

行政法篇

主筆人 | 嶺律師 (陳熙哲)

壹、前言

近年國考，由於講求「學用合一」，除學界外，實務界也參與命題。應可猜想，學界與實務界的老師們平日忙於學術研究、實務裁判，而非以考試出題作為本業，故若要出題，學術界老師可能以自己正在研究的議題出題；實務界老師可能以自己正在裁判的議題出題；然而，由於考試院內部仍會開會討論題目，若題目有所偏狹，則會更易題目，故可知悉老師自己正在研究的議題、自己正在裁判的議題，除非某位老師「力排眾議」，否則應不至於在國家考試能夠看到該題目「脫穎而出」。

既然如此，出題的共識便集中於「經典實務見解」、「突破性實務見解」，而本文之寫作，即以 110 年研究所試題之學說見解為本，與實務見解進行對話，為閱讀便利性與吸收便利性，筆者循筆者著作之體系排列以下題目。

貳、原理原則相關

一、明確性原則：嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條¹ (110 政大(一)相關)

針對嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條：「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施。」合憲與否，此一主題橫跨行政法與憲法，國內文獻諸多。本文舉林明昕老師之文章為代表，老師認為經檢驗授權明確性之「目的」、「內容」、「範圍」，應認為該條合憲。

林明昕老師指出授權之「目的」方面，依據爭議的特別條例第 7 條本身，中央流行疫情指揮中心指揮官的權力其實僅能適用於「防治控制疫情需要」的目的；並且所謂「疫情」僅限於「嚴重特殊傳染性肺炎(COVID-19)」，在此目的性的制約下，依正確的解釋，**指揮官基於第 7 條所可以實施的應變處置或措施，也只能限定在防治控制 COVID-19 疫情需要的特定目的範圍內。**

於授權之「內容」方面，特別條例第 7 條授權中央流行疫情指揮中心指揮官可為的處置或措施，**若同時考慮授權之目的與範圍的牽制，則受容許者，必然有種類上的限度。**

¹ 與此相關之文獻討論，見林三欽(2020)·〈我國防疫措施法制之合憲性爭議：以限制高中以下師生出國禁令為例〉·《月旦法學教室》，第 212 期，頁 44-51；洪國華(2020)·〈從醫事人員限制出境禁令論紓困條例的憲法爭議〉·《月旦醫事法報告》，第 44 期，頁 53-63；林欣柔(2020)·〈一切皆必要？重 新檢視隔離及檢疫手段之權力與界限〉·《月旦醫事法報告》，第 43 期，頁 52-70；林明昕(2021)·再論嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條之合憲性爭議；有關明確性原則之補教文獻，則見嶺律師(2020)·行政法爭點解讀。

於授權之「範圍」方面，指揮官所可採取的處置或措施，應基於防治控制疫情的「應變」之「必要」。就此，「應變」代表緊急性；如不迅速採取相關處置或措施，變化的疫情難以控制。至於何謂「必要」，即所謂「比例原則」問題。關於這一點，系爭條例第 7 條的立法理由也已清楚說明。

二、判斷餘地：委員會之見解未必構成「判斷餘地」(110 政大(四))

