

抄本

司法院 令

發文日期：中華民國 97 年 2 月 22 日

發文字號：院台大二字第 0970004268 號

公布本院大法官議決釋字第六三七號解釋

附釋字第六三七號解釋

院長 賴 英 照

司法院釋字第六三七號解釋

解 釋 文

公務員服務法第十四條之一規定：「公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問。」旨在維護公務員公正廉明之重要公益，而對離職公務員選擇職業自由予以限制，其目的洵屬正當；其所採取之限制手段與目的達成間具實質關聯性，乃為保護重要公益所必要，並未牴觸憲法第二十三條之規定，與憲法保障人民工作權之意旨尚無違背。

解釋理由書

憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民有從事工作及選擇職業之自由，迭經本院釋字第四〇四號、第五一〇號、第五八四號、第六一二號與第六三四號解釋在案。國家與公務員間具公法上職務關係，公務員依法享有身分保障權利，並對國家負有特別義務，其憲法上所保障之權利即因此受有相當之限制，本院

釋字第四三三號、第五九六號與第六一八號解釋足資參照。公務員離職後與國家間公法上職務關係雖已終止，惟因其職務之行使攸關公共利益，國家為保護重要公益，於符合憲法第二十三條規定之限度內，以法律課予特定離職公務員於一定條件下履行特別義務，從而對其選擇職業自由予以限制，尚非憲法所不許。

公務員服務法第十四條之一規定：「公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問。」旨在避免公務員於離職後憑恃其與原任職機關之關係，因不當往來巧取私利，或利用所知公務資訊助其任職之營利事業從事不正競爭，並藉以防範公務員於在職期間預為己私謀離職後之出路，而與營利事業掛鉤結為緊密私人關係，產生利益衝突或利益輸送等情形，乃為維護公務員公正廉明之重要公益，其目的洵屬正當。

對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。因上開規定限制離職公務員於一定期間內不得從事特定職務，有助於避免利益衝突或利益輸送之情形，且依上開規定對離職公務員職業自由之限制，僅及於特定職務之型態，尚非全面禁止其於與職務直接相關之營利事業中任職，亦未禁止其自由選擇與職務不直接相關之職業，而公務員對此限制並非無法預見而不能預作準備，據此對其所受憲法保障之選擇職業自由所為主觀條件之限制尚非過當，與目的達成間具實質關聯性，乃為保護重要公益所必要，並未抵觸憲法第二十三條之規定，與憲法保障人民工作權之意旨尚無違背。

惟公務員服務法第十四條之一之規定，係採職務禁止之立法方式，且違反此項規定者，依同法第二十二條之一第一項規定，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金，攸關離職

公務員權益甚鉅，宜由立法機關依上開法律規定之實際執行情形，審酌維護公務員公正廉明之重要公益與人民選擇職業自由之均衡，妥善設計，檢討修正，併此指明。

大法官會議主席	大法官	賴英照
	大法官	謝在全
		徐璧湖
		彭鳳至
		林子儀
		許宗力
		許玉秀
		林錫堯
		池啟明
		李震山
		蔡清遊

部分協同意見書

大法官 李震山

本號解釋宣告公務員服務法第十四條之一（下稱系爭規定）合憲，本席敬表贊同。但對解釋宣告方式，認有再補充說明之必要，爰提部分協同意見書如下：

本院向來解釋中，宣示法規與憲法「尚無抵觸」之意旨，但同時諭示立法者「應從速檢討修正」、「應檢討修正」、「宜予（應）通盤檢討修正」或「宜檢討改進」者，不在少數（註一）。在憲法及法律均無明文情況下，考量既得權益之保障及對立法形成自由之尊重，本院自行創設解釋宣告模式，自有其價值與貢獻，本號解釋亦採此種模式。

採以上解釋宣告模式，立法者若能本於解釋意旨，在不具修補義務與未附期限下，據以檢討修正系爭規範，應予肯定（註二）。若立法者怠於作為，本院解釋之內容又不足以提供法院審判標準，甚至對現存歧異見解之解決幫助不大，針對法官聲請而作成解釋之意義與功用就失色不少，此乃本席特別關心之焦點（註三）。在有此顧慮情形下，釋憲者若能在系爭規定「尚屬合憲」之意旨下，揭示「應如何……方符憲法意旨」之見解，或較能發揮大法官以憲法解釋法律之警示與闡明功能。此種解釋宣告模式本院於釋字第五三五號、第五八四號解釋中皆曾運用過，且因解釋文或解釋理由書較充分地闡明憲法意旨，因而獲致所期待之結果（註四）。

宣告法律合憲後，復揭示警示或籲請立法者（Appell an den Gesetzgeber）改進內容之判決方式者，德國法上有所謂「警告性裁判」（Appellentscheidung）可資參考（註五）。就其警示應檢討部分，立法者於裁判公布後，則負有「修補義務」（Nachverbesserungspflicht）。立法者倘怠於作為，則應由法官本於解釋意旨，在具體個案中實現憲法之付託（Verfassungsauftrag），藉以彰顯憲法之最高性，並踐履立法與司法皆受憲法解釋拘束之法理（註六）。由於本號解釋未採取此種宣告模式，故針對系爭規定及其重要關聯規定應檢討事項，未再進一步為較具體之闡明，僅指出：「惟公務員服務法第十四條之一之規定，係採職務禁止之立法方式，且違反此項規定者，依同法第二十二條之一第一項規定，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金，攸關離職公務員權益甚鉅，宜由立法機關依上開法律規定之實際執行情形，審酌維護公務員公正廉明之重要公益與人民選擇職業自由之均衡，妥善設計，檢討修正，併此指明。」頗為可惜。

