國立政治大學法律科際整合研究所

碩士學位論文

公務員旋轉門條款刑事責任之研究：以實務現況及保護法益為中心

Criminal Liability of Revolving Door Clause -- Focus on Judicial Practice and Legally Protected Interests

National Chengchi University

指導教授：許 恒 達 博士

研究生：林 品 慈 撰

中 華 民 國 一〇五 年 十二 月

摘要

公務員旋轉門條款依其立法源起及釋字第 637 號解釋之內容可知，主要是為防範公務員離職後與嗣後任職之民營事業有所利益掛勾，產生不當利益輸送與私相授受之危險。目前系爭條款雖已有明文之刑罰規定，但其立法設計卻不完善，導致實務上各級法院對構成要件的解釋與適用莫衷一是，並無統一標準。探究其原因，本文認為可能是刑事保護法益的定位錯誤所致，故須先就系爭條款之保護法益釐清。雖然司法院大法官解釋已確認其為國家法益之保護，惟本文認為於系爭條款之情形，除行為主體已離職而不具有公務員身分以外，構成要件行為所造成的不正競爭風險，直接而實質侵害到的卻是市場的公平競爭秩序，亦即侵害到市場競爭者在相關經濟資源或公務資訊取得機會之平等，而應為社會法益保護之範疇。

本文主要援引德國學者 Hefendehl 的集體法益學說，並分別由國家與社會制度信賴法益學說檢驗系爭條款之保護法益。俟法益定位完成，再將實務上主要爭點嘗試以此種社會法益檢視，亦即以侵害**市場自由競爭秩序下的機會平等**之**經濟制度信賴法益**角度重新思考，發現與實務見解並不相同，是以，本文最後將針對這些爭點各別釐清並給予建議，期能對未來條文之修法有所幫助。

關鍵詞：公務員旋轉門條款、釋字第 637 號、集體法益、制度信賴法益、市場自由競爭秩序、機會平等。

國立政治大學 National Chengchi University

論文簡目

摘要 I
論文簡目 II
論文詳目 IV

第一章 緒論 1

第一節 研究動機 1
第二節 研究方法 3
第三節 研究範圍與架構 3

第二章 公務員旋轉門條款之立法沿革 5

第一節 立法緣起 5
第二節 歷次修法沿革 6
第一項 考試院銓敘部之歷年修正提案 7
第二項 立法院之歷年修正提案 8

第三章 公務員旋轉門條款之實務現況 11

第一節 實務判決現況概說 11
第二節 民國 85 年至釋字 637 號前之實務判決 12
第一項 東森總經理案 12
第二項 華航顧問案 13
第三項 國揚監察人案 15
第四項 泰一泰諭營造集團副總案 18
第五項 高捷顧問案 19
第三節 司法院大法官釋字第 637 號解釋 22
第一項 解釋文與理由書 23
第二項 協同意見書 25
第四節 釋字後之實務發展現況 31
第一項 義峰總經理案 31
第二項 邦佑顧問案 33
第三項 邦佑經理案 34
第四項 榮福顧問案 35
第五項 復華金控董事長案 36
第六項 世基董事案 43
第五節 實務主要爭點整理 45
第一項 「與職務直接相關」之認定 45
第二項 「職稱」之認定 49
第三項 「離職時點」之認定 51

第四項 小結 53
第四章 保護法益與公務員旋轉門條款 55
第一節 概說 55
第二節 刑法保護法益之概念 56
第一項 法益之概念 56
第二項 法益之機能（功能） 59
第三項 法益理論之變體——規範理論的出現 65
第四項 法益之分類 67
第三節 公務員旋轉門條款之保護法益探究 85
第一項 定位為國家法益之可能 85
第二項 定位為社會法益之可能 91
第三項 小結：系爭條款之保護法益應為社會法益 96
第四節 公務員旋轉門條款重要爭點反思 97
第一項 「與職務直接相關」之認定 97
第二項 「職稱」之認定 101
第三項 「離職時點」之認定 102
第四項 「營利事業」之認定 105
第五章 結論 110
參考文獻 114
一、中文部份 114
二、外文部份 117

國立政治大學 National Chengchi University

論文詳目

摘要 I
論文簡目 II
論文詳目 IV

第一章 緒論 1

第一節 研究動機 1
第二節 研究方法 3
第三節 研究範圍與架構 3

第二章 公務員旋轉門條款之立法沿革 5

第一節 立法緣起 5
第二節 歷次修法沿革 6
第一項 考試院銓敘部之歷年修正提案 7
第二項 立法院之歷年修正提案 8

第三章 公務員旋轉門條款之實務現況 11

第一節 實務判決現況概說 11
第二節 民國 85 年至釋字 637 號前之實務判決 12
第一項 東森總經理案 12
第二項 華航顧問案 13
第三項 國揚監察人案 15
第四項 泰一泰諭營造集團副總案 18
第五項 高捷顧問案 19
第三節 司法院大法官釋字第 637 號解釋 22
第一項 解釋文與理由書 23
第一款 解釋文 23
第二款 理由書暨立法意旨 24
第二項 協同意見書 25
第一款 李大法官震山之部分協同意見書 25
第二款 許大法官玉秀之部分協同意見書 26
第一目 立法目的之審查 27
第二目 比例原則之審查 28
第三目 法律明確性之審查 30
第四節 釋字後之實務發展現況 31
第一項 義峰總經理案 31
第二項 邦佑顧問案 33
第三項 邦佑經理案 34

第四項 榮福顧問案 35
第五項 復華金控董事長案 36
第一款 檢察總長提起非常上訴之理由 36
第二款 最高法院審理結果 41
第六項 世基董事案 43
第五節 實務主要爭點整理 45
第一項 「與職務直接相關」之認定 45
第一款 釋字 637 號解釋理由書及協同意見書之見解 45
第二款 實務判決之見解 47
第二項 「職稱」之認定 49
第一款 釋字 637 號解釋理由書及協同意見書之見解 49
第二款 實務判決之見解 49
第三項 「離職時點」之認定 51
第四項 小結 53
第四章 保護法益與公務員旋轉門條款 55
第一節 概說 55
第二節 刑法保護法益之概念 56
第一項 法益之概念 56
第一款 刑法為法益保護法 57
第二款 如何判斷值得刑法保護之法益 58
第三款 小結與反思 59
第二項 法益之機能（功能） 59
第一款 法益之實質機能 59
第一目 法益的「解釋」與「限縮」機能 60
第二目 為何法益必須實現這些機能 61
第二款 法益機能及其爭議 61
第一目 法益是否亦為擴張刑罰之媒介？ 61
第二目 抽象危險犯之發展對法益之影響及其疑義 62
第三目 小結與反思 64
第三項 法益理論之變體——規範理論的出現 65
第一款 行為規範論之內涵 65
第二款 行為規範論與法益保護論之關聯 66
第三款 小結 67
第四項 法益之分類 67
第一款 概說 67
第二款 一元論與二元論之法益論爭 69
第一目 一元論之法益概念 69
第二目 二元論之法益概念 70

第三目 小結 72
第三款 集體法益之概念 73
第一目 集體法益之定義 73
第二目 集體法益之分類體系 75
第三目 對制度的信賴 77
第四目 對國家制度的信賴（法益） 80
第五目 對社會制度的信賴（法益） 82
第三節 公務員旋轉門條款之保護法益探究 85
第一項 定位為國家法益之可能 85
第一款 釋字第 637 號解釋：保護法益為國家法益 85
第二款 係對國家制度的信賴（法益）保護 86
第一目 以「國家公務運作（或公務行為）的純潔公正」較能具體描述保護法益內涵 87
第二目 「國家公務運作（或公務行為）的純潔公正」係對國家制度信賴法益之保護 88
第三款 小結：以國家法益定位無法涵蓋構成要件行為之危險 89
第二項 定位為社會法益之可能 91
第一款 市場自由競爭秩序 92
第一目 係集體法益層次之保護 92
第二目 係對社會制度的信賴（法益）保護 94
第二款 係對市場自由競爭秩序中「機會平等」之保護 95
第三項 小結：系爭條款之保護法益應為社會法益 96
第四節 公務員旋轉門條款重要爭點反思 97
第一項 「與職務直接相關」之認定 97
第一款 監管關係 98
第二款 營建或採購關係 100
第三款 小結 101
第二項 「職稱」之認定 101
第三項 「離職時點」之認定 102
第四項 「營利事業」之認定 105
第一款 銓敘部於民國 85 年函釋之認定 105
第二款 銓敘部於 85 年後其他相關函釋簡述 106
第三款 本文見解 108
第五章 結論 110
參考文獻 114
一、中文部份 114
（一）專書 114
（二）期刊 114

（三）學位論文 115
（四）政府資料 116
（五）法院判決（按時間及本文討論之先後排序） 117
（六）中譯部分 117
二、外文部份 117

國立政治大學
National Chengchi University

第一章 緒論

第一節 研究動機

公務員旋轉門條款，依照立法目的及司法院大法官解釋，主要係為防範公務員離職後與嗣後任職之民營事業有所掛勾，產生不當利益輸送與私相授受，而導致國家社會受有損害之危險。本條款規定於公務員服務法第十四條之一，而其刑罰規定於同法第二十二條之一，分別係：「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。」、「離職公務員違反本法第十四之一者，處兩年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」

目前雖已有上開刑事處罰規定，但該條款的立法設計其實並不完善，除了學術界及實務界對構成要件的解釋與適用有所歧異以外，立法部門雖多有修法提議卻也無統一的結論。主管機關銓敘部針對該法條雖多有相關釋示，惟函釋見解也有前後不一之情形[1]，導致操作上並無明確之適用標準。再者，於司法審判實務上，因該條款構成要件不夠明確，且不確定法律概念過多，造成認事用法上的困難，故歷審判決亦多有歧異，如此之矛盾，將使當事人及一般人民無所適從。綜上，觀察目前實務及立法現況，旋轉門條款的評價似貶大過於褒。

為解決上述矛盾，除考試院曾舉辦過三場座談會，邀請諸多專家學者討論相關修法、立法議題以外[2]，立法院及其餘行政機關亦有多次提案建議，主管機關

[1] 例如，針對何謂構成要件之「離職」，銓敘部 85 年 7 月 20 日 85 台中法二字第 1332483 號函及銓敘部 97 年 5 月 19 日部法一字第 097291770 號令的釋示內容即有所不同，本文後面將會針對此處做討論。

[2] 柯三吉、劉宜君、曹瑞泰、張惠堂，公務員服務法「旋轉門條款」規範內容之研究，文官制度

銓敘部也有召集學者就該條款做出相關研究、建言。而司法院大法官於釋字第637號解釋中，雖肯認該條款之合憲性，且也認為其攸關公務員基本權益甚鉅，宜由立法機關依實際執行之情形，審酌維護公務員公正廉明之重要公益、人民選擇職業自由之均衡，加以妥善設計並檢討修正。但可惜的是，迄今仍未為修法。

值得注意的是，由於公務員旋轉門條款為反貪腐之廉能政府其中重要之一環，聯合國反貪腐公約第十二條亦有明文規定，為防止涉及私部門之貪腐，所採取的措施即包括了：合理期限內，對公務員辭職退休後在私部門任職進行適當限制，防止利益衝突，而該限制之情形，僅須此種活動或任職與該公務員任期內曾擔任或監管之職權具有直接關聯者即屬之。目前如美國、英國、德國、日本及新加坡等國家，均訂有相關法條，而我國的「聯合國反貪腐公約施行法」亦已經總統於民國104年5月20日公布。故為因應該公約內國法化，有論者即建議宜參考反貪腐公約之精神，對我國旋轉門條款做一通盤檢討與改進[3]。

然而本文認為，檢討與建議刑事修法方向之前提，須先就其核心保護法益做探究，換言之，想要建構出正確而合宜的規範，須先就上位之保護法益定位做出釐清，始得合乎立法本旨。系爭條款構成要件係以「**離職公務員**」為規範主體，而規範行為則為「**離職後**」就職民間私人營利事業之相關限制，惟其保護法益卻因公務員身分與資格之影響，而被認為是保護國家制度之「國家法益」，但實際上於本條款之情形，除行為主體已不再具有公務員資格外，構成要件行為所造成的「危險」，直接而實質侵害到的卻是「市場公平競爭秩序」，應為「社會法益」範疇。故是否應重新定位保護法益再給予適當之修法建議，本文認為有討論之價值，此為筆者研究動機所在。不過，因為囿於文章篇幅，本文於此暫且不做最終修法之建議。

季刊，第1期，頁44-47，2009年1月。

[3] 李志強，推動聯合國反貪腐公約—以我國旋轉門條款為例（上），法務通訊，第2781期，第3版，2015年12月。

第二節 研究方法

在研究方法上，本文除彙整學術領域之資料外，亦有蒐羅相關歷審判決（11件）以及政府部門的統計與研究資料，做為各章節之論述基礎。而於學術資料部分，主要係參考國內學者的專書著作以及相關之期刊論文，並有同時參酌其餘相關碩士論文之觀點。另外需補充說明的是，本文所參考之日文或是德文資料，主要係以國內文獻、論文著作，及國內學者翻譯資料作為引註的參考。

整理完前述之參考文獻，本文針對論文目的進行主要章節安排，並在章節的論述層次及邏輯上，提出問題意識、逐次處理爭點，最後做出結論，重新確立系爭條款之刑事保護法益。待處理完法益定位之問題，本文將再次回顧與省思實務判決上主要之爭點，並以本文認定之觀點重新檢視這些爭點。

第三節 研究範圍與架構

本文之研究標的為公務員旋轉門條款，亦即公務員服務法第十四條之一，其刑責規定在同法第二十二條之一，構成要件與法律效果是分開訂定的。由於本文之研究目的，主要係為了將系爭條款的「保護法益」做出清楚定位，故對於法律效果上刑罰的設計，以及後續立法方向之建議，暫不多為著墨。至於，其餘與公務員旋轉門條款相仿之特定執業人員的利益迴避條款，例如律師法、政府採購法等，因並非本文研究標的，自然不屬本文研究範疇。

而在論文架構上，本論文共有五章，首先將於緒論章之部分，就問題意識的研究動機、方法、範圍與架構做簡要介紹。第二章則為公務員旋轉門條款之立法沿革，將指明本條款之立法緣起與其目的，並以提案修法之部門做為章節主要分類，依照主管機關考試院銓敘部及立法院之次序，分別紀錄歷年的提案修法建議，

國立政治大學 National Chengchi University

並說明系爭條款之立法現況。

第三章係歷審實務判決之整理與摘錄。於第一節，筆者將先就實務判決現況作初步概述，嗣後再以時間軸做安排，依時間的先後整理實務判決之重點。其中，由於中間涉及司法院大法官解釋的提出，故將以該解釋的提出時點（民國97年），做為時程之主要斷點。內容方面，除彙整大法官解釋相關資料外，本文亦擇取十一件與公務員旋轉門條款相關之歷審判決做討論，整理其案例事實與判決理由之重點，並藉由梳理爭點做為後續法益定位的論述基礎。

為釐清公務員旋轉門條款之核心保護法益為何，第四章將先就刑事保護法益學說的主要概念、機能、爭議與分類就筆者所蒐集之文獻做簡單整理，並提出集體法益之概念，說明在集體法益概念下之「制度信賴保護法益」為何，接下來並就國家制度與社會制度的信賴法益做為法益定位的分析基礎，檢視系爭條款的保護法益，並進一步確立之。

而於末章，亦即第五章，主要係將筆者之觀點與前四章所提出之論證加以整理，為本文之結論部分。

國立政治大學 National Chengchi University

第二章 公務員旋轉門條款之立法沿革

第一節 立法緣起

論及公務員旋轉門條款立法緣起，造成影響之主要社會事件有三：民國 82 年間，先後發生臺灣省菸酒公賣局的高層公務員，離職後擔任美國菸酒公司之顧問，並提供其公司我國公賣制度相關資料，而影響到當時中美貿易談判之事件；與軍火買賣相關之海軍總部武獲室尹清楓上校之命案；原交通部電信總局局長於退休後即轉任美國Ａ＆Ｔ在臺分公司，並擔任相關要職等事件[4]。上述社會事件的發生，代表我國對於公務員離職後可能產生利益輸送之弊端，實際上並未能有效防範，此部分應要有所補強。

因此，為了填補立法上的缺失，立法委員程建人及林濁水等人遂提出增訂相關法條之建議，認為我國公務員**在職期間**，有關不當利益輸送行為之禁止，雖有公務員服務法、貪污治罪條例、刑法等規範做限制，惟其「**離職後**」之限制，僅於公務員服務法第四條「保密義務」之規定有所提及，其餘行為除非違法，否則無從處罰，規範力道尚且不足。故，分別提出公務員服務法第十三條之一、第十四條之一、第二十二條之一等條文之修正草案，經民國 83 年 6 月 16 日立法院第二屆第三會期之法制委員會於第七次會議審查後，修正並通過第十四條之一及第二十二條之一，其規定分別係：

「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。」

[4] 人事制度研究改進專案小組研究報告，人事法規訂有行政刑罰妥適性之研究—以公務員服務之刑罰為中心，銓敘部全球資訊網，擷取自：http://www.mocs.gov.tw/FileUpload/687-3252/Documents/人事法規訂有行政刑罰妥適性之研究-以公務員服務之刑罰為中心.pdf，頁 1，最後瀏覽日：2016 年 7 月 19 日。

「離職公務員違反本法第十四之一者，處兩年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」

並於次年，亦即民國 84 年的年底，經立法院第二屆第六會期第十五次會議三讀通過、85 年 1 月 15 日由總統公布施行。

第二節 歷次修法沿革

根據政府部門資料所示，公務員旋轉門條款於民國 85 年 1 月 17 日增訂與施行迄今，已有二十年之久，但各界批評聲浪與修法呼聲在這二十年間可謂是持續不斷。為呼應各界意見，立法院及考試院銓敘部共提出了修正案 12 次，惟至今仍未能順利修正、通過。在此期間，考試院及銓敘部於民國 94 年至 96 年間召集專家學者，提出了三份研究報告[5]，就其結論而言，對於旋轉門條款之限制方式均採一致見解，但對於違反該條款之處罰應為刑罰或行政罰，則未有一致結論[6]。

目前，考試院在立法政策上，係以制定「公務人員基準法」來取代公務員服務法，故自 97 年第七屆立法委員起，即不再提案研修旋轉門條款[7]。而立法院之部分，委員最後一次提案是在民國 102 年，當時最終決議結果是送司法及法制委員會審查，但目前亦未有修法結論。以下為本文就考試院與立法院歷次提案，以時間軸方式整理，並簡述其修正理由做為參考：

[5] 銓敘部於民國 94 年提出「服務法旋轉門條款之研究」、民國 96 年提出「人事法規訂有行政刑罰妥適性之研究—以公務員服務之刑罰為中心」之報告；考試院則於民國 96 年委託國內數名學者為「公務員服務法「旋轉門條款」規範內容之研究」之報告。

[6] 人事制度研究改進專案小組研究報告，公務員服務法旋轉門條款相關問題之研究，銓敘部全球資訊網，擷取自：http://www.mocs.gov.tw/FileUpload/687-3252/Documents/公務員服務法旋轉門條款相關規定修正之研究.pdf，頁 7-8，最後瀏覽日：2016 年 7 月 19 日。

[7] 彭國華，公務員服務法旋轉門條款之探討，人事行政，第 186 期，頁 83，2014 年 1 月。

第一項 考試院銓敘部之歷年修正提案

其實在公務員旋轉門條款增訂後，主管機關銓敘部多有提案修法之建議[8]，只是皆未有最終結論，甚是可惜。最初，考試院於民國 87 年 5 月時，擬將具有公益性質之「**財團法人**」訂入離職後限制轉任範圍，並將限制之職務增列為：「**財團法人董事長或營利事業執行業務股東、經理、董事、監察人、理事、監事以上職務、顧問或相當於顧問之職務。**」，嗣後立法院法制委員會附帶決議，該條文修正案在送入二讀會前，主管機關應再提出具體條文以提供朝野協商之用，但似乎未有結果。

嗣後，於 90 年 5 月再有提案。該次提案為行政院函送考試院建議修正版本，主要是認為因現行條文為對「特定」職務禁止，如非以條文列舉之職務名義進而與原任職機關為不正利益輸送，並不在本條文的限制之列，如此設計將造成有心人士刻意規避。再者，為落實憲法保障工作權及自由權之意旨，宜採「**行為禁止**」，亦即限制業務上的接洽、處理等行為，而非針對從事職務之「形式外觀」做限制，俾使離職公務員仍能以個人所長就業。該次提案，其實是行政院因為「**公務人員基準法**」之立法期程猶有變數、難以預測，故先以公函建議考試院配合修法。惟考試院經其審查會審查後，認為行政院的修正草案，所建議的限制轉調年限過短（二年），故未有採之。

而民國 90 年 6 月之提案版本，則為法務部函送考試院建議修正版本，主要係因現行條文僅限制離職後從事與職務直接相關之「**營利事業**」，漏未規定其他「公益性質」之財團法人與相關社團法人，限制範圍過於狹隘，故建議修正為「**法人或團體**」。考試院之後的審查結果認為，法務部應先經行政院核轉，如未有核轉之情事即屬程序上之瑕疵，且其建議修正之部分，依舊未能解決適用上之問題，

[8] 人事制度研究改進專案小組研究報告，同註 6，頁 24-29。

徒增更多的不確定法律概念爾爾，故認定不宜採行。

民國 91 年 7 月時亦有提案，銓敘部擬將條文修訂為採**特定行為禁止**，亦即限制公務員於離職後直接或間接，擔任與原任職機關及所屬機關「**接洽或處理**」相關之業務。該次提案之結果，為決議保留法制委員會審查時的協商版本[9]，並與現行條文再行協商。

接著，至民國 94 年 10 月，因立法院第五屆未於會期完成立法程序，故為重新提案，該提案與前次提案內容並沒有不同之處。法制委員會決議保留該條文，並送院會處理。惟，自此次提案後，民國 97 年第七屆立法委員任期起迄今，因考量立法政策上考試院擬以「**公務人員基準法**」取代公務員服務法，故自第七屆立法委員任期起，考試院便不再有提案修正旋轉門條款之紀錄[10]。

第二項 立法院之歷年修正提案

除前述考試院銓敘部多有提案以外，立法院亦多有提案[11]。民國 86 年 10 月，為立委的初次修法建議，此次提案委員認為，為有效達成立法目的，應擴大適用於所有事業與團體，避免公務員離職後，任職「**非**」以營利為目的之事業或團體，而仍有不當利益輸送之情形。該次提案之決議，為送交法制委員會，與相關提案併案審查。

民國 89 年 4 月時，另有委員提案，認應增列第二項排除「政務官」之適用。其觀點主要係認為，因未來政黨輪替將為常態，倘輪替後卸職之政務官皆無法為

[9] 該協商版本之條文為：「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或間接相關之營利事業負責人、董事、監察人、經理、執行業務之股東、顧問或其他相當職務。」
[10] 彭國華，同註 7，頁 83。
[11] 於立法院國會圖書館網站搜尋公務員服務法第十四條之一，擷取自：http://lis.ly.gov.tw/lydbc/lydbkmout?.e8ae0021701030000000A0000010000^37-596b35e618f9e6fa5c6e42036c13d67227225eb3155dcffe74e3666623353366766337766 76f6639aa5e8a9e0^*190000030000000000000AA0e16c，最後瀏覽日：2016 年 7 月 23 日。

民間企業所用，將造成優秀人才之流失，且立法院已有在審查「遊說法」，該法有「政務官旋轉門條款」相關之規定，應可替代公務員服務法。該提案於同年的 4 月被退回程序委員會，嗣後委員於 6 月時再為提案，委員會之意見為請院會以修正動議之方式提出。而 96 年 3 月之提案版本，亦與政務官權益有關，此次提案委員認為，政務官的任期短，而其薪資待遇又比民間企業還低，若加上公務員旋轉門條款之限制，將使民間人才出仕政務官之意願低落。再者，政務官任期短而人數少，時常成為社會焦點，故如有利益輸送或圖利情形時，應該很容易就被發覺，排除部分政務人員的適用，應可減少弊端。另外，為落實政務官事務官用人管道分流，並不鼓勵事務官轉任政務官，故由常任文官轉任政務官者，仍應受公務員旋轉門條款限制。該次決議結果為送交法制委員會審查。

民國 97 年 5 月之提案，委員之提案理由為離職公務員由政府指派為公股股權代表者，職務取得係受政府的委託，其任務係代表政府對營利事業進行監管，與旋轉門條款規範情形不同，應「無」利益迴避之疑慮。而且該公務員若有不適任之情形，政府亦得隨時撤換，且其職務行使，亦將受公股股權代表相關法令規範，故增訂但書排除離職公務員之適用。嗣後，院會決議該提案送交司法與法制委員會審查。

同年 6 月另有一提案。與會委員於聽取提案委員與銓敘部次長說明後，隨即進行詢答，並逕行進入修正條文之審查，認為本條款有修正之必要。提案之立委建議「**與業務之相關性**」之部分應從寬認定，同時擴大適用範圍，不以金融業為限。此次提案由司法及法制委員會與前項提案併同處理，提出修正條文後，經院會決議交付黨團協商。同年月再有另一提案，此次提案委員認為，現行規定之「職務直接相關」為不確定法律概念，原則上應由行政機關解釋之，惟因事涉刑事責任，須基於司法審判上之必要，而作個案之判斷；再者，由於「**顧問**」之職稱不明確，有心人易於規避責任，故建議修正條文為「**與其原掌理之業務有直接利益**

關係之事項」。該提案之處理結果，亦為送交司法及法制委員會審查。

民國 99 年 6 月之提案，委員提案之重點為增訂第二項，並採特定行為禁止。故第一項與第二項之立法採職務禁止兼行為禁止，亦即「職務」從寬而「行為」從嚴，認為如此將可兼顧離職公務員之利益迴避與工作權之保障。該提案後經決議，應退回程序委員會重新提出。

兩年之後，於 101 年 4 月之會期再有提案。此次的委員提案理由，大致與民國 97 年提案版本相同，院會決議送交司法及法制委員會審查。同年 10 月，則另有一不同之修法建議。該提案之緣起主要係因部分委員認為，金管會金融周邊單位得執行公權力，而其高階主管常有離職後直接轉任利害相關之營利事業情形，似有違利益迴避原則，若不受本條款規範，洵非合理公平。再者，受委託行使公權力者已納入刑法第十條「公務員」之定義範疇，故本條款應一併修正，嗣後經院會決議送交司法及法制委員會審查。另於同年月，親民黨黨團亦提案修正公務員服務法第十四條之一，擬修正為「特定行為禁止」，以兼顧離職後之利益迴避與公務員工作權保障，並提出應明確規範本條款之適用對象、擇採事前預審制度、建議設置審查委員會等。該次提案，亦建議應一併修正罰則部分（同法的第二十二條之一）由刑罰改為行政罰，以符合專業法則。後經院會決議，送交司法及法制委員會審查。

民國 102 年 12 月之提案，為本文寫作當下（105 年 7 月）就立法院之資料，所蒐集到的最新版本。提案委員認為，現行條文僅對擔任「營利事業」與職務直接相關者做限制，但未對「非」營利事業作限制，難以全面防止公務員離職後憑藉與原職務機關之關係，助其後任職之機構與公部門進行接觸而獲取不正利益。爰此，提出修正草案，以有效防免公務員從事不法利益輸送與勾結之行為，該提案嗣後由院會決議，送交司法及法制委員會審查。

第三章 公務員旋轉門條款之實務現況

第一節 實務判決現況概說

公務員旋轉門條款自民國 85 年增訂迄今雖已有二十年之久，但因諸多案件為不起訴處分、緩起訴處分、無罪判決，或為大眾傳媒及輿論關注之事件但（尚）未經起訴、未經法院繫屬者，故於司法院系統中所查到的案件，數量甚為零星。而且，即使有經檢察官起訴而成功繫屬法院、經由法院為確定判決者，也因違反旋轉門條款為非告訴乃論之罪，須由檢察官秉持偵查不公開之原則偵辦，故判決書所記載的犯罪事實，亦多為未公開或較不明確者[12]，導致我們無法確切知悉全部事實之面貌。又遑論於偵查階段，有多少案件因涉犯旋轉門條款而正在被偵查者，此部分根本無從得知[13]。囿於篇幅且為免失焦，本文將不會討論到上述案件，亦不會討論其餘特別法（諸如律師法、政府採購法等）類似公務員旋轉門條款之規定。

是以，本文根據司法院法學資料檢索系統搜尋[14]，蒐羅經檢察官偵查與法院歷審判決、且案件事實與爭點較為明確者計有 11 件，就各該案件與司法院大法官釋字第 637 號解釋以時間軸方式整理，並摘要各判決重點。茲分為三段時期討論：「民國 85 年立法至民國 97 年之釋字 637 號解釋作成」、「民國 97 年之司法院大法官釋字 637 號解釋」、「民國 97 年司法院大法官釋字作成迄今」，其中第一段時期將以案號次序整理，第二段時期則將摘錄解釋文、理由書、協同意見書之內容，第三段時期亦為各案之簡述，最後則為判決主要爭點整理：

[12] 范宜愷，杜絕不當的政商利益輸送—重構公務員旋轉門條款，文官制度季刊，第 5 卷第 3 期，頁 93，2013 年 7 月。

[13] 人事制度研究改進專案小組研究報告，同註 6，頁 6。

[14] 司法院法學資料檢索系統，擷取自 http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm，於裁判書查詢之全文檢索語詞輸入「公務員服務法第十四條之一」，最後瀏覽日：2016 年 6 月 20 日。

