

第四章 高等教育學生權利的理論基礎

民國 94 年 12 月底新大學法修正公布第 33 條規定：「大學為增進教育效果，應由經選舉產生之學生代表出席校務會議，並出席與其學業、生活及訂定獎懲有關規章之會議；學生出席校務會議之代表比例不得少於會議成員總額十分之一。大學應輔導學生成立由全校學生選舉產生之學生會及其他相關自治組織，以增進學生在校學習效果及自治能力。學生為前項學生會當然會員，學生會得向會員收取會費；學校應依學生會請求代收會費。大學應建立學生申訴制度，受理學生、學生會及其他相關學生自治組織不服學校之懲處或其他措施及決議之事件，以保障學生權益。前四項之辦法，於各大學組織規程定之。」隨著自由民主法治理念的來臨，在社會變遷與大環境的進步下，學術巨塔萬不可再像過去的象牙塔般，大學內主事者應革新求變，將學生視為校園的主體，尊重並維護其應有的權益，方不至被時代的洪流所淹沒。

惟學生權利並非絕對的，最重要的乃在符合公平正義原則下，只要法之範疇嚴謹，而校規之制定均依教育法制基本原則而行，必也不能逾越法制規範。向來大學針對學生的規範，大多仍從學生的義務(責任)的角度出發，鮮少從學生權利的觀點來探討，此反應校園的倫理關係仍受傳統的階層式的倫理觀念影響甚深，學生的主體地位仍待被提升。

本章主要是為敘明高等教育學生權利的理論，首先闡釋大學學生權利的實質意涵，瞭解其乃為憲法上所保障基本權利的主體。其次，在學生權利的理論部分，從傳統的「特別權力關係說」到此說的修正，以及「重要性理論」的建立；加上從「部分社會理論」到「在學契約關係說」的確認，更深化理論基礎。最後，再從學生與大學間的在學關係分析，而提出大學學生應有的基本權利保障。

第一節 大學學生權利的實質意涵

第一項 權利的意涵

現在使用的「權利」(英語right/德語Recht)一詞雖源自西方¹，但若以歷史的發展來看，「權利」的概念也不過只是近二、三百年的事。在古希臘和羅馬時代，成熟的權利概念並未真正出現，而在近代西方歷史，「權利」也僅是法律上的概念²，一直到18、19世紀，經過功利主義學者Bentham, J.和法學家Austin, John的努力，才有較清楚明確的用法。(Hart, 1973: 79-104; 湯梅英, 2001: 36)他們支持義務說的權利觀點，認為權利是由於盡義務後所擁有的利益，也就是說，權利是由義務所衍生而來的。然而，隨著權利概念的發展，以及不同角度的論述³，權利的意涵也呈現多元化的詮釋。除義務說外，有關權利意義的學說甚多⁴，主要有權力說、自由說、意思說、利益說、法力說等，如以單一理論來界定權利內涵，多有矛盾與解釋不足之處。(黃國峰, 1998: 58)

關於權利的本質，學理見解雖然未盡一致，不過，目前為多數學者⁵所接受

¹「權利」，並非生自中國社會傳統的概念，而係從西方的思想傳來。在英語裡，有學者指出"right"，就是「直」、「尺度」，也就是「理應如此」的意思；請參見張佛泉(1995)，《自由與人權》，商務，頁75。另有學者則認為right最重要的兩個含義，一個是公正、忠誠，一個是給予權利、享有權利；請參見孫哲(1995)，《新人權論》，五南，頁5。而在德語中，"Recht"一詞亦有二義，一者為客觀意義之法規範(Rechtsordnung)，係指規範人群彼此間關係、人群與高權主體間或高權主體彼此間之法規整體而言，一者為主觀之權利(das subjektive Recht)，係指源自客觀法規範而賦予權利者之職權(Befugnis)(法律上之權利)，或依據客觀法規範所取得後天性之職權(後天取得之權利)，該主觀權利包括支配權(Herrschaftsrecht)、請求權(Anspruch)、形成權(Gestaltungsrecht)；Vgl.. C. Creifelds (Hrsg.), Rechtswoerterbuch. 2. Aufl., 1977. S. 854. 轉引自許文義(2001)，《個人資料保護法論》，三民，頁117。

²權利與法律有著形影不離的關係，法律的主要規定，多半是關於權利的規定，權利的觀念構成法學的主要內容，因此國外學者認為「法學是權利之學」、「法是客觀的權利，權利是主觀的法律」，顯見權利是社會科學上的重要觀念。請參見林紀東(1996)，《法學緒論》，五南，頁129；陳景良(1999)，《當代中國法律思想史》，河南大學，頁321-323。

³如Hegel, G. W. F.所說的「以自由為實體的法，其實就是權利」；而權利「總是這種實體性的東西的定在」。請參見黑格爾(1961)，《法哲學原理》，商務(北京)，頁261。

⁴依照中國法理學學者張文顯總結中外法學著作，認為關於「權利」一詞起碼有八種釋義，分別是：資格說、主張說、自由說、利益說、法力學、可能說、規範說和選擇說；張氏認為「在法學領域，幾乎沒有別的詞語能夠像權利、義務那樣引起一代又一代法學家的普遍興趣、勞神和沉思。」而他所下的註解為「權利是規定或隱含在法律規範中，實現於法律關係中的主體以相對自由的作為或不作為的方式獲得利益的一種手段。」請參見張文顯(1993)，《法學基本範疇研究》，中國政法大學，頁74、82。

⁵關於國內外多數學者的看法，請參見相關論文、書籍；但昭偉，《我國國中學生權利問題之研

的定義，為「權利」乃受法律保護，得享特定利益⁶之法律實力。(孫哲，1995：25)然而，權利的內容，是隨著時代潮流逐步演進的⁷。從理論上言，人人均享有滿足本身需要的權利，但是在特定的群體中，此種權利的行使，須受到一定的約束。(孫哲，1995：39)換言之，權利並非為每個人所絕對享有，而是必須以其他人或團體的權益不受傷害為前提。基此，對權利之意義，邱聰智(2002：40)定義為：「權利者，個人所得享有，且由國家保障，亦即強制貫徹其實現之個人生活上之一般利益。」林佳範(2002b：16)亦認為：「權利者，係『正當』之利益，而其正當與否之判斷，需靠所謂普同化的原則，即當個人利益的實現亦意味著普遍的利益的實現。作為個人權利所主張的利益，非一己之私益，而係每個人立基於其立場，皆可主張此利益者。」

Ray, D. & Tarrow, N. B. (1987)綜合許多不同的觀點，提出以下四種權利的看法，有助於我們理解權利所蘊含的意義：(湯梅英，2001：36)

- 一、權利是身為團體成員自然擁有的一種特權(privilege)或機會。
- 二、權利是一種特權及責任，也就是說，權利通常是個人成為團體成員所具有的基本特權，相對的也賦予他人執行該權利的義務責任，由此看來，權利與義務是一體的兩面。
- 三、權利應從辯證(dialectical perspective)的觀點考量其複雜度，意即應思考權利之間的矛盾或爭議，才能在各種權利的衝突中尋求一平衡點。
- 四、權利必須有合理性的支持，也就是每個人雖然可以提出權利的要求(claim)，但只有獲得多數人的支持，並認為其合理、正當，且願意遵從，此要求才會成為權利。

另根據Freeden, Michael(孫嘉明、袁建華譯，1998：10-11)的觀察，權利的定義⁸非常廣泛，一般而言，有四種方法界定權利：第一種視權利為人的規範屬性(normative attributes)，所謂規範屬性乃是哲學家用來表述人類有自我意識的詞語，第二種認為權利使人有資格做選擇(entitlements to choose)，第三種視權利為使人有資格積極地行使、擁有、參與或完成，第四種關心擁有權利對

究》(1983)；林紀東，《法學緒論》(1996)；鄭玉波，《法學緒論》(1991)；孫哲，《新人權論》(1995)；Ray & Tarrow, *Human Rights and Education*(1987)。

⁶ 法所保護的利益種類甚多，這些又互相衝突。法之規範的目的，在保持這些利益之適當的調和—在保護社會全體的利益以外，復使其社會的各個人，能夠享有其正當的人格的精神利益和物質的經濟利益。請參見美濃部達吉著、林紀東譯(1980)，《法之本質》，商務(台北)，頁40。

⁷ 在人類社會的歷史長河中，那裡有關於法的思索，那裡就有對權利的反思；那裡有社會的進步，那裡就有權利的足跡。權利是歷史的見證人，又是社會進化的必要條件。在人類文明的各個歷史時期，圍繞著權利而展開的鬥爭是政治、經濟、哲學、宗教及法學領域的最普遍最悠久的題材。請參見葛洪義(1996)，《法理學導論》，法律，頁175。

⁸ 關於權利的概念，有謂「一種權利對於權利承擔者(the rights-bearer)來說是一種特定的身分或價值。」「一種權利是與一條為此權利而制定的法律同時並存。」請參見Freeden, Michael 弗利登著，孫嘉明、袁建華譯(1998)，《權利Rights》，桂冠，頁15、171。

人們會有什麼好處；一言以蔽之，權利可以被占有、享用、實踐以及聲張、請求、維護。

法哲學家Kant, I. 將權利區分為「與生俱來的權利」(angeborenes Recht)與「後天取得的權利」(erworbenes Recht)⁹。(許文義, 2001: 119)而Bentham, J. 作為一個法律條文的實證主義者(a legal positivist), 他認為, 法律是人類理性的發明, 對社會和政治生活是必要的。「權利應當僅僅存在於那種法律的整體框架之中, 並且在邏輯上不存在於法律之前。」但是「權利, 實際存在的權利, 是法律的產物; 真實的權利產生於真實的法, 而想像中的權利則產生於想像中的法和自然的法...」¹⁰Marshall, T. H. 在〈公民資格與社會階級〉(Citizenship and Social Class)一文中亦提到「權利不是適宜於討價還價的東西」¹¹。由於權利與義務的相對性及平等互惠的原則, 因此, 如何使個人維持人之所以為人的尊嚴與價值, 就是每個人應享有權利的判準; 所以, 個人受到像樣的對待及基本需求滿足的保障, 是多數人所接納與遵守且具有合理、正當性的基礎。

從上述可知, 權利與法規範具有密切之關係¹²。權利構成法律體系的核心, 法律體系的許多要素是由權利派生出來的, 由它決定, 受它影響, 權利在法律體系中起關鍵作用¹³; 在對法律體系進行廣泛解釋時, 權利處於起始的位置, 是法律體系的主要的、中心的環節, 是規範的基礎和基因。(張文顯, 1993: 88)作為一種法規範文化現象, 權利在現實生活中具有多樣之表現型態, 它既表現為社會主體基於一定社會生產方式和經濟結構而提出之權利要求, 也表現為國家透過創制活動對社會主體之權利要求加以規範化的確認與認可, 更大量地表現為社會主體在日常生活中所享有之種種具體而真實之社會權利。基此, 孫哲(1995: 11-12)提出權利之要件為: 權利是國家賦予人民在法定範圍內之行為自由; 完備之法律體系是人民權利實現之法律前提; 當權利受到侵犯時, 有權要求國家給予保護,

⁹ 另外, Kant把「人性尊嚴」理解為: 禁止把人工具化、手段化。請參見陳愛娥(1999), 〈中國法律思想中人權理念—著眼於其對台灣社會法律意識的可能影響〉, 《政大法學評論》, 第62期, 頁4。

¹⁰ 此段乃引自於沃爾德爾Waldron, J. (1978), 《無意的誇張: 邊沁、伯克和馬克思論人權》(Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man), p. 69。請參見Freeden, Michael弗利登著, 孫嘉明、袁建華譯(1998), 同前揭書, 頁33。

¹¹ 此句話請參見Marshall, T. H. 馬歇爾(1950), 〈公民資格與社會階級〉(Citizenship and Social Class), 頁111。

¹² 在表述法(權利)和法律這兩個概念時, 往往使用兩個不同的對比詞, 如德文的Recht和Gesetz。請參見維柯(1986), 《新科學》, 人民文學, 頁23。

¹³ 現代法治主義非常重視個人權利, 並且強調法律是對權利的確認和保障; 因此, 對於現代法律本體的理解, 必須從權利現象中去尋找。請參見陳弘毅(1996), 〈權利的興起: 對幾種文明的比較研究〉, 《外國法譯評》, 第4期; 轉引自公丕祥(1999), 《法制現代化的理論邏輯》, 中國政法大學, 頁249。

以及權利之實現要以一定的經濟條件為前提。

總之，不論從權利的概念發展或生活應用，所謂權利就是社會生活的產物，存在於人與人相處的關係，權利的主張與義務的提供(消極不作為或積極作為)是相對的，而權利之間的衝突、矛盾也是不可避免的。權利並非僅是抽象的觀念或道德的訴求，必須透過實際生活事例與法律、規範之間的對話和辯證，才能確保個人最基本的需求，避免權利受到客觀環境的限制與剝奪。因此，隨著權利概念的發展，權利的具體內涵與合理限制，多半經由法律程序予以保障與實施；也就是透過法律的形式及力量，保障個人所應得，以維持人之所以為人的尊嚴與價值，而且不論權利擁有者是否能行使某特定權利，任何人都不應予以剝奪。(湯梅英，2001：37)循此，本文認為，大學校園學生權利保障之目的，其不論在實體或程序上，均應符合權利要件與發展之本旨，俾維護其基本人權。

第二項 學生權利的理念基礎

所謂學生權利(students' rights)¹⁴，係指學生可以向國家或是學校所主張憲法上所保障的權利¹⁵；其不只是一種表徵，而是在憲法或相關法令上可以具體請求的權利。本質上與憲法所規範的其他基本權利一樣，係一種排除侵害或請求給付的法律地位與價值拘束。學生既然為人民概念下所包含，故本身為憲法上所保障基本權利的主體，殆無疑義。(柯志堂，2004c：251)同樣地，學生權利亦屬於一種身分權，隨個人年齡的變化、個人的意願而取得、放棄。權利，簡單說是人之所應得而為法律所保障者；而學生權利即是學生所應得而為法律所保障的權利。(但昭偉，1983：13；范陽慶，1993：28；賴媛姬，1995：13)

學生權利是一種客觀的價值秩序或價值體系，國家權力的作用，除了不能以侵害其權利為目的外，更負有建構有利於權利實現的制度義務或保障之責任。尤其是「制度性保障」，對於討論學生權利更有其重要性。依法行政是民主法治國家的基本原則，何況教育事務涉及相關教育主體的權利義務，按理應有法律保留原則的適用。但是，過去長期以來，由於學校教育(包括大學)被歸類為特別權力關係領域，被認為並不屬於依法行政原則的適用範圍，教育行政機關習慣於便宜行事；即便是涉及像學生退學這種受教權之爭議；就算有法源依據，會不會反而賦予了大學校方更大的「合法恣意」權限呢¹⁶?因為在法治國原則「合法授權」範圍內，往往可以衍生出花樣繁多的權力¹⁷施展技巧¹⁸與運作策略¹⁹。

¹⁴ 美國早期並未重視學生權利，一直到1960年代末期發生學生運動，各大學校園出現學潮，因之方引起廣泛的重視與注意。請參見吳清基(1987)，〈從社會變遷的觀點談學生權利問題〉，《研習資訊》，第34期，頁3。

¹⁵ 所謂大學生權利的保障，當然不只限於公法上的權益，尚包括諸如民法、消費者保護法等私法上的權益。

¹⁶ 關於「合法恣意」的論述，請參見顏厥安，〈公共理性與法治的實踐體系〉，中國時報，民國90年7月30日第15版。

¹⁷ 若單以學校是一種服務性組織的觀點思考，便有「人」的因素存在，也就是說，權力特徵在「人」

我國學生權利直至 1990 年代才開始萌芽發展，而與學生權利相關之法律及大法官會議解釋方出爐，且關係密切。(趙小英，2005：9)新大學法第 15、33 條正式高舉學生權利大旗，教育基本法第 2、8、15 條則成為鞏固這面旗幟的繩子；然縱觀其內容，則不得不從兩個深具劃時代意義的解釋來看。大法官會議釋字第 380 號解釋，乃是關於學生權利之「學習自由」與「學生自治」首見於憲法實證解釋上的宣示，其深層涵義，相當重要。而關係「校園民主」及「申訴制度」之具體展現，則需歸功於大法官會議釋字第 382 號解釋。此二解釋文對學生權利意涵的影響²⁰，實發人深省。

顯現的行為，即是權力特徵在校園應驗所要探討的本質。傅柯(Foucault, Michel)認為，權力隨時都會發生，是一種複雜的策略性情境，權力的關係滲透於所有組織的層面，而且，有權力就有反抗。請參見 Smart, B. 原著，蔡采秀譯(1998)，《傅柯》，巨流，頁 141。

¹⁸ Wrong 將有意圖的權力分為武力、操縱、說服和權威四種，若以當前校園的權力形式在此可獲得後三種應驗。請參見 Wrong, Dennis H. 原著(1979)，高湘澤、高全余譯(1994)，《權力：它的形式、基礎和作用》，桂冠，第 2-3 章。

¹⁹ 學校是社會的縮小化，傳統權力結構必須以緩和的方式加以轉化，重新建構新的組織成員關係，以組織任務為目標的施展模式替代權威與冷漠，以相互信任為前提的文化氣氛替代控制與反抗，以責任賦予為本質的權力行為替代發令與奪取。請參見劉世雄(2003)，〈論校園權力特徵的蛻變〉，《教育資料與研究》，第 53 期，頁 73。