本席贊成前述「攸關離職公務員權益甚鉅」之關鍵，就本件而言，公務員服務法第二十二條之一與屬構成要件之系爭規定，本質上尚難分割，均屬刑事庭法官論罪科刑時所應適用之條文，兩者間具有「重要關聯性」（註七）。但由於聲請人並未指摘，倘大法官深入探究本件違反義務採取行政刑罰之必要性，以及科處刑罰而涉及人身自由、財產權之妥當性等，則不免遭「聲請外解釋」質疑之嫌。然本席認為，至少於此仍應就有密切關係且具憲法解釋價值之部分，與工作權保障而為聯結，並據此進行系爭規定之審查，從而於解釋中至少應作出如下指陳；刑事庭法官於論罪科刑時，仍應就公務員在職時「職務直接相關」之要件，審慎認定行為人就原任職務是否具備監督、管理、許可或承辦等權責，並就公務員離職後擔任之工作，客觀上有無因此存在利益衝突或利益輸送之情形，主觀上行為人是否明知有該等情形而仍執意擔任特定職務，從而可認定具備犯罪之故意等詳加審酌，系爭規定之禁止手段連結同法第二十二條之一之刑罰制裁，方符憲法保障選擇職業自由之意旨。

上述本於憲法意旨之法律解釋，與純就法律所為解釋之結果不同，得作為立法者未修法前，法院自為判決之依據，藉以防杜個案中適用系爭規定，對離職公務員選擇職業自由過度限制之可能性。當然，立法者亦有相當可能怠不履行修法義務，而法院審判仍遭無法合理保障離職公務員選擇職業自由之質疑，此時，進而有權聲請者依法提起類似之釋憲案件，系爭規定即應承受嚴格審查，甚至可能獲違憲宣告之結果，此乃警告性解釋使「修補義務」不致淪為訓示性質之必要配套措施（註八）。從權力分立相互制衡之觀點而言，此種介於合憲與違憲解釋之中間宣告模式，會是一種可取的運作模式。

此外，若能將本院於審查本案中已多所審酌之下列事項納入「併予指明」部分，應有助於日後法制之續造整備；包括系爭規定不問離職公務員原承辦業務之性質與重要性，或是否於離職後因所從事之工作而必須利益迴避，未設例外（註九）而一概禁止離職後三年內，擔任與其離職前五年內職務直接相關之營利事業特定職務，及採禁止擔任特定職務之方式，是否會使行為人易於規避而影響立法目的之有效達成，以及應併同考量特別法與公務員服務法相關規定之衡平等（註十）。

本號解釋係由法官聲請所作成，法官於確信系爭規定違憲時，不待終局裁判確定，即能適時開啟法官、立法者與大法官間之三面對話，此種從具體個案出發的具體（或稱附隨式）規範審查，較諸抽象規範審查更能貼近個案事實。法官聲請釋憲制度，得適時有效保障人民基本權利及維護憲法之最高性，特別是在現行制度尚不能針對判決之合憲性加以審查，且在實務亦鮮見上級法院根據憲法審查下級法院判決合憲性的情況下，若能促使法官積極扮演釋憲程序發動者角色，應值珍視。惟位居樞紐地位之大法官，是否能把握解釋契機，除鑑於個案繫屬中，考量當事人權益而從速解釋外，尚能確實從憲法之立場出發，審查系爭規定之合憲性，而非僅單純闡釋法律，即屬關鍵。換言之，其應儘可能將合於憲法意旨之法律解釋資訊投入溝通場域，藉以提昇三面對話之品質，並利爾後法制之通盤規劃，方符此類憲法解釋之鉅旨鵠的。至於警告性解釋，在解釋文仿判決主文之簡化趨勢下，應如何表示宣告，及應否以法律明定其要件暨可能效果，藉以增加可預見性，以及是否或如何附加立法者修補期限，則屬另外之問題，本席於此亦併為指明如是。

註一：例釋字第 311 號、第 318 號、第 327 號、第 356 號、第 396 號

、第 409 號、第 433 號、第 468 號、第 502 號、第 578 號、第 579 號與第 623 號等解釋。

註二：例民國 81 年 12 月 23 日作成釋字第 311 號解釋後，立法院為避免遺產及贈與稅法第 10 條第 1 項但書與同法第 44 條至第 46 條規定有重複處罰之嫌，而依解釋意旨於 84 年 6 月將前者刪除。又如 89 年 4 月 7 日作成釋字第 502 號解釋後，民法第 1073 條終仍於 96 年 5 月依解釋意旨修正，增列夫妻共同收養或夫妻之一方收養他方子女時，得縮減年齡差距至 16 歲之規定。

