

訴願專論選輯

— 訴願新制專論系列之十二

# 序言

臺北市政府訴願審議委員會

主任委員 **蔡立文** 謹識

中華民國 年 月

# 目 錄

## 序 言

### 100年度各縣市訴願實務研討會議程.....1

#### 壹、長官致詞：略

#### 貳、研討議題1

##### 論共同訴願與訴願參加.....2

##### 壹、共同訴願.....2

##### 一、訴願法關於共同訴願之規定.....2

##### 二、關於共同訴願類型之見解.....3

##### 三、共同訴願人相互間之關係.....6

##### 貳、共同訴願與訴願參加之關係.....8

##### 與談實錄.....9

##### 討論與回應：.....11

#### 參、研討議題2

##### 從地方稅角度談地方財政問題

##### 壹、前言.....14

##### 貳、中央與地方權限之劃分.....18

##### 一、概說：地方自治的憲法基礎.....18

##### 二、地方自治權的本質與內容.....19

##### 三、我國中央與地方事務權限劃分之現況.....20

##### 四、我國財政權限劃分的現況.....23

##### 參、地方財政問題之成因分析.....27

##### 一、財源劃分之權限悉歸中央.....27

##### 二、劃歸地方財源之稅目過小並且稅源嚴重不足.....28

##### 三、中央剝奪地方稅之稅捐立法高權.....31

##### 四、中央制訂之框架法律緊縮地方追求長久稅源之可能性.....33

##### 五、統籌分配稅之劃分欠缺合理性的標準.....35

##### 肆、地方財政困窘解決之道.....40

##### 一、在憲法架構下建立代表地方利益之機關.....40

##### 二、重新調整中央與地方財政分配之稅目與比例.....43

三、地方稅之立法高權回歸地方	45
四、撤除中央法律對於地方稅捐所作不必要之限制	45
五、釐清統籌分配稅之作用與建立合理性標準	45
伍、結論：(暫略)	47
與談實錄	47
討論與回應：	49

### 肆、研討議題3

當事人協力義務與稅捐稽徵機關舉證責任之衡平	51
前言	51
壹、稅捐爭訟舉證責任概說	52
貳、當事人協力義務之意義及內涵	54
一、當事人協力義務之意義	54
二、當事人協力義務之內涵	55
三、課予當事人協力義務之前提	56
參、當事人違反協力義務之效果	57
一、當事人違反協力義務不生舉證責任之轉換	57
二、稽徵機關調查義務之終了	58
肆、證明度降低	60
一、證明度之意義	60
二、實務上有關證明度降低之裁判舉隅	61
伍、結論	63
與談實錄	64
討論與回應	66

### 「100年直轄市法制及行政救濟業務研討會」

議程	68
壹、貴賓致詞：略	70
貳、專題演講1：	70
從行政到司法、公益到私權—談訴願制度 功能的再定位	70

### 參、研討議題1

環境法上之管制工具與保護規範—以環境標準為例	74
一、問題意識	74
(一)由實務案例出發—以噪音管制法為例	74
(二)本文研究架構	78
二、環境法上之管制工具—以德國法為例	79
(一)德國法制概述	79
(二)計畫性工具	80
(三)直接與間接之行為調控工具	81
(四)資訊性工具	82
三、預防原則與保護規範之檢視	83
(一)環境法上之預防原則	83
(二)管制工具與預防原則之關係	87
(三)預防原則與保護規範之判斷	88
四、環境標準作為管制工具之思考	91
(一)環境標準之意義及功能	91
(二)環境標準之法律性質與效力	93
(三)環境標準之類型	96
(四)小結	98
五、代結論—我國實務見解之檢討	99
(一)逐步建立解釋保護規範的標準	99
(二)建議理由說明論證應更加精確	100
與談實錄：	101
討論與回應：	103

### 肆、研討議題2

稅捐稽徵法第28條第2項之退稅案件適用稅務協談之探討	
壹、案例事實與問題意識	107
一、案例事實	107
二、問題意識	108
貳、退稅請求權時效	108
一、稅捐稽徵法之修正	108
二、退稅無期間限制與溯及適用	109
三、退稅要件具備	110

四、請求權人與請求範圍之限制	113
參、稅捐資料之保存期限與協力義務	115
一、資料保存期限及依法銷毀	115
二、協力義務法定主義	116
肆、查明退還與稅務協談	118
一、查明退還之職權調查	118
二、職權調查困難與稅務協談	119
伍、省思	123
與談實錄	123
討論與回應：	126
<b>伍、研討議題3</b>	
訴願決定與確定判決對原處分機關拘束力之比較	127
壹、前言	127
貳、維持原處分之訴願決定	131
一、訴願無理由而遭決定駁回之型態	131
二、訴願駁回後得否撤銷原處分	132
三、小結	135
肆、維持原處分之確定判決對於原處分機關之拘束	135
伍、法務部98年4月15日法律字第0980003338號函釋之商榷	140
陸、結語	140
與談實錄：	142
討論與回應：	144
<b>陸、專題演講2</b>	
地方自治團體之組織自主權	146
壹、前言	146
貳、地方自治團體之行政組織權	147
一、地方「行政組織」之意義	147
二、央地間之分權	148
三、地方府會間之分權	158
四、實質內容：一級機關或單位之數目	160
五、其他之地方行政組織權議題	161
六、展望	164

參、地方政府之政府體制與選舉制度之組織權	165
一、我國現行地方政府體制與選舉之規定	165
二、現行制度之優缺點	166
三、我國憲法的規定與解釋	167
肆、結語	172

## 柒、研討議題4

### 擺盪於中央一條鞭與地方分權治理之間？

一、前言	173
二、地方自治之憲法定位與制度本質	175
(一) 聯邦國或單一國？	175
(二) 地方自治之制度本質	180
三、地方自治團體聲請釋憲之要件與救濟實效	183
(一) 現行制度：地方自治團體聲請釋憲適用之法規範	183
(二) 大法官解釋實務	189
四、結論	198
與談實錄：	199
討論與回應：	204

## 捌、研討議題5

### 地方自治團體首長人事任免權法制之探討

壹、前言	208
貳、地方自治團體首長人事任免權法制之發展沿革	209
一、地方自治綱要時期之人事任免權法制	210
二、兩自治法時期之人事任免權法制	211
三、地方制度法時期之人事任免權法制	212
參、地方自治團體首長人事任免權法制之現狀與問題	213
一、中央與地方人事法制一元化	214
二、特定人事之中央一條鞭制	215
三、地方人事任免權法制之現狀	216
肆、地方自治團體首長人事任免權法制之主要問題點	219
一、中央容易引發越權干預地方首長人事任免之疑慮	219
二、中央一條鞭制任免導致地方首長有責無權	220
三、縣(市)之政務官任免待擴充	222

四、地方公務員對中央政府傾斜.....223  
 五、制定地方公務員法之必要性.....224  
**伍、地方人事任免權主要爭議問題之檢討.....225**  
 一、地方與中央人事任免權分配原則.....226  
 二、各級主管任免權之爭議問題.....227  
 三、警察人員與主管之任免權爭議.....227  
 四、主計單位人員與主管之任免權爭議.....229  
 五、人事與政風人員及主管任免權爭議.....230  
 六、教育局軍訓室主任任免遷調問題之探討.....231  
**陸、結語.....232**  
**與談實錄：.....232**

**玖、研討議題6**

**自治法規整併與過渡條款的規定**  
**壹、前言.....249**  
 一、緣起.....249  
 二、思考案例.....250  
**貳、直轄市升格與地方自治法規的變動.....251**  
 一、直轄市升格與地方制度法的修正.....251  
 二、組織調適與法律規範的銜接.....252  
**參、信賴保護與人民權益之保.....253**  
 一、信賴保護原則之憲法基礎.....253  
 二、信賴保護之條件.....257  
**肆、信賴保護之措施與考量點.....265**  
 一、公公益衡量的問題.....265  
 二、信賴保護之措施.....267  
**伍、信賴保護原則的具體化.....273**  
 一、「新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例」的適用可能.....273  
 二、「永和市婦女生育補助要點」的適用可能.....274  
 三、「台北縣燈桿懸掛旗幟管理作業要點」的整合.....276  
**陸、結語.....276**  
**與談實錄.....277**  
**回應與討論.....281**

**100年度各縣市訴願實務研討會議程**

時 間：100年6月20日(星期一)08:40至14:00  
 地 點：新北市政府行政大樓507會議室(新北市板橋區中山路1段161號新北市政府行政大樓5樓)  
 主辦機關：新北市政府、臺北市政府、臺中市政府  
 執行機關：新北市政府法制局、臺北市政府訴願審議委員會、臺中市政府法制局

時 間	內 容
08:40-09:00	報到
開幕致詞	
09:00-09:15	新北市政府 李副市長四川 致詞 臺北市政府邱副市長文祥致詞 臺中市政府蔡副市長炳坤 致詞
【第一場】	主持人：新北市政府法制局邱代理局長惠美
09:15-09:45	主題-共同訴願與訴願參加 報告人：張文郁/臺北大學法律學系副教授
09:45-10:00	與談人：劉宗德/政治大學法律學系教授
10:00-10:10	討論與回應
10:10-10:40	茶敘(地點：新北市政府行政大樓507會議室旁陽光走廊)
【第二場】	主持人：臺北市政府訴願審議委員會蔡主任委員立文
10:40-11:10	主題-從地方稅角度談地方財政問題 報告人：柯格鐘/成功大學法律學系副教授
11:10-11:25	與談人：盛子龍/中正大學財經法律學系副教授
11:25-11:35	討論與回應
【第三場】	主持人：臺中市政府法制局林局長月棗
11:35-12:05	主題-當事人協力義務與稅務機關舉證責任之衡平 報告人：劉建宏/中正大學法律學系副教授
12:05-12:20	與談人：黃啓禎/東海大學法律學系副教授
12:20-12:30	討論與回應
12:30-14:00	午餐(地點：晶宴餐廳【新北市政府行政大樓1樓】)

## 壹、長官致詞：略

## 貳、研討議題1

### 論共同訴願與訴願參加<sup>1</sup>

台北大學法律系副教授

張文郁

#### 目次

#### 壹、共同訴願

- 一、訴願法關於共同訴願之規定
- 二、關於共同訴願類型之見解
  - (一)、僅有普通共同訴願之見解
  - (二)、承認必要共同訴願之見解
  - (三)、小結
- 三、共同訴願人相互間之關係
  - (一)、問題核心
  - (二)、訴願法規範漏洞之補充
  - (三)、共同訴願人相互間之關係

#### 貳、共同訴願與訴願參加之關係

## 壹、共同訴願

### 一、訴願法關於共同訴願之規定

訴願法第二十一條規定：「I. 二人以上得對於同一原因事實之行政處分，共同提起訴願。II. 前項訴願之提起，以同一機關管轄者為限。」，據此規定可知立法者承認於訴願程序存有所謂共同訴願之制度，然而共同訴願有何類型，而且各共同訴願人相互間之關係如何，

<sup>1</sup> 本文為尚未完成之文稿，請勿引用。

又訴願決定對於共同訴願人發生如何之效力，皆未設規定，因此，上述關於共同訴願之問題，特別是關於固有必要共同訴願之承認與否，即有探討之必要。

## 二、關於共同訴願類型之見解

### (一) 僅有普通共同訴願之見解

文獻上有認為「訴願法在立法上未若行政訴訟法設有區分共同訴訟之種類，而一如立法意旨說明所載，(共同訴願<sup>2</sup>)係為『達訴訟經濟之目的』而設，從而在實務運用上，亦無判定是否為必要共同訴訟及當事人是否適格之問題。例如，同一之土地徵收事件，同為被徵收土地之地主，其中部分人表示不服，受理訴願機關無從引據行政訴訟法必要共同訴訟之規定，強求其他被徵收之土地所有權人共同訴願，否則以當事人不適格予以駁回。…四、訴願事件既不採合一確定之概念，…」<sup>3</sup>。若依此見解，既不承認訴願事件有合一確定之情形，即不承認於訴願程序有必要共同訴願。

### (二) 承認必要共同訴願之見解

行政法院46年判字第6號判例認為：「…(二)專利法第五十二條規定，受僱人與職務有關之發明，其專利權為雙方所共有。又二人以上共同呈請專利或為專利權之共有者，辦理一切程序時，依同法第十七條應共同連署。本件臺灣工礦股份有限公司與原告共同聲請專利，其後辦理一切程序及有所不服時，該公司均未共同連署，由原告一人具名為之。雖受理本案各官署於審定及答辯時，均未有所置議，然原告所為之請求及聲明不服，要不能謂無瑕疵。…」<sup>4</sup>；而最高行政法院91年度判字第640號判決亦認為：「二人以上共同申請專利時，其利害與共，必須合一確定，為避免分別送達發生歧異，無法同時確定，而影響處分之安定，專利法第十三條乃明定二人以上共同申請專利，除

<sup>2</sup> 此文字為作者所加。

<sup>3</sup> 參照張自強、郭介恆，訴願法釋義與實務，2008年7月版，第九十九頁至第一零一頁。

<sup>4</sup> 本則判例雖經最高行政法院97年7月份第1次庭長法官聯席會議決議不再援用，並於97年8月5日由司法院以秘台廳行一字第0970015786號函准予備查。不再援用理由：與現行法規定不符。蓋此規定與現行專利法第7條規定不同，現行法職務發明之專利權係歸屬於雇用人，惟判例(二)之精神與專利法第十二條規定之意旨相符，是以仍應有參考之必要。

約定有代表人者外，辦理一切程序，應共同連署，並指定其中一人為應受送達人。」。此外，內政部(89)台內中地字第8979883號函認為：「關於潘○澤為土地共有型態變更登記提起訴願乙案，…。二、本案經函准司法院秘書長八十九年五月二十三日(八九)秘台廳民一字第第一一六四七號函復略以：「將公同共有變更登記為分別共有，無土地法第三十四條之一第五項準用規定之適用，應經全體繼承人同意始得為之，…。亦有最高法院八十二年度台上字第二八三八號、八十五年度台上字第八七二號、八十六年度台上字第三〇七一號判決及臺灣高等法院八十五年度法律座談會，可供參考，…」及法務部八十九年六月廿八日法八十九律字第一七九一五號函復略以：「…二、…至於部分繼承人於辦理公同共有繼承登記後，如欲將公同共有變更登記為分別共有，因係公同共有人終止公同共有之內部關係問題，似非土地法第三十四條之一第一項至第四項規定所能涵蓋，應無同法第五項規定之適用，而應依民法第八百二十八條第二項規定，經公同共有人全體同意始得為之(參照本部七十七年十月二十七日法七七律字第一八四八八號函)。』…；……三、次按訴願法第二十四條規定：『訴願之決定確定後，就其事件，有拘束各關係機關之效力。』本件依來函所述，台北市內湖區大湖段一小段九五號等八筆土地原為潘○賢所有，潘君於七十八年六月六日死亡，繼承人計有潘○華等十九人，其中潘○華等十四人於八十六年十二月二十九日經該管中山地政事務所以內湖字第四五四八七號登記案辦竣公同共有繼承登記，復於八十八年一月二十二日檢具協議書及相關文件以內湖字第一九五三號登記案申辦系爭土地之共有型態變更登記。台北市中山地政事務所於辦竣登記後通知未會同申請之潘○澤等五人，惟其中潘○澤不服，遂提起訴願，案經台北市政府以八十九年二月十六日訴願決定書『原處分撤銷，由原處分機關另為處分。』其理由略以：『本案原處分機關及訴願人各執一詞並各有所據，致系爭權利型態改變之情形能否適用土地法第三十四條之一規定，產生疑義。為求處分之正確及維護訴願人應有之權益，本案實有再請中央主管機關釋明之必要。爰將此部分之處分撤銷，由原處分機關究明相關疑義後另為處分。……』準此，貴部認為台北市政府地政處就本件具體個案應受該府訴願審議委員會決定之拘束，爰擬請該府以『訴願決定撤銷』為登記原因，將本案系爭土地回復公同共有之登記，本部敬表同意。…(法務部(89)法律字第017915號亦採相同見解)

據上可知，上揭實務見解認為，縱使於訴願法並無必要共同訴願之規定，仍不能否認該制度之存在。

### (三) 小結

拙見認為雖然訴願法並無相當於行政訴訟法第三十九條必要共同訴訟之規定，惟是否於訴願程序存在「必要共同訴願」，似應依實體權利、義務關係判斷。若依實體法之規定，訴願實施權(實體權利、義務)屬於數人作為單一整體而共同享有之情形，應認為該等人應共同提起訴願，其當事人始為適格，亦即屬於固有必要共同訴願。例如專利法第十二條規定：「I. 專利申請權為共有者，應由全體共有人提出申請。II. 二人以上共同為專利申請以外之專利相關程序時，除撤回或拋棄申請案、申請分割、改請或本法另有規定者，應共同連署外，其餘程序各人皆可單獨為之。但約定有代表者，從其約定。III. 前二項應共同連署之情形，應指定其中一人為應受送達人。未指定應受送達人者，專利專責機關應以第一順序申請人為應受送達人，並應將送達事項通知其他人。」，由此條之規定可知，若專利申請權共有人欲申請專利，應由全體共有人一同提出申請始為合法，若其申請被駁回而欲提起訴願，亦應由全體共有人共同提起，其訴願當事人始為適格。職是之故，理論上應承認於訴願程序有「固有必要共同訴願」。行政法院46年判字第6號判例認為：「…(二)專利法第五十二條規定，受僱人與職務有關之發明，其專利權為雙方所共有。又二人以上共同呈請專利或為專利權之共有者，辦理一切程序時，依同法第十七條應共同連署。本件臺灣工礦股份有限公司與原告共同聲請專利，其後辦理一切程序及有所不服時，該公司均未共同連署，由原告一人具名為之。雖受理本案各官署於審定及答辯時，均未有所置議，然原告所為之請求及聲明不服，要不能謂無瑕疵。…」<sup>5</sup>；而最高行政法院91年度判字第640號亦認為：「二人以上共同申請專利時，其利害與共，必須合一確定，為避免分別送達發生歧異，無法同時確定，而影響處分之安定，專利法第十三條乃明定二人以上共同申請專利，除約定有代表人者外，辦理一切程序，應共同連署，並指定其中一人為應受送達人。」。由此可知，於實體法規定共同權利或義務人應全體行使權利或履行義務之情形，在後續之訴願以及行政訴訟程序，該等共同權利人或義務人應屬於固有必要共同訴願或共同訴訟。

此外，若依實體法之規定，共同權利人或義務人得為全體權利人或義務人之利益，單獨行使權利或履行義務之情形，由於不須全體共

<sup>5</sup> 本則判例雖經最高行政法院97年7月份第1次庭長法官聯席會議決議不再援用，並於97年8月5日由司法院以秘台廳行一字第0970015786號函准予備查。不再援用理由：與現行法規定不符。惟判例(二)之精神與專利法第十二條規定之意旨相符，是以仍應有參考之必要。



有人集合始有訴願或訴訟實施權，但訴願決定或法院之判決效力又擴張及於全體共同權利人或義務人，英認為二以上權利人或義務人作為訴願人或訴訟當事人時，其應屬類似必要共同訴願或訴訟。此觀前揭內政部(89)台內中地字第8979883號函所涉及之土地登記案例即可明瞭。

據上所述，縱使於訴願法無必要共同訴願之規定，仍不能否認必要共同訴願制度之存在。

### 三、共同訴願人相互間之關係

#### (一) 問題核心

訴願法亦如行政訴訟法和民事訴訟法，設有共同訴願之規定，然而，共同訴願人相互間之關係如何，訴願法並未如行政訴訟法第三十八條、第三十九條及民事訴訟法第五十五條、第五十六條般設有規定，特別是共同訴願人彼此之行為互不一致時，究應如何處理，應有探討之必要。

#### (二) 訴願法規範漏洞之補充

訴願法既設有共同訴願之一般規定，卻對其他配套付之闕如，相較於行政訴訟法以及民事訴訟法，應可推知訴願法關於共同訴願之規定存有規範漏洞。此項規範漏洞如何補充，不無疑問。蓋訴願程序本質上為行政程序，相較於行政程序法，訴願法之規定應屬於特別法，若特別法未規定者，仍應是用普通法(一般法)之規定。依此法理，訴願法未規定之法律漏洞似應適用行政程序法之相關規定。然而，訴願之本質特殊，因其主要在於提供訴願人救濟，相對於行政程序，具有相當之制度差異，從此點作用觀察，其本質亦與行政訴訟相類，特別是有些救濟程序特有之規定，例如訴願類型、不利變更禁止、情況決定、再審等等。因此訴願法第47條第三項規定：「訴願文書之送達，除前二項規定外，準用行政訴訟法第六十七條至第六十九條、第七十一條至第八十三條之規定。」此項規定之緣由雖是訴願法修正通過當時，行政程序法尚未完成立法，無從適用，但亦可從此項規定導出訴願與行政訴訟因同屬行政救濟制度，故存有相當之類似性，訴願法未規定之事項，其因救濟性質而與行政訴訟體制相類者，亦得準用或類推適用行政訴訟法之規定。關於訴願法規範之漏洞究應適用行政程序法抑或應類推行政訴訟法，拙見認為應取決於規範漏洞之性質，

若該漏洞係關於一般行政程序之事項，應適用行政程序法之規定，若該漏洞事項係屬於救濟程序之性質而與行政訴訟具有類似性者，則應類推適用行政訴訟法(民事訴訟法)之規定。

關於共同訴願之制度，行政程序法並無規定，而且此制度明顯傾向救濟程序，職是之故，關於其規範漏洞之補充，理應類推適用行政訴訟法之相關規定。

#### (三) 共同訴願人相互間之關係

##### 1. 普通共同訴願人相互間之關係

如上所述，訴願法並未規定普通共同訴願人之關係，拙見認為此項法律漏洞應類推適用行政訴訟法第三十八條之規定藉以彌補，該條規定：「共同訴訟中，一人之行為或他造對於共同訴訟人中一人之行為及關於其所生之事項，除別有規定外，其利害不及於他共同訴訟人。」，據此，若共同訴願人相互間權利義務個別且無法律上或訴願標的上之牽連關係者，共同訴願人個人所為之訴願行為對其他共同訴願人不生效力，例如記帳士證照被財政部廢止之數人共同提起訴願，訴願程序進行中，共同訴願人其中一人撤回訴願時，該撤回之效力不影響其他人。受理訴願機關對於普通共同訴願人所為之訴願決定亦應分別宣告其主旨，除非法律特別規定者外，效力互不生影響。

##### 2. 必要共同訴願人相互間之關係

若共同訴願人屬於固有必要共同訴願或類似必要共同訴願之關係，則應類推適用行政訴訟法第三十九條之規定，該條規定：「訴訟標的對於共同訴訟之各人，必須合一確定者，適用下列各款之規定：一、共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力。二、他造對於共同訴訟人中一人之行為，其效力及於全體。三、共同訴訟人中之一人，生有訴訟當然停止或裁定停止之原因者，其當然停止或裁定停止之效力及於全體。」。

在必要共同訴願之情形，例如共有土地被認定非供農業使用而課徵地價稅，若共有人其中二人經復查程序後提起訴願請求撤銷該課稅處分，受理訴願機關審議中，訴願人其中一人具狀表示撤回訴願，此時，因撤回行為屬於不利行為，若非全體訴願人一致而為，則其中部分訴願人之行為不生效力，受理訴願機關仍應對之繼續進行訴願程序。此外，由於必要共同訴願人相互間必須合一確定，因此，將發生訴願決定效力擴張，及於其他未提起共同訴願之共有人之情形。是

<sup>6</sup> 嚴格而言，特別法未規定而應適用一般法者，並非法律漏洞。

以，若受理訴願機關認為原處分機關認定非供農業使用係錯誤而將地價稅之課稅處分撤銷，該訴願決定不但必須對共同訴願人一致(同勝同敗)，而且其他未提起訴願之共有人亦得主張該訴願決定之效力，拒絕繳稅。反之，若訴願遭駁回時，其他共有人縱使仍有訴願權限，亦不得對同一事件再提起訴願，蓋因確定力擴張及於全體共有人之故。若未提起訴願之共有人對訴願決定不服，因其並非訴願人，應不能以訴願人之名義提起撤銷訴訟。然而，其是否屬於利害關係人，不無疑義。一般認為訴願法及行政訴訟法之利害關係人係與訴願人利害關係相反之人，共同權利人不屬於利害關係人，故不得依行政訴訟法第一零六條但書之規定提起訴訟。

## 貳、共同訴願與訴願參加之關係

若依實體法之規定，共同權利人或義務人應共同行使權利或共同履行義務(不得單獨行使權利或履行義務)者，其訴願程序即應認為屬於固有之必要共同訴願。然而如果訴願書未正確列出所有之固有之必要共同訴願人時，受理訴願機關究應作出不受理之訴願決定<sup>7</sup>或應適用訴願法第二十八條第二項或類推行政訴訟法第四十一條規定處理，不無疑義。對此問題，我國之文獻並無深入探討，實務上如何運作，亦有問題。拙見認為，依實體法之規定，多數人全體共同享有訴願實施權之情形，若未全體一起提起訴願，其提起者即欠缺訴願實施權，理論上根本無法有效進行訴願程序，雖然德國實務、通說皆認為當事人不適格不能以參加方式排除其瑕疵，但是立法者既然在行政訴訟法第四十一條設規定，令法院應依職權通知潛在之固有之必要共同訴訟人應參加訴訟，此規定應類推適用於作為訴訟先程序之訴願程序。蓋訴願人若當事人不適格而受理訴願機關立即作出不受理之決定，顯然對訴願人之權利保護不週，而訴願法第二十八條第二項規定之適用係針對原處分撤銷或變更影響權利、義務之人，應非針對當事人不適格之情形，職是之故，解決之道應係類推適用行政訴訟法第四十一條之規定，由受理訴願機關依職權通知應一同提起訴願之人參加訴願程序。此外，此種必要參加人亦應視為訴願人，而於訴願程序具有同於訴願人之地位，且其權益同時受訴願決定之影響，因此，訴願決定之效力亦應及於此種參加人。

<sup>7</sup> 由於訴願法第七十七條欠缺補充性之不受理規定，因此當事人不適格是否得依該條規定為不受理決定亦有疑問。

## 與談實錄

### 與談人：劉宗德 / 國立政治大學法律學系教授

主席、報告人張教授還有各位先進，剛才張教授吐了很多苦水，其實我也是受害人之一，因為我這兩天即將出國，還要忙著看張教授的文章，這是基於一份道義之情，因為張老師之所以文章寫到一半，是因為他參加我的一個研究計畫，所以我把他設計成這個樣子，現在我要向張老師道歉，也向大會致意，這樣一個大作，我要在15分鐘之內把我的提問倒給張老師，希望他在後續的文章，能夠做一個解疑。

我的第一個最嚴重的疑問是有關訴願法第21條，訴願人他認為有必要他共同來提起，另外訴願法第78條卻是有依職權可以針對分別提起的訴願來合併審理、合併決定，我的意思是依據訴願法第21條規定，不必要許可就可以由訴願人來共同提起，因為訴願程序中的行為可以用訴願法第76條就把他幹掉，我們也不必要合併審議、合併決定，所以訴願法第21條和第78條的關聯性，再來更嚴重的，在大作上有提到和訴願法第28條第1項參加訴願的關係又如何？因為參加訴願是非常寬鬆的，尤其是在訴願法第31條訴願決定對參加人亦有效力，那訴願法第28條第1項是利害關係相同的參加，第2項是利害關係不同的參加，所以我第一個最大的疑問是，張老師的大作雖然是鏗鏘有力，因為他的聲音非常響亮，我的則是老牛拖破車的情況，我還是奮力一擊，第一個到底訴願法第21條、第78條和第28條的關係為何？也就是，是不是容許讓訴願人共同提起訴願，而產生像行政訴訟法第38條和第39條那麼嚴重的效力，我個人是非常存疑的，這不禁讓我想起我在民國62年唸民訴的時候，離現在將近40年了，訴願也差不多是那個時候唸的，我完全想不出來會有像第21條的必要性，現在張老師在萬軍之中，殺出一個共同訴願和訴願參加的關聯性，我想在將來集結成冊的時候一定會提到訴願參加的問題，所以我在第一個提出的問題，訴願人依第21條主動的希望共同來提起，但第78條卻可以對分別提起的合併審議、合併決定，當然他訴願決定的效力是分別作成的，這是無庸置疑的，那第28條第1項可以依職權或依申請要求他來參加，所以第28條第1項、第2項也可以跟第31條訴願決定對於參加人亦有效力，基本上我從根底上懷疑共同訴願有沒有必要性，尤其給他行政訴訟法第38條和第39條那麼重要的效力，這是我第一個要來跟張教授請教的。

第二個是我提出以下六、七個類型，這是我現在星期一在臺北市、星期三在新北市這樣跑來跑去跑江湖的結果，將來說不定星期五

要到臺中市去了，我提出以下這幾個我在訴願會中常常看到的問題點，第一個是派下員，派下員到底是張教授三分法的那一個？剛才漏講了，張教授的第二個大的問題點是，他把它像民訴、行政訴訟一樣，分為普通共同訴願、類似必要共同訴願及固有必要共同訴願，那派下員他會不會是固有必要的共同訴願？第二個是遺產跟贈與稅，如果彼此之間有合一確定的必要，是不是又是屬於第三種，第三個是公寓大廈的管理，公寓大廈的管理因為住戶的共同決議，最後是被依建築法和都計法來加以處罰，那這三個派下員、遺產和贈與稅及公寓大廈到底是屬於三分法的哪一個？第四個是行政罰法第14條故意共同實施違法行為，要依其情節輕重分別處罰，也就是行政罰法第14條有故意共同實施，請問是不是就該當於訴願法第21條或第78條的法律上或事實上的原因同一，有關行政罰法第14條我們最常舉的例子如併罰屋主及業主，不管是在視聽理容或是其他政府專案都有併罰屋主及業主，看起來它應該是普通共同，因為它沒有合一確定的必要，再來是起造人、承造人及監造人，他有違法的話，這個部分因為我們通常把起造人認為有雙重身分，即行為責任及狀態責任，那麼中間是不是都併罰了起造、承造和監造，那它們是屬於這三類的哪一類？最後一個是我在內政部的時候，有警專的警員在受訓的時候作弊，而被剝奪受訓的資格，類似這種一起作弊的行為，它的原因跟事實是不是相同，我以上不是很有概念的提出，但至少對以上的派下員、遺產和贈與稅及公寓大廈是不是同一種類型？接下來是行政罰法第14條，是不是前面第一個的普通共同訴願？

這三個大的問題，就是訴願法第21條、第78條及第28條，和張教授的三个分類普通、類似必要和固有必要，在訴願法的適用和結合訴訟法的分類，就會造成在訴願實務上，我個人認為訴願實務不必要和訴訟法相結合，因為訴願是在行政自我反省下，何況現在在訴願法第58條下，可以經由原處分機關自己去重開審理的程序，我以我在腦袋中重新溫習40年前所學的訴願法、行政訴訟法，我一點也不覺得有共同訴願的必要，因為共同訴願有合一確定的必要，尤其是在固有共同，會不會戕害了人民在憲法第16條的訴願及訴訟權，因為訴願決定對他必須要合一確定，這樣子的話，原來我好好的，只是想說方便起見我要來同提起，訴願審議機關也是方便起見而合併審議、合併決定，為什麼要給我那麼大的法律效果，如果要的話，立法者有形成的自由，用類似訴願法第31條來作規定，不要去準用行政程序法或是行政訴訟法，這是我對張教授最大的要求，也是最大的回報，也就是希望盡量在不同的角度，去研判這個制度有沒有建立的必要，這個制度建立起來，對人民的救濟有沒有好處，對機關在合法性、依法行政上

有沒有正面的影響，如果兩個都沒有，我是覺得這個制度沒有建立的必要，因為張教授所舉的例子，像專利法或是共同共有變成分別共有，畢竟這種案例是比較少的，有沒有必要去提出一個制度的架構，是我在制度設計上一個比較大的疑惑，平常我跟張教授情同手足，但是今天卻宛如頭仇，所以在這裡我只能站在另外一造思考的角度，提供給張教授及在座的先進一個討論的基礎，別無任何意思，在會後我一定接受張教授最嚴厲的責難，謝謝。

## 討論與回應：

主持人：邱惠美 / 新北市政府法制局代理局長

劉教授對制度提出了不同的看法，本來學術就是百家爭鳴，而容許不同的意見，現在就先請報告人針對剛提出的問題作回應，之後開放給現場同仁發問。

報告人：張文郁 / 國立臺北大學法律學系副教授

謝謝主席，也謝謝劉老師提出這麼多回報，哈哈，我非常的感謝。

首先劉老師提到關於訴願法第21條訴願人提起共同訴願，由於他的個人自由意願，這是非常明確的，我們在訴願或是訴訟所謂共同訴願或是共同訴訟，一定都是他們依照自由意志提起的，那程序的發起，假如他不願意的話，原則上是不能強迫的，可是法制上也有例外，在民事訴訟法第56條之1固有必要共同訴訟人，他應該要共同提起，但是他不願意提起，其他共同訴訟人可以向法院聲請裁定命他來做為共同原告，這也是考慮到當事人的訴訟權可能會受他人的影響，這和訴願法第78條的合併審議本質上是不一樣的，訴願法第78條的合併審議是他們各自分別提起，受理訴願機關把它合併在一起，那分別提起合併審議有兩種可能性，一種是他們沒有共同權利義務的關聯，另一種是他們有共同權利義務的關聯，那分別提起合併審議，基本上是不會讓他們變成共同訴願人，他還是個別提起的案件，只不過是屬於合併審議而已，這個規定在民事訴訟法第205條也有，合併審理裁判並沒有把他們變成共同訴訟人，劉老師剛才提到的訴願參加這也是充滿問題的制度，在訴願法第28條第1項利害關係相同可以來申請參加，第2項利害關係相反也可以申請參加，它沒有參加受理訴願機關應該依職權命他來參加，規定是完全不一樣的，參加人是不是因為他的參加就變成訴願人，這是我們必須要思考的問題，訴願法第31條參

加的效力及於訴願人和參加人，可是如果反推的話，是不是認為所有的參加人他都變成訴願人，如果認為參加人和訴願人是不一樣的，不會因為訴願參加就變成訴願人的話，那訴願法第31條的規定就有問題了，為什麼呢？假如參加人他不等於訴願人的話，那為什麼參加的效力一定要及於訴願人呢？更何況訴願參加這個概念它是不是和訴訟參加有什麼關聯性，一般在訴訟上，參加人會受確定判決效力所及，這在民事訴訟法第62條裡面就有了，它是獨立參加的情形，什麼時候適用呢？他們本來是屬於類似必要共同訴訟，他原來要合一確定，所以會因為他的參加而受到效力的拘束，可是在訴訟法上，也不認為參加人參加了就變成當事人，他受到判決效力所及，是因為它是類似必要共同訴訟而擴張了它的效力或既判力，參加人還是參加人，所以訴願法第31條劉老師在這邊突顯了一個問題，這個規定到底是正確或是錯誤，把參加人和訴願人完全的劃上等號，而且不管是訴願法第28條第1項利害關係相同的人他來輔助參加或是第2項利害關係相反的人他來參加，這些情形都完全的不去區分它，訴願法第31條就直接規定訴願決定及於這些參加人，劉老師提的這個問題是非常好的，所以在這種情形之下，我們要不要把參加人和訴願人劃上等號，然後來參加的他就變成共同訴訟人呢？或者是參加人歸參加人，訴願人歸訴願人，他們在訴願程序有各自的地位，如果認為參加人和訴願人是不一樣的話，那就不會變成共同訴願，可是訴願法第31條的規定，誠如劉老師講的，訴願決定又及於參加人，不管是什麼類型的參加，真的是有必要檢討的，我會努力想辦法把這邊的研究補齊。

關於劉老師提的幾個案例，祭祀公業的派下員它的本質依照民法它是共同共有，是沒有分割的遺產，在這種共同共有的情況下，他的實體權利的行使，就依照民法共同共有的規定，最高法院以前都不承認它是屬於非法人團體，由管理人以他的管理地位來做為訴訟的當事人，現在就承認它是非法人團體，所以祭祀公業和後面提到的公寓大廈很遺憾的我在新北市訴願會是少數見解，因為我這個人的思考往往是比較奇怪的，幾乎很多見解都是少數說，在公寓大廈和派下員的部分我就同時回答，公寓大廈管理條例它規定規公寓大廈管理委員會他有當事人能力，處罰是不是要以共同共有人個別作為被處罰的人，或者以公寓大廈管理委員會為被處罰人，如果行政罰法第3條，它也承認非法人團體可以受罰，可是實體法上的權利義務，不會因為相關程序的便利操作而改變它，這些非法人團體它所承受的權利義務，最終有一個歸屬主體，歸屬到那些共同共有人，所以在這種情況下，罰公

寓大廈管理委員會他的錢那裡來的呢？還是那些共同共有人全體，派下的權利也是全體共同共有，所以在這種情況之下，共同共有人應該要回歸到民法第828條共同共有人的關係，現行法下它是準用到民法第821條分別共有的規定，原來實體法下規定得其他共同共有人同意，他就可以為全體共同共有人行使權利，在這種情況下，派下員也好，公寓大廈的案例也好，他們本身在程序上是可以作為非法人團體，不過在處罰的時候，我是少數說。遺產本身也是一樣，遺產是繼承人全體共同共有，這3個案例基本上是共同共有。

我剛才並沒有和各位詳細論述普通共同訴願人和普通共同訴訟人間的關係，雖然他們權利義務是相分離，但是在訴訟法上，有主張共通、證據共通的概念，那我個人的理解，就我個人的理解，它是從法院或受理訴願機關本身就職務上已知的事項不用舉證，更何況在民事訴訟上才有所謂的主張共通、證據共通，在行政程序甚至到行政訴訟，立法者所採的都是職權調查主義，所以關於基礎事實，所有的共同訴願人或所有的共同訴訟人，他們的基礎事實都是相同的話，那他們每個人都可以主張，都可以提出他有這個權利，受理訴願機關或行政法院他們如果把應該作為基礎事實的證據查明，就本於他的確信，他可以用在所有共同訴訟人的判決或訴願決定上面作為裁決的基礎，我想這是普通共同訴願人他們在事實、證據的調查認定並不是完全無關的。

劉老師剛才提到的警專學生作弊，或是行政罰法的規定，我個人認為那個刑罰權或是處罰權對於受罰者是個別存在的，所以不會存在著合一確定，因為他是分開的，但是他可能那個個別事實是一致的，這是我剛才提到的基礎事實這種情況，被處罰者他還有主觀的被處罰要件，有無故意過失或是責任能力，是每一個人都不一樣的，不會合一確定，劉老師剛才的結論是不需要共同訴願的結論，我會回去再好好的思考一下，然後就劉老師剛才的指教，我會私底下再去向他請教，另外我要自白一下我提出來的見解百分之八十以上都是少數說，或是我個人的空想，只是提出來供各位參考，謝謝。

主持人：邱惠美 / 新北市政府法制局代理局長

謝謝張老師，現場各位老師還有各位先進，不曉得對報告人或與談人有沒有問題要請教的，沒有的話，因為時間有一點超過了，等一下是茶敘時間，這場就到這裡告一段落，謝謝各位。

## 參、研討議題2

### 從地方稅角度談地方財政問題

成功大學法律系副教授

台北市政府訴願審議委員會委員

柯格鐘

#### 大綱

- 壹、前言
- 貳、中央與地方權限之劃分
  - 一、概說：地方自治的憲法基礎
  - 二、地方自治權的本質與內容
  - 三、我國中央與地方事務權限劃分之現況
  - 四、我國財政權限劃分的現況
- 參、地方財政問題之成因分析
  - 一、財源劃分之權限悉歸中央
  - 二、劃歸地方財源之稅目過小並且稅源嚴重不足
  - 三、中央剝奪地方稅之稅捐立法高權
  - 四、中央制訂之框架法律緊縮地方追求長久稅源之可能性
  - 五、統籌分配稅之劃分欠缺合理性的標準
- 肆、地方財政困窘解決之道
  - 一、在憲法架構下建立代表地方利益之機關
  - 二、重新調整中央與地方財政分配之稅目與比例
  - 三、地方稅之立法高權回歸地方
  - 四、撤除中央法律對於地方稅捐所作不必要之限制
  - 五、釐清統籌分配稅之作用與建立合理性標準
- 伍、結論

## 壹、前言

台灣自1948年實施動員戡亂以來，憲法第十、十一章中關於地方自治的相關規定，即遭當局凍結實施。雖然自翌年起仍然有條件的實施地方自治，惟其進行地方自治之法規依據，係以當時中央政府所公布之行政命令，亦即「臺灣省各縣市實施地方自治綱要」為規範基礎，建立當時省(市)、縣市、鄉鎮市等共三個層級的自治組織架構，

並規定其應依照本綱要辦理自治事項，受上級尤其是中央政府之直接指揮與監督。由中央一手主導地方實施所謂「地方自治」，以進行政治號召與宣傳活動的意味相當明顯。

上述情形一直到1991年動員戡亂時期臨時條款廢止方有轉變。隨著台灣民主化運動的推展，各地住民之自主意識逐漸抬頭，中央政府也終於被迫開始正視，人民要求實現憲法中有關地方自治規定之呼籲。1994年立法院首先通過省縣自治法、直轄市自治法，雖開放省及直轄市市長之直接民選，但仍維持先前實施法制化前的地方自治之層級架構，遂被批評為「換湯不換藥」，旋即在1996年底所舉行的「國家發展會議」中遭到批判。在該會中，朝野政黨確定了整個「精省」的制度方向，意在減少地方自治組織的層級，並給予地方自治的法制化基礎。1997年憲法增修全文十一條通過，1998年精省後司法院大法官釋字第467號解釋省不再享有地方自治團體之法人地位，1999年再次修憲公布第一、四、九及一〇條之條文，其中以增修條文第九條之規定，賦予地方自治制度的憲法上基礎，並於同年由立法院制定地方制度法、修訂財政收支劃分法，旋即廢止省縣自治法與直轄市自治法，並於2002年通過地方稅法通則，歷經十數年且橫跨政黨輪替的地方自治三法之法制化工程，終於完成。多數人熱切期待著，中央與地方共同為人民服務之夥伴關係，能夠伴隨著法制化的建立，讓台灣的民主政治基礎更為深化。

然而事與願違，取得法制化規範基礎的台灣地方自治，並不因此真正步入康莊大道，成為民主政治發展的基石。不斷出現之個案爭議，使得中央與地方間為爭權而惡鬥的隱憂完全浮現，尤其是在台灣的政黨惡鬥情形，讓黨籍不同之中央與地方自治團體首長，經常因彼此間政治或理念意見不合而相互放話，本屬中央與地方間之事權或人事權分配的憲法或法律爭議問題變調成為政治問題，不僅模糊了問題的本質，也讓爭議持續未解，即便是中央或地方政權經過數次更迭之後依然如此。從早期的例如縣市之警察、衛生首長的人事任命權，到後來例如中央對地方政府及其所屬機關之組織、所屬公務員的質詢，要求地方共同分擔全民健保費用，撤銷地方自治團體所作的選舉事務決定，均曾爆發中央與地方間的重大爭議，最後藉由司法院大法官分別作出解釋予以解決。此一現象凸顯出我國地方自治，縱使完成相關之法制化工程，仍然存在許多根本問題未解，甚至是本應屬共識之問題均會發生爭議。

實際發生爭議者，不僅是上述中央與地方間涉及事務權或人事權爭執而已，最為嚴重且每年均固定上演者，就屬搶奪統籌分配稅款之戰。蓋因台灣各地方的自治團體，尤其是較為偏遠的農業縣市，長

期以來一直為發展地方建設的財源經費所苦。從早期的台北縣汐止鎮長廖學廣向建商以開立「無損害公共設施證明」而開徵的「鎮長稅」開始，除了北高兩直轄市之自有財源相對較為充足(但仍有所不足)以外，每一年尤其是在縣市長選舉前後，均不斷會有地方自治團體的民選首長與議員，爭取向中央要求更多的統籌分配稅款或補助款。然而，一來受限於統籌分配稅款與補助款仍屬有限的稀少資源，杯水車薪根本不夠所有需求的縣市共同分配，另一方面中央統籌分配稅款的計算公式，似較有利於具有政治影響力、眾多人口聚集的直轄市，卻不利於欠缺關鍵影響力、人口又逐漸減少且外流的偏遠縣市，遂形成一種惡性循環的現象：當北高兩市為因應大量的流入人口，忙著進行交通設施的建設，同時也創造更多工作機會之同時，許多偏遠縣市正為了沒有公共建設、青壯人口逐漸流失且不斷增加的人事、社福經費所苦；直轄市之行政與教育為因應增加的人口需求，不斷增設各種教學設備、圖書與人員，各區設有行政中心與公共圖書館，甚至里民活動中心亦有各項的運動設施或游泳池，以為大量湧入的市民所利用(卻仍不敷使用)，但偏遠縣市則不僅圖書、設備與師資都嚴重欠缺，遑論許多公共設施受限於維持經費不足，開放時間與天數均受嚴重限制，形成眾所皆知的蚊子館。偏遠縣市流失的青壯人口，為尋找更佳的工作機會與教育環境又大量地湧入直轄市，造成都市人口過度擁擠在本已相當狹小的生活空間中，產生不論是直轄市民或偏遠縣市居民均受害的狀態。在同一個台灣，不同的自治團體與不同地方的住民，可以提供或享受的生活水準與公共建設品質，竟可有如此天差地別的歧異，這是何等奇特的地方自治現象。

搶奪統籌分配稅款之戰，不僅爭議存在於中央與地方間，更在地方彼此間形成相互爭奪有限財政資源的現象。2007年5月地方制度法修正通過後，台北縣終於爭取升格為準直轄市成功，現實上分食了北高兩直轄市原先應得的統籌分配稅款，中央對於此種情形卻給予北高兩市不同的待遇。蓋因中央承諾給予高市短少的統籌分配款幾乎全額的補助款，卻未給予北市相對應的補助，引發北市的嚴重抗議。2010年，台灣地方自治史上最大的改制運動開始。台北市維持直轄市之資格不變，台北縣則升格為新北直轄市，台中縣市合併升格為台中直轄市，台南縣市合併升格為台南直轄市，高雄縣則與高雄市合併為高雄直轄市，成為北中南共五都，轄下人口超過台灣總人口數的六成，其他則為人口數、經濟與地理條件不一的縣市。儘管合併爭取升格的各縣市之間，本存在經濟發展程度的歧異，然而地方自治團體依然積極爭取升格，其動機無非在於擁有更強大的實力，可向中央或其他地方自治團體顯示，藉以爭取更多的統籌分配稅款或補助款作為地方建設

經費。其他十七個縣市則更擔心自己未升格，將會有更被邊緣化危機，將來的稅款收入與補助款亦將因此減少，讓地方財源不足的情形更加惡化。

地方財政問題可謂「冰凍三尺，非一日之寒」，所面臨的眾多問題乃是制度性的法律問題，而非換黨換人執政即能解決的政治爭議。多年來，實務上關於地方財政問題，歸結其普遍存在的因素，包括收入面增加不足及支出面增加過快，收入面包括地方自治團體之自有財源偏低、忌諱於選民壓力而不願增稅、仰賴借債或處分財產以調度支出；支出面包括人事費用支出過高、為討好選民而浮濫增加支出，與地方政府舉債之債務負擔沉重等因素。實際上，地方自治團體之自有財源所佔比例過低，不論是直轄市(以台北市100年度預算為例，中央統籌分配稅款與補助款兩者合計即占北市財政收入之39.77%；新北市100年度，則占49.49%；台中市100年度，則占50.72%)也好，或者是偏遠縣市(以屏東縣98年度之決算為例，中央統籌分配稅款與補助款兩者竟占地方財政收入達82.98%)也好，不僅為現實狀態且由來已久，更是造成一切地方財政問題的根本。蓋如果連財政能力最佳的台北市，其自有財源比例也僅占有財政收入之六成，四成之財源需仰賴中央鼻息者，如何談行政權或人事權之獨立自主？又如屏東縣之自有財源竟然只有17.02%，其事事惟中央之統籌分配稅款與補助款是賴情形下，又如何能要求其應自我負責，又要如何自我負責呢？而實務上多數人均將自有財源不足的問題解決，求諸於中央應多給地方統籌分配稅款亦即應將餅作大，以及分配之法制化與計算公式上。本文將從地方稅的角度，另循探討解決目前地方財政之自有財源偏低的問題，並說明其相關的建議與解決方法，以為結論。蓋統籌分配稅款之分配，雖仍是解決地方自有財源不足的配套對策之一(詳如本文後述)，但只有讓地方自治團體能以地方稅之方式，解決自有財源不足的根本問題，才有可能讓地方自治團體不再仰賴中央之給予，才有可能讓地方自治團體建立起自我負責的責任政治，才能同時由地方自治團體之選民監督、節制地方政府浮濫開立的經費支出，有關我國地方財政的根本問題才有可能解決，或至少是一個解決對策方案的始點。

## 貳、中央與地方權限之劃分

### 一、概說：地方自治的憲法基礎

我國憲法第一條所指稱之民主國原則，並非僅指或僅限於有關國

家政體與國家事務的決定權限在於組成國家的全體國民，也包含關於地方相關事務的處理，應優先由地方住民進行自主性的決定，蓋民主國原則所強調的乃是由下而上的自主決定機制，並非反其道而行的由上而下，亦即由國家的中央機關越俎代庖指導地方自治機關如何決定地方事務，因此我國憲法特在第十章制定中央與地方權限(劃分)規定、第十一章制定地方自治機關之權限，給予地方自治屬於憲法位階的制度性保障，其目的除一方面確保地方住民的主體性，推動因地制宜的施政內容，建立與維護地方文化及特色，另一方面也是為了防止國家中央機關的任行濫權，不因千年以來傳統封建觀念之影響，危及憲法上民主國原則的基礎。因此，在我國實施與制度上確保地方自治的必要性，不僅可以從向來學說所提出：為避免國家對於國民基本權之侵犯，故從權力分散、制衡之觀點將統治高權分配於中央與地方之間，更應當從民主國之原則，積極肯認地方住民自主決定與地方自治的權限。蓋民主不應僅是國家政治的表現，更是一種生活方式與價值觀，地方自治正是體認人民當家作主的表徵，可說欠缺地方自治精神，即無現代的民主政治可言，而欠缺民主原則，則現代法治國家之基礎亦將無從建立。

當然，憲法基於人民主權而給予地方自治具憲法規範層次之保障，使地方住民對於地方事務擁有自主決定的權限，不代表地方自治機關可以違背憲法之基本原則而任行決定，例如以自治規章排除特定種族、宗教、性別或膚色之國民進入境內居住，或者禁止外地貨物、車輛通過或進入境內。地方自治機關在行使合於地方自治原則事務決定權限的時候，仍受到憲法以及國家之中央機關依照地方自治原則，以合於法定程序所公布之相關法律與法律授權之法規命令的監督。然而，所謂的監督並非完全僅有負面的管制與限制而已，也包括對於發展程度較不足的地方給予適當的補助與協助，蓋因同一國家統治權下之各地的地理、氣候、人文、經濟及文化條件均有不一，其所衍生出來各地發展情況不一的情形，亦必須由國家中央機關進行統一性的調整，以確保居住於各地之國民均享有最低限度的經濟、社會與文化生活水平。倘若放任各地貧富發展極度不均，不僅違反國民平等原則，也將危及國家合憲性統治之正當性基礎。

## 二、地方自治權的本質與內容

地方自治權之本質仍為統治高權，因此所謂之自治權即指在特定地域內，對於其上停留之任何人具備控制力，可為具法律意義之行爲的意思。中央與地方自治團體關於高權權限之劃分，主要涉及兩方面

分別為事務權與財政權：事務權乃是執行事務的權限，包括為執行事務而享有的自治規章立法權、組織權、人事權與計畫權等。自治規章立法權指的是地方自治團體為行使其自治權，在法律規範基礎上享有頒佈區域適用之單行規章的權限，從而又被稱為自治體；組織權則指為完成自治任務所必須存在的程序與個案中得作決策之權限；人事權則指地方自治團體享有如何選出、任用、要求與解職地方公務員的權限；計畫權則是指地方自治團體對於本地享有進行長期規劃，尤其是確定土地利用的權限。至於財政權，則顧名思義係指地方自治團體得對於區域內停留之人民所徵收，取得擁有自主性財源的權限。

事務權之劃分應屬於地方自治權限的核心範圍，蓋地方自治團體只有取得相關的事務決定權限，方得在相關事務上參與發言並進行決策。因此事務權限的劃分應當是憲法規範地方自治權的核心領域，若無憲法規定而是以法律規定為基礎，因法律乃是由身為中央機關之一的國會所制定，其理論上既可制定法律授權給予地方自治權限，當然亦可能修改法律剝奪先前授予地方的自治權限。如此一來，地方自治將毫無任何制度保障可言，端視中央是否願意給予地方或給予多少相關自治權限而定。換言之，中央與地方事務權限之劃分規範與地方自治權限的內容，應為憲法中關於國家組織法規範的核心要素之一。

然而，財政為庶政之母，沒有充分的地方自主財政權作為支援，則地方自治團體所擁有的事務權亦將流於空泛形式，無法發揮其實質功能。舉例而言，高雄市為發展具海港特色的觀光資源，對於港區與市區的結合規劃應具有相當的計畫與制定自治規章的事務處理權限，且為港市結合之永續發展，亦應具備充分的組織、人事權以延攬相關專業人才。然而縱使高雄市對於高雄港擁有港市結合之立法、計畫、組織或人事權限，若無充足的、自主的地方財政權加以支應，正所謂「巧婦難為無米之炊」，即使空有事務權存在之形式，再厲害的地方自治團體或施政團隊亦顯然難以施展長才。從而，在歷年發生地方向中央爭取地方自治權限的各種案例中，關於事務權的爭議，固然扮演重要的角色，但實際上爭取充足的自治財政權，應該才是民主原則是否能夠在地方自治領域中充分落實的關鍵要害所在。換言之，沒有充足的地方自主財政權，事事仰賴中央點頭分配稅款或補助的地方自治將流於形式空談，也將使地方施政處處受中央掣肘。由於財政權限劃分獨具重要性，因此在我國地方自治發展的過程中，與地方自主財政權息息相關的財政收支劃分法與地方稅法通則，在地方制度法之立法以外，另外單獨列入地方自治法制化的工程。在德國，更將中央與地方、亦即聯邦與邦之間，有關財政權限劃分之規定單獨放在憲法條文中，蓋德國基本法(Grundgesetz)將聯邦與各邦之間事務權限劃分

規定在第VII章、第70條以下，除此之外另在第X章、第105條以下，就聯邦與邦間關於稅捐之立法、行政與徵收權(Steuergesetzgebungs-, Verwaltungs- und Ertragshoheit)設置權限劃分之規定，即為德國立憲者體認財政權為地方自治能否成功的關鍵要素，重視其間財政權限劃分的證明。

### 三、我國中央與地方事務權限劃分之現況

政治學上關於國家的組織形式區分成單一制、聯邦制或邦聯制國家：單一制國家係指由中央政府統一掌握統治高權，地方政府則僅分配到中央政府以法律規定，委託地方自治團體行使的統治高權。在單一制國家，原則上所有的資源集中於中央，也由中央負責分配給地方行使統治權所需的各項資源，例如英國、法國、日本等國均屬單一制國家；聯邦制國家之統治高權則由中央與地方共同分享，中央並無絕對優先於地方的事務分配權限，僅在依照事務之本質，當涉及跨地方或跨國際的事務，中央才享有優先權限。在聯邦制國家，聯邦的組成份子無論是州或邦，乃是將其固有統治權限之一部份讓渡於聯邦，方才使聯邦中央取得國家的人格地位，因此聯邦制國家的組成員均較單一制國家的組成份子例如省、縣，享有更高、更多的統治高權，資源並不會完全過度集中於中央，例如美國、德國、加拿大、瑞士均屬於聯邦制國家；至於邦聯制國家則為組織較鬆散的國與國之聯盟，其雖有中央級政府的存在，但原則上其所頒佈的法令對於組成會員國並無強制的拘束力，故一般認為邦聯制國家尚未完全具備國際法上國家地位的要件。惟實務上歐洲國家聯盟已經存在較為有力的歐盟政府、議會、法院，且有可超越各成員國內法的歐盟法律，以及統一的歐洲貨幣，而現各成員國彼此間亦尋求共同的政治與外交政策，可說已經逐步往聯邦制國家的組織型態移動。

以我國而言，究係採取何制？雖有學理上爭論，但我國憲法既未完全將地方自治委諸於中央訂立法律規範規制，亦非如聯邦制國家凡非明文定為專屬聯邦立法權限事務範圍或具有競爭立法權限者，即推定為地方本即擁有的權限(剩餘權作有利於地方權限之推定)，因此一般認為我國憲法既非採單一制，也非聯邦制或邦聯制，而是採取所謂的「均權制」，亦即關於中央與地方事務權限之劃分，係依照事件之性質而作適當的平均分配。此一說法或有政治人物之主張作為依據，且憲法第一百十一條之規定亦為提出「均權制」的法理根據：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，

有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣，有爭議時，由立法院解決之。」

上開規定所依據之政治理論或許表面上言之成理，但究其規範內容可說抽象而空洞，實際上等於沒有提出任何標準，據以決定中央與地方如何分權，蓋何為全國一致性、全省一致性與僅具有一縣之性質，條文本身的規定中並沒有任何進一步的解釋與說明。此外，關於憲法第一百零七條至一百一十條中央與地方各自得立法並執行事項之規定，有些項目是互相重複的，例如稅捐之徵收與經濟事業的經營，究竟應該以何種標準區分國稅與地方徵收的稅捐，國營經濟事業與地方經營之公營事業，其實質標準將必須藉助進一步的條文與理論分析。

依據憲法第一百零七條之規定，以下事項由中央立法並執行之：「一、外交。二、國防與國防軍事。三、國籍法及刑事、民事、商事之法律。四、司法制度。五、航空、國道、國有鐵路、航政、郵政及電政。六、中央財政與國稅。七、國稅與省稅、縣稅之劃分。八、國營經濟事業。九、幣制及國家銀行。十、度量衡。十一、國際貿易政策。十二、涉外之財政經濟事項。十三、其他依本憲法所定關於中央之事項。」在此一規定中，依照事務之本質(Die Natur der Sache)，涉及跨地方區域的事務例如法律、航空、鐵道、國道、貨幣、度量衡，與涉及跨國際的事務例如外交、國防、國籍、國際貿易等事項，均由中央取得立法與執行高權。換言之，屬於跨區域與國際的事項，本質上即屬應交給中央處理的事務範圍。此點與聯邦制國家並無太大不同，蓋在德國基本法第七十三條規定中，亦可以見到同樣類似的規定。但與上述聯邦制國家規範不同之處在於，我國除前開事項以外，凡是中央與地方權限在規定上有重疊的部分，或者是憲法未曾規定的新事項，而中央與地方彼此間有權限爭議的時候，完全仰賴於立法院之立法解決爭議：關於國稅與地方稅之劃分，憲法第一百零七條第七款規定由中央立法並執行之；關於各項事業之經營，依據憲法第一百零八條第一項之規定，係由中央立法並執行或交由地方執行；地方所取得事務權限範圍，除憲法規定事項以外，依據第一百零九條第一項第十二款與第一百十條第一項第十一款，均需依據中央法律而賦予；即連憲法第一百十一條亦規定育有中央與地方分權爭議時，由立法院解決之。尤其新公布之憲法增修條文第九條規定，將憲法第一百零八條第一項第一款、第一百零九條、第一百十二條至第一百五條及第一百二十二條規定完全予以凍結，將省、縣各級自治團體的行政與立法機關的產生，完全委諸於立法院所制定之法律加以規範，足見我國立憲者自始至終一直是以中央制定法作為地方自治權限之來源與



規範依據，乃是典型的單一制國家。

然而即使是在單一制國家，地方自治的重要性與必要性乃是不容否認的事實。蓋單一制國家的施政也需要因地制宜之處，更何況國家幅員若超過一定程度，則各地域之地理、氣候、人文、自然景觀條件未必一致，因此對於中央集中資源所採行的施政方針，未必對於所有的地方均能一體適用，以中央觀點思考的結果也常常與地方的結論有所出入，進而造成地方住民對於中央力主推行政策的反感與疏離。即以台灣幅員相較於其他世界各國並不算大而言，如以發展經濟為例，北、中、南台灣，以及澎湖、金門、馬祖、蘭嶼、綠島等離島在氣候、自然景觀與人文習慣上也各有不同，其所能夠發展的經濟產業自有不同。因此，尤其是在單一制國家，如何將中央的統治高權部分下放於地方自治團體，並配以相關的財政資源，由地方自治團體進行自主的決定，乃是一項事實面也是制度面的重要課題。再者，若從民主國原則，國家統治的正當性基礎乃是來自於人民的自主性同意，則由下而上的地方自治精神，係由地方住民自行決定與地方有關的事務，此種精神應獲得包括中央之尊重，不得任意加以否定。從而，在肯定地方自治的必要性前提下，我國憲法雖然不一定必須採取如美、德、瑞士一般之聯邦體制，但在單一制且傳統封建觀念強烈的我國，若不藉助體制上之手段，避免中央任意經由修法或制定法律之手段，強將自己的觀念與政策推銷於地方，則我國地方自治仍將一直處於風雨飄搖，隨時可因單一事件而遭受徹底破壞，淪為有名無實的窘況，無法真正發揮奠定我國之民主政治基石的功能。

中央與地方事務權限劃分的兩項基本原則，應為尋求全國之經濟、社會、文化之統一性與建立各地方的特色性。當然這兩者在本質上是背道而馳的想法，如何在兩者之間取得協調，即為重點之所在。但此非本文目前所能探討之範圍，且由於各國之傳統、歷史、文化與地理要件不一，亦未必能拿他國之情形與我國比照而相提併論。殊值一提者，對照於前言所述台灣各地發展極為不均的窘況，在德國尤其是德西各地，無論鄉村或城市幾乎都享受有相同水準以上的公共服務水準，例如大眾運輸系統(電車、公車、火車)、廢棄物與污水處理、公共休閒與文化設施、游泳池、圖書館，提供社會弱勢者之住宅、房屋津貼或育兒津貼等等，此一同時各地仍能堅持保有自己的文化、傳統，甚至是方言與口音，在全國一致性與各地特色性上取得遠較我國為佳的平衡點。

當中央與地方彼此在憲法基礎上，無論是依據事務「功能最適」之觀點，亦即根據地方的人口、經濟特性與實力乃至歷史因素，配合不同性質的不同需求作綜合考量，依照功能來決定何種事務應由中央

或地方來辦理「儘可能正確」與妥適，或者依據「中央獨佔→中央框架立法→立法權共享→地方立法權限→剩餘權歸屬之選擇→爭議之解決」等模式，以進行事務權限的適切劃分後，配以執行相關事務所需財源的自主財政權，乃是事務權限劃分能否真正成功的關鍵所在。蓋徒法不足以自行，地方自治團體欲執行各項固有的行政事務，亦即自治事項本即須有相關的經費配合，其若接受中央委託辦理事項，亦即委辦事項，作為委託人之中央亦應隨事務的委託，支援相關的財政經費，否則在財源有限下，地方自治團體執行中央委託事項之辦理，勢將對於原本地方即應辦理的自治事項，形成財源相互排擠效應。從而，取得相對應於事務權限的自主財政權，為地方自治能否確切成功的關鍵，但財政劃分仍須以事務劃分為其基礎，劃歸地方辦理的自治事項，即應在體制上保障其具有相對應的自主財源足以支應，乃屬自明之理。

#### 四、我國財政權限劃分的現況

由於現代國家最大宗之財政收入闕為稅捐收入，故關於中央與地方財源權限之劃分，主要係跟稅捐有關的稅捐立法、稅捐行政權與稅捐收益權的劃分有關。其中，稅捐收益權的劃分乃稅捐規範特有的問題，蓋一般情形下地方自治團體對於自治事項所享有的自治權限，主要係指立法權與行政權，以及為執行行政事務所需相關之人事權、組織權、計畫權。

##### (一) 稅捐立法權

在稅捐立法權方面，係指哪一公法團體對於稅捐享有制定法律或規範的權限。依據憲法第一百零七條第六款、第一百零九條第一項第七款、第一百一十條第一項第六款規定，中央對於國稅、地方對於地方稅各自享有各自的稅捐立法權。憲法增修條文第九條雖凍結上述憲法本文第一百零九條之適用，卻未觸及第一百一十條關於縣制度規定的部分，因此理論上除了省以外，直轄市及縣市仍應各自享有自己的稅捐立法權。惟國稅與地方稅應如何區別，為另一重大問題，依據憲法第一百零七條第七款之規定，係由中央立法並執行之，故中央於1951年即公布財政收支劃分法，最近一次大幅度之修正則為1999年。根據新修正之財政收支劃分法第六條規定，稅課從中央到地方總共劃分為國稅、直轄市及縣(市)稅，基本上即係延續憲法修正，精簡地方自治組織層級的方向，尚無疑義。惟關於地方自治團體是否繼續仍享有稅捐之立法權限，依據財政收支劃分法第七條規定，直轄市、縣

(市)及鄉(鎮、市)立法課徵稅捐，以本法有明文規定者為限，並應依地方稅法通則之規定。換言之，地方制定地方稅法以課徵地方稅捐，必須受到財政收支劃分法與地方稅法通則等中央所制定法律規範之限制。

## 1. 地方稅之種類

依據財政收支劃分法第八條第一項之規定，下列各稅為國稅：所得稅、遺產及贈與稅、關稅、營業稅、貨物稅、煙酒稅、證券交易稅、期貨交易稅、礦區稅。依據同法第十二條第一項之規定，下列各稅為直轄市及縣(市)稅亦即地方稅：土地稅(含地價稅、田賦、土地增值稅)、房屋稅、使用牌照稅、契稅、印花稅、娛樂稅、特別稅課。

關於地方稅，並不僅限於前開財政收支劃分法第十二條第一項所指之稅目而已，依據地方稅法通則第二條之規定，尚包括地方制度法所稱之直轄市及縣(市)特別稅課、臨時稅課及附加稅課，與鄉鎮市的臨時稅課。然而，在地方制度法之條文規定中，除該法第三十五條、第三十六條提及直轄市議會及縣市議會可以議決特別稅課、臨時稅課及附加稅課以外，尚無任何關於上述各種地方稅課的實質或程序性條文規定，並且依據該法第六十七條第二項之規定：「關於地方稅之範圍及課徵，依地方稅法通則之規定」，從而解釋上仍應回到地方稅法通則，去檢視地方自治團體在實務上，關於地方稅捐立法權限的課稅範圍及其限制。

## 2. 課徵地方稅之法律限制

依據地方稅法通則第三條第一項之規定，直轄市政府、縣市政府、鄉鎮市公所得視自治財政需要，開徵特別稅課、臨時稅課或附加稅課。惟對於下列事項不得開徵：轄區外之交易、流通至轄區外之天然資源或礦產品等、經營範圍跨越轄區之公用事業、損及國家整體利益或其他地方公共利益之事項。除此之外，特別稅課依據同法第三條第三項第一段之規定，亦不得以已課徵貨物稅或菸酒稅之貨物為課徵對象；附加稅課依據第五條第一項之規定，不得以國稅之關稅、貨物稅及加值型營業稅作為附加對象。依據第五條第二項之規定，不得以特別稅課或臨時稅課之稅基為附加對象，上述均係有關於課稅客體範圍之限制。

同樣屬於課稅客體之限制者，尚有財政收支劃分法第十八條第二項之規定，各級地方政府(應為自治團體)不得對入境貨物課入境稅或通過稅。至於同條第一項規定之限制，亦即各級政府對他級或同級政府之稅課，不得重徵或附加。但直轄市政府、縣市政府為辦理自治事

項，籌措所需財源，依地方稅法通則規定附加徵收者不在此限，故仍可依照地方稅法通則之規定徵收上述地方稅課。

除上述限制以外，關於課稅期間之限制，依據同法第三條第二項之規定，特別稅課及附加稅課之課徵年限至多四年，臨時稅課至多二年，年限屆滿仍需繼續課徵者，應依本通則之規定重行辦理。

此外，關於課稅級距及稅率部分，依據同法第四條第一項之規定，對於地方稅除印花稅與土地增值稅以外，得就原規定稅率(額)於百分之三十範圍內予以調高。但原規定稅率為累進稅率者，各級距稅率應同時調高，級距數目不得變更。另外依據第五條第一項之規定，附加於國稅徵收之附加稅課，同前述之限制，徵收率不得超過原規定稅率百分之三十。前述關於提高徵收稅率或附加徵收稅率，除因配合中央政府增減稅率而調整外，在公布實施後二年內，依據第四條第二項之規定，以及第五條第三項之規定，均不得再調高。

關於徵收地方稅課之目的與使用上限制，依據地方稅法通則第三條第三項第二段之規定，臨時稅課應指明徵收稅課之目的，指定臨時稅課之用途，並開立專款帳戶使用。

所有上述的地方稅捐，依據地方稅法通則第六條之規定，直轄市政府、縣市政府、鄉鎮市公所應擬具地方稅自治條例，經直轄市議會、縣(市)議會、鄉(鎮、市)民代表會完成三讀立法程序後公布實施。地方稅自治條例公布前，則應報請各該自治監督機關、財政部及行政院主計處予以備查。

## (二) 稅捐行政權

所謂稅捐行政權或稱執行權、徵收權，係指由何者負責稅捐徵收之公任務的執行。由於稅捐徵收係與稅捐法律規定執行有關的權限，故關於稅捐徵收權限，依據憲法第一百零七條第六款、第一百零九條第一項第七款、第一百一十條第一項第六款之規定，採取由誰立法即由誰負責執行的立場，因此原則上國稅應由中央立法、由中央徵收，地方稅則由地方團體立法並負責徵收。關於稅捐徵收權限部分，尚無憲法第一百零八條規定之適用，亦即由中央立法，委託地方執行規定之情形。

若為地方附加於國稅徵收之稅捐，依據地方稅法通則第八條第一項之規定，應由被附加稅課之徵收機關，亦即國稅徵收機關一併代徵。關於代徵事項，依據同條第二項之規定，即由委託機關(亦即地方自治團體)與受託機關(亦即中央)會商訂定，其代徵費用則由財政部另定之。

### (三) 稅捐收益權

在稅捐收益權部分，係指稅捐收益歸屬於何者的問題。此一問題在我國憲法中並未設有明文，實務上則是由中央制定法律逕行規範。理論上，國稅由中央取得收益權，地方稅則由地方取得收益權，似屬自明之理，實則不然。部分之國稅收入，依財政收支劃分法第八條第二至第四項之規定，或以固定比例之方式稱為共分稅，由中央與徵起該項稅捐的地方共分稅捐收益，或由中央以統籌分配款之方式分配給下級地方自治團體，而不得將其保留給國庫自身使用；所得稅總收入百分之十、營業稅總收入減除依法提撥之統一發票給獎獎金後之百分之四十、貨物稅總收入百分之十，應由中央統籌分配直轄市、縣(市)及鄉(鎮、市)；遺產及贈與稅，應以在直轄市徵起之收入百分之五十給該直轄市，在市徵起之收入百分之八十給該市，在鄉(鎮、市)徵起之收入百分之八十給該鄉(鎮、市)；煙酒稅應以其總收入百分之十八，按人口比例分配直轄市及臺灣省各縣(市)；百分之二按人口比例分配福建省金門及連江二縣。

同樣的，地方稅收入亦非完全保留於該層級之地方自治團體本身使用，依據同法第十二條第二至第五項之規定，仍須以共分稅或統籌分配稅款之方式，或甚至將全數之稅捐收益，交給下級的地方自治團體亦即鄉鎮市：地價稅，縣應以在鄉(鎮、市)徵起之收入百分之三十給該鄉(鎮、市)，百分之二十由縣統籌分配所屬鄉(鎮、市)；田賦，縣應以在鄉(鎮、市)徵起之收入全部給該鄉(鎮、市)；土地增值稅，在縣(市)徵起之收入百分之二十，應繳由中央統籌分配各縣(市)；房屋稅，縣應以在鄉(鎮、市)徵起之收入百分之四十給該鄉(鎮、市)，百分之二十由縣統籌分配所屬鄉(鎮、市)；契稅，縣應以在鄉(鎮、市)徵起之收入百分之八十給該鄉(鎮、市)，百分之二十由縣統籌分配所屬鄉(鎮、市)；娛樂稅，縣應以在鄉(鎮、市)徵起之收入全部給該鄉(鎮、市)。

依據財政收支劃分法第十六條之一第一項之規定，地方自治團體所獲中央或上級自治團體政府分配之統籌分配稅款部分，屬於地方自治團體當年度所獲稅課收入之一部份。統籌分配款又可以分為普通統籌分配款與特別統籌分配款，依據前開條文第二項第一款之規定，國稅撥入統籌分配款者，其中94%為普通統籌分配款，6%則為特別統籌分配款，依據第二款之規定，地方稅撥入統籌分配款者，則悉數列為普通統籌分配款，由中央分配給各級之地方自治團體。普通統籌分配稅款之撥給，依據2010年五都改制前之中央統籌分配稅款分配辦法第七條第一項之規定，係分別算定給予直轄市、縣市、鄉鎮市之款項，

依照43%、39%、12%比例計算。之後，各直轄市彼此間係依據同條項第四款之規定，參酌受分配直轄市以前年度營利事業營業額、財政能力與其轄區內人口及土地面積等因素，研訂公式分配；各縣市彼此間則依據同條項第五款之規定，將可供分配款項85%，依近三年度受分配縣市之基準財政需要額減基準財政收入額之差額平均值，算定各縣市間應分配之比率分配之。另可供分配款項15%，應依各縣市轄區內營利事業營業額，算定各縣市間應分配之比率分配之；至於，鄉鎮市彼此間，則依據同條項第六款之規定，應參酌鄉鎮市正式編制人員人事費及基本建設需求情形，研訂公式分配各鄉鎮市。特別統籌分配款，依據同條項第三款之規定，係供為支應受分配地方政府緊急及其他重大事項所需經費，由行政院依實際情形分配之。

2010年為配合五都之升格改制，修訂中央統籌分配稅款分配辦法第七條第一項之規定，調整分配給直轄市、縣市、鄉鎮市之比例各為61%、24%、9%，並於同條第二項中加入準直轄市參與直轄市分配之規範。

## 參、地方財政問題之成因分析

根據上述對於我國中央與地方財政權限劃分現況之描述，從地方稅之觀點來看我國地方自治的財政狀況，有以下幾點問題：

### 一、財源劃分之權限悉歸中央

前已述及，中央與地方事務權限之劃分應當是憲法規範地方自治權的核心領域，若無憲法規定而以法律規定為基礎，因法律乃是由身為中央機關之一的國會所制定，而國會多數黨通常也與執政的中央政府屬於同黨籍，理論上既可制定法律授權給予地方自治權限，當然亦可能修改法律剝奪先前授予地方的自治權限。如此一來，在尚未完全建立民主政治文化與傳統的我國，地方自治將毫無任何保障可言，端視中央是否願意給予地方或給予多少相關自治權限而定。同樣的，中央與地方財政權限之劃分，依據憲法第一百零七條第七款之規定，係由中央制定財政收支劃分法規範之，地方的利益與意見完全無法在上述規定的制定或修改中獲得尊重。

或認為，立法院的部分委員係由各區域所選出的立法委員所組成，尤其在國會代表人數縮減二分之一後，區域立委相較於政黨代表之立委應具有更大的發言力量，自得在立法院中表達各該地方的利益，不至於有忽視地方利益或聲音的情形。此一看法無論在理論或實

務上均與現實情況不符，蓋區域立委之獲得勝選，理論上代表的乃是所屬提名政黨在全國的政策利益，並非個別選出區域的地方利益。實務上，個別區域立委的力量是分散的，無法抵擋代表中央力量的立院黨團或甚至是外部組織之黨中央的意見。以往幾次實務上發生的爭議，無論是某些各別縣市亟欲推動的博奕特區條款，或者欲促進特定地方經濟發展的條例例如國際機場園區發展條例，或者是攸關全體地方自治團體的收入減少例如土地增值稅之減半徵收，或者全體地方自治團體必須增加的經費支出例如全民健保法中有關地方應負擔之健保費用比例，縱使部分區域立委能夠跨越政黨色彩，共同聯手推動對其所屬縣市有利益的法案，一旦中央的立院黨團採取相反意見，無論是欲封殺或通過某項法案，個別區域立委也只能選擇罷手或缺席，無法與中央抗衡。換言之，區域立委如果在理論上是代表地方聲音，且在政治力量上足以抗衡中央黨部或黨團，則博奕條款早就通過法案、土地增值稅率也不會被立法院自2002年起攔腰折半徵收至今。從而，區域立委的選出不代表立法院中有地方的利益與聲音，區域立委的選舉更不代表，我國在制度上已經顧慮到中央與地方利益的平衡。立憲者一味迷信，以為立法院足以代表中央又兼顧地方，所以從制憲到後來一再地修憲，將中央與地方分權爭議交給立法院解決，將地方自治的相關法律規範全部交由立法院制定，也將國稅與地方稅的劃分權限、地方稅的立法範圍與限制全部交給立法院，忽視立法院本身就是中央機關之一，代表的是中央的利益與中央的政策。依據立法院制定的地方制度法第七十七條第一項第一段規定，關於中央與直轄市、縣市間的權限遇有爭議時，交由立法院院會議決。由立法院立法並自己解決中央與地方分權之爭議，根本就是「事主兼公親」，又如何能夠確保民主政治基石的地方自治精神，能夠在現實上具體實現？

## 二、劃歸地方財源之稅目過小並且稅源嚴重不足

正由於財政收支劃分法乃是代表中央利益的立法院可以一手制定與修改的法律規範，所以該法在劃分中央與地方稅源的時候，顯然將稅源稅收比較多的稅目例如所得稅與貨物稅，優先劃分給中央，將稅源稅收較少的例如各種財產稅，劃分給地方。換言之，劃歸地方的財源，相對於中央的稅源，顯得稅目過小而且稅收嚴重不足。在這裡，根本沒有所謂實質標準決定哪些稅應劃歸給中央或地方可言。

我國中央與地方自治團體之稅課收入比例，早期尚可勉強維持雙方均衡狀態，但到後來，則是處於極度之不均衡。蓋國稅收入自早期1983年(亦即民國72年)到1999年度為止，均維持在約佔全國總賦稅收

入之五至六成左右，省、直轄市及縣市等地方稅收則合計約佔全國賦稅收入的三至四成左右，中央與地方間稅收收入勉強維持了尚稱均衡的態勢。但到了2000年以後，國稅收入已經飆高佔全體總稅課收入之八成左右，地方稅收僅佔全部賦稅收入不到二成，甚至跌落為一成五。2008年與2009年之國稅與地方稅收的比例，大致上並未有所變化，各自仍佔約八成對一成五之比例。2000年起之國稅收入增加比例近三成，與前一年立法院進行財政收支劃分法第十二條規定的修正，亦即1999年7月1日起正式將營業稅由地方稅改為國稅收入有密切相關。這項改變，不僅進一步拉低地方所獲本屬自主性財源的地方稅課收入，佔全國整體賦稅收入的比例。另一方面，營業稅由地方稅改隸為國稅，固起因於當時大型營利事業之營業稅總繳制度，造成地方團體彼此間爭奪營業稅捐收入利益的爭議不斷所引發，但這也顯示出中央在地方自治團體彼此利益衝突之間，一手獨攬攸關地方自治命脈之稅收權限劃分權力的事實。尤更甚者，營業稅在改隸國稅前，依據當時之財政收支劃分法第十二條第二項規定：「前項第一款之營業稅，在省應以其總收入百分之五十由省統籌分配所屬之縣(市)(局)；在直轄市應以其總收入百分之五十由中央統籌分配省及直轄市」，僅直轄市徵起之營業稅收的百分之五十由中央統籌分配給省及直轄市，由省徵起的營業稅收並無繳給中央進行統籌分配的問題，卻在中央一手主導將營業稅改隸國稅後，拿走不論是自省或直轄市徵起之營業稅收的六成稅源，僅將扣除依法提撥之統一發票獎金後之四成的營業稅收入，由中央統籌分配給直轄市、縣市及鄉鎮市。上述例子顯示，中央完全可以利用「二桃殺三士」的手法，藉由地方自治團體彼此間財政利益相互衝突的單一事件，取得民意或正當化理由，光明正大地主導修法，收回本劃歸地方稅捐收入的財政權限，控制地方自治團體的財政命脈，乃至於主導地方自治團體的自治政策與方向。

再舉歷年我國中央與地方之稅捐收入的明細為例。吾人嘗試挑舉兩個會計年度，亦即1999年與2009年作為衡量指標，蓋1999年以後藉由「精省」之修憲工程，正式凍結憲法中有關省級地方自治組織的架構，將地方自治層級簡化成為直轄市及縣市兩級，並在地方制度法中加入鄉鎮市的基層自治組織，同一年財政收支劃分法修正，營業稅並改為國稅收入，中央與地方權限之劃分制度可說有著重大變革，因此挑選變革前最後一年之1999年作為指標年度，並以2009年作為比較。在1999年時，國稅總收入為788,391,984千元，省及直轄市等地方稅總收入則為302,396,652千元，兩者間之比例約為2.6:1，不到三倍之比例。但是到了2009年，國稅總收入為1,238,558,228千元、直轄市及縣市稅等地方稅總收入則降為244,959,658千元，使國稅與地方稅收之間

比例惡化爲5.06：1。換言之，國稅收入有著近倍數之成長，而地方稅收竟然不升反降。地方自治團體之財政狀況，尤其是在「精省」之後的不到年間急速惡化。2009年地方稅之總稅收，竟然連國稅中單一最大宗項目之所得稅640,966,779千元收入的四成不到，僅約三成八左右而已，足見中央與地方稅收分配存在著極爲不均衡，極度偏向中央的情況。

再舉歷年國稅與地方稅收中，哪些稅目的稅源最爲充足。仍以會計年度1999年及2009年爲例，在1999年時，最大宗的單一稅目綜合所得稅爲238,137,594千元，與營利事業所得稅194,251,282千元，加起來總共就有432,388,876千元，加上其他大宗稅收例如關稅與貨物稅，總計即爲前述之788,391,984千元。地方稅收中稍微可與之抗衡的大宗稅收爲營業稅251,782,137千元，以及土地增值稅101,460,174千元，換言之，即使將最大宗的地方稅收營業稅加上土地增值稅還不如所得稅之稅收。2000年後營業稅加入國稅之行列，地方財政情況即更爲惡化。2009年所有大宗稅收，例如營利事業所得稅334,162,587千元、綜合所得稅306,804,192千元、營業稅223,503,049千元、貨物稅127,878,770千元與證券交易稅105,956,213千元全部爲國稅收入，至於地方稅收最大宗變成地價稅59,053,891千元，土地增值稅因爲中央機關之立法院修改土地稅法，實施稅率減半徵收政策而大幅減少爲53,313,055千元，尚且落在房屋稅56,346,975千元之後居第三位之稅源，僅爲十年前亦即1999年土地增值稅收入約略一半的比例而已。這情形顯示出，立法院所制定的財政收支劃分法，將稅源充足的稅收例如所得稅、營業稅、貨物稅、證券交易稅均劃歸爲國稅收入，將貧瘠的稅源收入，主要爲財產稅則劃歸爲地方稅收，連原本貢獻地方稅收良多的土地增值稅，都因爲中央的土地政策而犧牲，稅收大幅減少。

或認爲，上述國稅中尚有部分收入，依法必須撥入中央應分配地方之統籌分配款，所以不能就此論定爲中央占據多數之稅課收入。姑且不論，實務上統籌分配款之分配運作是否公平，是否真正使最有需要的地方自治團體取得所需財政資源，上段本文引用財政部統計之數據資料，即可說明所謂統籌分配款之補助乃是杯水車薪，對地方自治財政制度性之缺陷結構於事無補。精省之後，台灣地方自治團體的財政狀況陷入惡化境地，或許正是因爲欠缺省的重量級政治人物與施政團隊存在，無法與中央級政治力量相互抗衡，導致立法院完全可以主導財政收支劃分法之修正，讓尤其是前台灣省轄下的各縣市財政，可說處於極度飢餓的情況，間接讓本來可與省互相聯合的北高兩直轄市，欠缺與中央級政治力量互相抗衡的本錢。立法院將多數大宗稅收之稅目劃歸爲中央國稅的事實，說明立法院本身徹底以中央爲中心的

思維邏輯觀點。目前財政收支劃分法的規定，等於是將最富財源收入的稅捐先分給中央，再由中央以統籌分配款方式分配給地方，讓地方看中央臉色吃飯。一個欠缺自主財源、事事仰賴中央統籌分配款與補助款補助的地方自治，要其發揮積極建設之功能，可說簡直是緣木求魚。

在上述不公平的財源劃分下，地方自治團體尤其是前台灣省轄下的各縣，其自主財源將處於最不利利益的狀態，蓋該等縣級之自治團體所獲得的、本已經夠稀少的地方稅收，仍須將其部分收入分配給下級的鄉鎮市自治團體，並非屬該縣之自主財源。反之，省轄市與直轄市相同，雖分配仍相對於中央稀少的地方稅收資源，但至少無庸層層分配給下級的區或里，蓋這些組織尚非所謂自治團體，仍受省轄市或直轄市政府的直接管轄支配，使得市可以進行地方總體的規劃與建設。實際上，我國鄉鎮市層級的地方自治，並無憲法本文或增修條文規範爲其依據，純粹是中央制定的地方制度法中所「創設」出來的自治層級，其是否具有合憲性基礎，甚有疑問。而在地方財源分配上，中央又「慷慨」地將縣級地方自治團體所獲得的稅課收入，規定其一部份列入縣應分配下級的統籌分配稅款，還在中央應分配地方的統籌分配稅款計算公式中，列入鄉鎮市應獲得分配之固定比例。其結果造成鄉鎮市級與縣級地方自治團體「兩敗俱傷」，蓋這些流入鄉鎮市的統籌分配款，多數只是爲了支應鄉鎮市公所或議會等人事或基本建設費用，其多尚不足以進行指標性的公共建設，少則甚至不足以支付人事費用，而縣級地方自治團體則能自主支配、運用於基礎公共建設的財源更形稀少，也難怪台灣地方自治的現況正如前所描述，鄉村因爲公共建設不足而持續人口淨流出，城市居住品質則因公共建設來不及因應鄉村淨流入之人口而持續惡化。

### 三、中央剝奪地方稅之稅捐立法高權

依據財政收支劃分法第十二條第一項之規定，下列各稅爲直轄市及縣(市)稅亦即地方稅：土地稅(含地價稅、田賦、土地增值稅)、房屋稅、使用牌照稅、契稅、印花稅、娛樂稅。依據憲法第一百零九條、第一百一十條之規定，地方稅應由地方立法並執行之。換言之，上述地方稅在憲法上，均應由地方自行立法並由地方執行之。

然而，現實上顯非如此。現行實務上，上述各稅之規範基礎，無論是土地稅法、房屋稅條例、使用牌照稅法、契稅條例、印花稅法與娛樂稅法，無一不是中央亦即立法院制定三讀通過、總統公布的法律。在上述稅法中，立法院不僅自己制定相關稅法，還將中央之行政

機關訂為主管機關，並由中央之行政機關，不管是以行政院或以財政部名義，由其訂立各該法之施行細則：例如土地稅法由立法院制定，其第二條規定土地稅之中央主管機關為財政部，施行細則亦由中央之行政院以行政命令方式公布；契稅條例由中央之立法院制定，契稅條例施行細則亦由中央之行政機關亦即財政部公佈施行；印花稅法由中央之立法院制定，同法之施行細則則由中央的行政院頒佈施行。其餘各法例如房屋稅條例、使用牌照稅法及娛樂稅法，則由各地方自治團體頒佈各該地方之徵收自治條例。然而，所謂徵收自治條例者，論其實際意義即為施行細則(亦即法規命令)的意思，蓋在使用牌照稅法第三十七條、房屋稅條例第二十四條以及娛樂稅法第十七條均已經表明，直轄市及各縣市所頒佈者乃是各該法之施行細則規定，擬定後尚須送中央主管機關亦即財政部備查。再者，上開徵收自治條例相對於中央制定之母法，完全未針對稅捐之構成要件，例如稅捐主體、稅捐客體、稅基、稅率、免稅或稅捐優惠之範圍，甚至是徵收程序加以規定。因此，上述所謂徵收自治條例者，距離各地方自治團體制定的地方稅法，其意義與性質相去甚遠，實際上等同於中央剝奪地方在憲法上所賦予的稅捐立法高權。儘管依據中央所制定之地方制度法第二條第二款關於自治事項之定義，包括「法律規定應由該團體辦理之事務，而負其政策規劃及行政執行責任之事項」，但欠缺自主立法權的地方稅，是否仍可稱之為地方稅？可否稱之為自治事項？實甚為可疑。

過往的經驗顯示，正由於中央在現實上剝奪地方自治團體對於地方稅的立法高權，所以中央之行政與立法機關才可以在肆無忌憚的情形下，2002年時以要活絡房地產交易為由，竟然聯手主導政策，並修法將土地增值稅率減半徵收至今。又在上述地方稅法中，由中央主導立法之諸多稅捐優惠規定，毫無止盡的對於非營利組織(例如寺廟、道觀、教堂或學校)給予免地價稅、免房屋稅，或對於滿足兩年重購自用住宅土地可退土地增值稅之稅捐優惠規定，而以上三者正是地方自治團體最主要的稅收來源，則進一步地弱化地方自治團體本已虛弱的財政體質。越是倚賴中央稅款分配與補助的地方自治，地方自治團體的財政體質將越虛弱，更無法推動地方自己所需要的建設，建立地方自己的特色文化。相反的，在中央集權又集錢的體制下，只有中央機關所在地之首都的建設需求，因中央之公務員多數居住在首都，許多人亦生於此、長於斯，甚至本來就是首都之各相關機關的首長，其人員可親自看到、感受到首都的建設需求，造成首都的需求可以優先於其他地方被滿足，資源也就越集中於首都所在地，但同時背離地方自治的精神則越遠。

