

《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)

命題意旨	第一小題：可提出限制宗教設置之地點究屬宗教自由之何種內涵，地方可否制定規範輔導及管理宗教團體事務，地方可否制定罰鍰手段，末者係關於宗教自由之違憲審查標準之採擇。最後則是關於法官對於地方自治條例可否釋憲之問題。 第二小題：關於為何侵害平等權，即「不等者不等之」之問題，又設置帳戶是宗教自由之何種內涵，再來則是關於宗教自由之違憲審查標準之採擇與平等權違憲審查之操作。
答題關鍵	第一小題：須提出宗教自由之內涵，並且闡釋規範及管理宗教團體事務屬於中央或立法權限，又地方制度法第 26 條以明文地方可制定罰鍰手段，在違憲審查標準之採擇上可輔以大法官釋字第 573 號為說明。關於法官對於地方自治條例可否釋憲為論述。 第二小題：須對於平等權與宗教自由內涵為討論。
考點命中	1.《高點憲法講義》第二回，韓台大編撰，平等權部分 2.《高點憲法講義》第四回，韓台大編撰，宗教自由權部分

【擬答】

(一)該自治條例侵害乙之宗教自由權，其合憲性敘述如下：

1.該條例侵害乙之宗教自由

- (1)宗教自由為憲法第 13 條所保障，又所謂宗教信仰之自由，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，國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰給予優待或不利益，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。內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之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，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障(釋字第 490 號參照)
- (2)本案該條例限制宗教之設立地點，與宗教結社之地點相關或是關涉宗教行為自由，而該罰鍰手段則侵害宗教自由中之財產權，凡此皆非屬宗教之內在信仰，非受絕對之保障，是可以立法為限制。

2.該侵害來源為地方立法，係屬公權力之行使。

3.違憲審查

(1)形式上

- ①按中央與地方之分權，依憲法第 111 條，除憲法第 107 條至 110 條所列舉之事項外，其餘應視其性質有無全國一致之性質。本案中，憲法第 107 條至 110 條並無列舉該宗教輔導與管理，而宗教輔導與管理有其區域性之差異，核其特性，應屬地方自治一環，並非有全國一致之性質，是以地方得於中央未立法前為宗教輔導與管理之立法，合於法律保留。

②地方自治條例可否對人民為罰鍰之限制，否定說以為憲法第 23 條之法律應指憲法第 170 條：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」加以大法官解釋第 38 號曾謂：「縣議會行使縣立法職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利。」惟本文認為應採肯定說，蓋憲法第 23 條之法律一詞，除了國家法律外，應認可包含地方法律，又為了實現地方自治受制度性保障之精神，再者，地方制度法第 26 條第 2 項：「直轄市法規、縣（市）規章就違反地方自治事項之行政義務者，得規定處以罰鍰或其他種類之行政罰。」故本案中，甲市以自治條例制定罰鍰，係符合法律保留為是。

(2)實質上

①違憲標準之採擇

A.就限制宗教自由之違憲審查標準，學理上區分限制來源為宗教性法律或個別性法律，前者係指以規範宗教為目的，而直接對宗教造成限制者關於此等法律之審查基準，應採行嚴格審查基準。後者又稱之為「宗教中立」法律，亦即法律本身所追求者係與宗教無關的世俗性目的或效果，只是「適用時」可能對人民的宗教自由產生「偶然或附帶」的限制與侵害，通常採取個案衡量。

B.本文中，該條例係屬宗教性法律，係直接對宗教團體之設置地點為限制，依上開說明應採較嚴格之審查標準，加以大法官釋字第 573 號解釋對於宗教性法律亦採較嚴格之審查標準，然而該條例並非對於宗教自由中之內涵造成嚴重之干涉，其僅係對於宗教設置地點為干預，故應採中度審查標準為合宜。

