

# 憲法法庭 110 年度憲二字第 67 號鑑定意見書

薛智仁

國立台灣大學法律學院教授

本人受囑託於憲法法庭 110 年度憲二字第 67 號聲請解釋案件擔任鑑定人，就證券交易法第 43 條之 1 第 3 項、第 4 項、第 175 條第 1 項有關違反同法第 43 條之 1 第 3 項刑責規定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，有違反授權明確性原則、刑罰明確性原則之疑義，提出鑑定意見書。

## 目次

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| 壹、空白刑法之基本概念.....                    | 2  |
| 一、空白刑法之定義、效力與分類.....                | 2  |
| 二、空白刑法之正面效益與負面影響.....               | 3  |
| 貳、大法官之刑法規範明確性審查標準.....              | 4  |
| 一、完整刑法之明確性審查標準：法律明確性原則.....         | 4  |
| 二、空白刑法之明確性審查標準：授權明確性原則與刑罰明確性原則..... | 6  |
| 三、分析檢討.....                         | 7  |
| 參、罪刑法定原則之刑法明確性審查標準.....             | 9  |
| 一、刑法明確性之規範功能.....                   | 9  |
| 二、刑法明確性之兩種面向.....                   | 10 |
| 三、刑法明確性之審查標準.....                   | 14 |
| 四、重新檢視大法官之刑法明確性審查標準.....            | 15 |
| 五、小結.....                           | 21 |
| 肆、本案系爭規定一至四之明確性審查.....              | 22 |
| 一、系爭規定一至四之規範結構.....                 | 22 |
| 二、系爭規定一之刑法明確性審查.....                | 23 |
| 三、系爭規定二之法律明確性審查.....                | 29 |
| 四、系爭規定三之授權明確性審查.....                | 29 |
| 五、系爭規定四之法律保留原則審查.....               | 30 |
| 伍、對爭點題綱之回覆.....                     | 30 |

## 壹、空白刑法之基本概念

### 一、空白刑法之定義、效力與分類

刑法規範係由犯罪構成要件與刑罰效果所組成，在具體行為符合犯罪構成要件時，法院得在法定刑範圍內宣告適當的刑罰。依據國會立法者是否自行完整規定犯罪構成要件，刑法規範可被區分為「完整刑法」與「空白刑法」。「完整刑法」係指國會立法者在同一法條裡完整規定犯罪成立要件與刑罰效果，例如刑法第 271 條第 1 項「殺人者，處死刑、無期徒刑或十五年以上有期徒刑。」，絕大多數的刑法規範屬於此種類型。相對地，「空白刑法」係指國會立法者僅自行規定系爭犯罪之刑罰效果，犯罪構成要件的一部或全部以其他法律、行政命令、自治章程或行政處分予以補充之刑法規範<sup>1</sup>。例如懲治走私條例第 2 條第 1 項之私運管制物品罪規定「私運管制物品進口、出口者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」同條第 3 項規定「第一項之管制物品，由行政院依下列各款規定公告其管制品項及管制方式...」，國會立法者不自行定義「管制物品」，而係交由行政院以行政命令補充之。換言之，私運管制物品罪之犯罪構成要件，必須結合懲治走私條例第 2 條第 1 項「私運管制物品進口、出口」及行政院公告「管制品項及管制方式」之行政命令，始屬完整。

空白刑法的犯罪構成要件一部或全部以其他法律、行政命令或行政處分予以補充，對於補充規範發生形式與實質的法律效力<sup>2</sup>。就形式效力而言，在空白刑法指示的效力範圍之內，其所指示適用的其他法律、行政命令或行政處分，被整合成為空白刑法的犯罪構成要件一部分，取得刑罰法律的法律性質<sup>3</sup>；但是在空白刑法的效力範圍之外，這些補充規範仍維持其原先的非刑罰法律、行政命令或行政處分的法律性質。就實質效力而言，在規範理論的觀點下，刑法規範係由行為規範與制裁規範所組成，行為規範禁止或要求受規範者實施一定的行為，制裁規範授權法院對於違反行為規範之人宣告有罪並施加刑罰<sup>4</sup>。空白刑法所指示適用其他法律、行政命令或行政處分，原本就含有要求人民從事一定作為或不作為的行為規範，國會立法者將其整合為犯罪構成要件的一部分，對於違反系爭行為規範的舉止施加刑罰，係以刑

<sup>1</sup> 另可參考林鈺雄，新刑法總則，10 版，2022 年，頁 64；林書楷，刑法總則，6 版，2022 年，頁 41-42。

<sup>2</sup> Nils Ströle, Die strafrechtliche Rückverweisungstechnik, 2022, S. 41 ff.

<sup>3</sup> 因此，空白刑法之補充規範變更應是法律變更，而不是司法院釋字第 103 號解釋及最高法院向來主張之事實變更，有刑法第 2 條第 1 項後段從輕原則之適用。此為刑法學說之壓倒性見解，僅參考黃榮堅，基礎刑法學（上），4 版，2012 年，頁 114-115；林鈺雄，註 1，頁 65；林書楷，註 1，頁 42-43。

<sup>4</sup> Vgl. Ivo Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 569 ff.; Otto Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 78 ff.; 許澤天，刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，收錄於：黃舒芃主編，憲法解釋之理論與實務（第七輯），2010 年，頁 266-270。

事制裁規範擔保系爭行為規範的效力。以前述之私運管制物品罪為例，行政院公告之「管制品項與管制方式」，透過懲治走私條例第2條第1、3項規定，形式上被整合為私運管制物品罪之犯罪構成要件的一部分，其管制物品進出口之行為規範效力，則是在實質上獲得刑事制裁規範的擔保。

空白刑法指示適用其他法律、行政命令或行政處分補充犯罪構成要件，實際的指示方式相當多元；就空白刑法明確性的憲法審查而言，最重要者為「動態 vs. 靜態指示」與「外部 vs. 內部指示」這兩種分類<sup>5</sup>：

1. 動態 vs. 靜態指示：以補充規範內容是否固定為區分標準，「動態指示」係指空白刑法一律指示適用最新版本的補充規範，故空白刑法之犯罪構成要件會隨著補充規範內容修正而改變；相對地，「靜態指示」係指空白刑法指示適用特定版本的補充規範，空白刑法之犯罪構成要件不因為補充規範內容修正而改變。例如，私運管制物品罪係指示適用最新的行政院管制物品公告，屬於動態指示的類型。
2. 外部 vs. 內部指示：以空白刑法與補充規範之制定者是否同一為區分標準，「外部指示」係指空白刑法與補充規範之制定者不同，所指示之補充規範為行政機關所制定之行政命令或做成之行政處分；「內部指示」係指空白刑法與補充規範之制定者同一，所指示之補充規範為同一部法律之不同規定，或同一制定者之不同法律。例如，私運管制物品罪係指示適用行政院之管制物品公告，屬於外部指示的類型。

## 二、空白刑法之正面效益與負面影響

絕大多數的空白刑法如同私運管制物品罪一般，係採取動態指示兼外部指示的立法技術，國會立法者將犯罪構成要件的一部或全部，交由行政機關以最新的行政命令或行政處分予以補充。此種動態兼外部指示的立法技術，同時導致空白刑法之正面效益與負面影響：

1. 正面效益：透過動態指示的立法技術，在補充規範的內容隨著所規範事物的變遷而改變時，最新的補充規範內容會被自動整合為犯罪構成要件的一部分，國會立法者不需要為了適應規範事物的變遷而頻繁修正空白刑法，因而減輕國會立法者的負擔。透過外部指示的立法技術，減輕國會立法者負擔的正面效益又會被強化。因為行政機關作為補充規範的制定者，具有國會立法者所欠缺的專

---

<sup>5</sup> 空白刑法分類之詳細說明，Nils Ströle, (Fn. 2), S. 34 ff.; Guido P. Ernst, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, S. 16 ff., 19 ff.; 陳俊偉，初探經濟刑法中空白構成要件與行政從屬性之界限，收錄於：吳俊毅、薛智仁主編，經濟刑法的在地實踐，2021年，頁70-71。

門知識，比起國會成員更有能力對於規範事物做出專業的決策。除此之外，行政機關制定行政命令或做成行政處分，不需如同國會修改法律般遵守繁複的立法程序，比國會更能夠彈性地因應規範事物的變遷。因此，動態兼外部指示的立法技術，能夠滿足彈性因應高度專業、變化快速的規範事物的需求，在金融刑法、環境刑法或食安刑法等附屬刑法領域受到歡迎。

2. 負面影響：透過動態指示的立法技術，犯罪構成要件的內容指示適用空白刑法以外的補充規範，受規範者必須知道空白刑法所指示的補充規範，並且追蹤最新版本的補充規範內容，才可能預見行為是否構成犯罪及其法律效果。如果空白刑法係指示適用多個補充規範，或連鎖指示適用不同的補充規範，受規範者預見行為可罰性與法律效果的難度又會隨之提高。除此之外，透過外部指示的立法技術，犯罪構成要件的內容係以行政機關所制定的補充規範加以補充，行政機關取得間接決定犯罪構成要件射程的權力，若是國會立法者將越多犯罪構成要件的內容交給行政機關補充，其自行決定犯罪構成要件與法律效果的比重則是越低。因此，動態兼外部指示的立法技術，降低受規範者的刑罰可預見性及國會自行決定國家刑罰權的比重，與罪刑法定原則之刑法明確性要求存在緊張關係<sup>6</sup>。

## 貳、大法官之刑法規範明確性審查標準

承上所述，空白刑法的動態兼外部指示立法技術，一方面能夠滿足國會立法者彈性規範的需求，另一方面卻與罪刑法定原則的刑法明確性要求產生緊張關係。因此，空白刑法的憲法審查重點在於其是否符合刑法明確性要求。不過，或許因為我國憲法並未明定罪刑法定原則，大法官至今並未提出專屬刑法規範明確性的審查標準，而是在「法律明確性原則」與「授權明確性原則」的基礎上，分別發展出完整刑法與空白刑法的明確性審查標準。

### 一、完整刑法之明確性審查標準：法律明確性原則

#### （一）刑法規範之法律明確性嚴格審查

大法官在司法院釋字第 432 號解釋首次提出法律明確性之審查標準：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查

---

<sup>6</sup> 類似說明，陳俊偉，註 5，頁 73-78。

加以確認<sup>7</sup>，即不得謂與前揭原則相違。」此一「法律明確性三要件」自此成為我國釋憲實務上的穩定立場<sup>8</sup>。

此一法律明確性原則固然也適用於刑法規範所使用之不確定法律概念或概括條款，但是大法官注意到刑法規範干預基本權利的嚴重性，因此強調刑法規範的明確性應該從嚴審查。司法院釋字第 636 號解釋表示：「依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違…。又依前開憲法第八條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，於一定限度內，既為憲法保留之範圍，若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，自應受較為嚴格之審查。」司法院釋字第 777 號解釋亦重申：「惟涉及拘束人民身體自由之刑罰規定，其構成要件是否符合法律明確性原則，應受較為嚴格之審查。」

