

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 695 號

解釋日期：民國 100 年 12 月 30 日

資料來源：司法院

司法周刊 第 1576 期 1 版

法令月刊 第 63 卷 3 期 139-140 頁

司法院公報 第 54 卷 5 期 72-99 頁

司法院大法官解釋（二十七）（101 年 8 月版）第 681-718 頁

相關法條：中華民國憲法 第 7、16、77 條

中華民國憲法增修條文 第 10 條

訴願法 第 2 條

行政程序法 第 92、138、159 條

行政訴訟法 第 2 條

民事訴訟法 第 31-2、182-1 條

公職人員選舉罷免法 第 128 條

自來水法 第 61 條

國家賠償法 第 1、2、6、12、14、16 條

電業法 第 57 條

道路交通管理處罰條例 第 89 條

郵政法 第 19 條

醫師法 第 21 條

藥師法 第 12 條

助產人員法 第 29 條

森林法 第 5 條

解 釋 文： 行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處對於人民依據國有林地濫墾地補辦清理作業要點申請訂立租地契約未為准許之決定，具公法性質，申請人如有不服，應依法提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。

理 由 書： 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，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（本院釋字第四四八號、第四六六號解釋參照）。至於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（本院釋字第五四〇號解釋參照）。

行政院農業委員會為接續清理前依臺灣省政府中華民國五十八年五月二十七日農秘字第三五八七六號令公告「臺灣省國有林事業區內濫墾地清理計畫」，尚未完成清理之舊有濫墾地，於九十七年四月二十三日訂定發布國有林地濫墾地補辦清理作業要點（下稱系爭要點）暨國有林地濫墾地補辦清理實施計畫，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。行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處（下稱林區管理處）於人民依據系爭要點申請訂立租地契約時，經審查確認合於系爭要點及相關規定，始得與申請人辦理訂約。

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。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，申請人如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。

大法官會議主席	大法官	賴浩敏
	大法官	蘇永欽
		林錫堯
		池啟明
		李震山
		蔡清遊
		黃茂榮
		陳 敏
		葉百修
		陳春生
		陳新民
		陳碧玉
		黃璽君
		羅昌發
		湯德宗

協同意見書

大法官 羅昌發

本件係臺灣宜蘭地方法院三位民事庭法官依據民事訴訟法第一百八十二條之一第一項前段「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」之規定，聲請本院大法官為統一解釋。其原因事件，涉及人民依據國有林地濫墾地補辦清理作業要點（以下簡稱「系爭要點」）向行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處（以下簡稱「林區管理處」）申請訂立租地契約，因不符合該當要件或因其他公益之理由，未獲該管林區管理處准予訂約所生之爭議。案經臺北高等行政法院審理，認為此種爭議屬民事糾紛，非應由其受理並審判，故移送於管轄法院即臺灣宜蘭地方法院審理。宜蘭地方法院則認為此種爭議，屬公法爭議，應由行政法院審理，乃依民事訴訟法前揭規定，為本件解釋之聲請。多數意見認各林區管理處對人民依據系爭要點申請訂立租地契約未予准許之爭議，具公法性質；申請人如有不服，應依法提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。本席敬表同意。由於本件解釋理由相當精簡，本席認有補充說明之必要。爰提出本協同意見書。

- 一、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（註一））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（本院釋字第四四八號、第四六六號及第五四〇號解釋參照）。多數情形，法律關係產生之爭議，在性質上究為因公法或私法關係所生，並無認定上之困難。但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。
- 二、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，始符合憲法第十六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。
- 三、由性質而言，各林區管理處未與依系爭要點提出申請訂立土地租約之申請人締結契約，確較屬因公法關係所生之爭議。此種關係主要之公法因素有二：其一，各林區管理處係依據行政院農業委員會所訂定發布之系爭要點而啟動清理濫墾之程序。在系爭要點下訂立租地契約之行為，屬於政府在公權力之下進行清理濫墾政策之一環，而非政府機關純粹基於商業或經濟考量之土地利用行為。故該關係係建立於高度公法性質的權源、政策與規範。其二，各林區管理處在決定是否與申請人訂立租地契約時，除依據系爭要點審核申請人是否符合要件外，更須考量林地永續經營與國土保安等公共利益（本號解釋理由書第三段參照）。其法律關係涉及政府機關高度的公益裁量權限。

