

—導論—

臺灣行政契約法的路徑依賴？
—— 比較行政法方法論的局部反思

李建良*

目 次

壹、引論：路徑探尋	肆、行政契約的要件與效力
一、比較行政法的方法探究及其路徑依賴	一、行政契約的無效規範體系構造
二、行政契約作為比較行政法的示範領域	二、行政契約的容許性與判斷準據
貳、行政契約的概念與性質	三、行政契約書面要式的適用問題
一、公法契約或行政契約的用語與性質區辨	四、附第三人效力之行政契約類型
二、隸屬契約或代替行政處分契約概念區辨	五、行政程序法無效規定適用舉隅
參、行政契約的類型與體系	六、行政契約的消滅時效規定依據
一、和解契約與雙務契約的用語與概念區辨	伍、結語：思索出路
二、雙務契約與單務契約的用語與概念區辨	一、行政契約比較法的反思
三、處分契約與負擔契約的用語與概念區辨	二、行政契約的續構與開展

* 中央研究院法律學研究所研究員。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/50424141.pdf>。



橘生淮南則為橘，生於淮北則為枳
葉徒相似，其實味不同
所以然者何？
《晏子春秋》
(西元前770年~476年?)

壹、引論：路徑探尋

「行政契約之發展現況與前景」，主題蘊含行政法制演化與行政法學進展的時間維度與思考取徑。臺灣行政契約的法繼受、法建構與法運用，受到內外背景與主客觀因素的影響與牽制。經由行政契約法的探奧索微，或可洞察行政法的變遷軌跡，從內而外，由近溯往，比較行政法方法論的局部反思亦可藉此展開。

一、比較行政法的方法探究及其路徑依賴

任何科學皆有方法，透過一定的方法找出「正確之法」，為法學具備科學性格不可或缺的條件之一。自然科學經由反覆實驗，檢驗或反證假設，獲取學術上的資訊、發現或成果；相對於此，社會科學通常運用比較辯證方法，提出正反議題，交互辨詰，推演印證，得出理論或觀點。法學是社會科學的一門，亦不例外。面對法律及其待規範的問題，法律人的基本課題是：解釋、建構與體系¹，使法律概念明晰化、規範體系化，俾以運用於現實生活，建立維護自由的法秩序。法學常用的方法之一是探索法的古往今來，將不同時空的法律實踐（「實驗」）納入眼界，細繹出既往經驗要素，歸納取捨與選擇的因子，謂之比較法，為法制訂、法解釋²、

1 *Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft*, 11. Aufl., 1964, S. 250.

2 文獻極夥，近者參見*Carl-David von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung*

法學研究的重要工具之一³。

比較法是治法的多種學科之一⁴，不僅是法釋義學的要素之一⁵，自身亦是一項獨立的學門（比較法學），也有比較法學方法論的問題。法之比較旨在對不同法秩序的法規則、法制度及法實務進行解析、歸納、評價、演繹，提煉出新的概念、規則與體系。比較之目的、客體及範圍不同，方法各異⁶。著眼於客體與範圍，法之比較略可區分如下：

- 不同法規則所形成之法體系或法制度的比較（**制度比較或體系比較**）。
- 不同法體系或法制度內涵之概念的比較（**概念比較**）。
- 不同學說見解或法學理論的比較（**學說比較**）。
- 不同法律實務見解的比較（**實務比較**）。
- 不同法文化的比較（**文化比較**）。

im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 22 f.

3 輒有將比較法列為「第五種」法律解釋方法之論點，以相對於文義解釋、體系解釋、歷史解釋與目的解釋之四種傳統解釋方法。參見 *Friedrich Kübler*, Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft, JZ 1977, S. 113 (118); *Peter Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, S. 913 (915 f.)。比較法是否堪為「第五種」解釋方法，不無爭議。肯定說，例如 *Alex Tschentscher*, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen im öffentlichen Recht, JZ 2007, S. 807 (812)；否定說，例如 *Christian Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 1021 (1024)；折衷或修正說，例如 *Christoph Möllers*, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, Rn. 41; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Zur Europäischen Verwaltungsrechts, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 513 (519).

4 *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 11.

5 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 25 f.

6 *Starck* (Fn. 3), S. 1026 f.

法秩序由規範語句所構成，規範語句是法概念的有機組合，法概念是比較法學研究的起始點與思考單元。法概念的成分是語言，不同法秩序所使用之法概念未必相同，「同語異義」或「異語同義」的情形，所在多有，允宜分辨。使用可以容納諸法秩序的「超驗語言」，為比較法的基礎方法之一。此外，「法制概念」不同於「學理概念」，亦應區辨，前者是立法者於成文法規中使用的概念（法律概念），後者或為學說創用或約定成法，用以討論或指稱特定的觀念或見解。二者時爾合致，卻非全同，不可無辨。

比較法是方法，（本國）法的適用與（本國）法的制訂方為目的。透過與外國法規及制度的比較（尤其有法繼受關係之國家），一方面審視檢討本國之法律的妥適性，另一方面探尋各該法秩序之秩序理念，淬取思維攻錯及制度選擇的要素⁷。法制度之選擇或變革，決諸法政策的考量與立法者的形成自主，但也須允乎制度理性與基本法理，避免淪為「恣意之法」⁸。行政法之比較，除法律制定及法律適用外，觸角還需擴及到「行政立法」，即行政命令的訂定與適用⁹。

「有社會，就有法」（*ubi societas ibi ius*），法諺常理。法是社會的產物，步趨社會的發展與變遷。「法」字「水、去」合體，務求水「平」、去「不正」。法的理念隱含了動態矯枉趨正、重組分配的思想線索，不是靜態定於一尊，毋寧是窮則變通，或周而復始。社會變遷的路徑不同，法的來歷與去向亦有差異。法之比較猶如構建起一種「交換市場」或一座「實驗室」，各種的法概念在此匯流與聚合，兩組或多重法秩序、法制度或法領域在此遇合與接壤。法比

7 Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagon, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen, ZaöRV 2007, Bd. 67, S. 395 ff.

8 Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 16.

9 Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: Bauer/Cyzbulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171 (179).

較無可避免的必須脫離單線的觀察視角，超越概念或規定的單點勘對，還要把探視聚焦挪移到制度的發展脈絡與演變軌跡之上或之間。

觀察制度發展的成因與脈絡有多種方法，回溯起伏往復於路徑為其中之一。制度的肇端因由及起始構設有時出於某一或某些偶然或既成的因素，其後卻成為無可逆違或難以更改的依賴定式或相依慣性，進而影響來茲，甚至掣肘興革，學說謂之「路徑依賴」或「取徑相依」理論¹⁰。根據歷史制度論的觀點¹¹，制度的發展受制於特定的歷史遺緒及關鍵時刻，制度形成的初始條件制約制度的運作，在制度形成後同時受到制度本身的強化，一旦進入某種「鎖定」狀態，未來的發展也會受到牽制。觀察法律制度的變遷路徑，探尋演進軌跡，其目的則設法排除法制的負面閉鎖狀態，另則思索優化法治的出路。

10 Path dependence或Pfadabhängigkeit最初是一項經濟理論或觀察，由Paul A. David於1985年提出（Paul A. David, *Clio and the Economics of QWERTY*, 75(2) AM. ECON. REV. 332, 332-37 (1985); EVOLUTION AND PATH DEPENDENCE IN ECONOMIC IDEAS: PAST AND PRESENT (Pierre Garrouste & Stavros Ioannides eds., 2005)），後由W. Brian Arthur進一步發展（W. Brian Arthur, *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-in by Historical Events*, 99 ECON. J. 116, 116-31 (1989).），繼而被其他社會科學廣為沿用，如社會學、政治學、公共行政學等，用以觀察或詮釋制度演進、政府決策或社會現象。相關文獻：James W. Mahoney, *Path Dependence in Historical Sociology*, 29(4) THEORY & SOC'Y 507, 507-48 (2000); James W. Mahoney, *Path-Dependent Explanations of Regime Change: Central America in Comparative Perspective*, 36(1) COMP. INT'L DEV. 111, 111-41(2001); Paul Pierson, *Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics*, 94(2) AM. POL. SCI. REV. 251, 251-67 (2000); Jürgen Beyer, *Pfadabhängigkeit, Über institutionelle Kontinuität, anfällige Stabilität und fundamentalen Wandel*, 2006.

11 相關文獻：STRUCTURING POLITICS: HISTORICAL INSTITUTIONALISM IN COMPARATIVE ANALYSIS (Sven Steinmo et al. eds., 1992); Kathleen Thelen, *Historical Institutionalism in Comparative Politics*, 1999(2) ANN. REV. POL. SCI. 369, 369-404 (1999); David Brian Robertson, *Historical Institutionalism, Political Development, and the Study of American Bureaucracy*, in THE OXFORD HANDBOOK OF AMERICAN BUREAUCRACY 25, 25-51 (Robert F. Durant ed., 2010); BEN CLIFT, *COMPARATIVE POLITICAL ECONOMY: STATES, MARKETS AND GLOBAL CAPITALISM* (2014).

比較行政法在臺灣，方法取徑不同於其他國家（例如歐盟國家）¹²。二次戰後，臺灣行政法不是在所謂「東亞法圈」¹³之內進行法比較或法繼受，而是直接紹承西方法治國家的理念與法制資產，特別是吸取百年歷史的德國行政法典範，並由此連接西方法律思想資源。因此，臺灣行政法之比較法學以德國法為研究對象，不管是法何所來、法何所在或法何所去，均具有關鍵性之重要意義。儘管行政法之發展路徑恆受一國法治文化底蘊的制約，德國行政法的比較觀察與相互攻錯，於臺灣與德國二國的法治發展，皆有其必要，且互蒙其利。

二、行政契約作為比較行政法的示範領域

方法之於法學，係面對問題、探尋答案的門徑與過程。問題的設定與答案的求索，同樣重要，行政法之比較亦然。研究對象的選擇與論題的設定，必須考量制度的相似性與問題的重要性，方能探知相同問題在不同法秩序的應變之方與解決之法，甄別同異，答問釋難，擇優汰蕪。

行政法，行政之法，賦予行政以任務及權限，規範行政權行使的方式與程序，形構行政與行政、人民與行政之間的行政法律關係¹⁴。舉凡政策形成、法規制訂、具體決定、強制執行、訴訟救濟

12 比較法為法繼受的必要工具之一，常見於法繼受國家。拜歐盟整合之賜，比較法在歐洲領域亦大行其道。參見 *Albrecht Weber, Die Grundrechte im Integrationsprozeß der Gemeinschaft in vergleichender Perspektive, JZ 1989, S. 965 ff.*; *Peter Häberle, Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive, EuGRZ 2005, S. 685 ff.*

13 在比較法學的分類上，私法的比較向有「東亞法圈」的概念與分類。參見 *Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Teil 1, B. VI, 3. Aufl., 1996*。不過，此種分類不宜直接移用到公法領域。參見 *Rainer Grote, Rechtskreise im öffentlichen Recht, AöR 126 (2001), S. 10 ff.*; *Schmidt-Aßmann (Fn. 5), S. 26*。

14 人民與人民之間亦可能存有行政法律關係，但莫不以行政為連結要素，故亦屬人民與行政間之法律關係。以私人間之契約為例，私人相互約定轉讓公法上權

及國家責任生成之行政法律關係，環環相銜，隨著人、地、時、事、物的變動而更易，演替推進及至21世紀。放眼全球，「行政民營化」無疑是一股奪人心目、莫之能禦的改革動向與施政現實，從地方到中央，從區域到國際，上下四方，蔚然成風¹⁵。國家瘦身、行政革新、組織改造、管制鬆綁、官民合作、公私夥伴等世界性時興語彙，無不標誌著公私部門權力遞移與公私領域相互滲透的共通現象與社會現實。民營化澎湃浪潮底下是層疊有致的法制體系，法治行政是否隨之動搖趨劣，或者革故鼎新、典範轉型？行政法的發展是量變或質變？在在值得關注與觀察，堪為全球性的行政法當務課題之一。

契約制度，不問定性，厥為公私協力建立規範¹⁶與實踐運作的重要機制之一，既是法律形式，亦是概念工具¹⁷。透過相互協商、合意成說，契約不僅是形成自由的表徵，亦傳達當事人法律地位均衡的訊息，「契約應受遵守」(*pacta sunt servanda*)的鐵則寓含了「自我拘束」的規範義理，不管是行政或私人。以行政為主體之契

利或義務，若屬一種行政契約，其所生之公法上法律效果，係行政與人民間之權利或義務關係的變動，而非單純私權之得喪變更。

15 關於行政民營化的緣起、演進及發展，參見李建良，民營化時代的行政法新思維，收於：李建良編，2011行政管制與行政爭訟——民營化時代的行政法新趨勢，頁1-27（2012年）；Hartmut Bauer, Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung, 收於：李建良編，2011行政管制與行政爭訟——民營化時代的行政法新趨勢，頁29-81（2012年）；Hartmut Bauer著，李建良譯，民營化時代的行政法新趨勢，收於：李建良編，2011行政管制與行政爭訟——民營化時代的行政法新趨勢，頁83-112（2012年）。

16 關於行政契約與規範制訂之關係，參見林依仁，規範制定與行政契約，本書頁185以下。

17 Begriffssapparatur或conceptual apparatus（概念工具）主要源自波蘭哲學家暨邏輯學家Kazimierz Ajdukiewicz（1890-1963）之學說（概念是認識世界的工具，世界圖像復由概念形塑）。參見Kazimierz Ajdukiewicz, Das Weltbild und die Begriffssapparatur, in: Carnap/Reichenbach (Hrsg.), Erkenntnis VI, 1934, S. 259-287; Kazimierz Ajdukiewicz, Die wissenschaftliche Weltperspektive, in: Carnap/Reichenbach (Hrsg.), Erkenntnis V, 1935, S. 22-30; Kazimierz Ajdukiewicz, *The World-Picture and the Conceptual Apparatus (1934)*, in THE SCIENTIFIC WORLD-PERSPECTIVE AND OTHER ESSAYS, 1931-1963, at 67, 69 (Jerzy Giedymin ed., 1978).

