

# 釋字第 773 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

## 壹、本號解釋源由

原因事件之原告，對於該原因事件所涉未辦理繼承登記之土地（下稱系爭土地），依土地法第 73 條之 1 第 3 項前段規定（下稱系爭規定），以財政部國有財產署北區分署，及受該分署委託依土地法第 73 條之 1 第 2 項規定辦理標售系爭土地之台灣金融資產服務股份有限公司，為共同被告，向臺灣基隆地方法院（下稱基隆地院）提起確認優先購買權存在之訴。基隆地院審理後認為本件性質上核屬公法上爭議事件，且非屬行政訴訟法第 229 條第 2 項各款所指應由地方法院行政訴訟庭為第一審管轄法院之簡易案件，依行政訴訟法第 104 條之 1 規定，其第一審管轄法院應為高等行政法院，非基隆地院民事庭所得管轄，爰於 104 年 12 月 8 日依職權以 104 年度訴字第 213 號裁定移送系爭原因案件至有受理訴訟權限之臺北高等行政法院。該裁定因兩造合計三位當事人均未抗告而確定。

惟受理該移送事件之臺北高等行政法院則認為，原因事件之原告，就系爭土地究竟有無系爭規定所稱之優先購買權，乃屬私權爭議，自應由普通法院審理，遂依行政訴訟法第 178 條裁定停止訴訟程序，並聲請本院大法官解釋。

本號解釋認原因事件係屬私法性質，應由普通法院審判。本席就此結論，敬表贊同，並提出本協同意見書，補充其理由如下。

## 貳、系爭規定所稱優先購買權爭議之性質屬公法事件或私法事件

關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元制，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，法律有明文規定者，依其規定；無明文者，則基本上依事件之性質定之。亦即，原則上，屬於私法性質之爭執，由普通法院審判；屬於公法性質之爭執者，則由行政法院審判（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、第 758 號解釋理由書第 2 段、第 759 號解釋理由書第 4 段、本號解釋理由書第 4 段參照）<sup>1</sup>。

系爭規定就其所定之優先購買權所生爭議，並無審判權歸屬之明文，自應依爭議之性質，決定本件原因事件應由普通法院或行政法院審判。

### 一、基隆地院 104 年度訴字第 213 號裁定見解

本件基隆地院 104 年度訴字第 213 號裁定認系爭規定所稱優先購買權之爭議，依其性質，乃公法爭議，遂依職權裁

---

<sup>1</sup>關於本院釋字第 758 號解釋之評析，請參見，魏大曉，公私法交錯之民事與行政訴訟審判權劃分 — 大法官釋字第 758 號解釋評析，民事訴訟法研究會第 138 次研討記錄 — 法學叢刊，第 252 期，2018 年 10 月，139 頁以下；魏法官文章刊載於 145-166 頁。至於大法官就普通法院與行政法院審判權所作相關解釋之評析，則請參見，林俊廷，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，分別刊載於司法週刊，第 1919 期（2018 年 9 月 21 日）、第 1920 期（2018 年 9 月 28 日）及第 1921 期（2018 年 10 月 5 日）；該文認為，就特定原因事實案件，決定其審判權歸屬時，實務上應採取分階段之審查步驟，按（1）有無法律明文規定？（2）是否為行政組織之內部關係？（3）請求權之性質為何？（4）法規範之意旨為何？（5）有無權利保障之可能，逐步檢驗。此項論點，頗值參考。