²⁰ 學生權利中有關之「學習自由」(請參見本文第三章與「學術自由」相關的文章書籍)、「學生自治」、「校園民主」、「申訴制度」等內容，請參見拙著〈學生權利中關於申訴制度之探討〉(2002)、〈從「二一退學制」探討受教權與大學自治之法制爭議〉(2003)、〈高等教育法制中關於學習自由之探討〉(2003)、〈高等教育法制中「大學法」對學生權利影響之探討〉(2004)；林佳範，〈從訓導(Discipline)到發展(Development)的學生事務觀—淺論學生權利的概念〉(2003)、《尋找校園學生主體性—學生權利與人權、法治教育理論》(2003)；賀德芬，〈大學中學生自治的涵義和實踐—兼論台灣的現況〉(1994)；高光義，〈淺談大學自治下學生權利的保障〉(1997)；許育典，〈學習自由 VS. 學習權/受教育權—從學術自由評大法官釋字第 563 號解釋〉(2004)；許育典、朱朝煌，〈學術自由、大學法制與學生自治〉(2003)；楊仕裕，〈課外活動中輔導學生自治之探討與展望〉(2001)、〈大學師生對全校性學生自治選舉態度初探—以輔大為例〉(2002)、〈大學學生權利之綜觀與探析〉(2003)；蔡德欽，〈怎樣輔導學生自治團體會比較好〉(2003)；蔡志賢，〈從輔導實務探討大學學生自治之若干問題〉(2002)；逢煥雯，〈學生自治組織成員能力發展歷程的探討：對話與反思策略之應用〉(2004)；李彥慧，〈由學生自治論學生法庭之建制與功能—以台大學生法庭為例〉(2004)、《從現代法治教育理念探討學生法庭之意義及其功能》(2005)；王潤身，〈從學生自治之角度探討學生宿舍自治組織之功能〉(2005)；簡澄溪，〈學生自治與參與權之研究—以技術學院學生代表制為範疇〉(2005)；湯德宗，〈大學申訴制度與師生權益保障〉(1997)；洪鼎堯，〈從現代法治理念探討我國高中學生之申訴制度—以台北市立高中為例〉(2002)；羅慶德，〈從現代法治理念探討學生申訴制度與辦法—以師範校院為例〉(2005)；項程華，〈我國大專校院學生申訴制度之研究〉(2002)；朱玉葉，〈推動學校建立學生申訴制度〉(2000)；楊極東，〈社團活動與民主教育〉(1992)；李希揚，〈校園民主與學

從教育學者 Piaget, J. 的「認知發展論 (the cognitive-developmental theory)」到 Kohlberg, L. 的「道德 (moral) 認知發展論」中 (張秀雄, 1998: 105-108; 簡妙娟, 1997: 16), 我們了解到在成規層次 (conventional level) 的第 4 階段, 也差不多在青年時期, 開始有所謂「法律秩序導向」(law and order orientation); 即服從團體規範, 遵守公共秩序, 尊重法律權威, 判斷是非有了法制觀念。正確價值觀的培育離開不了獎懲, 亦即學生事務人員應該積極利用學生獎懲的方法, 來達到增強或消弱學生的不當行為與價值觀。因此, 確實、公正、嚴格的執行獎懲工作是非常重要的。(張雪梅, 1999b: 66)耳濡目染中, 學生的自我思考與成長 (對法治及道德認知), 萬不可因一種「管教」的不可挑戰性威權心態²¹而漠視了其基本人權²²。因為人權²³是一種現代民主社會的意識型態, 而不是任何法律體系必然要包含的內在價值。所以雖然人權²⁴要透過法治來保障, 但法治本身卻並不一定要包含對人權的保障。(顏厥安, 2003c: 111)在大學尚未全面開設人權課程²⁵前, 這方面, 本文認為, 我們可以多參考外國如

校管教) (1999); 林至善, 〈校園民主與學生活動〉(1995); 傅木龍, 〈學生權益維護之省思與展望〉(2000); 教育部訓育委員會, 《學生自治(社團)輔導原則研究》(1992); 教育部, 《全國大專校院學生事務(訓導)工作調查分析報告》(2002)、《九十一年度北區大專校院學生自治與校園文化研討會成果報告》(2002)。

²¹ 事實上, 在校園內依授權原則訂定相關法律條文也隱藏了權力者的控制, 只是轉移到一種共識的權威條件上。請參見劉世雄(2003), 同前揭文, 頁 72。

²² 人權的基本核心在「人性尊嚴」, 而人性尊嚴的意義是指每一個人本身即為一個目的, 而非僅是他人用以實現一定目的之手段; 每一個人本身即為價值, 甚至為完全或最高的價值, 其價值形成與完成, 乃緣於自律, 而非他人之給與。請參見蔡秀珍(1999), 〈人性尊嚴之保障作為憲法之基本原則〉, 《月旦法學雜誌》, 第 45 期, 頁 99-100。

²³ 關於人權的概念, 學者有謂: 人權是來自於人類行為普遍的認知規範, 在普遍性的層面中, 根基於人性的尊嚴, 人權超越了文化的差異性, 強調人性的共同價值、共同所賦予的權利; 請參見 Lynch, J. (1989). *Multicultural education in a global society* (p. 72). London: The Falmer Press. 另有學者謂: 人權是指人出生之後就具有的基本權利; 請參見吳清山、林天祐(2000), 〈教育名詞: 人權教育〉, 《教育資料與研究》, 第 37 期, 頁 99。更有學者提醒, 近代憲法的人權觀念, 會隨著某些新的社會事實之出現, 而有所變化; 請參見李仁森 (2006), 〈人權的私人間效力〉, 《月旦法學教室》, 第 39 期, 頁 8。

²⁴ 人權是人與生俱來的基本權利, 不論其種族、性別、社會階級皆應該受到相同的保障與尊嚴, 所以人權教育實質的意義是關於人類尊嚴的教育; 讓我們檢視社會上有那些問題是違反人類尊嚴, 涉及不公、不正、不平等的問題, 如種族歧視、性別歧視等議題, 並且以批判的角度, 探尋問題的根源, 採取行動, 解決問題, 革除阻礙人權發展的因素。請參見游美惠(2005), 《教師作為轉化型人權教育工作者的人種誌研究》, 國立台灣師範大學公民教育與活動領導研究所博士論文, 頁 236。

²⁵ 在大專院校的課程中, 「中華民國憲法」幾乎都是必修科目之一, 只不過隨不同學制與各校系之定名, 也有稱「中華民國憲法與立國精神」、「憲法與人權」、「憲政與民主」、「民主與社會」,

美國 ACPA(American College Personnel Association)對尊重學生權利的作法²⁶。(Buchanon, 1978: 98-103; Caruso, 1978: 118-127; Greenleaf, 1978: 45; Tanner, 1978: 47; 李義男, 1993: 40-41; 黃玉, 1995a: 349-350、1995b: 22-23)

由於現代國家係以法律作為社會生活的基本準則，建構社會秩序，透過法律調整人們的行為，使人們的權利得以具體實現；是以，凡是我中華民國的國民，都享有憲法所賦與的權利。本文認為，大學生之憲法上權利²⁷，雖與一般人並無不同，但是基於其學生身分，其應享之權利²⁸與應盡之義務²⁹，在法律上仍需予

課程名稱雖有不同，但憲法的兩大部分「基本人權」與「政府組織」絕對是必授內容。而直接與人權有關的課程則包括了「聯合國與國際人權保障」、「人權思想與問題」、「性別政治」、「環保政治」、「原住民政治」等。請參見湯梅英、王秀津(2002)，〈人權教育種子教師手記〉，《人權教育資訊網》，教育部，頁 1；柯志堂(2004)，〈人權教育落實在學生權利保障之探討〉，《高餐通識教育學刊》，第 1 期，頁 248。

²⁶ ACPA的作法包括：1. 學生有權利留在學校，僅有在公平討論下才可勒令離校；2. 學校應保障學生的權利和自由意志，以從事訓導活動和處理資料和學生校園生活；3. 學校應發展公平和合理的規定，而且應印成書面，讓所有學生知道；4. 所有訓導規定應以發展學生健全人格為目標；5. 所有訓導活動應充份應用學校環境和資源，與學生合作，針對學生發展目標而實施；6. 學生要求有品質的訓導活動，凡是個別或團體的訓導活動都應依活動目的、鑑定需要、擬定、策略、評鑑效果等程序予以規劃與執行；7. 學生人事服務，例如入學、資料、獎助、學費、畢業、安置、諮商、學生活動應有明文規定，不得違背憲法賦予人民的權利，並且設立委員會，逐級接受申請、申訴、審查、裁定和執行的工作；8. 懲罰學生應按適當的程序進行；9. 懲戒學生違規經常涉及人權問題，引起法律訴訟糾紛，訓導的適當程序應具備一定條件（如學生應在顧問協助下接受申辯機會、校方應充分掌握證據、應依要求召開公開或秘密聽證會以審查違規案件…等），以進行工作並保障學生權利。

²⁷ 關於大學生可享的憲法上權利，可歸納為平等權(憲法§7、§159)、自由權(憲法§8—§14)、社會權(憲法§15、§21)、及受益權(憲法§16、§161)。請參見邢泰釗(1999)，〈教師法律手冊〉，教育部，頁 148；董保城(1996)，〈師生權利與義務〉，《教育資料與研究》，第 10 期，頁 32；許慶雄(1992)，〈社會權論〉，眾文，頁 1-5；紀俊臣(1996)，〈師生之權利與義務〉，《教育資料與研究》，第 10 期，頁 55；陳新民(1998)，〈憲法學導論〉，作者，頁 450-451。

²⁸ 大學生的權利內容包括在：民國 92 年大學法第 13 條、第 17 條、第 22 條、第 22-1 條、第 23 條、第 24 條、第 25 條、第 25-1 條、第 26-1 條、以及第 27-1 條等條文之具體規定。請參見柯志堂(2004)，〈高等教育法制中「大學法」對學生權利影響之探討〉，《學生事務與社團輔導第五輯》，東吳大學，頁 208-213；紀俊臣(1996)，同前揭文，頁 55-57；董保城(1996)，同前揭文，頁 31。

²⁹ 大學生在大學最重要的義務是學習，而大學生必須經過認真學習的歷程，才能獲得知識和技能。從社會公益和個人學習上考量，必須對大學生部分的自由作限制，以保障大學生個人的人格學習與成長，因此，衍生了遵守校規、保持校園安寧及維護校譽等義務。請參見林修如(1999)，〈大學生懲戒及權利保障之法理研究〉，國防管理學院法律學研究所碩士論文，頁 32-33。

以特別的保障和限制³⁰。權利與義務原本是相對的，但權利常伴隨著義務，享權利的人也必須盡義務。在公民社會中，每一個人都要過公共生活，是故社會中的成員，也必須對權利與義務有清楚的分辨能力³¹。林佳範(2004a：6)的研究也發現：我國的校園的法治觀念，必須從義務(或責任)轉向權利本位的法律觀。向來校園裡針對學生的規範，多仍從學生的義務(責任)的角度出發，鮮少從學生權利的觀點來探討，此反應校園的倫理關係仍受傳統的階層式的倫理觀念影響甚深，學生的主體地位仍待被提升³²。

³⁰ 大學必須制定可供遵循的標準，作為大學生一致行為的準則，方能維持大學校園的秩序。請參見Bodenheimer, Edgar著，范建得、吳博文譯(1997)，《法理學—法哲學與法學方法 (Jurisprudence—The Philosophy and Method of the Law)》，漢興，頁369。

³¹ 每個人在社會中持有許多的位置，這每個社會位置都伴隨著權利義務，構成一個地位(status)。而角色(role)是依地位而來的行為模式，每個地位典型上包含許多角色。請參見Smelser, N. J. 著，陳光中、秦文力、周懷嫻譯(1992)。《社會學》，桂冠，頁63-64；陳端峰(2004)，〈健全成長發達權在學校教育的適用〉，《人權教育資訊電子報》，第9期，教育部，頁4。

³² 自新大學法公布後，大學已陸續有進步的作法。如台大李校長於「杜鵑花節」開幕儀式簽署大學首見的「台大學生權利大憲章」，秉持「校園應由學生、教師、行政人員三大主體共同治理」的理念，強調師生共治、院系資源分配合理化、與學生相關資訊透明化、及受教權的保障等；公開宣示重視及保障學生權利，學生會高度肯定。請參見聯合報，民國95年3月11日第A7版。

第二節 傳統的特別權力關係說

第一項 「特別權力關係說」在德國的發展歷程

就人類社會的實際行為而言，「權力」³³可以視為一種人際關係；(Clark, 1968: 45-46)當然它不僅只是一種人際關係，更重要的是，它是一種改變(控制)他人行為的能力(capacity)或技巧(skill)。(Wrong, 1979: 1)權力是遍在於人類群體之中，凡有階層化或有等級關係的社會團體都有其存在；(Cortwright, 1959: 5)或者說，權力乃行為者有能力去動員資源，並藉著具有迫使他人服從的某種型式懲罰，以達成其所欲的效果。(Walton, 1971: 192)

行政法上「特別權力關係」(Das besondere Gewaltverhältnis)理論³⁴，起源於19世紀君主立憲時代的德國，當時係議會優越主義與確保行政權(君主)之特權地位兩種互相對立的要求，換言之，乃絕對與自由主義理念妥協下的產物。特別權力關係，有別於居於人民之地位服從國家或地方自治團體的一般統治權所成立的「一般權力關係」³⁵而言，因公法上特別之原因(法律之規定或當事人之同意)，而服從統治主體之特別統治權所成立之法律關係。其類型約有包括公法上之勤務關係(如公務員、軍隊)，公法上之營造物利用關係(如公立學校學生之在學關係、受刑人之入監服刑)，公法上之特別監督關係(如國家對特許事業所為之監督)等，範圍甚廣³⁶。(蔡茂寅, 1995: 60-61)進一步言之，特別權力關係之理

³³ 權力概念是多面向的，中外學者竭盡所能的詮釋權力，但卻也由於過多的衍義，反而形成權力定義上的膨脹、鬆散與稀釋。請參見林仲修(2002)，〈權力概念之界定及其分析向度〉，《師大三民主義學報》，第22期，頁160-161。

³⁴ 「特別權力關係」為行政法學之專有名詞，其係指國家或公共團體等行政主體，基於特別之法律原因，在一定範圍內對相對人有命令強制之權，而相對人負有服從義務之法律關係謂之，又可名之為特別服從關係(Das besondere Subjektionsverhältnis)，有別於一般統治權之行使。此種特別權力關係之特色，並非基於對此類特殊待遇之人民提出合法性問題，而係基於純粹的「目的取向」，而為達到行政權力的「目的性」所創造出來的制度與學理；又因行政主體無具體之法規依據，限制人民之權利與自由，亦即在此不適用依法行政或法律保留之原則，如在特別權力關係內起爭執，人民亦不能依行政救濟，尋求法院保護。請參見林文村(1993)，〈論行政法上之特別權力關係(上)〉，《軍法專刊》，第39卷第7期，頁21。

³⁵ 一般權力關係所強調的是統治與被統治的關係。所謂權力關係所強調的力，是管理與被管理關係。這種管理關係通常透過權威來達成，規則內容由管理者規定，不受法的拘束，處於特別權力關係之人不需要有法律保留原則的適用，權利受到侵害也不可以提起行政訴訟，特別權力關係下之相對人，其權利會受到比較多特別之限制。請參見李惠宗(2004)，《教育行政法要義》，元照，頁99。

³⁶ 傳統所謂特別權力關係理論，認為公務員、學生、軍人及受刑人等與國家或行政主體間，僅屬內部關係；基本上視此等人員為「行政機器中之小齒輪」(Rädchen in der Verwaltungsmaschine)，不生侵害權利的問題，故排除法律保留原則在此一範圍內之適用。請參見吳庚(1999)，《行政法

論，無非在於加強行政主體的優越地位。認為基於維持行政之功能與目的，以及個體和國家或公共事業機構(Anstalt)的特別依存關係，個體在進入國家或公共事業機構時，就必須主動地放棄他個人的自由權利，而特別權力關係乃由此產生。個體自願進入各該公共事業機構時已排除法律保留原則的限制，國家可以決定自己行為的合法性；至於在法律救濟方面，既然個體已放棄其自由權，正代表國家可隨時以內部的規範來限制相對人的基本權利，並排除司法的審查。(莊繡霞，1996：11)

特別權力關係之理論概念係由德國學者Laband, Paul建立理論之雛形，而由Mayer, Otto集其大成，樹立完整之理論體系。Laband於1876年發表〈德意志帝國國家法〉(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches)，其說為「主體封閉說」(Impermeabilitätslehre)³⁷，乃受中世紀封建社會之影響，以封建時代君主與藩屬、領主與領地家臣之間存在之權力關係，明釋官吏對國家服勤務之理論基礎。Mayer於1895-1896年出版〈德國行政法〉二卷，認為國家對人民的一般普通性的綜合關係，是一種大的權力關係(ein grosses Gewaltverhältnis)，並將主體封閉說結合為一體，特別權力關係者乃「為達成公行政之特定目的，使所有加入所定之特別關係的人民，處於比一般人更加從屬的地位」。綜觀Laband和Mayer之主張，我們可以得知在傳統理論上之特別權力關係有幾點值得注意：一、為達成設定特別權力關係之特定目的必要範圍內，行政主體得無個別之具體法律依據，限制人民之權利與自由，亦即在此不適用依法行政或法律保留之原則；二、國家與公共團體在此範圍內所為之決定或指令，並非行政處分；三、違背基於特別權力關係所發之命令或其它制定之規則，將受到懲戒處分，而且在特別權力關係內引起之爭執，人民不能依行政救濟之途徑，尋求行政法院之保護。(林文村，1993：22；范陽慶，1993：18-21；蔡震榮，1994：3-9)

