

I 導 論

人是國家的目的，國家是爲了人而存在，並非是人爲了國家而存在¹。這樣的想法，基本上是近代立憲主義過程中所要追求與保障的實質內涵。因此，大多數的立憲主義國家，都會把人民的基本權利寫在憲法的最前頭，以明白揭示這個憲法的靈魂。然後，再經由國家組織的設計，去維護與實踐這樣的憲法精神。而存在於人民的基本權利與國家的組織設計中的聯結橋樑，就是法秩序。也就是說，在合於憲法的自由民主法治基本價值下，透過整體法秩序的規範作用，設計與規劃國家的組織體系，實踐人民基本權利的保障²，促成人的自我實現的最大可能性。這也可以說爲何法治國原則的真正內涵，是要去建構一個自由民主法治之合憲秩序的法治國家，去落實人民基本權利的保障。而這也是法治國原則的現代實質意義與最根本的內涵。

事實上，法秩序是一種在社會共同生活體中，由人的實然生活需求所形塑而成的應然評價規範³。然而，我們必須瞭解，在社會的共同生活中，人的自我實現乃是人自發性本能的生活需求動機。因此，在社會的共同生活中，想要形塑一套人的生活關係的秩序或規範，應探求這樣的人的本能需求動機。也就是說，人的實然生活需求與法秩序的應然評價規範之間的這種互動供需的本質，呈現出法

¹ 請參考許育典，〈從「人的自我實現」作為基本權的本質——建構多元文化國的教育基本權核心以及教育行政中立與寬容原則（上）〉，《月旦法學雜誌》，49期，1999年5月，頁116以下。

² Vgl. *Rainer Wahl*, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl. 1996, S. 641 ff.; *Robert Alexy*, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 1990, S. 49 ff.; *Dieter Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., Frankfurt/ M. 1994, S. 221 ff.

³ Vgl. *Günter Dürig*, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalmächtigung zu allgemeinen polizeilichen Maßnahmen, AöR 79(1953/54), S. 72.

2 法治國與教育行政

秩序的應然評價規範乃是爲了人的實然生活需求而存在。也就是說，法秩序是以人的自我實現爲目的所形塑而成。因此，當制定法上缺乏一個實證規範或當制定法的實證規範不齊全或不清楚的時候，法律人必須回溯到法秩序本身的這個形塑目的來思考⁴。也就是說，從法秩序所形成的法規體系，是爲了達成人的自我實現的目的來思考。畢竟，法規體系並不是「本體式」(ontologisch)，而是「目的性」(teleologisch)的存在⁵。這也是實質法治國的主要精神內涵。

法秩序以人的自我實現爲目的之最重要且最基本的體現，乃是憲法上基本權利的規定。我們如果仔細觀察我國憲法的基本權利目錄規定，將發現每個個別的基本權利規定，均涉及人格的自由開展（人的自我實現）的核心保護內涵，亦即自我開展權及自我決定權。因此，人的自我實現的保障，具有整合所有基本權的功能，而成爲所有基本權最重要的本質。人民在與國家簽訂契約（憲法）之時，人民允許國家透過法律來管制他們的前提要件，是把他們最基本的權利明白寫在契約裡，使人民在社會的共同生活中所需的這些最基本的權利，受到這個契約的保障。而這些最基本的權利，原則上是不允許國家透過法律來侵犯的，尤其是涉及這些最基本的權利之核心保護內涵時。因此，只有在例外爲了保護特別重要的「公益」下，才可以透過國家明確公布的法律來限制人民的基本權利⁶。以上這樣憲法釋義學的思考模式，基本上也是近代立憲主義之下自由民主法治的憲政國家所形塑的一套法規體系的基本關係。

⁴ Vgl. *Gustav Radbruch*, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift für R. Laun, Hamburg 1948, S. 157 ff.

⁵ 請參考顏厥安／周志宏／李建良，《教育法令之整理與檢討》，台北：教育改革審議委員會，1996年，初版，頁5。

⁶ 並非每個基本權規定都可以透過「國會保留」來限制之。在德國有些基本權是不能透過法律來限制的，例如：宗教自由、良心自由、藝術自由、學術自由……等等，因為這些基本權涉及人的自我實現之核心，只能透過憲法本身的內在規定或他人的基本權來限制。我國憲法第23條規定之概括的「法律保留」，實有檢討的餘地。

