

釋字第 758 號解釋不同意見書

羅昌發大法官提出

本件涉及地方政府行使公權力侵害人民土地權利之爭議，其審判權究應由普通法院或行政法院行使之統一解釋。

原因案件之原告（下稱原告）於普通法院民事庭依民法第 767 條「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」之規定，提起民事訴訟。普通法院認原告係依據本院釋字第 400 號解釋，主張其土地之使用，不符公用地役權之要件，故原告實質上有確認公用地役關係不存在之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟；故以裁定將原因案件移送臺北高等行政法院。臺北高等行政法院受移送後，開始審理時，向原告闡明依行政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 條第 1 項。臺北高等行政法院因無法將該案移回普通法院，乃依行政訴訟法第 178 條向本院聲請解釋。

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。」固非無據，且有其實際上可行性；然本席認為，應有就本案所涉及的普通法院與行政法院管轄權劃分，提出不同思考面向之餘地。爰提出本不同意見書，說明如次：

- 一、本席曾於本院釋字第 695 號解釋提出協同意見書，說明：「我國審判體系，除法律另有特殊設計（如智慧財產法院）外，基本上仍維持二元訴訟制度。其審判權之區分，

除法律有特別規定之情形（如選舉事件、國家賠償事件及交通事件之訴訟由普通法院管轄）外，原則上係依『爭議之性質』為公法關係或私法關係所生，決定由行政法院或普通法院審判……。由於政府與人民往來型態以及法律規定內容愈趨複雜與多樣，愈來愈多的爭議究屬因公法或私法關係而生，甚難判斷決定。此為二元訴訟制度下必然發生的問題。」以及「由於某一爭議究屬因公法或私法關係而生，性質上有時甚難判斷，故在決定某類爭議的救濟管道時，自亦應同時將人民所可能獲得實質保障的因素納入考量，始符合憲法第 16 條賦予人民訴訟權的意旨，以使人民真正獲得程序上救濟的機會。」

二、本件於審查過程中，本席之部分同僚所提出之少數意見，認為所有權人起訴的主要意旨係在排除國家行使公權力之事實行為，屬於公法上之爭議，應由行政法院審理。本席認為此項見解較有說服力。

三、首先，在認定公法爭議或私法爭議時，有關應以當事人所主張之法律依據為準，抑或以事件之本質為準之問題，多數意見顯然係認為應以當事人主張者為準。故其認為，本件原告既然係依民法第 767 條第 1 項提起訴訟，自屬私法關係，而應由普通法院審判。惟本席認為，當事人之主張，固應為決定某一爭議之公法或私法屬性之參考因素，然決定審判權之劃分時，仍應就爭議或事件之本質，作為最核心之判斷基礎。否則將使我國法制下二元訴訟制度的設計，甚難預測且不確定；甚至造成諸多完全相同類型之爭議，有些由普通法院審判，有些則由行政法院審判的歧異結果。

四、本件情形，如探究事件之本質，其爭議實應屬公法性質，並較合適由行政法院審判，理由有四：

(一) 本件人民所挑戰之對象為地方機關之公權力行使：

原因案件之爭議係源自地方政府「行使公權力」(在私人土地上鋪設柏油路面供公眾通行)，並造成土地所有人受損害的結果。

(二) 本件關鍵及核心爭點為公權力之行使有無正當性：

蓋法院所須探究的「最核心問題」在於，究竟地方政府行使公權力是否於法有據；亦即，地方政府以鋪設柏油路面之方式所行使之公權力，是否係基於公用地役關係(即本院釋字第400號解釋所稱「私有土地而具有公共用物性質之法律關係」)，而有其正當性。此種問題，並非「單純」為「民事請求」之「先決問題」而已。

(三) 本件最終之救濟內容為除去公權力侵害：

蓋土地所有權人所期待獲得的救濟，本質上係要求行使公權力之地方政府，除去其公權力之侵害(即除去所鋪設之柏油路面，返還土地)。故其所請求之救濟，在本質上亦屬公法爭議。

(四) 處理私法關係之普通法院較不合適擔負命行政機關除去公權力侵害之職責：

確認公權力之侵害是否合法、要求行使公權力之機關除去公權力侵害之結果等，本質上既屬於公法事件，除法律有特別規定外，自較合適由行政法院做成決

定，而較不合適由決定私法關係之普通法院審判。此應為劃分二元訴訟制度之原意。

五、行政法院就本件是否「可能」作成實體之「原告勝訴判決」之問題：

- (一) 持多數意見之同僚所考量者或為：本件經臺北高等行政法院法官行使闡明權之後，原告仍然堅持依民法第 767 條之規定提出請求，其自然必須移由普通法院審判；否則其僅有將此「民事請求」駁回一途，反而不利於原告。
- (二) 就此，本席認為：本件之本質既為公法爭議，原告請求之本旨在於除去柏油之鋪設並返還，故雖其堅持引用民法第 767 條之規定，然由公法之角度觀之，其請求，實「相當於」行使公法上排除侵害或結果除去請求權。法官在闡明後，仍非不得依其情況，認定原告之請求，「即係」或「兼含」此種公法上請求權之意旨，並據以作成有無理由之裁判。如行政法院認為系爭土地並不存在公用地役權，自可在實體上，判決原告勝訴。

六、由當事人最終獲得救濟之機會而言：

- (一) 持多數意見之同僚所考量之另一因素或為：行政法院「可能」在見解上較為保守，較易傾向維護行政機關之作為；且行政法院原則上係採三級二審制，相較於普通法院原則上採三級三審制，後者對人民保障較高；又民法第 767 條並無土地所有權人必須「無重大過失」之要件，然針對公法上的排除侵害或結果除去請求權，有論者認為，請求權人必須「無重大過失」。

故相較之下，多數意見認為，由普通法院審判，對人民權益的保障較為有利。

(二) 然本席認為，人民對行政法院傾向維護行政機關之印象，實應儘速打破（此部分自然亦須行政法院法官共同努力）。特別是針對本件原因案件的爭議類型，本席並無任何跡象或基礎足以認為，由行政法院審判，會對原告較為不利。且三級二審與三級三審，係制度的設計，何者對人民的保障較高，實難一概而論；無法逕以行政訴訟採三級二審之設計，即認其對原告較為不利。

(三) 有關公法上的排除侵害或結果除去請求權是否應限於原告「無重大過失」，始能行使之問題，本席認為，並無任何法律或學理基礎，足認此種公法上請求權之行使，應符合原告「無重大過失」之要件。此項請求權在我國現行法下，雖無法律明文規定作為其直接之基礎，但其係基於民法第 767 條相同之法理而來；公法上此項權利之法理基礎既然由民法第 767 條而來，其要件自不應有所差異。本席實無任何理由相信，行政法院對於人民就其土地行使其排除侵害或結果除去請求權，對照人民行使民法第 767 條之權利，會對其較為不利。