

## 行政契約之定義與適用<sup>\*</sup>

### —— 由吳庚教授之學說出發

吳秦雯<sup>\*\*</sup>

#### 摘要

本文首先以吳庚教授創見的行政契約區別標準與例示的行政契約清單為中心，探究我國現今行政法院實務判決中，私人間締結行政契約的可能性與區別標準，並論述建構行政契約典型契約之可能性與態樣。其次，本文對於行政契約履約過程中，行政實務慣常交錯使用的行政契約與行政處分之情形提出檢討。本文贊同吳庚教授提示之行政契約民主參與功能，因而認為行政行為之併用應有一定的限制。

關鍵詞：行政契約、私人間締結行政契約、典型契約、履約爭議。

---

\* 投稿日：2019年2月12日；接受刊登日：2019年5月9日。〔責任校對：黃品瑜〕。

\*\* 國立政治大學法學院副教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/12411191.pdf>。



## 目次

壹、前言	參、現行我國行政契約適用轉換之限制與可能
貳、行政契約定義與類型之再開拓	一、行為形式併用之常態
一、行政契約與私法契約之區分標準	二、以行政契約之功能目的為思考主軸
二、建立行政契約清單：典型契約之建構可能？	肆、結論：行政契約之開拓與深耕

## 壹、前言

我國行政契約法制之發展，以訴願法、行政訴訟法大幅修正擴大訴訟種類<sup>1</sup>，以及行政程序法之公布施行作為一個重要的里程碑<sup>2</sup>，要無疑義。因為此三部法律之修正或制定公布，正式承認行政契約此一行政行為於我國之法典化與可訟性，開展我國之行政法律關係從單方拓展到雙方、從下命指揮進化到參與協商、從上下權力支配關係調整為對等契約締結關係之嶄新、進步且合乎民主化世界潮流之局面。然於此三部重要的行政法法律公布施行之前，關於行政契約之系統性研究與論述，並不多見<sup>3</sup>，其中當以吳庚教授於1978年6月1日刊登於國立臺灣大學法學論叢第7卷第2期之鴻文〈行政契約之基本問題〉<sup>4</sup>，論述最為完整。該文並為1992年發行第一版之《行政法之理論與實用》教科書，當中第八章行政契約之基礎

1 中華民國87年10月28日修正公布全文308條，自89年7月1日起施行。

2 中華民國88年2月3日公布全文175條；並自90年1月1日施行。

3 目前能夠搜尋到的資料中，早於吳庚教授行政契約專文者，期刊專論部分：最早的為1960年4月，陳洪，公務員之任命是否係契約行為之問題，法學叢刊，5卷2期，頁11-19（1960年）。碩士論文部分：林永發，行政契約論，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（1967年）。

4 吳庚，行政契約之基本問題，臺大法學論叢，7卷，頁107-146（1978年）。

架構與論述，並形塑吳庚教授於1994年司法院釋字第348號解釋與楊建華大法官共同提出協同意見書之理論基礎。後續不論是我國行政程序法之制定施行，或是對行政契約進行研究論述者，無不以吳庚教授之專著為依歸。因此，吳庚教授實為我國行政契約制度之重要開拓者！不僅如此，吳庚教授在2001年司法院釋字第533號解釋提出協同意見書，諭示行政契約未來發展可能遭遇之困難，並於後續增訂的《行政法之理論與實用》教科書當中，持續關心並探究我國與德國法行政契約發展之情況，對於我國行政契約法制之深耕，種下至為關鍵之種子。作為行政契約之後續研究者，本文係以緬懷吳庚教授長期對於行政契約法制之重大貢獻為主要撰寫動機，因此嘗試以吳庚教授開拓與耕耘之行政契約理論為本，對行政法院判決中之行政契約進行探討。惟受限於文章篇幅，無法對於吳庚教授述及之所有行政契約議題一一進行比對現行行政契約實務判決狀況進行論述。考量到行政契約，此一吳庚教授認為有助於實現民主政治理想之行政行為，儘管已經由行政程序法明文肯認超過20年，於我國行政法制與實務之發展仍有相當限制，可能之原因有二：首先，受限於概念定義上與行政處分、私法契約仍然存在界定之不確定性，如何確認行政行為形式即可能已經對於行政行為之相對人構成相當程度之風險或成本。其次，縱然確定為行政契約關係，契約履行階段仍容許行政機關對契約相對人作成行政處分之普遍情況，又可能再造成已經選擇適用行政契約之契約相對人更多的風險或成本。當行政契約普遍被人民認為是一種不確定性較高、履行成本較大之行為形式時，自然導致行政契約發展之障礙。本文嘗試在吳庚教授為我們開拓的行政契約法制沃土上，持續承繼吳教授細膩嚴謹、廣納四海的學術研究精神，思索此等困境是否有突破的可能，以利推展行政契約於我國之適用，深耕我國行政契約法制。

## 貳、行政契約定義與類型之再開拓

吳庚教授〈行政契約之基本問題〉一文係自行政契約的名稱及概念發展為始，論述外國學理與法制承認行政契約之歷程，次說明各國行政契約法制之概況，對於法國、奧地利、瑞士與德國行政契約法制都進行相當說明，日後關於行政契約之相關專論，均無吳庚教授如此完整的比較法制介紹。而其中關於行政契約之特徵，提出行政契約與私法契約之區別標準，該標準的具體化於後續司法院釋字第348號解釋協同意見書先見其端倪，再以司法院釋字第533號解釋協同意見書明確化。儘管之後仍有許多學者提出不同的區別標準，恆屬我國行政契約法制上持續存在的爭論問題，但吳庚教授所提出的標準，仍具關鍵地位。尤其吳庚教授建議應建立行政契約之清單，並提出清單之例示<sup>5</sup>，確實有助於我國行政契約標準化之建立。至於行政契約與行政處分之區別標準，提出「應從相關之基本因素著手，考量是否因雙方意思表示一致而生法律效果，但也承認以一種標準適用於一切情形，殊非容易；建議可參考行為之形式外觀與實質之內容」<sup>6</sup>，並對行政契約與須申請之處分提出比較列表。不過目前我國行政契約法制之發展，對於行政契約與行政處分之區分困難，主要發生在締結行政契約後的履約階段（尤其是行為形式併用禁止之爭議），此部分將於下一部分進行論述。此處先針對吳老師開拓的行政契約與私法契約之區分標準，以及其例示之行政契約清單，對於我國行政契約法制之重要貢獻與現行實務發展，進行說明。

5 吳庚，行政法之理論與實用，增訂11版，頁416（2010年）。

6 主要文字源自：吳庚（註5），頁123，惟其中轉接語氣經本文作者進行調整。另外，本文以下凡是援引自吳庚教授之文字，以及法院判決文字，不論是否加入上下引號，都將以標楷體標明，先予敘明。

## 一、行政契約與私法契約之區分標準

吳庚教授提出之標準，在不同時期儘管有若干差異，但具有相當之一貫性，對我國實務標準產生關鍵引領之作用，貢獻卓著。不過，此區分標準未能針對締約主體均無代表行政主體之行政機關時進一步論述，亦即，是否存在私人之間締結行政契約之可能，使得我國行政契約概念發展擴張的可能性必須透過後續研究進行接力。

### （一）契約標的為主契約目的為輔之標準vs.私人間締結行政契約之可能性

初始吳庚教授認為：「判斷契約之是否屬於行政契約抑公法契約，捨契約標的及契約目的外，實別無其他辦法」<sup>7</sup>，但並未偏重契約標的或契約目的。接著於司法院釋字第348號解釋與楊建華大法官共同提出之協同意見書主則從契約主體、目的、內容與締約所依據之法規性質，綜合判斷<sup>8</sup>。其於司法院釋字第533號解釋由自己單獨之協同意見書，方對行政主體與人民間行政契約（行政主體相互間或私人間之行政契約暫不討論）之判斷基準，明確提出標準<sup>9</sup>。之後不但於《行政法之理論與實用》教科書當中直指司法院

7 吳庚（註5），頁124。

8 意見書內容為：「對具體之契約予以判斷時，則應就契約主體（當事人之法律地位），契約之目的、內容以及訂立契約所依據之法規的性質等因素綜合判斷。本件契約之目的，在於解決公立醫療機構醫師缺乏之行政上目標，契約當事人一方之國立醫學院提供公費待遇及醫師養成過程中各種便利，公費學生則負畢業後在公立醫療機構擔任公職，執行醫療職務之義務，其訂約之依據為教育部依職權發布之命令（內部規章），即『國立陽明醫學院醫學系公費學生待遇及畢業後分發服務實施要點』，綜上以觀，國立醫學院與公費學生間之約定，屬公法上之契約，自無疑問。」

9 「首須契約之一造為代表行政主體之機關，其次，凡行政主體與私人締約，其約定內容亦即所謂契約標的，有下列四者之一時，即認定其為行政契約：（一）作為實施公法法規之手段者，質言之，因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替，（二）約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者，（三）約定內容涉及人民公法上權益或義務者，（四）約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者。若因給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就

釋字第533號解釋雖然「提及以行政契約達成特定之行政目的之字樣，但只是重抄釋字第348號理由之文字，並未放棄標的說而改採目的說，契約目的不能單獨作為判準」<sup>10</sup>。且略修正上述標準之文字後，不再如司法院釋字第533號解釋協同意見書當中強調不討論行政主體相互間或私人間之情形，反而主張「協議一方為行政機關，必須具備」，並於註解中說明自己採取此判斷標準之正當理由<sup>11</sup>。

後續學者論著與司法判解關於區別標準之討論汗牛充棟，契約主體說<sup>12</sup>、契約目的說<sup>13</sup>、契約標的說<sup>14</sup>均有主張，惟「私人間締

---

契約整體目的及給付之目的為斷，例如行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為者，均屬之。至於締約雙方主觀願望，並不能作為識別契約屬性之依據，因為行政機關在不違反依法行政之前提下，雖有選擇行為方式之自由，然一旦選定之後，行為究屬單方或雙方，適用公法或私法，則屬客觀判斷之問題。由此而衍生之審判權之歸屬事項，尤非當事人之合意所能變更。」

10 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，增訂15版，頁404-405註14（2017年）。

11 吳庚（註10），頁406註19。

12 如：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）；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——廖義男教授六秩祝壽論文集，頁306（2002年）；蔡秀卿，行政契約，收於：台灣行政法學會編，行政法爭議問題研究（上冊），頁524（2000年）；又或是契約主體推定說，參林明鏘，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109-110（2006年）。

13 司法院釋字第348、533號解釋。

14 黃錦堂，行政契約法主要適用問題之研究，收於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁51-52（2002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134-135（2006年）；江嘉琪，公私法混合契約初探——德國法之觀察，中原財經法學，9期，頁68（2002年）。也有學者認為：「棘手難題多集中於『中性』契約標的少數之例，且行政實務運作上，應可由官民雙方明定契約屬性，以度爭議」。參李建良，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，收於：李建良編，2012行政管制與行政爭訟——行政契約之發展現況與前景，頁139（2016年）。