二次戰後，西德於1949年頒行「基本法」(Grundgesetz)，並於第20條將「法治國原則」(Rechtsstaatsprinzip)明列為立國的基本精神，在此情況下，與法治國扞格不入的「特別權力關係理論」理應無存在的餘地。惟值得注意的是，威瑪憲法時代的「特別權力關係理論」，居然於基本法頒行實施後仍為多數學者及實務界所承繼，並持續援用相當一段時間，直至1970年代，始因聯邦憲法法

上之理論與實用》，作者，頁80。

³⁷ Laband教授主張法律關係僅存於主體和主體之間關係，即人民和人民之間，或人民與國家之間，而國家是單一封閉不可分的主體，因此其對公務員之一切指示，是為主體之運作而產生，並不產生外在的法律效力，非屬法律之規範。由此，氏認為所有的規範可分為外部和內部的規範，而外部的規範即是規範人民之間以及國家與人民之間主體的關係，是君主立憲下，憲法保留所保留給立法機關制定法規加以規範的範圍。而內部規範的制定權，則屬於國家行政權，不屬於法律的範疇，也不適用法律保留之原則，當然也排除司法的審核。請參見湯德宗(1981)，〈公務員之權利保護與身分保障—特別權力關係理論之檢討〉，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁84-85。

院的一則判決³⁸，才使學界及實務界幡然揚棄該項理論，擺脫「專制主義」的桎梏，重新建構教育法制的體系³⁹。對教育行政而言，其實質意義有三：一、「法律保留原則」在教育行政的範疇原則上亦有其適用；二、教育行政的規範對象，包括學生、教師及家長，原則上亦擁有基本權利，並受到憲法的保障；三、因教育行政而致學生、教師或家長的權利受到侵害時，原則上得循司法途徑(尤其是行政爭訟程序)尋求救濟。(轉引自顏厥安、周志宏、李建良，1996：92)

第二項 我國「特別權力關係說」的發展

壹、我國學者的見解

一、楊日然(1984：96)

特別權力關係，諸如公務員勤務關係、營造物利用關係以及特別監督關係等，在現代國家法律秩序之下，形成內部自律的部分秩序，具有一定的社會機能，因此，由國家法律賦予經營該秩序的行政主體以概括的行政裁量權，乃屬不可避免之事。然此所謂行政裁量權之行使，在法令的限制下，亦應僅止於維繫內部秩序所必要的範圍，始可排除司法的審查。苟如超越該特別權力關係設定之目的，侵害公務員個人在法律上享有的權利或憲法所保障的基本人權時，則該項行政裁量仍將構成違法；決不能僅以特別權力關係之理由，而否認其受處分之公務員請求裁判上救濟之權利。傳統理論於此實有修正必要。

二、林紀東(1986：130)

一般統治關係之外，尚有特別權力關係之存在；而由於時代進步之結果，現代之特別權力關係，又與昔日之特別權力關係不同，均為不可否認之事實。特別權力關係，又可分為公法上之勤務關係、公法上之營造物利用關係、公法上之特別監督關係等數種，而在此數種關係中，當事人之權利義務，又各不相同，未容一概而論。因此否定、肯定兩說，似均失於一偏；折衷說兼籌並顧，故較為可採。

三、謝瑞智(1988：72-75；1992：78)

特別權力關係是以特定之目的而成立之關係，因此該特別之權力也應以達成上述之目的為其界限。其權力之依據通常是以其所依據之法律，或基於相對人之同意為基礎，但仍應以社會的一般觀念上，認為具有合理性的範圍內為其行使之界限。就基本人權而言：似應視每個社會成員其到達民主政治的水準，其自律自

³⁸ 1972年，德國聯邦憲法法院於BVerfGE 33.1(10ff.)判決中，確認受刑人亦有基本權利而受到憲法的保護，其權利的限制僅能以法律為之，自此揚棄「特別權力關係理論」。

³⁹ 「特別權力關係理論」一詞，目前在德國是代表著「負面」的意義，學界多已避免使用，而代之以「特別地位的關係」(Sonderstatusverhältnis)、「行政法上之特別關係」(verwaltungsrechtliches Sonderstatusverhältnis)、「行政法上之特別聯結關係」(verwaltungsrechtliche Sonderverbindung)，或「人事上的接觸關係」(personale Kontaktverhältnisse)等用語，來描述傳統「特別權力關係理論」所涉及範疇的法律關係，諸如於軍隊、學校、監獄中所發生的法律關係。此種轉變不僅只是「法律術語」上的變革，更是意味著對傳統理論的根本揚棄及法律建制上重新出發。

治能力與一般社會之觀感以為斷；就命令權而言：應針對該發布命令之主體的性質與目的以為決定之標準；就懲戒權而言：應以該特別權力關係所具有之性質為衡量之基準；就司法審判而言：如純粹是為維持特別權力關係內部之紀律與秩序所為之懲戒，當可排除司法審判之介入，但如逾越單純之內部紀律範圍所為之處置(如退學等處分)，將可能會允許當事人循司法程序以取得救濟。

四、翁岳生(1990：157)

行政法上之問題為法律問題，並非政治問題，亟宜依循法律救濟之途徑，予以解決，既有利於人民，亦有益於行政機關。故特別權力關係之理論，亦宜順應時代潮流，與行政處分之學說相互為用，將其納入法的領域內，接受行政法院的管轄。蓋人民在特別權力關係內享有之權利與利益的重要性，並不亞於一般權力關係之支配下所有者。此種理論之不合理、不合時宜與不合憲法之精神，亟待改進，至為顯然。

五、陳新民(1997：96)

特別權力關係理論，認為學生與學校或國家之間，非若一般人民與國家間之一般權力關係，而係屬於需要較高度服從的特別權力關係。特別權力關係於法律上的特點，在於：一、義務的不確定性：於課予行為人義務上排除法律保留原則的適用，亦即得使用行政命令的方式，而非立法的方式；二、法律救濟途徑的缺乏：即視為以行政內規的方式來拘束相對人，而非視為對一般人民的行政處分，自排除司法救濟的可能性。如此的權力關係，使行政權力的運作排除立法權與司法權的干涉，行政主體得自行整肅紀律，維持行政主體的完整性。這對特別權力關係下的相對人，當然對其人權的保障來說是較不週延。

六、許育典(2004c：40；2005：161-163)

特別權力關係，係指基於法律上的特別原因，為達成公法上特定目的，於必要的範圍內，一方取得概括支配他方的權能，他方對之負有服從的義務，而以此為內容的法律關係。而一旦成立特別權力關係之後，即排除法律保留原則的適用，對其關係內之人民有關基本權的限制，均不須以法律作為依據。事實上，傳統的特別權力關係理論，雖有助於行政秩序維持及行政目的達成，但忽視人民的基本權，有違我國憲法上的法治國原則與民主原則。

貳、我國理論的發展

特別權力關係理論濫觴於德國，乃因應君主立憲制度的需求而產生，其後同為形式立憲主義的日本明治時代全盤繼受，並擴大其適用範圍後傳入中國⁴⁰，從戰後迄今，一直影響我國行政法理論。(蔡茂寅，1995：61)惟德、日二次戰後對於特別權力關係的理論均作了大幅度的修改。我國為民主國家，並且行政訴訟採用概括主義，與德日不同，因此採用特別權力關係理論，似有不妥。(翁岳生，1990：152)然而實務上⁴¹我國卻也加以沿用，近年來才出現改變的契機；從釋字

⁴⁰ 我國引入此一理論後更是將其發揚光大，不但在適用範圍繼續予以擴展，而且絕對排除法律救濟之可能性。請參見吳庚(1999)，同前揭書，頁178。

⁴¹ 實務見解請參見：行政法院41年判字第6號判決、行政法院58年判字第217號判決、行政法

第 187 號解釋即對「公務員關係」的特別權力關係提出批評，接著透過不斷的解釋，而在民國 83 年有了公務人員保障法之訂定，使公務員關係脫離了特別權力關係之範圍，而進入法治之時代。(蔡震榮，2003c：36)我國憲法明文規定，人民自由權利非依法律不得限制，並且賦予每個人民訴願與訴訟的基本權。由此可知，特別權力關係的理論實與我國憲法的精神不符。(陳敏，1998：190、193)

然觀察其內容，可發現特別權力關係除係公權力之一種外，其發動無需個別、具體的法律依據，從而「法律保留原則」(吳庚，1999：82)即無適用之餘地；服從者在達成各該特別權力關係的設定目的所必要的範圍及限度內，即令無明確之法律授權，亦得加以限制。甚者，由於司法作用係以維持一般的市民法秩序為目的，原則上特別權力關係內的權力行為不必接受司法審查。又權力服從關係與私法上之法律關係有別，在民法上之契約關係，債權人僅得依其契約內容，要求其為特定之作為或不作為；反之，在特別權力關係，權利人在一定之範圍內，具有包括之權力，於其權力所及之必要限度內，有命令義務人作為或不作為且加以強制之權力，亦產生了與一般公法上公權力關係的情形有程度上的不同。

依學者通說(吳庚，1999：208；李惠宗，2004a：99-100；周金芳，1997：9；翁岳生，1994：58；張劍寒，1984：2；蔡震榮，2003c：37；謝瑞智，1992：64)，特別權力關係有下列五項特徵：

- 一、當事人之不平等性：國家或公共團體立於優越之地位，有命令強制之權力，而相對人只有服從及遵守之義務，遇有爭執不得提起行政救濟，如公務員是。
- 二、義務之不確定性：國家只要在達成行政目的的範圍內具有概括的命令權，可隨時賦予作為或不作為之義務，與一般統治關係者不同，故依傳統理論，自可不必嚴格依據「法律保留」原則。
- 三、可以制定特別規則：為維持特別權力關係之秩序計，除於特定之法規外，本諸實際之需，可不待法律之明文授權，而制定特別規則，使義務人受其拘束。此種對內命令(行政規章)，自不視為行政處分，而不得提起行政救濟。
- 四、對於違反特別權力之義務者，可加以處罰：在特別權力關係中，相對人違反義務或特別規則者，則應受制裁，此種處罰，謂之懲戒罰或紀律罰，而與一般之權力關係中之刑罰(行政秩序罰或行政執行罰)大相逕庭，且須在特別權力關係之範圍內，始有效力，如國家對於違法失職之公務員所加之懲罰是。
- 五、特別權力關係，不得提起爭訟⁴²：因係公法上之法律關係，遇有爭執時，固不能提起民事訴訟，又與一般統治關係之不同，亦不能提起行政訴訟，實因民事訴訟、行政訴訟係屬一般權利之救濟程序，故不能適用於特別權力關係，以使行政主體可自行整肅紀律，保持行政之完整性。

過去，我國各級公立學校在法律上是屬於一種行政法上的「公營造物」(öffentliche Anstalt)利用關係，對憲法與相關法律導引至校規中，其適用之

院 77 年裁字第 613 號裁定、最高法院 80 年台上字第 2855 號裁定。

⁴² 此乃源自於羅馬的法諺「自願不構成違法」。請參見陳慈陽、王毓正(2003)，〈論司法院大法官解釋對於基本權保障之理論發展〉，《月旦法學雜誌》，第 98 期，頁 21。

機制，乃是建構在學生與學校間的「特別權力關係」，其係指「國家或公共團體等行政主體，基於特別之法律原因，在一定範圍內，對相對人有概括命令強制的權力，而另一方面相對人卻負有服從義務者」。(吳庚，1999：202-222；翁岳生，1990：131；許志雄，2000：2-3；陳清秀，1998：241；楊日然，1997：559-604) 主要特徵乃在於命令權、懲戒權及排除司法審查；(吳明孝，2000：208-209；陳清秀，1998：240) 因此，學校在沒有法律明文或法律授權規定下，可限制學生的基本權，並且學生對此在學關係爭議，也不得請求司法上的救濟。(周志宏，2003：279；涂懷瑩，1986：141-143；謝瑞智，1992：61-64) 也就是說，基於特別權力關係成立基礎的法律，或因為相對人的同意，在特別權力關係的支配範圍所及，即具有放棄行使基本權的意義。因此，在特別權力關係設定目的必要合理範圍內，特別權力主體不需有法律根據，即得對服從特別權力關係的相對人，為命令、強制或懲戒，甚至限制其基本權。(許育典，2005：162)

學校與學生關係，應可算是特別權力關係保留最長的園地⁴³，直到釋字第 380 號解釋有關大學自治之問題，大法官首度將解釋深入此禁地內，期間出現釋字第 382 號、第 450 號解釋，以及釋字第 563 號解釋等，試圖對特別權力關係作進一步突破⁴⁴。(蔡震榮，2003c：36-38) 或許特別權力關係理論在當時的產生有其時代背景，然時至今日，已發展出像「公法契約關係說」(許宗力，1992：159-160)、「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie) (許宗力，1992：159-162；許育典，2005：162-163；陳新民，1997：105)、「部分社會理論」(蔡茂寅，1995：63；謝瑞智，1992：65)、「在學契約關係說」(周志宏，2003a：371；黃東熊，1992b：140) 等學說理論。本文認為，從「學生自治、校園民主」的角度上來看，特別權力關係理論是一種反民主、反教育之本旨；經過綿密而周詳的檢討、批判⁴⁵，在無實定法支持的情況下，它已徹底失其存立基礎⁴⁶。

⁴³ 傳統以來，儒家的倫理觀與特別權力關係理論的影響下，我國師生關係的不對等被視為當然。請參見林佳範(2003)，〈人權與尊嚴—從憲政理念檢視我國的教育關係〉，《人權教育資訊電子報》，第 1 期，教育部，頁 4。

⁴⁴ 我國未來在特別權力關係的蛻變發展上，應重視：基本人權的保障、法律保留的規範、行政爭訟的救濟等三方面之思索。

⁴⁵ 憲法進入校園的意識仍待加強，師生關係需從傳統不對等的倫理關係，轉化成平等的憲政關係。脫離特別權力關係，建立憲政的人權保障關係，學校的職權行使必須顧慮到學生權利的保障，限制學生的基本權利，必須有法律的授權，且必須注意正當法律的程序保障與比例原則的適用。請參見林佳範(2004)，〈學生權利義務之內涵與校園規範：台灣與美國的法律案例見解與「校規」的比較研究〉，《教育部委託專案研究報告》，國立台灣師範大學，頁 7。

⁴⁶ 基本權的保障一方面是在實體方面肯定學生的權利，另一方面更重要的是在程序方面保證當其權利受侵害時能有正式的救濟途徑，尤其是司法機關的救濟。而特別權力關係論卻正好否定這兩個層面。所幸不論就德國的學說發展或我國大法官會議之見解趨勢，特別權力關係註定將受到大幅之修正甚至最終完全放棄。因此在教育活動中凡涉及對學生基本權利之重大限制者，皆應有法律保留之適用。請參見顏厥安、周志宏、李建良(1996)，〈教育法令之整理與檢討—法治國原則

第三節 特別權力關係說的修正

第一項 德日學說的發展趨勢

在二次大戰後，德國、日本由鑒於納粹或法西斯政權統治災禍之苦，基於痛定思痛的自覺，迫切尊重民主理念及人權的保障；因而在特別權力關係的理論上，發生了很大的變化。(張劍寒，1984：2-3)亦即昔日代表行政權之優越及完整性之理論，其合法性、合憲性及妥當性即面臨挑戰，其根本之出發點在於「基本人權理念的重視」之上。德國學者中，雖有主張不受任何限制者，然附和者鮮矣；多數學者⁴⁷認為原則上不能排除基本權，惟在特別權力關係之本質與目的所必要之範圍內，基本權應受其限制。日本多數學者，亦謂基本權仍應受特別權力關係之相對限制。(林文村，1993：23)

觀乎德、日兩國特別權力關係學說之共同趨勢，楊日然(1984：90-91)歸納其發展約有：一、對於人民基本權利之限制，無論在一般權力關係，抑或特別權力關係，均須有法律之依據，始得為之；二、不得逾越「依該特別權力關係成立之目的與性質可認為必要而合理的範圍」而為限制；三、基礎關係(外部行為)，皆可請求救濟；經營關係(內部行為)，則僅限逾越裁量範圍或濫用裁量時，始受法院保護。

第二項 德國學說的修正

戰後西德法學界(行政法)，引發一般對傳統特別權力關係理論之檢討反省之勢。然其問題之焦點，不在於特別權力關係能否排除法律保留原則之適用，而在於行政機關裁量權之大小，以及行政主體在於範圍內所為之處分可否依行政訴訟程序加以審查或救濟，給予人民權利保障之機會。關於此點，學者間見解不一：(林紀東，1986：128；林文村，1993：23-24；范陽慶，1993：57-58；翁岳生，1990：140)

一、否定說：此說猶囿於舊日傳統理論，完全否定特別權力關係中，適用依法行政等一般公法原則，對於行政機關在內部所為之處分(一切行政處分)，完全不能依循行政訴訟程序加以救濟。戰後仍採取這種見解者，只有 Nebinger, R. 一人，

在我國教育法制中之理論與實踐》，《行政院教育改革審議委員會委託專題研究報告》，行政院，頁 29。

⁴⁷ 在現代法治國精神以及基本權保障的理念下，「特別權力關係」顯得格格不入。所以，「特別權力關係」發源地的德國在理論及實務上均已大幅度地加以修正，更有不少學者主張不再使用「特別權力關係」這個名詞，而提出「特別義務關係」(sonderes Pflichtenverhältnis)、「加重依附關係」(gesteiertes Abhängigkeitsverhältnis)、「人事結合關係」(personales Kontaktverhältnis)或「特別法律關係」(Sonderrechtsverhältnis)等等不一而足的替代名稱。但無論名稱如何地變更，最重要的內涵「有權利即有救濟」的原則應該堅守。請參見吳庚(1999)，同前揭書，頁 221。

