

## 地方立法的效力與行政權的行使

紀俊臣\*

### 《摘要》

本研究旨在探討 2016 年 6 月，司法院釋字第 738 號解釋發布後，地方立法權定位提昇，對地方行政權運作的影響。由於長期以來，臺灣的法學界和法務部門皆堅持「法律保留」（legal preservation）的優越原則，以致地方自治法規的效力（effect），皆定位在較低位階。但地方制度法（Local Government Act）（以下簡稱地制法）於 1999 年 1 月公布施行後，臺灣的法制生態已有重大的變化。學界甚至提出「自治條例保留」（autonomous law preservation）的概念，以提升自治法規之法效力。經由該 738 號之司法解釋，將地方立法定位為如為公益（public interest）所必要，地方自治條例可以制定較之法律更為嚴厲的管制標準（control standard），並不涉違法的情事。

正因地方立法效力位階定位之顯著提升，此對地方行政部門的行政作為，應有很重大的衝擊。質言之，該 738 號解釋發布後，雖尚未看到學界有較為深入的探討，但其將可有效促進地方自治條例的活化，則是當下普遍的法治認知發展，未來自治條例或將取代法律，而成為地方立法的建構基礎。此應係地方自治發展的新里程。

[關鍵詞]：地方立法、中央立法、法律保留、地方制度法

---

投稿日期：105 年 12 月 26 日。

\* 銘傳大學公共事務學系教授，email: profchi@gmail.com。

## 壹、前言：司法院釋字第 738 號解釋，確認地方立法的效力

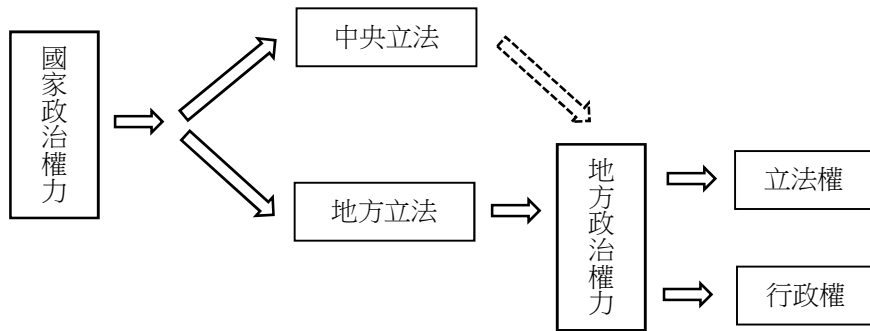
臺灣雖自 1950 年 4 月，即公布「臺灣省各縣市實施地方自治綱要」，正式施行地方自治，但地方自治團體的自治權仍頗受限制，不僅住民自治權利很受限制，就是團體自治的自主性亦顯著不足。此項地方自治的要件欠缺，直至 1994 年 7 月，公布「自治二法」始獲改善，1999 年 1 月，公布地制法則有顯著的增強，卻仍有諸多疑問之處。因之，1998 年 12 月 20 日，臺灣省因修改憲法增修條文，凍結「省自治」而喪失地方自治團體公法人地位。為因應此項政治工程啟動，地制法取代省縣自治法和直轄市自治法，於 1999 年 1 月 25 日，由總統明令公布施行。地制法固然係因應臺灣在「權限劃分」或稱「垂直權力分立」的政府組織改造，所為新地方制度的建構（紀俊臣，1999：6-17）。唯該法對於國家法制的影響，卻是劃時代的建設性貢獻。蓋地制法就「地方自治法規」的規範性，因「自治條例」的制定，賦予類同地方法律（local law）的法效力（legal effect），從而促使國家法制體系的變動，則是地制法在精省（downsizing province）後形塑新地方制度外，另一項法制成就。此項法制成就，究竟產生多大的規制作用，因地方自治法規的效力位階尚在發展階段，尚需時日的觀察和分析。

儘管現行以「自治條例」（autonomous law）為主軸的地方法制（local legality）法效力或謂效力位階，尚需時日觀察和分析（吳庚，2016），但在 2016 年 6 月 24 日，司法院公布釋字第 738 號解釋後，依地制法所由地方立法機關制定，並經地方自治團體公法人代表所公布之各該自治條例，祇要規制標的「不違反憲法有關中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則」，即使發生「中央與地方立法競合」，如在「公益」優先原則（priority principle）下，即可「優先適用」（useful priority）該地方法制。此項司法院解釋，對於地方立法的法效力；尤其自治條例的效力位階，將因自治條例所為「規律保留」（regulatory preservation）的理論形成，而提昇法律地位，達致地方自治法規對地方居民規制性作用的顯著提昇，從而強化其法效性。

此項司法院解釋，形式上係地方自治條例法律地位的提昇，實質上亦可影響地

方行政機關在行政權（administrative powers）的行使；亦即地方行政首長的行政權，將因該項解釋而得以顯著的提昇「決策力」（decision-making power），以強化行政作為能力。本研究即以上揭司法院解釋為分析準據，分別說明地方立法的法效力和地方首長的行政作為。

