

釋字第六三八號解釋部分不同意見書

大法官 許玉秀

本件聲請解釋客體有三個規定：證券交易法第二十六條¹、八十九年七月十九日修正公布之證券交易法第一百七十八條第一項第四款²以及八十六年五月十三日修正發布之公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則第八條³。多數意見真正正面回應的只有上開查核實施規則第八條第一項與第二項後段。

多數意見在解釋理由書中除了觸及法律保留原則之外，還處理行政裁罰責任基本原則中關於個別責任原則的問題。本席對於法律保留原則的解釋結論，敬表支持，但是不能同意多數意見的法律解釋論述，亦不能同意多數意見未能肯認行政罰法第十四條第一項所確立的個別責任原則具有憲法位階，而以呈現誤解及模糊的語句降低該原則的位階。

多數意見之所以不能堅持行政裁罰個別責任的憲法原則，以

¹ 「凡依本法公開募集及發行有價證券之公司，其全體董事及監察人二者所持有記名股票之股份總額，各不得少於公司已發行股份總額一定之成數（第一項）。前項董事、監察人股權成數及查核實施規則，由主管機關以命令定之（第二項）。」

² 此即為現行法第一百七十八條第一項第六款「違反主管機關依第二十六條第二項所定公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則有關股權成數、通知及查核之規定」，但罰鍰金額從新臺幣十二萬元以上六十萬元以下調高至二十四萬元以上二百四十萬元以下。

³ 「全體董事或監察人未依第四條及第五條規定期限補足第二條所定持股成數時，依證券交易法第一百七十八條第一項第四款規定處罰全體董事或監察人（第一項）。董事或監察人以法人身份當選者，處罰該法人負責人；以法人代表人身份當選者，處罰該代表人（第二項）。」

及未能進行憲法解釋論述，本席以為根源於一些基礎認知上的盲點，爰提出部分不同意見書敘明理由如后。

一、理由論述所暴露的盲點

解釋理由書第一段為了說明行為主體是行政裁罰規範的構成要件，依照法治國處罰法定與法明確性原則，除有法律或法律具體明確授權之法規命令為依據外，不得逕以行政命令訂之，煞費周章地從行政罰法第一條寫起：「行政罰之處罰，以違反行政法上義務為前提，而實施處罰構成要件行為之義務主體，自屬依法處罰之對象。立法者並非不得就他人違反行政法上義務之行為，課特定人防止之義務，並因其違反此一防止義務而使其成為行政處罰之對象。是行政處罰之處罰對象規定，亦涉及人民權利之限制，為符合法治國家處罰法定與處罰明確性之要求，除有法律或法律具體明確授權之法規命令為依據外，不得逕以行政命令訂之。」這一段的論述陷入法律保留的範圍是什麼這個思考漩渦⁴，暴露幾項基礎認知上的盲點：(1) 莫非違反行政處罰規定的行為主體是行政裁罰規範的構成要件要素，不是憲法上的 ABC？所以

⁴ 行政法學上對於行政裁罰規定構成要件內容的論述，基本上受限於研究者對於行政犯階層體系的理解盲點，例如 Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig, GG, Bd. V, 1992, 103 II/164 f. 所稱違法性、責任規定，參考彭鳳至大法官本號協同意見書（三），頁 11 以下。

必須利用法律解釋，從行政罰法第一條規定開始說文解字，才能知道為什麼行為主體必須由法律或法律明確授權的行政命令加以規定？（2）莫非限制人民某種行為自由，不等同於限制該人民的基本權利？否則為什麼必須強調行為主體的規定，「亦」涉及人民權利之限制？（3）莫非到現在為止這個國家每一個制裁規定並不是都明白規定行為主體？所以才必須強調因為行為主體的規定，「亦」涉及人民權利之限制，所以必須符合法律保留原則？

