

裁判字號：最高行政法院 105 年度判字第 482 號 行政判決

裁判日期：民國 105 年 09 月 22 日

案由摘要：促進民間參與公共建設法事件

最高行政法院判決

105 年度判字第 482 號

105 年 9 月 22 日

上訴人 新北市政府

代表人 朱立倫

訴訟代理人 馬惠美 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 金玉瑩 律師

王晨桓 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 104 年 11 月 5 日臺北高等行政法院 103 年度訴更一字第 41 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 日審核通過（下稱審核通過處分），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 0000000000 號函（下稱系爭函，即原處分）通知被上訴人：因被上訴人未能於 101 年 5 月 17 日前完成疏處，依機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項（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。被上訴人對系爭函不服，向上訴人提出異議，上訴人以 101 年 8 月 9 日北府民生字第 0000000000 號之異議處理結果，駁回被上訴人所提異議。被上訴人向行

政院公共工程委員會（下稱工程會）促進民間參與公共建設申訴審議委員會提起申訴，復經審議判斷駁回，遂提起行政訴訟【1. 先位聲明：系爭函、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爭計畫案投資契約之本約。2. 備位聲明：上訴人應給付被上訴人新臺幣（下同）14,481,405 元及法定遲延利息】，經臺北高等行政法院 102 年度訴字第 346 號判決（下稱前一審判決）駁回其訴，復經本院 103 年度判字第 167 號判決（下稱本院發回判決）廢棄前一審判決，發回原審法院更為審理（起訴聲明除備位聲明部分不再請求法定遲延利息外，其餘同前）。嗣經原審法院判決撤銷申訴審議判斷及原處分，並駁回被上訴人其餘之訴。上訴人不服，乃提起本件上訴。

二、被上訴人於原審起訴意旨略謂：（一）系爭計畫案係被上訴人自行規劃提出並自備土地之促參案件，並無可行性評估或先期規劃階段，而行為時促參案件注意事項第 16 點，係規定由政府公告、提供土地之促參案件，主辦機關在可行性評估及先期規劃時，應徵詢相關民眾及團體之意見，有關鄰避設施反對意見之考量及疏處，應在與可行性評估、先期規劃招商總顧問簽約前即完成，故該規定於被上訴人自行規劃之系爭計畫案並無準用餘地，原處分引用行為時促參案件注意事項第 69 點準用第 16 點規定，以被上訴人未盡疏處義務，作為不予繼續辦理系爭計畫案之理由，認事用法顯有違誤。且上訴人於審核通過處分中，並無任何行政處分附款之記載，至被上訴人於 100 年 1 月 25 日簽訂之承諾書，僅承諾於兩造簽訂投資契約之本約後，始自行負責與當地住民協調溝通。縱使被上訴人負有疏處義務，上訴人亦從未明確告知被上訴人有關疏處之定義、範圍等，及其如何認定被上訴人未完成疏處義務，與行政程序法第 5 條之明確性原則顯有違背；況依行為時促參案件注意事項第 69 點及第 16 點等規定，上訴人方負有主要疏處義務，被上訴人至多僅負協力義務，且被上訴人已舉辦多次里民說明會與一次區民說明會，透過各種場合將系爭計畫案之相關資訊向地方民眾揭露，業已克盡該協力義務。（二）上訴人所轄行政區域對殯葬

設施之需求始終存在，並無改變，被上訴人基於上訴人「臺北縣縣立第二殯儀館規劃設置可行性評估案（下稱二殯可行性評估案）」結案報告書，擬定系爭計畫，欲建立可提升殯葬品質之建物與設施，上訴人卻擅以殯葬政策改變為由，作為不再與被上訴人簽訂系爭計畫案投資契約之理由，廢止先前審核通過處分，有違法律保留原則，亦為行政恣意與公權力之濫用，應依行政程序法第 126 條第 1 項之規定，給予被上訴人合理之損失補償。又本件投資契約應屬行政契約，兩造既已完成議約程序，應認兩造至少已成立公法上之「預約」關係，依行政程序法第 149 條準用民法第 465 條之 1 及第 475 條之 1 預約之法理，上訴人應與被上訴人締結投資契約之本約，若仍不願締約，被上訴人自得請求債務不履行之損害賠償，或依國家賠償法第 2 條第 2 項、行政訴訟法第 199 條第 1 項之規定請求上訴人賠償被上訴人因信賴上訴人之審核處分及可行性評估報告，而籌辦系爭計畫案成立專案公司支出相關籌辦費用共計 14,481,405 元之損害等語。為此請求判決 1. 先位聲明：系爭函、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「新北市三峽生命園區興建營運 BOO 計畫投資契約」之本約。2. 備位聲明：系爭函、異議處理結果與申訴審議判斷均撤銷；上訴人應給付被上訴人 14,481,405 元。

