

《憲法與行政法》

一、甲不滿立法院刻正審議的社會改革法案，利用 A 市政府舉辦國際運動會開幕之際，試圖持抗議布條闖入開幕典禮會場，以引起國際媒體的關注，結果遭到 A 市政府警察局所屬員警阻擋，並強制驅離。甲未達目的，氣憤難消，於是在個人臉書上發文：「A 市政府警察局阻擋抗議的員警都是腦殘分子，躲在後面的市長乙是標準的龜孫子，其領導的市政府是烏龜集團」。甲發文一出，立即獲得網友交相按讚呼應。市長乙獲悉後震怒，隨即指示警察機關蒐證，以甲涉有公然侮辱公務員及公署罪嫌，移請檢察官偵辦。經該管檢察官偵查後，依刑法第 140 條第 1 項及第 2 項提起公訴。市長乙乃透過市政府官方網站發布新聞稿（下稱系爭新聞稿），對甲進行反擊，痛斥：「甲不顧國家顏面，恣意妄為，簡直就是王八蛋」。請問：

- (一) 甲認為刑法第 140 條第 1 項及第 2 項侵害其言論自由，違反憲法第 11 條保障意旨，欲請求法院裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋。假設你是甲的辯護律師，如何為甲提出請求，說服法院聲請釋憲？（40 分）
- (二) 甲認系爭新聞稿對其構成公然侮辱，欲請求自市政府網站移除，應提起何種訴訟？其請求權基礎為何？（20 分）
- (三) 甲認為系爭新聞稿對其名譽及人格構成嚴重侵害，欲請求市長乙在市政府官方網站上公開道歉，應提起何種訴訟？其請求權基礎為何？（40 分）

參考法條

刑法

第 140 條第 1 項

於公務員依法執行職務時，當場侮辱或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。

第 140 條第 2 項

對於公署公然侮辱者，亦同。

命題意旨	本題為傳統考點，測驗法官聲請釋憲之程序要件(司法院釋字第 371、572、590 號)；言論自由違憲審查操作；公權力違法行為所致損害，應如何除去，涉及公法上結果除去請求權。
答題關鍵	<p>第一小題：需援引司法院釋字第 371、572、590 號解釋，針對言論自由應援引司法院釋字第 445 號解釋、414 號解釋，並操作雙軌理論與雙階理論。然題示既從律師角度出發，當從各角度質疑該條文違憲為妥。</p> <p>第二小題：該新聞稿涉及公然侮辱為題目所明示，涉及除去名譽權之侵害，請求權基礎上可思考結果除去請求權。</p> <p>第三小題：題示欲請求市長道歉，以回復名譽，涉及國家賠償法第 2 條、第 7 條之運用。</p>
考點命中	<p>第一小題：</p> <p>1. 《高點憲法講義》第一回，韓台大編撰，頁 40~50。</p> <p>2. 《高點憲法講義》第一回，韓台大編撰，頁 50~60。</p> <p>第二小題：</p> <p>1. 《高點行政法講義》第五回，韓台大編撰，頁 42~50。</p> <p>第三小題：</p> <p>1. 《高點行政法講義》第五回，韓台大編撰，頁 42~50。</p>

【擬答】

(一) 甲律師可依照司法院釋字第 371、572 與 590 號解釋請求法院裁定停止訴訟程序，並以刑法第 140 條有違反法律明確性及限制言論自由過度而違憲，說服法院裁定聲請大法官解釋，分述如下：

1. 甲律師應向法院說明，刑法第 140 條有違憲之疑義，應依司法院釋字第 371、571 與 590 號解釋聲請大法官解釋：

(1) 按司法院釋字第 371 號理由書：「……惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋

憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第五條第二項、第三項之規定，與上開意旨不符部分，應停止適用。……」

(2)又按司法院釋字理由書：「其中所謂『先決問題』，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之」。

(3)末按司法院釋字理由書：「……此所謂『法官於審理案件時』，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等而言。因之，所稱『裁定停止訴訟程序』自亦包括各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內。

(4)查，甲律師應以刑法第 140 條有違反明確性原則及限制言論自由過度而違反比例原則，請求法院裁定停止訴訟程序並聲請大法官解釋為是。

2.實體上，甲律師應可提出刑法第 140 條有違反法律明確性與過度限制言論自由而違憲。

(1)明確性原則

①按司法院釋字第 432 號解釋理由書：「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或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。」

