高雄高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第二庭
114年度訴字第443號

原　　告　陳健銘
訴訟代理人　許世彣　律師
被　　告　臺南市政府水利局

代　表　人　邱忠川

上列當事人間申租公有土地事件，原告提起行政訴訟，本院裁定如下：

主　文

本件移送臺灣臺南地方法院。

理　由

一、按「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」「法院認其無審判權者，應依職權以裁定將訴訟移送至有審判權之管轄法院。」行政訴訟法第2條、行政法院組織法第47條準用法院組織法第7條之3第1項本文分別定有明文。次按「我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。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。」司法院釋字第448號解釋闡述甚明。準此，因私法關係所生之爭執而誤提起行政訴訟者，行政法院應依職權裁定移送民事法院。

二、爭訟概要：

（一）原告在被告所管理坐落○○市○區○○段（下稱南華段）768地號市有土地（下稱系爭市有土地）搭建鐵皮建物、鐵皮車棚等地上物（下稱系爭地上物），被告乃以民國113年1月2日南市水雨字第0000000000號函（下稱113年1月2

日函）請原告限期拆除系爭地上物並騰空交還系爭市有土地。原告以113年1月29日陳情函向被告申請承租系爭市有土地，經被告113年2月26日南市水雨字第0000000000號函（下稱113年2月26日函）覆系爭市有土地之使用分區為「河川區」，依水利法相關規定限制其使用，原告逾期未拆除系爭地上物並騰空交還系爭市有土地，將依臺南市被占用市有房地處理作業要點規定辦理。

（二）因原告再向被告提送市有土地承租申請書，被告以113年8月28日南市水雨字第0000000000號函（下稱113年8月28日函）覆系爭市有土地使用分區為「河川區」，係直接供公共使用而屬市有公用財產，尚無從適用臺南市市有財產管理自治條例第38條非公用財產辦理出租之規定，且依臺南市市有財產管理自治條例第19條規定，系爭市有土地既屬公用財產，被告不得擅為收益，出租私人行為將違反系爭市有土地「河川區」為保護水道、確保河防安全及水流宣洩之用途，不符該條但書規定得為收益之情形，故礙難同意原告所請並檢還申請書。原告復於113年10月17日向被告提送市有土地承租申請書，仍經被告以113年11月14日南市水秘字第0000000000號函（下稱113年11月14日函）覆前業以113年8月28日函說明，故礙難同意原告所請，另已向法院訴請排除占有，嗣後自應依訴訟結果辦理後續事宜。

（三）原告繼於114年6月12日再向被告提出市有土地承租申請書（申請承租面積為46.55平方公尺；下稱系爭申請書），經被告以114年7月23日南市水秘字第0000000000號函（下稱114年7月23日函）覆前業以113年2月26日函、同年8月28日函、同年11月14日函覆不予出租系爭市有土地，且經被告提起請求拆除地上物民事訴訟，經臺灣臺南地方法院（下稱臺南地院）113年度南簡字第1452號民事判決（下稱系爭民事一審判決）原告應拆除系爭地上物返還系爭市有土地，被告重申原告所請承租系爭市有土地礙難同意，

另原告既已對系爭民事一審判決提出上訴，嗣後被告自應依訴訟結果辦理後續事宜。原告不服，提起訴願，經臺南市政府114年11月17日府法濟字第0000000000號訴願決定不受理。原告遂提起本件行政訴訟。

三、原告起訴意旨：

（一）依司法院釋字第772號及第540號解釋、司法院釋字第695號解釋羅昌發大法官協同意見書、本院94年度訴字第11號判決意旨，國有財產之承租係採雙階理論，即於訂約前階段屬公法爭議，締約後履行爭議部分屬私權爭議。被告於訂約前審查是否出租之階段應屬公法爭議，其依循行政程序提起救濟應無違誤。被告114年7月23日函係針對其於同年6月12日提出申請租用系爭市有土地所為審查決定，其性質屬行政機關基於特定公有土地之管理，所為對外直接發生法律效果之單方行政行為，自屬行政處分。