雖然在上述解釋中，大法官係考量到刑罰拘束人民身體自由的性質，強調刑法規範之明確性應從嚴審查，但是對於其他拘束人民身體自由之國家措施，卻又強調其與刑事處罰之本質不同，毋須比照刑事處罰採取嚴格審查標準。司法院釋字第 690 號解釋表示：「…惟強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準。」司法院釋字第 799 號解釋亦重申：「…惟強制治療雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療專業，故應適用中度標準予以審查。」綜合上述解釋可知，大法官認為刑法規範之明確性應採取最嚴格的審查標準，但未明白援引罪刑法定原則。

## （二）罪刑法定原則之構成要件明確性

相對於上述解釋，部分解釋反其道而行，明白援引罪刑法定原則之構成要件明確性原則，但是並未強調其與法律明確性原則的審查密度有別。例如，司法院釋字第 594 號解釋：「上開法律規定所禁止之行為，應以行為人所附加之商標或標章與他人註冊商標或標章是否相同或近似，依相關消費者施以通常之注意力，猶不免發生混淆誤認之虞為斷，其範圍應屬可得確定，從合理謹慎受規範行為人立場，施以通常注意力即可預見，無悖於罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，符合法治國原則對法律明確性之要求…。」；司法院釋字第 602 號解釋表示：「在罪刑法定之原則

<sup>7</sup> 本文引用相關司法院解釋內容之粗體均為作者所加。

<sup>8</sup> 司法院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號、第 803 號及第 804 號解釋。詳細檢討，許宗力，論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起，臺大法學論叢，41 卷 4 期，2012 年 12 月，頁 1691-1718。

下，處罰犯罪必須依據法律為之，犯罪之法定性與犯罪構成要件之明確性密不可分。有關受規範者之行為準則及處罰之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則。」；司法院釋字第 792 號解釋亦表示：「按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，且法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性（本院釋字第 602 號解釋參照）。」

## 二、空白刑法之明確性審查標準：授權明確性原則與刑罰明確性原則

大法官在司法院釋字第 443 號解釋建立「層級化法律保留原則」，並表示「諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之...」。依照這段敘述，刑法規範應適用「國會保留」，國會立法者不得將犯罪構成要件內容交給行政機關補充規定，空白刑法在憲法上似乎無立足之地。然而，大法官後來並未貫徹此一嚴格立場，而是默認憲法許可空白刑法的存在正當性，將憲法審查的重點放空白刑法是否已經充分明確<sup>9</sup>。

大法官對於空白刑法之明確性審查，係著眼於國會立法者授權行政機關補充犯罪構成要件之內容，認為空白刑法必須符合「授權明確性原則」及「刑罰明確性原則」，始具備充分的明確性。大法官首次在司法院釋字第 522 號解釋表示：「立法機關得以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法之所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確，始符憲法第二十三條之意旨，迭經本院解釋在案。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。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。」嗣後，司法院釋字第 680 號解釋重申相同意旨，並且補充說明，「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」係指「其由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，即與得預見行為可罰之意旨無違，不以確信其行為之可罰為必要。」

依據上述審查標準，對於民國 77 年 1 月 29 日修正公布之證券交易法第 177 條第 3 款規定「違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金」，大法官在司法院釋字第 522 號解釋認

<sup>9</sup> 參照黃茂榮、葉百修大法官，釋字第 680 號解釋協同意見書，頁 1-2；李建良，強制公開收購證券法制的合憲性控制——以證券交易法第 43 條之 1 第 3 項為論述中心，憲政時代，40 卷 1 期，2014 年 7 月，頁 52-53。

為「將科罰行為之內容委由行政機關以命令定之，有授權不明確而必須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知可罰行為內容之情形者，與上述憲法保障人民權利之意旨不符」。對於懲治走私條例第2條第1項、同條第3項「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」，大法官在司法院釋字第680號解釋認為「然有關管制物品之項目及數額等犯罪構成要件內容，同條第三項則全部委由行政院公告之，既未規定為何種目的而為管制，亦未指明於公告管制物品項目及數額時應考量之因素，且授權之母法亦乏其他可據以推論相關事項之規定可稽，必須從行政院訂定公告之『管制物品項目及其數額』中，始能知悉可罰行為之內容，另縱由懲治走私條例整體觀察，亦無從預見私運何種物品達何等數額將因公告而有受處罰之可能，自屬授權不明確，而與上述憲法保障人民權利之意旨不符。...」

### 三、分析檢討

從上述相關大法官解釋的整理可知，大法官對於刑法規範的明確性要求，並不是直接、明白以罪刑法定原則作為憲法依據，而是分別從法律明確性原則與授權明確性原則出發，搭配刑罰嚴重干預人民生命、人身自由或財產的特性，設定較嚴格的審查標準。大法官以此種較為迂迴的方式建立刑法規範的明確性審查標準，原因或許在於罪刑法定原則並未被明文承認。然而，大法官逐步累積出來的「雙軌」刑法規範明確性審查標準，仍然留下諸多意義不清或相互矛盾的地方，導致其刑法明確性的審查標準並不怎麼明確。筆者提出三點觀察：

1. 在完整刑法之明確性審查上，大法官反覆強調刑法規範應該適用法律明確性原則之最嚴格審查標準，但是似乎並未具體說明過刑法規範如何從嚴審查。雖然在司法院釋字第777號解釋中，大法官對於刑法第185條之4的「筆事」概念是否符合法律明確性，表示所謂「自應受較為嚴格之審查，其判斷爰應僅以該規定文義及刑法體系整體關聯性為準，不應再參考其他相關法律」，據此得出「筆事」概念部分有違法律明確性原則的結論。然而，此一從嚴審查的解釋方法，禁止依據系爭規定之立法目的及參照其他法律的規範內容探求「筆事」概念的意義，不僅抵觸一般的法律解釋方法，也不符合刑法明確性要求的制度功能，不算是一個能夠普遍適用的合理審查標準<sup>10</sup>。或許因為大法官所強調的「嚴格審查」意義不清，大法官在若干解釋中直接訴諸罪刑法定原則之構成要件明確性原則時，僅止於重申法律明確性原則的三大要件，不再強調刑法規範應嚴格審查。因此，在完整刑法之明確性審查上，大法官尚未釐清法律明確性原則

<sup>10</sup> 參考薛智仁，筆事逃逸罪之合憲性——評釋字第777號解釋，月旦裁判時報，92期，2020年2月，頁84。

和罪刑法定之構成要件明確性原則的關係，遑論提出刑法規範之明確性審查所應考量的各項因素。

2. 在空白刑法之明確性審查上，大法官以授權明確性搭配刑罰明確性原則作為審查標準，並未嚴格區分「空白刑法」與「補充規範」的「授權法律」。以私運管制物品罪為例，懲治走私條例第2條第1項「私運管制物品進、出口逾公告數額者，處...」(A)係「空白刑法」；同條第3項「第一項之管制物品，由行政院依下列各款規定公告其管制品項及管制方式...」(B)係補充規範的「授權法律」；行政院公告之「管制物品項目及數額」(C)為「補充規範」。依據三者的規範效力關係，(A)作為空白刑法，透過(B)所授權之(C)補充其犯罪構成要件的内容，(A)(B)(C)組成完整的刑法規範，必須符合罪刑法定之刑法明確性原則。相對地，(C)的授權法律是(B)而不是(A)，故只有(B)才是授權明確性原則之適用對象，(A)不直接適用授權明確性原則。因此，(B)的委任立法是否符合授權明確性原則，與(A)(B)(C)組成完整刑法規範是否符合罪刑法定之刑法明確性原則，係兩個獨立的憲法審查問題，彼此或有競合關係，但不得混為一談。然而，大法官對於空白刑法之明確性審查，兼採授權明確性原則與刑罰明確性原則，一方面忽視空白刑法本身並非補充規範的授權法律，沒有授權明確性原則的適用餘地，另一方面似乎又對於行政命令的授權法律明確性要求，一概因為其被整合成為空白刑法的一部分而適用刑罰明確性原則，忽視其純屬行政管制法律所需要的彈性。
3. 完整刑法與空白刑法均屬於刑法規範，國會立法者採用不同的立法技術，不應該影響其於憲法上適用相同的刑法明確性要求<sup>11</sup>。然而，大法官為完整刑法與空白刑法所發展的兩套明確性審查標準，明顯存在內涵上的落差。一方面，空白刑法所適用的授權明確性與刑罰明確性原則，相較於完整刑法所適用的法律明確性原則，僅在「受規範者之可預見性」一點上相符，「意義非難以理解」及「可經由司法審查加以確認」這兩個法律明確性要件，是否、如何適用於空白刑法，是否和授權明確性原則的要求相當，仍然有待澄清。另一方面，空白刑法所適用的刑罰明確性原則，要求空白刑法的明確性必須達到受規範者從授權母法本身即可預見可罰性，不得將共同決定犯罪構成要件内容的補充規範納入考量，似乎比起完整刑法所適用的法律明確性原則的可預見性要求來得更為嚴格<sup>12</sup>。因此，姑且不論這兩套明確性審查標準各自内容的妥當性，形式上的比較就能夠看出二者的不一致性。從完整刑法與空白刑法應該一體適用相同的刑法

<sup>11</sup> Vgl. Guido P. Ernst, (Fn. 5), S. 84 ff.

<sup>12</sup> 另參考林子儀、賴英照大法官，司法院釋字第680號解釋協同意見，頁5-6，亦認為此處的刑罰明確性原則是否為法律明確性原則，意涵並不清楚。

明確性要求來看，雙軌明確性審查標準的形式不一致性，不是對於兩種刑法規範有意義的差別待遇，反而比較像是在審查標準上徒然製造概念混淆。

從上述三點觀察可知，大法官對於同屬刑法規範的完整刑法與空白刑法發展出雙軌的明確性審查標準，分別混用法律明確性、構成要件明確性、授權明確性和刑罰明確性等原則，這些原則彼此的關係為何、內涵有無差異，均不甚明朗，導致難以建立一套刑法規範的明確性要求。此一顯得雜亂的雙軌明確性審查標準，固然是因為我國憲法未明定罪刑法定原則，加上大法官過去僅在不同脈絡底下附帶提及罪刑法定原則，並未正式承認其作為獨立的憲法原則<sup>13</sup>，導致無從發展出專屬刑法規範的明確性要求。但是，此一罪刑法定原則妾身未明的憲法狀態已經有所轉變。司法院釋字第 792 號解釋正式表示：「按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，且法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性...」<sup>14</sup>承認罪刑法定原則屬於獨立的不成文憲法原則。因此，大法官宜慎重思考以憲法罪刑法定原則為基礎，發展出專屬刑法規範的明確性要求，一體適用於完整刑法與空白刑法，取代目前顯得雜亂的雙軌明確性審查基準。若能在一般的法律明確性原則之外，正式承認獨立的刑法明確性要求，既能凸顯刑法規範的明確性要求有別於一般法律，又能發展專屬刑法規範之明確性審查因素，或有助於提升刑法明確性要求的實效性。

