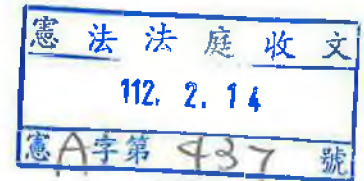


法規範憲法言詞辯論補充理由書

案號：110年度憲二字第67號



聲 請 人 陳湘銘 均詳卷

訴 訟 代 理 人 李元德律師

陳毓芬律師

吳子毅律師



1

2 為法規範憲法審查提出言詞辯論補充理由書事：

3 壹、系爭規定一至四涉及證券交易法(下稱證交法)，受規範者仰賴
4 相對人所提供之權威資訊，因此相對人負有提供據實詳細資訊
5 之義務。而於原因案件發生當下之時空環境，相對人對外提供
6 之資訊俱指系爭規定一至四之「預定取得」係指「交割取
7 得」，復於原因案件發生後，方認定簽約亦屬「預定取得」，
8 足證系爭規定一至四用語已賦予執法者恣意解釋之空間，故系
9 爭規定一至四違反刑罰明確性原則，至為灼然：

10 一、查學者薛智仁曾謂：「其他社會倫理非難色彩較為淡薄的犯罪，
11 一般受規範者通常必須取得國家所提供的權威資訊，才能得知何
12 種行為會被處罰。儘管如此，國家要確保人民取得刑法禁止特定
13 行為模式的權威資訊，並不一定要以國會通過之『法律』為媒
14 介，而是可以選擇任何一種途徑來傳達，例如主管機關隨時發
15 佈、同業公會宣導、媒體報導或網路流傳等。」(聲證65第623頁)

16 二、系爭規定一至四為空白刑法，須由相對人金管會(下所稱相對人
17 未特別指明者皆指金管會)以法規命令填補其構成要件，依釋
18 522、680之意旨，刑罰明確性原則雖係要求須自授權條款預見行
19 為之可罰性，而無須與法規命令合讀。惟如因系爭規定一至四為

1 空白刑法而認定受規範者對於法規範是否可預見應將法律及法規
2 命令合併觀察，則法規命令之內容對受規範者是否可預見即有所
3 影響，從而主管機關對於法規命令之解釋，亦影響受規範者是否
4 可預見法規範之適用範圍。

5 三、系爭規定一至四為證交法所定犯罪，與殺人、竊盜等自然犯有
6 別，屬法定犯，則國家所提供之權威資訊對於受規範者理解法
7 規範內容有所影響。基於下述理由，相對人於提供資訊予受規
8 範者時，應負有據實詳細提供資訊之義務：

9 (一)當人民請求行政機關提供解釋時，其本質上係請求行政機關提供
10 有關法令之資訊，核屬政府資訊公開請求之一環。

11 (二)政府資訊公開法之立法目的在於保障人民知的權利，而釋678肯
12 認基於憲法第11條規定，知的權利為憲法上所保障，學說上亦有
13 肯認政府資訊公開請求權為憲法第22條所保障之權利(聲證66)。
14 故政府資訊公開請求權具有憲法上之依據。

15 (三)基於基本權給付功能，人民享有請求政府資訊公開之權利，且政
16 府公開之資訊亦應為據實詳細之資訊。如請求政府資訊公開之權
17 利並未包含要求政府公開之資訊為據實詳細之資訊，形同容許政
18 府提供空洞或錯誤之資訊，此無異於使政府資訊公開請求權形骸
19 化。

20 (四)因此，行政機關基於人民之請求提供資訊時，即負有提供據實詳
21 細資訊之義務。就本件而言，聲證1號為相對人答覆人民詢問時
22 之回函，而如前述，對於人民之詢問，相對人負有提供據實詳細
23 資訊之義務，申請提供資訊之人民也享有要求相對人提供據實詳
24 細之資訊的權利，同時對於收受相對人回函之人民，基於對國家
25 機關之信賴，相對人既未認定詢問內所揭示之交易安排為違法，
26 則將聲證1號理解為相對人認定申請人問題所示交易安排合法，

1 自符常情。是以，聲證1號實已構成受規範者理解法規範之一
2 部。

3 (五)倘如相對人於言詞辯論時所述，聲證1號僅係抽象回覆，而未對
4 人民詢問問題為具體回覆，則相對人顯然未盡其提供據實詳細資
5 訊之義務。且如前述，因本件涉及刑罰規範，相對人之函覆或解
6 釋性行政規則亦構成受規範者理解法規範內涵之媒介，學者郭大
7 維於其所呈 鈞庭之專家諮詢意見書第8頁提及：「若涉及一些
8 專業用語，則可輔以主管機關函釋規定及相關證券商是否負有一
9 告知義務等作為判斷依據」即同此理。

10 (六)由聲證2號各法律事務所之法律意見書所載內容以觀，人民於詢
11 問相對人時，相對人均未敘明系爭規定二至四所定「取得」為意
12 思表示合致之債權契約。就本件而言，因相對人並未續訂明確之
13 行政命令以充實母法，於人民有疑時，又拒絕提供據實詳細資
14 訊，因而從未對受規範者敘明意思表示合致之債權契約，即為系
15 爭規定二至四之「取得」，足認相對人確未盡其提供據實詳細資
16 訊之義務，以致受規範者無從預見其行為之可罰性。

