

《憲法與行政法》

一、依現行高級中等教育法及相關辦法之規定，教育部公告科目之高中教科用書應先經審定後，各高中始得選用。假設有 A 出版社依教育部公告之課程綱要，編輯有高中歷史教科用書一套。A 出版社自認其教科用書不僅符合規定，而且內容精彩，無須審定，於是直接提供給多所高中選用。然各該高中都以其教科用書未經審定為由，拒絕納入選用名單。A 出版社認為教科用書審定制度違憲，無意進行相關爭訟；又鑑於各校選用教科用書期限迫近，A 出版社未經任何訴訟，即逕行向司法院大法官聲請解釋，主張高中教科用書審定制度違憲，同時聲請司法院大法官作成下列暫時處分：(1)高級中等教育法第 48 條第 2 項及高級中等學校教科用書審定辦法第 16 條規定中，有關高中教科用書應先經審定後始得選用之規定，應暫時停止適用；(2)教育部應通令各高中不得以教科用書未經審定為由，拒絕納入選用名單；(3)各高中不得以 A 出版社之系爭歷史教科用書未經審定為由，拒絕納入選用名單。請問：

- (一)在程序上，A 出版社如要說服司法院大法官受理其釋憲及暫時處分之聲請，可主張那些理由？(20 分)
- (二)不論在程序上是否受理本件釋憲案之聲請，在制度上，司法院大法官得否作成 A 出版社所聲請的 3 項暫時處分？(20 分)
- (三)就高中教科用書應先經事前審定後始得選用的實體爭點，請從 A 出版社的觀點，說明 A 出版社得主張的違憲理由。(30 分)
- (四)如司法院大法官請教育部就本案表示意見，請從教育部的立場，說明「高中教科用書審定制度」合憲的主要理由。(30 分)

參考法條

高級中等教育法

第 1 條：「高級中等教育，應接續九年國民教育，以陶冶青年身心，發展學生潛能，奠定學術研究或專業技術知能之基礎，培養五育均衡發展之優質公民為宗旨。」

第 2 條第 1 項：「九年國民教育及高級中等教育，合為十二年國民基本教育。」

第 43 條：「中央主管機關應訂定高級中等學校課程綱要及其實施之有關規定，作為學校規劃及實施課程之依據；……」

第 48 條第 1 項：「高級中等學校教科用書，以由民間編輯為原則，必要時，得由中央主管機關編定之。」

第 2 項：「高級中等學校教科用書，由國家教育研究院審定；申請教科用書審定者之資格、申請程序、審查範圍、審查程序、費額、審定執照之發給與廢止、印製規格、成書修訂、稀有類科教材之編訂與獎助及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之。」

第 49 條：「高級中等學校教科用書應由各學校公開選用；其選用規定，由學校訂定，經校務會議通過後實施；其相關採購方式，由各該主管機關定之。」

高級中等學校教科用書審定辦法

第 1 條：「本辦法依高級中等教育法第四十八條第二項規定訂定之。」

第 2 條第 1 項：「本辦法所稱教科用書，指依高級中等學校課程綱要（以下簡稱課程綱要）規定編輯之學生課本。」

第 2 項：「依本辦法規定審定之教科用書，其審定科目由教育部（以下簡稱本部）公告之。」

第 3 條第 1 項：「本辦法所稱審定機關，指國家教育研究院。」

第 4 條第 1 項：「申請人就同一科目教科用書，得依冊序分別或同時申請審定。」**第 3 項：**「教科用書依第一項規定申請審定，或配合課程綱要修正應重新審定者，依本部公告之審定期間及實施方式辦理。」

第 13 條第 2 項：「教科用書經審定者，由審定機關發給審定執照；……」

第 16 條：「申請人不得以未經審定之書稿，提供學校作為選用教科用書之用。」

命題意旨	測驗考生對人民聲請釋憲例外要件之理解；司法院大法官作成暫時處分之要件；言論自由與受教權的運用。
答題關鍵	1. 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之適用及例外。 2. 司法院釋字第 585、599 號解釋理由書。 3. 司法院釋字第 744 號解釋理由書。 4. 比較法之研究（可參王鼎儀，從日本家永訴訟拆解課綱微調案法律爭議）
考點命中	1. 《高點憲法講義》第一回，宣政大編撰，頁 34~35。 2. 《高點憲法講義》第三回，宣政大編撰，頁 157~159。 3. 《高點憲法講義》第二回，宣政大編撰，頁 50 以下。