（二）臺南市市有土地承租申請書申請內容欄所示各項屬本件申租契約各項必要之點，申請租用範圍即「承租面積」實屬系爭申租契約必要之點。被告固曾以113年2月26日函、113年8月28日函、113年11月14日函覆不予出租，然歷次申請租用範圍與本件並不相同，自屬相異之申租案件，本件申租面積為46.55平方公尺係臺南地院囑託地政機關實測占用面積，而被告對其為「本局不予出租」之表示，即屬基於對系爭市有土地之管理，所為對外直接發生法律效果之單方行政行為，自屬行政處分。訴願決定認被告所為僅屬觀念通知，實有違誤。

（三）系爭市有土地固部分屬河川水域，然亦有部分土地坐落堤防外側（即系爭市有土地其申請租用部分）及第三人合法民宅（即南華段770、733-1地號土地）；第三人向臺南市市議員陳情將其合法民宅劃入河川水域造成財產損失，經該市議員向主管機關反映後，臺南市政府都市發展局即將陳情建議納入「變更臺南市（府城地區）主要計畫（第六次通盤檢討）案」供規劃參考，臺南市政府法制處亦函請

被告審慎評估水道治理之計畫線、用地範圍線與河川區域線範圍。足見臺南市政府先前發布系爭市有土地屬河川水域之計畫案及「日新溪排水系統－日新溪排水、三號排水路及喜樹五號排放渠」堤防預定線圖，顯與土地利用實情背離，應有修正重劃之必要。

（四）系爭市有土地與第三人民宅均位在堤防外側，非屬河川水域，其租用本無違反系爭市有土地「河川區」有保護水道、確保河防安全及水流宣洩之公益目的。惟被告於其申請租用系爭市有土地時，執意以系爭申租案違反系爭市有土地河川區之公益目的而否准其申請，顯有裁量濫用、恣意之違法，故訴請撤銷訴願決定及被告114年7月23日函。

四、本院之判斷：

（一）地方制度法第19條第2款第4目規定：「下列各款為縣（市）自治事項：……二、關於財政事項如下：……（四）縣（市）財產之經營及處分。」臺南市為統一管理市有財產而制定臺南市市有財產管理自治條例，該條例第5章「收益」第1節「非公用不動產之出租」第38條第1項第2款規定：「非公用不動產之出租依下列規定辦理：……二、在中華民國82年7月21日前被占建之基地或被占用之房地，不妨礙區域計畫或都市計畫者，經審酌土地利用價值後，得追繳占用期間使用補償金後，予以出租。但出租土地面積空地部分不得超過基層建築面積之1倍。」第2節「公用不動產之出租」第44條規定：「都市計畫公共設施保留地之公用土地，不得出租為妨礙都市計畫用途之使用。」綜觀上開條文內容，僅係規定臺南市政府得依該自治條例規定辦理出租市有土地而為收益之要件，至於是否出租市有土地，管理機關仍有審酌及決定之權限，並非賦予人民具有請求管理機關出租市有土地之公法上請求權。從而，管理機關依前揭自治條例規定決定辦理出租市有土地，性質上僅屬該機關代表市庫出租所為之私法上行為；其拒絕人民要求出租市有土地，性質上亦僅係其代表

市庫管理市有財產之私經濟行政所為決定而非屬高權決定之公權力行為，依首揭說明，人民與市有財產管理機關間因申租市有不動產與否所生之爭議，當事人應循民事訴訟程序請求救濟，行政法院並無審判權（最高行政法院103年度判字第552號、110年度抗字第208號、113年度抗字第82號裁判意旨參照）。

（二）原告固主張：依司法院釋字第772號及第540號解釋、司法院釋字第695號解釋羅昌發大法官協同意見書，國有財產之承租採雙階理論，訂約前階段屬公法爭議，締約後履行爭議部分屬私權爭議；被告114年7月23日函係針對其於同年6月12日提出申請租用系爭市有土地所為審查決定，性質屬行政機關基於特定公有土地之管理所為對外直接發生法律效果之單方行政行為，自屬行政處分，其提起行政救濟應無違誤云云。然按行政之目的均在於追求公益，行政機關實現公益之手段有公法行為與私法行為之分，因而有公權力行政與私經濟行政之別，使其適用不同之法則與救濟途徑；公權力行政與私經濟行政如何區別實係個案歸屬於公法或私法範疇之問題，須視其所據法規為個案判斷。而所謂行政處分係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，此觀行政程序法第92條第1項規定即明。行政機關對人民申請所為之拒絕表示是否屬於行政處分，並不可一概而論，其判斷關鍵端視行政機關之拒絕是否具「規制」效力，亦即行政機關是否經由單方意思發生具有拘束力之法律效果，例如由單方意思直接變更現有之權利、規定特定人之公法地位等，其與單純之意思表示有別。本件原告向被告申請就市有土地訂立租賃契約（私法契約），主管機關所為拒絕訂定租賃契約之決定，除非因而侵害其公法上權利，否則即難認該決定係行政處分。而前揭臺南市市有財產管理自治條例僅係規定臺南市政府得依該自治條例規定辦理出租市有土地而為收益之要件，並非賦予人民具

