

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

李建良**

摘要

行政契約作為審議式的行政治理工具和規範模式，除應辨明契約的法律屬性外，尚須探討行政契約之類型、效力及其履行等相關法律問題，行政契約法學的遞建與延展，方有所憑。本文以最高行政法院98年度判字第1466號判決為前導案例，透過德國法制、學說與實務之比較，探討行政程序法第140條第1項之規範意旨及適用範圍。首先辨分「負擔契約」、「處分契約」、「附第三人效力之行政契約」、「單務契約」、「雙務契約」、「無因契約」、「要因契約」等基礎概念之意涵與規範效力。其次，剖析行政契約法的規範特性與體系架構，據此主張行政程序法第140條第1項之適用範圍不應侷限於「處分契約」，而應擴及「負擔契約」。繼之，闡述附第三人效力行政契約之效力及其履行問題。最後，評釋上開判決，總結本文見解，以供學術討論與實務運作之參考。

關鍵詞：行政契約、行政處分、負擔契約、處分契約、附第三人效力之行政契約。

* 投稿日：2014年5月19日；接受刊登日：2014年12月3日。〔責任校對：張文愷〕。

** 中央研究院法律學研究所研究員。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/90114151.pdf>。



目 次

壹、問題緣起	肆、判決評析
一、訟案經過	一、行政程序法第140條第1項之規範目的在避免「賤售公權力」
二、爭點提要	二、雙務契約、多面法律關係與須經第三人同意之行政契約
三、思維層次	三、處分契約＝直接引起第三人權利變動之契約？第三人負擔契約＝約定由第三人對他方為給付之契約？
貳、基本概念	伍、綜合論述
一、負擔契約與處分契約	陸、後設思維
二、單務契約與雙務契約	
三、要因契約與無因契約	
參、規範詮釋	
一、行政契約法的規範特性與體系架構	
二、行政程序法第140條第1項之規範意旨	
三、附第三人效力行政契約之效力及其履行問題	

壹、問題緣起

行政程序法第三章第135條至149條對行政契約設有專章規範，施行迄今已逾十載。新法上路初時，於適用上最具爭議者，要屬行政契約與私法契約的區別界分（契約屬性），學界與實務在此問題上投入的時間和心力，不知凡幾，積累的法學文獻與司法判解，頗為可觀¹。行政機關與人民締結契約的屬性判定，實則並不複雜，

1 以司法院解釋為例，除早期司法院釋字第348號解釋外，與公、私法契約的區別問題有關者，迄今有釋字第533號、第540號、第695號解釋；學術文獻資料，多不勝數，舉其要者，如：蔡茂寅，行政契約相關問題之研究——以公、私法契約的判準為中心，收於：廖義男教授祝壽論文集委員會編，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295-324（2002年）；林明昕，行政契約法上實務問題之回顧——兼論公、私法契約之區別，

較為棘手的難題多半集中在所謂「中性」契約標的少數之例。於行政實務運作上，締結契約的官民雙方可以在契約中明定契約的屬性，以杜爭議²。

不同於行政處分的單方規制效力，行政契約作為一種審議式的行政治理工具和規範模式，除應辨明「行政」契約的屬性外，值得探討且待開拓的法律課題，毋寧是行政法上之契約類型及其內涵的形構，還有行政契約之效力及其履行（障礙）等後續之契約運用問題。唯有分辨究明行政契約的類型與效力之間的關係，並進一步理析行政契約（不）履行等各種爭議，行政契約法學的遞建與延展，方有所憑。秉此衷旨，乃有本文之作，以下以一則實務案例作為開論的引子。

一、訟案經過

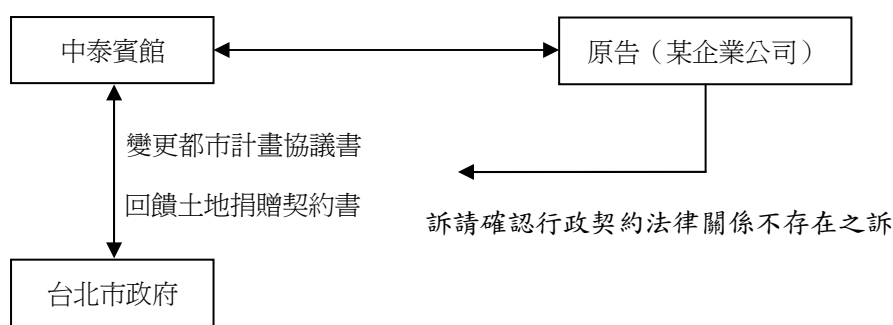
某企業有限公司（以下簡稱原告）於1991年7月1日及1992年9月1日與中泰賓館簽訂土地租賃契約，復於1993年2月1日簽訂基地租賃契約取代前開契約，約定由中泰賓館出租其所有坐落臺北市某地號面積計11,701平方公尺之基地供該公司作為建築房屋、開設餐廳、或經營休閒事業、其他商業、辦公大樓、旅館、停車場之使

國立中正大學法學叢刊，18期，頁253-296（2005年）；林明鏘，行政契約與私法契約之比較研究——從戒嚴時期不當審判事件之和解契約論起，收於：行政契約法研究，頁101-124（2006年）；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129-154（2006年）；黃錦堂，行政契約法主要適用問題之研究，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁3-75（2002年）；陳愛娥，行政上所運用契約之法律歸屬，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁77-130（2002年）；陳淳文，公法契約與私法契約之劃分，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁131-164（2002年）。

2 除契約標的涉及明顯的公權力措施（例如行政處分）而只能歸屬為行政契約者外，契約的性質非不能由契約當事人自行決定。參見李建良，行政契約與私法契約區分的新思維——從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起，台灣法學雜誌，107期，頁55-74（2008年）。

用，租賃期間溯自1992年9月1日起至2012年8月31日止，為期20年。嗣中泰賓館依據臺北市政府2003年5月1日公告「變更『修訂臺北市主要計畫商業區（通盤檢討）計畫案』內『長春路北側、慶城街兩側土地』住宅區、特定專用區為金融服務專用區主要計畫案」（以下簡稱主要計畫案），及2003年5月6日公告「修訂臺北市主要計畫商業區（通盤檢討）計畫案內『長春路北側、慶城街兩側土地』金融服務專用區細部計畫案」（以下簡稱細部計畫案），於2003年11月24日與臺北市政府簽訂協議書，並於2004年4月22日依據該協議書第9條訂立回饋土地捐贈契約書（以下簡稱捐贈契約書），約定由中泰賓館無償捐贈包含坐落臺北市某地號土地（以下簡稱系爭土地）在內之9筆土地，並自都市計畫發展實施之日起1年內，將產權移轉登記為臺北市所有。原告不服，以中泰賓館履行系爭契約影響其合法使用系爭土地之權益，依行政程序法第140條第1項規定須經其同意始生效力為據，提起行政訴訟，請求確認協議書及回饋土地捐贈契約書之行政契約法律關係不存在（見下圖1）。

圖1 中泰賓館捐贈土地案法律關係



資料來源：本文製圖。

案經臺北高等行政法院以93年度訴字第4027號判決駁回原告之訴，復經最高行政法院96年度判字第1918號判決駁回其上訴確定在案，主要理由略以：

依民法第425條第1項規定，被告間之行政契約約定事項或內容涉及系爭土地，尚無法排除原告之租賃權，原告仍得本於租賃權對抗被告中泰賓館或繼受其土地所有權之人，即被告間所訂行政契約是否有效，均不影響原告之租賃權，原告自無所謂處於一種不確定之法律關係狀況中而需藉由本件確認訴訟加以排除侵害之情形。

原告猶未甘服，以原確定判決有行政訴訟法第273條第1項第1款再審之事由，提起再審之訴，經最高行政法院以98年度判字第1466號判決（以下簡稱系爭判決）駁回再審之訴。於判決理由中，最高行政法院除維持原判決外，尚且提出以下之法律見解：

又行政程序法第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，其規範目的，乃在避免行政機關締結行政契約賤售公權力或濫用公權力致侵害第三人之權利。惟行政契約大部分均屬雙務契約，行政法律關係原則上常見多面法律關係而非單純雙面法律關係，則任何雙務契約之履行，倘解為均須相關第三人書面之同意，行政契約實際上將無從締結或發生效力。故該條之適用範圍應認僅限於處分契約（直接引起第三人權利變動者）或第三人負擔契約（約定由第三人對他方為給付者）。本件再審被告間之行政契約非為處分契約或第三人負擔契約，再審原告稱其系爭土地之租賃權受行政契約之影響，並非行政程序法第140條第1項之適用範疇，……

二、爭點提要

本件確認訴訟案件主要爭點在於原告是否具備訴訟權能及確認利益，筆者曾針對此一判決為文分析，認為本案屬於所謂「第三人之一般確認訴訟」案型，原告具備訴訟權能，但欠缺即受確認判決之法律上利益，至於行政程序法第140條第1項（第三人之保護規範）之適用範圍問題，則屬實體有無理由之問題，而非原告有無訴訟權能或確認利益的關鍵所在³。本件原告能否如判決所言，透過「買賣不破租賃」原則之主張，以維護其權益，核屬個案問題，自難預斷。倒是本案所涉行政程序法第140條第1項之規範意旨及適用範圍爭議，超越個案，為行政契約法上之通案課題，值得研究。

行政程序法第140條第1項所稱「行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利」，在德國學理上有所謂「附第三人效力之行政契約」（*Verwaltungsvertrag mit Drittwirkung*）⁴概念的提出，用以指稱此類之行政契約。最高行政法院98年度判字第1466號判決提及「處分契約」與「第三人負擔契約」二種契約概念，並以括號方式分別將其定義為「直接引起第三人權利變動」之契約與「約定由第三人對他方為給付」之契約，再將行政程序法第140條第1項之適用範圍限定在上述（法院理解之）「二種契約類型」。此等法律見解是否合於該條之保護規範意旨，非無商榷餘地，行政法學界不乏為文討論者⁵。緣此，本文試從行政法上「負擔契約」與「處分契約」之概念切入，先廓清究明此二種契約概念之規範內涵及其在行政契約法

3 參見李建良，保護規範理論之思維與應用——行政法院裁判若干問題舉隅，收於：黃丞儀編，2010行政管制與行政爭訟，頁309-312（2011年）。

4 參見Cornelia Staudenmayer, *Der Verwaltungsvertrag mit Drittwirkung, passim*, 1997.

