

東吳公法論叢

中華民國九十九年七月 第三卷
Number 3. July 2010



東吳大學法律系公法研究中心
RESEARCH CENTER FOR PUBLIC LAW, SOOCHOW UNIVERSITY

東吳大學法律系公法研究中心出版
PUBLISHED BY RESEARCH CENTER FOR PUBLIC LAW,
SOOCHOW UNIVERSITY

ISSN 2075-0412

東吳公法論叢

中華民國九十九年七月 第三卷
Number 3. July 2010



東吳大學法律系公法研究中心

RESEARCH CENTER FOR PUBLIC LAW, SOOCHOW UNIVERSITY

東吳大學法律系公法研究中心出版
PUBLISHED BY RESEARCH CENTER FOR PUBLIC LAW,
SOOCHOW UNIVERSITY

ISSN 2075-0412

序

各位讀者目前所翻閱的，是每年發行一卷的【東吳公法論叢】第3卷。這是東吳公法研究中心運用極有限的資源與人力，在各界鼎力支持下，所獲致的成果。

【東吳公法論叢】發行的目的在於彙集本中心一年之中舉辦學術活動所發表之論文。本中心所舉辦之學術活動中，最具特色者莫過於由臺北高等行政法院與本中心所共同舉辦之**東吳公法裁判研究會**。東吳公法裁判研究會每年舉辦四回，在三個小時之中由一位報告人發表評析實務裁判之論文，並由四位來自各界的與談人加以評論。以如此充裕的時間、如此規模的與談人陣容共同討論單一法學問題，在我國法學界並不多見。**東吳公法裁判研究會**舉辦以來所獲致之成果斐然，會中所發表之論文有多篇事後刊登在TSSCI期刊中，可見此一研討會所發表之論文具有相當高的水準。

最高行政法院與本中心所共同舉辦的**公法研討會**則是規模較大的研討會。公法研討會在一整天的議程之中共有四個場次，發表四篇論文。不論是公法研討會的評論人，或**東吳公法裁判研究會**的與談人，每一場次通常均包含一位**最高行政法院**或**臺北高等行政法院**的法官，以促進學術與實務的對話。這二所行政法院之法官在巨大的辦案負擔與壓力之下，仍願意撥冗來擔任其與本中心所共同舉辦研討會之評論人或與談人，三欽在此致上最高的敬意與謝意。

東吳公法研究中心成立已屆滿四年，四年來幸賴各位先進的支持，讓本中心站穩腳步、繼續向前。特別是最高行政法院彭鳳至院長、侯東昇書記官長以及臺北高等行政法院蔡進田院長等法界前輩對於本中心長期的支持，更是本中心在我國公法界獲致一席之地的重要關鍵。

東吳公法研究中心的每位成員（正式成員：洪家殷教授、楊奕華教授、程明修副教授以及本人，協同成員：陳清秀副教授，8月1日起將新增二位正式成員：范文清助理教授與胡博硯助理教授）均懷抱著極高的奮鬥目標與理想，且以誠懇的態度承接每一次的委辦任務。以前述二項研討會來說，本中心並非將其視為單純的「例行公事」或「業務」；而是視之為「使命」與「志業」，並全力以赴。三欽相信，經由這幾年來的努力與付出，東吳公法研究中心的表現已在我國公法研究機構之間，帶來了些許良性競爭的氛圍。

二年前三欽自洪家殷教授手中接棒擔任東吳公法研究中心主任一職，所幸能平順地完成二年的任期，並將於8月1日交棒給本系程明修副教授。真誠地感謝各位先進對於東吳公法研究中心不間斷的支持與鼓勵，讓本中心能繼續成為推動我國公法學研究的動能之一！

林三欽
2010年7月

97 學年公法中心主辦學術活動內容

日期	研討會主題	題目 / 參與人員
97.9.26 14:00~17:00	公法裁判研究會第四回	論行政罰之禁止錯誤——以行政罰法第8條之評析為中心 主持人：林錫堯 大法官（司法院） 報告人：洪家殷 教授（東吳大學法律學系） 與談人：李惠宗 教授（中興大學財經法律學系主任及科技法律研究所所長） 蔡震榮 教授（中央警察大學行政警察學系） 帥嘉寶 法官（最高行政法院） 蔡聖偉 助理教授（東吳大學法律學系）
97.10.21 9:30~16:00	九十七年公務人員保障法制研討會	公法上請求權 主講人：林錫堯 大法官（司法院） 公法上之抵銷——以追繳公務人員溢領薪資為例 主持人：邱聰智 考試委員（考試院） 報告人：陳淑芳 副教授（世新大學法律系） 評論人：陳春生 教授（台北大學法學院院長） 人事行政行為之多階段行為——服務機關審查作為為例 主持人：吳泰成 考試委員（考試院） 報告人：陳正根 助理教授（高雄大學法律系） 評論人：林三欽 教授（東吳大學法律學系） 審查密度理論之研究——判斷餘地理論於保障事件之適用 主持人：洪家殷 教授（東吳大學法律學系） 報告人：黃錦堂 教授（台灣大學政治系） 評論人：陳愛娥 副教授（台北大學法律系）
97.12.2 10:00~12:00	公法論壇第二十七回	Les autorités administratives indépendantes en France（法國獨立行政機關） 主講人：Jean-Marie Pontier 教授（法國巴黎第一大學） 翻譯：張惠東（法國巴黎第一大學公法學博士班研究生）