17 四、系爭規定一至四之構成要件，即「預定」、「取得」、「五十
18 日」等要件，已賦予執法者恣意解釋之空間，故系爭規定一至
19 四顯已違反刑罰明確性原則：

20 (一)相對人言詞辯論意旨書第6頁雖主張明確性要求非謂文義應具體
21 詳盡而無解釋空間，然而法律明確性原則亦不容許法律規定存在
22 適用法律者得以恣意解釋之空間。正如學者黃士軒於其所呈 鈞
23 庭之專家諮詢意見書第26頁所稱，當行為人認識的處罰範圍小於
24 法院所認識者，則因行為人無法預見其行為可罰，故構成要件未
25 明確；當行為人認識的處罰大於法院所認識者，則因行為人會自
26 己限縮行動自由，此時則也可以能因為處罰過度廣泛，而違反罪
27 刑明確性之要求。如法規存在恣意解釋之空間，則行為人認識的

1 範圍是否大於或小於法院所認識的範圍將陷於不確定，其結果將
2 導致行為人雖然無法預見其行為可罰，但仍自己限縮行動自由。
3 因此，法律明確性原則並不容許存在法律規定適用法律者得以恣
4 意解釋之空間。

5 (二)就本件而言，專家諮詢意見書對於系爭規定一至四之解釋有諸多
6 歧異(附表)。「取得」即有認為是簽約日，或交易日，或交割
7 日，甚至認為模糊不明。「預定」則有認為預定與取得同義，或
8 「預定」僅係是單純合意與「取得」無關，甚至認為「預定」為
9 贅字。而對於「預定取得」解釋的分歧導致預定於五十日後取得
10 是否受規範，不同的專家諮詢意見書有不同結論。而系爭規定之
11 立法目的也各有不同，使法律解釋失去準據。

12 (三)承前所述，在原因案件發生當下之時空環境，受規範者對於系爭
13 規定一至四之理解，事實上係透過法律、法規命令、聲證1號函
14 及聲證2號所載各法律事務所詢問相對人後之答覆共同構成。此
15 外，依相對人所呈 鈞院112年1月6日金管證交字第1110151161
16 號函第27頁所載「94年仲昱投資取得新永安有線電視」一案中，
17 該案涉及94年7月1日簽約及94年7月13日交割取得此二時點，而
18 相對人係以94年7月13日交割取得日作為移送事實，顯然相對人
19 過去亦係認為系爭規定一至四所定「取得」就係指交割取得。因
20 此，在原因案件發生當下之時空環境，受規範者經由法律、法規
21 命令、相對人所提供之權威資訊等，實無從預見系爭規定一至四
22 有如附表所示專家學者之諸多分歧解釋。

23 (四)況且，在本案發生後，於聲證25號函中，相對人法律事務處曾表
24 示「預定取得」可能以「預定取得之主觀意思」為判斷標準，亦
25 可能以「實際交割取得」為判斷標準，且特別表明「由於違反本
26 條規定者涉及刑事責任，其判斷宜審慎為之」。復於聲證26號即
27 相對人證期局95年12月21日復調查局北機組簽稿中明確表示，依

1 聲證25號函所載判斷標準，有關「預定取得」之認定將以事後取
2 得之證據資料為據，如係取得買進(交割)之資料，即採取「實際
3 交割取得」之判斷標準以買進(交割)認定構成「預定取得」，如
4 係取得股份買賣協議、約定等，即採取「預定取得之主觀意思」
5 之判斷標準，以簽約或訂定投資決策認定構成「預定取得」，以
6 致「預定取得」之涵義將隨著相對人調查所得資料不同而有所更
7 易。而「預定取得」涵義更易之結果，即如附表專家學者之意見
8 所示，亦一併使得「預定於五十日後取得」是否適用系爭規定一
9 至四有不同的結果。

10 (五)因此，「預定取得」此用語，實際上已賦予相對人在個案中恣意
11 選擇不同解釋之空間，故系爭規定一至四顯已違反刑罰明確性原
12 則。

13 貳、刑罰明確性原則不應以受規範者之專業能力作為放寬可預見性
14 標準之考量因素，且本件縱以專業能力為由放寬可預見性標
15 準，系爭規定一至四顯然仍違反刑罰明確性原則：

16 相對人主張針對特定類型的管制領域，如本件所涉金融管制領
17 域，應將受規範者界定為從事該等管制領域的專業工作者，而由
18 於該等管制領域的專業工作者本即具有該領域的專業知識，因此
19 應適用「專業人員預見可能性」云云。惟查：

20 一、查學者薛智仁曾謂：「每個人對於刑法文字的理解力及感受力不
21 同，對於規範事實的知識程度不同，接近刑法條款的可能性也不
22 同，我們根本無法界定出，具有何種知識能力或地位的人是整部
23 刑法或個別刑法條款所預設的『一般受規範者』。即使可以假設
24 出『一般受規範者』的特徵，法治國原則或法安定性的理念本身
25 並無法具體指出，刑法條款所要達成刑罰可預見性程度，究竟是
26 指一般受規範者有百分之九十或百分之五十的刑罰可預見性。縱
27 使不去界定一個量化標準，改成列舉出判斷可預見性應該參酌的