5 參見程明修，應經第三人同意始生效力之行政契約限於處分契約第三人負擔契約？——最高行98判1466，台灣法學雜誌，145期，頁224（2010年）；蕭文生，應經第三人書面同意始生效力之行政契約——評最高行政法院九十六年判字第一九一八及九十八年判字第一四六六號判決，月旦裁判時報，2期，頁50（2010年）。

上之功能意義；次而探究行政程序法第140條第1項所稱「行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利」之意涵及其適用範圍；繼之評釋最高行政法院98年度判字第1466號判決；最後提出若干反思觀點，以供參考。鑑於我國行政程序法第140條規定係仿自德國聯邦行政程序法第58條，復以「負擔契約」與「處分契約」概念源自德國學說，故本文以下討論無可避免地必須借鏡德國學說與實務見解，並進行交互印證，先此敘明。

三、思維層次

在進行個別概念探討及法規詮釋之前，宜先廓清整體問題的思考層次。從系爭最高行政法院判決可以清楚看出，處分契約與負擔契約的區別，與附第三人效力之行政契約的有效性與合法性，具有密切之關聯性。行政契約是否須經第三人同意始生效力，牽涉的是行政契約之形式合法要件（*formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsvertrages*）⁶，至於該契約之實質內容是否構成違法、無效，屬另一層次問題。因此，行政契約適法性問題探討的思維起點，首先是：行政程序法有關行政契約規定之規範取向為何？

→促使行政機關廣用行政契約？

→防止行政機關假借行政契約干預人民權利？

→防止行政機關假借行政契約出賣公權力？

由上可以引出以下四個問題：

問題一：行政程序法第140條第1項所稱「行政契約」，意涵為何？其適用範圍是否限於特定的契約類型？

問題二：行政程序法第140條第1項所稱「始生效力」之意涵為

6 參見Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 14 Rn. 30.

何？侵害第三人權利之行政契約，其合法性為何？有無構成行政契約「無效」之可能？

問題三：侵害第三人權利之行政契約，如未經第三人同意，依該契約所為之給付，其效力為何？是否因契約之類型（負擔契約或處分契約）而有差異？

問題四：處分契約若係代替行政處分之行政契約，負擔契約若係以作成特定行政處分為義務之行政契約，則於該行政契約不生效力或無效時，依行政契約所為之行政處分，其效力為何？行政契約對於行政處分是否具有構成要件效力？

貳、基本概念

最高行政法院提及之「處分契約」及「第三人負擔契約」，大抵而言，涉及契約類型之問題。翻查行政程序法之規定，僅有「和解契約」⁷、「雙務契約」⁸及「代替行政處分之行政契約」⁹三類之明文，以此有限的規定要形成契約類型的完整井然架構，殊有困難。從行政程序法第136條之文義以觀，「和解契約」等於「代替行政處分之行政契約」¹⁰；而行政程序法第137條第2項規定之「代替行政處分之行政契約」，似為「雙務契約」的一種下位契約。是以，「和解契約」與「雙務契約」可謂是行政程序法至今為止唯二的有名契約¹¹。相對於行政程序法之有名契約，行政契約並未依循

7 行政程序法第136條、第142條第3款。

8 行政程序法第137條、第142條第4款。

9 行政程序法第142條。

10 條文內容為：「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。」（粗體字為作者所強調）

11 我國行政程序法之行政契約規定，主要是繼受德國。德國於1976年制定行政程

民法上之契約類型，而是基於行政特性及任務需求發展出獨立的類型，在相關專業法律的基礎或框架下，行政實務逐漸發展出諸多的無名契約，其中又以依促進民間參與公共建設法（促參法）所締結的BOT、BOO等合作契約，包括所謂「合作特許契約」（cooperative concession contract, CCC）¹²，最為普遍，於行政契約法制與實務之發展，日趨重要¹³。此等「非法定之無名」行政契

序法之時，僅明定此二種契約。近年為因應民營化的時代潮流，擬增訂「合作契約」（Kooperationsvertrag）之新契約類型，研議多年，尚未完成立法。參見 *Heribert Schmitz*, „Die Verträge sollen sicherer werden“ – Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag, DVBl. 2005, S. 17 ff.; *Heribert Schmitz*, Kooperationsverträge, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), *Verwaltungskooperation*, 2008, S. 51 (58 f.).

- 12 「合作特許契約」為作者創用之名詞，藉此表徵「合作」與「特許」二種契約要素，並用以觀察詮釋公私協力關係的法律實踐。比較法上，德國公私夥伴關係的運作中有所謂的「特許模式」（Konzessionsmodell），指行政主體與私人締結之合作開發契約中，得將一定的行政權限委託私人行使，例如與私人締結公路建設契約，並授與該私人得以自己名義向用路人收取規費的權限（參見「促進私人投資公路建設法」（*Fernstrassenbauprivatfinanzierungsgesetz*, *FstrPrivFinG*）第2條）。此種契約即作者所稱之「合作特許契約」。
- 13 相關文獻，參見王文字，行政判斷與BOT法制——以ETC案及京站案為例，*月旦法學雜誌*，142期，頁5-36（2007年）；江嘉琪，ETC契約之公、私法性質爭議——以台北高等行政法院九四年停字第一二二號裁定與九四年訴字第七五二號判決為中心，*台灣本土法學雜誌*，81期，頁112-115（2006年）；吳志光，ETC裁判與行政契約——兼論德國行政契約法制之變革方向，*月旦法學雜誌*，135期，頁14-28（2006年）；李惠宗，行政法院對BOT最優申請人決定程序的審查——兼評台北高等行政法院九四年訴字第七五二號（ETC）判決，*台灣本土法學雜誌*，82期，頁177-190（2006年）；林明昕，論ETC案中之行政爭訟問題——以暫時權利保護為中心，*台灣本土法學雜誌*，82期，頁226-233（2006年）；林明鏘，促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，*台灣本土法學雜誌*，82期，頁218-225（2006年）；林明鏘，ETC判決與公益原則——評台北高等行政法院94年度訴字第752號判決及94年度停字第122號裁定，*月旦法學雜誌*，134期，頁5-25（2006年）；陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分——評台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，*月旦法學雜誌*，134期，頁26-45（2006年）；程明修，公私協力行為對建構「行政合作法」之影響——以台北高等行政法院ETC案為契機，*月旦法學雜誌*，135期，頁5-13（2006年）；詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論——評台北高等行政法院之ETC相關裁判，*月旦法學雜誌*，134期，頁46-67（2006年）；黃錦堂，行政判斷與司法審查——最高行政法院高速公路電子收費系統（ETC）案判決評論，收於：湯德宗、李建

約，隨著行政任務的增升，種類繁多，且有擴展之可能。然嚴格而言，這些契約稱語儘管繽紛炫目，卻仍只停留在「描述性」概念的層次，其認識意義往往大於規範意義。因此，如何發展出具有規範性之契約類型，並由此推演出具有規範意義之法律效果，允當是行政「法學」必須致力以赴的研究課題。以下即從系爭最高行政法院判決提及之負擔契約與處分契約切入，辨析若干具規範意義之契約類型的基本概念。

一、負擔契約與處分契約

行政法上負擔契約與處分契約之區分¹⁴，源自民法¹⁵，主要著眼於契約之效力，檢視契約是否直接發生法律關係的變動或公法上權利義務的得喪變更，抑或只是作為權利義務變動的前階段，創設（另一）契約請求權之基礎，從而需要進一步的執行或履行。

負擔契約¹⁶，德國學說稱為„Verpflichtungsverträge“¹⁷，亦可譯

良編，2006行政管制與行政爭訟，頁311-373（2007年）。

14 負擔契約與處分契約之區分，為德國行政契約法學之通例，參見Maurer (Fn. 6), § 14 Rn. 14; Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 11. Aufl., 2010, § 54 Rn. 50; Jürgen Punke, *Verwaltungshandeln durch Vertrag*, 1988, S. 42 ff. 此種行政契約之類型區分，早於行政程序法立法之前，即見探討。參見Konrad Redeker, *Die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Musterentwurf*, DÖV 1966, S. 543 (543 ff.).

15 參見Jürgen Fluck, *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*, 1985, S. 13, 16 ff.; Hartmut Maurer, *Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes*, JuS 1976, S. 485 (494).

16 民法學說多以「負擔行為」稱之，即指以發生債權債務為其內容之法律行為，亦稱債權行為或債務行為。其包括單獨行為（如捐助行為）及契約（如買賣、租賃等），其主要特徵在於因負擔行為之作成，債務人負有給付之義務，例如物之出賣人負有交付其務於買受人，並使其取得該物所有權之義務；權利之出賣人，負有使買受人取得其權利之義務，如因其權利而得占有有一定之物者，並負交付其物之義務（民法第348條）。參見王澤鑑，*民法總則*，修訂版，頁283（2000年）。

17 德國民法上„Verpflichtungsverträge“一詞，於我國民法學界似乎未見相對應之概念，一般僅有「債權契約」之用詞。不過，在民法規定中仍可見「負擔契約」之觀念。例如：民法第166條之1第1項規定（尚未生效施行）：「契約以負擔不

為「課予義務契約」¹⁸，乃是一種形成債務法律關係之契約，旨在構成契約上之給付義務，包括作為及不作為¹⁹。經由負擔契約，契約當事人之一方對於契約之他方負有履行特定給付之義務；契約當事人之他方則取得相對之履行請求權²⁰。契約一方為行政機關，其所得履行之給付義務，包括作成特定之行政處分、金錢給付、特定之事實行為或公法上之意思表示²¹。契約之一方為人民者，則包含所有民法上或公法上之任何給付，例如所有權之移轉、公法上或私法上之意思表示、金錢給付等²²。

處分契約²³，德國學說稱為„Verfügungsverträge“，或稱「形成

動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。」其中「契約以負擔……義務為標的」，即為「負擔契約」之謂。

18 „Verpflichtungsverträge“一詞，國內有譯為「義務契約」者。實則，„Verpflichtung“係「課予義務」之意，與„Pflicht“（義務）之意涵尚有差距，允宜分辨。至於國內論著中偶有„Verpflichtungsvertrag“之用詞（參見林明鏘，行政契約對第三人效力之研究——兼評台北高等行政法院九十三年訴字第四〇二七號判決，收於：行政契約法研究，頁287（2006年）），未見於德國學說，亦非德文之正確用法。

19 參見德國民法第241條。

20 BVerwG, NVwZ 1986, 559; Ramsauer (Fn. 14), § 54 Rn. 50.

21 參見BVerwG, NVwZ 1986, 554; NJW 1988, 662; NVwZ-RR 2004, 413 (414).

