

103 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試試題

類科：律師

科目：憲法與行政法

一、由於宗教團體管理之中央法律遲未完成立法，甲市有鑑於宗教輔導亦係其自治事項（地方制度法第 19 條第 3 款第 4 目規定參照），為有效輔導及管理宗教團體（含各種民間信仰，例如神壇），特制定「甲市宗教團體輔導及管理自治條例」。基於甲市地狹人稠，為避免宗教團體之聚會有妨害鄰近住戶安寧，以及公共安全之考量，該自治條例規定新設置之宗教團體聚會場所，若設置於公寓或大廈者，其僅能設置於一樓，不得設置於二樓以上。並對違反者訂有限期改善，屆期未改善者處以罰鍰之規範。此外，該自治條例尚規定宗教團體應設置帳冊，以備主管機關之查驗，未設置者將處以罰鍰。乙為某神壇之主持人，因違反前開規定而分別受罰鍰之處分，乙不服而分別提起行政爭訟。請回答以下問題：

(一)乙於行政爭訟程序中主張不得以立法限制宗教團體聚會場所設置地點，否則即有違宗教信仰自由之保障，且系爭規定本身亦有違比例原則。請評論乙之主張有無理由？（25 分）

(二)乙於行政爭訟程序中主張人民所從事之宗教行為及宗教結社組織享有自主權，故要求設置帳冊自有違宗教信仰自由之保障。且系爭規定未區分宗教團體之規模與性質，將其個人主持而屬民間信仰性質的神壇，與一般制度化之宗教團體相提並論，亦有違平等原則。請評論乙之主張有無理由？（25 分）

【擬答】：

(一)乙於行政爭訟中主張立法限制宗教團體聚會場所乃有違比例原則等語，是否有據，應視輔導及管理宗教團體之事務是否為甲市自治權限範圍，以及內容是否有違反比例原則，分析如下：

1. 首先，由於輔導及管理宗教團體的立法乃經地方自治團體之立法機關所通過之「甲市宗教團體輔導及管理自治條例」（下稱系爭自治條例），並非中央之法律，因此應先探討甲市得否因輔導及管理宗教團體之需要，在中央尚未管制立法前，自訂自治條例。換言之，本件宜先探究輔導及管理宗教團體事務是否屬於地方政府的權限範圍。
2. 有關中央與地方權限分配，按憲法第 111 條規定，除憲法本身第 107 條至第 110 條所列舉之事項外，依其性質事務視究竟是否有全國一致之性質者而定。次按地方制度法第 19 條第 3 款第 4 目，宗教輔導乃縣市之眾多自治事項之一，故應認宗教之管理及輔導係屬於地方政府的權限範圍之內。本件系爭條例之內容因包含限制設置聚會場所地點、設置帳冊並供查驗以及對違反者處以罰鍰等，顯已涉及限制人民之宗教自由以及財產權，以自治條例之形式定之，符合地方制度法第 28 條第 2 款之規定，且因中央尚未立法，故亦無與中央法律或基於法律授權之法規有牴觸之問題（地方制度法第 30 條第 1 項參照）。
3. 或有論者認為，輔導及管理宗教團體事務非屬於地方政府的權限範圍，而應具有全國一致性的特色，不具地方關聯性，不宜單由我國地方政府藉由區域性立法或行政措施，解決公共安寧之問題。然而，根據司法院大法官釋字第 498 號解釋理由書，地方自治為憲法所保障之制度，在落實地方自治理念時，須考量中央與地方的共同協力關係、垂直分權及地方特殊人文地理環境等因素之差異，以收因地制宜之效，另參照最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議亦曾表示「縣(市)依其地方環境之需要，以自治法規另定較高之限制標準，難謂與電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項之規定牴觸。惟關於創設、剝奪或限

制地方自治團體居民之權利義務，應以自治條例定之，為地方制度法第 28 條第 2 款所明定。」等見解，因此學生認為甲市以系爭條例作為輔導及管理該市宗教團體之依據，形式上並無違反法律保留或違反中央地方權限劃分之問題。

4.其次，系爭自治條例有關限制設置於公寓或大廈之宗教團體聚會場所的地點，並對違反者有限期改善及處以罰鍰等處置，與比例原則不符，應屬違憲，理由如下：

(1)本件所涉基本權：

按憲法第 13 條規定人民有信仰宗教之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由，其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由；次按憲法第 15 條規定人民之財產權應予保障，旨在確保個人依其財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害。寺廟之財產亦應受憲法有關財產權規定之保障(釋字第 490、573 號解釋參照)。本件系爭自治條例有關限制設置於公寓或大廈之宗教團體聚會場所的地點，並對違反且未限期改善者處以罰鍰等規定，應屬侵害宗教團體的宗教行為自由以及財產權。

(2)形式合憲性的審查：法律保留原則以及法律明確性原則之審查：

有關法律保留原則的討論已如前述，應無違憲之疑慮；至於系爭自治條例是否符合法律明確性，因該條文文字上的構成要件並無使用不確定法律概念，明確規定設置於公寓或大廈之宗教團體聚會場所的地點不得在二樓以上，倘若罰鍰數額為新台幣 10 萬元以下，且明確規定處罰範圍，應無違反法律明確性；相反地，倘若罰鍰數額如題旨所述並不明確，則已違反法律明確性原則無疑。

