



營業管制的性質與地方自治條例—— 釋字第 738 號解釋評論

黃錦堂*

目 錄

- | | |
|-------------------------------------|------------------------------------|
| 壹、前言：問題之提出 | 範圍內」，但也不放棄專業法律授權之找尋 |
| 貳、本件涉及營業管制，究竟為自治或委辦事項？ | 二、蘇永欽大法官協同意見書：憲法暨地方制度法概括授權說及於合理範圍內 |
| 一、釋字第 738 號解釋的劃分標準 | 三、評論 |
| 二、評論 | 四、日本法之觀察 |
| 三、一個補充性的嘗試：地方自治權限之決定，取決於諸多因素 | 五、德國法之觀察 |
| 參、地方於營業管制領域制訂自治條例，須否有專業法律的授權？ | 肆、地方於營業管制領域所制訂者，究竟為「自治條例」或「委辦規則」？ |
| 一、釋字第 738 號解釋採憲法暨地方制度法概括授權說，並加上「於合理 | 伍、結語 |

摘 要

地方自治與委辦事項的劃分標準，以及地方自治條例有無專業法律保留之適用，困擾我國地方制度法之解釋適用許久，釋字第 738 號解釋作出釐清，但仍留下若干問題。電子遊戲場業的管理屬於營業管制，為危險防禦一支，本件涉及對於青少年身心有高度危險性的管制，屬於中央立法之事項，自無疑義。本釋字未論證憲法第 108、109、110 條所列表目之危險防禦性質，而不無過於急躁地提出均權原則、共同協力、因地制宜，不無可惜。於營業管制領域，地方自治條例得否為「橫出」或

接受刊登日期：2016 年 9 月 13 日。

* 現任考試院第 12 屆考試委員；國立臺灣大學政治學系教授；德國杜賓根大學法學博士。

「上乘」規定，以及須否有專業法律之授權，本解釋兼採專業法律概括授權以及憲法與地方制度法之授權說，並加上「於合理範圍內」。從地方自治之保障與現代國家之治理需要、臺灣地方自治團體格局與治理需要而言，以及「多元民主正當性之監督」理論，應屬妥當；「合理範圍」，除限於地方制度法所規定的罰則之外，也不包括稅捐及特殊之案型。至於地方所制定者究竟為「自治條例」或「委辦規則」，從憲法保障地方自治及明文規定地方立法權，以及憲法第 110 條第 1 項第 11 款「其他依國家法律賦予之事項」而地方制度法為其中之一種，地方於營業管制領域所享有的補充性立法權畢竟也具「自治」的意涵，以及從多元民主正當性監督角度，地方法規受到諸多限制與控制而言，以前說為妥，但專業法律另有明文規定或案型特殊者不在此限。

關鍵詞： 釋字第 738 號解釋、上乘、橫出、營業管制、自治事項與委辦事項之劃分、自治條例、法律保留、委辦規則

壹、前言：問題之提出

我國憲法本文第 109、110 條規定「省立法並執行之事項」、「縣立法並執行之事項」，用詞上係針對「權限」面，其中尤其「立法」為地方自治的重要展現之一，所列舉的項目可稱為省與縣的自治事項。除此之外，憲法本文第 111 條規定：「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。遇有爭議時，由立法院解決之」，是為「均權原則」。儘管本條係針對先前條文未列舉的事務，但國內通說認為也得作為我國中央與地方權限劃分的標準，而得適用於「自

治事項」、「委辦事項」、「中央立法並執行事項」之劃分。以上係針對省與縣，就直轄市而言，為因應其特殊性及安排必要而於第 118 條規定「直轄市之自治，以法律定之」，但解釋上於除去特殊性之外，應回歸憲法對於地方自治之保障的精神與規定。釋字第 498、527、550、553 號解釋已經指出：地方自治的本質（住民自治及憲法制度性保障）；地方自治團體所承辦者可分為自治事項與委辦事項，上級監督機關享有不同的監督權限；地方自主權之「核心領域」不受干預；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。在實定法上，我國自 1994 年「省縣自治法」、「直轄市自治法」及 1999 年「地方制度法」之制定與施行以來，

均採「自治事項」與「委辦事項」二分的架構，並於條文中列舉地方自治團體的自治事項，例如現行地方制度法第 18 條有關直轄市、第 19 條縣市、第 20 條鄉鎮市者。

儘管有以上的規定，但仍留下如下的問題：

一、自治事項與委辦事項的劃分標準為何？這問題之激烈爭執領域或案型，為地方自治團體針對轄區內業者的管制，包括營業管制、環保管制（又可分為空氣汙染、水污染、噪音管制、廢棄物清除處理等）、水利與自然之管制、食品安全衛生管制、化妝品及其他物品之管制、建築與景觀之管制、交通管制等等。釋字第 738 號解釋的案由係針對電子遊戲場業的營業管制，涉及許可要件之「管制標準」（再如空氣物污染排放標準）之地方出於需要而為之加嚴，屬我國常見的案型，從而涵蓋非常大的範圍。這類領域的特色，在於中央（亦即，國家）已經制定專門的法律，針對系爭領域的各個面向建立管制，主要為「建立管制要求—許可制—對於違規行為之裁罰」，設置中央主管部會（當中之業務司，或甚至三級與四級之機關構），在法規命令層次則是頒訂全國適用的「管制標準」，但於一定程度不排除地方得制訂標準，電子遊戲場業管理條例在這方面相對而言係有較明確的授權。問題從

而在於，若法律沒有授權，則地方自治團體即使引述地方制度法第 18 至第 20 條作為自治事項的依據，但這最多只是法律層次的授權，何況專業法律沒有相應的規定與授權，留下法律層次的解釋適用爭議，而且也沒有憲法層次的依據。

二、地方自治團體制訂帶有罰則的地方層級法規，須否有專業法律的授權？
三、地方自治團體於此等領域所制訂的地方層級法規，究竟為「自治條例」或「委辦規則」？後者係指「地方層級之法規命令」，須符合「授權明確性原則」，亦即中央的法律必須有直接的條文作為授權，而且授權的範圍、目的與內容必須明確，但這在我國絕大部分專業法律難得一見；換言之，若吾人欲強化地方當今的自主法規制訂權，則不得以「法律明確授權說」作為標準。

地方在法律框架或直接授權下所制定的自治條例旨在維護地方公共利益，手段上仍不得違反比例原則，但這問題非本文的研究範圍。

以上問題的最新發展，為釋字第 738 號解釋，由於大法官的解釋具有憲法位階，而值得重視。本解釋的聲請人陳○○係於新北市三重區經營限制級的電子遊戲場，並領有執照；聲請人向當時的臺北縣政府聲請變更執照上的營業場所面積，經認定營業場所周遭 990 公尺範圍內有學校，違反臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第 4 條的規定，而

遭到否准¹。聲請人不服，認為這侵害其工作權及財產權，提起行政救濟未果後聲請釋憲。桃園縣也有類似的規定，本解釋案尚有其他七名聲請人，經大法官決議併案審理。電子遊戲場業管理條例第9條第1項「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院50公尺以上」，並沒有明文授權地方制定自治條例；第11條第1項「電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應……向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業……」，也難謂有之；直到經濟部所頒「電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點」，規定電子遊戲場業申請辦理級別證或變更登記應符合下列規定：（一）營業場所：1. 符合……自治條例……規定，始有文字，但這只是行政規則層次。「臺北縣電子遊戲場業設置自治條例」（後來於臺北縣改制為新北市後繼續適用）第4條第1項規定，電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級，「應距離國民中、小學、高中、職校、醫院990公尺以上」。本件的爭點為，如上行政規則之授權，及相關地方自治條例分別規定電子遊戲場業營業場所應距離特定場所1,000公尺、990公尺、800公尺以上之規定，

是否違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則？

本文屬於地方自治法學的研究，針對前述問題逐一討論，並於進行德國法為主的比較。

貳、本件涉及營業管制，究竟為自治或委辦事項？

本解釋針對電子遊戲場業管制，性質上為「營業管制」，具有公共秩序與安全之屬性，為德國公法學界所稱「危險防禦」之一環。本解釋沒有把這個案型特色加以高舉標示，是有不足。

一、釋字第738號解釋的劃分標準

本解釋採多個劃分標準。首先係盯緊憲法條文：理由書舉出憲法第108條第1項第3款：「森林、工礦及商業」、第110條第1項第11款「左列事項，由縣立法並執行之：……十一、其他依國家法律及省自治法賦予之事項」、第111條「均權原則」，指出這些規定是「藉以貫徹住民自治、因地制宜之垂直分權理念」。

其次則指出「共同協力之關係，以收因地制宜」：「由於現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，亦不乏基於國家整體施政之需要而

¹臺北縣改制為新北市後，於2012年12月25日發布新北市電子遊戲場業設置辦法，而非稱為自治條例。該辦法第1條未明定其法源依據，僅於闡明立法目的後，表示「訂定本辦法」。比較其規範內容，與其他縣市相關規定類似，僅是其法規名稱略有不同。以上參見蔡明誠大法官所提部分不同意見書。

立法課予地方協力義務之事項（本院釋字第 550 號解釋參照）。若中央就前開列舉事項立法賦予或課予地方執行權責，或地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨（本院釋字第 498 號解釋參照）。」

就本件而言：理由書從寬解釋中央法律，並銜接地方制度法第 18、19 條「工商輔導及管理」之自治事項規定：準此，中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第 11 條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第 18 條第 7 款第 3 目、第 19 條第 7 款第 3 目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。

整體而言，本解釋可謂毫無提出實質的劃分標準。換言之，其並未論證「營

業管制」或「危險防禦」是否為原則性、原生性之地方自治事項，或是，其毋寧應為國家第一線從事立法管制之事項（委辦事項），地方最多只享有出於地方需要之補充的法規制訂權。

二、評論

（一）事涉危險防禦，由國家立法管制

危險防禦領域的特色在於，出於公共利益的要求，國家制定專業法律，例如本案之電子遊戲場業管理條例，針對重要面向（事項）建立管制，而其中的一個主要項目，為許可制及管制標準的制定。後者因具高度專業性，法律通常授權主管部會自行或於涉及其他部會業務權責時會同制訂有關的法規命令；極少數情形係於法律明定管制標準，例如本件電子遊戲場業管理條例之中央營業距離規定；中間模式則是局部規定而局部授權。換言之，國家不可能完全置身於此等管制性法律之外，否則就違反人民生命身體健康財產之管制立法的國家職責。

在確立國家有第一線且主要的管制權力之後，剩下的才是地方針對特色與需求之自主事項²。此等領域因為業務

²蔡明誠大法官從憲法第 108 條第 1 項第 3 款所稱之商業事項出發，認為電子遊戲場業屬於中央立法並執行之事項，或交由（省）縣執行之事項；於此情形，地方機關應依法律及上級法規之授權，且應經地方立法機關通過，始得制定、公布施行電子遊戲場業設置管理相關之自治條例，藉以限制規範人民從事此項商業之權利義務。但除了以上之外，其進一步指出：尙得參照釋字第 498 號解釋，認中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，「形成共同協力之關係，以收因地制宜之效」，或參照釋字第 550 號解釋，基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項，而認為系爭規定是「地方與中央共同辦理事項」，共同協力制定電子遊戲場業相關規範，而非僅為單純之地方自治事項。

的質不是很高而案件數量卻不少，不宜由中央主管部會於地方設立分支機關構（我國中央行政機關組織基準法所稱四級機關構）負責執行，而應以委辦事項之屬性，委託地方政府執行。

