

109 年公務人員特種考試司法官考試第二試及 109 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 評 分 要 點 及 閱 卷 委 員 的 話

科目：憲法與行政法

第一題

【總體說明】

本題考點首先涉及法律之違憲審查，子題二、三則在測驗應考人對於行政訴訟與國家責任之理解與具體適用。

【評分要點】

子題一、關於甲的辯護律師，如何為甲提出請求，說服法院聲請釋憲

（一）關於請求法院停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋之程序

甲的辯護律師得引用司法院釋字第 371 號、第 572 號，以憲法之效力高於法律，法官有優先遵守之義務，嘗試說服法官，刑法第 140 條第 1 項及第 2 項有牴觸憲法之疑義，顯然於該案件之裁判結果有影響，請求法院以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提供客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋。

（二）言論自由之保護範圍

言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 條明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮，同時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。雖為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由非不得為適

當限制，但仍應符合法律明確性原則，且其限制不得恣意、逾越必要程度。司法院釋字第 414 號、第 509 號、第 744 號等可資參照。

（三）違反法律明確性原則

法律明確性原則之內涵，係探究法律規定之意義，自法條文義、立法目的與法體系整體關聯性觀點觀察，非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（司法院釋字第 432 號、第 594 號、第 768 號及第 793 號解釋參照）。刑法第 140 條第 1 項及第 2 項之法律用語：「侮辱」、「當場」、「公署」概念皆不明確，該法律條文係欲保護公務員個人之人格權，或保護公務執行之公共利益，亦難以確認判斷。

（四）比例原則之審查

刑法第 140 條第 1 項及第 2 項若欲通過比例原則之審查，必先探究其立法之公共利益目的，且其採取之刑事制裁手段其與目的之達成間具必要關聯。惟系爭規定保護法益究係為何，並不明確，因而難以論證限制人民言論自由之目的具正當性，且因為法律用語不明確，容易入人民於罪，刑事制裁具最後手段性，不採刑法以外之方法制裁，恐過當而不符合最小侵害原則。尤其自由民主國家，人民批評政府或對公務員表示不滿，為理所當然之事，系爭規定容易造成「寒蟬效應」，抑制言論自由之範圍。

（五）平等原則之審查

另外，刑法中雖有一般公然侮辱罪，但於刑法第 140 條第 1 項及第 2 項特別保護公務員與公署不受公然侮辱之公共利益，於一般人、公務員、公署間為不同之對待，並未有

差別對待之合理理由；又社會秩序維護法第 85 條第 1 款：「有左列各款行為之一者，處拘留或新臺幣一萬二千元以下罰鍰：一、於公務員依法執行職務時，以顯然不當之言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱之程度者。」與系爭規定有難以區別之問題，不易區隔「當場侮辱」、「公然侮辱」與「以顯然不當之言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱之程度者」，容易造成公務員（特別是警察）選擇性執法，恐有違反平等原則。

子題二、市長乙透過市政府官方網站發布新聞稿，因該網頁屬公法性質，且非乙私下之個人行為，而是以市長身分對外發言，但並未對外發生法律效力，故非行政程序法第 92 條第 1 項定義之行政處分，性質上為公法上之事實行為。故甲如認為系爭新聞稿對其構成公然侮辱，侵害其名譽權，欲請求自市政府網站移除，應以 A 市政府為被告，依行政訴訟法第 8 條第 1 項提起一般給付訴訟。請求權基礎為基於憲法第 22 條保障名譽權及人格權之防禦功能所生之不法結果除去請求權（參見最高行政法院 99 年度 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議）。

子題三、

- （一）市長乙透過市政府官方網站發布新聞稿，因該網頁屬公法性質，非乙私下之個人行為，依據國家賠償法第 2 條第 1 項規定：本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。故乙應屬國家賠償法定義之公務員。
- （二）甲認為系爭新聞稿係乙執行市長職務，對自己之名譽及人格構成嚴重侵害，並因而請求市長乙在市政府官方網站上公開道歉，得依國家賠償法第 2 條第 2 項前段規定：公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民

