

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

教師的教育權、懲戒權、體罰與刑法阻卻違法事由之研究 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型

計畫編號：NSC 95-2414-H-002-021-

執行期間：95年08月01日至96年12月31日

執行單位：國立臺灣大學法律學系暨研究所

計畫主持人：李茂生

計畫參與人員：教授-主持人(含共同主持人)：李茂生

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 97 年 05 月 14 日

壹、前言——研究動機

民國 95 年 12 月 27 日修正教育基本法(以下稱教基法)其中第八條第二項：「學生之學習權、受教育權、身體自主權及人格發展權，國家應予保障，並使學生不受任何體罰，造成身心之侵害。」配合此次教基法之修正，並由教育部擬定「教師輔導與管教學生辦法注意事項」，該辦法中就教師的管教、處罰、體罰行為加以定義，僅容許教師從事符合輔導與管教目的之非體罰的行為，逾越此一範圍所為之管教上措施均違反此一行政法規，至少落入行政不法行為的評價。本研究所欲探討之重點在於，教師懲戒權是否可成為刑法阻卻違法事由？尤其實針對教師即便從事不屬於該注意事項中所定義之懲戒行為在行政法上縱或被評價為行政不法，在刑法中是否可因為所實施的懲戒行為雖然侵害受懲戒人的法益，是否因為有其他利益被保存下來，而可使此教師懲戒權成為阻卻違法事由？

貳、學生與學校之法律關係

一、公立學校與學生之法律關係

(一)公法上的「特別權力關係」

特別權利關係，有別於居於人民之地位服從國家或地方自治團體的一般統治權所成立的「一般權力關係」而言，因公法上特別的原因(法律之規定或當事人之同意)，而服從統治主體之特別統治權所成立之法律關係。傳統上認為公立學校與學生的法律關係即屬於特別權力關係中之「營造物利用關係」，學校可以在無法律依據下，限制學生的基本權力，對於違反義務的學生，亦可以施加懲戒，並且學生對於特別權力關係之爭議，亦不得請求司法救濟。¹，此說為早期行政法學上之通說，但已為釋字第 382 號、釋字第 462 號所修正。

(二)公法上的「法律關係」

在去除了特別權力關係中的權力性之後，有主張在學關係屬「一般法律關係」

¹周志宏，析論我國學生懲戒制度之法律問題，收錄於氏著教育法與教育改革，1997 年 10 月，頁 371

²或「一般權力關係」³。並且認為，在學關係指經由註冊取得學籍所產生的各種法律關係，包括學習權的實現和各種教育行政措施，不論為公立學校與私立學校，亦不問從小學到大學，均屬公法關係，而非私法關係。理由如下：⁴

1. 就公立學校而論，各個層級教育機關皆受教育法規直接拘束，難以認為學校與學生間係屬私法關係。
2. 就私立學校而言，從設立、組織型態、經營甚至解散，皆受國家之監督(憲法第一六二條)，學費的收取、課程的基本架構，都受到公法法規的拘束，不能純以私法關係說明在學關係。
3. 公私立學校之學生，只有在入學條件上有所差別(包括學費)，入學後所形成的「在學關係」並無兩樣，皆屬公法關係。

(三)契約關係

有認為在學關係之成立乃基於學校和學相互間意思表示之一致，契約一旦成立，則在學關係即受契約條款所規範，且在學契約之約款在學生入學前已由校方單方擬定，因此該在學契約屬定型化契約(附合契約)，在採契約關係說的前提下，亦有區分為公法上的行政契約⁵和私法契約關係及特殊的契約關係。

1.私法契約關係

有學者⁶著眼於教育本質的非權力性，認為不論公私立學校，在學關係均屬私法關係。公私立學校其所發生的教育關係和實施的教育活動，本質上是相同的，在學關係亦應具有相同的性質，應重新思考以私法上的在學契約關係取代特別權力關係。

理由如下：

1. 我國雖係採公私法二元論，但不代表公立學校的利用關係就非是公法關係不可，就各種營造物的利用關係中，可以是私法關係(如醫院，公私立醫療機構與其患者間的醫療法律關係均為私法上的醫療契約關係)，也可以是公法關係(如監獄)。
2. 傳統上將公立學校解釋為公法關係，不外是因為將學校視為「倫理性營造物」，強調其倫理性與權力性，然而教育中的權力性已為學者所批判與反省，而倫理性亦無須借助法律關係公法化來加以確保，否則私立學校如何達成其

² 參許育典，法治國與教育行政法，高等教育文化公司，2002/5，頁 157-160；許育典，在學關係之法律性質，收於台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究(下)，五南圖書公司，2000/12，頁 1325-1342，林斌，中美學生管教制度之比較研究：教育法學之觀點，頁 7

³ 林憲聰，教師懲戒行為與刑法，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2002 年，頁 11-12

⁴ 李惠宗，三次翹課，死當!-不當連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，2006 年 3 月-

⁵ 林合民，校規的性質與學生懲戒程序，植根雜誌，四卷七期，1988 年

⁶ 周志宏，析論我國學生懲戒制度之法律問題，收錄於氏著教育法與教育改革，1997 年 10 月，頁 383-384

教育功能。

2. 教育法上的契約關係

亦有參酌日本學說見解主張⁷以「教育上的契約關係」之觀點來取代傳統的「特別權力關係」或「修正的特別權力關係」。該教育法上的契約關係既非一般行政法上的公法契約，也非一般私法上單純的契約關係，是屬於以教育法之理念所構成獨特之契約關係。⁸

