最 高 行 政 法 院 判 決

109年度判字第530號

上　訴　人　交通部觀光局大鵬灣國家風景區管理處
代　表　人　陳煜川
訴訟代理人　周中臣　律師
被 上訴 人　屏東縣政府
代　表　人　潘孟安
訴訟代理人　洪國欽　律師
　　李倬銘　律師
參　加　人　大鵬灣國際開發股份有限公司
代　表　人　李潮雄

上列當事人間文化資產保存事件，上訴人對於中華民國108年1月8日高雄高等行政法院106年度訴字第193號判決不利於其部分，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決除確定部分外廢棄，發回高雄高等行政法院。

理　由

一、本件上訴人、參加人之代表人，分別由許主龍、林學智變更為陳煜川、李潮雄，茲據渠等具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

二、爭訟概要：

㈠被上訴人於民國96年11月13日以屏府文資字第0960227615號公告（下稱96年11月13日公告）登錄「大鵬營區日治時期軍事設施及建物－本部連、莊敬樓、舊餐廳（2棟）、中正樓、彈藥庫（2座）」為屏東縣歷史建築；再於102年12月31日以屏府文資字第10279486300號公告（下稱102年12月31日廢止公告）廢止前開歷史建築其中「大鵬營區日治時期軍事設施及建物－舊餐廳（2棟）」之登錄，復於同日以屏府文資字第10279486900號公告（下稱102年12月31日公告）指定「大鵬營區日治時期軍事設施及建物－舊餐廳一、舊餐廳二」為屏東縣縣定古蹟，並指定名稱為「大鵬灣原日軍水上飛機維修廠」。嗣被上訴人以105年12月20日屏府文保字第10530

541700號、106年5月26日屏府文保字第10630210600號公告（下分稱105年12月20日公告、106年5月26日公告）變更其古蹟名稱為「大鵬灣原日軍水上飛機維修廠－南棟、北棟」（下稱系爭古蹟）及其定著土地之範圍面積；復於106年9月1日以屏府文保字第10630364000號公告（下稱106年9月1日公告）變更其歷史建築名稱為「大鵬營區日治時期軍事設施及建物－本部連、莊敬樓、舊餐廳、東彈藥庫、西彈藥庫」（下稱系爭歷史建築）及其本體面積與定著土地面積。

㈡被上訴人於上開歷次公告後，於古蹟清冊及歷史建築清冊上登載管理人為上訴人、聯絡地址即上訴人地址（屏東縣○○鎮○○里○○路○○○號）；並於文化部「國家文化資產資料庫管理系統」（下稱系爭資料庫）登載其管理人及使用人為上訴人及其地址；再於原審審理中，以107年3月6日屏府文保字第10730085400號及第00000000000號函，將上開依最後變更公告作成之系爭古蹟清冊及系爭歷史建築清冊送文化部備查。

㈢上訴人於105年3月9日及5月24日向被上訴人申請將古蹟及歷史建築之管理人及使用人由上訴人更正為參加人，經被上訴人於105年4月12日、7月11日及8月29日邀集上訴人及參加人召開協調會議後，以105年9月8日屏府文保字第10530379400號函送105年8月29日「大鵬營區日治時軍事設施及建物（已公告為歷史建築及古蹟）所有人、使用人及管理人協調會議」之會議結論：「本案為公有之古蹟及歷史建築，基於公共利益之衡量，應由機關為當然之管理人。惟本府建議基於個案考量，本案與第三人有契約關係存在，因此被指定機關自得衡量與第三人協議維護管理機制。」予上訴人及參加人。

㈣上訴人再於105年9月22日就其申請更正古蹟及歷史建築之管理人及使用人一案，追加確認請求被上訴人將古蹟及歷史建築登記上訴人為管理人及使用人之公告為無效，另請求被上訴人就追加後之申請事項及理由，作成行政處分。被上訴人乃以105年10月14日屏府文保字第10571897400號函（下稱被

