臺中高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5L0;@108年度訴更一字

108年7月3日辯論終結

原　　告　尤柄鈔
　　黃振榮
　　黃瑞發
共　　同
訴訟代理人　吳建民　律師
被　　告　彰化縣政府
代　表　人　王惠美
訴訟代理人　侯志翔　律師

上列當事人間文化資產保存事件，原告提起行政訴訟，經本院106年度訴字第426號裁定駁回後，提起抗告，經最高行政法院107年度裁字第1815號裁定廢棄發回更審，本院更為判決如下：

主　　文

原告之訴駁回。

本審及發回前上訴審訴訟費用均由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

㈠本件原告起訴以被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函文列為原處分請求撤銷，嗣因被告以民國106年11月30日府授文資字第1060413498號函將該函文撤銷，顯無再請求撤銷之訴訟實益，則原告於訴訟繫屬中變更訴之聲明為確認原處分違法（見本院106年度訴字第426號卷第104頁），於程序上核無不合，本院自應就其變更後之聲明為審判。

㈡本件判決格式參酌司法院新近推行之高等行政法院裁判簡化方案，僅記載兩造陳述事實之爭點核心要旨，並將判決相關

之法令條文附錄於後，合先敘明。

二、爭訟概要：

被告為勘查原告共有之門牌號碼彰化縣○○鎮○○里○○路○○巷○○號建物即鹿港金銀廳（下稱系爭建造物）符合古蹟與否之有關事證，乃作成106年6月29日府授文資字第1060223282號函載謂：「主旨：本府自106年6月29日起啟動『鹿港金銀廳』（彰化縣○○鎮○○路○○號）為古蹟之文化資產審查程序，並訂於106年6月29日下午17時辦理文化資產現場勘查，屆時請撥冗會同辦理，請查照。說明：一、依據文化資產保存法規定辦理。二、依文化資產保存法第20條第1項規定：『進入第17條至第19條所稱之審議程序者，為暫定古蹟。』，本府依法辦理旨案之審查程序，該建物並於本（106）年6月29日起逕列為暫定古蹟。三、另依前開法第20條第3項：『暫定古蹟於審議期間內視同古蹟，應予以管理維護』；同法第103條略以：『有下列行為之一者，處6個月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上2千萬元以下罰金：一、違反第36條規定遷移或拆除古蹟。二、毀損古蹟、暫定古蹟之全部、一部或其附屬設施』，敬請所有人、使用人及管理人妥為保管維護之。」等語，據以履勘現場，原告接悉後即提起訴願，惟逾3個月仍未為決定，即逕向本院提起本件行政訴訟請求撤銷上開函文，前經本院以107年4月17日106年度訴字第426號裁定駁回，經最高行政法院以107年11月26日107年度裁字第1815號裁定予以廢棄發回本院更為審理。

三、本件原告起訴主張及聲明略以：

㈠最高行政法院107年度裁字第1815裁定業已肯認被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函具有行政處分之性質。

被告仍謂非屬行政處分，已違悖最高行政法院裁判意旨。

㈡原告已陳明將依法請求國家賠償，且已於108年5月15日依國家賠償法第11條第1項規定先行請求國家賠償之協議程序，依行政訴訟法第6條第1項規定及最高行政法院106年度判字第349號判決意旨，原告自有即受確認判決之法律上利益存在。

㈢被告經原告於106年11月23日提起本件撤銷訴訟後，以106年11月30日府授文資字第1060413498號函文表示依行政程序法第117條規定撤銷被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函，顯見其已自認違法。

㈣依106年7月27日修正前暫定古蹟條件及程序辦法第8條第1項規定，並參照最高行政法院106年度判字第349號判決闡釋意旨，已經登錄古蹟或歷史建築之處分作成後，就同一建物即無再作成暫定古蹟行政處分之餘地。系爭建造物於105年4月18日業經被告作成登錄歷史建築處分，嗣經本院105年度訴字第324號判決予以撤銷，被告於上訴繫屬中，復作成系爭暫定古蹟處分，使同一建物同時具有歷史建築及暫定古蹟之效力，明顯違法。

㈤被告106年8月18日府授文資字第1060286075號函已經本院107年度訴字第199號判決認定其性質為行政處分；被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函則為最高行政法院判決認定為行政處分，僅被告106年9月12日府授文資字第1060313907號函非屬行政處分。被告就同一建物竟可以不同日期所謂啟動文化資產審議程序，致何時開始起算依文化資產保存法第20條第3項規定之暫定古蹟審議期間，莫衷一是，顯然違反行政程序法第5條之明確性原則。系爭建造物經被告以106年8月18日函又作成暫定古蹟處分，於106年11月30日始發

函撤銷，已然重複，嗣以107年2月23日府授文資字第1070059759號函延長暫定古蹟審議期間6個月。其一連串行政行為，顯然違反文化資產保存法第20條第3項強制規定暫定古蹟審議期間最長不得逾1年，故被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函確屬違法。

