

## 第二章 高等教育法制的理念與原則

大學法第1條第1項規定：「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。」而同條第2項復規定：「大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。」由於大學自治已成為我國大學行政上之共識，所以國家權力之介入大學行政，經常僅限於一定範圍架構<sup>1</sup>之建立，在法律保留方面，國家權力甚難完整地架構全體細緻之大學秩序；對此，國家權力仍必須循求其它模式來規律其管制措施，以保障可能受大學行政侵害之主體者權利，此種模式<sup>2</sup>在德國稱之為「合作模式」(Kooperationsstruktur)<sup>3</sup>。大學法及大學內規(校規)應建立符合「合作模式」之機制，發展合理的大學法制，以達大學自治與法治國原則之要求。

據此，不但「法律層次」<sup>4</sup>上，大學相關之學生法律制度必須符合上開精神，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

---

<sup>1</sup> 德國學者Alexy, R. 稱此為框架秩序(Rahmenordnung)，依其看法，所謂「框架」(Rahmen)可定義為憲法所確定禁止或確定命令之事項，凡是憲法既未明確命令亦未確定禁止者，即屬框架內之事項。基本權規範做為框架秩序(Rahmenordnung)，僅僅規定了立法活動的外圍界限，釋憲的目的僅在於確定此一框架之界限，至於在框架內要採取何種手段來實現基本權，乃至基本權相對於其它憲法原則其實現之先後次序為何，則屬於立法者政策決定的範圍，而非憲法所能預先規定，這種論點可稱之為基本權的「框架理論」。請參見王鵬翔(2005)，〈論基本權的規範結構〉，《臺大法學論叢》，第34卷第2期，頁48-49。

<sup>2</sup> 模式(德語struktur)一詞在英語應等同於structure(結構)之意。

<sup>3</sup> 所謂「合作模式」(Kooperationsstruktur)係指先由國家建立基本法律秩序之框架，再與大學以及其他學術研究機關合作，針對各種形形色色的教學研究需要，授權由其填補其他具體細緻之要件、程序與其他規律內容，一方面可以確保學術自由的基本要求，且能兼顧法律框架秩序的建立。蓋如不採取合作原則，一味單方由國家對大學行政加以嚴密規範，不僅事實上無法促進學術之發展，更會引起大學及其他學術機構的激烈反彈，進而影響到整個現代社會的基盤。請參見林明鏘(2001)，〈大學自治與法律保留—評台北高等行政法院八十九年度訴字第一八三三號判決(世新大學二一退學處分案)〉，《月旦法學雜誌》，第77期，頁168。

<sup>4</sup> 在學理上，常見將法律分為「形式意義之法律」(Gesetz im formellen Sinn)與「實質意義之法律」(Gesetz im materiellen Sinn)二種，前者專指立法機關依法定立法程序所通過的法律，至於其內容是否直接對於人民課予義務或賦予權利，則在所不問。後者泛指所有具有抽象且一般性之法規範，不以國會所通過的法律為限，例如法規命令或自治規章。這兩者並非在同一基礎要素之下所作的概念切分，而是出於不同的觀察角度與注目焦點，前者集中在法律的「形式」，後者側重於法律的「內容」。請參見李建良(2004)，〈行政法的法源、規範及其位階(上)〉，《月旦法學教室》，第24期，頁39。

建構「校規層次」之學生法制<sup>5</sup>。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)。學生是校園的主體之一，強化學生在大學的法律地位，提昇共享學術自由的權利，才是大學法制與實際運作的應有的興革方向。

由於法治國原則為一憲法位階之原則，因此，它所蘊含的次原則在教育法制中當然亦有其適用<sup>6</sup>，因為憲法的作用與拘束力及於所有公權力運作之領域。(顏厥安、周志宏、李建良，1996：17、23)循此，本章所探討之高等教育法制的理念與原則，即是從德國(大陸法系)法治國的法治原則<sup>7</sup>中，擷取其中之依法行政原則(法律優位原則與法律保留原則)、法的安定性原則(法律明確性原則與信賴保護原則)、比例原則、平等原則，以及其它關連原則(憲法拘束原則、公益原則、誠信原則、權利救濟原則)，再加上美國(英美法系)之正當法律程序原則，運用在我國高教法制(包括憲法、司法院大法官會議解釋、行政程序法<sup>8</sup>、大學法等高等教育法律規範)的概念與分析，釐清問題並深入探討，期能為我國高教法制型塑合適之理念與原則。

---

<sup>5</sup> 依據合作原則，由各大學基於自律所發布之種種「校規」，即可作為國家規律之「準備措施」，形成「準」法律規範，以填補框架內之法律秩序。

<sup>6</sup> Dworkin, R. 主張法律體系不僅由規則構成，法律體系還包含另一種與規則在適用上具有邏輯差異性的規範，此即原則；Alexy, R. 則認為法律原則不只是法律秩序的中心原則或是其深層結構，而且還具有某種規範邏輯上的意義，「原則」是法律規範的一種結構特徵。請參見張嘉尹(2002)，〈法律原則、法律體系與法概念論—Robert Alexy法律原則理論初探〉，《輔仁法學》，第24期，頁8、10；陳顯武(2005)，〈論法學上規則與原則之區分—由非單調邏輯之觀點出發〉，《臺大法學論叢》，第34卷第1期，頁3-18；王鵬翔(2005)，同前揭文，頁1-28。

<sup>7</sup> 然一如法治國意涵之難以界定，關於法治原則的具體內涵，學說上之見解亦屬繽紛雜陳。請參見吳信華(1999)，〈法治國家原則(一)—概說〉，《月旦法學雜誌》，第46期，頁6-7；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16-22。

<sup>8</sup> 行政程序法第3條第3項第4款提到「學校…為達成教育目的之內部程序」不適用本法程序規定，其乃指為「達成教育目的」變通「內部措施」界限。按釋字第382號解釋，凡「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」的措施均為「行政處分」，得為訴願及行政訴訟之標的，自應認為係「外部措施」，仍應踐行本法有關之程序；其它管理措施概為「內部措施」，例如：課業輔導、成績評量及維持紀律之合理措施(如記過、警告、留校察看)等。請參見湯德宗(2000)，〈論行政程序法的適用〉，《月旦法學雜誌》，第59期，頁164-165；吳庚(1999)，《行政法上之理論與實用》，作者，頁504。

## 第一節 高等教育法制的理念

### 第一項 法制的概念

法律<sup>9</sup>制度<sup>10</sup>，簡稱法制(Legal System)，乃統治國家一切行為之總稱；易言之，即指國家權力活動之整體規範。由動態觀察，係指一國政府依法律制度治事之根據；由靜態觀察，乃指法律之形式、編制，所採取之主義和思想，以及法院結構與訴訟制度之總稱而言。(劉清波，1989：3)我國禮記月令篇載：「命有司，修法制，繕囹圄，具桎梏。」由此可見，法制為達成目的之一種手段。(劉清波，1985：5)循此，法制雖指依法所建立的規章、制度，但這些規章、制度不見得是源於人權保障，法治社會一定會建立法制無庸置疑，但人治社會<sup>11</sup>較有管理制度的，一樣會是個法制社會，因此，法治<sup>12</sup>的意涵較法制意涵範圍廣大。

美國Holmes, O. W.大法官早在1880年就指出：「法律的生命不是邏輯<sup>13</sup>，而是經驗。」(Turow著、傅士哲譯，2000：12)德國法哲學家Habermas, J. (童世駿譯，2003：134)亦認為：「法(Recht)的特有功能是穩定行為期待，只要我們從這個方面來考察法，它就表現為一個權利(Rechten)的體系。這些權利要能夠生效和實施，只有通過那些做出對集體有約束力的決定的組織。反過來說，這些決定的集體約束力，又來源於它們所具有的法律形式。」法秩序是一種在社會共同體中由人的實然需求所型塑的應然規範<sup>14</sup>。而在社會的共同生活<sup>15</sup>中，人的自我

---

<sup>9</sup> 現代的觀念認為，法律者，乃由國家依一定之程序制定，以維持社會秩序、保障公眾利益為目的，透過國家公權力強制實行之社會生活規範；請參見林金朝(1998)，〈從法學觀點探討公民對法律應有的認識與素養〉，《師大公民訓育學報》，第7輯，頁155。另我國法學者林紀東綜合各種說法，將「法律」定義為：「是社會生活上人和人間關係的規律，以正義為其存在之基礎，以國家之強制力為其實施的手段。」請參見林紀東(1996)，《法學緒論》，五南，頁2-4。

<sup>10</sup> 所謂「制度」，從法學角度或可說明為「規範之複合體」，即多數法規範之集合。請參見陳春生(2003)，〈行政法學的未來發展與行政程序法〉，《月旦法學雜誌》，第100期，頁190。

<sup>11</sup> 如中共之「社會主義法制」。

<sup>12</sup> 法治除了像法制一樣會建立規章、制度外，這些規章、制度的建立是源於人權的保障，所以法治除了涵括法制的意涵外，更重要的是兼攝有「保障人權」、「權利救濟」、「符合比例原則」、「依法行政」、「明確原則」等等相關意涵。

<sup>13</sup> Holmes大法官所要傳達的意念是：「邏輯並非主導判決的因素，自然也不是法律生命之所繫。」因此，法學教育不能只是訓練學生的法律技巧，它還必須培養學生的價值觀。眾所周知，法律的目的是實現公平正義，但如果一個法律人沒有正義感，無論他的法律技巧如何出類拔萃，又如何期望他能實現公平正義呢？請參見Turow著、傅士哲譯(2000)，《哈佛新鮮人——我在法學院的故事》，先覺，頁12-13。

<sup>14</sup> Vgl. Günter Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79 (1953 / 54), S. 72. 轉引自許育典(2002)，《法治國與教育行政——以人的自我實現為核心的教育法》，高等教育，頁27。

實現<sup>16</sup>乃是本能的需求動機。在社會中，人的生活關係的準則或秩序應探求人的本能需求動機。人的實然需求與法秩序的應然規範的這種互動供需本質，呈現出法秩序的應然規範<sup>17</sup>乃是為了人的實然需求而存在；也就是說，法秩序是以人在社會的自我實現為目的所形成的規範文化<sup>18</sup>。(許育典，2000a：134；2002a：27)

根據德國社會學家Weber, M. (1954：63；1978：657)的觀點，法可以是合理的(rational)，也可以是非合理的(irrational)，法律取向可以是形式的(formal)，也可以是實質性的(substantive)<sup>19</sup>。合理性的法應達到這樣的程度：法律的實施由一般規則來支配，而不是由對個別案件的主觀反應(如經驗主義的法律裁決)，或者由聖諭或神裁法等非合理性方法來支配。「實質地合理的」(substantively rational)法律，是由法律本身以外的意識形態系統決定的一般規則所支配，例如，倫理、宗教、政治的價值觀。「形式地合理的」(formally rational)法律，也由一般規則支配，「但在實質問題和程序問題中，只考慮案件

---

<sup>15</sup> Habermas認為：一個解放的社會，就是生活世界不再被系統之自我維持的原則所宰制的社會；個體化和獨立自主的公民，必須學會在公共領域中為自己思考、說話、和行動，依賴對話、民主的輿論和意志，形構出一種「無扭曲的溝通」，讓現代社會在文化、社會、和經濟領域中的人，能夠找出共同的生活方式，並且在「和解」的共同性中真誠地生活。請參見黃光國(2003)，《社會科學的理路》，心理，頁403。

<sup>16</sup> 人的自我實現作為一個概念，乃是起源於Hegel，引Fichte的存在哲學，尤其在Hegel的哲學中，自我、自我意識與自我形成的思想顯得特別重要；然後經過Kierkegaard的自我形塑倫理與Marx的社會經濟關係中的人的自我實現之發展，透過Jung的自我心理學理論，才逐漸形成「人的自我實現」的概念。Vgl. K. Hilpert, Einführung: Stichwort "Selbstverwirklichung", in: K. Hilpert(Hrsg.), Selbstverwirklichung: Chancen, Grenzen, Wege, Mainz 1987, S. 11 ff. 轉引自許育典(2002)，同前揭書，頁24。

<sup>17</sup> 在法律有效性(Rechtgeltung)的向度中，因為法律規範是要被執行的，規範有效性(Gltigkeit)或合理可接受性的環節，不管怎麼樣是同社會的事實有效性(sozialen Geltung)或社會的接受(Akzeptanz)聯繫在一起的。請參見Habermas著、童世駿譯(2003)，《事實與格式(Faktizität und Geltung)》，商務(台北)，頁156。

<sup>18</sup> 法並非獨立存在的，它是人類社會與文化的一部份，是隨著社會與文化的變遷而改變，並非恆久不變的，因此，法秩序也是社會生活所型塑之文化的一部份，並非只是單純由立法者所創造，而且更是由社會中的人民意志及其生活體現所形成的規範文化而凝聚的。Vgl. Yue-dian Hsu, Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen Kulturstaat, Berlin 2000, S. 84f.; Wolfgang Lipp, Drama Kultur, Berlin 1994, S. 75 ff.; Peter Hiiberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1998, S. 2 ff.; 轉引自許育典(2000)，〈邁向二十一世紀台灣教育法制的根本問題及其檢討——一個憲法與文化的反思〉，《政大法學評論》，第63期，頁134。

<sup>19</sup> 德國基本法第20條第3項中更明文揭諸「法」與「法律」(Recht und Gesetz)之不同，形式意義的法律並不當然等於實質意義的、合乎正義與基本權理念的法。請參見顏厥安、周志宏、李建良(1996)，同前揭文，頁22。

事實的明確的一般特徵。」Weber把合乎「邏輯形式」(logically formal)的法律作為「形式合理的」法律的主要類型，「它通過邏輯分析揭露案件事實與法律相關的實質…因此制定和應用高度抽象規則形式的明確固定的法律概念，以揭示案件事實法律上的實質性特徵。」

德國法學家v. Savigny, F. K. 指出：「法律是生活的全部，然而這要從一個特定的觀察角度來說。」(Cotterrell, R. 著、結構編輯群編輯，1991：7)傳統的法律理念，法律最主要在誠命接受法律的義務，而非對個人的權利予以保障，甚者，現代法律體系的結構，仍未被充分的認知，我們所熟知與認可的道德行為規範<sup>20</sup>，於價值多元化的社會，未必想當然地為他人所接受，現代法律體系異於傳統者，在於直接規範社會行為的規定<sup>21</sup>(主要規則：primary rules)，其法律正當性的取得本身，亦受制於規範此等規定的認可、轉變、適用等第二層次的規定(secondary rules)。(Hart, 1961：77；林佳範，2000b：2)現代國家對法律強制執行的保證，對行為期待的穩定化，於功能上替代基於傳統的內在威權拘束力。傳統制度由價值固定的世界觀與僵化的溝通型態所支撐，相反地，現代法律允許內在的價值確信(convictions)，由外在的處罰(sanctions)來取代，而既開放規則服從<sup>22</sup>的動機，又能確保規則的執行。(Habermas, 1998：37；林佳範，2000b：12)

依照德國哲學家Kant, I. 之見解，國家必須透過法規(Rechtsgesetze)之創設，以確保安全；在《道德形而上學(Metaphysik der Sitten)》一書中<sup>23</sup>，Kant指出：「和平之狀態，乃指一群比鄰而居之人類，基於共同之憲法，經由法律規範你我彼此之關係，進而確立一定之狀態；此種規範並非得自歷來所能尋獲之最佳經驗，並以之規範他人，而是必須透過先驗理性(Vernunft a priori)，在公法的規範之下，經由人類法律上之連結，據以確立典範…」。(轉引自李建良譯，1997：36)英國法學家Hart, H. L. A. (許家馨、李冠宜譯，2000：26)承認規則

---

<sup>20</sup> 法律與道德可以由法概念論的角度探討，其關心的是，法概念當中是否當然要包含道德因素；通常持否定說者，就被認為是法實證主義。請參見顏厥安(2004)，〈法律、道德與自由〉，《法令月刊》，第55卷第5期，頁90。

<sup>21</sup> 法律的實證化過程，即凸顯此社會規範意識的變遷，其非僅形式上的「成文化」，更在於規範意識之朝向「後習俗性」，法律的社會行為規則的形成與變遷，需由後設的法律規則本身所規範。請參見林佳範(2000)，〈法治教育與法條—從哈伯馬斯之溝通行動理論淺談法律認知之理性化及其可能性〉，《二十一世紀公民與道德教育學術研討會》，國立台灣師範大學公民訓育學系，頁9。

<sup>22</sup> 人民並非針對個別法律負有服從的義務，也不是因為法律在內容上具有合理性或道德正當性，而是因為認為某一統治體制之權威(authority of an established regime)具有正當性，因此對來自於此一正當權威(legitimate authority)的指令(directives)具有服從的義務。請參見顏厥安(2004)，〈我們有服從法律的義務嗎？〉，《法令月刊》，第55卷第6期，頁78。

<sup>23</sup> Vgl. Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (1797), hrsg. von Vorländer, 4. Aufl., 1922, S. 186.

