釋字第 773 號解釋不同意見書

黃虹霞大法官提出
蔡明誠大法官加入

本院釋字第 772 號解釋係關於國有財產法第 52 條之 2 爭議，其審判權究應歸屬普通法院民事庭或行政法院之統一解釋聲請案。本件係由臺灣臺北地方法院民事庭法官於受最高行政法院移送管轄裁定後，認該案件應由行政法院管轄，而依民事訴訟法第 182 條之 1 規定聲請大法官解釋。本席就本件聲請統一解釋合於受理要件，應予受理；暨就聲請併及於最高行政法院 104 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議（二）部分，認應不受理，敬表同意。但對認審判權應歸屬行政法院部分，則難以贊同。

又同日另公布同類爭議之本院釋字第 773 號解釋，本席對該號解釋結論亦持不同意見。

此二號解釋情形相類，宜合併略論之，方可得其全貌。[1]爰將本席之看法，略述如下：

一、審判權歸屬爭議依現行法制（民事訴訟法第 182 條之 1 規定及行政訴訟法第 178 條規定），固規定得聲請大法官解釋，但一則各該規定係司法院大法官審理案件法外之規定，二則不論普通法院或行政法院均係法院，審判權不論歸屬那一個法院均無礙人民訴訟權之行使，且審判權之劃分應屬法院行政職權事項，在沒有其他機制處理之情形，由大法官統一解釋，情非得已，大法庭制度既已初步建立，是否應進一步思考如何組成最高法院層級之民事、刑事及行政事件聯合大法庭，根本解決相關基礎法律見解歧異，包括將審判權歸屬爭議事項回歸由聯合大法庭處理。果如此，上開民事

[1] 此份不同意見書與釋字第 772 號解釋不同意見書內容相同。

訴訟法第 182 條之 1 等規定即應併予廢止。

二、本院釋字第 772 號解釋部分

（一）審判權歸屬那一法院既然無礙人民訴訟權之行使，則在歸屬行政法院說與普通法院說均各有依據及均有成立可能之情形（如下述），自宜尊重司法實務，擇變動最小者，以維法秩序之安定。就本件爭議而言，最高行政法院之決議認應由普通法院管轄，其見解非顯不成理，且已行之數年。而民事法院除本件聲請外，也有多件同意由被移送之民事法院審判之案例，甚至在最高行政法院作成上開決議之前後，不受上開決議拘束之最高法院，均有以系爭審判權歸屬普通法院為前提而作成之最高法院 102 年度台上字第 630 號民事判決、107 年度台上字第 1758 號及 2414 號民事裁定、107 年度台抗字第 183 號及 699 號民事裁定，而且未見相反意見，似已可見最高法院與最高行政法院間就本件爭議之審判權應歸屬普通法院乙節，已形成共識至少多數共識，本院有必要必變更該等實務，而徒予人民以最高行政法院多數法官贊同之決議被大法官認定為錯誤，最高法院法官相同見解者及其等之確定裁判也都錯誤之指摘嗎？又此一變更可能引發過去已確定案件之再爭訟，有礙法安定性；尤其在本件解釋下，如何適用民事訴訟法第 31 條之 2 第 1 項規定（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）亦可能引起爭議。本席因而認為無如本件解釋之變更實務共識必要，宜尊重司法實務及法安定而應認系爭爭議之審判權歸屬普通法院。

（二）本件爭議屬關於國有財產法規定之範疇，本件解釋也未變更本院釋字第 448 號解釋，則最高行政法院確定終局裁定依上開最高行政法院本於本院釋字第 448 號解釋意旨所作成之決議，將原因案件移送普通法院管轄，其見解應有依據：

