

第一章

公法上之理論基礎

基本法、建築法典與其他法令

第一節 基本法上人民建築自由權

按若細究德國基本法（Grundgesetz，簡稱 GG）第 14 條第 1 項第 1 款之規範意旨，其係將「財產權」（Eigentum）解為「法制」（Rechtsinstitut）與「基礎法」（Grundrecht）之保障。質言之，就不動產所有權人而言，其可延伸為「制度存續保障」（Institutsgarantie）與「主觀公權利存續保障」（subjektivrechtliche Bestandsgarantie）¹，前者係指：該制度具兩方面意涵，首先就「立法者」（Gesetzgeber）而言，使其負有訂頒法令規範之義務，以「確保人民財產權保障之實質效力」（Sicherung der realen Geltung der Eigentumsgewährleistung），亦即就人民權益而言，可據以確保其行使財產權利「私使用性」（Privatnützigkeit）之「最低標準」（Mindeststandard）²，從而人民可據以自由處分財產所賦予之權利；反之，就國家方面而言，可使其以之作為施政或立法所應遵循之「不足禁止」（Untermassverbot）原則，從而進一步確保人民之財產權利。

又，所謂「主觀公權利存續保障」係指「使用土地之權利」（Das Recht auf Nutzung des Bodens），亦即「建築自由權」（Baufrei-

¹ 其中「主觀公權利存續保障」，又可稱為“Individualgarantie”、“Bestandsgarantie”以及“Rechtsstellungsgarantie”。Vgl. Hoppe/Bönker/Grotefels (2010) Öffentliches Baurecht, 4. Aufl., München: Verlag C.H. Beck, §2, Rn. 45-47.

² 有關「制度存續保障」，可參 BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 德國聯邦憲法法院判決彙編) 58, 300 以及 E 74, 264。

heit)，其得進一步具體化為「土地可建築權」(Baubarkeit von Grund und Boden)，意指人民享有該權利而不受到任何來自於國家之干預與剝奪，然而是否果真如此？學者見解不同，有謂國家僅得「經由公法上法令之規範」(durch die Normen des öffentlichen Rechts；如建築法典，Baugesetzbuch，簡稱 BauGB)³，方能限制人民之建築自由權；有謂人民僅得依建築法典所發布「建築計畫」(Bebauungsplan；詳圖 1-2-1-1)之相關規定提出建築申請案。綜之，「於建築計畫之規劃過程中，人民得基於其私權考量，而提請規劃主管機關重視其訴求」(seine aus dem privatrechtlichen Eigentum resultierenden Belange bei der Bebauungsplanung zu berücksichtigen)，亦即人民依法享有建築「核准請求權」(Genehmigungsanspruch)，從而，規劃主管機關乃不得獨享「建築執照核發」(Erteilung der Bebauungsbefugnis)之發動權，茲以衡平兩者之權益。

事實上，上述人民之建築自由權，依據圖 1-1-1-1 可進一步細分為下述三種：「建築核准請求權」(Baugenehmigungsanspruch)、「建物存續保障」(Bestandsschutz)以及「損失補償請求權」(Entschädigungsanspruch)，茲分述如下⁴：

1. 建築核准請求權：此權利係從上揭基本法第 14 條第 1 項第 1 款之規範所開展而來，具體言之，倘若人民所申請建築執照之土地開發內容皆合於建築法典有關規定⁵，此際，受理機關即無享有行政之「裁量權限」(Ermessensfreiheit)，而須予以「核准」(Genehmigung)。

3 Vgl. Baugesetzbuch (BauGB), in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.8.1997 (BGBl. I S. 2141, Ber. BGBl. 1998 I S. 137) zuletzt geändert durch das Gesetz vom 31.7.2009 (BGBl. I 2585)，凡 247 條，對土地使用管制規範最為詳細，故稱為「法典」(Gesetzbuch)，堪稱「土地使用規劃與利用」之最重要法律。又，本書所引建築法典即指此一修正版本（亦即 2009 年版）。

4 Vgl. Stollmann, F. (2009), Öffentliches Baurecht, 6. Aufl., München: Verlag C.H. Beck, §2, Rn. 4-8.

5 亦即建築申請案件須位於建築計畫地區範圍內，而所謂「建築計畫地區」係指其計畫內容至少對於土地利用種類、強度以及相關公共設施已有明定之謂（建築法典第 30 條第 1 項參照），其概念類似我國「都市計畫地區」。