### 參、罪刑法定原則之刑法明確性審查標準

#### 一、刑法明確性之規範功能

罪刑法定原則係指「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」(刑法第 1 條第 1 項)。如果僅從文義加以理解，罪刑法定原則僅要求犯罪與刑罰必須有明文

<sup>13</sup> 大法官在司法院釋字第 384 號解釋闡釋憲法第 8 條之正當法律程序內涵時，提及「前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義」；在司法院釋字第 433 號解釋闡述公務員懲戒權行使要件及效果應受法律嚴格規範之要求時，提及「其程度與刑罰之適用罪刑法定主義，對各個罪名皆明定其構成要件及法律效果者，亦非完全一致」；在司法院釋字第 443 號解釋建立層級化法律保留原則時，提及「諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之」(司法院釋字第 522 號、第 602 號、第 680 號解釋重申法律保留之相同意旨)。在這些解釋當中，罪刑法定原則僅被當成正當法律程序的例示內涵、層級化法律保留原則的「國會保留」事例，以及界定公務員懲戒法律規範密度之對照標準。我們可以看出大法官承認罪刑法定原則在憲法秩序下有其特殊地位，但是看不出它已經被承認為一個獨立的憲法原則。

<sup>14</sup> 重申相同意旨，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決：「按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之剝奪或限制，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。罪刑法定原則為憲法之重要原則，乃現代法治國之根基。無法律規定者，行為即不構成犯罪，亦不得對該行為科處刑罰。」

法律為依據，禁止以習慣法創設犯罪與刑罰（習慣法禁止原則），並未進一步要求作為處罰依據的成文法律本身具有明確性。不過，刑法明確性要求被公認是罪刑法定原則的保障內涵之一，作為處罰依據的成文法律所規定的犯罪構成要件與法律效果必須充分明確。如果刑法規範欠缺充分明確性，罪刑法定原則的類推適用禁止、溯及既往禁止與習慣法禁止等保障，也會輕易地被架空。因此，刑法明確性要求可說是罪刑法定原則當中最重要的子原則。

刑法明確性要求被公認是罪刑法定原則之保障內涵，原因在於其有助於實現民主原則、權力分立原則與法安定原則<sup>15</sup>。從民主原則及權力分立原則來看，刑法明確性要求立法者抽象一般地規定犯罪構成要件與刑罰效果，禁止由行政機關與刑事法院自行決定犯罪與刑罰的範圍。由於刑事追訴與處罰是最嚴厲干預人民基本權利的手段，國家動用刑罰必須獲得作為主權者的人民同意，唯有最能代表人民意志、具有直接民主正當性的國會立法者才能決定國家刑罰權。除此之外，自古以來犯罪經常挑戰人類的道德確信、引發眾怒，與其讓直接處理個案的刑事法院全權決定是否發動刑罰，倒不如交給與個案保持一定距離的國會立法者來決定，通案性衡平考量法益保護的需求與干預人民自由的程度，比較能避免恣意擴大刑罰權的危險。從法安定性原則（法治國原則）來看，刑法明確性可以使受規範者預見其行為有無可罰性及其法律效果，並且依據此一認識決定是否從事特定行為，此種明確性有助於保障受規範者的行為自由。如果刑法規範不夠明確，受規範者無從辨識行為是否合法、不能預測違法將受到何種處罰，必須隨時擔心招致刑罰上身，則會喪失自由決定個人行為的空間。

## 二、刑法明確性之兩種面向

雖然刑法明確性要求被公認具有上述權限確保（kompetenzbewahrende）與自由保障（freiheitsgewährleistende）的功能，但是很少被注意的是，這兩個不同功能分別代表刑法明確性的兩個面向。例如，司法院釋字第 792 號解釋對於憲法罪刑法定原則之理解，係指「且法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性」，可以看出是在實現刑法明確性要求的自由保障功能，卻看不出其與權限確保功能的關聯性何在<sup>16</sup>。如果分別認真看待權限確保與自由保障功能，即可發現其各自代表不同的刑法明確性面向，分別是「規範密度充足性」與「規範內容

<sup>15</sup> 詳見薛智仁，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，台大法學論叢，44 卷 2 期，2015 年 6 月，頁 616-626。

<sup>16</sup> 大法官的法律明確性審查忽視民主與權力分立之功能，參考黃舒芃，法律明確性原則的制度功能——評釋字第 702 號解釋對法律明確性原則之認定，月旦裁判時報，17 期，2012 年 10 月，9-14；薛智仁，註 15，頁 648-651。

清晰性」。二者雖然都是要求刑法規範盡可能精確，其審查標的與審查基準並不相同<sup>17</sup>。

### （一）規範密度充足性

從刑法明確性之權限確保功能來看，刑法明確性係指規範密度充足性，亦即由國會立法者決定國家刑罰權的範圍，而不是交給行政機關或刑事法院自行決定。刑法規範密度充足性的具體意義如下：

1. 審查標的：在權限確保觀點下，國家刑罰權應該交給國會立法者決定，而不是任由行政機關或刑事法院自行決定。國會立法者對於國家刑罰權的決定，則是表現在國會所通過的正式法律上，行政機關與刑事法院受國會通過的正式法律所拘束。因此，刑法規範密度是否充足，其審查標的限於**形式意義的法律**，不包含法律授權制定的行政命令。國會立法者應該以形式意義的法律表達其有關國家刑罰權的決定，至於是將犯罪構成要件與刑罰效果完整規定於單一的形式意義法律上，或是將犯罪構成要件與刑罰效果分散規定於不同的形式意義法律上，純屬立法技術的選擇。因此，此處作為審查標的之形式意義法律，**包括所有共同決定犯罪構成要件與刑罰效果的形式法律**，不以其形式上屬於刑罰法律者為限。
2. 審查基準：依據司法院釋字第443號解釋：「至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之。」具體而言，國會立法者是否已經透過形式意義的法律，對於國家刑罰權範圍做出充分的決定，涉及兩個層次的問題：國會是否被絕對禁止授權行政機關決定國家刑罰權？如果國會被許可授權，國會應自行決定的密度有多高？反過來說，國會被容許授權行政機關決定的範圍有多大？

- （1）**授權容許性**：或有認為，刑罰是最嚴厲干預人民權利的國家措施，決定刑罰有無及程度的犯罪構成要件與刑罰效果，皆是國會立法者應自行決定的重要事項，絕對不得將任何內容交給行政機關決定。此種絕對授權禁止的看法，將導致空白刑法違反罪刑法定原則違憲。然而，國會立法者必須對於刑罰干預基本權利的重大事項作出決定，卻也有針對變遷快速的規範事物彈性規範的正當需求，使自己有能力針對根本性的問題作出負責任的決定。如果國會立法者為了減輕自行立法的負擔，將國家刑

<sup>17</sup> Vgl. Barbara Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 87 ff.; Nils Ströle, (Fn. 2), S. 102 ff.

罰權的部分事項移轉給行政機關決定，也可以說是民主原則的展現。況且行政機關在一定程度上也有民主正當性，由其決定國家刑罰權的部分事項，亦可彌補國會立法者不自為決定而來的民主正當性赤字<sup>18</sup>。因此，在刑罰干預基本權利與滿足彈性規範需求的緊張關係之中，既不能完全忽視彈性規範與減輕負擔的需求，也不能完全放任行政機關去影響國家刑罰權的範圍，而是必須找到一個平衡點。此一平衡點在於：國會立法者因為刑罰干預基本權利，必須自行規定國家刑罰權之重要前提；為了滿足彈性規範需求，得交給行政機關進行上述重要前提之具體化或特定化。據此，刑法規範密度充足性的審查基準，係指形式意義的法律包含國家刑罰權之重要前提<sup>19</sup>。

- (2) **國家刑罰權之重要前提**：對於形式意義的法律何時算是已經包含國家刑罰權之重要前提，並不存在一個明確的標準。德國聯邦憲法法院認為「可罰性要件與刑罰的種類與程度，必須在形式法律中已經被充分清楚地描述<sup>20</sup>」，其中「刑罰的種類與程度」應完全由國會立法者自行決定，絕對不得交給行政機關共同決定，固無疑問。但是「可罰性要件」應該被描述到何種程度算是清楚，標準仍然相當模糊。許多德國學說認為，所謂國家刑罰權的重要前提，係指形式意義的法律本身必須至少能夠辨識出保護法益，而且一般性描述或例示可罰的行為模式<sup>21</sup>。這個看法的合理性在於，當形式法律已經能夠辨識出保護法益及可罰的行為模式時，立法者通常就已經提供充足的評價依據，行政機關在將犯罪構成要件具體化或特定化時有所依循，刑事法院也能夠以一般法律解釋方法來解釋犯

<sup>18</sup> Vgl. Nils Ströle, (Fn. 2), S. 96 ff.

<sup>19</sup> 補充說明的是，關於國會是否被容許授權行政機關補充刑法規範的犯罪構成要件，在德國基本法第 103 條第 2 項罪刑法定原則的脈絡下，涉及如何定義此處的法律概念 (Gesetzesbegriff)。部分學說主張，此處的法律係指形式意義的法律或正式法律 (förmliches Gesetz)，但是並未極端地主張只能以形式意義的法律來制定犯罪構成要件，而是容許以行政命令等實質意義的法律將犯罪構成要件具體化或特定化。參考 Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 79. EL 2016, Art. 103 Abs. 2 Rn. 183, 201, 210; Klaus Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 253 f. 相對地，德國聯邦憲法法院及多數學說主張，此處之法律概念係指實質意義之法律，亦即包括國會通過之正式法律及其授權其他機關制定之行政命令等，但是認為國會立法者必須自行作出關於行為可罰性的重要決定，因此刑罰仍然需要有正式法律為依據，行政命令制定者只能負責具體化或特定化。參考 BVerfG NJW 1962, 1339; NJW 1972, 860 (862); NJW 1979, 1981 (1982); Guido P. Ernst, (Fn.), S. 79; Roland Schmitz, in: MK-StGB, Band 1, 4. Aufl., 2022, § 1 Rn. 25; Georg Nolte/Helmut P. Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 152. 由此可知，德國基本法第 103 條第 2 項罪刑法定原則之法律概念雖有爭議，但是最後都是肯認空白刑法的憲法正當性。另可參考陳俊偉，註 5，頁 86-87。

<sup>20</sup> BVerfG NJW 1962, 1563 (1565); NJW 1968, 1515; NJW 1987, 3175; NJW 1993, 1909 (1910).

