

## 釋字第七一六號解釋一部不同意見書

大法官 蘇永欽

本件解釋認定公職人員利益衝突迴避法有關禁止公職人員及其關係人與機關交易的行為規範（第九條）雖不違憲，但就其中關係人部分，認為若不利於市場競爭，且機關已有充分防弊機制時，即無必要，主管機關應儘速通盤檢討改進。至於科處交易行為金額一倍至三倍罰鍰的制裁規範（第十五條），則因未設適當調整機制，而逾越必要程度，對於相關公職人員和關係人都構成財產權的侵害。本席就行為規範部分，不同意諭知檢討的內容，就制裁規範部分，則不認為已逾必要程度，分別敘明理由如下：

### 一、多元動態社會應保留較大的立法回應空間

本件就行為規範部分僅形式上認定合憲，但明確指出對於公職人員的關係人在一定情形及條件下已屬過苛，而諭知主管機關檢討改進，對於此處所設定的特殊情形：「若因禁止其參與交易之競爭，將造成其他少數參與交易者之壟斷」，及條件：「機關於交易過程中已行公開公平之程序，而有充分之防弊規制」，是否具體存在雖未認定，但政府採購法制的建立已有十五年，此一條件明顯成就，這樣的諭知實質上即以該規定在前述情形已達違憲，僅使系爭條文不立即失效，也未明確宣告失效期間而已。與過去本院解釋認定標的法令雖未達、但已瀕臨違憲程度，從而諭知主管機關應隨後續發展情形而因應檢討的所謂「警示決定」（Signalentscheidung），如釋字第二九〇號、第三一八號、第

三四七等號解釋，在實質涵意及效力上有本質的不同。本席對此一部分違憲的判斷雖敬表尊重，但本案在此處引發的合憲違憲爭議，剛好觸及本院在我國分權體制下如何恰如其分的扮演司法審查者的角色，為一值得深思的方法論問題，本席願簡單表達若干看法。

解釋理由書對於公職人員和關係人在利益衝突的迴避上負有不同程度的義務，說得很清楚：「公務員本應誠實清廉，謹慎勤勞，不得有驕恣貪惰等損害名譽之行為；公職人員亦依法有迴避及不得假藉職務上之權力、機會或方法圖其本人及其關係人利益之義務，違反者應受處罰（公務員服務法第五條、第六條；利益衝突迴避法第六條、第七條、第十四條、第十六條至第十八條；行政程序法第三十二條規定參照）。而公職人員之關係人因未具有公職人員身分，並無上開迴避或禁止圖利之義務可言。故國家對公職人員之要求自應較公職人員之關係人為高。」加上關係人受到限制的是工作權，而不只如公職人員僅有財產權和契約自由，因此即使公平交易同受前述採購法制的保障，本解釋僅就關係人部分認定已屬過苛而要求檢討修正，在基本權與公共利益的權衡上不能說有何不妥。事實上，這樣的規定已經剝奪了非公職人員的關係人與機關為所有相關交易的機會，其可能造成過苛的絕對不以前述因排除關係人參與而形成少數人壟斷該交易的情形為限，在關係人的主要交易機會即在該機關採購項目的情形，其結果實與逐出市場無異，對其工作權的侵害更有過之。因此在作比例原則的審查時，必須更深入考量的，恐怕是立法者把關係人放進交易限制的特別用意。在參考了許多國家陽光法案所制定的本法各種行為規範中，以這種「罪及妻孥」方式，

使一人成為高官（即依該法第二條「限於公職人員財產申報法第二條第一項所定之人員」），關係人（該法第三條所列舉範圍）全都掃入交易限制對象者，並不多見，實為代表民意的立法委員的創新建制，其所以能在黨政協商過程中通過，可以推論應該反映了當時相當高漲的民意。這裡值得思考的正是：本院在行使憲法付託的違憲審查職能時，應該如何面對這樣高漲的民意？在必須作「抗多數決」的思考時，本院操作的比例原則只能容許一種靜態的標準，或者考量多元多變的社會，應該還可以有一種動態的標準，不僅藉此大幅降低司法與多數民意之間的衝突，而且如果操作得當，從長期觀點還可使基本權和公共利益的權衡得到更大綜效？

