法官協同意見書之見解，認為在一定條件之下，「法律見解錯誤」可因無期待可能性而構成阻卻責任事由。該意見書指出，本諸行政法規及行政法法理的高度不穩定性，執法機關貫徹依法行政原則之餘不免使人民的權益在法律見解的演變過程遭受不利，因而當有依信賴保護原則予以保護之必要。倘若人民就行政法法規不明確而於法規

之解釋予適用上容許有不同見解，且行政實務或司法實務尚未形成通說，亦尚無行政釋示、判例、大法官解釋或其他方式表達（如決議、行政慣例等）可作為標準而據以遵行之見解，甚至雖然已形成相關見解，但在某種情形，法規的解釋予適用上仍有不明確之處，而就此等不明確之處也容許有不同見解之際，行為人在行為時採取某種有利於其的見解，且該見解在法理說明上具有相當合理的理由，縱然其選擇偏向其利益的看法，然此為合乎人性的抉擇。此時，若嗣後行政釋示、判例、大法官解釋或以其他方式形成該採取另一說的見解，進而認定行為人之行為屬於違法行為，仍不影響行為人於行為當時乃陷於難以避免此種法律見解錯誤而屬無期待可能性之事實。確實，行政法上無論是某種行政行為的定性或者法規範的位階之辨識等問題，目前不管是學說或是實務見解多存有爭執之情況下，要行為人精準辨認出適法的方法有時不免失之過苛。

不過，林錫堯大法官的上開看法亦僅係針對行政法上的期待可能性的其中一種態樣——法律見解錯誤進行說明，並未深究行政法上期待可能性與刑法上的期待可能性的理論基礎、實質內涵可能的不同之處，而實務見解似乎亦係將

⁴² 學者陳清秀肯定此見解。陳清秀，同前註 9，142 頁。

大法官解釋的意旨換句話說而已，是本文以下將仔細分析行政法上期待可能性理論的體系定位、實質內容與標準。

(二)理論體系之定位

本文前已提及期待可能性概念於刑法通說下，屬於規範責任理論的重要內涵之一。另外，在規範責任理論受到通說所採取的目的行為論的影響下，「故意」概念具有雙重作用，除了構成要件故意之外，在罪責階層則有故意責任，用以判定行為人是否具有法敵對存心，亦即是否具有不法意識⁴³，而一般多認為基於構成要件故意所為之行為通常具有不法意識存在，故不法意識的審查幾乎多係當有欠缺疑慮時方加以審查。

即使採取規範責任理論，在刑事法領域中，仍有認為期待可能性為故意、

過失罪責的前提要素者，亦即凡無期待可能性，即無故意或過失罪責，此時即可阻卻犯罪成立⁴⁴，不過這樣的看法便受到學說的抨擊。類似本文前開看法，學者甘添貴即認為，在規範罪責理論與目的行為論的發展下，故意、過失既已自罪責中分離，堅持採取心理責任理論的看法純粹屬於對期待可能性的規範性質出於理解上的錯誤⁴⁵，更有文獻指出，採取如此閉鎖在心理罪責理論的看法，將使得刑法呈現無力化的狀態⁴⁶。在刑事法領域這樣的說法下，如果要肯認期待可能性作為罪責內涵的一部，於法理上即必須揚棄心理責任論的看法才是。

不過，如嘗試從公法領域觀之，公法學者⁴⁷及我國憲政實務⁴⁸及法院實務

⁴³ 王皇玉，同前註10，315頁。

⁴⁴ 陳友鋒，同前註18，95頁。

⁴⁵ 甘添貴，故意與過失在犯罪論體系上之地位，《軍法專刊》，44卷8期，1998年8月，5-8頁。

⁴⁶ 周廷諺，以盧曼係統論觀察期待可能性之機能——以社會抗爭運動為例，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，2015年，63頁。

⁴⁷ 例如：廖義男，同前註1，11頁；陳愛娥，行政罰的違法性與責任，收錄於《行政罰法》，元照，2版，2008年9月，94-98頁；洪家殷，同前註29，83-84頁。

