

關於「學校法」（開除學生）之判決

——聯邦憲法法院判決第五十八輯第二百五十七頁以下

譯者：謝銘洋

1. 立法者於何等範圍內有義務自行規定學生因成績不足而退學之要件。
2. (a)立法者得授權制定命令者，以法規性命令規範學生之升級。
(b)於授權規範中就授權之內容及範圍以「升級」之概念加以描述，即已滿足法治國家明確性之要求。

一九八一年十月二十日第一庭決議

—1 BvR 640/80—

本案係關於 R 先生對：①黑森邦高等行政法院 (Hessischen Verwaltungsgerichtshofs) 一九八〇年五月十三日之裁定——VI TH 515/80——，②法蘭克福行政法院一九八〇年三月十八日之裁定——V/1 - H 532/80——，③法蘭克福市長一九八〇年二月七日就異議所為之決定——2.1 BVW - 18/79/2002——所提之憲法訴訟。

判決主文：

本件憲法訴訟駁回。

理由：

A

本憲法訴訟之客體主要為：法律保留是否，以及在何等範圍

內，適用於學生升級與因成績不足而退學之規定。

I

1. 訴訟提起人生於一九六一年，自一九七一～七二學年開始於法蘭克福上中學，於一九七三～七四學年其因多科成績不及格而重讀六年級。一九七四～七五學年結束時，訴訟提起人又因成績不及格無法升級(八年級)。由於連續兩次無法升級，訴訟提起人乃同時被勒令退學。就此訴訟提起人提出異議，但被駁回。在行政爭訟過程中，訴訟提起人由於成績有所改善(他繼續上學)而於一九七五年～七六學年例外地得予重讀。嗣後訴訟人即得以升級。

一九七八～七九學年其成績再度退步，是以學校乃任其前半學年之成績單上註明其有留級和被退學之虞，此外學校亦通知其父母，該生多次無故曠課。一九七八～七九學年結束時訴訟提起人因化學不及格，德文、英文、拉丁文以及重修之化學成績不足，共計五科未達及格標準，無法升到十一年級，並於九七九年八月一日(因第三次留級)被勒令退學。

2. 訴訟提起人就此提出異議。另外並請求行政法院依據行政法院法第一二三條為暫時命令，准許其暫時在十一年級上課。該請求被駁回確定。法蘭克福市長於一九八〇年二月七日亦以訴訟提起人之異議無理由而以決定駁回之，同時勒令訴訟提起人立即退學。
3. 訴訟提起人乃提起行政訴訟並主張，留級和退學欠缺必要之法律依據。該訴訟案件迄未判決。

同時訴訟提起人並請求行政法院停止執行之效力。一九八〇年三月十八日行政法院附理由裁定駁回訴訟提起人之請求，其認為訴訟提起人被退學非無足夠之法律依據，且訴訟提起人之基本權利並未受到侵犯。其謂：依黑森邦之學校行政法

(hessischen Schulverwaltungsgesetzes) 第四十四條第四項第四款之規定，文化部長(Kultusminister)有權頒佈關於學生退學要件之學校規則。且依該授權，文化部長已於一九七七年三月三十日頒佈一般教育學校至十年級之升級規則(ABl. S. 195)。是以退學及立即執行之命令均屬有效。訴訟提起人因已是第三次無法升級，其已喪失繼續就讀之可能性，而且其已成年並已完成法律所規定之義務教育。是以訴訟提起人請求停止執行之效力，顯無理由。

訴訟提起人不服該裁定所為之抗告亦經黑森邦高等行政法院於一九八〇年五月十三日未具其他理由裁定駁回。

II

訴訟提起人遂就市長所為立即執行之命令、行政法院之裁定及黑森邦高等行政法院之裁定提起行政訴訟。其所指摘者特別為其依基本法第二條第一項、第三條第一項和第三項，第六條第二項，第十二條第一項及第十九條第四項之基本權利受到侵害。

其陳述之理由主要為：

異議決定中所為立即執行之命令，無論形式或實質均屬違法。一九七七年三月三十日之升級規則，特別是其中所規定之留級三次即應退學之規定，欠缺充分之法律依據。黑森邦於一九六九年五月三十日所制定之學校行政法——GVBl. I S. 88——第四十四條第三項(現依一九七八年四月四日所修訂公布之規定為第四十四條第四項第四款——GVBl. I S. 232——)雖授權文化部長得頒佈學校規則，其中亦包含退學之規定；然而此種有關學校制度之授權，觀諸聯邦憲法法院及聯邦行政法院就法律保留所為之判決，並不充分；蓋多次留級後之強制退學，依其特性應屬立法者自為規定之事項。授權之規定，依基本法第八十條第一項第二句及第二十八條第一項，至少應使依其所頒之命令之內容及範

