

# 釋字第七三六號解釋部分不同意見書

陳新民大法官 提出

誰能夠將他的理念與行為分開，或將他的信念與職業分開？

黎巴嫩文學家·紀伯倫《先知》

本席對於本號解釋多數意見不能贊同之處，乃是在理論層面的雜亂割裂，同時有意漠視現行法制的迂陋與落伍，因此表現在整個理由書刻意沒有針對大法官過去論斷公立學校教師與公務員司法救濟管道有無所繫的釋字第二九八號解釋與其他相關解釋，是否已達到功成身退的階段，質言之，還在承認釋字第二九八號解釋的立論，是本號解釋沒有創造出任何學理上進步的價值；同時昧於現實，沒有對現制提出任何違憲批評的藥石之方，白白浪費了可以推動我國完全根除特別權力關係殘渣之契機。亦未大力要求立法者應針對目前公務員權利義務法制「一體化」與「簡化」的施於公立學校教師之上，以及混淆公、私立教師與學校間權利義務關係，且一律給予同樣的權利救濟管道，形成「大鍋炒」的落伍法制現狀，而有必要極速全盤改進的義務。故對此急就章式的多數意見，本席保留若干不同意見，敬陳於次，以盡職責：

## 一、令人啼笑皆非的結論

有如行雲流水般之本號解釋多數意見，狀似一個打破舊有陳規，開放了所有教師提起救濟之門的冠冕堂皇之作，但

是在整個行文上，卻將「應然面」(Sollen)與「實然面」(Sein)相互混淆。透過美化現制，把原本不存在的應然理想層面，描述成現制理應存在的規範。

這在多數意見對於教師法第三十三條(下稱系爭規定)的合憲性上，多數意見認定——其只是中性、純屬工具性質的規範，只指明教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背——，即可得知矣！但更關鍵的是，在系爭規定所明白指明的教師「訴權」，在現制的實體法上到底何在？其在法院的審判實務中有無獲得完整的承認？多數意見則未予審查。故多數意見心目中的教師權益保障之「完整訴權」是否只是鏡花水月的幻覺？此證據出在理由書第二段，所導出的明白結論：「一旦教師因學校措施致權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟。」的結論，似乎依目前的現制，任何公、私立學校教師因學校的措施，認有侵犯、影響其權利之時，即可提起救濟。沒有區分係身分關係，抑或管理關係(釋字第二九八號解釋之立論)，皆可為之。同時此救濟的途徑可區分為民事訴訟(私立學校教師之可運用)，行政訴訟(公立學校教師之可運用)，似乎目前法制提供的救濟途徑堪稱完善也。

上述多數意見的見解，是真的存在乎？在此短短的形諸在解釋文與兩段理由書中，清楚地呈現出多數意見「美化」了目前各級學校教師權利保障與訴訟救濟法制的現制。果如多數意見所示，則本號解釋的二位聲請人，本來都可以透過行政訴訟的方式，取得了法院實質審查其所受的學校措施是

否合法，包括實質合法與形式合法性，顯然地，聲請人皆遭所有訴訟程序的敗訴，且都敗於形式不合法，亦即赤裸裸的事實，正好與多數意見的結論相反。所有訴訟審級之法院全部依循釋字第二九八號解釋及相關解釋之立論，以及依此解釋所形成的公務員與教師權利保障與救濟途徑的法制，即，限於身分關係方得提起行政救濟（訴願及行政訴訟），至於其他的措施，例如，考績評定、留支原薪等，屬於管理關係，而不得提起上述的救濟來作為程序駁回的理由。難道多數意見對明白與其見解唱反調的終局裁判之見解，會寬容至漠視的程度乎<sup>1</sup>？

正是這種指摘現制的不合理與違憲性，才給予聲請人提起聲請本號解釋的動因。如今，多數意見卻認為：系爭規定與救濟的法制並無違憲、且釋字第二九八號解釋並未在終局裁判中獲得適用、當事人依系爭條文之意旨本來便有充分的訴訟程序，也導致了本號解釋多數意見自然毋庸指摘現狀有任何違憲與值得改進之處。

這種推論方式，豈非彷彿一位已病入膏肓者前往求助於醫生，醫生診斷後，未針對病症開出藥方，反告以：「汝本無病，乃庸人自擾也」。原因案件的聲請人讀到本號解釋文後，發現大法官說明法條內容沒錯，而且相關法院的裁判也沒錯，當事人本即可以提起行政訴訟。但卻遭行政法院否決此權利，使得所有政訴訟及釋憲程序皆白走一趟，徒然耗費數年的時間與期待，結果法院的決定還是沒錯。那麼到底問

---

<sup>1</sup> 也許亦有論者會認為，這是行政法院訴訟實務「認事用法」的問題，不應由抽象審查的大法官來予論斷。這一種「遁向認事用法」以及「遁向指摘聲請理由未具體說明釋憲理由」（見本號解釋理由書第三段），雖是本院釋憲實務經常使用作為不受理與程序駁回的理由，本席認為應當儘量節制。尤其是前者的理由，切不可用在本案，按原因案件是否因為司法實務已經完全誤解與曲解立法者原意，且形成實務的見解，甚至提到大法官來解釋，反而將之推回認事用法之領域，如此一來，今後所有司法實務誤解法律文義，都可脫免違憲的宣告，國家釋憲體制可以休矣！

