

104 年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

等別：三等考試

類別：司法官

科目：憲法與行政法

一、某甲主張所受最高行政法院終局確定裁判所適用之某法律規定某條違憲，經提起釋憲聲請而由司法院大法官做成對其有利之解釋，設若該解釋：

(一)宣告該法律條文「違憲，應自本解釋公布日起不予適用」者，某甲得否及如何請求後續司法救濟，以期動搖該終局裁判之既有效力？(25 分)

(二)宣告該法律條文「違憲，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時失其效力」者，某甲得否及如何請求後續司法救濟，以期動搖該終局裁判之既有效力？(25 分)

【破題關鍵】

釋字第 177 號、第 188 號與第 725 號為本題主要爭點，考生只要知道大法官解釋若有利於原因案件之聲請人，則原因案件得據以為再審之理由。若為定期失效，原因案件仍得援引大法官解釋，請求再審法院受理該案件。

【擬答】：

(一)甲得否與如何提起後續救濟，涉及聲請解釋原因案件之特別救濟途徑，分述如下：

1. 憲法解釋之生效時點與溯及效力

(1)釋字第 188 號和第 592 號清楚指出，原則上解釋若宣告特定法規失效，則自解釋公布之日起，該法規失去效力。即便解釋文中未清楚諭知失效之日期，亦應從解釋公布日起失效。因此，憲法解釋原則上並無溯及效力，避免因解釋結論而動搖過去之法律關係，進而影響法律安定性。

(2)然而，若憲法解釋無溯及效力，則對原因案件之聲請人即無在獲致有利解釋結論時，另行提起救濟之可能。職是，釋字第 177 號、第 188 號均認為，若解釋之結果有利於原因案件，原因案件之聲請人得依據該解釋，作為開啟再審或檢察總長提起非常上訴之依據，以求聲請人權利之充分保障，使人民聲請釋憲機制不致落入「前人種樹、後人乘涼」之窘境，影響聲請之意願。

2. 職此，某若最高行政法院終局確定判決所適用之法規被大法官認定違憲，且立即失效，則甲即得依據該解釋，依據行政訴訟法第 273 條聲請再審。

(二)原因案件對定期失效宣告之救濟

1. 定期失效宣告之本質與目的

當某些法領域無法承受法律真空而欠缺管制的情形時，釋憲機關將衡酌事物本質與具體生活情境，可能宣告某法規違憲後，設定定期失效的法律效果。此一宣告模式乃同時顧及法律安定性之需求，以及信賴保護上避免給付中斷所致之突襲，因而仿效奧國憲法法院之宣告模式，暫時使某違憲之法規維持其存續，以待立法機關修法補充。

2. 定期失效所生之困境

然而，原因案件卻可能因定期失效之宣告，導致聲請再審時，受宣告違憲之法令仍為有效。行政審判實務即認為，如經解釋確定終局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從單獨對於聲請人溯及失其效力，亦無聲請再審之可能(最高行 97 判字第 615 號判例參照)。

3.釋憲實務之突破

新近釋憲實務認為，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，如本院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 725 號參照)。

4.本案

據此，甲得依據大法官解釋之內容，向原審法院聲請再審。再審法院應受理該案，並依據大法官解釋之意旨為裁判，或俟新法修正後，依據新法審判。

二、甲公司於民國 103 年間以其新增進用設籍於乙縣之縣民多人為其員工繼續達 1 年以上，依「乙縣振興經濟促進就業獎勵措施自治條例」規定，向乙縣申請核發補助，案經乙縣政府審查認其申請符合規定，以 103 年 A 號函，核發新臺幣 1000 萬元補助款。嗣乙縣政府核認甲公司設於乙縣之廠區，其事業主體為甲公司，公司所在地設於丙市，不符前揭自治條例規定，爰依同條例第 6 條、行政程序法第 127 條等規定，以 103 年 B 號函撤銷系爭 A 號函，命甲公司於文到 15 日內加計利息繳回前述已發給之補助款，逾期不履行將移送強制執行，並教示救濟期間與途徑。甲公司認為乙縣政府無權以行政處分命其限期返還前述補助款與利息，經合法提起訴願，遭駁回後，向行政法院提起撤銷訴訟，請求法院撤銷 B 號函。試問甲公司之訴訟是否具備實體判決要件？若具備，甲公司之請求有無理由？(50 分)

參考法條：

乙縣振興經濟促進就業獎勵措施自治條例第 6 條

投資人依本自治條例請領之補助，經查明有虛報情事或違反本自治條例之規定者，本府得撤銷補助決定，已發給之補助，應加計利息限期通知追繳。

【破題關鍵】

本題測驗近年來非常熱門的爭點-不當得利的返還方式(反面理論的討論)，此一問題在 104 年 6 月決議出現後更顯重要，果然立馬反應成考題！適當的併陳各說並有明確的理由與結論，即能得到不錯的分數。另需強調者，處分的定性與合法性(容許性)應屬兩個層次的問題，所以我認為決議結論以處分容許性作為機關書函並非處分的結論有待商榷，同學可以透過擬答思考答題的層次感，思考如何適當的把各說放進各小題中！