第二節 民國 85 年至釋字 637 號前之實務判決

以下，茲先就旋轉門條款自民國 85 年 1 月增訂至 97 年大法官解釋作成「前」之相關判決，分別做簡要摘錄：

第一項 東森總經理案

本案為臺灣新北地院 88 年度易字第 4624 號判決。該案被告於民國 85 年 9 月 18 日，自中華電信股份有限公司（以下簡稱中華電信公司）之中華電信研究所離職，於同年月擔任東聯先進多媒體股份有限公司（其後更名為「東森多媒體股份有限公司」）之總經理，並於 86 年 4 月擔任該公司董事。

審判法院認為，依公務人員任用法第十六條、公務員服務法第二十四條規定，**公營事業機構人員亦為公務員服務法之適用範圍**，故本件被告於 85 年 9 月 18 日離職時，雖任職之交通部電信總局已於 85 年 7 月 1 日改組，成立中華電信公司，惟依前開條文規定，仍屬「**公務員服務法**」所規範之公務員，故其**離職前確屬公務員服務法所指之公務員**。則被告於離職後三年內所從事之工作，仍應受公務員服務法第十四條之一所限制。

關於「**與職務直接相關**」之釋義，銓敘部已於 85 年 7 月 20 日作補充解釋[15]，

[15] 銓敘部 85 年 7 月 20 日 85 台中法二字第 1332483 號函指出：「一、公務員服務法（以下簡稱服務法）第十四條之一規定：「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。」二、上開服務法第十四條之一規定，其認定標準如次：（一）離職：包括退休（職）、辭職、資遣、免職、停職及休職等離開原職者。（二）職務直接相關：1.離職前服務機關為各該營利事業之目的事業主管機關，且其職務對各該營利事業具有監督或管理之權責人員，亦即各該營利事業之目的事業主管機關內各級直接承辦相關業務單位之承辦一般服務事項人員、副主管及主管，暨該機關之幕僚長、副首長及首長；各級地方政府亦同。2.離職前服務機關與營利事業有營建（承辦本機關或所屬機關之工程）或採購業務關係（包括研訂規格、提出用料申請及實際採買）之承辦人員及其各級主管人員（所稱各級主管人員係指各級直接承辦相關業務單位之副主管及主管，暨該機關幕僚長、副首長及首長）。（三）營利事業：以公司法第一條、商業登記法第二條（現為第三條）及所得稅法第十一條第二項規定為範圍，亦即指以營利為目的之事業，無論公、私營或公私合營均包括之，其組織型

依照該函釋，所謂「與職務直接相關」為：

一、 離職前服務機關為各該營利事業之目的事業主管機關，且其職務對各該營利事業具有監督或管理之權責人員，亦即各該營利事業之目的事業主管機關內各級直接承辦相關業務單位之承辦人員、副主管及主管，暨該機關之幕僚長、副首長及首長；各級地方政府亦同。

二、 離職前服務機關與營利事業有營建（承辦本機關或所屬機關之工程）或採購業務關係（包括研訂規格、提出用料申請及實際採買）之承辦人員及其各級主管人員（所稱各級主管人員係指各級直接承辦相關業務單位之副主管及主管，暨該機關幕僚長、副首長及首長）。

是以，參照該行政函釋，中華電信研究所為研究單位，顯然並非被告其後任職之「東森公司」之目的事業主管機關。兩者間亦無任何營建（承辦機關或所屬機關之工程）或採購業務關係，難認被告於離職後所擔任之工作，與其離職前五年內之職務有何「直接相關」。另查無其他犯罪事實，故法院最後諭知無罪判決。

第二項 華航顧問案

本案為臺灣臺北地院 88 年度訴字第 1698 號判決，該案之被告殷○○原係交

態不以公司為限，凡獨資、合夥或以其他方式組成之事業皆屬之。（四）董事、監察人、經理、執行業務之股東、顧問：1.董事：係指有限公司或股份有限公司之董事、常務董事、副董事長、董事長而言。2.監察人：係指股份有限公司之監察人而言。3.執行業務之股東：係指無限公司或兩合公司之執行業務之股東。4.經理：依民法、公司法及商業登記法規定，除經理外，尚包括總經理、副總經理、協理及副經理。5.顧問：係指擔任營利事業「顧問」職稱者。三、其他：（一）服務法第十四條之一係於 85 年 1 月 15 日公布，依中央法規標準法第十三條規定，應自同年月 17 日起發生效力，準此，公務員於 85 年 1 月 16 日之前離職者，即不受本條文限制。（二）依公務人員任用法第十六條之規定，行政機關轉任公營事業機構人員，仍具有公務員身分，且依服務法第二十四條規定，公營事業機構人員亦為服務法之適用範圍，故應不適用本條文所稱之「離職」。（三）依公營事業移轉民營條例第八條之規定繼續留用人員，以其係配合國家政策及未有離職之事實，應排除服務法第十四條之一規定之適用，至於不願隨同移轉而辦理離職或先行裁遣者自有本條文之適用。」

通部民用航空局（簡稱民航局）飛航標準組器材檢定科科長，職司航空器及航空器材標準之研訂、適航檢定給證、航空器修造場標準之研訂給證、機務查核、航空器之試飛與航空器特種適航證書申請給證等事項，自然具監督及管理航空公司之權責，屬公務員服務法所規範之公務員。被告明知其於離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業顧問，竟仍於任職民航局期間內，與其業務上所監督之營利事業即中華航空公司（即華航公司）洽談「離職後」至該公司擔任顧問之情事。接著，被告自民航局退休後，於翌日轉任華航公司顧問，負責飛機「修護專業」指導、協助「修護品保法規」之規範與編撰，並指導「修護品保制度之執行」等與離職前五年內業務有「直接相關」之工作，每月領取華航給付之車馬費新台幣五萬元（扣除所得稅後實領為四萬七千七百九十三元）。

審判法院認為，被告擔任華航顧問一職係「有給職位」，並非純然義務性。再者，雖然華航公司於內部簽呈將給付被告之津貼稱為「車馬費」，然而以被告通勤費用估算，五萬元的車馬費顯然高於實際需要。又被告服務次數約每週二次，以此通勤之往返頻率，益證所謂「五萬車馬費」明顯高出實際所需，顯然與單純擔任「義工」之情形有別。另，該五萬元報酬部分係填載於「基本薪」一欄，並未列載於「交通費」之項下，華航並因此每月預扣二千二百零七元之所得稅，且公司並未要求被告須每月檢陳交通費用單據核銷，所給予之額度又較實際所需為鉅，足見此「車馬費」津貼並非單純供往來交通費用，而係含有「報酬」性質。又，華航另有賦予被告員工編號，足見被告確係以編制內員工身分受聘於華航。

其次，華航公司於其函中表示：所司「顧問」，係提供本公司飛機修護專業指導，協助修護品保法規之規範與編撰，並指導修護品保制度之執行。足見被告於華航公司所負責之事項涉及到其專業知識，非一般人可得擔任。再依華航公司顧問簡歷表中，關於「職稱」一欄所載為「顧問」一職，依銓敘部之釋示乃指：

「擔任營利事業「顧問」職稱者」[16]，且華航公司為營利事業單位亦無疑義，故被告自民航局退休後擔任營利事業「顧問」一職，其違法行為應可得確認。亦即，被告自民航局退休後五年內至與其原公職業務有直接關係之華航擔任有給職顧問一職之事證明確，被告犯行洵堪認定。

另，所謂與「職務直接相關」者，有銓敘部前揭函在卷可考[17]。本案被告原係民航局飛航標準組器材檢定科科長，職司航空器及航空器材標準之研訂、適航檢定給證、航空器「修造場」標準之研訂給證、機務查核、航空器之試飛與航空器特種適航證書申請給證等事項，具有「監督及管理」航空公司之權責，竟於退休翌日至華航擔任顧問，職司飛機「修護專業」指導，協助「修護品保法規」之規範與編撰，並指導「修護品保制度之執行」等業務，此先後二項業務內容明顯直接相關。

綜上，被告自民航局離職後三年內，擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業顧問，核其所為，係犯公務員服務法第十四條之一、第二十二條之一之罪。

第三項 國揚監察人案

本案為臺灣高等法院 90 年度上易字第 2531 號判決。該案之被告黃○○原任內政部營建署署長，於 80 年 1 月 16 日退休以後，同年的 4 月 14 日即代表法人董事股東三功投資股份有限公司，出任營利事業國揚公司之監察人，嗣後於同年 10 月 11 日辭去監察人之職務。本案於一審法院係為無罪諭知，檢察官不服而提

[16] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，擷取自銓敘部全球資訊網 http://www.mocs.gov.tw/FileUpload/814-4968/Documents/銓敘法規釋例彙編--上冊--4 校--1050119.pdf，引註內容同註 15，最後瀏覽日：2016 年 6 月 20 日。

[17] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 15。

國立政治大學 National Chengchi University

起上訴，二審法院將之上訴駁回而確定[18]。

高院認為，所謂「**職務直接相關**」，係指離職前服務機關為各該營利事業之目的事業主管機關，且其職務對各該營利事業具有監理或管理之權責人員而言，似是依據前述銓敘部的函釋加以認定[19]。觀察營建署法定掌理事項，其中有關於市鄉計畫、舊市鎮更新、新市區開發計畫之審核及督導事項、關於新市鎮之審核及督導事項、關於國民住宅興建與管理之策劃、審核及督導事項；該署綜合計畫組職掌關於都市發展政策之研訂、修正及解釋、審核、督導，新社區、新市鎮建設計畫之審核督導、都會區建設之規劃、協調、推動等事項；國民住宅組職掌關於建築投資業之管理與輔導事項；建築管理組職掌關於「建築管理」之規劃「督導」等事項（內政部營建署組織條例第三條、內政部營建署辦事細則第四條、第五條、第七條分別定有明文）。

判決記載，國揚公司之營業項目中亦有：第一項「委託營造廠商興建國民住宅、商業大樓出租出售及受政府工業主管單位委託辦理工業區之開發租售業務（營造業除外）」；第八項「投資興闢都市計劃範圍內之市場、公園、地下街、兒童遊樂場、停車場等公共設施。」；第十二項「特定專業區開發業」；第十三項「投資興建公共建設業」；第十四項「新市鎮、新社區開發業」。二者比對結果，國揚公司上開登記營業事項，確屬營建署法定掌理事項。

因公司之目的事業主管機關係以公司登記營業項目為依據，並不以公司確有實際營業為限，故國揚公司營業項目既有部分為營建署的法定職掌事項，該署自為國揚公司之目的事業主管機關。若以國揚公司未實際經營上開登記營業項目，而認定營建署並非國揚公司之目的事業主管機關，此部分法律見解尚有未洽。

[18] 范宜愷，同註 12，頁 119-120；人事制度研究改進專案小組研究報告，同註 6，頁 30。
[19] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 15。

復按，**行為非出於故意或過失者不罰，過失行為之處罰，以有特別規定者為限**，刑法第十二條定有明文。公務員服務法並無排除刑法總則之特別規定，自應適用刑法第十二條規定，即以**故意犯**為處罰對象。法院認為，被告出任國揚公司監察人前，先行請釋銓敘部「營建署是否為國揚公司之目的事業主管機關」，該部表示應由內政部認定[20]，被告接著請教律師，經律師告以營建署應非國揚公司之目的事業主管機關，並建議被告先就職，再依內政部釋示公文辦理，被告始於同年 4 月 14 日出任國揚公司監察人，顯見被告自始即無違反公務員服務法第十四條之一之「**故意**」。

再被告任職後，內政部於 88 年 9 月 8 日召開本部人員如涉及公務員服務法利益迴避原則之相關認定疑義會議，該會議之多數與會代表認為，營建署既為建築投資業之主管機關，對於建築投資業有監督管理之權責，則被告似有違反前述兼職限制之嫌疑[21]。惟營建署有不同見解[22]，營建署認為其對國揚實業有限公司並「無」直接相關之業務關係，或任何可執行監督與管理之權責，似不受公務員服務法第十四條之一之限制。及至本案偵查中，經承辦檢察官函詢內政部，該部於 89 年 5 月 18 日以公函函覆，認營建署對國揚實業股份有限公司並「**無**」直接相關之業務關係，或其他依法可予執行監督與管理之權責[23]。

---

[20] 判決內載係內政部 88 年 4 月 8 日 88 台法五字第 0000000 號書函。

[21] 判決內載該會議紀錄之決議二載稱：衡酌國揚實業股份有限公司經營之事業含國民住宅、公共設施之興建、特定專用區、新市鎮及新社區之開發等，與本部組織法第六條、本部營建署組織條例第二條及該署辦事細則第七條規定內容顯有相關，多數與會代表認為營建署既為建築投資業之主管機關，對於建築投資業有監督管理之權責，**黃員似有違反前述兼職限制之嫌**。

[22] 判決內載營建署之見解為：「（一）有關建築投資業之輔導事項，本署雖訂有『建築投資業識別標誌辦法』及『績優建築投資業評選及獎勵辦法』，惟均係獎勵業者性質，藉以提昇建築技術與居住品質，對業者之經營管理並無拘束力，鑒於『建築投資業』（一般所稱之建設公司）必須訂頒專門法納入管理，本署已著手擬訂『建築開發業輔導條例』草案，在未完成立法程序前，就行政作用而言，本部（營建署）對於『建築投資業』尚無法律依據可審核其設立（許可）與否，或於實際營運時直接監督與管理之權責。（二）有關國揚實業公司近五年來並無參予『政府直接興建國民住宅』、『獎勵投資興建國民住宅』及申請『建築投資業識別標誌』及『績優建築投資業評選及獎勵』等實際營運事項，因此，**本部對國揚實業有限公司並無直接接相關之業務關係或依法可予執行監督與管理之權責**。」

[23] 判決內載內政部台八九內營字第 0000000 號函載稱：「據查國揚實業公司之設立登記及所經營事項中，雖有前述部分項目與本部營建署業務相關，惟該公司近五年來並無參與『政府直接興建國民住宅』、『申請獎勵投資興建國民住宅』暨土地變更申請案等實際營運事項。基此，**本部營建**

就營建署及內政部的見解觀之，兩者就「營建署是否為國揚公司之目的事業主管機關」，及被告有無違反公務員服務法第十四條之一之規定，其實並無一致結論，故被告主觀上自「無」明知而故意違反公務員服務法第十四條之一之規定可言。

況被告於內政部上開「本部人員如涉及公務員服務法利益迴避原則之相關認定疑義」之會議後，因該會議參與人員有部分認被告「**似有違反公務員兼職限制**之嫌」，被告旋即在同年的 10 月 11 日辭去監察人職務，更能證明被告「主觀上」並無違反公務員服務法第十四條之一之「故意」，當然不會構成該法第二十二條之一之罪。法院認為，檢察官未有查明被告主觀上並「無犯罪故意」，而稱被告犯有公務員服務法第二十二條之一之罪行，應為無理由並予駁回，故本案最後為無罪確定。

第四項 泰一泰諭營造集團副總案

本案為臺灣士林地院 90 年度訴字第 268 號判決。該案被告古○○於 78 年 7 月 16 日起任職營工署工程官，並於 82 年 8 月 16 日升任第四組副組長，嗣於 85 年 2 月 1 日轉任第一組（計劃綜合組）副組長，負責辦理聯勤工程之行政、後勤暨訂約及履約業務，直到 88 年 3 月 1 日才退伍。退伍後被告於 88 年 3 月 2 日起，即至另一共同被告申○○所負責的泰一、泰諭等「營造集團」出任副總經理。

承審法院參酌銓敘部 85 年之函釋[24]，認為所謂與「**職務直接相關**」者，指離職前服務機關為各該營利事業之目的事業主管機關，且其職務對各該營利事業具有**監督或管理之權責人員**，亦即各該營利事業之目的事業主管機關內各級直接承辦相關業務單位之承辦人員、副主管及主管，暨該機關之幕僚長、副首長及首

署對國揚實業股份有限公司並無直接相關之業務關係或依法可予執行監督與管理之權責。」

[24] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 15。

長，各級地方政府亦同；或是離職前服務機關與營利事業有營建（承辦本機關或所屬機關之工程）或採購業務關係（包括研訂規格、提出用料申請及實際採買）之承辦人員及其各級主管人員。（所稱各級主管人員係指各級直接承辦相關業務單位之副主管及主管，暨該機關幕僚長、副首長及首長）。

是以，回到本案事實來看，被告原係營工署的副組長，職責方面如前所述，具有監督及管理之權責，其於退休後至泰一等公司擔任副總經理一職，實際負責與營工署承辦訂約、對保及撥預付款業務之職務，其先後二項業務內容明顯「直接相關」，故被告自營工署離職後三年內，擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業副總經理，核其所為係犯公務員服務法第十四條之一、第二十二條之一之罪。

第五項 高捷顧問案

本案為臺灣高等法院高雄分院 95 年度矚上易字第 1 號判決。該案被告周○○自民國 87 年 8 月 3 日至 93 年 9 月 16 日間，擔任高雄市政府捷運工程局（簡稱捷運局）之局長，為依法令從事公務之人員，職責包括監督、管理高雄市捷運股份有限公司（簡稱高雄捷運公司）對於大眾捷運系統之經營、維護、施工，並負責辦理捷運系統整合測試之初勘，及於初勘通過後報請中央主管機關辦理履勘之事項，屬公務員服務法所規範的公務員。

其明知公務員於離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業顧問，而高雄捷運公司係其任職捷運局局長期間所「監管」之營利事業單位，仍於 93 年 9 月 16 日自捷運局退休離職後，於同年 11 月 11 日轉任高雄捷運公司擔任顧問，負責監督與指導高雄市捷運公司工程施工工法、工程進度、相關捷運工程作業事務，而擔任與其離職前五年內業務「有」直接相關之工作。

本案檢察官認為，周○○為規避公務員服務法之規範，於其任職翌日由高雄捷運公司副董事長指示與捷運工程業務毫無關係之財團法人福康文教基金會的會計製作福康文教基金會臨時薪資表，並且以周○○為該基金會之臨時員工，開立票面金額為新臺幣五十六萬四千元之支票，交予被告收受，此一款項名義上雖係福康文教基金會發放之薪資，然實則為被告擔任高雄捷運公司顧問之報酬。另，被告於擔任高雄捷運公司顧問期間因病住院，當時高雄捷運公司的董事長、副董事長皆有前往醫院做探視，並以高雄捷運公司的名義，各別交付十萬元予周○○收受。被告周○○明知其與一般慰問金之金額顯不相當，應屬「顧問費用」性質，仍予收受，被告所為係違反公務員服務法第十四條之一之規定，涉有同法第二十二條之一之罪。

審判法院認為，本件被告自高雄市政府捷運局長任內退休離職後，高雄市政府除擬聘其為市府顧問外，並同意被告繼續使用其局長任內位於高雄捷運公司某棟樓的辦公室，俾利其蒐集高雄捷運之相關資料，被告亦確曾向高雄捷運局及高雄捷運公司等相關人員蒐集資料。除此之外，其餘爭點則臚列與分述如下：

一、被告自福康文教基金會收受五十六萬四千元票款一節，究否為被告擔任高雄捷運公司顧問之報酬？

法院認為檢察官所提出之證據，無從證明被告自福康文教基金會所支領之六十萬元，係擔任高雄捷運公司「顧問」一職所獲取之「報酬」。自不得僅以片面的臆測，即認此款有支付被告顧問報酬之性質。

二、被告自捷運局退休離職後，前往高雄市立聯合醫院（大同院區）住院，曾接受高雄捷運公司派車接送至高雄捷運公司南機廠辦公室，並前往高雄捷運工地巡視乙情，是否足認被告確有從事與高雄捷運公司顧問職務內容相關之工作？

法院認為，派專車接送並載往高雄捷運公司提供之辦公室上班之情事，應係顯有誤會。又，證人未能證述被告前往捷運工地與該工地人員之談話內容為何，無從引其證言認定被告自高雄捷運局長任內退休後，對高雄捷運公司有何監督施工進度，或指導高雄捷運公司人員施工之情事。至於被告住院期間是否有專車接送，因無從由車號 XX－3709 號外租計程車出勤日報表確認搭載被告之時間及路線，故自不得僅憑上開出勤日報表，即認為被告自 93 年 11 月 11 日起迄其住院之日止均有接受司機專車接送。

對於是否擔任「顧問」一職，證人之所以認定被告當時之職稱為「顧問」，顯係聽聞第三人轉述而來，並非其親身見聞，故屬傳聞證據，審判法院自難僅憑證人於偵查中的傳聞證詞，即認被告曾任高雄捷運公司顧問一職。

三、高雄捷運公司的董事長、副董事長前往醫院探視被告時，分別致贈予被告之十萬元慰問金（合計為二十萬元），究否亦屬被告擔任高雄捷運公司顧問之報酬？

法院認為，高雄捷運公司係感念被告為高雄捷運工安事件下台，已無固定之工作收入，且辭職後又身染癌症之重症，亟須龐大的醫藥費用，始由內部員工主動擬具簽呈，簽由高雄捷運公司董事長及副董事長同意後，再由兩人親自前往醫院探視被告，並致贈相當之「慰問金」予被告，此與社會一般常情無違。故檢察官以高雄捷運公司特派最高層級董事長及副董事長前往致贈慰問金，而推認被告在高雄捷運公司擔任顧問一職，顯係片面臆測之詞，法院認為難予採信。

因本案檢察官前開舉證，均無從證明被告有何實際擔任高雄捷運公司顧問職

務，或有何行使高雄捷運公司顧問職務之犯行，卷內的各項證據，又僅能證明被告於退休後，確有前往各該捷運工地關心工程進度與工程安全問題之情事，然並無充分證據認定被告自高雄市政府捷運局長退休後，有何利用其原任公職時之管道或機會，謀取不當利益，或取得其他競爭者無法享有之便利之犯行，自不得僅因被告退休後仍心繫捷運工程，屢屢前往捷運工地瞭解施工情況，即遽以違反公務員服務法之刑事罪名相繩，自應諭知無罪之判決。

第三節 司法院大法官釋字第 637 號解釋

民國 97 年 2 月 22 日，司法院大法官就臺灣臺中地方法院法官簡源希為審理臺灣臺中地方法院 90 年度訴字第 2020 號違反政府採購法等案件，認該案適用之公務員服務法第十四條之一有違憲疑義，聲請解釋一案，作成釋字第 637 號解釋[25]。

本號釋憲之緣起，係因臺灣臺中地方法院 90 年度訴字第 2020 號被告林〇民原任臺中市政府工務局局長，資遣離職後隨即受聘於三〇建設實業股份有限公司，在該公司旗下之義〇營造股份有限公司擔任總經理一職，案經臺灣臺中地方法院檢察署檢察官以其違反公務員服務法第十四條之一規定予以起訴[26]，接著並於 90 年 8 月 20 日繫屬於臺中地方法院，以 90 年訴字第 2020 號案件審理中。

該案件適用之法律，即公務員服務法第十四條之一：「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。」之規定。審判法官認為，該規定對於公務員離職後所從事工作之限制，有違憲法第二十三條所揭示比例原則之疑義，亦即該項

[25] 司法院大法官釋字第 637 號解釋新聞稿，司法院全球資訊網，擷取自：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=637，最後瀏覽日：2016 年 8 月 1 日。

[26] 臺灣臺中地方法院檢察署 90 年度偵字第 11667 號、第 12441 號、第 13155 號。

規定對於人民「工作權」之限制，可能已違反憲法上之比例原則。

本件釋字之聲請理由為：現行公務員服務法第十四條之一之立法目的，原在於避免離職公務員與原任職機關有不當之利益輸送或利用關係巧取利益，所應禁止者當在於離職公務員與原任職機關之不當接觸行為；而「非」在於公務員離職後所任之「職務本身」。是以，聲請人認為，僅須禁止公務員離職後與原任職機關為不當之接觸行為，即可達到所欲規範之目的。然而，現行法卻選擇以「職務禁止」之立法方式，亦即禁止公務員在離職後三年內，擔任與其離職前之職務有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」。

聲請人認為，一般而言於公務員離職後，如具備資格得擔任營利事業之董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問者，多屬政務官或較高職等之事務官，而其既得任政務官或較高職等之事務官，必係專精於其所任之職務，衡情該職務當其一生所學之專長，亦應係其熟悉之謀生技能。倘若限制其於離職後不得從事其專精之業務，實則已剝奪其「工作權」，甚至侵害人民之「生存權」，其限制之手段與所欲追求之目的間顯非相當，自係違反比例原則而屬違憲之情形[27]，故為聲請釋憲。

國立政治大學 National Chengchi University

第一項 解釋文與理由書

第一款 解釋文

於本號解釋中[28]，大法官認為公務員服務法第十四條之一規定：「公務員於

[27] 釋字 637 抄本(含李大法官震山及許大法官玉秀分別提出之部分協同意見書)，司法院全球資訊網，擷取自：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=637，最後瀏覽日：2016 年 8 月 1 日。

[28] 司法院大法官釋字第 637 號解釋，司法院全球資訊網，擷取自：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=637，最後瀏覽日：2016 年 8 月 1 日。

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。」旨在維護「公務員公正廉明之重要公益」，而對離職公務員選擇職業自由予以限制，其目的洵屬正當；其所採取之限制手段與目的達成間具實質關聯性，乃為保護重要公益所必要，並「未牴觸」憲法第二十三條之規定，與憲法保障人民工作權之意旨尚無違背。

第二款 理由書暨立法意旨

憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民有從事工作及選擇職業之自由，此經釋字第四〇四號、第五一〇號、第五八四號、第六一二號與第六三四號解釋在案。而國家與公務員間，因雙方具有公法上之職務關係，公務員依法享有身分保障權利，並對國家負有特別義務，其憲法上所保障之權利即因此受有相當之限制，釋字第四三三號、第五九六號與第六一八號解釋足資參照。

公務員離職後與國家間公法上職務關係雖已終止，惟因其職務之行使攸關公共利益，國家為保護重要公益，於符合憲法第二十三條規定之限度內，以法律課予特定離職公務員於一定條件下履行特別義務，從而對其選擇職業自由予以限制，尚非憲法所不許。

故，公務員服務法第十四條之一之規範旨在避免公務員於離職後憑恃其與原任職機關之關係，因不當往來巧取私利，或利用所知公務資訊助其任職之營利事業從事不正競爭，並藉以防範公務員於在職期間預為己私謀離職後之出路，而與營利事業掛鉤結為緊密私人關係，產生利益衝突或利益輸送等情形，乃為維護公務員公正廉明之重要公益，其目的洵屬正當。

對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。因上開規定限制離職公務員於一定期間內不得從事特定職務，有助於避免利益衝突

或利益輸送之情形，且依上開規定對離職公務員職業自由之限制，僅及於特定職務之型態，尚非全面禁止其於與職務直接相關之營利事業中任職，亦未禁止其自由選擇與職務不直接相關之職業，而公務員對此限制並非無法預見而不能預作準備，據此對其所受憲法保障之選擇職業自由所為主觀條件之限制尚非過當，與目的達成間具實質關聯性，乃為保護重要公益所必要，並未牴觸憲法第二十三條之規定，**與憲法保障人民工作權之意旨尚無違背**。

公務員服務法第十四條之一之規定，係採**職務禁止**之立法方式，且違反此項規定者，依同法第二十二條之一第一項規定，處二年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金，**攸關離職公務員權益甚鉅**，大法官認為該部分宜由立法機關依法律規定的實際執行情形，加以審酌維護「公務員公正廉明之重要公益」與人民「選擇職業之自由」之均衡，妥善設計、檢討修正。

第二項 協同意見書

第一款 李大法官震山之部分協同意見書

李震山大法官對該解釋宣告公務員服務法第十四條之一合憲，予以表示贊同，但對解釋宣告之方式，認有補充說明之必要，遂提出部分協同意見書[29]。因本文並非針對憲法與大法官解釋之宣告方式作探討，故僅提及李震山大法官對於「**職務直接相關**」此一要件在實務操作之整理，其餘部分則省略不論，避免失焦。

該部分協同意見書主要是認為，若立法者怠於作為，司法院解釋之內容又不足以提供法院審判標準，甚至對現存歧異見解的解決幫助不大，針對法官聲請而

[29] 釋字第 637 號解釋李大法官震山所提出之部分協同意見書，司法院全球資訊網，擷取自：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=637，最後瀏覽日：2016 年 8 月 1 日。

作成解釋之意義與功用就失色不少。大法官復於註釋部分補充說明，認為本號解釋所涉之案件與臺灣臺北地方法院 88 年度訴字第 1698 號、臺灣士林地方法院 90 年度訴字第 268 號與臺灣高等法院 94 年度矚上訴字第 3 號、或臺灣臺北地方法院 94 年度重訴字第 67 號等判決，均偏向「形式認定」被告確於離職後擔任與其離職前職務直接相關之營利事業特定職務，後則維持「有罪判決」確定。但另一方面，臺灣板橋地方法院（亦即臺灣新北地方法院）88 年度易字第 4624 號、臺灣臺北地方法院 89 年度易字第 2492 號與臺灣高等法院 90 年度上易字第 2531 號、或臺灣高雄地方法院 94 年度矚易字第 1 號與臺灣高等法院高雄分院 95 年度矚上易字第 1 號等判決，則偏向「實質認定」被告離職後所擔任職務「究否產生利益衝突」，並考量憲法保障人民工作權之意旨進而解釋本條，後則維持「無罪判決」確定。

