

釋字第七三六號解釋協同意見書

蘇永欽大法官 提出

本件解釋審查的標的是教師法第三十三條，原因案件之一的確定終局裁定對該條的解讀，是從「得按其性質」去推論：「足見教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，得否依教師法第三十三條規定提起行政訴訟請求救濟，端視其事件之性質而定，並非所有不服申訴、再申訴決定者，均可提起行政訴訟請求救濟。」在該條文及教師法其他條文都未指示「如何按其性質」的情況下，該裁定直接依據本院有關公務員訴訟權的解釋（包括釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二九八號解釋），指出「公務人員對於改變身分、影響公法上財產之請求權或對於公務人員有重大影響之懲戒處分，得對之提起行政訴訟程序以資救濟。若未改變公務員身分之記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施，為公務人員保障法第七十七條第一項所指之管理措施或工作條件之處置，則不許提起行政訴訟。」但相關解釋明明是以公務人員為對象，教師又不是公務人員，如何用來限制教師法第三十三條的解釋？就此該裁定做了這樣的論證：「教師雖非公務人員服務法所稱之公務人員，惟教師所受保障範圍，與公務人員應無不同，自得準用有關公務人員之規定。」從而依教師法第三十三條按聲請人受到學校處分的性質，認定為學校內部自治的管理措施，當然就以抗告無理由駁回。另一原因案件的確定終局判決也是從教師法第三十三條的「得按其性質」切入，卻是迂迴引據本院的釋字第三八二號有關大學生對大

學懲處措施請求訴訟救濟的解釋，先認定公立學校具有機關的地位，再進一步推論：「公立學校聘用教師從事學術研究、教育工作，實具有公法法律關係之性質，公立學校教師之法律地位應等同公務人員。」從這「等同」二字上綱上線，舉凡學校措施「未影響其教師身分，或未發生重大影響者」，即不得提起行政訴訟。

本件解釋則明確認定教師法該條文「僅係規定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」，實質上推翻了兩件確定終局裁判的整個論述。但本院無權對終審法院的決定作合憲性審查，本件解釋審查的標的當然只限於教師法第三十三條，只是把教師的行政救濟比照公務人員加以限縮確屬最高行政法院一貫的見解，應可認為已屬具有普遍性的活法（可參本席在釋字第七三二號解釋所提意見書），從這個角度來看，當然也可把本解釋看成對教師法第三十三條的合憲性解釋，也就是不論學校所為行為是否單純管理措施，今後不可逕自比照公務員而不受理教師提起的行政訴訟，才符合憲法的訴訟權保障，從理由第二段對法院受理後為合法性判斷的界線所為「自屬當然」的闡明，其意應在緩解不比照公務員可能增加法院訟源的顧慮，可反面推知。至於起訴內容仍應符合行政訴訟法有關各訴訟類型的要件，則更不待言。本席肯定解釋釐清教師和公務人員的分際，在司法救濟上不應混同處理。但一則教師在公務員法制上經常被勾連處理，兩者間的關係始終藕斷絲連，再則本院過去有關公務員訴訟權的解釋中有聲請人為教師者（釋字第二四三號解釋），足見最高行政法院所持見解不能說全無所本。因此本件解釋形式上雖未變更

或補充有關公務員訴訟權的解釋，實質上卻不能不承認至少已限縮了解釋適用的範圍，值得注意。有鑒於此，或許還有從憲法和事物本質的觀點，對於教師和公務員在法制上的牽連，和本解釋之後的脫鉤，再做一番說明的必要。

