

釋字第六八〇號解釋協同意見書

大法官 許宗力
謝在全

本件涉及將刑法構成要件之一部份授權交由行政機關補充訂定（亦即學說上所稱空白刑法法規授權），界線何在之問題。懲治走私條例第二條第一項及第三項規定，對私運管制物品進出口逾公告數額者處以徒刑，並得併科罰金，但何謂管制物品及其數額，均授權行政院以命令公告之。多數意見大體上承襲本院釋字第五二二號解釋之標準，要求刑罰構成要件倘授權行政機關訂定，其授權之目的、內容、範圍必須明確，且應使人民從母法中即可預見行為有受罰之可能始符合授權明確之要求，系爭規定未明定授權目的，或指明公告管制物品及數額應考量之因素，且欠缺可供推論相關事項的根據，人民無從由系爭規定中預見私運何種物品逾何種數額將因公告而有受罰可能，已違反罪刑法定與授權明確性原則，宣告違憲。本席等對多數之結論敬表贊同，但欲強調授權明確性之要求，如不涉及刑罰構成要件之授權，得為滿足國家行政上彈性、效率、專業等需求而採取寬鬆之審查；然一旦涉及空白刑法法規，因受罪刑法定主義的拘束，對國會應自為決定的要求隨之提高，從而其授權的空間受到限縮，此二者不同密度的授權明確性審查標準仍應予區辨與堅持。爰提協同意見書如下：

一、授權明確性原則的彈性化

本院從釋字第三一三、三九〇、四〇二等號解釋以降所確立之授權明確性標準，搭配釋字第四四三號解釋所確立的層級化法律保留，要求法律如授權行政機關訂定涉及限制人

民權利之命令，其授權之目的、內容、範圍必須具體明確。此一原則寓有督促立法作為義務、強化立法權控制行政權之色彩。而廣泛運用此種對行政權持節制態度的審查標準是否妥當，應從授權明確性原則的時代任務去理解較為公允。

回顧釋字第三一三號解釋做成時（民國八十二年）的背景，彼時憲法本文所預定的行政立法關係從未落實，在長期一黨獨大、強人政治及威權統治的政治現實下，行政立法間的權力互動呈現強行政、弱立法的態勢，行政部門雖不具備直接民主正當性，但法制實務上卻大量充斥職權命令取代立法機關之作為，「本法之施行細則由……訂之」一類徒有形式之空白授權普遍見諸法典¹。當八〇年代民主化浪潮推湧而起，司法者欲擺脫漫長威權體制箝制的遺絮、努力重建行政與立法應有的權力制衡機制，並反思國家與人民的權力關係時，強調授權明確性原則以抑制廣泛空白授權的規範現實，乃正呼應民主轉型的時代任務。

正如一般所認知，上述判準的建立，深受德國憲法實務與學說的影響，而德國之所以發展出強調法律保留與授權明確性原則之審查模式，亦係與威瑪共和晚期立法對行政之控制名存實亡，乃至逐步陷入獨裁的慘痛經驗大為相關²。就此而言，我國八〇年代之前的憲政軌跡，對於德國二戰前的立法無從抗衡行政的歷史經驗，不能不說有所共鳴。

但立法授權的需求一直是存在的：行政事務龐雜、變遷迅速，立法委員具備政治專長，但未必具備應付各項專業領域事項的知識與能力、多元的成員各自代表不同利益，在現實上有時確實無法針對特定議題妥協出具體的決定³、有時則

¹ 參張文貞，行政命令訂定程序的改革——多元最適原則程序的提出，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 90-91（1995）。

² 參許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，收於法與國家權力，頁 216（1999/10 元照初版）。

³ 根據社會選擇理論（social choice theory），多數決策的組織常無從以符合多數決原則的方式做出符合多數偏好的政策。例如 A、B、C 欲共同從甲、乙、丙三案中作選擇，A 偏好甲案大於乙案，B 偏好乙案大於丙案，C 偏好丙案大於甲案，則甲、乙、丙三案中究竟何者符合多數之偏好呢？