或認為，依據憲法第一百零八條、第一百零九條及一百一十條與憲法增修條文第九條規定之精神及立憲者的意思，地方自治團體所實施的地方自治應受中央法律之監督，故上述情形並非違反憲法規定。此話不然，地方接受中央制定之法律監督者，並非意味著中央可以「完全剝奪」地方的稅捐立法高權，蓋地方稅之稅捐立法高權乃是憲法規定賦予地方的權限，立法院有意無意的忽視此項權限劃分規定，無論是其制定的地方制度法，或者是自行訂定的上開地方稅法，均應有違反憲法保障地方自治基本精神之虞。

#### 四、中央制訂之框架法律緊縮地方追求長久稅源之可能性

除了上述財政收支劃分法第十二條第一項所訂立的地方稅以外，依據地方稅法通則第二條之規定，地方稅尚包括直轄市及縣市自行制定的特別稅課、附加稅課與臨時稅課，以及鄉鎮市制定的臨時稅課。對於上述稅課，中央之立法院制定地方稅法通則作為框架性的法律規範，用以監督上述地方稅之規範。其課稅範圍與限制，已如本文前述。

依本文意見，地方稅法通則作為框架性法律，在實質上已然扼死地方自行訂立特別稅課、附加稅課與臨時稅課之可能性，早就超越框架性法律規範可能作的限制，而有違憲導致無效之虞。蓋地方稅法通則中，尤其是關於地方稅課稅期間的限制，亦即地方稅法通則第三條第二項規定，特別稅課及附加稅課之課徵年限至多四年，臨時稅課至多兩年，期滿仍須課徵者即須依照規定重新辦理，若吾人配合我國地方政治的現實情況加以觀察，即可以得知實務上絕無任何地方自治團體的民選行政首長，會願意為上述「短命」的地方稅課賠上自己的政治性命。蓋地方自治團體的民選首長任期僅為四年，連選亦僅得連任一次，其若上任之後推動特別稅課、附加稅課與臨時稅課，性質上屬於加稅，又是只針對自己所屬選區的住民加稅，正是冒犯該選區民眾之大不諱，犯了政治上的大忌，很可能會讓該民選首長在下一屆的競選連任中失利，故從政治現實上考量，除非課徵特別稅課、附加稅課或臨時稅課已經取得地方之不同政黨間極大的共識，否則幾乎沒有一位民選首長，膽敢只是為了自己的制度理念，觸怒選民而推動上述地方稅捐之徵收。或認為，如果是在民選首長第二任上任之後，其無競選連任壓力即有可能推動上述地方稅捐的徵收。此話並非事實，蓋連任之民選首長「冒死」推動的地方稅課，課稅期間也僅能持續四年，臨時稅課甚至僅能持續兩年，期限屆滿之後若欲繼續施行，仍須依法

重新辦理，換言之，連任首長所推動的地方稅課，根本無法「澤被後代」，又何必自己一意孤行搶著當「烈士」。常見報端或一般評論，認為地方自治團體早有法源依據(意指地方稅法通則)，卻不願意得罪選民開徵特別稅課、附加稅課或臨時稅課，言中頗有指摘地方自治團體陷入今日的財政困境，乃是基於財政努力或財政紀律不夠，認其咎由自取之意味。殊不知正是因為地方稅法通則設下不合理課稅期間的規定限制，才導致地方自治團體的首長在根本上欠缺意願，去積極推動課徵地方稅課，其間何者為因何者為果之關係，應使其清楚明白。吾人若環顧世界各國之法律，從無民主先進國家對於授與地方的課稅立法高權，以如此方式限制其課徵期間者。另一方面，此種「短命」的地方稅課，也注定其無法成為地方自治團體可以倚賴，以之作爲「長治久安」長期建設經費的來源。蓋因下一次重新申請之同一地方特別稅課、附加稅課或臨時稅課，未必保證能夠再通過中央機關之准予「備查」而課徵，從而在欠缺足夠的自治團體所須財政經費前提下，地方自治團體的首長根本不能倚賴上述地方特別稅課收入作為穩固的自主性財源。本文以爲，立法院所制定之地方稅法通則，作為框架性法律，已經逾越其作為框架法律的必要界線，實質上扼死地方自治團體就地方稅捐自行立法之可能。

就現實之考量而言，地方自治團體大概只能針對少數人才會適用的事項或事物，進行特別稅或臨時稅的課徵。以目前實務上，受中央准予備查而課徵的特別稅，計有苗栗縣土石採取景觀維護特別稅徵收自治條例、苗栗縣營建剩餘土石方特別稅徵收自治條例、南投縣土石採取景觀維護特別稅徵收自治條例、花蓮縣土石採取景觀維護特別稅徵收自治條例、花蓮縣礦石開採特別稅自治條例，以及五都合併前之臺中縣特殊消費特別稅徵收自治條例、高雄縣土石採取特別稅徵收自治條例等；受中央准予備查而課徵的臨時稅，有桃園景觀維護臨時稅自治條例、桃園縣營建剩餘土石方臨時稅自治條例。此種僅針對少數人適用的特別稅或臨時稅，由於適用人數少、稅基不廣，地方自治團體無法獲得廣泛且大量的財源收入，故而難以實質有效地增益地方財政收入，改善地方自治團體本即虛弱的財政體質。至於，附加稅的課徵，縱然地方稅法通則第五條賦予地方自治團體此種權限，但除非是全國各地方自治團體有一致的共識，一起通過將某項國稅附加相同比例之地方稅捐(日本的住民稅乃是以中央法律之地方稅法作統一性規定，與我國情況有所不同)，否則以單一地方欲單獨對於某一國稅而課徵附加稅捐者，不僅將面臨來自所屬地方極大的政治壓力，而且住民也可以輕易地以「腳」投票，亦即將其戶籍遷到外縣市，成為外縣市住民，即可免去該項附加稅捐之負擔，使欲透過課徵附加稅以增益自主財源

的地方自治團體，希望仍在現實上落空，仍是收不到附加稅捐，故而所謂附加稅者只是畫在紙上的大餅，在現實狀態中不可行。

此外，地方自治團體若欲依據地方稅法通則第四條所規定的方式，對於地方稅以提高稅率之方式而增益自有財源者，由於地方稅目多數貧瘠，純就現實考量而言，大概只能針對地價稅、房屋稅與土地增值稅等三項稅目調高稅率，才具有增益地方稅收的實益。然而，調高上開財產稅目的稅率，不僅在理論上有逐步徵收人民財產權之違憲疑慮，另一方面，並非每個地方自治團體，均有政治與經濟條件用以調高上開稅率，蓋能調高稅率之地方自治團體，必屬區域之經濟較熱絡，其土地與房屋之價格均上揚，且須在民氣可用的時機，才讓地方自治團體有機會，藉由調高稅率的方式以收取自主財源。從過往的經驗顯示，符合上開條件者大概只有在台北市，僅對部分熱門地段的房屋或土地，得藉由調高房屋稅與地價稅稅率的方式，增加地方的自主財源。但只要景氣一旦翻轉或經濟發展遲滯，或民意不再支持時，上述調高稅率的方式，將受打壓經濟發展的強烈抨擊。因此，對於這些經濟發展相對較佳之地方自治團體而言，縱有可能調高部分地方稅之稅率，也不是一個能「長治久安」並倚賴其收入的穩固財源。若對於經濟發展較差的偏遠縣市而言，所謂調高地方稅之稅率，現實上幾乎不可能。

從結論上而言，現行地方稅法通則賦予地方以課徵權限的特別稅、臨時稅與附加稅者，現實上根本不能為地方自治團體帶來穩固且充裕的地方稅源收入。

## 五、統籌分配稅之劃分欠缺合理性的標準

在地方自治三法通過後，地方稅法通則在現實上仍無法為地方自治團體帶來長治久安的自主財源，從而現實上多數之地方自治團體只能倚賴中央國稅收入的統籌分配稅款，以增加自己所屬之地方自治團體的稅課收入，蓋相對於中央給予之補助款，地方自治團體對於統籌分配稅款之期待，因有固定的公示與比例計算，故而較具可預測性與期待性。前已述及，我國統籌分配稅款分成94%的普通統籌分配稅與6%的特別統籌分配稅款。五都改制前，係分別算定給予直轄市、縣市、鄉鎮市，依照43%、39%、12%之比例各自分配後，直轄市彼此間係參酌受分配直轄市以前年度營利事業營業額、財政能力與其轄區內人口及土地面積等因素，研訂公式分配予各直轄市；縣市彼此間之可供分配款項85%，應依近三年度受分配縣市之基準財政需要額減基準財政收入額之差額平均值，算定各縣市間應分配之比率分配之。其

可供分配款項15%，應依各縣市轄區內營利事業營業額，算定各縣市間應分配之比率分配之；鄉鎮市則應參酌鄉鎮市正式編制人員人事費及基本建設需求情形，研訂公式分配各鄉鎮市。至於6%之特別統籌分配款，係供為支應受分配地方政府緊急及其他重大事項所需經費，由行政院依實際情形分配之。五都改制後，統籌分配稅款之比例則依據直轄市、縣市、鄉鎮市各為61%、24%、9%比例分配，如前所述。

在上述統籌分配稅款之分配公式中有兩個基準邏輯，亦即財政能力與財政需要在進行運轉。衡量兩項要素的計算方法，在財政收支劃分法第十六條之一第二項第四款至第六款，以及中央統籌分配稅款分配辦法第八條至第十條，分別規定有直轄市(與準直轄市)、縣市、鄉鎮市等不同的考量因素與計算公式：原則上，計算直轄市或準直轄市彼此間的統籌分配稅款，係依據其各類營利事業之營業額、財政能力，轄區內人口數、轄區之土地面積而計算；計算縣市彼此間統籌分配稅款，則依據其基準財政需要額與基準財政收入額間的差額平均數，輔以轄區內營利事業的營業額比例決定之。基準財政需要額包括正式編制員工之人事費、基本辦公費、警消人員加班費、社會福利支出以及基本建設經費。在基本建設經費中，納入轄區人口數、土地面積、農林漁牧業從業人口數、工業從業人口數的考量因素。至於基準財政收入額，為現實上各縣市政府的賦稅收入決算數，減去統籌分配稅款與依據地方稅法通則開徵的地方稅收；鄉鎮市彼此間的統籌分配稅款，則依據人事費與基本建設需求兩項要素計算。其中基本建設需求要素部分，包括不論大小的平均數分配、轄區人口數與轄區土地面積之百分比等因素。

2010年五都改制後，關於直轄市彼此間分配之比例，依據中央統籌分配稅款分配辦法第八條第一項之規定，將母法亦即財政收支劃分法第十六條之一第二項第四款規定，數項影響統籌稅款分配之因素(亦即營利事業營業額、財政能力、轄區人口、土地面積)予以公式化(原則上以各該市平均值之百分比乘上權數值)，並藉此予以透明化：最近三年內之各類營利事業營業額平均值占全部直轄市及準用直轄市之縣平均值合計數之百分比，其權數占百分之五十；各該直轄市及準用直轄市之縣最近一年底轄區之人口數占全部直轄市及準用直轄市之縣人口合計數之百分比，權數占百分之二十；各該直轄市及準用直轄市之縣轄區之土地面積占全部直轄市及準用直轄市之縣土地面積合計數之百分比，權數占百分之二十；各該直轄市及準用直轄市之縣最近三年度財政能力平均值，權數占百分之十。關於財政能力之計算公式則為(各該直轄市及準用直轄市之縣轄區內之人口數×全部直轄市及準用直轄市之縣每人自有財源平均數÷各該直轄市及準用直轄市之縣每人自有財源)÷全部直轄市及準用直轄市之縣依前述括弧內算定數之合計數。準用直轄市之縣，上開各項指標之比例則另外依據同條第二項之規定，以一定比例計算之。

吾人不太能理解，為何上開條文在計算地方自治團體的統籌分配稅款，於不同層級的地方自治團體間，可以有如此不同邏輯的計算方式。其中各種指標、因素與權數間不同比例的配置，顯然會在實務上具體影響各地方自治團體所獲統籌分配稅款額。以上述直轄市與準用直轄市間的統籌分配稅款分配為例，其將營利事業之營業額因素納入者，應係基於轄區內之營利事業對於營利事業所得稅(或包括營業稅)的稅收貢獻度而規定，但同樣是對於財政收入有貢獻度，為何未加入轄區內個人之綜合所得額作為考量因素？又無論是個人綜合所得額或營利事業之營業額，均屬現實上對於直轄市之稅收有所貢獻的因素，但在計算各直轄市之財政能力時，卻以平均數亦即每人之自有財源平均數作為分子，故而所謂的財政能力，究竟是以實際的財政收入或以虛擬的應收入為基準？再者，轄區內人口與土地面積，應屬於基準財政需要因素，亦即轄區人口越多、土地越大者，將有越多的財政需求，但此項財政需求因素，似應將人口數乘上每人之自有財源平均數以後，才能實際反映各直轄市的基準財政需要額。又財政能力與財政需要額，本質上屬於相互背離的考量因素，亦即理論上財政能力越高者應受較少的分配，反之財政需要較高者應受較多的分配，卻在此處以同一公式，只是利用不同比例的權值，進行同一方向的考慮，豈不相互矛盾？這也間接顯示出中央對於統籌分配稅款之分配，在實務運作上之目的不明，無法辨別其究竟係在反應地方自治團體對於中央稅收的貢獻度(回饋給地方的心態)，或者應基於調劑財政盈虛之目的，彌平各地方自治團體在實際財政能力與財政需要間的差距？而後者才是統籌分配稅款設立的真正目的，只是在我國現制中，因中央統攬所有稅收較豐的稅目，讓即連財政能力最佳的地方自治團體台北市，其自主財源尚不足以滿足其基準財政需要，才導致統籌分配稅款在此處的計算公式，不合於其正當目的。

其次，在縣市彼此間統籌分配稅款的分配，係將各縣市依據基準財政需要額減去基準財政收入額的差額平均值，作為計算基準。此項標準，原則上正確反映出統籌分配稅款之調劑財政盈虛目的，但似乎也等於同時昭告，在台灣沒有任何縣市能夠在現制底下，獲得足夠的自有財源，其所受分配者，也只是在彼此間互相決定其差距額應予平均而已。另一方面，縣市之基準需要額不再如上述直轄市係以轄區面積與人口數計算，改以正式編制公務員之人事費、辦公費、警消加班費、社福支出以及基本建設經費為度，而基本建設經費再將轄區之面



積、人口數與農林漁牧及工業從業人員數分開計入，等於宣告中央給縣市之統籌分配稅款只是用以支應上開維持縣市體制之基本運作所需經費而已，遑論讓地方自治團體有財政餘裕，可以開展自身所欲發展之經濟、教育或文化建設。至於，縣市具備的財政能力，並非以應具備之財政能力為基準，而是以其現實上所取得的財政收入為基準，從而吾人可說，體制上本來就不鼓勵縣市自行開闢地方稅收作為財源，只要坐等中央分配，原則上就可分配更多的統籌分配稅款。至於，鄉鎮市的分配基準，則更反映出只為了維持鄉鎮市的基本人事與建設經費本質，讓納稅義務人所繳納的稅捐，只是多培養一些基層公務員與民意代表，著作可由縣級之行政人員與民意代表可以完成的事情。

財政收支劃分法第十六條之一第一項規定，第八條第二項及第十二條第二項至第四項規定之稅課統籌分配部分，應本透明化及公式化原則分配之。所謂「透明化」、「公式化」的意義在於，要求中央行政院應提出合理性標準，依照可以被事後檢驗的方式來分配統籌分配稅款。合理具有說服力的分配標準才是本條項規定之重點所在，而不是公式化的分配本身。公式化的分配只是在確保中央分配統籌分配稅款的形式公平性而已。是否具有實質公平性，則依賴實務上建立合理並邏輯一貫的指導原則，達成使各地區之生活水準差距能夠逐漸拉近的目標，方才是制度上設立統籌分配稅款之正確作用。

目前我國在上述計算公式下，五都改制前之大型地方自治團體如北、高兩直轄市，將因為受統籌分配款之分配公式的保障，兩口之家就能分配到43%的統籌分配款，反之前台灣省轄下的十六縣加上五個省轄市，二十一口之家也只不過總共分到39%的統籌分配款，全台灣329個鄉鎮市，則只能分到12%，形成大者恆大、小者恆小的局面。也難怪各地方之地方自治團體在2010年，或單獨或聯合都要爭取升格為直轄市，分食這受公式保障的統籌分配稅款。五都改制後，北北中南高五都共分食61%之統籌分配稅款大餅局面未改，直轄市因為不用再下分，不用維持龐大且重疊的各科人事，即有剩餘經費進行基礎建設與維持公物之正常運轉，而其餘十七縣市則只能分到24%，其中偏遠之縣更要層層下分給所屬的鄉鎮市，至於鄉鎮市則是將所分到之有限經費，維持其跟縣所能擔負之功能，不僅相互重疊且比例偏高的各種人事(首長、公務員、民意代表)費用，藉以維持鄉鎮市基本架構之存在，卻剩餘不多之經費而可提供於基礎建設或維持所屬公物的正常運轉，形成大者之基礎建設與設施均越來越充足(至於，之後自鄉村湧入都市的人口，又使都市中該等基礎設施越來越不足數使用者，則另當別論)、小者之情況卻反其道而行的局面。

或認為，北、高兩市之所以要分給較多的統籌分配款，是因為她

的人口、營利事業眾多，且營業發達，貢獻較多的稅收，也因此分配給予較多的統籌分配款；也有認為，北高兩市之所以要多分給統籌分配款，是因為她的人口眾多，土地面積狹隘，財政需要因此較高之故。兩者說法雖然背道而馳，但都得出統籌分配稅款應多給直轄市的結論，即屬似是而非的結論，並誤會了統籌分配稅款之制度意義。蓋統籌分配款，正如同財政收支劃分法第十六條之一四項所稱「應本調劑財政盈虛原則」而由中央進行統籌的分配。所謂「財政盈虛」並不是指個別地方自治團體的財政盈虛，亦即不是考察台北市、高雄市或任何直轄市或縣市之個別的財政收入是否足夠其財政需要，而是就全體地方自治團體作整體性考察，進行水平式的財政調整(horizontaler Finanzausgleich)。換言之，統籌分配款所欲調整的是同一層級的不同地方自治團體間，因財政需要與財政能力的差距，目的在使各地區彼此間的生活水準差距能夠拉近，而非大者恆給予更多的資源挹注，小者反而給予少的資源，這不僅會逐漸拉開台灣各地方自治團體(猶如自然人一樣)間的貧富差距，違反國民平等原則，也造成貧窮地方的住民為尋求更好的生活條件，不斷遷入北、高等大型地方自治團體居住，又造成另一種惡性循環，亦即偏遠縣市人口外移嚴重，生活環境品質因無人關心聞問而惡化，而北高兩市尤其是台北市，則因大量人口遷入而致使空氣、房屋、環境與生活品質不斷下降，形成兩者皆受害的狀況。環顧世界各國的財政平衡制度，從無統籌分配款以此種方式運作者。我國統籌分配款的運作方式，等於是在比較地方自治團體彼此間的政治實力何者較強大。這是在依據「實力法則」，而不是依照「調劑財政盈虛原則」而進行財政調整。也難怪乎，即連許多財政學者或實務人士，均一直在強調統籌分配稅款之分配，是一個零合遊戲，是一個政治問題，是一個政治協商或運作，而非單純財政問題。2001年1月17日，任期即將屆滿之第四屆立法院會，在朝野對決氣氛中，未經一讀付委即快速地三讀通過財政收支劃分法的修正案，結果事隔一個月後新就任的第五屆立法院，又於同年2月19日完成覆議，一切回復原貌。兩次修法爭議所產生的現象，似乎也正凸顯了在我國有關財政收支劃分法的修正，確實為朝野政黨間角力鬥爭的標的。

## 肆、地方財政困窘解決之道

光只提出問題所在而無找出解決問題之方法，並無法解決問題。以下將上述各問題一一說明其解決方法。

## 一、在憲法架構下建立代表地方利益之機關

前文已述及，立法院為中央之立法機關，本身就代表中央的利益，並不適合作為解決中央與地方分權爭議的機關。立法院所通過或修改關於規範地方自治事項的框架性法律，不適宜在未充分考量地方利益之下，即認定其已完成合憲的正當性程序。過往的經驗即已顯示，立法院經常在替中央政府之政策(透過朝野之黨團協商)買單的同時，犧牲地方自治團體的財政利益，或者增加其費用上負擔，或者任意刪減地方自治團體的稅收。儘管中央政府會在政策通過時，經常會承諾給予地方自治團體相對應的補助，但是不僅杯水車薪，不足以應付所有地方自治團體增加的需求，也可能虎頭蛇尾只給前幾年的補助，之後隨即不了了之，完全未曾考量到這種作法在實際面、制度面，對於地方自主性財源所發生的傷害與影響。

有關中央與地方自治權限劃分的爭議，既然屬於憲法層次的問題，應有憲法架構下制度性的解決對策，而不宜將其當作是爭議發生時，地方自治團體之首長對於中央，或朝野政黨彼此間的喊話，當作政治爭議或政爭，尋求個案的協調與解決。實際上，中央與地方間之分權，無論是單一國家或聯邦國家均由中央處理的事項，例如軍事與國防、外交、貨幣、國境治安與司法(此一事項是否專屬於中央，仍有見仁見智之想法)等專屬中央管轄事項以外，其他之事項無論是有關事務或財政權限的劃分，均需個別事項由中央與地方配合學者專家，逐一進行學理與實務上的檢討，有時也甚難作事務劃分，須中央與地方共同協力方能應付為之。即以最近實務上發生的塑化劑爭議事件為例，不僅涉及地方政府應對於境內原料廠商嚴加看管問題原料，查核市場上既已販售商品是否包含問題原料，更應由中央主管機關儘速對於社會大眾產生疑慮之事項，包括相關材質之可用與禁用事項作出統一的規範與說明，彙整目前各地方政府所進行查核與已知事項的資訊公告，以解決社會大眾對於物品使用與食用安全的疑慮。在暫時尚未找到對於每項事務之實質性、合乎我國國情、滿足各方需求的明確性標準以前，從制度上設立解決中央與地方分權爭議之常設性機構，讓地方有參與中央關於事項或財政分權之立法或政策形成可能性的程序與機會，並於涉及地方利益時有決定權限者，應該是唯一可以考量的途徑。換言之，應在憲法中架構可充分代表地方利益與聲音的制度性、常設性機關。

本文在此僅概略介紹德國聯邦體制中，代表地方利益的制度性機關以為我國參考。在德國聯邦機關中代表地方利益者即為聯邦參議院，其組成員與聯邦眾議院係由各邦選民直接選舉或依據政黨比例

代表所產生者不同，乃由各邦政府之內閣成員或其他成員擔任代理人所組成(基本法第五十一條第一項)。因此，聯邦參議院之組成員即為各邦的邦長與其內閣中之部長，財政部長尤為其中不可或缺的人選，代表地方的利益與聲音，參與聯邦政府的立法、行政與涉及歐洲聯邦之事項(基本法第五十條)。因此只要是涉及地方利益，在聯邦眾議院(Bundestag)中通過的法案，都應依照基本法第七十六至七十八條規定之立法程序，送到聯邦參議院中進行複決；聯邦政府亦應經常使聯邦參議院知悉其事務處理之情形(基本法第五十三條第三句)。目前在聯邦參議院中之各邦票數，係與美國聯邦體制中之參議院每邦兩票有所不同，係依各邦之人口數而有票數之歧異。大邦者如Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen六票、Hessen五票、Berlin, Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen有四票、Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Saarland則有三票。每一邦的投票必須由其出席之邦政府成員或其代理人，以一致性的方式投出(基本法第五十一條第三項。至於，各邦如何投出邦一致性的票數，基本法中未設規定，係由各邦自己決定之。體制上，聯邦參議院與聯邦眾議院各自具有不同代表性，非等同於第二個立法院，所行使的乃是對於聯邦法案的異議與同意權。這項權力尤其在基本法中關於德國中央與地方財政權限的劃分上非常重要，換言之基本法第一〇四a條第三至五項、第一〇六條第三至六項、第一〇七條第一項有關聯邦與各邦間之財政事項、稅捐立法、收益與行政高權，均須得聯邦參議院的同意，方能制定與修改法案，使聯邦制的地方自治精神徹底透過制度性機構的參與獲得保障與確認。

從上述德國對於地方自治精神的重視與經驗顯示，關於地方自治的自治事項，若無地方之利益與聲音作制度性與常設性的參與，地方自治的精神與財源自主權，隨時都可因中央自私的政策性考量而被任意破壞。本文並非有意指摘我國特定人、朝野政黨或特定之中央機構，一定會藉由中央之立法或行政權限去干涉地方自治，但與其信賴善意的、有遠見的中央政府手長、立法機構領袖或執政黨會尊重憲法規定的地方自治精神，還不如信賴制度會保障地方，至少在中央與地方權限劃分規則制定與發生爭議時的參與可能性。從而透過修憲，在憲法中加入類似上述德國聯邦參議院之制度性機關，依照憲法或法律之進一步的規定，參與中央法律規範(包含法律與法規命令)形成的機制，尤其是涉及中央與地方必須共同協力才能完成的事務與財政分權，似乎才能達成上述之目的。

若短期內修憲無法進行，退而求其次者，至少最低限度亦應由法

律規範，例如在我國之地方制度法與財政收支劃分法中修法加入，中央與地方共同組成之常設性機關，以解決雙方有關於事務或財政分權的爭議。目前在我國體制中，並無任何這樣用以解決分權爭議的常設性機關存在。實務上，行政院會一直邀請直轄市之首長列席參與，但地方政府首長在該會中僅有發言權，既無提案權，更無表決權，故性質上僅屬中央之內閣政府部門，甚至是行政院長聽取地方意見的非正式管道而已，非屬維護地方自治團體利益的常設性機構。且由於行政院會非屬地方自治團體自行召開的集會，地方自治團體的首長幾乎無法在此一場合之前或程序進行中，作彼此間的意見交換，共同分析彼此間的共同利益與利害衝突之處，即在現實上使地方自治團體彼此間甚難取得一致性的步調，共同面對來自於中央可能侵犯地方自治事項或財政權限的問題。從而，解決地方財政問題的根本對策，至少應在上述法律規範中，建立分權爭議處理的常設性機構，並制定地方有權參與中央涉及地方利益之立法與行政形成的程序規範。若然，需要進一步解決的爭議問題將是，應將上述分權爭議處理之機關定位為立法或行政機關的本質問題。原則上，若由憲法中設立相關機關代表地方利益，用以複決中央之行政或立法所提出有關地方利益的法案(包括法律與法規命令)時，應在體制上與上述德國聯邦參議院之模式較為接近，因此較具有立法機關的性質，制度設計上即應向立法機關接近。但若分權爭議處理之機關係由立法院所制定的法律組織，亦即依據地方制度法與財政收支劃分法增設之規範組織而成，則其本質上似乎較傾向於行政機關之性質。為發揮其獨立判斷的精神，應使此等組織成為合議制的獨立行政委員會，以發揮解決中央與地方分權爭議的功能。在單一國的日本，為促進地方自治，亦在總理府下設有紛爭處理委員會，性質上屬行政機關，似乎係採取此一模式。

在上述制度性機構中，值得一提的是司法院大法官之角色與地位。原則上，司法院大法官作為體制上唯一之憲法解釋機關，應可對於上述中央與地方分權之爭議，表示其意見並扮演維護地方自治精神的憲政體制維護者角色。惟基於司法之被動性格，司法院大法官不可能在中央與地方之爭議未提起憲法訴訟之前，即主動介入中央與地方分權規範之制定或修改工作。司法只能靜待具體爭議之發生，對於憲法或法令解釋有違憲疑義時才能介入，因此並不適合作為體制上反映地方利益與聲音的制度性機構。但以其作為司法機關的本質，卻相當適合作為事後處理中央與地方分權爭議，並作出終局決定的體制上機關。換言之，若採取前述建議，無論是以修憲或修法方式而設立的中央與地方分權爭議處理機關，對於個案事項中發生事權或財政權爭議，對其決定仍有不服的中央或地方，仍可以憲法訴訟之方式，請求

司法院大法官作事後介入的處理，以定紛止爭。

## 二、重新調整中央與地方財政分配之稅目與比例

前文已述及，立法院透過財政收支劃分法的制定與修改，將大宗稅源的稅目例如所得稅(含綜合所得稅與營利事業所得稅)與消費稅(營業稅與貨物稅)劃歸為國稅，小稅目如財產稅(含地價稅、房屋稅、使用牌照稅)劃給地方，儘管上述國稅收入，依照相關規定仍須提撥一部份稅收，進入中央應分配地方的統籌分配款，但即使加上此部分的稅課收入，地方自治團體不僅是直轄市，尤其是縣級自治團體的財政，仍然陷入極度困頓的現況。

本文的建議乃是重新調整中央與地方財源分配之稅目及比例。稅收豐富的稅源亦即所得稅與消費稅，不能全為中央所獨占或取得絕大部分之稅收。目前依據財政收支劃分法第八條第一項之規定，係以所得稅收百分之十、營業稅收百分之四十、貨物稅(特殊的消費稅)收百分之十，列入中央的統籌分配款分配給地方。若將其比例分別調整為二十、五十、二十之比例或甚至更高(例如所得稅比例調整為百分之三十)，則地方可獲取的國稅款數額將比目前數額多出許多，相信對於地方自治財源之挹注，會有立即正面的幫助，無庸仰賴不切實際的地方自治稅捐(特別稅、臨時稅、附加稅)，目前我國地方自治團體的財政困境，可立即獲得緩解。其中，關於所得稅收之重新分配更居於關鍵的地位，蓋不僅因為所得稅收(含綜合所得稅與營利事業所得稅)向來居各稅目之冠，還因為所得稅收最能反映一國或地方經濟景氣之榮枯。景氣佳所得多則稅收亦多，景氣差所得少則稅收亦少，使自治團體與中央同身感受納稅人稅捐負擔能力之起伏，不至於因稅捐之徵收過多而影響人民的工作、居住意願。

吾人舉德國聯邦與各邦間財源稅收分配比例，為我國之參考，亦可以證明上述建議之稅收分配比例尚屬「溫和」。在德國，依據基本法第一〇六條第三項之規定，個人之綜合所得稅(Einkommensteuer)、法人所得稅(Körperschaftsteuer，相當於我國之營利事業所得稅)與營業稅(Umsatzsteuer)收之收入，除所得稅收依據同條第五項之規定、營業稅收依同條第五a項之規定分配給基層之鄉鎮自治組織(Gemeinden)以外，綜合所得稅與法人稅收均由聯邦與各邦平均分配，營業稅收中關於聯邦與各邦分配之比例，經由聯邦參議院同意後由聯邦法律加以規定。其在聯邦、各邦與鄉鎮及鄉鎮自治聯合組織間關於所得稅、法人稅與營業稅之分配比例如下表所顯示：

主體 稅目	聯邦 Bund	各邦 Länder	鄉鎮與鄉鎮聯合自治團體 Gemeinden und Gemeindeverbände
綜合所得稅 Einkommensteuer	42.5%	42.5%	15.0%
扣繳利息所得稅 Zinsabschlagsteuer	44.0%	44.0%	12.0%
法人稅 Körperschaftsteuer	50.0%	50.0%	
營業稅Umsatzsteuer	53.9%	44.1%	2.0%

如果我國直轄市或縣市地方自治團體，以共分稅(Gemeinschaftssteuer)的形式，擁有各地徵起之個人綜合所得稅收的百分之四十二點五、營利事業之所得稅收百分之五十作為自主財源者，則又何必爭取所謂中央的統籌分配款？又何必求諸于空有地方稅法通則作為依據，卻不切實際的地方自治稅(特別稅、臨時稅、附加稅)？在此種前提下，中央要求地方自治團體應自負財政責任才有正當性理由。以目前現制的劃分基礎，若要求地方自治團體自我負責，根本不切實際亦未見合理。究其實際，我國地方自治團體財政困境的根源，在於不合理的中央與地方財源之劃分。

以中央與地方共分稅收較豐之稅源的方式，取代將上述稅款以統籌分配稅款由中央分配的方式，優點在於地方自治團體所能獲得的所得稅源，為法律制度上所保障的固定比例，屬於其可信賴，並為長治久安之自主財源，同時具有鼓勵地方自治團體盡力發揮各自特色與產業之意，換言之，只要自治範圍境內之居民與營利事業所得越高者，即將直接有利於所屬之地方自治團體的財政收入。當然，由於現實上台灣的地方自治團體彼此間之發展歧異，必然有部分之地方自治團體的財政能力較佳，部分之地方自治團體財政能力相對較低，此時在制度上才須藉由交付給中央以統籌分配稅款之方式，調和彼此間的差距。這才是統籌分配稅款運用的真正方式，而不是如我國實際操作者，係在制度上先令所有的地方自治團體均處於財政貧困邊緣，全部交由中央進行統籌分配稅款的分配，地方自治團體之中尤其是直轄市，只能被迫藉由政治實力，以獲取維繫自身運作本即需要的財政資源，卻也因此間接地擠壓到相形之下更為窘迫的(其他無法單獨或聯合升格之)偏遠縣市，令其發展更為艱困。關於統籌分配稅款之運用，將詳如後述。

### 三、地方稅之立法高權回歸地方

前文已述及，地方稅如土地稅(含地價稅、田賦、土地增值稅)、房屋稅、使用牌照稅、契稅、印花稅、娛樂稅，目前實務上均由中央自行立法，部分法律甚至由中央制定施行細則，部分法律則由地方訂定具有施行細則性質的稅捐徵收自治條例。此乃中央「剝奪」憲法賦予地方的地方稅捐立法高權，依本文意見，屬於不折不扣違憲的法律規定，中央應儘速將地方稅之稅捐立法高權還給地方。

### 四、撤除中央法律對於地方稅捐所作不必要之限制

前文已述及，地方稅非僅包括土地稅、房屋稅、使用牌照稅、契稅、印花稅、娛樂稅而已，也包括地方依照地方稅法通則所制定之特別稅課、附加稅課與臨時稅課。然而，上述地方稅課由於中央訂立之地方稅法通則作逾越其框架性法律的限制，尤其是對於上述稅課作課徵期間上的限制，導致在政治現實上，並無任一地方自治團體，有意願針對全體住民而實施如此「短命」的課稅立法，從而亦無從藉此建立長治久安的自主財源，只能完全仰賴中央的統籌分配款或補助款辦事，因此應儘速撤除中央法律對於地方稅捐所作不必要的限制。地方稅法通則第三條第二項之規定關於課徵期間的限制，實質上扼殺地方課稅之可能，應認其為違憲而宣告無效。

### 五、釐清統籌分配稅之作用與建立合理性標準

從財政收支劃分法第十六條之一所規定之統籌分配稅款的分配公式，係依照直轄市、縣市、鄉鎮市三者以固定比例去分配統籌分配稅款者可知，我國立法者並未完全理解統籌分配款作為財政調整工具的意義與作用。前文已述及，統籌分配款之作用，係在調整地方自治團體彼此間，關於財政能力與財政需要之間的差距，使各地區彼此間的生活水準差距能夠拉近。蓋國家之所以有義務進行國內各地區生活水準差距的調整，係因在平等原則下，國民不論居住於何處，均應享受同等價值的生活水平。但地方自治團體就像人一樣，彼此間有歷史、地理、氣候、人文與景觀條件上的差距，因此不可能每一地區的發展狀況均屬相同，財政能力即不可能相同，必然會有參差不齊之處，因此當特定地區因財政能力不足，無法滿足維繫同等價值之生活水平的財政需要時，即須進行水平式的財政調整，以調整各地方自治團體間，不同的財政能力與財政需要之間的差距，促使其在結果上能盡量達成各地區，均至少應享受一定水準以上的生活水平，此即為制度上建立由中央進行統籌分配稅款之目的。當然，這並非意味著每個地區

均齊頭式的平等，以相同的方式生活，蓋地區財政能力之強弱，除上述外在不可變的條件以外，也跟該地方自治團體所採行的施政政策有密切相關，從而如何在一方面兼顧國民平等原則與國家整體性的觀點上，提供居住於不同地區國民均有同等價值的生活水平，另一方面又能使地方自治團體的自主性、自我選擇性不因此受到壓迫，繼而對於自我所採行的施政政策負責，是一項需兩方面平衡兼顧的問題。

在討論統籌分配稅款之分配前，本文係以縣級以下之鄉鎮市自治團體，欠缺憲法基礎與地方自治的實益及必要性，其行政組織建議應予廢止，由縣政府以類似於市之行政區方式加以替代，其民意代表層組織則納入縣議會中，故而縣自中央所獲之統籌分配稅款，無庸再層層下放分配至鄉鎮市，而得以縣為單位，進行統籌分配稅款之討論。本文並不欲否定我國鄉鎮市之基層首長與民意代表的選舉，對於台灣民主進程的發展，尤其是在戒嚴時期，有其不可磨滅的重大貢獻。但時移境遷，以我國基層鄉鎮市的幅員大小與規模，似乎沒有再作此自治層級劃分的必要性，至少在財政權限劃分而言，不應再以有限經費，維持體系龐大的基層人事組織。只是，上述決定涉及政治中敏感的議題，似乎不易取得共識。

在上述前提下，我國地方自治團體組織將只剩直轄市與縣市。討論決定統籌分配稅款之分配方式者有兩項基本要素，亦即各地方自治團體之(基準)財政能力與其(基準)財政需要，地方自治團體應受分配或財政者應給予，均係依照財政能力與財政需要相互減除後的計算結果而決定。換言之，如果地方自治團體之財政能力不足以因應財政需要者，中央必須藉由統籌分配稅款之方式，補足地方自治團體之財政需要，反之若地方自治團體之財政能力足以因應財政需要，甚至有餘者，制度上即應透過有餘裕之地方協助其他地方團體，或繳付部分財源給中央，讓中央以之作爲統籌分配稅款，分配給其他之地方自治團體。理論中統籌分配稅款制度，本應以現實上各地方之財政能力減去基準的財政需要後之餘額作爲基準，但由於在實務上部分財政能力不佳的地方自治團體，可能持以積極作法開闢自己本應取得的財政收入，企圖藉此以獲得統籌分配稅款中更爲有利的分配結果，若在此時，似可考量以設算財源收入方式，利用上述中央與地方分權爭議之解決機制，將其應取得的財源收入，計入各該地方應取得之財政能力的一環。相對於此，關於基準財政需要部分，所需考量之因素主要爲公務員之人事費用(反應其轄區之面積與人口數，並輔以適當的加重權值比例，蓋轄區越大、人口越多者，將有超過等比級數比例的財政需要)、維持現有公物或公營造物設施運作所需的經費、教育與社福所需經費之支出，並應給予適當反應該轄區人口與土地面積比例的建設經費，包含其基礎之公共建設或進行有地方特色文化的建設在內，中央在計算各直轄市及縣市之基準財政需要而決定統籌分款稅款分配時，即應透過上述之中央與地方分權爭議的常設性機構，以解決部分

之地方自治團體可能浮濫開列財政需要的支出，或者開列之後卻執行不力的問題。蓋目前台灣各地方自治團體支出中最大的三個項目就屬人事、教育與社福經費，惟維持既有之公物與公營造物設施的正常運轉亦屬重要，增加整體住民福祉的經濟或公共建設，亦屬地方繼續發展所需，自應作爲財政需要而予以滿足。

## 伍、結論：(暫略)

### 與談實錄

與談人：盛子龍副教授

很榮幸可以針對柯教授的大作擔任與談，柯教授非常認真且挑了一個很困難的題目，令人佩服，我個人通常針對租稅規避與地方自治、財政自主的議題，向來能閃則閃，因爲地方自治、財政自主的議題，涉及到憲法上成熟、具有憲法共識價值的法理不多，反倒是憲法政策考量的層面居多，這遠比寫法理上釋義學議題的難度高，本人收獲良多並嘗試從讀者角度來思考柯教授這篇文章，目的在提供意見交換及思考更開放，以下與談內容如有與柯教授論點不同處，不是對錯問題，係本人希望提供另外之思考空間而已。柯教授這篇文章，其主要建立在三個基本重點上：1.法理建構；2.找出問題；3.提供解決方案。而這三個重點或多或少是建立在有關德國聯邦與邦對權限劃分，以及財政高權上劃分處理上，作爲法理建構、找出問題及提供解決方案的基準。其中有一個法理上有趣的議題，德國是聯邦制國家，邦的地位是一個國家，至少是一個獨立政治實體，聯邦要把邦騙進來，加進來訂一個憲法，邦會要求有很多條件，安排好那些是憲法上專屬於邦的、那些是共同的，那些是立法事項、那些是剩餘權事項。當聯邦與邦在憲法協商過程中，邦的力量就劃分出來了，爲確保邦的權益不會被中央掌握大權後翻臉不認人，會想辦法在國會中用兩院制，由上議院(參議院)回覆的方式來建立自我防禦機制，德國基本法第28條才是在真正處理地方自治的問題，而不是德國基本法第105條，而德國基本法第28條是採取概括式自治保障，地方共同體有地方事務權限，與邦稅有不同的地方。而臺灣要來建構中央與地方財政高權劃分標準與法理的時候，首要釐清的是，要學德國聯邦與邦的劃分模式？還是學德國基本法第28條的模式？那就回到我國憲法的思考，文章中有提到，我國非聯邦制國家而是單一制國家，與德國基本法第28條概括式地方自治保障不同，我國的制度可稱之爲強化型地方自治保障，界於德國聯邦與邦權限保障模式及基本法第28條概括式保障模式間的中間類型，把很多地方自治權限用列舉式方式規定在憲法當中，拉高到憲

法的層次，有很大因素要參考制憲思想史，當年青年黨張君勱先生及各黨派擔心老蔣獨大，設立上特別重視地方權利，參考聯邦式設計且各部分接近聯邦強大保障模式來處理權限劃分問題的話，除了法理上不易釐清外，尚有大中國憲法的現實環境考量，因當時多省多縣市，如不能賦予地方自治保障，治理困難，走向中央集權統治的可能性很高，而目前中華民國在臺灣僅2000多萬人口，幾萬平方公里大小，尚不及大陸一個省的大小，在憲法趨勢思考，除比較法之憲法思想之外，應該要切合現實環境，再進行調適會比較好，所以要建構一套法理的困難度很高。柯教授文章中採取聯邦與邦的模型為主軸，來看臺灣有那些可能違憲、那些可以作修憲參考的，有些觀點我同意，有些我倒是有不同想法。首先，柯教授提到說建議採參議院設計，這個見解我持保留態度，目前一個國會就很煩了，再成立一個參議院的話，在民意上過關可能性不高，其次，因設置上下議院是聯邦制國家特色，我國為單一制國家，成立參議院，在比較憲法組織結構設計上，恐怕要說服大家接受的困難度很高。我認為比較簡單的做法是參考司法院大法官釋字第550號解釋所提到的，就全民健保制度涉及地方權限事項時，應建立事前政治協商機制，不過目前亦尚未看到已經建立，這應該先推動；其次，中央協商不成時，如果只是開開會吃吃便當後，就謝謝再聯絡的話，就無實益，從而協商機制重點在特殊配套措施。有無可能也就是未來與中央協商不成時，在修法時，於正式立法前針對預設性問題，請求大法官會議提供事先性、預防性違憲審查機制？避免一旦法律施行很多年後，大法官才基於法的安定性考量宣布違憲，譬如柯教授所提到的地方稅法規定，突然被大法官以侵害中央立法權宣布違憲，我相信大法官不敢這樣做，所以建立事先性、預防性違憲審查機制的迫切性比較具可行性。

另外柯教授所提到共收稅的作法，至少讓地方可以自給自足，再藉由統籌分配款機制微調，我就非常贊成，像小孩吵著要糖吃，無尊嚴何來自治？就像小孩子向母親要錢，只差沒跪下，那有什麼尊嚴？共分稅如採德國邦與聯邦制去區分，很大比例會落到邦身上，我國地方自治團體沒有邦與聯邦的問題，要多少才適當，可以再思考，不一定照德國制比例分配。

第三個問題是地方立法權問題，首先是，憲法上何謂地方稅，這個問題憲法本身未定義，財政收支劃分法上之地方稅有2種，1種是國定地方稅，以收益為考量；另1種是地方可以訂的地方稅。財政收支劃分法上之地方稅是否係指憲法上之地方稅，本身即要界定清楚並說服大法官，如果財政部說財政收支劃分法上係憲法之補充規範，主張要廢掉，那地方永遠拿不到立法權了，所以法理上的界定具困難度。另外是現實問題，談到土地增值稅，已施行數拾年，如果要重新立法，重新設立制度，是否對現行地方稅有幫助，我們常說給出去的租稅不容易收回來，地方上有一大堆名目的租稅減免，個人曾在地方政

府擔任訴願委員會委員，曾經審到某土地增值稅案子，主席直接暗示使用，當事人的系爭土地曾借給縣長當作競選總部，係無償供公眾使用，應該減免土地稅，已經是很明顯的暗示了，如果這樣將地方稅劃規地方政府，類似情形不知道地方首長跟議會議員有無Guts及肩膀阻擋政治壓力？我非常懷疑，反而共分稅制度比較簡單。此外，地方稅法通則提到時間限制過度，地方稅法通則規定「送請備查」，並未同時規定「始生效力」，所謂「備查」係事後報備，依地方制度法規定，係指事後監督，如果是指事後撤會的話，這個問題可以參考釋字第550號解釋意旨，具體個案可以藉由訴願及行政訴訟救濟來解決紛爭，不一定要透過釋憲。

## 討論與回應：

### 主席：蔡主任委員立文

接下來因時間關係，如果大家心中還有疑問未及提出發問，可以事後隨時與報告人及與談人聯繫，接下來就直接請報告人綜合回應。

### 報告人：柯格鐘副教授

盛老師一下子就點出我的要害，有些不是法理上問題，而是憲法上政策問題，也就是到底要採取比較分權的方式，還是採取比較集權的方式，縱使我國是採單一制的國家，但要不要讓地方分那麼多權力，完全是一種政治問題，就容我象牙塔內的學者保有想像空間，因為我也無法決定這些因素。盛教授提到釋字第550號解釋意旨，其實大法官某種程度顯出對中央政策的尊重。事前協商機制可以透過行政院院會，該會議請五都直轄市長列席，不過目前行政院院會在功能上應係聽聽地方首長的意見而已，其意見聽取程序仍非屬常設性機構，應該要讓地方有機會與地方能自行坐下來討論，例如本次舉辦北北中三都實務研討會一樣，可否類似這樣由北北中來發起制度性的地方參與及討論分權的機制，因為既然短期內不可能修憲，那財政收支劃分法就應該先修法讓地方有制度性的管道來參與並交換意見，通常只有常設性之機構才能透過制度性的參與來保障地方自治權。即使是單一制國家，也可以這樣作。我舉一個例子，1999年臺北市府法規委員會辦理研討會，留學日本的蔡秀卿教授曾提出日本在總理府下設有地方分權促進委員會的制度設計。我想這應該是相類似的概念，不管把它當成如德國聯邦參議院之立法機關或如日本的上開行政機關，依照個人的意見，我國應在行政院院會會議之外，設置有讓地方可以自行討論並參與中央決策的機制，所謂之行政院會仍非屬地方可制度性參與中央決策之常設性或制度性機構。儘管我相信，五都彼此間可能會有利益衝突，例如統籌分配稅款要如何分配是個大問題，但五都對於中

央有一個共同利益存在，亦即五都應該要向中央聯合爭取，讓地方首先對於中央獨攬之財政或稅收權限的分配有中央立法時常有所謂黨協商機制，我常常在國會圖書館的法律系統中看到某些法案之立法理由竟然直接寫依據黨團協商結論通過，我們作為局外人實在不知道到底這個法案到底為何修？黨團究竟協商了什麼東西？這中間，地方的參與機會與徵稅權限是否因此被犧牲了？所以，我完全贊同，確實如盛教授所說，這要不分權中，有很多政治層面，角力與鬥爭問題。實際上，五都比之前的一省二市，我自己認為，地方要與中央作政治角力與鬥爭是越來越不可能，也就是說來越沒有政治實力，跟中央要求制度性的參與決策機制。因為在臺灣未精省前，北高加上台灣省相對於中央是很強大的政治力量，只要當時的三個首長聯合起來跟中央要求制度性參與決策，比較容易達成目的。但當時已經與現在中央不同了，五都升格後，縱使五都佔了我國總人口的六成，但跟中央談時，中央可能仍會認為五都不代表全國，且這六成中並不是全部都贊成這樣分權，中央也大可利用一些利益作為誘餌，輕易打破五都這樣的聯合機制。但我想，政治問題的解決，總要有個起步，北北中如果加上南高，可以先撇掉自己所屬黨派的歧見，五都能串連起來向中央要求建立常設性的機制，不僅跟行政院，也包括向立法院要求，事前參與或事後同意的機制絕對是必要的。盛教授有提到請求大法提供事先性、預防性的違憲審查機制，我個人對於此看法是比較悲觀的，因為大法官目前已經審理案件量相當大，恐怕沒多餘時間處理這類具高度政治爭議問題，更何況大法官也不適合蹙太多政治上的渾水，這將損及其公信力與權威性。很多問題當然還有討論空間，包括盛教授跟我，我們學界的力量總是希望國家施政可以更貼近民意，而地方思惟更接近地方民意，財政收支劃分法卻對地方只分給總財源不到四成，中央還經常拿地方稅源開刀，所以我才會想以自己留學德國的經驗，報告一些東西提供給大家作意見參考。基於語言與時間限制，我無法及時將美國、日本或法國制度跟大家分享，尤其日本與法國也是個中央單一制國家，但地方自治應該還是作的不錯，可能有值得參考之處，不過囿於時間，在此僅能分享我相對比較熟悉的德國經驗，謝謝大家！

#### 主席：蔡主任委員立文

中央與地方權限劃分問題，個人是到訴願會來服務後，才感受更深刻，就如地方自治事務，其法令解釋權還是在中央一樣。今天第二場研討會就到此結束。謝謝大家的參與！

## 肆、研討議題3

### 當事人協力義務與稅捐稽徵機關 舉證責任之衡平

(本文尚未完稿，請勿引用)

劉建宏\*

#### 前言

- 壹、稅捐爭訟舉證責任概說
- 貳、當事人協力義務之意義及內涵
  - 一、當事人協力義務之意義
  - 二、當事人協力義務之內涵
  - 三、課予當事人協力義務之前提
- 參、當事人違反協力義務之效果
  - 一、當事人違反協力義務不生舉證責任之轉換
  - 二、稽徵機關調查義務之終了
- 肆、證明度降低
  - 一、證明度之意義
  - 二、實務上有關證明度降低之裁判舉隅
- 伍、結論

#### 前言

稅捐爭訟中，有關舉證責任分配之問題，向為爭訟勝負關鍵之所在。惟所謂「舉證責任」，其性質為何？應如何分配？又稽徵實務上，因有關課稅要件事實，多發生於納稅義務人所得支配之範圍，稅捐稽徵機關掌握困難，為貫徹公平合法課稅之目的，法律又課納稅義務人協力義務。所謂「協力義務」，其意義及內涵如何？當事人如未履行協力義務，應負擔何種不利益之結果？

\* 國立中正大學法律系副教授，德國佛萊堡(Freiburg)大學法學博士，臺中市政府訴願審議委員會，財政部訴願審議委員會。

本文擬針對上述問題，探討學說上相關見解，並分析我國司法實務上之見解，以供參考。

## 壹、稅捐爭訟舉證責任概說

稅捐爭訟為行政爭訟程序之一種，行政爭訟程序係採「職權調查原則」，行政訴訟法第125條第1項規定：「行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束」。故行政爭訟程序中，並無「主觀舉證責任」(subjektive Beweislast)分配之問題。惟在行政訴訟程序中，事實關係如經法院職權調查仍不明確，此一待證事實真偽不明之風險應由何人負擔，故仍存在所謂「客觀舉證責任」(objektive Beweislast)分配之問題<sup>8</sup>。

稅捐爭訟之客觀舉證責任應如何分配？我國學說及實務上多採所謂「規範要件分配說」，即：主張權利存在者，應就權利發生規範之構成要件存在，負舉證責任；否認權利存在者，應就權利消滅或其他障礙規範之構成要件存在，負舉證責任<sup>9</sup>。稅捐稽徵法第12條之1第2、3項規定：「稅捐稽徵機關認定課徵租稅之構成要件事實時，應以實質經濟事實關係及其所生實質經濟利益之歸屬與享有為依據。前項課徵租稅構成要件事實之認定，稅捐稽徵機關就其事實有舉證之責任」。依此，稽徵機關對於課徵租稅之構成要件事實存在，即應負客觀之舉證責任。反之，稽徵機關對於課徵租稅之構成要件事實存在，已經舉證證明之後，納稅義務人如否認該租稅債權時，應就權利消滅或其他障礙規範之構成要件存在，負舉證責任。

有關稅捐爭訟之客觀舉證責任應如何分配之問題，茲舉我國司法實務上之實際案例說明之。以最高行政法院100年度判字第694號判決<sup>10</sup>為例，最高行政法院謂：

按就課稅處分之要件事實而言，基於依法行政原則，為權利發生事實者，依民事訴訟法第277條及行政訴訟法第136條規定，有關營利事業所得加項之收入，雖應由稅捐稽徵機關負舉證責任；惟有關所得

<sup>8</sup> 參閱：黃士洲，課稅要件法定原則與舉證責任分配(上)，月旦法學教室，第84期，頁100，2009年10月。

<sup>9</sup> 參閱：黃士洲，課稅要件法定原則與舉證責任分配(上)，月旦法學教室，第84期，頁101，2009年10月。

<sup>10</sup> 本件案例事實略為：緣上訴人經營室內裝潢工程業務，民國95年度營利事業所得稅結算申報，原列報薪資支出及伙食費；被上訴人初查，以上訴人工程均為包工包料，且無法提示相關證明文件供核，乃全數剔除否准認列，並核定全年所得額，補徵應納稅額；上訴人對補徵稅款部分不服，循序提起本件行政訴訟。

計算基礎之減項，即「成本」與「費用」，則因屬於權利發生後之消滅事由，故有關成本及費用存在之事實，不論從上述證據掌控或利益歸屬之觀點，均應由主張扣抵之納稅義務人即上訴人負擔證明責任，故上訴人上開薪資及伙食費支出事實倘有不明，自應由上訴人負客觀舉證責任。如稅捐稽徵機關對課稅要件提出相當證明，已可使法院綜合所有證據而形成心證，即可認其已盡相當舉證責任，…上訴意旨以：依民事訴訟法第277條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」是以，就上訴人有關課稅要件事實，仍應由被上訴人負舉證責任，…原審竟執此率爾謂上訴人應負客觀舉證責任，其認事用法，當然違背法令云云，加以爭執，顯屬誤解原判決論述之意旨而無可取。

另以最高行政法院100年度判字第727號判決<sup>11</sup>為例，最高行政法院謂：

本案主要爭點涉及「商譽」之認列，然而所謂「商譽」，最簡單的觀點，即是企業完整買入(併購)另一家企業時，其支付價金數額與被買入企業在買入時點依市場評價而得之「公平價格」間之正差額。

在上開「商譽」實證特徵下，發生稅務爭訟時，其對應之規範安排：在「商譽」上開實證特徵基礎下，有關「商譽」有無及大小(即評價金額)在稅捐爭議上之此等規範事項，可以運用之以下簡單說理模型來解析。即 $X-Y=Z$ 其中：X代表併購所付之成本價格。Y則代表被併購公司各項資產之公平價格，Z則代表商譽。其中與X項目有關之待規範事項有二，分別為：其一在徵納雙方對此等待證事實如有爭議時，應由何方負舉證責任，證明X之存在及其金額大小。就此本院認為：商譽攤題為計算所得稅額之減項，故原則上應由納稅義務人負擔證明責

<sup>11</sup> 本件案例事實略為：上訴人(○○電信股份有限公司)民國92年度營利事業所得稅決算申報，列報各項耗竭及攤提新臺幣561,902,038元、前5年核定虧損本年度扣除額480,129,686元，經被上訴人分別核定245,187,914元及156,792,780元。上訴人不服，申請復查獲追認前5年核定虧損本年度扣除額4,519,637元，其餘復查駁回。上訴人仍表不服，提起訴願、行政訴訟，均遭駁回，遂提起本件上訴。上訴人起訴主張：原○○公司因合併產生之商譽6,017,568,372元，確為原○○公司原以出價取得○○國際電信股份有限公司後再因合併而產生者，符合營利事業所得稅查核準則第96條第3款之出價取得規定，原和信公司91年度申報之商譽攤銷數316,714,124元應准予認列。被上訴人(財政部臺北市國稅局)則以：本件上訴人未盡協力義務提供系爭證明文件供被上訴人查核，自無法證明系爭商譽符合稅法上商譽攤提之構成要件。基於租稅法律主義原則，參以改制前行政法院36年判字第16號判例：「當事人主張事實，須負舉證責任，倘其所提出之證據，不足為主張事實之證明，自不能認其主張之事實為真實。」從而被上訴人否准認列系爭各項耗竭及攤銷316,714,124元要無不合，上訴人再事爭執難謂有理由，原核定應予維持。



任。…在併購之情形，如果納稅義務人已為估價，但稅捐機關對之有爭議，認其數額偏低者，應由何人對金額之正確性負擔舉證責任。就此本院以為，Y為計算所得減項之減項，故應稅捐機關負擔舉證責任(換言之，當稅捐機關不能證明納稅義務人之估價偏低，即應以納稅義務人之估價為準)。就此被上訴人(財政部臺北市國稅局)雖謂：「從何人較接近證據方法，能以較低成本證明待證事實之角度言之，此等舉證責任應由納稅義務人負擔」云云。但查：依前所述，此等資產公平價值之證明介於客觀發現與主觀評價之間，有其證明上之難度，若稅捐機關對此視而不顧，納稅義務人將面臨怎樣證明都被挑剔之困境，因此此等情形不應容許舉證責任之轉換。是以此等情形，稅捐機關最多只能在職權調查過程中，要求納稅義務人履行協力義務，命其提出證據方法而已。

## 貳、當事人協力義務之意義及內涵

稽徵機關對於課徵租稅之構成要件事實存在，應負舉證責任，已如前述。惟「租稅稽徵程序，稅捐稽徵機關雖依職權調查原則而進行，惟有關課稅要件事實，多發生於納稅義務人所得支配之範圍，稅捐稽徵機關掌握困難，為貫徹公平合法課稅之目的，因而課納稅義務人…協力義務」<sup>12</sup>。稅捐稽徵法第12條之1第4項復規定：「納稅義務人依本法及稅法規定所負之協力義務，不因前項規定而免除」。

### 一、當事人協力義務之意義

稅法上所謂之當事人「協力義務」(Mitwirkungspflicht)，係指法律課予納稅義務人履行保持與提供課稅資料之義務，以便稽徵機關得以有效率的進行事後覆核。詳言之，納稅義務人就其掌控範圍領域內之課稅資訊，有彙整並提示予稽徵機關之義務，否則，課稅事實之闡明無法運作<sup>13</sup>。

應注意者，在課稅事實闡明之過程中，當事人之協力義務僅為職權調查之一環。履行協力義務與否之結果與課稅事實存在與否間之關聯性，仍由稽徵機關透過證據評價程序，負擔最後確定之責任。

<sup>12</sup> 大法官釋字第537號解釋參照。

<sup>13</sup> 黃士洲，徵納協同主義下稅捐調查與協力義務的交互影響關係，載：掌握稅務官司的關鍵—舉證責任實務案例分析，頁417，元照出版公司，2007年1月。

<sup>14</sup> 黃士洲，徵納協同主義下稅捐調查與協力義務的交互影響關係，載：掌握稅務官司的關鍵—舉證責任實務案例分析，頁417，元照出版公司，2007年1月。

此外，當事人之協力義務亦有其適用之範圍。我國實務上，最高行政法院100年度判字第751號判決<sup>15</sup>即有謂：「…納稅義務人之協力義務並不包括認定租稅主體之事實，稅捐稽徵機關仍應就此課稅處分之要件事實負舉證責任，上訴人(財政部臺灣省中區國稅局)以被上訴人未提供有關與○○互助會有關之成立章程等證據資料，有違協力義務，遽認被上訴人為本件納稅義務人，即有違舉證責任分配之原則。依實質課稅原則，本件被上訴人是否為系爭銷售行為之營業人，並不能僅以形式外觀之法律行為或關係為依據，而應探究其足以表徵納稅能力之經濟事實，亦即系爭銷售行為之實質上經濟利益之歸屬與享有究為被上訴人或包括「○○互助會」及其會員在內，實為本件補徵營業稅及處罰之調查重點等語，業已詳述其認定系爭營業為合夥組織且經約定由特定人執行合夥事務之依據，上訴意旨指稱本件有關投資買賣之實質業務，均由被上訴人掌握運作之事證至為明確，且互助會會員對於其名下究有多少塔位均不知情，亦未見過使用權證，足認被上訴人為實際營業人屬獨資營利事業云云，疏未注意系爭營業是否業經約定由特定人執行營業事務，自無足採。…」。

### 二、當事人協力義務之內涵

稅法上所謂之當事人協力義務，其內容包含下列類型<sup>16</sup>：

<sup>15</sup> 本件案例事實略為：上訴人(財政部臺灣省中區國稅局)接獲檢舉，查獲被上訴人未申請營業登記，即擅自於民國90年至91年間從事納骨塔買賣業務，逃漏營業稅，經審理違章屬實，除核定補徵營業稅外，並依加值型及非加值型營業稅法第51條第1款及稅捐稽徵法第44條規定擇一從重處罰，按所漏稅額處以3倍之罰鍰。被上訴人不服，申請復查，獲追減1倍之罰鍰。被上訴人仍表不服，提起訴願亦遭決定駁回，遂提起本件訴訟。被上訴人起訴主張：於89年間部分經營喪葬禮儀社之商號基於業務上之需要及資力問題，集資成立「○○互助會」，嗣因被上訴人略懂會計業務，因此「○○互助會」乃以被上訴人作為對外連絡窗口。又「○○互助會」成立後，於90年間與殯葬業者○○公司訂買賣納骨塔位使用契約，則本件之塔位買賣，實際買受人為「○○互助會」之各會員。本件「○○互助會」係會員之間互約出資，共同經營納骨塔買賣事業，核屬合夥性質而非營利事業。縱認「○○互助會」有銷售貨物之行為，亦應屬合夥團體，上訴人逕認該互助會為被上訴人一人經營之營利事業，於法不合。

<sup>16</sup> 參閱：葛克昌，協力義務與納稅人權益，月旦法學教室，第92期，頁57-58，2010

- 一、申報及報告義務。例如：所得稅法第71條第1項規定：「納稅義務人應於每年五月一日起至五月三十一日止，填具結算申報書，向該管稽徵機關，申報其上一年度內構成綜合所得總額或營利事業收入總額之項目及數額，以及有關減免、扣除之事實，並應依其全年應納稅額減除暫繳稅額、尚未抵繳之扣繳稅額及可扣抵稅額，計算其應納之結算稅額，於申報前自行繳納」。
- 二、說明及提示文件之義務。例如：稅捐稽徵法第30條第1項規定：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，要求提示有關文件，或通知納稅義務人，到達其辦公處所備詢，被調查者不得拒絕」。
- 三、製作帳簿及會計紀錄之義務。例如：所得稅法第21條第1項規定：「營利事業應保持足以正確計算其營利事業所得額之帳簿憑證及會計紀錄」。
- 四、忍受義務。例如，稅捐稽徵法第31條第1項規定：「稅捐稽徵機關對逃漏所得稅及營業稅涉有犯罪嫌疑之案件，得敘明事由，聲請當地司法機關簽發搜索票後，會同當地警察或自治人員，進入藏置帳簿、文件或證物之處所，實施搜查；搜查時非上述機關人員不得參與。經搜索獲得有關帳簿、文件或證物，統由參加搜查人員，會同攜回該管稽徵機關，依法處理」。對於稅捐稽徵機關之上述搜查、攜回之行爲，當事人即有忍受之義務。

### 三、課予當事人協力義務之前提

應注意者，所謂當事人之協力義務，雖有法律上之明文規定，然非謂稽徵機關得任意課予納稅義務人協力義務。稽徵機關課予納稅義務人協力義務之前，首應說明其何以命納稅義務人負擔協力義務之理由。

最高行政法院100年度判字第725號判決<sup>17</sup>即有謂：本案之關鍵為「上訴人國外總公司、含境內外所有分支部門營業收入在內之總營業收入有無短報」。但這樣的客觀事實，在有合格會計師出具認證之財務報告後，原則上應該可以被採信，畢竟會計師是有公信力之行業，

年6月。

<sup>17</sup> 本件案例事實略為：緣上訴人民國90年度營利事業所得稅結算申報，列報其他費用，被上訴人初查以其中分攤國外總公司管理費用，應按期末匯率計算，乃予以調減；嗣被上訴人以上訴人分攤總公司管理費用，核與行爲時營利事業所得稅查核準則第70條第1項及第2項規定不符，乃全數否准認列。上訴人不服，申請復查，未獲變更，提起訴願、行政訴訟，均遭駁回，遂提起本件上訴。

報告出具不實將會受到嚴厲之職業制裁，短報總營業收入之蓋然性並不高，所以法規僅要求以「國外總公司所在地合格會計師簽證、並經我國駐在地使領館或我國政府認許機構簽證，或外國稅務當局證明」之財務報告即可，並未進一步要求，報告內容之記載方式。如果被上訴人對此等符合形式要件之財務報告有所懷疑，打算不接受該財務報告，進行實質調查，而要求當事人履行協力義務，提供其他證據方法為調查時，首應說明其合理懷疑之理由，再說明其規範依據，方能為之。實則國內外之總分公司，其管理費之所以容許攤提，其道理正是因為在實證層面上的實質歸屬有困難，其證據方法之相關規定，一定程度上也是在減輕納稅義務人舉證上之困難。如果稅捐機關不打算遵守既有實證法對證據方法之安排，而思另尋調查方法，即要交待「形成懷疑」之具體事由，並說明其規範依據。

## 參、當事人違反協力義務之效果

稅法上當事人協力義務之內容，已如前述。當事人如違反前述協力義務時，發生如何之效力？以下分述之：

### 一、當事人違反協力義務不生舉證責任之轉換

當事人如違反協力義務，是否即發生舉證責任轉換之效果，將原本由稽徵機關負擔舉證責任之課徵租稅之構成要件事實存在之舉證責任，轉由納稅義務人負擔，即納稅義務人須負擔課徵租稅之構成要件事實不存在之舉證責任？關此，學說上採否定見解<sup>18</sup>，實務上亦同。

例如最高行政法院100年度判字第365號判決<sup>19</sup>有謂：「…一般而

<sup>18</sup> 參見：葛克昌，協力義務與納稅人權益，月旦法學教室，第92期，頁58，2010年6月；黃士洲，課稅要件法定原則與舉證責任分配(上)，月旦法學教室，第84期，頁102，2009年10月。

<sup>19</sup> 本件案例事實略為：上訴人經法務部調查局航業海員調查處查獲，其於民國90年1月1日至93年4月20日向○○實業有限公司進貨合計新臺幣50,331,076元，未依規定取得進項憑證；又於90年7月1日至92年5月20日未依聯合承攬合約約定比例開立統一發票予○○營造股份有限公司，漏報銷售額25,165,538元；另於90年8月21日至92年3月20日銷售貨物予○○公司，漏開統一發票並漏報銷售額25,165,538元，通報被上訴人查證屬實，初查以上訴人漏報銷售額核定補徵營業稅額2,516,554元(計算式：25,165,538元×5%+25,165,538元×5%)，並以其未依規定取得進項憑證及短漏報營業稅額處罰鍰計10,066,153元(計算式：未依規定取得進項憑證50,331,076元×5%+漏報銷售額之漏稅額1,258,277元×3倍+漏報銷售額之漏稅額1,258,277元×3倍)，上訴人不服，循序提起行政訴訟，經原審法院判決駁回後，提起上訴。

言，課稅資料通常係在納稅義務人的掌握或管理之中，因此由納稅義務人負擔主動申報課稅標準(稅基)與稅額金額之義務，較稅捐機關自行查核課稅更具經濟價值與便宜，故稅捐稽徵機關在核定稅額過程中，須納稅義務人協同辦理者所在多有，學理上稱為納稅義務人之協力義務，包括申報義務、記帳義務、提示文據義務等，納稅義務人違背上列義務，在行政實務上即產生受罰鍰或由稅捐稽徵機關片面核定等不利益之後果。故稽徵機關欲完全調查及取得相關資料，容有困難，是為貫徹課稅公平原則，自應認屬納稅義務人所得支配或掌握之課稅要件事實，納稅義務人應負有完全且真實陳述之協力義務，如納稅義務人違反該義務，自得減輕稅捐稽徵機關之舉證責任。因此，稅捐稽徵機關對課稅要件提出相當證明，已可使法院綜合所有證據而形成心證，即可認其已盡相當舉證責任，亦即納稅義務人未盡稅捐協力義務，為減輕稅捐稽徵機關之舉證責任，並非舉證責任轉換之問題。…」。

此外，最高行政法院98年度判字第824號判決<sup>20</sup>亦有謂：「按『本法稱贈與，指財產所有人以自己之財產無償給予他人，經他人允受而生效力之行為。』行為時遺產及贈與稅法第4條第2項定有明文，依此規定，核課贈與稅必須當事人間有財產移轉及贈與人與受贈人有無償贈與之意思合致，而此客觀舉證責任皆應由稅捐稽徵機關負擔，不得以贈與人與受贈人負有協力義務，而將客觀舉證責任轉換給納稅義務人。…」。

## 二、稽徵機關調查義務之終了

行政程序法第36條規定：「行政機關應依職權調查證據，不受當

<sup>20</sup> 本件案例事實略為：再審原告於民國87年起陸續購買○○商業銀行無記名可轉讓定期存單，到期由其子林○洋無償兌領本金及利息後，或存入其一銀帳戶或轉購同銀行附買回票券(以下簡稱R/P)或轉購復華商業銀行有限公司NCD。林○洋嗣於88年1月26日、2月22日及4月2日自其前開帳戶分別轉帳新臺幣15,000,000元、50,000,000元及35,000,000元合計100,000,000元存入林○政同銀行000-00-000000帳戶；另林○洋轉購復華銀行5筆NCD金額合計85,000,000元於88年11月5日到期，分別由林○彥兌領50,000,000元及林○政兌領35,000,000元，經再審被告(財政部臺灣省中區國稅局)查獲涉有贈與情事，乃核定再審原告88年度本次贈與185,000,000元，加計前次核定贈與242,978,338元，核定88年度贈與總額427,978,338元，應納稅額92,500,000元，並處罰92,500,000元。再審原告不服，遂循序提起本件行政訴訟，經原審法院96年4月18日以96年度訴字第65號判決駁回其訴，再審原告向本院提起上訴，仍遭本院以96年度判字第1270號判決駁回其上訴確定在案。再審原告猶未甘服，提起本件再審之訴。

事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意」。稽徵機關對於課徵租稅之構成要件事實存在，既應負舉證責任，自應本於職權調查事實及證據。惟稅法上既課予納稅義務人協力義務，如其違反，拒絕說明或拒絕提示帳簿、會計紀錄等文件時，稽徵機關得停止職權調查，斟酌現有之調查事實及證據結果，做成決定。

應注意者，當事人違反協力義務，僅係稽徵機關停止職權調查的要件之一，並非其必然之結果。詳言之，如當事人違反協力義務，惟調查仍為可能時，稽徵機關仍應職權調查，不得停止。必也當事人違反協力義務，導致職權調查困難，或者需費過鉅，始能停止職權調查，斟酌現有之調查事實及證據結果，做成決定<sup>21</sup>。

有關稽徵機關(在審判中指行政法院)因當事人違反協力義務而不再依職權調查證據之案例，我國司法實務上有最高行政法院100年度判字第675號判決<sup>22</sup>可供參考。最高行政法院有謂：

於財富不斷流動之實證特徵，當有財富自特定自然人流向第三人時，稅捐機關有權要求該財富流出人或受領人履行協力義務，說明原因關係，…鑒於「財富與主體之關連性已初步建立」之外觀事實，應得初步證實「財富領受者原來之領受目的已有改變，該流出之財富成為財富流出者對財富流入者之贈與」等待證事實，…上訴人首先有必要履行協力義務，而就「周○○在周○○亡故前數日2次提領現金」之原因事實為適當及合理之說明。但上訴人顯然未盡其應盡之協力義務，合理說明現金移轉予周○○之原因關係，從而被上訴人(財政部臺北市國稅局)及原審法院基於常態下之日常經驗法則，論證「上開現金移轉為贈與」，其事實認定即無違誤可言。…上訴人主張清償周○○生前之債務，而且所有債務都是在周文宗亡故之日前，短短5到7日清償完畢。…上訴意旨復謂：「原判決否認上訴人所提出證據之證明力，本身卻未對上訴人主張債務之真實性及資金來源為職權調查，違反職權調查結果義務」云云，但查本案乃是上訴人未能履行合理之協力義務，對91年1月6日至13日間之短短數日，該2,000萬元之現金去向及原因事實沒有合理之說明及有效之舉證，至於相隔多年前舊債務之有無及其資金來源，調查困難，且對本案事實之釐清並無太大

<sup>21</sup> 葛克昌，協力義務與納稅人權益，月旦法學教室，第92期，頁58，2010年6月。

<sup>22</sup> 本件案例事實略為：被繼承人之配偶於93年1月13日死亡，上訴人辦理遺產稅申報，經被上訴人查獲涉有漏報存款、應收出售股票款及死亡前2年內贈與等之情形，經核定遺產總額、遺產淨額、應納稅額，並按所漏稅額課處1倍之罰鍰。上訴人就遺產總額(土地、死亡前2年內贈與財產)、遺產扣除額(農業用地、應納未納稅捐)及罰鍰部分不服，申經復查結果，獲准追減。上訴人仍不服，提起訴願、行政訴訟，均遭駁回，遂提起本件上訴。

助益，其成本高，效益低，原審法院未予調查，亦難指為違反職權調查義務。

## 肆、證明度降低

當事人違反協力義務，最主要之效力，為證明度降低<sup>23</sup>。換言之，稽徵機關對於課徵租稅之構成要件事實存在所負擔之舉證責任，其程度下降。

### 一、證明度之意義

所謂「證明度」(Beweismaß)，係指法官對於待證事實，經審酌訴訟資料後，所形成認為該待證事實為真實之最低心證度要求<sup>24</sup>。自由心證主義最常為人所詬病者，即為形成心證之標準不明確。為能使法官形成心證之標準臻於明確，故有劃定形成心證最低標準之必要。證明度包含主觀之要素，即法官之確信(Überzeugung)；亦包含客觀之要素，即事實之真相(Wahrheit)。法官在審理個別之爭訟事件時，應在涵攝過程之中，判斷調查證據所形成之認知狀態(Kenntnisstand)，對於待證事實是否達到「真實之確信」(die Wahrheitsüberzeugung)的最低標準，俾判斷待證事實之真偽<sup>25</sup>。

基於法安定性及平等性之要求，對於證明度，即法官對於待證事實，經審酌訴訟資料後，所形成認為該待證事實為真實之最低心證度要求，應有統一之標準。至於該統一標準之內容，德國現今實務上通說見解採所謂「真實之確信說」(Wahrheitsüberzeugungstheorie)。德國聯邦最高法院認為：審判上對於證明度之要求，必須法官對待證事實之真實性有完全之確信。此種確信並非已排除所有懷疑之絕對信實，而是日常生活中所需之信實程度<sup>26</sup>。德國學說上則輔以「蓋然性確信說」(Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie)<sup>27</sup>，並賦予法官證明度客觀

<sup>23</sup> 葛克昌，協力義務與納稅人權益，月旦法學教室，第92期，頁59，2010年6月；吳東都，行政訴訟之當事人協力義務，月旦法學雜誌，第77期，頁60，2001年10月。

<sup>24</sup> 有關證明度之問題，民事訴訟法學者已有研究。上述證明度定義之相關論述，詳閱：姜世明，證明度之研究，政大法學評論，第98期，頁310-312，2007年8月。

<sup>25</sup> Dawin, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: September 2003, S. 108, Rn. 38.

<sup>26</sup> 姜世明，證明度之研究，政大法學評論，第98期，頁356，2007年8月。

<sup>27</sup> 所謂「蓋然性確信說」，即認為：所有證明均屬蓋然性證明，所謂證明，僅為求得蓋然性之確信而已，並非對於真實有所確信。詳閱：姜世明，證明度之研究，政大

之數值。按所謂證明度，即法官認為真實之主觀標準，應有「非常高之蓋然性」(eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit)，或有所謂「臨界於確信之蓋然性」(mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)。如以客觀之數值而言，應已達到90%之蓋然性確信<sup>28</sup>。

當事人違反協力義務，最主要之效力，為證明度降低。在此情形，法官對待證事實(即課徵租稅之構成要件事實存在)之真實性毋需達到完全確信之程度，即法官認為真實之主觀標準，毋需有「非常高之蓋然性」或「臨界於確信之蓋然性」(90%之蓋然性確信)，僅需有「高蓋然性」(eine hohe Wahrscheinlichkeit)，即大於75%以上之蓋然性確信，甚至「優越蓋然性」(überwiegende Wahrscheinlichkeit)，即大於50%以上之蓋然性確信即可<sup>29</sup>。當事人違法協力義務之程度愈嚴重，法官對於待證事實(即課徵租稅之構成要件事實存在)真實性之認定標準愈低。惟無論如何，不得低於「優越蓋然性」之標準，即50%之數值。否則，即未達「證明度」之最低內涵(法官對待證事實之真實性須有確信)。

### 二、實務上有關證明度降低之裁判舉隅

有關稽徵機關對於課徵租稅之構成要件事實存在所負擔舉證責任，因當事人違反協力義務而降低，我國司法實務上有下列案例可供參考。

前述最高行政法院100年度判字第675號判決中，最高行政法院有謂：

於財富不斷流動之實證特徵，當有財富自特定自然人流向第三人時，稅捐機關有權要求該財富流出人或受領人履行協力義務，說明原因關係，此時：如果該財富流動之私法上原因事實，無法被合理說明，該財富流向之原因關係為「無償贈與」可能性即大幅度升高，而被認為有贈與事實存在。因為當收入流出者或流入者不能對財富流向原因為合理之說明及舉證時，顯然與人類關心自身資源多寡的「理性」與「自利」心理機制不符，惟一合理之推測即是，其有隱匿原因事實之誘因存在，而對稅捐機關隱匿資訊之唯一可能原因當然是為避免稅捐債務被發現，因此贈與待證事實之真實性可以完全獲得確認，而難以想像有其他足以動搖上開心證之有利反證存在。

如果財富流出者及流入者能向稅捐機關清楚說明其私法上原因事

法學評論，第98期，頁348-350，2007年8月。

<sup>28</sup> 姜世明，證明度之研究，政大法學評論，第98期，頁357-358，2007年8月。

<sup>29</sup> 有關各種蓋然性確信之數值，詳閱：姜世明，證明度之研究，政大法學評論，第98期，頁359-360，2007年8月。

實，此等原因事實不外3大類，其一為有償終局移轉或清償債務，其二為無償終局移轉，其三則為供擔保或受託管理或處分該收入。若屬第1、3類者，不生課徵贈與稅之問題。若屬第2類者，則可認定有贈與事實存在。但在上述第3類之情形，財富之領受者尚需對該等財富之最終處理結果予以適當證明。如果其無法證明，鑒於「財富與主體之關連性已初步建立」之外觀事實，應得初步證實「財富領受者原來之領受目的已有改變，該流出之財富成為財富流出者對財富流入者之贈與」等待證事實，只不過仍容許財富流出者與財富流入者舉出「反證」，使上開待證事實之真實性重新處於「真偽不明」之情況。依循上開判斷體系架構，上訴人首先有必要履行協力義務，而就「周○○在周○○亡故前數日2次提領現金」之原因事實為適當及合理之說明。但上訴人顯然未盡其應盡之協力義務，合理說明現金移轉予周游淑英之原因關係，從而被上訴人(財政部臺北市國稅局)及原審法院基於常態下之日常經驗法則，論證「上開現金移轉為贈與」，其事實認定即無違誤可言。上開存款之現領，距離周文宗之亡故時間極短(不到7日)，又是以現金方式提領，資金去向難以追查。上訴人主張清償周○○生前之債務，而且所有債務都是在周文宗亡故之日前，短短5到7日清償完畢。而這些債務，或者沒有書面憑證(只能憑證人來證明，而主要證人又與上訴人或訴訟選定人間為極其密切之親屬，例如周○○之女婿或女兒周○○，其等證明力不足)，或者積欠多年，多年來都沒有清償或支付利息之事實，突然在周文宗亡故前數日才清償，有違日常經驗法則。而上訴人在原審所提出之書面證據，因為都是親屬間所制作，實質證明力不足。而整個債務從成立到清償完畢之前後軌跡無從查考，在時間相隔甚久之情況下，就算該等舊債(例如對游吉盛在80年或82年間之債務)為真正，是否至今仍然存在，是否確有以上開現金清償，均無從查考。另外若上訴人主張該等現金用於清償債務，則領取現金者如何處置上開領得之現金，也未見上訴人提出任何可供事後追查之跡證為證，難以取信於人。

此外，前述最高行政法院98年度判字第824號判決亦可參考。最高行政法院謂：

核課贈與稅必須當事人之間有財產移轉及贈與人與受贈人有無償贈與之意思合致，而此客觀舉證責任皆應由稅捐稽徵機關負擔，不得以贈與人與受贈人負有協力義務，而將客觀舉證責任轉換給納稅義務人。惟父母將現款存入子女銀行帳戶或以子女名義兌領NCD，因現款或無記名之NCD屬於高流通之貨幣或證券，一經移轉通常即生所有權之異動，尤其在父母與子女情形下依社會經驗極可能出於贈與法律關係，故稽徵機關證明有此移轉情形之事實，已足使法院對贈與事實形

成相當之證明力，如當事人能提出例外情況(再審原告稱為非典型之情況)經法院調查，此時法院得本於辯論結果所得之心證，對證據之證明力加以判斷，決定例外情況是否足以降低法院對贈與事實之證明力而否定有贈與事實。

經查占有為一種法律事實，其型態不限於直接占有，尚包含間接占有或占有改定，本件系爭款項輾轉存入再審原告2子林○政、林○彥銀行帳戶或由2人兌領NCD後再購買NCD，雖仍由再審原告持有銀行存款簿、印鑑或NCD，然仍屬再審原告為其2子間接占有之型態，應認已移轉占有。次查意思表示不限於明示，默示或事實之實現亦屬意思表示之方式，如由事實之實現，已足以認定行為人之意思表示業已合致，契約仍屬成立。本件再審原告雖提出許多證人的證詞及證物，顯示各該行庫帳號係再審原告以林○政、林○彥名義開立，而將存摺、印鑑皆由再審原告自行保管，但再審被告查獲系爭資金由再審原告先轉入林○洋中間人帳戶，嗣後再由其帳戶轉存林○政帳戶，或由林○洋購買銀行NCD到期由林○彥等2人蓋章兌領後存入渠等2人帳戶且續存中，相關利息由給付人銀行以該2人為所得人辦理扣繳，稅後利息轉入渠等2人帳戶，所孳生之利息，渠等於辦理綜合所得稅時列入申報或於事後經核定為渠等2人利息所得，有渠等2人88年及89年度綜合所得稅各類所得資料清單可稽，此為原確定判決認定之事實，且為再審原告所不爭執，由上開林○政、林○彥2人已取得系爭款項之利息並加以申報，以及本案被查獲時系爭款項仍以2人名義占有等事實，可認林○政、林○彥2人因取得上述利息而行使因贈與而取得之系爭款項，對贈與事實已實現，依上開說明，已足認再審原告與其2子間贈與之意思表示已合致，再審原告所提出所謂非典型之情況，尚不足減低法院對推定贈與事實之證明力，無從為有利再審原告之認定。

## 伍、結論

稅捐爭訟中，稽徵機關、訴願審議機關及行政法院均應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束。故無「主觀舉證責任」分配之問題，惟事實關係如經行政機關或法院職權調查仍不明確，此一待證事實真偽不明之風險應由何人負擔？故仍存在所謂「客觀舉證責任」分配之問題。

稅捐爭訟之客觀舉證責任應如何分配？我國學說及實務上多採所謂「規範要件分配說」，即：主張權利存在者，應就權利發生規範之

構成要件存在，負舉證責任；否認權利存在者，應就權利消滅或其他障礙規範之構成要件存在，負舉證責任。依稅捐稽徵法第12條之1第2、3項之規定，有關課徵租稅構成要件事實之認定，稅捐稽徵機關就其事實有舉證之責任。依此，稽徵機關對於課徵租稅之構成要件事實存在，即應負客觀之舉證責任。

惟有關課稅要件事實，多發生於納稅義務人所得支配之範圍，稅捐稽徵機關掌握困難，為貫徹公平合法課稅之目的，法律上又課納稅義務人就其掌控範圍領域內之課稅資訊，有彙整並提示予稽徵機關之義務協力義務。

當事人如違反協力義務時，並不發生舉證責任轉換之效果，僅減輕稽徵機關之舉證責任。當事人違反協力義務，如導致職權調查困難，或者需費過鉅，稽徵機關、訴願審議機關或行政法院得停止職權調查，斟酌現有之調查事實及證據結果，做成決定。

當事人違反協力義務，最主要之效力，為證明度降低。即：稽徵機關對於課徵租稅之構成要件事實存在所負擔之舉證責任，其程度下降。此際，法官對待證事實(即課徵租稅之構成要件事實存在)之真實性毋需達到完全確信之程度，即法官認為真實之主觀標準，毋需有「非常高之蓋然性」或「臨界於確信之蓋然性」(90%之蓋然性確信)，僅需有「高蓋然性」，即大於75%以上之蓋然性確信，甚至「優越蓋然性」，即大於50%以上之蓋然性確信即可。當事人違法協力義務之程度愈嚴重，法官對於待證事實(即課徵租稅之構成要件事實存在)真實性之認定標準愈低。惟無論如何，不得低於「優越蓋然性」之標準，即50%之數值。

## 與談實錄

### 主持人：林月棗 / 臺中市政府法制局局長

我們謝謝劉教授精彩的報告，對於本場次的議題——「當事人協力義務與稅務機關舉證責任之衡平」提出如此精闢的見解。整篇文章對於有關協力義務的規定、違反的效果，以及稅務機關的舉證責任等部分都提出非常明確的判斷標準。

我們現在是不是將時間交給黃教授，請黃教授對於剛剛的報告提出他的看法。

### 與談人：黃啓禎 / 東海大學法律學系副教授

謝謝主持人還有主辦單位的邀請，各位先進早安！

很榮幸能夠來參加本場次的研討會，對於劉教授這篇大作，誠如各位剛剛看到的、聽到的，非常清楚傳達他所要表達的見解。在我們訴訟實務中，舉證責任的分配是相當重要的事，它足以影響判決的勝負。因此，今天這個題目實在是點出我們行政訴訟實務重點中的重點。

首先，我們看到劉教授這篇文章從法制面及實務面作了十分完整的整理，先從法規要件之分配，接著違反協力義務的效果為何？並且舉出幾個最近行政法院的判決作為他整篇文章的佐證。讓我們更清楚的了解他所要表達的理念。我個人認為這是一篇相當好的文章，對我個人來說也是種良好的學習。同時對於我國學界在這方面的討論更是很好的補充。

為什麼這麼說呢？因為前些時候我的1位研究生在課堂之後跟我說，他來學習法律發現，不論民法、行政法，都是先假定所有的事證都是明確的，以此前提來分析並教導及學習法律問題。事實是沒有疑義，證據是沒有疑義的。可是出了校門之後發現，反而最大的問題在這個地方。而更重要的是它關係到判決的勝敗。然而，奇怪的是最重要反而學校沒有教！

這篇文章不僅引述多位學者的理論，可以發現我國這幾年來行政法學在這方面的成長，將實務上重要的法律原則轉化成判決，我相信對於學習法律而言，不論是否為本科系學生都是很大的幫助。剛剛我提到本場次的題目和文章都相當具有學術上的價值，實在值得我們給予肯定。

不過，今天一開始感覺上像是在開訴願會，尤其主持人也是我們臺中市政府訴願審議委員會主席，而報告人劉教授也是我們訴願委員會的委員，劉教授他住的最遠，卻每次都沒有遲到，同時出席率又高，比我們在地的委員還認真。

這篇文章誠如之前提到的，他把行政法上最重要的稅法案件及證據法舉證責任的分配融合在有限的篇幅中，將理論與實務說明的十分清楚，所以我覺得這篇文章實在值得一看。就結構來說，文章結構從題目重點的論述及實務判決的整理，還有理論的說明，並且結合實務判決的佐證，結構上相當的周密。

在文章中提到違反協力義務的法律效果是證明度的降低。我們看到文章中有關協力義務的內涵這個標題，在文章第5頁「二、當事人協力義務之內涵」，其中「三、製作帳簿及會計紀錄之義務」。當事

人的協力義務就是提供本項帳簿及會計紀錄。在這裡因為行政法本身有許多跨領域的情形，像會計、簿記等就屬於法律人較為陌生的項目。就帳簿而言，它應該不是一提出就沒有責任，還要符合會計準則的要求，並且符合一定的要件。還有什麼叫帳簿有一定的要件，它不能只是流水帳，如果不符合會計的要求及一定的要件，那就無法免除其責任。因此，我覺得這個部分我們劉教授可以再補充說明。這是我們法律人在處理相關案件比較不足之處，這部分我們留待提問時間讓大家討論。

另外我提出一點意見給我們劉教授作參考，在文章第10頁第1段，這裡提到幾個概念「非常高的蓋然性」或「臨界於確信之蓋然性」、「高蓋然性」還有「優越蓋然性」等等，按照這個順序由上而下來看，最低標準就是「優越蓋然性」，往上是「高蓋然性」、接著是「非常高的蓋然性」或「臨界於確信之蓋然性」。我個人是認為如果沒有就這3個概念連結起來看，我個人會認為是否將「優越蓋然性」改為「過半蓋然性」會比較清楚，只要50+1就可以。這點意見提供劉教授參考。