1 事實特徵，哪些事實特徵支持從寬認定可預見性，哪些事實特徵
2 支持從嚴認定可預見性，我們也缺乏任何更具體的規範性指導觀
3 點，去衡量彼此對立的事實特徵的比重，依衡量結果作成明確性
4 的論斷。換言之，以虛擬的『一般受規範者』為基礎，『可預見
5 性』判準根本沒有超越個人臆測之上的客觀內涵可言，任何有關
6 某個刑法條款之『可預見性』的判斷，既無法被具體地證成，也
7 無法被具體地否認。」、「值得注意的是，Seebode…進而反對
8 將受規範者之能力當成明確性判斷因素。其正確地指出，就算是一
9 個純正特別犯的構成要件(例如：公務員受賄罪)，欠缺特定資
10 格之人仍然可能成為本罪之共犯，明確性原則亦應擔保這些人對
11 於可罰性的可預見性。所以，刑法條款的明確性程度，總是必須
12 確保所有公民都可能預見行為之可罰性，沒有考量特定受規範者
13 之能力而調整的正當性。類似於此，Beaucamp…亦以無法確定受
14 規範者的特徵為由，反對將受規範者的範圍當成明確性的判斷因
15 素。」(聲證65第625頁、第628頁)。

16 二、按釋792蔡明誠大法官提出，黃虹霞大法官加入之協同意見書亦
17 謂：「…刑罰規定的對象，是一般的國民，所以法律規定應以
18 社會一般人(另稱『一般社會平均人』)，對於刑法禁止與處
19 罰內容均能理解，並就其規定意旨能作合理解釋的文字加以規
20 定，為其起碼的準則。於英美法國家，則由憲法上『正當法律
21 程序』原則，發展成『不明確無效原則』(void-for
22 vagueness)，亦即源自美國憲法增修第5條(適用於聯邦)及
23 第14條(適用於各邦)之實質正當程序保障(the substantive
24 due process guarantee)。另有所謂『民眾理解準則』，刑罰
25 規定由通常知識者(men of common intelligence)觀點加以理
26 解。」(聲證67)。

1 三、承前所述，在美國聯邦最高法院判決中，模糊無效原則可以說是
2 罪刑法定原則（*nulla poena sine lege*）解釋適用的首要環節¹，其
3 判決中關於可預見性標準均以「一般人」（*ordinary people*）²的
4 可預見性為判斷標準，強調應該以具有「普通理解能力者」
5 （*people of common intelligence*）³或「一般理解能力」
6 （*ordinary intelligence*）⁴為標準，才符合模糊無效原則針對刑罰
7 規定所要求的「公平告知」（*fair notice*）⁵。至於刑罰法規的明
8 確程度是否足使一般人得預見其行為構成犯罪，應由法制定主體
9 負舉證責任，而非由受規範者負舉證責任⁶。

10 四、系爭規定二所定受規範主體為「任何人」，就法律解釋而言，
11 應指「一般人」，所以，系爭規定所應適用的預見可能性標準，
12 自應是一般人的預見可能性。詳言之，依文義解釋可知系爭規定
13 二之規範對象不僅止於金融管制領域的專業人員，而是包括任何
14 可能從事系爭規定一至四所定行為且不具專業人員身份之一般人在
15 內。況系爭規定之立法理由並未強調受規範者以專業人員為主，
16 也可得知「一般人的預見可能性」是唯一正解。如果囿於個案
17 當事人之專業身份，而將系爭規定的預見可能性曲解為「專業
18 人員的可預見性標準」，則無異於將系爭規定中「任何人」此一
19 受規範對象的可預見性標準，一律提高至具有專業訓練甚至證照
20 的專業人員—包括專精該管制領域的律師、會計師、專家學者等
21 在內—所適用的標準，不但極其荒謬，對於受規範對象的權利保

¹ Jerome Hall, *Nulla Poena Sine Lege*, 47 YALE L. J. 165, 165 (1937).

² *United States v. Davis*, 139 S. Ct. 2319, 2323 (2019).

³ *Connally v. Gen. Constr. Co.*, 269 U.S. 385, 391 (1926).

⁴ *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612, 617 (1954).

⁵ See Paul J. Larkin, *The Folly of Requiring Complete Knowledge of the Criminal Law*, 12 LIBERTY U. L. REV. 335, 343-45 (2018).

⁶ *United States v. Davis*, 139 S. Ct. 2319, 2323, 2325 (2019).

1 護，顯有失衡且不利的效果⁷。尤其本件係屬法規範違憲審查，
2 採取專業人員預見可能性標準所導致的推論後果，尤其不合理。

3 五、況且，系爭規定二所定一定比例係授權由相對人補充其內涵，倘
4 若得以20%之比例對公司經營權有影響為由，認定系爭規定二之
5 受規範者皆為具有專業能力之人，並進而放寬可預見性之標準，
6 則如相對人復將一定比例訂為1%，此際是否又不得放寬可預見性
7 之標準？是以，如以比例之多寡作為考量是否放寬可預見性標準
8 之因素，則可預見性標準是否放寬即取決於相對人如何訂定比
9 例，形同由相對人實質決定可預見性之標準，而非由憲法法庭決
10 定可預見性之標準，如此憲法之規範意旨勢必落空。

11 六、如前學者所述，可預見性標準既無法被證成，也無法被否證，可
12 預見性標準可因受規範者之專業能力而放寬之主張，問題即在於
13 所謂「專業能力」之內容及事實特徵為何？如何證成受規範者之
14 專業能力及事實特徵得以影響可預見性標準？其所占權重為何？
15 為何是放寬而非嚴格可預見性標準？此事實特徵與法律效果(如
16 本件係以刑罰相繩)之間的權重為何？因此，如以受規範者之專
17 業能力為由放寬可預見性標準，最終結果僅係出於臆測而非實
18 證，不過使可預見性標準更為浮動而使可預見性標準本身更不明
19 確。

20 七、況系爭規定一至四涉及刑罰，而如前述，欠缺專業能力之人仍然
21 可能成為系爭規定一至四之共犯，因此刑罰明確性原則之考量亦
22 應包含這些欠缺專業能力之共犯在內，學者薛智仁於其所呈鈞
23 庭鑑定意見書第52頁所稱：「系爭規定之受規範者，通常係擁有
24 資力或專業知識參與公司併購之人」，與其前關於聲證⁶⁵所採立

⁷ 類似見解可參見 Paul J. Larkin, *The Clean Water Act and the Void-for-Vagueness Doctrine*, 20 GEO. J. L. & PUB. POL'Y 639, 650-52 (2022).