大法官認為，此處有限之舉例當中，維持有罪判決確定者，似均另涉其他圖利、賄賂或偽造文書等罪，但往往因證據不足而無法追訴；至於無罪之部分，則案情似較為單純，往往或未另生其他弊案，行為人並有向主管機關或律師諮詢之情形。惟，先不論判決結果，單以「職務直接相關」之認定究應以銓敘部之函釋形式認定或依照個案實質認定，我們可以發現法院對此是莫衷一是、未有定論。

第二款 許大法官玉秀之部分協同意見書

本件釋憲之聲請處理結果，許玉秀大法官對於多數意見亦予以贊同，但是對於解釋理由以及審查方向，仍有些許不同，故提出部分協同意見書補充說明[30]。

[30] 釋字第 637 號解釋許大法官玉秀提出之部分協同意見書，司法院全球資訊網，擷取自：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=637，最後瀏覽日：2016 年 8 月 1 日。

第一目 立法目的之審查

許玉秀大法官認為多數意見之解釋理由書，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，除具體說明公務員服務法第十四條之一係為維護「公務員公正廉明」之重要公益以外，並進一步闡述旋轉門條款之規範目的及其所欲防範之危險、說明系爭條款所欲保護法益為何：

公務員服務法第十四條之一立法意旨在於：

一、 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。

二、 避免公務員於離職後與原任職機關不當往來、巧取利益。

三、 避免公務員於離職後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，惟此「單一保護法益」，無法涵蓋本條款所欲防範之危險。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，那麼此時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「在職公務員」之廉明公正。若防範的是公務員「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前之廉明公正。至於屬於「離職公務員」利用所獲得之資訊，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無關。故，大法官認為，多數意見在解釋理由書中既已經清楚闡明「三種危害」[31]，卻使用保護

[31] 亦即前開羅列之三項之立法目的：一、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。二、避免公務員於離職後與原任職機關不當往來、巧取利益。三、避免公務員於離職後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。

「**公務員廉明公正之重要公益**」作為單一保護法益，根本無法涵蓋本條款所欲防範之危險，保護力道不甚周全，並提出「**國家公務運作（或公務行為）的純潔公正**」才係旋轉門條款所要保護的核心法益。

大法官進一步指出，「公務員廉明公正」此一重要公益，是透過「公務行為上的純潔公正」加以證明的。公務員廉明公正其所為的公務行為必定純潔公正，反過來說，如果公務行為純潔公正，則公務員必定廉明公正。公務員若不廉明公正，亦即公務員的公務行為被收買、被徇私，則公務行為就可能淪為謀取私益的工具，輕者圖利私人，消極地減少公眾利益；重者犧牲公共利益，以成全私益。公務員必須透過公務行為才能損及公眾利益，如以公務員為主體描述，則公務行為的純潔公正才是所要保護的法益，以國家為主體的描述方式，則是國家公務的運作純潔公正。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。

故不管是原機關公務員的利益輸送行為、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。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，方能證立刑罰規範之目的正當性。

第二目 比例原則之審查

針對比例原則的審查，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。惟法條之限制僅及於特定職務型態，並非全面禁止，亦無禁止離職公務員選擇與離職前職務「無」直接相關的職業，公務員在職時並非不能預見上開限制以預作準備，對離職公務員職

業選擇自由的限制尚非過當，且與目的達成之間具實質關聯性，為保護重要公益所必要，並未牴觸憲法第二十三條之規定。

但是，為何說這些限制手段為有效？大法官協同意見書認為，這些手段之何以有效的判斷依據，在解釋理由書中均付闕如。例如就「**特定職務**」而言，可推知的是，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**」而言，不能避免離職公務員預為利益輸送行為，但是可能得以防範離職「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，可能也避免不了離職公務員先前之利益輸送行為，但可能可避免離職「後」與原機關的不當往來，因為三年之期間，多少可能稀釋離職公務員對原機關人事關係的不當影響，也可能得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，雖仍未必能避免離職公務員在職之利益輸送行為，但是可能得以防範利用已獲得的公務資訊為不正競爭，以及避免對原機關人事關係有不當影響，而有不當利益往來。

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，即有可能產生異動，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，所以可以認定做「時間上之限制」，應能有效達成立法目的。再者，**就職位類型限制而言**，法條列舉之職位均屬於有決策權或重要執行權的位置，大法官認為該立法選擇理由，應係因為該等職位**方有不正利益輸送之價值**，並有利用於不當利益往來與進行不正競爭的可能性。雖然將職稱明文列舉，同時可能會製造出刻意規避的可能，但是如此之限制方式，也正好能夠說明法條對於「職業自由」的限制是有一定限度，而沒有過當。而關於**職務相關性的限制**部分[32]，其問題僅在於所謂「**與離職前職務有直接相關**」之概念在解釋適用上是否明確。

[32] 依據大法官前後文論述邏輯觀察，應係指本段第一行之「**職務關係**」。

第三目 法律明確性之審查

該協同意見書指出，前述提及之三種限制當中，能夠表現構成要件行為可罰性（法益侵害性）的，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，**離職後特定職稱（職位類型）、時間限制**，才能發揮描述行為危險特質的功能。

立法者藉由離職後擔任特定職務、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**有侵害之可能，亦即對於國家公務運作的廉潔公正之法益有危險。大法官認為，這種「推定」在系爭規定中其實是一種「視為」，也就是設計為抽象危險犯。故，這並非比例原則的問題，而應係「**構成要件明確性**」之問題。依大法官之見解，系爭規定可能有疑義之處即在於「**何謂與職務直接相關**」，這部分並非受規範之人易於理解，在司法實務上也不容易訂出一個審查標準。畢竟，公務種類與營利事業職務種類可能日新月異，倘若公務機關組織有所改變、職務分配組合方式改變，此時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**？不過如果制定為特定行為禁止，又可能會過度狹隘，而不能進行有效防弊。爰此，立法者之所以僅描述為「**與職務直接相關**」，可想見在立法上明確描述應有一定的困難。縱然我們將離職前之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能互相涵攝？惟，由於經濟市場變幻莫測，隨時可能產生新興工作之概念，是無法確知要如何涵攝於「直接相關」之中的。

綜上，大法官認為，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**」之**明確性仍有不**

足，如果能加上具體危險條件，則可增加構成要件之明確性[33]。

即使大法官協同意見書多有批評，並建議立法者檢討修正之，但迄今公務員服務法第十四條之一仍係以抽象危險犯方式規範。換言之，只要離職公務員之行為符合構成要件，此時無待實害結果之發生（有無不正利益輸送？），亦無須就行為人對危險結果發生之主觀認知為考量，即可能成立本罪。惟，沒有實害結果之發生，其實難以遽指該行為即有利益輸送，或謀取個人、特定關係人之不正利益之情事，遑論該行為是否真的侵害到所保護之法益，以「抽象危險犯」之方式立法是否有其必要，此處仍有待討論[34]。

第四節 釋字後之實務發展現況

從民國 97 年大法官釋字作成以降，其實審判實務見解並無太大的變動，多是重申釋字 637 號解釋對公務員旋轉門條款立法目的之詮釋，以及重複闡述該條款所保護之法益而已。以下為筆者就各該案件事實及爭點做文字整理：

第一項 義峰總經理案

本案為臺灣高等法院臺中分院 97 年上易字第 1223 號判決。本案被告林○○自民國 84 年 10 月 1 日起至 87 年 6 月 18 日止，任職臺中市政府工務局，擔任工務局局長，負責臺中市都市計畫、交通工程、土木工程、水利工程、建築管理、及公共設施等項目並包含建築許可。其於離職後三年內，於 87 年 11 月 10 日起至 90 年 6 月 18 日止，受僱於經營土木建築、橋樑、水力工程承包業務之義峰營

[33] 此部分許玉秀大法官於協同意見書中另有補充說明，本文整理如下：即法條所描述的基本構成要件行為，對於法益的威脅程度還不夠清楚，需要附加具體危險條件以表明法益受侵害的危險性，例如加上「有致生利益輸送之虞」。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，如果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。

[34] 人事制度研究改進專案小組研究報告，同註 4，頁 29-30。

造股份有限公司擔任總經理，並於上開期間內領取義峰公司所支付之薪資，係故意違反公務員旋轉門條款之規定。

被告在審理時，雖辯稱在上開期間擔任義峰公司之總經理一職，與公務員服務法第十四條之一所規定「職務直接相關」之犯罪構成要件並不相當。惟營利事業主管機關之職權，係在對營利事業之分類、設立許可、營業範圍、營業監督及管理等事務為行政管理。**公務員在其離職之前之任職機關，是否係其離職之後所任職之營利事業之中央或地方目的事業主管機關，此與其所為是否符合上開「職務直接相關」之犯罪構成要件之認定，並非必然相關**。本案被告先前任職臺中市政府工務局局長，既負責綜理臺中市都市計畫、交通工程、土木工程、水利工程、建築管理、及公共設施等事項，而被告嗣後任職之義峰公司，其營業項目包含土木建築、橋樑、水力工程承包業務，則**被告擔任義峰公司總經理一職，由其實質營業內容，即堪認定與公務員服務法第十四條之一所規定「職務直接相關」之犯罪構成要件相當**[35]。

被告另辯稱，其誤認該條文規定，認為只要其所任職之該營造公司不在臺中市政府轄內承攬工程，且不與臺中市政府有業務往來，即非屬與職務直接相關，故其任職之前與義峰公司有「不承攬臺中市政府發包之工程及不至臺中市政府交涉業務」之約定，故自己縱然違反旋轉門條款之規定，主觀上亦屬過失。惟，依據刑法第十三條第一項之規定，行為人對於構成犯罪之事實明知並有意使其發生者即為故意，**本案被告於離職後三年內，擔任義峰公司之總經理，係其明知並有意使其發生之事務，尚難認屬過失**。該條文係明定禁止離職公務員其於職務相關之營利事業中任職，並未禁止其自由選擇與職務「不」直接相關之職業，且參諸該條文之內容係採「職務禁止」之方式，依一般人通念，文義上並無不明或誤認

[35] 本案判決另有補充說明：至於義峰公司在被告任職期間，有無承攬臺中市政府所發包之工程案？義峰公司所承攬之其他公共工程或民間工程，是以何人之名義為建物起造人？以及公司之營業事項有無包括建築執照、使用執照及變更設計之申請？徵之司法院大法官會議釋字第 637 號之解釋理由，以上事項，均難認與上開「職務直接相關」犯罪構成要件是否相當之認定無關。

之情形。且是否需要負責親自接洽工程承包之問題，核與其所任職總經理之公司營業項目有無與工務局局長所職掌者有「直接相關」，屬不同之二事[36]。

何況檢視聘僱合約所載前開約定事項，更得以證明被告林○○「主觀上」即有認識其所任職之義峰公司的營業項目，其實與原任職之臺中市政府工務局職務係有「直接相關」的，否則被告何需於聘僱合約書中特地為此註記事項？法院認為，被告確係就義峰公司與原所任公務員時之職務有直接相關之認識（故意），明知此情仍辯稱其僅係過失犯，此部分並無足採。

第二項 邦佑顧問案

本案被告為不服臺灣高等法院 97 年上重更（一）字第 49 號判決，而上訴至第三審，之後最高法院 99 年台上字第 4909 號判決以「違反公務員服務法之部分非屬上訴第三審事由」上訴駁回而確定。換言之，被告違反旋轉門條款之部分為**有罪判決確定**，容先敘明。

被告謝○○自 85 年 4 月 1 日起至 88 年 8 月 1 日退伍離職之前，曾擔任陸軍後勤司令部中將副司令、中將司令，執行陸軍之財物、勞務採購案金額五千萬以下、一百萬以上採購案之計畫評核、商情管理、招標訂約、交貨驗收等作業，又至升任勤聯總部中將副總司令後，負責國軍光電（學）等傳統武器之軍品補給等聯合後勤業務，掌理關於三軍通用補給業務之規劃及督導事項。被告明知邦佑公司之主要營業項目為陸、海、空三軍的航空材料、戰車材料及真空管之銷售，為與其離職前五年內之「**職務直接相關**」之營利事業，且公務員於離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業顧問，仍於 90 年 11 月 1

[36] 原判決內載：縱依聘僱合約書所載，被告並不負責臺中市政府發包之公共工程及至臺中市政府交涉事項，惟此僅係被告嗣後任職於義峰公司後，其是否需要負責親自與臺中市政府接洽工程承包之問題，核與其所任職總經理之公司營業項目有無與臺中市政府工務局局長職掌有直接相關，屬不同之二事。

日起至91年7月31日止擔任邦佑公司之顧問，並於任職期間內按月領取顧問費，雖被告實際擔任顧問係至92年12月止，**但自91年8月起已逾上開三年之限制**。

法院對於顧問費用之認定，係根據共同被告及其他證人之證言，以及所獲之證物綜合判斷，而認為係顧問之報酬。且被告存摺內針對該筆費用之匯款人部分，亦有明載為邦佑公司[37]。是以，被告謝〇〇自軍方退伍離職前五年既從事與軍品採購相關主管業務，於離職後未及三年，即擔任與該項「職務直接相關」之邦佑公司顧問，其至91年7月30日止之部分，確有違反公務員旋轉門條款之情事。

第三項 邦佑經理案

本案與前項案件為相牽連案件，為臺灣高等法院97年上重訴字第38號判決。被告梁〇〇係前空軍後勤司令部武獲室上校副主任，民國85年4月間於空軍總部武獲室擔任整體後勤支援組組長，86年9月擔任武獲室副執行長，89年4月16日退役，軍職期間負責有關空軍所有飛機（涵蓋武器、彈藥及零附件）之採購規劃業務。其於離職後自民國91年3月起，擔任邦佑公司顧問，按月領取顧問費，並從92年4月間擔任該公司之經理，按月支薪六萬元整。因邦佑實業有限公司係以陸、海、空三軍之航空材料、戰車材料及真空管武器之零附件銷售為主要營業項目，其所營項目與被告退役前之職務直接相關，故檢察官認其有違反公務員服務法第十四條之一之情節。

法院認為被告於退伍前，所擔任之空軍總司令部武獲室後勤支援組組長、副執行長，主要工作為新戰機接收前負責空軍新一代戰機換裝部隊成軍整備規劃、審查及考核，**並未包含採購業務**。而邦佑公司登記之營業項目實際業務內容以承接三軍航空材料、戰車材料及真空管之銷售業務，是故被告於退伍前五年內所任

[37] 原判決內另有載明共同被告丙〇〇亦有給付其三萬之紀錄，亦足堪認為係被告擔任顧問所領取之費用。

職之單位，並非係邦佑公司所營事業之目的事業主管機關，二者亦無何營建（承辦本機關或所屬機關之工程）或採購業務關係，難認被告離職後所擔任之工作，與其退伍離職前五年內之職務有何「直接相關」。證人亦於警詢、偵查及原審審理時證稱，被告主要工作是負責聯絡國外代理商，詢問相關零件價錢後回報公司，公司再依照固定成本計算出報價，製作報價單後再參與投標。被告亦無指導過邦佑公司標得之案件，有關三軍的零附件採購案都會上網公開招商、招標；另依據其餘證人證稱，被告並未實際在邦佑公司上班，自難認定所從事者與其退伍離職前職掌業務有直接關聯而有違反公務員服務法情事存在。

綜上所述，被告梁○○雖有於上開時間任職於邦佑公司按月領薪之事實，然被告於離職前五年期間之職務，與任職邦佑公司之職務尚非具有「直接相關」。再者，檢察官對於空軍總司令部武獲室之業務包含空軍武器零件採購方向與需求，及該武獲室之副執行長有管理、監督採購武器零件業務等，並未有充分舉證[38]，而空軍總司令部武獲室後勤支援組組長主要負責實施計劃之策劃，副執行長係負責計畫之審查與考核，並不負責空軍之採購計畫，均不足認定被告有違公務員服務法之犯行，是上訴為無理由而應予駁回。

第四項 榮福顧問案

本案為臺北地院 97 年簡字第 5079 號判決。本案被告自 83 年 6 月 1 日起，即代理並真除為公營事業機關臺灣電力公司電力修護處副處長職務，負責依據政

[38] 按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第 154 條第 2 項、第 301 條第 1 項前段分別定有明文。次按事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，為裁判基礎；且認定不利於被告之事實須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定；另認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在，無從使事實審法院得有罪之確信時，即應由法院為諭知被告無罪之判決（最高法院 40 年台上字第 86 號、30 年上字第 816 號、76 年台上字第 4986 號判例可資參照）。

府採購法之規定，審核及執行臺電公司各年度勞務性工作招標案之招標、決標、審標業務，為公務員服務法第二十四條及刑法第十條第二項第一款後段所規定之公務員。其明知公務員於其離職後三年，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業顧問，復明知其於台電公司電力修護處任職副處長期間，負責該處策劃課、振研課、品管課、工務課、工安課等各項業務，主要專長係在於 ISO 認證及非破壞檢測，與榮福公司**有職務上之關係**[39]，仍選擇於 88 年 12 月 31 日自臺電公司職位退休後，旋自 89 年 1 月 15 日受僱於榮福公司擔任有給職之顧問，負責輔導該公司 ISO 認證業務、非破壞檢測、ISO 認證追查業務，建立榮福公司管理制度及工安稽查制度，與協助公司評估進口業務等工作，並於任職期間內每月領取公司支付之薪資。

法院認為，該先後二項**業務之內容明顯「直接相關」**。故被告自臺電公司離職後三年內，擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業顧問，核其所為即係違犯公務員服務法第十四條之一、第二十二條之一之罪。

第五項 復華金控董事長案

本件為最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴至最高法院之 99 年台非字第 365 號判決，為對於審判違背法令之確定判決所設之特別救濟程序[40]，合先敘明。

第一款 檢察總長提起非常上訴之理由

本件之**原確定判決**認為，被告顏○○於 91 年 1 月 31 日自財政部長卸任後，

[39] 即與「**職務直接相關**」之意，可見本案法院亦採前揭銓敘部 85 年 7 月 20 日 85 台中法二字第 1332483 號函之定義為判斷標準。

[40] 非常上訴以統一法令之適用為主要目的，故非常上訴審應以原判決所確認之事實為基礎，以判斷其適用法律有無違誤，不涉及事實認定問題。又，事實之認定與證據之取捨，乃事實審法院之職權，如依原判決所確認之事實，其適用法律並無違誤，即不能以非常上訴指為違法，故本案維持第一審諭知被告無罪之判決，非常上訴意旨指摘原判決違法，則難認有理由，應予駁回。

國立政治大學 National Chengchi University

繼於 91 年 2 月 1 日出任中華民國駐世界貿易組織代表團常任代表，其間公務員資歷雖未中斷，然財政部部長係屬政務官，其任用進退時與執政政黨更迭相關，並有憲政慣例所形成之辭職時點（釋字第 387 號解釋），是被告自財政部長卸任後，另出任中華民國駐世界貿易組織代表團常任代表，其任職情況雖與公務員「調職」狀況未盡相符，然係因內閣總辭後另行出任新職，公務員身分並未中斷，則依舉輕以明重之法理解釋，因應認被告〇〇就財政部部長卸任之情形，核與銓敘部函釋所謂「**離開其職務**」之情形相當[41]，是被告縱於 94 年 6 月 29 日擔任復華金控公司董事長之職，然其於 91 年 1 月 31 日因內閣總辭自財政部長離職，並於翌日即同年 91 年 2 月 1 日出任中華民國駐世界貿易組織代表團常任代表，相距其於 94 年 3 月 24 日自中華民國駐世界貿易組織代表團常任代表退休離職已逾三年，應認與公務員服務法第十四條之一規定無違，難謂涉有同法第二十二條之一之罪責，而為**無罪判決**。

惟查，按公務員服務法第十四條之一所謂「**離職**」，應係指該公務員**自此未具公務員身分**，或因**發生特定事由停止其執行公務員職務**者，方屬之。其原因為公務員本不得經營商業或投機事業，非依法不得兼公營事業機關或公司代表官股之董事或監察人，亦不得兼任他項公職或業務，其依法令兼職者，不得兼薪及兼領公費，公務員服務法第十三條、同法第十四條定有明文。是於邏輯上如有發生適用公務員服務法第十四條之一之情形，應為公務員與國家間公法上職務關係已終止，抑或因發生特定事由停止其執行公務員職務之後，自不待言。此觀銓敘部於民國 85 年之函釋與公務人員任用法第十六條之規定[42]，有關行政機關轉任公營事業機構人員者仍具有公務員身分，故應不適用本條文所稱之「**離職**」等說明，亦同此理。

[41] 此處為銓敘部 97 年 5 月 19 日以部法一字第 0972917700 號令所為之補充解釋：就公務員服務法第十四條之一所謂『離職』之定義，認應指退休（職）、辭職、資遣、免職、調職、停職及休職等原因而離開其職務之情形。

[42] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 15。

再者，銓敘部於民國 94 年以公函回覆林月卿女士要求解釋「何謂離職」時[43]，亦稱「故僅有公務員離職後未具公務員身分者，或因發生特定事由停止其執行職務者，始有該條文之適用，倘僅係『離開與各該營利事業具有監督或管理權責之職務』而仍具有公務員身分者，尚無須受該條文之規範……」，加以闡釋在案。甚而，司法院大法官於釋字第 637 號解釋之解釋理由書中，在闡述何以認公務員服務法第十四條之一合憲時，認為「於符合憲法第二十三條規定之限度內，以法律課予特定離職公務員於一定條件下履行特別義務，從而對其選擇職業自由予以限制，尚非憲法所不許」亦同上揭見解。是以，如公務員因辭職、資遣、免職、停職及休職等離開原職後再任公務員者，則依上揭解釋立法者原意、論理解釋，應認「離職後三年內」、「離職前五年內」，應以離卸最後公務員職務之日起算。如逾五年始再任公務員者，自不受該條文之限制，而該離職迄再任公務員之期間，併計入離卸最後公務員職務前五年內計算。

復查，雖原審判決援引銓敘部民國 97 年之令為補充解釋[44]，但此處就公務員服務法第十四條之一所謂離職之定義增列「調職」一項，顯有不當。檢察總長於該部分所提及之理由如下：

一、該新增之解釋與公務員服務法之立法精神未符：

按公務員服務法第十四條之一立法目的觀之，該條文立法意旨係為避免公務員於離職後，憑恃其與原任職機關之關係，因不當往來巧取私利，或利用所知公務資訊助其任職之營利事業從事不正競爭，並藉以防範公務員於在職期間預為己私謀離職後之出路，而與營利事業掛鉤結為緊密私人關係，產生利益衝突或利益輸送等情形。

[43] 非常上訴理由書內載：銓敘部於 94 年 5 月 13 日以部法一字第 0942453704 號函回覆林月卿女士。

[44] 銓敘部 97 年 5 月 19 日部法一字第 0972917700 號令：有關公務員服務法第十四條之一所稱之「離職」，係指退休（職）、辭職、資遣、免職、調職、停職及休職等原因離開其職務，而離開前之職務與營利事業有直接相關者而言。

若依銓敘部此一解釋，將造成公務員若在任內與營利事業掛鉤、利益輸送，事後只需調職至非與該營利事業職務直接相關之單位「過水」三年，而任職期間內，仍可在執行公職時持續累積人脈或與該特定營利事業掛鉤，進而在公務中直接或間接提供必要之協助或消息，三年後退休離職即可不受該法之限制，立即可任職該營利事業，獲取高薪，如此情形顯有違法條之立法精神，將使該法形同具文；反之，若將「離職」之起算點解釋為未具公務員身分者（指退休、辭職、資遣、免職），或因特定事由停止其執行職務者（指停職及休職），而不包括「調職」，則公務員已喪失身分或根本無法執行職務，如何累積人脈或與該營利事業掛鉤，即可完全避免上開之弊端，方能真正落實該法之立法精神。

二、該行政函釋與銓敘部歷次之函釋相矛盾：

前揭銓敘部於民國 85 年所作出之函釋[45]，以及 94 年函覆林月卿之函件中[46]，均未將「調職」列入離職之解釋中，理由為若將「離開與其後任職營利事業具有監督或管理權責之職務」作為判定基準，而認定於離開個別職務三年後即不再受限，本條後段所稱「與其離職前五年內之職務相關」規定之限制，恐有形同具文之疑慮。

銓敘部歷年對於「離職」之解釋，均未包括因調動而離開原職務之情形，認為倘僅係職務之調動，因其仍具公務員身分，且所任職務仍為公職，故應予迴避之原因尚未發生，自無從作為三年迴避期間之起算基準，爰以離卸公務員職務之日作為起算基準[47]，足認該部歷次解釋，均係有意將「調職」之解釋排除而非漏

[45] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 15。
[46] 非常上訴理由書內載：銓敘部於 94 年 5 月 13 日以部法一字第 0942453704 號函回覆林月卿女士，稱：「故僅有公務員離職後未具公務員身分者，或因發生特定事由停止其執行職務者，始有該條文之適用，倘僅係『離開與各該營利事業具有監督或管理權責之職務』而仍具有公務員身分者，尚無須受該條文之規範」等語。
[47] 非常上訴理由書於此處是參照：銓敘部 97 年 7 月 9 日部法一字第 072960384 號函覆臺灣臺北地方法院所附之『因應司法院釋字第 637 號解釋檢討公務員服務法旋轉門條款相關規定座談會』資料第 14、15 頁。

未解釋。檢察總長之非常上訴理由對此批評：該部以往均採嚴格之解釋，但以現今政商關係複雜情形，反而不顧立法真意，改採寬鬆之解釋，殊有可議。

三、法院不受行政機關函釋之拘束，仍得就個案依法審判：

按行政機關就其職掌所為之法規釋示，並非可謂其釋示當然為法規構成要件之一部而得拘束司法權之行使，故法官於審判時，就系爭法令之解釋，除參考行政機關所為之釋示外，仍應就系爭法規之規範目的而為妥適之論理解釋[48]。

銓敘部先於 97 年之公函答覆檢察署所詢之問題，並於說明三表示：「本部歷來均不就個案進行有無違反上開規定之事實認定在案。」[49]，嗣後被告於同年 3 月 26 日經檢察官提起公訴後，旋於同年 4 月 15 日具狀向銓敘部陳情，二日後在考試院第十屆第二八〇次會議中，即有委員以臨時報告方式，就被告所涉本案「離職日起算點」之爭點要求銓敘部統一解釋，銓敘部立即於同年 5 月 1 日召開座談會，惟該座談會僅有討論事由，卻未有任何討論、決議過程之紀錄，同日即由該部專員製作簽呈將「調職」增列入該部 85 年之函釋中[50]，接著次日即由部長批准，19 日該部除以銓敘部 97 年 5 月 19 日部法一字第 0972917700 號令通報全國人事機構外，部長另以個人用箋而非以該部名義函覆被告。檢察總長之非常上訴理由認為：該部之前猶言不就個案進行表示意見，未及三月，即透過座談會方式進行談論，惟該座談會與會人士之意見、決議完全不明，即自行增列「調職」之解釋，推翻該部過去十餘年之一貫見解。故其認為，**原審在引用此決議目的、過程存有爭議之解釋前，未先就該解釋做成之合法性進行調查，再深究其合理性，**

[48] 此處係援引最高法院 97 年台上字第 2011 號判決之見解。

[49] 銓敘部以 97 年 2 月 27 日部法一字第 0972911188 號函，函覆檢察署所詢之問題，於說明三表示「茲貴署來函所附本部 94 年 10 月 20 日部法一字第 0942547500 號函，當時本部業就顏君離職前職務與轉任復華金控董事長之職務關係有所陳述，並以違反服務法第十四條之一規定係涉及刑責，依司法院釋字第 137 號、第 407 號及第 584 號解釋意旨，行政機關基於職務因執行特定法律規定所為必要之釋示，尚不具法的拘束力，故個別案件是否違反服務法第十四條之一規定，法官於審判時仍將就具體案情適用法律，不受本部函釋之拘束，爰說明本部歷來均不就個案進行有無違反上開規定之事實認定在案。」

[50] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 15。

即率然逕行引用，致有判決適用法則不當之違法。

綜上說明，再參諸原確定判決引用該案第一審判決理由[51]：「銓敘部就被告有無違反公務員服務法第十四條之一之規定及『離職』定義，並無一致見解，則主管機關見解前後尚非一致，自難認定被告主觀上明知而故意違反公務員服務法第十四條之一之規定可言」等語。足見公務員服務法第十四條之一「離職」定義，是否包含「調職」之法律見解，連主管機關之見解，前後亦非一致，確有爭議，其非但影響廣大公務員避免利用其服務於公職之機會，累積日後轉業之資產，於日後任職於營利事業後，循原任公職時之管道或機會，謀取不當利益或取得其他競爭者無法享有便利之起算點，更足以左右法官對被告主觀犯意之認定，動搖判決之結果，所涉法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，對於法之續造顯有重要意義，自應認具有原則上之重要性。

因已有原審確定判決在案，檢察總長爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以尋求統一之法律見解。

第二款 最高法院審理結果

經最高院之審理結果，稽諸銓敘部 85 年函載稱[52]：「離職：包括退休（職）、辭職、資遣、免職、停職及休職等離開原職者」，依其內記載「停職」及「休職」等「離開原職」之文意以觀，足見公務員服務法第十四條之一所稱之「離職」，係指公務員「離開原職」之情形而言，並非僅限於不具有公務員身分之情形。又銓敘部另以 97 年 5 月 19 日部法一字第 0972917700 號令說明離職係指退休（職）、辭職、資遣、免職、調職、停職及休職等原因離開其職務，而離開前之職務與營利事業有直接相關者而言，即指如離開前職務與營利事業無直接相關者，並不受