(三) 相關實務見解

釋字 382 解釋理由書

「公立學校係各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位，而私立學校係依私立學校法經主管教育行政機關許可設立並製發印信授權使用，在實施教育之範圍內，有錄取學生、確定學籍、獎懲學生、核發畢業或學位證書等權限，係屬由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機關相當之地位（參照本院釋字第二六九號解釋）。」

97 年判字第 121 號認為「公立學校聘任教師係以達成教育學生公法上之目的……」，以教育為一種公法上的任務。由此可知，公立學校與學生之間的關係一般仍然認定是公法關係。

二、私立學校與學生之法律關係：

除上述主張不分公立學校皆為公法關係外，一般認為私立學校與學生之間的關係是一種私法上的契約關係⁹，但亦有依據行政法院四十一年判字第 6 號判例¹⁰之見解，認為私立學校與學生之間的關係與公立學校同，亦為特別權力關係¹¹，但亦有學者依此判決認為公立學校學生與學校係屬特別權力關係，私立學校學生則屬私法關係¹²。實則四十一年判字第 6 號判例謹謂「學校與官署不同，學生與學校之關係，亦與人民與官署之關係有別，學校師長對於違反校規之學生予以轉學處分，如有不當情形，亦祇能向該管監督機關請求糾正，不能按照訴願程序，

⁷ 謝孟勳，我國中小學教師懲戒權之研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007 年，頁 74

⁸ 兼子仁指出可比為醫事法上的診療契約關係、社會保障法上的福祉設施利用契約關係等。兼子仁，教育法，1982 年，頁 400 以下

⁹ 相關見解，可見陳亦文，中小學學生申訴制度之研究-以兒童少年教育權為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 41；關於私立大學的部分，見陳新民，中華民國憲法釋論，頁 244

¹⁰ 此則判例經 89 年行政法院庭長評事聯席會議決議廢止。

¹¹ 參見魏千峰著，《論學術自由-中美法制之比較研究》，政治大學法律研究所碩士論文，1998 年 7 月，229 頁

¹² 李惠宗，教育行政法要義，2004 年 9 月，頁 101

提起訴願。」，而被告則是臺灣省立嘉義中學，因此到底是否包含私立學校，不無疑問。

實務見解

另有指出¹³依釋字 382 號解釋理由書，「公立學校係各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位，而私立學校係依私立學校法經主管教育行政機關許可設立並製發印信授權使用，在實施教育之範圍內，有錄取學生、確定學籍、獎懲學生、核發畢業或學位證書等權限，係屬由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機關相當之地位（參照本院釋字第二六九號解釋）。是各級公私立學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分及損害其受教育之機會，此種處分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」乃明白肯認，只要是「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」，皆屬公法關係。

但有如下的批評¹⁴：本解釋將私立學校所實施之教育，認為係屬「由法律在特定範圍內授與行使公權力之教育機構」，「具有與機關相關之地位」。有以下的問題，

- 1 私立學校依通說屬私法上之在學契約，於司法救濟上並無障礙，似無納入之必要。
- 2 將私立學校對學生之懲處及其他教育措施，認為係受委託行使公權力的行為，而將退學或類此之處分始視為訴願法、行政訴訟法上之行政處分，反而隱含地將特別權力關係擴及通說原屬私法契約關係之領域。
3. 強將原屬於私法領域之教育關係，導入公法秩序而轉變為公法關係，形成本末倒置之虞，非但與教育事務原屬於私人領域之歷史淵源不服，且忽視我國源遠流長之私人興學傳統及憲法保障私人興學自由之意旨。
4. 學校有公私立之別，但教育無公私力之分，教育具有非權力性的本質。

三、日本相關學說

（一）、私立學校的在學關係

關於私立學校的在學關係，在判例、學說上幾乎一致地認為是「在學契約上的法律關係」。但是，關於該在學契約的法的性質及契約法理，仍未解明。教育法學上地，國公私立的正規學校的在學契約關係，已經超越了一般私法（民法）上的無名契約，作為特殊法上的特殊契約的一種，理解為教育法獨特

¹³ 李惠宗，教育行政法要義，2004 年 9 月，頁 103

¹⁴ 周志宏，析論我國學生懲戒制度之法律問題，收錄於氏著教育法與教育改革，1997 年 10 月，頁 378

的在學契約(但是，該特殊契約的訴訟，在不存在特有的訴訟程序的條件之下，依民事訴訟法)。¹⁵

(二)、國公立學校的在學關係

1、在學契約關係說¹⁶

在學關係，就事物的實質來說，私立學校和公立學校擁有共通的性質。規定學校制度的基本的教育基本法和學校教育法，基本上地共通地規律兩者。並且，如同最高裁學テ判決(昭和五一・五・二一判時八一四號三三頁)所判示的那樣，「孩子的教育，並非是教育的實施者的支配的權能」，被認為是非權力的作用。在憲法上，在學關係是爲了保障作爲孩子的人類的成長發達權的學習權，學生和學校設置者間的對等的權利義務關係。以此爲根據，作爲國公私立學校的在學關係上的共通理論，在學契約關係說，近來成爲有力說。(關於該契約的性格有多樣的見解，作爲代表性的有，私法上的附合契約說、學生身分取得契約說、包括質貸借・請負・學生身分取得等要素的私法上的無名契約說、教育法上的特殊契約說等。

