

司法院釋字第 758 號解釋抄本



司法院公布令·····	1
解釋文及解釋理由書·····	1
湯大法官德宗提出之部分協同意見書·····	4
林大法官俊益提出之協同意見書·····	7
許大法官志雄提出之協同意見書·····	20
張大法官瓊文提出，詹大法官森林、黃大法官昭元加入之協同意見書·····	25
黃大法官瑞明提出之協同意見書·····	32
詹大法官森林提出，陳大法官碧玉加入之協同意見書·····	37
蔡大法官明誠提出之部分不同意見書·····	42
許大法官宗力提出之不同意見書·····	58
羅大法官昌發提出之不同意見書·····	64
黃大法官虹霞提出之不同意見書·····	69

釋 解

司法院 令

發文日期：中華民國106年12月22日

發文字號：院台大二字第1060034027號

公布本院大法官議決釋字第 758 號解釋

附釋字第 758 號解釋

院長 許 宗 力

司法院釋字第 758 號解釋

解釋文

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。

解釋理由書

本件原因案件原告葉○○（下稱原告）以桃園市八德區公所（桃園市改制為院轄市前為桃園縣八德市公所）未經其同意即在其所有坐落於桃園市八德區之土地，鋪設柏油路面供民眾通行為由，以桃園市政府為被告，依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定向臺灣桃園地方法院民事庭起訴，請求桃園市政府剷除柏油路面並返還土地。惟該院以原告係依據本院釋字第 400 號解釋主張上開土地尚不符公用地役權之成立要件，隱含確認無公用地役關係之請求，屬公法關係所生

之爭議，應提起行政爭訟以為救濟為由，以該院 104 年度桃簡字第 860 號民事裁定，將原因案件移送臺北高等行政法院。前開民事裁定因兩造未於法定期間內提起抗告而告確定。臺北高等行政法院受移送後，分案編號為該院 105 年度訴字第 696 號。嗣該院第六庭（下稱聲請人）向原告闡明，其請求可能符合行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，或確認公用地役關係不存在，合併同法第 7 條返還土地之請求，惟原告仍主張其請求權基礎為民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，屬民事爭議。聲請人乃以原告係根據民法第 767 條第 1 項前段及中段規定起訴之明確主張，認為本件非屬公法關係所生之爭議，而為私法關係所生之爭議，應由普通法院審理，該院並無受理訴訟權限。聲請人以其就本件有無受理訴訟權限與臺灣桃園地方法院上開移送裁定所示見解歧異為由，依行政訴訟法第 178 條聲請本院解釋。核其聲請，合於司法院大法官審理案件法第 7 條第 1 項第 1 款統一解釋之要件及行政訴訟法第 178 條規定，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（本院釋字第 448 號、第 466 號及第 695 號解釋參照）。土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，核其性質，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。

查原告係本於土地所有權依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，起訴請求桃園市政府刨除柏油路面並返還土地，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院臺

灣桃園地方法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，亦不受影響。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發

湯德宗 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明

詹森林 黃昭元

釋字第七五八號解釋 部分協同意見書

湯德宗大法官提出

[1] 就臺灣桃園地方法院與臺北高等行政法院關於原因案件審判權歸屬之爭議，本解釋釋示：「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」（解釋文參照）。本席對此敬表贊同，並協力形成可決之多數。茲謹就前揭解釋文之意涵略作補充，以利適用。

[2] 綜觀本院有關審判權劃分之解釋先例，其要義可歸納為兩點：

- 1) 法律有規定者，從其規定（本院釋字第 297 號、第 448 號、第 466 號、第 540 號及第 691 號解釋參照）；
- 2) 法律未規定者，由本院依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。即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（本院釋字第 448 號、第 466 號、第 691 號及第 695 號解釋參照）。

[3] 原因案件之事實（被告桃園市政府未經原告同意，逕於其所有之土地鋪設柏油路面，供公眾通行，原告爰訴請刨除柏油路面，返還土地）涉及兩種可能的請求權：以民法第 767 條第 1 項¹前段與中段為基礎之「所有物返還請求權與妨害除

¹ 參見民法第 767 條第 1 項：「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。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之」。

去權」，以及以學說²與判決先例³為基礎之「公法上結果除去請求權」。兩者之要件與訴訟實施（如舉證責任之分配等）原不盡相同，然於請求權競合時，本應尊重權利人之選擇。茲因原因案件之原告經受移送之臺北高等行政法院法官行使闡明權後，仍堅持以民法第 767 條第 1 項為基礎，請求回復其土地原狀。本解釋爰釋示：「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」（前揭解釋文前段參見）。亦即應依原告之請求權基礎，判斷爭議之性質，而定事件之審判權。惟因涉及請求權之競合，前揭解釋文爰續謂：「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」（前揭解釋文後段參見）。例如，倘被告（桃園市政府）抗辯系爭土地已成立公用地役權，縱其屬公法關係所生之爭議，亦不影響前述審判權之判定（訴訟仍應由普通法院審判）。

[4] 所謂「兩造攻擊防禦方法」原為中性之描述，將隨原告主張之請求權而異其內容，故其亦可能涉及私法關係所生之爭議。以本件原因案件為例，倘原告以「公法上結果除去請求權」為基礎，提起一般給付之訴⁴，請求桃園市政府作成創

² 參見吳庚，《行政爭訟法論》，頁 340~341（第 8 版，105 年 9 月）；陳敏，《行政法總論》，頁 1265~1270（第 9 版，2016 年 9 月）；李惠宗，《行政法要義》，頁 630~631（第 2 版，2002 年 10 月）；陳清秀，《行政訴訟法》，頁 200~201（第 6 版，2013 年 9 月）；吳志光，《行政法要義》，頁 506~508（修訂第 8 版，2017 年 9 月）。

³ 參見最高行政法院 94 年度判字第 1708 號判決（「人民因其權利受公權力之違法干涉，而負擔不利之結果，應有回復未受不利結果前之原狀之請求權，此乃學說所稱之公法上之結果除去請求權。此項結果除去結果請求權，雖未見於我國行政法規之明文，惟其與行政程序法第 127 條所定之公法上不當得利返還請求權具有相同之性質，同有不容違法狀況存在之意義，應得以法理予以適用，而認許人民有此項請求權」）。類似判決並參見同法院 99 年度 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議、97 年度判字第 374 號及 101 年度判字第 983 號判決等。

⁴ 參見行政訴訟法第 8 條第 1 項前段：「人民與中央或地方機關間，因公法上原

除柏油之行政事實行為，以排除對其土地所有權之侵害，則因其性質屬公法關係所生之爭議，按本解釋之意旨，其訴訟即應由行政法院審判。倘被告（桃園市政府）抗辯原告對系爭土地並無所有權，縱其屬私法關係所生之爭議，亦不影響前述審判權之判定（訴訟仍應由行政法院審判）。是即，無論兩造攻擊防禦方法涉及公法或私法關係所生之爭議，均不影響本解釋「依原告之請求權基礎，判斷爭議之性質，而定事件審判權」之意旨。

[5] 末需附帶說明者，定審判權之目的僅為便利當事人開始遂行訴訟，與訴訟之結果並無必然關係。案件能否勝訴端視實體主張有無理由，而定審判權之歸屬則貴在有簡明可行之標準。至凡依本解釋意旨而有審判權之法院（無論其為普通法院或行政法院），於請求權競合時，對於兩造攻擊防禦方法（無論其涉及公法或私法爭議）有無理由，均應為實質審理，自屬當然。

因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟」。

釋字第 758 號解釋協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋係【依民法請求政府機關返還土地事件審判權歸屬案】。

本件原因案件原告，以桃園市八德區公所未經其同意即在其所有之土地，鋪設柏油路面供民眾通行為由，以桃園市政府為被告，依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定（下稱民法規定）向臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）民事庭起訴，請求被告刨除其所有土地上之柏油路面，並返還該部分土地。惟該院以原告係依據本院釋字第 400 號解釋主張上開土地不符公用地役權之要件，隱含確認無公用地役關係之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟為由，以民事裁定¹將原因案件移送臺北高等行政法院（下稱北高行）。前開裁定因兩造未抗告而告確定。北高行受移送²後，該院第六庭（下稱聲請人）向原告闡明，其請求可能符合行政訴訟法（下稱行訴法）第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，或確認公用地役關係不存在，合併同法第 7 條返還土地之請求，惟原告仍主張其請求權基礎為民法規定，屬民事爭議。聲請人乃以原告係根據民法規定起訴之明確主張，認為本件非屬公法關係所生之爭議，而為私法關係所生之爭議，應由普通法院審理，該院並無「受理訴訟權限」（下稱審判權）。聲請人以其就本件有無審判權與桃園地院上開移送裁定所示見解歧異為由，依行

¹ 該院 104 年度桃簡字第 860 號民事裁定。

² 分案編號為該院 105 年度訴字第 696 號。

訴法第 178 條規定聲請本院解釋。

本件聲請解釋之主要爭點如下：土地所有權人依民法規定請求刨除柏油路面並返還土地事件，縱攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議者，其審判權是否仍歸普通法院？

本席協力完成之多數意見認為，本件聲請，確有受理之必要，爰作成本件釋字第 758 號解釋：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。

對於本件聲請之解釋結論，本席敬表支持，然因解釋理由仍有值得說明之處，爰提出協同意見書，以為補充。

貳、本件解釋之特色

本件解釋有 2 項特色如下：

1. 重申本院釋字第 448 號、第 466 號及第 695 號解釋之意旨，依爭執事件之本質，性質上係私法關係所生之爭議，或係公法關係所生之爭議，以決定訴訟應由普通法院或行政法院審判。
2. 土地所有權人依民法規定請求事件，核其性質，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。

參、本件應予受理之理由及依據

一、本件應予受理之理由

本件普通法院依民事訴訟法（下稱民訴法）第 31 條之 2 第 2

項規定，認其無審判權而依職權裁定將訴訟移送至行政法院，裁定確定後，行政法院認其並無審判權，可否再裁定移送普通法院？此涉及普通法院之移送裁定對行政法院有無拘束力之問題。如採有拘束力說，本件聲請即有受理之必要；如採無拘束力說，本件聲請即無受理之必要。

詳析之，上開爭議之產生，實歸因於民訴法與行訴法規定不同所致。行政法院認其無審判權者，依行訴法第12條之2第2項規定：「應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。」即由行政法院移送至普通法院，原則上，普通法院應受其拘束，例外時，如普通法院仍認其無審判權，必須依同條第3項規定：「以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」經大法官解釋認其無審判權，始得再移送至行政法院（本院釋字第540號解釋³參照）。反觀，民訴法第31條之1僅於第2項規定：「普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。」至於行政法院如認其無審判權時，民訴法並無類似行訴法第12條之2第3項之規定，致生普通法院移送至行政法院，行政法院是否受其拘束⁴之疑義。

本席認為，本件聲請應予以受理，其理由如下：

1. 關於審判權限之爭議，我國早期民訴法及行訴法均規定訴訟事件不屬於其審判權限者，採裁定駁回制，⁵以裁定駁回起訴，人

³ 本院釋字第540號解釋：事件經本院解釋係民事事件，認提起聲請之行政法院無審判權者，該法院除裁定駁回外，並依職權移送有審判權限之普通法院，受移送之法院應依本院解釋對審判權認定之意旨，回復事件之繫屬，依法審判，俾保障人民憲法上之訴訟權。

⁴ 最高行政法院採肯定說，105年度裁字第928號裁定：「新竹縣政府於100年10月18日制定新竹縣新竹瓦斯股份有限公司組織自治條例（下稱自治條例），並於101年1月1日起將轄下新竹縣瓦斯管理處改制為新竹瓦斯股份有限公司。抗告人乃改制前新竹縣瓦斯管理處依臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法進用之人員，依該自治條例第9條第2項規定，其薪給、福利、考成、保險、退休、資遣及撫卹等事項，仍適用原相關法令規定。抗告人陳……、范……、宋……係改制前、其餘抗告人則於改制後申請退休，均經新竹縣政府核准等情，業經新竹地院調查無訛，復為兩造所不爭，該院據以認定本件有關退休爭議係屬公法關係，而將抗告人之訴訟裁定移送原法院審理，並因兩造未聲明不服而告確定，行政法院及兩造均應受該裁定之拘束。」

⁵ 例如，行政法院對於原告之訴，如認為訴訟事件不屬行政法院之權限者，依96年7月4日修正公布前

民徘徊在普通法院與行政法院之間，不得其門而入，讓人民有法院互踢皮球的感覺，侵害人民受憲法所保障之訴訟權。⁶嗣因應本院釋字第 540 號解釋意旨，並解決裁定駁回致人民投訴無門之困境，行訴法及民訴法相繼於 96 年 7 月 4 日及 98 年 1 月 21 日修正公布，皆增訂條文改採**裁定移送制**（二法之修正比較對照表如附表一所示），不再裁定駁回，⁷採取同一步調的處理方式。從相關立法過程觀之，殊難得出立法者有意使行政法院移送至普通法院之裁定，對普通法院有拘束力（見行訴法第 12 條之 2 第 3 項）；普通法院移送至行政法院之裁定，對行政法院並無拘束力（民訴法無規定）。是以尚難以民訴法第 31 條之 1 並未設有如行訴法第 12 條之 2 第 3 項規定為由，認為普通法院移送至行政法院之裁定，對行政法院並無拘束力。

2. 況行訴法第 12 條之 2 第 3 項增訂在先，而民訴法修正在後，立法者早即預料可能有此爭議，是以在行訴法第 178 條增訂規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通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。」即係針對普通法院移送至行政法院之情形而設。吳大法官庚於其大作曾謂：若民訴法修正後設與第 12 條之 2 相同規定時，第 178 條之規定即成贅文而應刪除，⁸可資佐證。本件聲請，

行訴法第 107 條第 1 項第 1 款之規定，行政法院應以裁定駁回之。至於普通法院（民事庭）對於原告之訴，如認為訴訟事件不屬於普通法院之權限者，依 98 年 1 月 21 日修正公布民訴法第 249 條第 1 項第 1 款規定，法院應以裁定駁回之。