教師不論服務於公立或私立學校，都不是公務人員，本院早以釋字第三〇八號解釋講得很清楚。但教師傳道授業解惑的工作，不僅在儒家文化傳統下有其重要的社會功能，非一般營業可比，更因我國憲法給予的特別重視，而使其帶有「公共」的色彩（一如媒體被認為是「公器」，不當然等同於「公法」）。憲法第二十一條規定：「人民有受國民教育之權利與義務。」就該範圍內，教師實為協助國家履行憲法義務的專業人員。憲法復於第一百六十二條規定：「全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督。」第一百六十五條規定：「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。」依其意旨，立法機關更有就教育人員的考核、獎懲、保障及權利救濟等，以法律形成整體制度的空間——如果還不能說已屬憲法委託的話。但和同樣有公共色彩，卻實實屬於公權力的一環、受到憲法服公職權保障，乃至在行政院之外特設考試院以完善整體建制的公務人員，以及雖不以考試任用，卻同屬公權力一環的軍人相比，教師當然還是有其本質不同的身分，只是同為國家履行其憲法義務所倚賴，一般人慣性的即以軍公教並列，而與純粹營求私益的一般營業對比。又因為教師須要具備一定能力，長期聘用，給予穩定待遇以安其心，並要求保持較高情操，全力投入教職而對其考核監督等，和服公職者在管理上確有相當類似之處——就此而言，公營事業人員有時

也具可比較性——，正是基於這樣的原因，在立法習慣上過去即常傾向某種合流的規制，或以條文引致，或有相應法律依樣畫葫蘆，或乾脆明文整體準用（Gesamtanalogie），簡單整理如下：

表一：現行公務員法制與教師法制的牽連關係

公務人員法制	有無連帶規範教師	教師法制的對應法規	內容比較
公務人員考試法	無	教師法	各自規範
公務人員任用法	另以法律定之	教育人員任用條例	各自規範
公務人員俸給法	另以法律定之	教師法、公立學校教職員敘薪辦法	結構相似
公務人員考績法	另以法律定之	公立高級中等以下學校教師成績考核辦法	結構相似
公務人員陞遷法	準用	無	整體準用
公務人員退休法	無	學校教職員退休條例	大致相符
公務人員撫卹法	無	學校教職員撫卹條例	大致相符
公務人員保障法	無	教師法（概括引致）	各自規範
公務員服務法	無	教師法	各自規範
公務員懲戒法	無	教師法	各自規範
公務人員協會法	無	教師法	各自規範

公務人員行政中 立法	無	無	各自規範
公務人員訓練進 修法	無	教師法	結構相似

說明：

一、連帶規範的方式：本表所整理法律中，對於教育人員（包括公立學校教師，教育人員任用條例第二條參照）有連帶規範者，多與交通事業人員及公營事業人員並列，且除公務人員陞遷法就教育人員的陞遷準用該法的規定外，都明定其相關事項「另以法律定之」，而將其排除於該法適用範圍外，公務人員任用法第三十三條即為適例。

二、兩法制內容的比較：衡酌公務員與教師法制，其內容就不同事務約略可分為四種不同規範模式，內容相似程度由高至低為：整體準用、大致相符、結構相似、各自規範。大致相符者是就條文的體系及文字而言，例如公務人員退休法第四條、第五條、第九條的內容，與學校教職員退休條例第三條、第四條、第五條大致相符。結構相似則說的是規範內容雖有差異，但結構上仍有可供對照之處，例如公務人員考績法第六條以下與公立高級中等以下學校教師成績考核辦法第四條以下所定的考績等第及標準皆有不同，但等第結構及相應獎勵則屬相似。至於各自規範者，則是在兩法制間還看不出有何可相互對照之處。

三、公務人員保障法並未連帶規範教師，反倒是教師法第三十三條概括引致「其他保障法律」，即為本案問題所在。

立法者在教師法制的形成上選擇以公務員法制為其參照對象，而以種種符合立法經濟的技術簡化其立法，背後並有落實體系正義的考量，自屬無可厚非。但比附援引如造成被規範者自我定位的錯覺，甚至司法者也受到誤導，在法律適用上做不當的牽拖，當然就值得檢討了。換言之，法制上這些攀比取捨雖都還在立法裁量範疇，非本院所宜置喙，惟從本案確定終局裁判從「得按其性質」引發的想像和延伸：

「教師雖非公務人員服務法所稱之公務人員，惟教師所受保障範圍，與公務人員應無不同，自得準用有關公務人員之規定」、「公立學校聘用教師從事學術研究、教育工作，實具有公法法律關係之性質，公立學校教師之法律地位應等同公務人員。」看來，太多的立法經濟考量，有時確實會連帶導致