上訴人105年10月14日函）復上訴人，略以：「……說明：……二、有關『大鵬營區日治時軍事設施及建築』本府於96年11月13日屏府文資字第0960227615號及102年12月31日屏府文資字第10279486900號公告歷史建築及古蹟在案，先以說明。三、貴處說明所申請更正內容，包含就目前古蹟及歷史建築所填報登記使用人、管理人部分應予撤銷改登記大鵬灣國際開發股份有限公司。四、依據文化部文化資產局104年6月3日文資蹟字第1043004733號函復貴處『縣定古蹟大鵬灣原日軍水上飛機維修廠』使用人、管理人責任歸屬疑義案，明確回覆，略以『本案公有縣定古蹟大鵬灣原日軍水上飛機維修廠及定著土地，其所有人為中華民國，管理機關登記為交通部觀光局大鵬灣國家風景區管理處，故依上開文資法第18條第1項規定，該公有古蹟自應由貴管理處管理維護』。五、又本府105年8月29日大鵬營區日治時期軍事設施及建物（已公告為歷史建築及古蹟）所有人、使用人及管理人協調會議結論為：本案為公有之古蹟及歷史建築，基於公共利益之衡量，應由機關為當然之管理人。惟本府建議基於個案考量，本案與第三人有契約關係存在，因此被指定機關自得衡量與第三人協議維護管理機制，結論並無違反原公告。六、呈上開結論，及105年7月27日頒定之文資法第21條第2款規定：公有之古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群必要時得委由其所屬機關（構）或其他機關（構）、登記有案之團體或個人管理維護。仍請貴處提供古蹟歷史建築轉移大鵬灣國際開發（股份）有限公司之雙方合意相關文件交予本府作為修改管理人、使用人之依據。七、本項公告內容在於古蹟、歷史建築之價值、建物座落土地位置及法令依據，貴處並無新事證提出，故，本府仍維持前公告，無另作行政處分之必要。」等語。

㈤上訴人不服，向文化部提起訴願，經訴願決定駁回關於請求撤銷被上訴人105年10月14日函部分，訴願不受理關於請求更正古蹟及歷史建築登錄之所有人、管理人及使用人部分。

上訴人仍不服，向高雄高等行政法院（下稱原審）提起行政訴訟，聲明：1.確認被上訴人將起訴狀附表（原審卷第29頁）所示之古蹟及歷史建築所為上訴人為所有人、使用人及管理人之登記及公告無效；2.訴願決定及原處分（被上訴人105年10月14日函）均撤銷；3.被上訴人應將起訴狀附表所示之古蹟及歷史建築所為上訴人為所有人、使用人及管理人之登記及公告撤銷。嗣上訴人改提一般給付訴訟，並變更聲明為：1.被上訴人應除去其歷史建築「大鵬營區日治時期軍事設施及建物－本部連、莊敬樓、舊餐廳、東彈藥庫、西彈藥庫」清冊（下稱系爭歷史建築清冊）「地址」欄所為上訴人地址，及「所有權屬」欄之「管理人」欄所為上訴人之記載；2.被上訴人應除去其古蹟「大鵬灣原日軍水上飛機維修廠－南棟、北棟」清冊（下稱系爭古蹟清冊）「地址」欄所為上訴人之地址，及「所有權屬」欄之「管理人」欄所為上訴人之記載；3.被上訴人應除去其在文化部系爭資料庫所為系爭歷史建築及系爭古蹟（不含土地部分）之管理人及使用人為上訴人及上訴人地址之記載。經原審106年度訴字第193號判決（下稱原判決）准許變更聲明第3項關於命被上訴人應除去其在文化部系爭資料庫所為系爭歷史建築及系爭古蹟之使用人為上訴人之記載，並駁回上訴人其餘之訴。上訴人對原判決不利於其部分（即原判決主文第2項），提起上訴（被上訴人則未對原判決不利於其部分〈即原判決主文第1項〉提起上訴，此部分已告確定）。

三、上訴人起訴之主張、被上訴人於原審之答辯及聲明暨參加人之陳述，均引用原判決所載。

四、原審為不利於上訴人之判決，係略以：

㈠上訴人主張被上訴人於系爭古蹟清冊、系爭歷史建築清冊及系爭資料庫中，所為上訴人為管理人及使用人暨上訴人地址之登載，屬違法之事實行為，使上訴人負擔本無之管理維護責任，侵害上訴人財產與非財產之權益；且該違法事實行為所造成之結果，現仍存在，因而請求被上訴人除去該等登載