1 場相悖，並不可採。所以就系爭規定一至四之刑罰規定而言，更
2 欠缺以專業能力調整可預見性標準之正當性。

3 參、退萬步言，縱使得以受規範者之專業能力為由放寬可預見性標
4 準，然系爭規定四「預定於五十日內取得公開發行公司已發行
5 股份總額百分之二十」之規定方式，即使為專業之受規範者，
6 亦無從預見其行為有遭受刑罰風險之範圍為何：

7 一、以規範公開收購程序之「五十日」，作為系爭規定四違反強制
8 公開收購刑罰構成要件「五十日內」之文義具可預見性之論證
9 方式，顯有謬誤：

10 相對人雖於其言詞辯論意旨書第9頁第12行以下，以及第13頁第
11 11至第19行，引證交法第43條之1第2項及公開收購公開發行公司
12 有價證券管理辦法(下稱管理辦法)第2條第1項、第18條第1項等
13 規定，主張系爭規定四違反強制公開收購刑罰構成要件「五十日
14 內」之文義具可預見性(學者薛智仁之鑑定意見書第56頁第1至7
15 行亦同相對人意見)云云。然查：

16 (一)94年4月29日修正之證券交易法第43條之1第2項規定：「不經由
17 有價證券集中交易市場或證券商營業處所，對非特定人為公開收
18 購公開發行公司之有價證券者，除左列情形外，應先向主管機關
19 申報並公告後，始得為之：……」；系爭規定三則規定「依第二
20 項規定收購有價證券之範圍、條件、期間、關係人及申報公告事
21 項與前項之一定比例及條件，由主管機關定之。」

22 (二)94年6月22日修正公布之管理辦法第2條第1項則規定，「本辦法
23 所稱公開收購，係指不經由有價證券集中交易市場或證券商營業
24 處所，對非特定人以公告、廣告、廣播、電傳資訊、信函、電
25 話、發表會、說明會或其他方式為公開要約而購買有價證券之行
26 為。」；管理辦法第7條第1項規定「公開收購公開發行公司有價
27 證券者，除有本法第四十三條之一第二項第一款至第三款情形

1 外，應向本會申報並公告後始得為之。」；管理辦法第18條第1
2 項則規定：「公開收購之期間不得少於十日，多於五十日。」

3 (三)由上開公開收購程序相關規定可知，**購買人之公開收購**於向主管
4 機關申報並公告後開始。可知，公開收購程序五十日期間之計
5 算，有明確之起始日，且該五十日為公開收購原則上最長之期
6 間。

7 (四)反觀系爭規定四，雖亦使用「五十日內」之文字，然該五十日並
8 不如前開公開收購程序所定「五十日」，具明確之起算基準日，
9 已使人無法預見行為可罰性之風險範圍。

10 (五)又五十日既為公開收購程序之期間上限，而非期間下限，自無法
11 藉由此「五十日」之犯罪構成要件，實現相對人所主張之系爭規
12 定三「避免短期大量收購股份致影響個股價格」之立法目的。欲
13 達到避免短期大量收購股份影響股價立法目的者，毋寧應係藉由
14 管理辦法第18條第1項前段所定之「不得少十日」，而非此「五
15 十日」，實甚灼然。

16 (六)系爭規定四之五十日既無不如依證交法第43條之1第2項進行之公
17 開受購程序有明確之起算點，且又屬公開收購之期間上限，無法
18 實現系爭規定三之立法目的，則因公開收購程序有「五十日」之
19 規定，即稱系爭規定四違反強制公開收購刑罰構成要件「五十日
20 內」之文義具可預見性云云，此種論證方式，顯有謬誤。

21 **二、以公開收購程序「要約而購買」之概念，解讀系爭規定四違反**
22 **強制公開收購刑罰構成要件「取得」之意義，亦將使「預定於**
23 **五十日內取得」此一刑罰構成要件欠缺明確性：**

24 (一)依相對人之主張，系爭規定二及系爭規定四之「預定」即指「事
25 先約定」（請參相對人言詞辯論書第12頁第4行以下）。既曰「事
26 先」之「約定」，此「約定」必係指於某「事」之先，該「事」

1 即應指「取得」而言。如此，「預定取得」當係指於「取得」之
2 先的約定。「預定」與「取得」應有先後順序。

3 (二)然相對人同時認為系爭規定二及系爭規定四之「取得」，與管理
4 辦法第2條第1項公開收購之「要約而購買」意義相同，亦即只要
5 有債權行為之合意，即屬「取得」。

6 (三)依相對人之主張，預定既為「約定」，「取得」又僅以「債權行
7 為之合意」為已足，如此預定之「約定」即等同「債權行為之合
8 意」。易言之，此時預定已非先於取得之約定，而係一經預定即
9 等同取得，「預定」與「取得」已不存在先後順序，故系爭規定
10 四「預定於五十日內取得」，因「預定」即「取得」，使得「五
11 十內」此一要件形同虛設，亦永遠不可能發生「預定於五十日外
12 (後)取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十」之情事。如
13 此，無異原本設定之可罰範圍係「預定於五十日內取得公開發行
14 公司已發行股份總額百分之二十」，然即使行為人「預定於五十
15 日外(後)取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十」，亦將
16 受罰。