二、行為主體的規定必須符合法律保留原則的憲法理由

（一）任何法規都有規定行為主體

本席雖然沒有查遍我國所有刑事制裁和行政裁罰法律規範，但是在所查到的刑法、刑事特別法、行政法規中，處處見到例如「殺人者」（刑法第二百七十一條第一項）、「意圖供行使之用，而偽造、變造公債票、公司股票或其他有價證券者」（刑法第二百零一條第一項）、「服務於鐵路、公路、航空、水運或其他供公眾運輸之交通工具人員，明知有走私情事而不通知稽徵關員或其他依法令負責檢查人員者」（懲治走私條例第七條）、「違反第三十七條第一項規定或無故規

避、妨礙或拒絕第九條第一項之攔檢、檢查、採樣或命令提供有關資料者」(廢棄物清理法第五十六條)、「學校法人董事長、董事、監察人、私立學校校長、主辦及經辦相關業務之人員，執行職務時，致有下列情形之一者」(私立學校法第八十條)等等的敘述方式，這樣的規定難道不應該理解為「為某種違法行為的人，應受處罰」？這樣的敘述方式，與外文語法將主體(who)寫在句子前面的敘述方式，只是造句方式不同，所表達的意思並無二致。不管受規範的人是所有人類，或是具備特定身分或關係的人(就是所謂的身分犯⁵)，行為主體都是為某種應受規範行為的人，也就是解釋文及解釋理由書所謂的處罰對象⁶。

(二) 憲法上的理由

既然行為主體是構成要件要素，任何行政裁罰性規定的行為規範都必須明確規定，引用行政罰法第一條加以推論，並沒有說出依據憲法的要求，必須如此規定的理由。行為主體之所以必須成為被明文規定的構成要件要素，法治國憲法

⁵ 有人依照德文的字面意義翻譯成特別犯，例如林山田，刑法通論(上)，第十版，2008年1月，頁256；林鈺雄，新刑法總則，初版，2006年9月，頁100。

⁶ 處罰對象，並非好的用語，因為對象的現代用語就是客體，處罰對象可以是人，也可以是行為，對於處罰事項比較熟習的刑法專業，發展出行為主體的用語，可以很清楚將行為與行為人區隔。如果認為行為主體屬於專業術語，人民不易瞭解，則使用受處罰之人，都比處罰對象容易理解。

上的理由，在於人民必須能夠預測行為後果⁷，人民必須知道自己的基本權利是不是、以及在什麼情況下可能受到限制，如果不知道自己是不是受規範主體，如何知道自已的基本權利是不是會受到限制？因為法治國憲法上的要求，所以行政罰法才必須規定，違反行政法上義務的人，才受行政處罰。解釋理由書顯然進行最簡單的法律邏輯解釋，而不是從事憲法解釋。

三、個別責任原則具有憲法位階

（一）多數意見有引進連帶責任的風險

多數意見在解釋文，雖然未提及行政罰法第十四條第一項規定，但在解釋理由書認為根據行政罰法第十四條第一項「故意共同實施違反行政法上義務之行為者，依其行為情節之輕重，分別處罰之」，規定違反義務人有多數時，以分別處罰為原則，解釋理由書最後一段甚且提到「究應使個別董事或監察人負個別責任、各平均分擔責任或其他歸責方式？」其中所謂平均分擔責任，其實也是個別責任，兩者的

⁷ 參見釋字第五七四號解釋本席部分協同意見書貳、：「在權力分立及運作的層面，法定原則的意義是法律優位與法律保留；在保障人民權益的層面，法定原則的意義是法律安定與法律明確。因為國家權力的運作必須具有可預測性，所以法律必須安定。法律明確，則有助於落實法律的安定」以及註腳所附之相關德國文獻。