㈥被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函作成當時，應適用96年12月4日修正後之暫定古蹟條件及程序辦法第4條規定，被告係依職權發動行政程序，實際作成逕列暫定古蹟之行政處分，未依法召集暫定古蹟處理小組，更未審議通過，更遑論有簽請首長核示，其違法事證至明。

㈦被告前就系爭建造物所為之第一次登錄歷史建築處分，經本院判決撤銷後，被告挾其行政權之優勢，恣意違法作成2次暫定古蹟處分，並對原告之訴願案件延宕近4個月未送交上級機關，俟原告起訴後才自行撤銷，復否認被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函非行政處分。倘未確認違法，恐將助長其爾後繼續以相同手法作成違法處分。

㈧被告為補正先前作成登錄歷史建築處分之瑕疵，而以106年6月29日府授文資字第1060223282號函作成暫定古蹟處分。然其函文主旨欄載明：「本府自106年6月29日起啟動鹿港金銀廳（彰化縣○○鎮○○路○○號）為古蹟之文化資產審查程序」，表示係啟動古蹟之文化資產審議程序，與所述為補正登錄歷史建築處分之瑕疵，顯然前後矛盾。況且，由文化資產保存法第17條第5項、第18條第5項之規定，可見古蹟與歷史建築之指定（或登錄）基準、審查程序等分屬不同法令規範，彼此有別，被告混淆登錄歷史建築、指定古蹟之指定基準及審查程序，自屬違法。

㈨逕列暫定古蹟處分為文化資產保存法第20條第2項所規定，

被告究竟依據同條第1或第2項規定，已見矛盾，違反行政行為之明確性原則。再以，無論依同條第1或第2項規定作成暫定古蹟處分，均須經由暫定古蹟處理小組之審議程序，此由暫定古蹟條件及程序辦法第4條規定「應立即召集前條暫定古蹟處理小組，經審議通過後，簽請首長核定，逕列為暫定古蹟」規定，及被告在另案提出之「暫定古蹟處理小組現勘及審議紀錄」，可資證明應具備審議程序。被告以106年6月29日府授文資字第1060223282號函作成系爭暫定古蹟處分，再以106年11月30日函文撤銷，期間未有任何審議會議程序，自屬違法等情。並聲明求為確認原處分違法。

四、被告答辯及聲明略謂：

㈠依文化資產保存法第20條第1項及第2項規定，暫定古蹟之態樣有二：⑴進入古蹟審議程序之建造物即自動具備暫定古蹟身分，不待審議認定；⑵遇有緊急狀態，主管機關得逕列暫定古蹟（參暫定古蹟條件及程序辦法第2條及第4條規定）。依文化資產保存法第施行細則第18條及古蹟指定及廢止審查辦法第4條之規定，文化資產審議委員會啟動現場勘查程序，係屬文化資產保存法第20條第1項所稱「進入文化資產審議程序」而由法律賦予暫定古蹟地位之情形。

㈡文化資產保存法第20條原為94年1月18日修法時增訂（同法第17條），105年7月12日修法時改列為第20條，其立法理由謂：「邇來發生許多具古蹟價值之建造物於指定前或指定審查作業進行中，其所有人為抗拒古蹟之指定，而在短時間內將古蹟拆毀之情事，如北投穀倉、大稻埕李春生教會等導致文化資產之損害，爰新增有關暫定古蹟之規定，以保全文化資產」。本件被告係依據文化資產保存法第17條及「古蹟指定及廢止審查辦法」第4條第1款規定辦理、文化資產審議程

序之現場勘查，乃法律規定啟動文化資產審議之必要程序，並無違法。

㈢觀諸文化資產保存法第20條第1項及第2項文字用語，兩者差別在於前者行政機關僅開啟審議程序（發會勘通知函）尚未進行實體審議決定；後者依「暫定古蹟條件及程序辦法」規定經過（一）成立暫定古蹟處理小組。（二）現場勘查。（三）評估具有文化資產價值者。（四）逕列為暫定古蹟等流程。前者之暫定古蹟地位為法律直接規定，後者之暫定古蹟地位為行政機關單方意思表示「逕列」之行政處分（暫定古蹟條件及程序辦法第3條參照）。「暫定古蹟條件及程序辦法」乃針對文化資產保存法第20條第2項所謂逕列暫定古蹟行政處分之規定，與本件被告係依據同法第20條第1項規定為暫定古蹟無涉。是主管機關依文化資產保存法第20條第2項「逕列暫定古蹟」之處分，並不包括本件被告依據文化資產保法第17條及古蹟指定及廢止審查辦法第4條第1款辦理「現場勘查」法律規定賦予系爭建造物暫定古蹟（依文化資產保存法第20條第1項規定）之情形。

