

## 釋字第 653 號解釋協同意見書

大法官 許宗力

歷經學界多年來的反省、檢討與指摘，以及本院解釋多次努力作成的若干突破，特別權力關係的幽靈，依舊在二十一世紀的台灣土地徘徊不去，依舊生命力頑強地繼續支配許多事物領域，例如公務員、學生、軍人、受刑人、受羈押人等與國家的關係是。在此領域，如一般所知，相對人在某意義上可說是被納入行政內部體系，淪為整個行政機器營運的「齒輪」( Rädchen im Anstaltsbetriebe )<sup>1</sup>，相對人與國家的關係，因此是講究管理與服從的「力」的關係，不是「法」的關係，也因此規範人民與國家關係的基本權利、法律保留原則與法院訴訟救濟等法治國要素，對相對人都不適用，行政權本身有完全的權力，自訂行政內規以規範此種行政內部關係<sup>2</sup>。本件解釋多數意見明文指出，人民之訴訟權「基於有權利即有救濟之原則...不得因身分之不同而予以剝奪」；「受羈押被告如認執行羈押機關對其所為之不利決定，逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍，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訴訟，始無違於憲法第十六條規定保障人民訴訟權之意旨」等語，進而

<sup>1</sup> Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, §4, 66.

<sup>2</sup> Vgl. statt aller Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. §6 Rn.24f., §8 Rn.27ff.

宣告羈押法第六條及同法施行細則第十四條第一項限制受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分違憲，可說是對特別權力關係施予致命的一擊，乃本院解釋首次全面性地，並未設任何條件限制地揚棄特別權力關係。這是我國人權史上一記重要里程碑，也是公法學，尤其是行政法學發展史上劃時代的重要事件，相信對未來法制發展可以產生深遠的正面影響。本席對多數意見除敬表同意，並提出六點協同意見，補充論理的構成，兼述其在法治發展的意義。

#### 一、特別權力關係在我國自始即是未附任何說理的教條

誠如本號解釋解釋理由書所述，系爭規定的制訂，乃傳統特別權力關係的產物，司法實務對系爭規定的適用，也是亦步亦趨，順著特別權力的腳步一路走下來<sup>3</sup>，是審查系爭規定的合憲性，還是不能不從這老掉牙的特別權力關係著手。本號解釋以有權利即有救濟，人民之訴訟權不因身分之不同而受剝奪為由，直指系爭規定限制受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有違等語，乍視之下，似未與特別權力關係作正面交鋒，並在未詳述特別權力關係何以違憲的情形下，就直接導出系爭規定違憲的結論，而有論理跳躍之嫌。實則，未附理由者，與其說是本號解釋，倒不如說是特別權力關係本身。蓋特別

<sup>3</sup> 系爭規定與特別權力的關係，後文（六）有進一步說明。

權力關係理論未見諸憲法明文，就逕行否定部分國民的基本權主體適格性，反才須要作進一步的說理<sup>4</sup>。令人驚訝的是，特別權力關係理論引入我國之初，誠如學者所見<sup>5</sup>，自始就以教條（Dogma）的姿態出現，完全沒有任何說理，就支配了整個司法實務的操作。例如早於民國十九年的司法院院字第311、332、339、347等號解釋就直接表示，因官吏身分受上級之處分者，與一般人民之身分受官署處分者不同，不得提起訴願，至於二者何以不同，未作任何說明。早期行政法院之裁判，也完全未說明理由，就否定公務員提起行政訴訟的權利<sup>6</sup>。特別權力關係既無憲法明文依據，又欠缺說理，就悍然以教條之姿剝奪人民基本權利，則本號解釋無視於其存在及可能的阻撓，直接回歸憲法文本，認人民的訴訟權不應因身分不同而被剝奪，以系爭規定剝奪受羈押被告訴請法院救濟之權利，而宣告其與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有違，並無不當。惟為完善說理，本席仍願意以協同意見，另參考特別權力關係理論之母國—德國的學說，探詢其可能的憲法理論根據，並就其是否站得住腳，作進一步分析。

## 二、習慣法作為特別權力關係的理論依據？

<sup>4</sup> 李念祖教授在本院舉辦的說明會，就直指「遍查我國憲法規定，並無隻言片語提及特別權力關係。系爭理論於我國實乏憲法上之基礎，僅憑移植德國學說而為剝奪人權之依據，殊屬無稽。」可謂道出多數非留德背景的法律人的疑惑與不滿。

