

# 都市計畫之計畫形成自由 及其司法審查密度<sup>\*</sup>

## ——以德國法制為觀察比較之對象

傅 玲 靜<sup>\*</sup>

### 要 目

#### 壹、前 言

一、楔子——與「臺北市捷運  
萬大—中和—樹林線捷運  
開發區（LG01站）」開發  
案相關之都市計畫內容

(一)主要計畫之變更及細部計  
畫之擬定

(二)行政法院之裁判

二、本文觀察

#### 貳、空間總體計畫之自由與限制 ——以德國法為基準

一、空間總體計畫與空間部門  
計畫

(一)空間總體計畫之層級性

(二)空間部門計畫之規劃特性

二、建設計畫為區域性空間總體  
計畫之重要類型

(一)土地使用計畫——具準備性  
質之建設指導計畫

(二)建設計畫——具拘束力之建  
設指導計畫

(三)建設計畫與土地使用計畫之  
關係——發展原則

三、建設計畫之特殊類型——與  
開發案有關之建設計畫

(一)基本概念

<sup>\*</sup> 本文初稿發表於2018年11月16日臺中高等行政法院、中興大學法律系主辦之「2018公法研討會——土地行政法」，作者感謝與談人最高行政法院侯東昇庭長及與會專家學者提供之寶貴意見。並感謝本文匿名審查委員提出之審查意見，使本文論述更加嚴謹。惟文中如有任何錯誤，仍由作者自負文責。本文為科技部補助專題研究計畫（MOST 104-2410-H-004-061-，執行期限：104/08/01~105/07/31）之部分研究成果。

<sup>\*\*</sup> 政治大學法律系副教授，德國慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：一〇八年九月六日；接受刊登日期：一〇九年四月二十二日

(二)開發案及公共設施開發之計畫

(三)建設計畫程序及開發案之許可

四、空間總體計畫之計畫形成自由及其司法審查

(一)計畫法規範之特性——目標性規範

(二)計畫形成自由之內涵

(三)計畫形成自由之界限——司法機關對於計畫形成自由之審查

(四)計畫形成自由違法之法律效果

參、我國都市計畫司法審查之檢視與比較

一、司法審查之標的

(一)德國法規審查程序之審查標的——建設計畫之擬定及變更

(二)我國撤銷訴訟之爭訟標的——主要計畫及細部計畫之個案變更

二、司法審查之密度

(一)對於引用判斷餘地理論之檢討

(二)重新界定都市計畫之司法審查密度

三、個案中司法審查論述之觀察

(一)司法審查之標的

(二)司法審查之密度

肆、結語

## 摘 要

我國對於都市計畫司法審查之實務，長期以來基於司法院釋字第156號解釋之意旨，無論變更者為主要計畫或細部計畫，皆認其性質為行政處分，而得成為撤銷訴訟之爭訟標的。至於在司法審查密度的論述上，行政法院的說明不一而足，近年來較常見者為關於判斷餘地理論之論述。本文藉由德國已發展較完善之空間總體計畫法制中關於計畫類型及計畫形成自由的理論，重新檢視我國長期以來對於都市計畫司法審查之審查標的與審查密度的問題。對於審查標的，行政法院未來應正確理解主要計畫與細部計畫之關聯性及法律性質，始得以使都市計畫法規審查程序之制度設計及運作符合空間計畫法之法理。至於司法審查密度的問題，行政法院不僅須重新認識判斷餘地理論，更應建立空間計畫法關於計畫形成自由及利益衡量理論之說理。惟在我國都市計畫法及相關法規立法規範不足的情形下，欲藉此達到對於空間計畫發揮司法監督之功能，勢必仍是力有未逮。欲完善我國對於空間總體計畫之司法審查制度，釜底抽薪之計，除須於行政訴訟法中增設空間計畫之法規審查程序外，更重要的工作則在於修正都市計畫法等相關空間總體計畫法規，重視其為目標性規範之特性，強化對於計畫形成自由之認識及規制，如此始可使我國空間計畫法制及對於都市計畫合法性之監督制度得以更臻完備。

**關鍵詞：**都市計畫、空間總體計畫、空間部門計畫、目標性規範、德國建設法、建設計畫、與開發案有關之建設計畫、計畫形成自由、利益衡量原則、利益衡量瑕疵

## 壹、前言

### 一、楔子——與「臺北市捷運萬大—中和—樹林線捷運開發區（LG01站）」開發案相關之都市計畫內容

#### (一)主要計畫之變更及細部計畫之擬定

臺北市政府為辦理經行政院於民國（下同）99年核定「臺北都會區大眾捷運系統萬大—中和—樹林線」之事業興辦計畫，依都市計畫法（以下簡稱「都計法」）第27條第1項第4款規定，辦理「配合臺北市捷運萬大—中和—樹林線工程變更沿線土地為交通用地及捷運開發區（LG01站）主要計畫案」（以下簡稱「系爭主要計畫案」）及「擬定臺北市捷運萬大—中和—樹林線捷運開發區（LG01站）細部計畫案」（以下簡稱「系爭細部計畫案」）。

系爭主要計畫案計畫書圖之主要內容，係根據目標年（民國120年）旅運需求之預測及結合車站兩側鄰近建物採土地開發方式辦理。而所提供之捷運設施大小及其空間配置，除符合捷運系統設施規範外，另須使旅客進出動線流暢，以滿足捷運系統營運及乘客方面使用為目的。關於捷運系統用地之劃設，分別將編號交一用地由住宅區變更為交通用地、編號交二用地由機關用地變更為交通用地、編號交三用地由商業區變更為交通用地、及編號捷四用地由住宅區及商業區變更為捷運開發區。此外，另規定鄰接交通用地之其他使用分區之建築線指定、交二及交三用地供作車站出入口及通風口設施使用並應依相關規定退縮建築等事項<sup>1</sup>。

至於系爭捷運開發區細部計畫案之擬定，即配合上述主要計畫內容，基於考量地區發展定位及落實大眾運輸導向之都市發展規劃及設計理念，將基地劃為捷運開發區，規定依大眾捷運法及相關規定辦理

<sup>1</sup> 參見臺北市都市計畫整合查詢系統，配合臺北市捷運萬大—中和—樹林線工程變更沿線土地為交通用地及捷運開發區（LG01站）主要計畫案，計畫書，頁11-12及14，<https://www.webgis.udd.gov.taipei/upis/book/P104013.pdf>，造訪日期：2019年11月15日。

土地開發。此外，並就其土地使用分區管制（包括土地使用強度、使用項目、停車需求及地下開挖率等事項）、容積獎勵、高度及後院深度放寬（包括捷運開發區容積獎勵及建築高度限制）及都市設計等事項為詳細規定<sup>2</sup>。

### (二) 行政法院之裁判

相關判決之當事人甲、乙、丙、丁四人（以下簡稱「甲等四人」）共有之土地（以下簡稱「系爭土地」）位於上述捷運開發區範圍內，面積402平方公尺，甲等四人亦為其上建物（以下簡稱「系爭建物」）之區分所有權人，並自65年起於系爭土地上共同經營商務旅店。對於系爭計畫案將系爭土地劃入捷運開發區不服，對於系爭主要計畫案及細部計畫案之核定，分別向核定機關之上級主管機關行政院及內政部提起訴願。因訴願皆遭決定駁回，甲等四人即分別提起行政訴訟。針對原告分別對於本件開發案主要計畫及細部計畫之核定公告提起之行政訴訟，對於主要計畫之審查，經臺北高等行政法院105年度訴字第1125號判決及最高行政法院106年度判字第496號判決，原告敗訴而判決確定。對於細部計畫之審查，經臺北高等行政法院105年度訴字第711號判決及最高行政法院106年度判字第345號判決，原告亦敗訴而判決確定。

臺北高等行政法院於105年度訴字第1125號判決中，提及計畫形成自由：「行政機關擬定都市計畫時，不僅須分析目前社會及經濟等情況，尚須預測未來人口及經濟等發展，始能夠得出計畫的具體內容。而就都市土地使用之規畫，固屬於行政機關之計畫形成自由，惟於具體的計畫內容必須權衡各種公益和私益，以確保計畫內容之合理性。」<sup>3</sup>但最後又引用判斷餘地理論作為審查之論述依據，進而判決

<sup>2</sup> 參見臺北市都市計畫整合查詢系統，擬定臺北市捷運萬大—中和—樹林線捷運開發區（LG01站）細部計畫案，計畫書，頁11-16，<https://www.webgis.udd.gov.taipei/upis/book/P104018.pdf>，造訪日期：2019年11月15日。

<sup>3</sup> 參見臺北高等行政法院於105年度訴字第1125號判決理由六、（一），行514-518；參見司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=>

原告敗訴。最高行政法院106年度判字第496號判決，論述上則另闢蹊徑，跳脫傳統法學論證方式，進一步以目的及手段間的關係觀察都市計畫及聯合開發二者之關聯，而作出支持臺北高等行政法院判決之見解。

在臺北高等行政法院105年度訴字第711號判決中，則出現下列論述：「都市計畫包括主要計畫及細部計畫行政，係涉及一定地域『未來』發展之『綜合』預測、評價與規劃，依法均必須經由專家學者等組成都市計畫委員會審議。又有關計畫行政之法律，雖抽象揭示其立法目的，但並無可據以涵攝之構成要件。法律內所揭示之目的，應如何具體化，應以何種方式達成，由主管機關規劃之。對主管機關決定之合法性，行政法院雖得審查，但因法律給與主管機關廣大之形成自由，其審查受有限制。」<sup>4</sup>惟最後仍引用判斷餘地理論，並判決原告敗訴。而最高行政法院106年度判字第345號判決，對於計畫行政之司法審查密度，則認為「關於都市計畫涉及高度專業判斷，其擬定、核定計畫具有相當寬廣之計畫形成自由，得據以從事計畫裁量。且都市計畫具有整體性，其任何一部與計畫整體間具有不可分之關係。如擬定、核定計畫機關有完全欠缺法益（公益或私益）之衡量，或對於重要法益未經衡量，或對有關權益為不符比例原則之高估或低估等重大瑕疵情事，即屬裁量濫用。行政機關本於行政權作用而為之裁量行為，除有逾越權限或濫用權力而構成違法之情形外（行政訴訟法第4條第2項），合理性之裁量行為原則上應予以尊重。」<sup>5</sup>進而最高行政

---

JD&id=TPBA,105%2c%e8%a8%b4%2c1125%2c20170406%2c2，造訪日期：2019年11月15日。

<sup>4</sup> 參見臺北高等行政法院105年度訴字第711號判決理由七、(一)，行212-219；參見司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPBA,105%2c%e8%a8%b4%2c711%2c20160823%2c1>，造訪日期：2019年11月15日。判決中指出相關說明之出處，可參見陳敏，行政法總論，第9版，2016年9月，頁210。

<sup>5</sup> 參見最高行政法院106年度判字第345號判決理由五、(三)，行271-279；參見司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPAA,106%2c%e5%88%a4%2c345%2c20170630%2c1>，造訪日期：2019年11

法院即依此審查基準，認定原審判決並無違誤之處，判決駁回上訴。

## 二、本文觀察

由上述對於行政法院就同一開發行為涉及之主要計畫及細部計畫作成之判決及論述，可知依都計法第27條第1項第4款所為之都市計畫個案變更，司法實務長期以來基於司法院釋字第156號解釋之意旨，無論變更者為主要計畫或細部計畫，皆認其性質為行政處分，而得成為行政訴訟（撤銷訴訟）之爭訟標的。至於在司法審查密度的論述上，行政法院的說明則不一而足，近年來較常見者為關於判斷餘地理論之論述。更進一步者，則是由計畫法的角度，強調計畫法規範密度較低的特性，代表立法者給予行政機關較大之形成自由（計畫形成自由，亦有稱之為計畫裁量），司法者對於行政機關之審查密度即大幅減低。至於此時行政法院得審查之事項，僅最高法院106年度判字第345號判決由利益衡量的角度，明確指明：「如擬定、核定計畫機關有完全欠缺法益（公益或私益）之衡量，或對於重要法益未經衡量，或對有關權益為不符比例原則之高估或低估等重大瑕疵情事，即屬裁量濫用。」換言之，目前行政法院對於都市計畫司法審查密度的說理，至今莫衷一是。遑論於個案中，法院更於單一判決中自行發展形塑都市計畫之法律原則，以作為其論述的依據。

然而都市計畫基於其空間計畫之特性，司法機關之司法審查密度是否亦應依其特性而有不同，即有進一步研究之必要。如以德國法作為比較之對象，可辨明我國與德國法制及司法實務相異之處。而以德國法作為比較觀察的法制之原因，一方面在於我國行政法學界及實務界廣泛繼受之判斷餘地理論雖源自於德國，但德國於相關空間計畫的行政訴訟中，卻並非引用判斷餘地理論作為司法審查密度的說理依據，而與我國司法裁判中之說理大相逕庭。此外，最重要者為關於空間規劃之實定法規範內容的差異，德國依據空間規劃的基本理論，在

相關法制上有更詳細的規範可作為司法對於空間計畫進行司法審查時之依據，此為我國法制所不足之處。為對於我國就都市計畫相關法制及司法實務見解為進一步觀察及檢討，本文以下將以與德國法進行比較觀察之角度，對於都市計畫之司法審查密度進行研究。

在研究範圍上，本文以空間計畫之計畫形成自由及其受司法審查之限制為核心。主要原因在於自司法院釋字第742號解釋公布後，社會各界及法學界由不同角度對於本號解釋揭示之意旨及都市計畫之行政爭訟進行討論<sup>6</sup>，而在行政訴訟的制度改革上，司法院提出行政訴訟法部分條文修正草案送立法院審議<sup>7</sup>，仿效德國行政法院法（*Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*）<sup>8</sup>第47條之規定，於行政訴訟法第二編增訂「都市計畫審查程序」專章（第二編第五章，第237-18條至第237-31條）。修正增訂之條文於二〇二〇年一月十五日公布，並自二〇二〇年七月一日施行。於修正草案總說明中即已指出行政法院於實體審查時，一旦認定都市計畫違法，例如違反利益衡量原則，原則上即應宣告都市計畫無效<sup>9</sup>。因此瞭解空間計畫法中計畫形成自

<sup>6</sup> 例如：陳明燦，都市計畫定期通盤檢討變更之法律性質與相關問題分析——司法院釋字第742號解釋之簡論，*台灣法學雜誌*，第313期，2017年2月，頁13-28；辛年豐，衝破法院大門的都市計畫／司法院釋字第742號解釋，*台灣法學雜誌*，第317期，2017年4月，頁155-162；林孟楠，行政命令之具體司法審查與訴訟類型——評司法院釋字第742號解釋，*憲政時代*，第43卷第3期，2018年1月，頁343-379；林明鏘，都市計畫通盤檢討變更之司法救濟——評析釋字第742號解釋，*裁判時報*，第68期，2018年2月，頁60-77；程明修，都市計畫之救濟——兼論行政行為雙重性質與行政處分相對化之爭議，載*行政訴訟制度相關論文彙編第9輯*，2019年12月，頁193-216。

<sup>7</sup> 行政訴訟法部分條文修正草案於2019年4月18日經立法院第9屆第7會期司法及法制委員會第14次全體委員會議審查完竣，須黨團協商；參見立法院動態資訊網法案追蹤平台，<https://lis.ly.gov.tw/billtpc/dispprog?3:1044960916:0031618:SPGMS>，造訪日期：2019年11月17日。

<sup>8</sup> *Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.3.1991 (BGBl. I S. 686)*, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 12.12.2019 (BGBl. I S. 2652).