最後在結論那一段中，劉教授將前面論述的重點再重新加以整理，並且作了清楚的歸納，我覺得在這短短的篇幅中，能夠完整的傳達他的理念實在不簡單。因此，我認為這是一篇值得推薦的好文章，以上是我個人的看法，謝謝！

## 討論與回應

### 主持人：林月棗 / 臺中市政府法制局局長

謝謝黃教授的評論，現在我們是不是開放給各位先進提問題，雖然時間上已經快要到了。看各位先進有沒有要就教於2位教授。

很顯然大家希望能準時結束！

那麼最後是不是劉教授對於黃教授剛剛的評論作一些回應。

### 報告人：劉建宏 / 國立中正大學法律學系副教授

好！主持人、黃教授、各位先進，看看時間，我想大概各位的精神已達耗弱階段，所以沒甚麼問題。那我就針對黃教授的指正來作一下回應。

我想黃教授說的很對，在文字上由於原文翻譯上個人用字不同，顯然會有些差異，他的意思是說對於確信度重一點就算是，但是因為

學界中已經有人使用如此的翻譯，所以就順著用，沒去改它。我本來是想翻成「優勢蓋然性」，但是在證據法則中有所謂「優勢證據理論」，這就像民事訴訟中法官認為兩造都是在胡扯，但是其中1人講的比較好，因此產生較高的證明力，這在民事訴訟是可以這樣說，但是在行政訴訟怕它與「優勢證據理論」搞混了，所以才沿用前人的概念。我想黃教授剛剛的意見比較能夠明確表達其真意。

另外就是我們法律人討論問題都是設定事實十分明確為前提，再來討論法律問題。但是實務上往往不是如此，常常是兩邊各說各話，彼此互相矛盾。所以在訴訟上舉證責任反而是最重要的一環。在行政訴訟上，假設以行政罰的角度來看，證明行為人違規應該是行政機關應負嚴格舉證責任，但是在實務上的操作往往會有權宜措施，不要求行政機關盡到嚴格的舉證責任。但這其實是錯誤的。

比方說我舉個和稅務案件無關的例子。像開車闖紅燈，當事人發誓絕對沒有，法官要相信誰？於是傳喚警員來作證，問一下前因後果，然後在判決書中提到員警與當事人素不相識，應該不會構陷當事人，所以就採信員警的說法，產生對當事人違法的確信。那我問法官如果在民事爭訟中陳述，因為我與對造素不相識，應該不會構陷對造，但法官說這不一樣，如果是如此，我不會相信你的說法。因為這已經嚴重違背正義。

我認為舉證責任在訴訟上是重點，它往往是影響訴訟勝敗的關鍵，這也是對我們程序權的一種保障，謝謝！

### 主持人：林月棗 / 臺中市政府法制局局長

謝謝！我們在這邊特別感謝劉教授與黃教授，更感謝各位先進的參與，今天的研討會就到這裡告一段落，謝謝各位。

# 「100年直轄市法制及行政救濟業務研討會」 議程

時間：100年8月11日、12日(星期四、五)

地點：臺北市議會9樓會議廳(臺北市信義區仁愛路4段507號)

100年8月11日(星期四)	
時間	議程
08:40~09:10	報到
【貴賓致詞】 09:10~09:30	臺北市政府 副市長 陳雄文 臺北市議會副議長 周柏雅
【專題演講】 09:30~10:20	從行政到司法、公益到私權－談訴願制度功能的再定位 主講人 蘇永欽 (司法院副院長、中華民國憲法學會常務理事)
10:20~10:30	休息
【第1場】 10:30~12:00	環境法上之管制工具與保護規範-以環境標準為例 主持人 蔡立文(臺北市政府訴願審議委員會主任委員)(5分鐘)
	報告人 傅玲靜(中原大學財經法律學系副教授)(40分鐘)
	與談人 張文郁(臺北大學法律學系副教授)(20分鐘)
	回應與討論 (25分鐘)
12:00~13:30	午餐
【第2場】 13:30~15:00	稅捐稽徵法第28條第2項之退稅案件適用稅務協商之探討 主持人 謝志明(臺南市政府法制處處長)(5分鐘)
	報告人 黃俊杰(中正大學財經法律學系教授)(40分鐘)
	與談人 盛子龍(中正大學財經法律學系副教授)(20分鐘)
	回應與討論 (25分鐘)
15:00~15:15	茶敘
15:15~15:40	臺北市立交響樂團四重奏演奏
【第3場】 15:40~17:10	訴願決定與訴訟判決對原處分機關拘束力之比較-兼評法務部98年4月15日法律字第0980003338號函 主持人 林月棗(臺中市政府法制局局長)(5分鐘)
	報告人 黃啓禎(東海大學法律學系副教授)(40分鐘)
	與談人 林昱梅(中興大學法律學系副教授)(20分鐘)
	回應與討論 (25分鐘)
散會	

100年8月12日(星期五)	
時間	議程
09:00~09:30	報到
【專題演講】 09:30~10:10	地方自治團體之組織自主權 主講人 黃錦堂 (臺灣大學政治學系教授、中華民國憲法學會理事)
	10:10~10:20
【第1場】 10:20~12:10	擺盪於中央一條鞭與地方分權治理之間？ －從保障地方自治之角度論地方自治團體之釋憲聲請 主持人 葉慶元(臺北市府法規委員會主任委員)(5分鐘)
	報告人 吳秦雲(政治大學法律學系助理教授)(35分鐘)
	與談人 陳慈陽(臺北大學法律學系教授)(15分鐘) 張淑芬(常在國際法律事務所顧問)(15分鐘)
	回應與討論 (40分鐘)
12:10~13:10	午餐
【第2場】 13:10~15:00	地方自治團體首長之人事任免權探討 －以直轄市政府教育機關軍訓主任任免案為題 主持人 許銘春(高雄市政府法制局局長)(5分鐘)
	報告人 簡玉聰(高雄大學財經法律學系助理教授)(35分鐘)
	與談人 王毓正(成功大學法律學系副教授)(15分鐘) 陳心弘(臺北高等行政法院法官)(15分鐘)
	回應與討論 (40分鐘)
15:00~15:20	茶敘
【第3場】 15:20~17:10	自治法規整合與過渡條款的規定 主持人 邱惠美(新北市政府法制局局長)(5分鐘)
	報告人 胡博硯(東吳大學法律學系助理教授)(35分鐘)
	與談人 黃錦堂(臺灣大學政治學系教授)(15分鐘) 蔡進良(耀南法律事務所律師)(15分鐘)
	回應與討論 (40分鐘)
閉幕	

主辦單位：臺北市議會、臺北市府訴願審議委員會、臺北市府法規委員會  
 協辦單位：新北市政府法制局、臺中市政府法制局、臺南市政府法制處、高雄市政府法制局、臺北市府文化局、臺北市立交響樂團、中華民國憲法學會



## 壹、貴賓致詞：略

## 貳、專題演講1：

### 從行政到司法、公益到私權 —談訴願制度功能的再定位

蘇永欽 (2011.08.11)

主持人葉主任委員慶元、臺北市政府蔡主任委員立文、五都的相關首長、主管、學者專家及各位貴賓先進，大家早安！非常榮幸參與本次研討會，本是要探討行政救濟制度，從理論到實務與學者專家一起交流，對我也是很好的學習，剛才主持人介紹時的一番美言提到民法、憲法，就是沒有提到行政法，其實這正是我最弱的一項。雖然過去曾參與若干機關的訴願工作，在短期行政機關任公職期間，也辦理過訴願、當過被告，所以也不是全然無知，但仍想提出一些思考，勉強因應地寫了這份講稿，定名為「從行政到司法、公益到私權—談訴願制度功能的再定位」。這個想法是希望自較宏觀的憲法角度來重新思考，在當前社會的重大變遷下，現行制度是否可以作出相應的調整，供各位參考。我們很快地來談幾個東西，訴願制度的背景，包括基本的文化、法制的背景、憲法的定位，目前我們看已經發揮多少功能。民國87年大幅修法，將訴願制度帶到新的方向，從今天民國100年的角度，我們這個制度也差不多100年，從分權的角度再來思考，以及行政體系、行政權本身的改變、政府組織的再造、多元化的行政體系，行政程序走向民眾參與等，這些行政本身的改變對訴願制度之衝擊與挑戰，我們有什麼樣的制度選擇，作一比較宏觀的思考。

各位都知道訴願制度與行政訴訟制度差不多同時存在，從清末到今日有100年的歷史，正式的建制當然是比較慢，從北洋政府的訴願條例到民國22年國民政府正式建制的訴願法。如果說這個制度有什麼文化因素或條件來支撐，大概與中國幾千年的國家治理，民眾對於受不好的待遇會跳級到中央或上級長官去訴苦，即當時的「京控」制度，法制史上有不少相關研究，這樣的官民關係可以認為是今天請願、訴願制度共同的文化背景。但就制度面來講，從清末到民初的訴願建制，可以明顯的看到外國法制的借鑑及移植的痕跡，基本上就是把它和行政訴訟制度連結在一起，作為行政訴訟程序的前置。我國的法制是全面的受到陸歐法系的影響，行政救濟的組織設計也是如此，以歐陸為師，會理所當然的有訴願作為行政訴訟前置的背景，可以看到比較法上的因素存在。所以100年的訴願制度的基本框架並未改變，即與行政訴訟連結，並以行政處分的撤銷為中心的前置程序來與撤銷訴訟來接軌。訴願程序多出來的部分就是妥當性的審查，民國87

年大修後，行政訴訟關於確認處分無效及一般給付請求部分是與訴願脫勾的，但基本的主幹仍是連結在一起，這是基本框架，即便到了現在仍是如此。法國的行政爭訟制在基本上就是如此，其訴願程序前置於以國事院為最終審的一個行政訴訟體系。德國也一樣，德國稱之為異議制度，異議制度是在它的行政法院法裡規定的，而不規定在獨立的單行法規，而在行政訴訟法裡建構一個簡便的異議程序作為前置。跟法國制度一樣的是，異議向原處分機關提出，原處分機關維持時，可以把異議書送到上級機關受理。日本的行政爭訟制度則有些改變，但大體結構是一樣的，是向處分機關的上級機關申請審查，不服決定時，在少數情況可以再審查，或向統一的地方裁判所提起訴訟，基本上結構都是類似的制度，可以看到我國訴願法制的制度來源。但憲法第16條規定非常簡略，人民有三種程序基本權：請願、訴願及訴訟，並沒有去談它們之間的關係。所以僅僅從憲法規定的形式觀察，訴願、訴訟及請願間是沒有主從關係、前後關係或伴生關係，就實際定法的設計也把這三種程序在各個方面設計不同環節的差異出來，我們做一個簡單的比較。在應用的主體上，請願最寬，訴訟最窄；在訴願基本法上，行政處分的上級機關為受理訴願機關；就成員來講，同樣這裡法定法官、法庭合議制或獨任法官。訴願的組織有些轉變，現在是規定要有半數以上的外聘人士，基本上是強調法制專長為原則；在主要的程序給付，在請願可能是很實、也可能很虛的一個答復，訴訟必須有一定效力，非常清楚效力的裁判，訴願也是個一定效力的決定。又程序的標的，在請願是非常寬鬆的，排除掉爭議以外所有的一些事項；訴願比訴訟要寬一點，就是在於具體事件的合法性或妥當性的爭議。就發動的要件來看，大概現在的訴願與訴訟設計是類似的，都是一種主觀的程序，行政訴訟基本上強調要有訴訟的利益，請願並不需要是當事人或利害關係人，可以一般民眾請願，涉及公共政策。規範的密度也有一些差異，這是我們在制度上看到回應憲法三種程序基本權，所設計出三種不太相同功能的權利。近代法制上設計的訴願權，與大陸法系幾個具代表性國家非常類似，具兩個最重要的功能，第一就是行政內控、減少疏失，使得愈來愈龐大的科層化行政體系，可以透過內省的、內控的機制使其不至於失控；另一方面又銜接著審判體系，減輕審判的負擔，避免全部湧向法院造成審判或案件的爆炸。案件爆炸這個名詞從英文翻譯過來，曾經是法社會學熱烈討論的話題，出現在許多的國家。訴願有這兩方面重要的功能，我們從實際實務上來看，這兩個功能到現在可以說發揮得淋漓盡致，用統計數字可以看的出來，這些功能的顯著。以最近十年找到的統計來看，地方行政機關約有七、八千件收案，中央機關約有二、三萬件，辦結數都在八成以上。後來提起行政訴訟的案件，中央機關約有五千多件，地方機關約八、九百件，中央與地方的訴願業務在統計上比較，似乎地方還略

勝一籌，但這可能是非戰之罪，因為中央所處理的訴願案件性質通常比較複雜的。這裡是一個簡單的數字，收案的數、辦結件數及提起行政訴訟之件數，它的過濾功能是非常強大的，排除一些行政上的疏失，其顯示出撤銷的比例相當的高，地方的數與中央的件數不遑多讓，如以高等行政法院新收案件數字來看，有這樣的一個趨勢。適才是提到中央與地方的比較，一個是提起訴訟的比率即折服率，中央約是百分之二十六；另一個是撤銷的比率即維持率，地方都略勝一籌。

訴願制度的前景與可資討論的地方，87年的修正絕對是個新的里程碑，大幅提高制度的密度，但真正的重點不在此，而是該次修改總的來講傾向司法權的設計，更趨於準司法化。除了量的增加外，在質的方面則是內省、內控與疏減訟源的功能。包括外部人員增加以強化其獨立性、程序的形式化與規格化，近似於司法權，而非行政權強調效率與速度的行使，其整體的走向即在作為疏減訟源的一個準司法權模式甚為強烈，其快速自我反省及強化上級監督功能，反映在結構上的改變。此外，訴願作為行政訴訟的前置程序，理論上兩者應是互為消長的，從人民權益的保護來講，訴願制度的發展對於人民權益的保障應是更為強化的。但任何程序另一個追求的程序經濟，即更有效的完成程序的給付，就必須考慮此彼此消長的關係。過去行政訴訟僅有一個審級，訴願制度便承擔著類似初審的功能，而必須作更多準司法權的規劃。此觀以往行政部門的法制能力不足，所以透過上級機關聚合一些具法制專長之人來作合法性的管制，可以理解訴願制度正是反映該等的需求，一是行政體系的需要，因為法制能力的不足；另一是司法體系的需要，即審級的不足。但是在訴訟部門的救濟體系愈來愈完整，行政體系的發展是否即要走向省略一途。參考德國與法國制度很明顯，就是如此，以德國來講採三級二審制，其前階段的異議程序相當簡式的，法國也是一樣。奧地利則是一個審級，所以其訴願程序變成一個重心，承擔過去訴願制度所具有的雙重功能。我們現在看到的不大，但少數案件則對於人民及被告機造成很大的負擔，常常問題沒有真正的贏家，而沒有回應到兩者相互消長的關係的設置。吳庚最大法官書中也提到訴願與行政訴訟法在行政體系的架構上原是適宜的，但結果卻忽略兩者互為消長的配套。早期行政院設計的訴願制度維持兩層的訴願層級，然犧牲行政的效率。值得思考的是，有無可能重新思考回到憲法第16條較為簡明的三種程序架構，將彼此間具有之不可替代性予以強化、降低重疊性。又如行政訴訟裁判費的引進，具有的抑制案件過度成長的功能，更重要的是在凸顯訴願與行政訴訟制度的差異。又裁判費的性質為使用者付費的一種規費，即是一種以主觀權利保護為重心的程序，而訴願之所以不收取規費是因為其重心母寧更偏在客觀秩序的維護。應思考者，此等凸顯兩者制度差異的設

計是否可以增加，藉以更加凸顯其不可替代性。

行政救濟是憲法分權制度最重要的體現，因分權的理念採相互制衡理論或功能最適理論而有差異，內閣制國家較強調功能最適理論，總統制國家則較強調相互制衡的理論。由於不同的分權理念，其所設計的行政救濟制度亦不相同。在強調人權的歐陸法系國家，以法國為例，其將行政的自我反省的機制設在行政權體的國事院，故其行政救濟制度即完全停留在行政的自我反省，訴願則是在此等行政自省的過程中最後一個篩濾的環節；美國採取三權相互制衡的制度，司法權的角色是制衡行政權及立法權，故其無需設計一個特別的行政法院或前置程序與行政權互相尊重，而是直接由司法權一視同仁的予以審查；法國式行政救濟制度加以修正，即司法體系中獨立於普通法院的行政訴訟制度，脫離行政權之範圍，故其行政自省的設計採取較為簡便快速的異議程序。與臺灣行政救濟制度最接近的仍是德國，即司法權底下的行政法院與行政權內容的訴願。從比較法的觀點，應加以思考行政救濟制度會發展到何種境界。

大法官幾個解釋訴願制度本質的解釋，已可看出大法官由憲法第16條規定強調訴願制度的本質仍在行政機關自我省察與自我控制。若朝此等方向發展，前置型的訴願制度並非唯一可採的設計。回到憲法第16條文義與背景，訴願是三種獨立程序的一種，其訴願制度的設計係獨立型的訴願，與前置型訴願不同的是，訴願可以自由選擇而非強制適用。再前置型訴願以合法性審查為主；獨立型訴願則需視有無行政訴訟而採取妥當性的審查。又若訴訟制度已趨健全下，前置型訴願在訴願與行政訴訟間之消長關係上，應是走向統一、快速、簡化的程序；在獨立型訴願則可能視機關特性而定。從而，對於行政自我內省制度應是走向客觀的程序，而不是如同訴訟制度的主觀程序。我國訴願法原本就保留了相當多的客觀性，希冀透過個案來改善行政的體制，若未來憲法第16條規定新的訴願制度？另外，發生於行政體系或可回變化的，如行政多元化最典型的獨立管制機關，其訴願管轄問題與訴願前置設計格格不入，以其專業特性仍循傳統訴願程序救濟，似有矛盾；又行政程序法在行政體系愈趨標準化與民眾參與，此等發展亦導致前置型的訴願制度變得不合適，如行政程序法第109條即明。最近行政訴訟法草案將交通事件的訴願程序從前置於行政體系移至司法體系，如此安排實蘊含重大意義，即反映出人民是在行使其主觀權利的救濟。

訴願為憲法第16條保障的基本權，對應於現代多元、多變的社會，正需要有更多元、多軌的訴願程序，以滿足不同的程序利益，若能從功能最適與分權制衡角度適當設計，可以是一項進步又符合台灣需要的制度。

## 參、研討議題1

### 環境法上之管制工具與保護規範 —以環境標準為例

傅玲靜\*

一、問題意識 (一)由實務案例出發—以噪音管制法為例 (二)本文研究架構	(二)管制工具與預防原則之關係 (三)預防原則與保護規範之判斷
二、環境法上之管制工具—以德國法為例 (一)德國法制概述 (二)計畫性工具 (三)直接與間接之行為調控工具 (四)資訊性工具	四、環境標準作為管制工具之思考 (一)環境標準之意義及功能 (二)環境標準之法律性質與效力 (三)環境標準之類型 (四)小結
三、預防原則與保護規範之檢視 (一)環境法上之預防原則	五、代結論—我國實務見解之檢討 (一)逐步建立解釋保護規範的標準 (二)建議理由說明論證應更加精確

## 一、問題意識

### (一)由實務案例出發—以噪音管制法為例

#### 1、台北高等行政法院93年度訴字第2306號判決、最高行政法院96年度判字第515號判決

原告以台北縣板橋市(現新北市板橋區)浮州橋引道上設置隔音

\* 中原大學財經法律系專任副教授；慕尼黑大學法學博士。感謝與談人台北大學法律系張文郁副教授於本文宣讀時提供寶貴的指正意見，然文中仍有疏漏，由作者自負文責。

\*\* 本文為國科會補助研究計畫(NSC 98-2410-H-033-024-)之部分研究成果。

牆，影響其住家視線、採光及通風，導致生活品質受損為由，請求被告台北縣板橋市公所拆除大觀路上某段之隔音牆，為被告拒絕。原告提起訴願，台北縣訴願審議委員會以(行為時)噪音管制法<sup>1</sup>第10條及同法施行細則第10條之規定，並未賦予人民撤銷相關防制措施之請求權，因此設置隔音牆之行為並未侵害原告(即訴願人)任何權利或法律上之利益，而作成訴願不受理之決定。嗣後原告向台北高等行政法院提起撤銷訴訟(撤銷原處分及訴願決定)及一般給付之訴(請求拆除隔音牆)，台北高等行政法院93年度訴字第2306號判決則作成原告之訴一部有理由、一部無理由之判決。有理由的部分，除涉及設置及拆除隔音牆之主管機關爭議外，本文所關注者，為台北高等行政法院於本件判決中，認為原告主張住處採光、通風等居環境之舒適要求，已因系爭隔音牆之設置有所妨礙，則其權利或法律上利益遭受原處分侵害，自應許原告請求改變原來所為之設置處分，訴願決定以原告無請求之權利而不受理，此部分違法應予撤銷。至於一般給付訴訟部分，台北高等行政法院則以被告並非隔音牆設置准駁之主管機關為由，駁回原告之訴。

本件原告對於撤銷訴訟勝訴之部分未上訴，對於拆除隔音牆之一般給付訴訟敗訴部分提起上訴。最高行政法院96年度判字第515號判決，則認為上訴無理由。於判決中，最高行政法院補充說明因被上訴人(即原審被告)對於系爭隔音牆既無設置權限，上訴人對被上訴人即無公法上之原因，請求被上訴人拆除系爭隔音牆此一事實行為之權利。

於本件爭議中，最高行政法院並未明言修正前噪音管制條例第10條及同法施行細則第10條規定主管機關對於交通噪音應採取適當防制措施之規定，是否為保護規範，進而賦予特定人民一定之請求權。最高行政法院僅以上訴人與被上訴人間並無一定事實上給付之公法上原因，作為駁回上訴之依據。至於台北高等行政法院雖肯認人民有改變隔音牆設置之請求權，以保障其居住環境之舒適，但判決中卻未明確

<sup>1</sup> 噪音管制法於民國(下同)97年12月3日全文修正公布，同法施行細則由行政院環境保護署於99年3月11日全文修正發布。

<sup>2</sup> 修正前噪音管制法第10條：「道路、鐵路、航空及其他交通噪音，由主管機關會同各該主管機關採取適當措施防制之。」

<sup>3</sup> 修正前噪音管制法施行細則第10條：「本法第十條所稱道路、鐵路、航空及其他交通噪音，由主管機關會同各該主管機關採取適當措施防制之，係指交通噪音經住戶請求改善，並經地方主管機關監測，超過環境音量標準者，通知各該目的事業主管機關，依本細則規定採取適當防制措施。前項環境音量標準，由中央主管機關定之。」

論證請求權所根源之法令依據。雖然對於保護規範及請求權基礎的論述略嫌不足，但是至少台北高等行政法院於本件判決中，已肯定噪音管制法令的相關規範，除課予行政機關應採取一定防制措施、訂定環境音量標準之義務外，亦賦予人民為維護其居住環境品質而享有一定之請求權。

## 2、台北高等行政法院97年度訴更一字第43號判決、最高行政法院99年度裁字第2658號裁定

原告居住於台北市某建物2樓，以其住家1樓販賣豬肉的商家使用剝肉器械及設施產生聲音侵擾，向台北市政府請求撤銷1樓攤位之營利執照、私設電表、管線，並拆除宰殺機械設備，並分別經台北市政府都市發展局及環境保護局(下稱環保局)回函處理。以下僅就原告對於台北市政府環保局函復處理不服而提起救濟的部分，進行說明。

台北市政府環保局以原告居住地為第3類噪音管制區，經調查後認為原告指稱之聲音產生源音量，並未超過該類管制區之噪音管制標準，函覆原告無法源依據強制拆除1樓攤商之管線。原告不服提起訴願，台北市政府訴願審議委員會則以相關函覆係告知訴願人(即原審原告)陳情事件之處理情形，內容僅為事實之敘述及所涉管轄權法令規定之說明，並非行政處分，作成訴願不受理之決定。原告不服，向台北高等行政法院提起訴訟，法院亦與訴願決定採同一見解，認為原告對於相關請求事項並無公法上請求權，系爭函覆則非行政處分，即依行政訴訟法第107條第1項第10款後段訴訟不備其他要件為由，裁定駁回訴訟(參見台北高等行政法院95年度訴字第2355號裁定)。然本裁定被最高行政法院廢棄，理由則為原告如無公法上之請求權，涉及訴訟是否欠缺關於訴訟標的法律關係之要件，並非欠缺訴訟合法要件，須審酌當事人實體上法律關係始能判斷，為訴訟有無理由之問題，應以判決駁回訴訟(參見最高行政法院97年度裁字第2148號裁定)。關於本件爭議，至此行政法院對於原告是否有公法上之請求權此實體問題，並未表示意見。

台北高等行政法院就本件爭議更為審理後，則以97年度訴更一字第43號判決以原告之訴無理由，判決駁回原告之訴。本判決在詳細的事實整理之後，仍略以「噪音管制法第2條、第6條第4款、第7條、第14條、第15條、噪音管制標準第3條、第6條等規定，並非為保障特定人而設之規定，職是，原告請求被告對第三人之電力管線、電力開關、冷凍櫃壓縮機、鼓風機、消防管、私設電錶、冷凍櫃水錶、電力管線、冷凍櫃壓縮機、冷凍櫃水錶、鼓風機、消防管等發聲音源器械

等拆除，尚乏公法上請求權之依據」等短短數語<sup>4</sup>，認定原告無公法上之請求權，此見解為最高行政法院99年度裁字第2658號裁定予以維持。

因此對於修正前噪音管制法及同法施行細則中，營業場所超過管制標準的聲音，妨害他人生活環境安寧，而應予以裁罰之規定，以及直轄市、縣(市)主管機關劃定各類噪音管制區並公告實施之規定，於本件爭訟中，台北高等行政法院及最高行政法院皆認為非保護規範，未賦予特定人民一定之請求權。

## 3、台北市政府100年3月24日府訴字第09903986700號、府訴字第10000349100號訴願決定

饒富趣味的是，台北市政府訴願審議委員會(下稱北市訴願會)於100年3月24日同時對於噪音管制之案件，作成二個見解不全然一致的訴願決定。在府訴字第09903986700號訴願決定中，北市環保局稽查大隊基於民眾檢舉噪音污染進行處理，音量量測結果未逾噪音管制標準，北市環保局稽查大隊將此結果函覆通知檢舉之民眾，民眾對此不服提起訴願。訴願決定認為該函覆僅係環保局稽查大隊就訴願人之陳情，說明相關法規規定及其辦理情形，性質上僅為觀念通知，而非行政處分，即以訴願不合法而作成訴願不受理之決定。但在府訴字第10000349100號訴願決定中，同樣因民眾檢舉噪音污染案件而經量測未逾噪音管制標準的情形，北市訴願會最後雖然是以原處分機關管轄錯誤違法，撤銷原處分，並未作成實體決定，但是在理由書中已明確指出「噪音管制法係為維護國民健康及環境安寧，提高國民生活品質而制定，……此所謂『國民健康』就噪音防制而言，非僅針對抽象、不特定之公眾，而是針對直接蒙受噪音侵擾之受害人民；而噪音管制標準之訂定，基本上係以對人體健康影響之大小為主要考量因素。噪音音量測量時間及地點，係以陳情人指定之時刻及其指定居住生活之

<sup>4</sup> 相關條文，相當於修正後現行噪音管制法第2條、第8條第4款、第9條、第22條、第24條、及噪音管制標準第5條、第9條之規定。

<sup>5</sup> 本件訴願標的，同樣為北市環保局稽查大隊以自己名義對於民眾陳情噪音污染進行處理之函覆，北市訴願會卻認為該函覆不具有行政處分之性質，因此即不再就北市環保局稽查大隊逕以自己名義發函是否違反行政處分管轄權，進行討論。

<sup>6</sup> 本件訴願標的，為北市環保局稽查大隊對於民眾陳情噪音污染進行處理之函覆，北市訴願會認為原處分機關應為北市環保局，而非逕以北市環保局稽查大隊之名義發函，而認為原處分違法。因此北市訴願會係在肯定該函覆之性質為行政處分的前提下，認定原處分有管轄權錯誤之違法，進而作成本件訴願決定。

室內地點測量。故噪音管制法除為保護一般大眾免受噪音侵害之公共利益外，並兼有防止個人免受噪音侵害，保護個人權益之規範意旨。」因此，同樣對於北市環保局稽查大隊對於民眾檢舉噪音污染事件所為之函覆，北市訴願會一方面認為該函覆僅為觀念通知，非行政處分，卻又於另一個案中認為該函具有行政處分之性質，具有對於人民請求所為准駁之規制效力。

對照前述(一)、(二)中所述行政法院的見解，即可看出目前至少於噪音管制事件中，應如何運用保護規範理論，解釋立法者所為防制噪音之相關規範是否賦予人民一定之權利，以及主管機關對於噪音污染事件之檢舉所為之函覆，是否發生對於人民請求事項產生准駁之效力，而具有行政處分之性質，實務見解莫衷一是。因此，人民是否依據環境管制相關規範而享有一定受保障之權利，即有探究之必要。

## (二) 本文研究架構

前述噪音管制法相關案例中所突顯的問題，主要在於主管機關基於噪音管制法之授權規定，發布環境音量標準<sup>7</sup>及噪音管制標準<sup>8</sup>，而管制標準中相關管制規定，除課予受管制之相對人一定作為、不作為或容忍之義務外，對於第三人(特別是鄰人)而言，是否為保護規範的爭議。因國內法學文獻中，對於管制標準較欠缺深入的研究，因此本文主要以德國法制作為研究的基準，並以比較法的角度，反思我國實務之見解。

本文在思考的脈絡上，主要涉及二大問題：相關管制標準的特性及屬於環境法上何種管制工具，以及管制標準與環境法最重要的預防原則間彼此的關係。因此在研究架構上，首先介紹環境法上較常見的管制工具種類(本文二之部分)，次介紹德國實務上預防原則與保護規範相關見解的演變(本文三之部分)，以了解管制工具與預防原則的關係。之後，並以德國法上所謂「環境標準」(Umweltstandard)為例，進一步探究環境標準作為一種環境管制工具與預防原則的關係，並探討是否具有保護規範的性質(本文四部分)。最後即以相關說明為基礎，檢視我國實務見解以代結論(本文五之部分)。

<sup>7</sup> 環境音量標準於民國85年1月31日由行政院環境保護署(下稱環保署)依據當時噪音管制法施行細則第10條第2項之規定訂定，管制之對象為道路、鐵路、航空及其他交通噪音。民國99年1月21日，由行政院環保署及交通部依修正後噪音管制法第15條第3項之授權規定，共同發布環境音量標準修正條文。

<sup>8</sup> 噪音管制標準於民國81年6月29日由行政院環保署依據當時噪音管制法第7條第2項之授權規定訂定，管制對象為噪音管制區內工廠(場)、娛樂場所、營業場所、營建工程、擴音設施或其他經主管機關公告之場所、工程及設施所產生之噪音。

## 二、環境法上之管制工具—以德國法為例

### (一) 德國法制概述

以永續發展為理念而開展的環境法，傳統上以警察秩序法及競爭管制法的架構為基礎<sup>9</sup>，於相關法令中，制定與立法目的、基本原則、採取措施、違法制裁、執行組織、進程序及權利救濟等各面向的規定，強制規範人類的行為，以達到環境保護的目的<sup>10</sup>。然而在現代社會中，面對日新月異的科技發展及經濟型態，不論立於以人本(anthropozentrisch)或生態(ökologisch)為中心的思考，立法者還可能利用其他種種不同的方式，如間接的行為誘導或經濟補助、甚或計畫性的資源分配，以達到同樣環境保護及永續發展的目的，因而使得環境法上的管制規範方式更具有多元性。

對於環境法上立法者所採取多元的工具(Instrument)<sup>11</sup>，或稱為措施(Maßnahme)<sup>12</sup>，依不同的角度及標準，而有不同的分類類型<sup>13</sup>。學者Kloepfer教授於環境法(Umweltrecht)一書中，將立法者於環境法制上所採取之規範工具，以對於受管制之相對人所產生的效果為標準，分為計畫性工具(Planungsinstrumente)、直接的行為調控工具(Instrumente direkter Verhaltenssteuerung)、間接的行為調控工具(Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung)、資訊性工具(Informationelle Instrumente)、企業組織工具(Betriebsorganisatorische Instrumente)、合作性工具(Kooperative Instrumente)、私法的工具(Privatrechtliche Instrumente)、刑法及秩序法的制裁(Straf- und ordnungswidrigkeitenrech

<sup>9</sup> Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., § 5, Rn. 2; Breuer, in: Schmidt- Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2008, 5. Kap., Rn.57.

<sup>10</sup> Storm, Umweltrecht, 8. Aufl., 2006, § 2, S.23-24.

<sup>11</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5 „Instrumente des Umweltrechts“, Rn.1 ff.; Breuer, in: Schmidt- Aßmann/Schoch (Hrsg.), a.a.O.(Fn.9), 5. Kap., III. „Die Instrumente des staatlichen Umweltschutzes“, Rn.57 ff.; Schmidt/Kahl, Umweltrecht, 7. Aufl., 2006, § 1 V. „Instrumente des Umweltrechts“, Rn.23 ff.

<sup>12</sup> Storm, a.a.O.(Fn.10), § § 10-14, S.65 ff.

<sup>13</sup> 例如依法規範之形式，區分為法律、法規命令、自治規章、行政處分、行政契約，甚為私法等，參見Storm, a.a.O.(Fn.10), § § 10, S.65-66。此分類僅以立法者採取之規範形式作為分類，未涉及實質內涵，對於了解環境法制，並無較大的實益。此外，Storm書中亦將管制措施大別為干涉(eingreifend)、誘導(leistend)及計畫(planend)等性質不同的措施，而與常見的分類較類似；參見Storm, a.a.O.(Fn.10), § § 11-14, S.71 ff。

tliche Sanktionen)等<sup>14</sup>。以下僅就與本文相關，且為國內目前行政法學界討論較相關之類型，即計畫性、直接行為調控、間接行為調控與資訊性等管制工具，進行概略介紹。

## (二) 計畫性工具

所謂計畫，為取向於未來的預先規劃，因此環境法上的計畫性工具，主要即為環境計畫(Umweltplanung)。透過環境計畫的法制化，不僅將政府政策中所擬定的環境方針(Umweltprogramm)予以具體化，另一方面亦可將環境衝突的複雜成因、問題、環境公益與其他利益之協調，在特定目的之引導下，預先系統性地予以規劃，而非至環境危害已發生時，始予以事後制裁<sup>15</sup>。德國法制中環境計畫的形式，分為與特定環境保護有關的部門計畫(umweltschutzspezifische Fachplanung)，以及與空間有關的總體計畫(raumbezogene Gesamtplanung)<sup>16</sup>。前者，係指個別部門法令中以保護環境為主要目的之特定計畫，而其他利益須於擬定計畫之利益衡量過程中併予考量<sup>17</sup>，例如德國聯邦公害防制法(BImSchG)第44條為監控空氣品質而劃定監測區域(Untersuchungsgebiet)，同法第47d條擬定噪音管制行動計畫(Lärmaktionsplan)，德國水資源法(WHG)<sup>18</sup>第51條劃定水資源保護區(Wasserschutzgebiet)等。

<sup>14</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5, Rn.6; 採較類似分類者，參見Schmidt/Kahl, a.a.O.(Fn.11), § 1, Rn.23 ff.。

<sup>15</sup> Schmidt/Kahl, a.a.O.(Fn.11), § 1, Rn.24; Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5, Rn.19 ff.

<sup>16</sup> 我國學者將此二者稱為專業性計畫及綜合性(整體性)計畫；參見陳慈陽，環境法總論，第2版，2003，275-276頁。

<sup>17</sup> 須與之區別者，為具有環境重要性之部門計畫(umweltrelevante Fachplanung)，於該計畫中，環境保護並非中最重要之考量，而是於實現該計畫的過程中，應考量環境保護之公益，例如各種建設開發之計畫即屬之。文中所稱與特定環境保護有關的部門計畫，稱為狹義之環境計畫，而具有環境重要性之部門計畫，則屬於廣義之環境計畫；參見Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5, Rn.21; Erbguth/Schlacke, Umweltrecht, 1. Aufl., 2005, § 5, Rn.17.

<sup>18</sup> Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.9.2002 (BGBl. I, S.3830), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 1.3.2011 (BGBl. I S. 282).

<sup>19</sup> Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) vom 31.7.2009 (BGBl. I, S.2585), geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 11.8.2010 (BGBl. I, S.1163).

至於環境計畫中與空間有關之總體計畫，在德國法制則主要規範於國土規劃法(ROG)<sup>20</sup>及建設法(BauGB)<sup>21</sup>中，並且在立法上有五個計畫階層：歐洲聯盟中之國土規劃、德國之國土規劃、各邦之國土規劃、區域計畫、地方自治團體之建設指導計畫<sup>22</sup>。前述之部門環境計畫限定於部門法特定目的之實現，在空間規劃上亦須考量特定部門法制之特性，然而不同的部門計畫則須在空間總體計畫的引導下彼此互相配合，亦即空間總體計畫為對於整體區域的完整規劃，是一種上位、跨區域及跨部門的連結計畫，具有整合的功能(Integrationsfunktion)<sup>23</sup>，因此空間總體計畫在環境保護的功能上更具有重要性。

## (三) 直接與間接之行為調控工具

直接之行為調控工具，包括行政管制工具、法令強制規定及個人環境義務等<sup>24</sup>。行政管制工具，例如法規課予人民報備或登記之義務、規定人民為特定行為前應取得主管機關核發之許可或特許、行政機關依法得對於人民之行為進行監控等，係行政機關於法令之授權下，針對個別情形所為之管制行為。而法令之強制規定，不論為命令或禁止規定，亦不論為法律或法規命令的形式，主要係立法者認為特定行為將對環境造成重大影響，須一致地予以管制，不宜交由行政機關依個別情形作成裁量決定而有不同的處理<sup>25</sup>。至於個人之環境義務，則是與前述行政管制或法令規範之工具配合，進而導出人民負有實質上維護環境、不得破壞環境之義務，對於土地或水源等保育及維持之義務，或於接受國家監控時程序上負有報備、登記、協力或容忍等義務<sup>26</sup>。總之，直接行為調控工具之特性，為強制人民應為一定之作為、不作為或容忍，如有違反，其行為違法，並產生一定之法律制裁效果。因此，直接之行為調控工具即係藉由傳統干涉行政的模式，使人民遵從公權力行為，進而達到環境保護之目的。

反之，間接之行為調控工具則不採命令或禁制之方式，而是以間

<sup>20</sup> Raumordnungsgesetz vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I, S.2986), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 31.7.2009 (BGBl. I, S.2585)

<sup>21</sup> Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.9.2004 (BGBl. I, S.2414), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 12.4.2011 (BGBl. I, S.619).

<sup>22</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 10, Rn.2.

<sup>23</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 10, Rn.23; Schmidt/Kahl, a.a.O.(Fn.11), § 1, Rn.26.

<sup>24</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5, Rn.36.

<sup>25</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5, Rn.138-140.

<sup>26</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5, Rn.141-143.

接影響人民行為及動機的方式，誘導人民從事國家認為有益於環境保護之行為，例如行政機關提出警告、建議或意見、提供人民環境資訊、與人民進行協商、提供人民補助、甚或企業自我管制等。間接之行為調控工具，主要包含了三種類型：經濟工具、資訊工具及組織工具<sup>27</sup>。經濟工具，係提供人民經濟上之誘因，以達到保護環境的預期效果。資訊工具，則為確保國家與人民間與環境有關資訊之流通。組織工具，則為企業內部組織的調整及自我管控。人民如不遵從間接行為調控工具之規範，僅其行為不符合國家的期待，但並不一定違法，亦不一定產生法律上制裁之效果。

因間接行為調控工具因缺乏強制性，有時內容未臻明確，在立法的設計上不能完全取代直接的行為調控工具，然二者相輔相成。具有強制性及制裁性的直接行為調控工具，有助於達到環境保護的最低要求(Umweltschutzminimum)，而間接行為調控工具則有助於環境保護的最佳要求(Umweltschutzoptimum)<sup>28</sup>。此外，直接與間接之行為調控工具亦非截然劃分的，例如間接的誘導工具往往已發生直接的行為管制效果，而直接的管制手段也往往運用不具強制性的協商與建議方式，而使得環境法上的管制工具更顯多元及彈性。

#### (四) 資訊性工具

環境法制中的資訊工具，主要分為規範國家及人民二個面向。為使行政機關於執行環境法令的過程中，可以取得必要之環境資訊，以作為最後決定之依據，即於各別法令中課予人民報備、登記、協力等義務，以達到國家獲取環境資訊的目的。此外，環境統計資訊法(UStatG)<sup>29</sup>則依不同的領域(如廢棄物清理、水資源管理)，更規定行政機關、行政機構、企業、工廠，甚或第三人有提供資訊之義務，以便調查相關環境資訊，供國家擬定必要的環境政策。

此外，人民對於環境資訊的需求也日益提昇。首先，此有助於人民了解消費及經濟活動中相關產品對於環境造成的影響，促進市場交易的透明(Markttransparenz)<sup>30</sup>。立法者利用警告、建議或意見，誘導人民從事對環境友善的經濟活動，亦可訂頒環境標章(Umweltzeichen)<sup>31</sup>之

<sup>27</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5, Rn.166-168.

<sup>28</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5, Rn.175.

<sup>29</sup> Umweltstatistikgesetz vom 16.8.2005 (BGBl. I, S.2446), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 11.8.2009 (BGBl. I, S.2723).

<sup>30</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5, Rn.382.

<sup>31</sup> 例如德國的藍天使(Blauer Engel)即為著名的環境標章；Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 5,

標準，誘使人民購買對環境友善的經濟產品。而更重要的，則為人民獲取環境資訊，以知悉國家公權力行使及作成決定過程中所考量的因素，以保障自身權益。最重要的資訊管制工具，即為制定環境資訊法(UIG)<sup>32</sup>，一方面賦予人民對於環境資訊之請求權，更課予公部門公布環境資訊之義務，藉此使民眾有充分管道獲悉環境資訊，強化行政行為的透明度，使負有較嚴格環境保護要求的公權力行為較易被接受，而使保障人民及環境的行政行為較易於執行，並普遍提升民眾環境保護之意識，進而有助於環境保護<sup>33</sup>。

### 三、預防原則與保護規範之檢視

#### (一) 環境法上之預防原則

##### 1、內涵

不論立法者所採取的管制工具為何，環境法規的制定仍須遵循一定原則，以助於環境政策的具體化，並且產生強制性的效力或誘導性的效果。姑不論國際環境法之基本原則及其對於內國法制發展的影響(尤其歐洲聯盟法制對於各會員國法制之影響)，一般而言，內國環境法主要包括三大基本原則：預防原則(Vorsorgeprinzip)、污染者負責原則(Verursacherprinzip)及合作原則(Kooperationsprinzip)<sup>34</sup>。現代國家的環境政策，首重於預防，而非待環境污染出現之後的究責，因此預防原則即成為環境法上首要之原則。

關於由1992年於聯合國環境與發展大會里約宣言中明文確立的預防原則<sup>35</sup>，德國學界普遍認為僅能掌握該原則的基本核心理念，但無

Rn.383.

<sup>32</sup> Umweltinformationsgesetz vom 22.12.2004 (BGBl. I, S.3704); 該法於2005年2月14日生效。

<sup>33</sup> 關於德國環境資訊法之介紹，參見李建良，德國環境行政法上的資訊公開制度，月旦法學雜誌，第87期，2002年8月，36-52頁；傅玲靜，簡介德國二〇〇五年環境資訊法及於環境影響評估之適用，全國律師月刊，2010年11月號，4-28頁。

<sup>34</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 4, Rn.1; Schmidt/Kahl, a.a.O.(Fn.11), § 1, Rn.10; Storm, a.a.O.(Fn.10), S.19.

<sup>35</sup> 1992年6月聯合國在巴西里約熱內盧召開聯合國環境與發展大會(United Nations Conference on Environment and Development, UNCED)，又稱為「地球高峰會議」(the Earth Summit)，簽署了「里約熱內盧環境及發展宣言」(簡稱里約宣言)(the Rio

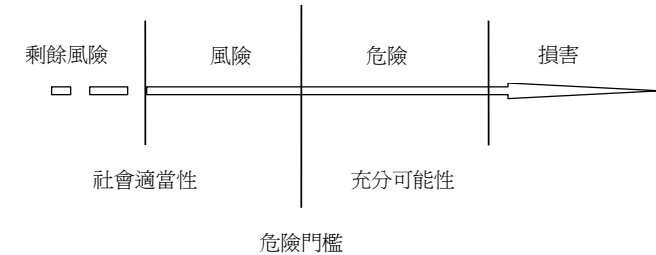
法進行完整明確的定義<sup>36</sup>。參酌德國環境法教科書的基本敘述，環境法上的預防原則強調應即早預防對於環境可能造成危險的產生，而不是僅止於損害的防範。因此環境政策的思考，應由採取強制性措施以排除環境損害，變更為更提早採取事先預防性的措施，預防危險的發生，國家也因之負有一定的事先保護義務(Schutzpflicht)，而非限於事後之制裁手段<sup>37</sup>。

## 2、危險、風險與剩餘風險

而在思考預防原則時，必須先區分危險(Gefahr)、風險(Risiko)、剩餘風險(Restrisiko)三者。所謂危險，依傳統警察法或秩序法的理解，係指於不受干擾的發展下，可預期將對權利或法益造成損害或減損的事實狀態。在環境法上，即為客觀上在可預期的不遠未來對環境造成負面影響的充分可能性(hinreichende Wahrscheinlichkeit)(或稱之為「充分的蓋然性」)<sup>38</sup>。相較於危險，風險則是指環境將受到負面影響並未達到充分可能性的程度，只是有較低可能性，但實際上無法排除

可能性的發生，卻又未逾越危險門檻(Gefahrschwelle)的情形<sup>39</sup>。在德國嘗試建立統一的环境法法典(Umweltgesetzbuch; UGB)立法過程中<sup>40</sup>，曾對於風險及危險進行定義。依1998年提出的UGB草案<sup>41</sup>第2條之立法定義，危險為對於環境法保護之法益產生重大不利影響之充分可能性；且對環境可能造成的影響情形愈重大者，對於評估充分可能性的蓋然率要求即愈低(第4款)。而風險，則為對於環境法保護法益產生非僅止於輕微不良影響之可能性，且該可能性係實際上無法排除者(第5款)<sup>42</sup>。此外，在現代高度科技發展的社會中，受限於科技或其他因素，並無法確保絕對的安全及環境絕對不受任何影響，另外即承認由全體人民承擔且具有社會適當性(sozialadäquat)的剩餘風險<sup>43</sup>，在社會生活中適當出現的風險，應予以容忍，而不受法令之規範。

以下茲以簡圖略示危險、風險與剩餘風險彼此的關係：



來源：作者自製

Declaration on Environment and Development)，其中揭示的第15原則：「為了保護環境，各國應根據其能力廣泛採取預防性措施。凡有可能造成嚴重或不可挽回之損害者，缺乏充分的科學確定性，不得作為延遲採取符合成本效益以防止環境惡化之措施的理由。」為預防原則的明文確立；參見<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163#>；中文譯文參見行政院國家永續發展委員會全球資訊網，國際永續發展文件：里約宣言，[http://sta.epa.gov.tw/nsdn/ch/NADOCUMENTS/rio\\_declre.doc](http://sta.epa.gov.tw/nsdn/ch/NADOCUMENTS/rio_declre.doc)(瀏覽日期：2011年7月20日)；譯文由本文作者另行稍作調整。

<sup>36</sup> 例如關於預防的概念，即有不同的理解方式。例如從目的觀察，預防主要在於創設並維護進行工業或其他科技活動的自由區域及安全的生活領域；亦有認為預防的功能，是在危險門檻範圍之下(im Bereich unterhalb der Gefahrschwelle)，特別是有危險的懷疑(Gefahrenverdacht)時，得以採取必要的保護措施；另外亦有結合二者，認為預防一方面是對於未達到危險門檻的不確定性，採取一定防護措施，同時亦因此保障人民於此範圍內的自由活動領域；參見Ossenbühl, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, S.162。

<sup>37</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 4, Rn.12; Breuer, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), a.a.O.(Fn.9), 5. Kap., Rn.7; 國內文獻中關於預防原則核心觀念的論述，參見陳慈陽，註16，219頁；程明修，行政法上之預防原則(Vorsorgeprinzip)－食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，第167期，2009年4月，129頁；林昱梅，預防原則與「停、看、聽」環評機制之落實－中科三期環評案之省思，台灣法學雜誌，第161期，2010年10月1日，18頁。

<sup>38</sup> 程明修，註37，130頁。

<sup>39</sup> Erbguth/Schlacke, a.a.O.(Fn.17), § 5, Rn.6; Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 3, Rn.48; Storm, a.a.O.(Fn.10), S.20。

<sup>40</sup> 德國自90年代起致力於建構一部統一的环境法法典，並且創設整合性許可(integrierte Vorhabengenehmigung)制度，並於1998年公布環境法法典草案，2008年再公布修正的草案版本。如此艱鉅的立法工作，面對各邦及聯邦政府之間意見的差距及憲法上立法權限的問題，最終於2009年2月宣告立法失敗。目前德國政府認為UGB的立法，已非當務之急，而立法者則轉而將UGB中重要的條文及觀念，落實於個別法令的修正中；參見[http://www.bmu.de/gesetze\\_verordnungen/doc/45702.php](http://www.bmu.de/gesetze_verordnungen/doc/45702.php)(瀏覽日期：2011年7月20日)。

<sup>41</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998, S.110。

<sup>42</sup> 於2008年草案中，UGB的立法定義為第4條，但已無風險及危險的積極定義；參見[http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/ugbl\\_allgem\\_vorschriften.pdf](http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/ugbl_allgem_vorschriften.pdf)(瀏覽日期：2011年7月20日)。

<sup>43</sup> 關於危險、風險及其他風險的區分，參見Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 4, Rn.16 und 48; Storm, a.a.O.(Fn.10), S.20-21；程明修，註37，130頁。



關於風險與危險的區分，主要在於損害或環境重大不利影響出現之可能性(蓋然性)高低。而蓋然性的高低，又與經驗法則有關<sup>44</sup>，須依據科技、知識、生活等經驗來判斷。但是可能性究須降至多少程度，始可認為已不具備危險，而屬於風險的層次，德國聯邦憲法法院認為，如依當時知識及科技的標準，實際上可認為已排除損害結果出現時，即可認為不具有危險<sup>45</sup>。這樣一個作為危險門檻的標準，通常是基於科技或專業知識而設定的一個特定極限值(Grenzwert)<sup>46</sup>。因此，所謂預防，即為在危險門檻以下所採取之防範措施<sup>47</sup>。而以防患未然為取向的預防原則，即包含了以下主要內涵：(1)係預防在時間及空間上與損害出現尚有一定距離之危險；(2)係對於損害出現可能性較低之情形、僅具有危險懷疑之情形、或預防風險出現，採取防範性之措施；(3)相關風險及危險對於環境造成之影響雖不具立即危害，但整體而言為有害、且科技上是可以避免的<sup>48</sup>。因此，在預防原則中，同時包括了風險預防(Risikovorvorsorge)及危險預防(Gefahrenvorsorge)的觀念，所防範者並非對於環境直接造成損害的行為，而是在環境有可能受到不利影響之虞時，即採取對應措施，在設定的危險門檻領域之前的階段，預先防範風險及危險的產生。

### 3、與危險防禦之區分

須與之區分者，為危險防禦(Gefahrenabwehr)的概念。關於危險／風險預防及危險防禦之區分，德國公害防制法(BImSchG)第5條第1項第1款及第2款提供較明確的觀察角度。本條項第1款規定，為保障環境保護的高標準，須經許可之設施的設置及營運，不得引發對環境有害之影響或其他危險，及對於一般大眾及鄰人之重大影響及負擔；第2款則規定，針對環境有害之影響或其他危險、對於一般大眾及鄰人之重大影響及負擔，即應採取預防措施，特別包括符合科技標準之措施。前述第1款為危險防禦之規定，第2款則為關於預防原則之規定<sup>49</sup>。

由此可知，危險防禦(或稱之為危險防護)<sup>50</sup>係排除生命、身體或其

他環境法益明確可能受到損害的威脅<sup>51</sup>，其前提為危險已存在<sup>52</sup>(即已具備損害發生的充分可能性)。換言之，危險防禦即為抵抗、排除危險，目的是為了防止指向於損害發生的充分可能性在可預見的未來立即實現<sup>53</sup>。反之，預防原則則是要求更提前一步在危險(損害發生的充分可能性)尚未存在之前，即應採取防範的措施，目的為預防危險的發生。適用預防原則時，因危險尚未產生，即無須以科技上較明確的知識來判斷損害發生的可能性<sup>54</sup>。從永續發展的角度觀之，危險防禦與預防原則相較，居於次要的地位，僅適用於有發生損害具體可能性的階段。而且，誠如前述，區分危險及風險的危險門檻標準，本身具有難以明確劃分的特性，因此預防原則與危險防禦二者實際上也很難明快地一分為二<sup>55</sup>。正因為如此，透過法制設計上綜合運用，危險防禦的措施亦可發揮輔助預防原則的功效，而達到環境保護的目的。

## (二)管制工具與預防原則之關係

前述德國環境法之管制工具中，具有計畫性工具性質的環境計畫，為對於有限的資源，以取向於未來的觀點，進行管理、分配及照護，是典型預防原則的體現，學者稱為預防原則之計畫性體系類型(planerische Systemvariante des Vorsorgeprinzips)<sup>56</sup>。此外，預防原則亦可以普遍、抽象之標準，不論危險是否發生，於法令中進行操作。例如法令可規定，為預防於一定區域中環境受到特定負面影響，而不論受影響之強弱，皆要求須實施符合科技發展的相同措施。此時，學者稱為預防原則之典型法令體系類型(klassisch-gesetzliche Systemvariante des Vorsorgeprinzips)<sup>57</sup>。

此外，資訊性工具的運用，本質上亦獨立於危險發生之外，而是以各種提供資訊之管道提升人民環境意識，誘發友善環境之行為，以達到預防危險發生的目的，因此亦應認為係預防原則之體現。例如環境資訊法(UIG)，其立法目的在於使民眾有充分管道獲悉環境資訊，

<sup>44</sup> Ossenbühl, a.a.O.(Fn.36), S.163.

<sup>45</sup> BVerfGE 49, 89 (143).

<sup>46</sup> Ossenbühl, a.a.O.(Fn.36), S.163.

<sup>47</sup> Ossenbühl, a.a.O.(Fn.36), S.163.

<sup>48</sup> Kloepfer, a.a.O.(Fn.9), § 4, Rn.18; 陳慈陽，註16，224頁。

<sup>49</sup> Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz: Kommentar, 6. Aufl., 2005, § 5, Rn.6 und 46.

<sup>50</sup> 程明修，註37，129頁。

<sup>51</sup> Schmidt/Kahl, a.a.O.(Fn.11), § 2, Rn.17; 陳慈陽，註16，225頁。

<sup>52</sup> Ossenbühl, a.a.O.(Fn.36), S.162.

<sup>53</sup> 文獻中有謂危險防護以迴避損害為目的，參見程明修，註37，132頁；此說法易生誤解，精確而言，實際上是排除有高度造成損害可能性的危險，始能達到歸避損害發生的目的。

<sup>54</sup> Erbguth/Schlacke, a.a.O.(Fn.17), § 3, Rn.6.

<sup>55</sup> Ossenbühl, a.a.O.(Fn.36), S.162 und 163.

<sup>56</sup> Breuer, in: Schmidt-Abmann/Schoch (Hrsg.), a.a.O.(Fn.9), 5. Kap., Rn.8.

<sup>57</sup> Breuer, in: Schmidt-Abmann/Schoch (Hrsg.), a.a.O.(Fn.9), 5. Kap., Rn.8.

強化行政行為的透明度，使負有較嚴格環境保護要求的公權力行為較易被接受，而使保障人民及環境的行政行為較易於執行，並普遍提升民眾環境保護之意識。即使該法第3條第1項賦予任何人皆享有環境資訊請求權，目的在於透過環境資訊的公開，使獲得資訊的民眾得以形成意見並表達意見，本質上係為在環境事務中落實民主的精神，有其特殊考量<sup>58</sup>。環境資訊法並不會因為明文賦予人民環境資訊請求權，變更其與預防原則間的關係。

### (三) 預防原則與保護規範之判斷

#### 1、德國傳統見解

基於環境問題的複雜性，立法者使用不同的環境管制工具，往往受影響的對象並不限於受管制之相對人，而會與其他居民、社區、社會大眾以及整體環境公益息息相關，形成一個複雜、多邊的法律關係。此時，非直接受管制工具影響之第三人，是否享有環境法上的請求權以及在訴訟上得以主張之訴權，主要係依保護規範理論(Schutznormtheorie; Schutznormlehre)判斷。在德國法上生根發展的保護規範理論，經過長年來學界與實務界的發展，認為如無法直接由法規文字直接得出賦予特定人民公法上主觀公權利，即應解釋法規範之意義及目的(Sinn und Zweck)<sup>59</sup>，依照一般法律解釋方法，即文義、體系、目的、歷史等解釋方法，進行法律解釋。須強調者，目的解釋並非獨立的解釋方法<sup>60</sup>，解釋時應綜合運用各種解釋方法，探求立法者的客觀意思(objektiver Wille des Gesetzgebers)<sup>61</sup>，依當代的觀點尋求文字意義與法條間之關係。同樣地，我國司法院釋字第469號解釋確立了客觀保護規範理論的基礎，應就法律之整體結構、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，探求法律規範保障目的<sup>62</sup>。

將保護規範理論運用至環境法，德國聯邦行政法院(Bundesverw

altungsgericht; BVerwG)於1983年5月18日判決中認為，聯邦公害防治法第5條第1項第2款為關於預防原則的規定，而預防原則基於資源經濟分配及生態保護的觀點，是為了防範危險及風險，皆以保障公共利益為目的，並不因此可使鄰人可預期的生活環境不具有風險或更舒適，故不具有保障特定第三人權益的功能，此於同條項第1款之規定不同<sup>63</sup>。德國聯邦行政法院將預防原則及危險防禦，作為判斷環境法上保護規範標準的二分法，已成為德國通說，具有預防功能之法規範可發揮保護一般環境公益之功能，但不具有保護特定第三人之目的；反之，如為有危險防禦功能之法規範，則為保護規範，賦予特定第三人主觀公權利<sup>64</sup>。

例如在公害防制領域，德國法制將公害分為Immision及Emission二種。前者係指對於人類、動物、植物、土地、水、大氣、文化或其他法益產生空氣污染、噪音、振動、光害、熱氣、輻射或其他對於環境產生之類似影響(聯邦公害防制法第3條第2項)，後者係指由設備產生之空氣污染、噪音、振動、光害、熱氣、輻射或其他類似之現象(同條第3項)。亦即Emission是與排放設備有關的污染，而Immision為環境媒介中的公害影響，並不論其排放之來源，公害影響的判斷是一個對於受影響媒介進行的整體評判，所以Immision也包含其他污染源所產生的影響<sup>65</sup>。在管制上，即有Emissionsgrenzwert及Immisionsgrenzwert二者，可分別理解為「排放的管制極限值」<sup>66</sup>及「環境中的管制極限值」<sup>67</sup>。而環境中的管制極限值(Immisionsgrenzwert)，因為考量的是環

<sup>58</sup> 傅玲靜，a.a.O.(Fn.33)，9-10頁。

<sup>59</sup> BVerwG, NVwZ 1987, S.409; Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., 2006, § 42, Rn.388; Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., 2010, § 42, Rn.52.

<sup>60</sup> Sodan/Ziekow, a.a.O.(Fn.59), § 42, Rn.391.

<sup>61</sup> Redeker/von Oertzen, a.a.O.(Fn.59), § 42, Rn.52.

<sup>62</sup> 解釋法律是否有保障特定人之意旨時，須就法律之整體結構、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，而非僅以立法者主觀之意思為依歸；參見司法院釋字第496號解釋理由書第二段。

<sup>63</sup> BVerwGE 65, 313 (318f.) = NVwZ 1983, S.32; vgl. BVerwGE 119, 329 = NVwZ 2004, S.610.

<sup>64</sup> Schmidt/Kahl, a.a.O.(Fn. 11), § 1, Rn.13 und § 3, Rn.54; Erbguth/Schlacke, a.a.O.(Fn.17), § 6, Rn.13; Roller, Drittschutz im Atom- und Immisionschutzrecht – Bestandsaufnahme und aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung, NVwZ 2010, S.994;

<sup>65</sup> Jarass, Grundstrukturen des Immisionsschutzrechts, JuS 2009, S.610.

<sup>66</sup> 例如我國空氣污染防治法第20條第1項規定，公私場所固定污染源排放空氣污染物，應符合排放標準，行政院環保署依同條第2項授權訂定之固定污染源空氣污染物排放標準中，有許多對於排放管道所定之排放標準規定；噪音管制法第11條第1項，規定機動車輛所發出之聲音不得超過機動車輛管制標準，且依行政院交通部及環保署依同條第3項授權發布之使用中機動車輛噪音管制辦法第2項規定，對於使用中機動車輛進行原地噪音檢驗；相關管制標準皆與排放源直接相關，應可認為屬於Emissionsgrenzwert。

<sup>67</sup> 我國噪音管制法第9條第2項授權環保署訂定之噪音管制標準中，規定測量噪音音量須考量測量時之背景音量、時段、複合音量等各項因素，以評定測量結果是否超出管制標準，因此噪音管制標準即應屬於Immisionsgrenzwert。

境媒介中人類或其他環境利益所受到的不利影響，具有將國家所負防禦危險的保護義務具體化的功能，故為保護第三人權益之保護規範。反之，排放的管制極限值(Emissionsgrenzwert)，考量的是只與排放設備有關的污染，且依科技的水準是可避免逾越該標準值的<sup>68</sup>，因此本質上係預防特定行為對於人類、生物或其他環境媒介產生危險，為屬落實預防原則的管制措施，不具有保護第三人之特性，非保護規範<sup>69</sup>。

## 2、歐洲法對於德國實務見解之影響

德國法上因為保護規範理論的運用，造成環境法上第三人權利救濟的限制與障礙，長期已受到不少批評。在歐洲法的影響下，傳統保護規範理論更逐漸受到挑戰。在歐洲法「實效原則」(Effektivitätsgrundsatz; effet utile)<sup>70</sup>之要求下，會員國之立法者不僅須以實體規範確保人民受歐洲法保障之主觀公權利，亦須確保其權利受侵害時之救濟可能性<sup>71</sup>。此外，歐洲法院對於各國立法者轉換歐洲指令為會員國內國法時，要求內國法令必須視指令的內容，確保指令是以明確的方式於會員國內全面適用，如果指令已賦予個人請求權利時，會員國必須使人民得知悉其權利，且必要時得向內國法院主張其權利<sup>72</sup>。例如1980年空氣中二氧化硫與懸浮微粒含量極限值及導電值指令(Richtlinie 80/779/EWG vom 15.7.1980)第2條，要求會員國為保障人民之健康，應設定於一定期間及於特定條件下不得超過的含量極限值。只要有逾越該極限值而對於人類健康可能產生危險的情形，當事人皆得以依強制性的條文(zwingende Vorschrift)主張其權利。且該極限值必須規定於具有強制性的條文中，且使行為可能產生空氣污染公害的所有行為人得以了解所應負的義務<sup>73</sup>。而德國1974年制定之聯邦公害防制法第3條及第48條，授權德國政府以一般行政規則(allgemeine

<sup>68</sup> 參見德國聯邦公害防制法第48條第1項第2款。

<sup>69</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.49), § 48, Rn.30 und 57.

<sup>70</sup> Calliess, Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz - Der Zugang zum Gericht im Lichte des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz, NJW 2002, S.3578.

<sup>71</sup> Calliess, Feinstaub im Rechtsschutz deutscher Verwaltungsgerichte - Europarechtliche Vorgaben für die Klagebefugnis vor deutschen Gerichten und ihre dogmatische Verarbeitung, NVwZ 2006, S.6.

<sup>72</sup> EuGH, Urteil vom 28.2.1991 – RS C-131/88, Kommission/Deutschland, Slg. 1991, I-825.

<sup>73</sup> EuGH, Urteil vom 30.5.1991 – RS C-361/88, Kommission/Deutschland, Slg. 1991, I-2567 (2601); Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, 14. Aufl., 2005, § 42, Rn.154.

Verwaltungsvorschrift)的方式訂定極限值，卻因行政規則並無直接對外之效力，致使個人無法明確知悉其權利內涵，並向法院提出權利主張，亦無法使可能產生空氣污染之行為人明確知悉其義務內涵，因此歐洲法院即認定德國當時之聯邦公害防制法相關規定未有效轉換歐體指令<sup>74</sup>。

由此可知，在歐洲法的影響下，德國法之保護規範理論必須逐漸調整。德國實務界對於這個要求亦有所意識，例如對於具有高度毒性或致癌性的物質而設定的排放管制極限值，實務上已有見解持開放態度，認為具有第三人保護之性質<sup>75</sup>。此外，又例如聯邦公害防制法第48條第1項授權聯邦政府於舉行聽證後，訂定規範環境中管制極限值(Immissionswert)及排放管制極限值(Emissionswert)之一般行政規則。環境中管制極限值作為污染極小化的要求(Minimierungsgebot)，依傳統見解，不僅有助於改善一般環境狀況，亦有助於保護處於受排放污染影響範圍內的特定人。然而，如聯邦政府尚未訂定環境中管制極限值，第三人即無法據以主張。此時，德國聯邦行政法院即認為，基於預防原則，為降低健康風險，第三人例外得於訴訟中主張應遵守排放管制極限值<sup>76</sup>。在這個判決中，即可看出為有效保障人民之健康權及有權利救濟之可能性，傳統上以預防原則及危險防禦作為判斷環境法上保護規範的二分法立場，已有鬆動，並逐漸承認在預防原則的範圍內，特定管制工具亦有具備保護規範功能的可能。

## 四、環境標準作為管制工具之思考

### (一)環境標準之意義及功能

綜合前述，可以得知環境立法者可交錯運用不同的管制工具，並著眼於預防風險、預防危險、防禦危險等不同層次的思考，以踐行國家環境保護的任務，而非僅止於實際上已發生不可回復的損害時，始對於污染者予以事後制裁。在這許多管制工具中，最傳統、也最常見者，為直接行為調控工具中，以命令或禁止之強制規定，課予人民環境法上一定作為、不作為或容忍之義務。然而基於環境與科技發展的特性，立法者在這些強制規定的環境法令構成要件中，常使用許多不

<sup>74</sup> EuGH, Urteil vom 30.5.1991 – RS C-361/88, Kommission/Deutschland, Slg. 1991, I-2567 (2602).

<sup>75</sup> Roller, a.a.O.(Fn.64), S.994.

<sup>76</sup> BVerwG, NVwZ 2004, S.610 (611).

確定法律概念，例如對於環境造成「不良影響」或「重大影響」，應採取「必要措施」等。這些不確定法律概念，往往與科技、自然科學等領域之知識息息相關，一般人無法僅依通常的社會生活經驗予以確定及評價，因此需要有更詳盡的下位規範，將這些環境法上的不確定法律概念以科學的知識及科技的方法，轉換成爲一個具有闡釋性功能的明確範圍(präzise definierte Größe)，以解釋相關不確定法律概念。這種以科技方式對於環境法上不確定法律概念所爲的進一步詳細規範，即爲環境標準(Umweltstandard)<sup>77</sup>。換言之，環境標準即爲以可量化之範圍，將環境法令中的不確定法律概念予以具體化，並成爲普遍性、實質性的要求。環境標準中可量化的範圍，往往是一個固定之邊界值或數值，而環境標準中有時亦包括爲確定該數值而進行的測量及計算程序<sup>78</sup>。因爲立法者本身並無法掌握相關科技知識及量測技術，這些多爲行政機關的專業，而且環境標準必須具有能夠配合科技及專業更新的彈性<sup>79</sup>，因此在法律形式上，環境標準多爲法規命令或行政規則。例如德國聯邦公害防制法第48條第1項規定，聯邦政府爲執行本法或基於本法而發布之聯邦法規命令，於舉行聽證(Anhörung)並得聯邦參議院(Bundesrat)之同意後<sup>80</sup>，發布規範環境中管制極限值(Immissionswert)、排放管制極限值(Emissionswert)及調查程序之一般行政規則。經由相關程序而由聯邦政府訂定並發布之行政規則，即爲一環境標準。

如果一個明確的環境管制值，並非爲具體化不確定法律概念而設，甚至是於形式意義的法律中由立法者自行規範，即與上述環境標準之意義不符<sup>81</sup>，學者稱爲廣義之環境標準<sup>82</sup>，嚴格說來並非此處所稱

<sup>77</sup> Erbguth/Schlacke, a.a.O.(Fn.17), § 5, Rn.31; Jarass, Der rechtliche Stellenwert technischer und wissenschaftlicher Standards – Probleme und Lösungen am Beispiel der Umweltstandards, NJW 1987, S.1225.

<sup>78</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1225.

<sup>79</sup> Gusy, Problem der Verrechtlichung technischer Standards, NVwZ 1995, S.107; 陳春生，行政法學上之風險決定與行政規則—以規範具體化行政規則(normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)爲中心，收錄於：陳春生著，行政法之學理與體系(二)，2007，166-167頁。

<sup>80</sup> 依德國聯邦公害防制法第51條之規定，參與聽證程序者，包括學界、當事人、相關企業、相關交通業之代表，以及各邦職掌公害防制之最高主管機關。

<sup>81</sup> 例如德國汽油鉛含量法(Gesetz zur Verminderung von Luftverunreinigungen durch Bleiverbindungen in Ottokraftstoffen für Kraftfahrzeugmotore, Bezinbleigesetz - BzBIG)第2條各項關於油品中鉛含量所設之管制值。

<sup>82</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1225.

之環境標準。

環境標準提供行政機關於解釋並適用不確定法律概念時明確的標準，使不確定法律概念得以具體操作。而且環境標準本質上是將不確定法律概念予以具體化，提供行政機關執行法律時統一、普遍適用的標準，因此與所謂的判斷餘地(Beurteilungsspielraum)不同，不會因個別情形而有不同的評價<sup>83</sup>。環境標準的「操作性」及「標準性」，可減輕行政機關於解釋並適用法律時的負擔，因此可縮短行政程序進行的時間。此外，因爲有明確的標準，行政行爲的相對人亦可明確預測行政行爲的結果，進而促進法律安定。凡此種種，皆有助國家有效地履行環境保護的任務<sup>84</sup>。

## (二)環境標準之法律性質與效力

### 1、作為直接行爲調控工具之法規命令

如前所述，環境標準在法律的形式上可能爲法規命令或行政規則。如環境標準由行政機關以命令或強制之規範方式直接課予人民應遵守之義務，作爲直接行爲調控工具，其法律性質即爲法規命令。相對人負有遵守環境標準、不得逾越環境標準中所定極限值之義務，但也僅止於此，並未負有最佳化的義務<sup>85</sup>。

例如德國聯邦政府發布的第34號聯邦公害防制辦法(34. BImSchV)<sup>86</sup>，即是依據聯邦公害防制法第47f條之授權，將該條關於繪製噪音管制圖(Lärmkarte)之要求予以具體化，提供測繪環境噪音管制圖時應遵循的相關標準，如該辦法第2條規範噪音指標(Lärmindex)的計算公式、第3條課予營運交通工具或相關設施之企業應提供資訊之義務，第5條爲計量之程序、第6條更要求應將噪音管制圖公開予民眾知悉。

受環境標準管制者之所以有受其拘束之義務，除基於合法性(Legalität)的要求外，更來自於環境標準的正當性(Legitimation)<sup>87</sup>。而

<sup>83</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1228.

<sup>84</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1226.

<sup>85</sup> 環境標準作爲直接的行爲調控工具，本質上即爲最低限度的要求，與間接行爲調控工具有最佳化要求的功能不同；參見本文二、(三)之說明。

<sup>86</sup> Vierunddreißigste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionschutzgesetzes (Verordnung über die Lärmkartierung) vom 6.3.2006 (BGBl. I, S. 516).

<sup>87</sup> 此處須強調的，是科技標準作爲法規範而產生拘束力的正當性，是德國學者討論的議題之一；參見Gusy, a.a.O.(Fn.79), S.105 und 106。行政機關雖有訂定環境標準之專業知識，亦更具有彈性，較能契合科技發展的步調，但如果不具有訂定相關標準的

環境標準的正當性主要來自於法律之直接授權，德國基本法第82條第1項第2句規定法規命令應公布於聯邦法令公報(Bundesgesetzblatt)，更確保了法規命令的透明性，支持其正當性的成立。

至於以法規命令形式出現的環境標準，是否賦予當事人或第三人權利救濟之可能，端視其是否為保護規範而定<sup>88</sup>。前述預防原則與危險防禦作為觀察保護規範之切入點<sup>89</sup>，以及以下關於預防標準與保護標準之區分<sup>90</sup>，即可供解釋時參考。

## 2、作為「規範具體化之行政規則」

環境標準更常見的形式，係由行政機關自行訂定的技術指導原則，例如德國聯邦環境部(BMU)<sup>91</sup>依德國聯邦公害防制法第48條規定之程序而發布之空氣清淨技術指導規則(Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft)<sup>92</sup>。此類環境標準，性質上為行政規則，原則上僅具有行政機關內部的效力，並無直接對外拘束其他行政機關、當事人或法院的效力。至於一般對於行政規則經由行政自我拘束及平等原則而間接對外發生效力的論證，主要是基於個案正義的考量，避免行政機關於個案中行使裁量權時違反平等原則，此與環境標準本質上為具體化不確定法律概念的通案性思考，性質有間，因此環境標準是否對外發生拘束力的討論，便無法適用行政規則間接對外生效的論述<sup>93</sup>。而關於環境標準是否具備對外之拘束力，可由規範具體化之行政規則的角度來觀察。

環境標準，在性質上屬於「規範具體化之行政規則」(normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift)，而不是「解釋規範之行政規則」(norminterpretierende Verwaltungsvorschrift)<sup>94</sup>，係法令明文授

權行政機關在專業上所享有的標準化餘地(或標準化自由)(Standardisierungsspielraum)<sup>95</sup>。然而行政機關享有此標準化餘地之正當性，除須有法令明確規定，使不確定法律概念之解釋最終由行政權為之外<sup>96</sup>，更重要的是在環境標準訂定的過程中，須有代表不同利益、且具有專業的成員參與<sup>97</sup>。一旦學者專家、當事人及利害關係人(包括環境保護團體)及早參與訂定環境標準的程序，有效地以聽證或其他方式表示意見，並經對外公告，該環境標準即為一絕對的環境標準(qualifiziertes Umweltstandard)，其效力與法規命令相近<sup>98</sup>。而與法規命令不同之處，在於如所涉及的科技知識已有較新的發展，而環境標準未配合更新者，環境標準即失其拘束力<sup>99</sup>。因此，環境標準之拘束力會隨著科技發展的速度及年代經過的久遠而遞減。此外，預防標準的拘束力應高於保護標準，因為在預防標準中，更強調行政機關的專業能力<sup>100</sup>。此時，行政法院應尊重行政機關所訂定的絕對環境標準，承認行政機關的標準化餘地(類似判斷餘地)，只能為有限度的審查，例如行政機關訂定環境標準是否基於恣意，而非專業<sup>101</sup>，或者僅能調查爭訟之個案是否遵守環境標準<sup>102</sup>。

如訂定環境標準的過程並不符合多元性及專業性的要求，則為一般環境標準(einfaches Umweltstandard)<sup>103</sup>，即如同其他行政規則，並不生前述與法規命令相類似的拘束力，對於法院而言只是具有間接參考的價值。

行政規則(如我國行政程序法第159條第1項第2款)不同，是基於法令之授權，對於不確定法律概念或開放性的構成要件，以合於法令要求的方式，予以具體化或補充；參見Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2006, § 24, Rn.9 und 25a；關於德國法上規範具體化的行政規則的產生背景(與聯邦行政法院Wyth判決有關)及相關評析，參見陳春生，註79，167-171頁。

<sup>95</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1229.

<sup>96</sup> 此為與一般行政規則無須法律明文授權之情形不同。

<sup>97</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1229; Salzwedel, Risiko im Umweltrecht – Zuständigkeit, Verfahren und Maßstäbe der Bewertung, NVwZ 1987, S.278-279.

<sup>98</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1230.

<sup>99</sup> 陳春生，註79，169頁。

<sup>100</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1230；關於預防標準及保護標準，參見本文四、(三)之說明。

<sup>101</sup> 陳春生，註79，169頁。

<sup>102</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1229.

<sup>103</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1230.

正當性，即不得要求人民應遵守由其自行訂定的規範。因此，除合法性外，環境法令在民主法治國家的正當性，更為不容忽視的問題。

<sup>88</sup> Gusy, a.a.O. (Fn.79), S.108.

<sup>89</sup> 參見本文三、(三)之說明。

<sup>90</sup> 參見本文四、(三)之說明。

<sup>91</sup> 全名為聯邦環境、自然保育及原子能安全部(Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit)。

<sup>92</sup> Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft) vom 24.7.2002 (GMBI. 2002, Heft 25 – 29, S. 511 – 605).

<sup>93</sup> Jarass, a.a.O.(Fn.77), S.1228.

<sup>94</sup> 所謂規範具體化的行政規則(normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift)，與解釋性

最後須說明者，此處論及規範具體化行政規則的拘束力時，德國文獻主要是針對行政法院的拘束力而言，較未論及是否有直接對外拘束人民之效力。換言之，著重的是行政法院於個案中對於規範具體化行政規則的審查密度，承認法律授權行政機關於解釋法律時，享有一定之判斷特權(即標準化餘地)，僅受有限度之司法審查。至於人民，除可參與訂定環境標準的過程外，是否更因此享有權利救濟之可能性，仍有疑義<sup>104</sup>。在具有規範具體化行政規則性質的環境標準是否具有直接對外的效力乃未受肯定的情形下，又無法援引一般行政規則以行政自我拘束及平等原則間接對外生效的法理，在學說及實務尚未進一步闡釋其外部拘束力之前，即無法認為此種環境標準為一種直接行為調控工具，直接發生課予人民環境法上義務的效果。

### (三) 環境標準之類型

#### 1、概說—環境標準之形成

德國學者Salzwedel指出，環境標準在設定及評價的過程中，基礎思維在於保護及危害二種思考。與保護有關者，為規範保護人類健康、動植物、水資源、自然資源、土壤功能等保護目的；與危害有關者，則為依不同的重要保護客體，對於特定危害物質或利用方式所進行的評估<sup>105</sup>。在確定保護目的的階段，必須在利益衡量中明確認識何種環境利益具有何種重要性。之後，即須預測哪些侵害、利用方式、危害物質的排放，將對於環境利益造成損害、危險或風險，以及評估其間的關聯性。而這樣一個粗略的評估，必須依擇定的保護客體、所參酌的因子或其他重要資訊等，持續地進行補充及更新。最後，即須依各種評估的結果決定何種因果關係可能具有較重要的決定性，而形成具體規範的環境標準<sup>106</sup>。

簡言之，確認環境利益重要性／預測影響之成因及評估關聯性／擇定重要的因果關係進行規範，即為形成環境標準的過程。在此過程中，依內容上所考量的評估標準及不同階段中所著重的要求，環境標準即可分為保護標準(Schutzstandard)、預防標準(Vorsorgestandard)及保護個人之預防標準(individualschützendes Vorsorgestandard)三種類型。

#### 2、保護標準

<sup>104</sup> 陳春生，註79，179-180頁。

<sup>105</sup> Salzwedel, a.a.O.(Fn.97), S.276.

<sup>106</sup> Salzwedel, a.a.O.(Fn.97), S.276-277.

保護標準，為設置或為已知的、或為預估的、或為依具有說服力的觀點而預測的一個危害門檻，通常是一個可計算的安全間距值。換言之，保護標準即是為損害的發生設置一道「保護屏障」(Schutzwall)<sup>107</sup>。例如以保護健康為目的之保護標準，具有國家履行環境保護義務以保障人民生命權及身體權的功能，主要是以醫學作為危害考量的基礎。而在以自然保育為目的的領域中，往往是以實證的資料或生化毒物知識的預測，作為危害考量的基礎。

因此，在這樣的角度下所理解的保護標準，是以排除特定法益受有危險為目的，以避免損害發生可能性為取向而設置的一定保護門檻，所落實的即為危險防禦的精神。保護標準中所規範的安全值，即應相當於危險防禦中為防止危險發生而設定的危險門檻。一定逾越該門檻，即代表有高度發生損害的可能性。

#### 3、預防標準

預防，是合乎風險潛在性的預測。因此，預防標準並不是一種具拘束性及技術可行性的執行規範，而是對於未來相當的期間內，以國民經濟的宏觀視野，就所有設施所為的排放限制(Emissionsbegrenzung)進行完整地評量。預防標準即是在綜合考量多元的觀點後，例如醫學的風險預測、生化毒物知識的風險預測、科技可行性、國民經濟資源的可利用性等，以預防有害物質排放為目的所設置的規範<sup>109</sup>。而在這樣的角度下所理解的保護標準，呼應了前述預防原則及排放管制的思考，是對於風險及危險發生的成因進行綜合預測，並且對於設施的排放進行管制。

#### 4、保護個人的預防標準

環境標準如為與電離子輻射或致癌性物質有關的極限值，因為在這種情形中科學尚無法得出一個確定不會造成損害發生的劑量門檻，因此嚴格說來，此種環境標準與保護標準並不相當。而在這種環境標準中，往往要求依照排放行為及產生影響間的關聯(如排放總量、曝露情形、後果等級等)，考量致癌的可能性，這種思考與一般預防標準並無不同。但是，這些風險考量的因素，對於特定人而言，卻有造成健康或特定器官負擔的可能性。此種環境保護，即為保護個人的預防標

<sup>107</sup> Salzwedel, a.a.O.(Fn.97), S.277.

<sup>108</sup> 參見本文三、(一)、2關於危險、風險及剩餘風險之說明。

<sup>109</sup> Salzwedel, a.a.O.(Fn.97), S.277.

準。例如輻射防護辦法(Strahlenschutzverordnung)<sup>110</sup>為防護核能設施產生的損害而規範的必要預防措施，即為具有保護個人的預防標準。

#### (四)小結

前述關於環境標準的分類，並不考慮環境標準的法律性質為法規命令或行政規則，而是純粹以形成環境標準的過程中，所考量的是為排除危險發生而設置的保護門檻、或是對於排放行為造成風險或危險所為的預防，而區分出保護標準、預防標準。這個分類，呼應環境法上危險防禦與預防原則的基本思考。而介於二者之間的保護個人的預防標準，亦反應出傳統保護規範理論對於第三人權利保障不足之處。綜合環境標準的法律性質及類型，配合德國傳統實務以危險防禦及預防原則作為判斷保護規範的標準，對於環境標準是否具有保護規範的性質，本文試以下表綜合之：

		保護標準	保護個人的預防標準	預防標準	
法規命令		為保護規範 (√)	為保護規範 (√)	非保護規範 (×)	為直接行為 調控管制工具(+)
規範具體化的行政規則	絕對環境標準	保護規範 (?)	保護規範 (?)	非保護規範 (×)	非直接行為 調控管制工具(-)
	一般環境標準	非保護規範 (×)	非保護規範 (×)	非保護規範 (×)	

來源：作者自製

由上表可知，即使為法規命令形式的環境標準，雖然屬於直接行為調控的管制工具，對外課予人民一定義務，仍可能因其為預防標準而不屬於保護規範，使第三人無法據以提起救濟。至於為行政規則的環境標準，不僅目前無法認為係直接課予人民義務的行為調控工具，即使是經嚴謹民眾參與程序訂定的絕對標準(包括保護標準及保護個人的預防標準)，是否具有賦予第三人權利的外部效力，而為保護規範，至今仍有疑慮。因此，由德國傳統學說及實務見解的觀點，而以預防

<sup>110</sup> Verordnung über den Schutz vor Schäden durch ionisierende Strahlen (Strahlenschutzverordnung – StrlSchV) vom 20.7.2001 (BGBl. I, S.1714; 2002 I, S.1459), zuletzt geändert durch Art.2 des Gesetzes vom 29.8.2008 (BGBl. I, S.1793).

原則作為檢視環境標準是否為保護規範的分水嶺時，解釋上可認為環境標準屬於保護規範的情形，實在屈指可數，而這也是德國保護規範理論運用於環境法實際案例中持續受到挑戰及批評之處。

德國法制在歐盟法影響之下，已逐步對於保護規範理論進行鬆綁，強調第三人權利救濟之可能性，而不應規範的形式為法規命令或行政規則而有所不同。尤其是德國環境法受到歐盟法影響甚深，實務上對於落實預防原則的環境法令，亦已逐漸採取開放解釋為保護規範的見解。相關實務見解的發展，值得未來持續的關注。

## 五、代結論—我國實務見解之檢討

### (一)逐步建立解釋保護規範的標準

相較於德國法可依循一定的脈絡，檢視環境標準是否為管制工具及保護規範，我國學說及實務對於環境法制的認識及解釋，實可謂尚於啓蒙的階段。由本文一開始所列關於噪音管制的實務見解，即可看出司法實務對於依噪音管制法訂定的管制標準是否為保護規範，見解莫衷一是。因此首要之務，即在於初步建立可供實務參酌解釋環境法規是否為保護規範的標準。

保護規範理論的運用，實際上即為解釋法律的過程。而在解釋法律時，須綜合運用各種解釋方法，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，探求立法者的客觀意思及法律規範保障之目的。在不同的個別法領域中，解釋法律時即更須進一步在行政法總論的思惟外，立於行政法各論的思考，掌握個別法令的體系及精神。因此，在解釋環境法令時，應探究客觀上所遵循的環境法基本原則，以觀察法令所產生的規範效果。尤其是預防原則作為環境法上最重要的原則，掌握其與危險防禦之間的差別，由德國法制的經驗看來，無疑地可提供適用法律者(行政機關、司法機關)於解釋法律時可遵循的基本方向。然而德國經驗也顯示了僅以預防原則作為解釋的準則，對於第三人之權利保障仍有不足之處。實務見解中逐漸將保護規範理論往預防原則推展，為不可忽略的解釋方向。

面對這樣的發展，如同德國學者Roller所言，實無須畏懼承認第三人訴權的趨勢<sup>111</sup>，畢竟起訴的第三人仍須主張具預防性質的措施有損害其權利之可能性。因此，訴訟的爭點應不在於法律構成要件的解釋，而更在於說明理由的部分。與其著重於爭訟之法令非保護規範而

<sup>111</sup> Roller, a.a.O.(Fn.64), S.995.

駁回第三人訴訟，行政法院更可進行實體審查，以詳盡的說理論證認定第三人之訴訟於實體上無理由<sup>112</sup>。換言之，實務見解理由部分的說明，未來應更加精確。

## (二) 建議理由說明論證應更加精確

以本文一開始所列與噪音管制有關的實務見解為例，不論是訴願決定或法院裁判，對於保護規範理論的運用及判斷說明，多是寥寥數語，缺乏深入的論證。僅台北市政府100年3月24日府訴字第10000349100號訴願決定的理由一中，運用法律解釋的方法，由噪音管制法的立法目的出發，進一步就保護規範進行說明，並認為「噪音管制法除為保護一般大眾免受噪音侵害之公共利益外，並兼有防止個人免受噪音侵害，保護個人權益之規範意旨」。對於本訴願決定論證的方向，值得贊同，但是論證的過程及結果卻概括認為噪音管制法有保護個人權益的意旨，仍有值得檢討之處。

如前所述，解釋法令是否為保護規範，須綜合運用各種法律解釋方法，目的解釋並非唯一且獨立的解釋方法。尤其法律中第1條揭示立法目的之規定，所規範者為法律整體之精神，與爭訟案件待解釋規範的立法目的並不能劃上等號。以噪音管制法第7條第1項各類噪音管制區之劃定公告為例，行政院環保署依授權而發布的噪音管制區劃定作業準則中，規定噪音管制區類別之劃分，係參考都市計畫或區域計畫地區之土地使用計畫及使用情形進行粗分類(第3條)，未實施都市計畫、區域計畫之地區，則依一般地區音量標準值劃定各類噪音管制區(第5條)。該作業準則中雖列有一般地區音量標準值之規範及均能音量的計算公式(第6條)，然而相關規定在性質上應為計畫性的管制工具，且為對於聲音的管制進行預防性的規劃，應屬於前述以法規命令形式規範的預防標準。在立法目的上雖然符合噪音管制法第1條所列「維護國民健康及環境安寧，提高國民生活品質」之精神，但在解釋上並無法得出兼有防止特定個人免受噪音侵害，保護特定個人權益之意旨。換言之，噪音管制法中亦包括以預防原則為基礎而不具有保護規範性質的規定，故不可一概而論。

審視前述台北市政府100年3月24日府訴字第10000349100號訴願決定理由，除考量噪音管制法第1條之立法目的外，已進一步認定噪音管制標準之主要考量因素為對人體健康之影響，見解值得認同。然而更精確地說來，訴願人所爭執者為營業場所之音量是否已逾噪音管制標準第5條所列之噪音管制標準值，而非噪音管制標準全部條文。

噪音管制標準規定之測量方式是於設施周界外進行音量量測(第3條)，係就聲音對於鄰人健康及生活品質可能受到的不利影響進行測量，以確定是否可排除人體健康因此受到損害的可能性，故噪音管制標準第5條之規定本身即為具有法規命令性質的保護標準。而噪音管制標準第5條規範之管制標準值，應為基於危險防禦所設定的環境管制極限值，為排除危險發生的危險臨界值，逾越此標準值即有危害人體健康的高度可能。綜合上述，「噪音管制標準第5條之規定，係為保護營業場所附近鄰人健康而設定之環境管制值，音量量測值低於該管制值以下者，即可排除附近居民之健康因此受到損害的可能，故本條有防止個人免受噪音侵害，保護個人權益之規範意旨」。因此，訴願理由書中如能仔細針對爭訟之規範論證其保護規範之性質，始更完善！

最後，我國實務見解不一的情形，絕大部分尚可歸究於行政機關或司法機關於解釋法律時，過度囿於行政法總論的框架，對於環境法及其基本原則的認識有限。環境法於我國仍是一個有待開發的行政法各論領域，除了法學知識外，尚須結合科技及其他自然、社會科學等領域的知識，始能精準掌握環境法的原則及規範精神。因此以科際整合的角度，持續研究耕耘環境法領域，實為學術界及實務界待努力的方向。

## 與談實錄：

主持人：臺北市政府訴願審議委員會主任委員蔡立文

與談人：臺北大學法律學系副教授張文郁

報告人：中原大學財經法律學系副教授傅玲靜

主持人：略

## 報告人：

首先跟各位報告本篇報告題目有所更動，我限縮了研究範圍，以環境標準為例。因為環境法最重要的問題就是有沒有訴權，環境法的问题每每發生於究竟人民有無訴權，這就關係到保護規範理論的問題，而保護規範涉及法律解釋的問題。行政法的範圍極廣，可以說從生到死無所不包，其面向複雜度超乎想像，可是我們對於行政法各論的研究卻往往付之闕如，因此在解釋行政法各論時往往忽略了各論的解釋精神。本文即從德國法出發，希望可以提供我們對於環境法的保護規範一個脈絡跟精神以為遵循，個人並在此提出一個環境標準的論點，以供研究環境法上的保護規範及訴權。以下即開始本篇論文介紹，本文提出的環境法案例大多為噪音管制的案例。

<sup>112</sup> Roller, a.a.O.(Fn.64), S.996.



