

【月旦法學雜誌118期】

釋字第五八六號解釋

不同意見書

大法官 楊仁壽

本件解釋文及解釋理由，認為財政部證券管理委員會於中華民國八十四年九月五日訂頒之「證券交易法第四十三條之一第一項取得股份申報事項要點」（以下簡稱申報事項要點）第三條第二款：「本人及其配偶、未成年子女及二親等以內親屬持有表決權股份合計超過三分之一以上之公司，或擔任過半數董事、監察人，或董事長、總經理之公司取得股份者」，亦為「共同取得人」之規定，逾越母法關於「共同取得」文義可能範圍，增加母法所未規範之申報義務，違反憲法第二十三條之法律保留原則等語，顯然忽略「共同」取得人一詞，係屬於立法者有意的「立法遺留部分」（*ein tuck offengelassener Gesetzgebung*），為不確定法律概念，其原本即委諸法官依照法律精神、立法目的，針對社會的情形和需要，予以具體化，以求實質的公平與妥當，俾所謂「共同取得人」一詞能適應社會、經濟、倫理及道德價值觀之變遷，與時俱進，以實現其規範功能。多數意見忽略及此，認財政部證券管理委員會所彙整「共同取得人」之可能類型供有關部門參考之例示性解釋，有違法律保留原則，不無缺憾，爰提出不同意見書如後：

一、狹義的法律解釋與不確定法律概念的價值補充不同：

狹義的法律解釋起於文義，亦終於文義，須受法律文義可能性之限制，如於窮盡狹義的法律解釋方法，諸如文義解釋或論理解釋等，仍不能涵蓋依該法律目的原應適用之生活事實時，則應視該法律之規定，是否屬於立法者之疏忽、未預見或情況變更而為准否漏洞的補充。若該法律之規定，係出於立法者有意的不為規定，則符合立法計劃，不生漏洞的問題。又社會生活事實無限，變動不居，而法條則有限，變動困難，欲以有限不變之法條，規範無限變動的生活事實，不免戛戛乎其難，故立法者於「法律解釋」與「漏洞補充」間，另設計「不確定法律概念」，俾法官得以因應社會實際需要，予以價值補充。

法律漏洞與不確定法律概念，最大的區別，在於法律漏洞本質上係出於立法者之疏忽、未預見或情況變更，根本不在「立法計畫」內；而不確定法律概念則係立法者希望的法律漏洞（als gewollte Gesetzeslücke bezeichnet），在立法者之「立法計畫」之內。至狹義的法律解釋與不確定法律概念，區別之所在，則狹義的法律解釋允許法官等以最大的文字含義予以理解，一旦逾越此一界限，即非所許。而不確定法律概念的價值補充，則賦予法官將其價值予以具體化，使法官負有立法之任務，其完全「符合計畫之鬆動」（planmäßige Auflockerung），不待言而自明。因此菲利普·海克（Philipp Heck, 1858~1943）將不確定法律概念定義為「授權規範」（Delegationsnormen）（註一），實此之故。

間或認為證券交易法第四十三條之一第一項規定之「共同」取得人，非屬「不確定法律概念」，誤此不在立法者賦予法官具體化之「授權範圍」之列，而與狹義的法律解釋混為一談，令人遺憾。

二、「共同」一詞，係屬不確定法律概念：

按法律概念之設計，原在形成價值之共識及減輕思維之負擔，故必須對其所欲規範之對象，毫無遺漏地列舉其特徵，始克達成其設計之目的。然社會生活事實無窮，法律條文有限，要求立法者鉅細靡遺地逐一予以規定，勢所難能，故衡諸各國法制通例，大抵將法律概念分為以下三類，加以區處：

其一為狹義的法律概念（Rechtsbegriff im engeren Sinne）：其概念之內涵及外延，均甚明確清晰，無待解釋，一見即明。諸如「一人」、「第二十八條」、「總統」、「立法院」等，此等概念，或處於「核心」或離核心不遠（註二），或內涵清晰，外延封閉，文字的含義殊為明確，具有「明晰性」（等於「明確性」加「一義性」）（註三），原不虞爭議，惟因日常用語與法律專門用語，難期盡同，若因而引發誤解，以文義解釋，即能達成使命。其二為描述性不確定概念（deskriptive unbestimmte Begriffe）：此種概念，或內涵清晰，外延開放，或內涵不清晰，外延封閉，必待解釋，始能澄清，諸如「物」、「所有權」、「婚姻」、「金錢」等概念，具有「多義性」或「複數解釋可能性」，已非文義解釋所能解決，必須借助論理解釋（體系解釋、目的解釋、比較解釋等），始能完成闡釋之使命。良以解釋者因對「世界觀的前理解」