⁴⁸ 參照司法院大法官解釋第275號解釋：「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，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。但應受行政罰之行為，僅須違反禁止規定或作為義務，而不以發生損害或危險為其要件者，推定為有過失，於行為人不能舉證證明自己無過失時，即應受處罰。行政法院62年度判字第30號判例謂：『行政罰不以故意或過失為責任條件』，及同年度判字第350號判例謂：『行政犯行為之成立，不以故意為要件，其所以導致偽報貨物品質價值之等級原因為何，應可不問』，其與上開意旨不符部分，與憲法保障人民權利之本旨牴觸，應不再援用。」



見解⁴⁹似乎均將行政罰法第 7 條第 1 項⁵⁰的故意過失解為單純的責任條件，這種做法似乎更貼近於古典犯罪階層理論與心理責任理論。如肯定此為真，將有可能根本變更刑事法上的期待可能性於行政罰法的相容性，而需另外探求行政法上期待可能性的理論體系定位。

然而，由於前開學說實務見解實則並未明確否定在行政罰法中的「故意」仍具有雙重作用，或許只是格外強調故意及過失作為責任條件的一環。據此，也許行政罰法仍是以規範責任理論作為責任的基礎。這樣的看法並非無的放矢，因為規範罪責理論事實上是為了克服心理責任理論所無法解決的避難過當及無認識過失等問題而被提出的責任理論⁵¹，而行政罰法第 13 條但書既然有避難過當之規定⁵²，從而為了與避難過當的規定相容，除非有更好的做法，否則本於體系解釋，即應採取規範責任理論作為行政罰法中責任理論之基礎，邏輯才會一貫。也因為採取規範責任理論，方與期待可能性理論相容。

綜上所述，由於行政法學說及實務

並未深究行政法上期待可能性的理論基礎，本文認為姑且應配合刑法理論以及透過體系解釋的方式，認為行政法上期待可能性仍係本於修正式的非決定論，以及將之作為內容的規範責任理論，而視期待可能性為罪責要素之一（即使認為期待可能性屬於例外的審查要素亦無所謂，重點仍在於其為規範罪責之內涵），是可以見得就理論體系定位而言，行政法上的期待可能性和刑法當中的期待可能性並無不同。

(三)行政法上的「無期待可能性」之要件與該當之標準

既然行政法上的期待可能性概念在理論體系定位上和刑事法當中的期待可能性理論並無不同，那麼接下來即應探究行政法上的無期待可能性概念的具體內涵及操作標準為何。在此必須再次提及的是，雖在採取前述之「質與量的區別說」後，本文肯定行政法當中的欠缺期待可能性概念解釋與適用上應較刑事法領域當中者較為寬鬆，然而該放寬至何種地步才屬適切，便屬此時必須回答的問題。

⁴⁹ 例如最高行政法院 94 年度判字第 467 號判決。

⁵⁰ 行政罰法第 7 條第 1 項：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」

⁵¹ 王皇玉，同前註 10，314 頁。

⁵² 行政罰法第 13 條：「因避免自己或他人生命、身體、自由、名譽或財產之緊急危難而出於不得已之行為，不予處罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其處罰。」

首先可以初步說明的是，由於行政犯的本質上並非係在處罰行為人的反道德性與反社會性（縱使現實上難謂行政秩序罰完全無社會倫理道德的制裁意味），而是處罰行為人違反行政法上的義務⁵³。所謂「義務」係指一法律主體依法律規定，或經由國家依據法律規定所為之要求，應為特定之行為、不作為或容忍⁵⁴。「行政法上義務」則係指人民依行政法之規定，應服從行政機關之公權力，作成特定之作為、不作為或容忍。人民的行政法義務，大多與高權主體之權力相對應。法律直接對公行政授與權力，公行政則具以對服從其公權力的人民，將抽象的義務具體化及現實化，從而實現公共利益，完成行政任務⁵⁵。因此，人民履行其行政法上義務的目的，必須是直接或間接的達成行政目的，以保全或促進公共利益。而行政法上義務的內容，事實上端視「行政」的類型為何而定，且一旦附加行政秩序罰或刑罰作為制裁規範，所有的行政類別即應會質變帶有干預行政的特質。申言之，「行政」的分類主要包含：一、公