**與談人：**

很榮幸擔任傅教授的與談，本篇論文大量提供德國文獻以供本國環境法解釋的參考，並且非常詳盡地介紹相關案例，相當具有參考價值。傅教授從第5頁至13頁以大篇幅介紹德國立法例，故本篇論文題目或可修正為以德國法之環境標準為例，未來亦可就本國法制再進一步研究。其次，傅教授在本文中提及最高行政法院及臺北高等行政法院在原告沒有訴權時，常常以實體無理由駁回，個人覺得非常遺憾，欠缺訴權就是訴訟要件不具備應以裁定駁回。當事人適格跟本案適格其實是不一樣的問題，這也許是因為最高行政法院都是老法官採舊理論的關係，希望行政法院未來會改變見解。第15頁傅教授提及蓋然性與經驗法則有關，但是這種科技性或專業知識的事項，其實也有可能提昇到論理法則的層次，因為經驗法則一般是跟事實推定比較有密切關連性。傅教授文中批判德國以預防功能及危險防禦為保護規範二分法的通說為不當，個人也贊成，因為這種區分方式並不明確，而且危險預防與法務部也有關係，很難畫線區隔。19頁、20頁的Immissionsgrenzwert漏一個m，21頁的Immissionswert多一個s，這是錯字校正的部分。26頁提及環境標準跟法規命令不同，在於如所涉及的科技知識已有較新的發展，而環境標準未配合更新者，環境標準即失其拘束力，這邊我想提出一個問題，這是當然失其效力還是經過法院或其他機關拒絕適用而失其效力？可能要再明確表明。規範具體化的行政規則，早期德國在90年代是認為有直接對外效力，但是我個人的博士論文是採不同見解，我認為法規具體化之行政規則(填補法律空白授權的行政規則)效力應該不能等同於法律，理由在於技術性規範必須符合科技水平，應該具有可推翻性，如果技術規範已經不及能跟上科技水平，應該是要當然失效。歐盟規定要會員國的法令內國法化，認為行政規則就不具對外效力，它不接受德國那麼複雜的技術性規則。因此後來德國也對這個理論產生動搖。最後建議傅教授，本篇文章以第五點代結論，文章起頭是引用一些裁判及訴願決定，最後做個呼應當然是很好，不過我想可能先對實務案例作個討論，最後再做結論會比較好。整體而言，傅教授關於是否保護規範，是否授予人民公法上權利，不是以第一條的立法目的來做整部法律的判斷，而是要以個別法條來判斷，個人是非常贊成，以上是個人簡單的與談，謝謝。

**討論與回應：****提問人：臺北高等行政法院法官洪遠亮**

傅教授及張教授一再提到最高行政法院97年度裁字第2148號裁定及臺北高等行政法院95年度訴字第2355號裁定不應以判決駁回，其實判決內容針對環保局的函是認定非行政處分，所以本院才會裁定駁回，但是最高行政法院認為該函屬行政處分，才會以判決駁回，該判決重點在判斷環保局函是否行政處分，跟當事人適格與否似乎並無太大關係。另外，張教授提及最高行政法院都是老法官，我也要澄清一下，目前最高行政法院的法官都在50歲到60歲之間，並且也一直在充實自己，並非如張教授所說的情況。

本篇論文提到最大的問題主要還是在環境影響評估法，不論從德國法制還是環評法來看，環境影響評估的結論如屬行政處分，因為一般人民並非該影響評估結論的相對人，如果依照本文的見解，要從個別條文中尋求其保護規範的法令依據，請問兩位教授環境影響評估結論的保護規範法令依據為何？以中科三期為例，在中科三期園區範圍內的人民是不是才是保護規範理論射程範圍內？還是可以擴及到更遠的人民都可以對環評結果提起行政訴訟？如果說都可以，那麼保護規範理論可以擴及這麼遠，那跟環評法第22條第6項的團體訴訟或是行政法上的公民訴訟有何差異？

**提問人：臺北市政府訴願審議委員會編審黃伯家**

個人僅代表本會就本篇論文第5頁提及的本府100年3月24日府訴字第09903986700號及100年3月24日10000349100號訴願決定見解不同提出說明，這兩案相同處為市民皆是以示民熱線向環保局提出檢舉要求至現場量測噪音，第一案環保局人員到現場後因為沒有具體噪音源，有不是在噪音管制標準第3條所定的噪音管制地點進行量測，因此原處分機關回函表示基於服務市民而到場量測，現場並非噪音管制標準第3條所定的噪音量測地點進行量測，不具合法性，本會也同意該函僅是說明相關法令規定之觀念通知，因此做成不受理決定。第2案則明確是檢舉人住2樓，噪音源是1樓豬肉攤壓縮機發出，但是在法定量測地點量測到的分貝數未超過法定標準，後來是因為處分機關應為環保局，但是原處分卻是以稽查大隊名義做成，有管轄權錯誤的問題，因此本會決定予以撤銷由原處分機關另為適法之處分，以上說明，謝謝。

### 提問人：臺北市政府訴願審議委員會編審鄭芸萍

傅教授的報告中表示德國法的環境標準並非法規命令，但是如不將這些歸類為危險、風險的環境標準為保護規範，就很難透過救濟程序檢討這些環境標準以反省現行立法政策上的缺失，尤其我國環境法概念目前正在啓蒙階段，因此請問傅教授是否同意在我國實務操作上，應該從寬認定這些環境標準為保護規範以利人民提起爭訟。

### 報告人：

非常感謝張老師的與談跟各位的提問。首先針對張老師的與談做簡單回應，張老師提及本文題目應稍做修改以及我國法比較的部分，確實本文的內容因為完稿時間跟篇幅的關係有不夠完整之處，未來有機會會再做調整。至於訴權到底是實體裁判要件還是合法性要件的部分，其實我也是贊成張老師的見解，我認為這是合法性要件，並不是有無理由的問題。如果對比美國法來看，他們所說的standing也就是當事人適格的部分，也是第一階段要審查的事項，這個部分要審查的事項另外包括事實上損害(injure in fact)，美國法是比較寬的，不是法律上權利受損，而是事實上損害，第3個是權利救濟可能性，這個要件就很接近訴之利益、權利保護必要性的觀念。美國這3個要件其實已經把很多實體要件放進來審查，因此會變成實體有無理由，是訴訟程序控管的前階段，我也贊成張老師的見解認為這部分是屬於前階段裁判要件的部分。關於危險跟風險的蓋然性究竟是與經驗法則或論理法則有關，當然許多德國教科書上是認為跟經驗法則比較有關，很多科技或自然知識的發展都是來自經驗的累積，像今天講比較有爭論性的中間型案例，例如輻射或是高度致癌物質，它是不是已經到論理法則支持這樣的危險必定會產生損害，其實也不盡然，所以環境法中還是有許多這種醫療或是其他有爭議案件要有統計數據，依靠經驗法則來判斷，所以有時候可能到底是經驗法則還是論理法則還不是很明確，但是起碼以經驗法則來判斷是無庸置疑，只是在自然科學裡面有沒有辦法得到完整的論理而已。拼字部分很謝謝張老師幫我指正，撰寫時匆促之間可能疏忽了。至於法規具體化的行政規則的部分，張老師有非常精闢的研究，未來如果有機會我也想去德國看看法規具體化的行政規則實際上的操作跟效力，就我個人看到的文獻部分而言，其實的拘束力都是針對行政法院來說，實際上是因為科技的更新變革而失其拘束力，導致行政法院不予採用，談到規範的具體化行政規則，我就想到在環保署的一個例子，從水污法的一個管制規則變成法規命令，環保署訂定一個外觀很像行政規則的管制標準，可是其實內容不管是竟流排放還是繞流排放，都已經在直接管制這些排放污水的工廠，那他的性質到底是法規命令還是行政規則？那環保署也

覺得這個規定不宜，在2007年把它修正為法規命令，因此就我個人的觀察，如果是一個具有重要性跟對外效力的要件規範，應該儘量避免以行政規則的方式訂定，在明確性及強制性上都比較好。

洪法官的提問部分，在看訴願決定或法院判決會不太明確的原因，是因為好像有種隱約的思考，先看是不是保護規範，如果是保護規範，原處分機關的函就是駁回處分，如果不是保護規範，那原處分機關的函就是觀念通知，似乎有這種趨勢存在，這適不適合其實有待商榷。回到訴權到底是實體審理還是訴訟要件的部分來說就會有差別，到底是要先判斷是否行政處分還是有無訴權？姑且不論的是理論上或實務上看法，或是個人見解，我都認為其實訴權是最重要的，前是當然訴權是屬於裁判要件，人民在提起訴願時，首先要看他是不是保護規範，再判斷他的標的是不是行政處分，如果是已不是保護規範來推論是否行政處分，許宗力大法官也曾經指出這不是一個很好的推論方式，所以其實針對這些判決或訴願決定的內容，我想指出其實是要先看有沒有訴權，亦即有無保護規範的問題。有關洪法官提到環評法的問題，真的是大哉問，這個問題之大還在於後來提及的中科三期問題，而是在於我國環評法是全世界絕無僅有的立法，像德國法的環評明白規定就是預防原則，是行政處分的一部分，不可以直接爭訟，所以不會有環評結論可否爭訟的問題。在美國法的部分也是這樣，環評只不過是行政機關在核發許可處分之前的一個參考而已，所關不要到環評單位後面去擋子彈，現在很多開發案的主管機關都躲到環評單位後面去，向中科三期的國科會跟蘇花高的交通部，今天交通部做成要開發蘇花高的決定，或是國科會做成開發中科的決定，有沒有尊重環評結論，是交通部跟國科會的決定，要由主管機關來承擔，不是環保署的責任。我國最特別的地方是在於一旦有個判決說雲林焚化爐案件的環評結論是行政處分，整個就翻盤了。至於我國環評法裡的環評結論到底是不是行政處分，我個人認為是行政處分，不過不是對於一般民眾的處分，是針對廠商跟行政機關的處分，因為他們如果不尊重環評的審查結論，會有後續追蹤跟處罰的法律效力，所以廠商跟行政機關有遵守環評審查結論的義務，甚至環評有否決效力，沒有環評不能有開發許可甚至對其他行政機關也有效力，這也是其他國家少見的立法方式。保護規範在哪裡？這也是去年我在一場研討會挑戰的議題，不過當時可能是我研究範圍未及或是沒說清楚，以致環保署誤以為我說環評不是保護規範，其實嚴格地做體系思考，環評如果以立法原則跟德國法的脈絡來看的話，真的不是保護規範，德國法除非危險防禦都無法提供保障，才會例外承認有保護規範。我要提出一個正當性的問題，不管是法規命令或行政規則都要有正當性。回到洪法官的問題，環評的正當性在哪裡，就是民眾參與。

我國環評制度的民眾參與其實是不足的，尤其我國跟德國面對的問題完全不同，德國的行政法各論已經非常完備，他只要循著各論的脈絡就可以找到保護規範，而我國因為行政法各論度完備，所以有時候要找保護規範還真的找不到，最典型的例子就是日照權，任何法規中都找不到保護規範，突然有個律師在很細節的建築技術規範中找到1小時日照權的規範，所以每個人都有日照權，但是要找保護規範又很難找。所以在我國最大的問題就是找不報保護規範時，基本權的地位是什麼。環評的本質其實是程序參與，不是跟健康風險或污染預防直接有關，而是民眾參與，應從此點出發來思考我國的環評法。

關於最後一位訴願會同仁的問題，我國沒有保護規範時是否要從寬認定，剛剛我可能也有提到，在根本找不到保護規範時，基本權是我們可以思考的一個角度，以上是我的總結，不足的部分還請張老師補充，謝謝各位。

#### 與談人：

第10頁的判決我看的重點是最高法院認為原告沒有公法上請求權，並非欠缺訴訟合法要件這個部分，剛剛提出的論點並不是在嘲笑最高行政法院的法官，我很多同學也在最高行政法院當法官，當事人不適格是裁定駁回還是判決駁回，如果是考試我建議兩個答案都要寫，因為有很多法院判決還是認為當事人不適格是要以判決駁回，只是見解新舊的問題。最高行政法院有一個關於檢舉案件決議，最高行政法院一般性地認為檢舉人沒有公法上權利，所以起訴都不受理，我個人不以為然，因此曾經撰文表示不贊同。行政院訴願會跟公平會訴願會就不這樣認為，有些有檢舉獎金的案例可不完全是因為熱心公益才去檢舉，檢舉案件還是要以法規有無授予利益來判斷，發給檢舉獎金或同業競爭就會被認為有利益，法規雖然沒有明定有無訴權，這就涉及保護規範的理論來判斷有無訴權，首先要判斷法規有無保護特定人利益的目的。各位可以從建築法第11條第2項規定建築物要跟鄰居保持一定空地，起造人如果沒有保持法定距離，鄰地所有權人就有訴權。關於洪法官提及中科3期案件裡到底誰有訴權的問題，第一個要判斷法規有無保護特定人的目的，然後在個案中判斷有無訴權。原告起訴時他要主張，他提起的是公民訴訟還是主觀訴訟，要由他起訴的主張來認定。環保相關法令裡噪音管制法是比較特別，沒有規定，但是其他水污法、空污法、廢清法都有行政訴訟的規定，必須是受害居民或公益團體才可以起訴，公益團體並非受害居民。環評案件應先進行有無訴權的審查，再進入實體利益有無受損害可能的審查，這就是訴權判斷的依據跟步驟，以上是我個人的回應，謝謝。

## 肆、研討議題2

### 稅捐稽徵法第28條第2項之退稅案件 適用稅務協談之探討

黃俊杰

中正大學財經法律學系教授

目次	
壹、案例事實與問題意識	1. 納稅義務人 2. 利害關係人
一、案例事實	(二) 請求範圍
二、問題意識	參、稅捐資料之保存期限與協力義務
貳、退稅請求權時效	一、資料保存期限及依法銷毀
一、稅捐稽徵法之修正	二、協力義務法定主義
二、退稅無期間限制與溯及適用	(一) 協力義務之類型
三、退稅要件	(二) 協力義務之具體適用
(一) 積極要件	肆、查明退還與稅務協談
1. 適用法令錯誤	一、查明退還之職權調查
2. 計算錯誤	二、職權調查困難與稅務協談
3. 其他可歸責之錯誤	伍、省思
(二) 消極要件	
肆、請求權人與請求範圍之限制	<附件>：稅捐稽徵機關稅務案件協談作業要點
(一) 請求權人	

## 壹、案例事實與問題意識

### 一、案例事實

甲主張其於民國55年取得A土地，與乙所有B土地，面積相同且相鄰，因地政事務所資料登記錯誤，將AB土地所有權登記交叉誤植，經開會協調變更土地標示，並將原申報地價更正。惟因地價稅溢繳，甲申請退還55年起溢繳之地價稅款，經原處分機關准予退還80年起之溢繳地價稅款，針對55年至79年之部分，因資料已依法銷毀，故要求甲檢具完納地價稅繳款書收據「正本」以辦理退稅。

甲不服，提起行政救濟。

## 二、問題意識

關於本案之問題爭點，牽涉廣泛，<sup>1</sup>本文謹以下述範圍作為思考對象：(1)退稅請求權時效；(2)稅捐資料保存期限與協力義務；(3)查明退還與稅務協談。

本文係針對現行稽徵實務面臨之問題，為解決已發生之個案，<sup>2</sup>故嘗試搜尋相關實務見解為例，以最高行政法院裁判為主軸，作為法規分析與具體案例處理之說明及參考：

## 貳、退稅請求權時效

### 一、稅捐稽徵法之修正

關於退稅請求權時效，稅捐稽徵法於65年10月12日制定時，第28條規定：「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起5年內提出具體證明，申請退還；逾期末申請者，不得再行申請。」

嗣後，於98年1月6日修正時，基於：「一、納稅義務人自行適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，其申請退稅之期限，仍宜維持現行5年之規定，爰於第1項增訂『自行』二字，以資明確，另酌作文字修正。二、納稅義務人因稅捐稽徵機關適用法令錯誤、計算錯誤或其他可歸責於政府機關之錯誤，致溢繳之稅款者，如僅退還5年稅款，對納稅義務人權益保障恐未盡周全，爰參照行政程序法第117條及第121條規定，增訂第2項，定明稅捐稽徵機關應自知有錯誤原因之日起2年內查明退還，其退還之稅款不以5年內溢繳者為限。三、增訂第3項，明定『前2項溢繳之稅款，納稅義務人以現金繳納者，應自其繳納該

<sup>1</sup> 盛子龍，納稅義務人自行溢繳稅款之退稅請求權與行政救濟，中原財經法學，第18期，第91頁以下；盛子龍，因租稅核課處分違法而溢繳稅款之退稅請求權，訴願專論選輯--訴願新制專論系列之十(台北市訴願會)，2009，第103頁以下。

<sup>2</sup> 黃俊杰，退稅請求權時效與資料保存期限，月旦法學教室，第105期，第8頁以下。

<sup>3</sup> 行政程序法第117條：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：(1)撤銷對公益有重大危害者；(2)受益人無第119條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。」

<sup>4</sup> 行政程序法第121條：「(第1項)第117條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起2年內為之。(第2項)前條之補償請求權，自行政機關告知其事由時起，因2年間不行使而消滅；自處分撤銷時起逾5年者，亦同。」

項稅款之日起，至填發收入退還書或國庫支票之日止，按溢繳之稅額，依繳納稅款之日郵政儲金1年期定期儲金固定利率，按日加計利息，一併退還。』四、為避免本條文修正施行前，因政府機關錯誤致溢繳稅款之案件，未能依修正後第2項規定，由稅捐稽徵機關退還稅款，影響納稅義務人之權益，爰增訂第4項及第5項過渡規定，以資周延」之理由，修正稅捐稽徵法。

目前稅捐稽徵法(第三章「稽徵」第五節「退稅」)第28條規定：「(第1項)納稅義務人自行適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起5年內提出具體證明，申請退還；屆期末申請者，不得再行申請。(第2項)納稅義務人因稅捐稽徵機關適用法令錯誤、計算錯誤或其他可歸責於政府機關之錯誤，致溢繳稅款者，稅捐稽徵機關應自知有錯誤原因之日起2年內查明退還，其退還之稅款不以5年內溢繳者為限。(第3項)前2項溢繳之稅款，納稅義務人以現金繳納者，應自其繳納該項稅款之日起，至填發收入退還書或國庫支票之日止，按溢繳之稅額，依繳納稅款之日郵政儲金一年期定期儲金固定利率，按日加計利息，一併退還。(第4項)本條修正施行前，因第2項事由致溢繳稅款者，適用修正後之規定。前項情形，稅捐稽徵機關於本條修正施行前已知有錯誤之原因者，2年之退還期間，自本條修正施行之日起算。」

### 二、退稅無期間限制與溯及適用

本案因地政事務所資料登記錯誤，致地價稅溢繳，造成甲申請退還55年起溢繳之地價稅款，且因此種退還稅款之類型不以5年內溢繳者為限，故針對長達40餘年之機關錯誤，除非未來立法予以限制，否

<sup>5</sup> 張常妙，從法安定性與妥當性，論退稅請求之時效制度，國立成功大學科技法律研究所碩士論文，2010，評論：稅捐稽徵法第28條修法後，於稽徵實務上，多認為不論已確定、未確定之稅捐案件，均可依該條第2項向稽徵機關請求重啟行政程序請求退稅，對於現行已踐行救濟程序案件、未經行政救濟程序而確定之案件、經行政救濟確定之案件、程序重開、再審機制、稽徵程序之申報協力義務等法制產生莫大衝擊，動搖與紊亂整個行政救濟體系之安定性。稅捐稽徵法第28條第2項內涵，除不具備安定性要求外，更難允予期待該條文存有維繫法秩序之積極功能。由該條項文義與立法意旨，稅捐稽徵法第28條第2項，係參照行政程序法第117條及第121條規定所增訂，故其本質上屬「非爭訟性」與「依職權」所發動之行政重開程序，應非納稅義務人可得據以為退還請求之法律基礎，因其相較於行政程序法第117條係屬特別法規定，故宜定位為「特殊行政程序再開」制度。縮短時效期間為現行法制之發展趨勢，稅捐稽徵法第28條第2項完全排除一般法律原則，作成無消滅時效制度適用之立法創舉，觀其手段方式之選擇，除未能助於實質合理妥當性目的之達成外，復失「法安定性」之法益衡量，基於「妥當性」與「安定性」之衡平，實宜重

則，稅捐稽徵機關仍應自知有錯誤原因之日起2年內查明退還。<sup>6</sup>

依實務見解，稅捐稽徵法第28條第2項規定，應退還之溢繳稅款，亦無申請退還期間之限制，並此項新修正之規定，溯及適用於修正施行前之溢繳稅款案件(最高行政法院99判622)，而無「自繳納之日起5年內」之限制(100判879)。

例如，最高行政法院(99判859)指出：「經查本件納稅者於97年3月4日以系爭房屋之房屋現值核定有誤為由，向稅捐機關申請退還80年至96年溢繳之房屋稅，經稅捐機關查得…原核定系爭房屋之現值確有錯誤，乃准加計利息退還系爭房屋92年至96年溢繳之房屋稅；至納稅者申請退還系爭80年至91年溢繳房屋稅部分，雖已逾稅捐稽徵法第28條規定之5年期間，惟應退還之溢繳稅款，亦無繳納期間之限制。並此項新修正之規定，溯及適用於修正施行前之溢繳稅款案件。」

### 三、退稅要件具備

#### (一)積極要件

稅捐稽徵法第28條第2項規定：「納稅義務人因稅捐稽徵機關適用法令錯誤、計算錯誤或其他可歸責於政府機關之錯誤，致溢繳稅款者…。」為退稅之積極要件，關於非納稅義務人自行適用法令錯誤或計算錯誤而溢繳稅款之退還，不限於因稅捐稽徵機關適用法令錯誤或計算錯誤而溢繳之事由，尚包含因其他可歸責於政府機關之錯誤致有溢繳稅款情事(最高行政法院99判622；99判859)。

行檢視後作適度修正與調整。

<sup>6</sup> 實務見解指出，依最高行政法院100年度4月份第2次庭長法官聯席會議決議，抵押權人得代位系爭土地所有人即債務人行使稅捐稽徵法第28條規定之退稅請求而提起課予義務訴訟。然原審(高雄高等行政法院98訴更一14)未予細究，徒以「98年1月21日修正後稅捐稽徵法第28條第2項、第4項及第5項規定係屬稅捐稽徵機關依職權退還稅款之規定，尚非賦予上訴人申請之權利，上訴人即無應受保護之權利或法律上利益存在，即無提起本件訴訟之餘地；上訴人向被上訴人申請依行為時農業發展條例第27條及行為時土地稅法第39條之2第1項規定免徵土地增值稅，即僅在促使被上訴人注意，不得對系爭土地課徵土地增值稅而已，並非『依法申請之案件』，上訴人提起本件課予義務之訴訟，請求判令被上訴人應就訴外人所有被拍賣之系爭土地作成免徵土地增值稅之行政處分，於法亦非有據等語為由，判決駁回其訴」，容有未洽(最高行政法院100判980)。

<sup>7</sup> 至於，系爭房屋80年至91年之房屋稅核定是否確合於稅捐稽徵法第28條第2項規定之要件而應准予退稅，發回原審法院調查後，另為適法之裁判(最高行政法院99判859)。

換言之，稅捐稽徵法第28條第2項規定退稅請求權之成立，仍以稅捐稽徵機關有「適用法令錯誤」、「計算錯誤」或有「其他可歸責於政府機關之錯誤」為前提(最高行政法院98判226)。說明其積極要件如下：

#### 1. 適用法令錯誤

例如，最高行政法院100年度4月份第2次庭長法官聯席會議指出：「債務人所有土地於民國86年間經民事強制執行拍定，如符合72年8月1日修正公布農業發展條例第27條(78年10月30日修正公布土地稅法第39條之2)規定免徵土地增值稅要件，依本院80年6月12日庭長評事聯席會議決議，當然發生免稅效果。如稽徵機關予以核課，並函請執行法院代為扣繳完竣，即屬適用法令錯誤致債務人溢繳稅款…。」

此外，最高行政法院(100判879)指出：「…本件土地增值稅核課既係由稅捐稽徵機關按一般稅率核算後函請臺南地院代為扣繳，是系爭土地如上述之移轉，若如納稅者主張係符合行為時土地稅法第39條之2免徵土地增值稅之要件者，則本件土地增值稅之課徵即屬稅捐稽徵法第28條第2項規定所稱因稅捐稽徵機關適用法令錯誤致溢繳稅款…。」

#### 2. 計算錯誤

例如，釋字第625號解釋指出，因地籍依法重測之結果，如與重測前之土地登記標示之面積有出入者，除非否定重測之結果或確認實施重測時作業有瑕疵，否則，即應以重測確定後所為土地標示變更登記所記載之土地面積為準。而同一土地如經地政機關於實施重測時發現與鄰地有界址重疊之情形而經重測後面積減少者，即表示依重測前之土地登記標示之面積為計算基礎而核列歸戶冊之地價總額並不正確，其致土地所有權人因而負擔更多稅負者，亦應解為係屬稅捐稽徵法第28條所規定之「因計算錯誤溢繳之稅款」，方與實質課稅之公平原則無違。

由於土地所有權人之所有土地，面積愈多及地價總額愈高者，其地價稅之負擔將愈重，如土地所有權人之所有土地無論重測前後，實地管業之範圍並無變動，重測前僅是單純面積計算錯誤，因重測之結果同一土地重測後面積減少，參諸上開解釋之意旨，同屬依重測前之土地登記標示之面積為計算基礎而核列歸戶冊之地價總額不正確，其致土地所有權人因而負擔更多稅負者，亦應屬稅捐機關及地政機關之計算錯誤溢繳之稅款，始符上開解釋所揭實質課稅之公平原則(最高行政法院99判622)。

### 3. 其他可歸責之錯誤

例如，最高行政法院(98判408)指出：「…本案系爭地號係因土地卡及電腦檔課稅資料釐正錯誤記載，致81年迄今仍續按分割前面積5,075平方公尺課徵地價稅，確實有誤之事實，為稅捐稽徵機關所不爭執，並經原審查明屬實，足見納稅者係因可歸責於政府機關(地政機關)之錯誤，致溢繳稅款者…。」

最高行政法院(99判859)指出：「本件…以系爭房屋之房屋現值核定有誤為由，向稅捐機關申請退還…溢繳之房屋稅，經稅捐機關查得系爭房屋樓層高度為27公尺，因誤登為273公尺，致原核定系爭房屋之現值確有錯誤…。」

#### (二)消極要件

依稅捐稽徵法第28條規定，納稅義務人申請退還稅款，應以其有溢繳稅款之事實，且係由於錯誤所致者為要件。苟納稅義務人申報繳納稅捐，並無錯誤情事，自無申請退還已繳稅款可言(最高行政法院100判385；100判400)。例如，納稅者以其為促產條例97年1月9日修正公布施行前已發生尚未核課確定之案件，應適用促產條例第19條之4規定，按減資日之收盤價格與股票面額，從低計入減資年度之所得額課稅，主張稅捐機關核課稅捐適用法令錯誤，申請退稅，案經稅捐機關以其非屬促產條例97年1月9日修正公布施行前已發生尚未核課確定之案件，無促產條例第19條之4規定之適用，自無適用法令錯誤或計算錯誤致有溢繳稅款之情事，而否准退稅申請，揆諸上開規定及說明，並無違誤(100判385)。

針對免徵地價稅之申請，依土地稅減免規則第24條之規定，應由納稅義務人主動於每期開徵前40日申請，逾期申請者，應自次期起免徵。因此，實務見解指出：納稅者提出申請之時間若在本年度稅捐週期開徵後，自應從次年度免徵地價稅，本年度仍應適用一般稅率課徵，且本年度以前已繳納者，亦不得申請退還稅款。蓋土地稅減免規則第24條規定之規範意旨，主要即是考量到有關土地使用現狀之客觀事實，徵納雙方存有「資訊不對稱」之現象，而將土地使用事實之通報義務(不真正義務)賦予享有資訊優勢之納稅義務人，以減輕稅捐稽徵機關職權調查事實之負擔。違反上開即時通知之法律效果即為失權效果，自下個稅捐週期，方向後發生稅捐減免作用。在上開規範意旨下，土地使用現狀之不予查證，即不屬現行稅捐稽徵法第28條所指之「適用法令錯誤」、「計算錯誤」或「可歸責於政府機關之錯誤」(最高行政法院98判226)。

此外，針對申報納稅制之規範設計，最高行政法院(100判400)指出，係基於民主參與之精神與理念，由納稅義務人自行確定納稅基準與應納稅額，向管轄之稅捐稽徵機關申報，並繳納稅款完畢，除非逾期末申報或申報不適當者，須由稅捐稽徵機關核定處分或補稅處分外，應認於其申報繳納應納稅款完畢時，關於申報納稅部分即屬確定。依營業稅法第35條第1項「營業人除本法另有規定外，不論有無銷售額，應以每2月為1期，於次期開始15日內，填具規定格式之申報書，檢附退抵稅款及其他有關文件，向主管稽徵機關申報銷售額、應納或溢付營業稅額。其有應納營業稅額者，應先向公庫繳納後，檢同繳納收據一併申報」及所得稅法第80條第1項「稽徵機關接到結算申報書後，應派員調查，核定其所得額及應納稅額」之規定，我國之營業稅，除營業稅法規定免申報銷售額之營業人等情形外，係採申報納稅制，即由營業人按期向稽徵機關申報銷售額、應納或溢付營業稅額，其有應納營業稅額者，並應自行繳納。且亦無如營利事業所得稅，稽徵機關依所得稅法第80條第1項規定，應於接到結算申報書後，為所得額及應納稅額之核定。故應申報繳納營業稅之營業人，就其自行報繳部分，應認於其申報繳納稅款完畢時，關於申報納稅部分即屬確定。至稽徵機關因查得營業人有營業稅法第43條規定等情事，而為銷售額之核定及營業稅之補徵，則屬依稅捐稽徵法第21條第2項規定所另為之核課處分。因此，「本件納稅者申報繳納營業稅，並未向稅捐機關申請核准採直接扣抵法，且已依比例扣抵法自行報繳營業稅，則其採比例扣抵法自行報繳營業稅部分，於其報繳後即屬確定，既無錯誤情事，稅捐機關否准上訴人退還溢繳稅款之申請，於法即無不合。」

## 四、請求權人與請求範圍之限制

### (一)請求權人

#### 1. 納稅義務人

若債務人所有土地經民事強制執行拍賣，符合農業發展條例與土地稅法規定免徵土地增值稅要件，當然發生免稅效果。最高行政法院100年度4月份第2次庭長法官聯席會議指出，如稽徵機關予以核課，並函請執行法院代為扣繳完竣，即屬適用法令錯誤致債務人溢繳稅款，債務人除得對違法課稅處分為爭訟外，亦得依稅捐稽徵法第28條規定，由納稅義務人(即債務人)請求稽徵機關退還已扣繳之稅款予執

行法院，此時係請求稽徵機關作成准退稅之行政處分。

## 2. 利害關係人

在前揭設定抵押權之抵押土地經民事強制執行拍定時，依稅捐稽徵法第28條規定請求退稅，原則上係由納稅義務人即債務人為之，惟抵押權係以物之交換價值為內容之物權，就拍賣土地課徵土地增值稅之處分，因減少該強制執行事件之抵押權人得優先受償之金額，而減損抵押權之價值，致直接侵害此等抵押權人之抵押權，故最高行政法院100年度4月份第2次庭長法官聯席會議指出，此等抵押權人對稽徵機關所為課徵土地增值稅處分有法律上之利害關係，得對違法課稅處分循序提起行政訴訟法第4條規定之撤銷訴訟，以為救濟。若對違法課徵土地增值稅處分有法律上利害關係之抵押權人，其權利將因債務人是否行使退稅請求而直接受影響，自應許其於債務人怠於行使退稅請求時，得代位債務人請求稽徵機關退還溢繳之稅款予執行法院，進而於遭否准後，得循序提起行政訴訟法第5條規定之課予義務訴訟，以資救濟(100判1005；100判1008；100判1009；100判1010；100判1011；100判1058；100判1067等)。

至於，其餘債權人，縱因違法課稅處分減少其債權受分配之金額，因僅是受清償程度之經濟上利益受影響，並無法律上之利害關係，不得對違法課稅處分循序提起撤銷訴訟，亦無從代位行使稅捐稽徵法第28條規定之退稅請求而提起課予義務訴訟。

### (二) 請求範圍

針對稅捐稽徵法第28條規定與確定判決既判力間之適用衝突議題，最高行政法院曾於95年2月16日95年2月份庭長法官聯席會議中，作成具有外部規範效力之決議，其決議指出：行政訴訟法第213條規定：「訴訟標的於確定終局判決中經裁判者，有確定力。」故訴訟標的於確定終局判決中經裁判，嗣後當事人即不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷(72判336號判例)。納稅者依稅捐稽徵法第28條規定請求退稅被駁回，而提起行政訴訟，其主張核課處分適用法令錯誤或計算錯誤之部分屬原確定判決意旨範圍，納稅義務人自不得為相反主張而請求退稅，行政法院亦不得為相反之裁判。故納稅者以與原確定判決確定力範圍相反之理由，

<sup>8</sup> 至於，最高行政法院之80年6月12日庭長評事聯席會議決議，所指抵押權人「並非代位債務人行使免稅之權利，不生可否行使代位權之問題」，係指申請免稅而言，與本件係代位行使法定退稅請求權有別(100年度4月份第2次庭長法官聯席會議決議)。

請求退稅為無理由，高等行政法院應判決駁回。

前述決議對象雖係修正前稅捐稽徵法第28條之規定內容，但其所涉及之法理相同，仍可適用98年1月21日修正公布之現行規定。因此，最高行政法院(100判650)指出：「依上開有拘束力之決議，由於納稅者所主張法令適用上之錯誤或可歸責於政府機關之錯誤等事由，均在高等行政法院及最高行政法院判決審查並確定之範圍內，納稅者自不得再為相反之主張而請求退稅。」

## 參、稅捐資料之保存期限與協力義務

### 一、資料保存期限及依法銷毀

稅捐稽徵法第28條之修正，並未注意政府保存資料期限之法令規定，致使退稅案件延伸相關法律爭議。

於本案為例，關於地價稅之課徵，係按稅籍底冊所載資料核稅，得稱為「底冊稅」。而納稅者向公庫繳納地價稅後，係由公庫將繳款書之「報核聯」移由稅捐機關作為劃解及銷號之憑證。「報核聯」係會計法所稱之會計憑證，依會計法第83條第1項及審計法第27條規定，原則上其保存期限為10年；至於，電子檔案之繳款書檔及徵銷檔，依財政部92年5月編印之徵課管理作業手冊規定「各稽徵機關保存納稅記錄，以法定徵收期間5年為原則」。因此，本案之文件及電子檔案，均已依法銷毀及銷磁，而無其他資料得證明，導致原處分機關竟要求甲應檢具完納地價稅繳款書收據「正本」以辦理退稅。

<sup>9</sup> 稅捐稽徵法施行第21條第1項第2款規定：「稅捐之核課期間，依左列規定：…二、依法應由納稅義務人實貼之印花稅，及應由稅捐稽徵機關依稅籍底冊或查得資料核定課徵之稅捐，其核課期間為5年。…」稅捐稽徵法施行細則第7條規定：「本法第21條第1項第2款所稱應由稅捐稽徵機關依稅籍底冊或查得資料核定課徵之稅捐，指地價稅、田賦、房屋稅、使用牌照稅及查定課徵之營業稅、娛樂稅。」因此，地價稅屬底冊稅(87判664；86判2106)。

<sup>10</sup> 會計法第83條第1項規定：「各種會計憑證，均應自總決算公布或令行日起，至少保存2年；屆滿2年後，除有關債權、債務者外，經該管上級機關與該管審計機關之同意，得予銷毀。」

<sup>11</sup> 審計法第27條規定：「審計機關對於審查完竣案件，自決定之日起2年內發現其中有錯誤、遺漏、重複等情事，得為再審查；若發現詐偽之證據，10年內仍得為再審查。」

<sup>12</sup> 台南市政府稅務局民國100年1月17日南市稅土字第100號函及民國100年2月21日南市稅法字第100005357A號函(台南市政府稅務局訴願答辯書)。

然而，考量國家對可歸責於己所導致之退稅事件，在可預見人民尋求權利救濟之最大期間內，理應就相關課納稅捐資料仍負保存之義務，不因相關資料已屆得予銷毀之保存年限而有不同，且依稅捐稽徵法第28條第2項規定及相關實務見解指出，應退還之溢繳稅款，無申請退還期間之限制，且此項修正之規定，溯及適用於修正施行前之溢繳稅款案件，更無「自繳納之日起5年內」之限制。

甚至，人民因時間經過久遠相關證據資料保存不易，苛責其舉證有無期待可能性，是否有造成權利救濟空洞化之疑慮，故本案證據滅失之不利利益，不應由人民負擔。

此外，在稅捐稽徵法第28條第4項(本條修正施行前，因第2項事由致溢繳稅款者，適用修正後之規定)及第5項(前項情形，稅捐稽徵機關於本條修正施行前已知有錯誤之原因者，2年之退還期間，自本條修正施行之日起算)之明確規定下，針對稅捐稽徵法第28條修正施行前溢繳稅款之退稅案件，應如何「查明退還」，為地方稅捐稽徵機關之職權範圍。

## 二、協力義務法定主義

### (一)協力義務之類型

所謂「協力義務法定主義」，係指協力義務之產生，須有法律之依據。而稅捐稽徵法第12條之1第4項規定：「納稅義務人依本法及稅法規定所負之協力義務…」，係表徵協力義務法定主義。<sup>15</sup>

所謂依本法(稅捐稽徵法)規定所負之協力義務，例如：(1)接受調查及提示文件義務：稅捐稽徵法第30條第1項規定：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，要求提示有關文件，或通知納稅義務人，到達其辦公處所備詢，被調查者不得拒絕」；(2)忍受搜查義務：稅捐稽

<sup>15</sup> 就此，為維護納稅者依法原應享有之權益，臺南市政府訴願審議委員會於民國100年4月8日作成之府法濟字第1000270108號訴願決定書：「原行政處分撤銷，並由原處分機關於收受訴願決定書之次日起60日內另為適當之處置。」；並參，民國100年6月24日府法濟字第1000457179號訴願決定書。

<sup>14</sup> 財政部98年8月25日台財稅字第09800293710號函(回覆南投縣政府稅務局)：「納稅義務人申請返還溢繳之地價稅款，因課稅資料已逾保存年限，納稅義務人亦未能提供繳納之證明文件，應如何辦理退稅乙案，事涉稅捐實務認定，請查明事實本諸職權依法辦理，請查照。」

<sup>15</sup> 葛克昌，協力義務與納稅人權益，月旦法學教室，第92期，第57頁以下。

徵法第31條第1項規定：「稅捐稽徵機關對逃漏所得稅及營業稅涉有犯罪嫌疑之案件，得敘明事由，聲請當地司法機關簽發搜索票後，會同當地警察或自治人員，進入藏置帳簿、文件或證物之處所，實施搜查；搜查時非上述機關人員不得參與。經搜索獲得有關帳簿、文件或證物，統由參加搜查人員，會同攜回該管稽徵機關，依法處理」。對於稅捐稽徵機關之上述搜查、攜回之行為，當事人即有忍受之義務。

所謂依稅法規定所負之協力義務，例如：(1)申報及繳納義務。例如：所得稅法第71條第1項規定：「納稅義務人應於每年5月1日起至5月31日止，填具結算申報書，向該管稽徵機關，申報其上一年度內構成綜合所得總額或營利事業收入總額之項目及數額，以及有關減免、扣除之事實，並應依其全年應納稅額減除暫繳稅額、尚未抵繳之扣繳稅額及可扣抵稅額，計算其應納之結算稅額，於申報前自行繳納」；(2)保持正確帳簿及會計紀錄義務，例如：所得稅法第21條第1項規定：「營利事業應保持足以正確計算其營利事業所得額之帳簿憑證及會計紀錄」。

### (二)協力義務之具體適用

有關稅捐稽徵協力義務課予之相關事項，因涉及稽徵技術之專業考量，如立法機關係出於正當目的所為之合理區別，而非恣意為之，司法審查即應予以尊重(釋字第685號解釋)。

目前，針對納稅者主張稅捐優惠之適用時，實務見解指出，原則上須履行其法定協力義務為前提，或就有利於己之事實負舉證責任後，並由主管稽徵機關查明後，始得退還之。

例如，釋字第537號解釋理由書指出，因稅捐稽徵機關依稅捐稽徵法第30條之規定，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，且受調查者不得拒絕。於稽徵程序中，本得依職權調查原則進行，應運用一切闡明事實所必要以及可獲致之資料，以認定真正之事實課徵租稅。惟稅捐稽徵機關所須處理之案件多而繁雜，且有關課稅要件事實，類皆發生於納稅義務人所得支配之範圍，其中得減免事項，納稅義務人知之最詳，若有租稅減免或其他優惠情形，仍須由稅捐稽徵機關不待申請一一依職權為之查核，將倍增稽徵成本。因此，依憲法第19條「人民有依法律納稅之義務」規定意旨，納稅義務人依

<sup>16</sup> 釋字第685號解釋指出：「…營業人何時應開立銷售憑證之時限規定，為前開協力義務之具體落實，雖關係營業人營業稅額之申報及繳納，而影響其憲法第15條保障之財產權與營業自由，惟如係為正當公益目的所採之合理手段，即與憲法第15條及第23條之意旨無違。」



個別稅捐法規之規定，負有稽徵程序之申報協力義務，實係貫徹公平及合法課稅所必要。觀諸土地稅法第41條、土地稅減免規則第24條相關土地稅減免優惠規定，亦均以納稅義務人之申請為必要，且未在期限前申請者，僅能於申請之次年適用特別稅率。而現行房屋稅條例第15條第3項修正為「依第1項第1款至第8款、第10款、第11款及第2項規定減免房屋稅者，應由納稅義務人於減免原因、事實發生之日起30日內申報當地主管稽徵機關調查核定之；逾期申報者，自申報日當月份起減免。」亦同此意旨，此一納稅義務人之申報義務實為適用優惠稅率規定所必要之稽徵程序。

此外，在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，原應依法課徵營業稅，營業稅法第7條第1款規定營業人外銷貨物適用零稅率，旨在促進對外貿易，鼓勵外銷；而因銷售營業稅法第7條第1款規定適用零稅率貨物或勞務而溢付之營業稅額，納稅義務人主張退還者，實務見解指出，應就此有利於己之事實，負舉證之責任，並由主管稽徵機關查明後，始得退還之。蓋民事訴訟法第277條前段規定當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，且依行政訴訟法第136條規定，上開規定為行政訴訟程序所準用。因此，納稅者應就其於系爭期間有進貨及外銷貨物等之有利事實，負舉證之責任，而經查明屬實後，方得依營業稅法第39條第1項第1款規定，退還其系爭期間溢付之營業稅額(最高行政法院100判1027)。

然而，本案係應徵地價稅，且地價稅之溢繳，因基於明確事證為出自於可歸責地政事務所資料之登記錯誤，致將AB土地所有權登記交叉誤植，須依法更正原申報地價。因此，本案稅捐機關要求納稅者「保存繳稅憑證正本」，並非其法定協力義務之範圍，蓋納稅者係依法行使退稅權利，並非當然同時產生義務。

## 肆、查明退還與稅務協談

### 一、查明退還之職權調查

雖然，稅捐稽徵法第28條第2項針對稅捐稽徵機關錯誤核課之情

<sup>17</sup> 釋字第685號解釋陳新民大法官部分不同意見書：「在我國稅捐法規中，卻反而普遍承認民法較為公允之制度，例如稅捐稽徵法第28條第3項、第38條第2項；所得稅法第125條之1第1項；關稅法第47條第2項、第65條第3項。…故對於人民溢繳之稅款，特別是性質上屬於間接稅與消費稅的營業稅，就應當比照其他種類之稅，適用稅捐稽徵法之規定，退還納稅義務人溢繳之稅款，甚至包括遲延利息在內，以求體系正義之實現。」

形等，取消5年請求權時效之限制，並給予溯及既往之效力。惟因稅捐稽徵法第28條之修正公布實施，若有必要重新調查核課爭議之形成原因(出自納稅義務人之錯誤或出自稅捐稽徵機關之錯誤)，審查退稅請求權成立之實體構成要件事實是否具備，則「…原審法院對此事實未予調查，在現行法制之規範架構下即有違法之處，因未經原審法院實質審理，事證尚有不明，故有由原審法院再為調查審認之必要…」(最高行政法院98判790；98判666)。

但是，若問題關鍵係原處分機關未依法實體審酌，例如，「…本件依行為時之遺產稅法對於生存配偶行使民法第1030條之1夫妻剩餘財產差額分配請求權並未限制行使條件，至其主張是否有理，乃稅捐機關審核後之問題，被上訴人(財政部臺北市國稅局)卻依行為時財政部87年1月22日台財稅字第871925704號函釋(該函釋業經財政部於94年6月29日以台財稅字第09404540280號令廢止適用)，以上訴人(被繼承人之生存配偶)未檢附法院確定判決書或全體繼承人之同意書致未具形式要件而否准認列(並未審酌上訴人已因未能取得全體繼承人之同意書而提出訴訟，其訴訟確定之時間已非上訴人所得掌控等情)，自難謂無適用法令有錯誤之情形，依修正稅捐稽徵法第28條第2項之規定，已無申請退還期間之限制，且本件亦有稅捐稽徵法第28條第2項之適用，被上訴人未及適用，原判決亦未糾正，自有適用法規不當之違法，…上訴人之請求仍需經被上訴人為實體審酌，故應由本院本於原審確定之事實，將原判決廢棄，並撤銷訴願決定及原處分，由被上訴人另為適法之處分…」(最高行政法院99判761)。

至於，針對機關歸責之爭議，則宜由法院認定，例如，「…本件係因原地籍圖本就破損，伸縮嚴重，致圖簿面積不符，系爭土地地籍重測之結果，依照土地所有權人指界並參照舊地籍圖及其他可靠資料辦理後，按土地法第46條之3規定據以辦理土地標示變更登記，本件並非為重測前界址重疊或登記面積錯誤等情，為原審所確定之事實。本件固非屬因與鄰地界址重疊之情形所致之重測後面積減少，惟如系爭土地無論重測前後，上訴人實地管業之範圍並無變動，純係因原地籍圖破損，伸縮嚴重，致圖簿面積不符之面積計算錯誤，則對於該錯誤溢繳稅款，稅捐機關及地政機關是否當然不可歸責，而無稅捐稽徵法第28條第2項規定之適用？原審自應詳查審認…」(最高行政法院99判622)。

### 二、職權調查困難與稅務協談

地價稅之稽徵，係以土地所有權人在同縣市所有土地之地價及面

積所計算之地價總額為課稅基礎，並按照地政機關編送之地價歸戶冊及地籍異動通知資料核定之(釋625)。地價稅之計算公式(土地稅法施行細則第5條附件)，並非採取單一稅率之計算方式，如下表所示：

稅級別	計 算 公 式
第一級	應徵稅額＝課稅地價(未超過累進起點地價者)×稅率(10%)
第二級	應徵稅額＝課稅地價(超過累進起點地價未達5倍者)×稅率(15%)－累進差額(累進起點地價×0.005)
第三級	應徵稅額＝課稅地價(超過累進起點地價5倍至10倍者)×稅率(25%)－累進差額(累進起點地價×0.065)
第四級	應徵稅額＝課稅地價(超過累進起點地價10倍至15倍者)×稅率(35%)－累進差額(累進起點地價×0.175)
第五級	應徵稅額＝課稅地價(超過累進起點地價15倍至20倍者)×稅率(45%)－累進差額(累進起點地價×0.335)
第六級	應徵稅額＝課稅地價(超過累進起點地價20倍以上者)×稅率(55%)－累進差額(累進起點地價×0.545)

針對本案已逾越保管期限之地價稅資料，因稅捐稽徵機關依法且經核准銷毀，就銷毀地價稅資料而言，尚無可歸責之事由。而本案之地價稅溢繳情事，係源自地政事務所資料登記錯誤，雖非稅捐稽徵機關本身之錯誤，惟基於行政一體原則，溢繳責任既然在於機關，則更不應苛責無過失之納稅者舉證。

依稅捐稽徵法第28條第2項規定，應退回溢繳之稅款，不以5年內

<sup>18</sup> 地價稅累進起點地價之計算公式(土地稅法施行細則第6條附件)：

$$\text{地價稅累進起點地價} = \left[ \text{直轄市或縣(市)規定地價總額} - (\text{工業用地地價} + \text{礦業用地地價} + \text{農業用地地價} + \text{免稅地地價}) \right] \div \left\{ \text{直轄市或縣(市)規定地價總面積(公畝)} - [\text{工業用地面積} + \text{礦業用地面積} + \text{農業用地面積} + \text{免稅地面積(公畝)}] \right\} \times 7$$

<sup>19</sup> 釋字第613號解釋理由書指出：「行政旨在執行法律，處理公共事務，形成社會生活，追求全民福祉，進而實現國家目的，雖因任務繁雜、多元，而須分設不同部門，使依不同專業配置不同任務，分別執行，惟設官分職目的絕不在各自為政，而是著眼於分工合作，蓋行政必須有整體之考量，無論如何分工，最終仍須歸屬最高行政首長統籌指揮監督，方能促進合作，提昇效能，並使具有一體性之國家有效運作，此即所謂行政一體原則。」

<sup>20</sup> 行政法院36年判字第16號判例：「當事人主張事實須負舉證責任倘其所提出之證據不足為主張事實之證明自不能認其主張之事實為真實。」高雄高等行政法院(100簡37)即謂：「…原告就此有利原告請求事項亦無法舉證證明其確有於系爭年度繳納地價稅款及有溢繳稅款之情形，故原告遽以請求退還系爭76年至78年溢繳稅款，即屬無據。」

溢繳者為限。本件溢繳行為時雖在98年1月21日稅捐稽徵法第28條修正施行前，但依該條第4項所定溯及效力，本件仍應適用稅捐稽徵法第28條第2項規定。但是，稅捐稽徵機關僅同意退還80年起之溢繳地價稅款，針對55年至79年所溢收部分拒絕退還，自有未合(最高行政法院98判408參照)。

不過，在欠缺其他明確資料可供查證納稅者繳納地價稅之具體事實，且相關課稅及納稅事實經職權調查後仍難以確認，此時依財政部97年12月19日台財稅字第09704538960號令發布修正「稅捐稽徵機關稅務案件協談作業要點」第2點規定：「稅務案件有下列情形之一，稽徵機關得與納稅義務人協談：(一)稽徵機關於審查階段中，就課稅事實之認定或證據之採認，有協談之必要者。(二)復查、依訴願法第58條第2項規定由原處分機關重新審查或經行政救濟撤銷重核案件，對課稅事實之認定或證據之採認，徵納雙方見解歧異者。」

蓋財政部係為暢通納稅義務人申訴管道，增進徵納雙方意見溝通，以減少爭議，而訂定行為時協談作業要點，規定稅務案件有課稅事實認定或證據採認有協談必要或徵納雙方見解歧異等情事者，稽徵機關於審查或復查階段得與納稅義務人協談。即稽徵機關與納稅義務人依行為時協談作業要點進行之協談，具有就事實不易查明，且無法適用推計課稅之情形互為協商，以減少爭議之目的。雖同要點第13條有關於：「依本要點達成協談結果，對稽徵機關及納稅義務人並無拘束力，僅供雙方參考」之規定，然同條但書復規定：「但經稽徵機關簽報核定或簽提復查委員會之協談案件，除有左列情形之一者外，稽徵機關應儘量遵照協談結果辦理：(一)協談之成立，係以詐術或其他不正當方法達成者。(二)協談成立，發現新事實或新證據，影響課稅之增減者。」則參諸行政程序法第136條：「行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約…」之規定，應認協談若係因稽徵機關就行政處分所依據之事實或法律關係，依職

<sup>21</sup> 最高行政法院(100裁1106)指出：「有關前手息扣繳稅款之爭議，因後手仍尚難提供前手企業之利息所得資料與稽徵機關，憑以區分屬於前手息之扣繳稅款及歸課前手利息所得之事實，為免案件曠日費時，經徵納雙方協商締結行政契約，以代替行政處分，行政程序法第136條有明文規定。」此外，最高行政法院(100判1051)指出：「財政部賦稅署針對營利事業之債券前手息扣繳稅款，於查核時與稽徵機關協議和解，放棄部分扣繳稅款之抵稅權利，其放棄之扣繳稅款應如何計入股東可扣抵稅額帳戶之疑義，已作成99年2月1日台稅一字第09804163110號函釋。則本件核定股東可扣抵稅額帳戶之處分，即有參酌前開主管機關函令意旨，重行審酌之餘地。」

<sup>22</sup> 並參，劉雅菁，稅捐協談之研究，中正財經法學碩士論文，2003；白裕棋，租稅協談法制化之建構，中正財經法學碩士論文，2004。

權調查仍不能確定，為有效達成行政目的而為，且已經稽徵機關簽報核定或簽提復查委員會，並據以作成處分或復查決定者，則此協談結果，應認除有上述協談作業要點第13條但書規定之2款情形外，本於行政契約之拘束力及誠信原則，稽徵機關及納稅義務人均不得再為反於協談結果之主張(最高行政法院100判532；100判533；100判534)。

對於行政處分所依據之事實或法律關係，係客觀上存在且不明確，而非僅主觀上之臆測或假設。並且，事實或法律關係之不明確，經依職權調查仍不能確定。基於行政程序效率與經濟之考量，所謂「職權調查仍不能確定」，應指行政機關已盡法定之調查責任，特別係符合行政程序法第1章第6節「調查事實及證據」(第36條至第43條)之規定，或欲完全明確事實或法律關係必須耗損過度之行政成本時。經雙方當事人相互退讓，得與人民和解，有效達成行政目的。此時，締結行政契約，以代替行政處分，係有效解決歧見或爭執之行政行為選擇。

雖然，協談作業要點既非經立法院通過，總統公布之法律，亦非財政部基於法律授權訂定之法規命令，屬賦稅法令相關之行政規則。基於稅捐法定原則及依法行政原則，稅捐之課徵應以稅法有規定者為限，但於課稅事實未明、法令見解歧異，又無法適用推計課稅之情形下，協談程序不失為一考量稅務行政效率之便宜機制(最高行政法院99判1095)。

因此，縱無地價稅繳款書資料，原處分機關仍可就地政機關每年公告地價核算退稅或參酌退稅當年度最低應納稅率計算稅額等與納稅

<sup>23</sup> 至於，協談作業要點第6條「協談日期、地點及協談要點應於協談期日3日前，以書面通知所有參加協談之人員。」及第8條「稅捐稽徵機關協談人員進行協談時，應以客觀、審慎之態度、恪守合法、公正原則，並對納稅義務人或其代理人詳予解說，期能獲得共識，化解歧見。」最高行政法院(100判532；99判1095)，稱係為利協談之減少爭議目的，關於程序之注意性(訓示)規定。

<sup>24</sup> 最高行政法院(100判532)指出：「…否則不僅有違協談作業要點係為減少爭議之規定目的；更因協談本具有徵納雙方就爭議互為讓步之本質，若就徵納雙方互為讓步而作成之行政處分，仍許一方即納稅義務人就其原讓步部分再為爭議(稽徵機關就其讓步部分本於行政救濟不利益變更禁止原則，原則上已無從再爭議)，無異鼓勵納稅義務人藉由協談程序以圖僥倖，顯有違稅捐正義。」

<sup>25</sup> 例如，人民列報之外銷佣金，超過出口貨物價款5%部分，何者屬有正當理由，依職權調查仍難以確定，故稅捐機關與人民就此訂定行政契約，難謂無效。因此，人民出具之同意書，稅捐機關固未於其上簽章，惟其承辦人員於經稅捐機關有權核可者核定後發生效力，即成立行政契約，對雙方發生拘束力，人民就同意剔除部分，不得再行爭執，稅捐機關就超過同意剔除外銷佣金額度以外者，亦不得再行剔除，並無顯不公平情形(最高行政法院94判35)。

<sup>26</sup> 黃俊杰，行政程序法，2010，元照，第223頁以下。

者另行和解。

## 伍、省思

由於98年1月6日修正稅捐稽徵法第28條規定之結果，認為如僅退還5年稅款，對納稅者權益保障恐未盡周全，故要求應自知有錯誤原因之日起2年內查明退還，且其退還之稅款不以5年內溢繳者為限，造成退稅無期間限制與溯及適用。

以本案為例，因地政事務所資料登記錯誤致地價稅溢繳，甲申請退還55年起溢繳之地價稅款，故針對長達40餘年之機關錯誤，除非未來立法予以限制，否則，仍應自知有錯誤原因之日起2年內查明退還。

此種立法，似未注意現行有效法律關於稅捐資料保存之法定期限。故在未修法限制之前，當稅捐資料保存已逾越法定期限而依法銷毀，而納稅者又無保存稅捐資料之協力義務時，徵納雙方似得借助協談程序獲得適當之處理結果。

於此，本文僅就已發生之實際個案，搜尋相關實務見解為例，嘗試提供處理建議。

## 與談實錄

主持人謝處長志明：

請盛教授子龍來與談。

與談人盛教授子龍：

主持人、黃教授、各位長官、專家學者及佳賓，大家好。今天很榮幸能與黃老師討論有關稅捐稽徵法第28條第2項退稅之這個個案。稅捐稽徵法第28條第2項規定之修正，嚴格來說，就比較法而論，以好聽來說，或可說是創新，但以不好聽來說，算是異形。世界各國，就稅捐來說，享有沒有時間限制之退稅請求權是前所未見的，所以施行後，問題就會叢生。黃老師即以此為出發點，提出很有趣的個案，並提出非常有力之論述。

我個人從黃老師提出之個案出發，以本案來說，具體情節我並不清楚，若從抽象地來談論這個案子到底有無符合稅捐稽徵法第28條第2項規定之要件及有無和解決之空間，個人覺得，首先應先認清1個基本觀念，稅捐稽徵法第28條第2項規定到底賦予人民享有何種權利，該規定其實包含二重內涵之請求權，其一為法定期間已經經過，亦即已發生形式存續力處分之課稅處分，給予人民重開程序以撤銷違法課稅處分之請求權。其相對於行政程序法第128條重開程序規定來說，不只是要件放更寬，也拿掉行政程序法第128條有關時間限制規定，這



基本上，我個人對黃老師本篇文章之論點，大多是贊同的。只是我再從個人之角度予以補充。也請大家不吝指正。謝謝。

## 討論與回應：

### 臺南市政府法制處劉書齊科員提問：

課稅處分與退稅請求之關係，若自稅捐稽徵法第28條第2項觀之，似屬撤銷課稅處分重開程序及行使不當得利請求，惟此有無發生權利濫用之情形？另有無可能稅捐稽徵法第28條第1項及第2項發生競合之可能？若有，應如何適用？

### 臺南市政府稅務局林佳億股長提問：

我想是否啓動稅務協談機制，似並非如盛老師所說，若有訴訟敗訴之可能始會啓動，我想我們稅務局比較重視的是財政支持與否，所以實務上，財政部仍多以下級稅務機關自行卓處之態度，造成稅務機關採取較為保守之態度，所以稅務協談仍應在如無欠稅資料等一定之條件下始有協談空間。又地價稅承辦人每年承辦案件約2萬餘件，本案當事人自55年取得土地，如期間未有相關申請或更正等，實甚難要求原承辦人說明原核課情形。

### 臺北市政府訴願審議委員會張編審藏文提問：

一般認為98年稅捐稽徵法第28條第2項之修正為擴大退稅請求權之範圍，惟若擴大退稅請求權是否會影響原核課處分而危害法律安定性？提問人之疑問在於：法律安定性應係立法者所建構。此似應由憲法角度來觀察，而立法者對於資源分配既已採取擴大退稅範圍之主張，則是否適合再加以非難？且就「功能取向分析法」為觀察，此似非大法官所得非難。又本案事實部分，提問人亦認為稽徵機關要求納稅義務人提供憑證正本，應屬過苛，蓋稽徵機關既依檔案法等相關規定銷毀該檔案，則期待納稅義務人超越法律所定保存之義務亦屬過嚴。

### 報告人回應：

稅捐稽徵法第28條第2項之修正，本來就有不同之立法目的，陳長文就是藉由行政程序法第117條規定與稅捐機關作論辯。至於，是否具有公平性，我想剛剛稅務局之說法，我都能體會。稅捐稽徵法第28條應該要修正，蓋該資料保存最多10年而已。

針對稅務和解，係以本案地價稅之角度來說，因當時之事實狀況，依職權調查後仍有不明時，若不啓動和解機制，最後會很難解決問題。

## 伍、研討議題3

### 訴願決定與確定判決對原處分機關拘束力之比較

黃啟楨

## 壹、前言

人民不服機關之行政處分經訴願駁回，或經行政法院判決敗訴後，縱使發現原處分違法時，原處分機關對於人民依據行政程序法第117條陳情促請機關撤銷原處分，或依據同法第128條聲請重開程序，行政實務上，一般獲得之答案大概都是否定的，理由不外乎案件已進入救濟程序或已經駁回或已經判決確定。究竟在法律上經訴願機關或行政法院，以訴願或訴訟無理由駁回確定者，對原處分機關之拘束力及其範圍為何？須講求依法行政且握有公權力之原處分機關，此時有無重開程序，撤銷違法處分之可能？為本文探討之焦點。實務上之案例，譬如有報運進口涉及侵害商標權之貨物，經海關依海關緝私條例第39條之1處分，歷行政救濟程序，經最高行政法院判決駁回上訴而告確定，後經普通法院認系爭貨物係屬真品，亦經判決確定，此時原處分機關，卻不採認普通法院認定系爭貨物屬真品之事實，依據行政程序法第117條依職權撤銷原處分。

鑑於行政機關與人民間之行政法律關係，原則上係以單方行為為原則，其中行政處分更是行政機關用以執行法律處理個案之首要手段，也就是通常由依法握有公權力之行政機關單方面對個案做出決定，並對相對人直接產生法律效果。相對人或利害關係第三人若有不服，則可循各類行政救濟途徑謀求權利保護。惟行政法上之案件當事人提起訴願或行政訴訟之後，其爭訟標的經訴願機關決定確定或行政法院判決確定後，產生確定力，拘束各關係機關，當事人不得再重行提起爭訟，否則，在程序上勢必被訴願機關或行政法院在程序審查時，以「對已決定……事件重行提起訴願者」或「訴訟標的為確定判決……所及者」為由不予受理，也就是須受救濟程序上一事不再理原

<sup>1</sup> 參閱法務部100.6.14法律決字第1000013953號函釋之內容。

<sup>2</sup> 訴願法第77條第7款、行政訴訟法第107條第9款參照。

則之支配。

本文擬探討之問題不在於訴願決定或判決確定後，對訴願機關或法院本身之拘束力究竟如何之問題；而是前述行政處分業經受理行政爭訟之機關實體審查認為無理由駁回後，手上握有公權力之原處分機關，是否可能在一定要件下，得不受行政爭訟決定或判決之拘束，就該案件重開行政程序？也就是維持原處分之訴願決定與行政法院之確定判決，對原處分機關之拘束力究竟為何？

由於行政爭訟案件除單純撤銷原處分之情形外，大部分案件後續之處理，又必然回到握有公權力的原處分機關手中，此點明顯與當事人地位平等的民事案件不同。這時原處分機關得否根據行政程序法第117或128條之規定，廢棄原處分？此等問題在現行法制上，固然訴願法第95條規定「訴願之決定確定後，就其事件，有拘束各關係機關之效力；就其依第10條提起訴願之事件，對於受委託行使公權力之團體或個人，亦有拘束力」。行政訴訟法第213條：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，有確定力」。同法第216條第1、2項：「撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力。原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之」。

其中行政訴訟法第213條係規範判決之既判力，係針對訴訟標的經終局判決確定者而言，對同一事件當事人不得重行起訴。改制前行政法院72年判字第336號判例：「為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中已經裁判者，就該法律關係有既判力，當事人不得以該確定判決事件終結前所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法，於新訴訟為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於該確定判決意旨之裁判。」

又撤銷訴訟與課以義務之訴，雖均以行政處分之存在為前提。但是這類訴訟所關涉之訴訟標的與行政處分兩者，明顯有別。茲以民國97年12月26日最高行政法院97年12月份第3次法官庭長聯席會議(二)之決議為例「課予義務訴訟之訴訟標的，依行政訴訟法第5條規定，應為「原告關於其權利或法律上利益，因行政機關違法駁回其依法申請之案件，或對其依法申請之案件不作為致受損害，並請求法院判令被告應為決定或應為特定內容行政處分之主張」。又依同法第213條規定，上開課予義務訴訟之訴訟標的，於確定之終局判決中經裁判者，有確定力。是原告提起課予義務訴訟如經判決駁回確定者，該判決之確定力(既判力)不僅及於確認「原告對於請求作成其所申請行政處分依法並無請求權」，且及於「被告機關原不作為或否准處分為合法」、「不作為或否准處分並未侵害原告之權利或法律上利益」之

確認；若行政法院依行政訴訟法第200條第3款規定判決原告勝訴確定者，該判決之既判力，不僅及於確認原告對被告依法有作成所請求行政處分之權利，及命令被告機關作成特定內容之行政處分，且及於被告機關之否准處分為違法並侵害原告之權利或法律上利益之確認；如行政法院依行政訴訟法第200條第4款規定判決原告勝訴確定者，該判決就原告對被告是否有依法作成所請求行政處分之權利雖未加以確認，亦未命令被告機關作成特定內容之行政處分，惟該判決之既判力，仍及於系爭否准處分或不作為為違法並侵害原告之權利或法律上利益之確認」。

由上可知既判力與原處分機關得否重開行政程序無涉。

又，行政爭訟實體審查之決定常因個案之事實與適用法律之差別而有差異，譬如維持原處分或決定、單純撤銷原處分或撤銷原處分由原處分機關另為適法之處分屬之。這些不同結果的爭訟決定，對原處分機關之拘束自然有所不同。例如撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力。原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之。就判決對於原處分之拘束力，已明載於前揭第216條。司法院大法官釋字第368號：「……行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，如係指摘事件之事實尚欠明瞭，應由被告機關調查事證另為處分時，該機關即應依判決意旨或本於職權調查事證。倘依重為調查結果認定之事實，認前處分適用法規並無錯誤，雖得維持已撤銷之前處分見解；若行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，係指摘其適用法律之見解有違誤時，該管機關即應受行政法院判決之拘束。行政法院60年判字第35號判例謂：「本院所為撤銷原決定及原處分之裁判，如於理由內指明由被告官署另為復查者，該官署自得本於職權調查事證，重為復查之決定，其重為復查之決定，縱與已撤銷之前決定持相同之見解，於法亦非有違」。徵諸前揭行政訴訟法第216條之規定，對於撤銷原處分發由原處分機關重為處分時，司法機關之判決，對於原處分機關拘束之範圍，至此無論法制或司法實務，並無二致。

至於維持原處分之判決，對原處分機關之拘束力為何？則未規範。另外，同樣是駁回原處分，訴願決定與確定判決，雖均為裁決行政爭訟之行為，但分別由行政機關與司法機關兩種不同機關屬性的主體所作成，兩者在本質上究有不同。且確定判決與原處分機關之間的關係，難免和訴願決定之於原處分機關，有所差異。前者涉及憲法上司法與行政兩權的權力分立與制衡問題；後者純屬行政機關內部自我審查、屬於行政權內部而不是分權、原處分機關非當事人的問題。

然而，前揭第216條第1、2項乃明指「撤銷或變更原處分或決

定之判決”，就其事件有拘束各關係機關之效力，此處之各關係機關應係指原處分機關而言。此從第2項「原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之」可獲得印證。反之，如果行政法院之裁判是維持原處分，也就是認為原處分合法故訴訟為無理由而駁回時，此時對原處分機關之拘束程度為何？嗣後，原處分機關得否以及有無本於職權撤銷或變更原處分之可能？是否仍有行政程序法第117、128條適用之餘地重開行政程序？

基於訴願與行政訴訟兩者性質之差異，訴願法並無類似前述行政訴訟法細微之規定。該法第95條僅規定，「訴願之決定確定後，就其事件，有拘束各關係機關之效力」。據此是否無論訴願為有理由或無理由之決定，原處分機關均須全然受其拘束？與行政訴訟法第216條特別強調是「撤銷或變更原處分」始拘束原處分機關之差異有多大？即有討論之空間。從訴願乃行政內部監督之關係、確保依法行政以及行政自我審查的角度而言，加上訴願制度之意義，以及救濟裁決拘束原則，原處分機關確實應受到訴願決定之拘束，否則，訴願決定便失其意義。但是，萬一原處分實屬違法，訴願機關也已經作成維持原處分之決定，嗣後原處分發覺違法時，如果不能本於職權將以改正，從依法行政原則，以及人民合法權益保護的角度來看，似乎又與人權保障以及高懸之法治國家原則，有所扞格。這裡出現一個問題，就是違法行政處分經過行政爭訟程序後，經爭訟機關維持而回到原處分機關之案件，行政程序法第117、128條，是否仍有適用的問題？從行政程序法第128條第1項但書「……但相對人或利害關係人因重大過失而未能於行政程序或“救濟程序中”主張其事由者，不在此限」，似乎已給予原處分機關於行政救濟程序後，在符合其規定之要件下，人民請求時，仍有撤銷原處分可能。但是，同法第117條職權撤銷之規定，此時是否已全然排除？該條所謂之「法定救濟期間經過後」，是否解為限於未經救濟之案件？如果比較兩個條文，同法第128條也有相同之文字，在原處分違法以及追求依法行政之目標下，似乎仍有討論之餘地。

行政法院雖亦曾於45年判字第60號判例認為，「官署之行政處分，經人民依行政爭訟之手段請求救濟，而經受理訴願之官署，就實體上審查決定而告確定，或經行政法院就實體上判決確定者，即兼有形式上及實質上之確定力。當事人對於同一事項，即不得再行爭執，而為該處分之官署及其監督官署，亦不能復予變更」。不過此一判例業經最高行政法院91年8、9月份庭長法官聯席會議決議不再援用。另

如最高行政法院100年判字第577好判決，亦認為若案件已無從依再審程序謀求救濟者，在符合行政程序法第128條之要件下，解釋上應容許其依該規定申請重新進行行政程序，以求周延。足見司法實務已對過去訴願決定及確定判決，對於原處分機關之拘束力作出調整。

綜合以上之說明，本文探討主要之範圍與焦點，在於撤銷訴訟之案件，行政救濟確定後行政程序重開之可能性，並限於違法行政處分經實體審查後，維持原處分之訴願決定確定，或維持原處分之確定判決，對原處分機關拘束之範圍如何？以及兩者對原處分機關之拘束有無差異等議題。除此之外，其他諸如訴願程序終結之時點問題、案件係遭程序駁回的情形、撤銷原處分由原處分機關另為處分或訴願決定以及確定判決對於原處分機關以外之訴願機關或其他機關(包含法院)的拘束力問題，囿於題目，均不在本文探討之列。

## 貳、維持原處分之訴願決定

### 一、訴願無理由而遭決定駁回之型態

訴願無理由而遭決定駁回之型態，其情形可分別說明如下：

#### 1、訴願決定係確認原處分之合法性：

德國通說認為，受理訴願機關作出維持原處分而駁回訴願之決定和原處分間係屬於分別獨立的二個行政處分。而此種訴願決定不但確認原處分之合法性，且拒絕給予訴願人救濟。

此種訴願決定僅確認原處分之合法性，並維持其存續，並無固有之實體規制內容，但依訴願法第95條規定，此種訴願決定仍應對原處分機關發生拘束力，亦即，原處分機關在訴願程序結束後，不得另以原處分違法，而逕行依職權撤銷或變更原處分。

#### 2、訴願決定之理由與原處分不同，但結論相同者：

按訴願法第79條第2項規定：「原行政處分所憑理由雖屬不當，但依其他理由認為正當者，應以訴願為無理由。」是此等訴願決定之理由雖與原處分不同，但此種訴願決定之法律見解對於原處分機關而言，亦應具有拘束力。亦即，原處分機關應服從作為上級之受理訴願機關之見解，不得一再執被認為不當之理由另為處分。

#### 3、原處分違法，但並未侵害訴願人之權益者：

<sup>3</sup> 該聯席決議不再援用之判例共141則。

原處分雖然違法，但並未侵害訴願人之權益者，應以訴願無理由，駁回其訴願。惟此駁回之訴願決定確定後，參照行政程序法第117條以下規定，原處分機關或其直接上級機關仍得依職權將原處分撤銷或變更。

## 二、訴願駁回後得否撤銷原處分

原則上行政處分，無論係屬違法或合法，若尚未經訴願或行政訴訟程序，其撤銷或廢止，原處分機關即得本於職權，依據行政程序法第117條或122、123之規定為之；必要時128條撤銷或廢止原處分。但是如果已經訴願決定確定時，則原處分機關所受之拘束為何？此時行政程序法仍有適用之餘地？最後之問題在於我國對於行政程序、訴願程序、與行政訴訟程序，分別定有行政程序法、訴願程序法、與行政訴訟法。三者之適用範圍，除規範行政訴訟程序之行政訴訟法，清楚獨樹一幟外，其中尤其同屬規範行政體系階段之行政程序法與訴願法，兩者之適用範圍是否逕渭分明？由於經訴願機關駁回或維持原處分之案件，後續之主導或處置，仍歸屬原處分機關，所以，後續處理除非訴願法別有明文規定，否則仍然應適用行政程序法。

原處分經訴願機關實體決定駁回確定<sup>4</sup>後，始發現決定錯誤，也就是訴願本應為有理由，原處分係屬違法之行政處分。此時訴願程序已終結，係屬不再，訴願機關除非發動行政監督權促使原處分機關撤銷原處分，就訴願而言，已無從使對於事實上本即違法之原處分訴願案件，再加以處置，在存在訴願決定之情形下，這時可能面臨的問題是：

- A、原處分機關得否依據行政程序法117條之規定撤銷原處分？
- B、原處分機關得否應人民依據行政程序法128條之申請而撤銷原處分？

按救濟裁決拘束原則，基於訴願之性質純屬行政機關內部自我審查之監督機制，訴願機關得全面審查原處分之合法性與妥當性，基於行政上下服從關係，經訴願決定之案件，原處分機關原則上應尊重訴願機關之決定，似屬當然之理。但是否全無例外，司法與行政實務界

<sup>4</sup> 訴願經程序駁回確定者，此時訴願機關尚未對原處分為實體審查決定，所以，無論事實之認定或法律之見解，原處分機關應不必受該訴願決定之影響，而得依行政程序法第117條或128條撤銷原處分。

<sup>5</sup> 若確屬合法之行政處分，則行政機關除非有行政程序法第128條所定之原因，始得依人民之申請廢止。其餘，便依行政程序法第122條之規定為廢止，其可能性微乎其微。

及學界之看法如何，分別說明如下：

對此司法實務之見解認為<sup>6</sup>，「訴願之決定有拘束原處分或原決定官署之效力，訴願法第12條定有明文(按：係指舊法，以下同)，除不服之原處分或原決定，有合於訴願法第4條規定情形，得由不服者提起再訴願<sup>7</sup>或行政訴訟外，其原處分或原決定即屬確定，該原處分或原決定之官署，均應受拘束，不得由原決定官署自動撤銷其原決定；至其直接上級官署，除依法受理(再訴願)外，亦不得本其監督權作用，命原決定官署更為決定，至受理(再訴願)之官署，對於已決定之(再訴願)，自亦不得自動撤銷更為決定」；同時卻容許「惟訴願(再訴願)，均為人民之權利或利益因官署之違法或不當處分致受損害而設之救濟方法，苟原處分原決定或(再訴願)官署，於訴願(再訴願)之決定確定後，發見錯誤或因有他種情形，而撤銷原處分另為新處分，倘於訴願人、(再訴願人)之權利或利益並不因之而受何損害，自可本其行政權或監督權之作用另為處置，不在該條應受拘束之範圍」。也就是如果此時程序之重開對人民係更有利，已獲有利決定之原處分機關願意拋棄確定力時，仍屬可行。

另如民國25年司法院院字第1461號解釋認為，認訴願決定有拘束原處分及該決定官署之效力者，係指已訴願之事實業經決定者而言，若另發生新事實，當然得由該管官署另為處分。又如，司法院26院字第1629號解釋認為，再訴願人於再訴願官署撤銷原處分之決定確定後，忽就原處分認定之事實，向官署自白係表明詐偽之事實，原處分官署基於事實另為處分仍無不可。故上開解釋似又認為原處分或原決定如確有錯誤，得撤銷原處分另為新處分。

在我國行政實務上，對此問題之看法，以接觸此類案件最多的稅務中央主管機關財政部為例，認為業經提起訴願之核課處分，除原處分官署於收到訴願書副本後，認訴願為有理由者，得自行撤銷原處分，為訴願法所規定外，受理訴願之行政官署，固應先就程序上加以審核，合於法定程序者，方能進而為實體上之審理，其不合者，即應從程序上予以駁回，不能逾越範圍而為實體上之審定。惟原處分如經訴願、行政訴訟程序上之實體審查而決定維持者，雖已具有形式上之確定力，但尚未具實質上之確定力，如果原處分機關或其上級機關認為該原處分確有違反法令者，則為公益上之理由，未嘗不可再依職權糾正。又訴願之決定有拘束原處分或原決定機關之效力，訴願法定有明文。惟訴願為人民之權利或利益因官署之違法或不當處分致受損害

<sup>6</sup> 司法院25年院字第1557號解釋參照。

<sup>7</sup> 此一再訴願程序已經修法廢除，故以下均加上括弧，以為提示。



而設之救濟方法，苟原處分原決定機關，於訴願之決定確定後發現錯誤，或因有他種情形而撤銷原處分另為新處分，倘於訴願人之權利或利益並不因之而受何損害，自可本其行政權或監督權之作用，另為處置，不在該條應受拘束之範圍<sup>8</sup>。足見對於業經訴願決定之核課處分，原處分機關應有重開程序之適用，可認實為相當開明之法律見解。

學界對次此問題見解彼此間則相當紛歧，有認為經訴願決定作實體上判斷之案件，應有一事不再理原則之適用，除有再審之法定原因外，原處分機關或其上級機關(包括訴願決定機關)，均不得重開程序或任意撤銷或變更<sup>9</sup>。但亦不否定經訴願決定得重開行政處分之可能，僅認為原處分既經訴願決定認定為合法及適當，廢止或另為處分，不僅單純適法與否問題，尚可能涉及政策層次，故原處分機關於廢止或另為處分時，應先向訴願機關報備<sup>10</sup>。類似之見解，諸如已經訴願實體決定，而具有實質確定力者，不得申請重開行政程序<sup>11</sup>。行政處分如經司法實體判決，則應尊重實體判決之既判力，不宜再由行政機關依職權撤銷致破壞實體判決之既判力<sup>12</sup>。

持不同的看法者，則認為訴願之決定，固有拘束原處分機關之效力，惟訴願既係人民之權利或利益，因行政機關違法或不當處分，受有損害之救濟方法，原處分機關於訴願決定後，發現錯誤或因有其他情形，而撤銷原處分另為新處分，倘訴願人之權利或利益並不因而受損害，自可本於其行政權或監督權之作用，另為處置<sup>13</sup>。類似的觀點認為，基於保障申請人權益及行政處分無實質確定力之原理，申請人向原處分機關提出要求重新審查，原處分機關似可受理<sup>14</sup>。

訴願決定性質屬仲裁行政法律個案爭議之特別行政程序，本質上仍屬行政處分，其確定力之強度，應與司法機關之判決有別。從而，則訴願決定之拘束力即不應與司法判決等量齊觀；再者，訴願雖屬行

<sup>8</sup> 財政部47年台財參發第8326號釋示參照。

<sup>9</sup> 吳庚，行政爭訟法論，頁363。

<sup>10</sup> 同上註，頁214。

<sup>11</sup> 蔡志方，行政救濟與行政法學(四)，頁79。

<sup>12</sup> 林錫堯，行政法要義，2006年9月，3版第1刷，第335頁。

<sup>13</sup> 陳敏，行政法總論，頁300。

<sup>14</sup> 張自強、郭介恆，訴願法釋義與實務，頁394。

政爭訟制度之一環，惟訴願程序本身仍不應脫離行政程序之本質<sup>15</sup>。

### 三、小結

在訴願程序進行中或終結後，原處分機關與訴願機關間機關係，並未有如司法訴訟程序之移審問題。考量原處分機關對於原處分均有依行政程序法相關規定處理之管轄權的事實，當訴願機關發現原決定錯誤，依法已不能撤銷原決定，基於依法行政原則考量，如有撤銷之意圖，則僅能以監督機關角色，促使原處分機關為撤銷之處理。在原處分機關已獲有利之訴願決定已確定之情形下，僅得考慮由原處分機關以放棄確定力之方式，回歸行政程序法第117條或128條，撤銷原處分。以貫徹依法行政原則，並保障人民合法權益。

### 肆、維持原處分之確定判決對於原處分機關之拘束

行政訴訟法第213條：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，有確定力」。同法第216條第1、2項：「撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力。原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之」。但是，如從第216條第1項反面解釋，維持回處分之確定判決，似乎不在上述規定之列。也就是原處分經過法院實體審查後，認訴訟為無理由判決駁回時，原處分機關並不受第216條第1項之規範。此時，如發現原處分確實違法時，便須思考以下之問題：

—確定判決與行政程序法第117條之關係

—確定判決與行政程序法第128條之關係

對於具既判力之駁回判決，在德國係認為行政機關仍不妨滿足原告之要求，尤其在發現原處分確屬違法下，在對敗訴之當事人有利之原則下，仍有不受判決拘束之可能，而不妨拋棄確定力<sup>16</sup>而撤銷原處分，或為有利人民之變更，或作成其所要求之行政處分。而在發現新事實證據等再審事由存在，以及根據平等處理之理由等，行政機關甚至負有義務重新審查原處分，不受原判決之拘束。在稅捐訴訟上，德國學者亦認為在相同事實狀態下，另為與判決相異之有利於原告之處置，只要係基於公平合理之理由，亦為法之所許，且認進一步實質審

<sup>15</sup> 我國救濟訴願程序獨立制定專法，這點與德國將訴願合併規定於行政法院法，未規定者則回歸行政程序法，強調其行政程序之屬性，兩國之立法體例有所不同。

<sup>16</sup> 劉宗德、彭鳳至，行政訴訟制度，收錄於翁岳生編，行政法，下冊，頁1208～1209，1209頁之注解第321所引行政法院法逐條注解書之見解參照。

理本屬原處分機關權限之範圍。

另外日本通說亦採相同見解<sup>17</sup>，學者認為駁回判決並未確定系爭法律關係本身，且行政機關並未因既判力而被課予實體法上之義務。是以，德國及日本通說均認為第一次決定縱使經有確定力之判決所確認，仍不妨礙重開行政程序。

## 2、司法實務見解

在我國對於此項問題，在司法實務見解上呈現紛歧現象，司法實務界大部分傾向不得撤銷之看法，而認為「行政程序法第128條第1項第2款規定，乃係指行政處分未經行政法院判決，於法定期間經過後，具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者，當事人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更而言，其已經行政法院判決，而具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者，自應依行政訴訟法第273條、第275條之規定，提起再審之訴，此觀各該條文之規定即明<sup>18</sup>。」該裁定嗣後並經最高行政法院93年度裁字第830號裁定維持。茲分述如下：

(1)否定說：此說認為既經爭訟確定在案，已有既判力，應無行政程序法第128條規定之適用<sup>19</sup>。

(2)肯定說：認為程序重開之申請係在撤銷或廢止行政處分之存續力，所以經判決維持之行政處分亦可提起程序重開之申請。另，行政訴訟再審制度係在廢棄原確定判決，並繼續進行原行政訴訟程序，是以經再審判決確定之事件，仍得依行政程序法第128條之規定提起程序重開之申請<sup>20</sup>。此說固然值得支持，但是，再已判決確定下，對於為何原處分機關可以重開程序之理由，應再補強。最高行政法院最新之判決進一步認為，案件經判決確定，若已無法依再審程序謀求救濟，應許其依行政程序法第128條申請重開行政程序，以求周延<sup>21</sup>。

## 3、行政實務之見解：

<sup>17</sup> 雄川一郎，行政爭訟法，頁221；近藤昭三，判決之效力，行政法講座，第三卷，頁334，轉引自陳清秀，行政訴訟法，頁229及翁培祐，我國核課處分程序重開之探討，頁126。

<sup>18</sup> 臺北高等行政法院91年度訴字第1587號裁定參照。

<sup>19</sup> 例如最高行政法院92年判字第362號判決。

<sup>20</sup> 參閱臺北高等行政法院92年4月4日92年判字第362號及94年1月13日92年訴字第5535號判決。

<sup>21</sup> 最高行政法院100年度判字第577號判決參照。

負責稽徵稅捐最常面對此類問題之中央主管機關—財政部目前對於既判力之核課處分，仍認為應受判決之拘束。即明示：「納稅義務人不服行政法院之判決提起再審之訴，如貴局經答辯後始發覺原核定、訴願均值斟酌，可於行政救濟程序終結前向行政法院提出補充答辯，於再審裁判前，依法仍應受行政法院原判決之拘束，未便自行撤銷<sup>22</sup>」，又如財政部47台財參發第8326號令規定：「為確切保護人民權益，對於僅具形式確定力之行政處分，原處分及其上級官署，自仍應就實體上注意查核，如確有違法或不當，致損害人民權利或利益者，即應依職權撤銷變更」。這些財政部仍為有效釋令，各該稽徵機關均須依據該等函釋辦理。亦即各稅捐稽徵機關得職權撤銷者，僅及於具形式確定力之核課處分，如該核課處分已具有既判力者，即非屬目前稅捐稽徵機關得重開行政程序之範疇。至於有<sup>23</sup>學者主張財政部於前開70年2月24日台財稅第31422號函釋最後一段提出：「如具備稅捐稽徵法第28條所定情形，得依該條規定辦理。」之文字，實質上仍與認同重開行政程序結果相同。

財政部曾於91年為使用牌照稅罰鍰案件函詢法務部，該案係因甲君原應依據使用牌照稅法第28條規定處罰，惟該項規定於90年1月17日修正。甲君自始即對原處分主張不服，並循行政救濟程序提起復查、訴願及行政訴訟，於90年10月18日經最高行政法院判決確定，仍維持原處分。惟財政部認為依據稅捐稽徵法第48條之3規定，甲君應可適用修正後使用牌照稅法第28條規定之較輕倍數處罰。該案法務部以91年8月12日法律字第0910029335號函復財政部，依據函復內容法務部係認為，行政程序法第128條所稱「法定救濟期間經過後」係指行政處分因法定救濟期間經過後，不能再以通常之救濟途徑，加以撤銷或變更，而發生形式確定力而言，非經實體判決確定之行政處分，符合上開規定者，當然得依上開規定申請重新進行行政程序，若經行政法院實體確定判決予以維持之行政處分，關係人可依再審程序謀求救濟，故不在重新進行行政程序之列，「惟如無從依再審程序救濟者，解釋上亦當容許其申請重新進行行政程序，以求周延。該案原可適用修正後稅法規定之較輕倍數處罰，但法院仍適用修法前較重倍數處罰，有適用法規顯有錯誤之情形，當事人當然得依再審程序謀求救濟」。末尾似又透露重開程序之可能性。

在最近的相關函釋中，其立場又趨明顯保守，認為行政處分如經司法實體判決，則應尊重實體判決之既判力，不宜再由行政機關依職

<sup>22</sup> 參閱該部70年2月24日台財稅第31422號函釋。

<sup>23</sup> 陳清秀，稅法總論，頁802。

權撤銷致破壞實體判決之既判力<sup>24</sup>。作為行政程序法適用疑義之解釋機關，以及中央之法律釋疑者，其所為之法律解釋，回覆各機關之後，影響範圍相當大。

依據行政程序法第128條第1項之但書，前開法務部意見，尚值商榷。首先行政程序法第128條第1項第3款將「具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者」，列為人民申請重開行政程序事由之一，即非謂人民得聲請再審之訴者，即不得重開行政程序。法務部於該項函釋中，既認同有適用法規顯有錯誤之情形，亦認為經實體判決確定而予維持之行政處分，當容許其申請重開行政程序，為何再設定須「無從依再審程序救濟者」始可申請重開行政程序，實為增加法律所無之限制。再者，依據行政訴訟法第276條規定，再審之訴應於30日之不變期間內提起；而行政程序法第128條規定，人民申請重開行政程序應於法定救濟期間經過後3個月內為之；如按照法務部見解，或係鼓勵人民興訟，或係要求人民等待訴訟判決確定超過30日後再行申請重開行政程序，實與程序經濟及保障人民權益有違。