而從之者甚少。因傳統上特別權力關係之所以不受行政法院審查，實係行政訴訟採列舉主義緣故，然戰後德國各邦行政訴訟大多採概括主義，因此 Nebinger 的理論，不一定與德國實務相符。

二、肯定說：此說完全肯定公法之一般原則亦適用於特別權力關係內之行為，同時承認特別權力關係中之權利保護，認為人民的權利受公權力的損害，而其損害係由特別權力關係內所為處置所引起者，應如同一般權力關係所為者相同，得訴請行政法院救濟。易言之，行政上之裁量行為，不問其是否基於特別權力關係，亦或是一般權力關係，只需該行為之裁量有逾越或濫用時，即為違法，應許受其侵害之權利人依行政救濟程序加以救濟，Krüger 倡之。Krüger 認為如行政指令不受法律之拘束，人民不得對之有權利保護之機會，將使行政機關濫用行政指令而擴大對人民權利限制，形成法治國家的一大漏洞。

三、折衷說：認為一般權力關係適用之公法原理，僅能適用於特別權力關係中之部分行為，只有特定的特別權力關係內之行為，應視為行政處分，准許對其特定之行政處置，提起行政訴訟。亦即將「特別權力關係」進一步區分為外部關係與內部關係，承認屬於外部關係之行政處分，可對之提起行政訴訟，其內部關係仍依傳統理論採否定之見解。此說頗能顧及新的憲法體制，亦不忽視傳統的學說與實務上的運用，故為多數學者所接受，而成為通說。

在上述各種改變的理論中，以 Ule, Carl Hermann 的主張最受廣泛的支持。依 Ule, C. H. 1956 年在德國公法教授協會發表的見解，其將特別權力關係內，區分為「基礎關係」(Grundverhältnis)及「經營關係」(Betriebsverhältnis)的二分法理論。特別權力關係中，有關特別權力關係發生、變更及消滅的事項，為「基礎關係」，例如：公務員的任命、免職、退休；學生的入學及退學等。特別權力關係中，公行政為達成特別權力關係目的，所為的其它對行政內部的措施，則為「經營關係」，例如：長官對部屬的勤務指示、考績；公立學校對於學生服裝儀容與作息時間的規定、操行及學業成績的評定等⁴⁸。就此而言，對相對人影響較大的基礎關係，應適用法律保留及權利保護。對相對人影響較小的經營關係，無須法律規定，亦無法律救濟，以維持行政內部秩序與達成行政目的。(吳敏男，2003：51-52；林紀東，1986：128；許育典，2004c：40、2005：162；翁岳生，1990：143；陳新民，1997：104；陳敏，1998：189)

從特別權力關係的基礎與經營關係理論來看：如果學校創設、廢棄或變更學生的在學關係，就是一種行政處分，適用「基礎關係」的理論，例如：學校對學生的入學許可，授予學位的許可，退學或開除學籍的處分，畢業證書的拒絕給予，畢業離校的註銷學籍處分以及學位的剝奪處分等，其處置均得以撤銷訴訟救濟⁴⁹。然而，學校在「經營關係」上其它內部行政的處置，則並非行政處分；例如：

⁴⁸ Vgl. Carl Hermann Ule, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 1957, S. 133ff. 轉引自許育典(2005)，《教育憲法與教育改革》，五南，頁162。

⁴⁹ Vgl. C. H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., München 1987, S. 191; Erich Eyermann (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 10. Aufl., München 1998, §42 Rn. 85.

發布學校的作業、學期中口試或書面考試的個別成績評分、因處罰學生而命其留在學校補課的處分、要求學生參加學校特定的集會活動等，均非行政處分，而無法加以行政救濟⁵⁰。(轉引自許育典，2005：164)

現代民主憲政下已不承認有所謂特別權力關係。沒有憲法或法律的特別授權，行政權不得限制相對人的基本權利。在學生與學校間的法令關係，回歸到人民與國家間的一般權力關係領域，學生與公務員等在任何情況下均屬於權利主體，憲法上的基本權利應受保障，所以凡攸關相對人的基本權利者(Grundrechtsrelevanz)，不應排除法律保留原則的適用，但對於細微末節的事項，均須由法律的授權，事實上乃不可能。故除了行政機關得以命令對法律做必要的補充或使其更具體化外，在目的合理限制的限度內，承認雖然沒有法律授權行政主權，亦得訂定行政命令，或可稱之為職權命令⁵¹。至於在公共事業機構利用關係範圍內，何者事項必須由法律自行規定，德國實務界發展出「重要性理論」做為判斷的標準。(許宗力，1992：159-162)

第三項 日本學說的修正

在1940到1950年代，日本關於國立大學與公立大學之學生之地位，乃認為與大學之關係為居於具有倫理性質之營造物利用關係，屬公法上之特別權力關係⁵²；而關於私立大學，則認為屬私法上之契約關係。(轉引自黃東熊，1992b：140)戰後日本受英美法系之影響，強調「依法行政」(Rule of law)對於特別權力關係理論重新加以檢討。大致亦可分成否定說、肯定說與折衷說三種：(林文村，1993：24-25；范陽慶，1993：63；翁岳生，1990：150)

一、否定說：以美濃部達吉為代表。完全採納傳統理論否定一般公法上之原則適用於特別權力關係者，認為與法院有關之法秩序，限於一般之法秩序，而不及於特殊之法秩序，故受特別權力關係制裁者，不得提起訴訟，此與戰前之通說並無軒輊，茲此無庸贅述。

二、肯定說：以磯崎辰五郎與室井力為代表。此說以保障基本人權為起點，謂特別權力關係制裁之行為，亦應儘量許其提起訴訟。即肯定公法之原理對特別權力關係之適用，而排斥傳統特別權力關係的理論。戰後日本建立了以國會為中心立

⁵⁰ Vgl. C. H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 194.

⁵¹ 關於這部分的論述，請參見蘇詔勤(1997)，《我國憲政體制下的法律保留原則之研究—兼論行政機關有無固有的法規命令訂定權之問題》，國立台灣大學三民主義研究所碩士論文，第五章〈職權命令的相關問題之研究〉。

⁵² 所謂「特別權力關係」(又稱為「特別公法關係」)，乃與國家(或地方政府)與國民(或住民)之間之一般性權力關係有不同，而係指基於公法上之特別法律原因所產生之特別關係或身分，而居於特別之支配、服從關係(特別權力關係)之情形而言。例如，公務員因其公法上之身分，而與國家(或地方政府)之間居於與一般國民有不同之支配、服從關係，而使其受到一般國民所不受之特別規範，以致其某特定之權利、自由受到限制之情形是。請參見佐藤清宮(1989)，《憲法》(新版)，頁210-211。

法優越的憲政體制，無論係一般統治關係或特別權力關係，於任何行政行為時均應有法律之依據，惟特別權力關係如基於合法之行為而成立，於其關係內行使公權力，則不必有法律之依據。然磯崎卻進一步主張無論任何情形，對於人民之基本權利的限制，均須有法律依據。室井認為磯崎之理論只是一種形式的否定特別權力關係。此種見解對於特別權力關係之檢討頗有見地，但其見解忽視了傳統理論與現代法治之精神，似難引起共鳴。

三、折衷說：如同前述德國之折衷說，一方面承認傳統的特別權力關係，另一方面卻在現行憲法體系上，注重人權之保障與司法權之運用，對傳統的理论加以修正。田中二郎為主張此說之代表⁵³。此說目前在日本行政法學界，仍處於通說之地位。

第四項 我國學說的修正

我國近年來對特別權力關係之修正，學者間提出之理論頗多。(周志宏，2002a：203；許育典，2005：166-167)如謝瑞智(1992：76-78)似不認為在學關係必須有法律保留原則之適用而提出「修正特別權力關係說」；吳庚(1999：205-210)將公立學校與學生間的法律關係，改以之「特別法律關係」；詹鎮榮(1992：169-171)之「一般法律關係」；黃東熊(1992b：140-141)與周志宏(2003a：371-372)認為在學關係是依據在學契約條款而成立之「在學契約關係說」等。無論採取「特別法律關係」或「一般法律關係」的見解者，多受德國「重要性理論」發展的影響⁵⁴，而認為在公立大學與學生的法律關係中，應有法律保留原則的適用。

就此觀之，特別權力關係理論所被批判攻擊者，乃其容許行政機關在缺乏個別，具體的法律依據下，恣意限制相對人之權利或設定其義務；而非不容許立法者在合乎憲法意旨的前提下，以法律限制特定相對人自由權利之行使。質言之，以特別權力關係直接創設當事人間主權利義務，雖為法治國家所不容許；但若透過立法者予以實質、個別判斷，並以法律作為特別權力關係之「節制閥」，使當事人間的「權力服從關係」轉化為「權利義務關係」，則當屬法治主義所期許之發展方向。如此而後，特別權力關係已然徹底改頭換面，而僅屬「存在特別目的之法律」所規範的當事人關係，是或應改稱為「特別法律關係」，甚至直接視之為「一般法律關係」⁵⁵。對此，本文認為，與其在特別權力關係說本身做修正斟酌，參考我國憲法解釋與實務上之應用，採「重要性理論」是足以支持其立論根據的。惟在目前大學法人化的發展趨勢下，未來國立大學的轉型已勢在必行；而

⁵³ 關於日本田中教授的主張，請參見田中二郎，《行政法總論》，頁 224 以下；轉引自林文村(1993)，前揭文，頁 25。

⁵⁴ 關於特別權力關係之演變趨勢，吳庚教授(1999)認為其主要表現在三方面：1. 特別權力關係縮小；2. 涉及基本權利限制者，亦應有法律依據；3. 許可提起行政爭訟。

⁵⁵ 曾氏所著之論文研究對此採「一般法律關係」說。請參見曾大千(2003)，《學生法制之研究—以中小學校規為取向》，國立政治大學教育研究所教育行政組博士論文，頁 94-95。

「在學契約關係說」，對於學生在學權益保障及其與大學關係，恰可提供主事者另一種明確的思維方向。因此，「重要性理論」與「在學契約關係說」在我國高教法制學生權利部分，均是值得參酌的。

第四節 重要性理論的建立

第一項 德國「重要性理論」的興起

德國聯邦憲法法院在 1972 年 3 月 14 日的「刑事執行判決」(Strafvollzugsbeschluss)⁵⁶，主張監獄受刑人亦享有基本權，其通訊自由不得逕依監獄管理規則予以限制，而應依法律或根據法律的授權規定為之，從而引發突破特別權力關係的激烈討論。而且在其後連續的幾個判決中⁵⁷，實務上乃發展出所謂的「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)作為判斷之標準，其乃認為凡涉及影響人民基本權實現的重要事項，無論為干涉行政或給付行政，皆須由立法者自行以法律規定之⁵⁸。因此，在特別權力關係中，不僅「基礎關係」事項應有法律的規定，而且「經營關係」中涉及人民基本權的重要事項，亦應有法律的規定⁵⁹。(轉引自許育典，2001a：137；2001b：20-21；2005：162-163)

聯邦憲法法院強調：基於基本法中所揭櫫的法治國原則及民主原則，關於教育事項中屬於重要者(wesentlich)，立法者應自行做決定，而不能讓諸行政機關為之⁶⁰。而所謂「重要」者，尤其是指攸關基本權利實現的事項而言(wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte)⁶¹。(轉引自許宗力，1992：159-162)重要性理論將法律保留的範圍鎖定在「攸關基本權利實現的事項」，突破「干預」與「給付」的區分窠臼，提供吾人一個思考的方向。聯邦憲法法院的重要性理論雖亦曾遭到批評⁶²(陳新民，1999a：227-228)，惟對於聯邦及各邦行政法院的實

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 33, 1 ff.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 34, 165, 192; 47, 46, 78f. 德國聯邦憲法法院在「性教育課程案」(Sexualkunde-Unterricht)等五個教育行政之法律保留的判決中，採取所謂的「重要性理論」，凡與基本權利關係重大的領域，通常可認為「重要」，「重要」是指對基本權利的實現重要而言。換言之，關於教育事項中屬於重要者，立法者應自行作決定，不能委諸行政機關為之。該學說雖引起不少的批評與質疑，但已成為德國實務上的主流意見，並且大幅地改變傳統上行政、立法兩權之權限分配秩序的事實。請參見司法週刊社(1993)，《德國聯邦憲法法院裁判選輯(四)》，司法法院，頁 203-238；許宗力(1992)，〈論法律保留原則〉，《法與國家權力》，月旦，頁 159-162。

⁵⁸ 「重要性理論」不僅是要求立法者對涉及人權之事項「要不要」(Ob)立法的问题，也是「如何立法」(Wie)的问题，也是冀望立法者能夠十分清晰的制定人權的法律。所以，這個理論依憲法法院之見，著眼在於「法確定性原則」的要求，藉此來遏止立法者的濫行授權行政機關及使用不確定法律概念及裁量於條文之中。請參見陳新民(1999)，《憲法基本權利之基本理論(上冊)》，元照，頁 226。

⁵⁹ Vgl. Michael Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 692 f.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 45, 400 (417f.); BVerfGE 47, 46 (78).

⁶¹ Vgl. BVerfGE 47, 46 (78 f.).

⁶² 所遭到的批評有：1. 認為理論的根源不明確—例如 M. Kloepfer, (Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 689.)認為本理論是一個「理論雛型」(Theorieskizze)，所引發的問題

務判決產生極大的影響，在形成教育行政法律保留的案型以及建構標準上，貢獻良多⁶³。「重要性理論」目前在德國已形成通說，並蔚為理論上的主流⁶⁴。(轉引自顏厥安、周志宏、李建良，1996：97-98)

德國的「重要性理論」(陳新民，1997：105)揭櫫，只要是涉及國家事務的重要事項，不論是干預行政，抑或給付行政，就必須由立法者以立法方式來限制，不可讓諸行政權力自行決定，因此，不僅是基礎關係事項應完全適用法律保留原則及司法救濟程序外，即便是管理關係中，倘涉及重要事項亦須以法律定之。自此，於教育行政領域，那些事務應有法律依據，均視其對基本權利的實現是否重要判斷之，而以干預與給付的區分作為判斷標準的傳統見解則遭到揚棄。關於重要與否之衡量，則法院及行政法院需視個案而定，其中包括有關強迫學生退學之條件；如何實施性教育；必修之語文課程；在學校中宣揚政治主張等等，均應以法律定之；其它屬於重要性事項尚有：教育內容、教育目標、課程決定、學校組織的基本架構(如學校種類、家長與學生的共同參與等)、學生的法律地位(入學、退學、考試與升級等)以及懲戒措施等項⁶⁵。(轉引自許育典，2001b：21、2002a：139；顏厥安、周志宏、李建良，1996：98)

由上可見，特別權力關係理論，今日已不被接受，學生在任何情況下均屬權利主體，憲法上之基本權利應受保障，故凡攸關相對人之基本者，不應排除法律保留原則之適用，至於在何種範圍之事項(如關於學生懲戒，涉及學生學習及受教育基本權利之實現)需由法律自行規定之。另重要性理論保留了聯邦憲法法院對立法者的一種「督促」作用，使得立法者在處理有關人民權利時，須「如履薄冰」的作仔細的考量，而不可推向行政機關代為決定，對於充分的保障人權而言，自具有極重大之意義。(陳新民，1999a：229)

比解決的問題更多；而基於「法律確定性」原則，則使得「法律保留」和「法確定性」原則合而為一，依氏之見(aa0. S. 691.)，這種見解有誤，因為這是兩個獨立的制度。2. 標準不確定—本理論對何謂「重大性」？亦未能提出一個妥當且一目了然之標準，聯邦憲法法院雖認為任何國家措施只要是「實踐人權所重要或重大的涉及自由及平等權」即屬此「重要性」之意義(BVerfGE49, 89/126.)；但是，一來該法院本身的價值標準(BVerfGE58, 257/275. ; BVerfGE49, 89/137.)亦常常不一致(Vgl. C. E. Eberle, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV1984, SS. 487., 488.)，二來會形成聯邦憲法法院會以自己的價值觀念及價值標準，強加諸在立法者之上，而形成立法者的「監護人」(Vgl. M. Kloepfer, aa0. S. 690.)；所以，法院的「重要性」理論，非但無法達成「法確定性」要求，卻會造成法律秩序混亂的後果。

⁶³ Vgl. Fritz Ossenbühl, Zur Erziehungskompetenz des Staates, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch, 1976, S. 751 ff.

⁶⁴Vgl. das Gutachten v. Thomas Oppermann, Nach welchen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen, Gutachten C zum 51. DJT, 1976, S. 48.

⁶⁵Vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., München 1999, §6 Rn. 20.