（二）於營業管制領域，地方視案型享有「橫出」或「上乘」之法規制訂權

就營業管制或危險防禦事項，地方是否以及於如何程度享有補充性的自主法規制定權，從形式法制面而言，最妥當的方式，係由立法者於法律作出明確規定，但我國專業法律的立法精密度迄今合乎者畢竟少數，例如空氣污染防治法第 20 條：「公私場所固定污染源排放空氣污染物，應符合排放標準（第 1 項）。前項排放標準，由中央主管機關依特定業別、設施、污染物項目或區域會商有關機關定之。直轄市、縣（市）主管機關得因特殊需要，擬訂個別較嚴之排放標準，報請中央主管機關會商有關機關核定之（第 2 項）。」再如兒童及少年福利與權益保障法第 8、9 條分別規定中央及直轄市政府與縣市政府的掌理事項。

就實質面，地方所制頒者為基於地方需要之規定。

本件中，地方的自治條例或辦法之距離管制，係較法律規定者更為嚴格，性質上為日本法所稱之「上乘」規定³。其次，電子遊戲場業管理條例只規定應於「國民中、小學、高中、職校、醫院」，地方可否另外增加幼稚園、圖書館等地點限制？這即為日本法所稱「橫出」，亦即增加中央法律所沒有規定的項目。就以上兩者，本解釋多數意見認為仍屬地方自治事項之範圍⁴，但大法官們於意見書中多所爭辯明辨，例如葉百修大法官於部分不同意見書認為後者已經抵觸法律保留原則。

地方自治條例之橫出或上乘規定有無抵觸或逾越，若專業法律絲毫沒有規定或規定不明確，則於發生爭議時，是法律解釋適用的問題。我國專業法律鮮少直接授權，而地方早已經等不及而紛紛自行制訂自治條例，所以問題更為嚴峻⁵。

（三）憲法標準的釋義不足，而又過度解釋專業法律及引述地方制度法條文

本解釋固然提及憲法第 108 條、

本文認為，我國憲法並無原始的「共同協力之關係」或「共同辦理事項」之規定，所以是各有權責，然後才有相互間出於善意而為之合作。

³就「上乘」屬性，參見黃虹霞大法官所提不同意見書，頁 3。

⁴解釋理由書稱：至系爭規定二另就幼稚園、圖書館，亦規定應保持 1,000 公尺距離部分，原亦屬地方自治團體自治事項之立法權範圍，亦難謂與中央與地方權限劃分原則及法律保留原則有違。

⁵湯德宗大法官於不同意見書指出類似的問題：中央與地方就同一事項競為規範（規範競合）時，應如何解決規範衝突？……尤其，所謂「於不抵觸中央法規之範圍內」應如何解釋，才能確保地方就「自治事項」制定自治條例時，確實享有憲法所保障之地方立法權，而不至於淪為中央之「派出機關」？

110 條第 1 項第 11 款「其他依國家法律及省自治法賦予之事項」及第 111 條之「均權原則」，並指出整體係旨在貫徹一種「住民自治、因地制宜之垂直分權理論」，但仍有不足。

首先，憲法第 108 條第 1 項第 3 款「森林、工礦及商業」的文字尚有一定抽象性，留下解釋空間。其次，「均權原則」係指，依「事務之本質」（Natur der Sache）而為不同的權限劃分，但其內涵空洞，核其本旨，在於要求立法者審慎衡量系爭事項的方方面面，而不得過於粗糙。第三，理由書所稱「貫徹住民自治，因地制宜之垂直分權理念」，固然具有一種「由目的而協助界定分權」的優點，而且十分寬廣，但仍不免抽象。第四，該號解釋沒有針對款目釋義以提出一個合宜的權限劃分標準，而是過於急躁地指出「相互合作」、「共同協力」、「因地制宜」之抽象目的或理想。第五，理由書不無曲解專業法律之條文本旨，而指出「……準此，中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第 11 條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權」，而且另一方面又過於側重地方制度法第 18 條、第 19 條「工商輔導及管理事項」之被界定為自治事項，而指出「……而地方倘於不牴觸中央法規之範

圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第 18 條第 7 款第 3 目、第 19 條第 7 款第 3 目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許」。

（四）電子遊戲場業管理性質上為高公共利益之營業管制，屬於「委辦事項」

電子遊戲場業管理的領域性質，可從電子遊戲場業管理條例第 1 條「中央為管理電子遊戲場業，並維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康，制定本條例」，得知有相當高的公共秩序與安全考量，而應由國家承擔立法管制。針對該條例第 22 條「違反第 15 條規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金」，大法官早先於釋字第 649 號解釋（解釋公布日期：2008 年 9 月 5 日）已經指出：「……以事前防止諸如賭博等威脅社會安寧、公共安全與危害國民，特別是兒童及少年身心健全發展之情事，目的洵屬正當，所採取之手段對目的之達成亦屬必要」，理由書中指出本件屬於「合乎憲法價值之特定重要法益」（亦即，不是一般的公共利益而已），而且迄今執法上有諸多赤字，相關執法不易等情事，而得以正當化系爭強烈的規制手段⁶。

⁶其指出：1. 惟對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，

凡此顯示，本領域屬於國家立法管制之事項；地方自治團體即使享有法規制訂權，也只是次要與零星。

(五) 地方制度法「自治事項」款目，
應嚴格解釋或予以修改

地方制度法第 18 至第 20 條所規定的自治事項，應予嚴格解釋。舉例言之，以「環境保護事項」而言，其非指於該法領域整體（環境法），也非其中之某一部法律（如空氣汙染防制法、廢棄物清理法），而是，在營業管制或在危險防禦領域或事項，地方只享有補充性的立法權，而在此等意義內此事項為自治事項。本文呼籲，立法者應思考刪除地

方制度法第 18 至第 20 條，蓋其所列舉者絕大部分屬於德國法所稱危險防禦事項，例如戶政、地政、環境保護、營建管理及其他各種管制。

陳新民大法官認為，地方制度法第 18 條第 7 款第 3 目之「工商管理輔導之作為地方自治團體自治事項」，並非概括授權式的「萬靈丹」。湯德宗大法官於不同意見書中也質問，何以電子遊戲營業場所之距離限制屬於地方自治事項；地方制度法第 18 條以下所稱「工商輔導及管理」，文意上可否涵蓋電子遊戲場業營業場所之距離限制，已非無疑問，至少，必須有進一步的理由補強說明或另尋其他合理基礎⁷。

將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。2. 由於電子遊戲之情節引人而具輸贏結果之特性，易使兒童及少年留連忘返，而兒童及少年長時間暴露於學校與家庭保護之外，難免荒廢學業、虛耗金錢，而有成為潛在之犯罪被害人或涉及非行之虞，又因電子遊戲之操作便利、收費平價，亦吸引一般社會大眾大量進出或留滯，一方面影響公共安全與社區安寧，另一方面往往成為媒介毒品、色情、賭博及衍生其他犯罪之場所，因此電子遊戲場業之經營，亦涉及兒童、少年保護、公共安全及社區安寧等問題。

⁷我國實務界大量援用地方制度法第 18 條以下自治事項規定，而不詳論這些規定有無過及須否為限制性之解釋。這得以最高行政法院 103 年判字第 613 號判決，當作舉例。按消費者保護法（下稱消保法）第 17 條第 1 項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」電影法中央主管機關據之公告「電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項」。被上訴人經營美麗華大直影城，其中 4 個映演廳於現場揭示「禁止攜帶外食進入影廳」，上訴人（臺北市政府）認定該揭示有違臺北市消費者保護自治條例第 8 條第 1 項，遂依據自治條例第 38 條第 1 項規定，處以罰鍰及限期改正，原告逾期仍未改正，被告再進一步處以罰鍰。原告不服乃提起行政訴訟，經臺北高等行政法院判決勝訴，臺北市政府乃提起上訴。被上訴人於原審起訴主張，消保法並未授予直轄市或縣（市）政府得就「契約關係」約定內容之強制介入權，亦即，要求改正並予裁罰之權限，故系爭自治條例第 8 條第 3 項及第 38 條第 1 項等，實已抵觸消保法規範，依法律優位原則及地方制度法第 30 條規定，上訴人自不得依據臺北市消保自治條例作成原處分等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分。原審判決臺北市政府敗訴，理由頗為激進，包括：系爭中央主管部會的法規命令違反法律保留原則、系爭法規命令之「手段與目的」違反比例原則、系爭法規命令並不確實可增進公共利益。上訴人於上訴與原審答辯時主要指出：企業經營者經營電影片映演業使用定型化契約時，應受系爭中央主管機關公告的拘束；「消保法亦未禁止地方自治團體，依法定程序制定自治條例，對違反前述要求之業者予以裁罰」（引號為本文所加）；系爭自治條例條文並無違地方制度法第 18 條第 7 款第 4 目、第 26 條，「亦無抵觸消保法第 17 條」，所以不生地方制度法第 30 條第 1 項所定

三、一個補充性的嘗試：地方自治權限之決定，取決於諸多因素

本文認為，地方所享有的法規制訂權（之適用領域與權限大小），應衡量多種因素而為決定，本解釋固然提出相當的見解而且具有宏觀性，但仍得留下補充的空間。

（一）憲法的規定

首先的一項，為憲法條文，蓋法律不得制定違憲法律，而且應儘量落實憲法的委託或價值設定。其中，首先為憲

法第 107 至第 110 條之款目，其次為「均權原則」。

解釋文與多位大法官均同意，均權原則對於憲法第 107 至第 110 條已經列舉的款目雖然沒有改變的空間，但因這些文字都具有一定抽象性即有不少款目係重複放置於第 108、109、110 條，而留下解釋的空間，均權原則既稱為「原則」當然得做為價值指引⁸。問題就在於，其能發揮如何的功用？

本文認為，均權原則非得一躍成為權限劃分的支配性標準，而仍是以列舉的款項優先⁹。其次，均權原則為「內

之無效事由。最高行政法院判決指出，地方制度法第 18 條第 7 款第 4 目、第 25 條、第 26 條之規定，直轄市之消費者保護，為直轄市之自治事項。系爭自治條例第 8 條「企業經營者使用定型化契約者，應符合誠實信用與平等互惠原則，並依中央目的事業主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項辦理」，以及有關的罰則，核屬上訴人就其自治事項考量自治轄區之需求，所為行政監督及罰則之規定，復經行政院及中央主管機關之核定程序」，「且無抵觸消保法第 17 條第 1 項之規定」。消保法關於違反定型化契約應記載或不得記載之事項者，固未定有罰則，惟非謂臺北市消保自治條例即不能為之以符其行政監督之需，被上訴人指責違反法律優位原則，即無可採。以上顯示，本判決的論證方式為：首先，本件市消費者保護事宜屬於「自治事項」，判斷的標準或依據為地方制度法第 18 條第 7 款第 4 目。其次，依地方制度法第 25 條地方針對自治事項有自治條例制定權，其中包括制定罰則的權力（第 26 條第 1、2 項），本件自治條例既然經上級機關核定（第 26 條第 3 項），臺北市係針對地方的需要而制定，所以系爭罰則並無違反法律優位的問題。有沒有可能，吾人先拋開消費者保護究竟是自治或委辦事項，而直接提問，以臺北市的規模與格局及我國中央與地方為因應全球化衝擊乃至其他的政經社文轉型治理需要，有無於中央法律沒有明文規定的部分，於不根本抵觸（或換句話說，癱瘓）中央法律的前提下，自行依地方需要而為一定的補充規定？

⁸蘇永欽大法官的協同意見書指出：從該條按「全國一致」、「全省一致」和「全縣一致」來分配權限的「均權」意旨，足可顯示制憲者在單一國的基礎上發展出某種合理垂直分權模式的用心，不像聯邦國主要基於各邦的歷史主權。以均權原則來打造一個新的共和國，可以看到更主要的考量還是促成較有效率的國家治理；若與憲法在水平層面上的三個指導原則——防弊、核心與功能最適（可參照釋字第 613 號解釋的論述）相比較，垂直分權的均權原則應該相當於「功能最適」。就臺灣而言，幅員雖小，但已有相當長時間地方住民自治的傳統，修憲完成民主化時，一方面特別以增修條文第 9 條第 1 項授權中央以法律規範中央與地方關係的細節，創造了更多樣的彈性按，於此係指免去省縣自治通則之立法以及省與縣各得自治其自治法（性質上為省與縣的自治基本法），凡此均限縮了中央的立法調控空間，另一方面也可以保留了第 110 條的均權原則，用以對益趨複雜的中央地方分權關係有所指引。