㈣被告就本件鹿港金銀廳發函現勘通知，並無重複作成暫定古蹟行政處分之意思，說明如下：

1.系爭鹿港金銀廳前由被告登錄為歷史建築（105年4月18日府授文資字第0000000000A號公告），經本院105年度訴字第324號判決撤銷後，被告接獲文化團體通報原告欲拆除系爭建造物，即以106年6月29日府授文資字第1060222831號函通告原告判決尚未確定依法不得毀損、拆除，同時以系爭106年6月29日府授文資字第1060223282號會勘通知函（即系爭函文）通知原告訂於106年6月29日下午5時辦理文化資產現場勘查，惟因該現場勘查時間過於匆促，原告

無法配合到場，為保障原告參與權益，故當日並未依該函所訂時間至現場勘查，被告另以系爭106年8月18日府授文資字第1060286075號函通知將於106年8月25日召開系爭建造物之現場勘查。隨後於現場勘查會議結束後，被告以106年9月12日府授文資字第1060313907號函，檢送106年8月25日現場勘查會議紀錄。由於原告對前揭系爭106年6月29日函提起行政救濟，被告乃於106年11月30日以府授文資字第Z000000000號函撤銷106年6月29日現場勘查通知函（實為書面通知取消現場勘查），原告遂變更聲明改提起確認106年6月29日現場勘查通知函之行政處分違法之訴。嗣又再對106年8月18日府授文資字第1060286075號函通知將於106年8月25日召開現場勘查函文提起撤銷及確認違法之訴（本院107年度訴字第199號，已判決駁回原告之訴，原告上訴中），及對106年9月12日府授文資字第1060313907號函檢送106年8月25日文化資產審議程序現場勘查會議紀錄之公文分別提起確認無效之訴（本院107年度訴字第38號，判決駁回原告之訴及最高行政法院駁回上訴）、提起撤銷之訴（本院107年度訴字第161號判決駁回原告之訴）。

2.原告一再認為被告之前案歷史建築登錄處分尚未經法院判決撤銷確定，即發函通知會勘，等同重複作成暫定古蹟之行政處分，故系爭會勘通知函屬違法行政處分云云。惟行政機關召開現場勘查會議，為辦理文化資產審議之必要程序，本無重複作成暫定古蹟處分之意思，系爭現勘通知函備註欄、說明欄記載「依據文化資產保存法第20條第1項規定，進入第17條至第19條所稱之審議程序者，為暫定古蹟。」等語，係告知法律規定之性質，避免相對人不知法

律規定而誤觸法律，該會勘通知函文縱依文化資產保存法第20條第1項規定使系爭建造物發生暫定古蹟之效果，亦係依法律直接規定所賦予，被告並無重複作成暫定古蹟之行政行為，不能因發動會勘程序而指為違法行政處分。

3.通知現場勘查應屬文化資產保存法第20條第1項所定進入審議程序，而由法律規定為暫定古蹟之情形，與同條第2項乃遇有緊急情況經評估審議後「逕列暫定古蹟」之情形有別，106年6月29日公文記載「逕列暫定古蹟」之文字確屬誤植，其目的為告知文化資產保存法第20條之規定。再者，被告發文通知現場勘查意在啟動文化資產審議程序，而非為作成暫定古蹟行政處分之目的，已如前述，縱然現勘通知之公文解為行政處分之一種，亦不能據此認為通知會勘之公文為違法行政處分。

㈤行政法院撤銷行政處分之判決並未禁止或限制行政機關就同一事件另為適法處分之權責，被告之前歷史建築登錄處分尚未經行政法院判決撤銷確定前，就系爭建造物進行審議程序，應無違法：

1.系爭建造物即鹿港金銀廳興建於昭和10年（西元1935年），為鹿港八景十二勝之一，原主人黃慶源商號為日治時期重要家族之一，與鹿港地區發展關係密切，極具歷史文化價值。被告前公告系爭建物登錄歷史建築之處分，雖經行政法院撤銷，諭知原處分機關另為適法處分，然此並非禁止或剝奪行政機關就系爭鹿港金銀廳建物另發動行政程序之權責。

2.依行政程序法第34條規定，行政程序之發動，原則上由主管機關依職權主動為之，文化主管機關基於保存文化資產之行政任務與使命，有依職權進行古蹟審議指定之公權力

，被告發文會勘文化資產，為行政行為之正當行使，不能謂會勘通知之公文為違法行政處分。

3.法律並未禁止已登錄歷史建築或指定古蹟之建造物，再依文化資產保存法第17條至19條進入文化資產審議程序，例如已登錄歷史建築或指定古蹟之建物欲變更登錄或指定範圍、內容，抑或縣（市）定古蹟經中央主管機關欲審議提升為國定古蹟，均直接依文化資產保存法第17條、18條進入審議程序（辦理現場勘查），不必先撤銷或先廢止原登錄或指定之處分，僅新作成行政處分後，原處分失其效力或廢止。原登錄歷史建築處分若欲變更登錄範圍或登錄理由，仍屬文化資產審議委員會職權，必須召開審議會議並辦理現場勘查，不必先撤銷原歷史建築登錄處分，始能辦理現場勘查進入審議程序。

