

論述特別權力關係兼論學校與 學生間的法律關係

陳 啟 榮

國立高雄師範大學教育學系博士候選人

摘 要

本文所要探討的主題有四個：第一，分析特別權力關係之內涵，包含其起源、意義、發生原因、類型與特徵；第二，說明特別權力關係三個相關學說；第三：解析學校與學生間的法律關係；第四，指出未來特別權力關係理論的發展趨勢為何。最後，希望藉由本文的提出能對我國教育領域中，關於學校與學生間的法律關係之界線能有初步的雛型，而能進一步取得一致性共識，減少學校與學生間的不必要衝突，讓校園內之運作更加順暢。

關鍵詞：特別權力關係、重要性理論、特別法律關係

壹、緒論

傳統行政法學理論中，有所謂的特別權力關係，係指在特定行政領域之中，為達成一定行政目的，在國家與人民之間建立「加強人民對國家的從屬性」之關係。而此種「力」的關係是管理與被管理關係，通常透過權威（authority）來達成，規則之內容由管理者單方面所決定，不受法律所規範、限制與拘束，隱含著被管理者沒有法律保留原則之適用，而且其權利受到侵害也不能提起行政爭訟（李惠宗，2004）。準此而論，在這個特別關係之中，被管理者乃是被置於行政內部，進而形成無「法」之真空狀態，此種狀態可說是法治國家的法律漏洞。不過，隨著民主法治的浪潮不斷的衝擊之下，特別權力關係這座傳統不可侵犯的神聖冰山有漸漸溶化的跡象。事實上，它的存在對於當前法治國家而言無疑是一個絆腳石，唯有將它融化與搬開，才能真正實踐法治國家之精神。

貳、特別權力關係之內涵

以下首先介紹特別權力關係的起源在何處；接著，陳述特別權力關係的意義為何；然後，剖析特別權力關係的發生原因有哪些；再來分析特別權力關係有幾種類型；最後，說明特別權力關係的特徵是什麼，茲如下所述：

一、起源

特別權力關係可追溯至中古時期領主與家臣之關係，乃是德國公法學所獨有之理論，在十九世紀君主立憲體制下之德國，行政權與國民兩者之間的外部關係雖然受到法治國原則所拘束，然而為君主支柱的軍隊與幕僚系統卻不適用法治主義，乃是因為要維持官吏對君主的傳統忠誠關係，並使其能與法治主義並行不悖起見，方見該理論之雛形。於是，德國國家法學家 Paul Laband 於一八七六年出版「德意志帝國之國法」一書中提出「官吏與國家之關係」，認為國家本身乃是一個封閉主體，因此在該體系中，國家與公務員之間並不存在一般法律關係，而是存在著特別權力關係。之後，再經由 Otto Mayer 提出「志願不構成侵害之說」，主張當公務員進入國家封閉性主體內部時，立即自動放棄其權利，既然為自願放棄，因此自然就無侵害可言，而將其發揚光大（李

震山，1999；吳庚，2003）。長久以來，我國與日本歷年來一直承襲著德國在二次戰前之特別權力關係理論。但是，在二次大戰以後，德國聯邦憲法法院在一九七二年三月十四日的「刑事執行法判決」中承認受刑人有關通訊自由之限制，必須以法律或法律授權之命令為之，不得僅以監獄管理規則為依據（邢泰釗，1998）。因此，就當前德國、日本與我國學界通說與法院判例之演進發展趨勢來看，特別權力關係理論已漸漸遭揚棄而走入歷史的灰燼當中。

二、意義

所謂的特別權力關係，又稱為特別服從關係，乃是指對應於一般統治關係或一般法律關係，係基於法律之特別原因及權力服從關係，係指當事人之一方，在一定範圍內有命令強制之權力，而義務相對人從而負有服從義務之法律關係，若是其權利受到侵害或限制，也不得提起司法救濟（吳庚，2003；邢泰釗，1998）。