⁹湯德宗大法官於不同意見書指出，從憲法第 107 以至於第 111 條之文字出發，尤其指出第 111 條均權原則係適用於「有未列舉事項發生時」始有適用，顯見其係一種「補充性的原則」，而不是「普遍性原則」。

容空洞」的公式，旨在要求決策者不得過於籠統或急躁，而應慎思明辨系爭「事務的本質」（Natur der Sache），甚至同一事務也應視程度而進一步區分（例如國防屬於中央，而警備隊之設施則屬地方）。在此意義內，其不僅在於消極節制立法者之粗率急躁決定，而更有積極要求形成最適化方案之意含。儘管如此，因均權原則並沒有提出精確的標準，釋憲機關於此等法律案之違憲審查爭議上應自我節制。除此之外，權限劃分爭議固然也可謂地方之防禦中央之權限劃分上之「入侵」（Abwehr），但畢竟與人民基本權干涉之比例原則的審查有別，應留給立法者更大的判斷空間，以免限制國家組織之隨時代而靈活調整的發展可能¹⁰。

（二）歷史以來的實存態樣以及變遷中的政經社科技等周邊條件

德國學者於檢討行政法的發展時，指出取決於兩個關鍵因素，一是憲法的

規定，二是政經社文與科技的結構¹¹。就國家與地方自治團體的關係，亦然。Burgi 教授便主張，國家與地方之分權必須先理解地方歷史以來所被肯認的部分及所處之政治、經濟或科技周邊條件之變遷；甚至，取向各自自治體之大小，也是可能的¹²。

就地方自治團體於營業管制領域的自主法規制訂權的項目與權限大小，或是說，就中央與地方之權限劃分，係屬於一種制度，而任何制度必須與時俱進。

約略言之，自工業革命以來以迄 1980 年左右，係屬於一種「現代化」不斷擴展的時期：人口不斷的增加、生命不斷的增長、都市興起，各種硬體建設需求與管理乃無不蓬勃發展，舉例言之，都市計畫、景觀管制、營建管理、交通建設、工商管理、衛生與保健、下水道、環境保護等領域都歷經長期的發展。這一切有國家的經濟力與財政力作為支撐，更根本言之為長時期的科技進步、人口增加、城市興起、內外市場擴

¹⁰當然，至於均權原則在以上意義內是否如水平的權力分立般之功能最適的意涵，取決於「功能最適」的界定；從權力分立的理念與歷經各時期的思潮、法界學說與憲法規定乃至司法實務的發展而言，當今國家除了具有制衡以避免濫權的意涵之外，另有一個意涵在於諸憲政機關間能夠有一定的協力關係（也可稱為合作的關係）。中央與地方的分權之均權原則的內涵，當然也有協力的意涵。

¹¹Hartmut Maurer (2011), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl., § 2, Rn. 1-2. 我國政治學者蕭全政指出，任何現代國家都可以將其內部依國家公權力的有無而分為國家機關和社會兩部分；後者又可以細分為市民社會（civil society）、政治社會（political society）和經濟社會（economic society）三個小部分；其中，市民社會可理解為「經濟體制和國家機關間的社會互動領域，而主要是由親密（intimate）團體（尤其是家庭）、社團（尤其是自動結社者）、社會運動，及各種形式的公共溝通所組成」；相對而言，政治社會是「由政黨、政治性組織和政治性的公眾（特別是涉及國會與其他民意機關者）所組成；而經濟社會主要是包括從事生產與分配的組織，通常指公司、合作社等；見蕭全政（1998），〈企業家精神與新政府運動〉，《政治科學論叢》，9期，頁371。這個架構與筆者所使用者相近，但筆者指出更進一步的次體系。

¹²Martin Burgi (2012), *Kommunalrecht*, 4. Aufl., § 15, Rn. 14, 16.

張等因素。這些領域業務的承辦，以當時的國家與地方自治團體的規模與實力差距而言，以及以事情的急迫性與需求的質量而言，乃至於各該时期的主要思潮所建立的國家任務哲學，應由國家作為主要立法者乃至執行者。

自1980年以後，盛行「新公共管理」（new public management）的思潮與改革路徑，國家長期以來在以上諸領域的業務擴張、法律建立乃至於法令綿密化與過於細緻化、甚至永業文官不斷的招考任用與欠缺激勵性，國家的財政難以負荷，而且效率效能的提升漸顯露出限制性。而另一方面，地方經社部門於如上條件呵護助長下已有長足的成長與發展，而且因為通訊與交通等溝通與串連科技的發展，甚至因為民主與人權的持續發展與深化，而有相當的動能與成果，地方政府本身亦然。另一方面，中央政府面對激烈變動的世界與國內，應定位為「操槳」而不是「划槳」。國家事務之「地方化」，乃是效率效能改革的重要項目之一，為新公共管理所大力主張。我國政府自2000年5月20日陳水扁總統就任以來推動「政府改造運動」，而有所謂「四化」的改革，其中之一便是「地方化」；馬英九總統於2008年上任後也繼續這樣的方向。至於落實地方化的作法，尤其在營業管制或其他的危險防禦領域，主要的作法並不是將個別領域（例如空氣污染防治、水污染防治、

食品安全衛生管理）完全改由地方立法與執行，而是國家仍然維持第一線的管制與立法的權力，但就地方自主的項目與程度酌予更為友善的賦權，視領域與案型而有差別；愈是與地方密切相關者，地方愈是應該被賦權（empowerment）。

進入全球化之後，中央與地方的關係中央化但又同時有地方化。約言之，在全球化所導致的人流、物流、金流、資訊流，以及各種的思潮創意、政經社文領域的變遷乃至重大事件的傳播，以及全球化所導致的城市間的競爭，以及在金融、股匯市、交通、防疫等各方面的風險性大增之後，國家必須有更快速有效的回應力，而這意味著國家必須被賦予第一線管制的權力。但另一方面，全球化也是「全球在地化」，地方自治團體面臨全球各級乃至各相近層級或類型城市的無比嚴厲的招商與觀光競爭，一不小心便會遭到邊緣化與沒落化，所以各城市必須更積極的打造；中央與地方之間必須建立一種「協力關係」（collaboration），指兩方必須同心協力而為各種的修改與推陳出新，才能因應全球化的衝擊與挑戰。協力關係非指權限無須有所劃分，而且端視業務領域而往中央或地方傾斜，凡與地方愈是密切之領域，愈是有分權化的趨勢；更重要者為，於問題發生時中央與地方經由協力而將事情辦好，而且不論屬於立法或（個案）執行層面¹³。

¹³ 葉百修大法官於部分不同意見書首先指出，其並不否認，現代國家事務多元複雜，復以近代住民自治

(三) 地方自治團體有關之因素

就地方自治團體有關之變項，得有多項。

1. 地方自治團體的基本格局

地方人口多寡、地域大小，為第一個，蓋人口愈多，代表其在整體國家的所占的地位相對增加，「眾建諸侯而少其力」，或所謂避免「葉爾欽效應」，便是在講述這個道理。我國六都二十個縣的體制，尤其六都個別都是具有分量的諸侯，所以在分權時，不能給予太少的權力。

2. 地方自治團體的選舉制度與期程

這也是一個因素。我國地方政府採「雙元分立」體制，地方行政首長與議員均直接民選產生，任期四年，具有強烈的直接民主色彩，雙方各有相當強烈的任期內表現與競選連任的壓力，遑論背後尚有地方政權得喪，勢將衝擊中央層級的關聯性；「九合一」地方選舉已然成為中央執政者的「期中考」與最大在野政黨於中央執政易主後的第一次且關鍵性的「反撲」機會，相關的選舉當然激烈無比。基於如上因素，我國在衡量中央與地方的分權時，必須較諸地方選舉期限較長或選制較為溫和的國家，有更多的分權考量。

3. 地方政府作的組織、人力與財力

我國直轄市與縣市在組織（地方政府本身及一級與二級機關）與人員（在員額、職等、薪俸等）都具有相當的優勢，直轄市政府的組織與人力尤其充沛（一級主管除了政風、主計、人事、會計部門之外，為政務官，比照簡任十三職等）；縣市政府、鄉鎮市公所所以所屬轄區與人口而言，亦然。這使得我國於衡量賦權時，得對於地方有更大的友善性。

4. 地方的民主水平

這得指稱地方議會及地方社會力的監督。

地方制度法已經建立地方議會議員之民選體制及地方議會之權責（尤其預算案之審查、地方自治條例案之審議）。但另一方面而言，我國地方議員選舉之中型選區複數當選制之一般得失以及於非都會地區有無確實發揮「選賢與能」功能，國內學界非無質疑意見。其次，地方議會究竟對地方政府施政在實際上有如何的監督表現，也非無令人憂心之處。舉例言之，我國報章屢有報導，若干縣市議會對於縣市長所提的預算案於審查後係「零刪減」；地方議會於會計

之理念漸受重視，即便於單一國家如西班牙、義大利，近來亦修改憲法增加地方政府權限。其次，在單一國家體制下，中央與地方垂直分權之權限劃分，「仍以中央為原則、地方為例外」，除非如西、義等國修改憲法，明文增加地方權限，否則在我國現行憲法架構下，仍以中央行使國家權限為原則，於憲法未列舉事項外，始依性質劃分中央與地方權限（憲法第 110 條規定參照）。本文認為，第一個命題確為世界性的發展趨勢，第二個命題於如下範圍也屬妥當，亦即，吾人生活中有相當大部分屬於危險防禦領域，須由國家進行第一層次的立法管制。

年度開始一個月前未能審議完成者也偶有所聞（參閱最高行政法院 103 年度判字第 514 號、101 年度判字第 1034 號判決）。

5. 地方政府體制及所受到的節制

我國中央於各主要領域經由法律建立第一線的管制並制頒法規命令與行政規則，主管部會對地方政府就委辦事項的施政享有監督權，地方的立法權當中訂有罰則者須經上級機關核准始能公布生效，有關的罰則限於新臺幣 10 萬元以下。以上顯示，我國地方自治受到節制。

但另一方面而言，地方政府的施政

良窳及地方議會監督的虛實，因整體社會面臨內外政經社科技等周邊條件的激烈轉型及選舉期程的壓縮暨政治攻防爭鬥，而且各平面與電視媒體的地方版報導有限，一般而言也非屬於青年人或國民所主要關注，所以難謂有充分的議會、輿論與社會力監督。即使就中央的監督而言，監察院針對重大爭議案件所為的決議常不被地方行政首長所尊重，甚至由本人或也假借同黨政治人物而嘲諷一番，例如臺南市長賴清德不進入議會備詢之彈劾案¹⁴、監察院對柯文哲市長大巨蛋處理之糾正案¹⁵。

¹⁴臺南市長賴清德因議長李全教涉雙重賄選案，拒列席臺南市議會，監察院於 2015 年 8 月 4 日上午審查並通過監察委員仇桂美與包宗和所提之臺南市長賴清德彈劾案。彈劾案文指出，賴清德擔任臺南市長轄市第 2 屆市長，於臺南市議會第 2 屆第 1 次與第 2 次臨時會及第 2 屆第 1 次定期大會之開會期間，經合法邀請拒不列席議會，並導致所屬曲為附合相繼違法，首開地方自治史上官員集體不進議會之惡例，業違反地方制度法第 48 條與第 49 條規定，背離宣誓條例第 2 條第 7 項、第 6 條第 2 項之規定，嚴重斷傷現代民主法治國基本原則，逾越憲法與地方制度法規地方自治團體首長行政權之基本界限，架空地方立法權，動搖民主社會基本核心價值，悖離公務人員對憲法忠誠義務。賴清德的回應為「無法接受」。參見監察院 2015 年 8 月 4 日劾字第 10 號彈劾案文。