22 例如行政執行法第18條規定擔保債務人公法上債務履行之擔保人，其所出具之「擔保書」性質應為「公法上負擔契約」。至於契約另一方究為執行機關（例如執行分署），抑或原處分機關（例如國稅局），實務上見解歧異。參見臺中高等行政法院100年度簡字第46號判決、最高行政法院101年度判字第645號判決、最高行政法院101年度裁字第1391號裁定、高雄高等行政法院94年度訴更字第10號判決。

23 民法學說多以「處分行為」稱之，指直接使某種權利發生、變更或消滅的法律行為。處分行為包括物權及準物權行為。物權行為，指發生物權法上效果的行為，有為單獨行為（如所有權的拋棄），有為契約（如所有權的移轉、抵押權的設定）。民法第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。」其所稱法律行為，係指物權行為而言。又第761條第1項規定：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。但受讓人已占有動產者，於讓與合意時，即生效力。」其所稱讓與合意，係指物權讓與合意（物權契約）而言。準物權行為，指以債權或無體財產權作為標的之處分行為，如債權或著作權的讓與、債務免除。參見王澤鑑（註16），頁283。

契約」(rechtsgestaltende Verträge)²⁴，指透過移轉、內容變更、附加負擔或消滅，直接影響法律關係之狀態的契約。物權法上之契約(物權契約)為典型之例。行政法上之要例是直接以契約作成許可處分(代替行政處分之行政契約)²⁵。處分契約的效力既直接產生權利之變動、轉換或放棄，自亦有所謂「債法上之處分契約」(schuldrechtliche Verfügungsverträge)，即以特定債之關係存在為前提，作為得以直接變動(變更或消滅)之契約標的。例如債權消滅契約、債權移轉契約、債權承受契約、免除債務契約、和解契約(Vergleich)。處分契約無須進一步之履行或執行行為，契約意思表示一旦到達，即同時發生契約履行之效力²⁶。

二、單務契約與雙務契約

「契約」作為一種制度，係建立在(至少雙方)意思合致(合意)的基礎之上。合意的內涵未必是「雙方相對的義務」，故以課予義務為主要內涵的負擔契約，依其約定義務的內容，尚可作進一步的分類，觀念上至少有兩種排列組合：

其一，行政契約，依義務之課予對象，可分為：

- (一) 課予契約一方之義務(單務契約)，
- (二) 課予契約雙方之義務(雙務契約)。

其二，雙務契約，依雙方義務之關聯程度，又可分：

- (一) 非互負義務之雙務契約(不完全之雙務契約)，
- (二) 互負義務(*do ut des*)、同時履行抗辯之雙務契約(完全

24 Klaus-Dieter Kawalla, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag und seine Abwicklung, 1984, S. 36 ff.

25 「處分」概念，公法較之民法為廣，於民法領域，處分指稱改變現存之法律狀態，而不包括形成或創設新的法律關係。參見 Georg Butterwegge, Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt, 2001, S. 104 f.

26 Ramsauer (Fn. 14), § 54 Rn. 50.

之雙務契約)。

承上觀念，從契約所形成之法律關係來看，基本上即有以下三種契約類型：

其一，單面負擔契約或單務契約（*einseitig verpflichtende Verträge*），即僅契約之一方負有義務。例如：債務承認或承諾契約²⁷、單方保證契約²⁸、資金補助契約²⁹等。

其二，雙面負擔契約（*zweiseitig verpflichtende Verträge*），但不具雙方互負對等義務之要素（*ohne synallagmatische Elemente*），屬於一種「不完全」之雙務契約。不同於單務契約以契約之一方為意思表示即已成立，此種契約須經契約當事人之合意始能成立³⁰。典型之例，為公法上之寄託契約。又如：人民為自辦市地重劃，於申請主管機關核定重劃計畫書時，出具切結書同意施作該重劃區範圍外之計畫道路，主管機關據以核定重劃計畫書，上開切結書為一種雙務契約³¹，但屬不完全之雙務契約。蓋人民依據該切結書負有施作重劃區範圍外計畫道路之契約上義務；反之，主管機關並未負有核定重劃計畫書之契約上義務。

其三，雙務契約（*gegenseitige Verträge*），契約所生之義務基於

27 此種契約亦存在於民法領域，例如德國民法第780條、第781條所定之「債務承諾」（*Schuldversprechen*）或「債務承認」（*Schuldanerkenntnis*）。

28 試舉二則德國實例，例一：依據外國人法（*Ausländergesetz, AuslG*）第84條所為擔保某一外國人生活費用之意思表示（參見VG Kassel, NVwZ-RR 1996, 58）；例二：承諾返還特定金錢給付之意思表示（參見BVerwG, NJW 1995, 1105）。其餘之例，另參BVerwGE 96, 326; BGH, DVBl. 1988, 684; BVerwG, NJW 1975, 1751; OVG Lüneburg, DÖV 1977, 208。

29 參見OVG Münster, NVwZ 1984, 522; *Andreas Knuth*, *Konkurrentenklage gegen einen öffentlichrechtlichen Subventionsvertrag*, JuS 1986, S. 523 (523)。

30 例如國家機關與地方自治團體達成協議，國家機關承諾負責地方噪音防制設施之設置與維護，參見VGH Mannheim, NVwZ 2000, 1304。

31 參見高雄高等行政法院96年度訴字第903號判決、最高行政法院99年度判字第330號判決。

對待給付原則（do-ut-des-Prinzip, *Synallagma*）而為約定，屬於一種「完全」之雙務契約³²。行政程序法第137條第1項所定「行政機關與人民締結行政契約，互負給付義務」，即是此類之「雙務契約」，如買賣契約³³、互易契約、開發契約（*Erschließungsverträge*）、公費契約等，均屬之。

三、要因契約與無因契約

不論是負擔契約與處分契約，或單務契約與雙務契約的區分，均是著眼於契約之規範效力，且係以特定（單一）契約作為觀察對象。另一種契約類型的歸類方式，則是著眼於契約締結之原因與其他契約之關係。於行政實務上，行政契約的締結多有一定的前提條件或原因，可稱為「要因契約」或「條件契約」（*kausal bzw. konditionell verknüpfte Verträge*），而與所謂「無因契約」或「不要因契約」相區分³⁴。有因契約之對待給付，特別是行政主體之對待給付，未必載明於契約條款之中，於契約之外，契約當事人合意設定系爭契約之前提要件、條件或基礎者，亦屬要因契約³⁵。類似於

32 於民法之領域，雙務契約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。契約之雙方當事人均負擔債務而無對價關係者，仍屬單務契約。買賣、互易、租賃、承攬、有償委任、居間為雙務契約；贈與、保證、無償委任為單務契約。參見孫森焱，*民法債編總論*（上冊），修訂版，頁41-42（2008年）。

33 例如於訴訟上就不動產之互易達成和解，參見BVerwG, NJW 1976, 2360; BVerwG, NJW 1980, 2538; BGHZ 76, 116.

34 此二種契約為民法的基本區分，參見*Helmut Heinrichs*, in: Palandt (Begründer), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 7, 68. Aufl., 2009, Rn. 19 ff. vor § 104。我國民法學者的見解，參見孫森焱（註32），頁45：以給付財產為標的之契約，如其給付之原因為契約成立之要件者，為要因契約。如契約之成立無須有給付之原因者，即為不要因契約。故在要因契約，如其原因欠缺，則契約無效，例如買受人之支付價金係因出賣人約定移轉買賣標的物之所有權，在契約成立之初，出賣人之債務存在，即係買受人負擔債務之原因，反之亦然。在不要因契約，則不問原因之是否存在，對於給付財產之債務毫無影響，蓋原因之存在與不要因契約之成立係屬二事，不過原因欠缺時，因不要因契約而受益者係因無法律上原因而受利益，應依不當得利之規定負返還之義務。

35 例如人民承諾提供資金予地方主管機關，如地方主管機關變更都市計畫者。參

雙務契約的構造，要因契約當事人約定之給付與對待給付相互之間具有「依附關係」(Abhängigkeitsverhältnis)，亦即主要給付之提供繫於另一給付之提供。一方之主要給付若不為之，另一方即無為給付之必要。此類契約依其內容，與單務契約或雙務契約同³⁶。例如前舉市地重劃計畫書核定之例，人民之所以出具切結書同意施作該重劃區範圍外之計畫道路，乃因主管機關承諾將核定重劃計畫書，此一「原因」縱使未載於切結書中，主管機關若不為重劃計畫書之核定者，人民即不負施作該重劃區範圍外計畫道路之義務。

行政契約通常皆為要因契約³⁷，契約無效者，基於契約所為之給付，即構成無法律上原因之不當得利。準用民法有關不當得利之規定處理，惟行政機關不得主張利益已不存在³⁸。於例外情形，亦有存在無因契約之可能。例如債務承諾或承認契約等³⁹。

參、規範詮釋

一、行政契約法的規範特性與體系架構

行政契約的類型，一如民事契約，並非封閉的制度體系，而是存有各種形成可能性的開放狀態。所謂的「行政契約法」，基本上來自三種規範體系，一、各該專業法規（公法特別規定）⁴⁰；二、

見BVerwGE 111, 162 = NVwZ 2000, 1286, 1287; KG Berlin, NVwZ-RR 2000, 765.

36 德國實務見解，參見BVerwG, NVwZ 2000, 1285.

37 德國實務見解，參見BVerwG, NJW 1975, 1751.

38 此為德國實務之見解，參見BVerwGE 36, 108。民法第298條第1項規定讓與人已將債權之轉讓通知債務人者，縱未為讓與或讓與無效，債務人仍得以其對抗受讓人之事由，對抗讓與人。是債權之讓與契約具有不要因契約之性質，可資參照。

39 德國實務案例，參見BVerwGE 96, 326; BVerwG, NJW 1975, 1751; OVG Lüneburg, DÖV 1977, 208; OVG Berlin, NJW 1984, 2593.

40 例如自來水法第12條之1第4項，以及依該項授權訂定之「水質水量保護區土地

行政程序法（公法一般規定）⁴¹；準用民法規定（私法規定）⁴²。由於行政契約法係由此三種不同規範體系綜合組構而成（*compositum mixtum*）⁴³，故難有統一之契約構造體系，各種規定之間並非嚴然分立的規範體系，毋寧是相互補充、彼此滲透的（公私法）規範群組，從而亦無固定的契約種類與內容。不過，行政程序法作為「行政之基本法」（*Grundgesetz der Verwaltung*）⁴⁴，尤其內蘊之依法行政原則，仍構成行政契約的法框架，內涵補充、漏洞填補的規範座標。

二、行政程序法第140條第1項之規範意旨

（一）規範目的

行政程序法第140條第1項（「……始生效力」）係有關行政契約「生效要件」（*Wirksamkeitsvoraussetzung*）之規定，並以「第三人之書面同意」作為生效要件，屬於一種「同意保留」（*Zustimmungsvorbehalt*）條款⁴⁵。此一規定基本上係基於「契約不得損害第三人」之基本原則⁴⁶，與行政程序法第23條有關「程序參加」規定之保護目的⁴⁷，同其旨趣。

受限補償金發放標準」、「水質水量保護區土地受限補償行政契約範本」（九十六年三月二十一日經濟部經水字第09504607330號公告、內政部台內營字第0950819916號公告、行政院原住民族委員會原民地字第0960002820號公告會銜修正發布）。

41 行政程序法第135條至第148條。

42 行政程序法第149條。

43 參見Heinz Joachim Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 7. Aufl., 2008, § 54 Rn. 110.

