

憲法法庭 112 年憲判字第 5 號判決不同意見書

蔡明誠大法官提出

本判決認中華民國 91 年 2 月 6 日修正公布之證券交易法第 175 條規定：「違反……第 43 條之 1……第 3 項……之規定者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 180 萬元以下罰金。」第 43 條之 1 第 3 項規定：「任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。」第 43 條之 1 第 4 項後段規定：「……前項之一定比例及條件，由主管機關定之。」（上開 3 規定嗣經修正，僅微調文字，規範意旨相同）及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條第 1 項規定：「任何人單獨或與他人共同預定於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份者，應採公開收購方式為之。」結合上開 4 規定，對違反應公開收購規定者，科以刑罰制裁，與刑罰明確性原則均尚屬無違。上開證券交易法第 43 條之 1 第 4 項後段規定，與授權明確性原則尚屬無違。惟其涉及刑罰制裁之法律效果，干預人民之人身自由與財產權等基本權利甚鉅，尤其是上開規定關於「一定比例及條件」之母法規定，雖明定另由主管機關定之，然此種空白構成要件，是否符合刑罰明確性原則、授權明確性原則，而認為無違背罪刑法定原則，不無疑義。爰提出不同意見如下：

一、刑法與空白構成要件之問題

刑法條文，如僅規定罪名、法律效果與構成要件之部分

禁止內容，而將該禁止內容另一部分，授權由刑法以外之其他法律或行政命令加以補充，此種刑罰規定有稱為空白刑罰法規或空白刑法條款(Blankettstrafgesetz¹)，而規定其補充之法律或行政命令，有稱之為補充法規或填補規範。²空白刑法法規之構成要件，係為有待補充之犯罪構成要件，此種立法模式，在現行刑法較不多見（例如刑法第 192 條第 1 項、第 251 條第 1 項等）。惟於特別刑法，採取此等空白構成要件立法模式者，數量較多（例如懲治走私條例第 2 條第 2 項關於管制物品³之種類與內容、管制藥品管理條例第 3 條第 2 項關

¹ 從比較法觀察，德國附屬刑法(Nebenstrafrecht)（例如藥品法、對外經濟法、毒品法、基因技術法、防疫保護法等）中，頗為常見此種空白刑罰法規，刑罰規範構成要件之內容在法律本身未窮盡規定，而另以其他規定共同連結補充。基於德國基本法第 103 條第 1 項第 2 段、第 104 條第 1 項第 1 段及第 80 條第 1 項第 1 段規定，在憲法上，有對於空白構成要件之批判(Kritik an Blanketttatbeständen)，且在法院判決實務上（例如聯邦最高法院第二庭判決(2. Strafsenats des BGH (2 StR 525/13)與聯邦憲法規範審查(Normkontrollverfahren vor dem BVerfG (2 BvL 1/15))，有質疑關於空白刑罰法律之憲法界線為何。此等憲法上之質疑，主要在於是否符合明確性與法律保留之要求 (mit den Anforderungen von Bestimmtheitsgebot und Gesetzesvorbehalt)。（參照 Hoven, Zur Verfassungsmäßigkeit von Blankettstrafgesetzen, NStZ 2016, 377ff..）

² 參照蔡墩銘，刑法精義，臺北：翰蘆，2005 年 7 月 2 版，頁 18-19。於此具有委任立法之性質，學理上可分為處罰規範(Sanktionsnorm)與填充規範(Ausfüllungsnorm)兩部分。空白刑罰法規之構成要件，必須等待填充規範之階段，始克完整，且必須滿足罪刑法定主義之確定原則為要件。參照蘇俊雄，刑法總論 I，民國 87 年 3 月修正再版，頁 188-189。

³ 有關管制物品及其數額之刑罰規定，司法院釋字第 680 號解釋，認當時之懲治走私條例第 2 條第 1 項規定：「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 300 萬元以下罰金。」第 3 項規定：「第 1 項所稱管制物品及其數額，由行政

於管制藥品之分級與品項、野生動物保育法第 4 條第 2 項關於保育類野生動物之種類等)。此等空白刑法，原則上並不違背罪刑法定原則，惟行政機關以行政命令，用以補充刑法禁止內容之空白刑法補充法規，應有國會立法授權，且其規定內涵仍應受立法權之監督而訂定，是於立法授權時，應符合授權明確性要求，而自授權之法律規定中可以預見其行為可罰，應符合罪刑明確性原則之要求，以避免因委任立法之恣意而侵害人民之自由與權利。⁴