我國在解嚴以後的十幾年來，執政者一直以「我國已步入了自由民主法治國之林」為其宣導施政的結果，而將其整個執政的國家資源，長期投入經濟及科技的發展與提升，置解嚴之後亟需透過各種教育途徑而奠立自由民主法治的憲法文化基礎於不顧⁷。經濟與科技的發展固然重要，但其發展本身若非以人為目的，而只是為了國家對外的經濟競爭力或科技優勝數據，則人的價值極有可能在此國家的對外競爭過程中被淹沒了⁸。由此可見，經濟與科技的發展仍應奠立在「以人作為目的」的基礎上，才能真正對人類有所貢獻。美國、歐盟國家或日本等經濟與科技發展先進國家，他們皆已在過去長時間深耕其自由民主法治的文化，使此文化基礎與憲法緊密結合，而真正落實在以保障基本人權為核心之憲法體系所形成的自由民主法治之憲法文化中，並且立基於此，投入於以人為目的之經濟與科技的發展。相對於此，我國在解嚴之後，基本權利的保障才開始漸漸受到重視，自由民主法治的理念剛播種於社會之中；再加上憲法本身的價值，於此期間在人民心中倍受國代五次修憲的貶抑⁹。這種種漠視自由民主法治之憲法文化的累積過程，無形間造成以人的自我實現為目的之實質法治國的內涵，在台灣社會的生活體系下難以開展。而其中，又以法治國原則（*Rechtsstaatsprinzip*）無法在台灣教育行政上實踐的問題，影響最為深遠。因為這個問題同時涉及自由民主法治的憲法文化養成與人民基本權利保障¹⁰。

⁷ 我國在解嚴以後的十幾年來，執政者本可將過去戒嚴時代各級中小學校中的公民與道德或三民主義等愛國政治或政黨意識型態課程，改為基本的憲法教育課程，藉此來奠立台灣的自由民主法治的憲法文化基礎，卻遲遲不予變革，實在令人痛心。

⁸ 這同時也是專制或極權國家可能由此而產生的危機。

⁹ 雖然這五次的國代修憲內容，大部分指涉在國家組織上，而非直接涉及人民的基本權利，但由於修憲程序的粗糙及其內容的不符合民意，因此導致民怨載道，而廢除國代之呼聲也此起彼落，可見此等修憲已實質上破壞了憲法的最高性。

¹⁰ 因此，除了經濟與科技的發展外，當前與未來我國整個國家施政的重心，尤其是在教育與文化的施政上，應全力投入於自由民主法治之憲法教育的養成，使

4 法治國與教育行政

長期以來在台灣的教育行政政策與相關法制上，國家透過一系列的統一教育政策（例如：聯考制度或教科書統編制等）與相關法制的規定（例如：國民教育法或高級中學法等），透過升學競爭的制度規劃，以升學作為主要目的來辦教育，而不尊重學生的人格自由開展與教師的教學自由。台灣教育體制的許多弊病，就是因為升學主義配合管理主義的一致性教育行政政策，將升學作為一致性的教育管理手段，不只是學生在學校的學習受到學校與教師的管理，教師的教學也受到校長的支配，校長則又聽命於上級教育行政機關的指示。事實上，整個台灣的教育體制，長期以來就是沈淪在這樣一個威權的教育行政體制¹¹，教育行政政策一直是由上而下地支配著教師與學生，使得台灣的教育行政幾乎與管理支配劃上等號¹²。而這恰好又嚴重違背教育去促進人格自由開展而反對將人管理支配的本質¹³。到底為什麼台灣的教育行政會發展到這種「反教育」的地步呢？問題的重點在於台灣教育行政由上到下普遍的「人治化」¹⁴。而

自由民主法治的文化透過各種教育的途徑於民間植根，而形成以保障基本人權為核心之自由民主法治的憲法文化。請參考許育典，〈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》，63期，2000年6月，頁131以下。

11 針對管理主義教育，如何使中小學教育從威權體制中解脫出來，使學生擁有較快樂的童年以及較有益的學校生活，在硬體方面，首要之務是改目前的大班大校為小班小校；而在軟體方面，則將教育的權力下放，由中央到地方，由地方到社區，使學校社區化。其實這是解決台灣中小學教育問題的唯一出路。請參考黃武雄，《台灣教育的重建》，台北：遠流，1995年，初版，頁208。

12 在升學主義教育與管理主義教育結合之下，藉著以升學競爭為動力的升學主義教育，可以讓所有的學生，在成績分數的排名榜上與教學的進度表上形成一種量化，這是最有利於管理主義教育發展的。不只是學生在升學的需求下，依成績分數被排列，連教師與校長也因其所教之學生的成績分數以及所領導學校的升學率，而有好壞之別的排列。學生、教師或校長都為了爭名次或升學率而全神貫注，管理支配起來自然更容易。請參考許育典，《政大法學評論》，63期，2000年6月，頁147以下。