第二項 我國法制對「重要性理論」的適用

特別權力關係雖然目前已經被揚棄（許宗力，1992：166-171），而主張公法契約關係者則認為，大學生去大學唸書乃是為了取得大學文憑，而大學文憑的授予卻是一種國家公權力的行使，所以算是一種公法契約。根據釋字第 382 號解釋，其認為文憑之授予，算是公權力的行使，所以私立大學頒發文憑算是將公權力委託私人行使，所以救濟必須走行政救濟的道路。這種想法，其實仍然侷限於傳統特別權力關係的思維下，做一點點的調整而已。蓋原則上還是採取修正的特別權力關係說，並且受到德國「重要性理論」發展之影響，認為學校與學生之關係中，亦有法律保留原則之適用，在教育行政事務中屬於「重要」事項而需以法律定之者包括：教育內容、教育目標、課程決定、學校組織等基本架構、學生的法律地位以及懲戒措施等事項。（許宗力，1992：159-160）

釋字第 380 號解釋文中提到：大學法第 1 條第 2 項…，其自治權之範圍，應包含直接涉及研究與教學之學術「重要」事項。大學課程如何訂定，大學法未定有明文，然因直接與教學、學習自由相關，亦屬學術之「重要」事項，為大學自治之範圍。…國家對於大學自治之監督，應於法律規定範圍內為之，並須符合憲法第 23 條⁶⁶之「法律保留原則」。本號解釋已就大學教育在學關係的相關「重要」事項，揭示其「法律保留」的精神，而確立(教育)行政機關不得在法律未授權下侵犯人民(學生)的基本權利。相對於其它有關突破特別權力關係的司法院大法官解釋，僅說明人民不因其處於特別權力關係中的身分受影響，而皆得依憲法第 16 條享有訴願及訴訟權⁶⁷；本號解釋對我國的在學關係邁向實質法治國的發展，具有更進一步的意義。雖然本號解釋只是針對學術自由的重要事項，確立了法律保留原則於大學教育在學關係的適用。但是，於其它教育之在學關係中，若涉及有關對學生、父母或教師等的基本權利有「重要」影響之教育事項⁶⁸，亦應有法律保留原則的適用，始符合法治國的意涵。（許育典，2001b:22-23;2002a:140-141）由此可見，凡涉及影響學生基本權實現的重要事項，皆需由立法者自行以法律規定，至少要有明確的授權規定⁶⁹。

此外，我國憲法未有德國之關於「立法授權」之規定（基本法第 80 條參照）。而且中央法規標準法第 5 條第 1 項第 2 款之規定「關於人民權利義務」應以法律

⁶⁶ 憲法第 23 條明白要求對人民基本權利的限制應以法律規定。

⁶⁷ 關於這方面的論述，請參見陳敏（1998），《行政法總論》，三民，頁 198。

⁶⁸ 法治原則對於學校組織建構上的要求，依據「重要性理論」，關於學校組織的基本架構、學校種類、學校設置、解散、合併、學校最低人數要件、中央與地方政府對學校責任職權劃分、學校財源、學校內重要會議的組成（如校務會議、教評會等）、校長與各種會議的職權劃分、學生及家長參與學校組織的地位及程序等，都應該由立法者在法律中加以規定。請參見董保城（1997），《教育法與學術自由》，元照，頁 227-228。

⁶⁹ 學者董保城將重要性理論直接適用於在學關係，而主張若干對學生未來繼續求學、人格發展有重大影響的措施，需有法律或法律授權的依據，並且需符合授權明確性原則。請參見董保城（1997），同前揭書，頁 266。

定之，所以，本於我國憲法並未予立法者「授權」之任何「限制要求」，而中央法規標準法第5條第1項第2款之規定所發生實際的作用，也不過是肯定「涉及人權之事項須由法律規定，但可授權行政機關為限制之規定」之事實而已。為了填補憲法及中央法規標準法所形成之「人權保障漏洞」，陳新民(1999a：229)認為德國所盛行的「重要性理論」可以作為填補這個漏洞的理想理論基礎。關於此論點，本文表示支持，而下文所介紹的日本「在學契約關係說」亦是可堪輔助的論點。

第五節 從部分社會理論到在學契約關係說的確認

第一項 日本「部分社會理論」的激發

早在昭和 29 年(西元 1954 年)，日本最高法院在「京都府立醫科大學生退學處分事件」此一判決中，即已認為「大學對學生之懲戒處分，乃不外乎作為教育設施之大學為維持其內部紀律，以達成其教育目的而被承認之自律作用」，而排除過去所慣用之「特別權力關係」概念的說理方式⁷⁰。(轉引自黃東熊，1992b：141-142)及至日本最高法院於昭和 52 年(西元 1977 年)3 月 15 日，對「富山大學學分不認定」⁷¹案件裁判所採之理論。此一判決刻意避開「特別權力關係」之理論，改採「部分社會說」之理論，係因自 1960 年代以降，由於傳統特別權力關係理論與現代法治原則多所扞格，日本行政法學界對此批評漸增⁷²；尤其對於學生與學校間之法律關係，採公立學校之絕對二分原則，亦即將公立學校與其學生之關係認為公法特別權力關係⁷³，而將私立學校與其學生之關係劃為私法上之契約關係⁷⁴，因在邏輯上難以自圓其說，更引起學術界之質疑。因此，為解決此一問題，乃另尋途徑，遂有「部分社會說」之理論產生。(謝瑞智，1992：65)

關於「部分社會」的概念內容觀之，其中至少應該蘊涵下列兩項基本認知：一、「部分」寓有整體社會的一部分之意，學校基於部分社會性質所制定之校規，自然不能自外於整體社會之基本規律；換言之，若屬一般社會法律已設有規範之非任意事項，學校自應受其拘束而不得另為內容相斥之規範。二、「社會」其內部運作除應自成體系外，亦須反應整體社會之法治現實，由於部分社會乃是具體而微的整體社會，因此必須在內部運作之形式與實質上，充分反應整體社會法治發展的現實情況。質言之，基於學校部分社會之教育特殊目的、教育事務特質、與所具備的教育專業知識，法律或法規命令賦予學校自行制定符合所需之校園內部規範，自屬合乎事理之常態。綜而言之，既有「部分社會」與「特別權力」相關概念內涵，充其量僅應被視為達成學校教育目的之工具；此外，教育過程乃以協助學生完成自我實現為其本質目的，故斷不得錯置學生學習權益與教育行政效率的重要性次序。(曾大千，2003：96-97)

⁷⁰ 另在昭和 38 年(西元 1963 年)的「波波羅案件」中提到：「基於大學為研究學藝之本質，大學之學生得享有比一般國民更大的學術自由，亦得利用大學的設施。」法院仍肯定大學為維持紀律之需要，對學生之懲戒擁有概括性權能。

⁷¹ 關於本案判決內容，請參見佐藤司(1979)，〈国立大学の教育措置と司法審査の對象〉，《別冊シユリスト・教育判例百選(第二版)》，頁 92；兼子仁(1987)，〈国立大学における単位授与と司法審査〉，《別冊シユリスト・行政判例百選Ⅱ(第二版)》，頁 356。轉引自林修如(1999)，同前揭文，頁 51-52。

⁷² 關於這部分學者的批評，請參見田中耕太郎(1974)，《行政法(上)》(新版)，頁 91。

⁷³ 關於這部分學者的見解，請參見佐藤清宮(1989)，同前揭書。

⁷⁴ 關於這部分學者的見解，請參見田中耕太郎(1957)，《行政法總論》，頁 226-229。

上述案件的判決書⁷⁵認為：「大學無論是公立或私立，均以教育學生與研究學術為目的之教育研究機構，為達成其設置目的所必要之各種事項，縱使法令上無特別規定，亦享有得以學則加以規定、實施之自律的、概括的權能，形成與一般市民社會相異之特殊的部分社會。」(轉引自周志宏，2002a：205)認為國、公、私立大學均為一種具有自律的、概括的權能之特殊的部分社會。此外，該判決除採「部分社會說」之見解外，更進而認為「此種特殊之部分社會的大學，其有關法律上之紛爭，當不得列為司法審判之對象」⁷⁶，即以其係屬學校之內部問題，與一般市民法律並無直接關係，當然排除於司法審查之外。因此，學生對於學校之行政作為縱有不服，亦不得提起行政救濟。此一判決雖避免使用「特別權力關係」一詞，而代之以「特殊的部分社會」，然其結論與之並無太大差異。惟現代社會結構日趨複雜，各種社會關係相繼形成，在個人所屬的團體中，需制訂各種規章約束個人行為，以維持團體內部的秩序與紀律。職是之故，日本最高法院避免使用特別權力關係之用語，實有其現代性的社會意義。

基此，日本之「部分社會理論」(蔡茂寅，1995：63)，乃是指在一般市民社會中所形成與之有別而具有自律的法規範之特殊社會。此社會內所發生之紛爭，若係與一般市民法秩序無直接關係之內部問題，應委諸其自主、自律的解決為當，而無需司法之介入。因此，即令在現實上承認「部分社會」的自律性，亦需在合目的的範圍內審慎地摸索新理論，做實質、個別的判斷，而不應重蹈覆轍企圖以一上位概念，作過度工具性的演繹。(蔡茂寅，1995：61)日本法院在引用此一理論時認為，公私立大學追求學術之本質無異，學生之地位亦應無別。對此，日本學界則提出質疑，指出既然法院不斷強調大學(不論公私立)應以研究、教育和追求真理為本，不具權力性質，並排斥支配權力色彩濃厚的特別關係理論。

第二項 日本「在學契約關係說」的確認

1970年代後期，日本公法學界針對大學營造物的關係，乃認為不論為國立、公立大學學生或私立大學學生，其與大學關係均屬在學契約關係⁷⁷。詳細來看，私立大學與學生之在學法律關係則多認為係私法上的契約關係，依學者及判例之見解⁷⁸(轉引自黃東熊，1992b：144-145)，通說認為私立學校與學生之關係為「在

⁷⁵ 關於本案判決書的內容，請參見最高裁判所判決，昭和52年(西元1977年)3月15日，《最高裁判所判例集(民事篇)》，第31卷第2號，頁280。

⁷⁶ 關於本案判決學者的見解，請參見佐藤司(1979)，兼子仁(1987)，同前揭二書。

⁷⁷ 關於這部分學者的觀點，請參見兼子仁(1990)，《教育法》(新版)，頁405。

⁷⁸ 學生之在學關係，如從大學之運作、管理層面為觀察時，殊難否定其具有所謂「營造物利用關係」之性質。然而，此種關係基於教育、研究為屬非權力性性質，及保障基本人權之觀點，乃難謂其為屬特別權力關係。蓋大學之存在目的本身即在於對真理為自由之探求，故於大學，無論如何，必須以維持自由之氣氛為貴，因此，不能因大學在運作、管理方面為維持「大學自治」，而擁有自律性、概括性權能(包含具有權力性色彩之對學生及教員之懲戒權)，即認其為有特別權力關係之存在。這種理論在日本，隨著法治主義之發達與人權觀念之高漲，而走向式微。請參見佐

學契約關係」，就其法律性質則更可細分為「教育法上的特殊契約說」⁷⁹、「學生身分取得契約說」⁸⁰以及「作為私法上之無名契約的附合契約說」⁸¹等不同之學說。若依在學契約關係說，強制退學(包括懲戒處分性質或淘汰處分性質者)應是為達成教育目的而包含於父母或學生本人接受該大學教育的基本同意中，並規定於在學契約條款內的一種基於教育原理，而當然賦予學校及教師在一定範圍內對學生實施之教育權力⁸²。(轉引自周志宏，2002a：204-205)而嚴格來說，公立學校與學生間之法律關係，如採「在學契約關係說」，仍可細分為屬於公法關係之1. 行政契約關係說；及屬於私法關係中的2. 教育契約關係說；3. 附合契約關係說；4. 承攬契約關係說。若是採行政契約說，為保障學生之基本權利，亦應受法律保留原則之適用，有關懲戒事項亦應依法律規定，訂定契約條款。(黃東熊，1992b：140)

參考美國⁸³、日本⁸⁴的契約理論，大學生去大學就讀，大學內部的學則，可以算是契約的一部分，則大學生同意就讀，就算是同意了這些大學的內部學則。當發生相關爭議時，其實可以是民事救濟的道路，而不必走行政救濟。從這個角度來看，而根本沒有法律保留的問題，因為這是契約關係，當事人有選擇同意或不同意的權利。(周志宏，2001d：63-64)此種「教育法上的在學契約關係」⁸⁵之性質，則既非一般行政法上的公法契約，同時也非一般私法上單純的契約關係，是屬於以教育法之理念所構成之獨特契約關係，因此學生依在學契約行為之性

藤清宮(1989)，同前揭書，頁210以下；橋本公互(1979)，《憲法原論》(第3版)，頁201；田中耕太郎(1974)，同前揭書，頁91。

⁷⁹ 關於這部分學者的見解，請參見兼子仁(昭和61年/西元1986年)，《教育法》(新版)，有斐閣，頁408。

⁸⁰ 關於這部分的判例，請參見東京地判，昭和38年(西元1963年)11月20日，〈判例時報〉，第353號，頁9。

⁸¹ 關於這部分的判例，請參見東京地判，昭和46年(西元1971年)5月10日，〈判例時報〉，第631號，頁29。

⁸² 關於這部分學者的見解，請參見兼子仁(1986)，同前揭書，頁434。

⁸³ 在美國司法實務上，法院對於私立大學與學生之間的關係，多採用「契約理論」(contract theory)；而公立大學與學生之間的關係，則多採用「憲法理論」(constitutional theory)。請參見李仁森(2003)，〈大學自治與退學處分—評最高法院九十一年度判字第四六七號判決〉，《月旦法學雜誌》，第94期，頁246。

⁸⁴ 有關在學關係之解釋，為克服傳統特別權力關係論中，國、公立大學學生被視為公共營造物之利用者，學生為被管理之客體之理論，日本教育法學界發展出，將學生的在學關係理解成是非權力關係之一種無名、特殊的契約關係，並將之稱為「在學契約」的有力學說，而值得矚目。請參見李仁森(2003)，同前揭文，頁247。

⁸⁵ 專研教育法之日本憲法學者兼子仁教授謂：「…現行之國立、公立學校學生之在學關係，應認為與屬公共教育機關之私立學校學生之在學關係同其本質，而屬『教育法上的在學契約關係』才是」。請參見兼子仁(1990)，同前揭書，頁406。

質，直接提出權利請求之主張時，似應解釋不妨礙有選擇一般之民事訴訟的權利。(李仁森，2003：247；蔡震榮，2004：73)

此外，為能普遍保障教育主體之教育基本權，現代法治國家之在學關係，除必須符合憲法基本精神的要求外，亦不應再以公立學校作為區分在學關係種類之基礎。事實上，公立大學與學生間之相互關係並非俱屬公法關係，而私立大學在實施教育之範圍內，對於錄取學生、確定學籍、獎懲學生、核發畢業或學位證書等權限，亦均屬公權力之行使(釋字第382號理由書參照)；因此，確定學生與學校間的法律關係，應以所涉及之權利義務為論述基礎，而非著眼於學校之設立主體。

另依在學契約關係之理論，在學關係之成立乃基於學校和學生相互間意思表示之一致，契約一旦成立，則在學關係即受契約條款所規範。在實際情形，學生入學不可能與學校個別磋商在學契約之內容，在學契約之條款內容在學生入學之前早已由學校單方擬定，成為定型化之契約條款，學生之意思表示只能在訂約與否之間作抉擇，因此在學契約是屬於典型的「附合契約」，只不過因為是公法上契約，故發生公法效果而已。在學生入學之初，在學契約條款已由學校擬定，就是一切之學校規則(校規)，學生決定入學即表示願意受校規之拘束，因此在學理上，學校制定校規規範學生行為之權源，是基於學生對在學契約條款之合意，學生若違反校規，學校則可依校規之規定發動懲戒權。

然而，把校規之法律性質解釋成在學契約條款，並非表示校規之制定沒有規範界限。在學契約是公法上契約，自然有依法行政原則，尤其是法律優位原則之適用，在學契約條款(校規)非但不能抵觸憲法或其它法令之規定，亦不得違反公法上一般法律原則，例如誠實信用原則、平等原則、目的和手段成比例原則以及信賴保護原則等。並且在學契約條款有無違法，其爭執應由行政法院審理。(邢泰釗，1999：70)對此，本文亦同意在學契約是公法上的契約關係。

另外，亦有學者認為，歐美國家建構公民社會，相當重視公共領域的觀念，而公共領域的運作則繫於契約(contract)的觀念，契約是社會成員共同約定的規則，是故建構公民社會⁸⁶，秩序與規範是不能缺少的要素。(鄧毓浩，1998：221-231)因此，以在學契約關係說來確定學生地位，如懲戒應是為達成教育目的而包含於父母或學生本人接受該學校教育的基本同意中，並規定於在學契約條款內的一種基於教育原理，而當然賦予學校及教師在一定範圍內對學生實施之教育懲戒權。進一步取代權力色彩仍濃厚的部分社會說，並主張應允許學生選擇民事訴訟途徑，對學校之處分請求救濟，此說現為日本之有力說。(丁偉峰，1999：6；周志

⁸⁶ 法治教育絕非培養法律專業人才的教育，而主要是在培養學生的法治認知與法治素養。而法治教育的落實，最重要的是建構公民社會、建立公共理念，從公民意識、權利義務的觀念中，來落實法治理念；請參見鄧毓浩(1998)，〈論青少年法治教育〉，《師大公民訓育學報》，第7輯，頁229。另培養現代公民所應具備之政治知識與民主素養，要使公民具有：獨立思考能力、瞭解民主憲政的基本常識、認識公民的權利義務；請參見林火旺(1994)，〈當前我國公民道德教育的一些看法〉，《人文及社會學科教學通訊》，第5卷第2期，頁11-17

宏，2003a：371；黃東熊，1992b：140）本文對於處分救濟請求權部分，同意上述觀點。

第六節 學生與大學間的在學關係

在學關係⁸⁷，始於學校接受學生的入學，終於學生的畢業離校⁸⁸，涵蓋了學生與學校間的整體法律關係。(許育典，2004c：38；蔡茂寅，1995：60；謝瑞智，1992：64)學校與學生之間的法律關係，過去傳統上均被視為行政法上的特別權力關係；(謝瑞智，1992：61-64)然而，隨著憲法上教育「權利兼義務」的迷思被打破，司法院大法官釋字第380號、第382號及第563號解釋，也相繼肯定學校內組成份子的基本權，在學關係的特別權力關係論述，也逐漸解構。(許育典，2004c：39)本節將針對高教中校規的規範，分析學生和大學間的法律關係，期能獲得新解。