②查，刑法第 140 條所規範之「侮辱」之定義，要非受規範者可得預見，即是否負面意涵之用語皆可落入「侮辱」之範圍，而情緒性發言、抒發性用字或中性用字然因相對人社會經驗會令其產生不悅，是否可屬「侮辱」皆有疑義，準此，該條文應有違反法律明確性而違憲。

(2)限制言論自由而違憲

①採取嚴格審查標準

學理上亦有認為只要是限制言論自由，不應區分價值高低，皆應採取嚴格審查，蓋不論言論自由內涵價值為何，均為人民表現自我，而應受高度保障，縱或依照雙階理論，將言論自由區分價值而予不同審查標準，本件所限制者為對於公署或公務員執行職務時發表之言論，常涉及政治性活動，且常與公眾事務相關，而屬於「監督各種政治性或社會性之活動」亦應採取嚴格審查標準為是。

②就此，刑法第 140 條第 1 項是為了避免妨礙國家公權力之行使，而刑法第 140 條第 2 項則為公署之名譽，在手段採取上，基於刑法謙抑性，應可運用民事手段即可達成上開目的，無須運用刑法制裁人民，有違反必要性之疑，又因刑法第 140 條涉及政治性活動之監督，以刑法介入管制人民，易產生寒蟬效應，而有限制過度之情。

(二)題示中，請求除去新聞稿，應提起公法上結果除去請求權為是。

1.新聞稿之刊登應屬事實行為，欲除去新聞稿此事實行為所造成之侵害，應提起行政訴訟法第 8 條一般給付訴訟，是以，本件應向行政法院提起訴訟為是。

2.請求權基礎應為類推民法第 767 條或法治國原則所推導出之結果除去請求權：

(1)何謂結果除去請求權與要件

結果除去請求權，乃人民因其權利受公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復原有狀態之權利。又其要件如下，權利受到公權力行為之侵害、造成權利侵害之結果、侵害結果仍在持續中且除去在事實上可能、結果除去須符合比例。

(2)結果除去請求權之請求權基礎

就結果除去請求權，因我國未有明文，學理上有認為以「正義」作為論證之基礎者，亦有以「法治國原則」、「基本權」或「基本權再加上類推適用民法物上請求權」做為其法律基礎者。

(三)題示中，可主張公開道歉之請求權如下：

1.依照國家賠償法第 2 條、第 7 條後段向民事法院請求回復原狀

國家如須負損害賠償責任，應當以金錢賠償為原則，但被害人如認為其情形以回復原狀為適當者，可以請求回復損害發生前的原狀，所謂以回復原狀為適當，例如：名譽受侵害的情形，可以請求採取使名譽回復的適當措施，例如：採取登報公開道歉等方式。準此，本件因刊登新聞稿使得甲名譽受損，

甲得依照國家賠償法第 2 條、第 7 條請求公開道歉，以回復其名譽為是。

2. 又學理上有認為國家賠償法第 7 條之回復原狀僅限於同種類品質之物回復原狀或以國家賠償法僅屬於第二次權利保護層次排除上開結果除去請求權應有檢討之餘地。
3. 而甲若先依行政訴訟法第 8 條請求除去新聞稿，則可依行政訴訟法第 7 條於同一程序中附帶依國家賠償法第 7 條請求公開道歉，併此敘明。

二、A、B 二人結婚多年，居住於甲市，育有一女 C，已成年，就讀某校法律學系碩士班。一日，A、B 因細故爭吵，A 一時失控，對 B 吼叫，口出惡言，並作勢打人。B 一氣之下，向住所附近市政府警察分局報案，B 以 A 之保護人身分聲稱 A 罹患嚴重精神疾病，有傷害他人之虞，必須全日住院治療。分局警員 D 趕至現場，要求 A 至附近醫院就醫，A 不從，D 即以約束帶綑綁 A，將 A 強行帶往位於甲市之市立醫院乙。乙醫院負責醫師 E 先對 A 施打鎮靜劑，等 A 無反抗能力後，將 A 留置於乙醫院病房，同時通報甲市政府。C 知悉後，至乙醫院欲探視 A，遭 E 拒絕。嗣甲市政府派員至醫院，依精神衛生法第 32 條第 3 項、第 41 條第 2 項規定，指定乙醫院為精神醫療機構對 A 進行緊急安置，並交由 E 及同院另一專科醫師 F 對 A 進行強制鑑定，醫師 E 及 F 均認 A 有全日住院治療之必要。經詢問 A 之意見，A 拒絕。乙醫院遂依精神衛生法第 41 條第 3 項規定，填具強制住院基本資料表及通報表，並檢附嚴重病人及其保護人之意見及相關診斷證明文件，向中央主管機關精神疾病強制鑑定、強制社區治療審查會申請許可強制住院獲准。請問：