定移送臺北高等行政法院，其理由為：「財政部國有財產署為執行土地法第 73 條之 1 第 2 項至第 5 項規定之標售等作業，於 102 年 10 月 16 日公布修正『逾期未辦繼承登記土地及建築改良物標售作業要點』（下稱標售作業要點），其中第 11 點第 1 項規定『本條（即土地法第 73 條之 1）第 3 項所稱使用範圍，繼承人或其他共有人使用者，以其實際使用範圍為準。合法使用人使用者，應以登記或契約約定為準；登記或契約約定不明者，依現場實際使用範圍認定；使用範圍有重複時，以物權登記先後順序及物權優於債權之原則認定之』由前揭標售作業要點規定及本件被告等就原告申請之處理，足見被告國有財產署北區分署辦理（或委託被告台灣金融資產服務公司辦理）上開土地法所定土地標售業務，而將土地出售予得標人或優先購買權人時，固係與買受人立於對等地位而為私法上雙方行為，惟於自稱有優先購買權者主張行使優先購買權時，主管機關即財政部國有財產署仍須行使公權力，依其職權，自行審核、調查、認定其主張是否符合土地法第 73 條之 1 所定之優先購買權規定，而不受相對人意思之拘束，且經認定為優先購買權人之人，即取得優先於得標人購買系爭土地之權利，揆諸前揭規定及說明，被告國有財產署北區分署對於『符合優先購買資格』之認定，既係行政機關依據公法行使公權力所為針對具體事件直接發生法律效果之單方法律行為，縱發生者為私法之法律效果，自仍屬行政處分。是本件請求確認優先承買權事件，性質上核屬公法上爭議事件。」<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> 參見該裁定理由四。

## 二、普通法院及行政法院多數裁判見解

未辦理繼承登記土地或建築改良物經國有財產署（或其委託辦理標售之機構）標售且經標得後，如有第三人主張其依系爭規定就該土地或建築改良物有優先購買權，但經得標人或/及國有財產署（或其委託辦理標售之機構）否認，致該第三人主張之優先購買權是否存在有爭執者，不論係由該第三人以國有財產署（或其委託辦理標售之機構）或/及得標人為被告，提起積極確認之訴，請求確認自己之優先購買權存在<sup>3</sup>，或由得標人或/及國有財產署（或其委託之機構）以該第三人為被告，提起消極確認之訴，請求確認該第三人之優先購買權不存在<sup>4</sup>，提起消極確認之訴，多數情形，當事

<sup>3</sup> 參見下列裁判：

- (1) 臺灣臺中地方法院 102 年度訴字第 3249 號判決、臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 299 號判決（被告為國有財產署中區分署；本件未經敗訴之原告提起第三審上訴）
- (2) 臺灣彰化地方法院 103 年度訴字第 194 號判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度上字第 25 號判決（被告為國有財產署中區分署，得標人受告知訴訟但未聲明參加訴訟；本件未經敗訴之原告提起第三審上訴）
- (3) 臺灣臺北地方法院 104 年度重訴字第 458 號判決、臺灣高等法院 105 年度重上字第 308 號判決（被告為國有財產署，得標人為參加人；本件未經敗訴之原告提起第三審上訴）

<sup>4</sup> 參見下列裁判：

- (1) 臺灣彰化地方法院 103 年度訴字第 1321 號判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度上易字第 413 號判決，及最高法院 106 年度台上字第 1454 號裁定（原告為主張有優先購買權之繼承人）。
- (2) 臺灣桃園地方法院 103 年度重訴字第 131 號判決、臺灣高等法院 104 年度重上字第 551 號判決、最高法院 107 年度台上字第 333 號判決（該案原告為得標人，除對主張有優先購買權之人，請求確認其優先購買權不存在外，另對被告國有財產署北區分署請求核發標得土地之權利移轉證明書（即標售證明，參見標售作業要點第 16 點第 1 項前段），原告一、二審均勝訴，北區分署未上訴第三審，主張有優先購買權之人上訴第三審，經最高法院廢棄原判決發回更審，現由臺灣高等法院

人均係向普通法院起訴，而依本席所能蒐集之資料，除本件基隆地院之裁定外，受訴之普通法院亦從未質疑其審判之權限<sup>5</sup>，即逕為實體裁判<sup>6</sup>。