(3)審查標準之選擇：

根據釋字第 490 號解釋，大法官認為內在信仰之自由，因涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；至於宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，故僅能受相對之保障，在必要之最小限度內，仍應受國家相關法律之約束。本件系爭自治條例有關限制設置於公寓或大廈之宗教團體聚會場所地點的部分，因未直接干預人民是否信仰宗教以及信仰何種宗教之信念、精神層次，故不採取最嚴格的審查標準，然因人民所從事之宗教行為及宗教結社組織，與其發乎內心之虔誠宗教信念常常無法截然二分(釋字第 573 號解釋參照)，且系爭自治條例屬於針對宗教而設之宗教性規範，故學生認為面對國家對於宗教行為自由之干預，宜採取中度之審查標準，而不應放寬至合理審查基準，亦即系爭自治條例之立法目的必須係重要之政府利益，手段與目的有實質關聯。

(4)實質合憲性：

①目的正當性：系爭規定係為避免宗教團體之聚會有妨害住戶安寧，以及公共安全之考量，尚屬重要之政府利益。

②手段必要性：

①首先，設置於公寓或大廈之二樓以上宗教團體，未必一定有妨害鄰近住戶安寧或公共安全之行止；反面來說，設置於公寓或大廈之一樓宗教團體，倘若有妨害鄰近住戶安寧之活動，反而不在系爭自治條例之規範範圍之內，亦非合理，足證「限制宗教團體聚會場所所設置的地點」的手段，與「避免妨害公共安全或鄰人安寧」的立法目的，並無實質關聯。

②其次，有關鄰居妨害安寧或公共安全之管制，事實上社會秩序維護法第 72 條已對製造噪音或深夜喧嘩，妨害公眾安寧者，有處新臺幣 6000 元以下罰鍰之規定，足

證系爭自治條例限制有關宗教團體聚會場所設置於公寓或大廈之二樓以上的立法並無必要。退一步言，縱使甲市認為有特別在該市宗教團體輔導及管理自治條例中管制之必要，或提高較新台幣 6000 元更高之罰鍰，亦僅須在構成要件中規範類似於「設立於該市之宗教團體其聚會或舉辦活動時不得製造噪音或深夜喧嘩致妨害公眾安寧」之內容已足。

③綜上，系爭自治條例與比例原則有違，乙之主張應有理由。

(二)系爭自治條例有關要求宗教團體設置帳冊以供主管機關查驗，且未區分宗教團體之規模及性質而異其處置，形式上已違反法律明確性原則，實體上亦與比例原則、平等原則不符，理由分析如下：

1. 本件所涉基本權：

根據釋字第 573 號解釋，憲法第 7 條憲法特別揭示人民在宗教上應一律平等，因此國家對宗教應謹守宗教中立、寬容及平等原則，不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰畀予優待或不利益；另按憲法 13 條規定人民有信仰宗教之自由，人民為實現內心之宗教信念而成立、參加之宗教性結社，就其內部組織結構、人事及財政管理應享有自主權。系爭自治條例不分宗教活動或事業經營之規模大小，要求設立於甲市之「所有宗教團體」應設置帳冊以供查驗之規定，已涉及平等權、宗教自由之侵害，詳言之，因系爭自治條例限制之對象含以社團法人、財團法人或非法人團體形式存在的宗教團體之財政管理，故已影響其結社自由；至於要求個人所成立的神壇設置帳冊以供查驗，亦已涉及宗教行為自由之干預。

2. 形式合憲性的審查：法律保留原則以及法律明確性原則之審查：

有關法律保留原則的討論已如前述，應無違憲之疑慮；至於系爭自治條例是否符合法律明確性，按法律明確性之要求，係指立法使用抽象概念時，其意義應使一般人民足以理解並預見，並可經由司法審查加以確認（釋字第 432 號、第 545 號、第 702 號解釋參照）。本件系爭自治條例中有關「帳冊設置的審查項目及標準」均不明確，應呈請主管機關查驗的部分，就申請之程序及通過查驗之要件，均付諸闕如，不僅受規範者難以預見及理解，亦非可經由司法審查加以確認，已違法律明確性原則甚明。又倘若「罰鍰數額」如題旨所述並不明確，則已違反法律明確性原則無疑。

3. 審查標準之選擇：

本件系爭自治條例有關要求宗教團體設置帳冊以供查驗的部分，因未直接干預人民是否信仰宗教以及信仰何種宗教之信念、精神層次，且未針對「特定」宗教而設，故不採取最嚴格的審查標準，然因人民所從事之宗教行為及宗教結社組織，與其發乎內心之虔誠宗教信念常常無法截然二分（釋字第 573 號解釋參照），故學生認為本件亦採取中度之審查標準，亦即系爭自治條例之立法目的必須係重要之政府利益，手段與目的有實質關聯。

4. 實質合憲性-比例原則與平等原則之審查

(1)首先，有關宗教團體之自治，學者將之分類為：組織自治、規章自治、人事自治、財政自治，系爭自治條例有關查驗帳冊之規定顯屬干預宗教團體或個人之財政自治。學者有認為管制宗教團體自治或宗教自由的界線，可以參考德國大學自治的實質內涵，並應回歸到基本權的本質—自我實現，包含「自我展開」和「自我決定」兩個要素。與宗教自我實現有密切關聯的宗教行為事務，例如：宗教教義的解釋、宗教儀式的舉行、神職人員的產生…等，應予絕對保障，國家不得干預；反之，如果是營利事業之經營，例如：學校、托兒所、醫院等，則屬於跟宗教自我實現較無關聯的事務，國家的限制就必須符