13 有關教育的本質與目的的探討，請參考許育典，〈中小學的教育改革問題與教育基本法的實踐〉，《教育研究月刊》，76期，2000年8月，頁24以下。

14 舉一些在台灣大舉教育改革後的教育行政最新發展趨勢來說，不管是從中央教

事實上這個問題的根源，就是在於法治國原則長期以來無法在台灣教育行政上實踐所造成¹⁵。

經由上述簡短的分析，我們可以初步瞭解，台灣當前教育問題產生的重要關鍵，是在於國家忽視法治國原則的真正內涵，而長期透過教育行政上的措施對教育過度管理與支配¹⁶。相對於此，國家的法規體系主要也是透過各種國家機關的作用，而加以建構與形塑。因此，究竟一個國家建構與形塑其法規體系的目的是為了什麼？國家的教育行政目的是為了什麼？法規體系介入教育行政的目的又是為了什麼？這些問題的釐清，是解決台灣當前教育問題的根本之道。事實上，本文認為，這些問題的答案，大致上是相同的；也就是說，它們的主要目的都是為了促成人的自我實現最大可能性，落實人民基本權利的保障，在這裡尤其是指教育基本權利。而法治國原則，正是實踐這個目的的不二法門。為什麼呢？因為在實質法治國之下，台灣的教育行政機關¹⁷、立法機關¹⁸與司法機關¹⁹

育部的行政或立法（例如：多元入學方案的一變再變或九年一貫課程涉及課程整體變動卻使用「暫行綱要」的行政命令），到地方教育局的行政或立法（例如：教育審議委員會設置的一拖再拖，或在教育局本位主義作祟下，教育審議委員會設置辦法的附庸化或台北市北政國中自主學習實驗計畫的說停就停），都充斥著台灣教育行政由上到下普遍「人治化」的現象。請注意，這是在台灣大舉教育改革後還產生的結果，在台灣還沒有推動教育改革前的數十年來累積的人治校園文化，更是賜予台灣教育行政界一個任我遨翔的恣意天堂。無怪乎有人將過去的校長形容成一國之王，也就是學校宛如一個國度般，可任由校長扮演國王的角色，恣意加以管理支配地統治！

¹⁵ 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。

¹⁶ 雖然台灣一直是私教育部門相當發達的國家，但是透過各級教育法與私立學校法的高度管制措施，台灣的教育一直帶有強烈的國家事務色彩。此等制度長年作用的結果，也使得絕大多數民眾在心理上「認定」教育的各種問題要由國家來解決。請參考顏厥安／周志宏／李建良，《教育法令之整理與檢討》，頁5。

¹⁷ 包括從中央的教育部到地方的教育局以及各級學校。

6 法治國與教育行政

都應該受到教育基本權利的拘束，而站在人民權利與教育本質的立場，去促進學生人格的自由開展。

問題是，前面本文所謂的「教育基本權利」，在法學界曾經出現過不少其他的概念名稱，例如：「學習權」²⁰、「教育權」²¹或「受教育權」²²等；在教育基本法制定的立法用語上，也受到法學界的影響，而同時出現前述三種法學概念²³。同樣令人困惑的是，在司法實務上也出現類似的問題，包括司法院大法官釋字第380號的「學習自由」²⁴與釋字第382號的「受教育權」。然而，有關教育基本權利、學習權、教育權與受教育權的內涵，究竟存在著何種差異，還是它們只是一些同義詞，卻是比較少被探討的²⁵。直到台北高等行政法院89年訴字第1833號判決同時引用「學習權」與「受教育權」，作為大學二一退學制度的違憲理由，這個問題才逐漸被凸顯出來²⁶。

18 包括從中央的立法院到地方的縣市議會以及各級學校的校規訂定組織。

19 包括從中央負責釋憲的司法院大法官到各級法院（尤其是各級行政法院）以及各級學校的申訴評議委員會。

20 請參考許慶雄，《社會權論》，台北：眾文，1992年5月，初版，頁148；周志宏，〈教育行政法制之研討〉，收於：《教育法與教育改革》，台北：稻鄉，1997年，初版，頁26；董保城，〈德國教育行政『法律保留』之探討——我國國民教育法修法之芻見〉，《教育法與學術自由》，台北：月旦，1997年5月，初版，頁264。

21 請參考許慶雄，《社會權論》，頁140、156以下；顏厥安／周志宏／李建良，《教育法令之整理與檢討》，頁247。

22 請參考許慶雄，《社會權論》，頁140以下；董保城，〈德國教育行政『法律保留』之探討——我國國民教育法修法之芻見〉，《教育法與學術自由》，頁224；周志宏，〈教育行政法制之研討〉，《教育法與教育改革》，頁8、26。

