

蔡明誠大法官 提出

為解決當事人依民法第 767 條第 1 項前段及中段請求除去妨害及返還所有物，訴請政府機關剷除土地上鋪設之柏油後，返還土地事件之受理訴訟權限之爭議，本院作出本號解釋，認「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。」認因私法關係所生之爭執，由普通法院審判之類似解釋，固有先例¹。惟有關審判權衝突是否宜認為憲法上爭議，應由大法官解釋，及所謂兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生爭議之意旨與目的為何，並以本號解釋所涉公用地役關係認屬公法關係等問題，仍有推敲之餘地。爰提出部分不同意見如下：

一、審判權衝突非必須由大法官解釋

人民提起訴訟後，法院認其無受理訴訟權限者，現行法律係規定普通法院或行政法院應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。(民事訴訟法第 31 條之 2 第 2 項及行政訴訟法第 12 條之 2 第 2 項規定參照)至發生審判權衝突時，採取何種紛爭解決途徑，現行法係採由行政法院或普通法院聲請大法官解釋之方式。(民事訴訟法第 182 條之 1 第 1

¹ 例如本院釋字第 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。行政機關代表國庫出售或出租公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為，當事人若對之爭執，自應循民事訴訟程序解決。」

項及行政訴訟法第 178 條規定參照) 何類訴訟事件屬於普通法院或行政法院之審判權限，實為公、私法二元分離、審判權限分屬不同法院之司法體制下，所滋生之問題，例如德國、臺灣。在採單一系統法院制度之國家，例如美國、英國，並無此問題。德國立法例及學說，在法律用語上，有謂與其稱審判權之衝突，不如稱為管轄權之衝突，因從本質而言，不管任何法院之支系(Gerichtszweige)，均是行使司法主權而為審判，各法院彼此間，並無不同，故究其性質宜稱為管轄權爭議² (Zuständigkeitsstreit) 或受理訴訟權限之衝突 (Kompetenzkonflikt)³。此又可區分為積極的權限衝突 (positiver Kompetenzkonflikt) 與消極的權限衝突 (negativer Kompetenzkonflikt)。⁴ 在積極的權限衝突(即民事、行政、其他法院皆認有受理訴訟權限)之處理途徑，係採優先原則，即以繫屬在先者，有受理訴訟之權限。消極的權限衝突(即各種法院皆認本身無受理訴訟權限)時，係採移送方式加以解決，即自認無審判權之法院，應移送於有權限之他種法院，此種移

² 採此見解者，如陳啟垂，訴訟途徑錯誤的處置——民事法院與行政法院之間訴訟案件的移送制度，興大法學，3 期(2008 年 5 月)，頁 5-6。此說值得比較及參考，惟本文仍沿用國內通常用語，稱之審判權衝突，以利行文及理解。

³ 例如德國專利法院 (Patentgericht) 之受理訴訟權限衝突，參照 Schäfers/Schwarz, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Auflage 2015-beck-online, PatG §68 Rn.23f..

⁴ 在德國國際訴訟管轄 (Internationale Zuständigkeit)、民事訴訟或行政訴訟之積極及消極的受理訴訟權限，參照 Kindler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2015-beck-online, EulnsVO Art.3 Rn.42ff.; Heinrich, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage 2017, ZPO §72 Rn. 26f.; Berstermann, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 43. Edition, Stand:01.07.2017, VwGO §53 Rn.7f..

送並有絕對拘束力，受移送法院不得再移送回原法院或另移送其他法院。⁵因此，在上述之立法設計下，⁶關於審判權衝突爭議之解決途徑，並非聯邦憲法法院所審理之範圍。⁷至於我國，現行民事訴訟法及行政訴訟法之立法設計，於審判權發生消極衝突之情形，法院應以裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋。然從本院釋字第 540 號解釋觀之，該號解釋參照釋字第 466 號解釋意旨，認「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，縱事件屬性在學理上容有推求餘地，其拘束全國機關及人民之效力，並不受影響，各級審判機關自亦有遵循之義務。」由以上本院解釋可見，審判權歸屬或解決紛爭程序之設計，容