⁶ 本院釋字第 305 號解釋：人民就同一事件向行政法院及民事法院提起訴訟，均被以無審判之權限為由而予駁回，**致其憲法上所保障之訴訟權受侵害**，而對其中一法院之確定終局裁判所適用之判例，發生有牴觸憲法之疑義，請求本院解釋。

⁷ 修正行訴法第 107 條第 1 項第 1 款規定，行政法院對於原告之訴，如認為訴訟事件不屬行政法院之權限者。但本法別有規定者，從其規定。所謂「本法別有規定」，係指同法第 12 條之 2，採取裁定移送制，即不得以裁定駁回之，讓人民有解決其爭議之可能。修正民訴法第 249 條第 1 項第 1 款規定：「訴訟事件不屬普通法院之權限，不能依第 31 條之 2 第 2 項規定移送者」始得以裁定駁回，即訴訟事件雖不屬普通法院審判之權限，但若合於第 31 條之 2 第 2 項規定者，普通法院應為移送，不得依第 1 款規定以裁定駁回。

⁸ 吳庚，行政爭訟法論，103 年 9 月修訂第 7 版，頁 59。

行政法院既依行訴法第 178 條規定聲請解釋，本院自應受理之，尚難以民訴法未設類似行訴法第 12 條之 2 第 3 項規定為由，認行政法院不受普通法院移送裁定之拘束，得再裁定移送至普通法院，而主張本件聲請應不受理。

二、本件聲請受理之審核依據

本件聲請人之聲請既屬有據，本院審查之依據又為何？依憲法第78條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」由此可知，大法官依憲法賦予之職權係在解釋憲法與統一解釋法律及命令。行訴法第178條規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通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。」有關審判權限之爭議，係法律派給大法官的解釋⁹工作之一，並非憲法上之要求！該條文所謂「聲請司法院大法官解釋」，係指統一解釋而言，而非解釋憲法。而關於統一解釋，依司法院大法官審理案件法第7條第1項第1款明文規定：「有左列情形之一者，得聲請統一解釋：一、中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束，或得變更其見解者，不在此限。」是以本件在審查應否受理時，本件解釋乃謂：「核其聲請，合於司

⁹ 法律派給大法官的解釋工作，尚有：

- (1) 民訴法第182條之1第1項規定：「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。」
- (2) 職務法庭辦理職務案件應行注意事項第15點(4)規定：「職務法庭就其受理訴訟之權限，如與行政法院或普通法院確定裁判之見解有異，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋（準用行政訴訟法178）。」
- (3) 地方制度法第43條第5項規定：「第1項至第3項議決自治事項與憲法、法律、中央法規、縣規章有無牴觸發生疑義者，得聲請司法院解釋之。」
- (4) 公民投票法第29條第3項規定：「立法院、直轄市議會或縣（市）議會依第1項第2款制定之法律或自治條例與創制案之立法原則有無牴觸發生疑義時，提案人之領銜人得聲請司法院解釋之。」

法院大法官審理案件法第7條第1項第1款**統一解釋之要件**及行政訴訟法第178條規定，爰予受理」，即係回應上開疑義之說明。

肆、審判權歸屬之決定基準

審判權歸屬之爭議，如何判斷？首先應視法律有無明定？如無，再依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。

一、法律明定

關於訴訟應由「**如何之法院**」受理及進行，應由法律定之，業經本院釋字第170號¹⁰、第297號¹¹及第448號¹²解釋在案。是以審判權歸屬之爭議，首先依法律規定決定之。

至於法律如何規定？本院諸多解釋業已指出其決定基準：立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的及司法資源之有效配置等因素，而就訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，以法律或法律授權主管機關訂定命令限制者，應符合憲法第23條規定，方與憲法保障人民訴訟權之意旨無違（本院釋字第160號、第378號、第393號、第418號、第442號、第448號、第466號、第512號、第574號、第629號、第639號及第653號解釋參照）。本院釋字第540號解釋更釋示：「**立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，**

¹⁰ 本院釋字第170號解釋：人民有訴訟之權，憲法第16條固定有明文，惟訴訟如何進行，應另由法律定之。

¹¹ 本院釋字第297號解釋：人民有訴訟之權，憲法第16條固定有明文，惟訴訟如何進行，應另由法律定之，業經本院釋字第170號解釋於解釋理由書闡明在案。

¹² 本院釋字第448號解釋：司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，憲法第77條定有明文，可知民事與行政訴訟之審判有別。又依憲法第16條人民固有訴訟之權，惟訴訟應由**如何之法院受理**及進行，應由法律定之，業經本院釋字第297號解釋在案。

即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自亦有遵循之義務。」另本院釋字第 691 號解釋亦釋示：「然究應由何種法院審理、循何種程序解決，所須考慮因素甚多，諸如爭議案件之性質及與所涉訴訟程序之關聯、即時¹³有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，有待立法為通盤考量決定之。」

二、事物本質

如法律未明文規定，具體個案發生審判權衝突時，應如何處理？本院諸多解釋先例釋示：我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（本院釋字第 448 號、第 466 號及第 695 號解釋參照）。依此原則推之，土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，依其起訴主張訴訟標的之請求權基礎¹⁴觀之，核其性質，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，因公用地役關係存在與否，並非訴訟標的之請求權基礎，故其審判權之歸屬，亦不受影響。

上開釋示意旨，亦為現今最高法院及最高行政法院判決實務通說所遵循，有附表二最高法院及最高行政法院相關判決一覽表可佐。查本件原因案件之原告係本於土地所有權依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，起訴請求桃園市政府刨除柏油路面並返還土地事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院之桃園地院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係

¹³ 應係「及」時之誤植。

¹⁴ 即以原告起訴主張之訴訟標的及其原因事實、應受判決事項之聲明（起訴之聲明）為判斷依據（民訴法第 244 條第 1 項第 2 款及第 3 款，行訴法第 105 條第 1 項第 2 款及第 3 款參照）。

存否之公法關係爭議，因公用地役關係存在與否，並非訴訟標的請求權之基礎，故其審判權之歸屬，亦不受影響。

伍、公法上之結果除去請求權

依公法學者之通說¹⁵認為，國家公權力在人民私有土地上鋪設柏油路面或設置工作物，致所有權人無法有效行使權利，人民在公法上有結果除去請求權。實務上，最高行政法院諸多判決（97年度判字第374號、101年度判字第983號及106年度判字第458號等判決參照，詳如附表三），均承認公法上結果除去請求權。是以同一原因事實，因人民起訴主張之訴訟標的¹⁶係私法上之請求權或公法上之請求而異其審判權之歸屬。本件聲請之原因案件，如原告本於所有權人依公法上結果除去請求權，向行政法院起訴，請求刨除柏油路面並返還土地時，屬於公法關係所生之爭議，行政法院對該訴訟即有審判權。如原告起訴聲明之內容，包括請求對象、訴訟種類及標的態樣有不明確時，行政法院自應依行訴法第125條第3項規定予以闡明。¹⁷本件聲請意旨謂：「本件原告於本院審理中，明確表示其請求權基礎為民法第767條第1項規定，並非公法上之結果除去請求權」，如原告願意更改訴之聲明，行政

¹⁵ 有關結果除去請求權之論述，請參閱，陳敏，行政法總論，105年9月9版，頁1264以下。

¹⁶ 最高行政法院105年度判字第615號判決：按基於當事人主義及當事人之程序選擇權，**法院應依原告起訴主張之訴訟標的性質，判斷審判權之歸屬**。本件上訴人既表明其係依「公法上」不當得利請求權提起本件訴訟，行政法院即應受其主張之拘束，並據以實體認定其請求是否有理由，尚不得反於上訴人之意思，逕依行政訴訟法第12條之2第2項規定將本件移送至民事法院，附此敘明。

¹⁷ 最高行政法院98年度判字第347號判決：行政主體所為之行政事務具有多樣性，其或在公法領域內，以統治者之地位，行使公權力，或在私法領域內，以國庫之地位，從事私法活動。是行政主體與人民間之爭議究係基於公法上之關係或私法上之關係，應依事務之性質而定。如因私法上之關係而生爭議，行政法院並無審判權限，上訴人如向行政法院起訴，依現行行政訴訟法第12條之2第2項規定，行政法院應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。如因公法上之關係而生爭議，固得提起行政訴訟，但應遵守行政訴訟法有關訴訟種類之規定；如其起訴聲明之內容，包括請求對象、訴訟種類及標的態樣有不明確時，**行政法院應依行政訴訟法第125條第3項規定予以闡明**。

法院即有審判權，詎原告拒不修正，行政法院又受普通法院移送裁定之拘束，不得已乃聲請本院解釋。

陸、結論

本件解釋，解決一項本不成為問題的問題，僅因普通法院誤為裁定移送且當事人對移送裁定不抗告，裁定乃告確定致生僵局，有賴本院解釋解決之。依最高法院及最高行政法院向來的通說見解，土地所有權人之土地被政府機關鋪設柏油路面，所有權人依法有權請求政府機關刨除柏油路面並請求返還土地，其起訴方式，或依民法第 767 條前段及中段向普通法院起訴請求，或依公法上結果除去請求權向行政法院起訴請求，均無不可。惟無論何者，普通法院對於先決問題或攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，如當事人未以訴訟標的主張者，普通法院本得審理之；反之，行政法院對於先決問題或攻擊防禦方法涉及私法關係所生之爭議，如當事人未以訴訟標的主張者，行政法院亦得審理之，不因先決問題或攻擊防禦方法涉及他法律關係所生之爭議而受影響，本解釋僅重申此一重要觀念而已！

最後，衷心期盼本解釋有助於其他審判權歸屬爭議之解決。

附表一：行訴法與民訴法有關無審判權而裁定移送規定對照表

要旨	行訴法	民訴法
受移送法院之聲請解釋	移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者， <u>應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。</u> (§12-2Ⅲ) ★本條項係規範普通法院得聲請大法官解釋之依據。	無對應規定
解釋後再行移送	受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。(§12-2Ⅳ)	依本院釋字第540號解釋意旨辦理
先受理者先裁定	當事人就行政法院有無受理訴訟權限有爭執者，行政法院應先為裁定。(§12-2Ⅴ)	當事人就普通法院有無受理訴訟權限有爭執者，普通法院應先為裁定。(§31-2Ⅲ)
得抗告	前項裁定，得為抗告。(§12-2Ⅵ)	前項裁定，得為抗告。(§31-2Ⅳ)
事先徵詢意見	行政法院為第2項及第5項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。(§12-2Ⅶ)	普通法院為第2項及第3項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。(§31-2Ⅴ)
受移送法院聲請司法院大法官解釋	(普通法院移送行政法院時之聲請解釋) 行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時， <u>應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。</u> (§178) ★因事涉公益而無合意管轄之規定。	(行政法院移送普通法院時之聲請解釋) 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。(§182-1Ⅰ) 第1項之合意，應以文書證之。(§182-1Ⅱ)

附表二：最高法院及最高行政法院相關判決一覽表

法院裁判	裁判要旨
最高法院 90 年度台上字第 1624 號民事判決	系爭坐落台中縣豐原市圳寮段第 24 之 2 地號土地並非既成道路，且上訴人（按：台中縣豐原市公所）亦未依法辦理徵收補償為原審所合法確定之事實，準此，上訴人並無在系爭土地上鋪設柏油路面及碎石路面之權限，被上訴人依民法第 767 條規定請求上訴人除去並返還土地，而為上訴人敗訴之判決，並不違背法令。
最高法院 95 年度台上字第 2769 號民事判決	是被上訴人主張上訴人無權占有使用系爭土地如附圖所示甲、乙、丙部分鋪設柏油道路，妨害其所有權，依民法第 767 條之規定，請求上訴人（按：嘉義縣中埔鄉公所）將附圖所示甲、乙、丙部分土地上之柏油路面剷除回復原狀，返還土地予被上訴人，為有理由，應予准許。
最高法院 106 年度台上字第 116 號民事判決	系爭土地（按：鋪設柏油路面）是否為司法院大法官會議釋字第 400 號解釋所指因時效而成立公用地役關係之既成道路？抑為依建築法規或民法等之規定，而作為公眾通行之道路？即有調查審認之必要。原審未遑細究，逕認系爭土地為上開解釋所稱之既成道路，進而為不利上訴人之論斷，自屬可議。（按：被上訴人係苗栗縣政府）
最高行政法院 100 年度判字第 1849 判決	而判斷行政法院就具體訴訟有無受理權限，係依為訴訟標的之法律關係，究屬公法關係或私法關係定之。至於訴訟標的之法律關係所由生之法律關係，乃該訴訟之先決問題，並不成為判斷行政法院有無受理訴訟權限之標準。為本件訴訟標的法律關係者，乃被上訴人就系爭 1586 地號土地之返還請求權，此為私法關係，即令上訴人之請求有無理由，可能涉及被上訴人是否得行使行政程序法第 117 條撤銷權之判斷，然此僅為先決問題，本件訴訟標的法律關係既為私法關係，其爭訟應循民事訴訟途徑，行政法院無受理權限。
最高行政法院 105 年度判字第 625 號判決	民法第 767 條第 1 項固規定「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。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」，然該條係賦予所有權人得於所有物遭受侵害時，得依該規定保障其私權，無論該占有人係私人或政府機關，惟均屬私權爭執，應依民事訴訟程序為救濟。