法律適用的粗枝大葉，甚至反而犧牲了體系正義。只要比較一下公務員法制和教師法制下對於「管理措施或工作條件之處置」所提供的行政救濟，即知教師受到牽拖的程度還真不小。沒有錯，民國八十五年因應憲法增修條文的修正而制定公務人員保障法時，已配合本院有關公務員訴訟權的解釋，以改變公務員身分、侵益行政處分（舊法第十八條、第十九條）為提起行政訴訟的要件（以再復審為前置程序），而使服務機關所提供的工作條件及所為的管理，可請求的行政救濟僅到申訴及再申訴程序為止。本件解釋的標的教師法第三十三條雖在民國八十四年制定時即已訂入，從其將申訴及訴訟兩途徑並列，是否有比附當時公務員法制的意旨（雖尚無保訓會作為複審及再申訴機關，但當時確已區隔申訴及以復審為前置程序的行政訴訟兩程序），或者其實已寓有在行政救濟上採公教分流的思維，僅從立法院審議的紀錄看來，尚不十分明確。碰到這樣的灰色地帶，行政法院考量管理措施的事物本質，認為如同公務員法制也交由教育體系內設置的、有一定專業、獨立性的申訴評議委員會來做是否合法妥適的終局判斷應無不當，就藉由該條的「得按其性質」比附到公務員保障制度上，好像不能說其解釋有何過逾。但如再深入比較公務員法制中管理措施的終局救濟機關是設在考試院下的獨立機關（公務人員保障法第七十八條），而教師法規定的終局救濟機關則仍是教育行政體系內由所屬行政部門自行聘任組成的申評會（教師法第二十九條），其間的差距有多大，從下表二的比較即可見其端倪：

表二：教師、公務人員及一般人民行政救濟程序的比較

程序類型	再申訴 (教師)	復審、再申訴 (公務人員)	訴願 (一般人民)
審議組織	各級主管機關 教師申訴評議 委員會	公務人員保障 暨培訓委員會	各機關訴願審 議委員會
組織成員	教師、教育學者、該地區教師組織或分會代表、主管機關代表、社會公正人士。	委員應就下列資格之一者遴用之： 一、曾任簡任職六年以上，成績卓著，而有專門著作者。 二、曾任教育部審定合格之公私立大學教授六年以上，對文官制度或法律學科著有研究者。 三、具有人事行政或法學之相關學識專長，聲譽卓著，而有專門著作者。 四、有關機關副首長。	本機關高級職員、社會公正人士、學者、專家。

程序類型	再申訴 (教師)	復審、再申訴 (公務人員)	訴願 (一般人民)
人數及任命方式	十五人至二十一人；由機關首長遴聘。	委員十人至十四人，其中五人至七人專任，職務比照簡任第十三職等，由考試院院長提請總統任命之；餘五人至七人兼任，由考試院院長聘兼之。	訴願審議委員會組織規程及審議規則，由主管院定之。
酬勞	無給職	區分專兼任	
任期	二年	三年，任滿得連任。	
組成限制	未兼行政職務之教師不得少於委員總額三分之二	專任委員具有同一黨籍者，不得超過其總額三分之一	社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一
主席特別規範	由委員互選之，任期一年，連選得連任；不得由該級主管機關首長擔任。	無	無
獨立性	無	於審議、決定有關公務人員保障事件時，應超出黨派，依據法律獨立行使職權。	無

程序類型	再申訴 (教師)	復審、再申訴 (公務人員)	訴願 (一般人民)
決議方式	經委員二分之一以上出席，始得開議；評議決定應經出席委員三分之二以上之同意行之；其他事項之決議以出席委員過半數之同意行之。	委員會議須有應出席人過半數之出席，始得開會。其決議以出席人過半數之同意行之。	決議以委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。
主要法源	教師申訴評議委員會組織及評議準則	公務人員保障暨培訓委員會組織法	訴願法