4.被告前以105年4月18日府授文資字第0000000000A號公告為系爭建造物登錄歷史建築之處分，經本院105年度訴字第324號判決撤銷原處分，其理由略謂：1.系爭建造物現狀並無格扇，以此為登錄理由構成裁量恣意；2.將系爭建物所定著之2筆土地全部劃定歷史建築公告範圍，逾越比例原則，該登錄歷史建築處分有濫用裁量、違反證據法則及比例原則違法，應予撤銷，由被告另為適法處分等語。是行政處分經行政法院判決撤銷，行政機關得依據其撤銷意旨重新辦理審議另為適法處分，原歷史建築登錄處分撤銷以前，行政機關本得隨時依提報或依職權檢討原處分是否不當或違法，召開審議程序變更登錄內容及範圍，亦不待原判決是否經最高行政法院裁判確定。

5.被告文化資產審議委員會於105年4月1日審議登錄系爭建造物為歷史建築之綜合審議說明載謂：「鹿港金銀廳」與

格扇應視為整體，同時保存及進行修復。必要時可將格扇登錄為「一般古物」，並申請相關修復經費。俟修復完成並確認回歸鹿港金銀廳後，再針對其文化資產價值及是否指定為縣定古蹟做更進一步之討論與審議等語，即寓有俟格扇回歸，系爭建造物即鹿港金銀廳可能提升文化資產價值為「縣定古蹟」。系爭格扇為鹿港在地木雕大師李松林作品，其曾存在於鹿港金銀廳內本身即為歷史事件及具地方特色，益增鹿港金銀廳之保存價值，僅因審議當時，系爭格扇是否回歸尚無定論，故不予決議指定為古蹟，被告依據文化資產審議委員會之結論，與格扇所有人黃氏家族聯繫，格扇回歸金銀廳之可行性，並據以召開文化資產審議程序之現場勘查，亦不必待原歷史建築登錄處分撤銷確定。

㈥關於106年6月29日府授文資字第1060223282號函啟動「鹿港金銀廳」審查程序之依據，說明如下：

1.有形文化資產之審議係依文化資產保存法第17條之古蹟審議及第18條歷史建築審議。參照古蹟指定及廢止審查辦法第4條與歷史建築紀念建築登錄廢止審查及輔助辦法第4條之規定，系爭建造物因文化資產審議審議結果未定，可能為登錄歷史建築，亦有可能為指定古蹟或決議不予登錄或指定任何文化資產。被告通知訂於106年6月29日辦理現場勘查，現場勘查為文化資產審議程序之第一階段程序，故函文僅記載依據文化資產保存法規定辦理。

2.函文主旨記載被告自106年6月29日起啟動「鹿港金銀廳」為古蹟之文化資產審議程序，係因被告前所為105年4月1日文化資產審議委員會審議登錄系爭建造物為歷史建築之綜合審議說明有指示承辦單位：「鹿港金銀廳」與格扇應

視為整體，同時保存及進行修復。格扇若能回歸鹿港金銀廳，再針對其文化資產價值及是否指定為縣定古蹟做更進一步之討論與審議」。而格扇所有人表示只有指定鹿港金銀廳為縣定古蹟，格扇始同意捐出，故該次現場勘查發文主旨為古蹟審查程序。然審議結果可能為指定為縣定古蹟、不指定縣定古蹟、或仍維持歷史建築等，並不受會勘通知發文用語之拘束。無論係啟動歷史建築審查程序或古蹟審查程序，依文化資產保存法第20條規定，均發生暫定古蹟效果。

3.按「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。」行政程序法第34條定有明文。主管機關啟動文化資產審議程序有依文化資產保存法第14條接受個人或團體提報而為審查，有基於職權發動行政程序者，被告106年6月29日發文現場勘查之理由為：①格扇回歸「鹿港金銀廳」指定為縣定古蹟之可能性。②行政法院一審撤銷判決原登錄處分，與現勘小組學者專家討論後續因應及如何補正，以求適法。③前案歷史建築登錄處分一審判決撤銷，被告接獲文化團體通報原告欲拆除系爭建造物，主管機關本於職責辦理現場勘查瞭解歷史建築現況。

㈦依據文化資產保存法第20條第1項規定，進入文化資產審議程序為暫定古蹟。此與同條第2項規定遇有緊急情況時，主管機關得逕列為暫定古蹟，為兩個不同之程序。第20條第2項「逕列暫定古蹟」係進入文化資產審議程序以前遇有緊急狀況，依據「暫定古蹟條件及程序辦法」成立暫定古蹟小組現場評估後作成「逕列暫定古蹟」行政處分，是第20條第2