根據此說，關於國公立學校的在學關係的法的特殊性應如下地來把握。

- (1)、關於公立義務教育學校的在學關係，就具體化就學義務的行政處分(就學校指定、區域外就學等)雖然被實行，但這些只是爲了擔保通學區制的制度，另外指定處分・就學義務的名宛人(義務人)，並不是作爲在學關係主體的學生，而是保護者。並且，爲了就學義務的履行確保所爲的督促等的措置(學校教育法施行令十九條以下)及擔保履行的罰則(學校教育法九一條)，同樣也適用於私立學校。這些規制，對於在學關係，是外在的、專門爲了保障兒童接受教育的權利。
- (2)、例如，儘管水道的事業者存在者回應給水契約締結申請的義務，但水道的利用關係仍然是被當作契約關係，在事業主體側那所存在的契約締結義務，與該當法律關係是構成契約關係並無矛盾。
- (3)、義務教育的無償制，與規律在學關係的學校法制，是別的、另一個的教育條件整備法制的問題，並且關於私學，也有基於私立學校振興助成法和條例的私學助成實行。
- (4)、把對學生所爲的處分當作是公權力行使的行政處分的這件事，首先立法政策上，欠缺合理性，又在解釋論上，這樣的處分只不過是「形式的行政處分」，應理解爲不妨礙包含假處分的一般民事訴訟的提起。

¹⁵ 參見人見剛，在學關係的法的性質，行政法的爭點(新版)，1990，頁 306；兼子仁，教育法，1978 年，頁 408

¹⁶ 參見人見剛，在學關係的法的性質，行政法的爭點(新版)，1990，頁 306-307

參、教師與學校之法律關係

一、私法關係說

早期實務見解認為不論公私立學校，教師與學校間係屬「私法上的僱傭關係」。

有以下代表性的判決：

(一)私立學校

77 年台上字第 1517 號：「學校與教師之聘任關係，在法律上屬僱傭關係。依民法第四百八十八條第一項規定：僱傭定有期限者，其僱傭關係於期限屆滿時消滅。」

私立學校

77 年台上字第 111 號：「專科學校教師由校長聘任，專科學校法第八條第一項定有明文。本件被上訴人學校教師之聘任係一年一聘，既為上訴人所自承，被上訴人於七十四學年度聘任上訴人為教師之聘任關係，已於該學年度結束時歸於消滅。兩造間之聘任關係消滅後是否再續聘，其決定權在被上訴人學校校長，上訴人並無請求被上訴人續聘之權利，被上訴人亦無續聘上訴人之義務。」

(二)公立學校

84 年判字第 2411 號：「原告為江翠國中教師，係基於聘任，屬私法上之契約關係，並非基於特別權力關係之公務員，是以上開解聘行為，並非行政處分，揆諸首開規定及判解，原告自不得就之提起行政訴訟」

院解字第 2928 號：

公立學校聘請教職員係屬私法上之契約關係。學校當局之解聘，並非行政處分，如在約定期限屆滿前，無正當事由而解聘者，該教職員自得提起民事訴訟以資救濟，不得提起訴願。

有認為¹⁷於 1995 年教師法公布施行後，因該法第二條、第三條¹⁸規定，本法適用於公私立學校的專任教師的「資格之審定」、「聘任」、「權利義務」等事項，上述見解是否仍能成立，即有疑問。

二、公私立學校區分說一

近來實務見解似逐漸採取公私立學校區分說，認為公立學校與教師之間的關係是公法關係，而私立學校與教師間的關係是私法關係，有如下的判決。

¹⁷ 可參李惠宗，教育行政法要義，2004 年 9 月，頁 154

¹⁸第 2 條 教師資格檢定與審定、聘任、權利義務、待遇、進修與研究、退休、撫卹、離職、資遣、保險、教師組織、申訴及訴訟等悉依本法之規定。

第 3 條 本法於公立及已立案之私立學校編制內，按月支給待遇，並依法取得教師資格之專任教師適用之。

(一) 公立學校

台北高等行政法院 89 年訴字 1675 號判決理由中即指出：壹、程序部分：

按公立學校聘任教師，擔任教學及研究工作，固與普通公務員依法律或命令執行職務有別，惟公立學校聘任之教師，亦係受有國家俸給之人員，其俸給雖與一般公務員依公務人員俸給法支給之俸給不同，但依本院大法官會議釋字第九二、一〇一、一一三號解釋意旨，公務員服務法之適用，並不以依公務人員俸給法支給俸給者為限，公立學校聘任之教職員既自國家受有俸給，應屬特別職之公務員。（公務人員任用法第三十三條明文規定教育人員之任用，另以法律定之者，即因其為特別職公務員之故。如完全不屬公務員範圍，即不必作此規定。）公務員服務法雖不能全部適用於公立學校聘用之教師，但其中若干規定，依其性質仍有適用之餘地。教師職務涉及公益，國家自應在法令上予以適當規範，並以之作為聘約內容之一部，在無其他特別法令就其服務作完整規定以前，公務員服務法所規範事項，仍有補充教師聘約內容不足之作用。又對於擬聘教師資格條件聘任）用程序及其他有關權利義務之重要事項，教師法、教育人員任用條例及其他有關法規大多設有強制規定，用以確保教育品質並實施教育之公法目的。是公立學校教員之聘用，雖形式上有書面契約（聘約），但究其聘任之法律關係，並非完全無公法性質，而不能一律視為私法契約，排除於行政爭訟制度之外。故本院就本件有審判權，應予受理。

