最　高　行　政　法　院　裁　定

113年度抗字第68號

抗　告　人　主富服裝股份有限公司

代　表　人　黃文貞
訴訟代理人　陳昶安　律師
　　黃祈綾　律師
　　萬哲源　律師
相　對　人　基隆市政府
代　表　人　謝國樑
訴訟代理人　簡榮宗　律師
　　潘彥安　律師
　　詹義豪　律師

上列當事人間聲請假處分事件，抗告人對於中華民國113年1月31日臺北高等行政法院高等行政訴訟庭113年度全字第9號裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定廢棄，應由臺北高等行政法院高等行政訴訟庭更為裁定。

理　由

一、抗告法院認為抗告為有理由者，應廢棄或變更原裁定；非有必要，不得命原法院或審判長更為裁定，行政訴訟法第272條準用民事訴訟法第492條規定甚明。

二、爭訟概要：

㈠相對人前於民國104年間與大日開發有限公司（下稱大日公司）簽訂「基隆市東岸立體停車場營運移轉案」契約（下稱104年OT契約），將坐落於基隆市仁愛區復興段一小段0、0-0地號及仁愛區中央段一小段00、00-0、00-0、00-0地號等6筆土地上包含頂樓廣場、地上1樓、地下4樓及相關停車場設備（下稱東岸立體停車場）委託大日公司營運。大日公司嗣於105年1月30日與抗告人簽訂租賃契約，雙方簽訂租賃契約書第1條租賃物1.約定：「甲方（大日公司）同意提供基隆

市仁愛區仁二路236號1樓部分、2樓全部及建物外觀全部由乙方（抗告人）經營管理。本案之建築外觀亦由乙方設計規劃、建造、裝修、招商、營運、管理、行銷及使用執照變更等工作……。」抗告人遂委請建築師事務所辦理拆除部分東岸立體停車場內部空間並增建2至4樓（下稱系爭新增建物），系爭新增建物於106年12月20日竣工，並於107年2月12日取得使用執照。

㈡相對人與大日公司於109年間，依104年OT契約完成第一次優先訂約（下稱109年OT契約），雙方簽訂「基隆市東岸立體停車場營運移轉案」契約第2條委託營運資產、權限及期間約定：「一、委託營運資產：本契約所稱之『委託營運資產』為本停車場土地……，總面積7,343平方公尺，包含有：㈠地上1樓至4樓之商場。……五、委託營運期間：本契約之委託營運期間自110年1月1日起至112年12月31日止，共計3年。……」在109年OT契約營運期間將屆之際，相對人於112年12月10日公告「基隆市東岸立體停車場增改修建營運移轉（ROT）案」（下稱系爭ROT招商案）投資契約，將系爭新增建物納入營運範圍，並於113年1月16日辦理系爭ROT招商案甄審會議結果併同最優及次優申請人名單之公告。

㈢抗告人認為相對人公告系爭ROT招商案甄審會議結果暨最優、次優申請人名單，除剝奪抗告人依法原始取得系爭新增建物之使用、收益而侵害其所有權外，亦損及抗告人及租用系爭新增建物空間商家之經營權，以及相關員工之工作權，而對抗告人、商家及所屬員工之權益造成嚴重損害，乃依行政訴訟法第298條規定，向臺北高等行政法院高等行政訴訟庭（下稱原審）提出本件定暫時狀態處分之聲請，並聲明：⑴禁止相對人與系爭ROT招商案之最優申請人或次優申請人辦理後續議約、締約程序；⑵相對人應將系爭新增建物排除於系爭ROT招商案營運資產範圍外。經原審以113年度全字第9號裁定（下稱原裁定）移送至臺灣基隆地方法院（下稱基隆地院）。抗告人不服，向本院提起本件抗告。

三、原裁定略以：

㈠綜觀抗告人所為陳述，其主張系爭ROT招商案將系爭新增建物列為營運資產為一違法行政行為，係以此將構成對其所有權侵害之違法狀態等情資為論據。然參諸本院判決意旨，公法上結果除去請求權須以機關之行政行為違法，且該違法導致人民權益侵害，始足當之；而依抗告人所為論述，其請求權基礎是否成立，須以系爭新增建物可否為獨立之所有權客體，以及抗告人是否乃系爭新增建物所有權人為前提，亦即抗告人若有權利，相對人即違法，反之則否，此與公法上結果除去請求權之因果關係即屬有間。而審諸抗告人書狀及在原審調查期日所為陳述，並未提出具體事證，說明相對人於申請或審核程序之行為或決定如何違反促進民間參與公共建設法（下稱促參法）或相關法令。