此一討論的價值，在許多公共議題上都已不時展現，也就是當需要處理的社會問題有其文化基礎或其他「冰凍三尺，非一日之寒」的結構性格時，比如貪瀆、酒駕、刀械、毒品、污染等，改革措施的選擇幾乎都會達到「非過正不足以矯枉」的程度，換言之，當社會因為一而再的教訓而開始痛定思痛時，常常就會在民意加碼下，選擇一個比在「正常」社會採用的一般文明標準更激烈的手段，而以連根拔起的方式去改變造成這些行為滋長的既有文化。此時護衛基本權的司法者真正要審慎面對的，還不是所謂民氣可畏的「政治」計算，而是憲法是否容許立法者保有這樣因時制宜的彈性，一種長期觀點更能解決問題的選擇？或者司法審查只能以一種靜態的文明標準去制衡政治部門，防止政治部門的暴衝，是司法審查者唯一的顧慮？本案涉及的、看起來對於關係人確實已屬過度的工作權限制，背後要對付的，很清楚的就是台灣長期存在的「有關係就沒關係」、「八仙過海各顯神通」的政治文化，即使在立法當時，利益輸送、官商勾結的

行為早已因為普遍不容於公民意識而不再明目張膽，但個案的不斷曝光，特別是行政監督往往鞭長莫及的地方，仍顯示此一文化的根深蒂固，立法者會有矯枉過正、長痛不如短痛的思考，實不難理解。

在二十世紀後期的法社會學有關法治類型的研究，已有很多這方面的討論，此處僅以最具代表性的 Philippe Nonet 和 Philip Selznick 兩位美國學者的三階段演進論來說明(Law and Society in Transition, Toward Responsive Law, 2<sup>nd</sup> ed., 2001)。他們看到較早期出現的兩種對立的法治型態和思維，分別以壓抑法(repressive law)和自主法(autonomous law)來描述，主要的差異在於法律的正當性(保護公共利益 vs 程序公平正當)，政治和法律的關係(工具 vs 自主)以及司法的社會功能(和諧穩定 vs 公平、可預見)。該書最重要的發現則是一種被他們以有感法(responsive law)來總括描述的、與前二種法治模型呈現辯證性特徵的第三條路，也是他們認為現代社會普遍走向的法治模型。正因為社會變化太快，高度形式、專業的法律越來越不能滿足社會的需要，一味制衡權力的自主法曾經是民主的柱石，但不能適應快速社會變遷的結果，過於強調形式和程序，反而和民主政治陷入越來越緊張的關係。自主法沒有能力回應的挑戰，壓抑法預設的社會條件距離更遠，因此法律的治理才會逐漸開始摸索另一條新路：如果壓抑法保留給政治部門很大的便宜行事空間，自主法則是一味由獨立的司法嚴格監督法律規定被確實遵守，更崇尚實質正義、因事制宜的有感法，嘗試的則是在開放(openness)和嚴守(integrity)中間去找出某種選擇性調適的空間。相對於壓抑法的便宜投機和自主法的膠柱鼓瑟，有感法則是守經而達變，從前二種模型所以相互合理化