有相當誘因對爭議事項採取「創造性模糊」，不欲自為決定、國會決策須經三讀反覆修改，議事冗長而成本高昂，又集會期間受會期限限制，對於須即時回應的議題往往力有未逮。這些都顯示行政部門事實上必須自行掌握能兼具彈性、效率與專業的規範工具，以務實回應施政之需求。

八十六年第四次修憲後，我國中央政府體制已具備雙元民主的特性，這不僅代表行政權在規範上已有獨立之民主正當性，亦代表必須隨之給予總統有更廣闊施政空間的制度條件，使其能貫徹政見，以維責任政治⁴。又法制上行政程序法的命令制訂程序，已提高命令訂定過程的透明度及公民參與之機會，且一黨獨大、強人政治及威權統治已成為歷史，其因之造就的「行政院立法局」現象亦不復存在，此時此刻已無庸繼續採取「扶植立法權，對抗行政權」的解釋態度。凡此總總，均促使司法者重新思考過去十數年基於對行政權進行民主控制而一再強調的授權明確性原則，在時空丕變後，審查密度是否應予放鬆的問題。

基此，本席等曾於釋字第六〇四號解釋協同意見書中指出，在非屬嚴格審查的事項中，授權明確性原則不要求立法者須自行就授權之目的、內容與範圍一一作明確規定，重要的毋寧是能藉由授權目的探求，推論出授權之內容與範圍，而即使對授權目的的審查，也不以法文具體明示為必要，只要能依一般法律解釋方法，從授權母法整體，特別是相關法條文義、法律整體之體系關聯及立法目的，可推知授權之目的為何即為已足⁵。而此時授權明確性的要求，主要目的係要

A、B、C 只能選擇不做決定，或者接受結果乃取決於議程設定何案先投票、以何種方式計票，而不是所謂多數偏好的顯現。類似的研究的確提供了理論論據，挑戰行政之於立法部門，是否有那麼大的「民主赤字」。See Richard J. Pierce Jr., *The Role of the Judiciary in Implementing an Agency Theory of Government*, 64 N.Y.U. L. REV. 1239, 1244-1247 (1989).

⁴ 本院釋字第 520 號解釋理由書提到，總統候選人於競選時提出政見，獲選民支持而當選，自得推行其競選時之承諾，從而總統經由其任命之行政院長，變更先前存在，與其政見未洽之施政方針或政策，毋迺政黨政治之常態云云，亦同此旨趣。

⁵ 參本席等釋字第六〇四號解釋協同意見書。

讓行政機關知悉訂定命令時應遵循的方針原則，並使司法者能審查行政權的行使是否逸脫立法機關的授權範圍，較非從人民是否能逕從法律中預見確切的行政義務著眼。

從立法行政實務上看來，上述授權要求應是頗易達成的寬鬆標準。但仍有論者從比較法的角度批評釋憲實務所確立的授權明確性原則過分嚴格，指出美國聯邦憲法雖明文規定立法權專屬於國會，似禁止立法權讓渡予行政部門行使(即所謂禁止授權原則—*nondelegation principle*)，然實則聯邦最高法院向來採取寬鬆之審查，史上僅有寥寥二案曾經宣告國會對行政部門的授權違憲⁶。目前法院採取清晰原則(*intelligible principle*)⁷，承認國會得廣泛授權行政部門進行各式重要的政策決定，只要立法中已提供行政部門清晰的指示，足資理解國會對行政部門的政策引導即可，在解釋上可謂極具彈性。如此的實踐，多少是基於法院體認到建立可操作的標準以區分合憲或違憲之授權誠屬不易⁸。上述美國法的經驗，是否反映出引進所謂「德式」⁹嚴格之授權明確性原則並非明智之舉？

⁶ 即 *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) 及 *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) 二案，在羅斯福新政時創設了大量的新機關，並廣泛授權，這兩案可解讀為在當時的時空背景下，聯邦法院對於新政不信賴的一種反應。

⁷ *J.W. Hampton v. United States*, 276 U.S. 394, 409 (1928).