最高法院 91 年判字 2282 號判決：「查公立學校與教師聘約關係，由於適用法規如教育人員任用條例等多具有強制性、公益性及公法性，且契約標的內容乃為實現國家教育高權之任務，故學界通說向來係以行政契約之公法關係定其屬性，並為本院九十年判字第一二六二號判決及本案原判決所是認。」

92 年台上字第 2688 號

公立學校與教師之聘約所適用法規如教師法、教育人員任用條例等多具有強制性、公益性及公法性，其契約標的內容乃為實現國家教育之任務，性質為行政契約之公法關係。教師對學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，並得依訴願法或行政訴訟法規定，請求救濟，為教師法第三十三條所明定。司法院院解字第二九二八號解釋及行政法院六十二年裁字第二三三號判例認公立學校聘請教員係屬私法上契約關係，學校教員之解聘並非行政處分，不得依行政爭訟請求救濟云云，自不能再予援用。原審見未及此，遽認被上訴人聘任上訴人係屬私法上契約關係，尚有未合。次按公立大學教師評審委員會評審有關教師之聘任、聘期、停聘、解聘等事宜，係屬公權力之行使，如有怠於執行職務，致教師權利遭受損害，自應許教師依國家賠償法第二條第二項後段規定，請求國家賠償

(二) 私立學校

行政法院 92 年判字第 670 號判決：「按私立學校聘請教師係屬私法上之契約關係，學校當局之不續聘並非行政處分，如在約定期限屆滿後不續聘者，該教師如有不服，應訴請普通法院審判，不得提起行政訴訟，觀之司法院院解字第 2928 號解釋意旨自明。次按「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」為教師法第三十三條所明定。上開規定已明定「不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或．．．行政訴訟法」，亦即應按事件之性質依民事訴訟法之規定提起民事訴訟，或依行政訴訟法之規定提起行政訴訟，並非不服再申訴決定者，均可提起行政訴訟。又查學校聘任教師後，除有教師法第十四條第一項各款規定之情形之一者，不得不續聘，僅係規範學校對其聘任之教師不續聘之限制，尚難據此認私立學校對教師不續聘係屬行政處分，得提起行政訴訟。」

但釋字第 462 號解釋又不區分公私學校，將大學教師的「教師升等評審」事項，認定為公權力之行使，審定的結果為一行政處分。

學說上亦有主張公立學校教員之聘用契約，契約之標的係為營造物完成其公法之職務(實施教育)，故屬公法契約。¹⁹。而向來法院的見解，是因為當時行政救濟法制尚未健全，僅有撤銷訴訟，為應實際之需要而認為為私法契約，僅為便宜之措施。

三、公私立學校區分說二²⁰

此說也是認為應該區分公立學校與私立學校而定其法律關係。在公立學校方面，因為從教師職缺的確定、招募廣告、教評會之組成、甄選過程、締約後的法律關係，基本上都受到教師法及教育人員任用條例等公法法規的限制，也應遵守行政程序法公正、公開、民法之程序，關於教師的甄選也得提起訴願及行政訴訟，則公立學校與教師聘任後所形成的關係是公法關係。

在私立學校方面，第一階段在甄選教師及締約階段，係屬私法關係，第二階段在締約完成之後，「就實現教育權所必須的地位關係」，則屬公法關係，其中「就實現教育權所必須的地位關係」，包括教師資格、年資承認、權利停障、升等程序、教育義務、退休撫卹等與教育權實現有關的建置事項，均屬公法關係。至於授課鐘點與薪資結構，在不違反教師基本保障之下，學校可與教師另行以私法契約約定，此部分為私法關係。此種私校與教師間的關係稱之為「經由私法契約所形成的公法關係」。理由如下：

¹⁹吳庚，行政契約之基本問題，台大法學論叢，7 卷 2 期，頁 140.

²⁰李惠宗，教育行政法要義，2004 年 9 月，頁 157~

一、教育組織權由國家壟斷

依憲法第 162 條²¹的規定，「教育監督權」由國家壟斷。依教育人員任用條例、私立學校法等，教師資格、年資承認等皆非私法自治事項，而為公法關係。

二、教師係「依法令」執行教育任務

不論公私立學校，依教師法第十六條的規定「教師接受聘任後，依有關法令及學校章則之規定，享有下列權利」，此規定將教師與學校之關係定位為「依法令」執行職務，而非「依聘約執行職務」、教師與學校間應屬公法關係。縱為私立學校，於解任不適任教師之場合，也要依教師法第十四條第二項的規定辦理，須報請主管機關「核准」。因此在「實現教育權所必須的地位關係」上，公私立學校之教師並無不同。教育基本法第六條「行政中立」的要求亦適用於私立學校。