註三：例與本條攸關之主管機關銓敘部 85 年臺中法字第 1332483 號函釋，各級法院即未必採用援引或照單全收。而本條個案之適用解釋，彼此間亦不盡相同。例臺灣臺北地方法院 88 年度訴字第 1698 號、臺灣士林地方法院 90 年度訴字第 268 號與臺灣高等法院 94 年度矚上訴字第 3 號、或臺灣臺北地方法院 94 年度重訴字第 67 號等判決，均偏向形式認定被告確於離職後擔任與其離職前職務直接相關之營利事業特定職務，後則維持有罪判決確定。但另一方面，臺灣板橋地方法院 88 年度易字第 4624 號、臺灣臺北地方法院 89 年度易字第 2492 號與臺灣高等法院 90 年度上易字第 2531 號、或臺灣高雄地方法院 94 年度矚易字第 1 號與臺灣高等法院高雄分院 95 年度矚上易字第 1 號等判決，則偏向實質認定被告離職後所擔任職務究否產生利益衝突，並考量憲法保障人民工作權之意旨進而解釋本條，後則維持無罪判決確定。此處有限之舉例當中，維持本條有罪情形似均另涉其他圖利、賄賂或偽造文書等罪，但往往因證據不足而無法追訴；在無罪部分則案情較為單純，往往或未另生其他弊案，行為人並有向主管機關或律師諮詢之情形。總之，單以「職務直接相關」之認定標準為例，究以銓敘部之函釋或個案實質認定為

準，各級法院亦莫衷一是、存有歧見。

註四：釋字第 535 號解釋針對警察勤務條例為合憲宣示後，警告性稱「上開條例有關臨檢之規定，並無授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查之立法本意」、「現行警察執行職務法規有欠完備，有關機關應於本解釋公布之日起二年內依解釋意旨，且參酌社會實際狀況，賦予警察人員執行勤務時應付突發事故之權限，俾對人民自由與警察自身安全之維護兼籌並顧，通盤檢討訂定，併此指明。」後則促成警察職權行使法之誕生。釋字第 584 號解釋為合憲宣示後，警告性稱「惟以限制營業小客車駕駛人選擇職業之自由，作為保障乘客安全、預防犯罪之方法，乃基於現階段營業小客車管理制度所採取之不得已措施，但究屬人民職業選擇自由之限制，自應隨營業小客車管理，犯罪預防制度之發展或其他制度之健全，就其他較小限制替代措施之建立，隨時檢討改進；且若已有方法證明曾犯此等犯罪之人對乘客安全不具特別危險時，即應適時解除其駕駛營業小客車執業之限制，俾於維護公共福祉之範圍內，更能貫徹憲法人民工作權之保障及平等原則之意旨，併此指明。」後因此促成道路交通管理處罰條例修正增訂第 37 條、第 67 條及第 67 條之 1；關此，請參閱翁岳生，〈我國憲法訴訟制度之展望〉，《中研院法學期刊》，創刊號，96 年 3 月，頁 47-48。林子傑，《人之圖像與憲法解釋》，翰蘆，96 年 1 月，頁 192。

註五：許宗力大法官於本院釋字第 583 號解釋部分不同意見書中提及：「未盡相符之宣告也無法與本院過去作過的警告性解釋類比，因為在警告性解釋的情形，系爭法律還是合憲，只是隨外在環境變化，未來可能變成違憲，故立法者有密切配合時勢發展

，適時修正法律之義務，……」。依學者楊子慧就德國法上警告性裁判之研究指出：「警告性裁判者，有下列兩種情況：其一為『規範於裁判之時已屬違憲之警告性裁判』（Appellentscheidungen auf der Grundlage einer bereits verfassungswidrigen Norm），於此種情形，聯邦憲法法院鑑於宣告受審規範違憲無效或單純違憲所可能導致的後果考量，僅於裁判理由中指陳該規範於裁判當時之違憲情況，而未於裁判主文對該規範為無效或單純違憲之宣告。其二係『規範於裁判之時尚未違憲之警告性裁判』（Appellentscheidungen auf der Grundlage einer noch nicht verfassungswidrigen Norm），於此種情況，儘管聯邦憲法法院認為受審規範有瑕疵，並非毫無保留完全合憲，或是認其未來可能有違憲之疑慮，然因其違憲性尚非重大到必須立即裁決其為違憲之地步，因而僅於裁判之時積極的確認或宣告受審規範合憲。」楊子慧，〈淺論德國法上之警告性裁判〉，《法律哲理與制度－公法理論》，馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，元照，95年1月，頁528-29。

註六：Vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7.Aufl., 2007, Rdnr.435, 437。

註七：若從法官聲請解釋所作成之釋字第558號解釋，其解釋理由書指出「本件係臺灣高等法院於審理案件時，認所適用之國家安全法第三條第一項規定：『人民入出境，應向內政部警政署入出境管理局申請許可。未經許可者，不得入出境。』有違憲疑義，向本院聲請解釋。因違反上開規定者，依同法第六條第一項規定處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣九萬元以下罰金，此項處罰條款對於受理法院在審判上有重要關連性，而得為釋憲之客體，合先說明。」若從人民聲請解釋所作成之

釋字第 445 號解釋，其解釋理由書指出「惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理。」後擇本院釋字第 216 號、第 289 號、第 324 號、第 339 號、第 396 號與第 436 號等解釋為例，「足以說明大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限。」

註八：本院諸多解釋宣告「應檢討修正」，也或預示未來可能的違憲狀況，例參釋字第 578 號、第 579 號解釋末部分之意旨。

註九：比較法上有多國另設例外規定，採審查許可制，由主管機關或服務機關於具體個案中，例外允許於與職務直接相關之營利事業中任職，最典型者為日本，其離職公務員得經由其原服務機關函請人事院承認，進而排除此種離職後迴避義務規定之適用。彭國華，〈違反公務員服務法旋轉門條款處以行政刑罰妥適性之探討〉，《公務人員月刊》，第 134 期，96 年 8 月，頁 30、33-34。

