

## 釋字第七 七號解釋協同意見書

不要存心放棄自己之責任，更別妄想將它推卸給別人。

要認識自己的特權，將之歸入於職務的範圍來實踐之。

德國哲學家 尼采

只有立法者本身能服膺法治國原則為前提下，才能將立法託付給立法者。

德國法學家 賴特布魯赫

大法官陳新民

本號解釋多數意見基於憲法上法律保留原則，認定教育部以行政命令（中華民國九十三年十二月二十二日修正發布之公立學校教職員敘薪辦法，以下簡稱系爭法規）規範公立學校教職員的敘薪與待遇違憲，並宣示最遲屆滿三年失其效力，本席敬表支持。

惟此一似極為單純的釋憲案，在本號解釋過程也歷經甚多的思辯，頗如「浮油下的沸湯」—看似平靜的表面，卻有沸騰的滾湯。其理由在於：第一、究竟公立高中以下教師的薪俸，在立法者沒有規範的前提下，是否享有憲法財產權的保障？第二，國家對於教師的薪俸，是否屬於給付行政的概念與範疇？從而涉及到法律保留的問題？

本號解釋多數意見，對於前者採肯定見解，然並未有更進一步理論敘述。對於後者，本號解釋沒有仿效釋字第六一四號解釋，明白提及之。乃係多數大法官並未肯認其為給付行政之概念。惟解釋理由書第一段仍有援引該號解釋。本席惟恐外界誤認本號解釋乃廢續該號解釋之意旨，而未肯認本號解釋實與釋字第六一四號解釋之立論，已經有分道揚鑣之勢，亦即所謂的「沈默轉變之意義」( stillverwandelte Bedeutung)。故為澄清憲法財產權的概念，及其保障之重要性，並強調本號解釋已經變更釋字第六一四號解釋的精神，

爰提出協同意見書如次：

## 一、教師薪俸權是否屬於憲法財產權的保障範圍？

本號解釋爭執重點之一，乃是公立高中以下教師的薪俸待遇，是否劃歸在憲法財產權的概念之內，從而享有憲法財產權。保障教師的薪俸，依相關法律（教師法第二十條及教育基本法第八條第一項）皆規定：教師之待遇，應以法律定之。不過教師法第二十條仍未見行政院以命令定其施行日期，顯然仍未給予一個明確的法律依據。教師的薪俸權，乃由行政命令位階的系爭法規替代法律所規定。在立法怠惰的情形下，是否即喪失了合法請求國家保障的地位？換言之，上開教師的薪俸權，是否享有憲法財產權保障之地位，端視其有無法律的基礎？如果未具有「合法基礎」，是否即不得據以請求憲法財產權之保障？

持此見解者，無異將憲法財產權保障的地位與資格，繫乎於立法者的「積極立法」行為，兩者必須相互依存不可。此種見解明顯誤解了財產權與立法權的角色，且將前者之地位置於後者之下，當與現代法治國家保障人民財產權之思潮不合。本席期期以為不可！可分述如下：

### （一）財產權作為基本人權，具有拘束立法的優先性：

如果認為財產權必待立法者的肯認，方具有憲法保障的地位，則無異將財產權視為立法者之產物。此正與現代法治國家尊崇基本人權具有優越於任何國家權力，且先於國家權力而存在（*uber-und vorstaatliche Stellung*）的理念背道而馳<sup>1</sup>。同時，憲法第十五條明白承認財產權此一典型的、古典的人權種類，如果認為必待立法者予以創設之，方能產生財產權時，無異剝奪了財產權的憲法地位，降格為法律地位。財產權也由憲法第十五條的明確規定，「跌落」到不明

---

<sup>1</sup> Günter Dürig, Das Eigentum als Menschenrecht, in: Gesammelte Schriften 1952-1983, (hrg. )Glaeser & Häberle, 1984, SS, 48, 67.