這個題目還有一個比較細的爭點是，B 函同時帶有形成(撤銷 A 函)與下命兩種效果，甲公司撤得掉的是下命的部分(包括處分之執行力)，題意並沒有很清楚說明甲公司提起的訴訟範圍到哪裡，如果是全部，那可能只得到部分有理由之結論，不過考試很難寫的那麼細，所以我只有在結論的敘述上簡單帶一下而已。

另外，加計利息(能否類推民法 182 條第 2 項)當然也可以是個考點，不過一樣會有寫不完的問題，加上題目附的特別法明白有寫的利息，所以討不討論我想都是可以的。

【擬答】：

(一)甲之訴訟應具備實體判決要件，起訴應屬合法。

甲提起之撤銷訴訟(行政訴訟法 4 條第 1 項參照)是否合法，關鍵在於本案之 B 函是否屬行政處分，亦即 B 函是否具有法效性(行政程序法第 92 條第 1 項參照)？

1. 本案中 B 函帶有撤銷 A 函之效果(行政程序法第 117 條參照)，屬一具有形成效果之撤銷處分，並同時寓有命甲繳回補助款與利息之下命效力，且該函載明逾期不履行將移送執

行，並有救濟教示之添加，無論以處分法效之客觀判斷（大法官釋字第 423 號解釋參照）或主觀立場（行政機關意思表示之）觀察，B 函確實明確發生法律效果，乙縣政府亦有透過 B 函發生法律效果之意思，B 函無疑屬行政處分。

2. 論者有謂，因行政機關作成處分之利益流動，構成不當得利時，不能逕自以處分要求返還（反面理論容許性之檢討，詳見後述）。然而，即使否定反面理論，認行政機關無法逕以處分要求返還之立場，此一見解涉及處分作成容許性與合法性之問題（實體有無理由），與本案中乙縣政府作成之 B 函性質是否為處分（定性問題），係屬兩個層次之問題，故管見認為無法僅以否定反面理論之理由，逕認本案 B 函非屬處分，併此指明。

3. 甲公司對於乙縣政府所作之 B 函處分已提起訴願未獲救濟，進而提起撤銷訴訟，具備撤銷訴訟之實體判決要件，程序應屬合法。

(二) 甲之實體主張應有理由，行政法院應作成撤銷 B 函處分之勝訴判決。

甲之請求是否有理，關鍵在於不當得利請求權返還方式的爭執，亦即反面理論之容許性，討論如下：

1. 肯定反面理論說：

(1) 此說認為，行政程序法第 127 條規定，並未限制行政機關只能以提起一般給付訴訟之方式請求受益人返還所受利益，該條僅規定受利益之範圍準用民法不當得利之規定而已。是於在符合法律規定之情形下，行政機關尚非不得以行政處分方式，命受益人返還其所受利益。

(2) 另按行政執行法第 11 條第 1 項所稱之「公法上金錢給付義務」，結合法施行細則第 2 條觀察：「本法第二條所稱公法上金錢給付義務如下：一、稅款、滯納金、滯報費、利息、滯報金、怠報金及短估金。二、罰鍰及怠金。三、代履行費用。四、其他公法上應給付金錢之義務。」條文除列舉 1 至 3 款為公法上金錢給付義務之類型，並以第 4 款「其他公法上應給付金錢之義務」為概括規定。乙縣政府以 B 函命甲公司繳回之款項，即係「依法令負有公法上金錢給付義務」，乙縣政府自得以行政處分方式命甲公司限期繳回系爭補助款，並以此處分作為執行名義（最高行政法院 104 年 6 月決議之甲說參照）。

2. 否定反面理論說—此又可細分為：

(1) 觀念通知說：

① 此說認為，甲公司所得之補助款因乙縣政府撤銷 A 函處分溯及失效，而發生公法上不當得利之關係，行政程序法第 127 條與乙縣振興經濟促進就業獎勵措施自治條例第 6 條之規定，不過說明返還公法上不當得利之意旨（請求權存在），至於其請求權行使之對象（即受益人為何人）、返還之範圍等均須類推適用民法第 180 條至第 183 條之相關規定判斷，行政機關並無單方裁量之決定權，性質上非屬行政執行法第 11 條第 1 項所定因處分而生之「公法上金錢給付義務」，乙縣政府不得以行政處分方式命受益人返還系爭補貼款。如甲公司經乙縣政府通知限期返還仍置之不理，乙縣政府應提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，訴請甲公司返還不當得利（繳回系爭補助款）。

② 此一見解為最高行政法院 104 年 6 月之乙說，且為決議結論。若按此說，行政機關以書面通知原告繳回系爭補貼款，並未對外直接發生下命人民繳回補助款之法律效果，核屬觀念通知或催告之性質，不因該書函載有救濟期間之教示、逾期不履行將移送強制執行等字句，或經原告提起訴願及行政訴訟，而變更其本非屬行政處分之性質。

③ 然若採此說見解，則第一小題答案將有所不同。然管見認為處分之定性問題，與處分

之容許性(合法性與效力之問題)係屬二事,行政機關縱無權作成處分,仍可能作成違法(或法不容許)之處分,仍有透過訴訟排除之可能性,已如前述,故管見不採此說。

(2)形式行政處分說:

- ①否定反面理論之立場,主要認為法律保留原則除適用行政行為之內容外,亦適用於行政行為之形式(作成之容許性),行政機關對人民縱有請求權之實體法上依據,仍不能直接作為其有作成行政處分命給付之法律基礎。故行政機關追償公法上不當得利之途徑,除非另有法律對於行為形式之授權,否則應提起行政訴訟法第8條之一般給付訴訟請求之。
- ②惟縱使採取否定反面理論,認為行政機關在無法律明文授權之基礎下,不能以處分方式請求返還公法上不當得利,個案中仍可能存在「形式之行政處分」。此係指行政機關明確地表示自己所作之行為屬一行政處分,但事實上行政機關可能自始至終均無作成行政處分之權限(換言之,行政機關已經濫用了行政行為的形式選擇權,而誤用行政處分),或者將自己原本應作成之內部行為、行政命令或者自治規章或其他意思表示,誤以行政處分的外觀型態對外發布。由於形式之行政處分仍具有行政處分形式外觀。因此當人民欲針對該形式行政處分尋求法律救濟時,行政法院對之仍應有審判權限。而具體的訴訟類型還是適用以行政處分作為前提的訴訟類型,特別是撤銷訴訟。此為最高行政法院104年6月決議丙說之立場。

3.小結:管見採否定反面理論之「形式行政處分說」

行政程序法第127條,確實並無授權行政機關得逕以行政處分作為不當得利返還途徑之權限,在法律保留原則之要求下,除非特別法有明文之授權外,行政機關仍應以訴訟之方式實踐公法上不當得利返還請求權。然而,雖認行政機關不得以處分方式行使本案請求權,惟乙縣政府所為之B函仍具行政處分之外觀與意思,並記載有救濟期間之教示、逾期不履行將移送強制執行等條款,據其表示之內容,目的在於發生公法上的效果,該行為就應該具有行政處分所應具備的規制上的特徵,已如第一小題所述,係一「形式之行政處分」,甲公司以之為對象提起撤銷訴訟,應有理由,行政法院得以乙縣政府並無作成此種處分之權限,撤銷B函處分關於下命內容之部分,作成甲公司(部分)有理由之勝訴判決。

三、某直轄市為保護其轄區內的河流魚類,遂依據漁業法公告禁漁之範圍,於民國101年3月15日公告(以下簡稱「禁漁公告」),其內容如下:

- 1.公告機關:○○市政府。
- 2.公告依據:漁業法第44條第1款、第3款、第4款。
- 3.禁漁範圍:全市境內的河流及其支流至河流進入海口為止。
- 4.禁漁期間:自民國101年4月1日起實施。
- 5.規定事項:前項河段禁止使用任何方式(包括徒手或以釣竿垂釣)採捕水產動物,違反者,依漁業法第65條第5款規定,處新臺幣3萬元以上15萬元以下罰鍰。
- 6.基於學術研究、教育或防洪目的,經主管機關許可者,不在此限。

市民A於民國101年4月5日一如往昔,臨溪以釣竿垂釣自樂,才剛釣到一尾魚,即被市政府農業局漁業課之人員發現,市政府於同年4月9日處以(新臺幣)3萬元之罰鍰。A主張,單純以釣竿垂釣,對魚類生態並不至於發生影響,市政府應該檢討此一禁漁措施嚴重剝奪人民「接近自然」之基本權。請問:

(一)A之主張其具有「接近自然」之基本權,是否有憲法上的依據?(10分)

- (二)此一「禁漁公告」性質為何？是否符合法律保留原則？又，該公告之禁止事項是否違反其他憲法原則？(25 分)
- (三)A 如於同年 4 月 13 日就其受罰鍰之處分及「禁漁公告」提起訴願，未獲救濟而提起行政訴訟，於行政訴訟程序中，A 主張該「禁漁公告」違憲，行政法院亦贊同該見解，可為如何之裁判？(15 分)

參考法條：

漁業法第 44 條

主管機關為資源管理及漁業結構調整，得以公告規定左列事項：

- 一、水產動植物之採捕或處理之限制或禁止。
- 二、水產動植物或其製品之販賣或持有之限制或禁止。
- 三、漁具、漁法之限制或禁止。
- 四、漁區、漁期之限制或禁止。
- 五、妨害水產動物回游路徑障礙物之限制或除去。
- 六、投放或遺棄有害於水產動植物之物之限制或禁止。
- 七、投放或除去水產動植物繁殖上所需之保護物之限制或禁止。
- 八、水產動植物移植之限制或禁止。
- 九、其他必要事項。

漁業法第 65 條

有左列情事之一者，處新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰：

- 一、違反依第九條規定所加之限制或所附之條件者。
- 二、違反依第十四條規定公告之事項者。
- 三、違反依第三十六條或依第三十七條規定所指定或限制之事項者。
- 四、違反第四十一條第二項規定未申請執照者。
- 五、違反第四十四條第四款至第九款規定之一者。
- 六、拒絕、規避或妨礙依第四十九條第一項之檢查，或對檢查人員之詢問，無正當理由拒不答覆或為虛偽之陳述者。
- 七、違反依第五十四條第五款訂定之應行遵守及注意事項者。
- 八、違反主管機關依本法發布之命令者。

【破題關鍵】

本題當中，較為困難的問題是第一小題，應從學理對於釋字第 426 號環境權之闡述，延伸推論環境利用權之憲法基礎。第二小題與第三小題則均屬傳統的法律保留和命令審查問題，考生只需辨識出考點，應可輕鬆掌握。