(rule of recognition)<sup>24</sup>的存在乃是一個社會之「法體系的基礎」(foundation of a legal system)，但承認規則本身的「存在」<sup>25</sup>，無法訴諸其他的規則，因此，其「存在」並不是「效力」的問題(如果我們把「效力」這個概念限定在透過另一項規則而取得存在這個意義上)，而是「事實問題」。

也因此，德國法學家Alexy, R. 認為在由德國基本法所界定的民主憲政國家類型中，針對法律體系的兩種基本構想<sup>26</sup>之一的「法制主義」(Legalismus)，提出四個論點做為法制概念的基礎：一、規範取代價值：在規範理論上主張規範與價值的差異性，反對用價值來詮釋法規；二、涵攝取代衡量：在法學方法論上，主張回歸傳統解釋規則與涵攝模型，認為價值衡量會導致法律解釋適用的恣意性；三、普通法律的獨立性取代憲法的遍在性：在法律體系的結構上，主張維護普通法律的固有領域，尊重發展已久的法律釋義學，諸如民法釋義學、刑法釋義學，反對輕易訴諸憲法的價值秩序，藉以侵犯此類法律領域；四、民主立法者在憲法框架中的自主性取代聯邦憲法法院受憲法支持的大權獨攬：在權力分立的落實上，主張尊重立法者的政策形成自由，反對憲法法院動輒透過憲法價值秩序的觀點，實質上擴張違憲審查的範圍。(張嘉尹，2002：24-26) Alexy的論點從法釋義學角度出發，採取法實證主義的立場，認為憲法在價值規範不應特別強調；惟本文的看法，在當今憲法體系裡，反而應加入人權保障的思想，俾符合現代法治理念。

## 第二項 高教法制的根基

---

<sup>24</sup> Hart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)。Hart的「規則」概念最重要的突破，就在於他區分了規則的「內在面向」(internal aspect of rules)與「外正面向」(external aspect of rules)。內在面向乃是參與者以「批判反思的態度」(critical reflective attitude)、「接受」(acceptance)規則，並以之作為衡量自己和其他人之行為的標準。規則的外在面向，則是觀察者從外在的觀點，觀察規則所存在的社群之行為的規律性，並僅僅以該規律性所描述出來的面向。單單注重外在面向的極端外在觀點無法合理解釋社群成員以規則作為批判標準的內在面向。因此，單單注重規則之外在面向的「規則理論」是不正確的。也就是透過內在面向，「法律」作為一種社會規則，才能夠與以威脅為後盾的命令區別開來。請參見顏厥安(2003)，〈效力、基礎規則與理性〉，《法令月刊》，第54卷第10期，頁78；Hart, H. L. A. 原著(1961)、許家馨與李冠宜譯(2000)，《法律的概念(The Concept of Law)》，商周，頁22；Golding, M. P. 原著(1975)、廖天美編譯(1991)，《法律哲學(Philosophy of the Law)》，結構群，頁66-71。

<sup>25</sup> Hart於發展他的實證法理論，即從法律作為社會規範的基礎，並非在於其外在強制性(coercive)，而在於內在的義務性(obligatory)開始；而行為的義務性，則源於規則對行為的期待，而規則對於行為的期待，異於純粹的暴力，即在於規則之正當性。請參見Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. (pp. 79-80). Oxford: Clarendon. ；林佳範(2000)，同前揭文，頁7。

<sup>26</sup> 另一個法律體系的基本構想，Alexy的界定為「憲政主義」(Konstitutionalismus)。

法儒Montesquieu, C. L. (張雁深譯, 1998: 27)曾說:「教育的法律<sup>27</sup>是我們最先接受的法律,因為這些法律準備我們做公民,所以每一個個別的家庭都應當受那個大家庭的計劃的支配,這個大家庭包含著全體個別的家庭。」基於國民主權之理念,現代憲法的首要特質,乃是「作為保障基本人權的根本法」與「作為國家的最高法規範」。合憲的台灣教育法制類型,許育典(2002d: 45)將其明確區分為:由國民教育基本權利保護法益所建構的學校法制,以及由學術自由保護法益所建構的大學法制。在學術自由大學自治領域,上級監督機關對大學自治規章(Satzung)<sup>28</sup>容許以許可制使國家高度性之介入,主要原因和地方自治不同的是在高等教育領域內較強調一體性之理念(Der Gedanke der Eintheithichkeit),以致使國家在高等教育事務有較高參與權<sup>29</sup>。德國學者Pieske, G.認為,在學校行政領域之法規範計有四種層次<sup>30</sup>:一、國會以法律定之;二、教育行政機關根據法律授權,以法規命令定之;三、教育行政機關以行政規則規定;四、學校自行規範。(轉引自董保城, 1997: 234-235)

許育典(2000a: 138-144)提出以自由民主法治的文化作為台灣教育法制的發展根基:一、自由的文化—若要使學生之自由的精神思想自我實現成為可能,只有使所有的精神思想潮流,都有機會流入學生的精神思想世界中,才有可能<sup>31</sup>。而且在如此直接的交融內化上,具有極大可塑性的學生,才可以自由去開展他們

---

<sup>27</sup> Montesquieu進一步解釋:「如果全體人民有一個原則的話,那麼作為全體人民的構成部分的家庭便也要有這個原則。因此,教育的法律在各種政體之下也將不同。在君主國裡,教育的法律的目的應該是榮譽;在共和國裡,應該是品德;在專制國裡,應該是恐怖。」請參見Montesquieu著、張雁深譯(1998),《論法的精神(DE L'ESPRIT DES LOIS)》,商務(台北),頁 28。

<sup>28</sup> 過去在特別權力關係理論支配著學生與學校運作時期,單獨以行政規則(Verwaltungsvorschriften)屬於學校內規之一種作為支配的依據。隨著特別權力關係理論之解體,有關大學生在學校的學習活動與學習後最終的考試,應由具有法效力之規範(Rechtsnormen)為依循準據。德國大學基準法第 11 條規定,大學對於每一個學程(Studiengang)應訂定學習規則(Studienordnung),大學基準法第 15 條第 1 項規定大學應訂定考試規則(Prüfungsordnung),因而,學習規則與考試規則已成為學生與學校法律關係之基礎,亦是德國大學基於學術自治所通過自治規章。Vgl. Salzwedel, Studien-und Prüfungsordnungen, in: Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. I, S. 791f. 轉引自董保城(1997),《教育法與學術自由》,元照,頁 46。

<sup>29</sup> Vgl. Ossenbühl, Satzung, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1988, §66, Rn. 57. 轉引自董保城(1997),同前揭書,頁 36。

<sup>30</sup> Vgl. Pieske, Gesetzesvorbehalt im schulrechtlichen Bereich unter besonderer Berücksichtigung der pädagogischen Freiheit, DVBL, 1979, S. 332, 334.

<sup>31</sup> Gadama說:「如果,我們希望自己能夠比較好的理解並詮釋他人,那麼我們便必須經歷一種『視域融合』的過程,也就是,試著理解他人的視域,看到自己原先看不到的地方,這樣的人生視野才可能寬廣、也才能較好地理解他人。」請參見陳素秋(2005),〈對於學生生活經驗的尊重〉,《人權教育資訊電子報》,第 14 期,教育部,頁 2。

內在本質人格所趨向及信服的精神思想潮流<sup>32</sup>。二、民主的文化—為了使學生對憲法上之民主秩序的價值具備正確認識，必須透過民主的政治教育，來加強傳達學生對民主政治在實踐層面上的認知。不論國家所設立的學校或私人所興辦的學校，皆為提供學生學習參與民主生活的最佳場所。如此，才能使學生有能力參與民主政治，而奠定日後他們行使國民參政權的民主政治生活基礎<sup>33</sup>。三、法治的文化—要使學生能夠在校園瞭解實質法治的文化，只有從每一個學生的不同情況去了解他們，而且讓每一個學生有充分的時間，去參與及體驗校園的生活。也只有透過這樣在校園生活中產生之實質法治的文化<sup>34</sup>，未來的公民才會一生堅守不渝，如此才是真正法治文化的校園化<sup>35</sup>。

本文支持許育典的論點，自由、民主、法治乃是國家整體憲政法制運作的基本原則，亦是現代憲政秩序之基礎；在法治國家中，人民本其自由意志經由民主程序選舉產生立法者，再由這些受民意委託的立法者，透過民主程序制定法律以具體化憲法之內容。而透過相關教育法制的延伸，大學則更進一步地依據法律授權的方式與範圍制訂或適用校規；在法體系之脈絡下，高教法制當然屬於整體憲政法制的一環，不但憲法基本精神對其具有指導之作用，其本質功能在制度的形成與運作上，亦當有自由民主法治原則之適用。本文進一步認為，在高等教育法制探討中，必須尊重學生的學習自由與保障學生的權利；惟研究時也必須注意到，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，而校規之制定均依比例原則而行，必也不能逾越法制規範<sup>36</sup>。唯有如此，方

<sup>32</sup> Vgl. Yue-dian Hsu, aaO. (Fn. 13), S. 90.; Carsten Rummel, Kindeswohl, RdJB 1989, S. 394 ff.; Ekkeharr Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, Neuwied 1967, S. 3 f. 轉引自許育典(2000)，同前揭文，頁139。

<sup>33</sup> 民主原則所具有的教育價值，則適度擴大學生法制運作參與對象(如納入學生參與)之作法，即可成為一種領先實定法的客觀存在。事實上，民主除可視為現代政府運作之形式架構，同時也是一種人類社會中交換經驗、互通有無的共同生活方式；透過民主原則的實踐支配，各種社會政策的形成與生活利益的分配，都能透過構成員的經驗交換及共同參與過程妥善決定。學校教育既以協助學生完成自我實現為基本訴求，則理應於此生活場域積極培養學生參與公民社會之能力。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121。

<sup>34</sup> 在過去的「人治國家」中，國家行為操控於實權掌握者之個人好惡，此因欠缺法的客觀性而容易造成專擅與獨裁，致對人民權利之保障有所不足；時至現代法治社會，關於國家公權力之行使，均要求須以形式與實質俱皆合憲的法律為依據，人民的自由與權利亦因此得以獲得進一步之落實。請參見吳信華(1999)，同前揭文，頁6。

<sup>35</sup> 落實法治教育的最終目標是在培養大學生正確法治觀念，而正確法治觀念對於個人進入社會參與公共事務、獨立思考、成熟判斷、以及建立正確的價值觀有相當影響。請參見李彥慧(2005)，《從現代法治教育理念探討學生法庭之意義及其功能》，國立台灣師範大學公民教育與活動領導研究所學生事務在職專班碩士論文，頁7-8。

<sup>36</sup> 對真實的內涵和「規範」(Norms)的型式來說，這些「規則」和屬性是不變的，而此規範在特



能使整個大學校園成為自由民主法治的文化基地，為 21 世紀我國高教法制的發展奠立根基。

---

定的情況下控制著社會行動；研究這些規則和屬性，對意義結構的度量來說，提供了一個實驗的基礎，這是所有社會性事件的基礎。請參見Habermas, J. 原著(1988)、杜奉賢與陳龍森譯(1991)，《論社會科學的邏輯(On the Logic of the Social Sciences)》，結構群，頁 120。

## 第二節 高等教育法制的落實

### 第一項 強化高教的法治理念

憲法中對國體、社會國條款及基本權利之保障，構成學校法規或教育法的法理基礎。在現代勵行民主法治的社會中，傳統的倫理觀點在基本假設與制度層面上均面臨巨大的衝突<sup>37</sup>，林佳範(2000a:203)由法治化(juridification)的觀點，稱傳統教育倫理關係瓦解所生的教育亂象，實際上就是「法治亂象」，更引林端(1994:208)「實定法」與「活生生的法」的齟齬，來說明形式法治化(或條文化)與現實生活基本假設與倫理觀點的衝突現象<sup>38</sup>。在教育往前看的必要上，為了釐清傳統倫理關係與法律關係，探討立憲主義與教育法律化<sup>39</sup>的由來，當有助於了解法律化的基本理念，而利於落實民主與法治，並找到推展法治教育<sup>40</sup>的利基。林佳範(2000a:204)進一步指出，所謂法治化(juridification)並非意味儘可能地將教育關係「法律明文化」(條文化)，而要強調現代法律體系背後的倫理觀或現代法的精神，貫徹於教育關係的實踐中。

就法治<sup>41</sup>的形式意義與實質意義吾人可以進一步了解，法治的形式意義主要意謂國家的公權力必須受適當節制，節制的手段包括：分權、國家公權力必須依據法律、獨立審判的法官；法治的實質意義則要求實現正義內容：所謂正義至少包括人民基本權利的保障。(李建良等人，2004:170)所以「法治」的意義可以說是：「政治須依法律而施行，依三權分立精神，由人民經由自由民主的方式所選出之代表制定法律，政府行政依法執行，司法機關『依法審判』。人民的生活，具有怎樣的權利、應負怎樣的義務，悉有法律作為依循。因此，實施法治必須採

<sup>37</sup> 西方法治觀念與中國法治思想截然不同。中國法家思想重威尚權、嚴刑峻罰、亂世重典等教化思想與御民觀念，是他律的法制，是培養順民臣民的法紀，而不是西方國家以及現代化國家社會所需求的「自律的、自由的」法律之治。

<sup>38</sup> 美國Brandeis, L. D.大法官曾說：「一個法律人如果不曾研究過經濟學和社會學，那麼他就極容易成為社會的公敵。」法律人能夠真正走出抽象法律的象牙塔，認真思考社會正義與價值的問題，這才是法的精神所在。請參見Hart原著、許家馨與李冠宜譯(2000)，同前揭書，頁4。

<sup>39</sup> 台灣的教育改革，亦伴隨著所謂「法律化」(juridification)的過程，亦即教育關係，從原先的默認不明確的傳統倫理關係的基礎，到法律明文規定的規範形式，具體地落實於〈教育基本法〉的制定，明訂「教育權」與「學習權」的法律關係，甚至成立權利救濟的制度。請參見林佳範(2002)，〈論人權理念與教改理念的一致性—從法治教育的言教與身教說起〉，《師大公民訓育學報》，第11輯，頁54。

<sup>40</sup> 法治教育是建構法治國家與公民社會的途徑，在內容上自然可依此目標，區分為三大領域：1. 涉及公民社會與現代公民資格的法律基礎概念；2. 著重於人權保障、國家權力應受拘束的人權教育；3. 培養學生瞭解法律並能進而遵守、應用的法律教育。請參見許育典(2005)，《教育憲法與教育改革》，五南，頁103。

<sup>41</sup> 法治的本質是民主的、平等的、分立的、主體的。

行『排拒人治之法治』(rule of law<sup>42</sup>, and not of man), 摒除往昔之『制法統治』(rule by law)的思想與做法, 確立『法律位階性原理』之尊嚴, 實施權力分立與制衡的制度, 並建立超然獨立的司法體制。」(Jos, 1997: 104; 李鴻禧, 1997a: 398-399)

當Kant提出, 保障自由意願的法律並不關切行動者的「動機」時, 就已經精闢地指出了法治與「行動力」的脫鉤。法治所依靠的, 是執行法律的「強制力」, 或者說, 是集立法、執法、司法於一身的「國家權威」。這也正是法治理念的「二律背反<sup>43</sup>」(Antinomie): 法治的目標是要防止國家濫權, 但法治的實踐, 卻又要依靠國家的權威<sup>44</sup>(顏厥安, 2003c: 114)。法治係我國憲法基本原則之一, 在此一原則的要求下, 首重人民權利之維護、法秩序之安定、與誠實信用原則之遵守(釋字第 525 號解釋參照)。故就人民行使包括教育權在內的各項基本權利而言, 國家雖非全然不得加以限制, 但除了必須在法之拘束下運作其公權力, 國家行為亦應符合憲法意旨與前述之民主原則。

因此, 現代的rule of law法治理念<sup>45</sup>, 建立在民主化之主權在民, 特別強調國家守法; 復以權利為本位, 要求國家保障其權利, 並認為程序正義是達到實質正義的前提。由憲法的人性圖像所彰的獨立、自主、不受政治力不當干預影響的人, 其所應享有之涵蓋身體、精神與行為等方面的自主、自決的價值<sup>46</sup>, 便是「人

---

<sup>42</sup> 英文的「法律主治」(rule of law)與德文的「法治國」(Rechtsstaat)兩原則, 大概是所有法律人最為尊重的核心價值原則。請參見顏厥安,〈實定法真的萬能?〉, 中國時報, 民國 94 年 11 月 5 日第A15 版。

<sup>43</sup> 所謂「背反」乃代表衝突或矛盾之意。

<sup>44</sup> 法治本身並不能提供任何終極價值, 法治是「理性的觀察者」, 但決策與行動, 仰賴的是權威、信念、熱情、慾望、嫉妒、憎恨等「力量」; 因此法治與力量, 法治與行動, 是有著「規範縫隙」(normative gaps)的。請參見顏厥安(2003),〈法治實踐的困境與診斷〉,《再造公與義的社會與理性空間研討會》, 時報文教基金會, 頁 114。

<sup>45</sup> 當代自由主義思想家海耶克(Friedrich A. Hayek, 1889-1992)認為真正的法律是所謂「法治之法」(the law of the rule of law), 亦即自由的法律(the law of liberty), 其必須具備下列屬性: 1. 法律是一種普遍性的、抽象性的規律(the general, abstract rules): 亦即法律效力上是預期未來, 而不是溯及既往, 形式上是法後的規律(Meta-rules), 其範圍是廣泛的一體適用。2. 法律應具有被週知性與確定性(Be Known and Certain): 法律必須普遍地被週知, 始能預期人人知所遵循; 確定性始能達成規範人群安定社會之功能。3. 法律應是平等性(Equality): 即法律之前人人平等乃是法律平等地適用於人人, 而非藉著法律的規定, 把人人製造成平等。

<sup>46</sup> 近代人權理念, 非僅是一種「人道的關懷」, 其更強調個人自我實現之自由與自主性, 和個人的獨特性, 如Kant指出:「對人來說, 個體的人雖可包含人類的共性, 但個體的人, 不論就其個性, 或就其本質而言, 永遠都是不可代替的, 不可化約的。這就是說, 在宇宙萬物中, 唯有人, 個體的人, 其個性和其本質, 絕對獨立的, 絕對自由的。」彰顯人格的獨立與自主的思想、信仰與意見表達自由, 遂成為最重要之人權保障項目。請參見高宣揚(1991),《德國哲學的發展》, 台

性尊嚴」<sup>47</sup>主張的根源。由此可知，人性尊嚴<sup>48</sup>的價值應受憲法肯認<sup>49</sup>，並要求國家尊重與保障的思想，乃屬憲政主義以人為本之思想所蘊含的當然主張，應可視為憲法之基本精神所在，甚至無待乎憲法的明文揭示<sup>50</sup>。(許志雄等人，1999:45-46)此外，所謂立憲政治就是立憲主義(Constitutionalism)<sup>51</sup>政治，是以保障基本人權與權力分立制度為內容；(李鴻禧，1986：250)然若著眼於憲法內容之指導理念及立憲制度之真諦，則勿庸置疑的，基本人權規定才是整個憲法的核心，為憲法之最重要部分。(李鴻禧，1986：247)也因此，林佳範(2000a：207)特別指出立憲主義的制度化實踐，人權保障已非僅自然法式理想，其係一種制度與生活方式，人權是一種法律主張，其得請求法的強制力來實現之，惟國家公權力的行使，須符合分立與制衡之原則，人權之主張能賴其實現，且可避免其濫權。綜上，本文認為，在高等教育的範疇中，「人性尊嚴」的核心價值不僅在人權保障，更包含教育法律(治)化的深層意涵，研究學生權利時必須要特別加以體認的。

## 第二項 法治國原則在高教的實現

「法治國」(Rechtsstaat)<sup>52</sup>用語起源於18世紀末(1798年)的德國，嗣後隨

---

灣，頁96；轉引自林佳範(2002)，同前揭文，頁57。

<sup>47</sup> 人性尊嚴所尊重的人權三要素為生命身體的完整性、似人般生存的可能性、自我決定的能力與機會；人們擁有滿足此三要素之獨立的道德人格時，其即擁有人性尊嚴者，而法律也就是為保障個人人性尊嚴之尊重而被設置之生活規範。請參見李茂生(1992)，《法律與生活》，正中，頁37。

<sup>48</sup> 法治國家的法律秩序主旨(憲法的核心價值)在保障基本人權，而基本人權意義則在維護以及提昇「人性尊嚴」的實現。以德國為例，其《基本法》的第一章第一段即開宗明義陳明：「人性尊嚴是不可侵犯的，對她的尊重與保護乃所有國家公權力的義務」。請參見馮朝霖(2002)，〈認同、差異與團結——人權教育與教育人權的辯證〉，《人權教育資訊網》，教育部，頁2。

<sup>49</sup> 德國基本法第1條第1項明訂：「人之尊嚴不可侵犯，一切國家權力均有尊重及保護此尊嚴之義務。」日本憲法第13條也規定：「任何國民，身為個人應受尊重。國民生命、自由及追求幸福之權利，於不違反公共福祉範圍內，在立法及其它國政上，應受最大之尊重。」