<sup>9</sup> 立法院第9屆第6會期第14次會議議案關係文書，院總第829號，政府提案第16606號，行政訴訟法部分條文修正草案總說明。

由及其界限的相關理論，特別是與利益衡量原則之關係，即為本文之研究範圍。至於對於都市計畫之法律性質、正當程序及司法院釋字第774號解釋所涉及行政爭訟中之訴權等問題，即非本文討論之議題，特此說明。

## 貳、空間總體計畫之自由與限制——以德國法為基準

計畫法是一個複雜的法體系，參照行政程序法第163條關於行政計畫之定義，可知只要涉及行政機關對於未來一定期限內為達成特定目的所為之事前規劃之法規範體系，即屬計畫法性質。其中，對於土地、自然及景觀的使用範圍及強度進行規劃的計畫法體系，英美法稱之為土地使用法（land use law）<sup>10</sup>，德國法稱之為空間規劃法（Raumplanungsrecht）<sup>11</sup>。對於該領域的研究，長期以來屬於城鄉規劃及都市計畫等專業領域，我國法學界對於該領域的法制研究仍有限。在我國對於空間計畫法之法學理論建構上尚未完善的情形下，以下即由相對於我國而言在此領域已有完善法制及理論的德國法角度，對於空間規劃法的體系架構進行概略認識。

<sup>10</sup> 依美國學者John R. Nolon、Patricia E. Salkin、Morton Gitelman之介紹，威斯康辛大學法學院Jacob H. Beuscher教授（1907-1967）為美國最早投入土地使用法研究之學者之一，Beuscher教授於1954年撰寫之《Land Use Controls》為美國法學院中最早油墨印刷的案例書籍。該書不斷再版，而於1969年於美國全國出版的前言中，Robert R. Wright教授認為，現今土地使用法最重要的不再是土地使用之規範本身，而是面對日益城市化、複雜化及自然資源影響人類日常生活的社會，法規範本身應如何因應的問題，此段話點出土地使用法的核心價值；see Patricia E. Salkin & John R. Nolon, *Practically Grounded: Convergence of Land Use Law Pedagogy and Practices*, 60 J. LEGAL EDUC. 519, 520 (2011).

<sup>11</sup> 德國空間規劃法的特性是一系列的規劃決定，由聯邦層級，進一步強化到邦及區域層級，至地方自治團體層級（包括邦、縣、鄉鎮；Land, Landkreis, Gemeinde）則再更具體確定；Franz Dirnberger, in: Willy Spannowsky/Michael Uechtritz (Hrsg.), *BeckOK BauGB*, 45. Edition Stand: 1.5.2019, § 1 Rn. 67.

## 一、空間總體計畫與空間部門計畫

### (一)空間總體計畫之層級性

德國空間規劃法依空間規劃 (Raumplanung)<sup>12</sup>之體系與結構，區分為與土地使用有關的空間總體規劃 (räumliche Gesamtplanung) 以及空間部門規劃 (räumliche Fachplanung) 之法規<sup>13</sup>。與空間總體規劃有關之空間總體計畫法，涉及一定區域內土地的整體結構使用發展，在聯邦法中主要包括具國家整體規劃性、跨區域性的空間規劃法 (亦稱為國土規劃法) (Raumordnungsgesetz, ROG)<sup>14</sup>，及與各邦境內與城鄉規劃有關的建設法 (Baugesetzbuch, BauGB)<sup>15</sup>。而在邦法層級上，大致在聯邦空間規劃法規的框架下各邦自行制定其空間規劃法 (Landesplanungsgesetz)，具體規範邦空間總體計畫之目標與任務、規劃工具、程序、及總體計畫之內容<sup>16</sup>。

而在實際規劃內容上，聯邦政府無須對於聯邦整體區域擬定一全國性的國土空間計畫，而僅是發布德國空間發展綱領及行動策略 (Leitbilder und Handlungsstrategien für die Raumentwicklung in Deutschland)，確立未來一定期間內聯邦與邦在國土空間規劃的重點

<sup>12</sup> 本文將德文Planung譯為規劃，表示為作成計畫而先前所進行之程序及行為；至於Plan，則譯為計畫，表示經規劃後作成之實體內容。

<sup>13</sup> Michael Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl., 2016, § 11 Rn. 2-3; Olaf Reidt, in: Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, Baugesetzbuch: Kommentar, 14. Aufl., 2019, § 38 Rn. 1.

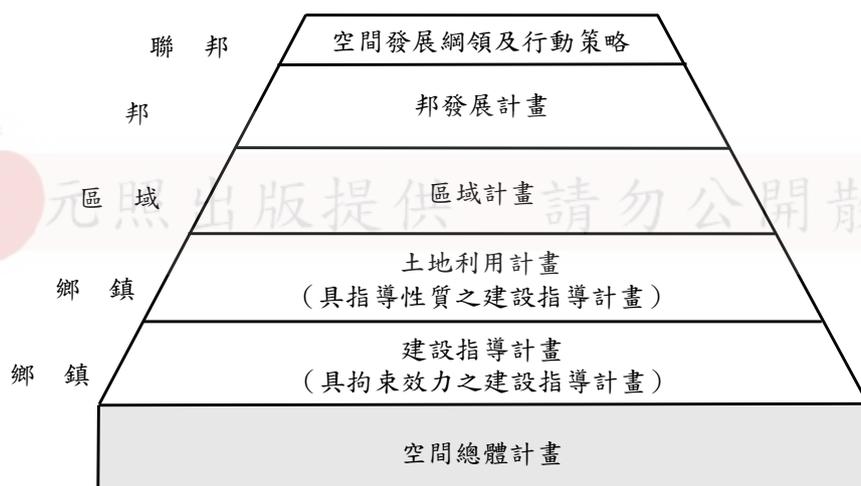
<sup>14</sup> Raumordnungsgesetz vom 22.12.2008 (BGBl. I S. 2986), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 15 des Gesetzes vom 20.7.2017 (BGBl. I S. 2808).

<sup>15</sup> Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.11.2017 (BGBl. I S. 3634), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 27.3.2020 (BGBl. I S. 587).

<sup>16</sup> 例如Bayern邦空間規劃法；Bayerisches Landesplanungsgesetz (BayLplG) vom 25.6.012 (GVBl. S. 254, BayRS 230-1-F), zuletzt geändert durch § 1 Abs. 263 der Verordnung vom 26.3.2019 (GVBl. S. 98); Baden-Württemberg邦空間規劃法；Landesplanungsgesetz (LplG) Baden-Württemberg in der Fassung vom 10.7.2003, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 28.11.2018 (GBl. S. 439, 446).

及指導方針<sup>17</sup>。各邦則在其指導下，並依據邦空間規劃法的規定，就邦之國土空間利用進行規劃，擬定邦之空間計畫（邦發展計畫）及其下之區域計畫（Regionalplan）。而下一層級之空間總體計畫，也最重要者，即為地方自治團體中之鄉鎮（Gemeinde）針對一定區域之土地使用進行詳細規劃而擬定之建設指導計畫（Bauleitplan），包括土地使用計畫（Flächennutzungsplan）（具指導性質）、建設計畫（Bebauungsplan）（具拘束效力）<sup>18</sup>。

以下即將德國空間總體計畫之層級性，以簡圖示之：



資料來源：作者自製

圖一 德國空間總體計畫之層級

### (二)空間部門計畫之規劃特性

至於部門計畫，則是以實現特定行為的規劃為主，如規劃內容與

<sup>17</sup> 德國2016年3月擬定發布之空間發展綱領及行動策略，參見[https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Raumentwicklung/RaumentwicklungDeutschland/Leitbilder/leitbildbroschuere-deutsch.pdf?jsessionid=5E05060562ECBE771DD1F3D9B80970EE.live21302?\\_blob=publicationFile&v=7](https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Raumentwicklung/RaumentwicklungDeutschland/Leitbilder/leitbildbroschuere-deutsch.pdf?jsessionid=5E05060562ECBE771DD1F3D9B80970EE.live21302?_blob=publicationFile&v=7)，造訪日期：2019年11月15日。

<sup>18</sup> 詳見本文貳、二，頁13以下。

空間有關，即為空間部門計畫。與空間有關之部門計畫，其內容並非直接以特定區域之土地使用規劃為內容，而是與各別部門行業（sektoral）之規劃有關<sup>19</sup>，但在實現部門計畫的過程中必須解決土地使用的問題，同時並兼顧環境、自然資源、景觀、地理、人口、產業、社會、經濟等各方面的公共利益。因此空間部門計畫在性質上，與空間總體計畫類似而具有規劃決定的特性。換言之，雖然個別部門之行政法規著重於特定目的之達成，然而仍須考量不同的公益及利益，亦即對於不同利益受影響之正面及負面情形，皆須予以審酌，並使其依計畫內容處於均衡的狀態。反之，依法規內容如認為有相對立之公益或私益存在，即應產生駁回計畫之法律效果，且對於法規所欲達成之公益目的並無其他衡平或補償的可能，則不具規劃的特性，即非空間部門計畫<sup>20</sup>。

空間部門計畫在法制上並沒有統一的法規範依據，而是適用不同的個別行政法規<sup>21</sup>。例如長程公路法（Bundesfernstraßengesetz, FStrG）<sup>22</sup>規定之聯邦長程公路之開發規劃、原子能法（Atomgesetz, AtG）<sup>23</sup>第9b條第1項規定之放射性廢棄物最終儲存設施之規劃、或航空法（Luftverkehrsgesetz, LuftVG）第8條規定之機場設置或變更之規劃<sup>24</sup>。依德國以往見解，以法律明文規定應進行計畫確定程序者，認

<sup>19</sup> Wolfgang Rieger, in: Hans Schrödter (Hrsg.), BauGB: Baugesetzbuch, 8. Aufl., 2015, § 38 Rn. 1.

<sup>20</sup> Rainer Wahl, Entwicklung des Fachplanungsrechts, NVwZ 1990, S. 426 (427).

<sup>21</sup> Kloepfer, aaO. (Fn. 13), § 11 Rn. 15 ff.; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 38 Rn. 1.

<sup>22</sup> Bundesfernstraßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.6.2007 (BGBl. I S. 1206), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 3.3.2020 (BGBl. I S. 433).

<sup>23</sup> Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.7.1985 (BGBl. I S. 1565), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 2.12.2019 (BGBl. I S. 2510).

<sup>24</sup> Luftverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.5.2007 (BGBl. I S. 698), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes vom 30.11.2019 (BGBl. I S.

為係空間部門計畫之適例，主要原因在於計畫確定程序性質上係審酌不同公益及私益後，由計畫裁決機關作成確定計畫裁決，而具有規劃的特性<sup>25</sup>。但目前見解則認為不限於此，更可及於其他規劃或行政決定，重點在於其決定內容是否具有規劃之特性。只是計畫確定可認為係空間部門計畫之原型（Prototyp）<sup>26</sup>，其程序架構雖具有重要性，但體系上並非唯一之類型。

## 二、建設計畫為區域性空間總體計畫之重要類型

在上述空間計畫及其法制之體系中，對於土地具體使用之整體規劃最重要者，即為地方自治團體之鄉鎮對於一定區域之土地使用所擬定之建設計畫，其最重要之法律依據為空間總體計畫法中聯邦層級之建設法（BauGB），規範鄉鎮行使規劃高權（Planungshoheit）而對於區域內之土地所為之使用規劃<sup>27</sup>。建設法之核心制度，為鄉鎮擬定之建設指導計畫（Bauleitplan）<sup>28</sup>，而建設指導規劃之任務為準備並指導鄉鎮內之土地應依建設法之規定為建設及其他使用（第1條第1項）<sup>29</sup>，在空間總體計畫中扮演重要的樞紐地位<sup>30</sup>。

---

1942).

<sup>25</sup> Bernhard Stür, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl., 2015, E. Fachplanung Rn. 3629.

<sup>26</sup> Wahl, aaO. (Fn. 20), S. 426 (427).

<sup>27</sup> 德國基本法第28條第2項第1句：「鄉鎮於法律範圍內以自己責任規範所有地方事務之權利，應受保障。」建設法第2條第1項第1句：「鄉鎮應以自己責任擬訂建設指導計畫。」因此，鄉鎮基於其規劃高權，於法律規定的規劃目標及規劃原則的框架下擬定空間總體計畫，並對於計畫內容的形成自行負責；vgl. Veith Mehde, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 86. EL Januar 2019, Art. 28 Abs. 2, Rn. 59; Stür, aaO. (Fn. 25), A. Bauleitplanung, Rn. 1637; BVerfG, NVwZ 1988, S. 619.

<sup>28</sup> Wilfried Erbguth, Rechtsstaatsprinzip und kommunales Selbstverwaltungsrecht: Aktuelle Problemlagen, Jura 1988, S. 561 (565).

<sup>29</sup> 本文關於德國建設法之中文翻譯，參見王珍玲、傅玲靜、劉如慧譯，德國建設法，內政部營建署委託，<https://www.cpami.gov.tw/filesys/file/chinese/dept/up/ur1080328.pdf>，造訪日期：2019年11月15日。

<sup>30</sup> Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 1 Rn. 6 und 67.

鄉鎮之建設指導計畫，依建設法第1條第2項之規定，包括土地使用計畫（Flächennutzungsplan；具準備性質之建設指導計畫）及建設計畫（Bebauungsplan；具拘束力之建設指導計畫）二者，且其內容應與國土空間規劃之目標相符合（第1條第4項）。

#### （一）土地使用計畫——具準備性質之建設指導計畫

建設指導計畫中具準備性質之土地使用計畫，係對於地方自治團體土地之性質與使用分區所為的規劃。建設法第5條第1項規定：「土地使用計畫應於基本原則中，說明就鄉鎮整體地區依鄉鎮可預見之需求，基於預計之城鄉建設發展所生之土地使用方式。土地及其他說明未列入土地使用計畫，不影響第一句應說明之原則，且鄉鎮預計日後再行說明者，即得不列入；並應於理由中敘明。」同條第2項規定，土地使用計畫須特別說明鄉鎮區域內之土地使用配置，即土地使用分區，例如建設用地、公共設施用地、交通用地、綠地、農業用地、林地、及自然保護地等，且同條第3項更規定，防災用地、礦業用地及受污染土地，於土地使用計畫中應予標明。此外土地使用計畫應附具理由，包括計畫之目標、目的與重要影響（第5條第5項），實施環境評估後之環境報告為理由中之獨立部分（第2條之1第2項）。

擬定土地使用計畫為鄉鎮之規劃高權，惟其權限之行使須受上級機關監督，建設法第6條第1項即規定土地使用計畫須經上級機關許可。此為上級機關對於地方自治權行使之合法性監督，主要在於審查土地使用計畫之內容是否遵守第1條第7項所確定之利益衡量原則（Abwägungsgebot）：「建設指導計畫之擬訂<sup>31</sup>應適當衡量公私利益。」<sup>32</sup>該許可之核定對於鄉鎮而言為行政處分，鄉鎮如有不服得提

<sup>31</sup> 擬定、擬訂二者之用法，目前於法制及公文書用語並未統一，例如都市計畫法及區域計畫法使用「擬定」，國土計畫法則使用「擬訂」。前揭註29中所列之德國建設法中文翻譯，亦使用「擬訂」一詞。本文涉及都市計畫法之討論，故本文論述仍從都市計畫法之用詞採用「擬定」，惟引用德國建設法中文翻譯時，則依原譯文使用「擬訂」，特此說明。

<sup>32</sup> Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 6 Rn. 4.

起行政爭訟，但該許可核定並無第三人效力，對於人民而言只為建設計畫公布之立法過程中行為，因此人民對於土地使用計畫並不得提起爭訟<sup>33</sup>。

上級機關作成核定許可後，應公告該許可，土地使用計畫始生效力（第6條第5項）。公告之內容，僅須為土地使用計畫經上級許可核定之事實即可，無須包含土地使用計畫本身，但應包括許可內容之重要事項<sup>34</sup>。土地使用計畫經公告，同條第5項後段規定即賦予人民資訊請求權，「任何人皆得閱覽土地使用計畫、理由及第六條之一第一項規定之總結說明（*zusammenfassende Erklärung*），並得請求其內容之資訊。」土地使用計畫因核定許可之公告所生之效力，如前所述，並非對外之第三人效力，而是能夠發揮儘早協調各公共部門計畫主體對於土地使用之規劃，使其土地使用規劃有應遵循並調適的指導原則，同時亦為鄉鎮嗣後擬定建設計畫時應遵循之指導原則<sup>35</sup>。

## （二）建設計畫——具拘束力之建設指導計畫

### 1. 建設計畫之法律性質為自治法規

至於具拘束力之建設計畫，則是鄉鎮對於境內特定城鄉區域之空間使用進行之具體規劃管理。「建設計畫包含對於城鄉建設規劃（*Ordnung*）之具法拘束力之確定。建設計畫建立後續執行本法所必要措施之基礎。」（第8條第1項）建設計畫之法律性質，聯邦建設法之立法者明文規定經鄉鎮決議後，為自治法規（*Satzung*）（第10條第1項）<sup>36</sup>。透過建設計畫之擬定，鄉鎮可對於其區域內城鄉土地使用及

<sup>33</sup> Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 6 Rn. 5; Henning Jaeger, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 6 Rn. 12.