⁵ 基於憲法上訴訟權所內含之公正程序請求權，此種因公私法二元分立法律體制所衍生出來之問題，不應由人民承擔不利益。在比較法上，德國為求審判專業化，將審判權予以劃分；但在另一方面，為使人民之權利得以有效保護，就各法院間之地位，則採取法院等價或審判權等價性原則，以解決審判權衝突之問題。（參照沈冠伶，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問題間之選擇，台灣本土法學雜誌，45期，2003年4月，頁23-24。）

⁶ 德國於1990年修正法院組織法第17條至第17b條，立法目的在於減少訴訟途徑的爭執，以及因此衍生的訴訟拖延及費用增加，對於訴訟途徑儘早地確定。（參照陳啟垂，同註2文，頁22。）

⁷ 從德國法觀察，儘管將一定的訴訟事件範圍分配予各個訴訟途徑，達到任務分配的專業化，但是因法官的獨立性在所有的法院支系同等地受到保障，不論訴訟事件在哪個訴訟途徑中被裁判，由基本法第19條第4項及法治國原則所保障的權利保護已經具備。（參照陳啟垂，同註2文，頁22。）

許立法自由形成，非必經大法官解釋作為解決衝突之途徑。因此，經由大法官解釋作為審判權歸屬或衝突之解決途徑，實非必要且適當之方式。⁸ 由大法官解釋為最後之終局認定，無異延長關於審判權確定之程序。⁹ 亦即，如能透過法律明文規定或實務上個案經驗之累積，即可事前預防可能發生之審判權衝突，由法之補充或解釋，則足以處理解決，特別是基於法院等價及審判權爭議得以迅速解決之考量，實不宜將此審判權衝突之訴訟程序爭議，過度依賴大法官解釋代為決定。且憲法法院(現制為司法院大法官)屬稀少資源，須有效利用。又審判權之分立，係為專業分工審判，在專業審判與權利迅速有效保護之間，如有衝突，在處理上，宜採取同於管轄權欠缺之方式(民事訴訟法第 30 條第 1 項參照)，於移送之裁定確定時，即確定審判權，受移送之法院即受其羈束。

10

二、攻擊防禦方法涉及公法關係所生爭議之意旨為何

關於行政訴訟與民事訴訟之審判，我國現行法律規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。(本院釋字第 448 號解釋參照)公法與私法之區分，非純屬法之認識論問

⁸ 基於法院等價及儘速確定審判權原則，在消極權限衝突之情形，是否有必要再由大法官會議(憲法法院)為最終認定，仍值商榷。(參照沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作(下)---專業審判與權利有效救濟問題間之選擇，台灣本土法學雜誌，46 期，2003 年 5 月，頁 40。)

⁹ 以聲請司法院大法官解釋方式釐清訴訟事件性質，浪費當事人寶貴的時間，對當事人的權益有所損害。未適度權衡輕重地讓司法院大法官成為所有法律問題的最終決定者，而造成司法資源的不當使用與浪費。(參照陳啟垂，同註 2 文，頁 14。)

¹⁰ 參照沈冠伶，同註 5 文，頁 25-26。

題，其在實務上應適用之實體法及法律救濟途徑(Rechtsweg)仍有其區別實益。¹¹惟自古迄今，如何區分之理論¹²，難定於一尊。¹³

關於係屬何種性質事件之爭議¹⁴，另亦可能與訴訟標的與攻擊防禦方法具有關聯，但因存在不同學說內涵，而可能導致不同之認定。我國學說及實務見解，有採取傳統(舊)訴訟標的理論者，認訴訟標的，即為原告在實體法上之請求權(給

¹¹ 參照 Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch(BGB), München:Beck, 2016, Einl. Rd.2.