題出在哪裡？豈非爛仗一場？多數意見豈不令聲請人豈不啼笑皆非、哭笑不得乎？

## 二、為何不解開盤根錯結之處——釋字第二九八號解釋豈能「巍然不動」？

既然本號解釋多數意見刻意不回應本號解釋聲請書最重要的聲請意旨——要求大法官檢驗釋字第二九八號解釋的論理依據是否早已不合時宜。此種不去觸動釋字第二九八號解釋的理由，恐謂該號解釋乃是針對公務員的懲戒事件，以及依懲戒結果能否提起救濟而聲請，從而獲出了「必須限於公務員身分或於其有重大影響之懲戒，方應有救濟程序」的原則；與本號解釋的標的——公立學校教師受懲處——並不相同，因此，毋庸將之列入審查標的……云云。

這種見解，本席難以認同！首先，吾人應強調：大法官的解釋有拘束人民與各機關的效力（釋字第一八五號與第五九二號解釋），故其性質與效力猶同法律，可以作為立法的依據，亦可為行政法之法源。在建立釋憲機制的國家，以釋憲意旨替代憲法明文規定的「憲法委託」作為立法的動因更為常見。也因此，作為最權威的法源來源，大法官解釋高不可攀，也唯有時時檢討作為立法依據的大法官解釋是否已過時，而有修法與立法的必要，方是促使國家法律制度能夠符合社會進步的良性運作之方。本號解釋卻與此精神背道而馳。在此應驗證釋字第二九八號解釋的過時。

的確，釋字第二九八號解釋是針對公務員的權利救濟的解釋，而非針對公立學校教師而作成。但是，判斷該號解釋要否成為本號解釋審查檢驗的標的，不是論其原因案件的類

別，而在於是否在相關法制中是否已經成為規範本案之相關法制，所涉及之人民以及其權利義務之主要依據而論，否則會造成「見樹不見林」的後果。

正如本意見書前所示，本號解釋的標的，乃觸及傳統特別權力關係理論之體系的一環。在該體系內，公務員、公立學校教師、公共機構(公營造物)內的規範對象—如學生或監獄受刑人等—，都是受到此理論的約束而無法如一般人民般，對公權力機關所為的措施，視為行政處分而得提起訴願與行政訴訟。因此，大法官歷次作出有關打破特別權力關係理論對上述人民訴訟權利所為的制梏之解釋，卻都是針對其中某一種規範對象而來，而後再擴張的將該開放原則，施於其他種類之規範對象之上。易言之，該號解釋起了「催化劑」的觸媒作用，而起了連鎖反應。

就以吹起打破特別權力關係理論第一聲號角的釋字第一八七號解釋，便是以「公務員申請給予未領退休金憑證之決定」為對象，而開始以認定公務員的財產權利可提起救濟；釋字第二〇一號解釋針對公務員請領退休金之權利，而許可提起救濟，都是可以延伸到公立學校的教師之上。同樣的推理，可見諸釋字第二四三號解釋，其原因案件當事人有三位，為併案審查，其中二位為公務員，一位為公立學校教師，但同為該號解釋的效力所及。該號解釋在主文與理由書中雖皆以公務員為論述對象，但明顯的仍將公立學校教職員的相關規定納入<sup>2</sup>。同時理由書將大法官前二號相關解釋(釋字第一

---

<sup>2</sup> 可參見該號理由書第二段：「因公務員身分受行政處分得否提起行政爭訟，應就處分內容分別論斷，業經本院釋字第一八七號及第二〇一號解釋闡釋在案，中央或地方機關依公務人員考績法或公立學校教職員成績考核辦法，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障服公職之權利，在相關法律修正前，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權，於最後請求司法機關救濟。」其中已經將「公務人員考績法」與「公立學校教職員成績考核辦法」併列，即為一明證。

八七號與第二〇一號解釋)所開放的救濟意旨——即公務員基於身分關係所受到的處分應以其內容作為判斷可否提起救濟的依據——，一樣可用在教師之上。從而，認定「唯有涉及改變公務員身分，直接影響服公職權利者」方屬行政處分，可提起行政救濟。除此之外，僅依考績法記大過的規定，既然未涉及身分的改變，即不得訴請救濟。釋字第四六二號解釋亦針對教師升等被拒，認為屬於教師身分上之權益受損，得提起行政救濟，亦適用上述公務員救濟權之法理。

因此，大法官明顯地採納德國一九五五年，也就是著名的德國烏勒(C. H. Ule)教授所提出的「外部、身分關係」與「內部、管理關係」，作為界分公務員受到行政機關處置能否提起行政救濟的標準，實從本號解釋奠下基礎<sup>3</sup>。

至於在釋字第二六六號解釋，則將釋字第二四三號解釋所強調的身分關係，配合前幾號有關財產權受侵，可得提起救濟的意旨，調整作出公務員非為免職處分之考績結果，本不涉及身分變更，但如有影響財產之利益時，即應可提起救濟。同樣地，此號解釋也應及於教師之上。

