

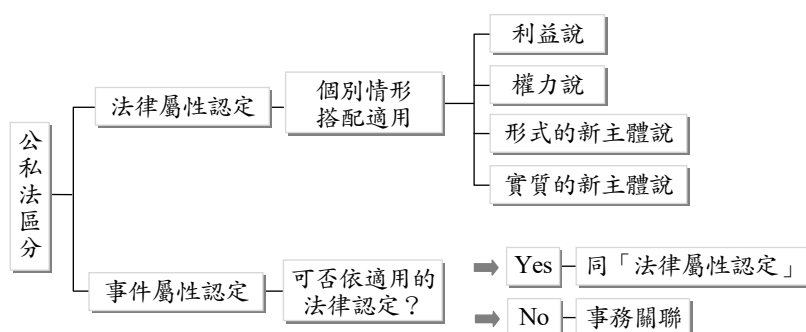
第一章

“行政與行政法”

前情提要

本章節的考題多半在測驗「公私法區分」，公私法區分的主要實益在於「救濟途徑的不同」和「法律或原則的適用」（例如行政程序法、國家賠償法、依法行政原則等），考試上若出現「應向何法院起訴？」、「得否請求國家賠償？」、「是否受基本權拘束？」等關鍵句，都必須注意是否有測驗公私法區分的可能。

ISSUE 公私法區分



【圖1-1】公私法區分之思維流程

爭點說明

公民法區分的問題可以分為二個層次：「法律條文之屬性認定」、「事件性質之屬性認定」，前者判斷法規本身的公民法屬性，後者判斷具體行為為公法或私法事件，以下分別說明：

(一)法律條文之屬性認定（公民法）

關於法律條文之屬性認定，有下列不同見解，但下列見解皆有其不足之處，故無法單獨適用其中一者，即可得到正確的結論，因此應就個別情形搭配適用¹；雖然李建良老師於書中提出一套非常細緻的審查流程，但考量於考試的有限時間中不易呈現，因此，寫作上，筆者建議只要簡要說明下述不同見解後，並逐一涵攝即可。

1. 利益說：

本說係以該法律所保障之利益為公益或私益為區分；然而公公益並非絕對對立，畢竟公法同時也有保障私益的功能，況且公益的概念亦難以定義。

2. 權力說：

本說係以當事人關係為區分，亦即公法所規定者為上下之權力服從關係，私法則為對等關係；然而私法中亦有權力服從關係（例如監護），公法中亦有對等關係（例如行政契約）。

3. 形式的新主體說（修正主體說、特別法說、歸屬說）：

公法為國家之特別法，故僅以高權主體為歸屬主體之法律為公法，反之，人人皆可適用之法律則為私法；然而本說就「高權主體」之意義說明不足，例如國家依法設立之私法主體是否屬「高權主體」？。

4. 實質的新主體說：

前說僅審究「規範對象」，而忽視「規範內容」，故本說認

¹ 以下參考：李建良（2021），《行政法基本十講》，修訂十一版，元照，頁117-123；陳敏（2016），《行政法總論》，九版，新學林，頁33-35。

為所謂「高權主體」尚必須立於「公權力主體的地位」而言，亦即必須具有「公權力」的要素在內（具權力說的色彩）。

例如民法第44條第2項規定，法人解散後，如無定其賸餘財產歸屬者，歸屬法人住所所在地之「地方自治團體」，若依形式的新主體說，因該等財產在無定歸屬的情形中，只可能歸屬於地方自治團體，故為公法；但依實質的新主體說，因為該財產歸屬與地方自治團體的「公權力地位」無關，而只是涉及私法上財產變動，故為私法。

（二）事件性質之屬性認定（公私法事件）——影響「審判權歸屬」

多數情形下，可以從行政機關適用的條文屬性來推得事件屬性，但如果「行政行為的作成並非依據法規所為」、「行政機關對於法律所定任務享有法律方式的選擇自由」、「行政機關為特定行為時，所依據法律規定為何有爭議」，就無法單純藉由「所適用法律之屬性」推知，而須著眼於各該具體事件之「事務關聯性」²，亦即判斷該事件是否與公法事務較有關聯，除考量所涉事實（例如是否涉及公法職務行使、執行公法任務等）及法律規定外，先前於法條定性所採用的考量因素亦可加以援用。



107地特一法律廉政（三等）第1題。

醫師甲為病患從事「心導管溫度控制燒灼手術」後，其所屬醫院乙依全民健康保險法第62條第1項、第3項規定，向衛生福利部中

2 李建良（2021），《行政法基本十講》，修訂十一版，元照，頁132；林明昕（2021），〈第2條：行政訴訟審判權之範圍〉，翁岳生主編，《行政訴訟法逐條釋義》，三版，五南，頁35。例如公務員妨害他人名譽之發言行為，原則上亦應以與公務員發言相關聯的原因或脈絡判斷，若於私人宴會發言即屬私法行為，若於質詢時發言則屬公法行為。