三、上訴人於原審答辯意旨略謂：（一）本件屬民間自行規劃 BOO 案件，由被上訴人選址並自行規劃興建營運內容，與機關規劃辦理促參案完全不同，應由被上訴人負擔較大疏處義務。依促參法第 42 條第 1 項、第 46 條第 1 項、同法施行細則第 39 條第 1 項至第 3 項及「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」（下稱「審核民間促參案注意事項」）第 5 條規定，促參案件區分為「政府自行規劃」與「民間自行規劃」兩種，而主動提出公共建設案規劃及興辦計畫之一方，依法應先行研究可行性及具體規劃內容。本件由被上訴人自行規劃並依促參法施行細則第 39 條主動向上訴人提出申請，則被上訴人於提案之初必已進行可行性之分析與研究，故面臨民眾有疑義或反對意見時

，亦應由實施規劃之一方即被上訴人為具體詳實之說明，以達溝通釐清之效，甚至聽取民意、順應實際，調整計畫內容，或提出具體解決方案、回饋機制等措施，以爭取民眾認同。就高度鄰避設施之設置所產生之民眾抗爭，多係就此類設施可能造成附近生活品質降低、噪音或公共污染議題及投資房價衝擊等負面因素而起，則上開議題，均應由被上訴人具體說明，甚至得提供何種回饋方案與當地居民共享等，故皆僅有被上訴人得以說明及具體回應並解決，上訴人難以取代及置喙，被上訴人實為最主要之疏處義務主體。兩造間之疏處義務亦應以被上訴人為主、上訴人為輔，被上訴人為先、上訴人為後。本件若解為簽約前由上訴人負責疏處，簽約後始由被上訴人負責疏處，則被上訴人根本不可能通過再審核程序。（二）被上訴人依行為時促參案件注意事項第 16 點、第 69 點規定，應負主要疏處義務，被上訴人所提投資計畫書、於系爭審核委員會會議中所為答覆，以及其所簽署之承諾書，均已明白表示由其承擔處理住民抗爭之責。惟被上訴人於 100 年 4 月 11 日完成議約程序後，以其不具疏處義務為由，遲未履行疏處，亦未請上訴人協助處理，導致附近民眾抗爭不斷，上訴人乃分別於 100 年 5 月 9 日、100 年 6 月 2 日函請被上訴人履行疏處義務，惟被上訴人仍拒絕為之。被上訴人遲至 100 年 7 月 22 日才辦理第一場說明會，但該次說明會因居民激烈抗爭，未完成說明程序，即被迫結束，上訴人乃於 100 年 12 月 23 日函請被上訴人與地方民眾溝通，豈料被上訴人仍無任何作為，上訴人乃再於 101 年 5 月 4 日發函要求被上訴人須於 101 年 5 月 17 日前完成疏處，以彌平群眾抗爭，此時距被上訴人承諾履行疏處義務（100 年 1 月 22 日）之時點已近 1 年 5 月。被上訴人主張簽約後始負有排除民眾抗爭之義務，致錯失處理時機，坐令民眾持續累積反彈情緒，終致勢不可擋，上訴人所定最後疏處期限（101 年 5 月 17 日）內，被上訴人僅於 100 年 7 月 22 日、101 年 5 月 14 日、101 年 5 月 16 日辦理 3 場座談會，且首場因居民激烈抗爭，根本未完成說明程序。又被上訴人亦未依照上訴人所指示，

於樹林區及土城區召開說明會，亦未通知上訴人列席參與 101 年 5 月 14 日、5 月 16 日之座談會，被上訴人謂其已克盡善良管理人之注意義務，並完成承諾，實非可採。（三）依促參案件注意事項第 16 點、第 69 點規定，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，主辦機關本有權限考量是否繼續辦理。被上訴人已知悉民眾抗爭之排除為本件執行之重大關鍵問題，加以顯未盡善良管理人注意義務履行疏處義務，上訴人因而將疏處期限定於簽訂契約前，並因此認定被上訴人未能履行準負擔，而準用行政程序法第 123 條第 3 款之規定廢止原核准處分為適法，並無違背誠信原則及公益原則。（四）被上訴人所提申請案件，為依據促參法第 46 條規定主動提出申請，並非基於主辦機關依據促參法第 42 條規定為可行性評估、先期規畫並對外招商，故主辦機關對於簽約與否，應享有最終決定自由。被上訴人之信賴基礎係基於被上訴人自主提出之系爭投資案，與上訴人政策變更無涉。被上訴人固就其所提出之民間投資申請案件，有所準備及支出，惟當民間申請人提出是項申請時，並不當然獲審核通過，縱獲審核通過，兩造亦不當然達成契約意思表示之合致而簽訂契約，故於此過程中被上訴人所支出之成本，核屬其自行提案所產生之備標成本，並非基於上訴人有足以引起被上訴人信賴之行為存在，與上訴人政策變更間並無因果關係，且為被上訴人所能預見之損失。被上訴人主張依行政程序法第 126 條第 1 項規定請求損失補償應為無理由等語。

- 四、原判決撤銷申訴審議判斷及原處分，並駁回被上訴人其餘之訴，其理由略以：（一）本件為經本院判決發回更審之案件，原審法院在此個案中，自應受前上訴審判決所表示個案法律意見之拘束。參照本院發回判決之法律上判斷，無非係以「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，及符法意。」為其中心論

