

釋字第 758 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

我國現行司法採多元審判系統，關於民事訴訟與行政訴訟之審判，分由不同性質之法院掌理，一般稱為「二元訴訟制度」。除法律別有規定外（例如公職人員選舉罷免法第 126 條、國家賠償法第 12 條），因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（行政法院組織法第 1 條、行政訴訟法第 2 條參照）；因私法關係所生之爭議，則由普通法院審判（法院組織法第 2 條參照）。

本號解釋涉及審判權歸屬問題，解釋文宣示：「土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。」對此，本席表示贊同。

按法有無公法與私法之區別？若有，則標準何在？此等問題包含理論性與技術性（或制度性）兩種不同層面之問題，方法上須明確分辨。公法與私法之理論性區別，係針對各個法規範之本質而論，與現實之制度或實定法並無邏輯上之必然關聯，屬於先驗之法概念。公法與私法之理論性區別是否存在，法學上素有爭議。法一元論否定公法與私法之區別，當否姑且不論，其主要處理理論性區別問題，殆無疑義。至於公法與私法之技術性區別，則係基於制度上或實定法之技術上必要而生之區別，為歷史之產物，受時與地之制約。例如，德意志於繼受羅馬法前，不知有公法與私法之區別，而

英美法向無公法與私法之區別。一切法規範，在社會主義下或皆屬於公法性質；反之，無政府主義所追求者，殆係無公法存在餘地之純粹私法秩序¹。我國因採二元訴訟制度，為確定審判權歸屬，公法與私法之技術性區別殊有必要。

惟技術性區別之學說林立，標準不一而足，無論主要之利益說、權力說（從屬說、意思說）、主體說或新主體說（特別法規說），乃至輔助性之傳統說及事件關聯說，均各有優缺點，無法單獨解決所有問題²，加上技術性區別又有現實性、便宜性及合目的性等考量，致時起爭議。司法院過去曾多次對公私法認定及審判權歸屬問題作成解釋，如釋字第 89 號、第 115 號、第 305 號、第 448 號、第 466 號、第 518 號、第 533 號、第 540 號及第 695 號解釋皆是。上開解釋依案件之不同，兼採各種學說，足見技術性區別有其困難之處，實務上亦常有通權達變之處理方式。

本案有關審判權歸屬爭議，性質上為公法與私法之技術性區別問題。惟正確言之，所謂「公法與私法之區別」問題中，實包含「『公法』與『私法』之區別」問題，以及「『應適用公法之社會事象』與『應適用私法之社會事象』之區別」問題，只是論者一般未予明確區分³。在個案之認定上，依前者或後者判斷，結果通常相同，但亦有出現不一致之可能。如後所述，本案普通法院與行政法院之認定所以相左，即因普通法院係就後者判斷，而行政法院係就前者判斷，有以致之。

¹ 宮澤俊義著，公法・私法の區別に関する論議について——方法的反省の必要——，收於氏著「公法の原理」，有斐閣，1986年初版第2刷，頁1以下。

² 吳庚、盛子龍著，行政法之理論與實用，三民，2017年增訂第15版第1刷，頁25、26。

³ 藤田宙靖著，新版行政法Ⅱ（總論），青林書院，1985年新版第1刷，頁25。

查本案原因案件之原告，以桃園市八德區公所未經其同意即在其土地鋪設柏油路面供民眾通行為由，依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定向臺灣桃園地方法院民事庭起訴，請求桃園市政府返還土地。惟該院以原告係依據司法院釋字第 400 號解釋主張上開土地不符公用地役權之要件，隱含確認無公用地役關係之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟為由，裁定將原因案件移送臺北高等行政法院。而臺北高等行政法院以原告係根據民法第 767 條第 1 項前段及中段規定起訴之明確主張，認為本件非屬公法關係所生之爭議，而為私法關係所生之爭議，應由普通法院審理，該院並無受理訴訟權限，爰依行政訴訟法第 178 條聲請解釋。

本席認為，基本上臺灣桃園地方法院係以原告能否請求桃園市政府返還土地，關鍵在於該土地有無公用地役權之存在，依「『應適用公法之社會事象』與『應適用私法之社會事象』之區別」，原因案件之性質屬於『應適用公法之社會事象』，故為公法事件，應由行政法院審理。反之，臺北高等行政法院則以原告係根據民法第 767 條第 1 項前段及中段規定起訴，而從「『公法』與『私法』之區別」角度判斷，認該規定顯屬『私法』性質，故為私法事件，應由普通法院審理。

本號解釋採納臺北高等行政法院之見解，認定原因案件之訴訟應由普通法院臺灣桃園地方法院審判，理由在於原告係本於土地所有權依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，起訴請求桃園市政府返還土地，其性質屬私法關係所生之爭議，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，亦不受影響。多數意見雖提及攻擊防禦方法上之公法關係爭議，但主要仍係針對「『公法』與『私法』之區別」問

題立論，而獲致其為私法事件，應由普通法院審理之結論。

關於此類事件，原告同時具有公法與私法兩種請求權，亦即民法第 767 條之物上請求權，以及公法上之結果除去請求權，而有選擇向普通法院或行政法院起訴之可能。訴訟實務上，普通法院及行政法院普遍尊重原告之選擇，並依其主張之請求權性質認定審判權歸屬。尤其，原告依民法第 767 條向普通法院起訴，即使攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，普通法院對此先決問題，亦未因其屬公法事項而規避審查，故無審理上之障礙。誠然，若以『應適用公法之社會事象』為由，認此類案件應由行政法院審判，亦言之成理。惟具體事件究屬『應適用私法之社會事象』或『應適用公法之社會事象』，有時相當複雜，非進入實體就各種因素綜合考量，無法作成結論。於認定審判權歸屬之程序階段就深入實體問題，是否妥適，有待商榷。而且，法院能否適應，亦有疑慮。準此，本號解釋依原告主張之請求權，作為公私法區別及審判權歸屬之認定基礎，既未改變訴訟實務之作法，亦未增加法院之負擔，同時又尊重原告之選擇，堪稱允當。

事實上，臺北高等行政法院亦認知原因案件具有『應適用公法之社會事象』性質，而曾向當事人闡明訴訟法律關係，並曉諭原告「可提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，主張公法上之結果除去請求權。」據此，該院即有審判權。惟原告不為所動，仍堅持原有主張。既然原告主張之訴訟標的及訴之聲明屬於私法性質，臺北高等行政法院受其所限，自不得越俎代庖，逕以公法事件受理並為審判。在現行制度下，唯有聲請解釋，以求解決。

附帶一言，行政訴訟法第 178 條規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」同法第 12 條之 2 第 2 項及第 3 項規定：「(第 2 項) 行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。……(第 3 項) 移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」依上開規定，普通法院及行政法院遇有審判權爭議時，皆可停止訴訟程序，並聲請解釋。

本席認為審判權之歸屬，如同公法與私法之技術性區別，係基於制度上或實定法之技術上必要而生之劃分，難免會有模糊地帶。當普通法院與行政法院之間發生爭議時，須有解決途徑，聲請司法院大法官解釋，乃現行行政訴訟法採行之方式。惟聲請解釋往往耗費時日，對原因案件之審理造成延宕，恐不符司法經濟之要求。相形之下，德國採取受移送法院不得拒絕之方式，或許較為可行。