權力行政與私經濟行政；二、干涉行政、給付行政及計畫行政。如一規範係以禁止人民從事一定行為作為行為規範之內容，並透過附加行政秩序罰來擔保的行為規範的作用，便可以見得國家乃居於統治主體的地位，以公法規定為基礎而為制裁之行為，干預人民權利，限制其自由或財產，是為公權力行政之干預行政⁵⁶。更具體地來說，國家行使公權力運用命令及強制等手段干預人民自由與權利之行為等等，係為達成增進公共及社會成員之利益⁵⁷，

既然行政秩序罰是在擔保行政秩序的維持以保全公共利益，那麼本文主張，附加行政秩序罰之行為規範基本上皆應係直接保全公共利益本身，此便和刑事法基本上是保全個人不同。即使是國家社會法益，依照現行刑法學通說，國家社會法益也必須能夠還原於個人，否則無以發揮法益節制刑罰權發動的機能，致使刑罰權無限制地擴大。就此，我們應可以得出，行政法相較於刑事法而言，其公益性彰顯在國家高權對於個人的約束係在直接保全公共利益，而基

⁵³ 陳春生，同前註2，121頁。

⁵⁴ 陳敏，同前註36，253頁。

⁵⁵ 陳敏，同前註36，268頁。

⁵⁶ 吳志光，《行政法》，新學林，2014年8月，6版，3、8頁。

⁵⁷ 參照最高法院80年度台上字第525號判決。



本上刑事法的公益性則是彰顯在國家保護人民免於第三人侵害的基本權客觀面向上，亦即刑事法是透過保全個人來回饋公益，二者即有所不同。也因此，相較於刑事法，應要注意的是行政法係透過「國家高權」限制「個人」來「保障集體」並成就「行政義務當被遵守之目的」的特性，當公益性輕易被立法者及法律適用者（這裡指的是行政機關）建構出來時，個人的權利便相對地較刑罰更容易且更加迅速地受到壓抑，甚至因為公益性概念的不確定性，人民很難藉由說明該公共利益不值得保護以抵抗國家對其權力的干預，此乃相較於以個人法益為主要保障內容的刑法，透過個別條文保護法益的證立（如果仍肯定法益論的機能的話）來排除在規範範圍外的行為受到管制者而言，前者毋寧更加困難。據此，本諸行政法如是的特殊性，行政法院該如何調節國家與個人間的緊張關係便成關鍵。期待可能性理論如同前述，事實上屬於個人抵抗國家不當干預的調節原則，因此本文主張，只要是行為人無從或甚難以自身能力排除被裁罰的風險時，且此風險並非可歸責於行為人自身，即使行為人曾經因為相同事件被科以秩序罰，既然行為人無以自行調節與排除違法之風險，且處罰行為人仍無法確保行政義務將來會被遵守時，為平衡行為人與國家之間地位的不平等

以適應複雜的法律關係，即應由期待可能性理論加以調整行為人必須違法的「無奈感」。

本文認為，前開「因為風險無法自行排除而必然走向違法之途的無奈感」主要即顯現在司法院大法官第 685 號解釋林錫堯大法官協同意見書所提及的「法律見解錯誤」之上，因此應可將此視為於行政法領域中可適用期待可能性理論的典型事態。申言之，司法院大法官第 685 號解釋林錫堯大法官協同意見書所提到的「法律見解錯誤」主要係指法規範本身不明確，因而產生數不同的見解，致行為人錯誤適用的情形，而此種情形依本文於前所述，因應人趨吉避凶的天性，選擇較有利於其自身的見解，乃屬人之常情，且因為法規範不明確，亦難課以行為人查證義務，從而適用「無期待可能性」以阻卻責任，應屬正解。

