

## 釋字第六九五號解釋不同意見書

法安定性原則之要求，乃是在任何一個法的爭論中，總要找到一個最終的結論。哪怕這個結論是不切實際的，亦然。

德國法學家 賴特布魯赫

### 大法官陳新民

本號解釋多數意見處心積慮為原因案件之當事人，獲得與行政院農業委員會林務局所屬的一個林區管理處，訂立租地契約之可能性，而作出認定該林區管理處拒絕與當事人訂立該租地契約之舉，為一不利人民之行政處分，以開啟該人民得進行行政爭訟之門。多數意見這種對人民救濟管道的重視，令人欽佩。

然而，這種救濟的途徑，如依「有權利，斯有救濟」之法諺，必以「有權利」受到侵害為其前提。本號解釋之事實，是否可以驗證出當事人（非法占用人）應當享有「當然可以租地」的權利？且此權利之實踐，具有強制性，從而具有公法之性質，行政機關（林區管理處）之拒絕，即具有行政處分之效力乎？此涉及到人民與政府簽訂土地租賃契約之法律定性，是否已經由傳統上認定的私法性質，轉化為公法性質？不可不深思之。

尤其本號解釋多數意見既然將行政機關拒絕簽訂應屬民事性質的租地契約，視為行政處分，即應遵循行政爭訟途徑解決爭議。但事後之簽約、關於履行契約、解除契約等契約之內容多數意見，雖未表示其為民事爭訟，應循民事救濟途徑解決，但由本號解釋理由書（第三段）處提及之：「是林區管理處之決定，為在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前行行為，仍屬公法性質，」，可知此乃典型的民事契約也。故行政法學上所稱的「雙階理論」，已獲本號解釋多數意見之肯認。

本號解釋多數意見此些立論，與本席對行政法學之認知有甚大之落差，本席歉難贊同。爰提出不同意見書如次，以略盡釋憲之責也。

## 一、 租地契約乃典型的國庫行政之私法契約

### (一) 國庫行政的私法契約

行政機關如果不以優越公權力的地位，而是代表國庫與人民進行民事行為，則屬於國庫行政，其所簽訂的契約，自屬於民事契約，已是行政法學之通論。

而本號解釋涉及到人民非法占用國有林地，事後臺灣省政府為了清理國有林地的濫墾地，於民國五十八年公告一個清理計畫，規定事後如有濫墾，將予以取締，剷除地上物，並收回土地。嗣後分別進行三次的補辦清理。

依照清理作業要點明白規定有一定之占用事實，得由林區管理處與之訂約，關於訂約的內容（契約書及表格等）皆由林務局訂定之。

這種國有土地的承租案件，並不鮮見，長年來，皆以此種租地契約，是屬於民事契約，因毫不涉及公權力的行使。此觀乎本院釋字第四四八號解釋：「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。」，已經說明地極為透徹。該號解釋且援引兩則行政法院的判例（行政法院五十八年判字第二七號判例及六十一年裁字第一五九號判例），來說明實務的見解並不違憲。

另外，本院釋字五一八號解釋也認為，即使是公法人的農田水利會，但關於「農田水利會所屬水利小組成員間之掌水費及小給水路、小排水路之養護歲修費，其分擔、

管理與使用，基於台灣農田水利事業長久以來之慣行，係由各該小組成員，以互助之方式為之，並自行管理使用及決定費用之分擔，適用關於私權關係之原理，如有爭執自應循民事訴訟程序解決。    」，顯見土地與相關之權益的爭訟，恆認定為民事事件之爭議也。

## （二）原因案件屬於行政私法的性質

誠然，本號解釋涉及到締約之一方為行政機關（行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處），而依循的母法—森林法，亦具有公法之性質；且行政機關為人民簽訂之契約的依據（如原因案件所牽涉之「國有林地濫墾地補辦清理作業要點」），亦屬行政規則，具有公法性質的色彩。在具體執行締約過程，行政機關必須依據一定的公益考量，作為裁量的依據    ，似乎都使該租地契約蒙上了公法的色彩。