23 包括：教育基本法第1條的學習權與受教育權、第2條第1項的教育權以及第15條的學習權。

24 司法院大法官釋字第450號亦同。

25 顏厥安曾提出教育權應該就是「教育基本權利」的看法，請參考顏厥安／周志宏／李建良，《教育法令之整理與檢討》，頁247以下。許育典也曾提出教育基本權利與學習權的區別，請參考許育典，《月旦法學雜誌》，49期，1999年5月，頁120、124，註35。

26 相關問題的探討，請參考林明鏞，〈大學自治與法律保留——評台北高等行政

這個教育法學概念紛亂的問題淵源，應始於法學界與實務界長期受到戒嚴以來的國家主義影響，一直將「教育基本權利」稱為「受教育權」²⁷。接著，受到日本法學界的影響，「學習權」的概念逐漸在近年來的教育改革中出現²⁸。雖然，相對於國家教育權力味道濃厚的「受教育權」，「學習權」毋寧是以人民為主體而較為積極的概念。但是，學習只是人的一種自然潛能。學習的好奇心，讓人從自我出發去感應外在世界，而熱切地以「自我實現」的方式去開展自我，並在人格的自由開展過程中渴望學習。因此，人的自我實現與學習之間建立了「雙向式的因果互動」，而這種雙向式的因果互動過程，就是教育的自然本質。教育基本權利所欲保障的核心，就是人的自我實現與學習之間的這種雙向式之因果互動的自由空間，以及它的具體實踐。

然而，必須釐清的是，在教育基本權利保障的核心——這種雙向式的因果互動過程中，「人的自我實現」毋寧是主要的目的，「學習」本身只是促進人的自我實現的動力與方式。因此，教育基本權利所保障的「基本權利保護法益」²⁹，雖然包含了學生的學習權，但主要的核心範圍則是學生的自我實現權，也就是學生的人格自由開展權。在此，涉及的是「教育目的」的核心問題。亦即，教

法院89年度訴字第1833號判決〉，《月旦法學雜誌》，77期，2001年10月，頁162以下；陳愛娥，〈退學處分、大學自治與法律保留〉，《台灣本土法學》，27期，2001年10月，頁81以下；許宗力／李建良／法治斌／周志宏／施惠芬／董保城，〈「大學自治與二一退學制度」研討會〉，《台灣本土法學》，29期，2001年12月，頁33以下；黃昭元，〈落第擱落魄入大學生——二一退學的憲法爭議〉，《月旦法學雜誌》，80期，2002年1月，頁8以下；李惠宗，〈從學術自由與大學自治行政權論大學退學制度之合憲性〉，《台灣本土法學》，32期，2002年3月，頁27以下。有關二一退學的問題，本書也將專章探討於第V部分（大學法制）。

27 這也是為什麼特別權力關係在臺灣的教育行政實務上會產生既久且深的文化遺毒。

28 請參考許慶雄，《社會權論》，頁148以下；周志宏，〈教育行政法制之研討〉，《教育法與教育改革》，頁26以下。

29 這個概念與教育基本權利構成要件的定義息息相關，是本書的核心概念之一。

育的目的是爲了學生的人格自由開展，而非純然是爲了學生的學習，兩者雖然互爲因果過程，但不可倒因爲果³⁰。因此，學習只是教育的方法³¹，並非教育的目的。教育的目的，毋寧是在促進人的自我實現的最大可能性³²。

基本上，國內學者提出學習權、受教育權或教育權³³這三個概念，若不論其思考立場，本文認爲大致上仍屬現代法治國家所欲保障之教育基本權利的內涵，而也少有出現概念絕對衝突的問題³⁴。但是，台北高等行政法院89年訴字第1833號判決針對大學生的二一退學問題，同時引用「學習權」、釋字第380號的「學習自由」與釋字第382號的「受教育權」，作爲判決的理由依據，似乎是將學習權、學習自由與受教育權視爲憲法保障的相同內涵，而並未區分國民教育階段與大學階段³⁵。換句話說，該判決認爲台灣的大學生同時享有

³⁰ 請參考許育典，《月旦法學雜誌》，49期，1999年5月，頁120。

³¹ 就此而言，1985年聯合國教科文組織在其所議決的「學習權宣言」中，也同樣指出：「所謂的學習權，乃是一種讀與寫的權利、持續的疑問與深入思考的權利……以及『一切教育方法』的權利。」有關「學習權宣言」的譯文，請參考周志宏譯，〈學習權宣言〉，收於：周志宏／薛化元編，《國民教育權的理論與實際》，台北：稻鄉，1994年，初版，頁161以下。