¹⁵監察院於 2016 年 8 月 11 日 105 教正 7 號糾正案文，通過監察委員王美玉、仇桂美、包宗和所提「臺北市大巨蛋案」調查報告。調查報告指出：遠雄巨蛋公司身為起造人，卻任意修改原核准圖說邊作邊改，致引發公安疑慮，具有無可迴避之責任，北市府對大巨蛋的停工處分，其認事用法並無違誤之處。惟臺北市政府未考量與遠雄具有 BOT 夥伴關係，透過媒體忽而解約、忽而換手，致使契約兩造信賴關係破壞殆盡，顯有不當之處；北市府廉政委員會在未有法律明文規定下行使調查權，其設置法定依據、職掌、人員組成方式與調查權限之範圍，違反正當法律程序原則與司法院釋字 585 號解釋意旨，顯有違法。調查報告要求，行政院及內政部分別為臺北市政府之上級監督機關與建築法上之中央主管機關，臺北市政府與遠雄巨蛋公司向監察院承諾七項安全基準得交由內政部營建署台建中心或第三方先行評估，中央機關自不宜輕忽此一解決問題的契機，在法律容許範圍內，應盡力協助臺北市政府儘速解決大巨蛋爭議。以上整理自，監察院（2016），〈105 教正第 0007 號糾正案文〉，<http://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdURL=/di/RSS/detail.asp&ctNode=871&mp=1&no=4872>（最後瀏覽日：2016/9/12）。臺北市政府於 8 月 11 日發布回應監察院糾正之新聞稿，對監察院的指謫回應「一向善盡 BOT 甲方之責」、「會依照監察院調查方向，要求遠雄作好工地安全維護相關項目之施作與維護」、「廉政委員會是市府諮詢單位，所做的任何調查都為市府政策的參考，調查權限與範圍也都依相關法規規定。廉委會調查之結果，仍會透過行政程序送司法監察機關調查，並無違誤之處」，另對於監察院糾正案要求柯市府考量停工處分應「避免違反比例原則」之部分，則

中央部會對直轄市政府、縣市政府的施政，事實上很難於事前、事中落實¹⁶。

(四) 所涉事務的性質

中央與地方分權之第四個衡量因素，而且性質上屬於下游者，為系爭領域事務的性質。例如地方就文化藝術運動休閒等領域係具有自主的立法權與決定權，應無爭議，蓋這些事項少有外部關聯性，而且事務的性質並不具有公共利益的危險性。反之，舉例而言，就農藥的管制，或毒性化學物質的管制，其不可能劃為地方完全自主的領域。

(五) 綜合衡量

以上的因素，必須綜合衡量，甚至必須有一定之價值取捨。

本文認為，我國地方自治團體的人口格局及政府暨選舉體制下之自主治理需求規模，以及回應 1980 年以來新公共管理的分權化（背後有思潮及實存的政經社與科技發展之條件變遷），主要國家多朝向分權化發展及全球化的觀摩衝擊與經貿招商競爭，而且也因我國地方行政與公務人力體制之合宜性，就地方法規與執行而言我國地方制度法已經建

立充分的調控機制，地方政府仍處於各方面建設與發展的成長成就的過程中，地方須就密切相關事項享有必要的自主性。

其次，我國地狹人稠，地方政府的外部關連性高，個別地方政府對於國家整體施政影響相對於地大人稀國家大，而整體社會面臨的轉型衝擊挑戰也須有中央政府為主要因應，所以我國於分權時也無法大幅向地方傾斜。

第三，就系爭領域的事務性質而言：營業管制或危險防禦則因具有高度之公共安全與秩序之意義，且管制效果將有跨個別地方政府轄區而為走避閃躲推移之效果，所以應定性為「委辦事項」，由中央取得第一線、主要的以全國為範圍之管制權力，空氣污染防治法、水污染防治法、農藥管理法、食品安全衛生管理法、各種營業管制法律等均屬之。地方只於與地方密切相關事項，針對地方的需要，並於合理範圍內，始享有自治權，性質上為針對地方而為之「補充性」。

是無正面回應。以上，整理自臺北市府（2016），〈北市府對監察院大巨蛋停工處分調查報告之回應〉，<http://www.gov.taipei/ct.asp?xItem=211872165&ctNode=5158&mp=100001>（最後瀏覽日：2016/9/12）。

¹⁶ 上級機關對於地方政府辦理委辦事項的執行，有合法性與合目的性的監督。合目的性的監督包括於事前制頒一般性的行政規則、事中作出指令、事後對於個案決定作出指責並要求改善而於未果後加以撤銷或廢止，甚至必要時之代行處理，但因為中央部會非常忙碌，而地方政府又為數眾多且散居各地方，各局處每天承辦的案件百千，所以主管部會只能選定重要領域或案型而為較高強度的監督（含進行監督之創新），否則一般只能因循舊章，而於重大不幸個案發生或經報章披露後，才趕緊補破網進行彌補。

參、地方於營業管制領域制訂自治條例，須否有專業法律的授權？

這問題涉及地方自治核心權限之一之地方自主立法權，具高度重要性，國內學界意見不一，大法官第一次作出解釋，值得重視。

一、釋字第 738 號解釋採憲法暨地方制度法概括授權說，並加上「於合理範圍內」，但也不放棄專業法律授權之找尋

解釋文首先指出，「電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點」第二點第一款第一目規定電子遊戲場業之營業場所應符合自治條例之規定，尚無抵觸法律保留原則。其次，系爭諸地方自治條例之更為嚴格的設置距離規定，「皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則」。

理由書的論述，得分為幾個段落：

- (一) 自治法規除不得違反中央與地方權限劃分外，若涉人民基本權之限制，仍應符合憲法第 23 條之法律保留原則。
- (二) 就此，憲法第 118 條就直轄市之自治，委由立法者以法律定之；嗣憲法增修條文第 9 條亦明定省、縣地方制度以法律定之。地方制度法以第 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。」第 28 條第 2 款規定：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」「系爭地方法規屬工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣（市）之自治範圍，自非不得於不牴觸中央法規之範圍內，以自治條例為因地制宜之規範。」「前揭電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上之規定，即可認係法律為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，並未禁止直轄市、縣（市）以為更長距離之規範。」以上顯示，本解釋不採專業法律具體或概括授權說，而以憲法保障、地方制度法規定自治事項、地方得就自治事項或依上級法規之授權制定自治條例、自治條例依地方制度法規定得限制人民基本權，作為授權依據。

- (三) 儘管如此，解釋理由書仍祭出如下的「安全閥」：「基此，地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，『於合理範圍內』以自治條例限制居民之基本權，與憲法第 23 條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸。」

以上顯示，本解釋採憲法保障、地方制度法授權說、專業法律概括授權說、「於合理範圍」。

值得注意者為，就系爭作業要點之合憲性爭議，若吾人探求當事人的聲請解釋意旨，則應在於，該條例對於地方制定自治條例未於法律中授權，以否該當「明確授權說」或至少「概括授權說」？本號解釋似乎迴避這個嚴肅的問題。

二、蘇永欽大法官協同意見書： 憲法暨地方制度法概括授權說及於合理範圍內

蘇永欽大法官於協同意見書指出：首先，釋字第 38 號解釋「縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利」，本解釋即特別引用地方制度法第 28 條第 2 款的規定作為限制基本權的根據：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」通過此一空白授權，各級地方自治團體都取得限制人民基本權的立法權。

其次，問題在於，這裡除了空白授權外，難道沒有其他形式或程序上的管控，因地制宜若到這個地步，基本權待遇的差別會不會大到有違基本權平等保障的最低要求？對於中央部會的法規命令，法律保留原則有三項重要的控制：（一）以重要性理論排除某些基本權限制之委任或轉委任（釋字第 443 號解

釋）；（二）對於所有的授權都要求符合具體明確原則（釋字第 443 號解釋）；（三）依法律授權制訂的法規命令都有送國會審查的意義（立法院職權行使法第 60 條）；這三項在自治條例則全部闕如。

但另一方面又在於，若要確保垂直分權之因地制宜治理，則開放地方立法得對人民基本權做某種限制，也具有必要。地方制度法第 26 條第 2、3 項有關違反自治法規的行政罰規定的背後有一定自治條例限制基本權的天花板或微小原則的寓意。本件解釋在用法律保留原則審查自治條例限制基本權時，除了審查授權條款（地方制度法第 28 條）外，雖未援用第 26 條或移植水平授權的重要性理論，但首次使用了「合理範圍」概念，輕描淡寫的加入了第二個審查要件「地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第 23 條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸」，這應是本解釋的重要突破。

三、評論

（一）概念釐清：何謂「依法律及上級法規之授權」之自治事項？

本理由書稱：地方自治團體倘「就其自治事項」或「依法律及上級法規之授權」，「於合理範圍內」以自治條例限制居民之基本權，與憲法第 23 條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸。其

中，前者得指稱原生的自治事項（例如地方之文藝）；本文認為，後者之主要類型之一，指危險防禦事項，就之中央有第一層次、主要之立法管制權，地方只享有針對地方需要而且在管制項目與程度上均有限制之自治權。這類領域為數眾多，凡與公共安全有關且質達一定水平者均屬之；這類事務對於直轄市或縣市的發展也多有密切相關。

（二）自治條例之法律保留之見解， 得有四說

本問題在理論上得有四說¹⁷：

1. 「專業法律明白授權說」。2. 「專業法律概括授權說」。3. 「憲法與地方制度法概括授權說」：以憲法地方自治款目、均權原則、地方選舉與政府體制、地方議會立法權之明文保障，以及地方制度法授權定自治條例（含罰則）作為概括的授權；地方就與地方密切之

事項，出於因地制宜考量，於合理範圍內得制訂自治條例。4. 「有限制之概括授權說」：原則上無須專業法律授權，理由同上，但若涉及稅捐或一定以上的裁罰，或事涉極為特殊的管制而專業法律未為授權，則不然。

其中，第三、四說非指中央無制定任何專業法律，而是即使有之，於其未明文或未能經由整體關連解釋得出時，地方出於因地制宜，仍有權為合理之制訂¹⁸。

以上四說之差別，舉例言之，若採第一說，則如不同意見書指出，系爭自治條例明顯牴觸法律保留原則，蓋系爭法律就營業場所距離的規定極為明確、具體，沒有授權地方另行制頒規範。蔡明誠大法官於部分不同意見書中提出通觀相關條文之「概括授權說」：電子遊戲場業管理條例第 2 條規定「各級主管機關、第 11 條賦予地方主管機關核發、

¹⁷ 學者陳淑芳採第二說，許宗力、蘇永欽採第三或四說，詳請參見：許宗力（2001），〈地方立法權相關問題之研究〉，臺北市府法規委員會編，《地方自治法 2001》，頁 37-61；陳淑芳（2011），〈地方自治立法與法律保留原則〉，《權力劃分與權限歸屬》，頁 355-392；蘇永欽（2001），〈地方自治法規與人民權利義務〉，臺北市府法規委員會編，《地方自治法 2001》，頁 135-162。

