

釋字第 772 號解釋部分協同部分不同意見書

黃瑞明大法官 提出

本席贊成本號解釋之結論，但不同意對聲請解釋系爭決議不予受理之決定，爰提出部分協同部分不同意見如下。

壹、協同意見部分

一、行政機關代表國庫出售公有財產，並非當然屬私法上契約行為，本院釋字第 448 號解釋不應拘泥於字面而為僵化解讀

系爭決議之決議文並未援引本院釋字第 448 號解釋，但最高行政法院庭長法官聯席會議於作成系爭決議前，係針對甲、乙兩說加以討論，甲說認應提起行政訴訟救濟，乙說認應提起民事訴訟救濟，表決結果採乙說。乙說引用本院釋字第 448 號解釋文，行政機關代表國庫出售公有財產，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。行政法院於審理相同爭點之案件，而以判決或裁定將案件移送至普通法院審理者，於判決或裁定理由亦多引用釋字第 448 號解釋¹。可見釋字第 448 號解釋確為認應採民事訴訟救濟者之主要依據。本號解釋不採取此見解，故有必要就釋字第 448 號解釋為何不可採提出說明。本席認為釋字第 448 號解釋不應解讀為凡是出售或出租公有財產者均非行政處分而屬私法上契約行為，而仍應視其出售或出租原因關係之性質而定。若屬「行使公權力對外發生法律上效果

¹ 參最高行政法院 103 年度判字第 552 號判決、裁字第 1522 號裁定及裁字第 1534 號裁定。

之單方行政行為」而簽訂出租或出售契約，縱然名為出售或出租合約，仍不改變其具公法上之性質。就此，本席認為解讀釋字第 448 號解釋，應注意下列二點：

（一）釋字第 448 號解釋之解釋標的為二件判例，其中行政法院 58 年判字第 270 號判例是針對人民主張租用或優先承購權是否存在之爭議，其爭議屬民法上租用關係或優先承購權是否存在的問題；另一為行政法院 61 年裁字第 159 號判例，是對於行政官署將公有土地租給人民之後，主張人民未自任耕作，故撤銷人民之承租權，產生解除租賃契約之爭議，其爭議屬訂定契約後，是否符合解除租賃契約條件之問題。以上二個判例涉及爭議之性質均屬民事爭議。因此釋字第 448 號解釋標的為優先權之認定以及政府是否有解約理由，如此爭議基本上是依據民法規定而判定，故釋字第 448 號解釋即據此認應屬普通法院審判。若因有該解釋即認所有行政機關代表國庫出售或出租公有財產均非行政處分，實係對釋字第 448 號解釋之內容作過度擴張之解讀。

（二）釋字第 448 號解釋作成於民國 87 年 2 月，當時行政訴訟法規定簡單，僅 34 條，行政訴訟只有一個審級。民國 87 年 10 月總統令修正公布行政訴訟法 308 條，司法院令定自 89 年 7 月 1 日施行故自 89 年 7 月 1 日之後，行政訴訟之制度與理論已作極大改善，與釋字第 448 號解釋時之時空背景已有很大不同，此於解讀適用釋字第 448 號解釋時，不應忽略。

