

《人文及社會科學集刊》  
第八卷第一期(1996/3), pp.265-302  
©中央研究院中山人文社會科學研究所

# 論學術自由與大學自治之憲法保障：<sup>\*</sup> 司法院大法官釋字第三八〇號解釋及其相關問題之研究

李建良<sup>\*\*</sup>

---

<sup>\*</sup> 作者感謝二位匿名評審的寶貴意見。

<sup>\*\*</sup> 中央研究院中山人文社會科學研究所助研究員

(收稿日期：1995年10月24日；接受刊登日期：1995年12月12日)

## 摘 要

本文旨在就司法院大法官釋字第三八〇號解釋所涉學術自由與大學自治之憲法問題，進行分析與檢討。文中首先說明釋憲之經過，並略述提起釋憲程序之前提問題，亦即國會對行政命令之監督方式。其次，闡明本號解釋系爭事件之憲法基礎及相關概念，包括憲法第十一條規定之解釋，學術自由意義之詮釋，「制度性保障」概念之闡微，以及學術自由與大學自治關係之析論等，以之作為問題思考的理論基礎。繼則剖析本號解釋之爭議問題，尤其是從「授權明確性原則」之觀點出發，就行政命令是否牴觸母法之問題，作反覆的思維與推陳，並指出本號解釋問題之癥結所在及其可能之影響。文末則提出對「大學法施行細則」未來可能的幾個修正方向，以作為本研究之結論。

## 大 綱

壹、問題之緣起

貳、提起本件釋憲案之前提問題：國會對於行政命令之監督

參、學術自由在我國憲法上之規範基礎

肆、學術自由與大學自治：「制度性保障」概念之剖析

伍、學術自由受憲法保障之範圍

陸、學術自由與大學自治之限制

柒、「大學課程自主權」與「國家教育行政監督權」之關係——代結論

## 壹、問題之緣起

民國82年底，立法院三讀通過爭議多時且延宕多年的大學法修正草案，並於翌(83)年1月5日由總統公布施行。該法第一條第二項規定：「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。」明白揭示「學術自由」與「大學自治」之基本理念。該法並於個別條文中將此項理念予以具體化，例如，學生之資格及修業年限等事項，均由各大學自行擬定，再報請教育部核備(大學法第二十二條第三項、二十三條第三項規定參照)。惟因大學之事項，經緯萬端，非法律所能詳予規範者，故該法於第三十一條規定：「本法施行細則，由教育部擬定，報請行政院核定之。」授權教育部負責規劃並訂定與大學有關之各類事項。民國83年8月26日教育部以台(八十三)參字第○四○六八五八號令發布「大學法施行細則」(以下簡稱施行細則)，全文共三十條條文。

由於大學法的修訂對於教育部和各大學之間的互動關係產生極大的衝擊，進而影響教育部對各大學的管理空間。因此，教育部在訂定施行細則時，刻意訂定相關規定，以便能夠繼續管理大學之基本事務，其中頗具爭議者，乃有關訂定「共同必修科目」之規定。依施行細則第二十二條第一項之規定：「大學各學系修讀學士學位學生應修學分，分大學共同必修科目、各學系專業(門)科目與選修科目，各大學共同必修科目及各學系專業(門)必修科目不及格者不得畢業。」同條第二項規定：「各大學得配合本身發展特色，另行規劃增設校定必修科目。」同條第三項規定：「各大學共同必修科目，由教育部邀集各大學相關人員共同研訂之。」(以下稱系爭規定)

上開施行細則經教育部報請行政院核定後，於交付立法院核備時，遭到20位立法委員的異議，立法院乃依立法院議事規則第八條之規定，決議將之交付「教育、法制聯席委員會」審查。審查結果，與會委員認為系爭規定除嚴重逾越母法(大學法)之授權範圍外，更抵觸憲法中有關講學自由之規定與學術自由

之精神，因此，決議退回行政院。惟部份立法委員認為系爭規定之憲法疑義依然存在，乃依司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款之規定，由翁金珠等54名立法委員連署，於民國83年12月15日向司法院大法官提出釋憲案，請求解釋系爭規定是否牴觸憲法。<sup>1</sup>

大法官於受理本件釋憲案後，曾依司法院大法官審理案件法第十三條第一項及同法施行細則第十四條之規定，於民國84年4月13日舉行「說明會」，要求聲請人及教育部分別推派代表並推薦專家學者一至三人到院說明。此項作法多少顯示大法官有意擺脫單純「會議」的性質，使大法官制度更具「憲法法庭」之型態與性質，其用心自值肯定。<sup>2</sup>經過月餘的審理，大法官於同年5月26日舉行第一〇二五次會議，作成釋字第三八〇號解釋（以下稱本號解釋），認為「大學法施行細則第二十二條第一項後段逾越大學法規定，同條第三項未經大學法授權，均與上開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力」。針對本號解釋，林永謀及楊慧英等二位大法官連名提出協同意見書，而董翔飛、施文森和曾華松等三位大法官則連名提出不同意見書。

按本號解釋的作出，對於學術自由及大學自治理念在我國的落實，提供了重要的契機，值得吾人重視。因本號解釋涉及諸多憲法及行政法之問題，尤其牽涉若干基本權利之重要觀念，有待解析與釐清，故特著本文，分析、檢討如下，以供參考。

## 貳、提起本件釋憲案之前提問題：國會對於行政命令之監督

本件釋憲案之客體為大學法施行細則，在性質上是屬於「行政命令」，依中央法規標準法第七條之規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」如前所述，該施行細則經行政院核定後，隨即依規定送立法院核備，結果立法院以系爭規定嚴重逾越

母法(大學法)之授權範圍，牴觸憲法中有關講學自由之規定及學術自由之精神，而決議退回行政院。換言之，該施行細則因未獲立法院之同意而未予核備。值得探討者，乃該施行細則是否因此而不生效力？其問題之關鍵在於，中央法規標準法第七條中所稱：「並即送立法院」，是否為行政命令之「生效要件」？此為提起本件釋憲案之前提問題，自應先予究明。

為處理此一問題，首應說明國會對於行政命令監督之模式與效力，此為憲法學理及實務上之重要問題，素有爭議，於此不擬詳論。所應說明者，國會對行政命令監督之方式，在體例上約略有四：1. 同意權之保留。2. 廢棄請求權之保留。3. 國會聽證權之保留。4. 課予單純送置義務(許宗力，1994a: 275-281)。就監督的效力而言，第一種最強，第四種最弱。我國中央法規標準法第七條所採行之方式，就其文義觀之，似屬第四種(許宗力，1994a: 298)。是以，行政命令經送立法院備查時，立法院若發現命令違背母法，並以單純決議通知行政機關變更或廢棄者，該行政命令仍非因此而失其效力。換言之，立法院之核備並非行政命令之「生效要件」，從而，該行政命令仍自發佈日起發生效力。此項推論可以從本件釋憲案之提起獲得佐證，蓋立法院之核備若係行政命令之生效要件，則於立法院不予核備時，該行政命令即應不生效力，自無另行聲請大法官解釋並請求宣告該施行細則無效之必要。<sup>3</sup>

須說明者，關於立法機關對於行政命令之監督，究應採取何種方式，係屬立法政策上之問題，原則上，立法者擁有充分之自由決定權。惟在我國法制實務上，屢生行政命令違背母法之情形，<sup>4</sup>因此，現行立法院對行政命令監督的模式及效力，是否有所不足，誠值檢討。本文認為，為落實法治國原則、發揮議會民主功能、保障人民權益，乃至減輕大法官之負擔，應強化立法院對行政命令監督之效力。

## 參、學術自由在我國憲法上之規範基礎

關於學術自由及大學自治之憲法保障，首應闡明者，乃學術自由在我國憲法上之規範基礎。我國憲法並無關於「學術自由」之明文規定，而僅於第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」此項規定將「講學自由」與言論、著作及出版等自由並列，國內學者習將之合稱為「表現自由」或「意見自由」(freedom of expression) (林紀東，1993: 155；劉慶瑞，1987: 69)。在意義上，所謂「講學自由」者，係指以授課之方式表達意見之自由 (劉慶瑞，1987: 70)，其範圍是否涵蓋「學術自由」，而同為憲法第十一條所保障？頗值研究。

一般而言，所謂「學術自由」者，係指基於學術上之研究方法，從事發現、闡釋及傳佈知識之活動過程 (BVerfGE 35, 79; 47, 327 (367); BVerfG, NJW 1994, 1781 f.)。據此，學術自由的內涵至少應包含兩個要素：一是「研究自由」(Freiheit der Forschung)；二是「講學自由」(Freiheit der Lehre)。在觀念上，學術自由應是講學自由之「上位概念」(Oberbegriff) (BVerfGE 35, 113)，自邏輯論理法則以言，講學自由只是學術自由的一種態樣，學術自由雖可包含講學自由，但講學自由並不完全涵蓋學術自由。準此以言，憲法第十一條規定之保護範圍應非等同於學術自由，其範圍似僅止於「傳佈知識」，而不及於「學術研究」，此為文義解釋之當然結果 (董保城，1992a: 129)。然而，吾人若著眼於憲法保障講學自由之意旨，應將所謂「講學自由」之含義擴張解釋，使之擴及「學術自由」，蓋知識之傳佈若無研究工作為基礎，其內容自然是空洞貧乏，是以，講學自由須輔以研究自由，方能獲得充分實質的保障，兩者具有互為表裏的關聯，不容割裂，從而，學術自由應為憲法第十一條所稱講學自由之概念所涵蓋 (林紀東，1993: 159；薩孟武，1988: 100)。<sup>5</sup>此外，研究之成果若能著之為文字，廣為傳佈，當更能發揮學術研究之功能。因此，「著作自