基於上揭研究思維，擬設定如圖一之研究架構。



圖一 地方自治團體的地方立法對行政權行使之影響

資料來源：本研究繪製。

## 貳、地方立法的類型與效力

在 1999 年 1 月，總統明令公布施行地制法以來，臺灣地方自治法規的類型與效力，已有顯著的情勢變遷（situational change）。不僅類型（typology）更具多元，而且規制效力（regulatory effect）已形同地方法律；尤其在司法院釋字第 738 號解釋發布後，地方自治團體所制定的「自治條例」更具地方法律的定位。

### 一、地方立法的類型

儘管臺灣自 1950 年 4 月 22 日，公布「臺灣省各縣市實施地方自治綱要」以來，即實施地方自治；唯其係非合憲的命令式地方自治。形式上依憲法實施地方自治，應係 1994 年因應憲法增修條文第 8 條，後修正為第 9 條（今已再修正）之簡化地方自治法制化程序，所制定「省縣自治法」及依憲法第 118 條所制定「直轄市自治法」，即通稱「自治二法」伊始。唯該自治二法所稱「自治法規」，僅包括依

自治二法所訂定，定名為規程、規則、細則、綱要、辦法、標準及準則之類同「法規命令」和行政規則，<sup>1</sup>基本上係不涉及「干涉保留」事項，是較傾向「命令」（order or regulation）之地方立法。事實上，各該自治二法，均規定各該自治法律施行四年後，依自治法律所訂定之地方「法規命令」效力位階，將僅次於憲法、法律；即不再依循「中央法規」先占或優先原則。質言之，依自治二法所訂定之地方法規命令，將優先於中央法規命令，而為各該地方自治團體所適用，以貫徹憲法第116條：「省法規與國家法律牴觸者無效。」此即說明在自治二法施行四年後，省（市）法規的效力位階，將提高至「憲法→法律→省（市）法規」的層次；亦即「省（市）法規牴觸憲法、法律無效。」儘管因精省及中央法規並未配合自治二法修正，以致該項法制措施迄未付之施行。但「地方法律」的法制概念，已隱然成形。直至1998年12月20日，政府依憲法增修條文精省後，在研擬地制法草案時，即就發展「地方法制」，進行全面的法體系建造。

依地制法第25條規定：

直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。

此說明無論直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）依各該自治事項或法律及上級法規授權，所為之地方立法，統稱「自治法規」。至謂「自治法規」係源自於憲法增修條文所未凍結的憲法本文用語，並非謂「自治法規」即是「自治命令」。<sup>2</sup>此項誤解，應可由「中央法規標準法」之謂「法規」，係包括「法律」與「命令」，可為

---

<sup>1</sup> 本研究所指「法規命令」係指行政程序法第150條所稱：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」所稱「行政規則」，則指同法第159條所謂：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」

<sup>2</sup> 本研究在查閱司法院釋字第738號解釋文件時，發現釋憲大法官竟仍認為地方法規，包括具有地方法律性質的「自治條例」，係「命令」而非「法律」；亦即大法官將法律外之其他規制性機制皆視為「命令」。因之，地方自治法規即是「地方自治命令」。

之澄清。是以該自治法規，實包括：地方自治法律和地方自治命令二類。所謂「自治命令」或稱「自治法規」，即是地制法第 25 條所謂地方自治法規。其可包含具地方法律特質的自治條例和不具地方法律特質的自治規則。此外，依該法第 29 條訂定之「委辦規則」，第 31 條訂定之「自律規則」；甚至依行政程序法第 159 條訂定之「地方行政規則」，分別說明如下：

### （一）自治條例

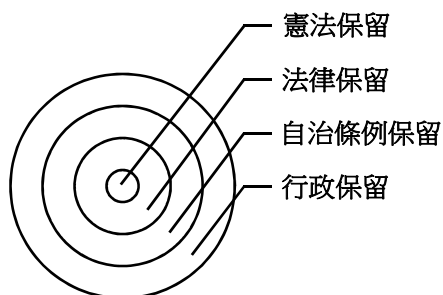
地制法第 28 條規定，地方自治團體制定自治條例之條件，乃「自治條例保留」者，包括：

1. 法律或自治條例規定應經地方立法機關議決者，謂之「議會保留」。
2. 創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者，謂之「干涉保留」。
3. 關於地方自治團體及所營事業機構之組織者，謂之「組織保留」。
4. 其他重要事項，經地方立法機關議決，應以自治條例定之者，謂之「重要保留」。

是以，地方自治法規中，經地方立法機關通過，且由地方行政機關（實即地方自治團體代表人）公布之「自治條例」，其所以謂之具有地方法律特質之理由為：

1. 制定形式上係依法律形式設定：依地制法第 25 條，自治條例須經地方立法機關三讀通過，正如同法律須經國會三讀通過。
2. 公布形式上係依法律形式設定：依地制法第 25 條，自治條例須經地方行政機關公布，正如同法律須經國家元首公布一般。
3. 規制效力係依法律效力制定：依地制法第 26 條，自治條例可設定「罰則」，以強化其強制力，就如同法律可設定制裁性效力，祇是自治條例僅有新臺幣十萬元以下罰鍰，以及其他具有時限之不利益處分，通稱「行政罰」；而無如法律，除行政罰外，尚有刑罰或其他具有強制力之不利益處罰。
4. 設定施行效力程序如同法律程序：依地制法第 32 條第 4 項，自治條例的公布施行，係自公布日算起第三日生效，或自特定日生效，此正如法律之生效機制。