1、本院釋字第 448 號解釋之解釋文明示：「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。」。查由本件解釋理由書第 3 段文字與本院釋字第 448 號解釋文中段文字相同，且本件解釋並無欲變更本院釋字第 448 號解釋之文字，自應認本院釋字第 448 號解釋未經變更，而仍有效。次查國有財產法第 52 條之 2 規定屬國有財產法之規定，且係以「由國有財產署（局）管理之非公用財產類之不動產」為標的，該規定並與自第 49 條起至第 54 條止之其他規定，同屬國有財產法第六章第一節「非公用財產類不動產之處分」，而且該節規定即係關於非公用財產類不動產如何讓售與人民之規定，也就是本院釋字第 448 號解釋所指為行政機關之國有財產署代表國庫（價金歸國庫）出售公有財產之典型行為，在本院釋字第 448 號解釋仍有效之前提下，關於人民與國有財產署間就依國有財產法第 52 條之 2 規定申請讓售所生爭議，與同節其他讓售爭議同，自非關行政處分。

2、尤其本件解釋理由書第 5 段既由國有財產法第 52 條之 2 之立法資料出發，肯認「係鑑於政府辦理土地總登記時，因當時資訊不發達，人民未必熟悉法律，以致甚多人民世代居住之土地被登記為國有，而形成占用國有土地之情形，為解決該等人民之問題，才增訂上開規定，讓人民得以申請讓售其已長期居住使用而經登記為國有之土地。」（原始立法委員提案增訂文字為：「國有非公用財產類之不動產由直接使用人於民國 34 年 10 月 25 日以前使用至今者，應無償發還于該直接使用人或直接使用之合法繼承人。但該不動產已繳之售價、租金或使用補償金不得要求返還。」）。上開立法意旨尤其原始提案，暗藏還地於民之旨（但其以直接占有人為原所有權人之前提，非無疑義及問題。另關於總登記問

題，陳立夫教授大作足堪參考[2]），至少有肯認或使人民時效取得已登記之國有非公用不動產之旨趣。

而查：還地於民，係物上請求權之作用；取得時效係民法之規定，俱係私法性質，且與國有財產法第 49 條之有租賃關係之讓售，性質相同；後者所生爭議由普通法院管轄既無異見，本件爭議何獨應不然？

（三）系爭國有財產署否准讓售函是行政處分嗎？

再者，由系爭否准讓售函觀之，國有財產署係認申請人所提證明文件不足證明其為國有財產法第 52 條之 2 規定所定之直接占有人，即本件爭議係申請人是否直接占有人之「事實」爭議。查該規定既賦與人民請求讓售權，本件解釋理由書第 5 段又肯認：「申請人暨所申請讓售之不動產若均符合規定，主管機關即應准許其申請，並以法律規定之計估方法決定讓售價格」，則自應已認符合申請資格之特定申請人（特定國有非公用財產類之不動產之自 35 年 12 月 31 日以前已供建築居住使用至今之直接占有人）（買受人），於其提出讓售申請時即已與為主管機關之國有財產署（出賣人）間，就該特定土地（買賣標的物），已成立以法律所已規定之計估方法決定之價格（買賣價格）買賣之契約，至少是認國有財產署對該申請人之申請有承諾（讓售）義務。按不論是成立了買賣契約或國有財產署有承諾義務，其性質均為契約相關，均非屬行政處分。又本件爭議也不過係因特定申請人是否符合國有財產法第 52 條之 2 規定，所致生其與國有財產署間就特定非公用不動產，已否成立買賣契約或國有財產署是否應承諾而不承諾之買賣爭議（履約爭議）而已，何來公權力之單方行使？何來系爭函對為人民之申請人之規制效力（申請人與國有財產署應立於私法契約當事人對等關係，且本件爭議僅係關於事實存否之爭執，故與釋字第 691

[2] 陳立夫，〈台灣光復初期土地總登記（權利憑證繳驗）問題之探討〉，收於氏著，《土地法研究》新學林，頁 31 至 71 (2007)。

號及第 695 號等解釋所示情形容有差異）？又本件無關羈束處分（並非如課人民以納稅義務或罰鍰、拘留等行政罰，只是拒絕讓售或拒絕承諾讓售而已），本件解釋意旨也肯認國有財產署對讓售與否無裁量權，則本件相關准駁，顯非行政處分，自不應因之而致本件爭議乃應由行政法院管轄。