<sup>34</sup> Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 6 Rn. 21.

<sup>35</sup> Stephan Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 7 Rn. 1.

<sup>36</sup> 建設法第10條第1項僅規定鄉鎮應以決議方式通過建設計畫，但未明文規定決議之機關，而實務上各邦皆由鄉鎮代表會（*Gemeinderat*）通過之；vgl. Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 10 Rn. 3; Wolfgagn Schrödter, in: Schrödter, aaO. (Fn. 19), § 10 Rn. 3. 代表會主席為地方首長，並由數名居民直選之代表組成，主要任務為對於地方自治事項或委辦事項之立法及執行作成

開發建設或其他使用行為預為規劃，具有自治法規之性質，並作為個別部門開發計畫的上位規範。因此，鄉鎮擬定建設計畫並決議通過，為其行政立法行為，而非作成行政處分之行為。

建設計畫既為自治法規，具有對外拘束力，即應經一定之發布程序，使外界周知。依建設法第10條第3項之規定，鄉鎮應公告通過建設計畫之決議，建設計畫原則上於公告時生效。本項規定並未強制要求應公告建設計畫之全部書圖，主要考量是如建設計畫內容有彩色部分，公告於新聞紙或政府公報中，可能無法顯現彩色部分<sup>37</sup>。因此本項即進一步規定，「建設計畫、理由及第十條之一第一項規定之總結說明，應備妥供任何人閱覽；並依請求提供關於內容之諮詢。公告時應指明可閱覽建設計畫之地點。」於公告中除須表明決議通過之日期及決議已通過之事實外，最重要者是要使相關人民知悉對於其土地可能產生規範效力之計畫內容，因此於公告中應清楚表明計畫範圍，以使人民得以判斷確知該公告所涉及之區域。而與上述土地使用計畫之公告不同之處，在於建設計畫之公告應指明人民可閱覽建設計畫書圖、理由及其總結說明之地點，以彌補未公告計畫全部書圖之不足。至於供閱覽之期間，法律並無明文規定，聯邦行政法院認為原則上應長期持續提供公眾閱覽，且應使平日在職工作的人民亦有閱覽之可能<sup>38</sup>。此外，對於內容複雜繁瑣之建設計畫，鄉鎮應依人民之請求提供諮詢，對於計畫內容為明確的說明，且應包含其變更而影響人民權益部分。

---

決議，最重要的任務即為對於自治法規作成決議。須特別說明者，鄉鎮代表會性質上雖為地方層級之人民代表，但功能則為作成決議之合議制組織，屬於行政機關，其任務內容依鄉鎮之法令規定，並無自行提案立法的權限，與聯邦眾議會（Bundestag）或邦議會（Landtag）之性質不同；vgl. Andreas Funke/Andreas Papp, Rechtsprobleme kommunaler Satzungen, JuS 2010, S. 395 (397).

<sup>37</sup> Klaus Oehmen, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 10 Rn. 24.

<sup>38</sup> BVerwGE 44, 244 (250).

## 2. 建設計畫之效力

建設計畫之內容，規定於第9條，主要涉及在土地使用計畫規劃之土地使用分區中，依該使用分區對於土地使用所為之建設管制，例如得為建設行為之方式、規模、面積、位置，及附屬設施用地、交通設施用地、綠地、自然保護用地及禁建之保護用地等各種用地之確定。總體而言，建設計畫之內容即為與土地使用分區有關之土地使用管制。於建設計畫中所確定之城鄉建設規劃，確定了土地所有人對於其土地利用權限之內容及限制，因此建設計畫屬於形成及限制財產權內涵之實體法規<sup>39</sup>。一旦建設計畫確定土地使用之內容及限制，毗鄰土地相互間之狀況即因計畫內容而持續改變，一方面土地所有人可預測鄰地所有人或其他權利人於該土地依法受容許之行為及其限制，同時亦保障土地所有人財產之存續，可避免受第三人之任意侵害。依建設計畫之內容及效力，具有普遍之拘束性，因此建設法第8條第1項第1句即明文規定建設計畫具有法拘束力，且為鄉鎮之自治法規。

此外，建設計畫之功能係為後續執行建設法所必要之措施建立一定基礎（建設法第8條第1項第2句）。所謂執行，包括計畫確保（Plansicherung）及計畫實施（Plandurchführung）二個面向。前者為監督並確保土地以合乎建設計畫內容之方式為使用，例如對於個別開發建設行為核發營建許可（Baugenehmigung）。後者則是直接與建設計畫內容之實現有關，例如土地重劃、徵收或鄉鎮建設更新（städtebauliche Sanierung）等<sup>40</sup>。換言之，建設計畫本身並無自力執行之效果，而是須透過各種執行行為以實現其所確定之內容。

<sup>39</sup> BVerwGE 134, 355 Rn. 19; Helmut Petz, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 8 Rn. 6; 但亦有認為建設計畫僅為形成財產權內涵之法規；vgl. Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 8 Rn. 1.

<sup>40</sup> Petz, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 8 Rn. 15.1 ff..

### (三) 建設計畫與土地使用計畫之關係——發展原則

#### 1. 基本概念

建設計畫之內容應由上述土地使用計畫發展而生（建設法第8條第2項第1句），此稱之為「發展原則」（Entwicklungsgebot），其目的為鄉鎮基於鄉鎮規劃發展之整體利益，不僅調控部分區域之發展，更是基於彼此和諧的基本概念而對於境內整體區域發展進行調控<sup>41</sup>。鄉鎮應將土地使用計畫中之說明內容，具體形塑於建設計畫之確定內容中。因此在建設指導規劃的雙階段，發展原則即如同傳送帶（Transmissionsriemen）般，將土地使用計畫對於鄉鎮全境土地所揭示之準備性原則，傳導至對於個別土地使用進行詳細、直接、具拘束性規劃之建設計畫確定內容中<sup>42</sup>。也因此確立了空間總體計畫法制中重要的基本原則：上位計畫指導下位計畫，下位計畫具體化上位計畫。

#### 2. 發展原則之內涵

所謂建設計畫發展自土地使用計畫，並非僅限於建設計畫執行土地使用計畫，而是規劃理念在實質內容上的推導（Ableitung）<sup>43</sup>。由前述關於空間總體計畫層級性之介紹，可知特定區域土地利用規劃及因此形成之空間發展秩序，是以上位計畫的整體性規劃方針為基礎。因此於通常情形，建設指導計畫中的層級彼此相互關聯，鄉鎮之土地使用計畫的基本規劃理念將透過就其範圍內部分地區土地利用所為之建設計畫更加具體化。德國聯邦行政法院於一九七五年之判決中<sup>44</sup>，即明確指出建設計畫於其確定之內容中，應將土地使用計畫中之說明更加具體化，並同時使其更加明確。因此「發展」，不僅是以建設計畫中更精確的確定內容填補土地使用計畫中較粗略的說明，更保障了於土

<sup>41</sup> BVerwGE 70, 171 (177) = NVwZ 1985, S. 485 (486).

<sup>42</sup> Petz, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 8 Rn. 22.

<sup>43</sup> BVerwGE 70, 171 (176 f.) = NVwZ 1985, S. 485 (486).

<sup>44</sup> BVerwG, NVwZ 1975, S. 1985 (1986).

地使用計畫之框架內獨立之形成自由<sup>45</sup>，亦即包涵了自土地使用計畫中所說明之基本規劃理念，以形成自由為特徵之規劃上實質持續發展之意<sup>46</sup>。

然而此具體化的過程，並不排除建設計畫之確認內容與土地使用計畫之說明有所不同，但此歧異的情形，「僅於轉換至更具體的計畫層級中係具有合理性，且未牴觸土地使用計畫之基本規劃理念時，始為合法」<sup>47</sup>。通常建設計畫須遵循土地使用計畫之規劃理念，包括個別土地使用分區之劃分及彼此間的配置，例如工業區、商業區、住宅區或混合使用區，不得營建開發之空地。然如建設計畫之確定內容與土地使用計畫使用分區的劃分間之差異，已非輕微，而使特定使用分區與其他使用分區之關係，依其質與量的情形已達到失衡之程度，致無法認為建設計畫之確定內容係自土地使用計畫發展而生，此即非合法<sup>48</sup>。例如土地使用計畫指定之商業區，建設計畫則將其確定為混合使用區，致使土地使用計畫中商業區及混合使用區產生了重大的質變，即非合法之差異<sup>49</sup>。因此發展原則雖非要求建設計畫之確定內容應嚴格僵化地遵循土地使用計畫，但建設計畫之確定內容不得影響土地使用計畫對於鄉鎮之土地使用所確立之整體規劃理念。

然而建設計畫如違反發展原則，依第214條第2項第2款規定，如由土地使用計畫得出已規劃之城鄉建設發展未受不利影響者，此違法事由不具重要性。換言之，只有在土地使用計畫所規劃之城鄉建設發展，因建設計畫確定內容未遵守發展原則而受到不利影響時，始為具有重要性之違法事由。

<sup>45</sup> BVerwG, NVwZ 1975, S. 1985 (1986).

<sup>46</sup> Petz, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 8 Rn. 24.

<sup>47</sup> BVerwG, NVwZ 1975, S. 1985 (1986).

<sup>48</sup> BVerwG, NVwZ 1975, S. 1985 (1986).

<sup>49</sup> Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 8 Rn. 3.

### 三、建設計畫之特殊類型——與開發案有關之建設計畫

建設法於一九九八年全文修正時，增訂一特殊類型之建設計畫：與開發案有關之建設計畫（vorhabenbezogener Bebauungsplan），內容為就特定開發行為而擬定通過之建設計畫，與我國都計法第27條第1項第4款規定之都市計畫個案變更之情形類似。然與開發案有關之建設計畫之法律性質雖亦為自治法規，但同時又具有對於開發案作成許可之功能，此又與我國現行區域計畫法之開發許可（第15條之2）及國土計畫法之使用許可（第24條以下）之制度類似，惟亦有不同之處。為增進對於該制度之認識，以下即為較詳盡之介紹。

#### （一）基本概念

上述具有自治法規效力之建設計畫，發展自土地使用計畫。然而在現今社會中，土地利用之規劃往往與特定開發利用行為有關，而與前述由土地使用計畫發展建設計畫的情形不盡相同，德國建設法稱之為「與開發案有關之建設計畫」，並於第12條予以規範，而以「開發案及公共設施開發之計畫」（Vorhaben- und Erschließungsplan）為標題<sup>50</sup>。此二概念可能引發理解上的混淆，但由立法沿革背景觀察即較可分辨二者<sup>51</sup>。第12條第3項亦明文：「開發案及公共設施開發之計畫，為與開發案有關之建設計畫之部分。」詳言之，與開發案有關之建設計畫主要包括三部分：一為由開發行為人（開發主體）

<sup>50</sup> 本條規定為1998年建設法全文修正時增訂，將原針對德東地區加入聯邦時為加速開發建設而採行的開發案及公共設施開發之計畫的制度，引進建設法中，並適用於全德國境內。此修法屬於當時德國為加速行政程序、建設計畫程序及行政訴訟程序之一連串修法成果之一；vgl. Rainard Menke, Der vorhabenbezogene Bebauungsplan, NVwZ 1998, S. 577 (577); André Turiaux, Der Vorhabenbezogene Bebauungsplan gem. § 12 BauGB: Beschleunigungspotential, Durchführungspflichtung und praktische Probleme, NJW 1999, S. 391 (391).

<sup>51</sup> 「開發案及公共設施開發之計畫」為原制度所設計之概念，主要適用於有助於經濟投資之開發行為。1998年增訂於建設法時，立法者予以些微調整，更強化投資者與鄉鎮間為實現開發案計畫所為之公私協力，進而發展成為「與開發案有關之建設計畫」的制度；Menke, aaO. (Fn. 50), S. 577 (577).

(Vorhabenträger) 擬定之開發案及公共設施開發之計畫，其須就開發區域為建設規劃，此與一般建設計畫係由鄉鎮擬定不同。二為開發行為人與鄉鎮締結具行政契約性質之實施契約 (Durchführungsvertrag)，開發行為人承諾負有實現建設計畫內容之義務，並負擔規劃及公共設施開發設置之費用。三為鄉鎮考量開發案及公共設施開發之計畫中相關規劃內容，作成通過自治法規決議，對於開發案之許可作出決定<sup>52</sup>。此制度不僅有助於加速開發案之實現，且使相關建設計畫程序得以不再依循一般傳統程序，而是以公私協力的方式，透過鄉鎮與開發行為人間就開發案及公共設施開發之計畫進行的商議協調，並由開發行為人負擔開發費用，一方面減輕鄉鎮之負擔，另一方面則確保土地利用規劃之合法性。

與開發案有關之建設計畫既為建設計畫的一種類型，即應與一般建設計畫相同，在實體內容上受利益衡量原則之拘束，在程序上亦應踐行公眾參與及機關參與 (建設法第3條及第4條)<sup>53</sup>。如此才能在為加速開發程序及公私協力的情形下，維護土地使用秩序。

## (二) 開發案及公共設施開發之計畫

### 1. 開發案之類型與公共設施之範圍

開發案及公共設施開發之計畫為開發行為人為實施特定開發案及相關公共設施開發所擬定及提出之計畫，且其內容須與鄉鎮商議協調 (第12條第1項)。該計畫之內容，涉及特定開發行為及相關必要公共建設之興建設置。所謂開發案 (Vorhaben)，建設法有其固有定義 (第29條第1項)，包括二大類型：第一種類型為其內容與營建設施 (bauliche Anlage) 之設置、變更或使用變更有關之開發案。所謂營

<sup>52</sup> Menke, aaO. (Fn. 50), S. 577 (577); Klaus-Peter Dolde/Rainard Menke, Das Recht der Bauleitplanung 1996 bis 1998, NJW 1999, S. 1070 (1082); Sabine Glombik, Der vorhabenbezogene Bebauungsplan - Die neue Regelung in § 12 BauGB, LKV 1999, S. 392 (393-394); Christof Tophoven, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 30 Rn. 45.

<sup>53</sup> Turiaux, aaO. (Fn. 50), S. 391 (392); BVerwG, NVwZ 2007, S. 825 (826).

建設施，依聯邦行政法院之見解，此處之營建設施應為廣義解釋，凡欲以持續方式而人為地（*künstlich*）與土地相連結之設施，皆屬之<sup>54</sup>。至於其與土地連結之方式、建築之材料或是否得進入，皆非所問。關於持續性的判斷，取決預計該設施欲發揮之功能<sup>55</sup>，及該設施預期存在之時間<sup>56</sup>，而與預期的使用或實際使用是否持續無涉。然而，營建設施必須具有土地法及規劃法之重要性，始與此處所稱之開發案有關<sup>57</sup>。至於判斷是否具有土地規劃法重要性之標準，則是視開發案內容是否影響或可能影響於第1條第6項所列擬定建設指導計畫（包括土地使用計畫及建設計畫）時應列入考量之各項利益，而有必要以具有拘束力之建設計畫規範該開發案之許可<sup>58</sup>。因此只要是具有土地使用重要性，且欲長期與土地相連結的營建設施，不論其設置、變更、或原使用方式之變更，皆屬於建設法所稱之開發案。

第二類型之開發案，為較大範圍之堆積與開鑿，及礦坑、礦層與礦床之開採。如土堤、瓦礫堆、坑洞等堆積與開鑿之行為，以人為方式變更地層表土，如具有一定持續性而且有土地法之重要性時，雖非營建設施，亦為開發行為。至於挖掘或廢置存放之行為，如開挖地下室或垃圾堆放處所，依其場址所在通常須取得法規規定之許可，具有土地法之重要性，亦屬開發行為<sup>59</sup>。

至於公共設施開發之計畫所謂之公共設施，應為廣義理解，包括開發案中所有必要的公共設施，例如與公共通路網的連結、水電與

<sup>54</sup> BVerwGE 44, 59 (61 f.); Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 29 Rn. 10.

<sup>55</sup> BVerwG, DÖV 1971, S. 638; 因此長期停放並永久取代度假小屋之露營車，為此處所稱之營建設施，但供度假時暫時停放之露營車，即不屬之。

<sup>56</sup> BVerwGE 44, 59 (63).

<sup>57</sup> BVerwG, NVwZ 1994, S. 1010 (1011).

<sup>58</sup> BVerwGE 44, 59 (62).