基於自治條例的制定狀況，參酌憲法、法律所謂「規律保留」之理論，本研究提出自治條例保留。上揭法制保留機制與行政保留形成如圖二之行政權力管轄機制。唯自治條例所設定之「行政罰」，僅限於直轄市和縣（市），始有此「行政罰」之權限；至鄉（鎮、市）尚無賦予行政罰之權限。



圖二 國家政治權力之管轄機制

資料來源：本研究繪製。

## (二) 自治規則

依地制法第 27 條及第 83-2 條規定，直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所或直轄市山地原住民區公所，就其自治事項，尚可依其法定職權或法律、基於法律授權之法規、自治條例之授權，訂定自治規則；唯其定名須為「規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則」。所稱「基於法律授權之法規」，即行政程序法第 150 條之「法規命令」，並不涉行政程序法第 159 條之「行政規則」。至謂「自治規則」，係因地制法第 27 條所涉之法制，基本上係基於地制法係行政程序法之特別法（special law）地位，所為有異於該法第 150 條法規命令之設計；質言之，自治規則係將地方本屬法規命令與行政規則之行政命令，在定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則之「行政命令」，賦予等同行政程序法第 150 條法規命令之效力位階，得對外發生規制效力，卻無自治條例所得賦予之罰則效力。至其他自治條例之規制作用，則須視個案而定。<sup>3</sup>

<sup>3</sup> 地制法尚無中央法規標準法第 6 條：「應以法律規定事項，不得以命令定之」；即無「應以自治條例規定事項，不得以自治規則定之」限制規定。唯近些年來，地方立法機關已深切了解地方立法權不易輕易放棄的權力價值，遂將原本可以自治規則訂定的法制，改為由各該立法機關制定之自治條例，如都市計畫法所授權訂定施行細則，已改為自治條例制定。如：都市計畫法臺北市施行細則，本由地方政府訂定，現已改為「臺北市都市計畫施行自治條例」。即在強化市議會之「地方立法權」。至地制法第 62 條所規制之組織類「自治條例」尚無改為「自治規則」訂定之立法例，其他尚無不可以自治規則取代自治條例之限制情形。

### （三）自律規則

依地制法第 31 條規定，地方立法機關得訂定自律規則，但其定名雖無規定須為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則，但立法例似多以上揭定名為之。此項自律規則以往都以議會「內規」視之，如議事規則、程序委員會組織規程。此次制定地制法，即依司法院釋字第 342 號解釋，將立法院議事規範定名為「自律規則」；應有裨於該等法制的效力設定。

### （四）委辦規則

依地制法第 29 條規定，地方行政機關為辦理上級機關委辦事項，得依其法定職權或基於法律、中央法規之授權，訂定委辦規則，而其法制定名則準用自治規則之規定；質言之，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。

