

釋字第七三六號解釋協同意見書

湯德宗大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

黃虹霞大法官 加入

聲請人蔡滿庭為桃園縣立草漯國中¹教師，前以該校校長涉嫌妨害名譽，向臺灣桃園地方法院檢察署提起告訴。該署受理²後發出傳票，命聲請人於民國九十七年五月二十九日到場接受偵訊。聲請人認為接受偵訊係履行法定義務，乃於同年月二十八日依教師請假規則³向學校申請「公假」，詎同年月三十日遭否准，並請改以其他假別辦理。⁴聲請人不從，該校爰登記聲請人同年月二十九日「曠職一日」，並「扣薪一日」；⁵嗣於辦理九十六學年度成績考核時，更考列「留支原薪」⁶。聲請人不服，就前開三項處分向桃園縣政府提出申訴，經桃園縣教師申訴評議委員會於九十八年六月十七日作成

¹ 現更名為桃園市立草漯國民中學。

² 參見臺灣桃園地方法院檢察署歲股九十七年度他自第一八六二號妨礙名譽案。

³ 參見教師請假規則(教育部民國九十五年五月八日訂定)第四條第一項第十款：「教師有下列各款情事之一者，給予公假。其期間由學校視實際需要定之：……十、應國內外機關團體或學校邀請，參加與其職務有關之各項會議或活動，或基於法定義務出席作證、答辯，經學校同意。……」

⁴ 參見桃園縣立草漯國民中學九十七年五月三十日○○人字第0九七000一九九五號函。

⁵ 參見教師請假規則(教育部民國九十五年五月八日訂定)第十五條：「教師未依第十三條第一項規定請假而擅離職守或假期已滿仍未銷假，或請假有虛偽情事者，均以曠職論；無故缺課者，以曠課論。曠職或曠課者，應扣除其曠職或曠課日數之薪給。」

⁶ 參見公立高級中等以下學校教師成績考核辦法(教育部民國九十四年十月三日修正發布)第四條第一項第三款：「教師之年終成績考核，應按其教學、訓輔、服務、品德生活及處理行政等情形，依下列規定辦理：……三、在同一學年度內有下列情形之一者，留支原薪：……(三)事、病假期間，未依照規定補課或請人代課。……」

申訴無理由駁回之決定⁷。聲請人不服，於九十八年九月十一日向臺灣省教師申訴評議委員會再申訴，經該委員會於九十九年一月二十八日作成決定，仍以無理由駁回⁸。聲請人仍不服，續提行政訴訟，迭遭駁回⁹。茲以確定終局裁定（最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四號裁定）所適用之教師法第三十三條¹⁰（下稱系爭規定），有違憲疑義，聲請本院解釋。
11

本解釋依「有權利即有救濟」之原則，明確釋示：「教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」；至系爭規定「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」。以上釋示言簡意賅，饒具新意，足堪欣慰。茲略申其義：

一、「特別權力關係」可望就此解構

本解釋明白宣告：法院以後不得再以「特別權力關係」為名，限制「公立學校教師」之「行政訴訟權」。希促成「特別權力關係」之全面檢討。

⁷ 參見卷附桃園縣教師申訴評議委員會九十八年六月十七日申訴評議書（案號：九八〇〇四號）。

⁸ 參見卷附臺灣省教師申訴評議委員會九十九年一月二十八日再申訴評議書（案號：九八〇三五號；案號：九八〇三六號；案號：九八〇三七號）。

⁹ 參見臺北高等行政法院九十九年度訴字第七六一號裁定（九十九年十二月八日，起訴不合法駁回）；最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四號裁定（一〇〇年四月二十一日，抗告無理由駁回）。

¹⁰ 參見教師法第三十三條（「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」）。

¹¹ 另一聲請人蔡耀全以最高行政法院一〇〇年度判字第一一二七號判決適用教師法第三十三條及本院釋字第二九八號解釋有違憲疑義，聲請解釋及補充解釋案（會台字第一〇八六一號），經決議併入本案審查。