旨，且其所參酌者，係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」，以該會 101 年 4 月 23 日工程促字第 10100125960 號函釋，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。則原處分以被上訴人因未能於 101 年 5 月 17 日前完成疏處，故依規定不繼續辦理系爭計畫後續事宜等情，未見上訴人自身應盡之疏處義務，其適用法規自有錯誤。至被上訴人承諾書上所載第二項係載「二、本公司（按即被上訴人）自行負責與本計畫案當地住民之協調溝通，必要時始請求主辦機關（按即上訴人）協助。」之字句，是否能如上訴人所主張被上訴人已承諾負擔全部疏處義務等情，容非無疑。（二）上訴人固主張縱認上訴人應與被上訴人共同負疏處義務，上訴人自 100 年 8 月 11 日至 100 年 12 月 18 日進行 10 項疏處行為（參上訴人進行疏處行為一覽表〈下稱上訴人疏處表〉）等情。惟經核上訴人疏處表，其中項次 2 所示民政局生命禮儀科科長陳文光應地方民意代表（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；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秘書拜訪林富子里長、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，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。至上訴人雖曾 5 度通知被上訴人進行疏處，實則將其應負之疏處義務不當轉嫁由被上訴人負擔，自於法有違，更難認其已盡疏處義務。（三）原處分之主旨欄係以系爭計畫案「因未能於 101 年 5 月 17 日……前完成疏處」為由，故不繼續辦理後續事宜，惟其於說明欄第二項末、第三項末載有：「……同注意事項第 59 點規定，促參案件議約及簽約階段，如主管機關因政策變更，不續辦促參案件，應啟動退場機制……」。次核異議處理結果，上訴人亦僅於說明第二項末、第六項末重申上開原處分第二項末、第三項末之記載，亦未見有何政策變更之說明。綜觀原處分及異議處理結果，上訴人均僅泛稱以「因本府革新措施所致對部分殯葬設施興闢需求期程之調整」為由，實難窺探上訴人就殯葬政策究有何變更之情事。上訴人固於前一審補充理由謂：原先依火化旺日之高使用比率，評估出有立即興建火化場之需求，因改以不分淡旺日之火化使用均值，而評估出至 114 年以前無設置火化場立即性之需求，是上訴人所為審核通過處分所依據之事實事後既已發生變更，上訴人自得依行政程序法第 123 條第 4 款規定廢止原審核通過處分等情。惟不論係上訴人 98 年間出版之白皮書，抑或上訴人所稱於 100 年 8 月間始公開資訊之二殯可行性評估案結案報告，均明確指出新北市係全國人口及每年死亡人數最多之行政區，死亡人數亦逐年遞增，新北市至 117 年火葬供給將嚴重不足，復因自 101 年起各縣市均對外縣市居民倍數收費，此將對人口數最多之新北市將產生火化爐更不足之情形，是本件原處分後所依據之事實事後固發生變更，惟非如上訴人所言係有所和緩，實際上反而是更加嚴峻、更有增建火化爐之需求壓力。則新北市之殯葬需求不減反增，且時程迫近，自不得任由上訴人泛言陳稱，即得謂其殯葬政策變更，進而另得依促參案件注意事

項第 59 點規定為不續辦系爭計畫案之理由。(四) 上訴人依促參案件注意事項第 69 點準用第 16 點及第 59 點規定，作成不繼續辦理系爭計畫案後續事宜之原處分，申訴審議判斷遞予維持，均有違誤，爰併予撤銷。惟被上訴人另以先位聲明請求上訴人應與其訂定系爭投資契約案之本約，備位聲明則係請求上訴人應給付被上訴人 14,481,405 元等情，則因本件尚待被上訴人、上訴人依法完成其疏處義務，尚未該當被上訴人此部分先、備位聲明請求權要件之程度，是被上訴人就此請求為無理由等語。

