

## 釋字第七四二號解釋 部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

聲請人之一（闕永煌等六人）所有座落於臺北市中南段二小段二十七筆土地前經規劃為中央研究院機關用地，嗣因中央研究院放棄保留，臺北市政府爰於八十一年十二月十四日公告「臺北市都市計畫公共設施保留地（通盤檢討）案」<sup>1</sup>，其中詳細說明欄三、（一）變更計畫部分編號 5.備註 2.記載：「將北半部機關用地變更為第三種住宅區，惟應提供百分之三十之土地作公共設施（公園用地），同時法定空地亦應配合集中留設」。渠等不服，遞經訴願<sup>2</sup>及行政訴訟<sup>3</sup>，皆未獲救濟。卒以確定終局判決（最高行政法院一〇四年度判字第 六八〇 號判決）所引用之釋字第一五六號解釋，有補充解釋之必要，聲請本院解釋。

另一聲請人兆亨事業有限公司（代表人李正祥）於九十六年二月六日取得臺北市政府都市發展局核發之建造執照，准於臺北市士林區至善段五小段三筆土地設置加油站。詎臺北市政府依都市計畫法第二十六條之規定，檢陳臺北市

<sup>1</sup> 參見臺北市政府 81 年 12 月 14 日府工二字第 81086893 號公告。

<sup>2</sup> 參見內政部 103 年 2 月 27 日台內訴字第 1030072466 號訴願決定書（「二、本件訴願人因不服原處分機關 81 年 12 月 24 日府工二字第 81086893 號公告實施之『臺北市都市計畫公共設施保留地（通盤檢討）案』提起訴願，請求撤銷該公告。惟查上開公告係依據都市計畫法第 26 條規定，就臺北市公共設施保留地進行通盤檢討，依據司法院釋字第 156 號解釋意旨，都市計畫法第 26 條規定之通盤檢討變更及都市計畫之擬定發布，並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔，即非屬行政處分，訴願人遽行提起訴願，自屬於法不合，另上開公告自 81 年 12 月 25 日起發布實施，迄今已逾 21 年，顯已逾訴願法定期間。揆諸首揭法條規定，本件訴願為不合法，應不予受理」）。

<sup>3</sup> 參見臺北高等行政法院 104 年 7 月 23 日 103 年度訴字第 424 號判決（一部不合法，一部無理由駁回）；最高行政法院 104 年 11 月 20 日 104 年度判字第 680 號判決（都市計畫通盤檢討所作之必要變更，依司法院釋字第 156 號解釋意旨，並非行政處分，而係屬法規性質，上訴無理由，應予駁回）。

士林區外雙溪地區都市計畫通盤檢討（主要計畫案）計畫書、圖，報經內政部核定後<sup>4</sup>，於一〇二年五月十三日公告「臺北市士林區外雙溪地區都市計畫通盤檢討（主要計畫）案」<sup>5</sup>，其中陸、變更主要計畫內容，一、土地區分變更部分，表 10 主要計畫變更一覽表，編號 3 其他相關規定及補充說明欄 1. 記載：「原細部計畫為加油站用地，範圍包括士林區至善段五小段……號等三筆土地；面積約八百三十平方公尺，變更為交通用地（遊客中心）」。<sup>6</sup>聲請人不服，遞經訴願<sup>6</sup>及行政訴訟<sup>7</sup>，皆未獲救濟。卒以確定終局裁定（最高行政法院一〇三年度裁字第一五〇五號裁定）所引用之釋字第一五六號解釋，有補充解釋之必要，聲請本院解釋憲法。經司法院大法官第五二三四次全體審查會決議，將前揭兩聲請案有關聲請補充解釋本院釋字第一五六號解釋部分，合併審理。

