

釋字第六九五號解釋不同意見書

大法官 林錫堯

按本件爭點在於，人民依國有林地濫墾地補辦清理作業要點（下稱系爭要點）申請訂立租賃契約（私法契約）被主管機關拒絕，人民如有不服，是否屬公法爭議？本席依相關法規與行政法法理，認該主管機關所為之拒絕，係屬私法上意思表示，整個處理過程主管機關根本沒有行使公權力，本件爭議自不屬公法爭議。茲詳細說明如下：

一、本件主管機關清理國有林事業區內濫墾地，其性質係屬私經濟行政，非屬公權力行政，且不因訂定系爭要點而改變其性質或賦予公權力因素，自無由認定本件屬公法爭議。

本件主管機關清理國有林事業區內濫墾地，本質上係屬國有財產之管理行為，人民如不配合，主管機關僅得本於私法上所有權人之地位，依法提起民事訴訟，並以判決為執行名義依強制執行法聲請法院強制執行，不能本於公權力主體之地位作成行政處分並依行政執行法自行強制執行，故其性質係屬私經濟行政，而非屬公權力行政。

主管機關雖訂定系爭要點，規定何種情形得與人民訂立租賃契約、何種情形應收回等內容，惟綜觀系爭要點內容僅七點（扣除首末條及解約規定，有關清理之規定僅共四點），

內容簡約，以主管機關如何清理為主軸，論其法律上性質，當僅係內部作業之行政規則（行政程序法第 159 條參照），期使各機關處理公平一致，僅具內部效力，對人民及法院均不生拘束力，自不因訂定系爭要點而改變清理國有林事業區內濫墾地係屬私經濟行政之性質。且綜觀系爭要點內容，亦無授予人民公權利之意義與目的，依「法規保障目的說」加以判斷，人民無從依系爭要點取得訂立租賃契約之公法上請求權。另系爭要點第五點雖規定：「補辦清理程序經林區管理處進行公告及通知後，由占用人於限期內前往轄區工作站進行申報，並經林管處會同工作站進行圖資套繪與現場查測後，交由林管處組成專案小組進行複審。」占用人雖可申辦，惟綜其意旨，仍基於清理之需要，要求占用人協力，法律上並無強制拘束力，尚不宜因有此一規定而逕認系爭要點有賦予占用人對主管機關享有訂立租賃契約之公法上請求權。

多數意見認本件爭議屬公法上爭議，其所持理由係以：補辦清理之目的在於解決國有林地遭人民濫墾之問題，涉及國土保安長遠利益（森林法第 5 條規定參照），故林區管理處於審查時，縱已確認占用事實及占用人身分與系爭要點及有關規定相符，如其訂約有違林地永續經營或國土保安等重大公益時，仍得不予出租。是林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為，仍屬公法性質，如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判等語。依其論述，僅因清理國有林

事業區內濫墾地涉及林地永續經營或國土保安等重大公益，即認其屬公權力行政，顯然誤解行政法將行政區分為「公權力行政」與「私經濟行政」之意義與標準。殊不知，凡百行政均在追求公益，而行政機關實現公益之手段則有公法行為與私法行為之別，因而有公權力行政與私經濟行政之區分，使其適用不同之法則與救濟途徑，此種區分乃法律制度之產物，並非屬先驗之存在。因此，公權力行政與私經濟行政之如何區分之問題，本質上是公法行為或私法行為之區分問題（如何區分，各種教科書或文章均有討論，此不詳述），係個案歸屬於公法或私法範疇之問題，必須就個案視依相關法規與行政法法理判斷之，且就個案如不能證明應歸屬於公法範疇時，宜推定屬私法範疇。但無論如何，不能僅因清理國有林事業區內濫墾地涉及重大公益，即認其屬公權力行政，否則將幾無私經濟行政存在之可能。再者，如依上述多數意見推論，林區管理處在與人民締結國有財產租賃契約之前之決定，係屬公權力行為，主管機關既已享有公權力，則當可行使此項公權力，作成行政處分命非法占用者返還土地，並依行政執行法自行強制執行，何須勞累本於私法上所有權人之地位，依法提起民事訴訟，再以判決為執行名義依強制執行法聲請法院強制執行。

