

釋字第七三六號解釋協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件解釋就教師之權利或法律上利益受侵害，重申本院向來解釋所揭櫫憲法第十六條保障人民訴訟權之有權利即有救濟之意旨，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，符合憲法所保障現代法治國之基本原則，本席敬表贊同。惟本件解釋係基於有權利即有救濟之法理、原則、憲法原則或意旨？又權利與法律上利益之概念為何，是否採取重大影響說等議題，實有進一步闡述之必要。爰提出協同意見書如下：

一、本件解釋係基於有權利即有救濟之法理、原則、憲法原則或意旨？

法治國原則下「有權利有救濟」的基本法理，乃指人民所享有之法律上利益，採取法律上之力說¹，換言之，一旦國家法（Staatsrecht）創設為「權利」，國家如未設權利救濟之法制，或雖法律上設有合法之救濟措施（合法性），但卻形同虛設而無實效性時（妥當性），則如同剝奪或不法或不當限制人民之權利，皆不符「有權利即有救濟」之法理。如法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理，此為民法第一條所明定，亦即法理得作為法源，以補充法律規定之不足。至於法之原則，往往不待明確規定於法律之中，得為法之解

¹ 此所謂法力說，藉以說明權利之本質，所謂權利是受法律保護，得享有特定利益的法律上力量，已為多數學者所接受，成為現今之通說。權利有兩項要素，即法律利益(法益)與法律實力(法力)。權利與反射利益不同。(參照施啟揚，民法總則，2011年，頁49-51；王澤鑑，民法總則，台北：作者發行，2014年2月增訂新版，頁110。)

釋或適用時採用之。本院解釋曾以法律保留原則、比例原則及平等權（有稱平等原則）保障等，明示其為憲法原則（本院釋字第六八二號解釋參照）。本件解釋似擬將早期所謂「有權利即有救濟」之法理，提升至憲法原則。換言之，在秉持一般法律解釋方法以外，是否尚須符合該憲法原則，頗值得探究。

從比較法觀察，有德國法學者認為，如從法之內在結構觀之，法（das Recht）係由法原則（Rechtsprinzipien）與法規則（Rechtssätze）而產生。法規則係指由特定之生活事實作為構成要件事實（Tatbestand）及與其相關聯之法效果所組成之規範，作為直接適用之法源。反之，法原則係包含法形成之準則，其構成法規發展或評價之基礎，但非法爭議事件之直接決定者。法之原則，不但直接源自於法之理念，或憲法所衍生之原則（Grundsätze），諸如人性尊嚴之尊重、恣意禁止、合乎比例、法安定性、誠實信用要求，亦包括以部分的法秩序（Rechtsordnung）作為基礎之原則，諸如規定於民法之少年保護原則或權利表見原則。² 職是，向來本院為憲法解釋，而使用法理、憲法原則或意旨（Sinn）等用語時，是否將憲法原則、法理或意旨作為解釋方法或適用原則，甚至作為法源依據，從法解釋論或法源論而言，仍有深究之價值。

本件解釋採用「有權利即有救濟」作為解釋依據，如比較本院所為解釋例，本院釋字第二四三號解釋所稱「有權利即有救濟之法理」（本院釋字第三九六號解釋理由書重申引

² 參照 Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 37.Aufl., München:Beck, 2013, § 1 Rn.4.

用此號解釋所提出之法理)，釋字第五四六號解釋，續以有權利即有救濟之「法理」，認為人民倘主張服公職之權利遭受公權力之侵害，自應許其提起爭訟，由法院依法審判，該號解釋亦延伸前開二號之解釋意旨，稱有權利即有救濟為法理。至本院釋字第六五三號解釋，認受羈押被告之憲法上權利之保障，與一般人民所得享有者，原則上並無不同，基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，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，此乃訴訟權保障之核心內容，不得因身分之不同而予以剝奪（本院釋字第六五三號解釋理由書參照），本號解釋將前述解釋所稱「有權利即有救濟之法理」，改以「有權利即有救濟之憲法原則」稱之。另本院針對大學所為非屬退學或類此之處分，主張權利受侵害之學生得否提起行政爭訟，作出釋字第六八四號解釋，則以本於憲法第十六條有權利即有救濟之「意旨」稱之（本院釋字第六八四號解釋理由書參照）。從以上幾號解釋觀之，使用有權利即有救濟之用語時，早期較多以「法理」³稱呼，之後有以「原則」或「意旨」稱之。本件解釋雖於解釋文沿用釋字第六八四號所稱之「意旨」，但於解釋理由書中所稱「有權利即有救濟之憲法原則」，是否有意將「有權利即有救濟」視如民主原則、法治國原則或社會國原則般，將之提升為類此之憲法原則⁴，頗值得推敲之。質言之，設若有權利即有救濟，係作為