自由或權利者，國家應負損害賠償責任；再依據國家賠償法第 9 條第 1 項規定，以市長乙所屬之市政府為賠償義務機關請求賠償。依據國家賠償法第 10 條規定，賠償請求以書面協議先行為原則。

（三）又依據國家賠償法第 7 條，國家賠償以金錢賠償為原則，恢復原狀為例外，但該條但書規定：但以回復原狀為適當者，得依請求，回復損害發生前原狀。依據國家賠償法第 5 條適用民法第 195 條第 1 項及（或）第 18 條，故甲得主張以道歉作為恢復原狀之方式。

（四）由於請求乙在市政府官方網站上公開道歉，並非請求作成行政處分，而係請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，故甲亦可能依據行政訴訟法提起第 8 條第 1 項提起一般給付訴訟，並依據行政訴訟法第 7 條合併提出損害賠償之請求，要求以道歉作為損害賠償恢復原狀之方式。

（五）若本題認定乙要求市政府發布新聞稿之行為非屬執行公權力，並論及公私法區別理論，以及司法院釋字第 656 號，則後續訴訟程序與請求權基礎則為民法第 195 條第 1 項與民事訴訟程序。

【閱卷委員的話】

子題一、關於違憲審查的基本操作，整體回答情形相對較好。只是本子題著重點在於論述刑法第 140 條可能構成違憲之論析，不少應考人重點全部放在法官提出釋憲申請之程序，或是言論自由規範概念之論述，忽略違憲審查之檢驗。而在違憲審查之檢驗上，大量應考人之答題出現形式合憲性與實質合憲性之分類，不知從何而來之理論區分，多數只將相關原則進行論述後，即無任何涵攝，顯見應考人對於具體涵攝之陌生，也因此影響到得分。

子題二、本子題涉及行政行為之性質認定，只要能正確分辨行政處分與事實行為，即能順利推導出訴訟類型為一般給付之訴，至於請求權基礎則有相當比例之應考人似乎無法正確掌握，誤將訴訟法之規定認為是實體法之請求權基礎。

子題三、本子題與子題二具有若干重疊性，應考人在答題上也呈現相當的重複性。能夠正確提及國家賠償法之應考人較預期中少，相當數量應考人將重點放在市長之行為究屬公法行為或私法行為，並詳細論述公私法區別理論，並提及司法院釋字第 656 號，雖然也是一種思考方向，但實非本子題之重點。也有若干應考人以子題二之脈絡，繼續論述一般給付訴訟之結果除去請求權，只是未必能提及行政訴訟法第 7 條合併提起損害賠償之訴，而採此種答題脈絡之應考人，因為只考慮到行政訴訟法之規定，幾乎無法正確回答請求權基礎為何。應考人只要有正確考慮到國家賠償之行政救濟途徑者，都能夠完整論述國家賠償法之相關制度，並說明國家賠償法適用民法規定，正確提及民法第 195 條第 1 項規定。整體來說，本子題之答題表現相對較差，多數應考人也幾乎無法正確回答請求權基礎為何。

第二題

【評分要點】

子題一、旨在測驗應考人對行政處分、行政事實行為、行政執行及行政救濟之基本觀念的理解及其運用。評分要點如下：

(一) 答題一

答題內容是否能判斷：(1) D 要求 A 至附近醫院就醫、並以約束帶綑綁 A 將之強制帶至乙醫院之行為：乃合於行政執行法第 36 條規定：「行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置之必要時，得為即時強制。」為對於人之管束之即時強制。

答題內容是否能說明：(2) 即時強制之法律性質及救濟：依部分學說及實務見解，即時強制之法律性質屬行政事實行為，A 對 D 之行為，得提起行政訴訟法第 6 條確認行政事實行為違法訴訟。

(二) 答題二

答題內容是否能區分：(1)「D 要求 A 至附近醫院就醫」以及 (2)「D 以約束帶綑綁 A 將之強制帶至乙醫院」兩部分說明：

(1)「D 要求 A 至附近醫院就醫」部分得提起確認行政處分為違法之訴訟

D 要求 A 至附近醫院就醫係課予 A 特定之行為義務，性質乃屬下命性之行政處分。A 如有不服，原則上得循序提起訴願及行政訴訟法第 4 條撤銷訴訟，尋求救濟。惟因系爭處分已執行而無回復原狀之可能，故僅得依行政訴訟法第 6 條第 1 項後段，提起確認系爭處分為違法之訴訟。

