

論國家對教科書政策的法律監督

許育典¹ 凌赫²

摘要

在教科書開放審定之後，在教科書政策上的紛擾不斷，形成了近乎兩極的意見。所以，關於國家教育政策的形成，是否全然自由而不受節制，或是亦有其界線的存在，便成為了一個重要的問題。本文試圖從法律的觀點出發，探討教科書政策在形成上的界線，以及在政策的執行上，要如何遵循這條界線。首先，藉由對憲法第162條與23條的解釋，可以了解教育政策的形成，確實有其界線存在。憲法除了規定國家有監督教科書的義務外，同時也設定了國家進行教育監督，必須以人的自我實現為目的，同時亦不得妨害這個目的。但為了政策形成的彈性，藉由憲法第23條比例原則的操作，亦可賦予教科書政策形成上的彈性。其次，在教科書政策的執行上，如何確保合憲的教科書政策，能夠備妥適的執行，亦是一個重要課題。在此，藉由依法行政原則，確保行政權能夠忠實的執行法律。而就藉由對判斷餘地的相關討論，進而了解政策執行上的彈性所在。

關鍵詞：自我實現、法律監督、政策控制、教科書政策、國家監督

1 許育典，國立成功大學法律學系暨科技法律研究所教授
電子郵件：hsuyd@mail.ncku.edu.tw

2 凌赫，國立成功大學法律學系碩士班研究生
電子郵件：a486610015@yahoo.com.tw

投稿日期：2006年3月31日；採用日期：2006年5月23日

The Legal Supervision of the Textbook Policy

Yue-Dian Hsu¹ Her Lin²

Abstract

Since the reformation of textbooks, there have been disputes about textbooks recently. Therefore, is the national educational policy totally free from supervision, or also has its own limit, has become an important question. In this essay, from the viewpoint of law, we try to discuss the limit of produce of the textbook policy and how to obey the limit in the administration of this policy. First of all, through the explanation of constitution clause 162 and 21, we can find out the produce of the textbook policy indeed having its own limit. The constitution not only gave the duty of monitor of textbooks to the state, but also preset the goal of educational supervision - self accomplishment of each one - to control the content of the educational monitor. But in the same time for the flexibility of administration of educational policy, through the "proportional principle", which based on constitution clause 23, the constitution can also give this flexibility to the lawmaker. Secondly, in the administration of textbook policy, how to make sure the constitutional textbook policy can be faithfully carry out, is also an important issue. Here, through the principle of legal administration, the power of administration will carry out the policy under legal control. And from the discussion of the "decision space" people can also understand the flexibility of policy administration.

Key words: legal supervision, national supervision, policy control, self accomplishment, textbook policy

1 Yue-Dian Hsu, Professor, Department of Law and Institute of Law in Science and Technology, National Cheng-Kung University

E-mail: hsuyd@mail.ncku.edu.tw

2 Her Lin, Postgraduate, Department of Law and Institute of Law in Science and Technology, National Cheng-Kung University

E-mail: a486610015@yahoo.com.tw

Manuscript received: Mar. 31, 2006; Accepted: May 23, 2006

壹、前言

在教科書開放審定之後，不可否認的，對許多家長與學生，造成了莫大的困擾；同樣的，對許多在第一線從事教育工作的老師來說，也看不出開放多元版本教科書的好處。的確，在一個考試引導教學的國度裡，多元版本的教科書，對學生、家長或是老師而言，可能真的是惡夢一場。

於是，回復單一版本的教科書，就可能是一個立即解決許多痛苦的辦法。事實上，在立法院的教育委員會，還真的曾經差點通過的附帶決議，要求教育部恢復統編本的教科書發行（恢復教科書統編本，立院提案通過，2003）。而教育部則總是以教改不能走回頭路，作為政策說明的全部。

按立法院作為全國最高立法機構，先姑且不論其實質上是否真的能體現民意，至少在形式上，它是代表民意的，那麼如果說立法院通過了附帶決議，是否我們的教科書政策，就真的要走上恢復統編的路？而教育部身為行政機關，一般而言，在民主正當性的傳動上，是屬於較為末端的地位，那麼教育部如此違抗「民意」，其決策是否欠缺民主的正當性？

只要稍微檢視一下上面的敘述，便可以發現，在一般的認知之下，「民意」似乎是一個無敵的概念，任何決策只要以民意為名，甚至是假裝以民意為名，好像就毋庸受到任何的拘束。然而民意如流水，但國家的政策決定，是否只要是在民意的大纛之下，便可以任意形成，而無需受到任何的限制？或者任何的國家政策還是有其界線所在？

對於這個問題，從憲法的發展史來看，不受限制的政策形成，與災難基本上是同義詞。而從近代德國的發展看來，不受拘束的立法權，最終所導致的便是對人權的迫害。所以現代的憲法學理論，會認為所有的國家權力運作，都需要受到憲法的節制，即便是具有民意基礎的「立法權」也不例外。

這是因為憲法作為最上位的法規範，作為人民權利的最後防線，其內部的基本權條款，具有少數保護的功能存在，因此以所謂民意或是公益，所形成的教科

書政策，最終還須受到憲法相關條款的檢驗。所以教科書相關的教育政策，必須受到憲法制約，而不但是教科書政策的形成會受到憲法拘束，在最末端的執行層面，在教育行政的質性層次，一樣會受到整個合憲秩序的拘束。乍看之下，這似乎是個再簡單不過的概念，然而要將抽象的法律概念，實際運用到現實世界中，在原則與例外之間，其實充滿了複雜的交互影響，在不斷的運作間修正、再修正，最後達成人權保障與政策執行的平衡。在以下的論述中，依循著上述討論的脈絡，本文試圖在第貳節中，藉由對憲法條文的解析，討論政策形成的合憲控制與其彈性，而在參、肆節中透過依法行政原則的操作，分別討論政策執行的控制與彈性。

貳、教科書政策形成的憲法界線探尋

在前言中我們已經大略提及，憲法是國家政策型塑，最根本的規範所在。限於篇幅之故，本文不擬在此討論憲法為何是國家權力的依規，而直接以憲法與法律間的位階關係作為預設。因此以下即以憲法上教科書政策的界線何在，作為討論內容。而基於對教科書政策的前理解，我們以憲法第 162 條與憲法第 21 條，作為討論的內容，試圖從兩條的關係中探尋，教科書政策形成的界線所在。