³ 本院解釋其他曾使用「法理」者，例如釋字第六二〇號解釋，基於憲法上信賴保護、比例原則或平等原則之要求，司法機關於法律容許漏洞補充之範圍內，即應考量如何補充合理之過渡條款，惟亦須符合以漏洞補充合理過渡條款之法理。

⁴ 本院解釋曾使用憲法原則者，諸如釋字第六二二號、第六六〇號、第六七四號、第六八五號、第六九三號、第七〇三號及第七〇六號等解釋，

與憲法第十六條人民訴訟權之保障具有關聯性之基礎者，則以「有權利即有救濟」之「意旨」稱之，蓋已有憲法規定作為依據，不用以法理稱之。反之，如認為有權利即有救濟，尚未為我國憲法或法律所明文規定，或可以法理稱之，作為憲法解釋方法之依據。

二、權利與法律上利益之概念與是否繼續採取重大影響說，有待釐清

公立學校聘任之教師係基於聘約關係，擔任教學研究工作，與文武職公務員執行法令所定職務，服從長官監督之情

主管機關本於法定職權就相關法律所為之闡釋，自應秉持憲法原則及相關法律之立法意旨，遵守一般法律解釋方法而為之；類似有關稅法之解釋，例如釋字第六〇七號、第六〇八號、第六二二號、第六二五號、第六三五號、第六六〇號等解釋，如係秉持一般法律解釋方法，且符合相關憲法原則，即與租稅法律主義無違。另如釋字第六八二號解釋，對於參加考試資格或考試方法之規定，性質上如屬應考試權及工作權之限制，自應符合法律保留原則、比例原則及平等權保障等憲法原則；釋字第六七九號解釋，非依據憲法原則，要求得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，即必然不得准予易科罰金；釋字第六六五號解釋，法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則。釋字第六一四號解釋，主管機關依法律授權所訂定之法規命令，其屬給付性質者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束。釋字第五四二號解釋，行政機關訂定之行政命令，其屬給付性之行政措施具授與人民利益之效果者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束。釋字六一一號解釋，憲法第十八條保障人民服公職之權利，包括公務人員任職後依法令晉敘陞遷之權。晉敘陞遷之重要內容應以法律定之。主管機關依法律授權訂定施行細則時，為適用相關任用及晉敘之規定而作補充性之解釋，如無違於一般法律解釋方法，於符合相關憲法原則及法律意旨之限度內，即與法律保留原則無所抵觸。釋字第三七九號解釋，國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，係憲法第一百四十三條第四項所揭櫫之國家土地政策；土地法第三十條第一項前段規定，私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，第二項復規定，違反前項規定者，其所有權之移轉無效，即屬首開憲法原則之體現。

形有所不同，故聘任之教師應不屬於公務員服務法第二十四條所稱之公務員。此類教師如兼任學校行政職務，就其兼任之行政職務，仍有公務員服務法之適用。（本院釋字第三〇八號解釋參照）又本件解釋係攸關公立大學教師，如受到不利具體之措施，除兼任行政職務者外，如前所述，其非屬於公務員服務法適用之對象，故其性質上，非屬於公務員之懲戒、懲處與其他不利具體之處分或措施之適用對象。

至本件解釋涉及曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等具體措施，係屬於發生權利或法律上利益受侵害之原因事實，其造成不利後果，有係依民法等私法為請求權基礎者，亦有依公法而發生之權利或請求權者。在公法方面，有係直接或間接之干預、妨害、侵害⁵或影響者，亦有屬於工作權（例如身分變更、不續聘或解聘）、財產權（例如公法上財產請求權）或對名譽、信用等人格權之干預、妨害、侵害或影響者。此自得依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。本件解釋認為該規定僅係規定教師認其權利或法律上利益受侵害時，給予其「權利保護保障」之救濟途