附表三：最高行政法院承認公法上結果除去請求權之判決一覽表

判決文號	判決內容
94 年度判字第 1708 號判決	本院按：人民因其權利受公權力之違法干涉，而負擔不利之結果，應有回復未受不利結果前之原狀之請求權，此乃學說所稱之公法上之結果除去請求權。此項結果除去結果請求權，雖未見於我國行政法規之明文，惟其與行政程序法第 127 條所定之公法上不當得利返還請求權具有相同之性質，同有不容違法狀況存在之意義，應得以法理予以適用，而認許人民有此項請求權。
97 年度判字第 374 號判決	上訴人依民法第 767 條及行政訴訟法第 8 條第 1 項前段之規定，提起本件訴訟，請求被上訴人除去系爭路燈，核其性質，係主張其權利受被上訴人公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復原有狀況之權利，此乃學說所稱之公法上之結果除去請求權。此項結果除去結果請求權，雖未見於我國行政法規之明文，惟其與行政程序法第 127 條所定之公法上不當得利返還請求權具有相同之性質，同有不容違法狀況存在之意義，應得以法理予以適用，而認許人民有此項請求權。
101 年度判字第 983 號判決	建立在憲法基本權保障之理論基礎上，排除公行政所造成之違法事實結果，使權利得以回復到未受侵害前之原狀，乃係公法上結果除去請求權之目的所在。公法上結果除去請求權之成立，應具備「須為被告機關之違法行為（其行為除行政處分外，尚包括其他高權行為或作成行為時雖為合法，嗣因法律之變更，為違法）」、「須直接侵害人民之權利」、「須該侵害之違法事實結果繼續存在，且有回復到未受侵害前之原狀之可能」、「須被害人對於損害之發生無重大過失」等要件。由於公行政手段態樣之不同，相應而生之公法上結果除去請求權亦有執行結果除去請求權及一般結果除去請求權之差異。
103 年度判字第 54 號判決	又結果除去請求權，乃人民因其權利受公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復原有狀況之權利。
104 年度判字第 209 號判決	由本院 99 年度 3 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議可知，針對屬行政事實行為之國家侵害行為，人民享有「公法上結果除去請求權」，據此請求除去對權利圓滿狀態之事實上影響或不法結果，以回復原有之狀態。

105 年度判字第 145 號判決	又「結果除去請求權」係對國家違法行政行為所造成人民損害之結果，請求法院以判決除去，以回復未受侵害前之狀態。
106 年度判字第 458 號判決	所謂「結果除去請求權」乃人民因其權利受公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復原有狀況之權利，其目的在於排除違法行政行為之結果，以回復於違法干涉前存在之狀態。
99 年 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議	國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害事實即屬行政訴訟法第 8 條第 1 項所稱之「公法上原因」，受害人民得主張該行政事實行為違法，損害其權益，依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定提起一般給付訴訟，請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上給付，以排除該侵害行為。系爭註記事實上影響其所在土地所有權之圓滿狀態，侵害土地所有權人之所有權，土地所有權人認系爭註記違法者，得向行政法院提起一般給付訴訟，請求排除侵害行為即除去系爭註記（回復未為系爭註記之狀態）。

釋字第 758 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

我國現行司法採多元審判系統，關於民事訴訟與行政訴訟之審判，分由不同性質之法院掌理，一般稱為「二元訴訟制度」。除法律別有規定外（例如公職人員選舉罷免法第 126 條、國家賠償法第 12 條），因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（行政法院組織法第 1 條、行政訴訟法第 2 條參照）；因私法關係所生之爭議，則由普通法院審判（法院組織法第 2 條參照）。

本號解釋涉及審判權歸屬問題，解釋文宣示：「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。」對此，本席表示贊同。

按法有無公法與私法之區別？若有，則標準何在？此等問題包含理論性與技術性（或制度性）兩種不同層面之問題，方法上須明確分辨。公法與私法之理論性區別，係針對各個法規範之本質而論，與現實之制度或實定法並無邏輯上之必然關聯，屬於先驗之法概念。公法與私法之理論性區別是否存在，法學上素有爭議。法一元論否定公法與私法之區別，當否姑且不論，其主要處理理論性區別問題，殆無疑義。至於公法與私法之技術性區別，則係基於制度上或實定法之技術上必要而生之區別，為歷史之產物，受時與地之制約。例如，德意志於繼受羅馬法前，不知有公法與私法之區別，而

英美法向無公法與私法之區別。一切法規範，在社會主義下或皆屬於公法性質；反之，無政府主義所追求者，殆係無公法存在餘地之純粹私法秩序¹。我國因採二元訴訟制度，為確定審判權歸屬，公法與私法之技術性區別殊有必要。

惟技術性區別之學說林立，標準不一而足，無論主要之利益說、權力說（從屬說、意思說）、主體說或新主體說（特別法規說），乃至輔助性之傳統說及事件關聯說，均各有優缺點，無法單獨解決所有問題²，加上技術性區別又有現實性、便宜性及合目的性等考量，致時起爭議。司法院過去曾多次對公私法認定及審判權歸屬問題作成解釋，如釋字第 89 號、第 115 號、第 305 號、第 448 號、第 466 號、第 518 號、第 533 號、第 540 號及第 695 號解釋皆是。上開解釋依案件之不同，兼採各種學說，足見技術性區別有其困難之處，實務上亦常有通權達變之處理方式。

本案有關審判權歸屬爭議，性質上為公法與私法之技術性區別問題。惟正確言之，所謂「公法與私法之區別」問題中，實包含「『公法』與『私法』之區別」問題，以及「『應適用公法之社會事象』與『應適用私法之社會事象』之區別」問題，只是論者一般未予明確區分³。在個案之認定上，依前者或後者判斷，結果通常相同，但亦有出現不一致之可能。如後所述，本案普通法院與行政法院之認定所以相左，即因普通法院係就後者判斷，而行政法院係就前者判斷，有以致之。

¹ 宮澤俊義著，公法・私法の區別に関する論議について——方法的反省の必要——，收於氏著「公法の原理」，有斐閣，1986年初版第2刷，頁1以下。

² 吳庚、盛子龍著，行政法之理論與實用，三民，2017年增訂第15版第1刷，頁25、26。

³ 藤田宙靖著，新版行政法Ⅱ（總論），青林書院，1985年新版第1刷，頁25。

查本案原因案件之原告，以桃園市八德區公所未經其同意即在其土地鋪設柏油路面供民眾通行為由，依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定向臺灣桃園地方法院民事庭起訴，請求桃園市政府返還土地。惟該院以原告係依據司法院釋字第 400 號解釋主張上開土地不符公用地役權之要件，隱含確認無公用地役關係之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟為由，裁定將原因案件移送臺北高等行政法院。而臺北高等行政法院以原告係根據民法第 767 條第 1 項前段及中段規定起訴之明確主張，認為本件非屬公法關係所生之爭議，而為私法關係所生之爭議，應由普通法院審理，該院並無受理訴訟權限，爰依行政訴訟法第 178 條聲請解釋。

本席認為，基本上臺灣桃園地方法院係以原告能否請求桃園市政府返還土地，關鍵在於該土地有無公用地役權之存在，依「『應適用公法之社會事象』與『應適用私法之社會事象』之區別」，原因案件之性質屬於『應適用公法之社會事象』，故為公法事件，應由行政法院審理。反之，臺北高等行政法院則以原告係根據民法第 767 條第 1 項前段及中段規定起訴，而從「『公法』與『私法』之區別」角度判斷，認該規定顯屬『私法』性質，故為私法事件，應由普通法院審理。

本號解釋採納臺北高等行政法院之見解，認定原因案件之訴訟應由普通法院臺灣桃園地方法院審判，理由在於原告係本於土地所有權依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，起訴請求桃園市政府返還土地，其性質屬私法關係所生之爭議，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，亦不受影響。多數意見雖提及攻擊防禦方法上之公法關係爭議，但主要仍係針對「『公法』與『私法』之區別」問

題立論，而獲致其為私法事件，應由普通法院審理之結論。

關於此類事件，原告同時具有公法與私法兩種請求權，亦即民法第 767 條之物上請求權，以及公法上之結果除去請求權，而有選擇向普通法院或行政法院起訴之可能。訴訟實務上，普通法院及行政法院普遍尊重原告之選擇，並依其主張之請求權性質認定審判權歸屬。尤其，原告依民法第 767 條向普通法院起訴，即使攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，普通法院對此先決問題，亦未因其屬公法事項而規避審查，故無審理上之障礙。誠然，若以『應適用公法之社會事象』為由，認此類案件應由行政法院審判，亦言之成理。惟具體事件究屬『應適用私法之社會事象』或『應適用公法之社會事象』，有時相當複雜，非進入實體就各種因素綜合考量，無法作成結論。於認定審判權歸屬之程序階段就深入實體問題，是否妥適，有待商榷。而且，法院能否適應，亦有疑慮。準此，本號解釋依原告主張之請求權，作為公私法區別及審判權歸屬之認定基礎，既未改變訴訟實務之作法，亦未增加法院之負擔，同時又尊重原告之選擇，堪稱允當。

事實上，臺北高等行政法院亦認知原因案件具有『應適用公法之社會事象』性質，而曾向當事人闡明訴訟法律關係，並曉諭原告「可提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，主張公法上之結果除去請求權。」據此，該院即有審判權。惟原告不為所動，仍堅持原有主張。既然原告主張之訴訟標的及訴之聲明屬於私法性質，臺北高等行政法院受其所限，自不得越俎代庖，逕以公法事件受理並為審判。在現行制度下，唯有聲請解釋，以求解決。

附帶一言，行政訴訟法第 178 條規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通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。」同法第 12 條之 2 第 2 項及第 3 項規定：「（第 2 項）行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。……（第 3 項）移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」依上開規定，普通法院及行政法院遇有審判權爭議時，皆可停止訴訟程序，並聲請解釋。

本席認為審判權之歸屬，如同公法與私法之技術性區別，係基於制度上或實定法之技術上必要而生之劃分，難免會有模糊地帶。當普通法院與行政法院之間發生爭議時，須有解決途徑，聲請司法院大法官解釋，乃現行行政訴訟法採行之方式。惟聲請解釋往往耗費時日，對原因案件之審理造成延宕，恐不符司法經濟之要求。相形之下，德國採取受移送法院不得拒絕之方式，或許較為可行。

釋字第 758 號解釋協同意見書

張瓊文大法官 提出

詹森林大法官 加入

黃昭元大法官 加入

我國是採公私法二元審判的國家，但民國（下同）89 年 7 月行政訴訟法新制上路前，由於法律規定的行政訴訟制度過於簡略，無法提供人民訴訟權完整之保障，民事及刑事法院便責無旁貸的承擔起部分原應由行政法院審判之事務。例如，國家賠償法規定國家賠償事件由民事庭辦理，道路交通安全管理處罰條例規定，交通裁罰案件由刑事庭辦理；本院釋字第 466 號解釋就公務人員保險事件亦明白釋示其具有公法性質，但因相關救濟制度尚未整備，在行政訴訟制度修正前，有關公務人員保險給付之請求，許向普通法院提起訴訟謀求救濟，亦屬同旨。

新制行政訴訟法上路後，由於救濟制度業已完整，調整原先非常態下不得已之審判權分配，自屬當然。故有法制面的結構性調整，例如交通違規裁罰事件由刑事庭移由行政法院體系辦理；本院釋字第 533 號解釋就全民健康保險特約醫事服務機構合約之性質，認屬行政契約，締約雙方如對契約內容發生爭議，屬公法爭議，得依新制行政訴訟法提起爭訟，改變釋字第 466 號解釋對相同屬性之公務人員保險審判權之分配，亦係因訴訟制度之修正而調整審判權之例。此外普通法院也清楚意識到，除法律有特別規定者外，傳統上由普通法院審判之案件可能包含過去行政訴訟制度未整備時期，額外加諸普通法院的負擔，因而開始用心檢視審判權之問題。

專業及效率是我國區分審判權，訴訟制度採二元化的目的，檢視過去制度不完整下的非常處置，正確區分審判權，固有助於上開目的之達成。惟審判權畢竟是司法權內部的分工問題，不宜使之成為障礙人民進入訴訟的因素，爰提出協同意見書，以為補充。

一、審判權問題應儘速確定

我國民事訴訟法及行政訴訟法原均規定，人民向無審判權之法院提起訴訟，其訴訟不合法，而且屬無法補正之情事，法院應以起訴不合法為由予以駁回。受本院釋字第 540 號解釋首度提出審判權錯誤採移送制之啟發，行政訴訟法及民事訴訟法先後於 96 年、98 年修正，分別增訂第 12 條之 2 第 2 項¹及第 31 條之 2 第 2 項²，採取於二審判權間允許相互移送之制度，大幅降低原告因起訴法院選擇錯誤所造成訴訟程序延誤之可能。但修正後二訴訟法並未採用德國法院組織法第 17 條之 1 第 2 項第 3 句之機制，亦即移送裁定確定後，受移

¹ 行政訴訟法第 12 條之 2 規定：「(第 1 項)行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。(第 2 項)行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。(第 3 項)移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。(第 4 項)受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。(第 5 項)當事人就行政法院有無受理訴訟權限有爭執者，行政法院應先為裁定。(第 6 項)行政法院為第二項及前項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。」

立法理由：「三、為不使訴訟審判權歸屬認定困難之不利益由當事人負擔，如行政法院認其對訴訟無審判權，應依職權以裁定移送至有審判權法院。有審判權之管轄法院有數個，而原告有所指定時，應移送至原告所指定之法院，爰參酌司法院釋字第五四〇號解釋意旨，於第二項明定之。」

² 民事訴訟法第 31 條之 2 (98 年 1 月 21 日修正)：「(第 1 項)普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。(第 2 項)普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。(第 3 項)當事人就普通法院有無受理訴訟權限有爭執者，普通法院應先為裁定。(第 4 項)前項裁定，得為抗告。(第 5 項)普通法院為第二項及第三項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。(第 6 項)第二十九條、第三十一條規定，於第二項之情形準用之。」

立法理由：「三、為不使訴訟審判權歸屬認定困難之不利益由當事人負擔，如普通法院認其對訴訟無審判權，應依職權以裁定移送至有審判權法院，爰參酌司法院釋字第五四〇號解釋意旨及行政訴訟法第十二條之二第二項規定，於第二項明定之。」

送之法院應受該裁定拘束。而採受移送法院認其亦無審判權——亦即審判權消極衝突時，得聲請大法官解釋之機制，使審判權爭議落幕之時間拉長，審判權爭議之不利益亦持續由人民承擔，殊為可惜。或許立法者對於法院是否能本於其職責，正確認知公私法律關係之辨明，且先受理之法院不會濫用該制度所賦與之「尚方寶劍」，猶有疑慮所致吧！

由本號解釋原因案件事實可知，原告對行政機關可能有數請求權存在——即民法第 767 條之物上請求權及行政法上之結果除去請求權³，此二請求權如有其一獲得勝訴判決，另一請求權之目的即同時達成而消滅，故為請求權競合之情形，只不過此種競合關係跨越公、私法二法域。該二請求權既分屬私法及公法不同性質之法律關係，民事法院及行政法院即均分別具有審判權。權利人本得選擇行使任一請求權提起訴訟，其選擇私法請求權者，由民事法院審判；選擇公法請求權者，由行政法院審判。此一標準簡易而明確，容易操作，可使案件儘速進入實體審判，提升訴訟之效率。至於本院過去有關審判權之解釋，例如釋字第 466 號、第 595 號及第 695 號解釋等，均屬單一請求權之定性問題，與本號解釋