一、憲法第 162 條——國家監督的開端

憲法第 162 條，該條規定：「全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督」從文義上觀之，這樣的規定似乎說明了，在我國相關的教育事項，應該要依照法律，由國家進行監督。這樣的規定看似清楚，但實則隱含了許多的不確定性；一則是，憲法第 162 條位於憲法的基本國策章中，一般憲法學說認為基本國策的相關規定，與基本權利的規定有所不同，其規範效力往往也多所爭議，如果說這樣的規定只是一種訓示規定的話，那麼國家便沒有義務，形成國家教育監督的相關法規，亦即國家政策的形成又多了一種不作為的選擇，但若是這樣的規定

具有拘束國家權力的功能在內的話，則關於國家教科書政策的形成，至少會出現一項最基本的誠命要求，也就是國家有義務監督教育，至於要如何監督教育，與教育受到監督的範圍有多大，則是單就本條觀之，似乎也找不到蛛絲馬跡；但是無論如何，就國家是否有義務進行監督這部分來說，有必要對憲法第 162 條的性質進行討論。

對於第一個問題，也就是關於憲法第 162 條性質的問題，有學說上認為該條的性質係具有法拘束力的國家目標者（陳佩琪，1995：60）。國家教育目標作為制度性保障，按傳統意義下的制度性保障，主要是指保障國家既存的制度，以避免對基本權的掏空，故應該可以與國家目標條款區分。然而在現代意義下，國家目標條款更積極的要求立法者形成制度，進而更是要求所有國家權力，包括立法、行政及司法，經可能的達成國家所設定的目標（許育典，2005：55）。對於基本國策章中的憲法條款，由於憲法第 162 條並非屬於受限於國家財政的類型，加以憲法作為國家最根本的法律基礎，因此應該要盡量承認其有拘束國家權力的效力。因此，我們可以了解到憲法第 162 條具有拘束國家的效力，而這樣的效力在於要求國家形成一定的法秩序，以作為國家監督教育的基礎。

二則是，如同剛才所提到的問題，憲法第 162 條似乎僅僅提供了一個最低限度的要求，就這點而言，對於政策的引導，在實際上的明確性似乎有所不足。就憲法作為國家政策導引的功能來看，憲法第 162 條的這項功能，並不完全。亦即這樣的規定仍然過於概括，只可以得出要建構一制度，至於制度之內涵？則尚在未定之天。也就是說，就教科書監督而言，國家對於教科書的監督，其實際的內容仍有賴立法者的形成，及行政、司法的執行。但是即便這樣的憲法規範，不僅僅是宣示性的效果，而具有要求立法者建立制度的誠命，我們卻仍然無法得知，究竟國家建立制度的界線究竟何在，而僅僅得知國家有義務建立教育監督法制，但卻仍就無法得知，形成監督法律的界線何在，或者可以說國家政策形成的界線何在？

在這種情況之下，似乎國家的教育監督政策可以任意形成，而不受到拘束。然而真的是如此嗎？如果說憲法第 162 條無法提供這個答案的話，又該從憲法的那一部分去尋找根據？對此，有論者即認為，應與憲法增修條文第 10 條第 11

項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言文化」的規定，綜合考察者，強調國家監督亦應以促進多元文化為原則（李惠宗，2002）。但細譯憲法增修條文第 10 條第 11 項，可以發現其主要是針對關於原住民族所設之規定，而原住民族教育應只是教育領域的一個面向，故是否可以直接援引作為全體教育領域的依據，實不無疑問。因此，再有直接可援用的憲法條文時，仍應以該條規定為解釋之優先考量。準此，由於憲法第 21 條規範的是「教育基本權」，從對事實認識的「前理解」看來，與教育政策具有較強的關聯，因此該條應是補強第 162 條的適當起點。即從法釋義學的觀點，可以藉由體系解釋的方式，探尋制憲者的意思，補充第 162 條的不足，故以下即試圖從對憲法第 21 條的解釋中，找出國家政策形成的限度。

二、憲法第 21 條——國家監督的內容

(一)教育的權利屬性

我國憲法第 21 條規定：「人民有受國民教育之權利與義務」這樣的規定十分有趣，按權利與義務是彼此矛盾的概念（吳庚，2003：392），如同一個人不會同時對另一個人，擁有債權與負擔債務，如果說教育是一個人的權利的話，就不可能同時又是一個人的義務，何來同時有權利又有義務的情況，因此就憲法第 21 條的性質，也多所爭議。

傳統上的國家教育權理論，從國家權力觀點討論「對國民施以教育」的權力如何實施。此種理論係基於國家主權論的近代國家任務而來，認為國家基於全體國民的付託，有以國家立場出發實施公教育的權限（周宗憲譯，2001：226）。使得國家對於國民教育，變成統治權行使的態樣，教育的主體乃是國家而非人民，而教育變成國家型塑定型化國民的工具。相對於此，國民教育權理論則主張，國民是國家主權的擁有者，國家權力的運作來自於國民總體意志的授權，但國民總體意志係一擬制的概念，故在教育制度中，教育不只是國家統治權力的行使，而是需將國民視為是教育的主體，故國民接受教育是一種權利而非義務（李

惠宗，2002：391）。

而在憲法 21 條條文的解釋上，有認為權利性質重於義務（吳庚，2003：392），或是將本條的「義務」限縮解釋為是父母有義務使其子女受教育（周志宏，2001），或者更進一步的認為教育純粹是一種權利（許育典，1994，2002a；許慶雄，1992：156）。此處認為人受教育的目的並非是為了國家，而是為了其自身的緣故，故認為教育應該是一種權利，而教育基本權的目的便在維護人民人格的自由開展，亦即人的自我實現是教育權的基本核心所在（許育典，2002a：24）。

（二）憲法第 21 條作為國家監督目的

1. 人的自我實現作為客觀價值決定

從上述的討論中，我們可以了解憲法第 21 條的規定，完全是對人民教育基本權的規定。而教育基本權最核心的保護法益，便在於學生的人格自由開展之上，也就是學生可以藉由教育基本權的保障，獲得實踐其自我人格的機會。