⁵ 基本權之干預與其侵害及妨害，宜加以區別。因為儘管基本權干預(Grundrechtseingriff)或重要妨害(eine wesentliche Beeinträchtigung)經確認時，則非必然已經存在基本權侵害(Grundrechtsverletzung)。對於基本權之干預，排除先經關係人之同意以外，毋寧是依憲法本身、依法律(durch Gesetz)、或基於法律之授權(auf Grund eines Gesetzes)，或事後亦經關係人之同意，而具有正當性(或具有阻卻違法事由)。其他要件是該干預須合乎比例原則。參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 3.Aufl., München:Beck, 2011, §9 Rn.1.至於行政訴訟法第四條所稱損害，或許是行政爭訟法上之操作定義，但如嚴謹而言，損害是侵害行為或措施所發生之不利後果，宜將侵害(infringement)與損害(damage)分別為宜。

徑，並未限制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無違。此見解以該規定文義上似給予教師有相當機會選擇其救濟途徑，認為其與憲法保障訴訟權之意旨相符，固無可厚非。另依教師申訴評議委員會組織及評議準則第十六條第一項規定，提起申訴之教師就申訴案件或相牽連之事件，同時或先後另行提起訴願、行政訴訟、民事訴訟、刑事訴訟，或依勞資爭議處理法申請調解、仲裁或裁決。其立法意旨似有意指明，欲賦予教師多元之救濟途徑，但實務上適用該規定時，往往囿於傳統或修正之特別權力關係之見解，反而將前開規定解釋為「並非均得提起行政訴訟請求救濟」，須「視事件的性質」而定，從而限制教師提起行政訴訟之途徑。⁶

此外，目前訴訟實務上，行政法院有些判決將教師之法律關係，準用公務人員之規定，並依本院有關公務人員之解釋，而限制教師之行政爭訟權。其限制之理由，有以學校對教師所為具體措施，是否足以改變其教師身分，或對於教師權益有無重大影響之措施，亦有從學校與教師之關係是否屬於內部關係、管理關係或工作條件等，加以限制教師之行政訴訟救濟途徑。本件解釋認不得僅因身分或職業關係之不同，即限制人民依法律所定程序提起訴願或訴訟，在此情形，教師權利保護與司法救濟途徑是否准許，視對教師所為具體措施內容而定，此似有意揚棄或避開以身分或職業作為判斷標準之傳統或修正特別權力關係理論。⁷ 惟宜再加探究

⁶ 參照許育典，消逝的教師權利救濟請求權---評最高法院一〇三年度裁字第八九一號裁定，月旦法學雜誌，234期（2014年11月），頁288。

⁷ 如從德國特別權力關係發展而言，十九世紀，法律保留之重要例外，國家統御行為原則上免除法律之拘束。但比較一般權力關係涉及人民情

者，此所謂具體措施，其所干預、妨害、侵害或影響之權益（或稱權利或法律上之利益）為何？因其如涉及憲法所保障之自由或財產等權益之影響，此時似可不必再考慮其影響權益是否重大，逕認為構成該自由或財產等權利之干預、妨害、侵害或影響，得以尋求司法救濟。惟教師之權益類型多元而非法律得以一一列舉，並可能涉及教師之權益係直接或間接受到影響之情形，此時是否仍應維持本院若干解釋所採須具有重大影響⁸之見解。本件解釋或許有意留待未來法院實務上個案判斷或學說理論上發展。質言之，由於本件解釋所稱有權利即有救濟，其核心問題，似非在於「救濟」，而是有何種「權利」可作為救濟之權益主張基礎或請求權基礎。本件解釋將民事及行政救濟等均予以涵蓋，通常得依民法或私法規定，向普通法院請求司法救濟，原本未見太大問題存在。但所謂權利（Recht），如借用德國法之用法，其可能涵蓋為主觀化法律之權利與客觀化權利之法律。⁹ 除私法上主

