

最 高 行 政 法 院 判 決

109年度判字第287號

上 訴 人 新 北 市 政 府
代 表 人 侯 友 宜
訴 訟 代 理 人 馬 惠 美 律 師
陳 紹 倫 律 師
被 上 訴 人 昌 溢 股 份 有 限 公 司
代 表 人 范 雅 軒
訴 訟 代 理 人 王 晨 桓 律 師
林 伊 柔 律 師

上列當事人間促進民間參與公共建設法事件，上訴人對於中華民國108年3月7日臺北高等行政法院107年度訴更三字第63號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺北高等行政法院。

理 由

一、緣被上訴人於民國99年2月26日依促進民間參與公共建設法（下稱促參法）第46條規定，以自備土地之方式，向上訴人提送「新北市（臺北縣）三峽生命園區興建營運BOO投資計畫」案（下稱系爭計畫案）之投資計畫書，經上訴人於100年1月25日在系爭計畫案第4次審核委員會會議審核通過，並於100年3月7日以北府民生字第1000125267號函（下稱原審核通過處分）通知被上訴人，兩造於100年4月11日完成投資契約之議約程序。嗣上訴人以101年7月5日北府民生字第1012064732號函（下稱原處分）通知被上訴人：因簽約前地方民意強烈表達反對訴求，被上訴人未能於101年5月17日前完成疏處，且因上訴人革新措施所致對部分殯葬設施興闢需求期程調整，依行為時機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項（業於104年5月15日停止適用，下稱促參案件注意事項）第69點準用第16點及第59點規定，不繼續辦理系爭計畫案後續事宜。被上訴人不服，向上訴人提出異議，上訴人以101年8月9日北府民生字第1012227450號之異議處理結

01 果（下稱異議處理結果），駁回被上訴人所提異議。被上訴
02 人猶有不服，向行政院公共工程委員會（下稱工程會）提起
03 申訴，復經該委員會以101年12月21日促0000000號申訴審議
04 判斷駁回，遂提起行政訴訟，並聲明：1.先位聲明：原處分
05 、異議處理結果與申訴審議判斷均撤銷；上訴人應與被上訴
06 人訂定系爭計畫案投資契約之本約。2.備位聲明：上訴人應
07 給付被上訴人新臺幣（下同）14,481,405元及法定遲延利息
08 。經臺北高等行政法院102年度訴字第346號判決（下稱前審
09 判決）駁回後，被上訴人猶表不服，提起上訴，本院以103
10 年度判字第167號判決將前審判決廢棄發回。臺北高等行政
11 法院以103年度訴更一字第41號更為審理（被上訴人起訴聲
12 明除備位聲明部分不再請求法定遲延利息外，其餘同前，下
13 稱更一審），經更一審判決撤銷原處分及申訴審議判斷，並
14 駁回被上訴人其餘之訴，上訴人不服，提起上訴，復經本院
15 105年度判字第482號判決將更一審判決全部廢棄發回。臺北
16 高等行政法院另以105年度訴更二字第76號更為審理（被上
17 訴人起訴聲明與最初起訴時相同，下稱更二審），經更二審
18 判決駁回後，被上訴人猶表不服，提起上訴，復經本院107
19 年度判字第308號判決（下稱107年度發回判決）將更二審判
20 決廢棄發回。臺北高等行政法院復以107年度訴更三字第63
21 號更為審理（被上訴人起訴聲明為：1.先位聲明：原處分、
22 異議處理結果與申訴審議判斷均撤銷；上訴人應與被上訴人
23 訂定系爭計畫案投資契約之本約。2.備位聲明：上訴人應給
24 付被上訴人23,606,454元及法定遲延利息，下稱原判決），
25 經原判決將原處分、異議處理結果及申訴審議判斷均撤銷，
26 並命上訴人應與被上訴人訂定系爭計畫案投資契約之本約，
27 上訴人不服，乃提起本件上訴。

28 二、被上訴人起訴之主張及上訴人於原審之答辯，均引用原判決
29 所載。

30 三、原判決撤銷原處分、異議處理結果及申訴審議判斷，並命上
31 訴人應與被上訴人訂定系爭計畫案投資契約之本約，其理由

略謂：(一)關於先位聲明：1.上訴人以被上訴人申請系爭計畫案，因未能於101年5月17日前完成疏處，作成不繼續辦理系爭計畫後續事宜之處分，於法不合：促參案件注意事項第16點規定「主辦機關應明定最後疏處期限」，旨在「提示主辦機關對於興辦鄰避設施，應及早與當地民眾溝通協調，以避免與民間機構簽訂投資契約後發生相關抗爭或質疑，影響促參案件之履約及社會觀感」（工程會101年4月23日工程促字第10100125960號函釋意旨），其規範疏處義務之主體原係「主辦機關」，蓋所謂「疏處」，意指疏通調處（溝通協調），促參案件之疏處，尤涉及公共建設之推動，若非由行使公權力之主辦機關出面為之，而任令攸關自身利害之民間投資機構進行，孰能信服？故「疏處」工作乃主辦機關的固有義務，不因民間的參與或承諾而免除；又依主管機關工程會訂定之「主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件注意事項」第2點及第5點規定，可知民間自行規劃並自行備具土地申請參與公共建設案件，主辦機關於審核時，必定已評估好政府（包括主辦機關）得協助或配合事項、整體計畫之可行性，始會予以審核通過，則其於審核通過後，自應本於創造公共利益之目的，共同合作或協助民間完成該投資興建計畫。故基於體系解釋，主辦機關辦理民間自行規劃案件時，依促參案件注意事項第69點準用第16點規定，對於屬鄰避設施或位於生態及環境敏感地區案件，縱令民間申請人承諾負擔「疏處」工作，主辦機關仍負有疏處義務，並應與民間申請人共同為之，始為公允，及符合法意；如果主辦機關未克盡其固有的疏處義務，卻僅以民間申請人未盡其疏處負擔，而廢止其先前所為審核通過處分，即有違誠實信用及比例原則（本院105年度判字第482號判決參照）。再參酌工程會就行為時促參案件注意事項第16點規定「主辦機關應明定最後疏處期限」，作成「提示主辦機關對於興辦鄰避設施，應及早與當地民眾溝通協調，以避免與民間機構簽訂投資契約後發生相關抗爭或質疑，影響促參案件之履約及社會觀感」

之解釋（工程會101年4月23日函釋），原處分以被上訴人未能於101年5月17日前完成疏處，決定不繼續辦理系爭計畫後續事宜等情，卻未見上訴人自身應盡之疏處義務，即難憑採。上訴人雖主張自身已克盡疏處義務云云，然按上訴人疏處表所示，其中項次2所示上訴人所屬民政局（下稱民政局）生命禮儀科科長陳文光於100年8月18日應地方民意代表（下稱民代）之邀，赴樹林區家和電視台接受訪問；另項次3上訴人代表人（市長）於同年9月14日接受媒體採訪時向媒體說明部分，應僅能評價為上訴人相關人員間接透過媒體單方面進行說明，相較於被上訴人所提被上訴人疏處行為一覽表（下稱被上訴人疏處表）均係以召集舉辦說明會之方式以觀，則上訴人上述二行為並未直接面對民眾進行疏通調處（溝通協調），難認屬上開所定義之疏處行為甚明。繼核上訴人疏處表項次5、9所示，均係因上訴人因應地方民眾進行之集結抗議，所為被動之說明；另項次1所示應地方民代之邀參加當地小型說明會等情，究係指派何人參加何種說明會，未見上訴人為何證明。至於項次4所示民政局長接見林富子里長，項次6所示上訴人副市長與土城區里長聯誼會會長與10餘名里長初步溝通意見，項次7所示上訴人副市長、民政局長與三峽區、土城區里長聯誼會會長、副會長、林富子里長、樹林區東園里里長等溝通意見，項次8所示上訴人副市長協同三峽區主任祕書拜訪林富子里長、行動聯盟、三峽區里長聯誼會會長再度溝通，則未見上訴人提出任何其所稱「溝通」之記錄文件，已難認其主張可採；縱認其相關人員確曾為相關舉措，惟相較於被上訴人疏處表所示10項行為皆係「直接」、「主動」召集舉辦說明會與民眾進行「雙方面」之溝通，尚遭上訴人認定未盡疏處義務，進而作成原處分，舉重以明輕，上訴人疏處表所示10項行為若非「間接」，即係「被動」、「片面」，則以原處分之相同標準進行判斷，當更無法達成上訴人所稱之疏處義務標準，則上訴人以其曾進行上訴人疏處表所示之10項行為，執為其業已盡疏處義務之

