




詹鎮榮 Chan, Chen-Jung
國立政治大學法律學系教授
<https://drcjchan.com>

公私法跨域教義學之實踐

以公法學視野出發

公、私法跨域之情境

- 
- 一、轉介：公法規範由公轉私
 - 二、假借：私法規範技轉公法
 - 三、統合：以憲法理順法體系
 - 四、耦合：法域相互串聯增力
 - 五、義和：特別理念跨越公私
 - 六、應和：實體與程序的探戈



公法轉介至私法

基本權第三人效力

基本權作為抵抗國家公權力不法行使之制度功能，得以滲透至私人間之生活領域，使基本權亦得在私法關係中發揮一定之規制與保護作用，形成一道防禦私人挾契約自由、私法自治之名，行實質上不法侵害契約相對人受憲法上保障自由與權利之防火牆。在此意義下，基本權第三人效力可謂私法自治、契約自由等民事法律關係形塑最高指導原則適用時之修正機制與框架界限。



人權保障之與時俱進

司法院釋字第748號解釋：「民法第4編親屬第2章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第22條保障人民婚姻自由及第7條保障人民平等權之意旨有違」。

司法院釋字第807號解釋認定勞動基準法第49條第1項規定：「雇主不得使女工於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」在手段與目的間難謂存有實質關聯，違反憲法第7條保障性別平等之意旨。

憲法基本權轉介民法，對民事法之形塑及適用影響深遠。「合乎人權理念的民事法學」，或是可稱之為「人權私法」，儼然已經根本性地撼動，甚至是取代了羅馬法以降，以私法自治、契約自由為指導原則的私法教義學。



行政監督與管制（一）

形成私法之行政處分

1. 民法物權編第758條第1項規定：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。」據此，不動產物權欲發生取得、設定、喪失或變更之私法上效力者，繫以在土地登記簿上完成相關之登記為前提。而此等不動產登記行為，為行政機關針對個案所為之公法上意思表示，為一行政程序法第92條意義下之行政處分。此等登記處分必須作成，始得以使不動產依法律行為而發生取得、設定、喪失及變更之效力。
2. 民法親屬編第982條規定：「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」此等登記婚之立法例，即是將戶政機關之結婚登記處分設定為私法上婚姻關係之生效要件。據此，結婚登記乃為形成私法上婚姻法律關係之行政處分。



行政監督與管制（二）

法律行為違反公法規範之效力

1. 法院裁判實務上向來仍沿用早期民事判例所發展出所謂的「效力規定」與「取締規定」二分法解決方案。
2. 換言之，系爭應遵守而未遵守之公法規範若屬強行法，且在國法秩序下，法律行為當事人無論如何並不存在有以意思表示約定方式予以背離或逸逃之絲毫空間者，則屬民法第71條所稱之強制或禁止之規定。法律行為若有違反，無效。因此等強行法將會影響法律行為之效力，故亦稱之為「效力規定」。
3. 反之，倘若未獲遵守之公法規範非屬民法第71條意義下之強行法，或是雖為強行法，但並無使違反之法律行為無效之企圖者，則法律行為違反者，充其量僅遭致主管機關依法施以行政，甚至是刑事上制裁，但並不當然導致法律行為的無效。



原住民保留地借名登記

最高法院108台上大字第1636號裁定

山坡地保育利用條例第37條第2項及原住民保留地開發管理辦法第18條第1項規定，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬上開規定所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。再綜合考量上開規定之規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，及契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反上開規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反上開規定者，**應屬無效。當事人為規避上開規定之適用，以迂迴方法達成該等規定所禁止之相同效果之行為，違反該等規定意旨，依民法第71條本文規定，亦屬無效。**



特殊問題：國庫行政

1. 國家在從事給付行政或基礎建設行政等非高權性質行政任務時，原則上固然享有組織形式及行為形式的選擇自由。然而，公營公司終究為各級政府所設立，所從事之業務，性質上也多屬給付行政任務，仍有公益拘束之義務，未若私人企業得以單純追求利潤為營業目標。
2. 基此，公法學上遂發展出「行政私法」(Verwaltungsprivatrecht)，甚至是「行政公司法」(Verwaltungsgesellschaftsrecht)理論，主張國家不能避難至私法，以排除所有公法規範，尤其是憲法平等原則之拘束。據此，即使公營公司執行業務時，得與人民建構私法法律關係，但卻無法享有全然的私法自治與契約自由，毋寧仍應受公益之拘束。



公、私法領域的耦合

雙階理論

雙階理論在當代法學（尤其是行政法學）面臨到不小的「必要性質疑」，故晚近學說及實務逐漸傾向採限縮適用之見解。除非法律有明文規定，否則應儘量避免透過法院裁判及行政作業實務之路徑，擴張雙階理論之適用範疇。對此發展趨勢，雖屬公、私法域耦合的逆風，但有助於法律關係的單純化，以及接續權利救濟途徑的明確化。

公私協力

在臺北體育園區（大巨蛋）BOT案中，臺北市政府都市發展局即以民間機構遠雄巨蛋公司施作工程有81處主要構造與變更核定建照圖不符，違反建築法第58條第6款規定，作成命現場應立即停止施工之行政處分。準此，**建築法**即成為臺北市政府履行其擔保義務之支撐法規範。



End