【擬答】

(一) 程序上，A 得主張無期待可能性之理由說服司法院大法官受理其釋憲及暫時處分之聲請：

- 按，「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。準此，人民聲請大法官解釋，除應以抽象法規範作為聲請客體外，尚需窮盡救濟途徑未能獲得救濟，方得為之。
- 但按，「聲請案件如在憲法上具有原則之重要性；且事實已臻明確而無爭議餘地者，得經個案決議受理之。」司法院大法官於 1999 年 8 月 10 日之第 1125 次會議決議有所明文，亦即聲請人雖未用盡審級救濟，若符合一定要件，司法院大法官亦可例外加以受理。此外，依照德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 2 句，若人民基本權利受侵害之憲法訴訟案件具有一般性之重要意義，或令當事人先遵循一般法院審級救濟途徑，則其將遭受重大且無法避免之損害，且其他救濟途徑已無期待可能性者，則不受到窮盡（法院審級）救濟途徑要件之限制。該德國法之例外要件，亦可參照。
- 承上，依照本件事實，A 基於各校選用教科用書期限迫近，故未經任何訴訟即向大法官聲請解釋，雖然不符合前述「窮盡救濟途徑」之要件，但依照司法院大法官第 1125 次會議決議及德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 2 句，應可主張本件屬於窮盡救濟途徑之例外：
 - (1) 本件釋憲聲請之事實已臻明確，且教科書審定制度涉及人民受教權與言論自由，在比較法上，日本之家永教科書訴訟亦有類似前例作為參考（詳後述），應可認為本件屬於具有原則重要性之聲請案，故大法官得根據前述第 1125 次會議決議及德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 2 句之「重要性」要件，經由個案決議加以受理。
 - (2) 此外，由於各校選用教科用書期限迫近，若令 A 尚應先提起訴訟，經層層敗訴後方得聲請釋憲，則到時各校之教科書業已選定，甚至學生已學習且畢業，故 A 在本件將會因此生有無法避免之損害，且無期待可能性可言，是以德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 2 句，本件應得例外加以受理。

(二) 司法院大法官德否作成暫時處分，分析如下：

- 按，「如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利或憲法基本原則造成不可回復或難以回復之重大損害，倘依聲請人之聲請於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態，對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免其損害時，即得權衡作成暫時處分之利弊，若作成暫時處分顯然利大於弊時，自可准予暫時處分之宣告。」司法院釋字第 585、599 號解釋理由書皆闡釋在案。
- 承上，得聲請暫時處分之標的有三：憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用、原因案件裁判之執行。
- 聲請暫時處分之作要件則有：
 - (1) 可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害。
 - (2) 對損害之防止事實上具急迫必要性。
 - (3) 別無其他手段可資防免。
 - (4) 權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，利益顯然大於不利益。
 - (5) 聲請人聲請。
- 準此，A 所聲請之三項暫時處分，司法院大法官是否應准許，分析如下：
 - (1) 高級中等教育法第 48 條第 2 項及高級中等學校教科用書第 16 條部分：此一主張屬於前述爭議法令適用之情形，故為得聲請暫時處分之標的。而本件依照前述，將對人民之受教權、言論自由造成重大損害，且具有急迫性及最後手段之必要。而本件若作成暫時處分而嗣後為合憲宣告，則至多為將令 A 嗣後有義務參加教科書之選定，反之，倘本件未作成暫時處分而嗣後為違憲宣告，則 A 之出版權利業已受到

重大影響，釋以在權衡下作成暫時處分之利大於弊，故就此而言，司法院大法官應可對高級中等教育法第 48 條第 2 項及高級中等學校教科用書第 16 條（以下並稱系爭條文）作成暫時處分。

(2)教育部應通令各高中不得以教科書未經審定為由，拒絕納入選用名單部分：此一主張並非前述憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用、原因案件裁判之執行等得聲請暫時處分之標的，故大法官不得就此作成暫時處分。

(3)各高中不得以 A 之系爭歷史教科書未經審定為由，拒絕納入選用名單部分：此一主張並非前述憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用、原因案件裁判之執行等得聲請暫時處分之標的，故大法官不得就此作成暫時處分。