由」之保障與「學術自由」之保障息息相關，自屬當然，此亦為憲法第十一條將講學自由與著作自由並列規定之意旨所在。

本號解釋之解釋文及理由書開宗明義分別指出：「憲法第十一條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障；就大學教育而言，應包含研究自由，教學自由及學習自由等事項。」「憲法第十一條關於講學自由之規定，以保障學術自由為目的，學術自由之保障，應自大學組織及其他建制方面，加以確保，亦即為制度性之保障。為保障大學之學術自由，應承認大學自治之制度，對於研究、教學及學習等活動，擔保其不受不當之干涉，使大學享有組織經營之自治權能，個人享有學術自由。」

姑且不論以上二段文字中所稱「制度性保障」及「大學自治」等概念之內涵如何，大法官認為我國憲法第十一條關於講學自由之規定涵蓋學術自由在內，其意甚明。另協同意見書亦以憲法第十一條作為論據之基礎，並強調憲法第十一條揭櫫「講學自由」乙項，「揆其目的當在積極的鼓勵科學之研究(自然科學與社會科學)，而以此使學者能夠獲得充分研究之自由」。反之，不同意見書則以：「解釋文及解釋理由書廣泛討論學術自由之含義，並認定施行細則第二十二條規定與法律保留原則有違，惟對於憲法第十一條所規定之『講學自由』與大學法所稱之『學術自由』及『大學自治』，其在理念上是否有所不同以及應否受不同程度之規範，未見深入之分析。」而對解釋文有所批評。惟綜觀不同意見書全文，並未見有就憲法第十一條所規定之「講學自由」與大學法所稱之「學術自由」及「大學自治」，作理念上異同之闡微。況且，不同意見書亦於所擬解釋文中揭示：「大學法本乎憲法第十一條所揭示之講學自由，於第一條第二項明定學術自由與大學自治之意旨」，是以，不同意見書基本上亦是肯定以憲法第十一條作為學術自由之規範基礎。

綜據上述，本號解釋及協同意見書關於「學術自由」在我國憲法上地位之闡述，具有釋疑的作用，應予肯定。惟須一言者，本號解釋另使用「教學自由」之用語，並將之視為「講學自由」之下位概念，似將「講學自由」與「學術自由」等同視之。然則，從語意學之觀點以論，「講學」與「教學」是否屬於不同之概念，頗值懷疑。對此本號解釋並未作進一步之說明，易滋概念上之疑義，似應避免。

## 肆、學術自由與大學自治：「制度性保障」概念之剖析

### (一) 概說

本號解釋之解釋文謂：「憲法第十一條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障；就大學教育而言，應包含研究自由，教學自由及學習自由等事項。」自此段文字觀之，所謂「憲法第十一條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障」者，似指「講學自由」乃是一種「制度」，而非個人之「自由權」，從而，憲法第十一條之規定似乎只是一種制度性保障，而非「個人權利」之保障。如此理解是否與憲法保障基本權利之意旨相符，殊值研究。

### (二) 「制度性保障」概念之緣起、內涵及作用

「制度性保障」一詞在大法官的解釋中首次出現，<sup>6</sup>其對於我國憲法基本權利之詮釋，究竟具有何種意義？值得推敲。按「制度性保障」一詞並非實定法上之用語，而係學說上之名詞，其內涵如何？並非毫無爭議 (Stern, 1988: 754 ff.)，故以下先就「制度性保障」概念之緣起及內容，稍作簡要的說明，以為論述之基礎。



## 1. 原始意義：「制度性保障」與「基本權利」之異質性

### (1) 意義

最早提出「制度性保障」(institutionelle Garantien)一詞者，應推德國威瑪憲法時期之憲法學者 Carl Schmitt。<sup>7</sup>依 C. Schmitt 氏之見解，所謂「制度性保障」者，乃指在憲法的規範之下，某些具有一定範疇、任務及目的之制度 (bestimmte Einrichtungen) 為國家憲法所承認，應受到憲法之特別之保護，而非立法者所能加以廢除者 (Schmitt, 1983: 170 ff.; 1985: 141. ff.)。C. Schmitt 氏提出此項概念之目的在於與「基本權利」相區別，氏特別強調，「制度性保障」在結構上及法律上均與基本權利有所不同，不宜與基本權利混稱。對於「制度性保障」C. Schmitt 曾舉出以下數例，以為說明：特殊法院之禁止 (Verbot des Ausnahmegerichts)，亦即人民有要求接受法定法官審判之權利，婚姻制度，週日休假制度，財產權制度，公務員制度 (文官制度)，以及地方自治制度等。<sup>8</sup>

### (2) 歷史背景與作用

由以上之說明可知，C. Schmitt 提出「制度性保障」理念之主要目的，在於以之作為一種「憲法保障」(Verfassungsgarantie)，用以拘束立法者，換言之，即使是代表民意之「立法者」亦不能變更憲法所保障之制度。C. Schmitt 此項理論之提出，有其時代之背景，因涉及概念意涵的了解，有略加說明之必要。

如所周知，根據十九世紀末二十世紀初的憲法理論，憲法中關於人民基本權利之規定只是政治上的一種「綱領條款」或「方針規定」(Programmsätze)，人民若欲主張基本權利，原則上須有法律之依據，換言之，憲法中關於基本權利之規定對於立法者而言，僅是一種政治上的宣示規定，對之並無拘束力。於此情況下，憲法中關於基本權利之規定往往不是「毫無意義」(Bedeutungslosigkeit)，就是「內涵盡失」(Leerlauf) (Schmitt, 1985: 141, 154)。對此，C. Schmitt 特別提出「制度性保障」之理論，用以和「基本權利」相區

別，以便突破立法者不受基本權利拘束的藩籬。在「制度性保障」的理念之下，透過憲法解釋將某些制度或基本權利視作憲法所直接保障之制度，藉以拘束立法者的規制權。C. Schmitt 刻意強調「制度性保障」與「基本權利」有別，其真正之用意在於避免使某些制度因屬於基本權利，而落入立法者可任意支配之範疇 (Schmitt, 1985: 155)。除此之外，「制度性保障」理論之提出，亦有助於解決基本權利理論中有關權利主體之問題。蓋既曰「制度性保障」，其重點自應在「制度功能」之是否健全，至於權利之誰屬，則無關宏旨。C. Schmitt 特別學學術自由為例說明之，按憲法雖明文保障學術自由，惟「大學自治」是否亦為憲法保障學術自由之範圍所及，似非無疑，其中，「大學」本身，特別是公立大學，是否得作為學術自由 (基本權利) 之主體？在理論上頗多爭論，學者見解不一。惟若可將大學視為憲法所保障之制度，則不但可以免去權利主體之理論爭議，而且可以使大學享有憲法之保障，不受立法者之恣意干涉 (Schmitt, 1985: 151 f.)，此為 C. Schmitt 提出「制度性保障」之價值所在。

## 2. 現代意義：基本權利之「客觀功能」

由以上之說明可知，「制度性保障」觀念之提出，最初之目的在限制立法者的權限，藉以彌補基本權利僅具「綱領性質」之缺點。然而，二次戰後，基本權利之理論幡然改變，學者間多認為基本權利不應僅具有「宣示」之效力，而應具有直接拘束國家權力 (包括立法者) 之規範效力。特別是德國於基本法第一條第三項規定：「以下所列基本權利拘束行政、立法及司法權而為直接有效之法規範」，將基本權利之規範效力於實證憲法上予以明白揭示。是以，如何使立法者亦受到基本權利之拘束，可謂是現代憲法基本權利理論之重要課題。於此情況下，當初造成「制度性保障」概念產生的理論背景，於焉不復存在，從而，「制度性保障」理論自應失所附麗而無存在之價值。然而，及至今日，「制度性保障」理論不但未隨之而銷聲匿跡，反而更進一步地融入基本權利理論之中，使得基本權利之內涵大為充實，成為研究基本權利所不能忽略的課

題。此種轉變的成因何在，在憲法學理上，頗值玩味。在思考方向上，應從基本權利之歷史發展沿革出發，方得窺其全豹。

自歷史的發展過程予以觀察，基本權利最初的作用主要在於對抗國家權力的侵害，基本權利可謂是人民的一項防禦武器，故曰「防禦權」(Abwehrrecht) (BVerfGE 1, 104)。其後隨著社會的發展，國家任務的擴張，以及人權理論的演進，基本權利的功能不再僅限於消極防禦國家權力侵害，而擴及積極請求國家應提供人民一定的給付，基本權利的作用遂衍生而為「給付請求權」(Leistungsrecht) 或「分享權」(Teilhaberecht)。從而，在功能上，基本權利同時兼具「消極」(status negativus) 及「積極」(status positivus) 兩個保護面向 (Jellinek, 1979: 94-193)。

