

# 釋字第七一六號解釋協同意見書

大法官 黃茂榮

本案多數意見認為：「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。』尚未抵觸憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十五條、第二十二條保障人民工作權、財產權及契約自由之意旨均無違背。惟於公職人員之關係人部分，若因禁止公職人員之關係人參與交易之競爭，將造成少數參與交易者之壟斷，反而顯不利於公共利益，於此情形，苟上開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，是否仍有造成不當利益輸送或利益衝突之虞，而有禁止公職人員之關係人交易之必要，主管機關應儘速通盤檢討改進。

公職人員利益衝突迴避法第十五條規定：『違反第九條規定者，處該交易行為金額一倍至三倍之罰鍰。』於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，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」其意旨為：公職人員或其關係人與公職人員服務之機關或受其監督之機關的交易行為應受節制；如有違反，應予適當處罰。本席對該意旨敬表贊同。惟上開規定之安排，在其與政府採購法第十五條及公平交易法第十九條間之體系關係，以及其處罰的標準，認為尚有檢討餘地，爰提出協同意見書，謹供參考。

## 壹、禁止利益衝突之交易的必要性

按在市場經濟，人民有透過公平競爭，參與市場，從事營業的權利。國家機關，因其用來採購之經濟資源主要來自人民繳納之稅費，所以不但依公平交易法第十九條第二款，於有限制競爭或妨礙公平競爭之虞時，就交易相對人之選擇，無正當理由，國家機關不得有足以影響競爭機能之差別待遇，而且依政府採購法第六條第一項，「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇。」公職人員或其關係人如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，因可能引起利益衝突，公職人員利益衝突迴避法（下稱利衝法）第九條及政府採購法第十五條，對之另有不等程度之禁止規定。

因利衝法第九條禁止之主體範圍，兼及公職人員之關係人，其客體範圍及於與公職人員服務之機關或受其監督之機關的一切交易行為，以及其違反之處罰的裁量範圍，同法第十五條定為：處交易金額一倍至三倍的罰鍰。上開禁止及處罰規定適用之結果，往往造成情輕罰重。因此，引起其規定是否超出必要程度的疑問。此外，利衝法第九條與政府採購法第十五條之規定意旨相近，而內容不同。為避免引起規範衝突，亦有予以簡化並為體系調協之需要。

## 貳、利益衝突迴避法制體系之簡化

利衝法第九條論諸實際，以在政府採購中可能存在之利益衝突的防範為規範目的。該法之意旨除防弊外，並意在於促進公平競爭。而現行法制中已有關於政府採購及促進公平競爭之專法：政府採購法及公平交易法。是故，其防弊功能如有不足，應透過修正政府採購法；其促進公平競爭之功能

如有不足，應透過修正公平交易法，尋求妥適的解決，而不適合在政府採購法及公平交易法之外，另定特別法。如是，才能簡化相關法令，避免發生多餘之法規競合的情形，以避免法規衝突，並提高有關規定之透明度。

利衝法第九條以公職人員服務之「機關」為範圍，禁止公職人員或其關係人為買賣、租賃、承攬等交易行為；而政府採購法第十五條以公職人員在其服務之機關的「職務」為範圍，規定其就承辦、監辦採購之事項，應行迴避。特別是：不根本禁止其關係人與該機關為買賣、租賃、承攬等交易行為。

鑑於利衝法第九條及政府採購法第十五條間，有禁止範圍及程度不一致的情形。所以，相關機關有參酌利衝法第九條及政府採購法第十五條，妥適統一其禁止規定之必要。

利衝法第九條之規範意旨在於：防止公職人員服務之機關因與其公職人員或其關係人交易而遭受不利。這裡所謂不利，主要表現在其交易條件，特別是價格。是故，倘交易對象之決定及最有利於國家機關之交易條件或價格，依公平交易法第十九條，能夠透過競標，公開公平決定時，利衝法第九條一律禁止公職人員或其關係人，與公職人員服務之機關或受其監督之機關為買賣、租賃、承攬等交易行為之限制規定，即非必要。此外，政府採購法第十五條規定：「機關承辦、監辦採購人員對於與採購有關之事項，涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益時，應行迴避（第二項）。機關首長發現承辦、監辦採購人員有前項應行迴避之情事而未依規定迴避者，應令其迴避，並另行指定承辦、監辦人員（第二項）。廠商或其負責人與機關首長有第二項之情形者，不得參與該機關之採購。但本項之執行反不利於公平競爭或公共利益時，得報請主管機關核定後免除之（第三項）。」上開規定第一項至第三項之意旨在於要求迴避，故只要本人迴避，並不禁止其關係人與公職人員服務

之機關或受其監督之機關為買賣、租賃、承攬等交易行為。是故，即使認為有予規制之必要，政府採購法第十五條之規定較諸利衝法第九條，亦要緩和許多。

另所涉貨物或服務（例如日常用品、打字、影印）之市場，如果本來即有充分競爭，不可能因採購對象不同，而有價格之顯著差異，且其交易對象之選擇，如果主要取決於需要單位關於需要之貨物或服務的偏好，及提供之事業在提供時地對於需要單位的配合，則按其供應事業與公職人員之關係而絕對禁止交易的規定，亦非必要。

### 參、處罰經濟原則

面對違法行為之處罰，其規範之規劃者，容易從既有違法行為，如何處罰皆不為過的立場出發。然其實，處罰之輕重仍應基於比例原則，予以規劃，應以足以達到嚇阻之目的為度，而不適合無限上綱，制定過重之處罰規定。

利衝法第十五條規定，「違反第九條規定者，處該交易行為金額一倍至三倍之罰鍰。」該條規定以交易行為金額，而非以交易所得之一定倍數以下，為處罰之法定裁量範圍。因此，在具體情形，發生顯然過苛處罰之情形時，裁罰機關不能依法為適當之因應減輕。所以，其處罰規定，顯已逾越必要程度，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨有違。