按「法治」(rule of law)一稱「法治國」(État de droit, Rechtsstaat),乃一與時俱進之概念,其內涵輒隨各國社會發展而不斷演進。法治發展過程中,為達成公行政之特定目的,先進國家曾不約而同地發展出各種理論¹²,限制加入某些職業或具有某些身分之國民於法院控告國家的權利(行政訴訟權),使處於較「一般」國民更加服從國家統治(管理)的地位。其中我國經由日本繼受德國君主立憲時期發展之「特別權力關係」(besonderes Gewaltverhältnis),即在正當化國家與所謂「權力臣屬者」(Gewaltunterworfenen),包括:軍人(武官)、公務員(文官)、(公立學校)教師、監獄受刑人(囚犯)、學生等間之特別從屬關係。相較於一般國民與國家間之「一般權力關係」(allgemeines Gewaltverhältnis),特別權力關係之臣屬者須受三項特殊限制(亦稱特別權力關係三特徵):一、臣屬者不得以憲法上之基本權利對抗(侷限)國家公權力之行使;二、國家得以行政命令訂定規範,管理權力臣屬者,無需法律之授權,不適用「法律保留原則」(Vorbehalt des Gesetzes);三、臣屬者對於國家之管理處置如有不服,僅得在行政體系內部進行救濟(如申訴或訴願),

¹² 例如法國法上有所謂「行政內部秩序措施」(les mesure d'ordre intérieur administrative), see, e.g., Cocâtre-Zildien, *La Nature Juridique des Mesures d'Ordre Intérieur*, *Revue International des Sciences Administrative*, Vol. XXIV, 1958, n^o4, pp. 487-500.; Marcel Waline, *Traite Elementaire de Droit Administratif* (Paris: Recueil, 6^e ed., 1955); L. Neville & John S. Bell, *French Administrative Law* 154 (4th ed. 1993); 王必芳,〈監所收容人的權益保障〉,《憲法解釋之理論與實務》,第八輯,頁445以下,頁475~481(中研院法律所,2014年7月)。美國法上有所謂「權利/特惠區分說」(right-privilege distinction), see, e.g., *McAuliffe v. New Bedford*, 155 Mass 216, 29 N.E. 517 (1892); Van Alstyne, *The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*, 81 HARV. L. REV. 1439 (1968); Rodney A. Smolla, *The Reemergence of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*, 35 STAN. L. REV. 69 (1982); 湯德宗,〈論美國公務員不受恣意免職之保障〉,《政大法學評論》,第32期,頁253~316(1985年12月)。

不得向（行政）法院提起行政訴訟。¹³

民國草創，法制未備之際，為穩固國家與軍人、公務員及教師等間之關係，迅速建構國家法秩序，「特別權力關係」理論之引進，不難理解。雖「特別權力關係」一詞從未正式見諸法規，司法實務長期奉為圭臬。¹⁴以本案所涉之「訴訟權」限制而言，本院自民國七十三年作成釋字第一八七號解釋¹⁵以降，始本「有權利即有救濟」之法理，經由憲法第十八條「應考試服公職權」及第十五條「財產權」（公法上財產請求權）之解釋，逐步放寬對軍人、公務員、受刑人、學

¹³ See generally Hans-Ulrich Evers, *Das Besondere Gewaltverhältnis* (Athenäum Verlag, 1972); Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 158-161 (9 Auf. 1994).