⁸ See RICHARD J. PIERCE JR., *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE*, 97 (2002).

但也請注意也有許多美國學者認為聯邦最高法院放得太多太快了，如 JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST*, 132-34 (1980). Carl McGowan, *Congress, Court and Control of Delegated Power*, 77 *COLUM. L. REV.* 1119 (1977).

⁹ 我國係法學的繼受國，學理及釋憲實務的發展相當程度受到外國判決、法理及學說之影響，外國法理與經驗提供給我們成功或失敗的借鏡、寬闊的思辯素材，能刺激法學的進步，具高度的實用價值，即使傳統的法學輸出國，都不能免於是否參考外國法例的辯論。在美國法上爭議尤多例如 CASS R. SUNSTEIN, *A CONSTITUTION OF MIND*, 188-209 (2009); Ernest A. Young, *The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 *HARV. L. REV.* 148 (2005); Sanford Levinson, *Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections*, 39 *TEX. INT'L L.J.* 353(2004); Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *YALE. L. J.* 1225 (1999).

但外國法之參酌不免必須面對援引對象擇取的偶然性問題—為何擇取甲國而不擇取甲國以外的他國法例，有時取諸偶然的歷史因素。但偶然性並非就是不負責任的繼受，有意義的法學辯論並不需要在地毯式蒐羅世界上所有法例之後始能進行，重要的毋寧是以公允而開放的態度，對所能深入獲知而具有啟發意義的法例，個別思考辯證其可採或不可採，適用或不適用的理由。無論是逢德或逢美必反（或必贊成），均失卻嚴謹而自主的研究立場。

持平而論，跨國的寬嚴比對觀察常非易事，稍不留意原因案件的個案特徵、歷史脈絡及長期演變的軌跡即易流於表面，本席等在此亦不擬過度斷言，僅欲指出：我國之授權明確性原則在寬鬆審查的操作下，只要求從解釋上所能得知的授權目的，並進而得推論出授權內容與範圍即可，則很難遽然認定較諸美國法上的 intelligible principle 究竟較為嚴格或寬鬆。另一方面德國法的實踐經驗顯示，法院對於授權明確的要求頗為顧及行政實務的需要，即使是採較嚴格審查的刑法空白法規之授權亦然（詳下說明），單就操作結果而言，或許與美國法院的實踐相去不遠。又即使美國聯邦最高法院肯認建立可供操作之授權容許標準甚為困難，美國法院終究未逕全然放棄這個領域的審查，無論如何退卻、寬鬆，它仍試圖在個別案件中指出國會對行政部門施政的指導原則為何，就此而言，與強調探知授權目的的我國審查，二者考量亦有若合符節之處。

二、罪刑法定原則對法律授權的控制

前所論及者，乃不涉及刑法處罰構成要件的授權而採寬鬆審查的情形。然而如涉及空白刑法法規之授權，我們就必須從罪刑法定所欲堅持維護的價值，去思考對其將如何影響授權的界線。罪刑法定原則會墊高授權明確性要求的基準，業經本院先例所確認。釋字第四三三號解釋雖然不是針對授權明確性所為的解釋，但該案針對公務員懲戒法內許多概括規定是否違憲的問題，特別區分公務員之懲戒處分不同於刑罰，「懲戒權行使的要件與效果應受法律嚴格規範之要求，其程度與刑罰之適用罪刑法定主義……非完全一致」，這對於刑法要件應符合更高度的國會保留已經埋下伏筆。釋字第四四三號解釋則凸顯出，剝奪人民生命或限制人民身體自由

的刑罰，在層級化法律保留的體系裡，佔據核心的國會保留位置。至釋字第五二二號解釋，本院直接處理空白刑法法規授權的問題，該號容許刑法處罰之構成要件得授權予命令為補充規定，但在授權明確性的控制上，除了一般授權明確性所要求的「其授權之目的、內容及範圍應具體明確」以外，尚要求「須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」，也就是說，刑罰構成要件授權明確與否，較諸一般事務之授權之審查，必須思考更多的要素，一方面必須視授權母法對行政機關的政策指導是否清晰，另一方面則必須從受規範者的角度去考量，母法中是否已呈現出那些行為態樣可罰。

