

釋字第 784 號解釋不同意見書

蔡大法官明誠 提出

吳大法官陳銀 加入

本號解釋固有釐清本院釋字第 382 號及第 684 號等解釋就學生行政爭訟權範圍之意義，但在開放學生行政爭訟權範圍之際，卻未同時提出較具體判斷之標準或界限，以供法院、相關機關就具體個案作出決定或措施之參酌，則難免引發校園教師或相關教育單位與學生之另一波緊張關係。本號解釋雖有意完全突破傳統特別權力關係之藩籬，但其希望解構之對象，究竟是早期特別權力關係，抑或現在所謂特別法律關係（或稱特別身分(地位)關係）之判斷原則，或者甚至是解構行政程序法第 92 條第 1 項有關行政處分之概念，均值得更進一步深入探究。本號解釋仍有若干值得釐清之問題，爰提出不同意見書如下：

一、處分行為、行政處分與公權力措施之關係及問題

本號解釋文謂：「本於憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，各級學校學生認其權利因學校之教育或管理等公權力措施而遭受侵害時，即使非屬退學或類此之處分，亦得按相關措施之性質，依法提起相應之行政爭訟程序以為救濟，無特別限制之必要。於此範圍內，本院釋字第 382 號解釋應予變更。」未直接以訴願法及行政訴訟法所稱行政處分稱呼，特別使用「教育或管理等公權力措施」之用語，究其所指為何？值得推敲。

行政爭訟（即如訴願及行政訴訟）之功能，主要在於解決公法上爭議、保障人民權益、維持法規正確適用及塑造行

政措施之合法化。¹當事人提起行政訴訟之目的，在於請求行政法院就其爭議之法律關係為實體判決，但並非對一切起訴之事件，行政法院均有作成實體判決之義務，必須合於一定要件始有獲致實體判決可能，此稱為實體判決要件，亦有稱為訴訟要件。實體判決要件又有一般實體判決要件與特別實體判決要件之分。撤銷訴訟之特別實體判決要件之一為，須有行政處分存在。²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，經依訴願法提起訴願而不服其決定，得向行政法院提起撤銷訴訟。（行政訴訟法第 4 條參照）課予義務之訴為請求行政法院判令行政機關作成行政處分或特定內容之行政處分；一般給付之訴為財產上給付或行政處分以外之非財產上給付。³

此外，人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依訴願法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。（訴願法第 1 條規定參照）訴願之審議程序標的為行政處分，提起訴願必須主張行政處分違法或不當，至於是否確屬違法或不當乃實體上應予審查之事項。⁴

綜上可知，現行體制下之行政爭訟，多環繞行政處分

¹ 參照吳庚、張文郁，行政爭訟法論，臺北：元照，2016 年 9 月，修訂第 8 版，頁 51。

² 就不同種類之訴訟事件如撤銷訴訟、確認訴訟、課予義務訴訟及一般給付訴訟等，各自具備其特別實體判決要件。提起行政訴訟之一般實體判決要件及特別實體判決要件，參照吳庚、張文郁，同註 1 書，頁 287-349。

³ 參照翁岳生主編，許宗力、張登科副主編，行政訴訟法逐條釋義，臺北：五南，2018 年 7 月 2 版 1 刷，頁 114。

⁴ 參照吳庚、張文郁，同註 1 書，頁 97。

（亦即以行政處分為要件）。行政處分係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。（行政程序法第 92 條第 1 項規定⁵參照）訴願法第 3 條規定配合行政程序法，採用幾近相同之文字。⁶行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分（本院釋字第 423 號解釋參照）⁷。

本號解釋所謂「學校之教育或管理等公權力措施」，所指為何？是否取代行政處分之概念？或有如本號解釋理由所

⁵ 該規定以「為決定或其他公權力措施」取代當時訴願法使用「基於職權」之用語；並以「對外直接發生法律效果」取代「發生公法上效果」。參照廖義男，行政程序法草案之重要內容(一)---適用範圍、行政處分與法規命令，收載於行政程序法草案研討會論文集，主辦單位：國立臺灣大學法律學系，1988 年 2 月，頁 30。

