

古蹟指定及歷史建築登錄之法律性質

The Legal Nature of Designation and Registration of Monuments

楊佳燕 國立臺北教育大學文教法律研究所

Yang, Chia-Yen Graduate School of Culture and Education Law, National Taipei University of Education

前言

民國94年2月5日文化資產保存法(以下簡稱文資法)修正通過後,文建會依據文資法之授權,負責訂定各類文化資產之相關審議程序,以作為指定或登錄之審議規範。有關各類文化資產之指定或登錄審議事項,係以設置各類文化資產審議委員會予以審議,而文化資產審議程序之規範制度,又以文化資產類別分別訂定相關審議程序。在中央與地方之審議權責劃分上,除了歷史建築及文化景觀之保存完全由地方政府負責審議外,其餘文化資產保存則區分為中央及直轄市政府、縣(市)政府兩個層級。雖然文資法將各類文化資產之保存方式區分為「登錄」及「指定」兩大類,「登錄」傾向於獎勵性保存,其保存手段較為柔性¹;而「指定」則傾向於強制性保存,對於人民權利之侵害較為強烈,不僅對

所有人、使用人或管理人之財產權產生嚴格之限制,對於古蹟之管理、維護、修復及再利用方式亦有嚴格的責任負擔。

有關文化資產保存固然符合我國憲法第二十三條之公益條款,而具有立法限制人民財產權之使用、收益及處分之正當性,然而,行政機關為了達成此公益目的,其採取的手段無論係採取強制性之「指定」或獎勵性之「登錄」,其決定均為國家公權力之介入,而對於人民財產權產生干預、限制。蓋因行政行為具有決定訴訟種類之作用²,因此,指定或登錄行為在法律上之性質為何?是否屬於行政處分即有先予探討之必要。

行政處分概念之成立基礎及特徵

古蹟指定及歷史建築登錄是否為行政程序法上之行政處分,須由行政處分之六項特徵予以判斷,以下本文則先就行政處分之成立基礎及其特徵先作一個基礎性之說明,再以行政機關、行政行為、公權力、單方性、個別性及法效性等六項特徵據以認定「古蹟指定」及「歷史建築登錄」之法律性質。

一、行政處分概念之成立基礎

行政處分之概念,是在法國大革命後建立行政裁判制度後才成立,此一概念在十九世紀導入德國,由德國行政法學之父Otto Mayer精緻的建構其理論,而日本也在明治憲法下加以繼受,因此,行政處分之概念,係於法國、德國、日本及我國等存在行政裁判制度國家成立與發達³。但是在這些國家中,並非所有行政主體之所有行政行為均為行政制裁之對象,只有遵循特殊規範而與其他行政行為法性質相異之行政處分,才得作為行政審判之對象⁴。而英國及美國等英美法系國

¹ 登錄手段較具柔性意味著,在歷史建築登錄前,地方主管機關原則上會以所有權人之保存意願為前提。然而,本文以為各地方政府在歷史建築登錄實務上,尚非全然尊重所有人之保存意願,此由文建會所受理之歷史建築登錄訴願案,即可窺見一二。

² 現行行政訴訟法,除撤銷訴訟外,亦有課予義務訴訟、確認訴訟、一般給付訴訟。因此,行政處分在行政訴訟中之意義,雖然並非僅限於請求撤銷行政處分,始得提起行政訴訟,但行政處分仍有決定訴訟種類之作用,請求廢棄或作成行政處分,應分別提起「撤銷訴訟」及「課予義務訴訟」。參閱陳敏,《行政法總論》,五版,臺北市:陳敏,2007年10月,頁297。

³ 戰後日本之司法制度已改採一元制,亦即並無如同我國之行政法院存在。

⁴ 例如我國訴願法第一條及第二條規定,人民對於中央或地方機關基於職權,就特定之具體事件所為發生公法上效果之單方行政行為之行政處分,違法或不當損害其權利或利益者為限,方得提起行政救濟。



高雄玫瑰天主堂(張格鳴攝)

家，並不具有行政裁判制度，因此並無架構行政處分概念之必要⁵。

二、行政處分之概念特徵與

古蹟指定及歷史建築登錄關係

按行政程序法第九十二條規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。（第一項）前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。（第二項）」⁶。吳庚教授對於行政處分特徵之描述，認為如同化學中之元素，為構成化合物不可或缺之成分，並認定行政處分係由六種要素組成⁷。本文則以行政程序法第九十二條規定所規範之意義，分述行政處分之概念特徵，並就古蹟指定及歷史建築登錄涵攝於行政處分各該特徵如下：