內容，即提起一般給付訴訟以排除被上訴人之侵害行為。依上訴人上開主張，其並非本於實定法規存在之公法上請求權為依據，乃本於公法上之結果除去請求權，主張為訴訟標的之給付請求權人，而請求法院除去該被上訴人違法事實行為所造成之結果，上訴人自得依行政訴訟法第8條第1項前段規定提起一般給付訴訟，即具備本件原告適格。

㈡交通部觀光局為「大鵬灣風景特定區」建設發展之需，向行政院申請撥用大鵬營區之國有土地經核准在案，並經國防部於92年5月19日函准所屬聯合後勤司令部之三軍防訓中心，併將該等撥用土地之地上房屋58棟、建築物69座以現況移交上訴人。前開地上物之原使用管理單位空軍防砲警衛司令部，僅報廢網球場、庫房、福利社、醫務所、中山堂、棚廠等地上物。系爭古蹟及系爭歷史建築既未經報廢程序，仍屬國有公用財產，上訴人不得擅自處分；況縱經報廢，然在被上訴人指定為古蹟及歷史建築後，上訴人亦須註銷報廢，回復產籍管理。是系爭古蹟及系爭歷史建築係屬中華民國所有，乃文化資產保存法（下稱文資法）所定之公有文化資產，而上訴人為管理機關。

㈢上訴人雖舉原審103年度訴字第501號判決（下稱501號判決）及本院105年度裁字第193號裁定，主張參加人業經認定為系爭古蹟及系爭歷史建築之實質所有權人，然上開判決係基於實質課稅原則，認定參加人為應課徵契稅之納稅義務人，與本件事實、情節不同，無從比附援引。95年12月29日「大鵬灣BOT土地交付協商會議」（下稱系爭協商會議）會議紀錄結論，及上訴人與參加人簽訂之「民間參與大鵬灣國家風景區建設（BOT）開發經營契約」（下稱BOT契約）第5.5.2.1條、第5.6.1條約定內容，充其量僅能證明上訴人應將相關既存建物「交付」參加人作為經營開發使用，並無上訴人應將該等建物「處分」即移轉所有權或事實上處分權予參加人之協議或約定；而遍觀BOT契約，並無任何由上訴人（即甲方）移轉相關既存建物（即系爭古蹟、系爭歷史建築及其他

未辦保存登記建物）之所有權或事實上處分權予參加人（即乙方）之明文約定；再參酌BOT契約第1.1.1.1條、第5.6.2條及第7.4條約定，顯見上訴人就土地及設施及參加人之開發經營，均有監督、管理之責；堪認BOT契約，性質上係屬民間投資開發經營公共建設之私法契約，其精神重在由上訴人（政府機關）交付相關土地或地上物資產予參加人（廠商）為開發經營之利用，參加人於合於BOT契約之目的範圍內得實際使用該等資產，並為規劃利用（包含以登記為名義上所有權人之形式而為利用，參加人僅為特定之事業經營目的而形式上登記為所有權人，期滿後依約仍應移轉該建物所有權予上訴人），迄契約期滿或消滅後，參加人應將現存營運資產移轉予上訴人，是系爭協商會議紀錄及BOT契約約定尚無從資為上訴人有利之認定。另參加人係專為本件開發經營案成立之特許公司，所營事業項目限於開發營運相關之休憩娛樂事業，並無古蹟、歷史建築管理維護之專業能力，自非文資法第21條第2項所謂「登記有案之團體」，上訴人亦無從將系爭古蹟及系爭歷史建築委由參加人管理維護。

