

公私協力行政之契約形式選擇自由之研究

一以臺北市青年留學生就學貸款補助辦法為例

陳愛娥，2020/8/24

壹、委託鑑定議題涉及之問題與其探討步驟

本件委託鑑定之議題為：「公私協力行政之契約形式選擇自由之研究—以臺北市青年留學生就學貸款補助辦法為例」，提出此議題之背景為：「按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（參見最高行政法院 102 年 4 月 12 日 102 年判字第 201 號判決）。次按承貸銀行辦理臺北市青年留學生就學貸款補助辦法（下稱補助辦法）之作業流程應函報教育局備查；申請人符合本貸款申請要件者，由承貸銀行辦理撥貸程序；本貸款前 10 年含寬限期之利息，由教育局依規定補助；補助辦法第 11 條第 1 項、第 12 條前段及第 14 條第 1 項定有明文。貸款係由貸款申請人向承貸銀行申請，由承貸銀行核貸；教育局依補助辦法第 11 條第 1 項及第 14 條第 1 項，係備查及補助貸款金額之利息；教育局依補助辦法第 11 條第 2 項、第 3 項規定，經 2 位專家學者審查後，審認其是否符合補助辦法之規定，是否有作成任何行政處分」。據此，本件委託鑑定議題主要涉及：契約形式選擇自由之理論基礎、形式選擇之法律效果，並應以「臺北市青年留學生就學貸款補助辦法」（下稱就學貸款補助辦法）為例，說明本辦法主管機關—臺北市政府教育局（下稱教育局）於此所處之法律地位如何，尤其是否有作成行政處分；於此所稱「契約形式選擇自由」復涉及兩個問題面向：一為在行政處分與契約形式間為選擇，一為在公法與私法契約間之

選擇。基於前述考量，爰擬依序探討：行政行為形式選擇自由之理論基礎(貳)、行政契約與行政處分之競爭關係(參)、公法契約與私法契約在行政(尤其是給付行政)上的運用(肆)、契約形式選擇自由在社會行政法的運用—以就學貸款補助辦法為例(伍)，最後以結論(陸)總結本鑑定意見之建議。

貳、行政行為形式選擇自由之理論基礎

現代行政任務具有多種樣態，包含：提供人民各種資源與用水、維持各種交通運營、建造與營運學校與各種收容機構、藉由計畫調控社會與經濟過程、藉由建築與營業檢查以監督私人行為、提供社會給付等；為執行此多樣行政任務應用之行政手段，當亦具有多樣性¹。行政為達成各種任務採行之各種行政行為手段，行政法學理上稱為「行政行為形式」，並依其是否已廣受實務、學說討論，以致其概念、體系、與其他體系間之關係已大體完備，可進一步區分為「型式化之行政行為」與「未型式化之行政行為」；行政行為形式，尤其是型式化之行政行為形式，可謂係傳統行政法學探討之核心領域，行政法學主要關注之行政處分、行政契約、行政計畫均屬型式化之行政行為形式²。在各種型式化之行政行為形式中，最早被研究，概念、體系上亦最為完備者，自屬行政處分，顯現在行政機關於具體個案所為之令行、禁止、許可、否准，乃至對相關權利義務之確認。與行政處分相較，行政契約雖屬後起之秀，然而，在包含社會法在內的諸多行政領域中，均不乏運用之案例³。

¹ Barbara Remmert, § 17 Handlungsformen der Verwaltung, in: Dirk Ehlers / Hermann Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, Rn. 1-5. Barbara Remmert 嘗試，以公法與私法的劃分、事實行為與決定的劃分、(針對決定進一步區分其)是否具規制性、規制效果之外部性與內部性，以建構行政行為形式體系。

² 林明鏘，論型式化之行政行為與未型式化之行政行為，收錄於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法理論—翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993/5，頁 339-341。

³ 林明鏘，前揭文(見註 2)，頁 342。德國公法學者 Jan Ziekow 指出，在德國，除一般性的行政程序法外，各專業領域法規對於行政可能締結之契約定有特別規定，建築法(Baurecht)即為明顯