肆、學生與教師之關係與教師是否為公務員

一、教師是否為公務員？

(一)私立學校教師：

私立中小學教師之聘用，乃私法上之僱傭契約關係，除教師之任用資格及審查程序準用教育人員任用條例，及適用私立學校教職員保險條例(現已廢止，併入公教人員保險法之規定中)外，其他相關事項大都循契約而定，且不適用公務員相關法令。²²在實務上，私立學校教師相關的損害賠償責任，也是以民法侵權行為的規定來認定是否由學校與教師連帶負損害賠償責任。²³因此，私立學校的教師一般認為不是刑法上的公務員也不是國賠法上的公務員，但在刑法修正後，有認為²⁴依釋字第四六二號解釋，私立學校的校、院、系(所)教師評審委員會的委員，其關於教師升等評審的權限，系屬法律在特定範圍內授予公權力的行使。因此在修正後刑法的解釋上，私立學校的評審委員在從事教師升等評審的相關工作時，即屬於刑法上的公務員。²⁵

²¹第 162 條 全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督。

²² 薛化元，教師地位與權利義務-以台灣中小學教師為中心，1997 年 4 月，頁 189

²³ 可參 95 年上字第 479 號判決、94 年台上字第 2374 號判決，台北地院 94 年度訴字第 5829 號，桃園地院 92 年度訴字 5829 號

²⁴ 甘添貴，刑法新規定對公務員權益的影響，刑事法雜誌，第五十卷第四期，2006 年 8 月，頁 59

²⁵ 屬刑法第十條第二項第二款「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」之公務員。

但有學者認為²⁶私立學校之教師，在教育事務範圍內，理論上乃屬國家委託行使公權力之「個人」，依國家賠償法第四條的規定，應視同委託機關(各縣市政府或教育部)之公務員。

(二)公立學校教師：

有從釋字三八二號解釋理由書出發，認為²⁷公立學校教師係居於類似公務員地位，對學生直接實施國家教育權之作用。是特別的公務員，依國家賠償法第二條第一項之規定，係屬「依法令執行公務」之人員，具有最廣義公務員的身分，

即教師受聘於學校(行政機關或法人)提供教育給付於學生。教師與一般公務員的不同在於具有相當的獨立性，故教師在與教學有關的教育活動上，應享有專業自主權。

向來認為公立學校的教師是公務人員保險法、國家賠償法和刑法上的公務員。²⁸

1.公務人員保險法：公立學校教師原為公務人員保險法上的公務員²⁹，而私立學校教師則適用私立學校教職員保險條例。但於民國 88 年，公務人員保險法更名為公教人員保險法，且依新修正條文第二條的規定的方式來看³⁰，將原來第二條「本法所稱公務人員，為法定機關編制內之有給人員。」文字異動為「本保險之保險對象包括下列人員：一、法定機關編制內之有給專任人員。二、公立學校編制內之有給專任教職員。三、依私立學校法規定，辦妥財團法人登記，並經主管

²⁶ 李惠宗，教育行政法要義，2004 年 9 月，頁 195

²⁷公立學校的教師是特別的公務員。李惠宗，教育行政法要義，2004 年 9 月，頁 138、164、195、196；李惠宗，三次跳課、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，2004 年 3 月，頁 152-153

²⁸ 相關見解參照魏千峰，《論學術自由-中美法制之比較研究》，政治大學法律研究所碩士論文，1998 年 7 月，頁 134

²⁹ 公務員保險法上所稱之公務員，指法定機關編制內之有給人員。公立學校亦為法定機關，且教師亦屬編制內之有給職人員，故教師亦為公務人員保險法上所稱之公務人員。薛化元，教師地位與權利義務-以中小學教師為中心，1997 年 4 月，頁 195-196

³⁰ 第 2 條 本保險之保險對象包括下列人員：

一、法定機關編制內之有給專任人員。
二、公立學校編制內之有給專任教職員。
三、依私立學校法規定，辦妥財團法人登記，並經主管教育行政機關核准立案之私立學校編制內之有給專任教職員。

教育行政機關核准立案之私立學校編制內之有給專任教職員。」以及第一條³¹的變動，再加上該法一併規範私立學校教職員的保險事宜，似可認為教師已不是「法定編制機關內的有給專任人員」，也不是「公務人員」，而是別於「公務人員」之外的「教職人員」。

2. 刑法：刑法第十條關於公務員的規定，原規定為「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。依此，從事教育公務之教師，自屬刑法上的公務員。³²歷來的司法實務見解³³也將公立學校的人員認為是刑法上的公務員。新修正刑法第十條的規定「一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。

二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。

公立學校雖然在其組織及性質上可以認為是屬於國家或地方自治團體所屬機關的一部分，但其教師所從事的工作在於教學、研究與服務，與私立學校教師所從事的工作並無差異，與國家的權力作用無關，因此雖然公立學校是屬於國家或地方自治團體所屬機關的一部分，但並不是行使國家統治權作用的行政機關或其他公務機關，其所屬員工不應認為是第一款前段的身分公務員。簡單地來說，公立學校因為不是行使國家統治權作用的行政機關，所以應排除於新刑法第十條第二項第一款前段「國家、地方自治團體所屬機關」之外。