政治大學本年度再次出「委員會之見解」與「判斷餘地」間之關係²，應可推測為該校傅玲靜教授出題，嶺律師挑選二則判決供讀者參考。

(一) 對於「團體協約法」之「不當勞動行為」之認定，不當勞動裁決委員會之決定並不構成判斷餘地

最高行政法院 109 年度判字第 208 號、108 年度判字第 430 號、108 年度判字第 88 號判決指出，對於「團體協約法」之「不當勞動行為」之認定，不當勞動裁決委員會之決定並不構成判斷餘地。同見解可見臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1695 號行政判決：「行政法院對行政機關就不確定法律概念所為的判斷，原則上應予審查，但對於行政機關就具有高度屬人性的評定（如國家考試評分、學生的品行考核、學業評量、教師升等前的學術能力評量等）、高度科技性的判斷（如與環保、醫藥、電機有關的風險效率預估或價值取捨）、計畫性政策的決定及獨立專家委員會的判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權的專屬性，而承認行政機關就此等事項的決定，有判斷餘地。然而，並不是所有不確定法律概念形式上合乎上述判斷因素的事件，都應該一律尊重行政機關的判斷而認有判斷餘地，仍應視其性質而定。例如不涉及風險預估、價值取捨或政策決定的事實認定及法律的抽象解釋，本來就屬於行政法院進行司法審查的核心事項，行政機關自無判斷餘地可言，而且不因為它是經由獨立專家委員會所作成的行政處分，而有所不同。本件參加人以原告有團體協約法第 6 條第 1 項及第 2 項第 3 款所定，拒絕提供進行協商所必要系爭 3 項資料的不當勞動行為，向被告申請裁決。由於原告是否確實有上述行為的事實認定，以及上開規定的法律解釋，並非不能經由社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，而且不致牴觸司法的功能及界限。所以原告提起本件訴訟後，行政法院有對原裁決的適法性為終局判斷的權責，審判時就應該參酌各種情狀作事實調查與法律解釋及適用。從而，原裁決縱然是由被告所屬勞裁會所作成，就上述事項也沒有判斷餘地可言。」

版權所有，重製必究！

² 有關此一議題之學術文獻分析，見劉建宏(2014)，行政法院對於行政行為之審查密度，月旦法學教室，第 136 期，頁 6-8；盛子龍(2000)，行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度——德國實務發展與新趨勢之分析，法令月刊，第 51 卷第 10 期，頁 738-753；傅玲靜(2019)，源自立法者授權之行政機關判斷餘地——臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1057 號判決評析，月旦裁判時報，第 81 期，頁 5-14；嶺律師(2021)，行政法實務與學說對話解題書，高點。

(二) 對於「性平法」所規定之「性騷擾」之認定，委員會之決定不構成判斷餘地

最高行政法院 107 年度判字第 615 號判決指出，對於「性平法」所規定之「性騷擾」之認定，委員會之決定不構成判斷餘地。同見解可見臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1397 號行政判決：「鑑於依性平法規定所設之性平會或調查小組，因性平法規定均應具有性別平等意識及相關專業能力，故其提出之調查報告具專業性，學校及主管機關對於其就性平法事件有關之事實認定，應以該調查報告為依據，方符性平法調查權與懲處權分離之原則。換言之，就性平法事件應由具調查專業之性平會認定事實，即對於與性平法事件有關之事實認定，應依據性平會之調查報告，再由具懲處裁量權之相關權責單位決定懲處。決定懲處之權責單位應尊重權限劃分，並依據性平會認定之事實，斟酌應為如何之懲處，不應自行調查。故學校及主管機關對於與本法事件有關之事實認定，乃性平會之權責，故就相關事實之認定，即應依據其所設之性平會之調查報告。又依性平法第 35 條第 2 項規定，法院對於相關事實的認定，只是『應審酌』各級性平會的調查報告，而不是受其拘束，且行政法院基於行政訴訟的職權就事實的認定調查原則，必須充分調查為裁判基礎的事證以形成心證，故就性平會調查報告的審酌，仍應踐行證據調查及全辯論意旨以形成心證，並於判決理由中，就事實認定的結果，敘明得心證的理由。是有關性平會調查報告相關事實認定部分，與不確定法律概念解釋與涵攝無涉，應由法院依職權調查證據後予以判斷，並無尊重行政機關判斷餘地問題。」

(三) 考試建議：應以實務見解可採

筆者以兩個理由，較為支持實務見解。

第一、若認為凡「形式上」屬於「委員會」之決定，即必然性構成判斷餘地，則行政機關可能廣泛設立委員會，以規避行政法院之審查，似亦有不妥。

第二、就法學解釋方法而言，「判斷餘地」屬於「不確定法律概念」原則廣泛審查之例外，而法律對例外應從嚴解釋，故在委員會決定是否屬於判斷餘地有如此高的爭執空間時，實應盡量不解釋其構成例外的「判斷餘地」，而應認為其回歸原則的「不確定法律概念」應廣泛審查。