本解釋首先就「都市計畫定期通盤檢討所為必要變更」是否一律非屬「行政處分」，從而不得提起行政爭訟一節，

---

<sup>4</sup> 參見內政部 102 年 5 月 6 日台內營字 1020804997 號函。

<sup>5</sup> 參見臺北市政府 102 年 5 月 13 日府都規字第 10201401200 號公告。

<sup>6</sup> 參見行政院 102 年 12 月 19 日院臺訴字第 1020157373 號決定書（臺北市士林區外雙溪地區都市計畫通盤檢討（主要計畫）案，內政部 102 年 5 月 6 日台內營字地 1020804997 號函予以核定，核屬法規性質，並非訴願法上之行政處分，訴願人對之提起訴願，於法不合，應不受理）。

<sup>7</sup> 參見臺北高等行政法院 103 年 7 月 31 日 102 年度訴字第 2024 號裁定（內政部 102 年 5 月 6 日就臺北市政府 102 年 5 月 13 日公告所為之核定函，依司法院釋字第 156 號解釋意旨，非屬行政處分；臺北市政府 102 年 5 月 13 日公告僅係揭示內政部核定之都市計畫內容之執行行為，亦非屬行政處分，就二者提起訴訟均有未合，應予裁定駁回）；最高行政法院 103 年 10 月 30 日 103 年度裁字第 1505 號裁定（抗告意旨援引司法院釋字第 156 號解釋及學者見解，主張本件通盤檢討之變更實具有「特定性」及「針對性」，進而主張應認其屬行政處分云云，亦屬其主觀意見，尚無足取。故原裁定以抗告人對非行政處分之內政部 102 年 5 月 6 日函及臺北市政府 102 年 5 月 13 日公告提起撤銷訴訟，認其起訴不合法，予以駁回，即無不合。從而，本件抗告難認有理由，應予駁回）。

於解釋文第一段明白釋示：「都市計畫擬定計畫機關依規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫作必要之變更，屬法規性質，並非行政處分。惟如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權與訴訟權之意旨。本院釋字第一五六號解釋應予補充」。其次，並於解釋文第二段進一步釋示：「都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更），影響人民權益甚鉅。立法機關應於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定」。本席有幸協力參與形成可決之多數，倍感殊勝。

如上釋示不僅恪遵本院解釋先例<sup>8</sup>，本於「有權利即有救濟」之憲法原則，彈性界定「行政處分」概念，以補充解釋本院釋字第一五六號解釋，提供人民救濟之機會（解釋文第一段參見）；尤其難能可貴者，並基於「有權利即有救濟」之憲法原則，進一步課予國家建立都市計畫行政訴訟制度的義務（解釋文第二段參見），因而開啟了我國行政訴訟的新紀元！

究國家之所以應限期增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟，與

---

<sup>8</sup> 參見本院釋字第 243 號、第 396 號、第 546 號、第 653 號、第 684 號及第 736 號解釋。

其說「都市計畫行政訴訟乃憲法第十六條所保障之訴訟權核心內涵」（下簡稱「訴訟權核心內涵說」），不如說是「基於有權利即有救濟之憲法原則，為使人民之權利或法律上利益遭受侵害時，皆能及時向法院請求救濟，而產生之國家（對）基本權（之）保護義務」（下簡稱「訴訟權保護義務說」）所使然。兩者之論理，存有微妙而重要之差異，值得細繹。首先，如採「訴訟權核心內涵說」，理應先證立何以屬於「抽象法規審查」（Normenkontrollverfahren）性質之「都市計畫行政訴訟」，乃人民訴訟權不可或缺之一環，而非屬立法裁量（立法形成）之範疇。按德國關於都市計畫之訂定，雖有抽象法規審查制度，<sup>9</sup>然通說以為其猶屬立法裁量（立法形成）之範疇，<sup>10</sup>並非憲法訴訟權之要求。惟如採「訴訟權保護義務說」，則凡人民之權利或法律上利益遭受侵害時，即應予及時向法院請求救濟之機會。解釋文第二段明白指出：「都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更），影響人民權益甚鉅」（並參見理由書第四段），實為本案多數大法官對於台灣社會現況的真切體認。近年來，以追求「土地正義」為名之抗爭，可謂無日間斷。基本權所表彰之基本價值秩序（基本權之客觀規範）既有拘束國家各公權力部門之效力（作用）（本院釋字第四九九號解釋參照），則國家自有義務，建立（創設）都市計畫行政訴訟制度，以滿足「有權利即有救濟」之憲法原則。