然則，各種行政行為形式彼此間之關係如何？林明鏘教授指出，德國通說認為，為使行政得以完成諸多不同類型之行政任務，除法律明文要求，在一定情況下，必須運用特定行政行為形式，或不得運用特定行政行為形式外，國家得依行政任務的需要，自由選擇其行為形式。此一行政行為形式的選擇不僅存在於公法、私法形式的選擇，亦包含型式化與未型式化之行政行為形式。然而，林教授也同時強調，如何選擇達成行政任務之行政行為形式，雖屬國家之裁量權限，惟此一裁量權限並非漫無限制⁴。蕭文生教授更明確指出，依行政程序法第 135 條之立法理由，行政機關原則上雖有締結行政契約之自由，且不待法律之特別授權，惟如依事件之性質或依法規不得締結行政契約者，不在此限。據此，所謂行政行為形式選擇自由尚非全無限制，於具體個案中，仍須探究運用特定行政行為形式之容許性⁵。

參、行政契約與行政處分之競爭關係

關於行政契約與行政處分在行政運用上所處之關係，黃錦堂教授早已指出，行政契約與行政處分同係針對個案為最終決定的行為方式，亦即均得針對個案，規制當事人之權利義務，二者因此在行政運用上處於競爭關係⁶。江嘉琪教授則進一步指出，同一標的可以行政處分或行政契約加以規制，但不可同時為之；行政機關一旦選擇以行政契約的方式規制其與人民之法律關係，即已選擇對等關係（而放棄潛在之從屬關係），此一選擇同時意味著放棄運用行政處分此等高權行為

事例；此外，環境法、社會法亦為重要的參照領域：Jan Ziekow 著，李建良譯，行政契約之發展現況與前景，收錄於：李建良編，行政契約之發展現況與前景，2016/6，頁 114-115。

⁴ 林明鏘，前揭文（見註 2），頁 355-356。

⁵ 蕭文生，行政法－基礎理論與實務，2017/9，初版一刷，頁 466。

⁶ 黃錦堂，行政契約法主要適用問題之研究，收錄於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，2002/6，頁 11。

方式；質言之，一旦締結行政契約以代替行政處分，即應基於夥伴式之契約關係以形塑雙方之權利義務，而不得再基於高權、下命之地位，以行政處分單方規定雙方之權利義務⁷。至行政機關所以選擇行政契約之形式以代替行政處分，主要著眼於其以獲致人民之同意為前提，此即行政契約此一行政手段的優越性，藉此可避免行政單方作成之行政處分可能導致人民之消極不合作⁸。

德國公法學者 Eberard Schmidt-Aßmann 進一步說明行政處分與行政契約作為行政手段的特質：在行政行為體系中，行政處分無論在現在或是未來都具有特殊的重要性，其單方面的規制足以凸顯由行政承擔責任之形塑意志；然而，行政程序法關於聽取陳述意見、要求附加理由等規定亦顯示，行政處分亦係行政機關與當事人複雜之溝通交流過程的結果，因此，行政處分同樣可以接納合作的過程；在某些規制情境，契約與行政處分在功能上可以相互替代。至於行政契約 (Verwaltungsvertrag)，E. Schmidt-Aßmann 將其理解為：有公行政參與的任何契約，其屬公法或私法性質則非所問；基於自由與權限的劃分，行政機關締結契約仍係基於受法律拘束之權限，而非以私法之契約自由為基礎，因此，整體行政契約法制應由(締約當事人間之)特殊連結(Sonderbindung)的角度出發，其一方面應保障契約相對人，另一方面亦應保護第三人並維護公共利益⁹。

肆、公法契約與私法契約在行政(尤其是給付行政)上的運用

關於行政上所應用契約之法律屬性，學界一般以契約標的作為判斷標準。至

⁷ 江嘉琪，德國(含歐盟)行政契約理論發展之趨勢，收錄於：台灣行政法學會編，行政契約之基礎理論、法理變革及實務趨勢/行政程序法之最新發展，2013/11，頁 16-17。類此：林明鏘，行政契約與行政處分，收錄於：同著者，行政契約法研究，2006/4，頁 164-168。

⁸ 林明鏘，行政契約，收錄於：翁岳生編，行政法(上)，2020/7，四版第 1 刷，頁 730。

⁹ Eberard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, S. 335-337, 342.

