

# 日本憲法爭議（訴訟）問題與暫時救濟訴訟 案例之探討

歐廣南

政治系教授

## 摘 要

舉凡所有包含憲法上爭點之訴訟（含民事訴訟、刑事訴訟以及行政訴訟中涉及憲法爭議在內），按基本人權的實質救濟而論，任何侵害人民基本人權之爭議事件，只要前項爭議事件構成憲法上的司法判斷適合要件，皆可向司法機關提起違憲侵害爭議之訴訟。基於此一原則，故憲法爭議事件，不宜過度拘泥於民事訴訟法、刑事訴訟法或行政訴訟法之規定，因為憲法本身就是最高位階的訴訟法規。據此可知，憲法救濟訴訟才是最終解決所有（含民事、刑事、行政）爭議的歸着點。同時憲法爭議上的暫時救濟制度，其並非憲法訴訟既存的救濟制度，乃指人民提起暫時救濟訴訟的運作過程，而衍生的憲法爭議問題。

本文嘗試以研究日本民事假處分與行政停止執行救濟（含暫時課予義務、暫時禁止執行）訴訟中涉及憲法爭議的案例，諸如：出版品的假處分訴訟、受教權爭議的假處分、宗教信仰上的爭議與假處分問題、集會遊行的許可與停止執行爭議問題、出入境管理的爭議與停止執行問題、暫時課予保育園入園許可義務之爭議與產業廢棄物處理許可之暫時禁止執行的爭議等問題。從日本審理暫時救濟之憲法訴訟案件，適用訴訟原理與裁判基準，以及各級法院長期累積的司法裁判實務經驗，藉以作為我國憲法訴訟研究與借鑑。

**【關鍵詞】**：憲法訴訟、事前救濟、事後救濟、預防救濟、暫時救濟、直接救濟、間接救濟。

# **A Study of the Japanese Constitutional Dispute Lawsuit Questions and Lawsuit Case of Temporary Remedy**

Kuang-Nan Ou

Professor

Department of Political Science

## **Abstract**

This article attempts to study the Japanese civil preliminary injunction and administration suspended execution remedy lawsuit (including giving the duty temporarily, and forbidding to carry out temporarily.), which involves the case of Constitution Dispute, i.e. preliminary injunction lawsuit of publication, preliminary injunction lawsuit for people having the right to receive an equal education, the right to strike on religious belief and preliminary injunction questions, the right to strike on assembly parade's permission and suspended execution questions, the immigration management dispute and suspended execution questions, the right to strike on giving the care garden enrollment in preschool permission duty temporarily, and the dispute to forbid to carry out temporarily about processing permission of abandoned stuff for industry . From Japan's trying the Constitution Lawsuit of Temporary Remedy, is suitable the lawsuit principle and the referee datum, as well as all levels of court long-term accumulation judicial referee practice experience, so as to be the Constitution Lawsuit research and profiting by observing others in our country.

**Keyword: Constitution Lawsuit, Remedy Before the Event, Remedy After the Event, Prevention Remedy, Temporary Remedy, Direct Remedy, Indirect Remedy**

## 壹、憲法爭議（訴訟）與憲法救濟（代序言）

探討憲法訴訟的問題，除了涉及狹義的憲法訴訟程序問題<sup>1</sup>與廣義的憲法實體問題外<sup>2</sup>，更應包含最廣義的憲法救濟的問題在內<sup>3</sup>。在司法一元化的國家<sup>4</sup>，民事訴訟、刑事訴訟以及行政訴訟乃為提起憲法訴訟與憲法救濟之入口<sup>5</sup>。

### 一、權利救濟的概括主義與法院超法規創造憲法救濟之途徑

訴訟當事人因其法律保障之權利，受到不法侵害時，理論上任何人均可向法院機關起訴請求司法救濟。但事實上，法院受到訴訟事項採用列舉主義之限制，若訴訟人所提起之訴訟請求事項，不符法院依法規定之訴訟事項（即法定外之訴訟）<sup>6</sup>。此際，法院往往以不具備訴訟構成要件，駁回當事人之請求。按現代憲法有關權利救濟，係採概括主義之原理<sup>7</sup>，對於侵害法益權利之救濟，理應不受特定訴訟類型的訴訟事項之限制<sup>8</sup>。申言之，此處所云：「概括主義」，係指人民行使訴訟權或權利的救濟問題，似乎不應侷限於特定訴訟類型的出訴事項而已，有關特定性質之行為，並非採「特定訴訟類型之概括主義」，與其如斯，勿寧說是應採「權利救濟的概括主義」，來得適切。正因基於權利救濟概括主義之原理，所以才推論導出，應先有什麼樣的訴訟類型之後，始能針對什麼樣的行為

<sup>1</sup> 參照中谷実編著「憲法訴訟の基本問題」、法曹同人、一九八九年十一月二十五日出版、頁三，芦部信喜著「憲法訴訟の課題」、收錄於同氏著「講座憲法訴訟第一卷」、有斐閣、一九八七年出版、頁一〇。