以上有關管制物品或保育類野生動物之種類或規範內容，從立法技術上，實難以於刑法一一列明，或為避免法律過於肥大，透過委任立法方式授權，固有其理由。但本件所涉及之法律用語之不確定或過於抽象性，除所謂 50 日內有解釋上之疑義外，其先以抽象之一定比例指稱適用主體，之後對於處罰行為內容，再使用抽象之一定條件之不確定概念，此以結合二三種抽象性用語之立法方式及內容，在罪刑明確性與授權明確性之憲法要求上，仍有再推敲之餘地！

院公告之。」其所為授權之目的、內容及範圍尚欠明確，有違授權明確性及刑罰明確性原則。

又司法院釋字第 522 號解釋，亦認為刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。且其所為授權有科罰行為內容不能預見，須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知之情形，與上述憲法保障人民權利之意旨不符，應停止適用。

以上解釋，可資參照！

⁴ 參照林山田，刑法通論（上冊），臺北：作者發行，2008 年 1 月增訂 10 版 1 刷，頁 78；王皇玉，刑法總則，臺北：新學林，2022 年 8 月 8 版 1 刷，頁 50-51。

二、從證券交易法申報及公告持股門檻由現行 10%修正為 5%說起—與使用一定比例或一定條件用語比較

112 年 4 月 21 日，立法院院會三讀通過證券交易法部分條文修正案，股東如大量持股須申報及公告，因為公司股權重大異動之資訊，如能即時且充分公開，將可使投資人及主管機關能知悉公司股權大量變動之來由及趨向，進而瞭解公司經營權及股價可能產生變化，並為符合外國立法趨勢，有適時修正大量持股申報及公告門檻之必要，而將持股門檻由現行 10%修正為 5%，並設有緩衝期，自公布後 1 年施行。由此可見，證券交易法之處罰，越來越為嚴格，且明定其規範對象係指持股比例為 5%之股東。倘若此等有關處罰對象之持股比例或條件，不於母法明定而僅用抽象性指稱一定之比例或條件，即處以較重之處罰，如此之立法方式，可否認為其已符合處罰明確之要求？

此外，關於「一定條件」之用語，若干法規內容使用此用語，不乏其例。⁵至於使用「一定比例」之用語，在法律上明定此要件者較少，但有法規則以一定比例作為法規名稱，並於法規內容明定其比例者。例如公法人推薦代表擔任農業

⁵ 例如公司法第 167 條之 1 第 3 項及第 4 項規定，公司依第 1 項規定收買之股份，不得享有股東權利。章程得訂明第 2 項轉讓之對象包括符合一定條件之控制或從屬公司員工。另如不動產證券化條例第 4 條第 4 項至第 6 項規定，第 1 項第 12 款所定不動產管理機構，應符合一定條件……。前項一定條件及委任契約書之應記載事項，由信託業商業同業公會洽商相關不動產管理機構之商業同業公會擬訂，報請主管機關核定。第 1 項第 17 款所定安排機構，應符合一定條件；其一定條件及應受規範，由信託業商業同業公會洽商相關公會擬訂，報請主管機關核定。

財團法人董事或監察人之一定比例及推薦方式準則（108 年 2 月 1 日行政院農業委員會訂定發布及施行），⁶及已經廢止之公益彩券盈餘提撥一定比例作為全民健康保險安全準備實施辦法（101 年 12 月 30 日行政院衛生署及財政部會銜發布廢止）。惟於刑事處罰相關法律規定，同時使用一定比例與一定條件之用語者，並非常見。本件判決系爭規定中之證券交易法第 43 條之 1 第 3 項規定所稱「任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。」同時使用此等兩用語，係屬特殊之法律規定方式。本判決將證券交易法列為適用於特定專業人士之經濟刑法⁷，似有意降低其憲法審查密度，惟證券交易法之性質，乃屬特別刑法，其刑罰對於人民之人身自由與財產權等基本權利之干預或侵害，往往較普通刑法為重大，如立法者在立法時未予詳加評估共同預定取得公開發行公司已發行股份總額須達多少比例（「一定比例」為科以刑罰制裁之構成要件之一部），以及其除外條件（除外規定之「一定條件」，係豁免應採公開收購方式之條

