

第 2 題

【判斷餘地、程序再開與訴訟標的】

甲為一潛心佛教之教徒，同時為A佛寺坐落與周邊範圍土地之共有人。為了文化之保存與稅負之減免，甲依文化資產保存法（下稱文資法）第14條、第17條之規定，向B市政府提報申請，請求將A佛寺公告為市定古蹟。B市政府先是召開了「B市古蹟、歷史建築、聚落及遺址、文化景觀類審議委員會（下稱審議委員會）」第一次審議會，並邀請所有人、使用人、管理人或其他利害關係人（下稱相關利害關係人）出席陳述意見後，決議將A佛寺指定為市定古蹟，古蹟本體為A佛寺本殿、別院及倉庫；至於古蹟定著土地範圍，則再請B市政府文化局提供完整資料後，再行審議。文化局遂以10萬元之報酬委託乙建築師擔任計畫主持人暨鑑定人，辦理「A佛寺保存範圍調查計畫」。嗣乙提出調查報告予文化局並通過，建議將古蹟本體含括本殿、別院、倉庫及5尊大佛，定著土地範圍則為除A佛寺坐落之土地外，與其相連結之D地與E地。B市政府隨後召開第二次審議會，審議A佛寺之古蹟指定案，參與之審議委員會委員包括乙在內之眾多專家，並同樣邀集相關利害關係人陳述意見，經半數委員出席討論後，由三分之二以上委員決議將古蹟本體額外納入A佛寺內5尊大佛，定著之土地範圍則為A佛寺坐落之土地與D地及E地，並由B市政府公告（下稱原處分）。丙亦為A佛寺及其坐落土地與D地與E地之共有人，認為A佛寺包括本殿、別院及倉庫所座落之土地僅1,560平方公尺，然卻不當將D地與E地等共計9,942平方公尺均指定為定著土地之範圍，且未說明其理由，遂決定提起救濟，請求撤銷原處分。而於訴願進行之過程中，B市政府始將定著土地範圍之認定理由補充予丙：「有關審議委員會認定定著土地之範圍，因A佛寺為稀有大規模齋堂，並提供女性修行空間，可代表在家居士修行空間，其修行空間不以建築本體為限，尚包括室內外空間之展現，甚至A佛寺空間而言，其係為園區自成一體，自不得以建築物本體限制園區。倘若園區與建築物本體分割，對於古蹟及其整體文化之保存亦不周全，無法維護A佛寺古蹟及其文化完整風貌。」而丙提起之訴願遭駁



回，遂提起行政訴訟救濟。試問：

(一)丙主張原處分未附具理由，且審議委員會之判斷有明顯瑕疵，應予撤銷；B市政府則抗辯行政法院應尊重審議委員會就古蹟定著土地範圍之認定，原處分合法應予維持。試問原處分之適法性如何？試自法院應審酌之事項說明之。（35分）

(二)若丙提起之行政訴訟經行政法院以行政處分合法為由，判決其敗訴並獲確定。心灰意冷的丙回A佛寺後告知大住持，始發現甲並非A佛寺所有權人之證據，有關土地及建物之共有人登記應有誤，甲根本無申請指定古蹟之權。丙得否依據行政程序法之規定，請求B市政府重新調查以撤銷原處分？若B市政府對於重新調查之申請回覆以：「古蹟本體及其定著土地範圍如原處分，歉難辦理」，則丙得否及如何救濟？（35分）

(三)承(二)，丙若欲提起行政訴訟確認原處分無效，法院應為如何之裁判？（30分）

【參考法條】

文化資產保存法

第1條

為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，特制定本法。

第3條第1款第1目

本法所稱文化資產，指具有歷史、藝術、科學等文化價值，並經指定或登錄之下列有形及無形文化資產：一、有形文化資產：(一)古蹟：指人類為生活需要所營建之具有歷史、文化、藝術價值之建造物及附屬設施。

