

國立臺灣大學法學叢書 (155)

# 行政契約法研究

Verwaltungsvertragsrecht

林明鏘 著

翰蘆圖書出版有限公司

國立臺灣大學法學叢書 (155)

# 行政契約法研究

Verwaltungsvertragsrecht

林明鏘 著

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

國家圖書館出版品預行編目資料

行政契約法研究 / 林明鏘著. -- 臺北市：林明鏘  
發行；翰蘆圖書總經銷，2006〔民95〕

面：公分.--(國立臺灣大學法學叢書：155)

ISBN 957-41-3593-4 (平裝)

1. 行政行爲—論文、講詞等
2. 契約(法律)—論文、講詞等

588.1307

95006708

國立臺灣大學法學叢書(155)

# 行政契約法研究

---

著 作 人 / 林 明 鏘  
發 行 人 / 林 明 鏘  
總 經 銷 / 翰蘆圖書出版有限公司  
          台北市重慶南路一段121號5F-11  
          電話：02-2382-1120・2382-1169  
          傳真：02-2331-4416  
          E-mail:hanlu@hanlu.com.tw  
          http://www.hanlu.com.tw

分 銷 處 / 國立臺灣大學法學院圖書部  
          台北市徐州路21號  
          電話：02-2394-9278

郵撥帳號 / 15718419 翰蘆圖書出版有限公司  
出版日期 / 2006年4月  
定 價 / 新台幣350元

---

※ 著作權所有 翻印必究 ※

Meinem Lehrer  
Eberhard Schmidt-Aßmann  
gewidmet

敬獻給海德堡大學恩師

Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard  
Schmidt-Aßmann

# 序

行政契約法制從早期默默無聞，發展至今日成為我國行政行為中的後起之秀，不僅立法（行政程序法）的進展快速，實際的行政運用亦頗不乏案例；但是，國內有關行政契約法律理論之研究，與行政處分相互比較，則似處尚待開發階段，未來行政法學如何提供堅實的法律理論，以供行政實務者及行政訴訟上審判之參考，應該是台灣行政法學者未來的共同使命與責任。著者一九九三年自海德堡學成返國後，即持續從事行政契約法之研究及教學，一方面為感念海德堡大學指導教授 Prof. Dr. Schmidt-Aßmann 指引博士論文朝行政契約方向撰寫，另外一方面亦盡一份學術研究者之成果提出義務。今（二〇〇六年）逢恩師由海德堡大學榮退，無以為賀，故以行政契約法上十篇論著（其中含一篇譯作），作為其榮退賀禮，並呈上個人十餘年之小小研究成果，以供各界斧正。

本論文得以完成，除感謝台大法律學院提供良好的教學及研究環境外，我傑出的助理們：包含蘇偉哲、王晨桓、林錦鴻、鄧為元、劉恩廷、劉正祥、黃士哲、王俊翔等研究生協助論文校正、編排，亦功不可沒，併此致謝。希望這本論

文集能夠提供一個行政契約法律理論討論的起點，未來能看  
到行政契約法律理論之開花結果，更期盼方家多所指正及批  
評，作者將以無限感恩的心，持續耕耘行政契約這塊園地。

林明鏘 於

台大法律學院研究大樓 416 室

2006 年 4 月清明節

# 目 錄

一、行政契約法論—以德國行政契約法爲中心試評法務部行政程序法民國八十三年四月草案.....	1
二、行政契約法初論—以行政程序法爲中心.....	57
三、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 .....	101
四、行政契約與私法契約—以全民健保契約關係爲例....	129
五、行政契約與行政處分—評最高行政法院八十八年判字第三八三七號判決 .....	155
六、全民健保特約醫事合約問題之研究.....	183
七、行政契約與開發契約—以農地開發利用契約爲中心	223
八、委託開發工業區契約之定性與仲裁容許性：兼評最高行政法院九十四年裁字第〇〇四七〇號裁定 .....	269
九、論行政契約侵害第三人權利之問題.....	279
十、行政契約之合法性（譯文） .....	305