[51] 臺灣臺北地方法院 97 年度易字第 1142 號判決。
[52] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 15。

公務員服務法第十四之一規定之限制[53]。而因公務員服務法第十四條之一所稱之「離職」，法律並未明文規定其定義，銓敘部就其意旨之釋示本就有相當裁量權限，且除該解釋性函令有評價明顯錯誤之情形外，若已符合最低限度合法性之要求，自不宜逕指為違法。

另參酌公務員服務法第十四條之一之立法目的、依公務員服務法第十四條之一之立法理由，可知立法者係以離職後所從事之行為是否與「原任職務」密切相關為該規範內容，並認以三年期間作為職務限制期間即已足。苟公務員於任新職未達三年，即以卸除公務員身分方式任職營利事業，則以離職前五年內之職務作為限制之內容，堪認「調職」對於公務員原所任職務所生之密切關係，其銷解效果與立法者原先設計之情形相同，符合公務員服務法第十四條之一所稱「離職」之文意及立法之目的。

是以最高法院認為，被告顏〇〇係因憲政慣例而隨內閣總辭，並於 91 年 1 月 31 日自財政部部長卸任後，繼於 91 年 2 月 1 日出任中華民國駐世界貿易組織代表團常任代表，其任職之情況雖與公務員「調職」之情形未盡相符，然係因內閣總辭後另行出任新職，公務員身分並未中斷，則依「舉輕以明重」之法理解釋，應認被告自財政部部長卸任之情形，核與銓敘部 97 年令所載離開其職務之情形「相當」[54]，則被告顏〇〇於 94 年 6 月 29 日擔任復華金控公司董事長，其距被告 91 年 1 月 31 日自財政部部長離職已逾三年，被告所為核與公務員服務法第十四條之一之規定無違，因而維持第一審諭知被告無罪之判決，故非常上訴意旨指摘原判決違法，難認有理由，最高法院認為應予駁回。

[53] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 44。
[54] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 44。

第六項 世基董事案

本案為臺灣高等法院 101 年上易字第 742 號判決。本案被告張○○自民國 89 年間起至 90 年間止擔任行政院衛生署副署長，自 90 年 2 月 25 日起至 93 年 6 月 26 日止擔任中央健康保險局（後為行政院衛生署中央健康保險局）總經理，自 93 年 6 月間起至 93 年 11 月止回任行政院衛生署副署長。被告於中央健康保險局總經理及行政院衛生署副署長職務離職後三年內，先於 94 年 7 月 1 日擔任上智生技創業投資股份有限公司經理及上騰生技顧問股份有限公司總經理，而於 95 年 6 月 12 日兼任上騰公司董事長。上智公司於 95 年 2 月間投資世基生物醫學股份有限公司，上智公司遂指派被告張○○自 95 年 6 月 21 日起至 100 年 6 月 23 日止，擔任與其離職前五年內之行政院衛生署副署長、中央健康保險局總經理等職務直接相關從事藥品檢驗、醫療器材製造及生物技術等營利事業之世基公司董事職務，而違反公務員服務法第十四條之一之規定。

經查行政院衛生署自 96 年 1 月 26 日起，為世基公司之目的事業主管機關，而被告則於 95 年 6 月 21 日起，以上智公司法人代表之身分擔任世基公司董事一職，兩者雖均未逾被告於 93 年 11 月間辭任行政院衛生署副署長職務三年內。惟，被告固於自行政院衛生署副署長、中央健康保險局總經理離職後三年內，擔任目的事業主管機關為行政院衛生署之世基公司之董事，然被告是否違反公務員服務法第十四條之一之規定，仍需審究其他要件。

按公務員服務法第十四條之一所謂之「職務相關」，係指離職前服務機關為各該營利事業之目的事業主管機關，且其職務對各該營利事業具有監理或管理之權責人員而言。被告先後二次擔任行政院衛生署副署長，而副署長之職責在於輔助署長處理署務，惟第一次任職期間負責督導業務分工情形，因時間久遠資料佚失，無相關資料可佐，而於第二次回任期間，被告負責督導之業務範圍不包含藥

政處，並未有監督、管理藥商之相關業務等情。綜上，**並無證據可證明被告二次擔任行政院衛生署副署長期間所督導負責之職務，對世基公司有監理或管理之權責**。

復按民國 83 年制訂之中央健康保險局組織條例之規定，該局設總經理、副總經理等人綜理局務，該法亦明訂該局之人事管理及職務列等係比照公營金融保險事業機構辦理，嗣後於民國 98 年修正後之行政院衛生署中央健康保險局組織法則列明該局設置局長、副局長、主任秘書等，該法並有載明人事之官等職等，參以被告於民國 90 年間係經「免職」之程序後，始另行任用為中央健康保險局總經理，**自難認定被告於民國 90 年至 93 年擔任中央健康保險局總經理期間乃屬公務員服務法所規範之公務員**。再者，世基公司所經營之醫療器材事業項目，從未申請要求列入全民健康保險藥物給付品項，且該部分事業亦非中央健康保險局組織法所定業務職掌，是**中央健康保險局並「非」世基公司之目的事業主管機關**，是被告雖曾擔任中央健康保險局總經理，嗣後回任行政院副署長，經辭職後又任世基公司董事，則該局既非世基公司之主管機關，被告之行為與公務員服務法第十四條之一之構成要件即為不符。從而，中央健康保險局總經理並非公務員，被告擔任行政院衛生署副署長所負責督導之業務範圍不包含藥政處，就世基公司之營業項目包含醫療器材製造、批發、零售等與藥商相關項目，並未有監督與管理之權責，不能率以公務員服務法第十四條之一相繩。

綜上所述，被告固有擔任行政院衛生署副署長、中央健康保險局總經理，於回任行政院衛生署副署長經辭去公職後，三年內擔任世基公司董事之事實，惟法院無從獲得被告違反公務員服務法第十四條之一，而應依同法第二十二條之一論處之確切心證，檢察官舉證部分不能證明被告有罪，仍有合理懷疑存在，自**無從形成為被告有罪之確信**，是檢察官之本案上訴為無理由，應予駁回。

第五節 實務主要爭點整理

因為爭點的解釋將會連動到保護法益概念，為釐清兩者之關連，本節將就前開判決之重要爭點，參照其他文獻資料，重新整理並羅列如下：

第一項 「與職務直接相關」之認定

第一款 釋字 637 號解釋理由書及協同意見書之見解

「與職務直接相關」在實務上之認定標準為何？釋字第 637 號解釋李震山大法官於其部分協同意見書中[55]，提及釋字作成前之實務判決狀況，指出與公務員服務法第十四條之一攸關之銓敘部於民國 85 年臺中法字第 1332483 號函釋，各級法院即未必採用援引或照單全收，而個案之適用與解釋，彼此間亦不盡相同。

依據大法官對實務判決之觀察與整理，其認為諸如臺灣臺北地方法院 88 年度訴字第 1698 號（華航顧問案）、臺灣士林地方法院 90 年度訴字第 268 號（泰一泰諭營造集團副總案）與臺灣高等法院 94 年度矚上訴字第 3 號、或臺灣臺北地方法院 94 年度重訴字第 67 號等判決，均偏向形式認定被告確於離職後擔任與其離職前職務直接相關之營利事業特定職務，後則維持有罪判決確定。但另一方面，臺灣板橋地方法院（亦即臺灣新北地方法院）88 年度易字第 4624 號（東森總經理案）、臺灣臺北地方法院 89 年度易字第 2492 號與臺灣高等法院 90 年度上易字第 2531 號（國揚監察人案）、或臺灣高雄地方法院 94 年度矚易字第 1 號與臺灣高等法院高雄分院 95 年度矚上易字第 1 號（高捷顧問案）等判決，則偏向實質認定被告離職後所擔任職務究否產生利益衝突，並考量憲法保障人民工作權

[55] 釋字第 637 號解釋李大法官震山所提出之部分協同意見書，司法院全球資訊網，擷取自：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=637，最後瀏覽日：2016 年 8 月 1 日。

之意旨進而解釋本條，後則維持**無罪判決確定**。上述舉例，維持**有罪判決確定**情形似均另涉其他圖利、賄賂或偽造文書等罪，但往往因證據不足而無法追訴；在無罪部分則案情較為單純，往往或未另生其他弊案，行為人並有向主管機關或律師諮詢之情形。故大法官認為，實務對於「**職務直接相關**」之認定標準，究以銓敘部之函釋為**形式認定**或個案**實質認定**為準[56]，各級法院亦莫衷一是、存有歧見。

另依許玉秀大法官之協同意見書，其認為「與離職前五年職務有直接相關的限制」，不管是時間、或職務性質之限制，應該認為與達成目的有實質關聯，故**問題僅在於所謂「與離職前職務有直接相關」之意涵是否清楚**。又因能夠表現出構成要件行為可罰性（法益侵害性），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，**離職後特定職稱（職位類型）、時間限制**，才能發揮描述行為危險特質的功能。是以，系爭規定疑義之處即在於**何謂「與職務直接相關」**。該構成要件並非受規範之人易於理解，且在司法實務上也不容易訂出一個審查標準，如法條限定為「特定行為禁止」又可能會過度狹隘，而不能有效防弊。

爰此，大法官協同意見書認為[57]，立法者之所以僅描述為「**與職務直接相關**」，便是因為「法律明確性原則」於本條款的制定上可能有其界限。縱將離職前之職務理解為：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能互相涵攝？由於職業市場變幻莫測，隨時可能產生新興工作概念，可能仍無法確知該如何涵攝於「**直接相關**」之中。

---

[56] 依據該函釋，所謂「**與職務直接相關**」者為：一、離職前是否為各該營利事業目的事業主管機關之具有監督或管理之權責人員？二、離職前是否與營利事業有營建或採購業務關係？

[57] 釋字第 637 號解釋許大法官玉秀提出之部分協同意見書，司法院全球資訊網，擷取自：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=637，最後瀏覽日：2016 年 8 月 1 日。

第二款 實務判決之見解

前文所提及之「國揚監察人案」中，一審法院認為「與職務直接相關」為不確定法律概念，宜採嚴格限縮解釋，亦即應從利益衝突迴避出發，就具體個案為審查，交互觀察國家利益與私人利益有無衝突之可能，進而決定是否應迴避，此處明顯未採銓敘部民國 85 年函釋見解。而二審法院則認國揚公司營業項目既有部分為營建署法定職掌範圍，該署自為國揚公司之目的事業主管機關，兩者間有「監督管理」之關係，故**本案之一審係採個案實質認定，二審則依照函釋為形式認定**。

在「義峰總經理案」中，法院採李震山大法官所謂「**實質認定**」之方式為判斷，亦即考量被告離職後所擔任職務究否產生利益衝突，並搭配憲法保障人民工作權之意旨進而解釋本條。因營利事業主管機關之職權，亦即公務員離職前任職之機關之法定權限，係在對營利事業之分類、設立許可、營業範圍、營業監督及管理等事務為「行政管理」，故，是否係其離職後所任職之營利事業中央或地方目的事業主管機關，此與其所為是否符合上開「職務直接相關」之犯罪構成要件之認定，並「非」必然相關。本案被告先前任職市政府工務局局長，既負責綜理都市計畫、交通工程、土木工程、水利工程、建築管理、及公共設施等事項，而嗣後任職之義峰公司，其營業項目包含土木建築、橋樑、水力工程承包業務，則被告擔任義峰公司總經理一職，由其公司之「**實質營業內容**」，即堪認與公務員服務法第十四條之一所規定「職務直接相關」之犯罪構成要件相當。

於「邦佑顧問案」則採「**形式認定**」，亦即法院係以銓敘部民國 85 年之函釋為**形式認定**，認為被告明知邦佑公司之主要營業項目為陸、海、空三軍的航空材料、戰車材料及真空管之銷售，為與其離職前五年內職務直接相關之營利事業，且公務員於離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事

業顧問，竟仍於上開時間限制內擔任邦佑公司之顧問，違犯旋轉門條款而繩以刑罰。與本案為相牽連案件之「邦佑經理案」中，被告退伍前五年內所任職之單位，並非邦佑公司之目的事業主管機關，二者亦無何營建（承辦本機關或所屬機關之工程）或採購業務關係，被告既於邦佑公司僅負責向國外代理商詢價，尚難認所從事者與其退伍離職前職掌業務有「直接關聯」，而有違反公務員服務法情事存。前述案件與「榮福顧問案」皆採形式認定，係依據銓敘部民國 85 年之函釋而為判斷。

至於「世基董事案」，法院同前開案件均採**形式認定**，認為所謂「職務相關」，係指離職前服務機關為各該營利事業之目的事業主管機關，且其職務對各該營利事業具有監理或管理之權責人員而言。被告擔任行政院衛生署副署長時，所負責督導之業務範圍並不包含藥政處，且實際上就世基公司營業項目亦「未」有監督、管理之權責；被告雖曾任中央健康保險局總經理，嗣後回任行政院副署長，經辭職後又任世基公司董事，惟被告擔任中央健康保險局總經理時，依法並無公務員身分，且該局亦非世基公司之目的事業主管機關，益徵被告之行為與公務員服務法第十四條之一之構成要件不合。

值得注意的是，有論者指出，此處尚有隱藏一「**何時成為主管機關**」之爭點[58]。前文提及，因衛生署直到民國 96 年始為世基公司之目的事業主管機關，而被告在民國 95 年便已擔任董事，故可知**本案法院並未區分衛生署「何時」成為世基公司主管機關**，而係直接就所監管之事務性質為判斷。但於「復華金控董事長案」中，復華金控成立時間在被告卸任財政部長之後，故法院認定其擔任部長任內，並未對復華公司有監督管理之權責，也無營建、採購之業務關係，逕認該公司和財政部長職務係無直接相關，**本案法院加以區分財政部「何時」成為復華金控的主管機關**，而認定被告顏〇〇有無監管之責，則與前述「世基董事案」之

[58] 范宜愷，同註 12，頁 94。

認定標準相異。

第二項 「職稱」之認定

第一款 釋字 637 號解釋理由書及協同意見書之見解

公務員旋轉門條款對離職公務員職業自由之限制，僅及於特定職務之型態，尚非全面禁止其於與職務直接相關之營利事業中任職，此為釋字第 637 號解釋理由書之明文，而依據該條文，離職公務員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、執行業務股東或顧問」，係採特定職務禁止。就該「特定職務」之客觀構成要件而言，倘離職後所擔任之職務位階不夠，可能就無預為利益輸送之價值，換言之就職位類型限制而言，均屬於有「決策權或重要執行權」的職位，立法選擇理由應在於該等職位方才有利益輸送之價值，並有利用於不當利益往來和不正競爭的可能性。

許玉秀大法官之協同意見書指出，立法者藉由離職後特定職務、一定時間，加上「與離職前五年內之職務直接相關」三要件，推定符合限制之職業選擇對國家法益有侵害之可能。將職稱明白列出，雖同時製造出規避之可能性，但是這種職稱限制，正好說明對於職業自由的限制有一定限度而無過當，並無違憲之虞；反之若規定過廣泛，將可能有限制過苛之疑義，而侵害離職公務員工作權甚鉅。

第二款 實務判決之見解

依據大法官釋字與本條規範可知，當離職公務員擔任法條列舉職位「以外之職位」，而有不當政商利益輸送之情形時，並「非」本條款所禁止之列，則此處是否為一立法漏洞？本文蒐羅之實務判決中，對於「董事、監察人、經理、執行

業務股東」之認定較無疑義，亦即只要一經擔任前開職位並符合其他構成要件，即可能成立系爭條款之犯罪，至於「顧問」之認定部分，則較容易發生爭議。

而「顧問」究係為何？依據銓敘部在民國 85 年之函釋內容[59]：「顧問係指擔任營利事業『顧問』職稱者」。臺北地院 88 年度訴字第 1698 號判決（華航顧問案）認為：「……依中華航工公司顧問簡歷表中關於『職稱』一欄所載為『顧問』一職，依銓敘部釋示乃指擔任營利事業顧問職稱者。華航公司為一營利事業殆無疑義，故被告自民航局退休後擔任營利事業『顧問』一職，其違反法令行為應可確認。……」故只要被告所擔任之職稱為「顧問」，即有可能成立犯罪，「邦佑顧問案」、「榮福顧問案」等案亦採此認定方法，亦即僅須依據職位的名稱做形式上認定，即有犯罪成立之可能。

實務上亦有判決認為應採實質認定為之，例如高等法院高雄分院 95 年度矚上易字第 1 號判決（高捷顧問案）即臚列出判決爭點，實質判斷被告是否有擔任顧問之事實：「一、自福康文教基金會收受五十六萬四千元票款一節，究否為被告擔任高雄捷運公司顧問之報酬？……是否足認被告確有從事與高雄捷運公司顧問職務內容相關之工作？……贈予被告之十萬元慰問金（合計為二十萬元），究否亦屬被告擔任高雄捷運公司顧問之報酬？」即，以是否獲得與顧問一職相應之報酬做實質判斷，並非僅因被告擔任「非」旋轉門條款列舉之職稱而直接認定。

[59] 銓敘部 85 年 7 月 20 日 85 台中法二字第 1332483 號函：「……（四）董事、監察人、經理、執行業務之股東、顧問：1.董事：係指有限公司或股份有限公司之董事、常務董事、副董事長、董事長而言。2.監察人：係指股份有限公司之監察人而言。3.執行業務之股東：係指無限公司或兩合公司之執行業務之股東。4.經理：依民法、公司法及商業登記法規定，除經理外，尚包括總經理、副總經理、協理及副經理。5.顧問：係指擔任營利事業「顧問」職稱者。……」亦採形式認定。

第三項 「離職時點」之認定

實務上，目前銓敘部針對離職時點相關函釋者有三[60]，並於 97 年以行政命令將「調職」納入本條「離職」之構成要件解釋範疇。換言之，在公務員調職到別的公務單位之際，就屬於公務員旋轉門所稱「離職」之情形。

「復華金控董市長案」檢察總長所持之非常上訴理由[61]，即係針對「調職」此一爭點。該案非常上訴理由認為，**公務員服務法第十四條之一「離職」定義，是否包含「調職」之法律見解，連主管機關之見解前後亦非一致，有所爭議**，足以影響廣大公務員何時可毫無限制地擔任民間企業高階職位之起算點，更足以左右審判法官對被告主觀犯意之認定，可能動搖判決結果。所涉法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，對於法之續造顯有重要意義，認具有原則上之重要性而循特殊救濟管道非常上訴。

檢察總長之非常上訴理由提及，綜觀銓敘部民國 85 年之函釋[62]，以及依據公務人員任用法第十六條之規定，可知所謂「離職」應係指該公務員**自此未具公務員身分**，或因**發生特定事由停止其執行公務員職務**者。[63]再者，銓敘部於民國 94 年以公函回覆林月卿女士要求解釋「何謂離職」時[64]，亦稱「**故僅有公務員離職後未具公務員身分者，或因發生特定事由停止其執行職務者，始有該條文之適用**」。是以，如公務員因辭職、資遣、免職、停職及休職等離開原職後，再任公務員者，

---

[60] 銓敘部於民國 85 年 7 月 20 日 85 台中法二字第 1332483 號函表示：**包括退休（職）、辭職、資遣、免職、停職及休職等離開原職者**；另銓敘部在民國 89 年 5 月 15 日 89 法五字第 1894176 號函表示：**公務員離職後，擔任公營事業機構中仍具有公務員身分**（且依服務法第 24 條規定，公營事業機構人員亦為服務法之適用範圍）；銓敘部民國 97 年 5 月 19 日部法一字第 097291770 號令則認為：**離職係指退休（職）、辭職、 資遣、免職、調職、停職及休職等原因離開其職務，而離開前之職務與營利事業有直接相關者而言。**

[61] 最高法院 99 年台非字第 365 號判決。

[62] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 15。

[63] 如有發生適用公務員服務法第十四條之一之情形，應為公務員與國家間公法上職務關係已終止，抑或因發生特定事由停止其執行公務員職務之後。

[64] 該案判決內載：銓敘部於 94 年 5 月 13 日以部法一字第 0942453704 號函回覆林月卿女士。

則依上揭解釋立法者原意、論理解釋，應認「離職」之起算點，**應以離卸最後公務員職務之日起算，不包含調職**。故原審判決就公務員服務法第十四條之一所謂「離職」之定義增列「調職」一項之認定，顯有不當。除違背公務員服務法之立法精神外，亦顯得銓敘部函釋前後矛盾，以往既已嚴格限縮「離職」之定義，為何突然悖離法條意旨，且法院既然不受行政機關函釋之拘束，得就個案依法審判，何須遵循有疑義之函釋，而使旋轉門條款之規定形同具文？另查，被告所涉本案「離職日起算點」之爭點，銓敘部召開座談會統一解釋認為應包含調職，惟該座談會之目的、過程存有爭議，原審未先就該解釋做成之合法性進行調查，再深究其合理性，即率然逕行引用，致有判決適用法則不當之違法。

惟，案經最高法院審理結果，稽諸銓敘部 85 年函載稱離職包括退休（職）、辭職、資遣、免職、停職及休職等離開原職者，依其內記載「離開原職」之文意以觀，足見公務員服務法第十四條之一所稱之「**離職**」，**係指公務員「離開原職」之情形而言，並非僅限於不具有公務員身分之情形**。又銓敘部 97 年令說明「離職係指退休（職）、辭職、資遣、免職、調職、停職及休職等原因離開其職務，而離開前之職務與營利事業有直接相關者而言」等情，即指如離開前職務與營利事業無直接相關者，並不受公務員服務法第十四之一規定之限制。又因公務員服務法第十四條之一所稱之「離職」，法律並未明文規定其定義，則**銓敘部就其意旨之釋示本有相當裁量權限**，且除該解釋性函令有評價明顯錯誤之情形外，若已符合最低限度合法性之要求，法院認為**不宜逕指為違法**。

倘公務員於任新職未達三年，即以卸除公務員身分方式任職營利事業，則以離職前五年內之職務作為限制之內容，堪認「**調職**」**對於公務員原所任職務所生之密切關係，其銷解效果與立法者原先設計之情形相同**，符合公務員服務法第十四條之一所稱「離職」之文意及立法之目的。

故最高法院認為，本案雖與公務員「調職」之情形未盡相符，然因公務員身分並未中斷，則依「舉輕以明重」之法理解釋，應認被告自財政部部長卸任之情形，核與銓敘部 97 年令所載離開其職務之情形相當。

第四項 小結

前述「與職務直接相關」之認定標準，釋字第 637 號解釋部分協同意見書指出，銓敘部民國 85 年之釋示與法院實務見解不盡相同，是以個案在適用解釋上，各級法院是存有歧見的，應要以銓敘部函釋為形式上認定，或依據個案為實質認定，並沒有統一之判斷標準。故大法官協同意見書認為，旋轉門條款之疑義應主要在於何謂「與職務直接相關」，該構成要件在立法明確性上有一定之困難。另，有論者指出此處隱藏一「何時成為主管機關」之爭點，因該部分之認定與「與職務直接相關」有關，待後文討論完法益，筆者亦將一併按照本文觀點檢視之。

而於「職稱」認定，公務員旋轉門條款對於離職公務員職業自由之限制僅及於特定職務之型態，並不是全面性禁止的，而是立法者藉由擔任特定職務以及一定時間之限制，加上與離職前五年內之職務直接相關之要件，推定符合限制之職業選擇，將對國家法益有侵害之可能。是以，依據釋字與本條構成要件可知，當離職公務員擔任法條所列舉職位「以外」之職位，而有不當政商利益輸送之情形時，並「非」本條款所禁止之列，此處是否為立法漏洞，本文認為不無可能。在這些特定列舉之職位當中，於「顧問」之部分，在實務認定上較容易發生爭議，應採形式認定抑或實質認定較能保護法益，後文針對該部分將有所討論。最後，關於「離職時點」之爭點，最高法院認為公務員服務法第十四條之一所稱之「離職」係指公務員「離開原職」，並非僅限於不具有公務員身分之情形，既然法律並未明文規定其定義，則銓敘部本其意旨之釋示，將調職態樣納入離職之情形，自有相當之裁量權限，不宜逕指為違法。「調職」對於公務員原所任職務所生之

密切關係，解銷效果應與立法者原先設計之意旨相同。但本文則認為，最高法院檢察署檢察總長之非常上訴理由有其道理，待次章將核心保護法益釐清並定位後，本文將繼續討論之。

國立政治大學
National Chengchi University

第四章 保護法益與公務員旋轉門條款

第一節 概說

承前章之實務見解我們可得知，實務上經由大法官解釋，已確立旋轉門條款之保護法益為「國家法益」，惟筆者對此猶有懷疑，因為公務員旋轉門條款在客觀構成要件要素的設計上，其實係以「離職公務員」為規範主體，而規範行為乃「離職後」就職民間私人營利事業之相關限制，再者依據本條款之立法目的探究，其刑事不法行為所影響之保護法益，雖看似大法官所言之「**公務員廉明公正之重要公益**」以及「**國家公務行為的廉明公正**」，而有著國家制度面的保護意味，但背後其實卻隱含「**市場之公平競爭秩序**」之直接影響力，應屬**社會制度面**之保護。試想，當離職公務員挾帶大量在公務職務上所獲知的有力市場資訊，堂而皇之的進入競爭市場，與沒有公權力管道獲知資訊的一般人民從事市場競爭活動、獲取利潤，此時實際影響到的，其實是資源與資訊「取得機會」的公平性才對，也就是影響經濟制度中自由公平競爭之「秩序」。於此思考邏輯下，筆者推測它背後真正所欲保護之法益，應較偏向**社會制度信賴法益中，與市場公平自由競爭秩序**相關之部分。

回歸刑法的本質探討，該法之所以須清楚定位保護法益，除是為了設計一個適當的構成要件規範以外，更是要限縮法律介入的時間點與力道大小，避免違反憲法上相關之原理原則。系爭條款所牽涉到的是國家法益與社會法益，兩者皆為「超個人法益」之保護，為保護多數人共同利益之「集體法益」，具有能夠找出與個人利益實質且不可避免的關聯性，進而還原到個人身上的特徵，故保護「集體法益」亦係在保護個人，並不是獨立自我目的與價值而被保護著。故，以公務員旋轉門條款而言，將本條款定性為國家法益之保護，若稍不審慎，而將該法益獨立自我目的而存在，使其沒有保護個人法益之可能時，便很容易落入以「國家

制度」為最終保護主體的思維中，而設計出純粹保護國家制度的刑事規範，製造出為了保護「國家公務的運作與廉正」，而忽略了經濟制度面可能受有不正競爭秩序干擾之危險情形。本文以為，既然系爭條款之行為主體已不具有公務員身分，何來國家制度信賴保護之必要，如此定位法益是否過於嚴苛？而且所謂「國家」利益之保護，在政商利益的糾葛下，最終都可能變成在保護執政者或既得利益者自身之私益私利，變相而逸脫國家法益保護公益之本質。為避免上述國家法益有超越個人而獨立存在之可能，刑事保護法益及其構成要件的設計上，更應審慎斟酌。是以，在設計構成要件之前，檢視法條背後真正所要保護之法益，便成為本文首要步驟。本文認為，既然旋轉門條款的不法構成要件行為，直接衝擊到的是**市場公平競爭秩序**之社會制度層面，以「**社會法益**」做為定位似較合理、彈性。故，筆者將於下文嘗試推論與重新定位公務員旋轉門條款之刑事保護法益，並確立是為「社會法益」之保護。待確立為社會法益之保護，再進一步定位為：係保護「**市場競爭秩序中機會平等**」之**經濟制度信賴法益**，亦即係保障市場自由競爭秩序之下，公務資訊與相關經濟資源「**取得機會之公平性**」。因為市場的競爭參與者，不論係離職公務員或一般人民，要在主觀上相信該市場有公平競爭的可能，進而依據客觀上個人在該秩序之下所應擁有之資源而為公平競爭，經濟制度的本身也才能穩固存在。

前言提及，刑法構成要件之解釋與適用，係圍繞保護法益概念而開展，故以下將參考國內多位學者之見解，嘗試由刑事法益之概念為始，逐步釐清系爭條款法益之定位，文末再回頭檢視前述審判實務適用上之幾處爭點，並以本文觀點分別予以評析解釋。

第二節 刑法保護法益之概念

第一項 法益之概念

第一款 刑法為法益保護法

學說上有認為，所謂「法益」，乃國家與社會公認，應以國家強制力加以保護之「**社會共同生活上所不可或缺的生活利益與社會基本價值**」[65]；亦有學者主張，所謂法益指的是「**值得刑法加以保護的人類利益**」，該利益之主體為人，故所有能使人帶來愉悅感受之狀態，皆可稱之為利益[66]。換言之，個人的生命、身體、健康、自由、名譽、財產等生存與生活利益，以及這些基本價值與利益賴以運作的總體利益，例如社會組織與國家制度的順暢運作，這些受到刑法所保護的利益即稱為「**法益**」[67]。有學者指出，隨著犯罪理論的演進與發展，「法益」概念已經成為現代刑法學不可或缺的要素之一，倘缺少保護法益之概念，刑法釋義學的關鍵操作機制必然面臨重大困擾[68]，故法益保護之概念在刑法上甚為重要，更可說係置於核心地位，學說上更稱刑法為**法益保護法**。