加強對空白刑法法規授權之審查，乃在呼應罪刑法定原則的關懷。罪刑法定原則要求刑罰必須由立法者以法律形式自行訂定，最一般的說法是其目的在節制國家權力，確保人民的自由權利¹⁰：從古典的自由主義與契約論的角度而言，只有由人民代表組成的議會，事先同意以刑法加以禁止的行為—亦即是人民自我統治下的同意，始能動用刑罰干涉人民的自由，反面敘述即是凡不屬於國家（議會）以預先制訂的法律明文禁止的範圍，都屬於人民自由行動的範圍。而預先確定刑罰的範圍，不只是確保其人身不虞遽受刑罰枷鎖所困而已，更重要的是，人們始能在不虞恐懼的條件下，充分「開展其快樂生活的自由」¹¹。誠然，行政在現今有其自主的民主正當性來源，然倘我們仍維持國會係代表人民自我統治意志的規範性預設；仍肯定國會的組成乃全面性地涵蓋各種利益的多元呈現；仍承認國會的程序係繁複而透明公開的，那麼人民的某種行動自由，能否以刑罰加以侵奪的價值決定，係應由國會為之，即尚非能由行政部門所能輕易越俎代庖。

刑法的基本立場是慎刑，刑罰被定位為「能不用就不用」

¹⁰ 林鈺雄，新刑法總則，頁 24-38（2006）。

¹¹ 黃榮堅，基礎刑法學（上），頁 14（2006 年 3 版）。

的最後手段，又刑法的安定往往有助於其預防功能的發揮¹²，從這些面向來看，國會繁複的三讀程序，必須折衝乃至可能導致決策僵局的機制，本身也就可視為是節制國家刑罰權行使並避免過度頻繁變動的制度設計。相較之下，委由行政機關從事立法決策的優點在於彈性、靈活、應變、因時因地制宜、專業技術取向、不因會期更迭而停擺、不易因議事折衝困境而決策觸礁等等，但在刑罰脈絡裡行政豐沛積極的決策動能反而可能是警訊。我們事實上不必太為國家受到節制的刑罰權擔憂，國家廣泛的行政管制或許不可一日或缺，但針對特定行為的刑罰卻未必不可一日或缺，刑罰基本上只是國家所能運用的各種管制手段中的一種，假如在刑罰領域內特別要求較高密度的法律授權，乃竟導致無從取得國會針對特定行為具體授權之刑罰規範，這也不過是對行政部門釋放下列訊息：這個議題國會難以委決具體授權之範圍，行政部門若認為仍有管制的必要，宜採取法律保留及授權明確密度較低的其他管制方式為之一而這些也通常是較不嚴峻的手段。

總之，歸納而言，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。不過本席等並不認為釋字第五二二號解釋所提出所謂預見行為可罰的標準，是指必須規範到使人民從授權母法中即已明確知悉具體會受到處罰的個別行為的明確地步，蓋授權明確性的要求倘果真至此程度，實際上授權空間已然消逝，與要求立法者自行訂定難謂有何差別¹³。

¹² 黃榮堅，同上註，頁 126-127。

¹³ 又縱於立法者自行訂定刑法的情況，刑法雖要求最高度法律明確性原則，對構成要件概念應明確的要求，仍然只須使受規範者合理認知絕大多數將受處罰的行為的範圍即為已足，而不強求到能一一認定個別行為可罰與否的精準程度。如果連立法者自為訂定法律的明確性都不是絕對精