約（行政之契約），作為行政行為形式之一，為行政部門開創形塑法律關係與官民合作的各種可能。例言之，「行政合作契約」的建構與法制化於德國方興未艾¹⁸，臺灣亦見引介或討論，以行政之契約作為比較行政法的示範領域，允無不妥。

行政契約法是一套以語言概念構成的法制度，語言承載法律知識，概念的理解與選用一定程度影響法律的思維取向與體系面貌。緣此，行政契約法研究取徑的根基在行政法上之一般法制與法學理論，必須回到行政契約的概念、性質、類型、效力等之究柢課題。循此一方面觀察臺灣行政契約法的繼受與發展是否存有路徑依賴（何種依賴關係？報酬遞增或功效遞減？是否進入某種「負面鎖定」狀態？），更重要的是透過基本概念與題綱體系的梳理，為行政契約法的運用與開展奠定法律基礎建設（legal infrastructure）。

貳、行政契約的概念與性質

一、公法契約或行政契約的用語與性質區辨

Verwaltungsvertrag一詞，在德國並非統一之法律概念¹⁹，而是指涉行政機關締結之各種契約，屬於描述性概念。部分學說以之作為上位概念，涵蓋行政機關締結之私法與公法二種契約，為學理上之概念²⁰。法制上之一般性定義及相關規定係以öffentlich-rechtlicher

18 參見 Jan Ziekow 教授主題演說 Entwicklungsstand und -perspektiven des Verwaltungsvertrags，本書頁86-87；中文可參考主題演說譯稿，Jan Ziekow 著，李建良譯，行政契約之發展現況與前景，本書頁111以下。

19 參見 Ziekow 教授主題演說，本書頁67以下。

20 Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverträge im Städtebaurecht, in: Lenz (Hrsg.), Festschrift für Konrad Gelzer zum 75. Geburtstag, 1991, S. 117 (117); Eberhard Schmidt-Aßmann/Walter Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge – Vertragstypen und Vertragrecht, 2. Aufl., 1992, S. 137. 不過，亦有學者將 Verwaltungsvertrag 一詞專用於具公法性質之契約。參見 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht,

Vertrag（公法契約）為章名及法律用語，形諸1976年制定公布之德國聯邦行政程序法（下稱德國行政程序法）第54條以下。由文義可知，德國行政程序法規定之契約，專指行政機關締結具有「公法性質」之契約。發展至今，儘管德國學說在論及行政契約時，多將 *Verwaltungsvertrag* 一詞與 *öffentlich-rechtlicher Vertrag* 等同視之或摻雜混用²¹，但行政機關締結之契約是否具有公法性質之判定，仍以契約標的為準據²²，非採所謂「主體說」，行政機關締結之契約並非皆為公法契約。

不同於德國立法例，我國行政程序法第三章以「行政契約」為標題，並於各條使用「行政契約」用語，同法第135條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」前段規定與德國行政程序法第135條第1句相同，所稱「契約」者，為行政契約，相當於德國法制上之公法契約。

吾國何以捨德國法之「公法契約」用語，另採「行政契約」一詞，未見立法理由說明，於立法政策上則不難推知。蓋「公法」契約一詞，概念上除行政法上之契約外，尚可囊括國際法上契約（國際條約）、憲法上契約（邦際或區際條約）、刑事法上契約（認罪協商），以「行政」契約對應行政機關就行政法上法律關係所締結之契約，符合法明確性原則，較諸德國立法例為優。不過，立法政策上使用「行政」契約一詞，與行政機關締結之契約是否具有「公性」性質，分屬二事，不宜混為一談。若持德國「行政契約」概念為據，認凡行政機關締結之契約概為公法契約，則確有誤用概念之

18. Aufl., 2011, § 14 Rn. 7.

21 例如 *Hartmut Bauer*, *Verwaltungsverträge*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 36 Rn. 70 ff.

22 參見 *Jan Ziekow*, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, 3. Aufl., 2013, § 54 Rn. 21 f.

方法論錯誤。蓋德國學理上「行政契約」一詞含納公法契約及私法契約二種²³，允宜留意²⁴。

公法契約與私法契約的區別界分（契約屬性），於行政程序法施行最初十年，爭議頗鉅，學界與實務見解雜陳，積累相當之法學文獻與司法判解²⁵。為解決契約定性之爭議，學說中不乏主張「契約主體說」，將契約之一方為行政機關者概予歸類為「行政（公法）契約」²⁶。此項判準認定簡便，成一家之說，自無不可，但一

23 *Schmidt-Aßmann/Krebs* (Fn. 20), S. 137.

24 例如學者有謂：「德國少數學說上有主張將行政契約依締約主體而定義為『至少契約一方當事人為行政機關參與之契約，而此一契約內容包含具有公法或私法上之性質者在內。』這種定義不僅簡明扼要，判斷清楚……，實有助於將來行政契約法制之推廣」，這段文字引註：*Schmidt-Aßmann/Krebs* (Fn. 20), S. 120 ff.，參見蔡茂寅等，*行政程序法實用*，增修4版，頁329（2013年）。實則，前引德國學者所指行政契約「包含公法或私法上之性質者」，係指包含公法契約與私法契約二種（*Schmidt-Aßmann/Krebs* (Fn. 20), S. 137），亦即以「行政契約」（*Verwaltungsvertrag*）涵蓋二種性質之契約（*Schmidt-Aßmann/Krebs* (Fn. 20), S. 162），並非行政契約之「定義」，亦未捨棄公法契約與私法契約之類型區分及判斷準據（後詳）。

25 參見李建良，*論負擔契約、處分契約、附第三人效力之行政契約——兼評最高行政法院98年度判字第1466號判決*，本書頁138之註1。

26 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*，收於：廖義男教授祝壽論文集編輯委員會編，*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*，頁280（2002年）。另有以德國部分學者有偏向主體說（主體推定說），以減輕實務判斷之困難（*Schmidt-Aßmann/Krebs* (Fn. 20), S. 169）為據，主張主體推定說，認為實務判斷上，對於契約一造當事人為行政機關者，先推定為行政契約，再擴大解釋「行政法上之法律關係」亦含私法性質者在內。參見林明鏘，*行政契約與私法契約——以全民健保契約關係為例*，收於：*行政契約法研究*，頁132（2006年）；蔡茂寅等（註24），頁329。此之謂「主體推定說」雖非「契約主體說」，實際操作之結果，殆無不同。須指出者，此說所據之德國學說認為行政機關締結之契約得「推定」（*Vermutung*）為公法契約（注意：不是推定為「行政契約」），係以行政機關享有行為形式選擇自由為前提，行政機關於履行公共任務時，得以運用法律賦予其權責之「特別法」（*Sonderrecht*）使然。因此，所謂「推定」者，並非表示行政機關得以脫免詳究具體個案情節之義務。換言之，從行政之公法上任務無以一般性地推導出履行該任務之行為形式具公法性質。至於公法契約所約定之權利義務，不以具公法性質者為限，亦有可能混含公法與私法權利義務之公法契約（參見*Schmidt-Aßmann/Krebs* (Fn. 20), S. 170 f.）。然此係涉及所謂「混合契約」之概念問題，而非以契約主體判定契約屬性，不可不辨。

律「封殺」行政機關締結私法契約之可能性，是否切合實務需要，不無疑問，尤須斟酌損益者，乃依法行政原則與司法審查的關聯課題，容見後述。

契約是否具有公法性質，原則上依客觀要件要素判定之，非取決於契約當事人的主觀意思。惟行政機關對於行為形式若享有一定程度的選擇自由，則締約當事人（包括行政機關）之主觀意志於締約屬性判定上即可扮演重要角色，不容忽視，此為適用所謂行政行為形式「選擇自由」（Wahlfreiheit）理論的當然結果。我國公法學界及司法實務向來肯認此一理論²⁷，特別是在給付行政領域。若一方面採選擇自由理論，另一方面恣意否定行政機關作出的「選擇」，則不無犯有論理推陳上的錯謬。此一問題的觀念釐清非僅是概念性質之辨分，尚且關乎相關實體法之適用，例如消滅時效規定。行政契約之消滅時效期間，依司法實務見解，適用行政程序法第131條第1項規定²⁸，較私法契約之時效為短。設若為了適用較短的時效規定，將原本具有私法性質之契約（基於契約當事人之認知與行政機關之選擇自由）強行解為公法契約，不問出於何種「良善」理由，均有礙臺灣法治行政的理性發展，不可不慎²⁹。

27 司法院釋字第540號解釋謂：「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。」可資參照。

28 關於行政契約之時效問題，見本文「肆、六」。

29 例如關廠歇業失業勞工促進就業貸款返還爭議事件（所謂「關廠工人案」），行政院勞工委員會（現勞動部）職業訓練局以關廠歇業失業勞工促進就業貸款契約為私法借貸契約，借款依約於87年12月間視為全部到期，向臺灣桃園地方法院提起訴訟，經該院裁定移送臺北高等行政法院。臺北高等行政法院102年度訴字第1635、1574、1575、1647、1985號判決先則認定：「本事件原告基於就業安定基金管理機關之地位，對於85年關廠歇業之失業勞工，撥給國家所給與之有因性補償給付（無論要不要償還），既係基於社會國精神、就業服務法、就業安定基金收支保管及運用辦法、貸款實施要點等公法規範而來，則其權利義務關係自應受此等公法之規範，則原告於撥款前，要求被告等簽立的系爭契約當亦屬公法契約而無疑。」繼之謂：「原告所主張之貸款契約返還請求權縱屬存在，因係公法上之請求權，已於95年1月2日因時效而消滅」。以上司法實務見解有無為使系爭契約適用較短之時效規定，而不顧行政選擇自由與當事人締約意思，強而將之解釋為行政契約，不無探討反思之餘地。

二、隸屬契約或代替行政處分契約概念區辨

以契約當事人之法律關係為準據，行政契約可大別為「對等契約」(koordinationsrechtliche Verträge)與「隸屬契約」(subordinationsrechtliche Verträge)二類，德國行政程序法公法契約規範體系立基於此。公法契約章之首開條文(第54條)標題為「公法契約之容許性」(Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags)，內容是：

公法領域之法律關係，得以契約設定、變更或消滅之(公法契約)。但法規另有相反規定者，不在此限。行政機關尤其(insbesondere)得與原欲對之為行政處分之相對人締結公法契約，而不作成行政處分³⁰。(粗體字為作者所強調)

德國行政程序法未使用「隸屬契約」一詞，第54條第2句所稱契約(楷體字粗體部分)是否屬於一種「隸屬契約」，容有爭議。由於同法第55條以下一再出現「第54條第2句所稱之公法契約」字句，且部分規定僅適用於此類契約(特別是第59條契約無效規定)，故是類契約構成德國行政程序法公法契約規定的基本要素與重要骨架。

德國司法實務對於「第54條第2句所稱之公法契約」意涵的詮釋，略以：凡立於上下秩序之高權關係(auf einem Gebiet, auf dem ein hoheitliches Verhältnis der Über- und Unterordnung)締結之公法契約，皆屬之，不問契約之標的是否得以行政處分規制之³¹。對於

³⁰ 原文為：„Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, *anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen*, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde“.

³¹ Vgl. BVerwGE 111, 162 (165); BVerwG, NVwZ-RR 2003, 874 (875); OVG Koblenz, DVBl. 2003, 811 (812); VGH Mannheim, NVwZ 1991, 583 (584).

此種「從寬」詮釋的契約概念，學說頗多訾議。此種契約的定義一方面無異於「公法」契約的同語反覆³²；另一方面，有損於法律特設規定所欲達成之「保護目的」。是以，學說率多主張應侷限在行政機關就契約之標的（原）得以行政處分規制之情形，俾以切合法律特別規定之立法旨趣³³。至於此類契約的類型是否如第54條第2句之文義（而不作成行政處分），僅侷限在「代替行政處分之行政契約」（*verwaltungsakt-ersetzender Verwaltungsvertrag*），則為另一法律解釋問題。從歷史解釋及目的解釋出發，德國學說³⁴及實務³⁵認為，除「代替行政處分之行政契約」外，第54條第2句所稱之公法契約尚包括以行政處分為標的之行政契約，例如以契約課予行政機關作成行政處分之義務（負擔契約），或「預備作成行政處分之行政契約」（*verwaltungsakt-vorbereitender Verwaltungsvertrag*）³⁶。基於上，要而言之，在德國行政契約法上，第54條第2句所稱之公法契約（隸屬契約）≠代替行政處分之行政契約。

反視吾國行政程序法第135條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」係參考德國第54條，比較條文內容，存有兩處不同：

1. 但書多了「依其性質」不得締約之規定。
2. 少了德國法第2句「行政機關尤其得與原欲對之為行政處分之相對人締結公法契約，而不作成行政處分」之規定。

此例彰顯出比較行政法方法論之一項重要範例及路徑依賴的問題反思：法律比較非能僅作「文字」的形式上比對、翻譯或繼受，

32 參見Ziekow教授主題演說，本書頁74。

33 Ziekow (Fn. 22), § 54 Rn. 32.

34 參見Jörn Axel Kämmerer, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 28. Edition, Stand: 01.10.2015, § 54 Rn. 81 ff. m. w. N.

35 BVerwG NJW 1973, 1895; NVwZ 2000, 1285.

36 參見Maurer (Fn. 20), § 14 Rn. 12 f.

