

釋字第 758 號解釋協同意見書

張瓊文大法官 提出

詹森林大法官 加入

黃昭元大法官 加入

我國是採公私法二元審判的國家，但民國（下同）89年7月行政訴訟法新制上路前，由於法律規定的行政訴訟制度過於簡略，無法提供人民訴訟權完整之保障，民事及刑事法院便責無旁貸的承擔起部分原應由行政法院審判之事務。例如，國家賠償法規定國家賠償事件由民事庭辦理，道路交通安全管理處罰條例規定，交通裁罰案件由刑事庭辦理；本院釋字第466號解釋就公務人員保險事件亦明白釋示其具有公法性質，但因相關救濟制度尚未整備，在行政訴訟制度修正前，有關公務人員保險給付之請求，許向普通法院提起訴訟謀求救濟，亦屬同旨。

新制行政訴訟法上路後，由於救濟制度業已完整，調整原先非常態下不得已之審判權分配，自屬當然。故有法制面的結構性調整，例如交通違規裁罰事件由刑事庭移由行政法院體系辦理；本院釋字第533號解釋就全民健康保險特約醫事服務機構合約之性質，認屬行政契約，締約雙方如對契約內容發生爭議，屬公法爭議，得依新制行政訴訟法提起爭訟，改變釋字第466號解釋對相同屬性之公務人員保險審判權之分配，亦係因訴訟制度之修正而調整審判權之例。此外普通法院也清楚意識到，除法律有特別規定者外，傳統上由普通法院審判之案件可能包含過去行政訴訟制度未整備時期，額外加諸普通法院的負擔，因而開始用心檢視審判權之問題。

專業及效率是我國區分審判權，訴訟制度採二元化的目的，檢視過去制度不完整下的非常處置，正確區分審判權，固有助於上開目的之達成。惟審判權畢竟是司法權內部的分工問題，不宜使之成為障礙人民進入訴訟的因素，爰提出協同意見書，以為補充。

一、審判權問題應儘速確定

我國民事訴訟法及行政訴訟法原均規定，人民向無審判權之法院提起訴訟，其訴訟不合法，而且屬無法補正之情事，法院應以起訴不合法為由予以駁回。受本院釋字第 540 號解釋首度提出審判權錯誤採移送制之啟發，行政訴訟法及民事訴訟法先後於 96 年、98 年修正，分別增訂第 12 條之 2 第 2 項¹及第 31 條之 2 第 2 項²，採取於二審判權間允許相互移送之制度，大幅降低原告因起訴法院選擇錯誤所造成訴訟程序延誤之可能。但修正後二訴訟法並未採用德國法院組織法第 17 條之 1 第 2 項第 3 句之機制，亦即移送裁定確定後，受移

¹ 行政訴訟法第 12 條之 2 規定：「(第 1 項)行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。(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。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。(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。(第 4 項)受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。(第 5 項)當事人就行政法院有無受理訴訟權限有爭執者，行政法院應先為裁定。(第 6 項)行政法院為第二項及前項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。」

立法理由：「三、為不使訴訟審判權歸屬認定困難之不利益由當事人負擔，如行政法院認其對訴訟無審判權，應依職權以裁定移送至有審判權法院。有審判權之管轄法院有數個，而原告有所指定時，應移送至原告所指定之法院，爰參酌司法院釋字第五四〇號解釋意旨，於第二項明定之。」

² 民事訴訟法第 31 條之 2(98 年 1 月 21 日修正)：「(第 1 項)普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。(第 2 項)普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。(第 3 項)當事人就普通法院有無受理訴訟權限有爭執者，普通法院應先為裁定。(第 4 項)前項裁定，得為抗告。(第 5 項)普通法院為第二項及第三項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。(第 6 項)第二十九條、第三十一條規定，於第二項之情形準用之。」

立法理由：「三、為不使訴訟審判權歸屬認定困難之不利益由當事人負擔，如普通法院認其對訴訟無審判權，應依職權以裁定移送至有審判權法院，爰參酌司法院釋字第五四〇號解釋意旨及行政訴訟法第十二條之二第二項規定，於第二項明定之。」