⁶ 兩種法律用語與德國聯邦行政程序法第 35 條全文，頗多雷同，自係仿效得來。參照吳庚，行政法之理論與實用，臺北：三民書局，2013 年 8 月，增訂 12 版，頁 293。

⁷ 本院解釋有將決定行為，以其對外直接發生法律效果及對憲法上之權益有重大影響，作為行政爭訟之要件者，例如本院釋字第 459 號解釋謂「兵役體位判定，係徵兵機關就役男應否服兵役及應服何種兵役所為之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為，此種判定役男為何種體位之決定行為，不問其所用名稱為何，對役男在憲法上之權益有重大影響，應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。從而，受判定之役男，如認其判定有違法或不當情事，自得依法提起訴願及行政訴訟。」另有本院釋字第 772 號解釋，則未提及是否對憲法上權益有重大影響，認為「申請人暨所申請讓售之不動產若均符合規定，主管機關即應准許其申請，並以法律規定之計估方法決定讓售價格，並不適用私法上契約自由原則。足徵國有財產署依系爭規定為準駁與否之決定，核係對外直接發生法律效果之單方行政行為，為行政處分，而非國庫行為，具有公法性質。……人民如有不服，應依法提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。」

示，本院釋字第 382 號解釋⁸所稱之處分行為包含行政處分與其他公權力措施，而將行政處分與其他公權力措施分開，成為兩種概念？本院涉及各級學校學生之行政爭訟權解釋中，提到公權力措施者，如釋字第 684 號解釋所稱「對學生所為行政處分或其他公權力措施」⁹，但於釋字第 382 號解釋並未特別提到。惟參酌行政程序法第 92 條第 1 項之規定，有關行政處分與公權力措施之關係，係以公權力措施作為上位概念。有謂行政處分固多以決定之型態出現，惟行政處分之存否，並非決諸外觀形式，而是以有無規制作用為斷，故行政程序法第 92 條第 1 項規定乃以公權力措施一詞來涵蓋行政處分之各種態樣。¹⁰是故，現行法非以處分行為作為上位概念，且若依本號解釋之文義，行政處分既與其他公權力措施不同，是否兩者仍須要其他妥適之區別要素，例如直接對外之法律效果等，亦屬值得考慮之判斷標準。

二、學生與學校間早期特別權力關係與特別法律關係之問題

關於學生得否提起行政爭訟之問題，可比較德國法見

⁸ 釋字第 382 號解釋文謂「各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分並損及其受教育之機會，自屬對人民憲法上受教育之權利有重大影響，此種處分行為應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受處分之學生於用盡校內申訴途徑，未獲救濟者，自得依法提起訴願及行政訴訟。」

⁹ 釋字第 684 號解釋文謂「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 16 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 382 號解釋應予變更。」

¹⁰ 參照蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，臺北：新學林，2013 年 11 月 4 版，頁 267。

解，以利釐清相關概念。早期特別權力關係(besonderes Gewaltverhältnis)，於德國法院判決，已逐漸被拆解。德國 Carl Hermann Ule 教授提出基礎關係與經營關係(Grund- und Betriebsverhältnis)理論，此種理論之後陸續發展。現有認學生與學校之關係(Schulverhältnis)係為特別法律關係¹¹（或稱特別身分(地位)關係）(Sonderrechts- oder Sonderstatusverhältnis)¹²，並於此基礎上，界定行政處分之概念及予以類型化。¹³至

¹¹ 於國家與人民間之一般權力關係(allgemeine Gewaltverhältnis)以外，在德國發展出特別權力關係之理論，其可回溯及 19 世紀 Laband, Otto Mayer 之見解。就早期特別權力關係，當時係為法律保留之重要例外。之後，1972 年 3 月 14 日聯邦憲法法院有關刑罰執行案之判