於契約標的為何，依黃錦堂教授的正確見解，應探求契約內容始能得知，尤其取決於因契約承擔之義務、依契約應執行之措施是否具有公法性質；如契約旨在執行公法規範，或旨在督促行政機關採取高權措施，或旨在使人民據此履行其公法上之義務，則依契約標的之判準，均屬公法契約。惟如在特定案例類型(例如經濟補助、獎學金的提供)，難以採用契約標的理論而為判斷，則應以契約義務之目的及契約整體性質而為判斷¹⁰。

筆者則認為，(一)假使行政上締結契約係為執行特定法律規定，即應客觀認定該當法律規定的法律屬性，據此判斷該契約之法律屬性；蓋依行政程序法第135條，(公法)行政契約既係「設定、變更或消滅」「公法上法律關係」之契約，此項契約標的之法律性質即為判斷契約法律屬性之客觀標準。契約執行之法律規定，尤其顯現在依契約承擔之義務、契約內之相關處置、契約設定或與契約結合之法律效果，如屬公法性質，即應判定此契約為公法契約。(二)假使欠缺前述的法律規定，即無從藉由界定法律規定之屬性來判定相關契約之法律屬性。於此，如涉及給付行政領域，因學界普遍承認行政於此享有「法律形式的選擇自由」，應依一般解釋意思表示的準則，判斷契約之法律屬性；惟如具體事件屬需求、經營、財產行政等領域，依其事物領域性質應歸屬私法領域，相關契約為私法契約¹¹。筆者的第(一)點意見，與前述我國行政法學界多數見解並無大異，第(二)點意見與多數見解有別者主要為：強調至少在給付行政領域中，行政機關原則上可選擇以私法或公法契約之方式遂行行政任務；此行政法學理上的基本共識，於判斷行政運用之契約的法律屬性時，亦應納入考量¹²。

¹⁰ 黃錦堂，前揭文(見註6)，頁51-53。類此：蕭文生，前揭書(見註5)，頁470。

¹¹ 陳愛娥，行政上所運用契約之法律歸屬—實務對理論的挑戰，收錄於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，2002/6，頁99-101。

¹² Jan Ziekow 著，李建良譯，前揭文(見註3)，頁116-117。Jan Ziekow 並進一步指出，行政上應用契約之法制上重點在於建構契約當事人之行為準則，此原則上不因契約屬公法契約或私法契約而有別。

E. Schmidt-Aßmann 指出，包羅萬象的行政法，其核心區域為職務法 (Amtsrecht)，即建構高權主體並賦予其特殊權限之法；此外，仍存在由私法與公法共同構成行政行為之秩序架構的廣泛、重要領域。在歐陸，公法私法二元論不僅明定於諸多重要的法律，亦為行政法釋義學的前提；此等公私法領域的區分，植基於自由與權限的劃分；藉由公私法的劃分，有助於清楚指出，私人與公行政應遵循的不同行為原則，在國家與社會合作的領域，更能目標明確地加以運用。詳言之，私法主要處理的議題係：處於平等關係之法主體間，自由、不受附加理由強制之決定，決定內容原則上由私人自主決定，無需特別的正當化。相對於此，公法則涉及國家高權主體與其所受行動委託的特殊地位，即被託付予特殊公益，為此被特別組成之決定組織的職務法。在區分國家與社會、自由與權限，並且要求所有國家行為均須經正當化的憲政國家，就此要求一特別法(Sonderrecht)，應屬當然之理。然而，考量到生活關係的多樣性，對法的形式作進一步的區別，應該能作更好的掌握。因此，公法與私法形式的連結與交錯，不應被草率地認定為法律形式的濫用或遁逃，毋寧應認係：為因應國家與社會間責任分配的不斷演變、因此產生的各種合作態樣，提供法律框架的一種合理手段。就此而言，行政享有有限的，法律形式選擇權限。行政上的營利行為、公有不動產的處分、政府採購，以及給付行政與助長行政等諸多行政領域，均以私法的行為與組織形式行之。惟其形式仍具有多樣性。在行政提供給付的領域(例如津貼法)，經常分兩階段形塑相關法律關係—公法的保障機制先行，其後繼之以私法的形塑形式，此即所謂的兩階段理論(Zwei-Stufen-Lehre)。相對於兩階段理論係以垂直分層方式結合公私法，所謂的行政私法(Verwaltungsprivatrecht)則是水平地整合私法行為形式與公法的保障機制，即強調私法形式之行政行為仍屬國家行為，仍應承擔公共責任，即仍應受相關公法原則拘束¹³。