尚須留意各該規定於法律體系中之位置及其與整體規範構造的關聯，同時參酌該國學說與實務對該規定之解釋適用。

行政程序法第135條參考德國法第54條規定而為立法，何以「遺漏」第2句規定？有意為之，或無心之失，無從查證。考辨德國立法例，通察規範之體系，可知部分重要規定（第55條、第56條、第59條第2項、第61條）僅適用於第54條第2句之契約；觀之規範目的，旨在保護締約之相對人免於在不對等的關係中受到不利待遇，故該句規定在公法契約章具有關鍵性之規範功能，攸關法律的解釋與適用，非可任意切割截取。

德國行政程序法第55條、第56條、第59條第2項、第61條，亦為我國所繼受³⁷，內容小異大同。行政程序法第135條並無相當於第54條第2句之規定，卻自第136條以下多次出現「代替行政處分」³⁸或「代替行政處分之行政契約」³⁹等未有對應立法定義之用詞，不僅滋生法律概念上的混淆，存有法律適用上的疑義，更潛藏比較行政法方法論上之錯誤，衍生法律適用及法制發展的負面影響。

首要問題是，何謂「代替行政處分之行政契約」？文義解之，似僅限於行政契約直接「取代」行政處分之情形，也就是行政契約＝行政處分。例如行政機關經由與人民締結行政契約，取代理行政機關原本要核發給人民之許可處分。若如是解，則此類行政處分只能是一種「處分契約」（*Verfügungsverträge*）⁴⁰。比較德國行政程序法第54條第2句所稱公法契約之意涵，儘管學說與實務見解不一，至少不等於「代替行政處分之行政契約」，則無異說（參見前述）⁴¹。也因此，倘若立法者或參與立法的學者將德國行政程序法

37 分別是第一三六條、第一三七條、第一四二條、一四八條。

38 第一三六條。

39 第一三七條第二項、第一四二條。

40 此類契約之相關問題，容後詳述。

41 例如主題演說人Jan Ziekow認為，德國行政程序法第54條第2項所稱之契約，除

第54條第2句所稱之公法契約理解為「代替行政處分之行政契約」，並創用此一法律用語（看似比較簡約），取代德國行政程序法第54條第2句規定，則難謂不是法繼受及法比較的路徑偏離和誤蹈歧途。

上述契約概念的「窄化」不單是概念之爭，更攸關法律的解釋適用，尤其是行政程序法第142條行政契約「無效」規定的適用範圍。該規定以「代替行政處分之行政契約」為適用前提，依其文義，概有兩種詮釋與發展的可能性：

其一，立法者「有意」作異於德國行政程序法之規範（打破路徑依賴），將無效規定之適用對象侷限在（嚴格意義）「代替行政處分之行政契約」。

其二，立法者「無心」為異於德國行政程序法之規範（依舊路徑依賴），其使用「代替行政處分之行政契約」之概念，在解釋上同於德國學說或實務見解。

第一種可能性或可顯示臺灣行政契約法之發展未必依賴德國法的勇氣，但面對「代替行政處分之行政契約」於行政實務上絕無僅有之現實（後詳），如此狹義解釋之結果，將使行政程序法第142條形同具文。

第二種可能性恰乎行政契約法之規範意旨，但對於不諳德國法的法律適用者（法官、行政機關、法學者）來說，誠難期待其從「代替行政處分之行政契約」的字義聯想到包括「以行政處分為標的之行政契約」及其他相類契約，其結果亦將徒有法條形式，難以發揮實際的規範作用。

代替行政處分之行政契約外，尚包括以作成行政處分為標的之行政契約，或以作成行政處分為契約締結之基礎者。參見Ziekow (Fn. 22), § 54 Rn. 32.

參、行政契約的類型與體系

一、和解契約與雙務契約的用語與概念區辨

緊接於行政程序法第135條之後，第136條、第137條仿照德國行政程序法次第規定兩種契約類型，分別對應德國行政程序法第55條的Vergleichsvertrag與第56條的Austauschvertrag（法律條文的標題）。

行政程序法第136條及第137條未使用「和解契約」及「雙務契約」稱語，前者僅有「得與人民和解，締結行政契約」字樣，後者的規定則是「行政機關與人民締結行政契約，互負給付義務者」，並無「雙務」二字。「和解契約」與「雙務契約」二詞出現在第142條第3款「締結之和解契約，未符合第一百三十六條之規定者」、第4款「締結之雙務契約，未符合第一百三十七條之規定者」。「雙務契約」一詞在前瞻之未見，忽焉現之在後，立法品質可窺一斑。

行政契約類型萬種，法律選定例示二種，有其規範必要與目的意義，我國規定與德國法是否路徑相依，殊值尋索，步趨線索，有待細究。

（一）「和解契約」的用語與意涵

行政程序法第136條規定：「行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」比對德國行政程序法第55條：「行政機關依合義務之裁量，認為成立和解，以消除在合理評價時存在之事實或法律狀態之不確定性，符合目的之要求時，得經由相對人之讓步（和解），締結第

54條第2句所稱之公法契約，以解決之。⁴²」內容如出一轍，不同之處在於，我國以「以代替行政處分」等語代替「第54條第2句所稱之公法契約」。從行政院版立法理由：「和解契約係隸屬契約之一種，以解決事實或法律關係之不能確定為目的。……參考德國聯邦行政程序法第55條。」等語可以推知，立法者將和解契約理解為德國行政程序法第54條第2句所稱之公法契約，其意涵的詮釋或可參照德國學說與實務見解，不侷限於嚴格意義的「代替行政處分之行政契約」。

然如前述，對於法律適用者來說，從中文語義（代替行政處分）甚難推知其原意是 *anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen*（而不作成行政處分），進而掌握該條的規範意旨是：行政機關得捨棄單方之規制，而為雙方互相讓步的合意，但不以行政契約「取代」行政處分為限。徵之司法實務，可證行政程序法第136條之規範意旨及適用範圍仍屬待解問題⁴³。不惟如是，德國行政程序法第55條「和解契約」之規定，寓含「授權」行政機關得締結和解契約之意旨，同時亦有「限制」締約之規範意旨。質言之，行政機關必須窮盡事實調查之義務（職權調查原則），始能締結和解契約，否則構

42 原文為：„Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält“.

43 例如最高行政法院100年度判字第532號判決針對「稅務協談」之性質及拘束力，闡述如下：「……參諸行政程序法第136條：……之規定，應認協談若係因稽徵機關就行政處分所依據之事實或法律關係，依職權調查仍不能確定，為有效達成行政目的而為，且已經稽徵機關簽報核定或簽提復查委員會，並據以作成處分或復查決定者，則此協談結果，應認除有上述協談作業要點第13條但書規定之兩款情形外，本於行政契約之拘束力及誠信原則，稽徵機關及納稅義務人均不得再為反於協談結果之主張。」揆諸上述闡述之意旨，最高行政法院參諸行政程序法第136條而肯認「稅務協談」為一種行政契約，且具有拘束力。然其是否為行政程序法第136條規定之「和解契約」？是否「代替行政處分」？代替「何種」行政處分？均懸而未論。

成違法而無效⁴⁴。因此，本條之解釋適用若僅著眼於行政契約能否代替行政處分，容易忽略主管機關是否善盡調查義務之違法審查課題，從而發生偏離規範準心之疏誤⁴⁵。

就契約類型而言，行政程序法有關「和解契約」及「雙務契約」之規定，僅是「例示」，並不排除行政機關與人民締結「對等」和解契約之可能，故癥結不在「能否」締結和解契約，而是有無行政程序法第142條第3款無效規定之適用⁴⁶。

(二)「雙務契約」的用語與意涵

行政程序法第137條第1項所本之德國行政程序法第56條第1項規定：「第54條第2句所稱之公法契約，約定契約當事人對行政機關負對待給付義務者，於契約中約定該對待給付之特定目的，且有助於行政機關履行其公共任務時，得締結之。對待給付依整體情況應相當，且與行政機關之契約給付具有合理之關聯。⁴⁷」

上開規定中未見Austauschvertrag（譯按：交換契約）一詞，而係以「第54條第2句所稱之公法契約」領銜規範。此類契約的核心內容是：「約定契約當事人對行政機關負對待給付義務」（in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet），以此為據，德國行政程序法第56條所稱之

44 參見Ziekow教授主題演說，本書頁75、90。

45 關於和解契約與職權調查原則之關係，參見Jan Ziekow/Thorsten Siegel, Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages – Teil 2 –, VerwArch 2004, S. 133 (142).

46 參見本文「肆、一」。

47 原文為：„Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen“.

Austauschvertrag契約概念，含有兩項要素：

1. 基於隸屬關係所締結之契約（第54條第2句所稱之公法契約）。
2. 以（人民）對行政機關之對待給付為契約標的。

不同於上，我國行政程序法第137條第1項規定：「行政機關與人民締結行政契約，互負給付義務者，應符合下列各款之規定：……」未限定「隸屬關係」之契約（或所謂「代替行政處分之行政契約」），舉凡行政機關與人民（契約當事人）約定互負給付義務者，皆須遵守同項各款規定。緊隨在後之第2項規定：「行政處分之作成，行政機關無裁量權時，代替該行政處分之行政契約所約定之人民給付，以依第九十三條第一項規定得為附款者為限。⁴⁸」兀然出現「代替該行政處分之行政契約」等語，遂生第1項「互負給付義務之行政契約」制度形貌的解釋疑義，並衍生出一連串錯綜複雜的適用問題，僅舉三端：

首先，行政程序法第137條第2項所稱「代替該行政處分之行政契約」如何界定？若僅限於以行政契約取代行政處分之情形（處分契約），則因行政法制及實務上少有「處分契約」而同如虛設。

其次，行政程序法第142條係以「代替行政處分之行政契約」為該條適用之前提要件，第137條第1項僅稱「行政機關與人民締結行政契約，互負給付義務者」，並無「代替行政處分之行政契約」等語，是否適用第142條第4款規定，顯有疑義。

再三，所謂「互負給付義務」，指涉範疇為何？契約當事人互負之給付是否須有「對價關係」，且皆須明載於契約之上？於此涉

⁴⁸ 行政院版之立法理由：「如行政機關作成行政處分本無裁量權，亦即行政機關依法本負有作成某一授益處分之義務，而人民對之有請求權時，自不容行政機關任意締結雙務契約以代替行政處分，使人民增加負擔給付義務，故於本條第2項特別規定，……。」

及hinkende Austauschverträge（跛足交換契約）的概念問題，有待釐清，緊接論之。

二、雙務契約與單務契約的用語與概念區辨

行政程序法第137條僅稱「行政機關與人民締結行政契約，互負給付義務者」，並未「命名」契約，卻於第142條第4款出現「締結之雙務契約」字樣。立法品質疏劣，已見前述，續究「雙務契約」一詞的使用及其解釋適用問題。

從立法理由可推「雙務契約」一詞是德文Austauschvertrag的中文對應與侈譯。該詞雖為德國學說與實務所慣用，卻僅見諸德國行政程序法第56條的「標題」，而無立法定義。從法條文義以觀，Austauschvertrag的標的是「使契約當事人對行政機關負有對待給付之義務」，可知此類契約不以「互負對待給付」（synallagmatisch）義務為必要⁴⁹，亦即Austauschvertrag ≠ gegenseitiger Vertrag（互負對待給付義務之契約）。後者國內通常譯為雙務契約，於民法學說與實務普遍通用⁵⁰。是以，若再將Austauschvertrag譯為「雙務契約」，一則難免造成概念的混淆，另則容易將民法雙務契約的概念誤植適用於行政程序法第137條規範之行政契約。試擇實務一例《土地代恢復原狀契約案》⁵¹，作為比較行政法方法論的示範案例與反思教材。

事實概要：原告經被告（宜蘭縣政府）查獲未經許可擅採所有宜蘭縣某非都市特定農業區農牧用地（下稱系爭土地）上之土石外運，經被告處以罰鍰，並限期原告恢復原狀。嗣經被告現場複勘

⁴⁹ Ziekow (Fn. 22), § 56 Rn. 3.

⁵⁰ 參見王澤鑑，債法原理——基本理論：債之發生、契約、無因管理，增訂3版，頁160（2012年）。關於雙務契約之概念，另參李建良（註25），本書頁148-150。

⁵¹ 臺北高等行政法院94年度訴字第2841號判決。

後，認原告仍未恢復原狀，再處以罰鍰。因原告違反土地分區使用管制，屢經被告限期恢復原狀而不遵從，雙方為迅速恢復系爭土地原狀，簽訂「土地代恢復原狀契約」（下稱系爭契約），約定：「乙方（即原告）於系爭土地上，因採土石致系爭土地大範圍凹陷，影響該區地貌及地層，依區域計畫法第21條規定，雙方為迅速恢復系爭土地原狀，特依行政程序法第137條規定，由乙方無條件同意甲方（即被告）代恢復土地原狀，甲方（即被告）不得向乙方請求支出之回填費用」；「甲方以適當土壤代為辦理回填，使系爭土地得恢復農牧用地使用」。惟被告並未依約回填系爭土地以恢復土地原狀，原告乃提起本件行政訴訟，請求被告履行。

於本案中，系爭契約取代主管機關原應依行政執行法第29條所為之代履行（含代履行費用）措施。依系爭契約，被告負有「以適當土壤代為辦理回填，使系爭土地得恢復農牧用地使用」之契約上義務。此項契約是否合法有效，首須定性其是否為行政程序法第137條所定之「雙務契約」？就此，臺北高等行政法院持否定見解，理由如下：

查系爭契約訂立之緣由已如前述，乃因原告遲未履行恢復系爭土地原狀之義務，適被告取得北宜高速公路工程餘土得供回填之用，乃有系爭契約。是以，系爭契約約定被告之給付內容即為履行原告依處分書應負之恢復原狀義務；再由被告承辦人當時簽擬之意見載明「……經裁示研擬依行政程序法第136條規定與受處分人締結行政契約代替行政處分，以免其異議造成執行窒礙難行，並分別邀地主協商訂約。職局已在92年1月21日邀甲○○先生同意本府代其恢復……」，足認被告係為避免依區域計畫法第21條第2項規定採取代為履行恢復原狀之措施時，招致原告之異議或抵制，乃以訂立系爭契約代替其直接強制行為，俾益執行效率。故系爭契約在兩造合意下已合法成立，而其主要