主張，自無可採。至於上訴人另以：其自100年5月9日至101年5月4日間，曾5度函催被上訴人進行疏處行為，執為其亦已盡疏處義務之主張等情。縱認上訴人確有「督促」被上訴人進行疏處，則在被上訴人所為之疏處行為，上訴人尚認定被上訴人未盡疏處義務，核上訴人所為更不能認已完成疏處義務。上訴人雖曾5度通知被上訴人進行疏處，實則係將自身應負之疏處義務不當轉嫁由被上訴人負擔，於法自是有違，更難認上訴人已盡疏處義務甚明。綜上，本件所涉「疏處」工作乃主辦機關即上訴人之固有義務，而上訴人並未克盡自身之疏處義務，卻以被上訴人未盡疏處義務，執為不繼續辦理系爭計畫案（即廢止其先前所為審核通過處分）之理由，違反促參案件注意事項第69點準用第16點之規定，且不符合比例原則與誠實信用原則，則上訴人本件作成不繼續辦理系爭計畫後續事宜之處分，核有違誤，尚難維持。2.上訴人以被上訴人申請系爭計畫案，因政策變更，作成不繼續辦理系爭計畫後續事宜之處分，於法不合：(1)上訴人雖於101年7月5日以原處分通知被上訴人不繼續辦理系爭計畫案後續事宜，並於原處分說明二表示因「政策變更」而不予續辦，惟上訴人據以作成審核通過處分之增置殯葬園區之需求事實，實則並未改變，析述如下：①既有市立殯儀館問題叢生以致必需遷移部分：原有位處板橋地區之市立殯儀館既未經遷移，則其殯葬作業所產生之有礙觀瞻、空氣污染、欠缺全盤考量、影響交通及居住安寧、內部動線無連貫性且隱密效果較差、建物老舊空間狹小、設施有所欠缺及不足等諸多問題，於上訴人101年7月5日作成原處分時，難認有所改變。再酌以103年間上訴人答復議員所質詢之事項時，仍表示必需採取改善交通動線、改善館內環境、管制擴音設備使用、會同警察局及環保局等辦理聯合稽查等權宜措施，以應付市立殯儀館周邊環境之亂象等情，益見市立殯儀館必需遷移之需求並未消除，以致上訴人仍答復議員表示將評估新蓋殯葬特區之計畫等語。②整合殯儀與火化作業之必要性部分：由於上訴人

01 101年7月5日作成不繼續辦理系爭計畫案之原處分時，就轄
02 內殯葬作業仍係分別於板橋市立殯儀館辦理出殯奠禮、於三
03 峽地區辦理火化事宜，並未將殯儀與火化作業予以整合，則
04 上述未能全盤考量多功能的設置（不符合殯葬方式變更之需
05 求）、殯儀活動頻繁且需移棺至三峽火化場產生不便等情形
06 ，亦未消除。再參酌106年4月之議會期間亦有議員提出質詢
07 表示「我們板橋殯葬的地方，那個地方這麼小，如果要火化
08 還要載到三峽去火化。你看人家台北市……人家在那邊，公
09 祭什麼都在那邊辦，人家在那邊出殯就到後面火化，不用像
10 我們板橋還要載到三峽去火化，浪費資源。人家他們在那邊
11 出殯，在那邊火化就結束了……又省、又快、又方便。……
12 你民政局長有沒有去計畫？有想辦法要怎麼去改善嗎？」等
13 語，顯見整合殯儀與火化作業之必要性，於上訴人101年7月
14 5日作成原處分時，亦未消除。③完整建置殯葬設施之必要
15 性部分：又上訴人所轄板橋市立殯儀館其內部動線無連貫性
16 且隱密效果較差、建物老舊空間狹小、設施有所欠缺及不足
17 等諸多問題，亦有議員於106年間質詢表示「因為我們真的
18 不夠容納……大家都擠到你那邊去，你看你那邊都爆滿」「
19 我想市長很清楚……這個板橋殯儀館在這邊三十幾年的時間
20 ……就近的市民都希望這個殯儀館可以遷移」等語，並有上
21 訴人代表人答詢表示「就新北市的殯葬設施的補足，我們不
22 足的地方，包括我們的禮廳不足的，我們的殯儀館的設施相
23 關的不足的地方，我們要怎麼加強做一個完整的規劃，我相
24 信這是議員要求的」等語，可見於上訴人101年7月5日作成
25 不繼續辦理系爭計畫案之原處分時，就完整建置殯葬設施之
26 必要性部分，亦未消除。④殯儀館禮廳與火化場等相關設施
27 於未來將不敷使用部分：A.按上訴人於100年間作成審核通
28 過處分及與被上訴人完成投資契約之議約程序當時，已預見
29 並對議員答復表示「至民國117年新北市死亡人口將達到33,
30 337人，以使用殯儀館治喪比例90%計算，使用殯儀館數量
31 將達到30,003場次。目前新北市禮廳共計10間，考慮國人選

擇吉日殯殮之習慣，一年中適合殯殮之吉日約占全年總日數40%，以一天3場計算，全年僅能提供4,380場次（10間×3場×365天×40%）使用，數量上顯有不足。其次，目前新北市計有12座火化爐，99年火化人數共計12,815人。至民國117年，若以使用火葬比例90%計算，每年火化人數將高達30,003人，考量吉日集中現象，至117年新北市火化服務將無法滿足需求」等語。嗣上訴人所屬民政局於101年5月3日發布之新聞參考資料雖稱「確認全市12座火化爐可提供至民國114年的需求」等語，於原審審理期間上訴人亦持可提供需求至114年之相同理由而為答辯。然而，針對114年以後之情形，上訴人則「並未」提供火化服務得滿足需求之確信。可見上訴人於作成101年7月5日之原處分時，其所預見「至民國117年，若以使用火葬比例90%計算，每年火化人數將高達30,003人，考量吉日集中現象，至117年新北市火化服務將無法滿足需求」等情狀，並未消除。再審酌內政部於102年4月製作之「殯葬設施示範計畫第三期計畫」，其中載明「我國人口老化趨勢明顯，未來對殯儀館及火化場等治喪設施之質量需求顯著增加」「醫院禁止附設殮、殯、奠、祭設施，已減少殯葬服務提供能量，但民眾對殯葬設施之使用需求持續增加」「國內殯儀館與火化場設施之供給不均且供給不足趨勢日益明顯，且部分縣市缺乏區域性供給量能」「近年國人普遍接受死亡後遺體火化，據統計我國至100年止遺體火化率達90%以上，大部分民眾採取遺體火化後將骨灰存放於骨灰骸存放設施」「120年度新北市殯儀館服務不足20,232具（負值）」「120年度新北市火化場服務不足18,167具（負值）」「倘不積極加以改善，至120年臺灣殯儀館總殯殮能量及火化場總火化能量將分別缺少4萬3,898具及7萬6,149具，已非跨域提供服務所可負荷」「100年度殯儀館（禮廳）於北部地區（臺北市、新北市及新竹縣）……服務量能均有所不足」等事項，益見「至117年新北市火化服務將無法滿足需求」之情狀，並未實際改變。B.上訴人於100年間

作成審核通過處分，歷經101年7月5日作成原處分，甚至於原審審理期間，其三峽火化場之最大可能火化作業規模均係每日8個時段，全場12爐，每日96具，並未因爐具更新或火化時間縮短而有改變。稽諸上訴人於網路開放提供民眾查詢，並提供民眾預先辦理火化時段登記之網頁資訊，顯示民眾可選擇登記之時間係09:00、10:30、12:00、13:30、15:00及加班時段等，時段間隔為1時30分，並未縮短。再者，民眾於網路線上辦理火化申請時，尚可於網頁點選查詢申請狀況之即時詳細資訊，而可正確知悉未來特定日期之8個時段中，尚餘何等時段可供選擇登記。再經查詢三峽火化場於100年1月間、100年3月間、100年4月間、101年7月間之火化爐使用情形，顯示每日之8個作業時段「均係相同為09:00、10:30、12:00、13:30、15:00、16:30、18:00、19:30」，並未改變。亦即，就火化「供給量」而言，並未因上訴人爐具更新或火化時間縮短而有增加。至於上訴人網路公告之火化爐使用時段等情形，亦無時段資訊未更新之情形可言。實則，就火化「需求時段」而言，三峽火化場當日第8個時段之作業時間係「晚間」7時30分至9時，因民眾普遍忌諱晚間出殯及火化，此一時段實際並不符合民眾治喪之需求，以致形成鮮少被選擇使用之情形，以101年6至7月份（共61天）及107年同期間為例，第8時段可供火化數量為732具（每日可供12具×61天），惟實際僅火化12具及7具，該時段之使用率偏低至僅約為1.64%（ $12 \div 732$ ）及0.96%（ $7 \div 732$ ），顯見三峽火化場實際較能符合民眾需求之作業時段僅7個（18:00以前之時段），其等單日最大作業量係84具（7個時段×12爐）。再就「需求日期」而言，民眾仍普遍偏好選擇旺日，此由100年、101年、106年、107年之6至7月份以觀，最大之單日實際火化數量分別為80具、69具、85具、81具，而最小之單日實際火化數則僅為3具、9具、8具、10具，即旺日及淡日之實際火化數量相差懸殊，並未改變。此外，就「需求數量」而言，已出現「需求持續增加」之情形，此由100

01 年、101年、106年、107年之6至7月份以觀，期間內實際火
02 化數量分別為2,188具、2,281具、2,765具、2,615具，需求
03 明顯遞增。上訴人雖稱旺日僅開放10爐進行作業即可消化待
04 火化人數，然相較於100年及101年之6至7月份，僅8次時段
05 必需12爐全部開動進行火化，而106年及107年之6至7月份，
06 經常出現白天時段必需12爐全部開動進行火化之情事，顯見
07 旺日之白天時段已屢屢出現需求爆滿之情形，可見三峽火化
08 場之既有規模已瀕臨不敷使用之情狀，此並招徠外界對設施
09 不敷使用有所批評。從而，上訴人所稱一天8小時可處理96
10 具云云，係對民眾之真正需求之日期及時段等罔而不論，而
11 為籠統泛稱，與社會大眾之使用偏好及使用實況顯有落差，
12 尚難採據。再者，上訴人雖稱火化時間縮短為60至70分鐘云
13 云，然則火化場之整體火化作業時程並未因而有所縮短，以
14 致對外仍僅能提供8個時段之服務，並未改變。又上訴人所
15 稱旺日僅開放10爐進行作業即可消化待火化人數、現有火化
16 爐已足夠應付需求、改變民眾偏好旺日之習慣、以提升火化
17 設備及效率來緩解火化的需求云云，均與民眾之使用偏好及
18 使用實況不相符合，亦難據以對上訴人為有利之認定。C.又
19 依照上訴人所屬民政局對「環保自然葬法」之介紹，無論係
20 聯合海葬、骨灰植存或環保樹花葬等自然葬法，甚或上訴人
21 強調之「三芝櫻花生命園區」，皆需先將遺體火化為骨灰後
22 方能續行上開儀式，因此，火化需求並非因自然葬法之推廣
23 而有所緩解，反而將更為加劇。何況上訴人於106年1月23日
24 提出之行政訴訟更二審答辯（一）狀已自承：「……並且亦
25 推廣如植存或海葬等方式之環保葬，自95年起辦理免費海葬
26 、96年成立金山環保生命園區、102年啟用三芝櫻花生命園
27 區，迄至104年底，已共計有1,007人採用環保葬法等政策，
28 以上上訴人種種作為，均可證明上訴人確實已變更並實行變
29 更後之殯葬政策」，由此得見，環保葬法並非審核通過處分
30 作成後所為之政策變更，而係上訴人自95年起即持續推廣之
31 政策。則上訴人雖稱推廣環保自然葬法，變更殯葬政策云云