㈣系爭古蹟及系爭歷史建築為國有之文化資產，依法應由上訴人負管理維護責任，且上訴人未依法定程序報經核准，無從擅自移轉系爭古蹟及系爭歷史建築之管理人地位，參加人僅係使用人，則被上訴人於系爭古蹟清冊、系爭歷史建築清冊及系爭資料庫登載上訴人為系爭古蹟及系爭歷史建築之管理人暨上訴人之地址，與事實相符，並無違法，亦未侵害上訴人之權益，上訴人就此請求除去，顯與公法上結果侵害除去請求權之要件不符，自屬無據。至被上訴人於系爭古蹟清冊、系爭歷史建築清冊及系爭資料庫登載系爭古蹟及系爭歷史建築之使用人為上訴人，則與事實不符，此亦據被上訴人自承其願意就使用人部分修正為參加人，則上訴人請求被上訴人除去系爭資料庫關於上訴人為使用人之記載，則屬有據，應予准許；另依系爭資料庫顯示之網頁內容，該登錄僅需載明管理人、使用人之名稱，無需併登載管理人、使用人地址

（該地址或位置記載屏東縣○○鎮○○里○○路○○○號乃指系爭古蹟及系爭歷史建築之所在地址，非指使用人地址，上訴人有所誤認），是上訴人併請求除去使用人地址之登載，要屬無據等詞，為其論據。

五、本院查：

㈠行政訴訟法第125條、第133條、第189條第1項及第3項規定，行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束，且應依職權調查證據，使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論，及令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之；為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，將得心證之理由，記明於判決。基於行政訴訟之職權調查原則，法院應充分調查為裁判基礎之事證以形成心證，是所有與待證事實有關之訴訟資料，無論有利或不利於訴訟當事人之任何一造，都必須用於心證之形成而不能有所選擇，亦即法院負有審酌與待證事實有關之訴訟資料之義務，如未審酌亦未說明理由，或認定事實悖於論理或經驗法則，即構成行政訴訟法第243條第1項所謂判決不適用同法第125條、第133條、第189條第1項及第3項規定，及同法第243條第2項第6款所謂判決不備理由之當然違背法令。又依同法第209條第3項規定，判決書理由項下，應記載關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見；故行政法院認定事實應憑調查所得之證據資料，就證據與事實之關聯性如何，其證明力之有無，形成心證之理由，記明於判決書理由項下。如未說明所憑證據足供證明事實之心證理由，或就當事人提出之證據摒棄不採，又未說明不採之理由，或認定事實徒憑臆測而不憑證據，或調查證據未臻完備，不足以判斷事實之真偽，均構成判決不備理由之違法。如認定之事實，與所憑之證據，不相適合，或所憑之證據自相矛盾，即屬證據上理由矛盾，或者判決有多項理由，且互相衝突，無以導出判決之結論，亦屬判決理由矛盾。

㈡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，特制定文資法（該法第1條參照）。文資法第17條第5項授權訂定之行為時（106年7月27日修正發布）古蹟指定及廢止審查辦法第4條第1項、第5條第1項、第6條第1項第5款規定：「主管機關為古蹟之指定，依下列程序為之：一、現場勘查。二、經審議會審議並作成指定處分之決議。三、作成指定處分，辦理公告，並通知申請人或處分相對人。四、直轄市、縣（市）主管機關指定者，報中央主管機關備查。」「主管機關辦理前條第1項第3款公告，應載明下列事項：一、名稱、種類、位置或地址。二、古蹟及其所定著土地範圍之面積及地號。三、指定理由及其法令依據。四、公告日期及文號。」「直轄市、縣（市）主管機關辦理第4條第1項第4款函報備查，應填具古蹟清冊，載明下列事項並附圖片電子檔：……五、古蹟及其所定著土地之所有人、使用人或管理人之基本資料。……」又文資法第18條第5項授權訂定之行為時（106年7月27日修正發布）歷史建築紀念建築登錄廢止審查及輔助辦法（下稱歷史建築登錄辦法）第4條、第5條第1項、第6條第1項第5款規定：「直轄市、縣（市）主管機關為歷史建築、紀念建築之登錄，依下列程序為之：一、現場勘查。二、經審議會審議並作成登錄處分之決議。三、作成登錄處分，辦理公告，並通知申請人或處分相對人。四、報中央主管機關備查。」「直轄市、縣（市）主管機關辦理前條第3款公告，應載明下列事項：一、名稱、種類、位置或地址。二、歷史建築、紀念建築及其所定著土地範圍之面積及地號。三、登錄理由及其法令依據。四、公告日期及文號。」「直轄市、縣（市）主管機關辦理第4條第4款函報備查，應填具歷史建築或紀念建築清冊，載明下列事項並附圖片電子檔：……五、歷史建築、紀念建築及其所定著土地之所有人、使用人或管理人之基本資料。……」依上規定可知，直轄市、縣（市）主管機關作成古蹟之指定處分、歷史建築之登錄處分時，應辦

