

台南市政府法制處

「實質意義法規命令與對人或對物之一般處分 學理區分及實務操作」

鑑定意見書

鑑定人：國立中興大學法律學系教授 李惠宗

壹、法規命令作為一種具有法律效力的抽象規定

一、法規命令在法治國家中之地位

法規命令須經法律之授權，故又稱「委任立法」或「授權立法」或「準立法」。行政程序法第 150 條就法規命令有定義性的規定：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」

法規命令本質上係立法作用的結果，但由於現代國家立法職能行使的有限性及行政職務的分殊化，立法無法鉅細靡遺針對各種事項自為規定，遂有法規命令的制度，在立法明確授權下，委由行政機關實現立法作用。

法規命令包括法律直接授權給地方自治團體訂定之抽象性規範，例如各縣（市）政府依停車場法（2000.1.19）第 23 條所定之「汽車運輸業、買賣業、修理業、洗車業及其他與汽車服務有關之行業設置停車場辦法」，即屬法規命令。又如漁業法第 44 條規定：「主管機關為資源管理及漁業結構調整，得以公告規定左列事項：一、水產動植物之採捕或處理之限制或禁止。二、水產動植物或其製品之販賣或持有之限制或禁止。三、漁具、漁法之限制或禁止。四、漁區、漁期之限

制或禁止。（以下略）」則根據其中第 4 款規定之「漁區、漁期之限制或禁止」命令，即屬法規命令。

二、法規命令之制頒

行政程序法第 150 條規定：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」準此，法規命令之制頒須符合三個要件：

（一）授權依據之明示

法規命令應有法律授權，係基於權力分立而來的要求。因基於權力分立之體制，抽象規範的制定權係專屬於立法權，但因時代變遷，社會事務日益複雜與專業化，且由於立法過程耗時，許多抽象規範，僅屬技術性與細節性的規定，立法者未必比行政者更具有能力完成任務，於是從功能分擔的角度來看，立法者有必要授權給行政者「因事」「因時」「因地」制宜地規定執行的細項，而立法者僅保留規範的控制權限即為已足。從權力分立的功能分擔與制衡的角度來看，透過「授權依據的明示」，立法權可以較為簡便地進行「事前規範控制」。

有問題的是，如果法規命令沒有明示獲得授權之依據，該法規命令是否無效，或有其他效果，行政程序法並無明文規定。行政程序法僅於第 158 條第 1 項第 2 款規定：法規命令「無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權利者」，無效。若屬其他情形，例如雖有授權，但未明示其依據；或雖無法律之授權，但僅屬規定機關職務分配與管轄，而非直接剝奪或限制人民之自由或權利，僅屬法規命令有瑕疵，但未至於無效，係立法監督的問題。

（二）不得違反法律授權範圍

法規命令當然不得違反法律授權範圍，此係「法律授權明確性原則」的具體化。「法律授權明確性原則」要求子法不得逾越母法之範圍，若逾越母法之範圍者，即屬牴觸法律，依行政程序法第 158 條第 1 項第 1 款規定，係屬無效。法律授權是否明確，以授權目的、內容與範圍是否明確為據，若母法未授權行政機關得處罰人民，法規命令卻逕行規定行政制裁之構成要件與法律效果，則屬違反法律授權範圍。

（三）法規命令不得違反「立法精神」

所謂的「立法精神」即「法律目的」。沒有立法目的的法律，是沒有生命的規範。法規目的之探求，基本上應就法規範的法律條文所形成的客觀意旨而定。

三、法規命令的效力

法規命令經立法合法授權，並由行政機關經合法的程序公佈，即發生效力，通常法規命令係填補法律本身的不足，故法規命令與法律結合起來，法律的效力才能完整化。在生效時間上，中央法規標準法第 13 條、第 14 條已分別明文規定，並無疑義：