②違憲審查之操作

A.目的

本案所欲追求者避免妨礙鄰近住戶之安寧與安全，而帶有公共安全之考量，尚屬重要之政府利益。

B.手段

然而，在手段之採取上，其並未區分該大樓之用途，蓋二樓以上並非絕對為住宅所在，常有大樓整棟皆係用於商辦活動或各類娛樂場所，是以本條例在手段之採取上並未區分該大樓之用途，一律排除宗教團體設置於二樓以上，再者，宗教將地點設置於一樓，亦可能產生妨礙鄰近住戶安寧與安全之情事，故其手段與目的並無實質關聯性，應屬違憲。

4.又本文中，乙於訴訟程序中主張該條例違憲，其固然可於獲得確定終局判決，若對判決之結果不滿，可為釋憲之聲請，然其既主張該條例違憲，則法官可否對該條例依釋字第 371、571、590 號為釋憲，本文以為法官依法獨立審查，而不受命令之拘束，該法除指中央立法之法律外，應含地方自治條例在內為是，是以倘法官認為乙所述有理，則其必須以之為先決問題，並提出具體理由而裁定停止訴訟程序為釋憲之聲請為是。

(二)該自治條例侵害乙之宗教自由權與平等權，其合憲性敘述如下：

1.該條例侵害乙之宗教自由權與平等權

(1)宗教自由權部分

①宗教自由為憲法第 13 條所保障，又所謂宗教信仰之自由，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，國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰給予優待或不利益，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。內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之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，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障(釋字第 490 號參照)

②本文中，該帳冊之設置已侵害宗教團體內部之運作，蓋帳冊內容填寫與備查等等皆於宗教行為自由相關。

(2)該條例侵害乙之平等權：

①平等權為憲法第 7 條所保障，憲法第七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。(釋字第 485 號參照)

②本文中，該帳冊之設置並未區分宗教活動與事業經營規模，係屬於違反「不等者不等之」，而產生「不等者等之」情況。

(3)又平等權與自由權競合之情況，本文認採釋字第 649 號之平行審查說為妥。

2.該侵害來源為地方立法，係屬公權力之行使。

3.違憲審查

(1)形式：本案符合法律保留與法律明確性原則

(2)實質

①宗教自由權

按該條例係屬宗教性法律，學理上或依釋字第 573 號解釋應採嚴格審查標準，惟本文以為其並未涉及宗教之自主核心，僅規定設置帳冊此未涉信仰思想精神之程序性義務，是以宜放寬審查標準，而採中度審查為是。該帳冊之設置目的應係屬為避免宗教財政有紊亂之情形(輔導)或避免有心人士利用捐款宗教以達不法行為(監督)。就此，避免宗教財政紊亂是非屬重要公共利益，然避免有心人士利用捐款宗教以達不法行為，或可謂是重要公共利益，惟手段上其運用帳冊之設置，似有侵害過度之情形，蓋帳冊之內容除涉及捐款外，亦含有其運用財政之情形，就此以言，手段與目的之間似不具備實質關聯性，而有違憲之虞。

②平等權

在我國平等權係採等者等之，不等者不等之，然其針對帳冊之設置，未區分宗教規模與性質而未為異其規範，似有違憲之虞，蓋不同宗教規模與性質，常涉及捐款數額之大小或金錢流動之動向，為求其立法目的，立法者應針對不同宗教規模與性質為不同之立法為是。

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，而有違反法令之行爲者。
 - 四、有其他違反法令之行爲者。
- 前項制止、命令解散，該管主管機關得強制爲之。

命題意旨	本題旨在測驗答題者對於行政處分附款概念之掌握程度，即基礎處分與執行處分不同階段之區分。
答題關鍵	須就行政處分之附記予以細緻區別，並審視其合法性，萬不可將附記一律歸於附款。
考點命中	1.《行政法選擇實例實戰解析》，溫律師編著，高點出版，頁 5-26 以下。 2.《高點行政法講義》第三回，溫台大編撰，頁 80-81。