內容即為被告應代原告履行其應負之義務，性質上為一種單務契約。

所謂雙務契約係指雙方當事人互負對價關係之債務，又所稱對價關係，乃指主觀上雙方當事人所為給付互相依存，互為因果而有報償關係之意，故債務與債務間互有補償性質，而彼此互為代價。系爭契約第1條約定：「……由乙方無條件同意甲方代恢復土地原狀，甲方不得向乙方請求支出之回填費用」、第2條約定：「甲方以適當土壤代為辦理回填，使系爭土地得恢復農牧用地使用，乙方於甲方之施工人員進入系爭土地施工期間，不得提出異議或以任何方式阻擾工程進行」，準此，原告之義務為提供土地及不為阻撓，被告之義務則係將土地恢復為農牧用地使用，二者之間顯不具有互為代價之性質。雖系爭契約載明「特依行政程序法第137條規定」，惟由契約之內容及訂立之背景因素，解釋系爭契約之性質應屬單務契約，詳如前述，自不受契約上之該等文字之拘束。是以，原告主張系爭契約為雙務契約，尚無可採。則關於本件契約是否符合行政程序法第137條關於雙務契約之各項各款之規定，即無論究之必要。

顯而易見，行政法院係以民法上之雙務契約詮釋行政程序法第137條（嚴格而言是第142條第4款）之「雙務契約」，而非著眼於行政程序法第137條的規範意涵。於此存有多重交錯的比較法方法論課題：民法的比較、行政法的比較與民法與行政法的比較。

Gegenseitiger Vertrag（雙務契約）是德國民法典（Bürgerliches Gesetzbuch, BGB）第2部第3編（契約債之關係）第2章（第320至

327條)的章名⁵²。依德國通說之見解，德國民法所稱之「雙務契約」，指互負對待給付義務之契約，也就是當事人約定之給付義務立於一種互為條件的依附關係（in einer synallagmatischen Abhängigkeit）⁵³，恆為具有對價關係之「有償契約」（entgeltliche Verträge）⁵⁴。在此之外，德國民法學說與實務另有Austauschvertrag（交換契約）概念的使用，以之區分Gesellschaftsvertrag（合夥契約）。Austauschvertrag（交換契約）多半是雙務契約，但二者並不相等。例如法院及公證費用法（Gerichts- und Notarkostengesetz, GNotG）第97條第3項規定提及「以給付之交換為標的之契約」（Verträge, die den Austausch von Leistungen zum Gegenstand haben），此類Austauschvertrag（交換契約）之意涵，依學說見解，包括德國民法第320條以下之雙務契約，以及其他非雙務之契約⁵⁵。

經由民法概念的比較，殆可推得德國行政程序法第56條所定之交換契約不等於雙務契約。再進一步究柢，Austauschvertrag（交換契約）概念是德國行政程序法的「目的創設」（Zweckschöpfung），為特定規範目的下的法學產物。從法體系整體觀之，是項目的概念不能侷囿於德國民法第320條以下所定雙務契約規定下作狹義理解，而應突破或超越私法的思維格局，觀照公法規範意義（針對人民給付與行政處分的對應關係，規範以契約形成人民給付義務之法容許性），設定其適用範圍⁵⁶，尤其應擴及適用到以行政契約課予人民單方義務，以交換契約外行政處分的作成之情形，即所謂hinkende Austauschverträge（跛足交換契約），以免存有規範上的保

52 反觀我國民法，未見「雙務契約」一詞。

53 拉丁法諺：do ut des，意指我給付，換你給付。

54 參見Hubert Schmidt, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 36. Edition, Stand: 01.08.2015, § 320 Rn. 4.

55 參見Manfred Bengel, in: Korintenberg (bedr.), Gerichts- und Notarkostengesetz, 19. Aufl., 2015, § 97 Rn. 17.

56 Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 8. Aufl., 2014, § 56 Rn. 16.

護漏洞。

行政程序法第137條以德國行政程序法第56條為師，在繼受過程中選用「雙務契約」此一民法慣用的法律用詞，造成「一語雙義」(one term two meanings)的現象。固然，此種Homonym或Homograph之情形，法學領域所在多有，若能分辨清楚，各自解法，諒無大礙。然若熟稔民法實務、不諳行政法學，將民法雙務契約誤植到行政法之「雙務契約」上，則要不犯錯也難。

三、處分契約與負擔契約的用語與概念區辨

依契約當事人之關係，行政契約可大別為「對等契約」(水平契約)與「隸屬契約」(從屬契約)二種，其概念區分著眼於法律關係的「結構要素」。「隸屬契約」(從屬契約)的重點在於行政機關得選擇以契約形成行政法上法律關係，而不以行政處分單方規制之。至於契約產生何種法律效果之實質法律關係，初非所問。「隸屬契約」為德國行政程序法中公法契約規定的結構要素，與「行政處分制度」構成既分庭抗禮又犬牙交錯的微妙關聯。

除上述類型外，以契約標的與效力為據，德國學說另有「處分契約」(Verfügungsvertrag)與「負擔契約」(Verpflichtungsvertrag)之區分，為民法領域常見的分類，並以此建立民事契約之基本體系。於公法契約領域，非能直接比附援用，須另行建構。

根據德國行政法學說之見解，處分契約，指直接設定、變更或消滅特定公法關係之契約，無需另一履行行為始生法律效果。例如：行政契約直接取代人民申請之許可處分。與此相對，負擔契約係課予特定之義務，故尚需另一行為履行之，始能發生約定內容之法律效果。例如：行政契約約定行政機關應為特定之許可處分，需

俟行政機關依約作成該許可處分，始生許可處分之效力⁵⁷。處分契約與負擔契約之區別，要言之，前者直接改變法律狀態（無需履行行為）；後者課予給付義務（需有履行行為），大抵與民事契約相同。不過，若以行政處分為契約標的時，因行政處分本身亦發生法律效果，故此類契約尚須依行政處分規制效力之不同而再作進一步的細分。

行政處分依其規制效力可分為下命處分、形成處分與確認處分。形成處分，係直接設定、變更或消滅具體之法律關係，例如建築許可之核發。建築許可若以契約核發者，為處分契約。至於建築許可得否以行政契約核發之，屬處分契約是否合法之另一問題。又如資金補助，主管機關得直接以行政處分單方確認之⁵⁸，亦得與申請人締結「補助契約」，先不論申請人之對待給付為何，締約方式有三種可能：其一、約定主管機關負有給予一定金額補助之義務；其二，約定主管機關負有作成補助處分之義務；其三，直接以契約取代主管機關應作成之補助處分。第一種情形，與行政處分無關，金錢給付義務為契約之義務，為單純之負擔契約；第二種情形是以行政處分為標的之負擔契約，尚須由主管機關作成補助處分。第三種情形表面上是處分契約，亦即直接以行政契約代替補助處分。不過，主管機關須履行該契約之給付義務，申請人始能取得受補助之金錢。契約之一方（主管機關）若拒絕履行，則契約之另一方（人民）尚須提起一般給付訴訟，請求履行契約，以資救濟。下命處分，旨在課予相對人行政法上義務，亦可作為行政契約之標的。例如警察得以行政處分命人民為排除特定危險之義務（警察處分），或以契約約定人民負有排除特定危險之義務⁵⁹。行政處分之義務

57 參見Ziekow (Fn. 22), § 54 Rn. 37.

58 德國學說有認為資金補助之處分屬於「確認處分」，參見Maurer (Fn. 20), § 9 Rn. 48。類此定性問題，學說上不無爭議，暫置不論。

59 參見Maurer (Fn. 20), § 14 Rn. 14.

「轉換」成契約之義務，似為處分契約，然因此類契約課予之義務，需經履行方能達成契約之目的，故仍非嚴格意義之處分契約。

「處分契約」與「負擔契約」，鮮見於我國行政法學說與實務。少數之例為最高行政法院98年度判字第1466號判決，其涉及行政程序法第140條第1項「行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意，始生效力」之適用問題。於判決中，最高行政法院提及「處分契約」、「第三人負擔契約」概念，並分別以括號夾文（直接引起第三人權利變動者）、（約定由第三人對他方為給付者）方式定義之，可供反思比較法方法論與德臺兩國行政契約法是否路徑相依的示範事例，在此僅提出二點觀察⁶⁰：

其一，德國法上「處分契約」與「負擔契約」之概念為我國所繼受（民法及行政法），於「概念理解」上是否正確無間抑或存有歧異，進而在適用上產生誤差？

其二，源於民法領域之「處分契約」與「負擔契約」概念，用之於行政法領域是否產生「規範目的」上的落差？尤其行政法之核心概念與制度—行政處分，不存於民法領域。行政處分乃是一種特殊之法律行為⁶¹，不同於民法之意思表示，以行政處分為標的之契約構造，迥異於以私法自治理念為基礎之私權契約體系，應打破行政法發展依賴民法路徑之桎梏，建立一套有別於民事契約的行政契約規範體系（不問是實體法或程序法）⁶²。

60 詳細分析，參見李建良（註25），本書頁164-171。

61 與行政法上之意思表示的異同與區分，為行政法學上迄今未解的難題之一。

62 觀念上應加注意的是，於此並非涉及公法契約與私法契約之「契約屬性」區分問題，而是契約規範內涵的建構。是以，縱使放棄公法與私法契約之概念區分，例如不問是公法性質或私法性質之契約概稱為「行政契約」，或行政機關所締結之契約概為「行政契約」，仍應就契約之標的是否涉及行政處分而為不同之規範設定與解釋適用。

肆、行政契約的要件與效力

行政機關締結之契約，其法律定性及類型區分與行政契約之合法性及效力互有關聯。以下擇取若干與比較行政法方法論有關之問題解說導論之。

一、行政契約的無效規範體系構造

行政程序法有關行政契約無效事由及依據之規定，整理如下：

(一) 一般之無效事由（一體適用於所有行政契約）

1. 行政契約依其性質或法規規定不得締約者（第141條第2項前段）。
2. 行政契約準用民法規定之結果為無效者（第141條第1項）。
3. 行政契約當事人之一方為人民，依法應以甄選或其他競爭方式決定該當事人時，行政機關未事先公告應具之資格及決定之程序，或決定前，未給予參與競爭者表示意見之機會者（第141條第2項後段）。

(二) 特別之無效事由（僅適用於代替行政處分之行政契約）

1. 與其內容相同之行政處分為無效者（第142條第1款）。
2. 與其內容相同之行政處分，有得撤銷之違法原因，並為締約雙方所明知者（第142條第2款）。
3. 締結之和解契約，未符合第136條之規定者（第142條第3款）。
4. 締結之雙務契約，未符合第137條之規定者（第142條第4款）。

行政處分違法，除有無效事由外⁶³，原則上得予撤銷，行政程序法⁶⁴及行政訴訟法⁶⁵定有明文。相對於此，對於行政契約違法之

63 行政程序法第111條。

64 行政程序法第110條第3項、第115條、第117條。

65 行政訴訟法第4條。

法律效果，行政程序法僅有無效之規定，由此可推：違法之行政契約，除有無效事由外，其法律效力不受影響，具有高於行政處分之存續力。德國學說與實務亦同此說⁶⁶，可資佐證。

上開無效事由有特別與一般之分，適用順序上，前者應先於後者。於一般之無效事由中，又有行政法之事由與準用民法規定之事由，前者應先於後者。於準用民法規定之事由中，再又有具體規定與概括規定之別，前者如民法第88條、第92條；後者如民法第71條、第72條、第73條，前者應先於後者。此外，尚有法律要件適用行政程序法，法律效果準用民法者，例如行政程序法第139條規定行政契約之締結，應以書面為之，違反者，準用民法第73條規定，無效⁶⁷。

須特別說明者，意思表示之內容有錯誤，或因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，民法第88條、第92條定有明文，於行政契約自得準用之。惟表意人所得撤銷者，為其契約之意思表示，其法律效果則準用民法第114條：「法律行為經撤銷者，視為自始無效」規定，該行政契約因契約之意思表示（要約或承諾）無效而無效⁶⁸。

茲有問題者，民法第74條規定：「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為或減輕其給付。前項聲請，應於法律行為後一年內為之。」於行政契約是否及如何準用之？

民法第74條繼受自德國民法第138條第2項，其規定有上述所謂

66 參見Ziekow教授主題演說，本書頁78。

67 有關書面要式要求之適用問題，參見「肆、三」。

68 同說參見Maurer (Fn. 20), § 14 Rn. 40.

「暴利行為」⁶⁹之情形者，法律行為無效。反之，我國則規定須提起訴訟撤銷之⁷⁰。若依行政程序法第149條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。⁷¹」準用民法第74條，其結果勢須在行政訴訟上創設「行政契約（法律行為）之撤銷訴訟」，是否符合行政程序法建構的行政契約無效規範體系，不無探討之餘地。

二、行政契約的容許性與判斷準據

對於意思合致「自願」構建的行政契約（規範），如何以「外部法」強行介入，「片面」使之歸於無效，為依法行政原則的實踐難題之一，行政契約「一般無效事由」的體系建構、適用順序、檢驗層次，以及行政程序法第141條第1項規定「行政契約準用民法規定之結果為無效者」的解釋適用等法律問題，尤其棘手。

行政程序法之行政契約一般無效事由，涉及「實質」違法者，厥有二端：行政契約依其性質或法規規定不得締約者（第135條但書）；行政契約準用民法規定之結果為無效者（第141條第1項）。後者屬一般性規定者，主要是民法第71條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」相當於德國民法第134條規定：「法律行為，違反禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。⁷²」

比較德臺二國之規定，差異點分布在不同法領域：

一 在行政法領域，我國行政程序法第135條但書規定「但依

69 德文稱為Wucher。

70 此項規定在立法論上是否妥適，民法學者見解不一。參見王澤鑑，民法總則，增訂新版，頁337（2014年）。

71 本條相當於德國行政程序法第62條：「除第54條至第61條別有規定外，適用本法之其他規定。民法之規定亦補充準用之。」

72 原文：„Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.