44 參見Peter Häberle, *Verfassungsprinzipien „im“ Verwaltungsverfahrensgesetz*, in: Schmitt Glaeser (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, 1977, S. 47 (49).

45 參見Elke Gurlit, *Verwaltungshandeln und Rechtsverhältnis*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., 2010, § 32 Rn. 1.

46 參見BVerwG, DVBl. 1993, 434.

47 行政程序法第23條規定：「因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人。」

從權利救濟的角度而言，附第三人效力之行政處分與附第三人效力之行政契約，有所不同。行政處分對於相對人以外之第三人若產生不利之規制效力或權利侵害時，該第三人得依法循序提起撤銷訴訟，或提起行政處分無效確認訴訟，以資救濟（即一般所稱「第三人訴訟」）。反之，行政契約干預到第三人的權利時，除有無效事由外⁴⁸，現行法制並未設有「撤銷（違法、有效）行政契約」的救濟程序，故有必要從「契約生效面向」提供第三人之權利保障，藉以保護契約以外第三人（利害關係人）之基本權地位，從而系爭規定之解釋適用，亦須觀照憲法保障基本權（主要是防禦功能）的保護意旨（符合基本權意旨之合憲法律解釋），包括「侵害」（干預）概念的理解與詮釋⁴⁹。

（二）適用對象

行政程序法第140條第1項規定之解釋與適用，在觀念上應先區辨「適用範圍」與「適用要件」二種不同層次的問題，前者涉及本條所稱「行政契約」的類型與範圍；後者為行政契約是否須經「第三人同意」之適用要件，重點在於行政契約「是否侵害第三人權利」，此一問題的判斷，須視個別情形（尤其是契約規範內容）而定，與契約之類型並無必然之推導關係。

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，……」其稱「行政契約」，並未限定何種契約類型，故凡依行政程序法第135條所締結之行政契約，亦即設

48 例如行政程序法第142條規定。

49 傳統「侵害」概念之理解，指公權力對人民為具目的性、直接性、規制性、強制性的不利影響。此種狹隘之「侵害」概念不足以保護人民的基本權利，故晚近已擴大「侵害」概念，凡公權力行為致人民之基本權利無法完善行使者，皆屬之，至於行為出於有意或無意、直接或間接、屬於法律行為或事實行為，得否予以強制等，則非所問。參見李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收於：憲法理論與實踐（一），2版，頁82-83（2003年）。

定、變更或消滅公法上法律關係之契約，皆為本條適用之對象。

從條文「依約定內容履行」的文義以觀，該條所指之行政契約，至少包含「須經履行之契約」（負擔契約）。然處分契約無待履行即生權利變動之效力，從契約效力以觀，其造成權利侵害之可能，猶甚於負擔契約，自無排除適用之必要⁵⁰。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者，始生效力。」其中並無「履行」字詞，若從文義解釋之角度，似應僅限於處分契約，而不及於負擔契約。然德國通說仍多認為該項規定於負擔契約亦有適用，我國規定之解釋，更無將負擔契約排除適用之理。

行政程序法第140條第1項所定，「依約定內容履行將侵害第三人之權利者」，係行政契約是否須經第三人同意之法定要件，而非指涉特定之契約類型。所謂「侵害第三人之權利」，指影響到第三人之法律地位或法律上利益。換言之，第三人之公法上權利或法律上利益因契約之締結而受影響，若僅屬單純事實上影響或經濟上之不利益，則尚有未足⁵¹。

行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利者，主要存於處分契約，尤其「代替行政處分之行政契約」，該行政處分若對第三人權利產生不利之規制作用，即應屬之。除處分契約外，依約定內容履行將侵害第三人之權利者，亦應及於負擔契約⁵²。契約之一方

50 國內學者有主張應限於第三人負擔契約（參見林明鏘（註18），頁285）；或僅限於處分契約（程明修（註5），頁224；蕭文生（註5），頁50）。

51 例如：主管機關與某一企業締結資金補助契約，該契約之履行可能造成同業競爭者之不利益，為經濟上之不利益相關問題。參見OVG Münster, NVwZ 1984, 522; Heinz-Josef Friehe, Die Konkurrentenklage gegen einen öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrag, DÖV 1980, S. 673 (674 ff.).

52 此為德國學說與實務通說，參見Utz Schliesky, in: Knack (Begründer)/Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 9. Aufl., 2010, § 58 Rn. 15; Ramsauer (Fn. 14), § 58 Rn. 5; Hans-Günter Henneke, in: Knack (Begründer)/Henneke

若負有為一定措施之義務，且該義務之履行將導致第三人之權利受有損害者，即為已足，至於契約當事人是否有意為之，或是否事先預見損害之發生，均非所問。最典型的例子是，契約約定行政機關應作成特定之附第三人效力行政處分，例如建造執照，該建造執照之作成將對第三人（主要是鄰人）造成損害。

負擔契約所課予之義務，非以作成特定之行為（作為義務）為限，亦包含不作為在內。例如主管機關與某一工廠締結行政契約，約定主管機關不採取特定之取締或制裁措施⁵³，例如約定主管機關不作成命停工處分。此種「不作為義務」契約之履行，可能侵害第三人（主要是鄰人）請求主管機關採取特定措施之權利⁵⁴，從而應得第三人之書面同意，始生效力⁵⁵。

(Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 8. Aufl., 2004, § 58 Rn. 6; *Hans-Uwe Erichsen*, *Das Verwaltungshandeln*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2002, § 26 Rn. 8 (以下簡稱: *Erichsen*, *Das Verwaltungshandeln*); *Hans-Uwe Erichsen*, *Die Nichtigkeit und Unwirksamkeit verwaltungsrechtlicher Verträge*, Jura 1994, S. 47 (48) (以下簡稱: *Erichsen*, Jura 1994); *Eberhard Schmidt-Aßmann/Walter Krebs*, *Rechtsfragen städtebauliche Verträge*, 1992, S. 227; *Fluck* (Fn. 15), S. 56 ff; *Hans Meyer*, in: Meyer/Borgs-Maciejewski (Hrsg.), *Verwaltungs-verfahrensgesetz*, 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; 不同見解，參見 *Martin Bullinger*, *Leistungsstörung beim öffentlich-rechtlichen Vertrag*, DÖV 1977, S. 812 (816); *Jan Ziekow/Thorsten Siegel*, *Entwicklung und Perspektiven des öffentlich-rechtlichen Vertrages (Teil 1)*, VerwArch. 2004, S. 133 (138 f.).

53 此種契約於環境保護法的領域，頗為常見，一般稱為「環境保護協定」（參見 *公害糾紛處理法*第30條第2項）。

54 依請求作成措施之法律性質，得分別提起課予義務訴訟或一般給付訴訟。至於第三人是否具備訴訟權能，則依保護規範理論判別之。參見李建良（註3），頁285-301。

55 德國之例，參見 OVG Münster, NVwZ 1988, 370 (371)。惟德國學說上亦有主張，此種「負擔契約」實無異於對第三人作成「容忍處分」（*Duldungsverfügung*），故該契約應屬一種「處分契約」。參見 *Mathias Hellriegel*, *Wirksamkeit drittbelastender öffentlich-rechtlicher Verträge ohne Zustimmung des Dritten* (§ 58 Abs. 1 VwVfG), DVBl. 2007, S. 1211 (1213)。

受侵害之第三人如有多人時，應得全部之同意，如有一人不同意者，該契約之效力即處於未定狀態。第三人之同意，應以書面方式為之。此一要式性要求，與行政程序法第139條明定行政契約之締結應以書面為之的規範旨趣相同，惟不以「單一性文件」為必要⁵⁶，且形式不拘一格，法院和解筆錄，亦得作為表示同意之書面。

(三) 法律效果

行政程序法第140條第1項規定「……應經該第三人書面之同意，始生效力」，在第三人書面同意之前，系爭契約處於「效力未定」(schwebende Unwirksamkeit)之狀態⁵⁷。第三人若明確表示不同意者，該契約即終局地不生效力⁵⁸。若另有「無效」事由，則該契約歸於無效⁵⁹。第三人之書面同意，於契約締結前或締結後，均得為之⁶⁰。

56 行政程序法第139條規定行政契約以書面為之，是否須為「單一性文件」，學說見解不一，實務上目前採否定見解。參見最高行政法院96年度判字第1718號判決。

57 參見Ramsauer (Fn. 14), § 58 Rn. 9.

58 於此須說明的是，「效力未定」與「不生效力」的概念區分問題。按行政程序法第140條第1項規定：「行政契約……，應經該第三人書面之同意，始生效力。」從條文之規範構造以觀，第三人書面同意係行政契約「生效」之「前提條件」，在條件成就之前，該行政契約的效力處於未定之狀態，一旦條件成就，即生效力；反之，條件若確定無法成就者，該行政契約即終局性地不生效力。是以，行政契約之「效力未定」與「不生效力」，二者並非相互對立之概念，毋寧是以第三人同意與否作為行政契約是否「生效」的準據要素。至於儘早使行政契約確定生效，結束不確定狀態之方式，基本上有二：一、於締約過程中，行政機關依行政程序法第23條規定，依職權通知權利或法律上利益將受影響之第三人參加為當事人，使該第三人參與程序之進行，並促其作成同意與否之決定。二、於締約之後，由契約當事人定一個月以上之期限，催告該第三人，確答是否同意；於前項期限內，第三人不為確答者，視為拒絕同意。後一情形，得依行政程序法第149條準用民法規定，再類推適用民法第80條規定行之。德國學說亦持此項見解，參見Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 433 f.

59 參見Ramsauer (Fn. 14), § 58 Rn. 1.