項逕列暫定古蹟之程序始有「暫定古蹟條件及程序辦法」之適用（參暫定古蹟條件及程序辦法第1條、第2條規定可明），第20條第1項乃進入審議程序直接由法律規定暫定古蹟效果，無需另作成逕列暫定古蹟之行政處分，無「暫定古蹟條件及程序辦法」之適用。因依第20條第1項辦理現場勘查已由法律規定賦予暫定古蹟地位，已能達到審議標的之保護目的，應無再重複依「暫定古蹟條件及程序辦法」組成暫定古蹟小組作成逕列暫定古蹟處分之必要，原告主張被告遇有緊急情況應依第20條第2項逕列暫定古蹟且無論20條第1、2項規定作成暫定古蹟處分，均應依該辦法成立暫定古蹟處理小組審議，被告未成立暫定古蹟小組為違法云云，恐有誤解。

㈧依文化資產保存法第20條第1項進入文化資產審議程序者，為一般行政程序之發動，通知現場會勘，目的應為調查證據（行政調查）之性質，會勘結論有可能是「無文化資產價值」不予列入文化資產審議討論議程，亦有可能是資料尚未充足，待提報單位補充相關資料後再行會勘，也有可能「極具文化資產價值」建議列入文化資產審議會員會討論等，會勘結論尚未經文化資產審議委員會作成實體指定古蹟或登錄歷史建築之決議，並依古蹟指定及廢止審查辦法第4條規定辦理「公告」，若認為現場勘查之通知為違法行政處分，無異許受通知人任意提起行政救濟，阻礙行政效能並增加訟累。

㈨原告主張被告於106年11月30日府授文資字第1060413498號函使用用語「撤銷」106年6月29日之會勘，函文說明欄記載「依行政程序法117條規定撤銷系爭處分」等語，核系爭106年11月30日府授文資字第1060413498號函係因原告對系爭106年6月29日之會勘通知提起訴願，然該次會勘所訂時間過於匆促，原告無法配合到場，為保障原告權益，該日並未辦理

現場勘查，然原告於106年7月29日針對系爭106年6月29日之會勘通知提起訴願，被告以會勘既已取消且該公文說明二誤載「逕列為暫定古蹟」之文字（按：逕列暫定古蹟應指文化資產保存法第20條第2項之規定，已如前述），而原告認係行政處分，被告即依行政程序法第117條規定撤銷之（實為取消現場勘查之意），系爭會勘通知是否違法，應依法律規定客觀認定之，不因被告之公文用語而定。

㈡按行政訴訟法第196條第2項之確認之訴，必須符合⑴原據以合法提起撤銷訴訟之行政處分已執行完畢或已消滅⑵原處分對於相對人造成之損害無回復原狀可能⑶原行政處分確屬違法⑷原告有即受判決之法律上利益。所謂行政處分已執行完畢或消滅而無法回復原狀者，例如違章建築之拆除。而本件對於系爭106年6月29日辦理古蹟審查會勘通知之公文，並未造成原告受有何等無法回復之損害，其進入古蹟審議程序而為暫定古蹟身分，乃法律規定之效果，並非被告系爭公文單方決定行為所生之效果，且既經被告嗣後予以撤銷（取消會勘），原告並未舉證受有如何之損害，且該損害無法回復，自與該條規定要件不符。此外，原告主張因被告違法辦理會勘，其鹿港金銀廳之建物依法為暫定古蹟，將來得依法請求國家賠償，據以認為提起本件確認違法之訴有即受判決之法律上利益云云，惟倘原告認為被告發文會勘之行為違法，符合國家賠償法之要件，可依據國家賠償法相關規定，提起國家賠償之訴，果有理由，既能提起國家賠償之訴應不構成「無可回復之損害」的要件，是原告對系爭已取消之會勘通知公文提起確認違法，應無即受判決之法律上利益等語。並聲明判決駁回原告之訴。

五、本件兩造爭點為：原告請求確認原處分違法，有無即受判決

之法律上利益？其請求有無理由？

六、本院判斷如下：

㈠前提事實：

被告前作成106年6月29日府授文資字第1060223282號函載謂：「主旨：本府自106年6月29日起啟動『鹿港金銀廳』（彰化縣○○鎮○○路○○號）為古蹟之文化資產審查程序，並訂於106年6月29日下午17時辦理文化資產現場勘查，屆時請撥冗會同辦理，請查照。說明：一、依據文化資產保存法規定辦理。二、依文化資產保存法第20條第1項規定：『進入第17條至第19條所稱之審議程序者，為暫定古蹟。』，本府依法辦理旨案之審查程序，該建物並於本（106）年6月29日起逕列為暫定古蹟。三、另依前開法第20條第3項：『暫定古蹟於審議期間內視同古蹟，應予以管理維護』；同法第103條略以：『有下列行為之一者，處6個月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上2千萬元以下罰金：一、違反第36條規定遷移或拆除古蹟。二、毀損古蹟、暫定古蹟之全部、一部或其附屬設施』，敬請所有人、使用人及管理人妥為保管維護之。」等語，經原告提起訴願，惟逾3個月仍未為決定，而逕向本院起訴請求撤銷等情，有卷附被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函及原告訴願書在卷可稽（分見本院106年度訴字第426號卷第27頁及第29至35頁）。