不過，法規範即使明確，由於行政法的高度複雜性，有時候同一行為分別在不同法律之中有所規範，而該等規範處於互為牴觸的狀態，彼此又無普通法與特別法關係，或係行政機關自行制定違反法律保留原則或是法律優位原則的法規命令，而該命令設有以行政秩序罰為內容的制裁規範時，凡行為人選擇遵守其一便會因為違反另一規範而被裁罰，此種「法律選擇錯誤」，亦應援引

期待可能性原則以符合憲法、甚至是自然法上社會公平正義的追求。如是兩規範同時針對同一違反行政法上義務的行為進行規範時，或有認為此應屬義務衝突的範疇，不應遁入作為例外的期待可能性理論才是。不過，由於刑法學說一般多認為相衝突的義務必須是保全相同位階的法益而設，從而在不同位階的情況下，即不得援引義務衝突來阻卻違法或阻卻罪責，因此即使二規範針對同一行為設有互為牴觸的規制內容，亦不見得能適用義務衝突概念，更何況行政罰法不見得與刑法的法益概念相容，義務衝突概念似乎也會因此而產生質變，是期待可能性理論於此種情形仍有適用的必要。當行為人無從辨明二位階相同但彼此相衝突的法律時，應依期待可能性理論，容許行為人選擇對其有利的法律。

另外，或許會有認為行政機關所制定的法規命令如確實違反法律保留原則或法律優位原則，即應屬無效規範，從而行為人便無遵守的必要，而非期待可能性所當處理者。惟行政法規相當複雜而時有重疊之處，且我國的法規命令與法律名稱並未完全依照中央法規標準法制定，從而要求人民盡到查證義務，以辨明法規範彼此間的位階，或許係讓人民承受過高的負擔。本文主張正本清源的做法應係透過機關自律或藉由裁判宣

示各該法規的位階，不應把國家高權的過錯轉嫁給人民負擔才對。由是，即使於應然層次能梳理出各該規範的位階，在實然層次上，如在具體個案中難以期待人民辨明法規範的位階時，即使行為人選擇錯誤，仍應適用期待可能性理論阻卻期罪責，以排除前開因為選擇錯誤而生的「無奈感」。

不過，本文必須強調，法律見解錯誤，或是法律選擇錯誤，的適用前提均須依照具體個案情節判斷行為人是否係因可歸責於己的事由而陷於錯誤為斷，並以此作為行為人是否可以自行排除違法風險的基準。所謂「可歸責」的具體標準，應依行為人與國家資訊間的實力差距而有不同的標準。本文就此的基本構想為，如違反行政法上義務者係行政機關或國營企業，原則上應認為其具有較高的風險排除能力，是應科以其較高的查證義務；反之，如僅係一般人民，則不應要求其辨明法規範的位階。此外，如果行為人在初次遵守 A 規範後，被主管機關以應遵守 B 規範為由加以裁罰，除非主管機關適用法律錯誤的情形（例如 B 規範違反法律保留原則或法律優位原則），原則上行為人應得就初次違反的部分主張無期待可能性，然而如果行為人復因同樣的情狀違反 B 規範而被主管機關裁罰時，由於主管機關已本諸初次裁罰來揭示心證，從而創設出人



民遵循的依據，人民再犯之行為已難謂法律強其所難，是以當調降期待可能性理論的適用機會，即使人民認為應當適用 A 規範而產生無奈感，這種無奈感僅係因行為人自身的處理不當而產生，這時行為人即不值得保護。從上述可以知道，在法律見解錯誤或是法律選擇錯誤的情形下，「行為人與國家間的實力差距」以及「行為人是否被反覆裁罰」應屬行為人是否可歸責的關鍵因子。而此亦是呼應本文於前所述——行政法上的期待可能性理論必須以行為人無法自力排除風險才得加以適用之原則。