其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」德國行政程序法第54條第1項第1句則是：「但法規另有相反之規定者，不在此限。」

- 一 在民法領域，我國民法第71條規定「違反強制或禁止之規定」，德國民法第134條則是「違反禁止之規定」。

上揭法文之差異，於解釋適用上有無不同？如何透過比較行政法建構井然有序、執之有據的審查步驟與思考層次？有待探討與拓展。試再以前舉《土地代恢復原狀契約案》為例思索之。

於判決中⁷³，臺北高等行政法院雖認為系爭契約非屬「雙務契約」而不適用行政程序法第137條暨第142條第4款之特別無效規定，以判斷系爭契約的合法性與無效性，卻依第141條第1項準用民法規定否定系爭契約的「容許性」，並認定其為無效，理由如下：

行政程序法第141條第1項規定：「行政契約準用民法規定之結果為無效者，無效」，此為行政契約無效之一般事由，如依民法第71條規定，有違反強制或禁止規定者無效；依同法第72條規定，違背公序良俗者無效，即為適例。又行政程序法第143條規定：「行政契約之一部無效者，全部無效。但如可認為欠缺該部分，締約雙方亦將締結契約者，其他部分仍為有效」。

查系爭契約之訂立係在代替被告依區域計畫法第21條第2項採取其他恢復原狀之直接強制行為，此亦說明於前，本質上自不能脫逸區域計畫法第21條第2項之相關法律規範。稽之區域計畫法第21條第2項明定處分機關自行採取其他恢復原狀之措施時「其費用由土地或地上物所有人、

73 臺北高等行政法院94年度訴字第2841號判決。

使用人或管理人負擔」，此種由處分機關自行採取恢復原狀之措施，性質上係處分機關代替受處分人履行其應負擔之義務（與行政執行法第29條規定代履行係由執行機關委託第三人或指定人員代履行並不相同），因而產生之費用實為義務之變體，自不得無故免除，故關於此項費用之負擔應屬強制規定。惟系爭契約約定「甲方（即被告）不得向乙方（即原告）請求支出之回填費用」，顯然有悖於區域計畫法上開規定之意旨，顯屬違反強制規定而應為無效。雖兩造均稱被告取得土石毋庸支付代價，尚可取得報酬，故無恢復原狀之費用云云。惟被告代為處理工程餘土可獲每立方米60元之報酬，此係基於被告與國工局間之約定，此項收入之利益應歸屬於被告之財庫，本件代為恢復土地原狀必有費用之支出，自不得逕於契約中免除原告支付費用之義務。未查，系爭契約關於原告無支付費用義務之約定因違反強制規定而無效，且原告亦陳明以原告之財力狀況，如無該免費之約定，未必會與被告訂約，是以本件並無政程序法第143條但書一部無效他部仍為有效之情形，則依該第143條本文規定，系爭契約應屬無效。從而，原告基於無效之契約請求履行，自屬乏據。（粗體字為作者所強調）

上揭判決理由「系爭契約之訂立係在代替被告依區域計畫法第21條第2項採取其他恢復原狀之直接強制行為」等語中之「直接強制行為」，嚴格而言，應係行政執行法第28條第1項第1款暨第29條代履行措施（間接強制方法），而非行政執行法第28條第2項規定之直接強制方法⁷⁴，先予指出。

⁷⁴ 直接強制與代履行概念之混淆，亦屬「特殊」路徑（錯誤）依賴的一例，礙於題旨，暫此不論。

其次，上揭判決以行政程序法第141條第1項「行政契約準用民法規定之結果為無效者，無效」為據（行政契約無效之一般事由），準用民法第71條「有違反強制或禁止規定者無效」規定，再得出系爭契約應屬無效之論斷。然依前所述，行政契約無效之一般事由，除行政程序法第141條第1項外，另有第135條但書（依其性質或法規規定不得締約者）暨第141條第2項前段規定。在適用的順序上，後者應先於前者，亦即應先審究有無行政程序法第135條但書之無效事由；若無，再進一步探究有無準用民法第71條所定「違反強制或禁止之規定」，故本案之法律適用，須先究明「行政契約依其性質或法規規定不得締約」之規範意旨。

行政程序法第135條但書繼受自德國行政程序法第54條第1句但書（但法規另有相反之規定者，不在此限）。依循比較法方法，探尋規範意旨，可知該句所稱「法規另有相反之規定者⁷⁵」，在規範體系上是涉及行政契約之「容許性」（Zulässigkeit），基本上有兩種指涉對象：契約形式與契約內容⁷⁶。前者指行政行為所涉之規範事項得否以契約約定之，即「行為形式之容許性」（Zulässigkeit der Handlungsform）或「契約形式之禁止」（Verbot der Vertragsform），不以法規明文禁止者為限，包括從法律之規範目的或規範體系推導而得。例如有關考試評分事項，原則上不得以行政契約約定之⁷⁷。後者指行政契約之內容不為法秩序所容許，即所謂「不容許之契約內容」（unzulässige Vertragsinhalte），又可分主觀合法要件與客觀合法要件，前者如契約當事人不具行為能力⁷⁸；後者大抵涉及行政契約受法律優位原則暨依法行政原則之拘束，亦即不得牴觸強制或禁止之規定。德國學說上有認為主要是行政程序法明定之形式及實質

75 其原文為：„soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“.

76 *Bonk/Neumann* (Fn. 56), § 54 Rn. 101 ff.

77 *Bonk/Neumann* (Fn. 56), § 54 Rn. 102 ff. (105).

78 德國行政程序法第11、12條，相當於我國行政程序法第22條。

要求⁷⁹，亦有認為包括準用民法第134條以下規定而無效者⁸⁰。然因此二情形德國行政程序法均另有規定，可資適用，故該法第54條第1句但書就契約「內容」之容許性而言，實際上不具特別之規範意義⁸¹。

我國行政程序法第135條但書將「依其性質不得締約」與「法規規定不得締約」分別列為行政契約之一般無效事由，從文義、體系及歷史解釋⁸²，「依其性質不得締約」可對應德國學說與實務發展之「契約形式之容許性」，至於「法規規定不得締約」，則可解為「契約內容之容許性／合法性」。系爭問題若涉及前者，應適用行政程序法第135條但書規定；後者則先適用行政程序法第136條、第137條、第138條、第139條、第141條第2項、第142條，再準用民法第71條。

《土地代恢復原狀契約案》所涉之契約容許性問題的審查順序是，先論究系爭契約是否有行政程序法第135條但書規定之事由（依同法第141條第2項前段規定，無效），而非依同法第141條第1項準用民法第71條，判定系爭契約無效。從法律適用之方法以論，行政程序法規定之適用，應先「適用」行政程序法之規定，於行政程序法無明文規定時，始「準用」民法之規定。尤須指出者，行政程序法第135條但書規定必須著眼於行政程序法之規範體系而為解釋適用，準用民法規定而無效者，範圍不無廣泛，若不限縮在「重大」之違法事由，將肇致規範體系之錯亂。蓋公法規定屬強行規定者，所在多有，以民法第71條為中介審認行政契約之違法性及無效

79 *Bonk/Neumann* (Fn. 56), § 54 Rn. 109.

80 *Kämmerer* (Fn. 34), § 54 Rn. 75.

81 *Kämmerer* (Fn. 34), § 54 Rn. 74.

82 參見行政院版之立法理由：「基於現代法治與民主之理念，行政契約已成為行政作用之一種方式，與行政處分之地位相當，爰於本條揭示行政契約容許性。行政機關原則上得締結行政契約，但依事件之性質（例如考試決定）或依法規不得締結行政契約者，不在此限。」「參考德國行政程序法第54條。」

性，須詳究該公法規定是否屬禁止性或羈束性規範，尤其是否賦予行政機關裁量權限，審慎判斷之，否則將動輒使行政契約歸於無效。依德國通說，重大之違法事由的判準有三⁸³：

- 首先，須牴觸強行規定；
- 第二，須該強行規定直接排拒系爭契約履行所生之結果；
- 第三，須系爭契約履行之結果影響公共利益或重大利益者。

循上述判準檢視系爭土地代恢復原狀契約，首須審究者，代履行措施暨代履行費用之負擔等事項是否「依其性質」不得為契約之標的（契約形式之容許性）？其次解釋區域計畫法第21條第2項是否屬強行規定（契約內容之容許性）？

依前所述，干預行政暨下命處分（警察處分）亦得作為行政契約之標的⁸⁴，代履行措施暨代履行費用之負擔等事項自非不得以契約約定之，與行政契約不具本質之不相容性。

次查區域計畫法第21條第2項規定：「前項情形經限期變更使用、停止使用或拆除地上物恢復原狀而不遵從者，得按次處罰，並停止供水、供電、封閉、強制拆除或採取其他恢復原狀之措施，其費用由土地或地上物所有人、使用人或管理人負擔。」從文義觀之，主管機關是否採取其他恢復原狀之措施，享有裁量權；主管機關若採取其他恢復原狀之措施，所生費用由土地或地上物所有人、使用人或管理人負擔，核其性質，屬代履行措施暨代履行費用之負擔，為行政執行法第29條之特別規定⁸⁵。

83 參見 *Wolf Friedrich Spieth*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 28. Edition, Stand: 01.04.2015, § 59 Rn. 10.

84 見本文「參、三」。

85 臺北高等行政法院94年度訴字第2841號判決謂：「與行政執行法第29條規定代履行係由執行機關委託第三人或指定人員代履行並不相同」，顯有誤會。

再揆諸規範旨趣，區域計畫法第21條第2項旨在排除因違反區域計畫所生之違法及危害（公益）狀態，限期變更使用、停止使用或拆除地上物恢復原狀等措施，其目的均在排除違法暨危害狀態。根據系爭土地代恢復原狀契約，主管機關必須自負費用代替義務人履行回復原狀之義務，不但未牴觸區域計畫法第21條第2項之規範目的，甚且有助於該項排除違法暨危害狀態之立法意旨。就此而言，系爭土地代恢復原狀契約非屬行政程序法第135條但書規定之事由，仍應屬有效。

三、行政契約書面要式的適用問題

行政程序法第139條：「行政契約之締結，應以書面為之。但法規另有其他方式之規定者，依其規定。」規定簡單明瞭，問題繁瑣難解。

首先，違反此條規定的法律效果為何？行政程序法未有明文，須透過準用民法第73條規定：「法律行為，不依法定方式者，無效。但法律另有規定者，不在此限。」使行政契約之締結未以書面為之者，歸於無效（行政程序法第141條第1項）⁸⁶。

次者，何謂「書面」？是否適用於所有類型之行政契約？此一問題因行政契約與民事契約之要式規範不同而具爭論，焦點集中在是否須具備「文件單一性」（Urkundeneinheit）？德國實務認為：締約當事人之間的「書面往返」，縱使內含「要約」與「承諾」的意思表示，原則上尚不足以滿足「書面」的要求，必須在同一文件上同時署名，始足當之⁸⁷。例外情形是所謂「單務之負擔契約」（einseitige verpflichtende Verwaltungsverträge），其非互負義務之行政契約，僅課予契約之一方以義務，若有署名之書面交換，即為已

⁸⁶ 於德國是行政程序法第57條準用民法第125條。

⁸⁷ 參見BVerwGE 98, 58 (67).

足⁸⁸。此種例外是否擴大適用於其他契約類型，實務懸而未定⁸⁹。學說上，多數認為書面要式旨在警告功能及證據功能（Warn- und Beweisfunktion），要求過於嚴格，有礙行政契約制度之運用，故若有內含「要約」與「承諾」意思表示的書面存在，且有效到達契約當事人者，即合於書面要式之規定⁹⁰。

行政契約書面要式是否以「文件單一性」為必要，我國實務見解不一，於行政程序法施行之前，曾採否定說，謂：

按公法上之法律關係得以契約設定、變更或消滅之，為90年1月1日施行之行政程序法第135條所明定。此項行政契約容許性之法理，於該法施行前，亦為我國學說以及法制所承認（司法院釋字第348號解釋參照）。雖行政程序法第139條明定「行政契約之締結，應以書面為之。」其立法目的固在於行政契約涉及公權力行使，並由公務員參與而締結，為求明確而杜爭議，自以書面方式為必要。然在該法施行前，有關行政契約之締結是否亦應以書面為之，法無明文。縱採肯定見解，但所稱「書面」之意義，究指單一性文件或指與行政主體相互間就公法上法律關係之設定、變更或消滅，有達成合意之往來文件而言，仍不無疑義。茲參酌我國行政程序法第139條立法依據之德國行政程序法第57條相關德國學說及裁判見解，「書面」之意義，並不具有自我之目的，應從行政契約之意義及其內容加以解釋及運用。蓋法律明定行政契約之締結，應以「書面為之」之目的，僅具有「證明」、「警告」功能而已，因而從行政主體相互間之往來文件，已可察知就公法上法律

88 參見BVerwGE 96, S. 326 (332).

89 參見BVerwG v. 28.1.2010 Buchholz 316 § 57 VwVfG Nr. 5.

90 參見Ziekow教授主題演說，本書頁79-80；Spieth (Fn. 83), § 57 Rn. 20 ff.