形，在當時所謂特別權力關係之保留，是特別具有其重要性。至於行政機關相對於國會之參與請求，保留於行政機關所屬之獨立而非受法律拘束之領域。諸如學校（Schule）、公務員關係、軍事勤務、刑事執行等。當時於國家內部，非屬法律關係，並且不給予國會共同參與之機會。此係於前民主時代之觀念，直至基本法生效施行時代仍有相當長期間被採納。1972年始為聯邦憲法法院(典型案例:BVerfGE 33,1ff. – Strafgefangene; 最後 BVerfG, NJW 2006,2093 – Jugendstrafvollzug)所明確取代，基本權亦得適用於特別權力關係，其基本權干預亦須有法律正當性。其他終結特別權力關係之聯邦憲法法院判決，另如 BVerfGE 34, 162,192 – Hessische Förderstufe; BVerfGE 41, 251, 259 – Speyer-Kolleg; BVerfGE 45, 400, 417 – Oberstufenreform; BVerfGE 47, 46, 78 – Sexualkunde; zuletzt BVerfGE 108,282 – Kopftuch.(參照 Friedhelm Hufen, a.a.O., §9 Rn.3.)

⁸ 有關公務員之本院解釋，例如釋字第二九八號及第三三八號解釋，關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人如有不服，得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服。

⁹ 參照王澤鑑，前揭書，頁 111。

觀私權利外，另為主觀公權利，此係在公法救濟時為救濟對象之主觀權利。¹⁰又參考行政訴訟法第四條用語，除「權利」以外，更加入「法律上之利益」¹¹，此所謂法律上利益為何，對於教師之權益而言，其與前述權利或非法律上利益之區別何在，均仍有進一步探討之餘地。¹²

從基本權觀點出發，因聲請憲法解釋之權利內容，主要以憲法所保障之基本權為主要對象，惟隨時代推移及社會變

¹⁰ 從基本權之功能或層面而言，憲法所保障之基本權，於具體個案，對特定個人所衍生之權益，是一種主觀公權利(ein subjective öffentliches Recht)。(參照 Peter Badura, Staatsrecht, 6.Aufl., München:Beck, 2015, C5.)但如從基本權人之主觀權利之請求權而言，換言之，即從客觀法之基本權內容所生之主觀權利是否存在，則有爭議。但有關主觀公權利之防衛功能(status negativus)，而非就基本權人之主觀請求權出發，則較無爭議。參照 Stern in: Klaus Stern/Florian Becker, Grundrechte-Kommentar, Carl Heymanns Verlag, 2010, Einl. Rdn.32f., 82.德國學者，亦有從給付權之基本權功能，賦予基本權之積極功能之地位(status positivus)。(參照 Volker Epping, 5.Aufl., Berlin Heidelberg:Springer-Verlag, 2012, Rdn.5.)

¹¹ 使用法律上之利益用語，例如本院釋字第四三〇號解釋。有認為對於權利與反射利益之中間型態，即所謂法律上利益，此係從客觀解釋論出發，採取新保護規範理論，透過客觀法律意旨之探求，以尋繹出法律上客觀之意旨。例如本院釋字第 469 號解釋「法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」雖該號解釋係針對限制被害人請求國賠之判例是否違憲而所作出解釋，但有認為其係採取新保護規範說，故可資參酌。

¹² 本院釋字第五四六號解釋文對於權利與利益概念有所闡釋，該解釋認為所謂被侵害之權利或利益，經審議或審判結果，無從補救或無法回復者，並不包括依國家制度設計，性質上屬於重複發生之權利或法律上利益，人民因參與或分享，得反覆行使之情形。似對於權利或法律上利益之概念有所限縮，雖聲請憲法解釋之事實不同，固不宜完全比照，但其進一步闡釋權利或法律上利益之概念，或可資參照。

