

司法院釋字第七五八號解釋

不同意見書

許宗力大法官 提出

本件解釋原因案件之原告以桃園市政府未經其同意，逕於其所有土地鋪設柏油，供公眾通行，侵害其土地所有權，根據民法第 767 條前段與中段，向桃園地方法院提起民事訴訟，請求被告桃園市政府剷除柏油，返還土地。桃園地院認原告之請求實質上涉及公用地役關係存否之爭議，屬公法事件，乃以裁定移送台北高等行政法院。台北高等行政法院認本件涉及公法上結果除去請求權，乃向原告闡明可變更訴之聲明，改依行政訴訟法上一般給付訴訟請求返還土地，惟原告仍堅持其請求權基礎為民法第 767 條。台北高等行政法院認原告既不變更訴之聲明，其就欠缺審判權，但又無法將案件移回桃園地院，乃依行政訴訟法第 178 條向本院就審判權究應由普通法院或行政法院行使，聲請統一解釋。

本件解釋多數意見認：「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。」其背後理據乃本件原因事實涉及民法第 767 條之物上請求權以及行政法上之結果除去請求權兩者之競合，該競合之二請求權一為私法關係，一為公法關係，民事普通法院與行政法院分別具有審判權，而權利人有權選擇行使那一請求權，並依其選擇行使之請求權之法律性質向普通或行政法院提起訴訟，受訴法院必須尊重，不得因攻擊防禦方法涉及非屬其審判權所及之法律關係爭議，而拒絕審

理。

多數意見所持見解有「先到先磨」，讓審判權問題儘速確定，以及展現司法二元體制下法院依然等價之理念，無論從訴訟權之保障所強調之權利的迅速、及時救濟，或是提升程序之效率、避免訴訟資源浪費等觀點觀之，均值得肯定，其實本席應無再多言之必要。惟為促進行政法學的進一步發展，本席願意嘗試從另一觀點，為多數意見與通說（如果多數意見是通說的話）提供一點點學術上之刺激。本席的主張是，本件原因事實其實並未涉及請求權之競合，而是單一的公法上結果除去請求權，因此普通法院將原因案件移送行政法院，應非無據，受移送之行政法院則應直接受理審判，不受原告堅持請求權基礎為民法第 767 條之影響，也毋須向本院請求統一解釋。所持理由如下：

一、訴訟途徑的問題，應依訴訟標的判定

按訴訟標的是訴訟上之請求，必須經由訴訟理由，進一步予以確認。法律爭議是何種法律性質，除了應依其訴訟上請求是否有理由之實體法上法規（請求權基礎）之法律性質判定，也應一併根據所有於請求權基礎範圍內應考慮到的法規範，作整體評價而判斷。特別在對抗國家高權行為的撤銷訴訟或其他防禦訴訟場合，其訴訟標的除了做為人民直接請求權基礎之法律關係外，還包括其所欲對抗之高權行為之授權依據的法律關係，雖然兩者要做整體之評價，但往往後者的份量遠高於前者，以致於在訴訟目的要求被告機關為一公法性質之高權行為（亦包括事實的高權行為）時，縱令其請求權基礎本身觀之是具私法性質，其訴訟上請求顯示出者，

依然是公法性質¹。據此，一般給付訴訟，其訴訟對象係涉及應歸屬於公法性質之行政事實行為者，應循行政訴訟途徑提起救濟²。例如當人民之財產權、名譽權或隱私權遭國家之高權行為侵害而提起防禦請求權的訴訟，請求國家停止或除去侵害，雖然該憲法所保障的法益也是民法所承認，其請求權基礎可能是民法規範，具私法性質，但既然所欲對抗的國家高權行為具公法性質，請求國家不作為（停止）或作為（除去侵害）本身也是具公法性質之高權行為，整個訴訟標的還是應判斷為公法性質³，也就是以侵害源的法律性質判斷訴訟標的的法律性質，較符合司法二元制的本意，否則由民事法院判令行政機關做成一定的高權行為，不管是行政處分或行政事實行為，終究與司法二元所要求專業導向與功能最適原則格格不入。以上是本席思考上的基本理路。

二、存有公用地役關係之土地係他有公物

公用地役關係乃私有土地但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（本院釋字第400號解釋參照）。該道路（私有土地）長期供公眾通行，因時效完成而存在公用地役關係，成為他有公物⁴。

行政主體亦因公用地役關係之存在而取得該道路之管理權，而本於此管理權，得為該道路鋪設柏油及整建，俾免

¹ Eyermann/Geiger, VwGO §40 Rn 31,32. 陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，第40條，邊碼31,32。

² Eyermann/Geiger, §40 Rn 80.

³ Eyermann/Geiger, §40 Rn 80.