¹³ E. Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn. 9), S. 284-286, 289-291.

關於行政於社會法領域中運用契約之法律屬性，林明鏘教授指出，依德國社會法第 10 篇(SGB X)第 53 條第 2 項之規定，社會給付主體為給付時如享有裁量權，得締結行政契約。此外，我國社會法領域中締結行政契約之事例包含：勞工保險契約、公務員保險契約、全民健保特許契約；林教授以勞工保險契約為例，說明其認定此契約屬公法契約之考量為：「勞工保險契約之內容與目的係為促進社會安全而強制年滿十五歲以上、六十歲以下勞工加入保險，且規範（勞工保險條例）亦屬公法範疇」¹⁴，質言之，主要係藉行政締結契約所執行之特定法律規定的屬性，以判定契約之法律屬性。

伍、契約形式選擇自由在社會行政法的運用—以就學貸款補助辦法為例

就學貸款補助辦法屬社會(行政)法的一環，在論及其詳細內容前，擬先簡要說明社會(行政)法領域之特性。社會(行政)法的基本原則足以反映一個社會的基本社會—倫理確信。德國社會行政法的基本要求，首先是：**藉由團結(Solidarität)確保個別性(Individualität)**。如是，自我負責的思想支配整體社會行政法領域，其進一步顯現在自助(Selbsthilfe)與自行組織(Selbstorganisation)。團結的思想則處於一種補充關係。因此，國家主要致力於建構與活化團結性之給付與手段的循環，並仰賴傳輸給付的組織。此外，社會行政法呈現為一種**團結性合作(solidarische Kooperation)**的法秩序。於此的合作首先顯現在：給付並非由社會行政主體，毋寧係由作為給付媒介者的第三人(例如醫院、照顧機構)為之。合作思想也支配著，在國家社會行政責任與自由的福利承擔者(freie Wohlfahrtsträger)之間的領域。最後，個別社會給付關係中也要求合作式的行動¹⁵。

¹⁴ 林明鏘，前揭文(見註 8)，頁 723-724。

¹⁵ E. Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn. 9), S. 124-125.

在德國社會法典中，教育促進(Ausbildungsförderung)屬社會促進的一個分支，致力於保障受教育之權利，以及與此相關之教育機構的自由選擇，其同時彌補家計之不足；詳言之，子女的扶養原須依其需求與父母之給付能力而為衡量，因此，植基於民法之扶養請求權因教育費用與父母所得高低而異，如此則可能導致，僅所得超過平均收入之父母始能提供其子女較佳之學習機會，收入較低之家庭的子女，僅能完成比較不昂貴的教育類型，如是即有違機會平等。依德國聯邦教育促進法(BAföG)，教育促進之目的係為使低收入家庭的子女有機會接受高等教育，其致力於克服，因低收入家庭所致之子女的社會障礙。1957年所採模式(Honnefer Modell)，係以聯邦的經費資助，但以私法組織方式行之。其後，聯邦取得教育促進之立法權限，藉由法律規定，對符合法定條件者，即維持生活與教育所必要之費用無其他來源可資利用者，賦予教育促進的請求權；據此以觀，教育促進請求權相對於扶養請求權，具有補充性。提供給付之方式，則由補助與必須償還之貸款所構成，並僅在需求額度內給予；調查需求時，除受領人之收入與財產外，亦應併計其配偶或父母之收入¹⁶。