前述吳庚教授對於經法院判決確定之行政處分可否重開行政程序，似持保留看法。惟吳教授對於經行政訴訟判決確定之行政處分，可否廢止<sup>25</sup>或另為處分，又似別有見解，他認為經行政訴訟判決確定行政處分之廢止或另為處分，除應遵守信賴保護原則外，並應以行政法院據以判決之法律或事實狀態已有變更為前提。雖沒有提及可否撤銷原處分，但是，對於存在實質確定力，支持仍可重開程序廢止原處分，差別僅剩廢止與撤銷爾。因此，既判力確實成為程序重開之重要爭點，並造成學說上紛歧與不確定。再者，就行政實務而言，不論行政程序法主管機關—法務部或稅捐核課主管機關—財政部，亦均存在政策擺盪現象，已如前述。惟從歷來函釋可得出一項結論—在實務作業上，似乎已愈來愈向支持具既判力核課處分可以重開行政程序傾斜。

綜觀各項因素，具既判力之違法核課處分，似仍有重開行政程序之可能，理由說明如下：

(1) 從行政程序法第117條之條文結構，可之在立法上，係以依法行政追求行政合法性為原則，以信賴保原則為例外。在此原則下，賦予原處分機關於法定救濟期間經過後，具有確定力時，仍得再開程序撤銷原處分。駁回處分之救濟決定或判決，其確定力固然來自信賴保護語法安定性之考量，但是若發生爭訟程序未能發揮救濟之功能，確

<sup>24</sup> 參閱法務部100.6.4法律決字第1000013953號函；97.2.4第0960043161號及100.1.4法律字第0999053348號函釋。

<sup>25</sup> 非指撤銷原處分。

保依法行政，保障人民權益特殊情形時，在訴願與行政訴訟已結束繫屬，案件重回原處分機關之情形，例外同意原處分機關仍得援引第117條本於職權撤銷違法之原處分，這樣的結果係對人民有利，既合乎依法行政，也保護人民之合法權益，似無反對之必要。

(2) 程序是否可以重開之考量，不應背離國家設立訴願與行政訴訟制度存在目的，主要係為保障人民權益及確保國家行政權合法之行使，因此，對於維持原處分之確定判決，發現行政處分確有違法時，實難認同再放任其存在，而且在行政訴訟無法確保依法行政時，不應在僵化固守，拘泥於枝節之規定，以程序害實體。再者，司法在現代社會所扮演者乃保障人權及解決紛爭之最後及最權威角色，如果具既判力之違法核課處分可以透過程序重開得到矯正，亦不減損司法在現代社會中所扮演保障人權之角色。

(3) 為有效保障人民權益

從憲法保障人民之基本權利與訴願、訴訟權之角度而言，國家設立訴願與行政訴訟這類行政救濟程序之終極目的之一，應不脫離人民權益之保障，而非只是重視形式上之過程是否經過？更非僅重視其是否僵化拘束原處分機關而已。在解釋本論文之問題時，不應忽略基本權對於一般法律所產生之交互作用(Wechselwirkung)與功能，也就是此際更凸顯人民合法權益之保障之重要性。

(4) 行政程序法第128條第1項但書及第117條，從文義解釋可產生結果如下：僅具形式確定力(裁定)之行政處分，屬行政程序重開範疇。具有既判力之行政處分，原則上固然非屬行政程序重開範疇。但是，例外情形依據本條但書「如相對人或利害關係人因重大過失而未能在原行政程序或『救濟程序』中主張該事由者」，意謂我國行政程序重開之規定，並未排除經「行政救濟程序」之行政處分，同時，亦未排除該行政救濟程序係經審查實體要件者，因此，本文實難認同我國行政程序法第117條及第128條之立法原意，係將具既判力之行政處分排除於行政程序重開範疇之見解。又如前開法務部以91年8月12日法律字第0910029335號函釋，亦認為經行政法院實體確定判決予以維持之行政處分，關係人如無從依再審程序救濟者，解釋上亦當容許其申請重新進行行政程序，故綜合現行法制及實務函釋，具既判力之違法核課處分似可重開其行政程序。

(5) 最高行政法院最新之判決亦認為，案件經判決確定，若已無法依再審程序謀求救濟，應許其依行政程序法第128條申請重開行政程序，以求周延<sup>26</sup>。

<sup>26</sup> 最高行政法院100年度判字第577號判決參照。

## 伍、法務部98年4月15日法律字第0980003338號函釋之商榷

法務部98年4月15日法律字第0980003338號函釋：非經實體判決確定之行政處分，符合行政程序法第128條第1項規定者，當然得申請重新進行行政程序。惟若經行政法院實體確定判決予以維持之行政處分，依行政訴訟法第213條規定，具有實質確定力，必須具有同法第273條第1項各款所定再審事由之一，始得再開訴訟程序謀求救濟，則不在重新進行行政程序之列。」在文字上雖與前述法務部91年8月12日法律字第0910029335號函復財政部函釋，有些差異，但兩者關於程序得否重開之見解基本上，並無二致<sup>27</sup>，可見是相當持續穩定之看法。在時間上屬於比較新的釋示，某種程度上有其代表意義。

上揭函示無非將是否准許人民依據行政程序法第128條申請程序重開之見解，分為兩類：

1、非經實體判決確定之行政處分，須符合行政程序法第128條第1項之規定：原處分未經行政法院判決確定之情形，譬如未經訴願、或提起訴願卻遭程序駁回、已經訴願決定(此函並未區別決定類型，所以不明其對訴願法第96條之看法)、或雖起訴但遭不受理者均屬之。似乎給予程序重開相當大之空間，但是，並未考量訴訟法第96條之規定。

2、經實體判決確定之行政處分，必須具有同法第273條第1項各款所定再審事由之一，始得再開訴訟程序謀求救濟，則不在重新進行行政程序之列：明顯排除重開程序之可能，但是此一見解似忽略行政程序法第128條第1項但書「但相對人或利害關係人因重大過失而未能、救濟程序中主張其事由者，不在此限」之規定，也就是依據該規定，縱使已經法院判決確定者，有該條所列各情形之一，原處分機關仍有一人民聲請，重開新程序之可能。

## 陸、結語

綜合上述討論，行政處分經訴願或行政法院實體審查駁回確定後，雖發生實質確定力，依法拘束各關係機關。但基於下列理由，本文認為此時若發現原處分確有違法時，應可同意原處分機關，重開程序，撤銷原處分<sup>28</sup>：

<sup>27</sup> 唯一差別的是本函並未如前函之末端，似留有例外重開之途徑。

<sup>28</sup> 此處所探討者乃指得否撤銷，以及撤銷之合法性問題。至於，是否要撤銷原處分，

一、從行政程序法第117條之條文結構，可知在立法上，係以依法行政追求行政合法性為原則，以信賴保原則為例外。在此原則下，賦予原處分機關於法定救濟期間經過後，具有確定力時，仍得再開程序撤銷原處分。駁回原處分之救濟決定或判決，其確定力固然來自信賴保護與法安定性之考量，但是若發生爭訟程序未能發揮救濟之功能，確保依法行政，保障人民權益特殊情形時，在訴願與行政訴訟已結束繫屬<sup>29</sup>，為貫徹依法行政，例外同意原處分機關仍得援引第117條本於職權撤銷違法之原處分，這樣的結果係對人民有利，既合乎依法行政，也保護人民之合法權益，似無反對之必要。而且從法治國原則來看，實無理由坐視違法存續，而以程序害實體。此外，依法行政之法律知識及其執行，事實上並非由訴願機關或行政法院所獨佔或壟斷；行政機關更不應忘記自己才是行政法規的主要執法者、行政法案件之率先認定與決定者，在邏輯上行政機關不應有權執法在先，之後卻自我否定，主張無能力判定適法性之問題。究其實行政法院僅係仲裁行政法律爭議，但非取代行政機關。

二、從行政程序法第128條第1項但書「但相對人或利害關係人因重大過失而未能、救濟程序中主張其事由者，不在此限」規定可知，該條之適用範圍，並不限於，未經訴願或行政訴訟之案件。亦即案件縱使已經行政爭訟程序但未獲救濟，訴願機關或行政法院審查後認應維持原處分而駁回並已確定者，如果有該條所列各款情形之一者，人民仍得在該條所定期間內，向原處分機關聲請重開行政程序。此一條文也沒有將訴願決定與法院判決分別對待<sup>30</sup>，而均有適用之可能。

三、行政訴訟法第216條第1項規定，限於「撤銷撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力」。足見撤銷或變更原處分或原決定以外之判決，並不包含在內，例如駁回之判決即屬之。據此條文這類情形，原處分機關事後原處分確有違法時，即得依職權依法行政撤銷違法之原處分，無論就法治或人權保障之觀點，均屬合法且當然。

則宜由機關自行權衡決定，不在本文探討之列。

<sup>29</sup> 綜觀訴願法第58條第2項、93條第1項及行政訴訟法第116條第1項，在行政爭訟過程中，原處分機關仍一直保有對該案件之管轄權，這點與訴訟案件不服判決提起上訴時，發生法院間之移審效力，兩者明顯有別。

<sup>30</sup> 觀諸行政訴訟法第216條條文亦明示，確定判決對相關機關之拘束力，僅限於「撤銷或變更原處分」之判決。

- 四、從憲法保障人民之基本權利與訴願、訴訟權角度而言，國家設立訴願與行政訴訟這類行政救濟程序之終極目的之一，應不脫離人民權益之保障，而非只是重視形式上之過程是否經過？更非僅僵化重視其是否拘束原處分機關而已。在解釋本問題時，不應忽略基本權對於一般法律所產生之交互作用(Wechselwirkung)與功能，也就是此際更凸顯人民合法權益保障之重要性。
- 五、我國司法院之見解，早已明白贊成在發現處分違法而且另為處置係對訴願人有利的原則下，可以再開程序廢棄原處分，司法院認為「、訴願(再訴願)，均為人民之權利或利益因官署之違法或不當處分致受損害而設之救濟方法，苟原處分原決定或(再訴願)官署，於訴願(再訴願)之決定確定後，發見錯誤或因有他種情形，而撤銷原處分另為新處分，倘於訴願人、(再訴願人)之權利或利益並不因之而受何損害，自可本其行政權或監督權之作用另為處置，不在該條應受拘束之範圍」<sup>31</sup>。最高行政法院最新之判決亦認為，案件經判決確定，若已無法依再審程序謀求救濟，應許其依行政程序法第128條申請重開行政程序，以求周延<sup>32</sup>。
- 六、從比較法的觀點，德國學界與實務界接受，由贏得訴願之原處分機關拋棄實體確定力，用以解決此一確定力與依法行政、人權保障間衝突之難題，也彌補救濟制度失靈之缺憾，貫徹法治國家理想之努力，值得參考。

## 與談實錄：

與談人(林副教授昱梅)：

各位大家好！報告人的見解，即原處分經過訴願及行政訴訟程序確定後，原處分機關還可以重開行政程序，與目前較多的實務見解其實是不同的，但是基本上我是支持黃老師的見解。我想再提出一些補充，其實實務上會遇到相當多這類案例，有些民眾在法院判決確定後，還是積極的找相關資料，希望原處分機關一再的開啓程序。黃老師點出此問題涉及人民權利保護、依法行政與法安定性間的衝突點。而衝突不見得一定要擇一，或許可以尋求權衡或調和的可能性。另外如果原處分是具有第三人效力的情形，討論上又會更複雜一點。

黃老師依據德國及我國學說及實務，提出原處分機關可以放棄確定力，由原處分機關撤銷或變更原處分之見解，其主要理由是如果爭訟程序無法發揮救濟功能，基於依法行政及人民權利考量，不能以

程序害實體，這樣可以有效保障人民權利。黃老師並提出依基本權交互作用之觀點，因行政程序第128條第1項但書文字有提到救濟程序字眼，如果重大過失沒有在之前的救濟程序中提出來，就不能申請程序重開，所以也並不排除訴願決定或判決確定後程序重開，再看德國法的條文，其實是沒有「法定救濟期間經過」之要件，我國條文並非不能採取較寬鬆的見解。惟法務部的見解並非如此，而法務部的見解其實是有相當的影響力的。

我的與談有兩個思考問題。第一是行政程序法之規定，在第117條是行政機關依職權發動，而第128條則是由人民提出申請，第128條是加了很多的要件，其實就是要去調和法安定性。例如，正在爭訟救濟繫屬中，其實是不能申請的；再者衍生的問題，依據兩條文結構，其判斷基準時，有可能是不同的；第二個問題是爭訟程序中之再審程序，與程序重開，何者優先？這是我拜讀報告人的高見後，所衍生的問題。

針對訴願決定維持原處分而告確定之案件，原處分得否重開程序之問題，據我推諷行政院的見解，是直接針對行政程序法第128條之要件去審酌，並未提及原處分已經訴願決定，而受訴願決定確定之拘束力所及來處理這問題。

學說採肯定見解的有郭介恆老師，他是舉司法院院字1557號之見解，認為可以本於行政權或監督權之作用另為處置。陳清秀老師也認為行政機關本來就可以做第二次處置。

採否定說者是吳庚老師，他認為基於訴願法第95條訴願決定有拘束力，除非有再審的法定原因，否則不得重開程序，去任意變更。

我個人認為訴願階段還是屬於行政程序，比較不會有權力分立或權力制衡之問題，所以應該可以重開程序。

再就行政訴訟判決確定後之重開程序加以討論。報告人有提到行政法院有一些判決採取肯定的見解，但是行政機關或司法機關大部分還是採取否定見解。

保訓會是採取與法務部相同的見解，即否定見解。最新的司法實務見解有最高行政法院100年判字第577號判決，也是採否定說，認為原則上還是要依再審程序救濟，除非不能依再審救濟，才能依程序重開來處理。

學說見解方面，陳敏大法官的看法，是認為確定判決之既判力範圍，並無限制行政機關再去作有利當事人之變更。李建良老師則認為行政程序法第128條第1項所稱「法定救濟期間經過後」之意涵，應指行政處分發生形式確定力之情形，至於其原因為何，應非所問。

採取否定說者是林錫堯大法官，認為應尊重實體裁判之既判力，不宜授權行政機關依職權撤銷致破壞實體裁判之既判力。

再從德國法制面看，德國聯邦行政程序法第48條(違法行政處分

<sup>31</sup> 司法院25年院字第1557號。

<sup>32</sup> 最高行政法院100年度判字第577號判決參照。

之撤銷)、58條(重開程序)的規定中,所使用的字眼是「不可爭訟」(unanfechtbar),而不是「法定救濟期間經過後」,當然就包含訴願程序及訴訟程序之決定或裁判確定之後。德國學說上是認為程序重開就是要去突破(Durchbrechung)行政處分的存續力,認為法院判決既判力與程序重開是可以併存的。但其規定也不是無條件接受重開,也是有各種限制,可以去調和法安定性、判決既判力及實質正義(materielle Gerechtigkeit)。尤其德國聯邦行政法院1984年判決(BVerwG, 13.09.1984 - 2 C 22.83, BVerwGE 70, 110),更認為排除程序重開的可能性,是違反人民憲法上訴訟權保障的。所以我個人看法是支持報告人的見解。以上是我的與談。

## 討論與回應：

主持人(臺中市政府法制局林局長月棻)：請問現場有何提問？

### 1. 高雄市政府法制局主任秘書游(天浩)先生：

行政機關是否可以在法院判決確定維持行政處分後,再去認定行政處分違法?這樣實務上其實是很有可能發生很多關說情事的。而且若重新作的處分為第三人效力處分,尚且還可作行政爭訟,如果不是,還有誰能再去判斷這個新的處分是否違法?這個部分如何處理?

### 2. 法制局李(益彰)：

在報告內容第12頁第3行有關法務部的函釋文義之內容,在判決確定前再審救濟的30日期間內,當事人如果去提程序重開的話,是否符合行政程序法的法定要件?我的看法是認為法務部函釋,是要去處理上開30日期間內提出程序重開的問題。

### 3. 臺北市政府交通局(未說明姓名)：

我想請問程序重開與既判力間,是否會有扞格?

### 4. (未說明機關及姓名)：

今日討論之議題,可否經由修正行政程序法第117條及128條之文字,即可解決?行政訴訟法及行政程序法是否需要作相關因應修正?

### 報告人(黃副教授啓禎)：

修法的文字,其實可以引用司法院院字第1557號見解之內容,就是判決確定後,發覺原處分違法,在撤銷對當事人權利無損害時等等的用語,其實這樣子原處分機關在處理時,是會比較沒有顧慮的。

行政機關在訴願程序時還有自我審查功能,很多與民事或刑事訴

訟程序不同,行政機關本質上就是執法者,稅務機關常說法院判決再好,業務還是稅務機關比較熟,而且行政機關的法律人才也越來越多,不只是法院有法律人才,我也常鼓勵行政機關要有擔當,去作身為執法者的角色。

另外提到再審30日期間之問題,與行政程序法第128條之關係,當然再審程序如果還未走完前,是還可以走再審程序的話,再審的規定當然是要優先適用的,等於是特別法。

至於第三人提起期間的問題,我就簡單的回答,其實提起訴願或訴訟還是有一個法定期間的這個範圍,我想還是回到這邊去。

也感謝與談人的整理及補充,定稿前我會把這些寶貴資料納入。

### 與談人(林副教授昱梅)：

我作兩點回應,第一是關說的問題何時都會有,原來作處分的階段也可能有,恐怕不會因為關說多寡,去判斷行政程序法第128條不可能使用,這是比較事實面的問題,難以作為論述之依據。

第二點,如果程序再開,作成新處分,確實也有救濟之可能性,如果碰到已經有確定判決之情形,我就引用陳敏大法官的講法,他認為有新證據,但若事實還是原本的事實的話,那還是要尊重原來的判決既判力。這裏我要強調的是,如果符合程序重開的條件,當然這樣的機率很低,例子也是非常少的,但是萬一符合這些要件時,我們不要給當事人這個機會,這是可以討論的。

### 主持人(臺中市政府法制局林局長月棻)：

謝謝報告人精采的演說,謝謝與談人及來賓精采的提問,也謝謝大家參加。

## 陸、專題演講2

### 地方自治團體之組織自主權

黃錦堂\*

#### 壹、前言

地方自治團體的「組織自主權」，得有廣狹二義，狹義者指針對行政部門之組織自主權，廣義者則包括政府體制或甚至選舉之組織自主權。前者所稱地方「行政組織」一詞得有諸多意義，以下只關注科層式組織，任務編組對資源的配置影響較小，而非本文的關注；因應特別業務而設置的財團法人(例如台北市政府籌辦聽障奧運而有「財團法人二〇〇九年臺北聽障奧林匹克運動會籌備委員會基金會」之設置)或社團法人(例如志工與義工，或義警與義消大隊)，固然也涉及資源配置，但因特殊性而非屬於本文的討論範疇。

政府體制或甚至選舉之組織自主權之問題也得區分為形式法制面與實質內容面。前者係指，地方自治團體的政府體制究竟為中央(國家)的立法事項，或地方自治團體之自治條例範疇，或兩者有一定的分享？就此，我國現行地制法係明文規定雙元分立制，並未開放地方自治團體自主空間；我國憲法本文第113條第1項第2款「省長由省民選舉之」及第126條「縣長由縣民選舉之」是否意味地方政府體制必須採行「雙元分立制」，而不得有類比於中央政府層級「內閣制」之模式，也不得採行絕對多數制？再者，我國憲法本文第118條規定「直轄市之自治，以法律定之」，是否意味直轄市得有不同的規範？而就實質內容面而言，究竟如何的政府體制係最適合我國地方政府，有無必要區分不同層級或甚至建立類型而為不同觀察？凡此討論，須以我國七次修憲後之憲法文本為依據，自不待言。

以下即區分前述兩種組織自主權，分別討論。本文屬於法學論述，主要參考德國文獻，但也加上長年任教於政治學系後之對於政經變遷的敏感性。

\* 德國杜賓根大學法學博士，國立台灣大學政治學系(公共行政組)教授。

## 貳、地方自治團體之行政組織權

於此得先界定何謂行政組織，以及其設置有關之中央與地方之間以及地方府會間之分權問題。

### 一、地方「行政組織」之意義

地方政府的「行政部門」的組織權，得有廣狹不同意涵。德國行政學與行政法學將行政組織分為構造型與流程性之組織(Aufbau-und Ablauforganisation)，前者指有形之組織，後者主要為業務處理的流程安排。本文只關注前者。

其最狹義者係指對科層式體制下的行政機關的組織權；「行政部門」也得包括對於區公所與村里的設置與否或細膩的制度乃至權力的安排，但前提為地方自治的法律(在德國而言為各農業縣邦之縣自治法、鄉鎮自治法，在我國而言為「地方制度法」)，就此留下空間；最廣義者得涵蓋任務編組、地方政府捐資成立並握有主導權之私法上之財團法人或公司組織者。

我國「地方行政機關組織準則」所規範事項，除了科層式體制下的行政機關之外，也包括區公所(第13條、第18條)；其並沒有規範村里與鄰之細膩制度，地方制度法所規範者從而為窮盡規定，地方自治團體沒有任何自主空間，就此在立法政策上是否妥當尚非無討論餘地。我國地方行政機關組織準則並進一步規範地方行政機關的員額的上限與行政機關的編制，並於第26條明定「地方行政機關，應就其層級、業務性質及職責程度，依其所適用之職務列等表選用職稱，並妥適配置各官等、職等員額」。

該準則規定地方行政機關應定期辦理組織及員額評鑑，以作為機關組織之設立、調整或裁撤及員額調整之依據。此外，第28條規定，地方行政機關之聘(僱)用人員、技工、工友人數及用人計畫所需人事費用，應循預算程序辦理(第1項)。地方行政機關增加員額時，應配合預算之編列，相對精簡現有聘(僱)用人員(第2項)。儘管如此，但準則或其上位之法律並沒有規定為反的法律效果。

就具高危險性之公共安全與利益領域，論理上非不得讓中央主管部會有一定的組織乃至人事的調控權，本準則就組織部份沒有提及，就員額則於第30條規定「警察及消防機關之員額設置基準，由各該中央主管機關定之」。

以上零零種種，顯示地方自治團體就行政部門的組織權，得有不同的項目或議題，而且各得與中央地之間以及地方行政首長與地方議會

之間之分權。為求精確，以下只針對科層式體制之行政機關及地方用人權有關之職等職缺事項，加以討論。

## 二、央地間之分權

地方自治團體之「組織權」(Organisationsgewalt)，一說認為屬於「行政保留」之領域，與行政權主體密切相關，而為行政主體的決定範疇，非屬國會置喙空間(但這命題也非絕對，詳後述)，而在垂直的權力劃分上，地方自治團體為憲法所保障的重要制度(「制度保障說」)，其組織權國內一說認為屬於地方自治團體的「核心領域」(Kernbereich)之一，從而也有稱為地方自治團體之「組織高權」者，果爾，其是否為立法者得立法干預之事項？

### (一)、德國法之比較觀察

#### 1、地方自治之本質

地方自治團體於法律的框架內享有自治權，其第一層的意義，在於地方自治團體必須有相當的事務可茲辦理，亦即其必須有相當的事務領域(Sachaufgaben)，也可稱為自治的功能領域(Funktioneller Bereich der Selbstverwaltung)但這也是要在法律的框架下<sup>1</sup>。對於地方事務之移轉到上一級政府或中央主管部會所設置的地方分支機關辦理，從而應從原則-例外的角度出發，檢視系爭業務權責配置規定有無法律依據及是否違反比例原則。

地方自治之憲法保障的第二層意義，在地方自治團體於有如上事務的管轄權之後，其必須有能力，在法律框架下，以「自我責任」(in eigener Verantwortung)完成。所謂自我責任，指其非完全或過度依賴其他行政主體或甚至社經主體；地方自治團體為此乃享有區域高權、組織高權、人事高權、計畫高權、財政高權、稅捐高權等，這些權責德國文獻上常稱以「事務履行之輔助性的功能」(Hilfsfunktionen)，或「事務管轄權之附屬」(Annex der Sachaufgabenzuständigkeit)，或地方自治團體之「存續與否之任務」(Existenzaufgaben)<sup>2</sup>；筆者認為，這些為配備性的權力，與實質業務之(順利)履行有關。儘管德國聯邦基本法就此等配備性的權力並沒有明文，但解釋上應為地方自治團體自我責任處地方理事務之必然包含的要素。

<sup>1</sup> 這個論點為德國通說，約見Albert von Multius/Friedrich K.Schoch, Kommunale Selbstverwaltung und stellenobergrenzen, DVBl.1981, S.1078(1079).

<sup>2</sup> Von Multius/Schoch, aaO., S.1078.

地方自治團體以自我責任方式處理地方事務之保障，如前所述，係在法律的框架之內，從而立法者非不得出於公共利益而為限制(Schranken)，但此等限制也有其限制(Schranken- Schranken)，亦即不得侵犯到地方自治之「本質內涵」(Wesensgehalt)。就之，依德國判決與通說，若立法者所為干預並沒有入侵地方自治的「核心領域」(Kernbereich)，則其所為管制不構成違憲；即使入侵到核心領域，只要不違反比例原則，則相關規定也係合憲。

問題的關鍵，從而在於如何解釋何謂「核心領域」<sup>3</sup>。就此德國有不同的理論，一說係以歷史解釋因素為基礎，強調核心領域概念應從地方自治之沿革發展及歷史上所出現之不同表現方式，加以決定；但此說也遭到批評，蓋如此將不免使地方自治無法順應時代變遷之應有開展。第二種見解則是從一種正面-性質有關的角度切入，希望建構地方自治之常見業務領域案型及常見的輔助性(配備性)之權力。而導引出地方自治團體之絕對保障的本質內涵；惟無可諱言，這種以本體論乃至上位價值為依據之論述，在現代社會之高度專業性與複雜性所導引而出之決策標準之困難性，甚至面臨後現代性之諸多顛覆性觀點，似乎難有優勢。第三說為所謂「公共福祉理論」(Gemeinwohlmethode)，亦即首先固然取決於歷史以來的因素與圖像，但若有必要採行一項新的限制性規定而其難以用歷史因素加以全面觀照時，則吾人應從地方自治之傳統以來體系之「合理續行發展而非掏空」的角度，為有關(公共利益與地方自治保障價值)的衡量與調和。

當今德國的判決，仍有圍繞於如上三個見解，兼採而為綜合判斷。在論證的架構上，係以法律保留、公共利益與比例原則作為架構<sup>4</sup>。

就地方政府之組織權與人事權而言，儘管其與地方行政首長之實質業務領域的施政良窳有密切關係，德國通說並不認為國家不得有任何干預，而是分別層次，例如就人事權而言，區分制度建立有關者與機關內部行政管理性質者<sup>5</sup>。

#### 2、「地方行政組織權」之性質

就地方政府之行政組織權而言，亦即其得具體採行如何的行政組織，取決於地方政府行政組織權的定性，亦即其究竟係系爭事務妥適辦理的輔助性工具而已，或其除此之外尚有憲法所保障的地方自治的

<sup>3</sup> 此處與以下，見Von Multius/Schoch, aaO., S.1079.

<sup>4</sup> 同說見Von Multius/Schoch, aaO., S.1080.

<sup>5</sup> vgl. Von Multius/Schoch, aaO., S.1080f.



意涵？兩說差別尤其在於，於委辦事項領域，若採前說，則其地方行政組織權應屬於委辦機關(亦即國家，或是說依憲法所建立的中央政府的主管部門)，反之，若採後說，則即使在委辦事項領域，地方自治團體也應有其自主的組織決定空間。德國通說採取後說，蓋若於委辦事項領域一切聽任委辦機關之鉅細靡遺決定地方行政組織，而且也因為委辦事項的範圍頗廣(涵蓋公共秩序與安全之法律)，則地方政府於該領域之施政難有合於地方的自主性，而且廣泛的委辦事項領域皆如此，將使地方政府幾乎無權可為自主決定，其威望恐怕大幅滑落。此外，委辦事項本身即使為國家之事項而委託地方政府辦理，如本書自治事項與委辦事項專章所述，其對地方系爭領域的發展也具有重要意義，例如地方政府之取締違反建築法之建築，對地方居民乃至產業之發展也有一定的影響，而地方議會議員也會就此多所質詢，甚至要求刪減預算，該領域施政的合理性從而也為地方行政首長的權責所在，更何況地方行政首長與議員也都有連任的壓力。Von Mutius教授也指出，委辦事項以其涵蓋諸多施政項目以及所伴隨之成本乃至行政組織上的要求，得對於地方行政的組織與流程構成「重大的干預」(Erhebliche Eingriffe)，若謂地方自治團體就組織沒有任何自主決定權，則要其承辦此等業務乃無異為對地方自治行政權之無邊際的掏空<sup>6</sup>。

### 3、德國各邦地方自治法律與規範委辦事項之專業法律，原則上不規範地方之行政組織

德國地方政府(指縣與鄉鎮市，若干縣內城市尚且得被提升為與縣同等級，約如我國之省轄市地位者)的制度，屬於各邦的權限。各邦大致制定「縣自治法」(Landkreisordnung)與「鄉鎮市自治法」(Gemeindeordnung)。

吾人得以筆者留學之德國巴登-符騰堡邦之杜賓根市為例，加以說明。該市為鄉鎮層級，但被賦予「較大的城市」(Grosse Kreisstadt)的地位，約言之，其係鄉鎮中之規模較大者，得承辦一定的委辦事項，但項目畢竟比縣政府所承辦的少很多，見該邦行政組織法第7條之規定--(這一點與我國不同，我國縣轄市完全等同於鄉鎮，而不承辦委辦事項)。該市面積108.12平方公里，人口88,358人(2010年12月31日之數字)，人口密度為每平方公里817人。該市為「杜賓根縣」之縣邑與更上位之「杜賓根區域公署」(Regierungsbezirk)之機關所在。該邦「鄉鎮自治法」係採雙元分立且強勢市長制，市長與市民代表各自各

自由人民選出(市長任期8年；市民代表任期5年，總共有40名，均為榮譽職)所組成，市長為市議會之全會與各委員會之主席，有權設定議程；市議會有權決定地方政策之目標與框架的條件而且就所有重要的鄉鎮事項加以決定，但鄉鎮自治法與專業法律所明文賦予市長或市議會所明文委託者，不在此限。依該邦鄉鎮自治法第45條，市長係由人民由普通、平等、直接之方式而為選舉，並依相對多數決方式而進行，但勝出者必須取得有效票之過半；若第一輪投票沒有任何競爭者達到如上門檻，則須進行第二輪的投票，且最早須於該選舉後第二個而最遲為第四個週日，進行重新之投票，並由最高得票者勝出。由於鄉鎮自治法對於市長與市民代表會間的權限沒有細緻劃分，留下地方自治團體之自主空間，而這部分之劃分便在杜賓根市的「基本章程」(Hauptsatzung)為細膩的規定。該章程進一步規範市之下之區與村里的設置。

就本論文的關懷而言，該章程並沒有規範該市政府的一級單位的組設，蓋這是屬於市長的權力。就此也得見諸該邦鄉鎮自治法第44條有關鄉鎮行政首長權力的規定。

德國各邦專業行政法律，例如各邦之建築法、文化資產保存法等，一般而言並沒有明文規定地方政府辦理委辦事項須有如何的行政組織設置，但有少數例外。邦行政組織法--德國並不是每個邦都制定此等法律，巴登-符騰堡邦與薩蘭邦有之--，就縣、邦轄市或較大規模城市之作為委辦事項的執行機關之相關行政機關設置安排，也沒有規定。

### 4、邦立法者非不得直接規範地方行政組織，但有其界限

少數例外較有名者，為各邦有關兩性平權法之規定。約言之，1985年以後在世界性潮流及歐盟相關指令的督促下，德國各邦紛紛制定保障兩性平權的法律。各邦立法者除了在邦政府行政體系加以要求之外，並修改邦鄉鎮市自治法，而在其中明定一定人口規模以上的鄉鎮市應設置兩性平權的專責人員。為此，乃引發若干鄉鎮市之不滿，認為此等專職人員的強迫設置，不無構成浪費，而入侵地方自治團體之組織高權、人事高權或甚至財政支出之高權。

聯邦憲法法院於1994年10月26日作成裁判(E 91, 228)。系爭的標的為許列什維茲-霍斯坦邦鄉鎮市自治法第2條第3項。依之，為了促成男性女性基本權之平等保障，凡鄉鎮市具有自主之行政組織者，必須

<sup>6</sup> Vgl. Albert von Mutius, Kommunalrecht, Rd.168ff.u.224ff.(1996).

<sup>7</sup> 該邦採小鄉鎮之體制，許多鄉鎮人口規模很小，甚且不滿千人；許多迷你型鄉鎮不自行設立，而係共同組成一個行政機關一約指我國之鄉鎮市公所。

設置兩性平權監察人<sup>8</sup>；凡鄉鎮市人口超過10萬人以上者，其所設置的兩性平權監察人必須為全職工作人員；詳細情形由各鄉鎮市的基本章程加以規定。各鄉鎮市應於基本章程中一併規定，兩性工作監察人於行使職權時，得享有獨立的地位，而且有權參與鄉鎮市民代表的大會與委員會；凡屬該監察人的職掌事項，出於該監察人的要求，此等會議應提供其發言機會；經由鄉鎮市議會議員之1/2表決，得撤換兩性平權監察人選。

本件遭到兩個鄉鎮市提起訴訟，一為具有人口一萬四千人者，一為不具有任何自主行政部門(而係與其他鄉鎮市共同合組行政體系者)。當事人提起憲法訴訟的理由，為系爭規定侵犯聯邦基本法與該邦憲法所保障地方自治當中之組織高權與人事高權。此等規定被地方自治團體提起屬於「規範違憲審查」性質之「地方自治團體之憲法訴願」，此種訴願原則上係針對個案不利益處置經確定判決後之針對判決的違憲性而提起，但也開放地方自治團體於憲法所保障的權益受到干預時之直接提起，詳見本書訴訟保障專章，聯邦憲法法院的審查係以法律保留及比例原則為架構。

聯邦憲法法院首先指出，地方自治團體之行政組織權，從歷史上而言，非毫無限制地為地方自治保障的一個要素，例如威瑪憲法時期便區分「外部性之地方憲法」(Aeussere Kommunalverfassung)與「內部性之地方憲法」(Innere Kommunalverfassung)，前者為立法者的決定事項；其次，進一步舉例而言，就鄉鎮制定自治條例權限而言，其在當時也是一樣，一般須取得主管機關的事前許可，甚且當時在普魯士邦就之係授權主管機關享有裁量權；當時的主流文獻也都將鄉鎮之組織自主權排除於地方自治權之外。

德國基本法第28條第2項第1句所保障之地方自治團體之自治，為地方「以自我責任」承辦任務，其當中的一項內涵，為地方必須享有一定的組織上的自主空間，否則如何稱為「以自我責任」(in Eigenerverantwortung)。但另一方面而言，上開基本法條文所保障的自治，係「在法律的框架下」(Im Rahmen der Gesetze)，從而，立法者對地方自治團體之組織自主權制頒一定的規定，並無不可。立法者之決

定須注意自主責任意涵下之地方自主權。從此角度出發，立法者的權力受到兩個限制：首先，地方自治保障之核心領域設定立法者如上決定的一個界限，其不得對地方自治之「本質內涵」(Wesensgehalt)加以掏空；在對地方自治之「核心領域」界定时，應以特殊的方式對歷史的發展及地方自治行政的各種可能的類型，加以注意。但所稱之本質內涵一詞，並不包含一種原則性之完全自主決定，尤其，有關鄉鎮之「外部基本結構」(die aeussere Grundstrukturen)之決定在各邦而言，一般都是界定為邦立法者的決定事項。

但另面言之，由立法者或其授權之邦主管部會為鉅細靡遺的規定，也不符合憲法的本旨。「地方自治行政之核心領域理論禁止立法者或其授權之行政部門採行一種掏空地方之自主之組織形成能力」。該要件於如下情形將被認為已經該當，亦即立法者或其授權之主管部會採行如此高的規範密度，以致於鄉鎮市無法制頒一個組織自治條例(德文稱為基本條例，Hauptsatzung)；或即使有權得以制頒但並沒有留下任何的決定空間；或即使其得設置，但此機關得經由國家機關為任意的調控；若一法律授權邦之主管機關在其行使專業監督時就受其監督之鄉鎮之行政機關享有廣泛的而且任何時刻都可以實行的指令權，則這也遭到源於基本法第28條地方自治保障之質疑；若一法律限制鄉鎮之設置法所已經明定以外之之局處或職位(Aemter)，則這也有如上違憲的嫌疑；若一法律對於地方之代議與執行機關造成一種跛腳性之分立，則其也有如上的違憲嫌疑<sup>12</sup>。

其次，基本法第28條第2項第1句之鄉鎮自治之保障之規範意旨，也對於鄉鎮之自我承擔責任產生法效力。於此，吾人並不能認為鄉鎮就鄉鎮上的所有事項都有自主決定權，毋寧，該條文所保障者為地方的事項(Oertliche Angelegenheiten)，而並不包含組織的部份。組織權的標準與關聯點，在於鄉鎮之自我責任性。換言之，吾人從如上基本法條文並不能導出地方之自主組織權原則，蓋若有之，則國家之任何規定都必須有一個特別的正當性的基礎，而這並非歷史上所得確證者，而且也與現今各邦之地方自治法不合。地方自治團體之組織自主權從而自始以來便只是「相對保障」(Nur relative gewährleistet)。其從而不僅得基於地方以外的理由而加以限制，甚且，地方組織權作為一個法原則，本身得經由國家的具體規範而建立內容並且設定界線。

國家所為的行政組織設置考量得有多重，得例如以行政簡化及行政之效率化與節約化或行政之透明性的需求等，而為依據<sup>13</sup>。組織法

<sup>8</sup> 其性質上為我國(中華民國)所習稱之Ombudsman。

<sup>9</sup> 學者也都肯認此等審查架構，見Von Mutius, aaO., Rd., 228ff.

<sup>10</sup> 就此論點，德國著名地方自治法學者也有提及，見Rolf Stober, Kommunalrecht in der BRD, 3. Aufl., S. 78ff. (1996).

<sup>11</sup> BVerfGE 91, 228, 筆者使用者為網路版, Rd. 25f. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv091228.html>, 造訪日期：2011年9月5日。

<sup>12</sup> BVerfGE 91, 228, 筆者使用者為網路版, Rd. 30ff.

<sup>13</sup> Ebenda, Rd. 34f.

上之決定當然幾乎總是伴隨著實質的效力。經由組織的決定，例如若將某一特定領域的主管機關加以獨立化，將可對系爭領域之業務的重點以及品質在相當的範圍內加以決定，此外，在內容上也已經經此而對系爭行政決定加以建立一個先行的方向或架構。立法者之此等地方行政之組織權之決定，從而也可謂係間接地影響到地方之任務之承辦，而這與立法者之地方組織權的規範所伴隨之對地方行政決定權的間接的影響乃至間接設定框架，乃係無可避免的一個關聯，甚至也是制憲者於此所願意接受的。換言之，經由組織上之框架設定的可能，立法者能夠影響地方之有效的業務的承辦<sup>14</sup>。

儘管如此，基本法如上條文畢竟也要求立法者為有關地方行政組織權的決定時必須留下地方自治團體之組織上之設置(從而能承辦有關的業務)之共同責任性(Mitverantwortung)。其圍的框架或規定不得使得地方自治團體之憲法所賦予的自主責任性受到排擠。鄉鎮之組織的規定從而係處於國家之規定與鄉鎮之細膩的決定之相互交叉影響中。

由上乃導引而出，這也是地方自治之核心領域保障所要求者，鄉鎮整體而言必須留下值得一提的組織權限(insgesamt nennenswerte organisatorische Befugnisse)；鄉鎮市也必須就各個任務領域(je einzelne Aufgabebereiche)的承辦留有一個充分的組織上的自主空間(ein hinreichender organisatorischer Spielraum)。

於此一而這是本文前面所提的地方行政組織權屬性之問題--，得區分自治事項與委辦事項之領域(國家對於地方行政組織之規範強度，兩者得有不同)，但就其中之任何一者都不得排除鄉鎮至少於內部領域之針對地方特殊性而為自己之組織安排。

就以上的組織安排規定而言，立法者當然得進行類型化(Typisieren)的嘗試，亦即其不須對各別鄉鎮為精確規定，而且原則上也不須針對整體而言並不具重要意義的鄉鎮類加以關照，而這事實上係出於立法之抽象針對通案而為規範的特質<sup>15</sup>。

在結論上，聯邦憲法法院駁回原告的起訴，理由為，國家立法者於此不必針對各個地方自治團體為個別的考量，而是得將地方自治團體區分不同等級(例如以人口為基礎)，而決定就一定的專業事項各不同等級地方政府應有如何之組織安排<sup>16</sup>。系爭規定係已經將地方自治團體分類，而且只針對人口達十萬人以上的鄉鎮市始要求必須建立全職的兩性工作監察人，小於此等水平者並沒有設置的義務；此外，就

設置具體的安排，例如成立一個局處或科課，或只是以單一個人而隸屬於鄉鎮市公所秘書處，或鄉鎮市公所之市長辦公室等，係由相關鄉鎮市自行決定，從而也可謂已經留下必要的組織權的空間<sup>17</sup>。

## 5、關於警察之組織權

我國地制法第55條第2項規定，直轄市政府一級單位主管或所屬一級機關首長除主計、人事、警察及政風主管或首長，依專屬人事管理法律任免外，其餘職務均比照簡任第十三職等，由市長任免之；第56條第2項則加上「稅捐」之主管。這些由上級而為調控之規定，是否合乎我國憲法之地方自治保障規定？我國也一直有一說，希望直轄市政府與縣市政府之警政預算改由行政院統一編列，以避免地方議員與議會之制約。

在比較法上，德國各邦之地方自治團體並不享有類如我國之勤務警察之設置權。約言之，德國各邦的警察法在歷史源頭上係涵蓋最廣義的公共秩序與安全的所有業務領域，但隨著專業分殊化，具有專業性的領域如傳染病管制、衛生、環保、交通安全、營業管制、礦業管制、水利管制、外國人事務、戶口等，已經從傳統(且籠統)的警察法獨立而出，成為獨立的業務局，由該領域專業考選而出之專業文官辦理，這些公務員一般沒有處理遣送違法經判決確定者出境、示威遊行之現場群眾處理等勤務，從而也被稱為「辦公室警察」或「專業警察」。這些業務並得有邦中央與地方之權責劃分問題，亦即地方政府就此部分非不得享有執行權與就之行政組織設置權。反之，就勤務警察之部分，約如我國所稱之派出所、警察分局、警察局、警政署之逐層而上之組織與業務權責，德國邦縣與鄉鎮市並沒有勤務警察的相關的業務、預算編列，蓋這些都是邦政府的立法與執行事項，亦即地方政府沒有業務與組織設置權。當然，勤務警察，其除了一般公共秩序與安全之協助執行之外，其中包括刑事案件的偵查，從而影響地方政府的治安施政，對地方也有相當影響，巴登-符騰堡邦警察法乃於第69條以下規定，人口達2萬5千人之鄉鎮得就其轄區之設置警察分局(Polizeipraesidium)，該邦司圖卡特市(Stuttgart)曾經一度設置，但已於1973年1月1日放棄並由邦政府接手，此等授權從而沒有實際的案例<sup>18</sup>。現今該邦杜賓根市政府<sup>19</sup>與杜賓根縣(人口220.862人，依2011年3月

<sup>14</sup> Ebenda, Rd.36.

<sup>15</sup> Ebenda, Rd.37f.

<sup>16</sup> BVerfGE 91, 241。

<sup>17</sup> 對本裁判加以介紹，並持肯定性的評論意見者，約見Ingrid Alice Mayer, Verpflichtung der Gemeinden zur Bestellung einer Gleichstellungsbeauftragten, NVwZ 1995, S.663ff.

<sup>18</sup> 關於警察組織，約見Eike Mussmann, Allgemeines Polizeirecht in Baden Wuerttemberg-systematische Darstellung, Rd69ff u.72(1984)。請參看上述縣市的網頁之有關行政組織的部份。網址接老師已寫，造訪日期：2011年9月5日。

<sup>19</sup> <http://www.tuebingen.de/formulardownload/Verwaltungsgliederungsplan.pdf>，造訪日

31日之統計數字)政府的一級單位<sup>20</sup>，都沒有勤務警察的部門。

## 6、如何防範地方濫權？

德國各邦如此授權，是否導致地方之濫權？前述些許鄉鎮市的組織權運作結果實例顯示，地方頗為節制。至於原因，本研究(就此，黃錦堂教授)難以絕對掌握，約略言之：或在於地方必須承擔組織與人事經費而且各地方自治團體已經有負債情形；或在於德國各邦地方自治團體大幅經建建設或擴張性施政的時期已經完成，剩下只是屬於中小層級以及軟體的部分；此外，地方議會也享有地方行政體制原則的決定權而構成一項制約；地方民意的反映性高(至少相較於其他新興民主國家)；輿論的監督力、黨際與黨內民主競爭、地方議會審查的精密度等，也都構成有效的監督。

### (二)、我國法之檢討

就我國而言，地方之組織權得受到中央之管制，但不得過當，理由為：首先，從我國憲法本文第58條第2項「其他重要事項」及第63條立法院議決「其他重要事項」及釋字第520號解釋以觀，就組織法上的重要事項，立法者仍得享有決定權<sup>21</sup>，地方自治團體的基本組織或結構，因具有高度重要性，非不得為中央的立法權所規範。釋字第527號解釋並非直接針對限制地方組織權之法律之違憲審查，但也一併指出，「地方自治團體在受憲法及法律規範之前提下，享有自主組織權及對自治事項制定規章並執行之權限」，顯示並不否定中央之立法權，關鍵在於有無過當<sup>22</sup>。其次，地方自治團體的自治水平表現不

一，而各級地方議會就地方行政組織乃至人事的配置，監督仍多不足，筆者曾前後聽聞兩位議長指出在長達八年的任期內幾乎沒有刪減縣長的任何預算案(對於其他方面的施政，也都積極配合)，何況地方行政組織的(不斷)設置在政治安排上係一種坐大實力的方法。第三，地方新聞在平面媒體或電視媒體的報導不足，評論更是少見(除非已經釀成禍害)，監督顯然不足。第四，我國司法院大法官釋字第450號解釋儘管指出自治團體應享有自治權，而其中一項為行政組織權，但吾人不可忘記，該號解釋係針對大學之設置軍訓室，而非大學組織之架構。

中央政府的介入得係採總量管制，建立綜合指標(以地方之人口、產業、預算或國土綜合開發計畫或區域計畫所劃定之功能定位)，剩下的部分交由地方自行決定。但也有例外情形，亦即就重要政策領域，或就地方長年執行挫敗之類型，或就世界之重要發展趨勢我國有待積極迎頭趕上者，中央立法者非不得明文規定地方政府應有如何的組織設置，但畢竟仍不得過當。我國「兒童及少年福利法」(2010年5月12日修正)與「性侵害防治法」提供立法例<sup>23</sup>。

訂之準則制定組織自治條例加以規定，復為地方制度法第28條第3款、第54條及第62條所規定。在該法公布施行後，凡自治團體之機關及職位，其設置自應依前述程序辦理。惟職位之設置法律已有明確規定，倘訂定相關規章須費相當時日者，先由各該地方行政機關依地方制度法相關規定設置並依法任命人員，乃為因應業務實際需要之措施，於過渡期間內，尚非法所不許。至法律規定得設置之職位，地方自治團體既有自主決定設置與否之權限，自應有組織自治條例之依據方可進用，乃屬當然。

<sup>23</sup> 兒童及少年福利法第10條規定：主管機關(按，包括地方層級者)為協調、研究、審議、諮詢及推動兒童及少年福利政策，應設諮詢性質之委員會(第1項)。前項委員會以行政首長為主任委員，學者、專家及民間團體代表之比例不得低於委員人數之1/2。委員會每年至少應開會四次(第2項)。這種執行性委員會引入外部人力，對地方政府的施政構成節制，得作為一種廣義的監督，上級機關的監督強度從而得略有調降。性侵害犯罪防治法第6條規定，直轄市、縣市主管機關應設「性侵害防治中心」，辦理下列事項：提供二十四小時電話專線服務；提供被害人二十四小時緊急救援；協助被害人就醫診療、驗傷及取得證據；協助被害人心理治療、輔導、緊急安置及提供法律服務；協調醫院成立專門處理性侵害事件之醫療小組；加害人之追蹤輔導及身心治療；推廣性侵害防治教育、訓練及宣導；其他有關性侵害防治及保護事項(第1項)。前項中心應配置社工、警察、醫療及其他相關專業人員；其組織由直轄市、縣市主管機關定之(第2項)。地方政府應編列預算辦理前二項事宜，不足由中央主管機關編列專款補助(第3項)。於此顯示，該條確立組織、權責、人力、經費之要求，地方政府不得違反。進一步而言，「都市計畫法」與「土地稅法」都規定地方應設置專門的委員會從事有關的審議。

期：2011年9月6日。

<sup>20</sup> <http://www.kreis-tuebingen.de/servlet/PB/menu/1311446/index.html>，造訪日期：2011年9月6日。

<sup>21</sup> 亦即「組織法之法律保留」(Organisationsrechtlicher Gesetzesvorbehalt)或「制度性之法律保留」(Institutioneller Gesetzesvorbehalt)，參見拙著，「大學自治與兩種法律保留原則」，法令月刊，第62卷第1期，頁17-34(2011)。

<sup>22</sup> 本件為聲請統一解釋之案件。緣台中市議會第十四屆第三次大會，審議民國88年下半年及89年度預算時，鑒於台中市政府組織規程並未修訂，編制內並無副市長之職稱及配置，而台中市政府已先行任用佈達副市長，因而就法律適法性提出質疑，而由本會議員張德榮建議，由本會以88中市十四議法字第1129號函，請司法院釋示。惟內政部前以台(民國88)內民字第8804652號函答稱：副市長在「台中市政府組織自治條例」制定公布前先行任用佈達，尚無違反地方制度法第62條之規定。本件的客體，為內政部上開函釋，是否抵觸地方制度法第62條第2項之規定。解釋文進一步指出，地方自治團體及其所屬機關之組織，應由地方立法機關依中央主管機關所擬

### 三、地方府會間之分權

#### (一)德國法之觀察

除重要事項外，為地方行政首長之權力

就地方地方議會與地方政府間之行政組織權之分派，邦之鄉鎮市自治法與縣自治法多以重要性為標準，凡屬於重要性或所謂原則性事項，為地方議會決定權之範圍，反之則歸於地方行政首長<sup>24</sup>，亦即地方議會有權決定行政的基本原則(Grundsätze der Verwaltung)，並於地方自治團體的「基本章程」(Hauptsatzung)加以規定，其餘歸地方行政首長。

地方行政首長從而有權對地方行政內部組織加以規定，尤其建立司處(Dezernat)、局(Amt)及科(Abteilungen)；地方行政首長有權決定此等單位間之業務劃分(Geschäftsverteilung)<sup>25</sup>。

#### (二)我國法之省思

地方自治團體的行政組織權之水平分配，依地方制度法第28條第3款「關於地方自治團體及所營事業機構之組織者，應以自治條例定之」，以及第35條以下有關地方議會之「議決地方政府組織自治條例及所屬事業機構組織自治條例」之規定，以及地方制度法第62條也規定地方政府應依「地方政機關組織準則」訂定組織自治條例，經地方議會同意後，報行政院備查，但地方政府所屬機關及學校之組織規程，由地方政府定之」，地方議會不得審查地方政府之一級機關與二級機關之組織規程，也不得審查各個區公所組織規程。這個構想是為強化地方行政首長的組織自主權，並呼應憲法增修條文第3條第3項「國家機關之職權，設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定」及同條第4項「各機關之組織，編制及員額，應依前述法律，基於政策或業務需要決定之」。

但在台北市議會的堅持下，台北市的實踐為，台北市政府之一級機關組織規程迄今仍須送台北市議會審議。

新北市成立之後，其一開始係依中央所核頒之暫行組織規程運作，朱立倫市長就任後，乃研擬「新北市政府組織自治條例草案」，新北市市議會於民國100年3月23日完成三讀，其中針對新北市政府所

原擬定的第6條第2項、第7條及第8條，有明顯的修正。詳言之，原第6條第2項規定為，「各局、處及委員會之組織規程，由本府另定之」，但議會修正為「各局、處及委員會之組織規程，由本府擬定內容，並送新北市議會審議之」。原第7條「本府必要時，得設所屬二級機關；其組織規程另定之」，經議會修正後半段為「其組織規程由本府擬定，並送市議會審議之」。原第8條「新北市各區設區公所，區公所之組織規程另定之」，但後半段也經修正為「區公所之由本府擬定，並送市議會審議之」。換言之，議會仍堅持對一級、二級機關及各區公所組織，享有事前的審議權。

新北市政府以上開修正結果與地方制度法第62條第1項規定有違，並依地方制度法第30條第1項「自治條例與法律牴觸者，無效」，同法第43條第1項前段「直轄市議會議決自治事項與法律牴觸者無效」，同條第4項「前項議決事項無效者，直轄市議會議決事項由行政院予以函告」、同法第32條第1項「自治條例經地方立法機關議決後，函送各該地方行政機關，地方行政機關收到後，除法律另有規定，或依第三十九條規定提起覆議、第四十三條規定報請上級政府予以函告無效或聲請司法院解釋者外，應於三十日內公布」，而函請行政院函告無效。而行政院於民國100年6月24日發文，指出上開的新北市議會的修正規定牴觸地方制度法第62條第1項，應屬無效；新北市政府儘速提出修正案送經新北市議會審議通過並公佈後，再將新的組織自治條例報院備查。

以上顯示，我國地方政府組織之法律保留，與中央尚有區別，蓋中央各部會及三級機關(例如經濟部國貿局、經濟部工業局、法務部調查局、法務部廉政署)之組織須以法律位階送請立法院審議<sup>26</sup>，地方政府之一級、二級機關(例如台北市政府工務局新建工程處、產業發展局市場處)不然，其正當化之事由或在於，地方議會的功能不彰，有派系紛擾，且公共性監督不足；其次則為，地方二級機關之影響性較小；第三，地方一級機關之組織自我形成空間亦不大，地方政府組織自治條例列出名稱加以規範之模式，應已足夠。

整體而言，以上水平分權並不特別壓抑地方行政首長的組織權。地方議會於審議組織自治條例時，向來從寬，除非府會間處於高度不和諧狀態；地方民眾則普遍不關心地方版新聞也普遍沒有報導與評論，即使有之，在現行各地方新聞版面各只報導各具體所在地方新聞之高度切割與限制下，也難引起不同地區百姓之共鳴。換言之，地

<sup>24</sup> 相關的說明，並企圖歸納德國各邦地方自治有關法律規定的整理，見Alfons Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3.Aufl., Rd. 315ff.(2003).

<sup>25</sup> Gern, aaO., Rd368.

<sup>26</sup> 中央三級機關的組織必須以法律定之，這一般係出於系爭領域施政的重要性乃至人權關連性及其剝奪地方自治團體之設置相關組織。

方行政機關的設置(當然也就包括用人)，幾乎由地方行政首長實質決定，各方的監督不足，為促使節約，得建立評比乃至激勵的機制。

地方行政機關組織準則(2010年06月14日修正)第27條規定，「地方行政機關應定期辦理組織及員額評鑑，作為機關組織之設立、調整或裁撤及員額調整之依據」，有其必要，但畢竟只限於地方自評辦理而沒有建立上級的評鑑及獎懲或單純之激勵之權力—至於此等權力是否過當，而過度限制地方自治團體之自主組織權，筆者並不認為，蓋管制的必要與強度取決於系爭領域混亂或挫敗或有待整頓性。

#### 四、實質內容：一級機關或單位之數目

準則第11條規定：直轄市政府所屬一級機關，人口未滿200萬人者，不得超過29個局、處、委員會；人口在200萬人以上者，不得超過32個；直轄市政府所屬一級機關首長，除主計、人事、警察及政風首長，依專屬人事管理法律任免外，其餘職務均比照簡任第十三職等，亦即為政務官，市長有完全的人事任免權。

準則第15條規定：縣市政府一級單位為處。縣市政府一級單位及所屬一級機關，依下列規定設立：縣市人口在40萬人以上，未滿70萬人者，不得超過21處局；人口在70萬人以上，未滿100萬人者，不得超過24處局；人口在100萬人以上，未滿125萬人者，不得超過25處局；人口在125萬人以上者，不得超過26處局。

準則第20條規定：鄉鎮市公所內部單位設課、室，其規定如下：鄉鎮市人口在3萬人以上，未滿10萬人者，不得超過9課、室；人口在10萬人以上，未滿15萬人者，不得超過10課、室；人口在15萬人以上，亦即這已經進入縣轄市的規模，其未滿30萬人者，不得超過11課、室；人口在30萬人以上，未滿50萬人者，不得超過12課、室；人口在50萬人以上者，約如台北縣改制前之板橋市者，不得超過13課、室。

以上區分不同級地方政府，然後以人口數為基礎而進一步分級，具有妥當性，但直轄市人口200萬以上者得設32個一級部門，不無過於優惠，蓋制度之初係以當時台北市政府的數目為標準，沒有精確檢討(並已經成為日後縣市爭相單獨或合併升格的原因之一)，而行政院所轄也不過37個部會而已，2012年行政院部會組織改造完成後為「14部(含112個司)、8會、3獨立機關和中央銀行及故宮博物院，亦即精簡成27個機關，另各部會所屬三級機關將維持總量管制的精神，在兼顧彈性調整需要及適量管控的原則下，以設立70個為上限」<sup>27</sup>，兩相對

照，顯然失衡。過於鬆散的一級組織，並非理想的控制幅度，也不利於相關施政的整體治理。但反面言之，這種「優渥」畢竟也為地方行政首長之施政利器之一，有助於提升競爭力。

#### 五、其他之地方行政組織權議題

(一)直轄市政府與縣市政府的一級單位，究竟為行政機關或內部單位？

##### 1、德國縣政府的組織情形

德國鄉鎮與縣之一級部門一律界定為內部單位，例如巴登-符騰堡邦之杜賓根縣之杜賓根市，縣政府亦然。

德國縣政府與鄉鎮公所的一級單位數目很少，舉例言之，Herford縣面積為450平方公里；人口有253,000人，下轄9個鄉鎮市，為北萊茵-西發利亞邦的一個縣份。縣政府內只有4個一級單位，約言之，其第一處係掌管人事、策略規劃、會計、新聞以及國際暨交往、財政、住宅補貼、縣有的動產與不動產、有關建築管理以及各種重大規畫案的辦公室。第二處管理衛生、醫療、環保、區域規劃、建築管理、水利管理、廢棄物管理等有關的業務。第三局則管理學校事項、社會救助、基本保險事宜、身障者保護、體育、或其他廣義有關社會福利及社會安全有關的領域。第四局掌管縣領域有關公共秩序與安全有關的事項，也包括汽機車考照、交通管理、退伍軍人照顧、縣安全衛生的執行、土地監測及其他地政執行事宜等<sup>28</sup>。

的「行政院組織法」，未來行政院將設14個部、8個委員會、3個獨立機關和中央銀行及故宮博物院，由現有37個部會精簡成27個機關，另各部會所屬三級機關將維持總量管制的精神，在兼顧彈性調整需要及適量管控的原則下，以設立70個為上限」，資料來源：行政院網站：<http://www.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=66902&ctNode=1028&mp=1>；最後瀏覽日期：2011年8月1日。行政院在「中華民國100年國家建設計畫」中宣佈預定自101年1月1日開始將組織架構將由37個部會級機關精實為29個，參見行政院網頁：<http://www.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=76657&ctNode=2313&mp=1>；最後瀏覽日期：2011年8月1日。

<sup>28</sup> 德國採小鄉鎮與小縣的制度，所以許多的業務也非各別縣市所能承辦，而必須移交到縣的上級政府「區域公署」(Regierungsbezirk)，其並非民選的自治體，而係邦政府外派的聯合辦公中心，但享有依法律所規定的權責。該縣所屬的區域公署設有六個一級單位分別為：綜合勤務處(約為我國之秘書處)；危險防禦暨衛生處；鄉鎮市之監督、建築暨住宅處；學校事務、運動事務暨文化事務處；區域規劃、經濟、交通、農業發展暨土地使用處。我國縣市人口規模一般遠超過德國，在業務的承辦

<sup>27</sup> 吳揆在「立法院第7屆第5會期行政院吳院長口頭施政報告全文」中宣示「依新修正

## 2、我國之檢討

地方行政機關組織準則第2條規定，「本準則所稱地方行政機關，指直轄市政府、縣(市)政府、鄉(鎮、市)公所及其所屬機關。但不包括學校、醫院、所屬事業經營、公共造產性質機關(構)」。<sup>28</sup>該準則第5條第1項規定，直轄市政府與縣市政府所屬機關以分二層級為限，鄉(鎮、市)公所所屬機關以一層級為限。

我國行政程序法第2條第2項規定，行政機關「係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織」。依之，而且依據我國通說，關鍵在於行政機關必須依據法律成立而且該法律賦予獨自對外完成意思表示。更精確言之，行政機關係指獲有法律授權執行職務並行使權限(從而得作成決定)的組織。與此不同，內部單位係指行政機關內部的分支，不具單獨作成決定並對外決行地位，其只能以部之名義行文。內部單位與行政機關的設置區別，在於行政機關享有法律所賦予的對外決行權力，其所為個案決定始構成「行政處分」；行政機關首長始得領取首長加給。

行政機關得自行提出年度預算有關的概算以及法律或法規命令草案等，並逐級而上匯整到部，由部作出決定。行政機關得針對自己所掌管的事項加以執行以及在此範圍內享有決定權。儘管部長對所屬行政機關享有法律監督、職務監督與專業監督，但一般而言不得事先即針對個案作出指令，也不得直接接管<sup>29</sup>。

一單位究竟宜被設置為行政機關或維持為內部單位，應以系爭單位是否辦理第一線之執法業務而涉及人民之權益，作為標準。舉例言之，各縣市政府民政局所轄的戶政事務所，或地政局所轄的地政事務所，因為個案執行量大，乃有被定性為行政機關的必要。此等行政機關須自為決行，公文上係以自己為行政處分之名義人；人民知曉，並從而得為直接互動；反之，屬於內部研議、擬稿之部門，沒有必要賦予行政機關之定性；中央部會之各個「司」因專業法律與地方制度法的規定而原則上不享有個案執行之業務權限，從而非行政機關。

我國直轄市與縣市政府之民政局與工務局等，究應設計為行政機關或內部單位？按我國公共安全性質之法律係交由直轄市政府與縣市

政府執行，亦即地方制度法所稱之「委辦事項」，縣政府民政局掌理鄉鎮市政府施政之監督，其得有諸多個案決定權(例如依地方制度法之有關規定而對鄉鎮市諸多的自治決定為同意或備查或邀集有關機關協商，再如地方制度法第40條有關鄉鎮市總預算案於年度開始三個月內未完成審議時之處置，三如地方制度法第62條第3項鄉鎮市公所組織自治條例由鄉鎮市民代表會審議通過後之報縣政府備查)，而縣政府工務局掌理建築案的申請並就違章建築加以裁罰或甚至拆除，兩者均得定性為行政機關。

「行政機關」之設置從而非以系爭單位之層級為考量，我國縣市政府設置若干二級行政機關，例如戶政事務所、地政事務所、稅捐稽徵處、鄉鎮縣轄市衛生所、動物防治所、孔廟忠烈祠聯合管理所、縣立體育場、風景區管理所、家庭教育中心、家庭暴力暨性侵害防治中心<sup>30</sup>。

現行地方行政機關組織準則將五都政府一級部門一律定性為行政機關而縣市政府者不然，並無合理性。

### (二)直轄市與縣市之環保局，其組織應否冠以「政府」二字？

縣市所屬一級機關，以桃園縣政府而言，為消防局、文化局、衛生局、稅捐稽徵處、交通局、警察局、環境保護局。其原先名稱如「桃園縣消防局」等，但如今則加上「政府」兩字，顯示早先定性為縣(而非縣政府)之機關，而不(完全等同於內部單位)受到縣長的指揮監督。換言之，此等機關得受到中央主管部會更多調控，而且得表現於等機關之組織準則「員額標準」主管調動或甚至行政行為之監督強弱。在理論上或理念上，主管部會對此等機關之高階長官非不得享有一定之人事權、組織權與行政規則制頒權<sup>31</sup>。換言之，若一機關以承辦

<sup>30</sup> 詳見桃園縣政府的組織編制網頁，<http://personal.tycg.gov.tw/25.htm>；查閱日期：2007年11月29日。

<sup>31</sup> 這制度在聯邦對邦以及邦對地方自治團體，均有出現。基本法第83條以下規定聯邦與邦之行政組織之設置之權限劃分與聯邦之監督權。簡而言之，聯邦本身並不享有廣泛之執行權，而係原則上交由邦執行(第83條)。其次，就此種聯邦立法而由邦執行之領域，基本法建立兩種類型，賦予聯邦不同的監督權。其一為各邦係以作為執行自己事項的方式(als eigene Angelegenheit)而執行聯邦之法律。依基本法第84條，聯邦於此原則上只享有合法性之監督；聯邦政府得經由聯邦上議院之同意而制頒一般性的行政規則；聯邦政府得經由聯邦法律之規定，而且此等法律須取得聯邦上議院之同意，取得特殊個案之指令權(fuer Faelle Einzelweisungen)。其二則是各邦係以受聯邦委託的方式(im Auftrage des Bundes)而執行聯邦法律；聯邦政府於取得聯邦上議院同意後得制頒一般性的行政規則，而且也得規範有關的公務員與雇員的訓練，而且相關之終級行政機關的行政首長的任命必須取得聯邦政府的同意(基本法

上沒有必要另行設置區域公署。我國縣市政府一級單位的數目是否過多，有無必要進行適當的合併，從如上德國比較而言，應採肯定說。但這只是粗淺觀察，蓋兩國縣的人口規模不同而且承辦業務不盡相同，兩國縣政府所處政經社文發展階段也不同。

<sup>29</sup> 但獨立機關則具有不同的意義，約見中央行政機關組織基準法有關獨立機關的規定，以及我國釋字第613號解釋

委辦事項為主，則其應受到上級機關較高的指揮監督。

就我國而言，警察局、環保局、消防局的職權相當部分為委辦事項。但另一方面，我國直轄市與縣市轄區廣闊，業務從而具有龐大性與複雜性，地方行政首長與議員均直接民選產生而具有高民主正當性基礎，主管部會的監督權從而也不宜過高。警察組織設置標準與警察局長的任命權歸屬，不宜界定為警政署所獨享。

## 六、展望

### (一)五都之組織與人事配備，應已經充分

我國經由前述地方政府組織準則之區分不同層級地方政府及人口而為差別對待，已經得到緩和。五都行政首長對於行政組織的數目與員額職等，也鮮有怨言。在制度設計上，應貫徹新設組織與新進用人員(不論公務員或約聘)由地方政府自行負擔費用之原則，除非系爭業務係主管部會所強加。

### (二)地方政府也應進行行政改革

如上條件不無過於優渥，在各級政府財源日趨有限、全球化觀摩競爭、人民對於城市競爭力的要求日益提升、外國中央或甚至地方政府也都積極推動之當今，我國地方政府也應推動行政改革。

就本文所關注之地方行政組織而言，甚且廣義言之地方之行政改革之其他面向，我國地方政府所不無零星或局處個別項目之改良，例如台北市長郝龍斌有所謂1999市民當家熱線、路平專案等，地方行政首長也都於一定時段上電台與民眾直接溝通、年節過後之到各上班地點視察。但整體而言，各地方政府畢竟欠缺自己的整體性改革構想與重點，而中央也沒有提出指導綱領或立法調控；但反面言之，以德國的模式而言，重點不完全在於提出理念與新的思潮，而是實事求是以針對各種問題點而為改良。

行政院組織改造所確立之四化(去任務化、委外化、地方化、行政法人化)、機關獨立化、部會整併之改革，以及總員額法的制定，以及「考試院文官制度興革規劃方案」，為中央層級的行政組織暨人事之改革，地方政府非無可效法之處。

「中央政府機關總員額法」(民國99年2月3日公佈)固然只針對中央政府機關，但未來非不得擴大適用於地方政府機關<sup>32</sup>。行政法人法引進績效管理，將部會下的三級機關或機構從原來科層制體制至業務重點、組織、人事、財務之嚴密機監督加以解放，改以設定績效目標、賦權自行管理、評鑑之制度，可望創造專業、快速、合乎效率效能的行政組織。其可適用性從而非僅限於中央政府層次，而該法也已經意識到此一問題，乃於第41條第2項規定準用「經中央目的事業主管機關核可之特定公共事務，直轄市、縣(市)得準用本法之規定制定自治條例，設立行政法人」。

## 參、地方政府之政府體制與選舉制度之組織權

地方行政首長選舉得否改由議會多數黨執政或絕對多數選舉制度(從而容易產生較為穩定的執政聯盟，有助於日後施政)，或維持現行選制與體制，在我國當今有重要意義，其一方面涉及制度於政經法制結構下之最大可行性的選擇，而另一方面也涉及實際的政黨權力配置。

### 一、我國現行地方政府體制與選舉之規定

我國地方制度法建立「雙元分立」之政府體制，地方行政首長與

<sup>32</sup> 本法引進總額管制以及定期評鑑與對不適任者之退場或訓練或工作重新指派等管理措施等制度，並明定一級機關因每兩年評鑑所屬二級機關員額總數之合理性及就此之組織、人員與作業方式(第8條)，這都是人事管理的重要機制。

第85條第2項)。此外，邦之相關行政機關受到主管之聯邦最高機關(簡而言之，聯邦之主管部會)所頒指令之拘束；除非聯邦政府認為有急迫之必要，否則指令一般係以邦之最高主管機關為相對人(亦即各邦之主管部會)；有關指令的執行事項，應經由邦之最高行政機關採行必要措施加以確保(基本法第85條第3項)。聯邦所為的監督包括邦之執法之合法性與合目的性。邦政府得就此監督之目的而要求邦政府提交報告或有關的檔案資料等，而且也得派遣專案受委託人前往邦之所有之相關行政機關(基本法第85條第4項)。依學界的詮釋，就邦之以受聯邦委託的方式而執行聯邦法律時，指令權係聯邦最高機關之貫徹其合法性與合目的性之監督的手段；指令權不是只有針對特別的個案而已，而係包括一般性的指令權。指令權的範圍可以十分廣泛，涵蓋邦之執行聯邦法律執行行為之整體的面向，從而包括執法的程序、案件事實的調查、個案的決定、相關法規的解釋、相關法律適用問題、相關裁量等；而且該指令對於邦之主管機關而言具有拘束力；邦主管機關不得審查系爭指令內容上是否合於相關法律或甚至憲法規定；主管機關也不得以第三人之基本權之理由而駁斥指令。為了保護邦的地位，基本法第84條第5項規定，就邦係以作為自己事務的方式而執行聯邦法律時，聯邦政府非依法律之明確規定(而且該法律於制定過程中需取得聯邦眾議院之同意)始能就特別的案例制頒個別指令(Einzelweisungen)，但也不及於通案性指令(allgemeine Weisungen)。由於邦受委託而執行法律，係屬於聯邦擁有優勢地位而邦權限相對弱化的類型，基本法乃特別加以明白列出適用的領域，包括：國防有關事項，其中尤其包括兵役的增補以及民防等有關的業務；有關核電法律的執行；有關航空運輸管理法律的執行；有關聯邦水道航運的管理；有關聯邦高速公路或其他遠距離道路的法律的執行；有關聯邦稅收之委託邦收取之法律之執行；有關聯邦之公共負擔的支出而委託邦執行之領域等(以上約見基本法第87條以下以及第108條第3項、第120a條)。Vgl. Peter Badura, Staatsrecht, 2. Aufl., G Rd. 43f. (1996).



地方議員皆由人民選舉產生，地方行政首長係由人民以相對多數方式選舉產生，見地方制度法第55條以下及公職人員選舉罷免法第3條第1項「公職人員選舉，以普通、平等、直接及無記名單記投票之方法行之」。

地方行政首長與議員之間，相互沒有倒閣或解散議會的權力；地方行政首長就地方議會所議決之自治條例案或預算案等的重要議案，得就其中窒礙難行得部分(而非全案或整本)移請覆議，覆議時，議會必須以出席代表議員2/3維持原議決案，始得維持原議。這規定對地方行政首長有利，自不待言，地方行政首長一般得因掌握行政資源與視聽上的高度，加上其所屬政黨或派系也有一定實力或席次，「招降納叛」並不困難。惟無論如何，若地方行政首長經常移請覆議，將不免破壞府會和諧，而難以順暢吸收。至於地方議員的選舉不論直轄市、縣市或鄉鎮市，均採中型選區複數當選席次而選民只有單一投票權之制度，選民「只有最愛，而沒有次愛」，亦即其次愛及最厭惡者竟然在選票投出的剎那係得到相同的評價，不無限縮選民偏好，在都會區容易造成形象型、政黨對決型或擁有少數支持者群之候選人之勝出，在農業區或偏遠地區則派系、農漁會幹部、地方草根型、黑金型之人物較有勝算，對第三黨以下乃至無黨籍參選人提供空間；議員在問政上容易偏向選區獲特定支持者群之利益，黨鞭指揮相對弱化，但在都會區因為議員席位競爭日趨激烈，而且各主要政黨有相當的提名，無黨籍人士的參選空間縮小，而且黨鞭有較強的控制力。

## 二、現行制度之優缺點

現行雙元分立制及如上選制的優點，在於議員來源多樣化，問政的代表性較為周延；地方行政首長因民選產生而必須努力施政以回應民意監督(監督方式得有多種多重，主要媒體的民調為不可忽視者)。地方行政首長握有行政組織與人力，為地方視聽中心，又擁有如上之優勢覆議權與預算案編列權(地方議會不得為增加支出之決議)，具有優越與掌控性的地位。地方議員儘管有監督權力，但其各種資源的爭取多仰賴地方行政首長，地方行政首長從而有相當的悠遊空間；其為同黨議員們的前輩，地方議員也必須知所尊重；議會中之無黨籍議員一般也都容易配合執政者；在大選期間，地方議員也必須知道功防的分寸。如此之條件，加上前述之覆議制度之維持原議高門檻要求，行政首長多能安然過關。整體而言，府會之間除非有嚴重的對立對峙，否則雙方以和諧為貴，有很大的合作與折衝的可能，不會相互封鎖。

現行選制的缺點，在於鄉鎮市級之派系傾軋以及直轄市與縣市級之因總統大選或地方選舉之激烈性而呈現之政黨間對立。

就相關選制對於政黨實力消長之影響而言，我國現行選制不利於第三黨以下的政黨，蓋總統、立法委員選舉(區域為73席，山地原住民與平地原住民各3席，全國不分區34席，其中能參與席次分配者的政黨必須得到5%以上之選票)已經構成不利。地方行政首長相對多數選制始得第三黨以下沒有勝出的空間，而且也沒有一宛如絕對多數選制般一迫使結盟並於事成後參與分享執政之空間。第三黨人士即使參選，於選戰最後也容易遭到「棄保」，以2006年之台北市長選舉為例，以無黨籍身份參選的宋楚瑜僅獲得53281票，僅佔總得票數的4.14%，而代表國民黨的郝龍斌則獲得692085票(佔總得票數的53.81%)，民進黨的謝長廷獲得525869票(佔40.89%)<sup>33</sup>。

## 三、我國憲法的規定與解釋

地方政府之政府(政治)體制，或是說，選舉體制，若我國憲法有直接且窮盡之規定，則立法者必須遵守，無任何偏離空間。相關條文為憲法本文第113條第1項第2款「省長由省民選舉之」(但這經1997年「精省」修憲而改為官派)、第126條「縣長由縣民選舉之」與第118條「直轄市之自治，以法律定之」。

這些規定，有無留下地方政府體制得否採行議會主導制(例如，議會多數黨之直接執政或間接之任命市經理人等)或絕對多數選制之空間？

### (一)憲法史與憲法規定之考察

對於省長的選舉方式，國父孫中山先生最初主張省長應該民選，但其後於建國大綱提出「凡一省全數之縣，皆達完全自治者，則為憲政開始時期，國民代表會得選舉省長，為本省自治之監督。至於該省內之國家行政，則省長受中央之指揮」<sup>34</sup>，似改採由國民代表會間接選舉的省長選舉之方式。但這種構想源於共產體制，國父並未言及，若改採西方權力分立體制，則將如何<sup>35</sup>。之後，我國最初的幾部憲法草案，對於省長的選舉方式規定以間接選舉為之，這是出於中央職權或地方分權之爭辯與決定。

「五五憲草」規定，「省政府設省長一人，任期三年，由中央政

<sup>33</sup> 參見中央選舉委員會網站：<http://117.56.211.222/vote3.asp?pass1=D200606300000000aaa>；最後瀏覽日期：2011年8月1日。

<sup>34</sup> 「國民政府建國大綱」第十六條(民國13年4月12日)，收錄於中國國民黨中央黨史委員會編印，《國父全集》，冊一，頁752。

<sup>35</sup> 本處與以下之憲政史之研究，由助理曹豐逸碩士生協助完成，儘此誌明，並申謝忱。

府任免之。」省參議會不具選舉省長的權力，省參議員由縣市議會選舉而出，亦非以直接選舉方式<sup>36</sup>。民國三十五年一月所召開之「政治協商會議」對於修憲設立了「憲草審議委員會」，提出了十二項憲草修改原則<sup>37</sup>，其中第八項原則為：「八、地方制度 1、確定省為地方自治最高單位。2、省與中央權縣之劃分，依照均權主義規定。3、省長民選。4、省得制定省憲，但不得與國憲抵觸。」其重申省長民選原則，不無強化省之自治，避免中央集權，但其就縣與市的部份沒有提及。

至於確立縣為我國地方自治最基本單位，國父孫中山先生曾多次明確提及，並無改變，例如「分縣自治，行直接民權，與聯省自治不同者在此」<sup>38</sup>，「非以縣為自治單位之策，不能奠民國於芑桑」<sup>39</sup>，「今欲推行民治，謂宜大減其好高騖遠之熱度，而萃全力於縣自治。……而以縣為自治單位，舉縣議會，選縣長，凡關乎地方之事，賦與全權」<sup>40</sup>，「縣自治既為民治之根本，然則實施之法將奈何。……勵行縣自治，以養成人民參政之習慣…」<sup>41</sup>，「確定縣為自治單位。自治之縣其人民有直接選舉及罷免官吏之權，有直接創制及複決法律之權」<sup>42</sup>。先總統蔣中正先生亦持此見解，「惟縣為自治之單位，實為內政之基礎，故縣長職務之重大，不言可知，而其地位，亦自應積極提高也」<sup>43</sup>。

在政治協商會議閉幕之後，依照政治協商會議的協議以孫科為召集人所組織的「憲草審議委員會」經歷次研商所有憲草修改原則中之重要問題，於民國三十五年四月完成「政治協商會議對五五憲草修

正案草案」<sup>44</sup>，依據前述原則修正後，該五五憲草修正案草案第114條規定則為「省自治法應包含左列各款：一、省設省議會，省議員由省民以普選方式選舉之。二、省長民選。三、省政府及縣政府之組織。四、縣實行縣自治，縣長民選。五、省與縣之關係。屬於省之立法權，由省議會行之<sup>45</sup>。」縣議員的選舉方式見諸第123條：「縣設縣議會，縣議員由縣民選舉之<sup>46</sup>。」至於「市」制，則分別在第120條規定「直轄市之自治，以法律定之」與第127條規定「(市)準用縣之規定」<sup>47</sup>，亦即此處將「市」分為直轄市與市，直轄市另律定之，而市(此處即指省轄市)準用縣之規定。

民國三十五年十一月初國民政府指定王寵惠、雷震等人對於「政治協商會議對五五憲草修正案草案」再加以校正，除了在文字上略有修正外，均維持原案。然後於國民大會開幕舉行第一次預備會議之日，再由召集人孫科邀集政治協商會議憲草審議委員會成員重新修正，送由國民政府提交立法院提出<sup>48</sup>，這個最後修正之憲法草案也稱為「中華民國憲法草案修正案」，此修正案與「政治協商會議對五五憲草修正案草案」在「省縣制度」章完全沒有變動。

制憲國民大會中對於省、縣(市)、直轄市長選舉制度的相關問題，由一讀會起便已沒有爭議通過，二讀會中也沒有就此有相關發言，三讀會時亦如此<sup>49</sup>。

綜觀國父遺教與歷次憲草版本，我國縣長為直接民選，蓋無疑義；國父孫中山本人對於省長應否民選(而非官派)一事曾有其思想上的變遷，由贊成民選而一變認為省長應由間接選舉方式而出，惟「憲法草案起草原則二十五點」並未遵循此點，而認為省長應民選，其後之最初幾個憲草版本仍規定省長非民選而係透過間接選舉方式產生，直轄市亦然；省長與直轄市長係在政治協商會議及日後制憲國民大會時，方才確立民選的樣貌。

## (二)關鍵在於，「由人民選舉產生」之意旨為何？

以上入憲文本用詞明白，但畢竟也非無爭議。省長之民選規定，若從五五憲草之官派及政治協商會議之反對過程以觀，旨在強化地方自治，排除中央政府之派任，而非在於決定內閣制或相對多數選制；

<sup>36</sup> 條文可對照國民大會秘書處編，前揭書，頁202、220、237。

<sup>37</sup> 此十二項憲草修改原則一般稱為「政協十二原則」，詳細內容可參見國民大會秘書處編，前揭書，頁278-281。

<sup>38</sup> 「中華民國建設之基礎」(民國11年)，收錄於中國國民黨中央黨史委員會編印，《國父全集》，冊二，頁179。

<sup>39</sup> 「中國革命史」(民國12年1月29日)，收錄於中國國民黨中央黨史委員會編印，《國父全集》，冊二，頁191。

<sup>40</sup> 「發揚民治說帖」(民國12年底)，收錄於中國國民黨中央黨史委員會編印，《國父全集》，補編，頁34-35。

<sup>41</sup> 「發揚民治說帖」(民國12年底)，收錄於中國國民黨中央黨史委員會編印，《國父全集》，補編，頁35。

<sup>42</sup> 「中國國民黨第一次全國代表大會宣言」(民國13年1月31日)，收錄於中國國民黨中央黨史委員會編印，《國父全集》，冊一，頁885。

<sup>43</sup> 訓誡湖南等六省縣長努力保民電」(民國19年12月24日)，收錄於中國國民黨中央黨史委員會編印，《先總統蔣公思想言論總集》，卷三十七，頁23。

<sup>44</sup> 國民大會秘書處編，前揭書，頁281-282。

<sup>45</sup> 國民大會秘書處編，前揭書，頁295。

<sup>46</sup> 國民大會秘書處編，前揭書，頁296。

<sup>47</sup> 國民大會秘書處編，前揭書，頁295、296。

<sup>48</sup> 國民大會秘書處編，前揭書，頁298。

<sup>49</sup> 國民大會秘書處編，前揭書，頁549以下。

我國地方政府層級不採相應於中央層級之省級國民大會，所以沒有間接選舉的可能。

但另一方面言之，由人民選舉之「用詞於一定程度也有明瞭性，政府遷台以來之施行也非無形成一種慣行意義，突然之改變解釋，易引發爭論(釋字530號解釋有關司法院定位也曾引發類似的問題)。這問題雖然因為「精省」而無於省級討論之必要，但仍得發生於直轄市。

至於縣長之選制，國父孫中山先生與制憲者從頭到尾都採民選方式，沒有爭論，但此民選之意義是否排除內閣制與絕對多數選制，仍有解釋的空間。至於縣規模相對較小且貼近人民生活從而得採行直接選舉，係政策選擇的層次。

直轄市因係政治、經濟、國防、外交、產業上之特殊性，而且多個、多樣，其政府體制與選制等得有一定的彈性，這也是制憲者不統一規定而留由立法者決定之本旨。儘管如此，若國家沒有動亂或特別情事，則應回到憲法之一般價值，亦即民主原則，如此當然內閣制或絕對多數選制的選擇空間。

### (三)地方政府體制究為中央立法事項，或為地方自治範疇，或屬於兩方共享？

即使憲法本文與增修條文就地方選制之具體模式留下一定形成空間，問題仍在於，這部分究竟屬於中央之窮盡立法範疇，或屬於地方之單獨或共同享有之類型？

我國憲法本文原先已經廢棄省得制定省憲之構想，從而與聯邦國家之邦之自主決定政府體制之類型有別(即使以德國而言，各邦政府體制決定亦不得抵觸基本法所確立的憲法原則)。其次，憲法本文規定省得制定省自治法，固然不無授與省自主決定之空間，縣亦然，但1992之第二次修憲刪除中央制訂省縣自治通則之機制而賦予中央直接立法的權力，而這也意味原先憲法所賦予之省自治法、縣自治法之自主空間已經遭到刪除，省與縣不再享有此等立法權下之自主政府體制與選舉的決定權<sup>50</sup>。1997年精省修憲更是強化中央之直接立法權。第三，地方政府體制畢竟屬於地方的重大事項，而且屬於整體國家的重要事項，更何況就最高層級之地方政府，台灣地狹人稠，從而地方自主決定的外部關連性高，解釋上，應強化中央就這一層級選制的決定權。第四，我國地方政府的法治之規定並未規範對於根本事項之以三分之二優勢多數決始得通過或修改，從而若聽任地方以簡單多數決定民主原則框架下之選制或政府體制，也有不妥。

<sup>50</sup> 第十七條規定，省、縣地方制度，---，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款(亦即省縣自治通則)、第一百十二條至第一百五條及第一百二十二條之限制。

但反面言之，在全球化競爭的時代，解釋上應從中央鬆綁出發，何況本件也非不得由地方政府自行於相關自治條例中明定類此基本體制之修改必須經由優勢多數決，而且地方係在民主原則之框架下作成決定，選擇的範本有限，不至於成為脫韁野馬。至於地方執政者於勝出後是否將反覆修改選制以求永久執政，這問題也得改以地方議會以2/3多數決三讀通過有關制度，或甚至交由公民投票，加以解決，而凡此得於中央於地方制度法明定。為避免地方之漫無邊際選擇，中央也非不得建立幾個選項而供地方依如上程序選用，亦即建立一種中央與地方共享權力之機制。

### (四)地方選制政策之實質拿捏

地方之選舉與政府體制，因各國之歷史發展與地方數目之龐大，得有不同類型，但不外為單元或雙元之模式，前者為委員會制，地方之行政領導階層與立法不分，委員會制為立法機關，且各個委員又出任地方行政之一級主管；雙元模式則有地方行政與立法之截然分別，又可分為議會優勢(權力)制、行政首長優勢制、府會權力均衡制等，而就地方行政首長的產生又可分為直接民選與間接民選。

一般而言，單一模式最適合使用於小鄉鎮，蓋人少事簡，無須採行雙元分立或甚至對抗之模式。反之，一定規模以上城市則應強化議會之監督乃至人民之直接選舉行政首長，以避免專斷。其次，在民主不斷深化的當今，地方行政首長之民選產生，使其肩負回應選民的期待，積極開創新局，並受到選民的直接指責(為一種強烈的監督)，更是選制之日趨主流的選項<sup>51</sup>。再者，地方行政首長選舉之相對多數決制固然得避免複雜與繁瑣，但容易引來多人參選而發生當選者之民主正當性實質不足的情形，對於市長之後續的治理不利，對於首都或大型城市的競爭力開展造成限制。地方行政首長選舉之採行絕對多數制，從而有其意義。德國巴登-符騰堡邦杜賓根縣之杜賓根市之市長直選也採行絕對多數制，已如前述。

我國直轄市與縣市的規模不小，建立絕對多數制得造就穩定過半的執政聯盟，非無重要意義。

至於議會主治模式之選制(約如中央層級之內閣制)畢竟間接產生

<sup>51</sup> Vgl. etwa Henneke, Hans-Guenter/Ritgen, Klaus, Die Direktwahl der Landraete-Rechtliche Grundlagen, kommunale Praxis und verfassungsrechtliche Vorgaben-, DOEV 2010, S. 665 ff.我國釋字520號解釋理由書指出「總統候選人於競選時提出政見，獲選民支持而當選，自得推行其競選時之承諾，從而總統經由其任命之行政院院長，變更先前存在，與其政見未洽之施政方針或政策，毋迥政黨政治之常態」，也可供參考。

行政首長，不無降低選民的直接課責，與政府遷台以來的實踐高度出入，而且也非世界潮流所在，推動阻力較高。至於其所要達成之過半統治理想，非不得經由絕對多數制而完成。

## 肆、結語

地方政府之組織權得區分為行政組織與政治組織有關者。

我國地方政府之行政部門之行政機關組織權，尤其直轄市與縣市，因有中央行政機關準則之優渥規定，而且地方議會除非議員高度不滿行政首長之施政否則對於組織設置與人事費用都「照列」，報章上從而鮮有地方行政首長埋怨之報導。直轄市與縣市的一級主管職等及官等職等員額配置等之考銓規定，原則上也已經充分，剩下的只是零星個別案件或案型的改良而已。甚且，地方只要財政充裕，組織與用人問題都可經由委託案或設置或捐資主導財團法人模式等而獲得解決。在全球化競爭觀摩與各國(中央與地方)競相進行行政改革的時代，我國也得經由立法建立適當的評比機制與資訊公開，而為調控；五都政府作為地方的領導群，尤其得積極推動改革的研議，行政院所完成之行政改革法律，經由適度的調降密度安排，也應得適用於地方。

就地方政府之政治體制之組織權，現行雙元分立制及地方行政首長得針對重要議案之窒礙難行部分提起覆議，而地方議會須以三分之二多數決始能維持原議之制度，具有較高的監督性，對於跨國比較上屬於中等規模的我國地方政府而言，也具有重要意義，也得避免一元制之由單一派系或政黨之完全掌握施政之缺點，至於府會嚴重不合的問題則一般並不嚴重，除非派系惡鬥或大選年所牽動的政黨的激烈競爭；地方議員選舉制度採行單記不可讓渡投票法，較能接納各種政黨或無黨籍候選人，有助於我國中央層級總統與區域立法委員選舉之採行單一選區制、不分區立委席次有限而又有百分之五門檻條款、地方行政首長也採單一選舉等所設下的限制。地方行政首長之直接民選產生之得否由相對多數改為絕對多數，以便其他政黨(尤其第三黨以下)得有參與組成過半執政聯盟之可能，其得拉高地方行政首長的民主正當性基礎，也得強化執政後的順暢施政，從而非無意義。我國憲法本文固然規定省長與縣長「由人民選舉產生」，但解釋上應不排除絕對多數制之引進，但因相關條文用詞非無狹隘解釋可能且國內長年已經習慣於簡單多數決，絕對多數制涉及地方乃至全國級之政黨版圖變遷，法政策論上從而也難無所爭論，有意推動者得審慎為之。

## 柒、研討議題4

### 擺盪於中央一條鞭與地方分權治理之間？

#### ——從保障地方自治之角度論地方自治團體之釋憲聲請\*

吳秦雯\*\*

- 一、前言
- 二、地方自治之憲法定位與制度本質
  - (一)聯邦國或單一國？
  - (二)地方自治的制度本質
- 三、地方自治團體聲請釋憲之要件與救濟實效
  - (一)現行制度：地方自治團體聲請釋憲適用之法規範
  - (二)大法官解釋實務
- 四、結論

## 一、前言

中華民國憲法設定初始，即於憲法第10章與第11章，以總共20則條文的篇幅，規範中央與地方之權限以及地方制度，足見制憲者有意識地體悟，中央與地方之關係，以及地方制度之良窳，與國家發展之長治久安，具有相當密切之關聯性。然而，由於憲法先天的精簡性質，使得憲法本文對於中央地方各自的權限事項，與其劃分判斷與依據，並未有明確精緻的規定。長久以來，中央與地方的權限劃分，尤其是自治事項與委辦事項之定義、定性及判斷標準難題，不但一直是

\* 本論文由於匆促完稿，註釋文章尚有欠缺，內文亦有進一步改進的空間，懇請暫勿引用。歡迎各方賜教：chinwen@nccu.edu.tw。

\*\*法國Aix-Marseille III大學博士，政治大學法律系助理教授。

實務界與學術界關心之議題<sup>1</sup>，也持續地成爲中央與地方彼此間角力的拉鋸困境。

自1993年第一次修憲、1997年第四次修憲完成精省改革，至1999年制定地方制度法(以下或簡稱爲地制法)以來，中央與地方之權限劃分，以及地方制度之相關規範，已與原初之憲法本文規定有相當大的歧異。然而，關於中央與地方權限爭議的解決機制，卻未根本性地受到改變；憲法第111條末段「遇有爭議時，由立法院解決之」的規定，仍被保留，只是此一憲法條文宛如裝飾，從未在我國憲政史上發揮過任何功能。從權力分立制衡的角度觀之，水平權力分立的立法權，從未正式涉足行政權內垂直權力分立的權限爭端；亦即，憲法所設定的政治解決方式並未於我國獲得實現<sup>2</sup>。在政治解決途徑缺席的狀態下，此一爭議解決重擔，落到理論上扮演被動角色的司法權身上。

因爲憲法與地方制度法的授權規定，在中央與地方權限爭議，除行政權內部正式與非正式的各面向拉鋸外，司法權發揮相當重要的爭議解決功能；尤其是職司憲法解釋的大法官，顯然被各方期待，以其客觀公正的憲法守護者高度，釐清此一權限爭議難題。截至目前爲止，大法官確實也不負眾人期望，已爲數則中央與地方分權相關之解釋。然而，大法官之努力顯然並未能夠完全定紛止爭，中央政府與地方政府之間的歧見紛爭仍時有所聞。像是近期因台北都會區房地產價格過高，中央與地方對於空屋稅與房屋稅的徵收，即有不同的「打房」定調與作法；前陣子喧騰一時的塑化劑風暴，也有地方政府設置檢舉獎金與中央不齊步的爭議。在熱鬧的新聞口水戰之間，吾人實有必要更進一步思考：在我國的憲政架構下，中央與地方的關係究應如何定位？倘若地方自治係憲法所揭示之國家行政組織基本原則之一，中央與地方的權限當如何進行適當劃分？如何在一國之整體框架下，發展並保障地方自治卻又不致於產生國中之國？…等等問題。

更進一步言，在我國憲法設定的架構下，既然已對於中央與地方之權限以及地方制度進行規範，足見地方自治團體擁有相當之自治權。但地方自治團體所擁有之自治權，究竟係權力分立底下之「權力」、一種與中央分權的「權限」，抑或可能，地方自治團體也得位

<sup>1</sup> 民國62年，台灣省政府曾研訂「台灣省縣(市)自治事項與委辦事項劃分原則」；民國79年憲政策劃小組也曾提出區分原則；民國84年內政部曾擬訂「自治事項與委辦事項區分原則」草案。黃錦堂，中央與地方權限劃分暨相關法制調整之研究，行政院經濟建設委員會委託，1999年。

<sup>2</sup> 國內亦有學者主張應修改該條之規定爲「如欲爭議由司法院大法官會議解釋解決之」。參陳慈陽，地方自治權限爭議之解決---以垂直式之權限爭議爲研究對象，中興法學第44期，1998年9月，頁20。

於與人民相同之地位，擁有類似於人民所享有基本權利之「權利」<sup>3</sup>？由於此二種侵害，在目前的憲法解釋聲請程序上，受到不同的程序與實體保障，因而有必要予以釐清。而既然地方制度在我國憲法上確實受到相當之保障，無論是權力或權利遭受侵害，都必須進一步探究，現行的釋憲程序，是否確實使地方自治團體獲得充分憲法層次之司法救濟保障？地方自治團體是否與如何提出釋憲聲請，並非僅是憲法解釋的程序性問題，而與地方制度之憲法定位與制度性質密切相關，有必要先予釐清。

## 二、地方自治之憲法定位與制度本質

地方自治應如何予以定位，也就是中央與地方關係如何確定之問題，傳統上主要涉及兩方面之觀察角度：首先，該國家究竟爲聯邦國或單一國；其次，地方自治之制度本質如何。

### (一) 聯邦國或單一國？

一國政治體制究竟屬於聯邦國或單一國，不僅我國學者對我國體制存有歧見，即便總是被視爲單一國家的法國，也因爲制度變遷而產生若干質變。

#### 1.我國政治體制之界定

聯邦國(a state federal; l'Etat fédéral)或單一國(a state unitary; l'Etat unitaire)的安排，涉及垂直權力分立中權力劃分之問題，即一國如何將政府權力分配給中央政府與地方政府，而非僅集中於中央政府<sup>4</sup>。由於我國憲法本文並未精確明示我國的政治體制，因此學者多半以先進民主國家之政治體制經驗來檢驗我國之狀況，主張單一國多採中央集權

<sup>3</sup> 尤其大法官曾於釋字第527號解釋文中表示：「處分行爲有損害地方自治團體之權利或法律上利益情事，其行政機關得代表地方自治團體依法提起行政訴訟，於窮盡訴訟之審級救濟後，若仍發生法律或其他上位規範違憲疑義，而合於司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之要件，亦非不得聲請本院解釋。」似與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款「人民聲請憲法解釋」的類型等同思考。故似將地方自治團體之權利或法律上利益，與人民所擁有的權利或法律上利益，進行同等評價。

<sup>4</sup> 如果更精確的分類，事實上尚有像義大利或西班牙採取的介於聯邦國和單一國之間的「自治國家或區域國家」(l'Etat autonome ou régional)體制。Gicquel (J) et Gicquel (J-E), Droit constitutionnel et institutions politique, Montchrestien, 24e édit., 2010, p.68.