# 一、行政契約法論

## ——以德國行政契約為中心試評法務部 行政程序法民國八十三年四月草案

### 目 次

- |                     |                             |
|---------------------|-----------------------------|
| 壹、緒 論               | 四、社會法                       |
| 貳、行政契約之概念及其類型       | 五、租稅法                       |
| 一、概 念               | 六、環保法                       |
| 二、類 型               | 七、其他領域                      |
| (一)對等契約與隸屬契<br>約    | 肆、行政契約之功能                   |
| (二)和解契約與互易契<br>約    | 一、保護功能                      |
| (三)負擔契約與處分契<br>約    | 二、補充及取代單方面高<br>權行為          |
| 參、行政契約在中德實務上之<br>應用 | 三、解決問題功能                    |
| 一、建設法               | 四、提升人民地位功能                  |
| (一)徵收契約             | 伍、法務部草案其他重要規定<br>之商榷        |
| (二)開發契約             | 一、參考之外國立法體例<br>問題           |
| (三)停車場代金契約          | 二、許可性問題                     |
| (四)計畫契約             | 三、瑕疵效果規定之問題                 |
| 二、地方自治法             | 陸、我國行政契約草案修訂<br>(增訂)意見(代結論) |
| 三、公務員及教育法           |                             |



## 壹、緒論

行政契約（Verwaltungsvertrag）與行政處分相互比較下，不僅在我國是屬於一個較陌生也較少為學者所研究的行政行為<sup>1</sup>；而且在德國亦發生學說理論上相去甚遠的辯論<sup>2</sup>，甚至於今日行政契約法已在德國誕生了十七年之久，仍有部分學者<sup>3</sup>提出對行政契約的懷疑論，主張行政契約與私法契約毋庸明顯區別。但是這種懷疑論因為中德憲法皆區別公私法爭議之救濟管道（我國憲法第七十七條、德國基本法第九十五條參照），所以亦僅屬少數意見，並未獲實務或學界之普遍支持。

行政契約所以在德國受到爭議而較少為學者深入研究之理由有二；其一為：私法上契約概念肇基於二個地位平等權利主體之合意，而在公法契約中幾乎皆屬權力支配關係，當事人彼此關係並不平等，從而“合意”亦無法產生。其二為：私法上“契約自由”為數千年來根深蒂固之基本原則；而在公法上則強調“依法行政原則”，兩者本質上不易調合<sup>4</sup>；而我國行政契約不發達之

<sup>1</sup> 以最近吳庚所著「行政法之理論與實用」為例，有關行政處分之討論（第七章）多達 89 頁，而行政契約則僅有（第八章）29 頁之討論，民國 82 年（增訂版）參照。

<sup>2</sup> Vgl. Knack, VwVfG 3 Aufl. 1989, vor §54 Rdnr. 1; Schmidt-Aßmann / Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2 Aufl. 1992, S.121f. (122).

<sup>3</sup> Gunter Püttner, Wider den öffentliche-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger, DVBl 1982, S.122ff.

<sup>4</sup> 拙著，Der Verwaltungsvertrag als Gestaltungsmittel des öffentlichen Baurechts, Diss. Heidelberg, 1992, S.37；翁岳生，論西德一九六三年行政手續法草案，收於行政法與現代法治國家，民國 79 年，頁 221 以下；吳庚，前揭註 1 書，

主要原因係目前行政契約缺乏救濟管道（參照訴願法第二條、行政訴訟法第一條），亦即當行政機關與人民所締結之契約，一旦被定性為行政契約時，將於爭執時求救無門，所以在實務上法院率多將之當成私法契約爭議來加以處理<sup>5</sup>，在學說上則仍停留在「課堂舉例」階段<sup>6</sup>。不過，隨著時代的進步，法制的建設及學說的發展，前述否定或影響行政契約之原因已經逐漸被推翻，人民與國家立於平等地位締結契約不再是不可想像之事，行政契約的救濟管道被建立起來，依法行政原則，亦非不能與契約自由原則相互調合，學說上也不再當行政契約法之討論為行政法領域中之「養子」，相反的，行政契約法有成為行政法學上「後起之秀」的態勢<sup>7</sup>。