參、行政訴訟

110 年台大針對「預防性不作為訴訟」有所測試，讀者應掌握下列之判決。

一、預防性不作為訴訟 (110 台大 (二))

(一) 預防性給付訴訟之通論性說明

對於「預防性給付訴訟」提出要件者，可參臺中高等行政法院 109 年度訴字第 73 號行政判決：「行政機關將作成之行政處分或其他公權力行為，實際上對人民權利義務有直接影

響或變動時，倘具備下列訴訟要件及本案勝訴要件，得對該行政行為提起預防性行政訴訟，以資救濟；預防性行政訴訟之訴訟客體不限於行政處分，亦包括其他公權力行為（處分或其他公權力行為）；人民事前可預知行政機關將作成行政處分或其他公權力行為具有高度可能性（蓋然性）；人民因行政機關將作成之行政處分或其他公權力行為，而有發生重大損害之虞，至行政法院判斷重大損害性時，尚須審查行政處分或其他公權力行為之內容與性質、損害之性質與程度、以及損害之回復程度等事項（重大損害性）；在預防性行政訴訟制度未臻成熟前，不宜貿然放寬預防性行政訴訟補充性之要件，故目前須在事後救濟已無實益之情形下，始有事前救濟之必要性（補充性）；為避免司法權對行政權有過度干預之情形，僅在人民具有特別權利保護之必要性之情形下，司法權始可事前介入審判（特別權利保護之必要性）（最高行政法院 103 年度判字第 329 號判決意旨參照）。

臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1091 號行政判決：「按行政訴訟法第 107 條第 3 項規定：「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」又提起任何訴訟，請求法院裁判，均應以有權利保護必要為前提，具備權利保護必要者，其起訴始有值得權利保護之利益存在，故又稱為訴之利益，是原告之訴，依其所訴之事實，欠缺權利保護必要者，即屬無訴之利益，在法律上顯無理由，行政法院得不經言詞辯論，逕依前開規定以判決駁回之。其次，人民向行政法院請求判令行政機關未來不得作成損害其權利之行政行為的不作為訴訟，稱為預防性不作為訴訟，得訴請禁止之對象，固可包括行政機關將作成之事實行政行為或行政處分；然而，對於行政機關將作成行政處分之情事原則上是在行政處分作成後，人民方受有權利或法律上利益之損害，此時如前述，本可透過提起訴願、撤銷訴訟為充分保護，且預防性不作為訴訟具有事前審查性質，存有司法權是否過早介入行政權決定空間之疑慮，因此，只有在人民具有特別權利保護之必要性的情形，透過訴願及撤銷訴訟之事後救濟仍不能達成有效權利保護之實益時，始有事前救濟必要（補充性），此時人民方有預防性發動行政訴訟程序，以阻止行政處分作成之權利保護必要（最高行政法院 103 年度判字第 329 號、107 年度判字第 114 號判決及 108 年度裁字第 1134 號裁定意旨參照）。

（二）一則時事：中天換照案

近年轟動公法學界之「中天換照案」，亦與「預防性給付訴訟」相關，可參最高行政法院 109 年度裁字第 2220 號行政裁定：「抗告人請求「相對人應於本件假處分程序確定前，不得許可或同意有線電視系統業者就第 52 頻道所為頻道規劃變更之申請」（或於本院繫屬中轉換為「相對人於前開假處分執行終結前，不得許可或同意有線電視系統業者就第 52 頻道所為頻道規劃變更之申請」），無非請求行政法院禁止相對人為特定「否准」許可或同意

