

國立臺灣大學法律學院科際整合法律研究所

碩士論文

Graduate Institution of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



以民眾參與觀點檢視文化資產保存法上之審議程序：

聚焦於聚落建築群

Study on the Review Procedure under the Cultural Heritage

Preservation Act from the Citizen Participation Perspective:

Focusing on the Groups of Buildings

王柏硯

Po-Yen Wang

指導教授：林明昕 博士

Advisor: Dr. iur. Ming-Hsin Lin

2017 年 7 月

July 2017

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

以民眾參與觀點檢視文化資產保存法上之審議程序：

聚焦於聚落建築群

Study on the Review Procedure under the Cultural
Heritage Preservation Act from the Citizen Participation
Perspective: Focusing on the Groups of Buildings

本論文係 王柏硯 君（學號 R00A41027）在國立臺灣大學科
際整合法律學研究所完成之碩士學位論文，於民國 106 年 07 月 18
日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

林 明 明

口試委員：

傅 玲 靜

陳 信 安

林 明 明



謝辭

到現在還清楚記得第一天踏入科法所教室的情境，想不到轉眼間 6 年的修業年限就已經到盡頭。所幸，在最後的期間仍能順利完成論文，除了為這段似乎有些漫長的旅程畫下圓滿的句點，也算是對一路以來給予各種支持、鼓勵、協助的各位能有所交代。

本論文的完成，首先必須感謝指導教授林明昕老師，從題目發想到內容架構乃至格式皆受到老師詳盡的教導與傳授。在論文與學術以外的日常，也時常受到老師各種教誨、照顧與關心，而獲益良多。

同時也要感謝口試委員傅玲靜老師與陳信安老師，兩位老師的悉心斧正與不吝指教，使寫作時的盲點以及困惑之處，都得到充分的釐清。其中，傅玲靜老師的詳盡講解，使我在觀念上更為清楚，也更充實本論文的架構。陳信安老師的精確評析，也使本論文於架構及論證上更為完整。

在科法所的 6 年，也要感謝研究室同門的各種協助和經驗分享，以及科法 r00 同學們的同舟共濟、同甘共苦，使我能在滿檔的必修學分與各式專題課程中順利通過考驗。現在回想起來，科法所教室中各種對課業、社會議題的討論或是同學間的趣談，都是難忘且溫馨的學習時光。同時也要感謝台大法學論叢的各位，在此工作的期間承蒙大家的照顧，也使我學習不少。

而地質系對我而言，也像是娘家一樣的存在，每每在結束全天一條龍的課程後，最期待的就是晚上回到地質系的時光。尤其是台大地質 * * * * 組合的成員們，大老余奕南、茶道專家蘇清全、吳大師吳孟寰、永和大公林永強、小遊戲達人林定緯、白羊吳宗叡、祥哥曾意翔，感謝諸位陪我從 237 到 219 的夜夜笙歌，也讓人永遠期待下次的黨代表大會。也感謝大學同學們以及 237 研究室（廣義上）的各位，在準備研究所考試的過程中給予各種鼓勵與協助，到現在也還難忘在標本館或是 237 放印表機的位置準備考試的光景。



在台北求學已經 11 年之久，但總還是覺得回到台中時能感受到一種安心感。要感謝高中同窗好友王宥閔與周易陽，每次在人生的瓶頸時給予鼓勵。也要特別感謝台中文史復興組合的各位，能參與家鄉的各種保存議題一直讓我感到相當榮幸，而過程中也使我學習到許多寶貴經驗與知識，其中不少也成為本論文的發想來源與內容基礎。

最後，要好好感謝家人在離家求學的 11 年間，給予我各種堅定的支持與鼓勵。感謝父親裕銓、母親素美始終給予我自由發展的空間，並默默給予協助，妹妹旋諭的各種關懷與支持。也要感謝女友婉寧的陪伴與包容，無論國家考試到論文寫作都一路相互扶持。

回首研究所的時光，雖感到有點平淡與漫長，但卻意外的充實。過程中也經歷了不少風風雨雨，尤其是期間各種風起雲湧的社會運動與議題，能以參與者而非單純旁觀者的角度去感受這塊土地的脈動，確實是難得的體驗。在校園內的學習、同學間的相互砥礪，以及少不了的玩樂，也讓人感到不虛此行。終於，隨著論文的完成，這趟旅程即將畫下句點。而在稍事休息之後，也將踏入人生的下一階段，並且迎向新的挑戰。

のぼってゆく坂の上の青い天に もし一朶の白い雲がかがやいているとすれば それのみをみつめて 坂をのぼってゆくであろう.....

H29.08.17

於 新店溪畔公館大學

摘要

本文研究目的，在於以民眾參與之角度，檢視文化資產保存法上關於聚落建築群保存法制之各程序，並兼就各程序階段之法制度問題，試圖在解釋論甚至立法論上提出看法。因而，本文首就民眾參與制度之基礎理論出發，並試圖就其於憲法上之依據與限制、制度設計上之指導原則歸納學說見解，以提供後續對聚落建築群法制為檢視之基本原則。

次就包含聚落建築群保存法制在內之文資法上文化資產審議模式為探討，並結合民眾參與制度中憲法上依據與限制所提供之理論基礎，以及民眾參與制度在學理上之制度功能等理論。試圖提出文化資產審議對民眾參與制度之需求性，以作為其引進民眾參與制度之理論基礎，並提供後續就聚落建築群法制各程序階段檢視民眾參與必要性之準則。

最後則就聚落建築群各程序階段之法制為具體檢視，並兼就其法制面上之各問題為探討，包含其與其他計畫法制之連結性。除前述民眾參與必要性之標準外，亦同時考量民眾參與制度制度設計上之各指導原則為標準。試圖就各階段程序法制，在解釋論以及立法論上提出適當之見解與建議。

關鍵字：民眾參與、基本權組織與程序保障功能、正當法律程序、文化資產保存法、聽證、公聽會

Abstract

The research purpose of this essay is to explore the procedures about groups of buildings in Cultural Heritage Preservation Act with the scope of citizen participation and make opinions to the legal problems in each procedures from the perspectives of the interpretation and even the legislative doctrine. Therefore, the essay develops from the basic theory of citizen participation at first and purposes the basic principles of examining the legal systems of groups of buildings by applying the guidance of the constitutional institutional designation to generalize legal interpretations.

Then, this essay explores the cultural heritage preservation reviewing patterns which includes the legal mechanism of preserving groups of buildings, combines the constitutional theories about citizen participation with the theories about the institutional functions of citizen participation, and proposes the requirements of citizen participation to the review of the cultural heritage, with a view to developing a basis on introducing citizen participation mechanism to offer the legal systems of reviewing groups of buildings with the principle of the necessity of citizen participation.

In the end, the essay deeply studies the legal systems in each procedural phases of reviewing groups of buildings and discusses on each legal issue including the connection with other planning institutions. In addition to the standards of citizen participation necessity as mentioned above, the thesis also takes each guiding principles of designation of citizen participation mechanism into consideration when setting up the standards. Furthermore, the essay tries to build up an appropriate opinion to every single procedural legal system in each phase through interpretation and from the legislative doctrine.

Keywords: citizen participation, Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren, due process of law, Cultural Heritage Preservation Act, hearing, public hearing



目錄

謝辭.....	i
摘要.....	iii
Abstract.....	iv
目錄.....	v
詳目.....	vi
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究範圍.....	3
第三節 研究架構.....	4
第二章 聚落建築群之意義與相關法制.....	5
第一節 聚落建築群之意義與特性.....	5
第二節 聚落建築群保存法制與相關程序.....	14
第三節 小結.....	19
第三章 民眾參與之基礎理論.....	21
第一節 民眾參與之意義.....	21
第二節 民眾參與之憲法依據與限制.....	28
第三節 民眾參與在制度設計上之考量因素.....	57
第四節 小結.....	66
第四章 以民眾參與觀點檢視聚落建築群相關法制.....	67
第一節 聚落建築群相關程序對民眾參與制度之需求.....	67
第二節 列冊追蹤與暫定古蹟程序.....	77
第三節 登錄審議與保存及再發展計畫訂定程序.....	96
第五章 結論.....	135
第一節 研究成果.....	135
第二節 建議與展望.....	139
參考文獻.....	141

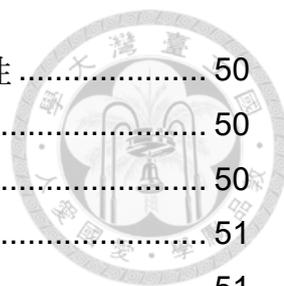
詳目



謝辭.....	i
摘要.....	iii
Abstract.....	iv
目錄.....	v
詳目.....	vi
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究範圍.....	3
第三節 研究架構.....	4
第二章 聚落建築群之意義與相關法制.....	5
第一節 聚落建築群之意義與特性.....	5
壹、聚落建築群之意義.....	5
一、基礎概念.....	5
(一) 1964 年《威尼斯憲章》.....	5
(二) 1972 年《保護世界文化及自然遺產公約》.....	6
(三) 1987 年《華盛頓憲章》.....	6
(四) 2011 年《瓦雷塔原則》.....	7
二、文化資產保存法之聚落建築群.....	8
貳、聚落建築群之特性.....	9
一、區域式保存.....	10
二、較低管制強度.....	11
三、動態性保存.....	12
第二節 聚落建築群保存法制與相關程序.....	14
壹、列冊追蹤與暫定古蹟.....	14
一、列冊追蹤.....	14
二、暫定古蹟.....	15
貳、登錄審議與保存及再發展計畫.....	16
一、登錄審議.....	16
二、保存及再發展計畫.....	17
參、其他計畫法制之連結.....	18

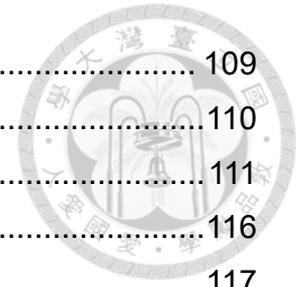


第三節 小結.....	19
第三章 民眾參與之基礎理論.....	21
第一節 民眾參與之意義.....	21
壹、概念與名詞辨義.....	21
貳、民眾參與之型態.....	25
一、以參與主體為區分.....	25
二、以參與影響力為區分.....	27
第二節 民眾參與之憲法依據與限制.....	28
壹、法治國原則下之基本權利保障觀點.....	28
一、基本權之程序保障功能.....	29
(一) 概念內涵.....	29
(二) 適用範圍與理論侷限.....	31
1. 適用範圍.....	31
2. 理論侷限.....	33
(三) 我國法上發展.....	35
二、正當法律程序.....	36
(一) 概念內涵.....	36
(二) 我國法上發展.....	38
1. 憲法上依據.....	38
2. 適用對象.....	41
3. 正當與否之判準.....	41
4. 「實體上正當程序」之爭議.....	42
(三) 理論侷限.....	43
1. 正當與否之判斷標準難以明確.....	43
2. 無法涵蓋非涉及個人利害關係之參與類型.....	45
貳、民主國原則下之民主正當性觀點.....	46
一、德國式「普遍國民意志」理解下之民主正當性.....	46
(一) 功能與制度性之民主正當性 (Funktionelle und institutionelle demokratische Legitimation).....	47
(二) 組織與人事之民主正當性 (Organisatorisch-personelle demokratische Legitimation).....	47
(三) 事物與內容之民主正當性 (Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation).....	48



二、美國式「多元民意基礎」理解下之民主正當性.....	50
(一) 傳送帶模式.....	50
(二) 專業模式.....	50
(三) 參與模式.....	51
(四) 尊嚴模式.....	51
三、審議式民主觀點下的民主正當性模式.....	52
四、我國法下的民主正當性模式.....	53
參、小結.....	55
第三節 民眾參與在制度設計上之考量因素.....	57
壹、民眾參與之功能與難題.....	57
一、民眾參與之制度功能.....	57
(一) 權利保護功能.....	57
(二) 調和衝突增加決策接受度.....	58
(三) 提升決策品質.....	59
(四) 增加對行政之監督.....	60
(五) 補充代議制度缺失.....	60
二、民眾參與之制度困境.....	61
(一) 參與廣度與代表性問題.....	61
(二) 缺乏資訊與專業知識.....	61
(三) 參與程序流於形式.....	62
貳、制度設計上的指導原則.....	63
一、提供必要資訊.....	63
二、適當參與時點.....	64
三、確保參與有效性.....	65
第四節 小結.....	66
第四章 以民眾參與觀點檢視聚落建築群相關法制.....	67
第一節 聚落建築群相關程序對民眾參與制度之需求.....	67
壹、權利與利害關係複雜.....	67
貳、不確定法律概念下的多元價值衝突與專業審議模式的困境.....	68
一、不確定法律概念下的民主正當性危機.....	68
二、專業審議模式之困境.....	70
(一) 文資法中文化資產審議會的定位.....	70

(二) 文化資產審議會人事獨立性與專業性上的質疑	72
(三) 專業審議模式的極限：多元價值觀下的文資評價	73
三、以民眾參與作為多元價值尋求調和的場域	74
參、建立於共識之上的聚落保存與再發展	75
肆、小結	76
第二節 列冊追蹤與暫定古蹟程序	77
壹、列冊追蹤程序	77
一、列冊追蹤之性質	77
二、程序開啟主體	79
三、民眾參與之必要性	81
(一) 權利保護觀點	81
(二) 制度目的：廣泛調查之需求	82
(三) 仍得參考行政程序法之民眾參與方式	82
(四) 小結	84
貳、暫定古蹟程序	86
一、暫定古蹟之性質	86
(一) 審議程序中之暫定古蹟	87
(二) 逕列暫定古蹟	89
二、程序開啟主體	92
三、民眾參與之必要性	92
(一) 權利保護觀點	92
(二) 制度目的：急迫性之考量	94
(三) 小結	95
第三節 登錄審議與保存及再發展計畫訂定程序	96
壹、聚落建築群登錄審議程序	96
一、聚落建築群登錄之性質	96
二、程序開啟主體	99
(一) 申請之性質	99
(二) 申請人範圍	102
(三) 非申請人之「提報」	104
三、民眾參與之必要性	105
(一) 權利保護觀點：多階段行政程序之關鍵階段	105
(二) 多元意見與利益衝突調和之必要	107



(三) 授權命令作為程序保障依據？	109
(四) 是否應行聽證	110
1. 聽證與公聽會之區分.....	111
2. 聚落建築群登錄適合之程序保障.....	116
(五) 小結.....	117
貳、保存與再發展計畫訂定程序	118
一、保存及再發展計畫之性質	118
二、民眾參與之必要性	121
(一) 權利保護觀點：具體形塑管制內容之重要階段	121
(二) 多元意見與利益衝突調和之必要	122
(三) 是否應行聽證	123
(四) 小結.....	125
參、多階段行政程序與其他計畫法規之連結性	126
一、聚落建築群登錄與保存及再發展計畫之連結.....	126
二、聚落建築群制度與其他計畫法規之連結.....	127
(一) 現行法制問題	127
1. 聚落保存與再發展成效不彰.....	127
2. 民眾參與成果難以延續.....	128
(二) 比較法觀點：日本「傳統的建造物群」保存制度.....	129
1. 制度概述	129
2. 制度特點	130
3. 與本國法之比較.....	133
(三) 小結.....	134
第五章 結論.....	135
第一節 研究成果	135
第二節 建議與展望	139
參考文獻.....	141



第一章 緒論

第一節 研究動機

2016年10月15日，隨著第二月台末班車的駛去，擁有華麗尖塔、高聳山牆、辰野風格紅磚交錯洗石飾帶而名列國定古蹟的台中車站，也正式卸下台灣鐵道縱貫線樞紐之地位，而成為台中舊站。當晚扶老攜幼擠滿月台的送別人羣，以及周遭親朋好友抒發對台中車站的記憶，也讓筆者感觸良多，並第一次真正感受到文化資產作為城市的象徵，是如何使市民得以跨越世代共同寄託城市認同，而成為眾人記憶所繫之處。

但回到日常生活，真正佔據新聞版面的文化資產事件，卻主要都是台灣各地層出不窮的文資爭議、開發與保存間無止盡的對抗與拉扯、疲於奔命的文史工作者或團體、在怪手敲擊聲或某場暗夜大火中化為塵土的老屋，而少有圓滿的結局。面臨文化資產保存觀念轉型期的台灣社會，各地蜂起的文資爭議，似乎也正好象徵此種文化歷史價值與商業利益間的衝突。

文化資產保存法（以下簡稱文資法）於去年（2016年）之修法，堪稱近年來最大幅度之修正，且依中央主管機關文化部之說法，其係參考過去許多實際執行的困境所為之全面性修正，且因此擴大公民參與程序¹。但新法施行後半年內的時間，各地仍頻傳文資爭議²。而另一方面，對於新版文資法內容亦同時出現正反不同意見，除對於文資法所提供之補償或獎勵措施是否足以衡平文化歷史價值與開發利益之落差，或主管機關消極態度等背景因素外，文資法所規定之民眾參與也成為正反雙方意見交鋒之關鍵所在³。

¹ 文化部新聞稿（07/12/2016），〈立法院三讀通過《文化資產保存法》修正案 強化我國文化資產保存工作及台灣土地與歷史之連結〉，載於：http://www.moc.gov.tw/information_250_50695.html，（最後瀏覽日 07/01/2017）。

² 民報（01/17/2017），〈彰化老屋連續被拆爭議愈演愈烈 文資團體控告文化局長〉，載於：<http://www.peoplenews.tw/news/2b49d196-74c1-4297-af7d-a9e2f10556fe>，（最後瀏覽日 07/01/2017）。

³ 即有文史團體認為新版文資法仍未落實公民參與，自由時報（01/18/2017），〈文資新法搞半套 放



民眾參與於文資爭議中，除被期待得作為凝聚共識、調和多元價值之機制而得以降低對立外，面對現有文資審議以專業委員會為決定模式但卻屢遭質疑其專業性甚至「行政操作凌駕專業評估」批評⁴之困境下，民眾參與是否得以作為文資審議面臨要件主觀性與專業極限困境之解答，亦為本文所關心。

文資法本次修法中，另一項重要內容則為聚落建築群保存制度之修正，除將其獨立作為個別文化資產種類外，對於其保存法制及措施亦有所更新。而聚落建築群此種以歷史城鎮或街區為保存對象之類型，具有區域性保存、動態性保存並與都市計畫相結合之特徵，為國際文資保存理論逐漸發展之新模式，並且對台灣下階段之文化資產保存觀念與實務具有前瞻性及重要性。在此種新模式下，對文化資產之保存，不僅止於對於古蹟或歷史建築等單一建築物本身歷史文化價值，也能關注到歷史聚落中建造物群或街區以及周邊景觀環境所共同構成之歷史、文化或藝術價值。且其所具有之區域性保存、動態性保存甚至與都市計畫結合之特性，亦使其相對傳統單點式之文化資產保存更面臨複雜之利害衝突、多元價值整合以及在地居民共識凝聚之必要性，而更凸顯民眾參與機制於文資審議程序中之功能性。

是以，本文即希望透過民眾參與之理論，與文化資產審議程序之特質相結合，試圖歸納出文化資產審議程序對民眾參與制度之需求。並且，將焦點聚集於聚落建築群之程序法制，而以民眾參與之觀點為檢視，試圖對現行聚落建築群程序法制有解釋論或立法論上之研究成果與建議。

任怪手拆老屋》，載於：<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1072032>，（最後瀏覽日 07/01/2017）；亦有地方主管機關首長認為文資法現行之民眾參與機制過於浮濫，聯合報（01/18/2017），〈看 6 次還不夠？彰縣文化局轟法令僵化〉，載於：<https://udn.com/news/story/7314/2152844>，（最後瀏覽日 07/01/2017）。

⁴ 凌宗魁（02/14/2017），〈帷幕後的菊元百貨（上）：行政操作凌駕專業評估的文資審議〉，載於：<https://opinion.udn.com/opinion/story/10829/2281766>，（最後瀏覽日 07/01/2017）。



第二節 研究範圍

對於文化資產議題之討論，可能有政治、社會、文化、歷史、藝術等觀察面向，但本文僅就其法制度面為討論，而試圖以民眾參與之理論與觀點，對文資法上文資審議程序為探討，並聚焦於聚落建築群之法制為檢視。因此於文資法之規定中，本文主要僅就其程序法制為探討，而原則上不涉及其他實際保存措施、限制之合理性、補償與獎勵措施、或關於組織與權限分配等議題。並且，本文主要就現行 2016 年修法之文資法版本為討論依據，但於該次修法前之文資法版本具有可對比性時，則將其作為與現行版本之對照。

在文化資產種類方面，其得大致區分為有形文化資產以及無形文化資產，本文則將討論重心置於有形文化資產上，並聚焦於其中之聚落建築群類型。而因古蹟或歷史建築與聚落建築群同為建造物性質之文化資產，在性質上或程序上具有對比性或共通性，因此本文雖原則上以聚落建築群之程序法制作為討對象，但於程序上具有共通性時仍可能一併就古蹟或歷史建築為討論，或於具有可對比性時引用古蹟或歷史建築之法制度為對照。

對於其他法規之關聯性，本文則考量聚落建築群為區域式保存且兼有都市計畫為空間管制之性質，因此將討論聚落建築群保存法制與都市計畫法為首之計畫法制間之連結性，但原則上僅就其連結性為討論而不涉及個別計畫法規之內容。至於諸如原住民基本法之保留區，或相關環境法規中相關保護區等同為區域性之法制度，雖原則上與聚落建築群法制有相互影響或互斥之可能性，但其涉及層面較為複雜，本文則囿於篇幅因而將此種特殊情況予以排除。

最後，就文化資產之法制度，本文原則上僅就本國法制（即文化資產保存法）為討論依據及對象。但關於文化資產之概念，仍可能參酌相關國際公約或宣言之定義與內容為比較。此外，部分法制度面之討論，亦可能參考外國法中類似之制度作為比較法對照觀察之對象。



第三節 研究架構

本文於第一章之緒論，就研究動機、範圍、架構為闡述，以呈現本文所探討之問題核心。第二章聚落建築群之意義與相關法制，則分就聚落建築群之意義與特性為討論，並對聚落建築群相關之程序法制為簡要說明，以作為對聚落建築群法制之初步認識與後續檢視之依據。第三章民眾參與之基礎理論，則首先對民眾參與制度之意義為敘述，並探討其於憲法上之依據與限制，且進一步整理學說對民眾參與功能、制度困境與制度設計原則，以作為後續檢視聚落建築群法制之理論依據與判準。第四章以民眾參與觀點檢視聚落建築群相關法制，則首先試圖將民眾參與制度之憲法上依據及其制度功能，與聚落建築群保存之特性及制度困境相結合，以歸納出聚落建築群相關程序法制對民眾參與之需求，作為後續檢視相關程序之準則；次就列冊追蹤及暫定古蹟，此種聚落建築群保存之輔助機制為檢視，討論其性質與程序法制以及民眾參與之必要性；最後則就聚落建築群保存之主要程序法制，即登錄審議與保存及再發展計畫訂定之程序為檢視，除討論其性質與程序法制以及民眾參與之必要性，並且兼論其與相關土地使用計畫法制之連結性。最終則於第五章之結論，總結以上章節之內容，並歸納出相關研究成果以及對聚落建築群保存法制上之建議與展望。



第二章 聚落建築群之意義與相關法制

第一節 聚落建築群之意義與特性

壹、聚落建築群之意義

一、基礎概念

近代紀念物保存之概念，係於 19 世紀之歐洲大致成型，並逐漸發展出相關理論、法則作為保存實際作法之準據。惟此時期之保存概念仍集中於單體古建築、遺跡之保護，而較缺乏對如建築群體、歷史場所等場域式之文化資產的關注⁵。而至 20 世紀中葉，經由一系列國際公約或宣言之論述以及實踐，逐漸將文化資產保存之概念擴展至場域型文化資產，並且不斷發展出更細緻之觀念。本文即就其中與聚落建築群保存較為重要相關者，於以下段落為簡要敘述。

(一) 1964 年《威尼斯憲章》⁶

《威尼斯憲章》全名為「國際文化紀念物與歷史場所維護與修復憲章」(International Charter for the Conservation and Restoration of Monuments and Sites)，為 1964 年第 2 屆國際歷史文化紀念物與歷史場所建築師與技師會議中所通過，並經次年成立之「國際文化紀念物與歷史所委員會 (ICOMOS)」所承認作為其憲章之一。其內容除針對保存與修復問題予以清楚之定義與論述外，相較於《雅典憲章》之保存範圍仍僅集中於個別歷史建築，《威尼斯憲章》也進一步將文化資產保存之範圍，由單體紀念物擴大至場所之尺度。

於憲章第 1 條之定義，即說明：「歷史文化紀念物的概念不僅包含單體建築，

⁵ 劉銓芝 (編著) (2015)，《聚落與文化景觀保存操作執行手冊》，修訂初版，頁 16，台中：文化部文化資產局。

⁶ International Charter for the Conservation and Restoration of Monuments and Sites (Venice Charter 1964), retrieved from https://www.icomos.org/charters/venice_e.pdf.

也包含在其中發現特殊文明、重要發展或歷史事件證明之都市或鄉村場域。此概念不僅適用於偉大的藝術作品，也適用於過去較為簡樸但隨時代變遷而獲致文化意義之作品。」因此，該憲章所稱之都市或鄉村場域即跳脫單一建築本體文化價值之思考，而關注到諸如城市街區、鄉村聚落、建築群體所整體呈現之文化歷史價值。

（二）1972 年《保護世界文化及自然遺產公約》⁷

聯合國世界教育、科學及文化組織（UNESCO）於 1972 年在法國巴黎舉行之第 17 屆大會，則通過《保護世界文化及自然遺產公約》（Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage）。其內容雖主要在處理具世界重要性之文化或自然遺產，但其條文中亦對不同類型之文化資產有所定義。

公約第 1 條對「文化遺產」之定義即說明：「基於本公約之目的，以下各項得為『文化遺產』：紀念物（monuments）——基於歷史、藝術或科學觀點，具有突出普世價值之建築物、紀念性雕塑及繪畫、考古場域內之元素或結構、銘文、洞窟及物件組合；建築群體（groups of buildings）——基於歷史、藝術或科學觀點，因其建築式樣、同質性或於地景中之座落狀況，具有突出普世價值之分立或連接之建築群體；場所（sites）——基於歷史、美學、民族學或人類學觀點，具有突出普世價值之人類設施或自然與人類之結合設施，以及考古場域等。」準此，該公約除承認整體性之文化資產，並進一步區分為單體之「紀念物」、群體性質之「建築群體」以及場域性質之「場所」。

（三）1987 年《華盛頓憲章》⁸

1987 年於美國華盛頓特區舉行之 ICOMOS 大會中，通過全名為「歷史城鎮與

⁷ Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972), retrieved from <http://whc.unesco.org/en/conventiontext/>.

⁸ Charter for the Conservation of Historic Towns and Urban Areas (Washington Charter 1987),



城區保存憲章」(Charter for the Conservation of Historic Towns and Urban Areas)之《華盛頓憲章》，作為對《威尼斯憲章》之補充。其主要內容在於建立歷史城鎮與城區之定義、保存目標以及執行此種文化資產保存之方法與法定工具。憲章前言即說明：「本憲章涉及對象為各種大小規模之歷史城區 (historic urban areas)，包含城市 (cities)、城鎮 (towns)、歷史市鎮中心或城區 (historic centres or quarters)，並連同其自然或人造環境。」

該憲章並且於「原則及目標」專章中，於前兩條說明對歷史城鎮或城區保存之重要原則。其第 1 條說明：「為產生最大效果，歷史城鎮或城區之保存應成為經濟、社會發展相關政策中之組成部分，同時也成為各層級都市及區域計畫之組成部分。」第 2 條則說明：「須予以維護之品質，包含城鎮或城區之歷史特徵，以及所有表現此特徵之物質及精神元素，尤其是：a. 由土地分割及街道所定義之城市型態；b. 建築物與綠地、開放空間之關係；c. 由尺度、尺寸、風格、構造、材料、色彩及裝飾所定義之建築物外觀、室內室外形式；d. 城鎮或城區與其周遭自然及人造環境之關係；e. 長久以來城鎮或城區所形成之不同功能；任何對此些品質之威脅，都將損及歷史城鎮或城區之真實性。」

基於以上之規定，該憲章除充分闡述歷史城區作為區域式文化資產之整體歷史文化價值所在外，亦充分說明其價值係建立於其內部之土地分割、街道、建築物、綠地等空間配置，與建築物群所共同具有之外觀或室內室外特性，以及整體歷史城區與周遭環境之關係等元素。並且在保存方法上，亦認為應與經濟社會政策或土地使用計畫予以結合，以達成永續保存之目的。

(四) 2011 年《瓦雷塔原則》⁹

2011 年於馬爾他首都瓦雷塔舉行之第 17 屆 ICOMOS 大會中，通過全名為「瓦

retrieved from http://www.icomos.org/charters/towns_e.pdf.

⁹ The Valletta Principles for the Safeguarding and Management of Historic Cities, Towns and

雷塔歷史城市、城鎮及城區保護與經營原則」(The Valletta Principles for the Safeguarding and Management of Historic Cities, Towns and Urban Areas)，以作為歷史城鎮或城區保存工作之補充原則。



其對於歷史城區保存最大意義，在於說明歷史城鎮或城區係由「有形元素」及「無形元素共同組成」，前者包含城市結構、建築元素以及城鎮內外之地景、考古殘跡、整體景觀、天際線、視覺線、地標場所等；後者則包含活動、象徵性及歷史性之機能、文化習俗、傳統、記憶以及構成其歷史價值實體之文化事項。並說明歷史城鎮或城區一方面為造就其之活歷史見證，另一方面歷史或傳統也形塑部分日常生活，因此對其之保護亦包含「合理的發展」(coherent development) 與「調適到當代生活」(harmonious adaptation to contemporary life)¹⁰。因此，該原則除更精細說明歷史城區各種有形、無形組成元素，對於歷史聚落保存亦關注其永續性，試圖將其歷史價值透過計畫給予合理之發展並調適至當代生活以因應時空環境變遷。

二、文化資產保存法之聚落建築群

相應國際公約與宣言對於區域式文化資產理論與保存實務之發展，文化資產保存法則於 2000 年之修法中，於古蹟之定義中增列「傳統聚落」、「古市街」兩次類型；並於 2005 年之修法中，配合文化資產類型之調整，將古蹟、歷史建築、聚落並列為建築類文化資產之類型¹¹。而於 2016 年之修法中，則考量其屬性與古蹟或歷史建築有所不同，故將其規定為獨立之文化資產類型，並給予重新定義¹²。

Urban Areas (2011), retrieved from

http://www.icomos.org/Paris2011/GA2011_CIVVIH_text_EN_FR_final_20120110.pdf.

¹⁰ The Valletta Principles for the Safeguarding and Management of Historic Cities, Towns and Urban Areas (2011), 1. Definitions, a. Historic towns and urban areas & c. Safeguarding.

¹¹ 林會承 (2008)，〈台灣文化資產保存的法制歷程〉，《律師雜誌》，346 期，頁 19、21。

¹² 立法理由：「三、原條文第一款將古蹟、歷史建築、聚落合併規定，惟屬性有所不同，不宜一體適用，爰將古蹟、歷史建築、聚落分列各目。四、聚落之類別名稱，容易侷限於村落類之生活建築群體，無法涵蓋產業類、軍事類等已無人員使用之建造物群體，考量現行已登錄之聚落及前述無法涵蓋之建築群體，爰修正為『聚落建築群』，以符合『世遺公約』第一條第二款規定：『建築群』(groups of buildings) 之概念，並重新定義為『指建築式樣、風格一致或與景觀協調，而具有歷史、藝術或科學價值之建造物群或市街。』……」，立法院法律系統，〈異動條文及理由：文化資產保存法(02901) 一百零五年七月十二日〉，載於：<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm> (最後



現行文資法於第 3 條 1 款 4 目，將聚落建築群定義為「建築式樣、風格特殊或與景觀協調，而具有歷史、藝術或科學價值之建造物群或街區。」該定義就歷史、藝術或科學價值之觀點，對建造物群或街區之建築式樣、風格、景觀協調性為評價，與《保護世界文化及自然遺產公約》中對「建築群體」之定義大致相同。主管機關就該定義，則於文化資產保存法施行細則¹³第 2 條 2 項給予更進一步之補充規定：「本法第三條第一款所定聚落，為具有歷史風貌或地域特色之建造物及附屬設施群，包括原住民部落、荷西時期街區、漢人街庄、清末洋人居留地、日治時期移民村、近代宿舍及眷村等。」而另外以「歷史風貌」或「地域特色」，說明其文化價值，並以例示方式列舉台灣常見之聚落類型。

而為提供聚落建築群登錄審查之判斷基準，聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 2 條則規定「聚落之登錄，依下列基準為之：一、整體環境具地方特色者。二、歷史脈絡與紋理具保存價值者。三、設計形式具藝術特色者。」亦在於說明關於其歷史、藝術或科學價值之評量方式，符合其中任一要件即得該當前述文資法上之要件，而應登錄為聚落建築群。惟前述之各說明或要件，本身仍然屬於高度不確定法律概念，且具有主觀價值判斷之傾向。此點於其他文化資產類型也具有相同現象，因此文化資產身分指定／登錄之審議程序中，最終仍然必須面臨對不確定法律概念之闡釋以及對其歷史文化價值之主觀評斷，此與民眾參與之關聯性，本文將於後續章節中再加以討論。

貳、聚落建築群之特性

聚落建築群之意義，以及其於文化資產保存法上之定義，如前所述。而聚落建築群與他種建築類文化資產之差異，即在於其歷史文化價值所考量者為整體性之

瀏覽日：07/01/2017)。

¹³ 2016 年 7 月 12 日修正之新版文化資產保存法生效後，主管機關尚未完成關於施行細則及相關法規命令因應新法之修改，因此實務上仍繼續援用現有之《文化資產保存法施行細則》以及《聚落登錄廢止審查及輔助辦法》。



特色或歷史脈絡，而非古蹟或歷史建築之文化資產價值僅關注於單一之建造物上。並且，聚落建築作為整體性、區域性之文化資產，在保存上亦有其特殊性。就其性質與保存方式之特殊性，本文討論如下。

一、區域式保存

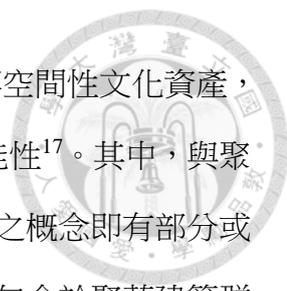
相較於古蹟或歷史建築，係著眼於其單一建造物本身之歷史、文化、藝術價值；聚落建築群之文化資產價值，則在於建造物群整體所具有之共同特色所呈現之歷史、文化、藝術價值，以及聚落區域內之空間配置所展現之歷史脈絡，甚至與周邊景觀環境之調和。因此，相較於對古蹟或歷史建築之單點式保存，聚落建築群作為區域式保存，在保存標的上有所不同，在保存方式上亦有所差異。

與古蹟之保存對比，文資法對聚落建築群雖同樣課予保存及保管維護之義務，但聚落建築群對此則著重於整體建築式樣、風格或景觀之維持¹⁴。而就保存範圍內之空間配置以及與周邊景觀環境之關係，文資法則於第 40 條 1 項除規定應就此訂定「保存及再發展計畫」，以對前述保存及保管維護義務中應予以維持之整體建築式樣、風格或景觀為明確規定，並且作為整體區域管制之參考外；亦規定得再依都市計畫法、區域計畫法等土地使用計畫法規為特定專用區之劃定¹⁵。經劃定後，除得依各該計畫法規為保存區域內空間配置之管制工具外，亦同時依文資法第 42 條規定，就該特定專用區內建築之新建、改建，或其他影響區域現貌之開發行為，皆透過許可制予以管控¹⁶。

¹⁴ 文化資產保存法第 25 條：「聚落建築群應保存原有建築式樣、風格或景觀，如因故毀損，而主要紋理及建築構造仍存在者，應基於文化資產價值優先保存之原則，依照原式樣、風格修復，並得依其性質，由所在地之居民或團體提出計畫，經主管機關核准後，採取適當之修復或再利用方式。所在地直轄市、縣（市）主管機關於必要時得輔助之。」

¹⁵ 文化資產保存法第 40 條 1 項：「為維護聚落建築群並保全其環境景觀，主管機關應訂定聚落建築群之保存及再發展計畫後，並得就其建築形式與都市景觀制定維護方針，依區域計畫法、都市計畫法或國家公園法等有關規定，編定、劃定或變更為特定專用區。」

¹⁶ 文化資產保存法第 42 條：「（第 1 項）依第三十九條及第四十條規定劃設之古蹟、歷史建築或紀念建築保存用地或保存區、其他使用用地或分區及特定專用區內，關於下列事項之申請，應經目的事業主管機關核准：一、建築物與其他工作物之新建、增建、改建、修繕、遷移、拆除或其他外形及色彩之變更。二、宅地之形成、土地之開墾、道路之整修、拓寬及其他土地形狀之變更。」



並且，聚落建築群與其他諸如古蹟、歷史建築、文化景觀等空間性文化資產，並不具互斥關係，而可能視情況需求而有兼容或部分重疊之可能性¹⁷。其中，與聚落建築群同為區域式保存之「文化景觀」，在具體情況中與聚落之概念即有部分或全部重疊之可能；而古蹟或歷史建築作為單點式保存，亦可能被包含於聚落建築群之範圍內，亦即聚落建築群範圍中仍可能就具有個別文化資產價值之單一建築物再行指定為古蹟或歷史建築。

另外，基於區域式保存而對聚落建築群範圍為整體性之限制，相對於古蹟或歷史建築等單點式保存，亦產生特別之問題。首先，因區域式保存效力及於整體保存區域，因此相對於單一建築之保存，其影響之居民或利害關係人範圍較為廣泛，而有複雜之利害關係。其次，聚落建築群保存涉及保存範圍之劃定並產生各種外溢效果，而對周遭居民甚至整體城市發展有所關連，因此亦涉及複雜之個別利益間，以及個別利益與整體公共利益間之衝突與調和之問題。而此種複雜之利害關係，以及私益間及公益間之調和問題是否得透過民眾參與尋求解決，本文則於後續章節為討論。

二、較低管制強度

因聚落建築群保存之目的在於其整體性而非單一建築物之文化資產價值，因此相對於古蹟等單點式保存，聚落建築群對於其範圍內之建築物限制強度亦較低。觀察文化資產保存法第 24 條 1 項規定：「古蹟應保存原有形貌及工法，如因故毀損，而主要構造與建材仍存在者，應基於文化資產價值優先保存之原則，依照原有形貌修復……」，相較同法第 25 條 1 項：「聚落建築群應保存原有建築式樣、風格或景觀，如因故毀損，而主要紋理及建築構造仍存在者，應基於文化資產價值優先

三、竹木採伐及土石之採取。四、廣告物之設置。(第 2 項) 目的事業主管機關為審查前項之申請，應會同主管機關為之。」

¹⁷ 郭炳宏、劉宏亮(2011)，〈文化資產概念的轉變歷程與認定標準〉，《文化資產保存學刊》，17 期，頁 42-43。



保存之原則，依照原式樣、風格修復……」，即可發現此種差異。前者所著重者，在於古蹟建築本身在形貌及工法上所展現之文化資產價值；聚落建築群所著重者，則在於建築群中共同之建築式樣、風格或景觀。因此對其中之單一建築而言，僅要求保存其式樣即可，無須就其形貌或工法皆為完整之保存。

三、動態性保存

聚落建築群除文化資產價值為整體性、區域性而與古蹟或歷史建築等單點式保存有所差異外，由前述《瓦雷塔原則》中亦說明，歷史聚落所保存之價值雖在於其所展現之歷史脈絡，但聚落本身亦為有機發展並且為日常生活之集合體，因此並非透過「凍結式保存」將其封存於某特定時空之樣貌，而應透過合理之發展使其「調適到當代生活」。

而從前述保存方式之對比亦可發現，古蹟或歷史建築強調靜態下某時代的狀態保存，而對其樣貌與工法皆有所要求，以呈現其文化資產之真實性。聚落建築群之保存，除對單一建築物之管制強度較低外，其重視聚落整體持續性生活與發展之「動態性保存」面向，則展現於文資法第 40 條 1 項之「保存及再發展計畫」。透過「保存及再發展計畫」之規劃，除得以尋求保存與合理發展間之平衡點外，在聚落本身失去發展活力之情況下，更可能扮演有如都市更新之性質，使歷史聚落得以調適至當代生活以在時代變遷中永續經營¹⁸。

而就此種動態式、永續式之保存模式，在地居民之共識除在事實上影響保存之成敗外，在地居民之共識亦彰顯其社區之主體性使聚落在社區營造的過程中維持自身主體性而非被動的接受外來的定位，受外界各種主題樂園式或觀光化的想像所擺布。而此種凝聚在地居民共識之需求，得否透過民眾參與制度為解決，本文則

¹⁸ 日本建築學會（編），林美吟（譯）（2010），《歷史街區與聚落的保存活化方法》，頁 5-7，台中：行政院文化建設委員會文化資產總管理處籌備處。

於後續章節為討論。





第二節 聚落建築群保存法制與相關程序

壹、列冊追蹤與暫定古蹟

相對於聚落建築群之登錄與保存及再發展計畫，列冊追蹤以及暫定古蹟制度並非作為聚落建築群保存之主要制度與程序，且與登錄審議程序間也不具順序或前提上之關係。但列冊追蹤以及暫定古蹟兩制度，仍分別依其制度目的而於聚落建築群保存中發揮輔助角色。就此，本文即於以下分別介紹。

一、列冊追蹤

列冊追蹤制度係規定於文化資產保存法第 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 2 項) 依前項由個人、團體提報者，主管機關應於六個月內辦理審議。(第 3 項) 經第一項列冊追蹤者，主管機關得依第十七條至第十九條所定審查程序辦理。」

