

《憲法與行政法》

一、甲與乙在臉書上發生口角，甲寫下：「你的留言，只能用無腦加混杖忘拔旦形容」，乙則以「你腦殘、龜孫子啊」回應。兩則留言均有數以百計的網民按讚或笑臉。甲認為乙之言語對其構成公然侮辱，立即對乙提出刑事告訴，乙也以公然侮辱的罪名直接對甲提起刑事自訴。法院對於乙自訴甲之案件，於一年內經兩審判決無罪確定。無罪判決理由主要為：目前已是網路時代，法院對於人民在網路上隨興寫下的情緒性文字，應避免以刑罰予以制裁，以免浮濫；本案中甲的用語是在形容乙的留言，不是指稱人身。即使過去曾有法院判決認為「王八蛋」之用語足以構成公然侮辱罪，但是「混杖忘拔旦」與「混帳王八蛋」之用語仍有不同，前者比較像是開玩笑，未必確有侮辱的意思；數百人按讚或笑臉也可證明確實有人覺得是句好笑的玩笑話，因此判甲無罪。在甲對乙告訴之案件，檢察官依刑法 309 條第 1 項對乙提起公訴，地方法院並依上述規定判處乙拘役 1 個月，判決理由略為：「腦殘」是污衊人格的歧視性用語，「龜孫子」則不但是在辱罵甲本人，而且辱及甲的直系血親尊親屬，為維護社會良善風氣，應認乙之言詞已非自我防衛的正當方法。又數以百計的網友按讚或笑臉回應，也足以顯示其公然散播於眾的程度，並非輕微。乙對上述地方法院判決提起上訴，高等法院合議庭審理後，不僅未認為法律違憲，且維持原審有罪判決確定，乙遂自行聲請司法院大法官解釋憲法。假設司法院大法官受理乙之聲請案後，作成解釋，宣告刑法第 309 條第 1 項違憲，並要求立法機關自解釋公布日起二年內檢討修正。逾期未修正者，上述規定失其效力。請問：

- (一)假設你是乙在上訴審時聘請的律師，擬在上訴理由中主張：法院對於刑法第 309 條第 1 項之解釋及適用，應符合憲法保障人民言論自由之意旨。請說明分析法院應如何解釋並適用刑法第 309 條第 1 項，才能符合憲法保障人民言論自由之意旨。(30 分)
- (二)假設你是乙在上訴審時聘請的律師，另在高等法院審理時主張刑法第 309 條第 1 項違憲，違反憲法保障的言論自由，並同時主張「侮辱」一詞，違反法律明確性原則。擬請求高等法院法官停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋刑法第 309 條第 1 項違憲。請以法官聲請釋憲之立場，說明聲請釋憲主旨及理由，以供法官對刑法第 309 條第 1 項聲請釋憲之參考。(40 分)
- (三)假設乙在知悉司法院大法官作成上述違憲宣告解釋後，在二年之修法期限屆滿前，請問：乙對其已確定之有罪判決，有何救濟途徑？又假設乙因另案涉及公然侮辱罪，為法院在上述解釋公布日之翌日，依刑法第 309 條第 1 項判處拘役 1 個月確定（下稱第二件確定判決），請問：在二年修法期限屆滿前，乙可否依據上述解釋，對於第二件確定判決，主張何種救濟途徑？(30 分)

參考法條

刑法

第 309 條第 1 項：「公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。」**第 2 項：**「以強暴犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」

司法院大法官審理案件法

第 8 條第 1 項：「聲請解釋憲法，應以聲請書敘明左列事項向司法院為之：一、聲請解釋憲法之目的。二、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文。三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解。四、關係文件之名稱及件數。」

命題意旨	本題的主要爭點是刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪之合憲性，以及在違憲定期失效宣告下，釋憲所涉及之具體個案，究竟應如何救濟之問題。
答題關鍵	第一小題：並非傳統的違憲審查考題，而係要求立於上訴二審之辯護人之立場，請求法官依據憲法解釋刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪之構成要件，以符合憲法保障言論自由之意旨。 第二小題：亦非傳統的違憲審查考題，一樣係要求立於上訴二審之辯護人之立場，但請求者有所不同，乃係請求法官裁定停止訴訟程序，進而聲請釋憲，故而法官聲請大法官解釋之程序

	亦應在答題時有所論述。另外，實體上之主張，題目中亦有表明希望主張違反「法律明確性原則」，故而在答題上務必針對此部分進行答題。 第三小題：則是針對違憲定期失效宣告下，原因案件該如何救濟，以及法院在審理其他個案時，是否應依據大法官違憲宣告之意旨進行審判之問題。
考點命中	1.《高點憲法講義》第四回，寇台大編撰，頁 140-153。 2.《高點憲法講義》第三回，寇台大編撰，頁 129-136。 3.《高點憲法講義》第二回，寇台大編撰，頁 78-84。