¹⁸ 羅昌發大法官於部分不同意見書指出：「因地制宜」之事項，並非漫無限制。必須事務之性質確有地方差異（例如人口結構與分布、地理特性、人文特色、符合法律與公序良俗之風俗習慣、經濟發展情形、教育情形、產業結構等的地方特殊性），且地方立法對於處理地方差異確有必要。以本件為例，各地方自治團體人口密度、結構、分布等均有差異；故符合「地方差異」之要件。然本件並未符合「有因地制宜之必要」要件，理由為：系爭距離之規範係在保護各個學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館（及其利用者），故應檢視中央所制定 50 公尺以上之法律規範是否足以保障（抑或必須達系爭規定二、三、四之 1,000 公尺、990 公尺或 800 公尺始足以保障）；而非檢視此等距離之規範對其他人（社區或整個城市民衆）之安寧、善良風俗、安全及身心健康之保障。本文認為，就電子遊戲場業的危害性高低，都會區的自治團體的居民所受到的危險更為激烈，從而地方非無採行較為嚴厲標準的必要；至於本件地方所採者是否過於嚴苛或是已達癱瘓法律的概括或可得而認的授權範圍，係屬於另外一個層次的問題。

撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權」而且上開關聯條文對於電子遊戲場業的營業分級、登記及評鑑、管理、罰則等均已詳細明文規定，「俾供地方主管機關遵循」，「故可視為該等自治條例或辦法，實質上仍源自中央立法之電子遊戲場業管理條例之法律授權，而為相互呼應之規範，在此程度內是以解釋為相關地方自治條例或辦法係以憲法第 23 條法律保留原則相符」。第四說採憲法暨地方制度法概括授權說，但保留以特殊事項或領域，例如稅捐或具高規制必要之類型¹⁹；事實上，地方罰則依現行規定有其限度而言，其也可謂係採第四說。

對於第三、四說，多位大法官於不同意見書質疑，蓋這係大法官解釋首次肯認得以地方制度法之「概括授權」而限制人民於憲法上所保障之基本權，何以中央法律限制人民之基本權須有明確規定，地方自治條例卻僅須有法律之概括授權即可，「其間之寓涵為何？可能之影響如何？」

（三）「多元民主正當性之監督」當作有限制之概括授權說之立論基礎

以上，第四說的依據得為：

1. 憲法本文第 110 條第 1 項第 11 款：

「其他依國家法律賦予之事項」應如何界定？從前面 10 個款目並對照第 107、108、109 條者，第 11 款得指稱前 10 款事項而法律將之全部（指整個領域），或絕大部分，或絕小部分，授予縣自治，所以得有三種理念型。本文認為，具高公共安全管理需要之營業領域，為第三種。其次，憲法本文第 108 條第 1 項第 3 款：「森林、工礦及商業」屬於「中央立法並執行」或「中央立法交由省縣執行」之事項，該第 2 項規定：「前項各款，省於不牴觸國家法律內，得制定單行法規」，而直轄市的地位比照省，僅於有直轄市特殊性之部分，中央法律才得有偏離。第三，憲法第 109 條明白規定縣之「『立法』及執行事項」，增修條文第 9 條第 1 項第 4 款「屬於縣之立法權，由縣議會行之」，都是明文賦予並構成整部憲法的一部分，從而不得單以憲法第 23 條為唯一依據。第四，法律賦予地方自治事項，本條款並無限制，從而在體例上得於專業法律或一般性之地方制度法中規定，或兼採之。

2. 以「多元民主正當性之監督」取代一元之法律保留之監督²⁰：獨立機關或公法上之法人之被賦予獨立性，須以法律為之（組織法之法律保留），必須有獨立而出之正當性及所享有的權限，國家應有監督權，整體的監督水平

¹⁹ 本解釋沒有指出，類如稅捐或「特別公課」，向來係被解釋為須有專業法律規定。

²⁰ 黃錦堂（2014），〈自治條例與法律保留——多元民主正當性的觀點及實務評論〉，《法令月刊》，65 卷 11 期，頁 1-50。

須合於系爭獨立而出者之業務權責的重要性。至於民主正當性三種內容間之關係，重要在於，相關制度整體而言是否合於國會與人民之民主正當性控制水平（我國釋字第 613 號解釋理由書也有相同意旨²¹）。於此有「多元、開放之民主原則」vs.「一元民主原則」之民主正當性之不同理念，後者指國會才是唯一之行政權民主正當性的來源，前者則指出多種多重之可能。德國聯邦憲法法院 2002 年 12 月 5 日「水利會判決」明顯採取前者。約言之，德國基本法第 20 條第 1 項規定：「所有國家權力源自國民」；第 2 項規定：「所有國家權力將由國民以投票以及經由立法、行政與司法機關，而為行使。」民主原則的精義，為所有的國家行為（sämtliche Akte staatlicher Gewalt）必須回溯到國民的意志。國民意志與國家機關的統治之間的控制連結，得經由國會議員之定期改選、國會之立法、政府對於國會負責、行政一體性等，而為建立。民主原則於科層式體制並不造成困難，但對於從科層式體制分立而出從而享有部分獨立性的部門，其權力行使之「民主正當性」基礎，便不無疑問。民主正當性的第一個形式，為「制度－功能上的民主正當

性」，其係指稱系爭自治模式之功能及於憲法上之價值；若制憲者賦予愈是高度的價值——而地方自治於我國即是如此，則其於民主正當性的控制水平整體高低的衡量上，立法者愈須於此部分賦予高度的評比，而不得於如下另兩個面向予以過度之規制。第二個面向，指行使公權力的機關或自治體須在「組織－人事」上受到監督。第三種形式，則係針對獨立機關或自治體的作為，亦即行政作用法的部分，由國會經由專業法律之制定而加以監督，也稱「事務－內容上的民主正當性」（sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation）；換言之，立法者得針對獨立機關之職權行使，於相關法律中規定有關的要件與裁量，或甚至行政程序與爭訟。以上三個面向構成衡量上的一個整體，端視系爭分立而出者之業務－權限大小，而建立不同高低的控制水平。

本判決雖然針對功能性自治（只針對社經領域者，而非針對地域性之地方自治），但整體而言也得有擴張適用的可能²²。爭點在於，就利普河流域整治為任務之公法上社團法人組織法「利普河公法上社團法人法」（Lippeverbandsgesetz, vom 7. 2.

²¹ 其指出：「重要事項以聽證程序決定，任務執行績效亦能透明、公開，以方便公眾監督，加上立法院原就有權經由立法與預算審議監督獨立機關之運作，綜合各項因素整體以觀，如仍得判斷一定程度之民主正當性基礎尚能維持不墜，足以彌補行政一體及責任政治之缺損者，始不致於違憲。」

²² Alexander Hanebeck (2004), Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip -- Zwischen monistischem und pluralistischem Demokratieverständnis, *DÖV*, Heft 21, S. 908.

1990)，以及艾莫舍河流域之類似性質的「葉姆社河公法上社團法人組織法」（Emschergenossenschaftsgesetz, vom 7. 2. 1990），二者中之特定有關各該公法人機關決議的門檻規定，因為涉及公權力行使，是否違反民主正當性之控制，從而違反民主原則²³？

聯邦憲法法院指出，傳統以來的行政一體並對國會負責的組織型態，以及「功能性自治」之以人民就自身涉及事務為組織化之就近參與（als organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen），都在實現與民主原則相連結之人民於自由秩序下的自我決定。民主原則從而允許，經由法律，亦即經由人民選出從而具有傳統以來民主正當性的國會立法者的決定，對於一定之經過劃定範圍的領域（Abgegrenzte Bereiche）公共任務的處理，創造出特別的自治組織體。經由此種分權而出的設計，一方面當事人得有一個有效的發言機會，從而外於行政機關的意見能被主動提出；另一方面，經由自治組織的方式，立法者可以促成合於該領域利益之合於事理的調整，從而有助於該團體議決的目的與目標更有效能地（effektiver）達成。若法律愈能促成公共任務承擔與私人利益之連結，則法律的實效性（Wirksamkeit）愈是提升，蓋當事人

此時不再是被動受到拘束，而是主動參與。立法者須就自治體之諸多單位間的組織結構（Organisationsstruktur der Selbstverwaltungseinheiten）採取充分的制度安排（ausreichende institutionelle Vorkehrungen），以使相關的不同利益能夠被適當衡量。此等自治團體的決定於一定範圍內會對非屬於該組織的人員（亦即第三人）產生影響，而產生民主正當性控制赤字的疑義，但是民主原則並不要求公法人的決定須回到無間斷之人民的監督鏈鍊，毋寧，只要人民對於公法人機關的行為經由握有「起決定性作用的影響」（massgeblicher Einfluß）之方式，保有其自主決定權，即為已足。立法者須經由立法，充分地事前規定公法人機關的任務與權限（Aufgaben und Handlungsbefugnisse），以及其行為之受到具有民主正當性官員的監督。

根據如上命題，聯邦憲法法院檢視系爭法律所建立之水利會自治任務、組織與決策機制、權責、監督規定，而判定為合憲。

開放的／多元的民主理論（Offenes/Pluralistisches Demokratieverständnis）認為，民主的精義在於人性尊嚴之保障、基本權意義之自由；在人民主權理念的後面，亦即具有根本意義者，為「自由之自主決定」的理念。這樣的民主觀與基本法「共和原則」及基本法對

²³ BVerfGE 107, 59-Lippeverband. Hierzu und zum folgenden, BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002, NVwZ 2003, S. 974ff.; JZ 2003, S. 1057 ff.

於國際合作之開放性相一致。在多元／開放的民主觀下，「民主得被構思為最適化的任務」（Demokratie wird als Optimierungsaufgabe konzipiert），或，民主得有多元的理解。民主的出發點，為受到各特別決定所影響的個人與其受影響性（Die einzelnen und derer Betroffenheit）。在此理解下，就民主正當性的取得，基本法本身及國會係扮演核心的角色；決策層次之選擇（設計）不是邏輯演繹，而是一種有實用主義意涵之最適化甚至是形成性的任務方式，加以完成²⁴。

3. 地方制度法已經建立地方自治條例須經地方議會三讀，「罰鍰之處罰，最高以新臺幣 10 萬元為限；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分」，自治條例規定有罰則時應報經上級監督機關核定後始得發布。

4. 地方的層級、人口規模、地方選舉與府會體制。

5. 民主也講求治理績效：全球化下之城市的激烈競爭，以及我國地方仍處於轉型階段從而地方也需有自主空間。我國現行中央立法效率效能之難以協力完成治理（縱有民主而無能力回應世界性競爭，則尚難謂良善）。

（四）本文：以第四說為可採

本文採第四說，理由如上。依據本說，即使專業法律無直接授權，也無法經由系爭領域性質或整體法條的關連考察而論證得出，這些都無妨礙，地方有權就地方密切項目於合宜程度內自主決定。這裡所稱項目與範圍，就是解釋文所稱「合理範圍」。

若採專業法律明確授權說，則我國專業法律極少符合這個要求，那麼地方自治的重要性、地方自主立法、地方民主、現代國家治理、全球化城市競爭挑戰等，是不是都一併陪葬？概括授權說的「概括」一詞難以界定徒增解釋紛擾，而且我國專業法律一般而言有無符合，筆者採批判性見解。至於本說是否將造

²⁴ Vgl. etwa Alexander Hanebeck (2004), Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip -- Zwischen monistischem und pluralistischem Demokratieverständnis, *DÖV*, Heft 21, S. 903-904. 此種更為開放的民主理解可發揮於許多面向，除了行政（組織）之外，其他面向也得運用，進而創造出更為新穎而且有助於創造民主正當性的模式（Ansätze）。新的組織或其他面向變革模式不會單以未受到國會為唯一主體的正當性控制，便法定違憲，而是以其是否有助於民主的最適化發展角度，而為觀察。於此尤其得被開啓者，為針對專業分化之正當性來源（Arbeitsteilige Legitimationsvermittlung）或針對複雜的正當性結構組織（die Erfassung komplexer Legitimationsstrukturen），而展開觀察與討論。除此之外，分權－民主之參與、於歐盟領域為克服民主赤字而引進之建立行政與專家委員會體系（Die Konstitutionalisierung der Komitologie auf europäischer Ebene）、取向產出面（按，亦即施政績效）之正當性、共識型或協議式民主，或直接－審議式政體（direct-deliberative Polyarchy）等，都是民主正當化性監督的可能途徑。