日期	研討會主題	題目 / 參與人員
97.12.26 14:00~17:00	公法裁判研究會第五回	論家庭所得課稅制度——兼評釋字第 318 號解釋 主持人：黃茂榮 大法官（司法院） 報告人：柯格鐘 助理教授（成功大學法律學系） 與談人：洪家殷 教授（東吳大學法律學系） 葛克昌 教授（台灣大學法律學系） 姜素娥 庭長（台北高等行政法院） 許虞哲 署長（財政部賦稅署） 林瑞彬 律師（德勤法律事務所）
98.3.20 14:00~17:00	公法裁判研究會第六回	高度科技專業性行政決定之司法控制密度——兼評臺北高等行政法院 96 年度訴字第 1117 號判決 主持人：陳春生 大法官（司法院） 報告人：黃錦堂 教授（台灣大學政治學系） 與談人：許瑞助 法官（台北高等行政法院） 詹順貴 律師（元貞法律事務所） 劉宗勇 副處長（環保署綜合計畫處） 林三欽 教授（東吳大學法律學系）
98.4.22 15:30~17:20	公法論壇第二十八回	行政機關的獨立性與獨立行政機關 主講人：胡博硯 博士（真理大學財經法律學系助理教授、德國柏林洪堡大學法學博士）
98.5.16 09:00~17:00	第六屆公法研討會——社會基本權與行政調查制度	人民之最低生存保障 主持人：許宗力 大法官（司法院） 報告人：張桐銳 助理教授（中央大學法律與政府研究所） 評論人：李玉君 教授（暨南大學公共行政與政策學系） 鍾秉正 副教授（國防大學法律學系） 歐盟基本權憲章中之社會權發展 主持人：李震山 大法官（司法院） 報告人：程明修 副教授（東吳大學法律學系）

日期	研討會主題	題目 / 參與人員
		評論人：孫迺翊 助理教授（政治大學法律系） 林佳和 助理教授（政治大學法律系）
		行政調查中進入處所查證程序之研究 主持人：林錫堯 大法官（司法院） 報告人：洪文玲 教授（中央警察大學行政警察學系） 評論人：董保城 教授（政治大學法律系） 廖宏明 法官（最高行政法院）
		論行政調查之範圍及界限 主持人：彭鳳至 院長（最高行政法院） 報告人：洪家殷 教授（東吳大學法律學系） 評論人：劉宗德 教授（政治大學法律系） 侯東昇 法官（最高行政法院）
98.7.3 14:00~17:00	公法裁判研 究會第七回	政府資訊公開之監督、執行與救濟 主持人：洪家殷 教授（東吳大學法律學系） 報告人：林三欽 教授（東吳大學法律學系） 與談人：湯德宗 主任（中研院法律學研究所籌備處） 林素鳳 教授（中央警察大學法律學系） 蕭忠仁 法官（臺北高等行政法院） 林秀蓮 參事（法務部） 李元德 律師（寰瀛法律事務所）

感謝

東吳大學「端木鑄秋
法學研究基金」

對本刊的獎助

序言	1
公法裁判研究會第四回	
論行政罰之禁止錯誤	洪家殷 3
—以行政罰法第 8 條之評析為中心	
九十七年公務人員保障法制研討會	
公法上請求權	林錫堯 71
公法上之抵銷	陳淑芳 87
—以追繳公務人員溢領薪資為例	
人事行政程序之多階段行為	陳正根 115
—以程序權之保障為重心	
判斷餘地理論於公務員保障法之適用與檢討	黃錦堂 151
公法論壇第二十七回	
LES AUTORITES ADMINISTRATIVES	
INDEPENDANTES	Jean-Marie Pontier 185
獨立行政機關	張惠東 譯 231
公法裁判研究會第五回	
論家庭所得課稅制度	柯格鐘 267
—兼評大法官釋字第三一八號解釋	