其制度目的在於賦予主管機關定期普查或接受個人團體提報而為調查之義務，而對其管轄範圍內具文資潛力之對象為廣泛調查，以建立基礎資訊提供後續文化資產行政之參考。其程序之發動，可分為主管機關之定期普查以及接受個人或團體提報而應於 6 個月內為審議。至於其審議程序，則規定於文資法施行細則第 8 條 1 項¹⁹：「……主管機關普查或接受個人、團體提報具古蹟、歷史建築、聚落……，其法定審查程序如下：一、現場勘查或訪查。二、作成是否列冊追蹤之決定。」並依該條第 2 項規定，主管機關作成該是否列冊追蹤之決定，應以書面通知提報之個人或團體。此外，文資法第 14 條 3 項規定，主管機關就經列冊追蹤之對象，得再進行第 17 至第 19 條關於古蹟、歷史建築、聚落建築群之指定／登錄審議程序；

¹⁹ 文化資產保存法施行細則第 8 條 1 項：「本法第十二條、第三十七條、第五十三條、第五十七條、第七十七條及第八十七條所定主管機關普查或接受個人、團體提報具古蹟、歷史建築、聚落、遺址、文化景觀、傳統藝術、民俗及有關文物或自然地景價值者或具保護需要之文化資產保存技術及其保存者，其法定審查程序如下：一、現場勘查或訪查。二、作成是否列冊追蹤之決定。」



但其目的僅在於說明「列冊追蹤」性質為基礎資訊之建立，仍得再進行文化資產身分之指定／登錄，並非該程序之開啟須以經列冊追蹤為前提。因此，列冊追蹤與聚落建築群之登錄審議程序，不具順序上或前提上之關係。

二、暫定古蹟

暫定古蹟制度規定於文化資產保存法第 20 條，並得依該條第 1 項與第 2 項區分為「審議程序中暫定古蹟」與「逕列暫定古蹟」二者，而其效果皆規定於該條第 3 項，於期間內「視同古蹟」而暫時適用古蹟保存之相關規定並發生保存原貌及管理維護之義務²⁰。

其制度目的在於提供具文資潛力之建造物或建造物群，於正式被指定／登錄為文化資產前之暫時保護，以避免其取得文資身分前即遭受損壞。於「審議程序中暫定古蹟」之情形，其法定條件為進入第 17 至第 19 條關於古蹟、歷史建築、聚落建築群之指定／登錄審議程序即發生「視同古蹟」之效力，但不包含列冊追蹤之「審議」程序。「逕列暫定古蹟」則是主管機關針對未進入指定／登錄審議程序之建造物或建造物群，於緊急情況時透過將其列為暫定古蹟而予以保護。而該項所稱之「緊急情況」，則經同條第 5 項授權中央主管機關訂定暫定古蹟條件及程序辦法，並於該辦法第 2 條中定義為「一、可能而立即明顯之重大危險。二、依法取得拆除執照，即將進行拆除時。三、工程施工進行時。四、風災、水災、火災及地震等天然災害發生時。」其程序則依同辦法第 3 條及第 4 條規定，由主管機關主動發現或接獲緊急通報後，召集專家學者及有關機關代表所成立之暫定古蹟處理小組為審議，經審議通過後簽請首長核定逕列為暫定古蹟，並以書面或言詞通知所有人、使用人或管理人²¹。

²⁰ 文化資產保存法第 20 條：「(第 1 項) 進入第十七條至第十九條所稱之審議程序者，為暫定古蹟。(第 2 項) 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。(第 3 項) 暫定古蹟於審議期間內視同古蹟，應予以管理維護；其審議期間以六個月為限；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。」

²¹ 暫定古蹟條件及程序辦法第 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



貳、登錄審議與保存及再發展計畫

聚落建築群之登錄審議與保存及再發展計畫之訂定，則為文化資產保存法中對聚落建築群保存法制之核心程序。兩者間除程序之先後次序外，亦以聚落建築群之登錄作為後續保存及再發展計畫訂定之前提。就此，本文即於以下分別介紹。

一、登錄審議

文資法對文化資產之保存，皆以其藉由指定／登錄而取得文資身分作為前提，於聚落建築群之保存，亦同樣以系爭建造物群經登錄為聚落建築群作為前提，並因此產生文資法上相關之保存及管理維護義務。但關於實際保存之規範與管制內容，則有待後續保存及再發展計畫之訂定，始能為明確之規定。

聚落建築群之登錄審議程序規定於文資法第 19 條，並得依該條第 1 項與第 2 項規定，將程序之開啟區分為主管機關主動開啟及受理所在地居民或團體申請而開啟兩種情形²²。至於其法定程序，則規定於聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 4 條：「聚落之登錄，依下列程序為之：一、現場勘查。二、召開公聽會。三、審議並作成登錄處分之決定。四、辦理公告。五、報中央主管機關備查。」建造物群經登錄為聚落建築群後，即依文資法第 21 條規定，發生所有人、使用人或管理人之管理維護義務²³；並依同法第 25 條規定，有保存其原有建築式樣、風格或景觀之義務²⁴。但具體之保存措施以及規範，則須經文資法第 40 條 1 項訂定保存及再發展計

小組。」、第 4 條：「地方主管機關主動發現或接獲緊急情況通報時，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，並以書面或言詞通知所有人、使用人或管理人。」

²² 文化資產保存法第 19 條：「(第 1 項)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。(第 2 項)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。」

²³ 文化資產保存法第 21 條 1 項：「古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群由所有人、使用人或管理人管理維護。所在地直轄市、縣(市)主管機關應提供專業諮詢，於必要時得輔助之……」。

²⁴ 文化資產保存法第 25 條：「(第 1 項)聚落建築群應保存原有建築式樣、風格或景觀，如因故毀損，而主要紋理及建築構造仍存在者，應基於文化資產價值優先保存之原則，依照原式樣、風格修復，並得依其性質，由所在地之居民或團體提出計畫，經主管機關核准後，採取適當之修復或再利用方式。所在地直轄市、縣(市)主管機關於必要時得輔助之。(第 2 項)聚落建築群修復

畫，或依都市計畫法等土地使用計畫法規劃定特定專用區，始得為明確之規定。



二、保存及再發展計畫

依文化資產保存法第 40 條 1 項前段：「為維護聚落建築群並保全其環境景觀，主管機關應訂定聚落建築群之保存及再發展計畫……」，其目的在於考量聚落建築群之保存之特性，非如古蹟或歷史建築之單點式保存僅就其建造物本體之歷史、文化、藝術價值為考量並予以保存即可；聚落建築群之歷史文化價值係建立於整體建造物群之共同特質，以及聚落範圍內之空間配置所展現之歷史脈絡，甚至與周邊景觀環境之調和，而需要透過整體性之計畫確定保存之強度與實際管制措施。因此，聚落建築群經登錄後雖已發生文資法上相關保存及保管維護義務，但其實際內容仍有待保存及再發展計畫為具體規制。

保存及再發展計畫訂定程序之開啟，依文資法第 40 條 1 項規定應於聚落建築群為登錄決定後為之，並依同條第 3 項規定擬定過程中應召開公聽會並與當地居民協商溝通²⁵。其程序之開啟上，於 2016 年修法前因法條係規定「得」訂定聚落建築群之保存及再發展計畫，因而引發主管機關是否於登錄後有訂定該計畫之義務，以及未訂定該計畫之前提下，前述保存及保管維護義務之具體內容為何且如何為管制之爭議；而於 2016 年修法為「應」訂定後，此爭議應大致獲得解決。但在保存及再發展計畫應有之內容方面，因文資法與其施行細則等相關法規皆無對此有所規定，因而有所爭議。雖就文資法相關之保存及保管維護義務以及第 4 條 1 項「為維護聚落建築群並保全其環境景觀」之目的，仍得大致推敲出其應有內涵，但具體應有內容則恐怕仍待修法為明確規定。

及再利用辦理事項、方式、程序、相關人員資格及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」
²⁵ 文化資產保存法第 40 條：「(第 1 項) 為維護聚落建築群並保全其環境景觀，主管機關應訂定聚落建築群之保存及再發展計畫後，並得就其建築形式與都市景觀制定維護方針，依區域計畫法、都市計畫法或國家公園法等有關規定，編定、劃定或變更為特定專用區。(第 2 項) 前項編定、劃定或變更之特定專用區之風貌管理，主管機關得採取必要之獎勵或補助措施。(第 3 項) 第一項保存及再發展計畫之擬定，應召開公聽會，並與當地居民協商溝通後為之。」



參、其他計畫法制之連結

文化資產保存法第 40 條 1 項除於前段規定應訂定保存及再發展計畫外，亦規定「得就其建築形式與都市景觀制定維護方針，依區域計畫法、都市計畫法或國家公園法等有關規定，編定、劃定或變更為特定專用區」。

其目的在於考量聚落建築群為區域式保存，除建築樣式外其範圍內部之土地使用分區、街廓、街道等亦為保存之標的，因而有透過相關土地使用分區之計畫法制予以規制之必要性。此外，文資法第 42 條就區域式保存之情況，對建築物新建、改建以及範圍內各開發或影響現貌之行為有所限制，並透過許可制予以管理²⁶。惟該條之適用上，仍以「古蹟、歷史建築或紀念建築保存用地或保存區、其他使用用地或分區及特定專用區內」為前提要件，於聚落建築群之情況即有先透過相關計畫法規劃定「特定專用區」後始能適用。因此，雖文資法第 40 條 1 項後段僅規定「得」劃定特定專用區，但為求聚落建築群區域式保存之功能完整性，實際上仍有與相關計畫法制連結之必要性。

²⁶ 文化資產保存法第 42 條：「(第 1 項) 依第三十九條及第四十條規定劃設之古蹟、歷史建築或紀念建築保存用地或保存區、其他使用用地或分區及特定專用區內，關於下列事項之申請，應經目的事業主管機關核准：一、建築物與其他工作物之新建、增建、改建、修繕、遷移、拆除或其他外形及色彩之變更。二、宅地之形成、土地之開墾、道路之整修、拓寬及其他土地形狀之變更。三、竹木採伐及土石之採取。四、廣告物之設置。(第 2 項) 目的事業主管機關為審查前項之申請，應會同主管機關為之。」



第三節 小結

本文於本章中首先就聚落建築群之意義與特性為探討，而後就聚落建築群之相關法制為簡要之爬梳與說明，試圖就該事務領域之特性以及其相關法制度與程序面之結構，提供本文後續對聚落建築群相關制度在民眾參與之需求及現行法制檢討之參考依據。

就聚落建築群之意義方面，文化資產保存法雖參考各國際公約之論述，而以「建築式樣、風格特殊或與景觀協調，而具有歷史、藝術或科學價值之建造物群或街區。」為敘述式之定義，但實際解釋上仍具有不確定性與主觀性。在聚落建築群保存之特性方面，文化資產保存法對聚落建築群之管制強度較古蹟為低，但因其為區域式保存並且有調適聚落生活至現代生活與永續發展之動態保存特性，其利害關係複雜程度以及尋求共識之需求，亦較傳統單點式保存（古蹟、歷史建築等）為高；在民眾參與之需求與程序設計上，即可能有不同考量。而在保存法制與程序上，文化資產保存法係採取先為聚落建築群登錄後始為保存及再發展計畫訂定之多階段程序設計，並且保留與其他計畫法歸為連結之可能性。關於聚落建築群保存法制因其特性與程序設計，而對民眾參與之需求與設計有如何之影響，本文則於後續章節進一步予以探討。





第三章 民眾參與之基礎理論

第一節 民眾參與之意義

壹、概念與名詞辨義

「民眾參與」泛指人民對國家或地方自治團體等高權決策形成過程的參與，在概念內涵甚至用語常隨各研究領域觀察角度不同，而被賦予不盡相同的意義與名詞。依「公共行政辭典」之說明，則將其定義為「政策形成、方案執行及行政決策過程中民眾的直接涉入」²⁷。此外，亦有多位學者從不同觀點對民眾參與提出定義，如 Arnstein 從權力分配觀點認為「民眾參與是權力的再分配，藉此使目前在政治經濟決策過程中被排除而無法掌握權力的民眾，其意見在未來能有計畫地被納入考慮中」²⁸；由決策參與觀點出發的 Glass 定義為「提供民眾參加政府決策或規劃過程的機會」²⁹；強調直接參與及政府回應的 Garson & Williams 定義為「方案的執行與管理上，由政府提供更多施政回饋管道回應民意，並使民眾得以更直接方式參與公共事務」³⁰；強調程序提供與影響決策能力的 Creighton 定義為「泛指一般公眾或機構組織參與有關政府決策的一系列程序，且該參與過程在未來決策中須某程度被諮商和納入考量」³¹；以及強調多方意見交換的 Renn, Webler & Wiedemann 則定義為「提供意見交換的論壇，目的在集合政府、民眾、權益關係人、利益團體或業者等，針對某特殊問題或決策進行溝通」³²。由以上學說可發現，雖不同學者間因切

²⁷ RALPH C. CHANDLER & JACK C. PLANO, *THE PUBLIC ADMINISTRATION DICTIONARY*, 175 (2d Ed, 1988).

²⁸ Sherry R. Arnstein, *A Ladder Of Citizen Participation*, 35(4) *J. Am. Inst. Plann.* 216, 216 (1969).

²⁹ James J. Glass, *Citizen participation in planning: the relationship between objectives and techniques*, 45(2) *J. AM. PLANN. ASSOC.* 180, 180 (1979).

³⁰ G. D. Garson & J. O. Williams, *Public Administration: Concepts, Readings, Skills* (1982), 轉引自鄭羽婷 (2005), 〈非政府組織參與河川保育決策之研究〉, 政治大學地政研究所碩士論文, 頁 2-3。

³¹ James L. Creighton, *The Public Involvement Manual* (1981), 轉引自鄭羽婷 (2005), 〈非政府組織參與河川保育決策之研究〉, 政治大學地政研究所碩士論文, 頁 2-3。

³² Ortwin Renn, Thomas Webler & Peter Wiedemann, *A Need for Discourse on Citizen Participation: Objectives and Structure of the Book*, in: *Fairness and Competence in Citizen Participation 2* (Ortwin Renn, Thomas Webler & Peter Wiedemann Eds., 1995).

人角度不同而在定義上略有不同，但大致上仍將民眾參與界定在，國家於決策過程中提供人民得以行動影響最終決定的機會。



而民眾參與之概念則起源於古典民主理論中「政治參與」(political participation)，兩者雖在指涉個人或組織參與政府公共事務上概念相近，惟進一步細究其性質，仍有所不同³³。「政治參與」通常指一般民眾直接或試圖影響政府行動或人事選擇之行為，包含選舉、遊說、參與座談會、示威或抗議等，且不論其結果、組織型態、合法與否、出於偶發或繼續性，只要試圖影響公共事務之執行、公共政策之決定或政府官員之選定，皆屬於政治參與的範疇。相對地，「民眾參與」所指涉之範圍較小，較偏向特定公共事務、遵循合法參與途徑、較少涉及政治性活動(如示威抗議)³⁴。而就「國民意志的形成程序」與「國家意志形成程序」的區分而言，國民意志有其獨立性，國民係藉其政治自由來參與、影響全體國民意志的形成，進而形塑、影響政治意見試圖影響國家決定；民眾參與則是私人對國家意志形成程序 (Staatswillensbildungsprozeß) 的影響，使一般民眾得以直接參與政府機關做成公權力決定的過程³⁵。並且在此區分下，民眾參與和選舉、不斷地自由參與形成全體國民意志，共同構成國民參與國家事務之三部曲³⁶。因此，應可再進一步確定民眾參與之內涵：在對象上係針對特定具體的政府決策；在主體上則係個別人民或團體以自己作為參與主體，而非藉由政治活動形塑集體意志；在方式上則係藉由決策過程所賦予的制度化管道，在法制度下直接影響政府決策，而相對於在制度外以間接方

³³ 李麗霞 (1987)，〈政策過程中民眾參與之角色——以杜邦事件為個案分析〉，中興大學公共政策研究所碩士論文，頁 6。

³⁴ GOODIN, ROBERT E. & KLINGEMANN, HANS-DIETER, A NEW HANDBOOK OF POLITICAL SCIENCE, OXFORD, 332-33 (1998). 轉引自：徐之道 (2005)，〈環境影響評估法中之民眾參與〉，中正大學法律學研究所碩士論文，頁 7。

³⁵ 陳愛娥 (1999)，〈代議民主體制是民主原則的不完美形式？——加強、補充代議民主體制的可能途徑〉，《中央警察大學法學論集》，4 期，頁 26。

³⁶ Walter Schmitt Glaeser, ...die Antwort gibt das Volk, in: P. Badura/R. Scholz (Hsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens: FS für Peter Lerche, 1993, S. 320; Ulrich Karpen, Plebisitäre Elemente in der repräsentativen Demokratie, JA 1993, S. 112; Otto Depenheuer, Burgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55/1996, S. 120. 轉引自：陳愛娥 (1999)，〈代議民主體制是民主原則的不完美形式？——加強、補充代議民主體制的可能途徑〉，《中央警察大學法學論集》，4 期，頁 26。



式試圖對政府決策予以事實上的影響。

在名詞方面則如前所述，在各領域間常因不同觀察角度使用不同用語，而略顯紛雜。如英語文獻中常使用者，即有民眾參與(citizen participation)、民眾涉入(citizen involvement)、民眾行動(citizen action)、公眾參與(public participation)、公眾涉入(public involvement)、社區涉入(community involvement)等用語³⁷。就字面而言，差異主要在於主體指涉範圍(民眾／公眾／社區)，以及對介入決策行為的描述(參與／涉入／行動)。因此亦有學者認為，前述名詞間僅為語意上的混淆，所指涉內涵並無明顯差異³⁸。

而德國學界多使用之用語，為人民參與或公眾參與(Bürgerbeteiligung; Öffentlichkeitsbeteiligung)，且亦有定義上之差異與應使用何者為是之爭論³⁹。其中學者 Ziekow 使用人民參與一詞，並定義為人民透過任何形式參與國家或地方自治團體等高權主體決定過程⁴⁰；Hoffmann-Riem 及 Rubbert 則亦使用人民參與一詞，但定義上則進一步將人民再區分為利害關係人(Betroffene)、關係人(Interessierte)或熱心公益者(Engagierte)外，並將人民參與理解為由前述人員直接參與行政決定程序⁴¹；而亦有學者採取與 Hoffmann-Riem 及 Rubbert 相同之定義，但在名詞上卻選擇使用公眾參與一詞⁴²。對於人民參與或公眾參與名詞上的選擇，Ziekow 係認人民參與

³⁷ 朱斌好、韓婷婷(2007)，〈民眾參與環境影響評估因素：一行為意圖模型分析〉，《空大行政學報》，18期，頁27註3；徐之道(2005)，〈環境影響評估法中之民眾參與〉，中正大學法律學研究所碩士論文，頁6。

³⁸ JAMES L. CREIGHTON, THE PUBLIC PARTICIPATION MANUAL, 33 (1981).

³⁹ 陳信安(2015)，〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁283-284。

⁴⁰ Jan Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 1. Aufl., 2012, S. 13. 轉引自：陳信安(2015)，〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁283。

⁴¹ “Die unmittelbare Mitwirkung von Betroffenen und/oder Interessierten und Engagierten am Entscheidungsverfahren der Verwaltung.” Wolfgang Hoffmann-Riem/Susanne Rubbert, Atomrechtlicher Erörterungstermin und öffentlich: zum Verhältnis von Bürgerbeteiligung und Öffentlichkeit, 1. Aufl., 1984 S.1. 轉引自 Alexander Kurz, Juristische Aspekte der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Planung und Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben, 1. Aufl., 1991, S.11 Fn.26.

⁴² Alexander Kurz, Juristische Aspekte der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Planung und Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben, 1. Aufl., 1991, S.11.



一詞較常於德國法制中為各邦相關法規所使用；且概念上相較歐盟法常使用之公眾參與概念主要強調使人民參與各類計畫或許可行為之發布程序，人民參與除包含上述公眾參與之概念外，亦包含人民之公民投票提案、表決等相關權利，概念範疇上較為寬廣⁴³。Guckelberger 則由參與主體之觀點，認為公眾參與始能表現將一般自然人之人民外之各類利益團體或協會等組織納入決定程序之意涵，因此選擇使用公眾參與一詞⁴⁴。

於日文文獻中，則常使用「住民參加」或「市民參加」，但就兩者間是否有概念上差異，意見則相當分歧⁴⁵。而市民參加之概念在日本學界緣起於地域之住民運動，故多由地域性、地方自治觀點出發⁴⁶，使其定義亦多半局限於地方自治範疇⁴⁷。

至於國內文獻，於公共行政或政治學領域較常使用「公民參與」或「公共參與」，法學界與法規用語則多半使用「民眾參與」一詞⁴⁸。因此，為避免用語紛雜造成語意上混淆，本文除引用之原文就不同用語間有概念上差異須特別區分而使用原作者用語外，原則上皆使用國內法規慣用之「民眾參與」一詞。且民眾概念上如前述，泛指一般人民或團體，不特別以利害關係人與否或地域性加以限制。

⁴³ Jan Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie*, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 1 Aufl., 2012, S. 13. 轉引自：陳信安(2015)，〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁284。

⁴⁴ Annette Guckelberger, *Formen von Öffentlichkeit und Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltverwaltungsrecht*, *VerwArch*, 2012, S. 34. 轉引自：陳信安(2015)，〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁284-285。

⁴⁵ 有區分「市民參加」對象為自發性之一般人、「住民參加」對象為特定事業中利害關係人者，參考阿部齊、大久保浩生、宮本勝美(編)(1994)，《地方自治の現代用語》，頁150、161東京：學陽書房；有認「住民參加」與「市民參加」分別對應至英文「citizen participation」與「public participation」者，參考中村英夫(編)(1994)，《都市と環境》，頁466，東京：ぎょうせい；亦有不特別區分者，參考小高剛(1983)，《住民參加手續の法理》，頁139，東京：有斐閣。

⁴⁶ 劉義祥(2005)，〈市民參加原則之理論與實踐〉，臺北大學法律學系研究所碩士論文，頁15、38。

⁴⁷ 黃三榮(2001)，〈論環境影響評估法中之民眾參與〉，《律師雜誌》，260期，頁30。

⁴⁸ 如國土計畫法第6條10款：「國土規劃應力求民眾參與多元化及資訊公開化」、海岸管理法第7條9款：「建立海岸規劃決策之民眾參與制度，以提升海岸保護管理績效」、濕地保育法第10條4項：「重要濕地之評選、分級、變更及廢止範圍劃定與變更之原則標準、民眾參與及意見處理等事項之辦法，由中央主管機關定之」等；但亦有使用「公民參與」之例（全民健康保險法第5條2項：「……於審議、協議重要事項前，應先蒐集民意，必要時，並得辦理相關之公民參與活動……」）。



貳、民眾參與之型態

在民眾參與的概念下，仍可能從各觀點與以更精細的區分，其重要性在於能在法制化的過程中作為理論依據或制度設計上的指導原則。其中，最主要的區分標準為 1. 參與主體、2. 參與影響力，以下分別敘述之。

一、以參與主體為區分

在參與者的範圍方面，首先應將民眾參與以及公益主體（Träger öffentlicher Belage）依法律規定參與行政程序之情形為區別⁴⁹。公益主體係指「1. 行政機關及 2. 依法令規定負有公共任務但非功能意義下行政機關之其他單位」⁵⁰，其參與行政程序之主要理由，在於集中事權之制度設計下，補償公益主體對本屬職權範圍之案件因而喪失之管轄權⁵¹。其與無涉管轄權與公共任務之一般民眾透過制度上之參與試圖影響國家決策之概念有別，因此不在民眾參與之討論中。

而在民眾參與之概念下以參與者的資格為區分標準，可大致分為「涉及個人利害關係之參與」及「非涉及個人利害關係之參與」兩類⁵²。前者如行政程序法第 102 條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，.....應給予該處分相對人陳述意見之機會。.....」或同法 61 條規定：「當事人於聽證時，得陳述意見、提出證據，經主持人同意後並得對機關指定之人員、證人、鑑定人、其他當事

⁴⁹ 陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50 期，頁 286-287。

⁵⁰ 傅玲靜（2004），〈由行政之參與論於許可程序中迅速原則之實現——以德國聯邦行政程序法為中心〉，《中原財經法學》，13 期，頁 26-29。

⁵¹ 因加速行政程序之需要，將本屬各主管機關或其他公益主體管轄之許可程序，透過特別法規集中由某一機關行使許可權，此時即透過通知、協力、共同決定等方式使喪失管轄權之公益主體得以參與行政程序，並提供許可機關所需之專業知識；傅玲靜（2004），〈由行政之參與論於許可程序中迅速原則之實現——以德國聯邦行政程序法為中心〉，《中原財經法學》，13 期，頁 29-31。

⁵² Ingo von Münch, *Staatrecht*, Bd. 1 5A Aufl., 1993, Rn. 129. 轉引自：陳愛娥（1998），〈民眾參與的理念與實際——以民眾參與「水庫集水區」的管理為例〉，《中央警察大學法學論集》，3 期，頁 42；磯部 力、小早川光郎、芝池義一（2004），《行政法の新構想》，頁 291-294，東京：有斐閣。另有引介德國學說，而將涉及個人利害關係之參與主體再細分為 1. 利害關係人、2. 利益關係人以及 3. 受影響公眾；陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50 期，頁 289-297。



人或其代理人發問。」其目的在於落實對人民權利之保障，在行政程序中賦予可能因此受權益影響之人民參與機會。而基本權利之保障為實質法治國原則之重要內涵之一，因此該類型的民眾參與實際上是以法治國原則為理念依據⁵³。

至於非涉及個人利害關係之參與，例如環境影響評估法第 9 條規定：「前條有關機關或當地居民對於開發單位之說明有意見者，應於公開說明會後十五日內以書面向開發單位提出，並副知主管機關及目的事業主管機關。」、第 10 條規定：「主管機關應於公開說明會後邀集目的事業主管機關、相關機關、團體、學者、專家及居民代表界定評估範疇。」、第 12 條規定：「目的事業主管機關收到評估書初稿後三十日內，應會同主管機關、委員會委員、其他有關機關，並邀集專家、學者、團體及當地居民，進行現場勘察並舉行公聽會，於三十日內作成紀錄，送交主管機關。」。此類型民眾參與即非考量對其權利之保障，而是藉以增強行政決策之正當性⁵⁴，因而係以民主原則作為理念依據⁵⁵。

對此兩種民眾參與類型為區分之實益，在於 1. 參與主體範圍：在考量權利保護之情形時，參與主體之資格限定於公法上權利因該行政決策而可能影響之人民始具有參與權，以避免因參與主體範圍過廣而「稀釋」利害關係人的權利保護；而基於民主原則之參與則無此資格限制，且考量民主正當性之基礎，原則上參與主體範圍應盡量擴大⁵⁶。2. 參與程序設計：因兩者之理念依據與制度目的皆不同，作為實現目的手段之參與方式也有所不同，以避免混淆目的或有害於目的之達成⁵⁷。3. 違反程序之救濟途徑：前者之參與權係基於權利保護，若在程序未踐行時，應基於

⁵³ 陳愛娥（1998），〈民眾參與的理念與實際——以民眾參與「水庫集水區」的管理為例〉，《中央警察大學法學論集》，3 期，頁 43。

⁵⁴ 葉俊榮（2010），〈環境影響評估的公共參與——法規範的要求與現實的考慮〉，氏著，《環境政策與法律》，2 版，頁 203，台北：元照。

⁵⁵ 陳愛娥（1998），〈民眾參與的理念與實際——以民眾參與「水庫集水區」的管理為例〉，《中央警察大學法學論集》，3 期，頁 43。

⁵⁶ 但仍然可能基於行政效率、參與功能等考量，而對參與主體範圍有所限縮。

⁵⁷ 陳愛娥（1998），〈民眾參與的理念與實際——以民眾參與「水庫集水區」的管理為例〉，《中央警察大學法學論集》，3 期，頁 43。



給予救濟管道以維護其權力之完整性；後者之參與則非涉及其主觀權利，因此非必然給予救濟管道，而可能以其他監督機制確保法規意旨之落實⁵⁸。

二、以參與影響力為區分

以民眾參與之結果對行政決策之影響力而言，可大致區分為消極參與、參與影響以及參與決定⁵⁹。其中消極參與指卷宗閱覽、請求資訊公開等獲得資訊的手段，此種消極獲得資訊的形式是否屬於民眾參與概念之範圍有所疑問，但仍有學說認為亦屬於最廣義之民眾參與形式之一⁶⁰。其主要功能在藉由資訊的流通，有助於實現有效、有意義的民眾參與，也有助於建立政府機關與人民間的互信基礎，而排除參與的阻礙。此外，從監督的角度而言，此種資訊的公開也有助於提升政府機關之透明度，而產生監督的效果。

而參與影響則指參與結果對行政決策的作成具有影響力，甚至政府機關於作成決定時有回應之義務，但尚未具有法律上拘束力之手段，如陳述意見、聽證、公聽會、諮詢委員會等。影響力最強之類型則為參與決定，指民眾參與之結果對行政決策的作成具有法拘束性，如決策委員會、行政複決等。主要區別實益在於後者使民眾參與除作為決定作成的協力角色外，更進一步分享政府機關作成決定之權限，對於權力分立、責任政治等原則之衝擊較大，在憲法容許性上恐怕較有疑問⁶¹。

⁵⁸ 徐之道（2005），〈環境影響評估法中之民眾參與〉，中正大學法律學研究所碩士論文，頁 14。

⁵⁹ 許辰舟（2000），〈行政決策中的人民參與——參與模型的建構〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 41。亦有學者依民眾參與影響力之強弱，發展出民眾參與之階梯模型（由弱至強）：完全無參與（政府操控→矯正）、象徵式的參與（告知→諮詢→安撫）、公民權力（合作→授權→民眾控制），參見 Sherry R. Arnstein, *A Ladder Of Citizen Participation*, 35(4) J. Am. Inst. Plann. 216, 216-17 (1969)；或由弱至強分類為：陳述意見、聽證、參與決定、公民投票，參見許宗力（2007），〈行政程序的透明與集中化〉，氏著，《憲法與法治國行政》，2 版，頁 384-390，台北：元照。

⁶⁰ Walter Schmitt-Glaeser, *Partizipation an Verwaltungsentscheidung*, VVDStRL 31, 1973, S. 201 ff. 轉引自：許辰舟（2000），〈行政決策中的人民參與——參與模型的建構〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 41。

⁶¹ 許辰舟（2000），〈行政決策中的人民參與——參與模型的建構〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 63-68；陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50 期，頁 287。



第二節 民眾參與之憲法依據與限制

如前所述，民眾參與大致上依「涉及個人利害關係」及「非涉及個人利害關係」之分類而有不同之憲法依據。前者主要係基於個人權利保護之目的，使利害關係人得藉由參與程序防衛自身權益，因而與法治國原則下保障個人基本權利之理論有關。後者則是藉由非關個人利害關係之一般人參加，使程序增加開放與透明性，並試圖藉由多元意見之影響，促使政府機關在具體個案中回應民意，因此與民主國原則有所關聯。

而民眾參與的憲法上依據，除得以作為法制化過程中正當性來源並大致勾勒出適用範圍與侷限之外，在具體制度設計上也具有導引作用。本節將分別針對「法治國原則下的權利保護觀點」以及「民主國原則下之民主正當性觀點」，進一步討論其理論基礎。

壹、法治國原則下之基本權利保障觀點

在法治國原則之下，基本權利的保護不僅作為其中要素之一，更是整個法治國原則的終極目標。於是，在基本權保障、權利救濟與依法行政等原則中，共同構築出人民基本權利與國家公權力行使之互動關係，並且成為法治國原則中的核心部分。

而關於程序與基本權利保障之關係，我國憲法中除第 8 條之人身自由權與第 16 條之訴訟權外，並無明文規定。因此人民除人身自由及訴訟權外之其他權利，其程序保障主要係透過大法官解釋，不斷引介德國法上之「基本權之程序保障功能」以及源自英美法之「正當法律程序」作為立論基礎。以下，即分別就兩者之概念內涵、適用範圍與侷限以及在我國法上之發展為討論。



一、基本權之程序保障功能

(一) 概念內涵

基本權利理論最初係為防禦國家權力對人民自由或財之不法侵害而發展之制度，因此傳統上將其等同於對抗國家之主觀公法上防禦權，其創設個人主觀公法上權利，使人民被賦予請求國家不作為之權利，以保障人民所擁有免受國家干涉之自我決定與發展空間⁶²。但隨時代變遷，個人生活無法藉由自給自足或小規模之社會運作為保障，而有賴於國家之給付或調和利益來確保。因此個人基本權利的保障，僅透過消極防禦面向之防禦功能即不足以充分保障，而發展出與防禦功能同為主觀面向之給付功能，甚至近一步逐漸發展出包含組織與程序保障功能、客觀價值秩序功能、國家保護義務功能等客觀面向之功能⁶³。

現代基本權利學說則認為，個人應擁有者並非僅止於憲法形式上之權利，而亦應擁有行使及實現基本權利所必要之環境與條件，且國家對於該環境或條件的創造負有義務⁶⁴；而個人在行使權利時亦可能與其他權利主體之基本權有所衝突，或基本權之侵害來自國家以外之第三人，此時國家亦有義務適當介入，以確保基本權利的實現。其中，基本權利之組織與程序保障功能⁶⁵，即是考量對於許多基本權利之保障或實現，除實體法之規範外還需要適當的組織或程序予以配合，因此逐漸發展出相關理論作為基本權客觀功能之一。

⁶² 蕭文生（2000），〈自程序與組織觀點論基本權利之保障〉，《憲政時代》，25卷3期，頁28-29。

⁶³ 蕭文生（2000），〈自程序與組織觀點論基本權利之保障〉，《憲政時代》，25卷3期，頁28。基本權各種功能之詳細內涵，參考許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，氏著，《憲法與法治國行政》，2版，頁183-205，台北：元照；李建良（1997），〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，9卷1期，頁43-53。

⁶⁴ 蕭文生（2000），〈自程序與組織觀點論基本權利之保障〉，《憲政時代》，25卷3期，頁28；許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，氏著，《憲法與法治國行政》，2版，頁198，台北：元照。

⁶⁵ 學說上常將程序與組織內涵合併討論而合稱「程序與組織功能」，但亦有學者認為兩者概念上仍有不同因此分別討論，如：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁490、523-524。



在德國法制發展歷程中，傳統上相較於將「正當法律程序」作為重要原則的英美法，常被認為有「重實體輕程序」之現象。但自 1970 年代起，不斷透過學說理論的發展，將程序納入基本權功能的體系中⁶⁶。其中最重要的發展契機，來自聯邦憲法法院於 1979 年作成之「Mülheim-Kärlich 核電廠裁定」⁶⁷。聯邦憲法法院在該裁定中認為：「基本權利應透過一定程序予以保障。憲法保障基本權利的意旨，不僅對於實體法之規定有所影響，同時亦及於相關程序法的規定。……立法者在其負有保護義務的某特定事務領域中，如果設定一種以民眾為中心之程序，則此項程序參與對相關當事人具有確保其基本權之作用，從而此等程序規定必須做合於（主觀）基本權利保護意旨的解釋⁶⁸」。隨著此裁定將程序與基本權之關聯從司法程序延伸至行政程序上，德國學界也加深對基本權利與程序保障間關係的注意與討論，並逐漸完備相關基本架構與體系。而發展至今，學說也普遍承認所有基本權利或多或少具有組織與程序功能之面向⁶⁹。

基本權之程序保障功能的意義，在於課與國家提供適當組織與程序之義務，以積極營造適合基本權實踐的環境，幫助人民基本權利的實現⁷⁰。因而基本權之程序保障功能，一方面是透過對分配給付之程序規定對基本權競爭或衝突關係為調和，或在傳統基本權限制上藉由程序發揮保護作用，以協助基本權利的落實；另一方面，基本權對程序法的制定也有所影響，其要求具體的程序法必須以促進基本權的保障或實現為目的，內容也應符合保障或實現基本權利之意旨；甚至，在程序法之解釋與具體適用上，也應透過合憲性解釋作為導引，確保程序法有助於基本權利的保障或實現⁷¹。具體而言，其要求程序法應賦予當事人最基本參與程序之權利（如

⁶⁶ 詳細理論發展過程與各家學說，參考李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 485-510。

⁶⁷ BVerfGE 53, 30 ff., 69 ff.

