



國有土地出租爭議之審判權歸屬

——以台中高等行政法院104年度 訴字第53號判決出發

詹 鎮 榮*

要 目

- | | |
|--------------------|-----------------------|
| 壹、問題之提出 | (一)所有權能模式 |
| 一、引導案例 | (二)「公益模式」與「所有權能模式」之整合 |
| (一)事實概要 | 二、評 析 |
| (二)兩造爭點 | (一)公益追求無關行政行為之公、私法定性 |
| (三)判決要旨 | (二)財產管理行為非必然屬私法性質 |
| 二、本文之研究標的 | (三)小 結 |
| 貳、國有財產法制框架概覽 | 三、個案再思考 |
| 一、國有財產之概念與分類 | 肆、國有土地出租法律關係雙階化之檢討 |
| (一)國有財產之概念 | 一、雙階理論在公財產法領域之應用實務 |
| (二)國有財產之分類 | 二、本文見解 |
| 二、國有財產出租之法容許性與規範框架 | (一)國有土地出租准否與訂約機關之同一性 |
| 三、小 結 | |
| 參、司法見解綜整與評析 | |
| 一、二元對立與交錯之司法見解 | |
| (一)公益模式 | |

DOI : 10.3966/199516202016050019004

* 政治大學法學院教授，德國科隆大學法學博士。

投稿日期：一〇四年十二月七日；接受刊登日期：一〇五年四月六日

(二) 國有土地租賃法律關係
單純

(三) 國有土地私法租賃關係之
公法規制性

伍、結 論

摘要

在我國現行行政專法及國有財產法制下，國有財產除供公務、公共及國營事業使用外，原則上尚不排除可出租或出售與私人，形成國有財產租賃或買賣法律關係。此等法律關係究屬私法性質或公法性質，直接影響到發生爭議時，法院審判權歸屬之判斷問題。對此，歷來司法院解釋、行政法院，以及普通法院之裁判見解相當分歧，歸納整理略可大別為「公益模式」及「所有權能模式」兩種思考路徑。有鑑於當代行政皆須以公益為取向，且不因採行公法或私法形式而有異，故公益原則並不適宜作為國有土地出租法律性質之判準。此外，國有土地出租非恆是國家立於所有權人地位，所為之單純財產收益之國庫行政而已。在國家以其作為給付或促進行政執行手段之範疇，國家容有選擇以行政契約或是私法契約建構國有土地租賃法律關係之選擇自由。

除法律另有特別規定外，有鑑於國有土地出租之准否與簽約機關多屬同一，且租賃法律關係相對單純，本文認為不宜採行雙階理論，將是否准予人民申請承租以及締結土地租賃契約區分為兩階段，並將前者單獨定性為行政處分。縱使吾人將國有土地出租之准否及契約締結視為是一整體之契約，且屬私法契約，在公財產法之體系下，亦無完全契約自由適用之餘地；公法規範在此仍應發揮一定之直接或間接規制效力，法院於個案審判時應予以酌量。

關鍵詞： 國有土地出租、非公用財產、審判權二元區分、公權力行為、私經濟活動、雙階理論、司法院釋字第六九五號解釋、公財產法

壹、問題之提出

現代國家基於歷史、法制，或是社會等不同因素，通常擁有龐大之財產。與人民相較，其向來為最大之資產擁有者。即使當代世界各國普遍存在財政拮据之現象，然該等地位仍難被撼動。國家財產除供國家自己或是公眾所使用外，現實生活中亦不乏有出租或是出售予人民之收益、處分情形；行政法學說上一般將此統稱為「財產行政」（Vermögensverwaltung）¹。其中，又以不動產類型中之土地，為最普遍。在行政作業實務上，國有土地租售予人民時，主管機關與承租人或買受人間多簽訂有土地租賃契約或是買賣契約，如同私人間土地租賃或買賣一般。然而，有鑑於契約之一方為行政機關，且其出租或出售國有土地時，往往兼具有公益上之考量，故國有土地租售予人民時，契約雙方當事人究係形成公法或是私法關係，在我國司法實務上向具爭議性，且尚未有一致且穩定之見解。即使在人民申請承租或購買國有土地，但卻遭行政機關拒絕之未有契約簽訂的情形下，行政機關拒絕訂約意思表示之法律性質為何，在訴訟實務上亦同具高度之爭議性。此等實體法上之爭議，在我國採取民事及行政法院審判權二元分立之體制下，對於法律關係雙方當事人後續紛爭解決之法律救濟途徑選擇，原則上具有不可切割之關聯性。

爾來關於國有土地出租之法律定性上爭議，在人民申請承租國有林地之行政事務範疇內，尤其醒目。以下茲以台中高等行政法院一〇四年度訴字第五十三號判決為例，引導出相關之法律上爭點與法院見解：

一、引導案例

(一)事實概要

原告與被告行政院農業委員會林務局南投林區管理處原簽訂「台

¹ 參見陳敏，行政法總論，第7版，2011年9月，頁14。

灣省國有林地暫准租地租賃合約書」，承租被告經營之濁水溪事業區第37林班林地（以下稱系爭林地），租期自八十五年十一月十九日至九十四年十一月十八日。因原告違反租約約定，擅自於系爭林地內經營民宿，經被告於九十四年九月六日終止租約，並向台灣南投地方法院訴請原告將系爭林地上之建物拆除，並返還系爭林地。案經台灣南投地方法院及台灣高等法院台中分院判決原告應拆除建物，返還系爭林地確定。

嗣原告於一〇三年五月五日向被告重新申請繼續承租系爭林地，被告於一〇三年五月十九日函復已依法收回之林地不再新辦出租，原告所請並無法令可資辦理等語。原告不服，提起訴願，經訴願決定不予受理，遂提起本件行政訴訟。

（二）兩造爭點

本件訴訟之兩造爭點，有實體法部分，亦有程序法部分。就本文所關注之程序法面向而言，兩造最主要爭執之處，乃在於原告不服被告拒絕其申請承租系爭林地之函復，究應循行政爭訟程序或是民事訴訟程序以為救濟？換言之，台中高等行政法院對於本件行政訴訟是否具有審判權，而得為實體判決？

（三）判決要旨

台中高等行政法院肯定對本件訴訟享有審判權，得進行實體審理。並且於一〇四年五月二十八日作成一〇四年度訴字第五十三號判決，駁回原告之訴。其中，就本件訴訟應屬公法上爭執部分，台中高等行政法院之主要理由如下：

「按司法院於91年3月15日作成釋字第540號解釋，在理由書指明『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』等語，司法院釋字第695號解釋理由亦載明『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（司法院釋字第540號解釋參照）」。由司法院釋字第540、695號解釋之精神可知，各林區管理處審查時，如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。是各林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約前，基於公權力行使職權之行為，屬公法性質。本件原告主張先前係其父賴炳松依『台灣省國有林事業區內濫墾地清理計畫』向被告承租系爭土地，其後再以原告名義換約繼續承租，嗣經被告終止租約，原告乃請求依『台灣省國有林事業區內濫墾地清理計畫』、『國土保安計畫—解決土石流災害具體執行計畫終止租約者恢復租約實施計畫』、『國有林地暫准放租建地、水田、旱地解除林地實施計畫』及『國有林地濫墾地補辦清理作業要點』等規定，向被告申請訂約租地遭否准，乃被告行使公權力之結果，屬公法性質。本件被告拒絕原告重新訂定租約之申請，原告不服，對之循序提起行政訴訟，本院自有審判權。」

抑有進者，台中高等行政法院在肯定被告否准原告申請訂約承租系爭林地係屬「基於公權力行使職權之行為」的基礎上，更進一步認定被告所為之函復，法律性質上為「行政處分」：

「本件原告於103年5月5日向被告申請承租系爭土地（……），經被告以103年5月19日投政字第1034211552號函復，略以已依法收回之林地，得否再予出租，依據行政院農業委員會林務局101年5月24日邀集法務部、內政部及財政部等單位研商，咸認法院之確定判決對行政機關有一定之拘束力，必須依判決結果辦理，而收回之林地，如相關法令規定得予出租，則可依法令規定要件辦理，惟基於國有林地依據現行政策及相關法令，除依森林法第8條辦理出租外，均不再新辦出租，故所請並無法令可資辦理等語。依上說明，該函即有對原告上開申請辦理承租之請求予以拒絕之表示，自係被告就公法上具體事件所為之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為，核屬行政處分。」

綜上所述，台中高等行政法院立基在司法院釋字第五四〇號及第六九五號解釋之旨趣上，認為被告本於重大公益之考量，拒絕原告訂約之申請，乃是被告與原告在尚未有國有林地租賃契約訂定之前，基於公權力行使職權，所作成對原告直接發生法律效果之行政處分。從而，其對於本件行政訴訟自有審判權。

二、本文之研究標的

上述作為思考引導案例之台中高等行政法院一〇四年度訴字第五十三號判決所涉及之個案事實，為原告申請承租林地遭被告機關之拒絕。基此，系爭之國有財產限於「林地」，且為長期遭原告占有之濫墾林地。而兩造爭執之標的，則為「否准訂約」之意思表示。就國有土地出租法律關係及其可能涉及之爭議問題以觀，本件其實僅為其中之一種型態而已。除此之外，出租之國有土地，尚可能涉及到建築基地、造林地、耕地、山坡地等其他種類；而行政機關與人民間所可能發生之爭議，除訂約與否階段之外，亦有可能發生在土地租賃契約締結後之履約及終止契約各後續階段。從而，法制上有疑問者，引導案例中台中高等行政法院所持肯定行政審判權之見解是否可一體適用於任何類型之國有土地出租爭議？或是容有個案差異之可能性？又縱使出租之國有土地種類相同，是否會因爭議之法律關係階段不同，而容有審判權歸屬不具同一性之空間？就行政法學說而言，前者涉及「公權力行政」（*hoheitliche Verwaltung*）與「國庫行政」（*fiskalische Verwaltung*）之行政行為法律形式選擇與認定問題，而後者則涉及一生活事實宜否區分階段而各賦予不同法律定性之「雙階理論」（*Zweistufentheorie*）採行與否問題。此兩者，在當今行政法學上皆屬內容複雜、學界實務見解分歧，且涉及行政專業領域廣泛之高難度實體法議題。而就程序面而言，其共同點則是皆會涉及到訴訟救濟途徑應循普通訴訟程序，抑或行政訴訟程序為之的法院審判權歸屬問題²。