，亦難據以對上訴人為有利之認定。D.再者，上訴人既認關於禮廳，市立殯儀館有10間，使用達90%以上，推估105年恐有一廳難求情形，其所屬民政局將依殯葬管理條例第14條規定，朝向單獨設置禮廳及靈堂方式處理，解決需求，然上訴人原審核通過之系爭計畫案，其興建及營運範圍並非僅指火化場，尚包含禮廳及其他提升殯葬品質之設施，且係現代化之殯葬設施，不但設施先進，且符合環保要求，上訴人卻僅以火化爐將可使用至114年云云，即主張應全面廢止審核通過處分，亦有違誤。甚且，依兩造100年4月11日完成議約版本之本案投資契約，其中第14.1.1修約之前提即揭明：「本契約如有下列情形之一者，甲乙雙方得協議辦理修約：… …2.基於公共利益考量，依本契約繼續履行或處置有礙公共利益者。… …4.其他為履行本契約之必要或經雙方合意者。」是依前開約定，契約內容尚有調整之餘地，故就本契約繼續履行或處置無礙或有益公共利益之處（即如禮廳及其他提升殯葬品質之設施等部分），則得透過修約方式繼續履行，上訴人卻逕採全部廢止審核通過處分之方式，已侵害被上訴人之權益甚鉅，實不符合比例原則中之必要性原則，則上訴人廢止審核通過處分，於法不合。(2)抑有進者，上訴人於原審準備程序陳稱：「（問：關於「12座火化爐，每具大體火化時間約1小時，一天8小時可處理96具」，是何時開始有此處理能力？證據為何？）是在101年7月5日原處分廢止審核通過處分以後才有火化爐火化效率提升之能力。但火化爐火化效率之實際提升，並非上訴人廢止審核通過處分之基礎事實，上訴人主張基礎事實變更是殯葬政策之變更」等語。足見，自上訴人作成審核通過處分後，迄101年7月5日廢止時，其所依據之「客觀基礎事實」並未發生變更。至上訴人所主張之「殯葬政策之變更」，依發回意旨，則不能認係基礎事實之變更。故上訴人以單方主觀政策評估變更，而廢止審核通過處分，不予繼續辦理，於法即有未合。3.本件兩造已完成系爭計畫案之議約，預約關係已成立：上訴人本件並未

克盡自身之疏處義務，卻以被上訴人未盡疏處義務為由，另
佐以政策變更之理由，而廢止先前所為審核通過處分，係有
違誤，尚難維持，均如上述。次按預約與本約同屬契約之一
種，預約成立後，預約之債務人負有成立本約之義務（最高
法院106年度台上字第281號判決參照）。再者，行為時促進
民間參與公共建設法施行細則第41條之2規定（嗣105年10月
4日修正移列條次為第58條），即主辦機關自議約完成至簽
訂契約期間，以展延成二個月為原則，並非可以恣意無限期
延滯簽訂契約期間，致法律關係久懸不決。本件兩造業於10
0年4月11日完成本案投資契約之議約，被上訴人並於投資契
約定稿版用印提交予上訴人。按監察院101年間之101內調00
85號調查案之調查意見所載「新北市政府於100年3月14日、
18日、23日、30日辦理4次議約會議，至100年4月11日第5次
會議完成議約，依前揭施行細則第41條之2規定，簽約期限
至100年6月10日，同府承辦單位民政局生命禮儀科於同年5
月24日簽請延長簽約期限延長2個月，並請昌溢公司召開地
方說明會，經市長於同年5月24日核准；100年8月17日承辦
單位續簽延長2個月至100年10月10日，並請昌溢公司再度召
開地方說明會，亦經市長於同年8月22日核准」等語明確，
顯見上訴人亦知悉本案投資契約之議約程序已完成，兩造間
之預約已成立，以致上訴人必須於規定期限內與被上訴人簽
訂投資契約本約，僅係因上訴人要求被上訴人克盡疏處義務
而一再延滯本約之簽訂事宜。經核本件預約既已成立，上訴
人又係預約之債務人，即負有成立本約之義務，亦可認定。
4. 綜上，上訴人本件廢止先前所為審核通過處分，於法不合
，且本案投資契約之預約已成立，上訴人負有成立本約之義
務。則被上訴人先位聲明訴請：(1)原處分、異議處理結果與
申訴審議判斷均撤銷；(2)上訴人應與被上訴人訂定系爭計畫
案投資契約之本約，均有理由，應予准許。(二)關於備位聲明
：被上訴人於原審起訴聲明為1.先位聲明：原處分、異議處
理結果與申訴審議判斷均撤銷；上訴人應與被上訴人訂定系

01 爭計畫案投資契約之本約。2.備位聲明：上訴人應賠償被上
02 訴人23,606,454元，及自起訴狀繕本送達上訴人之翌日起至
03 清償之日止依法定週年利率5%計算之利息。乃預備訴之合
04 併，本件被上訴人先位聲明既為有理由，即無庸就後位之訴
05 為判決，併予敘明等語。

06 四、上訴意旨略謂：(一)原判決關於100年3月7日審核通過處分作
07 成後，是否發生行政程序法第123條第4款規定之基礎事實變
08 更，大篇幅引用卷外「新北市殯葬需求相關資料」與卷外「
09 火化爐使用查詢資料」之證據；又原判決認定上訴人知悉議
10 約程序完成之事實，援引101年監察院調查意見，亦係出於
11 卷外「新北市殯葬需求相關資料」。上述原判決引用卷外「
12 新北市殯葬需求相關資料」與卷外「火化爐使用查詢資料」
13 ，係107年度發回判決發回原審時所無之證據資料，有本院
14 第四庭107年6月27日第0000000000號函所附卷證標目在卷可
15 稽。依原審107年8月21日、107年10月26日、108年1月4日準
16 備程序筆錄及108年2月14日言詞辯論筆錄記載，審判長法官
17 未曾提示卷外「新北市殯葬需求相關資料」或「火化爐使用
18 查詢資料」予兩造表示意見並辯論，審判長法官雖於108年2
19 月14日言詞辯論期日諭知「提示本件全部卷證予兩造辯論」
20 等語，但審判長法官所指本件全部卷證，應係指原審卷內證
21 物及107年度發回判決發回所附之卷證，不包含卷外「新北
22 市殯葬需求相關資料」或「火化爐使用查詢資料」之資料。
23 然原判決引用卷外「新北市殯葬需求相關資料」及「火化爐
24 使用查詢資料」該等資料，究係從何而來？可自原判決理由
25 記載，可知該等卷外「新北市殯葬需求相關資料」及「火化
26 爐使用查詢資料」應係原審法官自行上網下載列印，逕自置
27 於卷外之書面資料，並於未經行政訴訟法第125條、第141條
28 及第189條規定之調查證據程序，便逕自採納為判決之基礎
29 ，嚴重違反直接審理原則與言詞審理原則，對上訴人造成突
30 襲性裁判，原審訴訟程序實有重大瑕疵，依本院107年度判
31 字第558號判決意旨，自屬判決違背法令。觀諸原審108年2

月14日言詞辯論筆錄記載審判長問兩造「對於卷證資料有無意見？」兩造訴訟代理人答「沒有意見」，兩造接著各陳述準備程序之要領，並引用歷次所提之證據及陳述，審判長旋提示本件全部卷證予兩造命為辯論，兩造稱「除卷附書狀及陳述外無其他主張及舉證，互就調查證據之結果為辯論」，由此可知，兩造辯論基礎係歷次準備程序要領、歷次所提證據及陳述，及調查證據之「結果」；縱為原審職權調查之證據，亦應告知當事人調查之結果並命辯論。然遍觀兩造歷次所提書狀與陳述及原審歷次準備程序要領，均無兩造對「新北市殯葬需求相關資料」與「火化爐使用查詢資料」等卷外資料表示意見之陳述內容，歷次準備程序與言詞辯論筆錄更無具體記載原審將自行上網下載之「新北市殯葬需求相關資料」與「火化爐使用查詢資料」等卷外資料提示予兩造命為表示意見或辯論之記載。換言之，原審審判長於108年2月14日言詞辯論期日提示予兩造辯論之卷證顯不包括「新北市殯葬需求相關資料」與「火化爐使用查詢資料」等卷外資料，顯非兩造辯論之基礎。再者，被上訴人行政訴訟答辯狀陳稱原審就「新北市殯葬需求相關資料」與「火化爐使用查詢資料」等卷外資料，業經提示予兩造辯論與陳述云云，倘若如此，被上訴人何以未於答辯狀明確指明其於原審何份書狀表示意見或於何次準備程序經審判長提示且對該等卷外資料表示意見？被上訴人之抗辯顯係空言，自難採取。(二)107年度發回判決所表達之法律上判斷，係稱行政程序法第123條第4款「行政處分所依據之事實事後發生變更」，指作成行政處分之基礎事實，於行政處分作成後，有所改變者而言，不包括行政機關對於事件狀況為不同於原先之評估等語，應係指同一事實行政機關事後為不同論斷，因事實並未變更，故非行政程序法第123條第4款規定之事實變更。但促參法第46條之民間自行規劃參與公共建設申請案之審核通過與否，本即以「符合政策需求」為其構成要件事實（詳後述），審核通過處分作成後，若政策需求事後發生變更，豈能謂構成要件