公法裁判研究會第六回

- 高度科技專業性行政決定之司法控制密度……………黃錦堂 349
—兼評臺北高等行政法院九六年度訴字第一一一七號判決

公法論壇第二十八回

- 從行政機關的獨立性論獨立行政機關存在空間……………胡博硯 395

第六屆公法研討會

- 歐盟基本權憲章中之社會權發展……………程明修 435

公法裁判研究會第七回

- 政府資訊公開法之執行、保障與救濟制度……………林三欽 465
—以臺灣與德國法制之比較為中心

公法裁判研究會第四回

論行政罰之禁止錯誤

—以行政罰法第8條之評析為中心*

洪 家 殷**

目 次

壹、前言	伍、我國法院裁判之檢討
貳、刑法錯誤理論概述	一、概說
一、事實錯誤及法律錯誤	二、構成要件錯誤
二、構成要件錯誤及禁止錯誤	三、禁止錯誤
三、我國新修正刑法第16條之規定	四、其他
參、德國違反秩序罰法相關之規定	陸、我國行政罰錯誤理論之建構
一、理論基礎	一、應受行政罰行為之構成及理論體系
二、構成要件錯誤	二、構成要件錯誤
三、禁止錯誤	三、禁止錯誤
肆、我國行政罰法第8條規定之探討	四、「可避免」之行為
一、立法背景及沿革	五、「可避免」之標準
二、國內學者之見解	六、與便宜原則關係
三、行政罰法第8條規定之檢討	七、修法建議
	柒、結論

* 感謝第四回東吳公法裁判研究會主持人及四位與談人之修正意見及兩位匿名審稿人之審查意見。本文曾刊載於東吳法律學報，第20卷第4期，2009年4月，1-51頁。

** 東吳大學法律學系教授。

壹、前言

由於行政法規種類繁多且經常變動，欲完全了解並掌握，實非易事。惟為發揮法規之實效性並維持法律適用之公平性，只要該法規業經合法之公布或發布等程序，並已生效者，人民即有遵守之義務，不得諉為不知。不過，在現實生活中，時常可發現人民由於不知法規之存在，而發生違反行政法規受到處罰之情形，如自國外攜帶未吃完之水果回國，或家庭主婦在網上拍賣酸痛貼布，或誤闖已公告禁止進入之地區等，甚至有機關首長為促銷某些產品，而公然宣稱有強大之療效等。此種行為人主觀上之認知與法規規定不一致之情形，即為所謂的「錯誤」。為了規範此種行為人對法規所發生認知上之錯誤，行政罰法第 8 條乃有明文之規定。

行政罰法自民國 95 年 2 月施行至今僅有三年多，尚待學理及實務逐漸充實，行政罰法第 8 條亦不例外。由於本條規定內容十分簡單，立法說明亦極為有限，故如何充分明瞭其內涵並適用在具體個案中，即有相當之困難。尤其國內學界對此領域之探討仍屬有限，理論基礎甚為匱乏，致使實務界在適用本條文時，必然發生分歧之後果。本文即以行政罰法上之禁止錯誤為課題，期能提供學理上之助益。惟完整之錯誤理論尚包括構成要件錯誤，故本文將兩者皆涵蓋在內。

有關錯誤理論之內涵及演變，刑法界已累積有相當多之文獻及實務經驗，我國刑法第 16 條並配合現今之學說演進而有所修正，實足供我國適用行政罰法時之參考。另德國違反秩序罰法第 11 條亦有相關之條文，其除了受該國刑法之影響外，並配合行政罰之特性而有不同之規定，此對我國應亦具有相當之啟發性。因此，在進入對我國相關制度之探討前，實有必要對上述兩種法例

先獲得基本之認識。

再者，法院實務對此課題之態度如何，亦值得關切。尤其是行政罰法施行後之案件，法院對該條之理解為何，其如何適用，是否皆能掌握其意旨而正確地適用在個案，應有蒐集並予以分析之價值。經由此種分析及歸納出之結果，並可凸顯出本條規定問題之所在。

由於行政罰錯誤理論牽涉甚廣，為求完善，不得不從應受行政罰行為之構成要件著手，再配合錯誤理論之演進，以建構較為完整之理論體系。同時，再參採刑法與德國違反秩序罰法之相關規定，以及我國行政罰之特色，檢討行政罰法第 8 條之規定。最後，本文將就檢討所得，針對該條文提出具體之修法建議，期能有助我國在此領域之發展。

貳、刑法錯誤理論概述

刑法上之犯罪行為，既係行為人之意思決定與意思活動之行止，則於其間即有發生錯誤之可能。因此，刑法上所稱之錯誤，乃泛指行為人主觀之認識與客觀之存在或發生之事實不相符合而言，亦即內在意識與外在事實間之不一致¹。