區分沒有意義，平均分擔是個別責任歸責模式的一種歸責方法，因為所謂依情節分別處罰，當然可以因情節相同，而分別為相同之處罰，何況所謂平均分擔，只限於金錢罰方有可能，其他如勒令歇業、停止營業、吊銷執照等等，不可能有所謂的平均分擔可言。至於所謂其他歸責方式，雖然沒有明言可採連帶責任歸責模式，卻顯然認為於符合比例原則的範圍內，屬於立法者的形成自由，因而可能遭推論為連帶責任歸責模式未必違憲。

（二）制裁規範不能讓人民負連帶責任

在刑罰權是用來鞏固統治權的時代，連帶責任的歸責模式，是有效的統治手段，不是特別的歸責模式。在法律是用來保護人民，而不是鞏固統治權的民主法治國時代，人民是主人，主人的最大特徵就是能自己作主，如果採取連帶責任的歸責模式，也就是必須為別人的過錯負責，是別人替自己作主，而不是自己替自己作主。換言之，依據民主法治國憲法上的自主原則，不能容許連帶責任的歸責模式存在。

難道民事上的連帶責任規定違憲嗎？民事責任是由當事人自己決定是否承擔，如果當事人因為交易往來的需要，要求一方以較穩固的負責保證，而他方願意承擔連帶責任，

依據自主原則，國家自然不必干涉。雖然有關民法侵權行為不乏連帶賠償責任的規定（例如第一百八十七條、第一百八十八條），但是在各該規定中（第一百八十七條第二項、第一百八十八條第一項但書），都有連帶賠償責任人的免責規定，只要連帶賠償責任人已盡監督管束義務，或結果沒有相當避免可能性，即可免除連帶責任，足見縱使民事賠償，也沒有採取真正的連帶責任。因為各該規定所謂的連帶賠償責任人，顯然都是為了違反自己的監督義務而必須受歸責，並不是為了別人的行為而受歸責。

在所有的制裁規範，制裁主體都是代表人民全體的國家，被制裁的對象，也就是多數意見所稱的處罰對象，都是人民。強大的國家機器相對於孤單的個人，需要用連帶責任的歸責模式，擔保國家公權力的實踐嗎？如果在侵權的民事賠償責任，國家都要求只有在他方有違反監督義務的行為時，一方才可以要求他方負連帶賠償責任，國家自己作為權利主體時，如果竟然要求人民要為他人的過錯行為負責，否則國家沒有辦法達成保護人民的任務，那麼國家豈不是既無能、又不負責任？

行政裁罰規範與刑罰規範一樣，所規定的都是國家向人

民要求負責的事項，又豈能要求人民在自己沒有違反義務時，為他人的過錯行為擔負責任呢⁸？

（三）個別責任原則方才確立即遭修正

行政罰法第十四條第一項規定，是針對多數人共同實施行政違法行為的處罰規定。就多數義務犯的歸責模式而言，這個規定所採取的是單一正犯的規定模式，也就是採取擴張正犯概念的理論⁹，縱使從立法理由中，看不出立法者有此種理論意識。依據單一正犯概念，所有參與違法行為之人，都是正犯。「依其情節分別處罰」，也就是說都是以正犯罰之，但是區分情節輕重分別處罰，這正好符合單一正犯理論。當然，這個規定的主要目的，在於宣示個別責任原則，個別責任原則都是在有數人共同實施違法行為時，方才能顯現效果¹⁰。共同違反義務的人，各依其情節分別處罰，也就共同義務人彼此各自為自己的個別過錯負責，一如前述，個別責任原則來自於法治國憲法上的自主原則，依據自主原則，每個

⁸ 因此縱使在法律保留原則上，刑罰規範與行政罰規範受到不同的要求，但是在責任原則上，不問係歐陸法系較嚴格遵守有責原則，或英美法系容許所謂嚴格責任的無過失責任，行政裁罰規範與刑罰規範皆採取相同立場。

⁹ 許玉秀，實質的正犯概念，收錄於刑法的問題與對策，春風煦日論壇 - 刑事法叢書系列 4，1999 年 8 月，頁 30 以下。主張單一正犯理論的國內刑法學者有黃榮堅，基礎刑法學（下），第三版，2006 年 9 月，頁 800 以下；柯耀程，變動中的刑法思想，1999 年，頁 213 以下。