(三)自 A 之觀點，系爭條文之違憲理由如下：

1.系爭條文構成對言論自由之事前限制：

(1)按，「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，憲法第 11 條有所明文。次按，「憲法第 11 條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。」司法院釋字第 623 號解釋理由書有所闡釋。

(2)查，依照系爭條文，高中教科書需經國家教育研究院審定後，方得由各高中選用。是以，系爭條文業已限制各高中，乃至於各高中學生無法任意取得資訊，出版社亦無法自由提供資訊，進而使意見流通，當構成言論自由之限制。此外，系爭條文所造成之限制係使人民在國家許可後方得提供或取得資訊，故又屬於對言論自由之事前限制。

2.依照我國大法官解釋之往例，本件應從嚴審查，而作成違憲宣告：

(1)按，「化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。」司法院釋字第 744 號解釋理由書有所闡釋。準此，對於事前限制言論自由之法令，在立法資料中能得出其所保護之公共利益係為防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害，且手段與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，方能獲得合憲宣告。

(2)承上判準，本文分析系爭條文之合憲性如下：

A.系爭條文之立法資料付之闕如，自無法認為本件有何特別重要之公益存在，故系爭條文應屬違憲。

B.退步言之，縱然系爭條文有所謂公共利益保護之目的存在，亦不可能與前述解釋文所稱之「防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害」有所關連，蓋教科書內容即便真有不當，也不可能直接、立即及難以回復危害，是以本件確實無任何需保護之特別重要之公益，而屬違憲。

C.再退步言之，縱使系爭條文之目的合憲，亦即本件存在特別重要之公益，其手段亦非與目的間具備直接及絕對必要關聯。蓋對於教科書之選用，可分為統編制（即早期國立編譯館統一編撰）、審定制（即系爭條文）與自由選用制（即完全由各校自行決定）。就侵害性來說，自由選用制由於沒有國家介入，其侵害程度當然小於審定制（即系爭條文），故可推知系爭條文所採用之手段與目的實不具直接及絕對必要關聯。更遑論，系爭條文並未賦予人民立即司法救濟之機會，足認為系爭條文實不具備合憲性。

(3)綜上所述，系爭條文不符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨，應屬違憲。

(四)教育部主張系爭條文合憲之主要理由如下：

1.系爭條文係侵害人民之受教權而非言論自由：

(1)按，「人民有受國民教育之權利與義務」，憲法第 21 條有所明文。此一規定通說咸認為是為了自我實現，而與人格發展自由相關。至國民教育之範圍，則屬立法形成空間。是以依照高級中等教育法第 2 條 1 項所稱之 12 年國民基本教育，皆屬憲法第 21 條之保障範圍。

(2)查，系爭條文除限制憲法第 11 條之言論自由外，尚限制憲法第 21 條之受教權，而形成基本權限制競合。然言論自由與受教權既皆與人的自我實現有關，且系爭條文係以實現教育目的為主要目標，故應認為於本案例中，受教權與言論自由屬於特別規定與普通規定之關係，在競合下應單論及受教權即可，而無需再論以言論自由。準此，系爭規定所影響者，應為受教權，其違憲審查之體系也應從受教權出發。

2.承上，自比較法及學理觀之，系爭條文應屬合憲：

(1)在比較法上，日本及德國皆採行與我國相同之教科書審定制，未見法院對其作成違憲宣告。且就日本法而言，在著名的家永訴訟其中的第二次訴訟（俗稱之杉本判決），東京地方法院判定教科書審定之制度

合憲理由為：教科書審定係政府基於福利國，為對應兒童及學生身心發展階段所提供必要教育，促進教育機會平等，發提升教育水準之責任展現。是以，在此前提下，即使教科書寫作及出版的自由受到限制，亦屬出於公共利益之合理限制難謂違憲。準此，我國基於同一理由，亦可認為系爭條文應屬合憲。

- (2)再者，就學理角度觀之，受教權應屬憲法之制度性保障，是以立法者就如何型塑教育制度有其高度自主權，在能落實學生為教育主體且教師講學自由能受保障之前提下，皆應合憲。是以，系爭條文所適用的「教科書審定制」，應屬合憲。