送之法院應受該裁定拘束。而採受移送法院認其亦無審判權——亦即審判權消極衝突時，得聲請大法官解釋之機制，使審判權爭議落幕之時間拉長，審判權爭議之不利益亦持續由人民承擔，殊為可惜。或許立法者對於法院是否能本於其職責，正確認知公私法律關係之辨明，且先受理之法院不會濫用該制度所賦與之「尚方寶劍」，猶有疑慮所致吧！

由本號解釋原因案件事實可知，原告對行政機關可能有數請求權存在——即民法第 767 條之物上請求權及行政法上之結果除去請求權³，此二請求權如有其一獲得勝訴判決，另一請求權之目的即同時達成而消滅，故為請求權競合之情形，只不過此種競合關係跨越公、私法二法域。該二請求權既分屬私法及公法不同性質之法律關係，民事法院及行政法院即均分別具有審判權。權利人本得選擇行使任一請求權提起訴訟，其選擇私法請求權者，由民事法院審判；選擇公法請求權者，由行政法院審判。此一標準簡易而明確，容易操作，可使案件儘速進入實體審判，提升訴訟之效率。至於本院過去有關審判權之解釋，例如釋字第 466 號、第 595 號及第 695 號解釋等，均屬單一請求權之定性問題，與本號解釋

³ 行政法之法律關係相較於民法之法律關係，未必單純。但除行政程序法中寥寥可數之實體法規規定外，並無統一之法律規範。除性質上無不相容之情形者，可以類推適用民法之有關規定外，亦須借助學理以補充之。學理上所稱公法上結果除去請求權，與民法第 767 條及第 962 條之物上返還請求權相類似，實務上已逐漸為行政院所承認。例如，最高行政法院 106 年度判字第 458 號判決已明白指出：「……末按學說上所謂之『公法上結果除去請求權』，乃人民因其權利受公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復人民未受干涉前原有狀況之權利，是應具備下列要件：1. 須干涉人民之權利；2. 須為公權力之干涉；3. 須產生違法狀態；4. 須違法狀態尚在持續中。蓋於法治國家，由公行政構成之違法狀態，不容維持其存在，而公法上結果除去請求權之目的，即在於排除違法行政行為之結果，以回復違法公權力干涉前之狀態。是以，人民主張行政機關拒絕授予利益為違法者，由於在其主張行政機關違法拒絕之前，其並未獲得利益，故人民不得基於公法上結果除去請求權，據以請求行政機關為授予利益之行政行為（詳參陳敏，行政法總論，第 8 版，第 1254 至 1263 頁）。……」其他事例尚可參考 99 年 3 月 9 日最高行政法院 99 年度 3 月份第 1 次庭長法官聯席會議、最高行政法院 105 年度判字第 145 號判決、104 年度判字第 388 號判決、104 年度判字第 209 號判決、103 年度判字第 54 號判決及 101 年度判字第 983 號判決。

原因案件係同一原因事實，而原告可能有分屬公法及私法之數請求權競合，故二類法院均有審判權之情形不同。

在日趨複雜的社會環境之下，不論哪一類型的法院審理案件，都會遭遇案件之先決問題屬其他專業法院之審判權範圍之情況。在當事人願意另行向他類法院起訴之情形下，受理法院本得停止訴訟程序，俟先決問題經他類法院裁判確定後，再行審判。如本件原因案件之原告在民事法院起訴請求排除侵害，如其同時向行政法院請求確認公用地役關係不存在，民事法院自得依民事訴訟法第 182 條之規定，停止訴訟程序，俟行政法院就公用地役關係之裁判確定後再行審判。惟就先決問題另向他類專業法院起訴並非當事人之義務，如當事人無意另闢程序，追求專業審判之利益時，基於尊重程序主體權及選擇權之法理，法院仍應就先決問題予以判斷，僅其判斷並無既判力，對他專業法院亦無拘束力而已。行政訴訟法第 12 條規定：「民事訴訟或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訴程序確定之。」應作如是解。

至於行政法院及民事法院所適用之各該訴訟法，前者採用職權探知主義，後者採用辯論主義，原則上雖有不同。但民事訴訟法第 199 條規定審判長之闡明權行使，與行政訴訟法第 125 條第 1、2 項並無不同，民事訴訟法第 288 條規定：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。」已明定以職權調查補充辯論主義之不足。再加以不論學術或實務均認為，行政訴訟當事人雖無主觀舉證責任（民事訴訟所採用者），但在法院依職權調查，事實仍不明之情形下，當事人仍有客觀證明責任存在。