【延申閱讀】

- (一)李震山，憲法未列舉保障之多元面貌——以憲法第二十二條為中心，收錄於氏著《多元寬容與人權保障——以憲法為列舉權之保障為中心》，元照出版社，第二版，2007 年 9 月，頁 31。
- (二)陳慈陽，環境法總論，元照出版社，2000 年 6 月，頁 101-102。
- (三)王毓正，環境權於學理上之發展及其於司法實務上之適用，台灣環境與土地法學雜誌第 1 卷 6 期，2013 年 7 月，頁 122-124。
- (四)李惠宗，憲法要義，元照出版社，第六版，2012 年 9 月，頁 386-391。

【擬答】：

(一)人民應擁有憲法保障之接觸自然之權利

1. 憲法第 22 條應保障人民接觸自然的權利

(1)接觸自然權並非列舉基本權

人民是否擁有接觸自然之權利，端視該權利是否已存在於憲法規範、或能包攝於特定憲法規定、抑或應屬憲法保障之非列舉權而定。質言之，應屬列舉基本權、半真正非列舉權，或真正非列舉權。依據現行憲法規範，接觸自然之權利應非屬憲法明文之規範，故僅能由後兩者中尋繹其存在的可能性。

(2)接觸自然之權利非屬環境權之保障範圍

①憲法增修條文第 10 條第 2 項規定：「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」，此外，憲法前言指出，國家負有「保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利」之義務，其係要求立法者建構環境保護之相關制度，藉以促使人民擁有「維持健康生活與舒適生活之權利」。此外，憲法第 15 條保障人民之生存權，則吾人並不排除依該條建構「最低環境水準」之要求，而將合宜的生活環境納入生存保障之一環。綜上所述，憲法第 22 條得結合上述第 15 條與增修條文第 10 條第 2 項之規定，使環境權進入我國人權保障譜系之中，課與國家機關積極建構適宜生活環境之義務。

②學理上認為，接觸自然之權利應屬環境權之積極面向，亦即使用、利用環境之權利。故接觸自然權利並非真正非列舉權，應包含於釋憲實務所承認之環境權利當中，屬半真正非列舉權，受憲法第 22 條所保障。然而，積極面向之環境權與傳統之自由權並不相同。該權利並非以個人為行使主體，亦非隸屬於不動產的使用收益，或以類私法上權利之概念理解。積極的環境使用權應平均的分配給大眾，任何人不得獨佔環境而行使營業權，抑或獨佔環境之利用可能。在此，國家應承擔細膩化環境利用關係的義務，透過法規範與制度，在環境保護之國家義務與人民利用之需求中妥善衡平兩者之需求。

2. 國家限制接觸自然權之正當化基礎

德國基本法第 20a 條規定：「國家有責任，在合憲秩序內，經由立法以及根據法律及法之規定下，由行政和司法為未來世代保護自然生活基礎及動物。」據此，環境永續發展仍然作為國家目標條款之一，拘束各國家機關。環境權之積極面向必然與消極面向呈現衝突狀態，抑或與他人之基本權利產生衝突。故立法機關應考量他人基本權利之保障，或是憲法增修條文第 10 條第 2 項之保障意旨，限制接觸自然權利之行使。惟該限制仍須遵循憲法第 23 條之要求。

(二)禁漁公告之性質與合憲性

1. 禁漁公告乃法規範授權制定之命令

行政程序法第 150 條第 1 項規定，法規命令乃依據法律之授權，對不特定人產生效力之一般、抽象行為。蓋法規命令由行政機關所為之行政立法產物，並且補充法未明定之細部事項，具有補充法規範內涵之功能。依題意，係依據漁業法第 44 條之授權，主管機關得以「禁漁公告」(下稱系爭公告)另行公告漁期、漁區、水產動植物採捕之限制等規範，足見系爭公告應屬法規授權制定之命令，係屬法規命令之類型。此外，依行政程序法第 150 條第 2 項，法規命令均應明示其授權依據。系爭公告於第一點即明確指出其授權之法規來源，形式上亦符合法規命令之形式要件。職是，系爭公告應屬法規命令，適用行政程序法相關規範無疑(臺北高等行政法院 98 簡字第 579 號、98 簡字第 610 號判決參照)。

2. 授權明確性與法律保留之檢驗

(1) 系爭公告乃補充行政罰之構成要件。

漁業法第 44 條授權主管機關訂定相關事項，若有違反，則依據同法第 65 條裁處罰鍰。因此，系爭公告之功能係補充行政罰之構成要件，作為處罰要件之具體規範。

(2) 行政罰應容許以法規命令補充其要件

① 行政罰法第 4 條規定，行政法以行為時之法律或自治條例有明文規定為限。惟此處之「法律」，係指形式意義之法律，抑或包括行政命令之範疇，誠有疑義。蓋行政罰之裁處與刑罰並不相同，未必不得以授權明確之命令規範之。此外，刑罰領域尚容許存在「空白構成要件」之方式，並授權行政機關以命令補充之，舉重明輕，行政罰之處罰要件未必不得以命令補充之。惟處罰對人民之基本權利影響甚大，不得以概括授權之方式留待行政機關填補其空缺。反之，應於授權條款載明授權之目的、內容和範圍，以免行政立法增添法所無之限制，逾越母法之授權範圍(釋字第 390 號、第 394 號、第 402 號、第 522 號、第 638 號參照)。