有請求管理機關出租市有土地之公法上請求權，業如前述，原告既未因臺南市市有財產管理自治條例取得該公法上請求權，自難認被告所為拒絕訂定租賃契約之決定有何侵害其公法上權利可言，依前揭說明，被告114年7月23日函性質上即非屬行政處分；原告前揭關於被告114年7月23日函文定性之主張，容有誤解。至於雙階理論係指將法律關係之形成區分為2個程序上階段：第1階段決定是否行為，屬公法行為；第2階段決定如何行為，其行為方式可能是公法，亦可能是私法。但雙階理論本身並非可直接作為區別公法與私法之論據，蓋其適用應以該法律關係之形成程序有區分為兩階段可能，以及由第1階段所依據之法規觀察，依公法與私法區別之法理判斷，可認該第1階段行為係屬公法行為作為其適用前提。因此，邏輯上必須先依相關法規與行政法法理判斷可認其屬公法行為始得以適用雙階理論，而非逕援引雙階理論即認主管機關所為之拒絕表示即成為公權力行政。原告所援引前揭司法院解釋，其中司法院釋字第540號解釋是關於國民住宅條例基於統籌興建及管理國民住宅以安定國民生活及增進社會福祉之目的，由政府主管機關取得土地、籌措資金並興建住宅，供收入較低家庭申請承購、承租或貸款之情形；司法院釋字第695號解釋係就主管機關依國有林地濫墾地補辦清理作業要點准駁人民承租國有林地，涉及國土保安之公益實踐；司法院釋字第772號解釋係國有財產署或所屬分支機構就人民依國有財產法第52條之2規定申請讓售國有非公用財產類不動產之准駁決定，涉及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，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，為解決該問題始增訂上開規定使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；國家實施土地總登記將上開土地登記為國有，屬國家統治權之行使，前開規定許人民向國家申請讓售已登記為國有之土地，國有財

產署審查確認是否符合前開規定以決定是否准駁而為公權力行使，並以法律規定之計估方法決定讓售價格，不適用私法上契約自由原則，由其據之法規依公法與私法區別之法理判斷，性質上均難認為屬於私經濟行政。對照原告係於114年6月12日以系爭申請書向被告申請承租其所占用之系爭市有土地，被告以114年7月23日函覆不予出租等情，此有系爭申請書（見本院卷第29頁）及被告114年7月23日函（見本院卷第23頁）在卷可稽；且被告已針對原告占用系爭市有土地之地上物另案提起拆除地上物之民事訴訟，業經系爭民事一審判決本件原告敗訴，上訴後復經臺南地院114年度簡上字第205號民事判決駁回本件原告之上訴確定；原告於該民事訴訟事件中亦曾以其提出申請承租系爭市有土地作為抗辯等情，此觀卷附前揭民事判決書即明，足見本件實係原告對於被告代表市庫管理市有財產之私經濟行政所為拒絕訂定租賃契約（私法契約）決定所生之爭執，核與上開司法院解釋所涉個案情節及法令依據之定性均屬有間，依首揭規定及說明，自應循民事訴訟程序解決，爰依職權將本件移送於有受理訴訟權限之系爭市有土地所在地之臺南地院審理。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　24　　日

審判長法官　黃　堯　讚

法官　林　韋　岑

法官　曾　宏　揚

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本裁定，應於送達後10日內，向本院高等行政訴訟庭提出抗告狀並敘明理由（須按他造人數附繕本）。

三、抗告時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。

得不委任律師為訴訟代理人之情	所需要件

形	
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.抗告人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.抗告人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，抗告人應於提起抗告或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　24　　日

書記官　林　幸　怡