<sup>2</sup> 參照佐藤幸治著「現代国家と司法権」、有斐閣、一九八八年出版、頁一。

<sup>3</sup> 參照渋谷秀樹著「憲法訴訟要件論」、信山社、一九九九年三月十日初版、頁三以下。

<sup>4</sup> 參照手島孝、中川義朗編著「基本行政法学（第三版）」、法律文化社、二〇〇五年四月二十日出版、頁十三以下。

<sup>5</sup> 附隨審查制之國家，例如英、美、日本等國家，憲法訴訟通常附隨於民事、刑事或行政訴訟事件提起之。

<sup>6</sup> 所謂「法定外之訴訟」係指：「採取法律明文規定訴訟形式以外之訴訟」的總稱也，其內容，往往因各國司法制度之不同而有不同之內涵，前項所稱：「法定外之訴訟」，在我國乃屬不被允許之訴訟，表面上看起來似乎無研究之必要，其實並非如斯，因為法定外之訴訟，亦涉及人民實質權利救濟的問題。

<sup>7</sup> 參照遠藤博也著「取消訴訟の原告適格」、鈴木忠一、三ヶ月章監修「實務民事訴訟講座8行政訴訟」、日本評論社、一九七〇年出版、頁七十五以下。

<sup>8</sup> 參照南博方、原田尚彦、田村悅一編著「新版行政法（2）」、有斐閣、昭和六十年十二月出版、頁一〇二。

對象受理訴訟（救濟），此一先後順序，不應本末倒置<sup>9</sup>。

按前項權利救濟概括主義之理論，我們有必要認真檢討現行法律規定對於不法侵害人民基本權利的救濟方法，是否能符合憲法人權保障之需求。故在憲法救濟人民實質權利之基本原理下，司法機關對於人民基本權利之救濟方法，未必是一層不變的適用法律，應承認其有超法規的創造救濟之作用，此乃符合「憲法救濟」之真諦<sup>10</sup>。諸如：昭和四十七年（一九七二年）的「高田事件」<sup>11</sup>，日本憲法第三十七條（刑事被告的權利）第一項明文規定：「保障刑事被告有請求公平、迅速裁判之權利」<sup>12</sup>。本件被告Y的辯護律師於裁判之初，要求中斷本件之審理，嗣後訴訟關係人對本件裁判並無表示關切或催促訴訟裁判程序之進行，任其放置十五年，完全未見任何有關本案裁判之審理，以致嚴重延誤司法裁判之進度，侵害被告Y受憲法保障迅速裁判之權利。惟前項憲法保障迅速裁判之權利，仍需有補充立法之具體救濟措施。鑒於現行法制上並無前項延誤裁判之具體救濟方法，法院不應以法律無是項救濟規定為由，而封閉前開刑事被告請求權利救濟之途徑，故在實體審查程序上，宜採非常救濟手段，停止本件前項裁判之審理，此乃符合憲法保障人權之意旨。足證基於權利救濟概括主義之原理，在人民權利受到侵害而求救無門時，司法機關於必要之際，得以創造超法規之規定（司法造法），開啓憲法救濟之門，以達確保人民實質權利救濟之真正意義。

## 二、基本人權之侵害與權利救濟問題

憲法賦予司法機關行使刑事訴訟、民事訴訟以及行政訴訟之審判權限，亦即憲法授權各級法院執行司法裁判之權也。又基於前項之憲法授權，司法裁判之概念，當然包括當事人提起訴訟循司法途徑，請求法律救濟之實質內涵。因此，各級法院行使司法裁判之權限，理應包含行使司法救濟權限在內。當人民基本人權受到不法侵害時，利害關係人提起訴訟請求法律救濟，此乃具體實現憲法保障之司法受益權。

訴訟當事人因違反刑法之規定，被列為刑事被告，而被提起公訴所繩繫之法

<sup>9</sup> 同遠藤博也前掲著作「取消訴訟の原告適格」、頁七十五以下。

<sup>10</sup> 參照初宿正典、大石眞、松井茂記等著「憲法 Cases and Materials 憲法訴訟」、有斐閣、二〇〇七年五月三十日初版、頁五一八。

<sup>11</sup> 參照日本最高裁判所（大法廷）昭和四十七年十二月二十日、刑集第二十六卷、第十號、頁六三一。

<sup>12</sup> 參照日本國憲法第三十七條（刑事被告人の諸權利）第一項は「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」と定めている。

令規定，係違憲不當限制人民基本人權之法律時，通常在分散型（附隨）司法審查制之國家，據此，被告即可向普通法院（案件繫屬之法院）提起憲法訴訟，主張適用法律違憲無效，同時藉由前項憲法訴訟，請求法院判決該當法律違憲，俾使被告獲得無罪判決之司法救濟。然而上開憲法救濟之訴訟適格要件，即訴訟當事人須有違反法律之行為，且被列為刑事被告之後，始具有訴訟當事人適格，方可提出法律違憲訴訟之聲請。在此訴訟適格之前提要件下，就採「法令事後合憲性審查」<sup>13</sup>的國家而言，對於法令違憲侵害人民法益，顯然欠缺權利的實質救濟之效用。我國雖非屬前項分散型（附隨）司法審查制國家，但司法院大法官受理違憲審查之要件，亦屬法令事後合憲性審查之類型<sup>14</sup>，故前述有關分散型司法審查國家的權利救濟缺陷，似乎仍舊存在。例如：大法官釋字第二六三號解釋、釋字第四七六號解釋等，均屬國家刑罰權與特別刑法規範之合憲性爭議問題，然而釋憲的結果，却與當時聲請釋憲的利害關係人所提出請求權利救濟之期待，落差甚遠。