事實未因此發生變更？如此解釋，顯與促參法第46條規定有違？何況107年度發回判決並無「『政策變更』並非行政程序法第123條第4款之事實變更」之法律上判斷，原判決實有誤解。本院103年度判字第167號發回判決、105年度判字第482號發回判決，皆已就上訴人以殯葬設施興闢需求期程調整之事實或政策事後發生變更為由，主張得依行政程序法第123條第4款規定廢止審核通過處分，並非無據等語，就原處分符合行政程序法第123條第4款規定廢止審核通過處分之要件明確表示法律上判斷，依行政訴訟法第260條規定，原審自應受本院發回判決之拘束，並納為裁判之基礎。原判決竟謂「……被告所主張之『殯葬政策之變更』，依發回意旨，則不能認係基礎事實之變更。故被告以單方主觀政策評估變更，而廢止審核通過處分，不予繼續辦理，於法即有未合。」云云，完全反於本院發回判決之法律上判斷，對本院歷次發回判決之意旨有重大誤會，原審因而撤銷原處分、異議處理結果與申訴審議判斷，顯係適用行政訴訟法第260條規定不當，自屬判決違背法令。(三)政策需求是否為100年3月7日審核通過處分之基礎事實，應探求促參法有關民間自行規劃申請案之規範與構成要件，實與是否出於政府機關單方主觀之意思完全無關。民間參與公共建設之辦理方式，可分為促參法第42條規定之「政府規劃」與第46條規定之民間自行規劃申請參與兩種方式。民間自行規劃申請參與公共建設案件，可再分為「民間備具私有土地」與「政府提供土地設施」二類型，另政府亦可先公告「政策需求」以徵求民間自行規劃提出申請（促參法施行細則第61條規定參照）。被上訴人系爭計畫案係循促參法第46條規定之程序自行規劃並自行備具土地。上訴人依照當時有效的「主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件注意事項」第5點第3項規定，須就系爭計畫案是否符合「政策需求」進行審核，若不符合，自不應予以審核通過。上開注意事項之規範位階雖係行政規則，但主辦機關對民間自行規劃之申請案既有裁量權，自得

01 依該行政規則審酌是否符合「政策需求」，若不符合，即不
02 得予以審核通過。促參法於104年12月30日修正全文，關於
03 主辦機關受理民間自行規劃申請參與案件須先審核是否符合
04 政策需求，明文規定於第46條第1項、第3項，故「是否符合
05 政策需求」為審核通過之構成要件事實，且促參法第46條第
06 3項將之列為最優先審核事項，益徵「政策需求」之重要性
07 ，應無庸置疑。又除了民間可主動提出申請外，依照97年1
08 月21日修正發布之促參法施行細則第46條之1規定，主辦機
09 關得公告政策需求，徵求民間自行規劃提出申請，顯見「政
10 策需求」確為促參案件重要基礎事實。無論政府規劃或民間
11 自行規劃之促參案件，自招商、簽訂契約、興建或營運階段
12 ，整個促參案件生命週期，主辦機關須隨時檢視促參案件是
13 否符合政策需求（促參案件注意事項第41點第1項第20款、
14 第4項、第59點、第60點規定參照）。按促參法施行細則第3
15 2條規定（100、101年間條號為第22-4條），而兩造100年4
16 月11日議定之投資契約草案第15.2條第1項亦將政策變更約
17 定為「除外情事」，草案第14.2.3條並約定除外情事得為終
18 止契約事由，舉輕以明重，上訴人以政策變更為由不與被上
19 訴人簽約，應無違反比例原則或誠信原則之情形。且被上訴
20 人申請參與公共建設之方式係促參法第8條第1項第6款之「B
21 OO」，細繹促參法第8條第1項第1款至第5款規定之民間參與
22 方式，皆未如第6款規定，特別於法規文字中加入「配合國
23 家政策」要件，此乃因民間以BOO方式參與公共建設，營運
24 權為民間機構永久持有，無須將營運權移轉予政府，民間機
25 構得永久營運，故特別明文民間依促參法第8條第1項第6款
26 規定之BOO方式興辦公共建設之基礎事實，必須符合「配合
27 國家政策」之要件，始得為之。綜上說明，被上訴人依促參
28 法第46條規定就系爭計畫案申請以BOO方式參與興辦殯葬園
29 區，上訴人100年3月7日審核通過處分所依據之基礎事實，
30 自包括系爭計畫案符合上訴人之政策需求之事實。上訴人因
31 遭遇民眾抗爭，在博採眾議後，認定殯葬設施之建置應改採

分階段施行，立即興建殯葬特區並不符合政策需求，第一階段擬改採提升現有火化設備與改善禮廳使用情形之方式，至114年以前新北市均沒有設置火化場之需求。故被上訴人所提系爭計畫案因上訴人殯葬政策變更而不符合政策需求，自該當行政程序法第123條第4款規定「行政處分所依據之事實變更」，上訴人得以之終止續辦，此亦與本院104年度判字第102號判決見解相符。原判決誤解本院發回意旨，判決認定適用之法則，與促參法第8條第1項第6款、第46條、促參法施行細則第61條規定及雙方議定投資契約草案不符，自屬判決違背法令。且依促參法第8條第1項第6款、第46條、促參法施行細則第61條規定與雙方議定之投資契約草案，已足認上訴人「殯葬政策需求」係審核通過處分之「構成要件基礎事實」，上訴人於原審已說明甚詳，原判決未說明不採信之理由，構成判決不備理由之當然違背法令。原判決亦未說明促參法第8條第1項第6款、第46條、促參法施行細則第61條等規定，法條文字所提及「政策」或「政策需求」之性質為何？原審倘認政策需求並非審核通過處分作成所依據之事實，理由為何？原判決就上開疑義，完全未說明不採信之理由，構成判決不備理由之當然違背法令。(四)按主辦機關與民間機構之權利義務，除促參法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定，促參法第12條第1項定有明文。促參案件投資契約依促參法第12條第1項規定，其性質為民事契約，則其預約，性質上當亦為民事契約。復按促參法第47條規定，促參申訴審議程序僅就申請及審核程序之爭議為處理，亦無處理投資契約之爭議。則原判決逕以「預約法律關係」判命上訴人應與被上訴人訂定系爭計畫案投資契約之本約，而就民事法律關係為裁判，顯與行政訴訟法第2條規定有違，自屬判決違背法令。(五)被上訴人於99年2月26日依據當時促參法第46條申請自行規劃參與公共建設，共歷經4次審核會議方審核通過。被上訴人於99年12月22日第3次審核會議中承諾處理住民抗爭為其責任，將盡最大

01 努力協調，若確有公權力介入之需要，再提請上訴人協助，
02 並於100年1月25日第4次審核會議通過後出具承諾書。系爭
03 計畫案興建之殯葬設施乃鄰避設施，將對計畫土地周邊居民
04 身心健康與財產權產生影響，上訴人兩造議約完成後，於10
05 0年5月9日發函被上訴人於簽約前先向系爭計畫案鄰近之三
06 峽區及土城區附近，選擇合適地點召開地方說明會，向當地
07 居民說明本案規劃內容及將來對地方之各項回饋計畫進行疏
08 處（疏通調處）。然按當時有效之促參案件注意事項第69點
09 準用第16點規定，促參案件係興辦公共建設，與計畫周邊土
10 地居民生活與在地經濟發展，關係密切，計畫土地周邊居民
11 ，就計畫實施決定（如審核通過處分）而言可能為利害關係
12 人，本須評估對環境之影響（當時有效之促參法施行細則第
13 39條第1項、第2項規定參照），系爭計畫案雖屬民間自行規
14 劃案件，並不直接適用促參法施行細則第39條第1項、第2項
15 應評估對環境之影響，惟其既屬鄰避設施，兩造若未於簽訂
16 投資契約前，先予徵詢相關民眾及團體之意見後納入規劃考
17 量，顯不足保障利害關係人之權益，規劃考量內容當有欠缺
18 ，而與公共利益有所違背，自不待言。兩造100年4月11日議
19 約完成之投資契約草案內容，因被上訴人於規劃前，並未召
20 開說明會徵詢相關民眾及團體之意見，自未將其等意見納入
21 規劃考量，與「促參案件注意事項」第69點準用第16點規定
22 之民眾參與規劃之規定不符，對利害關係人權益保障未周。
23 尤其系爭計畫案屬鄰避設施，倘未將利害關係人之意見納入
24 考量，與公共利益有所違背，實不符合當時有效之促參法施
25 行細則第41條之1、第22條第1項第3款規定之應符合公共利
26 益之議約與簽約原則，兩造既於100年5月9日始進行當地居
27 民之疏處，在兩造依疏處情形履踐促參案件注意事項第69點
28 準用第16點所規定之民眾參與規劃前，兩造議約內容自難謂
29 意思表示一致，更不應視為成立「預約法律關係」。原判決
30 未適用促參法施行細則第41條之1、第22條第1項第3款所規
31 定之議約與簽約原則，遽認兩造已成立預約並命訂定本約，