⁶⁸ BVerfGE 53, 30, 65 f. 轉引自：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 488。

⁶⁹ 李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 488-489。

⁷⁰ 許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，氏著，《憲法與法治國行政》，2 版，頁 198，台北：元照。

⁷¹ 陳愛娥（2004），〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，



行政程序上之陳述意見或訴訟上之言詞辯論)，使其得以透過程序的參與，表達意見促使決定機關注意，並確保機關為決定時就當事人權益有充分考量，以保障其基本權利⁷²。

（二）適用範圍與理論侷限

1. 適用範圍

在各種基本權利中，除本身即以程序為內涵之權利（如訴訟權）而被稱為「程序基本權」，被認為得以獨自作為基本權利存在之外⁷³；實體基本權則需要透過「基本權之程序保障功能」理論，以其本身亦具有該客觀功能來推導出相關程序要求⁷⁴。亦即，在實體基本權的情況，基本權之程序保障僅作為客觀功能存在，國家機關未遵守相關程序而導致人民權利受影響時，人民不得直接援引「程序權」為主張，但仍得本於其實體權利未受程序保障為請求救濟之理由。

而基本權利之程序保障功能與基本間的關係，雖現今學說普遍肯認所有基本權利或多或少皆具有該客觀功能，對於個別基本權利與程序保障功能間確切的關連性與類型化則有不同說法⁷⁵。但就程序保障功能之目的，則可大致分類為積極與

頁 382；蕭文生（2000），〈自程序與組織觀點論基本權利之保障〉，《憲政時代》，25 卷 3 期，頁 32-33；許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，氏著，《憲法與法治國行政》，2 版，頁 199-200，台北：元照；張嘉尹（2010），〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，185 期，頁 23。

⁷² 蕭文生（2000），〈自程序與組織觀點論基本權利之保障〉，《憲政時代》，25 卷 3 期，頁 32-33；陳愛娥（2004），〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，頁 382-383。

⁷³ 或稱「狹義的程序基本權」，李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 514-515。亦有學者認為，得將個別基本權利中的程序保障功能，抽離並統整為整體概念，而援引憲法 22 條未列舉基本權之規定作為權利依據，氏亦將其稱為「程序基本權」，參考李震山（2003），〈論「程序基本權」之建構與落實——幾個行政程序法適用問題之探討〉，社團法人台灣行政法學會（編），《行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟》，頁 68-70，台北：元照。另有學說嘗試將此客觀功能與主觀權利結合，建構出「廣義的程序基本權」，參考 Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 1997, S. 324，轉引自：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 516-517。

⁷⁴ 許宗力（2007），〈基本權程序保障功能的最新發展〉，氏著，《法與國家權利（二）》，頁 249-251，台北：元照；李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 516。

⁷⁵ 各種主要學說上分類，參考李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論



消極面向，前者在於積極營造使人民基本權得以落實之環境，後者則在於消極避免人民實體權利侵害的發生⁷⁶。

積極面向之程序保障，主要發揮在依賴組織程序始得實現的基本權利（如廣播電視自由或學術自由），或作為基本權衝突的調解機制。在資源有限或價值多元的社會，單純的行為規範可能有難以確定實質標準的困境，此時多數相同基本權利主體之間的競爭與合作關係，必須透過分配程序與意思形成程序，始能調和其利益⁷⁷。藉由事前程序，可確保參與者之溝通並適度調和對立、衝突的意見，具有預防及調解不同權利主體間基本權利衝突的功能⁷⁸。而程序作為實現基本權利或調和基本權衝突的機制，並非僅作用在給付行政的領域，亦可能透過程序的運作，具體化並平衡立法者在價值開放或利害關係複雜時在法律中所使用的不確定法律概念⁷⁹。

在消極面向，則是藉由事前的程序保障來防止或至少降低基本權受侵害的可能性，此時程序本身對於基本權能產生輔助、保護的作用。因此，概念上與英美法中的「正當法律程序」非常相似⁸⁰。理論上，各種基本權利無論偏向防禦性質或偏向給付性質，都具有此種消極面向的程序保障功能⁸¹。當事人能透過適當的程序參與，表達個人意見與利害關係而促使決定機關注意並予以考量，以保障自身權益；

的借鑑與反思》，《憲政時代》，29卷4期，頁497-511。

⁷⁶ 許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，氏著，《憲法與法治國行政》，2版，頁198-200，台北：元照。

⁷⁷ Gabriele Britz, Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch „grundrechtliches Vorverfahren“, *Der Staat* 42 (2006), S.35 ff. 轉引自：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁529；蕭文生（2000），〈自程序與組織觀點論基本權利之保障〉，《憲政時代》，25卷3期，頁46-47。

⁷⁸ 李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁496-497。

⁷⁹ 李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁529。

⁸⁰ 許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，氏著，《憲法與法治國行政》，2版，頁201，台北：元照；李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁527-528；蕭文生（2000），〈自程序與組織觀點論基本權利之保障〉，《憲政時代》，25卷3期，頁48-49。

⁸¹ 許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，氏著，《憲法與法治國行政》，2版，頁200，台北：元照；李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁517-518。

另一方面，也可能透過程序的參與更加瞭解行政決定過程，而有助於事後權利救濟程序中適當主張權利⁸²。另外，程序保障在消極防禦面向上，對於前述將不確定法律概念具體化之的功能同樣存在。此時程序本身並非對於基本權之干預或限制，而是作為基本權限制具體化的媒介，當立法機關使用「需要填充的體法規範」為基本權限制時，必須輔以一定形式化且可供司法審查的程序，以確保重要的決定要素得以被檢驗，並達到規範的目的⁸³。

2. 理論侷限

(1) 須依附實體基本權利

如前述，除某些本身即以程序為內涵之程序基本權，得以單獨作為基本權利並予以主張外；基本權利之程序保障功能，性質上僅為基本權客觀功能之一，因而必須依附實體基本權存在。並且，於該等程序上權利受侵害時，亦僅得本於其實體權利未受程序保障作為請求救濟之理由⁸⁴。若非憲法上所明文列舉之基本權利，則必須先通過憲法第 22 條基本權概括條款之檢驗，始得作為憲法所承認之基本權利，進而主張其具有程序保障之基本權功能。此時，為避免過度承認基本權利反造成基本權保護之稀釋，必須經過詳細論證並設定出明確標準，以確認其具有基本權利品質，而受憲法保障⁸⁵。因此，許多內涵和範圍仍不明確之「新興權利」，即可能無法通過檢驗使其作為憲法保障之基本權利，而無法主張程序保障功能。

此外，因程序保障功能必須依附實體基本權為主張，在非涉及個人利害關係之

⁸² 陳愛娥（2004），〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，頁 382。

⁸³ BVerfGE 53, 303 (341); 53, 30 (65). 轉引自：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 518-519。

⁸⁴ 李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 516。

⁸⁵ 李震山（2007），〈第一章：憲法未列舉權保障之多元面貌——以憲法第二十二條為中心〉，氏著，《多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心》，2 版，頁 39-40，台北：元照。



民眾參與的情況，因參與者無主觀上權利受影響之虞，程序保障功能即無從作為此類型民眾參與之憲法依據。

(2) 核心領域難以確定

基本權利之程序保障功能課與國家提供適當程序的義務，但具體而言，立法者應作成如何之特定程序規範始為適當，而足以發揮保障或促進基本權之功用，仍難有確切標準。首先，必須界定程序規範之「核心領域」，立法者對此種保障基本權所必要之程序內容，負有必須制定的義務；其餘非核心領域部分，則屬立法裁量之範圍⁸⁶。而對於核心領域之界定，學說見解有所歧異，但大致可分為直接探求核心領域之內涵，並列舉各種基本程序保障之「內部理論」⁸⁷，與透過利益衡量，以比例原則為基準界定核心領域之「外部理論」⁸⁸。

其中，外部理論主要適用於基本權衝突情況，認為程序保障在促進基本權功能發揮同時，若亦涉及其他人民基本權利，即有透過利益衡量予以限制之必要⁸⁹。但實際上，此界定方法仍過於籠統，導致程序保障之內涵不明確。至於內部理論，有學者列舉五種應考量之基本程序要素⁹⁰：1. 界定程序參與者範圍、2. 確保程序參與者之主體地位、3. 使所有程序參與者接受完整且充分資訊、4. 作成決定時須考量時間因素、5. 促使決定合於事理及公益取向。但實際操作上，仍難以藉此具體得出必要之程序內容，僅能得出大致原則而已。

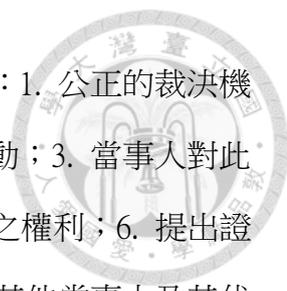
⁸⁶ BVerfGE 60, 253 (295), 63, 131 (144); Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 1997, S. 326. 轉引自：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁521、522。

⁸⁷ BVerfGE 84, 34 (46 f.); 84, 59 (72 f.). 轉引自：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁521。

⁸⁸ BVerfGE 60, 253 (295); 63, 131 (144). 轉引自：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁522。

⁸⁹ 李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁522。

⁹⁰ Denninger, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. V, § 113 Rn.29-36. 轉引自：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁521。



關於程序保障之各具體內涵，亦有學說將其明確列舉如下⁹¹：1. 公正的裁決機關，必要時組成多元委員會；2. 預先告知擬採取對其不利的行動；3. 當事人對此有陳述意見機會；4. 閱覽卷宗權利；5. 請求召開、參與公聽會之權利；6. 提出證據及要求傳喚證人之權利；7. 對機關指定人員、證人、鑑定人、其他當事人及其代理人詢問之權利；8. 請求依證據裁決之權利；9. 聘請代理人或輔佐人之權利；10. 所作成裁決須附理由；11. 參與決定之權利；12. 請求舉辦、參與公民投票之權利。並認為，應在具體個案中考量涉及基本權的種類、基本權侵害的強弱、侵害範圍的大小、造成實害風險的大小、行政自主決定權的大小等因素，將上述程序內涵為排列組合⁹²。惟透過此種判斷標準的操作，在個案認定上仍然有相當的不確定性。

（三）我國法上發展

實務見解對於基本權利之程序保障功能的概念，最早出現於大法官釋字第 364 號解釋。大法官於該號解釋之解釋文中所述：「為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，.....並均應以法律定之。」被學者認為，係為保障由言論自由所衍伸之廣播電視自由權，課與國家積極形成組織與程序已達到公平合理分配電波之目的，因此涉及基本權之程序保障功能之意涵⁹³。尤其解釋理由書所提到：「廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。」更是進一步闡述程序提供與促進、保障基本權利（廣播電視權）之間的關聯性。

但相對僅提出程序性要求但未清楚說明規範基礎之數號解釋，釋字第 488 號

⁹¹ 許宗力（2007），〈基本權程序保障功能的最新發展〉，氏著，《法與國家權利（二）》，頁 252-253，台北：元照。

⁹² 許宗力（2007），〈基本權程序保障功能的最新發展〉，氏著，《法與國家權利（二）》，頁 253，台北：元照。

⁹³ 許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，氏著，《憲法與法治國行政》，2 版，頁 196-197，台北：元照；張嘉尹（2010），〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，185 期，頁 27。



解釋則被學者認為是正式確立基本權具有程序保障功能之解釋⁹⁴。其解釋文中所述：「惟基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨」及理由書中「惟基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護基本權利之意旨；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵行之程序作必要之規範。」則明白指出基本權利不僅對於實體法有所拘束，同時也拘束實施實體內容之程序，因而承認程序保障功能之憲法依據得來自實體基本權利的保障意旨⁹⁵。

惟後續解釋中，大法官通常直接以「正當法律程序」之概念及用語作為論理依據，要求「所踐行之程序並應合理、正當」，但在論述上，並非直接揚棄基本權利之程序保障功能之理論。並且，在我國憲法未有明文正當法律程序之情況下，在大法官相關論述中兩者間反而有一定互相補充的現象。詳細將於下段為討論。

二、正當法律程序

（一）概念內涵

正當法律程序（due process of law）係發源自英美法之概念，要求國家權力為限制人民權利之行為時，必須經過適當的法定程序始得為之。其理念可追溯至英國大憲章第 39 章國王關於不任意拘捕之承諾⁹⁶，而後美國憲法制定時則受此概念之影響，將正當法律程序明定於憲法條文之中。美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定：

⁹⁴ 許宗力（2007），〈基本權程序保障功能的最新發展〉，氏著，《法與國家權利（二）》，頁 250，台北：元照。

⁹⁵ 許宗力（2007），〈基本權程序保障功能的最新發展〉，氏著，《法與國家權利（二）》，頁 250-251，台北：元照；張嘉尹（2010），〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，185 期，頁 28。

⁹⁶ “No free man shall be taken or imprisoned or disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.” 轉引自：湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 169，台北：元照。



「任何人…非經正當法律程序，不應受生命、自由或財產之剝奪」以及增修條文第 14 條 1 項規定：「…任何州非經正當法律程序，不得剝奪任何人之生命、自由或財產」，則被通稱為「正當程序條款」。

前述正當程序條款，依其文義所指稱之「正當法律程序」似僅限於立法者所制定之法定程序事項。但美國聯邦最高法院則透過體系解釋，使適用範圍除立法機關外亦同時拘束司法與行政機關，並認為不得任由立法者僅依其意志即得規定何謂「正當程序」⁹⁷。因而在此理解下，正當程序條款之意涵，即在於保障人民生命、自由與財產，免於國家權力（含立法、行政及司法）恣意且不合理之侵害。

同時，美國實務上對正當法律程序，亦逐漸發展出「程序上正當程序」及「實體上正當程序」之區分，使正當法律程序節制政府權力之內涵，不僅具有程序面向亦同時具有實體面向。「程序上正當程序」是針對政府限制人民生命、自由或財產時，應踐行何等程序始為正當之問題。審查上，美國聯邦最高法院則發展出「二元分析模式」⁹⁸：首先為定義階段，先界定系爭案件中利益是否為正當程序條款中之「生命、自由或財產」等範疇，以決定是否有正當法律程序之適用；其次則為衡量階段，在系爭案件適用正當法律程序之前提下，判斷以何種程序為剝奪或限制始為正當⁹⁹。「實體上正當程序」則是針對政府行為之實質內容是否合理正當的問題，其要求法律須為達成目的之合理手段，且須為對人民權利限制最少者¹⁰⁰，而亦要求法律之內容須明確使人民得以知悉¹⁰¹。

⁹⁷ *Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co.* 59 U.S. (18 How.) 272, 276 (1856). 轉引自：湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 169-170，台北：元照。

⁹⁸ *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Perry v. Sindermann*, 409 U.S. 593 (1972). 轉引自：湯德宗（1985），〈論美國公務員不受恣意免職之保障〉，《政大法學評論》，32 期，頁 273-278。

⁹⁹ Karen H. Flax, *Liberty, Property, and the Burger Court: the Entitlement Doctrine in Transition*, 60 *TUL. L. REV.* 889, 891 (1986). 轉引自：許宏達（2016），〈環境風險管制下民眾參與制度之法制研究——以環境災害敏感區為中心〉，國立中正大學法律學研究所博士論文，頁 69。

¹⁰⁰ *City of New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976); *Regents of the University of Michigan v. Ewing*, 474 U.S. 214, 225 (1985); *Price v. Hecker*, 733 F. 2d 699 (9th Cir. 1984). 轉引自：湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 172，台北：元照。

¹⁰¹ *Bell v. Arlington County, Va.*, 673 F. Supp. 767 (1987). 轉引自：湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 172，台北：元照。



綜上所述，在美國法上的正當法律程序要求，在對象上及於立法、司法與行政之一切國家權力，並且兼有程序與實體面向之檢視。在行政行為方面，除對行政行為之內容要求須符合「實體上正當」之外，行政行為作成之程序亦應符合「程序上正當」之要求，而在制度設計上應制定並遵守適當之程序機制。甚至在法律未有規範之情況，仍可能引用「憲法上正當程序」之概念對行政機關之行政決定為審查，而可能要求行政機關採取法無明文之正當程序¹⁰²。

（二）我國法上發展

1. 憲法上依據

我國憲法中，並未如美國憲法一樣明文規定「正當程序條款」，關於正當法律程序概念則由大法官透過憲法解釋加以引介。而「正當法律程序」一詞最早出現於司法院釋字第 396 號解釋¹⁰³，但學者多認為其概念於釋字 384 號解釋即由大法官所引用¹⁰⁴。該號解釋雖主要在說明憲法第 8 條關於人身自由保障中「依法定程序」之意義與內涵，但解釋文中認為：「…凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」以及解釋理由書之中更進一步表示：「前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容……，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。」則被眾多學者認為其概念即為美國法上之正當法律程序¹⁰⁵。

¹⁰² 郭介恆（1998），〈正當法律程序——美國法制之比較研究〉，城仲模教授六秩華誕祝壽論文集委員會（編）《憲法體制與法治行政——城仲模教授六秩華誕祝壽論文集：第二冊行政法總論》，頁 129，台北：三民；湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 173-174，台北：元照。

¹⁰³ 司法院釋字第 396 號解釋：「懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。」

¹⁰⁴ 陳愛娥（2004），〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，頁 361；湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 175，台北：元照。

¹⁰⁵ 林明鏘（1995），〈人身自由與羈押權〉，《憲政時代》，21 卷 2 期，頁 9；翁岳生（1993），〈大



而後，大法官於後續解釋中，更進一步將正當法律程序之概念，適用在除憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權以外之其他基本權利。但對於其憲法上依據，大法官則未有較明確的闡釋。就此，學說上則提出各種不同主張，其中較主要者歸納如下：

(1) 由憲法第 8 條類推至其他權利

此說認為正當法律程序之概念即蘊含在憲法第 8 條關於人身自由保障之條文中，而得由此出發於個案中依情況「類推適用」至其他權利，使憲法第 8 條承載相當美國憲法上「正當程序條款」之功能¹⁰⁶。甚至將憲法第 8 條中關於正當法律程序之意涵，抽取出來作為憲法上基本價值，而作為憲法上一般原則適用於憲法所保障之各種權利¹⁰⁷。此說優點在於以憲法第 8 條作為「正當程序條款」，而得以引介完整正當法律程序之概念，適用上也能視情況藉由類推及於各種基本權利，而較具有一般性；但缺點在於個案中如何論述「類推適用」與否之原因與範圍較有難度，且憲法第 8 條關於人身自由保障之程序規範是否足以承載「正當程序條款」亦可能有所爭論。

(2) 基本權之程序保障功能

此說則是將正當法律程序的概念，與德國法上基本權程序保障功能之理論相結合，因而得直接以各基本權利規定本身作為憲法上依據¹⁰⁸。亦即透過前述基本權之程序保障功能理論，一方面需要程序規定保障或促進基本權利之實現，另一方面

法官關於人身自由之保障的解釋》，《警大法學論集》，創刊號，頁 8；葉俊榮（2001），〈環境行政的正當法律程序〉，頁 56，台北：翰蘆；湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 173，台北：元照。轉引自：陳愛娥（2004），〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，頁 361 註 3。

¹⁰⁶ 湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 197-198，台北：元照。

¹⁰⁷ 湯德宗（2004），〈具體違憲審查與正當程序保障——大法官釋字第 535 號解釋的續構與改造〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 453-454。

¹⁰⁸ 陳愛娥（2004），〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，頁 382-383。

基本權也對程序法制有所影響，在這套對實體基本權保障之程序機制建構中，即能包含「正當法律程序」之要求。甚至有學者認為，於各基本權利都具有之程序保障功能，亦能如比例原則或平等原則一樣，被抽象為憲法上之一般原理原則為適用¹⁰⁹。此說優點在於避免如何「類推適用」之論述，而能直接以各基本權規定作為憲法上依據，在適用上也具有一般性。惟德國法上之程序保障功能與美國法上之正當法律程序，兩者在理論內涵上是否能完全等同，以及後續理論的推演是否能相容，則可能有所疑問。

(3) 程序基本權

各基本權利中有本身即以程序為內涵之基本權（如：訴訟權），稱為「程序基本權」。因此等權利之性質本身即在於提供正當之程序，應可作為引入正當法律程序概念之論理依據。但此種解釋方式僅能適用於以程序為內涵之基本權，對其他基本權利而言，則難以透過該種解釋方式為一般性的適用。

(4) 人性尊嚴

亦有學者認為，正當程序所要求之說明理由、參與、聽證等程序規定，係在保障當事人之主體性，為實現人性尊嚴之重要手段，因此得直接以人性尊嚴作為正當法律程序之憲法依據¹¹⁰。惟人性尊嚴之內涵過度抽象，以至於其內涵難以明確，即有學者認為人性尊嚴至多僅能作為指導原則，而無法作為正當法律程序之憲法依據¹¹¹。

¹⁰⁹ 李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁527-528。

¹¹⁰ 蔡志方（1993），〈從人性尊嚴之具體化，論行政程序法及行政救濟法之應有取向〉，氏著，《行政救濟與行政法學（一）》，頁377-387。轉引自：湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂2版，頁198註82，台北：元照。

¹¹¹ 葉俊榮（2001），《環境行政的正當法律程序》，頁80-81，台北：翰蘆。



2. 適用對象

大法官最初於釋字第 384 號解釋中引用正當法律程序概念時，是用以論述憲法第 8 條對人身自由保障之程序要求。而後於釋字第 396 號解釋中，除首次使用「正當法律程序」之用語外，亦將此概念適用於闡述憲法第 16 條訴訟權保障之意旨。而在憲法第 8 條人身自由權以及第 16 條訴訟權以外之權利，大法官亦於多號解釋中予以援用，如：涉及財產權之釋字第 488 號解釋、涉及服公職權之釋字第 491 號解釋、涉及一般行動自由權之釋字第 535 號解釋等¹¹²。

而從大法官解釋所針對之國家權力類型而言，除人身自由權與訴訟權主要涉及之司法程序外，亦及於行政程序（釋字第 462、591 號解釋），甚至立法權關於調查權之行使（釋字第 585、633 號解釋）。大法官於釋字第 663 號解釋與第 709 號解釋中，針對行政程序使用「正當行政程序」之用語，亦引發「正當法律程序」以及「正當行政程序」兩者間概念關係之爭議。就此，多數大法官於釋字第 709 號解釋之意見書中認為¹¹³，所謂「正當行政程序」應屬正當法律程序之下位概念，為正當行政程序適用於行政權，並用以判斷行政行為是否違反該原則之標準。

3. 正當與否之判準

大法官於個案解釋中對於是否符合正當程序之判斷，在針對司法程序時多半尊重立法者權限僅以概括方式指引制度設計上應考量因素，如：「訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定」¹¹⁴或釋字第 653 號解釋：「立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的及司法資源之有效配置等因

¹¹² 關於大法官解釋中正當法律程序所適用之基本權逐漸擴張的過程，參考湯德宗（2003），〈行政程序法論——論正當法律程序〉，增訂 2 版，頁 176-193，台北：元照；陳愛娥（2004），〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，頁 363-373。

¹¹³ 釋字第 709 號解釋，李震山大法官協同意見書、陳春生大法官協同意見書、羅昌發大法官部分協同部分不同意見書。

¹¹⁴ 釋字第 629、574、512 號解釋。



素，而就訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，以法律或法律授權主管機關訂定命令限制者，應符合憲法第二十三條規定」。對於行政程序之審查，則較常為具體例示，認為應具備某些程序規定始符合正當法律程序之要求¹¹⁵。

至於具體程序規定是否滿足正當程序要求之判斷標準，早期之大法官解釋中較難觀察出明確之標準，往往缺乏明確之論證過程即直接針對個案提出其認為符合正當程序之程序態樣。近年來之解釋，大法官則逐漸嘗試建立大致性的審查標準¹¹⁶，如釋字第 710 號解釋所述：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之適當程序」。惟此等審查標準，仍偏向制度設計之指導原則與考量因素，而非具體判斷標準。因此，對於具體個案中應採取何等程序規定，仍難以提供明確之標準。

4. 「實體上正當程序」之爭議

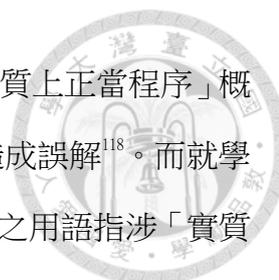
大法官於首度援引正當法律程序概念之釋字第 384 號解釋中，使用「實質正當」之用語，並於解釋理由書中認為：「前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容……各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序」，並於後續多號解釋中使用「其內容更須和於實質正當」之用語，因而引發大法官所闡述之正當法律程序之內涵，是否如美國法上兼含實體法面向之「實質上正當程序」概念的爭議。

就此，多數學者認為，大法官於相關解釋中常於「實質正當」用語後，導向「與憲法第 23 條比例原則不符」之結論，因此「實質正當」與「比例原則」之功能相當¹¹⁷。因而有學者認為，在我國憲法已於第 23 條明文規定比例原則之概念下，直

¹¹⁵ 如釋字第 462、491、636、663、690、709 號解釋。

¹¹⁶ 釋字第 639、663、667、689、690、709、710 號解釋。

¹¹⁷ 釋字第 709 號解釋湯德宗大法官協同意見書；陳愛娥（2004），〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，頁 373-374；郭介恆（1998），〈正當法律程序——



接援引比例原則作為判斷依據即可，不必再引用美國法上之「實質上正當程序」概念，而將正當法律程序侷限於「程序上正當程序」即可，以免造成誤解¹¹⁸。而就學者觀察，大法官於釋字第 491 號解釋後，亦不再以「實質正當」之用語指涉「實質上正當程序」概念，而分別以比例原則與法律明確性原則為審查¹¹⁹。

（三）理論侷限

1. 正當與否之判斷標準難以明確

如前所述，大法官迄今對於個案中程序正當與否之判斷標準仍未盡明確，多半僅於系爭案件中例示應採行之程序規定，並大致說明制度設計上之考量因素作為指導原則。而正當法律程序正當與否之判準問題，在作為正當法律程序理論發源地之美國，亦同樣有此種論理上之困境。

首先就「程序上正當程序」規範之內涵，有認係指「通知」、「聽證」甚或包含「不偏頗之決定」¹²⁰。美國聯邦上訴法院法官 Henry Friendly 則進一步分析憲法上正當程序保障之具體內涵，認為其具有十項要素¹²¹：1. 無偏見之裁決機關、2. 預計採行作為及其依據之通知、3. 針對預計採行作為有提出反對理由之機會、4. 提出證據（包含傳喚證人）之權利、5. 知悉不利證據之權利、6. 交互詰問不利證人之權利、7. 作成決定應完全依據已呈現之證據、8. 賦予律師代理之權利、9. 裁決機

美國法制之比較研究》，城仲模教授六秩華誕祝壽論文集委員會（編）《憲法體制與法治行政——城仲模教授六秩華誕祝壽論文集：第二冊行政法總論》，頁 162-164，台北：三民。

¹¹⁸ 湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 203，台北：元照；陳愛娥（2004），〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，頁 373-374。

¹¹⁹ 湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 203，台北：元照。

¹²⁰ Martin H. Redish and Lawrence C. Marshall, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, 95 Yale L. J. 455, at 457-68 (1986). 轉引自：引自：蔡進良（2003），〈行政程序中之正當法律程序——憲法規範論〉，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁 139 註 242。

¹²¹ Henry Friendly, *Some Kind of Hearing*, 123 U. Pa. L. Rev. 1267, 1279 et seq. (1975). 轉引自：蔡進良（2003），〈行政程序中之正當法律程序——憲法規範論〉，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁 140 註 246。中文部分參考湯德宗（2003），《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版，頁 198-199，台北：元照。



關對於已提出之證據應作成筆錄、10. 裁決機關應以書面之事實認定及理由作成決定。但法院於個案中，仍視個案情況於上述要素中選擇部分或全部，作為對系爭案件正當程序之要求。

至於選擇之標準，美國聯邦憲法法院最早期使用「歷史考察法」，而將焦點置於立憲者所理解之重要程序類型，而後則改採對當代公正理念為動態理解之標準，相當直觀的認定何為正當程序¹²²。於 1976 年之 *Mathews v. Eldrige* 案中，則歸納過往司法判決而發展出「利益衡量公式」並沿用至今。

該公式所衡量之三要素分別為¹²³：1. 將受政府行為影響之私人利益、2. 程序保障之價值（系爭利益經由目前使用之程序被錯誤剝奪之風險，以及額外或替代之程序保障之可能價值）、3. 行政成本（政府利益，包含牽涉之職能，以及額外或替代程序保障所造成之財政與行政負擔）。

惟此利益衡量模式，一方面對程序之價值採取「工具價值」而非「本體價值」之理解，而可能忽略程序參與本身對於當事人人性尊嚴之重要性，亦無法將非工具性之價值（程序公正性、個人尊嚴等）納入衡量過程之量化與比較；另一方面，在衡量方法上也難以對各種「利益」適當的量化並評價，且難以真正考量所有相關利益下，亦無法說明應如何選擇其中何者為被衡量之利益¹²⁴。因此，雖近年成本效益分析之方法漸趨精緻，但最終在判斷上仍難以避免法官本身之主觀性，而難以獲致客觀且明確之標準。

¹²² 蔡進良（2003），〈行政程序中之正當法律程序——憲法規範論〉，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁 131-132。

¹²³ *Mathews v. Eldrige*, 424 U.S. 319 (1976). 轉引自：蔡進良（2003），〈行政程序中之正當法律程序——憲法規範論〉，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁 133。

¹²⁴ 葉俊榮（2001），《環境行政的正當法律程序》，頁 78-79，台北：翰蘆；蔡進良（2003），〈行政程序中之正當法律程序——憲法規範論〉，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁 136-137。



2. 無法涵蓋非涉及個人利害關係之參與類型

正當法律程序理論之目的，主要仍在於保障個人權益免於受國家權力可能之侵害。因此正當法律程序理論，無論以前述基本權利之程序保障理論為憲法上依據，或直接將其抽象為憲法上一般原則為依據，在適用上仍以權利受影響可能之當事人或利害關係人為程序保障之對象。至於本身未受有權利或利益之可能影響之人，亦即僅為公共利益之關注者或僅受公共利益之間接影響之人，則仍然難以透過正當法律程序之理論參與程序。

是以，其作為民眾參與之憲法上基礎，仍僅限於涉及個人利益之參與類型，而無法進一步涵蓋至非涉及個人利害關係之參與類型。



貳、民主國原則下之民主正當性觀點

現代民主憲政國家中，普遍將「國民主權原則」作為民主國原則內涵的一部份，要求國家權力的組織建置與運作須源自國民之意志，並且得以隨時反推回溯，亦即國家權力之合法性必須由人民行使或以合法鏈方式溯及人民¹²⁵。而在這套民主正當性理論中，民眾參與得否作為民主正當性建立或傳遞的一種方式，則可能涉及背後對於國民主權原則中國民意志的想像。以下即就德國式的「普遍國民意志」以及美國式的「多元民意基礎」造成不同的民主正當性理論為討論，另亦參酌新近政治理論對審議式民主之觀點，進一步探討其分別對於以民眾參與作為民主正當性一環之看法。

一、德國式「普遍國民意志」理解下之民主正當性

德國法上對國民主權的理解，體現於德國基本法第 20 條 2 項規定¹²⁶：「所有國家權力來自人民。國家權力，由人民以選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。」在德國學界傳統見解認為，此規定一方面具體揭示民主原則之意涵；另一方面也闡述國家權力之民意正當性基礎，原則上必須來自國民透過選舉所展現之集體意志。亦即其對國民主權之想像，是訴諸一個整體、普遍、客觀之國民意志，並作為國家公權力必須服從之最高權威¹²⁷。並且在內閣制之下，由於國會是唯一經由國民直接選舉而獲得普遍國民意志賦予民主正當性的國家機關，其他國家公權力必須受制於依國會意志所訂定之法律，因此「依法行政原則」就成為行政權民主正當性基礎論述的主要核心¹²⁸。

¹²⁵ 程明修（2006），《憲法基礎理論與國家組織——國家法講義（一）》，頁 121；蕭文生（2008），《國家法（一）——國家組織篇》，頁 35-36，台北：新學林。

¹²⁶ 司法院中譯外國法規：德意志聯邦共和國基本法，載於：

<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/GE-Base-200111.asp>（最後瀏覽日：07/07/2017）。

¹²⁷ Eberhard Schmitt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, in: AöR 116 (1991), S. 348 ff. 轉引自：張志偉（2007），〈論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》，22 期，頁 171 註 9；黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25 卷 2 期，頁 64-65。

¹²⁸ 黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正

而關於行政權民主正當性之建構與傳遞模式，德國學說上主要以學者 Böckenförde 所提出之理論較為普遍接受，氏提出三種民主正當性之模式¹²⁹：



(一) 功能與制度性之民主正當性 (Funktionelle und institutionelle demokratische Legitimation)

此正當性基礎在於制憲者於憲法中所為之權力分立，而將立法權、行政權與司法權建構為各自獨立之功能與機關。透過這些功能與組織，使國民得以行使源自國民本身之權利¹³⁰。因而，各機關得以藉由此種憲法上功能與組織上的安排，直接由憲法取得民主正當性，而並非必須服膺於全面涵蓋之議會保留或法律保留之下¹³¹。然而此種民主正當性，並無法直接取代在個別功能領域中個別的職務擔當人與其行為所需之具體民主正當性，而仍須透過組織與人事之民主正當性或事物與內容之民主正當性加以媒介¹³²。

(二) 組織與人事之民主正當性 (Organisatorisch-personelle demokratische Legitimation)

此民主正當性在於國家事務之職務擔當人 (Amtswalter) 身上具有不間斷且可回溯至國民之民主正當性鎖鏈，而藉此鎖鏈將國家機關與職務擔當人所處理之事務，予以民主正當化¹³³。亦即透過一連串選舉與人事／組織上之任命，使國民意志的直接或間接的選任，得以逐步不中斷的傳遞至個別職務擔當人，而使該職務擔當

當性概念的詮釋為借鏡》，《憲政時代》，25 卷 2 期，頁 65。

¹²⁹ E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: ders, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, Rn. 14. 轉引自：張志偉 (2007)，〈論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》，22 期，頁 181 註 36。

¹³⁰ 程明修 (2004)，〈憲法基本原則第二講——民主國原則 (一)〉，《月旦法學教室》，18 期，頁 67-68。

¹³¹ 黃舒芃 (1999)，〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25 卷 2 期，頁 74。

¹³² E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: ders, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, Rn. 15. 轉引自：張志偉 (2007)，〈論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》，22 期，頁 182 註 37。

¹³³ 程明修 (2004)，〈憲法基本原則第二講——民主國原則 (一)〉，《月旦法學教室》，18 期，頁 68。

人所為之決定得以取得民主正當性¹³⁴。



(三) 事物與內容之民主正當性 (Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation)

此正當性建立於國家權力之行使，在內容上與國民意志有所連結，必須由國民主導，或以國民意志作為媒介，並透過這些形式確保國家權力之行使由國民為之¹³⁵。事物與內容之民主正當性得透過兩種方式形成，其中第一種方式是由國民直接選舉出之代議機關以立法行為制定法律，並藉由法律約束其他機關之運作（即「依法行政」與「依法審判」之要求）¹³⁶。第二種方式，則是透過具有制裁性質之民主責任的課與，使國家機關必須對人民或人民代表負政治責任，並透過定期選舉等機制確保政治責任的追究¹³⁷。

而前述三種民主正當性的模式並非獨立運作，而是彼此相互合作並且互相彌補。亦即，藉由三種民主正當性模式的共同傳遞，達到「足夠的正當性水準」即為已足；而在個別民主正當性模式較為弱化時，則亦可透過其他民主正當性模式的加強予以彌補¹³⁸。

在此種國民主權與民主正當性的理解之下，民眾參與作為民主正當化之途徑，在傳統見解中即較受到懷疑。因前述國民主權或作為民主正當性根源之「國民」必須作為總體性、普遍、客觀之存在，反而是要求國家公權力之民意來源須受「距離保護」（Distanzschutz）原則之約束而與社會特定利益保持距離，以避免此種國民意

¹³⁴ 黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25卷2期，頁73。

¹³⁵ 程明修（2004），〈憲法基本原則第二講——民主國原則（一）〉，《月旦法學教室》，18期，頁69。

¹³⁶ 程明修（2004），〈憲法基本原則第二講——民主國原則（一）〉，《月旦法學教室》，18期，頁69。

¹³⁷ 程明修（2004），〈憲法基本原則第二講——民主國原則（一）〉，《月旦法學教室》，18期，頁69。

¹³⁸ 黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25卷2期，頁74-75；林依仁（2012），〈民主正當性成分與其程度〉，《政大法學評論》，129期，頁115、121。

志在傳遞過程中受到干擾或稀釋¹³⁹。對此，除涉及個人利害關係之民眾參與類型得基於權利保護而有助於法治國原則外，民眾參與並無法作為民主正當性概念下之一部分。甚至，在民眾參與之程度並非單純影響決定而達到共同參與決定時，更可能被認為違反前述「距離保護原則」，在民主正當性回溯至國民的過程中造成干擾，反而有害民主正當性¹⁴⁰。

但晚近觀點則對民眾參與制度逐漸轉為肯定之傾向，甚至認為民眾參與在特殊條件下，有作為補充前述民主正當性模式之可能。相對於傳統上通常使用直觀式、條件式的立法模式，為因應當代各種專業性、複雜性、風險性或價值開放性之事務，立法機關漸漸增加使用大量之裁量、不確定法律概念與目的式的規定，將確定公益以及利益衡量之責任轉由行政機關為判斷。

在此種採開放式、目的式的法律規定下，前述事物與內容之民主正當性，也因國會所制定法律對行政權控制力的下降而減弱。在行政權被賦予廣大具體形成權限，而必須針對相關多元利益進行衡量的過程中，民眾參與則有提供多元意見相互溝通之功能，有助於彌補國會法律拘束力弱化之缺陷，有效防止「事物與內容之民主正當性」回溯機制的弱化或喪失。並且制度化、組織化參與形式的建構，甚至被認為得作為傳遞「功能與制度性之民主正當性」的要素之一¹⁴¹。

¹³⁹ Josef Isensee, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 1988, S. 27. 轉引自：黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25卷2期，頁75。

¹⁴⁰ 黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25卷2期，頁75-76。Eberhard Schmitt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, in: *AöR 116 (1991)*, S. 330 ff. 轉引自：許辰舟（2000），〈行政決策中的人民參與——參與模型的建構〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁165。

¹⁴¹ Eberhard Schmitt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, in: *AöR 116 (1991)*, S. 373. 轉引自：黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25卷2期，頁76。



二、美國式「多元民意基礎」理解下之民主正當性

相對於德國法強調總體、普遍的國民意志並作為最高準則，美國法在憲政傳統上則強調自由多元主義、個人主義、政治平等主義以及「有限政府」的理念，而著重國家公權力行使過程中各種社會利益的展現，並認為此種參與國家意思形成、作成公共決定的民意傳達形式，有助於民主正當性的提升¹⁴²。而美國採取總統制的憲政架構，也導致總統與國會分別具有直接民意基礎，因而行政、立法兩者間呈現分立制衡但又分工合作的樣態，而有別於德國「議會至上」觀點下強調行政合法性的思考¹⁴³。

在美國行政法學上，對於行政權民主正當性的傳遞模式，有四種不同理論模式加以論述¹⁴⁴：

（一）傳送帶模式

與德國式的「事物與內容之民主正當性」概念類似，強調由人民選出之民意代表對行政權的行使為監督。因而，行政權據以執行者，為民意代表以立法者之姿，透過法律所訂定之相關政策。行政權之行使須經過立法機關同意下，行政權對於具有直接民主正當性之國會意志的遵循，即產生民主正當性¹⁴⁵。

（二）專業模式

此模式係於權力分立之角度下，以功能最適觀點探究對個別事務領域的處理，各憲法機關依其內部結構、組成方式、功能與決定程序，何者能達到盡可能正確的境地。而面對現代日益分工複雜化與專業化的行政事務，相較立法與司法機關，行

¹⁴² 黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25卷2期，頁65。

¹⁴³ 黃昭元（2001），〈美國總統與國會的權力平衡——分離又分享的夥伴關係〉，《當代雜誌》，161期，頁25-26。

¹⁴⁴ 對於相關理論的引介，參考葉俊榮（2001），《環境行政的正當法律程序》，頁24以下，台北：翰蘆。

¹⁴⁵ 葉俊榮（2001），《環境行政的正當法律程序》，頁24，台北：翰蘆。



政機關更具專業、機動、快速、效率等特性，而更適合從事管制任務。因此，行政權的民主正當性，即得源自其所擁有的專家／專業特質所呈現之功能最適地位。

（三）參與模式

此種民主正當性模式的興起，與行政管制業務常涉及多方利益衝突與管制內容常受限於各種不確定因素有關，此時未必存在絕對客觀的正確答案來確認決定的正確性¹⁴⁶。因此，該模式試圖將行政決定的決策理性，從實體問題的精確轉移至行政決定程序的公平參與上，透過民眾參與所獲得的程序理性結合專業與民意，使行政權取得正當化基礎。是以行政權的民主正當性，得以來自行政程序中賦予民眾多元意見表達機會，進而取得的民意基礎¹⁴⁷。

（四）尊嚴模式

此理論是在程序參與的前提下，認為相對於工具性角度理解程序參與之價值，民眾參與行政程序本身也兼有維護人性尊嚴的內涵。亦即，行政程序之參與不僅在於追求決策的正確性，以在於尊重諸如衡平、預測可能性、透明性與理性、隱私等「尊嚴程序價值」。因此，行政權之民主正當性，亦能來自行政權將該等程序價值內化為機關日常運作準則，而建立起的內部正義與行政理性¹⁴⁸。

由上述可知，因美國法上對國民與民意的想像，並非如德國法上強調整體性與普遍性並嚴格區分「國民意志形成程序」以及「國家意志形成程序」，因此在民主正當性的論述上較非著重於法規範意義，而較偏向功能上的實質意義¹⁴⁹。在此種觀點下，加上自由主義、個人主義、有限政府等憲政傳統之影響，而發展出對民眾參與機制的高度重視。尤其在與新興管制領域上（如環境議題），面對價值開放且充

¹⁴⁶ 葉俊榮（2001），《環境行政的正當法律程序》，頁 39，台北：翰蘆。

¹⁴⁷ 葉俊榮（2001），《環境行政的正當法律程序》，頁 28，台北：翰蘆。

¹⁴⁸ 葉俊榮（2001），《環境行政的正當法律程序》，頁 30-31，台北：翰蘆。

¹⁴⁹ 張志偉（2007），〈論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》，22 期，頁 193-194。



滿不確定因素的管制內容，也逐漸由專業確保實體正確性的方式，轉向透過程序提供各界積極參與並為討論的場域，藉由公民社會的積極參與達成行政目的¹⁵⁰。是在美國法的觀點上，不僅不排斥民眾參與得以獨立作為行政權民主正當性的一種傳遞模式，甚至認為是相當重要的民主正當性來源。

三、審議式民主觀點下的民主正當性模式

晚近的政治理論中，對於當代民主制度的發展，則有學說試圖透過人民的參與及過程中的理性思辨作為核心價值，對現行代議政治以選舉及多數決為中心下所可能產生之盲點與正當性危機予以補充，亦即「審議式民主」理論。其核心概念在於建構出使各方皆有意願理解彼此價值、觀點及利益，而共同尋求公共利益及各方均可接受方案，並重新評估界定自己利益及觀點的可能性，以真正落實民主的基本價值¹⁵¹。因此除強調參與本身，與「參與式民主」相較，審議式民主更強調參與及決策品質間的關係，而期待民眾在參與過程中透過理性與真誠的思辯尋求共識¹⁵²。

而審議式民主亦非全然否定代議政治或多數決，僅在於避免使多數決或選舉過程缺乏理性溝通而放棄相互討論並說服之可能性，因此要求決策形成之過程中不僅應公開其偏好或選擇亦應公開其理由，並透過審議相互檢視或說服¹⁵³。在此觀點下之民主正當性概念，雖不否定代議政治透過選舉產生之正當性，亦承認在憲政體制之要求或社會事務之複雜性下人民仍有透過代議士處理公共事務之必要性，但仍強調理性決策中相互討論、說服之機會與必要，同時要求政治人物應對此種公共意見予以回應且對其回應負責，並認為此種理性審議之過程即為政府正當性來源之一¹⁵⁴。

¹⁵⁰ 張英磊（2009），〈多元移植與民主轉型過程中我國環評司法審查之發展——一個以回應本土發展脈絡為目的之比較法研究〉，台灣大學法律學研究所博士論文，頁 143。

¹⁵¹ 陳俊宏（1998），〈永續發展與民主：審議式民主理論初探〉，《東吳政治學報》，9期，頁 104。

¹⁵² 許國賢（2000），〈商議式民主與民主想像〉，《政治科學論叢》，13期，頁 64。

¹⁵³ 許國賢（2000），〈商議式民主與民主想像〉，《政治科學論叢》，13期，頁 67-68。

¹⁵⁴ 陳俊宏（1998），〈永續發展與民主：審議式民主理論初探〉，《東吳政治學報》，9期，頁 105-



四、我國法下的民主正當性模式

由前述對比可發現，對於民主原則的想像會影響後續民主正當性的論述，並進一步影響民眾參與得否作為民主正當性來源之差異。至於我國憲法上對於民主原則之圖像較偏向何種模式，則須就國民主權之意涵、中央政府體制造成直接民意之來源、以及行政與立法間互動關係為進一步探討。

首先就國民主權原則而言，憲法第 2 條規定主權屬於國民全體，但此處所謂「國民全體」是否即表示須解釋為總體性、普遍性之國民意志，仍可能需要其他觀察為佐證。就制憲史角度為觀察，對於國民主權之行使在五五憲草之原始設計上係由「國民大會」作為唯一民意機關，並配合孫文的相關論述，認為國民大會為行使「直接民權」之「政權機關」，而控制並監督其他「治權機關」¹⁵⁵。就此設計，亦有學者認為其性質類似共產國家中之「民主集中制」，雖使用「直接民權」之用語，但實際上仍係透過人民代表行使集體主權¹⁵⁶。另一方面，同為制憲上重要理論來源之張君勱，則認為前述國民大會性質上等同一個「選舉機關」，直接民權仍應透過「四萬萬之國民」直接行使¹⁵⁷。但無論採取上述何者見解，應可推知立憲當初主要之理論架構者對國民主權之想像，無論稱為「民權」或「民意」，皆認為應藉由整體國民意志為行使，亦即後來憲法中所稱之「國民全體」¹⁵⁸。

而就中央政府體制而言，在 1997 年之修憲後一般認為係採取「雙首長制」的設計。一方面因總統的直接民選，使總統成為國會之外另一個擁有直接民意之憲法機關；另一方面，行政院長之任命亦僅由總統為之，而不再須經由立法院同意。因此，與德國以國會作為單一直接民意來源之內閣制相比，修憲後總統亦取得直接來