遷，基本權之保障種類及內容，迭有更易，在比較憲法學上，有認為二十一世紀之人權憲法課題，從第一世代之人權，即自由權（信教自由與政教分離、表現自由等），第二世代之人權，即社會權（生存權與保護給付（受給）權、勞動權等），轉而第三世代之人權，檢討隱私權、自己決定權，現至第四代之人權，即探討和平的生存權¹³。此種觀點是否放之四海皆準，固有進一步探討之空間。惟配合時勢發展，將人權之內涵重新檢討之想法，頗值得參考。另有關德國基本法之論著，有認為德國聯邦憲法法院已從往昔「權利救濟途徑保障」（Rechtsweggarantie），發展至「權利保護保障」（Rechtsschutzgarantie），由規範形塑出給付基本權（Leistungsgrundrecht），即積極賦予個人享有實質上向法院請求有效保護其主觀權利，而非僅是形式上保障個人接近使用法院之權利救濟途徑（Rechtsweg）。¹⁴ 藉由上述此等觀念，對於教師之基本權（人權）究竟推移致第幾世代之權利理念，固有待學者專家加以深入探究。但透過本院解釋較清楚之說明，或許可將教師之權利或法律上利益，作出更具體引導方向或賦予實質之規範內涵，以供相關機關實務上之運用，並有助於理論上建構或推展。

除前述權利以外，尚有影響未達侵害憲法或法律所明文保障之權利者，可能包括補充性或攔截性之權利，此等權利是否包括在教師權益之內，甚至現行法律無明文規定者，但其在法律上對一定利益發生影響者，是否一律均得向法院提

¹³ 參照辻村みよ子，比較憲法，東京：岩坡書店，2006年3刷，頁91以下。

¹⁴ 參照 Christoph Gröpl/Kay Windthorst/Christian von Coelln, Grundgesetz-Studuenkommentar, 2.Aufl., München:Beck, 2015, Art.19 Rn.70f..

起訴訟，是否須以重要或重大影響為其構成要件事實¹⁵。即是否參酌德國聯邦憲法法院於特別權力關係¹⁶終結後，其所發展出之重要性理論¹⁷，藉以解決法律保留（尤其是國會保留）之問題，進而運用於基本權之限制及司法救濟（審查）等議題，凡此均有待再釐清。

¹⁵ 最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長聯席會議（一），就公務員經評定年終考績列丙等，該公務員得否提起行政訴訟求為救濟？表決結果：採乙說。惟比較決議與乙說之文字，略有差異。乙說認為「對於公務人員之公法上財產請求權及陞遷權（憲法第 18 條保障人民服公職之權利，也包括公務人員任職後依法律晉敘陞遷之權，司法院釋字第 611 號解釋意旨參照）亦有影響。基於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，應無不許對之提起司法救濟之理。」但決議文則為：「…於晉敘陞遷等服公職之權利影響重大…」。兩者對照，決議文則增加「重大」，是否服公職權利之影響，是否最後決議仍採重大影響作為判斷依據？甚至預留採納重大影響說之可能性？凡此等議題，頗有推敲之餘地。

¹⁶ 我國實務或理論上如能真正完全揮別或揚棄特別權力關係後，改採否定說，如日本原採取特別權力關係或修正特別權力關係時，將法治主義之排除、人權之限制及司法審查之排除等運用於特別權力關係之公務員、在監受刑人、在學關係之學生等，改採可以適用法治主義、基本權（人權）保障及司法審查（救濟）。此後，值得再思考是否引用德國重要性理論之問題。

¹⁷ 有關德國學理及聯邦憲法法院所發展出之重要性理論，可追溯於 Oppermann(第五十一屆德國法學家年會所提出之專家報告 C，〔1976, C48〕)，聯邦憲法法院再加以闡明，無論如何，立法者須依形式法律規定學校之一切「重要性」(wesentlich)問題。重要性於此係指基本權重要性(grundrechtswesentlich)。之後形成重要性理論之概念，此當然非屬學術上意義之理論。(參照 Friedhelm Hufen, a.a.O., §9 Rn.4.) 於此情形，重要性非為固定之概念，毋寧認為是詮釋學中滑梯公式之一種(eine Art hermeneutischer Gleitformel)。越是持續涉及或危及基本權，法律規定越是須要精確且緊密。參照 Schnapp in: Schnapp/Wigge Vertragsarztrecht § 4 Rdn.27,Verlag C. H. Beck im Internet,beck.de。該見解係參考 Maurer 教授見解，另參照 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München: Beck, 2011, § 6 Rdn. 14; 本院釋字第六八四號解釋之陳春生大法官協同意見書。