不容否認的，在司法實務上及行政實務上，我國因為缺乏對行政契約法之明文規定，所以仍對行政契約存在一些歧見，甚至於有根本否定行政契約之存在者。例如，民國八十二年七月十六日所公布之大法官會議釋字第三二四號中<sup>8</sup>，即有大法官於協同

---

頁 328 參照。

<sup>5</sup> 例如：24 年院字第 1377 號解釋；行政法院 25 年判字第 31 號判例；39 年臺上字第 1027 號判例；行政法院 44 年判字第 30 號判決；54 年判字第 91 號判例；55 年判字第 228 號判例；最高法院 56 年臺上字第 3372 號判例；最高法院 60 年 6 月 15 日民刑庭總會決議。前揭實務資料引自吳庚，前揭註 1 書，頁 350-351。唯判例上亦有承認公法契約者，例如：最高法院 61 年臺上字第 1672 號判例及行政法院 51 年判字第 367 號判例，引自黃明絹，公法契約之研究，政大法研所碩士論文，民國 73 年，頁 165 以下。

<sup>6</sup> 吳庚之批評，前揭註 1 書，頁 347 參照。

<sup>7</sup> 拙著，論型式化之行政行為與未型式化之行政行為，收於當代公法理論，翁岳生教授祝壽論文集，民國 82 年，頁 342。

<sup>8</sup> 大法官會議釋字第 324 號解釋係針對財政部 74 年 6 月 18 日修正公布之海關管理貨櫃辦法第 26 條前段所為之解釋，其中業者（人民）須向海關立具

意見書上認為：「契約就是契約，原亦不必有私法契約與公法契約之分」<sup>9</sup>抑且有不同意見書上認為：「行政契約與依法行政原則抵觸……如果容許此種行政契約施行，豈不回歸封建時代？由法制回歸人治？」<sup>10</sup>。針對這種相當兩極化的歧異見解，大法官會議解釋文中加上「關於公法契約之基本規範，亦宜由有關機關儘速立法，妥為訂定」，實具有肯定而深遠之意義。

有關前揭大法官會議解釋文中之「儘速立法」的呼籲，在法務部緊鑼密鼓草擬中之行政程序法草案中（以下簡稱草案）在其第四章，第一百三十八條至一百五十二條規定中，有了善意的回應<sup>11</sup>。按行政程序法之制定，從客觀的效力上看，不僅可以增進行政效能，保障人民權利，落實人民之行政參與，在微觀行政契約法制上而言，消極面上可以消弭實務界及學界對行政契約之誤解，從積極面上來說，也可以使得行政契約法制的未來發展，樹立一個堅固的橋頭堡，作為將來行政契約法制更加細緻完整發展的出發點<sup>12</sup>。蓋行政契約之意義、種類，行政契約是否享有契約自由原則？行政契約若有瑕疵其法律效果如何？行政契約得否單方由行政機關加以終止或解除？行政契約之確定力與執行力究竟如何……等等問題，如果能在行政程序法中明白加以規定，將可以減少許多不必要的爭論且可以落實依法行政原則基本要求。

此外本論文為配合「國家建設與行政程序法研討會」之舉行，

---

保結涉及行政契約之問題。關於此號解釋文，載於司法院公報第 35 卷第 5 期，民國 82 年 9 月出版，頁 1 以下。

<sup>9</sup> 此為大法官鄭健才之協同意見書二，載於前揭司法院公報，頁 3。

<sup>10</sup> 此為大法官鄭健才之協同意見書二，載於前揭司法院公報，頁 5。

<sup>11</sup> 參閱法務部印行，行政程序法草案，民國 83 年 4 月，頁 137-152。

<sup>12</sup> 關於行政契約法制定之功能及其必要性，可參閱前揭草案，頁 1 之說明。

討論重心亦集中於法務部民國八十三年四月草擬之行政程序法草案，希望藉著草案尚未定案前，提供拙見，以供最後定案前有關於行政契約法制之參考，再者，因為國內教科書<sup>13</sup>對於行政契約之論述較少著墨於其實務上適用範圍及其功能，所以為澄清一些基本觀念，本論文亦將對此等問題加以分析，做為拙見草案修改建議的背景基礎資料。最後，因為我國草案大量採擷德國法上之規定，所以論述上係以德國行政契約法（§§54-62VwVfG）為比較之重心，於此合先說明。