【擬答】

(一)三項附註之合法性

- 1.按行政程序法第 92 條第 1 項規定，行政處分為行政機關單方所爲，對外發生法律效果之行政行爲，本題中，A 向機關申請室外集會遊行許可，主管機關「同意核發許可」，即屬行政處分。
- 2.承上，本案中之許可，尚有三項附註。而行政處分之附註，可能為法律規定之重複表述、對於申請內容之部分許可、處分內容之限制、或行政處分之附款。本件中，附註一調整了申請集會遊行之路線內容，係對於處分內容之限制，並非附款；附註二係要求遊行時不得棄置廢棄物或污染路面等，屬於對該許可遊行處分之附加規制，性質上應為行政程序法第 93 條第 1 項之「附款」，又其為處分外義務之附加規制，屬附款中之「負擔」；附註三禁止參與者攜帶足以危害他人生命身體財產安全之物品，為集會遊行法（下稱集遊法）第 23 條之規定內容，為法律規定之重複表述，並非附款。
- 3.按集遊法第 11 條規定，對於人民集會遊行之申請，除非有該條所列情形，應予許可，惟同法第 14 條亦規定主管機關於許可時，得就公共秩序、衛生等事項，為必要之限制。因此，本件主管機關基於集會遊行係於連續假期前夕舉行，為維護民眾返鄉集市容整潔之公益，作成附註一，係對於許可處分內容為修改及限制，洵屬有據。另附註二附款之作成，亦有前揭第 14 條第 3 款規定為據，符合行政程序法第 93 條第 1 項「法律有明文規定」之要件，要無違誤。至於附註三則屬法律明文之表述，亦無違法問題，因此，本題中之三項附註，均屬合法。

版權所有，重製必究！

(二)乙命令解散之適法性

- 1.按集遊法第 25 條第 2、4 款規定，經許可之集會、遊行而有違反許可事項、許可限制事項、或有違反法令之行爲，主管機關得予警告、制止或命令解散。本題中乙對系爭集會遊行作成解散命令，其適法性如何，應視本件中系爭集會參與者是否有違反許可限制或法令等行爲，及其違反程度情結而定。
- 2.依題意所示，遊行參與民眾紛紛將黑心食品拋向空中，使路面上堆滿各種食品，此固已違反附註二附款所附加之義務，惟此危害尚不至於構成急迫危險，主管機關得選擇依集遊法第 25 條規定為警告、制止等措施，直接以此為由作成解散命令，與比例原則即有違背，並非適法。
- 3.至於參與民眾丙點火焚燒黑心食品，造成場面混亂，此時，丙之行爲已有對於公安造成危害之嚴重疑慮，基於避免參與民眾紛紛仿效，導致引火處處，危及不特定多數人生命身體財產之可能，主管機關基於該事由解散集會，應屬合法，可予支持。

(三)A 對於使用優勢警力強制解散遊行措施之救濟

- 1.查主管機關所為之「解散命令」，性質上屬主管機關所為，對於雖非特定、但可得特定多數人發生法律效果之行政行為，屬於行政程序法第 92 條第 2 項之「對人一般處分」。對於該處分如有不服，原則上應由 A 對之循序提起撤銷訴願、撤銷訴訟，但因 A 提起救濟時，該集會遊行往往已行結束，規範之基礎事實不存，該處分之效力，已歸於消滅。故 A 對之應依行政訴訟法第 6 條規定，提起確認行政處分違法之訴，並依同法第 7 條規定，合併請求相關之損害賠償。
- 2.至於主管機關透過優勢警力貫徹解散命令，此時，相對於解散命令為一「基礎處分」，以優勢警力貫徹該處分，則屬「執行階段」所採之事實行為。A 應對之一行政執行法第 9 條規定提起異議，對該異議決定不服者，依最高行政法院 97 年度 12 月份第三次庭長法官聯席會議決議，得循序提起行政訴訟，續謀救濟。

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 地號土地之所有權轉登記為丙鎮籍圖所有，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 B 地號土地試之各項交通設施？（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）