若以日本憲法訴訟為例，日本國會立法通過限制基本人權之法律案，而且該項立法，實際上亦成為行政機關依法行政之法源依據，並據此作出各種適用法律之行政處分。此際，若非人民有違反前項立法之行為，因而被起訴者，原則上不得提起法律違憲之訴求。同時就行政訴訟而論，依行政事件訴訟法之規範，顯然在訴訟的地位上，對提起訴訟之原告（人民），並非十分有利。除此之外，在提起行政訴訟的入口要件方面，其規範亦十分嚴苛，而且訴訟繫屬中，又不允許原告提出暫時救濟之聲請<sup>15</sup>，諸如此類種種不合理之限制規範，往往使原告想藉由提起行政訴訟勝訴之途徑，獲得權利救濟的機會，幾乎微乎其微。如斯情景下，國家賠償訴訟制度的設置，對於基本人權之救濟，確實扮演十分重要的角色與功能。惟國家賠償法制，斟酌而言之，該法只不過是私法的特別法<sup>16</sup>。簡單的說，國

<sup>13</sup> 參照吳庚著「行政法之理論與實用」（增訂七版）、三民書局、民國九十年八月出版、頁七十一。吳教授指出法令違憲審查權制度有抑制性規範審查與預防性規範審查之分。法令的事後合憲性審查，即屬前者抑制性規範審查。

<sup>14</sup> 除憲法第一一四條規定省自治法係採法令事前合憲性審查外，餘參照司法院大法官審理案件法第五條至第七條之規定。

<sup>15</sup> 參照日本行政事件訴訟第四十四條（仮処分の排除）は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事保全法に規定する仮処分をすることができない」と規定されている。我國行政訴訟法第二九九條（假處分之限制）之規定旨意，亦同。

<sup>16</sup> 參照日本國家賠償法第四條（民法の適用）は、「国又は公共団体の損害賠償の責任については、前三条の規定による外、民法の規定による」とされているが、なおさら、同法第五条（他の法律の適用）は、「国又は公共団体の損害賠償の責任については、民法以外の他の法律に別段の定めがあるときは、その定めるところによる」と規定されている。我國國家賠償法第五條、第六條亦為類似之規定。

家賠償法的賠償要件，僅針對侵害私法上的權利或利益實施賠償，因此，縱使政府機關或公務員侵害憲法保障人民之基本人權，亦未必皆可直接依法請求國家賠償。況且，憲法保障的基本人權係屬公法上的權利，並非私法上的權利，不適合以請求私法上的賠償或救濟之思維模式，來思考問題。然而司法裁判機關，往往將侵害憲法保障的基本人權，視為侵害私法上的權利（諸如：私法上的人格權等）般處置，據此認定上開侵害行為構成國家賠償，實有積非成是之嫌<sup>17</sup>。又國家賠償法規定，須公務員執行公權力，有故意、過失或怠忽職責而侵權者，始構成國賠要件。總而言之，公務員之職務行為，縱有違憲侵害人民的基本人權，若非其基於故意、過失或怠忽職守者，人民的權益損失，仍舊無法獲得救濟。

再則，行政事件訴訟法之規範，若未允許設置課予義務之訴訟，而此種欠缺或未盡完善之訴訟規範，其本身就是否定憲法上課予義務的實質權利救濟機制。如斯，不但侵害司法權，更侵害人民依法請求救濟的訴訟權。故司法裁判機關依據憲法上的規定，當然有權命令行政機關禁止執行特定行為或課予其執行特定作為之義務。甚至在美國的憲法訴訟制度上，對於適用法律有違憲之疑慮時，人民得提起預防性訴訟，請求確認法律違憲或禁止執行前項違憲之法律。而諸如此類之訴訟，通常循民事訴訟、刑事訴訟或行政訴訟提出，這也是人民行使司法救濟權的重要保障之一。就人民實質的權利救濟而論，若司法審查缺少前述預防性訴訟制度之設計，顯然在司法裁判制度上，對於人民基本人權之救濟，仍嫌有未盡完善之處。

總而言之，理論上，只要有不法侵害人民基本人權之情事，而前項侵害已構成提起憲法上的司法判斷適合性要件，權利利害關係人理所當然可以據以提出違憲爭議之訴訟。此際，司法裁判機關亦不應拘泥是否符合民事訴訟法、刑事訴訟法或行政訴訟法之訴訟類型、要件等實定法之規範，一切應以救濟人民的實質權利為優先考量，將憲法之規範視為最上位的訴訟法規。同時亦應堅持惟有徹底貫徹憲法保障人民訴訟權的司法審查理念，人民的基本實體權利，方能有效獲得救濟。又如前所云，雖然侵害人民基本人權之救濟，未必盡能符合法定訴訟要件，乃至有抵觸訴訟法規之訴訟或救濟事項，而前項實定訴訟法所規定的訴訟要件、訴訟類型等形式上的立法規範，其本身亦應屬於司法審查的範疇之一。因此，司法裁判機關不能基於必須遵守「依法審判」之原則，而受限於實定訴訟法規之羈絆。換言之，即使是法定外之訴訟（含訴外裁判在內），只要訴訟當事人提出防禦或回復實體基本權利之訴訟，均應受憲法的保障，予以公平、公正、公開與迅