【擬答】

本題涉及刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪之合憲性以及違憲定期失效宣告下，當事人應如何救濟，以及法院應如何適用法律之問題，茲就題目所示之三小題，分別論述如下：

(一)刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪之合憲性解釋

1.刑法第 309 條第 1 項涉及憲法第 11 條所保障言論自由之限制

按憲法第 11 條規定，人民之言論自由應予保障，其目的在於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，包括政治、學術、宗教及商業言論等，均為言論自由之保障範圍（釋字第 414 號參照）。刑法第 309 條第 1 項：「公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。」其所限制者雖係對於他人為謾罵、嘲笑或其他足以貶損他人評價之言論，但其究為言論之一種，自應受憲法第 11 條所保障。

2.應限縮刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪之適用範圍

(1)法院應進行實踐調和

鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障，惟為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制（釋字第 509 號參照）。是以，縱使係屬「直接對人謾罵、嘲笑或其他表示足以貶損他人評價之言論」，國家仍應給予最大限度之保障，以符合憲法保障言論自由之意旨。惟此時國家對於受害人之名譽、人格權等，亦具有保護義務存在，是以法院在審理刑法第 309 條第 1 項之公然侮辱罪時，應就加害人之言論自由以及被害人之名譽、人格權間之基本權衝突，進行實踐調和。

(2)基於言論自由之保障，公然侮辱罪應予以限縮適用

公然侮辱罪所要保護者，乃係個人經營社會群體生活之人格評價不受不當詆毀，並非被害人主觀在精神上、心理上感受之難堪或不快，縱使被害人確實因被告之言語內容而內心感受難堪，但若未減損或貶抑被害人之人格或地位評價時，仍非「侮辱」，否則言論自由將遭到前所未有之箝制，任何言語內容均有可能造成被指述者內心之不快而構成「侮辱」，端視被指述者之內心感受，此當非法律規範之目的。而至於是否屬足以貶損他人評價之侮辱行為，應參酌行為人之動機、目的、智識程度、當時所受之刺激及連接之前後文句等統觀之，非得以隻言片語而斷章取義，是以刑法第 311 條第 1 項第 1 款乃規定因自衛、自辯或保護合法之利益，而以善意發表言論者不罰，以符憲法第 11 條保障言論自由之意旨。

3.原審之法律適用有過度限制當事人之言論自由之嫌

原審僅以「腦殘」、「龜孫子」等言語係屬污衊人格的歧視性用語，為維護社會良善風氣，而認乙之言詞已非自我防衛的正當方法，且數以百計的網友按讚或笑臉回應，也足以顯示其公然散播於眾的程度，並非輕微云云，對乙為有罪判決尚非妥適。蓋腦殘、龜孫子等語雖屬不雅言論，惟其當時係已遭甲以「你的留言，只能用無腦加混仗忘拔旦形容」等足已貶損乙之社會評價之言論加以批判，在此刺激下乙所為之「你腦殘、龜孫子啊」等言論，應係基於自衛、自辯所為之善意言論，而屬刑法第 311 條第 1 項第 1 款之不罰事項；且數以百計的網友按讚或笑臉回應，亦難認在客觀上已侵害甲於社會上之評價。故縱使對於甲之主觀情感上有所侵害，其既非公然侮辱罪之保障範圍，自不應透過國家刑罰加以處罰，以符憲法第 11 條保障言論自由之意旨，故而原審以刑法第 309 條第 1 項予以相繩即難謂妥適，應給予乙無罪判決。

(二)請求高等法院裁定停止訴訟程序聲請大法官解釋憲法

1.主旨：

緣因本案審理時所應適用之刑法第 309 條第 1 項規定乃為本案被告是否應為有罪判決之先決問題，然該規範涉有牴觸憲法第 11 條保障言論自由、憲法第 23 條比例原則之疑慮，懇請法院裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。

