

釋字第七四二號解釋不同意見書

吳陳銀大法官 提出

一、多數意見認都市計畫定期通盤檢討變更屬法規，卻又謂其中屬行政處分者，得提起行政爭訟，難以贊同

按法規為對多數不特定人民就一般事項所作抽象之規定，¹行政處分則為就特定對象或雖非特定而可得確定之對象之具體事件所為直接發生法律效果之決定或其他公權力措施。

1 查現行法就「法規」並未設定義規定。但依中央法規標準法規定之意旨，中央法規包括：一、定名為法、律、條例或通則之法律。二、中央各機關依其法定職權或基於法律授權訂定發布，依其性質定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則之命令（中央法規標準法第二條、第三條及第七條參照）。而依地方制度法規定，地方法規則包括：一、經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布，在直轄市稱直轄市法規，在縣（市）稱縣（市）規章，在鄉（鎮、市）稱鄉（鎮、市）規約之自治條例。二、直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，得依其法定職權或法律、基於法律授權之法規、自治條例之授權，訂定發布，依其性質，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則之自治規則。三、直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所為辦理上級機關委辦事項，得依其法定職權或基於法律、中央法規之授權，訂定發布，依其性質，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則之委辦規則。四、地方立法機關訂定發布之自律規則（地方制度法第二十五條、第二十六條第一項、第二十七條第一項、第二項、第二十九條及第三十一條第一項參照）。而行政程序法第一百五條第一項則就「法規命令」設如下之定義規定：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」均為對多數不特定人民就一般事項所作抽象之規定。

²二者互不相容，不可能有既為法規又同時兼為行政處分之行政行為。

多數意見既謂「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。」復謂「應於個案審查定期通盤檢討公告內個別項目之具體內容，判斷其有無個案變更之性質，亦即是否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負擔，以決定是否屬行政處分之性質及得否提起行政爭訟。如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，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及訴訟權之意旨。」認對多數不特定人民就一般事項所作抽象規定之法規中，可能存有對特定或可得確定對象就具體事件所為直接發生法律效果之行政處分。則同理所有法規中直接限制特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔者，亦均應屬行政處分，而應許該等特定人或可得確定之多數人就該部分提起訴願或行政訴訟救濟，例如依法官法第八條第二項訂定之法官遴選辦法第六條規定，申請人有該條所定情形之一者，法官遴選委員會應為遴選不合格之決議，此直接限制欲申請遴選為法官之特定人或可得確定多數人之權益，亦應認屬行政處分，

2 行政程序法第九十二條第一項規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」同條第二項規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」訴願法第三條第一項規定：「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」同法第三條第二項規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，亦為行政處分。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同。」

而應容許該等特定人或可得確定之多數人得就該法官遴選辦法第六條規定提起訴願或行政訴訟救濟。多數意見混淆法規與行政處分之區分，難以贊同。

再按都市計畫乃處理城市與其鄰近區域工程建設、經濟、社會、土地利用布局及對未來發展預測之專門學問，涉及城市中產業與建築物之區域布局及分類管制、道路與運輸設施之設置、公共設施之規劃建設及城市工程之安排，主要內容有空間、道路交通、綠化植被及水體規劃等。³另按「為改善居民生活環境，並促進市、鎮、鄉街有計畫之均衡發展，特制定本法。」「本法所稱之都市計畫，係指在一定地區內有關都市生活之經濟、交通、衛生、保安、國防、文教、康樂等重要設施，作有計畫之發展，並對土地使用作合理之規劃而言。」「市鎮計畫應先擬定主要計畫書，並視其實際情形，就左列事項分別表明之：一、當地自然、社會及經濟狀況之調查與分析。二、行政區域及計畫地區範圍。三、人口之成長、分布、組成、計畫年期內人口與經濟發展之推計。四、住宅、商業、工業及其他土地使用之配置。五、名勝、古蹟及具有紀念性或藝術價值應予保存之建築。六、主要道路及其他公眾運輸系統。七、主要上下水道系統。八、學校用地、大型公園、批發市場及供作全部計畫地區範圍使用之公共設施用地。九、實施進度及經費。十、其他應加表明之事項。」

「細部計畫應以細部計畫書及細部計畫圖就左列事項表明之：一、計畫地區範圍。二、居住密度及容納人口。三、土地使用分區管制。四、事業及財務計畫。五、道路系統。六、

³ <https://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%9F%8E%E5%B8%82%E8%A7%84%E5%88%92> last visit on December 8, 2016.