（weltanschauliche Vorverständnisse）（註四）之不同，對同一之概念，可能為相異

之解釋。故乃責成解釋者必須根據適用時之具體情況，透過「制度性法的思維」(institutionelles Rechtsdenken) 導出具體的規範內容。以此而言，闡釋描述性不確定概念時，雖難免受到「規範語境」(Normsituation) 及法律規範適用時文化具體情況之影響，但仍不能囿入解釋者自己之好惡、評價及道德觀，不可言喻。

其三為「規範性之不確定概念」(normative unbestimmte Begriffe)，又簡稱為不確定法律概念(unbestimmte Rechtsbegriffe)：此種概念除內涵不清晰且外延開放外，更寓有價值判斷(Werturteile)和當為內容(Sollgehalte)，要求法官在具體個案進行衡量時，必須斟酌於某些特別情況是否符合有關之價值標準。換言之，不確定法律概念，乃出於法律之要求，由立法者透過委諸法官具體化之方式達到規範之目的。此種包含價值標準之概念，稱之為規範性之不確定概念或不確定法律概念，以有別於描述性不確定概念。

不確定法律概念所畀予法官之判斷標準，不盡然均存在於法律秩序之外，其存在於法律秩序之內者，諸如故意、過失、相當、共同等；存在於法律秩序外者，諸如善良風俗、顯失公平、公平裁量等，此等概念不論屬於何者，均與價值不可分，其要求法官於適用時為一定之評價行為，並無異致。

一言以蔽之，將不確定概念區分為描述性不確定概念與規範性不確定概念，乃此二類概念類型，具有不同功能，前者旨在描述事實與事實間之關係，諸如生活事實或法定的事實構成。而後者則包括價值判斷和當為內容。共同取得人之「共同」，究指意思共同？或行為共同？或兩者兼而有之？如兩者兼而有之，其行為須關連至何種程度等？無論在民事法上之「共同」侵權行為(註五)，或刑事法上之「共同」正犯(註六)，或程序法上之「共同」訴訟(註七)等殆均各有所見，此皆與「共同」一詞之概念，內涵既不清晰，外延又開放，有以致之。就整個立法計劃而言，其無非在要求法官於適用具體個案時，就此應隨同時空環境變遷之社會、倫理及文化等價值理念予以具體化，使俾能與時轉，以求實質的公平與妥當，其為不確定法律概念，灼然至明。

三、不確定法律概念，不生違反法律保留原則之問題：

不確定法律概念，法律雖未明確規定其內涵及外延，但此項設計，正出於立法者「有意的計畫」，要求法官於適用具體個案時，動用存於社會上可以探知認識之客觀倫理秩序、價值、規範及公平正義之原則，對具體的個案類型靈活造法，以適應當時技術、經濟、社會和政治的發展(註八)。因此，就其已形諸於法律之文字而言，不

畜已屬於「法律」。而法官之予以具體化，則正處於立法者明白授權的「計畫」之內，根本不生違反法律保留原則之問題。本院釋字第四〇七號解釋指出：「有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論、出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年健康之維護，隨時檢討改進。至於個別案件是否已達於猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然」等語，其就不確定之法律概念所持之態度，實亦不外乎此。

財政部證券管理委員會，雖於八十四年九月五日訂定之申報事項要點中，規定何種情事，亦為「共同取得人」，究其實際不過便於規範對象申報，先予類型化，酌加例示供參，使法律之規範功能更能發揮安定之效能而已，初不能拘束法官之價值補充。此就聲請人所提最高行政法院二十餘件判決，均針對具體個案是否屬於「共同」取得人而為判斷，並不受前述例示事項之拘束等情而觀，不難索解。

憲法第八十條規定，法官依據法律獨立審判，不意味著法官於審判之際，可以獨立於時代的精神和潮流之外，立法者既已設計，法官須善用其計畫之內的不確定法律概念，使法律具有靈活性 (Elastizität)，將之適用於新的事實，俾與新的社會價值觀融為一體，毋寧係法官之義務，丹麥齊克果 (Soren Aabye Kierkegaard, 1813~1855) 教授稱：「任何概念均擁有其自身之歷史，它們不能抵抗時代的變化」(註九)，良有以也。