圍得以預見。一九六九年之學校行政法第四十四條第三項及一九七八年之學校行政法第四十四條第四項第四款之規定，與前述要求並不相符。

此外，行政法院就訴訟結果之判斷亦有違誤。德文及英文之評分——訴訟提起人之書面報告平均分數達三·五——乃忽視了一般有效之評分原則，特別是忽視訴訟提起人之口試成績。主科化學及副科化學分為二個獨立之科目來評分，亦屬違法。益有進者，學校並未適時地且充分地將訴訟提起人之成績通知其教養權利人(Erzehungsberechtigten)。就此學校乃違反基本法第二條、第六條第二項及第十二條之規定。此外，成績較訴訟提起人差之學生反而得以升級亦有違平等原則(基本法第三條第一項)。

III

黑森邦之總理認為本憲法訴訟並無理由，因無論係所指摘之裁判本身或係做為裁判基礎之升級規則均無憲法上之問題。其認為一九七七年三月三十日之升級規則係依據一九六九年五月三十日(GVBl. I S. 88)之學校行政法(SchVG)第四十四條第三項而制定，該規定賦予文化部長發布一般學校規則之權限，而該種規則包含關於入學、轉學、退學、開除、升級、考試及其他教學上之決定與措施之規定。固然有關因留級而結束其與學校間之關係之規定會直接影響到學生之社會地位及其基本權利，因而應由立法者自己就其中之重要事項為決定；惟依聯邦憲法法院所發展出之重要性理論(Wesentlichkeitstheorie)，立法者只要為基本之決定即可，細節則得委由法規性命令規範之。升級規則所規範之事項，依其種類及意義皆非議會保留(Parlamentsvorbehalt)之範疇，而得由法規性命令規範之。是以其認為重要者乃立法者應如何明確地對法規性命令之制定者預先設定法律制定之藍圖(Rechtsetzungsprogramm)，以使重要之問題有足夠之法律保留。

此明確性原則乃法律保留之必然結果。本案涉及邦之法規性命令，是以基本法第八十條第一項第二句並無直接或間接適用之餘地。黑森邦之憲法第一〇七條及第一一八條已將對各邦均有拘束力之憲法上之權力分立原則加以具體化，是以基本法第八十條第一項第二句之適用不得違反基本法第二十八條所規定之一致性原則（Homogenitätsprinzip）。

其認為縱使邦之立法者應注意基本法第八十條第一項第二句之要求，學校法第四十四條第三項就有關升級與因留級而退學之事項所規定之授權亦無疑義。依授權而制定之規範，其目的、內容及範圍之探求係經由規範本身之文義解釋，其與其他規定、法律規範所欲追求之目的，以及其與充分之明確性在意義上之關連為之。對於所欲規範之事項，只須在授權之法規中提及之即可；蓋其與其他事項之必要區別由事物之本質即可得知。進一步之授權明確性則可由學校之任務，及其有義務促進並保護個別與全體學生之福利得知。不適當之學生應離開學校，乃屬學校法規中有強制性之部分。有關升級之規定屬於傳統之規範範疇，而於授權之規範本身毋須進一步加以具體化。

其認為倘升學規則所依據之授權不足以應付多變之需求，亦與依該授權而頒之法令無關。由於該種與上位階之憲法原則之不一致係因時間之經過，法治國家對授權明確性之要求逐漸轉變所致，是以其認為應有一段過渡時期，直至立法者有能力依所變更之見解調整為止。倘升學規則因其所依據之授權規範違憲而被廢止。且無任何代替措施，必會造成該邦學校制度上之重大困擾。況且制定新規定，由於法律之新發展產生之許多尚待解決之問題，亦需要一段較長之時間。是以其認為，為使國家之學校事業有運作能力，必須接受該被指摘之升級規則為一過渡時期之法規。

B

本件訴訟提起人得提起憲法訴訟。

固然本件訴訟係針對暫時法律保護程序中依據行政法院法第八十條第五項所為之裁判而提起，訴訟提起人仍得向行政法院提起主訴訟程序(Hauptsacheverfahren)，其救濟途徑尚未窮盡。惟縱使考慮到憲法訴訟之輔助性原則(Grundsatzes der Subsidiarität)，亦應例外地准予提起憲法訴訟，倘該判決不涉及其他事實之調查，且符合聯邦憲法法院法第九十條第二項之規定而毋庸考慮法律途徑須窮盡之要求(聯邦憲法法院判決第五十三卷，三十頁〔要旨第二點及第五十三頁以下〕)。本案即屬此種例外之情形。本案之核心問題在於：法律保留對留級與退學有何種意義及效果，此具有憲法上之重大意義。其他之事實調查並無必要。訴訟提起人已成年且其進一步之教育主要取決於本案判決。對其而言，等待主訴訟程序之判決確定，將造成時間上無可彌補之損失。鑒於該情事，縱使在憲法訴訟之輔助性觀點下，亦不得要求訴訟提起人先進行行政法院之主訴訟程序。

