

釋字第七四二號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

本號解釋鑑於都市計畫定期通盤檢討後之變更範圍可能甚廣，內容事項不一，而認為有依個別項目判斷其法律性質之必要。個別項目若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，即屬行政處分，應允許就該部分提起行政救濟。又都市計畫與人民權益關係密切，發生爭議時，現行行政爭訟制度無法妥適因應，本號解釋爰限期要求立法機關增訂相關規定，謀求解決。上開多數意見之形成，係基於對實務上都市計畫變動原因、過程、運作及影響之理解，希望透過其法律性質之合理界定，抒解當前一概認定為法規命令性質所引起之問題¹，俾保障人民之財產權及訴訟權；同時期待藉由立法，引進新訴訟類型，以彌補當前制度之不足，促進法治之健全。對此用心及努力，本席深表認同。

關於都市計畫之法律性質，學者見解不一，幾無共識。實務界又常運用概念之操作，求取行政之方便，而滋生更多疑義，間接導致學說理論益形分歧。本席認為，正本清源之道，須先探究都市計畫乃至一般行政計畫之本質特性，找出法律定性問題關鍵之所在，方能獲得適當之解答。其次，釐

¹ 惟本號解釋稱「法規」而非「法規命令」，諒係考量行政程序法於地方自治團體有無適用，尚存疑義，故以較籠統之用語表示。誠然，行政程序法之適用範圍，除國家外，是否亦包括地方自治團體，學說見解未臻一致。不過，我國地方自治團體係統治團體，其行政機關訂定之行政命令，依性質之不同，仍有區分為法規命令或行政規則之必要。現行實務上，即依自治規則及委辦規則之內容與法律（自治條例）授權之有無，分別界定為法規命令或行政規則。參照蔡茂寅著，地方自治之理論與地方制度法，學林文化，2003年，頁182-184。又司法院於2016年11月22日舉辦本號解釋聲請案說明會，內政部於會中提供之書面說明表示「都市計畫新訂與通盤檢討未直接限制一定區域內人民之權利，其法律性質應定性為法規命令」。

清相關都市計畫概念，導正實務上偏差之認知及作法，亦屬必要。至於救濟途徑方面，本號解釋指出立法方向，對未來法治發展頗有刺激及啟示作用，值得重視。本於上述考量，爰提出協同意見如下。

一、都市計畫之法律定性

都市計畫為行政計畫之一種，一般行政計畫具備之特性，都市計畫殆皆有之。所謂行政計畫，權且參照行政程序法第一百六十三條之立法定義，指「行政機關為將來一定期限內達成特定之目的或實現一定之構想，事前就達成該目的或實現該構想有關之方法、步驟或措施等所為之設計與規劃」。從定義可知，目標設定與手段綜合性堪稱行政計畫之指標。而且，計畫目標之達成需要一段時間，內容當然應依現在及將來之具體狀況策定，並隨狀況之變化而調整，故內容可變性亦屬行政計畫固有之特性。由於行政計畫蘊含這些特性，使其法律定性出現難題，學者之間爭議不斷。都市計畫之法律性質所以眾說紛紜，莫衷一是，癥結亦在於此。

正如我國行政程序法之章節安排及其第二條第一項關於行政程序之定義所示，行政計畫常與行政處分、行政命令及其他行政行為形式並論。惟嚴格言之，行政計畫與行政處分等行政行為形式屬於不同次元之觀念，其他行政行為形式常為實現行政計畫之方法，即使法律亦不例外。從另一個角度觀察，行政計畫仍有定性為某種傳統行為形式之可能²。同時，為了行政救濟，亦有探究行政計畫是否具備行政處分性質之必要。因為，依據現行行政爭訟制度，唯有對行政處分不服，方能循訴願及行政訴訟程序予以撤銷。行政計畫能否

² 鹽野宏著，行政法(行政法總論)，有斐閣，2008年第4版第8刷(補訂)，頁196。

歸類為行政處分，對人民權益保障而言，影響甚大。基本上，行政計畫各式各樣，無法統一定性，必須依個別行政計畫之內容判斷，而分別定性為行政處分、法規命令、行政規則、行政指導或其他事實行為。例如，行政計畫不具有法律拘束力時，通常只是單純之事實行為；但對外帶有指針性質時，則可歸類為規制性、授益性或調整性之行政指導。當行政計畫本身直接對外具有法律效力時，依其內容屬具體事件或抽象事項，則有定性為行政命令或行政處分之問題。又行政計畫之內容往往範圍廣泛，項目眾多，兼含抽象事項與具體事件，導致法律定性更加困難，這正是都市計畫法律定性爭議原因之所在。