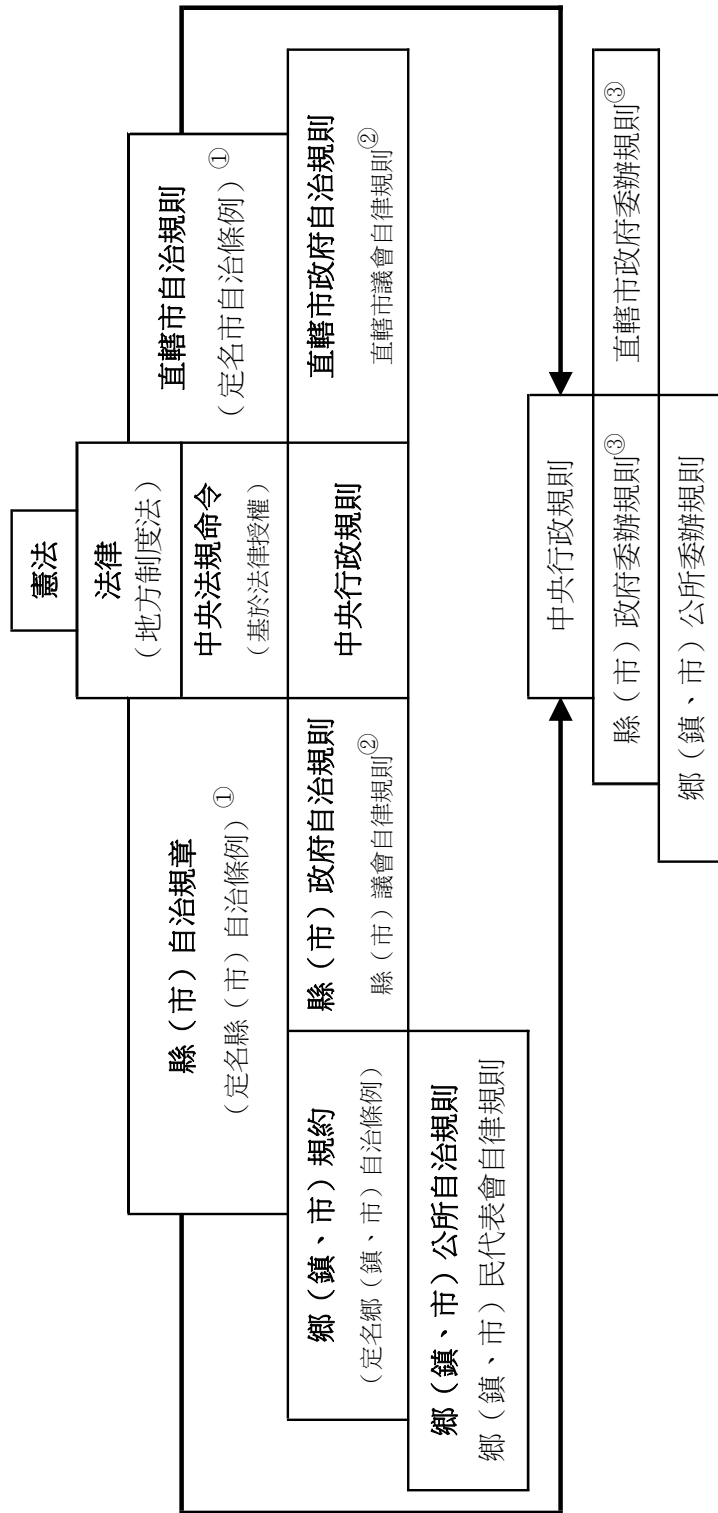
### （五）地方行政規則

固然自治規則係地方行政機關之「立法權」行使，但地方政府為便於行政管理，尚有各該地方首長採取「權宜措施」而非以上揭規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則之定名，如改採要點、須知、方案、計畫、注意事項、補充規定等多元化的「非典定名」。其效力位階雖係最低，卻可在短期間內即如期完成立法準備。

總體分析，臺灣在地制法施行後，所稱「地方立法」就狹義言之，係以「自治條例」為其主要類型；司法院釋字第 738 號解釋，亦僅就「自治條例」之效力，所為「有條件之解釋」。至以廣義言之，除自治條例外，尚有自治規則、自律規則、委辦規則及地方行政規則。此即地制法所規制之「地方自治法規」的類型。

## 二、地方立法的效力

關於地方立法的效力，如圖三所示，概略分析如下：



圖三 我國法制位階之設計

註解：① I 自治條例經直轄市、縣(市)議會完成立法可有行政罰之規定，其位階如同法律；即位階高於中央法規命令。

II 自治條例未經直轄市、縣(市)議會賦予罰則時，其位階低於中央法規命令。

② 自治規則係由各該地方行政機關訂定，不得有行政罰之規定，得定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。

③ 委辦規則係由各該地方行政機關訂定，亦不得有行政罰之規定，其定名準用自治規則。

資料來源：紀俊臣（2004：427）。



- (一) 如就臺灣的新法制體系言之，憲法位階最高，其次法律，再次為中央法規命令或直轄市、縣（市）自治條例。
- (二) 在中央法規命令與直轄市、縣（市）自治條例之效力位階尚有爭議下，依地制法第 30 條，自治條例位階低於中央法規命令，但在司法院釋字第 738 號解釋，則傾向自治條例優先於中央法規；且在公益考量下，即使法律有所競合，仍可優先適用自治條例規定。
- (三) 縣（市）自治條例優先適用鄉（鎮、市）自治條例。
- (四) 其他自治規則、自律規則係同等位階，皆低於自治條例位階建構法效力。
- (五) 委辦規則因須主管機關之授權及核定，其位階則如同地方行政規則。
- (六) 地方行政規則效力位階形式上最低，實質上法效力，則宜依其規制事項，而有不同的效力作用。

### 參、司法院釋字第 738 號解釋的地方立法效力解析

地方立法的效力，如就地制法所指涉之地方立法機關通過，並由地方自治團體代表人（法制上明文係地方行政機關）公布施行的「自治條例」論之。其效力在地制法第 30 條規定：

自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。

自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例牴觸者，無效。

委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。

第一項及第二項發生牴觸無效者，分別由行政院、中央各該主管機關、縣政府予以函告。第三項發生牴觸無效者，由委辦機關予以函告無效。

自治法規與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。

就法律優越原則，依該條第 1 項規定，其效力位階係憲法→法律→中央法規命令→直轄市或縣（市）自治條例。但地方立法如與中央立法規制事項競合時，其效力位階如何？是否可能發生地方立法優先適用的情況？如答案係肯定的，勢必反轉

過去一向主張法律優越原則，甚至須將法律保留原則重新定位。

## 一、聲請解釋的緣由

茲將司法院釋字第 738 號解釋大法官林俊益協同意見書所載聲請解釋之原由事實及爭點概要如下：

本件解釋，共有八件聲請案合併審理，聲請人均係從事電子遊戲場業，分別向臺北市、臺北縣（現改制為新北市）、桃園縣政府申請設置電子遊戲場，經被認為違反各該直轄市、縣（市）自治條例有關電子遊戲場業營業場所設置之距離規定（八百公尺、九百九十公尺、一千公尺），而被駁回聲請，嗣向臺北高等行政法院起訴，均遭駁回後，向最高行政法院提起上訴，亦同遭駁回確定，聲請人均認各該確定終局判決所適用之自治條例等，不法侵害聲請人之營業自由，有抵觸憲法第十五條、第二十三條規定等之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請解釋。本案爭點概要如下：