C

本件憲法訴訟並無理由。

I

訴訟提起人主張一九七七年三月三十日之升級規則之適用有誤，且其成績不及格亦非正確，特別是德文及英文之書面證明。其陳述顯無憲法上之依據。學校成績之評鑒本即為教學任務，就此，被指摘之異議決定及行政法院判決顯無憲法上之重大違誤。其並未違反恣意禁止(Willkürverbot)(基本法第三條第一項)之規定。

是以本憲法訴訟顯無理由。

II

訴訟提起人首先主張其留級及因而從中學被開除，欠缺足夠之法律依據，因此侵犯其依基本法第二條第一項、第十二條第一項及法治國家原則所保障之基本權利。該項指摘並無助於本件憲法訴訟。

1. 該中學就訴訟提起人之留級所為之決定及要求其於一九七九年八月一日離開學校，係依據黑森邦文化部長於一九七七年三月三十日 (ABl. S. 195) 所公布之一般教育學校至第十年級之升級規則辦理之。該規則係根據黑森邦於一九六九年五月三十日所公布之公立學校之管理與行政以及學校監督法 (簡稱學校行政法——SchVG——) 第四十四條所規定之授權 (GVBl. I S. 88)。

2. 該法律規定之有關係文為：

(a) 學校行政法：

第四十四條 學校規則

(1) 學校規則規範學校與學生及教養權利人間之關係，於職業學校亦規範學校與教師及僱主間之關係，並使其了解其權利與義務，學校規則之內容與範圍係依學校之任務及其義務而定，其義務在於促進並保障個別及全體學生之福利。

(2) 學校規則中主要包括下列規定：

- ① 學生之入學、轉學、退學及開除；
- ② 參與學校之課程及學校之活動；
- ③ 曠課及休學；
- ④ 升級、考試及其他教學上之決定與措施；
- ⑤ 學生代表；
- ⑥ 校刊及學生刊物在校內之銷售；

- ⑦保健、意外防治及學生救濟；
- ⑧教育及秩序措施。
- (3)一般教育規則由文化部長頒佈之。補充性之教育規則得由各校頒佈之。

學校行政法第四十四條嗣後被重新修訂，目前依一九七八年四月四日公布之新法，其內容為(GVBl. I S. 232)：

- (1)~(3)……
- (4)文化部長有權頒佈學校規則，於學校規則中主要應規定：
 - ①~②……
 - ③升級、鑒定級別、跳級、畢業及其他學校之決定與措施；
 - ④轉學、退學、開除；
 - ⑤~⑧……
- (5)~(7)……

新舊兩法就授權規範，升級與開除均有相同之規定。依其文句所指稱之規範客體限於「退學」、「開除」及「升級」。

(b)升級規則：

(I)一般規定

- ①~②……
- ③升級之原則
 - ③之①……
 - ③之②……
 - ③之③下列情形應准升級：
 - a)學生之所有學科至少均達及格之標準；
 - b)或不及格之成績得以彌補之；
 - c)或當升級會議認為該生在下一年級將會有較好之表現，或者是受到較多之鼓勵；

④或基於其他教育上之正當理由（例如：一直就讀於國外學校之學生）。

依③及④所為之決定應附理由，理由應載明於升級會議之紀錄上。

③之④……

③之⑤……

③之⑥各種學校及各個年級就不及格成績之彌補（③之③

⑥）應依第二章之特別規定為之。

③之⑦～③之⑨……

④～⑧……

(II) 個別規定

①～②……

③就職業學校（職業學校分部）及中學（中學分部）之個別規定。

升級會議於彌補不及格之成績時應注意下列準則：

③之①一學科之分數低於「及格」（“ausreichend”）者，須有其他學科之分數為「滿意」（“befriedigend”）或更佳者，始能彌補之。

③之②德文、第一外國語、第二外國語（僅於中學或中學分部）及數學中有兩科不及格者，原則上不得升級。

③之③對欲取得與古典語文學制相當之中學畢業證書者，於第九及第十年級時，前項③之②之第二外國語係指希臘文。

③之④於③之②及③之③所列之學科中有一科低於「及格」者，倘被認定於其他③之②及③之③所列之學科中之一科或數科有特殊能力及強烈之工作意願，亦得升級。成績為「滿意」者，有時亦得做為有特殊能力及強烈之工作意願之表現。