---

<sup>17</sup> 參照松井茂記著「日本國憲法（第2版）」、有斐閣、二〇〇二年七月三十日出版、頁一二四以下。

速的裁判，俾以確保人民的司法救濟權益<sup>18</sup>。

## 貳、民事假處分救濟與憲法爭議：

### 一、出版品的假處分訴訟

出版自由 (freedom of press)，指藉由出版來表現意思形態之自由，係屬憲法保障最傳統也是最基本的自由權之一。隨著科學技術的進步，印刷、出版的樣式亦走向多元化，舉凡繪畫、音樂、電影、戲劇、電視、廣播、網路 (internet) 等所有的精神作用表現皆涵蓋於此<sup>19</sup>。出版不僅是言論表現自由的一環，更涉及財產、名譽、隱私權、人格權等利益在內。故利益關係人以出版物品侵害前項財產、名譽、隱私權、人格權等利益，進而提起民事訴訟，並請求禁止該當出版品事前出版之假處分救濟，因此引發所謂表現自由禁止事前抑制、事前檢閱之違憲爭議。以下可藉由幾個司法訴訟判例，探討有關出版物侵害人格權、隱私權之假處分救濟問題。

日本芥川賞名作家 Y (柳美里) 於文藝月刊雜誌 (新潮) 登載題名為「石裡游泳的魚 (石に泳ぐ魚)」小說，其主題陳述的主要人物「朴里花」係以描叙原告 X (日本出生的韓國女性) 的人生境遇為故事內容<sup>20</sup>。因此，侵害原告 X 的人格權，原告除提起損害賠償外，並請求禁止本件小說發行之假處分。平成十四年 (二〇〇二年) 日本最高法院 (第三法庭) 判決：「人格的價值乃屬法律保護極為重要的法益，其與物權同樣具有排他性之權利。因此，人格價值被侵害人，得基於人格權之保護，對加害者現行正在侵害之行為加以排除，又為預防其將來產生之侵害，得請求禁止其侵害行為」，・・「故能預知明確的侵害行為，而其侵害行為有使被害者蒙受重大損失之虞，且事後回復不可能乃至有顯著困難時，事前的禁止處分應予肯定」<sup>21</sup>。同樣的「北方 JOURNAL 訴訟事件」<sup>22</sup>，本件雜誌 X 登

<sup>18</sup> 參照棟居快行著「人權論の新構成」、信山社、一九九二年出版、頁二九二。

<sup>19</sup> 參照樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂著「注釈日本国憲法 (上卷)」、青林書院、平成三年六月二十八日出版、頁四五九。

<sup>20</sup> 參照浦部法穂、戸波江二編著「憲法 (法科大学刑ケースブック)」、日本評論社、二〇〇五年七月二十日出版、頁二二一。

<sup>21</sup> 參照日本最高裁判所 (第三法庭)、平成十四年九月二十四日、判例時報第一八〇二號、頁六〇。

<sup>22</sup> 參照野中俊彦、江橋崇編著「憲法判例集 (第六版)」、有斐閣新書、一九九三年四月二十五日出版、頁七十六。「昭和五十四年四月の北海道知事選の立候補予定者、当時の国会議員 (社会党) Y は、かねてから X の発行する政界情報誌『北方ジャーナル』が Y を誹謗する名譽

載毀謗北海道知事選舉候選人Y（社會黨國會議員）名譽之報導，昭和六十一年（一九八六年）日本最高裁判所（大法庭）判決：「1. 法院對於出版物裁決之假處分與事前檢閱無關。2. 公共利益事項，例外允許實施假處分，並無違憲。3. 本件假處分允許未經審訊程序的假處分，係屬例外事例，亦無違憲之情事」<sup>23</sup>。名小說家三島由紀夫出版「宴之後」<sup>24</sup>的訴訟事件，昭和三十九年（一九六四年）東京地方裁判所判決：「隱私權乃屬人格權之一，此處所云隱私權，即指私生活禁止隨意公開，乃受法律保障之權利也，被害者當然有權請求禁止侵害行為之假處分，以及損害賠償之求償權」<sup>25</sup>。電影「Eros+虐殺」<sup>26</sup>禁止上映假處分訴訟事件，昭和四十五年（一九七〇年）東京高等裁判所判決：「事前禁止出版之假處分的判斷基準，特別是小說、戲劇、電影等作品侵害個人名譽、隱私權時，對於前項侵害行為之預防或排除請求權存在與否，應考量保護個人尊嚴及追求幸福之權利與保障表現自由的關係，就具體的事件，實施比較衡量裁決之」<sup>27</sup>。其他有關禁止書籍、雜誌販賣之假處分訴訟事件，尚有昭和五十一年（一九七六年）「革新汚職中傷訴訟事件」<sup>28</sup>，平成九年（一九九七年）「寶塚歌劇團訴訟事件」<sup>29</sup>等。

## 二、私立學校受教育權爭議的假處分訴訟

受教育的權利乃為社會權（生存基本權利）之一，其內容係以學習權為中心，同時擁有自由權與生存權二種性質<sup>30</sup>。私立學校依校規、學則對在學學生實施懲

---

毀損の記事を掲載するたびに雑誌の販売禁止の仮処分を申請し、認められてきた」。

<sup>23</sup> 參照日本最高裁判所（大法庭）、昭和六十一年六月十一日、民集第四〇卷、第四號、頁八七二。

<sup>24</sup> 參照野中俊彦、江橋崇前編著「憲法判例集（第六版）」、頁七十三。

<sup>25</sup> 參照日本東京地方裁判所、昭和三十九年九月二十八日、下民集第十五卷、第九號、頁二三一七。

<sup>26</sup> 參照野中俊彦、江橋崇前編著「憲法判例集（第六版）」、頁七十五。「政治家神近市子は、映画『エロス+虐殺』が、彼女と大正期の社会運動家大杉栄らの人間関係や傷害事件を素材にし、その上映によって名誉、プライバシーが侵害されるとし、上映禁止の仮処分を求めた訴訟である」。