³ 行政法之法律關係相較於民法之法律關係，未必單純。但除行政程序法中寥寥可數之實體法規外，並無統一之法律規範。除性質上無不相容之情形者，可以類推適用民法之有關規定外，亦須借助學理以補充之。學理上所稱公法上結果除去請求權，與民法第 767 條及第 962 條之物上返還請求權相類似，實務上已逐漸為行政院所承認。例如，最高行政法院 106 年度判字第 458 號判決已明白指出：「……末按學說上所謂之『公法上結果除去請求權』，乃人民因其權利受公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復人民未受干涉前原有狀況之權利，是應具備下列要件：1. 須干涉人民之權利；2. 須為公權力之干涉；3. 須產生違法狀態；4. 須違法狀態尚在持續中。蓋於法治國家，由公行政構成之違法狀態，不容維持其存在，而公法上結果除去請求權之目的，即在於排除違法行政行為之結果，以回復違法公權力干涉前之狀態。是以，人民主張行政機關拒絕授予利益為違法者，由於在其主張行政機關違法拒絕之前，其並未獲得利益，故人民不得基於公法上結果除去請求權，據以請求行政機關為授予利益之行政行為（詳參陳敏，行政法總論，第 8 版，第 1254 至 1263 頁）。……」其他事例尚可參考 99 年 3 月 9 日最高行政法院 99 年度 3 月份第 1 次庭長法官聯席會議、最高行政法院 105 年度判字第 145 號判決、104 年度判字第 388 號判決、104 年度判字第 209 號判決、103 年度判字第 54 號判決及 101 年度判字第 983 號判決。

原因案件係同一原因事實，而原告可能有分屬公法及私法之數請求權競合，故二類法院均有審判權之情形不同。

在日趨複雜的社會環境之下，不論哪一類型的法院審理案件，都會遭遇案件之先決問題屬其他專業法院之審判權範圍之情況。在當事人願意另行向他類法院起訴之情形下，受理法院本得停止訴訟程序，俟先決問題經他類法院裁判確定後，再行審判。如本件原因案件之原告在民事法院起訴請求排除侵害，如其同時向行政法院請求確認公用地役關係不存在，民事法院自得依民事訴訟法第 182 條之規定，停止訴訟程序，俟行政法院就公用地役關係之裁判確定後再行審判。惟就先決問題另向他類專業法院起訴並非當事人之義務，如當事人無意另闢程序，追求專業審判之利益時，基於尊重程序主體權及選擇權之法理，法院仍應就先決問題予以判斷，僅其判斷並無既判力，對他專業法院亦無拘束力而已。行政訴訟法第 12 條規定：「民事訴訟或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訴程序確定之。」應作如是解。

至於行政法院及民事法院所適用之各該訴訟法，前者採用職權探知主義，後者採用辯論主義，原則上雖有不同。但民事訴訟法第 199 條規定審判長之闡明權行使，與行政訴訟法第 125 條第 1、2 項並無不同，民事訴訟法第 288 條規定：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。」已明定以職權調查補充辯論主義之不足。再加以不論學術或實務均認為，行政訴訟當事人雖無主觀舉證責任（民事訴訟所採用者），但在法院依職權調查，事實仍不明之情形下，當事人仍有客觀證明責任存在。

故採取公或私法之訴訟途徑，就判決之結果而言，並無因制度上所採取調查原則之不同，而必然產生結果歧異之情形。

二、法院等價

行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項規定：「行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」民事訴訟法第 31 條之 2 亦採取相同之立法方式，乃就同一案件經行政法院裁判確定者，嗣後原告再行向普通法院起訴請求裁判，縱使普通法院認為案件應屬普通法院審判權之範圍，行政法院不應裁判，惟依前述規定，後受理之法院受前裁判之拘束，應以一事不再理之理由，駁回後訴。反之亦然。

此係現行制度上為提升程序之效率、避免訴訟資源浪費，所展現之法院等價之概念。民事訴訟法第 182 條之 1 第 1 項規定：「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。」係採取更寬鬆之作法，在當事人同意之情形下，可以變更審判權法院，將審判權予以管轄權化，充分展現法院之等價。

在此立法趨勢下，實有更進一步參考德國法院組織法第 17 條之 1 第 5 項規定：「對於不服裁判提起救濟進行裁判之法院，不審查所採取之法律途徑⁴是否合法。」之制度，亦即在當事人並無爭議之情形下，下級審法院亦以自己有審判權

⁴ 此處所謂法律途徑相當於我國之審判權。本條項翻譯引自連孟琪譯，《德國刑事訴訟法—附德國法院組織法選譯》，元照出版社，2016 年 9 月，第 476 頁。

其德文原文為：「Das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, prüft nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist.」

之前提而為裁判時，上級審不再就審判權是否正確為審查，以免審判程序曠日廢時，有損當事人之權益。

三、公私法不同性質之請求權，合併向某類法院起訴之可能性

既然在法院等價之概念下，審判權已有管轄權化之趨勢，那麼公私不同性質之請求權或法律關係，可否合併由某類法院審判？論者介紹德國學者提出之「基於實質關聯性之審判權」理論，並指德國法院組織法第 17 條第 2 項規定：「合法法律途徑之法院，應於考量所有可能之法律觀點下，裁判法律爭議⁵。」認為在公私法請求權競合時，不論事件繫屬於民事法院或行政法院，各該法院均得就超過其審判權範圍之法律上理由一併予以審判。而且德國法院組織法第 17 條之 1 第 1 項（類似我國民事訴訟法第 31 條之 2、行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項規定）規定，先審判之確定裁判對後繫屬之他類法院同一案件發生拘束力⁶之規定，即代表該國承認公私請求權得於同一程序中合併作為訴訟標的主張。

以我國之情形以觀，民事訴訟法第 248 條規定：「對於同一被告之數宗訴訟，除定有專屬管轄者外，得向其中一有管轄權之法院起訴。但不得行同種訴訟程序者，不在此限」。依前所述，既然民事訴訟法第 182 條之 1 第 1 項係採得以合意定審判機關，則前述同法第 248 條合併起訴之二類障礙，「專屬管轄」及「不得行同種訴訟程序」，即不復存在。

公私法請求權競合事件，合併向民事法院起訴，在現行

⁵ 德文原文為：「Das Gericht des zulässigen Rechtsweges entscheidet den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten.」

⁶ 沈冠伶，〈民事訴訟與行政訴訟之分工與合作(上)－專業審判與權利有效救濟間之選擇－〉，《台灣本土法學雜誌》，第 45 期，2003 年 4 月，第 27 頁。

民事訴訟制度下應予許可。至於行政訴訟法雖無明文規定，但行政訴訟法第 307 條之 1 規定：「民事訴訟法之規定，除本法已規定準用者外，與行政訴訟性質不相牴觸者，亦準用之。」既有概括準用民事訴訟法規定之明文，且關於審判權爭議之問題，二訴訟法近年之發展，由前所述，已有日漸趨於一致之情形下，在行政訴訟程序中原告合併主張私法之法律關係，亦應允許。如此一來，不僅節省訴訟資源，使爭議得以一次解決，也可以避免裁判歧異之情形。

釋字第 758 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認為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，本席敬表贊同。並就本案以及實務上行政法院與普通法院有關審判權歸屬之爭議，提供協同意見如下：

一、本號解釋認為審判權有無之判斷，以原告之主張為主，但法院仍得就爭議之本質加以審核：

本號解釋解釋理由書指出：「土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事項，核其性質，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。」依上，審判權之決定以原告起訴主張之訴訟標的及其原因事實、應受判決事項之聲明為依據（民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2、3 款），但法院並非毫無審查之空間，而是應「核其性質」屬於私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判。在「核其性質」時，不應以兩造間之攻擊防禦方法可能涉及公法關係所生之爭議，即認其屬公法爭議，而逕行移送至行政法院。這是本號解釋最主要之意旨。但本號解釋仍認法院有「核其性質」之空間，則「核其性質」時應考量那些因素，應仍有待個案衡量。但本席認為應縮小審核之空間，必原告依起訴主張之訴訟標的及原因事實，已明確與其起訴之對象法院審判權不符時，始能例外地加以移送。且移送時應尋求法院彼此間業務協調管道為之，避免互踢皮球，而

影響當事人權益。

二、審判權之歸屬僅係法院審判事務分配事項，不應因其爭議導致遲滯訴訟，甚至損害當事人權益：

我國採二元訴訟制度，本院釋字第 448 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議，則由普通法院審判」，雖然在司法二元化之下，區分普通與行政法院，但該區隔僅屬法院內部事務分配事項，不應影響當事人之權益。但公、私法之分類已非絕對，若僅因爭議事項究屬公法爭議或私法爭議，就耗費當事人及法院龐大之時間及精力，而未探究爭議之本質，實非定審判權之本意。

本件爭議普通法院因聲請人之起訴狀述及公用地役權，即認定本件爭議「隱含」公法爭議，而忽略了當事人是以民法第 767 條作為請求權之基礎。桃園地方法院將本件移送至臺北高等行政法院後，行政法院多次曉諭當事人改為主張公法上之結果除去請求權，建議其可提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，實已介入當事人之實體爭議事項，按當事人既決定以民法第 767 條作為其請求權基礎，必有其考量。雖然實體上或許另可併存公法上之結果除去請求權，但是二者請求之要件未必完全相同，且涉及舉證責任分配之考量，若僅因要讓行政法院有審判權而令當事人變更其請求權基礎，無異削足適履，亦有違當事人進行主義。

對於公、私法區別之理論，迄無定論。學者依其區分之客體可以大別為二個面向，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）及新主體說三種理論¹。可見公、私法間之區分並不絕對，社會生活關係複雜多樣，人民與政府機關間可能形成之法律關係非可單純區分為公、私法，政府機關之行為究屬私經濟行政或高權行政，其界限亦非明確而有賴實體認定。此由德國於行政與普通法院之外，另設有社會法法院即可知。若是為了配合二元訴訟制度，將人民與政府間之所有關係硬要區分為公法或私法關係，並為此分類而爭議不止，而忽略了對案件實體之審查，實為本末倒置。

三、審判權之定性與實體法爭議之確認有所區隔：

當事人間爭議之性質究屬公法關係或私法關係，隨著訴訟程序之進行及當事人雙方之主張及舉證，其認定可能有所變化。但事實無必要隨著公、私法屬性認定之變化而變更受理之法院。普通法院依法並非不能審查公法上之抗辯事由，而行政法院於審理公法案件時必須先行判斷私法關係者亦所在多有。因此為定審判權歸屬所為爭議性質屬公法或私法之認定，僅係為了開啟訴訟程序之目的，與雙方進行訴訟攻防後各自提出新證據與主張之後之認定未必相同。若隨著訴訟之進展隨之變更法院之審判權，恐將延滯訴訟進行，增加法院之工作負擔並且損及當事人之權益。目前對於公、私法之爭議所導致之審判權之認定，已延伸至實體之認定，導致對審判法院系統之認定幾乎即可影響到實體判決之方向，且在當事人未進行實質辯論前就對此加以認定，顯然不恰當。

¹ 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。

學者亦指出在處理有關公法與私法區別的問題時，恆須著眼於上述區別實益，是屬於程序性之問題（例如：救濟管道問題），還是實體法上的問題（例如行政法處分與行政契約的認定與解釋適用問題），以免陷入無謂的概念爭辯，從而忘卻原本所涉法律問題的爭點所在²。

四、認定審判權之歸屬應以當事人之主張及其陳述之事實作形式審查即可，毋須介入實體爭議事項：

既然在訴訟程序開啟前，為認定審判權之歸屬，已決定爭議之性質究屬公法或私法爭議，則審查之標的應以原告訴之聲明，請求權之基礎及其原因事實之敘述，或可待被告為初步答辯後就其答辯理由合併觀察，因其目的僅為認定審判權之歸屬，而尚未決定當事人之請求是否有理。

五、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執：

目前就審判權之爭議並未就其審級有所限制，實務上亦不乏案件經第一審甚或第二審判決後，上訴審法院認原審法院無審判權而廢棄原判決，將案件移送至其他審判系統之法院之情形。案件進行了多年，甚至已就實體內容作出判決，僅因上級法院對於爭議之性質屬於公法或私法爭議之見解不同，就廢棄已進行多年之審判結果，實為訴訟資源之浪費，增加法官之工作負擔，並增加人民對司法之怨恨。因此有必要限制法院間就審判權之歸屬之爭議限於第一審法院判決前，且受移

² 參李建良前揭文，頁 41。

送之法院不應再行爭議，其相關配套之法包括：（一）明文規定普通法院亦可審理涉及行政高權之法律關係，其判決對行政機關亦具拘束力。（二）明文規定行政法院亦可審理行政經濟行為。（三）於法院組織法中增設有關「審判權歸屬」之認定機制，在法院間以最快速度一次性解決審判權之歸屬問題。要之，審判權之歸屬係屬法院行政事務，與實體審判之認定應加以區隔，且不應因審判權之爭議而延宕訴訟程序。

釋字第 758 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

陳碧玉大法官加入

一、民事訴訟與行政訴訟之審判權區分

我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，採二元制，分別由普通法院及行政法院審理。至於普通法院與行政法院審判權之劃分，除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之（本院釋字第 448 號解釋文、第 466 號解釋文第 1 段、第 695 號解釋理由書第 1 段參照）。國家立法機關負有義務，衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能，妥善設計，使具體案件之訴訟，究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，清楚明確，以保障人民之訴訟權，在其權利受侵害時，得依法定程序提起訴訟並受公平審判，以獲得適當之救濟（本院釋字第 466 號解釋文第 1 段、第 533 號解釋理由書第 1 段參照）。

因此，行政訴訟法第 2 條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」民事訴訟法雖無類似之明文，但最高法院判例再三指明：私法上之權益關係所生之爭執，即屬於民事訴訟範圍，應受普通法院之審判¹；但非私權關係之爭執，即不得依民事訴訟程序向普通法院訴請