㈡依行政程序法第92條第1項及訴願法第3條第1項之立法定義，足見行政處分乃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至明。準此以論，行政機關之效果意思乃構成行政處分之必要元素，若因立法者（法律本身）為達到特殊的規範目的，而將行政機關之事實行為擬制使其發生特定法律效果者，因

該法律效果並非源於行政機關之效果意思，且行政機關確認法律效果之存在或成立為確認之意思表示，其啟動審議程序進行之決定，並非屬終結程序之實體決定，本質上屬於事實行為，並不該當於確認、形成或下命處分之要件，當事人或利害關係人本應循「事實行為」相對應之訴訟類型或保全程序為救濟，勉強將行政事實行為解釋為行政處分，容許其提起撤銷訴訟，是否允當，非無商榷餘地。經揆諸文化資產保存法第20條第1項與第2項規定之意旨，並參酌其立法理由，固足見該2項均係為防範所有人為抗拒古蹟之指定，而在該建造物於指定前或指定審查作業進行中，將之拆毀之情事，導致文化資產損害之目的而設。然依第1項規定之文義以觀，凡經主管機關進入審議程序之文化資產案件，無論其為古蹟指定，抑或歷史建築、紀念建築或聚落建築群登錄，均由立法者一律擬制為暫定古蹟，主管機關僅單純開啟審議程序之進行，並無對於該建造物之文化資產價值為任何之意思表示，暫定古蹟之法律效果係法律所擬制，並非由主管機關以其效果意思予以規制。而第2項則係主管機關經評估建造物之文化資產價值後，以表示其效果意思使發生暫定古蹟之法律效果。故主管機關並未依文化資產保存法第20條第2項規定將特定建造物逕列古蹟，而僅作成定期現場勘查之啟動審議程序決定，殊難認為其係作成逕列暫定古蹟之行政處分。則本件被告辯稱：建造物所有人對於其單純啟動審議程序之決定，不得提起行政訴訟請求撤銷等語，其法律見解要難謂非屬的論。然因本件係經最高行政法院廢棄本院前裁定，已於廢棄理由表明被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函係屬行政處分，本院居於下級審地位僅得依行政訴訟法第260條第3項規定意旨，就本件訴訟為實體審判，合先敘明

。

㈢本件原告雖以上開情詞主張被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函（下稱原處分）構成違法云云。惟：

1.依行政訴訟法第6條之規定，確認行政處分違法訴訟係撤銷訴訟之補充救濟途徑，故撤銷訴訟進行中，原處分已消滅者，原告有受確認判決之法律上利益者，固得變更訴之聲明請求確認該行政處分為違法，然行政法院仍應以原處分存有損害原告權益之違法瑕疵，始得為原處分違法之諭知，非謂原處分只要存有違法瑕疵即可，不問其程度及性質為何，一律均確認原處分違法，方符合確認行政處分違法訴訟之制度旨趣。

2.再者，揆諸文化資產保存法第3條第1款第1目及第2目及古蹟指定及廢止審查辦法第2條第1項暨歷史建築紀念建築登錄廢止審查及輔助辦法第2條第1項等規定，可知古蹟與歷史建築均屬具有歷史、文化、藝術價值之建造物及附屬設施，二者之保存價值層次雖略有差別，但均承載歷史文化意義，並非截然互斥，前者具高度歷史、藝術或科學價值者；表現各時代營造技術流派特色者；具稀少性，不易再現性；而後者則側重其表現地域風貌或民間藝術特色、具建築史或技術史之價值與地區性建造物類型之特色，顯見歷史建築乃就尚未被指定為古蹟之有形文化資產，納入保護及管理。且依文化資產保存法第18條第4項規定，歷史建築或紀念建築增加其價值時，主管機關得變更其類別，並辦理公告。是以，已列為歷史建築登錄之建造物，若深入探索認為其原來組成元素具有重現可能性，可達到古蹟之特色者，並非不得重新列入古蹟審議。因此，主管機關為發現歷史建築是否足以呈現古蹟之文化資產價值，定期