合比例原則¹。

(2)目的正當性：

或有論者認為系爭自治條例之立法目的應在便於地方政府輔導及監督宗教團體之財務，避免捐助人或信眾所捐獻之財產遭到有心人士之不法挪用，或是增進公共利益，堪認重要之政府利益。然而，由於公益的內容抽象，也常作為國家管制人民基本權最常用的理由，因此必須謹慎思考，且並不是所有宗教團體都會影響到不特定多數人的利益，因大多宗教團體只影響內部成員或其提供服務的對象，倘若人民想了解財務狀況，亦應由人民與團體二者自行溝通了解並決定，因此，只有當宗教團體以公益的理由獲得國家補助時，國家才絕對有權就該補助的運用狀況加以監督²。本件系爭自治條例若單純以「增進公共利益」作為查驗帳冊之理由，將因該公益目的不存在為違憲。至於為了「避免捐助人或信眾所捐獻之財產遭到有心人士之不法挪用」之目的，系爭自治條例所採取手段，亦有違憲之虞(詳後述)。

(3)手段必要性及平等原則之審查：

①首先，縱認「避免捐助人或信眾所捐獻之財產遭到有心人士之不法挪用」，有一般刑法(例如：侵占罪、詐欺罪)等處理即可，毋庸事前就所有設立於甲市之宗教進行全面查驗，因此手段之選擇不符合必要性原則。

②其次，每個宗教團體可能從事的經濟活動不同，國家未考量對所有宗教團體事實上的監督必要性，逕予以全面性的規定，不符合必要性原則，也有「將不同事物作相同處理」之違反平等原則之疑慮。以本件為例，神壇與以社團法人、財團法人或非法人團體形式存在的宗教團體之「財產規模」以及「是否影響公益」或「影響層面」上有不同，且該神壇並未獲得國家補助，如此課予該神壇主持人乙應設置帳冊以供主管機關查驗等不必要的義務，已侵害其宗教行為自由下之財政自主管理權(釋字第 573 號解釋參照)，應屬違憲。

5. 基上所述，(二)系爭自治條例有關要求宗教團體設置帳冊以供主管機關查驗，且未區分宗教團體之規模及性質而異其處置，不但因人民無法預見及理解審查要件及標準，違反法律明確性原則，實體上亦悖於比例原則、平等原則，故乙之主張係有理由。

6. 由於根據上開說明，學生認為乙之兩項主張均有理由，惟承審法官能否於在行政爭訟中審查自治條例之合憲性，應視「自治條例之位階」而定，倘若認為經地方自治團體立法機關通過自治條例性質上為「廣義的法律」，因此法官不得逕行拒絕適用，則本案承審之行政法院法官應本於確信自治條例違憲並提出客觀上具體違憲之論證理由，裁定停止訴訟程序，以系爭地方自治條例為標的聲請大法官解釋。但如認自治條例之位階實低於法規命令(地方制度法第 30 條第 1 項參照)，則應認法官得本於釋字第 137、216、687 號解釋之意旨，不受系爭自治條例之拘束，而可參酌乙之意見，於判決理由中表示適當之不同見解，併予敘明。

二、人民團體甲負責人 A 向主管機關申請室外遊行許可，預計於 20 日後舉行全民反黑心食品大遊行。申請遊行路線自臺北市中華路一段行政院環保署前開始，沿中華路、忠孝西路、忠孝東路行政院、中山南路立法院、信義路至中正紀念堂廣場。主管機關乙審查 A 之申請後，同意發給許可，惟遊行舉行當天為元旦連續假期開始前一天，為避免影響民眾返鄉或出遊及維護市容整

¹ 整理自〈從宗教團體自治檢討宗教團體財務公開的合憲性〉，許育典；蔡汶含，東海大學法學研究 39 期 2013.04[民國 102.04]，頁 1-38

² 同前註。

潔，在許可附註三項要求：

1. 遊行路線修改為中華路一段、貴陽街一段、中山南路立法院、忠孝東路行政院、林森南路、信義路至中正紀念堂廣場；
2. 遊行時不得隨意棄置廢棄物或污染路面；
3. 遊行時不得攜帶足以危害他人生命、身體、或財產安全之物品。

遊行當天，由於參與民眾超乎預估，對於黑心食品危害大眾健康，怒氣一發不可收拾，紛紛將攜帶之黑心食品拋向空中，遊行經過的道路堆滿各種食品。參與遊行民眾丙忽然拿出黑心油品，並點火燃燒，使得場面十分混亂，乙認為許可附註之要求未被履行，認定遊行已違法，因此命令立即解散遊行並沒入其他尚未使用之黑心油品。A 認為燃燒黑心油品充分凸顯本次遊行之訴求，且並未造成任何危害，因此拒絕解散遊行之要求。群眾知悉解散命令後，群情激憤，將剩餘之食品丟向維持秩序之警察，並擴大燃燒黑心油之範圍。

乙認為在道路上燃燒油品嚴重破壞公共秩序及危害其他用路人之健康與安全，因此透過優勢警力強制貫徹解散命令。A 認為乙反應過當，即使有違法行為，乙並無使用強制力之必要；況且乙並未事先告知將使用強制力，因此認為強制解散遊行之行為違法。

試問：(一)許可中之三項附註是否合法？請分別論析之。(15 分)

(二)乙命令解散遊行之行為是否合法？(15 分)

(三)A 針對使用優勢警力強制解散遊行之措施應如何救濟？(20 分)

參考法條：

集會遊行法

第 11 條 申請室外集會、遊行，除有左列情事之一者外，應予許可：

- 一、違反第六條或第十條規定者。
- 二、有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者。
- 三、有明顯事實足認為有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞者。
- 四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。
- 五、未經依法設立或經撤銷、廢止許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。
- 六、申請不合第九條規定者