¹ 參見最高法院 20 年上字第 1712 號判例。請並參看最高法院 99 年度台聲字第 1302 號裁定：「依土地徵收條例第 11 條規定，土地徵收前之協議價購行為，並非徵收程序，需用土地人與土地所有權人若對於徵收前之價購協議發生爭執，性質上屬於私法爭議，應由普通法院行使審判權。」

裁判²。

然而，具體案件之訴訟，究為公法關係所生爭議，或為私法關係所生爭議，有時固甚易認定，有時卻混雜不明。從而，曾經發生數起人民因普通法院及行政法院「互踢皮球」之審判權消極衝突情事，求助無門，最終必須仰賴大法官解釋確定個案之審判權歸屬，以捍衛人民之訴訟權。本院釋字第 89 號、第 533 號、第 540 號、第 695 號等解釋，即為其例。

96 年 7 月 4 日修正公布之行政訴訟法，增訂第 12 條之 2，其第 1 至 4 項分別規定：「(第 1 項)行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。(第 2 項)行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。(第 3 項)移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。(第 4 項)受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。」

此外，98 年 1 月 21 日修正公布之民事訴訟法，增訂第 31 條之 2，其第 1 項及第 2 項分別規定：「普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」「普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。」又，同法第 182 條之 1 第 1、2 項分別規定：「普通法院就其受理訴訟之權限，

² 參見最高法院 40 年台上字第 1890 號、41 年台上字第 1565 號、69 年台上字第 4155 號、76 年台上字第 1203 號判例。

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。」「經司法院大法官解釋普通法院無受理訴訟權限者，普通法院應將該訴訟移送至有受理訴訟權限之法院。」³

前述行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項及民事訴訟法第 31 條之 2 第 1 項，分別明定行政法院或普通法院，就繫屬之訴訟事件，展現積極態度而予受理並為裁判確定者，其他法院即不得再以任何理由爭執該法院之審判權。立法宗旨充分反應「法院等價原則」，立法目的則在於避免人民奔波於普通法院與行政法院，徒然浪費時間金錢。

然而，為德不卒，行政訴訟法第 12 條之 2 第 2、3、4 項，及民事訴訟法第 31 條之 2 第 2 項與第 182 條之 1 第 1 項，卻賦與態度消極之行政法院及普通法院，得聲請大法官解釋，以推諉繫屬具體訴訟個案之裁判。

二、因公法、私法二元化所生審判權區分不易之不利益，不應由人民負擔

學者早已指出，基於憲法上訴訟權所內含之公正程序請求權（Recht auf faires Verfahren），以公法、私法二元化為基礎，而創設之審判權限分屬不同法院之訴訟制度，如因公法、私法不易區分而衍生不利益，不應由人民承擔不良後果；而且，審判權分配之規定僅具有管轄規範之意義，法院縱然欠缺審判權，其所為之裁判，亦僅係違背法律，尚不致有違憲，

³ 民事訴訟法第 182 條之 1，係於 92 年 2 月 7 日修正公布時增訂第 1 項，並於 98 年 1 月 21 日修正公布時，參酌行政訴訟法第 12 條之 2 第 4 項規定意旨，增訂第 2 項。

似無必要由有「憲法守護神」之稱的憲法法院（現行之大法官會議）予以判定⁴。

本件原因案件，聲請人（該原因案件之原告）自始至終，明確主張其所有之系爭土地遭桃園市八德區公所不法鋪設柏油並成為公眾通行道路，乃基於民法第 767 條前段及中段之物上請求權，請求被告桃園市政府剷除柏油並返還土地。準此，該原因案件，案例事實清楚，法律關係單純。詎料，自最初起訴時起，迄今日為止，業已歷時 2 年有餘，聲請人仍在渴望敲開法院大門！

曾經受訴之普通法院（臺灣桃園地方法院）及行政法院（臺北高等行政法院），各自以最嚴格之標準檢視聲請人之主張及請求，導致普通法院以桃園市政府可能持公法關係抗辯為由，而自認無審判權；行政法院則以民法第 767 條乃私法關係，亦自認無審判權。

反之，受理本件原因案件之普通法院或行政法院，如曾分別積極適用民事訴訟法第 31 條之 2 第 1 項，或行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項，不僅本號解釋不必問世，原因案件恐亦早已判決確定。

三、法官，請給我一條路走；而且，要快

訴訟當事人關心者，是迅速、公平的審理，而不是高深、繁瑣的程序，此亦為憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心所在。審判權二元化，目的在精緻審判專業，以提升裁判水準，而非在阻礙人民正當使用法院。法官，不論服務於普通法院

⁴ 沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作，收於「訴訟權保障與裁判外紛爭處理」，第 2 版，2012 年，67、69、70 頁。

或行政法院，皆應深刻體會：與其因自己困惑於審判權歸屬，致人民輾轉於普通法院及行政法院，不如迅速勇敢開啟審理程序，公平作出裁判。因為，勞累奔波的人民已經在吶喊：法官，請給我一條路；而且，請快點！

釋字第 758 號解釋部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

為解決當事人依民法第 767 條第 1 項前段及中段請求除去妨害及返還所有物，訴請政府機關剷除土地上鋪設之柏油後，返還土地事件之受理訴訟權限之爭議，本院作出本號解釋，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。」認因私法關係所生之爭執，由普通法院審判之類似解釋，固有先例¹。惟有關審判權衝突是否宜認為憲法上爭議，應由大法官解釋，及所謂兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生爭議之意旨與目的為何，並以本號解釋所涉公用地役關係認屬公法關係等問題，仍有推敲之餘地。爰提出部分不同意見如下：

一、審判權衝突非必須由大法官解釋

人民提起訴訟後，法院認其無受理訴訟權限者，現行法律係規定普通法院或行政法院應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。(民事訴訟法第 31 條之 2 第 2 項及行政訴訟法第 12 條之 2 第 2 項規定參照)至發生審判權衝突時，採取何種紛爭解決途徑，現行法係採由行政法院或普通法院聲請大法官解釋之方式。(民事訴訟法第 182 條之 1 第 1

¹ 例如本院釋字第 448 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。」

項及行政訴訟法第 178 條規定參照) 何類訴訟事件屬於普通法院或行政法院之審判權限，實為公、私法二元分離、審判權限分屬不同法院之司法體制下，所滋生之問題，例如德國、臺灣。在採單一系統法院制度之國家，例如美國、英國，並無此問題。德國立法例及學說，在法律用語上，有謂與其稱審判權之衝突，不如稱為管轄權之衝突，因從本質而言，不管任何法院之支系(Gerichtszweige)，均是行使司法主權而為審判，各法院彼此間，並無不同，故究其性質宜稱為管轄權爭議² (Zuständigkeitsstreit) 或受理訴訟權限之衝突 (Kompetenzkonflikt)³。此又可區分為積極的權限衝突 (positiver Kompetenzkonflikt) 與消極的權限衝突 (negativer Kompetenzkonflikt)。⁴ 在積極的權限衝突(即民事、行政、其他法院皆認有受理訴訟權限)之處理途徑，係採優先原則，即以繫屬在先者，有受理訴訟之權限。消極的權限衝突(即各種法院皆認本身無受理訴訟權限)時，係採移送方式加以解決，即自認無審判權之法院，應移送於有權限之他種法院，此種移

² 採此見解者，如陳啟垂，訴訟途徑錯誤的處置——民事法院與行政法院之間訴訟案件的移送制度，興大法學，3 期(2008 年 5 月)，頁 5-6。此說值得比較及參考，惟本文仍沿用國內通常用語，稱之審判權衝突，以利行文及理解。

³ 例如德國專利法院 (Patentgericht) 之受理訴訟權限衝突，參照 Schäfers/Schwarz, in: Benkard, Patentgesetz, 11.Auflage 2015-beck-online, PatG §68 Rn.23f..

⁴ 在德國國際訴訟管轄(Internationale Zuständigkeit)、民事訴訟或行政訴訟之積極及消極的受理訴訟權限，參照 Kindler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6.Auflage 2015-beck-online, EuInsVO Art.3 Rn.42ff.; Heinrich, in: Musielak/Voit, ZPO, 14.Auflage 2017, ZPO §72 Rn. 26f.; Berstermann, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 43. Edition, Stand:01.07.2017, VwGO §53 Rn.7f..

送並有絕對拘束力，受移送法院不得再移送回原法院或另移送其他法院。⁵因此，在上述之立法設計下，⁶關於審判權衝突爭議之解決途徑，並非聯邦憲法法院所審理之範圍。⁷至於我國，現行民事訴訟法及行政訴訟法之立法設計，於審判權發生消極衝突之情形，法院應以裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋。然從本院釋字第 540 號解釋觀之，該號解釋參照釋字第 466 號解釋意旨，認「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，縱事件屬性在學理上容有推求餘地，其拘束全國機關及人民之效力，並不受影響，各級審判機關自亦有遵循之義務。」由以上本院解釋可見，審判權歸屬或解決紛爭程序之設計，容

⁵ 基於憲法上訴訟權所內含之公正程序請求權，此種因公私法二元分立法律體制所衍生出來之問題，不應由人民承擔不利益。在比較法上，德國為求審判專業化，將審判權予以劃分；但在另一方面，為使人民之權利得以有效保護，就各法院間之地位，則採取法院等價或審判權等價性原則，以解決審判權衝突之問題。（參照沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作(上)---專業審判與權利有效救濟問題間之選擇，台灣本土法學雜誌，45 期，2003 年 4 月，頁 23-24。）

⁶ 德國於 1990 年修正法院組織法第 17 條至第 17b 條，立法目的在於減少訴訟途徑的爭執，以及因此衍生的訴訟拖延及費用增加，對於訴訟途徑儘早地確定。（參照陳啟垂，同註 2 文，頁 22。）

⁷ 從德國法觀察，儘管將一定的訴訟事件範圍分配予各個訴訟途徑，達到任務分配的專業化，但是因法官的獨立性在所有的法院支系同等地受到保障，不論訴訟事件在哪個訴訟途徑中被裁判，由基本法第 19 條第 4 項及法治國原則所保障的權利保護已經具備。（參照陳啟垂，同註 2 文，頁 22。）

許立法自由形成，非必經大法官解釋作為解決衝突之途徑。因此，經由大法官解釋作為審判權歸屬或衝突之解決途徑，實非必要且適當之方式。⁸ 由大法官解釋為最後之終局認定，無異延長關於審判權確定之程序。⁹ 亦即，如能透過法律明文規定或實務上個案經驗之累積，即可事前預防可能發生之審判權衝突，由法之補充或解釋，則足以處理解決，特別是基於法院等價及審判權爭議得以迅速解決之考量，實不宜將此審判權衝突之訴訟程序爭議，過度依賴大法官解釋代為決定。且憲法法院(現制為司法院大法官)屬稀少資源，須有效利用。又審判權之分立，係為專業分工審判，在專業審判與權利迅速有效保護之間，如有衝突，在處理上，宜採取同於管轄權欠缺之方式(民事訴訟法第 30 條第 1 項參照)，於移送之裁定確定時，即確定審判權，受移送之法院即受其羈束。

10

二、攻擊防禦方法涉及公法關係所生爭議之意旨為何

關於行政訴訟與民事訴訟之審判，我國現行法律規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。(本院釋字第 448 號解釋參照)公法與私法之區分，非純屬法之認識論問

⁸ 基於法院等價及儘速確定審判權原則，在消極權限衝突之情形，是否有必要再由大法官會議（憲法法院）為最終認定，仍值商榷。（參照沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作(下)---專業審判與權利有效救濟問題間之選擇，台灣本土法學雜誌，46 期，2003 年 5 月，頁 40。）

⁹ 以聲請司法院大法官解釋方式釐清訴訟事件性質，浪費當事人寶貴的時間，對當事人的權益有所損害。未適度權衡輕重地讓司法院大法官成為所有法律問題的最終決定者，而造成司法資源的不當使用與浪費。(參照陳啟垂，同註 2 文，頁 14。)

¹⁰ 參照沈冠伶，同註 5 文，頁 25-26。

題，其在實務上應適用之實體法及法律救濟途徑(Rechtsweg)仍有其區別實益。¹¹惟自古迄今，如何區分之理論¹²，難定於一尊。¹³

關於係屬何種性質事件之爭議¹⁴，另亦可能與訴訟標的與攻擊防禦方法具有關聯，但因存在不同學說內涵，而可能導致不同之認定。我國學說及實務見解，有採取傳統(舊)訴訟標的理論者，認訴訟標的，即為原告在實體法上之請求權(給

¹¹ 參照 Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch(BGB), München:Beck, 2016, Einl. Rd.2.

