

釋字第七一六號解釋協同意見書

大法官 羅昌發

公職人員利益衝突迴避法（下稱利益衝突迴避法）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。」（下稱系爭規定一）多數意見以其係為促進廉能政治、端正政治風氣、遏阻貪污腐化及不當利益輸送等公共利益所必要，故未違反憲法第十五條及第二十二條所保障人民工作權、財產權及其內涵之營業自由暨契約自由。利益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。」（下稱系爭規定二）多數意見認其可能造成過苛處罰之情形，其未設適當之調整機制，逾越憲法第二十三條之必要程度。本席均敬表同意。惟本件涉及「契約自由」在憲法上之定位及受保障程度、系爭規定二所侵害之權利範圍、系爭規定二所造成過苛情形之論述、系爭規定一檢討改進部分之說明，均有進一步釐清之必要。爰提出本協同意見書。

一、「契約自由」之性質及受憲法保障之程度

（一）本院以往曾就契約自由在憲法上受保障之地位，表示：「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。契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第十四條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。」（本院釋字第

五七六號解釋)「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。」

(本院釋字第五八〇號解釋)「又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。契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第十四條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。」

(本院釋字第六〇二號解釋)本號解釋多數意見之論述與該三號解釋相同，亦認為「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制」；惟多數意見直接引用憲法第十五條及第二十二條作為保障契約自由原則之依據；且除確保「交換生活資源」之自由外，多數意見增加了確保「與他人交易商品」之自由作為保障契約自由之理由(見本號解釋理由書第一段)。本席同意契約自由屬憲法第二十二條所規定對「其他自由權利」之保障範圍。但本席認為：憲法對於契約自由之保護，與「個人自主發展」、「個人人格發展」及「實現自我」之關聯性甚低；契約自由不應與憲法第十五條對財產權之保護加以連結；憲法對契約自由之保護，在審查有無違背憲法第二十三條所規定之「必要性」時，應加重「公共利益」要素之權重。分述如次。

(二)就限制契約自由之「必要性」而言：按契約自由(liberty of contract; freedom of contract; right to contract)之內

涵，包括締約與否之自由、締約對象選擇之自由、締約內容決定之自由。其主要意旨係在排除國家對人民締結契約之干預。社會及經濟高度發展的結果，人民交易內容與性質愈趨複雜，且交易雙方之經濟地位更可能日益懸殊，國家在無法藉由市場機能運作以達成公平合理交易及維護社會秩序之情形下，常有介入締約與否、締約對象選擇及締約內容之高度正當性。例如以法律規定最低勞動條件，或以法律禁止聯合壟斷等限制競爭之行為，均屬對契約自由之限制，然其正當性甚高。故在社會與經濟高度發展之現代，契約自由應受法律較大程度之限制。此項趨勢亦表現在美國聯邦最高法院的見解。該法院在一九〇五年 *Lochner v. New York* 一案¹ 中認為，契約自由受美國憲法增修條文第十四條正當法律程序條款之保障；其所採者屬於嚴格之審查標準（strict scrutiny）。但在一九三七年 *West Coast Hotel Co. v. Parrish* 一案² 之後，美國聯邦最高法院改採合理審查標準（rational basis），以決定對契約自由原則所為之限制，有無違背該國憲法之實體正當程序條款。³ 本席雖認為對我國憲法所為之解釋應以我國憲法架構為依歸，但美國聯邦最高法院就對契約自由之限制，由採嚴格審查標準至改採合理審查標準⁴ 之發展情形，應得做為為衡量我國憲法第二

¹ 198 U.S. 45 (1906).

² 300 U.S. 379 (1937).

³ David N. Mayer, *The Myth of "Laissez-Faire Constitutionalism": Liberty of Contract During the Lochner Era*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 36:2, 217 (2009).

⁴ 美國法院審查人民憲法權利有無受到侵害時，因所涉及權利類型及議題之不同，而對於系爭之政府措施與法令規定分為合理審查標準（rational basis test；為最低形式的司法審查）、較高審查標準（heightened scrutiny test）、嚴格審查標準