第 14 條 主管機關許可室外集會、遊行時，得就左列事項為必要之限制：

- 一、關於維護重要地區、設施或建築物安全之事項。
- 二、關於防止妨礙政府機關公務之事項。
- 三、關於維持交通秩序或公共衛生之事項。
- 四、關於維持機關、學校等公共場所安寧之事項。
- 五、關於集會、遊行之人數、時間、處所、路線事項。
- 六、關於妨害身分辨識之化裝事項。

第 25 條 有左列情事之一者，該管主管機關得予警告、制止或命令解散：

- 一、應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷、廢止而擅自舉行者。
 - 二、經許可之集會、遊行而有違反許可事項、許可限制事項者。
 - 三、利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者。
 - 四、有其他違反法令之行為者。
- 前項制止、命令解散，該管主管機關得強制為之。

【擬答】：

(一)許可中三項附註是否合法，分項分析如下：

1. 首先，乙在集會遊行的許可中註記「遊行路線修改為中華路一段、貴陽街一段、中山南路立法院、忠孝東路行政院、林森南路、信義路至中正紀念堂廣場」等文字(以下簡稱**路線修改註記**)，若對照甲所申請的內容，應認為：
 - (1)申請在「中山南路立法院、忠孝東路行政院、信義路至中正紀念堂廣場」遊行的部分應屬「准許」其申請；
 - (2)申請在「中華路一段」遊行的部分應屬部分申請准許、部分申請遭駁回；
 - (3)申請在「忠孝西路」遊行的部分遭到駁回；
 - (4)至於貴陽街與林森南路則屬甲未申請，主管機關主動准許的部分。
2. 因此，上開路線修改註記的性質，部分為「處分內容的具體規制」，部分為「否準申請並核可其他未經申請的內容」，均非許可處分之附款，乃是兼具駁回予許可性質之處分。至於其合法性，由於集遊法係採準則許可制，倘若限制路線之理由並不符合集遊法第 11 條各款之規定，則本應許可。經查，乙以「為避免影響民眾返鄉或出遊及維護市容整潔」之理由，否準「中華路一段」以外之中華路以及「忠孝西路」之遊行，惟因本件集會遊行之申請並無集遊法第 11 條第 1、4、5、6 款之情形，且同法第 2、3 款必須有「明顯而立即危險」之事實始可否準該集會遊行，本題乙既然有二十天之餘裕就民眾出遊或返鄉之路線向大眾進行事前宣導，或是規劃替代路線以供民眾選擇，但乙捨此不為，僅僅憑將來有發生之可能，即以此作為集會、遊行准否之理由，與憲法保障集會、遊行自由以及釋字第 445 號解釋所揭示「明顯而立即危險之事實狀態」之意旨不符，應不合法。至於甲未申請但乙主動貴陽街與林森南路主管機關主動准許的部分，應屬行政程序法第 114 條第 1 項第 1 款之情形，倘若甲事後已提出申請，則該瑕疵因補正而治癒。最後，准許「中山南路立法院、忠孝東路行政院、信義路至中正紀念堂廣場」遊行的部分，應屬合法。
3. 其次，乙在集會遊行的許可中註記「遊行時不得隨意棄置廢棄物或汙染路面」，乃課予人民於集會、遊行時特定不作為之義務，性質屬於負擔，根據行政程序法第 93、94 條，並參酌集會遊行法第 14 條授權主管機關就許可室外集會遊行可為必要之限制之規定，應認許可處分乃一裁量處分，因此乙確實可於作成許可處分時添加附款，而「遊行時不得隨意棄置廢棄物或汙染路面」之內容雖似依據集遊法第 14 條第 3 款規定，惟學生認為「棄置廢棄物」及「汙染路面」之文義，受規範者即參與集會遊行之人不易理解及預見，故違反行政行為明確性(行政程序法第 5 條參照)。
4. 最後，乙在集會遊行的許可中註記「遊行時不得攜帶足以危害他人生命、身體、或財產安全之物品」，文字上類似集遊法第 23 條有關危險物品之禁止攜帶之規定³，因此乃法律規定限制之重申，並非附款，應屬合法。

(二)警方之解散命令並不合法，理由如下：

1. 首先，判斷警方舉牌的合法性，必須先確認本案舉牌時點的問題，續而探討警方能否根據集遊法第 25 條各款之規定，向群眾舉牌解散。經查，本件警方舉牌的時點係在「參與遊行民眾紛紛將攜帶之黑心食品拋向空中，遊行經過的道路堆滿各種食品。參與遊行民眾之一丙拿出黑心油品，並點火燃燒，場面混亂」後，至於「群眾因知悉遭解散憤而將剩餘之食品丟向警察，並擴大燃燒黑心油之範圍」之事實，並非解散命令之事實基礎，因此，判斷舉牌解散的合法性，應視「參與遊行民眾紛紛將攜帶之黑心食品拋向空中，遊行經過的道路堆滿各種食品。參與遊行民眾之一丙拿出黑心油品，並點火燃燒，場面混亂」的事實

³ 集會遊行法第 23 條：「集會、遊行之負責人、其代理人或糾察員及參加人均不得攜帶足以危害他人生命、身體、自由或財產安全之物品。」

是否該當集遊法第 25 條各款事由，經查，本件並無集遊法第 25 條第 1、3 款事由，而集遊法第 25 條第 4 款又過於抽象而不明確，因此僅需探討同法條第 2 款之事由，惟學生已於第(一)小題表示認為許可處分中「遊行時不得隨意棄置廢棄物或汙染路面」之負擔違反行政行為明確性，且「黑心食品拋向空中，堆置路面」並不該當「隨意棄置廢棄物或汙染路面」之行為；又單一民眾丙的「燃燒黑心油品」行為亦不足以成為解散整體集會遊行之事由，因此警方倘係根據集遊法第 25 條第 2 款之規定即命令解散全體集會遊行之民眾，並不合法。