¹² 公法與私法如何區別，有不同的區別標準：1.利益說，2.從屬說（權力說），3.舊主體說，4.新主體說（修正主體說）。（詳參吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，台北：三民書局，2017年9月增訂15版，頁25；李建良，公法與私法的區別(上)，月旦法學教室，5期，頁41-43。）另有關德國公法與私法之區分及評論，參照 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18.Aufl., München:Beck, 2011, §3 Rn.7 ff..在德國法，往昔採從屬說（Subordinationstheorie）（即上下隸屬說; Über-Unterordnungstheorie），並以利益說為輔。現採取新主體或特別法說，作為公法與私法之區分公式，即如至少一方係屬公權力主體，該法律關係屬於公法性質；如非屬公權力主體，其與私人間之關係，將之歸屬於私法。（參照 Palandt/Sprau, a.a.O., Einl. Rd.2.）當然，以上任一說法，終究非盡善盡美，仍不免受到批評。惟基於實務上需要，對於具體個案判斷，可參酌上述相關見解，尋找其適當之區別標準。

¹³ 既然公法與私法之區別標準，亦不一定精準，如要堅持兩者之區別，而不予適度且彈性之判斷餘地，將扭曲法院提供當事人透過訴訟途徑所欲達成紛爭解決之意旨及目的(Sinn und Zweck)。

¹⁴ 一個法律上爭訟事屬於公法上性質或私法上性質之爭訟，在法律未有明定救濟途徑的情形，應如何判斷，不無疑義，就此德國學說判例概認為應依據導出訴訟上請求權之法律關係的法律性質，來加以決定。換言之，公法爭議與私法爭議之區別，應以導出訴訟請求權之「法律關係的真正性質」為準，而不以原告本身所主張之請求權之法律上定性為準。（詳參陳清秀，行政訴訟法，台北：元照出版，2015年9月7版，頁22-23。）

付之訴)或形成權(形成之訴)。¹⁵採新訴訟標的理論者，則認訴訟標的係原告之受領給付地位(給付之訴)或形成地位(形成之訴)，而實體法上具體請求權、形成權，僅為攻擊防禦方法，係居於辯論主義之層次。新訴訟標的理論，又陸續發展出各種不同見解，例如一分肢說(或稱一項說、聲明說)、二分肢說(二項說)¹⁶（即以訴訟上請求(Antrag; 訴之聲明)、作為請求

¹⁵ 我國實務上，有法院判決明確表示其不採新訴訟標的理論者，例如最高法院 99 年度台上字第 948 號民事判決，認基於處分權主義及辯論主義，訴訟標的應由當事人自行表明，法院不得代當事人為之（民事訴訟法第 199 條之 1 第 1 項立法理由參照），此與法院應就其認定之事實依職權適用法律，以判斷其法律效果，不受當事人所表示法律意見之拘束，係屬二事。又我實務上並未採用學說上所謂之新訴訟標的理論（最高法院 42 年台上字第 1352 號、47 年台上字第 101 號、67 年台上字第 3898 號判例參照），自不得以原告已表明對被告之受給權（請求之法律上之資格或地位），即謂其已為訴訟標的之特定。另有認為在民事訴訟法修正前，最高法院就訴訟標的理論固採傳統的理論，但訴訟的變更問題上，則曾從寬解釋，認為如事實同一，不妨得將侵權行為賠償損害改為不當得利(最高法院 56 年台上字第 3064 號判例參照)。（參照呂太郎，適時提出主義，台灣本土法學雜誌，19 期(2001 年 2 月)，頁 103。）

¹⁶ 此二分肢訴訟標的概念（Zweiggliegriger Streitgegenstandsbegriff），在德國民事訴訟法之學說及判決，雖仍受到若干批評，但目前成為通說，民事訴訟之訴訟標的，非屬於民法第 194 條規定適用消滅時效之請求他人作為或不作為之權利（實體法之請求權）。此係由民事訴訟所必要而特定之一種獨立之程序上訴訟標的概念(ein eigenständiger prozessualer Streitgegenstandsbegriff)。此所謂訴訟標的，係由訴訟上請求(Antrag)與以其為基礎之生活事實(Lebenssachverhalt)，以作為等同評價之要素所構成。(參照 Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016-beck-online, Vorbemerkung zu §253 Rn.32.在德國行政訴訟，訴訟標的理論有如民事訴訟，亦採「二分肢訴訟標的概念」，與從訴訟聲明(Klageantrag)所呈現之法律效果，以及訴訟理由(原因)(Klagegrund)（即該法律效果所發生之事實）之訴訟上請求權相同。(參照 Lindner, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 43. Edition, Stand:01.10.2017, §121 Rn.33.)

事實基礎之訴訟原因(理由)來特定訴訟標的)及相對論等見解。¹⁷。傳統與新的訴訟標的理論，各有特色，值得參酌。茲因其並非此所欲探討之重點，容不予深論。惟所謂訴訟標的，可能因其所採理論不同，有將訴訟上請求（訴之聲明），或將訴之聲明及作為請求事實基礎之訴訟原因(理由)等內容，作為訴訟標的。故此所謂攻擊或防禦方法，可能因訴訟標的理論之不同，而異其內涵，或因其是否適時提出，而異其效力。(民事訴訟法第 196 條第 1 項參照)故本號解釋使用攻擊防禦方法之用語是否嚴謹，值得再斟酌。

此外，以兩造攻擊防禦方法是否涉及公法關係所生之爭議，雖屬一種判斷案件性質是否為公法關係之方式，惟此所謂攻擊或防禦方法，如解為當事人就系爭案件之本案聲明所提出之聲明、陳述或舉證，即如當事人所提出之主張、否認、抗辯、異議、本案以外之各種程序上聲明、證據聲明等，可見其內涵相當廣泛。至於訴之變更、追加、反訴、中間確認之訴、訴訟參加之聲明等，本質上係新訴之提起或撤回，屬於本案聲明，則非所謂攻擊或防禦方法。¹⁸

就本號解釋之原因案件所涉及法律關係，客觀上觀察，並不複雜，聲請人之起訴書狀，係向普通法院提出，並以民法第 767 條第 1 項前段返還所有物請求權及中段妨害除去請

¹⁷ 另有所謂相對的訴訟標的理論及訴訟標的相對論(參照邱聯恭，司法之現代化與程序法，頁 213 以下)等見解。有就訴訟標的相對論之架構，以雙方當事人在實體利益與程序利益之衡平，另提出浮動的訴訟標的之概念。(參照黃國昌，新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成(上)---以法官之闡明義務、當事人之程序利益與證明困難之交錯為中心，台灣本土法學雜誌，844 期(2003 年 3 月)，頁 46 以下。)

¹⁸ 參照呂太郎，同註 15 文，頁 101。

求權，作為請求權基礎。如從實務上所採傳統訴訟標的理論而言，顯屬私法關係之爭議，宜認由普通法院審理。至於被告(桃園市政府)於系爭訴訟中可能提出公用地役關係作為攻擊防禦方法，此認為其性質有如民法第 765 條規定所稱法令限制之範圍。¹⁹亦即，縱使被告以成立公用地役關係作為抗辯，係屬是否構成民法第 765 條所稱公法或私法上限制之問題。不論公用地役關係或所謂公用地役權，性質上係屬公法或私法上之法律關係或權利，均不宜認為其可能影響審判權歸屬認定，故於本案宜認為其並不生審判權之衝突。綜上，就本號解釋聲請人所提出書狀觀察，其既主張民法第 767 條第 1 項兩種請求權，並非主張結果侵害排除請求權或公法上不當得利請求權，故從其訴訟標的而論，本質上屬於民事案件，應由普通法院審理。

另外一種可能為，若普通法院採取通說，認為公用地役關係屬公法上爭議，且認為係本原因案件之先決問題(Vorfrage)，除非有特殊法院之設計(例如智慧財產法院於審理專利權侵害時得對專利有效性進行有效性判斷)，通常認應由行政法院先行判斷先決問題。於此可能需要裁定停止民事訴

¹⁹ 民法第 765 條規定，所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。實務上將公用地役關係，解為所有權之限制者，例如最高行政法院 61 年判字第 435 號判例，既成為公眾通行之道路，其土地之所有權，縱未為移轉登記，而仍為私人所保留，亦不容私人在該道路上起造任何建築物，妨害交通。原告所有土地，在二十餘年前，即已成為農路，供公眾通行，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在，則該農路之土地，即已成為他有公物中之公共用物。原告雖有其所有權，但其所有權之行使，應受限制，不得違反供公眾通行之目的。原告擅自將已成之農路，以竹柱、鐵線築為圍籬，阻礙交通，意圖收回路地，自為法所不許。

訟，等待行政法院就先決問題作出有無公用地役關係存在。惟此時仍不影響當事人訴請返還土地及妨害除去係屬民事事件之性質，宜由普通法院審理。

三、公用地役關係之定性問題

我國實務及學說上通說將公用地役關係認為非屬民事物權，而係屬公法上地役關係²⁰，因往昔不承認習慣或習慣法得以創設物權，故不認為公用地役權係屬民法上物權。本號解釋延續通說之見解，將公用地役關係，不認屬民事物權，而係公法之物上關係。此說為最高行政法院(改制前稱行政法院)45 年判字第 8 號判例²¹及本院釋字第 255 號解釋²²所採，

²⁰ 有認為在此情形，得以通行公用地役關係土地之不特定公眾，僅係該公用地役關係而享有公法上之反射利益，尚不得執以對抗土地所有人。(參照謝在全，民法物權論(下)，台北：作者發行，103 年 9 月修訂 6 版，頁 22。)

²¹ 最高行政法院 45 年判字第 8 號判例，行政主體得依法律規定或以法律行為，對私人之動產或不動產取得管理權或他物權，使該項動產或不動產成為他有公物，以達行政之目的。此際該私人雖仍保有其所有權，但其權利之行使，則應受限制，不得與行政目的相違反。本件土地成為道路供公眾通行，既已歷數十年之久，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在。此項道路之土地，即已成為他有公物中之公共用物。原告雖仍有其所有權，但其所有權之行使應受限制，不得違反供公眾通行之目的。原告擅自將已成之道路廢止，改闢為田耕作，被告官署糾正原告此項行為，回復原來道路，此項處分，自非違法。

之後，最高行政法院判例再次重申，其見解未變更者，例如最高行政法院 59 年判字第 638 號判例「水利法第 66 條規定由高地自然流至之水，低地所有人，不得妨阻，與民法第 775 條第 1 項規定，完全相同。又民法第 852 條規定地役權以繼續並表見者為限，因時效而取得。故本院於 45 年所著判字第 8 號判例釋示土地成為道路供公眾通行，既已歷數十年之久，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在。此項見解，本院迄未變更。」

²² 本院釋字第 255 號解釋理由書最後段併予指明，廢止有公用地役關

其後仍受實務上最高法院判決²³、最高行政法院判決²⁴及學說上所肯認，特別是本院釋字第 400 號解釋更確定成立公用地役關係之構成要件²⁵，並為法院判決所引用。²⁶

係之既成巷道，事涉公眾利益，以於都市計畫有關法規作明確之規定為宜。

²³ 採公用地役關係為公法關係之實務見解者，例如最高法院 102 年度台上字第 701 號民事判決，公用地役關係為公法關係，私有土地具有供公眾通行使用之公用地役關係者，土地所有權人之權利行使，固不得違反供公眾通行使用之目的，惟特定之人倘違背公用地役關係，無權占有有上開關係之私有土地，受有不當利得時，土地所有人非不得行使物上請求權，及請求該特定之人返還不當得利。

²⁴ 例如最高行政法院 92 年度判字第 1124 號判決「既成道路之土地，經公眾通行達一定年代，應認已因時效完成而有公用地役關係之存在，其所有權雖仍為私人所有，亦不容其在該公用道路上起造任何建築物，妨害公眾之通行，經本院著有 45 年判字第 8 號及 61 年判字第 435 號判例可循。」

²⁵ 本院釋字第 400 號解釋理由書第 3 段「公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認（參照本院釋字第 255 號解釋、行政法院 45 年判字第 8 號及 61 年判字第 435 號判例）。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災等）為必要。至於依建築法規及民法等之規定，提供土地作為公眾通行之道路，與因時效而形成之既成道路不同，非本件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然。」

²⁶ 例如最高行政法院 90 年度判字第 2283 號判決，司法院釋字第 400 號解釋理由中，就既成道路成立公用地役關係之要件定為……（略）。本件系爭土地縱如被告所稱申請建築時，原土地所有權人已同意提供作建築基地使用，配置為集合住宅之私設道路。但系爭土地申請建築執照時間為 68 年 8 月間，使用執照則於 69 年 1 月間核發，自是時起系爭土地作道路通行迄原告 84 年 7 月間於系爭土地上設置路障，不過十餘年，與前述判例及解釋所述要件不符，是否已形成公用地役關係非無疑問。

公用地役關係，係屬於既成道路因年代久遠而由時效所生之關係²⁷，此關係存在於人與物之間，而非物與物間之供需不動產所生之不動產役權(昔稱地役權)。是故所謂既成巷道經一定期間形成之公用地役關係，實際上係存在於行人(人)與道路(物)間之關係，性質上較接近於人役權或人役關係²⁸。人役權(Personalservituten)與地役權(Real-(Prädial-)servituten)，同屬於羅馬法上所謂役權(Die Servitut; servitutes)。之後，為法國及德國等之民法所採行。因我國民法立法之初，參考日本立法例，當時有謂東亞國家非如歐陸國家具有

²⁷ 最高行政法院判決中，於判斷究須經公眾通行達若干年代，始足取得公用地役關係時，有類推適用民法物權編取得時效相關規定，為認定公用地役關係取得時效之年限。例如最高行政法院92年度判字第1124號判決，至究須經公眾通行達若干年代，始足取得公用地役關係，司法院釋字第400號解釋理由僅謂「應以時日久遠」，而未指明確切年代。於此，即應類推適用民法第772條、第769條及第770條規定，為認定公用地役關係取得時效之年限。

²⁸ 有關人役權之論述，參照謝在全，前揭民法物權論(下)，頁15-17，我國仿日本民法之例，認無人役權之習慣所以不予採取，僅設以土地為供、需役之對象而設地役權制度。嗣於2010年民法物權編修正時，擴大為不動產役權，固可補地役權適用範圍較為狹隘之問題。惟在法律及實務運作上，不乏人役權色彩之權利出現。例如典權對他人不動產得為廣泛之使用收益，民法第1204條規定用益權遺贈，以及森林法第20條所定「森林所有人因搬運森林設備、產物等有使用他人土地之必要，或在無妨礙給水及他人生活安全之範圍內，使用、變更或除去他人設置於水流之工作物時，應先與其所有人或土地他項權利人協商；協商不成或無從協商時，應報請主管機關會同地方有關機關調處；調處不成，由主管機關決定之。」，依該森林法規定，森林所有人可能取得使用他人土地或水流供作物之權，此權利與前述權利均具有人役權之性質。又2010年之民法修正，以人役權大抵可依使用借貸或租賃等債之關係解決，而未加採行，前揭書認為其不無憾焉。此論點值得下次修正民法物權編時參考。

人役權之習慣，故未明文承認。²⁹現行民法物權編第 757 條既已修正，得由習慣創設物權³⁰，雖實際上是否有何種物權可能成為習慣上物權，我國學說及實務上不無質疑存在。惟既然法律明定習慣(有稱習慣法)得以創設物權，本號解釋涉及之人役關係(人役權)，可能是其適例。