<sup>27</sup> 參照日本東京高等裁判所、昭和四十五年四月十三日、高民集第二十三卷、第二號、頁一七二。

<sup>28</sup> 參照日本東京地方裁判所、昭和五十一年三月十一日、判例時報、第八〇九號、頁六十二以下。

<sup>29</sup> 參照日本神戸地方裁判所尼崎支部、平成九年二月十二日、判例時報、第一六〇四號、頁一二七以下。

<sup>30</sup> 參照佐藤功著「憲法国憲法概説（全訂第二版）」、學陽書房、一九八〇年出版、頁、以及奧平康弘著「教育を受ける権利」、収録於芦部信喜編「憲法Ⅲ—人権2」、有斐閣、一九八一年

戒處分，特別是休（停）學、退學等重大變更在學學生身分之處分，因其涉及損害學生的受教育與學習之權利，而前項懲戒處分的合理性與合憲性的爭議明確，在訴訟判決確定前，利益關係人提出聲請暫定狀態（學生身分）之保全假處分，諸如此類有關懲戒處分之暫時救濟訴訟問題，可從下列訴訟案例，窺其一斑。

「昭和女大學生退學事件」<sup>31</sup>，本件原告私立女子大學在學學生X，於昭和三十六年（一九六一年）十月，發起反對「政防法」簽名運動，因此違反同大學「生活規範（要錄）」，遭退學之處分，X提起確認學生身分之訴訟，並聲請暫定狀態之假處分。第一審勝訴，第二審敗訴，第三審日本最高裁判所作出下列三項重大判決：「1. 憲法保障之自由權規定，僅針對國家或公共團體與個人之間的關係，實施規範，至於私人相互間的關係，當然不適用，甚至亦不應類推適用。2. 大學不分國公、私立均屬教育學生與學術研究為目的之公共設施，即使法律無特別明文規定，為達成前項設置目的，得制定學則規範在學學生，乃屬學校『概括權責』，其內容符合社會通念合理之範圍，學校有裁量自主權，而學生亦有遵守之義務。3. 本件『生活規範』內容合理，前項退學處分亦未逾越懲戒權者之裁量範圍」<sup>32</sup>。其次是平成三年（一九九一年），私立高中違反學校「機車三不原則（不考照、不購買、不騎乘）」，遭到學校勸導自主退學訴訟事件。原告以前項校規違法、違憲，依據前項規定之退學處分無效，進而提起訴訟。本件日本最高裁判所判決：「1. 私人相互間的關係，不適用憲法基本權之保障規定。2. 退學處分與其他懲戒處分不同，乃屬剝奪學生身分之重大處分，當該學生未見改善之可能時，在社會通念上而論，將其排除於學校之外，係屬教育上情非得已之處置，僅限於此種情形下，始可選擇退學處分，故前項退學處分事由，應採限定列舉事項。3. 勸導自主退學非該當學校教育法上之退學處分，非系爭歸責之事項。原審法院依上訴人的行為態度、反省狀況與家庭的配合協力程度等事實關係，確認本件勸導自主退學處分，非屬違法之原審判決，並無不當，理應予以肯定、確認」<sup>33</sup>。類似退學處分的假處分訴訟事件，尚有平成三年（一九九一年）「私立修德高校的捲髮退學訴訟」<sup>34</sup>，平成八年（一九九六年）「神戶市立中學的剃平頭與外出服裝限制的退學處分事件」<sup>35</sup>等，日本司法判決的立場，均依循往昔的1. 退學處分是

---

出版、頁三八二以下。

<sup>31</sup> 參照野中俊彦、江橋崇前揭編著「憲法判例集（第六版）」、頁二十八。

<sup>32</sup> 參照日本最高裁判所、昭和四十九年七月十九日、民集第二十八卷、第五號、頁七九〇。

<sup>33</sup> 日本最高裁判所第三小法廷、平成三年九月三日、判例時報第一四〇一號、頁五十六。

<sup>34</sup> 日本東京地方裁判所、平成三年六月二十一日、判例時報第一三八八號、頁三。（修德高校パーマ退学訴訟）

<sup>35</sup> 日本最高裁判所第一小法廷、平成八年二月二十二日、判例時報第一五六〇號、頁七十二。（神戸市立中学丸刈り等校則事件）

教育上情非得已之措施，在社會通念合理之範圍內，屬各學校之裁量權。2. 憲法的基本人權之保障規定，不直接適用以及類推適用於私人相互間的關係規範等判例法理，並無新的創見與見解。惟退學處分乃為剝奪學生身分與學習權之重大處分，且學習權又同時具備自由權與生存權二種性質，將禁止騎乘機車三原則、限制頭髮、服儀，禁止參與校外政治性署名運動，甚至限制在學學生結婚等事項（憲法、法律允許之行為）與竊盜、傷害、吸毒等犯罪事項（法律禁止之行為），同樣（等價值）列入學校的生活規範內實施規範，違反者一律施以退學處分。如斯的學校生活規範，是否仍屬各學校的合理裁量範圍，顯然當憲法保障的基本人權價值，受到不法侵害時，又豈能有國公立與私立學校不同適用基準之存在，諸如此類在學學生的受教育權益與聲請確保身分之假處分救濟問題，不得不應予重視與慎重檢討之必要。