地區性之公共設施用地。七、其他。」「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。」

「都市計畫得劃定住宅、商業、工業等使用區，並得視實際情況，劃定其他使用區域或特定專用區。(第一項)前項各使用區，得視實際需要，再予劃分，分別予以不同程度之使用管制(第二項)」「都市計畫地區範圍內，應視實際情況，分別設置左列公共設施用地：一、道路、公園、綠地、廣場、兒童遊樂場、民用航空站、停車場、河道及港埠用地。二、學校、社教機構、社會福利設施、體育場所、市場、醫療衛生機構及機關用地。三、上下水道、郵政、電信、變電所及其他公用事業用地。四、本章規定之其他公共設施用地。」

都市計畫法第一條、第三條、第十五條第一項、第二十二條第一項、第二十六條第一項、第三十二條及第四十二條第一項分別著有明文。故都市計畫之通盤檢討變更，攸關整個計畫區域居民生活環境品質及市、鎮、鄉街之均衡發展，不僅涉及整個計畫區域居住密度及容納人口，亦牽涉整個計畫區域住宅、商業、工業等使用區之使用管制及各項公共設施用地之設置，牽一髮而動全身。如依多數意見「訴願機關及行政法院自應就個案審查定期通盤檢討公告內個別項目之具體內容，判斷其有無個案變更之性質，亦即是否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負擔，以決定是否屬行政處分之性質及得否提起行政爭訟。如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，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及訴訟權之意旨。」則倘將如原因案件之一，定期通盤檢討公告內原屬機關用地之公共設施用地之特定個別項目：「變更為第三種住宅區，惟應提供 30%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」，經認定為個案變更而有行政處分之性質，許其就該部分提起訴願或行政訴訟救濟，且經撤銷公告中有關該個別項目之部分確定，則此時該因新增住宅區必然新增人口而須新增之公園公共設施用地，應設置於何處？設置於未經通盤檢討變更或雖亦經通盤檢討變更但已告確定之其他住宅區、商業區、工業區或文教區等其他公共設施用地，將原應由變更後土地分擔之公園公共設施用地，轉嫁由其他土地負擔？抑或違反都市計畫整個計畫區域內土地之利用應整體考量之基本原理，犧牲該整個計畫區域居民生活環境品質及市、鎮、鄉街之均衡發展，不再設置新增之公園公共設施用地？何況原未經通盤檢討變更或雖亦經通盤檢討變更但已告確定之其他住宅區、商業區、工業區或文教區等其他公共設施用地，除非再經通盤檢討變更，於原因案件之一原屬機關用地之公共設施用地之特定個別項目變更案之行政爭訟程序及其後續程序中，並無法變更為公園公共設施用地。則如欲賦予人民就都市計畫之訂定及通盤檢討變更不服之司法救濟制度，亦應僅能賦予人民就整個都市計畫及通盤檢討變更不服之司法救濟制度，不能賦予人民就其中之個別項目不服之司法救濟途徑。多數意見不僅違反都市計畫整個計畫區域內土地之利用應整體考量之基本原理，更治絲益棼，亦難贊同。

二、多數意見要求立法機關就非屬憲法要求之立法形成自由事項，限期立法，有違權力分立原則，亦難贊同

按憲法第十六條保障人民訴訟權，固如多數意見所言，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。⁴基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，乃訴訟權保障之核心內容。⁵惟有權利即有救濟之訴訟權核心內容，應僅及於可直接主張之主觀基本權，且公權力直接侵害該主觀基本權之情形，尚不涵蓋因抽象法令違反上位規範，致主觀基本權間接受侵害之情形。⁶依現行制度，人民、法人或政黨就抽象法令違憲請求救濟，須於其認其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者，始得向本院聲請解釋憲法。⁷而法官於審判案件時，對於各機關所發布之法規命令、職權命令及行政規則，則得依據法律表示其合法適當之見解，亦即得為合法性之審查。⁸

德國行政法院法第四十七條第一項第一款、第二款規定，邦高等行政法院得就依相當於我國都市計畫法之聯邦建築

4 本院釋字第七三六號解釋參照。

5 本院釋字第三九六號、第五七四號、第六五三號解釋參照。

6 本院第七二五號解釋蘇永欽大法官協同意見書參照。

7 司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款參照。

8 本院釋字第一三七號、第二一六號、第三九九號及第五八六號解釋參照。

法⁹所訂定之規章（Satzung）與法規命令（Rechtsordnung）及其他位階低於法律之邦層級法規進行合法性審查，¹⁰即抽象規範審查。立法者制定此種規範審查規定，主要是基於實務上及法律政策上之考量，特別是法明確性及訴訟經濟之考量，即以一份判決一次解決紛爭，及早確定及統一法律見解，避免眾多個別訴訟案件及可能之裁判歧異，從而減輕行政法院之負擔¹¹。在德國，為德國聯邦憲法法院及聯邦行政