第一項 校規的規範

Hart, H. L. A. 認為，一個法律體系效力的終極基礎乃來自於該法律社群之法律人共同承認接受的一個規則—承認規則(rule of recognition)。一個法律社群的法律工作者會透過慣習(convention)或實踐(practice)的表現，共同承認接受某種鑑別一個規範是否屬於該法律體系，是否為該法律體系內有效法規範的標準。此種效力鑑別標準，就構成了承認規則。(顏厥安，2003a：78)通常在學理概念上，我們可以區分對法律的服從(obey, obedience)與遵守(comply, compliance)。前者強調對於法律作為一種權威指令(authoritative directives)的認知、接受與遵守。後者則僅強調對法律作為一種社會規範在行為層面的不違反，甚至行為人並不認知法律，僅僅單純行為上的不違反，亦可視為是遵守。(顏厥安，2004c：76)

在特別權力關係內部所認定之「行政規則」⁸⁹，法律性質上為一絕對權威且不受任何監督之強行規範，在學校關係上即為校規。因而如依傳統的特別權力關係，學校之校規根本沒有規範之界限，完全由學校單方面主觀決定，並決定校規之限制層面和程度。傳統特別權力關係說之產生與存在，雖有其歷史上的發展原因與時代背景，然而在現代法治國精神以及基本權保障的理念下，特別權力關係應予修正⁹⁰。學生與學校之法律關係應回復到一般權力關係，而應遵守現代法治

⁸⁷ 在學關係於我國逐漸邁向法治國家的現代意義，究竟有如何的體現？可從兩方面來觀察與探討：一方面，是透過我國憲法上型塑在學關係的法規範基礎；另一方面，則經由我國在特別權力關係理論解構下，對在學關係的行政法上學說與實務修正。請參見許育典(2004)，〈在學關係與學生申訴〉，《教育學刊》，第23期，頁42-43。

⁸⁸ 本文認為，「離校」不只是畢業，應包括休學、退學、轉學等。

⁸⁹ 在法律實證主義者的思維中，「法律」當然意味著「規則」。請參見德沃金Dworkin, R. M. (1977)，〈認真地對待權利〉第二章，哈佛大學；轉引自公丕祥(1999)，同前揭書，頁250-251。

⁹⁰ 日本憲法學者種谷氏認為，關於學生之在學關係，係受以研究、教育活動為目的之「非權力性管理作用」支配之法律關係。請參見種谷春洋(1978)，〈學問の自由〉，《憲法Ⅱ-人權(1)》，頁

國下之公法上原理原則。隨著特別權力關係理論之修正，「行政規則」之概念和效力亦跟隨著轉變。由於行政規則實際上往往干預了相對人之自由權利，或課予額外之義務負擔，具有實質上之「法規性」效力，因此戰後西德公法學界遂於理論上把關係相對人權利義務之行政規則特別賦予獨特之地位，承認其具法規性之效力，並納入法院法審查之內，學理上稱為「特別命令」。依此，學校之校規在法律性質上產生重大變更，校規不再是任由學校片面主觀的制定，也不再享有「治外法權」，校規之制定不得違背法令之規定，並且學校之教育活動應受校規之拘束，不合理之校規須接受法院違法之審查，校規顯然具有一定之規範界限，逾越此界限將被法院裁判違背法律，拒絕適用。(邢泰釗，1999：69)

校規的觀念，必須從 rule by law 轉向 rule of law 的法治觀。校規仍很大的程度僅是學校的管理意志展現，鮮有權利保障的意涵呈現，所以在制訂的過程或規定呈現的形態上本身仍未充分的系統化與民主化，而在內容上仍多抽象倫理價值的追求，而縱在具體行為規範的用語上，仍多不確定的價值用語，且學生申訴制度的運作仍待確實地落實。(林佳範，2004a：6-7)法律對於在學關係當事人間之權利義務應有明確之規範，並有法律保留原則之適用；又校規既為此等在學契約之條款內容，法律本應就其重要事項予以直接規範或設定一般基準，即令法律授權教育行政機關或學校以命令為補充規定時，其授權目的、內容、與範圍亦須具體明確，並應為當事人所能預見。若欲以契約關係條款看待校規之法律性質，則基於相關法制之成熟度並對照實務情境之符合度而言，定型化契約條款所規範公法契約效果下的附合契約，應是現階段中最適合採用之觀點。

大學法第 1 條第 1 項稱「大學以研究學術，培育人才，提升文化，服務社會，促進國家發展為宗旨。」而基於學術自由之保障，大學並在法律規定範圍內享有自治權(同條第 2 項參照)。據此，不但「法律層次」之大學相關學生法制必須符合上開精神，各大學在未違反法律強制規定的前提下，亦得本於此等宗旨與學校教育方針自訂建構「校規層次」之學生法制。此際，不但教育主管機關應不得另以行政命令限制各大學制定相關校規之自治權，立法規範密度於大學自治範圍內亦應受適度之限制(釋字第 380 號解釋、釋字第 450 號解釋、釋字第 563 號解釋參照)。在法制中強化學生參與教育之空間，不但有助於建全學生對於自治規範的權利意識與責任感，也是教育法學融入學校社會不可或缺的一環⁹¹。本文認為，隨著民主法治理念之深化，如新大學法第 33 條第 1 項直接賦予學生代表十分之一人數下限參與校務會議暨出席與其學業、生活及訂定獎懲有關規章之會議，使學生對於攸關自身利害之事務，均能擁有充分的資訊權與適當的發言權，以確實保障學生學習權益並增進教育上之效果。因此，當大學自治精神落實在校規規範

373-374。轉引自黃東熊(1992)，〈日本之「學術自由」與「大學自治」(下)〉，《中興法學》，第 34 期，頁 81。

⁹¹ 關於這部分學者的見解，請參見喜多明人(1993)，〈子どもの權利 教育法—子どもの權利行使としての教育参加課題〉，載於神田修編《教育法と教育行政の理論》，三省堂，頁 118-136。轉引自曾大千(2003)，同前揭文，頁 87。

的空間日益寬廣之際，亦冀望相關教育人員能切實掌握教育本質與法治國基本精神，以徹底揚棄過往諸多不合時宜的威權弊端。

第二項 學生和大學間的法律關係

壹、傳統上之見解

在早期司法實務上，行政法院對學生和學校之法律關係，採傳統特別權力關係之見解，認為在學學生與學校間具有公法上營造物利用的特別權力關係，學生在學期間學校、師長或主管教育機關(官署)對學生所為之處分，屬於特別權力關係範疇，不得提起行政爭訟。可從以下三件案例之判決看出：

一、民國 40 年 4 月 27 日省立嘉義中學高二學生沈士傑放學時，與該校初中教員楊尊嚴發生爭執，楊師將其自行車推倒，並加以拳擊；沈生被記申誡一次外，並勒令轉學。原告經一再訴願遭駁回後，提起行政訴訟。行政法院 41 年判字第 6 號判決：「學校與官署不同，學生與學校之關係，亦與人民與官署之關係有別。學校師長對於違反校規之學生予以轉學處分，如有不當情形，亦只能向該主管監督機關請求糾正，不能按照訴願程序，提起訴願。」在理由書中，行政法院認為「學校與官署不同，學生在學校之身分亦與人民之身份有別，學校師長有教誨學生之責，對於違反校規之學生，並有懲戒之權，此項懲戒處分與行政官署之行政處分不能相提並論。因而學校方面如對於學生有違法或不當處分時，亦祇能向該管監督官署陳明情形，請求糾正，而不能按照訴願程序提起訴願。」⁹²

二、民國 76 年台大學生林佳龍等六人因被校方記小過懲戒而主張人格權受侵害要求國家賠償。台北地方法院裁定：「原告為被告學校就讀之學生，學校有制定校規，管理學生，並於一定之情況下予以獎懲之權利。此一權利乃本於學生與學校間之營造物利用關係而來…故學校對學生之獎懲權完全由公法關係而生，亦僅生公法上之效果。…學校獎懲之合法性及如有不法應如何回復等爭議，自非普通法院有權審判之範圍。」台灣高等法院認為：「請求以判決變更行政處分不屬普通法院權限，應以裁定駁回之。」行政法院 77 年裁字第 613 號裁定：「公立學校學生因學生身分違反校規所受記過處分，純屬學校行政範圍，非以人民身分因行政機關處分受損害可比，自不得作為行政爭訟標的，提起訴願。…原告以憲政法治國家並無所謂特別權力關係，且特別權力關係理論在私立學校與學生間，無法自圓其說為由提起本訴云云，均屬原告一己之法律上意見。」

三、民國 80 年台大學生辜國瑋參加該校學生會第三屆會長選舉，認為該選舉有舞弊違法之行為並主張普通法院對此應有審判權之訴訟。最高法院 80 年台上字第 2855 號裁定：「國立台灣大學與其學生之關係為管理與服從、教學與學習之特別權力關係，且學生自治團體屬於學校內部之社團，應屬台灣大學管理、監督之範疇，其因選舉發生之爭執應循其管理、監督之特別權力關係謀求救濟，不屬普

⁹² 本案之判決，請參見國立政治大學判例研究委員會編纂，《中華民國裁判類編(行政法第一冊)》，台灣書店，頁 185。轉引自吳敏男(2003)，《從法治國原則論教師的管教權限》，國立中正大學犯罪防治研究所碩士論文，頁 62。

通法院判之範圍。」

由上可知至民國 80 年，從地方法院、高等法院、最高法院和行政法院，其見解均直接或間接顯示學校與學生關係乃屬特別權力關係，在此關係內，學生受到不法處分，只能從學校之申訴管道或該主管監督機關請求糾正，無法尋求司法救濟。直到民國 84 年司法院大法官會議第 382 號解釋文才得以突破⁹³，上述案例之判決若在現今法制(含新大學法等相關法律的修正)，則學生權利之維護便不可同日而語⁹⁴。

貳、傳統學生與學校法律關係之突破

將教育事務之核心部分，特別是涉及學生入學、退學解釋為公權力的行使，屬行政處分，固然可以在法律上可以受到訴願制度與行政訴訟制度的保障，但也因此會有法律保留的問題。且在學生與大學間的法律關係⁹⁵上，如果解釋為行政處分的高權關係，則教育基本法上所強調人民為教育權主體(教育基本法第 2 條第 1 項參照)的想法，是否會萎縮成行政處分的對象？對此，周志宏(2001d:54)指出，能否改以當事人地位較為對等，法律關係有較大形成自由，尊重當事人(學生)自我選擇與承擔的「在學契約」模式來建構學生與學校的關係？果能如此，個人自我發展的可能性自然加大，私人興學自由(教育基本法第 7 條參照)的空間也會更加開闊。至於權利的保障，司法救濟對於契約關係，無論定性為公法契約⁹⁶或私法契約(私立學校)，都同樣是敞開大門的。(吳東牧、黃旭田，2003:128)

目前我國實務對於此一時代趨勢，亦有所因應，作了以下的調整：

一、關於學生與公立大學間之法律關係

大法官釋字第 382 號解釋已修正傳統特別權力關係理論，首開允許學生提起行政爭訟之例⁹⁷。其內容為「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，受退學處分受教育權利既受侵害，足以改變學生身分並

⁹³ 司法院大法官釋字第 187 號解釋，對於國內根深蒂固之特別權力關係理論，做出突破性之修正，之後，釋字第 201、243、266、295、298、312、323、338 號解釋，均陸續對我們行之有年的傳統特別權力關係理論有所修正，引起國內學者普遍的贊揚。然在多號解釋中，均係針對公務員而作成，直到釋字第 382 號解釋出爐，才真正對學生之司法救濟有重大宣示。

⁹⁴ 關於這部分內容，本文將在第五、六章詳細論述。

⁹⁵ 以美國來說，目前對於私立大學與學生間之關係，法院多採契約理論；公立大學與學生間之關係，則採憲法理論之立場。請參見高強華(1991)，〈主要國家大學自主性之比較研究—中、法、英、美、西德、日本之分析〉，國立台灣師範大學教育研究所博士論文，頁 58。

⁹⁶ 雖然司法院大法官釋字第 348 號解釋(民國 83 年 5 月 20 日)，將陽明醫學院公費生與學校關係解釋為公法上行政契約關係，但由於當時行政訴訟法尚未修正完成，當事人若對此契約內容有爭議，仍然無法提起公法上之訴訟，而只能依民事訴訟為之。請參見蔡震榮(2003)，〈教育法上行政契約之研究—以教師、公費生、留學生為例(上)〉，《法學講座》，第 23 期，頁 10。

⁹⁷ 釋字第 382 號解釋確立久為德日等大陸法系國家所肯定的「學生行政救濟權」(the right of administrative remedy)，廢棄學校對學生因特別權力關係所為之基本人權限制。請參見紀俊臣(1996)，同前揭文，頁 57。

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，此種處分應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受處分學生於用盡校內申訴途徑，自可提起訴願及行政訴訟。行政法院四十一年判字第六號判例，與上開意旨不符部分，應不予援用，以符憲法保障人民受教育之權利及訴訟權之意旨。」

在此解釋文，明白揭示人民有受教育之權利，此為憲法所保障，而憲法對人民所保障之基本權利如受不法侵害，得行使憲法第 16 條訴願及訴訟之權，於最後請求司法機關救濟，不因其身分是否為學生而受影響。學生如受到退學或類似之處分，足以改變其學生之分身，使其失去受教育之權利，將得依法提起訴願及行政訴訟。但在解釋理由中又表示「對於其中涉及學生之品行考核、學業評量或懲處方式之選擇，應尊重教師及學校本於專業及對事實真象之熟知所為之決定，僅於其判斷或裁量違法或顯然不當時，得予撤銷或變更。」這亦表示，教師對於學生品行之考核、學業評量及懲處方式之選擇，本於教育專業自主，有自由裁量之空間。除可改變其身分之退學或類此之處分外，是否其他之權利受損皆可提起行政爭訟呢？在解釋說明文中表示「如學生所受處分係為維持學校秩序、實現教育目的所必要，且未侵害其受教育之權利者(例如記過、申誡等處分)，除循學校內部申訴途徑謀求救濟外，尚無許其提起行政爭訟之餘地。」可見其受到不足以改變學生身分之懲處後，只能循學校內部之申訴制度以求救濟。而此說明也似乎存在基礎關係⁹⁸及經營關係⁹⁹二分法之概念。(鄒其信，2000：71)

而在學關係中是否只保障學生「憲法上受教育之權利」，而不及於學生其它憲法上的基本權利呢？對此，許育典(2001b：26)認為，凡屬權利者均應受到保障¹⁰⁰。既然肯定了學生憲法上受教育權利的救濟，如果學生其它憲法上的基本權利受到侵害，就應相同地給予司法救濟的權利保護途徑。這也是憲法第 16 條規定之「有權利必有救濟」的法理所在，至於權利的「種類」為何，並無區分。也就是說，學校行政機關對學生的教育處置，不論是涉及其基礎關係或經營關係，只要是影響學生作為學校成員的身分特徵，或干涉學生一般基本權利的保護領域¹⁰¹，或侵犯其作為教育基本權利主體的保護法益(許育典，1999b：152)等，都應予學生提起行政救濟的機會。

⁹⁸ 就學生與公立大學之間而言，所謂的基礎關係，舉凡學生的入學(學校當局的入學許可)、博碩士學位的授予及拒絕授予、退學、開除等情事，會發生(成立、設定)，變更及終結特別權力關係之效果者，特別權力人(公立大學)所為的決定，屬於可提起司法救濟程序的行政處分。

⁹⁹ 學校經營關係之事項，指單純之管理或經營措施，以達成其本身之目的而言，例如：講課、指定課業、評定作業的成績、考試之評定、命其參加特定行事、禁止學生參加特定結社、學生宿舍規則以及課餘時間的生活管理(不准涉足特別場所)，皆是為達成行政目的的管理規則或行政內部的指令，不把牠視為行政處分，故不得對之提起行政訴訟。

¹⁰⁰ 憲法保障家長的教育權、教師的專業自主權及國家的學校高權，目的無非在保障學生的自我實現權與學習權。請參見許育典(1994)，《論國民教育基本權之法規範》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 161。

¹⁰¹ 如言論自由、集會結社自由、宗教自由等。

二、關於學生與私立大學間之法律關係

私立大學非屬公共營造物，其學生與大學間之關係，是否因之而與公立大學與學生之關係而有所區別？我國可從憲法、私立學校法及大法官之解釋三方面來看：

(一) 憲法

依憲法第 21 條規定：「人民有受國民教育之權利與義務。」第 159 條規定：「國民受教育之機會，一律平等。」第 162 條規定：「全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督。」由此看出，人民有平等利用國家監督下教育機會之權利。(陳敏，1998：197)

(二) 私立學校法

依私立學校法第 43 條規定：「私立學校經主管教育行政機關審核，符合設校標準，並已將捐助之財產交付及移轉為財團法人所有者，准予立案。」第 44 條規定：「私立學校經主管教育行政機關核准立案後，始得招生；其招生辦法及所、系、科、組、班級名額，應報經主管教育行政機關核定。」第 63 條規定：「私立學校向學生收取費用之項目、用途及數額，不得逾主管教育行政機關規定之範圍。」¹⁰²由此可看出，私立大學之立案係經教育主管機關核定，而所招收學生之學籍、收費等亦經主管機關所承認，因學籍之承認乃教育主管機關之公權力，故私立大學可視為受託行使公權力，私立大學學生其地位與公立大學學生相同，其對於憲法所賦予之基本權利自然不應有所差別。