制，而聯邦國則採地方分權制<sup>5</sup>，並提出聯邦國與單一國的區別標準。有認為倘地方團體有自主組織權，可以制定本身的組織法，且擁有參政權，自組議會參與中央政府行使立法權者，則為聯邦國，若未同時具備此二要件，即為單一國<sup>6</sup>。亦有學者以「國家主權」的觀點，認為我國憲法的設計，取範於加拿大憲法，將單一國與聯邦國對地方自治的基本規定治於一爐，並採以均權主義加以折衷。因此對於地方自治制度，係在單一國下，具有如聯邦國的保障<sup>7</sup>。但也有學者認為，我國憲法之規定模式，突顯地方政府與地方自治重要性，與聯邦制有相當之契合<sup>8</sup>。

不過，在歷經1997年第四次修憲後，有學者認為省縣自治通則經國民大會取消，由立法院直接制定是用於台灣地區之地方制度法律，並明定省之自治監督機關為行政院，使得台灣地區之地方自治調整為單一國之體制<sup>9</sup>。亦有學者認為，多數學者認為我國為略帶聯邦色彩之中央集權國家之見解，易使我國中央與地方關係，陷入非聯邦國即單一國之兩難窠臼，並非妥當。應以民主原則與垂直式權力分立原則架構我國關於中央與地方權限之劃分，且我國地方第一級自治團體之自治權，係受憲法直接保障，非僅為中央集權體制下，功能性、補充性與事務性之單位<sup>10</sup>。

從學者的論述當中，可發現多數學者認為我國目前的憲法規定偏向於單一國體制，但認為制憲者因為反對中央集權，故於憲法原條文與增修條文中，保障地方的參政權並確保地方自治事項，因此我國的地方自治團體地位，不能與單一國底下之地方自治團體一概而論。然而，向為單一國體制代表國的法國，在歷經1982年以來的幾次重要地方分權改革後，其地方自治團體的功能與角色，事實上已與從前大異其趣。

## 2. 傳統單一國：法國的制度變遷

法國大革命期間，曾歷經過一段給予地方團體高度的自治權的時

期，但因為反而形成管理混亂，在拿破崙一世稱帝後被即被取消，並依據1799年12月13日法國憲法所建立的原則：權力單一(*unité du pouvoir*)、中央集權化(*centralisation*)、職能統一化與階層化(*uniformité et hiérarchie des fonctions*)，以帝國8年「雨」月28日法(*la loi du 28 Pluviose An VIII*)<sup>11</sup>，在當時大革命時期統一創設了最重要的地方組織階層：「省」(*département*)，並於「省」設置了中央選任、派駐於各省的省督(*le préfet de département*)，用以貫徹執行中央政策，明確建立中央對地方的集權化制度設計，且這項制度，一直沿用到1982年才改弦易章<sup>12</sup>。法國早期的中央集權單一國體制，確實地方自治團體幾乎無自治空間的，也或許令人對於單一國體制抱持著排拒的態度。

然而，法國第五共和憲法迄今歷經24次修正<sup>13</sup>，不但目前以憲法第12章，從第72條到第75-1條共10條條文<sup>14</sup>，賦予法國所有地方自治團體憲法基礎；也彙編法國地方自治法典，透過法律的方式強化各地方自治團體之自治權限。法國於2003年3月28日新修憲法條文第1條<sup>15</sup>即明白揭示：「法蘭西為一不可分的…共和國……其組織係地方分權的」。儘管憲法第72條第1項同時規定：「共和國的地方自治團體為市鎮、省、大區、特殊地位自治團體與第74條所規範的海外自治團體。所有地方自治團體由法律建立，必要時得替代前揭條文的一種或數種自治團體。」使得法國的地方自治制度看似仍然是一個上對下國家意志的展現<sup>16</sup>，是國家僅得依據一般立法程序即得創設，甚至於替代的制度安排；相較於國家，地方自治團體似乎只具有次等地位<sup>17</sup>。但憲法第72條第2項與第3項緊接著規定：「地方自治團體負有依其層級，以其所擁有之權限，為最佳決定之任務。」與「在法律設定之條

<sup>11</sup> 當時拿破崙頒行一套法蘭西共和曆法，其月份計算方式與目前通用的西曆不同，「雨月」約相當於當今西曆的1月20日到2月20日左右。

<sup>12</sup> Montain-Domenach (J) et Brémond (Ch), *Droit des collectivités territoriales*, 3e édit., PUG, 2007, p.11 et s.

<sup>13</sup> 最後一次修憲為2008年7月23日。

<sup>14</sup> 並未將第13章關於法國海外屬地新卡連多尼之2條條文列入。

<sup>15</sup> 該條之全文為：「法蘭西為一不可分的、世俗的、民主的、社會的共和國。它確保所有公民不分來源、種族、宗教，在法律前之平等。共和國尊重一切信仰。其組織係地方分權的。」(*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.*)

<sup>16</sup> Linditch(L), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1996, Paris, p. 169.

<sup>17</sup> Pontier (J-M), « La République décentralisée de J-P Raffarin », *Revue Adm.* n° 332, p.190.

<sup>5</sup> 趙永茂(1998)，中央與地方權限劃分的理論與實際---兼論台灣地方政府的變革方向，翰蘆，頁3。

<sup>6</sup> 薩孟武(1974)，中國憲法新論，三民，頁507；林紀東(1981)，中華民國憲法逐條釋義(四)，三民，頁3-5。

<sup>7</sup> 李惠宗(2008)，憲法要義，元照，頁601-602。

<sup>8</sup> 法治斌(2002)，以「大」為尊或同舟共濟？---由台北市里長延選談起，政大法學評論，71期，頁8。

<sup>9</sup> 黃錦堂(2000)，地方制度法基本問題之研究，月旦，頁8-9。

<sup>10</sup> 陳慈陽，前揭註2文，頁5-11。

件下，地方自治團體透過其議會自由地自為管理，為執行其職權並擁有命令規範權。」同條第4項更進一步授權規定：「於建置法預設的要件下，且不涉及公眾自由或憲法所保障之權利之實踐基礎要件時，地方自治團體及其成立之團體，得依據個案，在法律或命令已認可時，以實驗的名義，在確定之目的與期間範圍內，抵觸立法或行政對於該自治團體權限已為之規定。」從憲法的定義可知，地方實驗權，真正地賦予各級地方自治團體，一定範圍的地方組織權與參與影響中央政策機會。

除了增加地方自治團體之自治權限外，中央政府對地方自治團體的監督也較以往放鬆。承前所述，法國於各省當中配置代表國家行使監督權之省督，在1982年之前，該省督以政府代表的身分，基於憲法第72條第3項之授權規定：「在各省與領地，政府代表負責維護國家利益、實施行政監督並確保法律的遵守。」<sup>18</sup>行使全面性的地方監管權。任何當時存在的省與市鎮經決議而為的行為與地方行政機關之法律行為，都必須先送交中央派駐於地方之省督，經省督之核准後方生效力。根據1982年3月2日關於市鎮、省與大區權力與自由之法(*la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*)與1982年7月22日之法<sup>19</sup>，以往省督得代表國家行使對於地方自治團體之合目的性監管(*la tutelle*)被廢除，地方自治團體立法機關之決議或行政機關之法律行為，經公佈即具備完全的執行力，只有經列舉的重要法律行為或決議需要送交省督備查<sup>20</sup>。但省督並不得直接對於有違法疑義之決議或法律行為進行撤銷，而只擁有直接向地方行政法院提起撤銷之訴，由行政法院進行合法性監督之舉發權。亦即，中央對地方的監督權，從原先合目的性監督的主動撤銷權，限縮為合法性監督的舉發權。

從以上對法國地方制度之簡短概述，可發現最傳統的中央集權單一國家，由於內外環境變遷，縱然仍能自中央發號施令進行統治，但卻無法更適切地回應地方之需，正如同19世紀時拿破崙三世所言：「我們能自遠處進行統治，但卻只有在就近時方能良善治理」。法國

<sup>18</sup> « Dans les départements et les territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux. du contrôle administratif et du respect des lois. »

<sup>19</sup> 全文為：1982年7月22日修正並補充 1982年3月2日關於市鎮、省與大區權力與自由之法，暨詳述對市鎮、省與大區機關之行為執行行政監督之新要件之法(*la loi du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales*)

<sup>20</sup> 該法律行為之執行力自送備查之日方生效力。

現在的中央與地方關係，很明顯地絕非往昔印象之中央集權、地方無權。因此，單一國的地方自治團體並不見得就擁有較低程度的自治權保障，聯邦國或單一國的界定並非絕對，亦非固定不變，必須依照各該國家的法制與環境進行更精確的判斷，也應明白此二概念具有相當的流動性。

### 3.小結

或許由於對單一國制度下，地方自治團體權限受限之擔憂，加上我國憲法的初始設計，確實對於地方制度多所著墨，因此國內多數學者即使主張我國政治體制屬於單一國，仍強調我國地方自治團體的地位具備聯邦國的特徵。然而，從法國的憲政經驗可知，即便憲法明文規定為單一國，亦非不得修憲、修法調整制度，擴張地方自治團體的權限，並減輕中央對地方之監督。由此角度觀察我國制度，憲法本文曾詳細規範第一級地方自治團體(即：省)立法事項與省自治事項，但透過修憲，目前依據憲法增修條文第9條之規定，省自治已遭凍結。現行有效憲法存留下來的地方自治團體：直轄市、縣與市，其自治之憲法地位是否與原始憲法制度設計全然相當，有必要予以確認。

憲法第112條與第122條對於省與縣之自治依據，皆為「依據省縣自治通則，制定省(縣)自治法…」，而直轄市之自治，係依據憲法第118條之規定：「直轄市之自治，以法律定之」，等於將直轄市之自治權限，交由立法權加以界定，而並未明確賦予直轄市自行制定直轄市自治法之憲法權力。以往有學者甚至因此認為，直轄市未必實行地方自治<sup>21</sup>。而大法官以釋字第258號表示「直轄市在憲法上之地位，與省相當」，其理由為「憲法第一百八條既將直轄市之自治，列入第十一章『地方制度』『省』之一節內，則直轄市依法實施自治者，即與省為同級地方自治團體，在憲法上之地位、權責、財源及負擔，與省相當」。1997年以憲法增修條文第9條，凍結憲法第112條與第122條，對於省與縣自治法制憲法定位之條文，省之地方自治團體地位，又經大法官以釋字第467號確認喪失。但學者多半認為，直轄市在憲法上之地位，尤其是自治權與地方自治團體之身分，並未受到影響<sup>22</sup>。亦即，從憲法精簡的文字與大法官解釋觀之，直轄市與縣，依然受到憲法上，依據法律實施地方自治之明文保障。因此，直轄市、縣、市的地方自治權限，必須具體探究1999年制定，歷經多次修改之地方制度法之內容。

由於探究角度甚多，故暫先以前述法國地方自治團體獲得確保之

<sup>21</sup> 林紀東(1978)，*行政法原論*(上)，三民，頁296。

<sup>22</sup> 法治斌，前揭註8文，頁12；黃錦堂(2011)，*地方制度法論*，元照，頁157。

新權限作為對照。首先，法國於2003年憲法中明確賦予各級地方自治團體地方實驗權(L'expérimentation locale)，在確定之目的與期間範圍內，為實施地方實驗之法令或政策，得抵觸立法或行政對於該自治團體權限已為之規定。亦即，法國地方自治團體不僅擁有自治立法權，甚至在一定的時間範圍內<sup>23</sup>，得抵觸上級規範。相較於此，我國地方制度法第25條至第32條授與地方自治團體相當之立法權，但依據第30條之規定，自治法規不得抵觸上級規範。其次，法國自1982年後，已廢除中央政府設於各地方之省督的合目的性監管權力，中央政府之代表：省督，若認為地方自治團體所為之議決或法律行為有違法疑義或確屬違法(亦即違反上位階規範或其他違法事由)，只得向地方行政法院提出撤銷訴訟，由行政法院予以審查。而我國地方制度法第30條第5項與第75條第8項，雖然相同地規範，若自治法規或辦理自治事項發生抵觸上位階規範之疑義，得聲請司法院解釋之；但第30條第4項卻授權行政院、各該主管機關、縣政府，對於自治法規抵觸上位階規範，直接函告無效之權力；而第75條第2項、第4項、第6項亦規定，若辦理自治事項違背上位階規範，則分別由中央各該主管機關報請行政院或縣政府予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。

就此二情況觀之，縱然我國憲法確實隱含有聯邦國之保障地方自治權力之意涵，但由於憲法授權由法律加以細緻規劃，經由地方制度法之規定，我國現行法制對於地方自治團體自治權之保障，似乎還不如法國？！是以，單一國或聯邦國政治體制之分析角度，似乎尚不足以明確描述我國地方自治團體所享有權限之自治權本質，而有必要進一步探究地方自治之制度本質。

## (二) 地方自治之制度本質

依據國內學者意見，地方自治之制度本質基本上有固有權說、承認說、制度性保障說與住民主權說<sup>24</sup>。固有權說，雖其來源有不同論

述<sup>25</sup>，但其意義可整理為地方自治係地方本來即已經擁有，甚至先於國家而存在之權，無待國家法律承認或賦予。承認說又有稱為「傳來說」、「國家授權說」或「法律範圍說」，認為地方自治團體係國家法律之承認授權而來，主要發生在已經建立大一統中央政府之國家。制度性保障說係源自德國之理論，主張國家為確實保障基本權之實現，有義務以制度使基本權落實，地方自治團體不享有基本權，但透過「制度性保障」之地位，國家不僅不得侵害地方自治權，各權力機關並應加以尊重與落實。住民主權說或稱「人民主權說」，乃以住民為主體，主張為確保人民之主權得獲得實現，地方自治乃是必要不可缺之制度，只要與人民權利保障相關之事，原則上地方自治團體都能自行處理。

在大法官明確以釋字第498號揭示：「地方自治為憲法所保障之制度。…地方自治團體在憲法及法律保障之範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關自應予以尊重。」並在理由書中說明：「地方自治既受我國憲法制度性之保障，有一定之自主權限」之後。我國對於地方自治之制度本質，即以「制度性保障」作為定調。既然地方自治被視為一種憲法所保障之「制度」，則此一制度的內涵為何，即有進一步探究之必要。國內學者對於地方自治之制度性保障內涵，多引用該理論之來源國德國之學說進行說明，有以為具有三個不同面向：法律主體保障、法律制度保障與主觀法律地位保障<sup>26</sup>；或更細緻地分析為：地方自治團體之公法人地位、地方自治團體之存續保障、地方事，地方辦、爭訟保障、核心領域、地方公民的核心權利等<sup>27</sup>。

其主要內涵可概述為：地方自治團體雖然係憲法所承認並保障之制度，但其只是存在於國家結構當中，為與國家進行權力的垂直分配而存在，其所享有者仍僅為「權力」或「權限」，而非享有如同一般人民所擁有之「基本權利」。制度性保障事實上為承認說之修正，地方自治之制度，需要由法律進一步具體規範、形塑與授權，只是立法者具體形塑地方自治之制度時，不得侵害地方自治之核心領域。此即大法官釋字第550號解釋理由書所表示之「地方自治團體受憲法制度保障，…於不侵害其自主權核心領域之限度內，…基於國家整體施政之需要，中央依據法律使地方分擔…，尚非憲法所不許。」。但何為地方自治之核心領域，大法官於釋字第550號解釋理由書中表示：「所謂核心領域之侵害，指不得侵害地方自治團體自主權之本質內

<sup>23</sup> 依據2004年8月13日公布地方責任與自由法(la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales)界定，地方自治團體得自行訂定一個為當地需求而進行短期法令或實驗性政策。實驗最長的實行期間為五年，得延長一次，但延長期限只有三年。

<sup>24</sup> 相關說明之教科書與期刊甚多，僅例示如下：林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞(2008)，憲法權力分立，新學林，頁452-456；法治斌、董保城(2004)，憲法新論，元照，頁427以下；黃錦堂(2000)，前揭註9書，頁9以下；李惠宗，前揭註7書，頁599以下；許志雄(1995)，地方自治權的基本課題，月旦法學雜誌，頁8以下；蔡茂寅(2006)，地方自治之理論與地方制度法，學林，頁23以下。以下關於地方自治制度本質之說明，若非作者有特殊見解，不再另行引註。

<sup>25</sup> 有主張其源自法國大革命時代地方權(pouvoir municipal)理念，如羅至淵，地方自治的理論體系，台灣商務印書館，1970，頁90；亦有認為係源自中古世紀之北歐大陸，以城市為主之自治，如黃錦堂，前揭註22書，頁31。

<sup>26</sup> 法治斌、董保城，前揭註24書，頁431-434。

<sup>27</sup> 黃錦堂，前揭註22書，頁36-42。



容，致地方自治團體之制度保障虛有化…。至於在權限劃分上依法互有協力義務，或由地方自治團體分擔經費符合事物之本質者，尚不能指為侵害財政自主權之核心領域」，故而，凡中央透過制定法律，只要未達到使地方自治團體自主權本質內容虛有化之程度，即未損及憲法對於地方自治之保障。但中央立法行為是否構成對地方自治之侵害，並非由中央單方認定，地方自治團體擁有主觀法律地位，得透過司法救濟之方式，以對抗國家之侵害。

將地方自治之制度本質定性為制度性保障，則所有國家對地方自治之干涉，都應由立法者加以界定，如此也可推導出，中央對地方行政監督的強度與密度同時將由立法者界定。詳言之，在制度性保障之概念下，地方自治團體縱然只是存在於國家結構當中，為與國家進行權力的垂直分配而存在，但因為對地方自治之制度性保障，對於地方自治團體所行使之行政監督，並非行政一體概念下之內部控制，而必須由立法者加以形塑中央與地方之具體關係；故中央對地方之監督方式，係由立法權加以界定，而非由行政權自行決定。這也就是大法官於釋字第553號所言：「地方自治團體處理其自治事項與承中央主管機關之命辦理委辦事項不同，前者中央之監督僅能就適法性為之。」學者因而引用德國法理論，主張國家對地方自治團體採取法律監督措施時，有補充原則、便宜原則、親善夥伴原則與比例原則必須遵守<sup>28</sup>。只是在我國的實證實施面，是否確如學者之主張，仍有待進一步探究。從大法官於釋字第553號解釋理由書當中，仍提出對立法者之期待：「惟地方制度法關於自治監督之制度設計，除該法規定之監督方法外，缺乏自治團體與監督機關間之溝通、協調機制，致影響地方自治功能之發揮。從憲法對地方自治之制度性保障觀點，立法者應本憲法意旨，增加適當機制之設計。」或可看出，目前我國在中央對地方監督之相關立法，仍未完全符合憲法對地方自治制度性保障之要求。

況且，大法官雖已明確地揭示地方自治為制度性保障，似乎地方自治之制度本質已無探討之必要，但仍有學者指出，制度性保障所強調的核心領域事實上具有相當大的模糊性，立法機關只要並未使地方自治事項縮減至零，幾乎就趨近於毫無限制<sup>29</sup>。因此，究竟採取我國政治體制為帶有聯邦色彩的單一國，並承認地方自治為憲法上制度性的保障，是否已然給予各層級地方自治團體足夠的保障，必須再以地方自治團體是否得有效地透過司法救濟之途徑，以對抗國家侵害之觀點加以檢視。而目前依據我國司法救濟之相關規定，地方自治團體對

<sup>28</sup> 法治斌、董保城，前揭註24書，頁456-462；學者黃錦堂雖未相同採取此似種原則之名稱，但其所提及之「自治監督應遵守之憲法原則」，內容意旨相同，參前揭註22書，頁313。

<sup>29</sup> 蔡茂寅，前揭註24書，頁33-34。

於中央可能的侵害地方自治行為，所得提起之爭訟途徑，有行政爭訟與聲請釋憲二途。前者係將中央主管機關對於地方自治團體之「侵害行為」，認定為行政法上爭議，透過訴願、行政訴訟的方式進行審理。後者則是將該侵害與否之爭議，提請司法院大法官進行審議。儘管前者之研究亦具備相當價值，但目前引起較多爭議者，概為聲請釋憲部分，故本文將聚焦於此部份進行討論。

### 三、地方自治團體聲請釋憲之要件與救濟實效

儘管目前我國大法官解釋憲法尚非能完全定性為一種法院訴訟程序<sup>30</sup>，但基於司法權的被動性與資源有限性，任何欲聲請解釋憲法者，仍須該當相關法規範所設立之資格與要件。亦即，遵循著「先程序後實體」之原則，聲請釋憲必先該當程序要件，方有進一步進行實體審查之可能。因此，在探究地方自治團體聲請釋憲之資格與要件相關問題前，必先釐清大法官進行解釋憲法所遵循的法規範內容。本論文除將遵循一般法釋義學之研究方法，分析實定法之規定外，更將進一步地從目前大法官已為之解釋與不受理決議當中，耙梳大法官釋憲實務與法釋義之符合度。接著再以所得結論，試圖釐清現行法規範與實務操作情況，是否確實回應憲法對於地方自治之保障。

#### （一）現行制度：地方自治團體聲請釋憲適用之法規範

我國憲法對於大法官職權行使相關規定極為精簡，只在憲法第78條<sup>31</sup>、第79條第二項前段<sup>32</sup>、第117條<sup>33</sup>、第114條<sup>34</sup>、第171條第2項<sup>35</sup>與第173條<sup>36</sup>予以明定。從憲法本文之文義，只得初步推斷，由司法院大法官職司「解釋憲法」、「統一解釋法令」、「解釋法律或省法規與

<sup>30</sup> 也因此現今的改革方向，是將大法官憲法法庭化。參司法院大法官審理案件法修正草案總說明[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p07\\_2.asp?lawno=95](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p07_2.asp?lawno=95) (2011/8/4瀏覽)

<sup>31</sup> 「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」

<sup>32</sup> 「司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項。」

<sup>33</sup> 「省法規與國家法律有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之。」

<sup>34</sup> 「省自治法制定後，須即送司法院。司法院如認為有違憲之虞，應將違憲條文宣布無效。」

<sup>35</sup> 「法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之。」

<sup>36</sup> 「憲法之解釋，由司法院為之。」

憲法有無牴觸之疑義」與「審查省自治法」四項解釋憲法之任務<sup>37</sup>。如此精簡之規定，大法官自無法具體執行職權。因此，關於職權行使之組織、要件與程序等規定，係由立法者以司法院組織法設定組織規定；而關於大法官之釋憲程序，則以自1993年2月適用迄今之司法院大法官審理案件法(以下簡稱審理案件法)為依據<sup>38</sup>。亦即，由於憲法本質上的精簡性，由法律具體形塑憲法設立並保障之制度、權力或權利，有其必要性。

地方自治制度，相同為我國憲法所設立並保障之制度，關於地方自治團體聲請釋憲，倘若立法者未特別予以規定，就如同大部分之制度、權力或權利，立法者並未對釋憲之資格與要件特別加以規定一般，當然即一體適用審理案件法之相關規定；不過，立法者在地方制度法當中，特別明定地方自治團體聲請釋憲之規定，使得地方自治團體聲請釋憲之程序產生競合，因此產生適用之疑義。又因為地方自治團體得以不同名義為釋憲聲請<sup>39</sup>，故其問題更形複雜。為求全面性釐清此問題，本文均將一併納入討論。

### 1. 地制法與審理案件法之相關規定

依據現行法律，地方自治團體聲請釋憲適用之法規範，為審理案件法與地制法。從審理案件法第4條大法官解釋憲法之事項，地方自治團體得聲請解釋憲法或聲請統一解釋法令，其相關規定為：

(1)第5條第1項第1款第1段：地方機關行使職權，適用憲法發生疑義。

<sup>37</sup> 憲法第114條已經被憲法增修條文第9條停止適用，故目前大法官僅存前三項解釋憲法之任務。關於憲法第114條的規定，似乎類似法國憲法委員會長年以來實施之事前合憲審查制度。不過在我國因並未落實，故相關研究討論幾乎不被注意甚或不存在。

<sup>38</sup> 自1948年以來，歷經司法院大法官會議規則、司法院大法官會議法，以及自1993年2月適用迄今之司法院大法官審理案件法(以下簡稱審理案件法)。從大法官官方網站的資料觀之([http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p01\\_05.asp](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p01_05.asp))，透過不同時期的釋憲程序，大法官之職權行使功能，由「解答疑義」走向「解決爭議」，由「維護憲政體制」走向「保護人民權利」方向發展。由此歷程與介紹可知，大法官職權隨著立法權對於釋憲程序之形塑，以及大法官同時司法權執行者與最終救濟者之地位，有效地建構並保障自己的權力。此等權力確保之歷程，是否也同樣適用於其他憲法所承認並保障之權利、權力或制度，深富研究價值。

<sup>39</sup> 關於此方面之界定，可參吳信華(2005)，論地方自治團體的聲請釋憲，政大法學評論，87期，頁137-138與吳信華，「中央與地方機關」聲請釋憲程序之檢討與展望，司法院大法官96年度學術研討會「大法官解釋憲法之程序種類與要件」，下冊，頁3-7。

(2)第5條第1項第1款第2段：地方機關因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議。

(3)第5條第1項第1款第3段：地方機關適用法律與命令，發生有牴觸憲法之疑義<sup>40</sup>。

(4)第5條第1項第2款：地方自治團體以法人名義聲請，對於終局確定裁判適用之法令牴觸憲法，而致其權利受不法侵害<sup>41</sup>。

(5)第7條第1項第1款：地方機關就職權上適用法規，與其他機關見解有異，且不受他機關見解拘束，或他機關無法變更地方機關見解，得聲請統一解釋<sup>42</sup>。

地制法主要規定為：

(1)第30條第5項：自治法規牴觸憲法或法規之疑義解釋<sup>43</sup>。

(2)第43條第5項：議會議決自治事項牴觸憲法或法規之疑義解釋<sup>44</sup>。

(3)第75條第8項：地方自治行政機關辦理自治事項牴觸憲法或法規之疑義解釋<sup>45</sup>。

若不考慮地制法與審理案件法競合之情況，單從法規範數量看來，地方自治團體共有8種情況可聲請釋憲<sup>46</sup>，加上審理案件法中使用之「地方機關」，係包括地方自治團體中之行政機關與立法機關，地

<sup>40</sup> 關於依據第3段規定聲請解釋憲法，究竟是否連結「行使職權」之要件，解釋上頗茲疑義，但倘若參見憲法訴訟法之草案，第39條第1項第2款規定「中央或地方機關，因行使職權，適用法律、命令，認其牴觸憲法。」可推定目前學界與實務界之有力說應認該段規定應與「行使職權」有關，固有必要於新修制定之憲法訴訟法明定。

<sup>41</sup> 「…法人…於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牴觸憲法之疑義者。」

<sup>42</sup> 「中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或其他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但該機關依法應受本機關或其他機關見解之拘束，或得變更其見解者，不在此限。」

<sup>43</sup> 「自治法規與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。」

<sup>44</sup> 「第一項至第三項議決自治事項與憲法、法律、中央法規、縣規章有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。」

<sup>45</sup> 「第二項、第四項及第六項之自治事項有無違背憲法、法律、中央法規、縣規章發生疑義時，得聲請司法院解釋之；在司法院解釋前，不得予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。」

<sup>46</sup> 事實上因為法條競合，地方自治團體並非依據法規範數量來決定其聲請釋憲情況之數量。

方自治團體聲請釋憲之可能情況多端。不過本文將暫不討論地方之行政與立法機關各自聲請釋憲可能之不同條件，一概先概括地以地方自治團體共同適用的釋憲聲請情況進行研析。而在此討論範圍下，地方自治團體聲請釋憲所適用之法規範可能面臨以下問題。

## 2. 適用法律之可能問題

首先，地方自治團體究竟是否該當審理案件法第5條第1項第2款之要件，而以該條款為聲請釋憲之基礎？適用該條款聲請釋憲之前提，首先在於地方自治團體必須先經法定程序提起訴訟。地方自治團體不服自治監督機關所為之監督行為，倘係自治事項之範圍內，向來實務與學說皆認為地方自治團體得提起撤銷訴訟；但若係委辦事項，則因否認自治監督機關對委任事項所為監督行為之行政處分性，故地方自治團體並不能經法定程序提起訴訟<sup>47</sup>。依循目前多數說，則地方自治團體得依據審理案件法第5條第1項第2款聲請解釋之情況，惟有因監督機關對地方自治團體之自治事項進行監督時該當。於用盡行政訴訟救濟途徑後，除聲請釋憲之事項必須侷限於自治事項之外，地方自治團體尚須主張「其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」，此一「憲法上所保障之權利」的釋憲要件內涵如何，即有待確認。蓋大法官於釋字第527號雖表明「如上述處分行為有損害地方自治團體之權利或法律上利益情事，其行政機關得代表地方自治團體依法提起行政訴訟，於窮盡訴訟之審級救濟後，若仍發生法律或其他上位規範違憲疑義，而合於司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款之要件，亦非不得聲請本院解釋。」，應係將地方自治團體提出行政訴訟與釋憲聲請之要件分別對待；亦即，在行政訴訟部分只要該當「損害地方自治團體之權利或法律上利益情事」，地方自治團體由行政機關代表，依法提起行政訴訟，但聲請釋憲解釋，必須合於審理案件法第5條第1項第2款之要件。學者間有主張，該條款主要目的係為保障聲請當事人憲法上之基本權利，而地方自治團體為公法人，所擁有者係為權

<sup>47</sup> 行政法院47年裁字第51號判例，行政法院76年判字第643號判決甚至明白承認行政機關或鄉鎮自治機關，基於於人民同一地位而受違法不當之行政處分者，該當於當時行政訴訟法第1條之「人民」；另參吳庚(2010)，行政法之理論與實用，增訂11版，三民，頁321；許宗力(1993)，論國家對地方的自治監督，收於氏著法與國家權力，2版，頁354以下；劉建宏(2003)，地方自治團體之原處分機關不服自治監督機關訴願決定時之行政救濟途徑，中正法學集刊，10期，頁154-158。惟程明修對於自治事項與委辦事項區別訴訟保障之問題，提出檢討之建議。參氏著(2003)，針對地方自治「內部法律關係」與「外部法律關係」監督措施的行政訴訟，中正法學集刊，10期，頁127以下。

限，原則上不能成為基本權利之主體，因此不得再依該條款聲請釋憲<sup>48</sup>。此一論述事實上呼應大法官將地方自治認定為憲法上制度性保障一環之論理依據，且釋字第527號事實上並未明白揭示何種情況係「合於司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款之要件」，故得因此推論，地方自治團體在尚未被承認擁有基本權利之前，不該當審理案件法第5條第1項第2款之要件，而不得以該條款為聲請釋憲之基礎。

然而，該條款之「憲法上所保障之權利」，依據目前大法官解釋觀之，並非限於憲法第2章人民之權利義務所臚列者<sup>49</sup>，而偏向廣泛地認定所謂「權利」；亦有學者主張，人民聲請解釋憲法，不僅旨在確保憲法作為人民基本權利保障之基礎與實踐，同時亦在維護憲法作為國家法治秩序的規範架構<sup>50</sup>，正如大法官於釋字第445號解釋理由書所云：「人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的」。因此，未來若真有地方行政機關，代表地方自治團體依法提起行政訴訟，於窮盡訴訟之審級救濟後，若仍發生法律或其他上位規範違憲疑義，以制度性保障之核心事項遭侵害，聲請大法官闡明憲法真義以維護憲政秩序，而依據審理案件法第5條第1項第2款提出解釋聲請，大法官似應受理其聲請。

其次，地制法與審理案件法適用之優先性問題。先從條文規定之文義觀察，地制法之相關規定顯然明確聚焦於地方自治團體之「自治事項」與「自治法規」，而審理案件法則廣泛地對於地方機關「行使職權」或「權利受不法侵害」，都有適用之可能；因此，審理案件法之規定顯然較地制法之規定為廣。其次，此二法律雖均屬立法院通過、總統公布之法律，法位階應相同；但從兩法制定之依據觀察，審理案件法係依據司法院組織法第6條而制定<sup>51</sup>，地制法則是直接依據憲法第118條與憲法增修條文第9條第1項而制定<sup>52</sup>，地制法顯然為憲法直接授權立法者，係立法者具體形塑地方制度之第一層授權，而審理案

<sup>48</sup> 吳庚(2004)，憲法之解釋與適用，三民，3版，頁379；吳信華，同前揭註文，頁17-19。關於公法人是否該當基本權利主體之探討，可參許宗力(2003)，基本權主體，月旦法學教室，4期，頁80以下；李建良、劉淑範(2005)，公法人之基本權利能力問題之初探——試解基本權利「本質」之一道難題，收錄於湯德宗主編，憲法解釋之理論與實務，第4輯，中央研究院法律學研究所籌備處，頁291-410。

<sup>49</sup> 釋字第223號、第428號可茲參照。

<sup>50</sup> 林錫堯(1984)，論人民聲請解釋憲法之制度，頁19以下，轉引自葉百修大法官釋字655號協同意見書。

<sup>51</sup> 「大法官審理案件之程序，另以法律定之。」

<sup>52</sup> 「直轄市之自治，以法律定之。」「省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之。」

件法則為憲法的第二層授權<sup>53</sup>。基於以上二因素，或許可暫認為，依據法律適用之慣行，規定越詳細者，則越先行適用；加上地制法為憲法的第一層授權，故與地方自治相關之制度，應以地方制度法為優先適用。即對於地方自治團體言，其聲請釋憲，應先適用地制法之規定；但若係地制法並未規定之事項，則適用審理案件法<sup>54</sup>。

然而，即便論理上可推得，地方自治團體是否該當聲請釋憲之要件，得優先適用地制法相關規定，但由於地制法欠缺大法官如何進行審理之具體規定，僅泛言「得聲請司法院解釋之」，故地制法僅賦予地方自治團體一個聲請釋憲的資格要件，但大法官審理之相關程序，仍必須適用審理案件法之相關規定。尤其地制法聲請釋憲之相關規定，似承襲省縣自治法而來<sup>55</sup>，儘管地制法係依循落實憲法對地方自治制度性保障之要求而制定，但既然立法者立法時，並未明示其選擇在地制法不明定釋憲程序之用意，大法官在審理地方自治團體聲請釋憲之案件時，自不宜妄自揣測立法者於地方制度法的寬鬆規定，係為使地方自治團體遭逢地制法規定之情況時，得適用較寬鬆的釋憲審查標準，而只宜依據論理解釋之方法，認定立法者既未於地制法明定釋憲之審查標準，則大法官自應回歸適用審理案件法之相關規定進行審查。或許這也正大法官釋字第527號解釋，認為地制法與審理案件法之要件可分別作為聲請釋憲之理由<sup>56</sup>。

<sup>53</sup> 法國法上，有所謂「建制法」(loi organique)此一類型之法規範，係指介於憲法與一般法律之間，其功能主要在規範各該權力機關如何實施憲法之具體規定。乃由制憲者直接在憲法上明定由立法者制定建制法，在公布前有義務送憲法委員會審查其合憲性。我國儘管並無此類法規範之位階，但直接由憲法明定「以法律定之」之相關法律，是否得解釋為相較於一般法律，擁有較高之規範效力，非無討論空間。

<sup>54</sup> 舉例而言，倘地方自治團體欲依據地制法第30條第5項聲請釋憲，其要件與審理案件法第5條第1項第1款第3段均屬適用法律與命令，發生有牴觸憲法之疑義，依據本文初步見解，此時應優先判斷該地方自治團體是否該當地制法第30條第5項之要件，而無庸再判斷是否該當審理案件法第5條第1項第1款第3段之要件。但若是地方自治團體，因其職權上適用法令所持見解與他機關有異，而欲聲請統一解釋，此時由於地制法並無統一解釋之相關規定，則應依據審理案件法第7條第1項第1款聲請統一解釋。

<sup>55</sup> 參考省縣自治法第26條第4項：「第一項至第三項議決事項與法規、規章有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」第54條第7項：「第二項、第四項及第六項之自治事項有無違背中央或地方法令發生疑義時，由司法院解釋之。」

<sup>56</sup> 「地方自治團體之行政機關對上開主管機關所為處分行為，認為已涉及辦理自治事項所依據之自治法規因違反上位規範而生之效力問題，且該自治法規未經上級主管機關函告無效，無從依同法第三十條第五項聲請解釋，自治團體之行政機關亦得依同法第七十五條第八項逕向本院聲請解釋。其因處分行為而構成司法院大法官審理

接下來即進一步分析自1997年修憲精省後，大法官如何透過解釋與不受理決議，具體建構地方自治團體聲請釋憲之要件。

## (二)大法官解釋實務

由地方自治團體提出釋憲聲請之案件雖非佔大法官審理案件之大宗<sup>57</sup>，但亦非罕見，大法官已做成解釋者共有4號，不受理決議者則有27則。

### 1. 相關解釋

為便於說明，先表列四號由地方自治團體所聲請之解釋。

表1：由地方自治團體提出聲請，大法官受理並做出解釋者  
(本文自製)

號次	解釋日期	解釋字號	聲請人	聲請書所呈，其聲請之依據	聲請解釋之事項
1	1999/12/31	498	台灣省議會	審理案件法第5條第1項第1款	立法院依據憲法第67條第2項規定，要求省府首長列席於立法院備詢報告，是否侵害省議會之職權。
2	2001/6/15	527	台中市議會	審理案件法第8條第2項、地方制度法第43條第5項	台中市政府組織自治條例尚未立法，即任命副市長，而內政部函釋合法，市議會並通過相關預算，似有違地制法第62條第2項與第43條第2項。
3	2002/10/4	550	台北市政府	審理案件法第5條第1項第1款	全民健康保險法一定比例保險費由直轄市政府補助之規定牴觸憲法疑義。
4	2002/12/20	553	台北市政府	審理案件法第7條第1項第1款、地方制度法第75條第8項及審理案件法第5條第1項第1款	聲請人行使「地方制度法」第83條第3項所定關於里長延選之核准權，適用法律見解，與行政院適用同一法律所持之見解有異，並發生有無違背地制法之疑義，且聲請人行使職權與行政院行使職權，發生適用憲法之爭議及適用法律發生有牴觸憲法之疑義。

由上述表列可先得出幾項發現：首先，受理要件之審查似非稱嚴格。除釋字527號解釋外，其他三號解釋皆以審理案件法第5條第1項第1款提出聲請，但均未表明係依據該款中的哪一段規定提出聲請。其次，大法官似接受僅以地方制度法為釋憲聲請之依據，但似尚非優先適用地制法。從釋字第527號之聲請依據，以及釋字第553號解釋理由書第1段所云：「本件聲請屬地方政府依據中央法規辦理自治事項，中央與地方政府間對於中央法規之適用發生爭議，…，本院依地方制度法第75條第8項受理其聲請」可證。第三，大法官之審理不受聲請人主張之聲請法規依據所拘束。此幾乎可視為訴訟法之原則。就此解釋實務上之發現，可與前述適用規範之推論相呼應。因此，今後

案件法第五條第一項第一款之疑義或爭議時，則另得直接聲請解釋憲法」

<sup>57</sup> 依據大法官官方網站之統計，第1屆到第6屆大法官受理之聲請案，人民聲請者佔89.33%。<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/E100/第一屆至第六屆大法官就機關聲請者與人民聲請者聲請解釋之比例作一統計.htm> (2011/8/8瀏覽)

地方自治團體聲請釋憲，或以地制法之規範為其優先依據即足。

在上述四則解釋之解釋文中，大法官已然透過釋字第527號與第553號解釋，結合審理案件法與地制法，建立一套聲請規則。大法官似乎並未嚴格審查地方自治團體據以聲請釋憲之法規範依據，故即以聲請主體表列說明。

表2: 關於地方自治團體聲請解釋之程序(本文自製)

聲請主體	類型標號	聲請解釋之標的(事項)	聲請要件	聲請依據之法規	解釋號
地方自治團體之立法機關	L-1	地方自治團體立法機關所議決之自治事項或自治條例，是否抵觸上位規範	經聲請主體所議決之自治事項或自治條例，經有監督權限之主管機關函告無效	地制法§30V、§43V。並依性質聲請解釋憲法或統一解釋法令	527
	L-2	行使職權，就非屬前述事項聲請解釋	1.經聲請主體之決議 2.合於審理案件法§51(1)或§71(1)之要件	a.聲請解釋憲法：審理案件法§51(1) b.聲請統一解釋法令：審理案件法§71(1)①	527
	L-3	倘地方立法機關通過決議案，又以決議案是否抵觸上位規範而聲請解釋	地制法無與司法院大法官審理案件法§51(3)類似之規定(應不予受理)		527
地方自治團體之行政機關	A-1	自治規則是否抵觸上位規範	自治規則經有監督權限之主管機關函告無效	地制法§30V、§43V。並依性質聲請解釋憲法或統一解釋法令	527
	A-2	聲請主體辦理自治事項，是否違背上位規範	1.有監督權限之上級機關對該辦理行為予以撤銷、變更、廢止或停止其執行 2.地方行政機關認上級機關之處分已涉及辦理自治事項所依據之自治法規因違反上位規範而生效力問題 3.該自治法規未經上級主管機關函告無效	地制法§75VIII	527
地方自治團體	A-3	聲請主體辦理自治事項，經有監督權限之上級機關予以撤銷、變更、廢止或停止其執行，發生上位規範違憲疑義	1.因上級主管機關之處分行為而有損害地方自治團體之權利或法律上利益 2.經聲請主體代表地方自治團體依法提起行政訴訟，窮盡審級救濟 3.合於審理案件法§51(2)之要件	審理案件法§51(2)②	527
	A-4	辦理自治事項，就非屬前述事項發生審理案件法§51(1)之疑義或爭議	1.依其性質均無受中央主管機關所表示關於憲法或法令之見解拘束者 2.合於審理案件法§51(1)之要件	聲請解釋憲法：審理案件法§51(1)	527
	A-5	辦理自治事項，就非屬前述事項發生審理案件法§71(1)之見解歧異	1.依其性質均無受中央主管機關所表示關於憲法或法令之見解拘束者 2.合於審理案件法§71(1)之要件	聲請統一解釋法令：審理案件法§71(1)①	527
	A-6	對同級立法機關議決事項發生執行爭議	應依地方制度法§38、§39處理，不得聲請(應不予受理)		527
	A-7	無關自治規則效力，亦不屬得提起行政訴訟之事項，純為中央與地方自治團體間之權限爭議	應依地方制度法§77解決，不得聲請(應不予受理)		527
	A-8	委辦規則受函告無效	原須經上級委辦機關核定後始生效力，不得聲請(應不予受理)		527
	A-9	聲請主體依據中央法規辦理自治事項，經有監督權限之上級機關予以撤銷、變更、廢止或停止其執行，就該處分是否違法之問題	該爭議之解決應循行政爭訟程序處理，由訴願受理機關及行政法院就該處分之適法性問題為終局判斷(應不予受理)	地制法§75VIII	553
A-10	執行中央委辦事項，適用憲法發生疑義，或適用法律發生見解歧異	須依審理案件法§9經上級機關層轉(應不予受理)	①	527	
A-11	依職權執行中央法規，而未涉及各該地方自治團體之自治權限者	須依審理案件法§9經上級機關層轉(應不予受理)		527	

大法官目前依據解釋所建立之審理規則，儘管已甚明確，但似仍存有若干值得再進一步研究之處：首先，在以制度性保障肯認地方自治於我國憲法上價值之前提下，欲透過類型A-3聲請釋憲，初步以為似應限縮於制度性保障之核心事項遭侵害，且同時具備聲請大法官闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的時，方該當聲請要件。不過由於目前尚未有類似案件出現，故仍待大法官表示更具體之意見。其次，須依審理案件法第9條經上級機關層轉者，係地方自治團體行政機關執行中央委辦事項或中央法規。然自治事項與委辦事項向來甚難明確釐清，縱然目前地制法第18條至第20條已明定各級地方自治團體之自治事項，但學者指出該劃分項目誤將國家界定之委辦事項擅自修改為自治事項<sup>58</sup>，造成中央與地方間之紛擾不斷。故大法官若更精緻地發展出細部判斷標準，不但有助於自治事項與委辦事項之劃分，也將有效降低中央與地方間關於權限認定之難題。

接著將再以大法官透過釋字第527號與第553號建立之規則，檢視不受理決議。

## 2. 不受理決議

相同地，為便於說明，以表格呈現1997年7月完成精省修憲後，由地方自治團體聲請，但為大法官不受理決議者。為檢視不受理決議是否遵循大法官透過釋字第527號與第553號建立之規則，另於表格中增設與表2相對應之類型標號，以方便比對。

表3: 地方自治團體提出釋憲聲請之不受理決議(從1997年7月完成精省修憲後開始統計)(本文自製)

號次	不受理決議日	聲請人	聲請所依據之條文	聲請解釋之事項	不受理理由	對應之類型標號
1	1997/9/12	台北市議會	統一解釋案 審理案件法§71(1)	台北市政府向民間募款舉辦各項活動，其收支程序是否違反財政收支劃分法第29條之規定，台北市議會與台北市政府適用法令不一	係屬關於財政收支劃分法第二十九條之依直轄市自治法有關規定處理事項，其依審理案件法第7條第3項規定應予受理。	A-6
2	1998/3/27	屏東縣萬丹鄉民代表會	統一解釋案 審理案件法§71(1)	萬丹鄉公所未立即將該鄉86年度總預算案送交縣政府備查，致使萬丹鄉86年度總預算案未於3個月內完成審議，而有違自治法第23條第4款之適用	係屬應依省自治法有關規定處理事項，非就其職權上適用法律或命令同一，持見解與本機關或其他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異，核與審理案件法§71(1)規定不合。	A-6
3	1999/4/1	南投縣水里鄉民代表會	統一解釋案 審理案件法§71(1)	關於公共遺產加油站之新設實施方式，前後二屆(第13屆、14屆)鄉民代表會之決議意見不同，造成公共遺產增設地方發展之計畫中報	乃南投縣水里鄉第14屆鄉民代表大會決議通過撤銷適用同一法律或命令見解有異之爭議，與審理案件法§71(1)之要件不符	無

<sup>58</sup> 黃錦堂，前揭註22書，頁194以下。









似寓有敦促上級機關先與地方政府協商之意。標號23之案件，大法官首次提及「如非因上級機關未能依職權解決又不予層轉，尚不得直接聲請本院解釋憲法或統一解釋。」似乎可解釋為「如因上級機關未能依職權解決又不予層轉，得直接聲請本院解釋憲法或統一解釋。」，或許浮現大法官對於此一聲請釋憲標準之鬆動。只是上級機關「怠於層轉」如何具體認定，是否能仿行政訴訟法以三個月為期限予以認定，仍有待大法官進一步揭示。但若積極課予上級機關依職權解決或加以層轉之義務，當有助於加速釐清中央與地方之權限爭議。

## 四、結論

我國從憲法本文與增修條文之設計，應可推知我國係採據聯邦色彩之單一國政治體制，而地方自治同時被肯認具有制度性保障之憲法價值。是以，國家政務之推行，似乎非以中央一條鞭之方式進行，而需尊重地方意願，透過分權治理之方式共同分擔國家責任。然而，從我國大法官所為，由地方自治團體所體聲請案件之解釋與不受理決議觀察，目前職司憲法解釋權之大法官，似乎偏向將中央與地方關係，解釋為國家內部組織間之上下隸屬之關係，並認為不論中央政府或是地方政府，其權力來源相同為人民之意志，而中央之民意總和大於地方之民意總數，是以中央於地方自有監督之權限<sup>65</sup>。此一監督權，並象徵著行政一體、國家統一之精神。在這樣的理論概念氣氛下，地方自治團體欲透過聲請釋憲以保證或確認自己之地方自治權，並不容易。

然若觀察當代國家治理之趨勢，不論為單一國或聯邦國，也不論地方自治之制度本質定性為何，透過地方自治、分權治理，以營造更有效率、競爭力之國家，幾乎已經成為目前全球各國之趨勢。尤其因為地方自治團體具有地域接近性，容易凝聚地區人民向心力，更應被賦予相較於以往更多的地方權限。連老牌的單一國：法國，也都在2003年修憲時，新修憲法第72條第2項為「地方自治團體負有依其層級，以其所擁有之權限，為最佳決定之任務。」。此乃是將一開始僅適用於歐盟之輔助原則(*le principe de subsidiarité*)納入憲法條文當中。所謂輔助原則，乃是主張公共政策之決定應以最接近或最適合該地方之主權者決定<sup>66</sup>。各級地方自團體，相較於國家，自然較接近地方人

<sup>65</sup> 許玉秀，釋字第573號協同意見書。

<sup>66</sup> Brisson (J-F), *Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales*, AJDA, 2003, p.532.

民，故授權地方自治團體在法律之容許範圍內，依據其規模大小，自行判斷適合該階層之地方自治團體適宜如何之政策，立法並執行之。由於修憲困難，要由制憲者在憲法當中加入如同法國的輔助原則存在相當障礙，但若透過大法官於解釋文中表明，亦可達到相同的規範效果。因此，地方自治團體聲請釋憲之資格與要件，若能再略加適度放寬，當有助於建立對於地方自治更詳盡、更具體之憲法保障地位。

## 與談實錄：

與談人(張顧問淑芬)：

離開學術界有一段時間，平常都是從事實務界的工作，而地方自治團體在聲請釋憲部分，國內的文獻也很多，以我在司法院擔任大法官助理3年的時間來看，從個人的經驗來觀察，依大法官組織的特性及其運作，若所有地方自治團體的紛爭均由大法官負責，則如同學者的理解，似乎可能會造成大法官會議機能的癱瘓。因此，在某些無法解決的部分，個人認為應該可以善用行政訴訟的制度，例如依釋字第527號解釋，其實已開啓地方自治團體提起行政救濟之管道，個人認為這是一個好的開始。本篇報告部分，國內有相當之文獻均有提及，例如早上專題報告的黃錦堂教授的新著作就有相關闡釋，其見解基本上也認為地方自治團體可以善用行政救濟之制度，因為就行政法院法官的人數及運作為觀察，由其為具體之裁判，特別是有關金錢紛爭，可以直接由行政法院作成確認訴訟以解決問題。

因為等一下陳教授也會有精彩的與談，因此個人的部分謹就日本政府之中央與地方就其紛爭應如何解決之部分加以介紹，以為國內部分之參考。

其實在立法例上，就中央與地方不同調或上級機關間之不同調所生問題，基本上都有設計解決之機制，而由其制度之設計可以得知，其間所生之紛爭乃屬自然之事。日本的部分是在約10年前設計的一套審查機制，一種是中央與地方政府間所生爭議無法解決時，可以向中央地方紛爭委員會提出審查；若是地方政府間所生爭議，則可以向總務大臣提出審查。但該設計於地方自治法的制度在這10年來，有關中央與地方間所生爭議而提出之案件僅有1件，至於上級地方政府與下級地方政府所生爭議而提出審查的案件亦僅有1件，個人認為其原因應在於該委員會之委員選任係由總務大臣所任命所致。

在此，個人提出2件具體案件說明，1件為中央與地方間之紛爭，

另1件則為上級地方政府與下級地方政府所產生的紛爭。日本最近才有住民基本資料網路資料庫建制的制度，該制度是中央為執行法律規定所建立，而要求地方配合，於此，雖大部分之地方政府均配合辦理，惟少數地方政府則認為其侵害住民之隱私權而為抗拒，例如東京都的國立市，且其主張該制度無法達到中央機關所稱大幅提高行政管理效率之效果，因而拒絕該制度之施行，甚至提起行政訴訟。由於日本沒有類似我國的大法官制度，嗣後該訴訟上訴至最高法院，該法院認為上開制度設計並無違憲問題，此即表示，東京都國立市必須辦理上開法規之要求，但該市市長仍然抗拒接受。這樣的問題顯示出，地方認為其power被侵害時，並未被適當的解決，所以該市市長才會無法接受。不過也就因為此一不完美的機制，使得中央亦開始自我反省。為解決此問題日本在2009年成立一委員會，由塩野宏教授主持，來探討將來若有類似狀況時，在確認地方政府行為違法時，中央是否有司法強制力可以迫使地方遵照辦理。但此其實是一刀兩面，因為在確認地方行為沒有違法時，中央即不得要求地方照辦，而上開討論目前尚未制定法律，然值得吾人注意。

另一個案例則是地方政府間的紛爭，近來日本經濟不佳，因此地方政府多在思考如何開闢財源，比較多的想法是思考發展有關賭博產業，以有效增加地方的財源，但被選定發展相關產業的地方，通常引起當地居民相當反彈，因此即使上級地方政府決定賭博賽事場地後，下級地方政府即設法對抗，造成下級地方政府以議會凍結預算方式抵制，最後則是以行政訴訟方式解決的案例出現。就日本的人口總數提起行政訴訟的比例與我國相較是非常低的，但由地方政府提起的行政訴訟案件則有相當數量，甚至在其遂行訴訟程序經最高法院判定為不違憲後，仍會設法抗拒。在我國部分，法律上雖規定得提起訴願及行政訴訟，但在由行政機關作成決定的前提下，下級地方政府其實是會有相當程度的不信任感，因此，這部分我贊成黃錦堂教授的見解，在地方政府間或中央與地方間之爭議可以跳過訴願程序而直接進行行政訴訟。而在這樣的操作之下，法律保留原則、最小干預原則及比例原則等原則即會顯現。

另外剛才提到的日本地方政府間紛爭解決機制的審查程序，雖說因地方政府間的不信任感而甚少被利用及運作，但該制度其實有規定應使地方政府在相關程序中有表示意見的機會；且其亦有閱卷之權利；另有關審查程序的部分，除合議部分不公開外，其餘部分均有加以公開。

以上制度均可供我國中央與地方政府、或地方政府間發生糾紛時，解決紛爭機制建立的參考。

與談人(陳教授慈陽，參與談稿「我國垂直式權力分立原則下之地方釋憲權—以地方立法權爭議事項為例」)：

在民主國家中，相對於中央(聯邦)代表全體國民民意所在與以規範制定權貫徹國民意志及監督行政權的國會，亦對地區民眾基於國民主權之原理，為使其能參與及決定與其密切關聯性的事務，基於憲法或法律規定，賦予代表地方人民之地方自治團體最為重要的規範制定權之行使，其不僅代表民意，且亦是作為其它(地方)公權力行使之基準，亦即其它(地方)公權力行使是否合乎民主正當性之監控準則。依此，無論聯邦國家或單一國家均對地方權限有其憲法位階之規定保障。首先就聯邦國中，相對於聯邦，亦屬地方的邦立法權，其雖來自古老邦主權理論所形成的制度，但在今日自由民主憲法國中，已不再被視為如同古老傳說般的獨立主權行使，而是被視為依憲法所分配的任務，而為職權行使在功能性上與聯邦立法權為互補、合作與制衡的權限。其特色在於，由於邦立法權於憲法中所明定，又修憲非得絕對多數無法完成，使得該權限之行使受到第一層次的保障。

其次，又於憲法中明定地方(各邦)參與以及共同決定攸關地方權益事務之憲法組織，此雖基於聯邦國家之各邦組成參議院於聯邦代表各邦權益，但如從現代民主國家權力制衡與保障部分國民之地區事務參與決定權的觀點出發，未嘗不是符合時代潮流之現代憲法制度，此乃第二層次對地方立法權之保障。最後如邦之權限有受侵害或侵害之虞亦可經由司法救濟，特別是在大陸法系國家憲法法院的憲法專屬保障訴訟制度，使得地方權限是否受違憲侵害有直接憲法救濟之途徑，此為第三層次之對地方立法權之保障。這正是確切實現了地方自治是在貫徹國民主權精神，並落實於基層的憲法任務。因此就聯邦國中，邦作為地方之地位，其權限受高密度保障，實不應局限於對聯邦國體制之國家有其重要性，而是對所有民主國家而言，對地方自治有其重大意義！

就傳統的自治行政理念而言，源自於國家高權領域中，使人民在管理自我事務上有自我執行之權限，但仍受法律拘束，此時地方自治乃是行政高權的作用。其特徵在於，由於自治權限既是源自國家高權<sup>67</sup>，在憲法中僅須有保障依據規定即可，其餘則交由中央立法，來規定自治權之行使範圍，其制定任何規範既是法律授權，除消極不得牴觸法律外，如遇人民權義事項如無法律規定，亦不得限制之，<sup>68</sup>必要

<sup>67</sup> Vgl. Ossenbühl, F., Satzung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HdbdStR Bd. III, 1988, Heidelberg, § 66, Rdnr. 22.

<sup>68</sup> Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, 1976, § 86, S. 209

時，甚至須立法者親自決定。<sup>69</sup>此時鄉鎮市之自治規章制定機關非是立法機關，而是行政體之一部分，其存在之任務在於執行法規範，<sup>70</sup>為了執行之便，地方自治規章制定機關將選舉或任命一地方首長來執行，此時此機關無異於行政機關，而地方首長亦無異於自治規章制定機關之執行者。此一制度著眼點在於，鄉鎮市地域更為狹小，與人民日常事務更為密切，此時重點應是事務性的執行，而非決策與法律的制定。然其自治權雖在憲法有保障依據之規定，但上級行政機關所為之自治監督亦有侵害其自治權或有侵害之虞的可能性，<sup>71</sup>則可依監督措施所涉及之侵害類型之不同，有其不同救濟途徑。<sup>72</sup>

再者，就單一國家中較具代表性，且為我國學者常引用的日本與法國而言，首先日本在此就地方自治法源的規定類似於傳統自治行政，亦即可以從憲法第九十四條得其依據，但具體詳細內容仍待立法者制定地方自治法為規範之。不過其差異點在於，日本在其地方自治法中，將地方立法權視為真正的規範制定權，一方面應由地方立法機關制定條例行使之，另一方面又基於地方自治團體之首長為民選，所以得依其職權制定規則，且此規則亦可以涉及住民之權利義務事項。<sup>73</sup>最後，在法國有關地方自治在法源上之規定亦是如同日本一般，由其憲法第三十四條第二項為依據，但其中與日本及傳統自治行政中憲法授權最大不同點在於，法國憲法對此並非概括授權立法者為完整規定地方自治事項，而是要求立法者僅能就自治行政為原則性規定，其餘均交由行政權以命令方式為之，此時地方自治亦較日本偏向於行政權之作用範圍。

地方立法權之本質均處於傳統法規範制定權之本質與為行政權作用範圍之間擺盪。愈是中央集權與行政權獨大的國家，地方立法權為行政權作用範圍的色彩最濃，且法律在此反而退居輔助地位。其次，

<sup>69</sup> BverfGE 33, 125/157 ff. dazu auch; Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 1997 § 4, Rdnr. 17; ähnlich auch Schröder, M., Kommunalverfassungsrecht, in: Achterberg/Püttner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 1992, S. 39.

<sup>70</sup> Badura, P., Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, S. 561 ff.

<sup>71</sup> 有關傳統自治行政下之自治監督之內涵與類型，參見陳慈陽，論對縣市之自治監督，載於地方自治之監督學術研討會成果報告，政大法學院、台灣省法規會與中華民國行政法學會編，民國八十八年一月，第三四六頁以下。

<sup>72</sup> 此例如如侵入自治事項，則被視為行政處分，此時可提出行政爭訟(§ 42 Abs. 2 VwGO)，其餘更詳細的區分與救濟方式之不同參見Seewald, O., a.a.O., Rdnrn. 366 ff.

<sup>73</sup> 有關自治團體首長民選之理由是否可作為其可以制定與法律相同性質之規範，仍有疑義，特別是在權力分立原則下，是否可行更是爭議之所在。對此將於以下論述自治規則時，深入探討我國規定可否採用日本之見解。

在傳統自治行政概念下，是將地方自治視為國家高權行使中之行政權一部，亦被視為行政作用，所以此時仍須受法律保留，甚至受重要性理論中，立法者親為決定事項之拘束。再者，為日本將地方立法權視為規範制定權，縱使地方自治團體首長亦可行使此權力，亦無礙於該立法權本質與國會規範制定權之相當性。最後則是聯邦國中，邦作為地方基於傳統所形成的有憲法直接明文列舉與多重憲法制度及條文保障之地方立法權，此時其本質為規範制定權，實無疑義。

綜上所述，地方立法權既是與立法院之立法權限相同的規範制定權。又就直轄市與縣市而言，其權限來源有憲法與法律，此時如何劃分中央與地方立法權限即是最大難題。依此，首先應依上述地方立法權在憲法規定上之矛盾所提之解決方案解決，即停止憲法本文第十章之規定，特別是第一一〇條，全依增修條文第九條規定授權法律定之，或相反地以憲法第一一〇條為本，再明確列舉規範中央與地方(直轄市與縣市)之立法權限，並對剩餘權規定為較明確歸屬，及修改憲法本文第一一一條，遇爭議時由司法院解釋之。

如依前者建議時，則在憲法概括授權下應制定「中央與地方權限劃分法」與「地方制度法」，前者明確規範中央與地方立法權限，亦即將憲法第一〇七條、第一一〇條及地制法地十八條以下整合其內容，區分為中央權限、地方權限(含直轄市與縣市)及作為傳統自治行政主體之鄉鎮市，還有剩餘權歸屬及爭議解決途徑。在地制法中則以組織制度性規定與鄉鎮市自治行政規範與其受監督為主。如依後者，則上述之「中央與地方權限劃分法」提升至憲法位階，規定於第十章中，並輔以修正後之地制法，來為全盤規範。至於本書作者對此採擇之主張已於前段為闡明，亦即從世界潮流、理想與長遠計，應以後者為主，而如遷就現實與治標，可從前者建議著手。

更進一步，有關中央地方立法權限劃分規定之基準，應以中央明文列舉，本質上不屬地方權限，或中央應為全國制度性之規定，前者如國防與外交，後者如法律與教育制度。其次，雖為中央權限行使，但如果又密切涉及地方事務，中央應有框架立法權，而由地方有具體規範制定權。亦即本書傾向絕大部分事項應是以中央基準立法為原則，地方因地制宜而為具體規定，此如有關教育事項，中央僅應就學制、教育主體與組織為原則規定，其餘由地方基於其特色以自治法規定之，此如高中與國中之具體規定事項。再者，為中央與地方立法競合，亦即兩者均基於各別任務履行必要，對特定事務所應擁有獨立立法權限，此時應是使兩者依其任務目的之達成為立法權行使之範圍，亦即地方在不抵觸法律範圍內，且中央亦不可以法律禁止的情形下——其理由在不使地方自治被架空——，分別行使其立法權。最後，屬

地方事務性與技術性事項，則全由地方為之，此如縣市環保或觀光事業。如遇有跨縣市之事務才由中央為協調之。至於剩餘權則可依政策考量為中央立法權範圍，亦或可開放為如未有中央法律規定，則地方可先行制定自治法規規範，及至中央法律制定後，應依中央法律規定。至於有爭議時由司法院大法官解釋之。

## 討論與回應：

主持人(臺北市府法規委員會葉主任委員慶元)：

吳老師的文章，個人以為提出許多重要的問題點，比如說釋字498、550號雖表示地方自治為制度性保障，其核心範圍不容立法侵犯，問題是大法官從來都不表示何者為核心事項，而當我們要探究核心範圍的具體內涵時，他又表示必須經過中央機關的層轉。在一綱一本的案例中，中央表示，禁止地方政府以任何建議或暗示來提供參考版本的方法，影響其轄內中小學教科書的選定，但地方制度法中其實明文規定，地方教育為地方自治事項，而在憲法第107、108及109條以降，對於中央與地方權限的劃分是有明確的規範，中央管理的是教育制度，至於省教育及縣教育的實施則是地方自治事項，如此，則為何中央可以對於教科書選定的建議可以有意見？在地方出錢興辦學校後，竟然對於教科書的選定建議權限都沒有？至於要求地方政府層轉部分，可以想像的是，中央將會表示該措施違法，如此，我們還需要大法官嗎？且地方制度法第75條第8項規定是否將形同具文？至於大法官表示，中央在過程中應使地方有程序參與，但僅於程序中表示意見是否即為已足？是否足以保障地方自治的權限？最明顯的例子是剛才陳慈陽教授及其他人都有提到的，「中央請客、地方買單」的問題，比如說中央政府開辦全民健保制度後，即要求地方負擔相關的健保費用，而本市只有260萬的市民，但卻要負擔360萬勞工的勞健保費用，高雄市也有類似的問題，至要一家公司設立於臺北市，即使他的勞工在外縣市，其勞健保費用仍由臺北市府負擔，在營業稅是地方稅時，此問題尚可理解，但在營業稅已變更為國稅時，臺北市府為何還有義務去負擔超額的勞健保費用？這些都是值得討論的問題，而大法官在此也不會表示其侵害本市的財政權核心事項，而僅以協力義務一詞帶過。因此，從馬市長任內以來，我們對於轄區內的居民的勞健保負擔部分都是有給付的，至於轄區外部分則是沒有給付的，然而，這樣的見解也不獲行政法院支持，所以在法官補充解釋時，其亦表示不受理。這樣是疏解訟源還是增加訟源？而在中央政府的政策

決定後，並不必然表示地方議會將遵照辦理，而這樣的爭議在大法官不受理的情形之下，問題仍未獲得解決。

而在中央訂定法規時常要求地方編列預算因應，比如說社會救助法的規定，但錢就是不夠，以我國歲出及歲入角度為觀察，大約是中央有85%的歲入，地方僅有15%；但在歲出部分，中央只有62%，但地方卻有38%。因此，在稅制的劃分上即有不公之處。又例如說，在降低不動產交易稅賦的問題，所調降的也大多是地方稅，為何中央可以立法侵犯？在大法官都不處理的狀況之下，地方如何處理？又高雄市以前有一個校車管理自治條例，其規定駕駛的資格不得有殺人或性侵等前科，案件送到中央，卻被以該條規定有疑慮而加以刪除，為何中央有權可以一條一條刪？如果全案否決或許還比較沒有問題。一個法案的通過，在其過程中當然是經過充分的討論及利益權衡，上開中央作法是對於地方自治的高度不尊重，且係對於地方立法高權核心事項的侵害。而如同老師所說的，即使在採單一國體制的法國，他的深度也不會是對於地方法規直接宣告為違憲，最多也只是向法院提起撤銷訴訟。

提問人(高雄市政府法制局法制二科白科長)：

在報告中可以得知，地方自治是權限而非權利，從而中央與地方分權的爭執應屬權限爭議，而非基本權主觀公權利的救濟問題，就此，個人深感贊同。因此，就機關間之裁罰，本府也訂有相關規範。而在吳老師的報告中提到，省要對於地方法規有意見，必須向地方行政法院提起撤銷訴訟，而不得自行撤銷，則該院所為之合法性監督之性質為何？是否又會回到法院的本質是在救濟人民權利的問題？還是說他又創造一套新的權限爭議的機制？這樣的問題會涉及到中央與地方的爭議應該交由何人處理的問題。至於剛才主持人提到的地方制度法第75條第8項，個人的理解是，因為他涉及到的是中央與地方的爭議，所以制度即有必要設計由大法官加以處理，當然我國大法官目前沒有加以處理，這是令人遺憾的地方，而該問題的解決亦可釐清目前要求中央機關層轉的問題。而在中央機關審查的際，倘其撤廢地方法規，則應該是要認為其為權限爭議還是權利侵害？例如最近在討論的勞動檢查權的問題即為適例。

提問人(臺北市府法規委員會洪資深法務專員詠智)：

在過去的10年，以本府對抗中央的經驗中，有關地方自治的核心範圍—行政、人事及財政，本府均有爭執前例，惟其爭議並非本府全

贏或全輸。在人事權部分，因有中央一條鞭規定，是有關警察人事部分，本府無法置喙，惟此對於首長人事權造成相當程度之影響；有關於健保負擔部分，雖中央請客、地方買單不違憲，但不適當，而須心與地方自治團體溝通，就此，我們認為其侵害地方的財政自主權；另關於里長延選案，我們也認為侵害了地方的行政執行權。關於憲法第110條，陳老師認為應該修正為由大法官處理，但我們在釋字第553號可以看到，大法官接受我們援引地方制度法第75條第8項規定所為之聲請，惟其又認為此為行政爭訟問題，因此，想就教陳老師，憲法第110條規定交由立法院處理是否符合三權分力的原則？另就教於吳老師，若由地方自治保障的觀點出發，應如何評價司法院大法官審理案件法第9條有關要求中央層轉方得聲請釋憲的規定？可否解釋為地方可以要求中央與地方協商，否則地方即得聲請釋憲？

**提問人(臺北市府法規委員會俞編審旺程)：**

請教吳老師，倘中央要修法收回已經下放予地方的權力，則此是否有違憲問題？

**報告人(吳教授秦雯)：**

非常謝謝兩位與談人以及剛才主委的與談跟3位先進所提的意見。就張顧問剛才提到的問題，倘以行政訴訟之方式處理中央與地方的爭議問題，於用盡訴訟程序後，是否案件還是會回到大法官？是否與人民聲請釋憲一樣？基本上，我認為不行，報告的第18頁有提到，依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定，本案應該是可以聲請大法官闡明憲法真意，所以案件還是可以救濟，其他的老師也有提到可以適用其他的規定，因此，行政訴訟可能是一個方法。至於剛才白科長提到的問題，基本上要說明的是，法國的行政訴訟制度與我國不同，其保障的不是人民基本權，而是在維護客觀法秩序，所以並不會有我國權利或權限的問題。至於陳老師指導的部分，提到水平的權力分立可能已經無法達成目標，而要透過垂直的權力分立加以調整以達權力制衡，個人非常贊成。但必須說明的是，法國賦予地方相關權力並非希望其與中央相互制衡，而是希望彼此間相互合作，以提升國家競爭力。感謝葉主委提到的問題，而法國在1982年以來也發生過多次的地方分權運動，他主要的問題是在於稅的部分，其認為是中央分權給地方，也就因此而給予地方相關財源，此即「配備原則」。又洪專員提到如何評價司法院大法官審理案件法第9條規定部分，在實

務上，大法官似乎已經放寬該規定的適用標準，而這樣的處理對於兩造都是有益處的。而在實例上，即使中央有層轉，但仍有遭致大法官非難的前例，於此，大法官認為中央應先盡其處理之能事。因此，該條規定應有蘊含中央應與地方協調之意味。最後有一位先進提到法國的地方自治是否有憲法位階問題，就此，法國在2003年的修憲條文中即有規範。另外，若立法者收回其權力是否違憲部分，倘以我國制度性保障觀點觀察，則其應已侵害地方自治之核心事項。

**與談人(陳教授慈陽)：**

大法官受理與否的問題是在於其明確性不足，雖然大法官釋字一再提及預見可能性等明確性問題，惟於實際案件操作上卻不是如此，而往往使人民於聲請釋憲時無法預見大法官的作法。再者，大法官不應該於程序上即不受理中央與地方之爭議案件，而應進入實體審查。另有關憲法第110條部分，依釋字第499號解釋，將權力的分立與制衡納入不能修改的憲法核心規定的話，特別是中央與地方分權在該概念所涵蓋的前提之下，則憲法第110條規定即不無違憲可能，此即違憲的憲法規範問題，至於此是否有合憲性解釋適用的可能，則是一個重要的問題。最後，正本清源之道應該是由制度著手，而應在憲法保障地方的立法權，採兩院國會的設計都是可以參考的作法，萬不得已才是由大法官進行解釋。

## 捌、研討議題5

### 地方自治團體首長人事任免權法制之探討

#### —以各級機關首長或單位主管任免權為中心

簡玉聰

#### 壹、前言

我國自從中央終結威權體制轉型民主以來，歷經省縣自治法與直轄市自治法之施行與廢止(1994年~1999年)及地方制度法之制定與施行(1999年~)，地方自治團體之自治已經逐漸開始確立。在此逐漸確立之過程中，首先，地方自治團體應有之事務權責，經由憲法及前述法律有關自治事項之規定，大致上已漸趨明確<sup>1</sup>。然而，事務權責之明確化僅為實現地方自治之必要條件而非充分條件，單純將地方事務權責明確化並不當然意味地方自治團體已然足以充分自治。因為任何事務權責之實施，尚不可或缺人員與財源。當地方自治團體事務權責逐漸明確化，地方自治團體首長因而背負起完全自治職責時，尚且必須透過適當之人員與充分之財源，方足以充分落實其地方自治事務權責。

就此而言，中央自開始實施地方自治劃分中央與地方事務權責以來，仍然難脫以往針對人員與財源集權集錢之陋習，過度壓縮地方落實其事務權責自治所不可或缺之人事自主權及財政自主權，以致地方人事任免事項及財政事項經常成為中央與地方紛爭之導火線。其中，有關人事自主權部分，地方與中央之紛爭，主要集中在主計、人事、警政與政風主管之任免。尤其是警政主管之任免權，更是紛爭之火種。就警政主管任免權此而言，地方與中央之紛爭，早於省縣自治法與直轄市自治法時期，即有台北市長陳水扁對中央堅持主計、人事、警政與政風主管任免決定權之爭。其後，又有台北市長馬英九針對市警局局長調升案對中央表達不滿、準直轄市之台北縣長周錫瑋與中央針對警察人事權之爭、台中市角頭遭槍擊時警官在場案引發台中市長對警察局長任免權之議論等等。中央與地方間有關前述四類主管人事任免權爭議，可謂不分政治立場而層出不窮。除此之外，近來高雄市亦發生教育局軍訓室主任被教育部逕以人事派令調任新職之任免權爭議。

<sup>1</sup> 雖說如此，但中央與地方事務權責常難以明確劃分。

去年(2010年)12月25日起，地方「五都」體制已成定局並開始運作，以往在二直轄市時代發生過之機關首長或單位主管任免權爭議，勢必將延燒到新三直轄市身上。由於「五都」管轄將近1400萬人口<sup>2</sup>，未來地方間施政之競爭，顯然將為「五都」施政之爭。有鑑於此，「五都」市長對於影響其施政滿意度至鉅卻又一直處於有責無權之機關首長或單位主管任免問題，將可能不再如以往相忍為國忍氣吞聲。有關直轄市長對市府各機關單位首長或主管任免權之法制結構與可能發生之問題，顯有事先檢討分析以應將來爭議之必要。緣此，本文擬以直轄市長對市府各機關單位首長或主管任免權為題，分析檢討長久以來中央過度干涉及壓迫地方自治團體人事自主權之法制背景、結構與問題，並探討今後應有之制度變革與法理基礎，期有助於今後相關爭議問題之解決。

#### 貳、地方自治團體首長人事任免權法制之發展沿革

我國憲法第10章與第11章，針對地方自治設有諸多關於「中央與地方之權限」及「地方制度」之規定。其中，有關地方自治團體人事權之規定，設於憲法第108條第1項第11款。本來，行憲之後，我國地方自治若立即確實依據憲法保障地方自治之本旨加以落實，作為地方自治權重要內涵之地方組織與人事自主權問題或許早已獲得澄清與保障。然而，我國地方自治，卻長期在中央軍事戒嚴集權統治之下，受到中央過度控管與壓縮。1950年起，中央雖以臺灣省各縣市實施地方自治綱要(以下稱「地方自治綱要」)等行政命令，形式上開始施行地方自治，舉行縣(市)長及議員選舉，然而，在威權統治下，縣(市)之事務、人事與財源，幾乎實質上均受到中央嚴格限縮與控管，直到1994年省縣自治法(廢)與直轄市自治法(廢)(以下稱「兩自治法」)公布施行並首次舉行省長與直轄市長選舉，我國地方自治，才進一步獲得較大幅度之充實，地方首長人事任免權之議題，才較為廣泛受到重視與關注。嗣於1999年取代兩自治法之地方制度法公布施行，我國地方自治邁入另一個新階段，地方首長人事任免權亦隨之發展到另一個境界。準此，有關地方自治團體人事任免權之沿革，大致上可依前述地方自治之發展階段，區分為三個時期來進行觀察<sup>3</sup>。

<sup>2</sup> 根據內政部統計，2010年12月24日24時之五都人口數為：新北市3,897,096人、高雄市2,773,506人、台中市2,648,106人、台北市2,617,760人、台南市1,873,821人。

<sup>3</sup> 李衍儒，中央與地方政府對地方人事制度的視框衝突，文官制度季刊，考試院八十年慶特刊，2009年12月，頁58-63。

## 一、地方自治綱要時期之人事任免權法制

首先，1950年至1994年間為我國之「地方自治綱要」時期，幾乎也就是實施軍事戒嚴威權統治時期。此時期，我國地方自治係依據台灣省各縣市實施地方自治綱要、台北市各級組織及實施地方自治綱要以及高雄市各級組織及實施地方自治綱要等行政命令，欠缺法律基礎<sup>4</sup>。因此，基於「地方自治綱要」所實施之地方自治，在威權統治之宿命下，僅能享有中央嚴格控管與壓縮下之部分自治。由於省長與直轄市長俱為中央遴選官派，未實施地方住民自治，因此，不發生地方與中央人事任免權之爭。縣(市)長雖為民選，但臺灣省政府頒定之「臺灣省各縣市政府組織規程準則」授權縣(市)政府訂定之組織規程，僅對縣(市)長賦予較低階主管與機要人員之任免權。

1981年起，台灣省政府始將七職等或相當薦任人員(含主管)之遷調(不含任免)與六職等或相當薦任人員以下之任免、遷調，授權縣(市)政府自行核定辦理。其後，再於1990年放寬薦任第八職等以下暨附屬機關正副首長以外人員之任免、遷調，得由縣(市)政府自行核定辦理<sup>5</sup>。至於，縣(市)政府一級單位主管均為常任事務文官，一級機關首長或一級單位主管等薦任第九職等主管職務以上及教育、財政、人事、政風、主計、警察各級主管職務之任免、遷調，縣(市)長僅有參與權而無決定權。財稅主管由財政廳遴派；教育局長、主任督學及督學等教育主管，由教育廳遴報省政府任用；主計主管由一級主計機關層報行政院主計處核定或授權核定遴派遷調等；人事處長或薦任九職等以上人事主任等人事主管，由行政院人事行政局遴派，必要時得由主管人事機構遴提人選，報請人事行政局核派；警察局長之遴派，則授權省政府；國小校長由縣(市)政府遴選合格人員，報請省政府核准後任用之；國中校長則由省教育廳遴選合格人員，報請省政府核准後任用之<sup>7</sup>。

如同前述，地方自治綱要時期，省與直轄市層級尚未實施地方自治，僅省轄下之縣(市)依據地方自治綱要實施縣(市)長民選，施行形式意義的地方自治。實際上，地方之人事任免權被中央當成威權統治集權控管地方自治最直接且最有效之方法手段，因此，縣(市)長之人事

權受到中央極度限縮與壓制。此種情形大致上一直存續到1990年代中央終結威權體制轉型民主為止。

## 二、兩自治法時期之人事任免權法制

1994年，我國為落實民主化之垂直分權要求，公布施行省縣自治法(廢)及直轄市自治法(廢)，將原本僅限於縣(市)之首長民選，擴及到省與直轄市，並舉辦首屆省長與直轄市長選舉。原為中央遴選官派之省長與直轄市長，因而轉型為地方住民直選之地方自治團體首長，前述縣(市)長人事任免權爭議問題，因而擴及民選之省長與直轄市長。尤其是首屆民選台北市長由在野之民進黨陳水扁當選，開啓了地方與中央就地方首長人事權爭議之新時代。

兩自治法有關地方自治團體人事與組織之規定，主要設於省縣自治法(廢)第35條及第42條與直轄市自治法(廢)第30條及第31條。其中，縣(市)以上層級地方自治團體組織規程及準則事項，規定於省縣自治法(廢)第42條第1項「省政府組織規程由省政府擬訂，經省議會同意後，報請行政院備查。縣(市)政府之組織由省政府擬訂準則，經省議會同意後，報請行政院備查；各縣(市)政府應依準則，擬訂組織規程，經縣(市)議會同意後，報請省政府備查」及直轄市自治法(廢)第31條第1項「市政府組織規程由市政府擬訂，經市議會同意後，報請行政院備查」。

人事考銓業務事項設於省縣自治法(廢)第42條第5項及直轄市自治法(廢)第31條第3項，規定各及政府組織規程及準則，其有關考銓業務事項，不得抵觸中央考銓法規，各權責機關於核定後，應函送考試院備查。

至於，地方自治團體首長之人事任免權，則設於省縣自治法(廢)第35條第3項及直轄市自治法(廢)第30條第3項，規定直轄市(省)政府一級機關首長職務均比照簡任第十三職等、除副市(省)長一人、主計、人事、警政及政風主管由市(省)長依法任免外，餘由市(省)長任免之。縣(市)層級以下之人事任免權，則未於省縣自治法(廢)中設類似之規定，維持地方自治綱要時期之體制，直到1996年，台灣省政府才將薦任第九職等以上之遷調，由遴報省政府核定改為縣(市)政府核定並報請省政府備查，大幅增加縣(市)長之人事權，使其得以掌握多數一級單位主管之遷調權。

綜上可知，兩自治法時期之地方首長人事權之變革，主要在於明文擴大直轄市長與省長之人事權，使其掌有副市(省)長一人、主計、人事、警政及政風主管以外之各級機關首長與主管之人事任免與遷調

<sup>4</sup> 許志雄，中央與地方權限爭議之探討，月旦法學雜誌，第1期，1995年5月，頁10。

<sup>5</sup> 葉雅倩，我國地方自治權析論，研考報導，第31期，1995年4月，頁44~45。

<sup>6</sup> 黃錦堂，地方自治法制化問題之研究，月旦出版社，1995年8月，頁241。

<sup>7</sup> 李衍儒，前揭論文，註3，頁59；吳堯峰，地方自治實施後地方政府人事制度應有之變革，考銓季刊，創刊號，1995年1月，頁68~69；黃錦堂，前揭書，註6，頁241。

權。至於縣(市)政府以下人事權，除人事遷調權有所提升外，人事任免權似乎未見提升。

### 三、地方制度法時期之人事任免權法制

前述兩自治法時期並不長久，1999年地方制度法公布施行並取代了兩自治法，從此我國地方自治走入地方制度法時期。此時期之地方自治，因「精省」之故，省政府成為行政院之派出機關，不再是地方自治團體。直轄市長之人事權變動不大，縣(市)長人事權則大幅增加。

直轄市及縣(市)政府組織與直轄市長及縣(市)長人事權相關規定，主要設於地方制度法第55~58條及第62條。其中，有關直轄市及縣(市)政府組織規程及準則事項，主要規定於同法第62條第1項「各直轄市政府應依準則擬訂組織自治條例，經直轄市議會同意後，報行政院備查；直轄市政府所屬機關及學校之組織規程，由直轄市政府定之」及第2項「各縣(市)政府應依準則擬訂組織自治條例，經縣(市)議會同意後，報內政部備查；縣(市)政府所屬機關及學校之組織規程，由縣(市)政府定之」，與兩自治法時期比較，除因配合「精省」微調外，基本上並無不同。

人事考銓業務事項，設於同法第62條第6項「直轄市政府、縣(市)政府、鄉(鎮、市)公所與其所屬機關及學校之組織準則、規程及組織自治條例，其有關考銓業務事項，不得牴觸中央考銓法規；各權責機關於核定或同意後，應函送考試院備查」，內容與兩自治法時期比較，亦無不同。