③之⑤於同一年級兩次無法升級之學生，或於相同學制或相同分部相接續之兩個年級，或於其迄今之求學期間中第三次無法升級之學生，均不屬(I)③之⑨所稱之重讀某一年級之學生，且亦均不得進入相同學制下之其他學校(學校分部)。

適用本規定時，為履行上全天課之義務，所涉之學生應另就讀於與原先所讀之學制不同之學校(學校分部)。

③之⑥所有依③之⑤必須離開學校(學校分部)之學生，其教養權利人，學生已成年者則為其自己，應即時與校長或老師討論學生受其他學校教育或職業教育之可能性。

有關③之⑤規定之例外，在非因天資不足或學生欠缺學習意願而再度留級之情形，由主管之學校監督機構決定之。

④……

III

1. 迄今憲法法院有四個判決特別與學校關係中之法律保留有關(BVerfGE 34, 165 [192 f] ——hess. Förderstufe; 41, 251 [259 f.] - Speyer-Kolleg; 45, 400 [417 f.] - hess. Oberstufenreform; 47, 46 [78 f.] - Sexualkunde)。這些判決揭示一個原則，即：依基本法之法治國家原則及民主原則，立法者有義務自己決定學校制度中之重要事項，而不得委由學校行政單位為之(議會保留——就其基本之說明，參考BVerfGE 40, 237 [249])。該見解嗣後被貫徹於學校法之原則中。當然，何者為重要而屬議會保留之範圍仍有爭論(參考BVerfGE 51, 268 [290])，就此聯邦憲法法院於「性教育學科」(Sexualkunde)之判決(BVerfGE 47, 46 [79 f.])中闡述如下：

「一項措施是否重要而應為議會本身所保留，或僅得依內容明確之議會授權為之，首先取決於基本法之規定。就此，基本權利之保障係考慮之重點。大多數基本權利之條文規定，侵犯人民之權利只能經由法律或依據法律為之。此外，如果不考慮侵犯(Eingriffen)與給付(Leistungen)之區別，經由議會之介入而為之保障亦與傳統之保留學說相符。是以在基本權利之領域所謂之『重要』通常係指『就基本權利之實現上重要者』(參考 BVerfGE 34, 165 [192]——hess. Förderstufe; 40, 237 [248 f.]——刑事執行之法律保護程序; 41, 251 [260 f.] - Speyer-Kolleg)。

基本權利之重要性(Grundrechtsrelevanz)於學校關係中亦相當重要。國家之教育任務(基本法第七條第一項)與親權(基本法第六條第二項)以及小孩之人格權(基本法第二條第一項)間之界限並不清楚，且難以確定。其界限之確定對於基本權利之行使有重大之意義。是以其為立法者之任務。」

該判決為聯邦行政法院及其他行政法院所採。聯邦行政法院明白表示贊同聯邦憲法法院之判決，認為依基本法中之法治國家原則及民主原則，立法者有義務自己為教育制度上之重要決定，而不得委由學校行政單位為之(參考 BVerwGE 47, 201 [203]——一週五天(Fünftagewoche); 56, 155 [157]——留級; 57, 360 [363]——性教育學科)。相同之見解亦見於巴伐利亞邦之憲法法院(Bayerischen Verfassungsgerichtshofs)最近於一九八〇年三月二十七日(BayVerfGH 33, 33)及一九八一年五月二十七日(BayVBl. 1981, S. 495)所為之兩個判

決。該二判決涉及巴伐利亞邦一般學校規則中所規定之學生違反義務之效果之有效性(詳參巴登——烏爾騰堡邦(Baden-Württemberg)高等行政法院一九七五年十月十六日及一九七六年四月七日之判決-SPE-II C II S. 11及S. 15, 以及在BVerfGE 41, 251 [259]之判決)。

2. 在多方致力於將法律保留在學校法中具體化過程, 有兩個明顯之方向, 其同時亦顯露出昔日關於法律保留之爭執: 其一為就學校制度進行法治國家所要求之「法律化」(Vergesetzlichung), 並祛除至今法治國家就學校關係規範上之缺失(就此參考Niehues著之學校法及考試法, NJW-Schriftenreihe, Heft 27, 1976, S. 37; 同作者DVBl. 1980, S. 465; Oppermann, Verhandlungen des 51. DJT, Bd. I, 1976, Gutachten C, S. 48 ff.; Ossenhühl DÖV 1977, S. 801及DÖV 1980, S. 545 [549 ff.])。反之, 另一派則認為應維護憲法上所保障之行政權自主性, 且為求文化行政上所必要之彈性而反對過度擴張「法律化」(就此參考Falckenberg, BayVBl. 1978, S. 166; Nevermann, VerwArch 71 [1980], S. 241 [254 ff.]; Pieske, DVBl. 1979, S. 329; Kopp, DÖV 1979, S. 890)。上述二種見解——其出發點雖不同——均致力於在學校制度上尋求行政與立法在規範權限上之實際區分標準。

