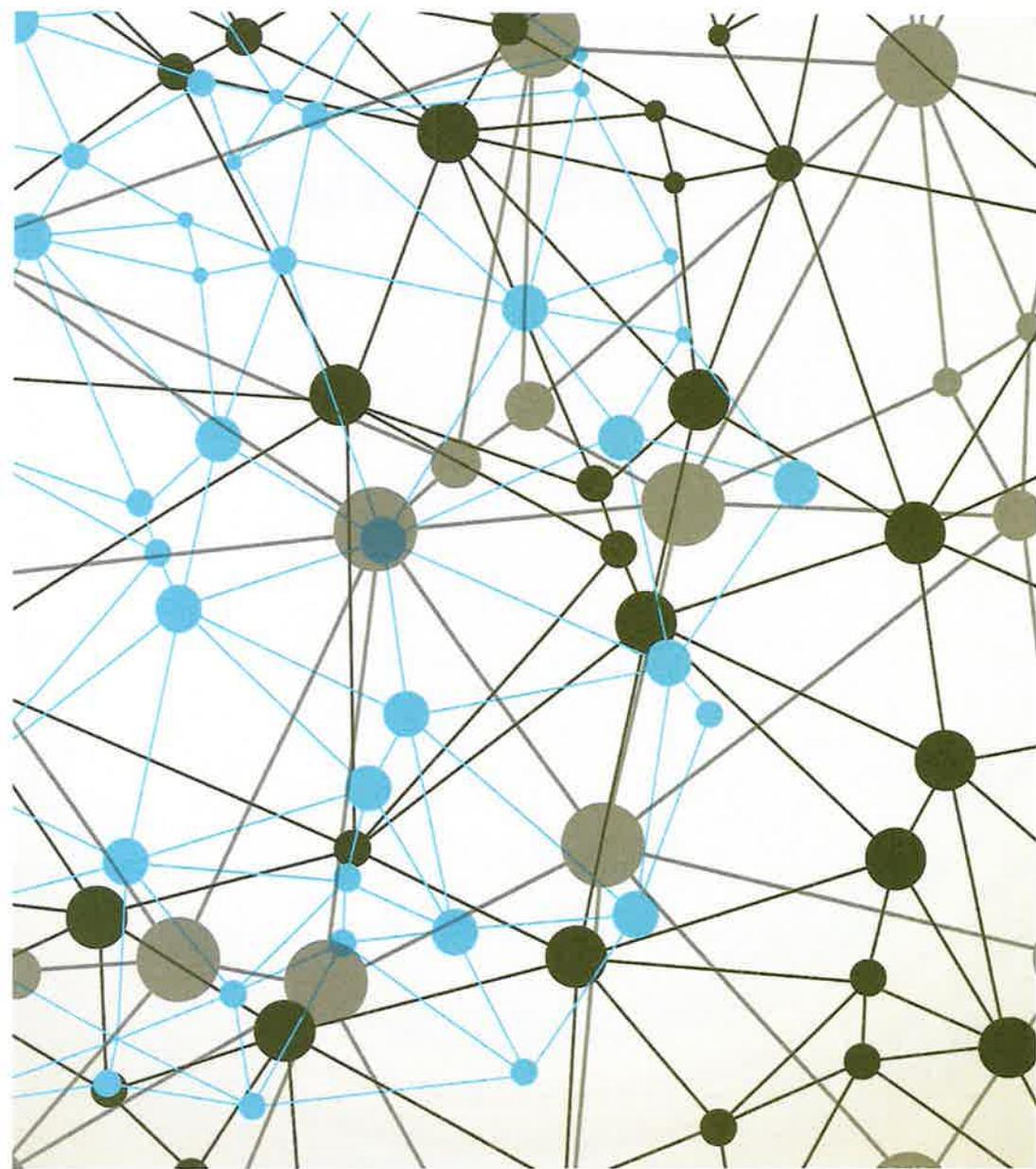


# 110年度憲二字第67號 陳述意見

聲 請 人：南怡君

訴訟代理人：李念祖律師



## 聲請人南怡君女士簡歷

擁有台灣律師執照及美國加州律師執照

美國 Sarah Lawrence College 學士

東吳大學 法律碩士

紐約大學及香港科技大學 國際金融碩士

理律法律事務所 1997-2004

中華開發金控集團 2004-迄今

中華開發金控社會責任委員會社會公益小組組長

財團法人台灣尤努斯基金創會董事

108年度中華民國證券商業同業公會私募及創投業委員會傑出成就獎

# 大法官是否應對**經濟刑法**放寬審查標準，給予主管機關更大的管制權限？

否。

- 經濟刑法概念模糊，作為罪刑法定的例外，缺乏憲法基礎。
- 為罪刑法定開啟危險的例外，放任行政權力隨意召喚刑罰，**權力分立必將崩壞**。
- 本案立法，據說是參照英美立法例，但**美國證交法無強制收購**；**英國法不採刑罰強制**
- 我國立法是意義模糊的本土發明