- (一) A 不服 D 以約束帶將其綑綁強制帶至乙醫院，得提起何種行政訴訟，以求救濟？(30 分)
- (二) 依憲法及相關法律規定，C 得循那些司法救濟途徑，達到使 A 出院之目的？(20 分)
- (三) A 不服強制住院措施，依法向法院請求救濟，主張甲市政府未經法官同意，而逕由主管機關及上述審查會決定緊急安置及強制住院，其所依據之精神衛生法第 41 條第 2 項至第 4 項、同法第 42 條第 1 項及第 2 項規定中有關緊急安置及強制住院的許可程序，違反憲法第 8 條第 1 項及第 2 項所要求之正當法律程序。甲市政府於訴訟中，則引用司法院相關憲法解釋，認為上開規定與憲法第 8 條第 1 項及第 2 項均無抵觸。A 可提出那些理由，以反駁甲市政府之主張，並說服承審法官上開規定確實違反憲法第 8 條第 1 項及第 2 項？(50 分)

參考法條

提審法

第 1 條

人民被法院以外之任何機關逮捕、拘禁時，其本人或他人得向逮捕、拘禁地之地方法院聲請提審。但其他法律規定得聲請即時由法院審查者，依其規定。

前項聲請及第十條之抗告，免徵費用。

第 4 條

地方法院受理提審之聲請後，依聲請提審意旨所述事實之性質，定其事務分配，其辦法由司法院定之。法院受理提審聲請之事務分配辦法。

第 2 條

地方法院受理提審聲請之事務分配，依附表一至附表四之規定。

前項附表一至附表四未規定者，依聲請提審意旨所述事實之性質定其事務分配；客觀上無法定其性質者，由刑事庭受理之。

附表三

下列類型之事件，由少年法庭、家事法庭受理，於設有少年及家事法院地區，由少年及家事法院受理：

- (一) 少年法庭 (略)
- (二) 家事法庭

編號	法規名稱	法條
1	家事事件法	(1)第五十一條準用民事訴訟法第三百零三條 (2)第九十七條準用非訟事件法第三十一條，再準用民事訴訟法第三百零三條
2	兒童及少年福利與權益保障法	第五十二條、第五十六條、第五十七條、第六十二條
3	兒童及少年性剝削防制條例	第十五條、第十六條、第十九條、第二十一條、第二十三條
4	精神衛生法	第二十條、第三十七條、第四十一條、第四十二條
5	身心障礙者權益保障法	第七十七條、第七十八條、第八十條
6	老人福利法	第四十一條、第四十二條

精神衛生法

第 32 條第 1 項

警察機關或消防機關於執行職務時，發現病人或有第三條第一款所定狀態之人（按指精神疾病）有傷害他人或自己或有傷害之虞者，應通知當地主管機關，並視需要要求協助處理或共同處理；除法律另有規定外，應即護送前往就近適當醫療機構就醫。

第 32 條第 3 項

第一項醫療機構將病人適當處置後，應轉送至直轄市、縣（市）主管機關指定之精神醫療機構（以下簡稱指定精神醫療機構）繼續接受治療。

第 32 條第 4 項

依第一項規定送醫者，其身分經查明為病人時，當地主管機關應立即通知其家屬，並應協助其就醫。

第 41 條

嚴重病人傷害他人或自己或有傷害之虞，經專科醫師診斷有全日住院治療之必要者，其保護人應協助嚴重病人，前往精神醫療機構辦理住院。

前項嚴重病人拒絕接受全日住院治療者，直轄市、縣（市）主管機關得指定精神醫療機構予以緊急安置，並交由二位以上直轄市、縣（市）主管機關指定之專科醫師進行強制鑑定。但於離島地區，強制鑑定得僅由一位專科醫師實施。