成地方濫權之「失控」，而危害人權？本文不認為，蓋首先，罰則有其種類與上限而且須經事前核定。其次，在營業管制領域，中央經由法律已經建立第一層、主要的管制，其中並得授權地方的自主空間。

（五）「於合理範圍內」之界定

本解釋採取「地方制度法概括授權說」並另外加上「於合理範圍內」之要件，藉以防止地方無須行政作用法之明確或概括授權後之成為「脫韁野馬」可能，誠屬妥當，但這應如何界定？

本文認為有三。首先，凡與地方的經社民生有重要關聯性之管制，原則上得列為地方有補充立法權之領域：地方建築管理、地方營業管制（包括，但不限於菜市場、夜市與攤販）、地方景觀、地方交通、地方弱勢保障、地方蚊繩清除處理等清潔衛生事項、地方環境汙染與自然生態保育、地方招商、地方都市計劃、地方層級之嬰兒婦幼老弱照顧之管制事項等。

其次，地方的自主法規制訂權必須出於地方需要，而不得逾越，尤其不得根本癱瘓中央的規定。

第三，此等自治條例須經核定，始能公布生效²⁵。

（六）本件之檢討

本件為營業管制事項，並具有防止青少年或甚至一般國民的身心危害之重要法益，所以中央應有相應高度的立法權，地方自治條例的空間受到相對擠壓。

四、日本法之觀察

「上乘條例」在日本地方自治法制中的意涵，指的是國家法律與地方自治法規規定的目的與事項皆相同，但地方自治法規比起國家法令有更高的要求或更嚴格的限制。「橫出條例」則是指地方自治法規與國家法令有同樣規範目的，但對國家法令規定以外的事項，加以規範。以下引述我國學者論述與學位論文，略作說明²⁶。

²⁵ 為確保地方的自主空間，除非專業法律有明文，否則中央主管部會只有合法性的審查，而不及於合目的性；此外，應限於一定期間內完成審查，逾期則視為同意。若中央主管部會否准之，則地方就之得以涉及自治事項權限劃分爭議，提起行政爭訟。

²⁶ 陳樹村（1996），《論地方自治法規》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 55-56。另根據蔡茂寅的介紹，日本的國家法令與地方條例關係有以下幾種：1. 無管制領域管制—條例就國家法未規定之領域為規定。2. 目的外管制—條例因不同目的，就國家法已規定之事項為規定。3. 補充管制—條例基於國家法相同之目的，就未達國家管制規模或基準之事項為規定。4. 管制地區外管制—條例基於與國家法相同之目的，就國家法管制地區外之地區為規定。5. 更廣泛管制—條例基於與國家法相同之目的，除前述 3、4 之情形外，就國家法管制對象外之事項為規定。6. 更嚴格管制—條例基於國家法相同之目的，就同一對象做比國家法管制更嚴格的規定；蔡茂寅（2006），《地方自治之理論與地方制度法》，增補版，頁 223。

(一) 早先的見解：「法律先占論」

其理論原型認為「就國家法明示或默示先占之事項，如無法律之明確授權，即不得制定條例」²⁷，依照該說，地方條例在三種情況不被認為違反中央法令：1. 對無任何國家法令規定之事項制定條例。2. 地方條例規範事項與國家法令規範事項一致，但條例與國家有不同目的。3. 地方條例與國家法令規範目的相同，但地方條例對國家法令規範以外的事項進行規範（即橫出條例）。可作為橫出條例的例子，有冷凍水果販賣業之取締條例（對不屬食品衛生法所公告之特殊食品為特別規定）、金屬屑業條例（對不屬於古物的廢五金，有關營業交易的地方特別規定）。4. 就國家法令授權的事項，在不超出國家法令授權範圍內以條例規定。

反之，被認為違反國家法令的情況則為²⁸：1. 條例規定明顯與法令牴觸。2. 國家對某一事項已有法令規範時，地方條例在同一事項同一目的下，有較國家法令嚴格的標準。至於地方條例與國家法令之規範目的是否同一，有時並不容易判斷，例如日本食品衛生法第 7 條第 1 項規定，衛生部對食品添加物之製造方法等得基於法律設一定標準，則地方自治條體得否以條例制定更嚴苛的標準，或以條例對衛生部未列入規範的食

品添加物規範？前者被認為違反法令，後者則被允許，理由為：國家法令設置食品及添加物之基準目的在使其有全國一致的標準，理論尚未被公告範圍內之食品或添加物就不能被認為對公共衛生造成妨害，因此就不能以地方條例制定比全國一致基準更嚴格之規定，來破壞全國一致的基準；但未被公告的食品或添加物，無全國一致的標準，則不得禁止地方公共團體依地方獨特需求制訂標準，尤其地方的特產品更是如此。3. 國家對某事項已有法令規定，在條例與國家法令規範目的同一的情況下，條例較國家法令有更強樣態的規範（例如國家法令採報備制、而地方條例採許可制）。4. 地方條例是基於個別法律授權，而條例的內容牴觸授權之法律，例如公共浴室法施行條例、特殊營業取締法施行條例等基於個別法律授權的條例逾越授權母法則應無效。5. 法令默示的先占事項：「國家法令雖無明確之規範，但依法令之全體意旨與結構某事項可認為是法令先占事項時，即不得以條例加以規範」，或「縱無法令特別規定時，若依法令之意旨，某事項應被解釋為屬於國家法令所專屬管轄之事項時，即不得以條例加以規定」。

綜上所述，法律先占理論認為橫出條例符合國家法令，除非例外認為某一

²⁷ 蔡茂寅（2006），《地方自治之理論與地方制度法》，增補版，頁 223。

²⁸ 此處與以下，參見陳樹村（2007），《地方自治之行政監督與司法審查》，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁 150-151。

法律默示地認定某一事項是國家專屬管轄。但在法律先占理論之下，並不承認上乘條例，而認為其違反國家法令應屬無效。

（二）「法律先占論」之修正檢討

1970年代以來，法律先占論受到學界的批判與克服，尤其自治事項若不允許地方用條例規定，等於允許國家不當地介入了自治事項。日本法學上的討論修正檢討法律先占論，承認了上乘條例，主要是從地方自治的性質和國家法令的商榷兩方面著手：

1. 基於地方自治的性質

這方面主要是為了因應公害方面的管制，公害破壞地方環境，亦影響到人民的生存權，因此在環境權、企業權與生存權發生衝突時，因以生存權為優先，因此當人民的生存權以全國一致標準對當地居民不足以保護時，地方制定條例作更嚴格的規範即有憲法上的正當性²⁹。持此論者更進一步將行政領域分為要求政府積極作為的「積極行政」領域或政府應自我抑制的「消極行政」領域，並且認為前者地方自治團體得積極行使立法權彌補國家規範密度不足的問題，後者則不可³⁰。

2. 基於國家法令的性質

國家法令規定全國一致的標準，未必代表地方對同一事項不得做更嚴格規範。國家法令可能是最高限制之法律，亦可能是最低基準之法律，在最低基準之法律的情況下，應允許地方制定上乘條例，為更嚴格管制³¹。

但是地方為更嚴格管制的上乘條例，如果是屬於程序上的管制，就國家已經以法令規定的事項，以同一目的即同一事項，地方以條例有多餘中央法令而要求人民遵守的程序，則會增加遵守當事人的多於勞費，若又造成中央法規所定程序的妨礙，則應認為抵觸中央法令³²。

（三）學者們的意見

學者間不乏批判法律先占論者；相關立論約如：即令就自治事務而言，適合由國家以法律為全國一致規定之情形亦復不少。然定為自治事務者，多有需切合地方實情之情形，此時若不許以條例制定其基準，從而否定因地制宜之行政措施者，此等法律若未具備使地方居民充分信服之合理事由，應認為係不當介入自治事務，因而侵害地方自治權。在此等限度內，該等法律之效力即屬可疑³³。另一說認為，公害行政領域應允

²⁹ 陳樹村（2007），《地方自治之行政監督與司法審查》，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁154。

³⁰ 蔡茂寅（2006），《地方自治之理論與地方制度法》，增補版，頁227。

³¹ 陳樹村，前揭註29，頁157；蔡茂寅，前揭註30，頁228。

³² 陳樹村，前揭註29，頁159。

³³ 蔡茂寅，前揭註30，頁225。

許上乘條例³⁴：公害行政領域為確保生存權優於財產權的價值，乃於公害領域肯定地方得制定比國家法令更嚴苛的標準，學者提出三個判准：1. 行政領域有地區特殊性，從憲法保障地區自治來觀察應准許，2. 就該行政領域的人權優先序列而言，例如公害領域上認為生存權優於財產權，3. 該行政領域是否富有積極義務，若是則應准許上乘條例。

也有主張，消費者行政領域應允許上乘條例³⁵：有關地方消費者權利保護條例，因為消費者的權利是憲法上的人權，具有生存權的性質，地方自治團體因應行政需要對地區性的消費者加以保護，這種行政領域具有地方積極作為的特性，因此基於地方特色對地方企業為較國家法令更嚴格的規範具有正當性。

有學者們主張³⁶，國家的河川法管理的僅及於一、二級河川，不包含普通河川，這種地區性的小河川既然為國家法律不及，無論在形式還是實質皆屬「橫出條例」，應該認為沒有牴觸而有效；人民對河川維持正常、預防災害發生有正常的期待，希望政府採取積極作為，而地方團體有積極管理河川的義務存在，尤其日本地方自治法重新修訂後，法令解釋權更朝著地方自治團體前進。

反之，有學者主張，程序上的上乘

條例不允許³⁷：在環境影響評估法上，中央訂有法律，此時地方條例若係 1. 人民對環境影響評估提出意見的時間以自治條例加以延長，2. 以自治條例變更公開閱覽的主體，3. 除法定的準備書之外，另外要求業者提出法律所無之公布周知計畫書、見解書、聽取意見概要書、方法書等，則此種程序要求課予法律更大負擔，解釋上應認為違反環境影響評估法。

（四）小結

就「條例」與「橫出」之自治條例有無違反國家法令，整體以觀，除非專業法律或地方制度法律精確規定，否則一直會是法律解釋的問題。解釋者的態度，或解釋之基準，則無可避免隨時代而有所遷移，而這從大時代的發展而言係朝向分權化。惟個案中仍應視領域性質、案型及地方自主之程度，而為判斷。

五、德國法之觀察

德國為聯邦國家，地方自治屬於各邦事項，由憲法與法律加以規範。各邦當中又得分為「城市邦」（Stadtstaat；漢堡、布萊梅、柏林屬之）與所謂「土地邦」（Flaechenstaat）；地方自治法一般係以後者作為討論對象，以下採之，除非另有說明。

³⁴ 陳樹村（2007），《地方自治之行政監督與司法審查》，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁 158。

³⁵ 陳樹村，前揭註 34，頁 158。

³⁶ 陳樹村，前揭註 34，頁 164。

³⁷ 陳樹村，前揭註 34，頁 159-160。

德國各邦均為國家，所採的中央政府體制為內閣制，邦議會議員的選舉係採政黨比例代表制，所以行政權與立法權係由同一政黨或同一共同組成「聯合內閣」的政黨們所掌握，在立法效率上從而具有優勢。向來各邦法律呈現相當的精密度，這一方面固然出於政府體制與傳統，另一方面也因為德國的聯邦體制在實質表現上係所謂「合作式的聯邦主義」：各邦在各重要領域的立法上有相互的參採觀照，甚至經過聯邦與邦主管部長聯席會議之溝通協調，所以邦立法的合理性普遍提升，而這也有助於減少邦內政黨間政治鬥爭所可能導致的法案延宕或扭曲。