解釋理由書第 5 段認系爭國有財產署函係行政處分理由有三，惟均難因之而使其行政處分得以成立：

1、國有財產法第 52 條之 2 規定具有強烈政策色彩：國有財產法之讓售規定均具政策色彩，但依本院釋字第 448 號解釋，其爭議屬私法性質，應由普通法院審判；且政策（行政任務）之執行，得以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。故具政策色彩不等於其實施手段即係公法上行為，而仍應依行為之性質定審判權之歸屬（本院釋字第 540 號解釋參照）。

2、國有財產署審查確認是否合於國有財產法第 52 條之 2 規定，以決定是否准駁之事，屬公權力行使：為系爭函前，國家內部關係（屬國有財產署之職務領域）審查確認事實之程序（審查確認申請是否合於規定）固有權力性質，但不能由此前行程序推論得出系爭函之准駁即為公權力行使。

3、國家為一方當事人且一般人民不可能為該法律關係主體：本件解釋未採法規主體說，而仍採爭議性質說（解釋理由書第 3 段）。而且在一般人民間無權占有爭訟或時效取得爭訟中，也可能因兩造調解、和解而成立類似讓售不動產關係。

（四）本件解釋理由書第 5 段肯認國有財產署只有審查確認申請是否合於國有財產法第 52 條之 2 規定並憑以准駁，而無自由裁量，選擇駁回合於該規定之申請之權，深值贊同。此部分大法官能有極高度共識，並將之納入解釋理由，本席至深銘感，並期不論行政法院或普通法院日後能依

本件解釋理由書之此一意旨處理，切勿再認國有財產署對合於國有財產法第 52 條之 2 規定之申請無承諾義務，[3]以維人民權益（當然是否合於該規定應由申請人舉證並由法院依證據法則認定之）。

三、本院釋字第 773 號解釋部分

本日本院公布兩件關於審判權歸屬（普通法院或行政法院）之法官聲請統一解釋（釋字第 772 號及第 773 號），其結論正相反，且二件解釋均稱以爭議性質說為前提。惟釋字第 772 號解釋是典型國有財產法上之國有非公用不動產之讓售（國庫行為），但其偏離本院釋字第 448 號解釋意旨，似改採法規主體說；而釋字第 773 號解釋則無關國有財產法，並顯非國庫行為（價金原則上不歸國庫），而是為公法性質之土地法規定爭議，而且較諸國有財產法第 52 條之 2 規定，土地法第 73 條之 1 規定具更強烈政策色彩（國家為清理地籍目的，透過高權作用強制管理私人土地，並進行強制公開標售，甚至價金未經提領者最終歸國庫）；若依上述釋字第 772 號解釋同一標準，本件准駁之決定也應屬公權力之行使，該條規定之雙方當事人必然也係國家與一般人民之間權利義務關係等，然釋字第 773 號解釋卻不採法規主體說。兩者對比，沒有自相矛盾嗎？

本院釋字第 773 號解釋未定性土地法第 73 條之 1 之公開標售係私法行為，及係代理未為繼承登記者所為之公開標售，致其出賣人為繼承人，公開標售之責任歸繼承人（依該條規定繼承人亦得為競標承買），係明智之舉並人民幸甚（人民未為繼承登記，不會因而成為民事債務人；國有財產署於此條所為公開標售上之地位，也跟民事強制執行法院或行政

[3] 最高行政法院 103 年度裁字第 1522 號等裁定及最高法院 102 年度台上字第 630 號等民事判決，均認國有財產法第 52 條之 2 規定僅使符合要件者取得請求讓售國有土地，即為要約之地位而已，國有財產署有讓售與否之裁量決定權即無承諾義務。