<sup>50</sup> 我國憲法雖沒有類似德、日之明文規定，然於從整體的憲法精神觀之，對於「人性尊嚴之尊重」乃可謂自明之理。

<sup>51</sup> 立憲主義(Constitutionalism)，係指市民階級對抗封建勢力和專制君主之壓迫，爭取政治上、經濟上、社會上、法律上之自由與平等，而以憲法來確保其努力之成果。於政治上，「主權在民」之民主主張取代了「君權神授」的迷思；於經濟上，以工業生產為中心而貨物、資本、人力流動之型態，取代了以農業生產為中心而貨物、資本、人力停滯之型態；於社會上，封建階層的集體式秩序被強調民主平等的個體式主張所取代。請參見林佳範(2000)，〈「法治教育」或「教育與法治」——從教師管教行為淺談法治教育之言教與身教〉，《師大公民訓育學報》，第9輯，頁206。

<sup>52</sup> “Rechtsstaat”名詞在德國18世紀末至19世紀末的濫觴，學者針對「法治國」概念的揭示，依提出先後為：1. Placidus, J. W. (1798)，《國家學文獻(Literatur der Staatslehre)》；2. Müller, A. (1809)，《國政藝術之要素(Elementen der Staatskunst)》；3. Therdor Welcker, C. (1812)，第二篇〈客觀理性法及法治國的理由(Begründung des objectiven Vernunftrechts unf

同其他法律制度先傳至日本，再傳至我國。在此時期所建立之法治國思想強調實證法之重要性，認為法治國之原則應藉由實證法之規定加以確立；同時，司法及行政皆應隸屬於法律規範之下，任何的行政行為皆不得違反法律之規定，且僅在法律有明文規定之情形下，始得干涉人民之自由。(彭國能，1994：395)不過，19世紀在德國所確立的法治國概念，僅僅是形式上的法治國，其主要特徵為強調法律實證論、權力分立、依法律行政、和行政受司法監督。(陳新民，1996：68-71；黃國瑞，1990：76)

20世紀初始一直到二次大戰後，德國才確立了實質法治國<sup>53</sup>的概念；其觀點乃強調，國家所扮演之角色與任務，亦即其基本權力作用——立法、司法、行政間分受合憲規範、制定法、法規範之拘束。按國家權之運作，須遵守分權之理念，亦即立法皆須受合憲規範之拘束，行政權須受依法行政原則之限制，司法權則受到制定法、法規範之拘束，並須提供個人自由與權利之保障。因此，實行法治不僅僅依賴法為工具，且進一步要對法律目的加以探討，並用一個價值體系來統括之。故在形式法治國的基礎上，再加以價值判斷，如人類尊嚴、正義、基本權利之保障，並透過憲法為最高位階之法規範、法拘束性、法律救濟制度等手段達成，即構成實質意義法治國之概念。(吳敏男，2003：23-24)

從法治國原則的整個體系開展上來看，法治國原則包含了兩個核心要素：一個是主觀的基本權利要素(ein subjektiv-grundrechtliches Element)，基本權

---

Recht-Staates)》，《法、國家及刑罰的最後理由(Die letzten Gründe von Recht. Staat und Strafe)》；4.v. Mohl, R. (1831)，《法治國原則的警察(Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates)》；5. Stahl, F. J. (1830-37)，《法律哲學(Philosophie des Rechts)》；6. Bähr, Otto (1864)，《法治國家——一個構想的發表(Der Rechtsstaat - eine publizistische Skizze)》；7.v. Gneist, R. (1872)，《德國的法治國及行政法院(Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland)》；8.v. Maurus, H. K. (1878)，《評現代憲政國為法治國(Der moderne Verfassungsstaat als Rechtsstaat)》；9. Mayer, Otto (1895)，《德國行政法(Deutsches Verwaltungsrecht)》。請參見吳敏男(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7-10。

<sup>53</sup> 對於實質法治國之構成要素，學者論述頗豐，包括—1. Bernda：(1)法確定性與正義(2)憲法是最高的規範(3)權力的行使受到法的拘束(4)權力分立原則(5)基本權利保障是法治國的「實質面」(6)法律救濟的保障及其他程序(7)信賴保障制度(8)其他原則，例如比例原則；2. Furst：(1)權力分立(2)依法律行政原則(3)比例原則(4)國家行為之可預測性(5)司法形式的權利救濟；3. Schweickhardt：(1)法律安定性(2)法之和平狀態(3)權力之分立(4)以正式之制定法為法規範之主要內容(5)禁止以命令代替法律(6)法律須以民主方式制定(7)依法行政原則(8)平等原則(9)比例原則(10)人民基本權利之保障(11)獨立之法院提供人民權利保護之途徑；4. Stern：(1)憲法國家原則(2)人類尊嚴、自由、權利平等之原則(3)權力分立、權力監督之原則(4)法拘束性原則(5)法院保障原則(6)賠償體系之原則(7)逾越禁止之原則。請參見黃國瑞(1990)，〈法治國思想與法之支配理論〉，《憲政時代》，第15卷第3期，頁84；彭國能(1994)，〈法治國之基本理念〉，《行政法之一般法律原則》，三民，頁398-400。

利的保障可以說是作為主觀法功能地位(als subjektive Statusordnung)，使法治國原則具有主觀公法請求權的防禦力；而另一個則是客觀的法治國要素(ein objektiv-rechtsstaatliches Element)，權力分立原則可以說是作為客觀法功能地位(als objektive Funktionenordnung)，使法治國原則在國家權力的運作上，尤其是在司法者之權利救濟與立法者之法律保留的制度設計上，能夠緊密聯結實質法治國之保障基本權利的目的，而產生互補關係( ein komplementäresVerhältnis)的作用<sup>54</sup>。(轉引自許育典，2001a：130；2005：85)因此，從法秩序所形成的法規範體系，是為了達成人的自我實現的目的來思考。畢竟，法規範體系並不是「本體式」(ontologisch)，而是「目的性」(teleologisch)的存在，這也是實質法治國的主要精神內涵<sup>55</sup>。(轉引自許育典，2001a：116、2004b：1；顏厥安、周志宏、李建良，1996：3)今日之法治國乃意謂著：國家的行為，應盡可能在其憲法之自由民主法治的價值秩序下，追求最大的正義<sup>56</sup>，在此，可稱「正義國家」(Gerechtigkeitsstaat)<sup>57</sup>，學者亦稱之為「實質的法治國家」(der materiale Rechtsstaat)<sup>58</sup>。

教育本應奠立於以保障人民的基本權利為核心之法治的文化基礎上，而促成人民在社會上的最大可能自我實現<sup>59</sup>。法治的文化，乃體現於法治國原則在一個社會的實踐成果<sup>60</sup>。(許育典，2000a：141-142)而法治教育是建構法治國家與公民社會的途徑，在內容上自然可依此目標，區分為三大領域：一、涉及公民社會與現代公民資格的法律基礎概念<sup>61</sup>；二、著重於人權保障、國家權力應受拘束的

<sup>54</sup> Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee / P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg 1987, §24, S. 1009 ff.

<sup>55</sup> Vgl. U. Neumann, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986, S. 56 ff.

<sup>56</sup> 英國法諺：「法乃正義之準則，違反正義準則之行為，即屬違法行為。」因此，英國行政程序的法律規則，是依自然正義的原理和以此為基礎而將其補充的制定法所發展出來。請參見羅傳賢(2002)，《行政程序法論》，五南，頁34。

<sup>57</sup> Vgl. Peter Badura, Staatsrecht, 2. Aufl., München 1996, Rdnr. 45 ff.; auch Sobota Katharina, Das Prinzip Rechtsstaac, Tübingen 1997, S. 32 ff. 轉引自許育典(2001)，〈法治國原則在台灣教育行政上的建構(1)〉，《成大法學》，第1期，頁126。

<sup>58</sup> Vgl. Peter Badura, Staatsrecht, 2. Aufl., München 1996, Rdnr. 45 ff.; auch Sobota Katharina, Das Prinzip Rechtsstaac, Tübingen 1997, S. 263 ff.; Günter Püttner, Der Rechtsstaat und seine offenen Probleme, DÖV 1989, S. 137 ff. 轉引自許育典(2000)，同前揭文，頁142。

<sup>59</sup> 許育典教授在《法治國與教育行政》(2002)一書中，所表露對教育法學的深層關懷即是：「以人的自我實現為核心的教育法，在台灣的實踐。」

<sup>60</sup> 法治國原則所衍生的諸原則，除了可作為此等限制基本權案件的違憲審查基準外，尚可援引作為基本權內涵的外緣界限，以架構基本權核心概念。請參見陳怡如(2003)，〈釋憲實務有關基本權內涵建構之觀察〉，<http://home.kimo.com.tw>，頁2。

<sup>61</sup> 如法治國原則與正當法律程序原則。

人權教育；三、培養學生瞭解法律並能進而遵守、應用的法律教育。(許育典，2005：103)然長期以來，由於人治化的威權心態作祟，忽略學生的校園主體性，使得高教行政措施上過度的管理與支配，而造成法治國思想<sup>62</sup>難以在我國大學裡具體實踐<sup>63</sup>。本文認為，由於學生權利的法制規範<sup>64</sup>畢竟是整體高教法制之一環，故其所應依循的基礎法理原則，自當契合於法治國的憲政精神。然而，涉及學生權利之教育法制暨其具體化後之校規，就因與教育現況與校園環境<sup>65</sup>密切相關，勢必同時融入整個大學教育活動之特別考量<sup>66</sup>與個殊需求<sup>67</sup>，方為妥適。

---

<sup>62</sup> 法治國的思想是指一個國家，在這個國家中，不但是在人民與人民之間的關係，而且也在國家與人民之間的關係以及整個內國領域內(der innerstaatliche Bereich)，都被法所規範。Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht, München 1999, S. 211；轉引自許育典(2001)，同前揭文，頁121。

<sup>63</sup> 就台灣教育法制的核心問題而言，就是在於國家與教育之互動關係的真正法規範化與否的問題；要解決這個問題，就是須透過法規範體系的釋義學(Dogmatik)，去思考與探討國家對於教育進行管制、干預的方式與界限問題，而這個法學思考與探討最重要的理論基礎，就是法治國原則。請參見許育典(2001)，同前揭文，頁119。

<sup>64</sup> 法制(律)規範最主要功能，在侷限學校權力之發動，並提供學生權利有效保障；因此，欲建立實質的法治國原則，除形式上要求學生遵守學校規定外，並應使學生之尊嚴與權益獲得相當之尊重與保障。

<sup>65</sup> 凡學生在校園中所接觸的物理環境、人、組織、制度、文化、學校教育目標等，無一不是學校環境的範疇，雖然沒有一綜合性的學校環境理論可以涵蓋，不過有許多不同的模式概念可以讓我們有效的了解學校環境及學生與學校的互動，大致可歸納為四種模式—1. 物理模式(Models of Physical Environments)：校園物理條件與環境的設計與品質；2. 群體共同特質模式(Models of Human Aggregates)：由環境中人群的共同特質所形成的文化；3. 組織 / 結構模式(Models of Structural / Organizational Environments)：校園組織結構的動力和影響；4. 知覺 / 建構模式(Models of Perceptual / Constructed Environments)：學校成員對於上述層面和所屬環境所知覺建構的主觀意義。請參見黃玉(2003)，〈從環境中增進學生事務功能—論學校環境與學生發展〉，《學生事務與社團輔導第三輯》，東吳大學，頁5。

<sup>66</sup> 如退學制度。

<sup>67</sup> 如入學制度。

### 第三節 法律優位原則與法律保留原則

德國行政法宗師Mayer, O.於1895年創法治國原則(Rechtsstaatsprinzip)中之「依法行政原則」(Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)<sup>68</sup>，其所揭櫫的二大內涵法則為：一、法律優位原則(Vorrang des Gesetzes)；二、法律保留原則(Vorbehalt des Gesetzes)。而「依法行政原則」<sup>69</sup>在我國法制上乃根據行政程序法<sup>70</sup>第1條所定，包括：一、行政權之作用不得與法規相抵觸；二、行政權非有法規依據，不得使人民負擔義務，或侵害其權利；三、行政權非有法規依據，不得免除特定人在法規上所應負之義務，或為特定人設定權利。四、法規任諸行政機關自由裁量時，其裁量權行使必須合乎法規目的。因此，法治國家的具體化即為依法行政，而構成其內容的法律優位與法律保留兩原則，有對國家權力作用限制及導正的功能。(李惠宗，2003：36)

#### 第一項 法律優位原則

##### 壹、一般法律原則

「法律優位原則」(Vorrang des Gesetzes)的內涵，是要求行政行為或其他一切行政活動，均「不得與法律相抵觸」。(吳信華，1999c：2)亦即行政受現行有效之法律之拘束<sup>71</sup>，不得採取違反法律之措施；對現行有效之法律，行政必須予以適用，且應遵循法律規定，正確適用，不得偏離，所有之行政領域皆適用法律優位原則而無例外或限制。又因循憲法所定「主權在民」的民主原則，行政權之行使應基於國民之意思，為國民之利益而為，故代表人民立法機關所制定之法律，自應優先適用於行政機關所頒布之行政命令。惟法律優位原則並不要求一切行政活動必須有法律之明文依據，僅須消極不違背法律之規定即可，故又被稱為「消極的依法行政原則」(negative Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)<sup>72</sup>。(轉

<sup>68</sup> 翁岳生教授認為，在現代民主法治國家權力分立體制下，為達保障人權與增進公共福祉之目的，要求一切國家作用均應具備合法性，此種合法性原則就行政領域而言，即所謂「依法行政原則」；請參見翁岳生(1998)，《行政法》，翰廬，頁138。另亦有學者吳庚謂此原則，「乃支配法治國家立法權與行政權關係之基本原則，亦為一切行政行為必須遵循之首要原則」；請參見吳庚(1999)，同前揭書，頁79。

<sup>69</sup> 大陸法系國家(如德國)側重實體，認為關係人民權利、義務之行政作用必須有法律之依據，以防止行政濫權，保障人民權利；反之，英美法系國家(如美國)素來重視程序，甚至以為捨程序保障即無權利保障。湯德宗(2000)，〈論行政程序法的立法目的〉，《月旦法學雜誌》，第56期，頁148-149。

<sup>70</sup> 行政程序法於民國88年2月3日制定公布，民國89年12月27日、民國90年6月20日、民國90年12月28日修正公布，全文175條。

<sup>71</sup> 德國基本法第20條第3項亦規定：「行政權與司法權應受法律及法之拘束」。

<sup>72</sup> Vgl. v. Münch / Kunig Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Bd. I, München



引自許育典，2001a：135-136)

法律優位原則更深層之意義，吳信華(1999c：3)認為，行政須依法為之，但此法本身亦不能抵觸其上位階之規範—亦即憲法。故依法行政，並不是要求行政僵化地接受法規拘束而毫不思索其正當性。惟亦須同時強調者，此種逾越既有規範之行政應不得任意為之，否則將造成人治優於法治的情形，行政若欲對法律有所質疑，須提出具體之客觀事由(例如法治國家中的各項內涵原則)，而不能僅泛泛地以個人主觀價值判斷主張之，否則任意以此而違背依法行政原則，反而是對既有法秩序的一種嚴重破壞。

法律優位之法，不只包括形式法規範之成文法，如憲法、法律、法規命令、自治規章及條約，尚包括實質法規範之不成文法，如習慣法、判例、解釋、法理<sup>73</sup>。(李震山，1997：39)基於「上位法優於下位法」(lex superior derogate legi inferiori)之原則，(李建良，2005：60)我國憲法第171條規定：「法律與憲法抵觸者無效。」憲法第172條規定：「命令與憲法或法律抵觸者無效。」中央法規標準法第11條前段規定：「法律不得抵觸憲法，命令不得抵觸憲法或法，…。」行政程序法第4條規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。<sup>74</sup>」行政程序法第158條第1項規定：「法規命令抵觸憲法、法律或上級機關之命令者無效。」這幾個條文所揭示的法位階理念<sup>75</sup>，即是法律優位原則在我國實定法上的依據。

Mayer認為，「法律為國家意思中法律效力最強者」，「以法律形式表示之國家意思，優先於任何其他國家意思表示。」此表現出法律之不可侵犯性<sup>76</sup>。另一方面，既存之國家意思若有抵觸法律之內容者，均應廢棄之，此種效力，即是法律優位。(黃國瑞，1990：82)我國現行以憲法、法律、命令所形成之法位階體系中，任何較高位階之法均優位於較低位階之法，凡低位階之法抵觸了高位階法則為無效，此即法律優位原則之表現。

## 貳、高教法律原則

高等教育法制中根據法律優位原則，亦分為三層法位階：第一位階為憲法與

---

1992, Art. 20 Rdnr. 39.

<sup>73</sup> 成文法規範體系的位階秩序，係以「規範產生機關」作為框定界分的基礎，故層次分明。反觀不成文法規範體系，因無明確的制定機關可資依憑，故其位序關係通常無法透過制定機關予以辨識，從而其位階非能固定於一端，而須視其內涵而定。

<sup>74</sup> 行政行為應受成文法之拘束，乃法治國家之根本，固不待言；縱法未明文規定，行政行為仍應受法治國家一般共通的法理，即一般法律原則(allgemeine Rechtsgrundsätze)之拘束。

<sup>75</sup> 憲法、法律與命令共同形成一個法的金字塔，稱為法底位階(hierarchy of law)；請參見李鴻禧(1997)，〈李鴻禧憲法教室〉，月旦，頁31。法的位階理論乃為成文法源適用之「形式效力原則」；請參見蔡茂寅(2000)，〈行政法法源之意義與機能〉，《月旦法學雜誌》，第56期，頁15。

<sup>76</sup> 此一「法律之不可侵犯性」係認為，既然以制定法律之方式表示國家意思，法律本身即不得以不依法律之方法，而加以廢棄、變更或使之無效。請參見陳敏(1998)，〈行政法總論〉，三民，頁128-129。

司法院大法官會議解釋，第二位階為大學法、教育基本法、私立學校法<sup>77</sup>、中央法規標準法<sup>78</sup>、行政程序法、行政訴訟法<sup>79</sup>、民法<sup>80</sup>、著作權法、消費者保護法…等實體法與程序法，第三位階為行政機關之法規命令、大學院校校規…等。釋字第380號解釋已釋明行政機關仍得依法監督大學自治權之行使，因此，縱於大學有自治立法權之範疇，仍應有依法行政原則中法律優越原則之適用，即不得抵觸其上位之憲法或法律或法律明確授權訂定法規之規定。本文認為，研究高教法制學生權，對於行政行為在消極層次上不可違反之法律規定，亦即需恪遵法律優位原則，要不極易侵害到學生權利之保障，不可不慎。

## 第二項 法律保留原則

### 壹、一般法律原則

「法律保留原則」(Vorbehalt des Gesetzes)<sup>81</sup>概念萌芽於19世紀歐陸市民自由法治運動打破君主專制，樹立權力分立制度之際，其理論依據有以「豐富專門知識」(die höhere Sachkunde)，或「形式拘束力」(verbindliche Form)或以「法治國原則」來說明<sup>82</sup>。(轉引自董保城，1997：230-231)法律保留原則之理論基礎，以民主原則與法治原則為今日之通說<sup>83</sup>；(翁岳生，1998：143；許宗力，1992：131)其主要內涵是指，沒有法律的授權，行政機關即不能合法地作成行政行為。也就是說，法律保留原則要求行政機關對於某些事項的「作為」，需以憲法保留給國會決定的法律作依據，或至少要有國會所決定之法律的明白授權<sup>84</sup>。

<sup>77</sup> 私立學校法於民國63年11月16日制定公布，陸續有多次修正(略)，民國95年1月18日最新修正公布，全文81條。

<sup>78</sup> 中央法規標準法於民國59年8月31日制定公布，民國93年5月19日修正公布，全文26條。

<sup>79</sup> 行政訴訟法於民國87年10月28日修正公布，全文308條。

<sup>80</sup> 民法於民國18年5月23日制定公布，陸續有多次修正(略)，民國89年4月26日修正公布，全文1225條。

<sup>81</sup> 「法律保留」係市民法治國時期所產生的代表性理論，基於權力分立的理論，立法機關與行政機關在組織上及任務上各司其職，立法權形成抽象規範，行政權則執行該抽象規範。有關人民權利的限制及義務的課予，應有抽象法律的依據，行政始可具體規制之。請參見李惠宗(2002)，〈從學術自由及大學自治行政權論大學退學制度之合憲性—台北高等行政法院八十九年度訴字第一八三三號及八十九年度訴字第二三一號判決評釋—〉，《台灣本土法學雜誌》，第32期，頁30。

<sup>82</sup> Vgl. Stöber, Zum Gesetzesvorbehalt beim Schulversuch, DÖV, 1976, S. 519.