「法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第三日起發生效力。」

「法規特定有施行日期，或以命令特定施行日期者，自該特定日起發生效力。」

貳、一般處分

一、一般處分的由來

由於我國行政訴訟制度，對於公權力措施，限於屬於行政處分始可提起行政訴訟。而由於相當多的具有多數當事人的行政措施，雖非直接針對特定人而發生法律效果，但也針對可得特定之人民，產生直接的拘束力，但此類行為如果不屬於行政處分的概念，既無法進入訴訟救濟的程序中，對法治國家的權利保障制度會產生漏洞，故德國行政法學界乃創造出「一般行政處分」的概念，藉以擴充行政處分的概念範疇。一般行政處分簡稱「一般處分」，一項行政行為確認屬於一般處分後，具有釐清訴願及行政訴訟適格當事人之範圍的意義，進而亦可確定訴願決定及行政法院判決所及的主觀效力範圍（訴願§95；行訴§214），從而「一事」不再理的客觀範圍亦可一併確定（訴願§77 七；行訴§200 一）。「一般處分」與「具體行政處分」相對，處分生效時點，一般處分通常自「公告日」或「刊登政府公報之日」生效，具體行政處分則以經送達為生效時點（行程§110）。

一般處分本身就是行政處分，只是相對人並不是具體特定，或所形成的法效果具有持久性，但畢竟與法規命令不同。法規命令係法律授權，由行政機關制訂

補充性的規定，以完成法律的功能；而一般處分係行政機關直接作成對外發生效果的一種行政決定。

二、一般處分的種類

一般處分的概念，在行政程序法第 92 條第 2 項中予以引進，該項規定：「II. 前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分。III. 有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同。」依本條規定，一般處分有如下的分類。

（一）對人之一般處分

對人之一般處分係指行政機關所作成之決定，其相對人雖非特定，但依一般性特徵可得確定其範圍者。例如紅綠燈之發揮指揮交通的作用、行車速限禁制標誌的設置¹、或一時性的交通管制或經常性的調撥車道、警察命集會遊行人群解散、命雞農進行預防接種、下令感染口蹄疫之牛隻不得移動，下令撲殺口蹄疫病豬、國民中、小學學區之編定、土地地目之編定，土地現值之公告、里鄰之調整、蓄水區之劃定等。

（二）對公物的一般處分

公物係指行政機關在實現公共任務過程中，所擁有「物」的資源，此些「物」依其本質，有幾種：

一、財政財產：又稱收入財產（Finanzvermögen），此種財產係指行政主體所有之金錢物資及其收益，用以作為行政費用或財源者，如公庫之現金、公有土地、森林及其他經濟上可供公眾利用之天然資源（例如地下水）及土石等²。

二、行政財產：行政財產（Verwaltungsvermögen）係指行政主體直接供各機關公用的物件，如辦公廳舍、辦公用品、消防隊之設備、垃圾掩埋區等。

1 參陳敏，交通標誌之法律問題，收於當代公法新論（中），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，2002/7，頁 181/196。

2 實務上頗多違法占用國有土地之高爾夫球場，因違法占用面積過大，致個案上——往往美其名稱「就地合法化」，甚或違反「公共用財產不得處分」之原則（國產§28），賤賣予違法之業者，大大違反財政法之法理。參聯合報，1995.9.8，第 6 版，「高球場佔用國有地讓售風波」新聞。

三、公共用財產：亦稱公共用物（öffentliche Sache），係指行政主體為達行政目的，直接供諸一般市民使用之有體物，例如道路、橋樑、湖泊，甚至無實體性質之電波頻率等亦包括在內³。