² 參見李惠宗，行政法要義，第6版，2012年9月，頁8-10。

本文擬僅聚焦於截至目前為止學界討論較少之公財產法領域³，以宏觀之角度，探究各種類型國有土地出租所生法律關係之公、私法定性，而非僅框限在引導案例所涉及國有林地濫墾地出租之狹小範疇上。透過研究標的之擴大，期使各類型國有土地出租之法制上差異得以對照而出，以供作為進一步體系化建構之基礎。最終之研究目的，則是期盼能為我國現行司法實務上就國有土地出租爭議審判權歸屬所存在之分歧見解，釐出一可操作，且具學理基礎之明確區分基準。至於其他種類之國有不動產，例如建築物或其他設施，僅有在其法制與土地並無歧異性規範之前提下，本文始加以酌量與討論。又地方自治團體所有之公有土地出租，雖在法制上不受國有財產法之拘束，但實質上卻與國有土地之出租具有相當程度之同質性，故本文於不影響整體論述體系之前提下，亦不排除於適當之範圍內將其納入併同論述與比較，合先敘明。

貳、國有財產法制框架概覽

我國就國有財產之取得、管理、使用、收益及處分等行為，並非採取單一專法規定之立法例，毋寧分散在各專業行政領域，且法規範之密度綿密、層級廣闊，從法律到行政規則皆有之。從而，吾人欲全面掌握國有財產法制，並非易事。以下茲以現行法中規範國有財產兼具優先適用及基本框架雙重定性之「國有財產法」為中心⁴，介紹國有財產之基本法制架構：

³ 關於其他學門對國有土地之相關討論，例如可參見楊松齡，國有土地經營管理之省思，當代財政，第4期，2011年4月，頁22以下。

⁴ 根據國有財產法第1條規定：「國有財產之取得、保管、使用、收益及處分，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律。」明確將本法定位在優先適用之特別法地位。但另一方面，本法針對若干事項，又容許得以法律另定之，例如第33條規定：「公用財產用途廢止時，應變更為非公用財產。但依法徵收之土地，適用土地法及土地徵收條例之規定。」

一、國有財產之概念與分類

(一)國有財產之概念

根據字面上理解，國有財產係指所有權歸屬於「國家」之財產。換言之，若從「所有權歸屬主體」之角度理解，則凡是所有權歸屬於國家之財產，即可謂為國有財產。在我國中央與地方分權之憲法垂直權力分立架構下，此處所稱之國家，係指狹義的中華民國，並不包含地方自治團體或其他公法人在內。所有權歸屬於地方自治團體之財產，在我國地方自治法規中，通常被稱之為「市有財產」、「縣有財產」或是「鄉（鎮、市）有財產」，以資與國有財產相區隔⁵。而國有財產、地方自治團體所有之財產，以及其他公法人所擁有之財產，可以上位概念「公有財產」統稱之，以便與所有權歸屬於私人的「私有財產」相對稱⁶。

根據國有財產法第二條第一項規定：「國家依據法律，或基於權力行使，或由於預算支出，或由於接受捐贈所取得之財產，為國有財產。」據此，其對國有財產之概念認定，不僅以所有權歸屬之「法律效果」為判準，更進一步明列所有權取得之「原因」，並將其納入國有財產概念內涵之中。縱然如此，該條項所規定之國有財產取得原因，應非屬國有財產概念成立之必要構成要件要素，毋寧僅屬一種例示性之描述而已。蓋國家取得財產之原因眾多，應不以該項臚列者為

⁵ 此等概念上之區分，具有法規適用上之實益。除各該行政專法有特別規定外，在我國現行法制下，尚不存在有同時將兩者皆納入規範客體之專法。國有財產法之規範客體，僅係以國有財產為限，地方所有之財產並不包含其中。此觀之該法第2條第2項規定：「凡不屬於私有或地方所有之財產，除法律另有規定外，均應視為國有財產。」自明。至於針對地方所有財產之管理，立法院並無統一框架規範之制定，毋寧容任由各地方自治團體自行行使立法高權，以自治條例形塑之。以台北市為例，即定有「台北市市有財產管理自治條例」，作為台北市市有財產管理之主要準據法。

⁶ 此等區分在憲法基本權層次上尤其富具意義，蓋國家在私法制度上雖可作為土地之所有權人，但因其非屬憲法基本權主體，故並不受憲法第15條財產權之保障。換言之，憲法第15條財產權所保障之標的，僅限於「私人的財產」，而不及於「國（公）有財產」。

限。例如在民間機構根據促進民間參與公共建設法第八條第一項第一款之BOT模式所興建及營運之公共建設，於營運期滿後或契約提前終止時移轉該建設之所有權予國家的情形，國家取得所有權之原因，並非直接依據法律規定，而係依據雙方所簽訂之「BOT投資契約」⁷。為使國有財產法能無漏洞地適用於所有所有權歸屬於國家之國有財產，故在解釋上，所有權取得之原因不宜狹義地被理解為國有財產概念之必要要素。

再者，國有財產之概念固然以所有權歸屬作為最主要之概念認定基準，然國有財產法並不以此為唯一之標準，毋寧採取更為廣義之理解。根據該法第二條第二項規定：「凡不屬於私有或地方所有之財產，除法律另有規定外，均應視為國有財產。」透過此等「網羅條款」，立法者將私有財產以及地方所有財產以外之其他財產，原則上皆納入國有財產之範疇，極大化國有財產之概念。

「財產」為一集合名詞，泛指任何在現行法制下具有一定價值地位之物與權利。就國有財產而言，亦是如此，可包涵之物件與權利甚廣。根據國有財產法第三條第一項規定，國有財產之範圍，包含不動產、動產、有價證券及權利。就本文研究標的所涉及之國有土地，屬於物權法中最為古典之不動產態樣。其包含在國有財產範圍之中，為

⁷ 有疑問者，促進民間參與公共建設法第8條第1項第1款是否為國有財產法第2條第1項所稱之「國家依據法律取得財產」的「法律」？國有財產法施行細則第2條對此雖有所詮釋，規定：「本法第二條第一項所稱財產之取得『依據法律規定』係指依其他法律規定由國家取得其財產權。」但從其文義仍難探求意涵。本文認為，國有財產法第2條第1項所稱之「依據法律取得財產」，應指直接根據法律規定，財產歸屬於國家，不待於行政權再行介入之情形而言。若非如此解釋，則同項規定「基於權力行使」作為財產取得之另項原因，即形同具文。蓋根據國有財產法施行細則第2條規定，「基於權力行使」，係指國家基於公權力之行使，經接收、沒收或徵收而取得財產權。根據現行法制，行政機關接收、沒收或徵收人民財產，背後亦同樣地有法律依據之存在。但此處之法律並非使國家取得財產之直接原因，毋寧僅是公權力行使之授權規範而已，亦即為法律保留原則之具體化實現。

國有財產法所明定⁸，並無疑義。

(二)國有財產之分類

有鑑於國家具有公共任務執行之職責所在，故國有財產與私有財產不同，其用途容有多元之可能性。根據國有財產法第四條規定，國有財產區分為「公用財產」與「非公用財產」兩類。前者又可進一步區分為供各機關、部隊、學校、辦公、作業及宿舍使用之「公務用財產」，國家直接供公共使用之「公共用財產」，以及國營事業機關使用之「事業用財產」三種次類型。基此，國有財產法本身雖然未對公用財產為定義，但從其三種次類型可以推知，公用財產係指供公務、公眾或國營事業機關所使用的國有財產。換言之，國有財產法意義下之公用財產，係從其「預定之使用人及用途」為何之觀點而作理解。至於後者，則指公用財產以外可供收益或處分之一切國有財產而言。是以，在二元化之分類下，凡國有財產非設定供上述三類使用人作特定用途者，即被劃歸為非公用財產。判別國有財產究係屬公用財產或非公用財產，在現行法制上可從登記之財產類別輕易地作形式上之認定。然而，有鑑於公用財產與非公用財產之分類基準在於用途設定，故一旦用途因公權力行使或是國家政策因素而變動時，兩者間即不排除有類別互易之可能性。

在本文研究標的之關聯性下須特別強調者，上述國有財產法區分國有財產為公用財產與非公用財產，其基準乃在於財產所預設之使用對象及用途，而非財產本身是否存有公益實踐性。在公用財產部分，固然通常情形下所預定之用途同時即是為實現公益；但在非公用財產部分，因未設定有特定使用人及用途，故非公用財產之利用、收益及處分，並不必然在分類上公益性即自始遭到排除。換言之，在類型上，非公用財產亦存有為公益之（兼具）實現而利用、收益及處分的可能性。例如政府興建國民住宅，將其出租予低收入家庭，雖屬非公

⁸ 國有財產法第3條第1項規定：「依前條取得之國有財產，其範圍如左：一、不動產：指土地及其改良物暨天然資源。」

用財產（不動產）之收益行為，但卻同時蘊含有解決收入較低家庭居住問題之給付行政目的⁹。又如政府將非公用之公有耕地放領於耕作人，乃具有扶植自耕農之農業政策上公益實踐性¹⁰。甚至基於行政之公益取向性，即便是非公用財產之管理，至少皆須兼具有公益性，始屬正當¹¹。

二、國有財產出租之法容許性與規範框架

國有財產法區分國有財產為公用財產與非公用財產兩種類型，最主要之目的乃在於為其各自建構一套差異性甚大的財產管理法制框架。此觀之國有財產法在財產使用、收益及處分章節，皆就公用財產與非公用財產而分別規定自明。就本文研究標的所關注之國有土地出租議題而言，僅有非公用財產類始具收益之法容許性；反之，若屬公用財產類之土地，其收益性原則上受到排除，不得出租之。就此，國有財產法第四十二條至第四十四條就非公用財產類不動產之出租容許性、程序、租賃關係之形塑與契約形式、租約、租金率，以及終止契約收回等事項，定有框架性之規定¹²。此外，基於國有財產法第四十二條第四項之授權，財政部訂定有「國有非公用不動產出租管理辦理」，就主管機關辦理國有非公用不動產出租業務為更細膩之具體規定。

此外，即使同是國有非公用土地，然依其用途復可區分為多種類型，例如建築基地、農業用地、林地、山坡地、河川公地等，不一而足。是以，主管機關出租國有非公用土地所簽訂之租賃契約，在具體