<sup>83</sup> 法律保留原則與民主原則及權力分立相互制衡等憲法原理原則關係密切。請參見李震山(2005)，〈法律保留與「自治」之維護〉，《月旦法學教室》，第29期，頁10。

<sup>84</sup> 對此所適用的為「國會保留」(Parlamentsvorbehalt)，其乃指在影響人民基本權利實現的重要部分，要有國會決定的法律依據。Vgl. Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., München 1999, S. 771; Auch Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, Tübingen 1998, S. 174ff.; 轉引自許育典(2001)，同前揭文，頁138。

因此，法律保留原則又被稱為「積極的依法行政原則」(positive Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)<sup>85</sup>。

我國憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」憲法第 170 條規定：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」中央法規標準法第 5 條規定：「應以法律定之事項：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者<sup>86</sup>。」以及大法官會議釋字第 443 號解釋理由書<sup>87</sup>(此乃對本原則最詳盡之闡述)關於「法律規範密度」<sup>88</sup>等，凡此均乃法律保留原則在我國實定法上的依據。

城仲模(2003：12-13)針對「法律保留原則」，提出七點新概說，頗值得吾人參採。氏具信此原則乃：一、是一種法的信念；二、是可彈變的原則；三、國會執掌法政策立法原則；四、司法院大法官會議解釋應為法規範秩序重要準據；五、國內外判決及學說之有其實用價值；六、過於理論性，實用上仍不易歸類者，應慎重；七、為建立制度，法律保留理論雖多，其關鍵性本質依舊是各依個案論斷。因此，城仲模(2003：13)特別提醒研究者，勿無端墜入法論理上治絲益棼之境，而毋寧務實地秉承本國接受現代化(包括法治文化等之滋培成長)程度的深淺厚薄，與面對個案相關之事態、環境需要，反覆思辯，而為緩進式、合目的性的當代「法律保留」釋義之適應、判斷與採擇，方為理性明智。

## 貳、高教法律原則

<sup>85</sup> Vgl. auch Sobota Katharina, Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen 1997, S. 107. ; 轉引自許育典(2001)，同前揭文，頁 136。

<sup>86</sup> 關於中央法規標準法第 5 條第 4 款之規定，乃相對於德國學界與實務通說的「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)，詳細內容請參見本文第四章所述。

<sup>87</sup> 釋字第 443 號解釋理由書載：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：…。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂『規範密度』有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異…。對此人民自由權利之限制，憲法第二十三條規定應以法律定之且不得逾越必要之程度。…」

<sup>88</sup> 法律保留原則的規範密度，綜合學者看法，可區分為四個不同層次：1. 憲法保留事項—憲法第 8 條關於人身自由的部分(釋字第 392 號解釋理由書參照)；2. 國會保留事項—憲法第 7 條以下各種基本權(除第 8 條外)，於符合憲法第 23 條之要件下，得以法律限制之(釋字第 559 號解釋參照)；3. 法律保留事項—亦有將之納入國會保留(釋字第 559、390、514、522、524 號解釋參照)；4. 非法律保留事項—執行法律之細節性、技術性次要事項，由主管機關發布命令為必要規範(釋字第 443、559 號解釋參照)。請參見吳信華(2000)，〈法治國家原則(五)—依法行政原則之二：法律保留原則〉，《月旦法學雜誌》，第 57 期，頁 2-3；蕭淑芬(2002)，〈法律保留的概念—「法律留保」、「法律的留保」與「法律的留保原則」之差異〉，《月旦法學雜誌》，第 89 期，頁 260；曾大千(2003)，同前揭文，頁 129。

釋字第 380 號解釋明示：「國家對於大學自治之監督，應於法律規定範圍內為之，並需符合憲法第二十三條規定之法律保留原則<sup>89</sup>。」觀乎我國高教法制現況，除依據合乎大學自治原則之法律明文適度規定者外，凡屬大學自治事項(包含直接涉及研究與教學之學術重要事項)均應任諸大學自由決定，且在此自治範圍內並無法律保留原則之適用<sup>90</sup>(最高行政法院 91 年度判字第 344 號、第 467 號裁判參照)；唯當大學對學生所為退學或類此處分，因關係學生權益甚鉅，故有關章則之訂定及執行自應遵守正當程序，且其內容並應合理妥適(釋字第 563 號解釋參照)。就此而言，大學基於學術自由之保障，在學生法制相關事務領域內，除仍需依循憲法及法律上之教育目的外，尚且保留自我型塑之充分空間<sup>91</sup>。民國 94 年 12 月底大學法在第 32 條規定：「大學為確保學生學習效果，並建立學生行為規範，應訂定學則及獎懲規定，並報教育部備查。」，第 28 條則修正為：「大學學生修讀本校或他校輔系、雙主修、學程、跨校選修課程、保留入學資格、轉學、轉系(組)所、轉學程、休學、退學、開除學籍、成績考核、學分抵免與暑期修課、國外學歷之採認、服兵役與出國有關學籍處理、雙重學籍及其他與學籍有關事項，由大學列入學則，報教育部備查。前項國外學歷之採認原則、認定程序及其他應遵行事項之辦法，由教育部定之。」故法律保留之規範密度顯然較低<sup>92</sup>。因此，在我國高等教育有關學生權益的部分，雖無更大的範

<sup>89</sup> 釋字第 380 號解釋中所謂「法律保留原則」，顯非僅指「須有法律依據」而言，而係指須符合法律保留原則之「實質內涵」；按法律保留原則乃是保護人民基本權利的一種「手段」，本身並非目的，故所謂法律保留原則之意旨，並非僅以法律之「存在」為已足，「法律本身」尚且須合乎一定之要求，以免重蹈「法實證主義」(Rechtspositivismus)之覆轍。請參見李建良(1996)，〈論學術自由與大學自治之憲法保障：司法院大法官釋字第三八〇號解釋及其相關問題之研究〉，《人文及社會科學集刊》，第 8 卷第 1 期，頁 286；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 116。

<sup>90</sup> 此處所謂「法律保留原則」在教育行政上之適用，乃至於教育事項之法制化，並非要將學校教育予以規格化，相反地，其主要之目的只是要求立法者就教育上之重要事項在一個公開的程序中，經過充分的討論，再做出基本的決定；因此，國會無法就所有事項予以規範，以及教育事項恆有賴權責機關依照實際情況訂定規則，以應需要，均不足以說明國會可以放棄其就教育法制最基本之決定權限(schulrechtliche Mindestkompetenzen)，進而逃避其應盡之責任(Flucht aus der Verantwortung)。請參見顏厥安、周志宏、李建良(1996)，同前揭文，頁 101。

<sup>91</sup> 在實務上常見的一種情況是，立法者與行政機關間「互通款曲」，試圖減低或削弱法律保留原則在教育法制上之作用與功能。例如，立法者常為空泛概括的授權(pauschale Globalermächtigungen)，或以不確定法律概念作為法律要件，或授權行政機關行政裁量(Verwaltungsermessen)之權限，於此情況下，法律保留原則之要求是否受到尊重與貫徹，甚有疑問。請參見顏厥安、周志宏、李建良(1996)，同前揭文，頁 101。

<sup>92</sup> 大學之自治立法權及法律保留原則間之關係，即法律保留之密度，究宜採全面保留或一部保留原則？依吳庚教授之論點，其認在國外無論與國之全面保留理論，或現時德國盛行之重要性理論或國會保留理論，皆允許法律保留之例外，承認有低密度保留之存在，且均無法建立完全明確之區別標準，故只能謂對人民權利干涉度高者，法律保留之密度大。請參見吳庚(1999)，同前揭書，頁 89。

疇，但至少明示應有法律依據，始符法律保留原則，並賦予各大學明定學生學籍事宜之法源依據。

以大學法制中影響學生權益至深的退學制度為例，大學學則是否需要「法律保留」(即大學法明文授權各大學訂定這類學則)?學者見解不同：

一、李建良(2003:150)採肯定說。認為退學制度須有法律保留原則的適用，且應受比例原則的檢驗，旨在強調大學自治非可無限上綱，成為宰制學生的工具。

二、黃昭元(2002:9)採否定說。認為教育本是人民的權利，而非國家的公權力，大學(尤其是私立大學)更不當然是行政機關的延長，反而應該是屬於社會範疇的權利主體。大學之行使對內自治權，就如同人民行使其基本權利，即使涉及其他人民的基本權利，原則上也應無法律保留原則之當然適用，最多只需適用法律優位原則。

三、周志宏(2001d:64)採折衷說。認為需要法律保留，但因為大學自治，所以法律保留較弱，不需明確授權；氏謂大學自治之制度既然是為保障學術自由而存在，自不得反過來以大學自治為由而任意侵害其內部構成員之學術自由與基本權利，因此不得為明確、具體之細節規定，惟大學對學生之強制退學等權力如認為係公權力之行使，自應有法律授權之依據。

而本文的研究觀察，隨著民國92年大學法第25條之一<sup>93</sup>的出爐與釋字第563號解釋的加持<sup>94</sup>，更加明確宣示大學自治受憲法制度性保障，大學生的畢業條件及退學相關事項都屬大學自治範圍，各大學自訂校規章程將學生退學的做法並不違憲，立法及行政措施的規範密度，都必須受到適度限制<sup>95</sup>。惟在此大原則下，由於大學對學生的退學處分，關係學生的身分改變及受教權益甚鉅，有關學則之訂定及執行，過去因無法律明確判準，遂導致諸多退學案件在高等行政法院與最高行政法院實務上有著截然不同的判決呈現<sup>96</sup>，其系爭點即是在「法律保留」之適用<sup>97</sup>。如今，在增訂法條與釋字文的雙重展現下，高教法制的法律保留<sup>98</sup>問題

<sup>93</sup> 大學法第25條之一在民國94年底的修法中，被修改而成為新法的第28條第1項與第32條。

<sup>94</sup> 釋字第563號解釋的要旨為：大學自治可排除法律保留，亦即，即使沒有法律具體明確的授權，大學亦可對學生施予退學之處分。請參見廖元豪(2004)，〈法律保留與基本權保障之脫鉤—評司法院大法官釋字第五六三號解釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第55期，頁19。

<sup>95</sup> 此在德國基本法中雖從憲法保護基本權觀點，推論在學校教育關係的領域中應有法律保留原則的適用，然而，此並非意味著所有的事項均需有法律規定作基礎。Vgl. BVerfGE 33. 303 (333. 337)--Numerus-clausus-Urteil; Löhning. Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis. 1974. S. 186 f.; Franke. Grundrechte des Schülers und Schulverhältnis. 1974. S. 30 f.; Starck. NJW 1979. 270. 轉引自顏厥安、周志宏、李建良(1996)，同前揭文，頁96-97。

<sup>96</sup> 關於退學案的實務探討，本文將於第六章論述。

<sup>97</sup> 當然，高院與最高院之法理爭議，隨著釋字第563號解釋對最高行政法院的肯認，儼然已成定論。

<sup>98</sup> 德國聯邦法院〔BVerfGE 58, 256(268f)〕所稱學校中之法律保留(Gesetzesvorbehalt im Schulrecht)，即是指在憲法中法治國原則與民主國原則要求屬於學校重要(wesentlich)事項，

徵點值得思索之處，本文認為反倒是在日後各大學所制定的退學制度，其內容的合理妥適明確與法律程序之正當性，以及有無建立學生參與機制與完備申訴救濟制度，俾能更加維護學生權利，方是為要。

---

立法者有親自以法律規定之義務，而不得聽任行政機關為之。而關於學校重要事項的範疇，學者則都以「重要性理論」作為判斷，詳細內容請參見本文第四章所述。

## 第四節 法律明確性原則與信賴保護原則

法的安定性原則(Der Grundsatz der Rechtssicherheit)就是要求法律要具有安定性，一方面國家的行為須具有可預見性，亦即使國家的行為要能讓人民明瞭，它要求人民做什麼，禁止人民做什麼，以及當人民違法時，國家的反應是如何。另一方面，在人民了解之後，才能預測其行為的法律效果，同時也信賴這個法律效果，而有所適從；也就是說，如果國家的行為不具有可預見性與可信賴性，會造成人民動輒得咎的結果。法的安定性原則可以從兩個面向來觀察，一方面可由靜態面來觀察，就是從法律在制定上必須具備何種的內容要求來看，這個要求也稱為「法的明確性」(Die Rechtsklarheit)；另一方面可由動態面來觀察，就是從法律在變動上必須具備何種的修改要求來看，這個要求也稱為「法的可信賴性」(Die Verlässlichkeit des Rechts)。(許育典，2001a：139)

### 第一項 法律明確性原則

#### 壹、一般法律原則

「法律明確性原則」(Bestimmtheitsprinzip)<sup>99</sup>指行政行為及法規命令的內容必須盡可能地明確，使人民可以毫無困難地理解且具有可預測的可能性(Voraussehbarkeit)，尤其涉及人民權利義務事項者，須有清楚之界限與範圍，使人民明白清楚何者當為，何者不當為。不僅如此，法律之規定還不能模糊帶過點到為止，即該法律之構成要件與法律效果應明確，易言之，必須合乎明確性原則<sup>100</sup>。其目的在使人民對該干預性法律有可預見性(Vorhersehbarkeit)、可量度性(Berechenbarkeit)及可信賴性(Verlässlichkeit)，並使執法者有法律適用之一致性，而形成法的安定性(釋字第 390 號解釋參照)。(李震山，2000a：14)循此，在釋字第 445 號解釋：「…以法律限制集會、遊行之權利，必須符合明確性原則…」，承認此原則為憲法之一般原則；而行政程序法第 5 條：「行政行為之內容應明確」，則將此學理予以條文化。

法律明確性原則在人權限制的程度的明確性要求方面，可參考釋字第 443 號解釋理由書：「…涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；…」之內容。至於調和明確性的立法技巧上，則包括：不確定的法律觀念(釋字第 545

<sup>99</sup> 亦即在規範客體允許的情況下，立法者制定法律時應該要求其在內容上，必須清楚(Klar)、確定(bestimmt)而且明確(eindeutig)。請參見許育典(2001)，同前揭文，頁 139。

<sup>100</sup> 法律明確性原則所應具備之要素為：1. 瞭解可能性，2. 預見可能性，3. 審查可能性。請參見城仲模(1994)，〈行政法上之明確性原則〉，《行政法上之一般法律原則》，三民，頁 436；姜悌文(1998)，〈行政法學上之明確性原則〉，國立中興大學法律學研究所碩士論文，頁 11-12；林晉旭(2003)，〈實質法治國之建制—以大法官解釋之法律明確性譜系分析之〉，國立台灣大學國家發展研究所碩士論文，頁 115-117。

號解釋參照)、概括條款(釋字第 521 號解釋參照)、授權條款(釋字第 524 號解釋參照)等三種。誠然,遵守法律明確性原則,固可達成法之安定性目的,但這僅是法的次要目的,追求法的正義,方是法之主要目的。因此,惟有信守合乎憲政基本秩序之法律的前提下,法律明確性原則始有其積極意義。

法律若以不確定法律概念<sup>101</sup>作為構成要件之要素,是否違反明確性原則?大法官認為,「法律若以抽象概念表示者,其意義非難以理解,且為一般受規範者所得預見,並可經由司法審查加以確認,方符法律明確性原則」(釋字第 432 號解釋、釋字第 491 號解釋參照)。法規範本身具抽象性或不明確性常為立法技術上所不可避免,但在依法行政的前提下,即不能任意以法不明確而為個人推託之詞。法若僅係不明確,則仍須遵循既有規範,以法律合理的解釋方法為具體案例之解決,而不能遽謂不明確即拒絕適用,否則依法行政原則之精神將喪失殆盡。但若規範即使透過解釋仍無法獲致結果,或規範本身的實質妥當性確有疑義者,此際若謂行政仍須堅守法令,即可能影響人民權利,甚至造成惡法亦法的結果,與法律追求正義<sup>102</sup>之目的亦顯然違背。(吳信華,1999c:3)

其次,當立法者已盡列舉之責,仍無法達成憲法第 23 條之規範目的時,而以概括方式為之,並不違反法律明確性原則;但若無列舉規定,逕以概括方式規定之,所涉及者若為干預性<sup>103</sup>作為之依據或授權,則有違依法行政原理之法律明確性要求。(李震山,2000a:15)依釋字第 432 號解釋:「…法律明確性之要求,非僅指法律文義具體詳盡之體例而言,立法者於立法定制時,仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性,從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定」。從立法技術考量及法安定與正義目的之衡平之觀點言,該解釋堪稱允當。

## 貳、高教法律原則

在傳統的大學校規中,常因欠缺法的明確性內涵,致使學生因無法有預見行為後果而動輒得咎;此外,在標榜民主法治的大學校園中,為落實學生權利之保障,校規應揚棄不合理的規範形態外,亦需同時強化構成要件與行為效果的明確性。而主張大學自治者,則對教育事務之法制化,是否會過分影響學校教育之任務及功能,提出質疑;主張學校教育不宜透過法律予以詳盡地加以規制,將學校教育活動及教學活動以法律予以規格化(Formalisierung),係對教育工作之一種斷傷。(顏厥安、周志宏、李建良,1996:101)