傳統上確保學生人格自由開展的工作，主要是落在基本權的防禦功能上，從教育基本權保護法益的建構中，在防禦權的部分，有學生的自我實現權、家長教育權與教師之教學自由（專業自主權），此三者均可由憲法 21 條中導出。而後兩者存在之目的，在於促進學生人格的自由開展；亦即教師與家長享有教育上權利，其行使必須以學生之利益為考量。就此而言，則教師基於教學自由，所享有之教材選擇權，其目的亦是為了學生之人格開展。因而若以教師之教材選擇自由，作為政策形成之界線，其最後仍會導向學生的自我實現。

然而隨著基本權功能理論的演進，現代的基本權，其功能已經不僅限於防禦權的功能，而朝客觀的規範發展。而憲法第 21 條作為國家教育監督的根據，其理論基礎即在於，教育基本權的客觀價值秩序功能。按價值秩序的概念，在「基本權的客觀面向上」——包括基本權的第三人效力、基本權作為組織與程序保障、基本權的保護義務——的展開上，均扮演了重要的地位（張嘉尹，2001：8）。所以，客觀價值秩序的起源，是為了基本權更周全的保護，將基本權的功能展開，而從最原始的防禦權功能，擴展至客觀層面的價值秩序功能，藉由客觀

價值秩序的功能，進一步的保障憲法上的基本權。

此外，客觀價值秩序作為一種價值，被認為與規範具有性質上的差異，即規範必須加以遵守，一旦與規範的要求不同，即為對規範的違反；而價值則僅要求在最大的可能限度中，實現價值的要求，且在數個不同的價值中，因應不同的情形，價值的位階選擇亦有可能不同（童世駿譯，2003：258）。因此，基本權的客觀價值秩序決定，應可以認為是對於基本權所代表的價值，在國家權力行使上最大程度的實現要求。

而由於基本權在作為憲法基本價值決定的同時，也建立了整體法制序在立法、行政和司法組織架下的價值秩序，亦即此種客觀價值秩序針對國家而來（陳慈陽，2003：343）。因此在憲法第 21 條教育基本權的相關事項上，國家權力在基本權輻射下的基本原則，應為一個**有利於個人自我開展與自我決定的多元價值秩序**，即多元文化國的保障。即教育基本權作為客觀價值秩序的保護法益，在此則體現於——為了學生的自我實現，在多元文化國的中立與寬容原則下，使學校成為多元文化學習的自由開展空間，所形成的教育基本權保護網（許育典，2005：26）。

2. 國家中立與寬容原則

國家的中立性意味著，國家在自由多元而開放的社會中，對其多元存在且互具競爭關係之各種信仰或價值的成立接受或支持，應自我節制。亦即國家對於相關事務所作成的決定，不能以國家本身或某種特定文化為目的，而是應以各種事務本身的開展為目的。而這種意義可以體現為兩種形式。首先、國家對於關於信仰及世界觀的文化事務，負有不得對之加以侵害的誡命。其次、國家對於具有不同信仰價值等之人民，負有建立使人民得以自由開展空間的義務（許育典，2002a：61）。對於國家中立原則兩種形式的體現，前者即是國家權力在處理教育基本權相關事項時，消極的不得加以侵害的誡命，可視之為是國家中立原則的消極面向。而基於後者，國家有進一步促盡的義務，則可視為是國家中立原則的積極面向。

而在國家的寬容原則下，國家應該尊重並保護少數文化的發展，使多元文化能夠實際的在社會上展開。而國家寬容原則的內涵，也就是社會大多數人的寬

容。只有大多數成員能對不同文化寬容，才有落實的可能。而寬容原則在教育方面則體現在兩方面。首先，國家在整個學校教育的計畫於教學內容上，不可以只認同某種特定的信仰或世界觀的意識。其次，國家在整個學校教育計畫與教育內容上，應該保護學生之信仰與世界觀意識的自由展開（許育典，2002a：60）。

而教育基本權的核心，即人的自我實現與此兩原則的關聯，在於國家中立與寬容原則，為人在國家中實現自我所不可或缺的條件。亦即中立與寬容原則，在基本上都是要促進社會的多元化發展，而唯有在一個多元、寬容的社會中，不同的意見與價值才能並存，進而在教育環境中，才能提供學子多元的選擇機會，以決定自我的目標，進而完成其自我實現。按國家若是不能保持中立與寬容，則在國家教育機器的一元灌輸下，學生無法了解其生命的多重可能性，也無法完成其自我實現。因此，人的自我實現的前提，在於國家中立與寬容原則的實踐，唯有在這樣的情況下，人民才能自由實現其人格。故而從教育基本權所導出的客觀價值秩序，在於要求國家行為的中立與寬容。

3. 國家中立與寬容原則在教科書的適用

我們已經了解到，在教科書審定的事項上，基於教育基本權的客觀價值秩序功能，在國家中立與寬容原則的要求下，肯認國家對教科書事項有監督之權，以確保學生人格的自由開展，並以此作為國家政策形成的依歸。但在此必須注意的是，在教育並非價值虛無的認識下，國家的中立與寬容原則，在適用於教科書審定事項時，絕不可被理解為是一種價值虛無的課程，且應是一種委託與教育行政的裁量。亦即國家的中立義務與寬容戒命，只可藉由不同教育與課程計畫的形式，對不同教育意見多數的組織性保障，去確保學童權利（Fischer & Rolff, 1997; Preus-Lausitz, 1997; Schefold, 1996）。正確的觀點應是，在世界觀中立的國家裡，寬容相對於多數家長與學生的意見、世界觀及信仰，必須要存在。在教育領域中想像的中立與寬容，不可能在中央集權的國家學校中實現，而是要藉由實現不同教育意見的機會被落實，也就是相互間的寬容，即意味著必須互相忍耐。這些即是自由的學校事務（*freiheitliches Schulwesen*）所內含的中立與寬容戒命的功能性本質（Jach, 1989）。

因此為了保護學生的人格自由開展，應該肯定在有必要的情况下，國家可以

進行教育監督，就國家的教科書政策形成而言，國家也因此有義務形成一個有助於學生人格自由開展的教科書政策。從憲法第 21 條的客觀價值秩序功能出發，相較於憲法 162 條，我們又更進一步的發現了，憲法對國家教科書政策形成，所應有的方向。