01 自屬判決違背法令。茲有附言，促參法第46條於104年12月3
02 0日增訂第6項規定授權財政部訂定關於民間自行規劃案件之
03 申請文件、申請與審核程序、審核原則、審核期限及相關作
04 業辦法，財政部105年4月11日訂定發布之「民間自行規劃申
05 請參與公共建設作業辦法」，該辦法第4條即將民眾參與規
06 劃納入程序規定可資參照。上開規定雖係財政部105年4月11
07 日訂定發布，但在此之前，促參案件注意事項第69點準用第
08 16點本有關於應使民眾參與規劃之規定，若未將相關民眾與
09 團體意見納入規劃考量，與公共利益顯有違背，相關民眾與
10 團體仍可能以利害關係人身分提出救濟，上訴人自應一併考
11 量。(六)原審認定上訴人審核通過系爭計畫案之4項需求事實
12 ，係以卷外「新北市殯葬需求相關資料」之新北市議會100
13 年2月至5月第1次定期會上訴人當時代表人對28位議員聯合
14 提出書面質詢之正式回復，及卷外「臺北縣民政政策白皮書
15 」為論據。觀諸28位議員聯合提出書面質詢，質詢問題為「
16 新北市是否有設立殯儀館及火葬場的計畫，朱市長的看法如
17 何？如果可行地點何處？面積範圍？時程規劃？」等事項，
18 並非詢問上訴人新設殯葬園區之政策需求，上訴人所為答覆
19 ，僅係回應議員之質詢，何以可作為上訴人審核通過被上訴
20 人之政策需求事實？原審並未說明。又上訴人當時代表人10
21 0年2月至5月間就28議員上開書面質詢雖回復對市立殯儀館
22 與火化場現存問題之想法，並謂「(一)本市殯儀館與火化場
23 現存問題：……新北市未來將呈現殯儀館禮廳與火化廠不敷
24 使用之狀況。此外目前新北市立殯儀館亦存有以下問題：1.
25 設置地點影響週邊環境。2.殯儀與火化作業分別處理，至為
26 不便。3.部分建物老舊空間狹小，不符操作需求。4.設施完
27 整性不足，便利性較差，因此目前新北市確有增置相關殯葬
28 設施之需求。」等語，固可作為增置殯葬設施之需求事實之
29 一，但新設殯葬特區/設施之政策需求並非僅侷限改善市立
30 殯儀館與火化場之現存問題，此觀上訴人當時代表人就後續
31 規劃方向亦表示「……(二)規劃改善方向：……2.有關適合

興建第二殯儀館地點，經規劃單位評估結果，以生活圈之需求概念，提出建議擇定重新地區、土樹地區及北海岸地區部分或全部地區，規劃興建新的殯儀館……。3.後經本府民政局與評估單位檢討修正，提出殯儀館與火化場興建執行建議意見：(1)……擬以全縣現有公墓用地或偏遠郊區，對周邊居民影響力最小之地點，列為優先考量規劃地點。(2)而開發方式……建議依促參法第46條規定，受理民間自行提出之規劃興建安，以減少本府困擾，本府則由主動轉為被動立場，居間協助民間辦理。」等語，足見上訴人除了說明規劃興建新的殯儀館係因應市立殯儀館與火化場面臨之問題，並強調規劃殯葬園區設置地點優先考量「對周邊居民影響力最小之地點」，且上訴人政策需求亦希望由主動轉為被動以減輕政府困擾。依原審邏輯，上訴人規劃改善方向即「對周邊居民影響力最小之地點」與「政府由主動轉為被動，減輕政府困擾」，亦應列入上訴人審核通過系爭計畫案之政策需求事實才是。原審何以僅列舉4項需求事實，遽稱該4項需求事實為上訴人審核通過被上訴人之政策需求事實？原審並未說明。繼之，原審以上訴人係出於「既有市立殯儀館問題叢生以致必需遷移」之需求事實，因而審核通過系爭殯葬園區投資案，原判決並稱「既有市立殯儀館問題叢生以致必需遷移」之需求事實於101年7月5日並無改變，又援引卷外「新北市殯葬需求相關資料」所附上訴人103年7月1日答覆周勝考議員之書面回復，以此認定市立板橋殯儀館周邊環境仍有亂象，益見市立板橋殯儀館必需遷移之需求並未消除，並謂上訴人答復周勝考議員將評估新蓋殯葬特區之計畫等語云云。首先，觀諸100年2至5月第1次定期會會期記錄可知既有市立殯儀館實為28位民代議員迫切希望遷移，原審竟謂上訴人有「既有市立殯儀館必需遷移」之政策需求云云，認定事實顯與證據資料不符。再者，上訴人係因周勝考議員詢問「會不會再新蓋殯葬特區？」，因而回覆「至未來是否會再新蓋殯葬特區，因考量殯葬設施係不可或缺之公共設施，惟具高度鄰

01 避性且覓地新建不易，故本府將綜整考量地方民意反映，另
02 配合公共利益與都市發展等需求，以各區之繁盛度、交通要
03 道及便利性，配合本市各項公辦事業計畫予以評估」等語，
04 上訴人103年7月1日答覆內容，顯非因市立殯儀館周邊環境
05 問題而評估新蓋殯葬特區之計畫，原判決如此斷章取義，認
06 定事實自非適法。綜上，原審以未經兩造辯論之卷外「新北
07 市殯葬需求相關資料」之100年2至5月議員質詢資料與上訴
08 人當時代表人答詢內容，憑空臆測系爭計畫案審核通過依據
09 之需求事實包括①既有市立殯儀館問題叢生以致必須遷移、
10 ②整合殯儀與火化作業必要性、③完整建置殯葬設施之必要
11 性及④殯儀館禮廳與火化場等相關設施於未來將不敷使用等
12 。惟原審截取上訴人當時代表人針對28位議員關於新設殯葬
13 特區書面質詢之答詢內容，逕自拼湊上開①②③④為系爭計
14 畫案核准之需求事實，但上訴人當時代表人並非針對系爭計
15 畫案審核通過所依據之政策需求進行回答，原審認定事實顯
16 係出於臆測之詞。實則，系爭計畫案牽涉之政策需求絕非侷
17 限在改善市立殯儀館或火化場現存問題，此觀上訴人當時代
18 表人明白表示，新設殯葬園區之規劃改善方向希望為「對周
19 邊居民影響力最小之地點」與「政府由主動轉為被動，減輕
20 政府困擾」，皆屬上訴人審核通過系爭計畫案之政策需求基
21 礎事實。原審未使兩造就卷外「新北殯葬需求相關資料」為
22 辯論，因而僅憑臆測之詞論斷審核通過處分依據之需求事實
23 為上開①②③④，可知原審違反言詞審理原則之違誤，自對
24 判決結果有影響，依行政訴訟法第258條規定，應將原判決
25 予以廢棄。(七)上訴人已一而再說明，系爭計畫案100年3月7
26 日審核通過處分作成後，遭遇激烈民眾抗爭，上訴人認為已
27 竭盡所能進行疏處，多次由市長、副市長、民政局長、科長
28 等人透過親訪或媒體與當地里長協調溝通卻仍無效果，反而
29 收到民意強烈反彈。長達1年疏處期間，被上訴人召開多次
30 說明會民眾抗爭仍然相當激烈。上訴人博採眾議後，評估原
31 本「新建殯葬設施」政策，若變更為「改善現有殯葬設施設

備」，可避免引發更激烈的對立衝突及耗費社會資源，花費成本較少、對社會及環境衝擊更小，亦可因應民眾使用殯喪設施之需求，達到提供人民殯葬服務目的，此有上訴人所屬民政局101年5月3日新聞參考資料記載「全市12座火化爐可提供至114年的需求，納骨塔與公墓數量足敷未來長期之供需；但禮廳平均使用率目前已達到78%，未來新北市殯葬政策，將朝向不新設火化場方向實施，將以更換新式設備、加強設備維修保養、提升火化效能方式，來滿足市民治喪需要。」，及新北市殯葬政策規劃報告記載「未來本市對於各項殯葬設施之政策方向謹說明如次：一、公墓、納骨塔及火化場設施，除少數為改善現有墓區凌亂景觀及公共建設之清葬需要，暫無新設之必要……二、改善現有禮廳設施使用情形……三、開放民間申設禮廳……」、「考量本市治喪設施需求仍舊存在且需求度逐年提高，市政面對此一現象時，雖已規劃先就現有設施進行設備改善及效能提昇，未來仍得透過更多的溝通與對話，於兼顧民意基礎下，始予辦理新設場館，以滿足逐漸增加之治喪設施需求，並提供市民現代化且舒適之治喪環境。」等語在卷可稽。上訴人100年3月7日審核通過系爭計畫案，政策需求並非只有改善市有殯儀館與火化場現有問題。關於新設殯儀館及火葬場，上訴人規劃改善方向原本即非常重視「對周邊居民影響力最小之地點」（即民眾疏處），此亦為上訴人政策需求，此有原審引述上訴人當時代表人100年2至5月答覆28位議員之內容可參。系爭計畫案100年3月7日作成審核通過處分後，公部門與民間機構長達1年期間之疏處，民意強烈反彈，多次說明會民眾抗爭仍然相當激烈，兩造所能盡之疏處作為未能使民憤稍歇。系爭計畫案顯對周邊居民造成極大影響，民眾抗爭激烈之事實，顯為上訴人審核通過系爭計畫案時所無之事實，新設殯葬特區已不符合政策需求，從而上訴人政策變更改以「改善現有殯葬設施設備」因應現有殯葬設施面臨之問題，不再採取新設殯葬特區之政策。然原審將上訴人關於系爭計畫案政策需