## 貳、行政契約之概念及其類型

### 一、概 念

有關行政契約之意義，依德國<sup>14</sup>及我國<sup>15</sup>通說皆認為係指：以行政法上之法律關係為契約標的（內容），而發生、變更或消

---

<sup>13</sup> 吳庚，前揭註 1 書，頁 327 以下；黃異，行政法總論，民國 81 年，頁 127 以下；陳新民，行政法學總論，第 3 版，民國 81 年，頁 216 以下；林錫堯，行政法要義，民國 80 年 10 月再版，頁 247 以下；羅傳賢，行政程序法基礎理論，民國 82 年，頁 277 以下；張家洋，行政法，民國 76 年，頁 619 以下。

<sup>14</sup> Vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8 Aufl. 1992 §14 Rdnr. 7; ders., DerVerwaltungsvertrag in: Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990 S.15; Obermayer, VwVfG, 2 Auf. 1990, §54 Rdnr. 30ff.; Stelkens / Bonk / Sachs, VwVfG, 4Aufl. 1993, §54 Rdnr. 30ff.; Kopp, VwVfG, 5Aufl. 1991, §54 Rdnr. 6ff.

<sup>15</sup> 吳庚，前揭註 1 書，頁 327；林錫堯，前揭註 13 書，頁 248；陳新民，前揭註 13 書，頁 261；許宗力，行政契約法概要，收於行政程序法之研究，經建會研究報告（翁岳生主持），頁 296 以下；翁岳生，前揭註 4 書，頁 221。

減行政法上之權利或義務之合意而言。這個定義乃規定於德國行政程序法第五十四條及我國草案第一百三十八條之上。

草案第一百三十八條本文之規定為「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。」此一定義乃原封不動抄襲德國行政程序法第五十四條第一句本文之規定<sup>16</sup>，不過少了定義後之括號說明“（公法契約）”四個字。其實，德國行政程序法第五十四條並未正面規定行政契約應具備之要件；相反的，實定法只從側面上描寫了一些行政契約之特徵，因此，行政契約的概念並未因為有此條規定而變得清楚明瞭，再加上何謂「行政法上之法律關係（契約標的）」並不明朗，導致在區別何者屬私法契約？何者屬行政契約？在實務上判斷仍有困難存在<sup>17</sup>。

德國學說與判例<sup>18</sup>對於區別行政契約與私法契約之標準係以「契約標的理論」（*Vertragsgegenstandstheorie*）為主，申言之，要判斷某契約究屬於私法契約而由民事法院管轄；或屬行政契約而應由行政法院管轄，應依據系爭契約之標的內容為定。所謂的契約標的或內容係指涉案個別契約之基礎事實內容及契約所追求之目的而言。從而「契約標的理論」並非僅以契約所載之事實內容為限，抑且應斟酌該契約所追求之目的，就個別案件加以斷定

<sup>16</sup> 有關德國行政程序法之中譯，請參見翁岳生譯，西德一九七六年行政手續法，收於行政法與現代法治國家，民國 79 年，頁 258 以下，尤其是頁 281 以下。

<sup>17</sup> 拙著，前揭註 4 博士論文，頁 5 參照。

<sup>18</sup> Vgl. BVerwGE 22, 138 (140); 25, 299 (301); 30, 65 (67); 42, 331 (332); BGHZ 32, 214 (216); 35, 69 (71); 54, 287 (291); 56, 365 (368); 58, 386 (388); Stelkens / Bonk / Sachs, VwVfG (Fn. 14) §54 Rdnr. 35; Kopp, VwVfG (Fn. 14) §54 Rdnr. 26.