第6條

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

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

第17條

古蹟依其主管機關區分為國定、直轄市定、縣（市）定三類，由各級主管機關審查指定後，辦理公告。直轄市定、縣（市）定者，並應報中央主管機關備



- ①重複處分？觀念通知？
- ②程序法上行政處分？
- ③本文見解。

(2)涵攝本件。

(三)行政法院應如何裁判？

1. 點出爭點－是否構成行政訴訟法第107條第1項第9款之「訴訟標的為確定判決所及」，涉及撤銷訴訟與行政處分無效確認訴訟之訴訟標的是否相同或具包含關係

- (1)肯定說。
- (2)本文見解（最高行政法院111年度抗字第56號裁定）。

2. 既判力所生之確認效

前後訴之訴訟標的為先決問題，後訴法院應受前訴有關合法性認定之拘束，除非於既判力基準時點後有事實或法律狀態之變更。

3. 本件涵攝。

大展身手

(一)原處分應屬違法，行政法院應審酌之事項，分述如下

1. 審議委員會就原處分享有判斷餘地

(1)按行政機關對於不確定法律概念之判斷，行政法院以審查為原則，惟就涉及高度屬人性之評定、高度科技性之判斷、計畫性政策之決定與獨立專家委員會之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性或法律授權之專屬性，而承認行政機關就此等事項之決定享有判斷餘地¹⁰。

(2)本件，有關古蹟之指定，依據文資法第3條第1款第1目、古蹟指定及廢止審查辦法（下稱古蹟審查辦法）第2條第1項，涉及是否「具高度歷史、藝術或科學價值」、「表現各時代營造技術特色」及「具

10 最高行政法院109年度判字第208號判決意旨。

稀少性、不易再現性」等不確定法律概念，此等文化價值之判斷應由獨立委員會之專家審查，文資法第6條、文化資產審議會組織及運作辦法（下稱運作辦法）第4條參照，此亦揭示立法者有意授權行政機關交由專業委員會認定。

(3)又就A佛寺及其坐落土地與相鄰之D地、E地等是否被指定為古蹟及其定著土地之範圍，係透過審議委員會帶入不同之公民意見，同席經由相互討論辯證及表決，加以認定文化資產，具有客觀性與不可替代性，應認為審議委員會就原處分之認定享有判斷餘地¹¹。

2.原處分之判斷存有瑕疵而違法，行政法院應審酌之事項如下：

(1)按行政法院固應尊重行政機關之判斷餘地，而為低密度之合法性審查。惟若行政機關之判斷有恣意濫用或其他違法情事時，行政法院仍應加以審查並予以撤銷。而此等具判斷瑕疵之情形，包括行政機關之組織是否合法、判斷是否違反正當之法定程序等。

(2)本件，B市政府於作成原處分時，雖未依行政程序法第96條第1項第2款附具理由，似僅有結論而無理由，使行政法院無從知悉其判斷之基礎，而有恣意濫用之違法。惟B市政府已於訴願程序終結前補行理由之說明，依行政程序法第114條第1項第2款、第2項之規定，瑕疵應已補正。

(3)而審議委員會之組成雖係由運作辦法第4條之專家及民間學者組成，並依第6條第4項邀請相關利害關係人陳述意見，且經法定決議門檻通過而作成原處分，然依同法第7條第1項與行政程序法第32條第4款之規定，若為鑑定人，應有迴避之義務。查乙接受文化局之委託擔任A佛寺保存範圍調查計畫之主持人，因其受有10萬元之對價，而與運作辦法第4條第3項規定委員為無給職之規定不符，顯係為審議委員會之法定審議職務外，另受託提供專業意見之鑑定人，依法應迴避。

11 最高行政法院109年度上字第394號判決意旨。

(4)是以，乙應迴避而未迴避，仍參與第二次審議會議之討論與表決，已違反正當法律程序，原處分之判斷罹有瑕疵，應予撤銷。

初出
茅廬

本題涉及判斷餘地與司法審查，雖為行政法基礎之概念，但同學們對此常會有誤解，筆者以下茲彙整判斷餘地之審查架構如下：

1. 何謂判斷餘地？

- (1)首先，我們在法條之構成要件中，常常會看到不確定法律概念，而特定事實是否該當構成要件，並據以得到法律效果，此過程相信同學們並不陌生，即為俗稱之「涵攝」。因此，所謂行政機關就不確定法律概念之判斷，係指行政機關將事實涵攝到構成要件之過程。至於無涉及此之單純事實認定與法律抽象解釋，則本為司法權審查之核心，行政機關自無判斷餘地可言。
- (2)以筆者於解題時常舉的例子為例，姓名條例第9條第1項第6款規定：「有下列情事之一者，得申請改名：六、字義粗俗不雅、音譯過長或有特殊原因。」當中之「粗俗不雅」，即為不確定法律概念，而若某人的名字姓王名巴旦，行政機關之判斷即係指事實（王巴旦）是否合乎構成要件（粗俗不雅）之涵攝過程。至於事實認定（是不是真的叫王巴旦），或不確定法律概念之法律抽象解釋（什麼是粗俗不雅），則並無判斷餘地可言。