¹⁴ 參見司法院院字第三三九號解釋（「因官吏身分受行政處分，純屬行政範圍；非以人民身分，因官署處分受損害者可比，不得援引本（訴願）法提起訴願」）；院字第一二八五號解釋（「已退休之公務員，關於養老金支給數額及其方法，依公務員卹金條例所規定，係為公務員之特別身分而設實為公法上之權利，故其請求被原官署為駁回之處分後，無論是否受有損害，要不得依訴願法第一條提起訴願」）；行政院五十年判字第九十八號判例（「軍事人員向國防部報請核計軍籍年資，純係以公務員身分向該管官署報請核辦之事件，屬於人事行政範圍。原告對於被告官署所為核計年資之行為，認為有何不當之處，祇能向上級主管官署請求救濟，要不能按訴願程序提起訴願。原告現雖已正式退役，無現役軍官身分，但該項核計年資之行為，既係基於公務人員關係而發生，自不因原告現已退役已無公務人員之身分而變更其性質」）。

「特別權力關係」理論盛行之際，翁岳生教授首先引介德、日兩國戰後發展，提出檢討。參見翁岳生，〈論特別權力關係之新趨勢〉，《臺大社會科學論叢》，第20輯，頁133以下（1970年7月）；翁岳生，〈行政法院對特別權力關係之審查權〉，《臺大法學論叢》，第1卷第1期，頁131以下（1971年10月）。嗣學界翕然風從，卒促成本院大法官釋字第一八七號解釋。參見林紀東，《行政法》，頁124~126（初版，1976年1月）；涂懷瑩，《行政法原理》，頁334（初版，1980年4月）；楊日然，〈我國特別權力關係理論之檢討—兼論釋字第一八七號解釋的意義〉，《臺大法學論叢》，頁31以下（1984年6月）。

¹⁵ 參見本院釋字第一八七號解釋：「公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障。其向原服務機關請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟。本院院字第三三九號及院字第一二八五號解釋有關部分，應予變更。行政院五十年判字第九十八號判例，與此意旨不合部分，應不再援用」。

生等提起行政訴訟之限制。¹⁶本解釋盱衡社會發展情勢，含「公、教分途」之立法趨勢、教師法「一體適用」（於公、私立學校教師）之立法原則、及續將公校教師視同「公務員」之合理性與必要性等，決意徹底掃除特別權力關係對於公立學校教師訴訟權之限制。本件與釋字第六八四號解釋¹⁷合觀，已足顯示：本院今後將不再容許以「特別權力關係」之名，籠統限制前此各類「權力臣屬者」之基本權利！有關機關及法院允宜善體本解釋之意旨，迅就原「特別權力關係」影響所及各類身分或職業人員之各種基本權限制，進行通盤檢討。

按現行司法（法院）二元體制，私校教師與學校乃屬私法契約（聘約）關係，如有爭執應循民事訴訟尋求救濟；至

¹⁶ 其以「公法上財產請求權」為論據者，參見本院釋字第一八七號解釋（公務人員請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，得依法提起訴願或行政訴訟）、第二〇一號解釋（公務人員依法辦理退休請領退休金，發生爭議得提起訴願或行政訴訟）、第二六六號解釋（公務人員基於確定之考績結果，請求發給考績獎金遭拒，得依法提起訴願或行政訴訟）、第三一二號解釋（公務人員退休請領福利互助金，發生爭執得依法訴願或行政訴訟）。

其以「服公職權」為論據者，參見釋字第二四三號解釋（公務人員依考績法受免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權；至依考績法受記大過處分者，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，不許提起行政訴訟）、第二九八號解釋（改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人於有關法律修正前，得提起行政訴訟以資救濟）、第三二三號解釋（公務人員擬任官等之審查，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，如有不服，得依法訴願或行政訴訟）、第三三八號解釋（公務人員不服級俸審定者，得提起訴願及行政訴訟）、第四三〇號解釋（現役軍官聲請續服現役未受允准，並核定其退伍，既影響軍人身分之存續，損及憲法所保障服公職之權利，自得循訴願及行政訴訟程序尋求救濟）。