(三) 憲法第 21 條作為國家監督界線

但是對於上述關於人格自由開展，與國家中立與寬容原則所建構的國家教育監督原則，即以人的自我實現為目的的教科書監督政策。亦有論者指出，中立與寬容原則在其功能中，作為教科書問題中唯一且尤其直接的標準，是過度濫用、過分要求與不合適的。當憲法表明以同一規範，作為有拘束性價值設定的核心領域時，學校被賦予明確的任務，即排除學校中的批判——解放式教育。在這樣的看法下，倫理規範成為許可教育目標的規則，並阻止國家在解放—進步教育計畫中的職務，使倫理規範成為以憲法為基礎，在憲法本質意義下具法拘束力的倫理——法規範（Jastadt, 1989）。在這樣的看法下，特定的倫理規範也可以成為教育監督的目的，而人的自我實現，亦將被此種倫理規範限制。

對於這樣的看法，本文認為在多元文化國中，基於對個人自我實現的保障，憲法應該保持對各種價值的開放態度，因此將特定的倫理觀念，作為憲法的價值預設，是以不明確的客觀標準，導入了憲法解釋者所偏好的價值，而掏空憲法對基本權的保障。尤其是在我國憲法下，以憲法第 21 條的教育基本權，係以人的自我開展作為內涵，相較於以不確定的倫理道德作為憲法價值預設，所造成的基本權侵害危險性（顏厥安，2004：203），人的自我實現顯然是一個較好的標準，也具有較高的操作可能性。而上述將倫理規範作為憲法價值預設的看法，自然不能見容於，以人的自我實現為教育基本權核心的憲法秩序，因為若憲法以特定的倫理作為法規範，則國家的中立與寬容亦將不復存在，而在此秩序下的人民，其自我實現亦將受到限制。同樣的。基於特定倫理規範所形成，具有排他性的教科書政策，也必定會違反由中立與寬容原則所建構的客觀價值秩序（Niehues, 2000: 280）。

基本權的客觀價值秩序，也具有限制國家權力的功能，其將國家的行為及決

定空間加以限制，所以基本權又為國家機關權力的界線（陳慈陽，2003：342）。超越此一界線即為對各種基本權的侵害。按憲法有關國家機關權限及相關組織法規，提供該機關權限的積極範圍，而基本權利則是國家機關權限的消極規定，各種自由權的保護範圍就是國家公權力的界線，若公權力侵害了基本權的範圍，則不論是立法、行政或是司法的行為，均已違反了憲法上的要求。又基本權條款如果只是個人的主觀權利規定，那麼唯有個人的基本權利遭受侵害時，才具有權利保護的必要，而憲法審判機關才能進行違憲審查。但在客觀價值秩序理論的建構下，國家權力違背相關基本權所建立的客觀價值秩序，憲法審判機關亦可進行違憲審查（吳庚，2003：111）。

因此，國家教育監督以人的自我實現為目的，而其界線亦在於人的自我實現。亦即國家的教育監督政策（在此尤其是指教科書政策），唯有在以人的自我實現為目的，在國家的中立與寬容原則之下，才具有自由形成的空間。

三、教科書政策形成的彈性

在前兩節中我們討論了，在憲法上，基於憲法第 162 條與憲法第 21 條，所形成的政策作為與不作為的戒命，以此作為憲法所允許教育監督的內容，而教育監督的政策形成，原則上，必須要限於在這樣的空間內，始能符合憲法的要求。然而這樣的戒命，最終還是要透過法律的形式加以實踐。然而要如何才能確定，憲法上的要求能夠傳達到國家政策的形成過程中，又是另一個值得討論的問題。

俗諺有云：「法律就是法律」，憲法作為法律的一種，乍看之下，好像也是硬梆梆的沒有彈性空間，但當我們將基本權作為憲法價值預設的同時，似乎也開啟了一定的彈性空間。既然是稱為價值，則就開啟了衡量的可能性，在衡量之下，教科書政策的形成也出現了一定的彈性空間。亦即當教科書的政策形成，涉及人民的基本權時（在此主要是指憲法第 21 條之教育基本權，但同時也有可能會涉及教科書出版商與作者的基本權，如著作、出版自由、工作權、財產權等），國家的權力雖然應該要受到拘束，但這並不表示是對基本權限制的全然禁止，事實上合理的衡量，是憲法所允許的彈性空間。因此即便是涉及教育基本

權，而有在上一節中所建構政策形成界線的適用，然而這樣的界線在憲法上，仍舊可能容許有彈性空間的存在。

然而這樣的衡量過程，當然不可能不受到憲法的拘束，而憲法上規範這種衡量的程序，便是憲法第 23 條的比例原則。亦即國家權力涉及人民基本權，而有進行手段與目的衡量的必要時，即應遵循比例原則，以進行衡量的程序。憲法第 23 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。」一般認為，這是在我國憲法上有關比例原則的相關規範。至於其內涵（李惠宗：2002，112；陳新民，1999：239），通說認為其下又包含三種子原則，即適當性原則、必要性原則與狹義比例原則。

適當性原則是指，當採取的措施有限制基本權時，採取的措施需有助於其目的之達成；所以如果所採取的措施無助於其目的的達成，該措施的規定即有違適當性原則。所謂的必要性原則是指，同樣可以達成公益目的的手段有兩種以上時，應該選擇對基本權侵害最小的手段。也就是說就數種可能採取的手段中，必須選擇對基本權侵害最小的手段。至於所謂的狹義比例原則，即是將目的與手段間作利害的權衡，亦即是謂一個措施，雖是達成目的所必要的，但是仍舊不可以對人民造成過度之負擔。所以本原則與另兩種比例原則的子原則，其不同之處在於，前二者以達成措施目的為著眼點，並未考量使用特定手段所可能產生的後果。而狹義比例原則是以利益衡量的方式，探討「目的」與基本權之間是否失衡（陳新民，1999：242）。尤其當涉及基本權與基本權之間，或是基本權與其保護法益之間，或是各保護法益之間的衝突時，在憲法的價值體系下，各個基本權即會產生其內在的限制（許育典，2002b：323），而在基本權產生衝突時，通常係透過利益衡量的原則，決定兩者間孰優孰劣；亦即透過具體個案中，基本權保護法益與其他基本權間的關係，做進一步的利益衡量，以決定何者在憲法體系上較值得保護（許育典，2002a：308）。