2. 建物存續請求權：此一權利可細分為「被動存續保障」(passiver Bestandsschutz)與「主動存續保障」(aktiver Bestandsschutz)兩種，前者係指即使人民之建築物縱已不合於現行土地使用管制規定所定標準，然尚得「保有」(erhalten)並為「從來使用」(bisher zu nutzen)；後者則指於前揭相同情形下，其建築物不但可免於被拆除，其權利人尚得為必要「修繕」(Instandsetzung und Modernisierung)，從而，倘若建物權利人依法提出修繕申請時，其主管機關即不得否准⁶。

3. 損失補償請求權：此一請求權係指人民因計畫（如建築計畫）發布實施後對其主管機關作為或不作為致其權利受損之補償權利，其與下述請求權共築所謂「計畫損失補償請求權」(Planungsschadenanspruch)：例如「計畫擔保請求權」(Plangewahrleistungsanspruch)、
「計畫存續請求權」(Planfortbestandsanspruch)以及「計畫遵行請求權」(Planbefolgungsanspruch)等，例如因都市計畫變動而廢止（或變動）原先核發之建築許可者，受害人即享有向主管機關提出損失補償請求權之權利⁷。

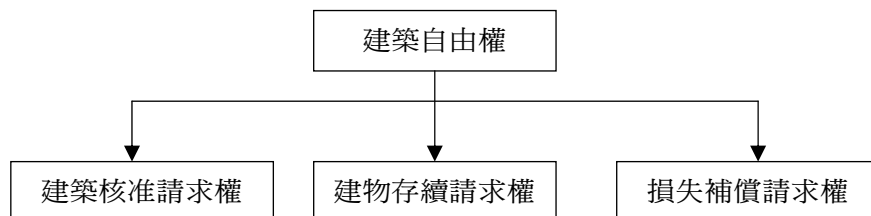


圖 1-1-1-1：德國基本法上人民建築自由權

資料來源：翻譯自 Stollmann (Fn. 4), S. 13

⁶ 若與我國相較，都市計畫法第 41 條前段亦有同旨，其謂：「都市計畫發布實施後，其土地上原有建築物不合土地使用分區規定者，除准修繕外，不得增建或改建。」

⁷ 對此得參 BVerfGE 26, 111 以及 BGH (Bundesgerichtshof, 德國聯邦普通法院) BRS (Baurechtssammlung, 建築法判決彙編) 26 Nr. 86。又，進一步規定得參建築法典第 39 條至第 42 條，其條文釋義得參 Hoppe/Bönker/Grotefels (Fn. 1), §9, Rn. 1-5。

又，須指出者為，旨揭人民之建築自由權並非毫無限制，相反地，其係隱含著土地之「社會義務」(Sozialpflichtigkeit)，蓋土地此一財產權除具有「私權保障」(Privatrechtsschutz)之外，基於其特性（如區位固定性、本質不毀壞性以及數量不增性等），尚具有來自於基本法第 14 條第 1 項第 2 款以及第 2 項所開展之「內容與限制規定」(Inhalts- und Schrankenbestimmungen)，以下所述者，即為適例⁸：

1. 建築指導計畫規劃 (Die Bauleitplanung)；
2. 變更禁止與開發駁回 (Die Veränderungssperre und die Zurückstellung von Baugesuchen)；
3. 鄉（鎮）公所不動產先買權 (Gemeindliche Vorkaufsrechte) 行使⁹；
4. 建築法典第 34 條至第 35 條所定之土地（使用）限制 (Beschränkungen durch 34, 35 BauGB)；以及
5. 相鄰建築基地留設空間 (Die bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen)。

上述土地使用限制規定，若與我國都市土地相關法令規定相較，亦具有「異曲同工」之效，例如：以「變更禁止與開發駁回」此一規定相較，我國於發布都市計畫之後，其開發方式若採市地重劃者，則重劃計畫範圍內之土地使用與處分限制規定¹⁰，若與「相鄰建築基地留設空間」相較，旨揭我國都市計畫法第 39 條亦有類似規定，於必要時內政部（營建署）或直轄市政府得依其實際需要情形訂定相關施行細則¹¹，以資遵守。然而，就旨揭「鄉（鎮）公所不動產之先買

⁸ Vgl. Stollmann (Fn. 4), §2, Rn. 9.