關係之設定、變更或消滅，雙方確已達成具有拘束力以及表示知悉之意思表示之合意者，即可認已具備書面之要件，故所稱「書面」，實不以單一性文件為必要⁹¹。

上述「不以單一性文件為必要」之見解，究係因「行政程序法施行前，有關行政契約之締結是否亦應以書面為之，法無明文」，抑或行政契約應以書面為之，「法理上」或「比較法上」不以單一性文件為必要，未盡清楚，存有疑義。

行政程序法施行之後，實務賡續上述否定之見解，舉例示之：

按行政契約指兩個以上之當事人就公法上權利義務設定、變更或廢止所訂定之契約。當事人為行政主體與私人間者稱為隸屬關係契約或垂直契約，當事人均為行政主體者稱為平等關係契約或水平契約。行政程序法第139條規定「行政契約之締結，應以書面為之。」其立法目的固在於行政契約涉及公權力行使，並由公務員參與而締結，為求明確而杜爭議，自以書面方式為必要，惟參酌我國行政程序法第139條立法依據之德國行政程序法第57條相關德國學說及裁判見解，「書面」之意義，應從行政契約之意義及其內容加以解釋及運用。法律明定「書面」之目的，僅具有「證明」、「警告」功能，因而從行政主體相互間之往來文件，已可察知就公法上法律關係之設定、變更或消滅，雙方確已達成具有拘束力以及表示知悉之意思表示之合意者，即可認已具備書面之要件，故所稱「書面」，實不以單一性文件為必要⁹²。

91 臺北高等行政法院90年度訴字第3845號判決。

92 最高行政法院104年度判字第778號判決。

由上述法院見解可知，行政程序法第139條所定「書面」之意涵，實務上似採「非單一性文件」說，其有助於行政契約的實務運用與推展，自可贊同。惟從比較行政法之角度以言，必須指出的是，所謂「德國學說及裁判見解」云者，至少在裁判見解部分，並非確論。蓋截至目前為止，德國行政法院尚未全面放寬公法契約「文件單一性」的書面要式要求，僅於課予契約一方義務之單務契約或所謂「跛足之交換契約」，局部修正書面之嚴格要求。設若我國實務不願路徑依賴於德國實務，則一方面須對「單務契約」或「跛足之交換契約」等概念有所認識與掌握，另一方面必須明示「非單一性文件」說適用於所有類型之行政契約（有別於德國實務見解）。總之，此種「修正」之書面要式是否適用於「所有」的行政契約，仍有細究探明之空間。

四、附第三人效力之行政契約類型

「附第三人效力之行政契約」或「需第三人同意之行政契約」的概念與認定，於德國或我國皆是一道難解的棘手問題，其非涉及行政契約的違法性與無效性，而是關乎行政契約之是否發生效力。

德國行政程序法第58條第1項規定：「干預第三人權利之公法契約，應經該第三人書面同意，始生效力。⁹³」於受干預之第三人書面同意之前，該契約效力未定（schwebend unwirksam）⁹⁴。此項規定適用於「處分契約」，學說與實務殆無異說，是否適用於「負擔契約」，則紛紜其見。通說認為，負擔契約（例如課予行政機關作成特定之行政處分）如干預第三人之權利者，亦須經該第三人同意⁹⁵。反之，少數見解從契約功能的角度出發，主張負擔契約應不

93 原文為：„Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt“.

94 Bonk/Neumann (Fn. 56), § 58 Rn. 4.

95 參見Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, 11. Aufl., 2010, § 58 Rn. 5; Hans-Uwe Erichsen, *Das Verwaltungshandeln*, in:

在上開規定之適用範圍。蓋該第三人如對履行契約之行政處分不服者，仍得依法提起撤銷訴訟，以資救濟，尚無透過上開規定保護之必要⁹⁶。

反顧我國行政程序法第140條第1項規定：「行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意，始生效力。」比較觀察，「依約定內容履行」等語為德國法所無，解釋上，其適用範圍理應包括「負擔契約」在內。然則，我國學者以德國少數說為據，主張應限於處分契約者，不乏其說，形成一種有趣又弔詭的「路徑依賴」。實務見解則另闢蹊徑，認為僅適用於「處分契約」及「第三人負擔契約」⁹⁷。

持平以論，行政契約之生效是否須經第三人同意之問題，非僅牽涉「處分契約」、「負擔契約」、「附第三人效力之行政契約」的概念辨正及系爭規定的字義解釋⁹⁸，尚須觀照其對行政實務運作的影響效應，以及行政契約效力未定的補救規範。如前所述，在行政實務上，處分契約絕無僅有，罕見其例，若僅適用於處分契約，行政程序法第140條第1項不過具文而已。從發揮規範目的以言，宜將負擔契約納入適用範圍，餘者須相應整備的法制課題是，如何避免未

Ericksen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2002, § 26 Rn. 8; Hans-Uwe Ericksen, Die Nichtigkeit und Unwirksamkeit verwaltungsrechtlicher Verträge, Jura 1994, S. 47 (48); Schmidt-Aßmann/Krebs (Fn. 20), S. 227; Jürgen Fluck, Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt, 1985, S. 56 ff.; Hans Meyer, in: Meyer/Borgs-Maciejewski (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1982, § 58 Rn. 9 f.; Arno Scherzberg, Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1992, S. 205 (214); Philip Kunig, Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, DVBl. 1992, S. 1193 (1196); Elke Gurlit, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 321 f.; BVerwG, NJW 1988, 663; OVG Münster, NVwZ 1988, 370.

⁹⁶ 參見Ziekow教授主題演說，本書頁81-82；Ziekow (Fn. 22), § 58 Rn. 21 f.; Mathias Hellriegel, Wirksamkeit drittbelastender öffentlich-rechtlicher Verträge ohne Zustimmung des Dritten, DVBl. 2007, S. 1211 (1212 f.).

⁹⁷ 最高行政法院98年度判字第1466號判決。

⁹⁸ 相關討論，參見李建良（註25），本書頁146-148。

經第三人同意之行政契約效力懸而未決，減低對行政效率及法安定性之負面影響。可資考量的解決選項，例如設定同意期限（逾期末表意者，即為同意），或者修法改為契約一經公示即生效力，但第三人得主張該契約未經其同意不生效力⁹⁹。

五、行政程序法無效規定適用舉隅

行政程序法有關行政契約之無效規範體系及適用順序，已見前述¹⁰⁰，再就各該無效規定之解釋適用以論，疑難雜症，所在多有，其中復以行政程序法第137條第2項最為難解。比較德國行政程序法第56條第2項規定：「對行政機關之給付有請求權者，得約定與該（按：行政機關）給付之對待給付，僅限於作成行政處分時，依第36條得以該對待給付為附款之內容者¹⁰¹。」與行政程序法第137條第2項頗多相異，有待辨析，闡論如下：

（一）行政程序法第137條第2項的適用範圍

德國行政程序法第56條第2項「對行政機關之給付有請求權者」，行政程序法第137條第2項被代之以「行政處分之作成，行政機關無裁量權時」。所謂「無裁量權」者，是否包括裁量縮減至零之情形（視個案事實情節而定），尚難從文義解釋得之。參諸德國行政程序法第56條第2項之規定，其非從行政機關之角度出發，而是側重人民是否享有請求行政機關給付（作成行政處分）之權利（Anspruch），關鍵在人民是否享有公法上之請求權，情形有三：

1. 法規明定行政機關有作成特定行政處分之義務，且該義務旨在賦予特定人或可得特定人之權利。

⁹⁹ 參見Ziekow教授主題演說，本書頁82。

¹⁰⁰ 見本文「肆、一」、「肆、二」。

¹⁰¹ 原文為：„Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte“。

2. 法規授予行政機關有作成行政處分的裁量權，但於具體個案中，裁量縮減至零。
3. 法規授予行政機關有作成行政處分的裁量權，人民享有無瑕疵裁量之請求權。

前二者屬第2項之適用範圍，於德國學說與實務要無疑問¹⁰²，第三種情形則有爭議。依立法理由所載，雖亦在適用之列¹⁰³，惟學說多數認為不屬第2項所稱對行政機關給付有請求權之情形，該項規定不適用之¹⁰⁴。

(二) 行政程序法第137條第2項的法定要件

行政程序法第137條第2項規定：「……代替該行政處分之行政契約所約定之人民給付，以……得為附款者為限」，用字遣詞不同於德國行政程序法第56條第2項之「僅限於作成行政處分時，……得將該對待給付作為附款之內容者」。二者意旨是否相同？如何解釋適用？殊難從條文字義直接索解其意，堪稱行政程序法中最難理解的條文之一。

附款，係附加於行政處分的規制條款，須有行政處分與之連結，此所以德國法規定：行政機關於作成行政處分時，得以「對待給付」為附款內容者，始得約定為人民之對待給付，重點在人民給付與行政處分（行政機關之給付）之間的對應關係（未必是對價關係），以及行政處分之附款與人民給付之間的轉換關係。

德國行政程序法第36條第1項規定¹⁰⁵，行政機關作成行政處分得附加附款之情形有三：

102 參見Spieth (Fn. 83), § 56 Rn. 63.

103 參見Begr. RegE, BT-Drs. 7/910, S. 81.

104 參見Kopp/Ramsauer (Fn. 95), § 56 Rn. 20a; Ziekow (Fn. 22), § 56 Rn. 15.

105 相當於我國行政程序法第93條第1項。

1. 有裁量權。
2. 法規允許。
3. 確保法定要件之履行。

德國行政程序法第56條第2項已限定人民有請求作成行政處分之公法上請求權，故行政機關得附加附款之情形，僅餘法規允許及確保法定要件合致二種可能，轉換成人民之契約給付，則是：

1. 人民之契約給付須為法規所允許，或
2. 人民之契約給付須足以確保行政給付（行政處分）法定要件之履行¹⁰⁶。

以上二種合法要件之審究，復以後者為要，關鍵仍是「不當聯結禁止原則」與「依法行政原則」的落實與審查。質言之，行政機關依法應作成授益處分，不得透過行政契約將之相對化，以致違反應作成特定處分之法律義務。行政機關若透過行政契約，以人民之特定給付「交換」特定授益處分之作成，無異於稀釋或減損人民的法律上請求權。是以，除法規明文允許者外，人民之契約給付須有助於（羈束）行政處分法律構成要件之成就，且有必要。反面言之，若乏該人民之給付，可能導致構成要件不該當，從而行政機關得拒絕作成該行政處分者，即足以為契約之標的¹⁰⁷。例如：主管機關關於核發建築許可時，要求起造人須以契約承諾放棄其他合法之建造措施¹⁰⁸，或人民申請土地分割登記，主管機關要求人民以契約承諾給付因分割所生利益之一定金額¹⁰⁹，均不具正當合理之關聯，應屬無效之約定。

參諸上述德國行政程序法以人民的對待給付為判準，則所謂不

¹⁰⁶ *Bonk/Neumann* (Fn. 56), § 56 Rn. 40.

¹⁰⁷ BVerwG, NJW 1981, 1747.

¹⁰⁸ OVG Lüneburg, DVBl. 1978, 179.

¹⁰⁹ OVG Koblenz, Urteil vom 28. 11. 1991, NVwZ 1992 796 (797 f.).

符合行政程序法第137條第2項規定而無效之情形有二：

- 約定之人民對待給付，非法規所允許。
- 約定之人民對待給付，非確保行政處分法定要件之履行。

檢索我國行政法院裁判，鮮少涉有行政程序法第137條第2項之爭訟案件¹¹⁰，其原因究係行政機關皆依法行政，抑或行政法院不解法規意旨，無從適用，有待研究。

(三) 行政程序法第137條各項間的適用關係

行政程序法第137條第2項本身之解釋適用，輾轉周折，理解不易，其與同條第1項、第3項間之適用關係的複雜程度，亦不遑多讓。比較法上之觀察，德國行政程序法第36條第2項旨在保護締約一方之人民，屬於同條第1項保護規定的「強化版」或「升級版」，故第1項規定亦應適用於第2項所定之情形，自不待言¹¹¹。

反觀我國行政程序法第137條第1項僅規定「行政機關與人民締結行政契約，互負給付義務者」，未如第2項有「代替該行政處分」等語；同條第3項規定：「第一項契約應載明人民給付之特定用途及僅供該特定用途使用之意旨。」未見於德國行政程序法第56條，爰有如下之適用疑義及體系矛盾：

110 例如最高行政法院99年度第330號判決。另，最高行政法院100年度第1310號判決謂：「按行政程序法第135條：『公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。』據此，以契約設定、變更或消滅公法上法律關係者，為行政契約。又行政機關有行為形式選擇的自由，意即行政機關為達成其行政目的，原則上享有選擇行為形式之自由，無論是以公法行為或私法行為，或是併用不同種類之行政行為，包括以行政契約代替原應作成之行政處分，均屬合法。是以行政契約種類中有代替行政處分之行政契約，此觀諸行政程序法第137條第2項之規定益明。」提及行政程序法第137條第2項，惟僅是說明行政契約之態樣，而非涉及該項之適用爭議（本案爭點是公法與私法契約之區別）。

111 參見立法理由：Begr. RegE 73, BT-Drs. 7/910, S. 80; Kopp/Ramsauer (Fn.95), § 56 Rn. 20, 21; Bonk/Neumann (Fn. 56), § 56 Rn. 34.

其一，第1項不當聯結禁止原則及合理性原則是否適用於同條第2項？

其二，第3項保護人民之規定是否亦適用於第2項所定行政契約的締結？

上揭立法過程中產生之偏歧，更進一步地影響到行政程序法第137條所定「雙務契約」違法性及無效性之判斷。蓋行政程序法第142條規定之行政契約「無效」事由，只適用於「代替行政處分之行政契約」，無以通用於所有行政契約。不惟如是，相較於德國行政程序法第59條第1項第4款之無效事由僅「行政機關讓人民承諾第56條所不允許之對待給付」¹¹²，我國卻概括規定「締結之雙務契約，未符合第一百三十七條之規定者」，即屬無效。對照規定，立即而明顯的問題是：行政契約是否僅因未符合第137條第3項規定（載明義務），即構成無效？

從規範體系以觀，行政程序法特別明列「無效」事由，可知行政契約縱使違法，除有特殊無效事由外，原則上仍屬有效¹¹³，存續力大於行政處分。行政程序法第137條第3項規定，核其旨趣，屬正當法律程序之敘明理由義務（程序透明要求）¹¹⁴，非契約內容之「實質性」重大違法。行政處分未記明理由，尚可於事後記明而補正之¹¹⁵，則體系一貫之法律解釋，行政契約難謂因「未載明」人民給付之特定用途及僅供該特定用途使用之意旨，而構成無效。準此以言，行政程序法第142條第4款所稱「未符合第一百三十七條之規定」，若包含第137條第3項規定在內，即不無罹有規範上「體系不

112 原文：„sich die Behörde eine nach § 56 unzulässige Gegenleistung versprechen lässt“.