(2)「D 以約束帶綑綁 A 將之強制帶至乙醫院」部分得提起

確認行政事實行為違法訴訟

D以約束帶將A強行帶往醫院部分，係因A不遵從至附近醫院就醫義務而採取之強制方法，為前述(1)下命處分之行政執行措施，且為行政執行法第28條第2項第5款所定「其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態」之直接強制方法。依部分學說及實務見解，直接強制之法律性質屬行政事實行為，是A得提起行政訴訟法第6條確認行政事實行為違法訴訟。

子題二、旨在測驗應考人能否從憲法及本題所附之參考法條判斷並說明C得依循之憲法及相關法律明文規定之司法救濟途徑，以達到使A出院之目的。評分要點如下：

C除了依憲法第8條第2項規定向管轄法院聲請提審之外，尚有下列相關法律規定之救濟途徑可資遵循：

(一) 依提審法第1條第1項聲請提審

最為快速之救濟，乃依提審法第1條第1項規定：「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。」向管轄法院聲請提審，本項規定之「他人」解釋上應係任何人。

(二) 依行政訴訟法第8條第1項提起一般給付訴訟，並依同法第298條第2項聲請為定暫時狀態之處分

(1) 行政訴訟法第8條第1項規定：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。」屬提審法第1條第1項但書：「但其他法律規定得聲請即時由法院審查者，依其規定。」之情形，是C得依行政訴訟法第8條第1項對乙醫院提起一般給付訴訟，請求行政法院命乙醫院停止留置A，並讓

A 出院。

(2) C 同時得依行政訴訟法第 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。」聲請為定暫時狀態之處分。

(三) 依精神衛生法第 42 條第 3 項向管轄法院聲請裁定停止緊急安置或強制住院

精神衛生法第 42 條第 3 項規定：「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。」屬行政訴訟法第 2 條除書「公法上之爭議，除法律別有規定外」之情形，故 C 得依精神衛生法第 42 條第 3 項向管轄法院聲請裁定停止緊急安置或強制住院。

子題三、旨在測驗應考人對憲法第 8 條人身自由保障之意旨、憲法上正當法律程序暨法官保留原則的理解與運用，以及憲法第 8 條人身自由及其限制之相關司法院憲法解釋之說明。評分要點如下：

(一) 答題內容是否說明憲法第 8 條人身自由保障之意涵、其限制應踐行正當法律程序及法官保留原則。

(1) 憲法第 8 條規定所稱之「拘禁」，依司法院釋字第 392 號解釋，指拘束人身之自由使其難於脫離一定空間之謂，其他所謂「拘留」、「收容」、「留置」、「管收」等均無礙其為「拘禁」之一種，當應就其實際剝奪人身自由之如何予以觀察，未可以辭害意。

(2) 憲法第 8 條第 1 項規定所稱「法定程序」，依司法院

大法官歷來之解釋，係指凡限制人民身體自由之處置，均須踐行必要之司法程序或其他正當法律程序。依司法院釋字第 384 號解釋，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 8 條第 1 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。

(3) 憲法第 8 條第 1 項之正當法律程序

依司法院大法官歷來解釋之意旨，凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，均涉及憲法第 8 條人身自由之限制，不問出於何種名義，均須有法律依據並應踐行正當法律程序。

依司法院釋字第 588 號、第 636 號解釋，人民身體自由享有充分保障，乃行使憲法所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第 8 條第 1 項即明示：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」

是國家剝奪或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，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始符合上開憲法之意旨。凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且應與限制刑事被告人身自由所