之行政處分，或命相對人不為特定許可或同意之行政處分。惟按對行政機關之作成對第三人有利之行政處分不服，原則上應於行政處分既已作成後，提起訴願及撤銷訴訟請求救濟，配合以行政處分之溯及廢棄，以及起訴前或訴訟繫屬中停止執行等措施，足為有效之權利保護。因此，原則上不許可對行政處分之作成，為預防之不作為訴訟，否則訴願撤銷訴訟之制度，即可能落空。故當事人不得任意請求法院預先判命行政機關不得作成某種行政處分，以免行政權之運作遭受過度之干預。無論抗告人就聲請事項二之本案訴訟，將來提起為一般給付訴訟或課予義務訴訟（二者為廣義之給付訴訟），均含有預防性質，而預防性給付訴訟，須相對人過去已有發生侵害權利之事實並有重覆發生之可能，或有侵害權利之虞者始得提起之。本件抗告人主張：系爭頻道即第 52 頻道係所謂黃金頻道（第 49 頻道至第 58 頻道），於中天新聞台原執照期限屆至後，即無法於第 52 頻道播送新聞，因其他新聞節目提供業者會申請爭取使用此頻道，如此第 52 頻道由其他新聞台或節目獲得使用，即使抗告人將來本案訴訟勝訴，獲准許可換照，亦無法再於第 52 頻道播送新聞節目及廣告，目前相對人隨時可能受理並做出許可有線電視系統業者頻道規劃變更的申請，為避免抗告人損害之擴大，須在假處分程序確定前，禁止相對人審議許可（同意）有線電視系統業者申請頻道規劃變更，以阻止相對人再度違反義務（避免損害擴大之義務）而擴大抗告人及公益之損害云云，然查，抗告人對聲請事項一既未能釋明有何欲防止之重大之損害，或有何欲避免之急迫危險，而有定暫時狀態之必要，業如前述，且依現有事證，抗告人亦未能釋明有何有線電視系統業者提出頻道規劃變更之申請，而有剝奪或限制其已有的如何權利之虞，抗告人據以預防性之請求「相對人應於本件假處分程序確定前，不得許可或同意有線電視系統業者就第 52 頻道所為頻道規劃變更之申請」（或於本院繫屬中轉換為「相對人於前開假處分執行終結前，不得許可或同意有線電視系統業者就第 52 頻道所為頻道規劃變更之申請」），核屬未能釋明本件有何欲防止之重大之損害，或有何欲避免之急迫危險，而有定暫時狀態之必要。原裁定此部分以私法關係為由，予以駁回，雖有未洽，惟結論並無不合。」

二、保護規範理論相關（110 北大（三））

（一）通論性說明

有關保護規範理論與其應用之通論性說明，可參高雄高等行政法院 108 年度訴字第 11 號行政判決：按司法院釋字第 469 號解釋：『法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第 2 條第 2 項後段，向國家請求損害賠償。……對於符合一定要件，

而有公法上請求權，經由法定程序請求公務員作為而怠於執行職務者，自有其適用。……。」依其理由書闡述：『……法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，對於上述各類法律之規定，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行為，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，既未達違法之程度，亦無在個別事件中因各種情況之考量，……。至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。……。』乃採保護規範理論認定個人是否具有公法上請求權。申言之，個人是否具有公法上權利或法律上利益，而得於受損害後提起行政訴訟，請求救濟？係採規範保護說為基礎，即法律明確規定特定人得享有權利者；或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求者；或是如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨者（參照司法院釋字第 469 號解釋理由書），該特定人始能據之提起救濟。」

又，實務上指出，所稱保護規範保護之利益，僅限於法律上利益，不含經濟上、情感上、政治上利益，見高雄高等行政法院 109 年度訴字第 118 號行政判決：「訴願法第 1 條第 1 項、第 18 條及行政訴訟法第 4 條第 1 項規定可知，行政處分相對人以外之利害關係第三人，主觀上認為行政處分違法損害其權利或法律上之利益，亦得依上開法條提起訴願及撤銷訴訟。而所謂利害關係，乃指法律上之利害關係，應就法律保護對象及規範目的等因素為綜合判斷。亦即，如法律已明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，即應許其依法請求救濟（司法院釋字第 469 號解釋理由意旨參照）。其闡述之意旨，法律規範是否有保障特定人之意旨，應對法律規範為整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等為綜合觀察以為判斷。是以，非處分相對人起訴主張其所受侵害者，若可藉由保護規範理論判斷為其法律上利益受損害，固可認為具有訴訟權能，而得透過行政訴訟請求救濟；但若非法律上利益，而僅係單純政治、經濟及感情上等反射利益受損害，則不許提起訴願或行政訴訟。」