細察基本權利以上兩種功能，其共同的特徵俱為「權利性質」，吾人可稱之為基本權利之「主觀功能」，在此意義下，基本權利乃是人民的一種「公權利」，其必有「權利主體」(Grundrechtsträger)，以資附麗，乃屬當然。及至二次戰後，德國頒行基本法，建立憲法法院制度，以強化基本權利之保障。而職司憲法解釋之聯邦憲法法院於其初期之判決中即明白闡示，基本權利除了具有個別的、主觀的權利性質外，同時亦蘊含有客觀的價值決定 (objektive Wertentscheidungen)，換言之，就憲法所保障基本權利之規定整體觀之，基本權利乃是一種「客觀的價值秩序」(eine objektive Wertordnung)，從而，基本權利之作用不再只是一種「權利」，而是一種價值體系或價值標準，吾人可逕稱為「客觀的基本規範」(objektive Grundsatznormen)，或稱基本權利的「客觀功能」。自此，基本權利復獲致另一全新的面貌。

所謂基本權利「客觀功能」觀念之提出，實係出於對基本權利作用 (功能) 面向 (Wirkungsdimensionen) 的詮釋，其主要之貢獻在於為基本權利之 (憲法) 解釋，提供一個嶄新的思考空間與發展方向。德國實務及學說在闡微「基本權利

客觀功能」之具體內容時，將「制度性保障」的觀念視作基本權利的客觀面向，使之成為基本權利的內涵之一 (Alexy, 1986: 441-444; Böckenförde, 1991: 124-129; Bleckmann, 1989: 221-252; BVerfGE 4, 106; 10, 66; 12, 259; 20, 175 ff.; 24, 389; 35, 114 ff.; 43, 267 ff.)。自此，所謂「制度性保障」之意義，至少在與基本權利的關係上，已經與昔日 C. Schmitt 的原始構想，大異其趣。換言之，「制度性保障」與「基本權利」已非屬相對立之概念，而是合而為一，故一般稱之為「基本權利之制度性保障」。依德國實務及學說之見解，其主要內涵在於，國家必須建立某些「(法)制度」，並確保其存在，以保障基本權利之實現。尤其是，該制度所賴以存在之基本規範 (Grundbestand von Normen)，國家(立法者)不得任意加以更動。因之，所謂「制度性保障」之目的在於確保某些基本權利之存在。在各別基本權利當中最常被提出來作為「制度性保障」的著例者，要屬財產權制度、婚姻制度及家庭制度。除此之外，德國聯邦憲法法院並透過憲法解釋，嘗試自其他基本權利中導出「制度性保障」之意旨，並強調國家應確保上開諸項制度的存在及正常運作。例如，自「出版自由」之憲法保障導出所謂「自由的出版制度」(BVerfGE 20, 175)；自「私人自由興學」的憲法保障導出「私立學校制度」(BVerfGE 27, 200)，或由「學術自由」之憲法保障導出「自由的學術制度」(freie Wissenschaft) (BVerfGE 35, 79)。

### 3. 「制度性保障」對基本權利之保護作用

由以上之分析可知，就基本權利之保護而言，「制度性保障」至少含有兩項意義：

1. 在各種基本權利當中，有部分之基本權利若乏一定「制度」之配合，將無法順遂行使，於此情形，國家負有建立一定制度之義務，使憲法保障該等權利之意旨得以實現。例如，憲法規定：「人民之財產權應予保障」，惟個人若欲行使其財產權，如所有物返還請求權，首先須主張其為該物之所有人，然而，何以其為該物之所有權人，須賴法律制度之存在(例如民法之規定)，方得

以決定「物之歸屬」，是以「私有財產制度」(Privateigentum)乃是行使財產權之前提要件，而為財產權之制度性保障。若無「私有財產制度」，財產權之保障無疑只是一項「空談」，蓋無人可以主張其為「財產權人」也。

「制度性保障」對於基本權利之保障作用，初視之下，甚具特殊意義，惟若仔細推敲則可察知，前述所謂基本權利之「必要制度」，諸如私有財產制度、婚姻制度、家庭制度等，在近代法治國家中均已存在，且行之有年，這些制度被完全廢除的可能性甚低，故「制度性保障」理論之用意——國家應建立基本權利之「必要制度」——，似無發揮的餘地。較值得研究者，毋寧是國家(尤其是立法者)對於這些制度所能規範之界限何在？亦即，如何使該制度「名實相符」，避免該制度「徒托空名」(Lee, 1994: 26 ff.)。於此意義下，「制度性保障」之主要功能遂轉而強調，國家對人民基本權利所作之限制，不得侵犯該權利之「本質內涵」(Wesensgehalt)。所謂「制度性保障」實無異於所謂基本權利之「本質內涵保障」(Wesensgehaltsgarantie) (Lee, 1994: 30)。須說明者，此項保障本就應該及於所有的基本權利，換言之，國家於限制或形成「某些制度」時，本不得侵害各該基本權利之本質內涵，此乃出於憲法保障基本權利之本旨使然，而非出於「制度性保障」之觀念所致。因此，若刻意強調「因某基本權利具有『制度性保障』之性質，故國家不得限制該基本權利之本質內涵」(蔡茂寅，1995: 55)，即有未恰。蓋如此易使人誤以為對於非具「制度性保障」之基本權利，國家即可限制其本質內涵。

2. 相對於前述財產權等之基本權利，其他大部份之基本權利多非依賴一定「制度」之存在，方得以行使。諸如生命、身體，集會遊行、職業、宗教、言論、遷徙等基本權利，均依人類自然之稟賦即可行使，縱使缺乏一定制度之存在，亦不致造成無法行使之結果。然而，對某些基本權利而言，若有一定制度之配合，將更有助於其實質內涵之發揮，例如新聞制度之於新聞自由，或出版制度之於出版自由是。因之，在一定條件之下，國家應建立並維持一定之制

度，使基本權利之實現更具可能性。在此意義下，「制度性保障」對基本權利具有一種「補強作用」。所謂「制度性保障」者，乃是為了強化 (Verstärkung) 基本權利之規範效力。對於基本權利之主體而言，「制度性保障」不外是一種「附加」(zusätzlich) 的保障 (BVerfGE 24, 389; 35, 114; 50, 290.)，而非獨立於基本權利之外的一種規範或法政策 (Schwerdtfeger, 1994: 204)。惟國家 (尤其是立法者) 對於基本權利之保護究應提供何種「制度」，原則上有形成的自由空間，須依基本權利之性質及各別具體情況權衡決定之。

此外，須說明者，國家對於已經建立的「制度」，並非不得加以更動或為一定之限制。若據「制度性保障」之概念而謂：「國家對於與基本權利之保障有關之『制度』不得為任何之干預，否則即屬違憲」者，不免誤解「制度性保障」之真義。當然國家 (立法者) 對於制度之規制，仍非毫無界限，不過構成其界限者，仍是基本權利本身，特別是從憲法保障基本權利之意旨及法治國原則所導出之「比例原則」，乃是規律國家權力最重要的原則之一，其重心仍在所謂的「利益衡量」(Güterabwägung)。準此以言，所謂「制度性保障」之保護作用實不出於國家限制人民基本權利所應嚴守的界限。換言之，吾人若能強化並落實基本權利之保護，則強調「制度性保障」自無特別的意義。

### (三) 「制度性保障」在本號解釋中之意義

吾人若以上述之觀點來觀察「學術自由」，則不難推知「學術自由」亦是一種「自由權」，原則上「任何人」均可主張此項權利，而且非以特定「制度」之存在為前提要件。然而，因學術的研究工作多在大學中進行，吾人若據此而謂「大學制度」乃是學術自由之「制度性保障」，從而國家應建立並維持大學制度，以確保學術自由，似言之成理。惟大學制度既已存在，且將來亦無廢除之可能，是以，國家是否應建立大學制度之問題，並不重要。殊值探究者，毋寧是如何避免大學制度徒具形式，以致無法遂行挹注學術研究之任務，亦即，其核心之問題在於國家教育行政監督權之界限何在？按大學既然是從事