³² 但是，國內學者也有採日本學界通說，而持不同看法者，其認爲：「受教育權是以學習權爲其本質，保障人民受教育權利的目的乃是為了實現每個人的學習權。」請參考周志宏，〈大學自治與強制退學制度〉，《台灣本土法學》，29期，2001年12月，頁60。

³³ 誠如前述，顏厥安認爲教育權應該就是教育基本權利，請參考顏厥安／周志宏／李建良，《教育法令之整理與檢討》，頁247。但是，根據許慶雄的看法，似乎傾向於將教育權視爲教育權力（Gewalt），因為在其論著中所討論的教育權，一直關注在教育權的主體是國家，還是國民，甚至還出現教育權不存在的說法，請參考許慶雄，《社會權論》，頁156以下。

³⁴ 本文認爲，這與教育法學在台灣仍在發展中，投入研究的法學者依舊有限有關，因此教育法學的學術交流空間相對有限，不致於導致這些核心概念太大的衝突。比較有問題的是，司法院大法官釋字第382號解釋將大學生的權利救濟權與受教育權混爲一談，易使人誤以爲大學生享有受教育權。

³⁵ 針對本號判決，即使是最高行政法院的確定也存在同樣的問題。就此而言，其判決某種程度皆受到大法官釋字第382號解釋的誤導。

學習自由、學習權與受教育權。問題是，依據憲法，台灣的大學生是否真的享有教育基本法第1條規定的學習權與受教育權？大學生的學習自由可否等同於中小學生的學習權與受教育權？推論至此，才令人驚覺教育法學、立法與司法實務的多重概念定義，已然造成教育基本權利之構成要件混亂的結果³⁶。

理論上，本文認為，只要是在國家財政的許可下，教育基本權利的保障應該是從出生到死亡的。然而，在我國憲法的基本權利目錄規定中，憲法第21條是最接近教育基本權利的保障規定。但其範圍侷限於「國民教育」³⁷。何謂「國民教育」，規定在國民教育法上，目前指的是國民中小學階段（6歲至15歲之國民）³⁸。因此，事實上，國家財政許可的教育基本權利保障界限，目前在台灣是定位在國民教育階段。

然而，「國民教育」並非是一個不變的內涵，它會隨著國家財政的提供可能性而改變，只要透過國民教育法的修改即可³⁹。因此，若從憲法第21條來觀察，教育基本權利「在理想上」也有可能延伸至大學教育，只要國民教育法所定義的國民教育，日後擴展至大學教育。如果能夠達到這個地步，每位台灣人民不用經過考試或甄試，即可進入戶籍地附近的大學就讀，而且免納學費。也只有如此，台灣人民才能夠稱之為享有進入大學的「學習權」及「受教育權」⁴⁰。如果人民享有所謂的學習權及受教育權，還必須以通過考試

³⁶ 在此，我們可以看出法學的本質及其在台灣發展的一些問題。其實，除了國際法及一些具對外關係的相關法律（包括經濟、貿易或文化交流……等等）以外，法學是一門非常具有本土性格的科學。然而，台灣由於長期受到外國法制（尤其是德、日）的影響，引用的法學概念層出不窮。這些法學概念的使用，究竟能否滿足台灣人民的實際生活需要，到底是否符合台灣本土的法規範邏輯，是需要進一步加以檢驗的。

³⁷ 我國憲法第21條規定：「人民有受『國民教育』之權利與義務。」

³⁸ 請參考國民教育法第2條第1項的規定。

³⁹ 請參考許育典，《論國民教育基本權利的法規範》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1994年7月，頁223、274。

⁴⁰ 這應該幾乎是已臻台灣教育改革的終極目標了吧！

或甄試作為門檻，且必須繳納可能因家庭背景而付不起的學費，那它們就不配被稱為教育基本權利⁴¹，只能被歸列為使人民誤認已享有教育基本權利的假象，這也是我國教育基本法第1條規定學習權及受教育權的立法迷思。