決(BVerfGE 33, 1-Strafvollzug)，不同於往昔之見解，基本權保護亦適用於刑罰執行，亦即基本權、法律保留及權利保護適用於國家與人民間之傳統特別權力關係。因此，往昔特別權力關係已失其功能，從此拆解(Abbau)而為之終結(Ende)。再者，由於一般權力關係非屬於概括法律關係，而僅是各種不同法律關係之集體名稱(Sammelbezeichnung)，對之相對地稱為特別法律關係。又為避免誤會，既已放棄使用特別權力關係，另有使用其他名詞取代，例如 Wolff 之行政法特別關係、Hesse 之特別身分(地位)關係及 Fuß 之個人

接觸關係(personale Kontaktverhältnisse)，惟因其用語不甚明確，而有再度回到特別權力關係之傳統想法之危險。參照

Hartmut Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., München: Beck, 2017, §8 Rn.28ff.; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 6.Aufl., München: Beck, 2017, §9 Rn.3.

¹² 在基本權保護方面，早期基於特別權力關係理論，使處於特別權力關係之受刑人、職業軍人、公務員與學校關係及大學關係之人無受基本權保護之空間，現則採國會保留之形式觀點，在特別法律關係（或稱特別身分(地位)關係）中，基本法仍有特別限制其基本權之可能性。參照 Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, März 2019-beck-online, Art.5 Rn.149f..

¹³ 參照 von Alemann/Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 44. Edition, Stand:01.07.2019, VwVfG §35 Rn. 236ff..

於判斷學生得否提起行政爭訟程序，現於德國以行政處分與事實行為加以區分。亦即，學校所為教育及組織措施，如涉及學生或其父母之個人法律地位者，以其是否具有直接之外部效果(Außenwirkung)為斷。¹⁴又行政處分(Verwaltungsakt)係依德國行政程序法第 35 條規定，其構成要素為公權力措施(Hoheitliche Maßnahme)、機關(Behörde)、公法領域之個別事件與對外之直接法律效果(unmittelbare Rechtswirkung nach außen)。經由上開要素客觀判斷，而非由主觀判定行政機關所為之措施均係行政處分。以上適用於與國家具有特別法律關係（或稱特別身分(地位)關係）之公務人員¹⁵、法官、受刑人、大專院校以外學生(Schüler)及軍人等，如屬於單純內部組織或教育措施(Rein interne organisatorische und pädagogische Maßnahmen)，則屬於單純事實行政行為(Die rein tatsächlichen Verwaltungshandlung)（事實行為；Realakte），因其不具對外效果之規制特性(Regelungscharakter)，而非屬行政處分。¹⁶又所謂行政機關之處分(Verfügung)、決定(Entscheidung)或其他公權力措施，須以直接對外效果為其構成要素，此涉及行政機關之意圖(Absicht)，係具有對外效果之規制(Regelung)，有稱之為「預

¹⁴ 參照 Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11.Aufl., München:Beck, 2019, §14 Rn.41.

¹⁵ 傳統「特別權力關係」理論，視公務員為行政內部之構成分子，與一般人民之身分不同，遂以對公務員之各種處置並非行政處分，此種理論今日已被放棄。對有關公務員之行為是否為行政處分，端視其性質而定，如直接發生影響公務員權益之法律效果，應認其為行政處分，若僅屬執行職務之內部指示，則非行政處分。參照吳庚，同註 6 書，頁 317。

¹⁶ 參照 Maurer/Waldhoff, a.a.O., §9 Rn.6, 8.