113 參見Bonk/Neumann (Fn. 56), § 59 Rn. 4a.

114 相當於行政處分之敘明理由義務（行政程序法第96條第1項第2款、德國行政程序法第39條）。

115 行政程序法第114條第1項第2款。

正義」(Systemungerechtigkeit)之病。

再論行政程序法第137條第1項所定要件的適用問題，其分三款，均著眼於「人民的對待給付」，則行政程序法第142條第4款所稱「未符合第一百三十七條之規定」者，細之有四：

- 約定之人民對待給付，無特定之用途。
- 約定之人民對待給付，非有助於行政機關執行其職務。
- 約定之人民對待給付，與行政機關之給付不相當。
- 約定之人民對待給付，與行政機關之給付不具正當合理之關聯。

上述四種情形，屬行政契約之法定無效事由，行政程序法第137條第1項雖無「代替行政處分之行政契約」等字眼，論理上亦應適用於所有類型之「互負給付義務」行政契約，且包括同條第2項之行政契約在內。

六、行政契約的消滅時效規定依據

行政契約所生之請求權，是否因一定期間之經過而歸於消滅，法制規範不同，學說實務論見分歧。德國行政程序法未就行政契約明文消滅時效，而係透過第62條準用德國民法第194條以下規定。2001年11月29日德國債法革新法對於消滅時效有重大變革，將原定30年的長時效規定改為3年不等之短時效規定（德國民法第195、196、197條）¹¹⁶，連帶亦影響行政契約消滅時效的解釋適用。不過，「消滅時效完成後，債務人得拒絕給付」之規定（抗辯權發生原則），則無改變（德國民法第214條第1項）。

我國行政程序法亦有準用民法之規定（第149條），惟關於行政契約之消滅時效規定，依實務見解，非準用民法第125條以下規

¹¹⁶ Bonk/Neumann (Fn. 56), § 62 Rn. 32 ff.

定，而是適用行政程序法第131條：「公法上之請求權，於請求權人為行政機關時，除法律另有規定外，因五年間不行使而消滅；於請求權人為人民時，除法律另有規定外，因十年間不行使而消滅。公法上請求權，因時效完成而當然消滅。前項時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷。」

從比較法的觀點來看，或從法律解釋方法來說，實務見解與法制現況容有商榷餘地。首先，從規範體系切入，第131條係規定在行政程序法第2章「行政處分」，既非第1章「總則」，亦非第3章「行政契約」，其僅應適用於行政處分，為法律體系解釋之所應然。

其次，行政程序法第131條見諸第2章「行政處分」，洵非偶然，亦非誤植，而是繼受自德國行政程序法第53條。此條之所由設，乃因公法上請求權之時效，依德國學界之通說，向來是類推適用民法有關規定。因行政機關為實現公法上權利而作成行政處分，是否及如何發生時效中斷之效力（時效之法律效果部分），民法未有規定（亦無從規定），故有在行政程序法統一明文之必要。換言之，德國行政程序法第53條係以公法上請求權制度存在為前提，而非創設時效之規定。至公法上請求權的時效規定散見於各該行政實體法中，如有不足，始類推適用民法之規定。

承上可知，行政程序法第131條第3項：「前項時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷。」係在此脈絡下之產物，所稱「前項時效」與「行政機關為實現該權利所作成之行政處分」互有關聯；反向解釋，「前項時效」（含第1項時效）之於「公法上請求權」，應專指得以行政處分實現之公法上請求權，而不及其他。

接續在後，行政程序法第132、133、134條有關時效之「不中斷」及「重行起算」規定，均僅適用於得以「行政處分」實現之公法上請求權，為體系理路一貫之規定，益可證立行政程序法第131

條非公法上請求權之一般性規定，無適用於行政契約之餘地。

除了消滅時效的適用客體外，時效完成後之效力，亦有探討之必要。公法上請求權之時效制度，旨在落實法治國原則之法安定性原則與信賴保護原則，時效完成效力之重點不在該公法上權利是否消滅，而是一如民法消滅時效，賦予義務人得為拒絕給付之抗辯權，尤其行政機關於時效完成後所為之行政處分，仍具效力¹¹⁷。我國行政程序法採「債權消滅主義」，何以故？立法理由未見說明。最高行政法院曾就「行政程序法施行前所發生公行政對人民之公法上請求權，其時效完成之法律效果究應為權利當然消滅或僅發生義務人得為拒絕給付之抗辯？」之法律問題，召開庭長法官聯席會議，決議採「權利當然消滅說」¹¹⁸，理由如下：

行政程序法施行前，關於公法上請求權之時效相關問題，因法律並無明文，固得類推適用民法相關規定；惟類推適用，應就性質相類似者為之；而基於國家享有公權力，對人民居於優越地位之公法特性，為求公法法律關係之安定，及臻於明確起見，公行政對人民之公法上請求權因時效完成者，其公權利本身應消滅。

由上揭行文脈絡，可以理繹出兩點可資斟酌的法律見解：

其一，「類推適用，應就性質相類似者為之」，為法律解釋方法之常理，自無疑問，與結論（權利當然消滅說）對照觀之，似可得出：公法上請求權之時效與民法性質不相類似，故「權利當然消滅說」為公法之法理本然，非立法者之政策選擇。然則，暫不論「權利當然消滅說」是否為公法上請求權時效之制度特性，即令是民法

117 Michael Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, 8. Aufl., 2014, § 53 Rn. 1 ff.

118 最高行政法院95年度8月份庭長法官聯席會議（二）。

之消滅時效制度，時效完成後在法律上之效果為何，各國規定不同，採權利消滅主義之立法例，所在多有¹¹⁹，若此，如何辨性質之相類似與否？

其二，以「基於國家享有公權力，對人民居於優越地位之公法特性，為求公法法律關係之安定，及臻於明確起見」等語，支持「權利當然消滅說」，言之有據，但「公權力之優越地位」非公權力之於人民的共通「公法特性」。於行政處分雖則如此，於行政契約卻非必然。況且，所謂公法上之請求權者，不以國家之於人民為限，尚包括人民對國家所享有之請求權，時效完成後，是否使公法上權利本身一律歸於消滅，不僅在法政策上容待考量，從保護人民權利的角度，亦應妥善斟酌。例如人民向主管機關請求社會保險給付，主管機關疏於注意該請求權已罹於時效而仍為給付（亦即主管機關未行使抗辯權）。若採權利消滅說，則主管機關之給付為「非債清償」，人民則是「無效受領」，構成公法上之不當得利，不問主管機關是否知悉時效已完成，皆得且應請求人民返還。試問：此種情形是否亦在立法機關或最高行政法院之料想範圍？

回首立法來時路，行政程序法第131條之所由設，非吾國之發明，係繼受自德國行政程序法，初始旨趣相依¹²⁰，繼之在立法過程中莫名漸離正軌，草案版本數易，示之如下¹²¹：

陳委員婉真等提案（第83條）：「公法上請求權之時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷。行政處分因撤銷、廢止或其他事由而溯及既往失效時，自該處分失效時起，已中斷之時效視為不中斷。因行政處分而中斷之時效，自行政處分不得請求撤銷或因其他原因消滅後，重行起算。行政處分而中斷時效之請求

119 參見施啟揚，民法總則，8版，頁372（2011年）。

120 參見立法委員陳婉真等提案版之立法理由。

121 參見五南法律小組編，行政程序法立法資料彙編，頁209-212（1999年）。

權，於行政處分不得請求撤銷後，其原有時效期間不滿五年者，因中斷而重行起算之時效期間為五年。」

→吳委員東昇等提案（第134條）：「公法上請求權之時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷。」

→行政院草案（第115條）：「公法上請求權之時效，除法律有特別規定外，準用民法有關之規定。公法上請求權因時效完成而當然消滅。前項時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷。」

→謝委員啓大等整合案（第134條）：「公法上請求權之時效，除法律有特別規定外，準用民法有關之規定。公法上請求權因時效完成而當然消滅。前項時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷。」

→現行條文（「準用民法有關之規定」，易為「因5年間不行使而消滅」，原因不詳）。

上列規定的異化原委，難從文字推敲而得，暫且闕疑待補。設問論之，行政程序法的「立法者」如欲不同於德國法制，立意走自己的路，縱然立法政策上未盡允恰，只要言之成理、執之有故，縱令不中亦不致偏之過遠。反之，如果「立法者」（誤）認為罹於時效之公法上請求權，「依德國學說或實務」，概皆歸於消滅；又或者，將權利消滅主義視為公法上請求權時效制度之「本質」（公法特性）或行政法上一般原則（法理），則恐誤入迷津，錯用比較法學，紊亂法律思維。

伍、結語：思索出路

一、行政契約比較法的反思

「德國行政法素來鮮少比較他法，毋寧多被作為比較的對象。大凡卓然有成的法秩序，恆處於自給自足的態勢，不易經受外來的調適壓力。」一位德國公法學者如是說¹²²。

臺灣行政法的發展路徑，依賴繼受或另由他途？誠難回答。比較法於本土法學，不管用於法制定或法適用，通常在一種「非正式」的程序中進行，隱晦不明，脈絡難覓，行政程序法之行政契約章，即是一例，彰如前述。

法治國家與法律帝國體系既龐且雜，起造、修繕或整建，一磚一篑均有可能引動連鎖反應，儘管初時變化並不明顯。從比較行政法方法論及路徑依賴的觀點，審視臺灣行政契約法的制度基因、體系構造與實務運作，不無受到立法遺緒的制約。回顧臺灣行政契約法的演變，略可尋繹出一條比較行政法的遞嬗軌跡，縱可看出我國行政程序法與德國行政程序法的條文傳承與自我詮釋；橫可窺見我國行政契約法受德國行政契約法學說與實務的影響與自我解讀。

各國法治發展未必也不必皆同，「所從言之異路」終而「一致而百慮，同歸而殊途」者，未嘗不可。臺灣行政契約法未來的發展取徑是否持續故步於自關套路，或者建立正確穩健的比較法學，按圖索跡，疏通肌理，反諸正途，耐人勞神費思。

122 語出Möllers (Fn. 3), Rn. 40: „Das deutsche Verwaltungsrecht vergleicht traditionell weniger, als es verglichen wird. Erfolgreiche Rechtsordnungen verhalten sich stets introvertiert, sie stehen unter geringerem Anpassungsdruck von außen“.

二、行政契約的續構與開展

取徑行政法之比較，臺灣行政契約法的續構綱目與開展線索，經緯萬端，略綴五端：

(一) 行政契約法的體系與通則建構

行政契約成立、變更、消滅行政法上之法律關係，核屬行政法上債之關係的一種（基於契約的債之關係），其概念形成、體系構建、基本法理有別於單方行政行為之規範體系，允可仿襲民法債編規定¹²³，就行政契約設一般性之規定，整編建構行政契約法之規範體系及「行政契約通則」。

(二) 「隸屬契約」概念的正解與棄用

我國及德國行政程序法皆無「隸屬契約」概念之使用，首待釐清的毋寧是德國行政程序法第54條第2句„die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen kann, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde“ 的規範意涵。德國學說及實務習以subordinationsrechtliche Verträge（隸屬契約）指稱之。然何謂「隸屬」關係？與前開規定之關係為何？見解紛陳，莫衷一是。

我國行政程序法第135條未同步繼受前開規定，僅擷取「anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen」語句，將之譯為「以代替行政處分」，再轉換成「代替行政處分之行政契約」之法制用語，多次出現於法律條文中，引發立法上錯誤的連鎖效應。實則，該項規定的

123 德國民法第2部第3編以「契約債之關係」(Schuldverhältnisse aus Verträgen)為標題，依序規定債之發生、債之內容、債之終結、雙務契約、對第三人契約、契約解除等，構成具有內在統一性的契約之債規範體系。反觀我國民法債編第2編第1章通則，「契約」僅是債之發生的一種，與無因管理、不當得利、侵權行為等合併規範，然其指導原則、社會功能、構成要件各有不同，不足作為共同構成因素。參見王澤鑑（註50），頁3。

原意是「行政機關尤其得與原欲對之為行政處分之相對人締結公法契約，而不作成行政處分」，並無以行政契約「代替」行政處分之意。另一方面，我國學說上率多引介德國的「隸屬契約」的概念，試圖銜接法制上未同步繼受德國法所生之路徑斷裂。然則，對於隸屬契約的概念界說，多僅言及「契約當事人處於一種上下隸屬或處於一種不對等關係」¹²⁴，屬於一種同語反覆式的定義，無以具體適用，徒增混淆及解釋上之疑義。亡羊補牢，「隸屬契約」之概念允宜捨而棄之，同時改正因錯用「代替行政處分之行政契約」概念所生之規範失誤。

(三) 行政契約與處分的關聯與類型

「隸屬契約」或「代替行政處分之行政契約」等概念的正解，除了力求語言概念與法條語句的準確理解外，更重要的是，釐清行政契約與行政處分規範關聯與交互作用的實質性問題。行政程序法於繼受德國行政程序法時，將該國行政程序法第54條第2句所稱之契約窄化為「代替行政處分之行政契約」，致生適用上之諸多疑問與困擾，殊有易轍改弦之必要。除在學說上揚棄「隸屬契約」外，於法制及學說上或可考慮創設並形塑「與行政處分有關之行政契約」(*verwaltungsaktbezogene Verwaltungsverträge*) 概念，再下分「代替行政處分之行政契約」、「以行政處分為標的之行政契約」、「以行政處分為交換條件之行政契約」、「以行政處分為前提之行政契約」等等，藉以擺脫「隸屬契約」或「代替行政處分之行政契約」等模糊或過狹契約概念的桎梏，進而開拓出契合依法行政原則之契約類型的新取徑。