¹⁰ 刑法上的個別責任原則，也是表現在刑法第二十八條，而行政罰法第十四條第一項規定表達得比刑法第二十八條更清楚。

人只為自己的決定負責，因此只為自己所為的過錯行為負責。

多數意見認為違反義務人有多數時，行政罰法第十四條第一項以分別處罰為原則，將行政專業領域奮鬥很久，才能夠明文化的憲法原則，解釋為只是一個原則規定，而似乎根據行政罰法第一條但書規定「但其他法律有特別規定者，從其規定」，認為如果有其他法律規定，即可以推翻這個原則。如果個別責任原則是具有憲法位階的裁罰責任原則，就如同刑法第一條罪刑法定原則一般，即不可以其他法律規定創設例外。多數意見容許例外並沒有提出任何理由。

（四）不能本末倒置

或許多數意見顧慮現行法中仍有採取連帶責任的規定¹¹，如果力挺行政罰法第十四條第一項，將使該等規定面臨違憲的困境，而大法官不知道能否承擔起影響公權力運作的責任。但是以行政罰法的立法過程來看，行政罰法所致力要

¹¹ 例如醫療法第一百十三條：醫療法人違反第三十四條第二項、第三十五條第一項或第四十條之規定者，中央主管機關得處新臺幣一萬元以上十萬元以下罰鍰，並限期命其補正。逾期末補正者，並得連續處罰之（第一項）。醫療法人有應登記之事項而未登記者，中央主管機關得對應申請登記之義務人處新臺幣一萬元以上十萬元以下罰鍰，並限期命其補正。逾期末補正者，並得連續處罰之（第二項）。前項情形，應申請登記之義務人為數人時，應全體負連帶責任（第三項）。

實踐的當然是個別責任理論¹²，縱使有連帶責任的規定，也都是在行政罰法公布施行之前已經存在，這些規定應該都是行政罰法所要修正的規定，如果遷就該等舊規定，而讓行政罰法所要確立的個別責任原則聊勝於無，豈符合行政罰法的立法初衷？

至於認為連帶責任有利於受處罰之人¹³，恐怕是對連帶責任的誤解。所謂連帶責任，是向其中一人可以請求全部，每一個人都負擔全部責任，如何可能是負擔較輕的責任？至於以本件聲請解釋客體為例，假設對四個共同違反義務人，每個人皆課以新臺幣六十萬元罰鍰，是否反而更重？如果這樣的處罰能通過比例原則的審查，又何重之有？但是在這種情況下，如果課以連帶責任，表示每一個義務人，都必須繳納新臺幣六十萬元罰鍰的義務，總罰鍰數是二百四十萬元。連帶責任怎麼可能比較有利於人民？至於對於受處罰人，並不會更有利。

¹² 明白採個別責任的規定，例如海關緝私條例第四十一條：報關業者向海關遞送報單，對於貨物之重量、價值、數量、品質或其他事項，為不實記載者，處以所漏或沖退稅額二倍至五倍之罰鍰，並得停止其營業一個月至六個月；其情節重大者，並廢止其報關業務證照（第一項）。前項不實記載，如係由貨主捏造所致，而非報關業者所知悉者，僅就貨主依第三十七條規定處罰（第二項）。**第一項之不實記載等情事，如係報關業者與貨主之共同行為，應分別處罰（第三項）。**

¹³ 林錫堯，行政罰法，2005年8月，頁91-92；洪家殷，行政罰，收錄於翁岳生主編，行政法（上）2006年10月，頁655以下；江嘉琪，論行政法上共同違反義務行為之處罰，發表於中央研究院法律學研究所籌備處等主辦，行政管制與行政爭訟學術研討會，2007年5月19日，頁20，參見http://www.ias.sinica.edu.tw/resource/file_2960519_1.pdf（瀏覽日期：03.08.2008）