（一）須為行政機關之行政行為

行政機關應如何認定？機關組織喪失授權法源是否即喪失機關地位？而內部單位得否取代機關名義而得獨立對外作成法效性之行政行為？茲分別論述如下：

1. 得以功能意義判斷行政機關之行政行為

所謂行政機關，按行政程序法第二條第二項規定：「本法所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨地位之法定組織。」該條所稱之行政機關，應排除立法、司法及監察機關，蓋因立法機關係從事法律之制定，司法機關係職司審判行為，而監察機關則係行使彈劾、糾舉及審計權等⁸。然而，並不表示上述立法、司法及監察機關無法作成行政處分，如果上開機關於行使行政權，而有對外發生法律效果之可能時，亦應承認其具有行政機關之地位。因此，對於行政機關之界定，除了組織結構上區分以外，尚得以「功能意義」作為判斷⁹，亦即須視各該機關之行為是否具有行政行為性質而定。



高雄津旗後燈塔（張格鳴攝）

2. 喪失形式上授權法源而機關組織法制不備之情形

除了前述以功能意義予以判斷是否為行政機關之行政行為之外，在實務及學說上，一般均以是否具有法定預算、獨立之組織編制及關防印信，而得獨立以自身名義對外行文，作為行政機關之判斷標準。

在實務上，臺灣省政府功能業務與組織調整暫行條例（以下簡稱暫行條例）雖已於94年12月31日當然廢止，惟因過去臺灣省政府轄下之行政機關眾多，就廢止後相關機關之權限及所屬公務人員組織編制等疑義，銓敘部前於95年2月24日邀集行政院研究發展考核委員會、行政院人事行政局、內政部、財政部、法務部……等機關開會研商，經討論：「暫行條例施行期限未能延長，致相關機關依據暫行條例訂定之暫行組織規程等組織法規，喪失形式上之授權法源，僅生相關機關之組織法制不備應予調整問題，相關機關並不至於因其暫行組織規程等組織法規喪失形式上之授權法源，而必然須加以裁撤或淪為非法機關。」、「暫行條例施行期限屆滿後，依據暫行條例暫定之暫行組織規程及暫行編制表，在主管機關未公告廢止前，仍有其一定之效力。」

因此，相關機關組織規程之授權法源於施行期限屆滿後，在主管機關未公告廢止組織

⁵ 參閱李建良等六人合著，《行政法入門》，二版，臺北市：元照，2005年，頁265。

⁶ 訴願法第三條亦有類此之規定，只是以中央或地方機關代替行政機關。此外，一般處分關於訴願法第三條規定：「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。（第一項）前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，亦為行政處分。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同。（第二項）」

⁷ 吳庚教授認為行政處分之要素有行為、行政機關、公權力、單方性、個別性、法效性等六項。參閱吳庚，《行政法之理論與實用》，十版，臺北市：新學林，2007年9月，頁315。

⁸ 中華民國憲法增修條文第七條規定：「監察院為國家最高監察機關，行使彈劾、糾舉及審計權，不適用憲法第九十條及第九十四條有關同意權之規定。」

⁹ 參閱吳庚，《行政法之理論與實用》，十版，臺北市：新學林，2007年9月，頁318。

¹⁰ 參照高等行政法院90年訴字第1702號判決意旨：「行政機關內部，基於分工原則，而劃分出之若干小規模之分支組織（即內部單位），並無單獨法定地位，僅分擔機關一部分之職掌，一切對外行為原則上均應以機關名義為之，始生效力，從而機關內部單位間就行政事務如何分配、處理，並非「缺乏事務權限」，行政處分僅須具備作成機關之公文書形式而對外發生法規範效力，尚不得認為重大明顯之瑕疵。」

¹¹ 參照最高法院50年裁字第54號判例意旨：「臺灣省各縣市政府之民政、財政、建設、教育、工務等業務單位，雖有設局或設科之分，惟依其組織形態，仍均為縣市政府之內部單位。就其主管業務，如對人民有所處分，應認為各該縣市政府之處分……」；最高法院71年判字第292號判決意旨：「按中央信託局之公務人員保險處，係中央信託局之內部單位，在訴訟上無當事人之能力，原告對公務人員保險處之處分不服，應視同對中央信託局之處分不服。」

¹² 參閱黃默夫，《行政法：新體系與問題研析》，初版，臺北市：黃默夫，1999年，頁25-26。

¹³ 參閱李建良等六人合著，《行政法入門》，二版，臺北市：元照，2005年，頁269。

¹⁴ 翁岳生教授主張在行政處分之定義上加註「基於職權」容易引起誤會，建議將該用語予以刪除；吳庚教授亦認為公權力係構成行政處分之意思表示，此乃不同於行政機關立於私人地位所為之意思表示，因此，「基於職權」應解釋為「基於公權力之職權行使」，否則行政機關「基於職權」亦可能係立於私人地位所為之行為。參閱翁岳生計畫主持人，廖義男協同主持人等，《行政程序法之研究—行政程序法草案》，行政院經濟建設委員會委託臺灣大學法律學研究所研究，1990年，頁267。

