

司法院釋字第七一六號解釋

協同意見書

大法官 葉百修

對於公職人員利益衝突迴避法第九條規定：「公職人員或其關係人，不得與公職人員服務之機關或受其監督之機關為買賣、租賃、承攬等交易行為。」（下稱系爭規定）多數意見認定尚未抵觸憲法第二十三條之比例原則，本席敬表贊同。然而對於系爭規定之限制，究竟涉及或侵害憲法上對於人民何種權利之保障，多數意見於理由書中含混籠統，對於憲法所保障之人民基本權利之認定與權利間的競合與衝突，多數意見並未有明確之闡釋，本席認有釐清與補充之必要，爰提出協同意見如后。

系爭規定限制公職人員及其關係人不得為特定之交易行為，究竟涉及憲法何種基本權利之保障，多數意見概以涉及憲法第十五條之工作權、財產權及其內含之營業自由與第二十二條所保障之契約自由加以說明。然而論述上，多數意見一方面認為「基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由」，此與工作權保障之「從事營業之時間、地點、對象及方式之自由」兩者間應如何區別，多數意見並未多作說明；二方面，多數意見又稱「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，為憲法第十五條及第二十二條所保障之權利」，則究竟契約自由之保障，係屬憲法第十五條或第二十二條之範圍？若屬憲法第十五條財產權之保障範圍，又如

何認為同屬憲法第二十二條所稱「人民之其他自由及權利」？這兩者間存在競合關係或者擇一關係？多數意見於此均未多作進一步論述。

本院固然於釋字第五七六號解釋以「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。」然其意係指契約自由本身受憲法第二十二條之保障，其具體內容始依其內容涉及之憲法權利類型而各自受到保障，並非逕指契約自由同時涉及憲法第二十二條及憲法權利保障之其他相關規定。於釋字第五八〇號解釋，本院即明確表示：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由。」換言之，人民之交易行為，亦即「自由」決定生活資源之使用、收益、處分及與他人為生活資源之交換，客觀上這種自由涉及「契約自由」；然而，一旦交易行為具有「客觀上有價值之權利」，其性質即應屬憲法第十五條明文保障之財產權。但單純之盈餘期待等則不在財產權保障之保護範圍。是財產權主要是在保障已經合法取得之物之存續，而工作權是在保障工作之能力、條件，與工作本身尚有不同。此兩者間存在細微之差別，關鍵在於行為本身若已具備特定利益的實現可能，則應屬憲法第十五條財產權之保障，而非單純憲法第二十二條契約自由之保障範圍，於財產權及工作權在涉及「營業活動之自由」時亦同，不可不察。

本院釋字第五一四號解釋固然亦稱「人民營業之自由為

憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。」然而兩者之分野，在於憲法對於第十五條財產權保障之範圍，其保障標的已擴及至人民之全部財產領域，是以人民已經設立並為營業之營業經營(der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb)，亦屬憲法財產權保障之範圍；惟此僅係以業經合法設立之營業經營始受憲法財產權保障，如僅係計畫中之預備行為，或僅提出設立許可之申請者，並非財產權保障之範圍，而屬契約自由之一環。此種營業經營之保障，目的在於確保人民其「物與權利」之整體，亦即「營業組織整體之無礙運作」，換言之，係屬財產權之「存續保障」¹，此亦為本院釋字第四〇〇號解釋闡述「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」

因此，純就系爭規定限制公職人員及其關係人，不得與其服務之機關或受其監督之機關為買賣、租賃、承攬等交易行為，本席認為，該交易行為已具備上開「業經合法設立且已為營業行為」之要件，而屬憲法第十五條財產權存續保障下，對於「營業經營」之保障範圍。是系爭規定所為之限制，應屬憲法第十五條保障財產權之限制。

¹ 詳見葉百修，從財產權保障觀點論公用徵收制度，自刊，1989年4月，初版，頁29以下。