那麼授權母法須令人「預見行為可罰」，究竟是指必須明確到何種程度呢？發展出「預見可罰性」標準之德國聯邦憲法法院一連串的判決的理由與思考可供參酌。德國聯邦憲法法院早在 1962 年的道路交通法一案中即指出刑罰領域授權條款明確性必須受到更嚴格的審查，而授權之明確性是指由母法中就可以預見那些行為係屬可罰，而非從授權之命令才能發現¹⁴。此一審查標準貌似極為嚴格，實務操作卻比文字顯現出來的緩和許多，不如想像中嚴峻。以 1991 年及 1992 年兩則審查外貿法(Aussenwirtschaftsgesetz)授權是否明確的判決為例。外貿法第 2 條授權在該法所限制範圍內得以命令補充管制進出口行為之要件。違反者應受刑罰制裁。第 7 條 1 項 3 款則規定為避免嚴重妨礙德國之外交關係，得限制對外貿易行為。法院於 1991 年的判決中認為，從「避免嚴重妨礙外交關係」之用語，即不難知悉主管機關將朝何方向行使其授權，亦不難推知本案所涉戰爭與策略性物品列入管制範疇，且期待從事外貿之人去獲悉管制輸出的清單，並不為過¹⁵。換言之，法院認為法律提供政策方針便已足以使受規範的人民預知管制領域裡的風險。1992 年的判決復指出，刑罰越嚴重，立法者對處罰要件就必須自為越詳細的規定，但另一方面如果過度強調法律之明確性要求，亦有過於僵化、瑣碎，無法因應情勢變遷的風險。從第 7 條 1 項 3 款的規定與法律整體可以推知，立法者有意以刑罰處罰未經許可，而輸出非完全使用於民間用途之物品，致嚴重妨礙德國對外關係之行為，是法律本身已清楚地規範可罰之要件¹⁶。

類似地，在 1996 年的瀕臨滅絕動物保護案，學界指稱

準的明確性，常須透過解釋才能進一步確認可罰行為的具體範圍，那麼授權明確中所謂預見行為可罰，自然是更為低度的知悉。有關刑法文字明確性的問題，參黃榮堅，同前揭註 11，頁 147。

¹⁴ BVerfGE14,174,185.

¹⁵ NJW 1992, S.2624ff.

¹⁶ NJW 1993, S.1909ff.

聯邦自然保護法第 30a 條第 2 項將刑罰構成要件「瀕臨滅絕動物種類」(Aussterben bedrohten Tierarten)授與行政機關以命令規定，係屬立法者之「自我繳械」(Selbstentmachtung)，違反授權明確而構成違憲。但聯邦憲法法院不同意此看法，法院認為即使沒有參照補充之法規命令，法律所使用「瀕臨滅絕動物種類」一詞本身就已是令人可以理解的概念，而具備那些要件特徵始列入「瀕臨滅絕動物種類」範疇，則有可資證明之事實作為判斷依據，而這些作為判斷依據之事實對本法之主要受規範者---研究動物之專業人士或販售或嗜好養育動物人士等行家---而言原則都是清楚的，或至少可輕易獲得資訊，而法規命令的補充，只是讓原本已經明確的法定處罰要件更加精確而已。系爭授權規定因此並未違反罪刑法定原則所要求之明確性¹⁷。

最後，1997 年的麻醉劑案中，引發疑義的麻醉劑法 (Betäubungsmittelgesetz) 第一條第一項規定，本法所稱麻醉劑(Betäubungsmittel)係指本法附件一至三所列舉之材料與配製品，而附件內容則授權主管的衛生部訂定。違法使用麻醉劑應受刑罰制裁。法院認為從法律本身必須能夠知悉立法者設定那些方針以供行政機關訂定法規命令時得以遵循，也使受規範的人民從法律中預知行政機關將於何種情況、朝何種方向行使其授權，以及據此授權所訂定之法規命令可能具備那些內容。系爭規定雖未就麻醉劑概念以抽象特徵加以定義，而是授權主管機關以命令方式列舉，但是所禁止材料的範圍已可從法律內容本身推知，尤其是從麻醉劑此一概念本身，以及本法其他相關規定的比照推知¹⁸。

針對以上判決，即有學者總結評論道，從功能最適角度觀察，本來就不可能要求立法者能夠經常對迅速變遷之情勢

¹⁷ NJW 1996, S.3220ff.

¹⁸ NJW 1998, S.669ff.