五、上訴意旨略謂：(一) 本院發回判決固認為前一審判決認定疏處義務全由被上訴人負擔之見解有誤，惟細繹本院發回判決意旨，係認為於主辦機關依促參法第 46 條規定辦理民間自提促參案件時，適用促參案件注意事項第 69 點準用第 16 點規定時，主辦機關應與民間申請人「共同負擔疏處之義務」，始符促參案件注意事項之意旨。原判決僅審究上訴人是否已盡疏處義務，對於被上訴人是否已盡疏處義務乙節，完全未置一詞，此無異責命上訴人一方應負完全之疏處義務，顯然違反本院發回判決審究兩造間應「共同疏處」之意旨，有違背行政訴訟法第 260 條第 3 項規定之違法。(二) 上訴人於原審業已提出於依促參法第 46 條規定辦理民間自提促參案件，適用促參案件注意事項第 69 點準用第 16 點時，主辦機關之疏處義務應屬「劣後」、「協助」之地位，與依促參法第 42 條規定辦理主辦機關規劃促參案件時，主辦機關應基於「優先」、「主動」之地位辦理疏處不同，並詳為論述本件 B00 案，既由被上訴人自行規劃並主動向上訴人提出申請，兩造間之疏處義務顯應以被上訴人為主、上訴人為輔，被上訴人為先、上訴人為後。惟原判決就上訴人所提前揭依促參法第 46 條規定辦理之民間自提促參案件時，主辦機關與民間申請人之間究竟應如何「共同」疏處，上訴人於原審所持理由何以不採等，全然未置一詞，顯有判決不備理由之違法，並顯有適用促參案件注意事項第 69 點準用第 16 點等法規不當之違法。(三) 處分作成時促參案件注意事項第 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…。」，所稱「疏處」係指排除民眾反對意見甚明，本院發回判決亦稱「所謂『疏處』意指疏通調處（溝通協調）」，則所謂疏通調處本非僅有說明會或座談會方式辦理，尚包含其他得以傳達訊息（包括以報章、媒體等方式）以化解疑義或交換彼此意見之形式。又臺北高等行政法院 102 年度訴字第 345 號確定判決謂「舉辦里民說明會自係疏處方式之『一種』」，亦即非以說明會為限。原判決將「疏通調處」僅限定「主動」、「直接面對民眾」、「說明會或座談會」等方式，逕行創設法令規定所無之「疏處作為應以說明會或座談會方式辦理」之要件，據此認定上訴人未盡疏處義務，違反論理法則，顯然違背法令。（四）上訴人業已提出出席說明會、多項與地方里長、民意代表主動溝通本 B00 案之證據，原判決卻棄置不論，已有判決不憑證據之違法，且原審法院縱認有疑，亦應職權調查證據或行使闡明權命上訴人聲明證據，但原審法院均未為之，顯已違反行政訴訟法第 125 條及第 133 條規定。又系爭 B00 案係由被上訴人自備土地、自行規劃、出資並興建營運，僅被上訴人能調整計畫內容及加碼回饋以消除民眾疑慮，故被上訴人之作為始為民眾抗爭能否排除之主要原因，然被上訴人於 100 年 5 月 14 日及其後所辦理之 8 場座談會，不但未舉證已通知當地居民，並說明計畫內容及各項回饋計畫，且出席人數代表性亦顯然不足，致民眾抗爭無法排除，然原審法院對此指摘卻棄置不論，亦未於判決中說明不採之理由。（五）有關上訴人有無政策變更，本院發回判決理由為「…被上訴人以原審核通過處分所依據之事實或政策事後既已發生變更，且不廢止該處分對公益將有危害，主張得依行政程序法第 123 條第 4 款或促參案件注意事項第 59 條規定，廢止原審核通過處分，尚非全然無據…」等語，認定上訴人之政策確存在政策變更之情事。惟原判決認定目前上訴人更存在增設火化場之需求，並無事實產生對殯葬政策更和緩之情事，認定上訴人並不存在政策變更，顯然與本院發回判決意旨相違，具違背行政訴訟法第 260 條第 3 項之違法。（六）原判決據以認定上訴人無政策變更所採

用之證據資料，「依臺北縣民政政策白皮書」、「二殯可行性評估案結案報告」、「新北市死亡人口數及禮廳、火化爐、冰櫃使用數推估表」、「新北市議會議事錄」等上開資料，均係於原處分作成「前」之書面資料。然系爭 B00 案因被上訴人未履踐其應盡之疏處義務，民眾抗爭始終無法平息。上訴人不得已始變更殯葬政策，不再繼續辦理系爭 B00 案，並於 101 年 5 月 3 日發有新聞稿，此有上訴人 101 年 5 月 11 日「新北市殯葬政策規劃報告」可證，故上訴人係於原處分（按應係指原審核通過系爭計畫案之處分）作成之「後」變更殯葬政策，不採增設火化爐之方式，而是於 114 年未屆前即將現有火化爐陸續以更換新式設備、加強設備維修保養、提升火化效能方式處理，並且採取以吉（旺）日提高或淡日降低火化規費之方式改變民眾迷信治喪旺日之相關措施。上訴人於原審業已提出「新北市殯葬政策規劃報告」，針對上訴人政策之變更及現行殯葬設施之利用需求提出說明，提出種種事證均屬支持本院發回判決認有事實及政策變更之證據，惟原審逕以上訴人作成原處分「前」之各項評估報告，逕認本件並無政策變更情事，顯有判決不憑證據之違法。倘更審法院認定上訴人所提「規劃報告」等未足證明上訴人具有政策變更情事，即應要求上訴人提出說明或其他足以證明之證據，或逕為職權調查。乃上訴人自 101 年 5 月變更殯葬政策後，已推行有年，原審未依上開規定行職權調查，即逕行作成對上訴人不利之判斷，顯屬突襲性裁判，且顯有未依行政訴訟法第 125 條第 3 項規定盡闡明義務，及未依行政訴訟法第 125 條第 1 項及第 133 條規定職權調查證據之違法。（七）本案兩造就本 B00 案遭遇民眾劇烈反對及強力抗爭乙事，從未爭執，而上訴人既已主張民眾抗爭亦為不續辦理本 B00 案原因之一，並廢止系爭處分，則法院自應就此主張為判決，惟原判決就此全然棄置不論，亦未於判決詳細說明何以不採之理由，即逕作成對上訴人不利之判決，顯屬判決不備理由之違法。（八）本案上訴人原本之殯葬政策，是「以促參方式由民間廠商新設殯葬設施」，但因新設殯葬設施遭致民眾劇烈抗爭，且與民眾溝通不