學術研究工作的場所，基於學術工作「自主性」(Eigengesetzlichkeit)之本質，大學內部之事項應由大學自行決定之，乃屬當然。換言之，「大學自治」乃是學術自由的一種表徵，若謂「大學自治」亦是學術自由的一種「制度性保障」，亦無不可。只是「大學自治」固然可視之為一種「制度」，但實際上仍屬學術自由「權利內涵」的一部份，而且，所謂「制度性保障」者，亦非意味國家不得對該「制度」為一定之變更或修正，尤其是大學之組織、人事以及財務等行政事項，並非完全免於國家之監督及影響。蓋從憲法保障學術自由之意旨，尚難導出國家必須維持或建立某種大學制度的結論，亦即，國家非不得就大學之制度為一定的改革或更張(Starck, 1985: 614)，最明顯的例子是法律規定大學生得參與學校行政事務之決定，此項變革就「傳統大學制度」而言，似難想像，惟卻是時代之潮流所趨。此外，國家對於大學自治事項所為某種程度之規範，甚至加以限制，在本質上無異是對學術自由的一種限制，與國家對於其他基本權利所為之限制並無不同，在憲法的評價上，其重點仍在於「利益衡量」之問題。從而，稱「大學自治」是一種「制度性保障」，並無特殊之意義。

值得探究者，於本號解釋及協同意見書中，初則明白揭示憲法基本權利之規範意旨，以之作爲解釋的規範基礎，繼則轉而強調「制度性保障」及「大學自治」，卻未再言及「基本權利受有限制」之問題。尤值注意者，在大法官歷年的解釋中，曾多次涉及財產權及婚姻權之問題(「制度性保障」之典型適例)，<sup>9</sup>惟均未見言及「制度性保障」之概念。何以本號解釋特別強調「制度性保障」？其理由安在，頗耐人尋思。依吾人所信，此諒係與本號解釋的課題及釋憲程序類型有關，試說明如下。

按本號解釋之爭點在於有關「共同必修科目」之規定是否牴觸憲法之問題，而大法官於本件釋憲案中所引爲違憲審查之基礎爲憲法第十一條，該條規定在性質上是屬於基本權利之規定。既然是「權利」，則必有「權利主體」，

因此，在進行違憲審查之前，似應先說明「共同必修科目」之規定究竟侵害「何人」之基本權利？如前所述，任何從事學術研究工作之人均可主張學術自由，惟因「共同必修科目」之規定而直接受到影響者，究係大學教師、大學學生，抑或大學本身？在理論上頗值費思。嚴格言之，對大學教師而言，「共同必修科目」之規定並不會影響其從事學術研究之工作及教學之活動。而對學生而言，雖有因不及格即不得畢業的威脅，然而，此種限制與其說是侵害學生之「學術自由」，不如說是影響其「學習自由」或「職業自由」，至於「學術自由」與「學習自由」間之關係如何，則姑且不論（詳後述）。因此，從學術自由及大學自治理念的觀點以言，因「共同必修科目」之規定而直接受到衝擊者，要屬「大學」本身，而非個別之教師或學生。然而問題在於，大學本身是否得為學術自由之權利主體？按私立大學是依私立學校法所設立之「財團」，在性質上為「私法人」，以之作為學術自由之權利主體，應無疑義。<sup>10</sup>惟公立大學在現制之下，仍係教育部依據其職權，以組織規程設立，屬於教育部的「下級機關」，而非具有獨立權利能力之主體，亦即非屬「公法人」（董保城，1992b: 39）。固然，現行大學法規定大學享有「自治權」，惟在理論上仍難據此而謂公立大學具有權利能力，而為學術自由之權利主體。因此，本件釋憲案若要以憲法第十一條作為違憲審查之「依據」，自不能取其「主觀」的權利面，而必須強調其「客觀」的制度面，亦即從憲法第十一條抽繹客觀的理念（特別是「大學自治」之理念），以作為違憲審查之「規範基礎」，並藉以免去因處理學術自由權利主體所可能面臨的困境。

以上所述或許是本號解釋強調「制度性保障」之原因所在，在概念的使用上，大法官的解釋方法與論理法則，與 C. Schmitt 當初提出「制度性保障」概念之用意，實有異曲同工之妙。附帶一言者，本件釋憲案係由立法委員所提出，其釋憲程序之屬性為「抽象的規範審查」（*abstrakte Normenkontrolle*），而非由人民所提起之「憲法訴訟（願）」，因此公立大學是否為學術自由之權利主



體，至少在程序上並不重要。設若立法委員未就系爭規定向大法官提出釋憲案，則(公立)大學是否能單獨提出釋憲案，在理論上恐生爭議，依現行司法院大法官審理案件法之規定，應非可能。

## 伍、學術自由受憲法保障之範圍

### (一) 概說

按憲法對於人民基本權利之保護應有其一定之範圍，且因各別基本權利之種類而異其保護之範圍，因此，在探討憲法基本權利之問題時，首應確定者，係何種「行爲」、「法益」，乃至「情狀」為憲法所保障。這些要素有如基本權利之「構成要件」(Grundrechtstatbestand)，一般稱為基本權利之「保障領域」、「保護領域」或「保障範圍」(Schutzbereich) (Kloepfer, 1976: 405 ff.; Starck, 1985: 118; Höfling, 1994: 169 ff.; 許宗力, 1994d: 483)。至於基本權利之「保障範圍」如何，乃屬憲法解釋之問題，有賴實務及學界之努力，方能逐步具體化，此為研究基本權利所應具備之基本觀念。國內對於基本權利之研究，強調基本權利之「保障範圍」並加以闡微者，尚不多見。本號解釋對於憲法保障學術自由範圍之內涵，多所闡明，並於解釋理由書中明白使用「保障範圍」一詞，殊值注意。<sup>11</sup>

### (二) 「課程自主」、「學習自由」與「學術自由」之關係

關於憲法保障學術自由之範圍，首應確定者，係「學術」之意義為何？如前所述，所謂「學術」者，係指基於學術上之研究方法，進行發現、闡釋進而傳佈知識之活動過程(BVerfGE 35, 79; 47, 367)。申言之，學術活動乃是一種認知及探求真理(Wahrheitssuche)的過程。本號解釋雖未直接對「學術」一詞加以定義，惟於理由書中提及：學術自由之保障範圍應「延伸至其他重要學術活動，舉凡與探討學問，發現真理有關者」，準此以言，憲法保障學術自由之範

圍係指「舉凡與探討學問，發現真理有關者」，要無疑義。此項闡釋雖稍嫌抽象，但仍不失為一項肯綮的闡釋，足供解釋學術自由內涵之基礎。

再須確定者，係學術自由所保障之「主體」及「行為態樣」。一般而言，凡是從事於學術研究及教學之人，均可主張憲法上所保障之學術自由，換言之，學術自由乃是一種「任何人之權利」(Jedermann-Grundrecht) (BVerfGE 15, 262; 35, 112; 47, (367); Oppermann, 1989: 822; Schulze-Fielitz, 1994: 1342)，其範圍並不以在專門學術機構中(如大學)從事學術工作之人為限。但由於本件釋憲案係涉及大學共同必修課程之問題，故本號解釋將學術自由保障之範疇限定於大學教育，並謂：「就大學教育而言，(學術自由)應包括研究自由、教學自由及學習自由」，從而認為大學自治之範圍「應包含直接涉及研究與教學之學術重要事項」，自有其道理。其中「研究自由」及「教學自由」均屬學術自由之固有範圍，其保障之對象包括所有在大學中從事學術工作及教學活動之人，例如教授、講師及研究助理等，自無疑問。值得探究者，係「學習自由」(Studierfreiheit, Lernfreiheit)是否亦屬「學術自由」之範疇，以及大學生得否主張「學術自由」等問題？

從教學的內容及目的以言，教學與學習實係一體的兩面，二者難以截然劃分，若謂學習自由是教學自由的「另一面」(Kehrseite) (Starck, 1985: 618)，自無不可。本號解釋理由書中指出：「研究以外屬於教學與學習範疇之事項，諸如課程設計、科目訂定、講授內容、學力評定、考試規則、學生選擇科系與課程之自由，以及學生自治等亦在保障之列。」並據此而論：「大學課程之自主，既與教學、學習自由相關，屬學術之重要事項，自為憲法上學術自由制度性保障之範圍。大學課程之訂定與安排，應由各大學依據大學自治與學術責任原則處理之。」在立論觀點上，諒係基於教學與學習間之關聯性，基本上並無不妥，可資贊同。

惟須說明者，本號解釋將學習自由納入學術自由之範疇，其目的應在以此為基礎，俾以認定「課程自主」亦屬大學自治的範圍，從而，國家若涉入此類事項，將發生侵害學術自由之問題。然而，是否能據此而謂，「學生之學習自由」全部涵蓋在學術自由的範疇之中，尤其是學生得否以「學術自由」之名，就與學習有關之事項主張權利，似非無疑，有待究明。

原則上，大學生為求取學問，自可依其個人的需要及興趣，自由選擇有興趣的科系、課程及所喜歡的授課教師。大學生除單純接受教育之外，並可參與學術活動，大學生若基於研究之目的而進行學習及研讀資料之活動，自屬學術活動之一環，而為憲法保障學術自由之範圍所涵蓋。蓋大學生不同於一般中小學之學生，非只是教師傳道授業的客體 (*nicht bloße Objekte der Wissensvermittlung*) (BVerGE 35, 125)，而應獨立參與學術的討論，培養獨立思考的能力。換言之，在大學的學習過程中，大學生應以參與學術活動，培養獨立思考精神為職志。<sup>12</sup> 此外，學生在課堂上與教師就學術(問)上之問題進行辯論，以及關於博、碩士論文之撰寫，均屬學術自由之一環，自不待言 (Starck, 1985: 619)。