② 系爭公告係依據漁業法第 44 條所制定，漁業法第 44 條明確的指出授權之範疇，應屬具體授權。此外，系爭公告亦未突破漁業法第 44 條之範疇，僅具體化漁區之範疇與適用之時間起迄，亦無增加母法所無之限制。故管見以為，形式上觀之，系爭公告應無牴觸法律保留原則之虞。

3. 全區禁漁可能違反比例原則

(1) 系爭公告雖不牴觸法律保留原則，但系爭公告將全市境內河流及其支流均列入禁漁範圍，恐有過度限制人民權利，而有牴觸比例原則之虞。細繹系爭公告之意旨，乃有意透過全面禁漁之手段，確保生態永續發展與環境保障。然而，公告禁漁區域時，無非需考量目前河川之生態情況、綜合審酌生態之脆弱不可回性，以及考量人民生活所需。其間涉及複雜的利益衡量，全區禁漁可否通過該項檢驗，有待進一步探究。

(2) 從手段層面觀之，若欲達成環境保育之目的，全趨近於固然有助於目的之達成，但從最小侵害性觀之，主管機關並非不得透過證照或特許制度，賦予部分人民有限捕魚的可能。在過去，部分地方自治團體亦曾透過「捕魚季」或「捕魚大賽」等地方活動，招徠觀光人潮，以促進地方觀光發展。在自然可接受的容納範圍當中，人與土地的關係應是「適當利用」，而非「全然排拒」。由此足見，在人與自然的微妙互動當中，自然環境仍可忍受一定程度的人類活動，只要能掌握恰當的分際，尊重自然所提供的天然財貨，一定程度與適量的捕魚，仍屬可容忍的行為。主管機關固然可以考量管制上的必要，全然否准利用自然的可能，但主管機關便可能在此閃避了國家的重要任務—衡量自然保育的公益與人民利用需求，孰重孰輕，如何管制的問題。職此之故，管見以為，主管機關應透過更細膩的管制手段，試圖於環境保育與人民利用之間尋求平衡點，並非基於管制便利之考量，全區否准人民捕魚之可能。系爭公告顯然並非對人民權利之最小侵害手段，有牴觸憲法第 23 條比例原則之虞。

(三) 行政法院若認定系爭公告違憲，得拒絕適用

行政命令雖屬補充之行政立法，但並非僅有司法院大法官得審查其合法性。釋憲實務認為，依憲法第 80 條，法官依法審判，所謂依法，係指形式意義之法律而言，並不包括行政命令。故法院亦得審查命令合憲與否，若有牴觸憲法或上位階法源時，得於系爭個案中拒絕適用(釋字第 137 號、第 216 號參照)。據此，行政法院於審查個案時，若附帶審查系爭公告後認為有牴觸憲法之疑義，自得拒絕適用該公告。

四、本國籍男子甲於民國 104 年初與 A 國女子乙，在 A 國辦理結婚登記，乙持結婚證書向外交部所屬駐 A 國代表處申請結婚文件證明及來臺居留簽證，駐 A 國代表處經面談結果，以甲及乙對結婚重要事實陳述不一及作虛偽不實之陳述，依外交部及駐外館處文件證明條例第 11 條第 1 項第 3 款及外國護照簽證條例第 12 條第 1 項第 4 款規定，分別以函文不予受理乙結婚文件證明之申請及駁回乙來臺居留簽證之申請（以下合稱原處分）。請問：

- (一)甲就乙之文件證明及簽證申請是否具有法律上之利害關係？若甲不服原處分，提起訴願被駁回後，得否以自己名義提起行政訴訟（請分別就撤銷訴訟及課予義務訴訟論述之）？（20 分）
- (二)外交部以外國人出入境簽證之准駁，事涉高度政治問題，應不受司法審查為由，拒絕受理 A 國女子乙提起之訴願，試問外交部之作法是否合憲？（10 分）
- (三)外國護照簽證條例施行細則第 5 條第 3 項規定：「外交部及駐外館處得要求申請人面談」，該規定是否增加母法所無之限制，而違反法律保留原則？「外交部及駐外館處辦理外國人與我國國民結婚申請來臺面談作業要點」第 2 點及第 3 點規定，特定國家國民申請簽證始須安排面談，非特定國家國民申請簽證則無須經過面談，該規定是否違反憲法上之平等原則？（20 分）

參考法條：

外交部及駐外館處文件證明條例第 11 條第 1 項第 3 款：

「文書驗證之申請，有下列各款情形之一者，主管機關或駐外館處應不予受理。但其情形得補正者，應先定期令其補正：……三、申請目的或文書內容明顯違反我國法令、國家利益，或有背於公共秩序、善良風俗或有其他不當情形。」

外國護照簽證條例第 11 條：

「居留簽證適用於持外國護照，而擬在我國境內作長期居留之人士。」第 12 條第 1 項第 4 款及第 2 項：「（第 1 項）外交部及駐外館處受理簽證申請時，應衡酌國家利益、申請人個別情形及其國家與我國關係決定准駁；其有下列各款情形之一，外交部或駐外館處得拒發簽證：……四、對申請來我國之目的作虛偽之陳述或隱瞞者。……（第 2 項）依前項規定拒發簽證時，得不附理由。」第 15 條：「本條例施行細則，由外交部定之。」