教育基本法的制定，雖是台灣教育改革過程中形式上的重要成果，卻也凸顯出立法者欠缺體系性的思考，而且忽視法律名稱及條文的定義明確性。教育基本法的「教育」二字，由其聯結「基本法」來看，表面上似乎適用於所有的教育制度，包括中小學教育與大學教育。但是，仔細觀察，事實上卻又未必如此。舉例而言，教育基本法第1條規定的學習權與受教育權，只是及於國民教育階段？還是包括大學教育？在法律條文上並沒有明文定義。由其立法目的來看，是為了保障國民接受「教育」之權利，並非只是接受「國民教育」，似乎是包含兩者。就整部法律來觀察，從法律名稱的一般化、第5條第1項對教育經費的編列規定及於各級政府、第8條第3項⁴²與第11條⁴³特別指出國民教育階段的區分規定，應該也是包含兩者。然而，學習權或受教育權如果是教育基本權利，既經教育基本法第1條與第15條的明文保障，在原始給付請求權的功能上，似乎已經取得立法者在國家財政上的許可，使這個教育基本權利在需要給付的門檻上，獲得國家法律的支持。否則，教育基本權利本來就是憲法位階的基本權利，何需法律位階的承認。問題是，台灣每個人民真的有因為教育基本法的制定，而不受資格限制，且免納學費地進入大學嗎？

不同的教育內容是否適合勉強地湊在一起，揉成一套教育基本法？或許台灣需要一套教育行政的基本組織法，而非涉及教育基本權利內涵的教育基本法。因為法律的制定，貴在其得以落實權利的

⁴¹ 就此而言，憲法第21條的規定，充其量只能稱為國民教育基本權利，因其在原始給付請求權的功能上受到國民教育法的限制。

⁴² 第8條第3項規定國民教育階段內的家長責任與權利。

⁴³ 第11條規定國民教育年限的延長及其小班小校的原則。

保障。如果衡諸現況無法執行，寧可取其可執行者而規定，否則法律在人民心中將漸行漸遠，無法信賴。學習權或受教育權若是憲法位階的基本權利，其實最好還是直接明定在憲法之中。當然，教育基本法的規定也可作為憲法的具體化或再宣示，問題是我國憲法的基本權利目錄規定中，也未曾出現「學習權」或「受教育權」的內容，不得不令人質疑其單純為立法者的產物。但是，若其直接由立法者形成，立法者也可在未來剝奪之⁴⁴。就此而言，教育基本法第1條的規定，使得學習權及受教育權似乎變成一種教育政策的問題，而成為立法者可以裁量的空間。如果無法實現，相對地也不容易被判定為違憲。

行文至此，我們可以發現，從釋字第382號的「大學」受教育權到教育基本法第1條學習權及受教育權的規定，從早期的教育司法到近年來的教育立法，對於教育基本權利都存在著構成要件不明確的問題，甚至導致相互影響的混亂結果。台北高等行政法院89年訴字第1833號判決之所以引人注目，就是在本來就不清楚的教育基本權利構成要件背景之下，又將中小學生的學習權，與向來屬於學術自由構成要件之大學生的「學習自由」⁴⁵，混為一談。雖其為學生而奮鬥的立意甚佳，卻陷入我國教育法學發展階段中的概念盲點，而將台灣（教育）法制⁴⁶的問題從根本處點出。亦即，從大法官解釋、教育立法到教育司法實務，都對教育基本權利的構成要件定義不明。在這樣上位概念拘束分歧的教育法制背景下，台灣的教育行政還能持續運作，已堪稱為教育法的奇蹟。然而，這個奇蹟也透露了一個

⁴⁴ 因此，如果國家的財政許可，未來的教育改革也應該積極推動教育基本權入憲，將許多教育中基本而重要的內容由政策層次拉高到基本權層次。如此一來，這些領域就不再是行政機關或國會所能任意形成（*Gestaltung*）的部分，而將構成對基本權的干預（*Eingriff*）。兩者在法規範體系中，當然有迥然不同之意義。請參考顏厥安／周志宏／李建良，《教育法令之整理與檢討》，頁249。

⁴⁵ 請參考釋字第380號與第450號。

⁴⁶ 其實，本文深信這個法制問題，並非單獨只存在教育法制的領域。

法治國在台灣實踐的警訊，即教育基本權利的保障在台灣長久以來並未落實⁴⁷。

在我國的憲法規定中，究竟是否存在一個獨立而統一的教育基本權利⁴⁸？事實上，一個發展成熟的基本權利，應該具有較為清楚的基本權利保護法益。在基本權利理論的架構上，基本權利與基本權利保護的法益有所不同⁴⁹。基本權利雖然只有一個，但是它所保護的法益可能有許多個。基本權利的保護法益是透過基本權利的主觀法功能與客觀法功能，所交織而成之基本權利各種不同的作用方式，而建構之憲法上最大可能基本權利實現的保護網，由此形成相關的法制基礎⁵⁰。基本權利的保護法益也可以說是基本權利的構成要件。如果構成要件不清，要在具體問題中檢查國家公權力的行為，是否侵害了該基本權利，是相當困難的。本文認為，這個問題的瞭解，是釐清台灣教育法建構的出發點。