<sup>19</sup>。例如：徵收契約中之有關補償金之合意，其契約標的雖係價金之支付及土地之移轉所有權，但其追求之目的在於避免進行正式之徵收程序，節省雙方之時間勞力支出，助於公共建設之進行，故其追求目的並非單純私益目的，從而應判斷其屬行政契約<sup>20</sup>。我國實務上<sup>21</sup>及學說上<sup>22</sup>似亦採取德國法制上之「契約標的理論」，雖然教科書上有眾多不同之學說主張，例如：法律基礎說、法律效力與內容說、契約標的與目的說等不同用語<sup>23</sup>，其實係同

<sup>19</sup> Vgl. BGHZ 32, 214 (215f.); 拙著，前揭註4博士論文，頁6參照。

<sup>20</sup> 徵收契約實務上種類甚多，包含有在開始徵收程序後所締結之契約，亦有未開始徵收程序前（但緊密接連徵收程序發動前），為避免徵收程序之進行所締結之契約等，所以是採廣義之見解，即“有關徵收之契約”（Verträge mit Blick auf die Enteignung）有關徵收之契約種類介紹，請參考拙著，前揭註4論文，頁71-73及頁86-94之詳細說明。對於有關徵收契約，吳庚有不同見解認為：「依我國現行法制，成立徵收契約之機會甚少……。至於徵收補償……，性質係屬行政處分……。若補償金額確係由徵收機關與相對人協議成立者，乃損失補償之協議，屬於特定類型之行政契約，是否仍稱之為徵收契約，亦有商榷餘地。」此種過度限縮徵收契約之說法，筆者尚難贊同。吳庚見解，請參閱前揭註1書，頁348。

<sup>21</sup> 我國最高法院61年臺上字第1672號判例謂：「公法上契約與私法上之契約，其主要之區別為契約之內容（註：乃“標的”）與效力，是否均為公法規定。苟契約之內容及效力，並無公法規定，而全由當事人之意思訂定者，縱其一方為執行公務，仍屬於私法契約之範圍。」前段以契約標的理論為判斷公私法契約之準則，頗值贊同，後半段則因其推論並未與前段相關，且悖離契約標的理論之本旨，故難以贊同，該判例參見司法院公報第15卷9期，法務部法律事務司編，侵權行為損害賠償案例選輯，法務通訊社印行，民國71年，頁58以下。

<sup>22</sup> 吳庚，前揭註1書，頁336-337；林錫堯，前揭註13書，頁251以下；黃明絹，公法契約之研究，前揭註5論文，頁67以下；許宗力，前揭註15文，頁297以下。

<sup>23</sup> 林紀東，行政法，民國71年，頁358以下；吳庚，行政契約之基本問題，臺大法學論叢第7卷第2期，民國67年，頁123以下；黃明絹，前揭註5

樣建立在契約標的理論之上，中德兩國學說區別行政契約與私法契約上，在實質上是沒有南轅北轍之歧見。兩者區別既有標準可供遵循，懷疑行政契約定義模糊而試圖否定行政契約存在之說法，即有再行商榷之必要。

此外，行政契約與行政處分（*Verwaltungsakt*），尤其是與須相對人同意協力之行政處分（*mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt*）在其程序、規範內容及其效力上亦多有雷同之處，導致在學理上有再細分兩者，以澄清行政契約觀念之必要。例如：公務員之任用或志願服兵役所簽署之留營服務書，其性質到底是屬於行政契約或須相對人同意協力之行政處分？在我國學界即有不同看法<sup>24</sup>。從理論上而言：行政契約與須相對人同意協力之行政處分彼此間之區別標準在於：前者須由雙方或多面意思表示之合致而成立且只有經雙方當事人同意後，始有具體之內容存在；而後者僅由單方意思即可產生法律效果，毋須相對人之同意亦可生效<sup>25</sup>。在具體審查適用這個抽象的判斷標準時，主要在於考慮行政機關之意思表示是一種行政契約中之要約呢？或是行政處分的意思，由客觀上對這個意思表示加以判斷<sup>26</sup>。

這種理論上的區別看似清楚，但實務上如何認定區別行政機關之意思表示究為要約或是處分意思並不容易，所以在德國實務上係以該最後作成之書面，係由行政機關單方簽署或是由雙方共

---

文，頁 67-71。

<sup>24</sup> 林紀東認為公務員之任用應屬公法契約類型，前揭書，頁 361-362；吳庚則認為公務員之任用應不屬行政契約，前揭註 1 書，頁 347 參照。

<sup>25</sup> Vgl. Stelkens / Bonk / Sachs, *VwVfG* (Fn. 14), §54 Rdnr. 18.