然而，「學習自由」所牽涉之事項仍非均屬學術自由的問題。按學習自由之主要內涵在於，學校必須提供一定之課程，以供學生學習，並使之有提出問題、表示意見之機會。就大學生而言，學術研究工作固然重要，惟在整個大學教育過程中，大多數大學生所關心者，仍是日後就業的問題，就某種層面而言，大學教育亦是一種職業的預備工作 (*Berufvorbildung*)，故所謂「學習自由」之主要憲法基礎，與其說是「學術自由」之保障，不如說是「職業自由」之保障 (憲法第十五條)。具體言之，學習自由乃是選擇教育場所之自由 (*das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte*) (Geck, 1969: 158.)。因之，聯考制度之採行，大學入學人數之限制，各大學對課程之設計、入學資格之限制、修課條件之確立，以及教師之任用等，雖對學習自由有所影響，惟仍難遽以認為直

接影響到學生的學術自由，而構成對學生學術自由之侵害。尤其是大學入學人數之限制，其目的在於避免影響大學的教育功能，確保教學及上課的品質，以及考量國家之財政能力。因此，若將入學限制認為是對學術自由的一種限制，無異是將學術自由與「受教育之權利」混為一談，自有所偏 (Scholz, 1977: Art. 5 Rn. 114.)。

再應指出者，在大學自治的理念下，舉凡課程設計、科目訂定、講授內容、學力評定、考試規則等事項，原則上均是屬於大學自治的範疇。國家若對於科目之訂定加以限制，則係侵犯大學之學術自由，但學生應不能據此而謂其學術自由受到限制。蓋吾人若將學習自由等同於學術自由，則學生自可以學術自由之名，向學校主張其權利，甚至可基於憲法保護學術自由之意旨，認為學生應享有參與學校事務決策之「請求權」，如此一來，大學自治之理念將受到極大的影響，致使大學之功能無法完善的運作，此應非憲法保障學術自由之本意。總之，本號解釋將學習自由毫無保留的納入學術自由的範圍，易使人誤以為學生動輒得以「學術自由」為名，質疑學校中所有與學習、教學有關之事項。本號解釋若能作如上之補充說明，自可免去此種誤會。

最後須一言者，前述所謂學習自由之憲法基礎應在於「職業自由」之保障，並非有意將大學教育與一般專科職業教育相提並論。實則，大學教育之主要目的在培養學生獨立思考及判斷之能力。在一般政治領域中，大學生基本上是思慮成熟的國民 (mündiger Staatsbürger)，對教師及校方而言，大學生則是具有批判能力之對話者 (Geck, 1969: 159.)。因此，如何顧及大學教育之目的及功能，對於與大學生學習有關之事項，作合理適切之規範 (例如強化大學生在大學中之地位)，實屬當前教育改革，乃至政治改革之重大課題，值得重視與關注。

## 陸、學術自由與大學自治之限制

### (一) 憲法上之規範基礎

任何權利均有其界限，此為權利之本質所在，蓋權利若毫無界限，則必然會造成權利行使之齟齬，導致權利主體間相互傾軋的結果，從而失去權利應有之作用。學術自由雖含有極高的自主性，不宜擅加限制，以免妨礙學術之發展。惟學術自由之為權利，自應有其界限，乃屬當然。而屬於學術自由核心要素之一的「大學自治」，亦應如此，自不待言，此非可因大學自治乃屬學術自由之「制度性保障」，而有所不同，已如前述。

我國憲法第二十三條規定：「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。」其範圍自包括憲法第十一條之講學自由（學術自由）在內，而該條文中所列之「公益原則」、「法律保留原則」，及其所蘊含的「比例原則」，均於限制學術自由及大學自治時，有其適用，自不待言。

值得注意者，本號解釋文及理由書尚且提及憲法第一六二條，並據此而謂：「憲法第一百六十二條固規定：『全國公私立之教育文化機關，依法受國家監督。』則國家對於大學自治之監督，應於法律規定範圍內為之」，其意似指，國家限制大學自治之憲法依據主要是憲法第一六二條，而非第二十三條。此段闡釋，推究其意，諒係與現行公立大學尚屬教育部依法令所設置之機構，僅具機關之地位有關。蓋於此情況下，公立大學尚難謂係基本權利之主體，應無限制基本權利之問題，則國家對於公立大學自治事項之「監督」，自須援引憲法第一六二條所賦予之「國家教育高權」以為依據。惟大法官為強化學術自由之保障，仍補充強調教育主管機關於行使此項權限時，「亦須符合憲法第二十三條規定之法律保留原則」，對於大學自治精神之維護，深具意義，誠值肯定。

## (二) 法律保留原則之實質意義

基本權利之限制應有法律之依據，為憲法第二十三條所明定，一般稱之為「法律保留原則」。然而，本號解釋所稱：「法律本身亦須符合法律保留原則」，其中所謂「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。一般而言，法律保留原則之實質內涵主要有二：一、法律本身必須合乎「明確性原則」，其內容包括法律條文本身應力求明確，以及法律授權行政機關訂定行政命令時，應嚴守「授權明確性原則」，尤其是後者，意在強調立法者應就「重要事項」自行決定，而不得授權行政機關以行政命令決定之。二、法律之內容必須符合比例原則，其意略指，法律之目的、手段之選擇以及限制人民權利之程度等，均必須合理適當。以下僅就與本文所涉問題有關之「授權明確性原則」論述之，特先說明。

## (三) 本件釋憲案之問題爭點

### 1. 授權明確性之問題

如上所述，所謂法律必須合乎明確性原則，有兩層涵義：一是法律條文規定本身應力求明確，俾使人民有所依循。<sup>13</sup>另一則是法律在授權行政機關訂定行政命令時，應嚴守「授權明確性」之原則(許宗力，1994c: 215-267)。由於現代國家之任務龐雜多端，非法律所能詳予規定者，故立法者將部分事項授權行政機關發布行政命令，以補充法律之不足，乃是現代國家所無法避免的趨勢。然而，如何不讓「法律保留原則」徒具形式，「授權明確性」之要求便顯得格外重要。

本件釋憲案之主要爭點在於大學法施行細則第二十二條第一、三項是否違憲之問題，姑不論該項規定之實質內容是否牴觸憲法之意旨，因系爭規定在性質上是屬於「授權命令」，故首應探究者，乃大學法(母法)之授權規定是否合乎「授權明確性原則」之要求？此乃本件釋憲案之先決問題(Vorfrage)，應先討論。

如前所述，教育部訂定大學法施行細則之法律依據為大學法第三十一條規定：「本法施行細則，由教育部擬定，報請行政院核定之。」此種以「本法施行細則由××機關定之」簡單數語之空白授權方式，在我國立法上極為常見，其是否合乎「授權明確性原則」之要求，頗具疑義，國內學者對之提出質疑及批評者，不乏其人(朱武獻，1986: 368；許宗力，1994c: 217, 266)。然而，本號解釋對於此一先決問題未有隻字片語之說明，反倒是本號解釋之「協同意見書」對此有相當詳盡之闡釋，殊值注意。為便於說明，茲節錄原文如下：

我國憲法並無如德國基本法第八十條第一項：「聯邦政府、聯邦閣員或邦政府得根據法律發布命令。此項授權之內容、目的及範圍，應以法律規定之，所發布命令應引證法律根據……」之規定，不宜強作比擬。因之行政命令授權明確性、其違憲與否之判斷，除所涉及之人民自由權利甚為重要、如罪刑(刑罰)、租稅等應要求其「授權條款」之本身對於授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之條件外，其餘則應就該「授權法」之整體暨相關之法律予以觀察，倘其與「授權法」之立法目的、該法所欲達成之理念，及立法之精神無所乖離者，仍應認於法無違，亦即無違憲之可言，殊不得僅以授權條款之未有明確，遂遽予否定。實則以德國之實務論，其亦已趨向於此，而不要求嚴苛地單以授權條款為判斷，亦即若能依一般的解釋方法從授權條款所依附之法律的整體，明確知悉授權內容、目

的與範圍之所在，即屬已足。（《司法院公報》，民國84年6月，第37期第6卷，第9頁。）

自以上之文字觀之，協同意見書基本上認為類如「本法施行細則由××機關定之」之空白授權方式，並不牴觸憲法，但若「所涉及之人民自由權利甚為重要、如罪刑（刑罰）、租稅等事項」，則例外要求必須有明確之授權，否則即屬違憲。協同意見書此項闡釋之內涵，其基本立場實係承繼大法官於歷來解釋中所逐步建立之審查標準。按大法官於歷來的釋憲案中，曾多次處理有關「授權命令」（包括施行細則）是否合憲之問題，其中以違反「授權明確性原則」為理由而宣告違憲者，僅釋字三一三號一件，而此號解釋係涉及「罰鍰之構成要件及額度」之問題，與傳統「罪刑法定主義」之情形相近，誠如本件「協同意見書」所稱，係涉及人民自由權利甚為重要、如罪刑（刑罰）、租稅等之事項。反觀大法官其餘之解釋，率多未就其授權條款明確性之問題表達非難之意，尤其是近來之解釋雖曾數次強調法律授權行政機關發布命令，應「以內容具體、範圍明確之方式」為之（例如釋字第三四五號、三四六號解釋），但是對於系爭之授權規定並未予以非難，仍認與憲法尚無牴觸。自此吾人約略可以尋繹出，除「空白處罰規定」外，大法官對於「空白授權規定」之基本態度似乎都是「與憲法尚無牴觸」。