也正因為行政機關可以作為民事關係的當事人。行政機關是一個有內部紀律、指揮監督的團體。其內部之執行任務、指揮監督及行事作為，都是公法關係，亦可以靠著各種行政法規（由法律至職權命令），以拘束各級公務員。一般屬於公法關係內之行為，固無庸論。即使在國庫行為（例如機關內部物品的採購規定），亦可由機關內部訂定一定行為準則。例如本號解釋關於國有地防止濫墾的清理作業要點，便是典型的內部規定。

因此，光以行政機關終非個人，亦非民事的法人，受到更多公法規則的拘束，但並不表示其所為之私法行為，便會變質為公法行為。

誠然，行政機關的國庫行為，亦有為達成公法之目的者。這種利用私法途徑，以達成行政目的之行為，行政法學稱為「行政私法行為」之概念，且形成通說。行政法學界之要區分行政機關的民事行為為一般國庫行政（純粹民事關

係)以及具有替代公法行為<sup>1</sup>、追求行政目的的行政私法兩種形式,乃著眼於後者這種行為模式,很容易讓行政機關有「遁入私法」(Flucht in das Privatrecht)之機會,利用民事契約自由原則—例如選擇締約相對人之自由、決定契約內容方式的自由—,而可能假公濟私地侵害平等權。因此,行政私法理念,乃將依法行政之概念導入之。使得、行政機關在為行政私法行為時,如同為公法行為時,都要受到法律與相關法規之拘束。而憲法所揭櫫的平等權,具有上位規範之位階,一樣可以拘束行政私法<sup>2</sup>。

我國大法官對此行政私法之概念,亦不陌生。大法官在本院釋字第四五七號解釋已經明白採納此一概念,及其應適用的平等權:「中華民國人民,無分男女,在法律上一律平等;國家應促進兩性地位之實質平等,憲法第七條暨憲法增修條文第十條第六項定有明文。國家機關為達成公行政任務,以私法形式所為之行為,亦應遵循上開憲法之規定。行政院國軍退除役官兵輔導委員會發布之「本會各農場有眷場員就醫、就養或死亡開缺後房舍土地處理要點」,固係基於照顧榮民及其遺眷之生活而設,第配耕國有農場土地,為對榮民之特殊優惠措施,與一般國民所取得之權利或法律上利益有間。受配耕榮民與國家之間,係成立使用借貸之法律關係。配耕榮民死亡或借貸之目的使用完畢時,主管機關原應終止契約收回耕地,俾國家資源得合理運用。主管機關若出於照顧遺眷之特別目的,繼續使其使用、耕作原分配房舍暨土地,則應考量眷屬之範圍應否及於子女,並衡酌其謀生、耕作能力,是否確有繼續輔導之必要,依男女平等原則,妥

<sup>1</sup> Maximilian Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2009, S. 91.

<sup>2</sup> 可參見:吳庚,行政法之理論與實用,增訂第十一版,第二十八頁及第三十三頁處。另陳新民,行政法學總論,修訂八版,民國九十四年,第四頁。吳志光,行政法,修正四版,新學林出版公司,二〇一〇年,第五頁。

為規劃。」

本號解釋多數意見在理由書中，既然點出了此出租國有林地事宜，乃具有「將違法墾植者導正納入管理，以進行復育造林，提高林地國土保安等公益功能」（解釋理由書第二段處），以及「按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（森林法第五條規定參照），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。」（解釋理由書第三段處）。都說明了主管機關的出租林地行為，不是一般民事契約，涉及純粹之經濟利益，而係具有一定，且法定之行政目的。因此符合行政私法的概念。故國有林地管理機關在遂行上述租地契約行為時，不僅受到相關法規之拘束，也要遵循憲法平等權的原則，其自由度已經受到相當大的制約，不復私法契約的當事人可比。

## 二、採取雙階理論的疑慮

### （一）體系正義的抵觸

本號解釋多數意見明顯採納了雙階理論之概念。誠然，其並非無所本。在理由書第一段已經援引了本院釋字第五四號解釋，關於國民住宅的承購問題，該號解釋已經承認了雙階理論：

「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四條）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。」

