

台灣行政法學會學術研討會論文集(2001)

行政契約與 新行政法



台灣行政法學會 主編

D927.182.1
7178

行政契約與新行政法



臺灣行政法學會 主編

元照出版公司

行政契約與新行政法

5D01PA

2002 年 6 月 初版第 1 刷

2002 年 10 月 初版第 2 刷

編 者 社團法人臺灣行政法學會
出 版 者 社團法人臺灣行政法學會
總 經 銷 元照出版有限公司
100 台北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 450 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

序 言

臺灣行政法學會一向致力於行政法學理論及實務問題之探討，除每年出版學術研討會論文集（目前已出版《行政救濟、行政處罰、地方立法，1999 年》與《行政命令、行政處罰及行政爭訟之比較研究，2000 年》二書）外，並主編《行政法爭議問題研究，上、下冊》，目前尚在編輯中者，尚有《行政程序法逐條釋義》。以上各出版物，均是本會會員等行政法學者專家近年來共襄盛舉、奉獻社會的努力成果。本人謹代表臺灣行政法學會對於全體執筆作者表示由衷感謝之意。

本會於二〇〇一年年中為配合行政程序法的施行，特舉辦「行政契約學術研討會」，研討公法契約與私法契約的區別以及各類政府契約性質的歸屬認定，以供實務上參考。並於二〇〇一年年底舉辦「新行政法對行政法院之衝擊學術研討會」，探討新修正行政訴訟法對於行政法院裁判實務上的衝擊與因應，尤其有關訴訟上和解、舉證責任等各項問題。上述研討主題，均為針對當前行政機關與司法機關為因應新行政法制的施行，所面臨迫切需要解決的各項法律問題，進行深入分析探討。

本書即收錄本會上述二〇〇一年學術研討會論文集，其內容豐富並相當具有學術理論與實用參考價值。本會期盼本書的出版，能夠增進行政法學界對於各項行政法學課題的相互溝通理解，進而集思廣益，形成共識，以對於我國行政法制的現代化與合理化作出積極貢獻。

社團法人台灣行政法學會
理事長 符岳生 謹識

2002 年 5 月 14 日

臺灣行政法學會自一九九八年成立以來，即專注於行政法之研究，並加速推動行政法之本土化工程。於相關機關之協助支助下，每年定期舉辦兩次大規模之學術研討會，邀請學者專家將研究所得公開發表，並進行廣泛深入之討論。本年分別以行政契約及新行政法對行政法院之衝擊為主題，結合學理與實務，展開多方之論證，其中提出之觀點相當前瞻性，且論據豐富，為理解新世紀行政法不可或缺之參考文獻。

目 錄

序 言

壹、行政契約學術研討會

- 一、行政契約法主要適用問題之研究 黃錦堂／ 3
- 二、行政上所運用契約之法律歸屬——實務
對理論的挑戰 陳愛娥／ 77
- 三、公法契約與私法契約之劃分——法國
法制概述 陳淳文／ 131
- 四、公法契約與私法契約之區別問題 李建良／ 165
- 五、行政契約與私法契約——以全民健保
契約關係為例 林明鏘／ 205
- 六、全民健康保險特約醫事服務機構合約
之探討 張鴻仁／ 231

貳、新行政法對行政法院之衝擊學術研討會

- 一、行政法院關於舉證責任判決之回顧與
展望 吳東都 / 275
- 二、行政訴訟撤銷之訴在訴訟上之和解 徐瑞晃 / 319
- 三、行政訴訟審判權擴大後對行政法院之
衝擊 林騰鶴 / 345
- 四、論訴願參加制度——訴願法第二十八
條第二項規定之評析 林明昕 / 363
- 五、行政法院對「一般法律原則」適用之
研究——行政程序法施行後的檢討 李惠宗 / 387
- 六、行政契約與私法契約之區別——以最高
行政法院關於僱傭契約之裁判（最高行
政法院七十年裁字第二〇八號裁定、八
十年判字第一四九〇號判決以及八十
二年裁字第二〇四號裁定）為中心 張文郁 / 409