01 求侷限於市立板橋殯儀館與火化場問題之改善，完全忽略上
02 訴人關於新設殯葬特區應符合對周遭居民影響最小之政策需
03 求，原審認定事實已有違誤。實則新設殯葬特區所需考量之
04 政策需求或需求事實，除了能否改善市立板橋殯儀館與火化
05 場現有問題外，觀諸系爭投資計畫書之目錄，可知相關議題
06 至少包括新設殯葬特區建築配置規劃、環境影響與對策、設
07 備維護與環境管理、市場分析、防災及緊急應變計畫、交通
08 改善與疏散計畫、市場分析、成本收入分析、對政府、社會
09 與環境之效益等是否符合政策需求，各該議題各有不同需求
10 事實，系爭計畫案牽涉層面絕不單單只有改善市立殯儀館與
11 火化場現有問題，故決定是否在原址繼續興建殯葬園區，是
12 行政權綜觀全盤政策而後為最後決定，並由民選行政首長就
13 政策變更負最終政治責任，至於民間申請人之信賴保護，依
14 行政程序法第126條第1項規定係給予財產保護，而非以維持
15 審核通過處分而予存續保護。依被上訴人投資計畫書第5.8.
16 1節記載，系爭計畫案興建期原本即有「民眾抗爭」風險因
17 子，主要風險分擔者為被上訴人，上訴人為次要風險分攤者
18 。被上訴人關於民眾抗爭風險之因應對策或減輕策略包括「
19 1.事先溝通及辦理公開說明會2.機動處理不讓抗爭蔓延3.敦
20 親睦鄰，做好防護及環境污染控制工作」，可知民意強烈反
21 彈、民眾激烈抗爭乃至於爆發大規模遊行，被上訴人預測之
22 風險實現甚至失控。上訴人100年3月7日作成審核通過處分
23 時，亦係依據「無民眾大規模抗爭」之事實（如果民眾大規
24 模抗爭已無法平息，上訴人不可能做成審核通過處分），上
25 訴人100年3月7日審核通過處分依據之「基礎事實變更」，
26 或為「民眾抗爭激烈之事實（原無民眾激烈抗爭，廢止時有
27 民眾激烈抗爭）」，或為「上訴人因民眾激烈抗爭而殯葬政
28 策變更」，核均屬行政程序法第123條第4款規定所指「行政
29 處分所依據之法規或事實事後發生變更」，上訴人自得依據
30 行政程序法第123條第4款規定廢止審核通過處分，應無疑義
31 。原審就上訴人上開攻擊防禦方法，於理由項下完全未置一

詞，理由自有疏略，為判決不備理由之當然違背法令等語，為此請求廢棄原判決，並發回原審法院。

五、本院查：

(一)所謂預備訴之合併(或稱假定之合併)，係指原告預防其提起之此一訴訟無理由，而對相同被告提起理論上不能並存之他訴，以備先位之訴無理由時，可就後位之訴獲得有理由判決之訴之合併而言。故先位之訴有理由，為就後位(備位)之訴裁判的解除條件；先位之訴無理由，為就後位之訴裁判的停止條件。換言之，於合併審理後認先位之訴有理由者，即無庸就後位之訴為判決；認先位之訴無理由者，即應就後位之訴為判決，同時駁回先位之訴，兩者均無理由時，則併予駁回；至於先位之訴一部有理由、一部無理由時，應否就後位之訴為裁判，則應視該先位之訴有理由部分是否排斥後位之訴之請求而定。且第一審認原告先位之訴有理由，於被告上訴時，後位之訴應隨同移審於第二審法院。本件被上訴人於原審起訴請求「1.先位聲明：原處分、異議處理結果與申訴審議判斷均撤銷；被告應與原告訂定系爭計畫案投資契約之本約。2.備位聲明：被告應給付原告23,606,454元及法定遲延利息」，乃預備訴之合併，如果其先位之訴全部或部分(前段)有理由，其請求即已完全滿足或其權益受損已回復原狀，不生損失補償或損害賠償之問題，無法援引行政程序法第126條第1項、國家賠償法第2條第2項、行政訴訟法第199條第1項之規定或債務不履行之法理為備位聲明之請求；如果先位之訴全部無理由，始發生損失補償或損害賠償之爭議，故兩者係不能相容的訴訟標的及訴之聲明。原判決既認被上訴人先位聲明之請求全部有理由，應予准許，而未就備位聲明為判決，則於原審被告就該先位之訴受敗訴判決提起上訴時，後位之訴即隨同移審於第二審法院即本院，合先敘明。

(二)行為時促進民間參與公共建設法第1條規定：「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

制定本法。」第5條規定：「（第1項）本法所稱主管機關，
為行政院公共工程委員會。（第2項）本法所稱主辦機關，
指主辦民間參與公共建設相關業務之機關：在中央為目的事業
主管機關；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政
府。主辦機關依本法辦理之事項，得授權所屬機關（構）執行
之。……」第8條第1項規定：「民間機構參與公共建設之方
式如下：一、由民間機構投資興建並為營運；營運期間屆滿後
，移轉該建設之所有權予政府。二、由民間機構投資新建完成
後，政府無償取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期
間屆滿後，營運權歸還政府。三、由民間機構投資新建完成
後，政府一次或分期給付建設經費以取得所有權，並委託該
民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。四、由
政府委託民間機構，或由民間機構向政府租賃現有設施，予
以擴建、整建後並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政
府。五、由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運
期間屆滿後，營運權歸還政府。六、為配合國家政策，由民
間機構投資新建，擁有所有權，並自為營運或委託第三人營
運。七、其他經主管機關核定之方式。」第42條規定：「（
第1項）經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設
，主辦機關應將該建設之興建、營運規劃內容及申請人之資
格條件等相關事項，公告徵求民間參與。（第2項）前項申
請人應於公告期限屆滿前，向主辦機關申購相關規劃資料。」
第43條規定：「依前條規定參與公共建設之申請人，應於
公告所定期限屆滿前，備妥資格文件、相關土地使用計畫、
興建計畫、營運計畫、財務計畫、金融機構融資意願書及
其他公告規定資料，向主辦機關提出申請。」第46條規定：
「（第1項）民間自行規劃申請參與公共建設者，應擬具相
關土地使用計畫、興建計畫、營運計畫、財務計畫、金融機
構融資意願書及其他法令規定文件，向主辦機關提出申請。
（第2項）主辦機關對於前項之申請案件，應於一定期限內
核定之。（第3項）民間依第1項規定自行規劃申請參與公
共建設，經主辦

機關審核通過後，應按規定時間籌辦，並依主辦機關核定之土地使用計畫，取得土地所有權或使用權，並與主辦機關簽訂投資契約後，始得依法興建、營運。（第4項）民間自行規劃之申請案件未獲審核通過，或未依前項規定取得土地所有權或使用權時，主辦機關得基於公共利益之考量及相關法令之規定，將該計畫依第42條規定公告徵求民間投資或由政府自行興建、營運。」第47條規定：「（第1項）參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。（第2項）前項爭議處理規則，由主管機關定之。」

(二)行為時（即105年10月4日財政部台財促字第10500667400號令修正前）促參法施行細則第39條規定：「（第1項）主辦機關辦理民間參與政府規劃之公共建設前，應辦理可行性評估及先期規劃。但未涉及政府預算補貼或投資者，不在此限。（第2項）前項可行性評估，應依公共建設特性及民間參與方式，以民間參與之角度，就公共建設之目的、市場、技術、財務、法律、土地取得及環境影響等方面，審慎評估民間投資之可行性。（第3項）第1項先期規劃，應撰擬先期計畫書，並應依公共建設特性及民間參與方式，就擬由民間參與公共建設興建、營運之規劃及財務，進行分析；必要時，應審慎研擬政府對該建設之承諾與配合事項及容許民間投資附屬事業之範圍，並研擬政府應配合辦理之項目、完成程度及時程。（第4項）主辦機關辦理民間參與公共建設，得聘請財務、工程、營運、法律等專業顧問，協助辦理相關作業。」行為時促參法主管機關工程會訂定之促參案件注意事項第1點規定：「為確保主辦機關依公平、公開之程序及符合公共利益、公平合理之原則，辦理促進民間參與公共建設（以下簡稱促參）案件，以提升公共服務品質，特訂定本注意事項。」第2點規定：「本注意事項適用於依促進民間參與公共建設法（以下簡稱本法）第42條辦理之政府規劃促參案件。」第16點規定：「主辦機關辦理促參案件之規劃時，應

徵詢相關民眾及團體之意見，並應將前揭意見納入規劃考量。如屬鄰避設施或位於生態及環境敏感地區案件，於公告前或簽約前尚有反對意見者，主辦機關應明定最後疏處期限，逾期未獲共識者，主辦機關應審慎考量是否繼續辦理。」第59點規定：「促參案件議約及簽約階段，如有下列情形者，應啟動退場機制：…（二）主辦機關因政策變更，不續辦促參案件；或為符合公共利益及公平合理原則，致須重新辦理公告。」第69點規定：「主辦機關辦理民間自行規劃案件，準用本注意事項之規定。」

(四) 行政程序法第93條規定：「（第1項）行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。…（第2項）前項所稱之附款如下：…三負擔。…」第120條規定：「（第1項）授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償。（第2項）前項補償額度不得超過受益人因該處分存續可得之利益。（第3項）關於補償之爭議及補償之金額，相對人有不服者，得向行政法院提起給付訴訟。」第123條規定：「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：…三附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者。四行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者。…」第126條規定：「（第1項）原處分機關依第123條第4款、第5款規定廢止授予利益之合法行政處分者，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償。（第2項）第120條第2項、第3項及第121條第2項之規定，於前項補償準用之。」

(五) 原判決以前揭理由，認定本件所涉「疏處」工作乃主辦機關即上訴人之固有義務，而上訴人並未克盡自身之疏處義務，卻以被上訴人未盡疏處義務，執為不繼續辦理系爭計畫案（即廢止其先前所為原審核通過處分）之理由，違反前揭促參案件注意事項第69點準用第16點之規定，且不符比例原則與