尤其是最後一段文字的敘述，顯然已為本號解釋多數意見所採納。

如以「體系正義」的原則而論，本院大法官解釋面對相類似案例，理應遵循之。如有不同見解，雖可更易之，但必須詳盡說明之理由（參見本席在釋字第六九四號解釋所提出之協同意見書）。在此，本號解釋面臨到兩件性質相近的前例，一為本院釋字第四五七號解釋認定為行政私法，從而應以全程民事關係論之；另一則為本院釋字第五四號解釋的雙階理論。本號解釋多數意見未對於不採前者之見解，有任何的說明，而逕採後者之見，恐亦違體系正義之虞。

如比較上述兩號解釋前例之原因案件性質，似乎本院釋字第四五七號解釋的原因案件，與本號解釋原因案件較為接近：都是涉及到人民承租公有土地，且該承租係履行履行一定的公法上義務。而釋字第五四號解釋，則偏向於不動產的承租、承購與貸款，涉及到解決低收入戶家庭居住的問題。此處多半涉及到所有權創設取得，性質與單純的土地承租有間。

## （二）雙階理論的缺憾

雙階理論在一九五六年，由德國名教授依甫生（H.P. Ipsen）提倡以來，雖然在學術界頗獲讚譽，也認為可以對某些行政行為，例如給予津貼的行為，賦予合理解決訴訟爭議的途徑。但是這個理論也廣受學界的批評，例如：

第一，這是一種擬制性的想法，把類似公權力給予人民

津貼補助的行為，切割成分別具有公、私法性質的兩個階段行為。這種切割，在立法上很少出現。立法者在規範一個行為時，法律應當明定其為公法或私法，如果造成這種兩階段的現象，一定是始料未及的。如果要採行，一定要特別立法，這是少數的例子。不僅德國少見，我國亦僅有政府採購法明白採納這種理論。

第二，此理論分割成兩個不同的法律領域(公法與私法)及兩個不同的法律救濟途徑。如果行政法院或普通法院，對同一事件之法律見解互異時，反而使問題變得複雜，徒然治絲益棼。

第三，把現實的行政案件過度的簡單化。依雙階理論，行政機關於第二階段之給付人民津貼，即國庫行為，雙方即有形同債權債務的私法關係。但是給付之後，並不必然產生民事關係，可能會產生另一種關係，例如接受公費而成為公立學校學生，會與行政主體產生公法關係。所以，民事關係只是針對單純的金錢、技術等給付部份而言，至於其他因一方給付而產生其他之公法關係仍可由相關之公法法規來予規範，本理論就並不一定完全適用。所以，人民接受給付後，並非只剩下國庫行為之關係，公法的給付之訴，同樣可以作為行政機關請求人民返還給付之訴訟途徑。而且，若行政主體接受申請，並允給津貼後，發現申請要件不符或欲撤回許可並索回已支付之補助，依雙階理論前者，應適用對授損益行政處分、屬於公法性質的撤銷及廢止規定，但對索回補助卻是民事性質的解約問題，但依行政法即可為給付之訴，何苦再行民事訴訟之途徑？

第四，第一階段和第二階段的界分亦非十分容易清楚。特別是當行政機關在為給予補助之決定時，也會對如何給予之「條件」——如利息的計算、支付方式、對補助成果的監督——，加以決定。此時是在外表上固然屬於行政機關的單

方決定（行政處分），但其實卻是如同契約議定之條款（此在第二階段視為人民的同意履行之契約），不可能不先獲得人民之同意，或不與人民進行類似締約前的協議。

第五，在法律救濟方面，人民未獲津貼補助許可時，因可利用行政救濟方式，請求審查行政機關之處分是否合法，即可提起。訴願及提起「應為處分」之訴，請求行政機關為許可給予津貼之一決定。但由於實質上是要求行政機關於「日後」和人民締結私法性質的契約法律關係，故為了「避免日後爭議，行政機關必須在此決定（處分）的內容上獲得人民之合意。但如果雙方在此內容上存有嚴重歧見（如利息多寡），人民所提起的行政救濟，雖有類似「強制締約」之意義在內，但其實益性頗值懷疑<sup>3</sup>。