至於非屬法律見解錯誤或法律選擇錯誤的情形，本文認為「欠缺期待可能性」概念的解釋與適用上，也應著重在「專就確保行政義務之遵守為目的」。亦即，原則上應與法律見解錯誤與法律選擇錯誤相同，以行為人所面臨的特殊情事是否係因可歸責於行為人的事由而創設為標準，亦即以行為人是否可以排除違法風險為斷。在可歸責事由的部分原則上得與前述相同，以行為人和國家之間的實力差距及是否受到重覆裁罰作為基準。不過，在非屬於法律見解錯誤或法律選擇錯誤的情形，恐怕難有明確的標準說明何種情況方屬於「行為人『得』或『不得』自行排除違法風險」或「可不可歸責於行為人」，而此應待實務發展積累成穩定的標準。本文初步

認為，既然行政罰法係在規範違反行政法上義務之行為，而該義務的設定來源可能是法律，亦可能是行政機關所制定的行政命令。如屬前者，由於此時不存在法律位階的辨認問題，此時行為人要查證其是否違法即相對容易，從而在義務的內容係由單一的法律所創設的情形時，原則上行為人應有他行為可能，僅在例外情形而欠缺期待可能性。至於此例外情形的判讀，本諸行政犯與刑事犯間具有質與量的差異，在行為人與國家存在實力極端落差的情形下，行為人雖不能舉證證明其應然上確有他行為可能，但依其所提供的資料，行為人有相當理由確信其在當時的情形無法遵守法律而難以排除違法風險時，即可阻卻罪責。至於在行政法上義務係由行政命令所創設的情形，由於該義務的內容可能違反行政程序法當中的原理原則而屬於無效義務，是如行為人在不可歸責的情形下，基於高度合理之確信該義務的內容屬於違法而選擇不服從之，且法院依其判斷亦認為該命令違法時，即可阻卻或減輕責任。綜上所述，在非屬法律見解錯誤或法律選擇錯誤的情形，本文主張應依行為人可否歸責，以及行為人的主觀確信為標準，來判斷是否可以阻卻或減輕責任，而此標準在具體適用上，有可能較法律見解錯誤或法律選擇錯誤的標準更為寬鬆，本文認為法院實務在

具體個案上宜注意平衡二種操作標準的適用結果。

最後本文想要提及的是，首先，由於本文以為刑事法上的期待可能性標準事實上均係法官依照具體個案依其法律確信判斷行為人是否具有他行為可能，而本文在行政法上的期待可能性的分析上亦秉持著相同的態度，故不再反覆論證是否應採取行為人標準說等學說，而將重點擺在個案當中行為人和國家間的實力差距以及是否受重複裁罰之上（也就是行為人是否可歸責、行為人是否得以獨立排除風險）。再者，或許本文前開放寬主張會被質疑如是適用期待可能性的結果會高度斷傷行政法的法安定性，甚至有司法權牴觸行政權與立法權的疑慮。但本文主張，行政法的法安定需求相較於刑事實體法而言相對低微，此乃行政法規必須與時俱進，以因應複雜的現代社會使然，而這也是本文再三強調行政法規與刑事法間具有質與量的差異的主因，且亦如同本文於前所述，由於行政法上義務所要追求的公益性極度容易被創設，司法必須在行政機關與立法機關欠缺多元考察個案當中的行為人的基本權與追求的公益間的平衡的思維時介入保障行為人才是，因此司法權

亦僅在行政權不當擴張時以溫暖的雙手承接人民的無奈。由是，本文認為這些質疑或許亦僅是無的放矢。

肆、結論

由於行政不法與刑事不法間存有質與量的落差，從而本文前述係考量到這樣的落差亦應連結到國家與個人間的實力落差，故選擇以國家與行為人個人的地位不平等作為行為人可否自力排除風險或可否歸責的實質內涵之一，無論是法律見解錯誤、法律選擇錯誤，或是非屬其二種錯誤的情形，均是如此，且甚至是在後者情形採取以主觀確信做為調節個人與國家間的關係，而此和刑事法上的期待可能性大相逕庭。