108。

¹⁵⁵ 張君勱（1971），《中華民國民主憲法十講》，台一版，頁 73，台北：商務印書館。

¹⁵⁶ 李鴻禧（2002），〈中華民國立憲政治的病理分析——以孫文的五權憲法為中心〉，李鴻禧（等著），《台灣憲法之縱剖橫切》，頁 20，台北：元照。

¹⁵⁷ 張君勱（1971），《中華民國民主憲法十講》，台一版，頁 52，台北：商務印書館。

¹⁵⁸ 黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25 卷 2 期，頁 63-64。



自民意之民主正當性來源，並且行政院長在人事與組織上的民主正當性來源亦改為來自總統，即產生是否仍適用德國式民主正當性理論之疑問。

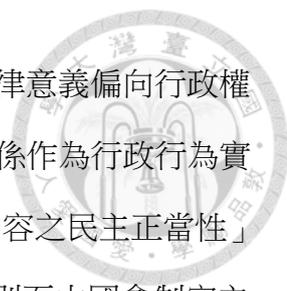
就此本文認為，德國法上發展出的民主正當性理論是對於各國家機關在憲法規範上民主正當性來源與傳遞之描述，本身並非以內閣制的單一直接民意來源為前提。在複數直接民意來源的情況下，仍然能透過該理論為觀察分析，只是結果未必與其對內閣制所為之觀察相同。因此，「雙首長制」具有雙重直接民意來源的情況，其背後仍然源自一個整體的國民意志，而僅是分別形塑出兩公權力機關並相互依憲法規定為互動或制衡而已¹⁵⁹。

對於行政院長在雙首長制之下與國會間的關係，憲法增修條文第 3 條 2 項仍規定行政院就該項各款事項對立法院負責，亦即雙首長制仍大致保留內閣制中行政向立法負責之責任政治要求。此種與內閣制相似之藉「行政一體」由最高行政首長指揮監督行政部門並「向國會負責」之模式，亦經由大法官於釋字第 461 號及第 613 號解釋為確認¹⁶⁰。由此可推知，雖行政院長之任命無須經國會同意，而使其「組織與人事上之民主正當性」來源轉而自總統取得，但在「事物與內容之民主正當性」部分，仍然保持對國會負責之政治責任要求作為正當性傳遞來源。而就法律保留原則與依法行政原則而言，觀察憲法第 23 條要求對人民權利限制應有法律依據，甚至國家機關之組織法亦要求以法律規定¹⁶¹之憲法要求，亦可發現憲法規範中仍將國

¹⁵⁹ 張志偉（2007），〈論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》，22 期，頁 209；黃舒芃（1999），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25 卷 2 期，頁 80。

¹⁶⁰ 釋字第 461 號解釋解釋文：「憲法增修條文第三條第二項第一款規定行政院有向立法院提出施政方針及施政報告之責，立法委員在開會時，有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權，此為憲法基於民意政治及責任政治之原理所為制度性之設計。」；釋字第 613 號解釋解釋理由書：「根據憲法增修條文第三條第二項規定，行政院應對立法院負責，此乃我國憲法基於責任政治原理所為之制度性設計。是憲法第五十三條所揭示之行政一體，其意旨亦在使所有行政院掌理之行政事務，因接受行政院院長之指揮監督，而得經由行政院對立法院負責之途徑，落實對人民負責之憲法要求。」

¹⁶¹ 憲法第 61 條（行政院之組織）、第 76 條（立法院之組織）、第 82 條（司法院及各級法院之組織）、憲法增修條文第 2 條 4 項（國家安全機關之組織）、憲法增修條文第 9 條（省縣地方制度）。



會與國會立法作為國家權力運作之核心¹⁶²。相較於美國法上，法律意義偏向行政權及立法權間不斷制衡與協調；在法律保留原則下之法律意義，則係作為行政行為實體法上合法性控制之最重要手段¹⁶³。此種運作模式在「事物與內容之民主正當性」部分也與德國法上之觀察相類似，而使行政權藉由依法行政原則而由國會制定之法律得到民主正當性。

綜上所述，本文認為我國憲法上對國民主權之想像以及憲政運作上，都較類似前述德國模式之民主正當性要求。因此，就非涉及個人利害關係之民眾參與，在特定事務領域因性質而使立法者必須以價值開放式或目的式之立法模式為規範時，因法律本身對於行政權「事物與內容之民主正當性」控制弱化，而得以藉由民眾參與所得到的多元意見對此為補充。

此外，在參與效果方面，因前述強調整體與普遍民意作為民主正當性之要求，而必須考量「距離保護原則」之問題，是以對「參與決定」程度之民眾參與有所疑慮。就此，本文認為基於前述考量，確實不適宜賦予一般民眾參與對行政決定法具有效力上的約束性；但在特殊的法定組織設計之下（如決策委員會納入人民代表），則仍可能由「組織與人事之民主正當性」以及「事物與內容之民主正當性」取得所需之民主正當性。

參、小結

歸結以上民眾參與制度於憲法上依據與限制之討論，首先於法治國原則下之權利保護觀點而言，其可對應至「涉及利害關係之民眾參與」類型，並提供對相關利害關係人基於權利保護需求而為程序保障之依據。但其侷限則在於僅能作為權利保護需求之依據，因而於實際操作上對相關利害關係人之範圍及應有所考量；並

¹⁶² 張志偉（2007），〈論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》，22期，頁198。

¹⁶³ 黃舒芃（2004），〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，《中原財經法學》，13期，頁24-25。

且，就程序保障之密度而言，無論就基本權程序保障功能或正當法律程序，皆難以得出確切應予保障之程度為何之判準。



而就民主國原則下之民主正當性觀點而言，因我國憲政體制上基於國民主權原則以及嚴格之法律保留原則等特徵，而與德國式「普遍國民意志」理解下之民主正當性較為相似，因而亦受「距離保護」原則之限制。是以，僅限於原本之民主正當性模式有所欠缺，尤其為事物與內容之民主正當性因立法者為廣泛授權而有所欠缺時，始有以民眾參與作為民主正當性補充來源之可能性。而就近來審議式民主之觀點，雖其理論仍在發展中，但本文則認為其以決策過程中理性審議思辨作為民主價值之概念，於現行憲政體制與代議民主之前提下仍有得參考之處。尤其於前述因高度不確定法律概念造成價值開放待判斷之情形下，行政機關本身之判斷本身即涉及各種風險之控管或各種價值、利益衝突之權衡，此時審議式民主所強調之內涵應亦有補充行政機關因決策面臨正當性危機之功能。



第三節 民眾參與在制度設計上之考量因素

前一節中對於民眾參與於憲法上之依據及限制之討論，雖有助於釐清民眾參與於行政程序中適用上之範圍以及應受之限制。但於具體法制度之檢視上，前述憲法上之依據或限制，僅能就權利保護或民主正當性補充之觀點給予大致之指引，而難以單就此為標準衡量具體法制度中之民眾參與制度適當與否。因此，本文於本節則就民眾參與之功能與制度困境出發，並相應於此整理相關學說見解對民眾參與制度設計上之指導原則，以提供後續檢視聚落建築群法制之準則。

壹、民眾參與之功能與難題

一、民眾參與之制度功能

相對於政府機關單方面決策或專家決策模式，民眾參與模式注重的在於決策過程的開放性。試圖打破代議制下因公共事務繁雜、多樣化而形成由技術官僚或專業行政人員主導決策的現象，使利害相關民眾或一般民眾得以藉由對決策過程之參與來表達自身觀點、意見，並且強調由過程中多向的溝通與協調來取得共識；而非僅反映專家、官僚等政治菁英之觀點與價值觀。而此種強調公開、溝通、共識的決策模式，學說上就其制度功能有相當多論述，本文簡要整理其中主要論述如下：

(一) 權利保護功能

使民眾在決策過程中參與，對於因決策而有利害關係受影響之虞的民眾而言，可使其在決策作成前即透過程序參與，試圖影響決策結果來防衛自身權益；並使決策機關於最終作成決定時，得以注意並考量上述人民之權益影響，盡可能降低對當事人權益之衝擊。相較決定作成後透過救濟程序之事後權利保障，此種民眾參與有使權利保護前置之功能¹⁶⁴。

¹⁶⁴ 陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁



並且，此種基於權利保護目的之參與者，於主管機關未踐行程序而侵害其參與權時，尚得在後續救濟程序中主張程序瑕疵，以爭取對其權利的充分保護。亦即，國家對於人民基本權利之保護義務，不僅得透過各類實體法上規範為履行，亦可能透過程序性規範產生保護效果；此時基本權利影響之範圍除實體法規範之內容外，還包含對基本權利保護有實效且具重大意義之程序規範¹⁶⁵。因此，若主管機關於決定作成過程中，未確實踐行立法者基於基本權利保護義務而制定之各種程序規定，同樣屬於對基本權利之違法侵害，當事人得於後續之救濟程序中，一併主張該等程序瑕疵¹⁶⁶。

但前述保護功能，原則上僅限於基於個人利害關係而其權利、法律上利益受保障之參與類型；就無關個人利害關係之參與類型而言，其參與目的在於公共利益之考量，雖可能有經濟、文化、環境等利益受影響，但無法歸屬於其自身之法律上利益。並且上述程序瑕疵之救濟，因目前權利救濟機制仍以自身權利或法律上利益受影響為前提，而無從與前述受基本權保護義務所及之當事人相同於後續救濟程序中主張程序瑕疵。因此，對非關個人利害關係的參與類型而言，可能無法發揮權利保護前置之功能。

（二）調和衝突增加決策接受度

民眾參與強調廣泛、公開收集各方意見，將各種相關爭論、討論引導至制度化之程序中¹⁶⁷，並且透過溝通、討論來謀求共識。一方面藉由適當制度納入人民需求、

299-301；莊國榮（2013），《行政法》，頁 366-367，新北：自刊；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2007），《行政程序法實用》，3 版，頁 173-174，台北：新學林。

¹⁶⁵ 陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50 期，頁 300。

¹⁶⁶ BVerfGE 53, 30, 65 f. 轉引自陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50 期，頁 300-301。

¹⁶⁷ Jan Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 1 Aufl., 2012, S. 17. 轉引自陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50 期，頁 300-305。



主張、觀點並加以討論，得於決策前即調和各種不同利益、立場或價值判斷之衝突，降低各人民／團體間或人民與政府間的對立，而有助於確保人民廣泛且實質的認同¹⁶⁸，同時也避免事後因決策結果與人民期待有所落差而發生抗爭的可能性¹⁶⁹，有助於後續執行的順利。另一方面在此種溝通互動中，能避免人民因缺乏資訊與意見表達管道而產生對政府之不信任與疏離感¹⁷⁰，亦有助於提升其對政府決策的接受度。

而此處所言之接受度，並非只有完全認同並支持決策結果的態樣，而是如同光譜一般，而尚有某觀點下不認同但整體而言仍可支持、整體而言不贊同但仍可肯定或容忍、認為根本上錯誤而無法容忍等態樣¹⁷¹。即使無法達到使人民完全贊同並予以支持的程度，只要藉此使人民至少對決策結果抱持肯定之正面態度，即可謂提升接受度。

（三）提升決策品質

從資訊取得的角度而言，藉由廣泛且公開的意見收集，可能使主管機關除原本應踐行之職權調查外，得以獲得更多關於決策作成時應考量或權衡之各種資訊。使其於作成決定時，能更完整掌握相關要件事實或法律關係，而提升決定的正確性。但民眾參與對於資訊收集之功能，並非代表行政機關得因此廢弛其職權調查之義務，主管機關仍然必須藉由行政調查主動收集相關資訊。尤其關於各類學術理論或專業知識等具高度專業性資訊，更不能期待由民眾參與來充分提供，仍應由行政機關主動藉由各專業管道獲得¹⁷²。

¹⁶⁸ 陳愛娥（1999），〈代議民主體制是民主原則的不完美形式？——加強、補充代議民主體制的可能途徑〉，《中央警察大學法學論集》，4期，頁42-43；陳愛娥（1998），〈民眾參與的理念與實際——以民眾參與「水庫集水區」的管理為例〉，《中央警察大學法學論集》，3期，頁46-47。

¹⁶⁹ 葉俊榮（2010），〈環保自力救濟的制度因應〉，氏著，《環境政策與法律》，2版，頁341-342，台北：元照。

¹⁷⁰ 蕭新煌（1999），〈當前環評制度面臨的信任差距問題——從地方環保抗爭談起〉，《勞工之友雜誌》，580期，頁11；葉俊榮（2010），〈環境影響評估的公共參與——法規規的要求與現實的考慮〉，氏著，《環境政策與法律》，2版，頁221，台北：元照。

¹⁷¹ 陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁305-306。

¹⁷² Jan Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projektn in der parlamentarischen Demokratie, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 1 Aufl., 2012,

而從接納人民觀點的角度而言，民眾參與有助於讓政府機關關注並考量人民之觀點或可能的權益衝突，使決策結果更能接近人民需求與期待。甚至也可能透過參與者於過程中提出原先政府機關未考量或未注意之問題，而有助於政府機關提早將此類問題納入考量或計畫之中，進而增加決策品質。

（四）增加對行政之監督

民眾參與使政府機關決策程序朝向開放式設計而增加過程之透明，使參與者得以在程序中監督主管機關之決策是否依循相關法令規定、或其考量是否遵循其他行政法上之原理原則。而開放民眾參與的前提之一，就在於相關資訊的公開。藉由資訊公開提升行政之透明性，除對於作為參與者之利害關係人、無利害關係之一般民眾有重要性外，亦可使參與者以外之大眾得以由公開資訊中獲知相關決策過程與內容，而可能透過輿論、政治參與等其他手段進行對行政之監督。

（五）補充代議制度缺失

現代代議制度強調人民基於自由意志，而透過定期選舉選出代議士代表人民決定各類重要公共事務。但在實際運作下，由代議民主理論所建構的政府惟各種決定時未必皆能充分反映民意需求，甚至形成人民與政府間的疏離。尤其政黨政治之運作下，原應作為人民與國家間媒介者角色之政黨可能反以黨意凌駕民意¹⁷³，而使民意政治事實上難以落實。在公眾事務逐漸複雜、多樣化的情況下，政府決策也往往掌握在專業官僚或少數政治菁英手中，而難以期待其能真正反映民意。

因此，於具體決策過程中適度引入人民觀點與意見，應有助於修正前述對民意之欠缺，並相對的提高人民接受度。但此處所謂彌補代議政治缺失僅在於功能上的

S. 17. 轉引自陳信安(2015)〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁302。

¹⁷³ 陳愛娥(1999)〈代議民主體制是民主原則的不完美形式？——加強、補充代議民主體制的可能途徑〉，《中央警察大學法學論集》，4期，頁25-27。



討論，並非徹底否定代議民主制度之價值與正當性，而是在代議民主制度之前提下將民眾參與作為增加政府對民意回應之手段。至於民眾參與得否補充民主正當性之問題，學界則有所爭議，本文將於後續章節再為進一步探討。

二、民眾參與之制度困境

民眾參與制度雖於理論上有許多功能，但實際運作之下卻可能發現許多因素之缺陷，造成前述之制度功能無法發揮。其中較主要之問題整理如下：

（一）參與廣度與代表性問題

前述之制度功能接建立在民眾廣泛參與的前提上，但實際上民眾卻常因誘因不足或參與成本過高等因素，造成參與之廣度不如預期。此時，因缺乏足夠的意見交流，將使提升決策品質之功能降低，且難以期待藉此調和各種潛在的利益或價值衝突或提高一般大眾之接受度等功能。

關於參與者的代表性問題，在現實上不可能由大多數人民為直接參與，且參與者因議題屬性、參與成本等考量下亦難以期待其均質的反映一般大眾的組成。而在參與廣度不足的情況下，參與者本身的代表性將更受質疑，而被認為只代表少數民意或部分特定意見。反而使政府機關在採納該等意見而為決策時，被認為「偏聽」少數特定聲音而缺乏中立性，進而降低人民對政府之信任感。此時，政府機關與一般大眾之民意間可能更產生隔閡，而難以發揮補充代議政治之功能。

（二）缺乏資訊與專業知識

官僚政治或專家政治的形成，背景來自於公共事務逐漸的複雜化、多樣化與專業化，使公共事務也產生專業分工化現象。而此種專業知識未必是一般民眾所具備，因此一方面提高人民理解並參與相關事務之門檻，進而減低參與之意願；另一方面也因專業門檻，使參與過程中難以期待參與者就此作有效的溝通與意見交換。

因此，雖然官僚或專家政治造成人民信任的缺乏，而試圖透過民眾參與確保官僚系統對民意的回應性，但其背後所隱含的專業性門檻卻也造成民眾參與之侷限。

就資訊收集而言，相較於行政機關之人力物力，較難期待一般人民也有相同能力主動調查或收集相關資訊。而在行政機關未充分提供必要資訊，而使民眾缺乏決策所需之相關資訊時，便難以真正確實參與決策過程之各種討論。

（三）參與程序流於形式

民眾參與強調藉由多元意見的交流影響政府機關決策，但實際上政府機關未必對民眾參與抱持積極心態¹⁷⁴，而可能消極地作為程序要件而行禮如儀地進行，並未認真回應或考量透過民眾參與所得到的各種意見或資訊。在政府機關消極心態甚至堅持己見的情況之下，雖仍可能有資訊收集功能，但難以在過程中進行意見交換、溝通，更無論進行衝突的調和¹⁷⁵，自然無法使民眾參與發揮應有之制度功能，而使整個參與程序流於形式。

尤其，於參與時點過晚之情形，政府機關對決策內容已大致確定或已難有變更空間下，將更難期待其依照民眾參與所得資訊或意見，來修改甚至拋棄既有構想。此時所為的民眾參與，非但難以發揮功能，更可能淪為單純替政府機關背書之橡皮圖章，甚至使政府機關在擁有經民眾參與之形式外觀下，反而以此作為規避政治責任的工具¹⁷⁶。

¹⁷⁴ Cheryl Simrell King, Kathryn M. Feltey, & Bridget O'Neill Susel, *The Question of Participation: Toward Authentic Public Participation in Public Administration*, 58(4) Public Adm Rev. 317, 320-21.

¹⁷⁵ Andreas Fisahn, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, 2002, S. 213.

¹⁷⁶ 梁文韜(2011),〈序 審議式民主的理想與侷限〉,梁文韜(主編),《審議式民主的理想與侷限》,頁 viii,台北:巨流; Jan Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie*, NJW-Beil 2012, S.92. 轉引自陳信安(2015),〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉,《輔仁法學》,50期,頁302。



貳、制度設計上的指導原則

有鑑於前述民眾參與在實際執行上面臨之困境，為確保民眾參與之制度功能得以發揮，在制度設計上必須考慮透過若干要素的強化來降低執行面的落差。以下就幾個主要的制度設計方向為討論，使其得以在法制化時作為基本指導原則：

一、提供必要資訊

如前述，藉由參與過程中充分的溝通與意見的交流，而形成具體意見來影響政府機關之決定，始能落實有效的民眾參與。因此提供參與民眾關於形成具體意見的必要資訊如：相關公共事務或行政決策的準備程序、據以作成決定之事實基礎與法規基礎等¹⁷⁷，也就成為影響民眾參與成敗的重要前提。並且，相較行政機關資訊收集能力，難以期待一般人民也有相同能力與成本負擔收集相關資訊的責任，因此由行政機關提供必要資訊得降低一般人民參與的成本與門檻，進而有助於提升民眾參與的意願。此外，藉由此種必要資訊的提供甚至公開（如說明會、公開展覽等），也有助於提升行政透明度，進而產生監督行政的效果。

而從議題設定的觀點，如前所述，藉由民眾參與中意見交流所得之意見，原則上在於民眾對計畫或行政決定之需求、主張、觀點，並透過民眾在地觀點、知識或經驗的提供，使行政機關在事實調查、資訊收集上有所助益，並對可能的專業盲點予以修正；而非關於專業性、理論性之訊息或與決定相關之基礎事實，亦皆應由民眾負責提供。此種事實性或專業性資訊，行政機關仍應主動透過行政調查或諮詢專業管道予以收集，且應充分提供給予參與民眾，除作為參與者相關討論之依據外，也有助於討論的聚焦。

¹⁷⁷ 陳愛娥（1999），〈代議民主體制是民主原則的不完美形式？——加強、補充代議民主體制的可能途徑〉，《中央警察大學法學論集》，4期，頁44。



二、適當參與時點

就政府機關作成決定的過程為考量，若要使民眾參與之意見對最終的決策產生影響力，則參與的時點亦為重要因素。從選擇開放性的角度而言，於整體計畫之重要決定，尤其是關於選擇如何實踐計畫之方式、措施等細節尚未確定而仍有改變可能性時為參與，始能期待對最終之內容及結果產生影響力；否則，於相關重要事項已大致確定而無改變可能時始為參與，反使民眾參與淪為替決策背書之功能¹⁷⁸。

至於在計畫行政的各階段中，何時為參與為適當時點在學說未有定論，且可能因為各類計畫領域之特殊性而有不同考量，難以一概而論。大致而言，應使參與者得有共同形構計畫方向或內容或變更計畫內容之機會，因此有學者認為應於計畫確定程序前進行「事先商議（Vorerörterung）」程序，但確切時點則交由計畫主體自行決定¹⁷⁹。甚至有學者認為，應將時點在提前至計畫需求階段，亦即尚未確定各類計畫之需要性而為討論時即為參與，而非至後續關於如何具體形塑計畫內容之階段始為參與¹⁸⁰。但相對的，若參與時點過早，在各項計畫根本尚未具有構想或方向雛型之階段即為參與，則恐怕缺乏具體討論之對象而無意義可言。

另外，現行法制與實際運作上可能因事務的複雜性，而從草擬、規劃至定案乃至最後具體實現的過程中，需經歷多階段且錯綜複雜之程序，而在各階段程序中，也可能各有民眾參與之程序。此時，則需要考量各階段中民眾參與之延續性，即使各階段過程因各有目的考量而未整合參與程序之情況下，仍盡可能使各階段中所得之意見、共識、甚至在參與過程中逐步形成之知識、溝通方式等，得以延續至

¹⁷⁸ Jan Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie*, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 1. Aufl., 2012, S. 80 f. 轉引自陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁319-320。

¹⁷⁹ Alexander Schink, *Öffentlichkeitsbeteiligung – Beschleunigung – Akzeptanz*, DVBl, 2011, S. 1384. 轉引自陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁321。

¹⁸⁰ Martin Burgi, *Das Bedarfserörterungsverfahren: Eine Reformoption für die Bürgerbeteiligung bei Großprojekten*, NVwZ, 2012, S. 278. 轉引自陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁321。



後階段的相關程序中¹⁸¹。以確保各階段之參與成果得以持續對整體計畫或決定產生影響力，避免不同階段之參與隨下階段程序的開展即失去實益而流於形式。

三、確保參與有效性

民眾參與之目的，在於使參與者之意見、想法，得以透過參與程序對政府機關之決定產生影響。因此，如何確保民眾參與中所獲得之意見或共識得在政府機關為決定時得以被考量進而發揮影響力，也會是制度設計上相當重要之課題。所謂參與有效性之意義，並非代表民眾參與之結果對最終決定之作成具有法規範上的拘束力，而在於使政府機關在決定作成時納入並認真考量民眾參與所得之成果¹⁸²。確保參與之有效性，除直接關係到民眾參與之制度功能是否得以發揮外，也有助於提升民眾對參與制度的信心，進而增加民眾參與的意願。

對於參與有效性之確保，最主要關鍵在於要求眾參與程序之回應性，使政府機關必須公開其如何將民眾參與之結果納入後續程序或最終決定，並應闡明民眾參與之結果對後續程序或最終決定如何且產生何等影響¹⁸³。亦即強化機關之說理義務，要求其於決定作成之理由中說明是否及如何採納相關民眾參與結果之原因，使參與者能因此得知其意見在決定作成中被主管機關如何考量，而有助於參與者對民眾參與制度之信賴。至於是否應賦予民眾參與結果法規範上之拘束力，雖有認其有助於提升參與誘因及效率並能深化民主理念之意見，但在學理上尚無定論¹⁸⁴。

¹⁸¹ Jan Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projektn in der parlamentarischen Demokratie*, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 1 Aufl., 2012, S. 81 f. 轉引自陳信安(2015)，〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁323-324。

¹⁸² Jan Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projektn in der parlamentarischen Demokratie*, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 1 Aufl., 2012, S. 77. 轉引自陳信安(2015)，〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁327。

¹⁸³ Jan Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projektn in der parlamentarischen Demokratie*, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 1 Aufl., 2012, S. 79f. 轉引自陳信安(2015)，〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁327。

¹⁸⁴ 陳信安(2015)，〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁327-328。



第四節 小結

本文於本章中首先就民眾參與之概念與型態為討論，而以對國家決策之直接或間接影響區別「民眾參與」及「政治參與」之概念，並以參與之效力區分為「消極參與」、「參與影響」及「參與決定」，又以參與主體區分為「涉及個人利害關係之參與」及「非涉及個人利害關係之參與」。其次，則就此處所為之各種分類，於憲法上找尋其各自之依據及界限。

於法治國原則下之權利保護觀點，其僅提供「涉及個人利害關係之參與」類型之憲法上依據，並且在具體之程序設計上，無論就基本權利之程序保障功能或正當法律程序之理論，皆難以直接得出確切之程序要求。而於民主國原則下之民主正當性觀點，則可能提供「非涉及個人利害關係之參與」類型之憲法上依據。於本國法上，則因對國民主權與法律保留原則之要求，而與德國式之民主正當性理論較為接近，而強調透過選舉所為國民集體意志之形成且有距離保護原則之考量。但在高度不確定法律概念而將價值判斷或利益衡量轉由行政機關行使之情況下，一方面因法律保留之控制密度實際上降低，而有民主正當性欠缺之危機，另一方面在判斷過程中涉及多方觀點、價值、利益之衡量，而有強調審議式民主對決策過程理性討論之必要，因此民眾參與於此時即得具有憲法上之依據。但在參與之效力上，無論基於個人權利保障或民主正當性之考量，憲法之依據仍僅限於參與影響之類型，對於參與決定之類型則仍有所疑慮。

最後，則就民眾參與制度之功能與所面臨之困境，試圖歸納出制度設計上之指導原則，以避免參與成效不彰而影響其制度功能。對此，提供必要資訊、適當參與時點、確保參與有效性，應為基本之程序設計要求與原則，亦得以作為後續對文化資產保存法上聚落建築群法制檢視之標準。



第四章 以民眾參與觀點檢視聚落建築群相關法制

第一節 聚落建築群相關程序對民眾參與制度之需求

承接上一章中對民眾參與之憲法上依據並因此而分類為「涉及利害關係之參與」與「非涉及利害關係之參與」的討論，本節即就文資法上聚落建築群保存之各項特性為考量，並由此歸結出聚落建築群保存法制中對民眾參與之需求，以作為後續檢視各階段或各相關程序民眾參與制度必要性之考量因素。

壹、權利與利害關係複雜

文化資產保存法對於諸如古蹟、歷史建築、聚落建築群等有形文化資產的保存，往往必須以限制其財產權行使或處分的手段為之¹⁸⁵。因此，就前述權利保護觀點而言，對於建物所有權人之財產權為限制時，應透過程序參與方式給予其主張自身意見以保護權利之機會。而相較古蹟或歷史建築，主要是以單一建造物或附屬設施為保存對象之單點式保存；聚落建築群依文化資產保存法第 3 條 1 款 4 目之定義，則是以「建造物群或街區」作為保存對象。並依同法第 20 條 1 項「應保存原有建築式樣、風格或景觀」以及第 42 條規定於範圍內對建築物或工作物之新建、改建、修繕等應經主管機關許可，並且依第 21 條規定負有管理維護之特別義務，雖管制強度較古蹟為低，且具體規制內容須待第 40 條 1 項規定之「聚落建築群之保存及再發展計畫」始能確定，但仍構成對建物所有人財產權之限制。

於此種區域式保存的情況，該區域內之建物所有權則可能分屬於多數不同所有權人。因此，除需同樣考量對此複數所有人各自財產權之保護外，還需要考量其彼此間利害關係不一致甚至彼此衝突的可能性，而有透過民眾參與程序之設計對其利害衝突與以調和之必要性。除各建物所有權人外，保存區域中尚可能有為數眾

¹⁸⁵ 以古蹟為例，雖對所有權存續未有影響，但在使用收益及處分等所有權能上則有所限制，並且課與財產管理的特別負擔；參考陳昭榮（2011），〈我國古蹟指定法制之研究〉，中正大學法研所碩士論文，頁 88-94。



多之實際居住人口，而亦有影響其居住權或適足居住權¹⁸⁶之可能，並且在許多情形下，與建物所有權人有形成利害衝突的可能，而亦有保障其權利並且調和利益衝突之需求。

此外，鄰近保存區域之居民雖未必有得以主張之權利或法律上利益，但仍可能因聚落保存而受有經濟上、文化上、社會上、居住環境等利益之外溢影響。甚至如同都市更新之情形一樣，除個別私人利益外，於考量公共利益時，更必須將觀察範圍擴大到具體劃定之區域以外，以免對公共利益的解讀落入「重量不重質」的迷思¹⁸⁷。因此，無論就文化資產保存或都市發展之觀點來衡量聚落保存之公共利益，皆應就保存區域以外之公民社會為整體考量，並且面臨整體公益與個別私益間如何調和之問題。

從前述內容可知，相較於單點式保存之古蹟或歷史建築，聚落建築群此種區域式保存所面臨之權利與利益關係以及公私益之衡量都較為複雜。是以，除權利保護之面向外，對民眾參與之需求也在於藉此促進各種利益間的調和，並試圖在多元意見的交流中找出公益與私益間最適當的平衡點。

貳、不確定法律概念下的多元價值衝突與專業審議模式的困境

一、不確定法律概念下的民主正當性危機

文化資產保存法於第 3 條 1 款 4 目將聚落建築群定義為「建築式樣、風格特

¹⁸⁶ 司法院釋字第 709 號解釋中，大法官援引經濟社會文化權利國際公約第 11 條 1 項建構「適足居住權」之概念，惟論述上似僅限於對居住品質之要求；而有學者則認為，其內涵應該包含對該條之第 4 號一般意見所述積極享有符合人性尊嚴之居住權利以及第 7 號一般性意見所述之「反迫遷」等概念；許宗力（2014），〈2013 年憲法發展回顧〉，《台大法學論叢》，43 卷特刊，頁 1048；辛年豐（2016），〈誰的社會？誰的住宅？適足居住權的落實與制度建構的省思（下）〉，《人權會訊》，119 期，頁 50-53；法務部法制司（編）（2012），《公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見》，頁 142-147、169-174，臺北：法務部。

¹⁸⁷ 對於司法院釋字第 709 號解釋關於多數決之見解，即有學者認為公共利益之考量與判斷並非單純在於利益受益人的數量問題，其判斷標準應採「質量綜合判斷」而隨當代社會、文化之評價予以客觀化，參考王珍玲（2013），〈論都市更新之公共利益——從司法院大法官第七〇九號解釋及正當法律程序原則出發〉，《法學新論》，45 期，頁 3-6。



殊或與景觀協調，而具有歷史、藝術或科學價值之建造物群或街區。」但無論其中「式樣、風格特殊」、「與景觀協調」或「具歷史、藝術或科學價值」，皆難以直接就其字面意義理解並適用於具體個案中，而應屬不確定法律概念。而雖主管機關試圖透過法規命令予以補充，於文化資產保存法施行細則¹⁸⁸第 2 條 2 項規定「本法第三條第一款所定聚落，為具有歷史風貌或地域特色之建造物及附屬設施群，包括原住民部落、荷西時期街區、漢人街庄、清末洋人居留地、日治時期移民村、近代宿舍及眷村等。」以及聚落登錄廢止審查及輔助辦法中規定「聚落之登錄，依下列基準為之：一、整體環境具地方特色者。二、歷史脈絡與紋理具保存價值者。三、設計形式具藝術特色者。」分別為更精細之描述。但仍可發現，無論施行細則中透過例示方式具體說明，或審查及輔助辦法中透過要件的分類提供更精細的判斷項目，實際上並無法彌補要件本身的高度抽象、不確定性。甚至也難以透過經驗即加以判斷，必須透過評價始能認識其意義，而屬於須填補價值之「規範概念」¹⁸⁹。

在此種高度不確定法律要件之下，雖賦予行政機關廣泛判斷餘地以保持隨個案調整的彈性¹⁹⁰；但另一方面如同前述行政民主正當性理論所介紹，此時由國民集體意志選舉出之國會，透過法律保留原則、依法行政原則對行政為控制之密度即減弱，因而造成事物與內容之民主正當性弱化。尤其在於文化資產保存方面，其要件不僅高度抽象、不確定，甚至也難以透過行政機關透過法規命令的訂定予以具體化，而呈現開放式的法律規定。此種開放式的法律規定，實際上將確定公益以及利益衡量之責任轉由行政機關為判斷，而在行政機關為判斷的過程，若是面臨多元價值觀的衡量與評價時，更是可能面臨民主正當性欠缺的危機。此時，行政機關作為最終價值決定者的過程中，即可能尋求專業審議或民眾參與模式之協助，透過其對利益衝突的釐清及決策品質的提升，補充行政機關事物與內容之民主正當性。

¹⁸⁸ 2016 年 7 月 12 日修正之新版文化資產保存法生效後，主管機關尚未完成關於施行細則及相關法規命令因應新法之修改，因此實務上仍繼續援用現有之《文化資產保存法施行細則》以及《聚落登錄廢止審查及輔助辦法》。

¹⁸⁹ 陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 197-198，台北：自刊。

¹⁹⁰ 陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 198-199，台北：自刊。



二、專業審議模式之困境

(一) 文資法中文化資產審議會的定位

面臨此種高度不確定法律概念下的決策正當性危機，文化資產保存法所採取的應對方式，是試圖將文化資產與否的認定交由專家審議模式處理，因而於該法第6條規定¹⁹¹「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。」藉由外部專家的引進，一方面增加主管機關調查與判斷上之專業能力，另一方面則是將歷史、文化、藝術價值等高度不確定概念轉化為各種專門領域之專業知識，以提供較明確之判斷標準。

至於文化資產審議會之定位究竟屬於僅具諮詢功能之委員會，或是具有審議功能之委員會¹⁹²，在此問題上各方說法不一。有認為其性質類似行政程序法上之「鑑定人」，僅輔助行政機關調查事實（文化資產適格），後續文化資產價值部分則仍由行政機關為判斷¹⁹³。亦有說法由行政處分作成之程序觀察，認為最終行政處分仍由機關首長之名義作成，首長具有最終決定權限，因此文化資產審議（委員）會之定位仍限於內部諮詢性質¹⁹⁴。而亦有說法從實務運作角度為觀察，認為行政機關在本身專業人力不足的情況下無力負擔前述文化資產價值的判斷，因此實際上文化資產審議（委員）會並非僅止於特定範圍之「文化、歷史、藝術價值」中為事實分析與諮詢角色，而已經實質從事詮釋何謂法規範中「文化、歷史、藝術價值」的

¹⁹¹ 本次修法（2016年7月12日）將原本「審議委員會」用語更改為「審議會」，但本身權限與職掌並無修改，且立法理由亦說明係因配合中央行政機關組織基準法而修改用語；立法院法律系統，〈異動條文及理由：文化資產保存法(02901) 一百零五年七月十二日〉，載於：<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>（最後瀏覽日：07/01/2017）。

¹⁹² 有學說分類為：僅具諮詢性質、僅具審議功能、兼有諮詢與審議功能三類，而最大區別實益在於非僅具諮詢性質之委員會，其決定實質上已對人民權利義務產生變動，僅事後在行政程序上以機關名義對外行文產生法效力，且機關基於尊重專業之理由，基本上不會對實質內容為變更；蕭文生（2012），〈授權明確性與專業諮詢委員會——評最高行政法院98年度判字第502號判決〉，《法令月刊》，63卷8期，頁12。

¹⁹³ 行政院文化建設委員會（2007），《文化資產實務執行參考手冊（2007版）1.總則、古蹟與歷史建築》，頁17，台北：自刊；楊佳燕（2009），〈文化資產審議與行政程序法——以古蹟指定及歷史建築登錄法制實務為例〉，國立臺北教育大學文教法律研究所碩士論文，頁100-101。

¹⁹⁴ 郭介恆（2008），〈文化資產保存審議法制——以古蹟指定為例〉，《律師雜誌》，346期，頁42；陳昭榮（2011），〈我國古蹟指定法制之研究〉，中正大學法研所碩士論文，頁134-135。



工作，而為審議功能之委員會¹⁹⁵。

在實務見解方面，判決實務曾於臺北高等行政法院 95 年度訴字第 4382 號判決¹⁹⁶中，認為文化資產之認定為文化資產審議委員會基於法律授權而為具高度專業性、經驗性之判斷而享有判斷餘地，似乎亦認為審議委員會並非僅限於事實鑑定之功能，而已經從事法律詮釋與價值判斷之任務。行政實務上，中央主管機關曾於函釋中認為「委員會決議事項係屬諮詢本質，原則上固應予以尊重，惟機關首長如有其他政策考量，得斟酌其他情事作成決定」¹⁹⁷，但隨即於後續函釋中為補充「文化資產審議委員會依其專業能力所為之審議決定，其所屬之各級主管機關除能提出具體理由，足以動搖該專業審議之可信度及正確性，否則即應尊重其判斷，另各級主管機關於指定古蹟公告前，對該程序及審議，有違法或顯然不當之情事時，亦得加以審查外，若無前述二種情形下，各級主管機關即應受審議委員會審議結果之拘束。」¹⁹⁸亦即主管機關就委員會之結論僅能為適法性或重大錯誤之審查，使審議委員會成為實質上最終決定者。

對此問題本文認為，就條文本身僅規定應經由專業審議會審議，對於審議會結論對行政機關之拘束力則未有明文，而難以判斷其性質。但配合當初立法理由「……設立相關審議委員會，辦理指定、登錄及本法規定事項之審議、諮詢……」¹⁹⁹，似乎可認為當初立法者原意並非僅在於諮詢功能，而係在特定類別的個案判斷上兼有實質最終決定者的角色。加以，就其組織之運作而言，文化資產審議委員會組織準則第 6 條規定審議會中應邀請利害關係人陳述意見、第 7 條規定會議之

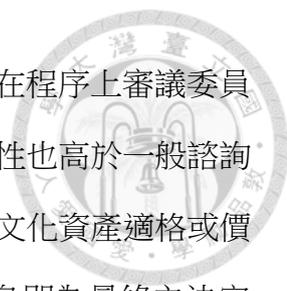
¹⁹⁵ 許育典、凌赫（2013），〈古蹟審議的法律分析〉，《文化資產保存學刊》，23 期，頁 10-11。

¹⁹⁶ 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 4382 號判決：「……是否構成歷史建物之認定，係文化資產審議委員會委員基於法律之授權，根據個人學識素養與經驗所為專門學術上獨立公正之智識判斷，具有高度之專業性、經驗性之判斷……就此等事項之決定，有『判斷餘地』」。

¹⁹⁷ 行政院文化建設委員會(95)文壹字第 0951104271-1 號函（2006 年 4 月 7 日）。

¹⁹⁸ 行政院文化建設委員會(95)文壹字第 0952113432-2 號函（2006 年 6 月 20 日）。

¹⁹⁹ 關於審議委員會之設置規定，最早見於 2005 年修正之文化資產保存法；立法院法律系統，〈異動條文及理由：文化資產保存法 (02901) 九十四年一月十八日〉，載於：<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>（最後瀏覽日：07/01/2017）。



表決方式、第 9 條 3 項關於現場勘查或訪查之規定，應可認為在程序上審議委員會實際為「認事用法」的運作核心，且在專業性外，程序之嚴謹性也高於一般諮詢性委員會甚至高於行政機關。在行政機關本身並未就事實（無論文化資產適格或價值）有其他調查與研究之情形下，應能認為文化資產審議會本身即為最終之決定者，行政機關就此專業審查結論亦難以在內容上予以動搖，因而為具有審議功能之專業委員會。

但在承認文化資產審議會具有實質審議功能，而就「文化資產適格」與「文化資產價值」皆有判斷權限的同時，審議會是否僅就其專業性即適合就該等事務為判斷，則可能是另一個問題。

（二）文化資產審議會人事獨立性與專業性上的質疑

就目前實務上文化資產審議的運作，有論者亦針對審議會作為實質決定者的成效提出質疑。首先，係基於獨立性與專業性之批評。現行文化資產審議委員會組織準則僅於第 3 條規定審議會之人事組成，對該文化資產類別之相關專家學者人數不得少於委員總人數三分之二，就其他相關選任標準與規範則未有進一步規定。因此，就專業性而言，一方面在某些文化資產類別中即可能因該領域之專家有限，以至於實際參與審議之委員並非真正具有該類專長²⁰⁰；而另一方面則可能因對個別委員專業資格未有明確規範，導致實際上專業性不足²⁰¹。而在獨立性方面，對於主管機關選任委員之相關規範不明確，以至於主管機關可能藉由人事的選任甚至出席與可決門檻的操作，而將機關首長之意志凌駕於審議會原應具有的專業性及獨立性之上²⁰²。此種專業性與獨立性的瑕疵，將造成透過專家審議模式彌補高度不確

²⁰⁰ 傅朝卿（2008），〈我國文化資產保存法執行上面臨問題的探討——以建築與空間類為例〉，《律師雜誌》，346 期，頁 28。

²⁰¹ 許育典、凌赫（2013），〈古蹟審議的法律分析〉，《文化資產保存學刊》，23 期，頁 12-13；傅朝卿（2008），〈我國文化資產保存法執行上面臨問題的探討——以建築與空間類為例〉，《律師雜誌》，346 期，頁 28。

²⁰² 許育典、凌赫（2013），〈古蹟審議的法律分析〉，《文化資產保存學刊》，23 期，頁 15。

定法律概念下決策理性之功能無法發揮，並且使一般大眾更難以接受、信任行政機關最終之結論。



(三) 專業審議模式的極限：多元價值觀下的文資評價

除專業性與獨立性的質疑之外，亦有論者認為文化資產審議在此種專家主導的模式中，也可能面臨專業盲點的問題。亦即，專業者在自身專業學術訓練之下，對事物的觀點難免可能受到因專業訓練而產生之偏見所影響，或忽略自身專業的侷限性而影響最終判斷結果²⁰³。甚至亦有論者直指，文資實務上許多審查委員即過度執著於「骨董主義」或「華麗主義」，反而無法完整考量諸如在地歷史等價值²⁰⁴。因此，文化資產審議會所戴寶的專家審議模式，於調查、澄清事實的階段確實有其功能，但在價值判斷的層次是否仍適合透過專家模式尋求解答，恐怕就有所疑問。