四、由救濟之實效性而言，由行政法院審理此類案件，較能使當事人獲得實質救濟，並較能符合憲法第十六條保障訴訟權之意旨。蓋當事人提起民事訴訟，須與行政機關間存有私法關係，並因此發生民事上請求權作為其起訴之基礎。此亦為本院大法官釋字第五四〇號解釋所稱「人民向行政機關申請承租公有財產，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果，不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，該機關與人民間既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，除法律別有規定者外，須依法提起行政爭訟以為救濟」之意旨。如當事人無民事上請求權，縱令使其得循民事訴訟程序請求救濟，亦將一律遭法院實體駁回的結果；其結果與不賦予當事人任何救濟機會之情形，並無不同。本件情形，在現行制度下，申請人依系爭要點提出訂約申請，未獲各林區管理處同意訂約者，並無任何民事上請求權，而無法有效依民事訴訟程序請求救濟。蓋如以民事關係之角度而言，申請人提出之申請，最多僅屬「要約」之意思表示，而非「承諾」，各林區管理處並無受系爭要點或申請人之意思表示所拘束，而必須與其訂約之義務；且在我國現行制度下，亦無類似強制締約之規定，足使申請人得以主張在其符合規定的情況下，林區管理處不得拒絕訂約。相較於此，行政訴訟法第二條已經肯認公法上之爭議，除法律別有規定外，得依該法提起行政訴訟。由於系爭要點並非賦予人民之訂約權，故申請人在未獲林區管理處准予訂約而提起行政訴訟時，行政法院所應審查者為林區管理處有無使人民之正當法律程序權利受到侵害；特別是有無逾越裁量權限或恣意濫用權限的情形。換言之，申請人向行政法院起訴，並非要求法院代替林區管理處重新認定（*de novo review*）是否應予訂約。否則，如認為申請人可以向行政法院請求重新認定林區管理處是否應予訂約，實質上將等於承認申請人有訂約請求權，如此將與系爭要點下清理濫墾行為之法律性質不符。申請人所可請求行政法院審查者，應為機關在訂約之決定過程中，究竟有無違反正當程序原則之情形。由此而言，本件爭議類型由行政法院審理，較能真正提供人民訴訟權的救濟管道，以確保行政機關有關訂約與否之決定，符合裁量權行使之原則。

五、各林區管理處與申請人如依系爭要點訂立租地契約，則訂約後雙方間之法律關係，究應為民事關係抑或行政關係，則為另一問題。本號解釋並未明白揭示此部分之定性。本席以為，林區管理處之締約決定本身固有明顯的公法因素，然雙方依系爭要點所訂立之契約，內容與一般民事租地契約並無本質上之差異；二者均屬出租人同意承租人在租賃之土地上為合法的經濟活動或其他利用。故法律上使該等契約受民事法律所規範，並無理論上或實際上不妥之處。此種將林區管理處締約與否之決定，及其與人民所訂立之契約，分別受行政及民事法律體系規範，且分別使其依行政及民事訴訟程序救濟，雖非毫無理論上斟酌之餘地，然此在我國法律體制下已有前例。例如政府採購行為招標過程受政府採購法規範，屬公法關係，如對招標過程有所不服，依異議、申訴及行政訴訟等行政

爭訟程序救濟。採購機關與廠商訂約後，雙方間之法律關係屬私法關係，同時受民法及政府採購法中有關契約關係規定之規範；如因採購契約產生爭議，依民事訴訟程序救濟。且此種將林區管理處締約與否之決定與締約後雙方之契約關係，分別受行政及民事法律體系規範之結論，應為在二元訴訟制度下，考量事件之性質以及救濟之有效性，不得不選擇之結果。

註一：參照選舉罷免法第 128 條：「選舉、罷免訴訟程序，除本法規定者外，準用民事訴訟法之規定。但關於捨棄、認諾、訴訟上自認或不爭執事實效力之規定，不在準用之列。」國家賠償法第 12 條：「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」道路交通管理處罰條例第 89 條：「法院受理有關交通事件，準用刑事訴訟法之規定；其處理辦法，由司法院會同行政院定之。」

#### 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（註一）。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（註二）。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（本院釋字第五四〇號解釋參照）等語，為其論述基準。

上述多數意見開宗明義之論述，顯係基於釋字第五四〇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，何況引用釋字第五四〇號解釋，何能規避兩階段

理論之檢討？（多數意見亦有誤用釋字第五四〇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（註三）；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。

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（註四），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護

上的困難等缺失（註五）。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立私法契約，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？（註六）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（註七）。

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（註八）。

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。

註一：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-Rudiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 2007, Rn.195.）。

註二：Giemulla/Jaworsky/Muller-Uri, Verwaltungsrecht, 1998, Rn204ff.; Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz

(kommentar), 2010, § 35 Rn. 90.

註三：Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, § 2 Rn. 64; § 17 Rn. 921.

註四：Rolf Stober/Winfried Kluth/Martin Müller/Andreas Peilert, Verwaltungsrecht I, 2007, § 22 Rn. 55.

註五：Rolf Stober/Winfried Kluth/Martin Müller/Andreas Peilert, Verwaltungsrecht I, 2007, § 22 Rn. 56.

註六：Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, § 17 Rn. 14 ff.

註七：除上二註外，另參照 Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, § 2 Rn. 64; § 17 Rn. 908.

註八：Dieter Schmalz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998, Rn. 647 ff.