結行政契約」之可能性，似乎在強調主體一方為行政機關之前提下被忽略<sup>15</sup>。但此一對於行政契約界定之限制，在國家去任務化趨勢日益蓬勃，行政機關大量將公共任務透過不同民營化形式轉由私人擔任，但我國承認之行政主體範圍仍然狹隘之情況下，是否妥適，非無討論價值。本文透過法源資料庫以關鍵字：「私法人&行政契約」，不區分年度以最高行政法院為對象進行搜尋；再以行政契約為關鍵字，對於近十年的各級行政法院一一檢視，以吳庚教授教科書中已經提及之案例類型為據，排除委託行使公權力之私人為締約對象之契約類型後<sup>16</sup>，僅得以下兩類型私人間是否成立行政契約之案件進行探討。

第一個類型為纏訟多年，台灣電力股份有限公司與民營發電業者（independent power producer，下稱IPP業者）簽訂之購售電合約（power purchase agreement，下稱PPA）產生之契約定性爭議<sup>17</sup>：此

---

15 事實上仍有學者提出此一疑問，參見：林明鏞，行政契約，收於：翁岳生編，行政法（上冊），頁564（2006年）。

16 於現行行政法院之判決中，當事人雙方均為私人卻肯認法律關係為行政契約者實不多見，但確實存在受託行使公權力之私人與私人締結行政契約之態樣。在最高行政法院的判決中，對於台灣銀行辦理學校退休教職員公保養老給付金額優惠存款，曾有認為應屬公法上權利義務關係之設定、變更或廢止所訂立之行政契約（參最高行政法院98年度判字第663號判決）。不過，此並非最高行政法院之確定見解，另有其他判決認定優惠存款契約為私法契約者（參最高行政法院97年度裁字第3917號判決）。與此相關者，尚有學生申請就學貸款之貸款契約性質認定問題，最高行政法院目前認為該契約係承貸銀行基於其與申請人間之金錢消費借貸契約關係，完成就學貸款之撥款手續，承貸銀行就申請人是否符合就學貸款資格並無審查權，自無從認承貸銀行係受委託行使公權力之準行政機關，就學貸款契約之性質，應純屬民事契約關係（參最高行政法院103年度裁字第780號裁定）。本文認為此等負責核發就學貸款經費或承擔優惠存款之銀行，均承擔國家對人民之給付行政功能，實有探究是否為受委託行使公權力之可能，但現行司法判決一方面未從國家與銀行之法律關係進行論述，二方面未考量就學貸款或優惠存款之公益目的，殊為可惜。由於委託行使公權力已為我國行政實務常態，受託者再與私人締結契約亦非罕見，但可能並無爭議而未能於司法判決中尋得，因而暫時無法進一步論析此類契約之性質。

17 與此爭執有所關聯之法院判決甚多，故本文不擬臚列，類型可大別為二，一為依據電業法，一為依據再生能源發展條例。

購售電合約類型目前學界有所討論者可大別為二，一為依據電業法，一為依據再生能源法展條例；儘管依據之法律不同，當事人間之爭議亦有差異，但不論普通法院或行政法院，皆將購售電合約認定為私法契約，且唯有前者之行政契約定性在行政法院中進行攻防，但因後者案例與適用電業法之PPA案件有極高比較性，都是台電因應電業自由化後，與民間電廠因為履行PPA之爭議，且有學者論述認為應為行政契約<sup>18</sup>，因而一併說明。第二類型則是土地徵收協議價購契約，此類契約吳庚教授認為應屬民法上之買賣<sup>19</sup>，惟現行司法實務多認為係行政契約。

### 1. PPA 案件

因應我國電源開發不易與推動民間發電政策，經濟部為穩定供電及預為規劃國內電業自由化環境，於1995年開始開放民間設立電廠，並由台灣電力公司（以下簡稱台電）與各民間電廠，簽訂購售電契約。以下對於爭議背景與契約定性分別進行說明：

#### (1) 爭議背景

##### A. 適用電業法之9家民間電廠爭議背景

台電於25年的購售電契約中約定以1995年之電價向民間電廠購電，於2012年因調漲電費時遭受輿論壓力，認定台電與民間電廠簽訂之購售電契約價格不合理，致台電公司長期承擔過高之不合理購電費率，甚至監察院提出糾正案，要求台電檢討<sup>20</sup>。台電因而提出情事變更之理由，向9家民間電廠提出修改購電費率之請求，但9家民營發電業者透過籌組「協進會」召開70餘次聚會，達成以「拖

---

18 高仁川，再生能源購售電契約，究係民事契約抑或是行政契約？／台北地院101重訴235判決，台灣法學雜誌，228期，頁209（2013年）。

19 吳庚（註5），頁418。

20 監察院，糾正案文，字號：102財正0061，審議日期：2013年11月6日。



延」方式，聯合拒絕調降購電費率，遭公平會認定有聯合行為，並處以鉅額罰鍰，台電即向9家民營發電業者以侵權行為與行政契約債務不履行為由請求損害賠償，然均遭法院否定行政契約之性質<sup>21</sup>。

#### B. 適用再生能源發展條例之爭議事實

民間風力發電公司於2005年與台電依「台灣電力股份有限公司再生能源電能收購作業要點」（下稱系爭要點）簽訂「台中風場電能購售契約」（下稱系爭契約），約定購電費率。系爭契約並約定系爭購電費率適用至再生能源發展條例（下稱系爭條例）公布施行為止，再生能源發展條例公布施行後，改依該條例規定之購電費率辦理，故民間風力發電公司於系爭條例2009年公布施行後，因應興建成本增加，要求適用民法第227條之2情事變更原則，請求台電依據系爭條例第9條第3項躉購費率給付購電電價<sup>22</sup>。

#### （2）法院實務對於PPA契約性質認定：私法契約

由於契約性質認定爭議僅適用電業法之案件有所爭議，故以下僅引述相關判決，並進行綜合評析。

先以最高行政法院105年度裁字第1763號裁定之論述為例，法院首先說明：「當事人所爭訟者，究為私法爭議或公法爭議，乃法院應依職權調查事項，並依起訴狀載之聲明及事實為綜合判斷。至公、私法契約之區別則依契約主體及契約內容判斷之。」接續引述

<sup>21</sup> 與此相關的判決約有：最高行政法院105年度裁字第1763、1762、1759、1757、1733、1678、1666、1576、1569、1568號裁定，最新的再審裁定為106年5月26日作成之106年度裁字第1074號裁定。另外目前仍在普通法院訴訟中之相關判決約有：臺灣臺北地方法院104年度重訴字第1026號民事判決、臺灣臺北地方法院104年度重訴字第1213號民事判決、臺灣臺北地方法院104年度訴字第3943號民事判決。

<sup>22</sup> 臺灣臺北地方法院101年度重訴字第235號民事判決、臺灣高等法院102年度重上字第210號民事判決、最高法院104年度台上字第611號民事判決。

電業法第2、7條規定後，認為：「電業之事業活動係屬供給電能之資本經營行為。抗告人為經濟部所屬國營事業，縱其目前以公營組織方式，惟其乃依公司法規定設立屬營利性質之股份有限公司，且獨占我國電力市場之唯一綜合電業，其從事電業之事業活動，純係供給電能之資本經營行為，尚非公權力行為，故其非具公權力之行政機關，亦無依法受委託行使公權力之情形，應為私法人，其與同為私法人之相對人間，無訂立行政契約之餘地（契約主體判斷）<sup>23</sup>。而系爭合約乃兩造就雙方有關電力出售及其供應時段與價格等項之約定，核屬私法性質（契約內容判斷）。」

再以前揭裁定抗告人主張法院據以為基礎的最高行政法院105年度裁字第719號裁定說明。此裁定直接以司法院釋字第533號解釋吳庚大法官之協同意見書與最高行政法院101年度判字第716號判決意旨為依據，表示：「關於行政契約與私法契約應如何區別，首須契約之一造為代表行政主體之機關」<sup>24</sup>，並認定台電與系爭民間電廠俱為私法人，故雙方應無訂立行政契約之餘地。接著，依據PPA合約與協調紀錄，雙方已約定協商解決、提交仲裁之爭議解決機制，否定台電主張依據行政契約行使單方調整或終止PPA之權限，即「其契約內容與執行公法法規或人民於公法上之權利義務關係無涉，亦無偏袒相對人使其單方取得較優勢地位之約定，更無關於公權力委託行使之約定，核與前述行政契約之成立要件不符。」並未論述契約目的。

另外，最高行政法院105年度裁字第1576號裁定進一步以規範漏洞填補與PPA契約提付仲裁之約定，認為應類推適用民事訴訟法第182條之1第1項但書及第3項規定，尊重當事人基於程序主體地位

---

23 下標線與括號皆為筆者加入，下標線用以強調法院判決，括號則說明法院所採用的判斷標準。

24 其餘部分則與前述吳庚教授提出之標準完全一致。

之程序選擇權，使本案一併由普通法院裁判之<sup>25</sup>。

目前PPA案件移轉到普通法院後，已有第一審判決可參<sup>26</sup>，以臺灣臺北地方法院104年度重訴字第1026號民事判決為例，其完全以吳庚教授提出的區別標準為依據，認定「原告雖為國營事業，然其係屬依據公司法設立之私法人，……並非行政機關；原告就電力採購並無法作成高權之行政處分或事實行為，亦無受任何行政機關委託行使公權力，並不存在公法上之權利義務變動，僅為私法上買賣之法律關係，屬私經濟範疇，應受私法規範。……且原告與民營電廠間之購售電合約並非行政契約，業經最高行政法院以105年度裁字第719號裁定認定在案，況系爭購售電合約第51條規定『雙方合意以台灣台北地方法院為第一審管轄法院，但如經雙方同意，亦得提付仲裁。』，足證兩造於簽署系爭購售電合約時均認為此契約為民事契約。」先以契約主體否定締結行政契約之可能，再簡單說

25 「惟普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，倘當事人以文書合意願由普通法院為裁判者，民事訴訟法第182條之1第1項但書及第3項明定由普通法院裁判之，俾尊重當事人基於程序主體地位所享有之程序選擇權（該條項立法理由參照），此一規定，已生審判權相對化之效果。又若原告起訴以單一訴之聲明而有公法、私法請求權競合之情形，則因現行法無明文，致其審判權歸屬陷於衝突不明之狀態。針對此一規範上之漏洞，如當事人於訂立契約時，為避免將來發生爭議須訴請法院解決時，因審判權衝突或陷於不明，致普通法院與行政法院間對於審判權之歸屬有不同認定，甚或單一訴訟因公法、私法請求權競合致其審判權恐分割由不同法院審判，而造成當事人程序上之不利益，乃預為以文書合意願由特定之普通法院管轄，此際當有類推適用民事訴訟法第182條之1第1項但書及第3項規定以填補漏洞之必要性，而一併由普通法院裁判之。本件兩造既已於PPA契約第51條約定：「雙方合意以台灣台北地方法院為第一審管轄法院，但如經雙方同意，亦得提付仲裁。」顯見兩造就PPA契約之履約爭議，業以文書合意願由普通法院為裁判。是以，本件抗告人主張之法律依據，為行政程序法第149條準用民法債務不履行之損害賠償請求權及公平交易法第30條、第31條之侵權行為損害賠償請求權，致本件單一訴之聲明有公法、私法請求權競合之情形，因法無明文，使其審判權歸屬陷於衝突不明之狀態，當有類推適用民事訴訟法第182條之1第1項但書及第3項規定，以填補此一規範上漏洞之必要性，而一併由普通法院裁判之。」