---

<sup>9</sup> BVwGO §47。中文翻譯，參見陳敏（譯），德國行政法院法逐條釋義，頁 468-469（司法院，民 91 年）。

<sup>10</sup> Kopp/Schenke, VwGO, §47 Rn. 1; Schock/Schneider/Bier, VwGO, 2016 §47 Rn. 3; BeckOK, VwGO, §47 Rn. 2（以上資料承許宗力大法官提供）。

其次，採取「訴訟權保護義務說」並可促使我國繼續朝「**建構無漏洞的權利保護體系**」理想邁進。本席以為，我國現行司法救濟制度因為長期存在「**權利保護的雙重漏洞**」，尚無法提供人民充分的權利保護。析言之，**違憲審查制度**因僅及於抽象的法規審查，而不及於具體的個案裁判，致使大法官於法院確定終局裁判本身（認事用法之見解）違憲時，無從提供有效之救濟。是故本席前在多號解釋之個別意見書中呼籲應從速建立類似德國「**憲法訴願**」（Verfassungsbeschwerde）之制度，以為補救。反之，**行政訴訟制度**僅有針對具體行政行為（行政處分）的違法性審查，而未有針對抽象行政行為（法規命令）的違法性審查，<sup>11</sup>致使行政法院對法規訂定（含都市計畫）之適法性爭議，難以提供及時有效之救濟。<sup>12</sup>反觀美國（聯邦）自一九四六年行政程序法(Administrative Procedure Act)制定施行以來，具體行政行為（adjudication，相當於我國之行政處分）與抽象行政行為（rule，相當於我國之法規命令）是否適法，除其他法律另有規定外，皆應受司法審查。施行七十年來已累積

---

<sup>11</sup> 本席二十餘年前參與翁岳生教授主持之「行政程序法之研究」，起草行政程序法草案時，曾力主仿美國立法例（5 U.S.C §706）明定行政法院得審查法規命令訂定之適法性。惟因種種因素，迄未能實現。參見湯德宗，〈行政立法之監督〉，輯於氏著《正當行政法論—論正當行政程序》頁211以下（頁264-265）（增定二版，2003年）；湯德宗，〈違反行政程序的法律效果〉，輯於氏著《正當行政法論—論正當行政程序》，頁85以下（頁99-101）（增定二版，2003年）。

<sup>12</sup> 因時間緊迫且人力短缺，本席僅能以關鍵字，粗略檢索近十年來行政法院之裁判。結果並未發現任何一件裁判係以違法為由，撤銷都市計畫。唯最高行政法院104年5月29日104年度判字第270號判決曾以原審法院將「**系爭都市計畫通盤檢討案**」之合法性問題，排除於本件審究範圍[外]，顯屬速斷為由，將原判決廢棄，發回原審法院。嗣台北高等行政法院105年6月23日104年度訴更一字第59號判決爰謂：「經核**系爭都市計畫通盤檢討案**，參加人臺北市府業依都市計畫法之規定擬定、公開展覽後，送請臺北市府都市計畫委員會審議通過，並報請參加人內政部核定後公布實施，於法並無不合」，仍駁回原告之訴。

了可觀的經驗，<sup>13</sup>倘能捐棄法系門戶之偏見，擺脫僵化概念之束縛，當可提供我立法者後續創設（包含都市計畫行政訴訟在內之）全面性「法規訂定訴訟程序」之參考。

時代巨輪正在飛快轉動！至盼立法機關能善體本解釋之意旨，從速創設抽象行政行為（含都市計畫之訂定與通盤檢討之變更）違法性審查制度，以解民所苦。

---

<sup>13</sup> *See generally*, JEFFREY S. LUBBERS, A GUIDE TO FEDERAL AGENCY RULEMAKING (5<sup>th</sup> ed., 2012); CORNELIUS M. KERWIN, RULEMAKING: HOW GOVERNMENT AGENCIES WRITE LAW AND MAKE POLICY (3<sup>rd</sup> ed., 2003).