另有關地役關係，舊民法稱地役權，修正民法已改稱為不動產役權，故嚴格言之，公用地役權應改稱「公用不動產役權」或公用役權。³¹再者，從物權本質而論，不動產役權

²⁹ 參照 Kaser/Knütel, Römische Privatrecht, 20. Aufl., München: Beck, 2014, §28 Rn.3.)在人役權方面，內容為用益權、使用權及住居權。德國民法第五章標題稱役權(Dienstbarkeiten)，對於物、權利及財產之用役權，係屬一般人役權，即前述羅馬法之第一種用益權。至於前揭使用權及住居權，則以限制人役權(beschränkte persönliche Dienstbarkeiten)稱之。故有認可謂有羅馬法之精神，而無羅馬法之形式也。至東亞各國，無人役權之習慣，學者認人役權足以妨害經濟之發達，故僅有關於地役權之規定。(參照黃右昌，民法鈐解 頁 267-268。)惟另持不同見解者，認民間有指定某項田地之收益作為養老之費用(俗稱養老田者)。此外有以房宅為標的物者，權利人至於死亡為止，於不處分房宅之限度內，得為使用收益，以保障其晚年生活，按其性質，有認其實係一種人役權。民法不予採用，未始非一缺憾。(參照張企泰，民法物權論，大東書局，頁 113。)另有類似說法，認不動產物權化，雖有助於利用人，然此尚為不足。於此，用益權及限制的人的役權之制度，似不無利用之價值。參照史尚寬，物權法論，台北：作者發行，民國 64 年 7 月臺北 4 版，頁 200-203，其認羅馬法有關人役權，除前述三種外，另有第四種為奴隸及動物使役權，請留意之。

³⁰ 有關習慣法形成之物權，參照謝在全，民法物權論(上)，台北：作者發行，103 年 9 月修訂 6 版，頁 34-41。

³¹ 在公用地役關係之成立要件之探討時，有認為其不以有需役不動產為前提，性質與民法之不動產役權完全不同。於審酌其成立要件時，應嚴加適用。參照謝在全，前揭民法物權論(下)，頁 21-23 註 5 及註 6。以上見解，值得留意。另有認我國法並不承認人役權之概念及其物權上地位，故性質上較難將公用地役關係，與民法上現有

係供役不動產(供役地)與需役不動產(需役地)之不動產(土地)間所生之關係。如前所述，我國民法並不認為人役權屬法律所明定之物權種類，現如以人役權稱之，故有違反物權法定原則之疑慮。但如從物權之概念及分類，就既成巷道而形成之人役關係，具有一定期間之社會慣行存在，並如能形成法之確信，且不違反公共秩序或善良風俗(民法第1條及第2條參照)，則可能使人役權符合習慣創設物權之要件，亦即將之認為一種習慣物權，並藉以人役關係，重新正名與界定公用地役之意義及內容。當然，本號解釋延續通說，將公用地役關係認屬公法關係，固無可厚非。惟從上述可知，縱使強調其作為公眾行走之道路而具有公用性，但如繼續肯認該法律關係，在我國實務或法規上宜就公用地役權或公用地役關係重新定性。至於此應使用何種法律用語，固屬立法形成之自由或立法裁量範疇。惟未來是否將其稱為公用不動產役權或關係，甚至改稱為公用人役權或類似用語，尚待更多討論，以期形成共識。

四、從法院等價及公法與私法互補功能觀點展望未來

以本號解釋之原因案件而言，所涉及之爭議，係民法第767條第1項中段除去妨害請求權及前段所有物返還請求權，其性質原本就是私法關係(所有權關係)所生之物上請求權，顯屬民法之請求權，實不待本院解釋予以定性。惟其中可能

物權類型相比較，此說固有所立論，值得比較參考。惟此亦認為有關公用地役關係或物權之定性，的確仍需要時間討論，使學界及實務界逐漸形成共識。此外，在我國民法物權編修正時，既已承認習慣可創設物權而跨出劃時代一步之際，或許正是我們再思考此一民法制定之初，雖認無此人役權之習慣，但時至今日，宜重新找尋其在物權體系上定位之契機。

涉及前述公用地役關係(或公用人役關係)之爭議，由於國內通說認屬公法性質，應由行政法院審理，遂引發法院受理權限之爭議。惟如前所述，於個案可能隨所採不同訴訟標的理論及公法與私法區別標準，而異其定義及內容，導致不同的認定結果。特別是公法與私法區分，現仍難有放諸四海皆準之區分標準。本號解釋認本件聲請應由普通法院審判，固可就本號解釋原因案件之個案救濟上審判權衝突，提供最直接之解決途徑，值得肯認。惟因本院解釋性質上具有抽象規範之一般性效力，於本案中，因聲請人亦主張其訴之請求應普通法院審理，所以本號解釋之結果，符合聲請人之本意，較無爭執。反之，設若聲請人訴請政府機關刨除土地上鋪設之柏油並返還土地，同時主張其他公法上請求(例如公法上侵害結果除去請求權或不當得利返還請求權等)，且堅持系爭事件係屬公法上之爭議³²，此時之審判權歸屬，是否應改由行政法院審理。於此情形，如不考慮當事人主張之民法第 767 條

³² 於此有關公法上請求權，可能涉及對造所提出公用地役關係之抗辯或反訴，或原告提出侵害結果除去請求權或公法上不當得利請求權之備位聲明。又實體法上公法侵害結果除去請求權(die öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch)，係由法院判決及學說對直接可歸責國家之不法侵害之賠償責任，而發展出之公法上請求權，解為公法上爭議，由行政法院審理。為簡化其主張程序，結果除去請求權得予撤銷訴訟一併提起，並法院得就兩者同時作出判決。(參照德國聯邦行政法院法第 40 條第 1 項規定)(參照 Papier/Shirvani, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, BGB § 839 Rn.80-87.)有將之類推適用德國民法第 1004 條(妨害除去及不作為請求權)(其中部分規定類似我國民法第 767 條第 1 項中段妨害除去請求權)及第 812 條第 1 項(不當得利之返還請求權)規定。(參照 Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 33. EL Juni 2017, VwGO § 113 Rn91.)另公法上不當得利請求權，有稱之公法返還請求權，可參照我國行政程序法第 127 條。

第 1 項前段及中段之請求權，性質上係民事實體法上請求權，而僅因訴訟主體涉及公權力主體，即認其係公法爭議，進而認定行政法院具有受理訴訟權限，如此則不無商榷之餘地。

另從當事人提起訴訟之目的而言，在於期待法院為其解決法律紛爭，並受到法院公平審判與獲得及時有效救濟。若於法院進行訴訟審理之初，就因系爭案件之性質，究竟係公法或私法之爭議，影響當事人選擇其提起訴訟救濟途徑(Rechtsweg)或接近使用法院之機會，實不符法治國保障人民之訴訟程序基本權之意旨。另從法院之定紛止爭功能而言，各種不同法院審判權並無優劣之別，應予以等同評價(所謂法院等價)。

又從現行民事訴訟法及行政訴訟法之規定，將審判權衝突之最後解決途徑，偏向聲請大法官解釋。惟此一解決途徑，宜認為其係不得已之非常手段，畢竟非屬常態。換言之，或可事先由法院間協商，或先行受理之法院，闡明當事人之訴訟上請求(訴訟標的)之意旨，並宜尊重當事人之意思，判斷其是否繼續負擔審理之責。如須移送，經移送後，受移送之法院，基於法院之等價及相互尊重，並為保障訴訟當事人之程序利益，實不宜再以其無受理訴訟權限，而拒絕受理。因此，展望未來，先行受理法院或受移送法院，宜積極發揮其審判功能，先就系爭事件之性質，分別從公法或私法作為出發點，如公法有所不足，由私法補充之；反之，亦然。公法與私法兩者之間，宜發揮互補功能，不使之造成對立之障礙。如屬於請求權之競合時，除有先決問題須由其他法院先作出先決問題之判斷外，若多項請求權間屬相容併存

或競合者，宜由先行受理法院，認其有受理權限，使之負全部案件審理之責，並可避免法院裁判產生歧異。是故，處理所謂審判權之衝突，客觀上宜從法院等價及公法與私法互補功能之觀點出發，不宜執著於公法與私法區別及法院審判權歸屬爭議，而浪費司法資源。況且，本號解釋之原因案件，特別涉及民事請求權，因民事訴訟係採處分權主義，當事人在訴訟進行中扮演重要角色，如忽視當事人主觀上所提出訴訟標的之主張或陳述，難免有違民事訴訟本質及原則之疑慮。因此，在法院決定其有無受理訴訟之權限時，如亦能充分探求當事人提起訴訟之真意，則較符合憲法保障訴訟當事人程序基本權之意旨。

司法院釋字第七五八號解釋

不同意見書

許宗力大法官 提出

本件解釋原因案件之原告以桃園市政府未經其同意，逕於其所有土地鋪設柏油，供公眾通行，侵害其土地所有權，根據民法第 767 條前段與中段，向桃園地方法院提起民事訴訟，請求被告桃園市政府刨除柏油，返還土地。桃園地院認原告之請求實質上涉及公用地役關係存否之爭議，屬公法事件，乃以裁定移送台北高等行政法院。台北高等行政法院認本件涉及公法上結果除去請求權，乃向原告闡明可變更訴之聲明，改依行政訴訟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。台北高等行政法院認原告既不變更訴之聲明，其就欠缺審判權，但又無法將案件移回桃園地院，乃依行政訴訟法第 178 條向本院就審判權究應由普通法院或行政法院行使，聲請統一解釋。

本件解釋多數意見認：「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。」其背後理據乃本件原因事實涉及民法第 767 條之物上請求權以及行政法上之結果除去請求權兩者之競合，該競合之二請求權一為私法關係，一為公法關係，民事普通法院與行政法院分別具有審判權，而權利人有權選擇行使那一請求權，並依其選擇行使之請求權之法律性質向普通或行政法院提起訴訟，受訴法院必須尊重，不得因攻擊防禦方法涉及非屬其審判權所及之法律關係爭議，而拒絕審

理。

多數意見所持見解有「先到先磨」，讓審判權問題儘速確定，以及展現司法二元體制下法院依然等價之理念，無論從訴訟權之保障所強調之權利的迅速、及時救濟，或是提升程序之效率、避免訴訟資源浪費等觀點觀之，均值得肯定，其實本席應無再多言之必要。惟為促進行政法學的進一步發展，本席願意嘗試從另一觀點，為多數意見與通說（如果多數意見是通說的話）提供一點點學術上之刺激。本席的主張是，本件原因事實其實並未涉及請求權之競合，而是單一的公法上結果除去請求權，因此普通法院將原因案件移送行政法院，應非無據，受移送之行政法院則應直接受理審判，不受原告堅持請求權基礎為民法第 767 條之影響，也毋須向本院請求統一解釋。所持理由如下：

一、訴訟途徑的問題，應依訴訟標的判定

按訴訟標的是訴訟上之請求，必須經由訴訟理由，進一步予以確認。法律爭議是何種法律性質，除了應依其訴訟上請求是否有理由之實體法上法規（請求權基礎）之法律性質判定，也應一併根據所有於請求權基礎範圍內應考慮到的法規範，作整體評價而判斷。特別在對抗國家高權行為的撤銷訴訟或其他防禦訴訟場合，其訴訟標的除了做為人民直接請求權基礎之法律關係外，還包括其所欲對抗之高權行為之授權依據的法律關係，雖然兩者要做整體之評價，但往往後者的份量遠高於前者，以致於在訴訟目的要求被告機關為一公法性質之高權行為（亦包括事實的高權行為）時，縱令其請求權基礎本身觀之是具私法性質，其訴訟上請求顯示出者，

依然是公法性質¹。據此，一般給付訴訟，其訴訟對象係涉及應歸屬於公法性質之行政事實行為者，應循行政訴訟途徑提起救濟²。例如當人民之財產權、名譽權或隱私權遭國家之高權行為侵害而提起防禦請求權的訴訟，請求國家停止或除去侵害，雖然該憲法所保障的法益也是民法所承認，其請求權基礎可能是民法規範，具私法性質，但既然所欲對抗的國家高權行為具公法性質，請求國家不作為（停止）或作為（除去侵害）本身也是具公法性質之高權行為，整個訴訟標的還是應判斷為公法性質³，也就是以侵害源的法律性質判斷訴訟標的的法律性質，較符合司法二元制的本意，否則由民事法院判令行政機關做成一定的高權行為，不管是行政處分或行政事實行為，終究與司法二元所要求專業導向與功能最適原則格格不入。以上是本席思考上的基本理路。

二、存有公用地役關係之土地係他有公物

公用地役關係乃私有土地但具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認（本院釋字第400號解釋參照）。該道路（私有土地）長期供公眾通行，因時效完成而存在公用地役關係，成為他有公物⁴。

行政主體亦因公用地役關係之存在而取得該道路之管理權，而本於此管理權，得為該道路鋪設柏油及整建，俾免

¹ Eyermann/Geiger, VwGO §40 Rn 31,32. 陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，第40條，邊碼31,32。

² Eyermann/Geiger, §40 Rn 80.

³ Eyermann/Geiger, §40 Rn 80.