前項強制鑑定結果，仍有全日住院治療必要，經詢問嚴重病人意見，仍拒絕接受或無法表達時，應即填具強制住院基本資料表及通報表，並檢附嚴重病人及其保護人之意見及相關診斷證明文件，向審查會申請許可強制住院；強制住院可否之決定，應送達嚴重病人及其保護人。

第二項之緊急安置及前項之申請強制住院許可，由直轄市、縣（市）主管機關委託指定精神醫療機構辦理之；緊急安置、申請強制住院之程序、應備文件及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。

第 42 條

緊急安置期間，不得逾五日，並應注意嚴重病人權益之保護及進行必要之治療；強制鑑定，應自緊急安置之日起二日內完成。經鑑定無強制住院必要或未於前開五日期間內取得強制住院許可時，應即停止緊急安置。

強制住院期間，不得逾六十日。但經二位以上直轄市、縣（市）主管機關指定之專科醫師鑑定有延長之必要，並報經審查會許可者，得延長之；其延長期間，每次以六十日為限。強制住院期間，嚴重病人病情改善而無繼續強制住院必要者，指定精神醫療機構應即為其辦理出院，並即通報直轄市、縣（市）主管機關。強制住院期滿或審查會認無繼續強制住院之必要者，亦同。

經緊急安置或強制住院之嚴重病人或其保護人，得向法院聲請裁定停止緊急安置或強制住院。嚴重病人或保護人對於法院裁定有不服者，得於裁定送達後十日內提起抗告，對於抗告法院之裁定不得再抗告。聲請及抗告期間，對嚴重病人得繼續緊急安置或強制住院。

前項之聲請及抗告期間，法院認有保障嚴重病人利益之必要時，得依聲請以裁定先為一定之緊急處置。對於緊急處置之裁定不得聲明不服。

經中央主管機關認可之病人權益促進相關公益團體，得就強制治療、緊急安置進行個案監督及查核；其發現不妥情事時，應即通知各該主管機關採取改善措施，並得基於嚴重病人最佳利益之考量，準用第三項規定，向法院聲請裁定停止緊急安置或強制住院。

第三項聲請及前條第三項之申請，得以電訊傳真或其他科技設備為之。

命題意旨	本題在 99 年司法官即有命題，也是因應新冠肺炎之議題，是命題大熱門。
答題關鍵	第一小題：就網綁之行為與救濟。 第二小題：提審法之制度。 第三小題：司法院釋字 690、708、710 釋字。
考點命中	第一小題： 1.《高點行政法講義》第四回，韓台大編撰，頁 25~40。 第二小題： 1.《高點憲法講義》第四回，韓台大編撰，30~50 頁。 第三小題： 1.《高點憲法講義》第四回，韓台大編撰，30~50 頁。

【擬答】

(一)本題網綁之行為應屬即時強制，在救濟途徑上應依照行政執行法第 9 條為異議，若對異議不服，復依照最高行政法院 97 年與 107 年決議提起行政訴訟為救濟：

- 1.依照最高行政法院 97 年決議：「行政執行法第 9 條規定：『義務人或利害關係人對執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於執执行程序終結前，向執行機關聲明異議。前項聲明異議，執行機關認其有理由者，應即停止執行，並撤銷或更正已為之執行行為；認其無理由者，應於 10 日內加具意見，送直接上級主管機關於 30 日內決定之。行政執行，除法律另有規定外，不因聲明異議而停止執行。但執行機關因必要情形，得依職權或申請停止之。』旨在明定義務人或利害關係人對於執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，如何向執行機關聲明異議，以及執行機關如何處理異議案件之程序，並無禁止義務人或利害關係人於聲明異議而未獲救濟後向法院聲明不服之明文規定，自不得以該條規定作為限制義務人或利害關係人訴訟權之法律依據，是在法律明定行政執行行為之特別司法救濟程序之前，義務人或利害關係人如不服該直接上級主管機關所為異議決定者，仍得依法提起行政訴訟，至何種執行行為可以提起行政訴訟或提起何種類型之行政訴訟，應依執行行為之性質及行政訴訟法相關規定，個案認定。其具行政處分之性質者，應依法踐行訴願程序，自不待言。」
- 2.又依照最高行政法院 107 年決議：「是否解釋為相當於訴願程序，並不以該行政內部自我省察程序之程序規定有如同訴願程序規定為必要，仍應視事件性質而定。因此，對具行政處分性質之執行命令不服，經依行政執行法第 9 條之聲明異議程序，應認相當於已經訴願程序，聲明異議人可直接提起撤銷訴訟。本院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議（三）決議末句：「其具行政處分之性質者，應依法踐行訴願程序」，應予變更。」
- 3.經查，若 A 對該網綁行為(應屬行政處分)不服可異議，又揆諸前開實務見解，應可續提撤銷訴訟，且因異議程序相當訴願，則毋庸踐行訴願前置。

