

爭點2 釋字第758號解釋之審判權爭議

(一) 案例事實：

該案原告之土地，因被桃園市政府鋪設柏油路面供民眾通行，故其以民法 § 767 向桃園地院起訴，請求桃園市政府刨除柏油路面並返還土地。後桃園地院認為，雖原告係依據釋字第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（下稱：北高行），而該裁定因未於法定期間抗告而確定。後北高行向原告闡明，其請求可能符合行訴 § 8 I 之一般給付訴訟，或確認公用地役關係不存在，合併同法 § 7 返還土地之請求，惟原告仍主張其請求權基礎為民法 § 767 I 前段及中段規定，屬民事爭議。聲請人（北高行）乃以原告係根據民法 § 767 I 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（北高行）並無受理訴訟權限。聲請人（北高行）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，依行訴 § 178²¹聲請大法官解釋。

(二) 法律爭點：

當事人若主張民法 § 767，卻隱含有確認公用地役關係存在之意涵時，該案件應由普通法院、或行政法院管轄？

(三) 解釋文：

「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

21 行訴 § 178：「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。」

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 § 767 I 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 § 767 I 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。」

(四)爭點評析：

審判權的判斷，是以原告主張之「請求權基礎」在實體法上之權利屬性作為判斷的對象，是以，判斷審判權的問題，會涉及到與採取何種實體法上的競合理論有關，若採取請求權規範競合說，則僅形成實體法上單一權利，對應到訴訟法上，自然訴訟標的範圍較大；再討論到訴訟法上，是可溯源至訴訟標的理論的問題，原因在於，若採新訴訟標的理論，僅成立單一訴訟標的，則其中若含有公法性質紛爭事實，可能被劃為公法事件的機會較高；然若係採舊訴訟標的理論，原告僅主張民法 § 767 而明白表示不主張行訴 § 196 的結果除去請求權，此時訴訟標的就是私法上請求，則可能被劃為民事事件，此即釋字第758號解釋之多數意見所採。以下則介紹學說對審判權歸屬判斷之論點：

1. 有力說²²：

許宗力大法官應係立於接近採取請求權規範競合說與新訴訟標的理論的看法下，認為關於審判權的判斷，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

22 參釋字第758號解釋，許宗力大法官不同意見書、黃虹霞大法官不同意見書、羅昌發大法官不同意見書。

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」，其訴訟標的除了作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，但其訴訟上請求顯示出者，依然是公法性質。此與最高行政法院所提的以「核心爭點」決定受理訴訟權限之管轄法院的看法呼應（可參黃虹霞大法官釋字第758號解釋不同意見書）。

如在本案例中的情形，依原告主張的內容，可能該當的實體法規上有結果除去請求權，因許大法官採取的概念應係「請求權規範競合說」，因此實際上只產生一個請求權，故縱然原告「外觀上」主張的是私法法律關係（民法 § 767），然而其請求內涵中皆係在「排除行政主體鋪設柏油、整建的公法性質之行政事實行為」，具有高權性質，故雖然原告係主張民法 § 767，然並不影響其主張的權利其中含有結果除去請求權的性質，應做整體評價後，故許大法官認為仍應由行政法院管轄；羅昌發大法官亦採取此種看法，認為縱使當事人主張民法 § 767作為其請求權基礎，然從公法的角度來觀察時，若實際上「相當於」行使公法上排除侵害或結果除去請求權，於法官闡明後，仍得認定原告之請求「即係」或「兼含」公法上請求之意旨，認為本案中北高行有審判權（可參羅昌發大法官釋字第758號解釋不同意見書）。

2. 多數說²³：

23 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一百三十八次研討紀錄，同註1，頁165（魏大曉報

此說認為，以訴訟標的理論思考，固有其理存在，但是就算立於傳統訴訟標的理論下，在公、私法定性難明的案件中，仍然會有既判力客觀範圍難以判斷的問題，例如公法進入成為私法構成要件中的一部、公私法請求權競合案例，導致審判權劃分的困難，因此，在公私法法律交錯關係的事件中，重點應在於公、私法不同程序法理的交錯適用，而審判權的劃分並非核心，而對於審判機關的選擇，應承認人民有選擇的權利。