作快速之回應，或發布純技術之規範，在由行政機關補充有其需要的情況下，重要的是必須使受規範者可以從法律本身知悉其行為有受處罰之風險，並且與所援引之法規命令合併觀察，可以明確判斷行為之可罰性¹⁹。本號解釋於重申釋字第五二二號解釋有關須「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」之用語外，進一步補充所謂預見行為之可罰，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」，其中所稱「可能」其實即指「風險」，即是根據上述脈絡而來。

歸納這些見解，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。本席等認為這套標準值得參考，因為它一方面顧及保護受規範人起碼能知悉那些領域的行為帶有風險，但不過份要求母法本身的詳細性，另一方面以要求立法者提出立法指示、概念框架之方式，約束行政權運用權力的邊界。

有關上述標準之提出，有論者或許會從美國經驗提出反思，反對刑罰空白授權相較其他授權必須受更嚴格審查，或反對加上預見刑罰風險的標準。也的確，美國聯邦最高法院對於國會的授權控制，在美國法的脈絡下屬於寬鬆的審查，對於涉及刑事處罰要件的授權，是否必須要求國會需以較諸清晰原則（intelligible principle）更明確而特定的方式授權，

¹⁹ *Nolte*, in v.Mangoldt/Klein/Starck, GG III Art103 Abs.2 Rdn.153.

法院向來存而不論，但我們不應遽然認為德國及美國的標準有天壤之別。以 1991 年 *Touby v. United State*²⁰ 一案為例，該案涉及國會授權法務部長（Attorney General）在認特定危險藥品對公共安全造成迫切危害（imminent hazard to public safety）時，得經一定程序後，將之列入管制清單中，而持有製造管制清單中的藥品構成刑事犯罪。美國聯邦最高法院法官全體一致同意國會對法務部長的授權並未違反禁止授權原則，指出憲法並不禁止國會尋求行政機關的協助，只要國會對於對行政機關行使授權的方式已提供清晰的指示²¹。本件條文用語已經指出授權行政部門列入管制清單的標準是該藥物對公共安全造成迫切危害，已經符合清晰原則的要求²²。

換言之，美國聯邦最高法院也是從國會對行政機關的引導、其授權是否對行政機關政策已設下邊界（儘管這些引導本身可能是頗為抽象的）的角度來思考問題，就此德、美二國間的判決論理係有共通之處。如果將二國不同的實踐交互檢驗，以可預見標準審查涉案的美國法規，或以美國標準審查涉案的德國法規，本席等初步的推斷是並不會獲得太過歧異的結論。

最後，歐洲人權法院發展出來的理論，亦值得提出來作為此處的借鏡。學者 Cian C. Murphy 在分析歐洲人權法院針對歐洲人權公約第七條罪刑法定之見解時，指出歐洲人權法院對於法律的明確及可預見性採取所謂「薄冰原則」(the “thin ice” principle) 之審查，Lord Morris 在 *Knulier v. DPP* 一案中頗為傳神地指出：在薄冰上溜冰的人不能期待在冰上看見標牌，確切指出那個點將會冰破人落水²³。也就是說，國家只

²⁰ 500 U.S. 160 (1990).

²¹ *Id.* at 165.

²² *Id.*

²³ See Cian C. Mruphy, *The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights*, E. H. R. L. R. 2010, 2, 192-207, 199-200.

要指出某種類型的行為有如在薄冰上溜冰，有落水的風險，即已足夠，而不必在個別的落水點上，一一指名，涉及從事此類行為者，則有相當的注意義務。不可諱言，薄冰原則與前述對罪刑法定主義的強調是有些許緊張關係，但或許薄冰原則中最貼切的一點，不僅是溜冰者須注意自身行為的風險，更是國家面對薄冰這個情況不明的領域，它事先掌握情況的能力實則也受到了侷限，即使立法者欲預先在可能落水之處一一提請注意，事實上也有其困難——因立法者也非全能全知地能精準描述危險所在。

