

釋字第 491 號解釋協同意見書

吳庚大法官 提出

一、考績懲處之合憲性

對公務人員違法失職行為，採取由司法機關懲戒及其服務機關考績懲處之雙軌制，乃我國特有之制度。設置公務員懲戒委員會（相當於懲戒法院），掌理懲戒事項，但輕微案件（九職等以下公務人員之記過及申誡處分）得由主管長官逕行為之，係仿自德國法制；而主管長官對其屬僚行考績之權，則源於歷代考課之制，考課之後，繼以賞罰，賞有增秩、遷官、賜爵；罰有貶秩、降職、免官（參看薩孟武，中國社會政治史（一），增訂七版，三二七頁）。考課之外，再輔以年勞，「考課是以日月驗其職業之修廢，年勞是以日月驗其資格之深淺」（元·馬端臨，文獻通考，卷三十九考課）。現行專案考績及年終考績之分設，與文獻所載考課與年勞之區別亦有若干彷彿之處。

懲戒與懲處併行為訓政時期所建立，是先憲法存在之制度。憲法第七十七條規定，公務員之懲戒為司法院職權之一，第八十三條則定有考試院掌理考績等事項之權，憲法作此規定，足以顯示制憲當時並無變更既存制度之用意。至於現制之良窳，固有仁智之見，若謂法律對考績賦予賞罰之效果，則構成違憲，並非確論。或謂考績雖得附加獎懲，但不得一次記大過兩次免職，以免侵奪司法機關懲戒之權限，然年終考績累計達兩大過者，依法仍須免職時，應作何理解？又或謂懲處不妨維持，惟應仿刑法上有期徒刑不能因加重而成無期徒刑，拘役亦不得變為有期徒刑之例（中國舊律之加贓亦有類此法則），無論記大過若干次，均不應升級為免職，果如此，現行賞優黜劣之考績功能將喪失殆盡，相關

制度既須全盤重新設計，已超越掌理規範審查之釋憲機關的權限範圍。矧考績懲處之合憲性業經本院認定有案：釋字第二四三號解釋稱：「公務人員考績法記大過處分，並未改變公務員之身分關係，不直接影響人民服公職之權利，上開各判例（指行政法院之舊例）不許其以訴訟請求救濟，與憲法尚無牴觸」。其前提自是承認懲處之設為憲法之所許。釋字第二九八號解釋則稱：「公務員之懲戒乃國家對其違法、失職行為之制裁，此項懲戒為維持長官監督權所必要，自得視懲戒處分之性質，於合理範圍內，以法律規定由長官為之」（該號解釋理由書中段），此段解釋意旨符合行政法學久已存在之一項原則：「行政機關對懲戒法規之執行享有優先權」（das Vorrecht der Verwaltungsbehörde zur Verfolgung und Androhung von Disziplinarrecht），而與懲戒性質相當之懲處其合憲性經由此號解釋已無容置疑。目前有關機關正依釋字第二九八號及其他相關解釋進行公務員懲戒法及有關法規之修正，若僅執免職處分既相當於懲戒，則應回歸公務員懲戒法規定，遽指現制為違憲，不僅其理由有欠充分，倘釋憲機關在數年之間出爾反爾，亦將使制度之檢討修正無所適從。

二、免職處分與法律保留原則

本件解釋之內容包括下列四項原則：（一）記兩大過免職之事由為法律保留事項，應由法律加以明定，（二）免職處分須司法救濟程序確定後執行，未確定前得予停職，（三）免職處分之作成應踐行正當法律程序，（四）考績法及相關法規與本解釋意旨不符者，應定期失效。除第四項定期失效係循本院解釋向例處理，無待說明外，分別就前三項原則進一步闡釋其理由並陳述本席支持多數意見之立場。以下先敘述法律保留在懲戒（處）法規之適用：

依昔日「特別權力關係」理論，為規範公務員或學生等類人員之行為，服務機關或學校得發布「特別規則」，不受法律保留原則之拘束，違反「特別規則者」，應受懲戒罰。現時學理上已普遍放棄上述理論，凡涉及基本權之重要事項，應受法律保留原則之支配，亦即採所謂重要性理論（Wesentlichkeitstheorie），本院釋字第三八〇號解釋宣告大學法施行細則部分條文違憲，殆係基於同一法理。本件解釋文所稱：「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之」。其揚棄「特別權力關係」之相關理論，尤為明顯。惟法律保留之規範密度常視事項性質不同而定，形成層級化之保留體系（System des abgestuften Vorbehalts），本院釋字第四四三號解釋理由書首段所述，亦係闡釋此項意旨。在揚棄特別規則之理論下，公務員權利之保障，與一般人民初無軒輊，但無論如何，對公務員之保留密度不能超過一般人民，因此凡法律上評價相同之事項，對人民允許以明確授權之法規命令予以規範者，對公務員當然亦得以發布授權命令為之，而授權發布命令之法律條款，應符合明確性原則，則屬當然。又公務人員違法失職行為，而應成立懲戒（處）罰者，其構成要件應以法律定之，固為本解釋所強調之重點，然事實上無法達到與應受刑罰制裁之犯罪構成要件，所受罪刑法定主義之約束同等嚴格的程度，故由法律直接規定之要件，仍須借助概括條款或空白處罰規定，此乃各國立法例均無法避免之現象（參照 H.J.Wolff, Otto Bachof, R. Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, § 115 Rn. 8ff.; G.Kuscko-Stadlmayer, Das Disziplinarrecht, 1985, S.4.）。本院釋字第四三三號解釋亦基於相同理由，認懲戒處分僅設概括規定，與憲法並無牴觸。不寧惟是，