踐行之程序相類。司法院釋字第 588 號解釋認具實質處罰色彩的管收，亦應遵循法官保留之誡命。

(4) 憲法第 8 條第 1 項及第 2 項規定之法院係指狹義之法院

憲法第 8 條第 1 項及第 2 項所規定之審問，係指法院審理之訊問，此二項所稱之法院，限於司法院釋字第 392 號解釋所稱狹義之法院，即訴訟法上意義之法院，指對具體案件由獨任或數人合議以實行審判事務，即行使審判權之機關。狹義之法院原則上係限於具有狹義司法裁判之權限（審判權）而具備司法獨立（審判獨立）之內涵者；而在此一意義之法院執行審判事務（即行使審判權）之人即為法官，故構成狹義法院之成員僅限於法官。

(5) 憲法第 8 條第 2 項規定之法官保留原則

依憲法第 8 條第 2 項規定，法院以外逮捕拘禁機關，應至遲於 24 小時內，將因犯罪嫌疑而被逮捕拘禁之人民移送該管法院審問，此即法官保留原則。法官保留乃要求行政機關作成剝奪人身自由的決定之前，即應得到中立、客觀、公正之第三者之法院的同意，俾藉由法官及時迅速介入，防止行政機關可能之濫權，減低不法剝奪人身自由之風險。

(二) 答題內容是否區分並說明大法官解釋就刑事被告與非刑事被告之人身自由限制因不同目的、方式與程度之差異，兩者所踐行之司法程序或其他正當法律程序自非均須要求相同、法官保留原則之修正、即時之司法救濟。

(1) 司法院釋字第 690 號解釋乃變更大法官歷來解釋之意旨，認強制隔離所須踐行之正當法律程序，毋須與限

制刑事被告人身自由所須踐行之程序相類，認系爭傳染病防治法規定所涉人身自由的剝奪毋須法官保留。司法院釋字第 690 號解釋涉及傳染病防治之問題，就系爭傳染病防治法規定所涉對曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者人身自由之剝奪，乃不具處罰性，而係以保護人民生命安全與身體健康為目的之「照護性人身自由的剝奪」。因防疫措施具有力求迅速的特性，法院審理緩不濟急，甚至可能貽誤時機，是本號解釋認：強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，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。系爭規定之強制隔離處置雖非由法院決定，與憲法第 8 條正當法律程序保障人民自由之意旨尚無違背。

- (2) 司法院釋字第 708 號解釋認對外國人之收容係嚴重干預人民身體自由之強制處分，亦屬剝奪人身自由之一種態樣，須踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，應賦予受暫時收容人即時司法救濟（迅速、事後司法審查），逾越暫時收容期間之收容，亦須踐行法官保留，由法院審查決定。

司法院釋字第 708 號解釋認入出國及移民法第 38 條第 1 項規定所稱之「收容」，雖與刑事羈押或處罰之性質不同，但仍係於一定期間拘束受收容外國人於一定處所，使其與外界隔離，亦屬剝奪人身自由之一種態樣，係嚴重干預人民身體自由之強制處分，依憲法第 8 條第 1 項規定意旨，自須踐行必要之司法程序或

其他正當法律程序。惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，在目的、方式與程度上畢竟有其差異，是其踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須相同。暫時收容之處分部分，尚無須經由法院為之。惟為落實即時有效之保障功能，對暫時收容之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，俾受收容人得即時有效維護其權益；暫時收容期間屆滿前，未能遣送出境者，暫時收容機關應將受暫時收容人移送法院聲請裁定收容，始能續予收容，方符憲法保障人身自由之意旨。

- (3) 司法院釋字第 710 號解釋維持「刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，兩者應踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須相同」之見解，認暫予收容乃拘束受收容人於一定處所，使與外界隔離，自屬對人民身體自由之剝奪。系爭兩岸人民關係條例有關「大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容」之規定，於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；於逾越暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第 8 條保障人身自由之意旨。又關於暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第 23 條比例原則，亦不符憲法第 8 條保障人身自由之意旨。

司法院釋字第 710 號解釋並釋明憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考

量，由立法者制定相應之適當程序。

(三) 據上，答題內容是否說明本案爭議問題之合憲性

- (1) 本案違憲審查客體係精神衛生法第 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，是否違反憲法第 8 條第 1 項及第 2 項所要求之正當法律程序。具體言之，涉及以緊急安置或強制住院之方法(許可程序之規定)，限制嚴重精神疾病病人(非刑事被告)之人身自由。