確規定，有待釋憲者與立法者共同肯認，才能獲得存在的憲法第二十二條規定之中。豈不大幅貶低了憲法財產權地位乎？

## （二）立法者擁有規劃與形成財產權內容的權限

的確，並不是任何具有「財產價值」( Vermogenwert ) 的標的，都可以獲得合憲秩序的保障。按所謂的財產價值是指可以在市場（不論是公開合法市場或是非法市場）透過交易取得的價值，都可認為是經濟與財產價值。因此，合法的財產標的，例如土地、證券等物品，固然屬之；其他違法的財產標的，例如毒品、違禁品或贓物，也可以交易市場上獲得一定的價值。然而，國家正可以利用立法方式，明確確定何者為合法的財產權標的，何者為非法。故刑法上對於違禁品有不得持有之規定。即不得作為財產權保障之標的也。從而人民對於違禁品之買賣所產生之爭議，不能獲得國家法律及訴訟程序救濟之機會。法律可以確定哪些是合法擁有的財產標的，從而肯認其合法權利人的法律地位，並受到國家公權力的保障，如受到侵犯時，可訴請行政機關（例如警察）或法院（民、刑事訴訟）予以排除。

此古典、傳統的國家以立法界定個別財產「權利地位」之有無，主要是基於治安或公共秩序之考量。現代國家對於人民財產的規範，已經更進一步擴展到大幅度限制人民擁有財產的極限（例如土地改革可以要求非自耕農之人民，不得擁有超過一定規模的農地，過去我國實施的耕者有其田制度即屬之），或者對於經濟強勢者，課予較為不利的稅捐負擔（例如奢侈稅或加重所得稅課稅比例）。這都是立法者可以「型塑」人民擁有財產權之種類及其範圍的適例。財產權也變成「由法規範形塑的基本人權」( normgeprägtes Grundrecht )<sup>2</sup>。

<sup>2</sup> Volker Epping, Grundrechte, 3.Aufl., 2007, Rdnr.438.

上述這種基於國家理念、社會正義與公共福祉所為的財產權立法，已經與在二十世紀初，特別是德國威瑪憲法第一百五十三條第三項（以及基本法第十四條第二項）所揭諸的「財產權負有社會義務」(Sozialpflicht des Eigentums)，形成憲法財產權保障的要件，兩者必須同時並存。且此一任務必須由立法者來形成。故立法者在任何規範、型塑與限制人民財產權之內容時，必須受到國家任務、重要公共利益、比例原則及平等原則的拘束，而非享有極大的裁量權利。

在立法者為此涉及人民財產權內容及其合法權利範圍的立法行為時，也必須斟酌到憲法保障人民財產權的意義。人民的財產權在立法規範時，可能已經存在，此時立法者只能用上述財產立法的準則，予以「確認」有無牴觸<sup>3</sup>：質言之，財產權的存在可以先於立法作為，只要該財產的存在是「正當獲得之權利」(Wohlerworbene Rechte)，亦即依據當時所存在的國家法規範，認定此權利的取得，是合法的，便受到了憲法保障的地位<sup>4</sup>。此法規範，不一定需要有法律位階不可，基於行政命令、地方法規或習慣法等，皆無不可，只要不牴觸當時的法規範，並認為乃「正當」即可<sup>5</sup>。

故在行政機關以系爭法規範之命令規範某些特定人員（例如公務員、軍人或教師）的薪俸，如果這些人員已經依法規付出對價（服勤務），即取得了薪俸的權利，即屬於上述「正當獲得之權利」，從而享有憲法財產權保障的地位。

「懷疑論」者認為在立法者未積極規範教師的財產權

<sup>3</sup> 因此，立法者在界定一個財產權利的範圍時，可以產生二個效果：如果立法者有意只向將來的財產權人為規範，則為「財產權內容」之規範。此時立法裁量較大；如果在立法時已有財產權人，立法者如欲一體規範，則屬於對「現存財產權人之限制（侵犯）」，其裁量權受到較大限制（如信賴保護）。故立法者的財產權立法，具有此雙重性質也。見 Epping, aaO., Rdnr., 440；G. Dürig, aaO., S.60.

<sup>4</sup> Helmut Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, 1975, S.393.

<sup>5</sup> 例如德國名學者 Badura 教授即認為「依當時存在法規範所存在之權利」(Rechte, die nach der jeweils bestehenden Rechtsordnung entstanden sind)，見：Peter Badura, Staatsrecht, 3 Aufl., 2003, C.84.同樣的 Epping 稱之為財產權為「法規範」形塑，此「法規範」(Norm)，明顯的也非只限於「法律」(Gesetz)也，同見前註 2 處。