如前所述，對於文化資產與否的判斷能大致分為調查並確認要件事實的狀態（如年代、建築技術）等「文化資產適格」之階段；以及後續建立於此等事實基礎上，對是否具有文資法上所謂「歷史、文化、藝術價值」為評價之「文化資產價值」階段²⁰⁵。前者的調查與鑑定，確實需要借助各種文資領域的專業性為審查，但後階段之評價則可能面臨各種多元價值觀的衝擊，而難以透過專業化、客觀化的方式為判斷。就此，文化資產領域亦有學者指出，文化資產的詮釋本身即有其「詮釋彈性」，除在保存與否的決定上面臨各種價值的衝突外，在不同的群體間也有不同的價值觀點²⁰⁶。因此，在文化資產價值的評價階段，實際上是面臨多元價值的衝突以及不同群體間價值觀差異的角力，同樣的文化資產其歷史、文化價值在不同群體間

²⁰³ 許育典、凌赫（2013），〈古蹟審議的法律分析〉，《文化資產保存學刊》，23期，頁16。

²⁰⁴ 林崇熙（2007），〈文化資產詮釋的政治性格與公共論壇化〉，《文化資產保存學刊》，1卷1期，頁65-66。

²⁰⁵ 許育典、凌赫（2013），〈古蹟審議的法律分析〉，《文化資產保存學刊》，23期，頁17。

²⁰⁶ 其將不同群體間的相異觀點大致分類為：業主、社區、特定社群、審議委員會、縣／市政會議、公共文化財層次、社會價值觀；林崇熙（2007），〈文化資產詮釋的政治性格與公共論壇化〉，《文化資產保存學刊》，1卷1期，頁65-66。



可能有截然不同的評價（特別在「負面遺產」²⁰⁷的情況，各群體內部之評價即可能莫衷一是且天差地遠）。而台灣又因為本身多元族群之背景，在歷史記憶、歷史觀點、文化認同等方面都有相當的多樣性，更使文化資產價值的評價無法擺脫濃厚的政治性格。

面對多元價值衝突與濃厚政治性格的本質，專家審議模式有其功能上的侷限性。而將多元價值衝突的問題試圖透過專業化、客觀化的方式解決，將此種調和多元價值之任務強加於專業審查委員會，不但最終仍然使文化資產保存淪為政治場域的動員，甚或反倒傷害審查委員會本身的專業性與公信力。

三、以民眾參與作為多元價值尋求調和的場域

對於文化資產詮釋上濃厚的政治性格與多元價值的衝突、角力，與其刻意將其去政治化、客觀化，正面面對其本質並在文化資產審議階段提供多元價值與意見互動的場域，或許是更為務實的作法。而民眾參與制度強調多元意見與價值的理性溝通和協調，也正好在體制內提供讓各群體得以發揮意見並試圖相互說服、調和的可能性，而能成為多元價值衝突調解的平台或作為理性溝通形成共識的公共論壇。因此，亦有論者主張應以公共論壇面對文化資產詮釋上的政治性格，促進理性溝通並且藉此建構社會對文資保存之共識²⁰⁸。

而文化資產保存法於 2016 年之修法當中，於第 1 條中加入「保障文化資產保存普遍平等之參與權」作為立法目的之一。雖立法理由中未明確說明所謂「普遍平等之參與權」其來源與內涵為何，但配合憲法增修條文第 10 條 11 項對國家應肯定多元文化之要求，應可將此參與權解釋為基於保護個人多元歷史／文化觀，而提

²⁰⁷ 指該場所之歷史意義係與負面事件連結而可彰顯負面教訓與紀念集體記憶，如：集中營、原爆紀念館或台灣白色恐怖紀念園區等；參考黃龍興（2011），〈於負面遺產中重構創傷記憶——從奧斯維辛博物館到景美人權文化園區〉，《文化資產保存學刊》，17 期，頁 74-75。

²⁰⁸ 林崇熙（2007），〈文化資產詮釋的政治性格與公共論壇化〉，《文化資產保存學刊》，1 卷 1 期，頁 73。許育典、凌赫（2013），〈古蹟審議的法律分析〉，《文化資產保存學刊》，23 期，頁 17。



供多元觀點於文化資產保存上進行相互理性溝通之管道。

因此，本文認為民眾參與在文化資產的判斷上，除作為前述價值衝突的可能調解機制外；另一方面，也能提升社會大眾對最終決定的接受度，降低事後再發生衝突的可能性。而在高度不確定法律概念難以單獨透過專業審議模式尋求正當性的情況下，民眾參與的引進也能發揮彌補民主正當性危機的功能。

參、建立於共識之上的聚落保存與再發展

相較於單點式保存的古蹟或歷史建築，聚落建築群因區域性保存的性質，而對區域內眾多居民或利害關係人有所影響，在保存方式上勢必難以採取傳統「凍結式」保存，而必須同時顧及區域內居民的生活和永續發展²⁰⁹。甚至，對於歷史聚落而言，其價值不僅在於包含建物本身、景觀等物質空間環境，也在於當地社會生活、風俗、產業等社會人文環境²¹⁰。因此，相較於古蹟或歷史建築的保存是將重心放在建物本身形貌的維持，聚落建築群之保存更需要考量人的因素，而使當地居民的共識成為重要因素。尤其後續經營管理方面，不同於古蹟賦予政府得透過優先承買權接手管理維護，聚落建築群的管理維護則必須仰賴居民的協力，始能有效落實並永續經營。

此外，就歷史聚落的保存，在外國的理論發展中也常常與社區營造的概念相結合，認為聚落之保存並非僅在於對其文化資產價值的保護，也在於積極活化與再生，使聚落能在尊重其歷史脈絡的前提下不斷適應現代生活的變遷²¹¹。並且將過去文化政策由上到下的觀點，調整為結合政府資源與在地民間社會力量，使居民在對當地歷史、文化、空間、產業等思考中產生社區認同²¹²。在此觀點下，聚落居民的

²⁰⁹ 王惠君(2008)，〈文化資產保存制度中聚落調查之定位與內涵探析——以日本妻籠宿為例〉，《文化資產保存學刊》，4期，頁65-66。

²¹⁰ 曾憲嫻、蕭仙妮(2008)，〈以民眾參與觀點探討安平歷史聚落經營管理策略〉，《文化資產保存學刊》，4期，頁74。

²¹¹ 日本建築學會(編)，林美吟(譯)(2010)，〈歷史街區與聚落的保存活化方法〉，頁5-7，台中：行政院文化建設委員會文化資產總管理處籌備處。

²¹² 薛琴(2014)，〈文化資產保存觀念變革與修法理念之探討〉，《文化資產保存學刊》，27期，頁



共識不僅作為此種社區營造的動力，也在於後續能透過此共識尋求保存與活化再生之間的平衡點。並且，在此種保存和發展的相互拉扯之中，居民的共識也是確立社區主體地位的重要因素，使聚落在社區營造的過程中維持自身主體性而非被動的接受外來的定位，受外界各種主題樂園式或觀光化的想像所擺布。

因而在聚落建築群的保存中，在地居民的共識會成為影響最終成敗的關鍵因素。而民眾參與的功能，在此也能作為居民之間或是居民與主管機關、公民團體、公民社會間相互溝通尋求共識的平台。使聚落保存得以在共識之下，尋求保存與活化、再發展之間的平衡點，而能不斷適應現代生活變遷，使聚落在環境、生活、產業上得以永續經營。

肆、小結

本節所討論聚落建築群保存制度對於民眾參與之三種需求因素，在權利與利害關係複雜部分，主要係著眼於因聚落建築群保存所生之各種權益影響，因而有對利害關係人以民眾參與為程序保障之必要，與法治國下之權利保護觀點目的相同。在多元價值衝突部分，則係考量文資法以不確定法律概念作為聚落建築群要件，因而產生事物與內容之民主正當性欠缺之危機，得透過民眾參與所提供在地居民、各社群／團體、公民社會間多元意見交流之機會為補充，而與民主國原則下之民主正當性觀點相符。至於在地居民之共識，則事實上為聚落建築群制度目的達成所難以欠缺之要素，而較屬於立法政策上之討論。在聚落建築群保存制度之各相關程序中，本文將主要聚焦於上述三者觀點為考量，並且視各程序階段之特性，兼或考量其制度目的或民眾參與制度設計上之指導原則等因素，分別對其採取民眾參與之必要性或應有內涵予以討論。



第二節 列冊追蹤與暫定古蹟程序

相對於聚落建築群之登錄以及保存及再發展計畫訂定程序，列冊追蹤與暫定古蹟程序則並非聚落建築群保存之主要部分且未必具有程序上之先後順序或前提關係。並且，其作為整體保存法制中之輔助工具角色，有其制度目的上之特殊性與功能考量，而與主要之保存法制在民眾參與之需求以及考量上未盡相符。因此，本文於此節即先對列冊追蹤與暫定古蹟程序為探討，並分別就其性質、程序發動、對民眾參與之需求為討論。

壹、列冊追蹤程序

一、列冊追蹤之性質

文化資產保存法中關於「列冊追蹤」之概念，係規定於第 14 條 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。」而其法定審查程序則規定於文化資產保存法施行細則第 8 條 1 項，分為：「現場勘查或訪查」、「作成是否列冊追蹤之決定」；並依同條第 2 項規定，該是否列冊追蹤之決定，主管機關應以書面通知提報之個人或團體。

對於「列冊追蹤」決定之法律性質，究為行政機關單方就特定事件所為之決定，有疑問者在於該決定是否產生法效力而得以被定性為行政程序法第 92 條之行政處分。就此問題，行政實務上中央主管機關曾於函釋中認為：「所謂『列冊追蹤』，其法律性質為事實行為，對外並不發生法律效果，故無需對外辦理公告。」²¹³而後更於文資綜字第 1053000494 號函釋中進一步說明：「按列冊追蹤……，與指定、登錄不同。」、「透過普查，地方政府可充分掌握轄內具有古蹟、歷史建築、聚落價值的

²¹³ 行政院文化建設委員會(95)文中二字第 0952052990 號函（2006 年 6 月 23 日）。

建造物。普查的結果，經由審查之後確定是否列冊追蹤。……主管機關在進行普查具古蹟及歷史建築價值建造物之內容及範圍時，以建立個案重要資訊，並能提供未來進一步辦理指定或登錄時重要參考資訊。」²¹⁴並曾於訴願決定中認為：「主管機關應調查具聚落及文化景觀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，其法律性質為事實行為，對外並不發生法律效果……」²¹⁵。

就行政實務認為列冊追蹤屬事實行為之見解，本文大致認同。並且認為首先，就法律效果而言，文資法於第 14 條規定列冊追蹤後，並未規定其產生任何法律效果或設定權利義務關係。而行政處分要素中之法效性，確實不限於直接發生形塑權利義務之效果，也包含作為前提要件而導致法定之法律效果發生之情形²¹⁶。但文資法第 14 條 3 項規定之「經第一項列冊追蹤者，主管機關得依第十七條至第十九條所定審查程序辦理。」配合第 17 至 19 條關於古蹟、歷史建築、聚落建築群指定／登錄之規定為整體觀察，可得知此等指定／登錄程序之發動並未以經列冊追蹤為前提。亦即，未經列冊追蹤之建造物或建造物群，仍得為指定／登錄之審查；且在列冊追蹤之審查程序中，主管機關亦可能依職權轉換為指定／登錄之審查程序。因此，文資法第 14 條 3 項之規定應非將列冊追蹤作為指定／登錄之先行程序，而僅在於說明兩者為不同程序且不具有排他性。

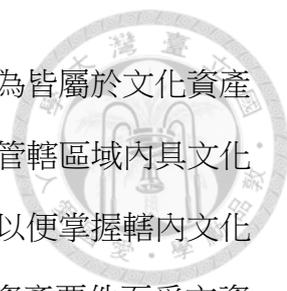
其次，就該制度之目的而言，「列冊追蹤」制度為 2005 年文資法修法時所增訂，立法理由中則說明：「明定主管機關應主動調查或接受個人或團體之提報具古蹟、歷史建築或聚落價值之建造物之內容及範圍，並列冊處理，以利後續追蹤。」²¹⁷亦有文化資產方面學者對文資法該次修法之評析中，將列冊追蹤與同法規定之

²¹⁴ 就該函釋對地方主管機關之說明觀察，地方主管機關似乎在觀念上將列冊追蹤程序與指定／登錄程序相互混淆；文化部(105)文資綜字第 1053000494 號函（2016 年 1 月 14 日）。

²¹⁵ 文化部文規字第 0982102459 號訴願決定書。

²¹⁶ 陳愛娥（2005），〈古蹟指定、「召開古蹟指定公聽會」之程序要求的法律性質〉，《台灣本土法學雜誌》，66 期，頁 157-158。

²¹⁷ 立法院法律系統，〈異動條文及理由：文化資產保存法(02901) 九十四年一月十八日〉，載於：<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>（最後瀏覽日：07/01/2017）。



「保存資料收藏及公開」、「建立個案資料」等制度相提並論，認為皆屬於文化資產基礎資料之建立及保存²¹⁸。應可推知，其目的在於使主管機關對管轄區域內具文化資產潛力之對象予以廣泛調查，並建立基礎檔案加以持續追蹤，以便掌握轄內文化資產潛力與動態。列冊追蹤在目的上與實際判斷是否具備文化資產要件而受文資法保存措施規制之指定／登錄不同，兩者應踐行之審查程序也不相同，且列冊追蹤與否之決定也無關指定／登錄程序之開啟或對事實認定有拘束力，並非作為指定／登錄之預審或先行程序，因而不屬於多階段行政程序中之前階段²¹⁹。

有論者將列冊追蹤同樣列為指定／登錄程序發動之一環²²⁰，本文則認為兩者在目的、效果、審查程序皆不同，應理解為相互獨立之程序較不至於相互混淆。因而列冊追蹤之決定，本身僅作為主管機關後續行政上之參考而並無法效性，其法律上性質應為事實行為。

二、程序開啟主體

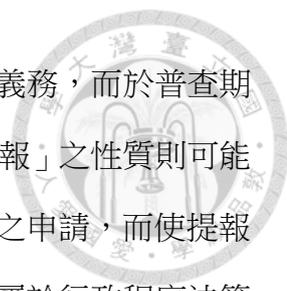
行政程序之開始，原則上係行政機關依職權裁量為之，但在人民依法為申請或行政機關依法有開始行政程序之義務時，亦應開啟程序。而依行政程序法第 34 條規定，可將行政程序之開始分為依裁量、基於人民申請、依法律規定三種情形²²¹。關於列冊追蹤程序的開啟，規定於文化資產保存法第 14 條 1 項「主管機關應定期普查或接受個人、團體提報」，而區分為「主管機關定期普查」與「個人、團體提報」兩種開啟方式。此外，就該條之解釋上，應未排除行政程序法第 34 條前段所規定主管機關得依職權開啟程序之可能性。

²¹⁸ 林會承（2008），〈台灣文化資產保存的法制歷程〉，《律師雜誌》，346 期，頁 28。

²¹⁹ 在法制度上將複雜之行政程序切割、劃分為複數程序，並遞次進行形成多階段行政程序；參考李建良（2011），〈論多階段行政處分與多階段行政程序之區辨——兼評最高行政法院 96 年度判字第 1603 號判決〉，《中研院法學期刊》，9 期，頁 305-306。

²²⁰ 楊佳燕（2009），〈文化資產審議與行政程序法——以古蹟指定及歷史建築登錄法制實務為例〉，國立臺北教育大學文教法律研究所碩士論文，頁 94-98。

²²¹ 陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 802-805，台北：自刊。



除主管機關依職權發動之情形外，「定期普查」應屬法定之義務，而於普查期間主管機關即應依法為列冊追蹤之審查程序，但「個人、團體提報」之性質則可能有所疑問。亦即，此處之「提報」究竟屬於行政程序法第 34 條之申請，而使提報人具有開啟程序之程序上權利，且行政機關對此無裁量權；或是屬於行政程序法第 168 條以下之陳情，本身不具有開啟程序之權利，而仍待行政機關裁量是否開始行政程序²²²。

就此，對照文化資產保存法第 17 條 2 項古蹟指定程序之規定：「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。」以及同法第 19 條 2 項聚落建築群登錄程序之規定：「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。」立法者於列冊追蹤與指定／登錄程序分別使用「提報」與「申請」之不同用語，而似乎對於兩者採取不同之程序上效果。但文資法第 14 條 2 項規定「依前項由個人、團體提報者，主管機關應於六個月內辦理審議。」對於個人、團體之提報，仍然賦予主管機關應於時限內為審議之義務。

因此，在文資法明確規範行政機關應為審查之義務下，此處之提報人應具有得要求主管機關開啟列冊追蹤審查程序之程序上權利。但與指定／登錄程序中之申請人相比，差別應在於提報人僅具有程序上權利，而與申請人本身尚有文資法所保護之實體上權利不同²²³。亦即，提報人僅依文資法第 14 條規定具有要求主管機關開啟列冊追蹤審查程序之權利，但對於主管機關最終作成列冊追蹤與否之決定並無法律上利益，因此僅可能在主管機關對其提報不作為而未開啟審查之情形，始有尋求救濟之可能。

²²² 行政程序法第 168 條以下關於陳情之規定，其規範內容在於「行政機關對人民陳情之處理」與陳情內容中所涉及之行政程序或行政行為不同；參考蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2007），《行政程序法實用》，3 版，頁 435，台北：新學林。

²²³ 程序上權利為程序上當事人基於程序法上地位而享有，與是否為實體法之利害關係人無必然關係，且縱為實體法之利害關係人，亦須依程序法規定取得程序上受保護利益時始具有程序法上當事人之地位；陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 791，台北：自刊。



另外，就列冊追蹤提報人之範圍，相較古蹟指定程序之申請人僅限於建造物所有人，列冊追蹤則開放個人、團體皆有開啟程序之權利。參考前述立法理由與文化資產方面學說見解，其目的應該在於使主管機關為廣泛調查而建構基礎資訊時，得以納入社會大眾所具有之資訊或調查、研究成果，進而增加主管機關調查之效率與品質。因此，對於提報人之個人、團體範圍之解釋，應考量此種廣泛之資訊收集目的，而泛指一般社會大眾無加以限縮之必要。而雖此處主要是考量資訊收集而非意見表達，且列冊追蹤最終決定僅有事實效力，但一般大眾仍得透過提報與資訊的提供甚至主觀意見的陳述，試圖影響主管機關在文化資產行政上的決策，因而本文認為應能包含在民眾參與之概念中。

三、民眾參與之必要性

(一) 權利保護觀點

若就權利保護之觀點考量列冊追蹤程序中民眾參與的重要性，在聚落建築群的情況，如前所述可能主張受影響的權利為建造物所有人之財產權、聚落居民之居住權或適足居住權。但列冊追蹤最終效力僅為事實行為而不具其他文資法上之法律效力，且結果僅為建立基礎資料供行政機關日後參考，本身並未對被審查之建造物群有採取任何措施。原則上應對上述權利無任何影響，而亦無對鄰近居民經濟上、文化上、社會上、居住環境等利益之外溢影響存在。僅於審查程序中，可能因現場勘查之必要，而對居民之居住安寧有所擾動。

因此，在權利保護面向上，本文認為僅在審查中對可能因現場勘查而居住安寧受擾動之居民，使其得以適時表示意見並能從行政機關獲得充足資訊即已足夠，對於列冊追蹤程序應無特別實施民眾參與之必要。



（二）制度目的：廣泛調查之需求

列冊追蹤之目的在於要求主管機關就轄內之文化資產潛力為廣泛調查，並建置相關基礎資料供日後行政上參考。除主管機關主動調查外，也藉由提報制度使社會大眾得以參與此種基本調查，並使行政機關得以接納提報個人或團體所收集之資訊或調查、研究成果。就功能上而言，除得以提報制度開啟程序外，在程序中藉由民眾參與機制，亦有助於此種廣泛資訊收集目的。

但就必要性而言，一方面列冊追蹤對一般大眾主要考量的是資訊收集而非意見之表達與交流，因此較無必然應採取民眾參與措施的必要性。另一方面，列冊追蹤本質上亦較偏向行政機關之調查，因而原則上採職權調查主義，使行政機關得以決定調查之種類與範圍，不受當事人主張拘束²²⁴。考量列冊追蹤本質上即為行政機關為建立基礎資訊所為之調查，在過程中是否需要透過民眾參與方式進一步獲得資訊，應保留給行政機關一定彈性為裁量。因此就列冊追蹤程序，本文認為應無特別規定應踐行之民眾參與制度的必要性，而由行政機關視情形決定是否採行即可。

（三）仍得參考行政程序法之民眾參與方式

文化資產保存法對於列冊追蹤之程序，僅於第 14 條 1 項規定「依法定程序審查」以及第 2 項規定經提報者「應於六個月內辦理審議」。至於確切之程序規範，則於施行細則第 8 條 1 項規定「其法定審查程序如下：一、現場勘查或訪查。二、作成是否列冊追蹤之決定。」並於第 2 項規定「應以書面通知提報之個人或團體」。除得由個人、團體為提報並開啟程序外，並無其他民眾參與之相關規定。此時，是否得以援引行政程序法上行政程序當事人相關程序權利規定，作為此處民眾參與之法源依據，則分析如下。

²²⁴ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2007），《行政程序法實用》，3 版，頁 94，台北：新學林。



行政程序法第 3 條 1 項規定「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」且文化行政事務並未列於同條第 3 項排除適用之範圍內，因此文化資產保存事項原則上應有行政程序法之適用。惟文化資產保存法與施行細則中已為相關程序規定，此時是否該當行政程序法第 3 條 1 項規定之「法律另有規定」而得以排除行政程序法之適用，則應視行政程序法與個別行政法程序規範之適用關係而定。就行政程序法之定位與適用關係，學說則主要有以下說法：

1. 普通法說：行政程序法作為普通法，個別法律之程序規範則作為特別法，因此適用上應優先適用個別法律。

2. 完全規定或完整規定說²²⁵：視個別法律之目的與程序規定為判斷，若顯然要使特定行政行為完全依該法程序處理，可認定為完全規定，因而排除行政程序法適用；若該法律僅就程序為部分規定，或其程序規定與立法目的並無排除行政程序法之適用，則行政程序仍有補充適用之餘地。

3. 優厚保障或嚴格規定說²²⁶：將行政程序法作為行政機關最低限度之程序規範，僅於其他法律有較行政程序法嚴格之程序規範時，始得排除行政程序法適用。且其他法律之程序規定是否較為嚴格，應就該法規整體條文綜合檢視其保障程度，而為個別認定。

4. 兼採立法目的說²²⁷：應同時兼顧行政程序法作為最低限度程序規範之基本法性質，以及個別法律中立法者就該行政領域之特性或程序經濟之必要性所為之判斷。因此，除個別法律能確定立法者有意排除行政程序法之適用，否則應有行政程序法補充適用之餘地。

就此本文認為，行政程序法之程序規範本質為原則性之立法，其想定之規範對象在於一般性之行政情形中提供基本的程序保障，同時對當時既有行政法規中較

²²⁵ 廖義男（2003），《行政法之基本建制》，頁 77 以下，台北：自刊。

²²⁶ 湯德宗（2003），〈論行政程序法的適用〉，氏著，《行政程序法論》，增訂 2 版，頁 158-163。

²²⁷ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2007），《行政程序法實用》，3 版，頁 20-21，台北：新學林。



缺乏程序保障的現象提供最低限度之程序規範。而在個別行政領域中，確實應保留立法者就該領域特性與程序效率之考量而為之判斷空間，在立法者明確就該事項有意為特別之程序設計取代行政程序法之規範時，仍應尊重立法者所為之決定。因此，若個別法律中能明確得知立法者有意排除行政程序法之程序規範時，應該當行政程序法第 3 條 1 項規定之「法律另有規定」而得以排除行政程序法之適用。除此之外，行政程序法作為原則性之程序規範，仍得補充適用。

而在列冊追蹤的情形，文化資產保存法第 14 條 1 項僅規定「依法定程序審查」，應無排除行政程序法適用之用意。而施行細則中規定之審查程序，也僅在於就該事務予以適當之審查程序安排，並無取代或排除行政程序法程序規範之意。因此，審查程序中仍有行政程序法之適用，此時雖列冊追蹤僅為事實行為而非行政處分，故依行政程序法第 102 條規定並不適用陳述意見及聽證等程序保障規定；但提報人仍依該法第 20 條為程序當事人，而具有如第 46 條以下之資訊公開請求權等程序權利外，前述於現場勘查中可能受居住安寧擾動之居民亦可能依行政程序法第 20 條規定參加為程序當事人而享有相關程序權利。至於民眾參與方面，本文認為於列冊追蹤程序中，並無課與行政機關為民眾參與義務之必要。但行政機關認有必要時仍得依職權為之。而就參與方式之選擇，行政機關此時應有形成之自由，得自行為適當之程序設計為之，亦不排除得參考行政程序法關於陳述意見或聽證之規定為之。

（四）小結

列冊追蹤制度之目的僅在於使行政機關為廣泛之文資潛力調查與資訊收集，且最終之結論本身並不具法效力，亦與聚落建築群登錄程序無前提或順序上之關聯性。因此從權利保障觀點而言，即不具對利害關係人為程序保障之必要性。次就民主正當性而言，此處列冊追蹤與否之決定僅在於行政機關資訊收集之考量而無一定之具體要件內容，因而並非其他文化資產指定／登錄決定須面臨不確定法律

概念為要件之情形，故亦無須透過民眾參與補充民主正當性之必要性。因此，本文認為於列冊追蹤程序中，並無課與行政機關應為民眾參與義務之必要性。

而在行政機關透過列冊追蹤審查為審議時，或有因事實調查或資訊收集之目的而有為相關民眾參與措施之可能，此時亦可能參考行政程序法之相關規定，使行政機關於必要時得採取其所規定之各項程序措施為民眾參與，甚至得由行政機關自行為適當之程序設計，或亦得採取公聽會等未受行政程序法類型化之方式為之。



貳、暫定古蹟程序

一、暫定古蹟之性質

暫定古蹟之制度，規定於文化資產保存法第 20 條 1 項「進入第十七條至第十九條所稱之審議程序者，為暫定古蹟。」以及同條 2 項「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。」其制度目的在於避免審查期間或未進入審查程序中而具有文資潛力之建造物，因缺乏文資身分未受文資法各種保存規範效力所及而遭受破壞²²⁸，因而文資法於 2005 年修法時增加暫定古蹟之規定作為暫時性之保護措施，並於 2016 年之修法中將適用範圍從古蹟擴大至歷史建築及聚落建築群。

其效力則規定於文資法第 20 條 3 項「暫定古蹟於審議期間內視同古蹟，應予以管理維護；其審議期間以六個月為限；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。」因而於法定之審議期間內，「暫定古蹟」適用文資法中關於古蹟保存之規範，如第 21、23 條管理維護之義務、第 24、25 條應依原有形貌保存或修復、第 34 條不得破壞遮蔽古蹟等規定。

對於暫定古蹟制度之法律上性質，因文資法第 20 條 1 項與同條 2 項之程序有所不同，前者是第 17 至 19 條之古蹟、歷史建築、聚落建築群指定／登錄審議程序開啟時，即產生效力；後者則是由主管機關視情況緊急性，得逕列暫定古蹟。本文將其區分為第 20 條 1 項之「審議程序中之暫定古蹟」以及第 20 條 2 項之「逕列暫定古蹟」，於以下分別為討論。

²²⁸ 立法理由：「...二、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.....」，立法院法律系統，〈異動條文及理由：文化資產保存法 (02901) 九十四年一月十八日〉，載於：<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>（最後瀏覽日：07/01/2017）；就立法背景與事實緣起，參考楊佳燕（2009），〈文化資產審議與行政程序法——以古蹟指定及歷史建築登錄法制實務為例〉，國立臺北教育大學文教法律研究所碩士論文，頁 117-119。



(一) 審議程序中之暫定古蹟

文化資產保存法第 20 條 1 項規定之「進入審議程序」，行政實務上係以古蹟指定及廢止審查辦法第 3 條或聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 4 條所規定之程序，其中第一款所規定之「現場勘查」作為審議程序之始點，並且以現場勘查通知函之送達作為程序開始之認定標準，而於此時發生暫定古蹟效力²²⁹。因而對該現場勘查通知函以及審議程序中暫定古蹟之法律上性質，論者即有不同見解。

首先就現場勘查通知函而言，其內容在於說明主管機關為現場勘查之目的，而通知建造物所有人、使用人或管理人請求配合協助勘查事宜，且前開人等不願配合時，主管機關亦無得強制進入之權力²³⁰。該通知函本身僅在於對建造物相關人等說明，主管機關依古蹟指定及廢止審查辦法第 3 條或聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 4 條為現場勘查之目的與必要，且對建造物相關人等未發生拘束力而仍待其同意始得進入勘查。因此，現場勘查通知函不具法效性，性質上應純屬觀念通知之事實行為，僅作為認定文化資產保存法第 20 條 1 項規定之程序開啟而產生暫定古蹟效果之時點。

就審議程序中暫定古蹟之法律上性質，見解則較為分歧。有認為主管機關開啟審議程序而發生「視同古蹟」法效力之行為，因產生對物規制之效果而屬於行政程序法第 92 條 2 項後段之「對物一般處分」²³¹。亦有見解認為，此時係因文資法第 20 條 1 項所規定視為古蹟之擬制，而發生法效力產生行政處分之事實，因而將其定性為「擬制處分」²³²。在行政實務上，中央主管機關則曾於相關訴願決定中認為，

²²⁹ 行政院文化建設委員會(95)文中二字第 0952124473 號函(2016 年 9 月 8 日):「...依文資法第 6 條規定:『主管機關為審議各類文化資產之指定、指錄及其他本法規定之重大事項，應設相關審議委員會，進行審議。』又『古蹟指定及廢止審查辦法』第 3 條:『古蹟之指定，依下列程序為之:一、現場勘查。.....』因此，古蹟指定審議程序以機關召開『現場勘查』會議為起始點，即以機關現場勘查通知書送達之日起算。」

²³⁰ 陳昭榮(2011)，〈我國古蹟指定法制之研究〉，中正大學法研所碩士論文，頁 108。

²³¹ 林騰鶴(2007)，〈國立中正紀念堂之改名與暫定古蹟——依法行政原則與對物的一般處分〉，《台灣法學雜誌》，96 期，頁 194-195。

²³² 陳昭榮(2011)，〈我國古蹟指定法制之研究〉，中正大學法研所碩士論文，頁 108-109。



該暫定古蹟地位是直接基於法律規定而形成；而現場勘查通知函並未對相對人產生法律效果，屬於觀念通知性質²³³。

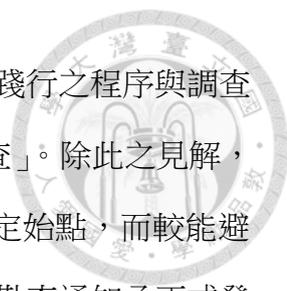
就此本文認為，現場勘查通知函本身並未對相對人產生任何法效力，僅為說明主管機關進行現場勘查之相關事宜，因而為觀念通知之行政事實行為應無疑義。而審議程序中之暫定古蹟，其法效力是直接基於法律規定而來，並非擬制處分或對物一般處分。就擬制處分而言，其意義係指透過法律使法定期間經過後，將行政機關之不作為擬制為行政機關本身作程對人民有利之許可（同意）決定，故其最核心之要素為法定時間之經過，並且通常用於許可、同意或備查程序中²³⁴。此時行政機關雖自始未曾為設定法效性之意思表示，但因人民之申請或備查而使個案中權利義務設定之範圍得以特定，因而基於法規本身所追求之加速、簡化許可程序或保障人民權利免於長期不確定之目的，在法定期間經過後即將行政機關之不作為（未予駁回）擬制為其同意之意思表示。

而在審議程序中之暫定古蹟情況，行政機關之行為僅在於開啟相關審議程序，對於發生暫定古蹟效果本身並未具有設定該權利義務關係之法效意識，僅因法律之規定使該行為具有法律意義而產生法律效果。而就對物一般處分而言，在行政機關本身缺乏法效意識之前提下，亦不能僅因產生法律效果即評價為行政處分。因此本文認為，審議程序中暫定古蹟之法律上性質，並非「擬制處分」或「對物一般處分」，而係直接基於法律規定而生之法律效果。

此外，對於行政實務以現場勘查通知函作為審議程序開啟時點，並由此時發生暫定古蹟法效力之見解，本文亦認為有值得商榷之處。首先，聚落登錄廢止審查及

²³³ 文化部文規字第 1012008276 號訴願決定書：「二、……此等暫定古蹟之地位，乃依法律規定直接形成，非基於任何行政行為，亦不因原處分機關是否通知所有人而有不同。本件原處分機關前揭函文，並未對訴願人發生任何法律效果，屬觀念通知之性質，尚難認為行政處分，訴願人對之提起訴願，自難謂為合法。」

²³⁴ 蕭文生（2010），〈行政處分之變種與異形——擬制行政處分與形式行政處分〉，《臺北大學法學論叢》，73 期，頁 36-37。



輔助辦法第 4 條所規定之程序，目的應在於規定審議階段所應踐行之程序與調查事項，並非意謂審議程序之始點為其第一款所規定之「現場勘查」。除此之見解，雖得以一確定對外為觀念通知之確切時點作為暫定古蹟效力認定始點，而較能避免因時點認定不確定所造成之紛擾；但另一方面，卻恐將在現場勘查通知函正式發函前形成空窗期。尤其在依申請人申請而開啟審議程序之情形，行政機關接受申請即有開啟程序之義務，卻須遲延至現場勘查通知函正式發函時始產生暫定古蹟效力，恐無法充分發揮暫定古蹟制度對應受審議建造物為保護之功能。

因此本文建議，得於立法中明確規定審議程序開啟時點及主管機關相應之通知或公告義務，除能避免暫定古蹟效力之發生時點認定不明確外，亦能避免因行政機關作業延遲而產生保護空窗期之問題。

（二）逕列暫定古蹟

除文資法第 20 條 1 項之審議程序中暫定古蹟外，同條第 2 項則規定「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。」而該項所規定之緊急情況，則經同條第 5 項授權中央主管機關訂定暫定古蹟條件及程序辦法，並於該辦法第 2 條中定義為「一、可能而立即明顯之重大危險。二、依法取得拆除執照，即將進行拆除時。三、工程施工進行時。四、風災、水災、火災及地震等天然災害發生時。」其目的同樣在於對具有文資潛力之建造物或建造物群提前予以暫時性保護，並且考量於建造物面臨拆除或毀壞之緊急狀況，而主管機關尚未依法開啟審議程序之空窗期間，給予主管機關緊急性的處置權限。

就主管機關逕列暫定古蹟之法律上性質，因其為主管機關單方面就系爭建造物是否有文資法第 20 條 2 項之緊急情況而有暫時保護必要之公法上具體事件所為之判斷，且經主管機關逕列後產生暫定古蹟之法效力，故應為行政程序法第 92 條



1 項之行政處分。除有部分意見認為，該逕列暫定古蹟為終局處分（文化資產指定／登錄與否）作成過程中之暫時性措施，其性質非屬行政處分而為「保全程序」²³⁵外。論者與行政實務則多認為其法律上性質屬行政處分，但對於該行政處分之類型，以及因類型而異之生效方式與時點，意見則有所分歧。有認為其屬對物一般處分，而文資法第 20 條 2 項後段「通知所有人、使用人或管理人」並非行政程序法第 110 條 1 項對相對人送達之生效要件，而僅為對相關人之特別程序保障²³⁶。亦有意見認為，行政程序法第 92 條 2 項後段之對物一般處分在於設定或變更「公物」之屬性，暫定古蹟不符公物之定義，故其性質非屬對物一般處分²³⁷。行政實務上，中央主管機關之文建會則曾於會授資籌二字第 09930009491 號令中認為，暫定古蹟之行政處分應於依行政程序法第 110 條通知或使所有人、使用人或管理人知悉時生效²³⁸，但就該行政處分之類型則未有進一步說明。

對此本文認為，行政程序法第 92 條 2 項後段就對物一般處分之定義雖規定為「公物之設定、變更、廢止或其一般使用」，但就其立法歷程中之議案關係文書為考察，本條對於行政處分之定義應係參考德國聯邦行政程序法第 35 條之規定²³⁹。而德國聯邦行政程序法第 35 條後段對物一般處分之規定，係包含「物之公法性質」以及「物之公共使用」²⁴⁰，因此學說普遍認為對物一般處分概念上在於設定／規制

²³⁵ 楊佳燕（2009），〈文化資產審議與行政程序法——以古蹟指定及歷史建築登錄法制實務為例〉，國立臺北教育大學文教法律研究所碩士論文，頁 127-128。

²³⁶ 陳唯宗（2015），〈私有歷史性建造物之強制保存的法律關係論——兼論日本法制〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 66-67。

²³⁷ 陳昭榮（2011），〈我國古蹟指定法制之研究〉，中正大學法研所碩士論文，頁 110-112、154。

²³⁸ 行政院文化建設委員會(99)會授資籌二字第 09930009491 號令（2010 年 2 月 5 日）：「按文化資產保存法（以下簡稱文資法）第十七條及「暫定古蹟條件及程序辦法」第四條規定，暫定古蹟之成立需先組成暫定古蹟處理小組審議通過，並經首長核定。此等暫定古蹟之行政處分，依行政程序法第一一〇條規定應通知所有人、使用人或管理人或使其知悉時起，始得生效。……」。

²³⁹ 二讀會之審查報告中，主要四個提案條文就對物一般處分皆以「公物之設定、變更、廢止或其一般使用」為定義，其中兩案之條文說明則提及「參考德國行政程序法第三十五條」，並說明對物一般處分於行政法學上係以物而非人作為規制對象，參見立法院（1999），《立法院公報》，88 卷 6 期，頁 421-425，台北：立法院公報處。

²⁴⁰ VwVfG § 35 “ ...Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.”