<sup>21</sup> Vgl. Klaus Tiedemann, (Fn. 19), S. 257 f.; Nils Ströle, (Fn. 2), S. 99 ff.; 陳俊偉，註 5，頁 93。

罪構成要件，確保行政機關的補充規範與法院對個案的判決係落實國會立法者的規範意旨。

## （二）規範內容清晰性

從刑法明確性之自由保障功能來看，刑法明確性係指規範內容清晰性，亦即受規範者可得預見何種行為構成犯罪並預測其法律效果。刑法規範內容清晰性的具體意義如下：

1. 審查標的：對於受規範者來說，其可得預見行為構成犯罪並預測法律效果的前提在於，國家所規定的犯罪構成要件與刑罰效果充分清晰，至於犯罪構成要件與刑罰效果是哪個國家機關透過何種管道向人民所公布，並不重要。只要刑法規範的內容清晰，不論是規定在形式意義的法律，或是規定在法律授權的行政命令，或是被分開規定在形式法律與行政命令上，都能夠達成讓受規範者可預見刑罰的效果。因此，刑法規範內容是否清晰，其審查標的是**包含犯罪構成要件及法律效果的所有成文法令**，而不是僅限於形式意義的法律。
2. 審查基準：德國聯邦憲法法院認為，刑法規範所使用的文義，必須讓受規範者在通常情況下，藉由法律規定的文義即可預見行為是否可罰<sup>22</sup>。雖然德國聯邦憲法法院主張，罪刑法定原則之明確性要求應該高於一般的法律明確性要求<sup>23</sup>，但是也強調對於犯罪構成要件的明確性要求不應太高，否則法律會變得太僵化與瑣碎，無法因應生活的多樣性、事物的變遷或個案的特殊性<sup>24</sup>。犯罪構成要件應具備何種程度的明確性，必須透過評價性的整體考察，考量有無其他可能的替代方式。此一整體考察應該考量下述因素：（1）**受規範者範圍**：受規範者的專業能力越高者，明確性的要求越低<sup>25</sup>；（2）**法定刑的高低**：法定刑越高者，明確性的要求越高<sup>26</sup>；（3）**裁判的具體化**：有違反明確性疑義的犯罪構成要件，其意義已經透過終審法院的固定裁判予以具體化者，亦屬充分明確<sup>27</sup>；（4）**規範事物的特殊性及規範目的**<sup>28</sup>。然而，德國聯邦憲法法院適用上述將明確性相對化的標準，被學說批評已經幾乎放棄明確性要求<sup>29</sup>，或使明確性要求淪為法治國

<sup>22</sup> BVerfGE 126, 170 (195).

<sup>23</sup> BVerfGE 49, 168 (181).

<sup>24</sup> BVerfGE 45, 363 (371).

<sup>25</sup> BVerfGE 48, 48 (57).

<sup>26</sup> BVerfGE 14, 245 (251); 75, 329 (342); 117, 71 (111); 126, 170 (196).

<sup>27</sup> BVerfGE 26, 41 (43); 87, 209 (226 f.); 92, 1 (18); 126, 170 (196 f.).

<sup>28</sup> BVerfGE 126, 170 (195).

<sup>29</sup> Schünemann, Nulla poena sine lege, S. 8.

的烏托邦<sup>30</sup>。除此之外，其依據法定刑高低調整明確性要求，以及容許透過裁判的具體化彌補法律明確性的不足，也受到不少學說所質疑<sup>31</sup>。

### 三、刑法明確性之審查標準

由於刑法明確性要求必須同時實現權限確保與自由保障功能，因此所有的刑法規範都應該兼具「規範密度充足性」與「規範內容清晰性」，始符合罪刑法定原則的刑法明確性要求。此一審查標準，同時適用於「完整刑法」與「空白刑法」。具體說明如下：

#### （一）完整刑法

在國會立法者將犯罪構成要件與刑罰效果規定在單一刑罰法律時，如果系爭規定可得辨識保護法益並且大致描述所禁止的行為模式，符合「規範密度充足性」，那麼通常情況底下，從系爭規定的法條文義及法院的相關解釋，一般受規範者也能夠預見具體行為是否可罰，符合「規範內容清晰性」。不過，若是系爭規定之構成要件內容重大超出一般受規範者的認知能力範圍，則可能發生雖然符合「規範密度充足性」，但不符合「規範內容清晰性」而違反刑法明確性要求<sup>32</sup>。此種極端例外情形是否真實存在，尚待觀察。

#### （二）空白刑法

空白刑法之明確性審查方式，應區分內部指示與外部指示類型。在內部指示類型中，國會立法者在空白刑法自行規定刑罰效果，指示適用同一部法律之其他規定或不同法律之規定，以補充犯罪構成要件之內容，此時空白刑法與補充規範皆為形式意義的法律，其明確性審查方式與完整刑法相同。然而，在外部指示類型中，國會立法者在空白刑法（A）自行規定刑罰效果，以授權法律（B）將犯罪構成要件之一部或全部透過行政命令（C）予以補充，其明確性審查方式如下：

1. 規範密度充足性：規範密度充足性係指形式意義的法律包含國家刑罰權之重要前提，包括可得辨識保護法益、一般性描述或例示所禁止的行為模式、刑罰的種類與程度。依此，在外部指示類型中，空白刑法（A）與授權法律（B）均為形式意義的法律，（A）與（B）合併之內容符合上述要件者，即已符合規範密度充足性。作為補充規範的行政命令（C）並非形式意義的法律，不是規範密度充足性之審查標的。

<sup>30</sup> Schmidhäuser, in: GS Martens, 231 (238 ff.).

<sup>31</sup> Vgl. Remmert, (Fn. 17), Rn. 95 f.

<sup>32</sup> 筆者曾建議對於刑法明確性建立雙階段審查方式，參考薛智仁，註 15，頁 625-626。

2. 規範內容清晰性：規範內容清晰性係指從一般受規範者的角度，藉由包含犯罪構成要件與法律效果的所有成文法令，即可預見行為是否可罰。依此，在外部指示類型中，空白刑法（A）、授權法律（B）與行政命令（C）合併之內容符合上述要件者，即已符合規範內容清晰性。具體而言，不僅（A）（B）（C）各自的規範內容必須清晰，三者之間的指示關係也必須明確，使受規範者能夠知悉三者的關聯性。如果（A）係指示（連鎖）適用多數的補充規範，使受規範者獲知行為是否可罰所付出的勞力、時間、費用增加，則必須考量此種知法成本是否仍可期待受規範者承擔。

有疑問的是，對於空白刑法之憲法審查，除了適用罪刑法定原則之刑法明確性之外，是否應該另行適用授權明確性原則？從形式上來說，二者係各自獨立的憲法原則，其審查標的及標準不完全相同。刑法明確性之規範密度充足性，係指空白刑法（A）與授權法律（B）已經規定國家刑罰權之重要前提，補充規範（C）僅是將之具體化或特定化。相對地，授權明確性原則，係指授權法律（B）之授權目的、內容與範圍具體明確，與空白刑法（A）並無直接關係。儘管如此，二者之間仍存在高度重疊性。具體而言，二者之目的皆在確保國會立法者對於行政權力的控制（實現民主原則與權力分立原則），審查標的皆涵蓋授權法律（B），授權明確性之審查標準雖然通常低於刑法明確性要求，但是在涉及刑罰問題時，授權目的、內容與範圍之具體明確程度隨之提高，因而比照刑法明確性所要求之規範密度。因此，在空白刑法之憲法審查脈絡下，刑法明確性與授權明確性雖然存在競合關係，但刑法明確性的審查內容可以完全包含授權明確性在內，在刑法明確性審查之外，沒有必要另外審查授權明確性<sup>33</sup>。

#### 四、重新檢視大法官之刑法明確性審查標準

##### （一）完整刑法

大法官的完整刑法明確性審查標準係法律明確性原則，應符合「可理解、可預見、可司法審查」三要件。然而，大法官所提出的抽象審查標準搖擺不定，有時強調應對於刑法規範嚴格審查，有時則是單純與罪刑法定原則之構成要件明確性原則並列。不僅如此，大法官在操作上述審查標準時，也經常欠缺可供檢驗的理由。例如，在司法院釋字第417號解釋中，大法官認定刑法第235條之猥褻概念符合法律明確性，係在引述猥褻概念的實務定義之後，逕行得出「可理解、可預見、可司法審查」的結論<sup>34</sup>。然而，在司法院釋字第777號解釋中，大法官在認定刑法第185條

<sup>33</sup> Im Ergebnis Barbara Remmert, (Fn. 17), Art. 103 Abs. 2 Rn. 113.

<sup>34</sup> 司法院釋字第417號解釋：「刑法第二百三十五條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中『猥褻』雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於

之4之肇事概念部分不符合法律明確性，則是略而不提學說與實務對於肇事概念的定義，逕行論斷其包含「非因駕駛人之故意或過失」所致之事故係一般受規範者所「不可理解、不可預見」<sup>35</sup>。對照大法官在這兩號解釋的論證方法，大法官是以什麼客觀標準論斷一般受規範者「可理解、可預見」，在論斷一般受規範者「可理解、可預見」時是否考量學說或實務對於不確定法律概念的解釋，都留下不解的謎團。在缺乏可供檢驗的審查理由下，從大法官對於刑法規範明確性的審查結果，亦難以得知刑法規範之法律明確性是否果真採嚴格審查標準<sup>36</sup>。

本文建議，大法官應該獨立於法律明確性原則，以憲法罪刑法定原則為基礎建構專屬刑法規範的明確性審查標準，刑法規範必須兼具「規範密度充足性」與「規範內容清晰性」，始符合刑法明確性要求。誠然，大法官不一定要採納「規範密度充足性」與「規範內容清晰性」的用語，但是可以參考此一兼顧權限確保與自由保障功能的刑法明確性審查標準，針對刑法規範明確性續造「可理解、可預見、可司法審查」之法律明確性三要件，作為獨立之刑法明確性要求的審查標準。本文提出兩個具體的續造方式：

1. **可司法審查性標準之具體化與優先化**<sup>37</sup>：此一標準係指不確定法律概念或概括條款的意義能夠經由司法審查加以確認，但大法官未曾具體說明「可司法審查性」的判斷標準，也未曾釐清其與「可理解或可預見性」標準的關係。本文認為，「可司法審查」的實質意義正是刑法規範具備「規範密度之充足性」，亦即國會立法者已經透過形式意義的法律使人得以辨識其保護法益，並且大致描述或例示所禁止的行為模式。唯有如此，法院才有充分的規範根據，透過法律解釋方法將不確定法律概念或概括條款具體化。在刑法規範可辨識保護法益及所禁止的行為模式時，通常也可以期待一般受規範者據此預見行為是否可罰，若是在進行「可理解或可預見性」審查之前，優先進行「可司法審查」審查，不僅能夠落實刑法明確性要求的權限確保功能，並且能夠使後續的可預見性審查有所憑藉，而不會淪為僅憑個人語感恣意認定。

---

社會風化者為限（本院釋字第四〇七號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。」

<sup>35</sup> 司法院釋字第777號解釋：「查88年暨102年系爭規定之構成要件有四：『駕駛動力交通工具』、『肇事』、『致人死傷』及『逃逸』。其中有關『肇事』部分，可能語意所及之範圍，包括『因駕駛人之故意或過失』或『非因駕駛人之故意或過失』（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故，依其文義及刑法體系整體關聯性判斷，為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人故意或過失所致事故之情形是否構成『肇事』，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則。」

<sup>36</sup> 相關批評，薛智仁，註15，頁649-651；薛智仁，註10，頁83-88；薛智仁，刑法解釋與適用之憲法界限—近期刑事判決之綜合評析，興大法學，32期，2022年11月，頁18-19。