外國護照簽證條例施行細則第 5 條第 3 項：

「外交部及駐外館處得要求申請人面談、提供旅行計畫、親屬關係證明、健康檢查合格證明、無犯罪紀錄證明、財力證明、來我國目的證明、在我國之關係人或保證人資料及其他審核所需之證明文件。」第 6 條：「外交部及駐外館處應審酌申請人身分、申請目的、所持外國護照之種類、效期等條件，核發適當種類之簽證。」

外交部及駐外館處辦理外國人與我國國民結婚申請來臺面談作業要點第 1 點：

「為建立外交部及駐外館處辦理外國人與我國國民結婚申請文件證明及來臺簽證之面談處理準據，以維護國境安全、防制人口販運、防範外國人假藉依親名義來臺從事與原申請簽證目的不符之活動，並兼顧我國國民與外籍配偶之家庭團聚及共同生活權，特訂定本要點。」第 2 點：「外交部得衡酌國家利益、國際慣例與實踐、各國與我國關係及各該國家國民在臺停留、居留情形，訂定特定國家名單及指定面談地點，並適時檢討修正。」第 3 點第 1 項：「特定國家國民與我國國民以結婚為由申請文件證明及來臺簽證者，應先檢附下列文件向我駐該國館處或指定地點登記安排面談：……」

【破題關鍵】

本題測驗今年的另一個熱點，公法上權利（訴訟權能）在婚姻團聚權的表現與討論，此一問題必須檢討 103 年 8 月決議，並對於憲法基本權與保護規範理論有正確的操作。

第二小題以題目線索來說，有可能考政治問題理論，有可能考判斷餘地理論，不論何者，只要對於這兩個理論之內容與適用對象有正確的認識，即可有明確的結論。

第三小題涉及法律的保留與授權明確性原則之寬嚴標準的適用，以及差別待遇合理性的問題（國籍的差別於待遇），答題時詳述審查標準與目的手段關連性之檢驗，即能得到不錯的分數！

關於授權明確性的部分，我認為要把標準提高，要求到具體授權而不僅僅只是概括授權的程度，當然也是可以的，只要多強調婚姻團聚權與正當法律程序之重要性，不一定只能照大法官歷來累積的標準。

【擬答】：

(一)甲應具備法律上利害關係（訴訟權能），並得以自己名義提起課予義務訴訟。

1. 本國籍配偶甲，對於 A 國女子乙申請結婚文件證明不予受理與申請居留簽證遭拒二事，是否具備法律上利害關係而有訴訟權能，關鍵在於保護規範理論之操作與憲法上婚姻家庭權（或婚姻團聚權）之理解，以下介紹對立見解：

(1) 否定說：

① 人民根據行政訴訟法第 5 條第 2 項之規定提起課予義務訴訟，係以依其所主張之事實，法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，經向主管機關申請遭駁回為其要件。如果對於人民依法申請遭駁回之事件，法令上並未賦予第三人有為其申請之公法上請求權，第三人即不可能因主管機關之駁回該項申請而有權利或法律上利益受損害之情形。

② 從外國護照簽證條例與施行細則之相關規定可知，得以外國護照申請居留簽證者，限於持外國護照之外國國民，該外國國民之本國配偶，並無為其申請居留簽證之公法上請求權。論者有以兩公約作為保護規範者，雖兩公約中所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力，然其得否直接發生人民對國家機關請求作成一定行為之請求權，仍應視此兩公約之各別規定，以公政公約第 23 條第 1 項：「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。」，或經社文公約第 10 條第 1 款前段：「家庭為社會之自然基本團體單位，應儘力廣予保護與協助，其成立及當其負責養護教育受扶養之兒童時，尤應予以保護與協助。」觀之，條文就如何之請求權內容及要件，並未明確規定，不得據以認為本國配偶有為其外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權。因此，外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶並不具有法律上之利害關係，此為最高行政法院 103 年 8 月決議之決議結論。

(2) 肯定說：

① 兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」其中公政公約第 23 條第 1 項、經社文公約第 10 條第 1 款前段分別明定：「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。」、「本公約締約國確認：一、家庭為社會之自然基本團體單位，應儘力廣予保護與協助，其成立及當其負責養護教育受扶養之兒童時，尤應予以保護與協助。」而配偶之一方如在外國，能否取得結婚文件證明與居留簽證，對於其能否來臺團聚，婚姻關係中「同居義務」能否履行，皆具有關鍵作用，同居復為婚姻制度之核心價值，此等請求如被否准，於兩公約施行後之價值判斷，已可認定直接侵犯到居住在國內之本國配偶維繫婚姻關係之權

益，本國配偶應有提起行政訴訟之權能（釋字第 469 號解釋參照）。因此，在兩公約施行後，為落實尊重人性，保障人權，各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，基於夫妻能長期同居團聚之權利，甲應有法律上利害關係，此為最高行政法院 103 年 8 月決議之甲說（惟不為實務決議所採）。