因此，教科書政策的形成，在涉及人民的基本權時，是否允許有政策彈性空間存在，取決於在憲法比例原則下所作的衡量，在這樣的衡量之下，如果由某一種價值，例如其他的基本權，高於憲法上對教育基本權所作的價值決定，亦不排

除以該價值，作為政策形成之目的，而限制由憲法第 21 條所建構的教育基本權。所以，透過憲法第 23 條比例原則的操作，亦可合比例的限制教育基本權，進而賦予教科書（教育）政策形成的彈性形成空間。

參、教科書政策執行的控制

一、控制的必要性

教科書的審定是一種行政處分。這產生了一個獨立的問題，亦即在如何的範圍內，由行政權所作成的決定，是自由或是受到拘束。無論如何藉由對出版者產生效果的審定個別處分，涉及到高權的規則；也就是說，具體的教科書被允許或是被阻止進入「市場」。在這樣的解釋下，審定決定的確是一種行政處分。另需說明的是，教科書審定制下，教材選擇自由（Lernmittelfreiheit）的存在，僅是透過教育當局國庫輔助交易（Hilfsgeschaefts）購買書籍。審定決定不具有輔助交易的成分，而是一個公法上的處分（Bryde, 1984: 54）。

從上述的說明當中，我們可以發現，一個教科書政策的最後階段，是以行政處分的方式出現。而當合於憲法第 21 條與 162 條的教科書政策，藉由法律形成合憲的教科書政策，而在最後階段以行政處分的形式，具體的與人民的權利義務發生關係時。如果在這最後的階段，由於行政處分的問題，換言之，政策執行的問題，導致前面好不容易形成的政策——合憲的教科書政策，因此而功虧一簣，對人民的基本權利來說，仍舊形成了莫大的威脅。例如，國家形成教科書多元的政策，將這個政策藉由法律為載具去實現，若是在末端的行政機關，無須遵守法律的規範，獨尊謀種意識形態，而排除其他種教科書的可能內容，則國家的多元教科書政策，終將失敗（Nevermann, 1993; Preus, 1993; Richter, 1987）。

二、依法行政原則作為政策執行控制的基礎

在教科書政策執行的控制之中，最重要的手段莫過於是依法行政原則了，此原則顧名思義，在於要求行政權的所作所為，必須符合法律的規範，而在依法行政原則下，又包括了法律優位原則，與法律保留原則兩項子原則。以下即從對此兩子原則的討論出發，討論教科書政策執行的控制層面。

(一)法律優位原則

法律優位原則旨在要求，行政單位消極的不違反法律（陳敏，2003：154）。此處所謂之法律，是指形式意義下的法律，即立法院通過總統公佈之法律。而此原則含有規範位階之意義，凡各類之行政行為，其效力均低於法律，而不得違反法律之規定（吳庚，2000：81）。立法權所制定之命令，在憲法上為何取得較行政行為高的規範位階，限於篇幅在此不作論述，但是可以肯定的是這樣的一種結構，有利於以法律為載具的教科書政策，可以被行政權忠實的執行。

(二)法律保留原則

依照我國憲法第 23 條的規定，國家限制人民權利，須遵守法律保留原則的要求，而所謂法律保留原則是指，沒有法律授權行政機關即不能合法的作成行政行為，蓋憲法已將某些事項保留與立法機關，須由立法機關由法律加以規定（吳庚，2000：84；許宗力，1999b）；因此就相關的事項而言，如果沒有法律保留原則的要求，聽任行政機關自由形成相關規範，則一個由上而下的規範控制，仍舊無法形成，因此就政策執行的觀點而言，法律保留原則，實具有承上啟下的關鍵地位。

三、法律保留原則作為控制的標準

在法律保留原則下，相對於制憲者，立法者取得了控制政策形成的能力，亦

即在法律保留下，行政權必須遵循立法者所訂定的方針行事，所以就政策執行的觀點來說，立法者所訂定的法律，即為教科書政策執行控制的標準。但這個標準並非是具體而明確的，在不同的事務下，亦須做不同的解釋，所以究竟在教科書政策的執行層面上，法律保留的實質內涵要如何型塑，即是以下所要討論的問題所在。

(一)法律保留原則適用的判準——重要性理論

關於法律保留的第一個問題是，要如何決定那些事項須由法律加以規定，德國通說採行所謂的重要性理論，依照該說的見解，法律保留呈現一種層級化的關係，如就涉及人民基本權的重要事項，須由國會立法加以保留又成為國會保留。教科書審定，如涉及了言論自由、出版自由、著作自由、教育基本權、財產權與工作權等等，所涉及的基本權相當廣泛，應可認為教科書審定，具有基本權上的重要性（Birk, 1981: 51; Bryde, 1984: 18; Oppermann, 1976: 22）。而憲法又賦予國家教育監督的權限，因此在國家教育監督權限與基本權間的界線有必要加以確定，即教科書審定有法律保留的適用（Bryde, 1984: 18）。

(二)法律保留在教科書審定上的適用

在確定教科書審定事項，具有基本權實踐上的重要性之後，接下來的問題是，法律保留原則要如何適用在教科書審定相關事項中。會產生這樣的問題，是因為在現實世界中，法律保留原則不可能毫無保留的完全適用，立法機關雖然具有較高的民主正當性，但是因為立法機關的成員，不可能都具有相關的專業背景，也不可能在有限的時間內，對所有的相關事項做鉅細靡遺的規定，因此勢必要形成所謂層級化法律保留的局面，即依照影響人民基本權高低，而對法律的控制強度有不同的要求，我國大法官在釋字 443 號的解釋理由書中即建構了不同的保留程度，包括憲法保留、國會保留（絕對法律保留）、法律保留與非屬法律保留之執行法律的細節性、技術性事項（吳庚，2000：109）。在以下，即透過對教科書審定事項性質的分析，探討法律保留原則在教科書審定上的密度。

1. 審定實質標準

憲法上的法律保留原則，至少在教科書審定程序所依據的**衡量標準**（Genehmigungsmaßstabe）上有所適用。許可衡量標準的確認，屬於相關教科書政策下的基本（重要性）決定，這樣的決定是立法者的職權，不可以將其委由行政權為之。就教科書審定而言，對行政權的**概括授權**，不僅是違反了對命令授權明確性的要求，也違反了憲法對合法性原則的要求。在與前述的思考一致的情況下，審定的標準必須由法律加以確定。但是由於法律在實質審查標準的細部規範上，有其落實上的困難，因此仍有授權行政權訂定授權命令的必要，即立法者訂定指導性的決定，而由行政權進行對原則性決定（Leitentscheidungen）的填充（Bryde, 1984: 22）。