(二) 發展觀光條例及民宿管理辦法，並非單純公益性法規，核屬保護規範

臺北高等行政法院 109 年度訴字第 814 號行政判決：「發展觀光條例係基於『發展觀光產業，宏揚傳統文化，推廣自然生態保育意識，永續經營臺灣特有之自然生態與人文景觀資源，敦睦國際友誼，增進國民身心健康，加速國內經濟繁榮』等目的而制定（發展觀光條例第 1 條規定參照）。所謂『民宿』，依該法第 2 條第 9 款規定，係指利用自用或自有住宅，結合當地人文街區、歷史風貌、自然景觀、生態、環境資源、農林漁牧、工藝製造、藝術文創等生產活動，以在地體驗交流為目的、家庭副業方式經營，提供旅客城鄉家庭式住宿環境與文化生活之住宿處所。又關於民宿之設置，該法第 25 條第 2 項、第 3 項規定：『（第 2 項）民宿經營者，應向地方主管機關申請登記，領取登記證及專用標識後，始得經營。（第 3 項）民宿之設置地區、經營規模、建築、消防、經營設備基準、申請登記要件、經營者資格、管理監督及其他應遵行事項之管理辦法，授權由中央主管機關會商有關機關定之。』交通部依上述規定之授權訂有『民宿管理辦法』，就民宿之申請准駁及設施設備基準、民宿經營之管理及輔導訂有諸多規範。該辦法除於第 4 條、第 5 條就設立民宿之地區及民宿經營規模有所限制外，並於第 8 條第 3 款規定：『民宿之申請登記應符合下列規定：……三、不得設於集合住宅。但以集合住宅社區內整棟建築物申請，且申請人取得區分所有權人會議同意者，地方主管機關得為保留民宿登記廢止權之附款，核准其申請。』同辦法第 31 條第 2 款復規定：『民宿經營者應遵守下列事項：……二、維護民宿場所與四周環境整潔及安寧。』細繹前述法令規定可知，主管機關核准設置民宿除有發展觀光產業等目的外，亦具有『增進國民健康』之目的，而所謂『增進國民健康』，不僅是在增進前往民宿住宿之遊客健康，更有保護民宿鄰近住戶健康之意，故民宿管理辦法第 8 條第 3 款即依此意旨，基於避免於社區中經營民宿，與鄰近住戶相互影響居住環境或安全之考量，明定原則上不得於集合住宅設立民宿，例外在對鄰近住戶居住環境影響較小之情況，始有條件允許於集合住宅社區設立民宿（交通部觀光局 108 年 1 月 14 日函參照，見本院卷第 99 頁）。同時更於該辦法第 31 條第 2 款規定民宿經營者有『維護民宿場所與四周環境整潔及安寧』之義務，以保障民宿鄰近住戶之健康、居住環境及安全。由此可見，**發展觀光條例及民宿管理辦法，並非單純公益性法規，更兼有保護民宿鄰近住戶健康、居住環境及安全之意旨，以免因民宿之設立及經營，造成民宿鄰近住戶健康、居住環境及安全之危害，故就民宿鄰近住戶而言，發展觀光條例及民宿管理辦法核屬保護規範。**」

(三) 入出國移民法與保護規範

臺北高等行政法院 109 年度訴字第 492 號行政判決：「依入出國及移民法第 18 條第 1 項第 3 款規定，外國人有冒用護照或持用冒領之護照之情形，入出國及移民署即『得』禁