(3) 管見採肯定說

除了前述肯定說關於兩公約內涵之解讀外，管見並基於對於憲法上婚姻家庭權之理解，以及「團聚與同居」是否對於婚姻家庭權之實現具有關鍵核心地位，補強理由如下：

- ① 按婚姻是以一個社會「制度」之面貌並受憲法保障，已經大法官釋字第 242、362、552、554、647、696 號解釋所肯認。而在這個「制度」底下會有很多面向的利益有待權衡調整，包括夫妻同向對外的關係；有夫妻內部間對立的關係；與因夫妻而形成之家庭關係（包括未成年之子女），這些關係透過實證法之具體規範，均足以形成個別的權利義務。
- ② 而要將權利之規範基礎直接建立在憲法，可採取「光譜」之觀點以觀察，將婚姻制度所形成之關係，視其與婚姻制度本質之鄰接程度，予以「排序」，將其中與婚姻制度緊密接合之部分（即維持實質婚姻關係所必須之事項），認定為憲法上之「權利」，而將與婚姻制度關係較遠之部分（與實質婚姻關係維持無必然關連性之事項）認定為事實上之「利益」。例如配偶之一方與他人發生債務糾紛，配偶之另一方當然不可以主張「配偶一方之財務狀況影響其心境，因此影響婚姻中之生活圓滿狀態」，而以利害關係人之身分行使其配偶之權利。因為配偶一方之財務狀況與婚姻關係之維持，在經驗法則上，沒有「強」關連。
- ③ 但配偶之一方如在國外，其能否進入本國境內，對「同居義務」能否履行有關鍵作用，而同居復為婚姻制度之核心價值，此等請求如被否准，形式上已直接侵犯到人在國內之另一方配偶維繫婚姻關係之機會，該在國內之配偶當然法律上利害關係，並有提起行政訴訟之權能。

2. 甲所提起之訴訟類型討論

- (1) 承前所述，由於管見認為本國籍配偶甲於本案具法律上利害關係，具備訴權，則當可針對乙申請之不予受理與駁回提起訴訟，而拒為處分課予義務訴訟又比撤銷訴訟更能於本案發揮救濟實效，故本案甲應提起拒為處分課予義務訴訟（行政訴訟法第 5 條第 2 項參照）以資救濟。
- (2) 然而，若如實務見解之立場（最高行政法院 103 年 8 月決議），其認本案因外國護照條例等規定並無賦予甲明確之申請地位而不具法律上利害關係，則甲並不具備提起課予義務訴訟之訴訟權能。然甲是否得提起撤銷訴訟，撤銷不予受理與駁回之決定？近期行政法院傾向此一立場，認為最高行政法院 103 年 8 月決議僅限制本國籍配偶不具備提起課予義務訴訟之權能，然提起撤銷訴訟之認定仍可視個案處分是否違法侵害本國籍配偶而賦予救濟機會。亦即，雖本國籍配偶不屬於法律規定中請求權基礎之「申請主體」，然仍可能因為外國籍配偶申請居留許可之拒絕，或者以作成居留許可遭撤銷，而有憲法上婚姻家庭權之侵害（台北高等行政法院 103 年訴字 1747 號判決意旨參照）。如依此一見解，則縱否定甲有提起課予義務訴訟之權能，仍有針對不予受理或拒絕處分提起撤銷訴訟之可能性。惟附帶一提者為，本國籍配偶提起撤銷並獲勝訴後，外國籍配偶仍尚未取得證明文件或居留許可，而僅僅只是不受前拒絕處分之效力所規制，回復至得以重新申請之法律地位而已。

(3)縱上，若依實務立場，甲無法提起課予義務訴訟，但仍可能得提起撤銷訴訟以資救濟（惟救濟功能有限）；惟管見仍認為甲應具備提起課予義務訴訟之權能與要件，應透過課予義務訴訟救濟，方得全面達到救濟之實效，俾使甲與乙憲法上婚姻家庭權之保障，得致具體之彰顯與落實。

(二)外交部不得以高度政治性為由，拒絕受理乙所提之訴願案件

1.如果外交部主張者為「政治問題理論」，顯然誤解了該理論適用之範圍與對象

(1)所謂政治問題，係指國家機關中，涉及有關國家存立，或其統治等具有高度政治性之行為言。政治問題理論則謂，以權力分立之觀點，司法審判行為特具客觀獨立與職位保障之性質，故司法權為維持其政治不介入之中立態度，凡遇有類屬統治行為之高度政治問題，宜依循民主原理，交由政治部門決定，讓國民去監督論斷，方稱穩當。

(2)亦即，政治問題理論主張，某些憲法上的問題，屬於政策好壞之抉擇，宜交由具有民意基礎之政府其他政治部門——總統（行政部門）或國會（立法部門）解決，而不適合由負責定分止爭是非對錯之法院加以審理。我國釋憲實務最有名之政治問題，為釋字第328號解釋，大法官認為我國領土範圍，不應由職司司法權之釋憲部門解釋之。