簡單地來講，教育法制的建構應該以教育基本權利的保護法益為基礎，才能落實教育基本權利的保障。就此而言，一個獨立而統一的教育基本權利，法制上既不存在於我國憲法上明文的基本權利目錄規定，事實上也不存在於台灣教育行政實務上。如果勉強由憲

⁴⁷ 因其尚未落實，人民也較不具權利認知與權利感情，對教育行政的爭訟案件也相對較少，釐清問題的機會就隨之減少。

⁴⁸ 這並非完全是一個純法學理論的探討，因為一個獨立的基本權，與僅為他種基本權或憲法原則的引伸，顯然可能在具體問題的解決上有相當不一樣的作用。例如：接受大學教育的權利，在德國是透過職業自由及其社會國原則下的共享權功能來加以肯定。但是，目前在我國卻有可能因為憲法第21條的關係，而將其排除在教育基本權之外。教育基本權利與學術自由在國民教育階段與大學階段的基本權利作用方式究竟有何差異？這些問題的解決，有待於學界與實務界對這兩個基本權利保護法益的類型化，加以努力建構。請參考顏厥安／周志宏／李建良，《教育法令之整理與檢討》，頁248。

⁴⁹ *Yue-dian Hsu, Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen Kulturstaat. Zum Grundrecht auf Bildung im Grundgesetz, S. 110 f.*

⁵⁰ 請參考許育典，〈從「人的自我實現」作為基本權的本質——建構多元文化國的教育基本權核心以及教育行政中立與寬容原則（中）〉，《月旦法學雜誌》，50期，1999年6月，頁152以下。

法第22條推導而出，不僅會發生前述基本權利保護法益模糊的問題⁵¹，而且在現行大學教育的國家給付實務上，也會無法落實這個獨立而統一的教育基本權利。因此，就我國目前的憲法規定與教育實務而言，若將教育基本權利的保護法益延伸至大學法制的建構，無異使台灣的教育行政掉入形式法治國的泥沼，徒剩所謂「受教育權」的口號而已。

本文認為，人的自我實現是教育基本權利所欲保障的核心，理想上如果國家財政允許，應該建立一個無障礙的教育環境，使人不因其出身而影響其自我實現。但是，現實上這個理論上的目標在眼前的台灣無法達成。而教育基本權利卻應該儘可能是憲法明定，並且在教育行政上是「必須落實」的。如果一個國家總是把基本權利當作口號，放在不同的法律中宣示，這個國家就不配稱為法治國。亦即，教育基本權利的保護法益是什麼，整個教育法制與行政的設計與實踐就必須全力去達成。

問題是，教育基本權利的保護法益到底是什麼？大學教師的講學自由與中小學老師的教學自由是否相同？私人興學的自由在大學與中小學階段是否不需予以區分？從我國憲法的規定來看，憲法第21條規定的國民教育基本權利與憲法第11條學術自由的保障，是兩個明文的憲法基本權利規定，而形塑成兩套不同保障核心的教育法制——以國民教育基本權利為核心的學校法制與以學術自由為核心的大學法制。就教育基本權利的主體而言，18歲以下的中小學生與18歲以上的大學生，因為理性發展及智能成熟度的階段差異，其在中小學教育和大學教育，必須加以保護的內容也不一樣。例如：中小學生在精神思想上比較是處於完全吸收的狀態，其價值判斷的意識仍在形成中，故在中小學教育中不允許教師絕對地主張某精神或政

⁵¹ 在目前的台灣，如果硬是把基於國民教育基本權之國中小學生的人格開展權，與基於學術自由之大學生的學習自由劃上等號，使兩個天南地北的基本權利保護法益湊在一起，再給予一個新的基本權利名詞，不論是叫作學習權或受教育權，法律人都不大容易弄懂，更何況是直接面對這些教育實務的教育人！

治思想，而造成對學生片面的影響。因此，作為學術自由保護法益的大學教師講學自由，是與作為國民教育基本權利保護法益的中小學教師教學自由有所差異的。前者的目的在追求學術自由，後者的目的則在促進學生的人格自由開展⁵²。