應排除於國家地方自治團體所屬機關之外。但學校的校長及其他擔任行政職務的教師，如擔任學校的招生工作或教師升等的評審等職務時，依釋字 382 號及 462 號解釋，係行使公權力的行為，為依法令負有處理有關公權力性質之公共事務之權限，乃第十條第一款後段「依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者」，此時即為刑法上的公務員。公立學校的員工依政府採購法的規定承辦、兼辦採購的行為，其採購內容，縱然只涉及私權及私經濟行為的事項，但依最高法院九十三年度裁字第六二五號判決，認為政府採購法有關招標、審標、決標爭議的審議判斷視同訴願決定，性質上屬於執行公權力的行為，因此公立學校的員工依政府採購法規定承辦、兼辦採購行為時即為刑法上的公務員。³⁴

³¹ 原第一條 公務人員保險，依本法行之。

新修第一條，為安定公教人員生活，辦理公教人員保險（以下簡稱本保險），特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律。

³² 參周志宏，教育法與教育改革，頁 77 以下認為對國家而言，教師在教育活動上至少有些部分是受委託行使公權力之私人（例如行使懲戒權），而成為刑法上的公務員。

³³ 最高法院 81 年度台上字第 3571 號判決，最高法院 83 年度台上字第 1716 號判決

³⁴ 甘添貴，刑法新規定對公務員權益的影響，刑事法雜誌，第五十卷第四期，2006 年 8 月，頁 56

3. 國家賠償法：國家賠償法第二條第一項亦規定「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。因此一般認為，公立學校之教師為國家賠償法上之公務員。³⁵實務見解亦同。³⁶

伍、本文見解

在界定教師懲戒權是何種阻卻違法事由之前需確認在學關係法律性質如何？由在學關係推導出教師是否為公務員，若是則教師懲戒行為是依法令行為中的職務行為，若否則教師的懲戒權行使則有可能是是依法令行為中的私權行為或是業務正當行為。

在學關係的法律性質為何，必須從教育的本質看起。在現代民主思潮之下，學生是教育權主體，而非國家教育權力運作下的客體。在學關係不能認為是公法關係之理由，是從歷史目標考察，教育已不能被理所當然視為是國家形塑民眾的手段(作為國家權力運作下的一環的教育權的面向)，毋寧說是屬於人民受教權、教育權，並得以請求國家一定作為而賴以實現的基本權利(國民教育權)。教育權雖然不是國家的權力，但國家有義務使民眾普遍享有接受教育的機會，是一種輔助角色、而非是公權力使用。

因此在教育的關係中，國家所作的一定的介入與管制表想上看起來具有一定的公權力性質，但事實上國家仍然是扮演著從旁輔助的角色，以確保國民教育權的實現。從以下幾點可以看的出來：

一、解禁教科書版本，開放由民間編纂可以得知國家僅是擔任一定目標審核、控管角色。而國家現在所做，是一定授課時數管理、訂定基本的課程等等，在教學目標、內容上已經開放，因此對於教育的內容國家公權力基本是不干涉的。

二、於我國教育體制下，除九年國民義務教育外，公私立大專院校、高級中學縱或以相關考試(聯考、指考、學力測驗等)作為入學篩選的關卡，一旦考試及格之後，學校即必須接受學生。而國家於此時公權力行使的介入範疇，僅止於為確保該考試具有一定公平、公正性。。

三、憲法規定人民有受教育的義務，該規定所指的義務人並不是學齡兒童，而是

³⁵ 可參薛化元，教師地位與權利關係-以台灣中小學教師為中心，1997年4月，頁196；李惠宗，教育行政法要義，2004年9月，頁195以下

³⁶ 台灣苗栗地方法院九十四年度國字第四號判決，台灣台北地方法院八十三年度訴字第一八六一號判決

父母親或是監護人，父母親有義務讓學齡兒童就學。這僅意味著國家、父母親、監護人作為教育輔助者之地位。而在義務教育下的國民中學、國民小學之學童雖然有依劃分之學區入學的問題，僅是為了使學童平均分發進入學校，接受教育，目的僅在行政上管理之便利，故非謂一旦有公權力介入即為公法關係。

除此之外，從區分公私立學校以定其法律性質的說法中也可以看出一些端倪。如果承認私立學校與學生之間的關係是私法關係，則二者本質上有何區別？區分二者有何理論上之正當性？，私立學校是私人興辦並接受政府的補助，公私立學校都有可能接受補助，所以私立學校不可能因為接受補助而變成私法關係。

縱然認為相關的教師法、教育基本法應具有規制性而具有一定的公法性質，其所規制的法律關係也不一定是公法關係。如同在電信法、郵政法下，並不會因為受補助或管制而使電信設備、郵務的利用關係成為公法關係。

另外如同上述，即使在大法官釋字中承認某部分行為的公權力性質，然其實細觀釋字 382 號解釋，僅指出「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及「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」，在以上兩者的範圍之外，是否屬於公法關係即有疑問，並且大法官的用意可以說是為了保障學生受教育的機會及救濟的可能，而將私立學校的某些行為解釋成行政處分，並非是該等行為在本質上必然具有國家高權(公權力)之色彩。