而一般處分所涉及者乃公共用公物。公共用公物本質上係提供給人民作一般使用，亦即縱使有設定一般使用的對價，例如高速公路之收取通行費，亦非屬經過特許始得利用的狀態。而對於公物一般使用之「設定、變更、廢止」，因涉及到可得特定的相對人，故亦屬一般處分，稱為對公物之一般處分。例如斑馬線設置、行人徒步區的設定、路邊停車位的劃定、交通號誌的設置和使用⁴、匝道管制、街道更名、門牌編定、單行道的設定或改為雙向道、剪綵（公物公用開始、捷運通車）、廢止公用（終局封閉道路或移除行道樹）。此種對公物一般處分，主要係針對公物供公眾利用狀態的創設、變更或廢止，其效力乃反射於一般利用者。故行政機關擬將行道樹（通常已形成特殊景觀）移除，人民對之有依賴利用的關係，而該機關移除行道樹如欠缺正當化事由，仍有提出訴訟的訴訟利益，其基礎乃「移除行道樹」係屬一般處分，可能對居民利用權及其他法律上利益造成侵害⁵。

早期實務上發展出「以一種措施是否造成人民權益之侵害」，作為是否為行政處分的判斷標準。但此種作法混淆了行政訴訟的「形式合法要件」與「實質合理要件」。一種行政行為是否為行政處分，屬行政訴訟「形式合法要件」的問題，是否有造成侵害的事實，則屬「實質合理要件」的問題。若無行政處分之存在，縱發生侵害權益之情事，亦非行政訴訟所應審究。有判例稱：「原告以此項變更計畫，將使其所有土地降低其價值，損害其權益，對被告官署此項變更都市計畫之行為，提起訴願，自非法所不許。」（59 判 192 判例）此一判例結論上值得

3 參林騰鶴，公物概念之研究，東海大學法學研究，第 16 期，2001/12，頁 1/5。

4 參前行政法院 81 年度判字第 1797 號判決。本件個案係有民眾認為「新竹市政府不選用警告號誌、限速號誌、黃色警示燈、路邊警語、路面慢行標誌等施設，逕在其門前繪設會發出噪音及震動之減速標線（跳動路面），又不設置隔音牆，造成其生活不便，形同擾民」，所提起之訴訟。但行政法院並未就此種措施的法律性質予以說明。事實上，類此個案，該減速標線設置應屬「對公物之一般處分」。

5 此種訴訟類型在日本有一著名的「日光太郎杉事件」，值得參考，參李惠宗，公物利用之類型及其法律性質之探討，經社法制論叢，第 4 期，1989/7，頁 195/221；園部逸夫，裁判行政法講話，日本評論社，1988/4，頁 67 以下。

贊同，但其以都市計畫變更「將使其所有土地降低其價值，損害其權益」作為提起行政訴訟之形式合法性要件，則有商榷餘地。

釋字第 156 號解釋亦有相同情形：

「主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，自應許其提起訴願或行政訴訟以資救濟。」

本解釋並非將「變更都市計畫」視為「一般處分」而容許就之提起行政訴訟，而是以「『如』直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔」為前提，「才」認為其具有行政處分之性質，亦有將行政訴訟之實質合理性與形式合法性錯置之嫌。蓋行政處分之概念是中性的，可能發生不利的結果，也可能發生有利的結果。不能僅以發生不利結果始定位其為行政處分。蓋不利之結果是行政訴訟有理由的要件，而非行政處分之本質概念。

參、台南市政府制定之「台南市沿近海海域燈火漁業進漁區有關限制事項」、「台南市所轄海域魷魚漁業禁漁區有關限制事項」及「台南市所轄三鯤內海域叉手網漁業禁漁區有關限制事項」之性質檢討

一、從法規命令觀點檢討

（一）各該規範的性質

「台南市沿近海海域燈火漁業進漁區有關限制事項」、「台南市所轄海域魷魚漁業禁漁區有關限制事項」及「台南市所轄三鯤內海域叉手網漁業禁漁區有關限制事項」係屬台南市政府依據漁業法第 44 條第 4 款授權所訂定之抽性規定。其中雖然有違反漁業法規定，應如何裁處的「裁罰性基準」，而「裁量基準」本質上係屬「行政規則」之屬，但由於各該規定，基本上仍以漁業法第

