

發文字號：法務部 101.08.08 法制字第 1010211762 號函

發文日期：民國 101 年 08 月 08 日

要旨：地方主管機關於有權同意之主管事項，如行為人有違法情事時，因地方制度法第 26 條第 3 項規定對處罰種類限制，如於地方法規中規定「撤銷原核准處分」，有無可認屬不具裁罰性「行政管制措施」之解釋空間，宜由主管機關本於權責審慎考量

主旨：有關「高雄市特定紀念樹木保護自治條例」，本部意見如說明二，請查照。

說明：一、復 貴秘書長 101 年 7 月 16 日院臺農字第 1010137747 號函。

二、本部意見如下：

(一) 自治條例草案總說明部分：

1. 標題之「…制定草案總說明」，建請修正為「…草案總說明」，以符現行法制體例。
2. 壹、制定目的所稱之「為保護本市特定紀念樹木…」，建議修正為「為保護高雄市紀念樹木…」，俾使文義明確。

(二) 自治條例草案逐條說明部分：

1. 標題之「…草案條文對照表」，建請修正為「…草案」，以符現行法制體例。

(三) 自治條例第 1 條：本條規定之「為保護本市特定紀念樹木…」，建議修正為「為保護高雄市（以下簡稱本市）特定紀念樹木…」，俾使文義明確。

(四) 自治條例第 2 條：本條第 1 項規定之「本府農業局」，建議修正為「高雄市政府（以下簡稱本府）農業局」，俾使文義明確。

(五) 自治條例第 4 條：本條第 2 項規定：「樹保會之組織及運作等相關規定，由主管機關另定之。」其中所稱之「相關規定」究何所指？如為「行政規則」，主管機關本得依職權訂定，無須在本條授權訂定；如為「自治規則」，則建請比照本自治條例第 13 條第 2 項規定所稱之「補償辦法」，依地方制度法第 27 條第 2 項之規定，將該自治規則之名稱於本條第 2 項中定明。

(六) 自治條例第 6 條：本條規定之「管理機關」究何所指？建請定明或於說明欄說明之，以茲明確。

(七) 自治條例第 22 條：本條規定之「並得按次連續處罰」，建請修正為「並得按次處罰」，以符現行法制體例；另本自治條例第 23 條至第 25 條亦有類此之情形，建請一併修正。

(八) 自治條例第 24 條：本條第 2 項規定之「得撤銷原核准處分」究何所指？係指「得撤銷土地開發行為之核准處分」，抑或指「得撤銷同意計畫書圖之處分」？建請釐清：

1. 如係指「得撤銷土地開發行為之核准處分」，則因該土地開發行為之核准處分並非依本自治條例所為，故本自治條例應不得規定「得撤銷土地開發行為之核准處分」，倘有撤銷之必要，應於核准土地開發之相關法規中予以規定。

2. 如係指「得撤銷同意計畫書圖之處分」（自治條例第 14 條），則有下列疑義：

(1) 按行政罰法所稱之行政罰，乃指對於過去違反行政法上義務所為而不屬刑罰或懲戒罰之裁罰性不利處分，又行政罰法第 2 條第 2 款規定：「本法所稱其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分：……二、剝奪或消滅資格、權利之處分：命令歇業、命令解散、撤銷，或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利之處分。」是以，義務人如違反行政法上之義務，主管機關對此種過去違反義務所為具有裁罰性之撤銷或廢止許可處分，性質上即屬行政罰（本部 100 年 9 月 7 日法律字第 1000020263 號書函及 100 年 12 月 9 日法律字第 1000029712 號函參照）。

(2) 本條第 2 項規定：「未依主管機關審核同意之樹木留存保護或移植復育計畫執行者……；屆期未改善者，得撤銷原核准處分。」查本自治條例第 14 條規定已課予開發行為人應依主管機關審核同意之計畫執行土地開發行為之行政法上義務，則主管機關對於違反上開義務者，經處以罰鍰，並限期改善，對於屆期未改善者，主管機關得依本條第 2 項後段規定「撤銷原核准處分」，性質上似屬行政罰，本條說明欄亦認本條係為處罰規定。

(3) 惟依地方制度法第 26 條第 2 項本文規定：「直轄市法規、縣（市）規章就違反地方自治事項之行政業務者，得規定處以罰鍰或其他種類之行政罰……。」所謂「其他種類之行政罰」，依同法第 26 條第 3 項規定，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」。本條第 2 項後段規定之「撤銷原核准處分」，屬行政

罰法第 2 條第 2 款所定「剝奪或消滅資格、權利之處分」，已非上開地方制度法第 26 條第 3 項所定「其他種類之行政罰」之種類範疇。

- (4) 又主管機關既有權同意紀念樹木留存保護或移植復育之計畫，對於該開發行為人有違法情事，卻因地方制度法第 26 條第 3 項規定之處罰種類之限制，而不得於自治條例中訂定「廢止原核准處分」之處罰規定，恐無法達到行政管理之目的，是以，在地方制度法第 26 條第 3 項之處罰種類尚未修正前，本條第 2 項所定「撤銷（應為『廢止』之誤）原核准處分」有無可認為屬不具裁罰性之「行政管制措施」之解釋空間，宜由主管機關綜合斟酌立法原意，本於權責審慎考量為之。因此，倘「撤銷原核准處分」係指「撤銷同意計畫書圖之處分」，且經主管機關審認係屬不具裁罰性之「行政管制措施」時，則本條第 2 項規定之「原核准處分」，建議修正為「原同意處分」。另依行政程序法之規定，原處分機關欲使「違法」之行政處分失其效力，應規定「撤銷」，欲使「合法」之行政處分失其效力，應規定「廢止」，則本條第 2 項規定之「『撤銷』原核准處分」，其同意並非違法，而係開發行為人有違法情事，故其涵義應為「『廢止』原核准處分」。

- (九) 自治條例第 22 條至第 26 條：有關罰則之規定，建請依下列順序為之：1、先規定罰責較重者，再規定罰責較輕者。2、依違反條次之先、後，排列罰責規定。（《行政機關法制作業實務》，行政院法規委員會編輯，2011 年 12 月，頁 460 參照）

正 本：行政院秘書長

副 本：本部法制司