¹⁵ 參閱吳庚，《行政法之理論與實用》，十版，臺北市：新學林，2007年9月，頁322。

¹⁶ 按文資法及其相關子法規定，歷史建築只有在政府補助下，始有準用同法第二十條、第二十一條有關古蹟之保存、維護、再利用及管理維護等，並開放大眾參觀（參照文資法第二十六條、二十七條規定）。甚至，即便是歷史建築發生重大災害，亦須經歷史建築所有人、使用人或管理人同意，始有其提報之搶修或修復計

規程前，如該機關繼續有獨立之關防印信而得以自身名義對外行文作成意思表示，並有法定預算以為行政業務之執行，仍係具有合法地位之行政機關。

3. 內部單位不得為行政處分之主體

內部單位與行政機關係以「法定預算」、「獨立之組織編制」及「關防印信」獨立以自身名義對外行文作為區分標準，而行政機關為提高行政效能之考量，會基於分層負責之分工原則，將內部劃分為若干小規模之分支組織（即內部單位），而內部單位並無獨立對外作成行政處分之權能，僅係分擔機關一部分之職掌，一切對外行為原則上均應以機關名義為之，始生效力¹⁰，因此，在組織結構上，如果不是行政機關，行政法院則否認內部單位作成行政處分的能力。早期行政法院實務見解認為，行政機關之內部單位如經其所屬機關的授權，而以單位名義對外行文為意思表示者，則視為所屬機關之行政處分¹¹，惟李震山教授認為此種便宜措施恐已構成程序瑕疵，縱然實質上是由內部單位所為之行政處分，仍應以所屬行政機關之名義對外作成，方屬正確。

然而，以往行政法院認定各級地方政府之民政、財政、建設、教育、工務等業務單位為內部單位之見解，在地方制度法88年1月25日制定公布後卻有明顯變革。各級地方政府之內部單位如臺北市府文化局，在88年8月18日不僅訂有「臺北市府文化局組織規程」作為組織編制依據，亦有其法定預算及關防印信，以獨立名義對外行文，在組織結構上似得認定具有機關地位，而得為行政處分之主體。因此，在實務運作上，近來各級地方政府均有依行政程序法第十五條第一項規定，將權限委任所屬民政、財政、建設、教育、工務、文化等業務單位執行，惟此種變革及運作方式對於管轄恆定及權限委任之適法性之影響，會發生如何之變化與效果，則有另文探究之必要。

（二）須為公法性質之行政行為

公法行為與私法行為最主要的區別在於「公權力」之有無，然而，要決定究係屬於公

法關係或私法關係，學界有主體說、利益說、權力說及新主體說等學說¹²，我國學界通說係以各種學說加以綜合考量，不採固定某一標準¹³。凡是行政機關依職權¹⁴行使公權力而產生規制性效果，無論是行為或不行為，均可認定為行政處分，至於有無法律上之依據、是否逾越權限或濫用權力，則為確定為行政處分後所進一步探討行政處分之合法性問題¹⁵，然而，下列四種學說，無論係採取何種學說，或者予以綜合判斷，有關古蹟指定及歷史建築登錄之行為，均屬公法性質之行政行為。

1. 主體說

主體說係以法律所規範之主體區分為公法或私法，法律所規範者如為國家與其他公法人間，以及國家或公法人與人民或私法人間之法律關係，則為公法。古蹟或歷史建築有為國家、其他公法人或私人所有、使用或管理而具有公有或私有之性質。文資法係規範上開主體間，有關文化資產之保存、維護、宣揚及權利之轉移等事項，因此，文資法中有關文化資產主管機關就古蹟指定或歷史建築登錄行為，為公法性質之行政行為。

2. 利益說

此說係以公法乃關係公共利益之法為主要論點。文化資產是國家之歷史記憶，也是國民擁有之珍貴資產，古蹟與歷史建築都是具有歷史、文化、藝術、科學等價值，並透過指定或登錄之機制獲得法律保障。因此，就指定或登錄之目的觀之，係為保存珍貴之文化資產或避免遭受破壞而採取之保護措施，其本身即具有高度之公益性存在。

3. 權力說

法律所規定者為不平等之權力服從關係為公法。指定及登錄係文化資產主管機關所採取之文化資產保存手段，古蹟一經指定，在法令上就必須受到相當之限制，例如在管理、使用、修復、再利用或處分上均有相當嚴格之限制性規範；而歷史建築經登錄後，其規範程度雖然較少受有限制¹⁶，然而在災害防

救法第三十六條規定，仍須有歷史建築搶修、修復計畫須經核准等限制。

4. 新主體說

此說論點，除以法規主體判斷是否為公權力主體外，並應視該公權力主體是否居於行使公權力之地位而定。

(三)單方行為

行政機關之單方行為為行政處分之特徵之一，此特徵係作為與行政契約或私法上之法律行為之重要區別。行政機關之單方意思決定或措施可拘束相對人，無須經過相對人之同意、要約或承諾，行政機關為行政處分中，雖然有時須經相對人同意，或須經相對人之協力義務，或係在行政處分之作成中，賦予當事人參與之權利，其目的係在緩和行政處分單方性之色彩，仍不影響行政處分之單方性色彩。文化資產之登錄或指定，係以召開審議委員會議的方式進行審議，在召開審議會議時，應邀請文化資產所有人、使用人、管理人或其他利害關係人陳述意見，文化資產審議委員會組織準則第六條第二項訂有特別規定。然而此種邀請文化資產利害關係人到場陳述意見之規定，係賦予當事人程序參與之權利；其次，文資法第九條第一項雖規定