一、事實錯誤及法律錯誤

刑法上之錯誤理論，從早期發展迄今，不斷在演變，主要係受到犯罪理論之變遷所致。德國早期理論及戰前之判例，將錯誤

¹ 參閱 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (zit. AT), 5. Aufl., 1996, S.307; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze Kommentar, 54. Aufl., 2007, §16 Rn.2; 林山田，刑法通論（上冊），2008 年增訂 10 版，413 頁；蘇俊雄，刑法總論 II，1998 年修正再版，320 頁；林鈺雄，新刑法總則，2006 年初版，318 頁。

區分為「事實錯誤」(Tatsachenirrtum)與「法律錯誤」(Rechtsirrtum)。所謂的事實錯誤係指有關事實之錯誤，而法律錯誤則指法律概念之誤認，亦即因誤解或不知法律，以致誤認法律規範之意義與效果²。此種區分之目的，主要在於所生之法律效果將有所不同。事實錯誤係阻卻故意，此將影響故意犯之成立，如行為人誤以他人為獼猴而殺之，不成立故意殺人罪。而法律錯誤原則上不影響犯罪之成立，蓋行為人主觀上對法律之誤認，與故意或犯罪之成立無涉，如行為人誤以受贈贓物不違法，然仍構成刑法第 349 條第 1 項之收受贓物罪。只是，若係刑法以外之法律錯誤，則可如同事實錯誤而阻卻故意及犯罪之成立，如行為人因誤解民法而自以為所取者非「他人之物」，其因欠缺竊盜故意而不會成立刑法上之竊盜罪³。

此種錯誤理論雖然相當清楚簡潔，不過在二次大戰後已經為德國學界所放棄。理由在於，事實既係刑法評價之依據，則事實錯誤與法律錯誤間之界限將難以明確區分。再者，由於刑法上有關罪責理論之體系與內涵，已有新的理論產生，故連帶影響舊有錯誤理論之存續⁴。

二、構成要件錯誤及禁止錯誤

目前刑法上之錯誤理論主要係區分為「構成要件錯誤」(Tatbestandsirrtum)及「禁止錯誤」(Verbotensirrtum)二者，其中「禁止錯誤」並可再分為「直接禁止錯誤」(Direkter Verbotsirrtum)與「間接禁止錯誤」(Indirekter Verbotsirrtum)，

² 參閱林山田，同註 1，413 頁，註 2。

³ 參閱林鈺雄，同註 1，318-319 頁；同氏著，刑法上之錯誤，月旦法學教室，第 30 期，2005 年 4 月，96 頁。

⁴ 惟此種區分事實錯誤與法律錯誤之理論並未完全被揚棄，有時仍被作為判斷之參考依據；參閱林鈺雄，同註 1，319 頁；林山田；同註 1，413 頁。

後者亦稱為「阻卻違法事由錯誤」，茲分述如下。

(一) 構成要件錯誤

所謂的構成要件錯誤，亦稱為構成事實錯誤，係指行為人於行為時，在主觀上對於犯罪之客觀事實，即構成要件之犯罪事實之認識有誤；換言之，其主觀上認識的內容與客觀的犯罪事實不相符合之謂⁵。由於故意犯之構成要件，包括客觀之要素及故意之主觀要素。因此，必須行為人之主觀故意與客觀要素相符合時，始能達到構成要件該當性，並可成立故意犯。倘若行為人並未認知到，其已做了某個該當於構成要件之行為，將缺乏構成要件之故意。雖然在此種情形下，行為人可排除故意之歸責，不過仍須考量到過失之可能，因此，若法律有處罰過失之特別規定時，則須進一步探究行為人是否有過失之存在。如誤以人為猴而射殺，因行為人不知所射殺者為人，自不成立故意殺人罪，然仍可考量是否有過失而成立過失殺人罪⁶。

由於客觀不法構成要件之內容中，在行為主體、行為、行為客體及因果歷程等，皆有發生錯誤之可能，故可再區分為四種類型，即行為主體之錯誤、行為本身之錯誤、行為客體之錯誤及因果歷程之錯誤⁷。

(二) 禁止錯誤

所謂的禁止錯誤，亦有稱為禁止規範之錯誤或違法性錯誤⁸，係指行為人對於行為之違法性發生錯誤，或行為人誤認了刑法禁

⁵ 參閱林山田，同註1，414頁。

⁶ 參閱林鈺雄，同註1，321-322頁。

⁷ 參閱林山田，同註1，415頁；江朝聖，構成要件錯誤，法學講座，第16期，2003年4月，55頁以下。

⁸ 參閱韓忠諍，刑法原理，1997年，再版，257頁。