⁴ 參見陳敏，行政法總論，9版，105年9月，頁1049。

於因管理有所欠缺，造成人民之損害，需負國家賠償責任⁵。上開鋪設柏油及整建等行為，屬事實行為，且因出於高權行使，屬性上屬公法性質之行政事實行為。

三、對行政事實行為之權利保護，可主張結果除去請求權

人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。憲法保障之人民基本權利，具有防禦權功能，人民於其基本權利受到國家侵害時，得請求國家排除侵害行為⁶。

公行政有應為之行政事實行為而不為，或不應為而為之，或所為之行政事實行為有其他違法情事，致侵害人民之財產權時，人民對該事實行為有「作為」或「防禦」（排除或不作為）之請求權。人民請求「作為」或「防禦」之行政事實行為，為公法性質者，在法理上成立應由行政法院審理之「作為請求權」或「防禦請求權」（Abwehranspruch）。其正確的訴訟種類，在請求行政機關為事實行為時，為一般給付訴訟；對違法行政事實行為的排除，人民具有可由憲法基本權利、民法第 767 條及第 962 條導出之「結果除去請求權」（Folgebeseitigungsanspruch），此一請求權之訴訟途徑亦為一般給付訴訟⁷。申言之，國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害事實即屬行政訴訟法第 8 條第 1 項所稱之「公法上原因」，受害人民得主張該行政事實行為違法，損害其權益，依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定提起一般給付訴訟，請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上給付，以排除該侵

⁵ 參見廖義男，國家賠償法，增訂版，82 年 7 月，頁 72。

⁶ 最高行政法院 99 年度 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議參照。

⁷ 參見陳敏，前揭（註 4）書，頁 633 及 1265。實務見解可參見最高行政法院 106 年度判字第 458 號、97 年度判字第 374 號及 95 年度判字第 1136 號等判決。

害行為⁸。

本件解釋系爭道路柏油之鋪設，影響聲請人其所在土地所有權之圓滿狀態，屬侵害土地所有權人之所有權，土地所有權人認其違法者，得向行政法院提起一般給付訴訟，請求排除侵害行為即除去該柏油而回復未鋪設之狀態。

四、人民提起一般給付訴訟，請求行政機關排除違法之行政事實行為，行政法院不因人民主張其請求權基礎為民法第 767 條而無審判權限

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。」民法第 767 條第 1 項規定：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」請求權之主體為物之所有人，請求權之相對人，則為任何對所有權為妨害之人⁹，包括私人，亦包括行政主體。

物之所有人，向其他私人主張民法第 767 條物上請求權，因所排除之事實行為應非屬國家高權之行使，屬私法上之爭議，故民事法院享有審判權限無疑。物之所有人，向行政主體主張民法第 767 條物上請求權，則應視其所擬排除之事實行為是否屬公法性質而定，如所擬排除之事實行為屬國庫行為（例如行政機關租用民宅租約到期不還），因非係國家高權之行使，此私法上之爭議，固仍應由民事法院審理；惟如所擬排除之事實行為出於國家高權行使之行政事實行為，例如

⁸ 實務見解亦持相同意見，參見最高行政法院前揭（註 6）決議。

⁹ 王澤鑑，民法物權第一冊，3 版，1993 年 3 月，頁 150。

行政主體基於公物之管理權而鋪設柏油，屬公法上之爭議，則應由行政法院審理之，與物之所有人單純主張結果除去請求權，或併為主張結果除去請求權之情形，並無二致。即使當事人還是主張其請求基礎為民法第 767 條，如前述，其訴訟標的除了做為人民直接請求權基礎之法律關係外，還包括其所欲對抗之高權行為之授權依據的法律關係，雖然兩者要做整體之評價，但往往後者的份量遠高於前者，亦即作為侵害源之鋪設柏油此一行政事實行為的公法性質的比重，遠高於作為直接請求權基礎之民法第 767 條，所以結論是訴訟標的依然應定性為公法性質，而由行政法院審理。

五、現行行政訴訟之訴訟類型齊備，人民可向行政法院提起一般給付訴訟

往昔行政訴訟之類型僅有撤銷訴訟一種，人民如欲提起給付訴訟排除行政事實行為對所有權之侵害，僅得向民事法院請求，從而亦僅得主張民法第 767 條。我國於 89 年 7 月 1 日行政訴訟法修正施行後，行政訴訟之訴訟類型齊備，人民可逕向行政法院提起一般給付訴訟，排除行政事實行為對所有權之侵害。本件原因案件，人民起訴聲明請求被告機關應將其私有土地上之柏油刨除並返還土地，依前開之說明，其屬公用地役關係存否之公法上之爭議，此際，人民基於憲法財產權保障之防禦功能即得請求法院判決命除去此侵害，不應因人民僅引民法第 767 條為據，反將事件拒絕於行政法院大門之外。