從上表可知，當法院「按其性質」把不是公務員的教師比附適用公務員的保障法制時，教師因為學校管理措施或工作條件的處置違法時，就不能如同一般人民一樣向法院提起訴訟，而只能止於教育行政體系內的再申訴程序；同樣不能請求法院救濟的公務人員，另有為體現人民服公職權而在獨立於行政體系的考試院下設置的保訓會作為終局救濟機關，體制上又不能澤被比附過來的教師，教師左比右比都有不足，怎能說不是不當的牽拖？正因為教師法第三十三條的「得按其性質」並不一定要做這樣的比附解釋，本件解釋往更符合體系正義的「分流救濟」方向作合憲性解釋，自有必要。至於此處司法救濟的回復有無可能導致有限司法資源的濫用，會不會不當的干預專業自主判斷的空間，應該都是行政法院操作行政訴訟法時無法避免的問題，特別是在八十七年大幅修正行政訴訟法，開放多種訴訟類型後，不能不嚴謹

面對的挑戰，若要為此而針對教師採不利於其訴訟權保障的解釋，恐難自圓其說。

本件解釋使教師權益的司法救濟與公務員法制脫鉤，對於公教分流的本質應有一定程度的釐清，雖基於前述立法經濟及體系正義的考量，兩法制間的種種牽連關係可說其來有自，救濟以外的其他環節也還不會因本解釋而當然需要作何調整，但相信今後各權責機關對於相關法律的解釋會更明確的回到公教分流的基本出發點。行政法院會在司法救濟的環節做這樣的比附解釋，應該不是不清楚這一點，更根本的原因還是在於純粹舶來、卻又從來沒有被說清楚過的「特別權力關係」理論。本件解釋雖因從公教分流出發，形式上無從對過去使公務員得以擺脫「特別權力關係」理論陰影的解釋做任何補充——聲請書在理由中提到或一併聲請補充解釋的釋字第二九八號、第三八二號解釋未予受理審查也是基於此一考量——，但就實質效果而言仍可看成一件事使教師脫離特別權力關係的解釋，因此以下再簡單的盤點一下此一理論在我國的發展現況，或許可以更清楚本件解釋的另一重要意旨。

本院從釋字第一八七號解釋開始，對行政法院基於特別權力關係理論排除的人民訴訟權保障，逐一修復，在基本權的保障上一直受到最多的肯定。雖然基於司法決定的本質，行政法院和本院從來都無法正本清源的說清楚特別權力關係的本質。十九世紀德國學者 Otto Mayer 是從基本權的功能在於使國家和人民保持一段必要距離（Distanz）出發，對於和國家之間無法保持基本權保障所預設距離的部分人民，即非處於一般權力關係而為一種特別權力關係，這些必須放在國家「內部關係」去處理而不能受到基本權保障的人民，只

能另在內部關係尋求公平合理的待遇。此一距離遠近圖像排除掉的是整個主張基本權的空間，各種為保障基本權而對國家公權力所設的限制，如法律保留、平等原則、比例原則等，和主張基本權所必要的訴訟權，當然也無所附麗。二十世紀後期開始檢討此一理論，也是從揚棄此一圖像出發，把公務員、軍人等還是放回人民的位子，不因穿上制服而有何不同。從人民的定位，仍然可以把這些身分的特殊性放進基本權保障相關的考量內，這才展開修復的工作。有趣的是，十九世紀的德國主要是以這個理論來處理政府與國會之間的矛盾，重點都放在法律保留上，因此把公務員、軍人、學生、監獄受刑人等放在行政權保留的範疇，不得以法律規範，一直到了二戰以後，才開放到影響身分，乃至有重大關係的部分，但都是對立法而言，他們的修復工作也集中在立法，最後即以「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)為法律保留的底線。國家以外的公法人和其「內部」人員也有類似特別權力關係的問題，最後也以重要性理論為底線，使基本權的保障穿透這些自治體。這個理論到了我們這裡，應該和民主分權體制成熟較晚有關，自始就未把重點放在行政和立法的制衡上，反而聚焦於訴訟權的排除，以致於本院開始承擔基本權保護的任務後，面對特別權力關係的歷史共業，修復的也是人民的訴訟權，被認為處於特別權力關係的特別人民，在法律的規制上好像一直沒有受到特別的歧視，至少就有重大影響的權利限制，大體都有了法律基礎，連監獄行刑法也是在行憲前就已制定。這一點社會背景不同造成的差異，本席在釋字第六八四號解釋的意見書已經點到。