物之公法性質或一般使用之規範，並不僅限於嚴格意義下之「公物」²⁴¹。因而文化資產經指定／登錄後本身雖未必為嚴格意義下之公物，但以此為前提而產生文資法上一系列權利義務關係，應屬於物之公法性質的設定，故文化資產之指定／登錄行為應屬行政程序法第 92 條 2 項後段之「對物一般處分」。而依文資法第 20 條 2 項之逕列暫定古蹟，其法律效果在於該條所規定之期間內視同古蹟，進而發生關於保存之權利義務關係，其性質亦應屬於設定公法上性質之對物一般處分。

至於文資法第 20 條 2 項後段「通知所有人、使用人或管理人」，本文則認為該規定性質屬於對相關人等之特別程序保障，並且考量面臨暫定古蹟條件及程序辦法第 2 條之工程或拆除之緊急情況下，避免前揭相關人不知已逕列暫定古蹟而未能及時停工。對物一般處分本質為對物之規制而非對人之規制，因此係以物作為相對人，而於此種物的規制作為對人之權利義務依據時，始對人產生間接效力²⁴²。因此，基於暫定古蹟所產生之各種法效力並非直接以所有人、使用人或管理人為相對人，而是基於暫定古蹟被設定之公法上性質對不特定人產生間接規制效力。惟考量因此而生之各種權利義務關係中，如文資法第 21 條之管理維護義務仍以所有人、使用人或管理人為對象，使其相較一般不特定人產生更高之負擔程度，而特別要求主管機關對前揭關係人為通知作為程序保障。另外，觀察文資法第 17 至 19 條關於古蹟、歷史建築及聚落建築群之指定／登錄程序，則並未如第 20 條 2 項逕列暫定古蹟程序規定主管機關通知所有人、使用人或管理人之義務，而僅規定應「辦理公告」。本文認為，一方面由此更能觀察立法者對該種指定／登錄之性質是設計為對物一般處分，而以公告作為生效要件。因而暫定古蹟本身為暫時性擬制為古蹟為保護之性質，定性上亦應屬於對物一般處分，而以公告作為生效要件。並且另一方

²⁴¹ 翁岳生（編）（2006），《行政法（上）》，3 版，頁 498-499，台北：元照；陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 336-337，台北：自刊；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2007），《行政程序法實用》，3 版，頁 268-269，台北：新學林；蕭文生（2010），〈禁停紅線，一般處分，對物一般處分——評最高行政法院九十七年裁字第四九〇五號裁定〉，《月旦裁判時報》，4 期，頁 37-38；李建良（1997），〈綠色的隧道——「一般處分」之概念（二）〉，《月旦法學雜誌》，23 期，頁 62-63。

²⁴² 陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 336-337、354-355，台北：自刊。



面，亦可能是立法者特別考量面臨須逕列暫定古蹟之緊急情況時（尤其暫定古蹟條件及程序辦法第 2 條之即將進行拆除或工程施工進行時），相較一般指定／登錄處分更有即時通知相關人停工並採取保護措施之必要，以達成逕列暫定古蹟緊急保護之制度目的。加以，逕列暫定古蹟程序有其急迫性之需求，若將該通知義務解釋為對人處分而以送達相對人作為生效要件，則恐怕有害於其制度目的之實現。因此本文認為逕列暫定古蹟之法律上性質應屬對物一般處分，依行政程序法第 110 條 2 項規定以公告作為生效方式。

二、程序開啟主體

相較於文資法第 14 條列冊追蹤程序之「提報」以及第 17 至 19 條指定／登錄程序之「申請」，第 20 條暫定古蹟之第 1 項為進入審議程序即依法律規定產生暫定古蹟效力，而無暫定古蹟程序如何開啟之問題；第 2 項之逕列暫定古蹟程序則亦無類似使人民得以開啟程序之規定，因此其程序之開啟應屬於行政機關依職權裁量之類型。

對此，雖實務上許多公民團體甚至行政機關間，亦常使用「提報」一詞指涉人民對主管機關為逕列暫定古蹟之請求。但此處人民對於行政機關所為之請求，性質上則與前述列冊追蹤之「提報」或指定／登錄程序之「申請」有所不同。在法規未有應依人民申請而開啟程序之規定下，其性質應屬於行政程序法第 168 條之陳情或請願法第 2 條規定之請願，本身並無開啟程序之權利，且行政機關亦無開啟程序之義務，是否開啟逕列暫定古蹟程序仍由行政機關基於職權為裁量。

三、民眾參與之必要性

（一）權利保護觀點

暫定古蹟之效力如前述，規定於文化資產保存法第 20 條 3 項：「暫定古蹟於審議期間內視同古蹟，應予以管理維護；其審議期間以六個月為限；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。」因此於期間內，應適用文資法中關於古蹟保存之規範，如第 21、23 條管理維護之義務、第 24、25 條應依原有形貌保存或修復、第 34 條不得破壞遮蔽古蹟等規定。此等規定不僅課予所有人、使用人或管理人對暫定古蹟管理維護之義務，同時也對建造物所有人之財產權形成限制，於使用收益或處分上都因此而有所受限。且因適用關於古蹟之保存規定，相較於歷史建築或聚落建築群之保存措施，在維持建造物現狀的限制上強度反而更高，對關係人之法律上利益確實影響甚鉅。

但就效力期間為考量，原則上就暫定古蹟制度之立法目的，效力期間應僅限於審議程序所必要或是緊急情況下暫時保護之必要。而依文資法第 20 條 3 項之規定，其效力存續期間為審議程序中，並且規定審議期間以 6 個月得延長一次為限²⁴³。因此，就文資法第 20 條 1 項規定之「審議程序中暫定古蹟」而言，其之效力僅存在於文資指定／登錄審議期間，且設有上限規定，而僅為暫時性限制財產權之效力。並且，此種暫定古蹟效力係直接基於法律規定，伴隨審議程序之開啟而發生，利害關係人就暫定古蹟之意見應亦得於審議程序中一併為主張，較無事前透過民眾參與為保護之必要性。

至於文資法第 20 條 2 項規定之「逕列暫定古蹟」，同條第 3 項關於效力期間係針對「審議程序中暫定古蹟」為規定，對於逕列暫定古蹟之情況是否仍得適用即有疑慮。於逕列暫定古蹟後，進行文資指定／登錄審議程序之情形，因審議程序之開啟產生第 20 條 1 項暫定古蹟之效力，因此解釋上應可認為逕列暫定古蹟之效力於此時解消。但對於主管機關逕列暫定古蹟後，卻遲遲未開啟審議程序之情形，該逕列暫定古蹟之效力期間即有所爭議。就此，有論者認為逕列古蹟後仍應以第 20

²⁴³ 但若審議程序逾越文化資產保存法第 20 條 3 項之期限，行政實務上中央主管機關則於函釋中認為：「主管機關若未能於上揭規定期間內完成審查，審查標的物雖已喪失『暫定古蹟』之效力，惟審查程序仍可持續，並作成指定與否之行政處分」，參考行政院文化建設委員會(95)文中二字第 0952055586 號函（2006 年 9 月 18 日）



條 3 項之期限為準，進行文資審議程序²⁴⁴；亦有論者認為，此時無法適用該期限規定，而僅能以建造物所有人身分申請開啟文資審議程序，以解消此種懸而未決之法律關係，避免長期受暫定古蹟效力所限制²⁴⁵。本文則認為，考量逕列暫定古蹟之目的，在於避免文資審議程序開啟前之空窗期因緊急情況而使具文資潛力之建造物損壞。經逕列暫定古蹟而解消緊急情況後，主管機關即應判斷是否進一步開啟審議程序，或認無開啟程序之必要則應立即解除暫定古蹟。因而，自逕列暫定古蹟後起算而適用第 20 條 3 項之期限，要求主管機關至遲應於該期限內完成全部審議程序，應較為合理。而就民眾參與之必要性而言，本文認為逕列暫定古蹟原則上仍屬暫時性之權利限制，縱使在期間上有所爭議，也僅為行政機關是否因此而於逕列後濫用暫定古蹟制度之問題，重點反而非逕列暫定古蹟處分是否適當之問題。故就權利保護之觀點，利害關係人此時主要應以事後權利救濟保障自身權利較為妥適。至於針對逕列暫定古蹟處分本身，因效力屬於暫時性，因此事前程序保障之必要性相對指定／登錄處分等終局性之權利限制即較不強烈。並且對於民眾參與制度之設計，仍應就如制度目的之達成等因素為考量，就此本文將於下段接續為討論。

（二）制度目的：急迫性之考量

暫定古蹟之目的如前述，在於避免具文資潛力之建造物於文資審議程序完成前，因為具有文資身分而有滅失之風險。其中逕列暫定古蹟更是考量情況的急迫性，而給予主管機關得以即時介入為暫時性保護之權限。因此，在程序設計上，除考量權利保護之必要性外，仍應考量此急迫性的需求。並且，因為逕列暫定古蹟制度急迫性與即時保護之性質，對逕列與否之決定，除仍應考量是否具有文資潛力以避免行政機關濫用該制度外，主要並非對於該建造物文資價值，而在於即時就暫定古蹟條件及程序辦法第 2 條所列之各種情況判斷其急迫性。是以，在民眾參與之

²⁴⁴ 陳昭榮（2011），〈我國古蹟指定法制之研究〉，中正大學法研所碩士論文，頁 36。

²⁴⁵ 陳唯宗（2015），〈私有歷史性建造物之強制保存的法律關係論——兼論日本法制〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 69-70。



設計上必須考量程序經濟與效率，以避免因踐行冗長之程序義務而無法及時就該緊急情況為處置，反有害其制度目的的實現。

而行政程序法第 103 條 2 款對於陳述意見之例外，亦規定「情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益者」，行政機關得不給予陳述意見之機會。其原因也在於情況急迫時之及時處置有其公益上之目的，此時應避免相關之程序要求反而遲滯行政程序之經濟性與效率。因此本文認為，對逕列暫定古蹟處分應考量其急迫性之需求，在權利保護上主要以事後權利救濟為保障即可，對事前程序應避免課予行政機關過多程序義務，以確保逕列暫定古蹟為即時保護之制度目的。若行政機關認為程序之效率不至於因此延滯，或在文資潛力與情況急迫性之調查上有必要，仍得依行政程序法之規定使相關所有人、使用人或管理人陳述意見。

（三）小結

暫定古蹟制度之目的，在於對具有文資潛力但尚未經指定／登錄為文化資產之建造物或建造物群，予以暫時性之保護而避免於空窗期中遭受損壞。對於文資法第 20 條 1 項「審議程序中之暫定古蹟」之類型，因其係隨審議程序之開啟而發生效力，因此無不確定法律概念為要件所造成之民主正當性問題；而在權利保護上亦得於審議程序中一併給予程序保障，而無須在此時特別就暫定古蹟部分為程序保護。至於「逕列暫定古蹟」之類型，其要件主要在於考量急迫性而非文化資產價值本身，因而亦不存在前述之民主正當性問題。而從權利保護觀點為考量，雖其對於建造物相關人之權利限制強烈，甚至因適用古蹟之保存規定而較登錄為聚落建築群後更為嚴格；但考量其效力僅為暫時性，並且具有急迫性之考量，為避免過於繁複之程序保障影響程序經濟反有害於其制度目的之達成，此時依情況由行政機關判斷是否為民眾參與應即為已足，並無特別課與其義務之必要性。



第三節 登錄審議與保存及再發展計畫訂定程序

聚落建築群之保存，在現行法制中須先藉由文資審議之程序為登錄而取得聚落建築群之文化資產身分，並因此產生文資法上之保存以及管理維護義務。而此義務之具體規制內容，則須再經由「保存及再發展計畫」之訂定為規範。因而聚落建築群之登錄審議程序以及「保存及再發展計畫」訂定程序，即有其程序上之先後順序及前提關係而具有多階段行政程序之特徵。就此主要之保存法制，本文即於此節分別就其性質、程序開啟、民眾參與之必要性或相關制度上問題為討論。並於最後，針對整體聚落建築群保存法制之運作，就其多階段行政程序間以及與其他計畫法規之連結性為討論。

壹、聚落建築群登錄審議程序

一、聚落建築群登錄之性質

聚落建築群之登錄，係規定於文化資產保存法第 19 條 1 項：「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。」而其要件則於同法第 3 條 1 款 4 目定義為「建築式樣、風格特殊或與景觀協調，而具有歷史、藝術或科學價值之建造物群或街區」並於文化資產保存法施行細則第 2 條 2 項中進一步闡釋：「本法第三條第一款所定聚落，為具有歷史風貌或地域特色之建造物及附屬設施群，包括原住民部落、荷西時期街區、漢人街庄、清末洋人居留地、日治時期移民村、近代宿舍及眷村等。」至於其評斷標準則規定於聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 2 條 1 項「聚落之登錄，依下列基準為之：一、整體環境具地方特色者。二、歷史脈絡與紋理具保存價值者。三、設計形式具藝術特色者。」

因此，主管機關所為聚落建築群之登錄，應屬於行政機關單方面就係爭建造物權是否為前揭法規要件所定義之「聚落建築群」對外所為之具體公法上決定。惟有



疑問者，為該聚落建築群之登錄決定並未直接設定法律上權利義務關係，其是否仍合於行政處分要件中之「法效性」，若是則其規制內容為何？就此問題則有學說認為，雖高權措施並未直接發生形塑權利義務之效果，但其得以作為前提要件而導致法定之法律效果發生時，該高權措施仍屬於法律意義上之規制，而為「作為發生特定法律效果之前提要件」之規制類型²⁴⁶。系爭建造物群經主管機關登錄為聚落建築群後，即依文化資產保存法規定發生該法第 21 條之管理維護義務、第 25 條 1 項「應保存原有建築式樣、風格或景觀」之義務，雖具體之維護、保存之規範內容仍有待第 41 條 1 項之「聚落建築群之保存及再發展計畫」或劃設特定專用區時為設定，但仍以此為前提要件而發生前揭法律上權利義務關係。是以，該聚落建築群之登錄決定具有對外規制性，並合於其他行政處分要件，而為行政程序法第 92 條之行政處分。

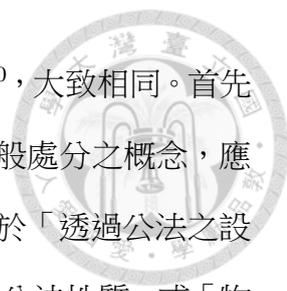
至於行政處分類型上，聚落建築群之登錄處分與古蹟指定或逕列暫定古蹟之行政處分性質上大致相同，因此也同樣有各種不同見解。就此，雖有意見認為行政程序法第 92 條 2 項後段對物一般處分係規定「有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用」，而文化資產非必然屬於「透過公法之設定提供公用並受公權力支配」之公物，因此該等指定／登錄處分非屬對物一般處分類型²⁴⁷。但其他意見多半認為，文化資產確實並非經指定／登錄後即為公物²⁴⁸，但行政程序法第 92 條 2 項後段對物一般處分本身不僅限於狹義之公物指定，同時也包含對物公法性質之設定，因而該等指定／登錄處分仍屬於設定物之公法性質之對物一般處分²⁴⁹。

²⁴⁶ 陳愛娥（2005），〈古蹟指定、「召開古蹟指定公聽會」之程序要求的法律性質〉，《台灣本土法學雜誌》，66 期，頁 157-158。

²⁴⁷ 陳昭榮（2011），〈我國古蹟指定法制之研究〉，中正大學法研所碩士論文，頁 106。

²⁴⁸ 陳愛娥（2005），〈古蹟指定、「召開古蹟指定公聽會」之程序要求的法律性質〉，《台灣本土法學雜誌》，66 期，頁 157；楊佳燕（2009），〈文化資產審議與行政程序法——以古蹟指定及歷史建築登錄法制實務為例〉，國立臺北教育大學文教法律研究所碩士論文，頁 127-128。

²⁴⁹ 學說就對物一般處分除說明其包含對物公法性質之設定外，亦通常皆以古蹟指定作為範例；參考陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 336-337、354-355，台北：自刊；吳庚（2010），《行政法之理論與實用》，增訂 11 版，頁 314，台北：自刊；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2007），《行政程序法實用》，3 版，頁 268-269，台北：新學林；蕭文生（2010），〈禁停紅線，一般處分，對物一般處分——評最高行政法院九十七年裁字第四九〇五號裁定〉，《月旦裁判時報》，4 期，



就此問題，本文意見與前述逕列暫定古蹟處分種類之判斷²⁵⁰，大致相同。首先就立法資料為考察，行政程序法第 92 條之定義以及其中對物一般處分之概念，應來自德國聯邦程序法第 35 條規定。因此，制度原意上應非僅限於「透過公法之設定提供公用並受公權力支配」之狹義公物概念，而係設定「物之公法性質」或「物之一般利用」。此處古蹟或聚落建築群之指定／登錄處分，即為設定系爭建造物或建造物群公法上之性質，使其作為後續一系列法定權利義務關係之前提，故屬於行政程序法第 92 條 2 項後段之對物一般處分。

並且，就文資法之相關法條為觀察，無論第 17 條古蹟之指定程序²⁵¹中規定「由各級主管機關審查指定後，辦理公告」或第 19 條聚落建築群之登錄程序²⁵²中規定「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。」皆可發現相較逕列暫定古蹟尚有「通知所有人、使用人或管理人」之義務且未明文規定應為公告，古蹟或聚落建築群之指定／登錄處分則明確規定主管機關就系爭處分應為公告之義務。

就此本文認為得推知，其應為立法者考量此處為設定公法性質之對物一般處分，而未如典型行政處分具有真正意義之相對人，亦無對人一般處分中得以確定範圍之相對人，因此如同行政程序法第 110 條規定以公告作為生效要件。是以，本文認為系爭聚落建築群之登錄處分，法律上性質上為行政處分，且類型為行政程序法第 92 條 2 項後段之對物一般處分。

頁 37-38；李建良（1997），〈綠色的隧道——「一般處分」之概念（二）〉，《月旦法學雜誌》，23 期，頁 62-63。

²⁵⁰ 參見本文第四章、第二節、貳、一、（二）部分。

²⁵¹ 文化資產保存法第 17 條 1 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。直轄市定、縣（市）定者，並應報中央主管機關備查。」

²⁵² 文化資產保存法第 19 條 1 項：「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。」



二、程序開啟主體

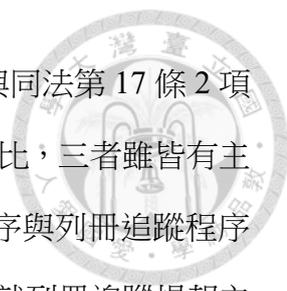
文化資產保存法第 19 條 1 項規定：「聚落建築群由直轄市、縣（市）主管機關審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查。」同條 2 項則規定：「所在地居民或團體得向直轄市、縣（市）主管機關申請登錄聚落建築群，主管機關受理該項申請，應依法定程序審查之。」是以，就程序之開啟而言，聚落建築群登錄程序除主管機關依職權裁量發動外，亦規定得基於人民申請而發動之情形。而就此處第 19 條 2 項規定申請之法律上性質、其規定申請人「所在地居民或團體」之範圍為何，以及非該項所規定之適格申請人對主管機關為請求時之法律上性質，本文將於以下分別討論。

（一）申請之性質

行政程序之開啟原則上係由行政機關依職權裁量而發動，但亦可能依法律規定或人民申請而開啟程序²⁵³，故行政程序法第 34 條將行政程序之開始區分為依裁量、基於人民申請、依法律規定三種情形。因此，文資法第 19 條 1 項之規定應屬於主管機關依職權裁量開啟程序之情形，同條第 2 項則為申請人依法規為申請之依據。並且，該項除規定當事人得為申請外，並課予主管機關受理該項申請應依法定程序審查之義務。故文資法第 19 條 2 項所規定之「申請」，性質上應即屬於行政程序法第 34 條規定得開啟程序之「當事人已依法規之規定提出申請」，而非僅為同法第 168 條以下之陳情或請願法第 2 條規定之請願。此外，就文資法第 19 條之程序開啟規定，行政實務上中央主管機關可能為避免各地方主管機關有所誤解，而曾於令釋中特別說明，該等文化資產指定／登錄程序原則上仍以主管機關依職權主動開啟為原則，文資法對於當事人申請之規定僅為促其發動之原因之一，並不排除主管機關依職權主動為之²⁵⁴。

²⁵³ 陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 802-805，台北：自刊。

²⁵⁴ 行政院文化建設委員會(95)文中二字第 0951103362 號令（2006 年 3 月 10 日）。



而將文資法第 19 條 2 項聚落建築群登錄程序之「申請」，與同法第 17 條 2 項古蹟指定之「申請」，以及第 14 條 2 項列冊追蹤之「提報」為對比，三者雖皆有主管機關應對此有開啟程序依法審議之義務，但對指定／登錄程序與列冊追蹤程序則分別使用「申請」及「提報」之不同用語。對此，本文於先前就列冊追蹤提報之性質為討論時²⁵⁵，認為此用語上差異，應為立法者對於本身未具有實體上權利而僅有程序上權利之列冊追蹤所為之區別。但有疑問者是，相較於列冊追蹤之提報人僅因文資法第 14 條 2 項，而具有要求主管機關於提報 6 個月內為審議之程序上權利；古蹟之指定或聚落建築群之登錄程序申請人，其除開啟審議之程序上權利外，是否確實亦享有文資法所保護之實體上權利？若有，則該實體權利之內容為何？

關於此問題，即申請人是否具有法律上利益，應得就申請人是否得請求行政機關為指定／登錄處分並得為課予義務訴訟之訴訟權能角度為觀察。對此，有論者就古蹟或歷史建築之指定／登錄申請，認為由文資法相關規定使建造物所有人得以申請指定／登錄該建照物為古蹟或歷史建築，可得知立法者賦予建造物所有人請求指定／登錄之公法上權利。並且依據文資法 2005 年修法將申請人範圍由「個人及團體」修改為僅「建造物所有人」得為申請之立法事實，且其立法理由所述：「古蹟之指定對所有人權益影響甚大，爰於第三項明定為僅建造物所有人得向主管機關申請指定為古蹟」，而得出此為立法者明確規定建造物所有人有請求為指定／登錄處分之公法上權利²⁵⁶。但亦有意見認為，文資法就古蹟指定之規定仍在於該法第 1 條所揭櫫之文化公益目的，因而文資法對建造物所有人之保護僅在於財產權限制之面向，僅於主管機關為指定／登錄處分而對其財產權有所限制時，始具有撤銷訴訟之訴訟權能，並無請求主管機關為指定／登錄處分之課予義務訴訟之訴訟權能²⁵⁷。至於判決實務上，最高行政法院於所有權人請求行政機關為古蹟指定之訴訟

²⁵⁵ 參見本文第四章、第二節、壹、二部分。

²⁵⁶ 魏英哲（2013），〈文化資產保存爭議案件當事人訴訟權能之研究〉，國立臺北大學法律學系碩士論文，頁 77-78。

²⁵⁷ 陳映如（2016），〈文化資產保存訴訟權能之研究〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 94-95。



中，其判決理由則未就當事人是否具公法上權利有所探究，而直接進入實體有無理由之審查，似肯認當人就請求主管機關為指定／登錄處分之課予義務訴訟具有訴訟權能²⁵⁸。

就此，本文認為由保護規範理論之要件²⁵⁹為探討，文資法於第 17 至 19 條分別對於古蹟、歷史建築、聚落建築群之申請，規定行政機關有依法開啟審議並裁量是否予以指定／登錄之特定義務；但就相關法規範之目的是否在於保護該申請人之利益則需要進一步判斷。對於法規範目的之判斷，釋字第 469 號解釋則認為應個案解釋，在法律明確規定使符合法定條件之特定人具有向公權力為一定做為之請求權時，得認定其規範目的在於保障該特定人權益；若法律規定是為保障公共利益而設時，亦應就其整體結構、適用對象、產生之規範效果為觀察，判斷是否兼有保護特定人之目的²⁶⁰。因此本文認為，雖文資法創設各種文化資產制度之整體而言在於其第 1 條所揭櫫之「保存及活用文化資產，保障文化資產保存普遍平等之參與權，充實國民精神生活，發揚多元文化」等公益目的，但於個別指定／登錄程序中特別規定特定人得以申請時，其目的應該於考量該些特定申請人相對於一般大眾所享有之文化上或財產上利益。亦即，相對一般大眾僅受有文化資產保存公共利益之反射利益，該等文化資產之保存則對於申請人而言有其特殊之文化上認同或切身關聯性，因此兼有其個別性。而在建築類文化資產方面，其指定／登錄除對其財產面向上有所限制以外，並同時產生各種相應之獎勵或協助等措施，如稅捐減免（文資法第 99 條）、維修經費補助（文資法第 30 條）、管理維護之專業諮詢與輔助

²⁵⁸ 最高行政法院 91 年度訴字第 1357 號判決。

²⁵⁹ 學說大致認為保護規範理論之要件包含 1. 法規範使公權力負有做成特定行為之義務、2. 該法規範目的在於保護特定人民之利益；參考陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 264-266，台北：自刊；李建良（2014），《行政法基本十講》，5 版，頁 294，台北：元照；莊國榮（2013），《行政法》，頁 95-96，新北：自刊。

²⁶⁰ 司法院釋字第 469 號解釋理由書：「至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」



(文資法第 21 條)、修復之輔助(文資法第 24、25 條)、排除相關建築／土地使用／消防法規之適用(文資法第 26 條)等規定，以協助對該等文化資產具有特殊文化上利益之人，得以就該等歷史文化價值予以保存。因此，文資法於 2005 年修法將申請人範圍自「個人及團體」修改為僅「建造物所有人(古蹟、歷史建築)」或「所在地居民或團體(聚落建築群)」始得為申請時，應係考量此等特定人就該文化資產特別之文化上利益，使其得以透過申請，請求主管機關為指定／登錄後對該文化資產之保存予以協助。因而相對列冊追蹤之提報人僅享有要求主管機關於法定期間內開啟審議之程序上權利，指定／登錄程序之申請人更享有要求主管機關就其申請為無瑕疵裁量之請求權。

而對比聚落建築群登錄以「所在地居民或團體」為申請人與古蹟或歷史建築指定／登錄以「建造物所有人」為申請人，本文則認為後者因屬於單點式的文化資產，就單一建造物之財產歸屬相對明確，且所有權人亦同時有財產上之利益存在，因此文資法就申請人之範圍特定為建造物所有人。在聚落建築群之情形，則因屬於區域式保存且通常財產歸屬複雜，因此僅考量社區在地居民或相關團體對聚落形貌與生活態樣之保存所具有之特別文化上利益，而將申請人特定為所在地居民或團體。

(二) 申請人範圍

聚落建築群登錄程序之申請人，依文化資產保存法第 19 條 2 項規定，為「所在地居民或團體」。但就該項所謂「所在地居民或團體」之具體範圍為何，在個案判斷上仍可能有所疑義。如前述，文資法於此處之申請權應在於保障在地居民特別之文化上利益，因而規定所在地居民或團體皆有申請權限，但該項所稱之「所在地」，是否限於該聚落之實際範圍，或得以被解釋為地方主管機關(直轄市、縣市)之範圍，則有待釐清。尤其對於團體部分，其依人民團體法第 5 條規定而有組織區域之劃分，且以行政區域為原則，此時即與聚落實際區域範圍未盡相符。

就此問題，文化資產保存法施行細則以及聚落登錄廢止審查及輔助辦法，皆未有進一步之規定或說明。僅行政實務上，中央主管機關曾於函釋中認為：「本條『所在地』指涉內容，係指該聚落行政區域範圍內具有法律相關權益之居民或團體」²⁶¹。

但就此行政實務之見解，本文則有所質疑。首先，該函釋對「所在地」之解釋，似亦考量前述人民團體之組織區域以行政區域為原則，因而亦以「行政區域範圍」作為認定標準。惟其就「行政區域範圍」之層級仍未有明確之說明，以至於仍有應以地方主管機關之直轄市、縣(市)為準或更精確至以鄉鎮市區等層級為準之疑問。其次，該函釋對申請人之範圍又以「具有法律相關權益」為第二層判斷標準，本文則認為此見解可能就公法上權利之概念有所混淆。如前述，文資法就聚落建築群設有人民得以申請之規定，可就其整體立法目的與效果推知，該等規定為立法者就該申請人之特定文化上利益為保護；縱認該規定並未寓有此種對特定人利益之保護目的，至少應認立法者已透過該申請規定賦予適格之申請人相關之程序上權利。

因而，此處就申請人之判斷，在於具體認定何者為法定要件下之適格申請人而得享有文資法上之相關權益，而非倒果為因將「具有法律相關權益」作為申請人之認定標準。且實務認定上，主管機關恐怕又將此處所謂「具有法律相關權益」窄化為財產上之利害關係，而使前述具文資法所保障之文化上利益之人，反而無法被認定為適格之申請人²⁶²。

對於該爭議，本文認為透過修法明確規定文資法第 19 條 2 項所規定「所在地」

²⁶¹ 行政院文化建設委員會(96)文中一字第 0961052843 號函：「二、查有關登錄為聚落乙節，因涉及所在地眾多居民、土地及建物權益，依據第 16 條『聚落由其所在地之居民或團體，向直轄市、縣(市)主管機關提出申請，經審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查。』規定，有關聚落登錄，仍需由『所在地之居民或團體』提出申請，主管機關據此辦理相關審查公告程序。至本條『所在地』指涉內容，係指該聚落行政區域範圍內具有法律相關權益之居民或團體。」

²⁶² 且在行政實務另一將非適格申請人之指定／登錄請求視為列冊追蹤「提報」之函釋見解下，反而開啟列冊追蹤之審議程序（行政院文化建設委員會(95)文中二字第 0951103362 號令），例如文化部文規字第 0982102459 號訴願決定書之本案事實，提及屏東縣東港鎮眷村文化暨生態環境保護協會「向原處分機關提報屏東縣東港鎮共和新村(以下簡稱系爭建物)為聚落及文化景觀。嗣原處分機關……召開『東港共和新村是否以聚落列冊追蹤』及『東港共和新村是否以文化列冊追蹤』現場勘查會議」，本文即猜測可能為該團體之登錄申請被主管機關認不具申請人適格，復逕自將其「轉換」為列冊追蹤程序之提報。

之範圍，應最為妥適。而未有修法為更明確規定前，於解釋上則應就文資法對聚落所在地民眾或團體特定文化上利益之保護為考量。



由當初 2005 年修法中文資法增列「聚落」之文化資產種類，並規定登錄程序之申請規定時之立法理由²⁶³：「聚落之保存，應於所在地居民有保存共識的前提下進行，方能與在地生活相結合，爰於第一項明定聚落由所在地居民或團體向地方主管機關申請，經審查後登錄之」亦得推知其規範目的除考量在地居民之文化上利益外，也在於考量聚落建築群作為區域式保存並兼有社區營造之特性，給予在地居民就聚落整體之未來發展或生活形塑有參與並藉此凝聚共識之機會。並且，聚落建築群為整體區域之概念，因而財產歸屬紛雜，不同於古蹟或歷史建築等單點式保存兼有考量建造物經濟財產上利益之情況，不應窄化成如建造物所有人一般之財產上利害關係為理解。

因此，就「所在地居民」部分，將其解釋為聚落範圍內有實際居住事實者，而非僅限於聚落範圍內建造物所有人，應較無疑問。至於「所在地團體」部分，本文則認為原則上以聚落所在之鄉鎮市區為組織區域之團體為申請人，較能避免範圍過廣而代表性不足之問題，但同時亦能參考該團體章程宗旨或會址為判斷，若其成立目的在於發展當地歷史文化且主要活動範圍也在於該聚落範圍時，亦得承認其為所在地團體。

（三）非申請人之「提報」

對於不具申請人適格之指定／登錄申請，行政實務上中央主管機關曾於令釋中認為其性質屬於文資法第 14 條列冊追蹤之「提報」，故主管機關此時應開啟列冊追蹤之審議程序²⁶⁴。就此見解，本文則認為並非妥適。此等不符申請人資格而不

²⁶³ 立法院法律系統，〈異動條文及理由：文化資產保存法(02901) 九十四年一月十八日〉，載於：<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>（最後瀏覽日：07/01/2017）。

²⁶⁴ 行政院文化建設委員會(95)文中二字第 0951103362 號令（2006 年 3 月 10 日）：「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，



具申請權之人對主管機關為指定／登錄之請求，目的仍在於希望主管機關開啟相關指定／登錄之審議程序，並非列冊追蹤程序之開啟。並且，列冊追蹤與指定／登錄之間為目的與內容皆相異之制度，並不具有相互補充或替代性。因此，就無申請權之人為指定／登錄之請求，其性質應屬於行政程序法第 168 條以下之陳情或請願法第 2 條規定之請願，此時主管機關仍應依裁量決定是否開啟其所請求之指定／登錄程序，而非逕自將其請求「轉換」為不相關且非其請求目的之列冊追蹤程序之提報。

三、民眾參與之必要性

(一) 權利保護觀點：多階段行政程序之關鍵階段

建造物群經登錄為聚落建築群後，依文資法第 40 條 1 項規定²⁶⁵主管機關應訂定聚落建築群之保存及再發展計畫，並得再依都市計畫法等計畫法規劃定為特定專用區。此時，雖已產生同法第 25 條保存原有建築式樣、風格或景觀、第 21 條所有人、使用人或管理人管理維護義務等規範效力，但實際之規範內容則須至保存及再發展計畫訂定後始為明確規定。而若依第 40 條 1 項後段經都市計畫法等計畫法制劃定為特定專用區後，則另外依文資法第 42 條規定²⁶⁶，關於區域內之建築、開發等行為有所限制。因而就「聚落建築群登錄」以及「保存及再發展計畫訂定」兩程序間即有階段性，且以前者作為後者程序開啟之前提。

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。」

²⁶⁵ 文化資產保存法第 40 條 1 項：「為維護聚落建築群並保全其環境景觀，主管機關應訂定聚落建築群之保存及再發展計畫後，並得就其建築形式與都市景觀制定維護方針，依區域計畫法、都市計畫法或國家公園法等有關規定，編定、劃定或變更為特定專用區。」

²⁶⁶ 文化資產保存法第 42 條：「(第一項)依第三十九條及第四十條規定劃設之古蹟、歷史建築或紀念建築保存用地或保存區、其他使用用地或分區及特定專用區內，關於下列事項之申請，應經目的事業主管機關核准：一、建築物與其他工作物之新建、增建、改建、修繕、遷移、拆除或其他外形及色彩之變更。二、宅地之形成、土地之開墾、道路之整修、拓寬及其他土地形狀之變更。三、竹木採伐及土石之採取。四、廣告物之設置。(第二項)目的事業主管機關為審查前項之申請，應會同主管機關為之。」



對於此種具有階段性的程序關係，學理上則有提出「多階段行政程序」或「階段式行政程序」之概念。雖其具體要素與分類在學說上尚未有一致之概念說明，但大致上其核心概念為法制度上將複雜之行政程序切割、劃分為複數程序，並遞次進行形成多階段行政程序²⁶⁷。其概念廣義上得包含：1. 做成多階段行政處分之程序、2. 就申請事項為部分許可或先行裁決之程序、3. 個別獨立但具有內容上關聯性之複數行政程序，並且尚可能依據各階段間是否以對外據法效力之行政處分，或僅以行政內部決定為個別階段程序終結方式，區分為真正之多階段行政程序以及非真正多階段行政程序²⁶⁸。

而「聚落建築群登錄」與「保存及再發展計畫訂定」兩程序間如前述，依文資法第 40 條 1 項規定而以前者處分作為後者程序開啟之前提要件。並且，依聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 6 條規定，聚落建築群之登錄公告應載明「聚落區域範圍劃定及面積」以及「登錄理由及其法令依據」，因而在聚落建築群登錄處分中即已確定聚落保存之具體範圍，以及就諸如文資法第 3 條 1 款 4 目、施行細則第 2 條 2 項、聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 2 條等要件與審查基準為實體判斷。因此，該登錄處分除開啟後續保存及再發展計畫之訂定程序外，對於用以「維護聚落建築群並保全其環境景觀」之該計畫內容，在聚落保存範圍以及建築式樣、風格或景觀上皆於登錄程序中予以確認，故兩者間具有內容上之關聯性，而為前述個別獨立但具有內容上關聯性之多階段行政程序。

是以，就權利保護之觀點而言，於系爭登錄處分作成時雖對於建造物所有人財產權之具體限制內容尚未明確，但其仍作為多階段行政處分之前階段而必然開啟

²⁶⁷ 李建良（2011），〈論多階段行政處分與多階段行政程序之區辨——兼評最高行政法院 96 年度判字第 1603 號判決〉，《中研院法學期刊》，9 期，頁 305-306。

²⁶⁸ 因此，「多階段行政處分」之作成程序雖包含於廣義之「多階段行政程序」中，但因其中僅有他機關以內部決定之方式為協力而於最終做成一行政處分，而可能被歸類為非真正多階段行政程序之範疇；參考傅玲靜（2008），〈多階段行政程序——環境影響評估程序與開發許可程序之關係〉，《月旦法學教室》，66 期，頁 24；傅玲靜（2010），〈論環境影響評估審查與開發行為許可間之關係——由德國法「暫時性整體判斷」之觀點出發〉，《興大法學》，7 期，頁 249-250。



後續保存及再發展計畫之訂定程序，而於計畫訂定後形成具體之規制內容。且對於後續保存及再發展計畫中可能為管制之內容，亦已於登錄審議程序中大致確認，而為此多階段程序中之重要階段。尤其具體之聚落保存範圍於登錄處分作成時即已確定，此時對保存區域之居民或利害關係人而言，其權益已必然會在後續之程序中受有限制，而僅為如何限制之問題。因此，考量前述應適時、及早為民眾參與之指導原則²⁶⁹，於決定「是否保存」之登錄程序階段，即有使相關利害關係人得以藉民眾參與，對自身意見為主張並保障其自身權益之必要性，而非至「如何保存」之階段始提供參與機會。而參考大法官於釋字第 709 號解釋，針對整體都更程序中更新事業概要之擬定階段，亦考量其於多階段程序中之重要性，而認為應確保利害關係人知悉相關資訊與適時向主管機關陳述意見之機會，僅以公聽會作為程序保障即有所不足²⁷⁰。

（二）多元意見與利益衝突調和之必要

就多元意見與利益衝突調和之觀點，如前述聚落建築群之登錄程序在整體多階段行政程序中亦處於關鍵階段，且在此階段即確定是否符合文資法上聚落建築群之相關要件以及聚落保存範圍。在各相關要件之判斷上，如同本文於文資審議程序對民眾參與之需求²⁷¹時所論及，因文資法之相關要件大量使用不確定法律概念，

²⁶⁹ 學理上對於及早參與之討論，參考陳信安（2015），〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50 期，頁 319-322。

²⁷⁰ 司法院釋字第 709 號解釋理由書：「……都市更新事業概要是否核准為都市更新事業計畫是否核定之前提問題，足見舊都市更新條例第十九條第三項前段與第十條第一項之規範功能，具有重要關聯性……」，「……舊都市更新條例第十條第一項規定：『經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業或委託都市更新事業機構為實施者實施之。』……雖有申請人或實施者應舉辦公聽會之規定，惟尚不足以保障利害關係人適時向主管機關陳述意見，以主張或維護其權利。上開規定及其他相關規定並未要求主管機關應設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊可能性，與前述憲法要求之正當行政程序不符……」；而亦有學者指出，大法官對正當程序之要求著重於「更新事業概要」以及「更新事業計畫」之核准程序，恐忽略在都市更新之都市計畫本質下「更新單元劃定」之重要性，參考傅玲靜（2014），〈都市更新正當程序之解構與再建構〉，《月旦法學》，228 期，頁 200-202、206。

²⁷¹ 參見本文第四章、第一節、貳部分。



且最終判斷上仍有其主觀性以及在地社群之歷史文化認同考量，因而並非透過專業審議模式即得提供足夠之民主正當性。此時，透過民眾參與反應多元意見外，也能提供在地社群之觀點以補足專業審議在於主觀性以及歷史文化認同與情感上之難處。並且，就適時參與之觀點而言，亦應於決定是否為聚落保存之指定階段，即使民眾得以參與並表示意見。因此，於登錄程序中無論就要件中建築式樣、風格特殊性或是歷史、藝術或科學價值之判斷，除交由專業審議委員會先為大致之調查與分析，即有透過民眾參與之多元意見交流功能，使在地居民、各種社群／團體、甚至公民社會等能就此為充分之意見討論，而給予適當之文化或歷史評價之需求。

而就利益衝突調和之面向，雖實際管制內容仍須由保存及在發展計畫為設定，但其範圍之認定與劃定本身，即已涉及各種複雜利害關係之衝突²⁷²。包含聚落內財產權、居住權、適足居住權、文化上利益等各種利害關係之衝突，以及可能受外溢影響之鄰近居民其經濟上、文化上、社會上、居住環境等利益，並且此等私人利益尚可能與整體公共利益有所矛盾而有待調解。因此，於聚落建築群登錄程序中，除就前述之要件外，亦有使聚落內外之居民以及整體公民社會有就此等個別利益與公共利益間為充分之思辯，以謀求各種利益之最大調和可能以及公益目的之實現。並且，於此種民眾參與所提供之意見交流中，亦可能使聚落居民逐漸凝聚社區共識，除增加接受度而降低日後保存措施型之困難外，也藉此使社區之主體性在保存與發展的衡量中得以被關注。

另外，相對於權利保護之面向，較聚焦於保障可能因聚落登錄而受有權益干預之利害關係人；此處對於多元意見與利害衝突之調和，則往往需要聚落範圍內外以及整體公民社會之意見交流。因此，在民眾參與之制度設計上即有考量此種廣泛參加並充分討論之需求，而必須盡可能擴大參與者之範圍，避免因參與主體之認定過窄，而使此處所強調民眾參與之制度目的無從實現。

²⁷² 參見本文第四章、第一節、壹部分。



（三）授權命令作為程序保障依據？

如前述，無論就權利保護觀點或多元利益與衝突調和之觀點，聚落建築群之登錄程序皆有其對民眾參與之需求與必要性。而就程序保障或正當行政程序之觀點，大法官於釋字第 709 號解釋之意旨似也認同於此種多階段行政程序之重要階段，即有透過適當程序參與之機會對利害關係人予以程序保障，甚至認為僅有應行公聽會之規定仍不足以保障其適時為陳述意見之機會²⁷³。對於聚落建築群登錄程序中應踐行之程序，於文化資產保存法中未有確切規範，而僅於第 19 條 4 項對主管機關為概括之授權²⁷⁴，中央主管機關則於聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 4 條，規定應召開公聽會²⁷⁵。就此則產生兩點疑問，首先是，以受法律概括授權之授權命令為程序保障之規定，是否符合正當法律程序或基本權程序保障之要求；其次則是，於聚落建築群登錄程序中為公聽會，是否為足夠之程序保障。

就前者而言，即為行政程序規範是否亦有法律保留原則適用之問題。若就基本權利程序保障功能之核心領域觀點為思考，立法者對此種保障基本權所必要之程序內容，負有必須制定的義務；其餘非核心領域部分，則屬立法裁量之範圍²⁷⁶。因此，若為程序保障之核心領域而對利害關係人之權利保障具有重要性時，立法者對此即有為制定之必要，而應有法律保留原則之適用。大法官則於釋字第 488 號解釋中認為「惟基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護基本權利之意旨；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須

²⁷³ 司法院釋字第 709 號解釋理由書：「……雖有申請人或實施者應舉辦公聽會之規定，惟尚不足以保障利害關係人適時向主管機關陳述意見，以主張或維護其權利……」；但大法官於此處並未清楚說明如何之程序保障規定始為已足，對照其對於更新事業計畫擬定之程序明確表示應採聽證，此處則可能係認為以私辦公聽會為程序保障有所不足，而有採取公辦公聽會之必要。

²⁷⁴ 文化資產保存法第 19 條 4 項：「前三項登錄基準、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。」

²⁷⁵ 聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 4 條：「聚落之登錄，依下列程序為之：一、現場勘查。二、召開公聽會。三、審議並作成登錄處分之決定。四、辦理公告。五、報中央主管機關備查。」

²⁷⁶ BVerfGE 60, 253 (295), 63, 131 (144); Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 1997, S. 326. 轉引自：李建良（2004），〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 521、522。

對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵行之程序作必要之規範……」²⁷⁷。其似乎認定基本權之程序保障亦有法律保留原則適用之同時，又認為得以授權行政機關就應遵行之程序為必要規範。就此，則有學說認為就重要性理論之觀點，應有對基本權保障居於重要意義之程序性規定，僅得由立法者本身於法律中為規定（國會保留）之可能性；而即便得授權行政機關以命令規定相關程序規範，亦須考量體系正義或授權明確性之原則，除不得對立法者已於法律中為規定之部分再授權行政機關外，亦不得僅有概括授權甚至空白授權即交由行政機關以命令為程序規定²⁷⁸。

因此本文認為，於聚落建築群之登錄程序對利害關係人之權利保護上，已有透過民眾參與制度為程序保障之前提時，應得認為此種為公聽會或聽證之程序規定屬於對程序保障有所重要性之核心領域，原則上應由立法者自行於法律中為明確規定。縱認立法者得將其授權交由行政機關為判斷並於命令中為規定，亦應有授權明確性原則之要求，不得僅以概括授權之方式將程序設計完全交由行政機關為決定。是以，文化資產保存法未對聚落建築群之登錄程序規定適當之程序保障，而僅於第 19 條 4 項將程序概括授權予行政機關以授權命令為規定，應不符合正當法律程序或基本權程序保障之要求。