<sup>59</sup> Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 29 Rn. 22 f.; Tim Krämer, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 29 Rn. 15-17.

下水道等基礎公共設施<sup>60</sup>。如開發案是位於公共設施已設置完備的區域，開發行為人可能須負擔之公共設施開發費用則可能非常低。

## 2. 提出計畫之先行協議程序、計畫之性質

在開發行為人與鄉鎮協調商議的過程中，開發行為人擬定之計畫內容將漸漸成形明確，且在此非正式程序中，開發行為人可針對開發案與國土規劃目標之合致性、與地區內其他大型計畫之協調、環境評估之範疇與公共設施之開發事項等問題，與鄉鎮對話。此協調商議程序於開發行為人擬定計畫並提出後終結，隨之開始法定之建設計畫程序<sup>61</sup>。然因開發範圍係由開發行為人於開發案及公共設施開發之計畫中劃定，鄉鎮於個案中仍應依第1條第3項第1句規定，判斷擬定建設計畫之必要性，決定是否應開始建設計畫程序。

由開發行為人擬定並提出之計畫，其內容雖不適用第9條關於一般建設計畫之規定，但計畫內容至少應明確，並說明開發區域的特性、土地使用之類別及使用範圍等，且限於與城鄉規劃有關的內容，而不得涉及與建設規劃法規無關的確定事項<sup>62</sup>。於開發案及公共設施開發之計畫中，亦須依法為環境評估，對於開發區域內相關環境利益提供必要之資訊。

有資格提出開發案及公共設施開發之計畫的開發行為人，對於自己提出之計畫必須已準備且有能力於一定期間內完成相關措施之實施（第12條第1項）。是否已有準備，最重要的判斷標準為開發行為人之資力，因此鄉鎮負有審查其資力之義務，特別是判斷除了實施開發案之外，是否亦有完成相關必要公共設施之資力<sup>63</sup>。此外，開發行為人至遲於自治法規決議作成時，必須取得為實現開發案所必要土地全部或部分之使用權，以使開發案得以順利實現。開發行為人通常為自

<sup>60</sup> Jürgen Busse, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 12 Rn. 18.

<sup>61</sup> Busse, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 12 Rn. 21-22.

<sup>62</sup> Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 12 Rn. 17.

<sup>63</sup> Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 12 Rn. 28; Menke, aaO. (Fn. 50), S. 577 (578).

然人或私法人，於鄉鎮區域內有所有權之公法人亦得為開發行為之，但鄉鎮本身因無法與自己締結實施契約，並不得為開發行為人<sup>64</sup>。

### (三) 建設計畫程序及開發案之許可

開發行為人於提出經協調後之實施開發案及公共設施開發之計畫後，始得申請開始建設計畫程序。依第12條第2項之規定，鄉鎮於開發行為人提出申請後，依其合義務裁量決定是否開始建設計畫程序。然而開發行為人對於程序之開始，並無請求權（第1條第3項第2句）。

一旦鄉鎮決定開始建設計畫程序，即將開發行為人提出之計畫納為建設計畫之草案，並開始後續程序，且與一般建設計畫之擬定及決議程序並無太大差異。然而開發行為人提出之計畫得作為建設計畫部分的前提，在於提出之計畫內容須符合鄉鎮發展之土地規劃，即須符合第1條第5項所揭示之建設計畫應實現之目標及第6項規定之利益衡量原則<sup>65</sup>。於踐行相關法定程序及締結實施契約後，鄉鎮考量當地城鄉發展並基於利益衡量，決議是否通過與開發案有關之建設計畫，如決議通過，該計畫即為自治法規，並應公告之。

最重要的是，與開發案有關之建設計畫因並非發展自土地使用計畫，因此不受第9條規定之確定內容及基於第9條之1發布之法規命令之拘束（第12條第3項），亦即不受建設計畫中關於原土地使用分區管制之拘束，而得依開發案性質另行為管制規範。然而聯邦行政法院認為，使用分區管制為目前城鄉建設之標準，原則上仍應建議開發行為人使用該使用分區管制之工具，並遵循其指導功能<sup>66</sup>。而開發行為人提出之開發案及公共設施開發之計畫如與土地使用分區管制事項不符，對此則須承擔一定風險，即鄉鎮於建設計畫程序中衡量相關公私益，特別是城鄉建設之土地規劃秩序，而最後未決議通過與開發案有

<sup>64</sup> Busse, in: Spannowsky/ Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 12 Rn. 20.

<sup>65</sup> Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 12 Rn. 62.

<sup>66</sup> BVerwG, NVwZ 2003, S. 98 (99).

關之建設計畫。

第30條第2項規定：「開發案未牴觸建設計畫，且公共設施開發已確保者，開發案應予許可。」本項所稱之許可，為營建許可，亦即如開發案之開發計畫符合建設計畫之精神，且實施契約內容得以確保公共設施之開發，由城鄉土地規劃利用的角度，開發案已具備得建築開發之容許性，營建許可機關即應核發營建許可，而無須再依第36條規定取得鄉鎮之同意<sup>67</sup>。至於開發案依其他部門法規應取得之許可，則不受影響，仍應由各該主管機關依法作成許可與否之決定。

由上述可知，德國建設法對於因開發案之實施而擬定之建設計畫，有其特殊之規範，且強調公私協力。鄉鎮決議通過具自治法規性質之與開發案有關之建設計畫，前提為開發行為人與鄉鎮協調後擬定開發案及公共設施開發之計畫，且其應與鄉鎮締結實施契約，以確保開發案中公共設施之設置興建。雖然此類型之建設計畫並非發展自土地使用計畫，但鄉鎮並非因已與開發行為人有協調及締結行政契約之過程，即應通過自治法規，而是仍應依利益衡量的結果自行決定是否通過與開發案有關之建設計畫。特別是在建設計畫程序中，為加速程序而依建設法第4條之2之規定委託第三人擬具建設計畫草案、實施環境評估、進行公眾與機關參與等程序時，於文獻中更特別強調因開發行為人有特定的單一利益傾向，基於中立性的考量，其提出之開發案及公共設施開發之計畫本質上因過於片面而有利益衡量的主觀障礙，因此開發行為人不應受委託，以避免無法有效蒐集供鄉鎮為利益衡量時所需之資訊<sup>68</sup>。

<sup>67</sup> Tophoven, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 30 Rn. 44.

<sup>68</sup> Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 12 Rn. 81 f.; Olaf Reidt, § 4b BauGB - Die Einschaltung Dritter in die Bauleitplanung, NVwZ 1998, S. 592 (593).

#### 四、空間總體計畫之計畫形成自由及其司法審查

##### (一)計畫法規範之特性——目標性規範

規範空間總體計畫之計畫法，與傳統法律規範相較，在本質上有很大的差異。一般法律規範屬於條件性規範（*Konditionalprogramm*），完整的法律規範包括構成要件和法律效果，法律的適用則是三段論證的模式：當構成要件該當時，即發生法律效果。反之，計畫法的規定則是目標性規範（或稱為目的性規範）（*Finalprogramm*），立法者所規範的是綱領性、目的性的規定，係給予規劃者一定的規劃目標（*Planungsziel*）、規劃原則（*Planungsgrundsatz*）及規劃方針（*Planungsleitlinie*）之指示<sup>69</sup>。建設法第1條第5項及第6項即包含了立法者對於建設指導計畫應遵循之規劃目標、規劃原則及規劃方針所為之指示<sup>70</sup>。例如立法者於第1條第5項設定社會、經濟與環境保護之需求於建設計畫中應互相協調、並強調永續城鄉建設發展之目標，鄉鎮於擬定個別建設指導計畫時，依同條第6項規定，即須將健康之居住與工作條件、人民之居住需求、社會及文化需求、環境保護利益及其他不同事項列入考量，而將目標具體化。

目標性規範之適用，並非傳統法學三段論證之涵攝方式，而是規劃者於規劃時衡量相關因素，積極形成計畫內容，以實現立法者於法規中所揭示的規範目標及目的。至於法律所規定之目標及目的於具體計畫中應如何呈現，立法者並未規定，而由適用法律者依其規劃專業以各種可能的方式實現。因此，規劃者依其專業對於實體結果的形成享有相當的自由。但在程序上，立法者通常則會為較詳盡之規範，透過公眾參與及機關參與之程序設計（建設法第3條及第4條），以使抽象的目的性規範透過程序的進行而得以在個案中具體化<sup>71</sup>。

<sup>69</sup> Stürer, aaO. (Fn. 25), A. Bauleitplanung, Rn. 1445; Ulrich Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, aaO. (Fn. 13), § 1 Rn. 88 f.

<sup>70</sup> 詳細中譯條文，參見王珍玲、傅玲靜、劉如慧譯，前揭註29。

<sup>71</sup> Stürer, aaO. (Fn. 25), A. Bauleitplanung, Rn. 1445.

## (二)計畫形成自由之內涵

### 1. 計畫形成自由之概念

在依法行政原則的拘束下，行政機關作成行政行為時並非毫無自由形成的空間，行政機關之自由與權限係源自於立法者的授權，因此行政機關在法律授權的範圍內，享有一定的自由。相較於條件性規範中，行政機關之裁量自由涉及立法者授權關於法律效果之決定及一定範疇之選擇，在計畫法領域的目標性規範中，行政機關則享有計畫形成自由（*planerische Gestaltungsfreiheit*），或稱為計畫裁量（*Planungsermessen*）<sup>72</sup>。

行政機關擬定行政計畫時，不僅須分析目前社會情況，尚須預測未來發展，始能夠得出計畫的具體內容。而其擬定的計畫內容，對於立法者透過法律所確定的目標及指引原則，必須盡可能地以各種方式於其計畫中予以實現，同時尚應權衡可能受到計畫影響的各方不同公益和私益，而於計畫中使各種利益處於協調的狀態<sup>73</sup>。行政機關在從事價值判斷與利益衡量時，以及對於未來所為之預測規劃而形成計畫的內容，皆享有相當程度的形成自由空間<sup>74</sup>。在德國，鄉鎮享有規劃高權，明文規定於基本法第28條第2項<sup>75</sup>及建設法第2條第1項。鄉鎮於

<sup>72</sup> Michael Sachs, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl., 2018, § 40 Rn. 42; Kai-Uwe Riese, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier, *Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO*, Werkstand: 36. EL Februar 2019, § 114 Rn. 182; Andreas Voßkuhle, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit)*, JuS 2008, S. 117 (119).

<sup>73</sup> Voßkuhle, aaO. (Fn. 72), S. 117 (119); Werner Neumann/Christoph Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 72), § 74 Rn. 27.

<sup>74</sup> Werner Hoppe, *Planen und Abwägen*, in: Jürgen Goydke/Dietrich Rauschnig/Rainer Robra/Hans L. Schreiber/Christian Wulff (Hrsg.), *Vertrauen in den Rechtsstaat: Beiträge zur deutschen Einheit im Recht - Festschrift für Walter Remmers*, 1994, S. 231.

<sup>75</sup> 德意志聯邦共和國基本法中文翻譯，參見司法院，中譯外國法規，<https://www.judicial.gov.tw/db/db04.asp>，造訪日期：2019年11月15日。

法律範圍內，以自己責任規範所有地方事務，並享有擬定建設指導計畫之權利。因此在空間總體計畫中，鄉鎮基於其規劃高權，於法律規定的目標及指導原則框架下擬定計畫，而對於計畫內容的形成自行負責<sup>76</sup>。

德國聯邦行政法院由在一九六九年判決中即認為，計畫形成自由包括以下四點意涵<sup>77</sup>：(1)規劃的權限或多或少包括（且應包括）形成自由的空間，沒有形成自由的規劃在本質上是矛盾的；(2)計畫形成自由無法回溯至特定的心靈過程，而是包含認知、評估、評價及意志等要素；(3)由規劃形成自由所受之拘束討論行政法院之司法監督，其限制在於個案中形成自由是否逾越法定界限，或以不符合授權之方式行使；(4)得規定其他行政機關以不同方式真正地參與規劃之形成自由，但如有經上級行政機關許可之必要，如建設法第6條關於土地使用計畫之許可，其參與限於上級行政機關為合法性監督之權限及義務。這個以「沒有形成自由的規劃在本質上是矛盾的」為基礎的見解，主導了後續數十年來德國學界及實務界對於空間總體計畫之計畫形成自由的理解。

而空間總體計畫法中立法者授權地方自治團體享有計畫形成自由之依據，依德國通說見解，源自於計畫法規範之利益衡量條款（*Abwägungsklausel*）<sup>78</sup>，如建設法第1條第7項：「擬訂建設指導計畫時，應就公益及私益彼此相互間為適當權衡。」若法律中無利益衡量條款之明文規定，因利益衡量為進行空間規劃任務不可或缺的要素，則將利益衡量條款視為未明文之規範要件<sup>79</sup>。

<sup>76</sup> Stürer, aaO. (Fn. 25), A. Bauleitplanung, Rn. 1637.

<sup>77</sup> BVerwG, Urteil vom 12.12.1969 – IV C 10566, BeckRS 1969 30426362 = BVerwGE 34, 301.

<sup>78</sup> Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, aaO. (Fn. 27), Art. 19 Abs. 4 Rn. 208.

<sup>79</sup> 此為德國聯邦行政法院之固定見解，參見BVerwGE 48, 56 (63); 52, 237 (243); 55, 220 (225 f.); 56, 110 (116); 59, 253 (256); 61, 295 (301); 64, 270 (271 f.); NVwZ 2011, 812 Tz. 12.

## 2. 計畫形成自由與判斷餘地之區分

須強調者，為計畫形成自由與判斷餘地不同。判斷餘地，依一般的理解，係法律規範構成要件不確定法律概念的解釋與適用，因涉及一定之評價及估測，立法者授權行政機關對於不確定法律解釋及適用為最終的判斷，使行政機關擁有最後決定權。行政機關於具體個案中享有的判斷餘地，其權限來自於法律之授權，至於其判斷是否應受到司法機關之審查，德國則發展出「授權規範理論」（normative Ermächtigungslehre），即應藉由探知立法者之原意，確定立法者是否透過不確定法律概念之使用，授權行政機關可作為最後的決定者，僅在少數的情形下，例外承認行政機關享有判斷餘地，而不受司法機關之全面合法性審查<sup>80</sup>。至於立法者的授權意思，得為明文規定，如無明文，亦須得針對法律之整體特性進行解釋而可得出，例如規範之性質、涉及之實體事務、程序之架構、作成決定之機關等<sup>81</sup>。在德國是透過案例類型化方式，建構行政機關享有判斷餘地的事項類型，主要包括考試決定及類似考試決定之事項，公務員之適任及其表現等人事考評事項，依法律規定由代表不同利益觀點之成員組成、且獨立行使職權之委員會所為之決定，及行政機關之預測與風險評估（Prognose und Risikobewertung）所為之判斷<sup>82</sup>。

其中預測及風險評估，涉及對於未來特定事件的發生可能性或發展動向，常見於環境保護或經濟管制等法規領域中。相關事項因涉及高度科學與科技專業知識、或涉及政治、經濟、社會或文化等動態發展，於法院審查時即使藉由專業鑑定人的協助，亦無法充分取代行政機關判斷時之考量，則承認立法者於法規中使用不確定法律概念，係授

<sup>80</sup> Voßkuhle, aaO. (Fn. 72), S. 117 (118); 陳敏，前揭註4，頁204。

<sup>81</sup> Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 72), § 40 Rn. 162.