⁹ 以「鄉（鎮）公所不動產先買權」此一工具為例，其相對於「土地徵收」(Bodenteignung)，對於土地所有權人之權益衝擊較為溫和，其內容得參 Koch/Hendler (2004), Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 4. Aufl., München: Richard Boorberg Verlag, §16, Rn. 24。

¹⁰ 都市計畫法第 58 條第 4 項參照。

¹¹ 以土地與建築物使用為例，得參都市計畫法臺灣省施行細則第 15 條至第 30 條之 1。

權」以論，我國都市計畫法第 55 條前段雖有類似規定，但其先買權之行使標的係侷限於投資辦理都市計畫事業（例如舉辦公共設施、新市區建設以及舊市區更新等實質建設事業）且屬主管機關所代為收買之用地。再者，於推動「公辦」都市更新計畫時，按都市更新條例第 27 條第 3 項第 5 款規定，其實施者（亦即主管機關）始具有先買權。綜之，公法先買權之實施範圍不若德國建築法典第 24 條第 1 項鄉（鎮）公所不動產先買權之廣泛，我國立法機關實應善用之。

第二節 基本法上地方政府鄉（鎮）土地利用計畫高權

按於建築規劃法上，與旨揭「建築自由權」概念相對者乃為「建築規劃權」（Bauplanungsrecht），事實上，其可具體化為鄉（鎮）公所之「計畫高權」（Planungshoheit），並為旨揭基本法第 28 條第 2 項第 1 款所明定者，然亦可解為地方政府〔亦即鄉（鎮）公所〕「行政自我權利」（Selbstverwaltungsrecht）意旨之體現。具體而言，鄉（鎮）公所可就其行政轄區內享有如圖 1-2-1-1 所示「建築指導計畫」（Bauleitplan）、「土地利用計畫」（Flächennutzungsplan）以及「建築計畫」（Bebauungsplan）之研擬權，但必須在「行政自我形成與決定裁量」（verwaltungseigene Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum）之基礎上研擬之，以決定計畫內之土地建築及其他使用。

須指出者為，鄉（鎮）公所於研擬旨揭計畫之際，雖毋須受制於上級規劃機關「指示（前提）」（Vorgaben）之「強大拘束」（strikte Bindung）¹²，而進一步影響其計畫之形成與內容（例如特定設施是否應存於計畫範圍內及其明確區位等），但其所享有之土地利用規劃權仍必須與其自身所承擔之「政治行政責任」（politisch-administrative Pflichtung）具有相當（比例）關係，申言之，鄉（鎮）公所享之

¹² Vgl. BVerfGE 84, 209.

「計畫高權」，其內容並非毫無限制。茲依據旨揭建築法典之規定將其「受限」內容歸納為¹³：

1. 「建築指導計畫」之研擬義務（第 1 條第 3 項）；
2. 對於上級規劃機關有關「空間秩序」所定目標（如環境生態保護）之「配合義務」（Anpassungspflicht）（第 1 條第 4 項）¹⁴；
3. 對於規劃法上「權衡規定」（Abwägungsgebot）之「注意義務」（Beachtungspflicht）（第 1 條第 7 項）；
4. 對於相鄰接行政地區之「協商義務」（Abstimmungspflicht）（第 2 條第 2 項）；
5. 給予「公益團體」（Träger öffentlicher Belange）之規劃參與權利（第 4 條第 1 項至第 2 項）；
6. 給予業經核定「空間部門計畫」（räumlicher Fachplan）¹⁵之「優先權」（Vorrang）（第 38 條）；以及
7. 計畫同意權之「轉讓」（Übertragung）（第 203 條以下）¹⁶。

儘管如此，由圖 1-1-2-1 可知，鄉（鎮）公所於國土規劃法上仍得享有下述權利，亦即¹⁷：

1. 對研擬「部門計畫參與權」（Mitwirkungsrecht bei Fachplanung）：此權利尤指對於空間總體計畫以外一切計畫（亦即空間部門計畫）規劃過程中之參與權，例如聯邦交通建設部欲興建高速公路而通過某鄉（鎮）轄區之範圍時，其鄉（鎮）公所乃得享有該計畫形成

¹³ Vgl. Hoppe/Bönker/Grotefels (Fn. 1), §2, Rn. 33.