理公告，其公告應載明之事項，包含名稱、種類、位置或地址；古蹟、歷史建築及其所定著土地範圍之面積及地號；指定、登錄理由及其法令依據；公告日期及文號。而經直轄市、縣（市）主管機關指定古蹟、登錄歷史建築者，應報中央主管機關備查，此時應填具古蹟清冊、歷史建築清冊，載明包含古蹟、歷史建築及其所定著土地之所有人、使用人或管理人之基本資料等事項並附圖片電子檔。亦即，直轄市、縣（市）主管機關作成古蹟之指定處分、歷史建築之登錄處分時，其辦理公告事項，不包含古蹟、歷史建築及其所定著土地之所有人、使用人或管理人之基本資料；該基本資料之登載，係於直轄市、縣（市）主管機關指定古蹟、登錄歷史建築後，函報中央主管機關備查時，始填具在古蹟清冊、歷史建築清冊內，並附圖片電子檔。據此，原判決論以被上訴人於系爭古蹟清冊、系爭歷史建築清冊及系爭資料庫，所為上訴人為管理人及使用人暨上訴人地址之登載，屬事實行為，上訴人於原審主張該事實行為違法，損害其權益（文資法第21條第1項前段規定，古蹟、歷史建築由所有人、使用人或管理人管理維護；同法第23條第2項規定，古蹟於指定後，所有人、使用人或管理人應擬定管理維護計畫，並報主管機關備查），依行政訴訟法第8條第1項前段規定，提起一般給付訴訟，請求被上訴人作成行政處分以外之其他非財產上給付，以排除該違法事實行為所造成之結果，即具備原告適格，依上開說明，核無違誤。

㈡經查，原審因認系爭古蹟及系爭歷史建築為中華民國所有之公有文化資產，則被上訴人於系爭古蹟清冊、系爭歷史建築清冊及系爭資料庫所為上訴人為管理人暨上訴人地址之登載，與事實相符，爰駁回上訴人其此部分之訴。固非全然無見。惟查：

1.考諸文資法第23條第2項及第24條第1項規定，古蹟經指定後，其所有人、使用人或管理人為履行法定管理維護古蹟之責，應向主管機關提出管理維護計畫或修復及再利用計畫，始

能依據其所提出之計畫實施古蹟之管理維護或修復及再利用工作；又依文資法第28條規定，古蹟、歷史建築經主管機關審查認因管理不當致有滅失或減損價值之虞者，應命其限期改善，屆期未改善者，主管機關除得逕為管理、維護、修復，並徵收代履行所需費用，或強制徵收古蹟、歷史建築及其所定著土地外，亦因其構成文資法第106條第1項第3款規定之違章，而得處以罰鍰。上述文資法之規定，考其立法意旨，古蹟、歷史建築倘有所有人，主管機關應以該所有人作為上開規定所定管理、維護古蹟之義務人，蓋所有人依法有對標的物為全面直接支配之權利，包括使用、收益、處分並排除他人干涉等權能，是主管機關原則上應儘先課予所有權人管理、維護其所有古蹟、歷史建築之義務，始足以確保文資法就古蹟、歷史建築長期穩定之保存及妥善維護之規範目的得以實現。而古蹟、歷史建築若為未辦理建物所有權第一次登記之建物，則取得該古蹟、歷史建築建物之事實上處分權之人，除無法辦理所有權移轉登記外，對古蹟、歷史建築建物所取得之權利，實際上與所有人幾乎無異，自應以其為義務人，此乃基於文資法整體規範意旨之當然解釋。