十三條必要要件之各項因素時之參考。本席在多次意見書中提出憲法第二十三條必要要件之衡量因素，包括應權衡與平衡（to weigh and balance）所審查之規範所欲增進的公共利益的相對重要性、該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能、以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度；並應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。⁵ 由於現代經濟與社會下，如完全容許契約自由，常造成對弱勢者極為不利之影響，或對交易秩序產生不公平或不合理之結果，故在衡量對契約自由之限制時，對於以法律介入契約自由，以確保交易秩序之公平合理與對弱勢之保障的公益性及其重要性，應予較高度之肯定；對於此種限制契約自由的規範所擬達成之目的可以提供的貢獻或功能，亦應予以較正面考量；就該規範對限制契約自由所造成影響的程度，應予以較高之容忍；且應從寬考量有無「較不侵害憲法權利」的措施存在。多數意見以「國家對人民上開自由權利（按即：工作權、財產權、營業自由、契約自由）之限制，均應符合憲法第二十三條之比例原則」（見本號解釋理由書第一段）。雖憲法第二十三條之規定應一體適用於審查限制人民權利之法規或措施，惟該條規定適用於重要性不同之憲法上權利時，所考量各個因素之權重（weight），應有差異。多數意見此項陳述，顯將契約自由與其他權利（特別是憲法上具較高重要性之財產權）在憲法保障上，賦予完

（strict scrutiny）三種密度進行審查。

⁵ 見本席於釋字第六九二號、第六九三號、第六九六號、第六九七號、第六九九號、第七〇二號、第七〇九號、第七一一號解釋提出之意見書之闡述。

全相當之程度；甚有斟酌餘地。

(三) 契約自由之保護與「個人自主發展」、「個人人格發展」及「實現自我」關聯性甚低：本院以「個人自主發展」、「個人人格發展」及「實現自我」作為憲法上權利之論述基礎時，常係在強調某項憲法權利之重要性。例如釋字第五〇九號解釋提及「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我」、釋字第六一七號解釋提及「憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會」、釋字第六四四號及第六七八號解釋提及「言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制」、釋字第六〇三號提及「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整」，均涉及言論自由、出版自由、隱私權等受憲法保障之重要權利。本院前述釋字第五七六號、第五八〇號、第六〇二號解釋在論述契約自由時雖亦引用「個人自主發展」、「個人人格發展」及「實現自我」為理由，然如前所述，以法律限制契約自由（以保障弱勢或避免不公平不合理之情形），常有較高的正當性；相對而言，以法律限制言論自由、出版自由及隱私權，其正當性往往較低。以同樣之「個人自主發展」、「個人人格發展」及「實現自我」為理由，論述受憲法保障程度差

異甚大之權利，甚有疑問。更何況，契約自由原則多適用於人民之經濟活動，且其活動常屬以追求利潤為唯一或主要目標之營利性質；此種情形與個人自主或其人格之形塑、實現、發展等，關聯性較低；以此等理由支持契約自由原則，亦有論理上之疑義。

- (四) 契約自由不應與憲法第十五條對財產權之保護加以連結：多數意見及前述釋字第五七六號、第五八〇號、第六〇二號解釋之主要見解之一在於契約自由如涉及財產之處分，應為憲法第十五條所保障。本席認為，此種論述相當混淆。其一，處分財產之權利，屬於憲法第十五條保護財產權之範圍；然憲法第十五條係保護財產權及其處分權本身，此與契約自由係屬二事。其二，因契約產生之權利（債權）應屬於憲法第十五條保護之財產權；然其權利係因「契約」而產生，並非因「契約自由」而產生；蓋在契約自由受法律限制之情形下所簽訂之契約，仍產生契約上權利，且該權利仍受憲法財產權之保障。其三，如前所述，契約自由受法律限制，常有相當高的正當性（例如為保護弱勢或為維護交易秩序之公平性及合理性而對契約自由加以限制，即有甚高的正當性）；相對而言，對財產權之限制雖可能有其正當性（例如國家為公益目的，在給予補償之前提下對私有財產加以徵收），然其限制絕無可能如對契約自由所設限制，廣泛獲得憲法上正當性之支持。如將契約自由與財產權保護連結，將產生二者受憲法保障的程度相同之涵義；其結果將使限制契約自由之正當化事由（為保護弱勢或交易秩序之公平合理，而得剝奪人民之契約自由）適用

於限制人民財產權之情形（為保護弱勢或交易秩序之公平合理，而得剝奪人民之財產權）；其不合理，甚為明顯。

二、系爭規定二所侵害之權利不限於財產權

（一）多數意見以系爭規定一禁止公職人員及其關係人與機關交易之規定，就公職人員而言，涉及其財產權及契約自由之限制；就關係人而言，則涉及其工作權、財產權及其內涵之營業自由暨契約自由之限制（見本號解釋文第一段及解釋理由書第二段）。然其在論述系爭規定二時，則僅認其違反憲法第十五條保障人民財產權之意旨（見本號解釋文第二段及解釋理由書第七段）。