至此，此幾號解釋所累積的見解，已經為了釋字第二九八號解釋奠定了理論基礎——公務員與公立學校教師——，都受到同樣的原則——身分關係受到影響，以及財產權受到侵犯為限——，方得提起行政訴訟，是為身分關係與管理關係二分法適用的結果也。都有一脈連貫的關聯。

此關鍵性的釋字第二九八號解釋，實質上乃是針對了大法官對於改弦更張特別權力關係所作的結論，比上述釋字第二六六號解釋更進了一步，由「身分關係受損」，增加到「重

---

<sup>3</sup> 可參見拙著，行政法學總論，新九版，2015年10月，第72頁以下。

要影響」。故該號解釋明白提及：

「但關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟。」

但在此有二點值得特加重視：

第一，大法官雖然將身分關係的要件，改採「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)，但何為此重要性？其判斷標準為何？大法官卻未有任何敘述。此雖然符合德國當時(與現今同)流行的主流理念，但卻仍屬不確定法律概念，可留有法律予以細部規定，同時保留司法解釋的空間。在司法實務上，且可由法院來形成「案例類型」，來予以確定是否具有重要性的人權價值，從而可以在法律保留原則上，與論定該類型行政措施是否具備行政處分的特色，並可提起訴願與撤銷之訴<sup>4</sup>。

第二，該號解釋雖然明白提及規範對象乃是懲戒處分為限，但同時也提及儘管並非基於公務員懲戒法所為之免職處分(涉及身分改變)，但係基於考績法所為之類似處分，釋字第二四三號解釋既然已提到了類似的處分，已影響公務員之憲法保障之服公職權利，在相關法律修正前，同樣應許可提起救濟。釋字第二九八號解釋指出釋字第二四三號解釋應當加以補充之點，只是加上重要性要件的可訴理由，並沒有更易上述影響身分的考績結果，仍可提起救濟的結論也。

---

<sup>4</sup> 這也是在行政實務上經常會涉及一個行政機關之決定是否符合行政處分的定義(行政程序法第92條第1項)，尤其是是否為「對外直接發生法律效果」，亦即所謂的「外部效力」(Außenwirkung)的特徵。無怪乎幾乎所有的行政法教科書，都會在論及行政處分的概念時，針對各種不同類型與態樣的行政機關決定，論究其是否僅是屬於行政機關對內部人員的工作指示、有拘束性的規範等，屬於內部性質的決定，抑或是屬於外部規範力的行政處分也。

因此，釋字第二九八號解釋並沒有將學術界頗為贊揚、理應可以為朝向開放更多公務員權利救濟之門的「重要性理論」提出更多可以運用的資訊，來加速裂解特別權力關係規範體系的速度。但更值得吾人關注的，恐應該是該號解釋畢竟已經開啟了希望之門，然而，此希望之門上，仍繫著一把「只限懲戒處分，以及考績結果涉及免職者」的門鎖。至於最有可能納入並援引重要性理論的考績法所定的考績結果，諸如，記過、調職……，該號解釋仍然維持未改變舊有見解釋的立場也。也因此幾乎學界對此號解釋的批評甚多，都集中在此點上。

因此，就釋字第二九八號解釋的開拓性而言，只是言而不行，還有待大法官日後是否「再鼓餘勇」罷了。

例如，釋字第三一二號解釋(公務員退休請領福利互助金所生爭執之救濟程序)、釋字第三二三號解釋(對不合格或降低官等之審查不服不得爭訟之判例違憲)、釋字第三三八號解釋(認公務員對級俸審定之爭執不得爭訟之判例違憲)……，都是認定以涉及公務員身分(例如，釋字第三二三號解釋的官等評定；以及釋字第四三〇號解釋認定軍人的要求續服現役權利)或為財產權利益，認為屬於影響重大之決定也。此後少有對公務員部分，有進一步大開大闔的創見出現！

由上述的敘述可知，釋字第二九八號解釋雖然似乎閃現了大法官開啟採用重要性理論大門的一線靈光，但不論是基於魄力與雄心不足或是後繼無力，本理論並沒有繼續發揚光大，反而是本理論且形塑成公務員與學校教師權利救濟「二分法」的基礎，此觀諸於民國(下同)八十一年釋字第二九八



號解釋作成後，即為於八十五年十月十六日制定公務人員保障法提供理論基礎，其中公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得提起復審(該法第十八條)；至於，對於服務機關所提供之工作條件及所為之管理認為不當者，只得依提出申訴、再申訴(該法第二十三條)，而不能夠視為行政處分而提出行政訴訟。至於教師是否適用該法？依該法第三十三條(現行法改列為第一〇二條)第一項，雖然只限於「教育人員任用條例公布施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員」，不包括教師在內<sup>5</sup>。

至於教師的救濟管道，依八十四年八月九日制定之教師法，則只有申訴與再申訴一種內部救濟，此見諸第二十九條之規定：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」以及第三十一條之規定：「教師申訴之程序分申訴及再申訴二級(第一項)。教師不服申訴決定者，得提起再申訴。學校及主管教育行政機關不服申訴決定者亦同(第二項)」。