（一）德國邦法

德國邦於限制人民基本權之地方自治條例，係採專業法律概括授權說³⁸，但在個案中仍不免發生自治條例有無根本授權及是否逾越授權範圍之爭議。

德國除專業法律之明確授權外，另外採行如下幾種方式，以減輕有無概括授權之爭議。

1. 邦法中之「地方實驗條款」

若干邦法律採行「地方實驗條款」

（Kommunale Experimentierklauseln）。既稱實驗，表示為了鼓勵系爭領域或案型之創新發展，而為暫時性之授權，尚不是終局之制度。

這構想相當程度係源於德國「新調控模式」（Das Neue Steuerungsmodell）——在英美及我國則稱為「新公共管理」³⁹。德國各邦各自的、各級與各個地方自治團體共同設立一個「聯合會」，其下設置一個「地方事務共同中心」（Kommunale Gemeinschaftsstelle；位於北萊茵－西發利亞邦之科隆市），負責研議地方行政的改革事宜。德國城市的實證研究顯示，邦預算法與行政命令過於綿密與細瑣，對於資源的有效調控並不適當，但另一方面，通案性的修改因欠缺針對新調控模式的充分實證而難以採行。自1990年代中期以來，在該研究中心的倡議下，邦多於地方預算法令領域引進「實驗條款」。

其約有幾種方式。第一種為，若干邦係於依據預算法所制定的法規命令中引進實驗條款，從而係在法律層次之下，而且限定於某些特定政策領域始得採行，例如針對公立中小學。第二種

³⁸ 黃錦堂（2014），〈自治條例與法律保留——多元民主正當性的觀點及實務評論〉，《法令月刊》，65卷11期，頁1-50。

³⁹ 本處的立法例及有關討論，參見Gunnar Schwarting (2003), Von der Experimentierklausel zur Standardöffnung -- Ein neuer Weg der Vorbereitung von Rechtsvorschriften? -- Vortrag anlässlich des 10. deutsch-französischen Verwaltungskolloquiums am 16./17.6.2003 an der Ecole Nationale d'Administration Strasbourg, <http://www.uni-speyer.de/files/de/Studium/Lehrende/Schwarting/aufsatz8.pdf> (Stand:2016/9/12)。

則是在鄉鎮自治法（亦即在法律層次本身）規定，也是限定領域，以下薩克森邦為例，其鄉鎮自治法第 138 條第 1 項規定實驗性預算條款，而且係針對：對於預算計畫、預算當中的職位職缺計畫（Stellenplan）、對於年度會計、對於年度審計、對於預算書收支欄的完全平衡、對於所列預算項目的跨時間撥用可能以及有關的簿記要求。第三種則將實驗條款在鄉鎮自治法中擴大適用於較多領域，舉例言之，許列什維茲－霍斯坦邦鄉鎮自治法第 135a 條及於鄉鎮組織與鄉鎮經濟之事項。以上模式受到如下限制，亦即，此等條款儘管已經立法或有法源依據，但在使用上並非地方自主，而是地方向監督機關提出申請（若干邦甚且將得提出申請者限於一定人口規模以上）。其次，實驗條款的期程一般係有限定，例如下薩克森邦係限於該法通過後五年內；惟無論如何，此等限制並非絕對，得有延長可能。

另一種為實驗事項之進一步開放：薩克森－安哈爾邦 1997 年於鄉鎮自治法所引進「免除條款」（Befreiungsklausel）。其規定，「最高地方自治主管機關得於取得專業監督機關的同意後，為實驗地方自治團體的任務履行，得於暫時的時期內，針對個別鄉鎮或行政共同體（按，指若干小鄉鎮所共同組成者），基於申請，免除邦法律或由專業監督機關所制定的法規命令乃至行政規則之標準，要件為，系

爭法律所規定任務原則性履行可獲得確保（wenn die grundsätzliche Erfüllung des Gesetzauftrages sichergestellt ist）」。

整體而言，實驗條款的目的，在於經由地方免受既有法令限制之實驗，而累積經驗，有助於未來相關法令的修改。正因如此，相關立法例乃規定，援用地方實驗條款的地方自治團體事後必須提交報告。若干邦的預算法令於累積經驗後確實也有所修改，顯示此制度的效益。

由於實驗條款具有成效，後來乃進一步擴張到其他領域，例如大學法以及在小學暨中學法、政府採購法；在公務人員法以及社會救助法領域也有一定的討論或甚至採行；若干邦於「邦預算法」也採行類似規定，賦予部會及所屬機關構相關的便利性。

整體而言，實驗條款的特色在於，其係適用於實驗（試辦）的法律領域，例如國民小學暨中學（含我國所稱國中、高中）法、預算法、公務人員法領域之整體或部分事項，而且所規定的要件具抽象性。為避免違反憲法的法律明確性乃至法律授權明確性要求，相關法律乃規定許可制並賦予中央主管部會裁量權。立法者授予主管機關裁量權，所於核准時得附帶條件、負擔或期限等「行政處分之附款」。除此之外相關法律一般也規定，申請實驗的地方自治團體必須於一定期間後提出實驗結果的評

估報告，送交主管機關，以便掌握、整理乃至研議有無必要對系爭的法規進行正式、最終的鬆綁。除此之外，因為這是對主管機關（部）與地方自治團體的一項授權，相關條文乃規定主管部會須定期向邦議會提交報告⁴⁰。

2. 對於管制標準加以開放之立法

另一種鬆綁作法，為所謂「標準開放模式」。其與實驗條款之限於某一特定領域法令有別，而係以一個法律明文列出若干領域，而於一定幅度，開放地方得偏離中央法令所設下的標準。例如麥可倫－符波馬邦於2000年制定「標準開放法」（Das Standard-Öffnungsgesetz）⁴¹。其第1條界定何謂標準（Standards）及其適用範圍。該法所稱「標準」，係指邦法針對鄉鎮、官署、縣及「目的事業公法人」之如下事項規定⁴²：人員質量，物的經營與配置（第1項）。本法適用於邦所制定的法律、法規命令與行政規則，但不適用於歐盟或聯邦所制頒者（第2項）。第3項則列舉出得依本法經由申請而免除的事項：(1) 有關社會領域、衛生、文化與運動領域、青年照顧領域之從業

人員的在職訓練或其他進一步的官方義務；(2) 對於幼稚園或其他日間照護中心的人力或物力配置的規模（Vorgaben für Gruppengrößen）；(3) 對於學校、運動場地、幼稚園、醫院、官署建築物的有關用地之設計與最小規模之要求（Mindestgröße）；(4) 對於用水設施與廢水處理設施的最低有關管制標準，以及其他的技術性要求；(5) 對於公共客運之發車時刻表、車輛與價格等的規定；(6) 志願消防隊（約我國之義務消防人員）與職業消防人員的衣服及其他設備標準之規定。(7) 對於戶政事務所的空間的配置的規定。

該法第2條規定，以上的排除適用，必須由個別鄉鎮、官署、縣或目的事業公法人，提出申請。若係公權力行使委託的類型，則該受委託者得以自己名義提出申請。在申請書中，應指明針對哪一項之管制標準及該有關的規定（第1項）；主管機關為邦內政部長，其應取得各該專業領域之邦最高主管機關的同意，而且原則上應在收到申請書後三個月內為有關的准駁。申請案應予准許，但若有事實能證明該系爭免除將使得申

⁴⁰ Vgl. etwa Armin Ludwig Göhring (2003), *Experimentierklauseln im Kommunalrecht -- Rechtsprobleme im Spannungsfeld zwischen Regelungswut und "laissez faire"*, Dissertation, Juristische Fakultät, Universität Würzburg, S. 36-61.

⁴¹ Gesetz zur Öffnung von Standards für kommunale Körperschaften, Standardöffnungsgesetz -- StöffG M-V, vom 17. September 2000, GVOBl. M-V S. 492, zuletzt geändert durch Erstes ÄndG vom 21. 12. 2004, GVOBl. M-V S. 554.

⁴² 該法適用對象包括鄉鎮與縣市，乃至諸多地方自治團體就某一政策領域之經由法律規定而捨棄個別管轄權以共組一個公法人承辦之「目的事業公法人」（Zweckverband）。

請者之合於秩序地履行系爭任務無法獲得擔保，則不在此限；此外，若系爭免除將對人民身體、生命或其他具有重要意義的法益帶來危險，則也不應給予許可。若以上准許要件於該准駁決定時尚未能終局判定，則此等許可也得附加期限或負擔（第 2 項）。邦內政部長得經由法規命令對此程序為進一步之規定（第 3 項）。邦政府自 2005 年起，每兩年應向邦議會提出依本法所為的許可與駁回報告。

開放標準條款顯然係開放系爭中央法律乃至法規命令所設下的管制標準，所以近乎日本法的「上乘」。其次，其只限於法律明白列舉的項目，所以符合法律明確性與授權明確性要求，不致於造成濫權；惟反面言之，缺點在於，以法律位階框定鬆綁的項目，不無僵化，於時代變遷或科技發展等所導致的增刪必要都必須等待修法始能完成鬆綁。這在採行「內閣制」的德國各邦而言，原則上並無困難。

3. 於邦之地方制度法律加以列舉

這得以巴伐利亞邦「鄉鎮自治法」作為觀察。其第 24 條規定，自治條例尤其得：(1) 對於鄉鎮財產及鄉鎮公共設施的使用，加以規範。(2) 出於公共福祉，而規定地方居民必須連結使用鄉鎮所提供之飲用水、廢水清除、廢棄物清除處理、街道清理及其他公共衛生設施；其也得規定居民有義務使用公立殯葬設施及屠宰場，除非法律另有特別規定。(3) 其得規定，新開闢為都市計畫

的用地及都市更新地區的土地，出於都市計畫上的特別原因或為了避免有害環境影響之發生，屋主得被強制接管使用公有公共暖氣設施。(4) 對鄉鎮公所之公務人員履行鄉鎮任務，經適當衡量所屬職務的關係而為適當的人事規範（以上，第 1 項）。

鄉鎮自條例得規定對於遲不履行義務而於適合代履行時以義務人之費用承擔而宣告代履行。就前項前三款情形，自治條例得規定對於違法行為者處以 2,500 歐元以下之罰鍰。自治條例得課予土地所有權者於鄉鎮公所人員鋪設相關管線之「容忍義務」，要件為，該土地與公共設施（興建完成後之使用）具有經濟上之關連性，或該設施啟用後將帶來利益，但這限於必要範圍，不得造成義務人之難以期待的負荷（以上，第 2 項）。

就針對第 1 項第 1 款至第 3 款所制定的自治條例，或基於其他法律授權而制定的自治條例，得規定，鄉鎮公所委託之執行人員為監督相關義務的履行，在白天適當時間於必要範圍內進入義務人的土地、建物、工廠設施、住家、住居空間（第 3 項）。

本條第 1 項第 2 款及第 2 項之強制接管使用規定，不得導致教會、被承認的宗教團體或其他世界觀團體的相關設施帶來不利益，前提為此等宗教組織所追求的目的不得牴觸現行一般有效法律（第 4 項）。

以上的授權精確，與我國地方制度

法第 18 至第 20 條之款目過多且不無過當，有所不同。

(二) 附帶觀察：德國聯邦與邦之立法權劃分模式

除了邦的立法例之外，德國聯邦與邦之間的立法權劃分模式——儘管本文所討論者為國家與地方之間，從較大範圍的啟發意義而言，仍得略作檢視。

德國聯邦與邦的立法權劃分方式，有如下五種，其中第二種又有下位案型：1. 聯邦之專屬立法權；2. 聯邦與邦之競合立法權；3. 聯邦之原則立法權；4. 邦之專屬立法權；5. 聯邦經由事務關聯性或附屬事項或事務性質之解釋而取得之立法權。第二種既稱為「競合」，表示雙方享有之，就兩者間之進一步分配，於 2006 年聯邦體制修憲後有三種類型：