主管機關應尊重文化資產所有人之權益，然而，有關古蹟指定或歷史建築之登錄，均未明文規定須經文化資產所有人、使用人或管理人之同意始可指定或登錄，對於受指定或登錄影響之法律上利害關係人，亦無規範須得其同意始可指定或登錄。因此，古蹟指定或歷史建築登錄之審議決定，為文化資產主管機關之單方行政行為，縱使文化資產之所有人、使用人、管理人或其他利害關係人到場表示其反對指定或登錄之意思表示，仍不影響文化資產審議機關之審議決定¹⁷。

再者，文資法第十四條第四項及第十五條第三項¹⁸雖有規定建造物所有人得向主管機關申請指定古蹟或登錄歷史建築之權利，然此種申請權利僅係促成主管機關審議程序之發動原因之一，審議後是否指定或登錄系爭建物，仍取決於主管機關之專業審議判斷¹⁹。

(四)個別性

行政程序法第九十二條規定所稱之「公法上具體事件」，即此所謂之個別性，此特徵乃與行政命令為重要之區別²⁰。有關行政處分與行政命令之重要區別，在「規範之對象與內容」上，行政行為之規範對象如為不特定多數人，其規範內容又具有一般、抽象性者，

畫須經主管機關核准之適用(參照文資法第二十三條第三項規定)。因此，對於不受政府補助之歷史建築所有人來說，似乎沒有多大限制，如有其限制，應係文資法以外之其他法規中有相關限制，如災害防救法第三十六條。

¹⁷ 雖然地方主管機關就歷史建築之登錄，大多以尊重私有歷史建築所有人之保存意願為優先考量，然而，就文建會所受理之歷史建築登錄訴願案例觀之，歷史建築所有人卻多以地方主管機關未得其同意為不服登錄之理由之一。

¹⁸ 文資法第十四條第四項及第十五條第三項分別規定：「建造物所有人得向主管機關申請指定古蹟，主管機關受理該項申請，應依法定程序審查之。」、「建造物所有人得向主管機關申請登錄歷史建築，主管機關受理該項申請，應依法定程序審查之。」

¹⁹ 參照文建會95年3月10日文中二字第0951103362號解釋：「一、行政程序法第34條規定：『行政程序之開始，由行政機關依職權定之。但依本法或其他法規之規定有開始行政程序之義務，或當事人已依法規之規定提出申請者，不在此限。』明定行政程序之發動，原則上是由主管機關依職權主動為之，當事人之申請僅是促其發動之原因之一。二、另依文資法(以下簡稱文資法)第14條第4項規定：『建造物所有人得向主管機關申請指定古蹟，主管機關受理該項申請，應依法定程序為之。』僅係促其主管機關發動古蹟指定審查程序，並不排除主管機關依職權主動為之。三、又文資法第14條第4項明定僅建造物所有人得提出古蹟指定申請，係因古蹟之指定對所有人權益影響甚大，如非建造物所有人提出古蹟指定申請，則屬文資法第12條規定之「接受個人、團體提報具古蹟價值建造物」，主管機關應調查提具古蹟價值建造物之內容及範圍，建立檔案列冊處理，以利後續追蹤。四、綜上所述，文資法第14條古蹟指定審查程序之發動，主管機關依職權本得自行為之，並不限於建造物所有人申請而已。如非建造物所有人提出古蹟指定申請，則屬文資法第12條列冊追蹤之程序。」

²⁰ 參閱吳庚，《行政法之理論與實用》，十版，臺北市：新學林，2007年9月，頁331。



高雄竹寮取水站(張格鳴攝)

為行政命令；如行政行為之規範對象為特定人，而其規範內容具有特定、具體之性質者，則為普通之行政處分。至於在「效力之持續性」上，行政命令具有反覆實施之作用；而普通之行政處分通常係一次完成。然而，此種判斷在實務運作上仍有適用上之困難，因而衍生出「一般處分」之概念，一般處分在適用上與普通之行政處分有何不同？古蹟指定及歷史建築登錄究係為普通行政處分或一般處分？則於下文予以分析探討。