<sup>101</sup> 所謂不確定法律概念,係指某些法律概念(用語),其必須藉個案中之具體事實適用其上時,才能具體化其內涵。

<sup>102</sup> 正義是基於主體「理性的思慮」(rationale Erwägungen)而來的一種價值判斷,其觀點本身就是多元的;正義的法律和社會秩序應該、而且可能基於理性的公共選擇而形成。請參見陳妙芬(2000),〈Gerechtigkeit(II):「正義」的價值來自「道德善」嗎?〉,《月旦法學雜誌》,第 62 期,頁 176;陳妙芬(2000),〈Gerechtigkeit(III):「正義」如何藉「實踐理性」證立?〉,《月旦法學雜誌》,第 63 期,頁 164。

<sup>103</sup> 所謂干預性之法律,係指該法律得作為干預人民自由權利之依據。



法律明確性在大學校規中最常發生的模糊地帶，均是需藉由個案<sup>104</sup>來判斷不確定法律概念之涵攝問題<sup>105</sup>。李惠宗(2004a；91-92)舉學生懲戒處分理由中最常見之「行為不檢，有損校譽」為例，即是屬不確定法律概念；若校規規定目的在確保「校譽」不受毀損，但所謂的校譽，係指「學校具有專屬不可分離之聲譽」，必與學校本身措施有關，且在校務行政範圍內所可實力管控者，若學生個人行為，與學校行政機制無關者，既與學校無涉，該行為縱有不檢，亦難以涵攝為「有損校譽」。本文亦認為，大學校譽主要建立在教學和學術表現上，學生個人行為和校譽(校風)並無重大關聯，傳統的威權規訓模式與特別權利關係仍充斥在現今校園，大學改革真要好好地落實校園民主的精神。

## 第二項 信賴保護原則

### 壹、一般法律原則

所謂「信賴保護(Vertrauensschutz)原則」，係指本於法之安定性，行政行為須具有可預見和可預測性，俾使人民能預先知所遵循，故人民因信賴行政行為所生之損害應予保護。信賴保護原則亦屬公法上重要原則<sup>106</sup>，具有憲法層次之效力。(羅傳賢，2002：83-84)法諺有云：「不法者，不得主張權利。」行政程序法第8條規定：「行政行為…，並應保護人民正當合理之信賴。」行政程序法第110條第3項規定：「行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。」釋字第525號解釋進一步指出：「信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止(行政程序法第一百十九條、第一百二十條及第一百二十六條參照)，即行政法規之廢止或變更亦有其適用。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，其因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，方符憲法保障人民權利之意旨<sup>107</sup>。…」由上述實定法可瞭解信賴的基礎。

<sup>104</sup> 如發生在民國93年6月下旬的長庚大學「遛鳥俠事件」，學校以『行為不檢，有損校譽』，對該生記二大過與二小過之『留校察看』予以懲處，引起社會矚目。

<sup>105</sup> 各種懲罰學生之校規中，充斥許多「模糊」、「曖昧」的不確定法律概念，其規定欠缺明確性，使學生難以預知行為可能受到懲罰之後果，例如：「升、降旗及各項集合，態度不嚴肅」、「參加公眾服務或團體活動欠熱心」、「誣譏師長態度傲慢」、「行為不檢有玷校譽」、「行動越軌訓誡不改」、「投機取巧，矇混欺騙」、「對師長有不禮貌行為」、「服務不力，工作懈怠」、「禮節不周」、「精神萎靡」、「鼓動學潮」、「有不名譽行為」等。請參見周志宏(2003)，《教育法與教育改革》，高等教育，頁301。

<sup>106</sup> 中央法規標準法第18條的「從新從優原則」規定與刑法第2條「從新從輕主義」規定均是。

<sup>107</sup> 本文認為，若學生進入私立大學(受私立學校法所保障)就讀，就學期間若因學校招生情況差而導致被迫關門「退場」，教育主管機關需監督學校做好對學生就學權益之補救措施，此乃便是

翁岳生(1998:123-125)指出,人民對公權力行使結果所生之合理信賴,法律自應予以適當保障,此乃信賴保護之法理基礎,表現在兩方面:一、法律不溯既往<sup>108</sup>—法治國家法安定性原則要求行政法律秩序的連續性,行政法規作為人民行為準繩的規範,嗣後不許追溯既往為不利於人民之變更。二、違法行政處分撤銷限制—為貫徹依法行政原則,行政機關發現其行政處分有違法瑕疵時,原則上固可依職權加以撤銷,惟如因違法行政處分而受益之人民,對於該違法行政處分之存續已產生信賴,且於衡量比較撤銷違法處分所可維護之公共利益後,其信賴較值得保護時,則該違法授益處分即不得任意依職權撤銷之<sup>109</sup>。

## 貳、高教法律原則

新大學法增訂第24條:「大學招生,應本公平、公正、公開原則單獨或聯合他校辦理;其招生(包括考試)方式、名額、考生身分認定、利益迴避、成績複查、考生申訴處理程序及其他應遵行事項之規定,由大學擬訂,報教育部核定後實施。大學為辦理招生或聯合招生,得組成大學招生委員會或聯合會,聯合會並就前項事項共同協商擬訂,報教育部核定後實施;大學招生委員會或聯合會,得就考試相關業務,委託學術專業團體或財團法人辦理。前項大學招生委員會或聯合會之組織、任務、委託學術專業團體或財團法人之資格條件、業務範圍、責任及其他相關事項,由大學或聯合會訂定,報教育部備查。設有藝術系(所)之大學,其學生入學資格及招生(包括考試)方式,依藝術教育法及相關規定辦理。大學辦理之各項入學考試,應訂定試場規則及違規處理規定,並明定於招生簡章。考生參加各項入學考試,有違反試場秩序及考試公平性等情事者,依相關法律、前項考試試場規則與違規處理規定及各校學則規定辦理。」

大學招生<sup>110</sup>屬國家高等教育重要事項,應以公平、公正、公開原則辦理,而大學招生辦法內容,應包括招生方式、名額、考生身分認定、利益迴避、成績複查、考生申訴處理程序及其他應遵行事項。大學之招生屬於大學自治事項,招生規範應由大學自行擬訂,報教育部核定後實施。而為處理大學招生考試之舞弊、違規案件,爰在該條增訂第5項、第6項,賦予法源依據。因此,在高教法制中,如考生信賴大考中心的成績計算,信賴某大學研究所入學考試錄取通知,均得對特定行政處分主張信賴基礎<sup>111</sup>。亦即若發生瑕疵或重大疏失(如計分錯誤、榜單有誤等),在事後(合理)補救上絕不可對於已接受發布事實者損害其權益(或可以

---

基於信賴基礎而所為之保護。

<sup>108</sup> 法的可信賴性要求,並非禁止法律的變動或修改,而是禁止法律的溯及既往而生效,因為法律溯及既往的生效會危害到人民對法律的信賴。

<sup>109</sup> 此為行政程序法第117條第2項所明訂。

<sup>110</sup> 關於大學入學招生等諸多法理問題的探討,請參見許育典、盧浩平(2005),〈大學入學請求與多元入學方案的憲法問題〉,《成大法學》,第10期,頁1-41。

<sup>111</sup> 例如各大學研究所入學「招生簡章」亦屬行政規則,若招生簡章有規定考試錄取名額,除非另有排除條款,參加該考試之考生,個案上亦得對該招生簡章主張具有信賴基礎。請參見李惠宗(2004),《教育行政法要義》,元照,頁79。

外加名額方式彌補)，此乃為信賴保護之具體表現。

## 第五節 比例原則與平等原則

### 第一項 比例原則

#### 壹、一般法律原則

比例原則(Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)具有憲法之位階<sup>112</sup>，其得用以制約立法、行政、及司法，以避免各該權力行使之恣意與逾越，是為調和公益上之必要與權利或自由之侵害，以達到實質正義的一種理性法則。換言之，比例原則乃謂國會制定法律干預人民之基本權利時，其干預的方式與範圍不得逾越必要之程度，因此亦稱之為過當(度)禁止原則(übermaßverbot)<sup>113</sup>。(顏厥安、周志宏、李建良，1996：20)我國憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」，其中之「必要」<sup>114</sup>範圍內為之，即為比例原則在憲法上之具體表現。

當發生國家侵害人民基本權利的事件時，比例原則更是違憲審查時常運用的重要檢驗標準<sup>115</sup>。如釋字第 476 號解釋：「人民身體之自由與生存權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則，要不得僅以其關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，謂其有違於前開憲法之意旨。<sup>116</sup>」釋字第 551 號解釋：「…所採措置與欲達成的目的及所需程度有失均衡；其責任與刑罰不相對應，罪刑未臻相當，與憲法第二十三條所定比例原則未盡相

<sup>112</sup> 比例原則既屬憲法位階之原則，則其下位階之法規範，如民法，刑法及行政法自然得適用本原則。請參見李震山(1997)，《行政法導論》，三民，頁 80。

<sup>113</sup> 有關「過當(度)禁止原則」的說法，請參見Peter Lerche, übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961. 轉引自許育典(2001)，同前揭文，頁 142。

<sup>114</sup> 憲法第 23 條所稱的「必要」，可自兩方面加以說明：1. 目的上的必要性，立法者在公益的考量下，認為唯有限制人權時，始得制定法律限制，這就「公益的必要性」而言；2. 限於「絕對必要性」的範圍內才可限制人民的基本權利，這就是一般所稱的比例原則。

<sup>115</sup> 關於「比例原則」在解釋文中適用者，請參見釋字第 384、409、428、436、443、445、452、471、476、487、488、490、497、507、510、515、528、544、551、582 號等解釋。

<sup>116</sup> 在我國憲法第 8 條第 1 項與第 16 條規定中，諸此程序基本權，與憲法第 23 條規定中之「必要」要件，即已為我國學界及實務解為「比例原則」之適用關係，從形式上看，即仍應受憲法第 23 條規定之制約。惟若從實質上考察，比例原則係要求限制人民權利的「手段」必須與追求公益之「目的」相當(合乎一定比例)，基本上為實體基本權理論思考下的法益衡量產物。請參見蔡進良(2003)，《行政程序中之正當法律程序—憲法規範論》，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁 68。

符。<sup>117</sup>」釋字第 582 號解釋：「…適當、必要與合理之裁量，與憲法第八條人民身體自由之保障及第二十三條比例原則之意旨不相牴觸。」其理至明。

行政行為之比例原則，依行政程序法第 7 條規定：「一、採取的方法有助於目的之達成。二、有多種能達成目的之方法時，應選擇對人民損害最少者。三、採取之方法所造之損害，不得與欲達成的目的利益顯失均衡。」廣義的比例原則，包括這三項要素(Elemente)，即適當性、必要性及比例性原則，而對此「比例原則三階論」<sup>118</sup>分述如下<sup>119</sup>：

#### 一、適當性原則(Geeignetheit；亦稱合目的性原則 / Zwecktauglichkeit)

行政機關對於行政手段之選擇，僅得擇取可達到所欲求之行政目的之方法而為之，否則即為違法；亦即指所採行的措施必須能實現行政的目的(Zweckerreichung)，或至少有助於目的之達成，並且為正確的手段。換言之，在目的與手段的關係上，必須是適當的，它是一個目的導向的要求。依照德國聯邦憲法法院的見解，只要手段不是完全或全然不適合，即不違反適當性原則。而且適當與否並不能以實施的結果判斷，因為立法者對於未來情況之預測有錯誤的可能，只要於制定某項法律或決定採取某項措施時，依事物本質作合理的判斷，如果認為有助於目的之達成，則不論日後對於目的之達成有無助益，不得逕認為其違反比例原則。

#### 二、必要性原則(Erforderlichkeit；亦稱最小損害原則 / der geringstmögliche Eingriff )

其是指在適當性原則已獲肯定後，行政機關有多種可達行政目的之方法時，在所有能夠達成立法目的之手段中，必須選擇對人民之權利侵害最少的方法。換言之，必須具備「相同有效性」與「最少侵害性」兩項要素，才有必要性原則的適用，如果只有唯一的手段可以達成目的時，必要性原則即無法適用。而要求採取「最溫和手段」(mildestes Mittel)的必要性原則是淵源於德國的警察法理論，早在德國威瑪時代的名行政法學者Fleiner, F. 的一句名言「警察不可用大砲打麻雀」(只用鳥槍即可)，表明了嚴厲的手段惟有是在已成為「最後手段」(ultima ratio)時，方得行之<sup>120</sup>。

<sup>117</sup> 此乃為「罪責相當」，請參見 93 年判字第 733 號：「…處以最重，以儆效尤？」

<sup>118</sup> 在具體案例的判斷標準上，就以此三原則逐一審查且均需符合，方可通過比例原則的檢證，此即所謂「比例原則三階論」。

<sup>119</sup> 關於比例原則，學者論述甚豐，進一步內容請參見：謝世憲(1994)，〈論公法上之比例原則〉，《行政法上之一般法律原則》，三民，頁 124-125、162-163；陳新民(1999)，《憲法基本權利之基本理論(上冊)》，元照，頁 239-243；吳信華(1999)，〈法治國家原則(三)—比例原則〉，《月旦法學雜誌》，第 52 期，頁 2；林孟皇(2000)，同前揭文，頁 117-118；許育典(2001)，同前揭文，頁 142-145；許育典(2002)，同前揭書，頁 101-103；許育典(2005)，同前揭書，頁 90；李惠宗(2003)，《行政程序法要義》，五南，頁 123-126；李惠宗(2004)，同前揭書，頁 72-74；李建良等人(2004)，《行政法入門》，元照，頁 83-84。

<sup>120</sup> Vgl. Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen, F. Fleiner, Institutionen

### 三、比例性原則 ( Proportionalität ; 亦稱狹義的比例原則 / Verhältnismäßigkeit im engerem Sinne)

行政機關採取之行政手段所造成之損害，不得與欲達成行政目的之利益顯失均衡；質言之，所造成之損害應輕於達成目的所獲致之利益，始具有合法性。換言之，其乃是指對於基本權利的侵害程度與所欲達成的目的之間，必須處於一種合理且適度的關係，不可造成人民過度的負擔。本原則強調的是一種利益衡量 (Güterabwägung)<sup>121</sup> 的方式，衡量「目的」與人民的「權利損失」間有無「合比例」<sup>122</sup>。比例性原則並非一種精確無誤的法則，它必須以各個基本權利在憲法價值秩序中的份量，作為利益衡量的判斷標準，因此不可避免地具有相當的抽象性及彈性。由於此原則是以「法律目的」和「人權價值」作一個衡量，在衡量標準不確定的情況下，職司「憲法守護者」的釋憲機關，不可避免地適用比例原則時，即容易產生浮動的現象。釋憲者宜以社會一般正義觀念為考慮，公平衡量法益的高下，釋明審查的基準，並對於立法者的「目的確信及法益確定」，隨時代的變遷而時時加以檢定，以符合憲法保障人權的意旨<sup>123</sup>。

比例原則雖有公法上的帝王條款之稱，但卻內含若干值得進一步思考的問題，茲簡述如下：(蔡茂寅，2000：31)

一、必要性原則所謂的最小損害係一比較性的概念，但其比較的基礎卻往往忽略各個手段的目的達成度非屬同一的性質，而有過分簡化的現象。此時究竟何者為最小損害之手段，因其牽涉到手段與目的之個別與相互間的複雜價值判斷與權衡，因此，此一子原則似易實難，從而本原則之適用實屬不易。

二、據此，假設所有手段之目的達成度均屬同一，則行政機關於行使裁量權時，其權限在最小損害原則的拘束之下，勢必一律收縮到零。設若各個手段之目的達成度均各自不同，而何種程度之目的達成方屬足夠可由行政機關自行決定，則此時實際上比例原則將退化到僅有比例性原則具有實效的情況。

三、比例性原則既然強調損害與目的間不得顯失均衡，則其權衡必然足以同質性之價值相互比較為前提，因之免不了須做量化、金錢化的工作，以求能客觀進行權衡。可見比例性原則原係社會通念下的產物，深受時代與環境的制約。

#### 貳、高教法律原則

---

des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928 (1963 重印), S. 404. 轉引自陳新民 (1999)，同前揭書，頁 242。

<sup>121</sup> Vgl. Peter Badura, Staatsrecht, 2. Aufl., München 1996, S. 273 ; auch Sobota Katharina, Das Prinzip Rechtsstaac, Tübingen 1997, S. 244ff. 轉引自許育典(2001)，同前揭文，頁 145。

<sup>122</sup> 此若以我國俗語，可比喻成「殺雞取卵」：形容一個行為(殺雞，剝奪雞之生命)和所追求的代價(一個雞卵)之間，不成「比例」的關係。請參見陳新民 (1999)，同前揭書，頁 242。

<sup>123</sup> 如釋字第 535 號解釋關於警察臨檢：「…須以有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限，且應遵守比例原則，不得逾越必要程度。…始無悖於維護人權之憲法意旨。」不可以為達目的而不擇手段地採取干預性的措施。

比例原則在教育場域中，其所欲達成之目的雖具有多元性、抽象性，與未來性等諸多不確定特質，然尚不至於漫無界限。例如在「適當性原則」方面，大學設定「二一退學制」，是增進學生學習或降低教師評分標準？其在目的與手段間之因果關係如何檢證？均需審慎以對；又大學對於考試作弊行為，帶小抄與集體舞弊所適用之懲戒處分，在選擇懲戒規範上即是「必要性原則」所要特別注意提醒的；而在「比例性原則」適用上，諸如大學對於考試作弊懲戒處分，若牽涉到「開除學籍」事項<sup>124</sup>，要避免「情輕法重」，否則會有逾越過度禁止原則之虞。另李惠宗(2004a:108)指出，在大專以上之學校各系對選課自由所作之限制，須依憲法比例原則檢證是否違憲而侵害學生之學習權，一般而言，除在專業進階課程有階段性考量所作之限制外，對選課自由的限制，特別是以學分數上限或下限為限制，均屬不必要之限制，違反比例原則。

質言之，現行法條文不乏有關教育目的之抽象規範(諸如直接宣示「教育目的」的教育基本法第2條第2項或各種教育法律之立法目的)，而透過教育專業之詮釋與學校組織之運作，當能具體型塑階段性的教育目標與所蘊涵的教育內容。據此，教育措施所欲達成之目的遂能獲得初步確認，比例原則亦將因此得以在教育領域中擁有運作的空間。(曾大千，2003:134)本文以為，校園畢竟不同於社會，具有教育的宗旨，因此，對於學生特別在懲戒處分時的判準，比例原則當能發揮最妥適之效用。

大學行政單位於行政行為(行政程序法第7條公權力作用亦包括教育行政)時，如校規在具體反映學校教育理想之際，也必須同時接受法治國比例原則的公評，以藉此徹底改變傳統校規拘束學生行為之單向特質，而成為在學關係當事人所應共同遵守的權利文件。許育典(2001b:30)認為，學校於涉及對學生基本權領域(die Grundrechtssphäre des Schülers)之侵犯時，在許多可能的措施中：只允許去選擇一個適當的，而且有利於其所追求教育目的之達成的措施(適當性原則)；只允許作成一個對於學生侵害最少與負擔最少的措施(必要性原則)；為達教育目的所採取之措施而造成的損害，不得與欲達成教育目的之利益顯失均衡，亦即在其措施作成後，整體而言的結果是利多於弊(狹義的比例原則)。