執行署之追償拍賣不同；人民之不動產被反於其意思，由國家強制管理、強制公開標售，公開標售後變成無權占有，怎還有認人民為出賣人及需承擔公開標售效果責任之理！至於公開標售價金應歸土地所有權人乃屬當然。）以上是本席實質掛心的。本席並認為土地法第 73 條之 1 規定由第 1 項至末項全屬公法性質，[4]出賣人是國家，公開標售責任歸國家；而且沒有因為涉及公開標售而使優先購買權爭議，抽離而單由普通法院審判之理。且就算程序相同或相似，公法公開標售與私法拍賣本質亦應有差別。

至於本院釋字第 773 號解釋第 7 段後部分稱「此等爭議所涉者，乃私法法律關係之存否，所生之效果亦僅在確認主張有優先購買權之人得否替代得標人而為買賣契約之買受人。故由系爭規定（按：指土地法第 73 條之 1 第 3 項前段規定）所規範之優先購買權之要件及所生效果觀之，均涉及私法法律關係而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。」部分：一則「優先購買權存否之原因關係（如該段前部分所言）」與「本件爭議所在之主張有優先購買權存在得優先購買所生履約爭議」，二者係可能為不同之當事人間之不同法律關係爭執，不可混淆而認因前者（原因關係）為私法關係，故後者（所生履約爭議）亦為私法關係；二則本件爭議訴訟不必然為確認優先購買權存在訴訟（如本件爭點所示：本件係關於土地法第 73 條之 1 之優先購買權爭議，優先購買權存否可能只是訴訟之前提爭點，不是訴訟標的），故不可將本件爭議限

[4] 土地法第 73 條之 1 第 2 項規定前段，除確認繼承人、合法使用人及其他共有人享有優先購買權外，另規定其就使用範圍依序斷定之。依本件解釋理由書第 1 段本件聲請人應為共有人，而非該條項先順序之合法使用人，此部分宜予辨明。又繼承人之權源基礎應為所有權即物權、合法使用人可能是物權或債權、共有人則若參酌土地法第 34 條之 1，其優先購買權係屬債權性質，總之，本條之優先購買權到底是何性質，與其他法所定之優先購買權之關聯為何？能不予辨明即因其名優先購買權，逕認其爭議屬私法性質嗎？

定為確認優先購買權存否之訴，既因優先購買權之原因關係為私法關係，而即認本件爭議當然為私法爭議；三則既然認所生效果係主張者得否替代得標人為買賣契約之買受人，那本件爭議與本院釋字第 772 號爭議係屬同類（均涉及履約爭議），如果其效果應如本院釋字第 773 號解釋所示被定性為私法關係，為何本院釋字第 772 號解釋之爭議應被定性為公法關係？

四、審判權之歸屬爭議本質上不必然應由大法官統一解釋，但在現行法制下，本院不得不因聲請而在本次兩件解釋之前共已作了 12 件相關解釋（如附表）。在爭議性質說基調下，在公法訓練、私法訓練養成不同致見解角度有別下，此種法官聲請統一解釋案還會陸續看到。大法官制度的寶貴資源真應該繼續花在這類聲請案上面嗎？檢討變更的時候應該到了！如果這類案件日後可回歸聯合大法庭處理，而在此之前，大法官如能先選擇劃出一條比較清楚明確規則（爭議性質說，會致就爭議之性質為何，因見仁見智，而無法更有效減少此類統一解釋聲請案），相信對司法會比較好，人民也不必懸著一顆訟爭不安的心，長時間傍徨於普通法院與行政法院之間，虛耗光陰。