<sup>82</sup> Voßkuhle, aaO. (Fn. 72), S. 117 (118); 關於德國判斷餘地理論發展之進一步說明，參見傅玲靜，源自立法者授權之行政機關判斷餘地——臺北高等行政法院106年度訴字第1057號判決評析，裁判時報，第81期，2019年3月，頁5-14。

權行政機關於個案判斷享有評估特權（Einschätzungsprärogative）<sup>83</sup>。行政機關對其享有評估特權的事項，須取得預測及評估所需之基礎事實與資料，及並進行預測及評估，進而作出預測及評估的判斷結果（預測決定）。而基於現在之發展情形而對於未來發展及變化進行預測及評估，屬於預測及評估方法是否正確的問題<sup>84</sup>。因為預測及評估決定本質上即具有不確定性，站在司法審查的角度，司法機關僅能審查事實調查之正確性及是否以適當之方式作出預測及評估。此時，通常只要於行政機關的決定或行政程序中詳盡說明得出預測及評估結果所根據之事實及評估採用的方法，司法機關即肯認預測及評估結果之合法性<sup>85</sup>。

然而，立法者的判斷授權通常並不存在於全部的行政決定，而是僅在於行政決定中的個別事項<sup>86</sup>。因此在空間計畫中，行政機關對於風險評估及其他預測可能基於判斷餘地而享有評估特權，但是基於相關評估而作成最後的計畫內容，則是涉及計畫形成自由的問題。詳言之，在空間總體計畫中，鄉鎮作成空間規劃行為時，為落實立法者確立之計畫目標所為之價值判斷與利益衡量，而非立法者透過不確定法律概念對於行政機關於個案中所為之授權判斷，而判斷餘地存在於對地區人口成長、人民於一定期間內對於居住文化、社會、宗教及休閒等需求所為之預測，及因此配合對於交通、能源與公共設施之需求所為之預測等種種事項。因此於個案中，須辨明鄉鎮對於空間總體計畫中相關需求之預測享有評估特權，行政法院僅得審查基礎事實調查之正確性及預測方式是否適當合理，至於基於預測結果所為之具體空間

<sup>83</sup> 文獻中雖有將評估特權及預測判斷進行區分，認為前者涉及與政策形成（politisch-gestalterisch）有關的不確定法律概念，而後者則涉及與未來不確定性判斷有關之不確定法律概念，但也論及在個案事實者，往往兼及二者之情形會混合出現；Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, aaO. (Fn. 27), Art. 19 Abs. 4, Rn. 199; Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, aaO. (Fn. 72), § 114 Rn. 154.

<sup>84</sup> BVerwG, Urteil vom 19.9.2002 - 4 CN 1.02.

<sup>85</sup> BVerfGE 88, 40 (60).

<sup>86</sup> Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 72), § 40 Rn. 209.

規劃及土地利用配置與管制，即空間總體計畫之內容，則是屬於鄉鎮行使其計畫形成自由後所為之計畫決定，並非判斷餘地事項。

### (三)計畫形成自由之界限——司法機關對於計畫形成自由之審查

#### 1. 計畫形成自由之法律界限

行政機關之計畫形成自由並非毫無限制，仍須受到司法機關的監督。換言之，計畫形成自由不得理解為一般的計畫理性（*allgemeine planerische Vernünftigkeit*），而不受法律的拘束<sup>87</sup>。特別是空間總體計畫中之建設計畫，具有自治法規之拘束性，對於人民財產權之利用產生直接規制效力，應受到法治國原則之嚴格拘束，並受到司法權之監督。早在一九七〇年代，德國聯邦行政法院即開始針對空間總體計畫之計畫形成自由所應受之司法審查表示意見：「如認為規劃高權之行使原本即無須正當化基礎，而為了本身的行使，即使有證據證明有互相牴觸之利益，但在一定程度上仍是正當的，此見解是錯誤的。」<sup>88</sup>此外，基於基本法第14條第1項之財產權保障，聯邦行政法院更認為建設指導計畫及因受計畫影響之個人財產權之間的關係，必須有正當性基礎（*Rechtfertigung*），如有相反的證據，即無法承認計畫的正當性。因此，如一開始即欠缺作為建設指導計畫正當化基礎之城鄉建設發展秩序的公共利益，建設指導計畫即無存在的空間<sup>89</sup>。至於計畫形成自由之界限，依目前德國聯邦行政法院的一貫見解<sup>90</sup>，可分為形式限制及實質限制，而此亦與司法機關之審查密度有關，以下分述之。

#### (1)形式限制

計畫形成自由之行使應遵守強制之程序規定，為其形式限制<sup>91</sup>。強制之程序規定，包括法定之程序類型、管轄權、公眾參與及機關參

<sup>87</sup> BVerwGE 75, 214 (254).

<sup>88</sup> BVerwGE 34, 301 (305).

<sup>89</sup> BVerwG, NJW 1975, S.70 (71) = BVerwGE 45, 309 (312).

<sup>90</sup> BVerwGE 48, 56 (59); 56, 110 (116 f.).

<sup>91</sup> BVerwGE 56, 110 (117).

與程序，以及環境影響評估程序<sup>92</sup>。對於計畫形成自由是否遵守強制之程序規定，司法機關應全面審查。

#### (2) 實質限制

計畫形成自由應具備計畫正當性基礎之必要性、符合先前程序所為決定之內容、遵守規劃指導原則（**Planungsleitsatz**）及利益衡量原則，為其實質限制。對於前三者，司法機關應全面審查，至於是否遵守利益衡量原則，亦即是否有利益衡量瑕疵，司法機關僅得為有限之審查。

所謂計畫正當性基礎及其必要性，依德國聯邦行政法院之固定見解，如依相關空間計畫法中法定之目標設定規範（**Zielsetzungen**），只要計畫內容所採行之措施為合理所需者，即符合必要性之要求，無須達到不可避免的程度<sup>93</sup>。在空間計畫法之實體規範中，立法者已普遍設定了空間計畫規劃內已遵循之目標及方針，在考量計畫內容可能對於人民財產權造成之限制，司法機關在此階段僅審查計畫是否符合目標及方針規定而可優先於人民之財產權，至於財產權受限制的範圍和程度，則可至審查利益衡量原則的階段為之。因此，只有在行政機關之計畫形成自由有重大明顯錯誤的情形下，計畫始不具正當性基礎而為違法<sup>94</sup>。

而先前程序所為之決定限制計畫形成自由之行使，主要在於空間計畫，特別是空間部門計畫，往往具備多階段行政程序的架構，不同行政程序之間彼此交錯、前後銜接。行政機關於規劃空間計畫時，如就該計畫內容已進行先行程序且已得出決定者，即應受該決定內容之拘束。

<sup>92</sup> Raine Wahl/Johannes Dreier, *Entwicklung des Fachplanungsrechts*, NVwZ 1999, S. 606 (610).

<sup>93</sup> BVerwGE 125, 116 = BeckRS 2006, 23694 Rn. 182.

<sup>94</sup> BVerwGE 38, 152 (157) = NJW 1971, S. 1627; Norbert Kämper, in: Johann Bader/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), *BeckOK VwVfG*, 44. Edition Stand: 1.7.2019, § 74 Rn. 15.

至於空間計畫法中之目標及方針規範，並不等同於立法者明文規定之規劃指導原則。所謂規劃指導原則，實際上即為立法者規範之強制性的實體禁止及誡命規定<sup>95</sup>，例如建設法第1條第4項規定「建設指導計畫應與國土空間規劃之目標相符合」、第8條第1項規定「建設計畫發展自土地使用計畫」。此外，於個案中應檢視之規劃指導原則，不限於與該計畫有關之空間計畫法（內部之規劃指導原則），亦包括其他法令之規定（外部之規劃指導原則）<sup>96</sup>。附帶一提者，現今德國聯邦行政法院於實務見解中，亦有以「強制規定」取代規劃指導原則之用語<sup>97</sup>，而更易於瞭解。

而利益衡量原則，為計畫形成自由之核心，而在我國實務上常與判斷餘地理論混淆，以下另為較詳細之介紹。

## 2. 利益衡量原則及其司法審查密度

### (1) 利益衡量原則之憲法依據

所謂利益衡量原則（Abwägungsgebot），係指行政機關於擬定或核定計畫時，應權衡可能受到計畫影響的各方不同公益和私益，而使各種利益於計畫內容中處於協調的狀態<sup>98</sup>。建設法第1條第7項規定：「擬訂建設指導計畫時，應就公益及私益彼此相互間為適當權衡」，即為利益衡量原則之具體規範。為確保進行利益衡量的結果合乎事理，鄉鎮須調查、彙整受計畫影響的各方面利益，並對於相關利益進行評價，決定各種利益的優先順序，並於建設指導計畫內容中對於相衝突的利益進行調和。

利益衡量原則涉及計畫高權對於不同利益間之衡平，本質上即為基於憲法上比例原則而產生的要求。早在一九七二年之裁判中，德國聯邦行政法院即承認計畫法中之利益衡量原則為法治國原則下比例原

<sup>95</sup> Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 72), § 74 Rn. 131.

<sup>96</sup> Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 72), § 74, Rn. 131.

<sup>97</sup> BVerwGE 100, 370 (380) = NVwZ 1996, S.1019; Kämper, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), aaO. (Fn. 94), § 74 Rn. 28.

<sup>98</sup> BVerwGE 48, 56 (59).

則之具體化，甚至無須於計畫法中有明文規定<sup>99</sup>。特別是基於狹義比例原則的要求，不僅應正確調查、認識及評價個別公益或私益之重要性，更應於計畫中使各種公益及私益在客觀上處於適當之衡平關係<sup>100</sup>。

而聯邦憲法法院則認為，建設指導計畫形成並限制人民受基本法第14條保障之財產權，自治法規立法者與一般立法者相同，於形成及限制人民之財產權時，應使財產權人之權益及公共利益處於合理平衡之關係，並符合其他憲法要求，如比例原則及平等原則。因此，建設法所規定之利益衡量原則在主要考量比例原則之情形下，要求規劃決定應符合彈性及個案合理性之利益衡平關係。而最重要須審查者，為重要事實之調查是否正確完整、依該事實而得之所有相關利益是否列入決定考量、及是否以全面且可理解之方式為衡量。依此，最重要者即應考量財產權保障、禁止恣意原則及合比例性之要求<sup>101</sup>。因此德國聯邦憲法法院與聯邦行政法院的態度雖不盡相同，未明文承認利益衡量原則為憲法上比例原則之具體化，但基於對於建設法規定進行違憲審查的立場，則肯定利益衡量原則符合憲法比例原則之精神<sup>102</sup>。

#### (2) 利益衡量原則之內涵及其司法審查

利益衡量原則不僅適用於利益衡量過程（*Abwägungsvorgang*），亦及於利益衡量過程所得的總體結論，即利益衡量結果（*Abwägungsergebnis*）<sup>103</sup>。此二者雖難以截然劃分，但大致而言，利益衡量過程係指所有可導出利益衡量結果之過程，不僅包括開始進行

<sup>99</sup> BVerwGE 41, 67; 其官方裁判要旨第一點即強調，法治國中之規劃，以對於受規劃影響之公益及私益為合理衡量為前提，而與建設法之規定無涉。

<sup>100</sup> Wilfried Erbguth, Die planerische Abwägung und ihre Kontrolle, in: Wilfried Erbguth/Winfried Kluth (Hrsg.), Plaungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle: Kolloquium zum Gedenken an Werner Hoppe, 2012, S. 109-111.

<sup>101</sup> BVerfG, NJW 2003, S. 727 (727-728).

<sup>102</sup> Dirk Bernhardt, Das baurechtliche Abwägungsgebot zwischen richterlicher Rechtsfortbildung und gesetzlicher Regelung, JA 2008, S. 166 (166-167).

<sup>103</sup> Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, aaO. (Fn. 72), § 114 Rn. 201; Jörg Berkemann, Zur Abwägungsdogmatik: Stand und Bewertung, ZUR 2016, S. 323 (324); BVerwGE 47, 144 (146); 48, 56 (64) = NJW 1976, S. 1373.

利益衡量，亦及於將所有相關之公私益納入考量。此包括調查及評價所有具有重要性之利益衡量事物（*Abwägungsmaterial*），將其彙整並列入考量（建設法第2條第3項）<sup>104</sup>。利益衡量結果，則係將計畫內容作為產物，並應使各利益於計畫內容中最後處於衡平之關係。

依此，司法機關對於計畫形成自由是否遵守利益衡量原則之審查，包括審查是否為利益衡量、是否依事件狀況將應考量之利益納入衡量、是否正確評價個別公益或私益之重要性、及計畫中對於各種公益及私益之衡平客觀上是否處於適當關係。換言之，行政機關行使計畫形成自由，於進行利益衡量時不得罹有利益衡量瑕疵。依德國聯邦行政法院對於計畫形成自由之合法性審查所發展出的利益衡量瑕疵理論（*Abwägungsfehlerlehre*），行政法院對於計畫形成自由之合法性審查，即在審查下列四種態樣之利益衡量瑕疵<sup>105</sup>：

① 未為衡量或衡量怠惰（*Abwägungsausfall*），即行政機關根本未進行利益衡量。

② 衡量不足（*Abwägungsdefizit*），係指行政機關依據事物的基礎，未將與計畫有關的利益納入衡量，此為調查、彙整階段的瑕疵。即行政機關在判斷個別利益是否納入衡量時，輕忽其重要程度，以致忽略應予衡量的利益。應納入衡量之利益，不限於行政機關已知之事實狀態，如為個案中應認識之利益，亦應納入衡量<sup>106</sup>。

③ 衡量錯估（*Abwägungsfehleinschätzung*），此為評價階段的瑕疵，係指行政機關對於相關利益重要性之評價有誤。對於各種利益進行評價時，應參考計畫目標、個案事實及法令對利益衡量所確定之原則，使個別利益的重要性得以合理的呈現，如行政機關未依據上述考

<sup>104</sup> Wilhelm Söfker/Peter Runkel, in: Werner Ernst/Willy Zinkahn/Walter Bielenberg/Michael Krautzberger, Baugesetzbuch, 133. EL Mai 2019, § 1 Rn. 187.

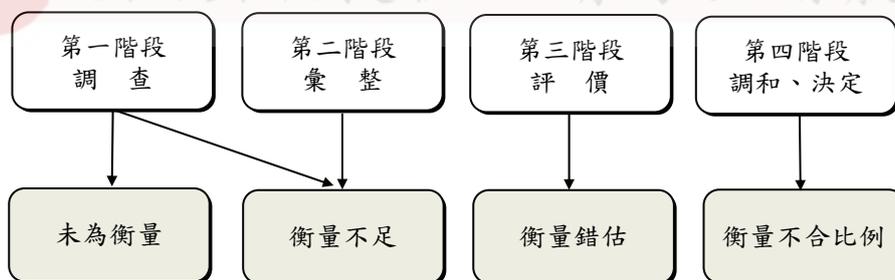
<sup>105</sup> BVerwGE 34, 301 (309).

<sup>106</sup> Michael Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, aaO. (Fn. 104), Vorbemerkungen zu den §§ 1 bis 13a, Rn. 29; Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, aaO. (Fn. 72), § 114 Rn. 208 ff..

量對於利益進行評估，即為衡量錯估之瑕疵。

④ 衡量不合比例（*Abwägungsdisproportionalität*），則指行政機關對於相關利益進行調和時，個別利益在客觀的重要性上顯不相當，此為利益調和與決定階段的瑕疵。如果犧牲特定利益並無助於實現被認定具有優先性的利益，或被犧牲的利益與欲實現的利益間顯不相當，即欠缺事理正當性，而有衡量不合比例之瑕疵。然而，如行政機關面對相衝突的不同利益，經過合法程序的調查及評估後，決定選擇其一，而使其他利益處於較不利的地位，並未違反利益衡量原則。重視特定利益，而使其他利益退居於次要地位，實際上更是符合計畫形成自由的精神。只是重視其一而使其他利益退卻，仍須符合比例原則（特別是狹義比例原則）的要求<sup>107</sup>。

綜上所述，利益衡量之階段及瑕疵態樣之關係，即得以下圖表示之：



資料來源：Martini/Finkenzeller, Die Abwägungsfehlerlehre<sup>108</sup>

## 圖二 利益衡量階段與利益衡量瑕疵之關係

由上圖可知，須區分利益衡量過程及利益衡量結果之瑕疵。其中對於受計畫影響之已知或應知之公益或私益，未就其重要事項進行適

<sup>107</sup> Krautzbeger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzbeger, aaO. (Fn. 104), Vorbemerkungen zu den § § 1 bis 13a, Rn. 28.

<sup>108</sup> Vgl. Mario Martini/Xaver Finkenzeller, Die Abwägungsfehlerlehre, JuS 2012, S. 126 (127).