2.理由：

(1)聲請解釋憲法之目的：

按憲法第 11 條規定，人民之言論自由應予保障，其目的在於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，包括政治、學術、宗教及商業言論等，均為言論自由之保障範圍（釋字第 414 號參照）。刑法第 309 條第 1 項：「公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。」其所限制者雖係對於他人為謾罵、嘲笑或其他足以貶損他人評價之言論，但其究為言論之一種，自應受憲法第 11 條所保障。釋字第 509 號解釋雖指出，為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制。然限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能等各項因素，綜合考量。而釋字第 509 號作成迄今已接近 20 年，我國對於他人權利尊重之態度已有所提升，現行民事賠償制度亦日漸完備，是以針對公然侮辱之行為是否仍有以刑罰相繩之必要，自有再行檢討之必要。此外公然侮辱之構成要件中，何謂「侮辱」？在實務上乃係已「減損或貶抑被害人之人格或地位評價」為其判斷標準，惟何種情形已達到貶抑被害人之人格或地位評價，很難去脈絡化地以特定詞語作為判斷準據，也致使行為人難以從刑法第 309 條第 1 項之法律規範中，預見其行為究竟是否構成犯罪，進而有抵觸釋字第 617 號、690 號等解釋所揭之「法律明確性原則」之虞。刑法第 309 條第 1 項之違憲與否將影響本案之被告乙是否應為有罪判決之決定，當屬先決問題，懇請法院依據釋字第 371、572、590 號解釋之意旨，裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。

(2) 疑義之性質及所涉憲法條文：

本案所涉及者乃刑法第 309 條第 1 項所定之公然侮辱罪，是否有抵觸憲法第 11 條之言論自由保障以及憲法第 23 條之比例原則之問題，其性質係屬裁判中所適用之法律發生有抵觸憲法之疑義之情形，合先敘明。

(3) 客觀上形成確信法律為違憲之具體理由以及對於本案之立場與見解：

① 刑法第 309 條第 1 項有違「法律明確性原則」

A. 按法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。依大法官歷來解釋，如法律規定之意義，自法條文義、立法目的與法體系整體關聯性觀之，非難以理解，個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並得經由司法審查加以確認，即無違反法律明確性原則（大法官釋字第 594、617、690 號解釋參照）。又依憲法第 8 條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，固應受較為嚴格之審查（本院釋字第 636 號解釋參照）。

B. 經查刑法第 309 條第 1 項之法條文字為「公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。」其法律效果部分涉及對於人民身體自由之限制，故其法定要件應受較為嚴格之審查。而其法定構成要件中之「侮辱」係屬「不確定法律概念」，侮辱之意義係指直接對人謾罵、嘲笑或其他表示足以貶損他人評價之意思，依據一般人民日常生活與語言經驗，尚非難以理解。然而其所涵攝之詞語範圍並不明確，在不同情境下相同之詞語，諸如「神經病」、「他媽的」、「王八蛋」、「不要臉」、「無恥」、「混蛋」或「白痴」等，法院在裁判上卻常有「有罪」與「無罪」兩種截然不同之結果，更足徵是否構成侮辱行為，任何人皆無法提出具體客觀之判斷標準，進而流於法院檢查行為人品格及發言適當與否。是以表意人根本無法預見其言論是否會構成犯罪，而易產生事前自我抑制的寒蟬效應，與歷來大法官所建構法律明確性原則有所違背。

② 刑法第 309 條第 1 項之手段有違比例原則

A. 按憲法第 23 條規定，有關於憲法所列举之各條基本權利，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。而國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，選擇以刑罰處罰個人之反社會性行為，須刑事立法之目的具有正當性，施以刑罰有助於立法目的之達成，且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始得為之；而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，尚須處於合乎比例之關係（釋字第 476、544 號解釋參照）。

B. 而有關於言論自由之審查密度問題，學說上則引進美國之「雙軌理論」以及「雙階理論」。雙軌理論重點在於倘若政府之限制係非針對言論內容之限制，而係針對言論發表之方式或地點，則採取較為寬鬆之審查；若涉及言論內容之限制時，則進一步採取「雙階理論」，針對言論內容之價值高低，而決定審查之密度，若係高價值言論之限制，則將採取較為嚴格之限制；反之則採取較為寬鬆之限制。釋字第 414 號解釋及採取類似之見解，並指出言論自由，在於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，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則（釋字第 414 號解釋參照）

