

## 釋字第 787 號解釋不同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋理由認「臺灣銀行性質為私法人，非行政程序法第 2 條第 2 項所定義之行政機關，除有行政機關依法定程序將公權力委託其行使外，即無從取得擬制行政機關之地位（行政程序法第 2 條第 3 項及第 16 條參照）。臺灣銀行固基於其與國防部之約定，辦理退除役軍職人員退伍金優存事務與利息之給付事宜。惟其內容不外涉及優存戶開戶存款後，雙方之存款、利息計算與給付等，與公權力之行使無關。且國防部亦未另行將其法定權限之一部委託行使，非屬行政程序法第 16 條第 1 項所定公權力委託行使之情形，從而臺灣銀行並不因辦理給付退除役軍職人員退伍金優存事務，而取得擬制行政機關之地位。是退除役軍職人員與臺灣銀行所訂立之優存契約，性質上應屬私法契約。準此，本件因系爭優存契約所生請求給付優存利息爭議，屬因私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院宜蘭地院審判。」本席對此立論基礎及結論俱不同意。本席認為優存契約性質上應屬行政契約，從而因該契約所生請求給付優惠存款利息之事件應由行政法院審判，爰提出不同意見如下：

### 一、雙階理論有所不足，應兼採替代理論

對於公法與私法之區別標準，迄無定論。學者認依其區分之客體可以大別為二種面向，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 3 種理論。

<sup>1</sup>於法條定性所採用的考量因素，於事件性質的認定時，亦可

---

<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

加以援用，包括行政組織的屬性、國家（機關）與人民之間究屬上下或平等關係、行政機關的行為是否專由公權力主體為之等。除此之外，學者尚提出「傳統說」與「事務關聯說」以資補充。<sup>2</sup>可見公、私法間之區分並不絕對，亦非單採其中一說即可論斷，必須觀察各說綜合判斷。<sup>3</sup>

公行政如透過私法形式執行行政任務，應如何決定其性質？德國法學者於 20 世紀 50 年代，就公行政之給付補助行為，發展出所謂的「二階段理論」（雙階理論），對於補助之給與，包含對特定相對人是否給與補助之決定及實際給與補助二階段，其中第一階段為公法性質，應適用公法規定；第二階段則為私法性質，應適用私法規定。但該理論存有甚多足以影響法律安定之重大缺點，包括 1、將給與貸款補助之單一生活事實，割裂為公法及私法性質之二法律關係，分別適用不同之法律途徑，不僅產生不便，如行政及民事法院對行政處分及貸款契約之存否及效力，為不一致之處斷或認定時，更將產生無法解決之矛盾現象。2、在作成是否同意給與補助之決定時，即須決定重要之給付要件，以致第一階段與第二階段之區分，常有困難。3、第一階段與第二階段之關係，亦有疑問。因此，德國學說改採替代理論，亦即以「一階段法律關係」替代雙階理論者日增。替代理論下有「行政處分說」、「行政契約說」及「私法契約說」。<sup>4</sup>至於行政機關委託銀行或私法組織之金融機關從事付款之工作，則金融機關之角色為何，依替代理論，若金融機關僅執行付款工作，

---

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。

<sup>2</sup> 參李建良，公法與私法的原則（下），月旦法學教室第 6 期，頁 47，2003 年 4 月。

<sup>3</sup> 李建良教授亦同此見解，「各種區分理論之間並非處於相互排斥的關係，其毋寧只是『觀察角度』的不同，若偏於一端，趨於單相，勢必無法解決問題，因此，公法與私法的區別宜綜合各說予以判斷。」同註 1，頁 44。

<sup>4</sup> 參陳敏，行政法總論，頁 678 至 686，中華民國 105 年 9 月 9 版，新學林經銷。

則不外為國家之履行助手；若金融機關在貸款條件上具有某些決定餘地，才由金融機構、受補助人與行政機關間成立三角關係。<sup>5</sup>

本席認為不應將所有透過私法形式完成之給付行政僵化套入二階段理論，前階段必定是公法性質、後階段必定是私法性質，如此將單一整體的生活事實割裂適用法律、決定審判法院，不見得有助於紛爭之解決。本席認為應就給付行政之內容及執行方式整體觀察，前述「一階段法律關係理論」（即替代理論）以金融機關與受補助者簽訂契約時有多少之自主權力，以區分公、私法之理論，較能精確地定位本案優存契約之性質。