⁹ 參見司法院釋字第540號解釋。

¹⁰ 參見司法院釋字第89號解釋。

¹¹ 參見本文參、二、處。

¹² 此外，在我國國有財產管理實務上，尚存有國有非公用財產「委託經營」之另類收益模式。為此，財政部發布有「國有非公用財產委託經營實施要點」（2015年10月27日最後修正）規範之。不同於租賃關係，委託經營係指委託機關將國有非公用財產委託受託人經營，由受託人支付委託機關訂約權利金及經營權利金，並自負經營盈虧。

個案上即因出租標之物之不同，而可進一步區分為基地租約、農作地租約、畜牧地租約、漁業養殖地租約、造林地租約等不同型態。其辦理出租之框架規範，除上述國有財產法及國有非公用不動產出租管理辦法外，針對特定種類之國有非公用土地，若存有專法之特別規定者，仍不排除有優先適用之餘地。例如農業發展條例、森林法、水利法等。正確認知此等國有非公用土地出租之規範框架，在本文之關聯性下甚為重要。蓋國有土地租賃法律關係，可能因各該準據規範之架構及欲實現之目的不同，致使呈現出公、私法定性各異之分歧結果。

三、小 結

綜上所述，國家基於不同原因積極取得之財產，或是財產不屬於私有或地方所有者，在法制上皆認定為國有財產。其因使用對象及用途設定之不同，復可區分為「公用財產」與「非公用財產」兩類。其中，非公用財產類之不動產原則上得透過租賃契約之訂定出租予承租人，並藉由租金之收取，增加國庫之收入。縱然如此，國有非公用財產之出租，法制上並不必然意味著其不具有公益性，或是在於實現公用行政目的。毋寧，非公用財產在概念上僅指稱不被國家預設為具有公的用途（公務用、公共用或事業用）之財產而已。但其出租等收益行為是否（兼）具有實現其他行政目的等公益，則應更細膩地視個案情形及其所適用之法規範而定，國有財產法本身並未根本性地予以排除。從而，非公用財產不應被誤解為「非公益財產」。進而，其出租行為亦不應過於速斷地一律被視為是不具公益性之單純私經濟活動；因租賃所涉及之法律關係，亦不宜過度化約地一律被定性為是公法關係或是私法關係。

參、司法見解綜整與評析

因國有土地財出租、出售等管理行為所生爭議，在我國行政法院及民事法院裁判實務上並不罕見，引導案例僅為其中一件個案而已。

甚至歷年來司法院大法官解釋，亦不止一次地對相關議題表示見解。綜觀此等裁判與解釋，司法實務對於國有土地出租等管理行為之法律性質，及其後續所關涉之法院審判權歸屬問題，見解上呈現相當分歧之現象，且支撐裁判結論之論證基礎具多元差異性，未有一致性之看法。以下茲嘗試對司法實務相關見解進行整理，綜合歸納出其判斷國有土地出租等管理行為公、私法性質之若干主要基準，並就此加以評析之：

一、二元對立與交錯之司法見解

綜觀歷來司法院大法官解釋及法院裁判對於國有土地出租或出售所生法律關係之見解，大略可歸納區分為「公益模式」及「所有權能模式」兩種論述理路¹³。茲分別說明如下：

(一)公益模式

上揭引導案例台中高等行政法院一〇四年度訴字第五十三號判決認為被告拒絕原告申請訂定林地濫墾地租約屬公法事件，主要之論據為：「由司法院釋字第540、695號解釋之精神可知，各林區管理處審查時，如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。是各林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約前，基於公權力行使職權之行為，屬公法性質。」此等見解顯然是深受司法院釋字第695號解釋所影響，甚至判決理由之內容

¹³ 除此之外，在若干零星之法院裁判中，亦可見到法院採行此兩種模式以外之思考路徑及法律定性判斷基準。例如台北高等行政法院101年度訴字第1414號判決略以：「人民依相關行政法規向主管機關申請訂約，因其請求之權源並非基於私法上之規定，……觀諸本件原告據以申請之國有財產法及其授權訂定之國有非公用不動產出租管理辦法及國有耕地放租實施辦法等相關規定，足見財政部頒行上開管理辦法，使一般人民具備一定要件者，得就國有非公用土地之林地或國有耕地向主管機關申請承租，明顯係為執行國有財產法，以達成國有非公用土地之管理目的所訂定之行政規則，……」似採取「法規範性質說」，認為人民申請承租國有土地，乃係根據國有財產法等「行政法規」，而非私法規定，故因此形成之法律關係屬公法關係。

表述與該號解釋理由書幾乎一致¹⁴。若吾人探究司法院釋字第六九五號解釋之緣由，係因宜蘭地方法院認為原因訴訟案件（事實與引導案例略同）應屬公法爭議，其並無受理之權限，根據民事訴訟法第一八二條之一第一項裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋所作成。從而，本號解釋性質上屬於法律位階之「審判權爭議解釋」¹⁵，而非憲法解釋。司法院釋字第六九五號解釋與上述引導案例之事實雖皆僅是涉及到行政機關之准否與人民訂立國有林地租賃契約之決定，而非契約之本身，然業已在一定程度上清楚表明其判斷國有林地出租爭議公、私法性質之基準，亦即林地濫墾地出租因涉及永續經營或國土保安等「重大公益」，故而是否形成租賃法律關係之決定，乃屬「基於公權力」行使職權之行爲（公益之存在＝公權力之行使）。從而，因相關爭議所提起之訴訟，應由行政法院審判之。

（二）所有權能模式

與上述司法院釋字第六九五號解釋及引導案例見解相反者，釋憲及司法裁判實務另有採取「民法」觀點，從所有權人自由使用、收益、處分所有物之「所有權能」角度切入，認定國有財產管理行爲之法律屬性。其中，以司法院釋字第四四八號解釋最具代表性，略以：「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爲，即非行政處分，而屬私法上契約行爲，當事人若對之爭執，自應循民事訴訟程序解決。」類似之見解，亦可見諸於台北高等行政法院將引發上述司法院釋字第六九五號

¹⁴ 司法院釋字第695號解釋理由書：「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爲，仍屬公法性質，……。」可資參照。

¹⁵ 從立法論上檢討法院審判權歸屬之決定劃歸由司法院大法官行使是否妥適，可參見石世豪，國有林地管理措施的法律定性及其爭訟管道——釋字第685號統一解釋及其所涉法制續造問題評析，法令月刊，第36卷第6期，2012年6月，頁37-38。

解釋之原因訴訟案件移送宜蘭地方法院之裁定中：「經查原告申請補辦占有國有林地清理之目的，在於承租。其由管理機關出租，係對於國有非公用不動產為使用及收益之管理行為，無關對於公眾提供服務之公權力行使，乃管理機關代表公庫出租財產之私法上行為。¹⁶」此等見解，亦幾乎是司法院釋字第六九五號解釋作成前，各級行政法院之一貫立場¹⁷。基此，因國有財產管理爭議所提起之訴訟，應歸民事法院審判。

除國有林地出租之外，對於其他種類國有非公用土地出租或出售法律定性之判斷，亦見司法院大法官及行政法院偶有採取相同之「民法上所有權觀點」論述模式者。例如就公有耕地部分，司法院大法官在早期所作成之司法院釋字第八十九號解釋理由書中明揭：「查台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定私法上之買賣契約。」又如在國有非公用建築基地部分，最高行政法院一〇四年度六月份第一次庭長法官聯席會議(二)決議後半段謂：「原財政部國有財產局(自102年1月1日起改制為財政部國有財產署)基於私法契約自由，依本條規定(筆者按：國有財產法第52條之2)，代表國庫讓售非公用國有土地予直接使用人，係基於準私人地位所為之國庫行為，屬於私法行為，直接使用人如有爭執，應提起民事訴訟以求解決。」

上述思考模式，不僅被司法實務廣泛應用在各類型之國有土地出租與出售上，更擴及適用於國有不動產類之土地改良物管理及處分部分。例如司法院釋字第五四〇號解釋理由書針對國民住宅之出售與出租行為定性，即明確指出：「主管機關與申請人訂立私法上之買

¹⁶ 參見台北高等行政法院98年度訴字第1590號裁定。

¹⁷ 例如可參見台北高等行政法院99年度訴字第95號裁定、100年度訴字第1530號裁定，以及最高行政法院99年度裁字第968號裁定。

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。」據此，司法院大法官認為政府所有之國民住宅的出售或出租，縱使具有「推行社會福利，並照顧收入較低國民生活」之公益目的，仍無礙於將其定性為具有公權力行使特徵之公法事件。

(三)「公益模式」與「所有權能模式」之整合

司法院釋字第六九五號解釋作成後，行政法院於認定國有土地出租或出售爭議事件之公、私法性質時，確實深受「公益模式」之影響；本文上述引導案例之台中高等行政法院判決，即為適例。此外，最高行政法院一〇四年度六月份第一次庭長法官聯席會議(二)決議則將上述「公益模式」與「所有權能模式」兩項國有財產管理公、私法屬性判斷基準予以整合運用。其決議前半段首先指出：「依國有財產法第52條之2之立法緣起，係因台灣光復後辦理土地總登記時，已長期供建築居住使用之土地，其直接使用人不諳法令而未申辦登記，致基地經登記為國有，反成無權占有，極不公平，為回復其權利，特設明文以為依據。是其規範目的在於私權回復，尚非基於公益之考量。」準此，綜合觀察此項最高行政法院庭長法官聯席會議決議之前、後段，吾人應可得知，最高行政法院之論證邏輯似乎先從公益原則出發，探究國有財產法第五十二條之二之規定是否具有公益之考量。繼之，在否定後，轉而以所有權能行使之論點，支撐其認為將國家實質上無權占有之國有非公用土地讓售予直接使用人係屬私法行為之結論。

相同之整合觀點，亦可見諸於晚近作成之行政法院相關裁判中。例如高雄高等行政法院一〇四年度訴字第一一二號裁定略以：「本件訴訟……無非係就公有林地應否續租之租賃事項發生爭執，依最高行