## 第二項 平等原則

### 壹、一般法律原則

「平等原則」(Der Grundsatz der Gleichheit)為現代國家憲法上之重要原則，意指行政權的行使，不論實體或程序上，相同事件應為相同處理，非有合理的正當理由，不得為差別待遇。(翁岳生，1998:119)平等原則最根深的意義乃是「恣意禁止」<sup>125</sup>，且要求「相同的事情為相同的對待，不同的事情為不同的對

<sup>124</sup> 如民國92年5、6月間「五名陸軍官校學生作弊遭開除事件」，即是很值得省思的比例原則在高等教育行政上之個案。

<sup>125</sup> 「恣意禁止」乃是一種客觀法規範(objektive Rechtsnorm)，其僅具有拘束國家權力之作用；法律邏輯上，不能從客觀法規範導出人民有主觀公權利(subjektives Recht)，即人民可以透過

待」，不得將與「事務本質」(Natur der Sache)不相關因素納入考慮，作為差別待遇的基準。換言之，平等原則非要求不得差別對待，而是要求「不得恣意地差別對待」，如果應區別對待而未區別，則違反「平等原則」(其亦同時違反「不當聯結禁止原則」<sup>126</sup>)。(李惠宗，2002a：138；2003：108-109；2004a：75)德國聯邦憲法法院這一個判斷標準，可以下列的模式表現出來：平等權<sup>127</sup>等於「恣意禁止」，也就是繫乎立法者的理智決定與否。而立法者要避免「不理智」之後果，必須斟酌各種待規範事務(及人民)之「事務本質」及有充分理由時，方可作為決定「同同、異異」<sup>128</sup>之規範。(陳新民，1999a：505)

法律的實質平等(Rechtsinhaltsgleichheit)<sup>129</sup>所涉及的不完全是正義<sup>130</sup>，因為通過法律所調節的材料，常常並不允許抽象到只剩下道德上的正義問題的程度。法律的內容涉及集體目標和集體之善；隨之而出現的即使不是共同的集體認同的問題，也是具體的生活形式的問題。(Habermas著、童世駿譯，2003：155)平等原則並非採機械式之形式上平等<sup>131</sup>，而應基於事物之本質及特性予以判斷，選擇實質正當的標準，若為以追求公平正義，而為合理之差別待遇，亦與平等原則無違；此即釋字第485號解釋所指「平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。釋字第542號解釋明白強調：「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。…」

另外，平等權中還有所謂「給付請求權」的概念，其乃指可以請求國家為一

---

訴訟途徑，請求或得實現之法律地位。請參見李惠宗(2003)，同前揭書，頁109。

<sup>126</sup> 我國憲法雖未明文規定「不當聯結禁止原則」，但此一原則是比例原則與平等原則作為違憲審查基準的先存原則；此一原則要求國家作用不得將與事物本質無關的因素列入考慮，更不得作為差別對待的基準，係屬國家權力運作最低度的理性要求。請參見李惠宗(2005)，〈不當聯結立法之禁止—立法之界限(二)〉，《月旦法學教室》，第32期，頁8。另關於「不當聯結禁止原則」詳細意涵請參見本章第七節所述。

<sup>127</sup> 此處「平等權」是屬於主觀公權利，相對於「平等原則」是一種客觀法規範，其乃是經由「平等原則」轉化而成「平等權」的。請參見李惠宗(2003)，同前揭書，頁110、114。

<sup>128</sup> 德國法學家Radbruch, G.曾謂：「等者等之，不等者不等之，乃是正義。」

<sup>129</sup> 法律的實質平等確定了良好法律的標準，因為它不是僅僅從法律確定性的角度來考察法，把它作為「導控社會行動過程的盡可能可靠和精確的工具」，而是從對主體間共用之生活形式加以合理組織的角度來考察法，把它當作「實現民主的政治決策」的法律行動形式，以及「通過一開始提到的兩個功能來確保個人自由領域和個人支配領域的手段」。請參見Habermas著、童世駿譯(2003)，同前揭書，頁156-157。

<sup>130</sup> 在法理的研究上，正義被視為一種客觀的原則，而且我們通常將平等看做正義的主要內涵，便是基於傳統對正義的理解而來的。陳妙芬(2000)，〈Gerechtigkeit(I)：「正義」是什麼？〉，《月旦法學雜誌》，第61期，頁169-171。

<sup>131</sup> 如依平等原則所為之93年判字第733號：「相似案件不同處理」。



定行為的權利，而通常又可以分為「原始給付請求權」與「衍生的給付請求權」，前者是指人民得請求國家積極創設或提供一定的給付或設施，後者是指人民可分享國家現有的給付或資源，就行政程序法第 6 條稱：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」所謂法律上一律平等應該是實質的平等，但就現實上每個人所處的環境都不同，因此實際上很難在法律上享有平等，從關於原住民的法律與政策中很難找到在文字上有歧視<sup>132</sup>。在各名目上雖然沒有表明歧視原住民，卻在原住民的精神上、文化上、政治上、經濟上有重大的傷害，對於這樣的行為政府應該進行補償，依憲法平等保障之規定，透過積極平等權的闡釋，採行促進平等之優惠性差別待遇。

## 貳、高教法律原則

憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」這裡頭憲法所講的「平等」<sup>133</sup>其實是、也只能是「使其平等」的意思。如以大學入學測驗加分<sup>134</sup>之「原住民學生優惠政策」<sup>135</sup>來做為高教法中平等原則的思索，為了達到各個不平等的權利主體之間實質的平等，必須以承認差異存在的事實為基礎，如此則對原住民之「差別待遇」反而成為「使其平等」的必要概念及手段。易言之，我們可以說，國家要在不平等的權利主體之間實現平等，最理想的方法乃是針對各個權利主體的實際狀況設計不同的做法，但這種方式實際上並不可能也不可行，因此只能求其公約數，此一公約數也就是法律所講的平等，而此一公約數背後乃是無數個差別的權利主體。從比例原則來

<sup>132</sup> 如過去在原住民的文化上，他們被迫改變原有的部落組織放棄自己的傳承，僅有地方的耆老記得古老的語言與禮儀。

<sup>133</sup> 憲法第 7 條就其性質而言，究屬基本權或是憲法上之基本原則，亦即平等權抑或平等原則，學說上存有爭議。大法官會議於相關解釋中時或稱平等權(釋字第 211、341、468、500 號解釋參照)，時或稱平等原則(釋字第 410、438、455、485、490、508 號解釋參照)，因此似乎兩者皆採。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 22。

<sup>134</sup> 新大學法第 25 條規定：「重大災害地區學生、政府派赴國外工作人員子女、參加國際性學科或術科競賽成績優良學生、運動成績優良學生、退伍軍人、僑生、蒙藏學生及外國學生進入大學修讀學位，不受前條公開名額、方式之限制；其名額、方式、資格、辦理時程、招生委員會組成方式、錄取原則及其他有關考生權利義務事項之辦法，由教育部定之。」以特定身分者得加一定比例的分數，其界定標準不能僅看形式合法性問題，還要看是否違反「恣意禁止」的實質正當平等原則？即應從加分「制度目的」是否加入與「事物本質」不相關之要素來檢視。至少本文對於在眾多少數民族(據學者調查，中國大陸的少數民族有 56 族之多)中獨厚「蒙、藏學生」，以及對所謂「僑生」(為何獨列出一項？其國籍原本即為外國籍)的特殊待遇，相對於本地一般生，是否更加突顯「差別待遇」之不合理處，值得吾人深思。

<sup>135</sup> 原住民生加分之優惠政策，在其立法目的或制度目的本身必須有合憲之基礎，始得作為標準，以供制度本質要素的探索；至少應符合憲法第 23 條、第 158 條、增修文第 10 條第 12 款，教育基本法第 2 條之規定。

看，當某權利主體的實況與此公約數的差距過鉅，進而使公約數的適用顯然導致不公平待遇或過度犧牲，那麼，就必須回歸「差別待遇」，也就是以差別待遇來使其平等。許慶雄(2000：65)即明確指出，採取優先待遇的方式、程度，須為社會通念所能容許，同時不能因而出現逆差待遇，形成另一種不平等。

憲法第5條規定：「中華民國各民族一律平等」，而國家針對原住民的限制也違反了平等原則，因為其它族群並未受到限制，而這就是明顯的國家選擇漢族的價值標準來強迫同化原住民，因此承認原住民族具有對抗國家干預的防禦權地位，才能使原住民分享這類的集體利益。防禦權的功能，是指基本權給予人民一種法的地位，人民對於國家違法侵害基本權利的任何行為，都可以透過法律的途徑請求停止侵害，故防禦權功能也可以稱為侵害停止請求權的功能，(陳新民，1993：216)而侵害停止請求權的功能是國家負有停止侵害的義務。然而，過去國家對於原住民族有某些限制<sup>136</sup>，其實這些已呈現出典型的原住民族集體權利受到干預的現象，而國家對於原住民族的干預，使得個別原住民本身原本所能享有的歸屬感及族群的認同感與族權受到侵害。

來自於弱勢族群的學生似乎注定在高等教育的參與上提早出局或飽受輕忽，不管是在入學制度申請時的過於複雜、延遲入學或要求先修習許多非學術預備的課程，都造成了弱勢族群學生在進入高等教育機構時劣勢的加劇。(Timpane & White, 1998)惟究竟平等對待或是平等結果，何者才合乎平等的理念呢？如果我們能對這個問題獲得共識，則原民生大學入學「優惠性差別待遇」的問題即可解決，不幸的是，平等問題固然極為重要，西洋法學就此問題之文獻探討或實務判決也非常之多，但除了在抽象的最高層次有「每個人均享有同等之價值、均應予以同等之尊重」、「等則等之，不等則不等之」的共識外，(莊繡霞，1996：56)在具體層次應如何判斷？則是至今尚未形成有力見解，亦發顯示要釐清平等的理念並不是容易的事，凡此均為高教法制在學生平等權利<sup>137</sup>保障所亟待努力之目標。

---

<sup>136</sup> 如早年停止族群傳統的祭典、祭儀以和漢族習慣訂定原住民身分認定標準，頒佈姓名條例、禁止原住民使用傳統姓名等；不過，自民國84年姓名條例修正後、原住民開始可回復傳統姓名。

<sup>137</sup> 有關大學學生在性別、種族、身心障礙等之平等保護，將於本文第五章分別探討。

## 第六節 正當法律程序原則

### 第一項 我國「正當法律程序原則」之規範

#### 壹、一般法律原則

所謂「程序」(Verfahren / Prozess)係以產生裁判或行政行為為目的之處理法律事件之過程及程序。我國之行政程序法第 1 條揭示：「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定本法。」足見程序正義理念<sup>138</sup>之重要。行政程序法有類似保障正當法律程序之規定，其中第 102 條明定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。」由於行政處分實具有確定或形成個人權利義務之作用，而確定或形成個人權利義務則須經由一定之手續，以維持認定事實或適用法律之正確。因此，所謂「法律程序」乃指，為實現法律上的目的而次第進行的過程及採取的各種行為。

「正當法律程序」，是法院所認為合理而符合正義的程序<sup>139</sup>或法律。(劉瑞慶，1987：60)，亦即法律程序必須符合正當之謂，此乃國家與國民之關係的基本原則，與人權有密切關係之重要法理。(謝瑞智，2000b：246)Luhmann, N. 將所謂「正當性」就社會學之定義為：在一定的容忍範圍，對於內容尚未完全確定之決定，一般的願予接受之情況。而「正當化」則是確認其正當性，是一種接受決定之意識。「透過程序的正當化」則意指：使有關之人得參與程序，於程序中發揮一定之作用，藉以提高此等意願。(Larenz, K. 著、陳愛娥譯，1999：91)本文認為，正當法律程序是一個國家是否尊重人權的重要指標，是法治國家對人民應盡的義務。

「深化民主原則」乃是「行政上正當程序」<sup>140</sup>的一般屬性，行政程序法<sup>141</sup>制定之後，給予利害關係人參與表達意見之機會，當可提高行政作用之正確率。而透過告知(包括「通知」及「公告」)與聽證(包括非正式的「陳述意見」及正式的「言詞辯論」)之程序踐行，人民將更有直接、積極、普遍參與日常行政決策

<sup>138</sup> 在程序正義方面，行政程序法第 9 條要求行政機關應：注意當事人有利與不利情形，即對行政機關做決定過程的公正無誤要求。

<sup>139</sup> 公權力踐行正當法律程序，係追求「程序正義」之必然，其與「良善目的不能當然證立手段正當」之理念是一體之兩面。請參見李震山(2005)，〈「正當法律程序」被當真嗎？〉，《月旦法學教室》，第 34 期，頁 26。

<sup>140</sup> 行政程序法之正當程序之基本制度概括為聽證、教示、辯論、代理、迴避和時效制度，其基本設計為：1. 行政機關進行取證的義務：相對人聽證權；2. 行政機關告知信息的義務：相對人知情權；3. 行政機關兼聽意見的義務：相對人的辯論權；4. 行政機關排除偏見的義務：相對人申請迴避權。請參見孫笑俠(2001)，《法的現象與觀念》，人民，頁 234。

<sup>141</sup> 本法於民國 88 年 2 月 3 日制定公布，民國 90 年 1 月 1 日施行。

的機會<sup>142</sup>。換言之，保障程序正義乃是實質體現「參與民主(participatory democracy)」的重要途徑，其雖未能臻於「直接民主」之理想，然卻能儘量減少現實間接民主所形成的諸多流弊。(湯德宗，2000a：147)

我國憲法上雖尚無像美國聯邦憲法第 5、第 14 修正案(Amendment) “Due process of law” 保障之明文規定，惟在司法院大法官之解釋實務上已多有所見<sup>143</sup>；大法官亦將原僅適用於限制人身自由的憲法第 8 條正當程序保障，逐步擴張適用於其它領域。正當法律程序在我國司法審查上之運用，始於釋字第 384 號解釋，文中謂「…其所稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處罰，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件」；該號解釋理由書更謂「前述實質正當之法律程序<sup>144</sup>，兼指實體法與程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序…。<sup>145</sup>」此外，釋字第 396 號解釋謂「…(公務員懲戒委員會)應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障…。」釋字第 418 號解釋亦有「…此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸…。」釋字第 436 號解釋文復有「…軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，…。」由上可知，大法官會議解釋已確認「正當法律程序」乃憲法上之要求。

關於正當程序要求的程度上，釋字第 443 號解釋理由書：「…關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制，…」提到在人權限制的程度<sup>146</sup>。釋字第 432 號解釋中對於預見處罰的規定(要件與方式)的事先告知，以及釋字第 491 號解釋：「…應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員

<sup>142</sup> 「正當法律程序」與「依法行政」雖源於不同的法制，然就其適用範圍及深度，正當法律程序對基本權利之保障更勝一籌。誠如城教授所主張，行政法學基本之指導原理應是：大陸法系之「依法行政」一形式，加上rule of law，或due process of law英美法系統之「法治」一實質。請參見城仲模(1990)，〈四十年來之行政法〉，《法令月刊》，第 41 卷第 10 期，頁 71。

<sup>143</sup> 除本節中特別揭櫫之釋字第 382、384、396、418、432、443、436、491 號解釋外，尚包括釋字第 392、445、446、462、499 號等解釋亦均有涉及正當法律程序原則。

<sup>144</sup> 事實上，若干美國法上所稱之「實質上正當程序」(substantive due process)的要求，例如法律須為達成合法目的之合理手段，且須為對人民權利限制最少者；法律之內容須明確等，早已成為我國憲法條文及法治國原則的重要內涵，如法律保留原則、比例原則及明確性原則等所包含，並且成為釋憲機關審查法律是否合憲的重要依據。請參見楊雲驊(2003)，〈憲法上正當法律程序之保障〉，《法學講座》，第 24 期，頁 2。

<sup>145</sup> 司法機關如對大學校園內搜索，其所涉之學生人身自由與隱私權保障以及大學自治的範疇，是否可比照一般刑事搜索？這部分內容之探討，本文安排在第五章中探討。

<sup>146</sup> 行政程序法第 3 條第 3 項第 6 款則將「學校」部分特予以排除適用。

會決議，處分前給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由並表明救濟方法、期間、及受理機關等，設立相關制度予以保障。…」對照參酌本號解釋(釋字 491)暨行政程序法之「正當程序」基本要素，即知對於限制人民憲法基本權的「公務人員免職處分」，大法官認為其須符合「公正裁決(fair-trial)義務」、「聽取意見(hearing)義務」、與「告知(notice)義務」等三項程序要求。湯德宗(1999：155-159；2000：142)亦針對行政程序法歸納得出四項值得參考之「正當行政程序」要件<sup>147</sup>：一、受告知權(right to be informed)；二、聽證權(right to be heard / right to hearing)；三、公正作為義務(duty to act fairly)；四、說明理由之義務(duty to give reasons)。

## 貳、高教法律原則

由於大學自治為憲法位階之基本權利，是故，與法律上權利衝突時當然優先，而無衡量之問題；大學自治之保護優先於其他涉及之基本權利，所以國家權力不得干涉大學之自治決定<sup>148</sup>。然而，是否連「程序上事項」<sup>149</sup>之干預亦不得為之？則有疑義。此問題關鍵在於：「正當法律程序」究竟只是附隨於個別權利的程序保障功能<sup>150</sup>？還是一個獨立的基本權利類型？採何種立場，而有所不同。倘若正當法律程序只是附隨於個別權利的程序保障功能，則當大學自治之保護優先於個別基本權利時，當然應認為國家權力在「實體上事項」<sup>151</sup>及「程序上事項」之干預皆不得為之<sup>152</sup>。然若正當法律程序是一個獨立的基本權利類型，則雖然大學自治之保護優先於個別基本權利，但此時該個別基本權利主體，仍得主張其正當法律程序，從而，國家權力有就「程序上事項」干預之空間。本文傾向於採取後者，即「正當法律程序」為獨立基本權利類型之見解；因此，個別基本權利主體(如在學之大學生)得主張其正當法律程序之基本權利，國家權力仍得藉由「程序上事項」介入大學自治。

此外，高教法制中諸如有關「成績評定」與「獎懲處分」等，因在性質上難謂非屬涉及人民憲法基本權之事項，從而亦應受到「正當程序」的拘束；唯因基於維護學校行政效能及資源有限性之考量，而在適用範圍與內涵要求上，自亦容

<sup>147</sup> 至於訴願法有關訴願程序的「正當程序」，湯德宗教授認為亦有相同的四項要素。請參見湯德宗(2000)，〈論訴願的正當程序〉，《月旦法學雜誌》，第61期，頁128-137。