## 二、臺灣銀行對於優存契約內容之決定空間極小，完全依據政府之指示辦理，故其角色為國家之履行助手

（一）按退休公務人員優惠存款制度，依本院釋字第 717 號解釋，「其性質本為對公務人員於退休金額度偏低時之政策性補貼」，退休軍職人員之優存制度性質相同，是優存制度係國家為照顧早期退休金偏低之軍公教人員所為之給付行政措施。相關機關為給付行政時，可選擇以公法或私法之組織形式、行為方式，達成其行政任務。以私法組織形式進行政策性補貼，則金融機構與受補貼之退休軍職人員間所成立優存契約之性質為公法契約或私法契約，應視該金融機構對於優存契約之成立、條件與履行有多少決定空間而定。

---

<sup>5</sup> 德國學者 Hartmut Maurer 之見解為：「補助貸款大多由銀行或其他私法組織之金融機構參與其事，如金融機構僅從事付款工作，則不外為國家之履行助手，與行政機關為同意決定後，再由國庫收支單位自行付款並無不同，惟如於行政機關作成同意後，再由金融機構與受補助人締結貸款契約，金融機構並在貸款條件上具有某些決定餘地，則無法避免在前後二階段中，分別存有公法及私法之二法律關係，惟此際係由金融機構介入行政機關與受補助人之間，成立一『三角關係』，與僅由行政機關與受補助人參與形成之二階段有所不同」。同註 4，頁 686。

本件原告（即優存契約之存款戶）與臺灣銀行宜蘭分行簽訂「臺灣銀行股份有限公司優惠儲蓄綜合存款存戶約定事項」，即優存契約，自表面看來是成立消費寄託之民事契約，然而就優存契約當事人之選擇、內容之決定及其效果整體觀察，契約之主要內容均非由臺灣銀行與存款戶可決定，而完全依據政府機關訂定發布之行政規則或隨時可改變之指示而定，可見優存契約其實僅具消費寄託契約的外形，本質上是行政機關為給付行政之輔助工具，實質上並不具備契約之要素。更精確地說，優存契約僅是以契約外形作為基礎平台，承載履行行政機關給付政策性補貼之任務。其所承載之任務強大到已完全壓縮臺灣銀行與優存戶間締約形成之空間，致雙方之契約自由已所剩無幾。

優存契約之唯一目的是履行公法上之給付義務，臺灣銀行僅提供作為承載給付義務之契約外形，如利息結算日期（優存契約第 16 條）、存摺及取款印鑑遺失、滅失或被竊之處理（優存契約第 13 條）、同意銀行及財團法人金融聯合徵信中心等相關機構，於相關法令許可範圍內，蒐集、處理及利用存戶之個人資料（優存契約第 26 條）等一般存款契約均具有的條款，但這些條款均屬技術性、細節性之契約標準條款。而涉及優存契約之核心事項，如得辦理優存者之資格、存款金額、優存利息之計算等，雙方約定其完全依據主管機關訂定之行政規則辦理。

（二）就契約所負擔之使命或稱契約之目的而言，政府所訂定之行政規則內容直接進入契約條文，如「優存契約」第 18 條規定：「優惠存款依照中央主管機關所定優惠利率按月計付。……」「優存契約」第 31 條規定：「本約定事項如有未盡事宜，悉依有關法令及貴行相關規定辦理。」可見公權力之意旨已直接成為契約之最高指導，甚至已進入契約條文而變

更契約之本質。

(三) 尤有甚者，契約外之第三人，即主管機關可單方決定而直接改變契約之主要內容。「優存契約」第 10 條規定：「優惠存款之儲存如因法令或主管機關相關規定變更，致額度或利率之計算有所變動時，應從其規定辦理，貴行毋庸另行通知。」依該規定，主管機關可隨時任意決定存款額度及利率等消費寄託契約最主要之要素，而契約雙方均無置喙之餘地，甚至存款戶不必收到通知就發生契約條款變更之效果。可見名義上之契約雙方當事人並無主體性，真正的主體為主管機關，而且主管機關一方之意思就可以變更契約重要條款，不必通知契約之另一方。足見雙方訂立優存契約，並無任何自主因素。