2. 判斷餘地之承認

- (1)什麼時候須要討論判斷餘地？此問題與判斷餘地承認之類型密切關聯，如果題目中出現高度屬人性、高度科技性、高度政策性及委員會合議等資訊，且行政機關要求尊重其判斷，或係詢問法院審查之密度與其事項，則通常是在測驗判斷餘地。

(2)又學說上認為判斷餘地之承認，應以「**規範授權理論**」為據，亦即透過文義、目的、歷史與體系解釋等，可知立法者有授權行政機關就不確定法律概念有自主決定之權限者，即承認行政機關享有判斷餘地¹²。反之，實務上多未探討規範意旨認定立法者是否有授權，而僅以類型化之方式認定，諸如前述是否具有**高度屬人性、高度科技性、高度政策性與委員會合議之決定等**。擬答中即特別說明立法者應有意就古蹟之認定授權行政機關判斷。

(3)至於專家委員會之合議，筆者需要特別說明如下

①學說上有持質疑之看法，亦即委員會之合議之所以得享有判斷餘地，並非在於其專業性，蓋法院於進行司法審查時，亦得透過鑑定人來釐清，故重點是在於該專家委員具備不受國家影響之獨立性，以及透過多元意見之討論而形成判斷，使得最後之評估具有客觀性，從而無從以鑑定人加以取代¹³。擬答中即特別點出審議委員會乃係透過與相關利害關係人之共同討論及表決，使最終之表決結果具有不可替代性與客觀性，因而審議委員會應享有判斷餘地。

②此外，實務上就不當勞動決定似亦否認委員會之決定得享有判斷餘地，如最高行政法院109年度判字第582號判決：「然而，並非所有不確定法律概念形式上合乎上述判斷因素的事件（筆者按：即實務上廣泛承認之類型，包括委員會），都應該一律尊重行政機關的判斷而認有判斷餘地，仍應視其性質而定。例如不涉及風險預估、價值取捨或政策決定的事實認定及法律的抽象解釋，本

12 傅玲靜（2019），〈源自立法者授權之行政機關判斷餘地——臺北高等行政法院106年度訴字第1057號判決評析〉，《月旦裁判時報》，第81期，頁8-9。

13 傅玲靜，同前註，頁9-11。

來就屬於行政法院進行司法審查的核心事項，行政機關自無判斷餘地可言，而且不因為它是經由獨立專家委員會所作成的行政處分，而有所不同。」

③就上開實務見解應理解為，導正判斷餘地係針對不確定法律概念之涵攝過程，而非事實認定與抽象法律解釋，蓋過往部分實務常有過於寬泛、錯誤承認判斷餘地之問題，不當將單純之事實認定或法律解釋亦納入，而採取過低之審查標準¹⁴。因而實際上實務對於委員會作成之決定並非否認其得享有判斷餘地，而係須涉及風險評估、價值取捨或政策決定等不確定法律概念之涵攝，方承認委員會享有判斷餘地。

3. 審查密度

(1)原則上若承認行政機關享有判斷餘地，則司法僅能為「低密度」之審查，惟實務見解有引用釋字第533號解釋，認為就審查密度之採擇，應依事件之性質決定，且若涉及人民之基本權限制，則應提高。如：

最高行政法院109年度上字第838號判決

再查，醫藥事故涉及高度專業，主張受害之一方面對專業領域之深奧複雜，可謂為知識上之弱勢者，故特別仰賴專家之專業、公正判斷。本件涉及人民之生命、健康等基本權，專家享有高度之權威，對於專業認知不足且無能為力之受害人，應盡力釋疑，以昭公信。司法審判上，對此涉及人民基本權之專家判斷，應提高審查密度，調查專業論證上之說明，有無判斷錯誤，有無重要事項漏未斟酌等等。司法院釋字第553號解釋理由書亦一併指明「事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識

14 相同批評與認定可參李建良（2021），〈判斷餘地與司法審查的案型分析〉，《月旦實務選評》，第1卷第6期，頁57-58。