### 三、宗教上的紛爭與假處分訴訟

宗教信仰自由應包括 1. 宗教（宗教教派）的自由，與 2. 信教的自由。換言之，任何人於其內心，皆有信仰特定宗教或不信仰任何宗教之自由<sup>36</sup>。若按宗教信仰自由的內涵而論，整體上應涵蓋 1. 信仰的自由，2. 宗教上的行為（儀式、活動）自由，3. 宗教上的結社自由<sup>37</sup>。其中宗教法人的設立，乃至宗教團體（社團）取得政府機關的認證，賦予宗教法人人格等，應與宗教結社自由無關聯，此即所稱的「政教分離原則」<sup>38</sup>。簡言之，禁止國家（世俗權力）與宗教相結合，也就是「上帝的歸上帝，凱撒的凱撒」。在宗教世俗規範的部分，特別是宗教團體內部紛爭事件，不但涉及憲法保障的信教自由問題，甚至連爭議事項內容亦涉及教義、信仰的價值、宗教習慣、宗教財產等出世與入世問題，十分複雜。然而為數不少的宗教爭議事件，在內部團體無法獲得解決時，往往祇能訴諸司法裁判（救濟），諸如此類的宗教爭議事件，藉由司法的仲裁是否能獲得最終的解決，以下列舉數個訴訟案例，說明如次：

#### 1. 信徒的宗教活動與信教自由的假處分訴訟

原告為 A 宗教法人之信徒 X 等人，參加該宗教法人於各地區分部之設施（講堂）每月例行舉辦的讀經會，為同宗教法人之職員 Y 等拒絕。因此，原告 X 等基於信教自由與宗教活動（儀式）自由等所謂的「宗教人格權」，請求除去妨害本

<sup>36</sup> 參照佐藤功著「憲法（新版ポケット注釈全書、上）」、有斐閣、一九八三年出版、頁一四五。

<sup>37</sup> 參照芦部信喜編著「憲法Ⅱ—人權（1）」、有斐閣、一九七八年出版、頁三一九。

<sup>38</sup> 參照佐藤幸治著「憲法（現代法律學講座）」、青林書院新社、一九八一年出版、頁三四二。

件建築物使用之假處分。本件日本大阪地方裁判所平成九年(一九九七年)判決：「I、參加本件建築物例行舉行的讀經法會等活動，乃為該宗教法人所屬會員最低限度的基本宗教活動。II、雖然X等未繳納會費乙情，誠屬遺憾，惟逕行拒絕X等參加讀經會活動之行為，等同於未經除名手續，即開除其會員之資格，故Y前項之拒絕行為逾越權利行使之正當範圍，業已侵害原告X等信教自由與宗教活動自由，認定X等聲請排除妨害本件建築物使用之假處分成立」<sup>39</sup>。

### 2. 基於信仰上的理由拒絕輸血之假處分訴訟

本案債務者Y與債權者X等互為親子關係，債務者Y(子)罹患左大腿骨骨肉腫癌，必須實施(早期)切除手術合併輸血醫療，以防止癌細胞擴散移轉。Y乃為基督教「耶和華的證人」之信徒，基於信仰上的理由拒絕輸血醫療。患者之雙親X等，認為拒絕前項醫療行為乃與自殺行為無異，因此，基於保護患者之生命，遂向法院提起實施左脚切斷手術醫療之假處分訴訟。日本大分地方裁判所判決：「I、所謂親屬權包括：A享受平穩的親族關係，B追求與保持親族關係的幸福，C期待將來履行扶養義務之期待權。II、本件患者拒絕前項輸血醫療行為，有可能侵害雙親的親屬權。III、本件患者拒絕輸血醫療的手段、態樣與其他醫療方法的存在與否，實施比較衡量的結果，判定患者拒絕輸血醫療，尚不能稱有侵害雙親享有前項親屬之權利與利益，故本件假處分不具備被保全權利，X等前項之聲請駁回」<sup>40</sup>。

### 3. 宗教教義上的爭議訴訟

創價學會(Y)之會員X等，為響應Y興建正殿供奉「一閻浮提總與御本尊(板本尊)」，以利宣揚日蓮正宗教義與布教活動(儀式)，於是實施會員供養金募款之捐贈活動。事後X等察覺「板本尊」為偽物，故主張捐贈目的之重要要素錯誤無效，請求返還前項捐贈款。日本最高裁判所判決：「在判斷本件捐款目的之重要要素是否有錯誤之際，必然涉及宗教信仰對象，即I、宗教上的價值判斷，以及II、宗教的教義判斷等問題，不論以上任何一種情形，就性質上而言，畢竟無法藉由法令之適用，獲得最終的解決。故判決本件之紛爭，非屬裁判法上規定的法律之爭訟，駁回原告之聲請。本件之假處分，當然亦隨本案訴訟敗訴而確定」<sup>41</sup>。

<sup>39</sup> 日本大阪地方裁判所、平成九年九月十七日、判例時報第一六四九號、頁一三九。

<sup>40</sup> 日本大分地方裁判所、昭和六十年十二月二日、判例時報第一一八〇號、頁一一三。

<sup>41</sup> 日本最高裁判所、昭和五十六年四月七日、民集第三十五卷、第三號、頁四四三。

## 參、行政停止執行（含暫時課予義務、暫時禁止執行）救濟與憲法爭議

鑒於為防止行政活動之停滯、以及迅速、圓滿達成行政目的，基本上行政處分採即時生效原則，亦即行政執行不停止原則，惟有在事後救濟困難時，例外允許停止執行。然而聲請停止執行訴訟的要件（以下含暫時課予義務與暫時禁止執行訴訟，在程序上與實體要件，具有共通性），必須符合 1. 本案訴訟繫屬中，2. 避免事後回復困難之緊急必要，3. 不得有重大影響公共福祉之虞，以及 4. 顯然本案訴訟無理由等消極要件。但聲請行政停止執行訴訟的系爭事項，若涉及憲法上的爭議時，是否依然適用前項訴訟要件？關於此項問題，在現行法上並無明確規範，故可藉由下列行政訴訟判例，作進一步探究形成憲法價值的具體化過程。