此項基本立場於本屆（第六屆）大法官所作成之第一號解釋（釋字第三六七號解釋）中，益臻明朗。大法官於該號解釋理由書中分別指出：「如法律之授權涉及限制人民自由權利者，其授權之目的、範圍及內容符合具體明確之條件時，亦為憲法之所許。」「若法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」。吾人若就此二段文字對照觀之，自不難發



現，大法官有意以「是否涉及限制人民自由權利」為標準將「授權命令」予以二分，並將「授權明確性」之審查僅限於「涉及限制人民自由權利之授權」，至於，對於「非涉及限制人民自由權利之授權」則不再審查其是否合乎授權明確性之要求，「轉而」審查授權命令是否抵觸母法，或是否增加母法所無之限制。<sup>14</sup>

吾人若了解大法官歷來所逐步形成之判斷標準，自不難理解「協同意見說」所持見解之立場。至於此一問題於本號解釋中未見說明，或係出於「此乃當然，無待贅言」。<sup>15</sup>姑不論此項見解是否妥適，至少協同意見書所言：「以德國之實務論，其亦已趨向於此，而不要求嚴苛地單以授權條款為判斷，亦即若能依一般的解釋方法從授權條款所依附之法律的整體，明確知悉授權內容、目的與範圍之所在，即屬已足。」云云，在觀念上未盡妥適，應予澄清。固然，德國聯邦憲法法院歷來於審查授權條款是否合乎授權明確性時，的確未就授權條款本身之規定作單獨的觀察，而是就系爭法律各該規定予以綜合觀察，以探求授權之內容 (Inhalt)、目的 (Zweck) 與範圍 (Ausmaß) (BVerfGE 58, 277; 62, 210; 85, 105)。然而，吾人若徵引德國經驗而謂：類如「本法施行細則由××機關定之」之空白授權方式，仍合乎授權明確性之要求，則似有未恰。蓋德國並無類似我國前述之「空白授權條款」，而且，德國聯邦憲法法院對於授權明確性之審查，有逐漸放寬之趨勢，其真正之原因在於，法院過去以不符合授權明確性為理由而宣告違憲的案例甚多，對於立法者產生某種程度的警示作用，加上法院長期醞釀形成之各種檢證公式逐漸發揮其效用，對於立法者提供立法上之指導方針，以致浮濫空泛的授權條款，已屬罕見 (許宗力，1994c: 266)。此為引證德國法治經驗時，所不能不併予注意者。

再者，就大法官之立場以論，本文認為，以「是否涉及限制人民自由權利」為標準，將授權明確性之審查作「全有全無」的劃分，是否妥適，誠值檢討。蓋此種區分標準不免使人聯想到有關「法律保留原則」適用範圍之爭議。

如所周知，「法律保留原則」最初僅侷限於干預人民自由與財產之事項，一般稱之為「干預保留」(Eingriffvorbehalt)。然而，何謂「干預人民之自由與財產」，因現代國家任務之擴張，在判斷上恐非易事。而且，所謂「非干預」之事項，例如國家之給付行政，對於人民權利義務影響之程度，未必亞於直接之干預。因此，所謂「干預保留理論」迭受學者之批評，以致有「全部保留理論」(Totalvorbehalt)及所謂「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)之提出，而使「法律保留原則」的適用範圍有所更張。<sup>16</sup>同理，大法官若以「是否涉及限制人民自由權利」作為是否審查授權明確性之標準，將重蹈「干預保留」理論之覆轍，並面臨「干預保留」理論所引發之問題，從而，大法官是否亦應作相同於法律保留原則適用範圍之調整，似值考慮。

此外，在我國實務上，行政機關所發布的命令當中，除「授權命令」外，尚有所謂之「職權命令」，亦即在無法律授權之下，行政機關為執行法律而依其職權所發布之命令，此二者是否應予以區分？如何區分？國內學者爭論極夥，莫衷一是。今大法官若承認「空白授權條款」之合憲性，則基於如此空泛之授權所發布之「授權命令」，將何異於「職權命令」？「授權命令」與「職權命令」之界分趨於泯滅，勢所難免。大法官此項闡釋是否有助於此一問題的釐清，甚或終結學界多年來的爭論？還是引發另外的爭議？尚待時日的觀察。

除開前揭理論之辯證外，吾人當不難發現，大法官之所以有如是見解，諒考慮到我國法制之現狀。蓋我國行憲伊始，即遭變故，法治建制多未能貫徹，諸如「本法之施行細則由××機關訂之」之授權方式，可謂早已習以為常，即便是現在，在立法實務上對此種授權方式提出質疑者，仍不多見。因此，若驟然以「授權不明確」而宣告此類條款違憲，必然會引起大量行政命令因而失效之結果，進而形成「法真空」的狀態，其對法治現狀所造成的衝擊恐怕尤勝於不宣告違憲。當然，大法官亦不願任令行政機關恣意發布行政命令，置法律於不顧，故轉而從「實質面」嚴格檢驗行政命令是否違背母法之精神，或是否增

加母法所無之限制，並在多次解釋中宣告命令違憲，其為維護憲政體制，貫徹法治精神所作的努力，實值肯定。

## 2. 授權命令是否抵觸母法之審查

吾人若以大法官上揭之見解為基礎，認為大學法第三十一條之授權規定「與憲法尚無抵觸」者，尚須進一步探討系爭規定是否違背母法(大學法)之意旨，此為本件釋憲案之核心問題。對此本號解釋理由書指出：「大學法第二十三條對於大學修業年限之延長及縮短，規定為大學自治事項，有關辦法授權各大學自行擬訂，報請教育部核備後實施，故教育部對於各大學之運作僅屬於適法性監督之地位。教育部監督權之行使，應符合學術自由之保障及大學自治之尊重，不得增加法律所未規定之限制，乃屬當然。大學之必修課程，除法律有明文規定外，其訂定亦應符合上開大學自治之原則，……大學法並未授權教育部邀集各大學相關人員共同研訂共同必修科目，大學法施行細則所定內容即不得增加大學法所未規定之限制。……大學法施行細則第二十二條第一項後段自係逾越大學法規定，又同條第三項未經大學法授權，均與前揭憲法意旨不符，……」

對於系爭規定違憲性之認定，協同意見書所提出的看法與上揭內容之意旨，略有不同。其基本的出發點為：「茲有關大學法施行細則之訂定，既係法律之授權，而大學法之此一規定(按：即大學法第三十一條)，復未經宣告為違憲，則其是否違反母法之大學法進而有無違憲之問題，未可徒就大學法之單一形式條文予以判斷，……」協同意見書並據此而論：「本案解釋客體之大學法施行細則第二十二條第三項之是否違憲，要不在大學法之欠缺具體明確之授權，而在其所謂各大學共同必修科目『由教育部邀集各大學相關人員共同研訂之』以及本此而賦予『不及格者不得畢業』之法律效果。……各大學於此顯失課程之自主性，……殊與前述學術自由暨大學自治之原則有所違背，……自不能謂其與首開憲法規定之意旨無違。」

細察本號解釋及協同意見書之理由構成，本號解釋似認為大學法施行細則系爭規定之所以牴觸憲法之意旨，其主要理由在於大學法施行細則「增加法律所未規定之事項」，換言之，本號解釋似乎是以大學法第二十三條為基礎，「比較對照」大學法施行細則第二十二條第一、三項之規定，認為「共同必修課程」非大學法第二十三條所涵蓋，進而指其增加大學法所未規定之限制。從而，所謂「與前揭憲法意旨不符」者，似指不符合「法律保留原則」而言。反觀協同意見書則放棄作「形式比對」的工作，而逕以「學術自由」與「大學自治」為審查之依據，據以判認系爭規定牴觸憲法保障學術自由及大學自治之原則，換言之，協同意見書所稱：「不能謂其與首開憲法規定之意旨無違」，當係指違反憲法「保障學術自由規定之意旨」而言。

比較本號解釋與協同意見書之內容可知，就其所認為系爭規定牴觸憲法之點而言，殆無不同，然而，其理由之構成則顯有差異，其是否因此而產生不同的解釋規範效果，殊值研究。

依協同意見書的說法，施行細則第二十二條第一、三項之所以違憲，係因牴觸憲法保障學術自由及大學自治之原則，從而該項規定即使於大學法(法律)之中予以規定，仍無解於牴觸憲法之結果，其意至明。反之，本號解釋則一再強調，系爭規定之內容係「增加大學法所未規定之限制」。吾人若單獨著眼於此段文字，並對之作反面解釋，似可推得：施行細則第二十二條第一、三項之規定若於大學法(法律)之中予以規定，即不生牴觸憲法之問題。加上本號解釋理由書最後言及：自本解釋公布之日起一年內，大學共同必修科目之設置，應本於大學自治之精神「由法律明文規定」，更使人有如上的印象。