¹² 公法與私法如何區別，有不同的區別標準：1.利益說，2.從屬說(權力說)，3.舊主體說，4.新主體說(修正主體說)。(詳參吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，台北：三民書局，2017年9月增訂15版，頁25；李建良，公法與私法的區別(上)，月旦法學教室，5期，頁41-43。)另有關德國公法與私法之區分及評論，參照 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18.Aufl., München:Beck, 2011, §3 Rn.7 ff..在德國法，往昔採從屬說(Subordinationstheorie)(即上下隸屬說; Über-Unterordnungstheorie)，並以利益說為輔。現採取新主體或特別法說，作為公法與私法之區分公式，即如至少一方係屬公權力主體，該法律關係屬於公法性質；如非屬公權力主體，其與私人間之關係，將之歸屬於私法。(參照 Palandt/Sprau, a.a.O., Einl. Rd.2.)當然，以上任一說法，終究非盡善盡美，仍不免受到批評。惟基於實務上需要，對於具體個案判斷，可參酌上述相關見解，尋找其適當之區別標準。

¹³ 既然公法與私法之區別標準，亦不一定精準，如要堅持兩者之區別，而不予適度且彈性之判斷餘地，將扭曲法院提供當事人透過訴訟途徑所欲達成紛爭解決之意旨及目的(Sinn und Zweck)。

¹⁴ 一個法律上爭訟事屬於公法上性質或私法上性質之爭訟，在法律未有明定救濟途徑的情形，應如何判斷，不無疑義，就此德國學說判例概認為應依據導出訴訟上請求權之法律關係的法律性質，來加以決定。換言之，公法爭議與私法爭議之區別，應以導出訴訟請求權之「法律關係的真正性質」為準，而不以原告本身所主張之請求權之法律上定性為準。(詳參陳清秀，行政訴訟法，台北：元照出版，2015年9月7版，頁22-23。)

付之訴)或形成權(形成之訴)。¹⁵採新訴訟標的理論者，則認訴訟標的係原告之受領給付地位(給付之訴)或形成地位(形成之訴)，而實體法上具體請求權、形成權，僅為攻擊防禦方法，係居於辯論主義之層次。新訴訟標的理論，又陸續發展出各種不同見解，例如一分肢說(或稱一項說、聲明說)、二分肢說(二項說)¹⁶ (即以訴訟上請求(Antrag; 訴之聲明)、作為請求

¹⁵ 我國實務上，有法院判決明確表示其不採新訴訟標的理論者，例如最高法院 99 年度台上字第 948 號民事判決，認基於處分權主義及辯論主義，訴訟標的應由當事人自行表明，法院不得代當事人為之 (民事訴訟法第 199 條之 1 第 1 項立法理由參照)，此與法院應就其認定之事實依職權適用法律，以判斷其法律效果，不受當事人所表示法律意見之拘束，係屬二事。又我實務上並未採用學說上所謂之新訴訟標的理論 (最高法院 42 年台上字第 1352 號、47 年台上字第 101 號、67 年台上字第 3898 號判例參照)，自不得以原告已表明對被告之受給權 (請求之法律上之資格或地位)，即謂其已為訴訟標的之特定。另有認為在民事訴訟法修正前，最高法院就訴訟標的理論固採傳統的理論，但訴訟的變更問題上，則曾從寬解釋，認為如事實同一，不妨得將侵權行為賠償損害改為不當得利(最高法院 56 年台上字第 3064 號判例參照)。(參照呂太郎，適時提出主義，台灣本土法學雜誌，19 期(2001 年 2 月)，頁 103。)

¹⁶ 此二分肢訴訟標的概念 (Zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff)，在德國民事訴訟法之學說及判決，雖仍受到若干批評，但目前成為通說，民事訴訟之訴訟標的，非屬於民法第 194 條規定適用消滅時效之請求他人作為或不作為之權利 (實體法之請求權)。此係由民事訴訟所必要而特定之一種獨立之程序上訴訟標的概念 (eigenständiger prozessualer Streitgegenstandsbegriff)。此所謂訴訟標的，係由訴訟上請求 (Antrag) 與以其為基礎之生活事實 (Lebenssachverhalt)，以作為等同評價之要素所構成。(參照 Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016-beck-online, Vorbemerkung zu §253 Rn.32.在德國行政訴訟，訴訟標的理論有如民事訴訟，亦採「二分肢訴訟標的概念」，與從訴訟聲明 (Klageantrag) 所呈現之法律效果，以及訴訟理由 (原因) (Klagegrund) (即該法律效果所發生之事實) 之訴訟上請求權相同。(參照 Lindner, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 43. Edition, Stand:01.10.2017, §121 Rn.33.)