60 第三人之書面同意，如於契約締結後為之者，得依行政程序法第149條準用民

行政程序法有關行政契約之形式及實體規定，於負擔契約均有適用，負擔契約為特定契約給付之契約上基礎，惟負擔契約如有無效之事由，是否影響依該契約所為之履行行為，尚有爭議。設若依無效契約所作成之行政處分，該行政處分並非自動而無效。該處分是否合法有效、違法有效抑或違法無效，悉依行政程序法有關行政處分之規定，特別是第111條之規定⁶¹。原則上，行政契約無效者，依契約作成之行政處分構成違法，得依行政程序法第117條以下規定撤銷之，惟須注意處分受益人有無值得保護之信賴利益。又負擔契約若違反不當聯結禁止原則者，所為之給付，例如為都市計畫，亦同時歸於無效⁶²。

三、附第三人效力行政契約之效力及其履行問題

(一) 問題提出

行政契約是否「附第三人效力」？是否應經第三人之書面同意，始生效力？問題的爭點並非只在其契約之類型，或「契約本身」是否對第三人產生之權利的侵害，尚須同時觀照契約之效力及與契約履行之關係等問題。附第三人效力之行政契約，於第三人書面同意之前，效力未定；經第三人拒絕同意者，不生效力，已如前述。於處分契約之情形，由於該契約係權利義務或法律關係發生變

法第115條有關法律行為「承認」之規定，溯及於契約締結時發生效力。

61 參見Heinz Joachim Bonk (Fn. 43), § 59 Rn. 2; Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl., 1995, § 79 Rn. 56 ff.; Maurer (Fn. 6), § 14 Rn. 46; Erichsen, *Jura* 1994 (Fn. 52), S. 51; Olaf Reidt, *Rechtsfolgen bei nichtigen städtebaulichen Verträgen*, NVwZ 1999, S. 149 (151); 不同見解, VG München, NVwR 1998, NJW 1998, 2070 (2072); Fluck (Fn. 15), S. 99 ff.; Klaus Obermayer, in: Ehlers/Link (Hrsg.), *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., 1990, § 59 Rn. 138.

62 參見VGH München, NVwZ-RR 2005, 781; Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, *Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte*, NVwZ 2007, S. 121 (127 ff.).

動之法律上基礎，該契約若不生效力，則附麗其上之法律關係或行為，自亦不生效力。尤其在「代替行政處分之行政契約」之情形（行政處分=行政契約），行政契約不生效力，連帶亦不生原應代替之行政處分的效力。

有問題者，「負擔處分」僅課予契約之一方有為特定行為或不行為之義務，義務之內容須經履行始能獲得實現，「行政契約」（基礎契約）本身與後續之「履行行為」相互分立⁶³，未經第三人同意之行政契約，其（不生）效力是否影響履行行為之效力，非無疑問，有待探討。德國學說及實務對於德國聯邦行政程序法第58條第1項規定（相當於我國行政程序法第140條第1項）是否適用於負擔契約之爭議，見解歧異之處主要亦在於負擔契約之效力與負擔契約之履行的關聯問題⁶⁴，特別是負擔契約課予行政機關作成特定行政處分之情形，行政機關依契約作成之行政處分，該處分之效力是否受契約效力之影響？此一問題思考的重點，不單只是站在第三人的角度，尚須考量行政機關的立場及依法行政原則之意旨。確切言之，未經第三人同意之行政契約，其效力為何？行政機關是否仍負有作成特定行政處分之義務？反過來說，契約當事人之一方（人民）對於契約當事人之另一方（行政機關）是否享有請求履行契約（例如作成特定行政處分）之權利？由此乃帶出行政契約與行政處分之關係及效力關聯問題。

（二）爭點分析

上述問題之層次及爭點，大抵如下：

1. 負擔契約如為有效，則

63 履行行為可能是契約一方或他方之單方行為，亦可能是另一契約行為（物權契約）。

64 參見Staudenmayer (Fn. 4), S. 27 ff.; Hellriegel (Fn. 55), S. 1211 ff.

→行政機關依契約（為履行契約）作成之行政處分，能否得予撤銷？

→行政機關依契約（為履行契約）作成之行政處分，經撤銷後，行政機關是否仍負有作成該行政處分之契約義務？

2. 負擔契約如不生效力，則

→行政機關依契約（為履行契約）作成之行政處分，是否隨基礎契約之不生效力而不生效力？

→行政機關依契約（為履行契約）作成之行政處分，是否尚須經撤銷，始不具規制效力？

→承上，如尚須經撤銷，則撤銷之理由為基礎契約不生效力？抑或須另有其他違法之獨立事由？

在觀念上，應先指出者，第三人對於不利於其權利之行政處分，於法定救濟期間內，本得依法循序提起撤銷訴訟，以資救濟，不因該行政處分是否依行政契約作成而有不同。

其次，行政處分之生效要件及其效力，屬於行政處分之實體法問題，原則上應依行政程序法有關行政處分之規定⁶⁵。

再者，行政處分固得作為行政契約之標的（「以行政處分為標的之行政契約」），並以行政契約為基礎，作成特定之行政處分。然就行政類型及制度規範而言⁶⁶，行政契約與行政處分屬不同性質的行政行為，各自發生效力，故行政契約當事人以外之第三人如循法定程序撤銷該行政處分，原則上並不會影響其所由生之行政契約。換言之，該課予（作成行政處分）義務之行政契約的效力仍然存

⁶⁵ 主要是行政程序法第110條及第111條。

⁶⁶ 行政程序法將行政處分與行政契約分章規定，顯示此二乃不同之行政制度。

在，且對後續履行契約之行政處分，具有構成要件效力（*Tatbestandswirkung*）⁶⁷。是以，後續行政處分之適法性的判斷，繫於基礎契約所構成之法律關係⁶⁸。對於第三人而言，負擔契約乃是一項獨立具有效力之法律行為，非待行政處分之作成，即可能構成對第三人權利之侵害。

相對於此，德國有學者主張：負擔契約僅拘束契約當事人⁶⁹，而不及於契約以外之第三人，第三人權利之侵害，並非來自契約本身，而是依契約所為之履行行為，第三人應針對該履行行為提起救濟，負擔契約本身並非直接之侵害，故非屬須經第三人同意之行政契約⁷⁰。此項見解之證立，尚且借用民法上之「無因性理論」（*Abstraktionsprinzip*）⁷¹為依憑。此一理論係奠基在「負擔契約」（債權行為）與「處分契約」（物權行為）的區分上，二者之效力相互獨立，彼此不受影響，尤其物權契約之有效性不以債權契約有效為前提。此種區別構造，於行政法亦非陌生。例如經濟補助法上之行政處分與私法契約二階理論，即建立在無因性理論之上。主管機關以行政處分為准予補助之決定，再由主管機關與申請人締結補助契約。核准之處分無效或經撤銷，基本上不影響補助契約之效力。若將無因性理論適用於行政法領域⁷²，則履行行為之效力應不受基

67 參見 *Erichsen*, *Das Verwaltungshandeln* (Fn. 52), § 26 Rn. 8; *Henneke* (Fn. 52), § 58 Rn. 6.

68 參見 *Bonk* (Fn. 43), § 58 Rn. 15 f.

69 參見 *Franz-Josef Peine*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., 2015, Rn. 258.

70 參見 *Hellriegel* (Fn. 55), S. 1213.

71 參見 *Peter Bassenge*, in: *Palandt (Begründer)* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 7, 73. Aufl., 2014, vor § 854 Rn. 13。民法之無因性，謂物權行為之效力不為其原因行為（債權行為）所左右，債權行為雖不成立、不生效力、被撤銷或無效，物權行為並不因此受影響，仍發生物權變動的法律效果。於此須再提請注意的是，物權行為無因性理論之適用，以物權行為本身有效成立為前提，如果物權行為本身不成立、不生效力、被撤銷或無效，則根本不發生無因的問題。參見 *王澤鑑*，*民法物權*，修訂版，頁81（2009年）。

72 關於無因性理論於行政法的適用問題，參見 *Staudenmayer* (Fn. 4), S. 32 ff.

礎負擔契約之影響，則可由此反推出：基礎負擔契約無經第三人同意之必要。

（三）本文見解

本文認為，行政契約與行政處分（或履行行為）之關係，應從法秩序作整全及體系的觀照，「完全依附」或「完全分離」的二種立場皆有所偏。行政契約，尤其是負擔契約，乃是將抽象法律關係予以個別化及具體化的一種法律工具。透過行政契約之締結，契約當事人在一定的事實基礎下，形成一種具有拘束力之公法上法律關係，其直接之效力雖僅及契約當事人，然其所形構的公法上法律關係，卻足以作為後續相關行政行為的前提性法基礎，更可能使依據契約所為之履行行為的合法性，取決於基礎契約之有效性。例如行政契約課予行政機關作成特定之行政處分（負擔契約），該行政處分之作成，行政機關依法如享有裁量權者，則該負擔契約的有效存在，即構成「依約履行」之行政處分是否適法的重要基礎。

續就所謂「（物權）無因性理論」以論，此一理論係德國民法的特色及德國法學的特殊思維方式⁷³，雖亦為我國民法（理論）所繼受，然此一理論於民法學界始終具有爭議，是否毫無保留地移用行政法領域，不無疑問，理由如下：首先，行政法上負擔契約的履行，未必是物權行為，常見之情形為行政機關負有作成特定行政處分之義務。其次，（物權）無因性理論旨在保護交易安全，避免善意第三人之權利受到侵害。行政程序法第140條第1項同樣亦旨在保護第三人，卻與第三人是否「善意」無必然關聯，而是當行政機關與人民締結之負擔契約，其履行將導致（可預知之）第三人的權利受到侵害，即應先經該第三人之同意，始生效力，以資保護。例如：行政機關某企業締結「合作開發計畫」，行政機關承諾將發給

⁷³ 德國「無因性理論」不僅運用在債權與物權的區分上，其他民法問題亦見無因性理論的思維，例如代理權之授予與其基礎法律關係的區別。

該企業開發許可，依該許可所為之開發行為將危及周邊居民之權利。此一行政契約是否違法，基本上有二種可能性：

1. 違反行政程序法第137條第1項、第142條規定，無效？
2. 違反行政程序法第140條第1項，不生效力？

設若系爭負擔契約違反行政程序法第137條而無效⁷⁴，則得依此契約作成系爭許可之法律上基礎業已失所附麗，從而亦無同意之必要。反之，如前所述，行政程序法第137條旨在保護契約當事人之一方（人民），則系爭契約若無損於契約當事人之一方（人民），尤其行政機關與人民共謀互利，尚難依行政程序法第137條第1項規定論以契約之情況，唯有透過行政程序法第140條第1項規定，始能周全保障第三人之權利免於受到行政契約（與特定人民共謀）的侵害。此種情形對於負擔契約於實務上的運用，或將造成諸多不便，影響行政效率，然基於保障人民權益及建立行政契約程序正當要求之考量，仍應給予利害關係人表示同意與否之機會，以符依法行政的旨趣與人民權利保障的法治要求。

（四）小結

附第三人效力行政契約之效力及其履行問題之爭點與觀點，節要整理如下：

1. 行政契約與履行行為之關係，視契約類型處分契約或負擔契約而定。於處分契約，效力相依，行政契約不生效力，其履行行為亦不生效力（嚴格而言，處分契約並無履行行為）；於負擔契約，行政契約不生效力，其履行行為之效力仍在，但屬無法律上原因之行為或給付。

⁷⁴ 德國學者Maurer即以此設例，並主張此種情形應構成契約無效。參見Maurer (Fn. 6), § 14 Rn. 30.