之處去找到調和之道，特別是把社會壓力當成知識泉源和自我糾正的良機，制度的操作一定要回到原始的目的，通過目的的精確掌握建立因時適變的操作標準，才能真正確保制度的永續。這樣看起來十分抽象的分析，用於本院在審查此類公共議題而必須思考比例原則的操作方式時，其實有醍醐灌頂之效，此處對於關係人的交易限制規定實質上作的部分違憲判斷，其實用的正是一種一成不變的、靜態的操作標準，反映的正是典型的自主法的過時思維，而沒有把社會壓力或者所謂民氣，更正向的理解為需要認知、反思的對象和可能有利於結構調整的契機，讓司法的監督從立即、直覺的舉牌，改為較長期的「以觀後效」。本院面對的是一部實施已逾十三年的法律，真正負責而符合現代法治模型的審查方式，應該是在調查相關實務後去作這樣的過正是否已有某種矯枉效果的判斷，即使還無法取得足夠的實證資料做出判斷，比較適合的決定也只是一個以觀後效的警示決定，不是「儘速通盤檢討改進」，而是在明確肯認未違反比例原則的前提下諭知「應隨實際社會風氣改善情形加以調整」。類此負有觀察義務（Beobachtungspflicht）的決定方式，在德國憲法法院的實務也已屢見不鮮。

## 二、制裁規範何時逾越憲法界線不可恣意認定

本案有關制裁規範的比例原則操作，疑慮更大。制裁規範的比例原則審查應與行為規範分離，固屬的論。這裡當然也可以有前面討論行為規範時提到的因時制宜的考量，但即使撇開不論，如何在一併考量行政罰鍰的金額和級距，以及行政罰法的一般性調整規定後，認定「可能造成顯然過苛處罰之情形，未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程

度，不符憲法第二十三條之比例原則」，本席認為對於立法者合理的裁量空間，造成的不當限制，更值得三思，各界對於本解釋此部分的解讀，實不宜任意擴大，乃至比附援引。

本席完全同意，任何處罰都不得過度，有類似美國憲法增修條文第八條規定（「國家不得命人民繳過高之保釋金，科處過高之罰金（鍰），亦不得加諸殘忍或不尋常之刑罰」）的憲法雖然不多，但處罰不得過度當然在相關基本權保障範圍，而為比例原則的核心內涵。本院解釋實務從未忽視此一原則，也提過責罰相當的概念（釋字第六四一號解釋可參）。

然而正因國家直接處罰，或間接建立人民相互間究責（損害賠償）的制度，都涉及處罰的目的，在其合憲目的涵蓋一定公共利益時，即使私人間的違約金或法定損害賠償超過被害人實際受到的損害—懲罰性賠償，也都不當然違反比例原則。公法性質的處罰，包括刑罰和行政罰，因為恆有嚇阻的考量，立法者必然要綜合判斷違法行為好發性、執行困難度及直接造成的社會成本，而定其「價格」。行政罰考量行政領域的特質，其納入斟酌的因素更為廣泛，以美國的休曼法（反托拉斯法）為例（未區分刑罰和行政罰，都由法院裁罰），對於違反獨占和聯合行為者，營利事業得處一億美元以下罰金，對個人則在十年以下有期徒刑外，還可科處一百萬以下的罰金。另外依據聯邦量刑指令第2條 R1.1 規定的基礎罰金額計算方式，是以該違法行為影響的美國境內總銷售金額的百分之二十，其中百分之十是平均不法利得，百分之十是消費者因價格拉高而未能購買的損失。立法者可以考量制裁目的各項因素而定出處罰額度和概括的級距，再依細部的指令決定如何計算。在區分刑罰和行政罰的國家，則都

是由行政部門自己訂定裁量基準。立法和行政部門對於如何達成制裁目的無不享有高度的裁量權，司法權能夠置喙的空間向來不大。因此即使在有憲法明文禁止過度處罰的美國，兩百年間最高法院認定過度處罰的先例只有一件（United States v. Bajakajian, 1998）。在強調企業社會責任的美國，對白領犯罪的處罰甚至普遍高於歐洲國家，對於往往科處天文數字罰金的反托拉斯行為，早在 1909 年就有著名的 Waters-Pierce Oil Co. v. Texas 案，油公司受到的處罰是每天五千美元的罰金，共罰了三百多天，最高法院仍明確認定屬於立法裁量範圍。歐洲各國在經濟、環保領域的處罰，也完全不遑多讓，近年為導正逐漸敗壞的政風而紛紛推出的陽光法案，同樣都有高額罰金，資料甚多，此處不贅，憲法法院的態度也都高度寬容，原因就在不能不尊重立法者的合目的性衡量。