### 3. 本號解釋意旨之探求

據了解，教育部在本號解釋公布後，已著手進行大學法的研修工作，並將共同必修課程列為修法的重點之一，設若教育部將系爭施行細則之條文「原封

不動」的搬到法律條文之中，並獲立法院三讀通過，<sup>17</sup>是否因此而「補正」其違憲之瑕疵？殊值費思。關鍵之問題在於如何「解讀」本號解釋？此為本件釋憲案真正的癥結所在，事涉本號解釋之「規範作用」以及「大學自治」理念之落實，堪稱微妙，實有分析論述之必要。

首應說明者，由於本件釋憲案主要之「標的」：大學法施行細則之相關規定，在性質上屬於行政命令，基於「法規範之位階性」(Normenhierarchie)及「法律優位原則」(Vorrang des Gesetzes)，在違憲審查的順序上，應先審查各該下位規範是否抵觸上位規範，而後再審查其是否符合憲法之要求，亦即應先審查行政命令是否抵觸法律，若無抵觸之情形者，始進一步作違憲審查。反之，倘若該下位規範已然抵觸上位規範者，該下位規範即屬違法，自無再審查其合憲性之必要。簡言之，「合法性審查」應先於「合憲性審查」(Piero/Schlink, 1994: 4-5)。因之，即便大法官僅以「逾越母法規定」為由，逕予宣告系爭規定無效，而不再作進一步的「違憲審查」，亦無可議之處。

惟吾人若細察本號解釋之「論證過程」，當可發覺其認定系爭規定「與憲法意旨不符」之方法，看似如協同意見書所言：「徒就大學法之單一形式條文予以判斷」，實則不然。本號解釋一方面雖言及：「大學法施行細則所定內容不得增加大學法所未規定之限制」，惟隨即指出：「教育部依此規定所定各大學共同必修科目僅係提供各大學訂定相關科目之準則。同條第一項後段『各大學共同必修科目不及格者不得畢業』之規定，為對畢業條件所加之限制，各大學共同必修科目之訂定因而發生限制畢業之效果，而依大學法第二十三條、第二十五條及學位授予法第二條、第三條規定，畢業之條件係屬大學自治權範疇。大學法施行細則第二十二條第一項後段自係逾越大學法規定，又同條第三項未經大學法授權，均與前揭憲法意旨不符」，解析此段文字之理由構成，可知大法官認定系爭規定違憲之真正理由，與其說是表面的「增加法律所無之限制」，毋寧是「教育部干涉大學自治之範疇」(畢業條件之事項)。尤其是，本

號解釋理由書明白指出：「大學之必修課程，除法律有明文規定外，其訂定亦應符合上開大學自治之原則」，換言之，對於大學必修課程之訂定，非以「法律之存在」為已足，其內容尚須實質符合憲法保障學術自由之本旨。尤須闡明者，本號解釋若單純僅是以「大學法施行細則所定內容不得增加大學法所未規定之限制」作為宣告違憲之理由，則大法官只消就施行細則之規定與法律之規定進行「比對」即可，實無須大費周章地援引憲法第十一條關於講學自由之規定，更無須特別強調所謂「制度性保障」之觀念，並導出「大學自治」之原則，以作為違憲審查之基準。

如果本號解釋可以作如是「解讀」者，自不難推知，目前各校「共同必修科目」訂定的方式，因係由教育部所主導，且具有拘束各校之效力，故與憲法保障學術自由及大學自治之意旨相違，從而，即使有法律之依據，仍無改於違憲之本質。準此以言，本號解釋與協同意見書之間，實際上應無太大的差異。

## 柒、「大學課程自主權」與「國家教育行政監督權」 之關係 一代結論

據上所述，本件釋憲案之核心問題在於，教育部目前訂定大學共同必修課程之方式及作法與「大學自治」之精神，不相符合。惟本號解釋理由書僅指出：大學必修課程之訂定，「應符合上開大學自治之原則」，則大學共同必修科目究應如何訂定，方不致侵害「大學自治」之精神？尚待探究。實則，此乃涉及「大學課程自主權」與「國家教育行政監督權」間之消長關係，如何求得平衡適中，容有推究之餘地。

如前所述，「大學自治」固然是憲法保障學術自由的要素之一，但是，大學所擁有之自治權並非毫無限制，尤其是依憲法第二十三條之規定，國家於一定條件下得對學術自由為必要之限制，再依憲法第一百六十二條之規定，教育

主管機關亦得就大學事務為一定之監督，是以，大學之自治權與國家教育行政監督權之間，便存在某種程度之緊張關係，如何使兩者適得其所，各得其分，因事涉利益衡量之問題，自難遽下斷言。惟至少可資確定者，國家行使教育高權而對大學內部事項所為之干預，其程度絕不能強至使大學自主權趨近於零，寢假失去大學自治之本質。本文認為，教育主管機關對於設置共同必修課程之規範方式，在理論上至少有如下四種可能性：

1. 由各大學自訂課程名稱、範圍及內容，並自行實施，僅由教育部作適法性之監督。
2. 由各大學自訂課程名稱、範圍及內容，報請教育部核定後實施。
3. 由教育部擬定課程之領域，再由各大學於此領域內，自行訂定課程名稱、範圍及內容，並自行實施之。
4. 由教育部訂定多項課程名稱、範圍及內容，再由各大學自行擇取實施之。

以上所列各種規範方式，雖於訂定課程的過程中，每有國家權力之介入，惟因最後之決定權仍在各大學本身，故無侵害大學自治之可言。至於，究以何者為當？乃屬立法政策之問題，原則上立法者擁有政策形成的自由空間。惟本文仍願指出，教育部若以大學共同必修科目乃屬各大學行之多年之傳統，而認有繼續維持一定架構之必要者，似可採第三，甚或第四種方式。反之，吾人若將本號解釋視為開創我國學術自由及大學自治的一項契機，似應採取第一種方式，俾各大學得於完全自由的空間之下，訂定合乎其特色及需求的課程。即便不採，至少亦應採取第二種方式，以開創我國大學自治及學術自由的生機。

## 註 釋

- 1 面對釋憲案之提出，教育部不為所動，仍於民國84年1月12日召開大學校院長會議，於會中並作成決議，將大學共同必修科目劃分為「國文」、「外文」、「歷史」、「中華民國憲法與立國精神」等四大類，預計自84學年度起開始實施。
- 2 此次所舉行之「說明會」，其主要之目的在於聽取聲請人及有關機關之「法律意見」，而非關於「事實調查」之程序。關於大法官行使釋憲權時，對於事實之調查是否能行言詞辯論，曾於大法官解釋所謂「國安三法」是否有效時，引發爭議，大法官傾向於：「依現行體制，釋憲機關對於事實之調查受有限制」（見大法官釋字第三四二號解釋理由書），而持否定說。此項見解是否妥適，誠值檢討，請參閱拙作，〈國會議事自律與違憲審查（下）〉，《司法周刊》，第677期，民國83年6月15日，第2版。
- 3 當然，立法院亦得以立法決議方式廢止授權或直接變更命令之內容，然而此種方式須經三讀程序，並請總統公佈，在程序上較為繁瑣、周折。
- 4 除了本件釋憲案之外，民國84年6月29日，洪秀柱、柯建銘、周荃等67位立法委員，就「空氣污染防治費收費辦法」是否抵觸空氣污染防治法第十條之授權規定一事，聲請大法官解釋，亦屬一例。
- 5 有學者謂，講學自由乃外部的精神自由，而研究自由則是內部的精神自由（蔡茂寅，1995: 55）。此種「內部」「外部」之區分，容易使人誤以為研究自由只是一種「內在的思想活動」。實則，研究自由亦是一種「外部」的活動，受到憲法的保障，故上開之用語與區分，易生誤會，似有未妥。
- 6 在本號解釋之前，吳庚大法官曾就釋字第三六八號解釋提出「協同意見書」，其中提及：「國家自應就各個權利之性質，依照社會生活之現實及國家整體發展之狀況，提供適當之制度的保障（institutionelle Garantie）」（載於《司法院公報》，第37卷第1期，第22頁）。細究吳大法官提出「制度保障」概念之目的，主要在於以之作為解釋基本權利「保障範圍」的一項方法。
- 7 其實，關於「制度性保障」觀念之提出，還可以追至與 C. Schmitt 同時期之學者 M. Wolff 於1923所發表的「帝國憲法與財產權」（Reichsverfassung und Eigentum）一文。只是 Wolff 氏所指之制度專指「私有財產制度」而言，且未使用「制度性保障」一詞。