當之調查或評估（未為衡量、衡量不足或衡量錯估），屬於利益衡量過程瑕疵；至於衡量不合比例，則為利益衡量結果瑕疵。司法機關對於利益衡量瑕疵之審查，重點即在於各種利益之調查、彙整、評價等利益衡量過程及調和決定之利益衡量結果的階段中出現之瑕疵態樣。

#### （四）計畫形成自由違法之法律效果

如鄉鎮於作成土地使用計畫至發布建設計畫之自治法規的過程中，其計畫形成自由之行使逾越上述形式或實質之界限，鄉鎮公告之空間總體計畫違法，惟是否即導致空間總體計畫無效而不應生效力，立法上則須為進一步考量。特別是建設計畫具有自治法規的性質，依據該計畫通常有後續之營建開發行為，涉及人民財產使用收益之權益，如一律宣告違法之建設計畫不生效力，對於法律安定將造成一定影響，因此德國立法者於建設法中確立了計畫維持（Planerhaltung）優先於計畫廢棄（Planaufhebung）的原則（第214條及第215條），以使建設計畫不致因稍有瑕疵即被廢棄，而對於法律秩序之安定性造成重大影響，亦不致因此須重新進行複雜且冗長之規劃程序，以符合程序經濟之考量<sup>109</sup>。

因與計畫維持原則有關之法規內容非常複雜<sup>110</sup>，且涉及德國立法者考量不同因素而為之法制設計，本文以下對此部分僅為概略介紹，以供參考。

##### 1. 絕對不重要及絕對重要之瑕疵

首先可得出立法者認為「絕對不重要之瑕疵」（absolut unbeachtlicher Fehler），亦即計畫形成自由之行使雖有違法情形，惟該瑕疵之態樣或程度輕微，不致影響空間總體計畫之實質內容。因此即使聲請人依行政法院法（VwGO）第47條規定之法規審查程序

<sup>109</sup> Alfred Scheidler, Planerhaltung bei fehlerhafter Bauleitplanung – Eine Betrachtung der Planerhaltungsvorschriften §§ 214 bis 216 BauGB –, ZfBR 2019, S. 336 (336); Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, aaO. (Fn. 72), § 114 Rn. 226.

<sup>110</sup> 建設法第214條及第215條中譯條文，參見王珍玲、傅玲靜、劉如慧譯，前揭註29。

(Normenkontrollverfahren) 中主張空間總體計畫有此類型之瑕疵，亦不致影響建設計畫之效力<sup>111</sup>。此等瑕疵，包括第214條第1項第1句第2款但書、第3款第2段、第2項及第2a項所列之事由。因此，如個別人民、行政機關或其他公益主體雖未參與程序，但相關利益並非重要或已於決定中予以考量；對於可利用之環境相關資訊種類，欠缺個別說明；認為無重要理由而未適當延長建設指導計畫公開展覽期間，且無重要理由之原因係可理解；或計畫之說明理由或其草案不完備，皆屬於絕對不重要之瑕疵。

此外另一極端之類型，則為絕對重要之瑕疵。違反實體法之規定，除另有規定外，如違反利益衡量原則及發展原則之法律效果，其餘情形皆為重要之瑕疵。例如空間總體計畫不具正當性基礎（違反第1條第3項第1句）、或不符合同土空間規劃目標（違反第1條第4項），即為實體瑕疵。此外，由第214條第3項第2句規定可知，利益衡量之瑕疵須區分為利益衡量過程及利益衡量結果之瑕疵，而衡量不合比例為利益衡量結果之瑕疵，性質上為實體瑕疵，具有絕對重要性。

而程序瑕疵具有絕對重要性者，為第214條第1項第1句第4款規定與作成空間總體計畫有關之瑕疵，如建設計畫未經鄉鎮決議。立法者認為此類型瑕疵之嚴重程度，除致生建設計畫違法不生效力之法律效果外，別無其他可能性<sup>112</sup>。且即使於空間總體計畫公告一年後<sup>113</sup>，仍具有重要性。

## 2. 相對重要（相對不重要）之瑕疵

至於瑕疵態樣之中間類型，即為相對重要之瑕疵，亦可理解為相對不重要之瑕疵（relativ unbeachtlicher Fehler）<sup>114</sup>。此類型之瑕疵，

<sup>111</sup> Scheidler, aaO. (Fn. 109), S. 336 (336).

<sup>112</sup> Alexander Kukk, in: Schrödter (Hrsg.), aaO. (Fn. 19), § 214 Rn. 9.

<sup>113</sup> 參見德國建設法第215條第1項。

<sup>114</sup> Scheidler, aaO. (Fn. 109), S. 336 (336).

主要為程序及方式之瑕疵，包括第215條第1項第1句各款所列之瑕疵、及同項第2句規定之瑕疵。最重要的態樣，為利益衡量過程之瑕疵、公眾參與及機關參與之瑕疵、及計畫及其草案說明理由之瑕疵。

對於受計畫影響之已知或應知之公益或私益，未就其重要事項進行適當之調查或評估（未為衡量、衡量不足或衡量錯估），屬於利益衡量過程瑕疵，僅於該瑕疵明顯且對利益衡量結果有影響者，始為具有重要性之瑕疵（第214條第3項第2句後段）。易言之，利益衡量程序瑕疵不僅須明顯，且依個別情形有具體可能性可認為無該瑕疵，計畫之內容將有所不同時，該瑕疵始具有重要性<sup>115</sup>。

至於公眾參與或機關參與之程序（第3條及第4條），除了程序參與之獨立意義外，最重要的功能在於協助規劃建設計畫之地方自治團體取得作成利益衡量所需要的重要事實及資訊，除了有助於相關評估預測外，更重要的即是使其瞭解相關公私益狀況，進而得以於各利益間衡平審酌而形成最後的計畫內容。此即建設法第4條之1第1項規定之意旨：「公眾及機關參與之規定，有助於特別是規劃涉及之利益及公眾資訊之完整調查及適當評價。」至於程序參與規定之瑕疵，除第214條第1項第1句第2款有特別規定外，原則上為具有重要性之瑕疵。然而，如果經由相關參與程序而確認之利益，在實體上並不重要，或已經入計畫之利益衡量者，該程序瑕疵對於實體之計畫內容即例外不具有重要性（第214條第1項第1句第2款第2目）。

此外，計畫及其草案說明理由之瑕疵，除第214條第1項第1句第3款有特別規定外，原則上為具有重要性之瑕疵。說明理由之重要性，特別在於實施環境評估後製作之環境報告，為理由中之獨立部分（第2條之1第2項）。如理由中未附環境報告，原則上即為具有重要性之瑕疵。

此類型之瑕疵為相對重要之原因，在於依第215條第1項之規定，如未於空間總體計畫公告後一年內，向地方自治團體以書面主張，並

<sup>115</sup> BVerwGE 64, 33 (39).

敘明違法事實者，該瑕疵即不再具有重要性。因此，於此一年期間內，如有人民提出異議，該瑕疵對於任何人皆具有重要性。於一年期間經過後，如無異議或及時提出之異議，則該原具有重要性之瑕疵即轉變成為不具有重要性，空間計畫應視為自始即有效<sup>116</sup>。

### 3. 空間總體計畫具重要瑕疵之法律效果

在計畫維持原則之精神下，除了涉及瑕疵重要性類型之區分外，尚須考量重要性瑕疵對於空間總體計畫效力之影響。不論空間總體計畫具有絕對重要瑕疵，或尚於一年異議期間內之相對重要瑕疵，該空間計畫雖為違法，但仍可經由補充程序（*ergänzendes Verfahren*）治癒該瑕疵，以使該空間計畫溯及（*rückwirkend*）生效（第214條第4項）<sup>117</sup>。所謂補充程序，係指為排除特定瑕疵，就整體規劃程序之部分所為之必要程序階段<sup>118</sup>。如係重新進行建設指導計畫程序，則非補充程序。而德國實務上較常以補充程序排除之瑕疵，如公眾參與或機關參與之瑕疵、公告之瑕疵、或利益衡量之瑕疵<sup>119</sup>。於未進行補充程序治癒瑕疵前，空間整體計畫不得實施，而不生效力（*unwirksam*），即未發生法律效力<sup>120</sup>。然如瑕疵經補充程序而排除者，空間總體計畫溯及生效，而依該空間總體計畫作成之後續行政行為之瑕疵，亦因此而治癒<sup>121</sup>。

由上述之說明，可知德國在建設法關於空間總體計畫法制完整規範的基礎下，再透過學理及實務見解的發展，已對於計畫法之特性、計畫形成自由之內涵與其限制、及司法審查密度，有詳細的體系及論

<sup>116</sup> Kukk, in: Schrödter (Hrsg.), aaO. (Fn. 19), § 214 Rn. 12; Michael Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 215 Rn. 16 f.

<sup>117</sup> Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 214 Rn. 124; Klaus-Peter Dolde, Das ergänzende Verfahren nach § 215a I BauGB als Instrument der Planerhaltung, NVwZ 2001, S. 976 (978 f.).

<sup>118</sup> Scheidler, aaO. (Fn. 109), S. 336 (340).

<sup>119</sup> Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), aaO. (Fn. 11), § 214 Rn. 125a.

<sup>120</sup> Dolde, aaO. (Fn. 117), S. 976 (980).

<sup>121</sup> Kukk, in: Schrödter (Hrsg.), aaO. (Fn. 19), § 214 Rn. 67.

述。相較之下，我國空間計畫法制及理論的建構及發展，仍有許多不足，德國已建立的完整理論，可作為我國法制改革及實務發展之參考。

## 參、我國都市計畫司法審查之檢視與比較

### 一、司法審查之標的

#### (一)德國法規審查程序之審查標的——建設計畫之擬定及變更

德國司法機關對於空間總體計畫之審查模式，行政法院法（VwGO）第47條第1項有特別規定：「高等行政法院於其審判權範圍內，依聲請審查下列法規之效力：一、依建設法規定制定之自治法規，及基於建設法第二百四十六條第二項訂定之法規命令；二、其他位階低於邦法之法規，但以邦法有明文規定者為限」，即包括由鄉鎮發布具有自治法規性質之建設計畫及與開發案有關之建設計畫。此為德國之「抽象法規審查」（*abstrakte Normenkontrolle*）制度，目前於德國文獻中則多稱之為「主要法規審查」（或稱為本案法規審查）（*prinzipale Normenkontrolle*）<sup>122</sup>。該訴訟類型與一般熟知之撤銷、課予義務、一般給付及確定訴訟等訴訟類型不同，係由行政法院直接針對自治法規或其他法規命令是否符合上位規範及其合法性進行審查。其性質上為特殊之確認訴訟類型，並具有客觀訴訟的性質<sup>123</sup>。

<sup>122</sup> *Prinzipal*一詞，為「主要」之意，因此本文稱*prinzipale Normenkontrolle*為主要法規審查，但亦有國內學者林明昕教授認為此訴訟類型係以法規作為本案審查之標的，而非行政處分，而稱為本案法規審查。然因本案法規審查一詞恐不易理解，故本文仍稱為主要法規審查，以與附帶法規審查的概念相對應，強調與此類型的審查程序中，行政機關係主要審查法規的效力，而非附帶於個案爭訟始審查法規效力；vgl. Ludger Giesberts, in: Herbert Posser/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), *BeckOK VwGO*, 50. Edition, Stand: 1.7.2019, § 47 Rn. 1.1.

<sup>123</sup> 於法規審查程序中，行政法院並非審查聲請人權利是否受侵害，而是審查法規之合法性，因此具有客觀訴訟之性質。至於此訴訟類型是否具有權利保護的性質，在德國則有不同見解。持否定見解者認為於法規審查程序中，只要

行政法院之審查標的如為具自治法規性質之建設計畫，不論為一般之建設計畫或與開發案有關之建設計畫，於主要法規審查程序中，行政法院應特別審查計畫形成自由是否逾越形式限制及實質限制，並對於遵守強制程序規定、計畫正當性基礎之必要性、符合上位計畫決定之內容、遵守規劃指導原則等事項為全面審查，而對於是否遵守利益衡量原則，僅為有限度之審查，即審查是否有利益衡量瑕疵。

至於對於前階段具準備性質土地使用計畫，因尚屬於鄉鎮之內部行為，並不具有自治法規之性質，已於前述，因此並非行政法院於法規審查程序中之審查標的。

### (二)我國撤銷訴訟之爭訟標的——主要計畫及細部計畫之個案變更

我國對於空間總體計畫之司法審查，現行法並未設有特殊之制度，長期以來皆依循司法院釋字第156號解釋確立之見解，認定都計法第27條規定之個案變更（迅行變更），直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，性質上為行政處分，權益受都市計畫個案變更影響之人民，即得提起撤銷訴願及撤銷訴訟以求救濟。至於個案變更之都市計畫，其內容為主要計畫或細部計畫，則非所問，皆得為行政法院於撤銷訴訟中審查之爭訟標的。但對於因定期通盤檢討（都計法第26條）所為之都市計畫變更，則非行政處分，不得提起行政爭訟。參照德國法制之思考及我國都計法之規定，我國現行見解實有值

---

聲請合法，行政法院即應全面審查法規之合法性，審查範圍不以聲請人之主張為限，因此並不具有主觀權利保護訴訟的性質；vgl. Ludwig Renck, Gesetzgebungsbefugnis und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, DÖV 1996, S. 409 (411); 然而多數見解則認為，雖然法規審查程序首要的功能為客觀的規範審查，但亦同時為具有權利保障性質之程序。且1996年行政法院法修正後，現行規定係以聲請人主張權利受損害或可能受到損害作為聲請權之要件，且於修正之立法理由中亦明確說明法規審查程序一方面提供權利保障，另一方面亦為客觀法審查程序；Giesberts, in: Posser/Wolff (Hrsg.), aaO. (Fn. 122), § 47 Rn. 3; Jan Ziekow, in: Helge Sodan/Jan Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., 2018, § 47 Rn. 31 ff.

得檢討之處。

### 1. 都市計畫之擬定及其變更之法律性質

我國長期以來的實務見解皆深受司法院釋字第156號解釋之影響，區分都市計畫之擬定行為及變更行為，且再區分變更的原因，僅認定都市計畫個案變更行為係行政處分而有提起行政爭訟之可能，導致都市計畫之擬定及通盤檢討變更之行為則無從成為行政爭訟審查之標的。此見解僅著眼於都市計畫之變更原因，忽視都市計畫之本質，對於都市土地使用及資源與環境保護造成的負面影響相當深遠，值得檢討<sup>124</sup>。

姑且不論對於司法院釋字第742號解釋見解之批評<sup>125</sup>，關於都市計畫之法律性質，學界向來見解不一<sup>126</sup>。然而不論是都市計畫之擬定或變更，其性質是否為行政處分，重點在於都市計畫內容係針對具體事件或普通抽象事件而對外發生拘束效力，主要標準為行政機關「作成行為時」所規制之事件具有一次性或反覆性，以及相對人是否特定。事件之具體性或抽象性，指的並非判斷行政行為的內容是否具體，而是受到規制的情事是否明確特定，且規制效力有無反覆發生的

<sup>124</sup> 參見傅玲靜，對於抽象法規範之行政爭訟——以都市計畫之擬定及變更為例，月旦法學教室，第167期，2016年9月，頁9-11。

<sup>125</sup> 關於司法院釋字第742號解釋將都市計畫之變更定性為既是法規、在特定情形下又是行政處分之雙重性質的見解，學者有所批評；參見程明修，前揭註6，頁210-215；林明鏘，前揭註6，頁63-64。

<sup>126</sup> 有見解認為都市計畫之擬定及變更，為一般處分；參見陳立夫，都市計畫之法律性質，台灣本土法學雜誌，第50期，2003年9月，頁43-44。有見解認為主要計畫係法規命令，細部計畫係行政處分；參見廖義男，都市發展中公共設施用地取得方法之規範，法學新論，第24期，2010年7月，頁30-31。另有見解認為都市計畫不論主要計畫或細部計畫之擬定或變更，本質上皆屬抽象性之規範行為，而非特定性之具體處分行為；參見林明鏘，從大法官解釋論都市計畫之基本問題，載國土計畫法學研究，第2版，2018年3月，頁289。此外，尚有見解依司法院釋字第742號解釋之意旨，認為主要計畫視其規範之範圍是否可得特定、內容是否具體，而為法規命令或行政處分，至於細部計畫亦同；參見王珍玲，都市計畫之法律性質，裁判時報，第72期，2018年6月，頁65-66。

可能<sup>127</sup>。不論都市計畫之擬定或變更時，其內容一經對外公告，於計畫有效存續期間內，計畫區域內所有使用土地之人之行為，皆受到配合土地使用分區所相應之土地使用管制的規範。受規制者，不限於公告時之土地所有權人，即便嗣後土地所有權人變更，其後手之行為仍受到都市計畫之規制。而且任何於土地進行營建、使用、開發之行為人，皆受到計畫內容中關於土地使用分區管制之拘束<sup>128</sup>。因此，都市計畫之擬定於其公告時，受拘束之人並非特定或可得特定，受拘束之事件亦非具體一次性之事件，故都市計畫究其本質，應具有法規之性質，並作為後續建築主管機關或其他行政機關採取管制行為之依據。且都市計畫既為地方自治事項（地方制度法第18條第6款、第19條第6款），都市計畫性質上即應係直轄市或縣（市）依其自治權限所發布之自治法規。