事實基礎之訴訟原因(理由)來特定訴訟標的)及相對論等見解。¹⁷。傳統與新的訴訟標的理論，各有特色，值得參酌。茲因其並非此所欲探討之重點，容不予深論。惟所謂訴訟標的，可能因其所採理論不同，有將訴訟上請求(訴之聲明)，或將訴之聲明及作為請求事實基礎之訴訟原因(理由)等內容，作為訴訟標的。故此所謂攻擊或防禦方法，可能因訴訟標的理論之不同，而異其內涵，或因其是否適時提出，而異其效力。(民事訴訟法第 196 條第 1 項參照)故本號解釋使用攻擊防禦方法之用語是否嚴謹，值得再斟酌。

此外，以兩造攻擊防禦方法是否涉及公法關係所生之爭議，雖屬一種判斷案件性質是否為公法關係之方式，惟此所謂攻擊或防禦方法，如解為當事人就系爭案件之本案聲明所提出之聲明、陳述或舉證，即如當事人所提出之主張、否認、抗辯、異議、本案以外之各種程序上聲明、證據聲明等，可見其內涵相當廣泛。至於訴之變更、追加、反訴、中間確認之訴、訴訟參加之聲明等，本質上係新訴之提起或撤回，屬於本案聲明，則非所謂攻擊或防禦方法。¹⁸

就本號解釋之原因案件所涉及法律關係，客觀上觀察，並不複雜，聲請人之起訴書狀，係向普通法院提出，並以民法第 767 條第 1 項前段返還所有物請求權及中段妨害除去請

¹⁷ 另有所謂相對的訴訟標的理論及訴訟標的相對論(參照邱聯恭，司法之現代化與程序法，頁 213 以下)等見解。有就訴訟標的相對論之架構，以雙方當事人在實體利益與程序利益之衡平，另提出浮動的訴訟標的之概念。(參照黃國昌，新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成(上)---以法官之闡明義務、當事人之程序利益與證明困難之交錯為中心，台灣本土法學雜誌，844 期(2003 年 3 月)，頁 46 以下。)

¹⁸ 參照呂太郎，同註 15 文，頁 101。

求權，作為請求權基礎。如從實務上所採傳統訴訟標的理論而言，顯屬私法關係之爭議，宜認由普通法院審理。至於被告(桃園市政府)於系爭訴訟中可能提出公用地役關係作為攻擊防禦方法，此認為其性質有如民法第 765 條規定所稱法令限制之範圍。¹⁹亦即，縱使被告以成立公用地役關係作為抗辯，係屬是否構成民法第 765 條所稱公法或私法上限制之問題。不論公用地役關係或所謂公用地役權，性質上係屬公法或私法上之法律關係或權利，均不宜認為其可能影響審判權歸屬認定，故於本案宜認為其並不生審判權之衝突。綜上，就本號解釋聲請人所提出書狀觀察，其既主張民法第 767 條第 1 項兩種請求權，並非主張結果侵害排除請求權或公法上不當得利請求權，故從其訴訟標的而論，本質上屬於民事案件，應由普通法院審理。

另外一種可能為，若普通法院採取通說，認為公用地役關係屬公法上爭議，且認為係本原因案件之先決問題(Vorfrage)，除非有特殊法院之設計(例如智慧財產法院於審理專利權侵害時得對專利有效性進行有效性判斷)，通常認應由行政法院先行判斷先決問題。於此可能需要裁定停止民事訴