多數意見上述說法，顯非出於行政法基本原理而提出認定本件屬公法上爭議之正當理由。而如依此方式運用於後續發生之案件，則舉凡人民依行政規則或其他法規向行政機關

申請為某種特定行為遭拒，不論所申請者係公法行為（行政處分、事實行為或其他行為）或私法行為，亦不論該法規內容與目的為何，凡有涉及重大公益者均屬公法爭議，顯未充分考量行政法有關公法行為或私法行為之區別標準與公權利等法理，而不當擴大公法爭議之範圍。且倘若人民提起行政爭訟，卻又因欠缺公法上請求權之依據而被駁回，徒增無意義之行政爭訟事件，對人民之權利保障並無實際功能，情何以堪？

二、本件主管機關所為拒絕訂定租賃契約之決定是否屬行政處分？

本件主管機關所為拒絕訂定租賃契約之決定，是否屬行政處分？此一問題之解答乃認定本件是否有公法爭議之重要關鍵，惟多數意見並未予以說明，似有意規避此一問題。最高行政法院 99 年度裁字第 968 號裁定則明白表示其非屬行政處分。

按關於行政處分之定義，行政程序法第 92 條已有明文。而行政機關對人民之申請予以表示拒絕者，是否為行政處分？其判斷關鍵，端在行政機關之拒絕是否構成一種「規律」(Regelung)。所謂規律，指行政機關經由單方之意思發生有拘束力之法律效果。其內含包括法效性與單方性。行政處分必須具有規律內容，故與單純的意思表示（因符合法律要件而依據法律發生法律效果，例如：公法上債務之抵銷、解除

契約、催告等)有別。規律之內涵例如：直接變更現有之權利、規定特定人之公法地位、形成私法關係、創設某特定法律效果之構成要件、證明某種特定資格、提供權利行使之法定證據方法、爭端之決定、具有行政處分性質之行政程序行為等¹。至於行政機關拒絕人民之申請，即在不依其申請發生法律效果，因此，拒絕申請是否為「規律」，應另循下列標準：如係申請作成行政處分，則行政機關之拒絕亦屬行政處分，例如：拒絕核發建築執照；如係申請實施事實行為，則行政機關之拒絕固多屬事實行為，例如：拒絕開闢道路。但亦當考慮其拒絕是否包含可構成「規律」之其他因素在內，例如：拒絕當事人申請閱覽卷宗，因申請閱覽卷宗係當事人在行政程序上得享有之權利，故拒絕其申請係一種行政處分²。本件係申請訂立租賃契約(私法契約)，主管機關所為拒絕訂定租賃契約之決定，除非因而侵害申請人之公法上權利，否則難認該決定係屬行政處分。而如上所述，申請人依系爭要點或其他法規規定，尚難認其享有訂定租賃契約之公法上權利，則如何能認定主管機關所為拒絕訂定租賃契約之決定屬行政處分，而非屬私法上意思表示？倘若不能認定主管機關所為拒絕訂定租賃契約之決定係屬行政處分，則又如

¹ 詳見林錫堯，行政法要義，2006年9月三版，頁225及其所引註解。學者亦有認為，所謂規律，係以設定、變更、消滅或拘束性確認權利、義務或法律上重要之事實、特徵為其標的之決定(Wolff-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 2007, Rn. 195.)

² Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, Verwaltungsrecht, 1998, Rn 204ff.; Ferdinand O. Kopp/ Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz(kommentar), 2010, § 35 Rn. 90.

何認定本件涉及公法爭議？其公法爭議之內容為何？多數意見對此未能說明，未來申請人如何提起行政爭訟？

三、多數意見錯誤的起點：

多數意見開宗明義以：人民依行政法規向主管機關為訂約之申請，若主管機關依相關法規須基於公益之考量而為是否准許之決定，其因未准許致不能進入訂約程序者，此等申請人如有不服，應依法提起行政爭訟（本院釋字第 540 號解釋參照）等語，為其論述基準。

上述多數意見開宗明義之論述，顯係基於釋字第 540 號解釋與兩階段理論而為。雖其為免陷入兩階段理論之爭議，而謂「因未准許致不能進入訂約程序者，此等申請人如有不服，應依法提起行政爭訟」，然既明白指出「因未准許致不能進入訂約程序者」，即係將整個過程割裂為兩階段，而以訂約前之第一階段之爭訟歸屬行政爭訟，甚為明白，何況引用釋字第 540 號解釋，何能規避兩階段理論之檢討？（多數意見亦有誤用釋字第 540 號解釋與兩階段理論之缺失，如後述）。