26 儘管有若干法院目前裁定臺北高等行政法院104年度訴更一字第65號公平交易法事件行政訴訟終結確定前，停止訴訟程序。

明契約標的僅涉及私法法律關係，最後以最高行政法院之裁定拘束力與當事人主觀約定強化契約定性，並未論述契約目的。

### (3) 契約主體與契約內容之再探究

由法院判決之整理可知，不論行政法院或普通法院都先認定當事人雙方均為私法人，接著再判斷契約內容，否定定性為行政契約之可能。儘管並沒有直接以契約主體否定定性為行政契約，但一方面只以台電為公司法設立之私法人，未探究其所承擔之電力供應公共任務，是否可能使其具備有別於以營利為主的私法人；另一方面，對於契約內容之論述，幾乎只是重複吳庚教授提出來的區別標準，並未具體針對台電透過PPA與民營電廠所形成的法律關係，詳細論述。法院僅引用當事人締約時之電業法（1965年5月21日公布）第2、7條規定認為：「電業之事業活動係屬供給電能之資本經營行為」，卻未考量電業法第1條揭示的「為開發國家電能動力，調節電力供應，發展電業經營，維持合理電價，增進公共福利」立法目的，忽略台電之事業活動除供給電能之資本經營外，更負擔維持合理電價，提供人民日常所需之義務，而此一義務其實正是為國家履行對人民負擔的生存照顧義務，此由憲法第144條與司法院釋字第428號解釋對於電業所課予之公共性任務可證<sup>27</sup>。而台電之組織、人事、財務也都受到國家高度管制，實非單純的私法人。且台電若真如法院所言係「屬營利性質之股份有限公司」，並以營利之資本經營行為為首要任務，則2012年調漲電費應屬合理追求企業利潤行為，何須受社會輿論撻罰後，試圖調整與民營電廠之購售電契約，並有此些案件爭議。因此，認定台電之電業事業活動僅單純限於「資本經營行為」實與現況不符，其事業活動明顯承擔國家所應擔

27 司法院釋字第428號解釋理由書：「國家基於對人民生存照顧之義務、達成給付行政之功能，經營公用事業，期以合理之費率，普遍而穩定提供人民日常所需，如水、電、瓦斯、郵遞、交通運輸等各項服務，對公用事業之經營，課予特別義務，加強政府監督並在經濟上給予相當之優惠……。」

負之福利行政任務。

再依據PPA契約的設計，不但民間電廠所產生的電能只能販售給台電，也訂有「買定約款」保證民間電廠回收資本與合理利潤<sup>28</sup>，而經濟部訂定之開放發電業作業要點、設立發電廠須知及各階段開放民間設立發電廠方案等行政規則，都課予台電公司與得標IPP業者強制締約之義務，台電公司並無締約自由。更進者，台電與IPP業者簽訂購售電合約之內容，並非一般以滿足日常活動所需的財物或勞務作為標的所成立的契約，而是一種購買與提供電能公共服務所生之權利義務關係，若PPA契約失靈，恐有損國家對人民負擔之生存照顧義務。因此僅單以公權力之有無否定契約的行政性，在論述完整性上略有不足。

若再以適用再生能源條例之案例並論，學者高仁川從契約目的、法律條文屬性、台電之組織形式、事件性質多方面進行論述，主張電能躉購費率、計算公式與標準都充滿上下權力規制色彩，並非一般私法契約之內容<sup>29</sup>。此些特徵在所有PPA契約都相同存在，但法院判決中均未能衡量。至於法院以PPA約定管轄法院與提付仲裁為由，認定當事人主觀選定私法契約，但本案契約當事人締約時，行政契約尚未實定法化，亦欠缺救濟途徑，不論管轄權之約定或是契約定性，實殊難想像會約定由行政法院管轄或設定為行政契約。

綜言之，此類型案件法案判決之論述，概以契約主體均為私人且雙方已約定管轄權，進而否定其締結行政契約之可能。有趣的是，以下案件卻呈現相反的認定模式。

---

28 王文宇，正本清源——評台電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題，月旦法學雜誌，217期，頁71（2013年）。

29 高仁川（註18），頁209-210。

## 2. 土地徵收前之協議價購

本案當事人歷經臺中高等行政法院105年度訴字第82號判決、最高行政法院106年度判字第29號判決發回，再由臺中高等行政法院106年度訴更一字第2號判決駁回原告之訴，最後最高行政法院106年度裁字第1863號裁定確定。就行政契約之認定部分，以臺中高等行政法院106年度訴更一字第2號判決為主軸進行說明。

### (1) 案件與判決概要

本案之上訴人承租系爭土地，興建溫室養殖蘭花，被上訴人台灣自來水股份有限公司（以下簡稱台水）為興辦經內政部營建署許可之「湖山水庫下游自來水工程－前處理設備開發計畫」案（下稱系爭開發計畫案），因系爭土地屬該開發計畫案內用地，被上訴人乃於102年8月30日，依土地徵收條例第11條規定，以協議價購方式向原土地所有權人購買取得系爭土地，並要求上訴人將其溫室遷移，上訴人主張被上訴人應就系爭土地上之建築改良物及農作改良物締結協議價購之行政契約。

法院判決認為：「依土地徵收條例第11條第1項規定，需用土地人申請徵收土地或土地改良物前……應先與所有權人協議價購或以其他方式取得，所有權人拒絕參與協議或開會未能達成協議者，始得依本條例申請徵收。可知，協議價購乃徵收之法定先行且必經之程序，倘需地機關依該條之規定所為之價購，係為達成行政目的而在徵收前所為之價購，則需地機關與土地所有權人依上開條例規定達成價購之協議，應屬行政契約之性質。惟此所謂之價購協議應限於為達代替徵收處分目的之契約（代替行政處分之行政契約）<sup>30</sup>，所以必須在徵收程序發動後或即將發動之際，並在徵收行政處分作

---

<sup>30</sup> 下標線與括號皆為本文所加。下標線用以強調法院判決之說理，括號則為本文之補充說明。

成之前，需用土地人申請或即將申請徵收之際，為替代徵收行政處分之目的而達成協議，則該契約自屬行政契約。反之，若需用土地人尚無任何徵收計畫，或開始徵收程序前，並無任何跡證證明隨之有緊密接連徵收程序之開始發動，僅係人民為避免其土地日後被徵收而預先將其土地賣給需用土地人，則屬私法上之買賣契約」。

## (2) 案件評析

本件之行政契約成立於台水與系爭土地之原所有權人之間，但法院並未如前一類型之PPA契約，論述契約當事人台水係股份有限公司，與台電同為隸屬經濟部之私法人，故本案之價購協議行政契約為私法人間締結行政契約，不符合契約主體說之要件，而需進一步論述契約內容。推測原因可能有二：首先，本案當事人並非直接與台水成立價購協議之土地所有權人，在案件中其究竟有無公法上請求權方為爭執重點，本案價購協議之契約性質僅屬旁論，因而採取如吳庚教授於司法院釋字第533號解釋協同意見書所云：「當屬一次一案的司法極簡主義（one case at a time: judicial minimalism）」之作法。其次，可能因為103年度高等行政法院法律座談會提案七及研討結果已經做成決議，故承審法院直接接受法律座談會結論而不再自行進行論述。但誠如該座談會研析意見甲說所言：「需用土地人包括國防事業、交通事業、公用事業（台電公司或自來水公司）等，均可因公益需要申請徵收土地，並不限於行政機關，因此可能由非行政機關之公用事業與土地所有人來進行協議價購，於此要解釋成行政契約加倍困難。」本案正為難得於案件中遭遇契約雙方均為私人之情形，法院未能把握機會對於此種邊際案件之契約內容進行論述，只在遵守決議結論之框架下，參考德國法制度的觀點下，認為我國土地徵收條例第11條第1項之協議價購應屬廣義之徵收契約，並具備替代徵收處分之行政契約性質<sup>31</sup>，卻忽略本案具有突破

31 決議意見參考自林明鏞（註15），頁572、573；李惠宗，行政法要義，6版，頁

行政契約與私法契約之主體說區別標準的重要性意義，實為可惜。儘管本案或許是難得一見的例外案例<sup>32</sup>，也因此難以單依本案即論斷我國司法實務肯認私人間締結行政契約，但至少開啟可能性。只是究竟私人間締結行政契約之容許性與限制如何，有待進一步之討論。

## (二) 區別標準演進與私人間締結行政契約之可能性

學者研究發現我國司法實務目前雖以司法院釋字533號與吳庚教授提出之區別標準為主要依據，但各級法院對於契約標的、契約目的、契約主體之標準偏重並不一致，甚至操作上有所懷疑<sup>33</sup>。儘管操作偏重標準不同對契約定性未必產生太大影響，但仍然存在不明確性，因此在區別標準上，似乎有必要再尋找修正調整的可能性。觀察以上判決的發展，本文初步認為可值思考方向有二：

### 1. 當事人主觀意思之參酌限制

我國法制目前廣泛承認行政行為形式選擇自由，加上現行行政程序法內行政契約之相關規定，仍然因為規範不足，常須透過行政程序法第149條規定準用民法相關規定，若非一開始行政機關締約時即明確界定為行政契約，實務上不乏以契約條款中以普通法院之合意管轄約定或採取仲裁之爭議解決方式，將契約性質定性為私法契約。前述PPA相關判決中亦有特別指出，考量到爭議糾紛解決的快速有效，應屬於人民訴訟權的核心保障，故參考當事人事前約定之主觀意思，降低契約定性判斷困境。實務上以保障人民之訴訟權為核心考量，參酌契約當事人主觀意思決定契約性質之判斷方式，

---

409 (2013年)。

32 經以「協議價購」與「行政契約」為關鍵字遍查司法院法學資料檢索系統當中之判決，除本案以外，並無尋得其他當事人皆為私人之案例。

33 林明鏞，我國行政契約理論與實務發展趨勢——以全民健保醫療契約為例，法學叢刊，58卷2期，頁13-15 (2013年)。



確實有參考價值，可作為輔助判斷之標準。惟本文認為應注意兩點限制：首先，契約締結時間若是早於行政程序法施行前，由於彼時對於行政契約制度較為陌生，當事人契約中出現約定普通法院為合意管轄或仲裁解決爭議之條款實屬常態，故此時締約當事人之主觀意思不能作為判定契約屬性之唯一標準。其次，行政機關擁有之人力、物力、財力，恆與私人性質不同，締結契約之標的除非顯然與公權力完全無關，否則應優先認定為行政契約，適用較高密度之公法規範，以避免避難至私法之疑慮，故當事人主觀意思必須非常明確，甚至直接寫明契約性質，方適合參酌締約當事人之主觀意思。