- C.而查系爭規範乃係限制不得為公然侮辱行為，並非單純針對言論之方法，而涉及言論之內容之限制，然其所涉及之言論內容，並非僅限於廣告類之商業性言論，而係所有可能會貶損他人人格權之言論均屬之，當中亦可能包含有個人之政治理念之可能，難以概括認定。況且實務上，是否適用本罪，亦不以言論之種類而有所區別，學說上亦有論者主張言論並無價值高低之別，故而吾人以為，系爭規範所可能限制之言論種類極廣，可能同時包含學說上所稱之高價值言論以及低價值言論，而為避免人民因畏懼刑罰而產生寒蟬效應，故而在審查上應採取較為嚴格之審查為是。
- D.誠如釋字第 509 號所闡釋之見解，為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制，故而系爭規範在目的上應屬正當，但是否屬於重大且急迫之公共利益則尚非無疑，且其所採取之手段，乃係以國家發動刑罰權來加以遏止，其刑罰之種類尚且包含剝奪人身自由之拘役在內，恐有過重之嫌。雖然在法院實務上，犯公然侮辱者，多半允其得以易科罰金，故而實際上對於人民之嚇阻作用仍屬有限，富人仍然有可能仗自身財力而惡意為之，既然如此，則可證明原先以刑罰作為保護人民名譽、人格權之手段，是否能達其目的，而屬最小侵害之手段，與目的間是否具有緊密剪裁之關聯性，均非無疑。且倘若僅係加害人財產之剝奪，則民事損害賠償制度之設計，即可達到相同之效果，當無庸在於刑罰中規範之必要。由上開論證即可知悉，刑法第 309 條第 1 項之規定，實難謂與憲法第 23 條所揭示之比例原則相符，應屬違憲。

(三)乙在大法官作成違憲宣告解釋後之救濟途徑

1.系爭個案之救濟途徑

(1)釋字第 741 號及第 725 號之見解

按大法官宣告違憲之法令定期失效者，係基於對相關機關調整規範權限之尊重，並考量解釋客體之性質、影響層面及修改法令所須時程等因素，避免因違憲法令立即失效，造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊，並為促使主管機關審慎周延立法，以符合大法官解釋意旨，然並不影響大法官宣告法令違憲之本質。大法官釋字第 177 號及第 185 號解釋，就大法官宣告法令違憲且立即失效者，已使聲請人得以請求再審或檢察總長提起非常上訴等法定程序，對其原因案件循求個案救濟，以保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻。為貫徹該等解釋之意旨，大法官就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令定期失效者，聲請人就原因案件應得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以法令定期失效而於該期限內仍屬有效為理由駁回。為使原因案件獲得實質救濟，如大法官解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。（釋字第 741、725 號解釋參照）

(2)前開解釋意旨於法官裁定停止訴訟程序聲請釋憲之情形亦應有所適用

經查，前揭見解所適用者，乃係針對人民就其確定判決所適用之法令有違反憲法之疑慮，而依據大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款來聲請釋憲之情形，至於法院於審理具體個案中，認為其所應適用之法律有違憲之虞，而依據釋字第 371、572、590 號裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋之情形得否適用，並未明白闡釋。然而依據相同意旨，大法官宣告違憲之法令定期失效者，係基於對相關機關調整規範權限之尊重，並考量解釋客體之性質、影響層面及修改法令所須時程等因素，避免因違憲法令立即失效，造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊，並為促使主管機關審慎周延立法，以符合大法官解釋意旨，然並不影響大法官宣告法令違憲之本質。而一般法院以先決問題聲請釋憲，即係認為系爭規範有違憲疑慮，而大法官既然作成違憲宣告，則自無再依據該違憲法律進行審判之理，故此時應類推適用前揭釋字第 741、725 號解釋，如大法官解釋中有諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則法院應俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。

2.第二次確定判決之救濟途徑

(1)凡作為大法官解釋之聲請人之原因案件均可提起再審以為救濟

釋字第 725 號解釋宣示確定終局裁判所適用之法令定期失效者，聲請人即得據以就聲請釋憲之原因案件請求再審等救濟。該解釋雖未就「聲請人就聲請釋憲之原因案件」等語，明定其適用範圍，然由釋字第 725 號解釋文所稱「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者」等語可知：凡大法官曾宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效之解釋原因案件，均應予再審等個案救濟之機會，其適用範圍自應包括凡本院曾宣告違憲法令定期失效之解釋（含釋字第 725 號前之宣告違憲法令定期失效之解釋），各該解釋之聲請人均得就其原因案件循求個案救濟，以保障釋憲聲請

人之權益，而非僅限於系爭解釋之聲請人始得就其據以聲請該號解釋之原因案件請求救濟，俾使系爭解釋以外其他聲請大法官解釋之聲請人，於大法官宣告確定終局裁判所適用之法令違憲並定期失效後，皆能獲得應有之救濟，以符合憲法保障人民訴訟權之意旨，並肯定其維護憲法之貢獻（釋字第 741 號解釋參照）。

(2)乙未對於第二件確定判決聲請大法官解釋，故不得聲請再審

依據前開大法官解釋見解，得聲請再審者，限於針對確定終局判決所適用之法令提起大法官解釋之聲請人，倘若僅係其確定終局判決所適用之法律遭大法官宣告違憲，然系爭個案之當事人並未進行聲請大法官解釋之程序者，即無釋字第 177、185 號等解釋之適用，釋字第 686 號解釋亦採取相同見解。經查本案乙並未針對其第二件確定判決聲請釋憲，於審判時亦未要求法官裁定停止訴訟程序聲請釋憲，自難謂其有何維護憲法之貢獻而須另為特別處置之必要，故而基於法律安定性之要求，依據目前法院實務見解，就乙之第二件確定判決縱使提起再審，亦可能因該遭宣告違憲之法律尚未失效為由，駁回其再審。