上述開宗明義之論述中所謂「人民依行政法規向主管機關為訂約之申請」，如依其立論，此種行政法規，應係指可使人民對行政機關享有為訂約之公法上請求權之規範而言。因此，如認系爭要點係屬此種行政法規，則應充分論證人民依系爭要點享有為訂約之公法上請求權才是。吾人試

問，系爭要點之規定內容具備上述條件否？

再者，上述開宗明義之論述以「主管機關依相關法規須基於公益之考量而為是否准許之決定」作為「應依法提起行政爭訟」之理由，而不問有無行使公權力？是否有公法上爭議？何來「應依法提起行政爭訟」之結論？殊不知行政法係公法，相對於私法則居於特別法之地位，故認為有公法爭議之存在者，必須加以證明，如不能證明，則應將之歸屬於私法爭議。而行政機關為任何行為，不論是公權力行為或私經濟行為，均應受現行有效行政法規之拘束，並不因某一行為應受行政法規之拘束，而逕認該一行為係公權力行為而屬行政訴訟範圍³；且行政機關所為行為，不論是公權力行為或私經濟行為，均與公益具有直接或間接之關係，均應考量公益，豈能僅以「主管機關依相關法規須基於公益之考量而為是否准許之決定」，而逕論有公法爭議或行使公權力之存在？又如何能推論「應依法提起行政爭訟」？多數意見於上述開宗明義之論述，顯已悖離行政法基本原理，而建立錯誤的論述基準。

³ Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, § 2 Rn. 64; § 17 Rn. 921.

四、本件情形不適用釋字第五四〇號解釋與兩階段理論，尤不因兩階段理論而使該主管機關所為之拒絕表示成為公權力行政。

兩階段理論係將法律關係之形成（如給付過程）區分為二個程序上階段：第一階段：決定是否行為（如是否給付）：屬公法行為（決定是否予以補助，並依據公法法規作成行政處分，以確定受益人及給付，例如：許可優惠貸款）。第二階段：決定如何行為（如何給付）：其行為方式可能是公法，也可能是私法（即以後續之私法上法律行為，決定具體之內容，例如：貸款利息及返還方式，實現補助之行政目的）。但兩階段理論並非用來區別公法與私法，其適用應以有區分兩階段之可能，以及從第一階段所依據之法規觀察，依公法與私法區別之法理判斷，可認該第一階段之行為係屬公法行為，為其適用之前提⁴，並非可毫無限制地適用。因此，不因兩階段理論而使該主管機關所為之拒絕表示成為公權力行政。反之，係因依相關法規與行政法法理判斷，可認其係屬公法行為，始適用兩階段理論。

兩階段理論雖有其實務上價值，可使人民對第一階段之公法行為獲得救濟，但亦普遍遭受批判，主要是兩階段理論之適用，可能將單一之生活事實割裂而分別適用不同之法則及救濟制度，有違反程序經濟、造成法律上不安定及權利保

⁴ Rolf Stober/Winfried Kluth/Martin Müller/Andreas Peilert, VerwaltungsrechtI, 2007, § 22 Rn. 55.

護上的困難等缺失⁵。學者更精確指出兩階段理論造成的疑義與困難大致如下：(1) 第一階段之行政處分如認應該訂定私法契約，甚而決定契約內容，等於以行政處分形成私法關係，則第二階段之要約、承諾喪失意義，此與生活事實有違。(2) 單一之生活事實割裂而分別適用不同之法則及救濟制度，造成混亂。(3) 兩階段難以區分，第一階段之行政處分可能涉及第二階段之契約內容。(4) 兩階段之關係為何？見解不一，有認為當第二階段締結契約時，第一階段之行政處分即失其效力；有認為於此情形，行政處分之效力繼續存在而影響第二階段之契約。因此，第二階段之契約履行涉及之法律問題，例如：利息或返還義務究應依公法或私法判斷？可能導致不同結論，而呈現矛盾。(5) 在解決爭議時發生法結構上之困難。如行政機關於作成第一階段之行政處分後不願締結契約，是否必須承認可依據行政處分發生締約強制？於行政機關與人民就契約內容（如利息如何計算）有不同意見時，如行政機關有違法或濫權，是否可依締約強制處理？又如行政處分係屬無效或已被撤銷時，契約之效力為何？不生效力、得解除、不生影響或其他？⁶基於上述種種，學者乃認為，原則上應採單一階段之法律關係，而反對兩階段理論普遍適用⁷。

⁵ Rolf Stober/Winfried Kluth/Martin Müller/Andreas Peilert, VerwaltungsrechtI, 2007, § 22 Rn. 56.