在確認了學校與學生之間的私法關係後，則學校和教師之間亦是私法關係。教師證照是視情況由國家給予，如同醫師執照與其他專業職業證照由國家控管的原因相同，目的係為了確保教師具有一定品質，可以合適於達到有教育目的的任務，維持一定目標、教育水準。學校和教師之間關係是基於私法上僱傭契約而存在。則教師和學生之間也是私法關係。既然學校與教師之間是私法上的契約關係，且教育任務本身也非公權力行使，則教師當然不是公務員。在二零零五年的刑法修正後一般認為單純從事教職的教師不是刑法上的公務員，有問題的是依實務見解公立學校教師還是國賠法上的公務員。然現行法上就算承認教師是國賠法上公務員，也不足證立教育任務的公法性，因為該法是為了便於人民求償的技術性法律，並非真正公務員概念。國賠法牽扯到居於弱勢的人民，所以以寬鬆的解釋讓國家盡可能的以類似於福利的觀點去填補那樣的一個損傷。但不足以改變所謂「公權力的概念」。國家在賠償之後，仍然可以對公務員求償，相當於國家居於一個擔保的地位，讓人民可以先受到補償或賠償，而後國家再跟公務員清算，等於對於教師與人民之間的私法關係由國家作擔保，所以並不是真的公務員概

念。

所以在結論上本文認為是學校與學生間是特殊的私法上的契約關係，校方與父母訂定私法契約後，父母將孩子交給校方，而校方與教師之間為私法上的僱傭契約關係，教師為校方聘僱實際從事教育之人員，則教師與學生之間當然也是一個私法關係。

一、教師懲戒權之刑法阻卻違法事由類型

確認存在於學校及學生父母間、學校與老師間皆為私法關係後，教師懲戒行為可能依依法令行為中的私權行為阻卻違法，由於是私法關係，所依法令是私法，問題在於沒有任何法律明文訂定懲戒權的行使要件、合法要件，所以最後還是必須回到阻卻違法的一般原理來進行利益衡量。此時，保全法益與侵害法益於衡量上相對模糊、若以「受體罰學生個人利益」為侵害法益大小和「學生團體利益」(the best interest of children) 所得以保全的法益兩相衡量後，可以得到該集體利益大於學生個人利益的結論，懲戒行為就得以阻卻違法。然而，如何解釋「學生團體利益」(the best interest of children) 作為最後的關卡則是本研究的重心³⁷，倘若最後是因為是因為學生個人、例如因為分數不好而處罰、或是單純處罰行為則難以解釋在該種學生團體利益裡面。例如：個人常晚到不來、如不懲罰則可能會造成其別的同學學習模仿，此時是可以因為一定秩序管理懲戒該名學生。

管教權的要件為何？事實上跟本不可能定出明確的要件，如果是將之定位成職務行為，很有可能就是隨著當時的政策而變動，一隨著政策變動的情況之下，就會造成法律的不安定，此為另一個本報告將之定性為私權關係說的理由。在私法關係之下，管教權的範圍就是看每一個家長跟學校簽訂的契約內容。

國家雖然制定法律禁止體罰，但管教跟體罰間的界線卻很難截然劃分。若可用契約關係的將範圍界定下來，那麼這個界線就可以明顯畫出。因為每個學校都有校規，在小孩子要入學之前，家長就可以決定要不要接受學校的校規或是跟學校訂定管教的範圍。在私法關係之下，如果雙方的締約能力是同等的，可以自由

³⁷ 為何可以因為學生團體利益而犧牲學生個人法益是否有使對象淪為客體之嫌？自律到自己決定(自己決定是自律的反射)、自己決定性的擴散，具有一定程度妥協。人是自己目的是第一種哲學上幻想，人一生下來就無可避免地與這個社會發生牽連，則人力上自己決定不是第一種純粹目標我 因為結束而會受到我以外各種因素的影響，自己決定到自己負責 自己決定會如此是因為受到各種外在因素影響 可以那麼就不是所有個人所做的事，都可以以自律、自我決定的理由要求自己負責，只有在不得已時候，因為為了保護更多人生活上的利益情形之下，是好勉為其難地犧牲該個人利益。

合意以決定管教的範圍，那就沒有介入的必要，但是現實並不是如此，因此弱勢的家長有沒有救濟可能性就是很重要的一點，如果學校對於管教的規定是不合理的時候，應該在法院為判決時，就管理權為某種程度的限縮。

如同上述在私法關係下，家長可以去談條件，去要求，甚至各個學生與學校定訂的契約有所差異，這可能會導致私法關係變得非常複雜，因此必須要建立一個多數社會大眾可以接受的規則，可能是的作法是由有關的政府機關訂定一個類似消保關係或是動物買賣關係的定型化契約範本或標準模範契約，或是利用行政指導的方式作某程度的介入，不要違反這個大原則之下就可以。或是由家長會pta(Parent-Teacher Association)跟學校去談校規應該怎麼訂，這個校規就變成很重要的一環，以後就依照校規，校規規定怎麼樣的條件之下屬於管理權的範圍，超過這個範圍就算是體罰，體罰就不合法，就可以處罰老師。

反之，如果走公法關係的話，就必須由國家來訂這個管理權的範圍，同樣會遇到上述的問題管教權要件的不確定性。若將管教當作行使公權力的行為，用公法的關係去規範，在阻卻違法的地方有依法令行為和業務上正當行為，兩者之間的關係又是如何，老師也是從事業務，定性為公法關係的話也是一個業務行為，但是公法關係的業務行為通常就變成依法令之行為，所以只有私法關係上的業務行為才有可能歸到業務行為。業務是反覆同種類之行為為目的的社會活動，業務行為必須成為一個業種，業務正當不正當必須要從業種的規範來看，那教師的業種到底是什麼，老師職業的種類、他的規範到底是什麼，更或是另一個更加模糊的教師倫理嗎？依法令行為有三個條件，（1）形式上合乎法令如逮捕的令狀原則，（2）手段是否為法令允許的範圍³⁸，（3）實質上合法，利益衡量。而業務正當行為必須在（1）形式上合乎有關業務的法令或規範（業種本身的共同行為規範），如醫療行為，（2）手段與現在技術相當，如醫術上正當性，（3）手段產生的惡害與保全利益的衡量。