- （一）電子遊戲場業管理條例第十一條第一項規定：「電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應填具申請書，並檢附其營業場所合於第八條第一款及第二款規定之證明文件，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：……。」主管機關之經濟部，本於權責發布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：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1.符合……自治條例……規定。」（下稱系爭規定一），其中「營業場所應符合自治條例之規定」，是否增加母法電子遊戲場業管理條例第十一條第一項所無之限制，而違反法律保留原則？
- （二）電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。」惟臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規

定：「限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上」（下稱系爭規定二）、臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項規定：「前條營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上」（下稱系爭規定三）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上」（下稱系爭規定四），當中超過「五十公尺以上」之限制規定，有無違反中央與地方分權原則、法律保留原則與比例原則？

本件聲請涉及電子遊戲場業業者之營業自由，得否由地方自治團體以自治條例加以限制？另自治條例之限制手段與其要達成之目的間，是否合乎比例？涉及中央與地方權限劃分原則、法律保留原則與比例原則之適用，實具重要之憲法價值。

儘管該案係就電子遊戲場業開辦遊戲場，事涉中央與地方對設置地點距離其他特定建築改良物長短之爭議，但解釋文所顯示的地方立法優先原則，乃本研究聚焦之所在。

## 二、司法院釋字第 738 號解釋對地方立法效力規制

### （一）地方立法優先原則的條件設定

司法院於 2016 年 6 月 24 日以院台大二字第 1050016544 號令，公布「司法院大法官議決釋字第七三八號解釋」，解釋文為：

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。臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。」臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項規定：「前條營業場所（按指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、醫院九百九十公尺以上。」（已失效）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（於中華民國一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」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。惟各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果，併此指明。

經由上揭解釋文，可有下列之解析：

1. 地方立法如與中央立法競合，其法效力如何須依憲法對中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則為準據加以衡平考量。
2. 所稱地方立法係指依地制法制定之「自治條例」；其他自治法規則不具聲請解釋之要件。
3. 所稱中央立法係指依中央法規標準法制定之法律，不涉及其他法令。
4. 自治條例因本次解釋，已確立法制地位；即：中央法律、地方自治條例係臺灣法制的二大主要標的，而涉有立法競合時，亦以自治條例和法律之效力位階為解釋之對象。
5. 在立法競合時，其效力位階之判斷基準，應以考量憲法所規制之中央與地方權限劃分原則，乃至法律保留原則及比例原則。
6. 所稱「地方立法」尚無牴觸法律保留原則，係指地方立法或稱「自治條例保留」與法律保留原則，係各有「權力行使空間」，不涉下位法牴觸上位法爭議。
7. 此項「權力行使空間」，如就人民言之，即是「權利行使空間」；質言之，地方自治條例保留幾已為司法院解釋所肯認。
8. 地方立法如涉及人民基本權之行使，應以「隨時檢討而為合理之調整」動態思維邏輯，檢討既有法制，以避免實質阻絕所涉妨礙人民基本權之行使。
9. 對於地方立法效力位階的認定，如尚有不足之處，則可參考該號解釋理由書，以及不同意意見書及協同意見書。

茲就該號解釋之「解釋理由書」重點酌加整理，如下：

1. 人民如以從事一定營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障，僅得以法律或法律明確之命令，為必要之限制；唯若僅屬規範，尚無違於憲法第 23

條法律保留原則之要求。

2. 依地制法第 25 條及第 28 條第 2 款規定，地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，以自治條例規範居民之權利義務；惟其內容仍不得牴觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則。
3. 憲法於第 10 章詳列中央與地方之權限，如有未列舉事項發生時，依憲法第 111 條明定之均權原則，旨在貫徹住民自治、因地制宜之垂直分權理念。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。
4. 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。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。
5. 國家法律如為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，且未禁止直轄市、縣（市）基於公共利益而以自治條例為較嚴格之規定，尚難謂與中央與地方權限劃分原則有違；其對人民營業自由之限制，亦未逾越地制法概括授權之範圍，從而未牴觸法律保留原則。究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果，而涉及職業選擇自由之限制，應受較嚴格之審查外，立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段，可資運用，且與其所欲維護公益之重要性及所限制行為，對公益危害之程度，亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則。
6. 地方自治團體所為公共利益之職業自由限制，如本個案所為各地方自治團體有關距離限制之規定，有超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查。相關地方自治團體允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整。

經由上揭解釋理由書之整理，可有下列針對解釋主文之補充說明：

1. 當地方立法與中央立法競合時，須依中央與地方權限劃分原則判定有無下位法牴

觸上位法情形。

2. 地方立法針對中央立法就同一規制標的，基於一般公共利益所為嚴格或謂不利益於特定民眾的自治條例限制，如符合比例原則即無牴觸法律保留原則，從而自治條例保留的規制範圍。
3. 由於基本權係憲法所賦予，地方立法自宜適時檢討，並為合理之調整，始不涉妨害人民基本權之行使。