(二)C 得依照憲法第 8 條基本權防禦功能及提審法提起救濟。

- 1.按憲法第 8 條，又依照基本權防禦功能，於國家侵犯到其所受基本權所保護之法益時，得根據基本權之規定，請求國家停止侵害。防禦功能亦稱為侵害停止請求功能。任何基本權利，無論其保護的法益為何，都具有這種最基本的防禦功能。基於基本權利之防禦功能，人民對於國家違法侵害基本權利之任何行為，均得透過法律途徑排除之，其防禦之對象包括抽象之法規，人民得請求宣告無效；對於侵害基本權利之行政處分或司法裁判，人民得請求宣告無效；對於侵害基本權利之行政處分，得請求撤銷或廢棄；國家行為有侵害基本權利之虞者，人民得訴諸防止之。
- 2.依照提審法第 1 條，業已明確規定不限制因犯罪嫌疑被逮捕拘禁者，僅需遭機關逮捕拘禁，本人或其他人均得聲請提審，準此，本案例中就該強制就醫，有限制人身自由之疑慮，當有提審法之適用，即可依照提審法規定向法院聲請提審為是。

(三)就精神衛生法應區分「緊急安置」與「強制住院」是否有違憲，敘述如下：

- 1.按大法官釋字第 588 號理由書：「人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第八條第一項規定所稱『法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。此項程序固屬憲法保留之範疇，縱係立法機關亦不得制定法律而遽予剝奪；惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，畢竟有其本質上之差異，是其必須踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，其於

決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」

2. 而本件緊急安置與強制住院並非由法院審查，是否有違反前開法官介入之法官保留？

- (1) 依照司法院釋字第 690 號：「強制隔離既以保障人民生命與身體健康為目的，而與刑事處罰之本質不同，已如前述，故其所須踐行之正當法律程序，自毋須與刑事處罰之限制被告人身自由所須踐行之程序相類。強制隔離與其他防疫之決定，應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識，通過嚴謹之組織程序，衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。」
- (2) 復依照司法院釋字第 708 號與 710 號解釋：「……是此暫時收容之處分部分，尚無須經由法院為之。惟基於上述憲法意旨，為落實即時有效之保障功能，對上述處分仍應賦予受暫時收容之外國人有立即聲請法院審查決定之救濟機會，倘受收容人於暫時收容期間內，對於暫時收容處分表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容，入出國及移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院迅速裁定是否予以收容……至受收容人於暫時收容期間內，未表示不服或要求由法院審查決定是否收容，且暫時收容期間將屆滿者，入出國及移民署倘認有繼續收容之必要，因事關人身自由之長期剝奪，基於上述憲法保障人身自由之正當法律程序之要求，系爭規定關於逾越前述暫時收容期間之收容部分，自應由公正、獨立審判之法院依法審查決定。」
- (3) 準此，就非刑事被告須否遵守法官保留，若依照司法院釋字第 690 號，非刑事被告與刑事被告有異，正當法律程序未必須一致，則似乎不需由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定，惟查，若依照司法院釋字第 708 號與 710 號解釋意旨，非刑事被告並非一率排除法官保留，至少應給予聲請法院審查決定之救濟機會，且於繼續施以人身自由限制時，應給予法官事前審查為妥。
- (4) 綜上，精神衛生法並未規範由法官介入，似有違法之疑義。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！