¹⁹ 民法第 765 條規定，所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。實務上將公用地役關係，解為所有權之限制者，例如最高行政法院 61 年判字第 435 號判例，既成為公眾通行之道路，其土地之所有權，縱未為移轉登記，而仍為私人所保留，亦不容私人在該道路上起造任何建築物，妨害交通。原告所有土地，在二十餘年前，即已成為農路，供公眾通行，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在，則該農路之土地，即已成為他有公物中之公共用物。原告雖有其所有權，但其所有權之行使，應受限制，不得違反供公眾通行之目的。原告擅自將已成之農路，以竹柱、鐵線築為圍籬，阻礙交通，意圖收回路地，自為法所不許。

訟，等待行政法院就先決問題作出有無公用地役關係存在。惟此時仍不影響當事人訴請返還土地及妨害除去係屬民事事件之性質，宜由普通法院審理。

三、公用地役關係之定性問題

我國實務及學說上通說將公用地役關係認為非屬民事物權，而係屬公法上地役關係²⁰，因往昔不承認習慣或習慣法得以創設物權，故不認為公用地役權係屬民法上物權。本號解釋延續通說之見解，將公用地役關係，不認屬民事物權，而係公法之物上關係。此說為最高行政法院(改制前稱行政法院)45年判字第8號判例²¹及本院釋字第255號解釋²²所採，

²⁰ 有認為在此情形，得以通行公用地役關係土地之不特定公眾，僅係該公用地役關係而享有公法上之反射利益，尚不得執以對抗土地所有人。(參照謝在全，民法物權論(下)，台北：作者發行，103年9月修訂6版，頁22。)

²¹ 最高行政法院45年判字第8號判例，行政主體得依法律規定或以法律行為，對私人之動產或不動產取得管理權或他物權，使該項動產或不動產成為他有公物，以達行政之目的。此際該私人雖仍保有其所有權，但其權利之行使，則應受限制，不得與行政目的相違反。本件土地成為道路供公眾通行，既已歷數十年之久，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在。此項道路之土地，即已成為他有公物中之公共用物。原告雖仍有其所有權，但其所有權之行使應受限制，不得違反供公眾通行之目的。原告擅自將已成之道路廢止，改闢為田耕作，被告官署糾正原告此項行為，回復原來道路，此項處分，自非違法。

之後，最高行政法院判例再次重申，其見解未變更者，例如最高行政法院59年判字第638號判例「水利法第66條規定由高地自然流至之水，低地所有人，不得妨阻，與民法第775條第1項規定，完全相同。又民法第852條規定地役權以繼續並表見者為限，因時效而取得。故本院於45年所著判字第8號判例釋示土地成為道路供公眾通行，既已歷數十年之久，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在。此項見解，本院迄未變更。」

²² 本院釋字第255號解釋理由書最後段併予指明，廢止有公用地役關

其後仍受實務上最高法院判決²³、最高行政法院判決²⁴及學說上所肯認，特別是本院釋字第 400 號解釋更確定成立公用地役關係之構成要件²⁵，並為法院判決所引用。²⁶

係之既成巷道，事涉公眾利益，以於都市計畫有關法規作明確之規定為宜。

²³ 採公用地役關係為公法關係之實務見解者，例如最高法院 102 年度台上字第 701 號民事判決，公用地役關係為公法關係，私有土地具有供公眾通行使用之公用地役關係者，土地所有權人之權利行使，固不得違反供公眾通行使用之目的，惟特定之人倘違背公用地役關係，無權占有有上開關係之私有土地，受有不當利得時，土地所有人非不得行使物上請求權，及請求該特定之人返還不當得利。

²⁴ 例如最高行政法院 92 年度判字第 1124 號判決「既成道路之土地，經公眾通行達一定年代，應認已因時效完成而有公用地役關係之存在，其所有權雖仍為私人所有，亦不容其在該公用道路上起造任何建築物，妨害公眾之通行，經本院著有 45 年判字第 8 號及 61 年判字第 435 號判例可循。」

²⁵ 本院釋字第 400 號解釋理由書第 3 段「公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認（參照本院釋字第 255 號解釋、行政法院 45 年判字第 8 號及 61 年判字第 435 號判例）。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災等）為必要。至於依建築法規及民法等之規定，提供土地作為公眾通行之道路，與因時效而形成之既成道路不同，非本件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然。」