綜上所述，本文認為，在我國的憲法中並不存在一個獨立而統一的教育基本權利。針對教育基本權利的保障，在憲法上可區分為兩個部分：一個是以中小學生人格自由開展為核心的國民教育基本權利；另一個則是學術自由對大學生學習自由的保障。前者是一個完全以學生為主體的（教育）基本權利，國家負有提供教育給付的義務；而後者則只是一個基本權利（學術自由）的保護法益，大學生的學習自由仍然是以追求學術自由為目的。這樣的類型化，「短暫」可能遭遇到的問題，是當前高中職教育尚未劃歸為國民教育，國家並未完全提供高中職的教育給付。不過，這只是暫時影響原始給付請求權的保護法益問題，在逐漸往上延伸為十二年國民教育後，這個問題即可解決。如此一來，台灣教育法的建構雛形，也隨著憲法上基本權利的保障而形成其輪廓——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。從不同教育法制所欲落實的不同基本權利，可進一步瞭解台灣教育行政的實踐導向區分：學校行政必須以促進中小學生人格自由開展為目的，而大學行政則應該以促進學術自由為目的⁵³。

這樣的類型化，從不同基本權利出發（國民教育基本權利vs.學術自由）→以其保護法益建構應予差異化的教育法制（學校法制vs.大學法制）→以其立法目的區分教育行政的實踐追求（學校行政vs.大學行政），究竟有何實益？從前述台北高等行政法院89年訴字第1833號判決引用學習自由、學習權與受教育權，作為大學二一退學制度的違憲理由，很明顯地可看出，作為學術自由保護法益之大學

⁵² 有關這些問題的探討，本書將於後文討論，在此不再贅述。

⁵³ 在此，大學教育行政與學術行政實有重疊。

生的學習自由，被誤以為等同於中小學生的學習權或受教育權⁵⁴。一個以落實學術自由保障為目的之大學法制的問題，卻被司法機關以落實中小學生人格自由開展的學校法制來處理。司法機關之所以出現如此的誤認，可能是由於立法機關的定義不明⁵⁵，也可能是因為司法機關一直未重視基本權利的思考，而無法掌握基本權利的內涵。連接受法學專業訓練的司法機關，都無法瞭解立法定義或基本權利的內涵，遑論教育行政機關在執法上的疑難！這個問題在台灣教育法建構上若不予釐清，從教育基本權利到教育立法，再到教育司法與教育行政，會出現層出不窮的混亂，因為從法制的的基本權利根源處就不清楚，其衍生的立法面及執行面必然會產生問題。

因此，寫這本專論的主要目的，是嘗試建構合憲的台灣教育法制類型，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及以學術自由保護法益所建構的大學法制。如此教育法制的區分建構，有助於釐清目前有關學習自由、學習權與受教育權的爭議，確認與教育相關之基本權利的保障內涵，使實質法治國的形塑在教育行政上實踐⁵⁶，而進一步落實不同教育階段所追求的行政目的。

誠如前述，人的自我實現是教育基本權利的保障核心，如果未來的國家財政可能，理想上國民教育可配合延長，而使人不因出身而影響其自我實現。因此，本論文擬由人的自我實現與國民教育基本權利（以下簡稱教育基本權利⁵⁷）的探討出發，從人、教育與國家的瞭解，試圖釐清人的自我實現、教育與法秩序的關係（II）。再由法治國原則的發展、意義著手，深入探討與整合法治國原則在保

⁵⁴ 這裡的學習權或受教育權接近於本文所謂的國民教育基本權利。

⁵⁵ 在此指的是教育基本法第1條所規定的學習權及受教育權。

⁵⁶ 有關實質法治國的形塑在教育行政上的實踐問題，請參考許育典，〈法治國原則在台灣教育行政的建構(一)/(二)〉，《成大法學》，1/2期，2001年6/12月，頁113-160/頁1-40。

⁵⁷ 因此，本文以下所稱的教育基本權利，是指憲法第21條規定的國民教育基本權利。

障人民基本權利之目的下的具體內涵形塑，並由此觀察與瞭解法治國原則在台灣的實踐及其問題，進一步釐清與探討法治國原則與台灣教育行政之間的關係（Ⅲ）。在Ⅱ與Ⅲ的論述中，因為比較涉及教育法建構的原則問題，除了在教育基本權利保護法益的建構上，就台灣目前現況，比較屬於學校法制的內涵之外，其他大致在學校法制與大學法制上，皆可適用。在探討以人的自我實現為核心的教育法建構原則之後，本論文接著深入將相關的教育基本權利具體化，嘗試由國民教育基本權利的保護法益，建構台灣的學校法制（Ⅳ）；再由學術自由的基本權利保護法益，建構台灣的大學法制（Ⅴ）。另外，針對有些個別教育法的重要問題，同時涉及到學校法制與大學法制的領域，將另成專章探討（Ⅵ）。最後，在結論中，提出與檢討台灣教育行政的整體法建構及其問題，希冀能為邁入21世紀的台灣教育法制，提供一個基本發展的藍圖（Ⅶ）。