觀諸就學貸款補助辦法第4條第3款所定，「申請人或申報申請人為受扶養人之納稅義務人經稅捐稽徵機關核定之最近一年綜合所得淨額未達申報標準或綜合所得稅稅率未達百分之三十」之貸款申請條件，應認符合前述德國社會行政法強調自我負責、德國聯邦教育促進法致力之教育促進的目的—克服因低收入家庭所致之子女的社會障礙。然而，本件委託鑑定之主要目的在於釐清教育局於此所處之法律地位如何，尤其是否有作成行政處分。以下爰僅依就學貸款補助辦法、相關貸款文件，就此問題加以檢討。

就學貸款補助辦法第10條第1項規定：「申請本貸款應填具申請書並檢附下

¹⁶ Eberhard Eichenhofer 原著，林谷燕等編，李玉君等譯，德國社會法，2019/11，頁361-364(第22章 教育促進，譯者：林炫秋)。

列文件，向承貸銀行提出申請：...」；第 12 條規定：「申請人符合本貸款申請要件者，由承貸銀行辦理撥貸程序。但有第十條第二項第一款但書情形者，應於其取得正式入學許可後，始由承貸銀行辦理撥貸程序」；第 15 條規定：「申請人無法於本貸款寬限期內完成學業者，得檢附證明文件並敘明理由，向承貸銀行申請經同意後，延後償還本金。(第 1 項)申請人於本貸款寬限期屆滿開始按月平均攤還本息之日起，因其年收入未達每年碩士、博士、專技證照貸款合計應攤還本息之二倍，且已結清逾期款者，得提出切結書及相關收入證明文件，向承貸銀行申請經同意後，延後償還本金，每次延後期間最長為一年，最多得申請三次；貸款期限經承貸銀行同意得至多延長一年。(第 2 項)」；第 16 條規定：「申請人於寬限期屆滿前休學、退學或停止原訓練機構技術學習者，應自事實發生之日起三個月內主動通知承貸銀行。... (第 1 項)...申請人於寬限期屆滿前復學者，得檢附相關證明文件，向承貸銀行申請經同意後，得繼續享有本貸款之寬限期。但最長不得超過第十三條第一項所定之寬限期。(第 3 項)申請人於申請補助後，有戶籍遷出本市、轉學，或其本人、保證人有通訊資料變更等情事，申請人應主動通知承貸銀行。(第 4 項)」；第 17 條規定：「申請人就學期間，應每年向承貸銀行繳交申請人成績單或註冊證明等在學證明，及內政部入出國及移民署核發之申請人入出國日期證明書等相關文件。依第十三條第三項延長貸款期限者，亦同。(第 1 項)申請人畢業、完成技術訓練或取證時，應向承貸銀行繳交畢業、結業及證照之證明文件。(第 2 項)」。綜觀前揭規定可知，申請貸款、辦理撥貸、請求延後償還本金、發生停止學習情事之通知、學習狀況之掌握，均屬申請人與承貸銀行之間的關係，質言之，在雙方的私法借貸契約關係中安排。

至於教育局於就學貸款補助辦法所處之法律地位，可見諸該辦法下述規定：第 11 條規定：「承貸銀行辦理本貸款之作業流程應函報教育局備查。(第 1 項)第十條第二項第二款之文件[按係指：修讀專技證照者應提出之入學證明文件]，由