9 德國聯邦建築法（Federal Building Code (Baugesetzbuch, BauGB)）分三章，分別為第一章一般都市計畫（Chapter one General Urban Planning Legislation）、第二章特別都市計畫（Chapter Two Special Urban Planning Legislation）（即都市更新(Urban Redevelopment)）及第三章附則（Chapter Three Other Provisions），與我國之都市計畫法相當。該法全文參見 <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=649#III> last visit on December 4, 2016.

¹⁰ 德國行政法院法（VwGO）第四十七條第一項：

(1) Das Oberverwaltungsgericht entscheidet im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit

1. von Satzungen, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs erlassen worden sind, sowie von Rechtsverordnungen auf Grund des § 246 Abs. 2 des Baugesetzbuchs

2. von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt.' http://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/_47.html last visit on December 3, 2016.

其英譯為：

(1) The Higher Administrative Court shall adjudicate on application within the bounds of its jurisdiction on the validity of

1. by-laws issued under the provisions of the Federal Building Code（Baugesetzbuch）and of statutory orders issued on the basis of section 246, subsection 2, of the Federal Building Code,

2. other legal provisions ranking below the statutes of a Land, to the extent that this is provided in Land law.' https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html#p0178 last visit on December 3, 2016.

¹¹ BeckOK VwGO § 47 Rn. 2. https://beck-online.beck.de/?ypath=bibdata/komm/beckok_39_BandVwGO/VwGO/cont/beckok.VwGO.p47.gIA.gII.htm last visit on December 7, 2016; Schoch/Schneider/Bier VwGO § 47 Rn. 3. https://beck-online.beck.de/?ypath=bibdata/komm/SchochKoVwGO_31/VwGO/cont/SchochKoVwGO.VwGO.p47.gII.gI3.htm last visit on December 7, 2016.

法院所採之多數見解¹²，認制定此種規範審查制度並非憲法之要求（Gebot）¹³。基本法第十九條第四項僅一般性要求須給予主觀權利保障，但並未要求應以何種特定訴訟程序為之¹⁴，在一般法院處理權利保護案件之訴訟程序中，法院亦得透過宣告該案件中應適用之法規違反上位規範而無效，進而實現基本法要求之權利保障¹⁵。

亦即不論在我國或德國，訴訟權之核心內容，應僅及於可直接主張之主觀基本權，且公權力直接侵害該主觀基本權之情形，尚不涵蓋因抽象法令違反上位規範，致主觀基本權間接受侵害之情形。至於我國是否仿照德國，創設行政法院得以就特別類型之法規審查其合法性之制度，要屬立法形成自由之範疇。

多數意見既謂：「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。」復謂「訴願機關及行政法院自應就個案審查定期通盤檢討公告內個別項目之具體內容，判斷其有無個案變更之性質，亦即是否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負擔，以決定是否屬行政處分之性質

¹² 德國聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 31, 364; 德國聯邦行政法院裁判 BVerwG NJW 1984, 881.

¹³ BeckOK VwGO § 47 Rn. 7. https://beck-online.beck.de/?ypath=bibdata/komm/beckok_39_BandVwGO/VwGO/cont/beckok.VwGO.p47.gIA.gIII.htm last visit on December 7, 2016; Schoch/Schneider/Bier VwGO § 47 Rn. 4. https://beck-online.beck.de/?ypath=bibdata/komm/SchochKoVwGO_31/VwGO/cont/SchochKoVwGO.VwGO.p47.gII.gI4.htm last visit on December 7, 2016.

¹⁴ 德國聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 31, 364

¹⁵ BeckOK VwGO § 47 Rn. 7. https://beck-online.beck.de/?ypath=bibdata/komm/beckok_39_BandVwGO/VwGO/cont/beckok.VwGO.p47.gIA.gIII.htm last visit on December 7, 2016.

及得否提起行政爭訟。如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，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」、「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。」非惟前後矛盾，且要求立法機關就非屬憲法要求之立法形成自由事項，限期立法，有違權力分立原則，亦難贊同。