二、依系爭規定讓售國有土地是否為國庫行為？

系爭決議認為相關爭議應提起民事訴訟救濟之理由包括：「（系爭規定）其規範目的在於私權回復，尚非基於公益

之考量」，就此本號解釋理由已指出「國家實施土地總登記，將上開土地登記為國有，為國家統治權之行使……具有強烈之政策色彩，……為公權力之行使。」說明依系爭規定讓售國有土地給人民具公法性質。另外系爭決議文主張私法關係之理由為「代表國庫讓售非公用國有土地予直接使用人，係基於準私人地位所為之國庫行為，屬於私法行為」，故依系爭規定所為之讓售土地是否為國庫行為亦應探討。依學者之研究，國庫行為分為三種：1、行政輔助行為 2、行政營利行為 3、行政私法行為²。本席認為系爭規定下行政機關所為之讓售不屬於前述二種已極明顯。唯一可能接近的是第三種給付行政，即「國家授予人民利益之行政行為」，但給付行政是國家為照顧或改善一般社會大眾生活，而供給人民水、電；為普及教育而設置學校、博物館，為照顧人民健康而設置醫院等措施³，與系爭規定係為出售特定不動產予特定人之行為顯不相符。本件顯非屬此三種國庫行為之一，系爭決議並未說明行政機關依系爭規定讓售國有土地之行為屬何種國庫行為。至於國庫行為是否就有契約自由原則之適用？第、3種國庫行為非常明顯絕無契約自由原則之適用（菸、酒價格豈能輕易漲價；油、電漲價引起多大的政治風波）。至於第1種之行政輔助行為通常應適用政府採購法，難謂有契約自由原則之適用，故系爭決議認為依系爭規定讓售土地屬國庫行為之理由亦難成立。

² 見許宗力著，基本權利對國庫行為之限制，載氏著，法與國家權力，頁3至7。

（一）行政輔助行為指行政機關為滿足日常行政事務所不可或缺之物質或人事上之需要，而與私人訂立私法契約之行為。（二）行政營利行為指國家以增加國庫收入為目的或為同時推行特定經濟或社會政策，而以企業家姿態所從事營利性質之企業活動。（三）給付行政，即國家授予人民利益之行政行為。

³ 見許宗力前揭書頁9。

三、由人民訴訟權保障之觀點，不應將人民依行政法規提出之申請定性為要約

系爭規定僅以一個條文作出原則性之規定，人民依該規定提出讓售國有土地之申請時，申請人身分、得申請讓售土地之範圍，應提出之證明文件為何，均無規定。為此財政部於90年1月11日訂定發布了「辦理國有財產法第52條之2讓售案件注意事項」（下稱注意事項），又於93年9月3日訂定發布了「審查國有財產法第52條之2讓售案件補充規定」（下稱補充規定）作為人民依系爭規定申請讓售時之審核標準。行政法院將案件移送至普通法院之判決，有主張「上開條文僅係規定得申請讓售土地之資格、要件，使符合資格、要件之人，取得請求讓售國有土地即為要約之地位而已」⁴。本席認為如此之定性在實務上將造成申請人之困難。按目前補充規定有6條，各條之下有許多款項，其中第6條共有29款。目前注意事項有16條，其內容包括直接使用人之認定，得讓售國有土地之範圍等，另外依據所申購土地之地點、所坐落的位置等規定主管機關應為之考量。補充規定第4條規定政府對申請人所提出證明文件之認定標準，包括課稅資料得否作為審認之依據（第3條），法院核發之謄本可否採認（第6條），日據時期戶籍謄本應如何審酌（第8條），甚至當地耆老出具之書面證明可否作為證明（第9條及第10條）等。這些認定均屬行政機關依法行政之範疇，須由公權力介入，無法由人民與行政機關單純以締約協商之方式解決。民事法院亦無法就這些爭點以協調之方式達成和解。

林俊廷法官研究審判權歸屬之爭議，指出「程序法上之

⁴ 最高行政法院103年度判字第552號判決。

審判權歸屬問題，應以能否實現人民憲法上訴訟權保障作為重要之判斷基準，而非僅係於實體法上公私法性質如何區別」⁵確為的論。因為系爭規定並未如郵政法第 19 條或電業法第 47 條有強制締約之明文規定，故將人民之申請定位為要約，而國有財產署得以契約自由原則拒絕締約，實不利於人民憲法上訴訟權之保障。