⁶ 該準則第 3 條第 1 項規定：「本會依本法第 48 條及第 49 條規定為農業財團法人遴聘之董事或監察人，其中應有二分之一之比例，由原捐助或捐贈之公法人（以下簡稱原捐公法人）推薦代表擔任。」

⁷ 有關經濟刑法，雖非現行我國法之法制用語，但其以為學理所採用，且從比較法觀察，德國法於 1954 年經濟刑法再精簡法(Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz 1954)，即有此稱呼。（最近修正為 2021 年 8 月 10 日修正，並試圖釐清刑事不法與行政不法行為之處罰差異。參照 Tonio Walter, Sanktionen im Wirtschaftsstrafrecht, JA 2011, 481ff.; Dannecker/Bülte, Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Auflage 2020-beck-online, Rn.60ff..）

件)，卻委由主管機關補充規定，此種任令行政機關決定處罰要件之情形，是否妥當，頗值得商榷。尤其是使用雙重不確定概念，是否容許主管機關隨其管制之目的，而可不經由立法機關參與，逕為訂定所謂一定之比例與條件。此再加上實務見解，認為此等補充法規之變更，係屬事實變更，而非法律變更，認無刑法第 2 條第 1 項規定之適用。⁸凡此等之解釋與空白立法模式，將有違憲法保障人民之自由或權利之意旨，運用於處罰較重之刑事特別法性質之證券交易法相關規範，實有違反罪刑法定原則所要求之構成要件及刑罰明確性原則之疑慮。

三、法律明確性審查有關受規範者之標準問題

法律明確性原則之審查標準，司法院解釋中固累積不少經驗並有確立其審查要件。關於法律之受規範者部分，法律明確性之判斷標準，究係以一般受規範者，抑係以相關從業人士可理解或可預見者作為標準，其間容有差異。有如司法院釋字第 491 號解釋釋示，法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則。⁹此外，或有謂其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見者（例如司法院釋字第 623 號解釋）。亦有單純稱受規範者，例如司法院釋字第 793 號及第 794 號等解釋。又如司法院釋字第 545 號解釋釋示，專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，對於該處分之構成要件，立法者衡酌法律

⁸ 參照林山田，前揭書，頁 126-130。

⁹ 類似解釋，例如司法院釋字第 768 號及第 777 號等解釋。

所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，使用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所能預見其何種作為或不作為構成義務之違反及所應受之懲戒，並可由司法審查加以確認，即不得謂與法律明確性原則相違（司法院釋字第 432 號解釋參照）。或有兼採專業知識與社會通念者（例如司法院釋字第 602 號解釋），或有稱就特定對象為受規範者，諸如其意義非受規範者之董事¹⁰或教師¹¹難以理解者。以上就審查法律明確性之主體而言，用語上雖稱受規範者，並非少見，但其有從一般人觀點，亦有從特定人士為標準，仍有差異。

本件聲請人係屬知悉股市運作之專業人士，本判決所採一般受規範者之標準，於理由中指明，於資本市場中有大量收購股份能力者，一般而言，應係指一般具大量收購股份能力之公司經營者及相關從業人士或有意從事大量收購股份之人（下稱大量收購股份者），其等對資本市場中公開收購之專業智識與能力，多半高於一般通常智識之人。並認於此所指「一般受規範者」，應係指「大量收購股份者」，是否符合刑罰明確性原則，應以此等人士之理解能力為審查基準。就授權明確性之判斷，是否具體明確，值得再推敲，且其引用司法院釋字第 522 號及第 680 號解釋，採取一般人民受規範可否預見作為觀察對象，但於本判決理由書中卻以所謂大量收購股份者之用語。以上用語在法條之意義上是否相同，從法律解釋方法而言，有關法條之解釋，除法條文義解釋外，

¹⁰ 例如司法院釋字第 659 號解釋。

¹¹ 例如司法院釋字第 702 號解釋。

向來司法院解釋不排除另採立法目的之歷史解釋與法體系整體關聯性觀點之體系解釋。¹²因此，如何解釋抽象性法律概念，雖可能因採取解釋方法而難免異其見解，惟本件涉及刑事制裁規範，基於罪刑法定原則之要求，自應以更嚴格標準制定規範，以確保憲法保障人權理念之具體實現。