## 2. 主體說之調整

關於締約雙方都是私人的情況下，我國司法實務已然承認在上述取代徵收處分之協議價購契約，承認成立行政契約的可能性<sup>34</sup>。在協議價購契約之契約性質認定上，乃是以「該契約為整體徵收行為之一環，且係替代行政處分之行為」作為其判斷標準，未再進一步考量締約當事人無任何一方為行政機關。若此標準廣泛適用，則恐怕契約主體之區別標準將變得無足輕重。其實，私人間締結行政契約誠屬罕見，從上述案件可知，此類「私人」均非單純的私法組織。司法實務判斷時，考量的標準主要為此私人是否承擔公權力<sup>35</sup>。然而，若參照我國通說所採取之公私法區別理論，權力說向非判斷公私法的唯一標準，但於行政契約與私法契約區別認定行政主體時，反而強調公權力之有無，此實受限於我國目前法定承認的行政主體範圍過狹。若採取吳庚教授提出的廣義行政主體概念「不以具有公法人地位為條件，凡公法上之獨立組織體，有特定職權得

34 另外於受託行使公權力之私人與私人間，亦已有認定為行政契約之判決，見前揭註16之說明。

35 最高行政法院105年度裁字第1763號裁定，以是否為具公權力之行政機關，是否依法受委託行使公權力為判斷標準。

設立機關或製備人員，以達成其任務者，均屬之<sup>36</sup>」來認定契約主體該當行政主體，則上述案件之台電與台水，一為履行電能以合理價格穩定供應之公共任務，一為履行供應用水充裕合於衛生之公共任務<sup>37</sup>，皆具有特定職權，儘管在行為態樣上通常仍歸屬於私經濟行為<sup>38</sup>，而非受託行使公權力，但仍可視個案的具體情況，分析其所承擔的契約義務內容，像是以是否對人民使用電能或自來水之權益，具有「不可被取代性」的關鍵性。亦即一般私法契約當事人有選定相對人與締約與否之自由，但若契約課以「私法人」強制締約之義務，且此強制對於電能與自來水之穩定供應具有直接相關性，則此等契約事實上使得「私法人」負擔為國家履行對人民生存照護之義務，同時相對人若拒絕締約，即需承受後續的行政不利益，實與私法契約顯著不同<sup>39</sup>。

總之，「私人」間之行政契約於我國司法實務判決並非全然不存在，其判斷重心雖以契約標的為斷，但本文認為仍應輔以探究締約之私人是否為負擔公共任務之主體，亦即該「私人」在功能上仍為行政高權主體<sup>40</sup>。而既然契約定性以客觀要素為判斷重心<sup>41</sup>，故若是由立法者事前進行契約屬性的選擇，像是我國目前政府採購法第83條之規定方式，或如同司法院釋字第540號解釋之方式「立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計」，透過設計紛

36 吳庚（註5），頁135。

37 自來水法第1條第1項：「為策進自來水事業之合理發展，加強其營運之有效管理，以供應充裕而合於衛生之用水，改善國民生活環境，促進工商業發達，特制定本法。」

38 吳庚（註5），頁10-11。

39 相當於法國法上之「普通法外條款」（*clause exorbitante du droit commun*）。

40 錢建榮，論私人相互間之行政契約，軍法專刊，42卷12期，頁22（1996年）。

41 李建良，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，收於：李建良編，2012行政管制與行政爭訟——行政契約之發展現況與前景，頁11（2016年）。

爭解決機制之事前規範來推導契約性質，因為是由立法者透過利益權衡後，方決定採取之契約屬性，導致公益受損或故意規避公法高密度規制之疑慮應可化解；更進一步，則是期許立法者進行契約屬性規範時，一併要求在法條規範行政機關透過契約形式行使權限時，都必須遵守公開透明程序、開放競爭確保公平之要求，則不論採用何種契約屬性，公益恐因契約內容之履行而受損之可能性將下降，也應該能夠有助於減少確認契約性質之紛擾<sup>42</sup>。此外，透過建立行政契約清單之方式，無非也是降低區別行政契約與私法契約困難之良策。

## 二、建立行政契約清單：典型契約之建構可能？

吳庚教授於《行政法之理論與實用》中表示，以書中「現行法制下之行政契約」，作為屬性比較不具爭議之事件，建立行政契約清單之例示<sup>43</sup>，並提出14種屬於行政契約之事件：稅法上之行政契約、委託行使公權力之協議、行政主體間有關營造物或公物之協議、公法上之保證關係、損失補償或損害賠償之協議、公法上之抵銷關係、社會保險關係、其他屬於行政契約事項（其中包括7種類型）。但也同時指出，屬於行政契約事項，種類甚多，恐不勝枚舉<sup>44</sup>。作為一個已經於2001年實施之行政程序法中加以法制化的行政行為形式，行政契約自與其他行政行為形式一般，有著越來越廣泛的適用可能性。

誠如吳庚教授於司法院釋字第533號解釋協同意見書當中，依據行政契約之功能所預期之行政契約未來發展：「鑑於行政契約作

---

42 事實上德國與法國的契約屬性，為避免行政機關的任意選擇，不但不乏由立法者事前進行選擇確定，甚至德國法上的行為形式選擇自由也逐漸受到挑戰。參：詹鎮榮、吳秦雯，公私協力行政之契約形式選擇自由研究——以臺北市市有財產出租、提供使用及委託經營為中心，頁229-234（2014年）。

43 吳庚（註5），頁405。

44 吳庚（註5），頁421-425。

為行政作用方式之一種，既可避免行政處分單方及片面決定的色彩，又可相當程度滿足相對人之參與感，未來將日益普遍。」尤其，數十年來在全球民主風潮與經濟危機損及國家財政能力之影響下，人民與國家間的法律關係，不但已經由以往上對下之高權關係，逐漸推移到平等的協商、夥伴關係，國家更是大量移轉行政任務予私人，朝向合作國家之模式發展。因此，如果行政契約之發展，能夠如同民事契約一般，發展出典型契約，除了與民事典型契約具有相同降低當事人約定之不備與保護當事人利益之機能外<sup>45</sup>，可預期應可達到兩方面功能：對行政機關言，可以降低行政機關適用行政契約之疑慮（出售國家高權之嫌）<sup>46</sup>；對締約之人民言，人民得以事前預知契約條款，欲做規劃，有助於提高締結行政契約意願，促進行政契約適用領域之擴大。以下嘗試探究行政契約發展典型契約的可能性與發展性。

#### （一）典型行政契約之可能性

行政契約若欲建構類似民事契約體系之典型契約，應先比較與民事契約類型化之本質差異。現行民事契約主要先依據契約目的之不同，大別為財產契約與身分契約，財產契約當中又區分為負擔契約與處分契約<sup>47</sup>，接著又再依據契約內容類型化不同的典型契約。而我國目前行政契約類型以契約當事人之關係，首先區別為隸屬契約或平等契約，再於隸屬契約當中，依據契約標的進一步區別為和解契約與雙務契約。又有依據契約標的或效力再區分為義務契約與

45 王澤鑑，債法原理（一），增訂1版，頁119-120（2009年）。

46 現行行政契約於行政實務運用之困難，據了解與行政機關不願或不知如何於行政契約法律關係中適用行政程序法第145條到147條有關。相關實務判決中，主張適用行政程序法第145條到第147條者，多半為締約之人民請求補償損失，惟司法判決目前多認為契約類型非屬行政契約或不該當前揭條文之構成要件而駁回人民請求。可參：最高行政法院107年度判字第86號判決、最高行政法院102年度判字第412號判決、最高行政法院101年度判字第193號判決。

47 王澤鑑，（註45），頁113-114。

處分契約<sup>48</sup>，或負擔契約與處分契約<sup>49</sup>。故而，行政契約因為契約當事人關係與民事契約不同，於初始類型化即不可能採取與民事契約相同之標準，以契約目的進行類型化。而目前行政程序法當中主要特別針對隸屬契約進行各種規範，一方面係為防止行政主體出售國家高權，另一方面也避免行政機關濫用權力；換言之，行政契約以規範行政機關締約行為之發生弊端為內容重心，而非補充契約當事人間約定之不備。加上行政行為因應行政領域類別之不同往往具有相當歧異性，契約規範內容與類型若對照民事契約中之類型，可能似較接近混合契約<sup>50</sup>。

因此本文認為，若欲建立行政契約之典型契約，可能有兩種方式：首先是以民法上典型契約為參考對象，依據行政契約之背景事實、內容與法律依據，將行政契約歸類為民法債各性質之契約類型，例如委任性質之行政契約<sup>51</sup>、承攬性質之行政契約<sup>52</sup>、擔保物權性質之行政契約<sup>53</sup>等等。此種類型化的好處是可以準用民法典型契約的相關規定，降低契約適用的不確定性，只要能夠辨別出行政

48 陳敏，行政法總論，9版，頁580（2016年）。

49 林明鏞（註15），頁570。

50 以行政機關較常運用之委託行使公權力契約為例，一般來說並不認為其性質與民事法律關係之承攬、僱傭或委任相當，甚至認為如行政機關以承攬契約或類似之私法契約，委託民間業者完成特定之行政任務，即非公權力之受託人（最高法院95年度台上字第1445號民事判決參照）；但該行政契約之內容實非無進一步分析其性質之可能。簡言之，由於受託行使公權力之私人雖得以自己名義作成行政處分，但受託人與委託機關間往往有一定的從屬關係，故有近似僱傭之性質；但受託人必須「連工帶料」提供服務，故又類似承攬；受託人做成行政處分時，擁有獨立裁量權，又近似委任，故而委託行使公權力契約可能是一種混合契約。不過，不同行政領域之委託行使公權力內涵又有不同，像是大學招生委員會聯合會與財團法人大學入學考試基金會之契約（最高行政法院101年度判字第862號判決）與環保署委託私人辦理土壤及地下水整治收費契約（最高行政法院105年度裁字第491號裁定）內容即有不同。

51 目前司法判決中已經有類似的類型化，類型化之目的在準用民法規定之選擇，參最高行政法院107年度判字第533號判決。

52 參最高行政法院103年度裁字第790號裁定。

53 參最高行政法院99年度判字第786號判決。

契約性質類似於何種民事典型契約即可，然而恐怕會遭遇行政契約內容為混合契約之情況，但倘若可以明確類型化為民法典型契約類型，此一方式當較為便利；惟仍應留意行政契約準用民事契約規定之限制。其次則是依據行政契約之特性，另外整理行政契約獨有典型契約之類型，行政契約發展多年的法國基本上已經發展出此一態樣<sup>54</sup>。本文認為我國行政契約已經發展超過二十年，應有逐步建立典型行政契約之可能，因此以下欲嘗試第二種類型化的方式，探究建構行政契約獨有典型契約的可能性。先依據現行行政程序法當中行政契約相關規定，從目前頻繁出現的隸屬契約，從中歸納演繹其中之抽象標準，再輔以行政法各論中締結行政契約之類型，希望逐步建構可能的行政契約典型契約。

## (二) 契約類型之抽象標準

本文初步整理近年最高行政法與行政契約相關之判決，發現除吳庚教授整理的14種類型外，目前存在都市（開發）計畫中之開發契約<sup>55</sup>或協議書<sup>56</sup>、實驗教育之特許<sup>57</sup>、替代徵收之協議價購<sup>58</sup>、公法上之切結書<sup>59</sup>或公證書<sup>60</sup>等行政契約類型。另尚有學者研究指出之行政主體彼此間合作的行政手段<sup>61</sup>。由目前累積的行政契約類