前，這些人員的財產地位沒有憲法的「可保障性」( Schutz wurdigkeit )，是通不過憲法學理的檢驗也。

### (三) 憲法財產權保障的效果已創設出個人可以請求救濟的「個別性保障」

憲法財產權的保障，在憲法學上是典型的制度性保障，此也在我國憲法學界獲得普遍之肯認。按此所謂的制度性保障，乃針對立法者所定，賦予立法者應當要遵照憲法的理念，制訂涉及財產權的法律。但財產權既有「制度性保障」( Institutgarantie )，還有更重要的「個別性保障」( Individualgarantie )，乃指人民受到國家不法侵犯其財產權時，能夠獲得法律途徑之保障<sup>6</sup>。最後，還可以聲請大法官解釋，獲得救濟之機會。此亦是基本人權能夠享有拘束國家立法權的優勢地位所賴。故任何基本權利具有拘束力，也靠著此一個別性保障的功能矣<sup>7</sup>。

本號解釋原因案件，正是顯示出公立學校教師的財產權受侵害，方提起釋憲，以謀救濟。倘若吾人認為在立法者未制訂教師薪俸法律之前，不存在教師請求憲法財產權保障的問題，則本號解釋似乎將以「無權利受侵害」為由，而以不受理駁回之。幸而本號解釋多數意見不採納此見解，而毅然受理之，正是肯認了教師財產權的存在及其「可訴性」也。

綜上所述，教師只要由合法的系爭法規獲得之薪俸權，即可享有憲法財產權的保障地位。這也基於憲法財產權的保障功能，也經過了時代之改變而異其內容。按財產權保障之理念，在早期憲政國家重視保障物權意義的財產權（如所有權），隨後逐步擴展到債權、工業財產等，而發展到如今高度工業化與商業化時代，國家財產權，反而特別重視一般國

<sup>6</sup> Werner Weber, Eigentum und Enteignung, in : Die Grundrechte, Bd II, 1954, S. 355 ; H. Rittstiegl, aaO., S. 383.

<sup>7</sup> 參見陳新民，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，收錄於：憲法基本權利之基本理論，上冊，元照出版公司，二〇〇二年七月，五版，第三一頁、第三四頁以下。

民的薪給權，以及其他具有公法性質的社會保險給付等。這個「財產權功能轉變」(Funktionwandel des Eigentums)<sup>8</sup>，也可以反應在本號解釋原因案件之上，教師正如同其他廣大的受薪階級一樣，憑著薪俸謀求生計，國家豈能夠漠然排斥其於財產權保障的範圍之外乎？

## 二、教師薪俸權不屬於「給付行政」的概念

如前所述，本號解釋很巧妙地避開將教師的薪俸，視為政府的「給付行政」。雖然解釋理由書第一段曾援引本院釋字第六一四號解釋之名，且在理由書第一段也將國家給予教師的薪俸，視為「政府之行政措施」(屬於行政給付)，但值得慶幸的是，並沒有將兩者劃上等號，故不會產生將「行政給付」等同於「給付行政」的謬誤，此謬誤正如同將「蜜蜂」與「蜂蜜」混為一談也。也正如同不能將行政訴訟法制度中的「給付之訴」，視為給付行政下的產物，從而認為在干涉行政中，即不能產生提出「給付之訴」之可能<sup>9</sup>？

在此，吾人必須將本院釋字第六一四號解釋重新審視一番，以討論是否將其視為「標竿」，抑或是「殷鑑」？

本院釋字第六一四號解釋文第一段指出：「憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現，不僅規範國家與人民之關係，亦涉及行政、立法兩權之權限分配。給付行政措施如未限制人民之自由權利，固尚難謂與憲法第二十三條規定之限制人民基本權利之法律保留原則有違，惟如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管機關始得據以訂定

<sup>8</sup> Peter Badura, Eigentum im Verfassungsrecht der Gegenwart, in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentags 1972, Bd.2, T.7, T.19,T.26.

<sup>9</sup> 故本席一直認為給付行政之用語極為不妥，容易引起誤解。按給付行政乃援引日本譯名。蓋「給付」之德文「Leistung」在民法固可譯為「給付」，但在公法領域，此字亦可譯為「服務」，不限於「給付」也。例如開創行政法領域大師福斯多夫(E.Forsthoff)在上世紀三十年代提出此概念時，曾提到：「警察 Leistung」若翻譯成「警察給付」，豈不可笑乎？故本席一向主張改稱為「服務行政」，更契合德文本義也，參見陳新民，行政法學總論，民國九十四年，第八版，第五十三頁，註二十一處。