(四) 優存契約之約定已變更消費寄託契約之私法本質

按一般銀行存款契約基本上是以寄託物即金錢作為主要標的之契約，於約定期間內產生一定之利息，不因存戶之死亡而影響契約之效力（僅生契約之當事人資格由繼承人繼承而已）。然而「優存契約」第 6 條規定：「優惠存款到期前，如遇存戶亡故，自亡故之次日起終止優惠存款儲存，該優惠存款即提前到期，不再依優惠利率計息，貴行並得將到期本息轉入活期儲蓄存款帳戶，並收回溢付之優存息。如有質借，貴行得先行抵償。」依該條規定，優存契約之存續以存戶生存為前提，顯示優存之目的係於存款戶（即退休公務人員）生存期間給予給付，其給付性質已非寄託物所產生之利息，本質係國家給付退休補貼金，顯現優存契約「屬人」性格強烈。此亦為優存契約具有公法性質之具體展現，已變更一般消費寄託契約之私法本質。

**三、臺灣銀行辦理優存業務，係受政府委託行使公權力**

臺灣銀行辦理公務人員退休金優惠存款業務是依據當時之公務人員退休法施行細則第 31 條<sup>6</sup>，由財政部以 49 年 10 月 31 日臺財錢發字第 07864 號函、銓敘部以同日臺特三字第 1713 號函會銜頒訂之「退休公務人員退休金優惠存款辦法」。故知臺灣銀行是以「政府金融機關」之身分，依財政部與銓敘部共同頒訂之行政規則辦理優惠存款業務，應認已依法令受政府機關之委託行使公權力。

臺灣銀行雖已於民國 92 年 7 月 1 日依據公司法及銀行法之規定改制為「臺灣銀行股份有限公司」，但目前仍為百分之百的公股銀行。本席認為臺灣銀行之公司化並不影響其辦理優存業務之性質，符合行政程序法第 16 條所稱之行政機關依法規將其權限之一部分委託民間團體或個人辦理，而依行政程序法第 2 條第 3 項規定，屬受託行使公權力之團體，於委託範圍內視為行政機關，故臺灣銀行與存戶間之優存契約，自屬行政契約。解釋理由以臺灣銀行為私法人且並未受託行使公權力為由，認定退除役軍職人員與臺灣銀行所訂立之優存契約，性質上屬私法契約，本席並不贊同。

#### 四、優存契約續存之通知方式涉及領取政府補貼金額之權利，具公法性質

本件原告主張系爭優存契約到期後，臺灣銀行僅以掛號郵件及市話語音信箱通知其未簽訂「續存通知書」，而嗣後臺灣銀行通知其因未辦理續存手續而無法領取優存利息，係依國防部函，準用考試院與行政院 100 年 2 月 1 日會同訂定發布之「退休公務人員一次退休金與養老給付優惠存款辦法」及教育部同年月日訂定發布之「公立學校退休教職員一

---

<sup>6</sup>該條規定：「(第一項) 退休人員支領之退休金自願儲存時得由政府金融機關受理優惠儲存其辦法由銓敘部會商財政部定之(第二項) 前項優惠儲存以所領一次退休金為限」。

次退休金及養老給付優惠存款辦法」。臺灣銀行既同時以優存契約及行政規則作為其決定之依據，而優存所爭議的是為期二年之優存利息，本質為政府補貼金額，其性質實為退休養老金額。故本席認其公法性質明顯，自應由行政法院審判。

**五、本號解釋理由「關於因私法關係所生之爭議，『原則上』由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，『原則上』由行政法院審判」之意旨**

附帶值得一提的，本號解釋理由依循本院釋字第 759 號、第 772 號及第 773 號解釋之理由，認「關於因私法關係所生之爭議，『原則上』由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，『原則上』由行政法院審判」。為何僅是「原則上」，而非「絕對」？本席認為審判權之劃分並非如此絕對，在我國目前二元訴訟制度下，原則上公法事件應由行政法院審判；私法事件應由普通法院審判，但「審判權錯誤」並非再審事由，且依民事訴訟法第 182 條之 1 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。」亦即當事人都願意由普通法院審判時，普通法院就取得審判權。而且過去曾發生下級法院已為實體審判之案件，上級法院對該案件之公、私法定性有不同見解，而將下級法院之判決廢棄，移送至另一審判系統之法院，本席認為如此造成人力、物力之浪費，應該避免。