<sup>37</sup> 此一建議已見於：薛智仁，註15，頁650。

2. **可理解或可預見性標準之具體化：**此一標準係指一般受規範者得從刑法規範預見行為之可罰性及刑罰，但是看不出「可理解性」與「可預見性」標準有無差別，大法官對於「可預見性」標準的操作也經常讓人產生僅憑主觀語感判斷的印象。本文認為，透過優先審查刑法規範有可得辨識之保護法益及所禁止之行為模式，僅能降低一般受規範者之可預見性標準的恣意性，但是不可能完全排除。儘管如此，對於一般受規範者對於行為可罰性有無可預見性，仍然應該盡量進行可供檢驗的論證，而不是直接訴諸語感。因為，「可預見性」不是對於一般受規範者的心理認知能力的經驗性調查，而是在公民有認識法律義務的前提下，對於可期待其耗費多少勞力、時間、費用探知法律所進行的價值選擇。就此而言，德國聯邦憲法法院強調對於一般受規範者的可預見性應進行評價性的觀察，綜合考量受規範者的專業能力、法定刑高低、裁判的具體化、規範事務的特性與規範目的等因素，是一個合理的出發點。相對於大法官逕行宣稱某個法律概念仍屬可預見或已經不可預見，此種評價性的綜合觀察法至少提供若干可供外界檢驗的考量因素，降低刑法明確性審查的不明確性。當然，上述考量因素的正當性及相對比重都還有爭議，仍有待學說與實務的進一步檢討，但至少是一個深化明確性審查的起點。

## （二）空白刑法

大法官的空白刑法明確性審查標準是授權明確性原則及刑罰明確性原則，亦即除了授權之目的、內容及範圍應具體明確之外，尚須由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，不以確信其行為之可罰為必要。對此，本文有兩點檢討：

1. **無庸審查授權明確性：**前面提過，大法官應該以憲法罪刑法定原則為基礎建構專屬刑法規範的明確性審查標準，刑法必須兼具「規範密度充足性」與「規範內容清晰性」，始符合刑法明確性要求。此一刑法明確性要求亦適用於空白刑法。基於「規範密度充足性」之要求，「空白刑法」與「授權法律」合併的內容必須包含國家刑罰權之重要前提，致使被授權之「行政命令」的任務僅限於將刑罰重要前提具體化或特定化。此一「規範密度充足性」之審查內容，已經足以涵蓋大法官對於空白刑法所進行之授權明確性要求，因此在空白刑法之憲法審查脈絡下，在刑法明確性審查之外，沒有必要另外審查授權明確性。
2. **無庸審查刑罰明確性：**大法官認為在授權法律涉及刑罰時，應該依據罪刑法定原則，使一般受規範者「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」（司法院釋字第522號解釋），或更精確地說，「尚須由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，不以確信其行為之可罰為必要」（司法院釋字第680

號解釋)<sup>38</sup>。此一刑罰明確性要求是否正當，在司法院釋字第 680 號解釋得幾份協同意見書裡產生爭議：

- (1) 林子儀與賴英照大法官主張「立法機關授權行政機關就刑罰構成要件以法規命令予以補充，如能從授權之母法規定之整體關聯意義，明確判斷授權之目的、內容及範圍者，即屬合憲之授權，毋須另外要求受規範者能自授權之法律規定中預見其行為之可罰，作為合憲授權之要件<sup>39</sup>」。兩位大法官認為，「不分情況一律適用可預見性標準，不但壓縮立法的彈性，減損行政機關的應變能力，而且對保障人民權利亦無助益。<sup>40</sup>」因此，「不若嚴謹適用授權明確原則，對立法機關之授權，是否就授權之目的、內容及範圍有明確規定，依個案情形採取寬嚴不同之標準進行審查，更能於兼顧現實需求下，維持權力分立制衡並保障人民之自由權利。本號解釋客體之懲治走私條例第二條第一項規定，因其涉及以刑罰方式處罰，且可能剝奪人民身體自由，該條第三項之授權，是否符合授權明確性原則，即應以嚴格標準審查之。<sup>41</sup>」
- (2) 許宗力與謝在全大法官主張「空白刑法之授權須使受規範者能從授權母法中預見行為可罰，係出於罪刑法定所涉的幾個相關考量：經刑罰禁止的行為必須經過人民代表事先的同意、保護受規範者能事先知悉、節制國家刑罰權或行政濫權。<sup>42</sup>」兩位大法官認為，「刑罰授權明確的可預見性毋寧只是要求立法者在母法中指出具體的政策方針以及欲授權行政機關補充之事項的概念框架，使受規範者從授權母法、立法意旨及法律整體規範中，能預見某一類型的行為有被處罰的風險，並大致能預想行政機關將朝向那些可能的方向補充授權之法律。而且這些審查標準雖然都是用受規範者預見性的用語，但其實操作下來保護被規範者一望即知處罰

<sup>38</sup> 支持此一立場，胡博硯，授權明確性之要求與空白刑法的規範，月旦法學雜誌，193 期，2011 年 6 月，頁 227-229。其他檢討，李建良，空白刑法與法律保留原則—釋字第六八〇號解釋，台灣法學雜誌，164 期，2010 年 11 月，頁 198-204。此一見解與德國聯邦憲法法院雷同，德國聯邦憲法法院通常強調「公民必須基於法律本身，而不是基於所授權制定之行政命令，即可預見可罰性之要件與刑罰之種類」，參考 BVerfG NZWiSt 2020, 263 (272); NJW 1968, 1515; NJW 1987, 3175; NJW 1989, 1663; wistra 2010, 396 Rn. 57; NJW 2016, 3648 Rn. 39。

<sup>39</sup> 林子儀、賴英照大法官，司法院釋字第 680 號解釋協同意見，頁 1。

<sup>40</sup> 賴英照、林子儀大法官，釋字第 680 號解釋協同意見書，頁 9-10。相同說理方向，黃茂榮、葉百修大法官，釋字第 680 號解釋協同意見書，頁 4：「像這種進出口管制性法規的立法重點應置於其信息之取得的容易性，而不在於其在母法之授權之進一步的具體化程度」；黃榮堅，2010 年刑事法發展回顧：慾望年代，慾望刑法？，臺大法學論叢，40 卷特刊，2011 年 10 月，頁 1821-1823。

<sup>41</sup> 林子儀、賴英照大法官，司法院釋字第 680 號解釋協同意見，頁 8。

<sup>42</sup> 許宗力、謝在全大法官，釋字第 680 號解釋協同意見書，頁 7。

範圍的考量比較不受重視，其核心毋寧是要將行政機關運用授權之權限，限定在一個合理的、符合法規意旨的框架中。<sup>43</sup>」

- (3) 本文認為，這項爭議來自於大法官未區分「規範密度充足性」與「規範內容清晰性」這兩個刑法明確性的面向<sup>44</sup>。若是能夠清楚區分這兩個不同面向，此一爭議就不復存在。在「規範密度充足性」面向上，國會立法者應在屬於形式意義法律的「空白刑法」與「授權法律」中，就國家刑罰權的重要前提有所規定，確保「行政命令」僅是對於重要前提的具體化與特定化。在此一範圍內，一般受規範者從二者合併的內容是否已經可以預見行為可罰，並不重要。在「規範內容清晰性」面向上，只要「空白刑法」、「授權法律」與「行政命令」等成文法令所組成的內容，足以使一般受規範者可預見其行為可罰，即可作為個人決定是否從事特定舉止的引導，不以「空白刑法」及「授權法律」已可使其預見行為可罰為必要<sup>45</sup>。由此可知，一般受規範者得以從「空白刑法」和「授權法律」預見行為之可罰，並非達成刑法明確性要求之權限確保及自由保障功能所必要。
- (4) 若是依據大法官所堅持的，受規範者必須「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」，就有可能使大多數的空白刑法被宣告違憲，因為大多數的授權母法對於受規範者而言都還太過模糊，需要行政命令的補充才能有所依循。我們可以試想，進出口物品的人即使知道懲治走私條例第 2 條第 3 項所列舉之五大管制物品原則<sup>46</sup>，如果沒有搭配行政院的管理物品公告，恐怕在大多數情形下，都還無從判斷自己所進出口的物品是否被管制<sup>47</sup>。如果不願意造成大多數空白刑法被宣告違憲的結果，就只有兩條路可走：第一條路是立法者自行在授權母法裡作出更詳細的規定，不再交給行政機關補充，但是，如此一來就使得空白刑法之立法技術幾乎失去意義，也不確定如此詳盡的法律規定是否真能提升受規範者的可預

<sup>43</sup> 許宗力、謝在全大法官，釋字第 680 號解釋協同意見書，頁 10。

<sup>44</sup> Vgl. Nils Ströle, (Fn. 2), S. 104 f.

<sup>45</sup> 已如此主張，薛智仁，註 15，頁 651。相同結論，林錫堯大法官，釋字第 680 號解釋不同意見書，頁 11。

<sup>46</sup> 懲治走私條例第 2 條第 3 項：「第一項之管制物品，由行政院依下列各款規定公告其管制品項及管制方式：一、為防止犯罪必要，禁止易供或常供犯罪使用之特定器物進口、出口。二、為維護金融秩序或交易安全必要，禁止偽造、變造之各種貨幣及有價證券進口、出口。三、為維護國民健康必要，禁止、限制特定物品或來自特定地區之物品進口。四、為維護國內農業產業發展必要，禁止、限制來自特定地區或一定數額以上之動植物及其產製品進口。五、為遵守條約協定、履行國際義務必要，禁止、限制一定物品之進口、出口。」

<sup>47</sup> 類似看法，黃茂榮、葉百修大法官，釋字第 680 號解釋協同意見書，頁 4-5 認為，在授權明確性之認定標準中植入「應考量之因素」，對於明確性的提高可能有限。

見性<sup>48</sup>。另一條路是為了立法者授權行政機關補充構成要件的可能性，實際上調降可預見性的審查標準，使授權母法比較容易通過可預見性的要求<sup>49</sup>。司法院釋字第 680 號解釋對於可預見性所為的補充說明：「尚須由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，不以確信其行為之可罰為必要」，似乎就是走上這一條路。問題是，刑法明確性要求所希望提供受規範者的可預見性，從來就不是「確信其行為之可罰」，而是「預見有受處罰之可能」，這段補充說明只是重述自明之理，看不出有調降可預見性標準的作用。其結果是，假如認真看待「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」的要求，恐怕只能接受大多數空白刑法違反刑罰明確性的後果。