止其入國。核此等規定之規範意旨，固然有將原本屬於主權統治作用下，對領土國境管理高度自由裁量的事項，藉由所列事由，羈束被告關於外國人得否入國之行政決定免於恣意的用意，以提高外國人入境我國個案行政決定的可預測性。然而，鑑於外國人在憲法的上位階規範上、或以國際人權法的國際文明標準，都不享有當然得以入境我國的自由或權利，且依入出國及移民法第 18 條第 1 項文義之規範方式，僅針對國境管理機關的裁量作業，以客觀法的形式，指明其裁量的標準，而非積極賦予外國人除有入出國及移民法第 18 條第 1 項各款限制情形外，即得入境我國的權利，參照其立法理由，也明揭得禁止外國人入國之條件。綜合而言，入出國及移民法第 18 條第 1 項之規定，確有規範被告應依該條項規定而為國境管理裁量的客觀法性質，對於諸如原告之外國人入境我國主觀期待的實現，雖可提高行政的可預測性，但僅僅由該規定本身，尚難反面推導出該主觀期待已有由法律擔保並賦予主觀公權利的地位，使外國人尚不符合境管機關依該條項規定裁量而得予限制之情形者，就當然享有得以入境我國的主觀公權利。2.故入出國及移民法第 18 條第 1 項關於授予境管機關得禁止外國人入國之國境管理權限規範，本身尚非積極承認外國人有入境我國自由或授予其請求權地位之法律規定。任何外國人，尤其居住在境外未依法取得我國居留權利者，除非禁止入國處分另足以侵害其家庭團聚權、工作權等基本權利，或有符合國際人權法標準之避難請求權外，尚不能僅以境管機關違反入出國及移民法第 18 條第 1 項規定之合義務裁量義務，即認禁止入國處分已侵害該外國人入境我國自由或得請求入境我國之基本權利，而有提起撤銷訴訟之訴訟權能。從而，原告訴請撤銷訴願決定及原處分，自屬無據。」

(四) 實務上認為第三人得以憲法基本權利條款作為保護規範，提起行政訴訟

臺北高等行政法院 109 年度訴字第 439 號行政判決：「無法經由法律解釋得出第三人享有公法上權利或法律上利益時，仍應進一步審酌該第三人有無憲法上基本權利因處分而遭受情節嚴重的侵害。如第三人受憲法保障的基本權核心領域因行政處分而受侵害，第三人亦得以基本權利條款作為保護規範，提起行政訴訟。」、「憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保人民依財產的存續狀態，行使其自由使用、收益及處分的權能，並免於遭受公權力或第三人的侵害。公司股份本身具有一定的財產價值；於公司營業有盈餘時，股東有機會參與股息與紅利的分派；且持有普通股的股東亦有參與表決以間接參與公司經營與治理之權；於公司解散時，股東另有賸餘財產分配之權（公司法第 232 條第 1 項、第 179 條及第 330 條參照）。是人民所持有的公司股份，受憲法第 15 條財產權的保障（司法院釋字第 770 號解釋理由書參照）。廣電法第 14 條第 1 項、廣電法施行細則第 9 條及第 10 條規定對原告而言不是保護規範，已如上述，然而，被告依上開規範作成原處分，許可原告所有的參加人主人廣播公司 30 萬股份直接轉讓予參加人林天得，已生財產權變動的法

律效果，對原告而言，形同財產權的完全剝奪，自屬侵害財產權的核心領域，則原告基於其原為該 30 萬股股權所有人的地位，受憲法財產權保障，應得以憲法第 15 條規定作為保護規範，提起本件撤銷訴訟。」

肆、國家賠償法相關（110 年台大（一））

一、公物之定義（水牛為公物？）

台灣大學林明鏘老師在研究所考試，先問以水牛是否為公物，進而問水牛屬於國有財產法之哪一類型公物，有關國有財產法，不屬於司律考試核心範圍，本文不論。

依學者林明鏘之見解，行政法上所稱公物係指，國家或行政主體為公共任務或公務目的，而提供人民或公務員使用、收益、處分或單純所有之有體物，並處於國家或行政主體所直接支配者，且公物不必然為國家或行政主體所有者為限，只要行政主體有實際之支配力，即屬公物。例如：公用地役關係下之私有馬路，所有權雖因未徵收仍屬私有，但不影響其為公物之屬性。

林明鏘教授進而指出，因該等水牛自日治時代結束以後，雖一度委由台北市農會（私人）管理，但目前並非「私有」之水牛，故依前揭國有財產法第 2 條、第 4 條之分類應稱該等水牛屬供公用之公物³。