註十：公務員服務法僅屬規範一般性義務之普通法，針對特別人員或事項而另有需求或情形者，應另行設計以特別法方式為之。例民國 94 年 11 月 9 日公布施行之「國家通訊傳播委員會組織法」，第 7 條第 3 項規定：「本會委員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問。」同條第 4 項規定：「本會委員於其離職後三年內，不得就與離職前五年內原掌理之業務有直接利益關係之事項，為自己或他人利益，直接或間接與原任職機關或其所屬機關接洽或處理相關業務。」除前項同公務員服務法第 14 條之 1 採「特定職務禁止」模式外，尚兼採「特定行為禁止」模式

。其他諸如政府採購人員或遊說人員須另依政府採購法第 15 條及遊說法第 10 條等之規定，或在專門職業技術人員領域均另有賴如會計師法、律師法等相關規定為之。

部分協同意見書

大法官 許玉秀

公務員服務法第十四條之一（以下簡稱系爭規定）規定「公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問」，即所謂旋轉門條款。公務員離職後任職民間營利事業，如果發生違反系爭規定的情形，公務員服務法第二十二條之一第一項並有處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金的處罰規定。換言之，系爭規定是旋轉門條款的行為規範，僅僅描述禁止的內容，違反該行為規範的法律效果，則是規定在公務員服務法第二十二條之一的制裁規範。因為公務員服務法第二十二條之一的制裁規定，使得系爭規定成為刑罰規範的犯罪構成要件規定，離職公務員的行為是否構成犯罪，取決於行為事實是否符合系爭規定所描述的行為內容。

本件聲請人主張系爭規定造成公務機關離職後的專業人員，在三年內無法依其專長自由選擇職業及謀生，並且該限制並未斟酌其手段與所欲追求之離職公務員利益迴避目的是否相當，顯已違反比例原則而侵害退職公務人員的工作權。多數意見認為系爭規定規範目的具有憲法正當性，對離職公務員職業選擇自由的主觀條件限制，則與達成規範目的具有實質關聯性，與憲法保障人民職業選擇自由的意旨尚無違背。

對於多數意見的簡單結論，本席基本上同意，但是對於解釋理由以及審查方向，仍有些許不同及補充意見，爰提出部分協同意

見書說明如后。

壹、審查規範目的

一、實質審查規範目的

多數意見解釋理由書擺脫「維護社會重要公益所必要，其目的洵屬正當」的空泛論述，除了說明是為了維護「公務員公正廉明」的重要公益之外，並且進一步說明旋轉門條款的規範目的，在於防範公務員在職期間，為將來的離職生涯預作準備，對特定營利事業利益輸送，或避免公務員於離職後與原任職機關不當往來巧取利益，或利用所獲得的職務上資訊，協助所任職的營利事業從事不正競爭。多數意見針對規範目的的審查值得肯定，因為從憲法上看規範目的是否正當，首先要審查規範目的是否具體明確，規範目的是否具體明確，則取決於規範所要防範的危險是否具體明確。立法者如果可以將所要防範的危險說清楚，相對地，所要保護的法益就可以清楚呈現。如果不要求立法者或者替立法者說清楚規範所禁止的行為有何危害，無從知道規範目的是否虛構，虛構的規範目的，就是打著保護人民權益的旗幟，行侵害人民權益之實，這種規範目的不可能具有憲法正當性。因為每一個規範，都是為了保障人民權益、社會秩序、國家安全，但是這些目的是不是虛構，是不是在人民權利受到限制之後，沒有換得任何保障，需要瞭解風險的實質狀況才能確定，所以目的審查時，一定要說明對於人民權利、社會秩序、國家安全有什麼可以具有說服力的危害，說明對於法益的危害，正好是審查規範目的是否具有憲法正當性的必要審查程序。

本院大法官至今經常傾向寬鬆審查規範目的（註一），本

號解釋多數意見對於目的審查的論述，相較之下，已屬難能可貴。

二、國家公務運作（或公務行為）的純潔公正才是規範所要保護的法益

（一）公務員廉明公正之重要公益不能完整說明系爭規定的規範目的

多數意見以「公務員廉明公正之重要公益」說明系爭規定所保護的法益。對於離職公務員而言，既然已不具有公務員身分，自然無從保持公務員的廉明公正，那麼多數意見所要維護的，可能是那些與離職公務員有不當往來的公務員的廉明公正，如果要防範的是公務員在職期間對營利事業的利益輸送行為，則是維護離職公務員離職以前的廉明公正，至於屬於離職公務員利用所獲得的資訊，協助營利事業從事不正競爭的情形，則應該和任何公務員的廉明公正沒有關係。多數意見在解釋理由書中，既然闡明三種危害，卻使用一個不能涵蓋三種危害的法益概念，論述顯然有欠嚴謹。

（二）以具體損害呈現所保護的法益

公務員廉明公正如何證明？當然不是看看公務員的一般行為舉止，是否符合一般社會印象中的循規蹈矩或溫良恭儉讓，而是透過公務行為上的純潔公正加以證明。公務員廉明公正，則他所為的公務行為必定純潔公正，是一種假設（註二），反過來說，如果公務行為純潔公正，則公務員必定廉明公正。說明法益，當然應該使用與法益有必然關聯的事實，而不是與法益