政法院53年判字第234號、59年判字第165號、60年判字第107號判例及司法院釋字第448號解釋意旨，公有林地之租賃，核屬私權爭執，故抗告人上開請求自應循民事訴訟程序以資救濟，非屬原審法院審理範圍，而不得提起行政爭訟。……司法院釋字第695號解釋係就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，未為准許之決定所生之爭訟而為之解釋，本件係抗告人認為兩造前所簽訂之系爭租地造林契約仍屬有效，相對人不能片面終止契約等情，並非依據『國有林地濫墾地補辦清理作業要點』申請訂立租地契約而未經准許之決定所生之爭訟。是抗告人是否違反租約及相對人以抗告人違反租約等事由，均屬兩造所簽訂『國有森林用地出租造林契約書』所生之權義爭執，自屬因私法上之契約關係所生之私權糾紛，非屬公法性質，並無司法院釋字第695號解釋之適用。」此號裁定之見解嗣獲最高行政法院之支持，其於一〇四年度裁字第一七四三號裁定中進一步補述：「本件既係因兩造間之國有林地租約應否續訂暨其中系爭第87林班地上現有鐵皮屋等設施可否改辦工寮暫准建地等節所生之爭議，即屬相對人代表國庫出租公有財產所生之爭議，並各該租約遲未續訂係因『系爭第87林班地上存有鐵皮屋等設施』、『系爭第88林班地圖號5租地內崩塌部分已無植生造林木，致未達成活率標準，暨圖號25租地內尚需補植桃花心木420株以上始達成活率標準』之爭議所致，則本件爭議尚無司法院釋字第695號解釋理由書所稱『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』之情，是依前揭規定及司法院解釋，本件核屬私權爭議，當事人對之有所爭執，應循民事訴訟程序解決。」此兩號裁定之論述理路，正是明顯地整合「公益模式」及「所有權能模式」，並以前者作為優先檢視之基準。於系爭之國有林地出租事件具有重大公益遭到排除後，則再以所有權能角度，證立系爭事件之私法爭議屬性。值得吾人特別值得注意，而且頗為耐人尋味者，為行政法院在此兩號裁定中，似僅以司法院釋字第六九五號解釋所直接涉及的「林地

濫墾地之租賃」，作為公益是否應予肯定之唯一情事。其一旦被排除，國有土地之出租即無其他公益目的存在之可能。基此，行政法院似有意圖將國有土地之出租（縱使是同為「林地」）原則上認定為私法事件。其唯有涉及到司法院釋字第695號解釋之國有林地濫墾地出租時，始例外地因具有重大公益而屬公法事件¹⁸。

二、評析

上述司法院釋字第695號解釋所提出，台中高等行政法院一〇四年度訴字第53號判決所遵循之「公益模式」，以及以司法院釋字第448號解釋為代表所主張之「所有權能模式」，究係何種為國有土地管理行為法律定性之妥適判斷基準？或是皆有其論述上值得商榷之處，實有進一步探討之必要。以下茲以就上述司法見解綜合評析之：

（一）公益追求無關行政行為之公、私法定性

行政行為恆須以公益或公共目的（*öffentlicher Zweck*）為取向，為行政之特徵，亦屬現代行政法之一般原理原則¹⁹。此等公益需求性，不但有其法治國家人民基本權保障之考量，更同時有民主國原則之支撐依據²⁰。就法治國原則角度以觀，行政行為若影響人民基本權重大者，唯獨存有公益目的，始具憲法上之正當性。而就民主國原則角度以觀，行政行為必須有來自於人民託付之民主正當性基礎。而人

¹⁸ 從文義上觀之，更為明確具有此意圖者，例如參見最高行政法院104年度裁字第2156號裁定：「觀之釋字第695號『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。』解釋意旨可知，並非所有各林區管理處與人民訂立之租賃契約及續約事宜，皆由行政法院管轄，僅有依據『國有林地濫墾地補辦清理作業要點』訂立之租約方由行政法院管轄。」

¹⁹ 參見陳敏，前揭註1，頁8-9。

²⁰ 參見陳新民，公共利益的概念，載憲法基本權利之基本理論（上冊），第3版，1992年1月，頁129以下。

民所託付之「民意」內涵，乃為以最符合人民福祉理想狀態的方式行使國家任務，亦即公共利益之實現²¹。基此，行政行為不僅是採取公法形式之公權力行政時須具有公益目的；即使是採用私法形式之國庫行政，亦不得免除公益之追求²²。在此意義下，任何法律形式行政行為之行使，皆須存在有公益目的，始符現代自由民主憲政秩序。

基上理解，公益追求實與行政行為究係屬公法性質或是私法性質之認定無涉。換言之，行政行為是否具公益性，並非其公、私法性質之判斷基準。正因如此，司法院釋字第五三三號解釋針對全民健康保險特約醫事服務合約定性所述及之「契約目的」輔助判定標準²³，不僅在行政實務上難以操作²⁴，更遭到不少行政法學者之批判，認為難成行政契約與私法契約之明確區分基準²⁵。

²¹ 參見李惠宗，前揭註2，頁5。

²² 此在行政私法領域固無問題，即使是行政輔助行為，其公益取向例如顯現在政府採購得標廠商之資格限制（例如須屬雇用一定原住民及身心障礙員工比例之企業），以及透過大型政府採購案之釋出，以導引或促使特定經濟、社會、文化等政策之形成與貫徹。Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 3 Rn. 21; 司法院釋字第719號解釋。

²³ 詳細內涵可參見吳庚大法官於該號解釋所提之協同意見書，氏謂：「若因給付內容屬於『中性』，無從據此判斷契約之屬性時，則應就契約整體目的及給付之目的為斷，例如行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行行為者，均屬之。」

²⁴ 台北高等行政法院96年度訴字第1132號裁定對於契約目的如何認定，有較為詳盡之闡明：「惟契約目的，不能僅憑模糊之『公益目的』或『私益目的』即遽斷契約之屬性，否則行政機關所締結之契約，經擴大目的或任務，皆會被歸類為『公法契約』，以致於行政機關任何訂立之『私法契約』，均無存在空間。故所謂『契約目的』係指個別或特定之行政目的而言，法院於判斷是否『公法契約』時自應調查行政機關所訂立之契約其背後『公益上任務』及所追求之特定之『公益上目的』。」縱然如此，法院在審理本案時，為何認定台北市政府將青年公園游泳池、綜合大樓、網球場等土地及建築物與各項設施交由原告使用所簽訂之委託契約「不具公法上目的」，則未見有詳盡之說理。

²⁵ 例如參見許宗力，雙方行政行為——以非正式協商、協定與行政契約為中心，載新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，2002年9月，頁277以下。

就本文所關注之國有土地出租行為而言，上揭法則當亦適用之。縱使行政實務向來將國有土地之出租在體系上劃歸為國有財產之單純管理（收益）行為，然只要其屬行政機關法定職權之行使，即須具備公益追求之目的，或至少是須有公益之考量²⁶。至於該租賃法律關係究係為公法性質，抑或私法性質，則在所不問。此等理解與上述本文對國有財產法意義下「非公用財產」概念之認知，體系一貫。非公用財產並非指涉預設用途不具任何公益導向之國有財產，而僅指用途非設定為供公務、公共及國營事業機關使用之國有財產而言²⁷。

綜上所述，司法院釋字第六九五號解釋及本文引導案例之台中高等行政法院一〇四年度訴字第五十三號判決皆採取主管機關就國有林地是否出租之決定，因涉及永續經營或國土保安等「重大公益」之考量，故屬「公法」性質之見解，恐誤解公益在行政法釋義學中所扮演

²⁶ 然最高行政法院104年度6月份第1次庭長法官聯席會議(二)決議指出：「依國有財產法第52條之2之立法緣起，係因台灣光復後辦理土地總登記時，已長期供建築居住使用之土地，其直接使用人不諳法令而未申辦登記，致基地經登既為國有，反成無權占有，即不公平，為回復其權利，特設明文以為依據。是其規範目的在於私權回復，尚非基於公益之考量。」明確肯定國有非公用土地讓售得無須基於公益之考量。按國有財產法第52條之2所欲達成之「私權回復」本身，是否也有可能被評價為一種「公益目的」，實應為更細膩之思考。若吾人從基本權保障之角度出發，國家當初將本屬私人所有之土地登記為國有，雖非惡意，但在結果上仍屬人民財產權之侵害行為。現透過立法，賦予行政機關回復私權相關措施之規範依據，可視為國家之基本權保護義務的具體化實現，使相關人民之土地所有權不再持續受到國家之侵害。在此理路下，私權回復實益兼具有人民基本權保障之法治國公益目的！

²⁷ 在此命題下，勢必引發出另一問題，亦即以單純活化財產利用，增加國庫收入為目的之國有非公用財產出租行為，是否亦具有公益性？此問題涉及到「國家自為營利行為」之本身，在我國現行法秩序下可否被評價為「公益」之一般性討論。從比較法之角度以觀，德國因財政憲法之明定，有所謂「租稅國原則」之財政收入來源界限問題，故通說否定國家營利行為本身為一種公益。反觀我國，法制上因無德國基本法之類似規範，故是否可基於「租稅國原則」立論國家之營利行為非為公益，恐有進一步思考之空間。惟無論如何，此問題僅與國有財產出租之適法性有關，而無涉於租賃關係之法律屬性，本文於此不予詳述。參見葛克昌，租稅國家之憲法要求，月旦法學教室，第30期，2005年4月，頁106以下。

之功能角色。林錫堯大法官於本號解釋所提之不同意見書中，即一針見血地指出解釋文論證上之此項謬誤：「殊不知，凡百行政均在追求公益，……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。²⁸」

(二)財產管理行為非必然屬私法性質

上述司法院釋字第四四八號解釋及行政法院之一貫見解認為國有土地出租係屬私法上行爲，其論據之核心支撐點乃引借民事法中「所有權能」²⁹及「租賃」³⁰兩項法律制度。基此，其論證之基本理路乃爲：行政機關出租國有土地，係代表國家以準私人之「所有權人」地位（國庫），對於所有土地行使收益之管理行爲，目的在於與承租人形塑「土地租賃契約」，故屬私法性質。析言之，此等見解似乎是立基在「國有土地出租與私有土地出租本質上並無不同」之前提下所導出。故而，其不認為國有土地出租有公權力之行使，自屬在此命題下當然之推導結果。

惟有疑問者，國有土地之出租是否僅能從土地所有權人之立場出發，將其一律視爲是國家立於準私人地位，對所有物之一種私法上財產收益及管理行爲？除此之外，是否尙容有從其他視野切入之空間，並且因該變數之介入，使得國家對其財產之管理行爲不再必然是私法性質？就財產標的而言，土地本身固然不因所有權人爲私人或是國家，而有物理屬性上之差異。然而，上述司法院解釋及行政法院裁判之部分見解從物權法角度出發，將土地出租（售）行爲單一化地視爲是民法上土地所有權人單純行使其收益、處分等管理權能之表現，無