法規命令（本院釋字第四四三號解釋理由書參照）。公務人員曾任公營事業人員者，其服務於公營事業之期間，得否併入公務人員年資，以為退休金計算之基礎，憲法雖未規定，立法機關仍非不得本諸憲法照顧公務人員生活之意旨，以法律定之。在此類法律制定施行前，主管機關依法律授權訂定之法規命令，或逕行訂定相關規定為合理之規範以供遵循者，因其內容非限制人民之自由權利，尚難謂與憲法第二十三條規定之法律保留原則有違。惟曾任公營事業人員轉任公務人員時，其退休相關權益乃涉及公共利益之重大事項，仍應以法律或法律明確授權之命令定之為宜，併此指明。」

該號解釋值得注意之處有二：第一，該號解釋將行政機關，不論有無法律授權，而以命令規定公務員的薪俸標準（年資計算涉及退休金多寡）視為給付行政，且認為「給付行政措施如未限制人民之自由權利」，並不需要嚴格的法律保留。第二，該號解釋復又承認：薪俸標準涉及到國家照顧公人員生活之意旨，在法律未制定前，雖可以以命令定之，無須法律保留，但涉及退休相關權益，乃屬公共利益之重大事項，且為平等權考量（解釋文第二段），仍應適用法律保留原則。

這種論證頗為矛盾。首先，國家給付公務員之薪俸可稱為「行政給付」。其是否屬於給付行政？按所謂的給付行政，以現代公法學理論，乃是指國家藉由社會保險、社會救助、職業訓練、津貼及財稅優惠與教育補助等方式，履行國家對於人民有生存照顧的義務，所產生的新形式行政類型而言<sup>10</sup>。而給付行政乃相對於傳統的高權行政或干涉行政，歷史發展且不若後者為傳統的行政行為模式，源遠流長。給付行政之概念，遲至上個世紀三十年代方始萌芽。公務員的薪

<sup>10</sup> 參見，吳庚，行政法之理論與實用，第十一版，民國一〇一年，第十八頁。陳敏，行政法總論，民國九十八年六版，第十四頁。

俸，包括公立學校之教職員待遇，並非在給付行政概念產生後，才出現的「新形態」國家行政<sup>11</sup>。毋寧在現代行政法學發展當時的高權行政中，已將公務員與教師薪俸，單方面由公權力規範之。且在特別權力關係理論流行的時代，更捨去以法律規定的方式，而係以行政命令予以規範。同時，此薪俸決定並不視同為行政處分，也剝奪了受薪者提起行政訴訟之可能性。

這些都是在我國所歷經的法制發展，距今日不久，吾人當仍印象深刻也！這也顯示出公務員與教師薪俸，乃國家與特定人員間的法律關係，此與給付行政理念涉及到由創設新的國家任務，重新調整了「國家與人民間」的法律關係，有截然不同之處<sup>12</sup>。這也涉及到基本人權，已由傳統的防衛權發展到現在的「分享權或參與權」( Teilhaberecht )，既可以分享國家政治意義的參政權，也可以分享國家給付性質的社會福利、社會救濟等的社會給付制度<sup>13</sup>。

因此，公務員薪俸權並非國家在某種程度上，可作或可不作的給付行政。毋寧是國家必須支付給公務員或教師的法定義務。故釋字第六一四號解釋的見解實有謬誤。

就此而言，本院在釋字第六五八號解釋，似已改弦更張。該號解釋已經捨棄了釋字第六一四號解釋的「給付行政」之定性，專以人民服公職的權利及國家照顧公務員的意旨，而為闡述：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金請求等權利。國家則對公務人員有給予俸給、退休金等維持其生活之義務（本院釋字第五七五號、第六〇五號解釋參照）。又公務人員退休年資之多寡，係計算其退

<sup>11</sup> 可參考陳新民，服務行政及生存照顧的原始概念—談福斯多夫的「當作服務主體的行政」，收錄於：公法學割記，三版，新學林出版公司，民國九十四年，第四十五頁以下。

<sup>12</sup> 見 Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL, H.30,1972, S.59.已經明確提出此點。

<sup>13</sup> P. Badura, Staatsrecht, C.16.