## 強制公開收購（證交法43-1第3項）的核心規範目的，是股東平等嗎？

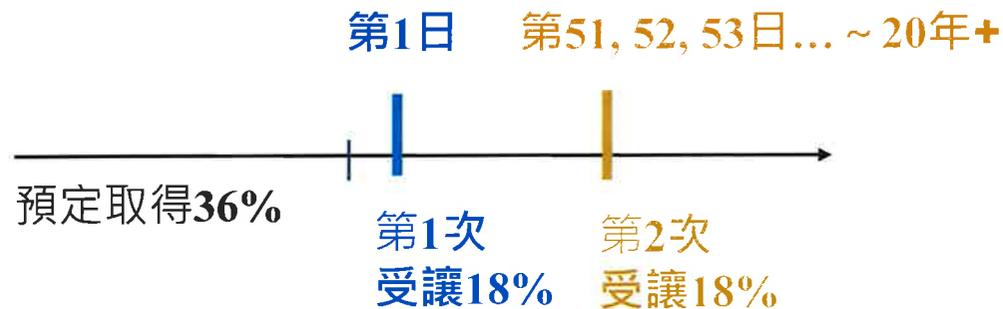
- 立法理由**沒寫**股東平等是立法目的！
- 為何證交法43-1 III 不若 43-1 II 或英國及日本立法例標明「有表決權之股份」，今日又已涵蓋**與經營權無涉**之不動產受益憑證？
- 為何**經常享受控制權溢價的內部人出售持股**，即內部人出售持股時可以不必公開收購，獨享控制權溢價，卻**受到豁免**？
- 強制公開收購的核心目的，怎會是股東平等？
- 立法目的不明，違反授權明確性原則。

# 真正的爭點：什麼是刑罰規範明確性原則？

招致刑事責任的系爭辦法規定，「50日內」是否包括「50日後」（甚至包含如20年後）？

【外界函詢】50日後受讓36%是否違反證交法43條-1 III？

- 關係機關金管會94年11月10日金管證三字第0940149117號覆函意旨顯示**不包括**。



所詢投資人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司之已發行股份總額 20% 以上，但預計取得時間超過 50 日時，投資人是否應依規定進行強制公開收購乙節，依前述說明二，於任一時點計算，如未有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 20% 以上股份情事者，自不受證券交易法第 43 條之 1 第 3 項及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條規定之限制。

申請書

受文者：金融監督管理委員會證券期貨局

主旨：謹就證券交易法第四十三條之一第三項之強制公開收購規定，於投資人單獨或共同預定取得公開發行公司百分之三十六之股權時，是否得以分開兩次，每次購買百分之十八之股權，其間隔五十天之方式，以規避強制公開收購規定，再補充說明如后。

二、按公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第十一條規定於五十日期間內取得百分之二十股份者，應辦理公開收購。就此，假設投資人業已共同預定取得公開發行公司百分之三十六之股份，其得否為規避前開之強制公開收購規定，而故意規劃分兩次受讓股份，每次受讓百分之十八之股權，其間相隔五十天？簡言之，投資人如蓄意規避五十天之期間規定，此時，是否仍違反證券交易法第四十三條之一第三項規定。

四、以上尚祈惠予釋疑為禱。

申請人：趙相文律師

地址：116 台北市指南路三段 43 號 5 樓

電話：2938-2482

0958-180-717

行政院金融監督管理委員會 函

地址：臺北縣板橋市縣民大道二段 7 號 18 樓  
聯絡人：林先生  
聯絡電話：02-27747160  
傳真：02-87734157

發文日期：中華民國 94 年 11 月 10 日  
發文字號：金管證三字第 0940149117 號  
類別：最速件  
密等及解密條件或保密期限：普通  
附件：

主旨：貴律師函詢證券交易法第 43 條之 1 第 3 項之強制公開收購規定適用疑義乙案，復如說明，請查照。

說明：

一、依據本會證券期貨局案陳 貴律師兩次未具文號之申請書辦理（本會證券期貨局收文日分別為 10 月 24 日及 26 日）。

二、按 91 年 1 月 15 日證券交易法第 43 條之 1 條文修正，除將公開收購由核准制改為申報制外，另為避免大量收購有價證券致影響個股市場之價格，爰納入強制公開收購之規定，增列第 3 項，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；又依同法第 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、拘役或併科新臺幣 180 萬元以下罰金。

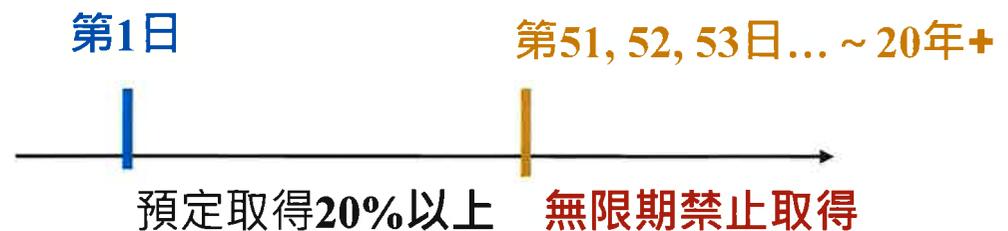
三、所詢投資人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司之已發行股份總額 20% 以上，但預計取得時間超過 50 日時，投資人是否應依規定進行強制公開收購乙節，依前述說明二，於任一時點計算，如未有單獨或與他人共同預定於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額 20% 以上股份情事者，自不受證券交易法第 43 條之 1 第 3 項及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條規定之限制。