---

54 法國法上透過個別法令規範而成立的行政契約類型很多，學者進行整理時略有差異，但基本上至少有政府採購契約（les marchés publics）、公共服務委託契約（les délégations de service public）與公私協力契約（les contrats de partenariat public-privé）。可參法國公共生活官網，<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/action/voies-moyens-action/quoi-consistent-contrats-administratifs.html>（最後瀏覽日：2019年1月25日）。

55 最高行政法院107年度判字第528號判決、107年度判字第15號判決、106年度判字第458號判決。

56 最高行政法院107年度裁字第395號裁定、107年度判字第153號判決、107年度判字第56號判決。

57 最高行政法院107年度裁字第1304號裁定。

58 最高行政法院104年度判字第422號判決。

59 最高行政法院104年度判字第257號判決。

60 最高行政法院104年度裁字第958號裁定。

61 林明鏘（註33），頁9。

型，搭配現行行政契約法制規定，於雙務契約之下，本文首先發現，契約類型中若係依據現行行政程序法第138條規定「依法以甄選或其他競爭方式決定該當事人」，且該當同條後段「決定前，並應予參與競爭者表示意見之機會」，可將現行行政契約區分為需依法透過競爭並表示意見之方式而締約者，與無須透過此締約方式締結者。且凡是適用行政程序法第138條而締約者，因為扣合該條「依法」之要件，目前都另有各該契約必須依循的特別法規，行政程序法當中關於行政契約之規定，位階僅為各該契約必須適用之普通法。易言之，各該契約因應其所適用之行政目標領域，不但有各自特殊的契約類別，其內容條款也經常依據個別法領域而有設定。

因此，本文以為，雖然締約程序之差異，並非影響契約內容之關鍵，但卻是現行行政契約是否優先適用其他行政法個論領域法規之區別標準，且未來建立典型行政契約類型時，或許可以先參酌在個別領域中已經發展成熟的行政契約類型作為典型契約之設定參考。以下因此先以此標準分類為二：優先適用「特別法」之行政契約與適用行政程序法之行政契約。而此二大分類之下，若有類型化之可能，再依據各該適用法規特性與契約內容進行分類。

### 1. 優先適用「特別法」之行政契約

此等依法必須透過競爭並表示意見之方式而締約，且優先適用個別法規之行政契約，在我國由於長期以來政府採購法被歸類於私法契約，因此此種契約在我國首需排除依據政府採購法簽訂之契約類型<sup>62</sup>，故此種類型係指不依據政府採購法之其他透過競標或甄選方式選任相對人之契約形式，但仍以履行締約行政主體所承擔之

---

<sup>62</sup> 若進一步比對歐盟的政府採購（public procurement），或是法國2018年12月5日剛完成的公共採購法典（code de la commande publique），可發現歐盟的政府採購契約係依據各會員國內國法制，以決定政府採購契約的契約性質為民事契約或行政契約；而法國是其中將政府採購契約（marché public）認定為行政契約者。

公共義務或公權力為契約內容，目前實務上此類行政契約為各類型獎勵民間投資興建經營公共建設者，就契約內容與目的言，此等契約可謂係為提供行政機關硬體（大規模建設規劃）與軟體（財物或服務）配備而締結之契約。

在此種類型中，有依據大眾捷運法第7條第7項授權制定之大眾捷運系統土地開發辦法而締結之開發投資契約<sup>63</sup>；有以往依據促進產業升級條例第35條第1項而締結之工業區開發案<sup>64</sup>；另外若係依據產業創新條例第37條第1項由主管機關委託公民營事業辦理產業園區之申請設置、規劃、開發、租售或管理業務，並依據同條第2項由公民營事業籌措資金者，亦屬於此類型<sup>65</sup>。此些契約之共同特徵，在於契約內容性質複雜，不僅包含政府採購法工程、財物、勞務的所有類型，契約義務更是要求契約相對人提出政府採購類型之具體規劃。亦即並非由行政機關具體提出所需之工程、財務、勞務內容，而是賦予契約相對人參與具體工程、財務、勞務內容之形成過程，契約相對人於行政契約中擁有較多與行政機關磋商與協調之能力與空間，係以公私對等協力方式共同完成複雜度較高之複合性契約。此類契約內容不但均涉及重大公共利益，牽涉之預算金額不低，締結行政契約必須兼顧擇定適合締約人與釐明建構權利義務關係之雙重目的，為了避免國家出售高權，符合公平競爭原則，杜絕私相授受，選定最佳之合作夥伴，其所優先適用之相關法令都有以甄選或其他競爭方式決定契約當事人之設計，如大眾捷運系統土地開發辦法第15條、產業創新條例第37條第2項。因而行政程序法第

63 最高行政法院107年度判字第528號判決。

64 最高行政法院100年度裁字第2376號裁定。

65 司法案例之最高行政法院107年度判字第15號判決，係被認為誤用政府採購法之區段徵收委託開發契約，依據產業創新條例第37條第2項「前項委託業務，其資金由受託之公民營事業籌措者，得以公開甄選方式為之」，雖然法令並未直接規定「應」採甄選或其他競爭方式決定締約相對人，但仍要求以公開甄選方式定之，性質上亦屬於此類。



138條僅為其最低應遵守之契約義務。

## 2. 適用行政程序法之契約

此類係針對現行法制下，並未依法應以甄選或其他競爭方式而締結之行政契約進行整理，惟並不表示此類型之行政契約完全無採取甄選或其他競爭方式而締結之可能，尤其考量到行政契約涉及公法上權利義務關係之變動，當契約相對人為人民時，縱然法律並未強制締約方式，仍儘可能適用公平競爭之程序較能杜絕弊端<sup>66</sup>。只是首先在締約程序上，此類行政契約無須適用行政程序法第138條後段參與意見之規定，因而在決定締約相對人之程序較為單純，行政機關作成決定的裁量空間也可能較廣，亦即締約相對人之選擇著重於行政機關設定行政目標的完成度與可信賴性。其次，此類契約涉及之法律關係相較前述類型為單純，使用行政契約僅為擇定適合締約人或釐明建構權利義務關係之單一目的。蓋此類型契約當中的權利義務關係通常已經由相關法規進行建構，締結行政契約之目的在選定締約相對人（公費契約）以完成契約義務；或是契約相對人確定之情況下，以契約確認權利義務關係者（如稅法上之行政契約）。因而建立典型契約類型化之抽象標準時，考量契約涉及之法律關係與內容目的，初步認為可再分類為如下兩種類型：

### （1）以契約確定特定人以履行公共任務者

舉凡行政機關為履行公共任務所需而招募人員之契約均屬之。此等類型原則上屬於行政程序法第137條之雙務契約，然而在行政機關端，著重的應屬「人民之給付有助於行政機關執行其職務」，

---

<sup>66</sup> 法國的委託公共服務契約（la délégation de service public）以往考慮到受託人與委託機關間之信賴關係，並不著重此類契約的公平競爭性，卻引發地方自治團體大量私相授受的貪污弊端，故於1993年制訂新法，規定所有公共服務委託契約均有公告義務以利多數公平競爭。DUBREUIL (C.-A.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2018, p. 91.

亦即透過締約之準備階段選擇最適合且有意願之締約相對人完成行政機關之職務。本文認為，締約相對人之決定如果目的在於締結後續之行政契約，該決定不論為聘用、錄取、決定之形式，應採取吳庚教授主張之「事件關聯理論之精神」<sup>67</sup>，不宜將其割裂為二階段而視前階段為行政處分，以避免行政實務處理之紛擾。在此類型當中，契約當事人間之權利義務關係經常已經有其他法令加以規制，或以定型化行政契約之方式進行。吳庚教授所舉之「委託行使公權力之協議、行政機關聘僱人員、公立學校聘用教師與公費契約」均屬此類型。司法判決數量不少的軍校公費契約<sup>68</sup>、警察專科學校公費契約<sup>69</sup>亦屬於此類。

#### (2) 以契約釐明權利義務關係者

非屬以上類型者，皆歸類到此一類別。不過當中仍可歸類出一種共通類型，係以形成、增進行政主體管理之公物之使用收益為目的，包括「行政主體間有關營造物或公物之協議、委託興建公共設施或勞工住宅」，尤其近年來有不少市場或夜市土地（店鋪）使用權管理契約<sup>70</sup>，都是行政主體為了有效開發使用其所有之土地或建物，以增進公共福祉而締結之契約。此類型之契約，除行政主體彼此間締結之契約以外，通常與國家對人民之生存照顧義務有關，且行政主體對於該公物之使用管理非單純考慮經濟利益，常併有配合其他社會政策目的實施之功能<sup>71</sup>，因而與人民賴以維生之營業自由或生存權相關。基於公物利用增益關係而締約者，不論在行政或司法實務上，因而被認定為行政契約。此種契約在法律關係上事實上

67 吳庚（註5），頁443-444。

68 其中法律爭議討論可參：張哲璋，行政契約爭議事件之思維體系——以軍費生公費償還事件為中心，軍法專刊，58卷6期，頁71-95（2012年）。

69 最高行政法院106年3月份第1次庭長法官聯席會議。

70 最高行政法院107年度裁字第1453號裁定。

71 高等行政法院及地方法院行政訴訟庭106年度法律座談會提案及研討結果提案三之甲說見解。

具有選定契約相對人與釐明權利義務關係之雙重功能，但因為並未適用特別法令，故仍以行政程序法相關規定為依歸。

其他則包括吳庚教授指出之「稅法上之行政契約、公法上之保證關係、損失補償或損害賠償之協議、公法上之抵銷關係、社會保險關係」，以及本文搜尋實務案例發現之實驗教育之特許、替代徵收之協議價購、公法上之切結書或公證書，此等行政契約則明確屬於契約相對人已經確定，但與行政機關之法律關係仍進一步確定必要者，類型較屬於行政程序法第136條之和解契約。

以上契約類型化之抽象標準，僅為本文之初步嘗試。由於行政機關選定行政契約為其行政行為形式，無非以達成設定之行政目的為其首要目標，當不同行政法個論領域中之公共任務不同時，契約標的、內容與條款自有差異，恐怕不易如同民事典型契約一般，建立類型化之標準要件。但是，一方面，在未能建構為典型契約之前，或可先發展使契約雙方當事人具有預見可能性之定型化行政契約。惟此處必須特別留意，本文所稱之定型化行政契約，並非欲限縮締約人民之締約能力，使締約人民遭遇不平等對待或負擔不相當之對待給付<sup>72</sup>，而是以強化契約雙方當事人之締約與履約便利性與可能性為考量，提高行政機關推動行政任務之效率<sup>73</sup>。亦即，以實務上定型化行政契約之累積，逐步建構行政各論當中契約特性，作為典型契約之基礎。二方面，由上述之嘗試可知，行政契約類型化之整理應非不可行方向，只是類型化之方式應透過行政法個別領域之特色進行發展歸整，尤其是發展已經較為成熟的行政契約類型，如：人事任用、增進公物使用收益有關之行政契約類型，應有