將法律保留貫徹於學校制度之努力, 因德國法學會議(des Deutschen Juristentages)學校法委員會之報告及該委員會所提出而於一九八一年公布之邦學校法草案, 而暫時告一段落, 其同時亦為未來之發展提出解決之方針(Schule im Rechtsstaat, 德國法學會議出版, Bd. I, 1981)。該委員會於制定邦學校法之草案時, 曾參考許多判決及文獻。其並以聯邦憲法法院之判決為基礎而獲得下述之結論。即: 何者應由法律規範之, 何者得依法律之授權由法規性命令規範之, 在學校法之

各別規範領域應考慮其個別之特殊性，並無一定之答案（參考委員會報告 S.47f.）。該見解將會導致各個領域有不同範圍及不同程度之規定。

3. 倘鑒於教師之教育自由、學校應有之彈性以及議會所面臨之過度負荷，而強調就學校制度過度法治化或法律化之危險，會使大多數人於評論時忽略事實上之關係及法律上之現狀。實則依基本法第二十條第一項及第三條之要求，於學校法中就國家之侵犯與給付以法律明定，並不會對學生、教師及父母之自由權造成不當之限制。反而係學校為求圓滿，而藉文化行政所為之高度官僚化及管束，經常會對關係人之權利造成鉅大而無法收拾之傷害，其自基本權利之觀點而言頗有疑義（參考 H. H. Rupp, VVDStRL 23 [1966], S. 275）。

實則此所涉者，並不完全為是否可予規範化之問題，而是其究屬立法者或行政機關，議會或文化部長之權限之問題。此問題之答案早已存在於憲法上之基本決定中，而不能以學校之教育自由受威脅云云，即賦予行政在法律上有自主之自由空間。論及有關教育自由之規定時，其對基本權利之保障功能與自由空間之排他功能經常被誤認。憲法要求議會為重要之決定，並非限制教師之教育自由空間，反而係保障之。經由具體之法律規定，許多行政上之規定、詳盡之規範及個別之干預可能即成多餘。事實上，基本法於一九四九年即已要求朝法治國家發展，此種發展在過去及今後之學校教育中，均有待加強。因此，於學校法中實現法律保留只會使立法者於設計學校關係時善盡其憲法上之義務。

IV

1. 學生因成績不足而退學或不能升級，皆屬其基本權利之範圍。有疑義者乃：其究屬基本法第十二條第一項或基本法第

二條第一項所保障之範圍。通說認為該兩種措施均侵犯到學生依基本法第十二條第一項所保障之職業選擇自由及教育場所選擇自由。在此，將所有之教育制度歸入基本法第十二條第一項之保障範圍，主要係根據憲法規範中對自由選擇教育場所之保障(參考 Heckel/Seipp, Schulrechtskunde, 5. Aufl., 1976, S. 44 [Tz. 4.21] 及 S. 301 [Tz. 27.2]; 同時參考 BVerfGE 41, 251 [260 f.]; OVG Münster, NJW 1976, S. 725)。惟基本法第十二條第一項之適用範圍是否及於全部一般教育學校，不無疑問。特別是那些不提供職業特別教育之學校，是否亦應被視為基本法第十二條第一項意義下之教育場所(在 BVerfGE 34, 165 [195] - hess. Förderstufe 之判決中就此問題並未解決; 另外參考 BVerwGE 16, 241)。再者，有問題者為：在小學或在較高等之學校被留級一次，是否必然會增加學生求職上之困難，且因此而減少其自由選擇職業之機會。然而無論如何，留級牽涉到學生依基本法第十二條第一項所保障之基本權利，該項基本權利賦予學生得儘可能不受妨礙地發展其人格及其天賦與才能之權利(參考 BVerfGE 45, 400 [417] 及 BVerwGE 47, 201 [206])。

聯邦憲法法院之判決就該爭議問題至今尚未有定論。在 BVerfGE 41, 251 (260 f.) - Speyer-Kolleg——之判決中明示，基本法第十二條第一項只適用於第二個教育階段(des Zweiten Bildungswegs)之學校機構。其理由在於：這些學校機構為許多職業提供法律所規定之(且按職業別所為之特殊之)預備教育(同上判決; [262])。同樣地聯邦行政法院在 BVerwGE 56, 155 (158) 判決中對留級之問題亦未解決。