至於，直轄市長之人事任免權事項，設於同法第55條及第58條，規定除主計、人事、警察及政風主管或首長，依專屬人事管理法律任免外，副市長職務均比照簡任第十四職等及一級單位主管或所屬一級機關首長職務均比照簡任第十三職等，由市長任免並隨市長進退，秘書長由市長依公務人員任用法任免，區長由市長依法任用。

縣(市)長之人事任免權事項，設於同法第56條及第58條，除主計、人事、警察、稅捐及政風主管或首長，依專屬人事管理法律任免外，1999年制定當初規定增設1至2名副縣(市)長及3至5名一級單位主管，得以機要人員方式，由縣(市)長任免並與縣(市)長同進退，其餘則由縣(市)長依法任免之。主任秘書由縣(市)長依公務人員任用法任免，區長由市長依法任用。嗣於2005年修法，將得以機要人員方式，由縣(市)長任免並與縣(市)長同進退之一級單位主管及所屬一級機關首長總數，由3至5名擴增到半數，其餘半數則由縣(市)長依法任免之。再於

2007年修法，將以機要人員任用方式任免之半數一級單位主管及所屬一級機關首長改列政務職，其職務比照簡任第十二職等，由縣(市)長市長任免並隨縣(市)長進退，其餘半數則由縣(市)長依法任免之。此外，主任秘書改為秘書長，仍由縣(市)長依公務人員任用法任免。

鄉(鎮、市)長之人事任免權事項，設於同法第57條，副市長得以機要人員方式進用並與市長同進退，或以簡任第十職等任用，除主計、人事、政風之主管，依專屬人事管理法律任免外，其餘一級單位主管均由鄉(鎮、市)長依法任免之。

據上可知，地方制度法時期以來之直轄市長之人事任免權，除副市長全部改由市長以政務職任免並與市長同進退外，與兩自治法時期比較，可謂變動有限。至於，縣(市)長之人事任免權，則大幅增加擴及副縣(市)長與主計、人事、警察、稅捐及政風主管或首長以外之其他一級單位主管及所屬一級機關首長。直轄市長與縣(市)長人事任免權之差異，大幅縮小，主要在於以政務職任免之一級單位主管及一級機關首長之比例。

### 參、地方自治團體首長人事任免權法制之現狀與問題

綜據前述，我國地方自治團體首長對轄下各級單位或機關之主管任免權，雖在1990年代以前受到中央威權統制極度之壓迫與限縮，但經歷兩自治法時期並進入地方制度法時期以來，不論直轄市或縣(市)，可謂均已大幅地擴充，直轄市長或縣(市)長皆已掌控絕大部分機關或單位首長或各級主管之任免權。惟直轄市方面，尚存主計、人事、警察及政風主管或首長，仍規定依專屬人事管理法律任免，秘書長由市長依公務人員任用法任免，區長由市長依法任用，與政務職首長或主管之任免有所不同。縣(市)方面，亦尚有主計、人事、警察、稅捐及政風主管或首長，依專屬人事管理法律任免，半數一級單位主管及所屬一級機關首長由市長依法任免，秘書長由縣(市)長依公務人員任用法任免，區長由市長依法任用，與政務職首長或主管之任免有所不同。

由上看來，對於同為直轄市政府或縣(市)政府轄下之機關首長或各級單位主管之任免，目前在法制上區分為依專屬人事管理法律任免及由直轄市長或縣(市)長行使政務職任免、依公務人員任用法任免或依法任用四種類型。其中，由直轄市長或縣(市)長行使政務職任免、依公務人員任用法任免或依法任用之三種類型，縱然任免要件有寬嚴之別，任免之最終決定者仍為直轄市長或縣(市)長，因此，相關人事之任免較少學生爭議。至於依專屬人事管理法律任免之類型，在人事



法制上，直轄市長或縣(市)長未被賦予任免權，除非得到專屬人事管理法律任免者之授權，否則直轄市長或縣(市)長對該等首長或主管無任免之餘地。然而，該等首長或主管，若非職司影響施政滿意度至鉅之社會治安或公務人員廉能效率，就是事涉直轄市政府或縣(市)政府之財政預算大計，因此，常為中央與地方人事任免紛爭之導火線。為因應未來「五都」競爭之時代所可能產生之人事任免爭議，吾等實有必要預先釐清中央與地方人事任免法制之現狀與可能產生之爭議問題。

## 一、中央與地方人事法制一元化

首先，前述地方人事任免權之現狀，係植基於中央與地方人事法制一元化發展而來，以致中央與地方之人事任免分際，難斷難分治絲益棼。憲法第108條第1項第11款規定「中央及地方官吏之銓敘、任用、糾察及保障」，「由中央立法並執行之，或交由省縣執行之」。此外，地方制度法第62條第6項規定「直轄市政府、縣(市)政府、鄉(鎮、市)公所與其所屬機關及學校之組織準則、規程及組織自治條例，其有關考銓業務事項，不得抵觸中央考銓法規；各權責機關於核定或同意後，應函送考試院備查」。

本來，根據第108條第1項第11款規定之本旨，中央應針對中央與地方之公務人員相關人事事項，分別制定國家公務員法與地方公務員法，國家公務員法當然由中央自行執行，地方公務員法則應交由省(市)及縣(市)執行之<sup>8</sup>。然而，我國地方自治，如前述地方自治綱要時期所示，渡過相當漫長之中央威權統治黑暗時代，中央進行相關立法時，完全站在中央集權之立場，未區分中央與地方公務員各自應適用之法律，以致直轄市與縣(市)之地方公務員，均適用所有國家公務員有關之法律。因此，所有規範國家公務員之法律，諸如公務人員考試法、公務人員升官等考試法、公務人員任用法、公務人員考績法、公務人員保障法、公務人員俸給法、公務人員訓練進修法、公務人員退休法、公務人員陞遷法、公務人員撫卹法、公務員服務法、公務員懲戒法等，均直接適用於地方公務員。地方公務員之選考，全由中央考試機關依據中央制定之公務人員考試法辦理，任用資格亦由中央制定

<sup>8</sup> 針對此見解，有其他不同意見認為該款所謂地方官吏，係指中央政府派駐地方之中央公務員，至於地方公務員並非本款所謂之地方官吏，地方公務員制度之立法與執行，依其本質應屬地方自治團體之人事高權。蕭文生，地方自治團體之構成要素，月旦法學教室，第88期，2010年2月，頁38；許宗力，中央與地方人事權的分際，月旦法學雜誌，第1期，1995年5月，頁17。

<sup>9</sup> 葉雅倩，前揭論文，註5，頁48。

之公務人員任用法決定，分配及分發亦由中央之銓敘部，依據考試院會同行政院訂定之公務人員考試及格人員分發辦法為之。

準此，地方公務人員任免之法制，已由中央立法先占並詳定，直轄市長與縣(市)長，僅得依據該等法律所規定之資格要件及程序，行使所屬地方公務員之任免權，其人事自主權之多寡，端視該等法律所定資格要件及程序之寬嚴。目前，有關該等中央法律之規定，雖有未尊重地方自治團體人事法制立法權之疑慮，但因此而引發之地方與中央人事任免權之爭較為少見。

## 二、特定人事之中央一條鞭制

除前述中央與地方人事法制一元化之外，我國地方自治團體之人事體制，自地方自治綱要時期起，即存在特定事務領域人事之中央一條鞭制。兩自治法時期，省縣自治法(廢)第35條第2項及直轄市自治法第30條第3項，即規定主計、人事、警政及政風主管由省長或直轄市長依法任免。地方制度法時期以來，地方制度法第55條第2項，針對直轄市修改為「主計、人事、警察及政風主管或首長，依專屬人事管理法律任免」，同法第56條第2項，針對縣(市)則增訂主計、人事、警察、稅捐及政風之主管或首長，依專屬人事管理法律任免。所謂專屬人事法令，係指主計機構人員設置管理條例、人事管理條、警察人員人事條例及政風機構人員設置條例等法律。

主計機構人員設置管理條例第18條第1項針對人事任免事項，規定「各級主計人員之任免遷調，除中央各主管機關、省(市)政府主計主辦人員，由中央主計機關辦理外，餘由各該管或其上級機關主計機構層報中央主計機關核辦。但得視實際需要，分職等授權核辦；其辦法由中央主計機關定之」。同法第23條針對指揮監督事項，規定「各級主計主辦人員對各該管上級機關主辦人員負責，並依法受所在機關長官之指揮。各級主計佐理人員受主計主辦人員之指揮、監督」。此外，縣(市)層級尚有稅捐主管應依專屬人事管理法律任免。

人事管理條例第8條針對人事任免事項，規定「人事主管人員之任免，由銓敘部依法辦理；佐理人員之任免，由各該主管人員擬請銓敘部或銓敘處依法辦理」。同法第6條針對指揮監督事項，規定「人事管理人員由銓敘部指揮監督，其設有銓敘處各省之縣市政府等之人事管理人員，得由各該銓敘處指揮監督之。前項人員，仍應遵守各機關之處務規程與其他通則，並秉承原機關主管長官依法辦理其事務」。

警察人員人事條例第21條針對人事任免事項，規定「警察職務之

遴任權限，劃分如左：一、警監職務，由內政部遴任或報請行政院遴任。二、警正、警佐職務，由內政部遴任或交由直轄市政府遴任」。同法第9條針對管理事項，規定「警察人員由內政部管理，或交由直轄市政府管理」。

政風機構人員設置條例第9條針對人事任免事項，規定「各機關政風人員之任免遷調分別適用有關法規，由主管機關(法務部)辦理」。同法第9條針對管理事項，規定「各機關政風人員應秉承機關長官之命，依法辦理政風業務，並兼受上級政風機構之指揮監督」。

前述四類中央一條鞭制之主計、人事、警察及政風人員(包括主管或首長)之任免，在法制上分由中央主計機關、銓敘部、內政部(或報請行政院或交由直轄市政府)及法務部掌管，並不歸屬於直轄市政府或縣(市)政府，形成一種中央集權式之任免制度。直轄市長或縣(市)長僅為該等公務人員之兼管長官。由於直轄市長或縣(市)長僅有該等公務人員之兼管權而無任免權，該等公務人員雖身為地方公務人員，卻大多欠缺地方公務人員之意識，尤其是一級單位主管與一級機關首長，因而最常引發地方與中央人事任免權之紛爭。

兩自治法時期，該四類一級單位主管與一級機關首長之任免，在省縣自治法(廢)第35條第2項及直轄市自治法(廢)第30條第3項中，規定為由省長或直轄市長「依法任免」。所謂「依法任免」，解釋上應係指任用之資格要件由中央立法決定且符合法定資格者亦由中央檢定，省長或直轄市長於中央檢定合格之少數人中進行任免。不過，有關此「依法任免」之規定，中央仍堅持應由中央一條鞭任命，地方最多只能對人選表示意見，引發過台北市與中央互爭任免權之爭議。有鑑於此，嗣後制定之地方制度法，將其明文修正為「依專屬人事管理法律任免」。如此修正，就地方自治團體首長之人事任免權應有之法制觀之，雖改回符合實際運作之情形，但難免於嚴重倒退之遺憾。

### 三、地方人事任免權法制之現狀

以前述中央與地方法制一元化及特定人事中央一條鞭制為基礎，所建構出來之地方公務員人事任免權法制，形成下列之結構現狀：

#### 1. 政務職由直轄市長或縣(市)長任免者

直轄市副市長(2~3人)及一級單位主管或所屬一級機關首長(主計、人事、警察及政風主管或首長除外)，由直轄市長以其職務比照簡任第14職等及簡任第13職等之政務職人員任免。副縣(市)長(1~2人)及

半數一級單位主管及所屬一級機關首長(主計、人事、警察、稅捐及政風主管或首長除外)，由縣(市)長以其職務比照簡任第13職等及簡任第12職等之政務職人員任免。

職務比照簡任職等由直轄市長或縣(市)長任免並與其同進退之副首長與一級單位政務主管及所屬一級機關政務首長，既為比照職等任用，該被任免人無須具備特定公務員任用資格或一定之學經歷。換言之，中央對該等政務職主管或首長，在法制上未預設任何資格要件，完全放任直轄市長或縣(市)長選任。直轄市長或縣(市)長對該等政務職主管或首長擁有高度人事自主權，相對也對其政策與施行之成敗，擔負完全之政治責任。權責相符，乃落實地方自治應與肯定之法制內涵。由於地方制度法上規定明確，因此地方與中央就此發生之爭議較少，僅縣(市)長尚未能對其一級單位主管及所屬一級機關首長，以政務職任命尚有爭議之餘地。

#### 2. 非政務職由直轄市長或縣(市)長依法任免者

至於非政務職之各級單位主管或機關首長，則可區分為由直轄市長或縣(市)長依法任免及由直轄市長或縣(市)長依公務人員任用法任免兩類規定。其中，由直轄市長或縣(市)長依法任免者，包括直轄市政府一級單位主管及一級機關首長以下之各級單位主管與人員(主計、人事、警察及政風除外)、縣(市)政府半數之一級單位主管及一級機關首長(主計、人事、警察、稅捐及政風除外)、縣(市)政府一級單位主管及一級機關首長以下之各級單位主管與人員(主計、人事、警察、稅捐及政風除外)以及直轄市政府與省轄市政府之區長。

此等機關首長、單位主管以及人員之依法任免，係指該等有一定資格要件與職等核定之常任事務文官，在中央與地方人事制一元化之下，直轄市長或縣(市)長必須依據中央制定之各種人事法規所規定之資格要件及法定程序來進行任免<sup>12</sup>，不能完全放任直轄市長或縣(市)長選任。通常該等常任文官之職等資格要件均由中央制定之各種人事法規加以明定，符合各種資格要件者亦由中央檢定，直轄市長或縣(市)長僅能從檢定合格者當中進行選任<sup>13</sup>。甚至於由中央銓敘部就考試合格者進行分配與分發，直轄市長或縣(市)長僅能被動接受。為維持常任事務文官之素質與選拔之效率及公正，新任基層人員之選考、資格要

<sup>11</sup> 許宗力，前揭論文，註8，頁20。

<sup>12</sup> 薄慶玖，論中央與地方人事組織權之爭議，人事管理，第32卷第3期，1995年3月，頁5,9。

<sup>13</sup> 許宗力，前揭論文，註8，頁20。

<sup>10</sup> 許宗力，前揭論文，註8，頁20；葉雅倩，前揭論文，註5，頁43。

件決定及分發由中央銓敘部爲之，尚可接受。至於越往上階負責政策規劃與執行成敗之各及主管與首長，中央不宜再過度干涉，因此，通常僅有事務文官職等資格要件等之限制。

由直轄市長或縣(市)長依法任免者，除縣(市)政府半數之一級單位主管及一級機關首長及直轄市政府與省轄市政府之區長外，其他主管與人員部分，地方制度法並未設有明文規定。直轄市政府與縣(市)政府一級單位主管及一級機關首長以下之各級單位主管與人員之任免，係基於前述地方首長人事任免權係由下位階主管發展到最上位階一級主管或首長之沿革及地方制度法第55條第2項及第56條第2項反面解釋之必然結果。但是，因地方制度法未加以明示，而且，尚有些許未涉及一級單位主管及一級機關首長之特定領域人事，中央仍採近似一條鞭制管理者，偶而還是會有中央難脫集權心態而侵害直轄市長或縣(市)長依法任免權之爭議。教育部與高雄市教育局軍訓室主任之爭議，即其適例。

### 3. 非政務職由直轄市長或縣(市)長依公務人員任用法任免者

此外，尚有由直轄市長或縣(市)長依公務人員任用法任免之祕書長。祕書長亦爲非政務職之事務文官。1999年地方制度法制定當初，直轄市政府爲祕書長，縣(市)政府爲主任祕書，嗣於2007年地方制度法修正時，將縣(市)政府之主任祕書改稱祕書長。至於直轄市長或縣(市)長對其任免方式，均規定爲「依公務人員任用法」。公務人員任用法中，並未針對直轄市政府或縣(市)政府之祕書長設有任免之特別規定。因此，所謂「依公務人員任用法」，係指直轄市長或縣(市)長應依公務人員任用法相關規定，就資格要件與職等核定相符之常任文官中任免祕書長。其任免與前述之「依法任免」，基本上差異不大，僅依公務人員任用法第18條第1項第1款規定「簡任第十二職等以上人員，在各職系之職務間得予調任」。直轄市政府祕書長爲簡任第13職等到第14職等，縣(市)政府之祕書長爲簡任第12職等到第13職等，不受職系之限制，直轄市長或縣(市)長得就府內外具有該等任用資格者任免之。

### 4. 中央一條鞭制依專屬人事管理法律任免者

前述三種任免類型，縱然在任免資格要件上有寬嚴之別，但人事任免權終究係由直轄市長或縣(市)長行使之。因此，較不易產生中央與地方間之人事任免權爭議。然而，該等任命類型，依據前述特定人事一條鞭制，在直轄市與縣(市)均不包括主計、人事、警察及政風人

員及主管或首長，在縣(市)則尚不包括稅捐主管。主計、人事、警察及政風人員及主管或首長，在目前人事法制中，不歸屬於直轄市長或縣(市)長任免<sup>14</sup>。不過，就此而言，地方制度法第55條第2項及第56條第2項，僅就主計、人事、警察、稅捐及政風一級單位主管或一級機關首長，設有「依專屬人事管理法律任免」之規定，至於一級單位主管或一級機關首長以下之主計、人事、警察、稅捐及政風各級單位主管與人員，則未設人事任免之除外規定。此等公務人員與主管，係根據人事管理條例、主計機構人員設置管理條例、警察人員人事條例及政風機構人員設置條例等專屬人事管理法律之規定，分由中央之主計機關、銓敘部、內政部(或報請行政院或交由直轄市政府)及法務部任免之。

前述四類專屬人事管理法律，分別制定於1940年代至1990年代之間，不論何者均屬地方自治綱要時期之立法產物。由於地方自治綱要時期，未真正實施實質意義之地方自治，因此，對於掌控地方施政最重要之人事權、財權及秩序控管權，中央基於威權集權之必要，透過中央一條鞭任用以實質掌控地方，尚可理解。但如今已時移境遷，經歷兩自治法時期並進入地方制度法時期以來，地方分權自治已是深化民主改革與改革國家體制之主流。中央若對此四類專屬人事管理法制未能順應地方自治時代之來臨做出相應之改革，此四類人員與主管之任免，將會是地方與中央人事任免權爭議之主要來源。

## 肆、地方自治團體首長人事任免權法制之主要問題點

由於前述地方人事任免法制結構之現狀，係建構在中央與地方法制一元化之基礎上，同時夾雜著中央一條鞭制之中央集權支配，因此，在強調地方自治之時代，此種地方人事任免法制就容易引發中央與地方之爭議，形成中央與地方人事任免權爭議之根源。以下本文將針對這些中央與地方可能產生爭議之主要問題點，進行必要之整理與分析。

### 一、中央容易引發越權干預地方首長人事任免之疑慮

由於中央與地方人事法制一元化，地方公務員任免遷調之人事法規，幾乎皆由中央立法先占且詳盡地加以規範，地方首長行使人事任免權時，僅能被動地適用該等中央之人事法規。再加上中央一條鞭制

<sup>14</sup> 李衍儒，前揭論文註3，頁78。

<sup>15</sup> 薄慶玖，前揭論文，註12，頁7。

對特定領域人事之介入，不僅先占該特定領域人事法制之立法權，更幾乎全面據有該特定領域人事任免之行政權。如此中央與地方人事法制一元化及中央一條鞭制全面或個別地介入地方人事法制之立法權或行政權，容易讓主計、人事、警察、稅捐及政風以外之中央主管機關亦形成可透過立法權或行政權直接干預地方人事任免之錯誤認知，以致於發生中央行政機關越權干涉地方人事任免之疑慮。

今年在高雄市政府發生之教育局軍訓室主任任免爭議，即其適例。按教育局軍訓室主任，乃市府一級機關轄下之單位主管，教育部卻逕自以其人事派令，核定現任高雄市政府教育局軍訓室主任調任新職，此舉因而引發是否有侵害市長人事任免權之爭議。依前述直轄市政府與縣(市)政府一級單位主管及一級機關首長以下之各級單位主管與人員之任免，係基於前述地方首長人事任免權係由下位階主管發展到最上位階一級主管或首長之沿革及地方制度法第55條第2項及第56條第2項反面解釋之必然結果。因此，教育局軍訓室主任應由直轄市長任免或授權任免，殆無疑義。然而，軍訓室主任通常係由直轄市政府向教育部「借調」具有少將官等之軍訓教官而任免之。軍訓教官卻又同時依據高級中等以上學校軍訓教官資格遴選介派遷調辦法，由教育部統籌遴選、介派及遷調服務於高級中等以上學校。教育部統籌介派遷調權與直轄市長之任免權之間，介在「借調」關係，若雙方「借調」關係不夠明確或未相互尊重，偶而也會因此而擦槍走火引發教育部是否越權干涉市長人事任免權之衝突與爭議。

## 二、中央一條鞭制任免導致地方首長有責無權

自從地方制度法施行以來，在強化地方自治之目的下，直轄市長與縣(市)長之權力大增，地方之自主意識亦逐漸提昇，民選之直轄市長與縣(市)長不可避免地要背負來自選區之選民支持與政見兌現之政治壓力。而且，直轄市長與縣(市)長通常必須歷經激烈選戰方能取得地方執政權，因此，直轄市長與縣(市)長挾其民意基礎，為有效強化其施政並追求兌現其政見，繼續贏取居民之支持，對於所轄之地方自治事務勢必高度重視與強定其自主與主導<sup>16</sup>。為此，地方自治團體，就團體自治之觀點來看，必須能以自我負責方式來處理自治事務，方屬自主與主導。所謂自我負責方式，從消極面來看，地方自治團體在辦理地方事務時，除非法律另有合憲之除外規定，否則中央不得介入干預。地方自治團體有權決定是否以及如何處理地方事務，藉由組織、人事、自主獨立之意志形成及自我費用負擔之方式來突顯地

方自治團體之主體性<sup>17</sup>。

就此而言，地方自治團體之首長應有權決定選任合適人才來擔任任何轄下之公職以辦理地方事務。就此等公職人員之施政表現，民選之地方自治團體首長應負起完全之政治責任。然而，在中央一條鞭制之傳統中央集權思維體制為改變之下，地方制度法仍將主計、人事、警察、稅捐及政風等人員與主管，排除在直轄市長或縣(市)長人事任免權之外，造成直轄市長與縣(市)長對其轄下之主計、人事、警察、稅捐及政風等地方自治事務有責無權之重大問題，屢屢引發地方與中央對該等人員與主管任免與遷調之爭議。早在兩自治法時期，即發生台北市長陳水扁對中央堅持主計、人事、警政與政風主管任免決定權之爭。其後，又有台北市長馬英九針對市警局局長調升案對中央表達不滿；準直轄市時期之台北縣長周錫璋與中央針對警察人事權之爭；台中市角頭遭槍擊時警官在場案引發台中市長對警察局長任免權之議論等等。

主計、人事、警察、稅捐及政風人員與主管所掌管之地方自治事務，不是涉及地方自治團體之人員、財政或會計，就是事涉社會治安與公務人員之廉能效率，在在關係著直轄市長與縣(市)長施政成果與施政評價甚鉅。然而，一直以來，中央在一條鞭制之父權心態下，幾乎全面地掌控地方自治團體之主計、人事、警察、稅捐及政風人員與主管之任免，連形式上之任免權亦未下放給地方，以致直轄市長與縣(市)長對此四類地方自治事務完全權責不相符。勵精圖治亟思有所作為之直轄市長或縣(市)長，必難任令此種狀況之延續<sup>18</sup>。去年(2010年)12月25日起，地方「五都」體制已成定局並開始運作<sup>18</sup>，以往在兩直轄市時代發生過之機關首長或單位主管任免權爭議，勢必將延燒到新三直轄市身上。由於「五都」管轄將近1400萬人口，未來地方間施政之競爭，顯然大部分將為「五都」施政之爭。有鑑於此，「五都」市長對於影響其施政滿意度至鉅，卻又一直處於有責無權之機關首長或單位主管任免問題，將可能不再如以往相忍為國忍氣吞聲。主計、人事、警察、稅捐及政風人員與主管一條鞭制問題之重新思考與檢討勢不可免。

針對此問題，自兩自治法時期，考試院曾就直轄市與中央人事管理權限作出決議，認為法制上應由地方首長「依法」任免，其職務屬性為事務官，實務運作上則由中央主管機關與地方首長達成「任免遷調歸中央統籌，地方首長則有建議權、同意權及考核權」之共識。

<sup>17</sup> 蕭文生，地方自治之基礎理論，月旦法學教室，第82期，2009年8月，頁39。

<sup>18</sup> 有關縣市合併升格使地方形成「五都」之局並非無異見。

<sup>16</sup> 李衍儒，前揭論文，註3，頁78。

嗣後，地方制度法為配合中央一條鞭制，將「由市長依法任免」改為「依專屬人事管理法律任免」，連地方法制上之形式任免權都加以剝奪，形成地方人事法制上之嚴重倒退。但因爭議並不因此平息，實際運作上，中央仍多尊重地方首長有建議權或同意權等實質決定權，使一條鞭制之傾向由中央與地方共同協商決定之模式<sup>19</sup>。不過，這些僅為口頭之君子協定，終非長治久安之策，難保以平息地方首長對該等領域人事自主權之要求。

### 三、縣(市)之政務官任免待擴充

有關政務官任免之問題，如前所述，地方自治綱要時期，地方首長並未享有任何任免政務職官員之權限。政務官任免之概念，係兩自治法時期在省府及直轄市政府人事任用法制內引進，當時並未及於縣(市)政府。嗣後，地方制度法時期，才逐漸將政務官任免之概念導入縣(市)政府。截至目前，依據地方制度法之規定，直轄市長對政務官之任命，及於副市長與一級單位主管及一級機關首長(主計、人事、警察及政風除外)，縣(市)長對政務官之任命，則僅及於副縣(市)長與一級單位主管及一級機關首長(主計、人事、警察、稅捐及政風除外)之半數。因此，有關政務官任命之問題，在直轄市政府方面，端在於主計、人事、警察及政風四類主管與首長，在縣(市)方面，除主計、人事、警察、租稅及政風五類主管與首長外，尚有半數之一級單位主管及一級機關首長是否應由縣(市)長以政務官任用之問題。

就促進地方自治強化責任政治而言，隨同地方政治越趨民主化，直轄市長與縣(市)長之政治任命權責就越需要強化，以真正落實權責相符之原則。直轄市長與縣(市)長若想有所作為，將需要政治理念相同而且具有高度政策規劃與控管能力並足以信賴之人才，為其擔任政策與行政之領導，如此才能增加直轄市政府與縣(市)政府之個別與整體之政治回應能力，以實現直轄市長與縣(市)長之政治理念與施政抱負<sup>20</sup>，贏得居民之繼續支持與信賴。因此，直轄市長與縣(市)長針對其轄下之一級單位主管及一級機關首長，應被賦予較為充分之政務官任免權限。有關於此，直轄市長目前可謂已享有較為充分之政務官任免權限，相對地，縣(市)長則尚有半數之一級單位主管及一級機關首長，無法以政務官任免，對於縣(市)長政治理念與施政抱負之實現，難謂已無改善空間。而且，同為民選之地方首長，縣(市)長與直轄市

長對其居民同樣要負起完全之執政責任，法制上理應給予同樣之政務官任免權，難有差別規定之理由。

當然，政務官進入地方政府層級是否妥當？容有異見。有謂如果給予縣(市)長更多之政務官任免權，將有可能影響事務官之公務倫理，造成選舉酬庸之「政治分贓」且「破壞文官制度」並影響事務官升遷之管道<sup>21</sup>。但此種疑慮不也存在直轄市甚至於中央，怎不見以此否定直轄市與中央任命政務官之正當性。況且，縱使將政務官任命擴及全數之一級單位主管及一級機關首長，其人數至多亦不超過30人，前述批評之疑慮似過於杞人憂天，果若縣(市)長因此做出不適當之政務官派任，其結果自然會反應在施政之結果與居民對縣(市)長之施政評價，且最終將反應在其政治責任上，權責相符理當如此。政務官亦可能為一直以來的事務官文化帶來新公務精神，促進公務人員親民、便民且更有效率之施政。此外，擔負縣(市)政府政策規劃與執行監督責任之一級主管或首長，其職務本身應為政務性質，以往係中央集權時代將縣(市)政府政一級主管或首長視為執行中央政策之事務官，此種思維不宜在強調地方自治時代，再來拿作為否定應給予縣(市)長全數一級單位主管及一級機關首長政務官任命之理由。何況，表現優良具有高度政策規劃與執行監督責任之最高階事務官，亦常有得到縣(市)長賞識任命為政務官之機會，事務官升遷一級單位主管及一級機關首長之管道並非全然受阻。

### 四、地方公務員對中央政府傾斜

地方公務員之雇主為地方自治團體，其人事經費均由地方負擔<sup>22</sup>，但是，在中央與地方人事法制一元化及特定人事中央一條鞭制之支配下，相當程度上欠缺地方公務員之自我認知。當地方公務人員同時可選擇中央或地方時，大部分人仍選擇中央而棄地方，因為國家公務員與地方公務員一體適用之人事法制，對於同樣職務內容規定之國家公務員官等與職等顯然較地方高，而且地方高階公務員之人數遠不及於中央，基於將來升遷之考量，許多地方公務員均被迫向中央傾斜<sup>23</sup>。

尤其是中央一條鞭制下之主計、人事、警察及政風等地方公務人員與主管，因係以中央名義任免之地方公務員，經常混淆地方公務員與國家公務員之分際，以致主計、人事、警察及政風等地方公務員，

<sup>19</sup> 黃臺生，現行縣(市)政府組織權與人事權之省思，國會月刊，第37卷第1期，2009年1月，頁34。

<sup>20</sup> 李衍儒，前揭論文，註3，頁80。

<sup>21</sup> 蕭文生，前揭論文，註錯誤！尚未定義書籤，頁39；黃臺生，前揭論文，註19，頁33。

<sup>22</sup> 黃臺生，前揭論文，註19，頁34。

<sup>23</sup> 蕭文生，前揭論文，註17，頁38。

長期錯認中央為其「上級長官」，對其擔當之自治事務有發號施令直接指督之權。以公務員服務法第3條「公務員對於兩級長官同時所發命令，以上級長官之命令為準，主管長官與兼管長官同時所發命令，以主管長官之命令為準」之適用為例，當地方首長與中央發生衝突時，中央亦常據以「上級長官」自居，直接指揮地方公務員抗拒地方首長之命令。姑且不論一條鞭制之當否，在現行制度下，就事務而言，主計、人事、警察及政風均為地方自治事項，地方首長應為主管長官，中央僅為兼管長官，當地方首長與中央就事務發生衝突時，應適用同條後段，以主管長官之命令為準。因就地方自治事務而言，地方首長以外並無「上級長官」存在之餘地。唯人事方面，因一條鞭制，勉可解為中央為「上級長官」，當地方首長與中央就人事事項發生衝突時，應適用同條前段，以上級長官之命令為準。

然而，在中央與地方人事法制一元化及特定人事中央一條鞭制之支配下，不僅主計、人事、警察及政風，甚至於財政、稅捐及教育之地方公務人員，亦多有欠缺地方公務人員自我認知之傾向。由於人事任免權之中央一條鞭制，導致主計、人事、警察及政風人員及主管接受地方首長與中央主管機關之雙監督，有時雙監督可能形成沒監督，以致地方人力配置不均，行政效率因而低落<sup>24</sup>。最近，法務部廉政署成立之際，監察院長痛批「政風人員難道在睡覺嗎」<sup>25</sup>，或許值得我們省思。

## 五、制定地方公務員法之必要性

前述地方自治團體人事任免權法制之主要問題，除主要發生在特定人事中央一條鞭制，但也有相當部分係緣於中央與地方人事法制一元化，因此，有許多見解認為要徹底解決中央與地方任免權之爭議，必須要制定「地方公務員法」<sup>26</sup>。此等見解認為要解決地方與中央人事權爭議，最徹底之方法就是制定「地方公務員法」，將國家公務員與地方公務員分開，使地方公務員自成體系，如此不但可消弭中央與地方人事權之爭，亦可提升地方公務員之保障，間接促進地方之發展，同時可解決地方公務人員向中央傾斜之問題。至於制定何種「地方公務員法」？基本上有兩種不同之主張。有主張應制定「地方公務員基

<sup>24</sup> 許志雄，前揭論文，註4，頁14。

<sup>25</sup> 蕭白雪、王文玲，廉政署開張 王建煊：政風人員難道在睡覺嗎？，聯合報，2011年7月21日，<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NATS4/6476240.shtml>。

<sup>26</sup> 許志雄，前揭論文，註4，頁14；同，地方自治權的基本課題，亞洲研究，第14期，1995年6月，頁141；李衍儒，前揭論文註3，頁80；。

準法」者，認為中央對地方人事管理法制，有進行劃一性明定，使與中央人事管理法制有所區隔，並供地方一體遵行之必要。惟仍應保留相當之制度彈性空間，俾各地方政府得依自身需求擬訂組織規程<sup>27</sup>。另有主張應由中央倣效日本制定地方公務員法，使地方公務員能獨立於中央之國家公務員法制之外，如此方能解決地方公務人力與工作條件及人事任免之爭議。

相對於前述之主張，持反對意見者，認為我國幅員較小，地方互動關係頻仍，而且公務員體制乃屬國家核心制度，不宜有太大之地域差異。此外，亦認為中央與地方分別制定公務員法，對中央與地方之人才交流有所不利；地方對分立之地方公務員制度是否已夠成熟負責尚待評估；現行人事法規已多如牛毛，若中央與地方人事法制分立勢必更加繁複等等<sup>28</sup>。職司人事法制之中央考試院，過去傾向反對之立場，今後在時空轉移之下，地方公務員法制定之必要性問題，仍將持續受到關注。

畢竟，地方人事任免權之相關規定，理應隨同地方自治之施行，落實於地方自治團體之組織與人事制度中。地方自治團體有權決定選任合適人才來擔任任何公職以辦理地方事務，而且，地方自治團體應有權制定專屬之人事法令來選任地方公務員，或至少地方公務員應與國家公務員適用不同之公務員法<sup>29</sup>，較能徹底解決目前地方自治團體所面臨之地方與中央人事權衝突之困境。

## 伍、地方人事任免權主要爭議問題之檢討

總而言之，1990年代以來，強化地方分權自治，已為世界主要各國之潮流<sup>30</sup>，而地方人事自主權係地方自治權核心要素之一，因此，前述主要問題相關之爭議解決，當然應先從憲法保障地方自治之本旨與地方自治權之本質進行思考。有關地方自治權之本質，在學理上大致有承認說、制度保障說、固有權說及人民主權說之主張<sup>31</sup>，其中，最契合現今地方自治潮流以及我國兼採團體自治與住民自治之地方自治結構者，為人民主權說。該說係以人權與主權之觀點來思考地方自治之理論基礎，為了實現人權保障，必須落實人民主權，而地方自治乃

<sup>27</sup> 黃臺生，前揭論文，註19，頁33。

<sup>28</sup> 黃臺生，前揭論文，註19，頁33。

<sup>29</sup> 蕭文生，前揭論文，註17，頁38。

<sup>30</sup> 許志雄，前揭論文，註4，頁9。

<sup>31</sup> 蔡茂寅，地方自治之理論與地方制度法，新學林，2006年3月，頁23-32；許志雄，前揭論文，註26)，頁132~137。

落實人民主權及人權保障不可或缺之制度，因為，地方自治權來自於人民之主權，地方住民可透過住民自治間接或直接主導地方自治之運作，其目的在於確保住民自身之人權。凡屬人權保障所必須之事項，地方自治團體有能力自行處理者皆得自行處理，且應優先於中央獲得來自於主權者人民之分配與授權，至於中央則應以補充角色擔負地方在人權保障上力有未逮之事項。準此，地方自治權核心要素之事務權、組織權、人事權、財政權等等，均應以此原則思考地方與中央之分配與授權，有關分配與授權之爭議，亦應本此人民主權說，從住民人權保障最佳實現之觀點思考解決。

## 一、地方與中央人事任免權分配原則

基於地方自治之人民主權說，地方住民欲透過住民自治來確保人權保障之落實，必須先確立其所屬地方自治團體之團體自治，而地方自治團體應優先獲得分配與授權之事務權、組織權、人事權、財政權等，則為團體自治之核心要素。因此，住民自治所選出之地方自治團體首長應充分掌有人事權，方能負起對其住民之完全政治責任。當然，民選地方自治團體首長掌握太多事權，也可能會有許多弊端，例如：有可能使政府職位淪為政治酬庸與政客角逐之獎勵品，結果任官不依治事才能只講政治背景，以致政府人員水準日趨低落，行政效率不彰<sup>32</sup>。因此，中央基於補充角色，必須有所介入輔助與防免，但應堅守必要最小限度之分際。因此，有關地方與中央之人事任免權分配，應基於上述之思維，在地方自主與中央介入之兩端，取得最適於人權保障及人民主權落實之平衡。

就此而言，有關地方自治團體對其公務員任免之自主程度，亦及地方與中央之人事法制立法權與行政權分配原則，基本上可區分為下列五種類型<sup>33</sup>：

- (一) 地方自訂標準並自行任免
- (二) 地方自訂標準並經中央核定後，由地方依其標準任免
- (三) 中央設定原則性準則，地方據之自訂標準並自行任免
- (四) 中央設定標準並地方據之自行任免
- (五) 中央設定標準並檢定合格名冊供地方任免

五種類型究竟應以何者為準，應就我國憲法之相關規定及人民主權說之觀點，就個別爭議所涉之事務與人員之本質，進行個別分析檢討，無法一概而論。

<sup>32</sup> 薄慶玖，前揭論文，註12，頁7-8。

<sup>33</sup> 許宗力，前揭論文，註8，頁17。

## 二、各級主管任免權之爭議問題

首先，自從地方制度法時期以來，有關直轄市與縣(市)政府政務官及一級單位主管或所屬一級機關首長之任免問題，已如前述。至於一級單位主管或所屬一級機關首長以下之各級主管任免權之爭議，依憲法增修條文第6條第1項「考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第八十三條之規定：一、考試。二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項」之規定可知，地方公務人員(包括主管)之人事事項，應由中央考試機關立法並執行者，僅限於第1款及第2款之考試、銓敘、保障、撫卹及退休，均為單純事涉公務人員應考試服公職權益事項。對於該等公務人員應考試服公職權益保障之相關事項，在中央與地方及地方之間，由中央立法與執行提供相同之保障，基本上地方自治團體都樂觀其成，鮮少成為中央與地方爭議之焦點。至於，地方公務人員(包括主管)之任免、考績、級俸、陞遷及褒獎事項，除事涉公務人員本身應考試服公職權益外，更涉及地方政府施政之效率與評價，其執行當然應由直轄市長或縣(市)長親自或授權為之，因此，憲法增修條文第6條第1項第3款規定中央考試機關僅能就其「法制事項」進行立法並監督<sup>34</sup>，即為此意。

準此，我國憲法對地方各級主管任免權之分配，係採用前述除地方與中央人事任免權分配原則之第(四)及第(五)種類型，地方制度法明文排除之主計、人事、警察及政風等由中央一條鞭制任免尚有爭議外，縱然任免資格要件尚有寬嚴之別，其他各級機關首長或單位主管，均應由直轄市長或縣(市)長任免，已然明確。因此，教育局軍訓室主任之任免權，非屬中央一條鞭制之列，當屬直轄市長自行或授權任免之事項，殆無疑義。

然而，前述憲法增修條文之規定，充其量僅係規範國家考試權與國家行政權間之分際，縱使吾等認為國家行政權包括垂直分立之中央與地方，亦難以援引適用解決中央一條鞭制下中央行政與地方行政間人事權分配之爭議。因此，除非大法官就地方自治之本旨與精神對此別有明示外，中央立法者似乎擁有較大立法政策形成空間<sup>35</sup>，中央一條鞭制之爭議，僅能就主計、人事、警察及政風各自職掌事務之本質，從人民主權說之觀點，謀求解決之道。

## 三、警察人員與主管之任免權爭議

首先，針對警察人員與主管任免權相關之憲法規定來看，憲法第

<sup>34</sup> 許宗力，前揭論文，註8，頁19。

<sup>35</sup> 許宗力，前揭論文，註8，頁19。

109條第1項第10款與第110條第1項第9款明文規定「省警政之實施」與「縣警衛之實施」為地方自治事項，地方制度法第18條第1項第11款第1目及第19條第1項第11款第1目亦規定「直轄市警政、警衛之實施」及「縣(市)警衛之實施」為地方自治事項。因此，警察事務為直轄市與縣(市)之自治事項，警察人員與主管均為地方公務人員，其人事經費由直轄市與縣(市)自行負擔，均為法制上明確之事項。再就警察職務內容來看，主要是職掌轄區內之治安事項，以保護轄區內之住民及在轄內活動之人民生命、身體、健康、自由與財產等重大人權法益。此等治安事項之實際狀況並非遠在天邊之中央所能熟知且妥治，因此，不僅是地方所能掌管之事項，更是地方住民期待地方所應掌管之事項，依人民主權說之觀點，其事務性質上當屬地方自治事務無疑。

既為地方之自治事項，地方自治團體自然有警察之事務管轄權，有事務管轄權，地方首長就要負起警察事務之自治責任，要地方首長負起警察事務之自治責任，即應讓地方首長究擔當該等事務之警察人員與主管，擁有一定程度之人事任免權，確保該等警察自治事務得以確實遂行，以滿足住民對其地方自治團體社會治安之期待。然而，一地之不治亦可能禍及鄰地甚至於全國，因此，重大治安事件常可能同時涉及數地跨及數地方自治團體，需經地方警察之間共同協力或中央警政機關之指揮監督。此外，警察事務為合法制式之「團體武力」，水能載舟亦能覆舟，必須具有相當專業之人員才適合代表政府行使此公權力，扮演好既不會不當侵害人民之人權，又能保護應受保護之人民權益。因此，中央對警察之專業性負有法制上確保之職責。

因此，為落實地方首長對警察事務之權責相符原則並兼顧警察專業性之確保，中央與地方就警察人事任免權之分配，應採用第(五)類型之「中央設定標準並檢定合格名冊供地方任免」<sup>36</sup>，亦即由中央進行統一立法在嚴格規定資格要件及管理規範(包括職務輪調、協力義務等)之下，由地方首長就中央依法檢定合格名單中，行使任免之權限，如此方能同時兼顧警察事務之原則地方性與例外廣域性以及地方首長之權責相符原則與警察專業性確保。然而，警察人員管理條例卻是採行中央一條鞭制賦予中央警察主管機關排他任免權，法制上完全架空地方首長應有之人事權，顯然逾越前補充角色應堅守之必要最小限度分際，遠遠逸脫中央與地方人事任免權分配之五種類型，跨入違憲侵害地方自治人事自主權核心地帶，以致經常引發地方與中央間之爭議。

此等爭議在法制上有效之解決方式，在兩自製法時期曾經存在過，亦即由直轄「市長依法任免」之模式，然而，當時該等規定因與警察人員人事條例規定之遴選權限有所衝突，本應修改警察人員人事條例落實直轄「市長依法任免」權限，卻反而在地方制度法制定時，將「市長依法任免」權限規定改為「依專屬人事管理法律任免」之中央一條鞭制任用，錯失應有之改革契機。目前，雖以近乎共同協商決定模式<sup>37</sup>，由中央遴選派任，以圖息爭偷安。不過，為解決今後可能發生之任何爭議，法制上仍應盡速改正為直轄市與縣(市)長「依法任命」，而任命所依之法為中央制定之警察人員人事條例及其他相關警察法規。

#### 四、主計單位人員與主管之任免權爭議

中央一條鞭制之四類領域中，警察事務之特性與另外三類事務之特性有所不同，因此，警察人員與主管之任免權，較易成為爭議之標的。因為警察職掌之內容，不論直接或間接，均涉及行政外部地方住民之生命、身體、健康、自由與財產等重大之人權權益。因此，警察行政之良窳，通常決定社會治安之好壞，嚴重影響地方施政之評價與住民對首長滿意度，為地方首長念茲在茲日夜匪懈之重大施政指標。因此，有責無權豈是有為之士所可忍或所應忍之事。

至於人事、主計與政風，其職掌事務所針對之對象，主要為直轄市政府與縣(市)政府內部事務。此等事務多為政府內部關係，通常較不易為外界所注意，也較不會立即或直接嚴重影響地方施政之評價與住民對首長滿意度。因此，直轄市與縣(市)長對此等人員或主管有責無權之壓迫感受度，沒有像警察人員或主管般強烈。然而，此種情形在今後地方自治團體財政環境變遷之下，很可能會改觀。如今之際，各地方自治團體與中央一樣日漸債台高築，財政能力日愈惡化，逐漸侵蝕壓迫地方首長施政不可或缺之財政基礎，使地方首長普遍面臨財政困難之窘境。為徹底解決地方財政困境，中央長久以來過度侵害地方租稅收入權等問題，今後將逐一浮上抬面。當地方與中央就財政事項對立時，主計單位人員與主管，若仍向中央傾斜，難免直轄市長與縣(市)長不再相忍目前之局面。

主計單位掌理歲計、會計、統計事務，雖未必直接與財政困難事項相關，但歲計包括地方總預算及其追加減預算案之彙編、單位預算及其追加減預算案之審核與督導執行、特別預算及其追加減預算案之審編與督導執行及預算綜合業務等事項，當財政惡化預算編列日漸困

<sup>36</sup> 許宗力，前揭論文，註8，頁20。

<sup>37</sup> 黃臺生，前揭論文，註8，頁34。



難時，相關問題之解決就可能波及主計單位人員與主管之任免問題。地方制度法第18條第1項第2款第1目及第19條第1項第2款第1目，規定「財務收支及管理」為直轄市長及縣(市)長之自治事項，其事務之本質，通常僅及於地方自治團體內部，少有波及廣域或全國之事，從而應屬地方能自主處理且應由地方自行處理之事務。相同地，主計人員亦涉及相當程度之專業性，因此，不能任由地方首長任意任免。根據人民主權說之觀點，應就地方與中央人事任免權分配原則五種類型中，中央至多可採用第(四)類「中央設定標準並地方據之自行任免」之方式進行干涉，由中央立法設定主計人員與主管之任用資格，再由地方首長就符合資格要件者進行任免。

準此，現行主計機構人員設置管理條例及主計機構編制訂定及人員任免遷調辦法有關地方主計機構人員與主管之任免與管理，今後應改由直轄市長及縣(市)長「依法任免之」。至於，地方財務會計之健全性確保問題，除中央合法性監督外，應交由落實住民自治之住民監察與住民訴訟等制度，由地方住民直接行使監督權。由於我國尚未建置住民監察與住民訴訟等制度，在該等制度建制前，亦可考慮第(五)類「中央設定標準並檢定合格名冊供地方任免」。不論何者，均應修正主計機構人員設置管理條例等法規，賦予直轄市長及縣(市)長「依法任免」權。

## 五、人事與政風人員及主管任免權爭議

人事與政風人員及主管任免問題，如前所述，與主計人員一樣，其職掌主要為直轄市政府與縣(市)政府內部事務，對地方施政之評價與住民對首長滿意度之影響比較間接。直轄市長與縣(市)長對此等人員或主管任免權之壓迫感度，不像警察人員或主管那麼強烈。

人事人員及主管職掌其所屬直轄市政府或縣(市)政府之人事管理相關之規章與行政，幾乎為各直轄市政府或縣(市)政府內部事務，政風人員及主管亦僅職掌其所屬直轄市政府或縣(市)政府之預防貪瀆、政風調查、品德查核等業務，為各直轄市政府或縣(市)政府內部事務。此等事務，本質上亦屬地方能自主處理且應由地方自行處理之事務，為各直轄市政府或縣(市)政府之自治事項。此等人員與主管組織上歸屬於直轄市政府或縣(市)政府，人事費用均由所屬直轄市政府或縣(市)政府，為處理直轄市或縣(市)自治事務之地方公務人員。依人民主權說之觀點，就地方與中央人事任免權分配原則五種類型中，中央至多可採用第(四)類「中央設定標準並地方據之自行任免」之方式進行干涉，由中央立法設定主計人員與主管之任用資格，再由地方首長

就符合資格要件者「依法任免之」。

因此，人事管理條例及政風機構人員設置條例等，應修正為由直轄市長或縣(市)長任免與管理。至於，法務部廉政署成立之後，政風人員是否納入廉政署體系，並不影響直轄市政府或縣(市)政府政風事務之本質，仍不應由廉政署續掌一條鞭制之任用與管理。

## 六、教育局軍訓室主任任免遷調問題之探討

至於高雄市政府與教育部之間，就教育局軍訓室主任任免權爭議問題，業已如前所檢討分析，教育局軍訓室主任任免權歸屬於直轄市長，至為明確。不過，軍訓室主任通常係由直轄市政府向教育部「借調」具有少將官等之軍訓教官而任免之。軍訓教官卻又同時依據高級中等以上學校軍訓教官資格遴選介派遷調辦法，由教育部統籌遴選、介派及遷調服務於高級中等以上學校。教育部統籌介派遷調權與直轄市長之任免權之間，就有可能發生權限上之衝突。此種權限衝突之本質，不在於教育局軍訓室主任任免權誰屬之爭議，因為，縱使是學校，尤其是自治之大學，教育部也僅係「派介」而非「任免」，派介給有任免權者任免之，更何況與直轄市之間應為「借調」關係。高級中等以上學校軍訓教官資格遴選介派遷調辦法第2條規定「本辦法所稱軍訓教官，指經教育部(以下簡稱本部)遴選、介派及遷調服務於高級中等及專科學校(以下簡稱高級中等以上學校)之現役軍官」。高級中等以上學校學生軍訓實施辦法第5條規定「軍訓人員設置基準、員額編配、敘薪基準、甄選、介派、考核考績等規定，由本部定之」，不包括任免之規定。而且，同辦法第7條規定「軍訓人員之待遇，由服務之行政機關或公立學校，依規定編列預算」，亦可知借調服務於行政機關之期間，為地方公務人員，當然應由直轄市長任免之。

因此，問題之爭點應該是教育部之派介遷調權是否可在不尊重直轄市長任免權之情形下行使之？依據高級中等以上學校軍訓教官資格遴選介派遷調辦法第7條第1項第2款第1目規定「商借至機關服務之軍訓教官，商借任期滿二年」者，教育部得對軍訓教官辦理專案遷調。由於借調關係，在教育部與直轄市政府之間應有商定之借調期間，在此期間，直轄市長擁有其教育局軍訓室主任之任免權，當然阻卻教育部依該款目規定之專案遷調權。若為借調二年期滿或不定期之借調，教育部雖依該款目得行使專案遷調權，但專案遷調權並非應為規定，借調機關又非教育部之下屬機關，教育部應先與借調機關協商或終止與借調機關之借調關係之後，方得行使其專案遷調權。否則，將有違法以其專案遷調權侵害直轄市長任免權之虞。至少，此乃基於借調契約在契約存續期間，當事人應擔負之契約上義務。

## 陸、結語

地方自治團體人事權之課題，至少包括人事立法、任免、考績、級俸、陞遷及褒獎等權責事項，問題可謂多端，本文限於篇幅，僅就直轄市或縣(市)首長之人事任免權法制結構沿革、現狀、問題與今後法制上之對策，進行簡要之分析與檢討。其中，許多解決方案均有待立法修正方能徹底解決，「五都」水平競爭之時代，正也是「五都」合作與中央垂直競爭之時代。畢竟水平競爭所需之條件，有賴「五都」共同合作與中央垂直競爭方有順利取得之可能性。畢竟「五都」代表將近1400萬之民意，其力量應足以與中央抗衡。雖然「五都」體制之功過有待歷史之檢驗，但至少在共同面對之地方自治課題上若能共同合作創造我國地方自治的新里程，或許將為我國「五都」添加不少地方自治史上之功蹟。

## 與談實錄：

### 地方自治團體首長人事任免權法制之探討 —以各級機關首長或單位主管任免權為中心

與談人：王毓正 國立成功大學法律學系副教授

#### 一、研究範圍的設定

原本場次議題的副標題原為「以直轄市政府教育機關軍訓主任任免案為題」，報告人對其作了適當的修正，亦即「以各級機關首長或單位主管任免權為中心」，個人深感贊同。蓋直轄市政府教育機關軍訓主任任免權歸屬的問題，在直轄市層級之地方自治團體人事權的相關爭議或討論範疇內，毋寧僅是冰山一角，而長久既已存在的爭議問題尚有「主計、人事、警政與政風首長或主管」任免權之爭議，甚至此類爭議對於直轄市長政策理念之施展與實現，更是攸關重大。因此若欲就地方自治團體首長人事任免權法制進行探討，的確有必要綜觀全局地對於直轄市政府的機關首長或單位主管任免權一併予以討論，以免問題的探討見樹不見林。

再者，此一研究範圍的討論對於垂直式權力分立在未來可能出現的人事權爭議之避免也是饒富意義的。即如作者的預測，以往在二直轄市時代發生過之機關首長或單位主管任免權爭議，理論上是有可能

延燒到新三直轄市身上的。尤其在進入「五都時代」之後，各直轄市各施政領域的競爭關係已逐漸成形，就個人目前所觀察，此一競爭關係已明顯地出現在自治條例的研擬與立法方面，而未來透過要求充分的人事任免權以回應直轄市地方自治之需求，此一情形的發生應該可以預期。地方制度法前次因應五都格局的修正，不僅過於倉促，亦未針對過去規範上之缺失及未來可能出現的挑戰，給予通盤性的檢討與回應。此情形下，地方制度法再次的修正應該是必要的。而作者以直轄市長對市府各機關單位首長或主管任免權為題，對於現行法制背景、結構與問題，並對於制度應有之變革與法理基礎，進行分析檢討及提出許多建設性的建議，對於未來地方制度法，甚至公務員法制之修正方向極具參考價值。

作者更進一步對於縣(市)的人事權歸屬問題也一併探討，個人對於作者在問題關照的全面性亦深感讚佩。我國地方自治的格局不應被侷限在五都之中，而地方自治相關法律問題的探討，亦不能將縣(市)排除在外。而相對地，現行制度在人事權方面就直轄市與縣(市)存在的差別對待，若不存有符合事物本質的理由，或不利於地方自治發展，亦應一併予以檢討為是。

#### 二、法制背景的介紹整理

本文在「貳、參」的部分係分別針對地方自治團體首長人事任免權法制之過去與現狀進行整理與分析，此部分的努力除有助於吾人對於人事任免權法制的變遷與時代背景完整掌握，亦可藉此可以瞭解相關法制的進展，尤其是進展的有限性以及堪稱相當繁複的差別式規定。

所謂繁複的差別式規定，大致上係就直轄市及縣(市)兩種類型的自治團體，以及各類公務員之任免方式訂出差別式規定。就前者而言，諸如政務職首長或主管範圍之限制與得任命之比例、一級首長及主管之職等。就後者而言，作者依照現行制度透過類型化的方式詳細地加以說明。透過作者的介紹，可供進一步質疑中央當初訂定此些差別式規定時，是否具有足夠的符合事物本質的事由？或立法之初有其時代背景，但在今日是否仍具合理性，以及是否有利於權責相符的地方自治發展。

作者此部分的整理與分析，實具有解釋論的參考價值。其可助於吾人透過立法者解釋以及體系性解釋，對於比較具體的「直轄市政府教育機關軍訓主任任免案」作出法律正確的解釋，並作為檢視教育部逕以人事派令調任軍訓主任合法性之判準。

然而，即如前所述，此部分相關的法規堪稱相當繁複，縱使作者

透過文字詳細分析，但在理解掌握上仍存有一定的難度。在此建議作者，或許可以透過表格整理的論述方式作為輔助，應更能有助於讀者的理解。

最後，作者在第10頁第四點之處提到，「…地方制度法第55條第2項及第56條第2項，僅就主計、人事、警察、稅捐及政風一級單位主管或一級機關首長，設有「依專屬人事管理法律任免」之規定，至於一級單位主管或一級機關首長以下之主計、人事、警察、稅捐及政風各級單位主管與人員，則未設人事任免之除外規定…」<sup>38</sup>。然而一級單位以下是否有設置主計、人事、警察、稅捐及政風各級單位主管與人員的問題，似乎可以另行商榷。

### 三、地方自治團體首長人事任免權法制之主要問題點

作者在「肆」部分，同時也應該是本文論述的核心，非常鞭辟入裡地針對人事任免權法制舉出五個問題點，此部分的分析與建議對於未來法制之修正皆具有相當參考價值。個人以為前四個問題點，皆與責任政治在地方自治層級之建立有息息相關的關係。當中央政府得以大範圍地行使地方自治團體人事任免與指揮權限時，即可藉此對於地方自治予以干預，同時，即如作者所述，容易形成欠缺地方公務人員自我認知的傾向，自然即不利地方自治團體首長之施政。此外，政務官任免之限制以及中央與地方公務員地位不對等之法制現狀，亦屬對於地方自治團體首長之權限的限縮與打折扣。倘若，此些侷限係著眼於避免地方自治團體權限過大各自為政或濫權，似乎未免已不合時宜，或未能正確認識地方自治的意義。

在戰亂或政治局勢動盪的時代，避免地方權限過大各自為政，以利維持政治局勢穩定，係屬正常。但局勢迥異在今日，再加上防弊相關法制日益完備，思考的重點應該是在如何建構一個貼近人民(Bürgernahe)地方自治制度，讓屬於地方性的公益與人民意志能夠過地方自治團體及其首長之施政予以實現。在此前提下，縱使基於防弊而必須對於地方自治團體之自治權行使有所限制，亦應該先思考是否仍有其他制度可以達到同樣的目的。換言之，中央對於地方自治權限的限制，似乎不應該任意加諸，而是應該思考是否是最小限制或是最後手段，個人此一想法或許可以與作者所提倡的「人民主權說」有類似之處。

### 四、主計等五類首長或主管人事任免權之分別探討

承上所述，回到地方自治團體首長在主計、人事、警察、稅捐及政風首長或主管任免權之侷限而言，個人傾向於應進一步分別針對此

五項人事任免權限制之必要性進行檢討。在深入分別探討之前，制度規範上之全有全無的判定，可能都會過於速斷。

作者在「伍」之處，以地方自治之本質出發，並採取「人民主權說」及「中央政府補充地位理論」<sup>38</sup>之立場，分別檢視現行主計等五類首長或主管人事任免權之相關規定的適當性，就問題的研究方法與探究方向而言，皆值得深感贊同。

儘管我國、日本或歐美各國之地方自治制度之形成皆有一定之歷史因素作為背景，同時也影響著制度之建構。儘管國家統治型態之呈現固然皆有其歷史上之因素，然而更重要的決定因素是其國家意志形成之來源，而從憲政主義(Verfassungslismus)之國家中所表現之意義乃是：國家主權既歸屬於人民，則國家意志之形成自應來自於人民，至於國家統治型態於受憲法規範拘束前之歷史因素亦應同時逐漸退居於幕後，因此無論係採聯邦國抑或單一國體制，其存在之目的應在於具體實現國民自我統治與自我決定權之擁有，以及所有國家政治意志與決定之形成過程必須由國民來參與、監督與影響，此一導源自憲法上國民主權與民主原則之誠命。

作者除了在文提出「人民主權說」之立場之外，事實上在「伍」各項的個別探討當中亦隱含著透過組織與功能為導向之權力分立(Die organisatorisch-funktionelle Gewaltenteilung)<sup>39</sup>的思考方式，並整合許宗力大法官所提出之中央與地方權力分配五大原則，進行探討分析，此部分的論述亦屬相當四平八穩。蓋現代國家負有積極負擔人民生活照顧(Daseinsvorsorge)之義務，影響所及，現代意義之權力分立理論已不僅是著重於權力制衡，預防國家權力過度集中；更應積極地兼採組織與功能為導向之權力分立。

### 關於「地方自治團體首長之人事任免權探討」之與談：陳心弘

<sup>38</sup> 「補充地位原則」(das Prinzip der Subsidiarität)乃是德國法中垂直式權力分立的重要基本原則，亦即公共任務之履行應盡可能採取「貼近人民」(Bürgernahe)的方式來實現。相對於聯邦層級而言，公共任務應優先由各邦負責規制與執行；相對於各邦，則應優先由地方自治團體(Kommunen)取得規制與執行的權力。反之，若某特定公共任務之履行係地方自治團體或各邦無法勝任時，則方得將規制權限向上推移。此一原則亦成為歐盟與各成員國間之權利分配的基本原則，並且被明確規定在歐盟條約第5條第3項，其規定「依據補充性原則，歐盟在其專屬權限以外之任務範圍內，僅於以下情形時方能進行規制，亦即當成員國擬採取之措施，但其目標無法透過各國中央政府、區域或地方層級充分達成時，且就該措施所及之範圍與效力而言，歐盟層級更具達成目標之能力時」。

<sup>39</sup> Vgl. Becker, Grundzüge des öffentlichen Rechts, Vahlen, 1995, 6. Aufl., S.45.

## 一、地方自治團體首長人事任免權之現狀所引發的思考。

1. 目前法制現狀有四：專屬人事管理法律任免、首長行使政務職任免、依公務員任用法任免、依法任用。後三者最終確定權是首長，故無問題；有爭議的是「專屬人事管理法律任免」。這裡點出一個論文的核心，法律制度是一種選擇，而選

擇是一種資源分配，是否無論如何繁瑣的程序，都不是問題，問題僅在最終決定權的歸屬。其實我們要看的不僅是最後決定權的歸屬，還要看決定權行使的程序中是否是有效率的。如何的資源(權利或權力)分配才是最有效率的，從成本效益來分析，可以透過協商程序、定案程序、執行程序來觀察相關主體互動間的成本效益(註：先以契約為例說明)；但整個分配的過程是個複雜的交錯，更有時空背景的考量，及現今政經環境變更的修正(註：以退伍軍人考大學加分制度為例)。大致上，可以用平等原則來說明資源分配的基本原則，等則等之，不等則不等之，給予差別待遇者，一定存有適當的理由。

2. 參考的思考模式：John Rawls, A Theory of justice. 正義論，提到的差異原則：一切社會價值--自由與機會、收入與財富以及自尊的各種基礎--都必須平等分配，除非其中任何一項或者各項價值的平等，反而對所有人有利(這是實質角度的觀察，這可以由現行「身心障礙者權益保障法」來說明)。至於如何的方式，可以制定出一套公平的資源分配，John Rawls也提出「無知之幕」的概念，這套概念原本是政治哲學中關於人民的權利義務或國家對人民權利的限制，是在無知之幕的背後(behind the veil of ignorance)所完成；但可以套用在中央及地方權力分配如何是妥適的，當中央及參與的各地方，大家都「忘記自己是誰」，拋開自己原有的立場、權限、資源等先驗知識，以確保討論的公正進行，到資源分配定案後才揭曉各自的身分，互為立場的體諒才會落實。這個想法，在現實上是很難的，而思考模式卻是值得傾向的，因為誰都不知道會在中央或在哪個地方執政。

## 二、中央及地方基礎人事法規：

1. 憲法第108條第1項第11款「中央及地方官吏之銓敘、任用、糾察及保障；由中央立法並執行之，或交由省縣執行之」之真意，究竟如何，是否由中央分別制定國家公務員法、地方公務員法，或地方公務員法就是地方權限，容有爭議；但現實上存在的是，即使中央給予地方適當的權限，在目前時空下，各地方政府有無能力詳為規劃地方公務員法，而且各具特色的因地制宜，讓人些許存疑。即使如此這個議題還是有意義的，因為時空背景及政經環境是會變更的。目前有

一家唐榮鐵工廠股份有限公司，初創於民國29年由唐榮先生設於高雄為民營事業，到51年改組為省營事業，到88年改為國營事業，到95年民營化又成為民營事業，時空背景的轉換，很難說院轄市也許有「市營事業」的就如目前有「縣營事業」一樣，金酒金酒之組織章程是87年2月6日金門縣政府(87)府秘字第2196號令發布，其第1條「金門酒廠實業股份有限公司組織規程依據公司法及相關法令訂定之」、第7條「本公司副總經理以上人員之職位歸級由金門縣政府核定，一級主管職位歸級由董事會核定，二級以下主管及一般員工職位歸級由總經理核定」、第8條「本公司副總經理以上由金門縣政府派免，一級主管由總經理推薦經董事會通過派免，二級以下主管及一般人員由總經理派免，但法令另有規定者從其規定」，因此，地方之因地制宜是一定要兼顧的。

2. 地方制度法第62條第6項：「直轄市政府、縣(市)政府、鄉(鎮、市)公所與其所屬機關及學校之組織準則、規程及組織自治條例，其有關考銓業務事項，不得牴觸中央考銓法規；各權責機關於核定或同意後，應函送考試院備查」，按「備查」一詞，太有彈性了，語意上是備供存查，這與「核備」不同，核備有核可、核准之意思，實務上核備無論准否都是行政處分都可以尋求救濟(參見95年7月最高行政法院決議)，但畢地方機關函送備查時，受理的考試院可以單純的看看後「存查」，也可以審查後以違反或牴觸中央考銓法規為由，而行文「不予備查」，這個不予備查實務上應該可以尋求救濟(參見77年7月行政法院評事會議決議)；這個時候中央的權限就稍微大的一些，會使地方的考銓事務處於浮動狀態，即使考試院真的內部存查未為動靜，若是該項地方的考銓事務果真牴觸中央考銓法規，這個違法的情狀不會因為考試院受理備查而有異，個人認為這是規範的無效率性(給你看，你又不表示意見)。然而，備查卻是行政機關高權統治行為的表彰，在內政事務相關的社政法規中，有819條用語是「備查」而有383條用語是「核備」，所以我們的行政法規張顯的效率性，令人深思。

## 三、主計、人事、警察、政風等首長之專屬人事管理法律。

1. 地方制度法(88年1月25日制定公布)第55條第2項、第56條第2項均呈現「主計、人事、警察、稅捐及政風之主管或首長，依專屬人事管理法律任免」，而88年4月14日廢止前直轄市自治法第30條第3項卻是「市政府一級機關首長職務均比照簡任第十三職等，除副市長一人、主計、人事、警政及政風主管由市長依法任免外，餘由市長任免之」，顯見中央的處理模式是放出去又收回來的，而對於主計、人事、警政、政風又如何有為這樣的差別待遇的必要呢？

其實真亦無外乎「錢的管理」「人的管理」、「治安問題」、「政風問題」中央希望能藉著這些主管或首長的人事權限，更深度的參與地方事務，主計、人事、警政、政風等業務如何執行，要依照中央的標準來處理，假如這些主管或首長只聽地方政府不聽中央政府，則中央政府就會動用通盤的人事調整加以處理，這種「你是我派的，你要聽我的」，是一種落伍的行政統治觀念；一個有效率的方式，是給予明確的規範，及作業的基本原則，和完整的政府政策(包含中央及地方)，完整的政策給予方向，基本的作業給予操作的步驟化及稽核的效率化，而明確的規範是給予依法行政的範圍，這些人事由中央政府派用或地方政府派用，從各級主管或首長做事的角度而言都不會有差異，但從地方政府首長管理的角度而言，將「主計、人事、警政、政風」等人事權限劃歸地方，會更使行政究責的制度更形完整。

2. 法律制度是一種規範設計，規範的目的在於針對特定種類的事件，預防糾紛並解決爭執；規範如果沒有彈性，特定事件的種類就會被侷限，而無法因應多樣化的社會，規範的本身如果太有彈性，特定事件的種類就會失焦，規範被依循的期待可能性就會降低。從另一個角度而言，規範若是很具體，規範對象的範疇會比較窄，適用的空間比較小，但規範目的很明確，被執行的成本比較低，影響的社會範圍比較窄，社會就需要更多的規範，執行成本雖低，但要處理的類型很多，相關的規劃成本就會很高；若規範比較抽象，適用的範圍就比較廣，規範目的也會比較有彈性，執行的成本就比較高，對社會的影響也比較大，因此執行的成本較高時，因為規範的設計比較抽象，所以規劃的成本就比較偏低。地方自治團體首長的人事任免權相關的規範結構，還是可以透過協商程序、定案程序、執行程序的成本效益來觀察；中央及地方可以在協商程序中，實質探討「主計、人事、警政、政風」等首長的相關資歷及任用資格，而將人事決定權劃歸地方，中央透過規範來維持地方首長人事任用權的品質；在人事定案程序中，中央介入的是程序審查，利用程序審查來控管相關首長的任用資格，而達到人事運作所要求的規範目的；而在執行程序中將一切究責交付給地方首長，使權責相當，更有利於行政事務之推動。

#### 四、結語：

1. 高等中學以上學校軍訓教官目前是教育部遴選、介派、遷調服務於各學校，是教育部統籌介派遷調，還是直轄市市長的人事任免權，本質上就是一種不清楚，奇怪的是這樣的不清楚卻可以運作；深

究其實質，教育的中央權限觀念太重，涉及到許多人事管理事項是規範結構是細瑣繁雜，而沒有效率，這樣的人事規範架構，正在無效率的運作而等待著爭議的發生。面對人事運作，應該降低人事管理的色彩，而提高人力規劃及人事服務的概念；軍訓教官，教育部的功能應該是一個人才資料庫的審查，我準備這麼多符合資格的人才，甚至將人才依專業分類，而將人事的任免及人才的管理交給地方政府首長，就像中央設計基本規範之架構，而由地方實際執行，似乎比現行的方式要有效率一些。

2. 現行的人事法規不是一種很理想的規範結構，我們充滿著很多種類型的人事單行法規，各有獨立運作的系統，事實上在尊重專業之外，基礎的人事操作模式要越單純越好，就不會綁死而沒有彈性。然而制度的設計也要有誘因，如何讓優秀的人才參與地方事務，透過地方公務員法設計出一個比較有彈性的制度，這樣的方向是該被肯定的，地方政府也要迫切的培養優秀的法治人才，裨益制度與時俱進。又如何讓地方首長足以有效率的領導地方政府的運作，使地方公務員不再對中央政府傾斜，讓地方政府上下公務體系的運作權責相當，產生更有效率的施政，也是刻不容緩。似乎我們都該警覺到：假如我們的人事制度運作，是沒有效率的，透過這樣的人事作業所推動的行政事務，也將是沒有效率的。

### 100年直轄市法制及行政救濟業務研討會－「地方自治團體首長之人事任免權探討-以直轄市政府教育機關軍訓主任任免案為例」之會議紀錄

#### 主持人致詞－高雄市政府法制局許局長銘春

簡老師、吳老師、陳法官，在場法界先進大家午安，很高興有機會主持這個研討會，就地方自治團體的首長人事任免權作一個探討。早上陳慈陽教授提到，中央過渡干涉地方權限，我想尤其在人事及財政自主權方面干涉非常嚴重是眾所周知的事。此報告題目亦是因為我們高雄市政府教育局軍訓室主任，被教育部直接調走，完全不尊重直轄市首長權限，讓我們感受到此議題的確需要思索。藉此具體個案就地方首長人事任免權全面探討，希望能見樹又見林，此事件當事人今日亦到場關心此議題。很巧，他的名字就叫樹林，他在此事件中受盡

委屈，甚至被教育部以他抗命為由，移送軍事審判，目前還在現在進行式當中。雖然他受到此不公平對待，但他跟我說，個人所受的不平待遇事小，但希望藉此事件讓5都及所有人事任免制度化，這才是最重要的。今天就此議題，很榮幸邀請到簡教授、王老師、陳法官等3位法界先進對此問題加以探討。特別值得一提的是簡老師本來已在7月25日帶高雄大學的學生到日本岡山大學進行國際交流見習，為了這場研討會於前天專程返國，等做完這場報告後，明天再搭機回日本工作。現在機位一票難求，他為了研討會自掏腰包買商務艙來回機票，他的敬業及情意相挺，本人永遠銘記在心。現在就請簡老師開始這場報告。謝謝。

#### 主持人(許局長銘春)：

非常謝謝簡老師本篇精闢深入的報告，接下來請王毓正教授為我們與談。

#### 與談人(王教授毓正，參與談稿)：

局長、在座的各位先進同仁及關心這個議題的各界朋友，大家好，很榮幸有機會在此進行與談。本人大從心底對簡教授的文章感到佩服，並且拜讀多次。透過簡教授文章對相關制度的分析，就現狀來講，這樣的人事任免權在現行的制度來看是蠻傳統的差別式規定。我們可以看到，直轄市及其他縣市在政務職的任用比例，乃至於職等，都有差別式的待遇。現在我來依照各位手上的與談稿作一個簡要的與談。

首先最初拿到議程時，看到副標題針對教育局軍訓室主任任免爭議案作核心，但拿到簡教授報告時，發現簡教授對此議題作了擴張，對地方自治團體人事任免權作了全面性的通盤檢討，個人非常認同簡教授對此任免案作了結論，其實任免本身沒有爭議。若為對整個制度背景體系脈絡作一個完整的掌握，就無法作出四平八穩的論述。簡教授的論述，應該對於未來對5都的人事任免整體修正，有建設性的意義。又縣市為何要被作差別式的待遇？應該要一併被檢視。從個別公務員而言，並涉及公平待遇的問題，例如：在家鄉服務難道是錯嗎？應該被懲罰嗎？我來自南部學校，在大學評鑑時就曾被建議應該要到中央機關服務。

對此文章，我有兩個具體的意見：一、此篇文章若用表格的方式呈現，可幫助讀者的理解。二、第10頁第4點提到一級單位主管或一級機關首長以下之主計、人事、警察、稅捐及政風各級單位主管與人事……等，不知道是我理解錯誤，一級單位以下好像沒有涉及主計、

人事、警察、稅捐、政風……的問題？

在簡教授文章中非常仔細的提出問題點，其中第1至第4點部分，我個人認為今天地方自治有兩個核心，第一為責任政治，而民主政治與責任政治無法切割，讓人民選出地方首長，但無法充分任免，則他如何以施政回應提出的政見？第5點則涉及個別公務員是否受到公平待遇的問題。我認為不管哪個先進國家，都是要建構貼近人民的地方自治制度，但此種人事權對於建構貼近人民的地方自治制度是不利的。

最後我要提到，簡教授對於目前人事、政風、主計、警察、稅捐等單位一級主管任免所受侷限作了探討，我個人非常贊同，特別是警察部分。你能想像候選人提出政見要改善治安卻無法實現，因警察局長不是他任免的。這是很荒謬的事。最終還是要透過制度來解決。另外，我個人認為教育局的軍訓主任任免部分不是問題，但此爭議應如何解決？相關當事人都很希望有解決的方式，或許簡教授可以嘗試提出一個具體的解決方案。我們經由此機會對制度作通盤檢討，但我個人並不是這麼樂觀，因為地方首長到了中央以後，就不會管這些事了，5都雖可形成壓力，但每個市長將來都有機會進中央，他會先把自己未來的權限刪減掉嗎？對於5都的決策者而言，不是不知道，而是壓力不夠讓他去面對此問題。

#### 主持人(許局長銘春)：

非常謝謝王教授，接下來請陳法官為我們與談。

#### 與談人(陳法官心弘，參與談稿)：

各位女士先生，午安！我事先準備了文字資料供大家參考，這個很棒的問題來自其特殊的背景，剛剛提到了一個很難的問題，例如陳水扁先生當臺北市市長時面對的問題，在他成為中華民國總統時，另外一位市長也跟他抗議，事情還沒辦法解決。在此，我提出一些個人的觀察。

首先，我要說明，這個背景的事物並非行政法院碰觸的案件，所以沒有任何法院判決或經最高行政法院表示意見，對我個人而言，是一個很有趣的問題。我認為，只要涉及人事權，最終的決定權歸誰，才是問題的核心。今天會有這麼多的討論，都是因為人事權的最後決定權不在地方首長身上。我們可以從協商的過程、定案的過程、執行的過程來作觀察。若從契約的角度來看，訴訟時，通常已到執行層面了，例如因為不履約，所以有訴訟。但核心問題應該是在定契約時是否考慮很完整？在協商定約時是否搜尋瞭解足夠資訊？舉例來講，有

一個土地開發案件，我們兩人約好要開發一塊地，遠遠的指一座山說這塊地我要開發成什麼樣子。你覺得很棒，我也覺得很棒，就定契約了。等到有一天發現土地使用發生問題，不在約定的範圍之內。換句話說，當我們很倉促的決定一個規範，很倉促的拍版定案，以後的執行成本會非常高，因為會不停的發生執行上的糾紛。另外，時空背景的轉換及社會政經條件變更，也會影響到對事物的觀察。很多東西來自於以前訂的相關法規，這些相關法規未與時俱進，我們未檢討到它與目前的社會環境差異有多大。

我舉個例子來報告，退伍軍人考大學是可以加分的，但是與我們現在的社會經濟環境差別太大，例如民國70年左右，大專聯考錄取的學生裡面若有60個人，約有3到4個人是退伍軍人，為何男生有高比例服完兵役再考？因為那時大學聯考錄取率只有百分之25。男生兩年內未考上大學就勢必就要去服兵役，服兵役完了在分數上或酌予加分，給予一點優待，主要因為其就學被中斷，而且鼓勵青年參與教育。所以有其時空背景。分數是怎麼加的？大家把分數算出來，你考了幾分，加了某一個特定的比例，也許百分之十、百分之二十，加上這些分數後，再跟所有考生重新排序大家來填志願，採取融入裡面的體制結構處理。今年大專聯考錄取6萬6,683個考生，退伍軍人有137個，只佔千分之2。在30年前將近佔了百分之6。差距30倍。以後募兵制出來，會越來越減少。而且現在的轉學制度跟以往不同。時空背景不同，規範一定要隨著改，如果時空背景調整，規範不改，勢必發生阻絕。規範怎麼改？是非常困難的事。兩位老師提到平等原則，最簡單的處理方式即等則等之，不等則不等之。不等就是差異，一定有一個原因才產生差異。差異因為被考慮及解決，平等原則就會被貫徹。我們提到的很多事情，像一條鞭的人事、政風、主計、警察的首長，是不是有如此大的差別原則，足以呈現出用不同方式處理地方首長人事權？我提到了一個學者叫John Rawls的「正義論」(公平論)，他提到一個概念，什麼樣的狀況下可以允許不平等？也就是說，當我們透過一個不平等安排，讓所有的利益都回歸到全民時，這樣的不平等是可以被接受的。我們可從身心障礙者權益保護法觀察，裡面可以看出他的就業獲得適當的優厚，因為我們認為與其給予他這麼多救濟，還不如協助他就業。若你不讓就業取得更便利，所產生他們無法就業的後果，還是全民共同來承擔。所以在我們調整的太平等的處理方式時，至少這樣的結果是回歸到整體有利於社會的，從這個角度衡量時，這樣的處理方式就會被接受。但是這是實質的。可是要到什麼程度的不平等，才能夠被大家所接受？同樣的學者提出「無知之幕」的概念，意思是說，前面擺一個幕，我在設計制度時把我的立場、社經

地位全部拿掉，然後大家來討論。我不知道以後我變成誰，我不知道我是不是男人或女人，我不知道我是不是黑人或白人，我不知道我是不是受過教育，但是我制訂出來的規則，經抽籤出來後，我發現我是男人跟我是女人所享有的社經地位是一樣的，我們剛舉出來的很多例子可以看出，誠如剛剛王教授所提到的，誰也不知道以後你會不會成爲中央政府的執政者，所以你訂出來的規則就要很透明，你不知道你會不會成爲哪一個地方政府的執政者，所以你在考慮權利分配時，也要很合理。這是一個思考的傾向，會不會被落實，這是一個政治智慧。

又中央及地方的基礎人事法規，憲法是怎麼規定的？憲法是怎麼樣衡估地方的適宜跟均衡？值得我們共同來觀察。我提到兩個例子，一個是「唐榮公司」，民國29年有一位唐榮先生在高雄市成立公司，51年改爲省營事業，88、89年間改爲國營事業，95年改爲民營事業。另有一個「金酒公司」，組織章程是87年2月6日金門縣政府發布的。你很難想像現在的空背景下還有這樣的概念。我們從另外的角度切入看問題時，會發現因地方而適當的給予地方制宜，因地制宜的彈性，事實上是沒有必要的。臺北市有一個捷運公司，高雄市也有一個捷運公司，可是這兩個公司完全不一樣，他的股東結構完全不一樣，臺北市捷運局有百分之73.75的股東是臺北市政府，百分之17.34的股東是交通部，百分之8.75的股東是新北市政府，唐榮公司跟銀行的股東只佔了0.36百分比；高雄捷運公司有18家公司是他的股東。所以高雄市政府面對高雄市的捷運，跟臺北市政府面對臺北市的捷運迥然不同。如果你不用另外的一個角度思考，兩個模式不一樣，時空背景不一樣，你所面對的東西就不一樣，你怎麼可以用一條鞭的方式考慮地方的人事權，如果你的人事權是不公平不合理沒有效率的法規，透過這樣人事權所安排出來的人，怎麼會有積極行政的態度跟觀念？這是值得深思的。地方制度法第62條第2項，提到所有東西要報考試院核備。備查跟核備是差很多的，最高行政法院95年7月作的決議可看出，不管核備是准或不准，通通可以行政救濟。但備查就不太一樣。備查是我知道了，我把他存查在那裡。如果地方法規違背中央法規，不會因爲備查而使效力發生變更。內政相關法規中的社政法規有819條用語是用「備查」，有383條用語是用「核備」。也就是我們跟人民之間的互動，不是那麼有效果。在這樣的狀況下，我們國家要調整的東西是很多的。

緊接著我們來討論一下所謂主計、人事、警察、政風這樣的管理法律，是不是很適當？其實，涉及錢的管理、人的管理，或者政治的安定、治安的安定，是不是有這麼大的差別性，需而要差別待遇？我

的看法跟兩位教授看法差不多。我認為應該由中央作一個規劃性的處理，然後由地方來決定他的人事權。只是用這樣的方式，怎樣比較彈性？不管是簡教授提的第4種或第5種辦法。我比較傾向於與中央有關的例如軍訓教官、涉及多方專業的部分，應該考慮用第5種情況，其他的部分應該要用第4種作法，這樣可以讓中央跟地方主管機關首長權限劃分更清楚。後面的部分，我提出兩點觀察。第一個我覺得法律規範本身就很難處理，定的嚴不對，定的寬也不對，要定的剛剛好。當你定的嚴，沒有空隙、沒有空間、沒有彈性，可是執行成本非常低。為什麼？因為非常明確。符合什麼樣標準，列了18條，只要不符合這18條，通通不要。他彈性變得很低，可是他的執行成本很快。如果法令定得很寬鬆，只作原則性抽象性的規範，彈性很高，執行成本也很高。也就是規劃成本變得很低時，執行成本就會變得很高。當你規劃成本變得很高，你的執行成本就會壓得很低。如何去權衡規劃成本的高低及執行成本的高低？是可以被多方考量的。

最後，我認為一個制度必須有相當的誘因。我們必須透過一個制度的安排，讓地方上優秀的人才樂於在地方服務。目前我們的制度沒有誘因，是被綁死的，在這樣的狀況下，無法彈性處理。其實，我們也需考慮當地方政府擁有地方彈性時，地方政府是否擁有充足的人才來因應法制建設？這是我們要一起來努力的。謝謝大家。

#### 主持人(許局長銘春)：

非常謝謝陳法官的與談，下來是回應與討論的時間，歡迎在場先進與法制伙伴提出問題或看法。

#### 提問人(未敘明機關職稱姓名)：

主持人、兩位老師，大家好。其實我們市政府遇到這個問題時，的確是很錯愕。他跟一般人事、主計、政風一條鞭的情況不一樣。而且是深入到市政府所屬一級機關某一個單位主管，是比較特殊的情形。在軍訓教官的遷調，與一般公務人員的借調，其實是有不太一樣的地方。等一下否可請簡老師就此部分說明軍訓室主任是怎麼來的，與一般公務人員的借調，即我這個機關沒有這職缺，我從外面調一個人來支援，此借調的屬性為何？另外，高雄市政府遇到這種狀況時，我的人被拿走了，是否毫無置喙餘地？有無爭訟方式可以處理？

#### 提問人(高雄市政府法制局賴科長)：

局長、各位老師、各位先進，大家好。有關這個問題似乎簡老師

肯定我們的任免權，我想藉此機會就教簡老師，此報告似乎隱含認為有關軍訓教官比較特殊，此軍訓人員的產生與一般公務人員不同，軍訓教官是教育部有那樣的建置。簡老師似乎認為應該區分兩者，即人是在你那邊，但任免權是市府的權，透過借調關係，一旦完成借調，在借調期間內，他不應該說你是我的軍訓人員，我掌握一個權限，隨時要你去哪裡，你就要去哪裡。我想這部分是否也可以從人事制度的安定性予以探討。此案目前雖已進入司法程序，但當事人如何在程序中主張，是我們要關心的。今天雖從制度面去探討，但對於當事人而言，他應該用主張哪些法律理由？我們法制局提出了部分理由，認為因為市府已任免他，在市府同意他走之前，不是教育部想遷調就遷調的。想就教簡老師及與談人，可否以此方式建構法律理由？

#### 提問人(高雄市教育局人員-未敘明職稱姓名)：

各位教授、法官、各位先進大家好。我是高雄市教育局的軍訓室人事承辦人。跟局長報告，主任因為臨時有要公，故無法前來，在此跟大家致歉。針對這一個案件，各位先進可能還有一些疑慮之處，其實軍訓教官在教育部依據人事法，在直轄市部分有相當模糊的程度。我們在縣市合併時，依據考試院、銓敘部相關法規，教育局作了編制核備動作。其中軍訓室內設有主任、督學、組長及科員等4類人員，這4類人員不像一般各縣市或直轄市政府中，例如高級中等學校、職業學校……分別在高級中學法及職業學校法中有訂定，主任教官以下的教官，由教育部訂定法令，來任免、建派、遷調、獎勵、考核。這4類人員，雖是向教育部商借來的人員，但其在中央法令跟地方制度間，是有衝突的。講得明白一點就是，地方政府用的人為何是教育部選、用、考核、派？不光是遷調的問題，包含由市政府教育局發給薪資、補助，為何考核、獎勵、晉升是由教育部掌握及訂定遊戲規則？我的問題與主秘的問題是一樣的，這應該是5都軍訓室都會有的問題，希望在此請各位先進，提出解決的方案讓我們向教育部爭取。我們市長對此問題非常關切，多次去函教育部，但教育部態度非常強硬，請各位先進提供意見供我們參考。

#### 提問人(臺南市政府稅務局人員-未敘明職稱姓名)：

局長、各位老師，本案牽涉軍訓教官的部分，不像一般公務人員是經過國家考試機制進來，是不是因為如此導致其有特殊的人事規範？並造成其任免、派遣有與一般公務人員有所差別？另外，看到簡老師的報告中，在縣市除了警察、政風、人事、主計4類外，他多了一個稅捐，但直轄市的部分就沒有。這造成我們臺南市稅務局產生一



個很大的問題，稅務局在縣市的部分，是需要經中央主管機關核定後才能派任稅務局機關首長。在升格為直轄市後，一級機關首長需以政務官派任。導致去年只有臺南市及臺中市的稅務局升格為一級機關，其他如臺北、新北市、高雄市等仍留在二級機關。在直轄市或縣市是否有這麼大的區別？

**報告人(簡教授玉聰)：**

謝謝各位的提問。有關於剛剛提問的問題，其實，我先說明一下，在地方自治綱要時期，所謂的中央一條鞭還有教育、財政、稅捐全部都在裡面。軍訓教官的問題從那個時代就有了，就是「教育」。軍訓室主任又跟其他不一樣，因為他們是現役軍人，有服從義務，在自治綱要時期就有了，到了地方制度法以後，又改了，任免權變成是地方首長權，但是從以前軍方的上下服從、指揮調度觀念，仍未改變。為何到現在問題才浮現出來？因為軍人的上下服從沒人敢抗命，今天是因為出現了第一個敢抗命的才浮現出來。

當初我在寫論文時，時間太趕，無法作完整的論述，首先就是那個辦法，行政程序法公布施行後，所有法規命令都要有授權依據，那個辦法沒有授權依據，是標準的「職權命令」。現在根據行政程序法第174條之1應該要作修正。那個辦法裡面，寫得很微妙，只能寫「介派」，介紹派遣，因任免權都在別人手裡，不在教育部手裡，所以他只能介派。那個辦法中規定，教育部作任何介派遣調時，必須跟各個大學協商，任免權在大學手裡，至於學校以外的機關，不在那個辦法的管轄範圍，學校以外的其他機關就用商借，在上校以下的層級，商借以兩年為期，但有幾個特殊的，包括教育局軍訓室主任，是上校以上，變成不定期借調。所以教育部跟市政府間有一個不定期借調關係，在不定期借調關係問題解決之前，教育部逕行作專案遷調，是違反原借調關係、契約關係的，是違法的專案遷調。

至於可以透過何爭訟方式解決？因為我們現在探討的是地方首長的任免權問題，所以，教育部違反了跟人家的借調關係，存續期間侵害地方自治首長任免權，至於兩者之間的衝突，高雄市政府與教育部間目前好像沒有訴訟。有問題的好像是當事人個人的法律案件，目前的狀況是這樣。當然，這裡因為軍訓教官本身是現役軍人，不具有文職的官員身分，為了要讓這些人在教育機關內從事教育工作，所以由教育部定了辦法，跟國防部共同遴選，賦予他任務。所以才會產生這麼複雜的關係。它未配合兩個自治法與地方制度法實施地方自治後的改變，長期以來因為軍人都是奉命服從，所以才會第一次產生這樣的問題。

另外就是剛剛第10頁，因為一級機關的首長就是警察局長，但他有很多分局長，這些是地方制度法內未規定的，根據警察人員任用條例，這些全部都是中央內政部統一統籌辦理。

**與談人(王教授毓正)：**

請問高雄市政府現在對於這樣所謂的介派，決定要任用了嗎？

**主持人(高雄市政府法制局許局長銘春)：**

因教育部未予我們協商就直接派離，我們不接受。沒新的人來，也無法交接，所以主任沒辦法走。教育部以他抗命為由，移送軍事審判。軍事法院高等檢察署也行文過來詢問有關他未報到是否有正當事由，目前還在爭訟當中。