2. 於「以行政處分為標的之行政契約」（以行政契約課予行政機關作成行政處分之義務）之情形，因行政契約與行政處分（履行行為）分屬不同性質的行政行為，各自發生效力，故第三人得循法定程序撤銷該行政處分。該行政處分經撤銷者，不影響該處分所由之行政契約的效力。

3. 承上，行政契約與行政處分（履行行為）雖屬不同性質之行政行為，但課予（作成行政處分）義務之行政契約，對後續履行契約之行政處分，具有構成要件效力，足以作為行政處分（履行行為）的法律基礎之一，同時亦為該處分適法性的判斷基礎之一。例如行政契約課予行政機關作成特定之行政處分（負擔契約），該行政處分之作成，行政機關依法如享有裁量權者，則該負擔契約的有效存在，即構成「依約履行」之行政處分是否適法的重要基礎。

4. 再承上，課予行政機關作成特定行政處分之行政契約，如未生效力或有無效事由，依該行政契約所為之行政處分仍具效力，但因該行政處分而權利受侵害之第三人，得以其基礎行政契約未生效力或無效為由，撤銷該行政處分。

肆、判決評析

本文開篇以最高行政法院98年度判字第1466號判決為前導，尋繹出負擔契約與處分契約的概念及問題探討脈絡，該段理由言簡意未必賅，值得考究斟酌，謹先分點表列，再依序評析於後：

一、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，其規範目的，乃在避免行政機關締結行政契約賤售公權力或濫用公權力致侵害第三人之權利。

二、行政契約大部分均屬雙務契約，行政法律關係原則上常見多面法律關係而非單純雙面法律關係，則任何雙務契約之履行，倘解為均須相關第三人書面之同意，行政契約實際上將無從締結或發生效力。

三、該條之適用範圍應認僅限於處分契約（直接引起第三人權利變動者）或第三人負擔契約（約定由第三人對他方為給付者）。

四、本件再審被告間之行政契約非為處分契約或第三人負擔契約，再審原告稱其系爭土地之租賃權受行政契約之影響，並非行政程序法第140條第1項之適用範疇。

一、行政程序法第140條第1項之規範目的在避免「賤售公權力」

系爭判決首揭行政程序法第140條第1項之「規範目的，乃在避免行政機關締結行政契約賤售公權力或濫用公權力致侵害第三人之權利。」其中「濫用公權力致侵害第三人之權利」，允為該項最重要的規範目的。行政機關濫用公權力的態樣多端，致人民（第三人）權利受侵害者，情形亦夥，本條的規範重點主要集中在以「締結行政契約」的方式構成第三人權利受侵害之情形，不及其他。換言之，致第三人權利侵害者，並非單純公權力之行使，而是（須經契約另一方[可能是人民]合意之）行政契約，從而「賤賣公權力」是否「致侵害第三人之權利」，乃至於「賤賣公權力」與第三人權利保障目的之間的關聯性，其規範義蘊即不無深思的餘地⁷⁵。

體系思考行政程序法之相關規定，直接寓有防止行政機關賤賣公權力之規範目的者，厥為第137條⁷⁶，尤其第1項第3款「人民之

75 關於行政程序法第140條第1項旨在防免行政機關賤售或濫用公權力，參見林明鏞（註18），頁285。

76 參見陳婉真委員版之立法理由：「雙務契約是最典型的行政契約，因極可能出

給付與行政機關之給付應相當，並具有正當合理之關聯」所揭櫫的「不當聯結禁止原則」(Koppelungsverbot)⁷⁷。細察其旨，無非避免人民因行政契約而負有無助於行政任務且顯不相當之給付義務，保護取向側重契約相對人(人民)，而非契約以外之第三人。由此反思，行政程序法第140條第1項若兼具避免行政機關賤賣公權力及防止第三人權利受侵害之雙重規範意旨，則可想而知該項所欲防制的「不法行政契約」，殆為行政機關與人民合謀互蒙其利卻損及他人的「利益交換契約」(互益契約)。例如主管機關賤售開發許可予特定之人民(企業)，而該許可的核發及後續之實施行為將危及附近居民的生命、身體及財產；又如人民(廠商)以利益換取公權力(取締管制)的不行使，而該行政不作為又適足以侵害第三人(當地居民)的權利⁷⁸。系爭判決所稱「避免行政機關締結行政契約賤售公權力致侵害第三人之權利」，若(理應)包含上揭情形，則其適用對象亦應及於負擔契約。蓋上舉之「互益契約」多以互負義務之方

現諸如行政機關假藉雙務契約之便『出售公權力』，或憑其優勢使相對之人民蒙受不利益等等之弊端，爰設本條規定其概念與要件，以為防範。基於前述防弊之目的，本條爰首於第1項限制行政機關僅得於人民為特定目的之給付有助於其執行行政任務時，始得與人民締結使人民負該給付義務之雙務契約。又為防該實質限制要件遭到規避，另於第2項前段規定人民之給付應於契約中明定使用於前項所稱之特定目的。至於行政機關之對待給付義務為何，自以在行政機關本身法定權限範圍內為限，故毋庸再為明文。第2項後段規定人民之給付應與行政機關契約上之對待給付相當，乃比例原則之表現，意指給付與對待給付兩者間應立於某種均衡關係，以免人民在行政機關之優勢壓力下，約定承擔不相當之給付義務，而蒙受顯失公平之不利益。第2項後段另規定人民之給付應與行政機關之對待給付具有正當合理之關聯，則係不當連結禁止原則(Koppelungsverbot)之表現，可視為第1項之補強規定，具有杜絕行政機關『出售公權力』暨保護人民權益之雙重功能。……」另參Ramsauer (Fn. 14), § 56 Rn. 1; Gudula Loomann, „Ausverkauf von Hoheitsrechten“ in Verträge zwischen Bauherrn und Gebietskörperschaft, NJW 1996, S. 1439 (1439 f.).

77 相關討論，參見Siehe Butzer, Brauchen wir das Koppelungsverbot nach § 56 VwVfG?, DÖV 2002, S. 881 (881 ff.); Christian-Friedrich Menger, Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, VerwArch 1973, S. 203 (207); Lerke Schulze-Osterloch, Zulässigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages und Koppelungsverbot, JuS 1980, S. 458 (458 f.).

78 司法院釋字第469號解釋意旨，可資參照。

式締結，少有直接發生法律關係之變動或以行政契約代替行政處分。

二、雙務契約、多面法律關係與須經第三人同意之行政契約

離開規範目的，系爭判決轉而指稱：「惟行政契約大部分均屬雙務契約，行政法律關係原則上常見多面法律關係而非單純雙面法律關係，任何雙務契約之履行，倘解為均須相關第三人書面之同意，行政契約實際上將無從締結或發生效力。」這段論述出現「雙務契約」、「多面法律關係」、「雙面法律關係」等概念，並以此等概念推導出雙務契約之「履行」，須經第三人書面同意，行政契約將無從締結或生效之論斷，其中明顯的問題是：「任何雙務契約之履行，倘解為均須相關第三人書面之同意」的說法。蓋須經第三人書面同意者，為行政契約之締結（不問事前或事後），契約之「履行」，基本上不生同意與否之問題。況且，雙務契約若有待履行，則其必然是負擔契約，處分契約並無履行之問題。

其次，系爭判決並未說明「雙務契約」之意涵，是否專指行政程序法第137條第1項之雙務契約，抑或包括任何種類之雙務契約⁷⁹，不得而知，暫置不論。比較需要詳究者，乃「行政法律關係原則上常見多面法律關係而非單純雙面法律關係」的闡釋。此處所指「行政法律關係」，實則不等於「行政契約關係」，所謂行政法律關係原則上常見多面法律關係，主要存於以「行政處分」所構成之法律關係。例如建造執照或操作許可的核發，經常形成主管機關、起造人或工廠經營者與第三人（鄰人）的三角關係；又如都市計畫之個別變更，其效力及於該區域之所有居民⁸⁰，形成多面之行政法律關係⁸¹。相對而言，行政契約原則上只規範契約之雙方當事人，

79 參見前述「貳、二」。

80 參見司法院釋字第156號解釋理由書。

81 參見李建良，行政法基本十講，修訂5版，頁209（2014年）。

形成雙面法律關係，契約當事人有多人者，亦可能形成多面之法律關係。至於是否對於「契約以外」之第三人的權利造成影響或侵害，則須視各別契約的內容而定。準此以言，系爭判決從行政法律關係原則上常見多面法律關係，跳接到任何雙務契約皆須第三人書面同意之問題，不無將「多面契約關係」與「多面行政法律關係」混為一談之嫌。

況且，若謂行政法律關係原則上常見多面法律關係，則參諸與行政程序法第23條為保護第三人所定「程序參加」之規範精神，正確的推論也應該是：行政契約之締結將影響第三人之權利或法律上利益者，行政機關應依職權通知其參加，或經該相關第三人之同意，而非行政契約實際上將無從締結或發生效力。蓋行政程序法第140條第1項的規範目的正欲使此種可能侵害第三人權利之行政契約不生效力。

三、處分契約＝直接引起第三人權利變動之契約？第三人負擔契約＝約定由第三人對他方為給付之契約？

基於行政程序法第140條第1項之「規範目的」及「行政法律關係原則上常見多面法律關係」兩項前提，系爭判決推論得出：「故」該條之適用範圍應認僅限於處分契約（直接引起第三人權利變動者）或第三人負擔契約（約定由第三人對他方為給付者）。單從法律思維邏輯來看，保護第三人免受公權力侵害之規範目的和行政多面法律關係之事實現象，如何可以推導出行政程序法第140條第1項之「限縮適用」，令人費解。再觀判決以括號夾敘方式所稱的「處分契約」（直接引起第三人權利變動者）及「第三人負擔契約」（約定由第三人對他方為給付者），其概念意涵亦有未明，易滋誤解。