因此正本清源的來看所謂特別權力關係理論在我國的

「餘毒」及其修復的方向，訴訟權的修復其實還是應有兩面，一是限制有沒有足夠的法律基礎，二是訴訟權的限制是否符合比例原則。過去對於訴訟權的修復，如果已經回復到一般人民的狀態，自然沒有法律保留的問題，也沒有比例原則的問題，如釋字第六五三號、第六八四號解釋。如果只是從全部剝奪修復到部分限制，則依本院對法律保留原則所採的「重要性原則」（釋字第四四三號解釋理由書參照），至少就受限制的部分對人民有重大影響者，仍應有法律基礎，至於所受限制相對於公共利益是不是過當，則是比例原則的問題，其審查仍要分開來進行。從這個角度來看公務員訴訟權的現狀，公務人員保障法明確排除了公務員就管理措施和工作條件的處置提起行政訴訟的機會，對於公務員而言，這當然有重大影響，法律保留的疑慮——也是民主正當性的疑慮——已經解決。其限制考量的公共利益應該是司法資源的經濟性和公共行政的效率，以與公務員的訴訟權相衡是否牴觸比例原則，本來還可以仔細論證，但本院向來把第一次的訴訟救濟——有權利即有救濟——拉高到訴訟權的核心（釋字第二四三號、第三九六號、第五七四號解釋參照），如何合理化公務員就此類事務請求第一次訴訟救濟的排除，實有不小的困難，到目前為止，因為相關解釋都只做含混處理，既未明確區分法律保留問題和比例原則問題，在採重要性理論時，也未為實質的比例原則審查，特別是從釋字第四三〇號解釋開始即慣用的絕對性論述：「人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分或職業之不同即予以限制」來看，可以說始終內含相當高的緊張關係，是

否如有些學者的看法，這部分比例原則的違反，即為特別權力關係的「餘毒」，仍有待未來釐清。本席向來的看法，是在此作比例原則審查時，不能不把我國獨有的考試權保障納入考量，所提供的行政救濟已非行政體系內的救濟可以相比，而與司法救濟相當，或許可供參考。

再回頭看本件有關教師訴訟權的解釋，行政救濟的分流實際上就是把教師放回一般人民的位置，教師的訴訟權不再因司法解釋而受到公務員法的牽拖，和釋字第六五三號解釋的受羈押犯罪嫌疑人，第六八四號解釋的大學生一樣，其訴訟權已經完全修復，因此既沒有法律保留原則的問題，也沒有比例原則的問題。原來建立於法院實務（活法）的訴訟權限制，可能同時違反了法律保留和比例原則，確實是特別權力關係餘毒的擴散，卻因為教師法第三十三條文字的含混，只要確認其單純引致規範的定位，不需要宣告該條違憲就可以完全清除修復，真有點清風徐來，水波不興的味道。至於前面提到實質上仍然建立於特別權力關係理論上的釋字第二四三號解釋，其聲請人之一是一位退伍軍人轉任的國小教師，本院受理做成公務員訴訟權的解釋，可否認為本院間接已有把教師訴訟權併同公務員處理的想法？經查這位聲請人是臺東縣政府依法公開甄選後予以遴用（此所以聲請人自稱受「派任」而非學校「聘任」），後經臺東縣政府組織考績委員會，依照臺灣省政府的函釋做成免職處分，該號解釋才會說「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利」，足見該解釋並沒有把對公務員訴訟權的解釋概括用到所有公立學校教師身上的意思。本件解釋只是單純釐

清公教在司法救濟上的分流，不需要多做任何「善後」的補充或變更，應該已經很清楚。