只有或然關聯的事實。

如果具有正當憲法基礎的法益，必須能夠被具體明確地描述出來，則針對客觀行為效果加以描述的法益，定然比針對行為主體加以描述的法益，較能符合具體明確的要求。公務員為什麼要廉明公正？因為公務員如果不廉明公正，公務行為就可能是用以謀取私人利益的工具，輕者圖利私人、消極地減少公眾利益，重者甚至導致犧牲公共利益以成全私人利益，而公務員的不公正不廉明，之所以可以導致積極或消極危害公共利益的結果，因為公務員的公務行為是可收買的、是徇私的。公務員必須透過公務行為才能損及公眾利益，如果以公務員為主體描述，應該是公務行為的純潔公正，才是要保護的法益，以國家為主體的描述方式，則是國家公務的運作純潔公正（註三）。而且不管是原機關公務員的利益輸送行為、離職公務員離職前的利益輸送行為，或離職公務員利用已獲得的公務資訊從事不正競爭，國家公務的運作都已呈現不公正或不純潔的狀態，以保護公務行為的純正描述法益，才能周延具體。至於選擇純潔或廉潔，則純屬修辭學上個人的偏好問題，無關乎妥當性與對錯。

（三）刑法法益與憲法法益連結

由於刑事規範會發生限制人民身體自由的法律效果，所保護的法益，也應該能與憲法上所規定的基本權或法益有緊密的連結（註四），方能證立刑罰規範的目的正當性。關於公務員應該做什麼，行為應該遵守什麼規定，憲法除了第二十四條之外，並沒有任何規定

。公務員縱使有憲法第二十四條的行為，也不等於公務員觸犯廉潔信條，因此難以從該條規定引申出公務員的廉明義務，但是國家權力機關明文規定在憲法當中，國家機器的運作能純潔公正，憲政秩序才可能符合憲法的期待，而公務員為國家機器運作的主體，從而能推論出公務員有廉潔公正的義務。亦即，所謂公務員的廉明公正義務，來自於國家機器運作必須純潔公正這個目的。

至於使用國家權力機關運作純潔公正、國家公務運作的廉潔公正或國家公務的純潔公正，就真的只是修辭的問題。

貳、比例原則的審查稍嫌模糊

一、解釋理由中有效與不過當的說明

多數意見認為系爭規定限制離職公務員於一定期間內，不得在與離職前職務直接相關的營利事業擔任特定職務，屬於選擇職業自由的主觀條件限制，有助於避免利益衝突或利益輸送之情形，因為限制僅及於特定職務型態，不是全面禁止，也沒有禁止離職公務員自由選擇與離職前職務不直接相關的職業，而公務員在職時並非不能預見上開限制以預作準備，因此系爭規定對離職公務員職業選擇自由的限制尚非過當，與目的達成之間具實質關聯性，所以是保護重要公益所必要，因而沒有牴觸憲法第二十三條的規定。

所謂保護重要公益所必要，如果將「必要」理解為：因為手段有效所以必要（註五），則多數意見的論述，或許無可質疑，否則可能遭懷疑為嚴格審查與中度審查同時並行

。因為目的與手段實質關聯的論述，是採取美國法制的中度審查模式，手段為實現目的所必要，則是嚴格的審查模式，在美國審查模式中，是對有效性的兩種不同審查密度。至於手段有效的理由，則包括：一定期間的限制，必須離職後三年；所從事的職務必須與五年前所擔任的職務沒有直接相關；而且不得擔任的職位，為與職務直接相關的營利事業董事、監察人、經理、執行業務股東或顧問等。

二、手段有效的理由

為什麼這樣的手段有效？就特定職務而言，可以推知的是，如果離職後的職務位階不夠，就沒有預為利益輸送的價值；就與職務直接相關的限制而言，不能避免離職公務員預為利益輸送行為，但是可能可以防範離職後與原機關的不當往來，或避免利用已獲得的公務資訊為不正競爭；就離職後三年的限制而言，也可能避免不了離職公務員先前的利益輸送行為，但是可能可以避免離職後與原機關的不當往來，因為三年期間，多少可以稀釋離職公務員對原機關人事關係的不當影響（註六），也可能避免利用已獲得的公務資訊為不正競爭；就離職前五年內的職務限制而言，還是未必能避免離職公務員先前的利益輸送行為，但是可能可以防範利用已獲得的公務資訊為不正競爭，以及避免因對原機關人事關係有不當影響，而有不當往來。前述能避免與原機關不當往來的情形，倒是同時可以避免原機關公務員對離職公務員的利益輸送行為。這些說明手段有效的判斷，在解釋理由書中均付闕如。

三、是否過當？

多數意見認為限制僅及於特定職務型態，因為不是全面

禁止，也沒有禁止離職公務員於與離職前職務不直接相關的營利事業任職，所以限制還不算過當。從手段的有效性來看，時間、職務關係、職位型態三種限制條件，確實都有一定的限度。就時間而言，原機關的人事關係經過三、五年，可能產生異動，離職前所執行的職務計畫，也可能已經完成或有所改變，或已進行到不能用以製造弊端的程度，所以可以預期時間限制，能有效達成目的，更短的時間如果不能確定是否能發生效果，沒有確定侵害比較小的手段可以選擇，依中度審查標準，就不能認為手段過當。但是如多數意見以沒有全面禁止作為理由，會產生究竟是否採取低密度審查的疑惑，全面禁止的用語，有混淆審查密度之嫌。

對於職位類型的限制，均屬於有決策權或重要執行權的職位，立法的選擇理由應該在於，該等職位方才有益輸送價值，並且有利用於從事不當往來和不正競爭的可能性。將職稱明白列出，當然同時製造規避的可能性，但是這種職稱的限制，正好說明對於職業自由的限制有一定的限度而沒有過當。