都市計畫依其規劃範圍分為市（鎮）計畫、鄉街計畫及特定區計畫，依層級分為主要計畫及細部計畫，而依形成時機與原因則有訂定（新訂）、定期通盤檢討變更及個案變更三種。學者普遍按照都市計畫之種類，分別界定其法律性質，茲臚列各種見解如下：

1. 都市計畫無論係訂定、通盤檢討變更或個案變更者，均具有行政處分（一般處分）之性質³。
2. 都市計畫不論主要計畫或細部計畫之擬定、發布、變更，本質上皆屬抽象性之規範行為，而非特定性之具體處分行為⁴。
3. 主要計畫屬地方行政機關訂定之自治規則，而細部計畫則為行政處分⁵。

³ 陳立夫著，都市計畫之法律性質，台灣本土法學雜誌第 50 期，2003 年 9 月，頁 139 以下。

⁴ 林明鏘著，從大法官解釋論都市計畫之基本問題，收於氏著「國土計畫法學研究」，元照，2006 年，頁 90。

⁵ 廖義男著，都市發展中公共設施用地取得方法之規範，法學新論第 24 期，2010 年 7 月，頁

4. 鄉街與特定區細部計畫之擬定或變更為行政處分，其餘無論主要計畫或市（鎮）計畫，均非行政處分⁶。

上開見解顯示，學者於界定都市計畫之法律性質時，係就各種類型整體認定其為行政命令或行政處分。惟都市計畫之內容繁雜，又具有手段綜合性之特徵，即使主要計畫相對於細部計畫，通常規定之事項較為抽象，亦不排除會有符合行政處分要件之具體事件摻雜其中；反之，細部計畫之抽象性較低，但是否已達到行政處分要求之具體程度，仍須依個案情形判斷，未可一概而論。這種現象不僅存在於主要計畫與細部計畫之間，同樣存在於其他分類上。準此，無論市（鎮）計畫、鄉街計畫及特定區計畫之分，抑或通盤檢討變更與個案變更之分，皆不宜逕行作為都市計畫之法律定性的準據。否則，在不改變整體定位之思維模式前提下，所謂「橫看成嶺側成峰」，都市計畫法律性質之爭永無止境。

從另一個面向思考，形式上都市計畫之發布固然只是一行為，實質上都市計畫之內容卻可能包含數行政行為形式，其性質或為行政命令，或為行政處分。在現行行政爭訟制度下，就都市計畫之個別項目分別判斷其法律性質，應相當合理且具有實益。換言之，當個別項目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時，即認定為行政處分，允許就該部分提起行政爭訟，應有助於人民權益之保障。補充一言，同一都市計畫可能包含數行政處分，其相對人為特定人者，屬個別處分，為可得確定之多數人者，則屬一般處分（行政程序法第九十二條第二項參照）。

30、31。

⁶ 傅玲靜著，都市計畫與撤銷訴訟之程序標的一由都市計畫之種類及層級進行檢討，月旦法學教室第 153 期，2015 年 7 月，頁 11。

二、定期通盤檢討變更與個案變更之異同

現行都市計畫法第二十六條第一項規定：「都市計畫經發布實施後，不得隨時任意變更。但擬定計畫之機關每三年內或五年內至少應通盤檢討一次，依據發展情況，並參考人民建議作必要之變更。對於非必要之公共設施用地，應變更其使用。」第二十七條第一項規定：「都市計畫經發布實施後，遇有左列情事之一時，當地直轄市、縣（市）（局）政府或鄉、鎮、縣轄市公所，應視實際情況迅行變更：一、因戰爭、地震、水災、風災、火災或其他重大事變遭受損壞時。二、為避免重大災害之發生時。三、為適應國防或經濟發展之需要時。四、為配合中央、直轄市或縣（市）興建之重大設施時。」論者通常稱前者為「定期通盤檢討變更」，後者為「個案變更」。實務界更且引用司法院釋字第一五六號解釋，認定定期通盤檢討變更係法規命令，非行政爭訟之對象，唯有個案變更方屬行政處分，人民不服時可以提起訴願、行政訴訟。這種對比過於形式化，且有誤導作用，恐非妥適。