<sup>5</sup> 張桐銳，告別「特別權力關係」？收錄於行政法實務與理論（二），頁45。

<sup>6</sup> 例如行政法院43裁7、45裁2、45裁五、47裁65等號裁定，48判11、51判527、52判101、52判209、53判3、53判145等判例。實務見解，另參照翁岳生，論特別權力關係之新趨勢，收錄於氏著，行政法與現代法治國家，頁153以下。

本件受羈押被告乃是被國家以強制方式加入特別權力關係。就此類型特別權力關係來說，德國過去的通說是以源自君主立憲時期的憲政習慣作為理論依據<sup>7</sup>。我國於民初就已引進特別權力關係，施行迄今，相信習慣法說也是特別權力關係最有可能的立論依據。然主張此說，須面對兩項質疑：其一，特別權力關係是否具備習慣法的要件？其二，即使具備要件，是否可無視憲法第十六條、第二十三條之明文而依然承認其效力？

按習慣法的產生，基本上必須具備（1）長期、普遍與一致的運作；（2）受規範人民對此操作之普遍的法的確信；（3）操作內容明確，足供掌握與辨識<sup>8</sup>。可知要確定習慣法的存在並不容易，尤其在價值觀日趨多元又變遷迅速的現代民主與工商、資訊社會，只要習慣法以人民之普遍的法的確信為成立要件，不僅許多舊的習慣法勢必逐漸消逝，新的習慣法也不易產生。綜此，在特別權力關係的合法性與正當性近二、三十年來已因人權意識與法治觀念的日趨高漲與普及，而迭遭學界嚴厲抨擊的今日，特別權力關係已難謂獲得人民普遍的法的確信，是以習慣法作為特別權力關係的理論依據，顯不具說服力。

<sup>7</sup> 在相對人自願加入特別權力關係的場合，例如公務員、學生等之情形，在德國過去通說則以「自願不構成不法侵害」（*volenti non fit injuria*）為理論依據。因與本件解釋無關，故排除不論。

<sup>8</sup> Ossenbühl, in : Erichsen (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1998, §6 Rn.73; Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Aufl., §4 Rn.19.

縱使勉強承認其具備習慣法的要件，本席等亦懷疑究竟可否承認一個與憲法明文規定公然相違之習慣法的效力。按憲法保障人民之基本權，每一個人都是基本權主體，並無例外，也不應有例外。即使根據憲法第二十三條，基於特定理由，基本權之行使有其界限，但必須注意，憲法第二十三條充其量也只允許國家得在必要範圍內予以「限制」，但不能「剝奪」。以本件而言，剝奪訴訟救濟權就是公然與憲法第二十三條牴觸。為維護憲法本身的規範力，充其量應只能承認不逾越憲法（*intra constitutionem*）之習慣法的效力，而不承認違反憲法（*contra constitutionem*）帶有廢棄，或部分廢棄成文憲法之效果的習慣法存在，換言之，習慣法不能脫離成文憲法的基礎，只能在合乎憲法規範目的與精神的範圍內，就憲法有漏洞，或有解釋餘地的部分，予以補充或具體化<sup>9</sup>。若承認牴觸憲法之不成文法的效力，即無異於削弱憲法的規範力，踐踏憲法尊嚴並預告其死亡紀事。

### 三、基礎關係與經營關係區分理論仍難擺脫違憲疑慮

遷台後的本院其後看出特別權力關係的違憲弊端，自民國 73 年的釋字第 187 號解釋開始，陸續於多號解釋對特別權力關係「開刀」。較具代表性的是 78 年作成的釋字第 243

---

<sup>9</sup> 這其實已是學界通說，參見 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1, 1984, S.111f. m.w.N.

號解釋，以國家對公務員所採措施「是否改變公務員之身分關係」為區分標準，決定相對人是否能提起訴訟請求救濟。一般認為此一區分乃係受德國烏勒教授「基礎關係與經營關係區分理論」的影響。84年的釋字第382號解釋亦踵此區分理論，就學校依有關學籍規則或懲處規定對學生所為處分，是否「足以改變其學生身分並損及其受教育之機會」為區分標準，決定相對人是否能提起訴訟救濟。86年針對軍人關係作成的釋字第430號解釋，以系爭決定是否「影響軍人身分之存續」作為能否訴請救濟的判準，也看得到「基礎關係與經營關係區分理論」的影子。