而教師法與公務人員保障法的公布時間極為接近，乃是當時國家開始實施「公教分流」，而不欲將公務員與公、私立教師一體看待。然而，教師的救濟途徑，使用公務員兩種救濟制度中的一種名稱，明顯地會產生誤解，認為教師救濟並無提起訴願或行政訴訟的機制。此理由，乃基於教師法適用對象乃包括公私立學校教師在內(教師法第三條，本法於

---

<sup>5</sup> 雖然依據公務員任用法第 33 條，有對教育人員的任用另以法律定之的規定。似乎將教育人員亦有任用的制度(與聘用併行)，而視為廣義的公務員之立意，同時立法院尚制定有「教育人員任用條例」將之規範，但已經脫離了公務人員任用法的體系，只有職員才適用之(第 21 條第 1 項)。因此，教育人員任用條例制定已走出了公教分流的一大步。

公立及已立案之私立學校專任教師適用之)。至於私立學校與教師的關係，應屬民事關係；反之，公立學校者則屬行政契約關係，皆非訴願制度進行所牽涉的撤銷訴願，必須限於行政處分為前提，所能包含者。故教師法第三十三條(亦為本號解釋的系爭規定)，方有下列極為含混的規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」顯示了公私立教師雖有多重訴訟救濟管道，但絕不可狹義的認為必須受限於公務員的申訴體系，亦即受到釋字第298號解釋的框架拘束。

在立法的過程中，系爭規定的立法旨意：由於本條文的內容糾雜不清，是否僅准許公立學校教師的權利受損，僅得透過訴願與再訴願的程序，方得提起訴願與行政訴訟，亦即申訴先行主義，抑或可直接提起行政訴訟？在立法過程中產生甚大的爭議。然而，由主管機關的代表(教育部次長李建興)的澄清，系爭規定的主要精神乃在於：1、儘量保護教師的訴訟權利；2、申訴制度與訴訟制度乃是「併行制」，因此不必以申訴制度為前行要件，才會出現系爭規定有「教師不願申訴……」之用語；3、申訴制度的存在乃是為了學校安定，讓校內爭議儘可能在學校內解決；4、學校與教師間有可能產生之關係為民事關係，故使用「措施」(教師法第二十九條第一項)一詞，取代訴願所必須的「處分」用語，顯然乃行政訴訟與民事訴訟皆為法定的救濟途徑也；5、教師的救濟體制自始便未考量烏勒教授與公務員法制所依據的二分法，所有侵犯其權利者，都可提起救濟。因此，教師即有三種救濟管道：申訴(再申訴)、行政救濟與民事訴訟，

可嘗試選擇<sup>6</sup>。

但在實務的運作上，上述教師法系爭規定的彈性與開明特性，便產生曲解，特別是對系爭規定中，涉及訴訟救濟可能性的「按其性質」一語的詮釋，留下了「病源禍根」！亦即可提供操作限制訴訟權的把柄也。這也是源於司法實務長年來將軍公教人員體制一體看待，而將公務員的權利義務關係，準用在教師之上。就以待遇而論，大法官在釋字第三一二號解釋針對公務員退休請領福利互助金所生爭執之救濟程序，即將此救濟程序由公務員及於所有的「公教人員」之上<sup>7</sup>。

這種將公教人員權利保障及課予義務，同樣適用相同的法律規範，且具有極高的憲法意義，與保障法益之態度，大法官直到最近都沒有變更，最明顯的例證，乃出自釋字第七一七號解釋關於公務員退休優惠存款利率的法制，教育部且以行政命令，而非法律位階的規範，實施此制度，獲得該號解釋合憲性的評判，大法官並未區分一為公務員，一為教師而應有本質上的不同，而有不同的價值評判也<sup>8</sup>。

無怪乎本號解釋原因案件在終局裁判(最高行政法院一〇三年度裁字第八九一號裁定)，且明白的承認公立學校教師與公務員的地位類似，應適用同樣的規範：「……又公立學校係各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位，業經司法院釋字第三八二號解釋在案，而公立學校之教

<sup>6</sup> 可參見立法院公報第 83 卷 43 期委員會紀錄，第 304 頁。

<sup>7</sup> 此觀諸該號解釋的法規乃「中央公教人員福利互助辦法」即可得知。

<sup>8</sup> 可參見該號解釋理由書第 7 段：「公教人員退休制度，目的在保障退休公教人員之生活條件與尊嚴，俾使其於在職時得以無後顧之憂，而戮力從公。相關機關檢討退休人員優惠存款之規定時，除應符合本解釋意旨外，亦應避免使其退休所得降低至影響生活尊嚴之程度。在衡量公教人員退休所得合理性時，對較低階或情況特殊之退休公教人員，應通過更細緻之計算方式，以減緩其退休後生活與財務規劃所受之衝擊」。