首先，都市計畫法第二十六條第一項與第二十七條第一項規定之差異，主要在於計畫變更之事由與時機，而非「通盤」或「個案」。參照各該規定用語，前者稱為定期通盤檢討變更，尚屬允當；而後者無寧以「迅行變更」名之為宜。試想，遇有「因戰爭、地震、水災、風災、火災或其他重大事變遭受損壞」之情事時，依據都市計畫法第二十七條第一項第一款規定，應視實際情況迅速進行都市計畫之變更。若災變十分重大，受影響之區域廣袤，損壞情況極端嚴重，則都市計畫之變更幅度必然極大，甚至遠逾一般定期通盤檢討變更之程度，這種情形絕非個案變更概念所能承載。反之，依實際需要，定期通盤檢討變更之幅度或大或小，個別項目亦

不排除具有行政處分之可能。如本號解釋之原因案件，所涉個別項目之內容相當具體，位置、地號及變更情形皆有明定，顯然具備行政處分之性質，稱之為定期通盤檢討變更內之「個案變更」，亦無不可。抑有進者，就本號解釋原因案件所涉定期通盤檢討變更之各項計畫內容觀之，幾乎皆具行政處分性質，顯與法規命令有違，謂其係以包裹方式，一次公告作成數行政處分，或較妥適。

再者，司法院釋字第一五六號解釋之解釋文表示：「主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，自應許其提起訴願或行政訴訟以資救濟……」且於理由書指出：「都市計畫之個別變更，與都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更（都市計畫法第二十六條參照），並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，有所不同。」依該解釋文意旨，個別（個案）變更係有屬於行政處分之可能，而非必然全部歸類為行政處分；至於是否為行政處分，仍須個別判斷，視其有無「直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔」而定。同理，都市計畫及其定期通盤檢討變更，縱使一般「並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者」，應非行政處分，但若個別項目有直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔情形時，認定為行政處分，亦未超出該解釋理由書文理可能涵蓋之範圍。本號解釋以補充釋字第一五六號解釋之方式呈現，尚無不當。實務上將個案變更一概認定為行政處分，而對都市計畫及其定期通盤檢討變更之個別項目可能具有行政處分性質的情形，全面

加以否定。這種截然二分法難謂合理，亦與釋字第一五六號解釋不盡吻合。

綜上，定期通盤檢討變更與個案變更並非同一層次之區分，相對於定期通盤檢討變更者，應係不定期之「迅行變更」。依內容判斷，定期通盤檢討變更可能內含具有行政處分性質之個別項目，而個別迅行變更亦不排除具有法規命令性質者。揆諸一般行政計畫之特性，這種現象不足為奇。

三、都市計畫與行政救濟

都市計畫之訂定與變更，涉及土地之使用管制，對人民財產權之影響甚鉅。如何健全都市計畫相關法制，以確保人民之財產權，並於人民權益受侵害時，提供及時有效之救濟，以落實訴訟權保障，乃現代法治國家不可忽視之課題。都市計畫中之個別項目，若具備行政處分性質，則依據現行訴願法及行政訴訟法規定，應有提起行政爭訟之機會。惟過去實務上將都市計畫及其定期通盤檢討之變更一律定性為法規命令，並未針對個別項目逐一認定是否具有行政處分性質；將來即使改變作法，就個別項目逐一檢視，恐怕亦會因都市計畫內容複雜、定性不易，而出現認定歧異、紛爭不斷之現象。又都市計畫及其定期通盤檢討之變更，經定性為法規命令，嗣後若據此作成行政處分，當事人不服而提起行政訴訟時，仍可就該都市計畫之合法性加以爭執。但此際業已遷延時日，而且都市計畫有其整體性（釋字第三三六號解釋參照），行政法院是否會正視該先決問題，確實審查都市計畫部分內容之合法性，亦未可逆料。行政法院縱使認定行政計畫違法，難保不會以維護重大公益為由，作成情況判決，僅確認原處分違法，卻不予撤銷（行政訴訟法第一百九十八條參照）。似