不同意見書

大法官 葉百修

黃茂榮

一、人民提起訴訟究應向行政法院或普通法院為之，原則上係取決於該實體關係所依據之法律究為公法或私法

本件解釋之原因案件事實，係屬民法上之無權占有關係。於民法上之無權占有事件，除符合時效取得之相關規定外，無權占有人不因其占有而對所有權人取得繼續其占有關係之權利。於其請求無權占有人返還無權占有物時，究依不當得利之相關規定，請求返還無權占有期間取得之利益，或與無權占有人締結契約，處理將來該物之占有及用益的關係，或甚至將該占有物賣與無權占有人等等，基於契約自由原則，所有權人均得自由決定如何處理該無權占有事件引起之爭議。上述事件屬民事法典型規範之事項，其相關爭議之審判權，原則上係歸屬普通法院。

按無權占有人（即申請人）對於土地所有權人（林務主管機關）申請締結租賃契約以結束該無權占有狀態之表示，屬於期待開始締約協商之表示，其法律性質屬要約之誘引，而非要約。蓋其期待之租賃契約，其具體內容尚待雙方協商。而依契約自由原則，除無權占有已符合取得時效之要件外，土地所有權人並無義務與無權占有人就無權占有物之租賃進行協商。此外，土地所有權人對無權占有人之要約誘引或要約，亦無回應之義務。

是本件統一解釋之爭議在於，若該無權占有之標的為國有土地，而無權占有人對該土地之所有權人，申請締結租賃契約以結束該無權占有狀態，系爭國有土地之該管所有權人予以否准時，雖國有土地所有權人為行政機關，該否准行為是否即構成行政處分，從而無權占有人得依行政訴訟程序請求救濟？

依據前開說明，土地所有權人對無權占有人之要約誘引或要約，並無回應義

務，是系爭國有土地所有權人予以否准之表示，若係針對要約之誘引，該表示與要約誘引一樣，並非意思表示，從而自無從構成行政處分。該否准之表示若係針對要約，則係拒絕承諾，固為意思表示，但是否即構成侵害人民權利之行政處分，仍有疑慮。倘上開國有土地之所有權人係以行政規則用出租方式清理系爭無權占有事件，是否即使該否准決定之法律性質有所改變？無權占有人得否以該行政規則之適用，主張取得啟動行政程序之權利，並對土地所有權人於該程序中，所為無意開始締約協商之決定，得認定為侵害其權利之行政處分？即便依據該行政規則有相關行政程序之進行，開始締約協商與否仍屬行政機關內部之決定，是否僅屬觀念通知，尚非意思表示，自亦非行政處分？（註一）

## 二、現行行政訴訟制度下行政處分定義應回歸正軌

我國行政訴訟新制係於民國八十九年七月一日施行，於舊制時期，行政訴訟類型僅撤銷訴訟一種，而撤銷訴訟之提起，僅得針對違法之行政處分始得為之；且舊制時期，提起撤銷訴訟所稱之行政處分，依據五十九年十二月二十三日修正公布之舊訴願法第二條第一項規定，係指：「中央或地方機關基於職權，就特定之具體事件所為發生公法上效果之單方行政行為。」是行政訴訟舊制下之行政處分範圍，以發生公法上法律效果為其構成要件之一，其救濟範圍極為狹隘，故改制前之行政法院，為保障人民之權利救濟，於具體之行政訴訟事件上，對提起撤銷訴訟之行政處分認定，均從寬為之（註二）。但行政訴訟新制實施後，由於新制下行政訴訟類型增加，除原有之撤銷訴訟外，另增設確認訴訟、給付訴訟（包括一般給付訴訟及課予義務訴訟），甚或無名之行政訴訟（註三），對人民權利之保護，可謂周延。為嚴守各種不同類型之行政訴訟制度界限，對新制下行政處分之意義，是應從嚴認定。

## 三、行政處分定義下公權力之要件認定

行政訴訟新制下行政處分之意義，依行政程序法第九十二條第一項規定，係指：「行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」因此，於判斷行政機關之行為，是否該當於行政處分，則有下列要素：具體行為之存在，該行為係由行政機關作成，行為性質屬公權力行為，而由行政機關單方面作成，且係針對個別具體事件，最後須發生法律上之效果等。而其中所謂公權力，其定義依學者通說採廣義說，係指行政機關之行為中，除開私經濟作用行為以外之其他公法行為而言，包括統治管理行為，以及單純高權行政行為在內（註四）。最高法院的裁判實務，亦採此見解（註五）。

判斷行政機關之行為，是否屬於公法行為，或私法行為，其標準學說不一，文獻上較常引用者，不外乎：利益說、從屬說、舊主體說、新主體說、雙階說等，但各說並非圓滿仍有缺失，學者吳庚大法官即認為，要就具體事件，綜合各說