師，與學校間則具有公法上勤務關係，與所服務學校間之身分關係，與公務人員類似，故司法院關於公務人員因身分而受處分，得否提起行政訴訟之解釋，於公立學校教師亦應比照適用。而參諸司法院釋字第二四三號解釋、第二六六號、及第二九八號解釋，……」。同樣的見解，也出自另一號終局裁判(最高行政法院一〇三年度判字第五九六號判決)的敘述更為清楚：「……另關於公務人員權益之保障，依司法院釋字第一八七、二〇一、二四三、二六六、二九八、三一二、三二三、三三八、四三〇、四八三、五三九等號解釋意旨，公務人員得依法提起行政訴訟救濟者包括：足以改變公務員身分關係，直接影響其服公職之權利者；或對其公法上財產請求權受到影響者；以及對於公務人員有重大影響之懲戒處分等。至於若未改變其公務員身分關係之存續，或未對其應有權利有重大影響之人事行政管理措施，則不得提起行政訴訟。教師雖非公務人員任用法所稱之公務人員，惟教師之保障範圍，與公務人員幾無軒輊，上開有關公務人員權益之司法院解釋，於內容性質不相抵觸時，對於教師自得準用，是教師對於其服務學校所為未改變其教師身分或未對其權益有重大影響，且無損其公法上財產請求權之內部管理措施處置，如有不服，僅得依教師法規定提出申訴、再申訴，經再申訴決定後，即不得再提起行政訴訟。……」。

由上述二個終局裁判，已經可以洞見行政法院的實務，已經將公立學校教師權利義務，包括訴訟救濟權利「擬公務員化」，因此釋字第二九八號解釋的規範意旨，自然延伸在此類案件，並由終局裁判作為判決的依據也。而在行政法院的實務中，此法制更已形成定見，判決多如牛毛也。

這是實務上曲解了教師法有異於公務員保障法而獨立立法的制度原意，又曲解了系爭規定所許可教師提起司法救濟的美意，導致了教師申訴之性質，理應類似訴願，卻在實務上反偏向公務員申訴之制度<sup>9</sup>。可舉一例證明之：訴願決定書應附記提醒提起行政訴訟的「教示制度」(訴願法第九十條)，但在申訴決定書上，並沒有類似的記載。顯示實務上已經抵觸了教師法的意旨，多數意見豈能不察乎？

因此，吾人不能夠光以釋字第二九八號解釋的規範對象僅係懲戒，又並非及於考績結果，亦非及於教師，而不予審查其合憲性，而是應檢驗該號解釋所立下的門檻，是否已經不合時代所需，本號解釋多數意見的基本態度即有誤也。

### 三、釋字第六八四號解釋的衝擊

釋字第二九八號解釋所構建的公務員與教師救濟體制中，除了涉及公務員與教師之財產及身分利益外，大法官在迄今為止的大法官解釋中，尚未有肯定其他權利之影響具有類似的「重要性」。但是，在此過程中，大法官已在兩個週邊類型案件中，啟動了另一波解構特別權力關係的手術。

在觸及最典型的特別權力關係之受羈押被告，認執行羈押機關對其所為之不利決定，釋字第七二〇號解釋，已認為若該決定已逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍，不法侵害其憲法所保障之權利者，自應許其向法院提起訴訟請求救濟。值得注意的是，大法官不以身分關係或管理關係來檢驗(因為此類型之處置多為管理關係)，而是以人身自由的重要性作為判斷基礎；至於在較早的釋字第六八一

---

<sup>9</sup> 可參見吳志光，教師申訴程序與訴願程序之關聯——以教師法第 33 條為核心，憲政時代，第 33 卷 2 期，2006 年 10 月，第 141 頁。

號解釋，對於撤銷假釋的決定，反而不重視人身自由的重要性，而是以保障正當法律程序為判斷標準。前者的不利決定一定比後者對人身自由的限制來得輕，反而作為開放救濟權的依據，顯示身分關或重要性原則，並非決定人民擁有訴訟權範圍與否的唯一標準也，還有其他的人權與憲法原則可供判斷。

另一個對本案有影響的大法官解釋，為釋字第六八四號解釋對於學生訴訟權利開放所應該帶來的巨大衝擊。

在該號解釋中，大法官已經明白揚棄了釋字第二九八號解釋以來僅限於影響學生就學與身分權利者，方許可提起行政救濟的傳統見解。此觀諸理由書：「……本院釋字第三八二號解釋就人民因學生身分受學校之處分得否提起行政爭訟之問題，認為應就其處分內容分別論斷，凡依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分及損害其受教育之機會時，因已對人民憲法上受教育之權利有重大影響，即應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分，而得提起行政爭訟。至於學生所受處分係為維持學校秩序、實現教育目的所必要，且未侵害其受教育之權利者（例如記過、申誡等處分），則除循學校內部申訴途徑謀求救濟外，尚無許其提起行政爭訟之餘地。……」，而改變了見解：「……惟大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋應予變更」。

大法官在該號解釋也不採納所謂的重要性理論，凡是屬於學生受教育權或其他基本權利，都允許學生提起司法救濟，亦即以「權益受損」取代「重要權利受損」。然而，本號解釋並非隱含著大法官承認學生可以漫天認定所有學校的管理措施皆會侵犯學生的權利，從而可訴請法院救濟。而係僅限於「受教育權或其他基本權利」，故學校本於行政管理(即建築物管理權，Hausrecht)，或其他基於大學自治權限，仍有不少得以規範的權限。退一步而言，法院儘管承認學生有起訴權，但起訴後有無理由，仍可由大學自治權限所訂下的規範，取得法源規範力，為此司法裁量應予尊重也。所以，不至於讓校園失序，學校管理當局喪失管理運作大學的能力。