三、發生原因

特別權力關係的發生原因，主要有以下三種情形（吳庚，2003；張家洋，2002；陳新民，2001）：

（一）法律規定

乃是基於「強制」（coercive）或「權力」（power）而形成，諸如：《兵役法》明定役男有服兵役之義務、《強迫入學條例》指出國民有受九年國民教育之義務，以及《刑法》規定受刑人入監獄服刑等。

（二）當事人自願

則是基於「任意」（arbitrary）或「志願」（voluntary）而成立，例如：人民自願應考試服公職成為公務人員、市民使用公立圖書館，以及病患進公立醫院接受治療等。

（三）基於其他一定事實之發生

即是對人為或是天然災害之「緊急」（emergent）處理措施，例如：戰爭、瘟疫、SARS 之狀況發生。

四、類型

一般而言，目前特別權力關係的類型主要有三種（吳庚，2003；許宗力，1999；許家洋，2002；陳新民，2001）：

（一）公法上的勤務關係

例如：國家、地方自治團體與公務員（包含軍人、警察等）之關係，有公務員服務法之適用。

（二）公營造物之利用關係

舉凡：公立學校與學生之關係、公立醫院與住院病患之關係、監獄與受刑人之關係，以及圖書館與借書人之關係等。

（三）公法上的監督關係

諸如：國家對於地方自治團體之監督關係，或是行政主體對受託行使公權力之團體或個人所為之監督等型態，均屬之。譬如：律師公會、會計師公會與醫師公會等。

五、特徵

過去我國學者直接受到日本影響，間接受到德國學說的影響，通說認為傳統的特別權力關係，乃基於特別之法律原因，於特定範圍內對相對人享有概括命令之權力，而相對人具有高度服從義務之法律關係，主要有五項重要的特徵，如下所示（邢泰釗，1998；楊日然，1984）：

（一）當事人之地位不對等

即行政主體與特定人民之地位關係，係由行政主體單方面所主導，兩者之地位是主從關係。

（二）義務人之義務不確定

因為不完全適用法律保留之故，因此行政主體為達行政目的，亦得以行政規則或是特別規則來限制相對人民之權利或課予更多義務，導致相對人民之義務不確定。亦即特別權力之相對人，其義務無確定分量，係概括性的權力服從關係。

（三）義務人違反特別規則行政主體有懲戒罰

行政主體或營造物得訂定特別規則拘束相對人，且無須法律依據或授權，對於違反行政義務的相對人，行政主體得依據特別規則來懲戒或懲處，並可限制其一般國民所享有之權利（人權之限制）。

（四）原則上不得提起行政爭訟

特別權力關係之處分或指令，均被視為內部行為，並非「行政處分」，故不符合權利保護之要件，以往均不得提起行政爭訟（如訴願、行政訴訟）；但在當代特別法律關係理論基礎上，已有明顯的改變（如「基本關係」之自由權利受損者，人民仍得依法提起行政爭訟；但「管理關係」之措施，則仍不受司法審查）。傳統特別權力關係中，人民進入行政內部，行政主體或營造物對其之處置，定性為行政內部之「指令」，而非對外之「行政處分」，故不適用一般權利保護，不得提起行政爭訟（包含訴願和行政訴訟）。

（五）不受法律保留原則所拘束

由於行政主體對相對人所為之處分或指令，均被視為內部行為，大多不涉及重要的法律保留事項。是以，特別權力關係下的一切所有行政行為之處分或指令，不受法律保留原則所拘束，意謂相對人沒有置喙之餘地。

參、特別權力關係之相關學說

特別權力關係之相關學說主要可區分為三派，如下所述（吳庚，2003；楊日然，1984）：

一、肯定說

以德國學者 Robert Nebinger 與日本學者美濃布達吉為代表。此派學者堅持傳統特別權力關係之看法，認為在特別權力關係之內不適用依法行政等一般公法原則，意味否認特別權力關係中有行政處分之存在，並拒絕對特別權力關係內之行為給予人民救濟之機會。