2.被上訴人前以96年11月13日公告、102年12月31日廢止公告、102年12月31日公告、105年12月20日公告，所為登錄歷史建築處分、廢止部分歷史建築處分、指定古蹟處分，暨更正古蹟名稱及其定著土地面積處分；嗣經被上訴人依文資法第17條、歷史建築登錄辦法第5條規定，報經屏東縣文化資產審議委員會決議，分別以106年5月26日公告、106年9月1日公告，作成變更指定系爭古蹟名稱及其定著土地範圍面積之處分、變更登錄系爭歷史建築名稱及其本體面積與定著土地面積之處分。依被上訴人106年5月26日公告及其古蹟公告表、106年9月1日公告可知，系爭古蹟之指定及系爭歷史建築之登錄，除系爭古蹟及系爭歷史建築定著之土地（即屏東縣○○鎮○○段○○○○號〈下稱730地號土地〉，面積675,269.01平方公尺）以外，尚包含指定、登錄之建物本體。查730

地號土地之所有權人為中華民國，管理者為上訴人，參加人為地上權人，則此部分登載上訴人為管理人及其地址，核與卷附土地建物查詢資料相符。原判決就上開定著土地即730地號土地部分所為之事實認定，並無違誤。至於系爭古蹟之建物（水上飛機維修廠－南棟、北棟）、系爭歷史建築之建物（本部連、莊敬樓、舊餐廳、東彈藥庫、西彈藥庫），其中「舊餐廳」業經參加人辦理建物所有權第一次登記而為所有權人，此為原審所是認（原判決第16頁第15至19行），依民法第759條之1第1項規定，推定參加人適法有此權利，縱依「舊餐廳」建物登記第二類謄本○○○鎮○○段53建號）之「其他登記事項」欄記載：「地上權消滅時，建物所有權移轉予政府」而為預告登記，然何以在地上權設定並存續時，「舊餐廳」建物登記之所有權人（參加人）非屬系爭歷史建築之管理人？原判決就此僅謂「參加人僅為特定之事業經營目的而形式上登記為所有權人，期滿後依約仍應移轉該建物所有權予原告」（原判決第19頁第1至4行），卻未記明其何以不適用民法第759條之1第1項規定之得心證的理由，自有判決不適用法規及不備理由之違法。

3.此外，系爭古蹟、系爭歷史建築之建物，除「舊餐廳」業經參加人辦理建物所有權第一次登記而為所有權人外，並且「舊餐廳」及「本部連」之建物，亦經參加人提出管理維護計畫，而為被上訴人所屬屏東縣文化資產保護所於104年9月22日以屏文資字第10430389300號函復同意在案，則參加人就「舊餐廳」及「本部連」之建物，究否得因事實上之建物使用行為而為文資法之管理人？再者，原審501號判決（經本院105年度裁字第193號裁定維持在案）確認除「本部連」外之系爭古蹟、系爭歷史建築建物，已由參加人取得實質所有權而合法課徵契稅（契稅條例第2條、第12條規定參照），501號判決理由並指出參加人依其與上訴人間之BOT契約約定、系爭協商會議紀錄結論，實質上已取得所有權【見501號判決「事實及理由」五、（三）至（六）】，原審僅以501

號判決係認定參加人為應課徵契稅之納稅義務人，無從於本件比附援引，而未審酌501號判決認定除「本部連」外之系爭古蹟、系爭歷史建築建物所有權歸屬參加人之事實，亦未說明何以於本件有相異認定之理由，自有判決不備理由之違法。

4.由BOT契約第5.6.1條約定：「管理：甲方（指上訴人，下同）交付土地及設施予乙方（指參加人，下同）後，由乙方辦理管理、維護及排除他人非法占用或設置等事項。」可知，參加人（非上訴人）乃依BOT契約被交付土地及設施而成為管理人；而BOT契約第5.6.2條約定：「監督：甲方得自行或指定人員定期會同乙方指派之相關作業人員，實地了解乙方使用土地及設施狀況」及第7.4條約定：「監督與管理：甲方除得依本契約約定監督管理乙方之開發經營外，亦得依促進民間參與公共建設法、其他相關法規監督管理乙方。」足見上訴人係監督參加人使用土地及設施狀況，監督與管理參加人履行BOT契約之開發經營。從而，原判決遽以上訴人監督與管理參加人履行BOT契約為由，認上訴人即為BOT契約交付土地及設施（部分建物經指定、登錄為系爭古蹟、系爭歷史建築）之管理人，其所認定之事實，與所憑之證據，不相適合，且無以導出判決之結論，當有判決理由矛盾之違法。