²⁸ 除此之外，尚有黃璽君、陳新民、葉百修及黃茂榮（共同提出）大法官提出不同意見書。故本號解釋共計有5位大法官提出4份不同意見書，可見大法官內部對解釋文之見解存在不小歧見。

²⁹ 參見民法第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。」

³⁰ 參見民法第421條第1項規定：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」

公權力之行使，從而認定為私法性質，恐有忽略「公財產法」與「私財產法」在用途及法制框架上差異性之疑慮！

1. 國有財產管理作為給付行政或促進行政之實踐手段

按國有財產之管理作為財產行政之一部分，亦須以公益為取向，已如上述。在某些情形下，此等公益乃被具體化地導向給付行政或是促進行政（Förderungsverwaltung）³¹目的之實踐。此際，國有財產管理行為乃作為行政機關執行給付或促進行政任務之一種手段。例如主管機關根據台灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法，將國有耕地放領與符合該辦法第六條所定資格之承領人，其目的並非在於活化閒置之耕地，增加國庫收入之財政上考量，毋寧甚為明確地具有扶植自耕農，實現現耕農、雇農、耕地不足之佃農等「耕者有其田」之農業領域的給付或促進行政任務。此由該辦法對於承領人資格、放領耕地面積、承領地之移轉，以及承領地用途等事項所規定之嚴格內容，得以清楚探知。基上理解，國有耕地之出租或是放領，在法制上絕非僅是國家立於耕地所有權人之準私人地位，所為「單純地」國有財產管理行為而已。除此之外，更是一種給付行政之執行。又如國民住宅之出售或出租，旨在「推行社會福利並照顧收入較低國民居住需求」之給付行政任務，更是司法院釋字第五四〇號解釋自身所明白肯認。至於在促進行政方面，行政機關根據原住民保留地開發管理辦法規定，將國有山坡地出租予原住民開發或耕作，可為事例³²。蓋此等國有財產之管理行為，旨在扶持原住民自立更生，蘊含有原住民族權益促進之

³¹ 學說上亦有將促進行政稱之為助長行政，其內容雖非直接涉及人民生存照顧之必要事項，例如水、電、瓦斯、交通、醫療等設備或服務之供給，但透過特定目標之事先設定，並藉由各式行政手段之採取與資源投入，以促進人民積極從事特定活動，俾使所設定之目標得以實現。例如市政府與人民簽訂市有公用財產提供使用契約，目的除活化市有財產、增加市庫收入外，尚蘊含有「鼓勵」藝文發展之文化行政促進或助長用意。參見詹鎮榮，公有財產提供民間使用之法制框架及契約形式——以台北市政府為例（下），法令月刊，第66卷第9期，2015年9月，頁43。

³² 參見最高行政法院104年度裁字第2128號裁定。

行政目的。綜上所述，不同於私有財產之管理行為，乃私人本於所有權人地位，單純行使其使用、收益等所有權能而已，國有財產管理行為則有可能與行政任務之執行相結合，而成爲行政機關用以直接履行給付行政任務或是促進行政之手段。

2. 行政行為法律形式選擇自由在公財產法上之適用

若上述命題可獲肯認，則從行政法總論釋義學之觀點思考，將必須面對一問題：行政行為法律形式選擇自由在公財產法領域是否有適用之餘地？換言之，行政機關於出租或出售國有財產時，有無選擇以公法方式或是私法方式形塑租賃或買賣關係之自由？

根據行政法總論釋義學及一般學說見解，除非法律另有規定，否則行政機關爲執行行政任務，原則上享有法律形式及行為形式之選擇自由，得採取公法形式之高權行政行為，或是私法形式之國庫行政行為，以爲行政任務之執行³³。此見解亦受到司法院釋字第五四〇號解釋之明白肯認：「國家爲達成行政上之任務，得選擇以公法上行爲或私法上行爲作爲實施之手段。³⁴」縱然如此，有鑑於行政任務內容與特徵之多元性，行政機關之行為形式選擇自由在特定之行政任務領域中將遭遇到界限，而無適用之餘地。質言之，行政機關僅能依任務之本質，採取公法或是私法形式行為，而無選擇之自由。根據一般見解，在行政機關欲以高權統治者地位，對人民採取上對下之法律地位不對等式的行政措施時，則依其事務本質僅有採取公法形式行政行為之可能性。至於在「給付行政」及「促進行政」之領域，通常因無涉於單方高權之公權力行使，故爲行政行為法律形式選擇自由之主要適

³³ 參見陳新民，行政法學總論，第9版，2015年9月，頁33；Joachim Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52, 1993, S. 190, 208; Wolfgang Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 33 Rn. 11 ff.

³⁴ 類似之思維，亦可參見司法院釋字第457號解釋：「國家機關爲達成公行政任務，以私法形式所爲之行為，……。」

用範疇；司法實務與學說向來亦予以肯定，並無疑義。

較有疑問者，行政任務中是否有特定事務或領域，「本質上」屬於私法性質，從而，行政機關僅能採取「私法形式」之私經濟措施執行之，並無選擇公法形式之空間？就本文之研究標的而言，尤其值得關注之問題為：涉及國有財產管理行為之「財產行政」是否本質上屬於私法形式之私經濟行為？對此，多數學說見解並不明朗，顯然與上述公權力措施本質上屬公法性質之一致性見解形成強烈對比。一般而言，多數學者僅以「需求行政」、「輔助行政」、「財產行政」及「營利行為」作為私法行為之「典型事例」³⁵。然而，此究屬本質上之必然問題，抑或僅是通說之選擇問題³⁶，除少數學者有明確交代外，多數見解並不清晰。例如林錫堯前大法官乃一般性地指出：「在『輔助行政』與『營利性經濟行為』領域內，行政機關係屬間接實現行政職務，如同私人一般地參與交易，故原則上僅得採取私法形式，但如法規有特別規定者，自當依其規定。³⁷」此外，氏在司法院釋字第695號解釋之不同意見書中，復進一步強調：「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。」又如陳愛娥教授謂：「在給付行政的範疇內，依行政法學界的多數見解，行政機關有『法律形式的選擇自由』，應依一般解釋意思表示

³⁵ 參見吳庚，行政法之理論與實用，第12版，2012年9月，頁12-13；林明鏞，行政法講義，第2版，2015年9月，頁7；吳志光，行政法，第6版，2014年9月，頁3-4。

³⁶ 例如以政府採購之需求行政為例，若姑且無視我國政府採購法之規定，而單就事務本質以觀，向來通說雖皆認為應屬私法上行為，但晚近卻也不乏有主張為公法行為者。由此可知，行政輔助行為作為私法行為，似非本質問題。參見許宗力，前揭註25，頁275。

³⁷ 林錫堯，行政法要義，第3版，2006年9月，頁5。

的原則，掌握行政機關所締結之契約的法律性質。具體事件如屬需求、經營、財產行政，則應歸屬私法範疇，並無法律形式選擇自由之問題。³⁸」更確切地說，「行政機關為維持、利用、處分公部門所有或所支配之財產之財產收益行為，如其主要目的係獲得收入與收益，不論該收入與利益使用用途為何，都與一般私人進行財產收益行為並無差異。³⁹」據此，上述兩位學者皆主張財產行政屬「本質上」之私法範疇，行政機關當無背離私法形式，而改採公法形式以形塑國有財產管理法律關係之法容許性。

然而，國有財產管理行為是否本質上為私法範疇，進而唯有落入私經濟行政範疇一途，本文則持保留之態度。蓋「國有財產管理行為」與「行政任務執行」兩者，本質上並非互斥。在我國現行法制下，國有財產之出租或出售甚至往往是行政機關用以直接達成特定行政目的或執行特定行政任務之一種手段，兩者間具有「手段——目的」之關係，已如上述。在此情形下，國有財產管理行為通常作為給付行政或是促進行政之一種實踐手段。於此範疇內，行政機關原則上應享有以私法形式或是公法形式形塑財產管理法律關係之「選擇自由」⁴⁰。其對於國有土地出租法律關係形塑所選擇之公、私法定性，應受到包含司法機關在內之其他機關尊重。

綜上所述，國有土地出租在本質上並不必然僅是單純的財產管理行為而已，理論上，其亦有可能作為給付行政或促進行政之執行手段。從而，其並不必然是私法性質，理論上亦容有成立公法關係之空間。土地租賃契約固然為民事契約法實定法化時即存有之典型有名契

³⁸ 陳愛娥，行政法院與民事法院審判權的劃分，載義薄雲天、誠貫金石——論權利保護之理論與實踐，曾華松大法官古稀祝壽論文集，2006年6月，頁589-590。

³⁹ 參見陳愛娥，台北市市有社會福利與文化設施委託經營管理之法律問題——以委託經營管理契約的法律歸屬為主軸，載地方法制研討會選輯2003——委託經營管理法制、行政法規影響評估，2003年12月，頁70。

⁴⁰ 類似見解可參見陳敏，前揭註1，頁14。氏表述「財產行政對外多以私法行為方式為之」，似乎亦不排除可以公法行為方式為之的可能性。

約種類，但不應據此即過速且直觀地推導出不動產租賃關係為私法上契約關係之結論。在行政程序法施行後，行政契約行政行為形式受到一般承認之現今行政法制架構下，公法性質之國有土地租賃法律關係原則上亦存有成立之可能性。在此思考理路下，司法院釋字第五四〇號解釋邏輯即相當弔詭。蓋其一方面雖承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。但另一方面卻又甚為篤定地認為「具給付行政目的」之國民住宅租賃或買賣契約為私法關係，無公權力之行使。大法官於本號解釋中雖未說明為何其認為國民住宅租賃或買賣契約為私法契約，但似乎是受到以下兩點認知之影響：其一，大法官所理解的「公權力行使」，似乎是僅指單方下命的統治高權措施而已，而不包括對等契約關係的單純高權行為⁴¹；其二，承上認知，雙方所簽訂的國民住宅租賃及買賣契約，當僅剩依循民法相關制度一途，而屬私法關係。至於大法官為何根本未考量到其自身於稍早作成之釋字第五三三號解釋中業已承認的行政契約機制，則不得而知。可能之推論，或許是其認為國有財產管理行為「本質上」應只有被定性為私經濟措施一種可能而已。