01 誠實信用原則等語，並認上訴人雖於101年7月5日以原處分
02 通知被上訴人不繼續辦理系爭計畫案後續事宜，並於原處分
03 說明二表示因「政策變更」而不予續辦，惟上訴人據以作成
04 原審核通過處分之上述增置殯葬園區之需求事實，實則並未
05 改變等情。經核原判決於此部分爭點之認事用法固無不合，
06 惟原判決認上訴人所主張之「殯葬政策之變更」，依本院10
07 7年度發回判決意旨，則不能認係基礎事實之變更，故上訴
08 人以單方主觀政策評估變更，而廢止原審核通過處分，不予
09 繼續辦理，於法即有未合等語（原判決第32頁），則稍嫌速
10 斷，詳述理由如下。

11 (六)本院107年度發回判決意旨係謂：依司法院釋字第443號解釋
12 理由：「剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪
13 刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權
14 利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關
15 發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若
16 僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機
17 關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影
18 響，尚非憲法所不許。」所揭示的層級化法律保留之意旨，
19 行政機關欲以政策變更作成剝奪或限制人民自由權利之行政
20 處分，自應遵守法律保留原則，於符合法律或其授權訂定之
21 法規命令所規定之要件時，始得為之。行為時促參案件注意
22 事項，僅係主管機關工程會依其職權所訂定規範機關內部秩
23 序及運作之行政規則，細釋其中第59點規定：「促參案件議
24 約及簽約階段，如有下列情形者，應啟動退場機制：……（
25 二）主辦機關因政策變更，不續辦促參案件；……」只是說
26 明主辦機關因政策變更而不續辦促參案件時，應啟動退場機
27 制，無論從規範位階或規範內容而論，該促參案件注意事項
28 第59點均無從作為廢止本件原審核通過處分之依據，至於原
29 審核通過處分是否得因政策變更而不繼續辦理，亦即廢止原
30 審核通過處分，則須回歸行政程序法第123條之規定予以判
31 斷，於具有該條各款情形之一時，始得依職權為全部或一部

之廢止。又依行政程序法第4條、第7條、第8條及第9條規定，行政行為應受法律及一般法律原則之拘束，無論於構成要件之解釋涵攝或法律效果的裁量選擇都應遵守誠實信用及比例原則，並於該管行政程序，就當事人有利及不利之情形，一律注意。而行政程序法第123條第4款所謂「行政處分所依據之事實事後發生變更」，係指作成行政處分之基礎事實，於行政處分作成後，有所改變者而言，不包括行政機關對於事件狀況為不同於原先之評估等語，亦即政策變更固非基礎事實之變更，但行政處分作成後政策變更，如係因其所依據之事實事後發生變更所致，且不廢止該處分對公益將有危害者，原處分機關即得加以廢止。至於原審核通過處分作成後發生民眾抗爭事件，必須是出自鄰近系爭計畫用地周邊之多數居民，且必須原審核通過處分之續行對渠等之權益、系爭計畫之執行及將來殯葬園區之經營可能產生危害者，始構成「行政處分所依據之事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害」之廢止要件；如果原審核通過處分之續行對渠等之權益、系爭計畫之執行及將來殯葬園區之經營不會產生危害，或持反對意見者係屬少數或係出自非鄰近系爭計畫用地周邊之人民，則基於公眾之利益，即不能因噎廢食，輕言廢止原審核通過處分；又如果不廢止原審核通過處分，雖對公益將有危害，但如果逕予廢止，卻將妨礙其原來所欲達成之公共利益者，即應依比例原則為權衡取捨決定。

(七)稽諸本件上訴人於102年4月9日提出之新北市政府行政訴訟答辯狀提及：「……就100年8月以來，地方民眾表達反對本計畫案之資料，彙整如證物10，包括民意代表聯合陳情書（證物10-1，民意代表有立委盧嘉辰、議員王明麗、歐金獅、吳琪銘、黃永昌）、北大特區環境保護行動聯盟（證物10-2）、100年12月3日『反三〇〇〇區〇〇道萬人開講』（證物10-3）、『反三峽殯葬特區，4月25日大家一起站出來』（證物10-4）、新北市公民意識促進會（證物10-5）及相關陳抗照片（證物10-6）。此外，三峽區公所於101年5月17日後

就三峽區里長對本案所持態度調查，計28位里長，有26位里長均明確表達反對本案。……」（臺北高等行政法院102年度訴字第346號卷第74頁背面、第75頁參照）；被上訴人於102年6月3日提出之行政訴訟補充理由狀提及：「……本基地鄰近步行不到5分鐘之路程，即為新北市00000000市○○區○○路0段000巷0號），該火化場於72年間啟用，迄今已數十年，亦即本基地旁早已有鄰避設施存在，且該鄰避設施，迄今尚無遷移之規劃……反對本案之主要對象，實為三峽北大社區部分民眾（參被證10-5），惟北大特區距離本件生命園區基地，直線距離長達約4公里，開車亦須30分鐘左右車程（原證10），其有無得據以主張之保護規範？即便有，是否為該保護規範效力所及之適格第三人？凡此均大有可疑之處！況查，本案生命園區建置後，對於北大社區之生活環境亦無影響，而由於本案採一條龍式設計，往生者直接以救護車送入冷藏，嗣後所有儀式均在園區內進行，亦不會有任何殯葬隊伍行經北大社區。……」（臺北高等行政法院102年度訴字第346號卷第96、98頁參照）。上訴人於103年5月19日提出之行政訴訟答辯（一）狀提及：「……依被告提出之民眾抗爭資料顯示（前審被證10），固然北大特區部分民眾抗爭較為激烈，惟並非僅該特區居民表示反對意見，此由被證10所示資料中，率皆以土樹三鶯居民為署名，此有愛北大社群論壇中開設之殯葬專題討論區（更被證2）及諸多網際網路上討論文章為證（更被證3）。且系爭殯葬特區設置議題，經歷100年10月29日千人遊行（更被證4）、100年12月3日萬人開講（被證10-6起）等數次大型民眾抗爭，已屬新北市重大公共建設政策議題，且前審判決為發現真相，已擴大調查範圍，以28個里（其中僅龍學里、龍恩里屬北大特區）里長為電話訪問對象……本案事實，並非僅北大特區居民及龍學里、龍恩里里長反對，亦非僅地方人士及民意代表反對而已……」（臺北高等行政法院103年度訴更一字第41號卷一第50頁背面、第51頁、第52頁背面參照）；被上

01 訴人於103年6月4日提出之行政訴訟補充理由（二）狀提及
02 ：「……被告僅以抗爭最烈之北大特區部分民眾意見，遽認
03 仍有地方人士及民意代表具體強烈表示反對，作為不續辦處
04 分之理由依據。惟北大特區距離系爭計畫案基地，直線距離
05 長約4公里，開車亦須30分鐘左右車程，該等反對者實非保
06 護規範效力所及之『沿住戶』，其根本無反對、甚至進而請
07 求行政機關作成廢止審核通過處分之主觀公權利，而被告機
08 關於衡量公私益時，亦不應將之納為絕對之考量參數。……
09 」（臺北高等行政法院103年度訴更一字第41號卷一第96頁
10 背面參照）。上訴人於103年7月30日準備程序提出之行政訴
11 訟答辯（二）狀提及：「……原告反覆主張本件僅三峽區北
12 大特區之居民抗爭較為劇烈，惟原告所出具之更證7影音光
13 碟中，提出陳抗議書與被告機關之里長，即來自土城區，且
14 參被告前審所提被證10，亦顯見所提陳情者率皆署名為『土
15 樹三鶯』居民，足證原告主張均不可採。又被告所舉於網際
16 網路所蒐集之資料，雖多出自於愛北大社群或林富子里長之
17 部落格，惟基此僅得說明前揭網際網路網站，具有群聚效應
18 ，並不可倒果為因認定為僅北大特區為抗爭居民……」（臺
19 北高等行政法院103年度訴更一字第41號卷一第148頁及其背
20 面參照）；被上訴人於103年9月10日提出之行政訴訟補充理
21 由（五）狀提及：「……依更證16之103年8月26日拍攝之本
22 件促參案三峽生命園區預定場址鄰接之介壽路兩旁現況照片
23 ，周邊並無住宅社區，多為鐵皮屋搭建之修車廠、工廠及新
24 北市立火葬場（新北市昇華園）；另依被告所提更被證9之G
25 oogle衛星空照地圖亦可證明，本件促參案三峽生命園區周
26 邊均為紅色鐵皮或綠色鐵皮搭建之工業用廠房，並無民意代
27 表所稱之社區。……」（臺北高等行政法院103年度訴更一
28 字第41號卷一第185頁背面參照）。上訴人於103年10月1日
29 準備程序提出之行政訴訟答辯（四）狀提及：「……依前揭
30 開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準之規定，
31 系爭投資計畫應辦理環境影響評估，且以系爭投資計畫為中