總之，在立法上無法強求之處，只要有足夠的風險指示提請受規範者注意，而授權母法所指涉的補充規範對人民而言係語意明晰且易於取得，則具體受規範的內容係訂在命令層次或法律層次，從受規範者的角度未必有太大的不同，對保護受規範者而言其實也已經足夠。審查的要旨，反而是在督促國會在可能的範圍內自為決定，確認人民有某一部份的自由將要受到禁止或管制，並維繫國會之於行政部門在刑罰領域中的指導與監督關係。否則試想一例：立法者倘僅於刑法中規定「危害社會秩序之行為處五年以下有期徒刑。危害社會秩序之行為由行政院公告之。」²⁴又設行政院公告中非常仔細地針對各種嚴重傷害他人法益之行為，以明確而具體之文字妥為規定，已極盡細膩立法技術之能事。受規範者面對此種規範現狀，只要查看命令即能知悉何種行為受處罰，沒有不知如何守法的困擾。但儘管如此，立法者上開事例中

²⁴ 本例靈感來自德國早期兩則巴伐利亞邦的邦法規定。第一則的邦法規定：「違反公共秩序者，應受刑罰制裁（Wer gegen die öffentliche Ordnung verstösst, wird bestraft）」（*BayVerfGE* 4, 190）；第二則的法律規定：「凡行為抵觸盟軍或其構成員之利益者，應受刑罰制裁（Wer gegen die Interesse der Alliierten Streitkräfte oder eines ihrer Mitglieder handelt, wird bestraft（*BayVerfGH*, *BayGVBl.*1953,S.75）這兩則規定都被巴伐利亞邦憲法法院以違反明確性原則而宣告違憲。以上參照 *Dürig* , in: *Maunz/Dürig*, GG, Art.103 Abs.2, Rdn.107.

的授權，對刑罰範圍過快過廣的棄守仍令人不安，因為立法權一下便棄守太廣泛的行動自由，行政部門方面則透過廣泛的授權條款，取得可以自行以刑罰處罰任何行為的權力，蓋似難想像有那些行為不能塞進危害社會秩序的框架下。

三、有關本案審查

本席等重申授權母法的明確性是指，從立法目的、法規整體或授權事項的概念邊界中，可以看出或推論出授權的目的、內容、範圍，並進使受規範者理解那些類型的行為可能有受罰的風險，行政機關大致可能往那個方向行使其授權即可，持平而論這即使已經是較嚴格的審查，對於國家來說應當不是太難達成的要求。至於人民是否必須參考命令的補充才能確切知道刑罰誡命，則非所問。據此本席等認為在懲治走私條例系爭規定之所以違憲，並不是人民必須搭配子法才能獲知管制物品，蓋期待從事進出口者進一步查詢公告並不是過份的要求。但問題在於無論是從系爭規定或法律整體，按其明文或者透過解釋，都沒有提出最低度的、可能成為進出口管制物品的概念框架或抽象特徵，以至於根本無法預測行政機關可能朝那個方向行使授權、以達成那些立法考量，可謂容許行政院得將任何種類的物品列為管制品，而這樣的廣泛授權，已經使本法近似上述授權行政機關將一切危害社會秩序的行為納入刑罰的例子，本席等因此認為此種對刑罰空白法規的授權已違反授權明確性原則。

本席等對於授權不足以提供行政機關最起碼行使權力的邊界之擔憂，也可以從規範現實上獲得些許印證。依歷來之公告，懲治走私條例所管制的物品類別頗為分散，如彩券、大陸農漁獲、槍枝、外匯、出版品等不一而足，各有側重維護的立法目標。而這些類別絕大多數其實均已列於專法

規範，而架空了懲治走私條例的適用可能性，如槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保護法、外匯管制條例等，現在可能還沒有被其他法律吸收的物品是大陸漁貨及彩券，且適用論罪的可能性不高。懲治走私條例逐漸被架空的事實顯示，需要管制的物品的確是可以逐步地類型化，並基於不同須受管制物的類別或不同的管制目的，分別依照需要授權行政機關補充。在懲治走私條例已經越來越少用以論罪之際，檢討系爭法規的授權，或甚至考慮廢除懲治走私條例，必要時始另立專法因應，此其時矣。