17 (四)系爭規定四使用「五十日內」作為刑罰構成要件之一部分，而
18 「內、外」乃明顯具對立性(或對照性)之概念。當刑罰構成要件
19 採用「內」此一文字時，應係同時在表明「外(後)」即非屬應受
20 處罰範圍。即使專業之受規範者，亦不可能預見刑罰構成要件係
21 規定「預定於五十日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之
22 二十」，但即使「預定於五十日(外)取得公開發行公司已發行股
23 份總額百分之二十」，亦有遭受刑事處罰之風險。

24 (五)綜上，系爭規定四以「預定於五十日內取得公開發行公司已發行
25 股份總額百分之二十」作為犯罪構成要件，將使得原本非其所欲
26 規範之「預定於五十日後取得公開發行公司已發行股份總額百分
27 之二十」，亦落入可罰範圍，此種結果，顯非專業之受規範者所

1 得預見，其不符釋522、680所揭示之刑罰明確性原則，甚為灼
2 然。

3 三、末查，縱使得以受規範者之專業能力為由放寬可預見性標準，然
4 此一論理無非係課予受規範者更多規範探知義務。然如前述，相
5 對人未盡其提供據實詳細資訊之義務，且專家學者對於系爭規定
6 一至四之解釋多有分歧，因此即使以受規範者之專業能力為由放
7 寬可預見性標準，考量受規範者即使盡其規範探知義務，仍無法
8 預見「取得」係指意思表示合致之債權行為，故即使採取以專業
9 能力為由放寬可預見性標準，系爭規定一至四顯然仍違反刑罰明
10 確性原則。

11 肆、主管機關與刑事法院對於法規範解釋不一致縱有刑法第16條所
12 定禁止錯誤之適用，但因刑罰明確性原則有超越個人罪責之功
13 能，故仍應以刑罰明確性原則檢視法規範。甚者，如本件涉及
14 空白刑法之情形，相對人所為之法規命令及解釋同時構成法規
15 範之內涵，因此，難以要求受規範者於行為時得以預見主管機
16 關與刑事法院解釋不一致之情形，則主管機關與刑事法院解釋
17 不一致之風險不僅不應由受規範者承擔，而刑事法院之解釋如
18 與主管機關解釋不一致時，即形同經由解釋修改法規範之內
19 容，使得受規範者認識的處罰範圍小於刑事法院所認識，依學
20 者黃士軒之意見，此際因行為人無法預見其行為可罰，故構成
21 要件不符合刑罰明確性原則：

22 一、查學者薛智仁有謂：「如果刑法條款的不明確程度，並不影響行
23 為人預見違反法秩序的可能性，不論是誤認行為不構成犯罪，或
24 是誤認行為只會受到較輕的刑罰，都不會改變罪責非難的程度。
25 在此範圍內，刑法明確性的保障超出實現罪責原則所必要的程
26 度。由此可知，如果保障刑罰可預見性的目的在實現罪責原則，
27 刑法明確性之要求只要到達保障行為人可預見行為違反法秩序之

1 禁止或誠命規範即可，沒有必要提升至對可罰性與刑罰效果的可
2 預見性。換言之，罪責原則並不是刑法明確性的根本理由。我們
3 充其量只能說，刑法明確性保障受規範者的刑罰可預見性，具有
4 實現罪責原則的附帶效果，但是其所欲達成的功能超越個人罪責
5 的建構。」(聲證65第621頁)。

6 二、如前學者所述，刑罰明確性原則之功能應超過罪責原則，實現罪
7 責原則僅是附帶效果，故主管機關與刑事法院對於法規範解釋不
8 一致縱有刑法第16條所定禁止錯誤之適用，但因刑罰明確性原則
9 有超越個人罪責之功能，故仍應以刑罰明確性原則檢視法規範。
10 倘若因刑法第16條規定存在而認定主管機關與刑事法院對於法規
11 範解釋不一致之情形恆與刑罰明確性原則無涉，顯然係忽視刑法
12 條款本身的「預先定錨」特質，並使得刑罰明確性原則成為具
13 文。茲以釋777為例，倘若認為，「肇事」部分語意所及之範圍
14 包括「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或過失」
15 (因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失)所致之事故，如
16 個案中有駕駛人主觀上認為「非因駕駛人之故意或過失」所致之
17 事故並無刑法第185條之4規定之適用，但刑事法院認定刑法第
18 185條之4所定「肇事」亦包含「非因駕駛人之故意或過失」所致
19 之事故，難道僅得以此屬駕駛人有無禁止錯誤為由，否定刑法第
20 185條之4所定「肇事」不符合刑罰明確性原則？難道得以「肇
21 事」部分語意所及之範圍包括「因駕駛人之故意或過失」或「非
22 因駕駛人之故意或過失」所致事故為由，從而基於薄冰原則認定
23 駕駛人對於「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或
24 過失」所致之事故均得預見有刑法第185條之4規定之適用，故否
25 定刑法第185條之4所定「肇事」不符合刑罰明確性原則？是以，
26 個案中受規範者本身有無刑法第16條所定禁止錯誤之適用與系爭
27 規定一至四違反刑罰明確性乙節並無關連，亦非如學者薛智仁所