實則精神疾病之認定具個別性，並無「傳染性」，其處置與治療未如防疫措施具迅速之特性，不宜比附援引，以免減損憲法第 8 條正當法律程序保障人民身體自由之意旨。

- (2) 緊急安置因情況特殊而仍有司法院釋字第 690 號解釋的適用

緊急安置，乃為保護嚴重精神疾病病人，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。

- (3) 強制住院的許可程序之規定，恐有違憲法第 8 條第 1 項及第 2 項所要求之正當法律程序及比例原則

強制住院部分，雖亦為保護及照料嚴重精神疾病病人，然一則因已無情況急迫之情形，另則因強制住院動輒 60 日，限制人民之人身自由程度甚鉅，是關於強制住院部分應否適用司法院釋字第 690 號解釋，答題內容應進一步討論，按前開幾則大法官解釋所釋明就非刑事被告剝奪人身自由限制是否由立法者制定相應之適當程序、是否賦予即時司法救濟及是否符合比例原則進行審查。

【閱卷委員的話】

子題一、極明確提問得提起何種行政訴訟？評分要點在於是否答出正確之訴訟類型。子題一乃三子題中得高分較困難之子題，作答能完整詳細分段答題（答題二）者少，多數作答為答題一類型，亦有答題一、二兩者混搭之作答。多數作答之一乃認即時強制之法律性質為行政處分，復因本件已執行完畢，無從依行政執行法第 9 條聲明異議，僅能提起行政訴訟法第 6 條確認行政處分違法之訴訟；多數作答之二則認本件應提起行政訴訟法第 8 條一般給付訴訟；多數作答之三係認應提起行政訴訟法第 4 條之撤銷訴訟。此外，認本件得聲明異議因而洋洋灑灑就聲明異議相關問題及最高行政法院決議大作文章之作答亦所在多有。評分上除了以是否答出正確之訴訟類型為評分要點外，尚須視作答內容之整體論述及論理在邏輯體系上是否自洽為評分基礎。本子題普遍得分不高，顯示應考人對於行政行為、行政執行及行政訴訟類型之基本概念認識與理解顯然不足，於個案判斷及運用能力尚待加強。

子題二、為三子題中最易判斷與得分之子題，作答方面只需從憲法、行政訴訟法及題附之參考法條中找到正確救濟途徑之規定並加以解釋與適用。絕大多數作答能答出「依提審法第 1 條第 1 項聲請提審」及「依精神衛生法第 42 條第 3 項向管轄法院聲請裁定停止緊急安置或強制住院」兩項救濟途徑，除此之外僅有極少數作答能再指出另一項救濟途徑之後半段：依行政訴訟法第 298 條第 2 項聲請為定暫時狀態之處分，惟幾無能答出前半段得依行政訴訟法第 8 條第 1 項提起一般給付訴訟之作答。

子題三、純粹測驗應考人對憲法第 8 條人身自由之保障與限制之認識、理解與運用，特別是涉及人身自由及其限制的幾則大法

官解釋之區分與說明。多數作答能答出憲法第8條人身自由之意涵與保障、人身自由之限制須踐行正當法律程序及法官保留，區分刑事與非刑事被告人身自由之限制，因目的、方式與程度差異，適用法官保留而有不同之幾則大法官解釋見解之變更與修正，據此為審查基礎，最後以比例原則為審查基準，對本案審查客體進行違憲審查，即能獲得平均水準之評分。為數不少之作答對於人身自由之保障與限制之基礎內涵論述甚為薄弱，且未能區辨並清楚分析幾則相關大法官解釋見解之異同。僅提及大法官解釋字號甚至僅簡述案由，卻對解釋內容未置一詞之作答所在多有。亦有不在少數之作答陷於制式之弊，純粹套用憲法人民自由權利限制之違憲審查公式，全然欠缺實質論理。凡此類作答，或方向有偏，或未能掌握應依不同個案判斷之重點。