<sup>26</sup> Vgl. Obermayer, *VwVfG* (Fn. 14), §54 Rdnr. 21; Knack, *VwVfG* (Fn. 2), §54 Rdnr. 5.

同簽署而定，申言之：凡是僅以行政機關簽署者，即推定為須相對人同意協力之行政處分，由雙方當事人共同簽署者，即推定為行政契約<sup>27</sup>。這種分類較能減輕實務上判斷困難之壓力，不過此一實際上所發展出來之標準亦非圓滿無缺點<sup>28</sup>。如果以此一德國實際上所適用之區別標準來判斷我國實務上現存之許多具結書（例如承購海關拍賣充公私貨履約切結書）<sup>29</sup>，即非屬行政契約，而稅捐稽徵處與漏繳營業稅人所成立之承諾書或稅捐機關與納稅義務人因行政救濟或申訴案件而成立之協談紀錄<sup>30</sup>，志願服兵役契約等則皆應屬行政契約。

## 二、類 型

行政契約之分類，如果依德國行政程序法之規定，可區別為對等關係行政契約（Koordinationsrechtliche Verträge）與隸屬關係行政契約（Subordinationsrechtliche Verträge）（第五十四條第二句）；和解契約（Vergleichsverträge）與互易契約（Austauschverträge）<sup>31</sup>（第五十五條及第五十六條規定）兩大分

<sup>27</sup> Vgl. Maurer, *Rechtstatsachenforschung im Bereich des Verwaltungsrechts*, in: *Rechtstatsachenforschung heute*. 1986, S.130.

<sup>28</sup> Vgl. 拙著前揭註4論文，頁7參照。

<sup>29</sup> 此一切結書乃財政部關稅總局所擬就之定型化切結書，切結書上只有得標人簽署，該切結書編號為關99001。

<sup>30</sup> 稅捐機關與納稅義務人所為之協談，乃依據「稅捐稽徵機關稅務案件協談作業要點」進行，依該要點第2項規定，凡稅務案件於審查階段中，就課稅事實之認定或證據之採認，稽徵機關認有協談之必要者，即得與納稅義務人進行協談。協談結果尚須作成協談紀錄（第10項），由雙方當事人共同簽署。

<sup>31</sup> 國內教科書及文獻幾乎一致將互易契約譯成雙務契約，因為雙務契約無法



類。此外，學理上因為行政契約得準用民法規定之緣故（第六十二條第二句），又發展出區別負擔契約（*Verpflichtungsverträge*）與處分契約（*Verfügungsverträge*）之分類，這種分類在說明後述之計劃契約（*Planungsverträge*）仍有作用，故於此仍加以討論澄清之：

### （一）對等契約與隸屬契約

德國行政程序法第五十四條第二句規定，雖然並無「對等關係契約」或「隸屬關係契約」之用語，但是一般通說認為第二句：「尤其是行政官署得與本欲對之為行政處分之相對人訂立公法契約，以代替行政處分。」指隸屬契約，與隸屬契約相對立的就是對等契約<sup>32</sup>。

隸屬契約與對等契約之區別，從文義上可推知，係指契約當事人於締約行政契約時，是處於一種上下隸屬狀態或是處於一種平等關係而平等。判斷契約當事人彼此間是處於平等或隸屬關係，猶須就契約標的（內容）加以判斷。原則上對等契約係由兩個公權力主體彼此間所締結；而隸屬契約則原則上係由一方公權力主體，另外一方為人民所締結。但是這種原則性之推定仍有例外之情形存在，申言之：公權力主體與人民間亦可能締結對等性之行政契約，尤其是當公權力主體於締約時並無為行政處分之權

---

精確表達德文 *Austausch* 的原意，加上和解契約亦屬雙務契約之一種類型，邏輯概念上有所不妥，故筆者乃用互易契約以代替雙務契約用語，有關國內用語，請參見翁岳生譯，西德一九七六年行政手續法，前揭註 16 書，頁 281；吳庚，前揭註 1 書，頁 339；許宗力，前揭註 15 文，頁 301；林錫堯，前揭註 13 書，頁 250。

<sup>32</sup> Vgl. Püttner, DVBl 1982 (Fn. 3), S. 122m. w. Nachw.