### 一、停止執行救濟

#### 1. 集會遊行與暫時救濟爭議

集會遊行乃憲法保障的表現自由之一，原則上集團示威遊行之申請係採許可制，然而依法令（日本公安條例）之規定，比較傾向採實質報備制<sup>42</sup>。據此，有關集會遊行之不許可處分，理論上應視為禁止命令之一種（即終止集會遊行之實施），若前項禁止命令停止執行時，原先申請之集會遊行，即可立即回復至適法（許可）可以實施之狀態。而且前項集會遊行之申請，若受拒絕時，不僅可以提起撤銷不許可處分之訴訟，同時在本案訴訟判決確定前，如不允許其實施暫時救濟訴訟（停止執行），一旦逾越預定實施日期（逾期），則立即喪失訴訟之利益（事後難以回復之損失），故在判例上（一九六七年東京都公安條例判決）認定：「聲請集會遊行不許可處分之停止執行救濟乃為適法行為」<sup>43</sup>。

#### 2. 出入境管理與暫時救濟爭議

外國人申請延長在日本居留期間，而前項申請受到不許可處分時，理論上受處分之利害關係人提出停止執行前項不許可處分救濟訴訟，雖然該項聲請停止執行，並不能變更前項不許可，另行創造出許可狀態之處分，但就申請者而言，在確認前項申請之前，即使逾期居留，至少無不法居留的法律責任問題。因此，停止執行不許可處分之效力，乃回復申請者之相關法律狀態也，應具聲請救濟之利

<sup>42</sup> 參照宇賀克也前揭著作「行政法概說Ⅱ、行政救濟法」、頁二五七。

<sup>43</sup> 日本東京都地方裁判所、昭和四十二年十一月二十七日、行集第十八卷、第十一號、頁一四八五。

益。例如：一九七七年的日本最高裁判所「印度難民更新居留期間訴訟」<sup>44</sup>，一九八〇年東京地方裁判所「遣返持台灣簽證之寮國華僑」<sup>45</sup>事件等。

### 3. 公立保育園入園設施變更處分與暫時救濟爭議

在附帶使用期限的保育園入園設施，因其使用期限屆滿，必須變更新入園設施。本件利害關係人若聲請停止執行前項更新變更案，在使用期限屆滿時，原有舊設施仍應繼續使用，而原先已入園兒童之入園期限亦應隨之更新，且預定更新之保育園入園設施，並不因期限之屆滿而消滅其效力。此際，保育園設施之有權者，若拒絕兒童監護人的更新申請或以要求離（退）園所之方法，作為前項期限更新處分之要件時，前項入園之效力，始消滅。故停止執行更新變更處分之效力，亦即回復至從前（變更處分前）入園設施更新申請案，尚未處分之狀態，所以即使在附帶使用期限屆滿之後，本件兒童依舊可在原有保育設施入園、學習。因此，本案具有聲請停止執行救濟之利益（一九八八年大阪高等裁判所判決）<sup>46</sup>。

### 4. 公立高等專門學校退學懲戒處分與暫時救濟爭議

神戶市立工業高等學校在學學生X，基於宗教（基督教耶和華的證人）信仰上的理由，拒絕履修體育課劍道科目，招至二年連續留級處分後，學校復依校規認定該生符合「學業成績劣等且無畢業之可能」之退學要件，進而處以退學之處分。原告X即以前項各處分違法、違憲為由，提起撤銷留級以及退學處分之本案訴訟，同時並提出前項各處分停止執行之救濟。第一審、敗訴（處分合法、停止執行訴訟駁回）。第二審、事件合併審理，認定前項各處分逾越裁量權之範圍，違法無效，廢棄第一審之判決<sup>47</sup>。本件上訴至最高裁判所於一九九七年判決：「被上訴人因宗教信仰上的理由，拒絕履修體育課之劍道科目，除此之外，其他科目成績優越，仍處以留級，乃至最後招至退學之處分，此乃明確構成被上訴人之利益有極為重大之損害。．．又本件上訴人（校方）對於無故拒絕履修劍道科目與基於宗教信仰上的理由而拒絕履修劍道科目，兩者之間的處置措施，完全無從區分。而且本件並非無其他代替措施之可能，然而學校却未有檢討代替之措施，逕行採用體育課任課教師之評分，處以留級處分。甚至留級的主要原因與該生整體學業成績亦未有斟酌衡量，二年連續處分被上訴人留級，最後復以『學業成績劣

<sup>44</sup> 日本最高裁判所、昭和五十二年三月十日、判例時報第八五二號、頁五十三。

<sup>45</sup> 日本東京地方裁判所、昭和五十五年六月二十七日、判例時報第九七三號、頁八十三。

<sup>46</sup> 日本大阪高等裁判所、平成元年八月十日、行裁第四十卷、第八號、頁九八五。「児童福祉法二十四条に基づく保育所入所措置に付した期限の満了に当たって入所保育所の変更がなされた場合、直前の入所措置の期限の更新と入所措置の実施方法の変更がなされたものとして、処分の効力の停止を求める利益がある」。