---

72 「公法上之定型化契約」用語始於楊建華大法官與吳庚大法官於司法院釋字第348號解釋提出之協同意見書，當時協同意見書已經注意到定型化契約之弊，也特別提醒行政實務運用此種契約必須遵守之原則。

73 類似見解可參考李宜潔，定型化行政契約之實務研究，收於：臺中高等行政法院編，行政法實務研究（二），頁197-198（2010年）。

直接探究契約條款內容之必要，更深入對於類型化契約進行抽象要件之規整，相信將有助現行之和解契約與雙務契約以外，發展其他典型行政契約之可能，增加行政契約使用與履約之穩定性。

### 參、現行我國行政契約適用轉換之限制與可能

除了前述吳庚教授已然開拓的行政契約法制外，依據我國目前行政契約實務發展，行政契約締結後如何良善履行，如何解決行政契約之履約爭議，更是開拓行政契約法制之重要關鍵。而此處或應著眼於行政程序法創設行政契約之規範取向與行政契約之功能，誠如吳庚教授所云：

擴大政治參與係現代民主國家致力之目標，俾滿足人民日益增高之自發的民主意識，政治參與之途徑甚多，但以參與行政決策為最直接與有效。……在參與各種行政決策之中，又以締結契約之方式最具效果<sup>74</sup>。

因此，在行政契約履行之過程中，在合乎法律規定之前提下，以符合締約原意之方式，盡量依據契約方式解決履約糾紛，減少行政主體單方面行使公權力之情況發生，或為有助我國行政契約法制之方向，否則，行政機關先以締約的方式讓人民參與行政決策，但履約過程中毫無限制地隨時恢復高權主體之地位，不但可能有損人民先前因參與行政決策而獲得滿足之民主意識，恐怕也對完整發展行政契約法制度不利，因為行政機關只要認為透過行政契約對於行政任務之履行較不便利，即可隨時回復採取行政處分之行為形式，則行政機關怎會願意善加理解並建構行政契約之契約關係。基此概念，以下對於我國目前行政契約履約過程中，行政機關是否得改採

---

74 吳庚（註4），頁126。

行政處分單方行使公權力之普遍現象，首先先概述目前司法實務之代表性見解與司法判決之情形，再援引參酌吳庚教授之論理進行研討。

### 一、行為形式併用之常態

關於行政機關與締結行政契約之相對人，隨著契約關係之進展，發生違反契約義務之情形，行政機關不透過契約條款主張違約效果，而逕以行政處分課契約相對人不利益之法律效果，在我國行政實務使用行政契約之今日，比比皆是<sup>75</sup>。這樣的法制發展情況，是否符合行政程序法肯認行政契約制度之規範目的？首先先說明代表性實務見解，再以該見解檢視相關司法判決。

#### （一）代表性實務見解

一般均以最高行政法院95年7月18日庭長法官聯席會議決議與98年7月14日庭長法官聯席會議決議為其代表；前者認為在全民健康保險法之法律關係下，「保險醫事服務機構於特約期間，有特定情事者，保險人應予停止特約一定期間。此項公法上應處罰之強制規定有規範保險人及保險醫事服務機構之效力，非得以行政契約排除其適用，即使中央健康保險局與保險醫事服務機構間於合約中將停止特約列入條款，無非宣示性質。保險人……單方面認定保險醫事服務機構有無該特定情事，單方面宣告停止特約之效果，並無合約當事人間容許磋商之意味，乃基於其管理保險醫事服務機構之公權力而發，應認為行政處分」，不採取否定說認為係行政契約意思表示之立論<sup>76</sup>。後者則認定「公立學校教師之聘任，為行政契約……公立學校教師因具有教師法第14條第1項各款事由之一，經

75 學者林明鏞認為行政機關基於便利性與法律設計之容許性，因而併用十分氾濫。參林明鏞（註33），頁23。

76 「基於合約當事人之地位主張合約上之權利，而向他方當事人為意思表示，本質上屬行政契約公法權利之行使。」

該校教評會依法定組織及法定程序決議通過予以解聘、停聘或不續聘，並由該公立學校依法定程序通知當事人者，應係該公立學校依法律明文規定之要件、程序及法定方式，立於機關之地位，就公法上具體事件，所為得對外發生法律效果之單方行政行為，具有行政處分之性質。」關於前者決議，學者林明鏘曾提出猛烈的批評，認為最高行政法院除了並未說明理由外，也有損行政契約之功能<sup>77</sup>。其實後一決議最高行政法院總共提出六說討論意見，其中二說明確指出「行政契約不宜割裂適用」與「兩種行為併用禁止原則」<sup>78</sup>，但最後決議仍與第一則會議決議相同，都認為締約行政機關所為之行政行為，係「法律明文規定之要件、程序及法定方式」，而非基於契約條款之意思表示。因而似可得目前司法判決實務，至少在全民健保與公立教師聘任此二行政領域，法院認為無需限制行為併用，且當事人間法律關係縱已依據行政契約界定，只要其中的法律關係同時有法律明定，而非由契約單獨創設，則締約行政機關得立於機關之地位，作成行政處分。

## （二）現行司法判決探討比較

於此二決議後，對於全民健保與公立教師聘任以外之其他行政領域，是否發展出一致的處理方式，成為行政法上不區分各論領域之共同處理方式，即有探究之趣味。依據本文觀察，目前實務上其實發展出兩種截然不同的態樣：首先與前揭二則決議結論相同，承認行政契約履約過程中，締約行政機關得對契約關係產生之紛爭選擇以行政處分的方式解決爭議；其次反而是採用行為形式併用禁止原則，在締約相對人民請求行政機關依法作成行政處分時，認為行政機關只能依據行政契約為後續行政處置，不得作成行政處分。以下茲以行政法院判決為例進行說明。

---

<sup>77</sup> 林明鏘（註33），頁24-26。

<sup>78</sup> 修正乙說與丙說。

### 1. 行為形式併用

以前述行政契約類型中，透過甄選或其他競爭方式，目的在獎勵民間投資興建經營公共建設而締結之契約為例。第一則案例涉及開發工業區，第二則案例則是砂石採取整體改善計畫委託計劃。此二契約性質法院都認定為行政契約，當締約人民請求締約行政機關履行契約義務，行政機關拒絕之公文，都並未被認定為契約意思表示，而為行政處分。

#### (1) 最高行政法院105年度判字第467號判決

案例事實略為：某公司與花蓮縣政府簽訂「合作開發光華工業區協議書」（下稱系爭協議書），以合作方式辦理花蓮縣光華工業區（現更名為花蓮縣光華樂活創意園區，下稱系爭園區）之開發工作，雙方合作模式：花蓮縣政府負責辦理系爭園區之土地取得、地籍整理等工作；某公司負責籌措系爭園區開發所需之土地取得及工程費等各項經費為本開發案債權債務之主體並負盈虧責任。系爭協議書之開發期程屆滿，某公司以102年11月20日函，請求花蓮縣政府依產業創新條例第47條規定，就區內未出售土地擇定以「囑託登記土地」方式處理。花蓮縣政府以102年12月16日函表示原則同意以產業創新條例第47條第2項第2款囑託登記規定，處理本園區未售土地，惟某公司仍需完全履行開發契約義務並依法完成開發成本法定查核程序，涉及後續公共設施維管等部分，將與某公司另擇期召開會議進行研議。則案件中102年12月16日函之性質為何，即產生爭議。

首先不論是前審或最高行政法院判決都認為系爭協議書之性質為行政契約，接著認為：「主管機關此一權限之行使（意指案件中102年12月16日函），直接源於法律之規定，且系爭協議書，並未就開發契約期程屆期後，園區內未出租售土地權利應如何處理為約定，亦無以相關法令之規定，為契約內容之約定，自難認主管機關

依產業創新條例第47條第2項規定所為之決定，屬行政契約之履約行為。主管機關依此規定作成之決定，核屬行政機關就公法上具體事件所為，並對外發生規制效力，性質為行政處分。被上訴人選擇以行政契約之方式，與上訴人簽訂系爭協議書為『光華工業區』之開發，並不影響被上訴人適用產業創新條例第47條第2項規定，係以行政處分對開發期程屆至後，所留未出租或未出售土地之處理作成決定，而不生與『行政行為形式併用禁止原則』衝突之問題。」

此判決之立論方式基本上類似前揭二決議結論之論述，雖然承認當事人間成立行政契約，但並不認為只要以行政契約界定彼此間之法律關係後，所有後續的法律關係都包含在行政契約當中。尤其本則判決認為案件中關於囑託土地登記之事，並非行政契約契約條款中之約定事項，而是產業創新條例第47條第2項授與行政機關之權力，因而締約行政機關並不因為締結行政契約後，則喪失適用法律行使公權力之可能。

#### (2) 最高行政法院98年度判字第1448號判決

案例事實為：上訴人依據「高屏溪水系旗山溪甲仙大橋至月眉橋段、荖濃溪六龜大橋至舊寮段砂石採取整體管理改善計畫書」(下稱聯管計畫)，成立聯合開發管理公司(下稱聯管公司)，並於89年10月23日與經濟部水利署簽訂「荖濃溪六龜大橋至舊寮段(第二區段)砂石採取整體管理改善計畫委託契約書」(下稱聯管契約)，契約有效期限至89年12月31日止。嗣上訴人以其依聯管契約第9條約定提出開發管理實施計畫，並經經濟部水利署依行政程序核准，準備開工採取砂石，經濟部水利署未依約履行，並將高雄縣轄內自荖濃溪36斷面至33斷面之砂石採取區辦理標售，使第三人得標、開採，已給付不能，導致上訴人受有重大之財產上損失新臺幣(下同)115,824,800元。上訴人提起行政訴訟請求損害賠償。

判決中明確認定：「兩造所訂立之聯管契約即係依據行為時



(下同) 臺灣省河川管理規則 (以下稱河川管理規則) (91年8月7日廢止) 第31條第1項第3款、第45條之規定及聯管計畫所訂立，並經載明於聯管契約中，足見聯管契約係主管機關為河川治理及其疏濬所需而訂立，性質上係屬行政契約。」最高法院並認為：「學說上有所謂行政機關行為形式選擇的自由，意指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，均屬合法。惟如以行政契約代替原應作成之行政處分，則不得在行政契約關係中，再以被代替行政處分，發生、變更或消滅當事人間之法律關係，此乃行政契約與行政處分不併行原則。查經濟部水利署簽訂上開聯管契約係依據河川管理規則第45第2項規定辦理，其並非代替同規則第31條第1項第3款或其他關於申請採取土石許可處分之作成，自不生在上開聯管契約關係中，不得併行土石許可處分之問題。」

本判決的意見先承認行政機關行為形式選擇自由，接著認為若行政機關以行政契約替代行政處分，則行政機關不得再以行政處分替代行政契約。對於行為形式併用禁止的說明，限縮於替代行政處分之行政契約類型，與前揭二決議並不完全相同。因而結論上，認為本案因為被認定為行政契約之聯管契約並非替代行政處分類型之行政契約，因此在行政契約的履行關係中，行政機關仍得依據法令作成行政處分。由此判決已可發現，司法判決實務所定義之行為形式不併行，似乎有類型上的差異。