¹⁴ 須說明者為，越是上級機關（如聯邦主管機關）所揭櫫之空間秩序目標，則越是抽象，必須藉由下級主管機關（如邦級主管機關）所研擬之計畫（如邦國土計畫）予以具體化，以利所屬鄉（鎮）公所於研擬相關計畫時，得以確實遵行。

¹⁵ 亦即以特定目的為主之計畫，例如地景保護計畫（本編第二章第一節圖 1-2-2-1），類似我國「特定區計畫」（都市計畫法第 9 條第 3 款參照）。

¹⁶ 此尤指相鄰行政地區會同研擬相關計畫（如建築計畫等）之謂，可經由「契約協定」（vertragliche Vereinbarung）方式將某一鄉（鎮）之計畫同意權轉讓與他鄉（鎮）公所。

¹⁷ Vgl. Stollmann (Fn. 4), §2, Rn. 18-20.

之「參與權」(Beteiligungsrecht)¹⁸，蓋如上所述，該部門計畫對其所擬計畫具有「優先權」，是其必須藉由參與以取得該部門計畫相關資訊，以資作為研擬其(例如)「建築指導計畫」之參考，俾利調整其所擬計畫。

2. 對其他計畫機關之「防禦權」(Abwehrrecht)：按鄉(鎮)公所享有「計畫高權」，已如上述，則當該權利遭致其他規劃機關違法侵犯時，此際，其得藉由行政救濟權之行使，以為因應。按由於此一權利係源自於基本法之規定，自不得違法侵害。茲舉一例予以說明，例如某鎮行政轄區之部分地區被上級規劃機關(如邦交通建設部)所擬道路興建計畫(屬「部門計畫」)指定作為高速公路之用，則倘若於該計畫之路線確定規劃過程中未依法通知該鎮公所者，其得向行政法院提起「撤銷訴訟」(Anfechtungsklage)，以為救濟，此為機關間之垂直關係；若屬同行政層級(亦即平行關係)而不服其相鄰鄉(鎮)公所所提「建築計畫」者，其得依據「行政訴訟法」(Verwaltungsgerichtsordnung)第 47 條規定，提起「規範審查」(Normenkontrolle)訴訟，以資救濟。

綜結上述，德國於土地利用計畫法制上已提供鄉(鎮)公所足夠之權利，以落實「計畫高權」之意旨，此固與其政治體制係採「聯邦主義」(Föderalismus)有關。反觀我國，雖然亦承繼其法制體系(蓋同屬大陸法系者)，但我國依據地方制度法第 14 條規定，直轄市、縣(市)、鄉(鎮、市)均雖屬地方自治團體，據同法第 18 條第 6 款第 1 目之規定可知「直轄市」享有都市計畫(相當德國之「建築計畫」；詳圖 1-2-1-1)之擬定、審議與執行權，縣(市)自治團體亦然¹⁹。然而，對於鄉(鎮、市)自治團體而言，卻不見有類似規定。又，即使是直轄市、縣(市)、鄉(鎮、市)所擬都市計畫尚須送至內政部核

¹⁸ 須指出者為，此非為「同意」(Einvernehmen)而係僅指「參加」，從而，其內容對於規劃機關僅具參考效力。

¹⁹ 縣(市)都市計畫之擬定、審議與執行，地方制度法第 19 條第 6 款第 1 目參照。

定²⁰，此一情形確實與德國有間，蓋其僅由所屬邦主管機關核准即可²¹。又，若核准機關有違法或不當者，則鄉（鎮）公所亦享有「撤銷訴訟」或「課予義務訴訟」（Verpflichtungsklage）請求權，以資救濟，而我國類似救濟，似仍嫌不足。

最後，按我國區域計畫法第 11 條規定都市計畫對於上位計畫（例如區域計畫）之內容亦負有所謂「配合義務」²²，亦即，其對於區域計畫所揭櫫之目標必須予以「注意」（zu beachten），姑且不論其具體內容為何？惟如此一來，鄉（鎮）公所之計畫形成之「裁量權限」或者（內容）之「相異餘地」（Abweichungsspielraum）所剩幾何？若有爭執，其解決機制為何？均未規範。茲就德國法制與實施經驗以論，倘若上位計畫（如邦土地利用計畫）規劃目標之「具體度」（Konkretisierungsgrad）愈高者，則下位計畫（如建築指導計畫）之「相異度」（Abweichungsgrad）乃愈低，此際，該上位計畫所定之計畫目標乃成為下位計畫「權衡過程」（Phasen der Abwägung）中所不可或缺者，下級規劃機關亦不得「刻意」予以遺漏或規避，然而，必須給予下級規劃機關足夠規劃之權力與裁量空間，蓋其享有獨立之規劃主權，不容忽視與壓縮；反之，若上級規劃機關之規劃目標「具體度」愈低者，則鄉（鎮）公所即享有研擬計畫較高之「形成密度」（Gestaltungsgrad），從而，亦較能依據其計畫地區之主、客觀條件，進而善用「因地制宜」之便。