壹

行政契約學術研討會

一、行政契約法主要適用問題之研究

黃錦堂*

目 次

前 言

壹、行政契約之原則容許性以
及應有之制度要求

貳、行政契約與行政處分之競
爭關係與選用標準

一、概 說

二、德國聯邦行政程序法上
所作的差別規定

三、進一步之標準：最適案
型之建構

四、小 結

五、一個粗略對照：美國法
上之替代性的糾紛解
決途徑

六、臺灣之省思

七、臺灣案件試擬

八、有關和解契約之若干說明

參、第二類之行政契約：作為援
引私人參與公共服務之行政
契約

一、案 例

二、一個先行理解：行政契約／
私法契約均容許相當之
約款自由

三、德國常見模式與晚近重大
建設援引民間參與之發
展趨勢

四、有無簽訂契約？公法或私
法之契約？

五、德國法小結：仍欠缺資料，學界分析不足

六、政府採購法帶來根本影響？

肆、公營造物利用關係或公部門提供服務之契約

伍、相關契約之公法／私法屬性界定

一、德國以「契約標的」為區分標準

二、德國學者曾企圖擺脫公法／私法爭議之泥沼

三、我國之界定

陸、臺灣若干爭議案例之檢討

一、私人協助履行行政任務之類型

二、公立學校教員之性質

三、私立學校教職員

四、中央健保局有關之法律關係

五、勞工保險條例有關勞保費與滯納金之屬性

柒、行政契約與不具法律拘束力之協議之區別

結論與展望

- * 德國杜賓根大學法學博士，臺大政治學系暨政治學研究所教授。本文曾發表於臺灣行政法學會主辦，「行政契約學術研討會」，2001年6月23日，地點：臺灣大學法律學院暨社會科學院國際會議廳；本次經中小幅修改。

前 言

我國行政程序法（以下簡稱本法）於一九九九年二月三日由總統公布，並已於二〇〇一年一月一日施行。隨著本法之實施，許多法律釋義學問題逐漸浮現。一般而言，凡本法所繼受之國家的相關法制經驗愈是充足，而且臺灣也有相當之實施經驗者，例如有關行政處分之部分，則本法相關法條之解釋較無問題¹，反之則不然。行政契約便是有待解釋且較受爭議的行政法領域。

為精確討論，本文只及於官民間所簽訂之行政契約，特此說明。

總括而言，德國行政契約法有如下爭議問題：首先，為行政契約與私法契約之區別，這問題圍繞著所有類型的行政契約，而且簡單明瞭的判斷標準尚有待確立。其次，行政契約與官民間協定（Absprache）之區別問題，後者係指官民間就未來問題之解決，經由協商而達成共識，並以口頭或書面文件加以確認，其特色在於締約雙方均不具有最終決定之意思，從而沒有法律拘束力²。第三，行政契約與行政處分同樣係針對個案加以解決，二者間應有如何之分工，尤其行政處分之理論與法條規定已經相當穩定³，且係由行

¹ 關於行政處分之詳細界定，見吳庚著，《行政法之理論與實用》，增定六版，2000年，頁285-385；廖義男，「行政處分之概念」，收錄於臺灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究，上冊》，2000年，頁375以下。另請參見大法官釋字第四二三號解釋。

² 這是常見的界定，約見 Philip Kunig, Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, DVBl 1992, S. 1193 (1195)。

³ 行政處分概念，以及概念特徵之界定，臺灣已經十分穩定。未來有待補充者，為行政處分作為一個工具性之概念，在一複雜且龐大的案件中，例如重大開發案，事實上得進一步被區分為不同階段之發照，從而有所謂「先行裁決」（Vorbescheid）與「局部許可」（Teilgenehmigung）之制度。臺灣就建築管制，區分為建築執照與

政機關單方完成，從而具有快速有效之特性。第四，為行政契約之類型。德國行政程序法引入雙務契約與和解契約，但前者之意義與下位類型仍有待建立。例如得歸納為解決個案爭議、援引私人提供服務⁴、公營造物提供服務、全民健保類等。

臺灣行政程序法固然引入行政契約，見本法第一三五條以下，但欠缺實證基礎。行政機關有無及如何使用行政契約，立法當時並不明白。國內學界有所討論⁵，而且大法官會議也略有提及，尤其

使用執照，在九二一地震中猛然發現有許多樑柱內部以沙拉油桶或保麗龍充填，若此類行為不妥而須加以規制，則吾人得將樑柱之依法施工分立而出，成為一個部分而獨立發照，從而分為建築執照、樑柱完工執照、使用執照。再舉例言之，為防範地震而有所謂鋼骨建築之發展，未來不排除產生針對鋼骨或鋼筋部分獨立加以管理。換言之，一建築案應區分為多少階段加以發照，取決於建築管理之公共利益與建築業者基本權益間之衝突與調和，此外也涉及行政管理成本考量，一切應以臺灣現狀為出發點。臺灣就高爾夫球場或十公頃以上土地之開發，依行政院經建會所完成之「改進土地使用變更審議機制方案」，行政院民國 89 年 3 月 20 日，台 89 內字第 08068 號函准予修正核定，土地規劃階段、開發審議階段、辦理變更階段與建築許可階段；換言之，共有四個階段，而且採開發許可制之精神。第一階段審查地權以及該開發案之合目的性；第二階段審查環境影響評估、土地使用衝擊評估，若該開發案位於山坡地則增加水土保持規劃書之審議；完成開發審議後，由業者進行整地排水與完成相關公共設施之興建，而後辦理土地使用變更；最後一階段則是針對建築案加以監督。筆者認為，這類改革缺少法律人之參與，也欠缺足夠之外國法之比較，例如德國。舉例言之，就第一階段之審查而言，尤其就開發案之合目的性，其應審查何種內容？至少應有相當部分屬於構想之必要、初步合於環保要求吧！此外，要求業者須取得土地所有權，似無必要，蓋業者得於取得許可後才進行籌資與購買土地之程序。第二階段係針對土地使用配置、使用強度、景觀、建築及交通系統以及環境影響評估，加以審查。