2.退一步言，即使丙的「燃燒黑心油品」行為已構成集遊法第 25 條第 2 款情形，根據該法規定，警方亦應先舉牌警告，若丙不聽從，再根據相關法令判斷是否制止其可能致生公共危險之行為，但警方直接舉牌解散，並不符合比例原則。

(三) A 針對使用優勢警力強制解散遊行措施，應依行政執行法第 9 條聲明異議，倘若救濟未果，依最高行政法院之見解，可續行行政爭訟；惟 A 亦可就基礎處分(解散命令)提起確認處分違法之訴，並依行政訴訟法第 7 條之規定，合併提起國家賠償⁴

1. 首先，警方針對群眾舉牌解散之行為相當於行政程序法第 92 條第 2 項前段之對人一般處分，而警方強制解散遊行所採取之措施，應屬「事實行為」，即執行行為之一種，且應屬行政執行法第 28 條第 2 項第 5 款「以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法」之直接強制，A 既然認為乙在進行直接強制前，並未經告戒程序(行政執行法第 27 條規定參照)，因此可以依行政執行法第 9 條，對該執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，在執行程序終結前，聲明異議。倘若救濟未果，則可根據最高行政法院 97 年度 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議決議，就該直接上級主管機關所為異議決定者，依照行政訴訟法第 8 條提起一般給付之訴，以除去違法行政行為所造成的狀態。

2. 然而，由於 A 針對「強勢解散」之執行行為提起一般給付之訴，可能因集會遊行已遭強制驅離無法達成其結果除去之目的，因此建議 A 針對「群眾舉牌解散之一般處分」，依照行政訴訟法第 6 條 1 項後段以及同法第 7 條規定，提起確認行政處分違法之訴，並主張其集會遊行自由、言論自由遭到不法侵害，附帶請求國家賠償。

三、甲所有一筆土地，於民國（下同）70 年經分割為 A 地號與 B 地號二筆土地。其中 B 地號土地因乙縣之丙鎮公所辦理都市計畫道路工程需要，而有徵收之必要，於同（70）年徵收過程中，因作業錯誤，將 B 地號土地誤植為 A 地號，經報請臺灣省政府准予徵收後，乙縣政府公告徵收 A 地號土地，發給甲地價補償費，並將 A 地號土地之所有權移轉登記為丙鎮所有，惟事實上丙鎮公所係將 B 地號土地闢為公用道路使用。90 年間，乙縣政府於地籍圖重測時，發現上述徵收錯誤，乃報經內政部核准公告撤銷 A 地號土地之徵收，並回復 A 地號土地所有權登記予甲，但該 B 地號土地仍繼續供道路使用。請問：

(一) 甲能否請求除去 B 地號土地上之各項交通設施？（25 分）

(二) 承上，其法律救濟途徑為何？（10 分）

(三) 甲能否請求徵收 B 地號土地？（15 分）

【擬答】：

(一) 甲可否請求除去 B 地號土地上各項交通設施，癥結在於，甲是否存在一個排除侵害之實體法上請求權，以及該請求權是否存在阻卻權利行使之事由，爰分述如下：

1. 本案基礎法律關係分析

⁴ 本題僅就行政執行法之相關規定作答，然實務上尚可能有依警察職權行使法第 29 條

依題意，乙縣因建設上需要，擬徵收甲所有之 B 地，詎料因徵收記載錯誤，導致徵收甲之 A 地，並已發給補償費用，故甲所有之 A 土地已為合法徵收。然而，實際上供作道路使用者仍為 B 土地，然而 B 土地始終未經合法徵收程序。故 B 地仍屬甲之所有，甲得基於對 B 地之所有權為合法之主張。此外，丙鎮公所既無正當權源占用 B 地，則甲自得基於所有權所衍生之實體法上請求，排除丙鎮公所對 B 地之侵害。

2. 甲之實體法上請求權

(1) 基於所有權衍生之實體法上權利

丙鎮公所將 B 地闢為公用道路，使得甲無法行使對 B 地之權利，甲得針對該行政上事實行為，請求排除。惟甲能主張何種實體法上請求權，有進一步探究之必要。

(2) 結果除去請求權作為排除事實結果之權利

學理上認為，針對公權力對人民權利的違法干涉所導致之違法狀態，得透過結果除去請求權(Folgenbeseitigungsanspruch)，請求危害之排除。所謂結果除去請求權，其請求權法理依據雖有爭執，但普遍認為乃基於憲法上基本權利所衍生之主觀防禦面向，藉以排除不正當的公權力行使狀態。其權利之內容，德國學說及實務係透過類推德國民法第 1004 條物上請求權之規定，填補結果除去請求權之內涵。故結果除去請求權至少包括「妨害排除」、「不作為請求」與「預防性不作為請求」等諸多內涵。

(3) 權利要件

① 審判實務

行政審判實務認為，人民若欲行使結果除去請求權，則①須被告機關之行政行為違法，或行為時合法，嗣因法律變更而成為違法者；②且直接侵害人民之權益；③該侵害之狀態繼續存在，且有除去回復至行政行為前狀態之可能；④被害人對於損害之發生無重大過失(最高行政法院 98 年判字第 334 號參照)。

② 學說看法

學理上則認為，請求權之成立，以①該公權力行為干涉人民之自由或權利，且②須為高權干涉，並③由該干涉產生一持續之違法狀態，並且④公權力之干涉在透過請求後，即能回復到干涉發生前之法律與事實狀態。至於當事人是否具備重大過失，非結果除去請求權所欲置喙。