二、國家賠償法第 3 條所稱之公共設施

（一）林明鏘教授⁴：闡釋「自然公物」與「非自然公物」，並指出水牛屬於「人工設施」

學者林明鏘指出，國家賠償法於 2019 年修正第 3 條時，將公物中之「公共設施」區分成「自然公物」與「非自然公物」兩種次類型，申言之，凡純粹天然之山域、水域、山林、原野、沙灘、海洋、湖泊、野溪及動物、植物原始生態，均屬「自然公物」；反之，凡非「純粹自然」之態樣者，例如：行道樹、登山步道、涼亭、休憩設施、山區道路，則屬「人工設施」，而屬「非自然公物」。本件陽明山擎天崗圍牧之水牛，依此國賠法之分類，因其非「純粹自然」而係「人工設施」（因水牛須公務員餵養），故應定性為「非自然公物」。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

³ 有關本題之學術文獻，最值得參考者自屬命題者林明鏘教授所為之文，見林明鏘(2021)·擎天崗水牛案國賠事件，月旦法學教室，第 215 期；有關本題之補教文獻，則請參嶺律師(2021)·行政法實務與學說對話解題書，國家賠償法第 3 條之研究：何謂「公共設施」？（兼論一個被誤用的名詞：「營造物」）

⁴ 有關本題之學術文獻，最值得參考者自屬命題者林明鏘教授所為之文，見林明鏘(2021)·擎天崗水牛案國賠事件，月旦法學教室，第 215 期；有關本題之補教文獻，則請參嶺律師(2021)·行政法實務與學說對話解題書，國家賠償法第 3 條之研究：何謂「公共設施」？（兼論一個被誤用的名詞：「營造物」）

(二) 林三欽老師⁵：對於「公共設施」、「設施」概念之闡釋

除林明鏘老師對於「公共設施」有所闡釋外，林三欽老師亦有為文，其指出「公共設施」應採廣義解釋，定義為公部門所設置或管理「供公共或公務使用」之設施，不論其是否屬於公有。即使專供公務使用、平時不對外開放參訪的設施，亦屬公共設施，以保障合法使用、參訪之人民，以及工作人員。

「設施」，是指有體的設備，如休閒、交通設施等，包含動產性質的設施。天然公物如河川、高山等，亦得為國賠法第3條所謂的「設施」，但前提是該等自然公物有納入主管機關管理之事實，或因種種原因，有將之納入管理範圍的必要。

某一主要公共設施之上附有其他設施，則該主要公共設施的管理機關，對於其設施整體合於安全使用狀態負有義務。

伍、叮嚀

近年來公法學發展迅速，於國家考試的層面上，至少有「大法庭新制（行政法學法源篇；憲法學判例、決議相關爭議）」、「都市計畫審議程序（行政法學行政訴訟篇，憲法釋字第742號解釋相關問題）」、「特別權力關係之打破（行政法學行政訴訟篇，憲法釋字第784號、785號解釋）」、「憲法訴訟法（2022年實施，2021年政大研究所命題）」、「大量大法官解釋」，亦請注意憲法與行政法合併出題之現象。

讀者必須跟上公法學的劇烈發展，方得順利通過國家考試，有關前三議題，筆者於《行政法爭點解讀》、《行政法學說與實務對話解題書》中交代；有關「憲法訴訟法」，筆者將推出《憲法訴訟法》交代；有關「大量大法官解釋」，筆者則以《憲法實務與學說對話解題書》交代，算是對讀者的「完整交代」。

最後，嶺律師想以自己敬佩的查理蒙格所言的一句話，與所有有緣閱讀本文的朋友們共勉：「想得到一個事物，最簡單卻最確實的方式，就是讓自己配得上他」，嶺律師祝願大家願有所成，也配得上所成。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

⁵ 學術文獻，見林三欽(2020)，得適用國家賠償法之公共設施，月旦法學教室，第217期，頁6-9；補教文獻，則可嶺律師(2020)，行政法爭點解讀；又讀者尚須分清「公營造物」、「公立設施」、「公共設施」、「公物」此些名詞之意義，以應對國家賠償法修法後與國家組織（公物法）之連動關係，關此，見嶺律師(2021)，行政法實務與學說對話解題書，國家賠償法第3條之研究：何謂「公共設施」？（兼論一個被誤用的名詞：「營造物」）。