因此，雙階理論是一種特殊的理論，可以用在少部分且較為單純之案件。學界也逐漸認為應當盡量少用此理論為宜<sup>4</sup>。我國政府採購法實施此一雙階理論，也引發不少爭議<sup>5</sup>，例如政府採購法適用民法的規定，範圍何在？是否及於其他行政契約？故雙階理論的硬性劃分，已被學界廣泛質疑有無繼續存在的價值？本號解釋多數意見替此不夠周延的學理背書，是否妥適？恐有待斟酌矣！

**（三）林地管理機關拒絕締約的意思，並不可定性為「給予人民不利之行政處分」**

整個租地契約都應當視為民事契約，從而全程適用民事法規及循民事救濟途徑。林地管理機關拒絕與人民簽締結租地契約，既然已經受到了甚多公法法規與原則之拘束，其濫用締約自由的危險性，已經大幅下降。其拒絕與人民締約，不論出於何種動機或公益之考量，是否都可以論定為行政處

<sup>3</sup> 參見陳新民，前揭書，第四十六頁處。

<sup>4</sup> 吳庚，前揭書，第四四四頁。

<sup>5</sup> 可參見：羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照出版公司，二〇〇四年二版，第七十六頁以下。

分，亦即應依據訴願法第二條，對人民申請案件，行政機關有應作為而不作為時，人民得提起訴願。這種擬制的、對人民不利益的「消極行政處分」，是以人民擁有法定申請權為前提，從而行政機關即有「答覆准否」的義務。也因此，產生了一定的「答覆法定期」，如法令未明定時，則自機關受理申請的二個月內為該法定期（訴願法第二條）。

問題即在於違法占有國有地之占有人，是否依相關法律（森林法）已經取得法定之承租權？亦或是由行政機關內部公佈的清理要點，已取得強制性質的承租權利？從而林地管理處必須在「最遲二個月內」，給予要否簽約的答覆？

消極行政處分是行政機關「態度不明」，不知行政機關要否給予人民有利或不利的行政決定，且具有公法性質。但本號解釋原因案件，則是行政機關「態度明確」的給予人民「不利的決定」（不願與之締約），從而援引訴願法第二條的擬制「消極行政處分」（視為不利之行政處分），顯然不合訴願法對於消極行政處分的定義。同時，人民可申請獲得行政機關的答覆，且為一定的行為，是乃行政機關已有作為之義務，即無「決定裁量」之餘地<sup>6</sup>。而本號解釋原因案件的主管機關既然可以經過公益考量，對於符合規定之占用人，亦可不予簽約（本號解釋理由書第三段），即擁有決定之裁量，故顯然又與擬制消極行政處分的情形不同。

實而，行政機關這種不願締約的意思決定，仍屬於機關內部的意見，但其既然表現在外時，應當是屬於民事關係的拒絕締約。大法官如認為有引入「強制締約」的需要，以維護憲法位階的法益時，自可要求立法者在相關法律（如森林法等）中納入強制締約之制度。正如同其他私法中有出現「優先承購權」的法例一般<sup>7</sup>。

<sup>6</sup> 李惠宗，行政程序法要義，五南圖書公司，二〇〇二年，第二七三頁。

<sup>7</sup> 就此而言，鑑於這些國有土地之占用人，乃非法占用者。有關機關不僅未追究其法律責任在先，

然而，大法官如不尋此途徑，釜底抽薪地解決行政機關不願締約的法律依據，反而要創設出一個行政決定的兩種性質：質言之，倘若行政機關表達願意締結租地契約時，則將視為民法的承諾，完全不具有公法之色彩—所謂的承諾式行政處分（Zusage）乎<sup>8</sup>？反之，一旦行政機關表達不與欲締結此一契約，反而視同行政處分。何以一個行政機關的意思表示，可以被其內容（贊同與否），而變換其公法與私法的屬性，也代表了雙方是否處於一方具有公權力的優越地位，而另一方則否的奇異現象？套一句通俗的形容：當行政機關說 YES 時，則扮演白臉的私法角色；當行政機關說 NO 時，即易為黑臉的公法角色。行政機關的「變臉」何其速也？