此外，行政法院之裁判亦認為，就當事人之一方有無系爭規定之優先購買權所生爭議，屬私法性質<sup>7</sup>。

### 三、本席意見

按國有財產署為執行土地法第 73 條之 1 第 2 項至第 5 項規定之標售等作業，於 102 年 12 月 7 日公布修正之「逾期未辦繼承登記土地及建築改良物標售作業要點」（下稱標售作業要點）第 10 點前段規定：「依本條第 3 項規定以繼承人身分主張優先購買權者，由執行機關參酌申請人檢附之相關證明文件及直轄市、縣(市)地政機關檢送之列冊管理專簿，依民法相關規定審認之。」，第 11 點則規定：「(第 1 項)本條第 3 項所稱使用範圍，繼承人或其他共有人使用者，以其實際使用範圍為準。合法使用人使用者，應以登記或契約約定為準；登記或契約約定不明者，依現場實際使用範圍認

---

以 107 年重上更(一)字第 127 號更審中)。

(3) 臺灣新北地方法院 105 年度訴字第 2639 號判決、臺灣高等法院 106 年度上字第 291 號判決（原告為得標人，被告為主張有優先購買權之人；二審改判原告勝訴）

<sup>5</sup> 參見註 3 及註 4 所示之所有裁判。

<sup>6</sup> 直轄市或縣(市)主管機關依地籍清理條例第 11 條規定，代為標售同條例第 17 條至第 26 條、第 32 條及第 33 條規定之土地並經標得，致第三人主張其有同條例第 12 條第 1 項所定之優先購買權及優先順序，而生爭議者，普通法院之裁判，亦皆認為應由普通法院審判之。參見，臺灣彰化地方法院 104 年度訴字第 481 號判決、臺灣高等法院臺中分院 105 年度上字第 148 號判決、最高法院 105 年度台上字第 2163 號裁定。

<sup>7</sup> 最高行政法院 106 年度裁字第 1788 號裁定、107 年度裁字第 767 號裁定、107 年度裁字第 1561 號裁定（三件裁定為同一事件）。

定；使用範圍有重複時，以物權登記先後順序及物權優於債權之原則認定之。(第 2 項) 前項使用範圍無法認定或有爭議時，執行機關應限期全體主張優先購買權人自行協議或循司法途徑處理，其需辦理複丈、分割者，得由國有財產署代位申請。(第 3 項) 合法使用人檢附與被繼承人所訂之使用權契約書，應經公、認證，如未經公、認證者，由申請人切結『本契約書如有不實致他人受損害者，申請人願負法律上一切責任』。

系爭標售作業要點前述規定，分別明定「依民法相關規定審認之」、「應以契約約定為準」、「以物權登記先後順序及物權優於債權之原則認定之」、「與被繼承人所訂之使用權契約書」，且認有優先購買權之第三人，係於土地及建築改良物「標售且經得標後」，始得行使優先購買權，即此時已進入準備締結買賣契約之階段，得標人或第三人與國有財產署之間即處於對等之地位。又國有財產署，係以代管私人財產之地位，標售逾期未辦理繼承登記之私有土地或建築改良物。況且，系爭優先購買權有無之判斷於本件實務操作上，在受委託標售之台灣金融資產服務股份有限公司通知原因事件原告補正相關文件時，即已同時告知，如無法補正，應直接向司法機關提起確認優先購買權存在之訴<sup>8</sup>，而非由國有財產署（或其委託之台灣金融資產服務股份有限公司）逕為有無優先購買權之認定。

由是可見，當事人間關於系爭規定之優先購買權所生爭議，顯然屬於民事法律關係，自為私法性質。

---

<sup>8</sup> 台灣金融資產服務股份有限公司中華民國 104 年 4 月 13 日 103 年度台金北繼字第 5 號函。

其次，普通法院在審理上開請求確認系爭規定之優先購買權存在或不存在之訴時，亦皆認為，主張有優先購買權之人，就其所稱自己與被繼承人間，有所稱之民法親屬編之親子關係<sup>9</sup>、民法債權編上之使用借貸契約<sup>10</sup>、民法債編之土地使用權買賣契約<sup>11</sup>、民法物權編上之行使地上權意思<sup>12</sup>，民法物權編之房屋事實上處分權<sup>13</sup>，應負舉證責任。