二、折衷說

以德國學者 Ule 為代表。此派學者表示特別權力關係之一部分，應該可以適用一般公法上的原理原則，而其餘行為則應依傳統理論，不得提起行政爭訟。簡言之，此說乃是基於維持行政功能之必要，仍然肯定特別權力關係有其存在之價值。Ule 將特別

論述特別權力關係兼論學校與學生間的法律關係

權力關係分成兩部份：

(一) 基本關係（身分關係）

係指行政行為足以發生、變更或消滅特別權力關係之效果，並涉及到相對人的身分地位者，舉凡：公務員之任職與免職、學生入學許可與退學。此種基本關係若是受到侵害應該准許提起司法救濟途徑。

(二) 經營關係（管理關係）

是指行政行為為達成特別權力關係之目的所採取的經營與管理之行為，諸如：公務員、軍人與學生之儀容規定、工作作息時間和考試評量方式，應視為是行政內部行為之指示，僅生內部效力屬於行政規則而非行政處分，因此不須遵循嚴格的法律保留原則，此種經營關係若是受到侵害並不能提起司法救濟途徑。

三、重要性理論

將焦點置於對基本人權之尊重，乃是發端於德國聯邦憲法法院於一九七二年三月十四日所公布之「刑事執行法判決」。該判決認為，對受刑人通訊自由之基本人權，應依法律規定或法律授權方能限制之。職是之故，不論是基本關係或經營關係，只要是關涉人民「基本權的行使或實現」，均屬重要事項，除了有法律保留原則之適用之外，應有被定性為行政處分之可能性，而有司法權介入之餘地。

綜觀上述三個學說所論述內容來檢視，吾人應知：隨著人權的高漲，肯定說已被歷史洪流所吞噬；另外，由於基本關係與經營關係辨別不易，因此目前通說傾向認為行政行為只要涉及到相對人的法律地位，特別是其基本權利者，則將其定性為行政處分，司法權便可適用，所以折衷說似乎也不夠周延；唯有重要性理論之見解才是目前學術界與實務界之通說，比較與當前民主法治國家之精神相契合。

肆、學校與學生間的法律關係

綜合國內外學者之見解（李惠宗，2004；邢泰釗，1998；周志宏，2003；徐筱菁，2003；許育典，2005；陳益興，1993；楊日然，1984；謝瑞智，1996），學校與學生間的法律關係有四個重要的理論，以下將依序予以說明：

一、特別權力關係理論

十九世紀以前，通說認為學生是學校營造物之使用人，因此學生與學校乃是屬營造物利用之特別權力關係，作為特別統治主體的學校，可以片面制定「營造物利用規則」（即是學校的學則與校規），排除一般法律原理原則的適用，亦即學校可以在無法律依據之情況下，限制學生的基本權利，並對違反義務的學生施予許多的處分諸如：入學考試、成績考核、操行評量、記過、退學與開除學籍等，而且學生受限於特別權力關係之規範而不可以請求司法來救濟。然而，隨著國際人權的高漲，因此學校機構與學生間之傳統特別權力關係，業經司法院大法官解釋第三百八十二號與五百六十三號有關學生遭學校施予退學處分，可以向法院提起行政訴訟的宣告而遭受到動搖。

二、在學契約說

日本學者室井教授於其所著「特別權力關係理論」中，徹底批判傳統特別權力關係理論，主張教育應完全擺脫「權力作用」，學生之在學關係應脫離公法而成立私法上之契約關係，意味不論公立或私立學校，學生在學念書在本質上如同上商店買東西一樣，純屬私法自治範圍，其在學關係即為私法上之契約關係，當事人雙方地位平等，各依教育目的締結在學契約，如有糾紛由普通法院審理裁判。