¹²⁴ 例如林明鏞，行政契約初論——以行政程序法為中心，收於：行政契約法研究，頁62（2006年）。

(四) 行政契約無效事由的詳明規範

行政契約違法是否無效，關乎依法行政原則的落實與行政契約制度的運作，允宜明確規定，方有所憑。僅以行政程序法第142條為例，略述修正要點如下：

- 刪除以「代替行政處分之行政處分」為適用前提要件，修改為「行政契約，有下列各款情形之一者，無效：……」。
- 第1款修改為：「代替行政處分或以行政處分為標的或交換條件之行政契約，與其相同內容之行政處分為無效者。」
- 第2款修改為：「代替行政處分或以行政處分為標的或交換條件之行政契約，與其相同內容之行政處分，有得撤銷之違法事由，並為契約雙方所明知者。」
- 第3款修改為：「依第136條締結和解契約，而不為原欲作成之行政處分，不且備該條規定締結之前提要件，且與其相同內容之行政處分，有得撤銷之違法事由者。」
- 第4款修改為：「依第137條締結交換契約，約定之人民給付該條規定者。」

(五) 交換契約的正名與法條的改造

契約以意思合致為要素（無合意、無契約），經由協商、審議、折衝、謀合而「創設」具有拘束特定對象之公法規範。「規範創造力」為行政契約的制度特性與生命力所在，行政程序法對行政契約「類型」的設定與規範僅為「例示」，意在防弊，而非侷限契約的形成自由；行政契約的存續力高過行政處分，理亦在此。行政程序法第137條繼受自德國行政程序法第56條，旨在規範行政處分與人民給付之間的交換關係，不同於民法之雙務契約，應正名為「交換契約」。二國條文略異，目的一致（避免行政機關出賣公權力、防止人民處於受迫狀態），但規範迂迴、行文艱澀難解無二，有待改造，我國如是，德國亦然。試繪藍圖（見圖1），草擬條文，

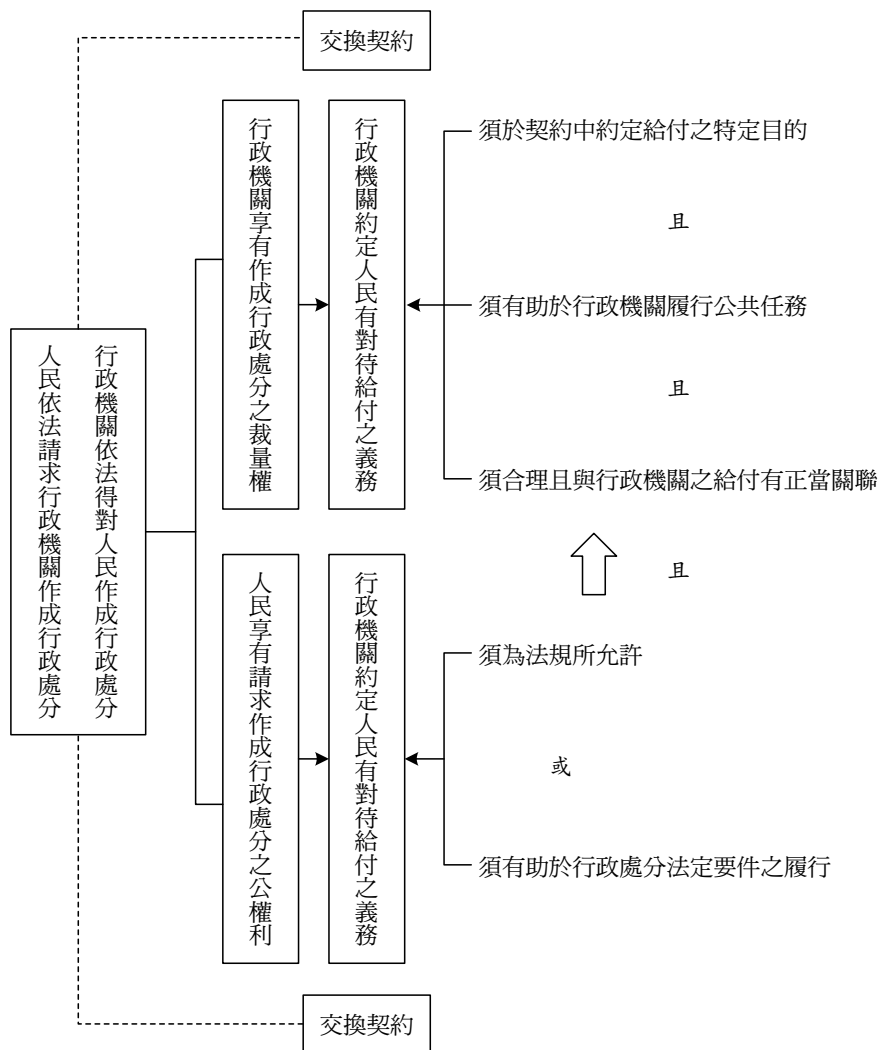
以代結論，就教方家：

行政程序法第137條修正草案：

第1項：「人民依法請求行政機關作成行政處分，行政機關有裁量權者，約定以該行政處分之作成交換人民之給付（交換契約）時，須符合下列各款規定，始得為之：一、須於契約中約定人民給付之特定目的。二、須人民給付有助於行政機關行公共任務。三、須人民給付與行政處分之作成有正當合理之關聯。」

第2項：「人民依法享有請求行政機關作成行政處分之公法上權利者，約定以該行政處分之作成交換人民之給付時，除須符合前項規定外，須符合以下各款情形之一者，始得為之：一、須人民給付為法規所允許。二、須人民給付有助於行政處分法定要件之履行。」

圖1 行政程序法137條改造藍圖



資料來源：作者製圖。

參考文獻

1. 中文部分

- Hartmut Bauer著，李建良譯（2012），民營化時代的行政法新趨勢，收於：李建良編，民營化時代的行政法新趨勢：2011行政管制與行政爭訟，83-112，臺北：中央研究院法律學研究所。
[Bauer, Hartmut (2012), Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung, 收於：李建良編，2011行政管制與行政爭訟——民營化時代的行政法新趨勢，頁83-112，臺北：中央研究院法律學研究所。]
- 五南法律小組編（1999），行政程序法立法資料彙編，臺北：五南。
- 王澤鑑（2012），債法原理——基本理論：債之發生、契約、無因管理，增訂3版，臺北：自版。
- （2014），民法總則，增訂新版，臺北：王慕華。
- 李建良（2012），民營化時代的行政法新思維，收於：李建良編，2011行政管制與行政爭訟——民營化時代的行政法新趨勢，頁1-27，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 林明鏘（2006），行政契約法初論——以行政程序法為中心，收於：行政契約法研究，頁57-100，臺北：翰蘆。
- （2006），行政契約與私法契約——以全民健保契約關係為例，收於：行政契約法研究，頁129-154，臺北：翰蘆。
- 施啟揚（2011），民法總則，8版，臺北：自版。
- 許宗力（2002），雙方行政行為——以非正式協商、協定與行政契約為中心，收於：廖義男教授祝壽論文集編輯委員會編，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，頁255-294，臺北：元照。

蔡茂寅等（2013），*行政程序法實用*，增修4版，臺北：新學林。

2. 外文部分

Ajdukiewicz, Kazimierz (1934), *Das Weltbild und die Begriffsapparatur*, in: Carnap/Reichenbach (Hsrg.), *Erkenntnis IV*, Leipzig: Felix Meiner, S. 259-287.

—— (1935), *Die wissenschaftliche Weltperspektive*, in: Carnap/Reichenbach (Hsrg.), *Erkenntnis V*, Leipzig: Felix Meiner, S. 22-30.

——. 1978. *The World-Picture and the Conceptual Apparatus*. Pp. 67-89 in *The Scientific World-Perspective and Other Essays, 1931-1963*, edited by Jerzy Giedymin. Boston, MA: D. Reidel.

Arthur, W. Brian. 1989. *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-in by Historical Events*. *The Economic Journal* 99:116-131.

Bauer, Hartmut (2012), *Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung*, 收於：李建良編，*2011行政管制與行政爭訟——民營化時代的行政法新趨勢*，頁29-81，臺北：中央研究院法律學研究所。

—— (2012), *Verwaltungsverträge*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hsrg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 36.

Bengel, Manfred (2015), in: Korintenberg (bedr.), *Gerichts- und Notarkostengesetz*, 19. Aufl., München: C. H. Beck, § 97.

Beyer, Jürgen (2006), *Pfadabhängigkeit, Über institutionelle Kontinuität, anfällige Stabilität und fundamentalen Wandel*, Frankfurt a. M.: Campus.

Bonk, Heinz Joachim/Neumann, Werner (2014), in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, 8. Aufl., München: C. H. Beck, §§ 54, 56, 58, 59, 62.

- Busse, Carl-David von (2015), *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Clift, Ben. 2014. *Comparative Political Economy: States, Markets and Global Capitalism*. New York, NY: Palgrave Macmillan.
- David, Paul A. 1985. Clio and the Economics of QWERTY. *The American Economic Review* 75(2):332-337.
- Erichsen, Hans-Uwe (1994), *Die Nichtigkeit und Unwirksamkeit verwaltungsrechtlicher Verträge*, Jura, S. 47-51.
- (2002), *Das Verwaltungshandeln*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., Berlin: De Gruyter Recht.
- Fluck, Jürgen (1985), *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Garrouste, Pierre, and Stavros Ioannides. Eds. 2005. *Evolution and Path Dependence in Economic Ideas: Past and Present*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Grote, Rainer (2001), *Rechtskreise im öffentlichen Recht*, AöR 126, S. 10-59.
- Gurlit, Elke (2000), *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Häberle, Peter (1989), *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünter“ Auslegungsmethode*, JZ, S. 913-919.
- (2005), *Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, EuGRZ, S. 685-689.
- Hellriegel, Mathias (2007), *Wirksamkeit drittbelastender öffentlich-rechtlicher Verträge ohne Zustimmung des Dritten*, DVBl., S. 1211-

1214.

- Kämmerer, Jörn Axel (2015), in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 28. Edition, Stand: 01.10.2015, Berlin: C. H. Beck, § 54.
- Kirchmann, Julius von (1848), Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin: Springer.
- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich (2010), Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 11. Aufl., München: C. H. Beck, §§ 56, 58.
- Kübler, Friedrich (1977), Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft, JZ, S. 113-118.
- Kunig, Philip (1992), Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, DVBl., S. 1193-1203.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm (1995), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., New York, NY: Springer.
- Mahoney, James W. 2000. Path Dependence in Historical Sociology. *Theory and Society* 29(4):507-548.
- . 2001. Path-Dependent Explanations of Regime Change: Central America in Comparative Perspective. *Studies in Comparative International Development* 36(1):111-141.
- Maurer, Hartmut (2011), Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München: C. H. Beck, § 14.
- Meyer, Hans (1982), in: Meyer/Borgs-Maciejewski (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., § 58.
- Möllers, Christoph (2012), Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 3.
- Pierson, Paul. 2000. Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics. *American Political Science Review* 94(2):251-267.
- Radbruch, Gustav (1964), Einführung in die Rechtswissenschaft, 11.

Aufl., Stuttgart: K. F. Koehler.

- Robertson, David Brian. 2010. Historical Institutionalism, Political Development, and the Study of American Bureaucracy. Pp. 25-51 in *The Oxford Handbook of American Bureaucracy*, edited by Robert F. Durant. New York, NY: Oxford University Press.
- Sachs, Michael (2014), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, 8. Aufl., München: C. H. Beck, § 53.
- Scherzberg, Arno (1992), Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, *JuS*, S. 205-215.
- Schmidt, Hubert (2015), in: Bamberger/Roth (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 36. Edition, Stand: 01.08.2015, Berlin: C.H. Beck, § 320.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (1991), *Verwaltungsverträge im Städtebaurecht*, in: Lenz (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Gelzer zum 75. Geburtstag*, Düsseldorf: Werner, S. 117-129.
- (1993), *Zur Europäischen Verwaltungsrechts*, in: Badura/Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, *Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München: C. H. Beck, S. 513-528.
- (2013), *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Dagron, Stéfanie (2007), *Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen*, *ZaöRV*, Bd. 67, S. 395-468.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Krebs, Walter (1992), *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge – Vertragstypen und Vertragrecht*, 2. Aufl., Berlin: D Kohlhammer Stuttgart.
- Spieth, Wolf Friedrich (2015), in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.),

- Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 28. Edition, Stand: 01.04.2015, Berlin: C. H. Beck, §§ 56, 57, 59.
- Starck, Christian (1997), Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ, S. 1021-1030.
- Steinmo, Sven, Kathleen Thelen, and Frank Longstreth. Eds. 1992. *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Thelen, Kathleen. 1999. Historical Institutionalism in Comparative Politics. *Annual Review of Political Science* 1999(2):369-404.
- Tschentscher, Alex (2007), Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen im öffentlichen Recht, JZ, S. 807-816.
- Voßkuhle, Andreas (2002), Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: Bauer/Cyzbulka/Kahl/Voßkule (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 171-196.
- Weber, Albrecht (1989), Die Grundrechte im Integrationsprozeß der Gemeinschaft in vergleichender Perspektive, JZ, S. 965-973.
- Ziekow, Jan (2013), *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, 3. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, §§ 54, 56, 58.
- Ziekow, Jan/Siegel, Thorsten (2004), Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages – Teil 2 –, *VerwArch*, S. 133-150.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein (1996), *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, Teil 1, B. VI, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.