按就涉及基本權的其他事項，可以由國會授權行政機關自行訂定，惟須符合授權明確性的要求，也就是立法者就授權的目的、範圍、內容都須明確訂定，至於非關人民基本權的事項，則無須適用法律保留原則（許育典，2002b：97；許宗力 1999a：226）。在法律保留的要求下，之所以會允許以授權命令的型式，規範基本權相關的事項，是因為立法權受限於其特性，對專業性或是細部性的事項，無法進行縝密的規畫，故基於功能最適的考量，就相關事項宜交由行政機關以授權命令的方式進行（許宗力，1999b：179）。這裡可能產生的疑問是，在以授權命令進行細部規畫的情況，會不會導致教科書政策的傳送帶，因為授權命令的介入，而整個斷裂（顏厥安，周志宏，李建良，1996：205；許育典，2005：255）？對於這個問題，必須藉由對授權明確性的要求，進行對行政權的政策形成控制，亦即藉由立法者對授權目的、範圍、內容的具體說明，使行政權對授權命令的形成空間，固定在特定界線內，藉以控制授權命令對教科書政策的型塑能力，進而確保教科書政策合於憲法的要求。

在此，關於實質審定標準在法律保留原則下的體現，大致可分為三個層次進行說明：即一般性的教育預設（Allemeine Erziehungspostulate）、引導教育目標（Groblernziele）、細部教育目標（Feinlernziele），前兩者均須以法律定之，而後者涉及教育計畫的具體化，則可以由行政權為之；亦即，原則上教學方式的細部不可以法律方式為之，尤其是對於無法標準化的教學細部，或是在需依情況調

整的課程中，教學細部必須保持開放。與此相反的，需由立法者所為的原則性決定，亦不可以教學計畫（命令）代替之（Birk, 1981: 54）。

2. 審定程序規定

法律保留原則，除了對實質標準有所適用，在對審定程序的分析上，亦扮演重要的角色，按當嚴格的程序，恰好是教科書審定程序中的重要性決定時，教科書審定程序的規則必須適用法律保留原則（Bildungskommission Nordrhein-Westfalen, 1995: 31; Rehborn, 1986）。按與審定相關的程序事項仍與人民自由權利相關，例如父母與出版者的權利，也涉及了國家的教育監督責任，屬於程序上的重要性事項（Birk, 1981: 56），且並非執行法律的細節性、技術性事項，其規定仍須符合法律保留的要求。關於程序正當的要求，我國大法官近年來的數號解釋均有所闡明（例如大法官釋字 488、491 號），足見正當法律程序對於人民基本權實現的重要性。

所以，不確定的實質審查標準可以藉著，對透明度的特別保護與全面性參與的謹慎程序獲得補償。在何種程度下可以允許這樣的補償存在，尚有研究的空間，但是這種補償至少需要法律上的基礎。所謂「原則性決定」在此不僅是指內容上的衡量標準，而還包括了明確程序的組織。所以教科書委員會多元參與的要求，是各邦教育政策最為根本的要素，並必須被考慮為教育政策。在這種程序事項中，教科書審定委員會的組成與組織不能以單純的行政規則為依據（Bryde, 1984: 22）。

肆、教科書政策執行的彈性

一、政策執行的彈性需求

從以上的討論中，可以發現政策的形成，雖有其界線，但亦具有其彈性空間存在。那麼，在教科書政策的執行層次，是否也可以容許這樣的彈性空間，實不

無疑問。一方面，如同上一章所述，從合憲性控制的角度來看，有必要形成一個層層節制的控制體系，因此行政權必須受到控制。然而，從功能分配的觀點上看來，在教科書政策上，行政的特性即在於其專業性，此點無法被立法、甚至司法權所取代，在這樣的觀點下，行政權即有其自主空間存在，而教科書政策的執行也具有其彈性。

二、不確定法律概念與教科書政策執行

關於執行的彈性，一般說來有裁量與判斷餘地兩種，前者是指對法律的特定構成要件事實存在，但在效果上允許行政機關，有權選擇作為或是不作為，或是作成不同法律效果之行政行為。而後者是指法規用語，涵義不確定或是有多種可能的解釋，為對構成要件中不確定法律概念的解釋（吳庚，2000：117；翁岳生，1982），而法院在審查具有判斷餘地的不決定法律概念時，原則上不得取代行政機關的原決定。

在教科書相關政策上，主要涉及的是不確定法律概念下是否具有判斷餘地的問題。這是因為，行政權在進行審定時，最主要面對的問題是，教科書與教學計畫（Lehr-plan）是否一致的問題，按教科書審查最主要的標準，即在於教科書是否與教學計畫（例如：九年一貫課程暫行綱要）一致（Hermann, 2001: 27），而在是否具有重要性一致的判斷上，主要所涉及的部分，應該是關於對教學計畫中不確定法律概念的解釋問題，若是教科書可以符合這樣的法律要件，則必須作成許可的決定，因此在以下，僅就不確定法律概念與判斷餘地，進行討論。

不確定法律概念的成因，主要在於法律文字的有限性。亦即法律構成要件所適用之文字，除有關數量時間或地點之概念，內容可較為明確外，其他的法律概念，皆有多重涵義以及某種程度上的不明確。法律的明確與否，僅係量的差異，一般又可分為經驗概念與規範概念兩種，由於人類認識能力與定義能力的不足，故法律以不確定法律概念，規定無法精確預見或定義之事實，使行政保有彈性，而能配合具體個案行動，亦係有意藉由立法空泛或不完備，授權法律適用者從事法律之具體化（陳敏，2003：195）。在將教科書審定法規的抽象規範，轉化為

具體決定時，由於規範的特性，不能沒有開放的、需要具體化的概念（不確定的法律概念）。這尤其是適用於解釋教科書的內容是否與教學計畫（Lehrplan）或是與其相應的公式（Formeln），具有「重要的（wesentlich）」一致相關性（Bryde, 1984: 58）。所以在審定教科書是否合於審定標準時，不可避免的必須進行對不確定法律概念的解釋工作。