基於本號解釋主文和解釋理由書之分析，本研究試擬地方立法優先原則的條件設定，包括：

1. 地方立法與中央立法競合時，地方立法須依地制法第 30 條規定，以法律先占原則為準據，並以權限劃分原則為地方權限歸趨。
2. 地方立法在中央立法未限制，地方就其細節性、技術性次要事項加以規定時，該地方立法尚無牴觸法律保留原則。
3. 地方立法就中央立法之最低標準規範，如以公共利益為考量前提，而賦予較嚴格之規制，尚不牴觸憲法對基本權限制之比例原則。

## （二）自治條例保留與法律保留的競合解決

中央法規標準法第 5 條規定：

左列事項應以法律定之：

- 一 憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。
- 二 關於人民之權利、義務者。
- 三 關於國家各機關之組織者。
- 四 其他重要事項之應以法律定之者。

此條「應以法律規定事項」，即屬法律保留事項；如詳加分析，第 1 款又稱「國會保留事項」；第 2 款又稱「干涉保留事項」；第 3 款又稱「組織保留事項」；<sup>4</sup>第 4 款又稱「重要保留」。<sup>5</sup>至說地制法所規制之「自治條例」，本係法制

---

<sup>4</sup> 由於政府組織影響制度的運作，甚至組織本身即是制度。因之，本研究認為亦可稱之「制度保留事項」

<sup>5</sup> 由於中央法規標準法第 5 條所規定皆屬「重要事項」；如單針對該條第 4 款謂之「重要保留事項」，實不盡妥適。因之，本研究乃以影響社會大謂之。是以「社會保留事項」，實為較妥適之同位語。

定名，但公民投票法、行政罰法，已將自治條例視為相對於中央法律之法制類型；易言之，自治條例已變更法屬性，而成國家法律之相對概念。地制法第 28 條規定：

下列事項以自治條例定之：

- 一、法律或自治條例規定，應經地方立法機關議決者。
- 二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。
- 三、關於地方自治團體及所營事業機構之組織者。
- 四、其他重要事項，經地方立法機關議決應以自治條例定之者。

此條規定「應以自治條例規定事項」，即係「自治條例保留事項」。可再細分為：第 1 款，又稱「議會保留」；第 2 款，又稱「干涉保留」；第 3 款，又稱「組織保留」；第 4 款又稱「重要保留」。

由二者的規制標的殆多雷同，其同屬規律保留範疇，應可確認。因之，學理上將法律保留又稱「規律保留」（紀俊臣，2011，2016），如肯認自治條例之法定位，而將其視為規律保留類型，從而確立「自治條例保留。」本研究依圖二，認為司法院釋字第 738 號解釋，既已肯認自治條例在地方立法的法定位，則當衍生自治條例保留和法律保留之「競合立法」（conflict legislation）或稱重疊立法（overlapping legislation）時，其解決機制固以法律主管機關之解釋為準，但其解釋基準，則須依司法院上揭釋字第 738 號解釋意旨，就權限劃分或比例原則；尤其對法律保留原則能將自治條例保留視同「規律保留」；類屬解釋，將是比較符合「地方立法優先原則」（priority principle of local legislation）的法治國發展趨勢。<sup>6</sup>日本在法律先占理論的發展過程中，曾提出「上乘條例」和「橫出條例」。國內學者蔡茂寅即曾多所闡揚（蔡茂寅，2006），陳朝建（2004）更在「地方制度法教室」，提出上乘條例與橫出條例的基本理解。指出：

整體而言，日本法律先占理論所強調的「上乘條例」與「橫出條例」，如以「國家最低基準」（national minimum）理論予以解讀（即：依國家法

<sup>6</sup> 在公民意識高漲的 21 世紀，地方意識（local consciousness）或稱「社區意識」（community consciousness），亦成為社群主義（communitarianism）的主要內涵，地方立法優先原則或將是法治國所須接納的法制發展趨勢。

律所設置的規制，不能對地方自治體條例之規制造成抑制，以全國、全民的觀點所作成的規制，應解為規制的最低基準），地方自治團體除可制定「橫出條例」外，亦得為環境保護、公害防治等維護地方住民健康之設定，容許地方自治團體亦得制定較國家法律、法規命令為嚴格之「上乘條例」。

所稱「上乘條例」，係就日本地方立法得在與國家法律目的相同下，就國家法律已規定之事項、對象，訂定遠比國家法律、法規命令更為嚴格之管制措施。「橫出條例」就日本地方立法，係針對與國家法律所規範相同目的下，在國家授權後就國家法律、法規命令尚未規範的事項，予以特別之規制。前者就如同司法院釋字第738號解釋案例之地方立法；後者，則如臺北市針對道路使用收費，雖有規費法規定，但未對道路旁地上建築改良物收費前，臺北市即以地方立法方式收取費用，達致「使用者付費」（user charge）規費法所確立的徵收使用規費目的。此二項理論發展，如在臺灣亦能成為法治原則，則「地方立法優先原則」，將邁入更積極的「地方立法（或逕稱自治條例）先占原則」（occupation principle of local legislation / autonomous law）時代。