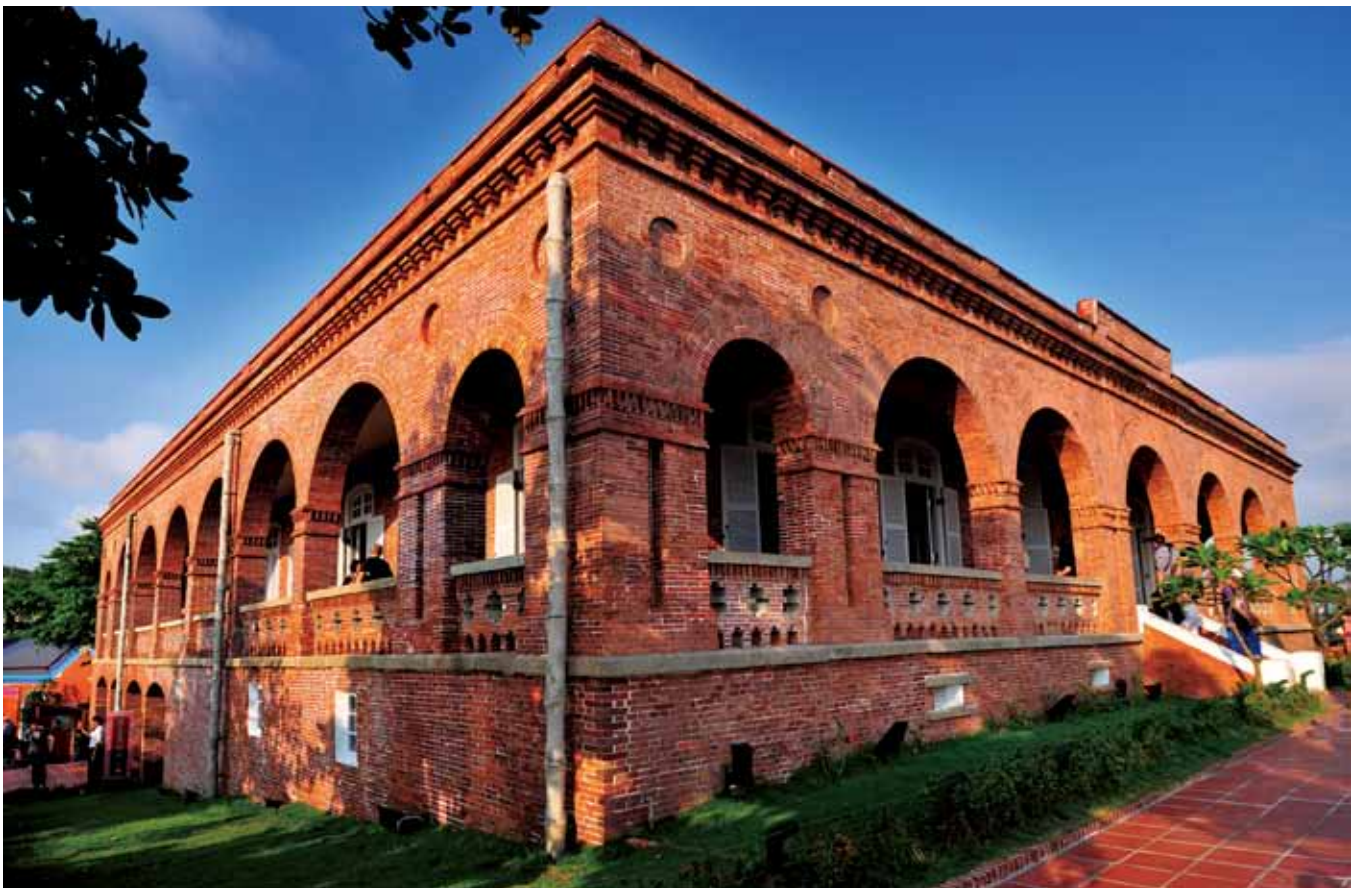
(五)法效性

所謂法效性係指直接對外發生法律上效果，該法律上效果並不限於公法上之效果，亦包括私法上之效果。因此，行政機關之行政行為如未對外發生法律上效果，則非行政處分，例如行政機關之內部行為，如內部簽呈、會簽意見或機關間之意見交換等。古蹟指定或歷史建築登錄後，對於古蹟或歷史建築之所有人、使用人或管理人會發生一定之

法律上效果，該法律上之效果或賦予其補助性權利，或課予其責任負擔，已如前述，尤其在財產權之使用、收益、處分上，則造成相當大之限制，也因此，文資法第九條第二項即明文規定，文化資產所有人對於其財產被主管機關認定為文化資產之行政處分不服時，得依法提起訴願及行政訴訟。

一般處分

在上述探討行政處分之個別性當中，有學者以為一般處分乃行政處分之一種變體，該變體係介於行政處分與法規命令中間之領域，蓋因行政處分規範之對象與內容，係特定且具體、確定，而行政命令則係不特定且一般、抽象。然而，尚存在一種規範之對象係得特定或可得確定，且規範之內容係具體、確定之例外情況，在此種狀況究係行政處分或行政命令，則有適用上之困難，因此，德國聯邦行政程序法第三十五條後段即將一般處



高雄英國領事館(張格鳴攝)