具效果，上訴人迫不得已變更為「不再新設殯葬設施」之殯葬政策，遂不再續行本件 BOO 促參案件，上訴人之殯葬政策，確實已有所變更。而有關上訴人轄區內是否新設殯葬設施，以及如何兼顧環境保護、考量民眾抗爭及民眾使用需求等事項，自屬行政機關計畫性政策之決定及行政裁量範疇，具有高度之判斷餘地，除非違法情事，自不容妄加僭越。原判決未見及此，逕以司法判斷取代行政機關之決定，顯已逾越憲法賦予上訴人行政裁量及專業判斷之憲法權力核心；原判決認定上訴人不得變更既定殯葬政策，無異以未受民意監督之司法權力逕自認定殯葬政策之採擇，完全無視民意強烈反對、上訴人新北市政府依據民意所為之政策決斷，其違背憲法權力分立原則至為灼然，顯然判決違背法令。又上訴人變更後的殯葬政策是「不再新設殯葬設施」，因而廢止系爭處分，至於上訴人不新設殯葬設施之後，要如何解決及處理民眾之殯葬需求，則屬另一問題，原判決以上訴人未能舉證政策變更「後」所採行之替代措施，用以反推上訴人並無政策變更之事實存在，顯然倒果為因，存有判決違背論理法則之違法。尤以，本案於原審審判程序中，雖歷經多次之準備程序及言詞辯論程序，以及一年之更審程序，但原審法院針對其據以認定上訴人沒有政策變更之重要基礎事實，確實沒有踐行行政訴訟法第 125 條及第 133 條之規定，此有原審歷次筆錄可證，其判決自屬違法等語，為此請求廢棄原判決對於上訴人不利之部分，並駁回被上訴人之訴；或發回原法院更為審理。

六、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聲明為「1. 先位聲明：系爭函、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爭計畫案投資契約之本約。2. 備位聲明：系爭函、異議處理結果與申訴審議判斷均撤銷；上訴人應給付被上訴人 14,481,405 元。」，乃預備訴之合併，其中備位聲明所謂「系爭函、異議處理結果與申訴審議判斷均撤銷」乃重複聲明之贅詞，其真意為「1. 先位聲明：系爭函、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爭計畫案投資契約之本約。2. 備位聲明：上訴人應給付被上訴人 14,481,405 元。」，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。原判決既依被上訴人之先位聲明之請求，撤銷原處分（系爭函、異議處理結果）與申訴審議判斷，即已回復原狀，不生損失補償或損害賠償之問題，就備位聲明（損失補償或損害賠償）為裁判之解除條件已成就，本無須就後位之訴為判決，茲原審被告就其先位之訴受敗訴判決部分提起上訴，後位之訴（包括原審就備位聲明所為駁回判決）應隨同移審於第二審法院即本院。且被上訴人提起本件行政訴訟，其先位聲明前段之撤銷訴訟必須勝訴，後段之給付訴訟才有可能勝訴，兩者具有牽連關係，最終目的在於求得行政法院作成命上訴人應與被上訴人訂定系爭計畫案投資契約（本約）之判決，而原處分（即上訴人廢止其先前所為審核通過處分）雖經原審法院判決予以撤銷，但其判決理由係謂

上訴人「將其應負之疏處義務不當轉由原告負擔，固有違誤」，並非謂被上訴人已克盡其自身的疏處負擔，尚非完全有利，又其請求上訴人應簽訂系爭計畫案投資契約部分，係遭駁回，可見被上訴人起訴目的尚未達成，仍未獲勝訴；對於上訴人而言，原審法院判決雖駁回被上訴人有關應簽訂系爭計畫案投資契約之請求，然其並非終局認定被上訴人之請求權不存在，而係謂「本件將申訴審議判斷及原處分撤銷後，尚待原、被告於合理期限內進行並完成上開疏處程序，並視其結果由被告審慎考量是否繼續辦理，否則將有違促參法第 1 條所揭槩『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』之立法意旨。綜上，本件既應俟被告依法完成疏處程序，是尚未到達兩造應訂定系爭投資契約案本約之進程，是原告先位聲明請求訂定本約，尚乏依據。」即尚需視以後疏處結果而定，等於就該部分實質上未裁判，則原審法院判決撤銷申訴審議判斷及原處分，要求兩造於合理期限內完成疏處程序，並視其結果由上訴人審慎考量是否繼續辦理，其判決對上訴人仍屬不利。故兩造均可以對原判決之全部提起上訴，縱使當事人僅聲明就明顯對其不利之部分提起上訴，其效力亦及於全部，本院仍得對原判決之全部加以審查。從而，原審判決後，雖僅有被告提起上訴，並僅聲明就形式上對其不利之部分（原判決撤銷申訴審議判斷及原處分部分）提起上訴，但效力及於原判決駁回被上訴人請求應簽訂系爭計畫案投資契約部分，且後位之訴（包括原審就備位聲明所為駁回判決）應隨同移審於本院，合先敘明。