因此，釋字第六八四號解釋，所強調的「有權利即有保障」的原則，應當有散發熱力的效果，至少，應當直接衝擊大學教師與大學間的權利救濟體制，然後，再選擇性的一步影響公務員的救濟體制。

以大學教師的權利為例，特別是公立大學。按公立學校本為公共機構(公營造物)，其特徵為一定的設備與運作人員所組成，而其使用者則為單方面被規範之對象。因此教師，特別是大學教師的重要性，是構成公共機構運作的骨幹，其權利義務應該給予最大的保障，同時亦是大學自治的制度性保障意志的來源及實際運作者。雖然，公立學校教師在傳統行政法學上，頗多視為國家教育公務員的一環，這也造成了我國過去實務上，將教師擬公務員化的現象。但究竟已經是過去式。隨著釋字第六八四號解釋承認此種公共機構的運作者——學生——享有高度保障之訴訟權，豈可不隨著提升教師的

訴訟權利乎？

因此，釋字第六八四號解釋應當扮演「火車頭」的角色，帶領立法者儘量擴張其理念於教師與公務員的救濟途徑之上<sup>10</sup>。

然而，這種火車頭的角色顯然並未被實務所採納。在上述二個最高行政法院的終局裁判，都認為大學與學生的關係，縱有受到釋字第六八四號解釋的調整，但對於教師與公務員的權利救濟無涉，同時認為釋字第二九八號解釋的效力仍不受影響<sup>11</sup>。

此便是實務界承認釋字第六八四號解釋效力範圍的有限性，故解鈴還需繫鈴人，大法官本應當透過本號解釋的機會，發揚釋字第六八四號解釋的精神，澄清實務見解以及對教師法系爭規定在操作上的謬誤，顯然多數意見未能體現之，可惜良機已失！

#### 四、多數意見忽視尚有巨大立法工程尚待進行

本號解釋多數意見似乎過度樂觀的認定，本號解釋已經打開了各級學校教師就學校處置的救濟之門，一切訴訟的障礙已然清除矣！然而，卻忽視了本號解釋仍未澄清目前下列混亂與相互糾結的權利救濟法制：

1、現制糾結著公務員與公立學校教師的救濟制度；必須分開立法規範，而其內容必須大幅修正現行規定。基本上，公務員與公立學校教師受到義務拘束的來源並不相同，前者

<sup>10</sup> 可參見本席在該號解釋之不同意見書。

<sup>11</sup> 這已經成為行政裁判實務界的一致見解，在審理本案過程中，曾有同仁以系爭規定為關鍵字搜尋最高行政法院裁判，獲得計有 66 件裁判的結果，再以是否可提起訴訟，乃以是否影響教師身分(包括財產權或重大權益)，為爭議內容者，共有 25 件。此 25 件的結論中，共有 23 件引有釋字第 298 號解釋之立論，至於採取二分法作為是否許可提起行政訴訟的標準，上述 25 件全部贊成採納之。



可由公務員法體系，後者應由行政契約獲得拘束。雖然兩者應有共通之處，特別是行政契約為行政權力之一種，與行政處分般受到同樣公法原則的拘束。但在此即可得知，公立學校教師與學校間的義務來源，既然都由行政契約而來，且規範內容多類同行政處分般，取得可提起行政訴訟之資格。相形之下公務員與機關間，即容有甚多屬於內部規範之空間。因此兩者權利救濟的屬性，已經有甚大的差異，應當反應在其提起行政訴訟的可能性差異之上。這也需要透過法制的改新來呈現。

2、現制糾結著公立學校的教師與私立學校的教師的救濟途徑。且完全適用一種途徑(申訴與再申訴)。雖然經本號解釋澄清不以經過申訴為必要，可逕行起訴(民事或行政訴訟)。然而，正確的解決方法，前者為行政契約關係；後者則為民事關係<sup>12</sup>。從而教師法的現行申訴規定即與大法官解釋的意旨互有矛盾，似乎應當在教師法中明定申訴制度乃任意條款，並非起訴的先行程序，尤以民事訴訟為然。然而幾乎整個教師法的救濟規定都必須大動手術不可。

3、現制糾結著大學、中學與小學。釋字第六八四號解釋僅限大學生與學校之關係，同時大學教授享有制度性保障及講學自由等，比中小學教師有更多的權利保障，各種學校應有不同的制度設計。

4、即使許可教師可有多元訴訟途徑，但公務員的救濟之門仍應打開，整體構建仍可循：行政處分之救濟(撤銷之

---

<sup>12</sup> 雖然此亦為本號解釋多數意見的見解，也是學術界的通說。但亦有部分學者認為，即使私立學校也是在某些事項，例如，學生學籍管理、學位的授與以及教師升等的評定等，屬於公權力的授與，就此部分而言，具有行政處分的性質。因此，即使私立學校與教師間所簽訂的契約，仍屬行政契約，而非私法契約。故關於此問題，仍有討論的空間也。持此意見者，例如，廖義男，人事爭訟之爭議問題，刊載：憲法及行政法制，2015年2月，元照出版社，第517頁以下。