分予以明文規定：「一般處分係對由一般性特徵而確定其範圍之人所為，或有關物之公法性質以及其共同使用之行政處分。」並擴大其適用範圍²¹。

(一)對人之一般處分

行政程序法第九十二條第二項前段規定，前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分。此種依一般性特徵可確定或可得確定其範圍之多數人所為之行政處分，為對人之一般處分。該行政處分之作成，必須該相對人之範圍可確定或可得確定；如對未來發生效力之規制，於作成處分時如無法預見所涉及之人，應屬行政命令之性質²²，例如下令解散示威活動之群眾、以號誌燈指揮汽車駕駛人、限制傳染病流行疫區之住民自由進出等。

(二)對物之一般處分

行政程序法第九十二條第二項後段規定，有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦為一般處分。此為對物之公法性質所為規制之一般處分。此種一般處分並非規定「人」之權利義務，而係規範「物」之法律地位，係以「物」作為相對人之規制性處分，此種對「物」之規制，在效力上會間接影響人民，「人」與該「特定物」產生關聯，並由此關連性來界定多數人之範圍，因而將其納入一般處分之概念²³。例如道路用地之設定或廢止，行人徒步區之劃定等。

古蹟指定及歷史建築登錄性質為對物之一般處分

在學說上稱行政程序法第一項為「普通之行政處分」，第二項前段為「對人之一般處分」，第二項後段為「對物之一般處分」，並且將「古蹟之指定」作為「對物之一般處分」之適例²⁴，其稱古蹟指定之行為內容固屬具體，但作為處分相關之人而言，則並未確定，僅能謂包括因物之公法性質或共同使用關係而權利義務受影響之不特定人。然而，古蹟指

定或歷史建築登錄之性質，何以通說認為「對物之一般處分」，茲說明如下：

(一)古蹟指定及歷史建築登錄

尚與公物無涉

按行政程序法第九十二條第二項後段規定，有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，為對物之一般處分。該項乃繼受德國行政程序法第三十五條規定而來，係指定、變更或廢止「物」之公法性質或狀態之單方行政行為，其所稱「公物」，應係指「有關物之公法性質」，我國行政程序法該項規定將之翻譯成「公物」一詞，似有令人誤解之虞。

所謂「公物」是直接供公的目的使用之物，並處於國家或其他行政主體所得支配者而言，因此，私有公園或博物館雖然提供公眾使用，卻非為公物之範圍。有關公物之規範，我國法制採用二元論，除公物之設定、廢止、使用目的之確認及依公物之特徵無法適用民法之規定者外，有關公物之一般法律關係，仍受民法之相關規範。公物之形成有兩種可能，其一，是經由公法上之法律行為而成立公物者，亦即將物提供給公眾使用，例如公共道路之開闢至修築完成，其雖非私人之物，但須經過行政機關之宣布通車，並經過使用，方足以形成公物。其次，公物雖未經過設定程序，但事實上已供公共使用而成立公物，例如，道路供公眾通行，既已歷經數十年之久，自應認為已因時效完成而有公用地役關係存在²⁵。

又公物依其使用目的可分為公共用物、行政用物、特別用物及營造物用物四種。「公共用物」係行政主體直接提供公眾使用之公物，無須特別許可，例如道路、橋樑、廣場、河川等。如超出物之使用目的範圍者，則為特殊使用而例外須經許可，例如在道路舉行路跑、設攤等。「行政用物」又稱行政財產或公務用物，係行政主體或行政機關供內部使用之公物，例如辦公廳舍或消防車之使用等。「特別用物」則非任何人皆可使用，須經主管機關之許可始得予以使用，使用人在許可範圍內有排他之權利，例如河川或山坡地之使用等。「營造物用