- (5) 本文認為，司法院釋字第 680 號解釋之幾份協同意見書，看似立場南轅北轍，實則並沒有實質的差異。林子儀與賴英照大法官反對「刑罰明確性」要求，但是認為應提高「空白刑法」與「授權法律」之授權明確性要求，其實就是主張國會立法者必須在形式意義的法律中已經規定國家刑罰權的重要前提，亦即可得辨識保護法益及其所禁止之行為模式。許宗力與謝在全大法官雖然贊成「刑罰明確性」要求，但是認為此一要求的核心是將行政機關運用授權之權限限定在合理的、符合法規意旨的框架中。換言之，在堅持受規範者「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」的用語背後，其實是著眼於國會立法者在形式意義的法律中已經規定國家刑罰權的重要前提，被授權之行政機關所公布之行政命令，僅限於將國家刑罰權的重要前提具體化或特定化。因此，支持與反對「刑罰明確性」的雙方陣營，都是主張形式意義的法律應該具備「規範密度充足性」，國會立法者對於國家刑罰權範圍作出重要決定，僅授權行政機關對於犯罪構成要件進行具體化或特定化，雙方立場的差異似乎僅限於是否使用「可預見性」的概念。就此而言，既然重點在於國會立法者對於行政命令的監督，而不是受規範者可得預見行為之可罰性，林子儀與賴英照大法官主張嚴格審查空白刑法與授權法律之授權明確性，更能精確表達「規範密度充足性」的意義。相對地，大法官之「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」用語，會令人誤解為是強調「規範內容清晰性」的面向，並不妥適。

<sup>48</sup> 參照賴英照、林子儀大法官，釋字第 680 號解釋協同意見書，頁 2-3；林錫堯大法官，釋字第 680 號解釋不同意見書，頁 8-9。

<sup>49</sup> 例如林錫堯大法官，釋字第 680 號解釋不同意見書，頁 8 主張「應係指從授權法律有抽象預見之可能，而非必須達於具體預見之程度」。

3. **具體建議：**在罪刑法定原則之刑法明確性審查框架下，大法官對於空白刑法併用授權明確性與刑罰明確性之審查標準，應進行下述修正：

- (1) **規範密度充足性：**對於「空白刑法」與「授權法律」之明確性，不再適用授權明確性原則。大法官對於上述授權母法所要求之授權目的、內容及範圍應具體明確，應該針對刑法規範予以具體化，亦即國會立法者透過上述形式意義的法律，已經使人得以辨識其保護法益，並且大致描述或例示所禁止的行為模式。
- (2) **規範內容清晰性：**大法官應該修正司法院釋字第 552 號與第 680 號解釋之立場，不再要求一般受規範者從「空白刑法」和「授權法律」預見行為可罰，而是只要一般受規範者從「空白刑法」、「授權法律」與「行政命令」可預見行為可罰即可。此處所謂「可預見行為可罰」，係指一般受規範者預見行為被處罰的風險，而不是指一般受規範者已可確信其行為可罰。對於一般受規範者的可預見性同樣應該進行評價性的觀察，綜合考量受規範者的專業能力、法定刑高低、裁判的具體化、規範事務的特性與規範目的等因素。

## 五、小結

筆者以表格呈現上述分析的結果：

| A. 憲法罪刑法定原則之刑法明確性要求    |                                                                                           |                                                                                                           |
|------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 規範功能                   | 權限確保（民主、權力分立）                                                                             | 自由保障（法安定性）                                                                                                |
| 審查標準                   | <b>規範密度充足性</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>形式意義之法律可得辨識保護法益及所禁止之行為模式</li> </ul> | <b>規範內容清晰性</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>包含犯罪構成要件與法律效果之成文法令，使一般受規範者可預見行為可罰（評價性觀察）</li> </ul> |
| B. 對大法官之刑法明確性審查標準之修正建議 |                                                                                           |                                                                                                           |
| 完整刑法                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>可司法審查性標準之具體化與優先化</li> </ul>                        | <ul style="list-style-type: none"> <li>可理解性或可預見性標準之具體化</li> </ul>                                         |
| 空白刑法                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>授權明確性之具體化</li> </ul>                               | <ul style="list-style-type: none"> <li>刑罰明確性之廢除</li> </ul>                                                |

#### 肆、本案系爭規定一至四之明確性審查

##### 一、系爭規定一至四<sup>50</sup>之規範結構

|                                 |        |                                   |                                                                                                 |               |
|---------------------------------|--------|-----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| A. 系爭規定一：證券交易法第 175 條「未公開收購股份罪」 | 犯罪構成要件 | 客觀<br>犯罪<br>構成<br>要件              | A. 違反證券交易法第 43 條之 1 第 3 項                                                                       | 空白刑法          |
|                                 |        |                                   | B. 系爭規定二：證券交易法第 43 條之 1 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。」          | A 之補充規範（形式法律） |
|                                 |        |                                   | C. 系爭規定三：證券交易法第 43 條之 1 第 4 項「...前項之一定比例及條件，由主管機關定之。」                                           | D 之授權法律       |
|                                 |        |                                   | D. 系爭規定四：公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條第 1 項「任何人單獨或與他人共同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二十以上股份者，應採公開收購方式為之。」 | A 之補充規範（行政命令） |
|                                 |        | 主觀<br>犯罪<br>構成<br>要件              | 未公開收購股份之故意                                                                                      |               |
|                                 | 法律效果   | 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 |                                                                                                 |               |

本案聲請人因證券交易法第 175 條「未公開收購股份罪」有罪判決確定，系爭規定一至四組成此一罪名之完整犯罪構成要件與刑罰效果。系爭規定一（證交法第 175 條）係「未公開收購股份罪」之刑罰規定，國會立法者僅規定本罪之法定刑，就

<sup>50</sup> 系爭規定一至三係民國 91 年 2 月 6 日修正公布之證券交易法，系爭規定四係指民國 91 年 10 月 22 日修正公布之公開收購公開發行公司有價證券管理辦法。

犯罪構成要件之內容，指示適用系爭規定二（證交法第 43 條之 1 第 3 項）。系爭規定二之「一定比例」與「一定條件」，又透過系爭規定三（證交法第 43 條之 1 第 4 項）授權主管機關訂定系爭規定四（公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條第 1 項）予以具體化。據此，系爭規定一為空白刑法，系爭規定二係系爭規定一直接指示適用之補充規範，系爭規定三係系爭規定四之授權法律，透過系爭規定二與三，系爭規定四成為系爭規定一間接指示適用之補充規範。基於前述空白刑法之形式效力，在空白刑法的指示範圍內，被指示之補充規範會被整合為空白刑法之犯罪構成要件，故系爭規定二至四已成為系爭規定一的組成部分。

## 二、系爭規定一之刑法明確性審查

### （一）規範密度充足性

1. 審查標的：規範密度充足性之審查標的為形式意義之法律，故本案之審查標的為合併系爭規定一（證交法第 175 條）、系爭規定二（證交法第 43 條之 1 第 3 項）與系爭規定三（證交法第 43 條之 1 第 4 項）之全部內容，不包含系爭規定四（管理辦法第 11 條第 1 項）。
2. 審查標準：形式意義之法律可得辨識保護法益，並且大致描述或例示所禁止之行為模式者，具備規範密度之充足性。系爭規定一至三是否符合此一標準，詳述如下：

#### （1）可辨識保護法益

系爭規定一係對於違反強制公開收購股份規定之行為施以刑罰，故其所欲達成之保護法益係實現系爭規定二強制公開收購之規範意旨。雖然系爭規定一至三本身沒有明白規定強制公開收購之規範意旨，但是如果能夠透過系爭規定之立法理由或法律體系關聯性，推論強制公開收購之規範意旨，仍可認為系爭規定一至三已經可得辨識保護法益。至於強制公開收購是否值得採行<sup>51</sup>，是否能夠達成所預設的規範意旨，僅涉及此一制度在立法政策上是否妥適，或其干預基本權利是否符合比例原則，與系爭規定之刑法明確性審查無關。

關於強制公開收購之規範意旨，系爭規定二（證交法第 43 條之 1 第 3 項）之行政院修法理由表示，「為避免大量收購有價證券致影響個股市場之價格，爰參酌英國立法例，納入強制公開收購之規定，增列第三項。<sup>52</sup>」可見立法者係著眼於維持股價穩定的考量。不同於此，多數學說認為強制公開收購「在於確保全體

<sup>51</sup> 批判意見，張心憐，強制公開收購證券法制的合憲性控制——以證券交易法第 43 條之 1 第 3 項為論述中心與談（一），憲政時代，40 卷 1 期，2014 年 7 月，頁 71-74。

<sup>52</sup> 立法院公報，第 91 卷第 10 期院會紀錄，第 408 頁。

股東均有公平出售股票的權利，並能分享控制股份的溢價利益（control premium），同時讓股東在公司經營權發生變動之時，得選擇退出公司。<sup>53</sup>」此一保護股東公平出售股票權利的規範意旨，雖然沒有明白寫在系爭規定的立法理由裡，但是體現在公開收購程序的規定中，諸如申報與公告公開收購（證交法第43條之1第2項）、交付公開收購說明書（證交法第43條之4第1項）、應以同一收購條件為公開收購（證交法第43條之2第1項）、禁止以其他方式收購（證交法第43條之3第1項）等<sup>54</sup>。從公開收購程序之規定可知，相較於維持股價穩定的考量，國會立法者似乎更重視公平保護股東的意旨。因此，系爭規定一至三公平保護股東之規範目的，應是可被清楚辨識。

## （2）大致描述或例示所禁止之行為模式

系爭規定一之犯罪構成要件為「違反...第43條之1第3項...者」，其所指示之系爭規定二（證交法第43條之1第3項）為「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。」系爭規定三僅授權主管機關明定「一定比例及條件」，並未將所禁止之行為模式具體化。如此描述本罪的行為模式，仍然留有諸多模糊的地方，是否已經算是「大致描述或例示所禁止之行為模式」，不無疑問。

第一、透過對照證交法第43條之1第1項與第2項可知，證交法第43條之1第1項係對於已經「取得」大量股份之人課予申報義務，第2項係對於「預定取得」股份之人，限制其僅得進行公開收購程序「取得」股份。依此，系爭規定一之犯罪構成要件「違反...第43條之1第2項...」，係指「預定取得」股份之人未以公開收購之方式「取得」股份之行為。由此可知，「預定取得」股份僅係行為人負有公開採購義務的理由，劃定本罪行為主體之範圍；未以公開收購

<sup>53</sup> 賴英照，股市遊戲規則——最新證券交易法解析，再版，2011年2月，頁276；王志誠、邵慶平、洪秀芬、陳俊仁，實用證券交易法，5版，2018年，頁105。實質相同之見解，郭大維，我國公開收購制度之探討——兼論英美相關立法例，臺北大學法學論叢，65期，2008年3月，頁124（主要係賦予目標公司全體股東在公司控制權可能發生變更時，均有以公平的價格退出公司的機會，並分享控制股份的溢價利益）；劉倩妏，我國強制公開收購規範性質之探討，證券暨期貨月刊，27卷9期，2009年9月，頁34-35（實現股東平等原則、賦予少數股東退場機制、控制權溢價分享、避免兩層收購產生的壓迫現象）。

<sup>54</sup> 這些規定與公開收購之共通原則，亦即公開原則、平等對待原則、免於壓迫原則之關聯性，詳見郭大維，註53，頁94-97。

之方式「取得」股份之行為，係本罪構成要件行為<sup>55</sup>。預定取得股份之人，若是沒有任何取得股份之行為，則不是本罪所禁止之對象<sup>56</sup>。