此情形，唯有建立新制度，允許除計畫實施過程之手段外，亦可以計畫本身作為訴訟對象，方能有助於早期根本解決有關計畫之紛爭⁷。要之，財產權及訴訟權為憲法上之權利，實際上卻受制度及公權力之運作等因素影響，未能獲得確保。面對這種憲法現實與憲法規範明顯脫節之現象，積極引進適合都市計畫之訴訟類型，以補偏救弊，落實憲法規範對財產權及訴訟權之保障，殊屬必要。本席認為，本號解釋要求立法機關於二年內增訂相關規定，堪稱合理。

論者或許擔心，增訂都市計畫之救濟規定後，會產生外溢效果，引發建立規範審查制度（規範統制訴訟）之議。然都市計畫有法律定性困難及爭議問題，非其他性質明確之規範可以比擬，似無庸多慮。況且，若有必要，則進一步建立規範審查制度，又有何妨？

另一個可能衍生之問題係：既然都市計畫增訂救濟規定，其他行政計畫是否應該比照辦理？誠然，行政計畫種類繁多，其內容、法律效果及事實上之作用各不相同，如前所述，有分別定性為行政處分、法規命令、行政規則、行政指導或其他事實行為之可能。在現行行政爭訟制度下，對行政計畫違法性之爭執，唯有當行政計畫直接影響私人權益，且定性為行政處分時，始能循訴願及行政訴訟途徑為之；若定性為法規命令，則須於嗣後對依據該計畫作成之個別行政處分進行爭訟的過程中，方能間接挑戰該行政計畫之法律效力。至於其他行政行為形式之行政計畫，則毫無行政救濟之機會。又行政計畫是否具備行政處分性質而可為行政爭訟之對象，必須個別判斷，無法一體認定。當特定行政計畫直接對外具有法律效果時，則難免如都市計畫所示，出現究屬行政處分或

⁷ 鹽野宏著，同註 1，頁 199。

行政命令之問題。因此，法律定性之難題，同樣存在於都市計畫以外之行政計畫。總之，現行行政爭訟制度之設計，並未考量行政計畫之特殊性，適用於行政計畫時，難免左支右絀，進退失據。行政計畫以典型之形式反映出，傳統行政爭訟之制度及理論，與現代行政發展之間業已產生深刻之鴻溝。職是之故，論者主張為因應行政計畫之特殊性，應設立行政計畫固有之爭訟制度⁸。本席認為，制度原因造成之難題，宜以制度調整之方法解決。此一立法論之主張頗有見地，值得參考。惟行政計畫具有多樣性，未必適合一律採取相同救濟制度；依照各種行政計畫之需要，分別建構解決方法，或許較為合理可行。

附帶一提，現代行政國家現象下，「計畫政治」盛行，行政計畫成為舉足輕重之施政工具，甚至引發「計畫政治」凌駕「法治主義」、「依計畫行政」取代「依法行政」之疑慮⁹。如何謀求計畫與法治主義之調和，避免法治主義持續遭到侵蝕乃至淘空，採取下列方式，促進計畫法治化，即使不能徹底解決問題，仍不失為有效對策。其一，在可能範圍內，盡量將計畫之內容及程序納入法律規定的對象，使其接受立法之事前統制。其二，盡量擴大計畫之爭訟可能性，增加司法事後審查機會，強化計畫之權利救濟方法¹⁰。本號解釋指引之方向，正與第二種方式相符。本席期待，立法部門體察計畫法治化之必要性，於期限內完成立法，突破都市計畫行政救濟之障礙，並且放大視野，對都市計畫以外之行政計畫，採

⁸ 芝池義一著，行政計畫，收於雄川一郎、鹽野宏、園部逸夫編「現代行政法大系第2卷」，有斐閣，1984年，頁355以下；藤田宙靖著，新版行政法I，青林書院，1985年，頁174、246。

⁹ 許志雄著，憲法之基礎理論，稻禾，1993年初版2刷，頁180。

¹⁰ 手島孝著，行政國家の法理，學陽書房，1978年再版，頁197、198。

取相同立場及態度，朝法治化之路邁進。