²¹ 參閱吳庚，《行政法之理論與實用》，十版，臺北市：新學林，2007年9月，頁331。

²² 參閱陳敏，《行政法總論》，五版，臺北市：陳敏，2007年10月，頁329。

²³ 參閱陳敏，《行政法總論》，五版，臺北市：陳敏，2007年10月，頁330。

²⁴ 參閱吳庚，《行政法之理論與實用》，十版，臺北市：新學林，2007年9月，頁331。

²⁵ 參照行政法院45年判字第8號判例。

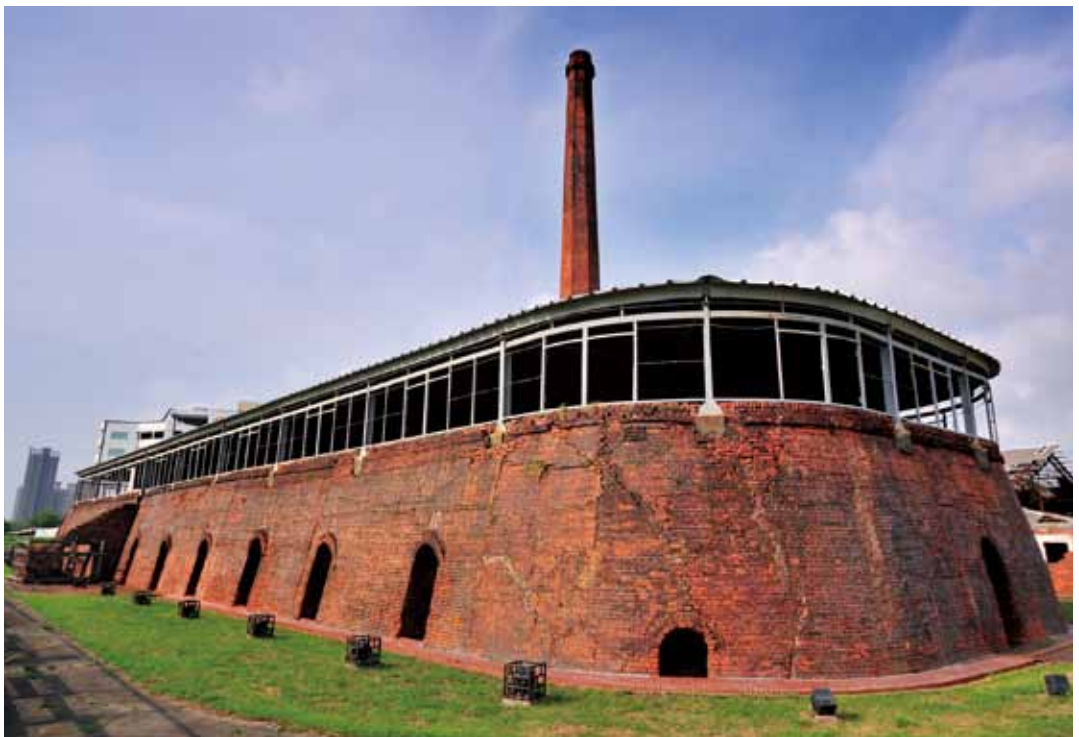
物」係構成營造物之公物，例如機場、博物館、圖書館及其相關典藏等皆屬之。

惟古蹟或歷史建築是否具有公物性質？在學界仍有不同爭論。有學者以為，公物最重要的特徵，為直接供公眾使用，以達到行政目的，而古蹟並不當然提供公眾使用，蓋因指定特定建物為古蹟，並非為了使該建物「提供使用，以直接達成特定公共目的」，毋寧在使其受特殊保存措施的支配²⁶。然而，亦有學者認為，古蹟的成立不僅為了公眾利益，亦是為了社會上文化資產保存的公益目的，具備供公眾使用之功能，雖非如公路直接嘉惠於人民，但也具有相當於公物之屬性（供民眾參觀）²⁷。

古蹟指定或歷史建築保存係為國家累積文化資產，而具有公益目的，然而，本文卻以為須從古蹟指定或歷史建築登錄之目的來判斷是否為公物性質。主管機關將建物指定或登錄為古蹟或歷史建築，該指定或登錄之行為係判斷該建物是否具有歷史、文化、藝術或科學等價值，從而認定是否具有法令上之保存權利與義務，因此並非為提供公眾使用而直

接達成特定公共目的所在；其次，在公有之古蹟或歷史建築，例如國立臺灣博物館，不僅供行政機關作為辦公廳舍使用，其亦具有國定古蹟之身分，並提供大眾作為參觀使用之營造物用物。該博物館具有公物性質，係基於營造物用物本身之性質使然，並不因公有建物經指定或登錄為古蹟或歷史建築後，始變更具有公物之性質。

至於古蹟或歷史建築應開放參觀之目的，除文資法第二十七條第一項：「公有及接受政府補助之私有古蹟、歷史建築及聚落，應適度開放大眾參觀。」有特別規定者外，亦係鑑於私有古蹟或歷史建築於接受政府補助而有開放大眾參觀之義務，此乃基於權利與義務相對之概念。蓋因私有古蹟或歷史建築接受政府補助之經費，係出於納稅人所得，因此有必要以開放大眾參觀之手段，作為回饋人民之公益目的，不得直接認定私有古蹟或歷史建築即為公物之解釋；而公有古蹟及歷史建築，則係由公部門編列預算，辦理保存、修復及管理維護，此乃基於取之於民、用之於民之相同理由，亦同樣要求開放參觀以達公



高雄唐榮磚窯廠(張格鳴攝)

益目的。最後，除了指定或登錄設定以外，古蹟或歷史建築指定或登錄之廢止本身，亦係文化資產主管機關基於喪失古蹟或歷史建築價值，或因毀損、滅失等原因所為之行政行為。因此，古蹟指定或歷史建築登錄行為，仍非行政程序法第九十二條第二項後段文義所稱之「公物」。