⁴ 陳淳文，「公法契約與私法契約之劃分：法國法制概述」，臺灣行政法學會主辦，「行政契約學術研討會」，2001 年 6 月 23 日，地點：臺灣大學法律學院暨社會科學院國際會議廳。

⁵ 吳庚著，《行政法之理論與實用》，增訂六版，2000 年，頁 387 以下；林明鏞，〈行政契約〉，收錄於翁岳生編《行政法，下冊》，2000 年，頁 631 以下。碩士論文見徐瑞晃，公法契約之研究，中興大學法律學研究所，1984 年；黃明絹，公法契約之研究，政大法律學研究所碩士論文，1985 年。

釋字第三二四、三四八號解釋，前者之理由書並進一步指出「有關公法契約之基本規範，亦宜儘速以法律定之」，行政程序法制定後更進一步確立行政契約之合法性以及無須專業法律另為授權，但仍因實證資料不足與未參考德國法最新發展，而留下若干問題，尤其無法精確界定行政契約之最適當適用案型。

總之，德國法上述爭議，臺灣也有之。就其加以討論，為本文之目的。本文尤其將介紹德國對行政契約之規範架構與寬嚴得失討論（貳），並分析行政契約之最適適用案型（參），並針對不同案型加以討論，此外將檢討若干具體案例（柒），而且介紹不具法律拘束力之官民間協議（捌），最後為結論與展望（玖）。

壹、行政契約之原則容許性以及應有之制度要求

早先就行政契約之容許性（亦即承認其原則為行政機關之一種法律手段），存有爭論。後來之發展，為德國 1976 年行政程序法之原則承認，但予以嚴格之要求。以下略作說明：

聯邦行政程序法之該項立法，源自第二次世界大戰後的討論。主流見解認為，德國向來側重高權行政並以行政處分為核心，形成行政部門之威權而不利於民主化之開展，乃構思自行政行為類型中新增當事人雙方處於平等地位之「行政契約」。

此項見解，推翻向來以 Otto Mayer 為代表之傳統行政法學——其認為公法關係屬於權力關係，國家之意思恆居單方支配地位，官民間非處於對等地位，公法與私法必須嚴格區別，公法係以官署之單方有拘束性之國家意思決定為原則，國家與私人間成立契約實難想像⁶；另一方面，行政機關必須依法行政，這與契約概念中之

⁶ 廖宏明著，《行政契約之研究》，1995年，頁5；Mayer, Zur Lehre vom öffentlich-

「契約自由原則」難以並存⁷。自一九〇〇年之發展，通說強調行政契約只有於例外情形始有合法性，亦即只有當法律明文授權時，其餘應以行政處分為之；但一九三〇年之符騰堡邦行政法典第一次採取原則許可之立場⁸。聯邦行政程序法採原則肯定公法契約之立場，依該法第五十四條規定，只要相關專業法律並無相反之規定（包括直接規定或經由解釋），便得訂立行政契約。這已經是相當之突破⁹。

儘管如此，當時因擔心行政機關濫用職權，所以做了許多限制性的設計，例如要式性、嚴厲化不正連結之法律效果等（詳下述）。此外，行政機關必須擁有裁量權，或所謂「處置餘地」¹⁰，始得締結行政契約。

行政契約之特色，為賦予主管機關之內容調整權及必要時之解約權（德國聯邦行政程序法第六十條），以及當事人得經由合意得將公法契約交付執行（上開德國法第六十一條）。行政契約區分為

rechtlichen Verträge, AOEV 3, S. 3, 42 (1888), zitiert nach Cathrin Correll, Problemreiche und Möglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Vertrags, DOEVI 1998, S. 363 (366). 中文資料見吳庚，〈行政契約之基本問題〉，《臺大法學論叢》，第7卷，第2期，頁107、108。

⁷ 廖宏明著，上揭出處。

⁸ Correll, aaO., S. 366

⁹ 國內學者蔡秀卿認為，臺灣與德國之相關規定不得解釋為直接授權，而認為另有專業法律之依據。這種見解，欠缺對德國法之了解。見氏著〈行政契約〉，收錄於臺灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究，上冊》，頁519，本處所指者為，2000年，頁528。另請參考吳庚著，上揭書，頁389以下、394，則指出德國法之精神，原則上不須另有專業法律授權。