至於都市計畫之變更，不論其變更之事由係依據都計法第26條或第27條，理論上其法律性質即應理解為自治法規之變更，不致因變更方式不同，導致其法律性質的認定出現歧異<sup>129</sup>。特別是實務上常見之個案變更，尤其因都計法第27條第1項第4款規定為配合重大政府設施之興建所為之都市計畫變更，情形即與德國建設法第12條之「與開發案有關之建設計畫」類似，於我國法制下則應理解為自治法規為配合特定開發行為所為之變更，亦不致因此認定其變更具有行政處分之性質。

## 2. 主要計畫與細部計畫之關係

都市計畫依其規劃範圍分為市（鎮）計畫、鄉街計畫及特定區計

<sup>127</sup> 林錫堯，行政法要義，第4版，2016年8月，頁244-245。

<sup>128</sup> 例如申請建造執照或雜項執照之建築行為，依建築法第35條之規定，主管建築機關對於妨礙當地都市計畫或區域計畫有關規定者，應限期不符規定之起造人改正其行為。可知都市計畫內容中有關土地使用管制之規定，係作為建築主管機關判斷核發建造執照之標準。

<sup>129</sup> 因此對於司法院釋字第742號解釋將都市計畫之擬定及變更為雙重性質之法律定性的認定，本文亦持反對見解。

畫（都計法第9條），依其層級則分為主要計畫與細部計畫。主要計畫為細部計畫之「準則」，細部計畫為「實施都市計畫之依據」（都計法第2條第1款及第2款）。詳言之，主要計畫係依據規劃範圍之實質環境、經濟環境與社會環境，擬定未來發展目標及發展模式，作為發展及建設之原則性指導，具有綜合性、一般性、長期性及全盤性等特質。依都計法第15條第1項規定，主要計畫書圖除了事實資訊的調查分析及計畫區域範圍外，首要的是對於人口成長、分布、組成、及計畫年內人口與經濟發展之推計，以及對於住宅、商業、工業及其他土地使用之配置，與因此須配置的公共設施與所需用地。主要計畫之計畫實質內容，一般包括居住及工作用地計畫、交通運輸計畫及公共設施計畫<sup>130</sup>。因此，主要計畫內容在於配合人民與經濟發展的預測，進行土地使用分區的劃設及配置。主要計畫之核定，僅為都市計畫過程中的第一個步驟，參照都計法第17條規定，後續仍須依據主要計畫，分期、分區另行擬定細部計畫，作為實施都市計畫之依據<sup>131</sup>。

而細部計畫與主要計畫不同，理論上除須說明其與主要計畫之關係外，在內容上，係就主要計畫範圍內一部分地區更詳細的實質計畫，並依主要計畫的指導，對地區為更詳細地規劃，具有執行性、具體性、中短期性及局部性等特質<sup>132</sup>。細部計畫須就計畫範圍內主要計畫已劃定之公共設施用地與道路系統規劃其配置及開發，更重要的內容則為土地使用分區管制（都計法第22條第1項第2款）。土地使用分區管制（Zoning Control）為執行主要計畫之工具之一，依據主要計畫之目標及內容，將計畫範圍劃定為各種不同使用分區，進而對於各分區內之土地與建築物使用予以使用性質與使用強度的規範，並排除妨害使用分區主要用途之其他使用，以維護居住環境品質及確保公共設

<sup>130</sup> 辛晚教，都市及區域計畫，2012年8月，頁56-57。

<sup>131</sup> 同前註，頁476；錢學陶，都市計畫學導論，2007年2月，頁47。

<sup>132</sup> 參見台南市政府都市發展局，[http://ud.tainan.gov.tw/UPBUD\\_sys/FAQDetail?Id=97b1fb85-2254-45dd-9b67-b6deca729560](http://ud.tainan.gov.tw/UPBUD_sys/FAQDetail?Id=97b1fb85-2254-45dd-9b67-b6deca729560)，造訪日期：2019年11月15日。

施之服務<sup>133</sup>。相較於主要計畫，具綜合性、一般性及長期性，土地使用分區管制則涉及根據主要計畫之一般發展模式，對土地之占有及使用，所為特定性、詳細性及短期性之規制。「特定性」係指專為不同使用分區之土地使用之性質與強度為管制，「詳細性」則指對於每一使用分區皆有周詳規範，「短期性」則是指管制未來五至十年的發展，而非二、三十年，並得視需要變更內容<sup>134</sup>。都計法第三章「土地使用分區管制」（第32條以下）之規範，應屬於細部計畫之規劃內容。特別是都計法第39條之規定，土地經主要計畫劃定為不同使用區後，區域內土地及建築物之使用、基地面積或基地內應保留空地之比率、容積率、基地內前後側院之深度及寬度、停車場及建築物之高度，以及有關交通、景觀或防火等事項，即應於細部計畫中受到詳細地規範。

由上述可知，主要計畫具有指導性、準則性，而對外限制人民土地使用及作為發展規劃的依據、並具有法規制性者，實際上應為細部計畫。雖然都計法並未明文規定類似德國建設法第8條第2項之發展原則，但由都計法第7條第1款及第2款規定用語可知，主要計畫為「擬定細部計畫之準則」，且由上述都市規劃之理論可知，細部計畫係依主要計畫之指導，就主要計畫範圍內一部分地區更詳細的實質計畫，由此可知在我國都計法之立法架構下，主要計畫與細部計畫間之關係，實與德國建設法中土地使用計畫及建設計畫之關係類似，並無本質之不同。二者彼此之間亦應存在發展原則之關係，即細部計畫應發展自主要計畫，並遵循主要計畫所確立之目標及土地使用分區，於細部計畫中就各使用分區土地使用行為之性質與強度，規範明確之管制內容。

### 3. 主要計畫之法律性質

至於主要計畫是否應認定具有對外之拘束力，在德國法制上係立

<sup>133</sup> 錢學陶，前揭註131，頁406。

<sup>134</sup> 錢學陶，前揭註131，頁409。

法明文規定否定土地使用計畫（相當於我國之主要計畫）之對外效力，為行政機關內部之行為，功能為指導後續擬定具拘束力之建設計畫（相當於我國之細部計畫），故僅具指導性質。因此德國主要法規審查之對象，並不及於土地使用計畫，而是基於土地使用計畫發展而生、具自治法規性質之建設計畫。德國關於法律性質之明文規定，依上述說明，實係根基於計畫內容之本質所生之當然結果，不應認為係立法者以其主觀意思所為立法裁量權之行使。

我國的主要計畫，性質上類似於德國的土地使用計畫，最重要的內容是劃設土地使用分區（都計法第15條第1項第4款）<sup>135</sup>，至於配合各該使用分區所生對於人民使用土地行為之管制事項，則是細部計畫之內容（都計法第22條第1項第3款）<sup>136</sup>。因此對於本質相同之事物，於我國理論上不應為不同法律性質之認定。換言之，對於主要計畫理論上尚無法直接認定為具對外拘束力之自治法規<sup>137</sup>。

綜上所述，我國長期以來以都市計畫之變更事由作為區分得否撤銷訴訟之標準，不僅悖離都市計畫之本質，亦與其應然之法律性質不符。目前行政訴訟法部分條文修正草案增訂之都市計畫法規審查程序，即回歸將都市計畫視為自治法規之性質，設計特殊之法律救濟程序。至於後續因執行計畫作成之行政處分，例如徵收處分，因有爭議而進行之撤銷訴訟中，並不排除行政法院以都市計畫之有效性為前提，而對於都市計畫進行附帶之法規審查，此仍為應辨明之處。

<sup>135</sup> 類似於德國建設法第5條第2項關於用地劃設之規定。

<sup>136</sup> 參見德國建設法第9條，特別是該條第1項多為與使用性質及強度有關之土地使用分區管制之規定。

<sup>137</sup> 德國學說及司法實務通說見解多認為土地使用計畫不得成為法規審查程序之標的，但仍有少數見解認為由德國建設法第35條第3項之規定，可得出土地使用計畫中之說明為駁回個別開發案申請之依據，應認為具有外部效力，且建設計畫應遵循土地使用計畫之目標，應認為土地使用計畫具有拘束力；vgl. Martin Kment, Unmittelbarer Rechtsschutz Privater gegen Ziele der Raumordnung und Flächennutzungspläne im Rahmen des § 35 III BauGB, NVwZ 2003, S. 1047 (1055).

## 二、司法審查之密度

### (一)對於引用判斷餘地理論之檢討

我國對於判斷餘地理論之架構，源自於司法院釋字第553號解釋理由書，並長期經過司法實務見解的發展，而已逐漸形成固定論述。審查結果是僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更，一般認為此即採取較低之司法審查密度。然而由行政法院可審查之事項觀之，不僅包括事實認定、法律解釋、個案涵攝，亦包括行政機關之組織權限及正當程序，更涵蓋法治國原理原則之遵守，如此完整的審查面向，何以認為行政院所進行者係低密度司法審查？實令人費解。

回頭檢視德國關於判斷理論之法理說明，強調行政機關享有之判斷餘地來自由立法者之授權，因此首要者，即為透過對於實體法規範之解釋，確定立法者授權行政機關享有最後決定權之意思，司法機關之審查密度始受到限縮<sup>138</sup>。至於行政機關享有判斷餘地之事件型態，則是透過實務及案例之發展而類型化的結果。大體而言，主要包括二種考量：其一為基於行政之功能及相關之獨立性，而承認行政機關享有判斷餘地。例如行政決定與評估或預測有關，且通常運用非法律之方式進行預測及評估，例如自然科學、科技或經濟之評價。另一則為作成行政決定的結構性、組織性特徵，致使行政法院不適合亦無法進行完整全面之審查<sup>139</sup>。至於行政機關享有判斷餘地之事件類型，不論是考試評定、預測或評估、或專家委員會之判斷，行政法院之司法審查密度無法一概而論，而是依不同事件性質進行不同的論述<sup>140</sup>。因此行政法院對於行政機關享有評估特權的事項所為之審查，著重於事實

<sup>138</sup> Andreas Decker, in: Posser/Wolff (Hrsg.), aaO. (Fn. 122), § 114 Rn. 35; Martin Kment/Sebastian Vorwalter, Beurteilungsspielraum und Ermessen, JuS 2015, S. 193 (196-197).

<sup>139</sup> Kment/Vorwalter, aaO. (Fn. 138), S. 193 (197).

<sup>140</sup> Kment/Vorwalter, aaO. (Fn. 138), S. 193 (198); Decker, in: Posser/Wolff (Hrsg.), aaO. (Fn. 122), § 114 Rn. 36 ff..

調查正確性及預測與評估方式合乎專業適當性之說理，並無法全然套用於其他判斷餘地事件類型之司法審查上。

### (二)重新界定都市計畫之司法審查密度

基於上述對判斷餘地理論的重新認識，行政法院對於具有空間總體計畫性質之都市計畫進行司法審查時，其承認行政機關享有判斷餘地致司法審查受限制的前提，必須先釐清立法者有意授權行政機關享有預測及評估之事項，以清楚劃分與評估及預測此「評估特權」有關之判斷餘地事項。

參酌都計法第3條及第5條規定可知，都市計畫係對一定地區內有關都市生活之經濟、交通、衛生、保安、國防、文教、康樂等重要設施，依據現在及既往情況，並預計二十五五年內之發展情形，作有計畫之發展，並對土地使用作合理之規劃。可知立法者授權行政機關對於都市計畫進行預測及評估之事項，應係就計畫範圍區域「依據現在及既往情況，預計二十五五年內之發展情形」，例如人口成長、經濟發展或交通流量等事項之預測，此即為行政機關享有判斷餘地之事項。行政法院對於判斷餘地事項之審查，應限於行政機關對於現在及既往情況之事實調查是否正確、及對於未來發展情形之預測是否為計畫專業領域所承認之適當方式。

至於都市計畫對於一定地區所為「有計畫之發展，並對土地使用作合理之規劃」，即都市計畫內容所確立該地區發展之目標、方向及土地使用規劃，此係基於上述專業預測而擬定之具體內容，屬於計畫形成自由的事項，並非判斷餘地事項。司法機關對於都市計畫的內容所為之司法審查，即應依前述計畫形成自由界限之理論<sup>141</sup>，審查是否遵守強制之程序規定、是否具備計畫正當性基礎之必要性、符合上位計畫決定之內容、遵守規劃指導原則及利益衡量原則。特別是後者，司法機關所為之有限度審查並非基於判斷餘地理論，而是依利益衡量

<sup>141</sup> 參見本文貳、四、(三)。

瑕疵理論，審查都市計畫內容是否權衡可能受到計畫影響的各方不同公益和私益，且各種利益是否處於協調的狀態。

綜上所述，可知我國目前行政法院實務對於判斷餘地理論之理解及運用，應重新檢討，且對於都市計畫之審查，亦應重新區分判斷餘地事項及計畫形成自由事項，並清楚界分二者之司法審查密度，不應混淆。

### 三、個案中司法審查論述之觀察

#### (一)司法審查之標的

以本文前述論及之「臺北市捷運萬大—中和—樹林線捷運開發區（LG01站）」開發案相關之都市計畫及其司法審查為例，涉及因個別開發行為所為都市計畫之擬定或變更，亦即德國建設法中所稱之「與開發案有關之建設計畫」，計畫內容已脫離上位計畫之指導目標，重點在於配合開發案內容另行規劃土地使用之配置及管制事項。

於本件開發案之行政爭訟程序中，姑且不論囿於現行行政訴訟法之規定原告僅得提起撤銷訴訟的問題，重點是本件開發案主要計畫之變更及細部計畫之擬定，皆為行政爭訟之標的。然而在本文上述關於都市計畫法律性質之觀察下，細部計畫經核定公告後具有直接對外效力，並無疑義，此處實須進一步反思主要計畫之變更是否具有直接對外效力。觀察本件開發案主要計畫之內容，具爭議者為將住宅區及商業區變更為捷運開發區，此部分涉及土地使用分區劃設之變動。該計畫「伍、其他」第五點：「本計畫所劃設之捷運開發區，其建蔽率、容積率、使用項目管制及都市設計規定應另行依法定程序擬定細部計畫。」<sup>142</sup>由此可知，捷運開發區中土地使用管制之強度，應另由細部計畫予以規範。再者，捷運開發區實際上並非交通用地，此由主要計畫中另劃設有交一、交二與交三等三筆交通用地，即可推知。交通用

<sup>142</sup> 配合臺北市捷運萬大—中和—樹林線工程變更沿線土地為交通用地及捷運開發區（LG01站）主要計畫案，計畫書，前揭註1，頁14。

地屬臺北市土地使用分區管制自治條例第83條所列之公共設施用地之一，而捷運開發區性質上則為臺北市政府於大眾捷運系統土地開發相關法規下規劃核定供捷運開發使用之土地<sup>143</sup>，嚴格而言並非都市計畫法體系下之使用分區或公共設施用地。本件開發案擬以聯合開發方式對於捷運開發區土地進行開發，而開發行為所涉之建蔽率、容積率、使用項目管制等規定，仍有待細部計畫予以規範，該主要計畫之內容實際上應為後續細部計畫擬定之準則，應尚未直接對外發生效力。是故，本件開發案主要計畫之變更，理論上應不得成為撤銷訴訟之標的，日後亦不得成為法規審查程序審查之對象。因此理論上，本件主要計畫之變更因不具直接對外效力，行政法院應依行政訴訟法第107條第1項第10款裁定駁回原告之訴，而對於細部計畫之擬定進行實體審查。

## (二)司法審查之密度

至於行政法院對於本件開發案之都市計畫進行實體審查時，其論述亦須仔細斟酌。綜觀本文於壹、一、(二)中就臺北高等行政法院與最高行政法院於個案判決中所為之介紹<sup>144</sup>，臺北高等行政法院105年度訴字第1125號判決（系爭主要計畫案之變更）、臺北高等行政法院105年度訴字第711號判決（系爭細部計畫案之擬定）、最高行政法院106年度判字第345號判決（系爭細部計畫案之擬定）之論述中，多已大致已掌握空間總體計畫、計畫形成自由及利益衡量原則等精神，其論述方向應予肯定。