如前所述，處分契約係直接發生權利義務或法律關係變動之契約，透過契約所得變動者，通常為契約當事人之權利，或契約當事

人所得支配或處分之權利。所謂「直接引起第三人權利變動」之契約，該第三人毫無所悉者，殊難想像；若未經該第三人之同意或授予契約當事人處分之權利，該契約原本即不生效力，實亦無透過法律明文予以保障之必要。蓋姑不論契約之內容是否違反法律規範，從「未經同意，不生拘束」的角度而言，契約未經系爭第三人之同意，不生效力，乃屬當然。再者，負擔契約乃構成特定給付義務之契約，約定由第三人對他方為給付，確為負擔契約的一種態樣⁸²。然契約雙方若約定由第三人對他方給付者，必須經該第三人同意，始生效力。蓋無論何人，如未得他人之允諾，不得使其蒙受不利益，第三人若未參與，契約之效力僅發生於契約當事人間，第三人不受契約效力之拘束⁸³，此為契約法上之通例，無待法律明文。

準上以言，系爭判決對於行政程序法第140條第1項作限縮解釋，不僅在理由論證上存有瑕疵，其將適用範圍侷限在「直接引起第三人權利變動」與「約定由第三人對他方為給付」二種契約，混淆第三人是否（成）為契約之當事人與第三人權利是否受契約侵害二種不同層次的觀念，更將使該項規定形同具文，實不宜成為行政法院之具拘束力的法律見解。

伍、綜合論述

茲將本文對於行政程序法第140條第1項規範意旨之論述與觀

82 此種約定由第三人對他方為給付之契約（第三人負擔契約）的觀念，基本上取自民法第268條規定：「契約當事人之一方，約定由第三人對於他方為給付者，於第三人不為給付時，應負損害賠償責任。」然此項規定僅規定第三人不為給付時，契約當事人之一方應負損害賠償責任，而非第三人負有給付之義務。國內有學者主張行政程序法第140條第1項僅限於「第三人負擔契約」（即我國民法第268條規定）（參見林明鏞（註18），頁287），似乎混淆了「對第三人產生效力之契約」與「約定由第三人對於他方為給付」之契約。

83 參見孫森焱，民法債編總論（下冊），修訂版，頁835-836（2009年）。

點，重點整理如下，以供參考：

一、首應指出者，我國行政程序法第140條第1項「履行」，與德國行政程序法第58條第1項所無，是否為畫蛇添足之作或立法錯誤，屬法律評價問題。本文透過論證與說理，認為該項適用範圍應及於負擔契約與處分契約，與有無「履行」二字並無必然關聯。

二、行政程序法第140條第1項係行政契約「生效要件」之規定，基於「契約不得損害第三人」之基本原則，以「第三人之書面同意」作為生效要件，屬於一種「同意保留」條款。

三、行政程序法第140條第1項規定之解釋與適用，在觀念上應先區辨「適用範圍」與「適用要件」二種不同層次的問題，前者涉及本條所稱「行政契約」的類型與範圍；後者為行政契約是否須經「第三人同意」之適用要件，重點在於行政契約「是否侵害第三人權利」，此一問題的判斷，須視個別情形（尤其是契約規範內容）而定，與契約之類型並無必然之推導關係，故凡依行政程序法第135條所締結之行政契約，亦即設定、變更或消滅公法上法律關係之契約，皆為本條適用之對象。

四、從行政程序法第140條第1項條文「依約定內容履行」的文義以觀，該條所指之行政契約，至少包含「須經履行之契約」（負擔契約）。然處分契約無待履行即生權利變動之效力，從契約效力以觀，其造成權利侵害之可能，猶甚於負擔契約，自無排除適用之必要。

五、行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利者，主要存於處分契約，尤其「代替行政處分之行政契約」，該行政處分若對第三人權利產生不利之規制作用，即應屬之。除處分契約外，依約定內容履行將侵害第三人之權利者，亦應及於負擔契約。契約之一方若負有為一定措施之義務，且該義務之履行將導致第三人之權利

受有損害者，即為已足，至於契約當事人是否有意為之，或是否事先預見損害之發生，均非所問。最典型的例子是，契約約定行政機關應作成特定之附第三人效力行政處分，例如建造執照，該建造執照之作成將對第三人（主要是鄰人）造成損害。

六、行政程序法第140條第1項規定「……應經該第三人書面之同意，始生效力」，在第三人書面同意之前，系爭契約處於「效力未定」狀態。第三人若明確表示不同意者，該契約即終局地不生效力。若另有「無效」事由，則該契約歸於無效。第三人之書面同意，於契約締結前或締結後，均得為之。

七、行政程序法有關行政契約之形式及實體規定，於負擔契約均有適用，負擔契約為特定契約給付之契約上基礎，惟負擔契約如有無效之事由，是否影響依該契約所為之履行行為，尚有爭議。設若依無效契約所作成之行政處分，該行政處分並非自動無效。該處分是否合法有效、違法有效抑或違法無效，悉依行政程序法有關行政處分之規定，特別是第111條之規定。原則上，行政契約無效者，依契約作成之行政處分構成違法，得依行政程序法第117條以下規定撤銷之，惟須注意處分受益人有無值得保護之信賴利益。又負擔契約若違反不當聯結禁止原則者，所為之給付，例如為都市計畫，亦同時歸於無效⁸⁴。

八、行政契約與履行行為之關係，視契約類型處分契約或負擔契約而定。於處分契約，效力相依，行政契約不生效力，其履行行

84 此處所述「負擔契約若違反不當聯結禁止原則者，所為之給付，例如為都市計畫，亦同時歸於無效」，其中之「都市計畫」，係指行政契約之「給付標的」，而非「都市計畫」屬「行政契約」之一種。例如本文之前導案例：中泰賓館與臺北市政府簽訂「都市計畫變更協議書」與「回饋土地捐贈契約書」，前者行政契約之標的為「變更都市計畫」，此項契約之給付若違反不當聯結禁止原則者（行政程序法第137條第1項第3款），該行政契約無效（行政程序法第142條第4款），依契約所為之給付（變更都市計畫）亦歸於無效。

為亦不生效力（嚴格而言，處分契約並無履行行為）；於負擔契約，行政契約不生效力，其履行行為之效力仍在，但屬無法律上原因之行為或給付。

九、於「以行政處分為標的之行政契約」（以行政契約課予行政機關作成行政處分之義務）之情形，因行政契約與行政處分（履行行為）分屬不同性質的行政行為，各自發生效力，故第三人得循法定程序撤銷該行政處分。該行政處分經撤銷者，不影響該處分所由之行政契約的效力。

十、行政契約與行政處分（履行行為）雖屬不同性質之行政行為，但課予（作成行政處分）義務之行政契約，對後續履行契約之行政處分，具有構成要件效力，足以作為行政處分（履行行為）的法律基礎之一，同時亦為該處分適法性的判斷基礎之一。課予行政機關作成特定行政處分之行政契約，如未生效力或有無效事由，依該行政契約所為之行政處分仍具效力，但因該行政處分而權利受侵害之第三人，得以其基礎行政契約未生效力或無效為由，撤銷該行政處分。

陸、後設思維

本文從一則實務案例談起，導引出「負擔契約」與「處分契約」的類型概念區辨，並據以析論「附第三人效力之行政契約」的適用問題。就此來說，此二契約類型的區分及規範作用，似乎僅在解釋、適用行政程序法第140條第1項規定。實則，作為一種審議式行政治理模式的行政契約⁸⁵，其制度機能應遠大於只是作為法律解

⁸⁵ 所謂「審議式行政治理模式」的行政契約，旨在強調行政契約有別於（片面、規制之）行政處分的制度功能。藉由行政契約之運用，行政機關得以透過商

釋的工具，也因此行政契約類型的創設與形塑，必須著眼於依法行政的法治要求與基本權利的保障旨趣，並放在行政過程及權力運作的脈絡下作全局性的觀察，方能切中肯綮。

行政契約與行政處分，在制度功能上有所不同。契約旨在建構未來的可能性⁸⁶，行政契約的制度機能在於建立未來取向的義務，形成以給付為核心構造的法律關係。相對而言，行政處分則是以直接發生法律變動為取向，故行政處分多半具有片面的「處分」(Verfügung)性格⁸⁷。因此，行政處分通常較不易組構具有未來性、相互性、對等性的義務群與法律關係。

負擔契約與處分契約的區分，在處理契約不履行的問題上有所不同。契約是否履行僅存在於負擔契約；反之，處分契約原則上不生履行問題⁸⁸。此一制度區分實益，民法與行政法同其旨趣，法理及規範可以相互為用。然就制度目的以論，契約與負擔契約區別的實益，於民法領域著重於交易安全的確保，行政法則是建立合理且適時作成合法行政決定的可能性。透過契約的運用，可以適切的分割「行政契約」與「行政處分」的運用時點。就此意義而言，負擔處分應為行政任務履行的主要選項，重要性與日遽增，「一次見效」的處分契約毋寧是一種例外情形。也因此行政契約通常應該是「要因契約」。一個有效成立之負擔契約，通常同時是另一履行行為之法律基礎。基礎不存，後續履行行為亦應失所附麗，並連動衍生出各種公法上之請求權（例如公法上不當得利請求權）。

議、溝通、論辯，乃至於妥協的過程建構規範制度、形成法律關係，不僅有助於提高行政效能，增進人民對行政之信賴，且可使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，達到保障人民權益之目的（行政程序法第1條）。

86 參見Fluck (Fn. 15), S. 28 ff., 119; Schlette (Fn. 58), S. 24.

87 形成處分與確認處分皆有此種特質。下命處分以課予特定義務為規制內容，此點固與契約旨趣相通，然因行政機關握有片面執行的權力，與契約形成有賴「自動履行」或「他力執行」的契約義務，仍有不同。

88 參見Bullinger (Fn. 52), S. 812 (813).

契約是一種建立在（至少）雙方合意，而有別於單方決斷的法律制度。透過契約之締結，當事人之間（inter partes）經由共識而產生法規範，並據此導出各種權利與義務⁸⁹。契約具有交互作用的特徵，二人或多人之間的契約關係，未嘗不是一種「社會」⁹⁰。根據洛克在《政府二論》下篇第二章「自然狀態」的說法，契約是一種自然權利，其謂：「人與人之間可以相互締結其他協議或契約，即使是處於自然狀態中。兩個人在荒蕪不毛的島上，……或是一個瑞士人和一個印地安人在美洲森林裡所訂立的交換協議和契約，對雙方是具有拘束力的，儘管他們是在自然狀態中。因為誠實與信守承諾，是屬於作為人，而不是作為社會成員的人類品質（For Truth and keeping of Faith belongs to Men, as Men, and not as Members of Society.）⁹¹」（粗體字為作者所強調）

旨哉斯言，法諺乃云：「協議應予嚴守」（*pacta sunt servanda*; agreements must be kept; Verträge sind einzuhalten.），從而契約必須遵守，契約亦必有因。受契約拘束或干預者，須對契約有影響的可能性，或至少必須得其同意，契約是否生效條件亦須繫於有效的同意。契約未經同意而不生效力，但根據不生效力的契約產生的給付，如果依然不受影響，不啻與契約應受遵守的法理與本質背道而馳。在行政契約廣受運用的今天，如何使行政契約的規範效力與法治原則兼容並蓄、相得益彰，誠為行政契約法學的當前待解課題與未來發展方向。

89 參見 Christian Starck, Gesetz und Vertrag, Grundbegriffliche Klärungen, in: Behrends/Starck (Hrsg.), Gesetz und Vertrag II, 12. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 2005, S. 13.