範題精選

Q 範 題

甲公司與乙機關簽訂 A 契約（以下稱「系爭契約」），並約定就系爭契約所生爭議，應由台北地方法院為第一審管轄法院。其後因有履約爭議，甲向台北地方法院起訴，主張乙有違約情事，請求乙應依約給付甲違約金新台幣（以下同）300萬元。乙則抗辯未有違約情事，請求法院駁回原告之訴。經第一審法院判決甲全部勝訴，乙不服提起上訴；第二審法院則以違約金過高為理由，依職權酌減金額，判決命乙應給付甲200萬元。甲、乙均不服，提起第三審上訴。請從民事訴訟之基本法理，附具理由回答下列問題：（50分）

1. 如第三審法院認為系爭契約為公法契約，訴訟標的為公法關係，不應由民事法院審理時，應如何處理？【108台大】

Point

本題應係沈冠伶老師所命題，依沈老師的見解認為，因對於審

告）、頁174-176（沈冠伶發言）、頁176-179（許士宦發言）。

判權之有無的裁定可以先提起抗告，故在抗告期間經過後，原則上就不能再爭執，且最高法院常依民訴 § 469 I ③「法院於權限之有無辨別不當或違背專屬管轄之規定」，而逕行介入審判權的問題，然而若從民訴 § 31-2 規定來看，應儘速先為裁定，故以此立法精神來說，最高法院不適合再於上訴程序中介入審判權的問題。因此，本題中甲、乙間的契約縱使最高法院認為涉及公法法律關係，參酌民訴法對審判權應儘速確定，以實現當事人的利益理念來看，不宜於上訴審再行入審判權之爭議²⁴。



近來大法官作出多號審判權相關的解釋（如第758號、第772號、第773號），且民事訴訟法研究會也有所討論，讀者應有所留意。除了熟悉處理的相關規範外，其實涉及到的核心問題就是：「當事人是否有決定案件審判權之處分權限？承認的範圍多廣？」，邱派學者的見解，多採取肯定當事人有處分權限看法，白話來說，就是認為若案件吵審判權吵半天才可以進入實質審理，那這樣就浪費了很多時間在處理程序性的問題，且認為法院有相當性，也就是行政法院與普通法院的法官都要會公法、民事法，所以在哪個法院審判不是很重要，重要的是——要讓當事人趕快有一個解決糾紛的機制；因此，邱派的宗旨，就是強調審判權可以由當事人合意決定，讓當事人選擇追求程序利益，避開審判權的爭議，其公益性相對被弱化了。這個想法是讀者必須了解的～而實務的態度，似有放寬的趨勢，不過仍待繼續觀察。

24 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一百三十八次研討紀錄，同註1，頁174-176（沈冠伶發言）。

二、民事訴訟之管轄權

爭點1 違反專屬管轄之救濟？

有關專屬管轄的相關問題，分為三個層次做討論：

- (一)若屬於專屬管轄之案件，非專屬管轄之地方法院若於收案時認為其無管轄權，應如何處理？若受移送之其他法院亦認其無管轄之權限，應如何處理？

若法院認為其無管轄權限，應依原告之聲請或依職權（民訴 § 28），移送至有管轄權之法院，因此受訴法院認為其無管轄權時，應移送至有管轄權之法院；原則上非屬專屬管轄之案件，受移送之法院應受移送之確定裁定所拘束，惟若係專屬管轄之案件，受移送之法院亦認為其無管轄權時，按民訴 § 30 II 規定，得再行移送。換言之，就是可以一直移一直移，移到對為止。

- (二)若一審法院誤為裁判時，對於違反專屬管轄之法院裁判應如何處理？

按民訴 § 452規定：「第二審法院不得以第一審法院無管轄權而廢棄原判決。但違背專屬管轄之規定者，不在此限。」因此應由二審法院「廢棄」一審判決，並移送至該專屬管轄的法院。按最高法院30年上字第138號判決要旨：「第一審法院違背專屬管轄之規定，誤認有管轄權而為本案判決者，依民事訴訟法第449條第2項之規定，**第二審法院應以判決廢棄原判決**，將該事件移送於管轄法院。如該第二審法院即為管轄法院，雖無須移送，按諸同條項之本旨，亦應以判決廢棄原判決，就該事件自為裁判。」

- (三)若第二審法院亦誤為裁判時，經上訴第三審，第三審法院應如何處理？

若該案件違反專屬管轄，原則上二審法院應按民訴 § 452廢棄原