之長而判斷之（註六）。

本件原因事實之行為，大致上均具備上開要素，關鍵在於主管機關清理從前遺漏尚未完成之舊有濫墾地之行為，是否屬公權力行為。按國有林地之濫墾行為，原屬違法行為，國家為維護森林公益，主管機關本應以相關訴訟程序完成清理行為，倘主管機關依內部所訂定之行政規則，使違法從事濫墾行為之人得依承租方式獲得清理而謀求解決，其目的似乎傾向於以輔導代替取締及訴訟途徑解決，而容其就地合法，以減少抗爭，並非係基於維護森林保存之公共目的。此與本院釋字第五四〇號解釋中，主管機關為維護國民居住權利，所設租售國民住宅之公益目的，即有不同，尚不得逕以上開解釋而遽稱本件原因事實之行為屬公權力行為，從而認定屬公法上爭議，應歸屬行政法院審理。

#### 四、本件解釋之法律爭議應由普通法院審理

綜上所述，本件解釋多數意見將原因事實之法律關係定性為公法爭議，由行政法院審理，與行政法理論上關於行政處分之定義及混淆行政訴訟新制下訴訟類型歸屬之原則不符，本席等不能贊同，爰提出不同意見書如上。

註一：若租賃契約之內容有一定之客觀內容，無需協商即能確定，或土地所有權人有義務，就租賃契約之內容，與無權占有人達成協議者，課予土地所有權人進行協商義務始有其意義。

註二：例如土地登記行為雖發生私法上法律效果，仍認定為行政處分而得提起撤銷訴訟，改制前行政法院 56 年判字第 97 號判例參照；登記錯誤之更正亦同，改制前行政法院 60 年判字第 217 號判例參照。

註三：包括不作為之違法確認訴訟或執行異議之訴。

註四：參見葉百修，國家賠償法，增訂 2 版，頁 142。

註五：最高法院 80 年度台上字第 525 號判決參照。

註六：吳庚，行政法之理論與實用，增訂 11 版，頁 30。

#### 不同意見書

大法官 陳新民

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

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。……」，已經說明的極為透澈。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二七〇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，本院釋字第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，基於臺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（註一）、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（註二）。

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）體系正義的牴觸

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五四〇號解釋，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五四〇號解釋的雙階理論。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，且該承租係履行一定的公法上義務。而釋字第五四〇號解釋，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、技術等給付部分而言，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銷許可並索回已支付之補助，依雙階理論前者，應適用對授益行政處分、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」一如利息的計算、支付方式、對補助成果的監督一，加以決定。此時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（註三）。

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儘量少用此理論為宜（註四）。我國政府採購法實施此一雙階理論，也引發不少爭議（註五），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？抑或是由行政機關內部發布的清理要點，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（註六）。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（註七）。

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（註八）？反之，一旦行政機關表達不欲與之締結此一契約，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規定的一種制度，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，但重要的第二階段民法「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（註九）。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占用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？

註一：Maximilian Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2009, S. 91.

註二：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，第四〇頁。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。

註三：參見陳新民，前揭書，第四十六頁處。

註四：吳庚，前揭書，第四四四頁。

註五：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。

註六：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。

註七：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，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，以及返還非法占用林地的命運。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發布，可以轉身一變，成為「必承租之權利人」乎？

註八：Maximilian Wallerath, aaO., S. 368. 陳新民，前揭書，第三一一頁註二十五處。

註九：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。

## 不同意見書

大法官 黃璽君

多數意見認為人民依國有林地濫墾地補辦清理作業要點（下稱系爭要點）向行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處（下稱林區管理處）申請訂立租地契約，因林區管理處未同意訂約而提起爭訟，法院應予審理，本席亦表贊同。惟多數意見認此屬公法性質，應由行政法院審判，則難認同，爰提不同意見如后。

### 一、應依事件性質定其審判法院

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，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，迭經本院解釋在案（註一）。如何決定事件之性質，學理上雖有不同之見解，在釋憲實務上，認為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，行政機關代表國家與人民訂立買賣、租賃等私法契約，並非行使公權力而生之公法關係。亦即判斷某事件是否公法關係，除主體至少有一方係代表國家之行政機關外，尚須有行使公權力之行為，始足以發生公法上之法律關係。

本院釋字第四四八號解釋謂：「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」，未區分訂約前或訂約後之爭議，均認係私法關係（註二）。本院釋字第五四〇號解釋，則以已否訂約區分，訂約前之爭議應提起行政訴訟救濟，訂約後之爭議，則循民事訴訟程序救濟。兩解釋結論不同，在於釋字第五四〇號解釋，係關於國民住宅租售等爭議之解釋，因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社會福祉之目的而制定（國民住宅條例第一條參照），具公法性質。人民依該條例及相關規定申請承購、承租國民住宅，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果不符合該當要件，而未與申請人訂立買賣、租賃等契約，係依上開規定行使公權力之行為，故屬公法關係。而釋字第四四八號解釋則係單純國有財產之租售，無其他公益目的。行政機關審查申請人是否合於其國有財產管理法令，決定是否租售，非屬公權力之行使，兩者情形有間。是行政機關與人民訂立私法契約前之審查，並非均為公法關係，仍視其有無行使公權力之行為而定。