## 肆、地方立法的效力，限制各該行政權的行使

法治國的最高指導原則，就是本諸「依法行政原則」（administration according to law principle）執行法律賦予之行政權能（林明昕，2006；吳庚、陳淳文，2015）。在地方立法的效力位階有所變動後，自然影響各該地方自治團體行政權之有效行使（呂炳寬，2007）。

### 一、行政權本在執行地方立法的核心旨趣

依地制法規定，臺灣的地方政府<sup>7</sup>係採用單一國體制下的地方制度；此即行政權

---

<sup>7</sup> 本研究所稱「政府」（government）係指依法行使公權力的組織，其定義如同「機關」（body）。因之，「地方政府」（local government）係指地方自治團體（local self-government body）的公權力機關，包括：行使行政權的行政機關及行使立法權的立法機關，尚無涉地方司法（local judiciary）。



與立法權分開的權力分立制（separation of power）。基本上，立法權與行政權係平行而對等（parallel and equal）；亦即立法機關和行政機關係相互制衡（checks and balances）機制。此涉及依循的機制，在臺灣就是憲法就垂直分權外，尚有功能性的水平分權。在地方立法效力位階變動後，其行政權行使必然亦相對變動。

地方立法的核心價值，就是住民自治和團體自治的「自主性一體化」或稱「自治整合」（autonomous integration）。即是根據憲法、地制法、司法院解釋及其他法律權能授予（empowerment），並且課責（accountability）的統稱下，自治體之行政權有效行使。基本上，行政權的行使是在「行政保留」範圍，而行政保留卻是依循憲法保留→法律保留→自治條例保留而限縮或擴張；就給付行政係擴張；就干涉行政係限縮，始能呈現既是法治國又是福利國的法制行政新形象。

## 二、行政權尚無形塑地方司法的自治原則

由於單一國體制，司法權（judicial powers）屬於中央機關，此與聯邦國地方政府具有完整司法權不同。因之，單一國的行政部門，在地方司法方面一向付之闕如，此對地方治理的影響究竟如何？國內尚缺乏研究，但就完整的「自治原則」，或有探討的實質發展空間（黃錦堂，1997）。蓋行政權與立法權雖可平行而對等，卻因欠缺調和機制或協調機制，而致爭議不斷。就長遠發展，行政、立法、司法三權分立，係穩定的三角形組織模式，但就因建構新機制有其實質的困難。此際似可研究或成立類如日本的府際合作及府際爭議的解決機制。臺灣可謂雙制皆缺，以致建立夥伴關係不易，爭議時的仲裁或調和亦延宕時日。此不僅嚴重影響行政效能，亦使依法行政原則更易遭致政治干預。

臺灣目前在地方機關的法務部門，雖多少扮演「準司法」（semi-judicial sector）的角色和功能（吳庚，2016），但鑒於近些年來的爭議事件處理，不僅敗訴者不肯尊重判決，且尚以「政治迫害」自我解嘲。此係依法行政下最不宜存在的腐化現象。地方政府的準司法功能，應有其獨立性，而且法制專業的完全確立，始可杜絕現在仍甚囂塵上的敗壞行政效能現象。根本之道，應係研究地方司法建構的可行性。

### 三、行政權行使的爭議：對賴清德與柯文哲的個案分析

臺灣六個直轄市的管轄能力，各有特色，卻因行政權的過度膨脹，而有受人詬議之處，甚至指摘越權或濫權，自然影響各該直轄市法制行政的形象建立。限於時間，祇就近些年來，最受各界關注的兩個有違法治案例。說明如下：

#### （一）賴清德

臺南市長賴清德已擔任二屆直轄市長，施政民眾滿意度亦居高不下，但賴清德在針對「李全教議長受賄案拒絕赴議會備詢」乙案，則是相當值得檢討的「法治行政」觀念偏差事件。不僅輿論撻伐，而且監察院通過彈劾，2015年10月30日，公務員懲戒委員會判決書，有謂：

被付懲戒人身為直轄市長，未能遵守地方制度法第48條規定，拒不列席議會首揭所述之定期會，違反法定列席義務；又無正當理由，拒不列席議會首揭所述之臨時會，違反地方制度法第49條之規定，有失謹慎、執行職務亦欠切實，自應負違失之責。合其所違，除違反地方制度法第48條、第49條之規定，並有違公務員服務法第5條、第7條所定，公務員應謹慎，及執行職務應力求切實之旨。爰審酌公務員懲戒法第10條所列各款事項等一切情狀，議決如主文所示之懲戒處分。