至於職務相關性的限制，所謂與離職前五年職務有直接相關的限制，不管是時間，還是職務性質的限制，應該認為與達成目的有實質關聯，問題僅僅在於所謂與離職前職務有直接相關的意涵是否夠清楚。

叁、構成要件明確性的審查

一、與離職前「職務直接相關」有欠明確

聲請意旨主張系爭規定違憲的理由，在於違反比例原則。依本席之見，系爭規定可能有疑義之處，在於何謂與職

務直接相關，並非受規範之人易於理解，在司法實務上，也並非容易訂出一個審查標準，因為公務種類與營利事業的職務種類可能日新月異，公務機關組織如果改變、職務分配組合方式如果改變，要判斷與離職後的營利事業是否有直接相關，可能並非易事，何況何謂直接相關？百分之百相關方是？抑或百分之五十以上即是？如果限定為特定行為，又可能過度狹隘，而不能有效防弊。立法者之所以僅描述為「與職務直接相關」，可以想見在立法上明白描述，具有一定的困難程度。縱使將離職前的職務，理解為公務員依法應執行或已執行之職務，是否與營利事業的職務性質，即能互相涵攝，由於職業市場可能變幻莫測，隨時可能產生的新興工作概念，可能將傳統概念中的職務性質切割、重整，以致仍然可能不確定如何涵攝於法律規定的「直接相關」之中。

二、可以附加具體危險條件

在系爭規定的三種限制當中，能夠表現出構成要件行為可罰性，也就是法益侵害性的限制，只有「與離職前五年內之職務直接相關」這個要件。依附在這個要件之上，離職後的特定職稱、時間的限制，才能發揮描述行為危險特質的功能。立法者藉由離職後的特定職務、一定時間，加上「與離職前五年內之職務直接相關」三個要件，「推定」符合限制的職業選擇，對於國家公務運作的廉潔公正，有侵害的可能，亦即對於國家公務運作應廉潔公正的法益有危險，這種「推定」在系爭規定所呈現的是不能推翻的「視為」，也就是設計為一種抽象危險犯（註七）。

就「與離職前五年內之職務直接相關」這個描述而言，

並非完全不能表現行為的危險性，但是因為「與職務直接相關」的明確性仍有不足，如果能加上具體危險條件，可以增加構成要件的明確程度。加上具體危險條件，例如有致生利益輸送之虞，表示所描述的基本構成要件行為，對於法益的威脅程度還不夠清晰，需要具體危險條件呈現法益受害的危險性，這並不是提高犯罪門檻，因為不管是抽象危險，還是具體危險，對法益而言，危險程度都一樣（註八）。所以不是比例原則的問題，而是構成要件明確性的問題。具體危險條件所使用的當然還是評價性的概念，還是會有詮釋判斷的一定困難程度，因此如果可能在職務行為的種類或內容上面有所確定，即不需要附加具體危險條件。此所以本席支持檢討改進的解釋結論。

註一：例如本院釋字第一〇五號、第一六〇號、第一七九號、第一九一號、第一九二號、第一九四號、第二〇〇號、第二〇四號、第二〇六號、第二二三號、第二二五號、第二二八號、第二二九號、第二三七號、第二四六號、第二四九號、第二六三號、第二六五號、第二七二號、第二八一號、第三〇二號、第三一七號、第三三七號、第三四一號、第三四五號、第三五四號、第三七〇號、第三七五號、第三七六號、第三九三號、第四〇三號、第四〇四號、第四一一號、第四一二號、第四一八號、第四二九號、第四三二號、第四三八號、第四四二號、第四四四號、第四六〇號、第四六五號、第四六八號、第四七二號、第四七五號、第四七六號、第四八二號、第四八五號、第四八六號、第四九〇號、第四九五號、第四九七號、第五〇一號、第五〇二號、第五〇八號、第五〇九號、第五一〇號、第五一二號、第五一五號、第五一七號、第五一八號、第五二一號、

第五二六號、第五二八號、第五三一號、第五三八號、第五四四號、第五四五號、第五四七號、第五五四號、第五五五號、第五六〇號、第五六三號、第五六五號、第五六九號、第五七四號、第五七八號、第五七九號、第五八四號、第五九一號、第五九三號、第五九四號、第五九六號、第六〇〇號、第六〇二號、第六〇四號、第六〇五號、第六一四號、第六一七號、第六一八號、第六二三號、第六二五號及第六三〇號等解釋。

註二：如果使用「維護公務員官箴之公信力」，具有類似的缺點。人民相信公務員的官箴良好，並不表示公務運作一定純潔公正，因為可能公務員深諳為官之道，善於宣傳，人民都相信官箴良好、弊絕風清，但實際上公務的運作卻藏污納垢。