- (1) 聯邦針對「核心或優先事項之立法權」，指基本法第 74 條之前述以外項目，聯邦不受「必要性」要件之限制，即得自行斟酌判斷立法，從而享有優勢地位。
- (2) 聯邦為整體聯邦領域內創造等值的生活關係，或為確保整體國家之法制與經濟一致性之利益，而有制定聯邦法律之必要，始得制定。
- (3) 邦享有立法權但各邦享有偏離的立法權（*Abweichungsgesetzgebung*），規定於基本法第 72 條第 3 項，適用於：狩獵事項（但不包括狩獵執照之法制）、自然保護與景觀保育（但不包括自然保育之一般

原則、物種保護之法制、海洋自然保育法制）、土地的分配法制（*Bodenverteilung*）、國土規劃法制、水利法制（但不包括水利法中之有關有害物質的排放或水利設施設置的許可管制等事項）、大學的入學許可及大學的學位取得之事項。這是 2006 年聯邦體制改革所創設，並刪除了原先「聯邦之框架立法權」（*Rahmengesetzgebung des Bundes*）（見修憲前之基本法第 75 條）。框架立法權顧名思義指聯邦只能制定「框架」，應留下「可以填空的、而且有必要加以填空的部分」，而為邦的立法權範疇，但聯邦一向認為「框架」一詞有很大解釋空間而無礙於相當細膩的立法，而限制了邦的自主立法空間。所謂偏離立法權，係指聯邦已經於如上所列舉的項目領域制頒法律，亦即經聯邦政府提案並經聯邦眾議院與聯邦參議院三讀通過並經聯邦總統公布者。邦的偏離立法，也係指須經邦議會三讀而公布的法律，而不包括法規命令。其次，邦之偏離立法權究竟能偏離多少？這問題因為基本法第 72 條第 3 項並沒有任何要件規定，所以邦立法者可謂享有非常大的裁量權，包括得偏離聯邦法律的構想，而基於邦的構想規定不同的結構上的要件乃至條件；換言之，就偏離立法權的內容形成方面，

邦原則上享有自由權⁴³。第三，邦制定偏離立法後，並不須要函請聯邦政府核准後始能公布生效，這顯然強化邦的立法權限，但無疑也使聯邦的調控力下降⁴⁴。

關於邦偏離立法之效力：首先，依基本法第 72 條第 3 項第 2 句，聯邦於本領域制定的法律在公布後最早只能於六個月後生效，這個特殊的生效日規定旨在使邦有機會決定是否及於如何範圍內經由立法而偏離聯邦法律，換言之，邦自始就得經由立法而阻止聯邦法律於其領域內適用；但就急迫的立法案件，例如歐盟法中有特別的指令而聯邦必須於期間內完成德國國內法的修改，則也得無視於前述六個月的規定而更早生效，前提為聯邦參議院須於以三分之二的優勢多數決同意之。其次，依基本法第 72 條第 3 項第 3 句，邦之偏離立法並不使系爭聯邦法律無效或不生效力，而只是產生邦法律「優先適用」的效果（Anwendungsvorrang; “geht vor”）。換言之，若系爭邦之偏離立法一旦遭到廢除，則聯邦法律自動地再度獲得適用。此外，若聯邦於邦制定偏離性的立法之後，對原先的聯邦法律進行修改，例如為了回應歐盟法有關指令的要求而

為修改，則此時這個新的聯邦法律——亦即後法——係優於邦法而為適用；若聯邦後來廢止該新制定的法律，則原先遭到排擠適用的邦法又恢復到優先適用；除此之外，邦也得針對新修正的聯邦法而再度地行使邦的偏離立法權，此時新制定的邦法，又享有適用上的優先性。學者稱此為一種「乒乓球式」的法律適用優先性；由於各邦對於聯邦原先存在而且生效的聯邦法律得有各自不同的偏離，從而有可能一部聯邦法律在不同邦裡被適用的部分不盡相同⁴⁵。

（三）小結

以上顯示，為明確化地方的自主法規制定權源，得於法律中針對部分事項引進地方實驗條款，或整理出賦予地方制頒地方管制標準之領域，或於地方制度法律中明確規定地方自治條例的適用領域。我國地方制度法第 18 至第 20 條自治事項款目過於廣泛且不無錯誤，而專業法律則欠缺德國式之精密。

其次，經由區分不同領域及建立不同的立法權分配模式，最能精確劃分，這在聯邦國家尤其具有意義，但在單一國家則除非制憲者高度重視，否則並無必要。其次，邦之偏離立法權係「聯邦享有立法權而邦得隨時作出調整」的分

⁴³ 此處與以下，Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (2008), *Kommentar zum Grundgesetz*, 11. Aufl., Art. 72, Rn. 80 f.。

⁴⁴ 這顯示，本模式若適用於地狹人稠或面臨激烈的政經社文科技變動的國家或地區，則將容易產生緊張關係。

⁴⁵ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf，前揭註 43，Art. 72, Rn. 80 f.。

配模式，各邦權力大，原則上只宜適用於統治主體之間，而不適用於功能劃分為基調之邦與地方自治團體間。

肆、地方於營業管制領域所制訂者，究竟為「自治條例」或「委辦規則」？

這問題釋字第 738 號沒有討論，解釋理由書的論證為：一、指出「中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第 11 條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權」；二、「而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內」；三、就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第 18 條第 7 款第 3 目、第 19 條第 7 款第 3 目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。

以上顯示，大法官經由地方制度法相關款目已經定性系爭領域為自治事項（而且地方有自治條例制定權），而導引出地方所制訂者為自治條例。但問題為，地方制度法畢竟非憲法層次。

本文認為，就地方所制定之橫出或上乘法規，除非專業法律別有規定，否則應定性為自治條例，理由如下：首先，重要者在於地方權力之有無與大小，一旦肯認之，則性質上非不得界定為一種

「自治」權。其次，我國憲法本文保障地方自治，本文與增修條文均高度保障地方議會立法權（詳前述），解釋上也得涵蓋橫出或上乘。第三，憲法第 110 條第 1 項第 11 款所稱「其他依國家法律賦予之事項」，係「自治事項」，而地方制度法正是這種法律。第四，「委辦規則」係指地方自治團體為執行中央的法律而在中央法律授權下所制訂，性質上為「中央層級但適用於地方」之法規命令，須符合授權明確說，所以是「地方（施政）完全受制於中央法律之明文」，我國專業法律的地方授權精密度仍然有限，且立法效率效能也非無疑問，「委辦規則說」將嚴重限制地方的補充性自主立法空間。第五，從多元民主正當性監督角度而言，因專業法律已經建立第一層次的管制，地方的自主空間有限，而且地方制度法建立府會分權與上級監督機制以及罰則上限，整體已經建立相應於授權自主之控制機制，所以得放手讓地方自主，而得界定為自治條例，但專業法律另有明文或領域案型特殊者不在此限。

伍、結語

地方自治與委辦事項的劃分標準，以及地方自治條例有無專業法律保留之適用，困擾我國地方自治學理及地方制度法解釋適用許久，釋字第 738 號解釋作出釐清，值得稱許，但仍留下若干問題。本文指出，電子遊戲場業的管理係

屬於一種營業管制，性質上屬於危險防禦，本件更是對於青少年身心有高度危險性之營業管制類型。

這類事項定性上屬於中央立法之事項，自無疑義。大法官未論證憲法第 108、109、110 條所列款目的「危險防禦」性質，而過於急躁進入均權原則、共同協力、因地制宜，而且未進行比較法之觀察，釋義學上的討論似有不足。

於營業管制領域，地方自治條例得否為「橫出」或「上乘」，以及須否有專業法律之授權，本解釋兼採而說，亦即專業法律概括授權說以及憲法暨地方制度法授權說，並加上「於合理範圍內」。本文認為，從地方自治之保障與現代國家之治理需要、臺灣之地方自治團體的格局與地方治理需要而言，以及「多元民主正當性之監督」理論，應肯認憲法暨地方制度法授權說，不須另有專業法律之明文或概括之授權，但這一切應限於地方制度法所規定的罰則種類與範圍，而且不包括稅捐及個別領域因有特殊性之作為例外。

至於地方所制定者究竟為「自治條例」或「委辦規則」，本解釋引據地方制度法第 18、19 條而界定為自治事項，不無欠缺憲法層次說理。從憲法保障地方自治及明文規定地方立法權，以及憲法第 110 條第 1 項自治事項中有第 11 款「其他依國家法律賦予之事項」而地方制度法為其中之一種法律，以及地方於營業管制領域所享有的局部、補充性立法權畢竟也是一種「自治」權，以及

從多元民主正當性監督之角度此地方方法規制訂權已經受到諸多限制與控制，以前說為妥，但專業法律另有明文規定或領域案型特殊者不在此限。

參考文獻

- 許宗力（2001），〈地方立法權相關問題之研究〉，臺北市府法規委員會編，《地方自治法 2001》，頁 37-61。臺北：臺北市府法規委員會。
- 陳淑芳（2011），〈地方自治立法與法律保留原則〉，《權力劃分與權限歸屬》，頁 355-392。臺北：元照。
- 陳樹村（1996），《論地方自治法規》，國立政治大學法律學研究所碩士論文。
- 陳樹村（2007），《地方自治之行政監督與司法審查》，國立政治大學法律學研究所博士論文。
- 黃錦堂（2014），〈自治條例與法律保留——多元民主正當性的觀點及實務評論〉，《法令月刊》，65 卷 11 期，頁 1-50。
- 監察院（2016），〈105 教正第 0007 號糾正案文〉，<http://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdURL=./di/RSS/detail.asp&ctNode=871&mp=1&no=4872>（最後瀏覽日：2016/9/12）。
- 臺北市府（2016），《北市府對監察院大巨蛋停工處分調查報告之回應》，<http://www.gov.taipei/ct.asp?xItem=211872165&ctNode=5158&mp=100001>（最後瀏覽日：

- 2016/9/12)。
- 蔡茂寅(2006),《地方自治之理論與地方制度法》,增補版。臺北:新學林。
- 蕭全政(1998),〈企業家精神與新政府運動〉,《政治科學論叢》,9期,頁363-384。
- 蘇永欽(2001),〈地方自治法規與人民權利義務〉,臺北市府法規委員會編,《地方自治法2001》,頁135-162。臺北:臺北市府法規委員會。
- Burgi, Martin (2012), *Kommunalrecht*, 4. Aufl. München: C. H. Beck.
- Göhring, Armin Ludwig (2003), *Experimentierklauseln im Kommunalrecht -- Rechtsprobleme im Spannungsfeld zwischen Regelungswut und "laisser faire"*, Dissertation, Juristische Fakultät, Universität Würzburg.
- Hanebeck, Alexander (2004), *Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip -- Zwischen monistischem und pluralistischem Demokratieverständnis*, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, Heft 21, S. 901-909.
- Maurer, Hartmut (2011), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. München: C. H. Beck.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel (2008), *Kommentar zum Grundgesetz*, 11. Aufl., Art. 72, S. 1480-1508. München: Heymann.
- Schwarting, Gunnar (2003), *Von der Experimentierklausel zur Standardöffnung -- Ein neuer Weg der Vorbereitung von Rechtsvorschriften? -- Vortrag anlässlich des 10. deutsch-französischen Verwaltungskolloquiums am 16./17.6.2003 an der Ecole Nationale d'Administration Strasbourg*, <http://www.uni-speyer.de/files/de/Studium/Lehrende/Schwarting/aufsatz8.pdf> (Stand:2016/9/12).