專門職業人員所遵守之職業上規範，與公務員之紀律守則，性質相當，同樣不能以法律明定其構成要件，而不待其他法規之補充。是以會計師法第十七條規定：「會計師不得對於指定或委託事件，有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務」，其中何者為會計師業務應盡之義務，並不限於該法本身之規定，其他依法令所課加義務，會計師如有違背，仍應成立懲戒責任，本院釋字第四三二號解釋，所闡釋者即係此一意旨。本件解釋文下述文字：「懲處處分之構成要件法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經司法審查加以確認，方符法律明確性原則」，便是出自釋字第四三二號解釋，蓋公務員紀律與專門職業人員之職業規範，均屬於所謂職業及身分義務（Berufsund Standespflichten），在法理上有其共通之處。

三、免職處分與正當法律程序

對公務員記兩大過免職等懲處處分屬於典型之「限制或剝奪人民自由之行政處分」（參照行政程序法第一〇二條），凡法律所規定作成單方行政行為時給予相對人之程序的保障，諸如通知處分相對人陳述意見或舉行聽證（即言詞辯論）、受處分人得委任代理人及閱覽卷宗、並得主張事實或提出證據、懲處處分書應記明事實、理由及其法令依據、其得提起行政爭訟者並須有教示救濟方法之記載等均應切實踐行，方符現代法治國家程序保障之要求，亦為本院歷來釋示正當法律程序旨趣之所在（參照釋字第三八四號、第三九六等號解釋）。無如行政程序法在立法院審議時，未經專業上深思熟慮之判斷，即增設行政院原提案所無之除外條款（該法第三條），且達八種之多，內容並非妥適（參看拙著，行政法之理論與實用，增訂五版，第十五章第六節），其第二項第七款所稱：「對公務員所為之人事行政行為」顯係囿於舊日「特別權

力關係」之說法，欲將行政程序侷限於所謂「一般權力關係」之事項，殊不知人事行政行為之無行政程序法之適用者，充其量僅能限於未限制或剝奪公務員服公職之基本權事項，例如職位陞遷、調動、任務指派等而已。目前行政程序法尚未施行，各級機關切勿以民國九十年一月一日該法實施後，依新法推翻舊解釋之理，排除本解釋之適用，因為本解釋乃憲法位階之釋示，任何法律不得與之對抗也。再者，有關機關未來研擬修改公務人員考績法規之際允宜以前瞻之思維，對記過以上之懲處均踐行正當法律程序，不必僅限於免職處分，蓋本解釋未及於免職以外之懲處處分者係針對聲請標的而為之故。

四、免職處分之確定及執行問題

本解釋對現制之另一項衝擊，係免職處分須行政爭訟審級救濟終結，或相對人對免職處分甘心折服不提起爭訟而告確定，始得執行，與目前免職處分一經銓敘機關核定，即屬「確定」並予執行之處理方式，大不相同。或許對此部分持不同見解者，將謂我國法制從來即採提起行政爭訟不停止原處分執行之原則，縱然新近公布之行政訴訟法及訴願法亦無例外，本解釋不但予以破壞，且免職處分不能隨即生效，將減損其維持公務紀律並昭炯戒之作用。查現行公務人員考績法第十八條規定：「年終考績結果，應自次年一月起執行，專案考績應自銓敘部銓敘審定之日起執行。但年終考績及專案考績應予免職人員，自確定之日起執行，未確定前，得先行停職。」，其所稱確定現時人事作業上係指銓敘機關所為之核定，惟該法於民國五十一年修正公布後，即有因考績免職人員於確定後執行之明文（第十四條），其所謂確定則指受免職處分人員於收受免職通知書後遞向上級機關及銓敘機關提起復審、再復審並告終了而言（第十三條），當時公務員法制仍籠

單在「特別權力關係」事項相對人不得爭訟之規範下，確定云云亦僅能作此理解。自釋字第二四三號解釋公布以還免職處分均得提起爭訟，考試院且有公務人員保障之專設機關，職司此類行政訴訟事件之前置程序，則所謂確定自應回歸法律用語之常態詮釋。況且違法失職之公務人員若循公務員懲戒法之程序移送懲戒，縱然違失之情節重大，無論公務員懲戒機關或主管長官亦只能先行停止被付懲戒人之職務（公務員懲戒法第四條），是否撤職仍須俟懲戒機關審議結果而定，兩相比較，考績法有關執行免職之規定，自嫌嚴苛。而免職處分執行前既可先行停職，仍能達到整飭紀律之效果。惟有關機關未來修改考績法時，似可考慮對受懲處之人員，一旦發布免職處分書，即當然賦予停職之效果，以免先後出現免職及停職兩種處分，否則在救濟程序中將造成技術上難予解決之困擾。蓋目前實務上已改變以往停職不許其提起爭訟之見解，行政法院近例對停職事件均作實體上審理及判決（參照該院八十五年判字第一〇三六號判決），若既有停職又有免職之處分，將使同一事由出現兩個爭訟案件，設若竟因而產生兩歧之裁判結果，則如何善後，必大費周章。至於提起爭訟固以不停止原處分執行為原則，但法律並非不能作例外之規定，尤其在已有替代立即執行之方法時，賦予停止執行之效果，現行法律亦早有此類機制，稅捐稽徵法第三十九條第二項之規定屬之。