- 8 在德國目前的學說中，有學者使用 *Einrichtungsgarantie* 一詞作為「制度性保障」之上位概念，再分為 *Institutsgarantie* 及 *institutionelle Garantien* 兩種，究其內涵，前者係指私法制度之保障，諸如家庭制度、婚姻制度、私有財產制度、繼承制度、私立學校制度等；後者則指公法制度之保障，例如公務員制度或地方自治制度 (Pieroth and Schlink, 1994: 22)。為便於區別，吾人可將之分別譯稱「私法制度之保障」(*Institutsgarantie*) 及「公法制度之保障」(*institutionelle Garantien*)。其實，C. Schmitt 最初提出「制度性保障」(*institutionelle Garantien*) 時，並未作如是之區分，而係以 *institutionelle Garantien* 一詞涵蓋前揭兩種情況。其後雖亦區分「公法制度保障」與「私法制度保障」，惟此種區分在德國學界仍非一致。為避免不必要的爭執與困擾，本文暫不採取上揭用語上之分類。
- 9 例如大法官釋字第三五〇、三六二、三七二號解釋。
- 10 學者間有就私立大學之「法人」性質，究屬「公法人」或「私法人」，以及私立大學是否得為基本權利之主體等問題，提出質疑並加討論者 (蔡志方, 1992: 32-38; 1994: 30)。按私立學校法第三十三條規定：「私立學校應向學校所在地之地方法院，為財團法人登記。」自此觀之，私立大學屬於「私法人」，應無疑義，蓋「公法人」之成立通常係以特別立法之方式為之，且無登記之問題。至於私立大學之任務與公立大學具有同質性，亦不足以影響私立大學之法律性質，蓋「私法人」並非不得從事公益活動，尤其是「財團」之設立通常係以公益為其主要目的。再就學術自由之權利主體而言，學術自由之保障固然係以學校教師為主要對象，惟大學本身亦非無受學術自由保障之必要，例如關於學校之特色、發展方向或課程設計等事項，學校本身亦有受憲法保障之必要，故私立大學可以且應作為學術自由之權利主體。
- 11 在本號解釋之前，吳庚大法官曾就釋字第三六八號解釋提出「協同意見書」，其中提及「訴訟權保護範圍」之概念，亦值注意。載於《司法院公報》，第37卷，第1期，第22頁。
- 12 德國聯邦憲法法院曾以此為理由，認為學生參與學校事務之決策並非可斥之為「與學術無關」(*wissenschaftsfremd*)。抑且，大學的功能之一在於培育大學生基本的智識，以為日後就業深造的基礎，故基於大學生個人的利益，自應允許大學生參與學校的事務。Vgl. BVerfGE 35, 79 (125 ff.)
- 13 此項原則主要是涉及立法者使用「不確定法律概念」(*unbestimmter Rechtsbegriff*) 及「裁量規定」(*Ermessen*) 之問題。由於此一問題與本文無直接之關聯，故不予

論述，請參閱翁岳生，〈論「不確定法律概念」與行政裁量之關係〉，《行政法與現代法治國家》，第3版，民國68年10月，第37頁以下。

- 14 釋字三六七號解釋即是以系爭營業稅法施行細則之規定抵觸母法之規定為由，宣告其違憲，而非以母法之授權欠缺明確性為理由。
- 15 參與本號解釋之大法官吳庚即表示，釋字三八〇號解釋雖未明示，「但其依據者似乎仍是三六七號所建立的審查標準」（吳庚，1995: 4），氏之所言可引為有力的佐證。
- 16 所謂「重要性理論」者，其意略指，凡屬「重要的事項」均應保留給立法者自己來作決定。聯邦憲法法院強調：基於基本法中所揭櫫的法治國原則及民主原則，關於教育事項中屬於重要者 (wesentlich)，立法者應自行做決定，而不能讓諸行政機關為之。而所謂「重要」者，尤其是指攸關基本權利實現的事項而言 (wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte) (BVerfGE 45, 400/417 f.; 47, 46/78; 許宗力，1994b: 158-162)。
- 17 本件釋憲案係由立法院中之少數立法委員 (54位) 所提出，故執政黨若要動用立法院中之多數黨籍立委將系爭行政命令之規定「合法化」，在理論上應非難事。

## 參考資料

朱武獻

1986 〈命令與行政規則之區別〉，《公法專題研究(一)》。臺北：自刊。

吳 庚

1995 〈從大法官最近解釋談行政法的新發展〉，《法令月刊》46 (8): 3-6。

林紀東

1993 《中華民國憲法逐條釋義第1冊》(修訂7版)。臺北：三民書局。

翁岳生

1979 〈論「不確定法律概念」與行政裁量之關係〉，《行政法與現代法治國家》。臺北：自刊。

許宗力

1994a 〈論國會對行政命令之監督〉，《法與國家權力》(增訂2版)。臺北：月旦出版社股份有限公司。

- 1994b 〈論法律保留原則〉，《法與國家權力》(增訂2版)。臺北：月旦出版社股份有限公司。
- 1994c 〈行政命令授權明確性問題之研究〉，《法與國家權力》(增訂2版)。臺北：月旦出版社股份有限公司。
- 1994d 〈基本權利的解釋與影響作用〉，《法與國家權力》(增訂2版)(許宗力譯，Christian Starck 著)。臺北：月旦出版社股份有限公司。

董保城

- 1992a 《德國學術自由之研究》，教育部委託研究計畫。臺北。
- 1992b 〈修改大學法之芻議 — 以「公立大學公法人化之爭議」為題〉，《憲政時代》17 (4): 39-53。

蔡志方

- 1992 〈從大學任務，論私立大學之學術自由與應有之制度〉，《憲政時代》17 (4): 32-38。
- 1994 〈論大學在我國憲法上之地位〉，《憲政時代》19 (1): 28-39。

蔡茂寅

- 1995 〈學術自由之保障與教育行政監督權之界限 — 評大法官會議釋字第三八〇號解釋〉，《月旦法學》2: 54-58。

劉慶瑞

- 1987 《中華民國憲法要義》(修訂16版)。臺北：自刊。

薩孟武

- 1988 《中國憲法新論》(7版)。臺北：三民書局。

Alexy, Robert

- 1986 *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Bleckmann, Albert

- 1989 *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, 3. Auflage. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang

- 1991 *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Geck, Wilhelm Karl

- 1969 "Die Stellung der Studenten in der Universität," *VVDStRL* 27 (1969) S. 158.

Höfling, Wolfram.

- 1994 "Grundrechtstatbestand — Grundrechtsschranken — Grundrechts-schranken-schranken," *Jura* 1994: 169 ff.

Jellinek, Georg

- 1979 *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Neudruck der 2. Auflage 1919. Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag.

Kloepfer, Michael

- 1976 "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundverfassungsgerichts - dargestellt am Beispiel der Menschenwürde," *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. II.

Lee, Chien-Liang

- 1994 *Eigentumsgarantie und Bestandsschutz im Immissionsschutzrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlag

Oppermann, Thomas

- 1989 in: Isensee/Kirchhof (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

Pieroth, B. and Schlink, B.

- 1994 *Grundrecht — Staatsrecht II*, 10. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

Schmitt, Carl

- 1983 *Verfassungslehre*, unveränderter Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- 1985 "Freiheitsrecht und institutionelle Garantien der Reichsverfassung," *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954*, 3. Aufl., unveränderter Nachdruck der 1958 erschienenen ersten Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.

Scholz, Rupert

- 1977 in: Maunz/Dürig/Scholz/Papier, *Grundgesetz, Kommentar*, 20. Lieferung München: C. H. Beck Verlag.

Schulze-Fielitz, Helmuth

1994 in: Benda/Maihofe/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl.  
Berlin/New York: de Gruyter Verlag.

Schwerdtfeger, Grunter

1994 Fallbearbeitung in öffentlichen Recht, 9. Aufl. München: C. H. Beck Verlag

Starck, Christian

1985 in: v. Mangolt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, Kommentar, 3.  
Aufl. München: Franz Vahlen Verlag.

1994 "Grundrechtliche Schutzpflichten," *Praxis der Verfassungsklausur*. Baden-  
Baden: Nomos Verlag.

Stern, Klaus

1988 Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1. München: C.H.  
Beck Verlag

# **A Study on the Academic Freedom and Autonomy of Universities:**

**A Critical Analysis of the Council of Grand Justices'  
*Interpretation No. 380***

*Chien-liang Lee*

## **Abstract**

This paper provides a critical analysis of the Council of Grand Justices' *Interpretation (decision) No. 380*, with regard to the problems of the academic freedom and autonomy of universities. This paper begins by describing case histories. Then it deals with the parliamentary review of the administrative orders, which serves as a point of departure for further discussion. Thirdly, some basic constitutional principles and concepts, namely, academic freedom, the institutional guarantee and autonomy of universities, are elaborated on to serve as a basis for the critical review of the *Interpretation*. In the fourth place, this paper analyzes the problems of the *Interpretation* under the Delegation-Certainty Doctrine. And finally, some conclusions are drawn and some suggestions provided for the future study of academic freedom and autonomy of universities.