二、A 市政府為舉辦世界運動會，依政府採購法規定，將運動場地周邊公有停車場委外經營。甲公司於民國（下同）105 年 5 月 1 日標得「X 體育館停車場委託經營案」（下稱系爭委託經營案），與 A 市政府簽訂委託經營契約（期間自 105 年 7 月 1 日至 105 年 9 月 30 日），並向 A 市政府提出核發停車場登記證之申請。嗣 A 市政府發現甲公司於投標時提供不實之消防設備師資格文件，爰於 105 年 6 月 1 日依政府採購法第 50 條第 2 項規定，撤銷系爭委託經營案之決標，並拒絕依停車場法相關規定，發給甲公司系爭停車場登記證。請問：

- (一)甲公司不服 A 市政府撤銷系爭委託經營案之決標及拒絕發給其停車場登記證，應提起何種類型之行政爭訟，以資救濟？（30 分）
 (二)運動會舉辦在即，甲公司為能如期經營系爭停車場，欲尋求暫時權利保護，應提出何種聲請？能否直接向行政法院提出？行政法院於裁定時，應考量那些因素？（40 分）
 (三)於行政爭訟程序中，運動會業已舉辦完畢，甲公司能否及如何續行爭訟？（30 分）

參考法條

政府採購法

第 50 條第 1 項：「投標廠商有下列情形之一，經機關於開標前發現者，其所投之標應不予開標；於開標後發現者，應不決標予該廠商：一、未依招標文件之規定投標。二、投標文件內容不符合招標文件之規定。三、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標。四、偽造或變造投標文件。五、不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者。六、第一百零三條第一項不得參加投標或作為決標對象之情形。七、其他影響採購公正之違反法令行為。」
第 2 項：「決標或簽約後發現得標廠商於決標前有前項情形者，應撤銷決標、終止契約或解除契約，並得追償損失。但撤銷決標、終止契約或解除契約反不符公共利益，並經上級機關核准者，不在此限。」

停車場法

第 24 條：「依第十六條及第十六條之一規定投資興建之都市計畫停車場，或公共設施用地依規定得以多目標使用方式附建之停車場，或投資興建可供五十輛以上小型汽車停放之路外公共停車場者，應備具有關文件，並敘明停車場出入口、車輛動線及安全設施之規劃等，向地方主管機關申請核准後，再向主管建築機關申請建築執照；其申請書件由地方主管機關定之。」

第 25 條第 1 項：「前條都市計畫停車場或路外公共停車場應於開放使用前，由負責人訂定管理規範，向地方主管機關報請核備，領得停車場登記證後，始得依法營業。」**第 2 項：**「前項管理規範，其有關營業時間及收費標準事項，並應公告之。如有變更，亦應報請地方主管機關核備。」

第 29 條：「公有路外停車場，得委託民間經營；其委託經營辦法，由直轄市或縣（市）政府定之，並報請上級主管機關備查。」

命題意旨	本題測驗行政訴訟類型選擇、保全程序適用、權利保護必要性。
答題關鍵	同學需了解正確定性行政行為俾挑選行政訴訟類型以及保全程序，而在保全程序需針對要件為討論，最後則是訴訟類型之轉換。
考點命中	1.《高點行政法講義》第四回，韓台大編撰，〈行政處分〉。 2.《高點行政法講義》第十回，韓台大編撰，〈行政訴訟〉。

【擬答】

(一)1.甲對於 A 市政府撤銷委託經營案之決標，應經訴願後，若有不服則續提撤銷訴訟：

- (1)撤銷 A 委託經營案之決標核屬行政處分該撤銷處分係屬 A 市政府依照政府採購法對甲單方面做成具有撤銷締約廠商資格效果之處分，核屬行政程序法第 92 條之行政處分。

(2)則甲應依照訴願法第 1 條提起撤銷訴願，若有不服，則依行政訴訟法第 4 條提起撤銷訴訟。

2.甲針對 A 市政府拒絕發給停車場登記證，應經訴願後，提起課予義務訴訟甲依法向 A 市政府申請發給停車場登記證，惟 A 市政府拒絕之，倘甲認為該拒絕處分違法而侵害其權利，可提起課予義務拒絕訴願，惟其法依據學理上有依訴願法第 1 條或類推訴願法第 2 條，不論採何說，甲於對該訴願決定不服時，可依行政訴訟法第 5 條續行課予義務訴訟。