多數意見幸而將本案宣告定期失效，否則與本案有關之二十餘件確定判決，實際上並不全以前述申報事項要點為據，殆均逕就「共同取得人」予以具體化，限縮其適用範圍，諸如多數判決指出：「由於本人與其配偶、未成年子女及二親等以內親屬等以內親屬之間關係密切，除非有特別情事依經驗法則，渠等所主導或控制之公司輒與本人擔任董事長之公司取得同一家公開發行公司之股票，合計超過已發行公司之股票總額百分之十，應非巧合，堪認係有意之安排。而是否有特殊情事，舉證責任在行為人，不在主管機關，故主管機關在無反證之情況下，依申報要點所揭示之親屬關係，就渠等所主導或控制公司所取得之股份，解為具有意思聯絡或利用關係而算入共同取得之股份，並無違背經驗法則。於此範圍內，上開要點未違反證券交易法第四十三條之一第一項之立法意旨，得予適用」等語，姑不論其具體化之內容是否合於證券交易法第四十三條之一第一項之價值標準，但其未全以申報事項要點為準，則可以斷定。如遽以其違反法律保留原則立即宣告無效，不知聲請人將以何理由持以提起再審之訴。屆時縱令大費口舌，恐怕亦難以令聲請人釋懷也。

【註釋】

(註一) Bernd Ruthers, Rechtstheorie, S. 464.

(註二) 任何概念之外延，其邊緣皆存在模糊之問題，苟概念愈籠統、愈抽象、其中心含義周圍之模糊區域也就愈大。

(註三) 參見碧海純一著，新版法哲學概論（全訂第二版補正版），第一二六頁。

(註四) 解釋者於具有理解事物的相關知識時，對該事物纔有理解之可能，故所謂前理解之概念，係指理解某一事物之知識，必須事先具有而言，與理解之形成尚屬有間。

(註五) 民法第一百八十五條所規定共同侵權行為之「共同」，依最高法院二十五年上字第一九六〇號判例，認各行為人無意思聯絡，其行為亦無關連共同，不能認係該條所稱之「共同」。依同院五十五年台上字第一七八九號判例，則以各行為人有意思聯絡為必要，始能成立共同侵權行為。依司法院六十六年六月一日例變字第一號，則又認共同侵權行為之成立，不以行為人有意思聯絡為必要，苟各行為人之過失行為均為所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足以成立共同侵權行為。

(註六) 刑法第二十八條規定，二人以上「共同」實施犯罪之行為者，皆為正犯。依最高法院十九年非字第一六三號、十九年上字第七三六號、十九年上字第一九五六號等判例，認為共同正犯，以共同實施犯罪之行為為要件，如果僅係事前同謀及予以實施之便利，並未參與實施，不得以共同正犯論科。本院釋字第一〇九號解釋，則認為以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，亦為共同正犯。

(註七) 最高法院三十三年上字第四八一〇號判例稱：「民法第二百七十五條規定連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力，故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人即屬必須合一確定，自應適用民事訴訟法第五十六條第一項之規定。」如照此判例意旨，法院判決甲乙應連帶給付丙新台幣若干元，甲於十月五日收受判決，乙於十月十一日收受判決，甲未上訴，乙則於十月二十二日提起上訴。乙之上訴，其上訴理由如係本於個人關係者，認為非屬類似之必要「共同」訴訟

，其效力不及於甲，如係非基於某乙個人關係並經認有理由者，認為屬於類似之必要「共同」訴訟，其效力應及於甲。然在實務上，認此項意旨窒礙難行，乙之上訴，若非基於個人關係之抗辯，應否列甲為類似之必要共同訴訟當事人，必須審認其抗辯有無理由後始能決定，將使訴訟程序陷於不安定之狀態，故實務上又作另解，認為苟「從

形式上觀察」，有利於甲即可，不復於實體上審認其有無理由，但間有學者對此仍有意見。

(註八) 參見拙著，法學的方法論，第一六八頁。

(註九) 其原文為「Die Begriffe haben namlich edenso wie die Individuen ihre Geschichte und Vermogen ebensowenig wie diese, der Gewalt der zu widersten」, vgl. Bernd Ruthers, Rechtstheorie, S. 102