再者，最高行政法院亦有裁判認為，國有財產署依土地法第 73 條之 1 標售土地時，主張自己為系爭規定所稱之「繼承人、合法使用人或共有人」而行使優先購買權之人，於國有財產署拒絕時，因涉及私權糾紛，該主張自己為系爭規定所定優先購買權之人，自得以國有財產署及得標人為被告，提起「確認優先購買權存在」之民事訴訟，以求解決該私權爭議。國有財產署已將標售之土地所有權登記予得標人時，該主張自己系爭規定所定優先購買權之人亦可視其所主張「優先購買權」之具體法規範基礎，究竟具有物權法屬性，抑或債權法屬性，而分別請求「塗銷所有權移轉登記」及「國有財產署履行（因行使優先購買權所形成買賣契約之）土地所有權移轉義務」，或「債務不履行及侵權行為損害賠償」，以確保其「優先購買權」之實體法權益<sup>14</sup>。

綜上，不論依系爭標售作業要點之規定，或依普通法院及行政法院之實務操作，系爭規定之優先購買權相關要件及

---

<sup>9</sup> 參見臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 299 號判決。

<sup>10</sup> 參見臺灣高等法院 105 年度重上字第 308 號判決。

<sup>11</sup> 參見臺灣高等法院臺中分院 104 年度上字第 25 號判決。

<sup>12</sup> 參見臺灣高等法院 104 年度重上字第 551 號判決。

<sup>13</sup> 參見臺灣高等法院臺中分院 104 年度上易字第 413 號判決。

<sup>14</sup> 參見最高行政法院 106 年度判字第 1788 號裁定理由之五（二）4（2）。

所生效果，均涉及私法法律關係，應依民法有關規定判斷，與公權力之行使無涉，足見主張有優先購買權之人所提起之確認優先購買權存在之訴訟，性質上屬私法關係所生之爭議。（本號解釋理由書第 7 段參照）

### 參、到法院的路，何其遙遠

去（106）年 12 月 22 日公布之本院釋字第 758 號解釋，本席曾於協同意見書指出：「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！」<sup>15</sup>。

學者評論該號解釋時，亦再三指出，關於普通法院與行政法院審判權之爭議，應從程序利益保護、訴訟經濟、公正程序等程序法原則思考解決方案，務求紛爭一次解決、司法資源有效運用、確保當事人的適時審判請求權及公證程序請求權。而且，民事訴訟法第 182 條之 1 第 1 項但書規定，業已將審判權相對化，並弱化審判權之公益性，允許當事人處

---

<sup>15</sup> 請併參見張瓊文大法官於本號解釋提出，黃昭元大法官及本席加入之協同意見書，及黃瑞明大法官於本院釋字第 772 號解釋提出之部分協同部分不同意見書之三。

分<sup>16</sup>。

事隔一年，又見本號解釋問世，許多無奈，筆墨難以形容。難道事實真是：人民始終在吶喊「到法院的路，何其遙遠！」倘若如是，孰令致之，孰使為之？<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> 參見陳瑋佑、沈冠伶、許士官、邱聯恭等教授及沈方維庭長在民事訴訟法研究會第138次研討會之發言，同註1，法學叢刊，第252期，2018年10月，172頁以下。

<sup>17</sup> 就本件原因事件而言，許多普通法院及行政法院裁判可資佐證，關於系爭事件，基隆地院有審判權。但基隆地院104年度訴字第213號裁定為何仍持相反之見解，而依職權移送臺北高等行政法院？該案兩造當事人為何又未對該裁定提起抗告，致對同類爭議通常持普通法院有審判權見解之上級審（臺灣高等法院）未能適時糾正？以致於受移送之臺北高等行政法院聲請本件解釋，並將依本號解釋，再將全案裁定移回基隆地院。造成系爭優先購買權爭議，業已繫屬司法機構至少將近5年，卻依然停留於毫無實質意義之審判權歸屬階段。對照土地法第73條之1第3項但書，明文要求優先購買權人應於決標後10日內表示優先購買，否則視為放棄其優先購買權，虛耗5年光陰，豈只諷刺而已？