²⁰ 都市計畫法第 20 條第 1 項參照。

²¹ 建築法典第 10 條第 2 項第 1 款參照。

²² 若以土地開發建設事業計畫（例如科學園區設置計畫）為例，其對於區域計畫之目標亦負有「配合義務」，區域計畫法第 12 條參照。

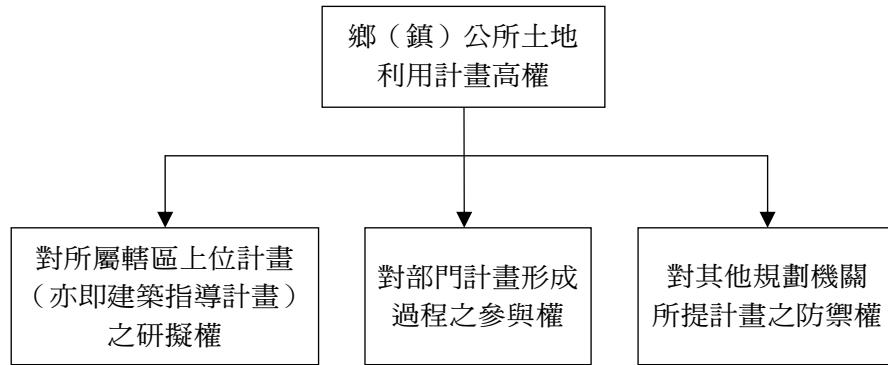


圖 1-1-2-1：德國鄉（鎮）之土地利用計畫高權

資料來源：翻譯自 Stollmann (Fn. 4), S. 18

第三節 公法上土地利用計畫與建築法令概論

如上所述，德國於政治體制上係採「聯邦主義」，依據其基本法第 70 條第 1 項之意旨，聯邦與邦政府在所謂「互競式立法權限」（konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeiten）或者「分配式立法權限」（Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten）之法理基礎上，各自享有其立法權限，只要基本法未賦予聯邦政府立法權限者，邦政府即享有其立法權。進言之，以「公建築法」（öffentliches Baurecht）為例，在聯邦政府此一層級上，其立法通過之「建築法典」，應屬最重要法律²³，而由邦政府與鄉（鎮）自治團體共享其立法權²⁴與執行

²³ 該法律包括下述四大部分：1. 一般性都市計畫規範（§§1-135C）、2. 特殊性都市計畫規範（§§136-191）、3. 其他規範（§§192-232）以及 4. 過渡與附則規範（§§233-247）。又該部法律名稱與內容迭經變動，其立法歷程詳參 Battis/Krautzberger/Löhr (2009), Baugesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., München: Verlag C.H. Beck, Einleitung, Rn. 11-60。

²⁴ 例如各邦政府發布「建築法典施行法」（Ausführungsgesetze oder –verordnungen zum BauGB），即屬之。

權；在邦政府層級上則由各邦政府所發布之「建築秩序法」(Bauordnungsrecht) 最為重要；在鄉(鎮)此一層級上，則是其公所依據旨揭兩大法律授權所發布之地方「自治條例」(Satzung)、數量頗多之「法規命令」(Rechtsverordnungen) 以及「行政規則」(Verwaltungsvorschrift)。此外，由聯邦政府所發布具「框架法」(Rahmengesetz) 性質之「空間秩序法」(Raumordnungsgesetz)²⁵，以及各邦政府所發布之「邦國土計畫法」(Landesplanungsgesetz)，亦形成「公法建築法令」領域中重要之一環，最後，再藉由聯邦憲法法院、聯邦行政法院以及各邦相關法院之司法見解，構築成一套內容豐富但體系嚴謹之建築與規劃法制內容。