註三：此種用語或類似用語早為刑法學文獻所習用，參見韓忠謨，刑法各論，1976年8月，頁67；林山田，刑法各罪論（下），第5版，2006年11月，頁71（類似說法：陳綱，刑法分則實用，第3版，1974年8月，頁33；褚劍鴻，刑法分則釋論（上冊），第3次增訂版，2001年2月，頁87。實務見解則使用國家公務執行之公正，見最高法院69年台上字第1414號、28年台上字第3136號判例。至於與我國刑法學、甚至刑法實務有密切關係的德國刑法文獻，則不管使用公務行為的不可收買性及公務員決定的公正性(Unverkäuflichkeit der Diensthandlung und die Sachlichkeit der Entscheidung der Amtsträger)（Jescheck, LK11, 2005, 331/17; Tröndle/Fischer⁵³, 2006, 331/1; Dölling, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), 334, 335; Henkel, Die Bestechlichkeit von Ermessenbeamten, JZ 1960, 507.）、公務行為的誠實或純潔（die Lauterkeit und Reinheit der Amtshandlung）（RGSt 72, 237, 241 f.; BGHSt 10, 237, 241f.; 14, 123, 131; 15, 88, 96.）、公務機

關的功能運作能夠完善(Binding, BT/2, S. 730)或保護公眾對於行使公務誠實的信賴 (der Schutz des öffentlichen Vertrauens auf diese Lauterkeit) (BGHSt 15, 88, 96) , 都是針對公務員的行為加以描述。

註四：許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會臺灣分會主編，民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，頁401。

註五：許玉秀，前揭文（註4），頁378以下。

註六：原機關可能有離職公務員曾經提拔的下屬或合作關係良好的同僚。

註七：所謂法定犯、形式犯或行政犯、自然犯的分類已經過於古典。行政犯還是可以遷入刑法典，總是要對法益造成實害或危險，才可能規定為犯罪，而不是立法者一旦認為有必要規定成犯罪，不需要有法益受害，也可以合憲。

註八：許玉秀，無用的具體抽象危險犯，台灣本土法學雜誌第8期，2000年3月，頁85。

抄臺灣臺中地方法院函

中華民國 91 年 2 月 19 日
(91) 中院洋文字第 170 號

主 旨：檢陳本院刑事庭法官簡源希釋憲聲請書一份，謹請 鑒核。

說 明：本院受理九十年度訴字第二〇二〇號被告違反公務員服務法第十四條之一規定，經臺灣臺中地方法院檢察署檢察官依同法第二十二條之一之罪名提起公訴，認有應適用法律牴觸憲法之疑義，敬請排入憲法解釋議程。

院長 林大洋

抄簡源希法官釋憲聲請書

茲依司法院釋字第三七一號解釋意旨，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如左：

壹、聲請解釋憲法之目的

按法官於審理案件時，對於應適用之法律，依合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義時，得先行聲請解釋憲法，司法院釋字第三七一號著有解釋。茲為民國八十五年修正公布之公務員服務法第十四條之一：「公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問」之規定，侵害憲法所保障人民之基本權利（工作權及生存權），造成自公務機關離職後之專業人員，在三年內無法依其專長自由選擇職業及謀生，顯已侵害退職公務人員之工作權，該項限制未斟酌其手段與所欲追求目的（離職公務員利益迴避）間之相當，已違反比例原則，而侵害憲法保障人民之基本權利。本院因受理九十年度訴字第○二○號被告林○民違反公務員服務法第十四條之一規定，經臺灣臺中地方法院檢察署檢察官依同法第二十二條之一之罪名提起公訴之案件，認有應適用法律牴觸憲法之疑義，爰依司法院釋字第三七一號解釋，聲請大法官解釋公務員服務法第十四條之一違憲且宣告其不再採用。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、疑義之性質及經過

茲因被告林○民原任臺中市政府工務局局長，於八十七年六月十八日資遣離職後，隨即受聘於三○建設實業股份

有限公司，在該公司旗下之義○營造股份有限公司擔任總經理一職，案經臺灣臺中地方法院檢察署檢察官於九十年七月三十一日以其違反公務員服務法第十四條之一規定而予以起訴（九十年度偵字第一一六六七號、第一二四四一號、第一三一五五號），並於九十年八月二十日繫屬於本院以九十年度訴字第二○二○號案件審理中。該案件應適用之法律即公務員服務法第十四條之一：「公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問」之規定，對於公務員離職後所從事工作之限制，有違反憲法第二十三條所揭示比例原則之疑義，爰本件涉及之疑義為公務員服務法第十四條之一規定有牴觸憲法之事項，亦即該項規定對於人民工作權之限制已違反憲法所揭示之比例原則。

二、涉及之憲法條文

憲法第十五條、第二十三條。

叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場及見解

一、工作權係憲法規定之人民基本權利

工作權乃人民為求生存、生計之基本權利，性質上亦係生存權之一環。我國憲法第十五條規定人民之生存權及工作權應予保障，所稱之工作權，與德國基本法所稱之「職業自由」概念應屬相當。是以工作權之首要內涵當在於「得自由選擇工作及職業」之權利。雖工作權如同其他基本權利一樣，並非不得加以限制，惟其限制當應符合「法律保留原則」以及「比例原則」，自不待言。

二、工作權保障之內涵

工作權亦可謂自由選擇職業之權利，基本上可包括職業活動之採取、職業保留之意思、自願終止職業之最後選擇權。而通常亦多在職業活動之採取上有顯著之意義。工作權或職業自由，最顯著之意義在於人民有自由選擇職業或工作之權利，且既係人民之基本權利，在主觀上，自有防禦權之功能。對於國家任何侵害基本權之行為，均得循法律救濟途徑加以排除或對抗之，其防禦之對象包括抽象之法規、具體之行政處分、司法裁判及事實行為等，故對於侵害基本權利之法律或命令，人民得請求宣告無效。另外學者有將基本權利之內涵提昇為一種客觀的「法規範」，以之作為國家行為及決定的界限，即所謂「國家權限之消極規範」，亦即國家對於基本權利規範及管理之權限，不得過度限制基本權利，國家行使之權限應以基本權利保護之範圍為其界限。

