

## 釋字第七〇七號解釋協同意見書

大法官 蘇永欽

本件解釋以教育部發布的公立學校教職員敘薪辦法（下稱系爭敘薪辦法），關於公立高級中等以下學校教師部分的規定，與憲法上法律保留原則有違，並諭知整件辦法應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三年時失其效力，本席敬表贊同。惟本解釋仍有若干值得補充或強調之處，簡單說明如下：

### 一、制度性保障意義下的財產權有預設前提

聲請人認為基於系爭敘薪辦法所訂公立學校教職員敘薪標準表說明第五點第一項有關提敘的特別規定（下稱系爭規定），已侵害其服公職權，違反法律保留與平等原則。但教師在現行法下非憲法第十八條所稱公職，因此若從基本權限制的角度來主張，比較可能的還是財產權。問題在於什麼財產權如何受到侵害，並不清楚。這裡涉及本院有關財產權侵害概念的闡釋，也許有先做簡單整理的必要。

憲法第十五條的財產權是否應與私法上的財產權同一，在許多國家都有爭論。本席認為，這和憲法程序法的設計有一定的關連。越是朝主觀基本權保護的制度，越有必要細究該主觀財產權的外延和內涵，原則上恐怕很難不從二者同一出發，僅於個別情形可論證其憲法上的特殊內涵。私法上的相對性權利及公法上的權利，能否在憲法上主張，也都

需要比較堅強的論證，此處不贅。但在朝客觀程序設計的制度—不論發動者是否為人民—，基本權侵害所指的即不僅是主觀基本權的總和（第一層意義的客觀化），更重要的毋寧在其制度性保障的層面（第二層意義的客觀化），因此即使在第一層意義下仍有細究其概念內涵的必要，第二層意義下通常也會對主觀基本權做相當程度的擴張或限縮（例外情形）。我國現行司法院大法官審理案件法就人民聲請釋憲的程序，性質上為非真正的基本權訴願（*unechte Grundrechtsbeschwerde*），也可以說是人民發動的具體規範審查，從解釋從來不認定聲請人何種基本權受到侵害，即可證明。此所以針對財產權相關案件，並未過度拘泥於私法發展出來的財產權概念，稍加檢視，即涵蓋所有權（如釋字第三三六號、第四〇〇號解釋）其他物權（如釋字第二一六號、第三〇四號解釋）準物權（如釋字第三八三號解釋）無體財產權（如釋字第二一三號、第三七〇號、第五九四號解釋）寺廟管理權（如釋字第二〇〇號解釋）營業秘密（如釋字第五八五號解釋）等，也早就延伸到相對性的私法債權（如釋字第二九二號解釋）時效抗辯權（如釋字第四三七號解釋）和公法債權（如釋字第一八七號解釋），乃至未權利化的財產利益，如對科處罰金（如釋字第二〇四號解釋）或徵收費用（如釋字第二二五號解釋），都一視同仁的肯定該當財產權限制的要件，作為進一步審查是否符合憲法對基本權限制所定原則的前提。其財產權概念涵蓋的範圍，遠超過美國或德國所稱的 *property* 或 *Eigentum*。如不從客觀程序

的觀點去理解，完全不能合理化。

本案聲請人所爭執的系爭規定，為系爭敘薪辦法附表的說明，和系爭敘薪辦法整體構成此一公法債權關係，因此即使從主觀財產權的角度，能否認為該規定構成債權的限制，邏輯上也還有商榷餘地。只能從財產權制度性保障的角度來看，從而即使只是某種正當財產利益可能的減損即有可能構成財產權的限制，進而展開有關限制基本權原則的審查。但如果從制度性保障的角度切入，即不能不先確認是否存在完整、合憲的制度，此時如果涉及的是國家制度（而非社會制度，如家庭），此一制度是否符合憲法的基本要求，即為進一步檢視有無違反憲法原則前，必須先確認的前提。本案因為系爭規定連同所依據的系爭敘薪辦法都不是法律，也沒有任何法律的授權，如果憲法就此有法律保留的要求，則主張財產權保障的基礎都不存在。所以本件解釋即以法律保留為審查的重心，並於認定違反後，即不再從實體憲法原則去審究系爭規定的合憲性，在方法上本席認為應無不妥。只是有關法律保留的論述，似乎也還有若干再斟酌的餘地。

## 二、法律保留原則的擴張允宜止於給付行政

用法律保留原則來審查教員敘薪法制，不能不面對憲法依據的問題。憲法第二十三條的法律保留原則僅適用於人民權利被限制的情形，對於規範人民從國家有所得的情形，並無適用餘地。這部分的主要控制在於預算程序，不論中央或

地方自治團體，仍然是由民選的議會來把關（憲法第六十三條，地方制度法第三十五條、第三十六條、第三十七條），所以也有稱之為預算保留者，實體上當然也還受到憲法第七條平等原則的拘束（如釋字第四八五號解釋）。人民從國家得到的利益，有時只是基於一時政策的考量，比如基於景氣政策而發放刺激消費的消費券，只要有法定預算即可，不需要立法。但從本院第四四三號解釋理由書做出法律保留層級化的闡述後，對於無關基本權限制的情形，已經開了一個重大的例外：「關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」此一逾越憲法文義的擴張解釋，很明顯是受到了德國學說和實務的影響。