行政權與立法權作為亦受憲法基本權所拘束的兩項權力，皆應盡其多元考察人民基本權保障的義務，當其考量欠妥時，司法即應介入以追求個案乃至於一般性的正義。行政法上的期待可能性理論在行政法複雜性及與時俱進的特性下，即應走出屬於自己而有別於刑事法領域的道路，甚至是更加寬廣以及更加保障，或是容任行為人行使自由權利的道路。



參考文獻

一、中文文獻

(一)專書

王皇玉，《刑法總則》，新學林，2016年9月，2版。

王皇玉，《刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，元照，2009年4月。

吳志光，《行政法》，新學林，2014年8月，6版。

吳庚、盛子龍，《行政法之理論與實用》，2017年9月，15版。

林明鏘，《行政法講義》，新學林，2014年10月。

林書楷，《刑法總則》，五南，2016年9月，3版。

林錫堯，《行政罰法》，元照，2012年11月，2版。

張麗卿，《刑法總則理論與運用》，五南，2016年9月，6版。

陳敏，《行政法總論》，2016年9月，9版。

陳清秀，《行政罰法》，2017年11月，3版。

蘇俊雄，《刑法總論 II》，元照，1998年12月，2版。

(二)書之篇章

洪家殷，行政罰法之重要爭議與發展特色，收錄於《行政執行／行政罰／行政程序／政府資料開放／風險社會與行政訴訟》，元照，2017年1月。

許澤天，刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，收錄於《憲法解釋的理論與實用第七輯（上冊）》，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處，2010年12月。

陳春生，論行政罰法中之共同違法，收錄於《行政罰法》，元照，2008年9月，2版。

陳愛娥，行政罰的違法性與責任，收錄於《行政罰法》，元照，2008年9月，2版。

黃宗旻，重訪刑法與行政法之區分問題，收錄於《法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集—刑法卷》，2016年7月。

廖義男，行政罰法之制定與影響，收錄於《行政罰法》，元照，2008年9月，2版。

(三)期刊論文

- 甘添貴，故意與過失在犯罪論體系上之地位，《軍法專刊》，1998年8月，44卷8期。
- 洪家殷，論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限，《東吳大學法律學報》，1996年8月，第9卷第2期。
- 張麗卿，期待可能性在刑法的運用，《東海大學法學研究》，2008年12月，29期。
- 陳友鋒，期待可能性實務見解之巡歷（一），《軍法專刊》，1994年4月，40卷4期。
- 黃宗旻，法益論的侷限與困境：無法發展立法論機能的歷史因素解明，《國立臺灣大學法學論叢》，2019年3月，第48卷第1期。
- 蔡墩銘，刑事責任與期待可能性，《法令月刊》，1990年9月，41卷10期。
- 謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙偽假冒罪」的限定解釋，《月旦刑事法評論》，2016年6月，第1期。

(四)學位論文

- 周廷諺，以盧曼係統論觀察期待可能性之機能——以社會抗爭運動為例，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，2015年1月。
- 姚佑軍，論兒少色情管制之正當性，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2019年7月。
- 張永政，論制度缺失下的期待可能性，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2018年1月。
- 陳友鋒，期待可能性—刑法上地位之回顧與展望，私立天主教輔仁大學法律學研究所碩士論文，1993年5月。
- 楊皓潔，從刑法期待可能性概念論軍職人員依上級為法命令之行為—以〈德國邊境圍牆守衛案〉為核心探討素材—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008年1月。
- 劉崢，期待可能性於刑事立法之芻議，國立臺灣海洋大學海洋法律與政策學院海洋法律研究所碩士論文，107年1月，19-21頁。
- 鄭善印，刑事犯與行政犯之區別—德、日學說比較—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

二、日文文獻

(一)專書

- 今村暢好，行政刑法の特殊性和諸問題，松山大学論集，第23卷第4号，2011年10月。



新井隆一，《行政法》，青林書院，1992年2月，192-193頁。

(二)期刊論文

高橋則夫，刑法的保護の早期化と刑法の限界，《法律時報》，2003年2月，75卷2号。

嘉門優，法益論の現代的意義，《刑法雜誌》，2007年11月，47卷1号。