

釋字第六三七號解釋部分協同意見書

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，得併科新台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執業及謀生，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¹，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。

¹ 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。

（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²，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³。而且不管是原機關公務員的利益

² 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。

³ 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

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⁴，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。

Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), 334, 335; Henkel, Die Bestehlichkeit 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。

⁴ 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。

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⁵，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

⁵ 許玉秀，前揭文（註4），頁378以下。

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⁶，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

⁶ 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。

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，該等職位方才有利益輸送價值，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。

參、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⁷。

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

⁷ 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。

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⁸。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。

⁸ 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。