¹⁷ 參見司法院大法官釋字第六八四號解釋（「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」）。

公校教師與學校間之聘約，實務上多認係「行政契約」，¹⁸如有爭議應循行政訴訟解決。惟因特別權力關係之影響，公校教師長期以來並受國家教育公權力之規範。對於學校行使公權力所為處置，如有爭議，實務上¹⁹（含本案確定終局裁定，詳後三、）率皆「準用」本院有關公務員權利救濟之解釋，限制公校教師僅得就對其權益有重大影響之「行政處分」提起行政訴訟（撤銷之訴），其餘概屬（內部）「管理措施」，不得提起行政訴訟。為期全面解禁，本解釋乃開宗明義，明確釋示：「教師之權利或法律上利益因**學校具體措施**遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」。

申言之，使用「學校具體措施」一詞，乃為打破前此公校區分「行政處分」與「管理措施」，僅許教師就前者提起行政訴訟之傳統思維，使公校教師就一切具體之學校決定，均得依法提起訴訟（民事訴訟或行政訴訟）。為消弭疑慮，解釋理由書第二段特以本件原因案件所涉學校諸處置，例示「學校具體措施」之意涵，闡明：「教師因**學校具體措施**（諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等），認其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，始符合有

¹⁸ 參見最高行政法院一〇三年度判字第二六二號判決、最高行政法院一〇〇年判字第一七二七號判決、最高行政法院一〇〇年判字第五四三號判決。相關討論參見吳庚，《行政法之理論與實務》，頁438（增訂11版，2010年10月）；林明鏘，〈我國行政契約理論與實務發展趨勢—以全民健保醫療契約為例〉，《法學叢刊》，第58卷第2期，頁9~10（2013年4月）。

¹⁹ 參見最高行政法院一〇四年度裁字第四六六號裁定、最高行政法院一〇三年度裁字第一五三七號裁定、最高行政法院九十九年度裁字第九二九號裁定、最高行政法院九十七年度裁字第二九〇八號裁定、最高行政法院九十六年度裁字第一三九九號裁定、最高行政法院九十三年度裁字第一四〇四號裁定、最高行政法院九十二年度裁字第一一〇九號裁定。

權利即有救濟之憲法原則」。至本解釋後，公校教師就哪些學校具體措施得提起「撤銷訴訟」，哪些學校具體措施得提起「一般給付之訴」，應由行政法院於個案審查決定。

另，全面開放公校教師行政訴訟之後，行政法院仍得本於職權發展出各種不同審查密度之審查基準以為因應。故解釋理由書第二段乃併予指明：「至受理此類事件之法院，對於學校本於專業及對事實真象之熟知所為之判斷，應予以適度之尊重，自屬當然（本院釋字第三八二號、第六八四號解釋參照）」。又，今後教師既不再「準用」公務員關係，學校行使「公權力」自應以法律明文授權者為限（例如大學辦理教師升等審查，本院釋字第四六二號解釋²⁰參見），公校與教師之關係當如私校與教師般，回歸以契約（聘約）規範為原則。主管機關與教師工會當可協商議定更對等而合理之契約條款，明確規範彼此之權利、義務關係。庶幾各種爭議（如近日有關教師有無「導護」義務者）可減至最少。

二、訴訟權之保障範圍從此確定

按本院前此關於訴訟權「保護範圍」(Schutzbereich)之闡釋要非一致。或謂：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言」（參見本院釋字第一八七號、第四一八號、第四八二號、第六六三號、第六六七號、第六八一號解釋）；或謂：「憲法上所保障之權利或法律上之利益受

²⁰ 本院釋字第四六二號解釋：「各大學校、院、系（所）教師評審委員會關於教師升等評審之權限，係屬法律在特定範圍內授予公權力之行使，其對教師升等通過與否之決定，與教育部學術審議委員會對教師升等資格所為之最後審定，於教師之資格等身分上之權益有重大影響，均應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分」。

侵害者，其主體均得依法請求救濟」(參見本院釋字第四八六號、第五六九號解釋)；或謂：「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，始無違於憲法第十六條規定保障人民訴訟權之意旨」(參見本院釋字第三八二號、第六五三號、第六八四號、第七二〇號解釋)。唯本院釋字第四三〇號解釋闡釋最為完整：「憲法第十六條規定人民有訴願及訴訟之權，人民之權利或法律上利益遭受損害，不得僅因身分或職業關係，即限制其依法律所定程序提起訴願或訴訟」。²¹