不過，從法條文義來看，「未以公開收購之方式」取得股份的情狀，可能是收購人未進行公開收購程序，即取得某公司股份總額達或未達一定比例；可能是收購人進行公開收購程序，卻未交付公開收購書、以不同條件收購等。立法者所欲處罰的行為模式，是否包括法條文義所可能涵蓋的全部情形，仍需要考量法律體系的關聯性。針對後者的情形，亦即收購人進行公開收購程序，但違反相關公平收購義務，證交法明定違反者之民事損害賠償責任（證交法第43條之2第2項、第43條之3第2項、第43條之4第3項），可見立法者無意以刑罰制裁此種違規者，解釋上不屬於本罪所稱違反「未以公開收購之方式」取得股份的行為。據此，本罪所處罰的行為模式，限於收購人未進行公開收購程序而取得股份，但是所取得之股份是否已達一定比例才實現本罪客觀構成要件，仍有解釋空間。

第二、對於行為主體範圍，亦即哪些收購人負有公開收購義務，系爭規定二僅明定「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...除符合一定條件外...」，立法者未自行規定「一定比例及條件」，而是交給主管機關決定。問題是，立法者未精確規定行為主體範圍，僅規定處罰自始未進行公開收購程序而取得股份之行為，是否已經大致描述本罪所禁止之行為模式？

本文認為，國會立法者不自行規定「一定比例及條件」，使本罪行為主體範圍保持開放，但是這無礙於其清楚表達出，只有預定短期大量取得公開發行公司已發行股份之人，自始未進行公開收購程序而取得股份之行為，始為本罪所禁止之行為模式<sup>57</sup>。更何況，立法者透過其在立法理由與相關規定已經可被辨識的

<sup>55</sup> 同此見解，甘添貴、靳宗立，證券交易犯罪之探討——以強制公開收購刑事規制為中心，月旦法學雜誌，198期，2011年10月，頁72：「在客觀構成要件之解釋上，本罪之行為主體，不但客觀上須有於『五十日內取得百分之二十以上股份』之事實，且其取得股份之事實，客觀上亦須有『取得之計畫』者，始能成立本罪。至取得之時點，本文認為應以『交割時』作為認定之基準。」

<sup>56</sup> 值得比較者，曾淑瑜，違反強制公開收購處以刑罰妥當性之研究，台灣法學雜誌，225期，2013年6月，頁144：「如前所述，本罪之性質為不作為犯，且屬純正不作為犯——未履行公開收購股份之義務。基此，似認為收購人只要有預定取得之意思，即使未為任何收購股份之行為，仍成立犯罪。這樣一來，將使證券交易法第43條之1成為處罰思想犯之規定。...綜上所述，收購人違反強制公開收購義務之實行行為的認定，必須先有保證人義務之存在，而保證人之不作為具有法益侵害之現實危險，保證人有此認識仍不履行其保證人義務者，始得成立本罪。」似乎也是認為預定取得股份之人應有著手實行始能成立本罪，但此處的著手實行是否以取得股份為必要，並不清楚。

<sup>57</sup> 此種行為主體範圍不完全精確，但不影響構成要件行為模式精確性的特徵，在刑法犯罪構成要件中並不罕見。例如，刑法第122條第1項公務員違背職務受賄罪禁止「公務員要求、期約、收受賄賂或其他不正利益」，立法者雖在刑法第10條第2項立法定義公務員概念，其解釋適用卻存在高度

保護法益，亦即穩定公司股價及公平保護股東，提供主管機關訂定「一定比例及條件」的指導方針。系爭規定之「一定比例」，主要是考量收購股份的數量達到可能造成公司經營權發生變動，有適用強制公開程序之必要性<sup>58</sup>。主管機關必須依據此一立法意旨明定「一定比例」的數額，這個數額應是百分之二十或百分之三十，或許仁智互見<sup>59</sup>，但絕非低到不可能發生經營權變動的百分之五，也絕非高到超出經營權變動所必要之百分之五十。因此，立法者透過系爭規定之保護法益，已經對於行為主體範圍之界定作出一定指示。整體而言，系爭規定所欲禁止的行為模式已被大致描述。

立法者不自行規定「一定比例及條件」，原因應是考量「證券市場交易型態快速變化，管理除需要高度專業性與彈性，亦可能需配合國家政策適時調整<sup>60</sup>」。誠然，規範事務的專業性與變遷性是否導致立法者完全沒有自行規定「一定比例及條件」的可能性，並非毫無疑問。以證交法第43條之1第1項為例，立法者自行明定取得公開發行公司已發行股份總額超過百分之十者，應向主管機關申報。此一大量取得股權之申報義務，規範意旨是大量持股可能造成公司經營權發生變動，故持股者必須公開大量持股之資訊，使公司及早採取因應措施，並供投資者作為投資判斷之參考<sup>61</sup>。在預定短期取得公司大量股份時，上述考量也是強制公開收購的原因之一。在大量取得股權之申報義務上，立法者能夠基於公司經營權可能發生變動的考量，自行訂定百分之十的持股比例作為適用標準，那麼在適用強制公開收購上，應該也能夠基於相同考量自行訂定收購股份之一定比例。不過，在立法者已經大致描述所欲禁止之行為模式下，其有能力作出更精確的規定卻未盡力為之，不論是因為評估所規範事物之變動迅速而有意保留彈性，或是因為評估錯誤所導致之立法技術不佳，都不能被認定是已達違憲程度的規範密度不充足。

由上述亦可知，系爭規定一與大法官宣告違憲之懲治走私條例第2條第1項私運管制物品罪，難以相提並論。二者難以相提並論，原因不在於立法者授權行政機關補充的內容不同（前者為行為主體，後者為行為客體），而是在於從形式意義的法律本身可否辨識保護法益。誠如司法院釋字第680號解釋所言，私運管制物品罪之（授權）不明確性在於「有關管制物品之項目及數額等犯罪構成要件內容，同條第三項則全部委由行政院公告之，既未規定為何種目的而為管

爭議性與開放性，此一公務員範圍的不精確性，並不影響立法者清楚表達禁止「要求、期約、收受賄賂或其他不正利益」的意旨。

<sup>58</sup> 不同見解，李建良，註9，頁55認為無法從規範意旨得出「一定比例」之考量點。

<sup>59</sup> 建議以百分之三十為準，郭大維，註53，頁125。

<sup>60</sup> 金融監督管理委員會，金管證交字第1110151161號函（中華民國112年1月6日），頁23。

<sup>61</sup> 參考郭大維，註53，頁94-95。

制，亦未指明於公告管制物品項目及數額時應考量之因素，且授權之母法亦乏其他可據以推論相關事項之規定可稽」。由於立法者自始未指明管制物品之規範目的，對於行政院之管制物品項目及數額公告未提供任何方針，導致私運管制物品罪之保護法益完全不明。相對地，在系爭規定一，立法者已經透過相關規定表達強制公開收購之規範意旨，得作為行政機關及刑事法院具體化系犯罪構成要件內容的指引，其規範密度明顯高於私運管制物品罪。

3. 綜上所述，系爭規定一至三已可得辨識其保護法益係維持股價穩定與公平保護股東，所禁止之行為模式係負有公開收購義務之人，自始未進行公開收購程序而取得股票之行為。立法者透過其所設定之保護法益，提供主管機關將「一定比例及條件」具體化的方針。據此，系爭規定具備規範密度充足性。

## （二）規範內容清晰性

1. 審查標的：規範內容清晰性之審查標的為包含犯罪構成要件與法律效果之所有成文法令，故本案之審查標的為合併系爭規定一（證交法第 175 條）、系爭規定二（證交法第 43 條之 1 第 3 項）、系爭規定三（證交法第 43 條之 1 第 4 項）及系爭規定四（管理辦法第 11 條第 1 項）。
2. 審查標準：包含犯罪構成要件與刑罰效果之所有成文法令，足以使一般受規範者可預見行為為可罰者，具備規範內容清晰性。規範內容是否足夠清晰，應考量諸多因素進行評價性觀察。

透過系爭規定四，系爭規定二之內容被具體化為「任何人單獨或與他人共同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二十以上股份者，應採公開收購方式為之」，預定取得之期間及股份比例均無模糊空間。但是，系爭規定四並未完全排除本罪所禁止之行為模式的模糊性，尤其是「預定於五十日內取得...股份」，係指預定於五十日內「交割股票」達百分之二十，或是包含預定於五十日內「簽訂買賣股票契約或達成買賣合意」之股票達百分之二十，則有解釋爭議<sup>62</sup>。問題是，此一「取得」概念的解釋爭議，是否達到使一般受規範者無法預見行為為可罰的程度？

本文認為，從一般受規範者的角度來看，此一「取得」概念的解釋爭議尚未達到使其無法預見行為為可罰的程度。若是對照證交法第 43 條之 1 第 1 項之「取

<sup>62</sup> 主張以交割股票為準者，王志誠、邵慶平、洪秀芬、陳俊仁，註 53，頁 167；甘添貴、靳宗立，頁 67；曾淑瑜，註 56，頁 145；陳清秀，違反強制公開收購證券法制之處罰要件之探討，憲政時代，40 卷 1 期，2014 年 7 月，頁 83。主張以簽訂買賣股票契約為準者，參考台北地方法院 98 年度金重訴字第 12 號刑事判決；台灣高等法院 99 年度金上重訴字第 61 號刑事判決。不同於此，有認為「預定」實難依一般文義予以理解，質疑其是否符合法律明確性原則，李建良，註 9，頁 55。

得」係指「完成股票交割」或「取得股票權利」，則系爭規定一所禁止之「未以公開收購之方式取得股份」，亦係指完成股票交割或取得股票權利之行為，收購人與目標公司之股東達成買賣股份之合意，僅使其成為預定取得股票之人，因而負有依公開收購之方式取得股份之義務而已。即使部分法院判決不認同此一解釋方式，基於目的性解釋將取得概念理解為「達成買賣股份之合意」，相較於其他刑法規範常見之解釋爭議，此一「取得」概念的解釋爭議的程度並非特別重大。舉例而言，毒品危害防制條例第4條之「販賣」毒品罪，「販賣」應被解釋為達成買賣毒品之合意，或是基於對價關係而交付毒品？刑法第38條之1第1項犯罪所得「屬於犯罪行為人」，「屬於」係以取得所有權抑或取得事實上處分權？這些刑法概念的解釋爭議，雖然削弱一般受規範者預見行為可罰或法律效果的可能性，毋寧是法律文字多義性與抽象性所不可避免的後果，若是以此作為系爭規定欠缺清晰性的理由，等於是禁絕立法者使用不確定法律概念或概括條款。

除此之外，上述法律解釋爭議降低其預見行為可罰的可能性，導致一般受規範者必須耗費一定的勞力、時間、費用探知法律予以排除，由其承擔此一知法成本並未超出可期待的範圍。因為，系爭規定之受規範者，通常係擁有資力或專業知識參與公司併購之人，有能力自行或尋求專業人士查閱系爭規定四及詢問主管機關，釐清其短期大量取得公司股份是否適用公開併購程序。即使主管機關之法律意見不能拘束法院，法院可能採取不同於主管機關之法律意見，因而使信賴主管機關意見之行為人自認為取得股份合法，卻被法院認定其取得股份成立犯罪，導致行為人受到不可預見之刑罰。但是，適用任何刑法規範都不可避免此種個案的發生，此種個案並不能用來推論系爭規定尚未提供一般受規範者充分的刑罰可預見性。此時，保障受規範者不受過苛刑罰的方式，係適用刑法第16條之禁止錯誤規定，予以阻卻罪責或減免刑罰，而不是逕行否定系爭規定之規範內容清晰性。