三、法律保留原則與比例原則

（一）基本權利之限制：

基本權利既是人民在憲法上所保障的最基本權利，自不得剝奪之，而僅能在必要時以法律限制之。惟限制基本權利本身，亦係對於基本權利的侵害，自須符合「法律保留原則」之要求，凡對於人民基本權利之限制應以法律為之；至其限制之程度及方法則應符合比例原則之要求。

（二）我國憲法第二十三條之規定：

憲法第二十三條規定，憲法所保障人民之自由及權利，在為了防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要時，得以法律限制之

。上開規定揭示了以下意義：

- (1) 人民基本權利之「不可剝奪性」及「可限制性」：
亦即基本權利原則上是不可剝奪的，僅得加以限制之。
- (2) 須以「法律」來限制之：亦即應符合法律保留原則。
- (3) 僅於「必要時」得限制之：亦即係為了「防止妨害他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」或「增進公共利益」等目的性考量時，始得限制人民之基本權利。
- (4) 限制之手段須符合「比例原則」：

所謂「比例原則」不外乎「手段」與「目的」間之合理聯結，亦即不能為了冠冕堂皇的目的，而正當化卑鄙的手段。通說認為比例原則包括以下三大原則，亦即：

- ①適當性原則：即限制基本權利之手段必須能夠達到所預定之目的。
- ②必要性原則：即在適合達到目的之多種手段中，應選擇對於人民造成最小之侵害者，又稱「最小侵害原則」。
- ③狹義之比例原則：即對於基本權利所造成的侵害程度與所欲達成之目的間，應係合理且符合比例的。亦即手段與目的之間務須是「關係相當」的。

四、現行法規定之違憲性

現行公務員服務法第十四條之一規定為：「公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧

問」，對於公務人員離職後之任職採「職務禁止」之法例。此項規定之立法目的原在於避免離職公務員與原任職機關有不當之利益輸送或利用關係巧取利益，所應禁止者當在於離職公務員與原任職機關之不當接觸行為；而非在於公務員離職後所任之職務本身。是以僅須禁止公務員離職後與原任職機關為不當之接觸行為即可達到所欲規範之目的。然現行法規定卻選擇「職務禁止」之立法方式，禁止公務員在離職後三年內，擔任與其離職前之職務有直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問；然而，一般而言，公務員於離職後，如具備資格得擔任營利事業之董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問者，多屬政務官或較高職等之事務官，而其既得任政務官或較高職等之事務官，必係專精於其所任之職務，衡情該職務當其一生所學之專長，亦應係其熟悉之謀生技能。倘若限制其於離職後不得從事其專精之業務，實則已剝奪其工作權，甚至已侵害人民之生存權，其限制之手段與所欲追求之目的間顯非相當，自係違反比例原則，而屬違憲。

- 五、由於現行法規定有違憲法保障人民工作權之精神，故行政院秘書長於九十年五月十五日以台九十人政考字第○○四四七九號函致考試院秘書長就上開條文建請研擬修改，其建議修正之條文內容為：「公務員於離職後二年內，不得就與離職前五年內原承辦之業務有直接利益關係之事項，為自己或他人利益，與原任職機關接洽或處理相關業務」，亦即就公務人員離職後利益迴避規定採「特定行為禁止」之方式，即限制業務之接洽或處理，而非限制個人於離

職後所轉任之職務。行政院秘書長建議研擬修改現行條文之理由之一為：「為維護憲法保障人民工作權、自由權之意旨」，可見行政院亦認為現行公務員服務法第十四條之一規定有違反憲法保障人民工作權及自由權之精神。考試院銓敘部奉考試院交核議行政院秘書長函送之前開公務員服務法修正草案總說明及條文對照表後，提出該部擬處意見對照表，其內就該法第十四條之一之擬處意見亦載明：「……三、案經審慎研議，離職公務人員工作權應如何限制，原屬見仁見智，過嚴則有違憲之虞，過寬則不免失原立法限制意旨，且各界已提出諸多版本，寬嚴不一，是以，有關公務員服務法第十四條之一部分，本部認為改採『特定行為禁止』之方式，較無侵犯『憲法保障工作權』之虞。」即銓敘部亦認為現行公務員服務法第十四條之一規定有違憲法保障人民工作權之疑義。

六、綜上所陳，現行公務員服務法第十四條之一規定業已侵害憲法所保障之人民工作權，應屬違憲。雖行政院就現行公務員服務法第十四條之一有修法之議，然而修法之過程太過冗長，曠日廢時，對於本件之審判而言，顯然緩不濟急，且違憲與否之釋示於本件審判又有其必要性，為此聲請違憲審查並宣告公務員服務法第十四條之一規定無效。

肆、關係文件之名稱及件數

附件一：臺灣臺中地方法院檢察署檢察官起訴書正本一份

附件二：臺中市政府九十年八月二十九日九十府人一字第一一八五四二號函影本一份

附件三：行政院秘書長九十年五月十五日台九十人政考字第○

○四四七九號函及附件「公務員服務法」部分條文修

正草案總說明及條文對照表影本一份

附件四：銓敘部九十年六月二十九日九十法一字第○三二五四八號函影本一份

聲請人 臺灣臺中地方法院法官 簡源希

中 華 民 國 九 十 一 年 一 月 二 十 八 日

(本件聲請書附件略)