3. 行政機關之訴訟程序選擇權及審判權相對化趨勢

在我國現行法秩序下，行政機關在國有財產出租實體法律關係層面上所享有之行為法律形式選擇自由，對於訴訟法層面上法院審判權歸屬之認定，具有關鍵性之先決影響力。換言之，除非立法者透過法律已為適當之設計與安排，否則，國家若選擇以公法上手段形塑國有土地出租之法律關係者，則因此所生之爭議，應歸行政法院審理。反之，國家若選擇以私法上手段形塑國有土地出租之法律關係者，則因此所生爭執之審理，應歸普通法院。司法院釋字第五四〇號解釋：「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

⁴¹ 關於公權力行政之類型說明，可參見翁岳生編，行政法（上），2006年10月，頁18；莊國榮，行政法，第3版，2015年9月，頁8。

法院，私法性質者歸普通法院。」亦揭斯旨。

抑有進者，在行政機關選擇以契約之行爲手段執行行政任務之情形下，行政機關行爲法律形式選擇自由之行使，亦可彰顯在其與人民所締結之契約中，就紛爭解決之管轄法院的約款訂定上，而延伸至所謂的「訴訟程序選擇權」之面向。就此，最高法院一〇四年度台抗字第6二四號民事裁定指出：「次按國家為行使司法權，將性質不同之訴訟事件，劃分由不同體系之法院審判，無非基於專業及效率之考量。於普通法院審判權與行政法院審判權發生衝突時，固得參酌事件之性質，依民事訴訟法第三十一條之二、第一百八十二條之一、行政訴訟法第十二條之二等規定決之。惟倘當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之，民事訴訟法第一百八十二條之一第一項但書亦有明定，俾尊重當事人基於程序主體地位，所享有之程序選擇權。此項規定，已生審判權相對化之效果。本此立法意旨，當事人訂立契約時，為避免將來發生爭議須訴請法院解決，普通法院與行政法院間對於審判權之歸屬有不同認定，造成程序上之不利益，乃預為合意願由特定之普通法院管轄，倘無害於公益，自無不可。」明確肯定在無害於公益之前提下，當事人乃享有程序選擇權，得於契約中約定爭議由普通法院或行政法院審理之。法院於認定審判權時，自應以當事人之合意為依歸。

「當事人程序選擇權」在法制及司法裁判上之肯認，對於本文研究標的所涉及之國有土地出租爭議訴訟而言，尤具意義。蓋此不僅與本文所採肯定行政機關在國有土地出租事件上享有法律形式選擇自由之見解相契合，更可在一定程度上緩和我國法院及學界向來甚為看重，但卻非恆有明確答案之法院審判權歸屬問題，將紛爭解決之重心重新移回實質法律關係之審理上，不再需要耗費過多心力與時日在審判權之歸屬判斷上。

(三)小 結

綜觀我國釋憲及法院實務見解，無論是採公益模式，或是所有權

能模式，皆忽略，甚至誤解了公財產法本身之特殊性，本文認為皆不宜作為國有土地出租法律屬性判斷之妥適基準。國有土地出租作為國家財產行政領域行為之一環，通常不可避免地皆具有行政目的之連結，故仍須受公益取向之拘束；且無論其行為之法律形式為何，皆然。不具公益取向之國有土地出租行為，並不因此而應被劃歸為私法性質之國庫行政，毋寧其本身之合法性根本上即應受到質疑。對應到相關爭議之法律救濟層面，即不應以系爭客體是否具有公益取向，作為民事或行政審判權之區分基準。

同理，國有土地出租之管理行為，在外觀形式上雖與私有土地所有權人對其土地為自由收益無異，但此並不當然意味著其必然為私法性質之國庫行政（私經濟行政）行為。國有土地出租因恆須具備公益取向，甚至在部分情形下屬於國家執行「給付」或是「促進」行政任務之一種手段，故行政機關原則上並非不得以公法方式形塑其與承租人間之租賃關係。司法實務上「國有財產管理行為＝國庫行政」以及「租賃＝私法關係」之思考理路，恐過於化約與率斷。

三、個案再思考

在上述本文所持見解之基礎上，回歸觀察引導案例及司法院釋字第695號解釋原因案件之基礎事實，則判斷雙方當事人爭議之法院管轄權歸屬的關鍵因素，應在於主管機關是否將國有林地濫墾地之出租，作為是其為達成給付行政或是促進行政目的之一種手段？按國有林地濫墾地補辦清理之目的，主要在於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。換言之，國有林地濫墾地辦理出租，旨在將濫墾林地列管，課予違法墾殖者復育造林之契約上義務，以達國土保安之最終目的。在此理解下，國有林地濫墾地之出租，似乎是作為「公益實現」與「違法狀態」間折衝之手段⁴²，而與直接實現違法墾植之承租人生存照顧的給付行政無涉。

⁴² 此等「就地合法」之作法，在我國行政作業實務上並不罕見。主管機關往往有鑑於若以公權力行為強制執法，排除人民之違法狀態，在現實上將遭受到相對

就法制以觀，根據國有林地濫墾地補辦清理作業要點第四點規定，補辦清理之方式計有三種：(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」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1/3，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五十八年五月二十七日前舊濫建案件，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。基此，吾人得以明確得知，因不同之濫墾情形，違法濫墾人所必須負擔之「復育義務」亦有所不同。原則上，濫墾行為對國土保安侵害越嚴重者，承租人所須負擔之復育義務則越大。上述國有林地濫墾地補辦清理作業要點第四點原則上應該亦是本此精神而為之立法上設計，且三種清理方式，依各自對國土保安之侵害程度，理應作循序加重違法墾植人復育義務之設計。然而，該要點第四點的第三種清理方式，卻未對林地涵養水源之國土保安功能構成最大傷害的興設建物、水池及闢為水田，對應地採取最高層級之復育措施。取而代之者，卻僅是要求占有人繳納「5年之濫墾地使用費」後，即可與之訂定租賃契約。就此規範內容以觀，本文認為甚至連上述違法狀態與公益實現折衝之預定立法目的的具體化都稱不上，毋寧僅有單純之「收益目的」而已。基此規範結構，根據本要點第四點所簽訂之國有林地出租契約，即可能存在有因適用不同款而法律屬性各異之現象⁴³。

本文引導案例之事實，原告申請承租之系爭林地，乃屬因其自身

人及相關人之強烈抵抗，而難以貫徹，遂與違章行為人進行妥協，各讓一步，使公益至少還能獲得部分之實現。此在違章建築事件上，尤為常見。

⁴³ 吾人若欲排除此「適用同一法條，確有不同契約屬性」之與常理認知容有落差之情形，或可建議精進立法技術，考慮將第3款之「收益目的類型」獨立另列一項或一條，以資與第1款及第2款具有「森林保安目的」之類型相區隔。

違約，遭法院確定判決拆屋還地後所收回之濫墾地。系爭林地既然業已收回，可否再行出租，涉及之規範乃為森林法第八條，而不再有上述之國有林地濫墾地補辦清理作業要點適用之餘地。根據森林法第八條第一項規定：「國有或公有林地有左列情形之一者，得為出租、讓與或撥用：一、學校、醫院、公園或其他公共設施用地所必要者。二、國防、交通或水利用地所必要者。三、公用事業用地所必要者。四、國家公園、風景特定區或森林遊樂區內經核准用地所必要者。」基此，國有林地出租限於特定對象，且受特定用途之拘束。綜觀上述規範內容，除第四款之外，率皆涉及到公用目的。即使是第四款，亦屬兼顧遊樂教育及生態保育之公益取向。綜上，吾人應可確定者，國有林地出租縱使具有強烈之國土保安公益取向性，但並不具有給付或促進行政之目的。若據此訂定租賃契約，主管機關應不享有契約法律形式之選擇自由。剩餘之問題，則將回歸到此類契約究應歸屬於行政契約或是私法契約之「本質論」上的思考。本文認為，即使採行吳庚前大法官在司法院釋字第五三三號解釋協同意見書所提出，且嗣為多數行政法院所採納之契約法律形式判斷基準，國有林地租賃契約因其標的「國有林地之使用」既不涉及到公權力之行使，亦與人民公法上權利義務之實現無關，主管機關出租林地予森林法第八條所定之對象，供其作法定公益用途使用，本質上應是居於財產所有權人地位，所為之單純國有財產管理行為，屬於私法契約之性質⁴⁴。

至於司法院釋字第六九五號解釋原因案件之事實，則與引導案例有別，林地濫墾地仍由其上建物之所有權人（但非原違法墾植者，而係買受人）所占有，並由其向主管機關提出承租申請。於此，涉及之法規乃為上述之國有林地濫墾地補辦清理作業要點；而系爭之林地濫墾地種類，則為該要點第四點第三款所稱遭興建建物之土地。此類林地濫墾地以出租作為清理方式，目的既不在從事給付行政⁴⁵，甚至與

⁴⁴ 相同見解亦可參見石世豪，前揭註15，頁20-36。

⁴⁵ 不同意見者，可參見陳新民大法官於司法院釋字第695號解釋不同意見書。氏

林地復育之公權力行使或公益目的無涉，已如上述。在此情形下，主管機關辦理出租，事實上應僅涉及「單純之財產管理」的私經濟措施而已，故而僅有成立私法契約之可能性。因其爭議而提起訴訟，應由民事法院審理之，無由行政機關片面或當事人間合意由行政法院管轄之當事人程序選擇權空間。

肆、國有土地出租法律關係雙階化之檢討

本文引導案例台中高等行政法院一〇四年度訴字第五十三號判決除依循司法院釋字第六九五號解釋，以公益作為判斷國有林地出租之公、私法性質外，尚採取了行政法學上之「雙階理論」，以國有林地租賃契約簽訂為界分，區分訂約前之承租申請准否階段，以及訂約後之履約階段。就本件所爭執之前階段而言，台中高等行政法院主要係以司法院釋字第五四〇號解釋理由書中所提出，且亦被釋字第六九五號解釋所援引⁴⁶之見解「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」為論據，認定行政機關否准人民承租林地申請，為基於公權力行使職權之行為，屬於就公法上具體事件所為之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為，為一行政處分。司法解釋及裁判實務將雙階理論應用於國有財產之管理行為上，甚為普遍，且似乎為其一貫之穩定見解。然而，有別於政府採購之需求行政領域，此處之雙階法律關係並非根植於法律之明定⁴⁷，毋寧為法官造法之結果。