期外部效果」(intendierte Außenwirkung)。¹⁷

從德國法比較觀察，判斷對大專院校以外學生所為之措施是否構成行政處分，係以其是否對外直接發生法律效力為構成要件。例如與本件原因案件相關之學習評量，如係屬於單科學習成績評量，若其未生直接對外發生法律效果，則非屬行政處分，但如其評量之成績，影響學生之升學或留級，甚至影響其畢業或報考大專院校科系等對外法律效力，則被認為屬行政處分，可提起行政爭訟之救濟。至於確認訴訟及一般給付訴訟，因未涉及行政處分，本可提起行政爭訟。因此，在德國，關於學生之行政爭訟權，若主要係涉及撤銷訴訟，其判斷是否具有行政爭訟權之關鍵，在於是否符合行政處分構成要素之判斷，亦即在於其是否係具有直接對外法律效果之行政處分，抑或僅是不發生直接對外法律關係之單純內部組織或教育措施（單純事實行政行為），而非在於將行政處分或處分行為是否擴大及於公權力措施之問題。

再者，有認德國大專院校學生(Studenten)與大專院校以外學生(Schüler)之行政爭訟權，有所區別，亦即對於大專院校學生之行政爭訟權，與一般人一樣，並未予限制。但對於大專院校以外學生、公務人員等具有特別法律關係（或稱特別身分(地位)關係）之人，則以是否發生直接對外法律關係加以區分，認定其是否屬於單純內部教育或組織之措施，如不屬單純內部措施，則可能構成行政處分，自可依法提起行政爭訟。以上判斷學生與學校關係之德國立法例，是否值得我國參考，亦屬本號解釋之核心問題所在。

¹⁷ 參照 von Alemann/Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 44. Edition, Stand:01.07.2019, VwVfG §35 Rn. 222.

三、本號解釋及併予敘明所為附論可能衍生之問題

從本號解釋之聲請人原因案件觀之，聲請人一受記過處分，聲請人二為學生因請病假缺考定期評量，補考成績超過 60 分部分 7 折計算。依本號解釋，此有關不服記過或學習評量給分之救濟，均認係可提起行政爭訟，皆不問是否係學校單純內部組織或教育措施，亦不論其是否直接對外發生法律效果，概基於所謂教育及管理等公權力措施，而均許予救濟。在此情形，將有權利就有救濟原則，著重於救濟請求之放寬，但未先就何種法律關係加以定性，如此將不利於未來相關機關對於各級學校學生行政爭訟權之認定界線及標準之明確化。此種藉由有權利就有救濟原則，放任行政爭訴之提起，但卻未具體指出何種法律關係，有如向聲請人說，可提起訴願或行政訴訟，至於是否勝訴或有無理由，卻難以預測，其係屬未來繫屬法院後個案判斷之問題，當事人要自求多福，如此則有為德不卒之虞！再者，原告訴請撤銷的行政行為是否為行政處分，並非取決於原告的主張陳述，法院必須依職權就系爭行政行為，判斷其客觀上、事實上是否為行政程序法第 92 條所規定之行政處分。¹⁸本號解釋是放任行政爭訴之提起，或者甚至是解構現行法體系有關行政處分之概念？如此不問權利或法律關係之界限或標準為何，而一概許予救濟之情形，因無較可操作性之判斷標準或原則，可資適用，恐怕不利於未來實務上合理有效之運作，甚至造成校園師生間之緊張關係。

此外，本號解釋雖敘明學校基於教育目的或維持學校秩

¹⁸ 參照翁岳生主編，許宗力、張登科副主編，同註 3 書，頁 52、53。

序，對學生所為之教育或管理等公權力措施（例如學習評量、其他管理、獎懲措施等），是否侵害學生之權利，則仍須根據行政訴訟法或其他相關法律之規定，依個案具體判斷，尤應整體考量學校所採取措施之目的、性質及干預之程度，如屬顯然輕微之干預，即難謂構成權利之侵害。又即使構成權利之侵害，學生得據以提起行政爭訟請求救濟，教師及學校之教育或管理措施，仍有其專業判斷餘地，法院及其他行政爭訟機關應予以較高之尊重。此段文字，因有顯然輕微之干預及專業判斷餘地，或可減緩對各級學校之衝擊，亦作為未來學校或其他相關機關（特別是法院）個案適用之參酌。但嚴格而言，本號解釋並未參酌行政爭訟相關法規，而給予更明確之判斷標準，或更具體敘明權利保護之行政爭訟要件，將不利於未來相關法律之解釋及適用。詳言之，本號解釋因未適當類型化大專院校以外學生與學校之單純教育或組織（管理）之措施（有稱事實行為）與行政處分之關係，並將行政行為中有關直接對外法律發生法律效果，明確作為行政爭訟之要件，而將早已不採傳統特別權力關係之概念，作為解構之對象，以公權力措施取代行政處分，率然全面開放各級學校學生訴願及行政訴訟等行政爭訟之管道。又未參酌配合現行行政爭訟相關法規，亦非從類型化學校公權力措施著手，而係全面性開放學生行政爭訟之範圍，卻未同時提出另一套足以實務及學理上可資運用之標準或原則，不無缺憾之處。因此，本號解釋是否妥當，值得商榷。