四、審判權之爭議不應拖延訴訟而增加人民不必要之負擔

由本件聲請案原因事件審理過程可以看到行政與普通法院間有關審判權之爭議已嚴重遲滯申請讓售國有土地事件訴訟程序之進行。

本件申請讓售國有土地人（下稱申請人）於中華民國 98 年 11 月申請承購國有非公用土地，國有財產局於 101 年 1 月註銷申購案（實即駁回），申請人向臺北高等行政法院（下稱北高行法院）提起行政訴訟，北高行法院於 101 年 6 月以無審判權為理由，以裁定將之移送臺北地方法院，申請人提起抗告，最高行政法院於 101 年 10 月廢棄原裁定，裁定應由北高行法院更為裁判，北高行法院於 103 年 1 月作出實體判決，駁回申請人之聲請，申請人不服，提起上訴，最高行政法院改變見解，於 104 年 7 月以無審判權限為理由廢棄原判決，移送臺北地方法院。臺北地方法院認審判權應屬行政法院，因此於 105 年 11 月裁定停止訴訟程序，向本院聲請解釋。本院於 107 年 12 月作出本號解釋，認審判權應屬行政法院。距申請人於 101 年提起行政訴訟至今已近 7 年始確定由行政法

⁵ 見林俊廷法官，從大法官解釋實務觀察行政法院及普通法院之審判權爭議（上）、（中）、（下），載司法周刊第 1919-1921 期，107 年 9 月 21 日、9 月 28 日及 10 月 5 日。

院審理，這 7 年期間於法院系統間所進行審判權之爭議，對當事人而言，實為沒必要之時間與費用之負擔。

適時審判請求權已為憲法保障之訴訟權內涵之一，遲延審判可能產生國家責任已成為學者研究之對象⁶。我國審判體系應就行政法院與普通法院間審判權之爭議設計出更有效率之解決機制。

本席於本院釋字第 758 號及第 759 號解釋提出之協同意見書，認為區別公法關係或私法關係而分別定由行政法院或普通法院有審判權，僅具法院審判行政分工之目的，不應因此拖延訴訟。審判權之定性與實體法中公法或私法之爭議應有所區隔，有關公法關係或私法關係之區別在實體判決中作為判決理由即可，無須影響審判權之決定，另應儘速修法就法院間因審判權爭議限於第一審判決前為一次移送，而不應於上訴審復行爭議，其主要理由於本案亦可適用。

貳、不同意見部分

本席認為應受理對系爭決議之解釋聲請

聲請人請求本院解釋之標的包括系爭決議，本號解釋認為此部分之聲請不應受理，因為「系爭決議乃最高行政法院為統一法令上之見解所表示之法律意見，並非法律，非屬法官得聲請解釋之客體」，因此不受理。此與本院釋字第 687 號解釋認為判例並非法官得聲請解釋之客體的立場相同，但二號解釋均未詳述理由，惟釋字第 687 號解釋有幾位大法官表達了不同意見⁷。本文基本上贊同上述釋字第 687 號解釋的不

⁶ 見陳瑋佑，適時審判請求權於民事程序上之侵害與救濟—試論民事法院遲延審判之國家賠償責任，載中研院法學期刊第 22 期，頁 143-202，107 年 3 月。

⁷ 請參見釋字第 687 號解釋許玉秀大法官、許宗力大法官、林子儀大法官以及李震山大法官之意見書。

同意見，認為最高行政法院之決議及判例得作為法官聲請解釋之客體。按判例及決議對於法官具有同等強大的拘束力，已到了法官必須遵從的地步，因此對於法官就判例及決議開啟聲請解釋之門，實有必要。本件若認係屬公法事件，應由行政法院審理，何不畢其功於一役，一併審查系爭決議並令其一併失效？惟若不願變更釋字第 687 號解釋見解，本件聲請與釋字第 687 號解釋亦有所不同，因本件聲請係針對另一審判系統（最高行政法院）「已適用」之系爭決議為聲請，釋字第 687 號解釋則是法官對於應適用之判例為聲請。故系爭決議已屬不同審判系統法院作成系爭判決之見解來源，應可一併納入審查範圍。