<sup>47</sup> 參照松戸秀典、初宿正典著「憲法判例」有斐閣、二〇〇六年一月三十日第四版補訂二版、頁一二四。

等且無畢業之可能』，施以退學之處分。上訴人前項退學處分措施，實屬應考慮之事項未考慮，又考慮事項欠缺合理性，故判決本件前項各處分逾越裁量權範圍，乃屬違法之處分」<sup>48</sup>。

## 二、暫時課予義務與暫時禁止執行救濟

法院作出「暫時課予義務」之裁決，此項判決係法院針對行政機關命令其暫時必須為特定作為義務之處分或裁決。同時暫時課予義務判決與停止執行裁決相同，對行政機關具有拘束力。換言之，行政機關必須遵守法院之判決命令完成特定作為義務之處分或裁決。例如：「町立幼稚園」拒絕許可身體殘障之幼兒入園學習，本案於平成十七年（二〇〇五年）德島地方裁判所判決：「町立教育委員會濫用不許可之裁量權，為回避事後無法彌補之損害，有暫時課予入園許可之作為義務」<sup>49</sup>。

其次關於「暫時禁止執行」之裁決，亦即法院對行政機關作出暫時禁止執行特定處分或裁決之命令，而行政機關亦有服從前項判決命令之義務及拘束力。例如：暫時禁止執行「產業廢棄物處理業之許可」<sup>50</sup>爭議救濟問題等是也。

以上分別以日本民事上的假處分與行政上的停止執行等暫時救濟訴訟涉及憲法爭議的案例，實施研討分析，其中關於假處分救濟制度，不論民事訴訟（私法）上的假處分或行政訴訟（公法）上的假處分（停止執行），以及憲法訴訟（含公法與私法）上的假處分救濟，基本上應該有所區分。一般而言，民事上的假處分或行政上的假處分救濟之聲請，必須符合 1. 須有被保全利益之存在，2. 須有被保全之必要性等要件。然而憲法訴訟上假處分救濟是否亦適用前項一般保全要件呢？理論上，雖然附隨司法審查制國家（日本），提起民事、刑事以及行政訴訟乃為憲法訴訟之入口，一般民事、行政訴訟上的假處分救濟與憲法訴訟的假處分救濟，原則上亦應採用與前述一般要件相同的裁判基準：1. 被保全利益與 2. 被保全之必要性。惟憲法訴訟上的假處分，例如表現自由（出版自由）等因涉憲法禁止事前抑制原則，故日本最高裁判所例外又課予 1. 真實性、2. 公益性、3. 回復困難性等三要件<sup>51</sup>。另外關於保全訴訟的程序是否亦有本案化之需求，因為略式、簡易、迅速的處理紛爭方式，事實上並無法深入問題核心，因此是否能實現憲法價值與形成憲法秩序，亦屬值得思考的問題。又我國大法官釋字第五八五

<sup>48</sup> 日本最高裁判所第二小法廷、平成八年三月八日、判例時報第一五六四號、頁三。

<sup>49</sup> 日本德島地方裁判所、平成十七年六月七日、判例地方自治第二七〇號、頁四十八。

<sup>50</sup> 日本大阪地方裁判所、平成十七年七月二十五日、判例地方自治第二七五號、頁十七。

<sup>51</sup> 參照前揭註 100「北方 JOURNAL 訴訟事件,最高裁判決」。

號解釋亦採憲法爭議上的保全制度應有別於民事、行政訴訟上的保全訴訟理念，惟其解釋實務的適用基準，亦大抵與民事、行政訴訟的暫時救濟要件一致。鑒於我國涉及憲法爭議的暫時處分解釋案例，並不多見（尚處於起步階段），從比較法學研究的觀點，日本的憲法訴訟經驗的確值得參考。

## 肆、結論

本文研究的案例涉及公法與私法、公法人與私人、乃至私法人與私人之間的爭執，其間的利益衝突，有公益與私益，甚至私益與私益之中亦含有公益（憲法上的利益）的問題，所涉及的範圍以及問題的層面十分廣泛複雜，必須就個別具體事件，透過憲法裁判方式，逐一確認，此乃研究憲法訴訟具體實現實質權利救濟的最終目的。又儘管諸如前述問題的探討，皆以日本附隨審查的憲法訴訟理論為中心，在實際上雖與我國的大法官釋憲制度有很大的落差，但有一點却可以確認的是，至少憲法爭議問題透過司法訴訟、甚至憲法裁判的途徑，請求權利救濟，來具體實現憲法價值或形成憲法秩序，其所適用的憲法保障基本人權之原理與司法救濟的基本理念，絕不會因制度不同而有所差異。特別是憲法訴訟上的暫時救濟問題，此乃相當於我國大法官釋字第五八五號解釋、第五九九號解釋、第六一三號解釋等之後，所形成的暫時性救濟（緊急處分）問題，而前項暫時性救濟的爭議，在我國係屬新形成的憲法救濟問題，此一類型的爭議案例，不僅在司法院大法官會議繫屬的釋憲案件並不多見，而且亦尚處於陌生與摸索的階段。故隣國日本審理暫時救濟之憲法訴訟案件，在適用訴訟原理與裁判基準上，以及各級法院長期累積的司法裁判實務經驗，確實值得我國研究與借鑑。

（投稿日期：97年11月19日；採用日期：98年2月8日）

日本憲法爭議（訴訟）問題與暫時救濟訴訟案例之探討