（四）是否應行聽證

如前所述，大法官於釋字 709 號解釋中認為更新事業概要之擬具為整體都市更新程序中之重要階段，僅於法規規定申請人或實施者有應舉辦公聽會之義務，在權利保護觀點上對利害關係人之程序保障不足²⁷⁹，而得供同屬聚落建築群保存程

²⁷⁷ 司法院釋字第 488 號解釋理由書。

²⁷⁸ 許宗力（2007），〈基本權程序保障功能的最新發展〉，氏著，《法與國家權利（二）》，頁 257-258，台北：元照；許宗力（2007），〈大法官釋字第四六二號解釋評析〉，氏著，《法與國家權利（二）》，頁 239，台北：元照。

²⁷⁹ 司法院釋字第 709 號解釋：「……雖有申請人或實施者應舉辦公聽會之規定，惟尚不足以保障利害關係人適時向主管機關陳述意見，以主張或維護其權利。上開規定及其他相關規定並未要求主管機關應設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊可能性，與前述憲法要求之正當行政程序不符……」。



序中重要階段之登錄程序參考。惟大法官於此，相對於要求更新計畫之核定應舉行聽證，並未就實際上應採取如何之程序保障始為已足明確作進一步之闡釋，因此是否僅於資訊公開或送達等程序有所缺失，或應改由公辦公聽會為保障，甚至是否應舉行公聽會始為對當事人最低限度之程序保障，即有所爭議。

而在聚落建築群登錄程序方面，雖聚落登錄廢止審查及輔助辦法第 4 條，規定應召開公聽會，惟在形式上如前述，以未經明確授權之行政命令作為程序保障之依據即有所不足；另一方面，在內容上以公聽會作為保障是否足夠，而是否有舉行聽證之必要性，亦有所疑問。且該問題，亦同時涉及行政程序法上聽證程序與公聽會異同之爭議。本文以下即分別就 1. 聽證與公聽會之區分，以及 2. 聚落建築群登錄適合之程序保障，分別為討論。

1. 聽證與公聽會之區分

行政程序法於第 54 條以下規定聽證程序並於第 102 條以下規定陳述意見，作為對行政程序當事人之程序權利，但於行政程序法公布施行前即已存在於部分法令中之「公聽會」、「說明會」，則於行政程序法中未有規定或定義。因此產生個別行政法制領域中時常出現之「公聽會」程序，其性質究竟可被歸類為行政程序法中之聽證或陳述意見，或是其為未受行政程序法所承認但獨立於聽證與陳述意見外類型；以及聽證與公聽會兩者之間，是否有具有目的或適用範圍上差別之爭議。

就公聽會是否為獨立於聽證外之程序類型，判決實務上，最高行政法院曾就是否得以公聽會取代聽證程序要求之爭點表示意見，而認為兩者雖同樣為行政機關於決定前聽取當事人、利害關係人或社會大眾意見之程序，但聽證於行政程序法中具有較嚴謹之程序規範，性質上類似訴訟程序上之「言詞辯論」，並且聽證對行政機關具有應與以斟酌之效力而與純屬諮詢性質之公聽會有所差異²⁸⁰。而大法官於

²⁸⁰ 最高行政法院 101 年度判字第 514 號判決：「『公聽會』與『聽證』均係行政主管機關於作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫等行政行為前，為聽取當事人、



釋字 709 號解釋中對更新計畫之核定認為，僅以公聽會規定為保障有所不足而應舉行聽證，應亦可推知大法官認定公聽會與聽證為不同類型之程序。而在學說上，相較於法有明文之聽證與陳述意見之區分，學者就公聽會之性質則較少直接表示意見，但亦有學說認為兩者應有所區分²⁸¹。

就兩者之區別實益而言，即有論者認為其於程序規範密度、拘束力、以及適用範圍、關係人範圍皆有所不同。相對於聽證於行政程序法中有完整程序規範，公聽會則因法無明文而未有嚴格之程序規範；而聽證之結果對行政機關產生應予審酌之拘束力，且可能因個別法規之規定始聽證紀錄產生拘束行政機關判斷裁量權限之效果，公聽會則僅為參考性質，對行政機關並無拘束力；在適用範圍和關係人方面，聽證主要係針對並限定於行政行為之特定人，公聽會則在於廣泛聽取意見而原則上對參加者未設有限制²⁸²。

而前述主張兩者間有所區別之學說，亦於聽證與公聽會之適用範圍及制度目的上認為有所差異，亦即前者主要適用於不利益處分時，對相對人或利害關係人使其得以提出主張或證據事實之機會；後者則為行政機關作成諸如行政命令、行政計

利害關係人或有關之學者專家、社會公正人士等意見，俾收集思廣益、博採周諮之效，並使行政行為符合公正、公開、民主、透明暨利於行政決定之實踐所進行之程序。……是『聽證』，須依循前開規定之法定程序為之，其性質類似於訴訟程序中之『言詞辯論』程序，而行政機關作成經由聽證之行政處分或其他行政決定時，除參酌依行政程序法第一章第六節『調查事實及證據』所得外，並應斟酌全部聽證之結果，依論理及經驗法則判斷、裁決，所作成之行政處分並應以書面為之，通知當事人，當事人不服行政機關經聽證作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序；倘法規明定應『依聽證紀錄』作成處分者，並應依其規定為之。準此，『聽證』對行政機關具有相當之拘束力，經由『聽證』，無須踐行行政程序法第 39 條『通知相關人到場陳述意見』規定，行政機關即得據以作成限制或剝奪人民自由或權利（行政程序法第 102 條），其與『公聽會』僅屬諮詢之性質，自屬有別……」。

²⁸¹ 蔡茂寅（1999），〈行政程序法草案之重要內容（三）〉，國立臺灣大學法律學系（主辦），《行政程序法草案研討會論文集》，頁 93、95，轉引自：蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2007），《行政程序法實用》，3 版，頁 177，台北：新學林；林明鏘（2001），〈建築管理法制基本問題之研究——中德比較法制研究〉，《台大法學論叢》，30 卷 2 期，頁 22；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2007），《行政程序法實用》，3 版，頁 175-178，台北：新學林。

²⁸² 林秀蓮（2005），〈行政程序法有關聽證制度之檢討〉，台灣行政法學會（編），《行政法人與組織改造、聽證制度評析》，頁 267-268，台北：台灣行政法學會；蔡震榮（2009），〈台灣行政聽證制度執行狀況與效率評估〉，台灣行政法學會（編），《行政程序法之實施經驗與存在問題——聽證制度之理論、制度及實務》，頁 230-232，台北：台灣行政法學會。

畫、或影響多數人權益之行政處分時，向相對人、利害關係人以及專家學者、社會公正人士等廣泛收集意見作為參考之用²⁸³。因此，其間最大差異即在於參與者，聽證會限於相對人與利害關係人，公聽會則亦包含專家學者等不特定社會大眾²⁸⁴。

就此，本文認為除就本國行政實務之發展與法制為考量外，尚得就相關外國法制為觀察。首先，就德國法制而言，德國聯邦行政程序法上係將「聽證(Anhörnung)」作為上位概念²⁸⁵，而於第 28 條規定當事人陳述意見機會與得不為聽證之情況²⁸⁶；並且於第 63 至 71 條之正式行政程序²⁸⁷以及第 72 至 78 條之計畫確定程序分別規定聽證之義務各自應踐行之聽證程序。因而，德國聯邦行政程序法第 28 條並無特定形式要求之聽證²⁸⁸，以及第 66 條以下正式行政程序中之聽證，應可分別對應至本國行政程序法第 102 條之「陳述意見」以及第 54 條以下與第 107 條之「聽證」。而有學者更進一步引介德國法制度，提及相較於側重權利保護面向，使當事人、利害關係人為言詞辯論之正式行政程序聽證，德國聯邦行政程序法中關於計畫確定程序之聽證，除保障申請人及利害關係人權益之考量外更擴大當事人範圍，而謀求各種不同意見與利益之調和，以強化行政計畫之可接受度與民主正當性，功能上即

²⁸³ 蔡茂寅(1999)，〈行政程序法草案之重要內容(三)〉，國立臺灣大學法律學系(主辦)，《行政程序法草案研討會論文集》，頁 93、95，轉引自：蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏(2007)，《行政程序法實用》，3 版，頁 177，台北：新學林。

²⁸⁴ 林明鏘(2001)，〈建築管理法制基本問題之研究——中德比較法制研究〉，《台大法學論叢》，30 卷 2 期，頁 22。

²⁸⁵ 亦有國內文獻將此上位概念之 Anhörnung 翻譯為「聽審」，參考陳敏(2016)，《行政法總論》，9 版，頁 814，台北：自刊。

²⁸⁶ VwVfG § 28 Anhörung Beteiligter: „(1) Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, ist diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.(2) Von der Anhörung kann abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist, insbesondere wenn..... (3) Eine Anhörung unterbleibt, wenn ihr ein zwingendes öffentliches Interesse entgegensteht.“

²⁸⁷ VwVfG § 66 Verpflichtung zur Anhörung von Beteiligten: „(1) Im förmlichen Verwaltungsverfahren ist den Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich vor der Entscheidung zu äußern.(2) Den Beteiligten ist Gelegenheit zu geben, der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen und der Einnahme des Augenscheins beizuwohnen und hierbei sachdienliche Fragen zu stellen; ein schriftlich oder elektronisch vorliegendes Gutachten soll ihnen zugänglich gemacht werden.“

²⁸⁸ 陳敏(2016)，《行政法總論》，9 版，頁 814，台北：自刊；傅玲靜(2014)，〈都市更新正當程序之解構與再建構〉，《月旦法學》，228 期，頁 193-194。

有所不同²⁸⁹。此外，在個別行政法規中，亦可能考量個別行政事務之特性而為不同正式程序之設計，非必然一概適用德國聯邦行政程序法第 63 條以下之正式程序與其聽證規定²⁹⁰。是以，德國法制上雖未特別規定「公聽會」之程序類型，惟其程序選擇上亦非僅有陳述意見與正式程序聽證之擇一關係，尚得視個別行政事務之需求或在權利保護外對於資訊收集、意見調和或民主正當性等考量，另外為特別之程序設計。

而就日本法制上，其於行政手續法中則明確規定「公聽會」與「給予辯明機會」或「聽聞」等不同之程序保障類型。其中，「給予辯明機會」與「聽聞」係規定於行政手續法第 13 條，以「意見陳述」作為上位概念而適用於對不利益處分之相對人或利害關係人為程序保障²⁹¹。並且原則上係適用較為簡略而無法定要式之「給予辯明機會」，而於許可之撤銷廢止、資格剝奪或解除職務等重大不利益之情況，則適用較為嚴謹而有法定要式之「聽聞」程序²⁹²。至於「公聽會」則規定於行政手續法第 10 條，適用於基於當事人申請之行政處分而其許可依法應考量申請人以外之人利害關係時，得以公聽會或其他適當方式聽取該他人之意見²⁹³。其所考量者，在

²⁸⁹ 傅玲靜（2014），〈都市更新正當程序之解構與再建構〉，《月旦法學》，228 期，頁 194。

²⁹⁰ 傅玲靜（2014），〈都市更新正當程序之解構與再建構〉，《月旦法學》，228 期，頁 195。

²⁹¹ 行政手續法第十三條：行政庁は、不利益処分をしようとする場合には、次の各号の区分に従い、この章の定めるところにより、当該不利益処分の名あて人となるべき者について、当該各号に定める意見陳述のための手続を執らなければならない。

一 次のいずれかに該当するとき 聴聞

イ 許認可等を取り消す不利益処分をしようとするとき。

ロ イに規定するもののほか、名あて人の資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分をしようとするとき。

ハ 名あて人が法人である場合におけるその役員の解任を命ずる不利益処分、名あて人の業務に従事する者の解任を命ずる不利益処分又は名あて人の会員である者の除名を命ずる不利益処分をしようとするとき。

ニ イからハマまでに掲げる場合以外の場合であつて行政庁が相当と認めるとき。

二 前号イからニまでのいずれにも該当しないとき 弁明の機会の付与

²⁹² 原田尚彦（2012），《行政法要論》，7 版，頁 162，東京：学陽書房；宇賀克也（2009），《行政法概説 I 行政法総論》，3 版，頁 410-411，東京：有斐閣；宇賀克也（2005），《行政手續法の解説》，5 版，頁 107-108，東京：学陽書房。

²⁹³ 行政手續法第十条：行政庁は、申請に対する処分であつて、申請者以外の者の利害を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされているものを行う場合には、必要に応じ、公聴会の開催その他の適当な方法により当該申請者以外の者の意見を聴く機会を設けるよう努めなければならない。



於某些申請之許可並非僅對申請人有利害關係，亦可能對其他人造成影響，因而此時亦有對其為程序保障並聽取意見之必要²⁹⁴。並且依學說見解，所謂依法應考量他人利害關係並不限於該法有明文規定之情況，就其規範意旨得推知兼有保障他人之目的(如建蔽率兼有保護鄰近居民安全等考量)即為已足²⁹⁵；並且就參與者範圍，亦不以該法規保障其個別利益而具有原告適格之利害關係人為限²⁹⁶。此外，在計畫行政領域之個別法規中，公聽會則常與公告閱覽、意見書提出、審議會等程序作為民眾參與(住民參加)之方式，以廣泛收集一般大眾意見並增加其接受度為目的，而為計畫行政程序民主化之一環²⁹⁷。因此，日本行政手續法上之「給予辯明機會」與「聽聞」應得對應至本國行政程序法上之「陳述意見」與「聽證」；而對於「公聽會」之理解，日本之法制現況與見解也與前述國內判決實務之見解大致相符。

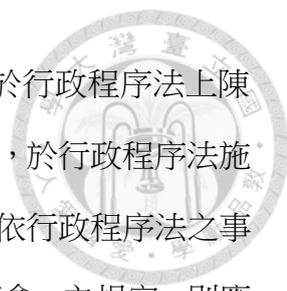
由以上外國法制之觀察，本文認為德日兩國就權利保護面向之程序部分，皆以當事人或利害關係人之意見陳述作為原則，並於特殊情況設計有較嚴謹法定程序之聽證規則，而與本國行政程序法之設計大致相同。此外，對於非單純側重當事人權益保障而亦強調廣泛意見收集之一般大眾參與程序，尤其是針對計畫行政領域之參與需求，德日兩國實際上亦有相應該種需求而為不同之制度設計。其中，德國法制上雖未特別將此種需求類型化為「公聽會」，但於個別行政法規中即相應該種需求及該行政事務之特性，設計有不同於聯邦行政程序法之聽證程序。至於日本法制上則將其特別類型化為「公聽會」，而有別於其行政手續法上之「聽聞」程序，並於除適用於相對申請之行政處分外，於計畫行政領域之法規中亦作為重要之參與形式，惟其應有之程序規範則未有法律明文。因此，在我國法制上雖未將公聽會

²⁹⁴ 原田尚彥(2012)，《行政法要論》，7版，頁159-160，東京：學陽書房；宇賀克也(2009)，《行政法概說I 行政法總論》，3版，頁403-404，東京：有斐閣；宇賀克也(2005)，《行政手續法の解説》，5版，頁100-101，東京：學陽書房。

²⁹⁵ 宇賀克也(2005)，《行政手續法の解説》，5版，頁101，東京：學陽書房。

²⁹⁶ 宇賀克也(2005)，《行政手續法の解説》，5版，頁102，東京：學陽書房；宇賀克也(2009)，《行政法概說I 行政法總論》，3版，頁410-411。

²⁹⁷ 宇賀克也(2009)，《行政法概說I 行政法總論》，3版，頁125-127；原田尚彥(2012)，《行政法要論》，7版，頁286-287，東京：學陽書房。



明文規定於行政程序法中，但由個別行政法規創設出此種相異於行政程序法上陳述意見與聽證之程序，應仍得承認其作為獨立之程序類型。並且，於行政程序法施行前既存之「公聽會」、「說明會」甚至「聽證」等規定，固然應依行政程序法之事後觀點分別予以定性；但於行政程序法施行後各法規仍為「公聽會」之規定，則應得解釋為立法者考量制度目的之不同而有意與聽證程序為區別，本文認為此時應得承認立法者就該程序類型之創設，不必然須將其定性為陳述意見或聽證。

而相對於公聽會類型化與性質之爭議，本文認為其程序內涵與規範未有法律明確規定，而造成行政實務上流於形式且成效不彰，恐怕更是學界與社會大眾對公聽會制度有所疑慮甚至擔心「聽證遁入公聽會」之主要因素。因此，本文雖認為就國內法制之現狀得承認公聽會作為獨立之程序類型，但在立法政策上仍應就其程序規範透過法律明文規定（尤其就其進行及發言方式、爭點整理、行政機關對公聽會意見之回應義務等），以確保其品質及制度目的之達成。至於實際立法模式本文則持開放態度，無論依德國模式將現行各種公聽會轉化為個別之特別「聽證」程序，或於行政程序法規定公聽會之基本程序標準，或於現行各法規之公聽會規定中明訂其應有之程序規範，應皆能達成加強公聽會程序品質之目的。

2. 聚落建築群登錄適合之程序保障

由前段之討論，本文認為在個別行政領域中對程序設計或選擇，仍應就該事務領域之特性以及需求為考量。在聚落建築群登錄程序之情形，因其為整體多階段行政程序之重要階段，因此有對利害相關人採取程序保障以維護其權益之需求。而另一方面，聚落保存作為區域式保存，本身有其計畫行政之性質。而計畫行政因涉及利害關係複雜、影響層面深遠且廣泛、有公私益調和必要等特性，並且賦予行政機關事物及政策上廣泛的形成權限而非傳統僅就立法者既存之判斷為執行之性質，故有透過民眾參與使可能受有影響之不特定多數人得以發表意見，並且藉由社會大眾意見之交流與整合，補充計畫行政中民主正當性之需求。加以，文化資產之認

定標準，因法定要件皆為不確定法律概念且評價上具有主觀性，而有使在地居民、特定社群或團體、社會大眾藉由參與提供歷史文化上之觀點，補充此處事物與內容之民主正當性較不足之問題。



因此，本文認為就聚落建築群登錄程序民眾參與之設計，除考量利害相關人之權益保護外，兼有廣泛收集意見並就多元意見為交流與調和之考量，在現行法制上，與公聽會之制度功能較為接近。惟現行實務上，公聽會缺乏法定程序規範，以致於操作上流於形式而空洞化之現象。為確保其程序品質與制度目的之達成，本文認為得參考民眾參與制度設計上之各指導原則為必要的程序規範，就其程序內涵與規範以法律為明確規定而加強其程序之嚴謹性。其中特別應注意必要資訊的公開與提供，並且亦得考慮規定行政機關對公聽會意見之回應義務，以確保公聽會制度之實效。至於體例上，究應適用行政程序法之聽證制度並擴張其當事人範圍，或於行政程序法增訂公聽會之規定，或交由各專業行政法規各自為適合該領域之程序規範，本文則持開放態度。

（五）小結

如上所述，聚落建築群登錄程序為整體聚落建築群保存程序中之重要階段，而有使相關利害關係人得透過事實程序保障以維護自身權益之需求。並且因文化資產認定標準以及其作為計畫行政之本質，而有透過非基於利害關係之民眾參與，使不特定社會大眾得以就其多元意見為交流與整合，以增強決策品質並提供民主正當性之需求。

本文即從此種需求為考量，就本國法制中對聽證及公聽會定位與制度目的之探討，認為當前法制下以公聽會作為聚落建築群登錄程序之參與模式較為妥適。但另一方面，亦應透過對公聽會程序規範之法定，改善公聽會於實務操作上成效不彰之問題，並使其得以發揮應有之制度功能。



貳、保存與再發展計畫訂定程序

一、保存及再發展計畫之性質

聚落建築群經登錄後，依文資法第 25 條 1 項規定，應保存原有建築式樣、風格或景觀。另依文資法第 40 條 1 項規定，主管機關應於聚落建築群登錄後訂定「聚落建築群之保存與再發展計畫」以作為其維護並保全環境景觀之依據，並就建築樣式或景觀之維護，得再依都市計畫法等計畫法規劃定為特定專用區²⁹⁸。經劃定為特定專用區後，則依文資法第 42 條規定，就特定專用區內之建築、改建、重建、開發等事項有所限制²⁹⁹。

惟文資法母法與施行細則中，就「聚落建築群之保存與再發展計畫」應有之事項與內容皆未有所規範，以至於難以就相關法規得之其內容與法律上性質。就此，中央主管機關之文化部則於其所發行《聚落與文化景觀保存操作執行手冊》中認為，仍得依前述法條所規定之制度目的（維護聚落建築群並保全其環境景觀、保存原有建築式樣、風格或景觀）作為指導原則，而得在計畫內容上歸納為三大項目：「基礎調查與評估」、「土地使用分區管制體系之評估」、「管制、經營與維護原則之建立」³⁰⁰。並且其認為，現行文資法施行細則第 14 條係規範關於古蹟保存計畫、遺址保存計畫、文化景觀保存計畫之計畫內容³⁰¹，而該三者皆為劃定、編定或變更

²⁹⁸ 文化資產保存法第 40 條 1 項：「為維護聚落建築群並保全其環境景觀，主管機關應訂定聚落建築群之保存及再發展計畫後，並得就其建築形式與都市景觀制定維護方針，依區域計畫法、都市計畫法或國家公園法等有關規定，編定、劃定或變更為特定專用區。」

²⁹⁹ 文化資產保存法第 42 條：「（第一項）依第三十九條及第四十條規定劃設之古蹟、歷史建築或紀念建築保存用地或保存區、其他使用用地或分區及特定專用區內，關於下列事項之申請，應經目的事業主管機關核准：一、建築物與其他工作物之新建、增建、改建、修繕、遷移、拆除或其他外形及色彩之變更。二、宅地之形成、土地之開墾、道路之整修、拓寬及其他土地形狀之變更。三、竹木採伐及土石之採取。四、廣告物之設置。（第二項）目的事業主管機關為審查前項之申請，應會同主管機關為之。」

³⁰⁰ 劉銓芝（編著）（2015），《聚落與文化景觀保存操作執行手冊》，修訂初版，頁 278-279，台中：文化部文化資產局。

³⁰¹ 文化資產保存法施行細則第 14 條：「本法第三十三條、第四十三條及第五十六條所定保存計畫，其內容應包括基礎調查、法令研究、體制建構、管理維護、地區發展及經營、相關圖面等項目。」；因現行施行細則尚未依 2016 年修正公布之文化資產保存法內容為修正，故其對於文資法條號係對應此次修法前之版本。



土地使用分區、使用地之先期計畫，目的與聚落建築群之保存與再發展計畫相同，而得作為計畫內容之參考；因此，「聚落建築群之保存與再發展計畫」之計畫內容亦應包含基礎調查、法令研究、體制建構、管理維護、地區發展及經營、相關圖面等項目³⁰²。

「聚落建築群之保存與再發展計畫」為主管機關就後續保存、維護聚落建築群並保全其環境景觀之目的所為之事前規劃，應屬於行政程序法第 163 條規定之行政計畫。然而，行政計畫除得依其內容或拘束性區分為多種類型外³⁰³，學說上亦皆認為其非屬獨立之公權力行為方式，其法律性質應依個別情況判斷其屬於何種傳統上之公權力行為類型，而可能為法律、法規命令、自治規章、行政處分、行政規則或事實行為等形式³⁰⁴。至於聚落建築群之保存與再發展計畫則如前述，其內容相當紛雜而無法將其整體歸類為單一之國家行為方式，須就其計畫內容之各部份分別為判斷。

其中，就基礎調查、法令研究、相關圖面之部分，主要為資料收集、調查與分析以作為後續規劃之基礎，對外亦不產生任何法效力，因此法律上性質應屬於事實行為。地區發展與經營部分，依前述操作手冊之說明，主要在於聚落再發展之目標與定位、發展及經營計畫之研擬，以及財務計畫、發展與經營計畫之實施期程等³⁰⁵；前者原則上應屬於行政指導或其準備行為，因而屬於事實行為之性質；後者則須視其是否具內部拘束力而為行政規則，否則亦應屬於事實行為。至於體制建構與管理維護之部分，則主要包含土地使用分區管制體系之建議，以及保存及管制原則、保存強度分區／分級／分類、管理維護之原則／方法等關於保存及管理維護標準之

³⁰² 劉銓芝（編著）（2015），《聚落與文化景觀保存操作執行手冊》，修訂初版，頁 279-280，台中：文化部文化資產局。

³⁰³ 王珍玲（2010），〈行政計畫與民眾參與——以最高行政法院九十九年度判字第三十號為例〉，《法學新論》，27 期，頁 65-66；陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 644-647。

³⁰⁴ 陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 647-649，台北：自刊；莊國榮（2013），《行政法》，頁 287-289，新北：自刊。

³⁰⁵ 劉銓芝（編著）（2015），《聚落與文化景觀保存操作執行手冊》，修訂初版，頁 280，台中：文化部文化資產局。



規範³⁰⁶。就前者而言，其係作為日後依都市計畫法等計畫法規為特定專用區劃定時之參考依據，性質上應屬單純資訊收集與分析之事實行為。後者則涉及文資法上規定之保存及管理維護義務之具體規範，而具有對外法效力，惟其法律上性質屬於行政處分或法規命令，則可能有所疑問。

就此問題，主要關鍵在於此種對保存區域內土地使用或建築之規範，究竟為行政機關具體事件所為之決定，而為行政程序法第 92 條之行政處分；或是就一般事項所作抽象之對外發生法律效果，而為行政程序法第 150 條規定之法規命令。若以同為對特定區域之土地使用為規制之都市計畫為觀察，則學說多半肯認其性質屬法規命令或地方之自治規章³⁰⁷，且大法官於釋字第 742 號解釋中亦持相同見解³⁰⁸。惟就都市計畫之變更，大法官曾於釋字第 156 號解釋中認為都市計畫之個別變更性質上屬於行政處分³⁰⁹，因而學說多由此脈絡，進一步認為大法官於此號解釋係著眼於個別變更對可得特定之特定人有所影響，因而屬於一般處分³¹⁰。至於定期通盤檢討變更，雖曾有實務判決亦以相同理由認其屬於一般處分³¹¹，但於釋字第 742 號解釋中則被大法官認為屬於法規性質³¹²。對於此處紛雜之見解，則有學者認

³⁰⁶ 劉銓芝（編著）（2015），《聚落與文化景觀保存操作執行手冊》，修訂初版，頁 280，台中：文化部文化資產局。

³⁰⁷ 林明鏘（2006），《國土計畫法學研究》，頁 90，台北：元照。陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 648，台北：自刊；莊國榮（2013），《行政法》，頁 288，新北：自刊。

³⁰⁸ 司法院釋字第 742 號解釋理由書：「又都市計畫（含定期通盤檢討之變更；下同），因屬法規性質，並非行政處分，依現行法制，人民縱認其違法且損害其權利或法律上利益，仍須俟後續行政處分作成後，始得依行政訴訟法提起撤銷訴訟……」。

³⁰⁹ 司法院釋字第 156 號解釋理由書：「主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質……此項都市計畫之個別變更，與都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更……並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，有所不同……」；惟有學說認為，大法官於此號解釋中以變更之原因為區分，而非以都市計畫之種類與層級對特定區域內人民影響為考量，於論證上應有所違誤，參考傅玲靜（2015），〈都市計畫與撤銷訴訟之程序標的——由都市計畫之種類及層級進行檢討〉，《月旦法學教室》，153 期，頁 10-11。

³¹⁰ 陳敏（2016），《行政法總論》，9 版，頁 334-335，台北：自刊；吳庚（2010），《行政法之理論與實用》，增訂 11 版，頁 318，台北：自刊。

³¹¹ 最高行政法院 82 年度判字第 190 號判決、91 年度判字第 2098 號判決。

³¹² 司法院釋字第 742 號解釋文：「都市計畫擬定計畫機關依規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫作必要之變更，屬法規性質，並非行政處分。惟如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟……」。



為不宜僅由行政訴訟之層面考量，而應回歸學理上對一般處分與法規之基本性質差異為判斷。因一般處分之概念仍在於基於明確之特定原因作成行為，僅行為時相對人不具特定性，故兩者區分之重點在於行政機關做成該行為時所針對之行為是否特定，亦即所規制之事件是具有一次性或反覆性。是以，就都市計畫之擬定或變更（無論其變更原因），其對於土地使用之規制效力並非一次性，而係於效力存續期間中反覆發生，故為法規命令之性質³¹³。

對此本文亦認為，在釋字第 742 號解釋明確表示即使都市計畫與其通盤檢討變更為法規性質，但於其對特定區域內得特定人之權益有所影響時仍得提起行政救濟之見解下，就都市計畫擬定或變更之定性應得回歸其法理上概念為判斷，而不須囿於行政救濟之考量。是以，雖聚落建築群保存及再發展計畫中關於保存以及管理維護義務之具體規範，係對保存區域中得以特定之多數人發生規制效力。但其規制效力係於存續期間內，對該區域中保存及管理維護等事項反覆發生法效力，故性質上應屬於法規命令而非一般處分。

二、民眾參與之必要性

（一）權利保護觀點：具體形塑管制內容之重要階段

聚落建築群之保存與再發展計畫之性質如前所述，除部分僅為資料收集分析或政策研擬等不對外發生法效力之事實行為外，重點仍在於對聚落建築群保存及管理維護義務所為之具體規範。就整體多階段行政程序為觀察，此階段即為具體形塑管制內容，而真正將相關保存規範及措施透過法規命令之訂定而發生法效力之關鍵階段。

因而就權利保護之觀點而言，保存與再發展計畫訂定後，文資法所設定之各種

³¹³ 傅玲靜（2016），〈對於抽象法規範之行政爭訟——以都市計畫之擬定及變更為例〉，《月旦法學教室》，167期，頁10-11。



限制內容即為明確，並具有限制保存區域內建築式樣、風格或景觀之法效力，而對區域內可得特定之建造物所有人之財產權有所限制，對於聚落居民之居住權或適足居住權亦可能有所影響。至於限制強度方面，雖相對於文資法第 24 條要求古蹟應「保存原有形貌及工法」，基於文資法第 25 條規定聚落建築群「應保存原有建築式樣、風格或景觀」而訂定之保存及再發展計畫，則對建造物本身整修、重建等限制較為寬鬆；但對於其使用、收益等財產上價值仍有相當限制與影響。考量建造物所有人之財產權甚至居民之相關權益，於此階段將因管制內容之訂定而受有限制，並且具相當限制強度而有持續性。

是以本文認為，此時即有使相關利害關係人透過民眾參與所提供之程序保障功能，就其可能受影響之權益適時表示意見並予以防禦之需求。而以大法官於釋字 709 號解釋對都市更新程序中對更新事業計畫核定之見解，其亦認為於更新計畫具體成形之階段，因對相關利害關係人之權益影響重大，因而有透過相關正當程序對其權益為保障之必要，甚至認為於此種情形應行聽證始為已足³¹⁴。

（二）多元意見與利益衝突調和之必要

在「聚落建築群之保存與再發展計畫」訂定階段，因文資法對聚落建築群之相關要件已於登錄審議階段為確定，是以透過民眾參與提供多元觀點並形成對文化資產價值之評價，以彌補相關要件中之不確定法律概念、提供民主正當性來源之需求較非此階段程序之重點。並且於保存與再發展計畫訂定階段，保存區域範圍亦已

³¹⁴ 司法院釋字第 709 號解釋理由書：「上開規定就都市更新事業計畫之核定雖已明文，送都市更新審議委員會審議前，應將都市更新事業計畫公開展覽，任何人民或團體得於公開展覽期間內提出意見，惟上開規定及其他相關規定並未要求主管機關應將該計畫相關資訊（含同意參與都市更新事業計畫之私有土地、私有合法建築物之所有權人清冊），對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達。且所規定之舉辦公聽會及由利害關係人向主管機關提出意見，亦僅供主管機關參考審議，並非由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人。凡此均與前述憲法要求之正當行政程序不符，有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。」



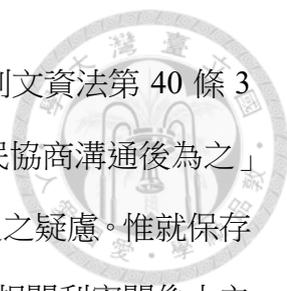
於先前登錄程序為確定，此時所應決定者已非「是否保存」之問題而為「如何保存之問題」，意見對立之情況確實較為和緩。但其對於管制密度、標準之決定，仍然影響聚落內部建造物所有人或居民之權益，並且尚可能對於鄰近居民產生外溢影響，而對於該聚落之保存亦牽涉其所在城市甚至整體公民社會之公共利益。因此，於此階段仍然面臨聚落內部所有權人或居民、鄰近聚落居民之私益，以及其與整體公共利益之調和。

而就如何之保存規定與措施較能達成聚落保存之目的，並且較有助於聚落之永續經營與兼顧合理發展之界線，除專家學者就此所為之相關研究分析及專業建議外，亦有和在地居民甚至相關社群團體就此交換意見並尋求共識之必要性。並且如前所述，聚落保存兼有社區營造之性質，社區居民之共識與認同除作為聚落保存成功之必要因素外，本身亦是聚落保存所追求價值之一³¹⁵。因此，保存與再發展計畫中關於聚落保存等規範之訂定，仍應尊重在地居民意見與主體性，使其得以在關於保存與發展之討論中逐漸凝聚共識，而具有民眾參與之需求。惟此時如前述，在聚落範圍已經確定之情形下，在民眾參與制度之設計上，相較於廣泛意見收集與多元價值調和之功能，於保存與再發展計畫訂定程序中則更應重視聚落居民共識形成之需求。

（三）是否應行聽證

如前所述，大法官於釋字 709 號解釋就都市更新程序中「更新計畫核定」之階段，認為其為整體都更程序中計畫具體形成之重要階段，對相關利害關係人之權益影響重大，而有舉行聽證對其為程序保障之必要。此見解對於同屬多階段行政程序中具體形成管制內容，而對相關利害關係人權益影響重大之「保存及再發展計畫」訂定程序，應相當值得參考。

³¹⁵ 參見本文第四章、第一節、參部分。



若以大法官此處側重利害關係人權益保護觀點下之見解，則文資法第 40 條 3 項規定「保存及再發展計畫之擬定，應召開公聽會，並與當地居民協商溝通後為之」以公聽會作為對相關利害關係人程序保障，即恐有保護密度不足之疑慮。惟就保存及再發展計畫訂定程序而言，因其為規制內容具體成形階段，對相關利害關係人之權益保護需求高於聚落建築群登錄程序；另一方面，其對於非涉及利害關係之民眾參與需求，亦因文化資產認定及保存區域之劃定已於登錄階段確定，此種基於補充民主正當性之考量較不強烈，但仍有透過廣泛之民眾參與增強決策品質及調和公私益之需求。

就此，本文認為保存及再發展計畫訂定階段仍兼含非涉及利害關係之民眾參與需求之考量，在現行法制上與公聽會之制度目的較為類似，因而如同本文於前述聚落建築群登錄程序討論中之建議³¹⁶，應得採取加強程序規範密度之公聽會模式為因應。而若要於此處更加側重於相關利害關係人之程序保障密度，而如大法官於釋字第 709 號解釋中之見解認為應行聽證，應亦無不可。惟仍應考量此處仍有非涉及利害關係之民眾參與需求，因此直接適用行政程序法之聽證制度可能即未必符合需求。

對此，本文則認為亦得因應聚落建築群保存法制之需求予以調整，尤其於利害關係人範圍之認定上，應避免認定範圍過窄而失去多元意見整合之功能。因此亦得如學者對於都市更新程序中聽證制度之建議，明文擴大利害關係人之範圍至具有法律上正當利益（含公、私法上各種權益、經濟上、社會上、文化上等值得保護之利益）之人民皆得為程序參與³¹⁷，以兼顧對相關人民之權益保護與增加接受度、調和公私益等目的之需求。

³¹⁶ 參見本文第四章、第三節、壹、三、(四) 部分。

³¹⁷ 傅玲靜 (2014)，〈都市更新正當程序之解構與再建構〉，《月旦法學》，228 期，頁 204。



(四) 小結

就「保存及再發展計畫」訂定程序，本文同樣考量其需求並與前揭聚落建築群登錄程序為比較，此時保障利害關係人權益之考量較後者為高，且對於透過非涉及利害關係之民眾參與補充民主正當性之考量較不強烈，但仍有增強決策品質及調和公私益之需求。因此，制度選擇上得考慮以法定程序規範加強公聽會之嚴謹性，或較側重相關利害關係人之權益保護而採取聽證模式。惟若採取聽證模式，亦應關注非涉及利害關係之民眾參與需求，明文規定擴大參與者之範圍，以確保制度目的之實現。

至於具體之修法方向，本文則認為得於行政程序法中增加公聽會之程序類型，並就其必要之程序規範為規定；或適用行政程序法上之聽證規定，並於文化資產保存法中明定其利害關係人範圍包含至具有法律上正當利益（含公、私法上各種權益、經濟上、社會上、文化上等值得保護之利益）之人民皆得為參與；或於文化資產保存法中自行規定適當之參與模式與其程序規範。



參、多階段行政程序與其他計畫法規之連結性

依文化資產保存法第 40 條 1 項規定：「為維護聚落建築群並保全其環境景觀，主管機關應訂定聚落建築群之保存及再發展計畫後，並得就其建築形式與都市景觀制定維護方針，依區域計畫法、都市計畫法或國家公園法等有關規定，編定、劃定或變更為特定專用區。」準此，建造物群經登錄為文資法上之聚落建築群後，除應透過保存及再發展計畫之訂定，將其因此而生之文資法上保存原建築式樣、風格、景觀以及管理維護義務予以具體規定外，尚得再與其他計畫法制為連結，取得進一步為區域保存管制之政策工具。

以下即就聚落建築群登錄處分與保存及再發展計畫訂定程序，以及聚落建築群保存及再發展計畫之訂定與其他計畫法規之連結性為討論，並參考外國法制作為國內現行制度面上之借鏡。

一、聚落建築群登錄與保存及再發展計畫之連結

關於聚落建築群保存及再發展計畫之訂定，於 2016 年修法前係規定：「主管機關得擬具聚落保存及再發展計畫」³¹⁸，與現行文資法中明確規定「應」訂定聚落建築群之保存及再發展計畫³¹⁹，而使登錄程序與保存及再發展計畫訂定程序形成多階段行政程序有所不同。在行政實務上，即因未有法律明文規定保存及再發展計畫訂定之義務，而使主管機關於聚落建築群登錄處分後可能未必就後續該計畫為擬訂，並造成此時在缺乏保存及再發展計畫之具體規範下，保存原建築式樣、風格、景觀以及管理維護之義務是否仍有規制效果或應如何為規制之爭議。

³¹⁸ 文化資產保存法（舊法）第 34 條 1 項：「為維護聚落並保全其環境景觀，主管機關得擬具聚落保存及再發展計畫後，依區域計畫法、都市計畫法或國家公園法等有關規定，編定、劃定或變更為特定專用區。」

³¹⁹ 文化資產保存法第 40 條 1 項：「為維護聚落建築群並保全其環境景觀，主管機關應訂定聚落建築群之保存及再發展計畫後，並得就其建築形式與都市景觀制定維護方針，依區域計畫法、都市計畫法或國家公園法等有關規定，編定、劃定或變更為特定專用區。」



於 2016 年之修法中，立法者明確規定主管機關於聚落建築群登錄後有訂定保存及再發展計畫之義務，並且於立法理由中明示主管機關原本即有訂定該計畫並以其作為保存維護措施之依據³²⁰。透過該修法內容，明確將聚落建築群之登錄程序與保存及再發展計畫訂定程序，設計並整合為多階段行政程序，且該計畫對於相關保存、管理維護義務之規範，性質亦如本文先前所討論屬於法規命令³²¹，除確保兩程序間之連結性外，也解決前述缺乏相關具體規範下所導致之爭議。

二、聚落建築群制度與其他計畫法規之連結

（一）現行法制問題

相對於保存及再發展計畫明確修法為「應」訂定之模式，文資法上之聚落建築群保存法制與其他計畫法制之連結，則於 2016 年文資法修法中維持「得」依相關計畫法制劃定特定專用區之模式。因此，實務上仍可能因缺乏法定義務而使行政機關僅就文資法上之保存法制為操作，而未再藉由與相關計畫法制之連結為特定專用區之劃定。就此可能產生之問題為 1. 聚落保存與再發展成效不彰、2. 民眾參與成果難以延續，以下分別討論。

1. 聚落保存與再發展成效不彰

因文資法第 40 條 1 項僅規定訂定保存及再發展計畫後，「得」依相關計畫法制劃定特定專用區，因此兩者間並未有程序銜接上之必然性。一方面行政機關可能於保存及再發展計畫訂定後，未再就特定專用區為劃定；另一方面，計畫領域之主管機關亦可能直接依相關計畫法規劃定特定專用區，而未先就文資法上之相關要件或計畫為執行或考量。

³²⁰ 第 40 條立法理由：「二、第一項『擬具』二字，修正為『訂定』，以強化聚落建築群保存及再發展計畫之確定性。另按聚落建築群經審查登錄後，主管機關本即應訂定保存及再發展計畫，以為其辦理保存維護工作之依據，爰將第一項之『得』改為『應』，並配合文化資產名稱變更，修正文字」，立法院法律系統，〈異動條文及理由：文化資產保存法 (02901) 一百零五年七月十二日〉，載於：<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>（最後瀏覽日：07/01/2017）。