「基礎關係與經營關係區分理論」的主要內容是，涉及特別權力關係發生、變更、消滅的基礎關係事項，影響相對人基本權利，因此可以訴請救濟；反之，為達成特別權力關係目的，維持特別權力關係秩序之所有其他措施，也就是經營關係事項，則不影響相對人權利，不會產生法的規制效果，因此無訴訟救濟的必要<sup>10</sup>。倘依此說，則受羈押被告針對看守所的任何處遇、處分，根本就毫無訴請法院救濟的機會，因看守所的管理措施正是典型的經營關係事項。

「基礎關係與經營關係區分理論」對傳統特別權力關係作了修正，允許相對人對基礎關係的爭議訴請救濟，這當然

---

<sup>10</sup> Ule, Verwaltungsprozeßrecht, Anhang zu §32 V2. 另參閱翁岳生，註6前揭書，頁143以下。

是一種進步。但本質上還是維持特別權力關係的存在，只是特別權力關係的邊界往後退卻到「經營關係」而已<sup>11</sup>。然特別權力關係理論既有如前述的違憲缺失，則除非能證明在「經營關係」領域並無基本權侵害的可能，否則本質上仍維持特別權力關係的「基礎關係與經營關係區分理論」仍無法挽回違憲的命運。其實，以看守所內部的經營關係為例，任何人只要不刻意蒙上自己的眼睛，都不會否認有基本權侵害之可能，比如禁止接見家人，侵害其家庭權；監聽受羈押被告與辯護人溝通，侵害其訴訟防禦權；書信檢查，侵害其秘密通訊自由；強制工作，侵害其消極工作權；上戒具，侵犯其人身自由；其他精神與肉體上之虐待，侵害其人性尊嚴等，都是不難想像可能存在的事例。由於經營關係也有基本權侵害的問題，導致基礎關係與經營關係難以區分，是以「基礎關係與經營關係區分理論」仍難擺脫違憲疑慮，也因此德國備受批評而遭揚棄<sup>12</sup>。

特別權力關係理論的母國—德國，其聯邦憲法法院早於1972年的「受刑人判決」就已指出，受刑人在監獄內部亦享有基本權利，限制其通訊自由，應有法律根據始得為之等語，根本就是對「基礎關係與經營關係區分理論」直接打了一巴掌，值得我國借鏡。不過須特別指出者，德國1972年

<sup>11</sup> 張嘉尹，大學「在學關係」的法律定位與其憲法基礎的反省，台灣本土法學雜誌，第50期，2003，頁7

<sup>12</sup> Erichsen, in Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998, §12 Rn.40 f. M.w.N.

該判決乃係針對監所內部管理涉及限制受刑人基本權利，也有法律保留原則的適用，表示看法。至於受刑人不服監所限制其基本權利的管理措施，得訴請法院救濟的權利，在戰後的司法實務，則從未遭受質疑。在此可以發現一個有趣現象：在刑罰執行與羈押關係掙脫特別權力關係之桎梏的過程，德國是訴訟救濟的開放先行，法律保留則於 1972 年的「受刑人判決」後始陸續到位；我國則是法律保留很早就已一定程度落實，早於德國，訴訟救濟的開放則呈牛步現象，遠落後德國，本案原因案件只是其中一例。

#### 四、從釋字第 298 號解釋的「重大影響說」到本號解釋對特別權力關係的全面揚棄

81 年的釋字第 298 號解釋針對公務員關係提出一項新看法，除延續釋字第 243 號解釋一貫見解，認「足以改變公務員身分」的處分可以提起訴訟外，對未達到足以改變公務員身分之地步的處分，也承認只要「對公務員有重大影響」，亦可訴請救濟。82 年的釋字第 323 號解釋與 83 年的釋字第 338 號解釋亦重申此一見解。所謂「對公務員」有重大影響，當係指「對公務員的基本權利」，且是「公務員的任一基本權利」有重大影響而言，並未侷限在某一特定基本權。雖然釋字第 323 與第 338 號解釋都另外進一步具體指出，有關降