⁴ 參見陳敏，行政法總論，9版，105年9月，頁1049。

於因管理有所欠缺，造成人民之損害，需負國家賠償責任⁵。上開鋪設柏油及整建等行為，屬事實行為，且因出於高權行使，屬性上屬公法性質之行政事實行為。

三、對行政事實行為之權利保護，可主張結果除去請求權

人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。憲法保障之人民基本權利，具有防禦權功能，人民於其基本權利受到國家侵害時，得請求國家排除侵害行為⁶。

公行政有應為之行政事實行為而不為，或不應為而為之，或所為之行政事實行為有其他違法情事，致侵害人民之財產權時，人民對該事實行為有「作為」或「防禦」（排除或不作為）之請求權。人民請求「作為」或「防禦」之行政事實行為，為公法性質者，在法理上成立應由行政法院審理之「作為請求權」或「防禦請求權」（Abwehranspruch）。其正確的訴訟種類，在請求行政機關為事實行為時，為一般給付訴訟；對違法行政事實行為的排除，人民具有可由憲法基本權利、民法第 767 條及第 962 條導出之「結果除去請求權」（Folgebeseitigungsanspruch），此一請求權之訴訟途徑亦為一般給付訴訟⁷。申言之，國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害事實即屬行政訴訟法第 8 條第 1 項所稱之「公法上原因」，受害人民得主張該行政事實行為違法，損害其權益，依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定提起一般給付訴訟，請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上給付，以排除該侵

⁵ 參見廖義男，國家賠償法，增訂版，82 年 7 月，頁 72。

⁶ 最高行政法院 99 年度 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議參照。

⁷ 參見陳敏，前揭（註 4）書，頁 633 及 1265。實務見解可參見最高行政法院 106 年度判字第 458 號、97 年度判字第 374 號及 95 年度判字第 1136 號等判決。

害行為⁸。

本件解釋系爭道路柏油之鋪設，影響聲請人其所在土地所有權之圓滿狀態，屬侵害土地所有權人之所有權，土地所有權人認其違法者，得向行政法院提起一般給付訴訟，請求排除侵害行為即除去該柏油而回復未鋪設之狀態。

四、人民提起一般給付訴訟，請求行政機關排除違法之行政事實行為，行政法院不因人民主張其請求權基礎為民法第 767 條而無審判權限

民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」民法第 767 條第 1 項規定：「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。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」請求權之主體為物之所有人，請求權之相對人，則為任何對所有權為妨害之人⁹，包括私人，亦包括行政主體。

物之所有人，向其他私人主張民法第 767 條物上請求權，因所排除之事實行為應非屬國家高權之行使，屬私法上之爭議，故民事法院享有審判權限無疑。物之所有人，向行政主體主張民法第 767 條物上請求權，則應視其所擬排除之事實行為是否屬公法性質而定，如所擬排除之事實行為屬國庫行為（例如行政機關租用民宅租約到期不還），因非係國家高權之行使，此私法上之爭議，固仍應由民事法院審理；惟如所擬排除之事實行為出於國家高權行使之行政事實行為，例如

⁸ 實務見解亦持相同意見，參見最高行政法院前揭（註 6）決議。

⁹ 王澤鑑，民法物權第一冊，3 版，1993 年 3 月，頁 150。

行政主體基於公物之管理權而鋪設柏油，屬公法上之爭議，則應由行政法院審理之，與物之所有人單純主張結果除去請求權，或併為主張結果除去請求權之情形，並無二致。即使當事人還是主張其請求基礎為民法第 767 條，如前述，其訴訟標的除了做為人民直接請求權基礎之法律關係外，還包括其所欲對抗之高權行為之授權依據的法律關係，雖然兩者要做整體之評價，但往往後者的份量遠高於前者，亦即作為侵害源之鋪設柏油此一行政事實行為的公法性質的比重，遠高於作為直接請求權基礎之民法第 767 條，所以結論是訴訟標的依然應定性為公法性質，而由行政法院審理。

五、現行行政訴訟之訴訟類型齊備，人民可向行政法院提起一般給付訴訟

往昔行政訴訟之類型僅有撤銷訴訟一種，人民如欲提起給付訴訟排除行政事實行為對所有權之侵害，僅得向民事法院請求，從而亦僅得主張民法第 767 條。我國於 89 年 7 月 1 日行政訴訟法修正施行後，行政訴訟之訴訟類型齊備，人民可逕向行政法院提起一般給付訴訟，排除行政事實行為對所有權之侵害。本件原因案件，人民起訴聲明請求被告機關應將其私有土地上之柏油刨除並返還土地，依前開之說明，其屬公用地役關係存否之公法上之爭議，此際，人民基於憲法財產權保障之防禦功能即得請求法院判決命除去此侵害，不應因人民僅引民法第 767 條為據，反將事件拒絕於行政法院大門之外。

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。

釋字第 758 號解釋不同意見書

黃虹霞大法官提出

為什麼要為實質理由只有十多行的超迷你解釋，大費周章撰寫不同意見書呢？是固執己見，是想不開嗎？再吸一口氣，思考一下，不是如此。就本件言：認為應不受理，不是本席之獨見。為什麼應該不受理，其理由無法在解釋文及理由書中呈現。如果此中隱含大法官統一解釋之應有內涵（要件）之爭，並與立法當否有關，也可以提供日後類似聲請案是否應受理之反思機會，是不是就值得相對大篇幅發表不同意見書呢？！請容本席敘說如下：

壹、本件不是如本院釋字第 448 號、第 540 號及第 695 號解釋等解釋般，係關於事件「實質」（以本院釋字第 540 號解釋為例：係關於國民住宅條例第 21 條第 1 項第 7 款規定事件）究應屬私權或公法爭議之經由個案以解決通案爭執之事例。本件係在相關兩法院（臺灣桃園地方法院及臺北高等行政法院）均認同通案原則（以當事人原告起訴請求權基礎為判斷基準：原告本於私權請求者，受理訴訟權限在普通法院；原告本於公法請求權起訴者，受理訴訟權限在行政法院）¹下，相關兩法院對於當事人原告起訴請求權之「程序」定性（依當事人原告之主張，其所本之請求權究應屬私權請求權或公法請求權）個案認定上產生與適用同一法令無關之歧見，故無關通案爭執，而只是偶發之個案見解歧異而已。因此，本院雖曾受理釋字第 448 號解釋等件，並作成解釋，但不等於

¹ 請見臺北高等行政法院第六庭釋憲聲請書及臺灣桃園地方法院移送裁定（該院 104 年度桃簡字第 860 號民事裁定）。另本院曾函詢最高法院及最高行政法院，二法院均肯定此為實務通說，只是最高行政法院另認可由事件核心爭點決定受理訴訟權限之管轄法院，但本件解釋未採之。

本件亦應受理及作成解釋，首應辨明。惟多數意見未予區別。

貳、由大法官統一解釋要件觀察

一、大法官統一解釋權源自憲法第 78 條：「司法院……並有統一解釋法律及命令之權。」及第 79 條並憲法增修條文第 5 條。即大法官統一解釋之客體為「法律及命令」。

二、本件個案（臺北高等行政法院 105 年度訴字第 696 號，被移送前原為臺灣桃園地方法院 104 年度桃簡字第 860 號）兩相關法院之歧見僅在於：依本件原因案件原告（下稱原告）之主張（依民法第 767 條第 1 項請求並提及本院釋字第 400 號解釋），原告所本之請求權究應屬私權請求權（臺北高等行政法院認定）或公法請求權（臺灣桃園地方法院認定）而已，就此而言：兩法院間充其量為認事孰為妥當之爭執，兩法院間並未適用同一法律或命令，何由大法官統一解釋？

參、由受理訴訟權限之管轄法院之各相關規定分析，暨由本件有無由大法官作成統一解釋之必要性觀察

一、本件聲請人臺北高等行政法院第六庭係本於行政訴訟法第 178 條規定聲請解釋。惟：

1、該條所稱行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異，係指就同一事件，普通法院與行政法院發生消極之權限衝突而言。²

2、聲請人與臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）間就原告起訴如以民法第 767 條第 1 項為請求權基礎，審判權限應歸屬普通法院乙節，並無爭議；就原告起訴如以公法上結果除去請求權為請求權基礎，審判權限應歸屬行政法院，亦無爭議，

² 立法院公報第 87 卷第 36 期，院會紀錄，頁 307 參照。

難謂聲請人與桃園地院間就同一事件，發生消極之權限衝突。

3、尤其統一解釋之客體為「法律或命令」係憲法之明文規定，為法律位階之行政訴訟法第 178 條規定所稱聲請司法院大法官解釋，應不能超越憲法，另為大法官創設統一解釋之客體。從而是否得依行政訴訟法第 178 條規定聲請統一解釋，仍應以是否存有屬各自職權行使上適用同一法律或命令之見解歧異為斷。本件如前 1 及 2 部分所述，並無因職權適用同一法律或命令之法律見解歧異情形，而係非屬受訴法院職權認定事項、非關法律見解之爭議，自與統一解釋聲請要件不合，故不能因有行政訴訟法第 178 條規定即須予受理。

二、行政訴訟法第 12 條之 2 規定

1、本條不在聲請人主張範圍。

2、相關之第 3 項規定文義所指，得據此規定並以無受理訴訟權限為由，聲請司法院大法官解釋者，明顯係指行政法院以外之其他受移送法院而言，不包括行政法院，故本條規定與本件爭議無涉。

3、更何況如前一、2 及一、3 所示統一解釋應以不同機關依職權適用同一法律或命令結果，所生法律見解歧異為限之意旨，本件與此要件根本不合，應不受理。

三、民事訴訟法第 182 條之 1 規定

1、本條規定意旨與行政訴訟法第 12 條之 2 規定相似，只是得因受理訴訟權限有無見解歧異而聲請司法院大法官解釋之主體為普通法院而已。

2、本條不在聲請人主張範圍，依本條文義，得聲請者為普通法院，不包括為行政法院之聲請人，故本條規定與本件爭議無涉。

3、同前二、3 所述。

四、本件爭議之解決，非有由本院統一解釋之必要

1、本件爭議係因桃園地院認其無受理訴訟權限，而依民事訴訟法第 31 條之 2 規定，將原因案件裁定移送臺北高等行政法院而起。

2、查原告自起訴伊始，即委任律師代理訴訟，並主張其係本於民法第 767 條規定請求，故向為普通法院之桃園地院起訴，即其就有受理訴訟權限者為桃園地院乙節，知之甚詳。而且依民事訴訟法第 31 條之 2 第 5 項規定，桃園地院認該院無受理訴訟權限而欲為移送裁定前，應先徵詢當事人之意見，故原告依法已有機會在移送裁定前，明確陳述關於：因其係依民法第 767 條規定請求，不是本於公法請求權起訴，故受理訴訟權限應在於普通法院，而非行政法院之旨主張；而且就該移送臺北高等行政法院之裁定，當事人若有不服，得為抗告（該裁定末亦已依例載明得抗告等意旨），但原告卻未以抗告聲明不服，致令該移送裁定確定。

一方面若原告於普通法院審理期間未明確主張，則原告有可歸責；退而由另一方面言之，原告應對移送裁定抗告而未抗告，亦可歸責。此外，該移送裁定既因原告未抗告而確定，致臺北高等行政法院應受該移送裁定之羈束，不得更移送他法院（民事訴訟法第 31 條之 2 第 6 項規定準用第 30 條

規定參照)，³則至少也應認為原告認同該移送裁定所為其係本於公法請求權起訴之旨，因而有義務根據公法請求權，補正其在臺北高等行政法院訴訟之訴之聲明等，並於其補正後，由臺北高等行政法院依法裁判。如原告違反禁反言原則，拒不補正，則臺北高等行政法院得依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 1 款訴訟事件不屬行政訴訟審判之權限，且原告經命補正而不補正為由，敘明原告係本於私權請求，而以裁定程序駁回原告之起訴。又因為行政法院並未為實體終局裁判，故無礙原告另向普通法院起訴之權利。綜上，本件並非除由大法官統一解釋外，別無其他解決原因案件實體爭議之方法，自更無破例，勉為統一解釋之理。

3、另民事訴訟法在抗告救濟程序之外，對違背法令之確定裁定另設有再審救濟程序（民事訴訟法第 507 條規定參照），原告非無其他救濟途徑。

肆、本件受理統一解釋聲請，對個案之迅速解決無益，且徒然破壞統一解釋係為解決通案爭議之原則，故亦應不予受理

一、大法官採全員集體審議制，除了每年數百件不受理案需要審查及程序決議外，剩餘時間能實質審議並作成解釋之案件數，本即有限，實值珍惜；且因對每件解釋均極慎重其事，故從列入受理至作出解釋，依先來後到順序處理，正常狀況約需排隊候審一至二年。就本件原因案件言，自最初起訴至今已兩年餘，等待本院解釋，以確定原告之請求權基礎性質（究屬私權或公法請求權），之後再由有受理訴訟權限之法院進行實體審理，如此這般，對個案之迅速解決，顯然無益。

³ 民事訴訟法第 31 條之 2 第 6 項規定實際上僅提及準用第 29 條及第 31 條規定，未提及準用第 30 條規定，但法理上應無不準用該條之理，此疑係立法疏漏。

因此，縱不論與統一解釋要件不合，上述由法院聲請司法院大法官解釋之立法規定（即行政訴訟法第 178 條）之合宜性，仍誠值商榷。

二、由憲法規定統一解釋之客體為法律或命令，即知統一解釋係為解決通案爭議而設，而且係為解決機關間之法律見解歧異，故統一解釋，不可更不應被用於兩個法院間，非關職權適用同一法令所生法律見解歧異之其他爭議。否則，除與憲法規定牴觸，徒然破壞統一解釋係為解決通案爭議之原則外，更坐實已有之對上述由法院聲請司法院大法官解釋之規定，係以大砲打小鳥之譏！其為不當至明。

三、大法官之設，非在解決「大是大非」耶？怎忍任令大法官處理兩法院間偶然且原不應發生而發生之個案認定小歧異？但願大法官放眼更高境界，俾集中心力處理亟待解決，並更具福國利民意義之通案案件。

伍、關於最高行政法院所提，以核心爭點決定受理訴訟權限之管轄法院究應為普通法院或行政法院之見解，確有相當學理見地，此種說法並與許宗力大法官於其不同意見書所主張之「法律爭議是何種法律性質，須依其訴訟上請求是否有理由之實體上法規（請求權基礎）之法律性質而定，並應根據所有於請求權基礎範圍內應考慮到的法規範，作整體評價而判斷」之看法正相呼應。此一見解若用於其他不同審判體系間受理訴訟權限之消極爭議，則應屬的論，可予支持。惟針對如本件之公用地役關係存否相關爭訟，因係常有的尋常成熟訴訟類型，可說是法官（不論普通法院或行政法院）之基本功，由其等處理該等爭議應均非屬困難；實務通說亦認為原告可選擇向普通法院或行政法院起訴，端視其主張之請求

權基礎為私法或公法而定，即此類訴訟應非兩法院審判系統間之消極爭議。其次，審判區分普通或行政法院二元，非關邏輯，僅係權宜，即沒有哪一個審判系統本質上可或不可審判特定訴訟之問題，而對於受理法院之決定予人民主張權利之方便應亦列入考量。再者，對本件已成熟之訴訟類型如強加以學理，認只有公法請求權得予主張，可能反而造成困擾。又特別是所稱公法上結果除去請求權無法律明文依據，而學說及實務發展是否已臻完備、其構成要件與民法第 767 條之構成要件是否完全相同，似非全然無疑。基此，本席尚難贊成就公用地役關係相關爭訟，以核心爭點決定訴訟權限之管轄法院，併此敘明。