#### （四）人民救濟的管道唯有憑藉行政監督

如前所述，本號解釋原因案件屬於行政私法的性質，行政機關已喪失甚多締約自由。行政機關受到內部行政規定的拘束甚大，也表明行政內部監督體制的必要性。故人民如有認為行政機關不欲與之簽訂土地承租契約，乃不法侵犯其權利（包括不公平對待），自可以透過陳情的方式，要求行政機關發揮內部監督的效果。按陳情亦為我國行政程序法所制訂的一種制度，行政機關有依法處理的法定義務，自可以發揮一定的救濟功能。

### 三、 結論

本號解釋多數意見為了讓非法占用國有地之人民，能有簽訂租地契約之可能性，而作出本號解釋，其助民之心有之，但事實上能否達成目的，卻令人懷疑。既然人民並未獲

---

且後欲透過「清理政策」，轉以個案性質之民事契約行為，將此非法破壞國有林地的行徑，課以占有人一定的「林木復育」義務，俾使其免於遭受強制拆除地上物，以及返還非法林地的命運。故整個清理政策乃政府「施恩」的表示，純粹屬於土地所有人權限內的考量。質言之，非法占用人本即無「乞丐趕廟公」的強制締約權利可言。這些非法占用人，並不一定是社會上之弱者（由原因案件占用人曾將土地轉租給某娛樂公司使用，即是一例）。故締約與否的主動權乃應操在行政機關手中，非法占用人豈得因此清理政策之公佈，可以轉身一變，成為「必承租之權利人」乎？

<sup>8</sup> Maximilian Wallerath, aaO., S.368. 陳新民，前揭書，第三一一頁註二十五處。

得絕對有承租公有地之公法上權利，且行政機關擁有為公益考量之裁量權限，人民也很難在行政爭訟的程序中，獲得有利的結果。另外，即使行政爭訟獲得勝訴，行政機關被迫必須與人民訂立租地契約，此時，該契約乃民事契約，出租人享有極大的契約自由，可以在租地契約的條件中，訂立嚴苛且不利的條款，而使承租人望而卻步。因此，本號解釋所期待「締約強制」只發揮第一階段的公法「發動」功能，但重要的第二段民法「契約內容」則毫無招架之力。

同時，本號解釋多數意見有意不提出「雙階理論」之名，卻行此理論之實。然而此有意隱藏之用意，固然免生爭論，但難免也會招致「鋸箭法」之批評。故本號解釋作出後，相關的爭議，似乎也會在「須臾之間」隨之而至矣！更何況我國目前有甚多關於行政補助的政策，例如天災之後的重建貸款等，都仍透過各銀行以私法契約之方式，提供給需要補助之貸款人民，且行之有年<sup>9</sup>。如果本號解釋這種肯定拒絕給予貸款之決定，可視為行政處分時，日後各貸款銀行是否會面臨許多訟累乎？本號解釋多數意見有無思慮此可能產生的「骨牌效應」？如此貿然的援引雙階理論（且不顧行政法學者許多警告之論述），是否不免過於理論及理想化乎？

這兩種情形，也讓本席想起德國大學者賴特布魯赫（Gustav Radbruch）在一九四七年所說出的一句名言：「法安定性原則之要求，乃是在任何一個法的爭論中，總要找到一個最終的結論。哪怕這個結論是不切實際的，亦然。」。本號解釋多數意見這種必使非法承租人能實現締約希望之企圖，是否剛好已驗證這段不無揶揄之名言乎？

---

<sup>9</sup> 目前制度的好處，可使各受託銀行能夠利用現有的人力與設備，發揮貸款銀行的專業能力。蓋各銀行平日便有一套可行與公開的作業流程，提供債信查證、放款與清償事宜之準據。政府只需費心於財源的籌集事宜，其他執行任務，則交由各銀行，以其平日習以為常的私法契約方式來執行之。因此，更能夠把握救災救急的時效。如果將這種放貸事務改成公法上關係，從而讓銀行的放貸決定，視同行政處分，恐怕會遲緩此救災的時效。