低公務員原擬任之官等與審定級俸之爭議，「對公務員服公職之權利」有重大影響，因此可以訴請救濟，但此乃因兩號解釋的審查標的正好都涉及公務員服公職之權利所致，並不意謂只限於「對公務員服公職之權利」有重大影響之爭議，始能救濟，其他與服公職之權利無關之權利限制，諸如禁止以公務員身分在報章雜誌發表言論、禁止公務員執行職務時配戴支持或反對某團體、某議題的徽章服飾、限制公務員婚喪喜慶舉辦規模等等爭議，就無從救濟<sup>13</sup>。其次，所謂對公務員基本權利有「重大」影響，影響「重大」與否的判斷雖可能滋生爭議，但只要「重大」是用來過濾不具法律上意義的「輕微影響」或「輕微侵害」，則以「重大」此一稍嫌抽象的概念作判準，尚非不能接受。綜此，吾人應該可以說，我國在公務員關係領域內的訴訟救濟權保障，基本上已經掙脫了特別權力關係的束縛，而與一般國民同。可惜的是，這幾號解釋替訴訟救濟開闢的第二個「入口」，只適用於公務員關係，學生與軍人關係的爭議能否救濟，根據前揭釋字第382與430號解釋，仍單單繫諸於所涉爭議是否改變學生或軍人的身分，只要未改變身分，即使基本權利受到侵害，依然打不開法院的大門。

---

<sup>13</sup> 張桐銳教授則認為這兩號解釋僅限於「對公務員服公職之權利有重大影響」者，始能訴請救濟，進而批評該等解釋提出的「重大影響」基準，「只是對於釋字第243號解釋所提出基準之修正，並未根本地改變其結構，基本上仍然維持基礎關係與經營關係之區分框架。參見張桐銳，頁47。這種過於限縮性的解讀恐與大法官解釋的原意有所出入。

與提出「重大影響」作為判準的釋字第 298、323、338 號解釋相較，本號解釋解釋理由書第一段鋪陳的基礎理論，就訴訟權之「有無」，則是開門見山指出，基於有權利即有救濟之原則，人民之訴訟權不應因其身分之不同而被剝奪，表示在傳統特別權力關係桎梏下的所有相對人，無論身分是公務員、學生、軍人、受刑人、受羈押被告，或其他公營造物使用人，都與一般國民同，享有憲法所保障的訴訟救濟權，不容被剝奪。至於所享有訴訟權的「範圍」，解釋理由書第二段則指出，受羈押被告如認執行羈押機關「不法侵害其憲法所保障之權利」，即得向法院訴請救濟等語，不只沒有受侵害之基本權「種類」的限制，也沒有對基本權的侵害是否「影響重大」的限制，只要其有基本權受侵害的主張，且主張內容非顯無可能，其訴訟之提起即屬適法，所餘者只是基本權利果真受不法侵害之實體上有無理由的問題，就此而言，其所享有訴訟權的範圍，可說也已經與一般國民並無二致。至此，如果國人對於釋字第 298、323、338 等號解釋之是否已揚棄特別權力關係，還存有疑慮的話，則本號解釋應已更清楚表達出向特別權力關係說再見的訊息，且掙脫特別權力關係束縛的，不限於受羈押被告，還擴及所有其他具特定身分而被傳統特別權力關係鎖定的穿制服、穿學生服、穿軍服，乃至穿囚服的國民。

## 五、特別權力關係的殘存價值

人民於權利受到不法侵害時，得訴請法院救濟的權利，既然不因特別權力關係而遭受否定，且特別權力關係的傳統適用領域仍有法律保留原則的適用，於當今也幾已蔚為通說，則特別權力關係作為法學概念當已失去存在價值，而應被拋棄。無怪乎德國即有學者指出，特別權力關係的概念已不具獨立的法釋義學功能，充其量只剩啟迪學上之價值（heuristischer Wert），其功能僅在於提醒人們，不同身分類型的人民與國家之間，可能發展出依賴或關連程度有別各種不同關係，也因此基於這種與國家特殊緊密依賴或關連的特性，針對某些特定身分的國民與國家的關係，可能不容否認確有以特別規範加以因應的需要<sup>14</sup>。至於需要如何的特殊規範，以因應各該與國家特殊緊密關連的事物特性，有學者指出相關的立法可能應降低規範密度，多使用概括條款<sup>15</sup>，也有學者認為應立法課予相對人更多義務，或對相對人自由權利作更多限制，或賦予國家懲戒權等是<sup>16</sup>。至於立法者作如上之規範因應，是否屬法釋義學上的要求？主張特別權力關係只剩啟迪學價值的學者，自然邏輯一貫地認為法釋義學效果是實定法的問題，只有先有實定法的存在，才會產生釋義學問題，單單事物的特殊性質本身，不可能預設釋義學的

<sup>14</sup> Schmidt-Aßmann, Maunz/Dürig, GG Komm., Art.19 Abs.4 Rn.84.

<sup>15</sup> Schmidt-Aßmann, ebenda, Anm. 5 mit Hinweis auf BVerfGE 33,1,11.