附表：本院關於審判權之解釋

釋字	爭點	結論	理由
759	（前）臺灣省自來水股份有限公司人員依「臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法」請求發給撫卹金發生爭議，其訴訟應由何種法院審判？	普通法院	依公司法設立之公營事業中，除前述特定人員以外，其他人員與其所屬公營事業間之法律關係為私法關係。雖主管機關就省營事業機構人員之退休撫卹發布省營事業機構人員退撫辦法，使其人員之退休撫卹有一致之標準，惟其僅係主管機關對公營事業之監督關係，並不影響公營事業與該人員間之私法關係屬性……本件原因事件原告之父與（前）省自來水公司間之關係既為私法上契約關係，而請求發給撫卹金係本於契約關係所生之請求，且前揭退撫辦法亦為上開私法契約關係之一部，是原告依前揭退撫辦法之規定，向（前）省營事業機構請求發給撫卹金發生爭議，應屬私法關係所生之爭議……。
758	土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求返還土地事件，攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議者，其審判權之歸屬？	普通法院	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。
540	國宅條例收回國宅強執事件之審判權歸屬為何？	普通法院	本件國民住宅之買賣既屬私法關係，國民住宅之所有人或居住人有國民住宅條例第 21 條第 1 項……前段規定：「國民住宅主管機關得收回該住宅及基地，並得移送法院裁定後強制執行」，乃針對特定違約行為之效果賦予執行力之特別規定，此等涉及私權法律關係之事件為民事事件，該條所稱之法院係指普通法院而言。
448	行政機關出售、出租公有財產所生爭議，應由何種法院審判？	普通法院	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。

305	公營事業依公司法規定設立者，與其人員間如就契約關係已否消滅有爭執，應由何種法院審判？	普通法院	公營事業依公司法規定設立公司者，雖可簡稱為公營公司，但其性質仍為私法人，具有獨立之人格，自為權利義務之主體，享受權利，負擔義務。因之，公營公司與其人員間，係以私法人地位依其人事規章，經由委任（選任、聘任或僱用）之途徑，雙方成立私法上之契約關係……。
89	行政官署依臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法，將公有耕地放領於人民，其因放領之撤銷或解除所生之爭執，應由何種法院審判？	普通法院	臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法係政府為扶植自耕農而將公有耕地放領於耕作人，私有耕作其是否承領，承領人本可自由選擇，並非強制，其放領行為屬於代表國家與承領人訂立私法上之買賣契約……。
695	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，應由何種法院審判？	行政法院	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 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…… 。
691	受刑人不服行政機關不予假釋之決定者，在相關法律修正前，應由何種法院審判？	行政法院	在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第 2 條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理。
533	健保局與醫療機構履約爭議應由何種法院審判？	行政法院	中央健康保險局與保險醫事服務機構締結之全民健康保險特約醫事服務機構合約……以達成促進國民健康、增進公共利益之行政目的。又為擔保特約醫事服務機構確實履行其提供醫療服務之義務，以及協助中央健康保險局辦理各項保險行政業務，除於合約中訂定中央健康保險局得為履約必要之指導外，並為貫徹行政目的，全民健康保險法復規定中央健康保險局得對特約醫事服務機構處以罰鍰之權限，使合約當事人一方之中央健康保險局享有優勢之地位，故此項合約具有行政契約之性質。締約雙方如對契約內容發生爭議，自屬公法上爭訟事件。

466	公保給付之爭議之應由何種法院審判？	行政法院	按公務人員保險為社會保險之一種，具公法性質，關於公務人員保險給付之爭議，自應循行政爭訟程序解決，且公務人員之公法上財產請求權遭受侵害時，得依訴願及行政訴訟程序請求救濟，亦經本院釋字第 266 號及第 312 號解釋闡釋在案。
312	公務員退休請領福利互助金所生爭執，應由何種法院審判？	行政法院	行政院發布之中央公教人員福利互助辦法或其他機關自行訂定之福利互助有關規定，係各機關為安定公務人員生活之行政目的而實施之法令，並有提供公款予以補助者，具有公法性質。現行司法救濟程序，既採民事訴訟與行政爭訟區分之制度，公務人員退休，依據上述法令規定，請領福利互助金，乃屬公法上財產請求權之行使，如遭有關機關拒絕，將影響其憲法所保障之財產權，依上開意旨，自應許其提起訴願或行政訴訟……。
115	政府依實施耕者有其田條例所為之耕地徵收或放領所生之爭執，應由何種法院審判？	行政法院	政府依實施耕者有其田條例所為之耕地徵收或放領，均係基於公權力之行為。