²⁶ 例如最高行政法院 90 年度判字第 2283 號判決，司法院釋字第 400 號解釋理由中，就既成道路成立公用地役關係之要件定為……（略）。本件系爭土地縱如被告所稱申請建築時，原土地所有權人已同意提供作建築基地使用，配置為集合住宅之私設道路。但系爭土地申請建築執照時間為 68 年 8 月間，使用執照則於 69 年 1 月間核發，自是時起系爭土地作道路通行迄原告 84 年 7 月間於系爭土地上設置路障，不過十餘年，與前述判例及解釋所述要件不符，是否已形成公用地役關係非無疑問。

公用地役關係，係屬於既成道路因年代久遠而由時效所生之關係²⁷，此關係存在於人與物之間，而非物與物間之供需不動產所生之不動產役權(昔稱地役權)。是故所謂既成巷道經一定期間形成之公用地役關係，實際上係存在於行人(人)與道路(物)間之關係，性質上較接近於人役權或人役關係²⁸。人役權(Personalservituten)與地役權(Real-(Prädial-)servituten)，同屬於羅馬法上所謂役權(Die Servitut; servitutes)。之後，為法國及德國等之民法所採行。因我國民法立法之初，參考日本立法例，當時有謂東亞國家非如歐陸國家具有

²⁷ 最高行政法院判決中，於判斷究須經公眾通行達若干年代，始足取得公用地役關係時，有類推適用民法物權編取得時效相關規定，為認定公用地役關係取得時效之年限。例如最高行政法院92年度判字第1124號判決，至究須經公眾通行達若干年代，始足取得公用地役關係，司法院釋字第400號解釋理由僅謂「應以時日久遠」，而未指明確切年代。於此，即應類推適用民法第772條、第769條及第770條規定，為認定公用地役關係取得時效之年限。

²⁸ 有關人役權之論述，參照謝在全，前揭民法物權論(下)，頁15-17，我國仿日本民法之例，認無人役權之習慣所以不予採取，僅設以土地為供、需役之對象而設地役權制度。嗣於2010年民法物權編修正時，擴大為不動產役權，固可補地役權適用範圍較為狹隘之問題。惟在法律及實務運作上，不乏人役權色彩之權利出現。例如典權對他人不動產得為廣泛之使用收益，民法第1204條規定用益權遺贈，以及森林法第20條所定「森林所有人因搬運森林設備、產物等有使用他人土地之必要，或在無妨礙給水及他人生活安全之範圍內，使用、變更或除去他人設置於水流之工作物時，應先與其所有人或土地他項權利人協商；協商不成或無從協商時，應報請主管機關會同地方有關機關調處；調處不成，由主管機關決定之。」，依該森林法規定，森林所有人可能取得使用他人土地或水流供作物之權，此權利與前述權利均具有人役權之性質。又2010年之民法修正，以人役權大抵可依使用借貸或租賃等債之關係解決，而未加採行，前揭書認為其不無憾焉。此論點值得下次修正民法物權編時參考。

人役權之習慣，故未明文承認。²⁹現行民法物權編第 757 條既已修正，得由習慣創設物權³⁰，雖實際上是否有何種物權可能成為習慣上物權，我國學說及實務上不無質疑存在。惟既然法律明定習慣(有稱習慣法)得以創設物權，本號解釋涉及之人役關係(人役權)，可能是其適例。