<sup>148</sup> 有關「大學自治」與「基本權利」部分，將分別在本文第三章、第四章闡述。

<sup>149</sup> 有關「程序上事項」這部分，從釋字第382號解釋中之救濟途徑(申訴→訴願→行政訴訟)可了解。

<sup>150</sup> 學者許宗力似乎採取此種見解。請參見許宗力(1999)，《憲法與法治國行政》，元照，頁168-173。

<sup>151</sup> 如學生的「學習自由」與「受教權」等權利保障。

<sup>152</sup> 每項基本權利的實踐，都內涵著程序的內容(Verfahrensgehalt der Grundrecht)，而有「程序保障」(Verfahrensgarantie)的需求與功能，此乃從憲法保障個別基本權利之客觀功能面向中推導而出，進而據此課予公權力應有踐行正當法律程序(Due Process of Law)，即公正、公開、參與等民主程序之義務。請參見李震山(2005)，〈論憲政改革與基本權利保障〉，《國立中正大學法學集刊》，第29期，頁234。

有繁簡程度上的差別。進一步來說，公立大學係政府依法令設置實施教育之機構，具有行政機關之地位，而私立大學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，係屬由法律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行政機關相當之地位(釋字第 382 號解釋參照)。因此，本文同意法務部的見解<sup>153</sup>，認為大學院校至少於此特定事項範圍內，當屬行政程序法第 2 條第 2 項所稱之行政機關無疑，如其為行政行為時，除法律另有規定者外，自應適用行政程序法之相關規定。

## 第二項 美國高教「正當法律程序原則」之適用

### 壹、一般法律原則

“Due process of law”<sup>154</sup> 概念肇源於英國<sup>155</sup>1215 年之大憲章(Magna Carta) 第 39 條<sup>156</sup>與 1354 年之自由律(Statute of Westminster of the Liberties of London)<sup>157</sup>，美國制憲時將其觀念納入第 5 及第 14 修正案。美國聯邦憲法第 5 修

<sup>153</sup> 法務部 90 年律字第 44376 號函。

<sup>154</sup> 「正當法律程序」(due process of law)中，所稱之“law”應非僅限於「法律」，而是指具有自然法色彩所稱之「法」。請參見田中英夫(昭和 61 年/西元 1986 年)，《英米法のてとは》，有斐閣，頁 13 以下；轉引自林國漳(1994)，〈淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則〉，《行政法之一般法律原則》，三民，頁 76。

<sup>155</sup> 「正當程序」(due process)，或稱「正當法律程序」(due process of law)，其理念源於英國法上的「自然正義法則」(Rule of Natural Justice)；所謂「自然正義」，顧名思義，即任何人不得假思索，依其固有的理性即可判斷為正當者。其內容包含三項要素：1. 在公正的法庭前聽證的權利(the right to be heard by an unbiased tribunal)；2. 獲悉指控的權利(the right to have notice of charges of misconduct)；3. 就指控為答辯的權利(the right to be heard in answer to those charges)。又可分為兩個面向的理念：1. 受不利決定影響之個人，應受告知及兩造兼聽(audi alteram partem)，以及任何人不得就自己案件充當裁決者(nemo iudex in causa sua)，簡言之，即公平聽審(fair hearing)與禁止偏見(against bias)。並可進一步化約為「公正」(impartiality)與「公平」(fairness)兩個原則。請參見湯德宗(1999)，〈論行政程序的正當程序〉，《月旦法學雜誌》，第 55 期，頁 154；蔡進良(2003)，同前揭文，頁 36。

<sup>156</sup> 英國大憲章第 39 條規定：「任何自由民，非經其本地貴族之合法審判，並經『國法』(Law of the Land)之判決，不得予以逮捕、監禁、沒收其財產、放逐、傷害或不予以法律保護。」依英國法學權威 Coke, Edward 的解釋 Law of the Land 與 Due process of law 係屬同一意義的。請參見劉瑞慶(1987)，《比較憲法》，三民，頁 58-59；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 46。

<sup>157</sup> 由英國愛德華三世所公布之第 28 號法令第 3 章：「未經『正當法律程序』進行答辯，任何人不論身份或財產狀況如何，不應被逐出其土地或住宅，或被逮捕、剝奪繼承權或生命」。請參見陳宜倩(2004)，〈正當法律程序〉，《月旦法學教室》，第 25 期，頁 125；劉瑞慶(1987)，同前揭書，頁 58。

正案<sup>158</sup>後段規定：「…非經正當法律程序，不得剝奪任何人的生命、自由或財產；…」，第14修正案<sup>159</sup>第一款後段亦規定：「…任何州，非經正當法律程序，不得剝奪任何人的生命、自由和財產；…」不論對人民乃至於對於在校園中受教育的大學學生，其「正當法律程序」(Due process of law)<sup>160</sup>保障之強烈要求，有著相當重要的標示作用<sup>161</sup>。

19世紀以後，聯邦法院乃擴大正當法律程序之適用，亦即認為：「正當法律程序」不僅是指公平合理的司法程序，亦兼指公平合理的法律。(周道濟，1977：27)因此，此原則不僅是針對程序方面，甚且包括法律的內容及其目的是否合法—即運用此原則以檢視法律是否符合公平正義、正當合理。(傅崑成等，1991：119)故可知正當法律程序乃是指政府一切權力行使或對人民權利之侵害和限制皆須遵循的法之原則。至於其具體內容為何，於實定法上亦無明文的標準。(林國璋，1994：57) 20世紀初，已發展成為行政行為所必須遵循之原則，此一原則表現在美國行政程序上，就是「聽證」(hearing)制度，亦即表示非經聽證程序，行政主體不得剝奪或限制人民之權利。(林合民，1988：277)

而關於正當法律程序的性質，在美國學界一直存在著兩種對立的看法。一種看法是將正當法律程序本身當作目的，它的存在本身就是憲法上去珍惜與發揚的價值，亦即著重正當法律程序的本體價值(intrinsic values)，可稱為「本體說」；此說認為正當法律程序，旨在賦予人民於有關其權益的事項上，有被徵詢、聆聽及告知理由的權利，而這正表示對人作為一個主體而非客體此一人性尊嚴的重視。另一種看法，則將正當法律程序當成是提升決策正確性的工具，亦即基於

---

<sup>158</sup> 第5修正案(Fifth Amendment)於1791年12月15日批准生效，其乃直接針對聯邦政府規範，聯邦憲法第1至10修正案乃為有名的「權利法案」(即「權利章典」、「人權條款」—Bill of Rights)。

<sup>159</sup> 第14修正案(Fourteenth Amendment)於1868年7月28日宣布生效，其乃適用於州政府；本修正案為學校訴訟中最常引用的憲法規定，也被稱為是「正當程序條款」(due process clause)，在保障學生憲法權利上極有影響力。

<sup>160</sup> 目前美國存在著兩類正當法律程序：程序性的(procedural)正當法律程序和實質性的(substantive)正當法律程序。程序性正當法律程序涉及法律執行的方法，根據Daniel Webster的著名定義，這種程序要求「判刑前需先聽證，根據調查結果進行起訴，審問結束後才能作出判決」，只有這樣，公平的本質才能得到維護；而實質性正當法律程序則是對各州或聯邦立法機關所制定的實體法加以限制，其乃針對法律內容，即運用此原則，以檢視法律是否公正、合理及正義。請參見Corwin & Peltason原著(1979)、廖天美編譯(1992)，《美國憲法釋義(Understanding the Constitution)》，結構群，頁269-270；傅崑成等編譯(1991)，《美國憲法逐條釋義》，三民，頁119以下。

<sup>161</sup> 第5和第14修正案的正当程序條款，在美國聯邦憲法修正案中所引起的爭議最多，雖然如此，對這些條款作出準確的、最終的和完美的解釋是不可能的，就連最高法院自己也不願給這些條款下準確的定義，並聲明它願意依據「司法的內含和外延的漸進程序」(Davison v. New Orleans, 436 U.S. 97 (1978).)；然而，對正當程序含義的某些問題還是可以在一定程度上說清楚的。請參見Corwin & Peltason原著(1979)、廖天美編譯(1992)，同前揭書，頁269。

工具理性，強調正當法律程序的工具價值(instrumental values)，可稱為「工具說」；此說認為正當法律程序，旨在藉著程序參與，將錯誤決策的風險降至最低，所以重點並不在參與本身的價值，而是經由程序參與的手段，確保決策的正確性。(林輝雄，2002：121)葉俊榮(1997：2-7)則折衷兩說，而採「富有功能意識的本體說」，此說肯認正當法律程序的本體價值，而在價值的實現或發揮時，則同時賦予功能性的導向，以活化正當法律程序的意義，進而促其功能的實現。本文亦贊同葉教授見解，因為正當法律程序既係「法的形式」之一，由體起用，當然其即具有一定的功能，無庸置疑。

## 貳、高教法律原則

美國從早期之「代替父母地位」理論(In loco parentis)(黃玉，1996：171)，即將學校視為具有「父母親權的替代地位」(in place of parents)，使學校當局擁有如同父母管教子女的親權權力，得以控制在校內甚至校外的學生。演變至今，幾乎所有法院的判決都著重學生基本權的憲法與法律保障，使得學生擁有的各項基本人權與一般成人幾無差異。尤其在懲戒方面，特別重視學校懲戒決定之過程是否符合「正當法律程序」(周志宏，2003a：346-349)之要求，即有無包括：一、預先聽證(preliminary hearing)；二、通知(notice)；三、聽證(hearing)；四、接近證據(access to evidence)；五、證人之對質與交互詢問(confrontation and cross-examination)；六、由律師代理(representation by counsel)；七、免於自證其罪(self-incrimination)等程序，若有違失或缺漏者，法院即可撤銷原處分。

傳統上，在美國的法院視學生的紀律管理為大學內部的問題，並不會透過司法程序積極介入<sup>162</sup>；但這項立場在1961年時，因為Dixon v. Alabama State Board of Education<sup>163</sup>指標性的案例改變了。近代以來，有關學生紀律管理的法律案例日益增加，該案只是首開前例。聯邦法院指出根據聯邦憲法第14修正案，被控違反學生司法規章的公立大學學生，應被賦予基本的應有程序權利<sup>164</sup>。然而，我們必須注意到，這次的案例裡描述的應有程序權利，不同於刑事法庭裡的，加諸於私立大學的限制就較少明文敘述。雖然賦予公立大學的憲法權利不見得能適用於私立大學，多數學者均鼓勵私立大學應牢記加諸於公立大學的限制，並給予他們的學生同樣的一般權利和保護。

憲法要求政府公平的對待所有人，特別地是第14修正案陳述，政府不可以「在沒有正當法律程序下，剝奪任何人的生命、自由或財產」。美國聯邦最高法

---

<sup>162</sup> 早期美國法院並不認為學生受到禁學或停學等懲戒有侵害到學生之自由或財產上利益，因為學生在學校受教育被認為只是一種可以被學校當局依其裁量權而加以剝奪之特權，而不是憲法之權利。請參見周志宏(2003)，《教育法與教育改革》，高等教育，頁345。

<sup>163</sup> 請參見294 F.2d 150 (5<sup>th</sup>, Cir. 1961), cert. Denied, 368 U. S. 930, 82 S. Ct. 368 (1961).

<sup>164</sup> 在該案中，聯邦最高法院認為上大學就讀是如此之重要，以致於不能在沒有聽證(hearing)和進入正當法律程序之情形下加以否認。請參見周志宏(2003)，同前揭書，頁345。



院舉一個 1975 年 Goss v. Lopez 的案例<sup>165</sup>，即第 14 修正案要求予學生公平的對待<sup>166</sup>；因為學生做錯了某事，學校當局也許不加以嚴重懲處，如果學生事實上有犯錯，最初就沒有遵循某些決定以建立程序。正當法律程序的權利也意味著，強加任何懲處一定會與犯罪的反抗相對稱，像學校退學<sup>167</sup>的一個嚴重懲處<sup>168</sup>，不能把加給學生那樣的次要反抗，如果學生做某事強加嚴重懲處，而其他學生僅僅受到小小的懲處，也違反了正當法律程序。(Price, Levine & Cary, 1997: 68-69) 至於有關大學學生的行為標準(standards of behavior)與懲戒程序(disciplinary proceedings)，美國憲法第 14 修正案中要求州政府必須規定學生被核准受處罰前需有初步的正當法律程序<sup>169</sup>；最重要的精神，即在給學生一個「基本上的公平」(fundamentally fair)<sup>170</sup>。(Gehring & Bracewell, 1992: 93)

根據 Fisher, T. C. (1970: 4-6) 對 “Due process” 的憲法釋義指「為了讓他(她)替自己犯罪行為負責，所加以適當的處罰前，一種作為專門保護個人之權

---

<sup>165</sup> 請參見 Goss v. Lopez, 419 U. S. 565, 95 S. Ct. 729 (1975).

<sup>166</sup> 在 Goss v. Lopez (1975) 案例中提到，學生因紀律的原因被公立學校暫令停學前，有權事先得知通知和進行一次非正式訊問(除非該學生的出席會繼續給他人或財產帶來危險)，而且審理可能是極其非正式的，也許只是與校長進行簡短的交談。

<sup>167</sup> 以 Wood v. Strickland (1975) 的案例為例，聯邦最高法院判校方敗訴，理由為「未經正當程序，學校不得懲戒或開除學生，學生享有憲法第 14 修正案所保障之權利。」請參見 Wood v. Strickland, 420 U. S. 308 (1975)。另在本(Wood)案與其他相關案例中，法院設立了所謂的正當程序來管理與懲罰學生，其程序應包括以下幾點：1. 對指控的通知(notice of charges)；2. 舉行聽證會(right to hearing)；3. 可尋求律師之參與(right to counsel)；4. 對證據的評量(weight of evidence)；5. 可獲取聽證會紀錄(right to a transcript)；6. 有權上訴(right to appeal)。請參見秦夢群(2004)，《美國教育法與判例》，高等教育，頁 50。

<sup>168</sup> 對於長期開除的，程序必須稍微更正式一些，但是如果因為學習原因而遭開除，就不需要有更多的嚴格程序，更談不上需要什麼正式詢問。請參見 Horowitz case, 435 U. S. 78 (1978)。

<sup>169</sup> 誠如美國的一個州教育委員會對學校針對正當法律程序所提出的建言：1. 這個學校必須提供什麼行為禁止或允許的通知，必須對所有學生發佈規則和程序的影本；2. 校規一定要讓一般學生合理地了解；3. 這些規則必須與教育目的一個有效合理關係；4. 這些規則一定要嚴謹且非禁止的憲法保護活動；5. 政策為違反特殊規則必須提供學生可能的結果通知；6. 在政策中所規定的懲處的類型，一定要在這個地區學校之內的表達或意味著權威來加以利用；7. 懲處一定要根據嚴重的錯誤行為，或把次數算進具有合理嚴謹的錯誤行為。正當法律程序也許在不同學校裡是不同的，但是，學校當局應該所有都包含有這些想法；如果學校不做，則學生可以對不公平的校規提出好的論據。請參見 Price, Levine & Cary (1997). The Rights of Student-The Basic ACLU Hand Books for Young American, (pp. 69-70). Southern Illinois U. P.

<sup>170</sup> 美國 White 大法官指出，雖然憲法上並未要求各州設立公立學校，但是一旦設立了，學生在其中便享有「財產」上之權利，在沒有「基本的公平程序」(fundamentally fair procedure)之情形下，是不能被取消的。請參見 Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist., 393 U. S. 506.；周志宏(2003)，同前揭書，頁 346。

利」。(Dannells, 1997: 67)美國很多關於校園懲戒方面的判例都同意，處罰學生的最初目的是在教授並推進高等教育依法之使命。(Gehring, 2001: 467)也因此，在“Legal foundations of student affairs practice”這個攸關學生行為規範之權利宣言，Barr, M. J. (2003: 128-149)針對公私立大學做比較，他首先引用法源(從美國聯邦憲法到州憲法、法令、司法判決、行政法規與條例…等)，這其中即已包含了美國在學生事務實施之各種法律基礎。其次，根據憲法的主要爭點來探究對學生事務之影響，內容包括宗教自由、演講自由、出版自由、結社自由、集會自由，以及有關搜索與扣押，正當法律程序，平等的保護諸原則。再者，從公民權的相關法規去思索其在實施中所牽連，諸如校園安全、契約、義務、民事的侵權行為責任、法律顧問的作用等，這些所衍生的議題，都是必須釐清與了解的。

上述議題中Barr(2003: 136)在其「正當法律程序」內容中特別提到，第14修正案部分提供正當程序的保護，法院認為學生在懲罰聽證會上至少有正當程序標準的權利。最少標準包括聽取所有控告的權利、有機會回應所有的控告、在公正的人或董事面前舉辦聽證、對於聲稱的過錯有適當的聽證等。Gehring, D. D. 解釋，是否要有正當程序是取決於被剝奪權利的本質。因此，若學生在宿舍犯了小過而被退宿，不能要求上面的同等的正當程序。私立大學不一定要像公立大學遵循既定的正當程序，不過當私立大學建立規則時一定要遵守自己的規定，且要對每個學生一視同仁。整體來說，法院沒有干涉學術事情太多<sup>171</sup>。

正當程序是對個人權利適當保護，當要決定他錯誤行為的責任，與處罰的運用時。Dannells, M. (1997: 186)指出，在正當程序的領域已建立了幾個原則：一、大學有權利訂立或實施學生行為的規則，以維持規訓與秩序；二、行為標準，包括應用於校外行為的規則，必須與學校法律的目標及功能一致；三、規則必須合乎憲法的公平、合理，而不是善變或抽象的；四、行為的法規，應該要書寫出來，並讓大家都看到；五、為了促使學校運作，可以限制憲法保障的學生權利，但不限制的抑制，是不允許的；六、規則應該要足夠具體，以適當告知期待的行為，並允許學生準備辯護其中可能的指控。

在美國大學校園中，學生事務人員<sup>172</sup>所扮演的司法角色，是做為一個教育工

---

<sup>171</sup> 在1985年Ewing v. Board of Regents of the University of Michigan (106 Sup. Ct. 507) 案例中，聯邦最高法院宣稱在程度上法院不能干涉真正的學術決定，除非顯示出學校人員或委員會不能用專業的判斷，或與正常學術常規不同。學生事務人員可以立即採取行動，使傷害大家利益的學生休學。這樣草率的休學可以在期中，不過之後一定要辦聽證，且學校要採取這嚴重的地步時一定要遵守自己的規定。請參見Barr, M. J. (2003). *Legal Foundations of Student Affairs Practice. Student Services: A Handbook for the Profession* (fourth edition, p136). San Francisco: Jossey-Bass.