故採取公或私法之訴訟途徑，就判決之結果而言，並無因制度上所採取調查原則之不同，而必然產生結果歧異之情形。

二、法院等價

行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項規定：「行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」民事訴訟法第 31 條之 2 亦採取相同之立法方式，乃就同一案件經行政法院裁判確定者，嗣後原告再行向普通法院起訴請求裁判，縱使普通法院認為案件應屬普通法院審判權之範圍，行政法院不應裁判，惟依前述規定，後受理之法院受前裁判之拘束，應以一事不再理之理由，駁回後訴。反之亦然。

此係現行制度上為提升程序之效率、避免訴訟資源浪費，所展現之法院等價之概念。民事訴訟法第 182 條之 1 第 1 項規定：「普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政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。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。」係採取更寬鬆之作法，在當事人同意之情形下，可以變更審判權法院，將審判權予以管轄權化，充分展現法院之等價。

在此立法趨勢下，實有更進一步參考德國法院組織法第 17 條之 1 第 5 項規定：「對於不服裁判提起救濟進行裁判之法院，不審查所採取之法律途徑⁴是否合法。」之制度，亦即在當事人並無爭議之情形下，下級審法院亦以自己有審判權

⁴ 此處所謂法律途徑相當於我國之審判權。本條項翻譯引自連孟琪譯，《德國刑事訴訟法—附德國法院組織法選譯》，元照出版社，2016 年 9 月，第 476 頁。
其德文原文為：「Das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, prüft nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist.」

之前提而為裁判時，上級審不再就審判權是否正確為審查，以免審判程序曠日廢時，有損當事人之權益。

三、公私法不同性質之請求權，合併向某類法院起訴之可能性

既然在法院等價之概念下，審判權已有管轄權化之趨勢，那麼公私不同性質之請求權或法律關係，可否合併由某類法院審判？論者介紹德國學者提出之「基於實質關聯性之審判權」理論，並指德國法院組織法第 17 條第 2 項規定：「合法法律途徑之法院，應於考量所有可能之法律觀點下，裁判法律爭議⁵。」認為在公私法請求權競合時，不論事件繫屬於民事法院或行政法院，各該法院均得就超過其審判權範圍之法律上理由一併予以審判。而且德國法院組織法第 17 條之 1 第 1 項（類似我國民事訴訟法第 31 條之 2、行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項規定）規定，先審判之確定裁判對後繫屬之他類法院同一案件發生拘束力⁶之規定，即代表該國承認公私請求權得於同一程序中合併作為訴訟標的主張。

以我國之情形以觀，民事訴訟法第 248 條規定：「對於同一被告之數宗訴訟，除定有專屬管轄者外，得向其中一有管轄權之法院起訴。但不得行同種訴訟程序者，不在此限」。依前所述，既然民事訴訟第 182 條之 1 第 1 項係採得以合意定審判機關，則前述同法第 248 條合併起訴之二類障礙，「專屬管轄」及「不得行同種訴訟程序」，即不復存在。

公私法請求權競合事件，合併向民事法院起訴，在現行

⁵ 德文原文為：「Das Gericht des zulässigen Rechtsweges entscheidet den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten.」

⁶ 沈冠伶，〈民事訴訟與行政訴訟之分工與合作(上)－專業審判與權利有效救濟間之選擇－〉，《台灣本土法學雜誌》，第 45 期，2003 年 4 月，第 27 頁。

民事訴訟制度下應予許可。至於行政訴訟法雖無明文規定，但行政訴訟法第 307 條之 1 規定：「民事訴訟法之規定，除本法已規定準用者外，與行政訴訟性質不相抵觸者，亦準用之。」既有概括準用民事訴訟法規定之明文，且關於審判權爭議之問題，二訴訟法近年之發展，由前所述，已有日漸趨於一致之情形下，在行政訴訟程序中原告合併主張私法之法律關係，亦應允許。如此一來，不僅節省訴訟資源，使爭議得以一次解決，也可以避免裁判歧異之情形。