### 二、系爭事件非屬公法上爭議

系爭事件係申請人依系爭要點申請訂立租地契約，未經同意之爭訟。如前所述，租地契約係私法契約，訂約前之審查爭議，是否公法關係，以行政機關有無行使公權力行為為斷。

由系爭要點規定可知，行政院農業委員會為清理五十八年五月二十七日臺灣省政府農秘字第三五八七六號令公告「臺灣省國有林事業區內濫墾地清理計畫」遺漏尚未完成清理之舊有濫墾地，而訂定該要點（系爭要點第一點參照）。針對五十八年五月二十七日以前違法占用國有林地，符合所定條件者（註三），同意出租（註四）。該要點並無何公益目的，難謂具公法性質，故林區管理處對於申請人依系爭要點申請訂立租約所為審查，尚難認係公權力之行使。且該辦法並未賦予無權占用國有林地者何種公法上之權利或利益，兩者間並未因而發生公法關係，自無由依行政訴訟程序救濟。

多數意見以補辦清理之目的在於解決國有林地遭人民濫墾之問題，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時，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，仍屬公法性質等，認系爭事件應由行政法院審判。惟遭占用土地有無違反森林法第五條等規定，行政機關應如何處理，係其依森林法所為另一公權力之行使，與系爭事件係依系爭要點為申請無關。況依上開多數意見，不啻承認原僅屬無權占用事實者，因系爭要點而轉為如合於系爭要點且與森林法之公益目的無違時，得請求林區管理處訂立租地契約之公法上權益？系爭要點既不具公法性質，占用人如何因而享有公法上之權益？多數意見，似非妥適。

註一：參本院釋字第 448、466、533、540 號解釋。

註二：本院釋字第 448 號解釋對象為行政法院（現改制為最高行政法院）58 年判字第 270 號及 61 年裁字第 159 號判例。前者係當事人主張租用或優先承購，係能否訂約爭執；後者則為訂約後行政機關解約之爭議。

註三：系爭要點第 2 點：

民國 58 年 5 月 27 日以前，在國有林地內已存在下列占用事實，且能以第一版航空照片判釋認定者，由農委會林務局各林區管理處（以下簡稱林區管理處）進行補辦清理。

- （一）濫墾地已栽植木竹。
- （二）種植果樹、蔬菜、茶葉或其他農作物等。
- （三）興設建物、水池、闢為水田等。

註四：系爭要點第 3 點：

補辦清理方式：

- (一) 濫墾地已栽植竹、木者，經各林區管理處查明屬實，依照「國有林事業區出租造林地管理要點」（以下簡稱租地管理要點）之規定予以訂約。如有補植竹、木之必要者，並應由林區管理處訂定期限完成補植。
- (二) 種植果樹、蔬菜、茶葉或其他農作物等者，占用人經法院公證承諾於一年內完成每公頃均勻種植六百株造林木、竹類部分依規定造林株（櫟）數三分之一，經林區管理處檢查合格後，予以訂約。否則應無條件收回林地。
- (三) 興設建物、水池、闢為水田等者，由占用人提出舉證文件以證明係屬民國 58 年 5 月 27 日前舊濫建案件，經林區管理處確認面積，並由占用人繳納五年之使用費後，予以補辦清理訂約。

臺灣宜蘭地方法院 函

中華民國 100 年 4 月 26 日

宜院瑞文字第 1000000292 號

受 文 者：司法院

主 旨：檢呈本院民事庭審判長楊麗秋、法官林俊廷、法官張軒豪審理民事訂立租約事件，就本院有無審判權限，與臺北高等行政法院確定裁定之見解發生歧異認有統一解釋之必要聲請書及附件（本院 99 年度簡上字第 48 號、98 年度羅簡字第 233 號、98 年度補字第 173 號、臺北高等行政法院 98 年度訴字第 01590 號影印肆宗），恭請 鑒核。

說 明：本院受理之 99 年度簡上字第 48 號訂立租約案件，因本院有無審判權限，與臺北高等行政法院確定裁定之見解發生歧異，業已裁定停止審理，而有聲請統一解釋之必要。

院長 黃瑞華

抄臺灣宜蘭地方法院審判長楊麗秋、法官林俊廷、張軒豪釋憲聲請書

壹、聲請統一解釋之目的

本院認為本件上訴人即原告楊弼○、楊翔○，依據行政院農業委員會於民國（下同）97 年 4 月 23 日發布「國有林地濫墾地補辦清理作業要點」（下稱補辦清理作業要點）第 2 條、第 3 條第 3 項規定，向本件被上訴人即被告行政院農業委員會林務局羅東林區管理處（下稱羅東林管處）申請訂約事件，屬於公法爭議，應由行政法院審理。惟臺北高等行政法院認為其乃私法爭議，應循民事訴訟程序解決，經裁定確定後移送至本院審理，本院與行政法院關於受理訴訟之權限所持之見解發生歧異，本件上訴人即原告楊弼○、楊翔○亦當庭表示如本院認定為公法事件，請求移送行政法院審理，顯無與本件被上訴人即被告羅東林管處合意由本院裁判之意思，爰依民事訴訟法第 182 條之 1 第 1 項規定