司法對制裁規範不是不能作比例原則的審查，只是每一步跨出去，都要有相當清楚的法理依據，本院過去在稅法上區隔漏稅罰和行為罰的審查標準，即因後者僅屬納稅義務人協力義務的違反，非主要納稅義務的違反，如無最高額限制，即有反客為主的問題；相對於此，漏稅罰即無須有最高額限制（釋字第六一六號、六八五等號解釋可參）。刑事訴訟法第一百一十二條針對專科罰金之罪，禁止具保金超過罰金罪高，便是基於相同的法理。本院在爭議不小的攜帶外幣出入國境申報案，對於未報明登記者沒入的規定最後認定尚不違反比例原則，理由就是「為確保申報制度之實效，對於違反申報義務者，施以強制或處罰，實有必要。至其強制或處罰之措施應如何訂定，宜由立法者兼顧外匯管理政策與人民權利之保護，為妥適之決定。管理外匯條例第二十四條

第三項之規定，係對於攜帶外幣超過等值壹萬美元而未申報者，予以沒入，以督促主動誠實申報，較科處刑罰之方式為輕，且鑑於旅客或隨交通工具服務人員攜帶外幣出入國境之動態與特性，上開處罰規定尚未牴觸憲法第二十三條之比例原則。」（釋字第六七二號解釋參照），保留給立法者的空間，比美國最高法院在前述United States v. Bajakajian案還大。其中最值得注意的，就是明確區隔刑罰和行政罰的層次，背後隱藏的以刑罰為最後手段的憲法評價，從而也為行政罰保留了較大的立法空間，這也是大陸法系國家共同的趨勢。

因此本案審查的利益衝突迴避法，也有必要考量其從最初的刑事制裁改為單純行政制裁，背後的立法意旨。我國因考量行政罰的多樣複雜性，還特別制定了通則性的行政罰法，規定科罰的基本要件、程序與調整機制，大大減輕了各單行法罰則的立法負擔，在綜合考慮了以上情況後，再來看本件解釋，既已認定「系爭規定二處違規交易行為金額一倍至三倍之罰鍰，固已預留視違規情節輕重而予處罰之裁量範圍」，又遽以「交易行為之金額通常遠高甚或數倍於交易行為所得利益，又例如於重大工程之交易，其交易金額往往甚鉅，縱然處最低度交易金額一倍之罰鍰，違規者恐亦無力負擔。系爭規定二可能造成個案顯然過苛之處罰，立法者就此未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程度」寥寥數語，就認定違反比例原則，和過去的謹慎態度，實在相去太遠。一至三倍的罰鍰是否太高，就此一違法行為對官箴的敗壞，乃至對市場公平競爭的影響來衡量，恐怕就不是兩句話可以說得清楚。以個別交易行為金額為科罰計算基礎，和多數罰鍰的直接規定金額，或如公平交易法第四十一條第二項



就違法事業全年度銷售總金額為計算基礎，何者較苛，也很難一概而論。本院過去確曾在囤積米酒的案例中，對超額出賣者科處高額罰鍰認定違反比例原則（釋字第六四一號解釋），但該規定不僅未保留任何個案審酌的空間（「一律」），而且是按法定交易金額的五十倍計算，認定「顯然過苛」或有一定的說服力，本案在未做充分闡明的情形下即大幅降低標準認定按該筆交易金額一倍至三倍也已達到顯然過苛的程度，對於未來立法如何裁量無疑將帶來高度的不確定，此為本席不能不憂心忡忡之所在，本件解釋自不宜再作過度解讀。