<sup>172</sup> 美國大學學生事務人員與我國大學學務處成員最大的不同，在於美國校園設有律師(counsel)做為學生的法律顧問，以協助學生在整個司法事務程序中之進行。然而，外國並無像我國有教官的配置，這部分隨著大學人力結構的改變(教官遇缺不補)，長久以來扮演生活輔導與法治教育的

作者。誠如美國司法事務學生協會<sup>173</sup>倫理原則和行為標準的聲明，在校園裡等同於倫理思潮的保持和增強，而對於加強學生行為標準則是做為學術完整性促進的首要目的。聲明中指出：「清楚地與一貫地行為的管理標準，在學術團體之內形成對於行為期望的基礎；這些學生的行為標準必須在整個團體中增強保護其權利、健康與安全。」Barr(2003:147)特別提醒所有在大學校院從事學務工作者，不但要了解專業的法律應用，更要訓練如何在合法的範圍下去判斷，能儘早且及時地提供學生法律援助(legal assistance)。而對於傳統不適當的實施方法不需害怕，有效地運用法律以達到榮譽、公平與責任的目標，這也正是美國高等教育學生事務中正當法律程序之體現。

因此，從美國在學校正當法律程序中對學生權利之重視，印證到我國高等教育相關之學生司法事務制度，方能更加了解「正當法律程序」的重要性。本文認為，責任與權利是相對的，裁判與救濟亦是需配套的，適當的懲戒、退學處分與完備的申訴制度，均將是未來我國高等教育實踐上責無旁貸的目標。

---

教官終究還是要轉換角色(甚或離開校園)；未來台灣的大學學生事務工作所面臨的挑戰亦加艱鉅，而晉補法律人或學務專業人員進入高教體系，方為可行且適切的作法。

<sup>173</sup> 在1988年，學生司法事務協會(Association for Student Judicial Affairs, ASJA)成立，旨在促進大專院校裡，學生發展概念和司法實務的整合，提昇、鼓勵、及支持負責司法事務的學生發展專業人員。ASJA建立了司法方案的行政管理的三項原則：1. 教育應致力於學生行為標準的發展及執行，培養學生個人和社會發展；學生必須在發展及執行此項規章時扮演重要的角色，以培育他們日後成為更好的市民。2. 行為的標準構成了學術單位內對行為期待的基礎；執行此類標準時，必須保護社區內成員的權利、健康及安全，讓他們可以不受受到不當的干擾，追求其教育目標。3. 正直、智慧及同情心是執行學生行為標準時最重要的特質；負起這類責任的官員應公正、無私地運用這些特質。請參見黃玉、劉若蘭、劉杏元、林至善、柯志堂、楊昌裕(2004)，〈高等教育「學生事務工作實施準則與自我評量指引」之研究〉，《教育部委託研究計畫「研究報告」》，國立台灣師範大學，頁122。

## 第七節 其它關連原則

### 第一項 憲法拘束原則

基於憲法、法律、命令的位階控制關係，所有法令均須服膺「憲法最高性」<sup>174</sup>之秩序拘束；此外，由於民主法治國所強調的各種價值<sup>175</sup>，大都均已內化、形塑於憲法基本權利之規定中，故法令的實質內容亦不得違反此等理念原則之具體內涵<sup>176</sup>。（轉引自曾大千，2003：127）亦即透過憲法對於基本權利的相關規範與所具備的法位階之最高性<sup>177</sup>，當要求法律不得牴觸憲法之際，也同時具體實現法治國家保障人民基本權利的重要目的。

憲法所揭示的各種基本權利是所有人與生俱來、不可讓渡的基本權利；此種權利只是藉由憲法文件將其宣示(declaration)出來，而非由憲法所創造(creation)。因此，即使是代表最高主權的國會亦有憲法拘束之適用，故除不得任意修改憲章中的根本性規定外，亦僅能在尊重、保障人民基本權利的前提下，妥適而忠誠地行使其立法權。（顏厥安、周志宏、李建良，1996：18-19）此外，在一般行政法(教育行政上亦適用)中，具有「憲法原則」位階<sup>178</sup>且為「合憲秩序」(verfassungsmässige Ordnung)的一環(亦屬行政程序法第4條所稱「一般法律原則」)者乃為「不當聯結禁止」(Kopplungsverbot)<sup>179</sup>，其係指權力機關在其權

<sup>174</sup> Fleiner, T. 認為：按照歐洲傳統，公法被視為是衍生自憲法的一種規範位階，此一規範位階體系亦包含各種法律、法案、行政命令及行政機關之規制(由法律所授權)；基本上，此一法位階完全依恃憲法，因此，它可被比喻為從宇宙大爆炸發展出的「銀河系」(Galaxy)。請參見陳文政譯(2002)，〈比較憲法與行政法〉，《師大三民主義學報》，第24期，頁54。

<sup>175</sup> 如平等、自由。

<sup>176</sup> 關於這部分的論述，請參見川添利幸(1978)，〈憲法の最高法規性〉，《憲法：重要問題と解説》，法學書院，頁18-28。

<sup>177</sup> 憲法是國家成文法中，最高位階的成文規範，所有其他法規範均不允許與它牴觸，至於如何認定其他下位階規範本身牴觸憲法，而為當然絕對無效，則取決於各國有關違憲審查制度，我國則是依憲法第78條及第79條規定，由司法院大法官來決定。請參見陳慈陽(2004)，《憲法學》，元照，頁54。

<sup>178</sup> 關於這部分的論述，請參見趙義德(1994)，〈析論不當聯結禁止原則〉，《行政法上之一般法律原則》，三民，頁221-228。

<sup>179</sup> 如大學教師是否得以「曠課」作為「學業成績評量」的標準？學者李惠宗認為，出席上課固與學習態度有關，也可能與成績有關，但實質上與各該科目成績無「正當合理關聯」，大學教授以出席上課與否(除非是上課討論並需報告)作為成績評量標準，乃屬違反「不當聯結禁止原則」。因為大學成績本質上係屬能力的表現，其應考慮的唯一要素為對科目的理解程度，出席上課與否，與能力無正當合理關聯，故大學通常課程，不得以「曠課」作為評量成績的依據。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155-157。李惠宗教授進一步指出，基於大學自治權，縱無法律授權，各

力作用上，應只考慮到合乎事物本質(sachgerecht)的要素，不可將與法律目的不相干的法律上及事實上要素納入考慮<sup>180</sup>，此為行政作用上最低度理性的要求。(李惠宗，2004a：70-71；2004c：156)

因此，大學法制及其具體化之後的校規，自均有憲法拘束原則之適用<sup>181</sup>；透過憲法第 171 條、第 172 條之明文與違憲審查制度的運作，憲法最高性之價值遂能獲得確立。以釋字第 382 號解釋為例，其稱「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，此種處分行為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。」即乃明確指出憲法對於大學校規(有關學籍規則或懲處規定)所具有的拘束性。

## 第二項 公益原則

國家及其它公權力主體之行為，均應考慮公益之維護，始具有正當性及合法性。此處所謂之公益並非某特定團體或某特定個人之利益，而係社會上所有成員之事實上利益，經由複雜交互影響過程所形成理想整合之狀態。釋字第 540 號解釋：「國家為達成行政上之任務…。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，…」釋字第 516 號解釋：「國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予合理之補償。…」

一般而言，公益在現代國家，係以維持和平之社會秩序，保障個人之尊嚴、財產、自由及權利，提供文化發展之有利條件等項為其內容。故公益與私益並非全然對立，保障私益亦屬維護公益之一部分，公益優先於私益在今日已無存在之餘地，公益原則之真正意涵在於行政機關應為公益而服務，並尊重私人之法定利益，俾使公益與私益在客觀上獲得均衡。(吳庚，1999：61)

我國憲法第 23 條的規定，將「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」，許育典(2004a：80-81；2005：375)認為其所指涉的內涵，就是為了追求公共利益，只要涉及公益理由，應該即可符合憲法第 23 條

---

大學雖得制定「考試規則」，但不能使該規則之效果影響到學生與學校之基礎關係(學籍關係)，或對學生之成績形成擬制的效果，考試規則如果規定缺課達一定時數以上者，得予扣考，將使得特定科目成績被擬制為零分，將侵害教師的講學自由；又因扣考科目累積之結果，可能使該學生達當學期之一定比例，縱使此種情形有法律之授權，亦屬違反「不當聯結禁止原則」。請參見李惠宗(2004)，同前揭書，頁 135。

<sup>180</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., §40, Rn. 63.

<sup>181</sup> 德國基本法第 7 條第 1 項規定：「所有學校教育事項應受國家監督。」所謂「受國家監督」者，並非僅指「法律上及專業上的行政監督」(exekutivische Rechts und Fachaufsicht)而言，尚包括「立法監督」及「司法監督」在內，亦即國家對於所有的學校教育事項擁有一般概括的國家高權，故又稱為「國家的教育高權」(die staatliche Schulhoheit)。Vgl. Hennecke, Staat und Unterricht. 1972. S. 109；BVerfGE 26. 228 (238)；BVerwGE 6. 101 (104). 18. 38 (39). 轉引自顏厥安、周志宏、李建良(1996)，同前揭文，頁 93。

的實質限制要件。就此而言，大學自治下所產生的退學規定，便可從兩方面觀察：一方面，由於退學規定屬於大學自治的決定，直接來自於學術自由，與以法律限制基本權不同，根本不須有「公益」的正當理由，就可以自治規章追求學術目的。另一方面，即使將大學自治的自治規章限制，要求其符合憲法第 23 條的實質限制要件，促進學生積極學習，或追求學術品質的提升，都可以成為涉及「公益」的理由，應該也符合憲法第 23 條的規定。

### 第三項 誠信原則

人們之間訂立契約，有遵守的義務，依法學家 Grotius, Hugo 之見，人的理性最先洞察的法則就是所謂的「契約必須被遵守」(pacta sunt servanda)，這無疑是人群共同生活——不論在私法關係或構成國家法政體系的社會契約上——得以和諧運作之最高原則，否則一切共同生活皆不可能；其正是所謂的「誠信原則」(Treue und Glauben)，乃是「帝王條款」、是整個法制最終極的基石。(林立，2000：83)

誠信原則本係私法上之觀念，藉以調整私人間之權利義務關係，民法第 148 條第 2 項規定：「行使權利、履行義務，應依誠實及信用方法。」我國早期較為保守，行政法院在 52 年判字第 345 號判例「公法與私法各具特殊性質，但二者亦有其共通之原理」僅得類推適用；七〇年代以後，才有直接適用論的出現，如 70 年判字第 975 號判決稱「私法規定之表現一般法理者，應亦可適用於公法關係，私法中誠信公平之原則，在公法上當亦有其適用。」(吳庚，1999：56；李惠宗，2003：135)後經行政程序法第 8 條規定：「行政行為，應以誠實信用之方法為之，…。」予以明文化，再加上釋字第 525 號解釋理由書中亦認為「法治國為憲法基本原則之一，法治國原則首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守。」進一步確認誠信原則在公法上之直接適用，足見此原則在公、私法的重要性。學生於大學在學關係中行使權利、履行義務，當然亦適用誠信原則之方法，茲不待言、確無疑義。

### 第四項 權利救濟原則

權利救濟保護(Rechtsschutz)係指，權利之完善保障必須有訴訟權行使作為後盾，以資人民於權利侵害時得以獲得救濟，並且對於所受損害請求國家賠償<sup>182</sup>，二者乃分別為憲法第 16 條<sup>183</sup>以及第 24 條「國家賠償責任」(Staatshaftung)<sup>184</sup>

<sup>182</sup> Vgl. E. Schnidt Jortzig, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, 2569 ff. 轉引自陳慈陽、王毓正(2003)，同前揭文，頁 20。

<sup>183</sup> 憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」此項規定是人民維護其權利，提起損害救濟的保障條文。訴願法(民國 87 年 10 月 28 日修正公布)第 1 條規定：「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，得依本法提起訴願」。準此，「訴願」乃請求原處分機關之上級機關(或原處分機關本身)，就「原處分」的合法性及適當性，進行審查

所保障。然而有別於一般具有自由權性質之基本權的是，訴訟權必須透過立法者所建構之訴訟制度方得實現。就此方面，大法官解釋一再肯定立法者享有相當程度之立法決定空間<sup>185</sup>。立法者可以基於訴訟經濟之目的<sup>186</sup>，或是利用訴訟程序之合理化<sup>187</sup>，對於訴訟制度具體規定。此外關於救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關自得衡量訴訟性質以法律為合理之規定<sup>188</sup>。惟直至釋字第 430 號解釋的出現，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而限制其依法律所定程序提起訴願或訴訟之權利，方獲得確定。此外，釋字第 486 號解釋更將訴訟權之保護領域進一步地擴張至「憲法上所保障之權利或法律上之利益受侵害者，其主體均得依法請求救濟」。綜上，大法官解釋對於人民權利救濟之保護領域的界定，大致符合「有權利即有救濟」<sup>189</sup>(ubi jus, ibi remedium)之基本原則。(陳慈陽、王毓正，2003：22)

公立大學係政府依法令設置實施教育之機構，故本具有機關之地位；至於私立大學，乃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，而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，係屬由法律在特定範圍內授與行使公權力之教育機構，故在授權範圍內，自應具有政府機關之功能與地位(另參照釋字第 269 號解釋)。因此，無論公私立大學，當其依據校規對學生施予總結性成績評定與獎懲措施之際，均因基於機關地位而有行政訴訟之被告當事人能力；換言之，公私立大學學生所得採取的申訴救濟途徑亦當無二致。

釋字第 382 號解釋指出：「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。…，以符憲法保障人民受教育之權利及訴訟權之意旨。」依本解

---

的救濟方法。又根據行政訴訟法(民國 87 年 10 月 28 日修正公布)第 4 條第 1 項規定：「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，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟」，此行政訴訟為訴願的司法救濟途徑。其中在行政訴訟制度上最重大的變革，即在民國 89 年 7 月 1 日正式施行的制度，主要包括：行政法院增設高等行政法院與最高行政法院，使行政訴訟成為二審二級制；第一審訴訟程序採言詞辯論。

<sup>184</sup> 所謂「國家賠償責任」乃指國家或其他行政主體必須對因其高權行使(durch die Ausübung hoheitlicher Befugnisse)之不法侵害所造成的人民損害結果負責。

<sup>185</sup> 釋字第 170、297、448 號解釋參照。

<sup>186</sup> 釋字第 213、229 號解釋參照。

<sup>187</sup> 釋字第 302、507 號解釋參照。

<sup>188</sup> 釋字第 396、436、442、466、512 號解釋參照。

<sup>189</sup> 英美之法諺亦有“where there is a right, there is a remedy” & “a right without remedy is not a right”。

釋，大學學生於提出訴願、行政訴訟(外部申訴途徑)前，應賦予校內申訴之救濟管道，俾保障其權利。



## 第八節 小結

本章的主題為「高等教育法制的理念與原則」，共分為七節闡述：

第一節 高等教育法制的理念—法制乃法律制度的簡稱，為統治國家一切行為之總稱，亦即指國家權力活動之整體規範，德國學者Alexy為法制概念所下的四個基礎為：規範取代價值、涵攝取代衡量、普通法律的獨立性取代憲法的遍在性、民主立法者在憲法框架中的自主性取代聯邦憲法法院受憲法支持的大權獨攬；惟在當今憲法體系裡，應加入人權保障的思想，俾符合現代法治理念。而關於高教法制的根基，在法體系之脈絡下，高教法制當然屬於整體憲政法制的一環，不但憲法基本精神對其具有指導之作用，其本質功能在制度的形成與運作上，亦當有自由民主法治原則之適用。

第二節 高等教育法制的落實—對於如何強化高教的法治理念，主要是從憲法中對國體、社會國條款及基本權利之保障出發，構成學校法規或教育法的法理基礎，所謂法治化並非意味儘可能地將教育關係「法律明文化」（條文化），而要強調現代法律體系背後的倫理觀或現代法的精神，貫徹於教育關係的實踐中。至於法治國原則在高教的實現，由於學生權利的法制規範畢竟是整體高教法制之一環，故其所應依循的基礎法理原則，自當契合於法治國的憲政精神，除非涉及學生權利之教育法制暨其具體化後之校規，因與教育現況與校園環境密切相關，而勢必同時融入整個大學教育活動之特別考量與個殊需求，方為妥適。

第三節 法律優位原則與法律保留原則—法治國家的具體化即為「依法行政原則」，而構成其內容的法律優位與法律保留兩原則，有對國家權力作用限制及導正的功能。「法律優位原則」是要求行政行為或其它一切行政活動，均「不得與法律相牴觸」，惟其並不要求一切行政活動必須有法律之明文依據，僅須消極不違背法律之規定即可，故稱為「消極的依法行政原則」。「法律保留原則」則是指，沒有法律的授權，行政機關即不能合法地作成行政行為，也就是說，其要求行政機關對於某些事項的「作為」，須以憲法保留給國會決定的法律作依據，或至少要有國會所決定之法律的明白授權，又被稱為「積極的依法行政原則」。

第四節 法律明確性原則與信賴保護原則—此二原則即是「法的安定性原則」，就是要求法律要具有安定性，一方面國家的行為須具有可預見性，亦即使國家的行為要能讓人民明瞭，它要求人民做什麼，禁止人民做什麼，以及當人民違法時，國家的反應是如何。另一方面，在人民了解之後，才能預測其行為的法律效果，同時也信賴這個法律效果，而有所適從；也就是說，如果國家的行為不具有可預見性與可信賴性，會造成人民動輒得咎的結果。換言之，法的安定性原則可以從兩個面向來觀察，一方面可由靜態面來觀察，就是從法律在制定上必須具備何種的內容要求來看，這個要求也稱為「法律明確性原則」；另一方面可由動態面來觀察，就是從法律在變動上必須具備何種的修改要求來看，這個要求也稱為「信賴保護原則」。

第五節 比例原則與平等原則—「比例原則」得用以制約立法、行政、及司法，以避免各該權力行使之恣意與逾越，是為調和公益上之必要與權利或自由之侵害，以達到實質正義的一種理性法則；我國憲法第 23 條其中之「必要」之概念，即為比例原則在憲法上之具體表現，廣義的比例原則，包括三項要素，即適當性、必要性及比例性原則。「平等原則」意指行政權的行使，不論實體或程序上，相同事件應為相同處理，非有合理的正當理由，不得為差別待遇；其最根源的意義乃是「恣意禁止」，且要求「相同的事情為相同的對待，不同的事情為不同的對待」，不得將與「事務本質」不相關因素納入考慮，作為差別待遇的基準。

第六節 正當法律程序原則—「正當法律程序」在我國是法院所認為合理而符合正義的程序或法律，亦即法律程序必須符合正當之謂，此乃國家與國民之關係的基本原則，與人權有密切關係之重要法理；因此，個別基本權利主體(如在學之大學生)得主張其正當法律程序之基本權利，國家權力仍得藉由「程序上事項」介入大學自治。而美國聯邦憲法第 5、14 兩個修正案，則不論對人民乃至於對於在校園中受教育的大學學生，其「正當法律程序」保障之強烈要求，有著相當重要的標示作用，影響深遠。

第七節 其它關連原則—大學法制及其具體化之後的校規，自均有「憲法拘束原則」之適用。而國家及其它公權力主體之行為，均應考慮「公益」之維護，始具有正當性及合法性。又學生於大學在學關係中行使權利、履行義務，當然亦適用「誠信原則」之方法。最後，依釋字第 382 號解釋，大學學生於提出訴願、行政訴訟(外部申訴途徑)前，應賦予校內申訴管道，俾保障其「權利救濟」。