後續關於司法審查密度之說理，僅最高行政法院106年度判字第345號判決有意識地以利益衡量瑕疵理論為基礎，認為「關於都市計畫涉及高度專業判斷，其擬定、核定計畫具有相當寬廣之計畫形成自

<sup>143</sup> 參見臺北市臺北都會區大眾捷運系統土地開發實施要點第3點第3款：「本要點用詞定義如下……(三)開發用地：指大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區之土地，經本府核定為土地開發之土地。」

<sup>144</sup> 參見本文頁5以下。

由，得據以從事計畫裁量。且都市計畫具有整體性，其任何一部與計畫整體間具有不可分之關係。如擬定、核定計畫機關有完全欠缺法益（公益或私益）之衡量，或對於重要法益未經衡量，或對有關權益為不符比例原則之高估或低估等重大瑕疵情事，即屬裁量濫用。行政機關本於行政權作用而為之裁量行為，除有逾越權限或濫用權力而構成違法之情形外（行政訴訟法第4條第2項），合理性之裁量行為原則上應予以尊重。」<sup>145</sup>惟美中不足之處，在於利益衡量瑕疵與裁量瑕疵不同，前者涉及空間計畫法中之目標性規範，後者涉及一般的條件性規範，仍應予辨明。

至於臺北高等行政法院105年度訴字第1125號判決及105年度訴字第711號判決，錯誤援引判斷餘地理論作為審查之依據，而未仔細區分該理論於本件開發案中涉及的是對於未來人口及經濟等發展之預測。如行政法院確認相關預測及評估係基於正確事實，且預測與評估方式合乎專業適當性時，對於預測評估之結果，行政法院當予以尊重，並在此基礎上，審查該都市計畫內容在實體上是否有逾越計畫形成自由之界限而有違法之處。

而針對本件開發案都市計畫之司法審查，如依德國計畫形成自由界限之理論，我國行政法院首先遇見之困難在於因立法規範不足，都計法缺乏對於計畫應遵循之目標規範，致使行政法院對於計畫正當性基礎之必要性判斷無明確依據。此外相較於區域計畫法第15條之2第1項第1款至第3款之規定，於都計法及臺北市土地使用分區管制自治條例中，並未見立法者對於因開發所為之使用分區變更明定有實體禁止及誠命規定，亦即缺乏立法設定之規劃指導原則可供司法機關作為審查之依據。因此於類此個案中，司法機關僅得就利益衡量為有限度之審查。然而立法上亦缺乏類似德國建設法第1條第6項關於應列入利益

<sup>145</sup> 最高行政法院106年度判字第345號判決理由五、(三)，行271-279；參見司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPAA,106%2c%e5%88%a4%2c345%2c20170630%2c1>，造訪日期：2019年11月15日。

衡量事項之詳細規範。然對於都市土地之利用規劃應進行利益衡量，此為空間計畫之本質，因此行政法院仍應衡酌具體計畫內容，綜合相關事實證據，基於論理法則及經驗法則認定應考量之各種公益及私益。而在無法認定有未為衡量、衡量不足、衡量錯估或衡量不合比例之瑕疵的情形下，司法機關亦無法得出都市計畫違法之審查結論。

我國在都市計畫相關法制有上述嚴重規範密度不足的情形，而行政法院仍須對於都市計畫之擬定與變更進行司法審查，極可能出現法官於個案中表示其個人意見之法官造法行為<sup>146</sup>，長此以往，更可能影響法制之明確性及法律秩序之安定性。於都計法尚缺乏相關明文規定的情形下，在與利益衡量原則有關之部分，建議行政法院可參酌同為空間總體計畫之國土計畫法相關規範，例如第6條關於規劃基本原則之規定及第20條、第21條關於國土功能分區及其分類之劃設原則與土地使用原則，於個案中視都市發展狀況演繹相關說理，以作為審查都市計畫是否有利益衡量瑕疵之依據。

<sup>146</sup> 例如最高行政法院106年度判字第496號判決，涉及主要計畫變更合法性之審查。其論述架構獨樹一格，將觀察的重點延伸至聯合開發計畫，並提出都市計畫法制之二項重要原則：「都市計畫變更案之規劃內容，必須與原始變更目標（在本案中即是重大交通設施捷運系統之興建）相符，不得加入非原始變更目的之其他目的之考量（在本案中即是聯合開發所帶來的商業利益）」、「將特定土地納入土地聯合開發案之結果，不能使該土地所有權人處於『比不納入開發案中更為不利』之地位（主要即是指：納入開發案中所能獲得之未來全部現金流量加總，將『低於』該土地所有權人自行開發所能獲得之未來全部現金流量加總）」。判決稱此二法律原則為都市計畫法制之重要原則，惟無法確知其推論之基礎。更何況其所設定之法律原則一係原始變更目標為捷運系統興建，不應納入聯合開發所帶來的商業利益，何以法律原則二中又將土地所有權人納入開發案所能獲得之未來全部現金流量列入考量，二者是否有不相容之處，值得再審視。然而本判決於就開發選址有關之爭點上，僅概略說明「聯合開發案之土地範圍選定，不是僅有點狀交通設施所在地理位置之決定，也包括與該點狀土地相連結、得以形成一體利用之其他土地劃定，此屬二階段之判斷，本來即具有高度之專業性，何況參加人已充分說明計畫選址之歷史經過……，自難以『四周散布公有土地』為由，而據為系爭主要計畫案『選址違法』之正當理由。」似乎仍以高度專業性為由，對於開發計畫選址之爭議為低密度之審查，惟無法確知其說理之理論依據是否仍以判斷餘地理論為依歸。

## 肆、結 語

本文藉由德國已發展較完善之空間總體計畫法制中關於計畫類型及計畫形成自由的理論，重新檢視我國長期以來對於都市計畫司法審查之審查標的與審查密度的問題。對於審查標的，長年囿於司法院釋字第156號解釋見解所生之謬誤，雖至司法院釋字第742號解釋有所突破，並對於行政訴訟法進行增修，惟未來仍應正確理解主要計畫與細部計畫之關聯性及法律性質，始得以使都市計畫法規審查程序之制度設計及運作符合空間計畫法之法理。

至於司法審查密度的問題，則應更加重視。不僅須重新認識判斷餘地理論，更應建立空間計畫法關於計畫形成自由及利益衡量理論之說理，並將其與判斷餘地理論明確區分，不應混淆。行政法院未來勢必面臨挑戰，即於個案中有關判斷餘地事項，須先就立法者之授權進行解釋，並依事件類型化建立與其性質相關聯之有限度審查之說理。至於計畫形成自由，行政法院則須確認其界限及審查密度，並確認利益衡量應考量之公私益事項，始得進行利益衡量瑕疵之審查。

然而在現行法中，不論是都計法或地方自治團體之相關自治條例，規範密度嚴重不足，對於缺乏計畫正當性基礎與規劃指導原則多未規定，更缺乏類似德國建設法第1條第6項關於應列入利益衡量事項之詳細規範。一言以蔽之，在都計法及相關法規立法規範不足的情形下，行政法院審查行政機關計畫形成自由是否逾越界限之依據即不足，如欲藉此達到對於空間計畫發揮司法監督之功能，勢必仍是力有未逮。因此如欲完善我國對於空間總體計畫之司法審查制度，釜底抽薪之計，除適用行政訴訟法修正增訂之都市計畫審查程序外，更重要的工作則在於修正都計法等相關空間總體計畫法規，重視其為目標性規範之特性，強化對於計畫形成自由之認識及規制，如此始可使我國空間計畫法制及對於都市計畫合法性之監督制度得以更臻完備。

## 參考文獻

### 一、中文

#### (一)專書

1. 辛晚教，都市及區域計劃，詹氏書局，2012年8月。
2. 林明鏘，從大法官解釋論都市計畫之基本問題，載國土計畫法學研究，第2版，元照，2018年3月，頁261-292。
3. 林錫堯，行政法要義，第4版，元照，2016年8月。
4. 陳敏，行政法總論，第9版，自版，2016年9月。
5. 程明修，都市計畫之救濟——兼論行政行為雙重性質與行政處分相對化之爭議，載行政訴訟制度相關論文彙編第9輯，司法院編，2019年12月，頁193-216。
6. 錢學陶，都市計劃學導論，茂榮書局，2007年2月。

#### (二)期刊論文

1. 王珍玲，都市計畫之法律性質，裁判時報，第72期，2018年6月，頁62-67。
2. 辛年豐，衝破法院大門的都市計畫／司法院釋字742號解釋，台灣法學雜誌，第317期，2017年4月，頁155-162。
3. 林孟楠，行政命令之具體司法審查與訴訟類型——評司法院釋字第742號解釋，憲政時代，第43卷第3期，2018年1月，頁343-379。
4. 林明鏘，都市計畫通盤檢討變更之司法救濟——評析釋字第742號解釋，裁判時報，第68期，2018年2月，頁60-77。
5. 陳立夫，都市計畫之法律性質，台灣本土法學雜誌，第50期，2003年9月，頁39-46。
6. 陳明燦，都市計畫定期通盤檢討變更之法律性質與相關問題分析——司法院釋字第742號解釋之簡論，台灣法學雜誌，第313期，2017年2月，頁13-28。
7. 傅玲靜，對於抽象法規範之行政爭訟——以都市計畫之擬定及變更為例，月旦法學教室，第167期，2016年9月，頁9-11。
8. 傅玲靜，源自立法者授權之行政機關判斷餘地——臺北高等行政法

院106年度訴字第1057號判決評析，裁判時報，第81期，2019年3月，頁5-14。

9. 廖義男，都市發展中公共設施用地取得方法之規範，法學新論，第24期，2010年7月，頁1-39。

### (三)網路資料

- ◎王珍玲、傅玲靜、劉如慧譯，德國建設法，內政部營建署委託，<https://www.cpami.gov.tw/filesys/file/chinese/dept/up/ur1080328.pdf>，造訪日期：2019年11月15日。

## 二、英 文

### ◎期刊論文

- ◎Salkin, Patricia E. & Nolon, John R., Practically Grounded: Convergence of Land Use Law Pedagogy and Practices, 60 J. LEGAL EDUC. 519 (2011).

## 三、德 文

### (一)專 書

1. Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 44. Edition Stand: 1.7.2019.
2. Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter, Baugesetzbuch: Kommentar, 14. Aufl., 2019.
3. Erbguth, Wilfried, Die planerische Abwägung und ihre Kontrolle, in: Erbguth, Wilfried/Kluth, Winfried (Hrsg.), Plaungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle: Kolloquium zum Gedenken an Werner Hoppe, 2012, S. 109-121.
4. Ernst, Werner/Zinkahn, Willy/Bielenberg, Walter/Krautzberger, Michael, Baugesetzbuch, 133. EL Mai 2019.
5. Hoppe, Werner, Planen und Abwägen, in: Goydke, Jürgen/Rauschnig, Dietrich/Robra, Rainer/Schreiber, Hans L./Wulff, Christian (Hrsg.), Vertrauen in den Rechtsstaat: Beiträge zur deutschen Einheit im Recht -

- Festschrift für Walter Remmers, 1994, S. 231-242.
6. Kloepfer, Michael, Umweltrecht, 4. Aufl., 2016.
  7. Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 86. EL Januar 2019.
  8. Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), BeckOK VwGO, 50. Edition, Stand: 1.7.2019.
  9. Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, Werkstand: 36. EL Februar 2019.
  10. Schrödter, Hans (Hrsg.), BauGB: Baugesetzbuch, 8. Aufl., 2015.
  11. Sodan, Helge/Ziekow, Jan, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., 2018.
  12. Spannowsky, Willy/Uechtritz, Michael (Hrsg.), BeckOK BauGB, 45. Edition Stand: 1.5.2019.
  13. Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., 2018.
  14. Stürer, Bernhard, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl., 2015.

## (二) 期刊論文

1. Berkemann, Jörg, Zur Abwägungsdogmatik: Stand und Bewertung, ZUR 2016, S. 323-331.
2. Bernhardt, Dirk, Das baurechtliche Abwägungsgebot zwischen richterlicher Rechtsfortbildung und gesetzlicher Regelung, JA 2008, S. 166-174.
3. Dolde, Klaus-Peter/Menke, Rainard, Das Recht der Bauleitplanung 1996 bis 1998, NJW 1999, S. 1070-1083.
4. Dolde, Klaus-Peter, Das ergänzende Verfahren nach § 215a I BauGB als Instrument der Planerhaltung, NVwZ 2001, S. 976-982.
5. Erbguth, Wilfried, Rechtsstaatsprinzip und kommunales Selbstverwaltungsrecht: Aktuelle Problemlagen, Jura 1988, S. 561-567.
6. Funke, Andreas/Papp, Andreas, Rechtsprobleme kommunaler Satzungen, JuS 2010, S. 395-400.
7. Glombik, Sabine, Der vorhabenbezogene Bebauungsplan - Die neue Regelung in § 12 BauGB, LKV 1999, S. 392-396.

8. Kment, Martin, Unmittelbarer Rechtsschutz Privater gegen Ziele der Raumordnung und Flächennutzungspläne im Rahmen des § 35 III BauGB, NVwZ 2003, S. 1047-1055.
9. Kment, Martin/Vorwalter, Sebastian, Beurteilungsspielraum und Ermessen, JuS 2015, S. 193-201.
10. Martini, Mario/Finkenzeller, Xaver, Die Abwägungsfehlerlehre, JuS 2012, S. 126-131.
11. Menke, Rainard, Der vorhabenbezogene Bebauungsplan, NVwZ 1998, S. 577-581.
12. Reidt, Olaf, § 4b BauGB - Die Einschaltung Dritter in die Bauleitplanung, NVwZ 1998, S. 592-593.
13. Renck, Ludwig, Gesetzgebungsbefugnis und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, DÖV 1996, S. 409-412.
14. Scheidler, Alfred, Planerhaltung bei fehlerhafter Bauleitplanung – Eine Betrachtung der Planerhaltungsvorschriften §§ 214 bis 216 BauGB –, ZfBR 2019, S. 336-342.
15. Turiaux, André, Der Vorhabenbezogene Bebauungsplan gem. § 12 BauGB: Beschleunigungspotential, Durchführungsverpflichtung und praktische Probleme, NJW 1999, S. 391-394.
16. Voßkuhle, Andreas, Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit), JuS 2008, S. 117-119.
17. Wahl, Rainer/Dreier, Johannes, Entwicklung des Fachplanungsrechts, NVwZ 1999, S. 606-620.
18. Wahl, Rainer, Entwicklung des Fachplanungsrechts, NVwZ 1990, S. 426-441.

# Judicial Review and Its Scope on Urban Plan: Focus on the Comparative to the German Legal Institution

Ling-Ching Fu \*

## Abstract

The judiciary in Taiwan holds the opinion for a long time that both master plans and detail plans in urban planning qualify as administrative acts (Verwaltungsakt) and can be reviewed in the suits for their invalidity (Anfechtungsklage). As far as the standard of the judicial review is concerned, some verdicts differ from the others and the theory of the scope for evaluation (Beurteilungsspielraum) has been most often cited as the basis for verdict reasoning. Based on the German legal system of spatial planning and on the theory of planning freedom, this article discusses the object as well as of the density of judicial review in urban planning. The author reaches the conclusion that the administrative courts in Taiwan should understand the relevance and legal nature of main plans and detailed plans correctly. In addition, they must not only re-recognize the theory of the scope for evaluation, but should also reason out correctly the theory of the

---

\* Associate Professor, College of Law, National Chengchi University; Dr. iur., Ludwig Maximilian University of Munich, Germany.  
Received: September 6, 2019; accepted: April 22, 2020

freedom of planning and of duly weighing public and private interests in their verdicts. Besides revising the Administrative Litigation Act, the maturity of the spatial planning legal system and of its judicial review depends moreover on the revising the Urban Planning Act and other related statutes.

**Keywords:** Urban Plan, Spatial Comprehensive Plan, Spatial Sectoral Plan, German Federal Building Code (Baugesetzbuch), Legally Binding Land-Use Plan (Bebauungsplan), Project-Based Binding Land-Use Plan, Freedom of Planning, Principle of Duly Weighing Interests, Flaw of Duly Weighing Interests



元照出版提供 請勿公開散布