認為國有林地濫墾地出租性質上應屬「行政私法行為」。

⁴⁶ 質疑兩號解釋因涉及之行政領域不同（一則國有林地，一則國宅之補貼），司法院釋字第695號解釋是否適宜援引釋字第540號解釋，而同採雙階理論者，可參見吳志光，前揭註35，頁7-8。

⁴⁷ 參見政府採購法第74條及第83條規定。另可參見最高行政法院97年度5月份第1次庭長法官聯席會議(二)決議：「政府採購法第74條規定：『廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。』採購申訴審議委

從而，國有財產管理行為是否適宜納入雙階理論，即有法理上寬廣之思考空間。關於雙階理論之緣由、內涵，及其優、缺點分析，我國行政法學界業已討論甚多⁴⁸，本文無意於此再行重揭贅述。以下僅在研究標的之關聯性下，檢討其在公財產法領域之適用可能性，先予敘明。

一、雙階理論在公財產法領域之應用實務

國有土地出租法律關係採行雙階理論，在行政法院歷來裁判上，約略可以司法院釋字第六九五號解釋作為一分界點。於此之前，多持反對意見。早期例如行政法院五十三年判字第二三四號判例即明白指出：「官署依據法令管理公有財產，雖係基於公法處理公務，但其與人民間就該項公有財產所發生之租賃關係，則仍屬私法上之契約關係。人民與官署因租用公有土地所發生爭執，屬於私權之糾紛，非行政爭訟所能解決。而官署基於私法關係所為之意思通知，亦屬私法上之行為，不得視為基於公法上權力服從關係所為之處分，而對之為行政爭訟。本件原告要求租用系爭公有土地，管理該項土地之被告官署拒絕原告此項要約之意思通知，既不得認為行政處分，

員會對申訴所作之審議判斷，依本法第83條規定，視同訴願決定。準此，立法者已就政府採購法中廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，規定屬於公法上爭議，其訴訟事件自應由行政法院審判。……至本院93年2月份庭長法官聯席會議決議之法律問題，係關於採購契約履約問題而不予發還押標金所生之爭議，屬私權爭執，非公法上爭議，行政法院自無審判權，與本件係廠商與機關間關於決標之爭議，屬公法上爭議有間，附此敘明。」除此之外，促進民間參與公共建設法第47條第1項規定：「參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。」基此，促參法上投資契約締約相對人甄選之決定，亦被立法者定義為一「行政處分」，從後階段之「投資契約」分離而出，成為一單獨之法律關係階段。在此，視投資契約之公、私法屬性不同，而形塑了傳統（前公後私），或是修正（前公後公）之雙階架構。參見詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論——評台北高等行政法院之ETC相關裁判，載公私協力與行政合作法，2014年3月，頁108-110。

⁴⁸ 參見程明修，雙階理論之虛擬與實際，載行政法之行為與法律關係理論，2005年10月，頁43以下。

不問其形式，原告要不得對之提起行政爭訟。」而較為晚近，甚至是在司法院釋字第五四〇號解釋作成後者，例如最高行政法院九十五年度裁字第三七二號裁定：「兩階段理論係德國學者因應行政機關基於公權力，為公共利益而執行給付行政（補貼貸款）所面臨之法律困境，亦即當行政機關否准補貼貸款時，一方面依當時之法律見解，補貼貸款屬國家之私法行為，人民不得對之提起行政訴訟，另一方面，基於契約自由原則，人民亦不得對之提起民事訴訟，以致無法律救濟途徑，乃在貸款給付之前，分析出具行政處分性質之准否補貼貸款決定，形成前公法後私法之兩階段法律關係，將其准否補貼貸款之決定歸入公法約束，尤其是平等原則之遵守，並受司法審查，所建構之理論。本件申租系爭公有土地事件，係行政機關在不妨礙公有土地依法管理使用原則下，基於私法契約自由，出租予特定人使用收益，其乃純屬私法關係，因其並非行政機關基於公權力，為公共利益所執行之給付行政，自無從分析出公法關係，以形成前公法後私法之兩階段法律關係。」此等裁判見解，於司法院釋字第六九五號解釋作成後，應難以再見於行政法院之相關裁判。在該號解釋之後，行政法院之立場皆改弦更張，轉而肯定雙階理論在公財產法領域之適用。例如本文引導案例，即屬適例。

二、本文見解

雙階理論之緣起，有其德國法制上之特殊時代背景。我國法學將其繼受後，除法律明文規定外，是否以及如何應用於行政專業領域，主要乃視各該行政事務在我國現行法秩序下所呈現之特性而定。就公財產法而言，無論國有土地租賃契約之法律屬性為何，本文認為皆不適宜導入雙階理論，將行政機關是否接受人民承租申請之意思表示，從租賃契約之整體中拆解而出，成爲一獨立對外發生法律效果之行政行爲階段，並將其定性爲單方高權行使之行政處分。主要之理由，略述如下：

(一)國有土地出租准否與訂約機關之同一性

國有財產法第九條規定：「財政部承行政院之命，綜理國有財產事務。」至於實際承辦機關，則為財政部國有財產署。就我國現行之財產行政實務以觀，人民申請承租國有非公用土地，無論是作成同意或拒絕人民承租之意思表示，或是後續之租賃契約訂定與履約管理，通常皆由同一組織體辦理。換言之，在一般情形下為上述之財政部國有財產署。即使是特別種類之國有土地，例如林地、耕地，法律另定有主管機關，原則上亦由該行政專業領域下之主管機關（例如林務局或農委會等）職掌從締約前準備行為以致於土地租賃契約簽訂及履行等一切相關事項。此與在津貼法領域往往涉及津貼「准否發放」機關與津貼「實際發放」單位分屬行政機關與受託金融機構之情形，有所差異。在此等作業情形下，為因應公、私主體作業時所適用法規不同所發展出的雙階理論，自無導入之必要性。

(二)國有土地租賃法律關係單純

此外，雙階理論之應用，往往尚發生在主管機關雖自始單一，但法律關係卻甚為複雜之法律事件上。此等法律關係之複雜性，或為時間上之持續性，或為內容上涉及多元事務領域，或為當事人眾多或有利害關係人等，不一而足。蓋在此等情形，將單一法律事件予以階段化，使第一階段完成後，相對人或利害關係人若有不服，即可為法律救濟。理論上不僅有助於單純化爭訟之標的，防止後階段之續行⁴⁹，更能有助於證據之保全。例如重大之土地開發案件，因特許期限長，

⁴⁹ 須說明者，此項優點在我國現行法制下，未必存在。蓋一方面，在人民提起行政爭訟前，第二階段法律關係業已形成，例如業已簽訂契約。此際，法律關係之階段化不僅無助於防止後續歷程之進行，更可能衍生出若第一階段違法遭撤銷時，第二階段之契約效力將受如何影響之棘手問題；另一方面，我國訴願及行政訴訟制度採取不停止執行原則，即使人民提起行政爭訟，原則上亦不當然阻礙行政機關進行第二階段之訂約行為。此問題在我國現行促參爭議中尤其嚴重，相關討論可參見詹鎮榮，行政合作法之建制與開展——以民間參與公共建設為中心，載公私協力與行政合作法，2014年3月，頁57-58。

競標廠商多，涉及事務面向廣（環評、土地徵收、融資、興建及營運等），採取民間廠商甄選決定及後續開發契約分離的雙階架構，即為妥適。

至於國有土地出租，法律關係原則上頗為單純且明確。除非採行國有財產法第四十二條第一項所定之標租方式，可能會存有三方法律關係外，通常僅有主管機關與承租申請人間之雙方法律關係而已。此外，出租法律關係之期間，根據國有財產法第四十三條第一項規定，建築基地最長不超過二十年，其他土地則介於六年至十年。職是之故，就法律關係複雜度之觀點而言，國有土地出租實無採取雙階理論，區分出租與否決定之行政處分以及租賃契約兩部分之必要性。即使將出租視為單一之契約關係，而將行政機關決定是否出租之意思表示，認定為要約之承諾或拒絕，亦不至於難辨法律關係，並對於人民法律救濟造成不利益之影響。

（三）國有土地私法租賃關係之公法規制性

雙階理論創設之時代背景，主要為當行政機關採取私法行為與人民形塑法律關係時，若人民不服行政機關拒絕訂約申請之民法上意思表示，則本於私法自治、契約自由之思維，即無從享有提起法律救濟之機會。故而，乃從單一之私法生活事件中，區隔出一公法性質之前階段，俾保障人民之訴訟權⁵⁰。此等「私法行為＝私法自治＝契約自由」之思考模式，固然為民事法學之基本架構。然而，就當代之公法學理論而言，當形成或嘗試形成私法關係之一方當事人為行政主體或行政機關時，縱使其外觀上可如同私人一般（準私人之地位），與人民商議並簽訂私法契約，惟有鑑於其行為須恆具公共目的，以公益為取向，故實際上並無法如同真正私人般，享有私法自治，得主張契約自由。毋寧，其從事私法行為時實質上仍應受到公法規範之拘束，尤其是不得藉此而侵犯人民之基本權。學說上一般將此基本理念，化約

⁵⁰ 參見陳新民，前揭註33，頁24-26。

成「禁止避難至私法」(keine Flucht ins Privatrecht) 表述之⁵¹。「行政私法」(Verwaltungsprivatrecht) 理論之提出，即是在於防止行政機關透過私法行為之選擇，規避民主法治國原則對其所施以之箍咒⁵²。

基於當代公法學理之發展及民事訴訟制度之健全化，一方面國庫行為業已不再享有完全的私法自治、契約自由⁵³；另一方面縱使真涉及契約自由之範疇，人民並不自始被排除在法律救濟之外，毋寧仍可提起民事訴訟，請求法院審理。是以，雙階理論提出時之法制困境，現今已不復存在。觀之司法院解釋，行政機關之私法行為亦須受到公法規制，亦早已受到肯認。司法院釋字第四五七號解釋略以：「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。」相同見解，於嗣後作成之司法院釋字第七二七號解釋理由書中再次受到確認。準此，行政機關以私法形式行使行政行為，實質上無法與真正之私人一般，享有私法自治、契約自由；毋寧仍應受公法之規制，尤其是憲法平等原則之拘束。

上述兩號司法院大法官解釋，雖皆涉及到以私法形式之行為履行給付行政任務之行政私法範疇，然就法理而言，其解釋精神應可一體適用於狹義之國庫行政⁵⁴。主管機關因國有財產管理行政，與人民所簽訂之國有土地租賃契約，即便性質上屬民法契約，亦無損於主管機關須受相關公法規範（例如森林法）拘束之法治國要求。基此，主管

⁵¹ Vgl. Flitz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 6. Aufl., 1922, S. 326.