因刑法係**法益保護法**，故其立法目的即為「**保護具有刑事意義關聯之法益**」，而應將犯罪行為限定在會侵害法益、或使法益陷於危險之行為[69]，亦即，該人類共同生活之利益受到侵害或有受侵害之虞者，值得國家使用刑事處罰加以保護，刑法的任務即在於法益保護，若沒有法益保護的必要性，就沒有刑罰的需求可言[70]。刑法為國家之具體刑罰權展現，其構成要件描述不僅侵害人民之行為自由，所產生之法律效果即刑罰，更有侵害人民生命權、人身自由權、財產權之損害結果發生，故刑法在適用上須特別審慎，只有在刑法所欲保護之法益較其侵害之利益更為重要時，始能動用具最後手段性之刑罰論處，此為刑法謙抑性的展現。

---

[65] 林山田，刑法特論（上），臺北市：三民，頁 3，1995 年。
[66] 黃榮堅，基礎刑法學（上），臺北市：元照，頁 39-42，2012 年。
[67] 王皇玉，刑法總則，修訂二版，臺北市：新學林，頁 22，2016 年。
[68] 許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第 197 期，頁 134，2011 年 10 月。
[69] 山口厚，刑法総論，東京：有斐閣，頁 4，2007 年。轉引自林勇麒，從保護法益論政府採購法之刑事責任—國家法益假象下的競爭秩序守護者—，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，頁 30，2014 年 10 月。
[70] 蘇俊雄，刑法總論 I，自版，頁 6，1995 年。

第二款 如何判斷值得刑法保護之法益

理解刑法法益之概念，有助於構成要件的解釋及適用，惟保護法益理論之概念甚為上位，逃脫不了過於抽象、過於玄幻之質疑，故**如何判斷值得刑法保護的法益**之問題，目前仍然缺乏確定的解答。有學者認為，不論是早期剛開發法益概念時，對於法益實質內涵的 Franz v. Liszt 和 Karl Binding 論爭，甚至到現代學理中超個人法益、環境刑法、風險刑法、抽象危險犯的長期辯論，這些釋義學難題的源頭，都肇因自欠缺清楚的法益定義[71]。雖然我們形式上可將法益定義成「**由法律所保護的利益乃至價值**[72]」，但其實如此文字描述容易流於抽象而發散，淪為形而上的概念學詭辯，而沒有實益。再則，藉由法律所保護的利益甚為廣泛，甚至我們可說國家利益、政府利益也得以計入其中，惟刑法有其「謙抑性」之特徵，故如何具體限定刑法之保護法益甚為重要，學說亦多有所建議。

有學說認為，當我們提及刑法保護法益概念時，除了盡量限定與具體描述以外，應一併考量法治國原則以及法秩序之一致性，以建立憲法意義下的刑事法益概念，亦即建立「**由憲法意旨觀察應由刑法保護的重要利益或價值**」[73]。有國內學說針對刑法規範的特殊性，將法益概念應用於行為規範合憲審查的第一階段，主張確定行為所侵害的法益屬於憲法核可的法益位階時，該行為才有「應（刑）罰性」（Strafwürdigkeit），嗣後在第二階段再運用比例原則之思考，判斷該行為之「需（刑）罰性」（ Strafbedürftigkeit），藉由上述法益之審查步驟，判斷基本權限縮或剝奪之合理性[74]，以**建立合乎憲法規範意旨的刑法**。

雖然，以前述憲法保護意旨及比例原則與進行刑法法條的合憲審查，某層面

---

[71] 許恒達，同註 68，頁 134。
[72] 內藤謙，〈保護法益・性質・分類・順序〉收錄於《刑法理論の史的展開》，東京：有斐閣，頁 121，2007 年。轉引自林勇麒，同註 69，頁 30。
[73] 內藤謙，〈保護法益・性質・分類・順序〉收錄於《刑法理論の史的展開》，東京：有斐閣，頁 122，2007 年。轉引自林勇麒，同註 69，頁 30。
[74] 許玉秀，透明的法袍，臺北市：新學林，頁 205-206，2008 年。

可解決從正面定義描述法益之困難，但實際幫助卻不大，我們還是會陷入「以抽象概念去描述抽象概念」的困境，故有賴法益之實際「機能」亦即較為具體的「功能」去釐清抽象概念，倘以動態而具體的功能面向檢視法益，更可能得賦與法益一個具體之樣貌。

第三款 小結與反思

參考德國學說對法益概念之討論，可以發現他們對此是百家爭鳴，但法益論述自 Karl Binding 和 Franz v. Liszt 以降，已然確定其在德國刑法上之核心地位[75]，後續論者皆循之開展。除了前款提及的缺失以外，德國學說對於法益內涵的展開有法益概念「精神化」之傾向，由此傾向可以預見的是法益概念將有「虛無化」之徵兆，可能使國家機關的任何利益都來假借法益之名，而遁入維護自身利益之實。為避免此情形之發生，有論者認為應重新確認法益本身之性質[76]。

然而，其實從法益保護原則可知，保護法益本身概念本來就必須要夠抽象才有討論的空間，否則定義若過於明確具體，將使下位之具體條文難以制定，而無操作彈性，產生法條規範上的漏洞與欠缺，故我國學說及教科書上多從法益的「機能」（亦即功能），側面剖析「何謂法益」以解決此問題。本文接下來將依序討論法益之機能、法益理論的變體、法益之分類等問體，期能探究法益完整面貌，以便確立系爭公務員旋轉門條款之刑事保護法益。

第二項 法益之機能（功能）

第一款 法益之實質機能

[75] 伊東研祐，法益概念史研究，成文堂，頁 69，1984 年 6 月。轉引自吳志強，經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構，臺北市：承法數位文化，頁 38，2014 年 9 月。
[76] 吳志強，同註 75，頁 38-39。

第一目 法益的「解釋」與「限縮」機能

有學者指出[77]，犯罪概念可以區分為「形式犯罪概念」與「實質犯罪概念」，前者係指只要違反刑法規範，該行為就具有形式的違法性；後者則指除了要在形式上違反刑法規範以外，實質上也要損害或是危害到刑法規範所要保護的利益，亦即具有侵害法益的特性或具實質的社會損害性，才有實質的違法性，而具實質違法性的行為始有刑罰正當性，故「保護法益」具有補充實質犯罪概念之作用。法益之「形式機能」為刑法典中犯罪類型編排之體系化功能，舉例而言就是刑法分則法條的編排，而於法益「實質機能」方面之討論，國內學說認有下述二種[78]：

1. 司法解釋機能：

只有透過法益概念，才能清楚解釋犯罪構成要件的實質內容，而個別構成要件保護法益內容，將決定犯罪的「保護方向」。如此藉由法條所保護之對象，從而去解釋具體條文的功能，學者稱為「**法益的解釋機能**」，將其視為不法構成要件目的解釋的依歸，以避免流於概念法學的空泛討論。

2. 限縮可罰性機能：

除了前述「司法解釋機能」以外，法益還能劃定入罪化的處罰界限，亦即當立法者希望處罰某個行為時，該行為必須先具備「損害法益或具危害法益的潛在可能性」之前提。倘某行為只是危害到社會大眾的法感情，或只是造成個人心情上的不舒服，立法者就不得以刑法去制裁這些行為。此種以法益為保護之中心，並清楚限縮刑法的保護範圍，同時禁止以刑法保護道德感情與私人心情之功能，學者稱為「**法益的可罰性限縮機能**」。

---

[77] 王皇玉，同註 67，頁 22-23。
[78] 許恒達，同註 68，頁 135。

國立政治大學 National Chengchi University

另有學說則提及[79]，法益這種具有限制國家與立法者恣意制定刑法規定，或是隨意擴大刑罰權範圍的作用，亦具有「系統批判功能」，畢竟國家刑罰權的發動要以保護人民之利益為出發，如果刑法是保護一些「非」人民利益之其餘抽象空洞、甚難解釋為係為人民而存在之利益，這樣的法益是不具正當性的。如此，才能避免刑法淪為立法者或是執政者的政策宣揚手段，或是塑造特定意識型態、製造特定價值觀、獲取不正利益的工具，故刑法有其系統批判功能所在。

第二目 為何法益必須實現這些機能

法益主要是提供「司法解釋」與「限縮可罰性」的雙重功能，依前述學說見解，目前仍無其他更適合的替代概念[80]。不過，這種「解釋」與「限縮」功能固然是法益主要機能，但是否可進一步追問：為何法益能夠或必須實現這些機能？這個提問從刑罰之「最後手段性」（ultima ratio）著眼，可知其實是因為刑罰是所有公權力制裁手段中最為嚴厲者，故不論是構成要件的定型範疇或入罪化的行為，都應予以限縮以保障人權。學者認為，法益作為犯罪概念上實質侵害之對象，正是設法在最後手段性的前提之下，儘量符合刑罰之「最後手段性」[81]，並直接回歸到個人核心利益之保護。

第二款 法益機能及其爭議

第一目 法益是否亦為擴張刑罰之媒介？

「法益」是由啟蒙時代以來開展出的概念。受到當時思潮影響，認為透過階層化及可事先預見的和緩刑罰，能產生最大的社會與行為調控機制。故學者認為，其實施用刑罰制裁不法行為已「非」刑罰之重點，發展重點反而是要讓社會成員

[79] 王皇玉，同註 67，頁 24。
[80] 許恒達，同註 68，頁 135。
[81] 許恒達，同註 68，頁 139。

願意共同遵守同一套規範，塑造出理性（趨吉避凶）之人，故在此同時也發展出許多限制刑罰的法律原則，因為**只有最嚴重的侵害行為才能動用刑罰**。不過我們仍須注意，法益概念之表面效果，雖看似為「限縮刑罰」之人權保護，但其實是利用抽象不具體的法益概念在「形式上」限縮刑罰，「實質上」卻假借法益為一合法媒介，暗地去擴展社會的合法宰制力，將立法者（或多數人民）認為應由刑法保護之對象做立法管制。學者指出，這種一體兩面的效果，既能限縮又能擴張刑罰，其實才是刑法必須採用「**法益**」概念的理由[82]。

簡言之，某些行為只要透過立法者有意操作，就可以合法地將某些「生活利益」動用刑法加以保護，進而取得處罰該侵益行為之正當合法權源。若我們在此層面檢視保護法益的概念，「**法益**」亦可視作為擴張刑罰的管道。

第二目 抽象危險犯之發展對法益之影響及其疑義

前述學者提出藉由法益當作管道而擴張刑罰之例，可見於國家以風險社會為名，制定出來的風險刑法當中。

隨著現代社會高度發展，分工趨進精細、複雜化與專業化，各種舊時代未知的風險與其社會管制需求亦隨之大增，舉例而言如環境污染、酒駕肇事、海外洗錢行為等，倘若我們不改變以往的刑法思維，仍墨守以「須有侵害結果發生」為可歸責之前提，將會提升風險的實現可能或是擴大最終損害結果之規模，並限縮住刑罰可罰性範圍，對於某些雖具有高度侵害可能但未發生損害結果之「前階段」危險行為顯然捉襟見肘、管制力道不足。此際，若不改變刑法原有的結果歸責機制，而依然將刑罰侷限於「必須有實害結果」發生，是不可能維持現代社會生活的[83]。

---

[82] 許恒達，同註 68，頁 139。
[83] Stratenwerth, ZStW 105(1993), S. 688 ff.轉引自許恒達，同註 68，頁 144。

為妥善處理現代社會各種新興風險問題，刑法必須適當改變結果歸責之結構，將某些危險行為之處罰「前置」於行為階段予以風險控管，故產生不須結果歸責之「**抽象危險犯**[84]」（abstrakteGefährdungsdelikte）概念，為一種對法益保護的前置化措施。回歸本文立場檢視，本文討論之公務員旋轉門條款正是**抽象危險犯**，且明顯係保護「**超個人法益**[85]」之部分，亦即本條款以抽象危險犯的方式，不待違法行為造成實際的損害，將對國家或社會法益的保護予以**前置化**。於此，有學說進一步認為，用抽象危險犯保護超個人法益之理由，往往在於超個人法益有「**保證個人法益之實現**」之特殊性，例如公共秩序、經濟交易制度、文書在法律交往上的信賴性與可靠性、國家行政權與司法權等法益，其存在本身便是對於個人法益實現之保證[86]，如此保證亦是建立在個人對於利益實現的安全感與確定感的要求之上[87]，故做為一個法主體，其值得被保護的利益，除了個人所擁有的私益（個人法益）之外，也包含了各種能夠讓個人得以開展人格與自由、實現人性尊嚴的各種秩序與制度之公益（超個人法益）部分。

惟如前所述，以抽象危險犯方式立法的話，這些關乎交通安全、環境保護、醫療糾紛、白領犯罪之新興風險刑法，可能會逾越古典法益理論所保護的範圍，因為這些危險行為在尚未造成實際損害結果之前，若透過保護法益概念之媒介，也許就可以取得以刑罰相繩的正當性。當社會普遍認為，這些風險刑罰規範是為了保護人民生活之便利而必須存在時，該規範即變相地不違反法益保護原則，法益保護概念即轉變為「**有法益即有犯罪**」之**積極正當化之立法機能**[88]。只要人民對於某些高風險行為認為不安或不妥，而對某些實務判決結果在感情上難以接受[89]，加上現今政商糾葛等錯綜複雜之因素，使立法者常為符合所謂「人民法感情」

---

[84] 王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，第 159 期，頁 235-244，2008 年 8 月。
[85] 關於「**個人法益**」與「**超個人法益**」之分類，本文嗣後將會有所討論。
[86] 王皇玉，同註 84，頁 241。
[87] 王皇玉，同註 84，頁 241。
[88] 嘉門優，法益論の現代的意義，刑法雜誌，47 卷 1 号，頁 37，2007 年。轉引自林勇麒，同註 69，頁 32。
[89] 例如：葉冠亨（網友及新聞媒體多代稱其葉少爺）酒駕肇事致死案，為 2012 年 4 月 25 日發

而因應時事乍然立法通過，因立法過快，考慮不甚周延，而可能產生不當擴張刑罰的疑義，若再加上「有法益即有犯罪」之積極正當化立法機能的見解，則前款學說提及之保護法益機能中的「**法益的可罰性限縮機能**」是否將蕩然無存？這樣的話，是否有過度犯罪化之可能？

有論者批評，這種模糊的超個人法益與抽象危險犯概念，因放棄了行為客觀影響的可檢驗性，並搭配刑度範圍擴張，讓法官裁量空間大增，但又沒有損害結果可審查比例性，而且為了構成要件適用上的全面與彈性，法律明確性也被放棄，是犧牲法治國原則以交換大眾的安全感[90]，此亦為德國學說上法蘭克福學派數落現代刑法的特徵之一。

第三目 小結與反思

學說認為，「法益」係一個具有緊實外殼卻欠缺實質內容，只要能夠在理論上說的過去，就可以「生產」刑罰管制的轉換介面[91]。但從這個觀點理解法益，似乎頗為危險且過於積極。惟為了維持現代科技生活之便捷，我們不能就此因噎廢食。為因應時代變動，關於社會系統內之諸多利益，都將仰賴設立新刑法規範做為規制，特別是財產刑法、經濟刑法、國家保護刑法、交通刑法、環境刑法等層面，相關犯罪行為的可罰性都將隨之提前[92]，亦即在尚未造成損害結果之危險行為階段（前階段），即具有刑罰可罰性，顯然是當代無可避免的立法趨勢。

不過，即使在這些新型態刑事立法為了更有效保護法益，而將刑事處罰愈來

生於高雄市的酒駕肇事案件。2013 年 11 月 27 日最高法院維持前審認定，以公共危險罪判葉冠亨六年有期徒刑，同案被告王嘉祥依業務過失致死罪判刑二年，但社會大眾卻無法接受，認為判決結果過輕，因為事涉三條人命，至少要到無期徒刑、死刑之程度，才能遏止酒駕歪風。此處擷取與整理自維基百科及 ETtoday 東森新聞雲：http://www.ettoday.net/news/20131127/301480.htm，最後瀏覽日：2016 年 9 月 1 日。

[90] 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 174，2009 年 7 月。

[91] 許恒達，同註 68，頁 147。

[92] 金尚均，危険社会と刑法: 現代社会における刑法の機能と限界，成文堂，頁 17，2001 年。轉引自吳志強，同註 75，頁 49。

愈前置化的情形之下，仍應考量該行為是否對法益「造成侵害」或「有侵害之虞」，始有加以犯罪化之可能性[93]，而不是就這樣任憑刑法規範無限膨脹，然後為了合乎「法益保護原則」，再反過來創造一個新的法益內涵將其管制合理化。這種找一適當理由以合理化刑法規範的訂定，在思考邏輯上似乎有些本末倒置。

第三項 法益理論之變體——規範理論的出現

第一款 行為規範論之內涵

歷經前述提及之風險刑法法益概念的「擴張期」，為消除與安撫社會成員的不安感，內容與法益理論不同的「行為規範論[94]」便逐漸成型，並成為二十世紀末期迄今之刑法顯學，此概念可說挑戰了傳統法益理論為刑法核心之地位。

學說上有謂[95]，規範理論認為即使每個構成要件的背後都有其保護法益，但刑法只保護法益免為「人為」之攻擊，而不保護法益受到自然災害等「非人為」之侵擾，因此最有實益的保護法益方法，其實是有效控制社會成員的行動舉措，例如保護生命法益最有效的保護機制，其實就是強制要求每個社會成員不能做出任何影響他人生命之行為，例如刑法規定「殺人者，處死刑、無期徒刑，或十年以上有期徒刑」。行為規範論者認為，這種透過法律效果中的刑罰規制，限制他人恣意做出殺人行為，才是有效保護生命法益之方法。

德國學者 Günther Jakobs 所提出的「行為規範論」正是以一個實質存在的規範體系出發，認為刑法的目的在於建立規範不可破壞的確信，而非法益保護[96]，

---

[93] 嘉門優，法益論の現代的意義，刑法雜誌，47 卷 1 号，頁 38，2007 年。轉引自林勇麒，同註 69，頁 32。

[94] 關於規範理論之見解，可參照：李茂生，風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，第 173 期，頁 145-153，2009 年 10 月。

[95] 許恒達，同註 68，頁 148。

[96] 李聖傑，〈「家族相似性」探尋刑法典範之運用〉收錄於《刑事法學的新視野》，臺北市：元照，

故依照其看法，刑法保護的並非法益，而是規範有效性（Normgeltung）與規範效力的維持。但學者 Claus Roxin 認為，刑罰的目的不可能是維持其本身規範的有效性，反而應該這樣說明：維持規範有效性之目的，是為了維護規範保護之法益[97]。

依據 Jakobs 的規範論主張，應該讓行為人在「行為前」能明確知悉刑事規範存在，知道什麼樣的行為將受到刑法規制、有什麼刑罰效果，使其對規範本身得以確認，從而拘束自身，避免從事違法行為而誤蹈法網。不過這種「將規範本身當作刑罰正當性之依據，得有效預防或禁止行為人為損害法益之行動，以收管控社會秩序之效」之看法，其實已非「犯罪是否成立」層面上之問題。

第二款 行為規範論與法益保護論之關聯

學說上有認為，規範理論強調的是「未來取向」的行為管制，而法益理論重視者則是「過去實現」的法益損害或法益危險，二者間看似有無法跨越之鴻溝，但若仔細思考行為規範論之基礎，其實會發現正是法益保護論，設想：假使不存在法益理論的話，我們何以判斷什麼是刑法行為規範禁止的人類舉措？[98]刑法中實質禁止之違法行為，必須回歸保護法益的觀點去解釋構成要件與涵攝之，如此始能與法益保護理論及罪刑法定理論相輔相成。另有學說主張[99]，規範效力之維持固然可做為刑法的任務之一，但如果不同時搭配法益保護做為限制刑罰可罰性與檢驗刑法正當性的標準，而僅要求規範效力的維持，將形成不正當的法規範也強制要求人民遵守的「惡法亦法」之局面。

頁 145，2011 年 5 月。

[97] Claus Roxin，許絲捷譯，法益討論的新發展，月旦法學雜誌，第 211 期，頁 277，2012 年 12 月。

[98] 許恒達，同註 68，頁 149。

[99] 王皇玉，同註 67，頁 31。

此際，行為規範理論或許其實只是法益理論的另一種表述方式[100]。舉例而言，本文所討論的公務員旋轉門條款，若按照規範理論的邏輯推演，其實就是禁止離職公務員在「一定期限內從事一定職業之特定職位」，但我們卻無法從構成要件的文義字面知悉什麼是「一定期限內從事一定職業之特定職位」之行為，此時就需要透過法益保護論的觀點去解釋，進而我們可得知所謂「一定期限內從事一定職業之特定職位之行為」，若在釋字第 637 號解釋以國家法益定位之邏輯下，係指可能會產生不正利益輸送、危害國家社會之危險行為，如此便能實質界定刑法的介入時點與保護之範圍，避免規範自身無限膨脹與肥大化。

第三款 小結

綜上所述，保護刑事法益的最佳方式，就是將管控「前置化」，而規範論其實就是法益論的前置論述，法益論則是透過規範理論而展開其行為規訓[101]，這是法益論一體兩面的展現，如此便可合理解釋規範理論中的疑義。

若用這個角度思考刑罰，可以發現當代思潮下，刑罰的效果並不是單純的報復思想，而是在人民知悉相關合理而正當的規範以後，願意去理解與配合，並理所當然地（內化）遵守刑罰規訓之義務內容，進而達成所謂當代刑罰理論中積極一般預防之效果，使刑法規範根植於人民價值觀之中。

第四項 法益之分類

第一款 概說

傳統學說將刑法中各罪，依據法益之持有主體在形式上分成三種，即：對於

[100] 許恒達，同註 68，頁 149。
[101] 許恒達，同註 68，頁 149。

國家法益之罪、對於社會法益之罪、對於個人法益之罪[102]，我國刑法第一百條以降即依循此體系作編排。依照保護法益的「**持有主體**」做分類，可以得知前兩者法益分別為「國家」與「社會」這兩個「**超個人**」主體所持有，個人法益部分則為「**個人**」主體所持有。

有學說認為，即使依據法益的持有主體做了分類，國家法益與社會法益這些「**集體法益**」，亦可視作是多數個人法益的抽象集合，即多數個人為主體而**共同**持有該法益。因集體利益必須是為了個人利益而被功能化，集體法益只有從個人法益的角度推導出來，亦即其目的本身是為了服務個人的時候，在刑法上的保護始具有正當性可言[103]。換言之，要具有個人保護的關聯性，才有刑法保護的正當化基礎，故單純就主體部分而言，現今法益理論已明確否認超個人主體的存在，因為超個人只不過是「多數個人」的集合而已，畢竟僅針對國家或社會的抽象利益做保護，而無法還原回最小單位之個人利益保護時，國家或社會可能會凌駕於個人而成為主體與目的，獨立存在，個人反而淪為國家或社會為了維護自身利益下可犧牲的客體[104]。

本文在法益分類的討論中，筆者首先會對德國學說上的**一元論**及**二元論**做初步介紹，為後文**集體法益**概念作鋪陳。由於公務員旋轉門條款保護法益已有司法院大法官釋字定位為「國家法益」在先，惟本文對**究係保護國家法益抑或社會法益者**仍存有疑義，故在針對**集體法益**部分做介紹後，接下來將再對系爭條款之保護法益做出定位上的釐清。以下先由一元論及二元論之論爭開展：

---

[102] Reinhart Maurach: deutschesStrafrecht, BasondererTeil, 1956, Einleitung, B, Die Rechtsgütsrordnung des BesondrerTeils.轉引自韓忠謨，妨害國家法益及社會公安之罪的比較研究（上），法學叢刊，第 11 卷第 3 期，頁 20，1966 年。

[103] 周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，臺大法學論叢，第 41 卷第 3 期，頁 990，2012 年 9 月。

[104] 王皇玉，同註 67，頁 26。

第二款 一元論與二元論之法益論爭

第一目 一元論之法益概念

「一元個人的法益概念」（der einheitlichepersonaleRechtsgutsbegriff），是由德國學者 Michael Marx 所主張，而所謂「一元個人的法益學說（簡稱個人的法益學說）」即是源於此，有論者形容是具有自由主義與個人主義色彩的法益學說[105]。學者 Marx 認為，由於個人有其個體性與社會性，所以沒有必要將法益建構在超個人主體如國家、民族、公眾等玄奧的事物之上，只有一元概念下的「個人」才是唯一的法益持有主體[106]，故所謂的「國家法益」與「社會法益」，其實和「個人法益」並無本質上之差別，而是法益持有主體數量多寡的差別而已。學者 Marx 之所以界定出這種分類標準，其實益在於確認法益的處分權應為何主體所有，若是以多數個人為持有主體的法益，那單一個人的放棄，並不會影響到其做為「保護法益」之資格，惟倘係以單獨個人為主體的保護法益，單獨個人即得有效處分，甚至得任意拋棄之。

依據法蘭克福學派之看法，實際上他們並不否認刑法必須保護超個人法益之部分，他們認為以個人為起點，將超個人法益「功能化」，超個人法益只有在被證明為「個人的間接利益」時才具有保護的正當性[107]，因此超個人法益的保護，只有在解釋為多數單一個人所共同持有時，才有所謂的保護適格。進一步言之，只有在個人之人格發展可以被充分保護以及自由實現的情況下，我們才會承認有「超個人法益」的存在，例如保護國家行政體制、司法制度、文書制度、市場經濟秩序、甚至維護國際和平等，即係在確保「每個」單一個人的權益有實現之可能。法蘭克福學派對於「個人法益」與「超個人法益」兩者間關係之詮釋為：彼

[105] 鍾宏彬，同註 90，頁 175-176。
[106] 鍾宏彬，同註 90，頁 119。
[107] 鍾宏彬，同註 90，頁 175-176。

此間具有**推導關係**，若以環境刑法為例，學者 Olaf Hohmann 認為，環境的改變終究會或間接會影響到人類生命及身體健康，因為環境與人類生活呈現微妙的相互依賴關係[108]，也就是說保護好環境免於受到污染以及破壞，就是在做個人法益中生命或身體完整性及健康狀態的**前階段**保護。於此，其實德國聯邦憲法法院判決也有明確指出，所謂「集體制度」的價值必須依照對每個自然人的重要性來衡量與判斷，因為**集體法益的保護最終也是為了個人**在做努力。

綜上可知，在一元論之下的保護法益概念，其計算的基本單位都是**人類之單一個體**，是以，目前我國核心刑法中規定之國家主權安全、公權力運作的廉潔公正、公共往來之交通安全、經濟交易制度之秩序等整體法益的保護，皆可以回歸到「個人法益保護」的面向討論，但此種見解是否會導致刑法無法適應現代科技社會的挑戰呢？

第二目 二元論之法益概念

相異於一元論者，二元論主張者則認為「**推導關係**」（Abletitungsverhältnis）與「**階層關係**」（Hierarchieverhältnis）是不存在的。學者 Kuhlen 認為，即使公眾法益最終仍有追求個人利益之目的，但這並**不表示該法益係由「個人」所推導出來或必須還原成個人法益，而是應獨立自身為一新保護法益**，畢竟有的整體法益是無法精確地還原到單一個體身上的，例如國家各種社會制度與行政、立法、司法等功能，是為了整體內政與社會、經濟制度能夠順利運行而設立，不僅僅是為了單一人民之個人利益，而更是全體公民自由意志之展現，是以無法直接還原成某種個人法益，也無法確切限定在特定種類的個人利益之上。學者 Klaus Tiedemann 甚至提出更為激進的看法，他認為若以經濟刑法這種附屬刑法而言，因其保護法益帶著濃厚的法秩序與經濟秩序的社會性格，並非僅係為了個人利益而做的技術性安排，這種

[108] 鍾宏彬，同註 90，頁 178。

法益的抽象性質便會使其本身難以掌控，故只有使「**經濟利益**」**與**「**社會利益**」**獨立自我目的而存在**，並將其服務人類的功能及目的性予以抽離，才能有完善的保護[109]。簡言之，超個人法益應獨立於個人法益存在而被獨立保護著。

刑法法益理論之所以有如此轉變，乃係因應國家任務的改變，也就是從十九世紀之「**夜警國家**」(Nachtwächterstaat)轉變到二十世紀之「**社會國**」(Sozialstaat)，亦即，從僅保護人民免於擔心受他人侵害的警察國家，到保障與促進個人自我實現、確保人性尊嚴之福利國家，國家任務已發展到不再只有基本生活需求的直接保障，其餘諸如社會分配正義、社會參與、福利給付等也應有所保障。在這樣的氛圍之下，社會成員只有在與他人相處的共同體中(例如經濟、公務體系、司法、學校、軍隊、家庭等)，亦即只有在社會制度與國家制度中，個人之利益才能被確保實現，因此刑法對於這些制度的保護，就是為了**個人之間接利益**所作的法益保護。是以，若僅從個人角度重整法益秩序的話，勢必會有其不足不處，因為國家與社會所需的經濟基礎若沒有充分保障，將無法提供個人所需要的生活與自由，獨立保護這些國家法益與社會法益自有其必要性。

由於，這邊所謂的超個人法益是指「**所有單一個人**」所共同持有之法益，為了能精準表達該詞意以及避免「超個人」一詞過度抽象所帶來的疑義，德國學者 Roland Hefendehl 主張應改稱之為「**集體法益**」(kollektiveRechtsgüter)較佳，明確表示是「所有個人」的集體所共有，而非歸屬玄妙之「超」個人主體[110]。在這種集體法益的概念之下，保護法益的持有者雖然為「國家」或「社會」，但最終還是能夠縮小而還原到每個「單一個體」身上做討論。集體法益的概念與本文後面討論保護法益之部分有所關聯，為釐清公務員旋轉門條款之法益定位，接下來本文會繼續就集體法益之部分做詳細論述。