聲證 / 號

本影本與正本相符

# 但是，後來.....

- 有權解釋法規之主管機關又從「不包括」改變解釋為「包括」，即使當事人協議於50日後取得，也是犯罪！



## 「50日內」包括「50日後」，是否違反刑罰規範明確性原則？

- 如果這樣的規定**不在**母法的授權範圍內，就是子法增加母法所無之刑罰規範，違反法律保留原則及刑罰規範明確性原則，**違憲**。
- 如果如主管機關所說，這樣的規定**在**母法的授權範圍內，母法便同時違反了刑罰規範明確性原則與授權明確性原則，**違憲**。

## 抽象危險犯應受比例原則限制，才符合刑罰規範明確性原則

因為抽象危險犯犯罪之構成不以發生實害為必要，所以不僅毋庸證明損害之發生，也當然毋庸證明因果關係，比實害犯更容易入罪，所以在不同層面也同時產生不利影響，例如大幅降低被告的防禦可能性，也大幅降低立法者原本藉由立法以指導司法者解釋各該構成要件之機會。

也因為抽象危險犯沒有受害者或淡化受害者之存在，是長期以觀，抽象危險犯會傷害、降低不法（Unrecht）的可辨識性與可察覺性。因此，將刑罰前置化的立法設計是需要謹慎的，為通過比例原則的試煉，有必要檢驗「**不前置處罰會來不及保護法益**」的真實性。

許宗力院長釋字第623號解釋部分協同意見書

- **本案毫無以刑罰防止抽象危險的必要。**

## 「50日內」包括「50日後」，是否違反刑罰規範明確性原則？

- 如果要動用刑罰，法律就該自訂明確的犯罪構成要件（包括：什麼是一定比例、什麼樣的條件或期限）。
- 如果事涉行政專業，需要採取委任立法，立法者就該放棄刑罰，選擇更有效率的行政罰鍰或民事賠償，才符合比例原則。

## 系爭規定處罰思想犯，違憲！

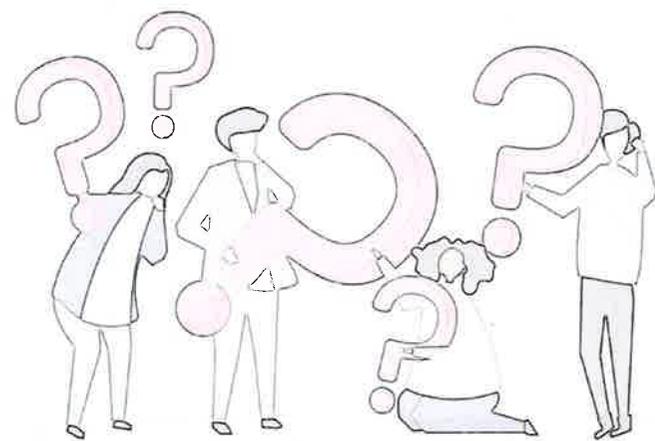
1. 此種空白補充規範構成刑罰之**空白構成要件**，使可罰性範圍不確定，嚴重影響人權，**違反刑罰法定主義**，此為國內多數研究經濟刑法學者之見解。
2. 而證交法第43條之1第3項之規定，其**構成要件不具備明確性**，自難期待從事股票買賣者之遵守。
3. 條文規定「預定五十日內取得」，文義解釋：「只要有預定取得之主觀意圖，不須有收購股份之行為，即成立犯罪」，因此之故，論者認為本條（即證交§43-1 III）之罪，**將成為處罰思想犯之規定**，非法治國原則下，所能允許。

吳庚前大法官《金融監管事務之依法行政問題》

2014.05.01 臺灣法學第247期

# 「50日內」包括「50日後」，是否違反刑罰規範明確性原則？

- 本案聲請人基於專業倫理，事前曾尋求專業律師徵詢主管機關指示，確認其行事合法。
- 多家法律事務所均曾詢問主管機關獲得相同之**合法確認**。
- 最終仍招致刑責，只因他們和任何人一樣，無法預見法律文字「五十日內」可以包含「五十日後」在內。



懇請大院  
賜為裁判

「50日內」包括「50日後」，立使犯罪成立構成要件陷於不明。

依釋432、522、680號等解釋，系爭規定為

1. 一般人**不能理解**，
2. 受規範者**不能預見**，且為
3. 從事**司法**審查者**不可確認**，

當然違反刑罰規範明確性原則。