1 呈 鈞庭鑑定意見書第53頁所載，僅以刑法第16條規定作為保障
2 受規範者不受過苛刑罰的方式，而無須檢討系爭規定是否符合刑
3 罰明確性原則。

4 三、甚者，如本件所涉空白刑法，系爭規定四補充系爭規定一至三，
5 且其中「五十日內」及「百分之二十」等要件，更主導並形塑系
6 爭規定一至三之適用範圍。是此情形，相對人對於系爭規定一至
7 四之解釋，猶如法律中的立法定義，亦屬構成法規範內涵之一部
8 分。因此，無法要求受規範者得以預見主管機關與刑事法院之解
9 釋不一致。如果要求受規範者在行為時得以預見主管機關與刑事
10 法院之解釋不一致，而此不一致之情形又未違反刑罰明確性原
11 則，勢必使受規範者限縮自己的行動自由。因此，藉辭歸因於刑
12 法第16條規定，並無法彌補法規範未盡合理告知以致對受規範者
13 發生寒蟬效應之瑕疵，亦無法治癒系爭規定一至四違反刑罰明確
14 性原則之違憲性。

15 四、承前所述，如空白刑法發生主管機關與刑事法院之解釋不一致之
16 情形，即形同經由解釋修改法規範之內容，使得受規範者認識的
17 處罰範圍小於刑事法院所認識，則依前述學者黃士軒之意見，因
18 受規範者無法預見行為之可罰性，故亦違反刑罰明確性原則。

19 五、末查，釋646林子儀、李震山大法官共同提出不同意見書曾謂：

20 「末按立法者以抽象危險犯之模式訂定系爭規定，…多數意見…
21 指明以刑事訴訟法關於微罪不舉、緩起訴，以及刑法關於刑之酌
22 減、緩刑等規定，作為避免過苛刑罰發生之方法。…惟不論是適
23 用…刑事訴訟法及刑法規定，…，終究繫乎執法者與審判者個人
24 主觀上之善意裁量，且有可能形成執法或審判差異之結果。」
25 (聲證68)。是以，刑法第16條規定於個案中是否適用繫諸於執法
26 者之主觀裁量，無法排除系爭規定之違憲瑕疵，故刑法第16條規

1 定於個案中之適用與系爭規定一至四違反刑罰明確性原則之違憲
2 瑕疵間確無關聯。

3 **伍、就比較法之觀點，系爭規定一至四違反刑罰明確性原則：**

4 一、就比較法而論，美國聯邦最高法院基於「正當法律程序」，致力
5 為「模糊無效原則」勾勒出宣告法律因過度模糊而無效的意涵。
6 至於美國聯邦最高法院如何判斷是否違背模糊無效原則導致無
7 效，端視是否滿足以下條件⁸：

8 (一)法規是否「合理告知」(fair notice)受規範者何種行為合法而何
9 等行為遭到禁止。亦即對於具有「一般理解能力」的受規範者，
10 是否因未受合理告知，而致其在無知情境下違法。就此而言，模
11 糊的法規範無異於引人入罪，甚至使受規範者因為可能擔心動輒
12 得咎而裹足不前，產生寒蟬效應。

13 (二)模糊的法規範是否因而賦予職司執法的行政機關恣意且不受限的
14 權力，可以憑藉期主觀好惡執行法律、逮捕或起訴受規範者。就
15 此而言，模糊無效原則亦有控制權力濫用的功能。

16 二、以上判準於美國聯邦最高法院關於模糊無效原則的幾個重要判決
17 中，均可看出明確的表述，並且進而適用該原則宣告法規無效，
18 分述如下：

19 (一)於2018年Sessions v. Dimaya判決中，強調模糊無效原則是要讓人
20 民受合理告知法規範所適用之行為，即透過明定的法律標準，以
21 免執法者以恣意或歧視的方式執行或解釋法律。Gorsuch大法官於
22 協同意見開宗明義地指出「模糊的法律招致濫用的權力」(Vague
23 laws invite arbitrary power)，即為此理⁹。

24 (二)在2019年United States v. Davis判決中，聯邦最高法院更是直指
25 「在我國憲法秩序下，模糊的法律根本不是法律」(In our constitu-

⁸ See generally Emily M. Snoddon, *Clarifying Vagueness: Rethinking the Supreme Court's Vagueness Doctrine*, 86 U. CHI. L. REV. 2301, 2302-7 (2019).

⁹ 138 S. Ct. 1204, 1224 (2018).

1 tional order, a vague law is no law at all); 正因為如此，司法者對待
2 模糊的法規範，其職責並不是透過探究受規範者是否具有特定專
3 業背景而具有較高能力可以預見恣意執法的風險，或者代為創設
4 明確的新法規以取代模糊的係爭法規，而是應該直接宣告其無
5 效。

6 三、當代行政機關的管制權能不斷擴張，在行政管制法規中大量納入
7 刑罰手段的現象，即行政管制型犯罪（regulatory crimes）大量出
8 現，系爭規定一至四即屬適例。此類行政管制型犯罪本質上並非
9 必然罪惡，甚至根本毋需滿足「違法意識」（mens rea）的條件，
10 也就是受規範者很可能根本無從理解自己正在從事違法行為。正
11 因為如此，模糊無效原則對於不可能熟稔此類法規的「一般人
12 民」（ordinary people）所發揮的「告知其何種行為將受處罰」此
13 一事前警告功能即有其重要性，並應嚴格審查。