雖然就構成要件的解釋而言，在涵攝時可能發生多重意義，但只有一種符合立法本意，而為正確之解釋，也因為只有一種解釋為正確，故法院對於行政機關對不確定法律概念所作之解釋，原則上可以加以審查（吳庚，2000：117；翁岳生，1982；陳敏，2003：200；陳清秀，2000：193）。在行政法釋義學的傳統原則下，規範（Norm）允許行政裁量，在行政決定（這裡是指教科書審定）的法律效果面向（Rechtfolgendeite）上，（規範）承擔具體化構成要件（例如與教學計畫的重要一致性）的義務。所以原則上行政當局不是全然自由。由於構成要件的特徵確定，所以藉由法律解釋，行政當局是處於法院的完全控制之下。就此而言僅允許少量的例外，任何憲法上權力救濟的相關規定的例外（例如：以下將要進一步談到的判斷餘地概念），而且必須要附有理由（Bryde, 1984: 59）。

三、判斷餘地在教科書審定上的適用

在對政策執行的控制上，由於適用不確定法律概念時，必須進行評價與估測，而不同之法律適用者所為之評價，亦有所不同。因此，在此一情況，法律對行政之拘束相對化；而行政權為獨立之國家權力，就某些不能替代或是不能重複之行政決定，即便是面對司法權，亦應有其自行負責之領域，故有判斷餘地之設（陳敏，2003：200）。一般認為，凡是(一)不可代替性的決定，如考試決定、學業評量（翁岳生，1982：93）；或是(二)由獨立專家或委員會所作成的決定；(三)預測決定；(四)計畫決定；(五)高度專業性的決定，均有判斷餘地的適用（陳清秀，2003：197）。由是觀之，則教科書的審定程序，是教育的專業事項，且係由委員會作成決定，故似亦在教科書審定上，有判斷餘地的存在。

而德國裁判與學說亦承認「判斷餘地」，在教育學專業判斷的評分（Ben-

tung) 與檢驗 (Pruef) 事務的適用。但肯定判斷餘地的理由，並非所有教科書審定的案件都可以適用。例如，不涉及「不能重複」、「情況限制的」，也不涉及「不能替代」的決定，即無判斷餘地的適用。這個標準可以劃出一條界線，界分出司法承認具有判斷餘地的行政決定，與沒有判斷餘地的行政決定。換句話說，規範的意義作為行政的「行為規範 (Handlungsmaßstabe)」，是不同於它的意義作為法院的「控制規範 (Controlsmaßstabe)」 (Bryde, 1984: 57)。因此，在這樣的面向上，藉由判斷餘地的存在，可以賦予行政權在政策執行上，在將法規適用於具體個案時的彈性，使政策的執行在法律的框架下，藉由專業的自由發揮，獲得更有效率的實現。

然而對這樣的判斷餘地，亦有認為不適合存在者，其指出沒有「判斷餘地」在具體化的審定行政規則中可以被允許。當這樣的餘地有可能時，則教科書的選擇受到限制，教師在受供應的教科書下，無法實現其專業價值判斷。即在已經授權訂定衡量標準的情況下，由於法規的具體內容已經由行政權形成，如又承認行政權對行政規則中的不確定法律概念，具有判斷餘地，使司法權無法進行事後的審查，則行政權的權限恐怕會過度擴張。

又由於行政權的審定決定，本來就是一個限制教育自由空間的採用決定，具體的限制了教學計畫與教學目標的課程。而藉由官方判斷餘地的廣泛承認，以確保教學計畫的遵守，在比例原則下並非是不可或缺的事。審定標準，例如針對書籍與教學計畫的重要性一致，在此不可以是官方的自主裁量 (autonome Beurteilung)。審定標準在以比例原則為導向的解釋上，更精確的說，必須以相對於審定的基本法所保障出版者的請求權為出發點 (或是相對於選書的教師)，而且對拒絕行政處分的基礎，在此必須作限制性的解釋；即行政權只有在以下的情況必須拒絕許可，即唯有當教科書與憲法或是法律不一致，或是經證實不可能實現教學計畫的時候。因此，受限制的審定決定，受到法院完全的檢驗，不許可的決定不可以基於法院在判決上難以使用的教育考量，而是應該基於書籍不適合的明顯證明 (Bryde, 1984: 63)。

綜上所述，可以發現若是廣泛而全面的承認，在教科書的審定事項上，有判斷餘地的適用，則法院對教育主管機關所作的審定決定，便完全失去了事後監督

的可能性，這是因為在教科書審定適用法律的過程中，幾乎全然是不確定法律概念的解釋與適用，例如在九年一貫課程綱要八年級的社會科基本內容中，要求「說明長城的歷史意義，並強調草原民族與農業民族在經濟生產、政治組織上的差異」，首先對於這樣的規範內容，究竟何謂說明，又要說明到什麼程度，均無法從文意中得知，遑論關於能力指標的解讀，若是基於認為教育領域均有判斷餘地存在，則就教科書審定而言，法院幾乎完全沒有介入的空間，僅能以教育行政當局的判斷作為判決基礎，如是則人民（例如出版者）的訴訟權（憲法第 16 條）便無法得到保障。那麼由制憲者所建構的合憲控制機構也將功虧一簣，因此關於判斷餘地在教科書審查的適用，本文持較為保守的看法

伍、結論

為了回答在一開始所提出的問題，也就是國家教科書政策的形成與執行，是否受到拘束，是否有其界線所在，在本文中，我們進行了一系列的討論。最後發現，國家的教科書政策，從最源頭的型塑，到最末端的執行，都受到了程度不一的控制，而這一連串環環相扣的控制，是基於憲法對國家權力的諸多控制機構而來。

首先在政策的形成上，由憲法第 162 條的作為制度性保障，導出了國家有進行教育監督的責任。而更進一步，從對憲法第 21 條教育基本權的解釋，由其作為客觀價值秩序的國家中立與寬容原則，確定了國家教育監督的目的，必須是基於人的自我實現。而為了確保教育監督不至於反噬其目的，國家的教育監督，亦應以不侵害人的自我實現為其界線。所以國家教科書政策的形成，在我國的憲政秩序下，並非不受任何限制，反而是基於憲法的要求，而負有積極促進，與消極不妨害學生人格自由開展的義務。