由上述亦可得知，系爭規定與大法官宣告違憲之民國77年1月29日修正公布之證券交易法第177條第3款，不能相提並論。大法官在司法院釋字第522號解釋中，對於證交法第177條第3款「違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制命令者，處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科10萬元以下罰金」宣告違憲，其理由是「將科罰行為之內容委由行政機關以命令定之，有授權不明確而必須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知可罰行為內容之情形」此一違憲理由係著眼於大法官所建立之刑罰明確性要求，認為一般受規範者不能從該法律規定中預見行為可罰。本文認為，此一刑罰明確性要求並非達成刑法明確性要求之規範功能所必要，只要一般受規範者從空白刑法、授權法律與行政命令所組合之內容可得預見行為可罰，即可符合刑法明確性之要求。但是即

便依據本文所主張之規範內容清晰性標準，該規定所指示之行政命令包含「其他依本法所為禁止、停止或限制命令」，不僅其所指示之補充規範不夠特定，所指示之補充規範也數量繁多，內容又會隨著主管機關之增修刪減而變更，可能導致一般受規範者之知法成本提高至難以期待其承擔的程度<sup>63</sup>。相較之下，本案系爭規定的取得概念解釋爭議，不僅主題範圍特定，程度並不特別重大，難以被認定為達到欠缺規範內容清晰性。

3. 綜上所述，系爭規定一至四已將本罪犯罪構成要件具體化為：單獨或共同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二十以上股份之人，未進行公開收購程序而取得股份。「取得」概念之解釋爭議，與多數刑法規範之解釋爭議程度相當，並未使一般受規範者之知法成本高到難以承擔的地步，故具備規範內容清晰性。

（三）結論：系爭規定一符合刑法明確性要求。

### 三、系爭規定二之法律明確性審查

系爭規定二（證交法第43條之1第3項）是否符合法律明確性原則，應視其是否符合「可理解、可預見與可司法審查」三要件。依本文之理解，可司法審查性之意義相當於規範密度充足性，可理解或可預見性之意義相當於規範內容清晰性。依據前述「肆、一」之分析，系爭規定二之「一定比例」與「一定條件」，已可透過立法者為公開收購所設定之保護法益予以具體化，取得概念之解釋爭議程度，亦並未影響一般受規範者對其適用公開收購義務之可預見性，故應符合法律明確性。

### 四、系爭規定三之授權明確性審查

系爭規定三（證交法第43條之1第4項）是否符合授權明確性原則，應視其授權目的、範圍與內容是否具體明確。依本文之理解，在空白刑法指示之範圍內，授權明確性之意義相當於規範密度充足性。系爭規定三授權主管機關訂定「一定比例及條件」，法條文義已經確定其授權內容、範圍，依據前述「肆、一」之分析，其授權目的已可透過證券交易法之公開收購規定予以確定，故符合授權明確性。

<sup>63</sup> 類似看法，黃茂榮、葉百修大法官，釋字第680號解釋協同意見書，頁3：「用來填補空白要件之行政命令，是否容易為受規範者所探知，此為規範之認識可能性的問題，該認識可能性的欠缺，源自信息之接近可能性及規範內容之客觀的評價可能性。接近可能性的障礙來自用來填補空白要件之行政命令散置過廣，不容易探知，此為釋字第五二二號解釋所涉情形。」

## 五、系爭規定四之法律保留原則審查

系爭規定四（管理辦法第 11 條第 1 項）是否符合法律保留原則，應視其內容是否逾越系爭規定三之授權範圍。系爭規定三授權主管機關訂定適用公開收購所預定取得股份之「一定比例」及豁免適用公開收購之「一定條件」。系爭規定四針對適用公開收購之「一定比例」規定「任何人單獨或與他人共同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二十以上股份者，應採公開收購方式為之。」新增了看似系爭規定三所無之預定取得股份期間「五十日內」。實則，此一「五十日內」之期間限制，係根據管理辦法第 18 條第 1 項「公開收購之期間不得少於十日，多於五十日」而來，而系爭規定三亦授權主管機關訂定公開收購之「期間」。因此，系爭規定四之「五十日內」並未逾越系爭規定三之授權範圍，符合法律保留原則。

## 伍、對爭點題綱之回覆

一、經濟刑法（以證券交易法為例）與一般刑法相較，其刑罰明確性原則之判斷標準及程度有無不同？又司法院釋字第 522 號及第 680 號解釋有無補充之必要？

回覆：

1. 刑法學說至今尚未發展出一個明確的「經濟刑法」概念，隨著不同學科（刑法與犯罪學）、不同的研究旨趣（經濟犯罪成因、預防、結構、立法原則或解釋方法）及變遷的規範對象，經濟刑法的範疇就有所改變。既然經濟刑法與一般刑法之間並非涇渭分明，很難有意義地區分二者適用刑罰明確性原則之判斷標準及程度。除此之外，憲法應承認刑罰明確性原則（或刑法明確性要求）作為獨立的憲法原則，主要是考量刑法規範決定國家刑罰權的範圍，故個別刑法規範不論被歸類為經濟刑法或一般刑法，都有必要適用刑罰明確性原則。因此，經濟刑法與一般刑法所適用之刑罰明確性原則之判斷標準及程度應是一致的<sup>64</sup>，個別刑法規範之受規範者範圍、法定刑高低、法院之具體化、規範事務之特殊性及規範意旨等，則會影響其是否已經充分明確的審查結果。
2. 依據司法院釋字第 522 號及第 680 號解釋，空白刑法之明確性必須符合授權明確性及刑罰明確性之要求。依據前述「參、四」之分析，大法官應以憲法罪刑法定原則為基礎承認刑法明確性要求，取代對於完整刑法與空白刑法的雙軌明確性審查標準。本文之具體建議是，授權明確性要求應被具體化為空白刑法與授權法律已可識別保護法益，並大致描述或例示所禁止之行為模式（規範密度充足性）；刑罰明確性要求應予廢除，所謂「須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」，並非實現自由保障功能所必要，只要一般受規範者從空白刑法、授

<sup>64</sup> 結論相同，陳俊偉，註 5，頁 91。

權法律及行政命令可得預見行為可罰，即可符合刑法明確性之要求。據此，司法院釋字第 522 號及第 680 號解釋應予變更。

二、91 年 2 月 6 日修正公布之證券交易法第 175 條規定：「違反……第四十三條之一第三項……之規定者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百八十萬元以下罰金。」(即系爭規定一)、同年修正公布之同法第 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。」(即系爭規定二)、同年修正公布之同法第 43 條之 1 第 4 項規定：「依第二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項與前項之一定比例及條件，由主管機關定之。」(即系爭規定三)等規定整體觀察，是否屬於空白刑法？其刑罰明確性之判斷標準為何？「一定比例」之規定，受規範者是否具有可預見性？

回覆：

1. 空白刑法係指國會立法者僅自行規定系爭犯罪之刑罰效果，犯罪構成要件一部或全部以其他法律、行政命令、自治章程或行政處分予以補充之刑法規範。立法者於系爭規定一規定「未公開收購股份罪」之刑罰效果，犯罪構成要件內容則是指示系爭規定二，並透過系爭規定三指示主管機關以行政命令補充之，故屬於空白刑法。
2. 空白刑法之明確性審查標準，參照「伍、一、2」之說明。
3. 依據前述之審查標準，一般受規範者對於系爭規定二之「一定比例」有無可預見性，與空白刑法之刑法明確性審查無關。因為，就規範密度充足性而言，重點在於系爭規定一至三已可辨識保護法益及所禁止之行為模式，受規範者可否從系爭規定一至三預見行為可罰並不重要。就規範內容清晰性而言，重點在於受規範者從系爭規定一至四可預見行為可罰，故受規範者從系爭規定四之「百分之二十以上」可預見其行為可罰即為已足。因此，受規範者對於系爭規定二之「一定比例」有無可預見性，無關緊要。

三、系爭規定一至三與 94 年 6 月 22 日修正公布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五十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。」(即系爭規定四)整體觀察，「共同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二十以上股份」是否為系爭規定一之主要構成要件？所謂「共同預定於五十日內取得」之涵義為何？從刑法觀點，其構成要件涵義是否明確？就此部分，受規範者對「共同預定於五十日內取得」是否具有可預見性？又如係「共同預定於五十日後取得」是否為系爭規定一至四所欲規範之行為？

回覆：

1. 系爭規定四之「共同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二十以上股份」，透過系爭規定二與三成為系爭規定一間接指示適用之補充規範，被整合為「未公開收購股份罪」之客觀構成要件之行為主體要素。
2. 「共同預定於五十日內取得」之涵義，參考現行公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第12條，係指預定取得人間因共同之目的，以契約、協議或其他方式之合意，於五十日內取得公開發行公司已發行股份。對照證券交易法第43條之1第1項之大量取得股份之申報義務，此處之「取得」應係指完成股票交割或取得股票之權利，而不是指達成買賣股份之合意。
3. 從規範內容清晰性來看，「共同預定於五十日內取得」之涵義，雖因「取得」概念之解釋爭議，尚有不同解讀的空間。但是，其與多數刑法規範之解釋爭議程度相當，並未使一般受規範者之知法成本高到難以承擔的地步，故受規範者仍具有可預見性。
4. 「共同預定於五十日內取得」係「未公開收購股份罪」之行為主體要素，而不是構成要件行為。此一要素的文義不包含「共同預定於五十日後取得」，基於類推適用禁止原則，此種行為人之取得股票行為不得適用本罪處罰<sup>65</sup>。

#### 四、系爭規定一至四等規定是否符合憲法授權明確性、刑罰明確性原則之要求？

回覆：

1. 系爭規定一符合刑法明確性原則，參照「肆、二」。
2. 系爭規定二符合法律明確性原則，參照「肆、三」。
3. 系爭規定三符合授權明確性原則，參照「肆、四」。
4. 系爭規定四符合法律保留原則，參照「肆、五」。

---

<sup>65</sup> 同此，陳清秀，註62，頁83-84。

本人 薛智仁 受憲法法庭指定，就 110 年度憲二字第 67 號聲請人南怡君、陳湘銘聲請案，提出專業意見，並出席憲法法庭於 112 年 2 月 7 日就本案所行之言詞辯論期日。謹依憲法訴訟法第 19 條第 3 項規定，就相關專業意見或資料之準備或提出，揭露相關資訊如下：

|   |                                                 | 是/否 | 如是，其情形 |
|---|-------------------------------------------------|-----|--------|
| 一 | 相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。        | 否   |        |
| 二 | 相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。 | 否   |        |
| 三 | 其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。                         | 否   |        |

此 致

憲法法庭

陳報人：薛智仁 (簽章)  
112 年 2 月 3 日 (日期)