⁵² 參見許宗力，基本權利對國庫行為之限制，載法與國家權力，1992年4月，頁13以下；Wolfgang Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 33), Rn. 70.

⁵³ Vgl. Stefan Storr, Der Staat als Unternehmer. Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, 2001, 484 ff.

⁵⁴ Vgl. Drik Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 212 ff.

機關是否同意人民承租國有土地申請之意思表示，無論是被定性為單方高權行使之行政處分，抑或僅是人民就國有土地租賃契約訂定要約之拒絕或承諾的契約締結前意思表示，皆應依相關公法法令行使之，而無契約自由之餘地。在此命題下，上述最高行政法院一〇四年度六月份第一次庭長法官聯席會議(二)決議後半段謂：「原財政部國有財產局（自102年1月1日起改制為財政部國有財產署）基於私法契約自由，依本條規定（筆者按：國有財產法第五十二條之二），代表國庫讓售非公用國有土地予直接使用人，係基於準私人地位所為之國庫行為，屬於私法行為。」在詞語表達上即不無商榷之餘地。蓋主管機關決定是否讓售直接使用人國有土地，並無私法契約自由，毋寧必須依國有財產法第五十二條之二規定而辦理。

綜上所述，國有土地租賃所生爭議縱使屬私法性質，而由民事法院審判，其審理系爭案件時，有義務審酌主管機關之拒絕締約申請意思表示，或是關於履行所採取之行為，是否符合相關公法法令之規定。不得僅憑契約自由，認定主管機關之相關作為或不作為無違法之情事。若民事法院能嚴遵此等法則，則將國有土地出租與否之決定獨設為一階段，並定性為單方公權力行使之行政處分，實益即受弱化。甚至因現行行政爭訟法上關於撤銷訴願及撤銷訴訟之提起訴願與行政訴訟法定不變期間之設計⁵⁵，此等法律關係之階段化對於人民訴訟權之保障未必恆為有利。

伍、結 論

無論在公法學或是民法學領域，國有土地出租向來被多數見解認為是財產行政之一環，為國家立於準私人地位一般，行使其土地所有

⁵⁵ 參見訴願法第14條第1項：「訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內為之。」及行政訴訟法第106條第1項：「第四條及第五條訴訟之提起，除本法別有規定外，應於訴願決定書送達後二個月之不變期間內為之。但訴願人以外之利害關係人知悉在後者，自知悉時起算。」

權能之一種私法形式的行為表現而已。此等見解，在行政法院裁判實務上，亦是長年來所採取之一貫見解。然自從司法院釋字第六九五號解釋將國有林地濫墾地出租法律屬性之認定基準，加入公益因素以降，開始改變各級法院之論述理路。抑有進者，藉由雙階理論之採用，將承租申請決定定性為單方公權力行使之行政處分，使其爭議應依循行政訴訟途徑解決之。本文從行政行為之特徵及法律形式選擇自由角度切入，認為既不應將公益作為判斷國有財產管理行為公、私法性質時之考量因素，亦不宜將國有財產管理行為一律視為是公權力行政或是國庫行政。毋寧，公財產法如同其他行政領域一般，恆有公益或特定行政目的之存在。剩餘之問題，僅為其所欲踐行之公益目的強或弱而已。在主管機關將國有土地出租作為是履行給付或促進行政目的之手段的情形下，本於行政之法律形式選擇自由，財產管理行為並不必然為私法性質；其理論上亦容有以公法形式為之的可能性。反之亦然，其亦非如司法院釋字第六九五號解釋所言，必然是公法性質。毋寧，土地管理機關亦容有定性為私法關係之選擇自由，進而使該事件發生爭執時，由普通法院審理之。至於就國有林地濫墾地出租之具體情形而言，根據國有林地濫墾地補辦清理作業要點第四點之規定，其立法意旨應僅是將其作為「國土保安」及「違法狀態」間之一種調和手段而已，尚不具有給付或促進行政之目的。同理，森林法第八條關於其他國有林地出租、讓與或撥用之對象資格規定，雖存有公益目的，但卻非在執行給付或促進行政任務。行政機關根據此二法規範決定是否出租國有林地，本文認為本質上應屬私法性質；發生爭議時，應由普通法院審理為是。

至於將國有土地出租與否之決定，從整體租賃關係中分離而出，單獨評價為單方公權力行使之行政處分，進而使爭議導入行政訴訟途徑之雙階架構，本文認為基於財產行政之特性，並不適宜，亦不具有必要性。在我國現行法制下，國有財產管理範疇存在有諸多法規範位階不一之法令，以為主管機關之作業憑據。此等法令即使在管理行為被定性為私法性質時，亦無背離之空間。此等國有土地出租出售等規

範，通常已內化為國家決定是否將其土地出租或出售予人民之條件，以及在可能之情形下，雙方所形塑之土地租賃或買賣契約的條款。當國家與人民就此發生爭議而提起民事訴訟時，民事法院仍有據以裁判之義務。在此理解下，針對非本質上為公法或私法事件之國有土地出租爭議，無論雙方當事人約定由普通法院審理，或是行政法院審理，法院之審理基準差異理應不大。若此，司法院大法官為解決法院審判適用法規及實體審查基準差異性所採取之雙階理論方案，其續存之實益恐將漸失！當司法機關耗費時日地汲汲於尋求法院審判權歸屬之判斷基準時，似乎更應將心力投注在爭議事件之實質法律問題之解決上。

參考文獻

一、中文

(一)專書

1. 吳志光，行政法，第6版，新學林，2014年9月。
2. 吳庚，行政法之理論與實用，第12版，自刊，2012年9月。
3. 李惠宗，行政法要義，第6版，元照，2012年9月。
4. 林明鏘，行政法講義，第2版，新學林，2015年9月。
5. 林錫堯，行政法要義，第3版，元照，2006年9月。
6. 翁岳生編，行政法（上），元照，2006年10月。
7. 莊國榮，行政法，第3版，元照，2015年9月。
8. 許宗力，基本權利對國庫行為之限制，載法與國家權力，自刊，1992年4月，頁1-71。
9. 許宗力，雙方行政行為——以非正式協商、協定與行政契約為中心，載新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，元照，2002年9月，頁255-294。
10. 陳敏，行政法總論，第7版，自刊，2011年9月。
11. 陳愛娥，台北市市有社會福利與文化設施委託經營管理之法律問題——以委託經營管理契約的法律歸屬為主軸，載地方法制研討會選輯2003——委託經營管理法制、行政法規影響評估，臺北市政府法規委員會，2003年12月，頁68-73。
12. 陳愛娥，行政法院與民事法院審判權的劃分，載義薄雲天、誠貫金石——論權利保護之理論與實踐，曾華松大法官古稀祝壽論文集，元照，2006年6月，頁581-596。
13. 陳新民，公共利益的概念，載憲法基本權利之基本理論（上冊），第3版，自刊，1992年1月，頁129-180。
14. 陳新民，行政法學總論，第9版，自刊，2015年9月。
15. 程明修，雙階理論之虛擬與實際，載行政法之行為與法律關係理論，新學林，2005年10月，頁43-82。
16. 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展——以民間參與公共建設為中心，載公私協力與行政合作法，新學林，2014年3月，頁5-60。

17. 詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論——評台北高等行政法院之ETC相關裁判，載公私協力與行政合作法，新學林，2014年3月，頁99-135。

(二)期刊論文

1. 石世豪，國有林地管理措施的法律定性及其爭訟管道——釋字第685號統一解釋及其所涉法制續造問題評析，法令月刊，第36卷第6期，2012年6月，頁20-39。
2. 楊松齡，國有土地經營管理之省思，當代財政，第4期，2011年4月，頁22-26。
3. 葛克昌，租稅國家之憲法要求，月旦法學教室，第30期，2005年4月，頁106-116。
4. 詹鎮榮，公有財產提供民間使用之法制框架及契約形式——以台北市政府為例（下），法令月刊，第66卷第9期，2015年9月，頁32-50。

二、德 文

(一)專 書

1. Dirk Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984.
2. Flitz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 6. Aufl., 1922.
3. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009.
4. Stefan Storr, Der Staat als Unternehmer. Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, 2001.
5. Wolfgang Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 33.

(二)期刊論文

- ◎ Joachim Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), S. 190-247.

The Jurisdiction Dispute Regarding National Land Leases: Focusing on the Judgment of Taichung High Administrative Court 104 Su 53 (2015)

Chen-Jung Chan *

Abstract

Under current Taiwan administration regulations and the legal system concerning national property, aside from office use, public use and used by stateowned enterprise, it's plausible to lease or sell to private sectors, constituting legal relationships of leasing and selling national property. The nature of these legal relationships whether they should be public or non-public determines which court has the jurisdiction to resolve disputes. As to the matter, relevant Judicial Yuan Interpretations, judgments issued by administration and ordinary courts have shown their opinions in significant differences, which could be generalized into two concepts, "public interest model" and "property right model". Nonetheless, since contemporary administrative actions are to achieve the public interest, despite of public or non-public measure, the principle of public interest should

* Professor of Public Law, College of Law, National Chengchi University, Taiwan;
Dr. jur., University of Cologne, Germany.

Received: December 7, 2015; accepted: April 6, 2016

not be the proper standard in determining the nature of disputes. Furthermore, the State is not permanently the property owner to simply obtain profits from the fiscal management in the national land lease contract. When the State action aims for *Leistungsverwaltung* or advancing administrative execution, the State should have the discretionary power to choose administrative or private contract as to constitute the legal relationship in national land leases.

Unless it's specified in law, since the one granting and signing the national land lease contract is done by the same regulatory agency, to simplify the legal relationship, this article emphasizes that the two-stage theory should not be employed as to avoid separating the process into two different phases. Even if the granting and signing lease contract are integral and considered as private contract, under the public property regulatory scheme, the freedom of contract shall not be applied without exceptions. In other words, the public law should have binding force directly or indirectly, which the courts should also take into consideration in delivering judgments.

Keywords: National Land Leases, Non-Public Property, the Dual System of Litigation, Exercise of Public Authority, Private Economic Activities, the Two-Stage Theory, J.Y. Interpretation NO.695, Public Property