訴與行政訴訟)、一般給付之訴(非行政處分性質之處置,包括要求重新調職、人事檔案資料的更換……)<sup>13</sup>,以及仍屬內部規範的工作指示與安排,納入申訴範圍,而不得提起救濟等三分法<sup>14</sup>。但是在實施此二分法時,特別是上述的一般給付之訴(行政訴訟法第八條),或是給予行政處分之訴(行政訴訟法第五條),雖然前者不限於行政處分的行政給付義務為對象,不似後者般,即可以配合擴大公務員權利救濟的範圍,不以認定為行政處分的行政措施為限,例如,人事檔案的附記、不當調職的重新安排職務,甚至保守的不承認考績評定為行政處分,仍可不採撤銷之訴之方式,而請求主管機關重新審查程序,並重作評定……,都是可行之方<sup>15</sup>。

然而,這套較為進步的行政救濟體系與概念,是否隨著本號解釋公布後,行政法實務界(行政機關及法院),都可以瞭然採納,而無需透過其他相關法制,包括訴願法以及行政訴訟法的修正,而讓公務員及教師可以藉以提起行政救濟乎?恐無可能。

故本席亦主張本號解釋可賡續過去大法官逐案打開特別權力關係樊籠的成例,一步步就系爭的措施種類,斷定其是否具有透過行政訴訟來予保障的必要性。就以本號解釋而言,所涉及的遭到曠職處分、扣薪、留支原薪以及「申請免評量

<sup>13</sup> 例如,學界亦有認為在教師升等被拒絕時,可能併行撤銷之訴、或課予義務之訴及一般給付之訴。可見得,關於訴訟的種類,即有待繼續釐清。可參見廖義男,前述書,第515頁。

<sup>14</sup> Köpp, Öffentliches Dienstrecht, in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2Aufl.,1986, S.391.

<sup>15</sup> 就此點而言,論者亦有認為依我國目前的行政法法理,亦許可公務員依行政訴訟法第8條之規定請求主管機關另為決定也,實際上凡此類似的爭議,特別是關於考績(乙等、丙等考績)、調職(主管改調非主管),只要不影響本俸、官等、等級,都不認為是可以提起行政救濟。可參見廖義男,前述書,第512頁。而影響當事人權利最大的當屬考績丙等,實務界本不認為可提起救濟,但考績改列丙等會影響年終考績獎金、不得辦理陞任、三年內不得選拔為模範公務員、以及升等訓練。故最高行政法院104年8月份第2次庭長法官聯席會議(一),已決議認為有對公務員的權利造成重大的影響,應得提起行政救濟。該決議的見解是採納釋字第684號解釋的「有權利必有救濟」的法理,可見得釋字第684號解釋具有散發影響力至公務員救濟體系的功能矣。

遭駁回」等措施，是否得以救濟，加以闡釋後，可以進一步釐清目前仍處於混沌未清的「內部處分」的範圍。這也是靠著司法累積，消弭特別權力關係影響力的一種方式也。當然，本號解釋如採此方法，也必須對於判斷的理論依據有所說明，顯然地，重要性理論的重要性相形降低，而權益說可望受到重視。本席以為，過去大法官解釋恆重視財產利益（並視為符合重要性理論），準此，本號解釋涉及的標的，例如，曠職扣薪，可得獲大法官之青睞<sup>16</sup>。但公務員與教師的權利，不以財產權為主，舉凡人格權、名譽權以及生涯發展權利，都是最重要的人權之一，從而行政機關若有其他侵犯人性尊嚴的舉措，更應賦予受侵害者提起救濟的權利。而在另一個原因案件中，聲請人要求審查其所申請之教授「免評量」，致遭大學駁回。此乃事涉學校當局對於教授服務與教學成果的評判，此決定猶如行政處分，將帶來積極的利益與不利，例如，通過此免評量者，可以免除評量的義務——比如車輛定期的檢驗與換照——，難道不是一種給予積極利益的決定與行政處分相類似？更何況此種對教授學養的評定，可比如公務員的官等，雖不一定涉及到財產利益，但是對於教授的尊榮，以及若干年內免除評審的壓力負擔，使其能夠更自由的投入其所鍾意的學術工作，豈非對教授的權利有極重大的影響？多數意見且將此部分聲請，認為未具體指摘，而不予受理之，更是本席所不敢苟同者。

因此，本席認為公務員、教師的榮譽權與人格權都是其

---

<sup>16</sup> 例如，最高行政法院在系爭裁判(最高行政法院 103 年度第 891 號裁定)亦認為如果曠職處分，只是導致留支原薪，既不侵犯教師的身分與教學資格，即不得提起訴訟。至於，曠職處分導至曠職日的薪俸應扣還，也如同曠職處分雖會導致考績列丙等或其他處置，但「並非系爭曠職處分所當然附隨之效果」，從而不得提起爭訟。反面言之，若有直接導致財產權損失的處置，即當然得以提起訴訟也。