14 四、如前所述，系爭規定一至四之文字賦予相對人恣意解釋之空間，
15 對受規範者產生寒蟬效應，由前述聯邦最高法院所揭示之模糊無
16 效原則而論，系爭規定一至四顯已違反刑罰明確性原則。

17 陸、聲請人並非在爭執終局確定判決之解釋正確與否，且會發生終
18 局確定判決解釋正確與否之疑義，其終局問題所在，仍係因系
19 爭規定一至四不符刑罰明確性原則，故相對人主張，本件僅係
20 爭執終局確定判決之解釋正確與否之爭議，而與系爭規定一至
21 四是否符合刑罰明確性原則無關云云，顯不可採；

22 一、查學者薛智仁曾謂：「強化刑法條款的明確性較能發揮事前預測
23 的作用。…亦即，刑事法院對於刑法條款發展出固定裁判，必
24 定是完成在刑法條款公布一段時間之後，在此之前受規範者只
25 能面對難以測度適用範圍的刑法條款…相對於此，倘若強化立
26 法者制訂明確刑法條款的要求，對於已可預見的案件群組設計具
27 體的可罰性要件，而不是逕自遁入難以辨識保護法益與所禁止之

1 行為模式的概括條款，縱使刑事法院欠缺充分機會與時間對於某
2 些案件群組累積固定裁判，也不至於使受規範者處於無所依循的
3 狀態。事實上，刑法條款這種『預先定錨』的特質，也是刑事
4 立法者成為刑法明確性的優先訴求對象的理由之一，而不是滿
5 足於刑事法院對於刑法條款的事後具體化。」（聲證65第633頁
6 至第634頁）。

7 二、本件並非裁判憲法審查，聲請人亦非在爭執終局確定判決對於系
8 爭規定之解釋正確與否，而是爭執系爭規定一至四所賦予恣意解
9 釋適用空間是否符合刑罰明確性原則。況且，認定終局確定判決
10 對於系爭規定一至四之解釋正確與否，如釋697羅昌發大法官不
11 同意見書所述，需以有一正確而無歧異之解釋存在，而一正確而
12 無歧異之解釋是否存在，則涉及系爭規定一至四是否得經由法學
13 解釋方法獲致單一合理之解釋以符合刑罰明確性原則。是以，之
14 所以會發生終局確定判決對於系爭規定一至四之解釋正確與否之
15 疑義，其終局問題之所在，仍是因系爭規定一至四不符刑罰明確
16 性原則。而在法規範憲法審查的架構下，即使認定聲請人有對終
17 局確定判決對於系爭規定解釋正確與否爭執之意（僅假設語，聲
18 請人否認之），亦不排除聲請人得同時對其延伸之終局問題，即
19 系爭規定一至四是否符合刑罰明確性原則一併爭執。因此，對終
20 局確定判決對於系爭規定一至四之解釋正確與否，與系爭規定一
21 至四是否符合刑罰明確性原則，並非零和關係，相對人主張本件
22 事涉系爭規定一至四之解釋正確與否，故與系爭規定一至四是否
23 符合刑罰明確性原則無涉云云，自不可採。

24 三、如前所述，刑法明確性的要求並不是滿足於刑事法院對於刑法條
25 款的事後具體化，亦非放任受規範者在有刑事法院判決之前獨自
26 面對難以測度適用之刑法規定，故刑事法院事後的解釋並不足以
27 影響系爭規定是否符合刑罰明確性之判斷，且如以事後仍有刑事

1 法院解釋為由，即逕認定系爭規定一至四符合刑罰明確性原則，
2 則毋寧是架空刑罰明確性原則。是以，相對人於言詞辯論程序所
3 稱因行政機關之見解後續尚有司法審查，故系爭規定一至四仍符
4 合刑罰明確性原則云云，自不可採。

5 **柒、脫法行為非刑法概念，且有關聲請人是否規避系爭規定之脫法**
6 **行為，事涉個案認定，而本件為法規範憲法審查，個案交易之**
7 **情節本非系爭規定合憲與否應考量之因素，惟因相對人於言詞**
8 **辯論時一再指摘聲請人規避系爭規定，茲以法規範憲法審查之**
9 **角度，陳述如下：**

10 一、查學者薛智仁有謂：「積極一般預防觀點可以取而代之成為刑法
11 明確性的理論根據，因為不論是要穩定社會上既有的行為規範，
12 或是落實社會所冀望的行為規範，都有賴於法律清楚規定其所處
13 罰的行為模式，如果欠缺明確的規定，刑法就不可能產生形成
14 守法意識的效果。」(聲證65第622頁)。

15 二、由前述可知，守法意識形成的前提在於明確的規定，而與守法意
16 識相對的違法意識，亦應同樣以明確的規定為前提，否則當規定
17 不明確時，是否違反規定本身即有待討論，又如何判斷有違法意
18 識。同理，相對人一再指摘聲請人係規避系爭規定，姑不論本件
19 為法規範憲法審查，個案情節本非審理範圍。且系爭規定之文字
20 因賦予相對人恣意解釋之空間，根本與刑罰明確性原則不符，在
21 系爭規定不明確之情形下，聲請人又如何規避系爭規定。

22 三、況且，聲請人係以取得係指交割取得理解系爭規定一至四，則一
23 次簽約分段交割本為系爭規定一至四所容許之行為態樣。申言
24 之，基於私法自治契約自由，以及「刑法的片斷性」
25 (Fragmentarität des Strafrechts，請參聲證64)，未被刑法明
26 文處罰之行為實非犯罪，聲請人本即享有依其需求及計畫安排交
27 易之權利，此亦屬聲請人所理解系爭規定一至四所容許之行為態