二、甲礦區位於某山坡地，總面積達 500 公頃，由 A 公司於民國（下同）65 年取得採礦權，85 年經申請核准展限 20 年。104 年底，A 公司向經濟部再度申請展限，經濟部於 105 年 1 月核准展限 10 年。居住於甲礦區下方 200 公尺處之原住民 B，認為甲礦區位於原住民保留地，應依原住民族基本法（下稱原基法）第 21 條第 1 項等規定，另經原住民族或部落同意，始得核准展限；且 A 公司採礦面積已達環境影響評估法（下稱環評法）（83 年 12 月制定公布）規定應實施環境影響評估（下稱環評）之規模，亦應另經環評審查通過，始得核准。B 認為經濟部上述核准展限違法，依法提起行政爭訟。請問：

(一)B 認為經濟部之核准展限，同時違反原基法第 21 條第 1 項及環評法第 14 條第 1 項，各應提起何種類型之行政訴訟？（10 分）

(二)如另有 C 環保團體認為經濟部在環評法制定公布之後，未經環評程序通過，仍繼續核准 A 公司於甲礦區採礦（包括 85 年之第一次展限及 105 年之第二次展限），明顯違反環評法規定。C 依環評法第 23 條第 8 項規定，向行政院環境保護署（下稱環保署）遞送陳情函，要求環保署應依環評法第 22 條規定，命 A 公司停止於甲礦區採礦。環保署於接到 C 之陳情函後 3 個月，仍置之不理，C 能否對環保署提起行政訴訟？如可，其訴訟類型為何？又 B 是否亦得對環保署提起相同訴訟？（30 分）

(三)在 B 對經濟部之行政訴訟中，假設經濟部提出下列主張，能否成立？

1. A 公司在 65 年即取得甲礦區之採礦權，環評法與原基法分別於 83 年及 94 年才制定公布，都是在 A 公司取得採礦權之後；且 A 公司之採礦權於 85 年業經核准展限，其對採礦權之展限已有值得保護之信賴。故上述兩部法律均不得溯及既往而適用於 A 公司於 65 年即已取得之採礦權。（30 分）
2. 經濟部核准 A 公司展限是否應另經原住民族或部落同意，均與 B 之個人權利無關，B 所提行政訴訟欠缺實體判決要件，應予駁回。（10 分）
3. 原基法第 21 條只保障原住民族或部落之同意或參與權，而未同時保障同一土地內之「非原住民」人民，有違憲法之平等保障。（20 分）

參考法條

礦業法【105 年 11 月 30 日修正公布】第 27 條：「於下列各地域申請設定礦業權者，不予核准：一、要塞、堡壘、軍港、警衛地帶及與軍事設施場所有關曾經圈禁之地點以內，未經該管機關同意。二、距商埠市場地界一公里以內，未經該管機關同意。三、保安林地、水庫集水區、風景特定區及國家公園區內，未經該管機關同意。四、距公有建築物、國葬地、鐵路、國道、省道、重要廠址及不能移動之著名古蹟等地界一百五十公尺以內，未經該管機關或土地所有人及土地占有人同意。五、其他法律規定非經主管機關核准不得探、採礦之地域內，未經該管機關核准。六、其他法律禁止探、採礦之地域。」

第 31 條第 1 項：「礦業權展限之申請，非有下列情形之一者，主管機關不得駁回：一、申請人與礦業權者不相符。二、無探礦或採礦實績。三、設定礦業權後，有新增第二十七條所列情形之一。四、有第三十八條第二款至第四款所列情形之一。五、有第五十七條第一項所定無法改善之情形。」**第 2 項：**「依前項第

三款規定將礦業權展限申請案駁回，致礦業權者受有損失者，礦業權者得就原核准礦業權期限內已發生之損失，向限制採、採者或其他應負補償責任者，請求相當之補償。」

第 38 條：「礦業權者有下列情形之一者，主管機關應廢止其礦業權之核准：……二、礦業之經營有妨害公益無法補救。……」

第 57 條第 1 項：「礦業工程妨害公益時，主管機關應限期通知礦業權者採取改善措施，或暫行停止工程；礦業權者無正當理由而未於限期內完成改善或未暫行停止工程者，主管機關得廢止其礦業權之核准。」