¹⁰ 就業者違規行為之取締，更具體言之，就行政罰之科處，究竟屬於拘束處分或裁量處分，臺北市政府法規委員會曾舉辦座談。德國通說採後者。筆者認為應依法律領域、案型輕重、相關行政部門之人力經費配套、國家社會整體發展的合理性階段與各領域的發展情形，而為決定。

和解契約與雙務契約，但解釋上不排除其他的類型。惟「雙務」的用語，容易銜接到民法，而有不當，事實上公部門所為的給付，常非實際的物品或明顯的勞務，反而不乏承諾加快審查腳步、承諾暫不取締、承諾修改細部計畫、承諾修改法律或自治條例之情形。除此之外，行政契約原則上應以書面為之，除非專業法律另有規定（上開德國法第五十七條）；行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利者，應經該當事人書面同意，始生效力；行政契約之作成依法規規定應經其他行政機關之核准或同意或會同辦理者，經同意後始生效力（上開德國法第五十八條）。上述有關契約內容之調整與解約，不須於原契約內容中加以規定。為避免行政機關濫權，乃規定官署所要求之對待給付不相當時構成契約無效事由¹¹。

這些要求，原先之目的只在嚴格規範行政契約，使行政機關不得濫權侵犯人民權益，且使契約對造得有較大思索餘地（這係要式性之一項理由），但這些在當今是否屬於過度規範，以致於不能因應國家社會需求，尤其在當今所謂官民合作關係時代，值得懷疑，而德國學界已經有修法的主張¹²。

此外，鑑於專業監督機關許可或同意之要求過於嚴厲，聯邦行政程序法第六十一條第一項第三句晚近已經修改，未來專業監督機關之許可，只限於該行政機關亦自願接受立即執行之情形¹³。

最大的「限制」，為「不正連結禁止」，這原本屬於必要而且完全合乎法治國之要求，但困難在於判斷標準未必明確，易有見仁

¹¹ 就行政契約之爭訟，一般屬於公法上之給付訴訟，排除聯邦行政程序法中有關異議（Widerspruchsverfahren）程序。

¹² Maurer, aaO., S.803f.

¹³ Neumann, aaO., S.1255; Heribert Schmitz / Susanne Olbertz, Das zweite Gesetz zur Aenderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften-Eine Zwischenbilanz, NVwZ-1999, 126 (126).

見智。德國有名的案例爲：某市政府與某土地所有權人甲締結契約，由市政府將該地主之某片尚未建築之土地，依其意願而納入已經開發完成之細部計畫地區內（按：細部計畫係分期分區加以完成，而且細部計畫於施行後亦得變更或擴張），如此其便得依該細部計畫之規定進行開發建築。爲此，雙方乃締結契約，於官方完成細部計畫變更後，甲願向市政府繳交一筆約等於連外道路等公共設施之開發費用（Erschliessungskosten）之金錢，但非以該項目爲之亦即非屬於限定項目之捐贈，而是納入該地方政府之一般收入。必須注意的是，由於該計畫地區已經開發完成，所以甲並無法律上之義務繳納開發費用，但若甲不繳交，則對其他已繳交者並不公平。於該細部計畫經變更完成且甲亦已經完成土地上之建築計畫，亦即已經取得建築執照和使用執照後，甲竟然反悔，而起訴主張該行政契約爲無效，理由爲：其所爲給付與市政府之同意新訂細部計畫與（依法）發給建築執照與使用執照，缺乏事務上關聯（Sachzusammenhang），或即使有之但對價給付並不適當（Angemessenheit der Gegenleistung）。地方行政法院、邦高等行政法院均判決市政府勝訴，但聯邦行政法院卻以市政府之要求違反不正連結禁止（Das Kopplungsverbot），而判決該契約無效。聯邦行政法院將系爭契約界定爲聯邦行政程序法第五十六條第一項之雙務契約，並判決契約無效，因爲行政機關之此項請求欠缺實定法上之依據，而有過當之嫌疑；至於當事人間主觀上有無認識到甲應爲給付或能認識到，並不重要（亦即，即使當事人間當時確實認識到有此給付、此給付欠缺法源而當事人間願意加以經由契約彌平）。締約人民所應提供之經濟性之對待給付（亦即本處之開發費用之承擔），於法律無明文規定時，不得銜接到官署之高權決定（此處指新訂細部計畫等），「除非該給付旨在排除行政機關之高權決定之阻擾因素」；亦即，絕不能有「販賣高權」之情形發生。即使由該市民所提供的