## 2. 行為形式併用禁止

此處以前述類型化案例之為履行公共任務所需而聘雇招募人員契約中公費契約為例，一則為教育部公費獎學金契約，一則為軍校公費契約。兩則判決之情況都是肯定締約行政機關在行政契約之法律關係中，不得再作成行政處分，前者認定締約人民無依據契約請求行政機關作成單方行政行為之權利，只得依據契約關係請求。後

者則直接認定行政機關不得作成行政處分。

(1) 最高行政法院106年度判字第475號判決

案例事實略以：某生參加教育部辦理之公費留學考試經錄取，簽訂「103年度公費留學行政契約書」（下稱系爭契約）後，某生因為具有美國永久居留證，無法取得系爭契約第4條及第5條第2項有關檢附DS-2019 Form及J-1簽證，某生請求刪除系爭契約第4條及第5條第2項有關檢附DS-2019 Form及J-1簽證等相關規定未果，又申請教育部出具「103年度錄取公費留學生出國留學同意函」（下稱留學同意函）。教育部以系爭函文重申某生為「103年度公費留學考試」錄取生，應依系爭契約第5條規定，補送赴美國留學者已核准之DS-2019 Form後報部，並未核發留學同意函，某生因而無法請領2年留學期間之公費留學獎學金美元（下同）84,000元。故某生請求教育部出具留學同意函，以便其依據契約領取公費留學獎學金。

第一審法院認為錄取生與教育部就公費留學之補助所為之協議，而簽訂之契約屬行政契約，因而認為「上訴人本於系爭契約所規定之權利義務所為主張，僅能依契約條款為之，要無主張被上訴人依契約規定之意思表示為行政處分之理。」最高行政法院判決中認同第一審法院之意見，並更進一步指出：「系爭簡章……規定：『凡經本考試公告錄取者，應自本部通知之期限內與本部完成簽訂公費留學行政契約書，逾期未簽訂公費留學行政契約書，視為放棄公費留學錄取資格』。據此可知，被上訴人已明白選擇以與錄取者訂立行政契約形成錄取後其兩造間之法律關係，上訴人又已與被上訴人簽訂具行政契約性質之系爭契約，兩造自應以系爭契約做為相互請求之法律上依據。」某生請求之留學同意函，「係依系爭契約而為，並非其所主張之依法申請。而系爭函文……核屬被上訴人所為單純事實之口述及理由之說明，對外亦未直接發生法律效果，原判決認其非屬行政處分，上訴人不得對之提起課予義務訴訟，經核

並無不合。」

此案例當中，雖然錄取公費獎學金之留學生向教育部請求之留學同意函被認定為非行政處分，然該函確係該生辦理出國留學程序，完成報到，符合系爭行政契約書所規定之請領公費規定之依據。因為行為形式併用禁止，締約人民只能據契約進行請求，無從「依法申請」，最終導致不合致契約要件而未能領得留學獎學金。由此案例更可發現，目前行為形式併用的情況，明顯對締結行政契約之行政機關有利，而對締約相對人民不利，因為只要有法律明文授權，行政機關均得以合法行政與行政效率為由作成行政處分，然而締約人民卻只得依據契約主張權利。

#### (2) 最高行政法院101年度判字第113號判決

案例事實為：被上訴人學生50人等原就讀於上訴人（空軍航空技術學院），嗣因各種理由，分別經上訴人核定退學或申請自願退學。上訴人依行為時「國軍各軍事學校退學開除學生賠償費用辦法」規定及兩造契約，被上訴人學生50人等應賠償其在校期間費用。

第一審法院依據司法院釋字第348號解釋理由書認定上訴人與被上訴人間成立行政契約關係<sup>79</sup>，最高行政法院判決中說明：「行政機關為達成其行政目的，原則上享有選擇其行為形式之自由，此即學說上所稱之『行政行為選擇自由理論』。惟在行政行為中，行

---

79 「依軍事教育條例第4條第1款、92年2月6日修正前第17條及第18條及80年8月28日修正國軍各軍事學校退學開除學生賠償費用辦法（88年6月9日修正名為「國軍各軍事學校轉學退學開除學生賠償費用辦法」）第1條及第2條之規定，就讀國防部為辦理軍事教育所設立相關之軍事學校之學生，入學後受領公費及津貼，自應依上開規定履行義務及應遵行事項規定，如有違反如經開除學籍等事由，該軍事學校自得依上開規定……請求被開除學籍之學生，賠償在校期間之訓練及相關費用。」顯然係以行政機關單方面制定的賠償費用辦法作為定型化行政契約。

政契約與行政處分係處於競爭關係，亦即行政機關如選擇與相對人締結行政契約，則在行政契約關係中，除非法律另有規定或當事人另有約定，行政機關即無再以行政處分作為行使契約上權利之手段之餘地，此乃對行政機關行政行為選擇自由之限制。本案上訴人與被上訴人入學成為公費生間之關係，係行政契約關係，則對於被上訴人在學時因案遭退學，上訴人行使其契約上權利，即請求被上訴人賠償在學期間費用，便不容許以行政處分令被上訴人賠償。是以即使上訴人以書面向被上訴人求償，該書面亦非行政處分，其在學費用償還請求權之時效不因而中斷，該書面不得成為行政執行之執行名義。」

此一案例係本文討論案件中，正式肯認行為形式併用禁止，且「意外地」反而對行政機關不利之判決。軍校公費生契約之締結，依據前述，事實上軍校生幾乎只有選擇締約或不締約之自由，對於行政契約內容並無置喙餘地，乃是標準的定型化行政契約，或許正因為如此，司法判決實務因而試圖緩和此等行政契約中之不平等關係，例外地採用行為形式併用禁止原則以限制行政機關之行為形式選擇自由。但若認為只要是定型化行政契約，司法判決實務可能會因而試圖緩和行政契約中的不平等關係，則前述最高行政法院95年7月18日庭長法官聯席會議決議，何以於全民健保契約乃是典型之定型化行政契約時，仍認定行政機關行為形式併用自由？因此，司法實務對於行為形式併用或禁止併用，似乎尚未發展出穩定的理論見解。

目前只能從以上司法判決實務之現況，初步推知：現行司法判決以行政機關行為形式選擇自由為據，幾乎不分領域，也不論是否當事人間締結者是否為定型化行政契約，多半肯定行政機關在締結行政契約與作成行政處分間自由交錯為之；但是仍在教育領域（公費獎學金與軍校就學），基於不明原因，有採行政行為形式併用禁止之情況。究竟此等現況是否符合行政契約之功能目的？對於行政

契約之發展是否有益？以下參酌吳庚教授之論理進行探討。

## 二、以行政契約之功能目的為思考主軸

行政契約的履行過程當中，吳庚教授主張：「選擇行政契約作為行為方式，後續效果亦應隨之<sup>80</sup>，不能再由行政機關之一方以行政處分作為促使或強制他造履行行政契約之手段，在行政訴訟制度完備之情形下，應作為遵循之法則<sup>81</sup>。但如有法律明文規定或當事人間於訂約時有約定者，可不受此項限制。<sup>82</sup>」儘管吳庚教授並未說明何以其為如此主張，但考量吳庚教授係以行政契約有助於人民參與行政事務之觀點著眼——縱然並非與其他支持本說之學者採取相同立論，係基於契約關係中當事人地位平等之立場而為如此主張<sup>83</sup>，蓋畢竟現行行政契約法制規範對象以契約當事人一方為人民，一方為行政機關之隸屬契約為主<sup>84</sup>——或許可以推論，當行政機關在行為形式選擇自由之情況下，選定以行政契約方式與人民形塑彼此間之法律關係，而人民也基於意思表示自由原則表示同意，亦即人民係基於自願與行政機關共同履行行政契約條款所界定之權利義務關係，人民並非單方面被行政機關形塑、決定與行政機關間之權利義務關係；亦即人民與行政機關，在行政機關始終擁有公權力之情況下，人民雖然擁有與行政機關相同開展行政契約法律關係之同意權，在整個行政契約形塑之法律關係當中，推定與行政機關立基於平等地位要難想像。

80 吳庚、盛子龍（註10），頁426。

81 吳庚（註5），頁425。

82 吳庚（註5），頁415註39。

83 相關學者見解之整理，可參葉俊榮，從救濟管道到管制脈絡——論行政處分與行政契約的交錯與併存爭議，收於：王必芳編，2008行政管制與行政爭訟，頁11-13（2009年）。

84 本文作者原本此處主要考量隸屬契約乃是在概念界定上，相對於行政主體彼此間締結之平等關係而來，未必代表行政機關與人民無法透過行政契約之締結取得平等地位。承蒙審稿人提醒隸屬契約之契約當事人原則上非基於平等地位，點破作者思考之盲點，特致上感謝，並進行論述增補。

然而，首先，人民於契約之始「自願」表達之「同意」，至少表徵人民參與行政事務之主動性，而非其他單方行政行為關係下的被動性。這也正可回應吳庚教授主張行政契約有助於人民參與行政事務之觀點。詳言之，人民不再是被動等待行政機關之決定與形塑權利義務關係，而能夠更主動地與行政機關發生權利義務關係，積極地參與行政事務。其次，如果行政機關係基於人民自願表示之同意，也同意採取行政契約之方式形塑彼此間之法律關係（亦即意思表示之合致），契約當事人之同意應該具有等價性，則整個行政契約的法律關係中，理當都立基於彼此的合意；若是其中一方變更合意，也應依據契約調整彼此之權利義務關係，方符合誠信原則。若容許行政機關於行政契約履約過程中，又依據契約適用之法律作成行政處分，應屬係行政機關單方破壞締約初始之合意，有違反誠信原則之嫌。若認為基於誠信原則，締約行政機關除非有法定或特定之情形，都不得變更行政契約關係並單方作成行政處分，則人民初始自願表示之同意，即具有約束行政機關後續行為之效果，此亦應屬人民參與行政事務之表現。

然而，從上述對於司法實務之討論可知，司法實務肯定行政機關締結行政契約後，在履約過程中，作為當事人一方之行政主體依據契約適用之法律，作成行政處分，形成多種法律關係併存之情況。可知吳庚教授的說法，在司法實務判決並未獲得支持。

確實從行政管制而非行政救濟的角度言，考慮到行政機關作成行政處分與締結行政契約時，行政機關與人民之「相對位置」——行政處分可能歷經人民陳述意見甚至聽證，而定型化行政契約之人民只有締約與否之自由——人民在與行政機關締結行政契約時，是否是嚴格的競爭與替代關係，非無檢討空間<sup>85</sup>。尤其行政事務複雜度日趨多元的今日，行政機關「事前」對於法律行為與法律關係之

---

85 葉俊榮（註83），頁20-22。

選擇，可能比法院「事後」的行政行為定性更有利於行政機關履行行政任務之效率性，畢竟法院考量的重點，受限於法官所受訓練與司法權的特性，多半是行政行為之定性，是否影響到未來受理訴訟範圍之寬窄，而非行政事務之執行成效或是行政機關與人民之互動關係良窳。因此，司法實務判決容許行政行為併用，可能是尊重行政機關行政行為選擇自由之表現。若確實如此，則又為何仍有司法實務判決認定行政行為併用禁止之情況？究竟應採取如何之判斷標準？