人性尊嚴的體現。在本號解釋的原因案件涉及到教師違背認真教學義務所為的曠職處分，大法官豈能斤斤著眼於其可能帶來的財產損失(扣薪一日)，而作為其可提起行政救濟之理由，而置學生、教師同仁與家長可以指指點點教師「曠職、不盡責」的人格侵犯與榮譽感喪失而不顧，難道師道尊嚴不敵一日之俸給？夫子之道竟然折腰於五斗米不到的小俸，豈不斯文掃地乎？故本號解釋實宜勇於澄清過去許多解釋「重幣輕譽」的沈疴矣！

綜上所述，可略為說明公務員與教師權利救濟法制仍處於「百廢待興」之階段。本號解釋多數意見忽略了仍有巨大的立法工程必須迅速進行，有必要督促立法者全盤檢討目前公務員與各級學校教師的權利救濟法制，把目前因陋就簡的制度全盤更新。但多數意見卻吝惜對立法督促予以一言提及，亦為憾事一件。

## 五、結論——尊師重道，由最大幅度保障教師權益做起

法治國家的進步，第一步必須在「理念認知」上，有隨時致力查覺「今是而昨非」的思想行動，獲得學理上的確信；其次，必須在實踐上將此確信，反映在國家法治體系的毅然更新之上。這才會使得國家的法治文明之質量，與日俱增。

在有樹立違憲審查權體制的國家，例如，我國，正是應當妥善與大力運用大法官行使審查權的機會，將老舊的法治思想與體制，予以適時的更新，方得使此機制的存在，使國家的法治進步產生最大的動力。

對於當年形塑與支撐起老舊的特別權力關係理論，最重要的概念——不承認公務人員能和一般人民一樣擁有最充

分的權利保障與救濟地位，千方百計創造出此種公法理論來合理化這種將公務員視為當權者「奴僕」的角色。幸而，在數十年中經由許多學界與大法官先賢們的努力，透過許多解釋逐步揭開此「法治國家叢林」的黑幕，也一度獲得學界熱烈的稱譽，然而此進程卻只到達二十年前釋字第二九八號解釋為止。然而本號解釋本可以利用此良機，把五年前開放大學生權利救濟之門的釋字第六八四號解釋意旨擴張到教師，特別是大學教師之上，再進一步推及公務員，使得特別權力關係的理念影響力，壓縮最小的空間，以顯示出我國已經成為高水準的法治國家。

然而，多數意見並沒有在此理念工程上獲得應有的掌聲。白白喪失了批判與揚棄此已經接近二十五歲高齡的老舊釋字第二九八號解釋與依其概念所構建的陳舊法制之機。

可惜，本號解釋又未能夠體會出教師會對青年學生在國家法治國屬性的體認與學習上，實扮演著極為重要的角色。語云：「師者，傳道、授業、解惑也」。如今連學校的教師，受到學校任何一個自認不公不義的對待，國家法制尚不許給予其伸冤訴理的訴訟機會、不給予其完整的公民人權保障。試問老師內必何以甘服？如此一位心懷怨懟的老師，何能期待其在課堂上與生活輔導的場合，會教導學生對國家法治國原則及其發展前景，產生一個樂觀與正確的認知？當莘莘學子正值可塑性最高的階段，其腦中深深烙下了老師親身遭到國家法制與司法機關不公正對待的案例，豈為法治國家之福？

在公務員方面亦然！此讓本席想起多年前研究與推展德國軍人法的理念，受到德國五〇年代軍事改革家包狄辛

(Wolf Graf von Baudissin, 1907-1993)所強調公務員與軍人同屬「穿著制服的公民」(Staatsbürger in Uniform)的理念甚深。包狄辛的理念，大力排斥普魯士軍隊傳統的視軍人為服從的機器，不必顧及其享有基本人權的必要。而認為法治國家必須改弦更張，將軍人(及公務員)作為國家，以及一個法治國家的護衛者，也因為要扮演好此角色，應該儘量承認公務員與軍人享有最大的人權保障，須知，唯有軍人與公務員都能充分享受到法治國家原則與人權保障體制的好處時，才會體認國家的體制，值得彼等奉獻全部生命與健康來護衛之<sup>17</sup>！國家豈可再忍心剝奪其等伸冤之權限？

因此，本席認為，要尊師重道，就要由最大程度保障教師的權利做起，給予其充分的救濟管道，以其言行作為學生「為權利而抗爭」(德國耶林大師的名言)的活生生教材也。一個理想的老師，不應只是學生的「經師」，也是生活與人生觀正確方向的「人師」。教師必須「言行如一」，這也是黎巴嫩文學家紀伯倫在其大作《先知》的一句名言：

「誰能夠將他的理念與行為分開，或將他的信念與職業分開<sup>18</sup>？」

尊師重道，請將教師的尊嚴以及完整的訴訟權還給教師！

---

<sup>17</sup> 可參見，拙著，法治國家的軍隊，刊載：軍事憲法論，揚智出版社，2000年，第67頁以下。

<sup>18</sup> 許慧真譯，紀伯倫詩選集，宇楨出版社，1989年，第149頁。