01 心，半徑10公里內之居民，皆屬受系爭投資計畫之開發而受
02 影響，而受環境影響評估法之保護。承上，系爭投資計畫雖
03 尚未進入簽約階段，而尚未啟動環境影響評估之程序，惟因
04 系爭投資計畫之開發，而可能使以系爭投資計畫為中心，半
05 徑10公里內之居民之法律上利害關係受影響乙事，則毫無二
06 致。本件最高行政法院發回判決意旨『緊鄰系爭計畫用地周
07 邊之居民或多數之公眾』，即應依前述環境影響評估法之意
08 旨，為相同之解釋，則除非屬系爭計畫為中心半徑10公里內
09 居民之意見，被告皆應審慎予以考量與採納（更被證15）…
10 …」（臺北高等行政法院103年度訴更一字第41號卷一第208
11 頁參照）；上訴人於104年5月20日準備程序提出之行政訴訟
12 答辯（六）狀提及：「……行政首長及民意代表之政見不應
13 以選舉公報上之主張為限，應綜合考量各候選人選舉前之所
14 有言論主張，且系爭計畫自被告廢止距103年11月29日選舉
15 已2年5個月餘，是各候選人未於選舉公報上表示其意見，誠
16 屬自然……曾參與本案原告於100年7月22日召開說明會之民
17 意代表，於101年1月14日辦理之立法委員選舉及103年11月2
18 9日辦理之各項選舉中連任之比率高達67%，顯見多數民意
19 確實支持反對系爭計畫續辦之候選人……」（臺北高等行政
20 法院103年度訴更一字第41號卷一第296頁及其背面、第297
21 頁參照）；被上訴人於104年6月4日提出之行政訴訟補充理
22 由（七）狀提及：「……依鈞院於民國104年4月15日庭期諭
23 知被告提出103年新北市長3位候選人、新北市第7選區（含
24 三峽區）市議員21位候選人、三峽區各里里長49位候選人之
25 選舉公報，僅有市議員候選人林富子、吳琪銘等2位以反對
26 三峽殯葬特區為政見，且這2位反對者，林富子落選，可證
27 明反對三峽殯葬特區之民意確實僅為少數特定地區人民之意
28 見，被告罔顧新北市大多數民眾對規劃完善之本件三峽生命
29 園區確實有需求之公益……依被告提出附件4-1-1土城區里
30 長選舉公報，鄰近本件三峽生命園區基地之土城區祖田里里
31 長候選人呂惠美，係以『極力爭取三峽火葬場回饋補助本里

01 』為主要政見，呂惠美並當選里長，可證明緊鄰本件三峽生
02 命園區基地之居民，並不反對火葬場等殯葬設施之設置，且
03 積極爭取回饋補助，故被告顯未考量周邊居民意見及多數民
04 眾公益，僅空言仍有地方人士及民意代表具體強烈表示反對
05 ……參與原告100年7月22日舉辦地方說明會之市議員及里長
06 ，僅有1人於103年11月29日提出反對本件三峽生命園區之政
07 見，被告主張以參與100年7月22日地方說明會之市議員及里
08 長之連任比率，證明多數民意反對本件三峽生命園區之設置
09 云云，實屬無稽之談……」（臺北高等行政法院103年度訴
10 更一字第41號卷一第299、301、302、305頁參照）。上訴人
11 於104年6月25日言詞辯論程序提出之行政訴訟更一審辯論意
12 旨狀提及：「……原告所提出之更證10，其竟以台北大學之
13 中心作為北大特區與系爭基地位址之直線距離標準，有誤導
14 鈞院之嫌。實則以北大特區與系爭基地位址之直線距離，並
15 不足2公里（更被證9），則系爭基地對於周邊民眾之影響，
16 顯然較原告陳述者為高……」（臺北高等行政法院103年度
17 訴更一字第41號卷一第350頁及其背面參照）；104年8月19
18 日之準備程序筆錄記載：「（法官：系爭促參案距離三峽火
19 葬場為何？）兩造均稱：三峽火葬場是在小山坡上，是在本
20 件系爭促參案的正對面，步行約1到2分鐘。」（臺北高等行
21 政法院103年度訴更一字第41號卷一第393頁參照）；被上訴
22 人於106年3月20日提出之行政訴訟補充理由（一）狀提及：
23 「……因新北市殯葬設施嚴重不足，板橋殯儀館因負載量極
24 大而致周邊亂象叢生，居民不得安寧，亟待增設第二殯儀館
25 。因此，於被告違法廢棄原審核通過處分，並放任新北市殯
26 葬政策停擺，且無任何配套措施之情況下，隨即遭致板橋殯
27 儀館周邊居民之抗爭（更二證11），而被告亦承受板橋殯儀
28 館周邊居民增建第二殯儀館、甚或遷移板橋殯儀館訴求之巨
29 大壓力（更二證12）……」等語（臺北高等行政法院105年
30 度訴更二字第76號卷第133頁參照）。另稽諸被上訴人於臺
31 北高等行政法院102年度訴字第346號言詞辯論時提出之簡報

地圖所示，從新北市大部分行政區至系爭計畫案園區（位於○○區○○路○段，鄰近原有火葬場），無論走台3線南下進○○○區○○路，或走國道3號南下，再由土城交流道下高速公路轉台3線進○○○區○○路，或沿大漢溪，走環河道路進○○○區○○路，似都不會經過北大特區（臺北高等行政法院102年度訴字第346號卷第370-372頁參照）。以上攸關原審核通過處分作成後發生之民眾抗爭事件，是否出自鄰近系爭計畫用地周邊之多數居民，以及原審核通過處分之續行是否會產生空污、噪音或交通紊亂而影響渠等之權益、系爭計畫之執行及將來殯葬園區之經營，致生危害於公益？又如果不續行是否會妨礙系爭計畫所欲創造之公共利益，該公益是否大於不續行所欲維護之公益？亦即上訴人以原審核通過處分作成後發生民眾抗爭事件，而變更其殯葬設施興闢之政策，乃廢止原審核通過處分，是否適法？原審本應詳予調查釐清，且本院103年度判字第167號判決已指明：【上訴人（按即昌溢股份有限公司）於原審主張：反對系爭計畫案之主要對象，實為三峽北大特區部分民眾，惟北大特區距離系爭計畫案基地，直線距離長達約4公里，開車亦須30分鐘左右車程，該地區民眾是否為該保護規範效力所及之適格第三人？尚有可疑。況系爭計畫案建置後，所有殯葬儀式均在園區內進行，不會有任何殯葬隊伍行經北大特區，對於北大特區之生活環境並無影響，故被上訴人（按即新北市政府）僅因前述北大特區居民之反對，遽認上訴人疏處不成，實嫌率斷等語（原判決第19頁），是否屬實？攸關對系爭計畫持反對意見者是否僅屬少數特定地區人民，而非出自緊鄰系爭計畫用地周邊之居民或多數之公眾，以及被上訴人因「仍有地方人士及民意代表具體強烈表示反對」，而廢止原審核通過處分，是否違反公益與比例原則？原審本應加以調查釐清，然原判決徒以依電話調查結果觀之，新北市三峽區共28個里級次行政區中，有半數以上之里長，迨至被上訴人對上訴人之疏處義務所定期限於101年5月17日屆滿時止，對於系爭計

畫案仍表示反對等語為由，認定上訴人所稱反對系爭計畫案者主要為三峽北大特區之部分民眾，難以遽信。即逕以里長個人之意見作為全體里民之意見，似嫌速斷，自難昭折服。】等語在卷。原判決徒以本件上訴人所主張之「殯葬政策之變更」，非屬基礎事實之變更，即認定上訴人以政策變更，作為廢止原審核通過處分之理由，於法未合，而對於上開民眾抗爭事件是否會導致如不廢止原審核通過處分，對公益將有危害等情，恕置不論，容嫌速斷。

(八)次按行政機關基於法定職權，為達成行政目的，得以行政契約與人民約定由對造為特定用途之給付，俾有助於該行政機關執行其職務，而行政機關亦負相對之給付義務（行政程序法第137條第1項第1款及第2款參照）。辨別此類行政契約，首須契約之一造為代表行政主體之機關，其次，凡行政主體與私人締約，其約定內容亦即所謂契約標的，有下列四者之一時，即認定其為行政契約：（一）作為實施公法法規之手段者，質言之，因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替，（二）約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者，（三）約定內容涉及人民公法上權益或義務者，（四）約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者。若因給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就契約整體目的及給付之目的為斷，例如行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為者，均屬之。至於締約雙方主觀願望，並不能作為識別契約屬性之依據，因為行政機關在不違反依法行政之前提下，雖有選擇行為方式之自由，然一旦選定之後，行為究屬單方或雙方，適用公法或私法，則屬客觀判斷之問題，由此而衍生之審判權之歸屬事項，尤非當事人之合意所能變更。（司法院釋字第533號解釋理由書及吳庚大法官協同意見書參照）本件兩造於100年4月11日完成投資契約之議約程序，所預約將來訂

立之本約即系爭計畫案投資契約之性質，究竟為行政契約或私法契約，攸關被上訴人於原審起訴先位聲明請求判命上訴人應與被上訴人訂定系爭計畫案投資契約之本約部分，行政法院對之是否有審判權，原審本應依上開辨別標準，就該投資契約之約定內容（參見臺北高等行政法院102年度訴字第346號卷第29-53頁原證1）說明其屬性，且生命園區之設置涉及人民生存權與人格權之保障，是否屬於行政契約，上訴人既有爭議，尤應使兩造當事人為充分之辯論。詎原審對於該投資契約之屬性完全不論，徒以上訴人廢止先前所為原審核通過處分，於法不合，且本案投資契約之預約已成立，上訴人負有成立本約之義務等語為由，即判決命上訴人應與被上訴人訂定系爭計畫案投資契約之本約，亦嫌速斷。

(九)綜上所述，原判決既有前述不適用法規及理由不備之違法，且影響裁判之結果，上訴人聲明將之廢棄，即為有理由；又因系爭事實尚未臻明確，本院自無從為法律上之判斷（自為判決），爰將原判決廢棄，全案發回原審法院更為審理。

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 5 月 28 日

最高行政法院第四庭

審判長法官 鄭 小 康

法官 劉 介 中

法官 帥 嘉 寶

法官 林 玫 君

法官 林 文 舟

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 109 年 5 月 28 日

書記官 楊 子 鋒