(a)吾人於衡量所有之見解後，必然會將一般教育中較高等之學校(中學)中之退學與單純無法升入高一年級加以區分：強制學生退學，特別是當其使學生不能就讀其他所有各種學

校，會影響到當事人進一步之教育與生活途徑，以及其社會地位。通常會因而阻礙其從事特定之職業，並減少其自由選擇職業之機會。另一重要之理由為：中學屬基本法第十二條第一項意義下之教育場所（見 OVG Münster, NJW 1976, S. 725 [726] 附有許多其他參考文獻）。該有力之見解對高年級改制（Oberstufenreform）後之中學，其係針對未來之職業目標提早實施專業化之教育者，亦應有適用。是以退學乃屬學生依基本法第十二條第一項，得自由選擇職業及教育場所之基本權利範圍。反之，在此意義下基本法第二條第一項則退居為補充性之規定（參考 BVerfGE 13, 290 [296]; st. Rspr.）。

(b) 學生單純無法升入高一年級，在憲法上應有不同之評價。其並不影響自由選擇教育場所之權利。聯邦行政法院於 BVerwGE 56, 155 (158) 判決中所稱，無法升級會影響生計上及職業上之機會，並不能完全令人接受。留級，通常係教育上之措施，且充分地考慮到——因某些原因而經常——負荷過重之學生之利益，同時也對其未來之發展及教育有絕對正面之影響。然而無論如何，留級總是會影響其人格之發展，因而影響其依基本法第二條第一項之基本權利。

(c) 因此，該兩種學校措施均因影響到所涉學生基本權利之行使，而與基本權利有重大關係。在此毋庸詳述其可能涉及親權之問題（基本法第六條第二項）；蓋本案訴訟提起人業已成年。因本案涉及有關基本權利行使之界限問題，其規範應——如聯邦行政法院所明揭（BVerwGE 56, 155 [159]）——以「法條」為之。惟該規則究應以形式之法律為之，或得依符合憲法要求之法律授權而以法規命令為之，端視前述議會保留之範圍而定。

2. 議會之規範保留範圍，係依規範相對人之基本權利受影響之深度而定。該深度可能因學校法之規範領域不同及案型之不

同而有異，因此需藉助判決所發展出之有關重要性之特徵而為特別之判斷，檢視何者為議會所保留及何者得經由法律之授權委由法規性命令者為之。

V

1. 強制退學，特別是如本案之情形，使學生不能進入其他學校就讀，對所涉學生未來之職業上及生活上之出路而言，乃一強烈之措施。強制退學通常必然會阻斷或至少嚴重妨礙其所欲從事之職業，且因而減少其自由選擇職業之機會。因此憲法上之法律保留（議會保留）原則要求立法者就強制退學之重要規定自為規範，其中包括：強制退學與開除之要件，為該等措施之主管機關以及其所應依循程序之原則。這些要求在德國法學會議學校法委員會之建議中亦被考慮及之（參考邦學校法律之草案第四十五條，前揭書，S. 86 f. 及 S. 247 f.）。反之，授權規範中只提到所欲規範之對象（在此：退學/結束學校關係），而將其他所有細節委由法規性命令為之，並不符合上述之要求（參考 Lerche 所著之巴伐利亞學校法及法律保留，受巴伐利亞之教學與文化部之委託所著之法律意見書，München, 1981, S. 94 ff.）。
2. (a) 不能升入高一年級（而無退學之直接效果）屬影響甚小之措施。雖然通常當事人之教育時間會延長一年；然該學生仍留在學校且進而能就讀所選擇之教育類別。如上所述，留級為教育之措施，且對未來生活上及教育上之出路於某些情形下有正面影響。此外，要求立法者必須就升級/留級之前提及實際運用上所必要之明確性自為規範，亦屬過苛。且憲法上鑒於規範對象之多樣性及複雜性，並考慮教育措施應有之彈性，並未為如此之要求。

就現行學校法之規定觀之，此見解與迄今之立法實務

亦相符合。一般而言，法律僅止於提及其所欲規範之對象(在此：升級/留級)，或為進一步確定其內容而就一般成績標準、學校之教育任務或學生之學習進度為規定。除柏林之規定以外(一九八〇年八月二十日公布之柏林學校法第二十七條——GVBl. S. 2104)，目前授權頒佈升級規則之法規範多少均會詳細規定：學生唯有當其達成該年級之學習目標(Klassenziel)，才得以升級。至於在個案中所應具備之前提要件，則留待被授權之文化部長規定之。唯有從根據命令所頒佈之評分規定(升級與考試規則)，始能得知學生何時得或不得升級。