③管見以為，結果除去請求權乃憲法上基本權之作用。國家不僅有義務避免對於基本權保護領域違法的干擾，更要承認權利人擁有法律上之力(Rechtsmacht)，可以積極主動地排除該侵害，此即基本權之主觀防禦權。結果除去請求權既然依附在這樣的權利脈絡下，則排除狀態並不考量權利人主觀之要素，應以後說為可採。

(4)綜上所述，對於丙鎮公所錯誤之權力行使結果，則並不排除甲依上述請求權請求回復狀態。職此，甲應具備除去 B 地上交通建設之實體上權利。

3. 本案不構成公用地役關係，不排除甲之結果除去請求權

(1) 公用地役關係之概念

憲法第 15 條保障財產權之存續與利用，惟個人行使財產權仍應依法受社會責任及環境生態責任之限制，其因此類責任使財產之利用有所限制。公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，係指因時間經過而依「時效取得」，國家對私人之土地形成「公用地役關係」，此時國家對人民得主張「公用地役權」，使私人土地成為公共用物，並限制人民對該土地之利用。

(2) 公用地役關係之成立要件

公用地役關係通常出現在「既成道路」的情況。依照釋憲實務之見解，國家若欲主張公用地役關係，須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概為必要(釋字第 400 號參照)。

(3) 本案不構成公用地役關係

甲所有之 B 地被闢為道路，乃因徵收錯誤所致之結果，其徵收之起始日期甚為明確，並非因歷時久遠無法追溯所導致之公用地役關係。據此，尚不得主張公用地役關係而排除甲主張之權利。

4. 甲之請求權未罹於時效

甲之結果除去請求權是否罹於時效，分述如下：

- (1) 基於法治國原則，法律安定性作為法律關係開閉的重要要素，凡請求權均應有時效之規範與適用(釋字第 474 號參照)。有關公法上請求權，行政程序法第 131 條第 1 項規定：「公法上之請求權，於請求權人為行政機關時，除法律另有規定外，因五年間不行使而消滅；於請求權人為人民時，除法律另有規定外，因十年間不行使而消滅。」
- (2) 惟細查本案之情況，本案係發生於行政程序法公布施行之前，則其時效之計算，依行政審判實務之見解，應類推適用民法第 125 條之規定(最高行政法院 95 年 8 月份庭長法官聯席會議參照)。故甲之結果除去請求權，因十五年未行使而消滅。
- (3) 然而，甲所主張之請求權乃基於財產權所衍生之妨害排除請求權，其是否有十五年消滅時效制度之適用，有探究之必要。誠如民法學理對於民法物上請求權有無時效消滅之問題爭議頗大，結果除去請求權是否適用時效消滅之規定，誠有疑義。
 - ① 有見解認為，民法物上請求權屬於所有權之絕對權面向，在侵害發生時，並不受到時效之限制。此乃著眼所有權特質之推論，而排除法安定性之需求。
 - ② 惟目前多數見解係以該不動產是否有合法登記為標準，若有為不動產登記，因具備公示外觀，基於誠信原則，應適用時效制度。
- (4) 管見以為，結果除去請求權係基於財產權上絕對權之性質，所衍生之主觀防禦面向，並無時效制度之適用。此外，對於國家行使之結果除去請求權和純粹的物上請求權，本質上亦有所不同。質言之，凡對於財產狀態之侵害所衍生之防禦權，均應排除時效之適用。因此，尚不能因法安定性之要求而將時效制度強制適用於結果除去請求權。
- (5) 今丙鎮於民國 70 年間於 B 地開闢道路，甲未基於所有權人之地位而有所主張，直至民國 90 年間才因地籍圖重測發現，惟基於保障人民基本權利之目的，結果除去並無時效之適用，甲得主張排除 B 地上之交通設施，回復原狀。

(二) 甲若欲起訴救濟，得依照行政訴訟法第 8 條第 1 項提起一般給付之訴

1. 結果除去請求權之本旨，乃排除公權力不法干涉後之結果(Folgen)，而並非排除公權力本身。故凡得排除不法結果之訴訟種類，原則上均有適用。
2. 質言之，若結果除去請求權所欲排除者乃違法之法律狀態，如違法之行政處分，則得提起行政訴訟法第 4 條之撤銷訴訟。反之，若僅排除違法之事實狀態，與行政處分無涉，則得依照行政訴訟法第 8 條提起一般給付之訴(allgemeine Leistungsklage)。
3. 行政審判實務認為，若行政機關採取之措施僅發生事實作用，影響財產之事實上圓滿狀態，而並非發生法律作用之侵害，則不排斥依照行政訴訟法第 8 條第 1 項之規定，請求排除侵害(最高行政法院 99 年 3 月份第一次庭長法官聯席會議)。

4. 因此，本案中甲得提起一般給付之訴，請求回復 B 地之原始狀態，排除 B 地上之其他交通建物。

(三) 有關徵收請求權之問題，說明如下：

人民是否具有請求徵收之權利，爭議甚大，分述如下：

1. 行政審判實務對於土地徵收之請求多半採取否定的看法，其理由包括：

(1) 釋字第 400 號解釋指出，關於人民徵收與補償之事項應以法律定之，則無法律之規定，尚難認定人民擁有徵收之請求權。目前法律明定人民擁有徵收請求權者，僅少數存於部分行政專法。例如土地法第 217 條規定，徵收土地之殘餘部分，面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用時，所有權人得於徵收公告期滿六個月內，向直轄市或縣(市)地政機關要求一併徵收之。