舊礦業法【91 年 6 月 12 日修正公布】

第 35 條之 3：「採礦權展限之申請，礦區所在地在直轄市者，由直轄市主管機關查核左列事項並擬具准駁意見轉報經濟部；在縣（市）者，由經濟部查核後准駁之：一、申請人應與原採礦權者相符。二、無積欠礦區稅。三、有繼續開採價值。四、無第八十一條規定情事。五、無違反礦場安全法令。」

原住民族基本法【94 年 2 月 5 日制定公布，104 年 12 月 16 日修正公布】

第 21 條第 1 項：「政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。」

第 21 條第 4 項：「前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或參與方式、受限制所生損失之補償辦法，由中央原住民族主管機關另定之。」

諮商取得原住民族部落同意參與辦法【105 年 1 月 4 日發布】

第 1 條：「本辦法依原住民族基本法（以下稱本法）第二十一條第四項規定訂定之。」

第 3 條第 1 項：「本法第二十一條所稱土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用等行為，指附件所列之行為。」

第 4 條：「本法第二十一條所稱原住民族或部落同意，指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過；所稱原住民族或部落參與，指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過之參與機制。」

諮商取得原住民族部落同意參與辦法附件

一、土地開發：指從事下列各款之行為：……（三）礦產或土石之鑽探……。

二、資源利用：指於從事下列利用自然資源之行為：（一）採取土、石、砂、礫、礦產或其他天然富源。

環境影響評估法【83 年 12 月 30 日制定公布，92 年 1 月 8 日修正公布】

第 5 條第 1 項：「下列開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估：……三、土石採取及採礦、採礦。……」**第 2 項：**「前項開發行為應實施環境影響評估者，其認定標準、細目及環境影響評估作業準則，由中央主管機關會商有關機關於本法公布施行後一年內定之，送立法院備查。」

第 7 條第 1 項：「開發單位申請許可開發行為時，應檢具環境影響說明書，向目的事業主管機關提出，並由目的事業主管機關轉送主管機關審查。」**第 2 項：**「主管機關應於收到前項環境影響說明書後五十日內，作成審查結論公告之，並通知目的事業主管機關及開發單位。但情形特殊者，其審查期限之延長以五十日為限。」**第 3 項：**「前項審查結論主管機關認不須進行第二階段環境影響評估並經許可者，開發單位應舉行公開之說明會。」

第 8 條第 1 項：「前條審查結論認為對環境有重大影響之虞，應繼續進行第二階段環境影響評估者，開發單位應辦理下列事項：……二、將環境影響說明書於開發場所附近適當地點陳列或揭示，其期間不得少於三十日。三、於新聞紙刊載開發單位之名稱、開發場所、審查結論及環境影響說明書陳列或揭示地點。」

第 2 項：「開發單位應於前項陳列或揭示期滿後，舉行公開說明會。」

第 12 條第 1 項：「目的事業主管機關收到評估書初稿後三十日內，應會同主管機關、委員會委員、其他有關機關，並邀集專家、學者、團體及當地居民，進行現場勘察並舉行公聽會，於三十日內作成紀錄，送交主管機關。」

第 14 條第 1 項：「目的事業主管機關於環境影響說明書未經完成審查或評估書未經認可前，不得為開發行為之許可，其經許可者，無效。」

第 22 條：「開發單位於未經主管機關依第七條或依第十三條規定作成認可前，即逕行為第五條第一項規定之開發行為者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰，並由主管機關轉請目的事業主管機關，命其停止實施開發行為。必要時，主管機關得逕命其停止實施開發行為，其不遵行者，處負責人三年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣三十萬元以下罰金。」

第 23 條第 8 項：「開發單位違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。」**第 9 項：**「主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行

政法院提起訴訟，請求判令其執行。」開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準

第 11 條第 1 項：「探礦、採礦，有下列情形之一者，應實施環境影響評估：一、探礦、採礦及其擴大工程，符合下列規定之一者：……（五）位於原住民保留地。……（九）位於山坡地、國家風景區或台灣沿海地區自然環境保護計畫核定公告之一般保護區，申請核定或累積核定礦業用地面積（含所需區外道路設施面積）二公頃以上，或在河床探採，沿河身計其申請開採或累積開採長度一公里以上。

環境影響評估法施行細則

第 19 條：「本法第八條所稱對環境有重大影響之虞，指下列情形之一者：一、依本法第五條規定應實施環境影響評估且屬附表二所列開發行為，並經委員會審查認定。二、開發行為不屬附表二所列項目或未達附表二所列規模，但經委員會審查環境影響說明書，認定下列對環境有重大影響之虞者：（一）與周圍之相關計畫，有顯著不利之衝突且不相容。（二）對環境資源或環境特性，有顯著不利之影響。……（四）有使當地環境顯著逾越環境品質標準或超過當地環境涵容能力。（五）對當地眾多居民之遷移、權益或少數民族之傳統生活方式，有顯著不利之影響。（六）對國民健康或安全，有顯著不利之影響。……。」