- (二) 促進民間參與公共建設法第 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 42 條規定：「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。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。」；促進民間參與公共建設法施行細則第 39 條規定：「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。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 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。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。」；主管機關工程會訂定之行為時「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」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。」；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 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 條第 1 項規定：「原處分機關依第一百二十三條第四款、第五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。」

- （三）依前揭促參案件注意事項第 69 點準用第 16 點規定，主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件時，如屬

鄰避設施或位於生態及環境敏感地區案件，於簽約前尚有反對意見者，固得明定最後疏處期限，並於逾期未獲共識者，審慎考量是否繼續辦理，但依行政程序法第 4 條、第 7 條、第 8 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。如果持反對意見者係屬少數，或僅出自少數地區人民，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。且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」（行政院公共工程委員會 101 年 4 月 23 日工程促字第 10100125960 號函釋意旨，附申訴卷陳證 7），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；又依主管機關行政院公共工程委員會訂定之「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 點規定：「民間自行規劃申請參與公共建設案件，主辦機關與民間應本於創造公共利益之目的，基於合作之觀念，共同推動公共建設。」及第 5 點規定「民間自行備具土地案件之審核作業如下：…（三）主辦機關應先就民間申請人所提計畫是否符合主辦機關政策需求、有無法令禁止事項、所附文件是否符合相關規定、政府可得協助或配合事項、整體計畫之可行性，予以審核。…」，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。另依行政訴訟法第 133 條規定，行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據。且依同法第 125 條、第 189 條規定，行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束，並應行使闡明權，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，並將得心證之理由，記明於判決。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。故行政法院對有利於當事人之事實或證據，如果有應調查而未予調查之情形，或不予調查或採納，卻未說明其理由者，即構成行政訴訟法第 243 條第 2 項第 6 款所謂判決不備理由之當然違背法令；如認定事實與所憑證據內容不符者，則屬同款所謂判決理由矛盾。

- (四) 原判決依本院發回判決意旨，並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），認原處分以被上訴人因未能於 101 年 5 月 17 日前完成疏處，故依規定不繼續辦理系爭計畫後續事宜等情，未見上訴人自身應盡之疏處義務，其適用法規自有錯誤，已難憑採。且以【經核被告（上訴人）疏處表，其中項次 2 所示民政局生

命禮儀科科長陳文光應地方民意代表（下稱民代）之邀，赴樹林區家和電視台接受訪問；另項次 3 被告代表人接受媒體採訪時向媒體說明部分，應僅能評價為被告相關人員間接透過媒體單方面進行說明，相較於原告（被上訴人）所提原告疏處行為一覽表（參本院卷一第 303 至 304 頁，下稱原告疏處表）均係以召集舉辦說明會之方式以觀，則被告上述二行為因並未直接面對民眾進行疏通調處（溝通協調）之故，已難認上開所定義之疏處行為甚明。繼核被告疏處表項次 5、9 所示，均係因被告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，未見被告為何證明。至於項次 4 所示民政局長接見林富子里長，項次 6 所示被告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 所示被告副市長、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 所示被告副市長協同三峽區主任秘書拜訪林富子里長、行動聯盟、三峽區里長聯誼會會長再度溝通，則未見被告提出任何其所稱「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，惟相較於原告疏處表所示 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，尚為被告認定未盡疏處義務，進而作成原處分，舉重以明輕，被告疏處表所示 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，當更無法達成被告所稱之疏處義務標準，則被告以其曾進行被告疏處表所示之 10 項行為，執為其業已盡疏處義務之主張，自無可採。至於被告另以：其自 100 年 5 月 9 日至 101 年 5 月 4 日間，曾 5 度函催原告進行疏處行為（參本院卷一第 346 頁所示被告通知原告進行疏處行為一覽表），執為其亦已盡疏處義務之主張等情。縱認被告確有「督促」原告進行疏處，則在本件原告所為之疏處行為，被告尚認定原告未盡疏處義務，被告所為更不能認已完成疏處義務