教育局審查小組審查認定之。(第 2 項)前項審查小組之組成、審查作業程序及審查基準，由教育局定之。(第 3 項)」；第 14 條規定：「本貸款前十年(含寬限期)之利息，由教育局依下列規定補助之：一 全額補助：...。二 半額補助：...。(第 1 項)教育局應自申請人第一次撥貸日之次年開始，每年七月定期查核申請人或申報申請人為受扶養人之納稅義務人經稅捐稽徵機關核定之最近一年綜合所得稅稅率，其稅率為百分之三十以上者，申請人自查核當年七月一日起之利息均不予補助。(第 2 項)...」；第 18 條規定：「承貸銀行應於每年五月及十一月檢具申請人名冊、利息收據及利息計算表，向教育局請領貸款利息。(第 1 項)承貸銀行因故意或過失以不符合申貸規定之申請人，請領貸款利息補助者，應返還教育局已補助之利息。(第 2 項)」；第 19 條規定：「申請人有下列情形之一者，教育局不予補助；已補助者，應撤銷或廢止之，並依行政程序法第一百二十七條第三項及第四項規定追回已撥付之全部或一部補助：...。(第 1 項)申請人有前項第一款至第三款情形之一者，教育局並應撤銷對該申請人之信用保證。(第 2 項)申請人有第一項第四款及第六款至第十款情形之一者，教育局應追回自事實發生日起之補助。(第 3 項)申請人有第一項第四款及第六款至第九款情形之一者，並應依年金法按月平均攤還本息。(第 4 項)申請人有第一項第十款情形者，並應返還逾期期間教育局已撥付之利息。(第 5 項)」。綜觀前揭就學貸款補助辦法第 11 條、第 14 條、第 18 條規定可知，教育局藉由掌握「承貸銀行辦理本貸款之作業流程」、參與審查特定申請文件、補助貸款利息，與承貸銀行合作，遂行其教育促進之行政任務；惟其原則上並不直接對貸款申請人作成規制性決定，即不生對申請人作成行政處分之問題。

存有疑義者僅就學貸款補助辦法第 19 條之規定方式。蓋該條第 1 項規定，「申請人有下列情形之一者，...已補助者，應撤銷或廢止之，並依行政程序法第一百二十七條第三項及第四項規定追回已撥付之全部或一部補助...」，此規定之

適用，以教育局前已作成「授予利益之行政處分」為前提；惟綜觀就學貸款補助辦法之規定，教育局並未以「授予利益之行政處分」核准貸款，此一規定之執行即有困難。實務上仍係於申請人出具之「就學貸款借據」(第 5 條)上載明，如有就學貸款補助辦法第 19 條第 1 項所定各款情事，即應調整貸款利息且應歸還教育局已補貼之利息；質言之，仍係藉由申請人與承貸銀行間之借貸契約約定處理此問題，而非藉由教育局之撤銷或廢止處分，由此觀之，仍不存在教育局之相關處分。

陸、結論

綜上說明，總結本鑑定意見之建議如下：

1. 行政行為形式選擇自由尚非全無限制，於具體個案中，仍須探究運用特定行政行為形式之容許性。
2. 行政處分與行政契約同係行政對個案為最終決定之行為方式，在某些規制情境，二者在功能上可相互替代；惟一旦選擇行政契約之規制方式，除法律另有規定外，不得混雜運用行政處分。
3. 公私法二元論為(歐陸)行政法釋義學之前提；然而，慮及生活關係的多樣性，公法與私法形式的連結與交錯，應認係因應國家與社會間責任分配之演變、其各種合作態樣的合理手段，例如兩階段理論、行政私法理論。
4. 就學貸款補助辦法關於貸款申請條件之規定，應認符合社會法領域強調自我負責、教育促進法制強調克服低收入家庭子女社會障礙之目的。
5. 綜觀就學貸款補助辦法之規定，申請貸款、辦理撥貸、請求延後償還本金、發生停止學習情事之通知、學習狀況之掌握，均屬申請人與承貸銀行間之私法借貸契約關係。教育局則藉由掌握「承貸銀行辦理本貸款之作業流程」、參與審查特定申請文件、補助貸款利息，與承貸銀行合作，遂行其教育促進之

行政任務，惟原則上並不直接對貸款申請人作成行政處分；本府相關訴願決定持相同見解，應可支持。

6. 最後應指出，地方制度法第 16 條第 4 款明定，「直轄市民、縣(市)民、鄉(鎮、市)民之權利如下：...四、對於地方教育文化、社會福利、醫療衛生事項，有依法律及自治法規享受之權。...」，據此，地方自治法規應確保地方住民此一權利之落實。就學貸款補助辦法賦予教育局前述權限，應認尚足以符合前揭地方制度法第 16 條第 4 款規定之要求。