(三) 大法官會議解釋

司法院大法官釋字第 382 號解釋說明書中表示「公立學校係各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位，而私立學校係依私立學校法經主管教育行政機關許可設立並製發印信授權使用，在實施教育之範圍內，有錄取學生、確定學籍、獎懲學生、核發畢業或學位證書等權限，係屬由在特定範圍內授與行使公權力之教育機構，於處理上述事項時，亦具有與機關相當之地位。是各級公私立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及損害其受教育之機會，此種處分應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分，並已對人民憲法上受教育之權利有重大影響。」

依本號解釋理由書之闡釋，在學生與大學間會發生法律關係的部分，諸如在實施教育之範圍內，學校錄取學生…等權限，大法官已經明示係屬於由法律在特定範圍內授與行使公權力，亦即係屬於公法關係，則學生與私立大學間之法律關係亦屬人民與國家間之一般權力關係，上述學生與公立大學間法律關係之論點，亦可適用至學生與私立大學之法律關係¹⁰³。換言之，不論從憲法、私立學校法或

¹⁰² 為使公私立大學規範一致，並配合私立學校法第 63 條規定，大學法於民國 92 年增訂第 27 條之一：「大學向學生收取費用之項目、用途及數額，不得逾教育部之規定。政府為協助學生就讀大學，得辦理學生就學貸款；其貸款條件、額度、項目、權利義務及其他應遵行事項之辦法，由教育部定之。」

¹⁰³ 惟如私立大學學生會辦理會長選舉，依新大學法的規範精神，教育部未必能行使對私校的公

實務上大法官之解釋，皆可看出在保障學生權益的觀點上，是無分公私立，亦即私立大學之學生在基本權利受到不法侵害¹⁰⁴時，亦可提起訴願及行政訴訟。

參、綜合論述

在學關係於我國憲法上的現代法治意義，乃體現在其作為一個「法律關係」上，此法律關係乃由憲法、教育基本法等相關的教育行政法規範，以及基於前兩者所頒佈的教育授權命令與教育行政規則所型塑，並受實質法治國原則的保障，而遂與過去特別權力關係意義下的在學關係劃清界線。依此法律關係規範參與其關係內之組成份子的權利與義務，而不再存在有所謂的特別權力關係；尤其是如何以學生的自我實現為教育之目的，從法律關係之相關基本權保障的規定上，理性地去調和在學關係內組成份子的利益衝突，將是我國未來教育發展能否成功的關鍵。（許育典，2001b：8-9）

因此，關於學生與公立大學間之法律關係，依前述可知，特別權力關係說之產生與存在，有其歷史上的發展原因與時代背景，然而在現代法治國精神以及基本權保障的理念下，實無法忍受竟然存有諸多闕漏，所謂的特別權力關係，在學理與實務的應用上顯得格格不入。因此，本文主張，特別權力關係說不應再繼續存在，學生與大學間之法律關係應回復到一般權力關係。在基本人權方面，於憲法明文平等地保障每個人的自由權利的框架下，應肯認學生在利用大學此一公共事業機構時，亦享有基本權利；在法律保留方面，我國憲法第23條已無例外地明文規定法律保留原則應適用於所有對人民之基本權限制，故不應再抱守傳統的特別權力關係理論，而應援引重要性理論對法律保留之運用加以具體化；在行政救濟方面，則應堅守有權利即有救濟之原則，讓所有權利受侵害之個人，都可利用行政爭訟途徑。惟我國在實務上，仍存有些許特別權力關係之特性在，僅在行政救濟途徑上有較長足的進步，仍有待全面性對基本權的加強保障。

至於學生與私立大學間的法律關係，本文認為，在會發生法律關係的部分，例如在實施教育之範圍內，在錄取學生、確定學籍、獎懲學生、核發畢業或學位證書等權限，大法官已經明示係屬於由法律在特定範圍內授與行使公權力，亦即屬於公法關係¹⁰⁵；則上述對於學生與公立大學間法律關係之論述，可同樣地適用到學生與私立大學之法律關係上，其理至明。

權力。

¹⁰⁴ 這些經由國家許可立案的私立學校，可解釋為透過國家之許可處分而委託其行使公權力，如果對權利的授予或剝奪(例如：對於考試及格與否的決定)作成高權措施(hoheitliche Maßnahmen)的決定，這些高權措施若對學生的基本權利有重大影響，是必須被視為行政處分的。請參見許育典(2002)，〈宗教自由 VS. 學術自由—以天主教大學憲章案為例〉，《教育研究月刊》，第88期，頁57。

¹⁰⁵ 李惠宗教授亦採此見解，氏認為公、私立學校之學生，只有在入學條件(包括學費)上有所差別而已，至於入學後所形成「在學關係」後，並無兩樣，皆屬公法關係。請參見李惠宗(2004)，〈三次翹課，死當！—不當聯結禁止原則在學業成績評量上的應用〉，《台灣本土法學雜誌》，第56期，頁152。

第七節 大學學生基本權利的保障

第一項 教育基本權之功能¹⁰⁶

基本權(Grundrecht)最初以天賦人權的姿態出現，其主要內容係以免於國家權力侵害之自由權為主，其後，基本權的理念遞變，即由最初基於自由主義，要求身體自由、言論自由等，以迄基於民主主義而要求國民有參政權，以至基於民生國或社會國原則而有向國家請求給付及提供設施之受益權。換言之，人民與國家間的關係由消極被動而轉為積極主動，基本權的內容亦由消極轉為積極。基本權或基本人權，在我國憲法僅泛稱「人民之權利」，其意義可以從法技術層面，也可以從功能方面加以界定，而在大家所公認的範圍內，基本權應可界定為「做為一個人及做為國民的一份子，為了活動所當然享有的基本權利之總稱」。(袁明格，1989：147)換言之，基本權係規範國家與人民間的基本規範，唯是否限於憲法上有明文規定的權利才是基本權，則尚不無爭執。

循此，我們可以歸納出基本(人)權的主要內容：一、人權保障之一般原則：平等原則、個人尊嚴人格之尊重原則、人權永不可侵原則。二、自由權：(一)精神自由：思想、良心自由、學問自由，信仰自由，言論、出版及其它表現自由，集會、結社自由；(二)人身自由：不受苦役與拘束之自由，刑事正當程序保障之自由；(三)經濟自由：居住、遷徙自由，職業選擇與營業自由，財產自由。三、社會權：生存權、環境權、學習權、工作權、勞工基本權。四、受益權：裁判請求權、國家賠償請求權、請願權、刑事補償請求權。五、參政權：公職之選舉、罷免權。(許慶雄，2000：38)

在基本權理論¹⁰⁷的架構上，基本權與基本權的保護法益(grundrechtliche geschützte Rechtsgüter)有所不同¹⁰⁸。基本權雖只有一個，但其保護法益可能

¹⁰⁶ 迄至目前為止，經大法官直接或間接承認或型塑出來的憲法基本權的功能，已經有消極要求國家不作為、不干預的防禦權功能；積極要求國家提供給付或服務的受益權功能；課予國家積極採取措施，以保護基本權免於受第三人侵害的保護義務功能；課予國家提供適當程序以落實或保護基本權的程序保障功能；以及課予國家提供適當制度保障，以幫助基本權之實現的制度保障功能等五種。請參見許宗力(2002)，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第2期，頁72。

¹⁰⁷ 本節所取之「基本權」是以德國理論為立論基礎，而不特別引用日本概念；此乃因二次戰後日本憲法學，在傳統上並沒有嚴格區別「人權」與「基本人權」的概念。例如蘆部信喜教授所言：「基本人權，又稱為人權或基本權，係用來統稱信教的自由、言論的自由、選擇職業的自由等等個別人權之用語。」長谷部恭男教授則指出：「所謂人權，係指人之所以為人，理所當然應當被承認的權利；且由於此等權利在社會生活中具有基本的重要性，所以亦可稱為基本人權或基本權。」請參見蕭淑芬(2002)，〈「國民權利」的概念——「人權」、「基本權」與「基本的人權」之意義〉，《月旦法學雜誌》，第91期，頁330-331。

¹⁰⁸ Vgl. Yue-dian Hsu, Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen Kulturstaat. Zum Grundrecht auf Bildung im Grundgesetz, Tübinger Schriften zum Staatsrecht und

有許多個。基本權的保護法益，是透過基本權的主觀法與客觀法功能，交織而成的基本權不同作用方式，所建構憲法上基本權最大可能實現的保護網，由此形成相關的法制基礎。(許育典，1999b：152-158；2000a：144-145；2002a：39)基本權基本保障顯示出許多與客觀基本權內容的相似性，如其特徵所顯示的，一些基本權不僅保障主觀權利，還有保障客觀制度¹⁰⁹。換言之，基本權利並不只是一種對抗國家權力點狀性侵略的主觀防禦權，而且還是整體法秩序中的客觀原則。(Degenhart, Christoph著、林明昕譯，2003：68)

基本權的保護法益，也可說是基本權的構成要件，其在主、客觀與保障功能上，均有相當重要的規範。以下將針對教育基本權之主、客觀功能¹¹⁰，以及憲法之基本權保障功能分別做說明：

壹、教育基本權之主觀權利功能(die subjektiv-rechtliche Funktion)

一、防禦權功能

稱基本權具有防禦權(Abwehrrechte)功能，指基本權賦予人民一種法的地位，於國家侵犯其受基本權所保護的法益時，得直接根據基本權規定，請求國家停止其侵害；藉以達到防衛受基本權保護的法益，使免於遭受國家恣意干預的目的。故防禦權功能亦稱為侵害停止請求權的功能，這種侵害停止請求權功能，反射到國家的一方，國家即負有停止侵害的不作為義務；所謂請求停止侵害，更確切說，指要求宣告侵害基本權利的法律或命令違憲、無效，或要求廢棄侵害基本權利的行政處分與司法裁判，或要求停止任何其他侵害基本權的國家行為。任何基本權利，無論其保護的法益是什麼，都具有這種最起碼的防禦權功能。迄目前為止，大法官有關基本權的解釋，絕大部分涉及的都是基本權的防禦權功能。(許宗力，2002：72)學術自由作為基本權利，亦具有此種功能，它所要防禦者乃是國家公權力對於學術自由之侵害(Beeinträchtigung)；(康育斌，2003：46-47)因此，在大學中任何藉由組織上之措施，而對於學術自由分享與保護之拒絕，都可能被視為是一種基本權利之干預¹¹¹。

Verwaltungsrecht 54. Band, Berlin 2000, S. 110 f. 轉引自許育典(2004)，〈學習自由VS. 學習權/受教育權—從學術自由評大法官釋字第563號解釋〉，《成大法學》，第7期，頁49。

¹⁰⁹ Vgl. Pieroth / Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2002, Rn. 70. 轉引自Jarass, Hans D. 著，陳慈陽譯(2003)，〈基本權作為防衛權及客觀原則規範〉，《月旦法學雜誌》，第98期，頁33。

¹¹⁰ 關於這部分的內容，請參見吳文城(2000)，〈論我國之程序基本權及其所形成之程序保障體系〉，國防管理學院法律學研究所碩士論文，頁5-9；李晉梅(2003)，〈家長參與教育權之研究〉，國立政治大學法律學研究所學士後法學組碩士論文，頁28-36；林孟皇(2000)，〈家長之公立學校選擇權〉，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁120-131；莊繡霞(1996)，〈論學生基本權之保障—若干教育法制之憲法問題〉，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁29-30；曾大千(2003)，同前揭文，頁42-54。

¹¹¹ Vgl. Pernice, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 1996, Art. 5 III Rn. 32. 轉引自康育斌(2003)，〈公立大學法人化之再思考〉，國立中正大學法律學研究所碩士

二、給付功能

基本權的給付(Leistungen)功能亦稱給付請求權(Leistungsrechte)功能，又稱為受益權功能¹¹²，指基本權主體得直接根據基本權規定，請求國家提供財物性(社會扶助、優惠貸款)、實物性(房屋、工作場所)或勞務性(社會保險)的支援。人民既具有請求提供給付的權利，相對地，國家即負有提供的義務¹¹³。由於國家提供財物等給付，涉及國家財政的支出¹¹⁴；因此，學說在討論基本權的給付功能時，都區分為「分享權」(Teilhaberecht)與「給付請求權」(Leistungsrecht)兩種概念。前者是指人民請求使用國家現有設備或資源，後者則指人民請求國家應為積極創設性的給付¹¹⁵，關於分享權部分，學者都抱持肯定的意見。給付請求權則因事涉國家財政能力及資源分配的政治考量，除非是屬於人性尊嚴最低生存條件所需的給付，得承認人民有給付的請求權，不然如何提供給付是立法者的形成自由範疇，人民不得以國家未提供給付，使其權利遭受侵害為理由，向司法機關請求權利救濟。(許宗力，1999a：161-162)德國聯邦憲法法院在「大學特定學系入學許可名額限制」的判決中，已表達出類似的看法¹¹⁶。正因為基本權給付功能的不完整性，所以有學者將其列為基本權的客觀規範功能面向討論；(陳愛娥，1999：9-10)而包括像釋字第368號解釋、釋字第485號解釋，均是受益權功能最好的例證。另學術自由基本權之給付請求功能可分為講學自由與研究自由兩方面來論述，在講學自由上，國家或大學應提供個別講學者資源以利講學，因此講學自由在此表現為給付請求權之一種¹¹⁷。而在研究自由方面，學術自由基本權之給付請求功能則為提供研究者研究經費之補助、研究設備、圖書等等資源，因為如果欠缺這些外在物資之幫助，則研究自由將喪失殆盡(leerlaufenen)¹¹⁸。

貳、教育基本權之客觀規範功能(die objektiv-rechtliche Funktion)

一、保護義務功能

基本權利之保護義務(Schutzpflichten)¹¹⁹，依判例及學說之見解，係指國

論文，頁47。

¹¹² 理論上，像教育權這種在制憲理由中被制憲者明白表示係為保障無產階級而設的基本權利，應具有受益權的功能。請參見許宗力(2002)，同前揭文，頁73。

¹¹³ 如憲法第16條訴訟權，即屬司法上之受益權。

¹¹⁴ 財政經濟上的能力，乃國家從事社會任務的界限之一。請參見陳愛娥(1997)，〈自由、平等、博愛—社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《台大法學論叢》，第26卷第2期，頁135。

¹¹⁵ 如憲法第21、159條，就教育權利的分享權功能而言，人民本應平等享有現有教育設施的入學請求權。

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 33, 303, 33 Off. 轉引自司法週刊社(1992)，《德國聯邦憲法法院裁判選輯(二)》，司法院，頁94-96。

¹¹⁷ Vgl. Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 2. Aufl, 1986, Rn. 67. 轉引自康育斌(2003)，同前揭文，頁47。

¹¹⁸ Vgl. Thieme, aaO. Rn. 73. 轉引自康育斌(2003)，同前揭文，頁48。

¹¹⁹ 此理論認為，基本權並非只是排除國家干涉之自由，亦應包括要求國家保護之權利(保護權)。

家負有保護其國民之法益及憲法上所承認之制度的義務，特別是指國家負有保護國民之生命和健康、自由及財產等之義務，以免遭受來自第三人的侵害¹²⁰。保護義務之表現形態，乃德國聯邦各邦之立法者負有制定規範之任務，行政權負有執行保護性法律(包括行政裁量權)之義務，憲法法院以保護義務為標準，審查立法者及行政權之相關作為及不作為，普通法院以保護義務為準則，審理民事案件，並作成裁判¹²¹。既明言保護是人民的「權利」，很難想像不具絲毫權利成分，而只單純課予國家義務的基本權功能有存在空間¹²²。如憲法第 23 條就已授權國家「為防止妨礙他人自由」，得於必要範圍內以法律限制人民的自由權利。以基本權利(grundrecht)作為保護義務之形容詞，其目的在使保護義務與基本權利之間，存有一定之關連。我國大法官承認基本權保護義務功能，發軔於釋字 364 號解釋，而代表作則是釋字第 400 號解釋、釋字第 445 號解釋。

二、組織與程序保障功能

在給付行政盛行的現代國家中，國家的機能日益龐大，人民仰賴政府提供給付的依存度日益升高，在「無給付行政，即無現代社會生活」的情況下，國家必須承擔分配與給付的任務。但在法規範充斥著不確定法律概念與行政裁量的規定時，「程序導向的控制」才能落實基本權的保障。基本權的組織與程序保障(Organisations und Verfahrensgarantien)功能，即在要求國家應提供適宜的組織與程序，以落實基本權的保障(如學校教育事務)。過去司法院大法官在相關解釋¹²³中，並未明文肯認基本權的程序保障功能，直到釋字第 488 號解釋，才明

請參見初宿正典著、蕭淑芬譯(2003)，〈人權保障理論之新展開—以基本權私人間適用的問題為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 98 期，頁 48。

¹²⁰ 若專就教育基本權的保護義務功能而言，憲法第 162 條規定「全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督。」即可視為國家為防止人民教育權利遭受第三人不法侵害所為之基本規範。

¹²¹ Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 410; Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987, S. 125; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Bd. III/1, 1988, S. 950; Johannes Dietlein, *Die Lehre v. den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1992, S. 70 ff. 轉引自李建良譯(1997)，〈基本權利之保護義務〉，《政大法學評論》，第 58 期，頁 34。