德國法學會議之學校法委員會在其學校法草案中，就其規範對象之法規化有相當詳盡之規定(第五十四條以下；前揭書，九十頁以下)，此點與前所述並無矛盾。將這些規定納入學校法中，或許是適當的且合乎目的性的。惟問題在於：此是否為憲法所要求者。自憲法中並無法推論出如此廣泛之義務。

- (b)倘教育過程中之升級要件委由命令規定之，且嗣後於憲法上並無爭議，則出現另一問題：法治國家對法律授權之內容及範圍有何要求。

基本法第八十條第一項第二句要求授權之內容，目的及範圍應於法律中規定之。議會不得將其做為立法團體之責任以下述之方式讓與他人，即：未考慮立法權與行政權之界限，即將其立法權之一部分讓與行政權，而該兩種權限依其目的及計劃原應詳為界定，以使人民自授權中即可得知且得預見何者為法所許(BVerfGE 1, 14 [60]; 7, 282 [301]; 23, 62 [72 f.]; 41, 251 [265 f.])。雖基本法第八十條第一項不能直接適用於邦立法上，惟該項自法治國家及民主之憲法體系中所導出之原則，對邦立法亦有拘束力(BVerfGE 7, 244 [253];

41, 251 [266])。依聯邦憲法法院之判決，該原則雖不要求於授權時以極度精確之文句表達之；惟該授權依憲法之規定應足夠明確。是以一授權規範倘能依一般有效之解釋方法，經由解釋而得知其具有基本法第八十條第一項所要求之明確性，則衡諸就該規定所發展出之法律原則，其亦符合憲法上之要求。為了解釋授權之內容、目的及範圍——正如同解釋法律之規定——得考慮該規範與其他規定在意義上之關聯，以及該法律規範整體所欲追求之目的（參閱 BVerfGE 7, 267 [272 f.]; 7, 282 [291]; 8, 274 [307]）。該規範之立法沿革亦得列入考慮（參考 BVerfGE 1, 117 [127, 134 f.]）。

至於詳而言之，應具備何種明確性之要求，則端視各個規範客體之特性及措施之強度而定（參閱 BVerfGE 41, 251 [265 f.]; 48, 210 [221 f.]）。特別是對複雜之事實關係（BVerfGE 11, 234 [237]; 21, 1 [4]; 28, 175 [183]），或可預期該事實關係立即會發生變動（BVerfGE 8, 274 [326]），其要求之程度就較低，是以在界定立法與行政之權限時就有足夠之空間去尋出一適當且合乎現狀之答案。進而應考慮者乃：要求充分之明確性，可對由民主及法治國家原則中所導出之法律保留原則進行必要之補充及具體化。是以法律保留原則應依憲法上之民主與法治原則及其解釋，經由判決闡明之。授權規範之明確性應與被授權之規範與基本權利之關涉性相符。倘被授權之規範嚴重涉及當事人之法律地位，則較之基本權利之行使較無關之規範，應對授權之明確性有較高程度之要求。

升級制度基於多年之實際運作，已成定制，其係以成績為基礎，且視學生是否已達各個教育目標而定。在法律之授權中，經由其對成績與升級間之關係所為之一般性敘述，並無法得知其進一步之具體內容；除非立法者自己就前提要

件，亦即升級所必要之成績加以規定。然而鑒於升級與基本權利之關連性較低，以及對所欲規範對象無法綜觀，是以法治國家並不要求立法者就升級所必要之成績自為規定，且如此之規範基於教育上之原因亦以有相當之彈性為宜（參閱 Lerche，前揭書，第一〇〇頁以下）。是以倘立法者規定設置升級，並授權命令制定者依該一般性概念「升級」頒佈詳細之要件，即已該當法治國家就明確性所為之要求。

VI

1. 依此標準審度被指摘之黑森邦學校行政法之規定，可得出如下之結論：有關因成績不足而退學之規定並未充分考慮法治國家所要求之法律保留。

一九六九年五月三十日之黑森邦學校行政法第四十四條第三項及第二項第一款，以及其於一九七八年四月四日之修訂法第四十四條第四項第四款只規定下列文字「退學、開除」，而未進一步規定該規範對象之內容，此點鑒於前述之強制退學與基本權利之重大關涉性，顯有不足。就因成績不足而強制退學之規定言，其概括地授權予行政機關，並無充足之法律基礎。是以將訴訟提起人開除，欠缺基本法第十二條第一項及憲法上之法律保留原則所要求之法律基礎。

2. 反之，一九六九年五月三十日之黑森邦學校行政法第四十四條第三項及第二項第四款，以及其於一九七八年四月四日之修訂法第四十四條第四項第三款所規定之授權頒佈升級之規範，於憲法上並無可議之處，蓋升級制度係基於多年運用而成之定制，且視各個教育目標是否已達而定，毋庸特別強調升級之成績限制。依學校行政法第四十四條第三項（第四十四條第四項）之授權所頒之學校規則乃法規性命令，就此，訴訟提起人亦未置疑。