就本判決所謂大量收購股份者之判斷標準而言，其自不宜單從一般人民作為受規範對象，因為一般人民並非皆有收購股份之經驗或條件。惟無論何謂大量收購股份或一定比例之股份，既涉及刑罰制裁規範，立法者更應慎重面對與處理。況且，本件涉及證券交易之特別刑法，亦即所謂附屬刑法，其適用對象與範圍，固與普通刑法，通常係適用於一般人民之情形有異，就此以非一般人民為規範對象之特別刑法，為避免規範標準之不明確而眾說紛紜，就構成要件要素確定性(Bestimmtheit der Tatbestandsmerkmale)與法律內容明白性(Rechtsklarheit; Klarheit des Rechts¹³)之觀察標準，在母法之規範內容，要求其無矛盾(widerspruchsfrei)且明白(Klarheit)加以規定，使受規範者可理解且文義單一(verständlich und eindeutig)，而無解釋空間(Interpretationsspielraum)，並取得受規範者之信賴。因此，本件之立論，實不應以一定比例或條件等抽象性用語，委由行政命令任令補充為已足，而須更

¹² 參照司法院釋字第 794 號及第 804 號等解釋。

¹³ 有關法律明白性（明確性），即法安性性要求國家行為之成立與內容所必要之充分明白之要求(Rechtssicherheit erfordert ausreichende Klarheit des Bestandes und des Inhalts der Staatsakte.)，參照 Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar Werkstand: 99. EL September 2022-beck-online, GG Art. 20 Rn.51ff..

積極要求相關刑罰制裁規範應於母法為明白與確定規定，以符法治國之法安定性要求。

四、所謂預定取得意涵係屬另類不明確之問題

證券交易法第 43 條之 1 第 3 項規定所稱「預定取得」之意涵為何，於本件聲請人一及二涉違反系爭規定一至四而遭調查時，連司法單位（即如法務部調查局北部機動工作組）都不甚確定，不得不以 95 年 12 月 8 日電防四字第 09501050310 號函向主管機關函詢確認其意涵。是就此預定取得概念，是否如本判決所認已屬明確，不無疑義。從民法觀點，所謂取得，就物權法而言，其可能係為取得所有權之讓與合意(Einigung)(物權契約)，如屬動產，因雙方當事人就動產物權變動意思表示之合意與交付（包含觀念交付與現實交付）而發生物權變動。（民法第 761 條第 1 項與但書參照）¹⁴此外，所謂預定取得之定性，其中既涉及主觀意圖說與客觀說之歧異，亦且有債權說與物權說等之不同見解。實務上傾向債權說，其說法是否毫無疑義，有再商榷之處。如從證券交易法所稱取得行為而言，由於該法不乏參考英美法等外國立法例，惟英美法中並不採取物權行為概念，或不區分債權行為與物權行為。因此，關於預定取得之概念，除前述債權說或物權說外，是否有其他解釋之可能性，因該概念既呈現多義性之不明白現象，自增加受規範者之理解難度與可信性

¹⁴ 參照謝在全，民法物權論（上），臺北：新學林，109 年 9 月修訂 7 版，頁 101-102；史尚寬，物權法論，臺北：作者發行，民國 60 年 11 月 3 刷，頁 19-22；Hans Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl., München: Beck, 2020, Rn.371f..

(Verlässlichkeit; reliability)。況且，上述見解，在學理與比較法上，何者為當，亦有值得再探究之必要。在未有定論之前，本判決有關上開概念之法律解釋之爭議，竟以合憲而直接肯定系爭規定之作法，恐將降低受規範者可預見或可理解其行為可罰性之可能性。況且，從上述論述可見，各種說法紛陳，幾乎形成莫衷一是之情況，如此更凸顯預定取得概念之不明確。總之，本判決就系爭規定結合使用一定比例、一定條件與預定取得等多項抽象性概念，作為其補充刑罰制裁規範之空白構成要件要素之母法用語，卻皆認其無不明確之情事，實有再商榷之必要。爰提出不同意見書如上。