雖依地制法直轄市長準用「政務人員懲戒規定」而處以最輕微的「申誡處分」，但其懲戒處分在案，足供參考。

#### （二）柯文哲

臺北市長柯文哲因國中音樂教師蕭曉玲解聘案，逕行宣布撤銷解聘，引發重大爭議事件。該案是非曲直固然不易取得共識，但在最高行政法院已判決定讞下，解聘已具絕對合法性，任何機關或首長除非依司法院大法官解釋認其違法外，皆無撤銷處分權。柯文哲責成教育局執行此項「不可能任務」，不僅折損教育局長和法務局局長之請辭，亦遭致地方行政欠缺法治觀念之嚴厲批評。目前尚有成立評議小組，尤其不符依法行政旨意。

地方立法已展現新發展的曙光，行政首長應有所制約，將地方立法的強勢化，

視為發展行政的政策工具，以往若干不依法行政的經驗，應該經由政治社會化得到教訓，從而消弭於無形（紀俊臣，2011）。有為的地方行政首長固然需要地方立法的鼎力支援，但切勿自我膨脹，更不宜曲解或誤解法令，肇致破壞法治，而致行政作為功虧一簣。

司法院大法官釋字第 738 號解釋，固然在法制上積極增強地方自治自主權，但就依法行政原則而言，此正是地方行政首長在依法行政原則下的積極作為工具。因之，地方行政首長應掌握該司法院釋字第 738 解釋的意旨，審慎為之，既不激進，亦不萎縮，以一種法治主義的憲政精神，把握增強自主權的「法律旨趣」，推動發展行政和績效行政，應是該解釋後之最適行政作為。

## 伍、結語：地方立法與行政係保障地方自治的一體兩面

經由司法院釋字第 738 號解釋，地方立法展現「強勢立法」的曙光，行政權亦將在地方立法強勢化下，有新的發展。此係繼精省之後，臺灣地方自治的新頁，另一里程。當前的地方自治團體似未能領會該號解釋，對地方自治的積極貢獻和有為成就。

儘管強勢地方立法即將來臨（陳敏，2016），但眼前亦出現行政首長容有不符依法行政的現象。設若行政權隨地方立法而更加強勢，卻未能有自我制約的能力，肇致行政腐化，絕非民眾之福。

因之，本研究在分析地方立法強勢的過程後，亦期待行政首長能善用政策工具，且將地方立法視為良善治理（good governance）的有力作為（陳建仁，2011），創造發展能量的政策工具，促使全球在地化（glocalization）得以在地方永續發展。

## 參考文獻

司法院（2016）。司法院釋字第 738 號解釋，取自：

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01\\_1.asp?expno=738](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01_1.asp?expno=738)。

呂炳寬（2007）。地方可否制定比中央更嚴格的規範？**僑光技術學院通觀洞識學報**，7，17-27。

林明昕（2006）。**公法學的開拓－理論、實務與體系之建構**。臺北：元照。

吳庚（2016）。**行政法之理論與實用**（增訂十四版）。臺北：三民。

吳庚、陳淳文（2015）。**憲法理論與政府體制**（增訂三版）。臺北：三民。

紀俊臣（1999）。**精省與新地方制度**。臺北：時英。

紀俊臣（2004）。**地方政府與地方制度法**。臺北：時英。

紀俊臣（2011）。**直轄市政策治理：臺灣直轄市的新生與成長**。臺北：中國地方自治學會。

紀俊臣（2016）。**都市國家：臺灣區域治理的策略選擇**。臺北：中國地方自治學會。

黃錦堂（主編）（1997）。**地方法規定位之研究**。臺北：行政院研究發展考核委員會。

陳敏（2016）。**行政法總論**（六版）。臺北：新學林。

陳建仁（2011）。**從中央支配到地方自主－日本地方分權改革的軌跡與省思**。臺北：華藝。

陳朝建（2004）。地方制度法教室：上乘條例與橫出條例的基本理解〔部落格化的台灣政治法律學院〕，取自：

<http://blog.sina.com.tw/423/article.php?entryid=9286>。

蔡茂寅（2006）。**地方自治之理論與地方制度法**（二版）。臺北：新學林。

# The Effect of Local Legislation on the Exercise of Administrative Powers

Chun-Chen Chi\*

## Abstract

The objective of this paper is to understand the influence of local legislative power, which was enhanced by No.738 explanation of Judicial Yuan on June 24th 2016 on local administrative powers. For a long time in Taiwan, the legal sector had taken “legal preservation” as a priority, so local autonomous legislation could not work effectively in the legal system. It means that local legislation was not effective when in conflict with national legislation. This legislative ecology was changed after Local Government Act was implemented. That law is a constitutional law, deriving its legal authority from Constitution and its Additional Amendments of Republic of China. Local legislation that is passed by local councils is named Autonomous Regulations of the Local Government Act. That local legislation will have greater power than national legislations in the following situations :

1. When it deals with autonomous matters based on the distribution of power between central and local governments.
2. When it deals with regulatory matters based on the principle of legal preservation.
3. When it deals with regulatory matters based on the proportional principle of the legal system.

---

\* Professor of Department of Public Affairs, Ming Chuan University, email: profchi@gmail.com.

That thinking is confirmed by No.738 Explanation of Judicial Yuan. Local administration and legislatures will have more political powers in the future. This political development will likely change the relations between central and local government. We must continue to study and analyze legal changes.

**Keywords:** local legislation, central legislation, legal preservation, local government act