，裁定停止本件訴訟，並聲請鈞院大法官統一解釋，以確認此等事件究應由何法院審理。

## 貳、法律見解發生歧異之經過及涉及之法令條文

### 一、法律見解發生歧異之經過

坐落新北市新店區永業段 10 地號土地（重測前為安坑段芋藁湖小段 23-3 地號土地，下稱系爭土地）為中華民國所有，並由羅東林管處負責管理，訴外人夏○如、林○幹、吳○芬等人於 53 年 1 月間，在系爭土地上興建太白樓 1、2、3 樓（面積 101.78、58.36、47.14 平方公尺，下稱系爭建物），而原始取得系爭建物所有權。嗣於 60 年 4 月 5 日以新臺幣（下同）10 萬元之價格，由楊弼○、楊翔○買受系爭建物之事實上處分權，楊弼○、楊翔○乃於 97 年 7 月 31 日，以系爭土地之占有人身分，依據補辦清理作業要點第 2 條、第 3 條第 3 項規定，向羅東林管處申請補辦清理登記並訂立租約，經羅東林管處於 98 年 3 月 9 日以羅台政字第 0981301226 號函覆，認定楊弼○、楊翔○之申請不符合資格而駁回。楊弼○、楊翔○不服該駁回處分，向行政院農業委員會提起訴願，行政院農業委員會訴願委員會以農訴字第 0980120561 號訴願決定書，認定該申請為私權糾紛而為不受理之訴願決定。楊弼○、楊翔○不服該訴願決定，向臺北高等行政法院提起行政訴訟，請求撤銷羅東林管處駁回申請之處分及上開訴願決定，並請求判決羅東林管處應作成准予申請並補辦清理訂約之行政處分，亦經臺北高等行政法院以本件為私權爭執為由，於 98 年 8 月 25 日以 98 年度訴字第 1590 號裁定移送本院審理。本院羅東簡易庭受理後，業於 99 年 7 月 19 日以 98 年度羅簡字第 233 號判決駁回楊弼○、楊翔○之請求，楊弼○、楊翔○不服原審判決而提起上訴，嗣由本院 99 年度簡上字第 48 號訂立租約事件受理在案。依照民事訴訟法第 31 條之 2 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。故本院對於本件有無審判權，為程序上應先予審查之問題，始能進行後續實體審理，不因原審判決已為實體裁判而受影響，如原審判決之訴訟程序有重大瑕疵者，本院自應廢棄原審判決。本院認為本件申請訂約事件，乃涉及楊弼○、楊翔○有無符合申請資格之公法爭議，故此類事件應以行政法院為審理法院。此項見解與臺北高等行政法院前述所持見解有異，爰依法聲請統一解釋。

### 二、涉及之法令條文

按臺灣省政府曾於 58 年 5 月 7 日以農秘字第 35876 號令公告「臺灣省國有林事業區內濫墾地清理計畫」（下稱濫墾地清理計畫），針對國有林地遭到濫墾之問題予以清理，嗣為清理上開計畫中有所遺漏尚未完成清理之舊有濫墾地，行政院農業委員會乃發布前述之補辦清理作業要點，補辦清理作業要點第 2 條規定：「民國 58 年 5 月 27 日以前，在國有林地內已存在下列占用事實，

且能以第一版航空照片判釋認定者，由農委會林務局各林區管理處（以下簡稱林區管理處）進行補辦清理。（一）濫墾地已栽植木竹。（二）種植果樹、蔬菜、茶葉或其他農作物等。（三）興設建物、水池、闢為水田等。」另補辦清理作業要點第 3 條第 3 項規定：「補辦清理方式：（三）興設建物、水池、闢為水田等者，由占用人提出舉證文件以證明係屬民國 58 年 5 月 27 日前舊濫建案件，經林區管理處確認面積，並由占用人繳納 5 年之使用費後，予以補辦清理訂約。」本院認為補辦清理作業要點乃上級機關即行政院農業委員會，對於下級機關包括羅東林管處在內，針對國有林地濫墾清理之申請要件及作業方式，所訂定對內發生法律效果之一般、抽象規定之行政規則（參照行政程序法第 159 條第 1 項），雖未對外直接發生法律效果，但行政院農業委員會之下級機關羅東林管處依照該行政規則之標準，作為審核占有人提出申請之依據，並據此作為准駁與否之處分，自屬行政處分。系爭土地占有人楊弼○、楊翔○依據上開規定，提出相關資料向羅東林管處申請補辦清理訂約，而羅東林管處駁回其申請，則羅東林管處對於楊弼○、楊翔○之申請所為之行政處分，性質上屬於公法爭議。