命題意旨	本題目的在測試答題者就公法上結果除去請求權之概念運用
答題關鍵	須點明結果除去請求權於本案之適用，及人民是否有請求徵收之公法上權利
考點命中	1.《行政法選擇實例實戰解析》，溫律師編著，高點出版，頁 10-26。 2.《高點行政法講義》第八回，溫台大編撰，頁 242。

【擬答】

（一）甲得請求除去 B 地號土地上之交通設施

- 1.按因公權力行為所造成之損害，轉換民法之規定，而成立之公法上結果除去請求權、不當得利返還請求權及公法上之無因管理，均為公法法制之一環，其中，人民因其權利受公權力之違法干涉，而負擔不利之結果，應有回復未受不利結果前之原狀之請求權，此乃學說所稱之公法上之結果除去請求權。此項結果除去結果請求權，雖未見於我國行政法規之明文，惟其與行政程序法第 127 條所定之公法上不當得利返還請求權具有相同之性質，同有不容違法狀況存在之意義，應得以法理予以適用，而認許人民有此項請求權。
- 2.本題中，因作業錯誤因素，B 地號土地自始至終均未受徵收，事實上丙鎮公所亦係將 B 地號土地闢為公共道路使用，且於發現錯誤後，仍「繼續供道路使用」。惟丙鎮公所將甲之土地作為道路使用，並無法律上之原因，致甲之財產權利受公權力之違法干涉，而負擔不利之結果，應允其有回復未受不利結果前之原狀之請求權。

（二）甲應依行政訴訟法第 8 條規定，提起一般給付訴訟

- 1.按行政訴訟法第 8 條第 1 項前段規定：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」，此即學理上所稱之「一般給付訴訟」，與要求機關作成行政處分之「課予義務訴訟」相區隔。
- 2.本題中，甲所請求者，為請求法院判令行政機關「除去 B 地號上之各項交通設施」，亦即係要求機關作成處分以外之其他給付（拆除交通設施），故應依行政訴訟法前揭條項規定，提起一般給付之訴，以謀救濟。

（三）依現行行政法院實務見解，甲無從請求徵收 B 地號土地

依現行行政法院實務見解認為，提起行政訴訟法第五條之課予義務訴訟，以人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為、或予以駁回，認為其權利或法律上利益受損害者為必要。其所稱依法申請之案件，係指人民依法規之規定對國家享有公法上請求權而言。惟土地徵收係指國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以剝奪之謂（司法院釋字第 425 號解釋參照）。因此土地徵收原則上只能基於有利於公共事業之公益需要，而由國家依法令所定法定程序為之。換言之，土

地徵收案件，只有國家才能擔任徵收權之主體，發動徵收程序（前行政法院 24 年判字第 18 號判例參照），一般人民除法律別有規定外（如土地徵收條例第 8 條），尚無請求國家徵收其所有土地之公法上請求權。

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。

命題意旨	第一小題在測驗核發之性質與訴願和行政訴訟類型；第二小題在對於財產權之範圍劃定與其性質為敘述；第三題為大法官釋字第 717 號之命題
答題關鍵	第一小題：須將行政處分定性為討論，續而討論其訴願與行政訴訟之類型。 第二小題：可提出大法官釋字第 606 號諸位大法官之協同意見書，藉此提出我國財產權之範圍劃定與性質；第三小題以釋字第 717 號之意旨為檢驗。
考點命中	1.《高點憲法講義》第一回，韓台大編撰，憲法原理原則-信賴保護部分 2.《高點憲法講義》第五回，韓台大編撰，財產權部分 3.《高點行政法講義》第七回，艾台大編撰，行政訴訟部分

【擬答】

(一)乙應經訴願程序後，倘仍有不服，續而提起行政訴訟法第 5 條(下稱行訴法)第 2 項之課予義務訴訟：

1.該函復係屬行政處分

按行政程序法第 92 條第 1 項，行政處分之要件有六，即為行政機關、公法上行為、具體事件、具單方性、具外部性與具法效果。而本件之函復係屬甲市政府兵役處(行政機關)就慰問金之發放(公法上行為)對乙人民單方面所為之生拒絕發放慰問金法律效果之外部行為，是以，該拒絕核發之函復應屬行政處分。