然而，由於教育之推行乃國家憲法明訂之義務，非一般私法上之營利事業所可比擬，準此而論，學生之在學關係應屬公法關係，而私立學校也是受國家委託行使公權力之機構，因此學生在學契約不是私法上之契約而是「公法上之契約」。依公法上契約之理論，契約當事人立於對等之地位，排除國家公權力之介入，但因屬國家公行政之推行，縱使是非權力性之給付行政，仍須遵守依法行政原則。因此在教育關係內部，教育行政之進行仍然不得違反憲法、法律和一般法律原則，而一切相關之紛爭交由行政法院審理裁判。

三、部分社會說

在一九七七年時，日本最高法院裁判：大學不管是公立或私立，都以教育學生與研究學術為目的之教育研究機構，為達成其設置之目的，對於必要之事項，縱使法律沒有特別之規定，也可依學則等為必要之規定，並付諸實施。職是之故，學校應擁有

論述特別權力關係兼論學校與學生間的法律關係

自律性概括性權限，在此情形下當然與一般市民社會不同，而是形成特殊之部分社會，這種特殊之部分社會的大學，其有關法律上紛爭，不得列為司法審判的對象，此學說之精神與傳統的特別權力關係之主張並無不同，兩者之間的差異僅是所使用的名稱不同如此而已。

四、重要性理論

二次世界大戰以降，德國聯邦憲法法院於一九七二年三月十四日所公布之「刑事執行法判決」，認為在民主法治國家中，不應再有特別與一般之國家與人民關係之區別，任何人的基本權利均應受保障，沒有立法機關的授權不得對義務相對人做出基本權利的限制，應完全拋棄特別權力關係。準此而論，在教育行政領域上，有關學生基本權利之「重要事項」，舉凡：學生學籍之取得、註冊事務與對學生之懲戒等，要加以特別保障。

揆諸以上四個有關學校與學生之間的法律關係理論，吾人應知特別權力關係理論與部分社會說，因為違反法治國家之精神已紛紛遭揚棄；至於在學契約說與重要性理論似乎較符合法治國家之精神，亦即充分保障學生基本權利。

伍、未來特別權力關係理論的發展趨勢

近來，隨著全球人權勢力的高漲所致，特別權力關係之適用範圍有縮小的發展趨勢，目前有關特別權力關係之適用領域，已限縮於公務員關係、軍事勤務關係、學校關係、刑罰執行關係等領域。然而，特別權力關係理論內涵已產生結構性的變化，傳統理論排除法律保留與權利救濟的情況業已改弦更張。簡言之，特別權力關係領域中，人民的基本權仍受憲法保障，該行政領域仍有立法權（有法律保留原則之適用）與司法權（准許提起行政爭訟）介入之餘地，詳見表 1 所臚列的大法官會議解釋字號。換言之，特別權力關係已經轉型為特別法律關係了，其權力慢慢地限縮，有以下六個發展趨勢（吳庚，2003）：

一、行政主體與相對人地位依舊不平等，但趨近平等

雖然司法院大法官會議解釋對特別權力的範圍一直限縮，諸如：公務人與國家之關係（詳見大法官會議解釋第 187、201、243、266、298、312、323、338、483 與 491 號）；軍人與國家之關係（詳見大法官會議解釋第 430、436 與 459 號）；學生與學校之關係（詳見大法官會議解釋第 382 與 563 號）（陳啟榮，2004）。然而，行政主體與相對人地位還是不平等，但是已漸漸邁入平等之時期。

二、義務人之義務幾乎確定

相對於行政主體之特定人民義務幾乎確定，並受法律一般原理原則保障，尤其是法律保留原則；而且人民對於行政主體或上級長官之命令所課予之不確定義務，認為有違法或不當之虞時，亦可採「意見陳述說」予以對抗。值得注意的是，民國九十二年五月六日新修訂的公務人員保障法第十七條就是採「意見陳述說」。該條內容明定：公務人員對於長官監督範圍內所發生之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。前項情形，該長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回命令。

三、特別規則權僅適用於管理關係事項

行政主體對於特定人民雖然仍有特別規則之制定權，但是特別規則僅能適用於管理關係之事項，並非全然可適用於基本關係之核心事項。也就是說，行政主體對人民原則上並無特別規則之直接規範權限。唯一的例外，大概是緊急命令或戒嚴令等憲法上由總統所發布的特別命令。