如果遵守個別責任原則，縱使在金錢罰，的確可能因為其中一個義務人完全繳納罰鍰，而使其他共同義務人免受國家繼續追索，但是當國家決定裁罰責任時，必須分別對應受處罰人作成裁罰決定，且分別記明其責任範圍，而不是作成每位應受處罰人應負擔全部責任的決定。

四、爭點在於義務內容抑或行為主體？

多數意見解釋理由書第一段寫出與行政罰法第十條規定內容相當的論述，從違反防止他人違反行政法義務的義務，推論出處罰對象，究竟想要暗示實施規則第八條第一項所規定的全體董事或監察人之間，互負有防止他人違反補足的義務？或者暗示同條第二項前段之所以處罰法人的代表人，是因為法人的代表人對法人有防止違反補足義務的義務？不得而知。但是無論是這兩個目的的哪一個，都暴露兩個盲點：

（一）忘記行政罰法第十五條？

行政罰法第十五條規定，已經提供處罰法人代表人的理論基礎，大法官何以需要自行確立一種義務內容，以便確定行為主體？行政罰法第十五條規定的目的，不正是在於替諸

多類似的行政裁罰規定提供一般性的理論依據？問題的爭點在於，要處罰具有特別身分或關係的人，將該種人依據法律保留原則，加以規定為行為主體即可，至於義務內容是什麼？因為學說實務都可以有闡論的空間，並不是非要明白規定不可，法律都不必明白規定，憲法有什麼干涉的必要？類似行政罰法第十五條的規定，是德國秩序維護法第九條、德國刑法第十四條的規定，從該等規定的立法經過，可以瞭解描述行為內容與直接擴張正犯範圍、規定行為主體，是兩種立法選擇¹⁴。或許直接將行為主體加以規定不是最符合構成要件明確性原則的選擇，但這還在立法者的形成自由空間之內，只要處罰範圍通過比例原則的審查即可。

（二）憲法應該操心法益，法律才操心義務的種類

既然多數意見不排斥連帶責任這種歸責模式，那麼正好不需要將每個董監事的義務內容寫清楚，一方面暗示應該描述義務的種類，一方面不在乎處罰全體，豈不自相矛盾？

既然多數意見只選擇審查法律保留原則，應該只有質疑每個董監事的義務數量不明的問題，也就是屬於法明確性的

¹⁴ Roxin, AT/II¹, 2003, 27/184 ff.; Schönemann, in: LK¹², 2007, 14/1 ff.

問題，在法律保留原則的審查程序中，沒有審查義務種類的餘地，義務的種類屬於立法者的操心自由。

究竟為什麼為補足股權成數的董監事要受處罰？每個董監事為什麼被處罰？必須進行比例原則的目的審查，才能知道。目的審查，必須審查法益，究竟為什麼必須課以補足股權義務，補足股權義務究竟要保護什麼法益？為什麼違反補足股權義務，某種重要法益就會受侵害，這不是明確性的審查所能審查出來，縱使法律寫明防止義務，也不能立即使系爭規定合憲。

五、結語：欲速不達

多數意見未針對證券交易法第二十六條予以回應，對於同法第一百七十八條第一項第四款，則以「既未就歸責方式或處罰對象為特別規定，亦未授權主管機關為補充之規定」二語帶過，似乎寓責難於輕描淡寫之中。

看起來審查法律保留原則比較容易，可以迅速結案，但是論述上的盲點，都因為沒有澈底處理所有爭點所致，所謂「證券交易法第一百七十八條第一項第四款規定，既未就歸責方式或處罰對象為特別規定，亦未授權主管機關為補充之

規定」其實已經指出該規定的行為規範構成要件根本不明確，卻不願意正面指責該規定違反法明確性原則，本席著實不能理解其中深妙的道理。