<sup>16</sup> Vgl. etwa Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd.1, §32 Rn.25ff.

效力<sup>17</sup>。但也有學者認為立法者的特殊規範因應是來自該事物特性的釋義學要求，或認為至少應承認特別權力關係是一個行政法概念，顯然主張此說的學者認為特別權力關係作為法學概念還有其存在意義，現在就宣告特別權力關係已經死亡，還嫌太早<sup>18</sup>。究竟特別權力關係只剩啟發性價值，抑或在法釋義學上依舊扮演一定角色，仍有待逐項地進一步檢驗與討論，但無論採那一說，都不否認在傳統特別權力關係的適用領域，仍有基本權利、法律保留與訴訟救濟等法治國要素的適用，是至少就此而言，我們是的確可以向特別權力關係說再見了。

## 六、系爭規定並無合憲解釋的空間

最後是系爭羈押法第六條有關「刑事被告對於看守所之處遇有不當者，得申訴於法官、檢察官或視察人員」的規定，有無合憲解釋之空間的問題。本席等支持多數意見採取的否定見解。因合憲解釋固然可以勉強維繫住法律的合憲性，然採合憲解釋仍有其界限，例如不得逾越文字可能合理理解的範圍，並不能偏離立法明顯可辨的基本價值決定或規範核心。如果逾越立法的基本價值決定或規範核心，強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，再宣告其合憲，這種解釋方式，

---

<sup>17</sup> Schmidt-Aßmann, Maunz/Dürig, GG Komm., Art.19 Abs.4 Rn.84.

<sup>18</sup> Vgl. die Nachweise bei Klein, DVBl.,1987, S.1103f.

表面上好像因維持法律的合憲性，而得以表現出對立法者的最大尊重，事實上卻無異於司法者僭越立法者地位立法，而反構成對立法權的侵害。在此情形，毋寧應該是直接宣告其違憲，讓立法者有機會重新出發，重新思索，在不違憲的前提下，選擇一個其心目中最適的改正方案，才是對立法者的真正尊重。

以系爭羈押法第六條而言，因沒有留下「不得向法院請求救濟」的尾巴，因此就文義來看，確實是有可能解釋為並未排斥受羈押被告於申訴未果後，仍保有繼續向法院訴請救濟的機會。然系爭規定制訂於民國三十五年，相信沒有人會否認，那是特別權力關係理論支配整個學說與實務操作的年代，受制於特別權力關係的認知，無論是制訂系爭規定的立法者本身，或適用該規定的執行羈押機關與各級法院，都認受羈押被告如對看守所之處遇或處分有所不服，只能經由申訴機制尋求救濟，並無再向法院訴請救濟之權利，而事實上也的確未曾允許受羈押被告訴請救濟<sup>19</sup>。況有鑑於爭議事件之性質與所涉刑事訴訟程序之關聯，如將系爭規定解為未排除受羈押被告向法院訴請救濟之機會，則除了會產生究應提起刑事訴訟或行政訴訟的爭議，也會面臨立法當時的訴訟制

---

<sup>19</sup> 值得補充的一個事實是，極力倡議受刑人與國家的關係是特別權力關係的林紀東教授（參見林紀東，監獄學，頁 141 以下），在民國六十五年當時的司法行政部訂定羈押法施行細則時，即擔任召集人一職。在其主持下，系爭施行細則第十四條第一項第一款即明訂，「監督機關對於被告申訴事件有最後決定之權」。據此，也可推知當時一般的認知是，在特別權力關係下，羈押法第六條並不允許受羈押被告向法院訴請救濟。

度根本就難與之配合的困難，蓋刑事訴訟法根本就沒有不服看守所之處遇或處分，可以向法院聲明異議或抗告之規定，反之，若改提行政訴訟，當其時馬上面臨全國只有一個最高行政法院，客觀上根本難以處理、消化散佈全國各地看守所的受羈押被告所可能提出的訴訟。凡此，均可證明立法原意是根本不允許受羈押被告再向法院訴請救濟。是採合憲性解釋，勉強解為未排除訴請法院救濟之機會，無疑牴觸立法者明顯可辨之基本價值決定，而難脫逾越合憲解釋界限之指摘。多數意見有鑑於此，斷然不採合憲解釋，雖宣告系爭規定違憲，但也同時留給立法者全盤思考究以提行政訴訟或刑事訴訟為宜，以及採如何因應配套措施的機會，值得支持。