**與談人(王教授毓正)：**

我是在短暫時間有這樣的想法，第一個就是個別公務員在這種情況下還是得硬著頭皮去到任，至於市政府這邊，因為是自治權限中的人事權被上級機關的決定加以侵害，我個人認為，是有可能經由訴願方式來尋求救濟。舉例而言，像臺北市的里長任期要延長決定，被內政部撤銷，是一個個別決定被撤銷，大法官作出的決定是說，你們應先經訴願。就訴願的當事人適格而言，以地方自治團體及上級機關作為訴願人及原處分機關，這樣的情況是有可能存在的。第二個就是到底有沒有自治權遭受侵害，若人事權不解釋為自治權，會是什麼？或許可以嘗試看看，因為個別公務員訴訟的部分，跟我們要解決此制度的爭議是有距離的，那是他個別接受軍事審判的問題，不管結果如何，他不一定會回溯到對制度爭議到底如何處理獲得結果，這個制度爭議要獲得結果，是否應以你自己作當事人的身分來尋求解決，而不是站在旁邊看。我這樣講沒有惡意，或許這樣才能對問題有釐清可能性。

**主持人(高雄市政府法制局許局長銘春)：**

謝謝王教授。我們今天不是探討軍事審判的問題，主要是說教育部侵害地方首長的人事任免權，探討是否能建立制度來解決，剛好教官主任有他的堅持，他也覺得這個派令不妥，不需服從，以後還是會有這個問題發生，所以我們希望把這個問題突顯出來，建立制度性的解決辦法。

與談人(陳法官心弘)：

其實我很努力的避開此問題。因為我們面臨依個現實的問題，首先，訴願的前提是行政處分，本案有無行政處分？如果提起撤銷之訴，屬於主觀訴訟，即只有那個特定當事人的權益受損才可以提起訴訟。本案問題是高雄市政府與教育部的爭議，就當事人而言，對高雄市政府並無爭執。我們也不會成立一個法規範的訴訟。我們的規範不能成為訴訟條件，也許德國法、奧地利法可以。當事人能否成為訴願程序的主體，就需考量其對行政處分的處理。要進入行政救濟有他的時間性及空間性，還要考量其是否足以對抗這樣的機制，你今天所面對的不是行政處分，而是一個國家機器在運作，故我覺得有他的困難。

報告人(簡教授玉聰)：

我想軍訓室主任他本身是教育部所作的處分的當事人。軍訓室主任與高雄市政府間，有任用關係存在，高雄市政府是利害關係人。但我當初寫的時候，已經經過一段時間，我想縱使符合行政處分與利害關係人概念，應該已過了提起訴願的期間。所以，應該已經沒辦法訴願及提起行政訴訟了。想一想變成只剩下高雄市政府任免權與教育部根據專案遷調法產生的衝突。它是違反了自己與別人借調契約關係，本身是一個違法的權限行使。高雄市政府在借調期間，對於軍訓室主任，具有任免權存在，是沒有疑義的。

主持人(高雄市政府法制局許局長銘春)：

好。因為時間的關係，本場研討會到此結束，謝謝各位。

## 自治法規整併與過渡條款的規定

胡博硯

東吳大學法律學系助理教授/柏林洪堡大學法學博士

### 壹、前言

#### 一、緣起

去年12月25日乃是我國地方自治史重要的一日，當日原台北縣、台中縣、台中市、台南縣、台南市、高雄縣與原高雄市，依據地方制度法第4條、第7條與第7條之1、之2的規定分別單獨或合併改制為新北市、台中市、台南市、高雄市等四個直轄市，這四個直轄市與台北市並稱為五都。四個新的直轄市政府本為縣市政府改制而成，而此時必須要面臨的重要問題除了縣市層級的組織調適外，由於直轄市的改制，原本隸屬於各縣市之鄉、鎮、縣轄市於改制後不復存在，而原隸屬各縣之鄉、鎮與縣轄市改制後之組織規定於地方制度法第58條與第58條之1已有所規範，雖不無批評之聲，但確實也解決改制上的一個困境。然而，在改制後更重要的問題在於原來自治法規的整合，例如原來高雄縣與高雄市兩縣市各有的自治法規如何整併的問題。目前唯一一個不須要面對此一問題的直轄市即為新北市，由於該市依據地方制度法第7條第2項規定已準用部分直轄市之規範，且其並無與其他縣市合併的問題。然而與其他新成立之直轄市一樣，於準直轄市之時代，台北縣仍設各鄉鎮市，且各鄉鎮市為自治法人，而原各縣所屬之鄉鎮市依據地方制度法第25條以下相關規定所制定之鄉鎮市規約以及其他自治規則，在改制後面臨著失其附麗的問題，原本依據各該規約而可能取得權利者，其權力似乎已受侵害。又司法院大法官為保障人民之信賴，早於釋字第142號解釋即展開對於法律不溯及既往之討論。而關於抽象性規範的信賴保護於釋字第525號解釋又明白指出，「信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止(行政程序法第119條、第120條及第126條參照)，即行政法規之廢止或變更亦有其適用。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護」。

而關於改制後法律失效的問題在實務上已出現爭議，就此本文將對此一問題加以討論。在此之下，本文將從信賴保護原則之基礎、要件與效果加以說明，最後再針對目前新北市所產生之問題來加以討論。

## 二、思考案例

以下僅就新北市(台北縣)目前所生之相關問題加以提出如下：

### (一)「新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例」的適用可能

依據「新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例」第5條第1項規定，「因意外事故死亡者，十八歲以上至六十五歲發給補助金新臺幣七十萬元整，出生滿15天未滿十八歲及逾六十五歲者，發給補助金新臺幣三十萬元整，低收入戶加發新臺幣二十萬元整」。又依據該條例第3條第1項規定其所適用對象者為凡該市市民於中華民國自由地區內因意外事故死亡、殘廢，且發生日前已設籍該市滿六個月以上者。若某甲為台北縣新莊市居民，於民國99年年底因意外身亡，上述條件均為符合，且依據該條例第8條第1項規定「申請意外死亡補助，應自死亡發生日(以相驗屍體證明書上所載日期或法院宣告死亡日為準)起六個月內申請，逾期申請視為放棄，不予受理。申請意外殘廢補助，應自意外發生日起一年內申請，逾期申請視為放棄，不予受理」。某甲之親屬據此於民國100年1月提出申請，渠料該條例由於台北縣改制已於民國99年12月25日廢止<sup>1</sup>。試問，某甲有無信賴保護之可能？

### (二)「永和市婦女生育補助要點」的適用可能

另某乙於於85年9月20日設籍於台北縣永和市，因其次女某丙於98年6月16日出生，遂於同年6月29日至本縣永和市戶政事務所辦理出生登記，並於同日向永和市公所依據「永和市婦女生育補助要點」申請婦女生育補助。然而依據該要點第3點第1項第1款規定父母均應設籍於該市，然而某乙之配偶某丁長期以來均設籍於其他縣市，因此並不符合該要點之規定。據此，永和市公所於98年7月6日以北縣永社福字第09800233xx號函否准某乙之補助申請。對此某乙不服，提起訴願，經台北縣政府訴願決定：「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分。」，並以台北縣政府99年3月2日北府訴決字第09807022xx

<sup>1</sup> 在改制前台北縣境內有三個鄉鎮市對於鄉鎮市民意外死亡訂有補助之規定，目前僅「台北縣萬里鄉公所辦理鄉民喪葬補助費作業要點」以及「台北縣樹林市市民意外死亡慰問金發給辦法」未被廢止。

號函送達在案，永和市公所旋另以99年5月26日北縣永社福字第09900185xx號函所否准訴願人之申請，某乙仍表不服並提出訴願，台北縣政府於民國99年8月7日以北府訴決字第09906005xx號決定「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分」。其理由除指摘該要點以合法婚姻為前提作為補助違反憲法第7條與公民與政治權利國際公約第2條第1項之規定；此外，「民法規範父母子女間之法律關係，向以追求與維護子女之最佳利益為考量，以實現憲法保障子女人格權益之價值(民法第1055條至第1055條之2、第1089條第2項、第1094第2項規定參照)，故而生育補助金之發放當以子女設籍之生活所在地最密切連繫關係，而父或母之設籍及設籍期間係子女是否確實以該地為生活所在地之參酌標準，職是，原處分機關逕以「新生兒父母雙方設籍」為限制，自欠缺其正當關聯性。另外，以「新生兒父母雙方設籍」為避免重複領取生育補助之手段，與比例原則不無違誤。然而，雖然該處分撤銷後，其所附麗之「永和市婦女生育補助要點」<sup>2</sup>由於台北縣改制已於民國99年12月25日廢止。試問，原處分機關應如何處置？

### (三)「台北縣路燈桿懸掛旗幟管理作業要點」的整合

又依據「台北縣路燈桿懸掛旗幟管理作業要點」第五點之規定，燈桿懸掛旗幟應長180公分(6呎)、寬60公分(2呎)。此外，應於旗面正面右下角位置以2公分字格標示核准字號及施作插設旗幟之廠商名稱。且核准期限已15日為限，最多得於懸掛期限屆滿前3日提出展延1次。然而，此前台北縣三芝鄉、八里鄉、樹林市亦針對相同事項制定了「台北縣三芝鄉路燈桿懸掛宮燈旗廣告物收費管理自治條例」、「台北縣八里鄉路燈桿懸掛廣告旗幟管理規約」、「台北縣樹林市路燈桿懸掛廣告旗幟管理自治條例」<sup>3</sup>。三不同之規定對於廣告懸掛之旗幟分別做了不同規範，懸掛之時間與「台北縣路燈桿懸掛旗幟管理作業要點」之規定相比較，各該規定均多為30日。試問，應如何處置。

## 貳、直轄市升格與地方自治法規的變動

### 一、直轄市升格與地方制度法的修正

民國99年的12月25日乃是我國地方自治史上最重要的一日，當日

<sup>2</sup> 在改制前台北縣境內有三個鄉鎮市對於鄉鎮市民意外死亡訂有補助之規定，目前僅「台北縣萬里鄉公所辦理鄉民喪葬補助費作業要點」以及「台北縣樹林市市民意外死亡慰問金發給辦法」未被廢止。

<sup>3</sup> 事實上原各鄉鎮所制定之相關自治條例、申請辦法、管理規約均未廢止。

原台北縣、台中縣、台中市、台南縣、台南市、高雄縣與原高雄市，依據地方制度法第4條、第7條與第7條之1、之2的規定分別單獨或合併改制為新北市、台中市、台南市、高雄市等四個直轄市，這四個直轄市與台北市並稱為五都。五都的出現改變了台灣近二十年來的地方自治格局，而當然此一變化也與台灣的政治情勢與社會情勢的變化有所關連。而這一切變動起源均由於地方自治地位的提升，事實上，最早由於台北縣幅員較台北市遼闊，且人口較其為多；然而由於台北縣之地位較低於直轄市的台北市，因此所獲資源較少；於此民國96年5月4日即修正地方制度法第4條第2項規定，「縣人口聚居達二百萬人以上，未改制為直轄市前，於第三十四條、第五十四條、第五十五條、第六十二條、第六十條、第六十七條及其他法律關於直轄市之規定，準用之」。此即所謂的準直轄市，目前桃園縣業已符合此一規定，並且準用上述關於組織與財政之規範。

而依據地方制度法第3條之規定，縣劃分為鄉、鎮、縣轄市，簡稱為鄉(鎮、市)；直轄市則劃分為區。又依據該法第14條之規定，各鄉(鎮、市)為地方自治團體，依據地方制度法規定辦理自治事項，並執行上級政府委辦事項。而直轄市所屬之各區並非地方自治團體，即便改制之後仍維持相同之名稱，例如永和市改制為永和區，但已不具有自治組織權限。

由於直轄市所屬之各區並非地方自治團體，僅為直轄市之所屬機關，因此必須經過組織之調適。而關於原有各縣所屬之鄉(鎮、市)改制為區的問題尚涉及到了政治上的變動，因此成為了本次五都升格的焦點所在。

## 二、組織調適與法律規範的銜接

如前所述，縣市政府在改制為直轄市，除了政府組織擴大外，最重要的一個變革即屬鄉鎮公所之改制，而此處甚至存有憲法上之爭議。為使組織得以調適，地方制度法第58條第2項規定了直轄市之區由鄉(鎮、市)改制者，改制日前一仍職之鄉(鎮、市)長，由直轄市長

<sup>4</sup> 參見<http://www.nownews.com/2007/05/04/10844-2091385.htm>(2011年7月23日查閱)

<sup>5</sup> 蕭文生，地方自治法制化之發展與地方自治團體之概念，月旦法學教室第85期，2009年11月，頁53。

<sup>6</sup> 參見黃錦堂，地方制度法落實五都構想之修正簡介，台灣法學雜誌第149期，2010年4月，頁9。

<sup>7</sup> 參見蔡茂寅，區域均衡與地方自治之發展-兼論2010年地方制度法修正之功罪，月旦法學雜誌第181期，2010年6月，頁206-207。

以機要人員方式進用為區長；其任期自改制日起，為期四年。此外，第59條之部分亦將現有之鄉(鎮、市)民代表會改制為區諮詢委員會，並由原任之鄉(鎮、市)代表出任區政諮詢委員。另外原有之鄉(鎮、市)公職人員也應為地方制度法第87條之1而延任至改制為止。至於原有自治團體之法規，由於自治地位的喪失也失所附麗，為此，地方制度法第87條之2特規定，縣(市)改制或與其他直轄市、縣(市)合併改制為直轄市，原直轄市、縣(市)及鄉(鎮、市)自治法規應由改制後之直轄市政府廢止之；其有繼續適用之必要者，得經改制後之直轄市政府核定公告後，繼續適用二年。因此，各該原本之自治法規取得於過渡期間適用的可能，例如前述「台北縣三芝鄉路燈桿懸掛宮燈旗廣告物收費管理自治條例」、「台北縣八里鄉路燈桿懸掛廣告旗幟管理規約」、「台北縣樹林市路燈桿懸掛廣告旗幟管理自治條例」均繼續適用。

法規的繼續適用依據修正理由乃是為了讓改制前後之法規有所銜接，避免改制後之直轄市因立法不及而影響政務推動；另一方面也確保人民對於舊法規之信賴而不落空，此點於大法官會議釋字第525號解釋所表彰的人民對於法規之信賴仍應保護的原則相符。然而，關於自治法規的轉換乃是立法者之構想，但並非全然得以解決所有問題，如前述案例一與二，民眾對於國家之具體行政行為(訴願結果)與原有適用卻因機關改制而廢止之行政命令(如「新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例」)，本得依據該規定取得某特定利益者，卻因改制而失其權利，民眾對此不免有信賴保護之請求。

## 參、信賴保護與人民權益之保

### 一、信賴保護原則之憲法基礎

事實上來說，關於信賴保護之討論在國內所在多有，最具體的且普遍的即屬對於行政處分撤銷與廢止後關於人民信賴之保障。而在抽象法律規範中，關於法律修正廢止後對於民眾之保護，即所謂法律得否溯及既往之問題，討論亦甚多；此外，由於行政命令之修改相較法律的修正廢止更為迅速簡便，因此衍生出來的信賴保護問題更多，例如關於稅法之解釋函令之變更。然而，由於組織改造所造成法規變動卻無人加以探究，其原因在於此前從無此一情況出現，同樣地，此處

<sup>8</sup> 若無此一規定，應依據中央法規標準法第25條規定辦理，該規定為，「命令之原發布機關或主管機關已裁併者，其廢止或延長，由承受其業務之機關或其上級機關為之」。

仍必須探究三個問題，即是人民的信賴是否應保護、保護到何種程度以及以何種方式加以保障。

信賴保護原則於我國大法官會議之釋憲文當中多次出現，最早乃是透過法律不溯及既往的討論來加以介紹，司法院釋字第362號解釋即輕描淡寫的談到，「如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成爲重婚；究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正」。然而，大法官並未交代信賴保護原則於我國憲法中之地位爲何？而一般認爲對於我國信賴保護原則之憲法地位有較爲詳細描述的司法院釋字第525號解釋，在該號解釋的解釋理由書當中大法官開宗明義即指出「法治國爲憲法基本原則之一，法治國原則首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守。人民對公權力行使結果所生之合理信賴，法律自應予以適當保障，此乃信賴保護之法理基礎…」，由此觀之大法官雖然提出法治國原則爲信賴保護的基礎，但又將「人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則」一併提出，就其地位爲何不甚明確。而釋字第574號解釋則明確指出「法治國原則爲憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守」。在此之下，顯然已將信賴保護與人民權利之維護以及法秩序之安定並列爲法治國原則之子原則。而此點在大法官釋字第589號解釋再度的被強調。然而，此種轉變大法官並未進一步說明，而在此必須要被重視的問題是，如果強調人民的信賴保護即可能必須要採取某些作爲，如法律的溯及的適用或者是不溯及適用，而此點將對現存的法律秩序有所影響，信賴保護影響所及並不僅是在公法領域出現，毋寧對於所有的法律領域，特別是民法與訴訟法有其重要地位<sup>10</sup>。就此，信賴保護的憲法上地位與造成之影響，是相關問題不可忽略的前提，然而大法官並未直接說明，對此不免令人惋惜<sup>11</sup>。

由於信賴保護一詞未明確見諸於憲法中人民權利之章，因此其憲

<sup>9</sup> 洪家殷，論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第五二五號解釋評析-，台灣本土法學雜誌第27期，2001年10月，頁39；陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁159。

<sup>10</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2, Aufl., 1996, Rn. 22.

<sup>11</sup> 陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁175。

政地位必須透過解釋來加以說明。事實上，對我國憲法解釋具有深遠影響的德國，關於信賴保護原則之定位，最初也處於莫衷一是的情況。雖然早於十九世紀的時候即零星的出現在某些文獻當中，並且對於司法實務產生一定之影響，但由於依法行政與公共利益的要求，因此並沒有太被重視<sup>12</sup>。關於信賴保護有系統性的討論乃是出現在二次世界大戰之後，並且由對於個別問題的探究中建構完整的體系<sup>13</sup>。

二次世界大戰之後，關於信賴保護的問題最早見於1950年代行政法院之判決<sup>14</sup>，尤其聯邦行政法院在處理聯邦行政程序法第48條與第49條有關(授益)行政處分撤銷與廢止的問題，更極具代表性，並且因此發展出關於行政處分撤銷的新學理。其後，聯邦憲法法院開啓了一連相關的討論，如最初關於法律溯及既往的限制等<sup>15</sup>。而在學理上的討論則始終圍繞著法安定性<sup>16</sup>與基本權利的保障。基於法治國原則而來的法律安定原則。基於法治國原則形式意義爲出發點的法安定性要求，強調法秩序的穩定且國家行爲必須是人民可以預期者，在此之下人民始能規劃形成自己的生活<sup>17</sup>。對此，Günther Püttner卻曾經質疑，法治國原則或法安定性原則範圍過於廣泛，倘若信賴保護得以此爲基礎，則任何一種法律原則均可以此爲基礎，並且法治國原則下一方面必須要依法行政，另一方面又必須要從法安定考量去保障人民的信賴，則不免發生衝突<sup>18</sup>。然而，此點說被認爲顯然誤解了信賴保護僅是一原則，而非一規範要求<sup>19</sup>。是故，信賴保護原則要求立法、行政

<sup>12</sup> 洪家殷，論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第五二五號解釋評析-，台灣本土法學雜誌第27期，2001年10月，頁40。

<sup>13</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2, Aufl., 1996, Rn. 3.

<sup>14</sup> 因爲唯有在基本法實施之後，法治國原則始能落實有關。Dazu Vgl. Fritz Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, S. 26.

<sup>15</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2, Aufl., 1996, Rn. 3.

<sup>16</sup> 洪家殷，論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第五二五號解釋評析-，台灣本土法學雜誌第27期，2001年10月，頁41。

<sup>17</sup> 就此來說，稅法由於解釋函令甚多因此稅法往往成爲信賴保護原則實際操作的重要領域。Dazu Vgl. Volkmar Götz, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Christian Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz –Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht, Band. II, 1976, S. 423; Wolfgang Spindler, Vertrauensschutz im Steuerrecht, DnotZ 2007, S. 106.

<sup>18</sup> Günther Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32/ 1974, S. 202.

<sup>19</sup> Volkmar Götz, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Christian

與司法均應保障人民之信賴，但如何保障以及以何種方式保障，則應兼顧信賴保護的思想與法律規定來做決定。在此之下，法安定原則之要求必須與其他法律原則相互權衡，來達成最佳化的決定<sup>20</sup>。

Fritz Ossenbühl並認為法安定性原則與誠實信用原則為信賴保護的兩大支柱<sup>21</sup>，不過其認為誠實信用原則乃是賦予信賴保護原則個人化的基礎，相較於法安定，誠實信用原則以特定的方式形塑個人的關係<sup>22</sup>。然而，此種說法確有問題，因為誠實信用不僅是要求法律行為要正直而忠實，另一方面則具有衡平功能。但是，後者在行政法能否移植適用，不無疑問。因為行政法領域中，信賴保護涉及的不是對於人的失望，毋寧因為公權力行為導致得對於國家機關行動的預期，以及國民基於此一預期而採取的經濟性安排，將因公權力行為事後變更而破壞或減損價值。就此來說，信賴保護與忠誠行為要求無關<sup>23</sup>，且就衡平功能而言可能導致僅在法秩序變更造成更為嚴格的情況下，人民始能主張信賴保護。在此之下，誠實信用作為信賴保護原則的基礎，是否適當即有疑義。除此之外，亦有提及社會國原則者<sup>24</sup>不過仍未脫離法治國原則之架構。

另外一個出發點則是基本權的保障，多數學者均肯認信賴保護乃是基於憲法上基本權保障之要求，但是一般以為單獨之基本權利不足以作為信賴保護全部之憲法基礎，應視不同情況以所涉及之重要基本權利做為信賴保護之基礎<sup>25</sup>。而且其信賴基礎究竟從何種基本權而

來也眾說紛紜<sup>26</sup>，筆者以為，此點乃是每一個案所保障之基本權恐各有不同所致。就以司法院大法官之解釋為例，例如釋字第529號解釋所要討論的問題乃是免服一般兵役，而第629號解釋乃是訴訟權的問題。

對於信賴保護的思考，我們往往直接聯想到行政程序法第117條以下關於行政處分撤銷或廢止後信賴之保障的問題。但由於信賴保護原則乃是對於行政、立法與司法均有作用，因此必須從不同觀點來加以觀察。對此，Hartmut Maurer就其間不同思考整理出以下幾點<sup>27</sup>：

1. 信賴基礎(法律、行政處分、行政契約、事實行為等)
2. 民眾信賴之行為(透過相應的安排、對於國家行為變更的認知與認知必要性，對於變更的可預見性等)
3. 變更的理由與重要性(對於新的發展的適應以及修正過去的錯誤)
4. 對於信賴保護與其效果之決定性法律基礎(法治國原則、法安定性、誠信原則等)
5. 信賴保護的實現效果(存續保障、財產保障與過渡條款等)

綜上所述，對於信賴保護原則而言，法治國而來的法安定性要求，以及個別基本權的保障乃是其憲法基礎。而由於依法行政對於國家作為之要求，如何保障人民信賴，不應處於人云亦云當中，仍必須從三個要件談起，即信賴基礎、信賴的表現以及值得保護的價值。

## 二、信賴保護之條件

如前所述，對於信賴保護往往想到的是行政程序法上之規範，行政程序法除於該法第8條規定了「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴」。具體的規範則出現在該法第117條以下關於行政處分之撤銷與廢止。而一般來說信賴保護之要件區分為信賴基礎、信賴的表現以及值得保護的價值對此分述如下。

### (一) 信賴基礎

由於信賴保護原則乃是為保障人民對於國家公權力措施，造成基

im öffentlichen Recht, BayVBl., 1980, S. 40; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 56.

<sup>26</sup> 洪家殷，論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第五二五號解釋評析-，台灣本土法學雜誌第27期，2001年10月，頁40-41。

<sup>27</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2, Aufl., 1996, Rn. 9.

Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz –Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht, Band. II, 1976, S. 422.

<sup>20</sup> Volkmar Götz, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Christian Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz –Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht, Band. II, 1976, S. 422; Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 105; 陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁185。

<sup>21</sup> 同此見解者如Beatrice Weber-Dürler, dazu Vgl. Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 49.

<sup>22</sup> Fritz Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, S. 27.

<sup>23</sup> Klaus Lange, Vertrauensschutz nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, Jura 1980, S. 456f.; 陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁183-184。

<sup>24</sup> Z. B. U. K. Preuß, Johannes Manika, dazu Vgl. U. K. Preuß, Vertrauensschutz als Statutsschutz, JA 1977, S. 373; Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 32.

<sup>25</sup> Ferdinand O. Kopp, Um eine neue Begründung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes

本權利上的影響，因此必然存在一個公權力的措施，此一公權力措施即為信賴之基礎。由於此一信賴基礎，民眾依據其經驗而為特定經濟活動之安排，簡言之，信賴基礎為足以引起人民期待之公權力措施。此一信賴基礎不僅是信賴的客體(Bezugsobjekt)，同時也是信賴的聯繫因素(Anknüpfungspunkt)<sup>28</sup>；此一信賴基礎包含行政、立法與司法行為。此外，行政部門的作為一種信賴基礎，除了具體的行政作用外，行政命令的部分乃是不可忽略的，因此亦有學者在討論抽象規範是否具有信賴的部分，不稱法律不溯及既往，而稱之為法令不溯及既往的問題，本文亦採用之<sup>29</sup>。以下，就從法律、行政命令與行政作用三個面向分別說明，至於司法的問題，由於與地方自治整並無直接關係，在此即不再贅述。

## 1. 法律

法律常常是第一個被想到的信賴基礎<sup>30</sup>，而在文獻上也多次對此提出討論，其中關注之重點在於，修法後得否溯及既往的問題。法律為立法者經過公開、嚴謹的程序所制定，相較於行政機關的迅速、專業有其不同的特性。法律的制定與發佈使人民對其存續產生信賴，人民相信該法律的存續也拘束了立法者，有稱此為立法者之先前行為(vorangegangenes Tun)<sup>31</sup>。雖然有此一法律基礎存在，但是人民相對於法律變遷的國家利益，是否可以主張信賴保護，必須要從不同法律規範具體來做認定。因為法律的安定性，不代表不能變更法律，其可能為了追尋不同之目的如經濟的成長、錯誤的修正，立法者因此來修正法律。而在此處，對於民眾而言，最大的目的在於法律的繼續適用，也就是法律溯及既往或者不溯及既往的問題，或者是用林三欽老師較

<sup>28</sup> Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 8; Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 80; Kyrill-A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2001, S. 296; 洪家殷，論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第五二五號解釋評析-，台灣本土法學雜誌第27期，2001年10月，頁41；林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁10。

<sup>29</sup> 林三欽，行政爭訟制度與信賴保護原則，2008年，頁300。

<sup>30</sup> Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 80; Kyrill-A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2001, S. 296。

<sup>31</sup> Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961, S. 270; zit. von Kyrill-A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2001, S. 296。

為精確的定義則是法令接續適用的問題與法令溯及適用的問題<sup>32</sup>，此一問題於下文再行說明。

## 2. 行政命令

行政命令又分為法規命令與行政規則，前者系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。而後者則為上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定；其所規範事項有關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。亦有為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。對於法規命令，由於對外直接發生法律效力，且其所規範之事項在法律保留之要求下，多為關於人民權利義務之重要事項，此點為法律保留之一部，在此之下，自然應視為信賴之基礎。

然而，行政規則的部分是否能作為信賴之基礎，由於其並不具有法律授權，且不對外發生效力，因此有所爭議。對此，林明鏘教授顯然即採否定之見解，其以為行政規則在本質上為上級機關或者是長官對於所屬機關或屬官所為之指令(Weisungen)並無對外之效力。而信賴保護要件中信賴的基礎應為國家機關之對外的行為。其更援引Hartmut Maurer之見解而認為，即便行政規則的變動與廢止，最終仍公告於政府公報或其他新聞紙，但仍未改變行政規則對於人民無直接效力，而僅對於行政機關內之下級機關與部屬有效力。從而，人民不得因為行政規則之變動或廢止，而主張國家有權對其為意思表示(Erklärung)故享有信賴基礎<sup>33</sup>。雖然如此，林明鏘教授仍主張有可能從行政慣例(Verwaltungspraxis)來產生信賴的基礎。

然而，這種說法在德國學界也不無疑問，平等原則或者是行政規則之間接效力相較於肯認行政慣例亦得作為信賴基礎的說法來的有說服力。另一方面，若肯認行政慣例亦得作為信賴基礎時，則與行政規則本質上僅有對內效力的說法不甚符合。

林三欽教授則直接認為行政規則得作為信賴基礎，林三欽教授認

<sup>32</sup> 林三欽，行政爭訟制度與信賴保護原則，2008年，頁304與314。

<sup>33</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2, Aufl., 1996, Rn. 94; 林明鏘，行政規則變動與信賴保護原則，收錄於：葛克昌/林明鏘主編，行政法實務與理論(一)，2003年，頁585-586。

<sup>34</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2, Aufl., 1996, Rn. 94。

為行政規則經過行政自我拘束原則及平等原則之中介，人民亦得主張行政機關如往例一樣依據行政規則從事行政決定，此即所謂的行政規則外部效力。而此點亦顯現出我國行政程序法第159條規定之「非直接對外發生法規範效力」用語的巧妙。綜此，其以為行政規則所建構的法律秩序具有否種形式上法律效力，足以引發人民期待，得做為信賴基礎。但是，林三欽教授又指出解釋函令作為解釋性的行政規則，應作為信賴之基礎，然而因為其位階較低做為信賴基礎之正當性較薄弱。對於此一說法顯然不被陳愛娥教授所接受，其以為此種說法頗為曖昧，且作為信賴基礎之正當性是否因為規範位階高低而有別，不無疑問；且此一正當性薄弱對於民眾有何種效果亦甚難想像。洪家殷教授則引用大法官會議解釋之說明，而廣泛認為國家行為除涉及私法者為，只要其係對外表現，甚少有不得成為信賴之對象者。但也因為此一理由，洪家殷教授認為此一要件不甚重要。

司法院大法官釋字第287號解釋指出，「行政主管機關就行政法規所為之釋示，係闡明法規之原意，固應自法規生效之日起有其適用。惟在後之釋示如與在前之釋示不一致時，在前之釋示並非當然錯誤，於後釋示發布前，依前釋示所為之行政處分已確定者，除前釋示確有違法之情形外，為維持法律秩序之安定，應不受後釋示之影響」。此一解釋意旨並經司法院大法官釋字第536號解釋理由書加以重申。就此而言，似乎信賴保護並非大法官考量之點。然而，司法院大法官釋字第525號解釋明白指出，「信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止（行政程序法第一百十九條、第一百二十條及第一百二十六條參照），即行政法規之廢止或變更亦有其適用。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護」。司法院大法官釋字第529號解釋再次宣示此一立場。

整體來說，行政規則作為國家的一種行政行為，且可能間接發生對外效力，殊難認為其不得作為人民之信賴基礎。至於信賴正當性的強弱的問題，筆者以為在此應該成立的是有無基礎的問題，至於人民

信賴應該保障到何種程度毋寧是在最後一階段再做考量。

### 3. 具體行政作用

具體的行政作用，一般直接聯想到的是行政處分撤銷與廢止的問題，對此行政程序法也有明白規範，在此不再贅述。但事實上來說，不僅是行政處分，行政契約、行政計畫、行政指導與訊息之發布，甚至行政機關之承諾均為國家公權力措施，亦得作為信賴之基礎<sup>39</sup>。

### 4. 自治規章

在本文當中所關注的對象地方自治法規，依據憲法第108條規定，「前項各款，省於不抵觸國家法律內，得制定單行法規」。在此之下，地方自治團體取得由國家授予之規章制定權。依據地方制度法第25條規定，「直轄市、縣(市)、鄉(鎮、市)得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則」。因此地方自治規章可分為自治條例與自治規則，其中依據同法第28條之規定，凡法律或自治條例規定應經地方立法機關議決者；創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者；關於地方自治團體及所營事業機構之組織者；其他重要事項，經地方立法機關議決應以自治條例定之者，均應以自治條例規定。其立法方式顯然與中央法規標準法第5條相同，換言之，重要性的事項均應由地方立法機關決定之。是故，雖然此一地方自治規章不得與國家法律相衝突，就其地位而言較低於法律，但由於自治條例與自治規則之區分，使得自治條例對地方行政機關而言如同法律一樣之地位；而自治規則其性質應屬法規命令<sup>40</sup>。另外，地方行政機關仍得針對其內部事項制定行政規則。

#### (二) 信賴的表現

信賴的表現系指人民因信賴國家公權力行為將繼續有效存續，所為有關自身權益的處分。就此，必須先認知到信賴基礎的存在，換言之沒有虛構出來的信賴<sup>41</sup>。在認知到該基礎後，不論事實行為或法律

<sup>35</sup> 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁13。

<sup>36</sup> 林三欽，行政爭訟制度與信賴保護原則，2008年，頁321。

<sup>37</sup> 陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁180。

<sup>38</sup> 洪家殷，論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第525號解釋評析-，台灣本土法學雜誌第27期，2001年10月，頁43。

<sup>39</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2, Aufl., 1996, Rn. 86ff.; 吳坤城，公法上信賴保護原則初探，收錄於城仲模主編，行政法上之一般法律原則(二)，1997，頁251。

<sup>40</sup> 黃錦堂，地方制度法論，2011年4月，頁270及280。

<sup>41</sup> Kyrill-A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2001, S. 302.



行為均可認為是信賴表現。然而，雖說如此，如何認定民眾已有信賴之表現仍有爭議，此一爭議於抽象性規定作為信賴基礎時，更有討論的空間。

對於信賴表現的認定，洪家殷教授認為無論從信賴保護原則的基本理念、憲法基礎或者是現行法相關規定，均未要求主張信賴保護者必須要有具體的對外表示，因此洪家殷教授認為此處只要相對人已經信賴行政行為之存續即可，是故對於此一要件，其認為乃是信賴之存在而非信賴之表現<sup>42</sup>。此種作法毋寧是仿效德國學理上將此一要件的判斷重心由客觀上的信賴表現，轉移至主觀上當事人對於信賴基礎持續存在的信賴，只是具體的信賴表現乃是一種有力的證明方式<sup>43</sup>。反之，林明鏘教授則明白指出，人民在認識國家機關的對外行為外，客觀上必須要有一定的處置行為<sup>44</sup>。林三欽教授認為兩種不同之見解，主要在於出發點的不同，但由於如果依據行政程序法第117條規定主張信賴保護，必須要進行信賴利益與公益的衡量，倘若當事人沒有任何具體的信賴表現，則無法舉出任何的信賴利益的損失以供衡量<sup>45</sup>。對於林三欽教授的見解筆者認為不無道理，顯然無法免除此一要件的考量，但是在具體的認定上應該不拘束於處分行為，甚至消極的不作為亦可能作為信賴表現。此外，此一信賴表現必須要與信賴之基礎間具有直接因果關係<sup>46</sup>。

比較困難的問題，乃是在於抽象法規範的信賴表現，由於抽象法規範對於不特定人發生抽象效力；因此尚未建構具體的法律關係，以至於每位國民均可能隨著自己的生活規劃，對於該規範採取不同的對應方式。在此，多位學者均認為，應該從寬認定此一信賴表現，但在做法上林三欽教授訴諸於規範制定者應主動修法為人民設定適當的門檻；林明鏘教授則是認為一切消極或積極的處置行為均屬之。陳愛娥

<sup>42</sup> 洪家殷，論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第五二五號解釋評析-，台灣本土法學雜誌第27期，2001年10月，頁43。

<sup>43</sup> Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 89ff.; 洪家殷，論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第五二五號解釋評析-，台灣本土法學雜誌第27期，2001年10月，頁45；林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁16。

<sup>44</sup> 林明鏘，行政規則變動與信賴保護原則，收錄於：葛克昌/林明鏘主編，行政法實務與理論(一)，2003年，頁586。

<sup>45</sup> 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁19。

<sup>46</sup> Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 102; Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 99; Kyrrill-A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2001, S. 307.

教授則已為上述說法仍嫌曖昧，未臻明確<sup>47</sup>。筆者以為，倘若規範制定者主動規定一定之門檻卻有立竿見影之效用，但是應該與要保護的是何種利益以及如何去保護他一併去考量。此點，即便在制定過渡條款時也會發生一定之困難，即該過渡條款所要保護之範圍為何人之信賴。

對於此一問題大法官也有不同的討論，司法院大法官釋字第525號解釋針對行政函釋的變動，曾指出「任何行政法規皆不能預期其永久實施，受規範對象須已在因法規施行而產生信賴基礎之存續期間，對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現之行為，始受信賴之保護」。而該號解釋所涉及之因解釋函令變更後導致原軍事學校專修班畢業服預備軍官役及大專畢業應召入伍復志願轉服四年制預備軍官役依法退伍者，不得再比照「後備軍人轉任公職考試比敘條例」比敘相當俸級。該案之聲請人於民國78年入伍並轉服四年制志願役軍官，於民國82年退伍並於86年參加「特種考試退除役軍人轉任公務人員考試四等考試」考試及格並取得任用資格。但其考試及格前該比較「後備軍人轉任公職考試比敘條例」比敘相當俸級之規定業已修正，大法官即認為「是以(該函示)於停止適用時，尚未應考試及格亦未取得公務人員任用資格者(本件聲請人遲至八十六年始應特種考試後備軍人轉任公務人員考試及格)，難謂法規廢止時已有客觀上信賴事實之具體表現，即無主張信賴保護之餘地」。

但司法院大法官於釋字第529號解釋針對「金馬地區役齡男子檢定為已訓乙種國民兵實施辦法」<sup>48</sup>廢止後信賴保護的問題做出與上述解釋不同的結論。在該號解釋中申請人於民國80年年滿16歲，依據「金馬地區役齡男子檢定為已訓乙種國民兵實施辦法」受編為民防自衛隊員，但該辦法廢止時因未滿18歲，以致無法檢定為已訓乙種國民兵而免服兵役。對此，大法官認為「金馬地區役齡男子檢定為已訓乙種國民兵實施辦法，於中華民國八十一年十一月七日因戰地政務終止而廢止時，該地區役齡男子如已符合該辦法第二條第一項第二款及同條第二項之要件者，既得檢定為已訓乙種國民兵，按諸信賴保護原則(本院釋字第五二五號解釋參照)，對於尚未及申請檢定之人，自不因其是否年滿十八歲而影響其權益」。究其原因在於該員已經受編為民防

<sup>47</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2, Aufl., 1996, Rn. 22; 陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁182。

<sup>48</sup> 依據該辦法規定，年滿十八歲並已自衛隊訓練者，檢定為已訓乙種國民兵列管，平時編入自衛隊訓練服勤，暫時召集就地行兵員補充，支援軍事作戰。

自衛隊員，因此應保障其信賴利益。

就此來說，大法官對於抽象性之規範亦仍堅持必須要有信賴表現。但對於上述兩個司法院大法官會議解釋之說明，林三欽教授對於司法院大法官釋字第525號解釋所認為的，當事人始自民國86年考試及格，因此在該函示廢止時，並無信賴之客觀具體行為有所懷疑。其認為轉服自願役與應考試及格兩者唯一持續性信賴表現的不同階段，信賴表現的內容與程度或有不同，但同屬信賴表現<sup>49</sup>。而對於該號解釋，劉鐵錚大法官於其所提出的不同意見書當中亦認為，「大專畢業生應召入伍，因信賴該函令，從而志願轉服四年制預備軍官役，並依法退伍者，即為信賴事實之具體表現，與信賴基礎具有因果之關係」。而對於釋字第529號解釋，大法官雖然援引釋字第525號解釋關於信賴保護之說明，但林三欽教授認為大法官顯然對於該案件事實無充分認知且為細究當事人是否有信賴之表現，信賴是否應加以保護等<sup>50</sup>。可以顯見的是，大法官並未區別人民對於具體行政行為以及抽象規範間信賴表現要件的不同。往後釋字第574號解釋、577號解釋、589號解釋對於信賴保護原則雖各有說明，但亦未明確回應此一問題<sup>51</sup>。

對此，由於抽象規範並不能與具體行政行為相提並論，因此並無法如大法官所提的，取決於當事人客觀上具體表現信賴之行為，以我們所提出案例，會發現如果要有客觀上具體的現賴行為，那可能就是「意外死亡」以及「生育」<sup>52</sup>。在此，由於無法取向到具體個案中當事人信賴之事實，只能一般化、類型化的取決於受法律影響團體中的平均人<sup>53</sup>。因此，毋寧只能回到「人民得否信賴先前法規之繼續存立」，即回到該信賴基礎在這樣的觀點下可否出現不同的效力與存續力<sup>54</sup>。在此，如果要產生何以不能信任該法規繼續存立之信賴，則恐怕應該與下一要件一併考量。

<sup>49</sup> 林三欽，行政爭訟制度與信賴保護原則，2008年，頁332。

<sup>50</sup> 林三欽，行政爭訟制度與信賴保護原則，2008年，頁340-342。

<sup>51</sup> 陳愛娥教授甚至認為大法官解釋呈現高度的不穩定狀態。對此參見陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁160以下。

<sup>52</sup> 或許生養孩子尚可能稱之為在規畫之中，但意外死亡既名為意外即不可能有所信賴而規劃該行為。

<sup>53</sup> 陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁162。

<sup>54</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2, Aufl., 1996, Rn. 22.

### (三) 信賴值得保護

第三個要件為信賴值得保護，在此之重點在於排除不值得保護的信賴，質言之，僅有善意之信賴值得保護。對此行政程序法第119條指出三種不應保護之情況，雖然該條文乃是針對授益行政處分規定，但是亦應作為各種行為行政行為共通法則。此外，司法院大法官釋字第525號解釋則指出以下情況屬於信賴不值得保護者<sup>55</sup>：

- (1) 經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者；
- (2) 相關法規(如各種解釋性、裁量性之函釋)係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布，其信賴顯有瑕疵不值得保護者；
- (3) 行政規則有施行期間者；
- (4) 行政規則因情勢變遷而停止適用。

綜合行政程序法第119條規定，林三欽教授整理出五個當事人之信賴不值得保護的狀況<sup>56</sup>：

- (1) 因當事人使用不法手段，方導致行政機關做成該行政行為，例如詐欺、脅迫或賄絡；
- (2) 對於重要事項當事人提供不正確或為不完全陳述，致使行政機關陷於認知錯誤，並因而做出該行政行為；
- (3) 對於行政行為之違法性明知或因重大過失而不知；
- (4) 經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者；
- (5) 法令訂有施行期間，於該期間經過後。

## 肆、信賴保護之措施與考量點

在經過上述三個要件的審視後可以確認的是信賴應值得保護，但是在保護方式並非均以法規的繼續適用作為其保護方式，採用何種措施則有賴立法機關或行政機關具體決定之，在此首先要處理的是公私益衡量的問題與保障措施要考量之處。

### 一、公私益衡量的問題

在經過上述三個要件的審視後可以確認的是信賴應值得保護，但

<sup>55</sup> 洪家殷教授認為該號解釋僅提出「經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者；相關法規(如各種解釋性、裁量性之函釋)係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布，其信賴顯有瑕疵不值得保護者」。兩個不值得保護之情況，對此參見洪家殷，論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第525號解釋評析-，台灣本土法學雜誌第27期，2001年10月，頁51。

<sup>56</sup> 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁21。

是要以何種方式保護則仍有待討論。而在此必須先解決的前提問題乃是公益與私益衡量的問題，依據行政程序法第117條第2款規定，除了信賴無不值得保護之情況外，必須要信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。在一般情況下，信賴利益倘若無法大於國家公權力措施變動所欲維護的公共利益時，似乎不需要加以保障。事實上，信賴利益也不可無邊無際的擴大，甚至造成國家財政的重大負擔<sup>57</sup>。在此，國家機關基於法律與社會秩序的變動性，去追尋不同的公益目的；另一方面民眾則基於對國家行為的穩定性與持續性以確保其權益的保障。而對兩邊利益的衡量，最主要的工作乃是落在立法者，特別是規範制定的時候即應加以考量<sup>58</sup>。然而，此種信賴利益大於公益的說法僅是一般性的說明，以授益行政處分為例，即使無法通過行政程序法第117條第2款規定之其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者，仍有第120條損失補償之機會。此種公私益的衡量乃是實踐協調原則(praktische Konkordanz)的體現，而要追尋一個兩者間的最佳選擇<sup>59</sup>。而如何去做衡量，最終均訴諸比例原則的要求，但比例原則不會給予一個精確的解答，僅是一個必經的程序；在此之下，侵害人民之信賴必須要經過適當性、必要性與狹義比例原則的考驗<sup>60</sup>。

而除了比例原則的考量外，在具體的信賴保護措施上考量之處也甚多，對此司法院大法官釋字第589號解釋指出，「…至於如何保障其信賴利益，究係採取減輕或避免其損害，或避免影響其依法所取得法律上地位等方法，則須衡酌法秩序變動所追求之政策目的、國家財政負擔能力等公益因素及信賴利益之輕重、信賴利益所依據之基礎法規所表現之意義與價值等為合理之規定。如信賴利益所依據之基礎法規，其作用不僅在保障私人利益之法律地位而已，更具有藉該法律地位之保障以實現公益之目的者，則因該基礎法規之變動所涉及信賴利益之保護，即應予強化以避免其受損害，俾使該基礎法規所欲實現之公益目的，亦得確保」。而林三欽教授亦以為應綜合考量信賴利益之

<sup>57</sup> Kyrill-A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2001, S. 308ff.

<sup>58</sup> Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 105-106.

<sup>59</sup> Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 106; Kyrill-A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2001, S. 309.

<sup>60</sup> Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 107; Kyrill-A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2001, S. 310ff.

大小、信賴基礎的態樣、當事人所以取得之法律地位、法令溯及適用對當事人影響之程度、溯及適用對公益的影響、溯及適用所能獲致之公益效應、新法秩序對於國家財政之衝擊等，至於採取何種措施首先應由立法者通盤考量。在本文中由於涉及的問題為行政命令，因此行政機關扮演著規範制定者與適用者的角色。此處，法令廢止的目的無他，主要是因應直轄市升格與機關改制。

## 二、信賴保護之措施

如前所述，信賴保護措施並非僅有法令的溯及或不溯及適用的問題，即是否要使受信賴的舊的法律秩序繼續的存續。此外仍有採用過渡條款以及損失補償之方式來達成保護之目的<sup>62</sup>。

### (一) 存續保障

#### 1. 立法上的存續保障

如前所述，對於民眾而言，最大的目的在於法律的繼續適用，也就是法律溯及既往(適用)或者不溯及既往(適用)的問題。在此，立法者得以在修訂新的法秩序時，將新法秩序限於未來發生之案件，此即為不溯及適用條款。例如某大學修改學則，但明定修改後之內容僅適用於未來入學之新生，而排除現在在學之學生<sup>63</sup>。此一條款並非過渡條款，毋寧是長期性的適用，因此將大幅縮減新法的適用範圍，可能使其所欲追求之公共利益大打折扣，因此必須審慎為之<sup>64</sup>。

#### 2. 法令溯及適用的問題

另外一個層次的問題，即是倘若立法者並沒有存續保障之相關規定，而行政機關在法令適用上得否溯及抑或是不溯及的適用。在此可分為法令的溯及適用與法令不溯及適用；後者系指新法秩序接續於舊的法秩序發生效力，而未有回溯適用的情況。法令的溯及適用即法令的溯及既往，指新的法秩序得以回溯至既存的事實關係<sup>65</sup>。雖說對於

<sup>61</sup> 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁23。

<sup>62</sup> Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 121ff.

<sup>63</sup> 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁23。

<sup>64</sup> 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁24。

<sup>65</sup> Volkmar Götz, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Christian Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz –Festgabe aus Anlaß des 25

信賴保護而言，法律應該是第一個被想到的問題，然而在國內從法律不溯及既往來加以討論者竟為少數<sup>66</sup>。

關於新的法律秩序得否回溯到已經發生(或終結、或既存)的事實關係，對此有所謂的真正與不真正溯及既往的問題。如前所述，溯及既往乃是將新的法律秩序適用於既存的事實關係，但何謂既存的事實關係乃是長期爭議所在，也是對於真正與不真正溯及既往區分的重點所在<sup>67</sup>。

真正溯及既往與不真正溯及既往這個我國法律系學生均熟悉的論述模式，乃是德國聯邦憲法法院於1960年5月31日的判決中所提出，在經過長年的發展後以普遍被德國學界所接納，不真正溯及既往由於其所適用的案件事實尚未終結。而一般來說所謂的尚未終結之事實，指的是新法律公布時，尚未完全實現被變更之法律的法定構成要件，是故，與構成要件相連結的法律效果未出現或者是未完全出現<sup>68</sup>。一般來說，真正溯及既往使民眾無法預知到未來的法律狀態，因此不符合憲法上法治國原則之要求<sup>69</sup>。

另外一種被提及的論述模式則為構成要件溯及既往與法律效果的溯及既往，此一論述模式乃是聯邦憲法法院的第二庭於1986年提出，法律效果之溯及既往指的是法律規定開始適用的時間範圍早於該法律生效之前。另一方面，倘若規範之法律效果的發生，取決於其公布前之相關事實，則是構成要件的回溯連結<sup>70</sup>。而前述的法律效果的溯及既往乃是與法治國原則下的信賴保護與法安定性有所扞格<sup>71</sup>。然而，兩

個論述模式其並無真正的區別，事實上來說，真正溯及既往本來就是指以實現被變更的法律構成要件並以已發相連結之法律效果的行為<sup>72</sup>。Bodo Pieroth即表示，事實上此一新的取向，毋寧只是為過去的論述模式更換標籤<sup>73</sup>。是故，此種論述上的說明與上面關於真正與不真正溯及既往的問題乃是換湯不換藥。

而關於新舊法律秩序適用的問題於中央法規標準法第18條有如下規定，「各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，除依其性質應適用行為時之法規外，如在處理程序終結前<sup>74</sup>，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但舊法規有利於當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規」。此即所謂的從新從優的表現，但處理的問題僅在於進到行政程序後的問題<sup>75</sup>。

然而，真正不溯及既往雖然拘束行政機關，但是否也限制了立法者的形成空間，簡言之此一原則是否為立法原則。對此，彭鳳至大法官曾於民國九十二年為文指出，由目前憲法解釋實務觀察，法律不溯及既往原則並非可以拘束立法者的憲法原則<sup>76</sup>。然而，此種說法備受質疑<sup>77</sup>，事實上來說大法官雖然沒有明文表示但從其言語中已經隱諱地指出此一原則乃憲法原則而得拘束立法者，例如釋字第352號解釋，「且該法對修正施行前，已從事土地登記專業代理業務，並依照當時法規取得合格證明或登記卡者，准予繼續執業。至於實際上已從事土地登記代理業，而未取得合格證明或登記卡者，本無合法權利可言。而上開法條既定有五年之相當期間，使其在此期間內，自行決定是否參加考試或檢覈，或改業，已充分兼顧其利益，並無法律效力溯及既往之問題」。對於此號解釋之說法，林三欽教授認為最後「…並無法律效力溯及既往之問題」，精確來說指的是「(上開法條)以兼顧法律不溯及既往原則與信賴保護原則，並未違憲」<sup>78</sup>。

<sup>72</sup> 陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁189。

<sup>73</sup> Bodo Pieroth, Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 1990, S. 281.

<sup>74</sup> 應指行政程序終結前，而非行政救濟程序。

<sup>75</sup> 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁50。

<sup>76</sup> 彭鳳至，法律不溯及既往原則之憲法地位，台灣本土法學雜誌第48期，2003年7月，頁5以下。

<sup>77</sup> 陳愛娥，國小校長的「遴用」或「遴選」-法律溯及既往原則的相關問題-，台灣本土法學雜誌第21期，2001年4月，頁141以下；林三欽，行政爭訟制度與信賴保護原則，2008年，頁301-302。

<sup>78</sup> 林三欽，行政爭訟制度與信賴保護原則，2008年，頁302-303。

jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht, Band. II, 1976, S. 425; 林三欽，行政爭訟制度與信賴保護原則，2008年，頁304與314。

<sup>66</sup> 陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁177。

<sup>67</sup> 林三欽，行政爭訟制度與信賴保護原則，2008年，頁304；陳愛娥，信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁179。

<sup>68</sup> Eberhard Grabitz, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl 1973, S. 677; Bodo Pieroth, Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 1990, S. 280.

<sup>69</sup> BVerfGE 31, 222, 225; Volkmar Götz, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Christian Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz –Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht, Band. II, 1976, S. 430.

<sup>70</sup> Bodo Pieroth, Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 1990, S. 280ff.

<sup>71</sup> BVerfGE 72, 200, 241.

## (二) 過渡條款

第二個被提及的信賴保護手段為過渡條款(Übergangsregelungen)<sup>79</sup>，過渡條款指的是修法時納入某種調和式的規範調和法秩序修正所追求的公共利益以及當事人的信賴利益。其所追求者乃是所謂的過渡正義(Übergangsgerechtigkeit)，在此前述公益與私益調和時所強調的比例原則的考量，在此就更顯重要<sup>80</sup>。關於過渡條款其實仍可細份為不同類型如下<sup>81</sup>：

### 1. 在時間上或案例類型上限制「得繼續適用舊法的範圍」 (zeitlich oder sachlich eingeschränkte Aufrechterhaltung des alten Rechts)

倘若立法者在新法施行後一段時間內允許施行前已經發生的案例適用舊法即所謂的在時間上限制「得繼續適用舊法的範圍」。另一方面，案例類型上限制「得繼續適用舊法的範圍」；當然兩者兼具者亦有可能<sup>82</sup>。第一種情況例如某大學修正其學則規定，「本學則修正規定施行前已入學之學生，得於本學則修正施行之日起三年內適用修正前之學則」；另一方面在我國為了準備實施新法，也可能賦予法律另行生效之時間，例如84年12月26日修正發布之公務人員俸給法施行細則第19條第2項規定，「本細則修正條文第十五條、第十五條之一，自中華民國八十九年一月十五日施行」<sup>83</sup>。

而案例類型上限制「得繼續適用舊法的範圍」則如教育人員任用條例第30條之1即規定，「本條例修正施行前已取得講師、助教證書之現職人員，如繼續任教而未中斷，得逕依原升等辦法送審，不受大

<sup>79</sup> 過渡條款之定位有學者認為仍屬存續保障之一部分，國內學者如林明鏞教授即屬之。對此參見林明鏞，行政規則變動與信賴保護原則，收錄於：葛克昌/林明鏞主編，行政法實務與理論(一)，2003年，頁596。德國學者如Stefen Muckel，參見Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 120ff.

<sup>80</sup> Stefan Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 119-120; 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁25。

<sup>81</sup> Stefan Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S.120ff.; 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁25以下。

<sup>82</sup> Stefan Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 122-123.

<sup>83</sup> 對此參見釋字第605號解釋。

學法第二十九條之限制」。兼具兩種的情況如某大學修正其學則規定，「本學則修正規定施行時二年級以上之學生，得於本學則修正施行之日起三年內適用修正前之學則」。

### 2. 嚴苛排除條款(Härtklauseln)

德國學界所指的「嚴苛排除條款」系指新法秩序施行後若對於某些特定案例造成過於嚴苛、難以期待當事人忍受之效果時，則得依據新法的規範對於此類案件為必要之處置，以其減輕其受到新法之衝擊，此種必要的處置包含給予財產上利益以及排除全部或一部法秩序之效果<sup>84</sup>。

### 3. 適應上的協助(Anpassungshilfen)

此種過渡條款在新法中規範減輕或排除新法秩序帶給民眾不利益之減輕措施。其具體的做法例如藉由財產上或者是其他實質的補貼<sup>85</sup>。

### 4. 新舊法分段適用

新舊法分段適用乃是將同一案例事實分為兩階段，一部分適用新法，另一部分適用舊法，例如勞動基準法第84條之2規定，「勞工工作年資自受僱之日起算，適用本法前之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依其當時應適用之法令規定計算；當時無法令可資適用者，依各該事業單位自訂之規定或勞雇雙方之協商計算之。適用本法後之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依第十七條及第五十五條規定計算」。基此，資遣費與退休金給予標準以勞動基準法施行日為分界，分成前後兩階段的年資<sup>86</sup>。

### 5. 延後新法生效

延後新法生效，指的是新法並未在公告時立即生效，而藉由施行日期的延後使民眾與政府機關有所適用，此種情況於我國甚多，例如行政程序法第175條規定，該法於民國90年1月1日生效，但該法實際上於民國88年1月15日制定。又現行之個人資料保護法於民國99年5月26日修正，原名為電腦處理個人資料保護法，但依據該法第56條之規定，部分條文之生效仍待行政院公告之。

<sup>84</sup> Stefan Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 124; 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁26-27。

<sup>85</sup> Stefan Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 125-126.

<sup>86</sup> 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁27-28

## 6. 逐漸落實制度

此種過度條款乃是逐步實施新的規範，使民眾得以適應，例如依據新修正之公務人員退休法第11條規定，「任職滿25年」條件自願退休者，其月退休金起支年齡條件原則上訂為60歲，惟任職年資達30年以上者，月退休金起支年齡為55歲。但為減輕對於公務員之衝擊，該條第5項規定未符上述條件者，於新法實施第1年至第10年間按法定指標數計算月退休金起支年齡。法定指標數自修正條文施行第1年訂為75，其後每年加1，至第10年為84<sup>87</sup>。

### (三) 損失補償

對於信賴保護的最後一種方式，即是對於人民因新法造成信賴利益上的損失加以補償(Ersatz des Vertrauensschades)。以此方式保障人民之信賴，可使法秩序變動所欲追求的公共利益得以完整的實現<sup>88</sup>。於德國學理上認為此種補償方式僅能用於當事人所蒙受之不利益得以金錢衡量時<sup>89</sup>。對此有詳細介紹的林三欽教授卻有不同之意見，其認為我國現有公權力措施帶給人民之損失救濟，以金錢給付作為損失補償的方式對於財產上與非財產上之損失(如藥害救濟制度、冤獄賠償制度)。是故，針對金錢無法衡量的損失項目，事實上亦得由金錢給付損失補償來維繫法益上的衡平狀態<sup>90</sup>。

然而，在此困難之處為如何估算其信賴之價值，並據以財產補償仍有討論的空間<sup>91</sup>，特別對於抽象法秩序的信賴上來說，更有其困境<sup>92</sup>。此一任務原則上應由行政機關在具體個案上作認定，在此之下個案之間即可能產生補償數額之不同，但立法者得制定一上限<sup>93</sup>。

<sup>87</sup> 參見該法「附表一公務人員退休法第十一條第五項附表—自願退休人員年資與年齡合計法定指標數表」。

<sup>88</sup> Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 126.

<sup>89</sup> Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 142; Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 126.

<sup>90</sup> 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008年，頁24-25。

<sup>91</sup> Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 143; Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 127.

<sup>92</sup> 林明鏘，行政規則變動與信賴保護原則，收錄於：葛克昌/林明鏘主編，行政法實務與理論(一)，2003年，頁597。

<sup>93</sup> Stefen Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei

## 伍、信賴保護原則的具體化

對於信賴保護的相關問題有所理解之後，我們必須回到不得不面對的問題，即在本文之初即已提出的三個問題，而三個問題在處理上面恐怕也會有不同的路徑。對此筆者打算循著信賴基礎、信賴之表現、信賴值得保護與否，公共利益與私益間的衡量以及補救措施。

### 一、「新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例」的適用可能

在此，所涉及到的問題倘若有新莊市民欲打算依據「新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例」之規定申請意外死亡或殘廢補助者，依據該條例第8條第1項規定，申請意外死亡補助，應自死亡發生日<sup>94</sup>起六個月內申請，逾期申請視為放棄，不予受理。申請意外殘廢補助，應自意外發生日起一年內申請，逾期申請視為放棄，不予受理。

#### 1. 信賴基礎

在本案中，該自治條例為一抽象規範如前所述仍得做為信賴基礎，但是比較大的問題在於何人的信賴應被保障。自治條例由地方行政機關提出，地方立法機關通過亦相當於法律之地位。

#### 2. 信賴之表現

在此，由於意外事故之發生並非連續之事實，毋寧僅產生於一時間點即已告終止，而該事實發生之後依據「新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例」即可申請該補助。倘若參酌前文提及之信賴保護要件中第二個要件即信賴的表現時，則出現一難題，如何論證出此處民眾有信賴之表現<sup>95</sup>。在此，如果從先前筆者引用Harmut Maurer所提的「人民得否信賴先前法律之繼續存立」立場來加以說明，則殊難認定何以機關之改制原法規即不再繼續存在。而在此，此一要件無法繼續討論的問題在於意外死亡一事很難成立所謂的信賴表現。

#### 3. 信賴是否值得保護

倘若當事人無信賴不值得保護之情況則因保障其信賴該法規繼續

Gesetzesänderungen, 1989, S. 127.

<sup>94</sup> 以相驗屍體證明書上所載日期或法院宣告死亡日為準。

<sup>95</sup> 就此，洪家殷老師之主張似乎更顯價值。林明鏘教授即強調此一見解對於行政規則變動而言，極富參考價值。對此參見林明鏘，行政規則變動與信賴保護原則，收錄於：葛克昌/林明鏘主編，行政法實務與理論(一)，2003年，頁588。

存在下得申請補助之利益。參照本文所引述之信賴不值得保護的五種情況，該條例應無違，且無重大明顯違反上位規範之情況。而雖該自治條例經新北市政府公告廢止，但並非其訂有施行期間，於該期間經過後而廢止之情況。綜此，其信賴應非屬不值得保護之情況。

#### 4. 公私利益衡量與信賴保護之方式

而倘若使該自治條例繼續適用，當事人得以取得一定之補助；是故，該條例廢止後所影響者乃民眾之財產權。另一方面，該條例之廢止乃是因應永和市之改制，並使全市之規範統一，就此相較之下，信賴該自治條例存續之利益顯然應加以保障<sup>96</sup>。

至於其保障其信賴利益之方式，如前所述有多種選擇，何種選擇最佳應首先取決於規範制定者之決定。在此，倘若該當事人於該自治條例廢止之時業已提出申請，似乎依據中央法規標準法第18條規定辦理應無疑義。該條規定為「各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，除依其性質應適用行為時之法規外，如在處理程序終結前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但舊法規有利於當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規」。由於該自治條例業已廢止，所聲請事項已不存在因此無法直接適用該規定。另外，倘若當事人於該自治條例廢止時，仍未提出申請，則行政程序無從開啓自然也無中央法規標準法第18條的問題。

在此，筆者以為不管有無提出申請就該自治條例廢止前之事實，適用現今之法律秩序難謂無侵害法律不溯及既往之要求，因為該事實已經發生於過去某一時點。就保障當事人權利而言，仍應適用當初之法秩序。質言之，仍可適用已廢止之自治條例辦理補助<sup>97</sup>，但為求明確應制定過渡條款規範廢止前已發生之意外死亡或殘障，所保障者當然應該與廢止之日時仍未失其請求權限之當事人，其得據之申請補助。

## 二、「永和市婦女生育補助要點」的適用可能

### 1. 信賴基礎

相較於上面有關「新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例」適

<sup>96</sup> 更令人狐疑的是為何某些鄉鎮市之規範未被廢止。

<sup>97</sup> 事實上，九二一地震後依據緊急命令與「921大地震受災戶役男徵服國民兵役作業規定」，受災役男於民國89年3月24日前應提出轉服國民兵役之申請，但有部分案件如是否為受災戶仍有爭議或因資訊不足而位於該期日前提出申請者，於上述規定廢止後仍給予轉服國民兵。參見[http://www.taiwan921.lib.ntu.edu.tw/921\\_10/arch02-08.html](http://www.taiwan921.lib.ntu.edu.tw/921_10/arch02-08.html)(2011年8月3日查閱)。

用的問題，本題之信賴基礎並非僅是一個抽象之法律規範，由於當事人依據上述「永和市婦女生育補助要點」之規定已向永和市公所申請該補助，但由於並不符合該補助要點之規定而遭駁回並因此提起訴願，而一番波折後又經台北縣政府以北府訴決字第09906005xx號決定「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分」。就訴願決定而言，其性質亦為一行政處分，該決定不僅拘束原處分機關亦拘束當事人。而當事人對此亦有信賴，然而，當該決定做成時，原處分機關其作成決定之法規已被廢止；事實上原處分機關業已不存在。

### 2. 信賴之表現

本案例當中信賴之表現亦無須過於強調，因為該訴願處分對於原處分機關自有拘束力。就管轄而言，依據行政程序法第11條規定應由改制後承接該業務之機關-即永和區公所負責另為適法之處分。

### 3. 信賴是否值得保護

相較於上一案例，本案乃是針對具體之行為有所信賴，是故應考量之點較多。然而，在此似乎亦無信賴不值得保護之情況出現。

### 4. 公私利益衡量與信賴保護之方式

與第一案之情況相同，本案爭執之焦點也在於是否可以領取補助金，是故所涉及的基本權利仍為財產權。而其所附麗之行政規則因為機關改制而廢止。

而所依據之法令雖已廢止，從法令不溯及既往之要求仍得適用該要點之規定，因為其事實乃發生於過去。只是無解的是，即便依據「永和市婦女生育補助要點」能否作成訴願會所要做成之適法決定。其原因無他，因台北縣政府訴願會於北府訴決字第0990600561號訴願決定書當中具體指摘的問題事實上乃是該要點並不合於憲法上關於平等原則之要求。

在台北縣改制為直轄市後援各鄉鎮市所公布之生育補助要點均已廢止，但新北市政府另訂有「新北市政府發放婦女生育獎勵金補助要點」，然而依據該要點補助對象為民國100年1月1日至100年1月31日出生，並於新北市完成出生登記新生兒之母。如此規定似乎忽略了新北市政府成立乃是成立於民國99年12月25日，且仍有部分之母親未即時於上述四個鄉鎮市公所制定之規範廢止時而申請補助<sup>98</sup>。

<sup>98</sup> 令人好奇的是「臺北縣萬里鄉公所辦理鄉民生育補助費發放作業要點」卻未被廢止。

### 三、「台北縣燈桿懸掛旗幟管理作業要點」的整合

「台北縣燈桿懸掛旗幟管理作業要點」第五點之規定，燈桿懸掛旗幟應長 180 公分(6 呎)、寬 60 公分(2 呎)為原則。此外，應於旗面正面右下角位置以 2 公分字格標示核准字號及施作插設旗幟之廠商名稱。且核准期限已 15 日為限，最多得於懸掛期限屆滿前 3 日提出展延 1 次。然而，與此同時原本台北縣各鄉鎮亦紛紛制定了類似的規定，以「台北縣樹林市路燈桿懸掛廣告旗幟管理自治條例」為例，該條例第 5 條規定懸掛之廣告旗幟長 150 公分、寬 60 公分。且依據該條例第 4 條規定每次懸掛期間以三十日為限，若有需求，期滿一週前得申請懸掛期間延長一次三十日。然而，「台北縣燈桿懸掛旗幟管理作業要點」並無收費之規範，反之「台北縣樹林市路燈桿懸掛廣告旗幟管理自治條例」第 4 條復規定，每次每幅為新臺幣壹佰元整。懸掛期間未滿十五日者，以每次每幅為新臺幣伍拾元整，十五日以上未滿三十日者，以三十日計算。

倘若某一樹林市市民，欲打算於該市街道上懸掛廣告旗幟，即應依據「台北縣樹林市路燈桿懸掛廣告旗幟管理自治條例」，即便改制為直轄市後，該自治條例上依據地方制度法第八十七條之二特規定，經改制後之直轄市政府核定公告後，繼續適用二年，則本來各該直轄市政府即已針對此一問題設定一過渡期間，足以確保當事人之信賴不受侵害。然而，由於該條例尚未廢止，當事人也無法遽然要求適用「台北縣燈桿懸掛旗幟管理作業要點」之規定辦理。

### 陸、結語

信賴保護乃是從憲法上基本權保障及法治國原則而來的基本原則，並且已為大法官多號解釋所強調。此外，並具體落實在行政程序法當中之規範，但關於抽象性的法律規範因變更後影響到人民之權益者，由大法官解釋之實例來說即多次出現爭議，重點在於如何證明當事人有客觀信賴之事實存在。而倘若對於此一要件看待過於嚴格，則恐怕民眾之基本權利即無法受到保障。因此，回到法規本身討論其是否應當繼續存立，恐怕較有意義。而肯認信賴保護之條件存在後，仍應衡量公私利益，本次法規之變動原因無他，乃是因應直轄市改制，此一理由相較於民眾對該法規之信賴而言，似乎不具說服力。而在其法律效果上面，原則上有多重做法實際上在法律釋義學上採取不真正溯及既往的解釋方式，非憲法所不能容許，只是為使規範明確化建議制定一時間上的過渡條款一勞永逸解決該問題。

### 與談實錄

#### 主持人【邱代理局長】

以上係胡教授針對法規整併問題，從信賴保護原則切入，自其要件、信賴基礎、信賴表現及有無值得保護之利益分析，同時也區分法規和行政規則而有不同處理方式時，應如何衡量公、私益之情形。接下來請黃錦堂教授進行與談。

#### 與談人【黃錦堂教授】

主持人及在場各位先進大家好，很榮幸參加這場評論，閱讀胡教授本篇報告後，深覺博大精深。本人在政治學系任教 22 年，對於法學著作有一些感想。本篇報告高度專業性，而更重要者為充滿德國式的概念與用詞，除非略作舉例或回到我國的生活用詞而為說明，否則若向部長作報告，部長會有理解上的困難，現場聽眾如非留學德國法背景者，亦然。以下提供白話式之說明：

信賴保護於現代民主法治國家之運用，非屬少見。常見的案型，為已有新的情事，立法者或被授權之行政部門乃針對之而修改既有的法規範。例如空氣污染防治法規定由主管機關制定空氣污染排放標準，此標準一般而言每隔一段時間會朝嚴格化之方向修正，理由是為經濟發展、科技發展水平提升，而國人對於就此之人民生命健康保障水平之要求也提昇。空氣污染排放標準之調高，對於既有之廠商，將帶來衝擊，自不待言，問題從而在於如何調整？對於此種案型，工廠之業主得否主張信賴保護？一般而言，如果當事人係信賴法律或據之而制訂之法規命令，因國家法律具有高度公信力，不可輕易變更，當事人從而具有較堅實的信賴基礎。反之，如所信賴者僅係行政規則，或當事人所信任者為一施政計畫(較不穩定性，有待後續落實、修正)，或相關法律與法規命令中已經明文保留變更之可能性，則其信賴基礎薄弱，不可不察。換言之，信賴基礎之強弱，會影響吾人對於當事人是否值得保護之判斷。

其次，若當事人以積極作為或消極不作為方式而施行詐術，取得許可(例如補助款)，則其不值得保護。一般來說，當事人大都是善意的，不致於施行詐術，行政機關就詐術之有無須負舉證責任。

第三，文章中提到之新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例，新北市政府如決定對於該自治例不予沿用，其目的若係出於五都成立，中央立法者對於五都行政首長之全新施政具有高度期待(地方制度法係規定對舊自治條例原則上不予適用，直轄市政府如認有必要時，



方予逐一公告沿用。表示地制法修改時立法者有意形成一新秩序，減少舊制之罣礙，其對於五都勢力開展新局有高度期待，則新北市政府對於合乎原新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例之補償案件，就有較大之衡量空間。如因五都(新)成立而各有財政上的困難，則也得正當化補償費之減少發放。

信賴保護之核心就如同胡教授所言，此係一「法原則」，而非「若P則Q式」之具體條文規定。此一原則，正如同所有的法原則，有待具體化，亦即應隨著時空環境，不斷經由建立案型而為具體化。吾人也得比擬言之，例如一對男女相愛結婚，結婚時承諾「相愛一輩子」之原則；此原則必須隨著生活情狀而有具體化。如此男為軍人駐外服役有重要任務，於其妻生產時仍無法陪伴在旁，此時並非違反原則，但如為一般公務員夫妻，則又另當別論。

在永和市婦女生育補助要點部分，其是以「要點」訂定，「要點」之法位階低從而法安定性差，以此點來說，在評價上，其應當較新莊市市民意外死亡及殘廢補助自治條例，受到較低的保障。儘管如此，但吾人也要知道，在臺灣，鄉鎮市長多半不願意訂定自治條例，而以要點代之，目的在於迴避代表會的審查。其次，如果上開永和市的要點才剛剛頒佈，僅適用1個月而已，則人民的信賴度保護較低；反之，如該要點已經適用20~30年，則儘管其非法律或自治條例之位階，但市民對其之信賴度，較值得保護。

本案新北市政府並未改變舊制，而訂有新北市政府發放婦女生育獎勵金補助要點，該要點係自100年1月1日生效，而新北市政府係成立於99年12月25日並已經於當日起不適用原鄉鎮市公所之規定，故有時間上之些許落差。對於此中間時日所發生的市民意外死亡及殘廢之案件，若當事人家屬申請補助，個人以為，應從寬處理，以達信賴保護、人權保障之目的，至於方法上得由新北市政府修正要點而溯及生效，使成為無縫接軌。

總之，信賴保護係源於人權、法治國原則導引而出之要求，性質上為「法原則」，其固然已經有若干明確的判斷標準或案型，例如當事人詐騙時之不予保障及法規朝嚴格化方向修訂時之酌給過渡時間等，但這兩個標準還不窮盡，而有進一步的細膩案型或標準的發展可能，於此須與時俱進調整並有台灣實存的政經法制結構的觀照，如此才能達到信賴保護原則之最適落實。

### 主持人【邱代理局長】

謝謝黃老師之高見，除了信賴保護原則外，另外也提供不同的思考面向，可從立法者形成新的法律秩序正當性如何、財政及和其他地域之衡平性等之觀點，由個案考量其特殊性。

### 與談人【蔡進良律師】

各位先進午安，很榮幸有機會在此與談，首先是拜讀了胡教授之大作後之心得，另外的想法是，本人去年很榮幸地參與了台中市改制升格後自治法規之整併研究案，經由此過程，閱讀千種地方自治法規，亦觸及本議題，或基於此，主辦單位邀請本人參與本次與談。

胡教授之文章脈絡清楚，以信賴保護原則為其主軸，再以三個事例檢證在自治法規整併過程中，信賴保護原則適用所面臨之問題。法治相對於人治，法有其可預見性、可測量性及可信賴性。信賴其不會隨意更動，在此基礎上，人民可規劃、實踐自己所信仰之生活方式內容，此為法治國家可貴之處。圍繞此法律價值之下有許多法律原則，剛才黃老師也提及法律原則與法律規則(法律條文)在法理學上係屬二種規範性質或在操作上有其不同之處，此確為的論。一般我們所說法律原則其所展現之命題並非全有全無之規範命題，其與法律規則或已形成法律條文化、有一定構成要件者所展現係全有全無之規範命題不同。也就是說某一具體事實，只要合致了A、B、C三構成要件，在此法律條文之下，就推導出一樣之法律效果，此為法律規則或法律條文之特質。但法律原則則不然，可能在A、B二個具體個案，就展現其不同之規範內涵，其展現並非全有全無之規範命題。因此，法律原則在實質法治國家可以做為實定法、形式法律條文欠缺實質正義內涵時之修整，甚至變動。基於此特質，A、B二法律原則也有可能產生融和之情形。不同事例要適用何法律原則，才是最恰當的？胡老師文章第15頁提及，當操作信賴保護原則時要公公益衡量，也要注意比例原則。由此可證上述，原則與原則間有一定融和之情形。

第二點，個人以為，法規之整併要優先考慮：一、是否具體權利已形成？或僅為一利益？二、此權利或法律關係為一時性或繼續性？三、為授益性或負擔性內容？此為個人在過去執行台中縣市自治法規之整併過程之體會。首先，如果依照舊自治法規結合一定具體生活事實，例如生產、死亡，該當了舊自治法規之要件時，其權利已存在，在其權利未消滅之前，適遇99年12月25日自治體合併改制，此時要考慮之問題，係對其既存權利(不論係以行政處分、行政契約或私法契約之存在形式)之影響。在過去台中縣市公務員曾問我，如在台中縣市整併之前已締結之契約(不論為行政契約或私法契約)，在99年12月25日縣市整併後是否仍有效？個人以為，此依舊法規所訂定之契約仍為有效。即依照舊自治法規結合一定具體生活事實，例如生產、死亡，該當了舊自治法規之要件時，其權利已存在，在其權利未消滅之前，適遇99年12月25日自治體合併改制，要如何對待？此並非信賴保

護之問題，這或許和胡老師有不同看法。這部分應該是考慮比例原則之問題，此並非完全沒有信賴保護原則之適用，而是主要考慮比例原則。即對於既存權利是否要沿續保障或變動，此涉及訂立或整併為新法規時要考慮比例原則。就如同剛才黃老師所說的，訂立新法規，要政策、利益考量，必須要思考比例原則。如認為對人民之既得權剝奪不妥時，可以相當程度以過渡條款之方式處理。再者，如果是依照原自治法規，是否取得權利或法律上地位不明確時，或僅有信賴原自治法規之信賴利益，或已生一定之繼續性法律關係，例如原受領為繼續性給付，在原自治法規時代已有受領資格，適逢自治體整併，其是否仍可繼續原來給付內容受領？方有信賴保護原則適用之問題。最後，如有信賴保護原則適用之問題，又需考慮是否為有利之變動？例如台中縣市原有21鄉鎮市，各鄉鎮市補助各不相同，如訂立新法規後可以適用更高額補助，個人以為也沒有信賴保護原則之適用問題。另外在繼續性法律關係適用到信賴保護原則時，也會適用法規不溯及既往原則。

第三點，對於人民來說，操作信賴保護原則，最重要的是人民是否已有信賴表現及衡量公公益後，要採取何種保障方式。就信賴表現部分，大法官會議釋字605號解釋已建構一抽象標準，如預期可取得之利益、舊法規之重要要件是否已具備，如重要要件未具備客觀上是否可以期待實踐或主觀上透過努力以達成實踐該目的等，建議胡老師可以對此部分加以評釋。另外對於公公益衡量保護措施部分，個人贊同胡老師採存續保障、過渡條款及損失補償之見解。但大法官對於過渡條款之概念範圍似乎較廣，與胡老師未盡相同，但此非對錯之問題。

最後，釋字620號解釋認為如有未訂定保護措施，顯然構成法律漏洞時，法官應積極填補，惟大法官未進一步說明如何填補之界限；法律漏洞在廣義之法官造法下其界限為何，學理上殊有爭議，個人很期待胡老師也能對此部分發表見解。

個人認為，也許許多法律原則在各種案型皆會涉及，但何者才是最主要的原則應釐清。以本文中所涉三種案型，基本上皆屬既得權保障之問題，或許還不必適用信賴保護原則，而係適用比例原則及基本權保障之問題。

### 主持人【邱代理局長】

感謝蔡律師針對法規整併提出之問題，應先釐清民眾依原有法規取得權利，是否應續予保障；如權利本身或法律地位不明確時，其與

信賴利益間有何法律關係；適用信賴保護原則，如因法律變動造成人民有不利影響時，應如何處理等。接下來，請胡教授針對二位與談人之意見發表回應。

## 回應與討論

### 報告人【胡博硯教授】

感謝二位評論人給我的意見，本文仍有需要改進之處。黃老師一直是我期待的評論人，今天終於一償宿願。黃老師提及本文有過於漫長或小題大作之問題，同時也回應蔡律師之問題，雖然本文中三個案例可能會呈現不一樣的情況，但案件相對單純，都是人民對於財產權上有補助款之問題，只是政府與當事人間之關係，非三面關係。剛才黃老師提到如本文是向部長或市長報告，文中三個案例，如不發放補助款，當事人可能會每天來陳情；如同意發放補助款，如發放給新莊市民，他鄉鎮卻不發放，可能又有被按鈴申告圖利罪之問題。這就是法律工作者之困難所在，法律常遇到原則與原則衝突之情形，一方面要保障新法之施行，係法安定性及法治國原則之要求；一方面對於過去擁有權利者之保障，也是法治國原則之要求。如何去取捨原則與原則之衝突，即是困難點。在本文之新莊市案例中，要保障的是案件事實發生在99年12月25日往前計算六個月之當事人，因為此段期間可能僅有部分符合要件事實之人申請，而有部分人未申請，所以要解決的是沒有申請之當事人要如何解決之問題。

另外，黃老師有提到是否會因為當事人信賴基礎是自治法規或要點之不同，而有不一樣之法律效果？林三欽老師亦曾提及此問題。個人常在思考，如何告訴人民其為不同？對人民來說，自治條例、自治規則、法律或具體之行政作用等，這些抽象性的法規對人民會不會產生的信賴感是相同的。當然在立法之分配上，卻有不同，而且就重要性事項而言，都是由法律規定；不重要事項，原則上都是訂定規則。可是要如何說服人民其信賴基礎是有所不同的，人民確實是因信賴基礎不同而有分別嗎？陳愛娥老師亦對此持保留態度。雖然在法學上可以重要性理論區分重要或不重要，但對於人民來說，都是很重要的，所以在實證上觀察可能會和法學家認定有所不同。對於是否要發給人民補助這件事，當然我們要具體考量信賴基礎為何、立法者之本意為何、對於所有之當事人是否一概適用及信賴基礎是否有不同效力，另一方面再去衡量私益的部分。或許要再進一步去細緻討論如何分類處

理。

蔡老師所提及法規整併要考量之三個觀點，個人並非認為本議題沒有一時性及繼續性，或是沒有授益性和負擔性之問題，而是個案事實之當事人在當下皆已發生了，所以沒有特別去討論，而且在負擔性的部分可能會更趨複雜，因為要調和彼此間之關係。蔡老師所提及之「具體權利是否形成」，個人確實沒有全盤採納釋字第605號解釋，因為釋字第605號解釋是否可以在憲法上推導出既得權和期待權之分類，個人尚有疑問，仍在思考。另外，個人也承認比例原則在既有權之調和是很重要的原則。至於釋字第589號解釋部分，每個人的分類不同；釋字第620號解釋之說法，本人是贊同的，不過本文所舉三案例都相對單純，未涉及司法機關之問題。本文三案例所涉及者皆為行政命令，非法律，立法者及執行者皆為行政機關，因為解釋及適用法律者相同，相對單純。如果是行政機關適用法律，並因而提起訴訟至司法機關時，確實會有司法機關填補漏洞界限之問題。因為此界限當初是由立法者所設，立法者可能認為公益較大，而不認為有過渡條款之問題，要如何去填補漏洞？此部分評釋確實是本文未來可以繼續努力的方向。

### 主持人【邱代理局長】

謝謝胡教授對於二位與談人所提問題的回應，包括法規與行政規則是否構成不同的信賴基礎，還有公公益衡量的部分，以及既存權與信賴利益之區分。接下來，開放各位先進提問。

### 提問人【臺北市政府環保局李孟聰】

本府舊工程管理要點中對於某一項缺失是以記缺點之方式處理，但於新修訂之工程管理要點對於此項缺失則採取記點又同時罰款之方式，因為環保局之工程履約期長，而當初締約時又將此舊工程管理要點訂為契約內容之一部，因此要點是由本府訂定，環保局又為契約之一方，如適用新要點似乎成為單方變更契約，此時要應適用舊要點或新要點較妥？就教於各位專家。

### 主持人【邱代理局長】

今天所提之三案例，前二個似乎為授益性之規定，請問在信賴保護原則之適用上，是否會因其為給付行政或市府環保局同仁所提到之有記點、罰款之負擔性法規而有所不同？因為在法制實務上，此二類情形皆會發生。在生育補助方面較複雜，99年12月25日改制後，舊法

規已失效，新法規尚未訂定，因涉及預算之關係，無法追溯到99年12月25日，之後本府有補救措施。剛才蔡教授也有提到既得權的部分，生育補助到底是以既得權或信賴保護之觀點為權利基礎？例如女性懷孕時，對於生育補助有一期待可能性，是否可以主張有信賴保護或是既得權？這些問題，能否請各位老師補充說明。

### 報告人【胡博硯教授】

有關環保局先進所提之問題，廠商一方會主張不適用新法規；市府則可能主張適用新法規，因為是採不真正溯及既往之想法，認為履約之事實並沒有終結。但是以簽約之時點為認定或要認為履約事點持續？以市府之想法如適用新法規溯及既往最有利，這時可能要考量到比例原則。個人認為因為本案履約事實繼續，所以應該可認為不真正溯及既往。因為契約是把要點納入，而非把要點內容納入。

另外，有關局長提到生育補助之問題，個人認為過渡條款是要解決自99年12月25日回溯六個月有請求權之人要如何處理。至於不論是從既得權或期待可能性之想法，因為改制後舊法規已消失了，新法已接續實施，新北市已有統一規範，所以如果要回溯適用舊法規，本人是持較保留之態度。

### 與談人【蔡進良律師】

在政府採購法之體系下分為二階段，行政法院先後亦有決議，認為決標後是私法關係。我們應先定性此罰款非行政罰法上之罰款。如果是行政罰法上之罰款，違反行政法上義務要以行為義務當時之法律或自治條例有明文規定者為限，此為行政罰法第4條明定。本案既係私法關係，雙方關係之形成係由於契約或契約所引致之法規，但其基本上仍是契約條款之內容。如果嗣後因為地方自治條例、規則改變，可能就不能認為可以單方決定增加罰款。個人以為此並非溯及問題，因為契約訂定當時，內容已經具體化，之後只是履行權利義務。大法官會議釋字第604號解釋對於交通違規事件涉及一時性或繼續性，也有不同看法，不過本人認為本案並非繼續性，時間之因素並不會導致其權利義務之變動，本案型並非繼續性法律關係下因新法規變動，而有不真正溯及既往原則之適用或法律事實溯及之連結。

另外，有關局長提到之問題，個人認為，如果人民在原法規下已合致該法規之構成要件，取得某種權利。例如符合法規生育補助或死亡補助之要件，六個月不行使權利才消滅，在此之前不論有無行使，該權利皆存續。如果第四個月時，自治體合併或改制，此時就需考

量地方制度法第87條之3規定，由新自治體需繼承。對於原取得權利者，新自治體自治法規如立法政策不欲繼承，在自治法規之整併時就需考量到比例原則和人民權利保障問題。因為此時等同剝奪原權利者之權利(例如原補助3萬元，改為不補助或僅補助1萬元，如果改補助5萬元，當然沒有信賴保護問題)，才會有考量過渡條款之情形，但這並非主要需適用信賴保護原則之問題，而是比例原則及人民權利保障之問題；例如在胡老師文中所提的第一及第二案例，是當事人已該當舊法規之要件，取得權利之情形即是。但如屬於釋字第469號解釋曾提及，是否有主觀上公權利不明確，或是明顯為一繼續性法律關係，這時就要考量信賴保護原則之適用問題。如果就剛才所提新北市之案例，個人以為仍是既得權之問題，而非信賴保護之問題。

### 與談人【黃錦堂教授】

對於裁罰或不利之規定可否溯及？個人同意胡教授之見解。德國法區分為新處罰性法規通過前已完成之違規(行為)案件，以及新處罰性法規通過後方才發生之違規(行為)案件。對於後者，一般認為得適用新法規加以處罰。

其次，若官民兩造當事人間之信賴基礎為私法契約，一般來說，公部門之契約多以法規為依據，若法規修正則公部門會隨之要求修正契約條款，或已於契約條款中保留修改權，或是於定性為行政契約時依行政程序法之規定而為事後之調整。所以，該私人(業者)之信賴基礎，一般而言並非特別堅強。如果契約之修改係源於法律或法規命令或自治條例或自治規則(性質上為地方之法規命令)所要求，則表示新的規制政策具有堅強的法源基礎，該私人的保障更是相對弱化。另外，如果新的處罰規定係對業者構成嚴重的限制或不利益，則原則上應提供過渡期間。

對於前者，即新處罰性法規通過後，其得否針對通過前已發生之違規行為，為溯及之處罰？自當事人之權利保障及裁罰性規定仍有「罪刑法定原則」(我國行政罰法採之)適用之角度以觀，應採不溯及說。但在德國法上亦有例外，如舊契約簽訂時有諸多嚴重疏失、前後矛盾、主要部分未納入，或簽約後有新事實發生足以正當化新管制規定，或新管制規定有高度民主正當性。例如最近挪威發生激進份子持槍大屠殺之事件，造成嚴重傷亡，但挪威之法令最重僅有處有期徒刑20年，並沒有死刑之規定，但此為挪威空前之慘案，得否修法嚴格處罰，並回溯適用到本案件？個人以為，以犯行之嚴重性而言，可有討論空間。

### 報告人【胡博碩教授】

本人與蔡律師觀點最大不同處在於既得權與期待權之分配方式。因為既得權與期待權之分配方式只有在釋字第605號解釋提及，之前釋字第525及529號解釋均未提及。也顯示大法官近來解釋從不同脈絡取向，不以信賴保護之立場來討論，而直接以基本權保障論述，如直接討論基本權有無被侵害之問題，即不會討論到信賴保護之問題，此在德國法上亦有採取此方式討論者。本人一向以信賴保護之角度切入，係因信賴保護由法秩序安定性及基本權保障支持而來，有基本權保障，才會進入到討論有無信賴保護及法律是否要溯及適用之問題。如果以具體之行政作用來看，所失利益是否在會行政處分之補償範圍內？亦或只補償所受損害？在具體之行政作用，應該沒有機關會補償預期利益，所以個人是把預期利益放在不重要的位置，只有形成基本權之後，才會納入思考，此為本人和蔡律師觀點不同之處。釋字第605號解釋對於既得權與期待權之分配方式，值得我們去思考是否有必要有此分類方式。

### 主持人【邱代理局長】

今天非常謝謝報告人、與談人等3位老師精彩的報告及與談。



## 訴願專論選輯—訴願新制專論系列之十二

---

出版者：臺北市政府

編印者：臺北市政府訴願審議委員會

發行者：主任委員 蔡立文

地 址：臺北市信義區市府路1號8樓東北區

臺北市民當家熱線：1999，外縣市：(02)2720-8889

傳 真：(02)2759-3266

網 址：[www.appeal.taipei.gov.tw](http://www.appeal.taipei.gov.tw)

電子信箱：[web24000@mail.taipei.gov.tw](mailto:web24000@mail.taipei.gov.tw)

印刷者：艾迪麥創意國際有限公司

地 址：臺北市萬華區和平西路3段382巷11弄15號

電 話：(02)2308-8822

傳 真：(02)2306-6379

ISBN： (平裝)

GPN：

中華民國100年12月初版