本解釋參照本院釋字第四三〇號解釋，明示：「教師之權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」，盼從此確定憲法第十六條訴訟權之保障範圍。²²

三、釋憲制度改革於焉萌芽

本號解釋除回復公校教師之訴訟權，並確立訴訟權之保障範圍外，更難得地打破禁忌，實質審查並變更確定終局裁判認事用法之見解。

關於本案確定終局裁定(最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四號裁定)所適用之系爭規定，本解釋明白釋示為「合憲」。解釋文：「教師法第三十三條規定：『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。』

²¹ 一九九八年修正之行政訴訟法第四條業已明定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經……得向高等行政法院提起撤銷訴訟」。

²² 參見本院釋字第六九一號〈協同意見書〉(湯大法官德宗提出，李法官震山加入)。

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，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背」。然，何以本案聲請人提起行政訴訟卻遭駁回？曰：確定終局裁定「解釋」系爭規定使然也！

查確定終局裁定理由三、有謂：「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」。而確定終局裁定何以如此解釋系爭規定所稱「按其性質」？同裁定理由三、繼謂：乃「復參酌司法院釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二九八號解釋意旨，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。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，故關於教師所受工作條件及管理必要之處分，不得提起行政訴訟。經查抗告人所不服之系爭處分係屬學校內部自治之管理措施，尚非對教師之身分、財產權或其他重大權益之處分，揆諸首揭說明，抗告人不得對之提起行政訴訟，原法院以抗告人提起行政訴訟，顯非合法為由，駁回抗告人在原審之訴。經核原裁定並無不合，抗告人上開主張，尚不足採。抗告人指摘原裁定違誤，求予廢棄，為無理由，應予駁回」。

兩相對照可知，多數大法官認為本件確定終局裁定形式上所適用之「系爭規定」並未限制公校教師之訴訟權，實乃確定終局裁定「誤解」前引本院諸解釋，致誤使教師「準用」有關公務人員之規定，以抗告人（即本案聲請人）所不服之系爭處分係屬學校內部自治之管理措施，而不許其提起行政訴訟以為救濟。

按確定終局裁定援引之前揭本院諸解釋皆係針對公務人員或軍人所為，原無「準用」於公校教師之意思，故確定終局裁定以之準用於公校教師即有「誤解」。故此，本號解釋並未補充或變更前揭各號解釋。

究本解釋所以罕見²³地經由抽象法規審查，變更確定終局裁定認事用法之見解，實因大法官不忍見終審法院假「特別權力關係」理論，「準用」公務人員相關規定，剝奪公校教師行政訴訟之機會。

本席到院服務倏乎四年有餘，屢呼籲²⁴同仁借鏡德國憲法訴願制度（Verfassungsbeschwerde）之精神，從寬認定憲法解釋之客體，俾能適時變更終審法院之違憲見解，填補現行釋憲制度之漏洞，惟迄未成功。本案由抽象法規審查入手，實質審查並變更確定終局裁判之見解，以落實人權保障，或為釋憲制度改革之先聲，亦未可知。

²³ 按本院以抽象法規解釋，對法院裁判之見解進行實質審查者，殆僅釋字第二四二號（鄧元貞案）、第三六二號、第五五二號解釋等。關於此三件解釋之制度意義，參見張嘉尹，〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，第185期，頁32~34（2010年10月）。

²⁴ 參見本院釋字第六九七號〈一部不同意見書〉（湯德宗大法官提出）、第七〇〇號〈不同意見書〉（湯德宗大法官提出）、第七一三號〈部分不同意見書〉（湯德宗大法官提出）、第七二九號〈協同暨部分不同意見書〉（湯德宗大法官提出）。

時代在變，社會在變，人心尤其求變，法院何能無動於衷、禁錮不變？唯隨感而應，與時俱進，庶幾合於生生不息之易理。