1 樣，核無濫用契約自由以規避刑事處罰之情形。而聲請人基於對
2 系爭規定一至四之理解安排交易，實無規避任何法令之意圖，反
3 而是遵守系爭規定一至四之展現。更不容相對人以其事後反覆之
4 解釋，而無視行為時當下的時空背景，進而指摘聲請人有規避法
5 令之意圖。

6 捌、系爭規定一至四此類涉及法定犯之刑罰規定，不應直接適用薄
7 冰原則。無論有無薄冰原則之適用，系爭規定均違反刑罰明確
8 性原則：

9 一、學者 Joseph Raz 曾謂，如某刑罰規定是一般社會大眾在毋需進行
10 道德思辯（moral deliberation）的前提下，便能予以遵循，嚴格
11 說來，才能算是具有法律原則的地位¹⁰，而學者 Jeremy Waldron
12 則是主張，只要提醒社會大眾在某些情況下必須進行道德思辯，
13 便能執行上述的引導功能，使社會大眾得以遵循¹¹。相較於 Lord
14 Morris 最初所提出的薄冰原則原始內容，認為只要是立法者透過
15 法律宣示有損公共道德（public morals）的特定行為應以刑罰處
16 罰，則受規範者即應負擔注意義務。Waldron 所詮釋的薄冰原
17 則，則是限縮在特定行為內在本質即屬違反道德的自然犯（mala
18 in se）時，才有適用餘地。

19 二、申言之，Waldron 針對薄冰原則的分析正確地指出，如受規範的
20 行為僅限於具有自然犯特質，可以說受規範者已經獲得公平告
21 知，並通常知悉自己的行為已經涉入道德上不確定的領域，具有
22 違法可預見性。換言之，因為該等受禁止之行為，在本質上即屬
23 錯誤的行為，而不是透過國會立法行為將其界定錯誤而應受刑罰
24 的行為，因此，在可預見性方面，自然比較不容易引發爭議。從
25 Waldron 的分析角度來看，系爭規定一至四屬典型透過國會立法

¹⁰ See JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN 217 (1994).

¹¹ Jeremy Waldron, *Vagueness and the Guidance of Action*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATION OF LANGUAGE IN THE LAW 58 (Audre Marmor & Scott Soames, eds., 2011).

1 行為才具有錯誤屬性、應受刑罰的法定犯，而非具有自然犯特質
2 的受規範行為，因此，薄冰原則即無適用之餘地。

3 三、以薄冰原則的內涵而言，其實是要要求受規範者就其行為應該承擔
4 相當高程度的遭受刑罰風險：如果受規範者是知悉薄冰事實，則
5 落水的過錯在於受規範者，如果受規範者並不知悉薄冰事實，仍
6 然很可能必須承擔過錯和法律責任，因為受規範者本應知悉薄冰
7 事實。換言之，薄冰原則賦予受規範者相當高的注意義務，無論
8 是與罪刑法定原則之間，或是與模糊無效原則之間，都具有相當
9 明顯的緊張關係。因此，如何謹慎且正確地解釋和適用薄冰原
10 則，對於人民基本權利的保護而言，當屬重要關鍵。是以，因系
11 爭規定一至四為法定犯，故本件即使有薄冰原則之適用，亦不應
12 將可預見性標準放寬至專業人標準。

13 四、末查，囿於預見能力的有限，身負複雜沈重管制任務的國家，對
14 於薄冰的掌握固然難求周全，因此必須由立法部門透過母法授權
15 行政部門制定補充規範，固無不可，但是，立法部門對行政部門
16 的指示和監督是否明確充分，尤其是以刑罰作為管制手段時，更
17 屬重要。若是立法部門過快過廣地棄守其指示和監督的職責，放
18 任行政部門在母法授權下取得可以恣意以刑罰處罰人民的權力，
19 亦即，當受規範者即使是在專業律師的協助之下，都無從確定特
20 定行為是否屬於禁止之列時，將不僅是使人民置於薄冰風險而
21 已，更會導致人民不知如何守法的手足無措狀態和寒蟬效應當
22 中，畢竟，當立法者自己創設了薄冰狀態，那麼幾乎等於扼殺了
23 溜冰的空間。因此，涉及刑罰的空白授權明確性即應受更嚴格的
24 審查。就本件而言，系爭規定一至三即屬立法者自行創設之薄冰
25 狀態，而系爭規定一至四複合觀察後，受規範者仍無從預見其行
26 為有遭受刑罰風險之範圍，已如前述，確已扼殺溜冰的空間，故
27 系爭規定一至四確已違反刑罰明確性原則。

1 供證明或釋明用之證據

證據編號	證據名稱或內容	備註
聲證65	薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，臺大法學論叢第44卷第2期。	影本
聲證66	李震山，資訊權—兼論監視錄影器設置之法律問題，收於：多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心。	影本
聲證67	釋792蔡明誠大法官提出，黃虹霞大法官加入之協同意見書	影本
聲證68	釋646林子儀、李震山大法官共同提出不同意見書	影本

2

3 附屬文件之名稱及其件數

文件編號	文件名稱或內容	備註
附表	專家學者意見一覽表	

4

5 此致

6 憲法法庭 公鑒

7 中華民國 112 年 2 月 14 日

8

具狀人 陳湘銘

9

撰狀人 李元德律師

10

吳子毅律師