---

[109] 鍾宏彬，同註 90，頁 185-186。
[110] 鍾宏彬，同註 90，頁 189。

第三目 小結

前述一元論與二元論的討論實益即在於：**超個人法益「能否」或「必須」還原成個人法益之保護**？在這個問題點上，一元論者主張超個人法益必須能夠被還原成個人法益，始具有法益保護的正當性基礎，也就是說，所謂國家法益與社會法益其實和個人法益並無「本質」上的區別，因為都是單一個人所持有著，只是法益持有主體在「數量」上的差別而已；而二元論者則主張，因為超個人法益帶有濃厚的公共利益性質與社會性格，並非只是為了單獨個人之利益而做的技術性安排，唯有使國家法益與社會法益**獨立目的**而存在，將其服務個人的功能及目的性抽離，才能有效去保護之。話雖如此，其實有學說認為二元的法益學說也是從「**個人**」做出發，個人法益與超個人法益都是「**人**」的法益。在此思考脈絡之下，**就法益持有主體而言**都是一元論，即在憲法意義下具有個體性與社會性而具有自由意志的「個人」，一切保護都能以個人法益為起點；然而若**就功能面而言**，在二元論之看法中，不只存在服務人類個體的「個人法益」，亦有被另外獨立門戶出來，以保護人類全體的「超個人法益」存在（或稱集體法益），故個人法益與超個人法益互不隸屬、各自獨立，並且各有其保護的功能，沒有必要須還原成某個特定的個人法益。

兩說亦各有其優缺點[111]。主張一元論者雖然能夠控制超個人法益之範圍，且較不會干預個人自由，但卻有無法跟上時代變遷之疑慮，例如就環境犯罪而言，其保護法益若都要還原成某種個人法益才有正當性的話，那是否需等到造成個人生命身體有所實際損害後才能處罰？那豈不是已經造成生態浩劫、為時已晚；反之，二元論者雖然因為直接保護國家或社會之抽象利益，而較能夠因應現代科技社會的挑戰，但卻有著干預人民自由過度的可能風險存在。

[111] 一元論與二元論之優缺點部分整理自鍾宏彬，同註 90，頁 188。

本文參酌其他論者之見解，認為我們既然生活在當代這樣科技發展一日千里的世界中，新型態保護法益的需求想必會持續增加而不會停止，故採**二元論**者似乎較能彈性因應未來科技社會的挑戰。是以，在法益理論中，不僅只有「**服務人類個體**」的個人法益而已，還有另外獨立自我目的出來，「**保護與服務人類全體**」之超個人法益（或稱**集體法益**）存在。個人法益與超個人法益得互不隸屬，而各自獨立，各有其保護的「**功能**」，沒有必要一定得還原成某個特定的個人法益，否則保護的力道會有削弱之可能。有學者認為，為因應風險社會而生之**風險刑法**規範，或是用以對付市民社會敵人的**敵人刑法**等特別刑法之場域，以抽象概括的國家安全、社會秩序、經濟發展等集體法益「**直接**」做為保護之對象，反而更能做全面性之保護，例如對抗毒品犯罪、組織犯罪、洗錢行為等特別刑法之立法[112]，因為這些保護法益的公益色彩濃厚，似乎更有獨立出來、加以保護之必要性。

不過，即使本文較為贊同二元論者之見解，但同時也認為二元論者在超個人法益的定性上有時會過於激進，故擬以「集體法益」之概念取代二元論者之看法，做為本文在法益篇章的主要軀幹。而本文所探討的公務員旋轉門條款之保護法益，究係位於集體法益的哪個層面？此部分仍須仰賴後文梳理集體法益之概念後，再行檢視。

國立政治大學 National Chengchi University

第三款 集體法益之概念

第一目 集體法益之定義

前文提及，德國學者 Roland Hefendehl 為避免「**超個人法益**」一詞可能會令人有所誤會，應改稱之為「**集體法益**」（kollektiveRechtsgüter）較佳，以明確表示該法益是為人民「全體」所共同享有，而不是憑空想像出來的「超個人主體」

[112] 王皇玉，同註 67，頁 27。

所有，但集體法益之持有主體雖然為「國家」或「社會」，**最終還是能夠還原到團體中的「個人」上**[113]。而學者 Roxin 則認為，正常行使職責的司法機構、沒有貪污賄賂的公家機關、未受損的貨幣系統、健全的賦稅體系與未受破壞的環境，對於個體在社會中的發展可能性上具有基本的意義，也就是與個人法益的保護其實是完全不衝突的[114]。既然我們都已承認有保護整體法益之可能，就保護「未來世代生活基本之基礎」以及保護「自然環境」兩方面而言，Roxin 認為現代刑法其實是可以透過德國基本法取得其保障正當性[115]，以保護超個人法益之部分。

又集體法益之罪，對於法益之侵害結果產生與否，不論是實害發生或危險之虞，其實都是不需要的。德國學說認為，致力於尋找保護法益係於事無補，應加強探尋構成要件與保護法益之間的關係，才能有助於刑事法的憲法審查與刑法釋義學之發展[116]。學者 Hefendehl 認為，集體法益通常具有**不可替代性、不可再生性、無法迅速復原**，因此不管實害罪或是危險罪之保護皆為時已晚，用於保護集體法益的行為結構，必然是連「抽象危險」的程度都不及的類型才足夠保護之，他們稱之為「**累積犯**」（Kumulationsdelikte）[117]。

學者 Roxin 雖然不認同累積犯之見解，但其承認整體法益之存在。在承認整體法益的情況下，任何獨立於其他人所為的構成要件該當行為，就已經存在有法益的侵害[118]，在這個論述脈絡之下，任何行為人只要有排放廢水入海的行為就是在破壞環境，而已然侵害到環境法益；而任何公務員如果有收受賄賂之行為，就是損害了行政體系的廉潔與公正性，不用等到真正造成國家或社會的具體損害後才算成立收受賄賂罪。因此，我們並不須認為整體自然生態或國家行政系統要受

---

[113] 因集體法益與超個人法益之概念在承認「國家法益」與「社會法益」的部分其實大致相同，故本文不會在文句中特地區分出「**超個人法益**」與「**集體法益**」這兩個名詞，而會混用之，於此先予敘明。
[114] Claus Roxin，許絲捷譯，同註 97，頁 270。
[115] Claus Roxin，許絲捷譯，同註 97，頁 277-280。
[116] 鍾宏彬，同註 90，頁 190-191。
[117] 鍾宏彬，同註 90，頁 191。
[118] Claus Roxin，許絲捷譯，同註 97，頁 271。

到實際損害後才有保護之適格。

第二目 集體法益之分類體系

學者 Hefendehl 依照法益對於個人的功能，整理出集體法益之體系。他認為在體系上主要可分為下面兩大類：第一類是「保護國家架構條件」的集體法益；第二類則是「為個人之自我實現創造自由空間」的集體法益。以下茲就該體系簡單介紹之：

1. 「保護國家架構條件」之集體法益功能與其存在面

「保護國家架構條件」之集體法益功能，由抽象到具體有三個層次，依序為：保護國家之存續、保護特定憲法機關的運作（及其意志形成與意志行使）、保護國家具體活動執行不受干擾[119]。至於該法益之存在面，學說上有下述兩種子分類：可能耗盡之國家資源，以及國家運作條件（國家功能法益）。因為這些分類的內涵所涉及的範圍較偏向「純粹的」國家法益之部分（像是國家存續以及五院運作等等），由於本文討論標的會牽扯到社會法益的概念，純粹的國家法益保護和本文並無直接之關聯性，故此處暫不多為筆墨。

2. 「為個人之自我實現創造自由空間」之集體法益功能與其存在面

在「為個人之自我實現創造自由空間」此一大功能之下，具體還可以再分成兩種子功能：其一為對大眾直接呈現，對個人持續潛在的集體法益；其二為提供社會干擾發生時的反應手段，例如司法的使用或其他與公務員的接洽。而從存在面得加以區分為可能耗盡的社會重要資源（例如自然資源），以及對制度的信賴，對制度之信賴又依對象可分為對社會制度的信賴與對國家制度的信賴[120]，之所以

[119] 此分類係整理自鍾宏彬，同註 90，頁 197。
[120] 分類亦係參照鍾宏彬，同註 90，頁 196 及頁 198。

將制度信賴法益置於此分類項下，乃係因為對於制度的信賴有助於個人自由空間的創造。惟亦有論者從不同角度思考，倘以文書制度為例，並非文書制度的存在讓我們社會更好，也不是因為文書制度的存在創造或擴張了社會成員的自由空間，所以刑法才要加以保護文書制度，而是因為該制度是具有「對每個人都有效力」之普遍有效性的集體法益，它的普遍有效性和直接關連到「每個單一個人的個人法益」所呈現者不同，而是關連「整體法秩序」，致使個人的自由成為可能[121]。

於此，本文認為學者 Hefendehl 所提出的思考邏輯次序較為直觀，他認為制度信賴法益的形成的確有助於個人自由空間的創造與發展，因為個人必須「先」信任社會制度，才能放心在有規範可循的社會中，維持基本生活及其人性尊嚴，「進而」發展自我與實現自我。舉例而言，倘若社會成員皆信任貨幣制度與法律制度，經濟市場才能有統一的交易機制與行為規範，買受雙方才能放心使用法定貨幣，並締結買賣契約為交易行為，此不但能促進經濟發展，也能保障個人私有財產的流通與累積，在財產權受到充分保障之下，個人才有自由處分收益其私有財產、進而實現自我之可能。

3. 本文擇採及論述方向

雖然 Hefendehl 所提出之概念有其反對論者，惟 Hefendehl 對集體法益的分類體系與本文所欲探究之爭點相關，故本文仍以其「集體法益」學說為主軸展開論述，尤其將具焦在對制度的信賴法益中，依據信賴對象可分為「對社會制度的信賴」與「對國家制度的信賴」之部分。

以信賴對象分類的話，前者歸於集體法益(超個人法益)中的社會法益部分，而後者則歸於國家法益的保護之中，這部分正是公務員旋轉門條款保護法益定位之爭點所在：本條款之核心保護法益，因為牽涉到「公務員身分之有無」、「不正

[121] 周漾沂，同註 103，頁 1035。

利益輸送」、「市場不正競爭」等議題，故究係國家制度面之保護還是社會制度面的保護，尚須進一步檢討。囿於篇幅字數，而且旋轉門條款已有大法官釋字第637號解釋在先，我們已經知道該條款不可能僅止於「個人法益」保護之層次，故本文接續將只對 Hefendehl 的集體法益學說中「對制度的信賴」之部分，依照信賴對象之分類依序討論，之後再切入公務款旋轉門條款之刑事法益探究。

第三目 對制度的信賴

1. 體系位置及其下位分類

如前所述，學者 Hefendehl 在「為個人之自我實現創造自由空間」的集體法益中，又區分出可能耗盡之社會重要資源以及對制度的信賴，而後者依信賴對象可分為「對國家制度的信賴」與「對社會制度的信賴」，前文已有提及。

2. 制度信賴法益之形成

Hefendehl 認為，個人必須先信任社會中之制度，如貨幣系統、文書系統、司法制度、行政體系等，並在個人之財產權與自由權有所依靠後，才能放心在有固定規範可循的團體社會中，維持基本生活及其人性尊嚴，進而發展自我與實現自我。

而這種個人「主觀上對制度的信賴」，既然使用「信賴」一詞做為定義，明顯是表述一種心理狀態，但由於心裡狀態會影響個人之外顯行為，故這種信賴同時也是「客觀上」國家與社會制度可以順利運作的基礎。此種制度信賴的形成[122]，除了有個人對「制度中擔綱角色的具體個人」之角色期待以外，對制度本身此一正式機制的信賴，亦因人民自己的授權、政府及法律之合法背書而有其正當性。

[122] 鍾宏彬，同註 90，頁 200。

當人民信賴的**制度**與其**制度角色**結合後，就形成了「**制度信賴法益**」，而對制度的信賴實際上也是社會或國家制度的建構基礎。可以發現，這種對於制度信賴的保護法益其實「集體」色彩極為濃厚，正是為了保護公益，而有動用刑法加以保護之必要。舉例而言，賄賂罪之保護法益是對「公務廉潔之信賴」及「行政行為公正性之信賴」，是對公務行政體系（制度）的信賴，也是對公務員素質（制度角色）的信賴。而公務體系是國家制度之一，故信任公務體系的廉潔公正也是對國家的信賴，正是因為有了這個信賴感委以責任，國家公務體系才能健全建構與運作。

惟 Hefendehl 的制度信賴法益並不是沒有反對見解。德國學者 Roxin 認為，整體法益確實亦適用法益保護原則，而且和個人法益的保護是不衝突的，然而其對 Hefendehl 所提出的**累積犯**（Kumulationsdelikten）概念與**信賴法益**（Vertrauensrechtsgütern）之保護有所質疑。其認為，倘依照 Hefendehl 所發展的「信賴利益」構思，在公務員職務犯罪中，保護法益之核心應該是「職務機關的不可賄賂性」，但在個案中其實很難確定一個針對「**信任**」所生的疑慮，故在認定行政行為實際損害的案例中，若以「信任動搖」來解釋法益損害，就和累積犯一樣沒有必要。因為法益侵害在損害過程的具體預見下，被移轉到人民之心理層面，而變成喪失信任，是一個很奇怪的想法。Roxin 也提及學者 Winfried Hassemer 的看法，認為信任如同「法和平性」的保護，是處於一個過高、過抽象的層次，不應作為刑法保護客體[123]。信賴與否存乎人心，而在司法實務操作上，因信賴與否及其程度係由法官的心證判定，既然每個人待人接物之觀感皆有所差異，心證自然也會因為不同法官而有差別，如此容易有判斷標準不一的疑慮。為解決之，學說上有認為，對於此種法益是否受到侵害之認定，應注重其「與個人利益之關聯性」，或「是否有具體客體存在」，以作為防免認定上流於恣意之關卡[124]。

[123] Claus Roxin，許絲捷譯，同註 97，頁 270-272。
[124] 林勇麒，同註 69，頁 52。

本文則認為，Hefendehl 提出的制度信賴法益之保護有其道理。因制度信賴指是全體人民「共同主觀」所生之信賴，即使是主觀上的心理狀態，但這種「不安心」或「安心」狀態，將影響到人民是否相信國家進而展現出其信任，當人民信任國家，並與國家合意締結社會契約，國家才有正當的民意基礎，從而能合法運作。而且正是因為國家的成立及其運作需要正當民意基礎，所以人民相信締約對象亦即國家，也是在相信人民自身的意志，因此這也是人民自我自由意志之展現態樣，故本文肯認 Hefendehl 之見解，而採其制度信賴法益的學說主張。

3. 對制度信賴法益之攻擊

而對制度信賴的攻擊又如何為之？學說認為對制度信賴的攻擊源可能來自於制度的「內」或「外」[125]，亦即以影響制度角色擔綱者之行為人是來自制度內部還是外部為區分基準。「制度內」的攻擊，係指制度角色擔綱者本身有違反外部人民期待之行為出現，例如：法官違犯枉法裁判罪、檢察官違犯濫權追訴罪等。這種來自體制內部的攻擊通常殺傷力較強大，因為司法官是通過國家考試、經過國家長期培訓的，若司法官一有枉法裁判、濫權追訴等行為，人民對司法制度的信賴可能就此瞬間被破壞[126]，而無修復可能，學說上認為如此便有真實的累積效應（realistischeKumulationseffekte）[127]，是為累積犯。

而對「制度外」的攻擊，則係指「非」制度角色擔綱者試圖由外部影響制度角色的行為，例如：賄賂罪中，行賄者試圖賄賂公務員，而與公務員分別有行賄與收受賄賂之不法構成要件行為。此時，雖然公務體系不會僅僅因為「一個」賄

[125] 鍾宏彬，同註 90，頁 202。

[126] 不過就現在台灣的社會氛圍而言，可能毋須等到真的有枉法裁判、濫權追訴之行為發生，人民對於司法的信任感恐怕早已趨近於零。筆者認為，可能是因為媒體及社群網站之影響力深遠，導致當某些人一旦聽聞「片面真實」的司法新聞報導後（例如有關判決的新聞），不多去查證相關資料與法條，即在自己的社群網站做充滿法感情的分享與批評，此時倘若潛在的閱聽者又不具備獨立思考能力與基礎法治知識，而被錯誤評論誤導，可能會迅速累積出多數人對於司法不信任之情緒，以致於現今社會大眾只要對判決結果一有不滿，便恣意攻擊法官為恐龍。這種群體式「不信任」之情緒，對於司法制度可說是一大斲傷。

[127] 鍾宏彬，同註 90，頁 208，此處可參照 Hefendehl「累積犯」之部分。

賂行為而受到損害，但實際上人民對公務廉潔性之信賴可能已被毀壞，超過信賴的臨界值而轉變為「不信賴」，故賄賂行為對於公務體系而言，也有**真實的累積效應**[128]。惟，這種來自外部的攻擊較內部攻擊弱，所以可能還有補救之機會，例如可能實際上公務員根本未收受賄賂，而沒有影響到公務體系的公正與廉潔性，亦即透過公務員自身品格之自律而有彌補的機制。

4. 制度信賴法益之檢驗

Hefendehl 對集體法益的檢驗步驟，亦係依據其體系操作[129]。在做違憲審查時，應先由**對個人自我實現的功能**（亦即：前述提及之集體法益功能）下手，由功能部分做「**正當目的**」之審查，再者才是以「**比例原則**」檢驗集體法益的構造（亦即：前述提及之集體法益存在面）部分。經由此一檢驗步驟所得出的結論，再與傳統以法益主體為分類基準的三分法比較，可以發現傳統概念的國家法益中，有一部分的上位功能和社會法益一樣是「**為個人之自我實現創造自由空間**」之功能，而該部分之存在面也和社會制度法益一樣是「**對制度的信賴**」。

此部分之國家法益，因為帶有社會法益之色彩，實際分類上也較容易與社會法益混淆，不過此部分正是**公務員旋轉門條款保護法益定位之爭點所在：究係國家制度面之保護，還是社會制度面的保護**？為釐清該爭點，本文接下來將由此被歸類在國家法益中的「國家制度信賴」開展，以辨明旋轉門條款所欲保護之法益為何。

第四目 對國家制度的信賴（法益）

對國家制度的信賴，是由集體法益「**為個人之自我實現創造自由空間**」此一

[128] 鍾宏彬，同註 90，頁 213。
[129] 此部分係簡要整理自鍾宏彬，同註 90，頁 205-206，並參照該作者整理之集體法益體系圖部分。

上位功能之下，為因應「**提供社會干擾發生時的反應手段**」之具體功能，而存在的**制度信賴法益**，國家法益的色彩濃厚。一般而言在學說上，也是歸入國家法益的範疇裡討論。

不過，傳統上這部分雖然被歸類為**國家法益**，事實上它們與國家的存續與運作卻較為疏遠，反而與人民生活較為貼近，只是因為它們被收歸國有且藉著公務體系運作，所以才會有如此分類。正是因為國家擁有合法的強制力（即公權力），而人民信任社會衝突之解決需要依循合法管道，相信紛爭發生會有可靠的法律保護機制，故會接近而使用國家的司法制度[130]。也就是說，當人民遇到紛爭或是受到他人之干擾時，因為知悉並信任司法制度，便會去積極使用由國家提供的司法制度做為其反應手段與處理辦法，如此亦為人民接受國家的一種態樣。但即使如此，人民使用司法解決紛爭的機會其實比使用私人財產制度、文書制度、經濟制度還少，因為在司法制度以外還有其他紛爭解決機制可以選擇，不可能一有紛爭就直接選擇有強制力、執行力的司法制度解決，尤其在我國以和為貴的社會風氣下，大部分人寧可選擇私法上的和解契約，或是市政府調解委員會之調解途徑為之。

這類型的法益，因具有相當程度的公權力色彩，所以並沒有很接近傳統三分法上的個人法益與社會法益，且「**提供社會干擾發生時的反應手段**」這個功能係以人民**心悅誠服**為前提，故人民要先有信賴，並積極、放心地使用國家制度，才能接受國家所做出的最終決定。信賴是源自內心而表彰於外的心理狀態，這是很主觀而直覺的內心情感，而且此處的制度信賴更係指是「全體人民」的「共同主觀」。故我們可以知道，該法益會被歸類在**國家制度信賴法益**的保護下，不無其道理。

[130] 鍾宏彬，同註 90，頁 196。

而本文討論之公務員旋轉門條款，所牽涉到的國家制度即是偌大的**公務行政體制**，更精確描述是**公務行政體系**「制度」再加上**公務員**之「制度角色」兩者的結合，經由人與事的結合而形成了制度信賴。此觀釋字第 637 號解釋及其協同意見書可以知悉，本號釋字之多數意見以「**公務員廉明公正之重要公益**」說明系爭規定所保護之法益，而協同意見書則認以單一法益保護似乎不夠全面，可能無法達成立法目的，不如將保護法益進一步設定為「**國家公務運作（或公務行為）的純潔公正**」，以保護具體可見之公務「行為」的純正去描述法益內容，才能周延而具體。畢竟「公務員之廉明公正」此重要公益過於抽象，需要透過「公務行為的純潔公正」始能證明，且公務員旋轉門條款既然係以「公務員」為行為主體描述，則主體從事之「公務行為」的純潔公正才是所要保護之法益。

從而，公務體系是國家制度，公務員是公務體系國家制度的制度角色，而公務體制加上公務員則係制度信賴的**信賴客體**，故「**信任公務員為公務行為之廉潔公正**」即是**對公務體制此國家制度的信賴**，此即本文認為公務員旋轉門條款「**可能**」涉及的國家制度信賴（法益）之部分。不過，系爭條款是否為國家制度信賴法益的保護？有待後文進一步分析。

第五目 對社會制度的信賴（法益）

至於對社會制度的信賴，則係由集體法益價值面中「**為個人之自我實現創造自由空間**」此上位功能之下，存在著「**對大眾直接呈現、對個人持續潛在**」之具體功能之**制度信賴法益**。由於它是對「社會大眾」直接呈現，而對制度之秩序有高度穩定之要求，具有公益性色彩，故歸類於傳統三分法中的社會法益範疇中討論，而非僅屬個人法益保護之部分。

學者 Hefendehl 認為，社會成員必須先信任社會中運作之制度，其個人法益始有受到保護之可能，進而有自我實現與自由發展之可能性，故這種制度保護有

著守護個人日常生活的機能，雖然沒有隨時都要取用（因為我們不可能隨時都有交易行為或是書寫文書之可能），但只要在人民「**有使用需求之際**」給與法益之保護即可，故稱其具有「**對人持續潛在**」之具體功能。例如：在經濟市場交易之雙方當事人，除了契約上的相互合意以外，仍必須信賴社會的經濟制度與貨幣體制，才能安心與對方為交易行為，倘雙方皆不信任這些社會制度而存有異心，不僅有造成交易秩序紊亂之可能性，其財產權也隨時處於受到他方侵害的風險之中，進而導致個人處分財產的自由意志受到此種不安情緒的侵蝕，不敢放心與對方為交易行為或進行競爭行為，實是市場自由競爭秩序與經濟制度的破壞與倒退，既不利於個人自我實現，亦害及整體經濟之發展。既然保護經濟制度與貨幣體制等社會制度之信賴法益，也是在保護個體之自我發展，自然有其保護之必要。

而這種「**對社會制度的信賴**」法益類似於個人法益之保護，較貼近社會成員的日常生活，有論者形容係「**持續存在每一個當下，持續翼護社會成員生活之法益**」，雖然社會成員並非一直處於使用該法益之狀態，但對個人發展而言，只要在「有需求」的任何時間點，制度信賴法益都能發揮保護的功能便已足夠，除了貨幣制度與文書制度以外，經濟制度亦屬於此種集體法益[131]。

進一步以經濟制度中**市場交易制度**為例，市場交易之進行，沒有信賴作為基礎是不可能的，信賴雖然通常係依據客觀上「安全的」經濟環境（國家的經濟政策、法律規範、行政管制等）而產生，但由於其本質上係出自主觀之評價，具有情感之高度敏感性，如果社會成員對市場交易制度已不再信賴，認為再怎麼努力也得不到相關經濟資源、再怎麼努力也無法獲得比他人還多的金錢利益，此時即使經濟市場客觀上再完善、安全，恐怕也無法讓社會成員安心使用之。當大眾對市場交易制度不再信任，亦即當信賴超過臨界值轉變為不信賴之後，社會大眾就不會再使用該制度，此時該制度就失去運作之可能，而被徹底摧毀。是以，「信

[131] 鍾宏彬，同註 90，頁 196。

賴的破壞」才是關鍵，而「制度能否運作」只是信不信賴之結果，並非直接被攻擊的對象[132]，故為了維持制度的穩定運作，對社會制度之「信賴」遂有其保護之必要。另以偽造貨幣罪章的保護法益為例，Hefendehl 認為，此章保護法益除了市場交易制度的安全性與功能性之外，必然還包含主觀上的信賴[133]，因為安全性是信賴的主要基礎，制度的安全性與對制度的信賴二者結合後，才有所謂之制度功能性。

本文以為，公務員旋轉門條款可能涉及之社會制度為「市場自由競爭秩序」，進一步言之，係涉及市場自由競爭秩序制度中「機會的公平」。查系爭條款之構成要件行為，雖然係抽象危險犯而無須等待實害結果之發生，惟仍須加以探究是對什麼主體造成危險，始能確定其保護法益。試想，倘若離職公務員不為迴避，而於離職後一定之限制期間內，從事與職務直接相關之營利事業的要職，可能會順勢挾帶著有利於該營利事業的公務資訊與資源，嗣後再與其他一般無相關資源之競爭者，共同於競爭市場從事競爭行為。既然這些資源與資訊的獲取管道，一開始便「無」機會平等之可能，自然會害及市場其餘競爭者獲利多寡之競爭結果，而離職公務員所就業之私人營利事業，可能藉著該名離職公務員的有力資訊獲取大筆金錢或利益，至於其他無從獲取資源與資訊之營利事業，則淪為市場交易的輸者，成為不正競爭秩序下的犧牲品。

由於本文肯認集體法益之觀點，是以若要在此下一小結，公務員旋轉門條款之構成要件行為，應係對「市場」此一超個人法益主體造成危殆，對「市場之自由競爭秩序」之法益有所危害，而造成該危險的原因即是市場自由競爭中，公務資訊或資源等「機會取得之不公平」所致。

學者 Hefendehl 認為，「機會平等」的概念正是經濟制度這種集體法益的內

[132] 鍾宏彬，同註 90，頁 207-208。
[133] 鍾宏彬，同註 90，頁 208。

涵，市場之所以能夠自由競爭，即是以集體的信賴法益為基礎[134]，以公務員旋轉門條款構成要件行為為例，倘若競爭參與者都知道離職公務員任職的營利事業中，將有著他們無從取得的有力市場資訊，而且離職公務員與其所任職的營利事業得任意運用之，甚至不會受到法規範的限制，這些競爭者便不可能再繼續相信在公務資訊與相關經濟資源上有機會取得公平之可能，遂選擇放棄參與市場競爭行為，造成市場自此沒有自由競爭之空間、相互投機取巧，最終害及社會整體經濟之發展。

綜上所述，因市場的「自由競爭秩序」此一抽象制度是競爭得以順利進行的前提，而使該制度順利運作之基礎，就是基於對該制度的「信賴」，因為只有信任市場競爭的結果是公平運作下產生的、過程中的資源獲取也是競爭者各憑所長，而非經由特殊公權力管道獲得的，競爭參與者才能放心從事市場競爭行為——機會取得平等，才有嗣後自由競爭之可能。於此，本文認為公務員旋轉門條款牽涉到的可能就是此類型的社會制度信賴（法益），至於具體推論將於次節詳述。

第三節 公務員旋轉門條款之保護法益探究

第一項 定位為國家法益之可能

第一款 釋字第 637 號解釋：保護法益為國家法益

根據司法院大法官釋字第 637 號解釋，公務員服務法第十四條之一的立法意旨在於：一、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。二、避免公務員於離職後與原任職機關不當往來、巧取利益。三、避免公務員於離職後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

[134] 鍾宏彬，同註 90，頁 209。

爭。大法官協同意見書指出，多數意見在解釋理由書中既已闡明上述三種危害，卻使用保護「**公務員廉明公正之重要公益**」作為單一保護法益，似無法涵蓋本條款所欲防範之危險，其論述是不甚周全，前文已有敘及。

針對前段第一種危害，所欲防範的是公務員**在職期間**對營利事業的利益輸送行為，以維護「**離職公務員離職前之廉明公正**」；至於第二種危害之防範，於離職公務員而言，既已非公務員而與國家無特別權利關係，自然毋須保持公務員之廉明公正，故釋字第 637 號解釋多數意見所要維護者係「**與離職公務員有不當往來的其他在職公務員之廉明公正**」，而非該名已離職公務員的廉正；第三種危害之防免，則係規範離職公務員利用所獲得之經濟市場資訊，協助其後任職之營利事業「**從事市場之不正競爭**」，此種立法目的則和公務員的廉明公正較無關聯。

簡單來說，大法官認為公務員之廉明公正，是透過公務行為時的純潔公正加以證明，所以若要妥善而全面地保護國家法益，應以「**國家公務運作（或公務行為）的純潔公正**」為其刑事保護法益，畢竟公務員必須透過動態的公務行為才能損及到公益，且本條款既然以離職「公務員本身」為行為主體描述，則其所為之公務行為純潔公正才是系爭條款所要保護的法益。