本文以為，或許吳庚教授提出之強化人民參與行政決策之觀點可作為判斷參考。詳言之，關於行政契約履約過程中，是否允許締約行政機關併用其他單方行政行為，應該區別行政契約中人民民主參與之高低比例而斷。

首先，若立法者於個別領域之規範法規中，在不同條文內設計不同的行為形式，或當事人事前合意於行政契約中約定，肯認行政機關於行政契約履約過程中作成行政處分或行政罰，則可承認行政契約之法律關係內行政行為之併用自由。因為此時都是透過民主參與之過程做成之合意決定，而非行政機關單方高權之強制要求。儘管這樣的立論看似與行政形式選自由之理論並不完全一致，也與行政程序法第135條不完全相符，但並非「強制」行政機關只能受限於立法者的事前選擇。因為如果立法者原本設計的形式為「核准」或「許可」，行政機關原則上應優先採取行政處分之形式，此時如果行政機關在容許的範圍內締結行政契約，由於是從行政處分轉換為行政契約，從單方面行政機關形塑法律關係「例外」調整為當事人雙方之合意，乃是行政機關出自導向強化人民參與行政事務之「自願」行為，但倘若履約過程中，行政機關不再採取行政契約而作成行政處分，此仍在立法者預先選擇的範圍內，並未違反初始的民主參與過程。

其次，若欠缺法定或合意，則應進一步判斷，行政契約當事人締結之行政契約，是否為確實經過個別磋商協議而締結之行政契約，如果是經過個別磋商協議而締結之行政契約，由於該行政契約已經具備高度的人民參與，自然應該盡可能地完全依循行政契約的履行關係。如果此時仍容許行政機關得在行政處分與行政契約兩行為形式間來去自如，固然顧及行政機關行使行政權之效能，並降低透過行政訴訟要求契約相對人履行契約義務之訴訟成本，但今日行政法之法律關係不應只強調行政權之便利與效率，也應同時顧及對於人民參與行政事務之信賴，當一開始信賴行政機關將以行政契約建構彼此關係的契約相對人，在履約過程中，遭遇締約機關不依據契約條款進行請求，反而恢復高權身分作成行政處分或行政罰，不但可能造成人民對行政機關選擇行政契約之不信任，恐怕行政機關也有違反誠信原則之嫌。對於行政契約之開拓並無助益，而行政機關也可能更習於使用單方行政行為的方式建構與人民之間的權利義務關係，不會進一步深耕行政契約的法律關係。

最後，如果是定型化行政契約，由於此等契約本身具備的人民民主參與因素並不高，其情況可能是行政機關單方面制定的契約條款，締約人民僅有締約與否之自由（如前述軍校就讀公費行政契約），也可能是行政機關與中介團體磋商而來之契約，個別的締約人民並無與行政機關磋商契約條款之可能（如全民健保之個別醫療機構所締結之全民健保契約），不論為何種情況，此時應可尊重行政機關對於行政契約履約過程中行為形式選擇自由之可能，因為併用並不會破壞行政契約強化人民參與民主之制度功能。誠然，此等行政契約著重的僅為人民於契約之始「自願」表達之「同意」，締約之人民並未擁有真正的契約磋商能力與籌碼，因此看起來只具備契約之外觀；但究其實際，人民之自願同意，仍足以表徵人民參與行政事務之主動性，而非其他單方行政行為關係下被行政機關決定之被動性，因此行政機關採取行政契約之形式仍具備使人民參與行



政決策之意義。然而，如果併用確實明顯損及締結行政契約之人民參與民主之制度存立精神，則應一律採取行政契約之法律關係，不宜任由行政機關併用行政處分。

若再進一步考量到行政處分並不因為行政契約之實定法化，而使其行政法領域不可取代與不受動搖地位受到影響，加上如同吳庚教授所云，締結行政契約有助於人民參與行政決策之作成。既然當今國家與人民之關係不再僅是上命下從的高權關係，更是互助合作的協力關係，強化行政機關適用行政契約之頻率，降低行政機關違反誠信原則之嫌疑，拓展人民對於行政契約法制之信賴，應有其必要性。因此關於行政行為形式併用之標準，應該在兼顧行政契約履約法律關係存續之情況下加以考慮，而非只是尊重行政機關的選擇自由。

#### 肆、結論：行政契約之開拓與深耕

本文之撰寫，誠如前言所述，係以緬懷吳庚教授於行政法制度之深刻貢獻為初衷，擇定以行政契約為題，乃因碩士班受教於吳庚教授時，即以行政契約為課堂報告主題。在內容之撰寫上，幾經猶豫，原想從行政契約之本土化與全球化為題，引介目前歐洲公共採購契約之發展趨勢以及對歐洲內國法之影響，但思索吳庚教授關懷本土行政法學之用心，我國行政法學之發展，在行政程序法公布施行已近二十年之際，應逐步擺脫外國法制之單純繼受，以關懷國內司法實務判決與相關法制發展為重心。故最後以吳庚教授主張之締結契約係參與行政決策之有效手段為思考主軸，援引吳庚教授建構之行政契約判斷標準，就三方面行政契約議題，配合國內近期行政契約相關判決，提出討論：先從行政契約與私法契約區別標準推導私人間締結行政契約之現行狀況，發現目前我國司法判決實務確實

存在私人間締結行政契約之情形，然此一例外狀況，可能是忽略主體說，僅將判斷重心著重於契約標的所致。建議未來在區辨上，仍應探究締約之私人是否為負擔公共任務之主體。更溯本清源之方式，一方面是建議立法者事前進行契約屬性的選擇；惟不論採用何種契約屬性，都應該在法條中規範行政機關透過契約形式行使權限時，都必須遵守公開透明程序、開放競爭確保公平之要求，以降低公益受損之可能風險。另一方面，則是建議立法者除進行契約屬性選擇外，也可以參考實務發展情況，進一步發展典型行政契約，更能降低行政契約與私法契約區別之困境。而立法者在設計相關契約時，也應該注意行政契約與行政處分或行政罰併用之現況，事前對於行政權之行為形式預為規劃。當然行政機關也不排除在立法者未事前設定之情況下，選擇使用行政契約之行為形式，但應留意行政契約具有促進人民參與行政事務之民主功能，同時也當遵守契約之誠信原則，除非在締結契約前已經與契約相對人合意約定或詳細磋商契約條款，契約相對人同意行為形式併用，或是在定型化行政契約，契約相對人僅以自願同意進入契約設定之法律關係作為參與行政事務之形式，否則都應適當限制行政機關於行政契約設定之法律關係中，併用其他行為形式。

自吳庚教授1978年撰寫專文論述行政契約迄今已超過40年，而大法官自1994年作成司法院釋字第348號解釋，行政契約於我國法制中亦已存立25年，本文嘗試站在巨人的肩膀上檢視現況並期許未來，儘管未完整對於行政契約進行抽絲剝繭，只是以管窺天，未來仍有再深入研究之空間，但至盼我國行政契約法制之發展，真能逐步達到如吳庚教授所言之促進人民參與行政決策之民主功能，積極地由人民與行政機關共同建構彼此之權利義務關係，拉近人民與行政機關之不平等地位。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王文宇（2013），正本清源——評台電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題，月旦法學雜誌，217期，頁63-92。
- 王澤鑑（2009），債法原理（一），增訂版，臺北：自版。
- 江嘉琪（2002），公私法混合契約初探——德國法之觀察，中原財經法學，9期，頁63-112。
- 吳庚（1978），行政契約之基本問題，臺大法學論叢，7卷，頁107-146。
- （2010），行政法之理論與實用，增訂11版，臺北：三民書局。
- 吳庚、盛子龍（2017），行政法之理論與實用，增訂15版，臺北：三民書局。
- 李宜潔（2010），定型化行政契約之實務研究，收於：臺中高等行政法院編，行政法實務研究（二），頁195-228，臺中：臺中高等行政法院。
- 李建良（2016），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，收於：李建良編，2012行政管制與行政爭訟——行政契約之發展現況與前景，頁1-62，臺北：中央研究院法律學研究所。
- （2016），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，收於：李建良編，2012行政管制與行政爭訟——行政契約之發展現況與前景，頁137-182，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 李惠宗（2013），行政法要義，6版，臺北：元照。
- 林永發（1967），行政契約論，國立臺灣大學法律學研究所碩士論

文。

林明鏘 (2006), 行政契約, 收於: 翁岳生編, 行政法 (上冊), 頁 559-598, 臺北: 元照。

—— (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 101-128, 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), 行政契約與行政處分——評最高行政法院88年判字第3837號判決, 收於: 行政契約法研究, 頁155-182, 臺北: 翰蘆。

—— (2013), 我國行政契約理論與實務發展趨勢——以全民健保醫療契約為例, 法學叢刊, 58卷2期, 頁1-53。

高仁川 (2013), 再生能源購售電契約, 究係民事契約抑或是行政契約? / 台北地院101重訴235判決, 台灣法學雜誌, 228 期, 頁206-212。

張哲瑋 (2012), 行政契約爭議事件之思維體系——以軍費生公費償還事件為中心, 軍法專刊, 58卷6期, 頁65-95。

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。

陳洪 (1960), 公務員之任命是否係契約行為之問題, 法學叢刊, 5卷2期, 頁11-19。

陳敏 (2016), 行政法總論, 9版, 臺北: 新學林。

黃錦堂 (2002), 行政契約法主要適用問題之研究, 收於: 台灣行政法學會編, 行政契約與新行政法, 頁3-76, 臺北: 元照。

葉俊榮 (2009), 從救濟管道到管制脈絡——論行政處分與行政契約的交錯與併存爭議, 收於: 王必芳編, 2008行政管制與行政

爭訟，頁1-33，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。

詹鎮榮、吳秦雯（2014），公私協力行政之契約形式選擇自由研究——以臺北市市有財產出租、提供使用及委託經營為中心，臺北：臺北市政府法務局。

蔡秀卿（2000），行政契約，收於：台灣行政法學會編，行政法爭議問題研究（上冊），頁519-533，臺北：五南。

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——廖義男教授六秩祝壽論文集，頁295-324，臺北：元照。

錢建榮（1996），論私人相互間之行政契約，軍法專刊，42卷12期，頁17-26。

## 2. 外文部分

Dubreuil, Charles-André (2018), *Droit des contrats administratifs*, Paris: Presses Universitaires de France.

## Defining and Applying Administrative Contract:

A Tribute to Professor WU Geng

*Chin-Wen Wu\**

### Abstract

This article builds on Professor WU Geng's administrative contract theory to explore whether and how private parties may enter into an administrative contract under the existing administrative court jurisprudence in Taiwan. It also discusses the typical uses of administrative contract. This article further examines the common practice of interchanging administrative contract and administrative disposition in Taiwan. In view of the use of administrative contract to promote democratic participation as emphasized by Professor WU Geng, this article argues that such interchange should be kept in check.

KEYWORDS: administrative contract, administrative contracts between private individuals, typical contract, dispute settlement.

---

\* Associate Professor, College of Law, National Chengchi University.