業務正當行為常是具有社會意義的業種，在利益衡量之下，依法令之行為中公法益與受損法益間的衡量此時公法益會稍高，私法益雖會被放低，可能有法不入私領域的隱私的考量，在天秤上會有所增減。

如在教育問題上雖有法不入私領域之考量，然而另外有為兒童最佳利益的更高度的要求，此時可以用來阻卻違法的教育行為可能越來越少，除非是十分明顯的為兒童最佳利益的教育行為。而在公權力行為在民主主義時代會被削弱，需盡量朝保護弱勢的人民，而偏向類似緊急避難的嚴格的法益衡量，私權行為在此部份會因為加害人與被害人間尚且有親密的人際關係需要維護，於是法益衡量相對較為鬆軟，較易阻卻違法。如勞働爭議行為，最後手段性嚴格的限縮如不准用暴

³⁸目的是多元的所以此處不使用”目的”字眼

力，故在法益衡量上寬鬆的只要求相當即可。

業務行為常與社會經濟行為有關，業種及有習慣（非一般習慣，至少是業種中普遍要求的規範）或學問上的規矩（醫術上規矩），此部份法律不能干涉，故形式上要求符合業種規範，第二是目的跟手段的相當性，最後以法益衡量，而基於業種不同，如醫療行為有患者同意的問題，律師記者等其他業種則有**為他人利益**的要求。法益衡量必須嚴格法益衡量，業種具有社會性故不考量行為人自身的利益，即使法益衡量要求相當也會實際上也會趨向嚴格。如律師在法庭外爆料真犯人為誰，當事人本人基於武器平等原則可以作，代理人也可以作，此時考量的不是律師本身的利益，而是考量當事人本人可以在法庭外為之，而即便也錯也可以透過判決要求行為人道歉還原事實。

有關職務範圍，教育基本法並非未為明確規定，若就體罰而言，新法就何謂體罰以加以規定，此種逾越職務權限之行為所導致的效果是行政法上教師懲戒或民事上損害賠償的不利益。在違法多元論之下，行政或民事不法不必然導致刑事不法。即便違背行政及民事不法的體罰行為，仍有可能是業務正當行為。蓋依法令的行為跟所謂業務上的正當行為其實這早的切割是依法令的行為是公法關係，業務上的正當行為是私法關係，但是依法令的行為也有私權行為，不能視為是一種業務行為，而是社會一般日常生活的行為會變成私權行為，例如父母親管教孩子的行為。父母親跟老師的地位雖然並不是同等的，但是社會地位近似，那麼老師到底要放在那一邊？放依法令的行為裡面的私法行為，還是放在業務上正當行為，本來是公私的區分，但是私法關係裡面非業務性質、一般社會生活的就會放到依法令行為，父母親因為是社會一般生活關係，所以父母親打死小孩子不會是業務過失致人於死，所以非業務行為的日常生活行為會變成一種私法行為。那教育到底是不是一種日常生活的活動，這可能牽涉到教育的種類，如果是義務教育，可能是依法令的行為，如果是非義務教育，可能是業務上行為。

依法令行為裡的私法行為、權利行為在這裡必須要有日常生活性，那教育到底是不是日常生活？如果義務教育和非義務教育這個地方作區分的話，這樣同一種行為又分成兩邊，義務教育(國中、小學)的老師和公立大學、高中行為規範的要素會不一樣。如果不這樣做，就是要把所有教育行為都認為具有日常生活性，放在依法令的行為下面的權利行為的這個部分，管教權就變成依法令的行為裡面的權利行為。但是教育真的具有日常生活性嗎？本文持否定看法。關於這個部分到底是日常生活還是業務，教師是依法令行為的權利行為，還是所謂的業務行為就無法定義，如技藝班是依法令行為的權利行為或是業務正當行為阻卻違法，歸結到業務行為較為適切，但是如果具有日常生活性屬於依法令的行為，不具日常生活性才會留在業務行為，是以，管教權跟體罰走私法關係的話就走到業務上正當行為，那業務上正當行為就牽扯到所謂的教師倫理，並無法解決問題。

是否可能弄出一個比例原則操作基準？最後，手段目的間的適當、必要，及衡平性，就此部分必須透過上述學校與家長間訂立出一個校規或於私人契約型塑管理權範疇，作為判斷業務正當性的基準。

是以，教師若為涉及身份變更之懲戒行為認為是職務行為，此部份非本文處理範疇，蓋為便利學生救濟提起行政救濟為考量。而其他之懲戒行為類型則劃歸為業務正當行為，蓋依教基法，教師地位非一種職位，而是類似規範專門人員的法規，如律師法中的律師。而管教權的範圍交由家長跟學校契約內容之訂定，以此作為判斷是否違反業務正當行為之內涵。