到場勘查，自非法所不許。

3.查本件被告於系爭建造物經登錄為歷史建築後，因該建造物原來組成元件之格扇（李松林作品）之所有權人表示系爭建造物回復原來組裝之格扇後，可列為縣定古蹟，願無償捐贈現保管中之格扇。被告乃於105年5月26日召開彰化縣歷史建築鹿港金銀廳格扇所有人研商會議，作成決議如該格扇重現於系爭建造物，將提送文化資產審議委員會審議是否具備提升古蹟之指定，有該會議紀錄及格扇所有權人簽具之意願書在卷可憑（見本院108年度訴更一字第5號卷第173至182頁）。則被告為提送系爭建造物供文化資產審議委員會審議是否具足古蹟之法定要件，自應進行蒐集相關事證資料之準備作業程序，且格扇在系爭建造物之地位及其重要性如何，自有實地勘查之必要，此稽之古蹟指定及廢止審查辦法第4條第1款明定主管機關踐行古蹟指定之程序首列現場勘查，其次再經審議會審議並作成指定處分之決議至明。則被告基於蒐集系爭建造物是否具備古蹟要件之事實上需要，定期前往現場勘查，在法理上自具正當性，無從徒因系爭建造物已登錄歷史建築，即謂被告即不得再蒐集及重新評估其文化資產價值是否達到古蹟之層次。至於系爭建造物因被告定期勘查而發生暫定古蹟之效果，乃由法律所擬制，並非基於被告表示之效果意思所創設，不能因法律擬制，致使系爭建造物發生兼具歷史建築與暫定古蹟之重疊效果，資為指摘被告決定勘查系爭建造物為違法之論據。

4.又因被告先前將系爭建造物登錄為歷史建築及劃定坐落土地範圍之105年4月18日府授文資字第0000000000A號公告，已據本院於106年6月7日以105年度訴字第324號判決撤

銷，被告基於保存文化資產之時效性考量，未俟上訴審終局判決確定，旋於106年6月29日啟動勘查程序，並非法所不許。其後被告因故將原訂勘驗日期取消，改為同年8月25日，要屬執行適宜性之裁量權範疇，並不須以原勘查決定違法為必要，且原決定之勘查期日經被告決定新勘查日期取代時，即失其效力，無從徒因被告嗣後自行以106年11月30日府授文資字第1060413498號函（見本院108年度訴更一字第5號卷第147頁）引據行政程序法第117條規定撤銷其原來之106年6月29日府授文資字第1060223282號函，即謂被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函之決定構成違法。

七、綜上所述，本件被告因系爭建造物原來組成元件之格扇有回復可能，是否具備古蹟之法定要件有勘查現場之事實需要，不能因被告定期勘查決定經法律擬制具有「暫定古蹟」效果，形成與其歷史建築登錄相扞格之表象，即謂被告定期勘查構成違法，損害原告之權益。是本件原告訴請確認被告106年6月29日府授文資字第1060223282號函為違法，為無理由，應予駁回。

八、另本件被告嗣以106年8月18日府授文資字第1060286075號開會通知單將原定勘查日期改為106年8月25日現場勘查會議，經原告提起行政爭訟，經本院以108年1月24日107年度訴字第199號判決駁回其訴後，已據最高行政法院以108年度裁字第889號裁定駁回其上訴確定在案，併此敘明。

九、本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘陳述及舉證，均核與判決結論不生影響，爰不逐一論述，附此敘明。

十、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，第104條，民事訴訟法第85條第1項前段，判決如

主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　31　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法　官　王　德　麟

法　官　林　靜　雯

法　官　蔡　紹　良

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
（一）符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。

（二）非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　31　　日

書記官　凌　雲　霄

附錄本判決引用的相關法令：

【行政訴訟法】

第6條第1項

確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。

第196條第2項

撤銷訴訟進行中，原處分已執行而無回復原狀可能或已消滅者，於原告有即受確認判決之法律上利益時，行政

法院得依聲請，確認該行政處分為違法。

【文化資產保存法】

第3條第1款第1目及第2目

本法所稱文化資產，指具有歷史、藝術、科學等文化價值，並經指定或登錄之下列有形及無形文化資產：

一、有形文化資產：

（一）古蹟：指人類為生活需要所營建之具有歷史、文化、藝術價值之建造物及附屬設施。

（二）歷史建築：指歷史事件所定著或具有歷史性、地方性、特殊性之文化、藝術價值，應予保存之建造物及附屬設施。

第4條第1項前段

本法所稱主管機關：在中央為文化部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。

第6條

主管機關為審議各類文化資產之指定、登錄、廢止及其他本法規定之重大事項，應組成相關審議會，進行審議。

前項審議會之任務、組織、運作、旁聽、委員之遴聘、任期、迴避及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之。

第14條第1項

主管機關應定期普查或接受個人、團體提報具古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群價值者之內容及範圍，並依法定程序審查後，列冊追蹤。