德國所稱的給付行政（Leistungsverwaltung），泛指基於生存照顧（Daseinsvorsorge）的憲法要求，國家對人民所提供的各種直接或間接的給付。從滿足食衣住行基本需要的民生行政（Vorsorgeverwaltung），延伸到社會保險、社會救助等方面的社福行政（Sozialverwaltung），及補貼屬於社會重要基礎但無法完全依賴市場機制的產業（如農業、文教）的補助行政（Förderungsverwaltung）。他們認為在這些無涉基本權限制的領域，仍需要寬鬆的法律基礎，其程度也可能不一，比如社福行政的主要框架應該有法律或自治條例的直接規定，但如補助行政則甚至只要有法定預算加上泛泛法定的機關權限即足。借鑑德國經驗，本院釋字第四四三號解釋理

由書不作任何界定或區分的指出，凡給付行政措施，以「涉及公共利益之重大事項」為限—第六一四號解釋之後又加上「或實現人民基本權利之保障」的選項—，都需要法律或至少法律授權訂定命令的保留。同樣的概念還見於之前的第四二八號解釋和之後的第五四二號、六一四號等解釋。但給付行政措施顯然不應該放寬到所有國家提供給人民一定金錢、物資、設施或機會的情形，若回到原創國的理論，還要和其憲法的基礎連結在一起，也就是德國基本法第二十條第一項宣示的社會國原則。轉換到我國的語境，因為憲法有專章（第十三章）和專條（增修條文第十條）規定基本國策，課與國家許多作為義務，其範圍已非德國從社會國原則導出者所能涵蓋，以本件解釋而言，憲法第一百六十五條就已經規定國家有保障教育工作者生活的義務，並隨經濟發展提高其待遇，則在我國至少有關公立學校教師的待遇，即應屬於給付行政措施，殊無疑義。把給付行政的範圍放寬，再用「涉及公共利益之重大事項」、「實現人民基本權利之保障」等要件做進一步限縮，結果自然更為穩妥。

從這個角度來看本件解釋理由書的第一段大前提論述，比較令人不安的是突然沒有必要的省略了「給付」二字，使得無憲法課與給付義務的政府行政措施，如前舉消費券的例子，不能說無涉重大公共利益，是否今後也要受法律保留原則的適用？恐怕連德國這樣的法律保留大國都無法想像。我國近年的理論與實務，確實有把這個法治國原則無限上綱的傾向，也許該讀讀德國前憲法法院院長（後任總統）

Roman Herzog 寫的「憲法的結構瑕疵？基本法的經驗談」( *Strukturmängel der Verfassung? Erfahrungen mit dem Grundgesetz*, 2000 ), 他以長期投入法學、司法和政治的過來人身份慨然指出，過度受到源於早期歷史的法律保留原則的羈絆，德國的政府和國會已失去足夠的政治能力去面對真正的社會和國家問題，他甚至相當傾慕於法國憲法僅以列舉範圍屬於法律保留的設計，雖然他也指出這和法國直選總統的體制當然有關，但仍認為德國二戰後實際上發展出來的「總理候選人」( *Kanzlerkandidat* ) 制度也可為行政部門蓄積一定的獨立民主正當性。如果他知道台灣也有直選的總統，近年也在政府再造的精神下修改增修條文使政府機關可以不再被一層又一層的組織法綁住，但學界仍然效顰德國內閣制下的法律保留，而且比德國人還要執迷，大概會瞠目結舌吧。本席認為，作為法律保留的例外擴張，在我國已經夠寬的給付行政概念，不可以再把帽子摘掉，理由書這部分不附理由的新論述方式，還不足以改變過去先例設定的範圍，將來應該會再調整。如果可能，未來還應該回復以涉及重大公共利益為給付行政以外的唯一要件，對於實現基本權利保障卻無涉重大公共利益的情形，仍不應有法律保留原則的適用。

### 三、首次對於立法懈怠課予限期立法的義務

本件解釋涉及給付行政，在違憲宣告的效果上不同於侵益行政之處，在於如果宣告違憲立即失效，對於人民更為不利，故過去解釋向來都以整套應法律化的法制在立法前繼續

有效（如釋字第六一四號解釋）。既不是立即失效，甚至也從來不對立法設定期限。但如果受限於此一顧忌，而對憲法上的瑕疵只能一味容忍，從提升憲政主義的角度來看，也可能如水之浸潤，積非而成是。此所以本件解釋首次對於涉及給付行政措施的法律保留，為限期改正的宣告，相信行政、立法部門基於提昇我國民主憲政的共同理念，應該會在特別寬容的三年期限內完成法制的補強，不至於造成因空窗而無法給付，或行政部門被迫再度以行政命令補救的危急情境，是所至盼。