90 參見梅仲協，法學緒論，新一版，頁3（1985年）。

91 參見JOHN LOCKE, TWO TREATIES OF GOVERNMENT 277 (Peter Laslett ed., 1988).

參考文獻

1. 中文部分

- 王文字（2007），行政判斷與BOT法制——以ETC案及京站案為例，月旦法學雜誌，142期，頁5-36。
- 王澤鑑（2000），民法總則，修訂版，臺北：自版。
- （2009），民法物權，修訂版，臺北：自版。
- 江嘉琪（2006），ETC契約之公、私法性質爭議——以台北高等行政法院九四年停字第一二二號裁定與九四年訴字第七五二號判決為中心，台灣本土法學雜誌，81期，頁112-115。
- 吳志光（2006），ETC裁判與行政契約——兼論德國行政契約法制之變革方向，月旦法學雜誌，135期，頁14-28。
- 李建良（2003），基本權利理論體系之構成及其思考層次，收於：憲法理論與實踐（一），2版，頁55-101，臺北：學林。
- （2008），行政契約與私法契約區分的新思維——從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起，台灣法學雜誌，107期，頁55-74。
- （2011），保護規範理論之思維與應用——行政法院裁判若干問題舉隅，收於：黃丞儀編，2010行政管制與行政爭訟，頁249-520，臺北：中央研究院法律學研究所。
- （2014），行政法基本十講，修訂5版，臺北：元照。
- 李惠宗（2006），行政法院對BOT最優申請人決定程序的審查——兼評台北高等行政法院九四年訴字第七五二號（ETC）判決，台灣本土法學雜誌，82期，頁177-190。
- 林明昕（2005），行政契約法上實務問題之回顧——兼論公、私法契約之區別，國立中正大學法學叢刊，18期，頁253-296。
- （2006），論ETC案中之行政爭訟問題——以暫時權利保護

- 為中心，台灣本土法學雜誌，82期，頁226-233。
- 林明鏘（2006），ETC判決與公益原則——評台北高等行政法院94年度訴字第752號判決及94年度停字第122號裁定，月旦法學雜誌，134期，頁5-25。
- （2006），行政契約對第三人效力之研究——兼評台北高等行政法院九十三年訴字第四〇二七號判決，收於：行政契約法研究，頁279-304，臺北：翰蘆。
- （2006），行政契約與私法契約之比較研究——從戒嚴時期不當審判事件之和解契約論起，收於：行政契約法研究，頁101-124，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。
- （2006），促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，台灣本土法學雜誌，82期，頁218-225。
- 孫森焱（2008），民法債編總論（上冊），修訂版，臺北：自版。
- （2009），民法債編總論（下冊），修訂版，臺北：自版。
- 梅仲協（1985），法學緒論，新一版，臺北：華岡。
- 陳淳文（2002），公法契約與私法契約之劃分，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁131-164，臺北：元照。
- 陳愛娥（2002），行政上所運用契約之法律歸屬，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁77-130，臺北：元照。
- （2006），促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分——評台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134期，頁26-45。
- 程明修（2006），公私協力行為對建構「行政合作法」之影響——以台北高等行政法院ETC案為契機，月旦法學雜誌，135期，

頁5-13。

——（2010），應經第三人同意始生效力之行政契約限於處分契約第三人負擔契約？——最高行98判1466，台灣法學雜誌，145期，頁223-224。

黃錦堂（2002），行政契約法主要適用問題之研究，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁3-75，臺北：元照。

——（2007），行政判斷與司法審查——最高行政法院高速公路電子收費系統（ETC）案判決評論，收於：湯德宗、李建良編，2006行政管制與行政爭訟，頁311-373，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。

詹鎮榮（2006），促進民間參與公共建設法之現實與理論——評台北高等行政法院之ETC相關裁判，月旦法學雜誌，134期，頁46-67。

蔡茂寅（2002），行政契約相關問題之研究——以公、私法契約的判準為中心，收於：廖義男教授祝壽論文集委員會編，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295-324，臺北：元照。

蕭文生（2010），應經第三人書面同意始生效力之行政契約——評最高行政法院九十六年判字第一九一八及九十八年判字第一四六六號判決，月旦裁判時報，2期，頁46-51。

2. 外文部分

Bassenge, Peter (2014), in: Palandt (Begründer) (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 73. Aufl., München: C. H. Beck.

Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter (2007), Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte, NVwZ, S. 121-128.

Bonk, Heinz Joachim (2008), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.),

- Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 7. Aufl., München: C.H. Beck, §§ 54, 58.
- Bullinger, Martin (1977), Leistungsstörung beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, DÖV, S. 812-817.
- Butterwegge, Georg (2001), Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt, Berlin: Duncker & Humblot.
- Butzer, Siehe (2002), Brauchen wir das Kopplungsverbot nach § 56 VwVfG?, DÖV, S. 881-891.
- 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, § 26.
- Fluck, Jürgen (1985), Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt, Berlin: Duncker & Humblot.
- Friehe, Heinz-Josef (1980), Die Konkurrentenklage gegen einen öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrag, DÖV, S. 673-677.
- Gurlit, Elke (2000), Verwaltungsvertrag und Gesetz, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (2010), Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin: De Gruyter, § 32.
- Häberle, Peter (1977), Verfassungsprinzipien „im“ Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Schmitt Glaeser (Hrsg.), Verwaltungsverfahren, Stuttgart: Richard Boorberg, S. 47-93.
- Heinrichs, Helmut (2009), in: Palandt (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 68. Aufl., München: C. H. Beck, § 104.
- Hellriegel, Mathias (2007), Wirksamkeit drittbelastender öffentlich-rechtlicher Verträge ohne Zustimmung des Dritten (§ 58 Abs. 1

- VwVfG), DVBl., S. 1211-1214.
- Henneke, Hans-Günter (2004), in: Knack (Begründer)/Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 8. Aufl., Köln: Carl Heymanns, § 58.
- Kawalla, Klaus-Dieter (1984), *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag und seine Abwicklung*, Konstanz: Hartung-Gorre.
- Knuth, Andreas (1986), *Konkurrentenklage gegen einen öffentlichrechtlichen Subventionsvertrag*, JuS, S. 523-530.
- Kunig, Philip (1992), *Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten*, DVBl., S. 1193-1203.
- Locke, John. 1988. *Two Treatises of Government*, edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press.
- Loomann, Gudula (1996), „Ausverkauf von Hoheitsrechten“ in *Verträge zwischen Bauherrn und Gebietskörperschaft*, NJW, S. 1439-1443.
- Maurer, Hartmut (1976), *Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes*, JuS, S. 485-497.
- (2011), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl., München: C. H. Beck.
- Menger, Christian-Friedrich (1973), *Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen*, VerwArch, S. 203-208.
- Meyer, Hans (1982), in: Meyer/Borgs-Maciejewski (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Alfred Metzner.
- Obermayer, Klaus (1990), in: Ehlers/Link (Hrsg.), *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Neuwied: Luchterhand, § 59.
- Peine, Franz-Josef (2015), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Punke, Jürgen (1988), *Verwaltungshandeln durch Vertrag*, Kiel: Lorenz-von-Stein-Inst. f. Verwaltungswiss.

- Ramsauer, Ulrich (2010), in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 11. Aufl., München: C. H. Beck, § 54, § 56, § 58.
- Redeker, Konrad (1966), *Die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Musterentwurf*, DÖV, S. 543-549.
- Reidt, Olaf (1999), *Rechtsfolgen bei nichtigen städtebaulichen Verträgen*, NVwZ, S. 149-151.
- Scherzberg, Arno (1992), *Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, JuS, S. 205-215.
- Schlette, Volker (2000), *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schliesky, Utz (2010), in: Knack (Begründer)/Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 9. Aufl., Köln: Carl Heymanns, § 58.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Krebs, Walter (1992), *Rechtsfragen städtebauliche Verträge*, Köln: Dt. Gemeindeverl.
- Schmitz, Heribert (2005), „Die Verträge sollen sicherer werden“ – Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag, DVBl., S. 17-24.
- (2008), *Kooperationsverträge*, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), *Verwaltungskooperation*, Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, S. 51-60.
- Schulze-Osterloch, Lerke (1980), *Zulässigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages und Kopplungsverbot*, JuS, S. 458-459.
- Starck, Christian (2005), *Gesetz und Vertrag, Grundbegriffliche Klärungen*, in: Behrends/Starck (Hrsg.), *Gesetz und Vertrag II*, 12. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, S. 9-25.

Staudenmayer, Cornelia (1997), Der Verwaltungsvertrag mit Drittwirkung, Konstanz: Hartung-Gorre.

Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner (1995), Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., Köln: Heymann.

Ziekow, Jan/Siegel, Thorsten (2004), Entwicklung und Perspektiven des öffentlich-rechtlichen Vertrages (Teil 1), VerwArch., S. 133-150.

On Administrative Contracts with Obligatory Effects, Disposal Effects, and the Third-Party Effects:

Comments on Decision No. 1466 of 2009 from the Supreme
Administrative Court

*Chien-Liang Lee**

Abstract

Given that administrative contracts are a tool and regulatory model of deliberative administrative governance, one should distinguish, on top of its legal definition, legal issues regarding its typology, effects and performance. This article uses Decision No. 1466 of 2009 rendered by the Supreme Administrative Court as an example to compare it with relevant theories and practices of German administrative law as well as to discuss the regulatory purposes and applicable scope of Article 140, Section 1 of Taiwan's Administrative Procedure Act. First of all, this article distinguishes the meaning and the scope of fundamental concepts, such as contracts with obligatory effects, contracts with disposal effects, and contracts with third party effects, as well as unilateral contracts, bilateral contracts, abstract contracts, and contracts with causes. Second, it analyzes the normative characters and the structure of administrative contract law. It claims that the applicable scope of Article 140, Section 1 of Taiwan's Administrative Procedure Act should not be limited to contracts with disposal effects but should apply to contracts with obligatory effects. Furthermore, it elaborates the effects and performance of contracts with third party effects. To conclude, the article comments

* Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

on the above-mentioned decision and offers views for future discussions in theory and practice.

KEYWORDS: administrative contract, administrative dispositon, contract with obligatory effect, contract with disposal effect, contract with the third party effect.