但憲法對教科書政策所訂的界線，是否完全不具有任何的彈性空間？對於這個問題，由於憲法的客觀價值秩序，具有與規範不盡相同的性質，而允許在數個價值間進行衡量，加上憲法第 23 條關於比例原則的規定，故在合於利益衡量的

情況下，憲法亦允許教科書政策具有相當彈性。

最後，在政策的執行層面，為了確保好不容易形成的合憲教科書政策，藉由依法行政原則，及其下的兩個子原則——法律優位原則與法律保留原則，確保教科書政策的執行，不至於出現偏差。然而為了保留操作上的彈性，在明確授權下，賦予行政權一定的規則制定權，亦是不可或缺的。而在不確定法律概念與判斷餘地的討論，亦是試圖在政策執行的最後階段，在控制與操作彈性之間，尋找一個平衡點。

綜上，可知國家政策的形成與執行，既屬於國家權力行使的一部分，則自須受到憲法的拘束，而也唯有靠著這一連串的制衡機制，基本權才不至於受到不當侵害，學生的自我實現，也才有最大開展的可能。

參考文獻

中文部分

- 吳庚（2000）。**行政法之理論與實用**。台北市：作者。
- 吳庚（2003）。**憲法的解釋與適用**。台北市：作者。
- 李惠宗（2002）。**憲法要義**。台北市：元照。
- 周志宏（2001）。受教育是權利還是義務。**月旦法學雜誌**，72，8。
- 周宗憲（譯）（2001）。阿部照哉等著。**憲法（下）——基本人權篇**。台北市：元照。
- 恢復教科書統編本，立院提案通過（2002，12月26日）。**自由時報**，取自 <http://www.libertytimes.com.tw/2002/new/dec/26/today-c9.htm>
- 翁岳生（1982）。論「不確定法律概念」與行政裁量之關係。載於**行政法與現代法治國家**（頁37-71）。台北市：作者。
- 張嘉尹（2001）。論「價值秩序」作為憲法學的基本概念。**台大法學論叢**，30（5），8。
- 許育典（1994）。**論國民教育基本權利之法規範**。國立政治大學法律研究所論文，未出版，台北市。
- 許育典（2002a）。**法治國與教育行政——以人的自我實現為核心的教育法**。台北市：高等教育。
- 許育典（2002b）。論宗教自由的保障與實質法治國的實踐——評司法院大法官釋字第490號解釋。載於劉孔中、陳新民（編），**憲法解釋之理論與實務第三輯**（頁265-353）。台北市：中央研究院。
- 許育典（2005）。**教育憲法與教育改革**。台北市：五南。
- 許宗力（1999a）。行政命令授權明確性問題之研究。載於**法與國家權力**（頁215-268）。台北市：月旦。
- 許宗力（1999b）。論法律保留原則。載於**法與國家權力**（頁117-214）。台北

市：月旦。

許慶雄（1992）。**憲法入門**。台北市：月旦。

童世駿（譯）（2003）。J. Habermas 著。**事實與格式**。台北市：商務。

陳佩琪（1995）。**父母在學校教育上之權利**。國立台灣大學法律學研究所碩士論文，未出版，台北市。

陳敏（2003）。**行政法總論**。台北市：作者。

陳清秀（2000）。依法行政與法律的適用。載於翁岳生（主編），**行政法 2000**（頁 146-221）。台北市：翁岳生。

陳慈陽（2003）。**憲法學**。台北市：作者。

陳新民（1999）。論憲法人民基本權利的限制。載於**憲法基本權利之基本理論（上）**（頁 181-284）。台北市：元照。

顏厥安（2004）。法體系的統一性與多元社會。載於**規範、論證與行動——法認識論論文集**（頁 175-211）。台北市：元照。

顏厥安、周志宏、李建良著（1996）。**教育法令之整理與檢討——法治國原則在我國教育法制中之整理與檢討**。台北市：教育改革審議委員會。

西文部分

Bildungskommission Nordrhein-Westfalen (1995). *Denkschrift der Kommission "Zukunft der Bildung Schule der Zukunft" beim Ministerpräsidenten des Landes Nordrhein-Westfalen*. Neuwied: Luchterhand.

Birk, H.-J. (1981). Schulbuchzulassung- Rechtsfragen der Praxis. In H.-J. Birk, A. Dittmann & M. Erhardt (Hrsg.), *Kulturverwaltungsrecht im Wandel, Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Oppermann zum 50. Geburtstag*. Stuttgart: Boorberg.

Bryde, B. O. (1984). *Anforderungen an ein rechtsstaatliches schulbuchgenehmigungsverfahren*. Frankfurt am Main: Verband der Schulbuchverlage e.v.

Fischer, D., & Rolff, H. G. (1997). *Autonomie Qualität von Schulen und staatliche Steuerung*, Z. f. Pad., S. 537 ff.

Hermann, A. (2001). *Einfuehrung in das Schulrecht*. Darmstadt: Wissenschaftliche

Buchgesellschaft.

Jach, F-R. (1989). *Die Bedeutung des Neutralität- und Toleranzgebotes bei der Entscheidung über die Zulassung eines Schulbuchs zum Unterrichtsgebrauch*, RdJB, S. 464 ff

Jastadt, M. (1989). *Amerkung zum Urteil des, BVerwG, JZ*, S. 142 f.

Nevermann, K. (1993). *Personlichkeit und Schuldemanokratie*, RdJB, S. 194 ff.

Niehues, N. (2000). *Schul- und Prüfungsrecht Band 1*, Munchen: C. H. Beck.

Oppermann, T. (1976). *Nach welchen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? - Gutachten C für den 51. Deutschen Juristentag*. Munchen: C. H. Beck.

Preus, U. K. (1993). *Demokratie und Autonomie*, RdJB, S. 161 ff.

Preus-Lausitz, U. (1997). *Soziale Ungleichheit, Integration und Schulentwicklung*, Z. f. Pad., S. 583 ff.

Rehborn, M. (1986). *Rechtsfragen der Schulbuchprüfung*. In Klaus Stern (Hrsg.), *Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre*, Band 37. Munchen: C. H. Beck.

Richter, I. (1987). *Schule, Schulverfassung und Demokratie*, RdJB, S. 254 ff.

Schefold, D. (1996). *Erziehung als Wertvermittlung im wertpluralistischen Staat*, RdJB, S. 309 ff.