(2) 若直接以憲法第 15 條財產權規定作為請求權基礎，容易導致權力分立之傾斜。尤其在法律未明文規範主觀請求權時，透過司法裁判決定人民是否擁有請求權，將淪為司法國家，導致司法裁判影響政治決定。

(3) 土地徵收涉及預算分配，預算乃典型政治機關決定之事項，非屬司法機關所能介入。

2. 然而，若細繹徵收請求權之性質，管見以為，尚非不得透過主觀請求權與爭訟途徑請求徵收。

(1) 憲法第 15 條財產權之保障，乃以防禦權作為主要之面向。人民固然無請求為特定財產給付之權利，但對於受法律承認、固有財產之保障，則並非不得透過訴訟方式排除侵害。

(2) 徵收請求權之本質，係針對已無法透過一般使用方式之土地，請求國家承受該筆土地之所有權。且土地無法充分利用，原因在於國家行為干擾、限制了土地的使用。故雖明徵收請求權，但本質上也是針對財產權價值干預之排除，並非不得依據財產權之規定，請求國家徵收。

(3) 此外，徵收請求通常運用於非社會義務之財產限制案例，也就是該財產權之限制，已經達到特別犧牲的程度。則特別犧牲必然得基本權限制到達難以忍受之程度，透過請求國家徵收土地，藉以確保土地所彰顯之原有價值，非屬不合理之請求。

3. 結論：綜上所述，管見以為，甲並非不得請求縣政府徵收 B 地，蓋 B 地已達特別犧牲之程度，甲應得選擇徵收作為回復財產價值之手段，並非僅限於公法上結果除去為唯一的選擇。

四、甲市政府為關懷並慰問設籍該市因公傷殘之退役軍人，爰訂定「甲市因公傷殘退役軍人慰問金發給辦法」，並編列預算，於每年三節造冊核發慰問金。其辦法如附件。

乙係因公傷殘而退役之志願役軍人，回到入營前戶籍地之甲市辦理戶籍登記，並申請核發慰問金。甲市政府乃依乙提供之金融帳戶按時發給三節慰問金，每節新臺幣五千元。二年後，乙未收到甲市政府之春節慰問金，乃去函甲市政府申請繼續核發。

甲市政府兵役處函復：「依法律規定，因公傷殘之志願役軍人已領有撫卹金。現因本府財政日益緊縮，故已修正該慰問金發給辦法，不再編列預算對因公傷殘之志願役軍人發給慰問金」等語。乙認為其從軍報國致傷殘，國家理應從優照顧其生活，甲市政府不應修法停發，此舉侵害其憲法上之財產權；且其兩年來依賴該慰問金生活，甲市政府修正前開辦法，有違信賴保護原則。試問：

(一) 乙主張甲市政府應繼續核發慰問金，應循如何之法律救濟途徑？(15 分)

(二) 乙主張其憲法上之財產權被侵害，有無理由？(15 分)

(三)乙主張甲市政府修法停發三節慰問金違反信賴保護原則，有無理由？(20 分)

附件：

甲市因公傷殘退役軍人慰問金發給辦法

第 1 條 本市政府為關懷並慰問設籍本市而因公傷殘之退役軍人，爰訂定本辦法。

第 2 條 本辦法之主管機關為本市政府兵役處。

第 3 條 凡入營前原設籍於本市之軍人，因公傷殘退役後仍設籍於本市者，得向主管機關提出申請。

第 4 條 主管機關於每年春節、端午節及中秋節到來前分別造冊核發，並依申請人提供之金融機構帳號，於節前一週內匯入。

第 5 條 各節慰問金發給之金額，視各該年度市議會議決之預算定之。

第 6 條 本辦法自發布日施行。

【擬答】：

(一)乙若欲請求甲市政府發放慰問金，則應透過課與義務訴訟請求之，分述如下：

- 1.依題意，慰問金之發放係由人民申請後，經核准發放。故慰問金之給付，並非透過事實行為為之，而係透過行政機關之行政處分賦予人民受領慰問金之公法上權利。故乙若欲請求甲市政府給付慰問金，則需請求甲市政府作成行政處分，確認其具備請領之資格。
- 2.人民因中央或地方行政機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為或不作為，或違法駁回人民之申請，得依行政訴訟法第 5 條規定，提起課與義務訴訟。惟起訴前應先經訴願程序，方得為之。
- 3.然而，訴願法第 2 條僅規範怠為處分之課與義務訴願，欠缺拒為處分之課與義務訴願，學理普遍認為，應類推適用訴願法第 2 條規定，在拒為處分時亦得提起課與義務訴願。
- 4.此外，因乙係依賴該筆慰問金支持生活，具有急迫性，故得令依據行政訴訟法第 298 條第 2 項聲請定暫時狀態假處分，以達成本案先取之目的，避免因訴訟遲滯造成權利侵害。
- 5.小結：乙應提起課與義務訴願，若訴願未果，則依行政訴訟法第 5 條第 2 項續行提起課與義務訴訟。