第17條

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。直轄市定、縣（市）定者，並應報中央主管機關備查。

建造物所有人得向主管機關申請指定古蹟，主管機關應依法定程序審查之。

中央主管機關得就前2項，或接受各級主管機關、個人、團體提報、建造物所有人申請已指定之直轄市定、縣（市）定古蹟，審查指定為國定古蹟後，辦理公告。

古蹟滅失、減損或增加其價值時，主管機關得廢止其指定或變更其類別，並辦理公告。直轄市定、縣（市）定者，應報中央主管機關核定。

古蹟指定基準、廢止條件、申請與審查程序、輔助及其

第18條

歷史建築、紀念建築由直轄市、縣（市）主管機關審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查。

建造物所有人得向直轄市、縣（市）主管機關申請登錄歷史建築、紀念建築，主管機關應依法定程序審查之。

對已登錄之歷史建築、紀念建築，中央主管機關得予以輔助。

歷史建築、紀念建築滅失、減損或增加其價值時，主管機關得廢止其登錄或變更其類別，並辦理公告。

歷史建築、紀念建築登錄基準、廢止條件、申請與審查程序、輔助及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。

第19條

聚落建築群由直轄市、縣（市）主管機關審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查。

所在地居民或團體得向直轄市、縣（市）主管機關申請

登錄聚落建築群，主管機關受理該項申請，應依法定程序審查之。

中央主管機關得就前二項，或接受各級主管機關、個人、團體提報、所在地居民或團體申請已登錄之聚落建築群，審查登錄為重要聚落建築群後，辦理公告。

前3項登錄基準、審查、廢止條件與程序、輔助及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。

第20條

進入第17條至第19條所稱之審議程序者，為暫定古蹟。

未進入前項審議程序前，遇有緊急情況時，主管機關得逕列為暫定古蹟，並通知所有人、使用人或管理人。

暫定古蹟於審議期間內視同古蹟，應予以管理維護；其審議期間以6個月為限；必要時得延長一次。主管機關應於期限內完成審議，期滿失其暫定古蹟之效力。

建造物經列為暫定古蹟，致權利人之財產受有損失者，主管機關應給與合理補償；其補償金額以協議定之。

第2項暫定古蹟之條件及應踐行程序之辦法，由中央主管機關定之。

第103條第1項第1款及第2款

有下列行為之一者，處6個月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上2千萬元以下罰金：

一、違反第36條規定遷移或拆除古蹟。

二、毀損古蹟、暫定古蹟之全部、一部或其附屬設施。

【文化資產保存法第施行細則】

第18條

本法第20條第1項所定審議程序之起始時間，以主管機關辦理現場勘查通知書發文日起算。

【古蹟指定及廢止審查辦法】

第1條

本辦法依文化資產保存法（以下簡稱本法）第17條第5項規定訂定之。

第2條第1項

古蹟之指定，應符合下列基準之一：

一、具高度歷史、藝術或科學價值者。

二、表現各時代營造技術流派特色者。

三、具稀少性，不易再現者。

第4條

主管機關為古蹟之指定，依下列程序為之：

一、現場勘查。

二、經審議會審議並作成指定處分之決議。

三、作成指定處分，辦理公告，並通知申請人或處分相對人。

四、直轄市、縣（市）主管機關指定者，報中央主管機關備查。

主管機關於審議會作成前項第2款決議前，得召開公聽會或說明會。

【暫定古蹟條件及程序辦法】

第1條

本辦法依文化資產保存法（以下簡稱本法）第20條第5項規定訂之。

第2條

本法第20條第2項所稱緊急情況，指具文化資產價值之建造物在未進入審議程序前，有下列情事之一：

一、依法取得拆除執照，即將進行拆除者。

二、工程施工進行者。
三、風災、水災、火災及地震等天然災害發生危及建造物存在者。
四、其他可能而立即明顯之重大危險。

第3條

主管機關應邀集專家學者及有關機關代表成立暫定古蹟處理小組。

第4條

直轄市、縣（市）主管機關主動發現或接獲緊急情況通報時，應立即召集暫定古蹟處理小組，前往現場勘查，經評估具有文化資產價值者，逕列為暫定古蹟。

前項遇有急迫危險，有即時處置之必要時，直轄市、縣（市）主管機關得不召集暫定古蹟處理小組，即前往現場勘查，經評估具有文化資產價值，應於現場勘查當日逕列為暫定古蹟。

經逕列為暫定古蹟者，直轄市、縣（市）主管機關應立即以書面或言詞通知目的事業主管機關、建造物所有人、使用人或管理人或處分相對人，並辦理公告。

第7條第1項

暫定古蹟於前條審議期間內視同古蹟，由所有人、使用人或管理人管理維護。

【文化資產審議會組織及運作辦法（106年7月27日修正前原名稱：文化資產審議委員會組織準則）】

第1條

本辦法依文化資產保存法（以下簡稱本法）第6條第2項規定訂定之。

第2條

文化資產審議會（以下簡稱審議會）之任務如下：

一、各類文化資產指定、登錄、廢止之審議。

二、文化資產保存技術及保存者登錄、認定、廢止之審議。

三、辦理本法第14條第2項、第34條第2項、第36條、第51條第1項、第57條第2項、第60條第2項、第62條第1項規定之審議。

四、其他本法規定重大事項之審議。