四、行政主體仍享有一般懲戒權

行政主體雖然對義務相對人還有懲戒權，但是若是侵犯到相對人的基本權利，則懲戒權之發動行為必須受法律保留原則所拘束，而且相對人亦可提起行政爭訟來救濟自身的權益。

五、權利受侵害可提起行政爭訟

鑒於基礎關係與管理關係的區分十分困難，目前德國通說主張行政措施只要是涉及到相對人的法律地位，尤其是其基本權利者，即將之定性為屬於行政處分的負擔處分，因此司法權可以介入，亦即准許相對人可以提起行政訴訟而予以權利救濟；反之，假如內容純屬職務之執行，而不涉及到相對人之地位，則屬於機關內部之指示，僅能提起訴願，諸如其他未改變公務員身分之記過處分、考績評定，或是上級機關（含機關首長、單位主管）所發之職務命令等，實務見解認為尚屬機關內部之管理措施（即「管理關係」之內部措施），依法僅得提起申訴以資救濟。

六、有法律保留原則之適用

法律保留原則係指特定領域的國家事務應保留由立法者以法律來規定，倘若涉及到相對人的基本權利應有法律依據使得限制之，意味著行政權要有法律的授權明確性（要符合授權目的特定、授權內容具體與授權範圍明確三要素）始能限制人民權利，司法院大法官會議解釋第四百四十三號所揭示的「層級化法律保留體系」，亦即按其重要性程度，分別給予憲法保留、絕對法律保留、相對法律保留，以及非屬法律保留等可供參酌。以下簡單說明「層級化法律保留體系」：

（一）憲法保留

是指某些與基本權利之實現有重要且直接相關之事項，由憲法加以直接規範，縱使立法機關，亦不得制定法律加以限制。

（二）絕對法律保留

屬於高度法律保留之事項，立法機關必須自為決定，禁止授權行政機關來加以實行，故又稱之為「國會保留」。

（三）相對法律保留

國會得授權行政機關以行政命令定之，但必須符合授權明確性原則。

（四）非屬法律保留

僅屬於執行法律之細節性與技術性次要事項，得由主關機關逕行發布行政命令為必要之規範與限制，儘管會對人民造成不便或者是輕微影響，仍屬憲法所容許的範圍之內。

表 1

我國大法官會議解釋有關特別權力關係之字號

字號	解釋要旨
釋 187	公務人員請求核發服務年資或未領退休金之證明，得提起行政爭訟。
釋 201	公務人員以公務員身份受行政處分不得提起行政爭訟之判例失效。
釋 243	免職處分直接影響公務員服公職權利，得提起行政訴訟。
釋 266	對公務員請求給付考績獎金所為拒絕表示係行政處分，得提起爭訟。
釋 295	財政部會計師懲戒覆審委員會對會計師所為懲戒處分之覆審決議；實質上相當於最終之訴願決定，不得再對之提起訴願、再訴願。被懲戒人如因該項決議違法，認為損害其權利者，應許其逕行提起行政訴訟，以符憲法保障人民訴訟權之意旨。
釋 298	足以改變公務員身分或對公務員有重大影響之懲戒處分，得提起行政爭訟。
釋 312	公務人員福利互助金之爭執，亦屬公法事件。
釋 323	公務人員任用審查不合格或降低擬任官等，得提起行政爭訟。
釋 338	公務人員對審定之級俸如有爭執，得提起行政爭訟。
釋 382	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。
釋 395	對再審議之議決可以不同的原因提出再審之聲請。
釋 430	軍人為廣義公務員，現役軍官聲請續服兵役未受允准，並核定退伍者，影響軍人身分之存續，損及害法所保障服公職之權利，可循訴願及行政訴訟尋求救濟。
釋 436	在軍事審判機關宣告有期徒刑之案件，應許被告向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。
釋 459	兵役體位之判定，對役男在憲法上權益有重大影響。
釋 462	大學教師評審委員會對教師升等與否之決定為行政處分得提起行政爭訟。
釋 483	高資低位人員，其調任雖無降級或減俸之名，但實際上則生類似降級或減俸之懲戒效果，與憲法保障人民服公職權利之意旨未盡相符。
釋 491	對於公務人員之免職處分，既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序。
釋 563	大學對學生所為退學之處分行為，關係學生權益甚鉅，有關章則之訂定及執行自應遵守正當程序，其內容並應合理妥適，乃屬當然。
釋 575	明確要求對於公務員服公職權利產生重大不利影響之措施應採取相關配套措施，並有法律保留原則之適用。