¹²² 在德國則有單純課予國家義務，但無人民權利相對應的基本權功能存在之可能，因德文基本權利Grundrecht中的權利Recht一詞，不僅可解為「權利」，也可解為單純的「法」，所以德國人提到Recht一詞，都還須分辨究竟係指可以請求的「主觀」的權利，或是不能請求，只單純課予國家義務的「客觀」的法。也因此之故，當德國聯邦憲法法院發展出基本權的保護義務功能時，是否亦應同時承認人民有保護請求權，就引發爭議。學者陳愛娥基本上從德國一般通說，認為在我國依然有不具權利成分，而只單純課予國家義務的基本權功能存在的空間。請參見陳愛娥(2000)，〈基本權作為客觀法規範—以組織與程序保障功能為例，檢討其衍生的問題〉，《憲法解釋之理論與實務第二輯》，中央研究院，頁 235 以下。

¹²³ 從過去曾明白提及「正當法律程序」的釋字第 384、392、396、418、436、446 等號解釋觀之，發現都是涉及憲法第 8 條與第 16 條等所謂「程序基本權」。請參見許宗力(1999)，〈基本權程序

文承認從每個基本權利可以導出程序保障功能¹²⁴。(許宗力, 1999b: 154-155)明示程序保障功能的解釋文, 包括釋字第 364 號解釋、釋字第 380 號解釋、釋字第 450 號解釋, 其中釋字第 364 號解釋乃首次出現本概念, 而對教育法制影響深遠者, 則無疑是釋字第 380 號解釋、釋字第 450 號解釋; 另如新大學法第 15 條、第 33 條, 在落實學生參與學校組織與程序, 亦是保障其基本權。

三、制度性保障功能

關於基本權的制度性保障(institutionelle Garantie)功能, 無論在德國或我國都有概念模糊不清的現象。「制度性保障」概念提出的最初目的, 在於限制立法者的權限, 藉以彌補彼時基本權利僅具「綱領性質」的缺點。戰後基本權利理論改變, 基本權利被認為具有直接拘束國家權力的規範效力, 具有主觀權利與客觀規範的功能。在此一轉變下, 制度性保障觀念被重新理解為基本權利的客觀規範功能之一, 認為國家必須建立某些「法制度」, 以確保基本權利的實現。(李建良, 1996: 273-276)制度性保障功能要求國家必須建立某些制度的主張, 很容易與基本權的組織與程序保障功能產生混淆。揭櫫制度性保障功能的解釋文, 像釋字第 368 號解釋、釋字第 380 號解釋、釋字第 483 號解釋, 其中釋字第 368 號解釋乃最早出現本字詞, 而影響學術自由深具啟迪意義者, 則當然非釋字第 380 號解釋莫屬。

參、憲法之基本權保障功能

節制國家權力¹²⁵以避免人民權利受到國家高權行使者不當之侵害, 乃是憲法所具有的作用之一, 同時也是制憲之最原始目的¹²⁶。惟就基本權之本質及其表現形態而言, 並非所有的基本權僅單靠消極地防禦國家高權侵害之方式即可獲得實現。相反地, 例如權利救濟、政治參與以及教育等相關權利若無國家透過法制積極建構則無以實現。此外, 人民權利之侵害並非僅可能來自國家高權, 甚至亦可能來自其它基本權主體; 因此如何建構一個基本權免於受侵害¹²⁷以及調和基本權

保障功能的最新發展—評司法院釋字第四八八號解釋〉,《月旦法學雜誌》, 第 54 期, 頁 154。

¹²⁴ 由法治國原則追求程序正義目的中, 亦不難推出程序基本權(Prozessgrundrecht), 包括訴訟程序、行政程序及其他公權力行使應合乎正當法律程序。請參見李震山(2002),〈論憲法未列舉之自由權利之保障—司法院大法官相關解釋之評析〉,《憲法解釋之理論與實務(第三輯)》, 中央研究院, 頁 383。

¹²⁵ 德國基本法第 1 條第 3 項規定, 基本權拘束行政、立法與司法。請參見 von Scholler, Heinrich 著、陳春生譯(2002),〈人權之變遷(Der Wandel der Menschenrechte)〉,《月旦法學雜誌》, 第 80 期, 頁 145。

¹²⁶ 學者將以此為目的的憲法稱之為「自由主義的憲法概念」(das Bild der liberalen Verfassung); Vgl. Maunz / Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl. 1998, S. 32. 轉引自陳慈陽、王毓正(2003), 同前揭文, 頁 14。另我國憲法在制定「基本權利」之目的亦是以此為準則; 請參見陳新民(1999),《憲法基本權利之基本理論(下冊)》, 元照, 頁 127。

¹²⁷ 基本權之規範於事前已預留直接適用憲法之空間, 或制定法已具體地實現憲法上基本權之規定等情形外, 憲法與社會生活各層面所產生的問題(基本權之侵害行為)。此一問題, 在德國向來

彼此間衝突並促進其具體實現之法律秩序，實為憲法對於國家所託付之任務¹²⁸。基本權保障除可透過作為主觀公權利之作用外，就基本權保障之整體觀之，亦蘊涵著一個客觀價值秩序。即整體之基本權作為一種拘束國家高權乃至人民權利之行使的「價值體系」或「價值標準」¹²⁹。因此，並非僅僅是基本權利之規定方具有權利保障功能，而是憲法整體之目的即為人民權利之保障。

我國憲法上學術自由的保障，乃體現如下：在主觀法面向的防禦權功能上，型塑研究自由、講學自由與學習自由的保護法益；在客觀法面向上，一方面由客觀價值秩序功能，型塑文化國的學術促進義務保護法益，另一方面從制度性保障功能，型塑大學自治或學術自治的保護法益。而這些主客觀法面向的作用方式，所型塑的學術自由的保護法益¹³⁰，就是大學法制的建構基礎。（許育典，2004a：56）

第二項 大學生基本權利的行使

壹、權利主體的行為能力

在我國現行法秩序下，權利主體之「權利擁有」與「權利獨自行使」原則上係分屬兩個不同之法律機制。例如在民法領域，即相對應地建構有「權利能力」與「行為能力」兩種概念迥異之機制。而「基本權行為能力」（Grundrechtsmündigkeit）亦被稱為「基本行為能力」，係一援引自民法上行為能力用語之概念¹³¹。據此，學說上一般將其理解為「基本權主體得以掌控並承受其

稱為「基本權的第三人效力」（Drittwirkung）的問題，受到廣泛討論；本文限於篇幅不另闡述，請自行參見陳新民（1999），同前揭書（下冊），頁 57-138。而同一問題在日本，因受美國憲法學之影響，反而是以「私人間人權效力」為議題進行討論；請參見初宿正典著、蕭淑芬譯（2003），同前揭文，頁 44。

¹²⁸ 基本權利之規定，是一種「價值理念」（Wertidee），欲創造出一個「價值的秩序」（Wertordnung），因而，基本權利，雖仍不免是「免於國家權力侵害」的「消極權利」（status negativus），但是，國家權力應該積極的「維護」之，是現代法治國家之特色。請參見陳新民（1999），同前揭書（下冊），頁 134-135。

¹²⁹ Vgl. Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechts-prechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1985, S. 363 ff. 轉引自陳慈陽、王毓正（2003），同前揭文，頁 14-15。

¹³⁰ 這裡所產生的是基本權衝突的問題，即不同基本權主體的基本權保護法益，例如在釋字第 563 號解釋「資格考不過被退學案」的相互對立衝突。對於基本權衝突的問題，德國聯邦憲法法院（BVerfGE 32, 98, 107 f. ; 33, 52, 71.）比較是透過利益衡量原則（Grundsatz der Güterabwägung），來加以解決。也就是說，在具體的爭議個案中，考慮基本權保護法益及其他基本權的交互影響，而進一步作利益衡量，看看哪一個在憲法價值體系上比較值得保護。請參見許育典（2004），同前揭文，頁 78。

¹³¹ 從我國民法的角度來看，大學生剛好處於民法第 13 條限制行為能力人（未滿 20 歲）以及民法第 12 條完全行為能力人（滿 20 歲以上）這兩個階段；限制行為能力人雖受限於法定代理人（如民

所為基本權行為效果及影響範圍之能力」。是以基本權行為能力是從基本權主體得否「獨自行使」(eigenständig ausüben)基本權之面向加以觀察，為基本權行使之一種特別限制要件。(詹鎮榮，2004：10)

不同之基本權皆有其各自之基本權本質與核心內涵，而基本權侵害合憲性之審查，不僅須顧及形式與實質之憲法正當化要件之要求，同時亦必須對於個別基本權之本質與核心內涵予以考量。(陳慈陽、王毓正，2003：23)依基本權之保障內涵，並非皆須經由基本權主體之積極行使行為，始得獲得實現。惟基本權行為能力在一般基本權理論上，是否應予肯定，學說見解未盡一致。對此，本文同意詹鎮榮(2004：11)的看法，認為基本權主體只要對於所欲行使之基本權有事實上之認知，並具有行使之才智能力者，則對其獨自行使基本權且值得受到保障而言，即為已足。反之，基本權主體是否進一步對於基本權之規範意義及其行使之法律結果得加以掌控與承擔，則在所不問。

大學生基本權利牽涉到何時起可獨立提起訴訟之問題？本文認為，在訴訟法上，當事人能力之有無，原則上以權利能力之有無為準，凡有權利能力者，均有當事人能力，否則便失其保護權利之道。學生既享有基本權利能力，則其當然具有訴訟當事人能力，凡能獨立以法律行為負義務之人，即能辨識利害得失之人，亦即具有訴訟行為之能力。我國之行政訴訟法上雖未明文規定訴訟能力，但民事訴訟法上則規定能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力(民事訴訟法第45條參照)，學說上以民法上之已成年具備行為能力者為能獨立以法律行為負義務者，亦即以具備民法上之行為能力為訴訟能力，在行政訴訟上亦可類推用之。關於訴訟之法定代理，依民法及其他法令之規定(民事訴訟法第47條參照)，父母為其未成年子女之法定代理人(民法第1086條參照)，因此在大學生未成年前，原則上由父母出任學生在行政訴訟上之訴訟代理人。(莊繡霞，1996：32)

貳、大學生的基本權利的展現

由於學校教育是屬於行政權的一環，自然應受基本權利的拘束。(林孟皇，2004a：2)大學生到底擁有那些基本權利的保障(Die Gewährleistung der Grundrechte)？本文認為，可以從法制與內容兩面向做歸納分析：

一、法制面向

(一)關於大學生可享的憲法上權利，可歸納為平等權(憲法第7條、第159條參照)、自由權(憲法第8條至第14條參照)、社會權(憲法第15條、第21條參照)、及受益權(憲法第16條、第161條參照)，憲法增修文第10條(保護條項)第6項(性別)、第7項(身障者)、第11項與第12項(原住民)。

(二)司法院大法官會議解釋中的相關解釋，與大學生權利直接有關的如：釋字第380解釋、釋字第382解釋、釋字第563解釋，間接影響之釋憲文則更多¹³²。

(三)教育基本法中的相關條文規定：第2條第1項、第4條、第7條、第8條第

法第77-79條)，惟在基本權主體獨自行使的概念下，涉及像學生申訴權利之救濟，應不因年齡而受影響。

¹³² 請參考本文第二章中之相關大法官會議解釋文，茲不另述。

2 項、第 15 條。

(四)新大學法第 5 條、第 9 條、第 15 條、第 23 條至第 35 條等具體規定。

(五)其它相關法律部分條文規定：如中央法規標準法，訴願法，行政訴訟法，行政程序法，民法，民事訴訟法，刑法，刑事訴訟法，學位授予法，私立學校法，專科學校法，補習及進修教育法，消費者保護法，著作權法，電腦處理個人資料保護法，身心障礙者保護法，原住民族教育法，性別平等教育法，性侵害犯罪防治法，性騷擾防治法，公職人員選舉罷免法…等。

(六)行政法院與普通法院之判決、裁定。

(七)行政機關的法規命令：如教育部之行政命令(大學及分部設立標準、校園性侵害及性騷擾防治準則、大學暨專科學校學生申訴案件處理原則…等)。

(八)校規的規定：如各校之學則，學生獎懲辦法，學生申訴評議委員會設置辦法，性別平等教育委員會設置辦法，校園性侵害或性騷擾處理與防治實施要點…等。

二、內容面向

從高等教育學生權利的實務內容來看，大學生的基本權利，在實體部分包括：學習自由與受教權，學生自治與學生參與，表現自由與宗教信仰自由，性別、種族、身障之平等保護，校園搜索與隱私權保護，學生消費者保護權益，性騷擾、性侵害防治，其它相關學生權利(學生財務上之獲益與補助、學生健康權、學生參政權)等；而在程序部分，則為校園學生司法事務的權利保障，包括：懲戒處分，退學處分，申訴制度的規範與救濟等。

第八節 小結

本章的主題為「高等教育學生權利的理論基礎」，共分為七節闡述：

第一節 大學學生權利的實質意涵—權利乃受法律保護，得享特定利益之法律實力，權利的具體內涵與合理限制，多半經由法律程序予以保障與實施；也就是透過法律的形式及力量，保障個人所應得，以維持人之所以為人的尊嚴與價值，而且不論權利擁有者是否能行使某特定權利，任何人都不應予以剝奪。而學生權利，係指學生可以向國家或是學校所主張憲法或法律上所保障的權利，其不只是一種表徵，而是在憲法或相關法令上可以具體請求的權利，學生既然為人民概念下所包含，故本身為憲法上所保障基本權利的主體，殆無疑義；大學生之憲法上權利，雖與一般人並無不同，但是基於其學生身分，其應享之權利與應盡之義務，在法律上仍須予以特別的保障和限制。

第二節 傳統的特別權力關係說—「特別權力關係說」源自德國，其乃有別於居於人民之地位服從國家或地方自治團體的一般統治權所成立的「一般權力關係」而言，因公法上特別之原因(法律之規定或當事人之同意)，而服從統治主體之特別統治權所成立之法律關係；進一步言之，特別權力關係之理論，無非在於加強行政主體的優越地位，並排除司法的審查。依我國學者通說，特別權力關係具有下列五項特徵：當事人之不平等性、義務之不確定性、可以制定特別規則、對於違反特別權力之義務者可加以處罰、不得提起爭訟。

第三節 特別權力關係說的修正—德日學說的發展趨勢：對於人民基本權利之限制，無論在一般權力關係，抑或特別權力關係，均須有法律之依據，始得為之，不得逾越「依該特別權力關係成立之目的與性質可認為必要而合理的範圍」而為限制；基礎關係皆可請求救濟，經營關係則僅限逾越裁量範圍或濫用裁量時，始受法院保護。德、日兩國學說的修正，均包括肯定說、否定說與折衷說等三說，其中以德國學者 Ule 將特別權力關係區分為「基礎關係」及「經營關係」的二分法理論最具代表性。而我國近年來對特別權力關係之修正，學者間提出之理論亦頗多，各有特色。

第四節 重要性理論的建立—德國的「重要性理論」揭櫫，只要是涉及國家事務的重要事項，不論是干預行政，抑或給付行政，就必需由立法者以立法方式來限制，不可讓諸行政權力自行決定；依此，於教育行政領域，哪些事務應有法律依據，均視其對基本權利的實現是否重要判斷之，而以干預與給付的區分作為判斷標準的傳統見解則遭到揚棄。關於重要與否之衡量，則法院及行政法院需視個案而定，其中包括有關強迫學生退學之條件等及其它屬於重要性事項，均應以法律定之。我國釋字第 380 號解釋文中提到：大學自治權之範圍，應包含直接涉及研究與教學之學術「重要」事項，本號解釋已就大學教育在學關係的相關「重要」事項，揭示其「法律保留」的精神，而確立(教育)行政機關不得在法律未授權下侵犯人民(學生)的基本權利。

第五節 從部分社會理論到在學契約關係說的確認—日本「部分社會」的概念內容蘊涵兩項基本認知：「部分」寓有整體社會的一部分之意，學校基於部分社會性質所制定之校規，自然不能自外於整體社會之基本規律，「社會」指其內部運作除應自成體系外，亦須反應整體社會之法治現實，由於部分社會乃是具體而微的整體社會，因此必須在內部運作之形式與實質上，充分反應整體社會法治發展的現實情況；換言之，既有「部分社會」與「特別權力」相關概念內涵，充其量僅應被視為達成學校教育目的之工具。而「在學契約關係說」則指，在學關係之成立乃基於學校和學生相互間意思表示之一致，契約一旦成立，則在學關係即受契約條款所規範；因此，在學理上，學校制定校規規範學生行為之權源是基於學生對在學契約條款之合意，學生若違反校規，學校則可依校規之規定發動懲戒權，此說現為日本之有力說。

第六節 學生與大學間的在學關係—隨著民主法治理念之深化，校規的觀念，必須從 rule by law 轉向 rule of law 的法治觀，如新大學法第 15 條、第 33 條直接賦予學生代表參與校務會議暨出席與其學業、生活及訂定獎懲有關規章之會議，使學生對於攸關自身利害之事務，均能擁有充分的資訊權與適當的發言權，以確實保障學生學習權益並增進教育上之效果。在學關係於我國憲法上的現代法治意義，乃體現在其作為一個「法律關係」上，此法律關係乃由憲法、教育基本法等相關的教育行政法規範，以及基於前兩者所頒佈的教育授權命令與教育行政規則所型塑，並受實質法治國原則的保障，而遂與過去特別權力關係意義下的在學關係劃清界線。

第七節 大學學生基本權利的保障—教育基本權之功能包括：主觀權利功能（防禦權功能、給付功能）與客觀規範功能（保護義務功能、組織與程序保障功能、制度性保障功能），我國憲法上學術自由的保障，體現在此兩大功能，此亦是大學法制的建構基礎。而大學生基本權利的行使，乃指基本權主體得以掌控並承受其所為基本權行為效果及影響範圍之能力，由於學校教育是屬於行政權的一環，自然應受基本權利的拘束，又大學生的基本權利則可從法制與內容兩面向做歸納剖析。