退休金數額之基礎，故公務人員退休年資之起算日、得計入與不得計入之任職年資種類、如何採計、退休後再任公務人員年資採計及其採計上限等有關退休年資採計事項，為國家對公務人員實現照顧義務之具體展現，對於公務人員退休金請求權之內容有重大影響；且其有關規定之適用範圍甚廣，財政影響深遠，應係實現公務人員服公職權利與涉及公共利益之重要事項，而屬法律保留之事項，自須以法律明定之（本院釋字第四四三號、第六一四號解釋參照）。」（該號解釋理由書第一段參照）。

由上述解釋理由書第一段最後雖援引本院釋字第六一四號解釋參照，和本號解釋也同樣援引釋字第六一四號解釋，吾人不妨將其視為只挑選其「涉及公務員權利與公共利益之重要事項，俾作為承認有法律保留之理由」之立論，而非照單全收，包括給付行政的概念在內。

本院釋字第六一四號解釋第二個矛盾之處，乃是不願明白承認公務員服務年資之計算，攸關退休金多寡，當已侵犯到退休公務員之財產權。其一再提到公務員的「退休相關權益」，但此相關權益豈不是退休金乎，退休金的多寡難道不是財產利益？如果不是為了財產利益，該退休公務員為何要提起訴訟？難道只為尊嚴或要面子而興訟乎？而該號解釋援引立論（釋字第六五八號解釋且用為立論之主軸），乃是國家必須照顧公務員的旨意—為國家對公務人員實現照顧義務之具體展現—，試問：國家這種照顧難道不是完全顯示在給予退休金之上乎？故為何不開放心胸，承認此涉及退休公務員應享有的財產權乎？

在此吾人應當回想起，民國七十三年時大法官前輩作成的釋字第一八七號解釋，雖然是為了保障公務員訴訟權所作解釋，但本質上卻是涉及到其退休金之權益（否則公務員豈會只為了爭取訴訟權進行訴訟，進而聲請釋憲？），也正是

進入了財產權保障之領域，更開啟我國特別權力關係理論式微之門。其後許多本院解釋，例如釋字第二六六、三一二、三三八、四六六、四七四及五一號解釋等，都是這種情形。因此，本號解釋多數意見明白承認退休公務員之退休金具有財產權地位，乃值得肯定也。

此外，本院釋字第六一四、六五八號解釋的立論，顯然都將公務員財產權保障，與憲法保障公務員的意旨區隔劃分，這也會在論理上不能一致。在此，似乎與德國通說相契合。實則不然，依德國聯邦憲法法院的一貫見解，認為既然德國基本法第三十三條有特別規定國家應該要實施照顧各級公務員的傳統公務員體制（Beamtertum），且此制亦享有制度性保障<sup>14</sup>，從而導出國家照顧義務及公務員之薪俸權，故不必援引憲法財產保障，而是透過基本法第三十三條規定，一樣達成財產權保障之意旨<sup>15</sup>。故公務員體制與財產權保障乃「分進合擊」，而非各行其事也。至於我國憲法並無與德國基本法第三十三條所強調、並視為與財產權保障一樣享有制度性保障的傳統公務員法制之條文，即不必捨棄憲法第十五條已明文規定之財產權，另尋憲法未明白規定之公務員保障法理也。

### 三、結論：

本號解釋多數意見給予三年的立法期，本席也贊成之。儘管目前系爭法規實施已久，已頗具規模，可符合「目的性」，但究與法治國家法律保留原則不合，及補足法規範欠缺公共意志參與之憾<sup>16</sup>。立法者應在三年內完成法制修正，這也是立法者持續長達接近二十年的怠惰，所必須積極彌補

<sup>14</sup>見 Ulrich Scheuer, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Staatsatheorie und Staatsrecht, 1978, 695.可參閱林明鏘，憲政改革與公務員制度—與德國法之比較研究，收錄於氏著：公務員研究（一），民國八十九年，第七頁以下。

<sup>15</sup> BVerfGE 16, 94/111；21, 329/344；44,249/281；53,257/307. P. Badura, Staatsrecht, D.105.

<sup>16</sup> Carl-Eugen Eberle, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV,1984, 493.

之處。此亦德國大哲學家尼采，在其名作「罪惡的彼岸」所言的：「不要存心放棄自己之責任，更別妄想將它推卸給別人。要認識自己的特權，將之歸入於職務的範圍來實踐之」<sup>17</sup>。本席期待立法者透過公開的討論，蓄積國民意志，為全國公立學校教職員訂立一個合乎尊嚴的薪俸標準。顯示我國除了是法治國家外，也是一個重視文化與教育的文化國家。

---

<sup>17</sup> 陳新民，論憲法委託的概念，憲法基本權利之基本理論，上冊，第一頁以下。