另有關地役關係，舊民法稱地役權，修正民法已改稱為不動產役權，故嚴格言之，公用地役權應改稱「公用不動產役權」或公用役權。³¹再者，從物權本質而論，不動產役權

²⁹ 參照 Kaser/Knütel, Römische Privatrecht, 20. Aufl., München: Beck, 2014, §28 Rn.3.) 在人役權方面，內容為用益權、使用權及住居權。德國民法第五章標題稱役權(Dienstbarkeiten)，對於物、權利及財產之用役權，係屬一般人役權，即前述羅馬法之第一種用益權。至於前揭使用權及住居權，則以限制人役權(beschränkte persönliche Dienstbarkeiten)稱之。故有認可謂有羅馬法之精神，而無羅馬法之形式也。至東亞各國，無人役權之習慣，學者認人役權足以妨害經濟之發達，故僅有關於地役權之規定。(參照黃右昌，民法鈎解 頁 267-268。)惟另持不同見解者，認民間有指定某項田地之收益作為養老之費用(俗稱養老田者)。此外有以房宅為標的物者，權利人至於死亡為止，於不處分房宅之限度內，得為使用收益，以保障其晚年生活，按其性質，有認其實係一種人役權。民法不予採用，未始非一缺憾。(參照張企泰，民法物權論，大東書局，頁 113。)另有類似說法，認不動產物權化，雖有助於利用人，然此尚為不足。於此，用益權及限制的人的役權之制度，似不無利用之價值。參照史尚寬，物權法論，台北：作者發行，民國 64 年 7 月臺北 4 版，頁 200-203，其認羅馬法有關人役權，除前述三種外，另有第四種為奴隸及動物使役權，請留意之。

³⁰ 有關習慣法形成之物權，參照謝在全，民法物權論(上)，台北：作者發行，103 年 9 月修訂 6 版，頁 34-41。

³¹ 在公用地役關係之成立要件之探討時，有認為其不以有需役不動產為前提，性質與民法之不動產役權完全不同。於審酌其成立要件時，應嚴加適用。參照謝在全，前揭民法物權論(下)，頁 21-23 註 5 及註 6。以上見解，值得留意。另有認我國法並不承認人役權之概念及其物權上地位，故性質上較難將公用地役關係，與民法上現有

係供役不動產(供役地)與需役不動產(需役地)之不動產(土地)間所生之關係。如前所述，我國民法並不認為人役權屬法律所明定之物權種類，現如以人役權稱之，故有違反物權法定原則之疑慮。但如從物權之概念及分類，就既成巷道而形成之人役關係，具有一定期間之社會慣行存在，並如能形成法之確信，且不違反公共秩序或善良風俗(民法第 1 條及第 2 條參照)，則可能使人役權符合習慣創設物權之要件，亦即將之認為一種習慣物權，並藉以人役關係，重新正名與界定公用地役之意義及內容。當然，本號解釋延續通說，將公用地役關係認屬公法關係，固無可厚非。惟從上述可知，縱使強調其作為公眾行走之道路而具有公用性，但如繼續肯認該法律關係，在我國實務或法規上宜就公用地役權或公用地役關係重新定性。至於此應使用何種法律用語，固屬立法形成之自由或立法裁量範疇。惟未來是否將其稱為公用不動產役權或關係，甚至改稱為公用人役權或類似用語，尚待更多討論，以期形成共識。

四、從法院等價及公法與私法互補功能觀點展望未來

以本號解釋之原因案件而言，所涉及之爭議，係民法第 767 條第 1 項中段除去妨害請求權及前段所有物返還請求權，其性質原本就是私法關係(所有權關係)所生之物上請求權，顯屬民法之請求權，實不待本院解釋予以定性。惟其中可能

物權類型相比較，此說固有所立論，值得比較參考。惟此亦認為有關公用地役關係或物權之定性，的確仍需要時間討論，使學界及實務界逐漸形成共識。此外，在我國民法物權編修正時，既已承認習慣可創設物權而跨出劃時代一步之際，或許正是我們再思考此一民法制定之初，雖認無此人役權之習慣，但時至今日，宜重新找尋其在物權體系上定位之契機。

涉及前述公用地役關係(或公用人役關係)之爭議，由於國內通說認屬公法性質，應由行政法院審理，遂引發法院受理權限之爭議。惟如前所述，於個案可能隨所採不同訴訟標的理論及公法與私法區別標準，而異其定義及內容，導致不同的認定結果。特別是公法與私法區分，現仍難有放諸四海皆準之區分標準。本號解釋認本件聲請應由普通法院審判，固可就本號解釋原因案件之個案救濟上審判權衝突，提供最直接之解決途徑，值得肯認。惟因本院解釋性質上具有抽象規範之一般性效力，於本案中，因聲請人亦主張其訴之請求應普通法院審理，所以本號解釋之結果，符合聲請人之本意，較無爭執。反之，設若聲請人訴請政府機關剷除土地上鋪設之柏油並返還土地，同時主張其他公法上請求(例如公法上侵害結果除去請求權或不當得利返還請求權等)，且堅持系爭事件係屬公法上之爭議³²，此時之審判權歸屬，是否應改由行政法院審理。於此情形，如不考慮當事人主張之民法第 767 條