命題意旨	本題之背景係參考亞泥採礦案（可參考 http://zh.wildatheart.org.tw/story/10/8106 撤銷亞泥違法展限，行政院責無旁貸！），測驗重點有訴訟類型之選擇、環境影響評估法第 23 條第 8 項、第 9 項於實務見解之運作，法律不溯及既往原則之操作、保護規範理論之操作。其中關於環境影響評估法 14 條之訴訟類型，於 99 年司法官行政法有類似的命題，算是考古題。本題大體上來講算是中間偏難的題目。
答題關鍵	需點出訴訟類型選擇、環境影響評估法第 23 條第 8 項、第 9 項於實務見解之運作，法律不溯及既往原則之操作、保護規範理論之操作。
考點命中	1.《高點行政法講義》第十二回，韓台大編撰，頁 20~30。 2.《高點行政法講義》第一回，韓台大編撰，頁 15~20。

【擬答】

(一)系爭核准展延處分屬行政程序法第 92 條第 1 項行政處分，應經撤銷訴願後，提起撤銷訴訟為是：

- 1.依行政程序法第 92 條第 1 項「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」
- 2.經查，A 公司向經濟部所申請之採礦之展延，經濟部進一步所為之展延許可，屬於行政機關（經濟部）對 A 公司外部單方面所做成具有允許 A 公司於未來十年仍有合法採礦權之效果，核屬行政處分為是。
- 3.又 B 認為系爭核准展延處分既然違反環境影響評估法與原住民基本法，應經訴願法第 1 條撤銷訴願前置後，若對訴願決定有所不服，進一步提起撤銷訴訟為是。

(二)本題關涉環境影響評估法第 23 條第 8 項、第 9 項於實務上操作，分述如下：

- 1.按「本法所稱主管機關：在中央為行政院環境保護署；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」「……（第 8 項）開發單位違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。（第 9 項）主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。……」環評法第 2 條及第 23 條第 8、9 項分別定有明文。該法第 23 條第 8 項所謂主管機關疏於「執行」，係指開發單位違反該法或依該法授權訂定之相關命令而構成要件該當時，主管機關疏忽怠為執行其法律效果而言，故應視受害人民或公益團體所申請主管機關疏於執行之具體內容，個案認定其所主張主管機關疏於執行行為之性質，以正確適用行政訴訟法相關規定。……環評法第 23 條第 8、9 項規定，將起訴適格限縮於「受害」人民及「公益」團體；從而，凡自然人提起此項訴訟者，必須就與自己權利或法律上利益有關事項始得為之。……換言之，環評法第 5 條第 1 項、第 7 條、第 22 條為保護規範，有保護開發行為當地居民之目的，未踐行上開保護規範之不作為，即應認令當地居民受有法律上權利之損害。至「當地居民」之範圍如何，如自相關法令規定可得知者，應依該法令規定。……顯示該等法令認為至少開發行為之 5 公里範圍內者，係受開發行為影響之地區，在此範圍內之居民，可認為開發行為當地居民，凡為當地居民，而主張開發行為有未依環評法第 5 條第 1 項、第 7 條、第 22 條規範以行之事實者，始有主觀權利之受損，該當於環評法第 23 條第 8 條所謂「受害人民」。當然，如依開發行為及所在地之特殊性質（如：高污染、高風險、處敏感地質帶等），雖非居於上開法令所規定區域內之人民，然其生存環境顯亦受開發行為影響者，自非不得依環評法第 23 條第 8、9 款規定，提起行政救濟，惟此具體特殊情狀應由主張該項情狀者釋明之。……受害人民或公益團體依環評法第 23 條第 9 項規定，提起行政訴訟，請求被告應為行政處分者，其性質亦屬課予義務訴訟，其聲明請求被告應作成之行政處分內容，必須與其前依同條第 8 項規定，以書面告知被告應依法執行之具體內容一致，始符環評法第 23 條