³²¹ 參見本文第四章、第二節、貳、一部分。



於前者之情形，文資法第 42 條就區域內建築、改築或開發等事項之管制，係以劃定特定專用區為前提，並且文資法就此並未設有罰則。因此，作為中央主管機關之文化部亦於其所發行之保存操作執行手冊中認為，為確保聚落建築群之區域式保存得以實現，原則上仍應透過特定專用區之劃設連結相關計畫法制之使用分區管制，以取得區域式保存必要之法定強制力及罰則³²²。若行政機關未依相關計畫法制劃設特定專用區，則聚落建築群之保存僅剩文資法上之建築式樣、風格或景觀之保存義務作為政策工具，就保存區域內附隨於使用分區管制之建築規範以及對建築或開發行為即缺少予以控管之工具，而使聚落建築群作為區域式保存之成效大打折扣。於後者之狀況，雖計畫領域之主管機關本身即得依相關計畫法規為特定專用區之劃定，惟若未依循文資法上聚落建築群保存法制之脈絡，則有可能忽略文化資產保存上之特性與觀點，而過度著重於經濟發展、人口發展等傳統都市規劃上之考量觀點，反使歷史聚落之保存失去其歷史文化價值之意義。

聚落建築群作為區域式保存，目的除在於保存歷史聚落之歷史文化價值外，也在於提供歷史聚落永續發展之可能性，本身即兼有文化資產保護以及都市計畫甚至都市更新之性質。而在文化資產與計畫法制上之不整合，除造成適當管制工具之缺乏外，亦可能使雙方面之主管機關各自為政，未能充分考量歷史聚落保存之多重面向及目的。

2. 民眾參與成果難以延續

現行文資法上聚落建築群保存制度中，於登錄審議階段與保存及再發展計畫訂定階段皆分別依法規有舉行公聽會為民眾參與之義務，前者主要就文化資產之價值及區域範圍為確認，後者則主要就實際對建築形式、景觀、環境之維持予以確定。在兩者依文資法第 40 條 1 項而構成多階段行政程序之情形，由於兩者所關注

³²² 劉銓芝（編著）（2015），《聚落與文化景觀保存操作執行手冊》，修訂初版，頁 277，台中：文化部文化資產局。



之部分未盡相同，且前階段之研究、討論成也藉由登錄處分予以確保，因此前階段民眾參與之成果原則上仍能延續至後階段之計畫訂定程序。而至於保存及再發展計畫與依計畫法規為特定專用區劃定，雖保存及再發展計畫之內容，亦包含對劃定特定專用區之準備³²³，但其性質仍僅為事實行為對後續特定專用區劃定程序不具有拘束性，並且在都市計畫主管機關與文化資產主管機關未能就事務充分協調之情形下，即可能使保存及再發展計畫之民眾參與成果難以延續至特定專用區劃定階段。

（二）比較法觀點：日本「傳統的建造物群」保存制度

1. 制度概述

日本法上與聚落建築群相似之制度，為文化財保護法中之「傳統的建造物群」保存制度。於該法第 2 條 1 項 6 款，將其定義為「與周圍環境共同形成歷史性風貌之傳統建造物群中具高度價值者」³²⁴。於同法第 142 條則進一步規定「傳統的建造物群保存地區」之意義，係「為保存傳統的建造物群及與其融為一體形成價值之環境，而經市町村依條第 1 項或第 2 項規定劃定之地區」³²⁵。

緣此，「傳統的建造物群保存地區」之劃定得依文化財保護法第 143 條之第 1 項與第 2 項之規定，區分為位於都市計畫法第 5 條與第 5-2 條之都市計畫區域或準都市計畫區域內，依據都市計畫法為劃設，並得再依根據文化財保護法施行細則規定之自治條例為必要保存規範；以及都市計畫區域或準都市計畫區域外，依據自治條例為劃設，並同樣依根據文化財保護法施行細則規定之自治條例為必要保存

³²³ 劉銓芝（編著）（2015），《聚落與文化景觀保存操作執行手冊》，修訂初版，頁 277-279，台中：文化部文化資產局。

³²⁴ 文化財保護法第 2 條：「六 周囲の環境と一体をなして歴史的風致を形成している伝統的な建造物群で価値の高いもの（以下「伝統的建造物群」という。）」

³²⁵ 文化財保護法第 142 條：「この章において「伝統的建造物群保存地区」とは、伝統的建造物群及びこれと一体をなしてその価値を形成している環境を保存するため、次条第一項又は第二項の定めるところにより市町村が定める地区をいう。」



規範之情形³²⁶。並且，針對後者情況下市村町須訂定自治條例之需求，文化廳亦公布「標準條例」供市村町就關於保存區域劃定規範及其程序規定之自治條例為訂定時之參考³²⁷。

而前述經地方市村町劃定之「傳統的建造物群保存地區」，尚得依文化財保護法第 144 條規定，由中央主管機關之文部科學省就全國特別具高度價值者，選定為「重要傳統的建造物群保存地區」³²⁸。其選定之標準，則依 1975 年文部省所公布之選定基準，分為「就全體觀之意匠優秀者」、「及其地貌之舊態保持良好者」、「及其周圍環境顯著表示地域特色者」³²⁹。

2. 制度特點

(1) 著重區域式保存之土地使用計畫特質

日本文化財保護法中「傳統的建造物群」保存制度最大特色，在於相對其他種類文化財以其單獨文化價值作為保存對象，「傳統的建造物群」則於定義中即說明

³²⁶ 文化財保護法第 143 條：「1 市町村は、都市計画法（昭和四十三年法律第百号）第五条又は第五条の二の規定により指定された都市計画区域又は準都市計画区域内においては、都市計画に伝統的建造物群保存地区を定めることができる。この場合においては、市町村は、条例で、当該地区の保存のため、政令の定める基準に従い必要な現状変更の規制について定めるほか、その保存のため必要な措置を定めるものとする。2 市町村は、前項の都市計画区域又は準都市計画区域以外の区域においては、条例の定めるところにより、伝統的建造物群保存地区を定めることができる。この場合においては、前項後段の規定を準用する。……」。

³²⁷ 淺野聰、林美吟（2006），〈由日本歷史環境保全經驗談台灣新文資法之特徵與展望〉，林會承（主編），《2006 文化資產行政國際研討會論文集》，頁 84-85，台北：行政院文化建設委員會；詳細「標準條例」內容，參考國立台灣科技大學建築系（2005），《日本「傳統建築物群保存地區制度」相關法規資料蒐集與分析》，頁 54-74，國立文化資產保存研究中心籌備處委託研究案成果報告書，載於：
<http://grbsearch.stpi.narl.org.tw/search/planDetail?id=1071008&docId=0>（最後瀏覽日：07/01/2017）。

³²⁸ 文化財保護法第 144 條：「文部科学大臣は、市町村の申出に基づき、伝統的建造物群保存地区の区域の全部又は一部で我が国にとつてその価値が特に高いものを、重要伝統的建造物群保存地区として選定することができる。……」

³²⁹ 文部省告示第五百五十七号，重要傳統的建造物群保存地區選定基準（昭和五十年十一月二十日）：「傳統的建造物群保存地區を形成している区域のうち次の各号の一に該当するもの（一）傳統的建造物群が全体として意匠的に優秀なもの（二）傳統的建造物群及び地割がよく旧態を保持しているもの（三）傳統的建造物群及びその周囲の環境が地域的特色を顯著に示しているもの」。



其為區域式「面的保存」之特性，因此除保存對象非單一建造物本身而為整體建造物群所呈現之歷史文化價值外，其區域內之土地、土地分割、道路型態、周邊自然環境與景觀亦皆為應予保存之對象³³⁰。且相應此種區域式保存之特性與需求，不同與其他文化財透過文化財保護法為指定／登錄並發生該法上之規制措施作為保存方法，「傳統的建造物群」則著重其本身作為特定區域土地利用計畫之性質，而規定除都市／準都市計畫區域以外地區透過自治條例為劃定外，都市／準都市計畫區域內則依都市計畫法規定及程序為劃設，且都市計畫法亦相應此種特殊目的而設有專屬之使用分區類型³³¹。亦即，在都市計畫區域內之保存方式，係以都市計畫作為該保存地區主要之管制工具，至於其他必要之具體規範與限制則透過自治條例為規定，對於其現狀變更行為（建築物之新建、改建以及土地型態性質之變更等）透過自治條例中規定之許可制作為管制工具³³²。

而相對於非都市計畫區域內之劃定，其作成決定之機關通常於各地之保存自治條例中皆如同文化廳公布之「標準條例」規定由村市町之教育委員會聽取保存審議會意見後為之，因而作成決定權限仍屬於文化財保護之主管機關；都市計畫區域內之劃定，則依都市計畫法由都市計畫之主管機關為程序發動與決定，因此有加強其與文化財保護之主管機關間協調之必要，以避免過度脫逸文化價值考量。就此，文化財保護法則於此種劃定之情形特別規定，都道府縣知事依都市計畫法第 19 條 3 項就該保存地區之劃定為同意時，應聽取該都道府縣教育委員會之意見³³³。藉由

³³⁰ 日本建築學會（編），林美吟（譯）（2010），《歷史街區與聚落的保存活化方法》，頁 19，台中：行政院文化建設委員會文化資產總管理處籌備處；淺野聰、林美吟（2006），〈由日本歷史環境保全經驗談台灣新文資法之特徵與展望〉，林會承（主編），《2006 文化資產行政國際研討會論文集》，頁 81-82，台北：行政院文化建設委員會。

³³¹ 都市計画法第 8 條：「都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる地域、地区又は街区を定めることができる。……十五 文化財保護法（昭和二十五年法律第二百十四号）第四百三十三條第一項の規定による伝統的建造物群保存地区……」。

³³² 淺野聰、林美吟（2006），〈由日本歷史環境保全經驗談台灣新文資法之特徵與展望〉，林會承（主編），《2006 文化資產行政國際研討會論文集》，頁 85-87，台北：行政院文化建設委員會。

³³³ 文化財保護法第 143 條：「3 都道府県知事は、第一項の伝統的建造物群保存地区に関する都市計画についての都市計画法第十九條第三項の規定による同意に当たっては、あらかじめ、当該都道府県の教育委員会の意見を聴かなければならない。……」。



對文化財保護主管機關意見之聽取，得於依都市計畫法為保存地區劃定時，適度考量文化歷史方面之考量，避免僅由都市計畫主管機關側重對都市計畫或發展之考量，反而忽略其原有之文化目的。

(2) 強調「由下至上」形成共識的程序執行

由於歷史聚落保存之目的除在於其建築與景觀外，也在於聚落生活的永續發展與經營，因此特別有賴於聚落居民共識的形成。就此，日本文化財保護法中對於「傳統的建造物群」之制度設計，亦朝向「由下至上」逐漸形成共識之原則³³⁴。首先，相對於其他重要文化財係由中央主管機關文部科學省為指定，「傳統的建造物群」則是先將劃定之權限下放至市村町等級，再由中央主管機關就其中特別具價值者選定為「重要傳統的建造物群」。

其次，則為劃定過程中之民眾參與。於都市計畫區域或準都市計畫區域內為劃定之情形，因其劃定須依照都市計畫法之相關規定與程序，因此亦適用都市計畫法中關於民眾參與之規定。亦即，市村町依都市計畫法就「傳統的建造物群保存地區」為劃定前，須依照都市計畫法第 16、17 條所規定之公聽會、公告、公開展覽、民眾意見書提出等程序進行民眾參與機制³³⁵。而於非都市計畫區域內為劃定之情形，各市村町關於保存之自治條例則多半參考文化廳所公布之「標準條例」之內容，就此亦設有「必要時應舉行公聽會」之規定³³⁶。

此外，在實務上地方主管機關執行保存工作時，在實際為保存地區劃定前亦多半會先進行「保存對策調查」。而於此階段中，除進行相關之歷史文化背景等研究外，亦對居民之意願進行調查同時，藉由與居民之接觸使其了解聚落價值所在，或

³³⁴ 日本建築學會（編），林美吟（譯）（2010），《歷史街區與聚落的保存活化方法》，頁 20-21，台中：行政院文化建設委員會文化資產總管理處籌備處。

³³⁵ 淺野聰、林美吟（2006），〈由日本歷史環境保全經驗談台灣新文資法之特徵與展望〉，林會承（主編），《2006 文化資產行政國際研討會論文集》，頁 85，台北：行政院文化建設委員會。

³³⁶ 例如，萩市傳統的建造物群保存地区保存条例第 3 条：「3 保存地区を決定しようとする場合において必要があると認めるときは、住民等の意見を反映させるために公聴会の開催等の必要な措置を講じるものとする。……」。



藉由對居民訪談或工作坊形式增加居民保存意願，甚至於初步調查完程序由地方政府與居民一起試擬保存地區範圍及保存計畫之內容³³⁷。因此，除執行上從初步調查到最終劃定為保存地區被視為一行政計畫而有所連貫外，於計畫草擬甚至尚未成型之階段，即能適時納入居民之意願及想法，作為後續計畫推動之基礎與參考。

3. 與本國法之比較

相較本國文化資產保存法，對聚落建築群採取登錄後訂定保存及再發展計畫，且非必然與都市計畫等計畫法制結合之模式；日本文化財保護法則更重視此種區域式保存作為土地使用分區計畫之性質，除非都市計畫區域以自治條例為劃定外，將「傳統的建造物群保存地區」之劃定完全交由該國都市計畫法之規定與程序為之。並藉由一系列對文化財保護主管機關意見之聽取義務，使都市計畫主管機關與文化財保護主管機關間就該事務有所協調，以保障兩者之觀點皆能被充分考量。

而在民眾參與部分，雖有論者亦認為聚落建築群登錄審議程序得由民眾發動，且亦有公聽會規定，得認為文資法於此亦對民眾參與有所重視³³⁸。但相較於聚落建築群於登錄程序和保存及再發展計畫訂定程序中分別有舉行公聽會義務；「傳統的建造物群保存地區」在都市計畫區域內之劃定，依該國都市計畫法有公聽會、公告、公開展覽、民眾意見書提出等程序為完整民眾參與之設計，非都市計畫區域內之劃定亦依各市村町之保存條例，多半設有公聽會規定以確保居民意見之表達。並且在實際執行上，日本多半將「傳統的建造物群保存地區」之劃定作為一整體之行政計畫，由基礎調查階段即使居民有及早表示意見之可能，且經由連貫之各階段執行，使各階段民眾參與之成果得以延續至後續階段中為考量，避免居民意見的中斷。

³³⁷ 王惠君（2008），〈文化資產保存制度中聚落調查之定位與內涵探析--以日本妻籠宿為例〉，《文化資產保存學刊》，4期，頁65-67；淺野聰、林美吟（2006），〈由日本歷史環境保全經驗談台灣新文資法之特徵與展望〉，林會承（主編），《2006 文化資產行政國際研討會論文集》，頁82-84，台北：行政院文化建設委員會。

³³⁸ 淺野聰、林美吟（2006），〈由日本歷史環境保全經驗談台灣新文資法之特徵與展望〉，林會承（主編），《2006 文化資產行政國際研討會論文集》，頁96，台北：行政院文化建設委員會。



(三) 小結

對比日本文化財保護法上「傳統的建造物群」保存制度，本國文化資產保存法對聚落建築群保存之制度主要仍以文資法為運作核心。雖較能確保基於文化資產之面向為考量，但對於聚落建築群作為區域式保存而具有使用分區計畫之面向，即有所不足。並且，於聚落建築群非必然連結至都市計畫法，且都市計畫法並未為聚落建築群保存之需求設有專門使用分區類型，而其特定專用區之劃設亦未必以具有文資法上聚落建築群之文資身分為前提，因而可能使文化資產主管機關以及都市計畫主管機關各自為政，而難以整合兩者之觀點為聚落建築群保存之實施。

就此，本文認為於當前社會對文化資產保存觀念尚未成熟，而有待文化資產主管機關為積極引導之需求下，對聚落建築群之保存法治較側重文資法上之運作，應尚無不可。但為確保其區域式保存之目的得以實現，本文仍建議應將都市計畫法上特定專用區之劃設作為聚落建築群保存之必要手段。因此，在修法上，本文建議將文資法第 40 條 1 項後段「得」劃定特定專用區修改為「應」劃定，並且進一步於都市計畫法中，增設相對應聚落建築群保存之使用分區類型。此外，於程序上亦應注意都市計畫與文化資產主管機關間之分工與協調，避免兩方各行其道，而忽略聚落建築群保存兼具文化資產與都市計畫之性質與需求。



第五章 結論

第一節 研究成果

本文研究目的，在於以民眾參與之角度，檢視文化資產保存法上關於聚落建築群保存法制之各程序，並兼就各程序階段之法制度問題，試圖在解釋論甚至立法論上提出看法。因而，本文首就民眾參與制度之基礎理論出發，並試圖就其於憲法上之依據與限制、制度設計上之指導原則歸納學說見解，以提供後續對聚落建築群法制為檢視之基本原則。

次就包含聚落建築群保存法制在內之文資法上文化資產審議模式為探討，並結合民眾參與制度中憲法上依據與限制所提供之理論基礎，以及民眾參與制度在學理上之制度功能等理論。試圖提出文化資產審議對民眾參與制度之需求性，以作為其引進民眾參與制度之理論基礎，並提供後續就聚落建築群法制各程序階段檢視民眾參與必要性之準則。

最後則具體就聚落建築群各程序階段之法制為檢視，並兼就其法制面上之各問題為探討。除前述民眾參與必要性之標準外，亦同時考量民眾參與制度設計上之各指導原則為準據。試圖就各階段程序，在解釋論以及立法論上提出適當之見解與建議。至於具體獲致之研究結果，本文羅列於下。

一、於民眾參與之憲法上依據與限制方面，本文參考學說見解將民眾參與分類為「涉及利害關係之參與」及「非涉及利害關係之參與」兩類型，並分別對應至「法治國原則下之權利保護觀點」以及「民主國原則下之民主正當性觀點」，作為各自之憲法上依據。在前者方面，本文並參考學說及釋憲實務上大法官於各號解釋之見解，概述「基本權之程序保障功能」及「正當法律程序」在本國理論發展之現狀，而提供利害關係人藉以保障自身權益之參與類型之依據。在後者方面，本文則亦參考學說見解，分別爬梳德國式「普遍國民意志」理解下

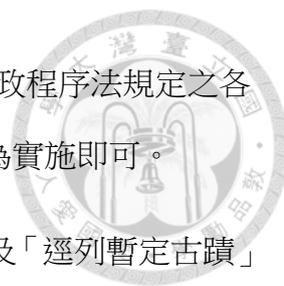


以及美國式「多元民意基礎」理解下對民主正當性來源之見解。而就本國憲法上民主正當性模式，本文則認為基於國民主權原則與依法行政原則，與德國法上對民主正當性之見解較為一致。因此，民眾參與對於行政民主正當性之提供，僅於既有各民主正當性之提供模式有所阻礙或欠缺時，作為補充之地位；並且仍應同時注意「普遍國民意志」下距離保護原則之問題。

二、於民眾參與制度設計上之考量因素，本文就學理上關於民眾參與制度之功能與實際操作上之制度困境為討論。並針對制度目的之實現與避免制度困境之發生，參考學說見解將各制度設計上之指導原則，歸納為提供必要資訊、適當參與時點、確保參與有效性三者，以提供後續聚落建築群各程序階段就民眾參與設計為檢視之準則。

三、於聚落建築群相關程序法制對民眾參與之需求，本文就聚落建築群保存之特性，而分別以權利與利害關係複雜、不確定法律概念造成民主正當性危機與專業審議模式之困境、多元價值調和及居民共識作為保存前提此三點，結合前揭憲法上依據與限制、民眾參與制度目的等理論分別為探討。而最後歸結為「權利保護觀點」、「多元價值調和觀點」，作為後續對各程序階段民眾參與必要性檢視之標準。

四、於列冊追蹤程序，本文首先就其法律上性質為討論，而將其定性為事實行為。其次就申請人部分，對比古蹟及聚落建築群指定或登錄程序之申請，本文認為文資法第 14 條 1 項之提報，應係立法者考量列冊追蹤使主管機關為廣泛調查與資訊收集之功能，並同時使一般大眾藉由提報制度參與基礎資訊建立之過程，而依同條第 2 項主管機關對提報有限期開啟程序之義務，此處提報人應具有得要求主管機關為程序開啟之程序上權利，而非僅為陳情或請願性質。至於民眾參與必要性部分，本文則認為列冊追蹤本身並未發生任何法效力且亦無權益影響，且制度目的在於行政機關之調查及資訊收集，並無課與行政機關



為民眾參與義務之必要性。行政機關認有必要時，再參考行政程序法規定之各程序措施甚至未明文之公聽會程序或自行為適當程序設計為實施即可。

五、於暫定古蹟程序，本文先分別就「審議程序中之暫定古蹟」及「逕列暫定古蹟」為法律上性質之定性，而認為前者係直接基於法律規定而生之法律效果，後者則係對物一般處分。在逕列暫定古蹟之程序開啟方面，因文資法並未於第 20 條 2 項設有得申請之規定，因此應屬於行政機關依職權裁量為開啟之類型，一般人民所為之「提報」在此僅為陳情或請願之性質。對於民眾參與之必要性本文則認為，其對相關利害關係人之權益影響雖強烈但僅為暫時性，且此處所考量者僅為事實上之急迫狀態無關文化資產價值，加以其制度目的在於緊急性之暫時保護而應考慮程序效率問題，因此無課與行政機關為民眾參與義務之必要性。行政機關認有必要時，再參考行政程序法規定之各程序措施甚至未明文之公聽會程序或自行為適當程序設計為實施即可。

六、於聚落建築群登錄程序，本文首先於法律性質上，將聚落建築群之登錄定性為對物一般處分。次就程序開啟為探討，而認為文資法第 19 條 2 項「所在地居民或團體」之申請規定，本身為基於其相對一般大眾特殊文化上利益之考量，而為文資法所保護之利益。並且在申請人範圍，亦應考量此種對其特殊文化上利益之保護為申請人適格之判斷，避免僅就經濟上利害關係為考量而不當限縮申請人範圍。至於民眾參與必要性，因其為多階段行政程序中確定文化資產身分並發生文資法上效力，以及確定保存區域範圍之關鍵階段，而有適時對利害關係人為程序保障之必要。且對於文化資產與否之認定，亦牽涉文資法上不確定法律關係為要件所生之民主正當性缺陷，而有多元意見與利益衝突調和以補充民主正當性並解決潛在衝突之必要。至於具體民眾參與規定，本文認為現行以未經明確授權之行政命令規定公聽會舉行義務，對利害關係人程序保障有所不足。而是否應行聽證，本文則探究本國行政法制上對公聽會與聽證



制度性質與定位之差異並參酌外國法制，認為國內判決實務及大法官對公聽會與聽證制度大致以多元意見整合需求及權利保護需求為區分應有其道理；但就制度內涵上，仍得視個別事務領域需求擴張聽證關係人之範圍，或提高公聽會之程序規範。因此就聚落建築群登錄程序在民眾參與之制度選擇上，本文持開放立場，認為應回歸其兼具程序保障及多元意見調和之需求，就此設計適當參與制度即可，具體修法建議則另於下節中闡述。

七、於聚落建築群保存及再發展擬定程序，本文首先就其具體內容為法律上性質之探討，而認為得依其內容分別定性為事實調查與政策參考之事實行為及具體規範相關保存措施管制之法規命令。在民眾參與之必要性方面，因其為具體規範成型之重要階段而有對利害關係人為程序保障之必要，而因文資要件與保存範圍皆於登錄程序中確定，因此在民眾參與之考量上較側重權利保護，但仍有多元意見調和之必要性。制度選擇或設計上，本文亦認為應回歸其實際需求為適當之程序設計即可，具體修法建議則另於下節中闡述。

八、於文資法上聚落建築群保存制度與其他相關計畫法制之整合，本文則以日本文化財保護法上「傳統的建造物群」保存制度為比較。其制度特色中將此種區域式保存回歸土地使用分區管制之性質，且於程序中兼顧文化財主管機關及都市計畫主管機關之協調及整合，以及強調由下至上形成共識之程序執行，皆能對本國聚落建築群保存制度現行之困境提供借鏡。因而本文認為，文資法上聚落建築群保存制度應有透過修法，與都市計畫等計畫法制進一步整合之必要，具體修法建議則另於下節中闡述。



第二節 建議與展望

本文除在民眾參與理論與文資法上聚落建築群保存制度各程序之探討中，獲致上述結論外，在制度設計方面，亦就解釋論或立法論上針對現行法制之問題點提出建議。具體建議與展望，羅列如下。

一、聚落建築群登錄程序方面，首先就文資法第 19 條 2 項「所在地居民或團體」之申請規定，本文認為其範圍仍未盡明確，於實務運作上恐有爭議。於立法論上，本文建議透過修法將申請人範圍更加具體化規定，包含「所在地」之界定以及「團體」之資格限制；解釋論上，於現行規定尚未修法前，本文建議應考量文資法對聚落所在地民眾或團體特定文化上利益之保護，就「所在地居民」將其解釋為聚落範圍內有實際居住事實者，至於「所在地團體」部分原則上以聚落所在之鄉鎮市區為組織區域之團體為申請人，但同時亦能參考該團體章程宗旨或會址為判斷。

其次就民眾參與制度而言，本文建議應透過文資法明訂民眾參與規定，不應僅由行政命令為規範；具體內容方面，得透過文資法規定擴大聽證關係人範圍，亦得透過行政程序法或文資法規範公聽會應有之程序內涵，以符合此處對民眾參與兼有權利保護及多元意見整合之需求。

二、聚落建築群保存及再發展擬定程序方面，首先文資法及相關法規皆未對計畫應有內容為規定，而造成實務運作上之困難與爭議，因此本文建議應於文資法中明訂其應有內容及項目。

其次就民眾參與制度而言，本文則與前述登錄程序之論述相同，認為得透過文資法規定明確擴大聽證關係人範圍，亦得透過行政程序法或文資法規範公聽會應有之程序內涵，並提升其程序嚴謹性和實效性，以符合此處對民眾參與兼有權利保護及多元意見整合之需求。



三、文資法上聚落建築群保存制度與其他相關計畫法制之整合方面，本文認為於當前社會對文化資產保存觀念尚未成熟，而有待文化資產主管機關為積極引導之需求下，未必須如日本法制之作法將程序側重於都市計畫方面。惟仍有加強其與都市計畫等計畫法制之連結性，以確保其區域式保存之目的得以實現之需求。因此本文建議，至少應透過修法將文資法第 40 條 1 項後段「得」劃定特定專用區修改為「應」劃定，並且進一步於都市計畫法中，增設相對應聚落建築群保存之使用分區類型。另外就程序之進行，亦應注意都市計畫與文化資產主管機關間之分工與協調，給予適當之程序設計。



參考文獻

一、中文部分

(一) 專書與論文集

日本建築學會（編），林美吟（譯）（2010）。《歷史街區與聚落的保存活化方法》。台中：行政院文化建設委員會文化資產總管理處籌備處。

行政院文化建設委員會（2007）。《文化資產實務執行參考手冊（2007版）1.總則、古蹟與歷史建築》。台北：自刊。

吳庚（2010）。《行政法之理論與實用》，增訂 11 版。台北：自刊。

李建良（2014）。《行政法基本十講》，5 版。台北：元照。

李震山（2003）。〈論「程序基本權」之建構與落實——幾個行政程序法適用問題之探討〉，收於：社團法人台灣行政法學會（編），《行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟》，頁 63-100。台北：元照。

李震山（2007）。〈第一章：憲法未列舉權保障之多元面貌——以憲法第二十二條為中心〉，收於：氏著，《多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心》，2 版，頁 5-68。台北：元照。

李鴻禧（2002）。〈中華民國立憲政治的病理分析——以孫文的五權憲法為中心〉，收於：李鴻禧（等著），《台灣憲法之縱剖橫切》，頁 1-26。台北：元照。

林秀蓮（2005）。〈行政程序法有關聽證制度之檢討〉，收於：台灣行政法學會（編），《行政法人與組織改造、聽證制度評析》，頁 265-317。台北：台灣行政法學會。

林明鏘（2006）。《國土計畫法學研究》。台北：元照。

法務部法制司（編）（2012）。《公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見》。台北：法務部。



翁岳生（編）（2006）。《行政法（上）》，3版。台北：元照。

國立台灣科技大學建築系（2005）。《日本「傳統建築物群保存地區制度」相關法規資料蒐集與分析》，國立文化資產保存研究中心籌備處委託研究案成果報告書，載於：<http://grbsearch.stpi.narl.org.tw/search/planDetail?id=1071008&docId=0>。

張君勱（1971）。《中華民國民主憲法十講》，台一版。台北：商務印書館。

梁文韜（2011）。〈序 審議式民主的理想與侷限〉，收於：梁文韜（主編），《審議式民主的理想與侷限》，頁 vii-xii。台北：巨流。

淺野聰、林美吟（2006）。〈由日本歷史環境保全經驗談台灣新文資法之特徵與展望〉，林會承（主編），《2006 文化資產行政國際研討會論文集》，頁 69-107。台北：行政院文化建設委員會。

莊國榮（2013）。《行政法》，頁 366-367。新北：自刊。

許宗力（2007）。〈大法官釋字第四六二號解釋評析〉，收於：氏著，《法與國家權利（二）》，頁 227-243。台北：元照。

許宗力（2007）。〈行政程序的透明與集中化〉，收於：氏著，《憲法與法治國行政》，2版，頁 381-401。台北：元照。

許宗力（2007）。〈基本權的功能與司法審查〉，收於：氏著，《憲法與法治國行政》，2版，頁 181-206。台北：元照。

許宗力（2007）。〈基本權程序保障功能的最新發展〉，收於：氏著，《法與國家權利（二）》，頁 245-263。台北：元照。

郭介恆（1998）。〈正當法律程序——美國法制之比較研究〉，收於：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集委員會（編）《憲法體制與法治行政——城仲模教授六秩華誕祝壽論文集：第二冊行政法總論》，頁 127-168。台北：三民。

陳敏（2016）。《行政法總論》，9版。台北：自刊。



- 湯德宗（2003）。《行政程序法論——論正當法律程序》，增訂 2 版。台北：元照。
- 程明修（2006）。《憲法基礎理論與國家組織——國家法講義（一）》。台北：新學林。
- 葉俊榮（2001）。《環境行政的正當法律程序》。台北：翰蘆。
- 葉俊榮（2010）。〈環保自力救濟的制度因應〉，收於：氏著，《環境政策與法律》，2 版，頁 315-342。台北：元照。
- 葉俊榮（2010）。〈環境影響評估的公共參與——法規範的要求與現實的考慮〉，收於：氏著，《環境政策與法律》，2 版，頁 199-231。台北：元照。
- 廖義男（2003）。《行政法之基本建制》。台北：自刊。
- 劉銓芝（編著）（2015）。《聚落與文化景觀保存操作執行手冊》，修訂初版。台中：文化部文化資產局。
- 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2007）。《行政程序法實用》，3 版。台北：新學林。
- 蔡震榮（2009）。〈台灣行政聽證制度執行狀況與效率評估〉，收於：台灣行政法學會（編），《行政程序法之實施經驗與存在問題——聽證制度之理論、制度及實務》，頁 205-259。台北：台灣行政法學會。

（二）期刊論文

- 王珍玲（2010）。〈行政計畫與民眾參與——以最高行政法院九十九年度判字第三十號為例〉，《法學新論》，27 期，頁 63-74。
- 王珍玲（2013）。〈論都市更新之公共利益——從司法院大法官第七〇九號解釋及正當法律程序原則出發〉，《法學新論》，45 期，頁 1-16。
- 王惠君（2008）。〈文化資產保存制度中聚落調查之定位與內涵探析——以日本妻



- 籠宿為例》，《文化資產保存學刊》，4期，頁63-72。
- 朱斌妤、韓婷婷（2007）。〈民眾參與環境影響評估因素：一行為意圖模型分析〉，《空大行政學報》，18期，頁25-61。
- 李建良（1997）。〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，9卷1期，頁39-83。
- 李建良（1997）。〈綠色的隧道——「一般處分」之概念（二）〉，《月旦法學雜誌》，23期，頁62-63。
- 李建良（2004）。〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁481-539。
- 李建良（2011）。〈論多階段行政處分與多階段行政程序之區辨——兼評最高法院96年度判字第1603號判決〉，《中研院法學期刊》，9期，頁271-332。
- 辛年豐（2016）。〈誰的社會？誰的住宅？適足居住權的落實與制度建構的省思（下）〉，《人權會訊》，119期，頁50-56。
- 林依仁（2012）。〈民主正當性成分與其程度〉，《政大法學評論》，129期，頁75-166。
- 林明鏘（1995）。〈人身自由與羈押權〉，《憲政時代》，21卷2期，頁3-17。
- 林明鏘（2001）。〈建築管理法制基本問題之研究——中德比較法制研究〉，《台大法學論叢》，30卷2期，頁29-76。
- 林崇熙（2007）。〈文化資產詮釋的政治性格與公共論壇化〉，《文化資產保存學刊》，1卷1期，頁64-76。
- 林會承（2008）。〈台灣文化資產保存的法制歷程〉，《律師雜誌》，346期，頁12-26。
- 林騰鶴（2007）。〈國立中正紀念堂之改名與暫定古蹟——依法行政原則與對物的



- 一般處分》，《台灣法學雜誌》，96期，頁193-197。
- 翁岳生（1993）。〈大法官關於人身自由之保障的解釋〉，《警大法學論集》，創刊號，頁1-14。
- 張志偉（2007）。〈論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》，22期，頁165-219。
- 張嘉尹（2010）。〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，185期，頁17-38。
- 許育典、凌赫（2013）。〈古蹟審議的法律分析〉，《文化資產保存學刊》，23期，頁7-26。
- 許宗力（2014）。〈2013年憲法發展回顧〉，《台大法學論叢》，43卷特刊，頁1031-1074。
- 許國賢（2000）。〈商議式民主與民主想像〉，《政治科學論叢》，13期，頁61-91。
- 郭介恆（2008）。〈文化資產保存審議法制——以古蹟指定為例〉，《律師雜誌》，346期，頁37-45。
- 郭炳宏、劉宏亮（2011）。〈文化資產概念的轉變歷程與認定標準〉，《文化資產保存學刊》，17期，頁41-60。
- 陳俊宏（1998）。〈永續發展與民主：審議式民主理論初探〉，《東吳政治學報》，9期，頁85-122。
- 陳信安（2015）。〈計畫行政程序中之公眾參與——以德國法制為中心〉，《輔仁法學》，50期，頁257-362。
- 陳愛娥（1998）。〈民眾參與的理念與實際——以民眾參與「水庫集水區」的管理為例〉，《中央警察大學法學論集》，3期，頁41-64。
- 陳愛娥（1999）。〈代議民主體制是民主原則的不完美形式？——加強、補充代議



- 民主體制的可能途徑》，《中央警察大學法學論集》，4期，頁17-47。
- 陳愛娥（2004）。〈正當法律程序與人權之保障：以我國法為中心〉，《憲政時代》，29卷3期，頁359-389。
- 陳愛娥（2005）。〈古蹟指定、「召開古蹟指定公聽會」之程序要求的法律性質〉，《台灣本土法學雜誌》，66期，頁155-159。
- 傅玲靜（2004）。〈由行政之參與論於許可程序中迅速原則之實現--以德國聯邦行政程序法為中心〉，《中原財經法學》，13期，頁47-108。
- 傅玲靜（2008）。〈多階段行政程序——環境影響評估程序與開發許可程序之關係〉，《月旦法學教室》，66期，頁24-25。
- 傅玲靜（2010）。〈論環境影響評估審查與開發行為許可間之關係——由德國法「暫時性整體判斷」之觀點出發〉，《興大法學》，7期，頁209-273。
- 傅玲靜（2014）。〈都市更新正當程序之解構與再建構〉，《月旦法學》，228期，頁189-208。
- 傅玲靜（2015）。〈都市計畫與撤銷訴訟之程序標的——由都市計畫之種類及層級進行檢討〉，《月旦法學教室》，153期，頁9-11。
- 傅玲靜（2016）。〈對於抽象法規範之行政爭訟——以都市計畫之擬定及變更為例〉，《月旦法學教室》，167期，頁9-11。
- 傅朝卿（2008）。〈我國文化資產保存法執行上面臨問題的探討——以建築與空間類為例〉，《律師雜誌》，346期，頁27-36。
- 曾憲嫻、蕭仙妮（2008）。〈以民眾參與觀點探討安平歷史聚落經營管理策略〉，《文化資產保存學刊》，4期，頁73-80。
- 湯德宗（1985）。〈論美國公務員不受恣意免職之保障〉，《政大法學評論》，32期，頁253-315。
- 湯德宗（2004）。〈具體違憲審查與正當程序保障——大法官釋字第535號解釋的



- 續構與改造》，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 445-479。
- 程明修（2004）。〈憲法基本原則第二講——民主國原則（一）〉，《月旦法學教室》，18 期，頁 63-72。
- 黃三榮（2001）。〈論環境影響評估法中之民眾參與〉，《律師雜誌》，260 期，頁 29-39。
- 黃昭元（2001）。〈美國總統與國會的權力平衡——分離又分享的夥伴關係〉，《當代雜誌》，161 期，頁 10-26。
- 黃舒芃（1999）。〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25 卷 2 期，頁 61-95。
- 黃舒芃（2004）。〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，《中原財經法學》，13 期，頁 1-45。
- 黃龍興（2011）。〈於負面遺產中重構創傷記憶——從奧斯維辛博物館到景美人權文化園區〉，《文化資產保存學刊》，17 期，頁 73-88。
- 蕭文生（2000）。〈自程序與組織觀點論基本權利之保障〉，《憲政時代》，25 卷 3 期，頁 27-54。
- 蕭文生（2010）。〈行政處分之變種與異形——擬制行政處分與形式行政處分〉，《臺北大學法學論叢》，73 期，頁 31-82。
- 蕭文生（2010）。〈禁停紅線，一般處分，對物一般處分——評最高行政法院九十七年裁字第四九〇五號裁定〉，《月旦裁判時報》，4 期，頁 32-41。
- 蕭文生（2012）。〈授權明確性與專業諮詢委員會——評最高行政法院 98 年度判字第 502 號判決〉，《法令月刊》，63 卷 8 期，頁 1-15。
- 蕭新煌（1999）。〈當前環評制度面臨的信任差距問題——從地方環保抗爭談起〉，《勞工之友雜誌》，580 期，頁 6-12。

薛琴（2014）。〈文化資產保存觀念變革與修法理念之探討〉，《文化資產保存學刊》，27期，頁93-104。



（三）學位論文

李麗霞（1987）。《政策過程中民眾參與之角色——以杜邦事件為個案分析》，中興大學公共政策研究所碩士論文（未出版），台北。

徐之道（2005）。《環境影響評估法中之民眾參與》，中正大學法律學研究所碩士論文（未出版），嘉義。

張英磊（2009）。《多元移植與民主轉型過程中我國環評司法審查之發展——一個以回應本土發展脈絡為目的之比較法研究》，台灣大學法律學研究所博士論文（未出版），台北。

許宏達（2016）。《環境風險管制下民眾參與制度之法制研究——以環境災害敏感區為中心》，國立中正大學法律學研究所博士論文（未出版），嘉義。

許辰舟（2000）。《行政決策中的人民參與——參與模型的建構》，台灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。

陳昭榮（2011）。《我國古蹟指定法制之研究》，中正大學法研所碩士論文（未出版），嘉義。

陳唯宗（2015）。《私有歷史性建造物之強制保存的法律關係論——兼論日本法制》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。

楊佳燕（2009）。《文化資產審議與行政程序法——以古蹟指定及歷史建築登錄法制實務為例》，國立臺北教育大學文教法律研究所碩士論文（未出版），台北。

劉義祥（2005）。《市民參加原則之理論與實踐》，臺北大學法律學系研究所碩士論文（未出版），台北。

蔡進良（2003）。《行政程序中之正當法律程序——憲法規範論》，國立政治大學法律學研究所博士論文（未出版），台北。

鄭羽婷（2005）。《非政府組織參與河川保育決策之研究》，政治大學地政研究所碩士論文（未出版），台北。

（四）政府公報

立法院（1999），《立法院公報》，88卷6期，台北：立法院公報處。

二、英文部分

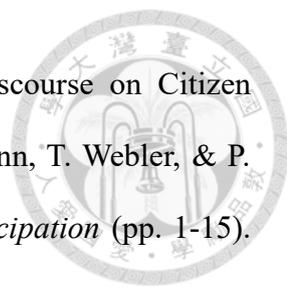
Arnstein, S. R. (1969). A Ladder Of Citizen Participation, *Journal of the American Institute of Planners*, 35(4), 216-224.

Chandler, R. C. & Plano, J. C. (1988). *The Public Administration Dictionary* (2nd Ed.). Santa Barbara, CA: ABC-Clio.

Creighton, J. L. (1981). *The Public Participation Manual*. Cambridge, MA: Abt Books, Incorporated.

Glass, J. J. (1979). Citizen participation in planning: the relationship between objectives and techniques, *Journal of the American Planning Association*, 45(2), 180-189.

King, C. S., Feltey, K. M., & Susel, B. O. (1998). The Question of Participation: Toward Authentic Public Participation in Public Administration, *Public Administration Review*, 58(4), 317-326.



Renn, O., Webler, T., & Wiedemann, P. (1995). A Need for Discourse on Citizen Participation: Objectives and Structure of the Book. In: O. Renn, T. Webler, & P. Wiedemann (Eds.), *Fairness and Competence in Citizen Participation* (pp. 1-15). Dordrecht, Netherlands: Kluwer Academic Publishers.

三、徳文部分

Fisahn, A. (2002). *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Kurz, A. (1991). *Juristische Aspekte der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Planung und Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben*. Speyer: Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung.

四、日文部分

阿部齊、大久保浩生、宮本勝美（編）（1994）。《地方自治の現代用語》。東京：学陽書房。

宇賀克也（2005）。《行政手続法の解説》，5版。東京：学陽書房。

宇賀克也（2009）。《行政法概説Ⅰ 行政法総論》，3版。東京：有斐閣。

小高 剛（1983）。《住民参加手続の法理》。東京：有斐閣。

中村英夫（編）（1993）。《都市と環境——現状と対策》。東京：ぎょうせい。

原田尚彦（2012）。《行政法要論》，7版。東京：学陽書房。