。被告雖曾 5 度通知原告進行疏處，實則將其應負之疏處義務不當轉嫁由原告負擔，自於法有違，更難認其已盡疏處義務甚明。綜上，被告既應負擔系爭計畫案之疏處義務，惟其進行之疏處行為之必要性與強度均有不足，已難認被告已盡疏處義務】等語為由，認上訴人片面遽以被上訴人違反疏處義務，為不繼續辦理系爭計畫案之理由，自有違誤，而將申訴審議判斷及原處分均撤銷。細繹原判決之意旨，並未肯認被上訴人已充分履行其疏處負擔，僅係認定「疏處」工作乃主辦機關即上訴人的固有義務，而上訴人尚未克盡其疏處義務，卻以被上訴人未盡疏處義務，作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，且不符比例原則與誠實信用原則。揆諸前開規定與說明，原判決於此部分爭點之認事用法均無不合，且已詳述其得心證之理由，並就上訴人之主張，何以不足採取，分別予以指駁甚明。上訴意旨主張其業已提出出席說明會、多項與地方里長、民意代表主動溝通本 BOO 案之證據，原判決卻棄置不論云云，容有誤會。又無論被上訴人是否已充分履行其疏處負擔，均不免除上訴人固有的疏處義務，上訴人既未克盡其疏處義務，即不能僅以被上訴人未履行疏處負擔而廢止原處分，已如前述，則原判決未明確論斷被上訴人是否已充分履行其疏處負擔，尚不影響該判決的結果。

- (五) 惟本院發回判決意旨已指明：上訴人既於系爭函（原處分）中以其因革新措施所致對部分殯葬設施興闢需求期程有所調整，而併依促參案件注意事項第 59 點：「促參案件議約及簽約階段，如主辦機關因政策變更，不續辦促參案件，應啟動退場機制」之規定，通知被上訴人不繼續辦理系爭計畫案後續事宜（即廢止原審核通過處分），並於前一審就此補充理由謂：依被上訴人提出系爭計畫申請案所依據之「臺北縣民政政策白皮書」，新北市殯儀館患不足且不均，即集中於板橋區及三峽區，系爭計畫案將殯葬設施設立於三峽區，自與前揭白皮書內容相悖；又上開「臺

北縣民政政策白皮書」係依據北部 4 縣市（北北基桃）地區殯葬設施設置預估量，因自 101 年起，各縣市均對外縣市居民倍數收費，故新北市 101 年公布之殯葬政策，其計算依據便配合改為新北市市民殯葬設施需求量預估。而上訴人在博採眾議審慎評估後，決定先從提升現有設施經營效能及改變民眾迷信治喪旺日著手，故原先依火化旺日之高使用比率，評估出有立即興建火化場之需求，因改以不分淡旺日之火化使用均值，而評估出至 114 年以前無設置火化場立即性之需求，是上訴人所為審核通過處分所依據之事實事後既已發生變更，且不廢止該處分對公益將有危害，上訴人自得依行政程序法第 123 條第 4 款規定，廢止原審核通過處分等語，稽諸被上訴人提出之上訴人所屬民政局新聞參考資料（101 年 5 月 3 日，標題為「新北市殯葬新政策，火化場暫無新聞需求」，參見前一審卷第 60、61 頁），尚非無據。且所謂政策，乃包含政治的考量，並非全然屬行政行為之性質，其具體明確性之要求自難與行政行為相比，何況上開民政局新聞參考資料已載明「新北市三峽火化場計有火化爐 12 座，每日可火化量約為 60 具，全年可提供 2 萬 1,600 具的火化容量，目前以不分淡、旺日的整體火化率為 61%，以 100 年度火化量 1 萬 3,368 具，再加上死亡人口及火化率逐年增加等因素，推估火化爐將可使用至民國 114 年，因此新北市火化場暫無新設之必要。」等語，似難謂「未能提出載有評估時所考量因素及相關計算數據等資料之評估結果」，則上訴人以原審核通過處分所依據之事實或政策事後既已發生變更，且不廢止該處分對公益將有危害，主張得依行政程序法第 123 條第 4 款或促參案件注意事項第 59 點規定，廢止原審核通過處分，尚非全然無據等語。再參諸原處分於 101 年 7 月 5 日作成前，上訴人已於同年 5 月 11 日完成「新北市殯葬政策規劃報告」，載明暫不新設火化場設施，於 114 年未屆前即將現有火化爐陸續以更換新式設備、加強設備維修保養、提升火化效能方式處理，並調整設施使用費率（7 日內出殯或火化

者免收冷藏等費用、先火化再辦理告別式者使用禮廳半價優惠)以提高禮廳使用周轉率,且於結論敘明「殯葬設施是人人用得到的必要設施,惟此類設施鄰避性甚高,大家都不希望設在我家旁邊,以致有殯葬設施申設案,經常遭受當地民意之強烈反彈。…市府面對此一現象時,雖已規劃先就現有設施進行設備改善及效能提升,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…」等語(原審卷一第243至247頁),似難謂上訴人於100年1月25日審核通過系爭計畫案後未變更其殯葬政策;又上開「新北市殯葬政策規劃報告」雖記載:「本市目前有12具火化爐,考量爐具之維養需求,每日可火化量為60具」(原審卷一第245頁背面),惟對照被上訴人於原審時提出之103年4月28日「新北市議會第1屆第7次定期會主席裁定事項答覆表」之附表「新北市死亡人口數及禮廳、火化爐、冰櫃使用數推估表」,其內容係記載「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」(原審卷一第128頁背面),可見上訴人已依該殯葬政策規劃報告,提高火化效率,原判決對上開有利於上訴人之事證未加斟酌,遽認其殯葬政策未變更,已有未洽。何況上訴人於前一審及原審既主張新北市101年公布之殯葬政策,係先從提升現有設施經營效能及改變民眾迷信治喪旺日著手等情,原審如認上訴人未提出具體事證以實其說,本應向其發問或告知,令上訴人為完足的陳述並提出相當之證據,卻未行使闡明權,遽以上訴人並未提出其近年來就現有12具火化爐如何提升經營效能之證明(例如有何縮短火化流程、時間或增加火化爐每日運轉時間……等方法),或以吉(旺)日提高或淡日降低火化規費之方式使達成移風易俗、改變民眾迷信治喪旺日之相關措施,或另提出相關獎勵措施鼓勵民眾採取諸如樹葬、花葬、海葬、植存等環保葬法等語為由,認為不得任由上訴人泛言其殯葬政策變更,而依前揭促參案件注意事項第59點規定作成不續辦系爭計畫案之處分云云,更有可議。上訴意旨主張其早已於101