是以，就立法意旨觀之，只要有「**公務員離職前預為不正利益輸送行為**」、「**與原機關公務員為不正利益輸送行為**」、「**離職公務員利用已獲得的公務資訊從事市場之不正競爭行為**」的危險行為著手，公務之運作即已處於不純潔之狀態，故協同意見書認為，此時以公務行為之廉正描述法益，才能全面涵蓋本條款所欲防範之三種危險。

第二款 係對國家制度的信賴（法益）保護

第一目 以「國家公務運作（或公務行為）的純潔公正」較能具體描述保護法益內涵

公務員旋轉門條款係屬抽象危險犯，先不論係保護國家法益或是社會法益，總之確實是在保護超個人法益之部分，此觀司法院大法官釋字第 637 號解釋即可得知，系爭條款並非僅屬個人法益保護之層面而已。而用抽象危險犯保護超個人法益之理由，則在於超個人法益具有保證個人法益實現之特性，進而與個人法益之保障有所連結，能還原到個人身上。有學說認為，如此保證，亦是建立在個人對於利益實現的安全感與確定感的要求之上[135]。

本文以為，釋字第 637 號解釋之多數意見，僅以「公務員廉明公正之重要公益」作為單一保護法益，確實過於抽象概括與靜態。畢竟公務員旋轉門條款本身，如前所述，係以抽象危險犯的方式立法，而將行為可罰性提前於實害結果發生「前」之行為階段，倘若其保護法益也如此抽象概括，刑罰介入的界限也如此模糊而不明確的話，似乎會有過度擴張刑罰的可能，而有該危險行為被過度犯罪化之疑慮。故，如果依據協同意見書之建議，認為係保護公務行為此種以「公務行為廉明公正」來描述保護法益，而非以概括的「公務員（本身的）廉明公正」描述法益的話，確實較為動態與具體明確，也較緊扣保護法益之機能，符合法益保護原則。

再者，法益乃實質犯罪概念之核心，實質的犯罪概念要有法益侵害性或是社會損害性，若單憑「公務員廉明公正之重要公益」檢視系爭公務員服務法第十四條之一的構成要件行為，會發現瞬間要從「離職公務員在離職後三年內擔任與其職務前五年內有職務直接相關之營利事業要職」，直接跳到有「侵害公務員廉潔公正之虞」這個損害可能，似乎在邏輯推理上過於快速與跳躍，因為我們只能知道這種危險行為的確會有「侵害廉潔公正之虞」，但難以說明其如何實質侵害到

[135] 王皇玉，同註 84，頁 241。

「公務員（本身的）廉明公正」這個靜態法益，而協同意見書建議以「國家公務運作（或公務行為）的純潔公正」為其刑事保護法益，用「國家公務行為之運作」取代「公務員自身」的廉正，較能與構成要件「行為」做相對緊密的連結。

第二目 「國家公務運作（或公務行為）的純潔公正」係對國家制度信賴法益之保護

以公務運作即公務行為的廉正描述法益較為全面，已如前述，而國家公務（或公務行為）的運作首先要有「公務行政體制」此國家制度的存在，始有運作的可能性，如果沒有靜態面制度的存在，就沒有後續為公務行為之可能。而公務行政體系之制度，再加上公務員之制度角色兩者結合之制度信賴法益，就是國家制度信賴法益的一種。換言之，公務體系是國家制度，而服務其中的公務員是此公務體制下的制度角色，公務體制再加上公務員則係制度信賴的信賴客體，社會大眾信任公務員為公務行為會維持其廉潔公正的操守，即是對公務體制此一國家制度的信賴展現。

由旋轉門條款「行為主體」之身分或資格及其所從事之「危險行為」來看，大法官釋字既然是定位為國家法益的保護，應該是認為係由「公務員」從事制度「內部」之侵害行為，亦即具有公務員資格者主動為構成要件行為，而從公務體制的內部發動攻擊，侵害國家公務行為作用的廉潔公正。此即是公務員違背了自身應有的清廉義務，正是所謂的「清廉義務說」，而此種義務的違反會影響到國家作用的嚴正中立性，故須以刑罰處罰之[136]。惟，有學說認為，這種聚焦在公務員職務行為之義務違反性，而非在客觀而具體的法益侵害上，將會把「公務員倫理」這種道德價值觀念，過度置於刑法領域去檢視，而有不當擴大入罪範圍的可能性，將會造成實際上要求公務員自身品格與操守之廉潔，而無法順應去除身分

[136] 小野清一郎，刑法講義・各論（新訂版），東京：有斐閣，頁 48，1949 年。轉引自林勇麒，同註 69，頁 72。

刑法的當代潮流[137]。

即使如此，**公務行為之廉正**之保護法益，傳統上還是被歸類於國家法益中，但實際上卻與國家的「存續」與「運作」較為疏遠，反而與人民的生活較為貼近，只是因為它們藉著公務體系運作才會有如此分類。人民也不是每天都有使用公務行為之需求，只有在產生相關需求之際才會取用公務體系之服務，亦即只有在社會干擾發生時，人民才會使用公務體系提供的服務作為反應手段。

而要使人民選擇使用公務體系服務為其反應手段，須以人民**心悅誠服**為前提，亦即人民要先對公務體制有信賴，並積極、放心地使用這個制度，才能接受國家公務員所做出的公務行為。如果國家公務員不廉潔而收受賄賂、不公正而收受不正利益或圖利他人，人民何來信賴其所為的公務決定可言？當公務員有貪污瀆職之情形，雖然國家或個人不會因為「一個」貪污瀆職行為就受到實際損害，但此時因為人民原本對公務體制廉潔之信賴，已超過臨界值，而瞬間被污染、轉變為不信賴，人民不再相信國家處理公務將秉持廉明公正，自然不會再使用公務體制，而會選擇乾脆自己親力親為，此時公務體制便會遭受破壞，可能無法再為回復。舉例而言，如果人民發現法官收受賄賂而枉法裁判，將永遠對法官公正第三人的角色以及司法制度本身產生懷疑，之後的每樁案件之判決結果，都將飽受外界質疑的眼光。姑且不論司法威信將遭受到重大打擊，單是判決本身就無法取信於當事人，當然無法達成解決紛爭之功能，人民將寧願選擇私力救濟，而不會再使用司法制度。

第三款 小結：以國家法益定位無法涵蓋構成要件行為之危險

以**公務行為的廉明公正**描述保護法益，而非以概括的**公務員（本身的）廉明**

[137] 林勇麒，同註 69，頁 72。

公正描述法益，確實較為具體明確，也較緊扣保護法益機能、符合法益保護原則。惟本文認為，具有公權力而為公務行為者係公務員，不具公務員資格者自然無法行使相關公權力。「公務行為之廉明公正」之保護法益，本質上帶有濃厚的身分犯色彩與對公務員自身負有清廉義務之要求，在公務員服務法第十四條之一以及釋字第 637 號解釋的邏輯下，要以「公務行為」為保護法益之前提，須行為主體是公務員，並主動由制度內部發動攻擊行為，主動在離職後擔任某些營利事業之要職，才有可能侵害到保護法益。公務員旋轉門條款的行為主體係「已離職」而非公務員者，便無從由公務體制此一制度內部發動攻擊及侵害國家法益，此時以「公務員」為「公務行為」的廉正來定位保護法益，即不夠精確。而且，正因為構成要件的行為主體是「具有公務員資格」者，其行為又是來自「主體本身」主動從事之危險行為，與其他「自始非公務員」之一般人民無關，無法想像要如何從公務體制的外部攻擊保護法益。

又，即使我們使用「國家公務行為的廉潔公正」作為旋轉門條款之保護法益，實際上還是無法達成旋轉門條款之立法目的，而會遺漏釋字第 637 號解釋所闡明之立法目的中「離職後利用獲得的職務上資訊，協助所任職的營利事業從事不正競爭」之部分。同時釋字第 637 號解釋協同意見書中也提及，離職後的公務員不再具有公務員身分，其從事不正競爭行為之部分，自然已經與公務員的廉明公正無關。

再者，依據罪刑法定主義與刑法從舊從輕原則，行為之處罰以行為時之法律有明文規定者為限；行為後法律有變更者，適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，此於刑法第一條、第二條有明文規定。旋轉門條款既然規定「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。」就文義觀之，直觀上就是在防範「已離職」而「不再具有公務員身分」者可能從

事之危險行為，亦即離職公務員於其「離職後」三年內可能從事的不法構成要件行為，才是旋轉門條款所欲避免的危險行為。而且就限制內容觀之，系爭條款既以離職前五年與離職後三年作為時間上的限制，表示立法者應較著重於「離職後（失去公務員身分後）」階段之保護。畢竟「離職前」而仍具有現職公務員身分者，有不正利益輸送行為之虞時，係以核心刑法或其他特別刑法禁止與限制（例如刑法的貪污瀆職章、貪污治罪條例、政府採購法等相關規範），若此時再以旋轉門條款重複規範，將有疊床架屋之嫌。又，倘若系爭條款之刑罰擴張到「離職前」具有公務員資格時所為之危險行為，是否有處罰過度前置與違反罪刑法定之疑慮？此不無疑問。

刑法構成要件的解釋，自須恪守相關原則而謹慎為之，其與保護法益概念更是相輔相成，保護法益既然具有司法解釋之機能，亦有限縮構成要件而防止刑罰不當擴張之功能。故，於不逸脫文義解釋與保護法益概念之範圍內，釋字第 637 號解釋提及之「離職後利用獲得的職務上資訊，協助所任職的營利事業從事不正競爭」此一立法目的，可能才是系爭條款之重點所在，保護法益也是隱藏於此。

從而，所謂「公務行為之廉明公正」之國家制度信賴保護法益，只是公務員旋轉門條款附帶而次要之法律效果，僅具有反射利益之保護功能而已。綜上所述，本文認為，公務員在離職後擔任營利事業相關要職，並協助其從事不正競爭，此時保護法益明顯不僅僅是公務行為的廉正，而應較偏向行為人為不法行為時，會直接影響到的「市場的競爭秩序」此一社會法益。

第二項 定位為社會法益之可能

如前所述，公務員旋轉門條款所涉之社會制度為市場的「自由競爭秩序」，若要更精確地定位，應係市場自由競爭秩序中「機會之平等」。申言之，公務員

旋轉門條款之構成要件行為，是對**市場自由的競爭秩序**有危險之虞，而造成危險的原因即是**市場自由競爭中，公務資訊或相關經濟資源之「機會取得不公平」**所致。如前述不斷強調：市場之所以能夠進行自由而公平競爭，是以**集體的信賴法益**為基礎，而此種「**機會平等**」之概念，正是經濟制度這種集體法益的真正內涵。

以系爭條款之情形而言，若離職公務員於離職後三年內，從事與離職前五年職務直接相關之營利事業要職，挾帶有利於該營利事業的公務資訊或經濟資源，而與其他一般無相關資源之競爭者共同參與市場競爭行為，這些經由公權力管道獲得的資源資訊，取得之初即讓市場陷於毫無公平競爭可能之處境，害及市場其餘競爭參與者之獲利結果，使其淪為不正競爭秩序下的犧牲品。再者，倘競爭參與者早就知道離職公務員所任職之營利事業，有著他們無從由公權力管道中，取得的相關市場資訊與經濟資源，且該營利事業與離職公務員得不受限制地任意運用，其餘競爭參與者便不可能再繼續信賴有**機會取得平等**之可能性，從而選擇不再參與經濟市場的競爭，該制度便會隨之瓦解而消失，此為本文主要觀點。以下由市場自由競爭秩序為開展，就本文主要觀點做逐步之論述：

第一款 市場自由競爭秩序

第一目 係集體法益層次之保護

由於我國採取傾向「**自由市場經濟**」之經濟體制，「**競爭**」之概念可說位居經濟制度的核心要角。維持效率、公平、自由的競爭秩序，除可提高個人之生產效率與所獲利益，進而累積個人財富以外，亦有助於整體民主政治的成熟，以及影響文化多元性之發展。

我國與「**公平競爭**」最為相關之法律乃**公平交易法**。公平交易法第一條開宗明義，說明了其立法目的係「**為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促**

進經濟之安定與繁榮」[138]，故可得知該法並非將經濟效率與獲利奉為圭臬，而是著重於「整體競爭秩序」的保護，立法意旨在於維護市場公平競爭的機能，使營利事業經營者得在公平的基礎上為競爭行為。而有了公平的競爭基礎，事業經營者才能在穩定的經濟環境內提高經營效率與獲利可能，最終促進整體經濟資源之分配，達成經濟秩序的安定。故，維持自由公平的市場競爭秩序，始能有效發揮「競爭」之精神，惟何謂「**自由公平的市場競爭秩序**」？由於此概念較為概括抽象，若要以具有謙抑性特質的刑罰相繩，尚須探究其實質保護內涵為何，係以「**市場競爭秩序**」的集體法益層次保護？抑或可以再進一步檢討，係為保護市場的公平競爭秩序此集體法益之「**制度信賴法益**」？

於競爭法制上，其所欲維護的「秩序」與「利益」，因公益性夠高，應僅得以「整體法益」之型態存在，難以還原到具體而限定的個人身上，是以將「競爭」做為個別經營者或是消費者的權利，並非我國競爭法制之主要保護標的。換言之，競爭相關法規範藉由「限制行為人權利」所要保護之標的，並非只有「競爭權」此一權利，因為競爭乃是藉由競爭者彼此間在利益上之角力拔河，讓經濟達到高效率的配置，並使競爭參與者從此競爭機制中受益，進而提升整體社會之福利，此種「秩序」或「利益」，是包含經營者與消費者在內，在從事一連串密切而複雜的經濟活動之後，所產生的利益屬於整體社會所共同享有，無法純粹由個人所擁有，也無法僅為個人法益之保護為目的而存在。所以，將競爭秩序保護內涵設定為經營者個別「競爭權」之保護，並不符合競爭法制以「限制權利」為主之法權性格[139]，故以「**市場競爭秩序**」為集體法益層次保護，較為妥適與全面。

於比較法上有學者認為，可將自由競爭秩序的「**本身**」當作抽象化的價值規範來保護，亦即只要違反與自由競爭秩序相關法規範時，即可視作對此秩序本身

---

[138] 我國公平交易法第一條規定：「為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法。」

[139] 林勇麒，同註 69，頁 113-114。

之侵害，而得以刑罰制裁之[140]。然而反對見解認為，自由競爭秩序的本身，乃是觀念性的價值或權利，而無法被侵害，亦無法成為行為危殆化或侵害之危險性之判斷對象，反而是將法益價值化、規範化與規範的妥當狀態混同且等置的一種態樣，使法益喪失立法的體系批判機能，故「自由競爭秩序」應只是一種上位指導規範或價值理念，將此概念名詞做為刑法保護法益的實質內涵，是不妥當的[141]。

單純以自由競爭秩序「本身」做為法益而加以保護的話，的確容易流於過度抽象之批評，但本文以為，在集體法益的保護層面上討論是可行的，只是需要再進一步分析更具體之法益為何。本文認為，基於德國學者 Hefendehl 對制度信賴法益之見解，市場能夠自由競爭既然是以集體的信賴法益為基礎的話，那麼當某個不法行為已然侵害到「市場之競爭秩序」或有侵害之虞，而達到須以刑罰規範加以處罰的程度時，其實是侵害到該制度之「信賴」法益。

第二目 係對社會制度的信賴（法益）保護

我國學者有從財經犯罪之實質面觀察，認為刑法構成要件該當之違法行為，若危及經濟秩序，則該違法行為的手段，係屬於信任的濫用，即可歸類於財經犯罪[142]。亦有學者認為，財經犯罪之內涵為意圖謀取不法利益，利用法律交往與經濟交易所允許的經濟活動方式，濫用經濟秩序賴以為存的誠實信用原則，違反所有直接或間接規範經濟活動之有關法令，而足以危害正常經濟活動與干擾經濟生活秩序，甚至破壞整個經濟結構的財產犯罪或圖利犯罪[143]。在經濟犯罪領域，侵害自由市場之競爭秩序，在法益面即係侵害該制度之信賴法益，亦即本文參照德國學說而不斷強調之部分：市場之所以能夠有自由競爭的可能，是以集體的經濟

[140] 神山敏雄，日本の経済犯罪－その実情と法的対応（新版），東京：日本評論社，頁 20，2001 年。轉引自林勇麒，同註 69，頁 116。
[141] 林勇麒，同註 69，頁 116。
[142] 林東茂，經濟犯罪的界定及統計問題，刑事法雜誌第 29 卷第 6 期，頁 11，1985 年 12 月。
[143] 林山田，經濟犯罪與經濟刑法，臺北：自版，頁 13，1987 年。

制度信賴法益為基礎。有國內學說亦持相同觀點[144]，認為由法益侵害的角度來看，凡對於交易法秩序亦即經濟法秩序為侵害行為者，即屬財經犯罪之領域[145]。該經濟制度信賴法益，除了保護個人對於經濟制度中，擔綱角色的具體競爭參與者之角色期待以外，對該制度的「經濟制度」本身，亦因市場競爭參與者自己的授權、行政權及立法者之合法背書而具有正當性，社會大眾均能合法取用之以從事買賣與交易行為，故有信賴保護之必要。當這些競爭參與者所信賴的**制度**與其**制度角色**結合後，就形成了對「**市場自由競爭秩序**」之制度信賴，而對該制度的信賴，實際上也是經濟制度的建構基礎之一。

具體而言，市場交易之順暢進行，若沒有競爭參與者間的「誠實」及「信用」作為基礎是不可能的。「信任」雖然通常係依據客觀上經濟環境而產生，但其本質仍然是出自主觀之心靈感受，具有高度的個體能動性及敏感性，如果競爭參與者對市場交易制度不再信賴，那即使市場客觀上配套措施與相關政府政策再為完善，還是無法讓競爭參與者再度安心使用。例如，即使有相關經濟刑法之刑責和金融監督管理委員會對公司內線交易的行政管控，有心人士若仍然恣意濫用而獲取暴利、擾亂證券交易之金融秩序，會使社會成員不再信任證券交易市場有公平競爭的可能，可能就此選擇不再買賣股票，或是乾脆與其狼狽為奸進行違法操作，此將會造成國內金融秩序的動盪不安，而非僅影響到個人私益獲得之多寡而已。換言之，當制度使用者之信賴值，超過某個臨界點而轉變為不信賴後，便可能不再使用相關經濟制度，該制度就喪失運作之可能，被社會成員所摒棄或濫用。

第二款 係對市場自由競爭秩序中「機會平等」之保護

是以，前文提及之「**信賴的破壞**」才是關鍵，而市場競爭制度能否運作，只

[144] 陳志龍，財經發展與財經刑法，臺北：元照總經銷，頁 38，2006 年。
[145] 惟這邊必須要特別補充：本文之論述重點僅在於分析公務員旋轉門條款之法益性質，礙於篇幅，將不會深入討論**經濟犯罪**之內涵與爭議，僅就其概括定義與保護法益稍做提及而已。

是選擇信不信賴而產生之結果。為了維持制度的穩定運作，對社會制度之「信賴感」才是保護法益。進一步試想，只有在人民信任市場競爭之結果，是在正當合法運作之前提下所產生的，運作過程中所有資源資訊的取得，也是競爭者各憑所長所獲，並非經由與行政機關的私相授、互通有無而獲得時，競爭參與者才敢放心從事市場競爭行為。在這個思維下，本文認為「機會」亦即公務資訊或相關經濟資源，能有公平的接近而取得的可能後，市場始能進行所謂「自由」之競爭。

故在結論上，公務員旋轉門條款的構成要件行為，係對「市場」此一超個人法益主體造成威脅，對「市場自由競爭秩序」之經濟制度信賴法益造成危險。再進一步分析之，造成該危險的原因，其實是市場自由競爭中，參與競爭者在相關公務資訊或經濟資源有著「機會取得」的不公平導致，故實際上機會平等才是公務員服務法第十四條之一的核心保護法益。

第三項 小結：系爭條款之保護法益應為社會法益

在系爭公務員服務法第十四條之一與大法官釋字第 637 號解釋的論述脈絡之下，構成要件的行為主體必須是公務員，並由公務體制的內部，主動發動攻擊行為，始有可能侵害到國家公務（行為）運作之保護法益。

但旋轉門條款的行為主體明顯並非公務員，而是「已離職」不再具有公務員資格者，自然無從由體制內部主動攻擊與侵害國家法益。且該構成要件之危險行為又是來自「公務員本身」主動從事之行為，故如何從公務體制的外部（意指自始無公務員身分的一般人民）攻擊保護法益，殊難想像。再者，在解釋「離職後」三年內可能從事之構成要件行為上，因行為人具有協助營利事業從事不正競爭之高度可能性，此一危險將直接攻擊到「市場自由競爭秩序」下「機會的平等」，本文認為在直觀上，以社會法益而非國家法益來定位保護法益，會比較合理也比

較全面，國家法益的保護只是一個附帶的利益而已。且根據釋字第 637 號解釋所提及之「離職後利用獲得的職務上資訊，協助所任職的營利事業從事不正競爭」立法目的，實與國家公務行為的廉明公正無關，故本條款應有國家法益以外，能更全面涵蓋的保護法益。

因為公務員旋轉門條款所欲避免的「直接」危險，應是會侵害到社會制度之信賴法益的「市場不正競爭」之危險行為，故應將本條款定位為社會法益的保護而非國家法益。

第四節 公務員旋轉門條款重要爭點反思

本節將就歷審實務判決之主要爭點以社會法益重新定位，並觀察是否會與原判決結果產生相異之處。亦即，以對侵害「市場自由競爭秩序下的機會平等」之經濟制度信賴法益角度檢視，重新定位與反思。

第一項 「與職務直接相關」之認定

依大法官協同意見書之見，旋轉門條款爭議之處即在於何謂「與職務直接相關」，因為能夠表現出法益侵害性者，只有「與離職前五年內之職務直接相關」之要件。大法官認為，該構成要件欠缺法律明確性，而非受規範之人易於理解與預見，在司法實務上也不易訂出統一審查標準，畢竟若公務機關的組織有所變動、職務分配組合方式改變等，要如何判斷與離職後的營利事業是否有直接相關？更何況何謂直接相關？歷審判決對於「與職務直接相關」之認定，究應採形式認定或實質認定仍有爭議，李震山大法官在其協同意見書中亦有提及。另外，在何時成為主管機之爭點上，於「世基董事案[146]」中，審理法院並未區分衛生署「何時」

[146] 臺灣高等法院 101 年上易字第 742 號判決。

成為世基公司主管機關，而直接就監管事務性質為判斷；但於「復華金控董事長案[147]」中，承審法院區分財政部於「何時」成為復華金控的主管機關，而加以認定被告有無監管之責，此與前述「世基董事案」認定標準相異。就「與職務直接相關」之爭點下，何時成為主管機關可說係此處之隱藏爭點，故以下將一併討論之。

要解決本文蒐羅之實務判決中，就「與職務直接相關」之認定應採形式認定或實質認定之爭議，以及釐清何時成為主管機關之爭點，須先回到銓敘部在民國85年函釋所稱「直接相關」之定義中討論。該函釋對於是否直接相關有兩種認定方法：第一種為「離職前服務機關為各該營利事業之目的事業主管機關，且其職務對各該營利事業具有監督或管理之權責」，以下稱之為監管關係；第二種則為「離職前服務機關與營利事業有營建或採購業務關係」，下文稱之營建或採購關係[148]。以下本文即就這兩種「直接相關」之態樣予以評析，並試圖以社會法益角度重新定義。

第一款 監管關係

按照本文所擇採之社會法益定位，認定「有無直接相關」之實益，即在避免公務資訊或相關經濟資源有取得機會不平等之情形，因為「有直接相關」者有很大的機會取得相關資訊資源，而須以本條款加以限制、控管風險；反之「無直接相關」者，對於公務資訊資源的取得機會較少，可能毋須以本條款之刑事責任規制之。

---

147 最高法院99年台非字第365號判決。

148 銓敘部85年7月20日85台中法二字第1332483號函指出：……職務直接相關：1.離職前服務機關為各該營利事業之目的事業主管機關，且其職務對各該營利事業具有監督或管理之權責人員，亦即各該營利事業之目的事業主管機關內各級直接承辦相關業務單位之承辦一般服務事項人員、副主管及主管，暨該機關之幕僚長、副首長及首長；各級地方政府亦同。2.離職前服務機關與營利事業有營建（承辦本機關或所屬機關之工程）或採購業務關係（包括研訂規格、提出用料申請及實際採買）之承辦人員及其各級主管人員（所稱各級主管人員係指各級直接承辦相關業務單位之副主管及主管，暨該機關幕僚長、副首長及首長）。

是以，在銓敘部函釋第一種所謂的「監管關係」中，**並不須以行政上之隸屬關係作為判斷依據，而應逕取決於事務性質，亦即以公司營業項目與主管機關監管事務「是什麼」，實質比較是否有「直接相關」，接下來才能判斷「公務資訊資源之機會取得」的機率大小**。這邊要先予說明，李震山大法官於其協同意見書中，雖亦以「**實質認定**」之方式為判斷，惟係以「國家法益」的立場為基礎，考量憲法保障人民工作權之意旨與被告離職後所擔任職務之**實際工作內容**，究否產生國家與個人間的利益衝突，而為綜合判斷，與本文以「社會法益」為立足點有所不同，例如「義峰總經理案[149]」之審判法院即採李震山大法官所謂「**實質認定**」之方式為判斷。又，例如前文提及之「國揚監察人案[150]」中，一審法院認為「與職務直接相關」為不確定法律概念，宜採嚴格限縮解釋，應從利益衝突迴避出發就具體個案為審查，未採銓敘部函釋之見解，本文雖肯認審判法院認為應採嚴格限縮解釋之見解，但不認同其從「國家」公益與個人間利益衝突迴避之角度審查，因為我們若在**社會制度信賴法益保護**的思考邏輯下推論，應認為係以保護**市場競爭秩序的機會平等**來檢視之。

本文認為，以事務性質互相比較，可以很明確的得到離職公務員原職務與嗣後任職之營利事業業務兩者間「**有無直接相關**」之結論，而有直接相關者，即有侵害市場自由公平競爭秩序之高危險性。為了預防這些離職公務員挾帶有力公務資訊資源出走，擔任民間企業要職，並協助其從事不正競爭之風險，立法者便以公務員旋轉門條款當作其行為限制，防免離職公務員不受限制地運用公務上所獲知之資訊資源，當作自身資本，而協助所任職之營利事業從事競爭活動，如此才能確保市場在自由競爭秩序下，競爭參與者在公務資訊資源取得的機會上是平等的。換言之，本條款是在確保各該資訊與資源的取得，是各自憑藉「**非**」公權力管道之個人實力而取得的，如此市場才有自由公平競爭之可能。而且，以**事務性**

[149] 臺灣高等法院臺中分院 97 年上易字第 1223 號判決。
[150] 臺灣高等法院 90 年度上易字第 2531 號判決。

質為實質判斷依據，在確認原公務職務與營利事業業務之間是否有直接關聯性時，操作上也比較簡易。

故在本文立場，討論「何時」成為目的事業主管機關並不重要，重要的是該目的事業主管機關監管者實質為對「何種事務」之監管，由事務之實質性質下手，如此思考不但能解決「與職務直接相關」須採函釋形式認定或個案實質認定之問題，亦得解決何時成為主管機關之爭點。

第二款 營建或採購關係

至於「營建或採購關係」之部分，這部分實際上和離職公務員原本的「法定職務」內容並無直接關係，且基於刑法的謙抑性，若要以旋轉門條款之刑罰相繩，應採嚴格的構成要件解釋，不宜由銓敘部自行以行政函釋片面擴張刑法構成要件解釋，而處罰與離職公務員原法定職務無關的營建採購業務。既須以「與職務直接相關」之構成要件判斷能否以旋轉門條款之刑責處罰，應即直接就構成要件之「職務」與「直接」做嚴格的限縮解釋就好，故所謂的「職務」，應限縮在和離職後從事之營利事業業務有關係之原法定職務，「直接」則意指兩者不但有關係，而且是具有密切關聯性的，任何人皆可於事前理解者為限。

舉例而言，倘若某公務員負責藥品監管相關職務，為了處理公務之便利，與某私人營利事業有土方或影印之營建或採購契約，而該公務員在離職後，立即從事與土方或影印相關之行業，此際，因為土方或影印事業與離職公務員本來職掌之藥品監管職務根本無任何關係，遑論兩者間有何密切關聯性可言，而且任何人皆無法在離職後到民間從事土方或影印事業之前，就知悉該業務與「離職前之法定職務」是相關的，而應要有所迴避或不得擔任土方或影印事業之要職。

倘若真要將「營建採購業務」納入刑法處罰之範疇，本文認為，以其他法規

（如政府採購法）管制，或就「營建或採購關係」直接以其他構成要件明文規範即可，不宜在公務員旋轉門條款裡重複規定。

第三款 小結

綜上所述，系爭條款中「**與職務直接相關**」之認定，應採嚴格的限縮解釋。銓敘部函釋之「監管關係」，不須以行政上之隸屬關係作為判斷依據，而應取決於**事務性質做實質判斷**，亦即實質比較是否「直接相關」後，接下來再判斷「公務資訊資源之機會取得」的可能性大小。

而「營建或採購關係」之部分，實際上與離職公務員之原法定職務內容並無關係，該部分若僅以函釋規制而法院援用，容易有逾越刑法構成要件解釋之疑慮，而違反法律明確性原則與罪刑法定原則，故銓敘部函釋所指「營建與採購事務」這部分，並不適合納入旋轉門條款「**與職務直接相關**」的構成要件解釋中。