(二)1.甲可向行政法院提出定暫時狀態處分：

(1)按行政訴訟法第 298 條第 2 項規定：「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」

(2)本件行政爭訟標的之公法上法律關係，乃因甲於民國 105 年 6 月 1 日遭 A 市政府駁回申請核發停車場登記證，聲請人欲依停車場法第 25 條與行政訴訟法第 5 條為訴訟，而在提起訴訟前，依行政訴訟法第 298 條第 2 項規定，可就本案訴訟之訴訟標的，先聲請定暫時狀態處分，即應暫准核發停車場登記證。

2.法院應審酌是否有「為防止發生重大之損害或避免急迫之危險」與「必要性」：

(1)防止發生重大之損害或避免急迫之危險：所謂「重大之損害」應依利益衡量原則，就聲請人因該假處分所獲得之利益或防免之損害，是否逾相對人因該假處分所受之不利益或損害，以及該假處分對公共利益之維護，再斟酌社會經濟等其他主、客觀因素，綜合判斷之（參照最高行政法院 105 年度裁字第 831 號、832 號裁定意旨即採相同見解）。反之若屬個案之危險或損害，依照一般社會通念能以金錢賠償或回復時，即難謂有急迫危險或重大損害，因此無聲請為定暫時狀態處分之必要（參照最高行政法院 105 年度裁字第 170 號、169 號裁定意旨亦採相同見解）。所稱「急迫之危險」係指危險刻不容緩，無法循行政爭訟程序處理者而言。

(2)法院審查有無「必要」：通常先直接判斷聲請人所依據的本案請求是否有理由，即關於定暫時狀態處分必要性之審查，聲請人聲請法院定暫時狀態之處分內容，所保全者既為本案權利，於聲請人本案權利存在之蓋然性較高時，法院始有必要以較為簡略之調查程序，依其提出之有限證據資料，權宜性並暫時性地決定先給予其適當之法律保護，以免將來之保護緩不濟急。尤其關於滿足性處分可使聲請人在本案判決確定前先獲得權利之滿足，形同喪失其對本案訴訟原來具有之附隨性、暫定性等本質，而實現如本案訴訟之內容，且發揮類似於本案訴訟之效力。基於其影響之重大性，並平衡當事人雙方之利害，此種定暫時狀態處分准許，其本案權利存在之蓋然性自須較高時，始得謂有必要性（參照最高行政法院 105 年度裁字第 819 號、780 號、37 號裁定意旨即採相同見解）。若有必要性則進一步採取「利益衡量」方式檢驗前開定暫時狀態之『必要』。即以前述「急迫之危險」的認定，以及採取利益衡量觀點判斷「重大之損害」是否存在為依據，如個案具有「急迫之危險」與「重大之損害」，即認為有定暫時狀態之必要，因此必要與否之判斷關鍵仍在預測評估是否可能發生「重大之損害」（參照最高行政法院 105 年度裁字第 512 號裁定意旨）

(3)查本案，自形式上觀之，其本案權利存在之蓋然性非常高，又甲可能主張之權利金及罰鍰損害，惟依一般社會通念能以金錢賠償或回復，均難認係屬「急迫危險」或「重大損害」，故與行政訴訟法第 298 條第 2 項規定要件不符，而無從准許為是。

(三)甲應該續提確認行政處分違法訴訟

1.按提起行政爭訟，須其爭訟有權利保護必要，即具有爭訟之利益為前提，倘對於人民被侵害之權利或法律上利益，縱經審議或審判之結果，亦無從補救，或無法回復其法律上之地位或其他利益者，即無進行爭訟而為實質審查之實益，故人民提起訴訟時，若無因該訴訟可回復之法律上利益時，即應認人民所提訴訟欠缺保護必要。（最高行政法院 102 年度判字第 216 號行政判決意旨可茲參照）

2.查本件甲公司提起訴訟為 A 市政府舉辦運動會之時，經營運動場周圍之公有停車場，惟該運動會既已舉辦完畢，則甲所為之訴訟則屬無回復之法律上利益，應屬欠缺權利保護必要。

3.惟此時甲可續提行政訴訟法第 6 條確認行政處分違法訴訟，確認該行政處分違法後，提起國家賠償訴訟。

版權所有，重製必究！