44 條第 4 款授權所訂定之公告禁捕漁區之限制，故其主要內容係屬「法規命令」之性質，應無疑義。

（二）地方制度法因應改制的規定

地方制度法第 87 條之 2 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。」

本條規定的標的是「自治法規」，至於「法規命令」是否一體適用，容有探究之餘地。本鑑定意見認為，原獲得授權之行政機關如已因組織改造而消滅，係屬「吸收合併」的形式，則新組織就其原已訂頒之法規命令，自當繼續承受之。但如果兩個組織合併而成立新的組織，原組織已經消滅者，則原法規命令應另行訂頒。故本條僅規定「自治法規」，得經改制後之直轄市政府核定公告後，繼續適用二年，但並不包括法規命令，除非地方制度法特別規定。

上開地方制度法之規定旨在使合併改制為直轄市的直轄市政府，就原訂頒之自治法規，不會因為組織的變革，立刻失其效力，造成法規規範的空窗，是為正確之立法。但其前提是「經改制後之直轄市政府核定公告後，繼續適用二年」，是以未經「改制後之直轄市政府核定公告」，則既有之自治法規將因而失其效力。就此內政部 100 年 3 月 14 日台內民字第 1000048730 號函釋在案。然新直轄市的「核定公告」，應在何種期限內（新直轄市政府成立後二個月？六個月？）為之，地方制度法第 87 條之 2 並未規定，故在適用上，增加法規規範制度的不明確性⁶。

本案三件有關漁業法第 44 條第 4 款授權所訂定之法規命令即屬上開情形，迄今 100 年 10 月底，在合併後的台南市，因未經台南市政府核定公告各該「……有關限制事項」繼續適用，故已失其效力。

（三）就已失效之法規命令可否令其再生效力

⁶ 從立法技術上來看，本條規定得不夠縝密，其實若以法規規範原則上不應該因為組織變革而發生失其效力的要求來看，本條應規定：「……自治法規及各行政命令，未經改制後之直轄市政府廢止者，繼續適用二年。」以擔保不會因為新政府的成立，人事倥傯，造成法規規範的空窗。

就已失效之法規命令可否經合併後的直轄市直接再「核定公告」，使其再生效力，在立法程序上，應有可疑。

雖然上開內政部函釋認為：「新直轄市政府如認原直轄市、縣（市）政府所發布之各該實質意義法規命令有繼續規範之必要，得循原法制作業程序重行「公告」或「令」訂定發布程序，且溯及自改制日（99 年 12 月 25 日）生效。」

此一解釋，使各直轄市政府在二年內皆得隨時公告，並溯及既往生效，以補充可能因為法制作業疏忽而造成的法規範空窗期。此種含釋結果，固然可以使各直轄市政府增加彈性處理的方便，但不無法理上的疑義，特別是會涉及到處罰規定時，更有違反「行政罰法定原則」之虞。此種情形會隨著時間的經過，更顯出其不合理之特性。

但本鑑定意見認為，凡法律未規定應於何時期為之而未為之，會產生特定法律效果者，應屬法律漏洞，可類推適用訴願法第 2 條第 2 項「二個月」的期間。是以，現在縱使要訂定各該「法規命令」，縱使內容係將就規定照錄，一字不變，都是一個新的制訂命令的過程，其效力亦應自「發布之日」起算至第三日生效，而非溯及自改制日（99 年 12 月 25 日）生效。基於「不利益，不溯及既往」之立法限制原則⁷，法律可以溯及既往的情形，限於對人民有利之事項。法規命令係以行政機關履行立法功能，故亦同受此一原則之拘束。上開三個法規命令，如果另行公布，皆應自各該命令公布時起生效，而非溯及自改制日（99 年 12 月 25 日）生效。

二、從一般處分觀點檢討

上述各該個規定是否可能係屬「一般處分」——對公物的一般處分？

按一般處分係行政機關直接作成對外發生效果的一種行政決定。由於給該規定內容係基於「漁業法」的授權而來，又訂有違反規定的裁量基準，很難認為係屬對公物（海面）所為變更其一般使用的對公物的一般處分。

⁷ 參李惠宗，案例式法學方法論，初版，新學林出版公司，2009/10，頁 103。