第 9 項規定被告怠於執行職務行為之構成要件，否則起訴即屬不備法定要件，而非合法。」（台北高等行政法院 106 年度訴字第 346 號行政判決）

2. 經查，若自然人依照環境影響評估法第 23 條第 8 項、第 9 項欲提起訴訟，因法條文義明文需受害人與公益團體，前者既稱受害人，則仍為主觀訴訟，是以 B 仍需敘明有何權利與法律上之利益，而依實務見解認為：「**至少開發行為之 5 公里範圍內者，係受開發行為影響之地區，在此範圍內之居民，可認為開發行為為當地居民，凡為當地居民，而主張開發行為有未依環評法第 5 條第 1 項、第 7 條、第 22 條規範以行之事實者，始有主觀權利之受損，該當於環評法第 23 條第 8 條所謂「受害人民」，或 B 雖非居住 5 公里之範圍，仍可主張其生存環境受到開發行為特殊影響，仍屬權利與法律上利益有影響，則依照題意，B 既然居住於礦區下方 200 公尺，應屬於該條所稱之受害人民為是，具有主觀訴權。**
3. 再者，若公益團體依照環境影響評估法第 23 條第 8 項、第 9 項欲提起訴訟，應屬於客觀訴訟，我國行政訴訟法第 9 條「明文人民為維護公益，就無關自己權利及法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限」，今環境影響評估法第 23 條第 8 項、9 項既然明文公益團體可提起公益訴訟，依照題意，公益團體 C 當可提起本件訴訟為是。
4. 附帶說明的是，依照實務見解，本件是請求環保署為一行政處分，故應提起課予義務訴訟類型，前提應以**書面告知環保署應依法執行之具體內容一致，始符環評法第 23 條第 9 項規定機關怠於執行職務行為之構成要件，否則起訴即屬不備法定要件，而非合法，題意所提及 C 依環評法第 23 條第 8 項規定，向行政院環境保護署（下稱環保署）遞送陳情函應認符合本條要件，惟 B 是否符合此要件，題意不明，若 B 亦有陳情，則符合本要件為是。**

(三) 本題關涉及法律不溯及既往之操作與訴權理論，分述如下：

1. 法律禁止溯及既往之操作

- (1) 行政法規不溯及既往原則之適用，區分為「真正溯及既往」與「不真正溯及既往」。所謂「真正溯及既往」，乃指將行政法規適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係而言。換言之，「真正溯及既往」係指法規之適用時間範圍，擴及於過去已終結之「構成要件事實」，而賦予法律效果。法規如為「真正溯及既往」之規定，溯及干涉人民之權利或使人民負擔義務，而於其溯及之時點，人民不能預見，且依一般客觀之理性觀察，對之亦不須斟酌，則此種規定違反法治國家原則。所謂「不真正溯及既往」，乃指行政法規並非適用於過去發生之事實或法律關係，亦非僅適用於將來發生之事實或法律關係，而是適用於過去發生、但現在仍存在、尚未終結之事實或法律關係而言。此種情形，係因行政法規生效當時，事實或法律關係業已存在且尚未終結，而依該法規規定對之發生「立即效力」，應適用該法規。是故，該法規之適用，類似「溯及既往」，但畢竟僅向將來發生效力，而不是「溯及既往」發生效力，故稱之為「不真正溯及既往」。（司法院釋字第 717 號林錫堯大法官意見書）。
- (2) 本件所規範之事實，雖與民國 65 年之採礦權相關，然法規並非回溯適用，毋寧因民國 65 年之採礦權至 105 年時到其而有展延之需求，惟民國環境影響評估法已於民國 83 年通過，又原住民基本法於 104 年通過，是以就民國 105 年展延之核發與否，當應適用環境影響評估法與原住民基本法為是，此為法律不真正溯及既往。

2. B 是否具備訴權，依照司法院釋字第 469 號判斷如下：

- (1) 倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時。
- (2) 經查，原住民基本法第 21 條，政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益，其中所謂原住民族或部落，依照原住民族基本法第 21 條第 4 項授權諮商取得原住民族部落同意參與辦法第 2 條第 2 款部落成員：指年滿二十歲且設籍於部落區域範圍之原住民。
- (3) 依此，B 居住於該開發單位 200 公尺處，當屬於設籍於部落區域範圍之原住民，其當屬於具備法律上利害關係，而具備主觀訴權為是。

- 3.(1)憲法第 7 條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。促進民生福祉乃憲法基本原則之一，此觀憲法前言、第 1 條、基本國策及憲法增修條文第 10 條之規定自明（司法院釋字第 485 號解釋參照）
- (2)本件原基法就同一土地人民僅保護原住民，是依具備原住民身分與否為區分標準，涉及平等權，惟原基法之立法屬憲法委託，即是憲法增修條文第 10 條第 12 項所揭示保障原住民之意旨，司法者應予尊重，本文以為應採合理審查。
- (3)經查，原基法基於保障原住民環境與土地資源，立法目的正當，又手段上僅規範原住民保留區為規範空間，又以原住民民主參與（投票）方式，手段與目的間具備合理關聯性，應無違憲之虞。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！