（二）本席認為，系爭規定二所侵害者不限於人民財產權；其侵害之範圍應與系爭規定一所侵害者相同，包括公職人員之財產權與契約自由，以及關係人之工作權、財產權及其內涵之營業自由與契約自由。蓋系爭規定二系在處罰違反系爭規定一之公職人員及其關係人，其目的及作用不僅在課處違規交易金額一倍至三倍之罰鍰，使違反系爭規定一之公職人員及其關係人遭受財產上損失，更係在嚇阻或防止公職人員及其關係人與機關進行系爭規定一所禁止之交易行為。公職人員及其關係人由於系爭規定二之處罰規定而被限制參與系爭規定一所禁止之買賣、租賃、承攬等交易行為，其所涉及或侵害之憲法上權利，與系爭規定一所涉及者自應完全相同，包括公職人員之財產權與契約自由，以及關係人之工作權、財產權及其內涵之營

業自由與契約自由。

三、系爭規定二所造成過苛之情形

- (一) 多數意見認為，「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，惟交易行為金額通常遠高甚或數倍於交易行為所得利益，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，違規者恐無力負擔。系爭規定二可能造成個案顯然過苛之處罰」(見本號解釋理由書第七段)。本席贊同系爭規定二可能造成個案顯然過苛之處罰，故應設適當之調整機制。然多數意見舉「重大工程之交易，其交易金額往往甚鉅」為例，本席認有進一步說明之必要。
- (二) 由於多數意見僅以「例如」之方式描述個案顯然過苛之情形，故其所舉之例，不應成為限制將來修法方向之條件。立法者應以實質上是否造成個案過苛之情形做為建立調整機制之準據。其一，工程是否「重大」，甚難合理界定；故工程重大與否，不應為調整機制之標準；規模非「重大」之工程(例如一百萬以內之工程案)，處以交易金額一倍至三倍之罰鍰，恐亦有造成個案過苛之可能。其二，「非工程」之案件，處以系爭規定二之罰鍰，顯亦有可能造成個案過苛之情形(本席甚難想像非工程之買賣、租賃、承攬，在決定罰鍰有無過苛時，與工程交易有何本質上差異)。其三，「交易金額是否甚鉅」，亦不應為唯一之標準；蓋如前所述，就金額較小之交易，處違規者一倍至三倍之罰鍰，亦有造成個案過苛之可能。其四，「違規者

恐無力負擔」之標準固然得為決定個案是否過苛之重要衡量因素，然其亦不應為唯一因素；違規情節（包括其交易是否確實造成不公平競爭、不當利益輸送、貪汙舞弊等），亦應納入將來修法考量，始符合「個案過苛」之本旨。

四、系爭規定一檢討改進部分之說明

- (一) 多數意見認為系爭規定一並未違憲；然就關係人部分，多數意見認為，若因禁止其參與交易之競爭，將造成其他參與交易者之壟斷，反而顯不利於公共利益，且如系爭規定一所列機關已行公開公平之程序，並有充分防弊規則，是否仍有造成不當利益輸送或利益衝突之虞，而有禁止關係人交易之必要，相關機關應儘速通盤檢討改進（見本號解釋文第一段及解釋理由書第六段）。本席對此敬表同意。
- (二) 此項檢討改進之方向，與政府採購法第十五條第四項所規定「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」之意旨相同。利益衝突迴避法與政府採購法有其各自之立法目的，其規範內容自不須完全相同，然由於政府採購法與系爭規定一重疊性相當高（系爭規定一所列買賣中「機關購買」之部分、所列租賃中「機關承租」部分、所列承攬中「機關委託」部分，均屬政府採購法所規範之「採購」範疇），故二法所設例外之範圍，宜有其一致性。多數意見未將政府採購法第十五條第四項所要求須於「報請主管機關核定後」

始能免除之要件納入檢討改進之因素，造成利益衝突迴避法可能失之過寬之情形；亦未將政府採購法第一百零五條所排除適用該法招標與決標規範之「國家遇有戰爭、天然災害、癘疫或財政經濟上有重大變故，需緊急處置」之交易事項及「人民之生命、身體、健康、財產遭遇緊急危難，需緊急處置」之交易事項，亦納入檢討系爭規定二之考量因素，造成利益衝突迴避法可能失之過嚴之情形。均容有斟酌餘地，爰予補充。