³² 於此有關公法上請求權，可能涉及對造所提出公用地役關係之抗辯或反訴，或原告提出侵害結果除去請求權或公法上不當得利請求權之備位聲明。又實體法上公法侵害結果除去請求權(die öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch)，係由法院判決及學說對直接可歸責國家之不法侵害之賠償責任，而發展出之公法上請求權，解為公法上爭議，由行政法院審理。為簡化其主張程序，結果除去請求權得予撤銷訴訟一併提起，並法院得就兩者同時作出判決。(參照德國聯邦行政法院法第 40 條第 1 項規定)(參照 Papier/Shirvani, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, BGB § 839 Rn.80-87.) 有將之類推適用德國民法第 1004 條(妨害除去及不作為請求權)(其中部分規定類似我國民法第 767 條第 1 項中段妨害除去請求權)及第 812 條第 1 項(不當得利之返還請求權)規定。(參照 Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 33. EL Juni 2017, VwGO § 113 Rn91.)另公法上不當得利請求權，有稱之公法返還請求權，可參照我國行政程序法第 127 條。

第 1 項前段及中段之請求權，性質上係民事實體法上請求權，而僅因訴訟主體涉及公權力主體，即認其係公法爭議，進而認定行政法院具有受理訴訟權限，如此則不無商榷之餘地。

另從當事人提起訴訟之目的而言，在於期待法院為其解決法律紛爭，並受到法院公平審判與獲得及時有效救濟。若於法院進行訴訟審理之初，就因系爭案件之性質，究竟係公法或私法之爭議，影響當事人選擇其提起訴訟救濟途徑 (Rechtsweg) 或接近使用法院之機會，實不符法治國保障人民之訴訟程序基本權之意旨。另從法院之定紛止爭功能而言，各種不同法院審判權並無優劣之別，應予以等同評價(所謂法院等價)。

又從現行民事訴訟法及行政訴訟法之規定，將審判權衝突之最後解決途徑，偏向聲請大法官解釋。惟此一解決途徑，宜認為其係不得已之非常手段，畢竟非屬常態。換言之，或可事先由法院間協商，或先行受理之法院，闡明當事人之訴訟上請求(訴訟標的)之意旨，並宜尊重當事人之意思，判斷其是否繼續負擔審理之責。如須移送，經移送後，受移送之法院，基於法院之等價及相互尊重，並為保障訴訟當事人之程序利益，實不宜再以其無受理訴訟權限，而拒絕受理。因此，展望未來，先行受理法院或受移送法院，宜積極發揮其審判功能，先就系爭事件之性質，分別從公法或私法作為出發點，如公法有所不足，由私法補充之；反之，亦然。公法與私法兩者之間，宜發揮互補功能，不使之造成對立之障礙。如屬於請求權之競合時，除有先決問題須由其他法院先作出先決問題之判斷外，若多項請求權間屬相容併存

或競合者，宜由先行受理法院，認其有受理權限，使之負全部案件審理之責，並可避免法院裁判產生歧異。是故，處理所謂審判權之衝突，客觀上宜從法院等價及公法與私法互補功能之觀點出發，不宜執著於公法與私法區別及法院審判權歸屬爭議，而浪費司法資源。況且，本號解釋之原因案件，特別涉及民事請求權，因民事訴訟係採處分權主義，當事人在訴訟進行中扮演重要角色，如忽視當事人主觀上所提出訴訟標的之主張或陳述，難免有違民事訴訟本質及原則之疑慮。因此，在法院決定其有無受理訴訟之權限時，如亦能充分探求當事人提起訴訟之真意，則較符合憲法保障訴訟當事人程序基本權之意旨。