2.乙可以訴願法第 2 條第 1 項為拒絕處分之訴願

學理上有認為訴願法第 1 條第 1 項之行政處分解釋上可包含「駁回處分」，故可依本條為訴願，然亦有認為應擴大解釋訴願法第 2 條第 1 項之適用範圍，擴及拒絕處分之訴願類型，本文以為不論採何說，皆無礙乙提起拒絕申請訴願之救濟。

3.乙應提起行訴法第 5 條第 2 項之課予義務訴訟

應提起何種訴訟類型，涉及訴訟類型之意義與選擇，蓋訴訟類型之擇定應視人民所欲排除之侵害與所求而定，今乙人民所求為撤銷該函復並且給予慰問金，是以，探究乙所求並非僅排除該函復之侵害，更重要的

是該慰問金之發放，則其應提起行訴法第 5 條第 2 項之課予義務訴訟。

倘乙提起行訴法第 4 條之撤銷訴訟，僅針對拒絕處分爲撤銷訴訟，學理上又稱爲孤立之撤銷訴訟，通說認爲此時應以不符權利保護之必要，法院應駁回該訴訟爲是。

(二) 本案非侵害其財產權

1. 按財產權之範圍，依大法官釋字第 606 號諸位大法官協同意見書，其認人民要主張其對政府所給予之優惠具有憲法所應保障之財產權利益，必須其對該優惠之享有是基於法定的請求權而來，始足當之；個人對該優惠僅具有抽象的需要或渴望，或僅爲單方面的期待，均不能因此主張其對該優惠已具有憲法所應保障之財產權利益。
2. 本案中，該因公傷殘退役軍人慰問金發給辦法係屬依法定之請求權，惟當該法規修法，即已無法定依據，某乙對於該給付慰問金之發給，僅具有抽象之需要與渴望，係屬一期待，當無侵害其財產權可言。

(三) 甲市政府修法停發慰問金係違反信賴保護原則，故乙之主張有理

1. 大法官釋字第 717 號

授予人民經濟利益之法規預先定有施行期間者，在該期間內即應予較高程度之信賴保護，非有極爲重要之公益，不得加以限制；若於期間屆滿後發布新規定，則不生信賴保護之問題。其未定有施行期間者，如客觀上可使規範對象預期將繼續施行，並通常可據爲生活或經營之安排，且其信賴值得保護時，須基於公益之必要始得變動。凡因公益之必要而變動法規者，仍應與規範對象應受保護之信賴利益相權衡，除應避免將全部給付逕予終止外，於審酌減少給付程度時，並應考量是否分階段實施及規範對象承受能力之差異，俾避免其可得預期之利益遭受過度之減損。

2. 本案之操作

(1) 本案客觀上可使乙預期該慰問金發放將繼續施行，而其信賴值得保護

就慰問金發放部分，對於因傷殘退役的乙而言，構成一定之信賴保護，蓋該慰問金之發放具備繼續之性質，加以乙應將慰問金之運用視爲其生活或經營安排之一部分，其信賴值得保護。

(2) 本案具備公益大於私益之情形

乙生所主張之利益係其可領取該金錢並予之運用，可應付生活相關支出與投資等，然此處修法所求之利益應屬地方自治團體之財政自主，蓋減少慰問金之支出可使地方自治團體減少財政負擔，更具備運用財政之彈性，兩者相衡之下，應肯認該修法之公益大於乙所主張之私益。

(3) 欠缺過渡期間之規定構成信賴保護之違反

承前所述，雖然本案中在公私益衡量上應保護公益，然若人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者即應制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符法治國之法安定性原則及信賴保護原則。本案中甲市未予受領權人一定之過渡期間作爲緩衝，已構成受領權人利益之侵害，違反信賴保護原則甚明。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！