上述言及，鄉(鎮)此一自治團體基於基本法第 28 條第 2 項規定，其主管機關基於法律授權得訂頒重要法令如地方「自治條例」，以規範其區內土地利用與建築秩序，並收「因地制宜」之效。例如：依建築法典第 10 條所發布「建築計畫」、依同法第 16 條之「土地使用變更禁止與限制」以及依同法第 172 條之「現存建物保障規定」等，不勝枚舉。又，茲以「北萊茵——西法倫邦」(Nordrhein-Westfalen，以下簡稱 NRW 邦) 此邦為例，其轄區內鄉(鎮)公所基於「建築秩序法」第 51 條第 4 項至第 5 項之授權，乃發布了規範自行車道以及停車場相關法令，以資遵行。又，該等法令雖是基於邦級法令之授權所訂定，但仍享有「建築計畫形成權限」(Baugestaltungshoheit)，但更重要者為，該等土地使用計畫(或意圖)最後均須「整合」(Integration) 至各鄉(鎮)公所所發布之建築指導計畫，以收計畫體系完整與計畫行政效率提升之效(詳圖 1-2-1-1)。

綜結上述，「公建築法」內容包羅萬象，其至少包括以土地為中心所開展出相關法令，尤指其使用種類、強度與變更尤為法令之焦

²⁵ 又，亦有譯為「國土計畫法」，參見 Raumordnungsgesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.8.1997 (BGBl. I S. 2081) zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.12.2008 (BGBl. I S. 2986)，凡 23 條。

點，兼以法律授權所訂頒法規命令以及行政規則，其內容形成一相當錯綜複雜之法體系。吾人得嘗試以圖 1-1-3-1 概略瞭解德國公建築法令內容之概況²⁶。簡言之，其內容可包括了三大區塊：一為「建築計畫法」(Bauplanungsrecht)，其可再細分為一般性(都市)計畫法令(如土地利用法、土地徵收法以及土地重劃法等)以及特殊性(都市)計畫法令(如都市更新法以及新市鎮開發法等)；另一為「建築秩序法」，其可再細分為如建築技術與管理等法；最後則為其他法令，例如氣味防制法、環境生態保護法以及道路建設法等，不一而足。該三大法令體系階層分明，各自擁有不同之守備範圍，例如以建築秩序管理法為例，則不但包括建築技術之實體規範法令，亦擴及建物與所處「土地」之區位問題。申言之，倘若「開發建築案」(Bauvorhaben)之區位係位於建築計畫地區範圍外〔亦即所謂「外部地區」(Außenbereich)〕者，原則上，即不得核准其建造執照。又，基於環境生態保護所需而訂頒之法令(如環境影響評估法)，亦形成所謂「建築法之補充規定」(Komplementärnormen des Baurechts)，而對於土地開發(包括建築工事)發生「抑制效力」(Stoppwirkung)，應予以注意。

²⁶ Vgl. Stollmann (Fn. 4), §3, Rn. 4-13.

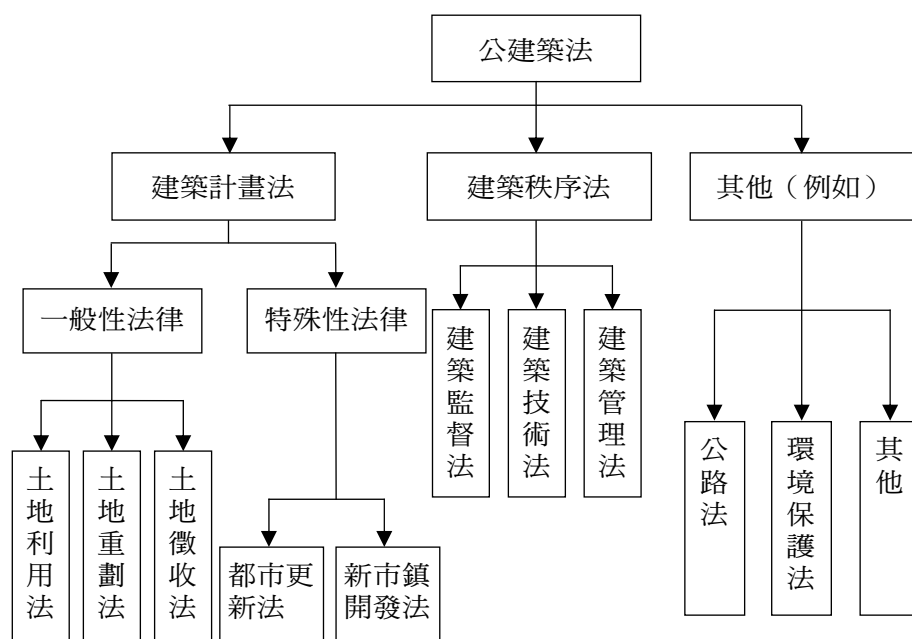


圖 1-1-3-1：德國公建築法上內容概觀

資料來源：翻譯自 Stollmann (Fn. 4), S. 26