#### □、聲請解釋之理由及聲請人對本案所持立場與見解

##### 一、應遵守司法院釋字第 540 號解釋理由書之先例

按司法院釋字第 448 號解釋認為：「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。我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。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。」對於行政機關代表國庫出售或出租公有財產之行為，認定非屬行政處分，而屬私法上契約行為，應循民事訴訟程序解決該私權紛爭。惟鈞院大法官嗣後針對國民住宅條例第 21 條第 1 項規定，應由普通法院或行政法院審判之統一解釋案，於釋字第 540 號解釋理由書中表示：「……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。」似已採取德國學說所發展之「雙階理論」而予以論述。亦即對於申請租售國民住宅之准駁係行政處分，後續之訂立租賃或買賣契約乃私法行為（註一）。

行政機關與人民之間所發生之法律關係，應適用何種法律規範及後續之救濟

途徑，涉及行政法學上關於公、私法如何區別的根本難題，尤其是現代行政法學，均承認行政機關已非單純僅以高權行政之方式達成行政目的，亦有許多係以國庫行政（私經濟行政）之方式達成行政目的，在「行政私法」領域更是以私法之手段為之。關於行政機關之行為應適用公法或私法，有學者主張以「綜合考察法」，在適用個別法規時，應探求全部條文之立法目的與基本精神，參酌各種學說，綜合斟酌考量，以決定其為公法抑或私法（註二）。但有學者則認為其實益多大，令人懷疑，且將互斥學說綜合考察，在法釋義學上是否站得住腳，非無疑義（註三）。學說上所謂「雙階理論」之主張，將行政機關與人民之間的法律關係分為兩個階段，前階段適用公法，後階段適用私法，企圖藉此規範行政機關選擇以私法手段完成行政目的時之法律適用難題，將同一事件切割成兩階段，分別適用不同的法律關係，亦遭致許多批評。有學者認為「雙階理論」並非必須遵循的法則，傾向主張除法律有明文規定者外（例如政府採購法），遇有兩個階段行為時，不妨整體認作行政契約，前階段訂約對象之決定相當於行政程序法第 138 條以甄選或其他競爭方式決定當事人，不另成為獨立之行政處分，可避免「雙階理論」可能產生之困境（註四）。固然，學說上所謂「雙階理論」是否妥適，是否能涵蓋所有的私經濟行政中的「行政私法」事件而為適當之解釋，非屬無疑。然從司法訴訟實務角度出發，本院認為司法院釋字第 540 號解釋理由書中既已表明了如同「雙階理論」的思維，則本件訂立租約事件，依照該解釋之先例，除有法制上之特殊考量以外，應作相同之解釋。亦即占有人楊弼○、楊翔○向羅東林管處申請訂立租約者，羅東林管處依相關法規或行使裁量權之結果，認定不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，申請人楊弼○、楊翔○如有不服，須依法提起行政爭訟，由行政法院審理。況不論是採取前階段為行政處分，後階段為私法契約之解釋方法，或是將前、後階段均視為整體之行政契約之解釋方法，關於楊弼○、楊翔○是否具有承租系爭土地之資格，羅東林管處所為之准駁決定，均屬於行政法之法律關係。故臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1590 號裁定，認為楊弼○、楊翔○申請補辦占有系爭土地之目的，在於承租，管理機關代表公庫出租財產屬於私法上行為，租賃契約訂立前之資格審查認定，亦屬私法上之資格有無之表示，無公權力行使之成分，資格有所爭執，仍屬私權爭執，應由民事法院審判，行政法院並無受理訴訟權限之見解，自屬未洽。

## 二、從權利保障之有效性觀點而論

另外，本院基於何法院就本事件能實質保障人民權利之有效性觀點，認為本件應由行政法院審理，較屬妥適。茲分述如下：

- （一）羅東林管處於原審及上訴後，均一再答辯表示：其管理國有林地，負有確保國有林地之水土保持重大責任，濫墾國有林地之占用人，縱然符合補辦清理作業

要點暨濫墾地清理計畫所訂定之條件，亦僅係符合得向羅東林管處提出訂立租約之申請，然羅東林管處仍有考量、審核該被濫墾之國有林地之出租是否符合國有林地水土保持之政策，以決定是否放租等語（見原審卷第 20 頁；本院卷第 30 頁），足認羅東林管處主觀上認為其對於楊弼○、楊翔○是否符合申請訂立租約之資格，具有相當之行政裁量權限，客觀上亦根據該行政裁量權限而駁回楊弼○、楊翔○提出訂立租約之申請。要言之，羅東林管處於本事件當中，其主觀及客觀行為，均係以具有行政裁量權之行政機關自居，絕非立於與一般私人地位相仿之身分，解釋上顯非單純之私權爭執而已。羅東林管處對於本件申請之准駁，已涉及行政裁量之權限，而行政裁量是否適法妥當，牽涉行政法上之一般原理原則，例如行政機關有無違反比例原則、平等原則等而構成裁量濫用之情形，由職司私法審判之普通法院適用民事法律關係之法理予以審查，有違制度上另行創設行政法院專職行政法律關係審查權限之目的，亦有讓羅東林務局可能藉此「公法遁入私法」之方式，規避了行政法上之一般原理原則之審查，而有侵害人民權益之虞。