註：筆者自行整理

由表 1 中所臚列我國大法官會議解釋有關特別權力關係之字號，吾人應知我國司法實務上，已漸漸拋棄傳統見解的特別權力關係，公務人與國家之關係、軍人與國家之關係，以及學生與學校之關係隨著大法官會議解釋的宣告而趨於平等，不再是上對下的主從關係，而是彼此地位漸漸向平等一致的方向邁進。

陸、結論

揆諸以上論述，吾人應知特別權力關係理論存在有其時空背景，然而隨著普世價值保障人權潮流的衝擊之下，特別權力關係理論之高牆終究還是被人權潮流所沖毀。國內學者吳庚（2003）指出：應以特別法律關係理論來取代特別權力關係理論。其實特別法律關係與其他公法關係本質上無不同，雖然此法律關係因特別原因之考量而對義務相對人設有較一般人更多之限制，然而也應有法律之規定與授權依據使得為之。此外，雖然特別規則之存在不能避免，但是須合情合理，一但相對義務人受到基本權利之侵害與限制，則就有法律保留原則之適用與司法救濟途徑之准許。

參考文獻

中文部份

- 李惠宗（2004）。*教育行政法要義*。台北：元照。
- 李震山（1999）。*行政法導論*。台北：三民。
- 吳庚（2003）。*行政法之理論與實用*。台北：三民。
- 邢泰釗（1998）。*校園法律實務*。台北：教育部／法務部印行。
- 周志宏（2003）。*教育法與教育改革*。台北：高等教育。
- 張家洋（2002）。*行政法*。台北：三民。
- 許宗力（1999）。*法與國家權力*。台北：元照。
- 徐筱菁（2003）。學校行政行為與法律保留原則—論行政程序法第三條第三項第六款。
東吳法律學報，14（2），1-26。
- 陳啟榮（2004）。淺談正當法律程序～以教師解聘為例。*人文及社會學科教學通訊*，14（5），106-118。
- 陳益興（1993）。*我國主要教育法規釋論*。台北：五南。
- 陳新民（2001）。*行政法*。臺北縣：國立空中大學。
- 許育典（2005）。人權與法治教育的理論與實踐。*當代教育研究*，13（3），29-57。
- 楊日然（1984）。我國特別權力關係理論之檢討—兼論釋字第一八七號解釋的意義。*台大法學論叢*，13（2），80-91。
- 謝瑞智（1996）。*教育法學*。台北：文笙。

文稿收件：2007年10月01日

文稿修改：2007年12月17日

接受刊登：2008年02月15日

Discourse the Special Power Relation and Concurrently Talk about the Legal Relation among the School and Student Simply

Qi-Rong Chen

**Doctoral Candidate, Department of Education
National Kaohsiung Normal University**

Abstract

This paper explores four themes: first, to analyze the connotation of special power relation, including its origin, meaning, causes, types and characteristics; second, to state three related theories of special power relation; third, to explain the legal relation among the school and student; fourth, to point out the future development trends of special power relation. Finally, the author hopes that this paper can contribute to the initial construction of the legal relations between the school and students and that further consensus can be reached accordingly. In so doing, the conflict between the school and students can be reduced and the school can run more smoothly.

Key words: special power relation, importance theory, special legal relation.