⁶ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, § 17 Rn. 14ff.

⁷ 除上二註外，另參照 Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, § 2 Rn. 64; § 17 Rn. 908.

準上所述，兩階段理論之適用，宜限於例外情形：即於法規明文規定分兩階段處理，或依法規規定意旨必須分兩階段處理之情形，始有其適用，例如：公法法規已特別規定由行政機關決定是否從事某一私法之法律行為（可能基於某種政策考量或為排除某種障礙，必須由行政機關先作決定）之情形⁸。

多數意見引用之釋字第 540 號解釋，恰屬以國民住宅條例為依據，而符合上述例外容許適用兩階段理論之情形。此觀該號解釋理由書所載下列論述自明：「國民住宅條例係為統籌興建及管理國民住宅，以安定國民生活及增進福祉之目的而制定（該條例第 1 條），並由政府機關取得土地興建及分配住宅，以解決收入較低家庭之居住問題（同條例第 2 條、第 6 條），其具體之方法係由政府主管機關取得土地、籌措資金並興建住宅，以收入較低家庭為對象辦理出售、出租、貸款自行建築或獎勵民間投資興建（同條例第 2 條、第 6 條、第 14 條、第 16 條、第 23 條及第 30 條等參照）。除其中獎勵民間投資興建之國民住宅，承購人與住宅興建業者屬於單純之私法關係，並無疑義外，主管機關直接興建及分配之住宅，先由有承購、承租或貸款需求者，向主管機關提出申請，經主管機關認定其申請合於法定要件，再由主管機關與申請人訂立私法上之買賣、租賃或借貸契約。此等契約係為推行社會福利並照顧收入較低國民生活之行政目的，所採之私經

⁸ Dieter Schmalz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998, Rn. 647ff.

濟措施，並無若何之權力服從關係。性質上相當於各級政府之主管機關代表國家或地方自治團體與人民發生私法上各該法律關係，尚難逕謂政府機關直接興建國民住宅並參與分配及管理，即為公權力之行使。至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果（參照國民住宅出售、出租及商業服務設施暨其他建築物標售標租辦法第 4 條）不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟，係另一問題。」

依上開所引內容觀察，釋字第 540 號解釋採用兩階段理論之所以為法理所容許，乃因國民住宅條例業已詳細規定，其相關程序顯可區分為兩階段，且依該條例有關規定觀察，足認第一階段具有行使公權力之性質，屬公法行為。是故，吾人不得依據釋字第 540 號解釋任意擴大適用兩階段理論，必須就個案所適用之法規規定內容，參酌上述法理，審慎適用，詳予分析論述，如不能依上述方法取得確信本件已具備適用兩階段理論之前提要件，自不能勉強適用該理論，以免陷入上述學者所論不能解決之法律上困境。

除上述開宗明義之論述外，多數意見又以：是林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為，仍屬公法性質，如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判等語。實係基於釋字第 540 號解釋與兩階段理論而為論述。

然而，多數意見顯有誤用釋字第 540 號解釋與兩階段理論之缺失。蓋本件情形與釋字第 540 號解釋之情形，顯不相同，系爭要點僅係內部作業之行政規則，與國民住宅條例之法律性質顯不相同，且系爭要點規定內容並無如國民住宅條例明確規定不同階段程序，亦無將清理程序區分兩階段處理之意旨，又無從依系爭要點推論出其中有行使公權力之性質（已如上述），故本件情形，既不能援引釋字第 540 號解釋，亦欠缺適用兩階段理論之前提要件。

綜上所述，多數意見既誤解釋字第 540 號解釋與兩階段理論之適用，斷章取義，憑空創造公權力行為，未能本於相關法規與行政法法理，務實思考是否有行政處分？何以有公權力行為？何以有公法爭議？人民提起行政訴訟之權源何在？人民提起行政訴訟可能之結果為何？復誤以為人民提起行政訴訟較能獲得保障，將原本由行政法院依法裁定移送民事法院審判，且經民事法院為第一審裁判之事件，復令其回歸行政訴訟程序，如此恐僅使當事人再度走入迷霧之中而已。更令人顧慮的是，如依此方式任意適用兩階段理論或援引釋字第 540 號解釋，恐將使更多案件陷入上述學者所論不能解決之法律上困境，對於人民、法院、行政機關徒增勞累，卻無益於爭議之解決與相關實體法理之發展。