

## 釋字第 758 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認為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，本席敬表贊同。並就本案以及實務上行政法院與普通法院有關審判權歸屬之爭議，提供協同意見如下：

### 一、本號解釋認為審判權有無之判斷，以原告之主張為主，但法院仍得就爭議之本質加以審核：

本號解釋解釋理由書指出：「土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事項，核其性質，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。」依上，審判權之決定以原告起訴主張之訴訟標的及其原因事實、應受判決事項之聲明為依據（民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2、3 款），但法院並非毫無審查之空間，而是應「核其性質」屬於私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判。在「核其性質」時，不應以兩造間之攻擊防禦方法可能涉及公法關係所生之爭議，即認其屬公法爭議，而逕行移送至行政法院。這是本號解釋最主要之意旨。但本號解釋仍認法院有「核其性質」之空間，則「核其性質」時應考量那些因素，應仍有待個案衡量。但本席認為應縮小審核之空間，必原告依起訴主張之訴訟標的及原因事實，已明確與其起訴之對象法院審判權不符時，始能例外地加以移送。且移送時應尋求法院彼此間業務協調管道為之，避免互踢皮球，而

影響當事人權益。

## 二、審判權之歸屬僅係法院審判事務分配事項，不應因其爭議導致遲滯訴訟，甚至損害當事人權益：

我國採二元訴訟制度，本院釋字第 448 號解釋：「關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判」，雖然在司法二元化之下，區分普通與行政法院，但該區隔僅屬法院內部事務分配事項，不應影響當事人之權益。但公、私法之分類已非絕對，若僅因爭議事項究屬公法爭議或私法爭議，就耗費當事人及法院龐大之時間及精力，而未探究爭議之本質，實非定審判權之本意。

本件爭議普通法院因聲請人之起訴狀述及公用地役權，即認定本件爭議「隱含」公法爭議，而忽略了當事人是以民法第 767 條作為請求權之基礎。桃園地方法院將本件移送至臺北高等行政法院後，行政法院多次曉諭當事人改為主張公法上之結果除去請求權，建議其可提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，實已介入當事人之實體爭議事項，按當事人既決定以民法第 767 條作為其請求權基礎，必有其考量。雖然實體上或許仍可併存公法上之結果除去請求權，但是二者請求之要件未必完全相同，且涉及舉證責任分配之考量，若僅因要讓行政法院有審判權而令當事人變更其請求權基礎，無異削足適履，亦有違當事人進行主義。

對於公、私法區別之理論，迄無定論。學者依其區分之客體可以大別為二個面向，一是「法律條文的屬性界分」，另一為「法律事件的性質認定」，前者較常被提及者，有所謂利益

說、權力說（即隸屬說）及新主體說三種理論<sup>1</sup>。可見公、私法間之區分並不絕對，社會生活關係複雜多樣，人民與政府機關間可能形成之法律關係非可單純區分為公、私法，政府機關之行為究屬私經濟行政或高權行政，其界限亦非明確而有賴實體認定。此由德國於行政與普通法院之外，另設有社會法法院即可知。若是為了配合二元訴訟制度，將人民與政府間之所有關係硬要區分為公法或私法關係，並為此分類而爭議不止，而忽略了對案件實體之審查，實為本末倒置。

### 三、審判權之定性與實體法爭議之確認有所區隔：

當事人間爭議之性質究屬公法關係或私法關係，隨著訴訟程序之進行及當事人雙方之主張及舉證，其認定可能有所變化。但事實無必要隨著公、私法屬性認定之變化而變更受理之法院。普通法院依法並非不能審查公法上之抗辯事由，而行政法院於審理公法案件時必須先行判斷私法關係者亦所在多有。因此為定審判權歸屬所為爭議性質屬公法或私法之認定，僅係為了開啟訴訟程序之目的，與雙方進行訴訟攻防後各自提出新證據與主張之後之認定未必相同。若隨著訴訟之進展隨之變更法院之審判權，恐將延滯訴訟進行，增加法院之工作負擔並且損及當事人之權益。目前對於公、私法之爭議所導致之審判權之認定，已延伸至實體之認定，導致對審判法院系統之認定幾乎即可影響到實體判決之方向，且在當事人未進行實質辯論前就對此加以認定，顯然不恰當。

---

<sup>1</sup> 參李建良，公法與私法的原則（上），月旦法學教室第5期，頁41至43，2003年3月。另請參吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，頁25，2017年9月增訂15版，有4種不同標準：利益說、從屬說、舊主體說及新主體說。

學者亦指出在處理有關公法與私法區別的問題時，恆須著眼於上述區別實益，是屬於程序性之問題（例如：救濟管道問題），還是實體法上的問題（例如行政法處分與行政契約的認定與解釋適用問題），以免陷入無謂的概念爭辯，從而忘卻原本所涉法律問題的爭點所在<sup>2</sup>。

#### **四、認定審判權之歸屬應以當事人之主張及其陳述之事實作形式審查即可，毋須介入實體爭議事項：**

既然在訴訟程序開啟前，為認定審判權之歸屬，已決定爭議之性質究屬公法或私法爭議，則審查之標的應以原告訴之聲明，請求權之基礎及其原因事實之敘述，或可待被告為初步答辯後就其答辯理由合併觀察，因其目的僅為認定審判權之歸屬，而尚未決定當事人之請求是否有理。

#### **五、應儘速修法就法院間因審判權爭議限於第一審判決前為一次移送，而不應於上訴審復行爭執：**

目前就審判權之爭議並未就其審級有所限制，實務上亦不乏案件經第一審甚或第二審判決後，上訴審法院認原審法院無審判權而廢棄原判決，將案件移送至其他審判系統之法院之情形。案件進行了多年，甚至已就實體內容作出判決，僅因上級法院對於爭議之性質屬於公法或私法爭議之見解不同，就廢棄已進行多年之審判結果，實為訴訟資源之浪費，增加法官之工作負擔，並增加人民對司法之怨恨。因此有必要限制法院間就審判權之歸屬之爭議限於第一審法院判決前，且受移

---

<sup>2</sup> 參李建良前揭文，頁 41。

送之法院不應再行爭議，其相關配套之法包括：（一）明文規定普通法院亦可審理涉及行政高權之法律關係，其判決對行政機關亦具拘束力。（二）明文規定行政法院亦可審理行政經濟行為。（三）於法院組織法中增設有關「審判權歸屬」之認定機制，在法院間以最快速度一次性解決審判權之歸屬問題。要之，審判權之歸屬係屬法院行政事務，與實體審判之認定應加以區隔，且不應因審判權之爭議而延宕訴訟程序。