四、關於重大影響概念與重要性理論之釐清

有關影響之輕重，如同光譜之兩端，一為顯然輕微，另一為重大影響。本號解釋使用顯然輕微之干預，是否取代向

來使用重大影響之解釋方式，有待觀察。再從本院釋字第 382 號解釋之適用界線觀之，其使用重大影響之概念，而非顯然輕微概念。運用重大影響之用語，有認其係參考德國所謂重要性理論(sog. Wesentlichkeitstheorie)，然而在德國係將重要性理論作為衡量理論(Abwägungstheorie)而運用於是否須要法律保留(Gesetzesvorbehalt)（國會保留；Parlamentsvorbehalt）之判斷。另有認為德國憲法法院對於特別權力關係修正重點，在於法律保留原則之採用，係欲藉由重要性理論，使立法者重新介入此等特別行政領域，故其著重於前段上游之基本權，本院解釋則著重於有權利有救濟之後段下游之爭訟權(例如提起訴願及訴訟權)。¹⁹亦即重要性理論並非運用於判斷是否為行政處分或可否提起行政爭訟之前提要件，而是作為法律保留之判斷原則。如本號解釋以影響之輕重程度作為判斷是否構成權利侵害之標準，亦即部分變更系爭解釋並以公權力措施是否顯屬輕微，作為可否提起行政爭訟之要素。如此運用重大影響或顯屬輕微等概念，作為判斷行政處分或公權力措施可否提起行政爭訟之見解，頗值得商榷。

五、本院釋字第 382 號解釋之「補充解釋」、變更與「解釋之補充」問題

本號解釋之主要爭點，在於釋字第 382 號解釋（下稱系

¹⁹ 德國聯邦憲法法院在 1972 年「刑事執行判決」(BVerfGE33,1)揚棄特別權力關係理論，明白指出「舉凡涉及人民基本權利之重要事項」，皆須適用法律保留原則。參照董保城，中小學生受教育權權利救濟保障之再省思---臺北高等行政法院 105 年度訴字第 386 號裁定評釋，月旦裁判時報，57 期（2017 年 3 月），頁 24 以下，25、29。

爭解釋)就各級學校所為尚未足以改變學生身分並損及其受教育機會之處分行為，限制各級學校學生之行政爭訟權部分，應否變更。所謂退學或類此之處分，已經系爭解釋放寬其行政爭訟權，僅是其例示時，仍採類似德國 Ule 教授提出之基礎關係與經營關係理論。²⁰本號解釋所稱於此範圍內，本院釋字第 382 號解釋應予變更，比聲請人所期待之補充解釋，更進一步解釋。從解釋文義觀之，因記過、申誡等處分，係包括在系爭解釋之例示中，尚未得提起行政爭訟部分，特別是記過之懲戒處分作為變更對象，似較無問題。但有關學業成績評量，並非系爭解釋之例示範圍，是否為本號解釋之變更對象，則有值得商榷之餘地。如認為其不在系爭解釋文義範圍之內，則不宜認為此部分屬於變更之對象，應屬於解釋之補充問題。