央健康保險署（下稱健保署）申請核付支出之「溫度控制燒灼導管材料費」，遭健保署拒絕。請問：醫院乙應向普通法院或行政法院提起救濟？請就學理上有關公法與私法區別理論說明之。（25分）

題型分析

雖然本題已經直接點明以「公私法區別理論」說明之，但將來若遇到「應向何法院起訴？」的題目，也要記得聯想到公私法區分。

本題須判斷「乙依全民健康保險法向健保署請求費用」究竟屬於公法或私法事件，只要判斷全民健康保險法第62條之屬性即可推知事件屬性，雖然本題未提供法條，不過應該還是可以從題目中找到一些可以涵攝的線索。

擬 答

【共551字】

乙應向行政法院提起救濟，說明如下：

(一)查乙依全民健康保險法第62條第1項、第3項向健保署申請核付支出遭拒，應向何法院提起救濟，涉及「審判權歸屬」的問題，「審判權歸屬」原則上以「公私法事件區分」定之，而「公私法事件區分」原則上以「所適用法律之屬性」為判斷，至於如何判斷所適用法律之屬性，有不同見解：

1. 「利益說」認為應視系爭法律保障者究為公益或私益；「權力說」認為應視當事人間處於上下或平等關係；「形式的主體說」認為應視是否專以高權主體為歸屬主體；「實質的主體說」認為除專以高權主體為歸屬主體外，尚必須居於公權力主體的地位。
2. 惟通說認為上述見解皆有其不足之處，尚難僅憑任一見解僅充分評

價系爭法律之公私法屬性，故應視個案情形搭配適用。

(二) 基此，乙應向何法院提起救濟，須參酌上述見解判斷全民健康保險法第62條第1項、第3項之屬性：

1. 本文以為，全民健康保險法之規範目的在於維護國民健康、增進公共利益，依利益說，為公法；另外，本規定適用之一方主體必為健保署，且申請過程中須經健保署審核費用等事項，可見本規定所規範之權利義務歸屬實與健保署之公權力主體的地位密切相關，依形式主體說、實質主體說，亦為公法。
2. 由於乙所適用之規定為公法，故本件為公法事件，依行政訴訟法第2條，審判權歸屬於行政法院，故乙應向行政法院提起救濟。

Q2 107司特一書記官（三等）第4題

土地所有權人以某市政府未經其同意，即在其所有之土地鋪設柏油路面供民眾通行為由，以該市政府為被告，依民法第767條第1項規定，向地方法院民事庭起訴，主張依司法院釋字第400號解釋，上開土地尚不符公用地役權之成立要件，請求市政府剷除柏油路面並返還土地事件，其攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議者，本件訴訟審判權之歸屬如何？（25分）

題型分析

審判權歸屬的問題基本上就是公私法事件區分的問題，原則上只要判斷「所適用之法律屬性」即可推知，但本題爭點在於：若原告與法院對於公私法事件屬性認知有異，則應如何決定審判權歸屬？

釋字第758號解釋認為應以「原告起訴之法規範」決定，惟公法學

者多認為審判權應屬法院職權探知之範圍，故應由法院就系爭事實與所涉法律規定作客觀認定，而不受當事人主張拘束³。

擬 答

【共461字】

市政府未經土地所有權人同意鋪設柏油，經土地所有權人依民法第767條第1項起訴，其審判權歸屬有不同見解，說明如下：

(一)有認為基於程序選擇權、人民權利之及時有效保障及避免訴訟資源浪費，應以「原告起訴之法規範」決定審判權歸屬，故原告既以民法第767條第1項請求，即屬私法爭議，而應由普通法院審理（釋字第758號解釋）。

(二)亦有認除原告起訴之法規範外，尚應與「請求權基礎範圍內所有應考量之法規範」為整體評價，既然行政機關係基於公物之管理權而鋪設柏油，則考量此一行政事實行為的公法性質比重，整體評價上仍然應定性為公法事件，而由行政法院審理（釋字第758號解釋許宗力意見書）⁴。

(三)本文以為後說較為可採，蓋我國採行司法二元制度之目的在於專業及效率的考量，可見審判權歸屬具公益性，自不應單以「原告起訴之法

3 相關實務、學說見解整理，參見：陳彥霖（2022），〈行政法院與普通法院審判權歸屬之定性權限——評釋字第758號解釋與其前、後之實務發展〉，《月旦法學雜誌》，第322期，頁141-156。

4 釋字第758號解釋許宗力大法官提出之不同意見書：訴訟途徑的問題，應依訴訟標的判定，訴訟標的之法律性質應以「原告請求之法規範」及「所有請求權基礎範圍內應考量之法規範」為整體評價，於對抗國家高權的情形，往往公法的份量較高，故縱令其請求權基礎為私法性質，其訴訟上請求顯示出者，依然為公法性質。