年 10 月辦理第二及第三火化區共 6 座火化爐體更新，使用最新型火化爐具，並同時辦理火化爐具供給燃料更換工程，將燃料系統由「柴油」更換為「天然瓦斯」，火化時間由原本的 100 ~ 120 分鐘縮短為 60 ~ 70 分鐘，以提升整體火化數量，目前三峽火化場淡日開放 3 爐進行作業，旺日亦僅開放 10 爐進行作業，即可消化完畢當日待火化人數；另已參考農民曆編排加、減價日，以吉（旺）日提高、淡日降低火化規費之方式，推廣日日好日之觀念，以鼓勵民眾分散使用殯葬設施；有關環保自然葬法部分，上訴人亦積極推動多元化自然葬法，如聯合海葬、骨灰植存、環保樹花葬等方式，此從上訴人所屬民政局殯葬處官方網頁可以查悉，且在三芝區設立「三芝櫻花生命園區」，打造九層梯田景觀，園內遍植 167 株吉野櫻，形成特殊美麗環保葬園景致，這也是國內首座由公部門設立的骨灰植存專區，該園區並已於 102 年 4 月 22 日啟用等情，攸關上訴人於 100 年 1 月 25 日審核通過系爭計畫案後，是否確因殯葬政策變更，而廢止其先前所為審核通過處分（即作成原處分），自有加以查明之必要。

- （六）綜上所述，原審以上訴人未克盡其固有疏處義務，不能依促參案件注意事項第 69 點準用第 16 點規定，作成不繼續辦理系爭計畫案後續事宜之原處分（即廢止先前所為審核通過處分），於法雖無不合，但認定上訴人於審核通過系爭計畫案後並未變更其殯葬政策，亦不能依促參案件注意事項第 69 點準用第 59 點規定，作成不繼續辦理系爭計畫案後續事宜之原處分，則有未洽，其進而判決撤銷申訴審議判斷及原處分，自難維持，上訴人聲明將之廢棄，即為有理由。且如前所述，本件後位之訴（包括原審就備位聲明所為駁回判決）因原審被告之上訴而隨同移審於本院，經核原判決既依被上訴人之先位聲明之請求，撤銷原處分（系爭函、異議處理結果）與申訴審議判斷，即已回復原狀，不生損失補償或損害賠償之問題，就備位聲明為裁判之解除條件已成就，本無須就後位之訴為判決，詎原判決將後位之訴一併駁回，容屬贅判，又本件先位聲明部

分之判決經廢棄發回更審後，原法院審理結果如認為先位之訴無理由，即須就備位聲明（損失補償或損害賠償）之請求為判決，就此而言，原判決將後位之訴一併駁回已構成本件更審之障礙，自應予以排除；再者，本件原審被告雖僅聲明就原判決形式上對其不利之部分（原判決撤銷申訴審議判斷及原處分部分）提起上訴，但如前所述，其效力及於原判決駁回被上訴人請求應簽訂系爭計畫案投資契約部分，而本院審理結果既然認為上訴人主張其殯葬政策已經變更似非無據，原判決遽以其殯葬政策並未變更而撤銷申訴審議判斷及原處分，理由尚有未洽，即連帶使原判決基於上訴人殯葬政策未變更，而以「本件將申訴審議判斷及原處分撤銷後，尚待原、被告於合理期限內進行並完成上開疏處程序，並視其結果由被告審慎考量是否繼續辦理」等語為由，從程序上駁回被上訴人請求應簽訂系爭計畫案投資契約部分，失所依據（上訴人之殯葬政策如已變更為暫不新設火化場等殯葬設施，即不可能為系爭計畫案進行疏處程序），亦難加以維持。爰將原判決全部廢棄，發回原法院更為審理。

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 105 年 9 月 22 日
最高行政法院第二庭

審判長法官 藍 獻 林
法官 黃 淑 玲
法官 鄭 小 康
法官 姜 素 娥
法官 林 文 舟

資料來源：最高行政法院司法院公報第 58 卷 11 期 135-157 頁司法周刊第 1823 期 4 版最高行政法院裁判書彙編（105 年 1 月至 12 月）第 457-483 頁