㈡抗告人另以最高法院108年度台上字第2241號、107年度台上字第1597號、第1437號、第1284號、85年度台上字第247號等民事判決為據，主張系爭新增建物之起造人名義與該建物原始所有權之取得無關等情，益可認抗告人係基於所有權人地位，請求排除相對人將系爭新增建物納入系爭ROT招商案營運資產範圍所生侵害，其請求權基礎應為民法第767條第1項後段之所有權妨害防止請求權。而此所有權有無及其歸屬之認定，顯屬私法爭議，當由普通法院審理，爰依行政法院組織法第47條準用法院組織法第7條之1、第7條之3第1項規定，將本件移送管轄法院即基隆地院等語。

四、抗告意旨略以：

㈠原裁定一方面肯認系爭新增建物之所有權歸屬，僅是抗告人本案請求權基礎即公法上結果除去請求權之前提問題，一方面卻認為本件抗告人之請求權基礎為民法第767條第1項後段之所有權妨害防止請求權，而認定其聲請定暫時狀態處分屬私法爭議，行政法院無受理權限，而移送至普通法院，顯有理由矛盾、不備之違法。

㈡本件相對人違法將抗告人所有之系爭新增建物納入系爭ROT招商案營運資產範圍，會使第三人產生不當信賴，進而引發相對人違法點交，直接造成抗告人對系爭新增建物所有權圓滿狀態之妨害，抗告人自得起訴排除相對人之違法行政行為，故有公法上法律關係之爭執。原裁定未慮及此，亦未說明其不採之理由，自有理由不備之違法，應予廢棄等語。

五、本院查：

㈠司法院釋字第466號解釋略以：「憲法第16條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。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，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。」行政訴訟法第2條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」

㈡「按我國目前係採二元訴訟制度，關於民事訴訟與行政訴訟審判權之劃分，應由立法機關通盤衡酌爭議案件之性質及既有訴訟制度之功能（諸如法院組織及人員之配置、相關程序規定、及時有效之權利保護等）決定之（本院釋字第448號、第466號及第691號解釋參照）。法律未有規定者，應依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。亦即，關於因私法關係所生之爭議，原則上由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，原則上由行政法院審判（本院釋字第448號、第466號、第691號、第695號及第758號解釋參照）。」此為司法院釋字第759號大法官受理法院就個案審判權爭議聲請統一解釋所揭櫫之理由書第4段之闡述，大略指出關於審判權之判斷，首應依法律規定定之；如法無規定，宜依爭議案件之性質及既有訴訟制度之功能定之。

㈢經查，依抗告人於原審之聲請狀所載，其主張略以：系爭新增建物完工時，抗告人即原始取得所有權，是相對人依促參法第8條第1項第4款規定進行招商，將抗告人所有之系爭新增建物列入系爭ROT招商案營運資產範圍內，已構成對抗告人所有權之嚴重侵害；只要未將系爭新增建物自系爭ROT招商案之營運資產中排除，或禁止相對人與系爭ROT招商案之最優或次優申請人續行議約、締約程序，前開違法狀態即會持續，抗告人自得本於公法上結果除去請求權，依行政訴訟法第8條第1項規定請求行政法院予以除去，以回復未受侵害前狀態，並依同法第298條規定聲請本件定暫時狀態處分等語。嗣於原審調查證據期日，經受命法官詢問：「於本件聲請狀所載，聲請人（即抗告人）係依行政訴訟法第298條第2項規定提出於本件之聲請，則本件主張與相對人間所爭執之公法上法律關係為何？」抗告人答稱：「本件爭執之法律關係為：系爭新增建物之所有權人為聲請人（即抗告人），相對人將該建物列入系爭ROT營運資產之行政行為，構成對聲請人所有權之侵害，且其後續的強制點交、接管等行為，都涉及公法關係。」等語。足認抗告人乃以相對人依促參法辦理招商之行政行為，侵害其就系爭新增建物所享有之所有權，向相對人請求將系爭新增建物納入系爭ROT招商案營運資產範圍之違法狀態除去，以回復未受侵害前狀態。是抗告人既以其權利受侵害之結果，源自於公權力之行為，則其依行政訴訟法第298條第2項提出本件聲請，求為暫時權利保護，屬公法爭議範疇，行政法院自有審判權。原審以本件屬私權爭議，裁定移送基隆地院審理，依上開規定及說明，容有未洽。

㈣綜上所述，原裁定既有如上之違誤，抗告意旨主張原裁定違法，求予廢棄發回原審，為有理由。因本件有由原審為事實調查及實體審認之必要，爰予廢棄由原審更為裁定。

六、據上論結，本件抗告為有理由。依行政訴訟法第272條、民事訴訟法第492條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　12　　日

最高行政法院第二庭

審判長法官　陳　國　成

法官　李　君　豪

法官　簡　慧　娟

法官　蔡　如　琪

法官　陳　文　燦

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　12　　日

書記官　章　舒　涵