第二項 「職稱」之認定

依據釋字第 637 號解釋及其協同意見書，離職公務員離職後三年內，不得擔任與其離職前五年職務直接相關之營利事業的**董事、監察人、經理、執行業務股東或顧問**，係採**特定職務禁止**的方式，直接明文禁止擔任各該列舉職位。而就職位類型限制而言，**董事、監察人、經理、執行業務股東或顧問**均屬於有「**決策權或重要執行權**」的職位，因為立法者認為，這些職位始有預為不正利益輸送之價值所在，並有利用於不當利益往來和不正競爭的高度危險性。

本文則採取不同看法。既然旋轉門條款之構成要件行為著手時點規定於「離職後」，則應採保護**市場自由競爭秩序**之保護法益觀點，較能有效防範行為人在離開法定職務後協助營利事業從事不正競爭之風險，這部分前文已有著

墨，故認定「職稱」之實益，亦係在避免公務資訊或相關經濟資源有取得機會不平等之情形。本文以為，應就原本之法定職務與離職後從事之業務性質，亦即工作內容，採取實質認定與相互比較的方法，並參酌其餘情況（是否有相對應之薪資報酬、是否有相關之績效獎金、是否受他人指揮監督等）為綜合判斷，而非以「特定職務禁止」之方法做形式名稱之限制，以防免有心人士以其他未規範之職稱任職、刻意規避。是以，針對實務判決中多有爭議之「顧問」，若採取本文之觀點，以其工作內容與其餘輔助情況為實質綜合之判斷，適用上的爭議亦得迎刃而解。例如前述實務判決中「高捷顧問案[151]」一案，承審法官以是否有「與顧問一職相應之報酬給付」為實質上認定，並考量立法目的與精神為綜合判斷，本文肯認之。

至於離職公務員擔任法條所列舉之職位「以外」之職稱，而嗣後有不正競爭之危險時，該如何解決？因此部分法無明文，並非本條款所得禁止，有心人士可能趁機利用而為規避，謀取不正利益。此問題的解決方式，除了變更立法設計以外[152]，依據本文見解，法院亦應一併考量離職前之法定職務內容與營利事業之工作業務內容綜合判斷。

第三項 「離職時點」之認定

倘依據本文所採之社會法益重新定位旋轉門條款，對於認定「離職時點前後」之實益，正是在控管市場自由競爭秩序法益所須承受的危險高低，離職時點若任意往前移動，而得提早擺脫時間上的限制，就是在增加市場自由競爭秩序下，公務資訊或相關經濟資源取得機會不平等之風險。爰此，本文認為針對「調職是否屬於離職」之爭點，應採否定說，旋轉門條款之「離職」態樣應不包含調職。

---

[151] 高等法院高雄分院 95 年度矚上易字第 1 號判決。

[152] 例如：依某些修法草案改採『行為禁止』，或是依據大法官協同意見書增加『造成損害』之具體危險犯設計，例如加上「有致生利益輸送之虞」。

按公務員服務法第十四條之一，所謂「**離職**」依照構成要件嚴格解釋，應係指**自此未具公務員資格**，或因發生特定事由**停止其執行公務員職務**者，已**非公務員**而無法定權限執行公權力可言，僅係與國家無特別法律關係之一般人民。次按「復華金控董事長案[153]」檢察總長提起非常上訴之理由有謂：「**公務員本不得經營商業或投機事業，非依法不得兼公營事業機關或公司代表官股之董事或監察人，亦不得兼任他項公職或業務，其依法令兼職者，不得兼薪及兼領公費，公務員服務法第十三條、同法第十四條定有明文。邏輯上如有發生適用公務員服務法第十四條之一之情形，應為公務員與國家間公法上職務關係已終止，抑或因發生特定事由停止其執行公務員職務之後，自不待言。**」由於最高法院檢察署之檢察總長有其法定地位以及影響力，本文肯認其非常上訴理由，並認為公務員旋轉門條款係規範「**離職後**」之行為，而離職後之公務員即不再具備公務員身分，與國家間公法上職務關係已終止，抑或因發生特定事由而停止其執行公務員職務。若行為人仍有公務員資格，則依照「**現職**」公務員兼職或兼薪禁止等**利益迴避**規範適用即可。以公務員旋轉門條款規範「**離職前**」仍具公務員身份時所為之行為，恐有疊床架屋之嫌，甚至違反罪刑法定原則，處罰本無法律明文之行為。

另觀復華金控案檢察總長其餘非常上訴之理由、銓敘部於民國85年之函釋，以及民國 94 年以公函回覆林月卿女士要求解釋「何謂離職」之情事，再參照公務人員任用法第十六條之規定，依立法者原意、論理解釋，應認所謂的「**離職後**」，**應以離卸最後公務員職務之日為起算點**，而**不宜逾越構成要件**，將仍具有公務員身分之**調職**情形，包括在旋轉門條款的「離職」態樣之內。銓敘部雖於民國 97 年以命令增加「調職」為旋轉門條款中「離職」之態樣之一，惟行政機關就其職掌所為之法規釋示，並非當然為法規構成要件之一部，故法官於審判時，就系爭法令之司法解釋，除參酌行政機關所為釋示及意見以外，仍應就系爭法規之規範目的而為妥適之論理解釋，並依法審判，毋須被行政命令所拘束。我國在罪刑法

[153] 最高法院 99 年台非字第 365 號判決。

定原則之下，刑法構成要件的解釋，因關乎犯罪是否成立，不宜任意擴張解釋，故司法實務在解釋及適用上應更加嚴謹。因旋轉門條款以抽象危險犯之方式立法，若將旋轉門條款所沒有的「調職」，以釋示或命令解釋為「離職」態樣的一種，而有技巧地將「**離職時點**」往前移動，審判法院若照單全收，將會有以行政命令擴張刑法構成要件之疑慮產生，並**增加**保護法益所須承受之不法風險。

將構成要件中「**離職**」之時點往前移至「調職」之際，只要在調職後之公務單位等待條文的限制期間經過，而行為人嗣後完全離卸公務員身分（自此無任何法定權限後），即得任意選擇在民間就業，從事與「**調職前之法定職務**」直接相關之特定行業的高階職位，進而有影響市場競爭秩序之可能危險。這種危險，得參照前開「復華金控董事長案[154]」中，檢察總長所持非常上訴理由所舉之例：「**若依銓敘部此一新解釋[155]，將造成公務員若在任內與營利事業掛鉤、利益輸送，事後只需調職至非與該營利事業職務直接相關之單位過水三年，在任職該期間內，仍可在執行公職時持續累積人脈或與該特定營利事業掛鉤，進而在公務中直接或間接提供必要之協助或消息，三年後退休，即可不受該法之限制，立即可任職該營利事業，以獲取高薪，如此顯有違該法之立法精神，將使該法形同具文。**」即得明瞭，是為一潛在的法律漏洞。

被調職到其他行政機關之行為人，嗣後於該機關之職務離職後，只要利用在前一任公務中所獲得之情報與資訊，協助離職後所任職之營利事業，與其餘無從獲得資訊之普通民眾共同從事市場競爭，即為一場在公務資源與資訊獲取**機會不公平**之競爭，在集體法益的概念下，除侵害其餘競爭參與者之權益以外，亦嚴重侵害到市場的自由競爭秩序。此不僅過度危害社會法益，亦不符合比例原則與旋轉門條款之立法精神，故本文認為，針對「**調職是否屬於離職**」之爭點應採**否定說**，旋轉門條款之「離職」**不應包含調職**之情形。

---

154 最高法院 99 年台非字第 365 號判決。

155 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 44。

第四項 「營利事業」之認定

實務判決針對「營利事業」之認定，主要係依據公務人員任用法第十六條與公務員服務法第二十四條，以及銓敘部之函釋為判斷基準。銓敘部在民國 85 年之函釋中已做出清楚釋示[156]，加上任用法、服務法本身有規定，故法院審理時並未特別針對此爭點做討論，本文所蒐羅之判決亦未在此處多為著墨；而銓敘部在民國 85 年後之認定基準，仍係依循 85 年函釋之標準為斷，該部迄今雖已做出多份相關函釋，但認定標準似未為更動過。

之所以特別提出來，是因為在本文的視角下，倘依社會法益重新定位旋轉門條款，並以市場競爭秩序為保護法益之角度觀察，對於「營利事業」的認定標準可能與公務員服務法、公務人員任用法和銓敘部函釋見解有其相異之處。畢竟不論國營或民營事業，只要其係以「營利」為目的，都足以影響到市場的競爭秩序，除非有其他排除之必要或信賴保護的考量，否則俱應以旋轉門條款規制。以下先就 85 年函釋之標準及歷年相關函釋為介紹，並接續闡述本文見解。

第一款 銓敘部於民國 85 年函釋之認定

在銓敘部民國 85 年之函釋中認為，「營利事業」係指「以公司法第一條、商業登記法第二條（現為第三條）及所得稅法第十一條第二項規定為範圍，亦即指以營利為目的之事業，無論公、私營或公私合營均包括之，其組織型態不以公司為限，凡獨資、合夥或以其他方式組成之事業皆屬之。」復依公務人員任用法第十六條之規定，行政機關轉任公營事業機構人員，仍具有公務員身分，且依服務法第二十四條規定，公營事業機構人員亦為服務法之適用範圍，故應不適用本條

[156] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，同註 16，引註範圍同註 15。

文所稱之「離職」[157]。又依公營事業移轉民營條例第八條之規定**繼續留用人員**，以其係配合國家政策及**未有離職之事實**，應排除服務法第十四條之一規定之適用，至於不願隨同移轉而辦理離職或先行裁遣者自有本條文之適用。

簡而言之，因營利事業可能為公營或私營，而在公務員服務法及公務人員任用法之規定中，公營事業機構人員亦為該法適用範圍，故**公務人員即使轉任國營事業人員後，還是服務法所規範的公務員，而不在旋轉門條款「離職後」之就業限制範圍內**。又，依照公營事業移轉民營條例第八條之**繼續留用人員，係為配合國家政策發展與遵守信賴保護原則，銓敘部認定其未有離職之事實，而不屬於「離職」之情形**，故也排除了旋轉門條款的適用。

第二款　銓敘部於 85 年後其他相關函釋簡述

銓敘部在 85 年以後多有相關函釋[158]，但並未改變其原本見解。在民國 85 年的函釋中，其實銓敘部對「**營利事業**」之認定範圍甚廣，只要某事業**以營利為目的**，不問是否國營民營或何種公司型態，皆屬旋轉門條款所規定之營利事業範疇。例如金融控股公司與其子公司在本質上，均為個別之營利事業，若離職公務員有在子公司擔任與職務直接相關之董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問之情形時，自得以公務員服務法第十四條之一規制，而有旋轉門條款之適用[159]。

非以營利為目的，而是以公益為目的之社團或財團，因其收益仍歸於該公益社團或財團，以供繼續從事公益之用，與營利事業所為之收益歸於個人或股東之

---

[157] 為避免失焦，本文暫不討論其他法律對於營利事業、公營事業（國營事業）之定義，僅就公務員旋轉門條款及其函釋內容併相關法規探究。

[158] 銓敘部法規釋例彙編（104 年）上冊，擷取自銓敘部全球資訊網 http://www.mocs.gov.tw/FileUpload/814-4968/Documents/銓敘法規釋例彙編--上冊--4 校--1050119.pdf，最後瀏覽日：2016 年 6 月 20 日。

[159] 銓敘部 97 年 5 月 14 日部法一字第 0972936878 號函。

性質有異，且公益社團或財團之設立目的與營利事業明顯不同，故以公益為目的之社團或財團對外為收益行為，並**非以營利為目的**，而不適用公務員旋轉門條款[160]。例如私立學校之設立，核其性質乃係以公益為目的之財團法人，非屬銓敘部民國 85 年之函釋中的營利事業範疇，即使退休公務員擔任私立學校之董事，仍不適用公務員旋轉門條款之規定[161]，公務員離職後擔任其餘財團法人之董事長，亦無違背該條款[162]。又例如衛生主管機關核准設立之護理機構所提供之護理服務，以辦理執業登記之照護服務項目為限，並**非以營利為目的**，非屬前述民國 85 年之函釋所稱「**營利事業**」[163]，公務員離職後到依護理人員法設置之護理機構任職，無須受該規定之限制。

至於那些離職後，經指派擔任「未受有俸給」之民營金融事業「代表官股」之董事或董事長者，則因該民營金融事業既「**非公營事業機構**」，且是類人員亦已非服務法第二十四條所稱之公務員，自仍適用服務法第十四條之一公務員旋轉門條款之限制[164]。

另對於公務員離職後，自行開業擔任專門職業及技術資格之執行者（例如律師、建築師、醫師、會計師等）而言，因這些具有專門職業及技術資格之執行業務者不屬於該條文適用對象而有其特別規定，故非公務員旋轉門條款所得限制[165]。即使公務員離職後，有擔任各該**營利事業要職**之情形，依據各該專業法律對離職公務人員特別規定者適用即可，本文因篇幅有限，僅針對公務員服務法第十四條之一做探究，其他特別法規暫且不論。

---

160 銓敘部 91 年 7 月 17 日部法一字第 0912164329 號函。
161 銓敘部 92 年 5 月 9 日部法一字第 0922232817 號函。
162 銓敘部 92 年 10 月 29 日部法一字第 0922292842 號函
163 銓敘部 104 年 3 月 5 日部法一字第 1043944759 號函。
164 銓敘部 95 年 3 月 27 日部法一字第 0952605947 號函。
165 銓敘部 85 年 7 月 18 日 85 台中法二字第 1331228 號函。

第三款 本文見解

由於銓敘部在民國 85 年以後之函釋認定，其標準均係承 85 年之函釋、公務人員任用法第十六條及公務員服務法第二十四條而來，故本文僅對民國 85 年函釋之釋示內容加以討論。承該函釋可知，依據公務人員任用法及公務員服務法，**公務人員轉任國營事業人員後，還是服務法所規範的公務員，而不在旋轉門條款「離職後」就業限制範圍內**。又，依公營事業移轉民營條例第八條規定**繼續留用之人員，因銓敘部認定其未有離職之事實，而不屬於「離職」之情形**，故也排除了旋轉門條款的適用。這些從業人員，因不受時間與職位之限制，可能得以合法運用原法定職務所獲得之公務資訊及相關經濟資源，協助嗣後任職之國營事業或公營轉民營之營利事業單位，從事市場不正競爭之活動，此時是否有納入旋轉門條款之必要？

以旋轉門條款之保護法益，是為守護**市場自由競爭秩序其下之機會平等**來檢視時，因市場的競爭參與者不會只有個人，國家也有可能作為主體參與，故影響經濟市場競爭秩序者，不應僅限定在民營事業，那些本質上從事**私經濟活動**之國營事業自然也有可能影響到，而屬於公務員旋轉門條款之「**營利事業**」範疇。至於國營事業轉任「民營事業」之員工，因嗣後任職處為民間私人企業，本質上與國家私經濟行政的部分**並無關係**，遑論加以排除其適用，惟銓敘部之所以如此解釋，主要係著眼於國家政策發展之需要，並遵守信賴保護原則，認定這些員工因為沒有離職的事實（僅屬法律上離職），而仍受公務員身分的保障，不屬於系爭條款所規定「離職」之情形，應得排除旋轉門條款的適用。

故前述兩種被銓敘部函釋排除之「轉任」態樣，前者部分認為「不應」排除適用，而得以旋轉門條款之刑責相繩；後者則因政府政策及信賴保護的考量，而「應」予排除旋轉門條款的限制。是以在結論上，由行政機關之公務員轉任國營

事業員工時，在其轉任之際，即屬公務員旋轉門條款之「離職」，而應受時間及職位之限制。若自始為國營事業內部之員工，但因政策之考量而轉任為民營事業員工者，則不屬旋轉門條款之適用範疇。

國立政治大學
National Chengchi University

第五章　結論

釋字第 637 號解釋及其協同意見書，雖已確立系爭條款之刑事保護法益為對「公務員廉明公正之重要公益」，以及對「國家公務行為的廉明公正」之保護，但此等對於國家制度面之信賴法益保護，於旋轉門條款而言，僅是屬於反射利益的保護而已。觀其限制內容及構成要件行為所造成的危險綜合判斷，既然該條款以「與職務直接相關」及「離職前」五年與「離職後」三年作為主要限制，表示立法者應較著重於「離職後」任職於營利事業參與市場競爭時之保護，故此種抽象危險行為之直接受害者，實際上是在競爭市場中，競爭參與者在公務資訊與相關經濟資源「取得機會之公平性（平等性）」，其真正所欲保護者為社會制度信賴法益中市場自由公平競爭之秩序，而這種公平競爭秩序真正的內涵，即係機會的平等。

市場之所以得維持自由公平競爭秩序，即係以集體的經濟制度信賴法益為基礎，換言之，市場交易與競爭的進行，若沒有參與者間的誠實信用作為基礎是不能運作的，而這種對於經濟制度的信賴，實際上也是該制度本身的建構基礎之一，故相信彼此在公務資訊與相關經濟資源取得的機會上會是合法正當而公平的，競爭參與者才會放心從事經濟活動，良好的競爭行為也才能穩固交易市場相關制度的運作秩序。於此，本文認為釋字第 637 號解釋所提及「離職後利用獲得的職務上資訊，協助所任職的營利事業從事不正競爭」此一立法目的，才是系爭條款所欲避免的主要危險所在。

故在法益定位之結論上，公務員旋轉門條款的構成要件行為，實質上是對「市場公平自由競爭秩序」這個經濟制度的信賴法益，製造出不正競爭可能之高度危險性，而繼續探究造成該危險的原因，會發現其實是市場的競爭參與者，有在公務資訊或相關經濟資源上取得機會不平等之情況所致，這種「機會平等」的概念，

才是公務員服務法第十四條之一的核心保護法益。俟保護法益定位完成，本文將目前實務判決之主要爭點，嘗試以該社會法益重新檢視，亦即以對侵害「**市場自由競爭秩序下的機會平等**」之**經濟制度信賴法益**角度重新思考，發現在結論上與現今實務之認定甚有差異，茲簡要整理如後做為本文結論：

首先，就「**與職務直接相關**」之認定應採**形式認定**或**實質認定**之爭議，以及釐清**何時成為主管機關**之爭點，須先由銓敘部在民國 85 年所為釋示之「直接相關」之內涵切入思考，司法實務目前亦仍係依據該函釋為判斷。主要有兩種認定方式：第一種為是否有監管關係，第二種則為是否具營建或採購關係。如前文所述，認定「有無直接相關」之實益，即在避免公務資訊或相關經濟資源有取得機會不平等之情形，是以在銓敘部函釋第一種所謂的「**監管關係**」中，並不須以行政上之隸屬關係作為依據，而應**取決於事務之性質，實質比較是否有「直接相關」**，有直接相關者即有侵害市場自由公平競爭秩序之高危險性。於實質比較是否「直接相關」之後，再接著判斷「公務資訊資源之機會取得」的可能性大小。故此際，其實「**何時**」成為目的事業主管機關此一爭點並不需要重新討論，僅須知悉該目的事業主管機關之監管者實質上係針對「**何種事務**」，回歸事務性質做判斷，即可解決疑問。至於「**營建或採購關係**」之部分，因其本質上與離職公務員「原法定職務」內容並無直接關係，基於刑法謙抑性而採嚴格的構成要件解釋，不宜由銓敘部以函釋片面擴張刑法構成要件之內涵，如果必須將營建採購之業務納入刑法處罰範疇，則以其他法規（如政府採購法）另外管制即可，或逕就「營建或採購關係」直接以刑法構成要件明文規範，不宜在公務員旋轉門條款中規制之。

再者，針對「**職稱**」認定之爭點，本文以為，應就原本之法定職務與離職後從事之**業務性質**（亦即**工作內容**），採取實質認定與相互比較的方法，並參酌**其餘輔助情況**，例如是否有相對應之薪資報酬、是否有相關之績效獎金、是否受他人指揮監督等客觀情狀為綜合判斷，而非僅以「**特定職務禁止**」之方法做形式名

稱之限制，避免他人之蓄意規避，而造成系爭規範效力的架空。舉例而言，實務判決中多有爭議之「顧問」職稱之部分，若以實質工作內容與其餘輔助情況為綜合之判斷，適用上的爭議亦得迎刃而解。另外，倘若離職公務員擔任法條所列舉之職位「以外」之職稱，而嗣後有不正競爭之危險時，除了變更立法設計，依某些修法草案改採「行為禁止」，或是依據大法官協同意見書增加「造成損害」之具體危險犯設計（例如加上「致生利益輸送之虞」之要件）以外，法院亦應一併考量離職前之法定職務內容，而與營利事業之工作業務內容為事後客觀之綜合判斷。

而關於「離職時點」之認定，其實益主要係在控管市場自由競爭秩序法益所須承受的危險高低，若任意將之往前移動，使行為人得以提早擺脫時間上之限制，就是在增加市場自由競爭秩序下，公務資訊或相關經濟資源取得機會不平等之風險，是以本文認為針對「調職是否屬於離職」之爭點，應採否定說。「離職」態樣應不包含調職，所謂「離職」依其構成要件解釋，應係指自此未具公務員資格，或因發生特定事由停止其執行公務員職務者，已非公務員而無法定權限執行公權力可言，僅係與國家無特別法律關係之一般人民，如果行為人仍有公務員之身分，則依現職公務員利益迴避相關規範適用即可，毋須動用公務員旋轉門條款。若以旋轉門條款規範「離職前」仍具公務員身份時所為之行為，恐有疊床架屋之嫌，並有超出實體法、處罰法無明文之行為的可能，而違反罪刑法定主義，增加保護法益所須承受之風險。

末者，關於「營利事業」之認定部分，本文認為因為不論國營事業或是民營事業，只要其係以「營利」為目的，都足以影響到市場的競爭秩序，除非有其他排除之必要或信賴保護之考量，否則皆應以公務員旋轉門條款規制。因市場的競爭參與者，不會僅有單一個人或其餘私人經濟體，國家也有可能作為主體而參與，故影響經濟市場競爭秩序者不應限定在民營事業，本質上係從事私經濟活動之國

營事業，自然也可能產生影響，也是屬於旋轉門條款之「營利事業」定義範疇。至於國營事業轉任民營事業之員工部分，因其嗣後任職處為民間私人企業，實際上已經與國家「私經濟行政」之部分毫無關聯，而看似有公務員旋轉門條款之適用餘地，惟銓敘部之所以將其排除，主要著眼於國家經濟政策發展之需要，並遵守信賴保護原則，認定這些員工因為沒有離職的「事實」，而應仍受公務員身分的保障，並非系爭條款所規定「離職」之情形，而排除旋轉門條款之適用。故在結論上，由行政機關之公務員轉任國營事業員工時，轉任之際即屬公務員旋轉門條款之「離職」，而應受條文中時間及職位之限制。若其自始為國營事業內部員工，而因國家「政策考量」轉任為民營事業員工者，為保障其權益，則不屬旋轉門條款之適用範疇。

國立政治大學
National Chengchi University

參考文獻

一、中文部份

（一）專書

王皇玉，刑法總則，修訂二版，臺北市：新學林，2016年。

何賴傑、李聖傑、楊雲驊、謝如媛、陳志輝，刑事法學的新視野，臺北市：元照，2011年5月。

林山田，經濟犯罪與經濟刑法，臺北：自版，1987年。

林山田，刑法特論（上），再修訂五版，臺北市：三民，1995年。

林東茂，危險犯與經濟刑法，臺北：五南圖書，1996年。

許玉秀，透明的法袍，臺北市：新學林，2008年。

陳志龍，財經發展與財經刑法，臺北：元照總經銷，2006年。

張明楷，法益初论，中国政法大学出版社，2000年5月。

黃榮堅，基礎刑法學（上），臺北市：元照，2012年。

鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，臺北：春風煦日學術基金，2012年。

蘇俊雄，刑法總論I，自版，1995年。

（二）期刊

王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，第159期，2008年8月，頁235-244。

李志強，推動聯合國反貪腐公約—以我國旋轉門條款為例（上），法務通訊，第

2781期，2015年12月，頁3-5。

李志強，推動聯合國反貪腐公約—以我國旋轉門條款為例（下），法務通訊，第2782期，2016年1月，頁3-4。

李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，第91期，2002年，頁160-176。

李茂生，風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，第173期，2009年10月，頁145-153。

李聖傑，「家族相似性」探尋刑法典範之運用，刑事法學的新視野，臺北市：元照，2011年5月，頁141-164。

林東茂，經濟犯罪的界定及統計問題，刑事法雜誌，第29卷第6期，1985年12月，頁7-15。

周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，臺大法學論叢，第41卷第3期，2012年9月，頁981 - 1053。

范宜愷，杜絕不當的政商利益輸送—重構公務員旋轉門條款，文官制度季刊，第5卷第3期，2013年7月，頁87-131。

柯三吉、劉宜君、曹瑞泰、張惠堂，公務員服務法「旋轉門條款」規範內容之研究，文官制度季刊，第1期，2009年1月，頁27-50。

許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第197期，2011年10月，頁134-151。

彭國華，公務員服務法旋轉門條款之探討，人事行政，第186期，2014年1月，頁79-90。

韓忠謨，妨害國家法益及社會公安之罪的比較研究（上），法學叢刊，第11卷第3期，1966年，頁20-34。

（三）學位論文

林勇麒，從保護法益論政府採購法之刑事責任—國家法益假象下的競爭秩序守護

者一，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2014年10月。

吳志強，經濟刑法之背信罪與特別背信罪之再建構，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2011年6月。

彭國華，公務員服務法旋轉門條款之政策研究，國立政治大學社會科學學院行政管理碩士學程碩士論文，2013年7月。

鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2009年7月。

（四）政府資料

銓敘部法規釋例彙編（104年）上冊，擷取自銓敘部全球資訊網 http://www.mocs.gov.tw/FileUpload/814-4968/Documents/銓敘法規釋例彙編--上冊--4校--1050119.pdf，最後瀏覽日：2016年6月20日。

人事制度研究改進專案小組研究報告，人事法規訂有行政刑罰妥適性之研究—以公務員服務之刑罰為中心，銓敘部全球資訊網，擷取自：http://www.mocs.gov.tw/FileUpload/687-3252/Documents/人事法規訂有行政刑罰妥適性之研究-以公務員服務之刑罰為中心.pdf，最後瀏覽日：2016 年 7 月 19 日。

人事制度研究改進專案小組研究報告，公務員服務法旋轉門條款相關問題之研究，銓敘部全球資訊網，擷取自：http://www.mocs.gov.tw/FileUpload/687-3252/Documents/公務員服務法旋轉門條款相關規定修正之研究.pdf，最後瀏覽日：2016年7月19日。

司法院大法官釋字第 637 號解釋，司法院全球資訊網，擷取自：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=637，最後瀏覽日：2016 年 8 月 1 日。

立法院國會圖書館網站搜尋公務員服務法第十四條之一，擷取自：http://lis.ly.gov.tw/lydbc/lydbkmout?.e8ae0021701030000000A0000010000^37-596b35e618f9e6fa5c6e42036c13d67227225eb3155dcffe74e36666233533667663377667 6f6639aa5e8a9e0^*19000003000000000000AA0e16c，最後瀏覽日：2016年7月23日。

（五）法院判決（按時間及本文討論之先後排序）

臺灣新北地方法院 88 年度易字第 4624 號判決

臺灣臺北地方法院 88 年度訴字第 1698 號判決

臺灣高等法院 90 年度上易字第 2531 號判決

臺灣士林地方法院 90 年度訴字第 268 號判決

臺灣高等法院高雄分院 95 年度矚上易字第 1 號判決

臺灣高等法院臺中分院 97 年上易字第 1223 號判決

最高法院 99 年台上字第 4909 號判決

臺灣高等法院 97 年上重訴字第 38 號判決

臺灣臺北地方法院 97 年簡字第 5079 號判決

最高法院 99 年台非字第 365 號判決

臺灣高等法院 101 年上易字第 742 號判決

（六）中譯部分

Claus Roxin 著，許絲捷譯，法益討論的新發展，月旦法學雜誌，第 211 期，2012 年 12 月，頁 257-280。

Günther Jakobs 著，許玉秀譯，罪責原則，刑事法雜誌，第 40 卷 2 期，1996 年 4 月，頁 45-84。

二、外文部份

Cooper, Terry L (1986). THE RESPONSIBLE ADMINISTRATOR. Millwood, N.Y：Associated faculty Press, Inc.

Cooper, Terry L (2006). THE RESPONSIBLE ADMINISTRATOR: AN APPROACH TO

國立政治大學 National Chengchi University

ETHICS FOR THE ADMINISTRATIVE ROLE. San Francisco: Jossey-Bass.

Denlhardt, Robert B. and Janet V. Denlhardt (2006). PUBLIC ADMINISTRATION：AN ACTION ORIENTATION. Belmont, C.A.：Thomson Wadsworth.

Ferlie, E., L. E. Lynn Jr., & C. Pollitt (Eds.) (2005). THE OXFORD HANDBOOK OF PUBLIC MANAGEMENT. Oxford, UK: Oxford University Press.

Garvey, G. (1997). PUBLIC ADMINISTRATION. New York, NY: St Martinis Press.

Henry, Nicholas (1995). PUBLIC ADMINISTRATION. Englewood Cliffs, New Jersey Prentice Hall.

Levine, C. H., B. G. Peters, and F. J. Thompson (1990). PUBLIC ADMINISTRATION: CHALLENGES, CHOICES, CONSEQUENCES. Glenview, IL: Scott, Foresman.

國立政治大學
National Chengchi University