(3)基上，政治問題理論適用之情形必須要真的屬於政策好壞之高度政治問題，本案關於外交部審理外國人出入境簽證准駁事項，屬於典型之法律問題，有法律明定之申請要件，與明確之准駁效果，非屬政治問題理論之適用範圍。又政治問題理論為一種節制司法權行使，構成司法審查界限之理論，姑不論該理論之優劣，承認該理論之立場下，有所節制與自制的當屬司法部門（大法官），本案外交部屬於行政機關，訴願案件之審理屬於行政程序，絕非政治問題理論得以適用之對象與範圍。外交部以政治問題拒絕受理之作法，顯然誤解了政治問題理論之真意，亦不符合訴願法之規定。

2.如果外交部主張者為「判斷餘地理論」，仍舊誤解了判斷餘地適用之情形與效果

(1)所謂判斷餘地理論，係指司法部門針對關於行政部門專業、經驗、屬人性事項，應予以尊重（釋字第319、462號解釋參照）。然所謂尊重，並非程序上予以駁回，亦非完全不予審查，而係於審查密度上降低（釋字第553號解釋理由書參照）。

(2)管見認為外國人關於出入境簽證申請之准駁，並非高度政治事項，而是關於外國人婚姻團聚權與居住遷徙自由權利影響之基本權事項，非屬判斷餘地。縱勉強認為有判斷餘地理論之事由，也僅是審查機關降低審查密度，而非如外交部所為之拒絕受理，外交部拒絕受理之行為違法違憲。

(三)1.「外國護照簽證條例施行細則」（下稱本案細則），無違法律保留原則

(1)本案細則之授權條款來自「外國護照簽證條例」第15之規定：「本條例施行細則，由外交部定之。」然此一概括授權條款並無揭示授權之目的、內容與範圍，是否符合法律保留與授權明確性原則？關鍵在於本案授權明確性之標準。

(2)首先，面談程序之進行與影響外國人民入境權利與婚姻團聚權，並非絕對法律保留事項，故仍有授權以法規命令定之之可能。再者，授權明確性非不得有寬嚴之分，對於人民基本權利侵害越重，或公益性越為重大，授權明確之要求即越高（大法官釋字第522號解釋參照）。

(3)觀察大法官歷來關於授權明確性解釋之脈絡，涉及刑法空白構成要件之授權，授權明確性之標準最高，必須達到「自母法中得預見其行為之可罰」的程度（釋字第522、680號解釋）；行政裁罰之授權雖不須達到刑罰授權明確性之程度，但也必須符合母法中將授權目的、內容與範圍明列之程度（釋字402、638號解釋參照）。然而，本案面談程序

與影響之結果，屬於行政管制事項（外國人是否需經面談，是否能取得居留簽證），並非刑事處罰或行政裁罰事項，依大法官解釋之意旨，無需以高標準之授權明確性審查之。

(4)是故，本案符合寬鬆標準之授權明確性，容許概括授權，母法中縱沒有明列授權之目的、內容與範圍，然仍可自整體法律意義推導而出者，亦符合授權明確性之要求（釋字第426、538號解釋參照）。故本案細則背後之母法雖僅有概括授權，仍可自外國護照簽證條例整部法規之立法目的與精神，以及相關規範之內涵，得出應有授權予主管機關決定以何種方式進行結婚與申請居留簽證的審查方式，本案細則並無違反法律保留原則。

2.「外交部及駐外館處理辦理外國人與我國國民結婚申請來臺面談作業要點」（下稱本案要點）違反平等原則（平等權）

(1)本案案點涉及之基本權：

本案要點以「國籍」做分類標準，造成「特定國籍」人民與本國人結婚時是否需經面談之審查程序，進而影響「婚姻團聚權」之差別待遇，此種差別待遇是否合理，應受憲法上平等權之檢驗（憲法第7條、釋字485、560、618、666號解釋等參照）

(2)本案審查標準：

以「國籍」所為之分類標準，雖非生來無法改變之嫌疑分類，然國籍的歸化、取得與放棄於各國皆有一定的標準（通常也不容易），仍屬一難以改變之分類；又以特定國籍作為審查結婚來臺方式之選擇，造成外國人與本國籍配偶婚姻團聚之影響甚深，應採中度審查標準為當。

(3)合憲性檢驗

①重要之政府利益（公益目的）？

外國人與本國人結婚並申請來台，確實會影響我國之人口結構，家庭文化、就業環境之諸多改變。國家基於避免虛偽結婚之情事，進而影響國家安全與引發之各種社會現象，而對於結婚與申請簽證事項預先加以審查與規範，容屬重要之政府目的。

②目的與手段之實質關連？

①然而，縱使系爭規定符合重要之政府目的，以特定國籍為篩選是否進行面談作為本案追求目的之手段，仍不具有實質關連性。目前外交部認定需面談審查之國家如泰國、緬甸、印尼、菲律賓、越南等，事實上已是對於該國籍人顯然歧視之表現，雖台灣婚姻結構與整體統計上，有一定的比例是與上開國籍之人結婚，但國家不應先入為主的認為，與這些國家國民結婚者，虛偽結婚之情形比較多，而僅針對這些國家的人民進行面談審查。

②每一段婚姻都是獨特而個人的，我們並不否定主管機關有面談審查之權限與必要性，但應該是個案決定有無審查之必要性、開啟如何之審查、以及如何建置符合正當法律程序之審查進行，而非通案地預先以國籍作為面談審查之選擇，造成針對特定國籍之人，國家帶頭所為之歧視。本案要點之手段與所欲追求之目的不具實質關連性，應屬違憲。