VII

訴訟提起人之退學所適用之規定雖有形式上之瑕疵，然仍應容忍其有一過渡時期，以使立法者有機會制定合於法律形式之規範。

被指摘之規定並非因其內容違反基本法之規定而違憲，而係因其依目前對憲法之理解欠缺必要之法律形式。

1. 聯邦憲法法院在有關憲法解釋變更之類似案件中，曾多次例外地承認過渡時期之必要性，以避免國家機關喪失其功能，而發生比現狀更不符合憲法秩序之情形（參閱 BVerfGE 33, 1 [12 f.]; 33, 303 [347]; 51, 268 [288 ff.]）。

聯邦行政法院於其一九七八年七月十四日之判決（BVerwGE 56, 155 [161 f.]）中，亦承續其向來之判決（BVerwGE 41, 261 [266]; 42, 296 [301 f.]; 48, 305 [312 f.]），就該判決中所被指摘之升級規則，承認其過渡時期之必要性。同樣地，巴伐利亞邦憲法法院於上述一九八一年五月二十七日關於法律保留之判決（BayVBl. 1981, S. 495）中亦宣示：該邦之一般學校規則中，因法律形式欠缺而被指摘之規定，至一九八二年十二月三十一日（巴伐利亞邦本次立法會期之終了）為止仍有適用，以避免無規範之狀態。

依聯邦憲法法院在 Speyer-Kolleg 之判決（BVerfGE 41, 251 [266 f.]）所揭示之原則，於過渡時期內仍繼續有效之規範，並非即可當成毫無憲法上疑慮之規範般地加以適用。於立法者建立合憲性狀態之前，官署及法院干預憲法所保障之地位之權限應減低至「於具體案件中，為有秩序地維持正常功能之運作，所不可或缺者」。在此所特別應檢查者乃：是否無更溫和之措施來保障該功能。

2. 倘以該原則為出發點，則對本案應有不同之判斷。在

前述案件中係開除一位已完成第二階段教育(Zweiten Bildungswegs)且即將參加畢業考試之學生。行政法院已回復部分之延緩效力(aufschiebende Wirkung)，該效力通常與異議(Widerspruch)相結合，是以該訴訟提起人已合法地參加畢業考試。其嗣後不作為之訴，係特別針對考試及格與否之認定。第一審言詞審理時，距開除已有一年，因而已對該訴訟提起人產生深刻之影響，此為附期限之秩序性措施所具有之效果。此等情事均支持該案所為之判決，即：拒絕認定訴訟提起人考試及格，並非維持一個功能正常之授課所不可或缺者。

反之，本案重要之處在於：黑森邦之升級規則中關於學生因再度留級而退學之規定對全黑森邦均有適用。是以其無效對維持國家機構正常功能之運作有何影響，不能僅依本案之特殊情事即為判斷(參考 BVerfGE 48, 29 [38 f.])。該規定排除經常任意重讀某一年級之可能性。且為中學欲維持其學校功能之運作，所不可或缺者。學校為履行其憲法上之義務且為保障其他學生之權利，於立法者尚未為新規範之前應有方法使不適合學習之學生退學。

該措施依本案之情事觀之，並無不當。依被指摘之判決中所確認之事實，訴訟提起人自其於一九七一年就讀中學以來已有三次無法升級。一九七四～七五學年結束時，由於其於兩個年級連續無法升級，是以乃依黑森邦之升級規則被退學，嗣後例外地獲准重讀一次。鑒於其嗣後之成績仍不及格，顯見其無法適應學校之教育。該措施對其亦屬可期待；蓋訴訟提起人亦指出，其不能達到中學之要求。依該確定之情事，並無考慮其他較溫和措施，例如複查，之餘地。

3. 訴訟提起人被退學時，黑森邦升級規則中有疑義之規定仍繼續有效；蓋使立法者有機會制定符合法律保留要求之規範之

過渡時期尚未屆滿。雖因憲法解釋之變更，已如前述，而使學校關係應符合法治國家建構之討論早已開始，然而該討論目前仍未結束。同樣之情形亦存在於本案之重要類型，即：留級及因成績不足而退學。對其規範上之要求，判決與文獻中之意見仍有分歧。

衡量所有之觀點，包括考慮個案之情事，特別是訴訟提起人之權利，該被指摘之黑森邦升級規則中之規定仍應過渡性地繼續適用。惟黑森邦之立法者有義務，立即就因成績不足而退學，創設充分符合法律保留要求之法律基礎。