- （二）如由普通法院適用民事法律關係之法理審查本件者，由於民事法律關係是以「契約自由」為原則，當事人是否訂立契約，均由當事人本於自由意志而為意思表示一致後合意成立，例外如法律有明文規定者，包括郵政法第 19 條、電業法第 57 條、自來水法第 61 條、醫師法第 21 條、藥師法第 12 條、助產人員法第 29 條等規定，因涉及人民之生活基本需求及生命、健康等事項，故由立法者明定提供者如無正當理由不得拒絕訂約，屬於強制訂約之特別規定，提供者始負有訂立契約之義務，否則法院無從強制當事人訂約。本件如以民事法律關係之法理而論，除非認定補辦清理作業要點第 2 點、第 3 點第 3 項規定，性質上屬於強制訂約之法律規定，始能違反羅東林管處之意思表示而承認得訂立租約。然而，強令一方當事人負有強制訂約之法律上義務，涉及限制人民權利義務之行使，就憲法財產權保障之角度而言，應限於有「法律保留」之情形，始得為之，且強制訂約對於「契約自由」原則既屬構成例外之情形，依例外情形從嚴解釋之法學方法論，在一般狀態下，由普通法院審查本件申請訂約之糾紛，客觀上實難認定補辦清理作業要點第 2 點、第 3 點第 3 項規定屬於具有法律位階或相當於授權命令位階效力之強制訂約規範，而可能為有利於楊弼○、楊翔○之判斷。要言之，由普通法院審理本件者，不論楊弼○、楊翔○之申請是否符合補辦清理作業要點之規定，只要羅東林管處拒絕訂約，普通法院將無從有效進行司法審查。本院並非以有利於楊弼○、楊翔○之認定作為判斷之前提，但本件由本院適用民事法律關係之法理予以審查者，實際上根本難為有利於楊弼○、楊翔○之判斷結論，顯示以民事訴訟之方式處理本件糾紛，無從實質保障人民之權益，況以民事法律關係而論，羅東林管處日後

可以完全拒絕任何人提出訂立租約之申請，不管該申請是否符合補辦清理作業要點之規定，如此結果，形同在形式上賦予人民利用民事訴訟程序而為權利救濟，實質上卻阻礙了人民能有效地利用訴訟程序獲得權利救濟之可能，有違憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。蓋訴訟權之保障，應以人民利用法院提起訴訟可能獲得有利判決之結果為前提，本院以為楊弼○、楊翔○利用民事訴訟程序，在適用民事法律關係之法理的前提下，難期獲得有利判決之結果，但適用行政訴訟程序，卻可能獲得有利判決之結果，以權利保障之有效性而言，實無必要將本件認定為私權紛爭，而由本院審判。

#### 肆、結論

綜上所述，本件既係涉及羅東林管處行使行政裁量權限而駁回楊弼○、楊翔○依據補辦清理作業要點第 2 點、第 3 點第 3 項規定申請訂立租約，而楊弼○、楊翔○原先亦係以提起行政爭訟之方式尋求救濟，本院認為從司法院釋字第 540 號解釋理由書之先例及權利保障之有效性觀點而論，均應將本件認為屬於公法之爭議，而由行政法院審理，本院並無審理權限。從而，臺北高等行政法院以本件為私權爭執為由，以 98 年度訴字第 1590 號裁定移送本院，因楊弼○、楊翔○及羅東林管處均未抗告而確定在案，與本院前述見解發生歧異，為此依照民事訴訟法第 182 條之 1 第 1 項規定，裁定停止本件訴訟，並聲請鈞院大法官為統一解釋。附件一：本件卷宗影本（含臺北高等行政法院卷宗）附件二：國有林地濫墾地補辦清理作業要點註一：參照吳庚：『行政法之理論與實用』，2009 年增訂 10 版 4 刷，三民書局，第 149 頁。註二：參照李建良：「公法與私法的區別（上）、（下）」，刊載於月旦法學教室，第 5、6 期，2003 年 3、4 月，第 38 至 49 頁；第 47 至 55 頁。註三：參照翁岳生主編：「行政法（上）」，2006 年 10 月 3 版，第 489 頁（行政處分之章節由許宗力執筆）。註四：參照吳庚前揭註一，第 460 頁。

謹 呈

司 法 院

聲請人：臺灣宜蘭地方法院民事庭

審判長 楊麗秋

法 官 張軒豪

法 官 林俊廷

中 華 民 國 100 年 4 月 19 日

（本件聲請書附件略）