(二)有關憲法財產權保障之意義，說明如下：

- 1.憲法第 15 條保障人民財產權，其具備兩個不同面向。於客觀法秩序之層面，其普遍作為公法上制度之保障(Institutsgarantie)，提供財產之存續保障、公法上財產法律地位、財產價值內涵之保障。主觀層面，則作為人民防禦權之來源，得以排除任何國家不法干預財產之行為與措施。憲法第 15 條財產權所保障者，乃人民對其所有的財產，具有自由的擁有、使用、收益以及處分的權利。換言之，在財產權的領域內，保障基本權利人有一個自由的空間，一個自我負責的領域。所以，憲法上對於財產權的保障，並不只是在於禁止國家對財產無償的剝奪，而是一種財產權存續狀態的保障。
- 2.然而，財產權之保障為最富有社會義務性格的基本權利，基於財產的社會義務性(Sozialgebundenheit)，於合理之範圍內，財產權得受到一定程度的限制。此外，財產之範圍有賴法律之具體化，也僅有在法律具體化後，才能確認財產權的保障範圍。
- 3.因此，因公傷殘退役軍人所能請求之慰問金，應屬法律層次的請求權。當法律不再提供此一給付時，即不得認為未給予慰問金便侵害了受領人之財產權。憲法第 15 條的財產權本來就不具備主觀公權利之性質，更難以透過財產權之主張認定何人應當擁有何種金錢上權利。因此，乙不得主張甲市未給予慰問金，因此侵害其憲法上保障之權利。

(三)有關信賴保護與法不溯及既往之問題，分述如下：

甲市政府廢止因公傷殘退役軍人慰問金之發給，導致乙受法律保障之法定地位發生變動，因而受到不利益法律效果之突襲。此種法規變動的問題，涉及法不溯及既往及信賴保護原則，分述如下：

1. 法律不溯及既往的概念

所謂法不溯及既往原則，係指法律原則上禁止向過去生效，而僅能向未來生效。蓋法律若對過去之事實產生拘束力，則易變動已終結之社會關係，影響人民既得之信賴利益。基於法治國原則，立法者應盡量避免制定溯及效力之法規。

2. 法規溯及的檢驗方式

- (1)然而，並非所有具備溯及性效力之法規均在禁止之列。溯及性法規尚可區分為「真正溯及既往」與「不真正溯及既往」，兩者係以涉及之案件事實是否終結為區分標準。所謂真正溯及既往，乃法規範針對過去業已終結之事實產生拘束力；所謂不真正溯及既往，係案件事實尚未全然終結，而於案件進行中發生法規變遷，因而導致全部案件適用新法規而言。真正溯及既往原則不允許，例外時允許；不真正溯及既往則相反，原則允許，例外時若侵害人民信賴利益，則不應允許。
- (2)針對二分法的檢驗模式，向來為釋憲實務所採取。惟二分法操作上相當僵硬，且無法充分考量人民信賴利益之保障程度，也無法權衡公益和信賴利益之關係。故新進釋憲實務見解係結合比例原則和信賴保護原則，確認係爭規範是否合憲。
- (3)申言之，以人民是否具備信賴利益，該信賴利益是否和法規變動所欲達成公益顯失均衡作為考量的第一步，並接續考量系爭規定有無合理補救措施或過渡期間。此種較類似基本權合憲性檢驗的模式，更能細膩的探討法規變動時的信賴保護問題。

3. 本案之檢驗

(1)因公傷殘退役軍人因慰問金之廢止，而有受法律保障之信賴利益

慰問金為因公傷殘軍人受系爭自治規章保障之法律地位，該法律地位(Rechtsposition)確保受傷退役軍人能夠受到國家實際上之照料，並且在該法律地位上擁有受領給付之權利。故對於慰問金之發放、存續，均屬受領給付之人對於生活安排的考量因素，故受領給付之人應受信賴利益之保障。

(2)利益權衡之檢驗

- ①然而，廢止慰問金是否抵觸信賴保護與法不溯及既往原則？需視廢止慰問金發給之目的和人民之損害，衡量兩者之輕重。依題意，甲市廢止慰問金之發給，係因受傷退役軍人已經領有撫卹金，無須受到地方自治團體額外之保障。此外，有鑑於財產權之保障屬於立法形成空間，其所保障者為客觀之整體制度，故有關廢止特定財產給付之情形，應該採取較寬鬆之檢驗標準，僅需具備說得過去、尚屬合理的舉證，便應承認該廢止行為之合憲性。
- ②受領因公傷殘慰問金之軍人所擁有之信賴利益，乃期待、依賴慰問金作為生活經費來源，若慰問金停止發放則無以為繼。故受領權人所主張之信賴利益，應為受領慰問金範圍內，擁有支應生活所需金錢之利益。
- ③反之，廢止慰問金發放之目的在於確保地方自治團體之財政與永續發展，則其亦屬重大公益之確保，其目的洵屬正當。廢止慰問金之發給，更能有助於財產負擔之減輕。釋憲實務認為，財政上的永續經營具有「世代正義」的本質，屬於重大之國家利益(釋字第717號陳春生大法官協同意見書參照)。
- ④若比較財政上負擔和慰問金之發給，管見以為，應以財政負擔作為較重大之公益。

蓋地方自治團體普遍面臨財政困窘之境地，而地方自治團體作為地方生存照顧(Daseinsvorsorge)的主要主體，若無法保持財政豐盈，則並非僅擠壓到社會給付的層面，更會使得地方任務無法順遂進行。而因公傷退役軍人既已領取其他撫卹，則無理由不能廢止慰問金之發放。職是之故，管見以為，廢止慰問金之方式以達成減少財政負擔，並不會對受領權人造成過大侵害。

(3)合理補救措施與過渡期間

然而，廢止慰問金之發給，甲市未給予受領權人一定的過渡期間，以作為申請他筆撫卹、維持生活之緩衝，管見以為，應已造成違反受領權人信賴利益過強之侵害，牴觸信賴保護原則。故甲市應盡速補足相關程序與措施，以協助因公傷退役軍人生活之存續。

4. 結論：廢止慰問金之發給未提供合理補救措施或過渡期間，牴觸信賴保護原則。