(二)不以相對人是否特定或可得確定為必要

所謂對物一般處分，是指定、變更、廢止「物」的公法性質或狀態之單方行政行為，其主要以「物」為規範重點，至於相對人是否特定或可得確定，並非所問，對物一般處分之規範客體，並非以「公物」為限，尚包括對「私物」公法性質之規範²⁸。因此，無論該建物是否具有特定相對人，其性質是否為公有或私有，只要該建物經指定、變更或廢止其古蹟或歷史建築身分，均為行政程序法第九十二條第二項後段所稱之對物之一般處分²⁹。

一般處分之通知，按行政程序法第一百條第二項及第一百一十條第二項規定，係以公告或刊登公報方式代替送達，並自公告日起始發生效力。目前實務運作上，主管機關於指定或登錄審議決定作成後，除辦理公告外，仍有將公告資料及審議決定，一併以函文方式通知處分相對人或利害關係人。雖然指定或登錄處分係以「公告」據以作為認定對外發生法律效力之方式與時點，惟鑑於主管機關於召開文化資產審議委員會時，有邀請文化資產所有人及利害關係人到場參與審議程序之義務，因此，為落實並提升處分相對人及利害關係人之程序參與權，本文以為主管機關除了公告之外，仍應將審議結果通知處分相對人或利害關係人。

另外，一般處分經公告或刊登政府公報或新聞紙者，按同法第九十七條第四項規定，亦得不記明理由。惟本文以為，行政程序法僅係最低程度之程序性保障，其他法律如有特別之規定，仍應適用其他法律之規定。按古蹟指定及廢止審查辦法及歷史建築登錄廢止審查及輔助辦法第四條第二項第三款規

定，古蹟或歷史建築之公告，應載明指定或登錄理由及其法令依據。因此，雖然一般處分經公告得不記明理由，然上開辦法已明定應載明指定或登錄理由，自應適用上開辦法之規定。

此外，古蹟指定或歷史建築登錄後須經公告之原因，除了指定或登錄處分之性質為一般處分外，或可認為古蹟或歷史建築經指定或登錄後有其公益性質，對所有人、使用人、管理人、利害關係人或一般大眾均有其影響，例如公有古蹟或接受政府補助之古蹟或歷史建築應適度開放大眾參觀(參照文資法第二十七條第一項)、營建工程及其他開發行為不得破壞古蹟之完整、遮蓋古蹟之外貌或阻塞其觀覽之通道(參照文資法第三十條)；私有古蹟及其定著土地所有權之移轉，除繼承外，主管機關有優先購買權(參照文資法第二十八條)，透過公告方式亦得使其他第三人知悉古蹟移轉之限制，甚至毀損古蹟、未經主管機關同意而拆遷古蹟或營建工程破壞古蹟之完整等行為，均有徒刑、罰金等刑事責任之規定(參照文資法第九十四條至第一百條規定)。因此，藉由公告之方式周知人民，不僅得以實現人民知的權利，並保障其信賴利益，亦為落實正當法律程序之要求。

結論

古蹟指定及歷史建築登錄之法律性質，按行政程序法第九十二條第二項後段規定為對物之一般處分，亦即文化資產主管機關透過指定或登錄之單方行政行為，而使建築物具有公法性質，並受到文化資產保存法及其相關法規之制度性規範，至於相對人是否特定或可得確定，則並非所問。文化資產主管機關無論係採取強制性之指定或獎勵性之登錄，其決定均為國家公權力之介入，而對於人民財產權產生干預、限制，按文資法第九條第二項規定，文化資產所有人對於其財產被主管機關認定為文化資產之行政處分不服時，得依法提起訴願及行政訴訟。

²⁶ 參見陳愛娥，〈古蹟指定、召開古蹟指定公聽會之程序要求的法律性質〉，收於《臺灣本土法學雜誌》，第66期，2005年1月，頁157。

²⁷ 參見林三欽，九十六學年度行政法課程講義，頁1。

²⁸ 參閱李建良，〈綠色隧道一般處分之概念(二)〉，收於《月旦法學教室—(1)公法篇》，第23期，2000年，頁119。

²⁹ 按高等行政法院96年9月5日95年度訴字第04382號判決意旨，有關主管機關之公告指定古蹟或登錄歷史建築之處分為「對物一般處分」，其以通知函通知文化資產等已知之利害關係人，「僅屬單純的事實通知及理由說明」，對此等利害關係人既不因該通知而生任何法律上之不利效果，該函自非行政處分。因此，依行政程序法第一百條第二項規定，該一般處分自公告日或刊登政府公報、新聞紙最後登載日起發生效力。另參閱行政院文化建設委員會95年6月23日文中字第0952052990號函：「……二、次按文資法第14條第項：『古蹟依其主管機關區分為國定、直轄市定、縣(市)定三類，由各級主管機關審查指定後，辦理公告。』古蹟指定之法律性質，為對物之一般處分(參閱行政程序法第92條第2項後段)，又一般處分係自公告日或刊登政府公報、新聞紙最後登載日起，始發生效力(參閱行政程序法第110條第2項)。而公告方式及內容仍應依古蹟指定及廢止審查辦法為之。」