5.原判決另以國有財產法第28條、國有公用財產管理手冊第64點，以及財政部95年10月5日台財產接字第0950030239號函附研商各機關經管已報廢國有建物處理原則會議結論（二）為據，認定系爭古蹟、系爭歷史建築之建物未經報廢程序，仍屬國有公用財產，上訴人不得擅自處分，縱經報廢，然在被上訴人指定為系爭歷史建築及系爭古蹟後，亦須註銷報廢，回復產籍管理，故系爭古蹟及系爭歷史建築係屬中華民國所有，乃文資法所定之公有文化資產，而上訴人為管理機關等情。惟此與系爭歷史建築之「舊餐廳」建物，業經參加人辦理建物所有權第一次登記而為所有權人之證據，相互矛盾。況為提升公共服務水準，加速社會經濟發展，促進民間參

與公共建設，特制定「促進民間參與公共建設法」（該法第1條參照，下稱促參法）；上訴人乃據此，於90年9月12日報奉行政院核定，並於同年11月2日發布實施「擬定大鵬灣風景特定區計畫書」，而於93年11月30日與參加人簽訂BOT契約，以促進民間參與公共建設方式，由參加人投資開發經營此BOT案；其後，上訴人與參加人依BOT契約第5.2條約定，於95年間簽訂地上權設定契約，並於96及97年間辦理地上權設定登記，上訴人與參加人復依BOT契約第5.5.2條、第5.6.1條約定，及系爭協商會議紀錄結論，實質交付系爭古蹟、系爭歷史建築之建物予參加人使用、管理及維護。則依行為時促參法第15條第1項前段規定，公共建設所需用地為公有土地者，主辦機關得於辦理撥用後，以設定地上權方式提供民間機構使用，不受國有財產法第28條之限制；上開規定雖僅指公有土地不受國有財產法第28條之限制，然對公有土地之地上物，於依促參法之規定交付使用時，是否仍有排除國有財產法第28條規定之適用？因卷內查無上訴人於90年9月12日報奉行政院核定，並於同年11月2日發布實施「擬定大鵬灣風景特定區計畫書」【僅有「民間參與大鵬灣國家風景區建設（BOT）申請須知之「一般說明」，指出該BOT案之辦理依據】，則原判決徒執上開規定及會議結論，遽認系爭古蹟、系爭歷史建築之建物應受國有財產相關規定之限制，當有未調查相關證據而認定事實之違法。

6.又，「屏東縣○○鎮○○里○○路○○○號」為上訴人之機關地址，而非系爭古蹟、系爭歷史建築之建物地址，則上訴人聲明請求除去之地址，究為何者（原判決第22頁第22至24行將「屏東縣○○鎮○○里○○路○○○號」誤認為系爭古蹟、系爭歷史建築之所在地址）？原判決應一併查明確認之。

㈣綜上，原判決除確定部分外，既有上揭違背法令事由，且其違法情事足以影響判決結果，上訴論旨指摘其判決違背法令，求予廢棄，為有理由，並因事證尚有未明，上訴人之請求是否有理由，尚待原審法院調查事實始能判斷，本院無從自

為判決，爰將原判決除確定部分外廢棄，發回原審法院另為適法之裁判。此外參加人之新任代表人具狀聲明承受訴訟時，提出參加人與上訴人間之108仲聲和字第037號仲裁判斷書節錄，而此是否將影響本件之判斷，案經發回原審審理時，宜一併加以注意釐清，附此敘明。

六、據上論結，本件上訴為有理由。依行政訴訟法第256條第1項、第260條第1項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　16　　日

最高行政法院第三庭

審判長法官　吳　明　鴻

法官　陳　國　成

法官　蕭　惠　芳

法官　高　愈　杰

法官　曹　瑞　卿

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　16　　日

書記官　莊　子　誼