本院解釋對於過去解釋，為因應時勢發展，有時在一定範圍內予以變更。若以本號解釋文義觀之，其仍係基於釋字第 382 號解釋之基礎，而作出局部之變更，則可以認為係對於系爭解釋之部分變更。但如從法解釋方法而言，其仍值得再推敲之。從本號解釋試圖將所謂早期特別權力關係完全解構或終結觀點而論，並不採前述現行德國實務及學理上採用之特別法律關係（或稱特別身分(地位)關係）理論，如此已超越本院釋字第 382 號解釋之原有可能文義範圍，已非屬於就過去本院解釋之補充解釋，似又非僅屬於部分變更系爭解釋之問題。嚴格言之，此所謂解釋之變更，涉及原先解釋之

²⁰ 釋字第 382 號解釋突破在在學關係中的特別權力關係，使得屬於基礎關係的處分有救濟管道，然而卻對於經營關係採取保留態度。參照張嘉尹，「特別權力關係」陰影下的高中校園（二），月旦法學教室第 146 期（2014 年 12 月），頁 10。

全部變更，而非僅是部分變更而已。倘若已構成全部變更，形同廢止或否定原先解釋之見解。如在一定範圍內作出一部分之變更，固較為緩和。但如將原先解釋作出基礎性之變更，則其似非部分變更而已。質言之，使用於此範圍內變更之用語，係有部分變更之意思。惟如前所述，細繹本號解釋文及理由，因我國憲法及法律並無規定特別權力關係，係承襲早期德國法理論及實務見解，故實務上曾採特別權力關係理論，解釋學生與學校之關係，有如系爭解釋推翻行政法院41年判字第6號判例，而本號解釋，欲完全推翻或打破系爭解釋所採基礎與管理關係之見解。在此情形，如借用「法之解釋與補充」概念及理論，其並非僅係在可能文義內所作出之「補充解釋」，亦非僅在原先解釋範圍內之部分變更而已。本號解釋既已超越原先系爭解釋之可能文義範圍，其解釋結果事實上已屬於本院「解釋之補充」。因此，既然本號解釋之結果，業已超越原先系爭解釋之可能文義範圍，既非部分變更系爭解釋，亦非所謂「法之解釋之範疇」（或稱本院先前解釋之補充解釋範疇），而係為填補先前解釋之漏洞或不足，實際上已形成系爭解釋之文義範圍以外之「解釋之補充」。整體而論，本號解釋宜解為系爭解釋之補充。

六、代結論

綜上，從本院釋字第684號變更釋字第382號解釋以後，恰巧經過100號，而來到本號解釋。打破援用甚久之判斷標準，固需勇氣，但要如何重建一套合理可行之新判斷標準，以資因應，亦非易事！本號解釋放寬大專院校以外學生行政爭訟權時，並以各級學校稱之，自亦包含大專院校學生(Studenten)。惟對於涉及學生行政爭訟權所提出初次使用之

抽象概念，未同時提出較明確且可操作之判斷標準，以杜爭議，將不利於未來合理有效處理具體個案，並可能造成不必要之校園紛擾。因此，前述德國比較法上現行採用之理論，或許有人會憂慮再次與早期特別權力關係相連結，有再次使其還魂之疑慮。但實際上，現已無人會再主張被認為早已過時之所謂特別權力關係理論²¹，因此，如參考特別法律關係（或稱特別身分(地位)關係）理論及運用直接對外發生法律效果要件，判斷是否構成行政處分，並藉以區分行政處分與事實行為，或許有助於實務上問題之適當解決。職是，在開放大專院校以外學生行政爭訟權範圍之同時，不宜放任其面臨行政爭訟時，陷於無精確判斷標準或未適度類型化之現象，甚至再次引發學生與學校間之另一波緊張關係。

²¹ 早期學者因受到日本及德國學說之影響，承認所謂特別權力關係理論之存在，將公務員、學生及軍人納入所謂「公法上勤務關係」及「公法上營造物利用關係」之中，並認為在此關係中對於此等人員之決定僅屬「內部事項」之措施，不屬於行政處分。在實務上，行政法院過去亦承襲此項理論，並引為裁判之論據。參照蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，同註 10 書，頁 263-264。